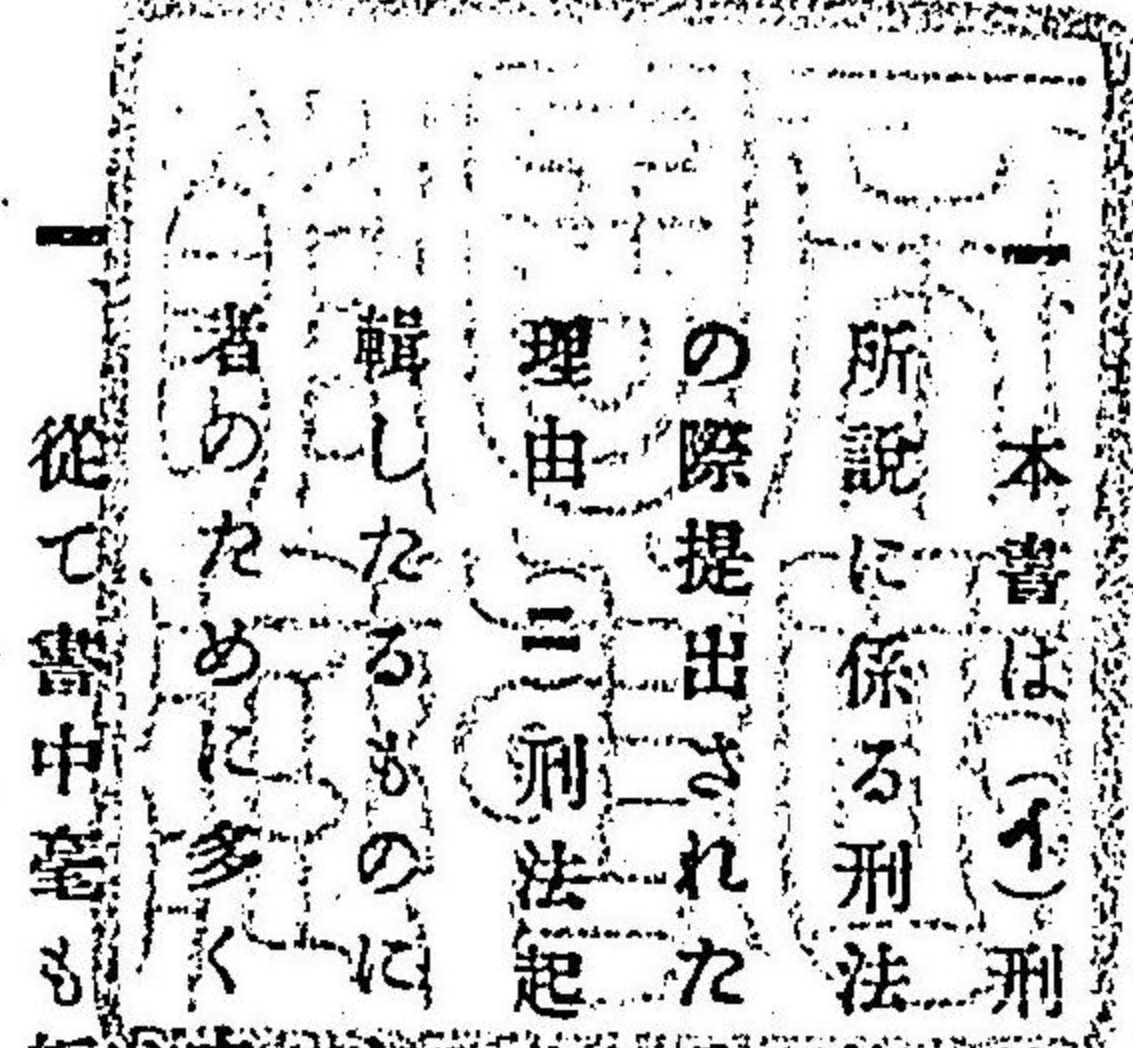


凡例



本書は(イ)刑法起草委員帝國議會政府委員倉富平沼谷野氏等の所説に係る刑法修正按理由(ロ)帝國議會に於ける刑法改正按理由(ハ)法典調査會前刑法改正按理由(ニ)刑法起草委員の論據等其他を蒐め條章を追ふて機宜に編輯したるものにして畢竟改正刑法の立法の精神を知らんとする者のために多く力を須ひずして其要を究めしめんと欲するにあり

一 從て書中毫も編者の私見を挾まず。

一 書中「倉富、」とあるは倉富氏平沼、とあるは平沼氏谷野、とあるは谷野氏の所説に係るものなることを表示し、「議質」とあるは帝國議會刑法改正按の議に於ける議員の質問「…答」とあるは政府委員の應答なる旨を表示したるものとす。

一 書中「法調」とあるは法典調査會の發表に係る前刑法改正按理由書

明治
40 5 8
内空

の抄出なることを表示せるなり。
一、起草委員諸氏の論據及帝國議會の修正説等は各場所に其旨を明
示せり。

一、巻尾に貴衆兩院刑法改正按審議要案を掲載したり。

刑法修正理由

目次

一、刑法の大體に通ずる修正理由	一
二、 <small>刑法起草委員の</small> 現行刑法修正論	二〇
第一編 總則	三〇
第一章 法例	三〇
第二章 刑	四六
第三章 刑期計算	八一
第四章 刑の執行猶豫	八七
第五章 假出獄	九五
第六章 時効	九八

第七章 犯罪の不成立及刑の減免……………一〇二

第八章 未遂罪……………一一〇

第九章 併合罪……………一三四

第十章 累犯……………一四四

第十一章 共犯……………一五一

第十二章 酌量減輕……………一六二

第十三章 加減例……………一六三

第二編 罪……………一六六

第一章 皇室に對する罪……………一六六

第二章 内亂に關する罪……………一六九

第三章 外患に關する罪……………一七九

第四章 國交に關する罪……………一八二

第五章 公務執行を妨害する罪……………一八六

第六章 逃走の罪……………一九二

第七章 犯人藏匿及び證憑湮滅の罪……………一九七

第八章 騷擾の罪……………一九九

第九章 放火及び失火の罪……………二〇三

第十章 溢水及び水利に關する罪……………二一七

第十一章 往來を妨害する罪……………二二八

第十二章 住居を侵す罪……………二三一

第十三章 秘密を侵す罪……………二三三

第十四章 阿片煙に關する罪……………二三七

第十五章 飲料水に關する罪……………二三八

第十六章 通貨偽造の罪……………二四〇

第十七章 文書偽造の罪……………二四六

四

第十八章 有價證券偽造の罪	二五三
第十九章 印章偽造の罪	二五五
第二十章 偽證の罪	二五八
第二十一章 誣告の罪	二六一
第二十二章 猥褻姦淫及び重婚の罪	二六三
第二十三章 賭博及び富籤に關する罪	二七二
第二十四章 禮拜所及び墳墓に關する罪	二七七
第二十五章 瀆職の罪	二八四
第二十六章 殺人の罪	二九一
第二十七章 傷害の罪	二九九
第二十八章 過失傷害の罪	三〇四
第二十九章 墮胎の罪	三〇五
第三十章 遺棄の罪	三〇七

第三十一章 逮捕及び監禁の罪	三一〇
第三十二章 脅迫の罪	三一三
第三十三章 略取及び誘拐の罪	三一三
第三十四章 名譽に對する罪	三一八
第三十五章 信用及び業務に對する罪	三一九
第三十六章 竊盜及び強盜の罪	三二〇
第三十七章 詐欺及び恐喝の罪	三二五
第三十八章 横領の罪	三二八
第三十九章 贓物に關する罪	三三〇
第四十章 毀棄及び隠匿の罪	三三一

刑法修正理由目次終

刑法修正理由

法學士 南雲庄之助編

一 刑法の大體に通ずる修正理由

○國務大臣松田正久氏說明第二十三回帝國議會に於て

現行刑法は明治十三年の發布に係り、明治十五年一月一日より實施されて以來二十有五年を経過して居る、二十五年既に短日月ではなし、而して我社會進歩の状態を見れば誠に長足の進歩を爲して、此十五年間は他文明諸國の一二世紀にも相當する進歩をなして居る、然らば刑法も亦た社會狀態の變遷に従て改正を加ふるは當然の事であると思ふ、又一面より看察を下せば常に社會變遷に伴ふ法律の不

備を補正するに止まらず、現行刑法の實施以來實際の經驗に徴して往々其缺陷を見出すのである、先づ第一に今日外國との交通益々複雑を極むるに當りて帝國臣民が外國に於て帝國又は帝國臣民に對して犯したる所の罪を罰するの規定がない、又内國に於て外國の主權者若しくは使臣に對し帝國臣民が犯したる所の罪の規定が無い、之等は最も大なる缺點と云はなければならぬ、又累犯者に對する規定の如き數罪俱發に關する處分法の如き最も其缺點を感ずる譯である、且又刑の範圍が甚だ狹隘であつて各個の犯罪の情狀千差萬別なるに拘はらず現行の刑法に依て見れば裁判官が其千差萬別なる情狀を酌量して刑を輕重することが出来ない、是等は從來學者及實地家の最も非難を致す點である、此外種々の不都合なる場所が多い、而して前に議會に提出せしことある刑法改正案は既に其後數年を経て居るから充分の審査を遂げ修正を加へた點が多い、即ち今回の改正案と

前の改正案との間には種々相異なるヶ所がある、今其ヶ所の主なるもの一二を説明せんに、前の改正案には監視の規定があつたけれども今回の案は之を削つて居る、是は爾來實地に於て經驗するところ何分此監視制度のみを以て其目的たる再犯を豫防することは到底出来ない、唯に害は有つても益は無いと云ふことが實驗上得たる所である、夫れから大赦、特赦、及復權の規定の如き是亦た削除をいたした、其理由は大赦、特赦の如き總て之は大權の發動に依るもので殊更に之を刑法に掲ぐるの必要は無いと云ふ所よりして之を削除した譯である、又第三には公權剝奪の規定を削除した、是は若し公權剝奪を科するの適當なる場合に在ては即ち公權を行はしむる所の資格を定むる特別法の範圍に於て之を規定したならばそれで差支が無いと云ふ所よりして之を削除した、以上は前の案と今回の案との間に存する異なる箇條の重なるものである、其他所々に修正を加へた點な

どに就ては政府委員たる専門家より詳細に説明をする筈である

○法學士平沼騏一郎氏所説

○帝國外の犯罪に刑法を適用するの範圍　改正刑法は第一條乃至第四條に於て刑法の土地に關する効力範圍を定めたのであつて、原則としては勿論帝國外に於ける犯罪には此刑法を適用しないことに爲つて居る、けれ共第二條第三條第四條に列記した犯罪項目が少なく無いから結局此刑法を帝國外の犯罪に適用する範圍は餘程擴張されて居るのである、之を搔摘んで説明すれば帝國に對する犯罪并に帝國臣民に對する犯罪中多くは我邦家の利益を保護する必要上帝國外に於て行はれたる犯罪を處罰することにしたのである、又帝國外に於ける日本人の犯罪には第三條第四條の規定に據り隨分廣く此刑法を適用することにされて居る、之は日本人であるからとの理由よりして輕微でない犯罪には總て内國の法律を追従すると云ふ趣旨に

出でて斯く規定したのである、今之を各國の法制に比較して見れば或は内國人の重罪又は輕罪には本國の刑法を追従すると云ふ佛蘭西の法制もあるし、又所謂屬地主義を原則として特別の場合には内國の利益を保護するために特殊の犯罪を罰すると曰ふ主義を採て居る法制もあるが、畢竟之等の法制に比して我改正刑法は頗る其範圍を擴張されたものと云ふて克からふ、

○法學士平沼騏一郎氏所説

○刑法の土地に關する効力の規定と滿韓及臺灣　刑法の土地に關する効力範圍の規定中治外法權の行はるる國のことに就ては何等明記する所がない、茲に於てか滿韓に在る日本人に對しては條約の結果よりして此刑法全部が適用されることと爲るのであつて、第二條三條四條の規定は日本人に對する關係から曰へば何等の効用が無い外國人に對する關係からすれば無論滿韓にも比規定を適用せざる可

らざれ共、日本人に對する關係は畢竟條約の結果此刑法全體が適用せらるると云ふことに歸着するのである、次に臺灣のことに就ては此刑法が施行されたからとて爲めに現在の有様を變更する考へてはない、即ち現在の有様は我國内一般に通じて行はるゝ刑法典がありながら臺灣は特例に爲つて居て即ち臺灣律令に據て現行刑法を適用するのであるからして其根底が改廢せられざる以上は改正刑法が律令より後に頒布施行されたからとて、此刑法を直接に臺灣に適用せらるゝのでは無く、矢張現在の通り律令に依て此刑法の適用を見るに至るのである。

○新舊比照、犯罪後の法律に依て刑の變更ありし場合には舊法に據るか將た新法に據るかに就ては學理上の理論あるべけれ共、改正刑法が此新舊比照の法制を採用したのは敢て學理上の主義如何を顧みたのでは無い、結局犯罪當時の法律に於て軽く罰して居るものを

新法律頒布のため重く罰すると云ふは如何にも酷である、斯う云ふ理由からして新舊比照の法則を存置したのである。

○監視、多年の實驗上監視刑の害あつて益なきことを發見し得たから此制を削除したのである、然らば刑としては之を廢しても其結果他に拘束する方法を設くる必要ありや否やと云ふことに爲る、此點に就ては別に法律に監視様の拘束方法を設けるに及ばないと思ふ、事實上勿論之を取締る方法は必要であらうが拘束して取締まるにも及ばない、然らば事實上之を拘束はせなければ刑の範圍を擴張して刑を重くし監視に換へる方針ではないかと云ふ疑があるかも知れぬけれ共、夫れは決してそうではないのである、成ほど現行刑法に於て監視を最も必要とする窃盜罪の如きは改正刑法に於て大に刑の範圍を廣くされて居るが、這是多年經驗の結果現行法では刑の範圍が狭きに過ぎて十分の運用が出来ないから之を廣くした即ち他

の理由に依て刑の範圍を擴張したので決して監視等の方法に據て拘束することを爲さないから刑の範圍を廣くしたと云ふ様な譯ではな

倉富男三郎氏所説

○監置、徴治、 改正刑法は此監置、徴治の規定を削つたのである、なぜ監置に關する規定を削つたかと云ふに、監置は危害を豫防する爲の規定で固より刑罰では無い、加之精神病者に對して監置の處分を必要とするに云ふことは強ち精神病者が刑法上の罪を犯した場合のみでは無い、假令犯罪行為が無くとも精神病者に就ては監置の處分を必要とする場合がある、現に今日でも精神病者監護法に依つて精神病者に對しては監置の處分を施して居るのである、して見れば精神病者が刑法上の罪を犯した場合のみに限りて特に監置の處分をすと云ふことを刑法に掲げて置きたればとて、それだけで決して完全

と云ふ譯には行かない、又幼年者に對して懲治すると云ふことも固より是は刑罰ではないのみならず、幼年者に對して懲戒を施すと云ふことも決して幼年者が犯罪行為を爲した場合に限らない、現に民法に於ても裁判所の許可を得て懲治場に入れることを得る旨の規定もあり、又感化法に於ても幼年者を感化院に入れることを得る旨の規定もある、是も幼年者が犯罪行為を爲した場合のみに限つて刑法上特に懲治の處分をのみ規定して置いても決して完全と云ふ譯には行かぬ、加之ならず刑事の裁判所をして此幼年者に對する懲治處分をなさしめると云ふことは幼年者を感化する上に於ても決して適當でなからう、右様な次第で之等の事は他の法律の規定に譲たのである、○剝奪公權、 改正刑法は此剝奪公權の規定を全然刑法典中より削除することにした、現行刑法の剝奪公權に付き規定しある事項は隨分澤山であるが、先きに衆議院を通過した改正案に規定してある公

一〇
權剝奪の規定は現行刑法に比して其事項が少なくなつて居る、即ち前の改正案の剝奪公權の事項は第一號から第五號まで掲げてある、其第一號選舉權被選舉權の喪失、是はどうしても他の法律でなければ定めることが出来ぬ、現に今日は選舉法に如何なる場合に於て其資格を喪失するかと云ふことは規定してあるから刑法中より之を削りても大した影響は無いのである、第二號の公務員たる資格の喪失此事に就きては兩様に互り、或る場合には立派に法律を以て其資格を定めてあるものもあり、又一般の官吏等に就いては法令を以て定めてある、是も此刑法から削除すればとて別段の影響は無からうと思ふ、尙不足があれば是は刑法施行法で其補ひをつけて行かれる、それから位記勳章年金等のことは全く大權の發動に依つて或は下され或は奪はれると云ふ譯であるから命令を以て定められて充分であらうと思ふ、それから恩給退隱料などのことは既に恩給法の規定も

あり、之を削除すればとて何等實際に差支へはないのである、外國の勳章を佩用することの禁止、是れも全く勅許を受けて佩用することが出来ることになつて居るから命令でやつて差支がない、第五號の兵籍に入る資格の喪失是は徵兵令の方に規定を設ければ一向差支ない積りである、それ故結局本法中から公權剝奪の規定を削つたのである、次に裁判所に於て證人と爲るの資格、之れも矢張り刑事訴訟法民事訴訟法に於て定めるのが最も至當である、勿論現行の刑事訴訟法民事訴訟法にも定めてある、尙不足があれば之を補足して行けば夫れて宜しい。

○法學士平沼騏一郎氏所説

○罰金の附加刑　罰金の附加刑は主刑の罰金と其性質に於ても範圍に於ても又効力に於ても相違は殆んど無いのである、主刑として罰金を存して其他に尙ほ附加刑の罰金を存すると云ふことは、舊に刑

の適用に就て種々錯雜を來すのみならず格別の利益と云ふものが無い、夫故改正刑法には附加の罰金刑を削つたのである。

○刑の執行猶豫と罰金刑　罰金刑に對して刑の執行猶豫を認めない理由は、本來執行猶豫の制を設けた根據が畢竟短期自由刑の弊害を成るべく避けたいと云ふ趣旨であるから、當然此制は罰金刑に及ばぬこととなるのである。

○法學士谷野格氏所説

○刑の執行猶豫の實施成績　表に據らず唯だ記憶だけで云ふのであるから精確には分らぬけれども、丁度明治三十八年四月から施行になつて同年十二月までに執行猶豫を許された者がたしか千二百ぐらゐであつたと思ふ、其中取消された者が二十何人、行衛不明者が二十何人、其行衛不明のも成績の良くない者と見て約四十もあつたそれから三十九年一月から九月までの統計では確か二千何人と云ふ

者が許されて居るが、結局行衛不明のため又は罪を犯したと云ふ事由で取消された者が六十三人くらゐになつたと思ふ、而して其執行猶豫を許された犯罪者の種類の重なるものは賭博とか毆打創傷罪とか云ふやうなものが重なるものであるが其罪の種類を擧ぐれば餘ほど澤山ある、總て監視を附せないやうな軽い刑になると大概の者はやつて居る、罪名は表にして二百も三百もあるから三四十種以上にも及んで居るであらう、最も多いのは毆打創傷罪などである。

○倉富勇三郎氏所説

○幼年者に對する刑の減輕　前の案には十四歳以上二十歳未満の者が罪を犯した場合には其刑を減輕することを得と云ふことの規定があつたけれ共、改正刑法では其規定を削除した、其理由は改正刑法は幼年者の責任年齢を變更して十四歳未滿は總て之を罰しないと云ふことにして居る、十四歳以上と云へば數へ年で十五歳若しくは

十六歳と云ふことになる譯で一通り其人の智能も發達して居るのである。加之此改正刑法は多くの場合に於て刑の範圍が餘程廣くなつて居る故に幼年者が罪を犯した場合に各條の刑の範圍内に於て幼年者相當の刑を科することも出来る。尙且つ其事情に適しない場合があればそれ以上酌量減輕の途も開いてあるからして、十四歳以上二十歳未滿の者に向て法律上減輕の途を開いて置く必要は無からうと云ふ趣意からして、此規定を削ることになつたのである。

○未遂罪に關する規定 之に就ては現行刑法の規定と前の改正案とを參酌して矢張り其刑を免除すと云ふことにしたのである。前の案に於ては未遂罪の場合には其刑を減輕することを得と云ふ規定になつて居て法律上必ず其刑を減輕すると云ふことではなかつたのである。然るに此節の案には「得」と云ふことを廢めて其刑を減輕すると云ふことに定めた。未遂罪の場合と既遂罪の場合とに於ては實際の

害も相違があるし、現行刑法に於ても未遂罪の場合には必ず其刑を減輕すると云ふことになつて居る。種々參酌の局現行刑法の規定に準じて未遂罪の場合には裁判所の考に任せる。法律上必ず其刑を減輕すると云ふことに致した方が宜からうと云ふ考を以て、此規定を改めたのである。

(編者曰く此箇所は帝國議會の議に於て「得」を削ることを得」と修正せらるゝに至れり第四十三條參照)

○法學士平沼驥一氏所説

○中止犯を罰する理由 成程此刑法に於て中止犯は其刑を減輕又は免除することを得と爲つて居る。即ち最も氣の毒な場合に悔悟して中止したと云ふ様な場合は其刑を全く免除することが出来るのである。併し中止犯には色々あつて必しも悔悟したものばかりでは無い。或は怖れて止めるものもある或は利益の觀念から中止するもの

のもある、之等のものにまで免除の恩典を與へる必要は無い、斯う云ふ理由からして裁判官の裁量に一任したのである。

○併合罪と再犯と競合の場合の適用 改正刑法には之に關して明かに現行刑法第百二條二項の如き規定は無いけれども相當する規定はあるのである、即ち本法第四十五條に確定判決を経ない數罪を併合罪とすと斯うなつて居る、併しながら或罪に就て確定判決があつたときには其確定判決を経た罪と其確定判決前に犯した罪とを併合罪とすると云ふことに爲つて居る、故に再犯の罪があると始終別に處分をすると云ふ結果に爲る、這是第四十五條の規定と他の併合罪の規定とを對照すれば斯う云ふ結果となる、詰り刑の適用は併科になるのである。

○累犯 累犯の意義と云へば大變六ヶ敷くなるが、確定判決を経て其後又犯罪を犯した、夫れは即ち再犯になる、更に三度、四度いろ

／＼重なつて來るから累の字を用ひたのである、而して累犯制を懲役刑に限つた所以は、此累犯の制を設くる必要は結局刑を重くするためである、即ち累犯者として刑を加重する必要があるのは多くは彼の營業犯であるとか習慣犯であるとか云ふ様な質の悪い犯罪に限るのである、然るに禁錮又は罰金を科すべき犯罪は之等の部類には這入らない、夫れ故累犯の規定を懲役刑丈に限つて置いたのである

○神社 神社に對する罪は之を一様に規定して居る、即ち此刑法に神宮と云へば伊勢大廟のことである、現今伊勢の大廟は總ての點に於て特別の御取扱に爲つて居るから、之に對する犯罪を特別の規定にすると云ふことは當然のことと思ふ、然らば其他の神社に就ても社格等色々分別して規定すべき必要ありやと云ふに、本來此刑法は一般に刑の範圍を廣くして居るから社格等の區別に依て斟酌する餘地は充分に存して居る、故に其他の神社に就ては色々の區別に従

て規定を異にする方法には據らなかつたのである。

○刑法典と單行法 現今特別法に規定せられある罰則にして此刑法典中に編入せられたものが多々ある、又現行刑法典の中にある罰令にして特別法に譲る目的を以て省いたものもある、是は畢竟現今の特別法令は現行刑法制定後に出來たる色々の罰則も多いためであるからして性質上刑法典中に編入すべきものは總て編入せられて居る、之れと同時に極く特別の必要に基くものであるとか或は他の取締に關するところの罰則に附隨して規定する方が相當である斯う云ふ理由で現行法典から除いたのがある、今一二の例を擧ぐれば決闘條例、爆發物取締規則、外國貿易、貨幣に關する法律のごときは或は刑法典中にあるが克いか將た特別法として置くのが宜しいかと云ふことに就ては起草の際審議の結果、此刑法典中に編まないことにされたのである、夫れは詰まり之等の罰則は總て特別の理由からして設け

られて居るので或は其時の事情の下にどうしても之を必要とするものもあるし、又其法案自體は多少繼續的のものであつても其内容に至ては或は時勢の變遷に依て變更を加へねばならぬものもある斯くの如きものは刑法典の中に編んで置くのは不便なのである、又性質上刑法典の中に編まぬが至當であらうと云ふことからして畢竟之を削除したのである、尙ほ決闘罪に就ては成程各國は大概刑法典中に編入して居る、併しながら會て吾衆議院に於ても其刑が重過るとか議論をされたこともある位ひ、或は之等の内容に就ては時勢に従て變化を加へる必要も出て來はせないかと云ふ懸念を以て相成るべくは矢張特別法に譲て置くを可とするのである。

○倉富勇三郎氏所説

○改正刑法施行時期 當局に於ては先年來刑事訴訟法改正の必要があるを認めて餘ほど以前より既に其改正案の取調に着手して居る

のである。併しながら此方は未だ大分調査を要することも残つて居るからして、刑事訴訟法改正案の調査結了は尙ほ大分時日を要することであらうと思ふ。今此刑法を施行するに付いては各種の法律との關係もあるからして、施行法に付いては精密な調査を要することではあるけれども、其施行法も大略調査いたしてある筈故出來得ることならば刑事訴訟法の改正を待たずして刑法だけは單獨に施行せられんことを希望して居るのである。しかしながらこの刑法案が議會を通過して是だけで直ぐに施行することは實際に行はれない施行法が出來た以上のことにはならうと思はれるが必しも刑事訴訟法と同時になければ施行が出來ないと云ふ譯ではない。

二、刑法起草委員の現行刑法修正論

○法學士谷野格氏所論

現行刑法修正の事業は我國多年の宿題に係り誰れか之を絶體に否とする者あらんや、今試みに二三修正の理由を略述せん

第一理由——社會の推移。現行刑法の立法當時にありては吾國は

諸外國と密接する期會なく内外交渉事件の如きは殆ど豫想するを得ず亦豫想する必要を見ざりしなり之れ現行刑法が國際刑法に關する規定、國交に關する罪に就ての規定を缺如せしも亦止むなきなり、然るに現行刑法實施せられてより以來二十有餘年我國權大に伸び諸外國との交通日に月に密接を加ふるに至る、此時に當り外國の君主又は大統領遠く我國に來遊するあり、而して愚者禮を失して之に暴行又は侮辱を加へたりとせんか其來遊の我邦家に利便なると否とを問はず犯人に擬するに常人に對する刑律を以てするは果して法理に適せりと云ひ得べきや、帝國臣民の外國に在るあり外國に於て生命及身體に對する罪を犯したりとせんか其被害者

の帝國臣民たると將た又外國人たるとを問はず之を不問に附するは果して我國家の秩序維持に害なしと云ひ得るや、要するに國際刑法規及國交に關する罪の規定を缺如する刑法は以て吾國の刑法典と爲すに足らざるなり、國際法規とは假へば外國人帝國に於て又は帝國臣民外國に於て犯罪の主體と爲りし場合の規定及外國に於ける確定裁判の内國に於ける効力又は外國に於ける確定裁判に依る刑の全部又は一部執行の内國に於ける効力の規定等を云ひ、國交に關する罪とは假へば帝國に滞在する外國の君主又は大統領及帝國に派遣せられたる外國の使節に對する暴行又は侮辱罪、外國の國旗其他の國章を破毀汚損又は除去する罪及外國交戰の際局外中立に關する命令に違背する罪等を云ふ。

ロ)新事物の發生したること 現行立法當時には我國家の行政組織は主として官府組織たりしを以て法律の豫想せるは單に官廳官

吏に止まり官署官吏に關する罪を所々に規定したるに過ぎざれば其明治二十三年十月更に法律第百號を以て公署公吏に關する罪を官署官吏に關する罪に準ずることゝ爲せり、然るに近時尙ほ公署公吏の外に多種の公務員を發生するに至り之等公務員の行爲又は公務員に對しての行爲に關する罪は彼の官公吏員の行爲官公吏員に對しての行爲に關する罪と敢て擇ふ能はざるもの多し、また現行立法當時には電話電車なるものゝ存せざりしため之等に關する罪の規定を缺く、然るに近時電車電話等其發動力を電氣力に取る交通機關漸やく多きを加ふ乃ち之等の新事物に關する刑法規なきは豈我法界の慶事と云ふ可けんや、而も新事物の發生は上述の二に止まらず或は水道の設備と云ひ或は外國に於て偽造したる帝國の通貨公債證書會社の株券有價證券等殆んど枚舉に遑まらざるなり。

(ハ)舊事物の廢滅したること　　這は比較的少數なりと雖、例之既に民法親族編の制定に依り親族の何たるやを定められたる以上は現行法の如く刑法典中に殊更に親族關係を規定するの必要を見ざるが如き類之なり。

第二理由——法理の推移。

(イ)刑の執行猶豫の法制　　近時現行刑法立法當時に豫想だもせざりし刑の執行猶豫の法制發達せり、蓋し犯罪必罰即ち報復主義を執る刑法は既に數世紀前の遺物に屬するものにして國家が犯罪を執追し科刑するは其目的とする所に社會團體の秩序を維持せんとするにあり、決して秩序維持に必要な限度以外に犯罪人を痛苦せしめんとするにはあらず、即ち總ての犯罪人を必罰するにあらずして秩序の維持上罰せざる可らざる犯罪人をのみ罰するにあり、彼の所謂初犯短期囚の如きは其罪跡重要なるにあらず、犯情憎惡

すべきものあるにあらず多くは之れ一時の情慾に誘惑せられて終に刑律を犯すに至りたるものにして、一旦其犯行を了りて事の既に發露するや自ら改悛の念慮に驅られて良心も亦其平生に復す、此時に當り尙ほ法禁の違背す可らざるものありて、之に法定の刑を宣告し其刑を執行せしめんとするは所謂秩序維持に何等の効力かある、況んや一旦之等の者をして刑辟に觸れしむるは更に他の犯行を敢てする蠻勇を助長するに外ならず、殊に監獄は或は一の犯罪學院とも云ふべき所にして右の如き罰する必要な犯罪人に刑を執行すれば更に他の良教師指導の下に犯罪術を巧妙ならしむるに外ならざるやも知れず、故を以て刑の執行猶豫の法制は先づ北米合衆國に始まり漸次各國學者の視聽を動かして遂に白耳義、佛蘭西國等の成例たるに至れり。

(ロ)罪名及刑名を減ずる法制　　重罪と曰ひ輕罪と曰ひ違警罪と曰ふ

單に其本刑の刑名を異にするのみ其本質に於て何の區別がある、
 況んや刑名は我現行刑法の如く數多の區別を設くる必要何れにか
 ある、只單に生命刑、定役ある自由刑、定役なき自由刑、財産刑
 と云ふを以て足るべし、之れ和蘭法制の採用する所にして一般法
 理の是認するものなり。

(六)罪に對する科刑の範圍を擴張する法制 君主專制治下の虐政は
 刑法一般の觀念にして罪に對し確定不動の刑を法定せしむるに至
 りたり、然かれ共之れ唯一の極端より他の極端に移りしのみ克く
 事の中正を得たるものにあらず、之を以て刑の範圍を法定し裁判
 官をして各個の罪の状況に従ひ刑を加重減輕する自由を得せしむ
 るに至り現行刑法も亦此主義を採用したりと雖其範圍極めて狹隘
 に失して克く刑法の目的を達する能はず、乃ち一方に善良公正の
 裁判官を養生し、一方に刑法の刑の範圍を擴張せんことは一般學

者の定説と爲り各國立法も亦多く此法制を採用せりと云ふ。

(三)本刑を併科する法制 數罪に對し同時に刑を言渡すとき現行刑法
 の採用せる吸收主義に據らんか當に犯罪を容認する嫌あるのみな
 らず又之を獎勵する傾向を生ず、若し又併科主義を採用せんか死
 刑無期自由刑を科すへきものに對しては他の生命刑自由刑を併科
 する能はざるのみならず、彼の假へば窃盜十數罪を犯したる者の
 刑期は忽ち數十年に達し事實上窃盜罪に無期自由刑を科するの結
 果となるならん、然れ共本來罪一個毎に刑を科す可きは刑法の本
 則なりとせば寧ろ併科主義を認めて其短處を補綴するに如かず所
 謂制限併科主義は近時刑法學者の盛んに唱導する所にして各國の
 刑法も亦多く範を之に採るものゝ如し。

(ホ)累犯者嚴罰の法制 國家は專心罪を豫防し鎮壓するに拘はらず
 其罪を再ひし三度するものは所謂濟度し難き犯罪人なるを以て之

に科するに嚴刑酷罰を以てし公の秩序を維持することを計企せざる可らず、現行刑法は再犯加重を採用すると雖も加重の結果は僅かに本刑に一等を加ふるに止まる而して其一等加重と云ふもの各種の刑名に依て甚だ狭ま苦しき制限を設け居りて到底濟度し難き犯罪人を畏喝し感化するに足らず、近時一般の法理は累犯者に對して範圍廣濶なる特別刑を科して之を嚴刑酷罰する法制の採用を歡迎し居れり。

(第三理由) 法規の排列

イ)各箇の犯行及其刑に關する法規に章を規定するは不當なり 蓋し法典としては各規定を秩序的に排列すれば則ち足る、或は多少閱覽に便ならしむるがために同種類に屬する罪の規定を一節に纏め之に節と題するの必要ありと雖更に其節を包括する所の章を置くの必要を認めず、且刑法は法典中最も嚴確に解釋すべきものに

屬す必要なくして妄りに字句を附加せんか刑法の意義は從て影響を蒙らざるを得ず、之れ刑法に章を設くる法制の漸次廢滅に歸する所以なり、余は法典は教科書にあらずと思料し章及節の區別を爲すは教科書の任務に屬すと爲すを以て從て刑法には章節の細別を爲す可きものにあらずとの斷案を下すものなり。

ロ)違警罪を刑法典に規定するは不當なり 違警罪は主として所謂形式罪にして其罪目は一國內に在りても時期又は土地に依りて差異なかる可らず豫め其全部を網羅して規定するは不能に屬す要するに違警罪の如きは實質罪にあらずる限りは成るべく之を地方的立法に一任するを可とするのみならず又之を一任せざる可らざるが如し。

ハ)公益に關する罪及身體財産に對する罪の區別は不當なり 現行刑法の公益に關するものとは私益に關するものと相對し、身體財

産に對するものとは身體財産以外の事物に對するものと相對す、
元來別意の觀察點より重罪及輕罪を規定せる法規を分ち其區別を
相對せしむるは理論上認容す可らざる瑕疵なり、一步を譲りて刑
法の所謂身體財産に對するものとは私益に關するものを意味する
ものとするも公益に關するもの及私益に關するものに區別する法
制は羅馬法の糟粕を嘗めたりと云ふの外何等の價值を有せず。

第一編 總則

第一章 法例

○刑法の效力「調法」本章は現行法第一編第一章と同じく刑法の
効力に關する一般の通則を定めたるものにして左の如し

- 一 法律の土地に關する效力

二 法律の人に關する效力

三 法律の時に關する效力

四 刑法の總則の他の法律に對する效力

此他本章第七條に於ては公務員及び公務所なる用語の意義を示
したるものなり。(前改正案第一編第一章)

第一條 本法は何人を問はず帝國内に於て罪を犯し
たる者に之を適用す

帝國外に在る帝國船舶内に於て罪を犯したる者に
付き亦同し

○屬地主義「調法」 一國法權の及ぶ可き區域に就ては古來二
箇の主義あり、其一を屬地主義とし、其二を屬人主義とす、屬
地主義は國土を基とし其國內に在て犯したる罪に就ては何人を

問はず内國の法律を適用すべしと爲し、屬人主義は本國人の何れの地に在る場合と雖も常にその本國法の適用を受くべきものとなす、本法の探る所は即ち屬地主義にして、日本國內の犯罪に就いては犯人の何れの國人たるを問はず、常に我が法律を適用するを以て原則と定めたり、之れ今日汎く各國に行はるゝ所の主義にして、最も時宜に適したる法規なり、

第二項は帝國外に在る帝國船舶内の犯罪に就ても、亦原則として我が法律を適用す可きことを規定したるものなり、從來艦船は本國領土の一部と看做し、之に對しては當然本國法を適用すべしと爲せる學説と、本國を離れたる艦船に付ては必要上本國法を適用すべしと爲せる學説あり、本法は即ち第二の主義を採りたるものなり、(前改正案第三條)

○刑法の土地に關する效力の規定と、滿韓、及臺灣(大陸)に通ずる條

正理由のヶ所参照

○船舶(倉庫所載)本法に於て船舶と云ふは軍艦以外の船舶をのみ指したのである、軍艦及其餘の船舶を包含せしめんとする時は毎に艦船なる文字を用ひて居る、而して本條第二項に艦船なる文字を用ひずして特に船舶とのみ限りたる所以は、帝國の軍艦内に於て罪を犯したる者が帝國の法權に服従するは固より當然て特に明文を要せないからである、〔譯註〕軍艦内に於ける犯罪に本國の法權の及ぶは當然にして明文を要せずとすれば本條第一項の規定も其必要を見ないと云ふ論決を生ずるではないか、〔答〕本條第一項も明文が無くとも判るではあらうけれ共併し先づ原則としては之を掲げて居るのである、而して第一項の中にも帝國内に於て罪を犯したる者に適用の出來ない當然の例外がある、けれ共之等の例外は殊更に明文を掲げて居ない、第二項の

軍艦の例外もまた此筆法を以て特に掲げてないのである。

三四

第二條 本法は何人を問はず帝國外に於て左に記載したる罪を犯したる者に之を適用す

- 一 第七十三條乃至第七十六條の罪
- 二 第七十七條乃至第七十九條の罪
- 三 第八十一條乃至第八十九條の罪
- 四 第四百四十八條の罪及ひ其未遂罪
- 五 第五百五十四條第五百五十五條第五百五十七條及ひ第五百五十八條の罪
- 六 第六百六十二條及ひ第六百六十三條の罪
- 七 第六百六十四條乃至第六百六十六條の罪及ひ第

百六十四條第二項第百六十五條第二項第百六十六條第二項の未遂罪

○帝國外に於ける内亂罪の自首同上 本條第二號は第七十七條乃至第七十九條の罪とのみ掲げ第八十條を引用せなければ共本條の趣旨は決して帝國外に於ける内亂罪の自首に第八十條を適用せずと云ふのでは無い、此第二條から第四條までは何れも罪なる行爲を列記したのであつて第八十條の規定は第七十八條第七十九條の罪を犯したる者に就ての處分を定めたのであるから、若し外國に於て七十八條七十九條の罪を犯したる者が自首し出たるときは無論八十條に依つて其刑を免除するといふ處分はせなければならぬが、併し之を第二號に含む罪として掲げるのは適當でないと思ふので、此第八十條を引用してないのである、要するに第八十條の規定は犯罪の處分に關する規定である

三五

から、特別に一個の罪と見て掲げるは其當を得ないと云ふに外ならぬのである。

○帝國外に於ける公務の執行を妨害する罪「平澤學士」 本條及次條中に公務の執行を妨害する罪を加へなかつのは、之を加へると結局外國の官憲の公務執行を帝國の臣民が妨害したる場合を罰すると云ふことに爲る。要は内地官憲の職務執行を保護すれば夫れにて足りるから、刑法の制裁を其處まで及ぼす必要が無いと云ふ考へから第九十五條以下の條文を除いたのである。

第三條 本法は帝國外に於て左に記載しある罪を犯したる帝國臣民に之を適用す

一 第百八條、第百九條第一項の罪、第百八條第九條第一項の例に依り處斷す可き罪及ひ此等

の未遂罪

- 二 第百十九條の罪
- 三 第百五十九條乃至第百六十一條の罪
- 四 第百六十七條の罪及ひ同條第二項の未遂罪
- 五 第百七十六條乃至第百七十九條、第百八十一條及ひ第百八十四條の罪
- 六 第百九十九條、第二百條の罪及ひ其未遂罪
- 七 第二百四條及ひ第二百五條の罪
- 八 第二百十四條乃至第二百十六條の罪
- 九 第二百十八條の罪及ひ同條の罪を犯し因て人を死傷に致したる罪

十 第二百二十條及ひ第二百二十一條の罪

十一 第二百二十四條乃至第二百二十八條の罪

十二 第二百三十條の罪

十三 第二百三十五條、第二百三十六條、第二百三

十八條乃至第二百四十一條及ひ第二百四十三條の罪

十四 第二百四十六條乃至第二百五十條の罪

十五 第二百五十三條の罪

十六 第二百五十六條第二項の罪

帝國外に於て帝國臣民に對し別項の罪を犯したる外國人に付き亦同し

○第二百三十條の罪を加へたる所以「同上」第二百三十條の罪を加へたる譯は矢張名譽なるものも他の權利と同様に保護する必要がある、斯う云ふ考へを以て加へたので別に深き意義は無いのである。

○法文の體裁「同上」第二條、三條に斯くの如く多くの條を列記するは如何にも不體裁を極むる様に思はるゝので可成斯うしたくないといろく討議も致したけれ共、結局どう云ふ風に書いて見ても條を列記せぬ以上は意を盡くすことが出來ない、どうしても之れより致方は無かつたのである、或は原則を第二條、三條に規定して置て帝國外の犯罪帝國外に於ける帝國臣民に適用すべき犯罪を各論に掲げる方法を探らうかと云ふことに付ても研究したのであるが、之も甚だ困まる、章に依りて其適用する者と否らざるものとの區別が出來れば此方法を探り得るべけれ共

章の中で或は適用し或は適用しないものがある譯故之を各論の方に書き表はすとすれば殆んど各條へ持つて來て書き加へぬはならぬことゝ爲り、却て體裁を汚すに至る故止むなく此法例中第二第三條に集めることにしたのである。

第四條 本法は帝國外に於て左に記載したる罪を犯したる帝國の公務員に之を適用す

一 第一百一條の罪及ひ其未遂罪

二 第一百五十六條の罪

三 第九十三條、第九十五條第二項、第九十

七條の罪及ひ第九十五條第二項の罪を犯し因て人を死傷に致したる罪

第五條 外國に於て確定裁判を受けたる者と雖も同

一行爲に付き更に處罰することを妨げず但犯人既に外國に於て言渡されたる刑の全部又は一部の執行を受けたるときは刑の執行を減輕又は免除することを得

○外國に於て既に刑の執行を受けたるもの「倉富所説」原則としては外國に於て裁判を受けて居る者に付いても矢張り本國に於て之を罰することを妨げない、即ち第五條の適用がある譯になる併しながら若し外國で處罰をされて居つて其刑の執行を受けて居る者ならば、それを全然二重に處罰すると云ふは實際不必要でもあり、又酷に失することになるを以て其刑を幾分か減輕しは又は全部免除することも出来るやうに規定したのである。

第六條 犯罪後の法律に因り刑の變更ありたるとき

は其輕きものを適用す

四二

○犯罪後の法律に依り刑の變更ありたるときは犯罪當時の法律を適用す〔衆議院に如上の修正案提出、否決となる其論旨は〕 犯罪後の法律に依て刑の變更ありたる場合は必ず舊法に従ふ可き者なりとは刑事上の一大原則である。假へば明治三十九年に犯罪行爲を爲したる以上は其法律か四十年に變更されたからとて國家が此者に科すべき刑罰の意思は既に三十九年に於て確定されありたるを以て後の意思即ち四十年に於て國家が刑罰の看念を異にしたとの理由を以て其看念を三十九年の犯罪に適用するは極めて不論理である。若し此原則か容れられ無いときは必ず新法に依るべしとすべきは刑事上の大主義である。然るに本條は斯る主義に毫も顧慮するところなく漫然新舊比照なる陳腐法制を採用して本條の規定を設けたるは如何にも其根據の發見に苦しまざるを得な

い、依て茲に極めて新主義に適はしむべく如上の修正説を提出したのである。「賛成論旨」矢張進歩せる刑事上の大主義に適合せしめんとする説を歓迎せなければならぬ、彼の舊法の刑を新法を以て全然廢する如き場合には新法の規定に依て救済方法は之あるだらう。「反對論旨」既に新法が其必要なしとして刑を全廢し、又重きに過ぐるとの理由より其刑を減輕したる以上は假へ以前國家の意思がさうであつたからとて矢張舊法に依つて處罰すると云ふは甚だ酷に過ぎ且つ義も徹底しない譯である。

○刑法起草委員の新舊比照例論〔法學士平沼騷一耶氏所論〕

(二)法律の不遡及は時に關する法律の效力に就て存する原則なり法律に明文なければ常に此原則に従はざる可らず、然れ共立法者は決して此原則に羈束せらるゝ者にあらず、憲法は法律の遡及を禁せざるが故に法律の明文を以てすれば之を實施前に起り

四三

たる事實に適用するを妨げず、(二)法律は既往の行爲に遡及せすとの原則に對しては各國の立法例に於て認めたる例外あり、即ち行爲の時の法律と判決の時の法律と異なるときは其輕きものに從ふとの法制之なり、此法則は第一審判決を爲す場合に限らず第二審若しくは第三審判決を爲すときと雖も適用するを例とす、而して此法則は或行爲を罪としたる罰則單純に廢止せられ之に代るべき法律の實施を見ざるときにも之を適用す、即ち前法律實施中の行爲に對し其廢止後判決を爲すときは無罪を言渡さざる可らず、次に判決當時の法令と行爲當時の法令との間に介在する法令ある場合に於ても前記の法則に從ふて最も輕きに從ふて處斷せざる可らず、而して如上不遡及の原則に對する例外は其根據を學理上に求めんとするは固よ非なり。

第七條 本法に於て公務員と稱するは官吏、公吏、法令

に依り公務に従事する議員、委員其他の職員を謂ふ
公務所と稱するは公務員の職務を行ふ所を謂ふ

○公務員公務所「法、四」現行刑法は官吏官署に關する罪の規定を設け、更に明治二十三年法律第百號を以て公吏公署は官吏官署に準ずることと爲したるも、現今猶此外に議員委員等國家の事務に従事する職員多し、是等種々の職員は現行法に在ては一私人と看做さざるを得ず、然るにこれ等の職員公衙等に關しては官吏官公署に關する規定を適用すべき必要甚切なり、故に本條を以て新に公務員及公務所なる用語を設け、官吏、公吏、法令により公務に従事する議員委員其他の職員を公務員とし、其職務を行ふ所を公務所とし、以て汎く國家の公務に従事する職員及び其職務を行ふ所に關する規定の必要を充たし、且つ其名稱を完ふしたるものなり。(前改正案第八條)

第八條 本法の總則は他の法令に於て刑を定めたるものに亦之を適用す但其法令に特別の規定あるときは此限に在らず

第二章 刑

○刑と題せし所以「平沼學士」現行刑法に「刑名」とあるを本法に於て「刑」と改めし所以、現行法の「刑名」と云ふは第二章中の一節に爲つて居て徴償處分、主刑處分、附加刑處分などの節目を設けて居るけれども、本法に於ては主刑處分、附加刑處分等を總て第二章中に編入しあるを以て單に刑名と書くときは其意義を狭くするの嫌ひがある、故に之を概活せんがため刑と題したるのである。

第九條 死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留及ひ科料を主刑とし

沒收を附加刑とす

○死刑の存廢「衆議員に於て死刑廢止修正説提出せられたれ共否決さる其論旨は」第一死刑は之を存置す可き法律上の根據が更に無い、にも拘はらず之を存置して居るは野蠻時代の刑律の形を遺して居るので、法律の威信を段々に落すといふの外に意味はないことであらうと思はれる、國家は人を殺すものを非なりとし、これを蠻行と認め罰するの規定を設けて居る、己れ自ら蠻行と認め罰するといふ事柄を判断しながら、それを制裁するに已れ又國家の權力を以て此蠻行を敢てするといふは如何なる理由であるか「刑罰の基礎などを此處で論ずる必要もないが、揮義の上」に於て今日復讐の觀念を以て法を編み立てるは勿論不法である、然るに人を殺した者は死刑に處す、これは明かに復讐の觀念を以てするものといふの外はない、又死刑といふ刑を存置してこ

れに依て特刑の豫防若しくは一般の豫防の上に於て著しき效驗がある譯でもないのである。特別豫防の上から見れば人を殺す位な者は殺される位の覺悟はして居る、覺悟に對して覺悟同様の刑を科するは、犯人に對して何の效もないのである。又一般豫防の上から考へて見れば、彼の者が人を殺したから若しくは甚しき大罪を犯したから死刑に處せられた、夫れ故我々も大に警戒をせねばならぬといふ感念は一般の人々の上に起るべき筈であるが、之に依て警戒の念を發するかといふにさうでない、特別豫防の場合と同様な結果になる、少しも之に依て警戒の念を發することもなく警醒もしないのであるから一般豫防の上に於ても効果はない、そのみならず死刑といふもの程誤判の多いものはない、歐洲諸國に於ても死刑廢止の必須理由として現はれて居るものは誤判の多いことである、一度誤判をしたら再び

回復することは出来ない、即ち再審の途がない、其人一度死刑執行確定の後に於ては奈何ともすることが出来ない、微々たる刑罰に向つても再審の制度を立て居るのである、然るに死刑の如き極刑に向つて再審の制度ありと雖も再審の理由を死刑執行後に發見せる場合には遂に如何ともすることが出来ない有様になるといふことは、微罪に法律の恩典を厚くして大罪に法律の恩典輕きものといはねばならぬ、否な寧ろ何等の利益を授けぬものといはねばならぬ、若し萬一實際上これがなければ刑法典を行ふて國家の生存を支持する上に於てどうしても缺くことが出来ない、或は又死刑がなければ重き犯罪を制裁する途がないといふならばいざ知らず、他に幾らも手段方法がある、故に此際死刑制度は全然廢止せられんこと熱望する、今日實際の實例を見るも彼の伊太利の如き全然之を廢して居る、佛蘭西は昨

年の議會に於て原則として死刑を廢すべきことを議決して居る英吉利は死刑制なるものを存置して居るけれど實際に於て之を行はぬ、亞米利加の中に於て五洲か六洲は確かに死刑を廢して居る、各國の立法例は此蠻刑を迎へぬことに注意して居る、刑法改正の聲が起つたなら、何れの國も死刑を廢止せんとする、獨乙刑法は死刑を存置すれども、而も議會に於て二讀會までは大多數を以て通過して三讀會に至つて僅に七名か八名の少數で以て存置するとなつて居る、此存置するといふ事柄に付いても大變な壓力を加へてビスマルクが死刑を存置する刑法を維持せぬば國會を解散するといふことを斷言した爲めて、これに畏懼して遂に存置せられたのである、「存置必要説」理想上或は死刑は廢止すべきものたるや未だ知るべからざれども我國今日の狀體より之れを看察すれば矢張り存置の必要がある、本來此死

刑に就て一の恐る可きは誤判のあつた時回復が出来ぬと云ふ問題で死刑制度の生れし以來何れの國の法律家も之に付いては、一方は刑と罪と同等の苦痛を感せしむるといふ點に於て死刑程適切なものはないが、一方に於て若し誤判のあつた時には回復の途がないといふ實に危険なものであるといふので、終始問題に上つて居るのである、そこで現行刑法に於ても死刑を執行する場合には司法大臣より上奏の上御裁可を経て始めて執行せらるゝといふ手厚いことに成て居る、これは誤判の憂のない様に努められたのであらふと思ふ、次に此改正刑法第二百條に依れば死刑、無期懲役若くは三年以上の懲役として、裁判上餘程事實の調査をせよといふことに出来て居る、加之不日施行法等も出来るとすれば死刑の執行に可重なる手續を設くることゝ豫想せらるるのである、又此誤判といふことは成程佛蘭西の法律な

どては餘程この虞がある、佛國では重罪裁判に覆審制を採らな
 る、「グールダツシール」といふ所謂倍審官が列席するのみで一審
 て確定する、上告の途を開てあるけれ共全く法律上の手續を誤
 つた場合に限るのであるから、此國に於ては誤判の虞が餘程あ
 るやも知れぬ、之に反して日本に於ては誤判の虞は事實に於て
 全くないといふことができると思ふ、成程一審で死刑の宣告を
 受けた者が二審に於て無罪となつた例はあるが、誤判の實例を
 舉げて死刑を攻撃するとは幾んど出來ないと思つて居る、日本
 に於ては死刑に處すべきものを誤つて無罪にした例はあるかも
 知れぬが、誤判で死刑を執行したといふ事實は曾てない様であ
 る、又死刑は蠻行だとの論あれ共、この論法からいふときは刑
 法は悉く蠻行といふことになる、即ち社會が他に取締る方法の
 ないため終身人を縛つて置くとか五年七年人を縛つて置くと

ふ様な人の自由を傷くるべき野蠻な方法をやるから、成るべく
 はそういふことはやらぬ方が宜からうといふ論決になる、要す
 るに理想より論ずれば刑法なるものは變則ていはゞ社會に刑罰
 權ありといふことも亦己むを得ぬより出て來たことで、此刑罰
 權を以て一時犯罪人を處理して往くのである、若し死刑制を理
 由がないものとすれば、刑罰全體に根據が無いと云はなければ
 ならないことになる、

○一審に法て死刑の宣告を受け二審に於て判決の變更されたる
 統計(修正説の參考として平沼學士說明) 明治三十三年乃至三十八年に
 於て(イ)死刑を無期徒刑に變更したるもの六十八件、(ロ)有期徒
 刑に變更したるもの四件、(ハ)無罪免訴したるもの十四件、(ニ)重
 禁錮に變更したるもの一件、一審に於て無罪免訴の言渡を受け
 二審に於て死刑に處したるもの同上、明治三十三年乃至三十八

年に七件、原裁判の無期徒刑を死刑に致したるもの同上、明治三十三年乃至三十八年に十一件、死刑囚の特赦の恩典に依り減刑せられたもの同上、明治三十三年乃至三十九年に八件、廢止論賛成理由 死刑存置論者の論據とする我國今日の狀態云々は極めて容認し難い理論である、凡そ死刑を最も多く適用せらるゝ犯罪は謀殺若しくは強盜殺人であるが、之等の犯人が犯行を敬へてするに方り先づ自己の生命を標價して然る後決意すると云ふ様なものは實際に於て存在せぬと思ふ、人を殺す時の動機決意の依て來るところを精しく考慮するに其結果が死刑になる無期徒刑に爲る或は有期徒刑で濟むなどのことを省みて其爲すと爲さざるを斷ずるものには無い、多くは事實上思慮精神の自由を失つて居るのである、即ち法律に死刑制度のあるがために威嚇或は豫防の效力あるものと速斷することは出来ない、論者は我

刑法第二編第一章の罪を引て死刑存置の現在必要理由とするはれ共亦た毫も眞價のある論旨とは思はれぬ、此等の事柄は我建國以來會て起たことのない事例であるが而も刑法が死刑を科するがために死刑を以て威嚇したるがための效力でも何でも無い、取りも直さず我國民の愛國心特に他の各國に比類なき皇室に對する忠義心が然らしむるのである、從て第二編第一章の規定が削られたからとて我國には斯かる事例があり得べきものには無い、若し刑法第二編第一章の規定あるがために斯かる犯罪の事例が無いと云ふに於ては我國民の愛國心を誹辱すること甚しい、更に方面を轉じて極論すれば裏長家の女房を殺した者も死刑第二編第一章の罪も死刑に該當すると定めて置て以て我國體は之あるがために維持されるのである、之あるがために我國の秩序が維持されるのであると云ふが如きは、寧ろ畏多いことであ

ると思ふ、要するに死刑制度は之を存置したればとて決してために豫防或は威嚇の效力大なるものと云ふことは未だ断定し難いのである。

○剝奪公權復活

「貴族院に此修正説提出致時間に渉る、論議ありたれ共」

(一)復活説の主唱は要するに「錮禁以上の刑に處せられたるものは總て公權を剝奪す」との原則的規定を設け置き、其次に公權剝奪の刑に處せられたる者は斯々の權利を奪ふ旨の規定を設くるを以て最も策の得たるものとする、彼の大權の行動云々に就て顧慮す可き所以無きにあられ共而も刑法は一應天皇の御裁可を経て公布するのであるから甚しき支障も無いと云ふて可ならんとの趣旨に歸着する、(二)此修正に反對するもの、主唱は要するに會て政府委員が公權剝奪の法規削除理由として辨明したると同一趣旨なりき、(三)之に對して倉富博士は此法規削除

辨明の補ひのため、假へ此刑法典中に原則的規定を設けたればとて實際上他の特別法令に於て種々に剝奪公權の事項を設けなければならぬのであるから到底修正趣旨の如き眞目的を達し難いと主唱して居る。

第十條 主刑の輕重は前條記載の順序に依る但無期

禁錮と有期懲役とは禁錮を以て重しとし有期禁錮の長期有期懲役の長期の二倍を超ゆるときは禁錮を以て重しとす

同種の刑は長期の長きもの又は多額の多きものを以て重しとし長期又は多額の同じきものは其短期の長きもの又は寡額の多きものを以て重しとす
二個以上の死刑又は長期若くは多額及ひ短期若く

五八
は寡額の同しき同種の刑は犯情に依り其輕重を定む

○主刑の輕重「法關」 本條は主刑の輕重を示したるものにして一見明瞭なるが如く思はるれども、若し現行法の如く此規定を闕如するときは、實際に於て疑義を生ずるを免れず、而してその第一項は異種の刑に付き第二項及第三項は同種の刑に付き輕重を定むるの標準を規定したるなり。(前改正案第十一條)

第十一條 死刑は監獄内に於て絞首して之を執行す
死刑の言渡を受けたる者は其執行に至るまで之を監獄に拘置す

○死刑の執行「法關」 本條第一項は死刑の執行に關する規定なり現行法に於ける此規定は死刑は絞首すとあれ共、本法は絞首

して執行すと修正せり、其理由は絞首して生命を絶つことを明かにしたるものにして若し絞首に因りて一旦絶命したる後蘇生することあるも更に絞首して生命を絶つを要するを以て、此間に疑義の生ずるなからしめんが爲なり。

又現行法は本條第二項の規定を缺くが故に死刑の言渡確定したる後被告人を置く可き場所に付て疑義を生ずるの虞なき能はず、これ本法に於て第二項の規定ある所以なり。(前改正案第十七條)

第十二條 懲役は無期及び有期とし有期懲役は一月以上十五年以下とす

懲役は監獄に拘置し定役に服す

第十三條 禁錮は無期及び有期とし有期禁錮は一月以上十五年以下とす

禁錮は監獄に拘置す

○無期刑廢止（森鷗外に如上の修正既提出せられ特別委員會に於て可決したれ共委員總會及木會議に於て否決す）（二）廢止主唱論旨、無期刑なるものは死刑以上の悪刑である、死刑は瞬間に於て身首所を異にするのであるが、無期刑は命を終るまで日々刻々に刻まれつゝある殺されつゝあるところの極刑である、人をして絶望の淵に到らしむべき性質のもので、刑の目的は到底達することを得ないのである、暗黒と不自由、絶望と勞働と云へる如き有ゆる器械を以て徐々に締殺するのである、詰まり生命ある墳墓に外ならぬ、進歩せる此刑法典中に斯くの如き變刑を存置せしむべき理由那邊にかある、試みに司法の理事者、裁判官、司獄官等に就て聞く區に依れば、實際犯罪者が自暴自棄に爲つて兎に角無期以下の犯罪は自由に監獄内に於て犯すさうである、終身懲役なること

を犠牲に供して居るからして如何に之を感化遷善の途に導かんとするも本人既に絶望の淵に沈んで一向之を省みることを爲さないから全く監獄の理事者は困つて居ると云ふのであつた、而も斯かる非難は敢へて新らしき譯でも無い、此故に古くより多くの刑法學者は死刑廢止より尙ほ大きな聲を揚げて此無期刑廢止を主唱して居る、甚だ畏多いことであるが彼の大赦、特赦等の制度に依て真心悔悟せる無期刑囚を救済する方法があるから云々との議論を耳にするけれ共併しながら、天皇の大權に屬する畏多き上奏權などを屬々するは甚だ喜ぶ可らざることである、若し之をも忍ぶ可れば寧ろ法律の上に於て明かに限定して居た方が適當である、未だ無期刑囚に關する精確なる統計は之を見るを得ないけれ共、無期刑囚にして廿年以上の生命を保つたものは今日まで多分一人もあるまいかと思はれる、果して然らば

名は無期刑と云ふと雖事實は二十年以下の有期刑に外なら無い、要するに無期刑なる制度は此場合斷然之を廢止するを以て至當とする (二)無期刑囚の狀態〔此修正説の參考として監獄事務官法學博士小河滋次郎說明〕予の監獄事務上の研究又は監獄當局の者から親しく聞く所に依れば無期刑囚の精神並に健康上に於ける狀況は他一般の囚徒に對して比較的不良なりと云ふことは統計の上に表れて居ない様である、實際上無期囚であるがために精神病者を餘計に出すと云ふても無く又特に多くの死亡者を出すと云ふことも無いのである、彼の九州の三池監獄舊集治監は比較的無期刑囚を多く收容するところであるが最近十ヶ年の調査に依ると十年間に於ける無期刑囚の數三千六百八十人大概一年平均三百六十八人、死亡者が百五十三人と爲つて居る元來此三池監獄は割合に精神病者を多く出す監獄であるが、夫れにも拘はらず

無期刑囚より十ヶ年間に一人の精神病者を出さなかつた、尤も此間に自殺囚を三人出したが而も之れが精神病の結果か何うかは未だ判然しない、又北海道十勝監獄に收容せる無期刑囚は最近十ヶ年に於て總數千八百十四人、内死亡者が四十八人、自殺者一人、精神病者は一人も無いのである、次に無期刑囚は他の有期刑囚に比して獄則に違背するものが少ない、尤も無期囚に對しては動もすれば自暴自棄に傾く虞れがあると云ふので多少特別の注意を拂つて扱ふからでもあらうが、兎に角克く獄内の規則を遵守する、北海道樺太監獄に於ける明治三十九年十月の收容現在囚徒八百五十の内無期囚四百三十一人であつたが、此多數の囚徒中同年一月乃至十月中旬に於て獄則違背の故を以て獄罰に處せられた件數が八百四人に對し僅かに六十六人であつた、轉じて直く側の札幌監獄の同年十月現在收容せる囚徒總數

九百二人、内長期重罪囚は一人も居らぬが、此九百二人の短期囚中獄則違背の故を以て懲罰に處せられた件数は同年一月乃至十月中旬に於て二百七十三件であつた。之等一二の實例に依て見るも長期或は無期徒刑は短期刑囚よりも比較的素行善良であることが判る。現に吾國の當局者及外國の當局者などより長期囚は短期囚よりも却て取扱ひ易ひとの聲を聞き得るのである。要するに無期徒刑と雖も多少の希望を有して居て其行狀も比較的謹慎なのであると云ふことが斷定し得られる。夫れから獄内に於ては彼等に多少の希望を懐かしめる手段として行狀の善良なるものに賞票を與へる例に爲つて居るが此賞票は無期徒刑が比較的多く持つて居る。現に樺太の監獄などでは行狀の善い無期徒刑の一人に獄内の理髮夫を遣らして居つた。固より髯を剃り髪を摘むと云ふ様な仕事は餘程信用を拂ひ得る囚徒にあらざれば

使用することは出来ない、尙又無期徒刑にして二十年以上監獄生活を續けたものは一人もあるまいとの憶説もあつたけれ共現に二十四五年監獄生活を續けた者を實見(小河事務官)したことがある、又無期徒刑囚の健康状態に就ても大體に於て悪いと云ふこともない様であるから必しも二十年以上監獄生活が出来ないとは言ひ難いかと思はれる。

第十四條 有期の懲役又は禁錮を加重する場合に於ては二十年に至ることを得之を減輕する場合に於ては一月以下に降すことを得

○本條と前二條及第五十七條の長期の二倍との關係、即ち第五十七條の長期の二倍とは本條二十年の二倍なりや將た前二條の十五年の二倍なりや「倉庫所載」第十二條及第十三條の規定に

依り有期懲役と有期禁錮は共に其短期は一月、長期は十五年とすとしてあつて、是は絶対の規定になつて居る。如何なる場合でも十五年を越ゆることはない、而して此第十四條は此二條を承けて前二條の刑期は通常の場合の刑期であるから若し加重する場合には二十年までは上げせても宜いと云ふことを規定したので、謂はゞ第十二條第十三條は共に原則的规定で本條は例外と云ふやうな規定になつて居る。従て第五十七條の長期の二倍以下と云ふことは第十四條の制限も承けて二倍以下と讀むが當然であらう、成るほど單純に有期懲役の二倍以下と云ふ勘定は三十年以下と云ふことになるが、第五十七條の規定は決して其三十年と書いたのでは無いのであるから、第十四條の制限に觸れない範圍に於て長期の二倍と讀むが當然ではないかと思ふ。さう云ふ意味を以て第十四條は設けられたのである。

第十五條 罰金は二十圓以上とす但之を減輕する場合に於ては二十圓以下に降すことを得

第十六條 拘留は一日以上三十日未滿とし拘留場に拘置す

第十七條 科料は十錢以上二十圓未滿とす

第十八條 罰金を完納すること能はざる者は一日以上一年以下の期間之を勞役場に留置す

科料を完納すること能はざる者は一日以上三十日以下の期間之を勞役場に留置す

科料を併科したる場合と雖も留置の期間は六十日を超ゆることを得ず

罰金又は科料の言渡を爲すときは其言渡と共に罰金又は科料を完納すること能はざる場合に於ける留置の期間を定め之を言渡す可し
 罰金に付ては裁判確定後三十日内科料に付ては裁判確定後十日内は本人の承諾あるに非ざれば留置の執行を爲すことを得ず

罰金又は科料の言渡を受けたる者其幾分を納むるときは罰金又は科料の全額と留置日數との割合に従ひ其金額に相當する日數を控除して之を留置す留置期間内罰金又は科料を納むるときは前項の割合を以て殘日數に充つ

留置一日の割合に満たざる金額は之を納むることを得ず

○留置處分「法四」 罰金は金額を徴收するを目的とする刑罰なるを以て若し被告人財産を有せざるときは其目的を達する能はず、此場合に於て採るべき方法二箇あり、其第一方法は現行法の所謂換刑處分なれ共此方法は、結局財産あるものは換刑を免るるを得て、財産なきものは常に必ず自由刑に處せらるるの不幸を見るのみならず、罰金を以て輕禁錮に換ふるが爲めに國家は却て幾分の經費を損失し、被告人は徒らに獄中に呻吟するに止り、罰金刑本來の趣旨を没却すること甚し、茲に於て本法は第二の方法を採りて罰金を收むること能はざる被告人は唯之を勞役場に留置して其自由のみを制限し又情況に依り勞働に従事せしめ、これより生じたる利益を以て罰金の幾分に充つるこ

とを目的としたるものなり。

七〇

○罰金を納完せざる場合「法調」現行法は罰金を納完すると否とを本人の自由に委ねたるを以て財産ある者と雖換刑を請求するに至り罰金刑本来の目的に反するの弊を生ず、故に本法は之を改め財産あるときは必ず金錢を納めしめ、財産なきときに限り初めて拘留の處分に出ることとせり、又現行法は金額と禁錮の日數との割合を定め、一日一圓に拆算すと規定したるを以て、若し罰金額多き時は勢その一部を事實上抛棄するの結果を生ず、故に本法は之を改めて裁判所をして罰金の額に應じて適宜に留置の日數を定めしむることとしたり、又現行法は禁錮の期限を二年に限りたるも近來の立法例は之を短縮するのみならず、實際上酷に失する虞れあるを以て本法は之を一年に短縮したるなり、又現行法は罰金納完の日限を一ヶ月と定められたれども、本法

は必しも一ヶ月を俟たず本人の承諾あるときは裁判確定後直ちに留置の處分を爲し得ることとせり、又現行法は換刑手續を定むるれども本法は之を削り刑事訴訟法の規定に讓ることとせり。

(前改正案第一編第十六章)

第十九條 左に記載したる物は之を沒收することを
得

- 一 沒罪行爲を組成したる物
 - 二 犯罪行爲に供し又は供せんとしたる物
 - 三 犯罪行爲より生し又は之に因り得たる物
- 沒收は其物犯人以外の者に屬せざるときに限る

○沒收し得可き物法調本條第一項の二號は現行法の犯罪の用に供したる物件といへるを修補し、犯罪行爲に供したる物及び之

七一

に供せんとしたる物の二者を包含せしめ、以て一方には没收物の意義を明かにし、一方には其範圍を廣めて犯罪の準備に屬する物件をも没收するを得ることとしたるなり、第三號は現行法に犯罪により得たる物件といへるを改めて、没收物の意義を充分明瞭ならしめたるものとす、又本條に没收することを得と規定したるは、若し必要なときは之を没收せざることをなしたるものにして必竟其價值なきものを没收するは徒らに無用の手数を増すのみなるを以て、之を避けたるに外ならず。

(編者曰く本條第二項第一號は現行法に於て單に法に於て禁制したる物件といへるものと前刑法改正案に法に於て所有を禁じたる物件といへるを並列して犯罪行為を組成したるものと補正したるなり)

○第二項の意義「査査所説」 第二項に没收は其物犯人以外の者

に屬せざるときに限るとあるは犯人以外の者の所有に屬せざるときに限ると云ふ意義であつて即ち占有又は所持と云ふことは少しも關係がない、専ら所有權のみを眼中に置いたのである、而して犯人所有の物以外に就て没收の必要あるときは行政處分を以て機宜に之を取上げる方針なのである、之れ畢竟没收なるものは一の刑罰であるから犯人以外の者に追及するは刑罰の本旨に反し、且犯人は何等痛苦を感じないが故に斯く規定するの必要がある。

○没收刑の削除「衆議院に於て第九條審査の際此修正説提出されたと否決と爲る修正説の論旨は」 既に本法が他の附加刑を悉く削りたる以上は獨り没收だけを存置するの必要は無い、之に代る可き方法として裁判力に依らず行政の處分を以て没收すれば夫れて足りるのである、現在も之等に關する單行法が多く出來て居る、元來

没収なる刑は或部分に於ては全く必要がなく或部分に於ては極めて不理智なる刑名である、此第十九條の第一に掲げたる「犯罪行為を組成したる物とは其大部分に於て法律が所有又は占有を禁じたる物件である即ち吾人の財産では無い、財産でない物件を没収して之が財産刑であるとは何事であるか、殊に犯人以外の取得者よりは行政處分て之れを取上ぐるものなるに反し犯人の手に存するときは一の刑罰を以て取り上ると云ふ様な區別を設くる根據は何くにかある、第二號の「犯罪供用の物件も一旦之を取上たからとて之と同様の物件は直ちに求め得らるるのであつて、刑罰としては如何にも馬鹿らしい行政處分て充分である又第三號の「犯罪行為に依て得たるもの、犯罪行為より生じたる物」、之れは稍々没収刑とするの必要を認め得らるれ共、併し之とて態々刑法典中に刑法として掲げ置くの必要切なものでは無

い、他の單行法に一ニヶ條の規定を設くれば事足るのである、要するに没収なる刑を刑法典中に存置するは絶體に其當を得て居ないと云はなければならぬ、

○犯罪行為を組成したる物の意義「平沼學士」 犯罪行為を組成したる物とは所謂罪體と爲りたると云ふの意義であつて、固より所有を禁じたる場合も這入るけれ共、また所有權の目的と爲り得る物も、或は輸入を禁ずるとか或は單純に所持を禁ずると云ふ様な場合も這入る、斯かる場合には勿論所有權の剝奪に爲る、また所有を禁じたる物件は之を没収したからとて所有權剝奪にはならないけれ共併し現に所持して居る占有して居る、之を奪ふと云ふことは矢張り權利の剝奪に爲る、尤も學說上所持を奪ふとか占有を奪ふとか云ふこと即ち現在狀態の變更を權利の褫奪と云ひ得可きか否やに就ては議論の存する所なるへけれ

共本法は之を一の権利義務と見て居るのである。 七六

第二十條 拘留又は科料のみに該る罪に付ては特別の規定あるに非されは没收を科することを得す但前條第一項第一號に記載したる物の没收は此限に在らず。

第二十一條 未決拘留の日數は其全部又は一部を本刑に算入することを得

○本條の規定を要する所以「倉富所説」 現行法は上訴の結果に依て或は未決拘留の日數を刑期に算入し、或は之を算入せない事に爲つて居る。此規定は甚だ適當で無い、また實際の結果に於ても面白くない、夫れ故本條の如く修正したのである、併しながら未決拘留には其日數に長短あり、又未決拘留を要した事

情にも差異あるを以て、其算入方法を法律を以て一概に限定し置く譯に行かぬ、前の改正案は三日を以て一日に充てる四日を以て一日に充てるとか云ふ如き規定を設け居たけれ共、此法全體が成るべく右の如き窮窟なる規定を避けて居るのであるからして、此算入法に就ても矢張り裁判所の裁量に委ねるが適當ならんとのことからして本條の如き規定を設けたのである。

○未決拘留日數加算の趣旨「平沼學士」 未拘留の日數は勿論刑として加算するの意味では無い、之を斟酌して刑期を加へる、即ち未決拘留日數を刑期から引て遣ると云ふ趣旨である、而して前の案には之を刑の計算の章中に規定しありたるを此法は刑の中に編入した其所以は爲めに刑の内容に影響を及ぼす規定と爲るからである。

○未決拘留日數加算の裁判を爲すの時期「同上」 多くの場合に

於ては本刑の判決と同時に言渡すことゝ爲るけれ共、併し必ずしも實體上の裁判と別々に言渡すことを得ないのではない、控訴審に於ても上告審に於ても加算の裁判を爲し得るのである、之等は總て手續の問題に屬するへけれ共、決して本條あるがため右に反對の論決を下すことは出来ない。

○算入日數の計算基準「審留所設」 未決拘留日數算入の標準に就て前の改正案には四日を以て一日に數へるとか、或は三日を以て一日に數へると云ふやうな極く限定したもものになつて居つたけれ共如何にも適當でない、矢張り刑期の長短を裁判官の裁量に任せる以上は此算入のことも其事情、或は未決拘留の長短を實際の事情に應ずるやう裁判官の斟酌に委ぬる方が當を得て居ると思ふ、故に前の案を殊更に改めて斯くの如き規定にしたのである。

○未決拘留日數の算入は之を法律主義とするを可とす「衆議院如上の修正説提出せられ特別委員會に於て可決したれ共委員總會及本會議に於て否決す」 (一)修正説論旨 之を外國の立法例に見るに或は裁判主義とする國があり、或は法律主義とする國が有て未だ一定して居らないけれ共、我が現行刑法は被告人上訴の結果に依りて必ず未決拘留日數を算入することにして居る、又前の改正案も同じく先づ法律主義を採つて居る、即ち我國の法制は不完全ながら法律主義なる沿革を持つて居るのである、また實際に於て現在の裁判官に之を一任し置くは危険が多い、元來被告人を拘留するは治罪上止むを得ざるに出でし救済策であつて而も裁判所の都合上長年月拘留して置く様な場合も間々あるてはないか、然らば其加算日數の量は之を裁判官の斟酌に一任するとしたところが、刑法の主義としては國家が取調の都合上被告

人を拘留したる時日の内假へ一日たりとも之を本刑より引き去ると云ふことに規定して義を徹底せしむるが當然なのである、

(二) 反對論據 未決拘留の日數に長短あるは實際種々の事情に依るのであつて其日數の重なるは事實憫量すべき場合もあるべけれ共、而も事全く被告人の責に歸すべき場合もあるからして矢張之を加算するとせざるは裁判所の裁量に委ぬるを適當とする、若し否らざるときは極端の例を引用すれば僅かに一二日拘留しても之を差引くと云ふ様なことになる、到底法律を以て必ず加算すと極め置くは妥當とは云はれぬ、また修正説の如くするも其日數は毎に裁判所の自由裁量に一任するては無いか、加之必ず未決拘留日數を本刑に加算すること、定め置くときは犯罪の檢舉其他の場合に於て先づ其犯罪の刑期如何を豫測して事に當らざるを得ない様な狀況も生じて來るし、判決を言渡すに

も爲めに或は刑期の盛り方に響きを起すやうな結果に至るやも測り知れないのである。

第三章 期間計算

第二十二條 期間を定むるに月又は年を以てしたるときは曆に従ひて之を計算す

○曆に従ふと改めたる理由「前案所載」 前の改正案及現行法は一日と稱するは二十四時間を以てし一月と稱するは三十日を以てし一年と稱するは曆に従ふと云ふ事になつて居るが、第一、刑法上に於て二十四時を以て一日とすると云うやうな規定は殆んど必要がないのである、一月と稱するは三十日を以てす、是れまた適宜に定めたいけのことで、實際の月でもないのである、

而して實際は何うかと云ふに、矢張り暦の通りで月の半ばで始まつたならば翌月の半ばまで、月の一日から始まつたならば其月一ばいを一月として何も差支ないやうである、何も殊更に期間の年月に異なる計算法を用ゐる必要はない、民法の方でも殆ど斯の如き計算法を用ゐて居る、尤も場合に依て暦の通りでは少し都合の悪いところもあるけれ共、右様な場合には特に月を以て勘定せずして、此法の中にも三十日と云ふ規定を設けた箇所がある、例へば十八條の「一日以上三十日」或は「留置の期間は六十日を超ゆることを得ず其次裁判確定後三十日内云々」、罰金に付ては裁判確定後三十日内云々と云へる如く其必要ありと認むるときは總て日に改めて居る、其他の箇所には特に一月を三十日にしなければならぬ必要はないかと思ふ。「監獄」本法は有期の刑は一月以上と極つて居るが若しも法律上酌量減輕する場合

に一月を二分するには何で割るのであるか、一年を二つに割るときは初等數で二分するから克いか一月、二月、五月などは何うして二分するか、何う判決するか、如何にすれば其判決が違法になるかならぬか。「平沼」答詰り暦に従ふと云ふ上は最長の月乃ち三十一日の半數以下に減すると云ふことは事實上裁判官は爲し得ぬことになるだらうと思ふ、最短の二十八日も其半數以下に減すると云ふことも裁判上に於ては出來ない結果にならうと思ふ。「監獄」二月の月に判決する場合に二月は二十八日であるから減等して十四日に處すと云ふのが何故違法なるや、何を以て一月は暦に従ふとの規定に背くや。「平沼」答詰り斯かる解釋は少し法律論としては窮窟になりはせぬかと思ふ、總ての場合に通すること定め置かなければならぬ、併し是は解釋論であるから反對の説に必ず餘地かないとはいはれぬ。「監獄」三十

一日、二十八日、三十日と云ふ疑點を生ずるものを態々月は曆に従ふとして置くのと、現行法の如く三十日にして何等の疑を生じない様に極めて置くのと、何う云ふ實益があり、何う云ふ法律上の進歩があるか、「各別に進歩ではない詰り同じである、唯計算上曆に従ふのが便利であつて、三十日とすれば勘定が面倒に爲るのである、特に現行法上監獄に於て刑期計算に疑を起すは三十日として居るからである、曆に従へば一日から計算するものなら月末に爲り月の央はから計算すれば翌月の前日で終ることに爲つて、疑を生ずる慮がない様に思ふ、民法でも曆に従ふことになつて居る。

第二十三條 刑期は裁判確定の日より起算す

拘禁せられさる日數は裁判確定後と雖も刑期に算

入せす

○刑期の起算「法調」 現行刑法は第五十條に於て裁判確定後にあらざれば執行せざることを規定し、第五十條に於て刑期は刑名宣告の日より起算することとなし、特に上訴の場合に關し詳細の規定を設けたり、然るに第五十條の如き規定は殆ど當然の事理にして別段に明文を要せざるを以て之を削除し修正案は第一項に於て刑期の起算日を改め裁判確定の日よりすることとなせり、是れ一方には裁判確定後に非ざれば執行せざることを示し、他の一方には上訴に由て以て萬一の僥倖を射んとするの弊を防遏せんとするものなり、抑現行法によれば檢察が上訴するときは常に刑期は前裁判宣告の日より起算し被告が上訴して其上訴正當なるときも亦前判宣告の日より起算することと定めらるゝを以て縱令檢察が上訴して前判決は不當となるも被告人

は却て之が爲めに未決拘留の期間延長し、不當の利益を受くることとなり、又被告人の上訴したる場合に於ても僅かに手續に於て小瑕疵あるが爲めに其上訴正當となり、其間に受けたる未決拘留の期間は時としては刑期より長きことありて、被告は刑の宣告を受くるも全く其執行を免れることあり、或は少くとも判決拘留の日數を刑期に算入するが爲めに大に其執行の日數を減殺せられ従て不當の利益を受くるに至るを以て現時に在ては被告人の上訴は其數甚だ多く、萬一を期して以て苦役を免れんとする弊を生ず、故に之を矯正せんには刑期は必ず裁判確定の日より起算すとすを以て適當なりとす。(前改正條第廿八條)

第二十四條 受刑の初日は時間を論せず全一日として之を計算す時効時間の初日亦同し

放免は刑終了の翌日に於て之を行ふ

○本條第一項の規定を要する所以 「購買」前の案に依れば「期間」を計算するに一日と稱するは二十四時を以てしとあるからして本條第一項の規定の必要は一目瞭然であるけれども、一日は二十四時を以てすと云ふ規定が削られた、此法でも矢張り此規定は必要なるか、〔倉賀、答〕大抵拘留の外は刑期は月になつて居るが、矢張り幾分の疑ひはあるであらう、例へば午後八時に監獄に入れられたからして假令十日と云つても十一日目の晝まで繋いで置かなければならぬかと云ふ疑ひはあるので、殊に二項の方は「放免は刑期終了の翌日に於て之れを行ふ」とあるから旁々其喚起しとしても此一項の規定は置いた方が適當であらうと思ふ。

第四章 刑の執行猶豫

○猶豫制の起因「法學」 刑法の目的は犯罪を防遏するに在り然れども犯罪必罰は未だ必らずしも防遏の目的を達す可きものに非ず蓋し犯人の種類は千態萬狀にして盡く極悪人を以て目す可からざるものあり、或は一時の感情に制せられて罪を犯すに至る者あり、或は社會の境遇に驅られて罪罅に陥る者あり、凡そ此等の犯人は一旦法律の罪人と爲ると雖も再び善良の民たることを得べからざる者に非ざるなり、然るに刑法は常に之を罰して假借する所なく悪人と共に牢獄に投じて顧みる事なきとせば則ち良民も亦悪人の爲めに犯罪の教授を受けて而して忽ち不良の性を養成するに至る、特に短期の自由刑に至りては懲戒の目的を達すること甚だ困難にして、而して却て獄中の惡風に感染すること却て容易なり、牢獄に出入したるが爲めに不可治の犯人と爲りたる者殆ど其幾千なるを知らざるなり、是れ實に

短期刑の通弊なり、此通弊を除くには短期刑に處せられたる者をして牢獄に投ずることなくして、而して懲戒の目的を達する方法を講ずるに如くはなし、其方法は則ち刑の執行の猶豫にあり、此方法に因れば一方に於ては犯人を罰して而して恕する所なきを以て犯罪必罰の趣旨に背かず他の一方に於ては其刑の執行を猶豫して而して犯人をして善行に遷るしむるを以て犯罪防遏の目的を達するに足る、是れ修正案に於て新に本節の規定を設くるに至りたる理由なり。(前改正案第一編第三章第三節)

第二十五條 左に記載したる者二年以下の懲役又は禁錮の言渡を受けたるときは情狀に因り裁判確定の日より一年以上五年以下の期間内其執行を猶豫することを得

一 前に禁錮以上の刑に處せられたることなき者

九〇

二 前に禁錮以上の刑に處せられたることあるも其執行を終り又は其執行の免除を得たる日より七年以内に禁錮以上の刑に處せられたることなき者

○罰金刑に執行猶豫の利益を及ぼすべし「衆議院に於て修正附提
出せられたれ共否決さる」此法は極めて撰擇の方法を採て、禁錮又は罰金、徴役又は罰金と云ふ如く爲つて居る、同一の罪質に科せらるゝ刑としては體刑、金刑敢て擇ふ所は無い、然るに體刑には執行猶豫があり、金刑には執行猶豫が無いと云ふは不權衡たるを免れない、又撰擇刑たる与否とに拘はらず罰金刑は

之を完納せざるときは毎に體刑と爲るではないか、殊に罰金に執行猶豫の利益を及ぼすは實際上大に實益の生ずる場合がある、假へば酒造違反の罰金何十萬圓に科せられたる者が別に他の犯罪のため何百圓、何十圓の罰金に處せられたりとせんか、其何十萬圓の罰金を完納せざるの故を以てどしどし留置の處分を爲すときは勢ひ他の幾百圓、幾十圓の方も納完せないことゝ爲る、之に反し若し何十萬圓の罰金に執行猶豫を爲し遺るときは他の幾百圓、幾十圓の罰金は勢ひ之を完納することゝなる、刑の目的の理論は別であるが實際上國庫の收入を殖する點に於て實益がある、「平沼所説」罰金刑に執行猶豫の利益を及ぼさざる理由は前に大體に通ずる質問の際之を説明せし如く、元來刑の執行猶豫と云ふことは軽い重いと云ふ問題には拘はらぬので、拘留料の如き罰金よりも更に軽いが矢張執行猶豫は致さない、而し

て罰金の如きも勞役場に留置して執行する場合は拘留と同じく行政處分で出場を許すことに爲つて居るから左程不權衡はないと思ふ。次に罰金に執行猶豫の利益を及ぼすは取立の上にて便利があると云ふ點に付ては或は然るや知れされ共、併し本法の規定は本人が罰金を納めざればとて實際財産を有する者よりは之を取立るの方法を充分講じ得ることに爲つて居るのであるから、二箇の罰金刑の言渡ありたるときに一方に執行猶豫を興へて他の方の罰金を容易く取立る様にせんとする方法は大した利益のあるものとも考へられぬ。「竊盜」體刑と罰金と併科せる場合に一方には執行猶豫が出来て一方には執行猶豫が出来ない、其結果第二十七條の規定に依り體刑を言渡されたる犯罪は全部消滅するに拘はらず、罰金を言渡したる半面あるがために其罪は殘て居ると云ふことにはならざるか。「平刑」答「本法は賍

物收受の一ヶ條丈け體刑と罰金とを併科して居る、此場合今の發問の點に付て多少解釋の餘地はあるかも知れぬが、本法の趣旨は此場合に於ては禁錮の言渡の半面丈けの効力を消滅せしむると云ふ趣旨である。

第二十六條 左に記載したる場合に於ては刑の執行

猶豫の言渡を取消す可し

- 一 猶豫の期間内更に罪を犯し禁錮以上の刑に處せられたるとき
- 二 猶豫の言渡前に犯したる他の罪に付き禁錮以上の刑に處せられたるとき
- 三 前條第二號に記載したる者を除く外猶豫の言渡前他の罪に付き禁錮以上の刑に處せられ

たること發覺したるとき

○刑の執行猶豫の言渡後に於ける包藏罪の發覺「平沼學士」 本條第二號猶豫の言渡前に犯したる他の罪に付き禁錮以上の刑に處せられたるときと云ふは 無論包藏罪も含まるのである 或は此包藏罪が前の裁判言渡と同時に發覺したる場合には、猶豫の恩典になつたものかも知れないのであるけれど 併しながら、前に裁判を受ける際に、詰り包藏して居つて、それが猶豫の言渡を受けた後に發覺する、さうしてそのために禁錮以上の刑に處せられるといふと其猶豫の言渡を取消さなければならぬ結果になるのである、其得失に就ては議論があるかも知れぬ、而して此場合に包藏罪に對し裁判を爲すときは既に所謂前に禁錮以上の刑に處せられて居るからして、最早之に執行猶豫の思典を及ぼすことは出来ない結果となる。

第二十七條 刑の執行猶豫の言渡を取消さるることなくして猶豫の期間を経過したるときは刑の言渡は其效力を失ふ

○執行猶豫の效力「法明」 本條は刑の執行猶豫の効力を規定したる者なり、乃ち刑の執行猶豫の期間内其言渡を取消さるることなくして之を経過したるときは其刑の言渡の効力は當然消滅するものとす、是れ本制度の最も主要なる點にして之に因り一旦不幸にして犯罪者となるも其後一定の期間謹慎の状況に在るときは法律は之を以て全く改悛したるものとして其罪を問はず、従て犯人も犯罪者たるの汚名を免れ純白の人を以て世に處することを得るものなり。(前改正條第三十四條)

第五章 假出獄

○假出獄の規定を本法に輯る所以「平沼學士」 假出獄は其性質純然たる行政處分であるけれ共、併し徴役禁錮は監獄て之を執行すると云ふことになつて居る、又拘留は拘留所で執行すると云ふことになつて居るのである、然るに此假出獄なるものは其點に變動を生ずるからして、結局刑の内容に關する所の問題になるのである、故にどうしても刑の内容を取締るところの刑法に之を輯めなければならぬと思ふ。

第二十八條 懲役又は禁錮に處せられたる者改悛の狀あるときは有期刑に付ては其刑期三分の一無期刑に付ては十年を經過したる後行政官廳の處分を以て假に出獄を許すことを得

第二十九條 左に記載したる場合に於ては假出獄の

處分を取消すことを得

- 一 假出獄中更に罪を犯し罰金以上の刑に所せられたるとき
 - 二 假出獄前に犯したる他の罪に付き罰金以上の刑に處せられたるとき
 - 三 假出獄前他の罪に付き罰金以上の刑に處せられたる者にして其刑の執行を爲す可きとき
 - 四 假出獄取締規則に違背したるとき
- 假出獄の處分を取消したるときは出獄中の日數は刑期に算入せず

第三十條 拘留に處せられたる者は情狀に因り何時

にても行政官廳の處分を以て假に出場を許すことを得

罰金又は料料を完納すること能はざるに因り留置せられたる者亦同し

第六章 時効

第三十一條 刑の言渡を受けたる者は時効に因り其執行の免狀を得

○時効の進行が欠席裁判に係るとき「倉庫所説」 時効の進行に就て現行法第六十一條は關席判決の場合には判決宣告の日より起算すると云ふ特別規定を設けて居るけれども、此法では斯かる規定を削除した、是はまだ未定のことであるから、確と明言す

る譯にも行かぬが此法起草のときの考では、どうも關席判決と云ふものが誠に弊害の多いものであるから、先づ成るべく關席判決をしない考であつたのであるが、唯今一應調査を終つて居るところの刑事訴訟法の改正には全く關席判決と云ふことを廢めて居る、それ故此刑法に於ても關席判決と云ふことは先づ見て無い積りなのである。

第三十二條 時効は刑の言渡確定したる後左の期間内其執行を受けざるに因り完成す

- 一 死刑は三十年
- 二 無期の懲役又は禁錮は二十年
- 三 有期の懲役又は禁錮は十年以上は十五年、三年未滿は五年

四 罰金は三年

五 拘留、科料及び没収は一年

第三十三條 時効は法令に依り執行を猶豫し又は之を停止したる期間内は進行せず

○時効進行停止「法調」 時効は不法に刑の執行を免れたる者の爲之を設くるものなれば正當に其執行を免れたる日數は之を時効期間に計算することを得ず、之れ本條の規定ある所以なり。

(前改正案第四十條)

第三十四條 時効は刑の執行に就き犯人を逮捕したるに因り之を中斷す

罰金、科料及び没収の時効は執行行為を爲したるに因り之を中斷す

○時効の中斷「同上」 本條は刑の時効中斷の規定にして、第一項は現行法と同じく刑の執行に付き犯人を逮捕したるときは之を以て中斷の原因となせり、然るに現行法は此外尙ほ檢事より逮捕令狀を發することを以て中斷の原因と爲すと雖も其理由に乏しく、却て或は不公平の結果を生じ、或は到底時効期間の到來することなく、全く時効を設けたる主旨に戻るの虞あるを以て修正案は之を删除せり。

本條第二項は財産を徵收す可き刑の時効の中斷方法にして、此等の刑は若し其全數を分ち數回に分納せしめんとせば未だ之を完納せざる前既に時効の成就する虞あるを以て本案は此等の場合には時効は刑の執行行為に因り中斷せられ、従て常に最後の執行行為より進行を始む可きことを規定したるものなり。(前改正案第四十一條)

第七章 犯罪の不成立及び刑の減免

○題名の趣旨「法罰」 現行法は不論罪及び減輕の語を以て事實の罪と爲らざる場合及び罪となるも其刑を免し若くは之を減輕する場合を包含せしめたり、然れども其意義明瞭を缺き往々にして疑義を生じたることあるを以て修正案は之を改めて罪とならざる場合は之を犯罪の不成立とし、刑を免し若くは減輕する場合を以て刑の減免と爲したり。(前改正案第一編第三章)

第三十五條 法令又は正當の業務に因り爲したる行爲は之を罰せず

○本條の規定を必要とする所以「平沼學士」 本條の要不要に就ては異論のある事であらう、併しながら此法令に依る行爲と云へることに就ては事實上疑を生じないと限らぬのである、假へ

ば官吏が長官の指揮に依つて或行爲を爲したるとき長官の命令違法なりとせんか直ちに屬官の行爲は之を罪とす可きや否やの疑を生ずることゝ爲る、故に矢張り之れ等の場合を解決すべき法文を設けて置く方が理論としてはいざ知らず、實際に於ては便宜なのである、又正當の業務なる語も之と同様往々疑を生ずるのである、例へば相僕又は柔術なとて人を傷けたと云ふ如き場合にも何等據るべき法文なきとは直ちに之を罪とすべきや否やの問題が生じて來る、要するに本條の如きは縱令之あるも別に支障の無い條文であるから、實際の必要上斯かる疑問を避くるため之を存置するを寧ろ至當とするのである。

○業務の意義「同上」 此業務と云へる文字は、他の場所に於ては多くは職務を含むことになつて居るけれ共、本條に於ては職務行爲は上の法令の中に這入るのであるから業務なる語より

自然に職務行為は除外されることとなる。

第三十六條 急迫不正の侵害に對し自己又は他人の權利を防衛する爲め已むことを得ざるに出でたる行為は之を罰せず
防衛の程度を超えたる行為は情狀に因り其刑を減輕又は免除することを得

(草案第三十六條第一項、防衛の程度を超へたる行為は情狀に因り其刑を減輕又は免除す)

○修正のヶ所「法罰」 現行法は防衛の主體を生命、身體、財産等に制限したりと雖も本法は尙其他の權利をも保護すべきものと認め廣く自己及び他人の權利の防衛に關する規定を設けたり、現行法は防衛す可き侵害の程度に付きては其規定頗る不充分に

して第三百十四條但書に於て不正の行為に依り自ら招きたる暴行に非らざることを示すのみなるを以て本法は亦此點を明確にし侵害の急迫にして不正なるを要することを規定し從つて第三百十四條の但書は其必要なきを以て之を删除したり。(前改正案第四十六條)

○草按の減輕、免除すの意義「倉富所說」 防衛の程度を超へたる行為は之を罰すると云ふのが原則になつて、情狀があつて初めて或は其刑を減輕し或は免除することになる、結局其の處分は三通りにならなければならぬ、こゝには減輕又は免除することを得とは書いてないけれ共、實際は其刑を減輕し又は免除するを得と云ふことになるのである、尤も第六十六條には「犯罪の情狀愍諒す可きものは酌量して其刑を減輕することを得」と云ふ文字を用いてあるけれ共、是は其前に「犯罪の情狀愍諒す可きも

のはと云ふやうな風に書いて参たものであるから、下の方に關係すること得となつて居るのである。其趣意に於ては矢張り同一にどちらとも絶対に減輕又は免除すると云ふのでは無い積りである。

○第三十六條第二項第三十七條第一項及第三十八條末項の各末尾に「ることを得」の五字を補修す「貴族院は上の如き修正既を可決し、之に對し衆議院に於て原案復活説提出せられ特別委員會に於ては一旦復活説可決せられたれ共委員總會及本會に於て貴族院の修正に同意せり」
 (一)貴族院の修正論旨、此「狀情に因り其刑を減輕す」とか「減輕又は免除す」とか云へる言葉は二様の意義に解せらるゝことがあるらしい。而して多くの人は起草の趣意に違つた解釋を採ることにならうと思はれる。即ち「狀情に因て減輕か將た免除か」と決まるのであつて兎に角どちらかはせねばならぬと斯う云ふ

解釋を採る人が多くあらう、實際無理もない解釋だと考へられる。然るに原案の趣意は情狀あれば此二つの中のどちらかが出来ること云ふのであつて、本則は減輕も免除もしないと云ふ趣意に相違ない。して見れば誤解の生じないやう明瞭に「減輕又は免除することを得」と書いたら宜からうと思ふ。是までの改正案は即ち其通りになつて居つて既に本院を通過したこともある。又此法に於ても第三十條などは情狀に由り云々、「假に出場を許すことを得」と書た箇所がある。尤も減輕と免除と併記してない場合は事實上間違を生ずることもあるまいけれども、併し用語を一樣にして正しくした方が克い。殊に減輕と免除と列んで書いてある場合は前述の誤解を生ずることにもならうと思ふ。少しも實質を變更するのでない、唯文章を明瞭にする爲に此三ヶ所に「ることを得」と云ふ五字を追加したのである。「反對論旨」此主

張は意味を變へるので無くして其意味を明かにする趣意であつて更に效用のない説である、第三十八條に於て但情狀に因り其刑を減輕すと云ふを何の疑もなく起草の趣旨と同一に解せらるると云ふ以上は、それか減輕はかりてなく免除と云ふ文字が加はるから解釋に疑を生ずとは思はれない、文字が二つ餘計になつたから意味が變つて讀まなければならぬと云ふことはない、次にまた或は杞憂に過ぎないかも知れぬが、得と規定あるときは裁判所は實際の適用上せぬことが多くある様に思はれる、畢竟得することを得と云ふのであれば、しなくつても宜いと云ふ風な解釋に自らなつて來るものと見へて、其適用は狭くなる傾きがある、兎に角何れにするも其意義に異なるところがないとすれば寧ろ得ことを得に反對せなければならぬ、(二)衆議院の原按復活説論旨、本條には貴族院は極めて劣等なる修正を

加へて居る、大臣は之を文字の修正に外ならぬと説明せらるれ共、併し單に文字の修正に過ぎないか何うかに就ては研究を要す可きことであらうと思ふ、成程此狀情に因りなる文字がある以上は自ら狀情を酌量す可き權能が裁判官に在て或は減輕し或は免除する隨意であるかの如く讀である、然るに今刑法の全體を通讀對照するときは得とすと云へる間には各相異なる意義を含有するものと推斷せなければならぬ、決して兩者同一の意義を有するものと速斷するを許されない、從て本條以下二箇條の各箇所に得と補修するときは、之に伴ふて意義を異にするに至るのである、即ち此五文字を加ふると否とに依り準正當防衛權の行使に響きを生ずるものと明言して憚らない、而して本條二項の場合の如きは殊にすと明規して、即ち裁判主義に依らず法律主義を以て必ず減輕免除すべきものと定め置か

なければならぬ、斯くの如くにして正當防衛類似の権利行爲を認めたい、本來正當防衛は犯罪なる看念の下に解釋すべきものにあらざして権利の執行、権利行爲の一として數へなければならぬ、所が己むを得ざると云ふ誠に解釋の出來難い一線を畫いてあつて、此一線は實際上の問題に衝て正當なる判定が付き難いのである、故に之等判別の付き難き場合に於ける斟酌は今日の裁判所に之を一任せず、矢張り法律主義強制主義で確然と極めて置た方が宜からうと思ふ、若し此修正が單に文字の修正に止まるとすれば何れになるも可なれ共ることを得と加へる以上は其間に深き意味を有するだらうと思はれる、要するに此輕からざる貴族院の修正には斷じて同意することが出來なう。

○第三十條の許すことを得と草按第三十六條乃至第三十八條の免除すとの比較〔查當〕 本法第三十條に得と云ふ文字がある、

之は特に行政官廳に處分權を許すと云ふやうな譯で行政官廳の處分を以て假に出場を許すことを得と行政官に之だけの權限を與へると云ふ様な趣旨である、此刑法第三十六條以下は全く裁判上の處分であるから、少し文字は變るけれども、趣意に於ては同様の積りである。

第三十七條 自己又は他人の生命、身體、自由若くは財產に對する現在の危難を避くる爲め己むことを得ざるに出でたる行爲は其行爲より生じたる害其避けんとしたる害の程度を超えざる場合に限り之を罰せず但其程度を超えたる行爲は情狀に因り其刑を減刑又は免除することを得

前項の規定は業務上特別の義務ある者には之を適

用せず

(草案第一項末段、但し其程度を超へたる行爲は、状況に因り其刑を減
「輕又は免除す」)

○本條修正のケ所「法門」 (二)現行刑法第七十五條第一項は所謂
有形の自由を喪失したる場合の規定にして、若し自己の身體外
力の爲めに全く強制せられて爲したるときは是れ外力の作用の
結果にして自己の行爲に非ざるは明文を俟たざるを以て本法は
之を削除し唯意思の上に受けたる外力の結果に關する規定のみ
を設けたり、(三)現行法は防衛の主體を唯自己若くは親屬の身體
に制限すと雖も本法は自己又は他人の貴重なる生命、身體、自
由及び財産は本條の場合に於て之を保護す可きものと認め之に
關する規定を設けたり、(四)現行法は防衛の主體を最も貴重なる
自己又は親屬の身體に限りたるを以て之を防衛するに出たる行

爲は常に罪と成らざることと爲したり、是れ身體の價値は其防
衛の行爲よりも重大なるか故なり、之に反して本法は防衛を擴
張し生命、身體、自由の外財産をも加へたるを以て縱令此等の
權利を保護する現實の必要に出でたる行爲なりと雖も其行爲よ
り生じたる害其避けんとしたる害よりも大にして畢竟保護せん
としたる權利に比すれば却て重大なる他人の權利を害すること
ある場合に於ては其行爲を罪と爲さざれば遂に其弊に堪へざる
に至る可きを以て本法は裁判所をして法律上保護せられたる權
利と之を防衛する目的を以て侵害せられたる權利とを比較し或
は全く其行爲を罪と爲さず或は其行爲を罪として之を罰し又は
之を罰するも其刑を減刑することと爲したり、(四)現行法は自己
の權利を保護す可き危険の程度を天災又は意外の變に因り避く
可からざる危難と爲すと雖も斯かる例示的文字は無用なるを以

て之を改めて現在の危難と爲し語を簡約にして却て其意義を明確ならしめたり、(五)現行法は職務上他人を救護す可き特別の義務ある者に關する規定を闕けるが爲め往々危険なる場合を生ぜざるに非ず是を以て本條は第二項に於て新に之に關する規定を設けたり。(前改正案第四十七條)

第三十八條 罪を犯す意なき行爲は之を罰せず但法律に特別の規定ある場合は此限に在らず
罪本重かる可くして犯すとき知らざる者は其重きに從て處斷することを得ず
法律を知らざるを以て罪を犯す意なしと爲すことを得ず但情狀に因り其刑を減輕することを得

(草案第三項未段、但し狀情に因り其刑を減輕す)

第三十九條 心神喪失者の行爲は之を罰せず

心神耗弱者の行爲は其刑を減輕す

○心神喪失者の意義、平沼學士 本條に心神喪失云々と云へるは前の改正案に於ける精神障礙に因る行爲云々と敢て意義を異にしたのではない、唯民法に心神喪失なる文字を採用して居るから成べく其用例を一致させんとの方針で斯く文字を變更したのである、併しながら民法に云へる心神喪失の狀況にあるものとは無論其意義を異にして居る、詰まり犯罪の當時に心神喪失して居つた者の行爲は之を罰せないと云ふことに爲る、故に犯罪當時心神を喪失して居れば本條の所謂心神喪失者であつて、其前後の狀況等は毫も問ふを要せない。

第四十條 瘖啞者の行爲は之を罰せず又は其刑を減

輕す

○瘖哑者の行為〔倉宮所説〕 瘖哑者の行為に對しては、現行法では絶對に其罪を論ぜずと規定して、如何なる場合にても刑罰を科することは無かつたのである。此刑法の草按調査の際瘖哑者に對する教育法の進歩せる今日は絶對に之を罰せないと云ふは適當でないと言ふ論があつた。成程瘖哑者に對する教育法が進歩して居るには相違ないけれ共、而も未だ通常人が教育を受けざるほどの知識は無い、種々の手段をして僅かに教育して居ると云ふ有様であるから、假令事理が分つた瘖哑者たりとも全然之に普通の刑罰を科すると云ふは餘り極端の改正であらう、餘り激しい改正になるからなどの議論があつて、結局之を罰せない、罰するときは普通の人よりも刑を軽くするが、先づ改正の程度に於て適當であらうと斯ふ意見からして、斯の如き規定になつ

て居るのである。

第四十一條 十四歳に満たざる者の行為は之を罰せず

○責任年齢を高めし所以〔同上〕 現行法は犯罪責任年齢を十二歳として居るが、此刑法草按調査中十四歳よりも今少し高くなければならぬ、十八歳などと云ふ極端な議論も出た、或は又十五歳、十六歳と云ふ意見も出たが、どうしても責任年齢は成るべく上の方にして刑法上では之を罰せない、矯正上懲治の處分をすると云ふことは極めて必要であるけれども、普通の刑を科して幼年者を訓戒すると云ふは決して適當でない、それで責任年齢は高くして、成る可く普通の刑を科せぬ方が適當であると云ふ考を以て、十四歳として現行法より二歳だけを上げせることゝなつた、尙ほ一時はもう少し高くなつた事もあつたけ

れども、結局十四歳と云ふことに折合を付けたのである。次に彼の幼者に對する懲治處分は刑法上より之を削除したけれども實際上懲治處分は致す積りて、何れ感化法でも少しの修正を加へたならば總ての懲治法は差支なく行はれるであらうと思ふ。

○十四歳以上の幼年者に對する法律上の減輕「同上」 現行法にては十二歳未滿の者は絶対に罰しない、十二歳から十六歳までは是非の辨別の有無に依つて或は罰し或は罰しない、十六歳から二十歳までの間は本刑中一等を減ずると云ふことになつて居るけれども、此法は單純に十四歳前後を以て責任の有無を區別して十四歳以上の者は斷然減輕を與へないと云ふことにして居る。現行法に於ける二十歳までは其罪を減輕宥怒するとの規定は、其結果或は極めて不適當の場合が出て來るだらうと思はれる。二十歳と云へば數へ年の二十二歳になる者もあつて、隨分

強盜殺人其他弊惡なる犯罪を遂行するものが往々ある。けれども之に對して毎に其刑は必ず一等を減せぬければならぬと云ふやうなことに爲り隨分實際に困る場合がある。故に此法は寧ろ十四歳以上の者に法律上の減等を與へないことにしたのである併し本法は裁判上酌量減輕の途は充分に備はつて居るからして例令どの種類の重い犯罪も事態に適應する減輕が出来るのである。從て十四歳以上の者にも特に法律上の減輕を與へるの必要は無いことになる。

第四十二條 罪を犯し未だ官に發覺せざる前自首したる者は其刑を減輕することを得

告訴を待て論ず可き罪に付き告訴權を有する者に首服したる者亦同し

○本條の自首減輕制と現行法との異同「谷野學士」
 の自首減輕制と本條との主要なる異同は、本條は第一自首減輕は凡ての罪に適用あるものと爲したること 第二、自首減輕を裁判的減輕と爲し減輕するとせざるを裁判官の裁量に委ねたること 第三、財産に對する罪に付きては首服減輕を認めず告訴を俟つて論ずべき罪に付てのみ之を認めたること 第四、財産に對する罪に付き贓物又は損害を還償したる自首減輕を認めざりしこと等である。

○發覺 (第五十八條參照)

第八章 未遂罪

○未遂罪の條件「法蘭」 現行刑法は犯罪の實行に着手したる後ち意外の障礙若くは舛錯に因りて之を遂げざるものを以て未

遂罪となせり、然れども一未犯罪の實行に着手したる後は犯人意外の障礙若くは舛錯に因ると否とを問はず凡て之を遂げざる場合を以て未遂罪と爲す可きものなり、修正案は此主旨に基き犯罪を遂ぐるの目的を以て之を達するの手段を行ひ始めて之を遂ぐることを能はざるときは其原因如何を問はず凡て未遂罪と爲す主義を採り彼の現行法の解釋上所謂著手未遂罪若くは缺効未遂の區別を認めず、又其處分に至りても必ずしも刑を減輕せずして而して一に情狀に依ることと爲せり、是れ未遂罪は多くは其結果たる危害も既遂罪に比して多少輕きものありと雖も時として其犯情の恕す可らざるものあるを以て其刑を減輕する否とは一に裁判所の判斷に任したるなり。(前改正案第一編第四章)

第四十三條 犯罪の實行に著手し之を遂げざる者は其刑を減輕することを得但自己の意思に因り之を

止めたるときは其刑を減輕又は免除す

〔草案第四十三條、犯罪の實行に著手し之を遂げざる者は其刑を減輕す、但自己の意思に因り之を止めたるときは其刑を減輕又は免除す〕

○草按の減輕すの意義「倉富所説」 前の改正案には「其刑を減輕することを得」としてあつて今回の按には「減輕す」と爲つて居る無論其趣旨に差異があるに相違ない、成るほど未遂犯の場合には其情狀の惡むべきもの害の大なるものもあるべけれ共概すれば矢張り既遂犯と較べて其結果を異にする、假へは殺人行爲の場合に被害者は氣息奄々の慘狀に陥たとしたところが、まだ生きて居るだけ其害が輕いと云はなければならぬ、殊に現行刑法の此未遂犯の場合に一等を減ずると其規定は實際の適用上、不都合があつたと云ふ實例もさう澤山は無いのである、矢張り此未遂犯は徒らに犯人の側からのみ觀察しないで被害物體の方

に著目して處分を異にした方が適當と云ふ趣旨を以て此規定を改めたのである、尤も中止犯の場合には其刑を免除又は減輕すと規定してあるけれ共、之も矢張程度の問題で、例へ自分の意思で中止した場合とて除ほど犯行を進めて罷めた場合もある、又始めに罷める場合もあつて一樣でないから其刑を或は免除し或は減輕するのである、此と同時に未遂犯の犯行の場合には其刑を減輕すと規定するは至極權衡を得たものと云はなければならぬ。

○未遂犯は其刑を減輕することを得とすべし「貴族院に於て上の如き修正既を可決したれ共衆議院は之を原案に復活し兩院協議會に於て貴族院の修正に同意せり」 貴族院修正理由、未遂罪には種々の狀況が有て決して着手した直ぐ捕へられたと斯ふ様な場合のみではない、充分の手段方法を盡したれ共唯其結果が豫規する

ところに迄及はなかつたと云ふ如き其状情の最も重く其結果も既遂の場合と毫も異ならないときがある、故に前の改正案に其刑を軽減又は免除することを得とありしは頗る至當の改正であつたるにも拘はらず、今回の改正案に於て法律主義の減輕免除を認めたるは其理由を發見するとに苦しむのである、殊に本條の但書と平仄の合はない規定と云はなければならぬ。

○中止犯免除主義〔衆議院に於て如上の修正説提出せられたれ共成立せず其論旨は〕

中止犯は兎に角犯人が任意に罪の實行を中止し、自ら國家の力を借らずして結果の發生を防ぐのである、國家は爲に危険を消却し、同時に危険に依て害を生ぜんとする意思をも滅却すべき利益を受くるのである、又國家政策或は刑事政策の上から之を見るも中止犯必罰は犯人をして寧ろ罪の實行を企てしむる傾き即犯罪の獎勵と爲る場合もある、要するに中

止犯は理論上政策上免除主義を採るを以て最も至當とする

○刑法起草 中止犯法制論〔谷野學士所論〕 所謂中止犯の場合

を未遂の體様と爲すべきや否や未遂の體様と爲すとすも特別の明文を以て罪と爲さざる可きか將た罪と爲すべきかに付て異論なき能はず。

イ、中止犯の場合に於ては之を處罰せざる法制 學者中止犯の場合に之を處罰せざる理由を説明して或は其犯意が不充分なる故なり、或は未遂は行爲者が犯行を中止せざる事を條件として處罰せらる可き者なり、或は犯意は事後に於て抹消せられ若くは其行爲より撤回せられたればなり、或は行爲者に對して犯行を中止せしむる政略なりと謂へり、余は中止犯を處罰せざる法制を贊同するものにあらずと雖も若し之を處罰す可らざる理由を説明することを要すとせば中止犯は其行爲に

於て何等有形の危険を生ぜざるのみならず之を生ぜしめんとする意思か減退せるを以て之を處罰せずとも敢て公の秩序に害なきを以てなりと謂はんと欲す、而して歐洲諸國の刑法は沿革上如上の法制を認むるもの多し、然るに此法制を採用するものも其規定方法には自ら之を積極的に規定する法制と消極的に規定する法制の區別あることを免れず、現行刑法は積極的に規定する法制を採れり。

○、中止犯の場合に於ても之を處罰する法制、此法制は近時漸く刑法界に萌芽を發したるものにして我刑法改正案は此方法を採用せり、蓋し歐洲の立法例に於ては沿革上中止犯は之を罰せざる主義を採れるを以て學者各之を罰せざる理由を附會して説明すと雖も其理由たるや上に述べたる如く一も見るべきものなし、或は有形の危険を防ぐことを以て條件とせんか、

中止犯にあらざる未遂も亦概ね有形の危険を生ぜざるにはあらずや、或は犯行の中止を奨励する政略に出づるものとせんか中止犯のみ濫發する弊害なきにあらず、要するに刑法の目的は公の秩序維持に在るを以て中止犯の如きも之を處罰すると否とは各其場合の事情を參酌して判断すべく法律上豫め之れを一定し得べきものにあらず、然らば中止犯に對して刑を免除すると之を減輕して處罰するとは一に之を判事の裁量に任し刑法に於ては消極的に規定する法制に依り中止犯の場合に於ては其刑を免除するときも其刑を輕減して處罰する場合との二場合あり得ることを認むるも可なりと信ず、外國に於ても本來犯行を中止せる場合と雖も之を處罰する必要を感じ一に中止犯の規定に於ては原則として之を罰せざるに拘らず其中止なる意義を制限して其適用を狭少にせり、例へばハノ

バーヘッセン、ダルムスタット、バーデンキー、リッゲン、普魯西、ザクセン等の刑法は犯行の終りたる後其結果の發生を防止せる場合は之を犯行の中止と認めずして普通の未遂として之を處罰し、巴威爾、ヘッセン、ダルムスタットの刑法は或は眞正に悔悟して犯行を中止したる場合或は科刑を恐れて中止したる場合にあらざれば之を中止犯と認めずして普通の未遂犯として處罰せり、以て實際上犯行を中止せるときと雖も之を處罰する必要あることを知るに足るべし。

中止犯に關する法制は斯の如く多様なるに拘らず我現行刑法は中止に係る未遂は之を處罰せざる主義を取り而して主義を表示する爲めに積極的の規定方法を採用せり、刑法は犯行の中止に係る未遂は全然處罰せざる主義を採れるを以て

イ 既に其犯行を終りたる後自己の意思に因りて其結果の發生

を防止したるときと雖も亦之を犯行の中止と謂ふことを得ず従つて處罰するを得ず。

ロ、犯行の中止には所謂情狀の重き中止なるものありて其中止の時既に他の既遂犯たる體様を有せるものあり、刑法は犯行の中止に係る未遂のみを處罰せざるに止まるを以て其未遂中に包含せらるゝ既遂犯あるときは固より之を處罰せざる可からず。

刑法は積極的に規定するの法制を採用せるを以て

イ、自己の意思に因り犯行を中止したるときは如何なる場合と雖も之を犯行の中止と爲すべし、特に其中止の原由が善意なると悪意なると即ち眞正に悔悟したると又は再擧を謀るに在ると科刑を恐れたるに在ると又は發覺を恐れたるに在るとを問はず。

ロ、犯行の中止に係る未遂は之を法律上の未遂と認めず、即ち此種の行爲は其性質上罪たる行爲にあらざるを以て其共犯は之を法律上の共犯と認むること能はず、換言すれば犯行の中止ありたるときは事實上正犯準正犯又は共犯ありと雖も法律上に於ては之を正犯又は共犯として處罰することを得ず。現行刑法の犯行の中止に關する法制は大體に於て非難すべきところなしと雖も少くとも近時の社會の情勢に適せず從て之に依りて刑法の目的を達することを得ざるは既に述べたるところなり。

刑法改正案(前改正案)は第五十五條に於て「但自己の意思に因り之を止めたるときは其刑を減輕又は免除すと明言し、消極的に制定する法制を採りたるのみならず判事の裁量するところに從ひ中止犯を認むる場合と之を認めざる場合との區別ある可き旨を

規定せり、余は此修正を以て敢て不當なりと謂ふ者にあらず唯犯行の中止なる體様を表示するに「之を止めたるときは」なる語を用ひ犯行には既に其實行を終りたる後發生せんとする結果の發生を防止する體様ありや否やを正確に斷定せざるを憾とすと雖も余は改正案の立法者は此體様をも此語中に包含せしめたるものと信す、然れども「之を止めたるときは」なる語中に此體様を包含せしめんとするは文字上極めて專横の處置なりと謂はざることを得ず。

二「平沼學士所論」 中止犯は理論上より言へば未遂犯の一種なりと雖も現行法は之を未遂犯中より除外す、而して既遂に至らざる行爲にして既遂犯の名稱を下すこと能はざるものは特別の明文なくんば之を罰すること能はず、故に現行法の解釋論としては中止犯を以て罰すべからざる行爲と爲す。

中止犯を罰せざるは政策に出て學理上の根據を有せず立法論として中止をて未遂に入れ判官の裁量に依り免刑の事由となすを可とす。

第四十四條 未遂罪を罰する場合は各本條に於て之を定む

○刑法起草委員の現行法第百十三條の批難「谷野學士所論」特に罪の着手又は準備を重罪の刑を以てしたるもの、例之現行刑法第百二十四條及第百二十五條等の未遂罪には更に未遂犯成立するにあらざるや、刑法第百十二條及び第百十三條に依れば重罪を犯さんとして未だ遂げざるものは之を未遂犯となし其重罪の何たるやは單に其刑か重罪の刑なると否とに因りて決するを以て此種の未遂犯罪と雖も其刑か若し重罪の刑なるときは其未遂犯は即ち重罪にして重罪には必ず其未遂犯あり得へきなり、余は解

釋論としては法律上特別に罪の未遂又は準備を處罰したるものと雖其刑にして重罪の刑ならんか單に其既遂犯成立し得べしと謂はんと欲するも立法論としては是れ刑法の一大缺點ならざるや否やを疑ふなり、蓋し特別の明文を以て未遂又は準備を處罰するは固より事物の例外に屬するを以て此種の犯罪に對して更に其未遂を未遂犯として處罰せんか除外例に除外例を認むるの嫌あるのみならず又論理上極めて解し難き問題を生ず可きなり、「リスト」「ベルネル」「ウエッテル」等は此種の罪には未遂罪成立せずと曰ひ「マイエル」「フランク」は未遂罪成立すと曰ふ余は前者を至當なりと信ずるものなり、刑法改正案は現行刑法と異なり未遂犯は皆各本條に於ける明文を俟て始めて成立するものと爲せるを以て未遂犯の成立すると否とは一に之を各本條に於ける明文に依りて定めざる可からず、即ち刑法改正案の法制を採用せば

全く此種の疑問を生ずることなきなり。

第九章 併合罪

○標題の修正及併科〔法罰〕 現行刑法の數罪俱發の名を改め併合罪となしたる所以は確定裁判を経ざる數罪は必ずしも俱に發覺することなし、一罪既に確定裁判を経たる後他の一罪の發覺する場合なきに非ず之等の場合に於て數罪俱發の名稱は稍穩當を缺くの嫌あり、又本法第五十七條に在るか如く確定裁判前の數罪は其發覺の前後如何を問はず常に併合してこれを處斷するを以て寧ろ併合罪と名づくるの勝れるに如かざるなり、然れども併合罪と稱するも各罪を合併して新一罪となすに非ずして各罪は尙ほ獨立して存在し唯之を併合して處斷するの義なり、現行法は數罪俱發の場合に於て違警罪を除く外は所謂吸收主義

に依り數箇の犯罪中一の重きに從て處斷する主義を採れり、此を以て一度罪を犯したる者は其裁判確定に至るまでは之れと同等若くは輕き罪は幾度之を犯すと雖も後の犯罪に對する刑は常に第一の犯罪に對する刑に吸收せられ後の犯罪は全く處罰を受くることなき結果に至る、加之一罪を犯したるものと數罪を犯したるものとは常に同一の刑を以て處斷せらるるに至り頗る不當の結果を來たすを以て修正案は此主義を排斥し所謂併科主義を採り一罪毎に各々其刑を科することを原則としたり、但死刑又は無期刑に當る罪と他の罪と併發するときは事實上各罪に對して各刑を併科し得可からざるものあるを以て此場合には例外として或刑に付きては吸收主義を採り又有期の自由刑に付き各犯罪毎に一の刑を科するとすれば時には其刑期數十年の長きに至るの虞あるを以て此場合にも例外として制限併科の主義を採

第四十五條 確定裁判を経ざる數罪を併合罪とす若し或罪に就き確定裁判ありたるときは止た其罪と其裁判確定前に犯したる罪とを併合罪とす

第四十六條 併合罪中其一罪に就き死刑に處す可きときは他の刑を科せず但沒收は此限に在らず
其一罪に就き無期の懲役又は禁錮に處す可きとき亦他の刑を科せず但罰金、科料及ひ沒收は此限に在らず

第四十七條 併合罪中二個以上の有期の懲役又は禁

錮に處す可き罪あるときは其最も重き罪に付き定めたる刑の長期に其半數を加へたるものを以て長期とす但各罪に付き定めたる刑の長期を合算したるものに超ゆることを得ず

第四十八條 罰金と他の刑とは之を併科す但第四十六條第一項の場合に此限に在らず
二個以上の罰金は各罪に付き定めたる罰金の合算額以下に於て處斷す

第四十九條 併合罪中重き罪に沒收なしと雖も他の罪に沒收あるときは之を附加することを得
二個以上の沒收は之を併科す

第五十條 併合罪中既に裁判を経たる罪と未だ裁判を経ざる罪とあるときは更に裁判を経ざる罪に付き處斷す

第五十一條 併合罪に付き二個以上の裁判ありたるときは其刑を併せて之を執行す但死刑を執行す可きときは沒收を除く外他の刑を執行せず無期の懲役又は禁錮を執行す可きときは罰金、科料及び沒收を除く外他の刑を執行せず有期の懲役又は禁錮の執行は其最も重き罪に付き定めたる刑の長期に其半數を加へたるものに超ゆることを得す

第五十二條 併合罪に付き處斷せられたる者或罪に

付き大赦を受けたる場合に於ては特に大赦を受けざる罪に付き刑を定む

第五十三條 拘留又は科料と他の刑とは之を併科す但第四十六條の場合は此限に在らず
二個以上の拘留又は科料は之を併科す

第五十四條 一個の行爲にして數個の罪名に觸れ又は犯罪の手段若くは結果たる行爲にして他の罪名に觸るときは其最も重き刑を以て處斷す

第四十九條第二項の規定は前項の場合に之を適用す

第五十五條 連続したる數個の行爲にして同一の罪

名に觸るときは一罪として之を處斷す

○刑法起草委員の連續犯數罪論二、谷野學士所論

連續犯は一行爲な

りや又た數多の行爲なりや予は連續犯とは行爲者が連續して同一罪の罪態を實行せしむべき數個の行爲を犯したる場合を曰ふと定義せん、蓋し罪とは法律に於て禁令する行爲なり、然らば如何に輕微の罪なりと雖も一度其罪を犯さば是れ一行爲たるべく如何に直前直後の關係を有して同一罪を犯したりとするも是れ遂に二個の行爲たるべきこと殆ど疑似の餘地なし主観主義者は決心又は犯意の一個なることを連續犯成立の要素とするを以て或は之を同一の意思に基づき數多の動作なりと斷定して一行爲なりと論ずる者なきにあらざるべしと雖も近時進歩せる法理は連續犯の成立に決心又は犯意の一個たることを必要とせざるを以て従つて之を一行爲なりとするの誤謬なること亦辨を埃た

ず既に連續犯を以て數多の行爲より成るものとせば何が故に之を數罪として處罰せざるや予は單に歐洲の法界に於ける沿革以外に何等處罰す可らざる理由あるを見ず予は連續犯と雖も苟くも其行爲數個なりとせんか之を數罪として處斷すること刑法上の元則なりと思量す、果して數罪として處斷すること刑法上の原則なりとせば明文を以て之を一罪として處斷する旨を規定するにあらざれば當然之を數罪として處斷すべきなり、我現行刑法は連續犯に付き何等の規定を設けざるが故に連續犯は之を數罪として處斷すべきものなりと信ず、然りと雖も連續犯の如きは假し之を數罪とするも數罪俱發若くは併合犯の適用に依り一罪の刑又は一個の刑のみに處せらるべきものにして其結果は其罪に於て同一なるのみならず其犯行の同時も相互に近接するを以て之を法律上一罪と見ることを便宜なりとす、故に獨乙刑法も

第七十四條に於て獨立したる數個の行爲に依り數度同一の重罪又は輕罪を犯し之に依て數多の有期自由刑に處せらるべきものには其處せらるべき刑中最重のものを加重したる併合罪を言渡すべしと規定し、奧地利刑法草案、和蘭刑法草案、那威刑法草案等の多數の立法例も亦同一の規定を設けたるのみならず學說として又た一人の連續犯を數罪として處斷すべきものと論斷したる者あるを見ず、然らば立法論としては連續犯を一罪として處斷することを可とするか如し、故に吾刑法學者も立法論上の斷定を直ちに現行刑法の解釋論となし何等の明文なきに拘らず連續犯は一罪として處斷すべきものなりと論斷して之を疑はざるもの多しと雖も其誤謬なることは既に上述せるところなり、刑法改正案は是に見るところあり現行刑法の缺點を修正し連續したる數個の行爲にして同一の罪名に觸るゝときは一罪として之

を處斷すと明定し其行爲は數個なること其本質上は數罪なる事及び法律上特に一罪として處斷することを明確にしたなり。

二 平沼學士所論 連續犯は同種類に屬する多數の行爲より成る此場合に於て多數の行爲に連續するは其性質の同一なるに依る性質の同一なるを理由として多數の行爲を一に連續するには其總てが同一の法律利益に對すること及び法律上同種の方法を以て實行せらるゝことを要す、例へば甲者數度乙者の妻たる丙者と通するは一の姦通罪なり、然れども甲者が丙者と通じたる後更に丁者の妻たる戊者と通するとき之を一に連續することを得ず、又甲者が數度戸締なき乙者の倉庫に入り米俵を竊取する行爲は之を合して一の連續犯となすことを得るも戸締なき倉庫に入りて犯したる竊取行爲と鎖鑰を破りて犯したる竊取行爲とは之を合して一節となすことを得ず。

連續犯は多數の行爲より成る者を以て單一の行爲となすは誤認なり或は單一の決意を要素となし或は決意と結果の單一なることを要素となし強て連續犯を單一の行爲となさんとする學說あれども予は之を採用せず

第十章 累犯

○累犯の意義「平沼學士所説」 第五十六條第五十七條に再犯の規定がある、此再犯は勿論累犯の一つで、三犯以上も總て累犯になる、從來の再犯なる文字を累犯と改めたのは再犯から上三犯、四犯、五犯、總て含ませる爲に累犯といふ文字を採用したのである。

(編者曰く衆議員に於て一議員は此平沼學士の説明に對し夫れは多分平沼君の本意ではあるまい、一般刑事法上の累犯とは意味を異にして居るからと言へり)

○前科の包藏同上 前科包藏者の多き現狀に對して當局者は餘程講究しつつある、東京大阪の如く人の出遣り頻繁の所は殊に前科包藏者が多い、而も其前科發見方法として現在は犯罪人姓名簿等に據るの外はないので未だ充分の效を收め得るとは云ひ難い、或は犯人の特徴等に氣を留めて前科者なることを發見する方法を講じたいと思つて居るけれど、未だ其運びに至らない、併しながら監獄に於ては度々遣入て來る犯人の面貌を克く識て居るからして裁判當時には前科者たることを發見し得なくとも後に監獄で發見し得る場合が非常に多い、茲に於て本法は第五十八條の規定を設け再犯加重の精神を可成貫かんと欲したのである、尤も此規定を設けたればとて敢て事足る譯でも無いから將來前科の包藏に對しては可然方法を研究せなければならぬ。

第五十六條 懲役に處せられたる者其執行を終り又は執行の免除ありたる日より五年内に更に罪を犯し有期懲役に處す可きときは之を再犯とす。

懲役に該る罪と同質の罪に因り死刑に處せられたる者其執行の免除ありたる日より又は減刑に因り懲役に減輕せられ其執行を終り若くは執行の免除ありたる日より前項の期間内に更に罪を犯し有期懲役に處す可きとき亦同し。

併合罪に付き處斷せられたる者其併合罪中懲役に處す可き罪ありたるときは其罪最重のものに非すと雖も再犯例の適用に付ては懲役に處せられたる

ものと看做す

○再犯加重を同種又は類似の犯罪に限らしむべし「衆議院に於て此修正説提出せられたれ共否決と爲る其論旨は」元來此累犯の規定は慣行犯人を重罰すると云ふのが本來の主義であつて、罪質の全く異なるものに向つて此再犯の規定を適要すると云ふことは如何にも亂暴であると信じられる、例へば前科が名譽毀損の罪であつて再犯が窃盜であるときに之を全く同じ罪に依つて刑を受けて居るにも拘らず尙改悛せずして再び罪を犯したから重く處罰しなければいけぬと云ふ理由にならぬと思はれる、殊に後の罪の性質と前の罪の性質と同様であつたとき始て本章の題目の所謂累犯と學術上の累犯との一致を見るのである、又曾て司法省の舊草案にも此主義を迎へられたことがある。

第五十七條 再犯の刑は其罪に付き定めたる懲役の

長期の二倍以下とす

○長期の二倍 (第十三條参照)

第五十八條 裁判確定後再犯者たることを發見したるときは前條の規定に従ひ加重す可き刑を定む
懲役の執行を終りたる後又は其執行の免除ありたる後發見せられたる者に付ては前項の規定を適用せず

(草案第五十八條第二項、懲役の執行を終り又は其執行の免除ありたるものに付ては前項の規定を適用せず)

○確定裁判の效力に對する例外「平沼學士」 本條は實際の必要上確定判決の效力に關する例外を設けたのである、尤も現在の刑事訴訟法では斯ふ云ふ場合に確定判決を動す手續の規定が無い、無論施行法を以て補はなければならぬが、其手續は一例を

舉げて見れば之を裁判すべき裁判所の檢事が請求する、裁判所は其請求に依て決定すると云ふ様なことであらう、

○草按第二項の趣旨「同上」 第二項は刑の執行中に前科の包藏を發見し且つ執行中に再犯加重の決定を結了し終りたるものに適用すると云ふのである、其理由は刑の執行を終て獄を出た者にまで追及するは聊か過當である、そこまで追及するにも及ばないと云ふ趣旨である、此規定の結果として刑の終了まで隠し遂げたものは利益を見ることとなり又其包藏罪に本條を適用せんとする手續中刑期の終了したる者などに對して最早追及し得ないことにもなるけれ共、併し實際の手續なるものは收て複雑に涉る様なこともない積りであるから、實際論としては本條第二項の規定は不都合はないと思はれる

○第二項を懲役の執行を終りたる後又は其執行の免除ありたる

後發見せられたる者に就ては前項の規定を適用せずと修正す（衆議院に於て此修正説を可決し附院協議會の議に於て確定法文と爲る其修正論旨は） 要するに刑の満期、執行の免除以前に前科が發覺したる以上は之れが手續中に看す々々刑の満期と爲り爲に本項規定の趣旨を遂行し得ない結果と爲る弊害を防がんがための修正である、即ち執行満期若しくは免除前に前科に付いての刑の加重の請求が裁判所に向つて提出されたならばそれで満期後と雖も宣告の出來ることに致したいと云ふ趣旨である、成程満期にならない以前に加重の刑を手早く言渡してしまふことが常に故障なく行はれるとすれば敢て差問ないが併し思ふに此加重刑を言渡すに付いての手續も少なくとも抗告位は許さなければならぬであらう、然るに原按の如き規定を設くるときは當事者に不法の抗辨を奨励するやうな結果となり、又其半面より之を

見れば檢事若しくは裁判官が職務上の繁忙を極める様な折に加重刑を發見したるときなどは早く其言渡手續を完了せんと欲して不注意の取扱ひに出ることとなるかも知れない

○發見と發覺（平沼所説） 發見は同一犯人に對して尙ほ他に犯罪のあることが始めて知れたる場合に用ひ、發覺は犯罪事實及其犯人の初めて知れたる場合に用ひたのである

第五十九條 三犯以上の者と雖も仍ほ再犯の例に同し

第十一章 共犯

第六十條 二人以上共同して犯罪を實行したる者は皆正犯とす

○共同して「法罰」 現行法第百四條は現になる文字を以て實行正犯の意義を明かにしたれ共其意義狭きに失するの嫌なきにあらざるを以て本條は之に修正を加へ共同してなる文字を採用したり。

○各自に其刑を科すの削除「同上」 現行法は共犯者各自に其刑を科すと規定すれ共、既に法律に於て各自正犯と規定したる以上は各自正犯として其刑を科せらるることは明文を俟たざるを以て本條は此數字を削除したり。

第六十一條 人を教唆して犯罪を實行したる者は正犯に準ず

教唆者を教唆したる者亦同し

○教唆者を準正犯と爲す「同上」

本條第一項は所謂實行正犯

なる者を教唆したる場合の規定とす。

現行法は又教唆者を正犯と爲すと規定すれども此刑法は正犯に準ずと改めたり、是れ教唆者は實行正犯に非ざるも其責任に於ては正犯と同一なることを明にするものなり。

○教唆者の教唆「同上」 第二項は新に設けたる規定にして實行正犯のみならず教唆者を教唆したる者をも亦之を罰するものなり、現行法に於て此規定なきが爲め實際上往々不良の徒を免れしめたることなきにあらず、此刑法は此理由に依り教唆者を教唆したる者も亦實行正犯を教唆したるものと同じく準正犯と爲すことを規定したるなり、教唆者の教唆が幾つも重なる場合はあるかも知れぬが、本條のは先づ一段丈けと云ふ積りである。

(議員の質問による)

第六十二條 正犯を幫助したる者は從犯とす

従犯を教唆したる者は従犯に準ず

○幫助の方法「法調」 現行法第九九條は幫助に付ての方法を列擧したるも是れ唯例示に過ぎずして何等の實益あることなし故に改正案は其方法を示さず苟も正犯を幫助したる者は凡て之を従犯と爲すこととせり、然れども廣く學說に所謂事後従犯の如き者をも包含せしむるの主旨に非ずして現行法と同じく事前の従犯のみに限るものとす、只其幫助の方法に付き現行法の如く制限せざるのみなり、(前改正案第七十四條)

第六十三條 従犯の刑は正犯の刑に照して減輕す

第六十四條 拘留又は科料のみに處す可き罪の教唆者及び従犯は特別の規定あるに非されは之を罰せず

第六十五條 犯人の身分に因り構成す可き犯罪行為に加功したるときは其身分なき者と雖も仍ほ其犯とす

身分に因り特に刑の輕重あるときは其身分なき者には通常の刑を科す

○刑法起草委員の被教唆者の過剰犯行論「谷野學士所論」 教唆の動作は被教唆者の犯意を生ぜしむる原因たりと雖も被教唆者の犯行は教唆せし犯行に比し輕重又は多寡の差異あるときは其教唆したる罪の教唆者又は其被教唆者の行ひたる罪の教唆犯のみ成立す此場合は被教唆教唆者の過剰の犯行と曰ふものにして過剰の犯行なるや否やを決するには常に教唆の意義に依るべく決して教唆の言辭に依るべからず被教唆者が若し教唆者の教唆したる罪よ

り數量に於て多數なる罪を犯したるとき又は性質に於て重き罪を犯したるときは教唆者は其教唆したる罪の分量又は性質に於てのみ教唆者たるべく被教唆者若し數量に於て少數の罪を犯したるとき又は性質に於て輕き罪を犯したるときは教唆者が爲したる多數の罪又は重き罪に對する教唆は當然少數の罪又は輕き罪に對する教唆を包含す可きを以て教唆者は被教唆者が爲に行ひたる罪の分量又は性質に於てのみ教唆者たるべし、而して目的物の錯誤又は行爲の不奏功の場合に於ては一般の元則に従ひ或は罪ありとし又は罪なしとせざるべからず現行刑法第百八條は此場合に付き規定す、現行法の趣旨に至りては毫も間然す可きことなしと雖も其用語は極めて不當なることを免れず

(2) 事を指定して犯罪を教唆するに當り、事を指定すとは蓋し事を指定せざる教唆即ち漠然たる犯行の教唆に相對せしむる

意なるべしと雖も此場合に於て教唆犯の成立不成立を決する標的は事を指定し又は指定せざることにあらずして犯行は教唆上に原由せしや否やに在り、換言すれば事を指定して教唆を爲したる場合に於て犯人指定以外の罪を犯し又は指定以外の方法を採用したるときは是れ犯行と教唆とに原因結果の關係を缺如するを以て教唆犯成立せざるなり、然らば刑法の事を指定しなる語句は全然無用に屬すと信ず

(2) 教唆に乗し、乗しとは被教唆者の犯行が教唆せる犯行より輕き場合を除外せしやの疑なき能はざるのみならず教唆に乗じて本條の行爲を爲したると否とは其の責任に何等の關係なし只教唆に原由せる犯行なることを必要とするのみ而して教唆に原因せる犯行なくは教唆犯成立せざることは教唆犯一般の元則なりとせば此語句も亦不用なりと曰はざるべからず

(3) 云々の罪に従ふて刑を科す 刑を科するに非ずして教唆犯を成立せしむるなり刑法の用語に拘泥して解釋せば所犯教唆したる罪より重きとき又は輕きときと雖も其全部を教唆なる一種の罪と爲すに拘らず其一部に對してのみ刑を科するやの疑似なき能はず

要するに現行刑法第百八條は文辭上瑕疵多きのみならず上述の如く明文なしと雖も一般教唆の本質上當然判明すべき事項に屬し現に獨乙刑法其他歐洲諸國の刑法には概ね此種の規定なしと雖も此第百八條の規定の趣旨に依りて活動す 然らば刑法に於ても全部本條を削除することを可とする如し刑法改正案は此の意味を以て別に第百八條に相當する規定を置かざりしなり

○起草委員の共犯極似行爲論（同上） 共犯に極似すと雖も而も共犯にあらざるもの四あり第一副正犯 第二必要的共犯 第三

事後共犯及び第四犯行團體員是れなり

第一副正犯 副正犯は寧ろ多數正犯と稱さるるに依りて明確に其意義を表示せしむることを得べし 副正犯即ち多數正犯とは他人と協力して犯行を爲したる行爲者にして法律上其共同實行の關係を認め難きものを曰ふ故に副正犯と共同實行犯とは他人と協力して犯行をなす行爲者なる點に於ては全然同一なりと雖も行爲者が自己の行爲及び他人の行爲間には共同實行の關係ある事實を觀念したるや否やの點に於て區別す例之共同實行なる觀念よりして同時に同一人を傷害したる罪又は過失罪たる犯行を實行したる罪人の如きは副正犯なりとす
第二必要的共犯 必要的共犯とは其性質上罪人に依り犯さる可き罪即ち内亂罪 兇徒聚集罪 三人以上の兇徒逃走罪其他の行爲者を曰ひ所謂普通の共犯即ち任意的共犯に相對するもの

なりと雖も必要的共犯は畢竟共同實行者に過ぎざるを以て此區別は只沿革上の價值を有するに過ぎず

第三事後共犯 事後共犯とは罪の成立後之を幫助する者を云ふ蓋し事後共犯を以て共犯の一種と爲すべきや否やは共犯の定義如何に依りて決す可き問題にして共犯に付き如何なる定義を附するも學者の自由なり、故に今之を共犯と爲す見解の是非を速断し難しと雖も予は上述の如き共犯の成立する行爲及び他人が犯意を要する罪を犯したる事實を必要とすと前提したるを以て他人が犯したる罪に對し事後に於て加功する行爲の如きは解釋上之を共犯と曰ひ能はざるや明瞭なりとす、予は事後共犯を以て共犯の一種となす見解には到底賛同するに躊躇すれども事後共犯を以て總則の範圍に屬するものとし一般に事後共犯を所罰する必要なきや否やは早晚刑法界の一大

問題なる可しと信ず、

第四犯行團體 犯行團體に一定の罪を犯すことを目的とするもの例は拘摸を爲すことを目的とするものあり、獨乙刑法學者は是を「コムプロット」と曰ふ、又は不定の罪を犯すことを目的とするものあり、獨乙刑法學者は之を「バンド」と曰ふ犯行團體は屢は共犯を生ずる動機と爲るものなりと雖も此團體に屬する故を以て直に之を共犯者なりと速断することを得ずして各個の場合に付き尙ほ共犯の要件の有無を判定せざるべからず、現行刑法は總則としては犯行團體に付き何等の規定をも設けずと雖も各本條に於ては二人以上なる故を以て刑を加重し又は多衆の集團なる故を以て始めて罪を成立せしむることあり前刑法改正案は各本條の刑の範圍を擴張したる結果二人以上なる故を以て刑を加重する必要を減却したるに依り犯行

團體の存在するも敢て刑を加重せず従ふて現行刑法第七條の如き規定をも不用なりとし刑の輕重は法定の範圍内に於て一に判事の裁量するところに一任したり、予は此前改正案が二人以上の故を以て刑を加重する法制を認めざりしことを可ならずと思料すと雖も尙上述の如き救濟あり判事にして若し適任なりせば予の憂亦杞憂に過ぎざるべし只一般に犯行團體に加入する行爲は之を罪とするの必要甚だ切なりと信ず。

第十二章 酌量減輕

第六十六條 犯罪の情狀憫諒す可きものは酌量して其刑を減輕すること得

第六十七條 法律に依り刑を加重は又は減輕する場

合と雖も仍ほ酌量減輕を爲すことを得

第十三章 加減例

第六十八條 法律に依り刑を減輕す可き一個又は數個の原由あるときは左の例に依る

- 一 死刑を減輕す可きときは無期又は十年以上の懲役若くは禁錮とす
- 二 無期の懲役又は禁錮を減輕す可きときは七年以上の有期の懲役又は禁錮とす
- 三 有期の懲役又は禁錮を減輕す可きときは其刑期の二分の一を減す

四 罰金を減輕す可きときは其金額の二分の一を減す

五 拘留を減輕す可きときは其長期の二分の一を減す

六 科料を減輕す可きときは其多額の二分の一を減す

第六十九條 法律に依り刑を減輕す可き場合に於て各本條に二個以上の刑名あるときは先づ適用すべき刑を定め其刑を減輕す

第七十條 懲役禁錮又は拘留を減輕するに因り一日に満たざる時間を剩すときは之を除棄す罰金又は

科料を減輕するに因り一錢に満たざる金額を剩すとき亦同し

第七十一條 酌量減輕を爲す可きとき亦第六十八條及ひ前條の例に依る

第七十二條 同時に刑を加重減輕す可きときは左の順序に依る

- 一 再犯加重
- 二 法律上の減輕
- 三 併合罪の加重
- 四 酌量減輕

第二編 罪

一六六

第一章 皇室に對する罪

第七十三條 天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子又は皇太孫に對し危害を加へ又は加へんとしたる者は死刑に處す

○「奇害を加へん」としたるもの「の意義」〔本條所說〕 現行刑法に加へんとしたるものとせるを其儘襲用したのであるが、曾て實例の生したることもないから裁判例などを引て此意義を明かにすることは出来ないけれ共詰まり未遂などよりは區域が廣いものと考へる、併し單純に心の中で考へて居ると云ふ如きは之には含まない積りである、尤も上の「危害を加へなる語」に苟くも有形の行爲は總て含まるゝてはないかとの議論に首肯することは出

來ない、假へ有形の行爲があつても少しも危害の無い事例もあらうと思ふ、故に「危害を加へ」と云ふ文字があれば「危害を加へんとしたるもの」との文字は不必要であるとは云ひ難い、而して他の犯罪の場合には危害を加へんとしたるものの程度に達する法律語即ち既遂犯とか豫備とか云ふ區別があるけれ共、本條の「危害を加へんとしたるもの」の中には總て之を包括する趣意であらうと思ふ、

○三后〔同上〕 成程現行刑法には三后と云ふ文字を用ひ此法には殊更に太后、皇太后、皇后としてある、此三后と云ふは古來の慣用語で其趣旨も判明して居るけれ共、一層之を明瞭にしたが克からう、又皇室典範などにも皇太后とか太皇、皇后と云ふ文字があつて慥か三后の文字は使て居ない様に思ふ、唯之を明かにすると云ふ趣旨に外ならぬのである、

一六七

第七十四條 天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子又は皇太孫に對し不敬の行爲ありたる者は三月以上五年以下の懲役に處す

○神宮「同上」 神宮とは全く伊勢の大神宮のみを指したのである。（本書大體に通ずる修正理由のヶ所参照）

○皇陵「平沼學士」 皇陵なる字義は現行刑法立法の當時より御歷代の天皇の御陵と云ふことに解して居る。宮内省の方に於ては皇陵と云ふ用例はないので、歴代の天皇三后太上天皇贈太上天皇に在らせられた御方の御墓を稱へて「御陵」と云ひ、其他の皇族の御墓は總て御墓（マツマ）と唱へて居る。詰まり本法に皇陵と云へるは用例と爲つて居る御陵より意味が狭いのである。

第七十五條 皇族に對し危害を加へたる者は死刑に處し危害を加へんとしたる者は無期懲役に處す
第七十六條 皇族に對し不敬の行爲ありたる者は二月以上四年以下の懲役に處す

第二章 内亂に關する罪

第七十七條 政府を顛覆し又は邦土を僭竊し其他朝憲を紊亂することを目的として暴動を爲したる者は内亂の罪と爲し左の區別に従て處斷す
一 首魁は死刑又は無期禁錮に處す
二 謀議に參與し又は群衆の指揮を爲したる者

は無期又は三年以上の禁錮に處し其他諸般の職務に従事したる者は一年以上十年以下の禁錮に處す

三 附加隨行し其他單に暴動に干與したる者は三年以下の禁錮に處す

前項の未遂罪は之を罰ず但前項第三號に記載したる者は此限に在らず

○政府顛覆「各所所説」 暴力を以て内閣を更迭する、即ち政府の顛覆であると思ふ。

○邦土の僭竊「同上」 文字の示す如く國土を取ると云ふものである。

○朝憲紊亂「同上」 天皇の大權は憲法で定まつて居る、其大權

を變更する様な事を目的として暴動を起す場合は即ち朝憲紊亂である、之れは餘程廣き意味を有するので憲法に規定してあることを想像すれば種々な事柄があらうと思はれる、時として皇室に關する様な場合が無いとも云へぬ。

○内亂罪と爲しとせる所以「同上」 特に内亂罪と爲しとせるは立法上の便宜を圖たのに過ぎない、第七十七條の處にも内亂の豫備又は陰謀と書いてある、即ち内亂とは如何なるものを指すかと云ふことを本條に示し置くときは便利があるから殊更に此六字を書き加へたのである。

○國事犯の死刑廢止「衆議院は此修正説を可決したれ共兩院協議會は於て貴族院の反對の爲り譲歩せり、廢止首唱及反對論旨は」國事犯なるものを法律が優待する制度は今日多くの國に於て採用して居る、尤も學説として國事犯は一般犯罪より虚待するか若くは

少くとも他の犯罪と對等に見ると云ふ説もあつて、國により此説を採用したる時代もある、従つて學説を基礎として必しも何れが宜いかと云ふ論斷は出來ないけれ共、日本の歴史は從來國事犯を優待して居る、殊に或種の國事犯に對しては榮典を授けられて居るのである、一二の例を示せば西郷隆盛の國事犯の如き内亂罪の首魁として是程危害を社會に及ぼしたものはない然るに天朝に於かれては其積年の功勞を思召されて正三位を贈り遺族には侯爵を賜はつて居る、即ち國事犯者に對しては多くの同情を拂はれたる一の實例になるであらう、此頃思召に依つて位階を賜はり或は陞叙せられたる故人中にも其當時に於ける國事犯者が最も多くを占めて居る、現に死刑に處せられたるもの吉田松陰であるとか橋本佐内であるとか頼三樹三郎であるとか死刑に處すと云ふ宣告を受けて其執行を受けたものが今日位記を

賜はると云ふ次第になつて居る、畢竟我邦の國體竝に歴史の美しき風として國事犯者を優待する事柄になつて居ると思ふ、國事犯を重く罰するとか軽く罰するとか云ふことには各々根據があるが、併しながら我國に於ては軽く見若しくは後に於て其罪を消滅せしめてやると云ふ方針を採られて居るのである、此刑法が國事犯に特に懲役よりも名譽を維持す可き刑即ち禁錮に處すと規定したるも全く此趣旨に相違ない、要するに國事犯に死刑を存置する必要は無いものと論定すべきである、「尙富反對」刑法典から全然死刑を廢止されたなら又格別であるけれ共、苟も刑法中に死刑を存せらるる以上は矢張内亂罪に就ては死刑存置の必要があらうと思ふ、成程内亂罪の内容には公共の爲め等の事情存することは何人も認むと雖も、併し其事情があるからと云ふて一概に死刑を廢止せんと論ずる者に直ちに雷同し難いこ

とである。此内亂に關する罪の中には種々の事柄が含まれて居る。單純に政府を顛覆するの目的なれば或は反對論者の理由當を得るやも知れされ共、其次に邦土の僭竊「朝憲の紊亂」と云ふところが一の目的と爲つて居る。斯くの如き犯罪は其實質は皇室に對する犯罪と爲るのである。本編は第一章皇室に對する罪、第二章内亂に關する罪と類別してあるが、第一章は單純に皇室に關係あるところの方々の生命又は身體等に對する罪を規定したので、第二章には甚だ如何はしき例なれ共、皇室典範に定めである皇嗣の順序を變更すると云ふ様なことなどが「朝憲紊亂」の中に含まれて居る。果して斯くの如き事柄の含まれたる犯罪なりとすれば刑法典上苟くも死刑制の存置せらるる以上之を死刑に處すると云ふことは最も適當であらうと思ふ。彼の十年の役に於ける西郷隆盛の如きは正三位も贈られ優待されては居るけ

れ共、併し西郷隆盛は其當時處刑されて居ない。彼に屬して當時國事犯を犯した者は多數死刑に處せられて居る。其外橋本左内、吉田松陰などの事例に就ては全く時の趨勢を異にして居る。今より之を見れば餘程其犯情の軽い國事犯と思ふのがある。之等の事例があるために死刑を削らねばならぬと云ふ論旨は聊か首肯し難い。要するに内亂に關する罪なるものは一言にして之を云へば國事犯であるけれ共、其中に種々の事情を含んで居る犯罪であるから、之を死刑に處する必要があると思ふ。〔發成論據〕國事犯なるものは之を國家、日本國に對する罪と見るを適當とする。決して皇室に對する杯と云ふことは名稱上或は慣習の然らしむる嫌があるかも知れぬけれども決してさうでない。第七十七條の罪の如きは純然たる國事犯即ち政治に對する罪であつて、政治に對する罪と皇室に對する罪を混亂すると云ふこ

とは甚だ宜しくない、朝憲云々の文字がある、朝憲と云へば國家を組織經理するところの憲法其他重要な法律は多く朝憲と云ふ中に加へらるるであらう、併し憲法に對する罪があつたからとて是は欽定せられた憲法に對する罪、天皇に對する罪だと云ふ道理はない、如此意思は毫厘も加はつては相成らぬ、即ち憲法に對する罪と雖も取りも直さず國事犯であつて決して皇室に對する杯の意味は毫厘も含まれて居らない、若し其點から云へば暴動を爲さざる政論も常に其政府の趣意に反對して居る、反對在野黨より出づる種々な議論も皇室に對する論難と云はなければならぬ、是亦毫厘も主權者たる皇室に反對する意味は含んで居らぬのである、國事犯は此趣旨に一の暴行なる手段を加味したるに過ぎない、即ち當路の政治家、時の政府に對する不平を言論を以てすれば堂々たる反對論で立憲政體下の相當なる

道に出でたるものと云ひ得べきにも拘らず、反對主張のため是非を辨別するの違まなく遂に其行動道を過つたと云ふだけに止まるのである、然るに政權者が其反對者を遇するに當つて回復し得べからざる死刑に處する、即ち自己の意見當時の政府の意見に反對せんとして之を單に暴動に訴へたと云ふだけを以て之れに死刑なる極刑を科すると云ふは甚だ其途を得ないことと思ふ、成程維新前と今日は時の趨勢を異にするに相違ないけれども、世は常に活動進歩しつあるから、立法者は將來をも顧みることゝ爲さなければならぬ。

○刑法起草 國事犯處分論「谷野學士所論」 蓋し刑法は社會の進歩と共に漸く舊時の客觀主義に傾き、犯行の主觀的情狀が頗る憐むべきものありとするも其客觀的事實が務めて抑制すべきものなりとせば寧ろ嚴刑を科すべしと爲すに至れり、而して國

事犯罪を客觀的に觀察すれば、社會に與ふる損害の甚大なることは寔に酸鼻すべきものあるにあらずや、近時の立法に於ても定役の有無を以て常事罪の刑と所謂國事犯の刑とを區別するは事實なれども、此二者を區別するは二者に別異の待遇を與ふる思想に根據するものにして必しも以て國事犯を優遇せんとするにあらざるべし。

第七十八條 内亂の豫備又は陰謀を爲したる者は一年以上十年以下の禁錮に處す

第七十九條 兵器金穀を資給し又は其他の所爲を以て前二條の罪を幫助したる者は七年以下の禁錮に處す

第八十條 前二條の罪を犯すと雖も未だ暴動に至ら

ざる前自首したる者は其刑を免除す

第三章 外患に關する罪

○戰事に於ける軍事上の利益を保護するに在り「法網」 本章は現行刑法第二章第二節を修正したるものにして、主として戰時に於ける帝國の軍事上の利益を保護するを目的とす(前刑法改正案第二編第三章)

第八十一條 外國に通謀して帝國に對し戰端を開かしめ又は敵國に與して帝國に抗敵したる者は死刑に處す

第八十二條 要塞、陣營、軍隊、艦船其他軍用に供する場所又は建造物を敵國に交附したる者は死刑に處す

兵器、彈藥其他軍用に供する物を敵國に交附したる者は死刑又は無期懲役に處す

○艦船 (第一條の船舶參照)

第八十三條 敵國を利する爲め要塞、陣營、船船、兵器、彈藥、汽車、電車、鐵道、電線其他軍用に供する場所又は物を損壞し若くは使用すること能はざるに至らしめたる者は死刑又は無期懲役に處す

第八十四條 帝國の軍用に供せざる兵器、彈藥其他直接に戰鬪の用に供すべき物を敵國に交附したる者は無期又は三年以上の懲役に處す

第八十五條 敵國の爲めに間諜を爲し又は敵國の間

諜を幫助したる者は死刑又は無期若くは五年以上の懲役に處す

軍事上の機密を敵國に漏泄したる者亦同し

第八十六條 前五條に記載したる以外の方法を以て敵國に軍事上の利益を與へ又は帝國の軍事上の利益を害したる者は二年以上の有期懲役に處す

第八十七條 前六條の未遂罪は之を罰す

第八十八條 第八十一條乃至第八十六條に記載したる罪の豫備又は陰謀を爲したる者は一年以上十年以下の懲役に處す

第八十九條 本章の規定は戰時同盟國に對する行爲

に亦之を適用す

○戰時同盟國の意義「倉富所説」 無論戰時中の攻守同盟を指す

第四章 國交に關する罪

○國交に關する罪の立法例「倉富所説」 國交の罪に就ての各國立法例は區々に涉つて到底一致せない、或は獨乙の如く自國の君主に對する大逆罪を標準として少し刑を軽く定め自國に對する大逆罪の行爲を外國の君主に對して犯したるときは云々の刑に處すと云ふやうになつて居るものもある、通常の犯罪に刑を加重すると云ふ例もある、或は又此法の如く特別の規定を設けて居る例もあるけれども、此中にも相互條件を設けて外國で自分の國の君主に對する犯罪者を此の如く處刑するならば自分の國も斯の如く處刑をすると云ふやうな條件附になつて居る例もあるし此法の如く更に何等の條件を要しない例もある、米國などは何

うも何等の規定がない様に思ふ、而して本法の趣旨は假へ他の國が我に對し何等の特例を設けざればとて、我國では國の交際上本章の特例を設くるを可とする積りなので、敢て他國の條件如何に拘はらないのである。

○皇族「同上」 外國の皇族に對しては本章に何等特例を設けて居ない、這是外國の我に對する特例と權衡を得せしめんがため殊更に之を避けたのである。

第九十條 帝國に滞在する外國の君主又は大統領に對し暴行又は脅迫を加へたる者は一年以上十年以下の懲役に處す

帝國に滞在する外國の君主又は大統領に對し侮辱を加へたる者は三年以下の懲役に處す但外國政府

の請求を待て其罪を論ず

第九十一條 帝國に派遣せられたる外國の使節に對し暴行又は脅迫を加へたる者は三年以下の懲役に處す

帝國に派遣せられたる外國の使節に對し侮辱を加へたる者は二年以下の懲役に處す但被害者の請求を待て其罪を論ず

第九十二條 外國に對し侮辱を加ふる目的を以て其國の國旗其他の國章を損壞除却又は汚穢したる者は二年以下の懲役又は二百圓以下の罰金に處す但外國政府の請求を待て其罪を論ず

○國章の意義「同上」 矢張一種の徽章とも云ふ可きもので、其國を表明するために公使館などの門に掛けてある様な類のものを指すのである。現に英國の公使館にも掲げられてある。

○諸求を待て論ずる所以「同上」 本條及前二ヶ條に外國政府又は被害者の請求を待て其罪を論ずる旨規定せる所以は、要するに此種の犯罪は通常人に對する誹毀罪とでも云ふ可き性質の犯罪であるから、其被害者の意思如何に拘はらず直ちに犯人を罰するは却て被害者の意思と背る様な場合があるかも知れないからである。併し一方は外國政府などであるからして通常の親告罪の如く告訴の手續に依るは適法でないから單純に請求を待てと規定したのである。

第九十三條 外國に對し私に戰鬪を爲す目的を以て其豫備又は陰謀を爲したる者は三月以上五年以下

の禁錮に處す但自首したる者は其刑を免除す

第九十四條 外國交戦の際局外中立に關する命令に
違背したる者は三年以下の禁錮又は千圓以下の罰
金に處す

第五章 公務の執行を妨害する罪

第九十五條 公務員の職務を執行するに當り之に對
して暴行又は脅迫を加へたる者は三年以下の懲役
又は禁錮に處す
公務員をして或處分を爲さしめ若くは爲さざらし
むるため又は其職を辭せしむるため暴行又は脅迫

を加へたる者亦同し

○罪質と刑 平沼學士 職務執行を妨害する罪と云へば單純な
る如く見ゆるけれ共、實際の情狀は随分區々に涉るであらうと
思はれる、乃ち被告人と爲るもの、身分或は罪を犯すに至つた
る事情等種々に爲り得るのであるが故に、其刑も懲役に限るは
適當でない、場合に依ては禁錮の刑に科し其狀情に適當せしむ
可き必要があらうと考へ、殊更に懲役又は禁錮云々としたので
ある。

○第一項に之を暴害せんがための數字を加へ科刑を輕くす可し。

「衆議院に於て如上の修正説提出されたれ共否決となる、提出論旨は」

本條は官尊民卑の幣を認めたる舊式刑法の遺物である、成程公
務員の採る職務は貴重なるに相違ないけれども、其職務の執行
を妨げざる限りは通常人に對する暴行脅迫と同様に見て宜から

う、職務を妨害すると云へば公の権力の執行を妨げることがらになるからしてそれに伴ふ暴行脅迫は普通の暴行脅迫より重く見るを適當とするけれども唯職務執行の際妨害も何もせず假へば税務署の役人とか巡査とか云ふものが令状を持つて來た折りに手を振り上げるとか自分の家に這入ればぶんなぐるぞと云ふ言葉を使つて脅迫を加へたために三年以下の懲役に處すると云ふことは甚だ酷であると思ふ、殊に斯くの如き犯罪の對手者と云ふものは多く小官吏に限るのである、取りも直さず本條は小官吏をして跋扈せしめ普通人民をして國家を怨ましむるところの條文に過ぎない、要するに此條文を適用すべき場合は殊更に職務に對し妨害するため暴行脅迫をした者に限つて其他は一般の規定に據るを至當とし又其刑も成るべく軽くせなければならぬ。

○公務員侮辱罪

〔帝國議會の議に於て削除〕

（草案第九十六條、公務員の職務を執行するに當り其面前に於て侮辱を加へ又は其面前に非すと雖も公然其職務に對し侮辱を加へたる者は三百圓以下の罰金に處す公務所に對し公然侮辱を加へたる者亦同じ

○削除説論旨 進歩せる今日の刑法典中に公務員侮辱なる特別の侮辱罪を置くべき必要は更に認められないのである、其所以は本法第二百三十一條に一般の侮辱罪が規定せられてあるにも拘らず、公務員に限つて一般の侮辱罪と官吏に對する侮辱罪と個々別々の規定を設け別々の刑罰を加へると云ふは、何等の根據も有り得べからざるのである、然らば現行刑法を襲踏して其まゝ此第九十六條の規定を置たかと云ふに敢てさうでもない、即ち現行刑法の官吏侮辱罪は一種重い體刑を科せられて居つて、此法の侮辱罪とは其因て來る趣旨を異にして居る、して見ると

現行刑法の規定を其儘襲踏したのでもない、要するに此刑法改正案に於て新規に一種異様なる公務員侮辱罪を置いたのは、抑も其理由が分らないのみならず、又毫も其必要を認められないから、本條は全然之を削除するを以て當を得たものと云はなければならぬ、曾て刑法改正案が衆議院の議に上りし際特別委員會は滿場一致を以て此公務員侮辱罪の削除を可決したことがあつた、「平沼學士公務員侮辱罪は現在の狀態に於て尙ほ存置して置く必要があらうと信じて居る、此法に一般侮辱罪の規定はあつて置くのが適當であらうと考へる。」

○刑法起草委員の官吏侮辱罪に關する法制論「法學士谷野格氏所論」官吏侮辱罪に關しては理論上凡そ三様の法制を相像することを得べし而して此三様の法制は概ね刑法の沿革に於ても亦之を認む

ることを得

第一 總て官吏に對する侮辱を特別の侮辱罪と爲す法制 此法制の中に付ても身分の高下に依り數多の特別の侮辱罪と爲すものと單に一個の特別の侮辱罪と爲すものとあり得べし。

第二 官吏に對する侮辱は職務に關する侮辱に限りてのみ之を特別の侮辱罪と爲す法制 此法制は沿革上より謂へば漸く第十九世紀の初めに於て唱導せられたる說にして亦之を身分の高下若は種類に依り數多の特別の侮辱罪と爲す法制と單に一個の特別の侮辱罪と爲す法制とに分つことを得而して職務に關する侮辱に限り身分の高下又は種類の如何を問はず單に一の特別なる侮辱罪と爲す法制は我刑法の採用せる主義なりとす。

第三 官吏に對する侮辱を特別の侮辱罪と爲さざる法制 此