

具備スル所爲ハ如何ナル所爲ナルカヲ定ムルニアリ而シテ之ヲ定ムルニ當ツテハ所爲ノ性質及ヒ其輕重ヲ斟酌セサルヘカラス若シ其犯罪ニシテ自國ノ内部及ヒ外部ノ安寧ニ對シ公有財産ニ對シ制度若クハ官廳ニ對シ犯シタル時ハ之ヲ責罰スルニ於テ自國ノ保安安寧ニ重大ノ利益アリト謂フヘシ此場合ニ於テハ内國人タルト外國人タルト又其犯人ノ外國ニ在ルト自國ニ在ルトト問ハス悉ク之ヲ刑罰スルノ權アリ何トナレハ其犯人ノ現在スルトハ刑ノ執行ヲ爲スニ付テハ必要ナリト雖モ刑罰ヲ施スノ公益ヲ發生シ隨テ刑罰權ノ發起ニハ毫モ關係ヲ有セサレハナリ

之レニ反シテ外國ニ於テ犯シタル所爲ニシテ外國ニ對シ又ハ一個人ニ對シ犯シタルハ犯人ノ現在スルトハ其國ノ爲メ之レカ責罰ノ公益ヲ發生セシムル必要ノ條件ナリ何トナレハ此場合ニ於テ若シ國內ニ現在スル犯人ヲ不罰ニ措クハ社會ノ安寧ヲ攪乱シ從テ法律ノ無

力ヲ示スノ原因トナルヘケレハナリ

若シ一般ノ背徳ナク其國特別ノ政事上ノ法律取締ニ反セシトハ之ヲ罰スルヲ得ヌ又一般ノ背徳アルモ極メテ輕微ナルハ罰スルノ必要ナシ云々ト

ペルトール氏ノ説ニ依レハ或ハ曰ハン「主權ハ國境ニテ消滅ス」ト然レモ其主權ハ其權力ヲ國境外ニ行ハント欲スルニアラス唯佛國ニテ佛人ニ及ホスノミ今茲ニ論セントスル所ハ佛國刑法ノ禁令ハ外國ニ住スル佛人ノ遵奉セサルヘカヲサルモノナルヤ否ヤニ在リテ決シテ外國ニアル佛人ニ對シ佛國主權ヲ施行シ得ヘキヤ否ヤヲ云ニアラサルナリ

外國ニ在ル佛人ノ能力ヲ定ムル佛國民法上ノ主權ハ佛國ニ於テスルニ非サレハ其責報ヲ當ツヘカラスト雖モ之レカ爲メ佛國外ニ於テハ此法律ハ國民ノ規則トシテ成立セサルカ故ニ佛國外ニ在テ之ヲ犯ス

モ罰スル能ハスト謂フヲ得ス其レ如斯既ニ民法ノ權ヲ制限セサレハ
又何ソ刑法ノ權ノミヲ制限セサルヘカラサルノ理アラランヤ是レ法理
ノ然ラサルヲ得サル所ノモノナリト

ホアソナード氏ノ説ニ依レハ「第四條第一項ハ國家ノ安寧、貨幣、紙幣、印
璽記号ノ信用トニ制限セリ故ニ類似ヲ以テ罰スルヲ得ス第一公ケノ
靜謐ニ關スル重輕罪ニ適用スルヲ得ス第二外國ニ於テ外國ノ貨幣ヲ
偽造シタルモノニ適用スルヲ能ハス其國ニ於テ法律上通用ヲ許スル
ト雖モ亦同シ

此等ヲ罰スルニハ外國ニ於テ未タ確定裁判ヲ受ケサルヲ要ス實ニ此
犯罪タル外國ノ社會ヲ害スル甚シトセス何トナレハ和親國ト交際上
ノ睦誼ニ害ナキヲ得ス且外國ノ貨幣ト雖モ自國ニ於テ贗造シ、流通シ
或ハ自國人ヲ騙取スルヲアルヘク、印璽記号ヲ偽造スルモノアルベク
然ルモハ其組織上ノ利益ヲ害スベケレハナリ

是レヲ以テ既ニ確定裁判ヲ受ケシキハ自國ノ權利ヲ滅盡ス個ハ近世
國際法ノ大原則ナル既決事件ノ尊重ニ基クモノナリ蓋シ各國裁判ハ
公平不羈ニ行ハル、モノト看做スヘキモノニシテ他國ノ裁判ヲ尊重
セハ彼モ亦我ヲ尊重スルヲ以テ已レニ利アリト云フヘシ
之レニ反シテ直接ノ被害者ハ則チ外國ナルモハ數多ノ條件具備スル
ニアラサレハ之レヲ責罰スルヲ得ス若シ其一ヲ缺クニ於テハ自國ノ
權利ハ消滅スヘシ即チ其條件左ニ

第一 既決裁判ノ尊重ハ第一ノ障碍ナリ

第二 犯人自國ニ歸リ來リ又ハ外國ヨリ交付ヲ得タルト

犯人自ラ好シテ我國ニ在ルモハ國民爲メニ畏懼ノ念ヲ生シテ若シ
之レヲ責罰セサルモハ危害ヲ生シ且風俗壞破ノ患アリ

又外國ヨリ罪人ヲ我國ヘ交付シタルモハ前述ノ惡弊ヲ未然ニ防ク
ニアラス對質裁判ヲナシ欠席裁判ノ患ヲ防ク爲メナリ

第三 自國ノ法律及ヒ罪ヲ犯シタル外國ノ法律ニ照シ重輕罪タルヲ要ス若シ外國ニ於テ之レヲ罰セサルハ犯人自國ニ歸リ來リテ更ラニ之レヲ犯スノ患ナシ蓋シ該犯ヲシテ此所爲ヲ行フニ至ラシメタル所以ノモノハ外國法ニ刑罰ヲ科セサルカ故ニシテ之レヲ禁止セシ自國ニ於テ之レヲ行フナキヤ疑ヲ容レス

第四 外國政府又ハ被害者ヨリ自國政府へ告訴又ハ告發アリシト否ラサレハ無根ノ風説虚証ノ起訴ヲナスノ患アレハナリ

第五 外國ニ於テ大赦アリシハ其所爲遺忘スルニ足レルカ故ナリ然ルニ直接ニ被害ナキ自國法ニシテ却テ遺忘セサルハ過嚴ト云ハサルヲ得ス

第六 犯罪ニ付責罰スル國ノ期滿免除トナリシハ恰モ法律上ノ大赦ノ如ク亦一箇ノ遺忘ナレハ之ヲ罰スルヲ得ス云々ト
ペルトール氏ノ説ニ依レハ佛人外國ニ於テ輕罪ヲ犯ス者ヲ罰スルハ

外國ノ之ヲ罰スルモノニ限ル其之レヲ制限スル所以ノモノ固ヨリ理由ナキニアラスト雖厄之ヲ説明スル甚タ難ク又刑權ハ命令權ヨリ起ルトスル一派ノ定論ニ牴觸スル所アルカ如シ夫レ自主權ハ不羈不拔ノ權ニシテ毫モ檢束ヲ受クル所ナキ者ナリ然ルニ今他國ノ法ニ隨テ進退動靜スル其理果シテ那ノ邊ニアル歟他ニ依テ國家綱紀ノ刑罰ヲ制限スルハ如何ナル理由アリテ然ル歟倘シ其ヲシテ是ナリトセハ外國ノ刑罰輕キ片期滿免除ノ期短ナルキモ亦外國ノ法律ニ準ハサルヲ得サルヘシ云々ト

宮城學士ノ説ニ依レハ日本人ノ外國ニ於テ犯シタル罪ヲ罰スルトテ得ル者ハ直接ニ我國ノ安寧ヲ害シタル罪ニシテ犯人ノ歸來スルヲ要セス直チニ之ヲ罰スヘシ直接ニ我國ノ安寧ヲ害セサル罪ト雖也若シ我社會ヲ害スル最モ重大ナルモノハ犯人ノ歸來スルヲ俟テ之レヲ罰スヘシ又外國ノ安寧ヲ害シタル罪モ亦犯人ノ歸來セシキ之ヲ罰スヘシ

シ但シ外國ノ國事ニ關セシ罪又ハ違警罪ハ此限リニアラスト
 江木學士ノ説ニ依レハ本國人ノ外國ノ法律ニ服從スルノ義務アルハ
 仮令外國滯在中ト雖_凡其國固有ノ違警罪ヲ除クノ外亦同一ナレハ之ヲ罰スルヲ
 得ヘシ然レバ外國ニ於テ逮捕シ得サルキハ本國ニ歸來スルニアラサ
 レハ之ヲ處罰スルヲ得ス唯場合ニ依リ欠席裁判ヲナスノミ殊ニ自國
 ノ利害ニ關係ナキ場合ニ於テハ我國ハ之ヲ罰スルノ必要ナシ或論者
 ハ日本國ノ安寧ニ關シ又ハ日本國ノ貨幣國璽等ヲ偽造スル重輕罪及
 ヒ被害者又ハ外國政府ヨリ告訴告發ヲナシタル其他ノ重輕罪ヲ罰ス
 ヘキ者ト定メントスレバ果_然ルキハ我刑法ハ英米佛_{按スルニ佛國}
 ナラ_{ナラ}ニ於テ我日本人ノ犯セシ罪ヲ罰スルモ英米佛ハ我國ニテ犯シタ
 ル罪ヲ罰スルヲナキニ至ルヘシ
 外國ニ於テ確定裁判期滿免除又ハ大赦ニ因リ刑ヲ免セラレタルキハ
 再ヒ其罪ヲ問ハサルヲ原則トス然レバ此原則ニ例外アリ

外國ニ於テ日本ニ對スル國事犯貨幣國璽ノ偽造等ノ罪ヲ犯シタルモ
 ノアルキハ盜罪殺人罪等ノ如キモノトハ其性質ヲ異ニスルヲ以テ外
 國ノ裁判ニ依リ無罪トナリ又ハ刑ノ執行ヲ了リ若クハ期滿免除其他
 ノ理由ニ依リ免刑トナルモ之ヲ外國ノ裁判ニ一任シテ不問ニ附スル
 ナ得ス何トナレハ此等ノ諸罪ハ皆日本國ノ安寧ニ對スル罪ニシテ我
 刑法ニ依リ處斷スルニアラサレハ我邦ノ安寧ヲ維持スルニ足ラサレ
 ハナリ故ニ仮令確定裁判アリト雖_凡我刑法ニ依リ裁判セサルヲ得ス
 或ル刑法學者ノ如ク確定裁判ハ再ヒ裁判シ得ストスルハ原理ニ反シ
 又欠席裁判ヲナスト云フハ到底實効ナキ空論タルニ過キス
 已ニ外國ニ於テ確定裁判ヲ受ケレバ其刑ノ執行ヲ終ラシテ日本ニ
 逃レ來リ又ハ刑ノ執行ヲ了ルモ日本ノ安寧ニ對スル犯罪トシテ更ニ
 裁判ヲナスキハ外國ニ於テ執行シタル刑期ヲ日本ノ裁判ニ依リ執行
 スヘキ刑期ニ通算スルヲ正當トス仮_ハ日本人佛國ニテ四年ノ懲役

ニ相當スル罪ヲ犯シ二年間刑ニ服シ逃レテ日本ニ歸來セシハ日本ハ更ニ裁判シテ懲役六年ニ相當スル時ハ四ト六トノ比例ヲ取り佛國ノ二年ノ刑ハ我三年ニ相當スルヲ以テ之ヲ三年ノ懲役ニ服セシムルヲ相當トス罰金ノ刑ニ在テモ亦同一理ナリト

(第廿九號)

刑法ハ外國ニ於テ外國人ノ犯シタル罪ヲ罰シ得ルノ場合アル乎

余輩ハ刑法草按ニ掲グル如ク我國ノ公安ヲ害シタル罪ニ限リテハ仮令外國ニ於テ外國人ノ犯シタル罪ト雖モ之ヲ罰スルノ權力アリト決論スルモノナリ論者或ハ曰ク「仮令一私人ニ對シテ犯シタル罪ト雖モ若シ其罪重大ニシ且ツ犯人我國内ニ入り來リシモハ我刑法ハ之レヲ罰スルノ權利アリ」ト此說以テ是ナリト云フ可ラス何トナレハ若シ刑罰ヲ以テ復讐又ハ防禦ノ具トセハ或ハ然ルヘシト雖モ苟モ命令若クハ折衷主義ニ基クモノナリトスルハ未タ我國ノ公安ヲ害セラル、トナキニ於テハ

之レヲ罰スルノ要ナキヤ明ナレハナリ故ニ若シ該犯人ノ我國ニ來リ爲メニ民人ニ危害アランコトヲ慮ラハ宜ク追放シ若クハ本國政府ニ交付シテ可ナリ何ソ之レヲ責罰スルノ要アランヤ

要之余輩ハ本問ノ場合ニ在テハ仮令一私人ニ危害アルモ我國ノ公安ヲ害セラレタル時ニアラサレハ我刑法ハ之レヲ處罰スルノ權力ナキモノト信スルナリ

左ニ刑法草按ノ條文ヲ掲載シ參考ニ供セン

第八條 外國人外國ニ在テ日本國ニ對シ第四條ニ記載シタル罪ヲ犯

シタル者外國ニ於テ確定ノ裁判ヲ受ケスシテ日本國ニ來ルハ日本ノ法律ニ依テ處斷ス

ポアンナード氏ノ說ニ依レハ「外國人ガ其自國タルト他國タルトヲ問ハス都テ外國ニテ犯シタル罪ニ對シ日本法律ヲ適用センニハ必ス日本ノ利益ヲ害セラレタルヲ要ス而シテ其利益トハ草案第四條ニ列記セシ公

益ノ一ヲ云フ然レモ此ノ如キ場合ニ於テハ日本人ノ犯シタル罪ト差異アリテ必ス二條件ノ具備スルヲ要ス第一其事件未タ外國ニ於テ裁判ヲ經サルヲ第二犯人ノ任意又ハ交付ニ依リ日本ノ領地内ニ在ルヲ是レナリ

然レモ外國政府ハ其國民ヲ日本ニ引渡ストナキニ因リ交付ヲ受クルト甚タ稀有ナリト雖モ犯所其犯人ノ本國ニ於テシタルニ非サルモ未タ必ラスシモ之レナシト云フ可カラズ例ヘハ支那人朝鮮ニ在テ日本ノ貨幣ヲ偽造シタリト仮定センニ日本政府ハ外交上ノ談判ヲ以テ朝鮮ヨリ罪人タル支那人ノ交付ヲ求ムルモ如シ云々ト

オルトラン氏ノ説ニ依レハ外國ニ於テノ犯罪ニシテ内國ノ公安ヲ害セシキハ其犯人ノ外國人ニ係リ且ツ國境外ニ棲息スルモト雖モ之ヲ刑罰スルノ權アリ然レモ其攻撃ヲ受ケタル國ニシテ該犯人ヲ逮捕シ得サルニ如何シテ刑罰權ヲ執行シ得ル乎又強制及ヒ効驗アル責罰ノ手段ヲ有

セサルニ如何シテ欠席裁判ノ手續ヲナシ得ル乎斯クノ如キ手續ハ毫モ制裁ナキヲ以テ有名無實ニ歸スヘシ但シ其責罰ノ權利ハ成立シ該權利ハ犯人交付ヲ要求スル基因トナリ得ヘシ然レモ内國ニ於テ其外國人(犯人)ヲ捕獲シ若クハ犯人ノ交付ヲ得ル迄其權利ノ効用ヲ待タサルヘカラス

之レニ反シテ一己人ニ對スル外國人ノ犯罪ナルモ其犯人ノ内國ニ現在シテ之ヲ罰セサルモ世人ニ惡例ヲ示シ法律ノ權力ヲ薄弱ナラシメ若クハ世人ニ畏懼ノ念ヲ生セシム因テ内國政府ハ該人ヲ其本國ヘ交付シ若クハ國境外ニ放逐スルヲ得ヘシ然レモ其交付退放ノ處分ハ其國ニ十分ノ満足ヲ與ヘサル場合アリ例ヘハ其國ヲ保護セシ本國人ニ對シ重大ナル罪ヲ犯シタルモ如キハ政府外交官ハ責務トシテ外國政府ニ對シ犯人ノ責罰ヲ要求セサル可ラス其レ然ルニ其犯人ノ現在スルニ因リ公衆ノ危險恐怖ヲ惹起セシムルニ於テハ如何シ

我政府ハ該犯人ヲ追放シ若クハ不罰ニ措クモ知ルヘカラサル他國ニ
交付スルノ權利ヲ有スルニ止マルノ理アラシキ故ニ外國ニ於テ外國
人カ外國人ニ對シテ犯シタル犯罪ニ付テハ各國ノ處分ニ放任シテ敢
テ望ム所ナシト雖モ其國民ニ對シテ犯シタル重大ナル犯罪ニ付テハ
之ヲ責罰スルノ權力ナカラサルヲ得ス

然レハ外國人カ外國ニ於テ爲シタル所爲ヲ罰スル權利ノ成立ニ關シ
左ノ條件ヲ要ス第一所爲ノ最モ重キヲ第二其所爲ハ本國人ニ對シテ
犯サレタルト是レナリ何トナレハ若シ此條件具備セサルハ其外國
人ヲ追放シ若クハ之ヲ交付スルノ權アレハ其國ヲ保護スルニ十分ナ
レハナリ夫レ然リ然リト雖モ外國人ハ其法律ヲ知ラス且何人ト雖モ
法律ヲ知ラスト看做サレストノ諺言ヲ適用スルハ妥當ナラサルヤノ
感情ナキ能ハス然レモ犯人ニシテ重大ノ罪ヲ犯スルハ其良心ニ問テ
罰ヲ受クヘキ所爲ナルヲ知得スヘシ若シ罪トナルヘキ所爲ナルヤ否

ニ付自ラ判斷スル能ハサルハ宜シク自カラ願ミル所ナカル可ラス
然ルニ一ノ用意ヲモ爲サスシテ社會ニ影響ヲ及ホスニ至リタルハ
當然之ヲ罰シテ可ナリ云々ト

ペルトール氏ノ説ニ由レハ之ヲ法理上ヨリ論スレハ外人外國ニ於テ
佛人若クハ外國人ニ對シテ罪ヲ犯スルハ佛國刑法ハ之ヲ罰スル能ハ
ス蓋シ外人外國ニ在ルトキハ佛國主權ノ關スル所ニアラサレハ如何
ナル名義ニ依テ能ク之ニ從ハシムルヲ得ベキ乎若シ刑罰ヲシテ復讐
ノ手段ヲラシメハ佛國ニ於テ其外人タル犯者ヲ捕獲シ佛國人民ノ爲
メ或ハ報讎スルヲ得ヘシ又若シ刑罰ヲシテ防禦ノ方法ヲラシメハ
則チ外人ノ佛國外ニ於テ犯セル罪モ亦佛國ニ於テ之ヲ刑スルヲ得ヘ
シト雖モ刑罰ハ決シテ如此者ニアラスシテ佛國主權ノ命令ノ應報タ
リ而シテ其命令ハ外人ノ來リテ我社會ノ秩序ヲ紊亂スルニアラサル
ヨリハ之ヲ施スヲ得サルモノトス

江本學士ノ説ニ依レハ「犯罪ノ地ハ外國ニシテ且犯人ノ外國人ニ係ル
キハ其犯罪ヲ管轄スルモノ屬地主義ニ基カハ犯罪ノ行ハレシ國ノ刑
法ヲ以テ之ヲ支配スヘク又屬人主義ニ基カハ犯人所屬ノ國ノ刑法ヲ
以テ罰スベキモノニシテ我刑法ハ之ヲ罰スルヲ得ス然レモ其犯罪ニ
シテ我國若クハ我國人ヲ害スルモ外國刑法ノ之ヲ保護スルモノナク
犯人我日本領地内ニ來リタルハ我刑法ヲ以テ外國ニ於テ外國人ノ
犯シタル罪ニ及ホスヲ得之ヲ是レ自然主義トハ云フナリ」ト

〔第三十號〕 刑罰ノ目的及ヒ其希望スヘキ性質如何

夫レ刑罰ノ有用ナルハ單ニ其實効如何ニ關ス果シテ然ラハ其刑罰ノ目
的ハ如何蓋シ刑ノ目的タル刑罰權ヨリ生スル結果ナレハ原因即チ用刑
ノ原理異ナルニ從ヒ其結果タル刑ノ目的ヲ異ニスヘキヤ理ノ當サニ然
ルヘキ所ナリベンサム氏ハ「刑ノ目的ハ社會一般ノ利益ヲ保護スルニア
リ」トシシャルハ、リユカス氏ハ「犯人ヲ懲戒スルニアリ」ト云ヒロッシー氏

ハ「惡ヲ以テ惡ニ應報スルニアリ即チ鑑戒ト懲戒タルニアラス單ニ罪惡
ヲ償フカ爲メ公義ニ依テ之レヲ罰スルニ外ナラス」ト云ヒ又タセー
氏ハ「改良、教訓、及ヒ鑑戒ノ三者ヲ刑ノ目的トス」ト云ヒフオースタンエリ
ー氏ハ「社會ノ秩序ヲ保チ各國ノ權利ヲ保護スルニアリ」ト説キ
井上博士ハ「社會ノ秩序ヲ維持センカ爲メ必要ナル法律ノ効力ヲ維持ス
ルニアリ」ト云ヒオルトラン氏ハ「心意ノ懲戒及ヒ他人ヲ鑑戒スルニアリ」
ト論シ〔宮城學士〕皆同シカラスト雖モ要スルニ「社會ノ秩序ヲ保維シ各人
ノ權利ヲ確固タラシムルニ在リ」トス元來刑罰ハ社會ノ紊亂ヲ妨クノ要
具ナリ彼ノ懲治、鑑戒ハ刑ノ希望スヘキ性質ニノ之ヲ以テ直チニ刑罰ノ
目的ト爲スハ畢竟目的ト性質トヲ混同セシ誤謬ニ出テタルモノト云フ
フヘシ
刑ノ希望スヘキ性質ハ左ニ掲グル諸學者ノ説ニ譲リ敢テ此ニ贅セス
フオースタンエリー氏ノ説ニ依レハ蓋シ刑罰ノ目的タルヤ社會ノ秩

序ヲ維持シ各自ノ權利ヲ保護スルニアリ彼ノ世人ヲ畏怖セシメ又之
 ナ鑑戒教訓シ及ヒ犯人ヲ矯正スルヲ勉ムルハ皆刑罰ノ目的ニアラス
 シテ唯其目的ヲ達センカ爲メノ方法タルニ過キス
 故ニ刑罰ハ犯罪ヨリ得ヘキ快樂ト所罰ノ苦楚トヲ比較シ其苦楚重キ
 片ハ罪ヲ犯サントスル者ヲシテ畏怖セシメ以テ社會ノ秩序ヲ保護ス
 ヘシ又犯人ヲ矯正懲戒シテ其再犯ノ念ヲ斷タシメ且惡ヲ爲サハ之ヲ
 償フヘキヲ罪ヲ犯サハ罰ニ從フヲ知ラシメ即チ應報ノ理ヲ教訓シ
 衆人ヲ法律ニ服從スヘキノ義務心ヲ惹起セシメ以テ此ノ社會ノ秩
 序ヲ保維スヘシ凡ソ是等ノ方法ハ必ス一刑罰中ニ包含スヘキモノニ
 シテ相互ノ補助ヲ以テ社會保存ノ目的ヲ達スルモノトス
 由是觀之ハ刑罰ノ目的ヲ達センニハ改良教訓及ヒ畏怖ノ効果ヲ生セ
 サルヲ得ス故ニ刑罰ニハ第一鑑戒第二矯正第三教訓ノ性質ヲ備ルヲ
 以テ必要ナリトス其所謂鑑戒トハ刑罰ノ苦楚ヲ示シ以テ犯人ニ儆ハ

ントスル者ヲ畏怖セシムルヲ云ヒ矯正トハ犯人ノ性質品行ヲ改良ス
 ルヲ云ヒ教訓トハ或ル犯罪輕重ノ度ニ適當スル苦楚ヲ嘗メシメ刑罰
 ト罰科ノ均シキヲ示シ又刑罰ノ度ヲ衆人ノ胸裡ニ記セシメ以テ法律
 ノ威嚴ヲ示スヲ云フ而シテ刑罰ノ衆人ヲ畏怖鑑戒スルニハ殊ニ此教
 訓ニ依ルナリ

刑罰ノ有スヘキ性質タル以上三條件ノ外尙數多アリ
 第四 刑罰ハ一人ニ止マルヲ要ス故ニ之ヲ他人ニ及ホスヘカラス然
 レモ間接ノ影響ニ依テ犯人ノ一族ヲ害スルコトアルハ往々見ル所ニ
 シテ彼ノ罰金ヲ徵收シタル爲メニ一家ノ衰頹ヲ招クカ如キハ止ムヲ
 得サル結果ト云フヘシ
 第五 刑罰ハ分割スヘキモノタルヲ要ス即チ刑ハ宜ク其長短多寡ノ
 間ニ於テ自由ニ伸縮セシムルヲ得ヘキ刑罰ヲ設クヘシ
 第六 刑罰ハ均一ニシテ確實ナルヲ要ス抑モ刑罰ハ人ノ愛重スル幸

福ヲ奪フヘクシテ其剝奪痛苦ハ何人ニ對スルモ同一ナラサル可ラズ然レモ事實ニ於テハ均一ヲ失ヒ確實ナク各人其痛苦ヲ異ニスルヲ免カレズ蓋シ人各々其地位ヲ異ニスレハ也故ニ法律ハ可成的刑ノ均一ヲ保タンカ爲メ幾多ノ階級ヲ設ケ裁判官ニシテ犯人ノ情況ニ應シテ其刑罰ヲ量定セサルヘカラス

第七 刑罰ハ改正シ得ヘキモノタルヲ要ス裁判官ト雖モ時ニ或ハ過誤ナキヲ保スヘカラス故ニ刑罰モ亦改正シ得ヘキ性質ナカラサルヲ得ス下

ポアソナード氏ノ説ニ依レハ刑罰ノ具用スヘキ性質ヲ示サハ即チ左ノ如シ

- 第一 刑ハ一身ニ止マルヘキヲ要ス即チ刑罰ハ犯人ノミニ及ホシ不辜ナル其親族ニ及ハサルヲ要ス
- 第二 刑ハ取消シ得ヘク且補償シ得ヘキヲ要ス即チ將來其刑ヲ止息

シ併セテ既往ノ爲メ之ヲ取消シ當ニ法律上ノ結果ニ附テ其痕跡ヲ消滅セシムルヲ得ルノミナラズ亦實際上其身体及ヒ財産ニ加ヘタル損害ニ付テ之ヲ消滅セシムルヲ要ス

第三 刑ハ受刑者品行端正或ハ賞スヘキ行為アリタルニ依リ刑ノ減等又ハ全赦ヲ與フル爲メ刑ヲ赦免スルノ方法アルヲ要ス

第四 刑ハ平等ナルヲ要ス仮令公私ノ階級ニ不平等アルモ刑ノ運用上ニ至リテハ毫モ影響ヲ及ホスヘカラス夫レ斯ノ如ク刑罰ハ平等ナルヲ要スト雖モ老若男女ノ差別等ノ如キ其強弱ノ不平等ハ天然ニ出ツルモノナレハ刑罰ノ程度モ亦之ニ應シテ不平等ナラサル可ラス此刑罰ノ不平等コソ受刑者ニ比例シテ眞ニ適當ナル刑ノ平等ヲ爲スヘキナリ

又位記尊號ヲ有スル者其爵位ヲ失ヒ又官吏其官職ヲ免セラレハ如キハ決シテ刑罰ノ不平等ヲナスモノニアラス蓋シ此レ等ノ人ハ最

早昇進セシ高位ヲ保有スル品位ナキモノニシテ他ノ受刑者ヨリ更ニ貶降セルニアラサルナリ

第五 刑罰ハ分割シ得ヘキヲ要ス蓋シ同種ノ犯罪ト雖ヒ二人之レチ行フニ當リテハ背徳加害同一ノ程度ヲ有スルモノニアラス年齢教育及ヒ身分其他事實ノ模様等ニ因リ其輕重ヲナスヘケレハナリ

第六 刑ハ改良スルニ足ルヘク即チ懲戒ハ効力アルヲ要ス之ヲ詳言セハ犯人ヲ懲戒シ以テ善ニ遷ラシメ其再犯ニ陥ルテ豫防シ得ヘキヲ要ス

第七 刑ハ鑑戒ノ性質ヲラントチ要ス之ヲ詳言セハ犯人ニ倣フ者ヲ畏怖セシムル性質ヲ帶フルヲ要ス抑モ鑑戒ナルトハ以テ刑ヲ科スルニ正當ナル理由トナスニ足ラスト雖ヒ已ニ罪過ニ對シテ行フノ權利アル以上ハ惡漢ヲ畏怖セシメ以テ善民ノ心ヲ安セシムルニ足ルベキヲ要ス

井上博士ノ説ニ依レハ刑罰ノ尙具有スヘキ性質トシテ道德ニ背反セサルヲ要ス即チ刑罰ハ他人ノ鑑戒トナリ犯者ヲ懲罰スルノ性質ヲ具有スルヲ要スト雖ヒ爲ニ道德ニ背反スル等ノ一決シテアルヘカラス否ラサレハ却テ弊害ヲ生スヘシ故ニ近時各國此ノ性質ノ具有スヘキ一ヲ勤メタリト雖ヒ往時開明ノ風普カラサル當時ニアツテハ夫ノ烙印、磔殺、進死、公示、等アリテ是レ皆背徳ノ刑ナリトス又執行後其痕跡ヲ遺存セサル性質アルヲ要ス近時ニ於テハ全ク此跡ヲ見サルニ至レリト雖ヒ往時ニアツテハ或ハ手足ニ烙印シ面部ニ黔印スル刑アリ其痕跡ハ永久消滅セス元來刑餘ノ人ハ社會之レト齒セサルヨリ終ニ再ヒ罪ヲ犯スニ至ル況ンヤ處刑ノ痕跡ヲ遺存スルモノニ於テチャ云々ト

(第卅一號) 法律ニ於テ禁制シタル物件ハ何人ノ所有ヲ問ハス沒收ストノ意義如何

禁制物ニ二種アリ第一法律上禁制ノ明文アルモノ例ヘハ銃礮彈藥毒藥

等ノ類第二禁制ノ明文ナキモ製造所有販賣セハ以テ犯罪トナルニ因リ
 自ラ禁制物トナルモノ例ヘハ偽造貨幣猥褻ノ圖畫不熟ノ菓物等ノ類是
 レナリ而シテ右明暗ノ禁制物ニ製造所有販賣共ニ禁スルモノアリ唯販
 賣ノミヲ禁スルモノアリ又人ニ因リ或ハ禁制物トナリ或ハ否ラサルモ
 ノアリ之ヲ要スルニ禁制物ニ絶對的相對的ノ二アリ絶對的ノ禁制物ハ
 何人ニ對スルモ等シク禁制物ニシテ相對的ノモノハ物ニ因リ又ハ人ニ
 關シテ等シカラス例ヘハ猥褻ノ圖畫ノ如キハ公然店頭ニ陳列シ又ハ販
 賣スルニアラサレハ之ヲ禁制物ト云フヘカラス又銃砲彈藥ノ如キ官許
 ナ得テ製造又ハ販賣スルニ於テハ禁制物ニアラス故ニ其禁制物ナルヤ
 否ヤハ宜シク該物件及ヒ其人ニ付テ判究スヘキモノニシテ豫シメ之ヲ畫
 言スル能ハサルナリ然リ而シテ之ヲ沒收スル所以ノモノハ社會ノ秩序
 安寧ヲ紊亂シ風俗ヲ壞廢スルカ故ナリ
 或ハ曰ク沒收ヲ以テ附加刑トシタル上ハ他ニ主刑ノ宣告スルモノナキ

ニ於テハ從テ沒收ノ宣告ヲモ爲スヘカラスト其論スル所寔ニ主當ナル
 カ如シ然レモ今尙シ該沒收ノ性質ヲ探究セハ敢テ其否ラサルヲ知ルヲ
 得ヘシ元來純然タル附加刑ナリモノハ其處罰宣告書ニ記載セサルモノ
 ニシテ唯主刑ノ執行又ハ確定ノ上ニ於テ當然發生スヘキ剝奪公權停止
 公權ノ如キモノヲ云ヒ別ニ宣告ヲ要スルモノ、如キハ寧日之ヲ補充刑
 ト云フヘキナリ而シテ該補充刑ハ明ガニ宣告スルモノナレハ他ニ主刑
 アルヲ要セス然ルニ今論スル禁制物ニ係ル沒收ハ附加刑ノ名稱アルモ
 其實明ガニ宣告スル所ノ刑罰即チ補充刑ナレハ別ニ主刑アルヲ要セス
 唯沒收ノ一事ヲ目的トシテ宣告スルヲ得ヘキナリ此區別タル特別法ニ
 記載スル單ニ附加刑ノ一語ヲ以テ總括スト雖モ其性質上ヨリ斯ク區別
 ナ設クルヲ以テ至當ノ一ト信スルナリ

(參看修正草案第五十五條 沒收ハ當然ニ行フモノニアラス左ノ物件
 ニ對シ裁判所ヨリ宣告スルヲ要ス)

第一 其何人ニ屬スルヲ問ハズ法律ニ反シテ製作産出又ハ占有シタル物件

第二 犯罪ヲ行フノ用ニ供シタル物件

第三 犯罪ニ因リ直接ニ得有シ又ハ獲得シタル物件但第二項及ヒ本項ノ場合ニ於テハ其所有權ノ受刑者ニ屬スルカ又ハ其所有者ノ分明ナラサル片ニアラサレハ沒收スルヲ得ス

以上記スル所ハ總テ法律ノ別段ナル正條ニ因テ命シタル他ノ格段ナル沒收ノ妨ケトナルヘカラス

井上博士ノ説ニ依レハ法律ニ於テ禁制シタル物件トハ物件ノ性質法律ニ違反スルニ因リ之レヲ占有シ販賣シ又ハ陳列スルヲ以テ直チニ沒收セラル可キモノヲ云フ佛國刑法ニハ罪體ナルモノアリ犯罪ハ心ト体トヲ以テ成立ス罪心ハ犯罪構成ノ原素中無形ニ屬スルモノ即チ犯法ノ意思ヲ云ヒ又罪體ハ有形ニ屬スルモノ即チ軍用ノ銃礮彈藥阿

片煙猥褻ノ圖畫偽造若クハ變造ノ貨幣度量衡等ノ類ヲ云フ

我刑法ハ罪體ト云ハズ唯法律ニ於テ禁制シタル物件ト云ヘリ左レハ銃礮彈藥ノ如キ一巳人ノ私有スヘキ者ニ非サレハ之ヲ禁制物ト看ルヲ得ヘシ然レモ又官許ヲ得テ之ヲ所有シ若シハ販賣スルヲ得ルカ故ニ一ニ之ヲ禁制物ト云フヲ得サルヘシ然レハ即チ禁制物タルト否トハ各場合ニ依リテ之ヲ判別セサル可ラス要スルニ偽造變造貨幣及ヒ度量衡偽造ノ証書等ノ如キ其偽造ニ關スル物件ハ官許ヲ得テ之ヲ所有スルヲ得ヘキモノニアラサレハ是レ即チ純然タル禁制物ナリ然レモ猥褻ノ圖畫ノ如キハ之ヲ公然陳列シ又ハ販賣スルヲ禁シテ敢テ私有ヲ禁シタルニ非サレハ純然タル禁制物ト云フ可ラサルナリ右ノ禁制物ヲ沒收スルニハ犯罪已ニ成立シテ刑ノ言渡シヲ爲シタルヲ要ス若シ犯罪成立セサル時ハ決シテ沒收スルヲ能ハサルヘシ云々

江木學士ノ説ニ依レハ禁制物トハ法律ニ於テ製造、輸入、又ハ私有、若クハ所持スルヲ禁シタル物件ニ設ヘハ銃砲、彈藥、爆裂藥、又ハ猥褻ノ圖書ヲ指スモノナレトモ之レヲ沒收スルニハ之レヲ禁制物ト定ムル所ナカラサルヲ得ス、又何人ノ所有ヲ問ハス沒收スルニハ到底學理ノ容レサル所ナリ如何トナレハ所有者ニアラサル犯人ニ對シ沒收ノ言渡ヲナスモ是レ所謂門違ヒノ裁判ナレハ毫モ感スル所ナシ之ニ反シテ官許ヲ得テ彈藥ヲ貯藏スル所有者ノ之ヲ竊盜セラレタル時ハ盜罪ノ附加刑トシテ沒收セラル、ノ不幸ヲ見ルニ至ルヘシ加之所有者ハ權利ヲ害セラル、モ上告スル能ハスシテ所有者ニアラサル犯人ハ上告スルヲ得ルカ如キ奇異ナル結果ヲ生スルニ至ルヘケレハナリ云々下

宮城學士ノ説ニ依レハ禁制物トハ法律ヲ以テ製造、產出、又ハ私有ヲ禁シタルモノヲ云フ製造トハ貨幣偽造、文書偽造ノ如キヲ云フ然レモ納稅シテ製造シ得ヘキ酒醬油ノ如キハ混スル勿レ酒醬油其物ハ禁制物ニアラス脱稅ヲ罰スルノミ產出トハ製造ト異ナリテ天造ニ成ルモノヲ云ヒ私有ハ阿片煙ヲ所持スル如キヲ云フ而シテ猥褻ノ圖書ノ如キハ私ニ處有スルハ法律ノ禁スル所ニアラサレハ之ヲ禁制物ト云フヲ得ス故ニ禁制物トハ製造、產出、私有ヲ禁シタル物件ニ限ルモノトス然リ而シテ禁制物ニハ法律上明文ヲ以テ直接ニ禁スルト偽造貨幣ノ如キ偽造セハ以テ罪トナルヘキ間接ノ禁制トナ問ハス總テ此ニ包含スヘキモノトス

何人ノ所有ヲ問ハス沒收ストハ何人ノ所有ヲ問ハス禁制物ナル以上ハ總テ沒收スト平易ニ解スルヲ可トス苟クモ禁制物ノ裁判所ニ現ハレタル時ハ犯人ノ所有ニ係ラサル時ト雖モ沒收スルヲ得ヘシト何者若シ所有者ニ還付スルコトナサハ法律ノ危害アリト認メテ沒收スル趣旨ニ乖戾スレハナリ但シ彼ノ官許ヲ得テ所有スル銃砲彈藥ヲ竊取

スルモノアリテ裁判所ニ現ハル、トアルモ個ハ沒收スルヲ得ス何者此物件ハ元來所有ヲ禁セシモノナルモ官許ヲ得テ所有スル權アル以上ハ即チ禁制物ニアラサレハナリ故ニ此類ヲ除クノ外ハ苟クモ社會ニ危害アリトメ沒收スル物件ノ裁判所ニ現出セシ時ハ其原因ノ犯罪ニ基クト否ヲ問ハス總ヘテ沒收スルモノトス

其レ然リ然リト雖ヒ夫ノ偽造貨幣若クハ偽造文書ヲ所有スル者之ヲ他人ニ竊取セラレタルカ爲メニ價值アル貨幣爭訟ノ証憑トナスヘキ文書ヲ沒收セラルヘシトセハ實ニ迷惑ナリト云フヘシ故ニ唯此貨幣ヲ毀壞シ偽造ノ旨ヲ附記シテ本人ニ還付セハ則チ足レリ必ラスシモ之ヲ沒收セサルモ唯其危險ナキニ至レハ以テ法律ノ精神ヲ達シ得ヘキナリ

以上ノ如ク其原因ノ犯罪ニ基ツト否ヲ問ハス尽ク之ヲ沒收スルモノナレト雖ハ是レ有罪人ニアラサレハ科罰スヘカラストノ原則ニ背

戻スルカ故ニ此場合ハ一個ノ變則トシテ考フルノ外ナキカ如シ然レ

此一步ヲ進メテ論スル時ハ人ニ關係ナク物件其物ニ關シテ沒收スヘキヲ公言スルモノト云フヲ得ヘシ但シ此場合ハ寧ロ行政上ノ處分ト云フヲ以テ當レリトスル歟兎モ角之ヲ沒收セスシテ本人ニ還付ストセハ其結果タル還付ヲ受ケタル者ハ或ハ阿片煙處有ノ罪ヲ構成スルカ如キ奇怪ノ狀ヲ呈ハスヲ無キニアラス於是檢察官ハ犯罪ナキニ唯沒收ノ目的ヲ以テ起訴シ得ルカノ問題ヲ生スヘシト雖ヒ檢察官ハ犯罪ナキニ起訴スルカ如キ權限ハ決シテ之レアラサルカ故ニ沒收スル場所ハ裁判所ニ現出セシ場合ニ限ルモノトス或ハ曰ク禁制物ハ裁判所ニ現ハレサレハ沒收シ得ストセハ社會ニ危害アリトシテ禁制シタル法律ノ精神ニ乖戻スルニアラスヤト寔ニ然リ然レモ亦是レ止ムヲ得サル理由ノ存シテ然ルナリ蓋シ刑法ハ其ノ範圍内ニ於テ處分ヲ定ムルモノナレハ禁制物ノ裁判所ニ現ハレタル時ハ之ヲ沒收スヘキ

ノ規定ヲ要スト雖也、裁判所ニ現ハレサル時ハ政テ刑法ノ關係スヘキ所ニアラスシテ全ク行政上ノ處分ニ屬ス可キモノナレハ刑法上沒收ノ目的ヲ以テ起訴シ得サルモ敢テ批難ヲ容ルヘキニアラサルヘシ云々

大審院判決例 變造鑑札ノ如キハ刑法第四十三條法律ニ於テ禁制シタル物件トアルニ該當スルヲ以テ全第四十四條法律ニ於テ禁制シタル物件ハ何人ノ所有ヲ問ハス之ヲ沒收スルト否トヲ區別スヘキニアラス何者他ニ之ヲ變造シタル者アルヲ以テナリ然ラハ則チ該條ニ依テ之ヲ沒收スルハ當然ナリ(十七年十月卅一日)

全上 半錢銅貨ノ半ノ字ヲ十ノ字ト爲シ之ヲ銀色ニ變セシメタルハ異質ノ貨幣ヲ材料トシテ眞貨ニ模擬シタル者ナレハ此偽造貨幣ハ犯罪ノ用ニ供シタル物ニアラスシテ禁制物トシテ沒收スヘキモノトス(十九年三月十日)

指令内訓 宇和島輕罪廳檢事(十五年三月十三日伺) 現ニ博奕ヲ爲シタリトテ逮捕シタル后起訴ヲ爲スヘカラサル者ト認メ放免ノ處分ヲ爲スニ骨牌等ハ裁判ヲ經スシテ沒收ノ處分ヲ行ヒ難ク如何處分シテ可

然ヤ(指令)其骨牌ハ所有主ニ還付スヘシ(理由)沒收ハ宣告スルヲ要ス故ニ伺面ノ如キ起訴セサル時ハ宣告アルナク而シテ骨牌ノ所有ヲ禁セラレタルモノニアラサレハ行政上ニ於テモ亦之ヲ沒收シ得サルヲ以テ當然其所有主ニ還付スヘキモノトス

同上 酒田始審廳檢事(十五年五月廿九日伺) 法律ニ於テ禁制シタル物件ハ公判ニ於テ佞令本件ニ付無罪又ハ免訴ノ言渡ヲナスモ該件ハ必ス沒收ノ言渡ヲ爲スヘキ儀ニ可有之然ルニ豫審判事ニ於テ免訴ノ言渡ヲナシ檢事ニ於テ起訴ノ手續ヲ爲サ、ル場合及ヒ總テ被告人死去セシ場合ニ於テハ如何處分スヘキヤ(指令)檢察官ヨリ司法檢察官ニ下渡シ行政ノ處分ニ附スヘシ

第三十二號 犯罪ノ用ニ供シタル物件及ヒ犯罪ニ因テ得タル物件ヲ沒

收スル理由并ニ其意義如何

犯罪ノ用ニ供シタル物件トハ總テ罪ヲ犯ス爲メニ用ヒタル物件ヲ云フ
 例ハ偽造貨幣ノ模型、鑛物及ヒ器械、若クハ殺傷ニ用ヒタル兇器、毒藥、其
 他發炮禁止ノ場所ニ發炮シタル銃炮等ノ類是レナリ或ハ罪体ハ沒收ス
 ～カラスト云ヒ或ハ犯罪ノ手段ニアラサレハ沒收スルコトヲ得スト論
 シ以テ前例銃炮ハ罪体ナク又手段ニアラサルカ故ニ之レヲ沒收スヘカ
 ラスト論スルモノ往々之レアリト雖ヒ余輩ノ考フル所ニ依レハ右兩説
 ノ如ク解釋スルハ蓋シ法意ニ適フモノニアラスト何トナレハ我刑法中
 如此區別アルヲ見サルノミナラス是レ皆無形的ニ存スル罪ヲ犯スノ用
 ニ供シタルモノナレハナリ然ルニ彼ハ罪体ナリ此ハ手段ナリ手段ハ沒
 收シ得ルモ罪体ハ沒收スヘカラスト云フカ如キ區別ヲ爲スノ理毫モ存
 セザルヘシ加之罪体ハ主ナリ罪ヲ犯スノ用ニ供シタルモノハ從ナリ其

主タルモノヲ沒收セスシテ却テ從タルモノヲ沒收ス是レ之ヲ正理ニ反
 スルモノト云ハスシテ何ソヤ若シ右論者ノ如ク解セン乎彼ノ毒殺罪ニ
 使用シタル毒藥若クハ持兇器強盜罪ノ兇器等ハ何レモ皆沒收スルコトヲ
 得サルニ至ルヘシ豈奇ナラスヤ故ニ苟クモ罪ヲ犯スノ用ニ供シタル物
 件ハ何等ノ區別ナク盡ク之ヲ沒收スルモノト解スルヲ以テ至當トス然
 レモ夫ノ家内ニテ賭博ヲ爲シタル場合ニ於ケル家屋若シクハ阿片煙ヲ
 輸入シタル船舶ノ如キハ唯犯行ヲ便利ナラシメタルニ止リ決メ其罪ヲ
 犯スノ用ニ供シタル物件ニアラサレハ之レヲ沒收スルヲ得サルナリ
 其レ然リ故ニ供犯物ヲ沒收スルニハ必ス左ノ制限ヲ遵守セサルヘカラ
 ス

第一 主刑ノ存在スルコト 我刑法ハ沒收ヲ以テ附加刑ト爲シタルカ
 故ニ佛國刑法ノ如ク罪ヲ犯スニ備ヘタル物件ヲ沒收スルハ敢テ適理
 ノト云フ可ラス何トナレハ唯將來危險ヲ醸スノ恐レアルノミニテ

現在社會ニ害ヲ加ヘタルニアラサルカ故ニ未タ之ヲ沒收スルノ理由ナキナリ必ス豫備ノ未遂已遂ヲ問ハス法律上罰スヘキ所爲ヲ行フニ用ヒタル物件ニアラサレハ之ヲ沒收スヘカラサルハ勿論假令罪タルノ事蹟ハ存スルモ其主刑ニシテ或ル理由ニヨリ消滅スルハ決シテ其物件ヲ沒收スルヲ得ス是レ「主ナク」レハ從ナシ」トノ原則ニ依テ然ルナリ例ヘハ犯罪ノ主本者ニシテ幼者或ハ精神喪失者等ノ如キ者ナル場合ハ假令法律ニ違背シタル事實アリト雖モ其者タル元來無責任ノ者ナレハ從ツテ之レニ科スヘキ刑ナキヲ以テ沒收モ亦行フヲ得サルナリ

第二 直接ニ犯罪ノ用ニ供シタルハ、若シ間接ニ犯罪ノ用ニ供シタル物件例ヘハ賭博ノ用ニ供シタル家屋ノ如キニ至ル迄限涯ナク之ヲ沒收スル者トセハ其結果タル彼ノ往古行ハレタル一般沒收ノ狀況ヲ呈シ遂ニ刑ハ一身ニ止ルトノ原則ニモ背戾スルニ至ルヘシ

第三 有意犯ニ限ル、此意味タル蓋シ法文ニ所謂犯罪ノ用ニ供スル云々ノ文字中ニ自然包含スル者也加旃假令無意犯ヲ以テ罰スル場合ニシテ故意ヲ以テ犯セシ場合ト雖モ其意思ノ有無ハ罪質ヲ變更スヘキ者ニアラサレハ亦同一ノ論決ニヨリ沒收スルヲ得サルヘシ

第四 物件犯人ノ所有ニ係ルカ若クハ其所有主ナキ、沒收ハ一箇ノ刑ナレハ他ニ所有者アルハ之ヲ收沒スルヲ得ス但所有者ナキニアラス唯所有者ノ知レサルハノ處分ハ明治六年司法省丙第十二號達ニ依リ之ヲ知ルヘシ其達ニ曰シ「犯罪ノ用ニ供シタル物件及ヒ犯罪ニ因リ得タル物件ハ本案ノ裁判ヲ言渡ス迄ニ所有主ヲ發見セサルハ刑法第四十三條第四十四條ニ從ヒ其本案ノ裁判ト共ニ沒收ノ言渡ヲナスヘシト雖モ右ノ物件ハ之ヲ其裁判所々在ノ地及ヒ犯罪ノ地ニ公告シ一年間（公告シタル日ヨリ起算）ニ所有主ヲ發見シタル時ハ檢察官ヨリ直チニ之ヲ還附スヘシ此旨爲心得相達候事但シ檢察官ニ於テ保存スヘカラ

サル物件又ハ保存スルニ付費用ヲ要スヘキモノト思料スル片ハ公賣
 處分ヲナシタル上其代金ヲ保存シ置クヘシト是レ實際上ノ便宜ニ
 出テタルモノナルヘシ
 犯罪ニ因テ得タル物件トハ罪ヲ犯シテ得タル物件ニシテ例ヘハ竊取
 シタル金錢或ハ物品ノ如キヲ云フ然リ而シテ其物件ハ犯罪ヨリ直接ニ
 得タルモノナルヲ要ス若シ犯罪ヨリ間接ニ得タル物件ヲモ尙ホ沒收
 スヘシトセハ終ニ其底止スル所ヲ知ル能ハサルニ至ルヘシ皮想ヨリ
 之ヲ見ル片ハ竊取セシ金圓ヲ以テ買得セシ物品ヲ現ニ存スル時ノ如
 キ其不正ノ利得ヨリ組成セシト判然タル場合ニ於テ之ヲ沒收シ得サ
 ルハ甚タ正理ニ適セサルノ感ナキ能ハス然リト雖モ其境域ノ不明ナ
 ル間接ノ利得ヲ沒收スル片ハ其極途ニ或ハ無辜ヲ刑スルコトアルヤ知
 ルヘカラス是ヲ以テ仮令犯人ニ不正ノ利益ヲ得セシムルノ嫌アルモ
 之ヲ沒收セサルノ優レルニ如カサルナリ是レ即チ無辜ヲ刑センヨリ

寧ロ不經ニ失セヨトノ原則ノ適用ナリト云フヘシ又之ヲ沒收スルニ
 ハ必ス確定物ナルヲ要ス故ニ金圓ノ如キ之ヲ封包シアラサル時ハ沒
 收スルヲ得サルナリ
 以上ノ如ク沒收例ヲ設定シタル所以ヲ約言セハ則チ犯罪ノ用ニ供シ
 タル物件ヲ沒收スルハ一ハ再犯ヲ豫防スルノ必要ニ基キタル者ニシ
 一ハ犯罪ニ因テ得タル物件ヲ沒收スルハ犯者ヲシテ不正ノ利得ヲ保
 有セシメサルノ理由ニ基因スルモノトス
 井上博士ノ説ニ依レハ犯罪ノ用ニ供シタル物件トハ物件自カラカ法
 律ニ違背シタルニアラス之ヲ犯罪ノ用ニ供シタルカ爲メ法律上之ヲ
 沒收スル者也例ヘハ貨幣偽造ノ器械人ヲ殺傷セル器具ノ如キ是レ也
 佛國ノ刑法ハ犯罪ノ用ニ供スヘキ物件ヲ沒收シタリ是レ社會ニ危險
 アルカ爲メ犯罪ノ用ニ供シタル物件ト同視シタルモノナリ我刑法ハ
 既ニ犯罪ノ用ニ供シタル時ニアラサレハ沒收セサルカ故ニ未遂若ク

ハ豫備ノ用ニ供シタル物件ハ其未遂又ハ豫備ヲ罰スル場合ニ限り沒收スヘキノミ又夫ノ第四百二十五條第一項ノ火藥ハ罪ヲ犯スノ器械トナリタル者ニアラサルヲ以テ沒收スルヲ得サルナリト

堀田氏ノ説ニ依レハ「罪体ハ沒收スヘカラス凡ソ罪ニハ有形無形ノ原素アリ其有形ノ原素ヲ罪体ト云フ故ニ罪体ハ罪ノ成立ニ必要ナル條件ナリ之ヲ例セハ第四百二十五條第一項ハ規則ヲ遵守セサルト(一)火藥其他破裂スヘキ物件ナルト(二)其場所市街ナルト(三)運搬スルト(四)四元素ヨリ成ルモノナリ今此場合ニ於テ舟車ヲ沒收スヘキモ破裂質ノ物品ハ犯罪構成ノ元素タル罪体ナレハ沒收スヘカラス第四百廿七條第一二三ノ車馬第四ノ木石第十四ノ床店第四百廿八條第五ノ劇場觀物場第八ノ獸類第十ノ牛馬ノ類皆是レ罪体ナレハ沒收スルヲ得ス然レモ罪体ニ特ニ沒收ヲ要スルモノハ法ニ明文ヲ掲ケテ沒收スルコトアリ銃礮彈藥ノ如キ是レナリト

江木學士ノ説ニ依レハ「犯罪ノ用ニ供シタル物件トハ犯罪ノ手段タル物件ヲ指ス而シテ此手段ヲ沒收センニハ第一其犯罪タル所爲ノ手段トナリ第二其手段ハ人体外ナル物件ナルヲ要ス賭博ヲ爲シタル家屋ノ如キハ犯罪ノ用ニ供シタルモノニアラス又毆打セシ腕ハ物件ニアラス故ニ之ヲ沒收スルヲ得ス彼ノ罪体ト否トノ區別ハ已ニ陳腐ニ屬シ近世學者ノ容レサル所ニシテ唯犯罪ノ手段トシテ其犯罪タル所爲ノ用ニ供シタルヤ否ヲ區別セハ足レリトス例ヘハ打網禁止ノ河川ニ打網シタル片其手段トナリタルモノハ漁夫ノ腕ナリ若シ捕漁禁制ノ河水ニ打網シタル片其手段ハ網ナレハ之ヲ沒收セサルヲ得ス又手段ト犯罪ノ物体トヲ混スル勿レ例ヘハ自己ノ家屋ニ放火セシ時其家屋ハ物体ニシテ手段ニアラサレハ沒收スヘカラスナリ
附加刑タル沒收ハ第一苦痛ヲ感セシムヘキ刑罰ナルヲ要ス即チ沒收ノ物件ハ犯人ノ所有ナルヲ要ス第二危險ヲ豫防スルノ性質アルヲ要

ハ豫備ノ用ニ供シタル物件ハ其未遂又ハ豫備ヲ罰スル場合ニ限り没
收スヘキノミ又夫ノ第四百二十五條第一項ノ火藥ハ罪ヲ犯スノ器械
トナリタル者ニアラサルヲ以テ沒收スルヲ得サルナリト

堀田氏ノ説ニ依レハ「罪体ハ沒收スヘカラス凡ソ罪ニハ有形無形ノ原
素アリ其有形ノ原素ヲ罪体ト云フ故ニ罪体ハ罪ノ成立ニ必要ナル條
件ナリ之ヲ例セハ第四百二十五條第一項ハ規則ヲ遵守セサルト(一)火
藥其他破裂スヘキ物件ナルト(二)其場所市街ナルト(三)運搬スルト(四)ノ
四元素ヨリ成ルモノナリ今此場合ニ於テ舟車ヲ沒收スヘキモ破裂質
ノ物品ハ犯罪構成ノ元素タル罪体ナレハ沒收スヘカラス第四百廿七
條第一二三ノ車馬第四ノ木石第十四ノ床店第四百廿八條第五ノ劇場
觀物場第八ノ獸類第十ノ牛馬ノ類皆是レ罪体ナレハ沒收スルヲ得ス
然レモ罪体ニシテ特ニ沒收ヲ要スルモノハ法ニ明文ヲ掲ケテ沒收スル
コアリ銃礮彈藥ノ如キ是レナリト

江木學士ノ説ニ依レハ「犯罪ノ用ニ供シタル物件トハ犯罪ノ手段タル
物件ヲ指ス而シテ此手段ヲ沒收センニハ第一其犯罪タル所爲ノ手段
トナリ第二其手段ハ人体外ナル物件ナルヲ要ス賭博ヲ爲シタル家屋
ノ如キハ犯罪ノ用ニ供シタルモノニアラス又毆打セシ腕ハ物件ニア
ラス故ニ之ヲ沒收スルヲ得ス彼ノ罪体ト否トノ區別ハ已ニ陳腐ニ屬
シ近世學者ノ容レサル所ニシテ唯犯罪ノ手段トシテ其犯罪タル所爲
ノ用ニ供シタルヤ否ヲ區別セハ足レリトス例ヘハ打網禁止ノ河川ニ
打網シタル片其手段トナリタルモノハ漁夫ノ腕ナリ若シ捕漁禁制ノ
河水ニ打網シタル片其手段ハ網ナレハ之ヲ沒收セサルヲ得ス又手段
ト犯罪ノ物件トヲ混スル勿レ例ヘハ自己ノ家屋ニ放火セシ時其家屋
ハ物体ニシテ手段ニアラサレハ沒收スヘカラスナリ
附加刑タル沒收ハ第一苦痛ヲ感セシムヘキ刑罰ナルヲ要ス即チ沒收
ノ物件ハ犯人ノ所有ナルヲ要ス第二危險ヲ豫防スルノ性質アルヲ要

ス即チ犯罪ノ用ニ供シタル物件ノ如キ再ヒ其物件ヲ用ヒテ罪ヲ犯ス
ノ危険アルヲ以テ沒收スト雖此目的ハ充分ニ達シ得ス必竟之ヲ沒
收スルハ其物件自身ヲ嫌惡セル野蠻時代ノ思想今日尙文明國立法者
ノ腦裡ヲ去ラサルニ原因セリ第三沒收ハ犯罪ノ利益ヲシテ犯人ニ獲
得セシメサルノ性質アルヲ要ス犯罪ニ依テ得タル物件ヲ沒收スルハ
專ラ其目的アルカ爲メナリト

宮城學士ノ説ニ依レハ一般學者カ罪体ト罪ヲ犯ス用ニ供シタル物件
トチ區別シテ打網禁止ノ河水ニ打網スルモ之ヲ罪体トシテ沒收スル
ヲ得ス然レニ捕魚禁止ノ河水ニ打網セハ犯罪ノ用ニ供シタル物件ト
シ之ヲ沒收スルヲ得ヘシトナスモ是レ皮想ノ見ニシテ毫モ根據アル
ニアラス夫レ打網ニシテ或ハ罪体トナリ或ハ犯罪ノ用ニ供シタル物
件トナリ沒收スルト否トチ區別スルハ抑モ何等ノ理由アリテ存スル
手本來罪ト無形ニ存シ人目ニ觸ル、モノニアラス無形のニシテ吾人

ノ感想上罪ト名ツケ得ベキモノヲ生セシムル爲メ用ヒタル物件ハ總
ヘテ犯罪ノ用ニ供シタル物件ナリ故ニ一般學者ノ云フ罪体モ亦全シ
ク犯罪ノ用ニ供シタル物件ナレハ之ヲ沒收スルニ於テ何カアラン一
歩ヲ讓リ体用ヲ區別セサル可ラストセハ甚タ奇怪ノ結果ヲ呈スヘシ
今兇器ヲ携帯シテ人ノ住居シタル邸宅ニ入り竊盜ヲ犯シタル時此ノ
罪ノ構成ニハ第一、人ノ住居セシ邸宅ニ入ル、第二、盜取シタル、第三、
兇器ヲ携帯スル、トノ三條件ヲ要スルヲ以テ右ノ兇器ハ即チ罪体ナレ
ハ沒收スヘカラス之ニ反シテ人ノ住居セサル邸宅ニ入り竊盜ヲ犯カ
シタル場合ニ於テハ其兇器ハ犯罪ノ用ニ供シタルモノナレハ則チ沒
收シ得ヘキニ至ルヘシ夫レ如此罪重キ片ハ罪體トナリ而シテ兇器ハ
沒收スヘカラス又罪輕キ片ハ用トナリ而カモ兇器ハ沒收スヘシト云
フ前後顛倒ノ論定ヲ爲サ、ルヲ得サルニ至ル豈此ノ如キ理アランヤ
体用ハ何故ニ此ノ如ク區別スルヲ要スル歟論者或ハ説ヲ爲シテ曰ク

「体ハ危険アルモノニアラサレハ没収ノ必要ナキモ用ハ危険ヲ生スルカ故ニ之ヲ没収セサル可ラス」ト是レ即チ耳ヲ掩フテ鈴ヲ盗ムノ識リヲ免カレサル説ナリトス蓋シ謀殺事件ニ付刀劍ハ危険アリトテ没収スルカ如キハ兇器ノ所爲ノミ何トナレハ用ニ供シタル刀劍ヲ没収スルモ尙ホ他ニ刀劍アルヲ奈何セン然レモ強テ此目的ヲ達セント欲セハ全國ノ刀劍ハ盡ク没収スルニ非サルヨリハ決シテ望ヲ全フスル能ハサルナリ

論シテ此ニ至ラハ論者カ体用ヲ區別スルノ説ハ到底價直ナキヲ知ルニ足ラン要スルニ無形的ニ存スル罪ヲ犯ス爲メニ用ヒタル物件ハ動産タルト不動産タルトチ間ハス犯人ノ所有ニ屬スルカ將タ所有者ノナキ時ニ於テハ其物件ノ性質上没収ス可ラサルモノヲ除クノ外之ヲ没収スルヲ得ヘシ然レモ左ノ制限ハ忘却ス可ラス

第一 犯人ハ所有ニ屬スルヲ要ス 此制限アル所以ノモノハ若シ他

人ノ物ヲ没収スヘシトセハ所有者ハ犯罪ノ爲メニ害ヲ蒙リ尙亦没収セラル、ノ損害ヲ被ルニ至ルヲ以テナリ

第二 直接ニ犯罪ノ用ニ供シタル物ヲサカテス 間接ノ用ニ供シタル物件ヲモ尙ホ没収スヘシトセハ其結果タル途ニ際涯ナキヲ以テ彼ノ一般ノ没収ト同一ノ狀況ヲ生スレハナリ

第三 有意ヲ以テ用ニ供シタルモノナラサル可カラス 是レ物ノ自然ナリ又法文ニモ用ニ供シタル云々トアリテ總ヘテ無意犯ノ用ニ供シタル物件ニアラサルナリ

以上制限外ノ物件ハ如何ナル者ト雖モ之ヲ没収スルヲ得サル也、車馬通行禁止ノ場所ニ乗り入レタル車馬ハ没収スヘカラス是レ無意犯ナルヲ以テナリ無意犯ハ假令有意ヲ以テ犯スモ其罪ノ性質無意ナル以上ハ其犯意ノ有無ヲ豫メ審査スルヲ要セサルナリ
犯罪ノ用ニ供シタル物件ヲ没収スルハ如何ナル理由ニ基クカ論者曰

ク此物件ヲ還付スルキハ再犯ヲ生スルノ恐レアリ故ニ之ヲ沒收スヘシト此説タル前ニ已ニ駁シタル如ク全國ノ物件ヲ盡ク沒收スルニアラサル以上ハ決シテ再犯ヲ妨ク能ハサルナリ然ラハ則チ如何ナル理由アリテ存スルカト云ハ、敢テ著明ノ理由アルニアラス吾人ノ感想上謀殺人ニ兇器ヲ還付シ偽鑰ヲ還付スル如キハ唯之レヲ欲セサルニ基クノミ夫ノ危険ノ理由ノ如キハ強テ附セント欲セハ能ハサルニアラスト雖也畢竟スルニ牽強附會ノ説タルヲ免カレス

草按ニハ直接ニ得タル云々ノ文字アリテ間接ニ得タルモノハ沒收スルヲ得ストセリ例ヘハ時計ヲ窃取シテ之ヲ金圓ニ替ヘ或ハ金圓ヲ窃取シテ利子ヲ生シ或ハ官吏賄賂ヲ得テ家屋ヲ購ヒシ如キヲ云フモノニシテ是レ皆チ犯罪ニ依リ直接ニ得タルモノニアラスシテ間接ニ得タル物件ナリ然ルニ行現法ハ之ヲ刪除セシモ其精神ニ至リテハ依然トシテ存スルモノトス何トナレハ間接ニ得タル物件ハ理論上沒收ス

ルヲ許サス各債權ニ應シテ分配セサルヲ得ス然ラサレハ其結果タル遂ニ際涯ナクシテ一般ノ沒收ト相擇ハサルニ至ラン然レモ實際ハ犯者ニ莫大ノ不正ノ利益ヲ得セシメサル爲メ沒收スルコトアリ云々ト

ボアソナード氏井上博士井上江木兩學士堀田氏同説

大審院判決例 過失殺傷ノ如キ無意犯ノ場合ニ於テ偶然殺傷ノ用ト爲リタル器物ハ刑法第四十三條ニ所謂犯罪ノ用ニ供シタル物件ナリトシ之ヲ沒收スルヲ得ス(十七年二月十二日)

全上 刑法第四十三條云々トアルニ依レハ法律規則中別ニ沒收例ヲ定メタルモノハ刑法ノ沒收法ヲ適用スルヲ得ス今酒造稅則ヲ見ルニ其第廿九條及第三十五條二項ニハ特ニ器械沒收ノ法ヲ設ケアルカ故ニ前條ノ但書ニ從ヒ該稅則ヲ犯シタルモノハ都テ刑法ノ沒收法ヲ引用スルヲ得ス然ラハ即チ該稅則中器械沒收ノ明文ナキ條項ニ違犯シタルモノハ假令犯罪ノ用ニ供シタル物件アリトモ之ヲ沒收シ得サル

ハ勿論ナリ(十七年十月三十一日)

全上 共有ニ係ル物件ナラハ其一部ニ對シ所有權アルモノナリ既ニ所有權アレハ之ヲ沒收ス可キ場合ニハ固ヨリ沒收セサルヲ得ス如何トナレハ物件ヲ所有スルハ其物件ニ對シ所有權アルニ因ル者ナレハ其所有權ヲ沒收スルハ即チ其物件ヲ沒收スルノ道理ナレハナリ故ニ原裁判所カ被告ハ酒造稅則附則第四條ニ背反シ自家用料ノ酒類ヲ其住居セル一家ノ外ニ於テ之ヲ製造セシ事實ヲ認定シ全則第八條ニ依リ罰金三圓ニ處シ仍ホ犯罪ニ係ル清酒并桶畚等ノ全部ヲ沒收シ酒樽外三種ノ器械ハ他人ト共有ニ係ルヲ以テ被告ノ所有ニ係ル一部ヲ沒收スト言渡シタルハ至當ナリトス(十九年四月廿一日)

全上 被告カ其偽造シタル證書ヲ行使ノ詐欺取財ヲ遂ケントシタルトハ原裁判官ノ明認スル所ニシテ該證書ハ正サニ犯罪ノ用ニ供シタルモノナルヲ以テ之カ言渡ヲ爲サ、ルヘカラサルニ原裁判此ニ出テ

サルハ擬律ノ錯誤ナリトス(十九年四月廿二日)

全上 犯罪ノ用ニ供シタル物件ハ刑法第四十三條ニ依リ之レヲ沒收スヘキハ論ヲ俟タサル所ナリト雖モ其罪体ニ關スル物件モ猶ホ之レヲ沒收スル如キ成法ニ非サルナリ本件被告カ携帶セシ短刀タル爲メニ刑法第七十一條ノ刑ヲ當行セラレタル者ニシテ犯罪ノ用ニ供シタル物件トハ自カラ其性質ヲ異ニシ即チ加重ノ事實アル罪体ニ外ナラサレハ之レヲ沒收スル道理ナシトス故ニ原裁判所ノ被告ニ對シ還付ノ言渡ヲ爲シタルハ相當ナリ(十九年十一月十七日)

指令内訓 栃木縣始審廳判事(十六年一月二十六日請訓)爰ニ甲者聯合戸長役場ノ印章ニ証人丙實印ヲ偽刻シ以テ證書ヲ偽造シ乙ヨリ金百圓ヲ借受ケタリ依テ甲ハ文書偽造罪ニ處罰スヘキモ該證書ノ處分方如何スヘキヤ(内訓)偽造證書ヲ沒收ノ訴訟連坐人ト共ニ保存スヘシ但シ其證書ヲ証憑トスヘキ者ニ係ハリ明治十二年本省丙第十號達ノ通

リ心得ヘシ

全上 浦和輕罪廳檢事(十五年六月一日問)人ヲ殺シタルモノ自殺シ其殺害ノ用ニ供シタル兇器ヲ存留シ其物件兇行者ノ所有物ナル時ハ其遺族ニ付スヘキカ若シ下付スヘキ遺族ナキ時ハ官沒スヘキヤ(回答御見込ノ通り但シ殺害ノ用ニ供シタル兇器ハ遺族ナシト雖モ若シ親族アラハ其親族ヘ下付セサルヲ得ス)

全上 新潟裁判所新發田支廳判事(十四年九月七日請訓)刑法第百廿七條第二百四十條第二百六十一條ノ如キ犯罪ノ取消ヲ幫助スル爲メ房屋ヲ給與シタル者アル節ハ其家屋及其土地共ニ沒收スヘキヤ(内訓)沒收スルノ限リニアラス(理由)房屋タルヤ固ヨリ犯罪ニ關係スル物件也ト雖モ之ヲ犯罪ノ用ニ供シタル物件ト爲スヲ得ス何者房屋ハ犯罪組成ノ一元素也給與スル所ノ物件房屋クアラサレハ右三條ノ如キ罪ヲ爲サス然リ而シテ犯罪ノ用ニ供シタル物件ナル者ハ其罪ヲ組成ス

ルノ原素ニ非ス二者ノ地質相異ナルヤ如此乃チ房屋土地ハ沒收ノ限リニアラス

全上 宮崎始審廳檢事(十五年三月九日請訓)過失殺傷ノ罪ヲ犯スモノ弓銃或ハ其他ノ物品ヲ以テスル者ノ如キモ該物品ハ刑法第四十三條第二項ニ照シ沒收スヘキカ又ハ沒收シ得サルカ(内訓)後段見解ノ通(理由)刑法ニ於テ物件ヲ沒收スル罪ヲ犯スノ意ニ出テ其物件ニ因テ以テ惡チ行フ者ナレハ之ヲ沒收セサルヲ得ス過失殺傷ノ如キ毫モ犯ス意ナク刑ニ觸レタル者ナレハ物件ニ因テ罪ヲ犯シタルモノトスルヲ得サルモノナレハ唯其過失ヲ罪スルニ止マルヘシ

全上 若松始審廳判事(十四年十一月廿二日請訓)犯人所有ノ物件ヲ犯罪ノ用ニ供シタル后之ヲ他人ニ質入又ハ書入シ若シハ他人ニ質入シ又ハ書入シタル物件ヲ竊取シ犯罪ノ用ニ供シタル片ハ沒收セサル議カ(内訓)沒收ノ言渡ヲ爲スヘシ但シ債主ニ於テ其情ヲ知ラサルニ於テ

ハ書記局ハ檢察官ノ命令書ニ依リ直チニ犯人ヲ其負債ヲ辨償セシメタル后之ヲ沒收スヘシ若シ辨償シ能ハサル時ハ沒收ヲ爲スヲ得ス
 (理由)犯罪ノ用ニ供シタル物件ヲ他人ニ質入シ又ク書入レスルモ犯人其所有權ヲ失フニアラサレハ固トヨリ沒收ノ言渡ヲ爲サハルヘカラ
 ス然レトモ債主ニ於テ其情ヲ知ラスシテ質入書入レ權即チ物件ヲ有スルモノナレハ其權ヲ害シテ直チニ沒收スルヲ得ス故ニ書記局ハ(四十年本省丁第)檢察官ノ命令書ニ依リ(治罪法第四)犯人チシテ契約ノ期限ニ拘ハラス直チニ負債ヲ辨償セシメタル后之ヲ沒收セサルヘカラ
 ス然レトモ若シ辨償ヲ爲ス下能ハサル時ハ債主ハ通常民事ノ規則ニ從ヒ其物件ノ糶賣ヲ求ムルヲ得ヘキヲ以テ沒收スルヲ得ス何トナレハ沒收スヘキ物件ト雖ヒ他人ニ於テ未タ物件ヲ得タル以上ハ其權ヲ害シテ沒收スルヲ得サルナリ

(第三十三號)

刑期ハ何時ヨリ起算スヘキ乎

刑期ハ刑名宣告ノ日ヨリ起算スルヲ以テ正則トナス然レトモ若シ其裁判ニ服セス上訴ヲ爲シタル片ハ左ノ區別ニ從ヒ其起算點ヲ定ム

第一 犯人自ラ上訴ナシ其上訴正當ナル時ハ前判宣告ノ日ヨリ起算スル者ハ蓋シ犯者ハ不當ノ裁判ニ服從スルノ義務ナク此上訴タル必竟正當ノ權利ヲ行フタル者ナレハ爲メニ刑期ノ起算點ヲ遅延ナラシムルヲ得サルニ依ル而シテ此ニ所謂正當トハ結局ノ正當ナル時ヲ云フ故ニ上告ニシテ正當ナル以上ハ假令扣訴ハ不當ナルモ常ニ前判宣告ノ日ヨリ起算ス

第二 犯人自ラ上訴ヲ爲シ其上訴不當ナル時ハ後判宣告ノ日ヨリ起算ス是レ前裁判相當ニシテ上訴スヘカラサル場合ニ上訴チナシタルモノナレハ固ヨリ犯人ニ不利ナル起算ヲ受クルモ自業自得ノ數ニシテ理ノ然ラシムル所誰レチカ恨ミン反之其上訴ノ正否ニ關セス孰レモ前判宣告ノ日ヲ以テ起算トナスニ於テハ犯人刑ノ實行ヲ免カレシガ

爲メ假令上訴ノ不當ナルヲ知ル時ト雖モ徒ニ上訴ヲ爲シ未決コ日子
 ナ空過セシメテ既決ノ苦役ヲ免ントスル弊害ヲ醸生スルニ至ルヘシ
 然リ而シテ此所謂不當トハ前述スル正當ノ反對ニシテ結局ノ不當ヲ
 云フト論スルモノアレハ（井上博士宮城井）余輩ハ之レヲ信セス若シ
 扣訴ニシテ正當ナランカ其過失ハ原裁判官ニアリ然レハ其正當ナル
 上訴期限間ハ之ヲ刑期ニ算入セサルヘカラス一見セハ扣訴ノ利益ヲ
 抛棄シタルカ如シト雖モ刑罰權ニ關スル權利ハ決シ吾人ノ左右シ得
 ヘキモノニアラスシテ到底既得ノ利益ヲ抹殺スル能ハサルナリ
 犯人上訴シテ判決アラサル前ニ願下ヲ爲シタル者ノ刑期起算ニ付テ
 ハ明治十五年一月司法省内訓ニ其願下ヲナシタル時被告人ノ上告書
 類未タ大審院ヘ送致セサル前ニ於テハ原裁判所々長之ヲ聞キ届ケタ
 ル日ヨリ起算シ又已ニ大審院ニ送付シ該院檢事長ノ手ニアリテ未タ
 刑事局ノ簿冊ニ登記ス可キコト院長ニ請求セサル以前ニハ檢事長ノ

聞キ届ケタル日ヨリ起算シ又已ニ院長ニ廻附セシ後ハ院長ノ届ケタ
 ル日ヨリ起算スルトナレリ

第三 檢察官ノ上訴シタル時ハ上訴ノ正否ニ拘ハラズ總テ前判宣告
 ノ日ヨリ起算ス若シ其上訴不當ナランカ其過失檢察官ニ在リ又其上
 訴正當ナランカ其過失前裁判官ニ在リテ到底犯人ニ過失ノ責ヲ負担
 セシムヘカラス是レ如此場合ハ上訴ノ正否ニ拘ハラズ前判宣告ノ日
 ヨリ起算スル所以ナリ

或ハ曰ク苟クモ上訴ニ檢察官ノ干預アル以上ハ揮ヘテ前判宣告ノ日
 ヨリ起算スヘシト（宮城井上兩）學士ノ說余輩以爲ク斯ク一概ニ決定スルニ於
 テ或ハ當チ失スルノ場合アラン譬ヘハ犯人扣訴ヲ爲シ勝訴トナリシ
 場合ニ於テ檢察官ハ之ヲ不當トシテ上告シタリト仮定センニ此場合
 ニ於テ犯人ノ爲シタル上訴即チ扣訴ハ正當ナルヲ以テ其過失ハ初審
 裁判官ニアリ而シテ上告ハ檢察官ノ爲シタル所ニ係ルヲ以テ其正否ニ

從ヒ其過失ハ檢察官若クハ扣訴裁判官ニアリ然ラハ犯人ニ於テハ徹頭徹尾過失ノ責ヲ負擔セシムヘキ理由ナキモノナリ故ニ如此場合ニ於テ前判宣告ノ日ヨリ起算スヘキハ固ヨリ當然ナリト雖モ若シ之ニ反シ檢察官ヨリ扣訴ヲ爲シ犯人ハ此扣訴ノ裁判ニ服セス上告セシモ其上告ハ不當ナリトシテ棄却セラレタル片ノ如キハ決シテ前ノ場合ト同一ノ論決ヲナスヘカラス何トナレハ犯人ノ爲シタル上告ハ不當ノ者ナレハ也之レヲ換言セハ爲ス可ラサル上告ヲ爲シタルモノナレハ其過失ノ責ヲ負擔スヘキヤ亦當然ナリ若シ如此場合ニ於テモ尙ホ前判宣告ノ日ヲ以テ起算点トナスキハ遂ニ前段述ヘタル如キ濫訴ノ弊ヲ生スルニ至ルヘケレハナリ但シ檢察官ノ爲シタル扣訴ニ關シハ犯人ノ預リ知ラサル所ナレハ初審裁判宣告ノ日ヨリ扣訴裁判宣告ノ日迄ノ日數ハ刑期ニ算入スルヲ以テ正鵠ヲ得タル者トス(井上博士同說)是レ余輩カ右論者ノ如ク概論スルハ適理ノモノニアラスト云フ所以ナ

又被告人上訴ヲナシ檢察官附帶ノ上告ヲ爲シタル時ノ處分ニ付テハ明治十六年十一月十日茨城縣伺ニ對シ司法省ハ上告期限内檢察官ヨリ附帶上告ヲ爲シタル時ハ總テ前判宣告ノ日ヨリ起算スヘシト指令サレタリ寔ニ至當ナリト云フヘシ

第四 上訴中保釋責附セラレシ時ハ仮令上訴ノ正當ナル片ト雖モ其保釋責付中ノ日數ハ刑期ニ算入セサルモノトス何トナレハ犯人ハ其身体ヲ拘束セラレ、トナケレハナリ

刑期限内逃走シ再ヒ捕ニ就キタル者ハ其就捕ノ翌日ヨリ起算シ就捕ノ日ヲ算入セス

附加刑ノ起算点ニ付法律上明文ナキヲ以テ議論紛々未ダ一定ノ說ヲ見ス然レモ余輩ハ先ツ左ノ二個ノ區別ニ從ヒ論決ヲ試ミント欲ス
第一 主刑ノミニ付上訴シタル時 此場合ニ於テハ從ハ主ニ隨フ

原則ニ因リ常ニ主刑ノ起算点ヲ以テ附加刑ノ起算点トス或ハ駁ノ曰ク若シ如斯決スルキハ上訴ノ正當ナルキハ上訴中犯人ノ行フタル公權私權ハ所爲無効トナリ上訴不當ナルキハ反ツテ其所爲有効トナル如シ抑々附加刑ハ主刑ノ効力ヲ捕綴スルノ旨趣ニ出テタル者ナリ然ルニ其主刑ト起算点ヲ同一ニスル時ハ上訴中ニ於テ諸般ノ契約ヲナシ他日受刑ノ日偷安ノ術ヲ謀ルノ目的ヲ以テ妄リニ上訴ヲ爲スカ如キ思ナキ能ハス況ンヤ上訴ノ正否ニ因リ寬嚴其度ヲ異スヘキハ自然ノ數ナルニ却ツテ之レニ反對ノ結果ヲ生スル如キハ豈ニ背理ノ至リナラスヤ下然リ然リト雖モ若シ能ク法條ニ應スル解釋ヲ下サント欲セハ前ノ說ノ如ク決定セサルヘカラサルヲ奈何セン何トナレハ第三十三條ニ禁錮ニ處セラレタル者ハ其刑期間公權ヲ行フヲ停止スドアリ然レハ則チ其刑期間ハ必ス公權ノ執行ヲ停止スヘク其刑期外ニ於テハ決シテ之レヲ障礙スヘカラサルヤ論ヲ俟タス法文上果メ然リ

トセハ假令實際上幣害ノ醸生スルアルモ刑法ノ嚴正ナル決シテ解釋上之ヲ彌縫スル能ハサレハナリ

法文ニ處セラレタル者云々トアリ解スル者或ハ曰ク裁判宣告ヲ受ケタルモノトナシ而シテ附加刑ハ其宣告ノ効果ニ依リ生スルモノナリト然レモ第三十七條第四十六條及第五十三條ニ對照セハ其解釋ノ不當ナル自カラ判明スルヲ得ヘシ今ヤ假ニ此說ニ從フキハ主刑ノ起算以前ニ於テ特リ附加刑ヲ科スルノ結果ヲ生ズヘシ是レ豈附加刑ノ性質ヲ變スルモノニアラスシテ何ソヤ

第二 主刑ト共ニ又ハ附加刑ハ上訴シタル時ハ上訴ノ正否ニ拘ハラス總テ主刑ノ起算点ニ從フモノトス何トナレハ附加刑ノ上訴至當ナルカ爲メ其影響ヲ主刑ニ及ホスヘキ道理之レアラサルヲ以テナリ監視ハ主刑ノ終リタル日ヨリ起算スヘシ若シ拘留中主刑滿期トナリタルキハ其日ヨリ直ニ監視ノ期限ヲ起算ス又主刑ヲ免レ止タ監視ニ

附シタル場合ニ於テハ裁判確定ノ日ヨリ之ヲ起算スヘシ
月廿七日警視總監伺ニ
對スル司法省指令參看

宮城學士ノ説ニ依レハ主刑ト附加刑トニ付上訴シタルハ附加刑ハ
固ヨリ主ニ從屬スヘキモノナルヲ以テ從ハ則チ主ニ從ヒ其上訴ノ正
否ニ拘ハラズ主刑ノ刑期ニ從ヒ起算ノ点ヲ定ムヘシ故ニ剝奪公權停
止公權禁治産ハ其主刑起算ノ日ヨリ起算スヘシ又主刑ノミ上訴シ若
クハ附加刑ノミノ上訴ニ係ルハ亦同シ故ニ禁治産ニ付テハ既往ニ遡
リテ刑ヲ執行セシモノト見做スト雖モ上訴中即チ裁判確定以前ニ結
タル契約ハ之ヲ取消スヲ得ス何トナレハ溯及シテ刑期ヲ計算スルハ
犯人ノ爲メニ設ケタル便宜法ナレハナリ然レハ其便宜法ヲ以テ犯人
ニ不便ヲ與フルヲ得サルナリ況ンヤ犯者ト結約セシ他人ノ既得ノ權
利ヲ侵害スヘカラサルヲヤト井上學士全説
堀田氏ノ説ニ依レハ主刑附加刑共ニ上告シテ其一正當ナルハ前判

宣告ノ日ヨリ起算シテ其主從ヲ問ハス上訴ハ裁判言渡ニ對スルモノ
ナレハ其一正當ナレハ其執行ヲ停止スルヲ以テ其刑期ハ前判宣告ノ
日ヨリ起算スヘシ然レモ其裁判確定以前ハ犯人公權ヲ行フモ更ニ責
ムヘキ所ナケレハ刑期ハ溯及スルモ剝奪公權停止公權及ヒ禁治産ハ
既往ニ遡リテ之ヲ行フヲ得サルナリト

井上博士ノ説ニ依レハ附加刑ハ主刑ノ裁判宣告ノ効果ニ依リ生スル
モノナリ故ニ其刑期ハ必スシモ主刑ト共ニ起算スヘキモノニアラス
今犯人上訴シテ至當ナル時ハ後判ノ効力ニ因リ前判破毀サルハナリ
テ附加刑ヲ生スルノ効力ナシ故ニ其上訴中ニ爲シタル民事上ノ結約
ハ總ヘテ有効トス之レニ反シテ犯人ノ上訴不當ナルハ前判宣告ハ
附加刑ヲ生スル効力ヲ保維スルヲ以テ上訴中ノ結約ハ總ヘテ無効ト
ス要之上訴中犯人ノ爲シタル所ノ民事上ノ諸件ハ未必條件ニ屬シ其
効力ノ成否ハ上訴ノ正不正ニ關ス然リ而シテ余カ説ク如ク論決セハ實

際上上訴濫起ノ弊害ナク又論理上事理ノ調和宜シキヲ得ヘキナリ
 法文ニ徴シ攻究センニ第三十二條第三十三條及第三十五條ノ處セラ
 レタル者云々トハ一見セハ刑ノ執行ニ就キタル者ヲ指スモノ、如シ
 何トナレハ題字ニ「主刑處分」附加刑處分」トアリテ條目ニハ「死刑ハ絞首」
 云々ト記載スレハナリ然リト雖モ是レ其大ニ然ラサルヲ知ラン試ニ
 再犯加重ノ章ヲ見ヨ第九十一條ニ「處セラレ」云々トアリテ第九十四條
 ニ「確定ノ後」云々トアレハナリト何ナレハ刑ノ執行ハ常ニ裁判確定ノ
 後ナルヲ以テ要スルニ第九十四條ハ蛇足ニ歸スレハナリ又死刑ノ宣
 告ヲ受ケ逃走シタル者ノ如キハ公權ヲ剝奪スルヲ得サルニ至ルヘ
 シ此故ニ余ハ所謂處セラレタルトハ刑ノ宣告ヲ受ケタル者ヲ指シタ
 ルモノニテ則チ主刑宣告ノ効果ニ因リ當然直チニ附加刑ヲ生スルノ
 謂ナリト解スヘシ然レハ予カ持説ハ法文ニ支轄スル所ナシ
 或ハ裁判確定以前ニ附加刑ヲ執行スルヲ非難スルモノアレモ此駁説

ノ如キハ蓋シ附加刑ノ性質ヲ忘却シタルニ出ツルモノ、如シ何トナ
 レハ主刑ノ執行ハ有形上ノ苦痛ヲ與フルヲ以テ裁判確定ヲ待ツヲ要
 スト雖モ附加刑ノ執行ハ之ト異ナリ無形ニ苦痛ヲ感セシムルニ過キ
 サレハ敢テ裁判ノ確定ヲ要セサルヘシ故ニ第五十條ノ法文ハ専ラ主
 刑ニ適用スヘキモノナレハナリ

ペルトール氏ノ説ニ依レハ「禁錮五年ニ處セラレシ者扣訴シタルニ扣
 訴院ハ前判ヲ確認セリ因テ犯人上告ヲナシタルニ大審院ハ破毀シテ
 他ノ扣訴院ニ附ス該扣訴院ハ乃チ減刑シテ禁錮三年ニ處ス犯人又服
 セス上告シタルニ却下セラレタリ此場合ニ於テ三年ノ禁錮ヲ言渡シ
 タル裁判以前ノ日數ハ刑期ニ算入スル乎曰ク固ヨリ然リ其裁判ニ至
 ル迄ハ其扣訴上告共ニ正當ナレハナリ唯其裁決后ノ上告ハ不當ナレ
 ハ此時間ハ刑期ニ算入スヘカラス是レ千八百四十七年七月三日大審
 院判決ノ是認スル所ナリト

第三十四号 刑ノ執行ノ停止及ヒ其消滅ノ原由如何

附加刑ニ付テハ執行ヲ停止スル場合ナシト雖モ主刑ノ執行ヲ停止スル
場合ニ至ツテハ左ノ數多ノ場合アリトス

- 第一 假出獄及ヒ幽閉(第三十五号參看)
- 第二 大審院ノ裁判言渡後三日間(治第四百三十四條第一項及ヒ第四百三十八條)
- 第三 哀訴アリタルハ其言渡アル迄(治第四百三十八條)
- 第四 死刑ハ司法大臣ノ命令アル迄(第十條) 又再審ノ訴アリタルハ其判決アル迄又ハ特赦ノ申立テアリタルハ其許否ノ裁定迄(治第四百以下及ヒ第六百六十條第四百七十八條)
- 第五 犯人ノ疾病 此場合ハ法律ニ明文ナキモ事理ニ於テ然ルヘキトス
- 第六 死刑ノ宣告ヲ受ケタル婦女懐胎ナル時 此場合ニ於テハ醫師及ヒ穩婆ヲシテ之ヲ検査セシメ果シテ懐胎ナル時ハ檢察官ヨリ司法大臣ニ

上申シテ産後一百日間執行ヲ停止シ而シテ更ニ司法大臣ノ命令ヲ受ケ
決行スルモノナリ若シ醫師穩婆ノ間ニ於テ意見ヲ異ニスルハ更ニ第
三者ヲシテ検査セシム尙ホ疑ハシキハ其執行ヲ停止シ懐胎ニアラサ
ルヲ判然タルニ及ンテ之レヲ決行ス是レ刑ハ一身ニ止ルトノ原則ノ適
用ナリトス

産後一百日間死刑ノ執行ヲ停止スル所以ハ如何ナル理由ニ由ル乎甲説
ニ曰ク分娩シタル以上ハ直チニ刑ヲ執行スルニ於テ何ノ妨ケカアラン
然ルニ之ヲ爲サ、ルハ全ク明清律ノ遺傳ニ出ツルモノニシテ一ニ胎兒
ノ爲メニ設ケタルニ過キスト雖モ若シ分娩後直チニ刑ヲ執行スル時ハ
嬰兒忽チ乳癩哺育ノ道ヲ失ヒ艱難見ルニ忍ヒサルヲ以テナリ故ニ若シ
流産スルカ或ハ生レテ直チニ死シタルハ檢察官ヨリ之ヲ上申シテ
法大臣ノ命ヲ受ケ一百日ヲ待タスシテ直チニ執行スヘシ是レ法律上明
文ナキモ其精神ハ此ニ在ルヘシト(井上博士ノ説) 乙説ニ曰ク此執行停止ノコト

ル畢竟母子共ニ憐ムノ情ニ出テシ者ナリ他ノ囚徒ニ於テモ疾病アルニ當テハ此執行ヲ停止スル（監獄則第六條及第七十五條）ヲ以テ觀レハ產後一百日間死刑ノ執行ヲ停止スルモ亦產婦ヲ憐ムノ精神ニ在ルコトヲ知ルニ足ル故ニ嬰兒ノ生死ニ拘ハラス必ス一百日ヲ待ツヲ要スト余輩モ亦此說ヲ採ルモノナリ

主刑及ヒ附加刑消滅ノ原因ハ左ノ如シ

第一 實際刑ノ執行終リタル時 實際ノ執行トハ眞ニ刑ヲ行ヒ了リタルヲ云フ是レ消滅方法ノ當然ナル者ナリ然レモ死刑ニ就テハ既ニ議論アリ甲說ニ曰ク死刑ハ絞首セハ被告人ハ已ニ社會ニ對スル負債ノ計算ヲ終リタルモノナレハ仮令蘇生スルコトアルモ再ヒ執行ヲ爲ス可カラスト井上博士并上學士ノ說乙說ニ曰ク死刑ハ犯人ノ生命ヲ絶ツヲ以テ目的トナスモノナリ第十二條ニ死刑ハ絞首ストアルハ唯執行ノ方法ヲ示シタルニ過キス故ニ一定ノ時間犯者ヲ絞臺ニ上シテ絞首スルモ尙ホ其生命ヲ絶タ

サレハ再ヒ之ヲ絞首スルヲ得ヘシト江木學士堀田氏等ノ說法條ニ「死刑ニ處ス」トアリテ絞刑ニ處ストナキニ依レハ是レ則チ死刑ハ生命ヲ奪フヲ示シタルモノナレハ其死ニ至ル迄ハ之レヲ絞首スルヲ以テ當然ナリトス曩日

大坂ニ於テ此實例アリキ是レ大ニ公衆ノ慈哀ヲ呼ビ良心ニ不快ノ感ヲ起サシメ且ツ犯者ヲシテ悲哀ノ念ヲ増サシムルモノナレハ人情ノ忍ビサル處ナキニアラス故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ其ノ局ニ當ル者宜シク特赦ヲ請願シ以テ死ヲ免カレシムルコトヲ務ムルモ敢テ咎ムヘキ處置ニハ非ラサルヘキ歟

第二 犯人死去シタル時 夫レ刑ハ一人ニ止ルトノ原則ナレハ犯人死去セシキハ其刑ハ當然消滅スヘシ財產刑ニ就テハ社會ニ既得ノ權アリ

トノ理由ヲ以テ相續人ヨリ徵收スヘシト論スル者アリ又草案ニ於テモ此事ヲ明記シタレモ蓋シ適理ノ法條ニアラサルヲ信ス何トナレハ罰金科料ノ徵收ハ刑ノ執行ナレハ若シ之ヲ完納セサル片ハ換刑ノ處分ヲ行

フ者ナルカ故ニ若シ右ノ如ク決スル片ハ其結果タル刑ハ一身ニ止ルト
 ノ原則ニ背戻スルニ至ルヘケレハ也是レ刑法附則第二十條ヲ以テ未ダ
 罰金科料ヲ納完セサル以前犯人死去セシ片ハ之ヲ徵收セスト規定シタ
 ル所以ナリ又沒收ニ關シテ異論ヲ唱フル者アリ甲說ニ曰ク沒收ノ裁判
 確定セハ其物件ノ所有權タル直ニ政府ニ屬スルヲ以テ犯人死去スル
 モ其相續人ニ對シ徵收スルヲ得ヘシト(井上學)乙說ニ曰ク禁制物ヲ除ク
 ノ外ハ沒收シ得スト(江本學)余輩ハ乙說ニ從フモノナリ蓋シ沒收モ亦一
 ノ刑ナレハ犯人ノ死後ニ及フ可カラサルハ理ノ當サニ然ルヘキ所ナリ
 然レモ禁制物ニ就テハ其物件ニ對シ沒收ノ言渡チナスモノナレハ其物
 件ノ消滅セサル物件ノ死去限リハ之ヲ徵收スルヲ得ルモノトス
 死刑ノ屍骸ハ第十六條ニ依リ式ヲ用ヒテ埋葬スルヲ許サス或ハ式ヲ用
 ヒテ葬ムルヲ許サ、ルハ刑ハ死後ニ及ハサルノ原則ニ反スルモノナ
 リト論スルモノアリ(井上學)而シテ之レニ答フル說ニ曰ク死囚ノ如キ自

由ノ權利ナキ事實ハ其死去ニ至ルモ依然繼續スルモノニシテ一止一動
 法律ノ檢束ヲ受クヘク殊ニ葬式ノ如キハ當然死刑ニ所屬スルモノナレ
 ハ決シテ之ヲ死後ニ及フモノト云フヲ得スト是レ最モ至當ノ說ニシテ
 若シ盛大ナル式ヲ用ヒ葬ムルカ如キヲアラハ法律ノ効力ヲ蔑如スルノ
 ミナラス動モスレハ受刑者ヲ讚美シテ司法者ヲ暗ニ攻撃スルカ如キ實
 ニ嫌疑スヘキ結果ヲ呈スルニ至リ爲メニ社會ノ治安ヲ害スル等ノ患ア
 ルヲ以テ之ヲ禁シタルニアリ唯宗教ノ儀式若クハ墓石ヲ立ツル如キハ
 敢テ禁スル所ニアラス

- 第三 數罪俱發一ノ重キニ從フタル片(第七十号參看)
- 第四 期滿免除ヲ得タル時(第三十六号參看)
- 第五 大赦特赦(第卅九号參看)
- 第六 復權(第卅八号參看)
- 第七 治罪上ノ手續ヲ以テ、或ハ再審ヲ以テ、前判ヲ廢止シタル時、重罪、

輕罪ニ處セラレタル者其刑ノ執行中再審ニ依リ前判ヲ廢止サレ刑ヲ消滅セシメタルトキハ犯人ハ純白無罪ノ人トナリシモノナレハ則チ罪ノ消滅ナリト云フヘキナリ(治第四百三十九條以下)草按ニハ刑ノ廢止又ハ減縮及ヒ減輕ノ場合ヲ以テ刑ノ消滅トナセシモ現行法ハ規定ナキヲ以テ之レヲ適用スルヲ得ス

第三十五號 假出獄免幽閉ノ性質及ヒ其差異如何

仮出獄免幽閉ハ共ニ行政上ノ處分ニシテ囚徒能ク獄則チ遵守シ眞心悔悟ノ狀アル時仮リニ出獄セシメ以テ犯人ノ悔改ヲ獎勵スル所ノ一種ノ恩典ナリ蓋シ此制ノ設ケアル時ハ囚徒タル者自由ヲ熱望スルノ余リ相競フテ過ヲ改メ善ニ遷ランコト是レ勉メ小心翼々トシテ獄則チ遵守シ不知不識化シテ良民タルヲ得ルノ益アルヘシ是レ寔ニ刑罰ニ希望スヘキ目的ナレハ其目的ヲ達シタル日ニ於テ恩典ヲ與フルハ頗ル好良ノ方法ト謂フヘキナリ然レモ妄リニ此恩典ヲ與フルハ却テ刑罰ノ効力ヲ減

殺スルノ恐レアルヲ以テ法律ハ此ニ一ノ制限ヲ設ケタリ即チ重罪輕罪ニ處セラレタル者ハ其刑期四分ノ三無期徒刑ノ囚ハ十五年ヲ經過スルノ後ニアラサレハ仮出獄ヲ許サヌ又無期徒刑ノ囚ハ五年有期流刑ノ囚ハ三年ヲ經過スルニアラサレハ免幽閉ヲ許サ、ルコト是レナリ
仮出獄ト免幽閉トノ著ルシキ差異ヲ舉止セハ則チ左ノ如シ

第一 免幽閉ハ只流刑ノミニ適用シ仮出獄ハ流刑ヲ除クノ外總テノ刑罰ニ適用ス

第二 仮出獄ト免幽閉トハ之ヲ許ス可キ期限ニ差アリ(第廿一條及第三條) 仮出獄ハ刑期限内更ニ重罪輕罪ヲ犯シタル者ハ之レヲ許サス

(第五十條)ト雖モ免幽閉ニ付テハ法律上明文ナシ故ニ之ヲ許スト否トハ一ニ行政官ノ權限内ニ屬スルモノトス但シ刑期限内トハ舊刑期限内内ヲ云フモノナリ故ニ更ラニ言渡サレタル新刑期限内ニ於テ若シ其情狀アルホハ之レヲ許スヲ得ヘキヤ勿論ナリ

第四 假出獄ヲ取消スルハ其出獄中ノ日數ヲ刑期ニ算入スルヲ許サ
ス(第五十條)ト雖ヒ免幽閉ニ在テハ法律上明文ナキヲ以テ行政官ノ隨
意ニ或ハ幽閉ヲ免シ或ハ取消シタル所爲ニ因リ此日數ヲ除去シテ刑
期ニ算入セサルノ權ナキナリ

第五 仮出獄ヲ許サレタルモノハ行政ノ處分ヲ以テ治産ノ禁ノ幾分
ヲ免セラル、モ(第五十五條及ヒ)免幽閉ニ至ツテハ法律上明文ナ
シ然レモ實際ニ於テハ同一ノ處分ニ因ルカ如シ

第六 仮出獄ヲ許サレタル者ハ其本刑期限内特別ノ監視ニ附スト雖
モ(第五十條)免幽閉ハ監視ニ附セスシテ特ニ島地ニ於テ地ヲ限り居住
セシメ獄司ノ監督ヲ受ケシム附則第十五條但シ特別監視ハ行政上ノ
處分ニシテ刑罰ニアラサレハ仮令之レニ違背スルモ監視違背ノ刑ニ
處セラル、トナシ

茲ニ注意スヘキハ仮出獄及ヒ免幽閉ト保釋トヲ混淆スヘカテサル

是レナリ保釋ハ治罪上ノ手續ニシテ裁判確定以前保証金ヲ拂フテ之
ヲ請求スルモノナリ且ツ保釋ナルモノハ監視ニ附スルコトアラサレハ
其性質全ク仮出獄及ヒ免幽閉ト異ナル者トス

第三十六号 刑ノ期滿免除ノ制ヲ設ケタル理由如何

期滿免除ニ二種アリ (一)民事上ノ期滿免除 (二)刑事上ノ期滿免除是
レナリ民事上ニ於テハ獲得免除ノ二者アリ刑事上ニ於テモ亦全シテ起
訴ヲ防止スルト刑ノ執行ヲ防止スルトノ二者アリ今論スル所ノモノハ
其刑ノ執行ヲ防止スル場合ナリ然リ而シテ刑ノ期滿免除ハ刑ノ執行ヲ
消滅セシムルノ効果ヲ發生スルモノナレハ皮想ヨリ之ヲ見ルルハ其効
果ノ正否ヲ恠マシムルモ是唯深ク究メサルノ致ス所ニシテ此効果タル
ニ適從シ正義ニ協合シ且ツ公益ニ恰當スル者ナリトス古ノ識者此期滿
免除ヲ稱シテ人生ノ保護者ナリト云ヒシモ亦宜ナリ矣
夫レ時日ノ經過久シキニ涉ルルハ人ノ記念力ヲ消滅スルモノナリ故ニ

犯罪アルモ之レカ罪ヲ治メ刑ヲ執行セサルニ於テハ社會ハ時日ノ經過ト共ニ其犯罪ヲ遺忘シ從ツテ畏懼ノ念モ亦消滅スヘシ其レ然リ社會ハ已ニ犯罪ヲ遺忘シ畏懼ノ念モ亦消滅シタリトセンカ社會ノ保安ヲ圖ルヘキ法律ノ目的ハ其刑ノ言渡シノミヲ以テ達シ得タルモノト云フヘシ然ルニ尙ホ之レヲ責罰スル者トセハ徒ラニ無要ノ刑ヲ科スル者ニ非スシテ何ソヤ加之世人ハ却テ其刑罰ノ苛酷ヲ恨ムノ情ナキ能ハス豈之ヲ至當ノ處置ト云フヲ得ンヤ是レ期滿免除ノ制ヲ設ケタル所以也トス或ハ逃亡中ニ感スル痛苦ヲ以テ免除ノ理由ト爲スモノアレモ此説タル現時ニ於テ識者ノ探ラサル所ナリ蓋シ痛苦ハ各人ノ性及ヒ地位ノ異ナルニ由リテ其感覺等シカラス或ハ毫モ其痛苦ヲ感セサルモノアリ甚シキニ至ツテハ彼ノ違警罪犯人ノ如キ或ハ却テ其逃亡ヲ誇ルカ如キ者亦之レナシトセス加之此ノ如キヲ以テ死刑無期徒刑等ヲ免スルノ理由トナスニ足ラサルナリ

夫レ如斯刑ノ期滿免除ハ社會ノ遺忘ニ基キ公益ノ爲メ行フ可キ者ナレハ犯人ノ期滿免除ヲ受クルト拒絶スルノ權ナシ又欠席裁判ハ片言裁判ナレハ或ハ被告人ノ知ラサル間ニ期滿免除ヲ得后ニ至リテ其無罪タルヲ証明シ得サルノ患ナキ能ハサルカ如クナレモ決シテ然ラス欠席裁判ハ鄭重ノ手續ヲ盡シ被告人ニ知ラシムルヲ務メタル以上ナレハ被告人カ之レヲ知ラサルハ甚タ稀有ノト也加之概テ期滿免除ノ期限ヲ經過セハ確定裁判トナリ故障ヲ申立ルヲ許サス故ニ欠席裁判ノ場合ト雖モ亦之レヲ拒絶ス可ラサルナリ以上ノ如ク期滿免除ハ社會ノ遺忘ニ原因スル者ナレハ其刑ノ輕重ニヨリ其期限ヲ異ニスルノ結果ヲ生ス何トナレハ刑罰ノ輕重ニ從テ社會ノ遺忘ノ時期モ自ラ早晚アル可レハ也附加刑ナル剝奪公權停止公權ハ第六十條ニ因リ期滿免除ヲ得ヘカラス其然ル所以ノ者ハ何ソヤ今日識者ノ論スル所ニ依レハ此レ等ノ刑ハ無形上當然執行セラル、モノナレハ此執行ヲ免カレノト欲スルモ得ヘカ

ラサルヲ以テナリ」ト然レモ余輩ハ之レニ服スルヲ得ス抑モ剝奪公權停止公權ノ刑ヲ執行スルトハ公權ヲ剝奪シ又ハ停止シテ之レヲ執行セシメサルニアリ然ルニ其刑ノ禁ヲ破リ公權ヲ行フ是レ之レヲ刑ノ執行ヲ遁カレタルモノト云ハスシテ何ソヤ故ニ此ノ規定ヲ以テ是ナリト信セサルナリ

又監視ニ付キ或ハ説ヲ爲シテ曰ク監視ハ無形上當然執行セラル、モノナリ夫ノ監視規則ノ如キハ必竟一ノ取締ニ過キサレハ刑ノ執行ニアラスト是亦余輩ノ是認スルヲ得サル所ナリ苟クモ監視ノ刑アル以上ハ必ス犯人ノ動靜ヲ監察スル所ナカラサルヲ得ス若シ之ヲ監察スルナカリセハ名ハ監視ナルモ其實監視ノ性質ヲ失フ者ニシテ又刑罰タラサルヘシ故ニ毎月所轄警察所ヘ到リテ異狀ナキヲ具セシメ又ハ酒宴遊興ノ席ニ會スルヲ禁スル如キハ監視ノ刑ヲ執行スルモノナリ而シテ其禁ヲ破ル是レ則チ刑ノ執行ヲ遁カル、モノナレハ此等ノ附加刑ニ於テモ其執行

ヲ免レ得ヘク從テ又期滿免除ヲ受クヘキヤ理ノ當然也ト信ス實ニ數十年ヲ經過スルモ尙犯人ノ動靜ヲ監察スルノ要アリト云フヲ得サルハ何人ト雖モ疑ハサル所ナルヘシ其レ如此ナレハ余輩ハ第六十條ノ規定ヲ削除セラレゾトナシテ希フ者ナリ

附加ノ罰金ハ主刑ト共ニ期滿免除ヲ得ヘシ沒收ニ付テハ五年ヲ以テ期滿免除ヲ得然ルニ違警罪ノ主刑ハ六ヶ月ヲ以テ期滿免除ヲ得ルニ其間繼續スルモノトナスハ妥當ニアラサルヘシ但シ禁制物ハ免除ノ限リニ非ラス

井上博士ノ説ニ依レハ刑ノ期滿免除トハ既ニ審査ヲ終リ裁判確定シタル後或ル期限間其刑ノ執行ヲ爲サ、ルニ由リ其經過シタル時間ノ効果社會ヲノ其犯人ニ對スル刑ノ執行權ヲ失ハシムルヲ謂フナリ何故ニ或時間ノ經過ニ因リ社會ハ刑ノ執行權ヲ失フ乎其理由果シテ如何予カ視ル所ヲ以テセハ左ニ講説スル理由ヲ以テ正當者ト信ス

ルナリ蓋シ其主説タル社會刑罰權ヨリ生スル自然ノ結果ニシテ彼レ折衷説ヲ主張スル論者ト雖モ亦敢テ非難セサル所ナルヘシ
 夫レ刑罰ハ法律ノ効力ヲシテ鞏固ナラシメンカ爲メニ外ナラス法律ニシテ制裁ナケレハ焉ソ人ヲ懲懲セシムルニ足ラン否ナ制裁ナキ法律ハ寧ロ之ヲ徒法ト云ハンノミ是レ刑罰ヲ設ケテ以テ法律ノ効力ヲシテ皎著ナラシムル所以ナリ夫レ然リ然リト雖モ社會衆庶ノ嫌惡スル所爲ニ對シテ其畏懼スル刑罰ヲ當行スルニ非サレハ之ヲ刑罰ノ効アリ懲懲ノ實アル者ト謂フ可ラス更ニ之ヲ裏面ヨリ換言スレハ社會衆庶カ既ニ遺忘シタル所爲ヲ罰スルカ如キハ殆ント刑罰ノミアリテ之レカ原因タル犯罪即チ社會衆庶ノ厭惡スル所爲ノ存在セサルカ如キノ情ナキニアラス或ハ社會衆庶ハ却テ其刑罰ノ苛酷ヲ恨ムノ情ヲ生スルコトアルヘシ今夫レ犯罪ノ所爲アルモ或ル年間ヲ經過スル時ハ社會衆庶ハ自然其犯罪ノ所爲ヲ遺忘スルト同シク刑ノ言渡シアリタ

ルコトナモ亦遺忘スルニ至ル可シ若シ遺忘セサレハ宜シク相當ノ手續即チ逮捕狀等ヲ發シテ其期滿免除ヲ中斷スル等ノ事ヲナスヘキ筈ナルニ其之ヲ爲サレハ即チ社會衆庶ヲ代表スル所ノ機關ニ於テ犯罪ヲ罰シタル裁判ヲ遺忘シタル証ナリト推測セサルヲ得ス果シテ然ラハ則チ最早刑罰ヲ執行スルノ必要ナキモノト謂ハサルヲ得ス然ルニ尙ホ此ニ關ハラス刑罰ヲ執行スルカ如キアラハ寧ロ法律ノ實力ナキヲ公示スルニ似タル可シ若シ社會組織ノ完全ナル時ハ此期滿免除ヲ得ルニ至ル迄ノ長キ期限間犯人ヲシテ刑ノ執行ヲ遁カレシムルカ如キコトナカル可キニ其然ル所以ノモノハ是レ即チ社會組織ノ不完全ナルカ爲メタルコトヲ曝露スル者ニ非スシテ何ソヤ況ンヤ犯人此長キ期限間再犯等ノ所爲ナク社會ヲシテ逮捕ノ便ヲ失ハシメタルハ即チ能惡ヲ去リ善ニ遷リテ法律ヲ輕侮セサリシコト知ル可キヤ之ヲ要スルニ期滿免除ハ全ク社會ノ遺忘ニ基ク者ニシテ其刑ヲ執行スルノ利ハ

寧ロ不刑ニ措クノ愈レルニ若カストスルニアリ
 期滿免除ハ社會ノ遺忘ヲ基トスルヨリ隨ツテ左ノ結果ヲ生ス
 期滿免除ノ期限ハ刑罰ノ輕重ニ從ツテ長短アルヘキト是レナリ何ト
 ナレハ重キ刑罰ニ付テハ社會ハ必ラス久シキ時間之ヲ記憶ス可ク輕
 キ刑罰ニ付テハ其遺忘重キ者ニ比シ自カテ速カナルヘケレハナリ
 然リ而シテ今法律ノ所定ニ據ルニ刑ノ期滿免除ニ係ル期限ハ總ヘテ公
 訴ノ期滿免除ノ期限ヨリ長シ其然ル所以ノモノハ他ナシ抑々公訴權
 ノ基因タル犯罪ニ付テハ單ニ其所爲アリタルカ如クナレハ審判ニ依
 テ確然其成立ヲ認メタルニアラス刑罰ニ付テハ然ラス既ニ確定ノ裁
 判言渡ヲナシ社會ヲシテ其犯罪アリタル事及ヒ刑ノ言渡ヲ爲シタル
 事ヲ確認セシメタル者ナレハ社會ノ記憶即チ前者ニ比シテ一層確固
 ニシテ輒ク遺忘セサル可シトノ推測ニ由ルナリ
 抑々刑ノ期滿免除ハ上來説明シタル如ク社會ノ遺忘ニ基キタルモノ

ニシテ而カモ亦公ケノ秩序ニ關スル規定タリ於是乎左ノ結果ヲ生ス
 刑ノ期滿免除ハ公ケノ利益ノ爲メ刑ノ執行ヲ消滅セシムルモノナル
 カ故ニ犯人自ラ其免除ノ權利ヲ拋棄シテ刑ノ執行アラントチ請求シ
 タリトテ之レヲ執行スルト能ハス是レ夫ノ民事ノ期滿免除ト大差アル
 所ナリ蓋シ此差異ヲ生スル所以タル抑々民事ノ期滿免除ハ一個ノ
 利益ノ爲メニ設ケラレタルモノナレハ自ラ其期滿免除ノ利益ヲ拋棄
 シテ所謂自然ノ義務ヲ執行シタリトテ敢テ公ケノ秩序ニ關スル所ナ
 キヲ以テナリ

刑ノ期滿免除ハ前段既ニ述ヘタルカ如ク刑ノ言渡アリタルヨリ或ル
 年月ノ經過ニ因リ生スル者ナレハ其消滅スル所ノ者ハ則チ執行權ナ
 リ去レハ期滿免除ハ有形上ノ所爲ニヨリ執行スヘキ刑ニアラサレハ
 之ヲ適施スルトチ得ス夫ノ單ニ裁判言渡ノ確定ノミニ因リ直チニ其
 効果ヲ生ス可キ刑ハ期滿免除ヲ得ルノ限リニ非ラス例ヘハ剝奪公權

停止公權禁治產監視ノ如キ是レナリ但シ監視ハ性質上固ヨリ有形ノ
執行ヲ爲スヘカラサル刑ニシテ期滿免除ヲ得サルモノナリト雖モ又
彼ノ裁判言渡確定ノ効ニ因リ自然ニ生スルモノトハ自ラ差異ナキニ
アラス

剝奪公權ニ付テハ尙ホ一言スヘキヲアリ今他所ニ在リテ十年間引續
キ撰擧權ヲ行ヒタル者アリトセンニ唯其撰擧ノ無効ニ屬スルノミニ
シテ決シテ夫レカ爲メニ能力即チ公權ヲ得タリト云フ可ラス畢竟能
力ハ時効ニ因テ失フ可キ者ニ非ラス又獲得スヘキモノニモアラス是
レ其性質上期滿免除ヲ得サル刑ナリト云ヒタル所以ナリ

罰金ノ刑ヲシテ若シ單一ノ負債タルニ過キストスルトキハ須ラク民
法上ノ規則ニ從ツテ期滿免除ヲ得可キヲ勿論ナリト雖モ既ニ一個ノ
刑罰ニシテ而カモ有形上執行シ得ヘキモノナル上ハ他ノ刑ト全シク
期滿免除ノ規則ニ據ラサルヲ得ス是レ我刑法ニ於テ附加ノ罰金ハ其

主刑ト共ニ運命ヲ全フシ主刑期滿免除ヲ得レハ則チ附加ノ罰金モ亦
隨ツテ期滿免除ヲ得ヘシト定メタル所以ナリ

沒收ニ就テハ第六十條第三項ニ於テ之カ規定ヲ爲セリ曰ク沒收ハ五
年ヲ經テ期滿免除ヲ得但シ禁制物ハ滿期免除ノ限リニアラスト此但
書アル所以ハ他ナシ抑々禁制物ハ幾年ヲ經過スルモ到底其禁制物タ
ルノ性質ヲ變更スルコトナク常ニ物品其者カ公安ニ害アルヲ以テナリ
而シテ此沒收ハ元來重罪輕罪違警罪ニ通シテ適用スヘキモノナルカ故
ニ其期滿免除ノ期限ハ時ニ或ハ主刑ノ期滿免除ノ期限ト長短ノ差ア
ルヘキナリ云々ト

宮城學士ノ說ニ依レハ監視ノ刑ハ其性質ヨリシテ期滿免除ヲ得サル
ノ刑ナリ其然ル所以ハ即チ剝奪公權ト全シク單ニ法律ノ威權ヲ以テ
犯者ノ權利ヲ拘束シ無形裡ニ於テ人間固有ノ腦力ヲ底止スル所ノ刑
ナレハナリ然ルニ學者往々監視規則ノ爲メニ制セラレテ其性質ヲ定

ムルニ困ムカ故ニ此点タル須ヲ明カニセサルヘカラサルノ点ナリトス

凡ソ刑ハ之ヲ大別シテ三種トス(一)身体ニ及ブ刑(二)權利ニ及ブ刑(三)心ニ及ブ刑是レナリ而シテ又身体ニ及ブ刑ヲ大別シテ(一)生命ヲ剝奪スル刑(二)自由ヲ剝奪スル刑ノ二種トス又權利ニ及ブ刑モ同シク大別シテ(一)財産ニ關スル權利ニ及ブ刑(二)身分能力ニ關スル權利ニ及ブ刑ノ二種トス然ルニ彼ノ監視ハ其名ノ如ク警察官ヲシテ犯者ノ品行ヲ監察セシムルモノニシテ彼ノ人間固有ノ活動ノ能力ヲ拘束スルノ刑ナリ然ラハ則チ監視ハ右ニ區別シタル權利ノ内身分能力ニ關スル權利ニ及ブ刑ニ屬スルヤ明カナリ從テ其所謂執行ハ無形裡ニ在アルヤ又明カナリ何トナレハ凡ソ權利ニ及ブ刑ハ皆ナ是レ法律ノ全權ヲ以テ本來無形物ナル權利能力ト名ツクルモノヲ無形的ニ剝奪拘束スルニ在レハ固ヨリ有形ノ執行アルノ理ナクレハ

ナリ果ノ然ラハ是レヲ免カル、ノ理ナキヤ知ルヘキナリ是レ監視ハ理論上期滿免除ヲ得サル所以ナリトス人或ハ刑法附則中監視規則ニ載スル所ヲ以テ監視ノ執行ナリト信スルハ誤レリト謂フヘシ同規則ニ載スル所ノ許可ナクシテ轉居スルヲ得サルカ如キハ唯是レ監視ノ無刑ノ執行ヨリ出テタル結果ヲ制規シタル行政ノ規則ニ過キスシテ猶公撰規則ニ剝奪公權ノ刑ヲ受ケタルモノハ撰舉人タルヲ得スト載スルト同一ナリ決メ之ヲ以テ該刑ノ執行ト謂フ可ラサルナリ故ニ監視ヲ受ケタル者許可ナクシテ轉居スルカ如キハ監視ノ執行ヲ免カレタル者ニアラス是レ唯監視規則ニ違背シタル者ト云フヘキノミ夫レ如斯監視ノ刑ハ其性質上ヨリシテ期滿免除ヲ得サルノ刑ナリ然レ個ハ是レ余カ理論ト認ムル所ノ一家ノ私說ナリ且ツ採ツテ以テ我成文法ト爲ス能ハサルノ感アリ我刑法起草者ハ既ニ監視ヲ以テ期滿免除ヲ得ルモノトセリ故ニ審査修正案ニ至ツテ初メテ現行ノ案ニ歸

シタリト雖に監視ヲ以テ期滿免除ヲ得ルノ刑ナリト認メタルノ精神ハ常ニ存シタルカ如ク從ツテ現行法ニ於テ期滿免除ヲ得スト爲シタルノ理由ハ監視ノ性質ヨリ出ツルニアラスシテ他ニ基ツク所アルカ如シ蓋シ或ハ監視ノ刑タル主トシテ再犯豫防ノ爲メナルニヨリ若シ是レヲシテ期滿免除ヲ得ルモノトセハ其効果甚ク薄弱ニ飯スルヲ以テ歟又或ハ監視規則ニ違背スルノ時間久シキニ亘ルニ依リ期滿免除ヲ得ルモノトセハ遂ニ監視ヲ設クルノ目的ヲ達スル能ハサルヲ以テ歟若シ果シテ監視ノ期滿免除ヲ得サルノ理由是等ノ點ヨリ出テタリトセハ其結果ニ於テ余カ理論ト認メタルノ説ト大ニ異ナラサルヲ得ス即チ監視規則ヲ以テ其執行方法ト看做スニヨリ監視中遁走シタルモノハ其遁走中ノ日數ヲ期限ニ算入スルヲ得ス然ルニ余カ所謂監視ハ其性質ヨリシテ期滿免除ヲ得スト爲シタルノ説ニ從ヘハ監視ノ執行ハ無形ニシテ自然コレヲ遁カレ得サルモノナルニヨリ監視規則ニ違背シ

テ隨意ニ旅行シタルモノハ其制裁刑法第百五十五條ヲ以テ罰スルニ止リテ旅行中ノ時間ハ刑期ニ算入スヘキモノナリ然リ而シテ余ハ今成文法ヲ解スルニ當リ余カ理論ト認ムルノ説ニ從フ能ハサルナリ云々ト

堀田氏ノ説ニ依レハ監視ハ期滿免除ヲ得スト定メタルハ其性質上ヨリ然ルカ故ナルカ將タ他ニ理由アリテ然ルカ或ハ曰ク云々（按スルニ學士ノ説ト同一ノ説ヲ載セ）ト此説一理アリト雖モ立法官ノ意蓋シ茲ニ非サルナリ抑々監視ハ官ニ於テ犯人ノ動靜坐臥ヲ監察スルヲ云フ而シテ其監察タル幾分カ無形ニ屬スト雖モ而カモ犯人ニ於テ之レカ執行ヲ遁カレハモノニアラス刑法附則ニハ犯人ノ動靜ヲ監察スルニ必要ナル方法ヲ定ムルモノナレハ犯人若シ此規則ニ從ハサルキハ官ニ於テ其動靜ヲ監察スルニ由ナシ故ニ其規則ヲ犯スヲ以テ其執行ヲ遁カレタル者ト爲スモ敢テ不可ナキナリ且刑法草按第七十一條ニハ

「剝奪公權停止公權ハ期滿免除ヲ得ス其餘ノ附加刑ノ期滿免除ヲ得ル左ノ如シ(一)停止私權ハ主刑ト共ニ期滿免除ヲ得(二)監視ハ第四十七條第四十八條ニ記載シタル期限ヲ以テ期滿免除ノ期限トシ輕罪ニ附加スル者及ヒ主刑ヲ免シ唯監視ニ付シタル者ハ各本條ニ記載シタル長期ヲ以テ期滿免除ノ期限トス(三)附加ノ罰金ハ主刑罰金ノ期滿免除ニ同シ(四)沒收ハ五年ヲ以テ期滿免除ノ期限トス禁制物ハ期滿免除ヲ得ス(五)榜示、公告ハ主刑ト共ニ期滿免除ヲ得トアリキ是レ立法官ニ於テ監視ハ其性質ニ於テ期滿免除ヲ得サルモノト爲シタルニ非サルヲ証スヘシ然ラハ何故ニ監視ハ期滿免除ヲ得スト定メタル乎今其理由ヲ詳知スルニ由ナシト雖モ注意フニ監視ハ犯人ノ動靜坐臥ヲ監視シ其懲戒ノ實否ヲ監察シ併セテ再犯ヲ豫防スルモノナレハ期滿免除ニ因リ之ヲ免カル、ヲ得セシムルハ其効力甚タ薄弱ニ飯スルカ故ナラン然レモ余ハ監視ヲ以テ期滿免除ヲ得ヘカラサルモノト爲シタルハ恐リ

ハ其當ヲ得サルヘシト信ス何トナレハ監視モ亦有形上ノ執行ヲ爲スヘシ犯人其執行ヲ遁カル、ヲ得ルモノナレハナリ若シ其レ監視ハ犯人ノ起居動靜ヲ監察スルモノナレハ期滿免除ヲ得ヘカラスト定ムルヲ得セシメハ他ノ刑モ亦或ハ犯人ヲ懲戒スルモノナリ或ハ他人ノ罪ヲ犯スチ警戒スルモノナリ等ノ理由ヲ付シ以テ期滿免除ヲ得ヘカラスト定ムルヲ得ルニ至リ頗ル擅横法律タルヲ免カレサルベシ故ニ余ハ立法官ニ於テ監視モ亦或ル歲月ヲ經過スルニ因リ期滿免除ヲ得ルモノトセラレンコトヲ希望スト

江木學士ノ説ニ依レハ「論者或ハ剝奪公權、停止公權、及ヒ監視ノ執行タル犯者ノ身体ヲ拘束スルヲ要セス夫ノ自由刑、生命刑ト異ナリ假令犯者ニシテ逃走スルモ尙ホ其刑ヲ執行スルコトヲ得ヘシ故ニ苟クモ之ヲ執行スル以上ハ期滿免除ヲ得ヘキ理由ナシト然レモ此等ノ附加刑タル決シテ其執行ヲ逃レ得ヘカラサルモノニアラス公權ヲ剝奪セラレ

タル者撰舉權ヲ行ヒ又教師學監トナリタルハ其執行ヲ免カレタル
モノニアラスシテ何ソヤ我刑法ノ規定ニ付テハ學者ノ議論紛々ダレ
ル皆ナ探ルニ足ラサルノ説ノミ蓋シ主刑ト共ニ期滿免除スヘキハ學
理ノ當然ニシテ更ラニ此特例ヲ設クルノ必要ヲ見ス

沒收ハ五年ヲ經過セハ期滿免除ヲ得ルト規定シタル所以ノモノハ蓋
シ若シ刑ト共ニ之レカ期滿免除ヲ得ルトスルハ些少ノ沒收ト雖モ
其期限久シキニ涉ルノ弊アルヲ以テ之レヲ矯正センカ爲メナルヘシ
然レモ此規定ハ却テ一層ノ弊ヲ醸シタルモノナリ何トナレハ附加刑
ハ輕少ナルハ特リ沒收ニ限ラサルノミナラス違警罪ノ主刑ハ一年ニ
シテ期滿免除ヲ得ルモ其附加刑タル沒收ニ至テハ五年ノ後ニアラサ
レハ之ヲ得ス然ルニ此五年ノ期限タル主刑ノ裁判確定ノ日ヨリ起算
スヘキ者ナルカ故ニ懲役以上ノ刑罰ニ在テハ之レカ執行中五年ヲ經
過スレハ附加刑ノ期限先ツ經過シ沒收ハ早ク既ニ消滅ニ皈スヘシ豈

不權衡ノ甚シキモノト云ハサルヲ得ンヤ

我刑法ニ於テハ禁制物ノ沒收ハ期滿免除ヲ得スト定メタリ是レ或ハ
無用ノ規定ナラン何トナレハ苟クモ法律ニ於テ禁制スル物件ナラン
ニハ之ヲ所有スルモノハ其罪ヲ犯シタルモノニシテ犯罪ハ常ニ成立
ス即チ其所持ノ繼續スル限リハ終始犯罪ハ成立スルモノニシテ附加
ノ沒收ハ勿論其主刑ト雖モ亦決シテ期滿免除ヲ得ヘキモノニアラサ
レハナリト

第三十七號 期滿免除ノ起算点及ヒ其中斷法如何

期滿免除ハ定期ノ時間刑ノ執行ヲ遁レタルヨリ社會ノ遺忘ヲ來スニ因
テ生スルモノナリ故ニ對審裁判確定後犯人逃亡シタルハ其刑ノ執行
ヲ遁レタル日ヨリ起算スヘク又其逃亡ニシテ裁判確定以前ニアルハ
其裁判確定ノ日ヨリ起算スヘシ若シ一旦逃亡スルモ復ヒ捕ニ就キタル
ハ是ニ因テ社會ノ遺忘ヲ覺醒スルヲ以テ其期限ノ經過ヲ中斷スルモ

ノトス故ニ再ヒ逃走シタルキハ更ニ其逃走ノ日ヨリ起算セサルヘカラ
 ス
 欠席裁判ヲ以テ言渡サレタルキハ其宣告ノ日ヨリ起算ス若シ犯人故障
 ナ中立テタル后未タ其裁判言渡ニ至ラサル中再ヒ逃走シタルキハ何時
 ヨリ起算スヘキカ或ハ未タ刑ノ執行ヲナシ得ル場合ニ至ラサルヲ以テ
 原欠席裁判ノ日ヨリ起算スヘシトノ説アレモ抑モ犯人ヲ逮捕シ若シク
 ハ令狀ヲ發シタルニ因リ期限ノ經過ヲ中斷スルノ効アリトモ所以ノ
 モノハ他ナシ社會ノ遺忘ヲ煥發スルノ効アルカ故ナリ果シテ然ラハ故障
 ナ受理セシ所以ハ幾分カ被告人ニ利益ノ推測アリテ刑ヲ執行シ得サル
 モノナレモ社會ノ遺忘ヲ煥起スルノ点ニ至テハ毫モ異ナル所ナケレハ
 唯此一事ヲ以テ期限ノ經過ヲ中斷スルニ充分ナリト信スルナリ
 罰金科料ニ付テハ何時ヨリ起算スルカ裁判言渡ノ日ヨリ罰金ハ三十日
 科料ハ十日ヲ經過セサレハ強テ刑ノ執行即チ納完セシムルノ權力未タ

完全セサルヲ以テ其猶豫期限ノ經過セシ日ヨリ起算セサルヘカラス之
 ニ反シ言渡ノ日ヨリ起算スヘシトノ説アレモ畢竟社會ニ刑ヲ執行
 スルノ權力生セサルモ尙ホ犯人其執行ヲ免カレ得ヘシト云フニ在レハ
 決メ妥當ノモノニアラサルヘシ然リ而シテ其期限ノ經過ヲ中斷スルノ
 方法アリヤ曰ク第六十一條及ヒ第六十二條ハ其ニ逮捕シ若クハ令狀云
 ヲトアリテ皆体刑ニ關スル規定ニ過キサレハ之レヲ逮捕シ得サル金刑
 即チ罰金科料ニ適用スヘカラサルハ勿論ナリ草案第七十三條ニ曰ク罰
 金及沒收ニ付テハ受刑者ノ義務ノ認知又ハ財産差押其他執行ヲ目的ト
 スル訴訟手續ニ因リ期滿免除ヲ中斷ス國庫及ヒ被害者ニ償還スヘキ費
 用ノ宣告及ヒ贓物ノ返還并ニ民事ノ賠償ハ民法ノ規則ニ從ヒ期滿免除
 フ得ルモノトストノ明文ヲ掲ケシモ現行刑法ハ之ヲ削除セリ寔ニ惜ム
 ヘキトト云フヘシ然レモ此レ等ハ總テ其性質民事ニ屬スルヲ以テ民事
 上ノ中斷法ニ依ルヘキヲ至當トナスカ如シ

死刑ノ執行ハ裁判確定ノミヲ以テ足レリトセス司法大臣ヨリ死刑ヲ執行スヘキノ命令アリシ時ヨリ三日内ニ其執行ヲ爲スヘキ定規(治第四百六十條)ナレハ其司法大臣ノ命令アリタル日ヨリ執行權發生スルモノナリ故ニ其以後ハ其逃走シタル日ヨリ起算スヘク若シ捕ニ就キタルハハ期限ノ經過ヲ中斷スヘク再ヒ逃走シタルハ其逃走ノ日ヨリ更ニ起算スヘシ然ラハ犯人獄内ニ在リテ執行ヲ遁レ而シテ三十年ヲ經過シタルハ如何甲說ニ曰ク假令獄内ニアリト雖モ其執行ヲ遁カレタルモノハ期滿免除ヲ得ヘシト乙說ニ曰ク自ラ占有シタル地位ニアラサレハ期滿免除ヲ得ヘカラス此場合ニ於テハ宜シク無期刑ニ處スヘシト余輩ハ乙說ヲ以テ正理ナリトスルヲ得ス何トナレハ凡ソ刑罰ナル者ハ時効ニ因リ獲得スルヲ得サルハ理ノ然ラシムル所ナリ然ルニ之ヲ無期刑ニ處スル如キハ恰モ之ヲ占有シタルモノ、如シ之ヲ以テ此說タル右ノ論理ニ反シ無期刑ヲ獲得シタルモノト云ハサルヲ得サレハナリ然ラハ如何ニ之

ヲ論決セハ以テ正當ナルヲ得ヘキ乎余輩ノ視ル所ニ依レハ抑モ犯人ヲ逮捕若クハ令狀ヲ發シタルノ事實能ク社會ノ遺忘ヲ喚起シ期限ノ經過ヲ中斷スルノ効力アル以上ハ繫獄ノ事跡ハ尙更中斷ノ効力アリトセサルヲ得ス故ニ結局甲說ヲ以テ正理ナリト論決スルヲ得ヘシ然レモ是レ理論上ノ決定ニシテ今我刑法ノ正條ニ就キ論下スルハ單ニ逮捕若クハ令狀トノミアリテ他ニ中斷方法ノ規定ナキニ由リ假令繫獄ノ事跡ハ以テ社會ノ遺忘ヲ喚起スルノ効力アリトスルモ正文條又如何トモスル能ハス故ニ如此場合ニ於テ犯人ハ期滿免除ヲ得タルモノトナシ放免セサル可カラサルナリ

井上博士ノ說ニ依レハ抑々期滿免除ハ或ル時間刑ノ執行ヲ遁レタルニ由ツテ生スルモノナレハ刑ヲ執行シ得ヘキ日即チ刑ノ執行權ノ發生タル日ヨリ起算スルヲ通則ト爲ス而シテ其執行權ノ發生スルハ死刑ヲ除クノ外總テ裁判確定ノ日ニ在リ而シテ死刑ノ言渡確定スルハ

直チニ其訴訟書類ヲ檢事ヨリ司法大臣ニ送致シ司法大臣ヨリ死刑ヲ施行スヘキノ命令アリタル時ハ三日内ニ其執行ヲ爲ス可キ定規ナレハ其司法大臣ノ命令ヲ爲シタル日ハ即チ執行權ノ生シタル日ナルカ故ニ此日ヨリ期滿免除ノ期限ヲ起算スヘキモノトス

然リ而シテ其執行ヲ免カルトハ必スシモ逃亡シタルヲ要セス故ニ縱令監倉ニアリト雖モ死刑執行ノ命令アリタル日ヨリ三十年ヲ經過スルキハ當然期滿免除ヲ得ヘキモノトス何トナレハ現ニ死刑ノ所爲ヲ受ケサル以上ハ假令監倉ニ在リト雖モ其執行ヲ遁カレタル者ナリトスルニ於テ敢テ支障ナケレハナリ

罰金ニ付テハ第二十七條ニ於テ裁判確定ノ日ヨリ一月内ニ完納セシムト云ヒ科料ニ付テハ第三十一條ニ於テ裁判確定ノ日ヨリ十日内ニ完納セシムト云ヘルニ依レハ則チ罰金科料モ亦裁判確定スルヤ直チニ執行スルコトヲ得サルモノニシテ其執行權ノ生スルハ罰金ニ就テハ

裁判確定ノ日ヨリ三十一日目科料ニ付テハ同シク十一日目ナルカ如シト雖モ決シテ然ルニ非ラス其執行權ハ則チ裁判確定ノ日直チニ生スルト雖モ一月内又ハ十日内ニ完納スルコトヲ許シ其期限間ハ之レチ輕禁錮又ハ拘留ニ換フルコトヲ猶豫スルニ過キサルナリ故ニ裁判確定スルヤ直チニ完納ヲ督促スルモ亦可ナリ是レ云々内ニ完納セシム若シ限内納完セサルモノハ云々ニ換フアル所以ナリ去レハ其期滿免除ノ期限モ亦尋常ノ場合ト等シク裁判確定ノ日ヨリ起算スルモノタルヤ毫モ疑ヒナキナリ

沒收モ亦一般ノ場合ニ於テハ裁判確定ノ日ヨリ期滿免除ノ期限ヲ起算スヘキモノトス

身体ノ自由ヲ剝奪スル刑ニ付テノ期滿免除ハ犯人其刑ヲ言渡サレタル當時捕ニ就キ居リタル所ハ其裁判確定ノ日ヨリ起算シ一旦逃走ノ末捕ニ就キ再ヒ逃走シタル所ハ其再ヒ逃走シタル日ヨリ起算シ又欠

席裁判ニ係ルハ其宣告ノ日ヨリ起算ス
 茲ニ一ノ問題アリ欠席裁判ニテ刑ノ言渡ヲ受ケタル犯人爾后出頭シ
 テ故障ノ申立ヲ爲シ之ヲ受理セラレタルモ未タ其本案ノ裁判言渡ナ
 キ中再ヒ逃走シタルハ其期滿免除ハ何レノ日ヨリ起算スヘキ乎乃
 チ前欠席裁判言渡ノ日ヨリ起算スヘキ乎將タ就捕ノ日ヨリ起算スヘ
 キ乎如何予ハ此場合ニ於テモ仍ホ前欠席裁判ノ日ヨリ起算セサルヘ
 カラスト信ス何トナレハ犯人ニ於テ前欠席裁判言渡ニ對シ故障ノ申
 立ヲ爲シ之ヲ受理セラレタル上ハ其欠席裁判ノ言渡ハ未タ確定ノ者
 ニ非ラス又故障ヲ受理シタル以後ハ犯人再ヒ逃走シタルカ爲メ又裁
 判言渡ナケレハナリ而シテ若シ捕ニ就キタルモ未タ欠席裁判言渡書ヲ
 示サ、ル中再ヒ逃走シタル時ニ於テモ亦前ノ言渡アリタル日ヨリ期
 滿免除ノ期限ヲ起算スヘキト勿論ナリトス
 然リト雖モ欠席裁判言渡ヲ受ケタル犯人捕ニ就キ其言渡書ヲ示サレ

タルニ故障ノ申立ヲ爲サ、ル中再ヒ逃走シタルハ其輕罪ニ就テハ
 三日重罪ニ付テハ十日ヲ經過スルニ因リ其裁判言渡ハ確定スルヲ以
 テ此場合ニ於テハ其確定ノ日ヨリ期滿免除ノ期限ヲ起算スル者ナラ
 ン何トナレハ刑ノ執行權ハ裁判言渡ノ確定ト同時ニ生シ期滿免除ノ
 期限ハ又執行權ノ生シタル日ヨリ起算スル者ナルコト予カ前段ニ講述
 シタル所ノ如クナレハナリ
 以上説明スル所ニ依テ之ヲ觀レハ凡ソ期滿免除ノ經過ヲ中斷セント
 スルニハ必ス刑ノ執行ヲ爲シ得ルノ權アル場合ナラサル可ラサルコ
 トヲ知ルニ足ルヘシ去レハ欠席裁判ハ前段述ヘタル場合ヲ除クノ外現
 ニ犯人ヲ逮捕シタル場合ニアラサレハ確定スル者ニ非サルカ故ニ又
 執行權ノ生スルコトナシ故ニ又期滿免除ヲ中斷スルコトヲ得サルナリ
 之ニ反シテ對審裁判ニ係ルハ其裁判確定ノ後直チニ執行權生スル
 コトヲ以テ縱令逃走スルモ其捕ニ就ク毎ニ常ニ直チニ刑ノ執行ヲ受ク可

キ者ナルカ故ニ其就捕ノ度毎ニ期滿免除ノ期限ヲ中斷スルナリ今前
述ノ理論ヲ適用スルキハ死刑ノ期滿免除ヲ中斷スルニ就テモ亦
必ス一回執行ノ所爲ヲ爲シ然ル後始メテ之ヲ中斷スル者トセサルヲ
得サルニ似タリ然レモ我刑法ニ於テハ他ノ刑ト同一ノ手續ニ因テ之
カ中斷ヲ爲シ得ルモノ、如シ

抑々執行權ハ之ヲ執行シ得ヘキ時ニ執行セサレハ乃チ自然ニ消滅ス
ルモノトス然ルニ夫ノ自由ヲ奪フノ刑ニ在ツテハ之ヲ逮捕シタルノ
ミヲ以テ即チ犯人ノ自由ヲ奪フカ故ニ恰モ刑ノ執行ヲ爲シタルニ異
ナラサルモ死刑ニ在テハ然ラサルヲ以テ必ス他ニ現ニ執行權ヲ執行
シタルノ所以アルニアラサレハ理論上決シテ中斷ノ効ナキナリ
然ルニ第六十三條ニ於テハ刑ノ執行ヲ遯レタル者ニ對シ逮捕ヲ命シ
タル片ハ最終ノ令狀ヲ出シタル日ヨリ期滿免除ヲ起算ス下アリテ即
チ唯令狀ヲ發シタルノミヲ以テ執行權ヲ行ヒタルト同一ノ効力ヲ有

スルモノトナシタリ

是レ果ノ何ノ理由ニ基キタルカ聊カ疑團ナキ能ハス何トナレハ凡ソ
令狀ハ之ヲ民事上ノ事ニ比例スレバ宛カモ一ノ催促狀ニ異ナラス而
シテ單一ノ催促狀ノミニテハ未タ時効ヲ中斷スルノ効アル者ニアラス
然ルニ刑法ハ此催促狀ト同一ノ効力アルニ過キサル令狀ヲ發シタル
ノミヲ以テ直チニ刑ノ時効ヲ中斷スルノ効アリトナシタレハナリ
刑法草按第七十三條ニ於テハ令狀ヲ發シタルノミニテハ未タ之レヲ
以テ刑ノ時効ヲ中斷スルニ足ラス其然ランカ爲メニハ必ラス尙ホ犯
人ノ捕ニ就キタルヲ要スル者ト爲シ而シテ就捕ノ日ヨリ更ニ期滿免除
ヲ起算スルモノトナシタリ

我刑法ニ於テ唯令狀ヲ發シタルモノヲ以テ時効中斷ノ効アリト爲シ
タルハ蓋シ左ノ精神ニ出テタルモノナラン歟

令狀ヲ發シタルノ効ハ即チ社會カ曩キニ刑ノ言渡アリタルコノ記念

ヲ喚起スルニ足ルヘシトノ推測是レナリ
果シ此精神ヨリ出テタルモノトスル時ハ死刑ニ付キ生スル所ノ効果
左ノ如シ

死刑ノ裁判言渡確定シタル時其期滿免除ヲ得ンカ爲メニハ必ラス犯
人逃走シテ身体ノ自由ヲ得サルヘカラス若シ監倉ニアルルハ縱令幾
十年ヲ經過スルモ到底期滿免除ヲ得ルノ期ナシト云フノ結果ヲ生ス
ルト是ナリ奈何トナレハ社會ハ單ニ令狀ヲ發スルモ尙ホ且ツ之ヲ以
テ能ク社會衆庶ノ記念ヲ喚起スルニ足ルトスル時ハ其犯人ノ現ニ監
倉ニ在ル間ハ非除ヤ幾十年ヲ經過スルモ常ニ其記念ヲ繼續スル者ナ
リト謂ハサルヲ得サレハナリ更ニ他ノ語ヲ以テ之ヲ述フレハ即チ口
々期滿免除ノ期限ヲ中斷スルト云フモ亦固ヨリ可ナレハナリ
但此令狀ハ其刑ノ執行ヲ爲スヘキ地ノ始審裁判所ノ檢事ニ於テ之ヲ
發スル者トス

ボアンナード氏ノ説ニ依レハ刑ノ期滿免除ヲ中斷セントスルニハ最
早起訴ノ事ニ關係セス執行ノ處分アルヲ要ス蓋シ受刑者其刑ノ期滿
免除ヲ得ルハ其自由ヲ占有シタルカ故ナルヲ以テ社會ハ期滿免除ヲ
防止スルニハ再ヒ其自由ノ占有ヲ奪ハサル可ラス
中斷ノ處分ハ期滿免除ヲ止メントスル所ノ刑ノ性質ニ從ヒ異ナルモ
トス

自由剝奪ノ刑ニ係ルルハ受刑者ノ拿捕繫獄アルヲ要ス監視ニ付テモ
亦タ同シトス蓋シ此刑タル眞ニ自由ヲ剝奪スルモノト謂フ可ラスト
雖モ逃走シタル受刑者ヲ再ヒ之ニ附スルニハ拿捕ニ依ラサル可ラス
加之監視ヲ逃レタルノ事實ハ更テ禁錮ニ該ル可キ輕罪ニシテ拿捕
ヲ行フノ理由ト爲ルモノナリ

金刑ニ至リテハ義務ノ期滿免除中斷ニ關スル民法ノ規則ニ依遵シテ
其期滿免除ノ中斷ヲ爲ス此等ノ規則タル法文中頗ル單簡ニシテ且ツ

完全ニ之ヲ畧記セリ

死刑ニ付一ノ問題アリ茲ニ死刑囚アリ卅年間獄内ニ繋留セラレタルニ其繋留シアルヲ遺忘シタルニ因リ又ハ共謀シタル詐欺ニ因リ其執行ヲ爲サ、リシト仮定セン該囚ハ其刑ノ期滿免除ヲ得ヘキヤ如何」

三十年間刑ヲ免カレタル以上ハ死刑ノ期滿免除ヲ得ヘキヤ必セリ然レモ尙ホ其次キノ刑ニシテ逃カレサリシ處ノ無期徒刑ニ處セラレヘシ左レハ期滿免除ハ刑ノ減等ト全様ノ効力ヲ生シタル者ト謂フヘシ是レ期滿免除ノ原則ノ適用ニ出ツルモノナリ曰ク「期滿免除ハ占有ノ限度内ニ於テノミ行ハル、モノナリ」ト然ルニ受刑者ハ其生命ヲ占有シタルニ過キス故ニ其生命ヲ助ケタルノミ自由ニ至ツテハ之ヲ占有セサリシヲ以テ之ヲ得ルヲ能ハサルモノナリ」ト

堀田氏ノ說ニ依レハ「罰金ニ付テハ裁判確定シタル日ヨリ三十日目又科料ニ付テハ十日目ヲ以テ納完セサルヘカラス是レ納完期限ハ偏ニ

換刑ノ爲メ設ケタル者ニ非ス犯人ヨリ罰金科料ヲ納完スルニ付テノ猶豫期限ナリ故ニ當該官ニ於テ猶豫限内犯人ヲ勤メ納完セシムルヲ得ルモ強テ納完セシムルヲ得ス從テ犯人ハ其期來ルニ非サレハ必ラスシモ罰金科料ヲ納完セサルヘカラスナルモノニ非サルナリ又沒收ニ付テハ別ニ猶豫期限ノ設ケナシ故ニ確定裁判ノ日ヨリ其期滿免除ノ期限ヲ起算スヘキナリ

欠席裁判ニ因リ言渡サレタル刑ノ爲メ期滿免除ヲ設ケタルヲ以テ不當トスル者アリ宮城氏曰ク云々(宮城學士ノ說ハ後段ニ掲ケタレハ茲ニ略ス)此問題ヲ決ム所ナリ抑々欠席裁判ナルモノハ實際已ムヲ得サルニ出ル處分ナリ故ニ法律ハ欠席裁判ヲ爲ス前ニ當テ極メテ鄭重ノ手續ヲ尽クシ成ルヘク被告人ニ知ラシメントテ務メタリ然ルニ尙ホ被告人ノ欠席裁判ヲ受クルニ至ルハ多クハ自ラ招ケル所ナリ然レモ法律ハ欠席裁判ニ

授クルニ對審裁判ト同一ノ効力ヲ以テスルヲ欲セス之ニ對シ故障ヲ爲スヲ許セリ而シテ其故障ノ期限タル一定ナラスト雖モ多クハ期滿免除ノ期限ヲ以テ之レカ期限トナス故ニ欠席裁判ヲ受ケタル者故障期限内ニ故障ヲ爲サ、ル片ハ其裁判確定スルヲ以テ刑期ハ其宣告ノ日ヨリ之ヲ起算セサルヘカラス而ルニ犯人ハ逃走シテ捕ニ就カサレハ其宣告ノ日即チ刑期ヲ起算スヘキ日ヨリ刑ノ執行ヲ遯カレタルモノトス是レ本條ニ欠席裁判ニ係ル片ハ其宣告ノ日ヨリ期滿免除ノ期定チ起算スヘシト定メタル所以ニシテ此法タル決シテ不當ニアラサルナリ之ヲ要スルニ犯人期限内ニ故障ヲ爲サ、ル片ハ其裁判確定スルカ故ニ期滿免除ヲ設ケ以テ其刑ヲ消滅セシム決シテ或者ノ云ヒル如ク期滿免除ハ刑ヲ消滅セスシテ却テ刑ヲ生スルモノナリトノ議リヲ受クヘカラスナルナリト

宮城學士ノ説ニ依レハ死刑ノ期滿免除期限ノ經過モ若シ捕ニ就キ再

ヒ逃走シタル片ハ其逃走ノ日ヨリ起算スヘキヤ否ヤ刑法第六十一條ハ期滿免除期限ノ第一ノ起算法ヲ定メテ曰ク刑ノ執行ヲ免レタル日ヨリ起算スト而シテ死刑ノ執行ハ刑法第十二條ニ死刑ハ絞首ストアルヲ以テ則チ絞首シテ生命ヲ絶ツコナリ故ニ此絞首ス可キノ点既ニ定マリテ之レヲ行ハサル限りハ其監倉中ニ在ルト否トニ關セス皆ナ刑ノ執行ヲ遯レタルナリ故ニ死刑ノ宣告ヲ受ケタル者監倉中ニ在リテ偶々行刑者ノ遺亡又ハ被刑者ノ偽計ニ因リ其執行ヲ遯ル、コアラニニ此監倉中ニ在ルノ一事ハ期滿免除期限ノ經過ヲ妨ケス從テ其起算点ハ絞首ヲ行ヒ得シ日ニアルヘキヤ疑ヲ容レサルナリ若シ又數日監倉中ニ在リテ執行ヲ遯レ更ニ逃走スルコアラニニ此場合ニ於テモ逃走ニ因テ初テ執行ヲ遯レタルニ非ラス其執行ヲ遯レタルハ現ニ絞首ヲ受ケサルニアルヲ以テ前ト同ク絞首ヲ行ヒ得シ日ヨリ起算スヘキヤ又疑ヲ容レサルナリ然ルニ若シ一旦捕ニ就キ再ヒ逃走シタル時

ハ其死亡ノ日ヨリ起算スヘキヤ如何余初メ以爲ラシ其再逃走ヨリ起算スルノ法ハ之ヲ死刑ノ期滿免除ニ適用ス可ラスト蓋シ其理山ナキニアラス元來自由刑ニ係ル片ハ就縛ノ一事能ク期滿免除期限ノ經過ヲ中斷スルハ何ソヤ捕ニ就クノ事實ハ現ニ自由ヲ奪フニ因リ刑ノ執行ト認ムルヲ得ヘキヲ以テナリ然ルニ彼ノ死刑ノ執行ナルモノハ一ニ絞首スルニアルニ因リ就縛ヲ以テ之レカ執行ナリト認ムルヲ得サルヘシ既ニ執行ナリト認ムルヲ得サル片ハ此捕ニ就キタルトハ期滿免除ノ經過ヲ中斷スルノ効アルヲ得サルヘシ既ニ就捕ノ事實期限ノ經過ヲ中斷スル能ハサル時ハ此期滿免除ハ初メ絞首ヲ行ヒ得シ日ニ算ヲ起シタル以來連續シ依然トシテ經過スルニ因リ再ヒ逃走シタル片ト雖モ其逃走ノ日ヨリ起算スルノ理ナキヤ辨テ俟タスシテ明ナリ若シ之ニ反シ再ヒ逃走シタル片ハ其逃走ノ日ヨリ起算スルモノトセハ第六十一條ヲ解スルニ當テ死刑ノ宣告ヲ受ケタル者初メテ逃走

セハ其逃走ノ日ヨリ起算セシテ刑ノ執行ヲ適レタル日即チ絞首ヲ行ヒ得シ日ヨリ起算シ再ヒ逃走セハ單ニ逃走ノ日ヨリ起算スト云フカ如キ前後相貫カサルノ解ヲ與フルニ至ラン是レ余カ疑キニ再逃走ヨリ起算スルノ法ハ之ヲ死刑ノ期滿免除ニ適用シ得サルモノト思考セシ所以ナリ

然リト雖モ又一步ヲ進メテ思考スレハ我成文法ヲ解スルニ當テハ右ノ論法ニ依ル能ハサル者アリ我刑法第六十二條ニ曰ク刑ノ執行ヲ適レタル者ニ對シ逮捕ヲ命シタル片ハ最終ノ令狀ヲ出シタル日ヨリ期滿免除ヲ起算スト然ラハ則チ死刑ノ宣告ヲ受ケタル者ト他ノ刑ヲ受ケタル者トヲ分タス逃走シタル者ニ對シ逮捕狀ヲ發シタル片ハ此一事能ク期滿免除期限ノ經過ヲ中斷ス既ニ令狀ヲ發シタル一事猶能ク死刑期滿免除ノ經過ヲ中斷スルヲ得ル片ハ捕ニ就キタルノ事實此經過ヲ中斷スル能ハサルノ理ナシ既ニ捕ニ就キタルノ事實能ク中斷ス

ルヲ得ルハ再ヒ逃走スルニ當リ其逃走ノ日ヨリ新タニ起算ス可キ
ヤ否ヲ容レサルナリ故ニ死刑期滿免除ノ起算ニ關シ我成文法ヲ解ス
ルノ法蓋シ左ノ如クナルヘシ初メテ逃走シタルハ逃走ノ日ヨリセ
スシテ絞首ヲ行ハントセシ日ヨリ起算シ若シ捕ニ就キ再ヒ逃走セサ
ルハ捕ニ就キタルノ日ヨリ起算シ再ヒ逃亡シタルハ其逃走ノ日
ヨリ起算スル是レナリ

又欠席裁判ニ係ルハ其宣告ノ日ヨリ起算スト欠席裁判トハ被告ニ
弁護ナキノ裁判ナリ故ニ治罪法諸條ニ於テ何時マテモ故障扣訴上告
ヲ許シ常ニ之ヲ確定セサシム然ルニ此裁判ヨリ出テタル刑ヲシテ
期滿免除ヲ得セシムルハ是レ未タ確定セサル刑ヲシテ期滿免除ニ至
ラシムルモノナリ又治罪法ニ於テ此免除以後ハ故障扣訴上告何レモ
之ヲ許サストアルニ依リ是レ期滿免除ヲ以テ弁護ナキノ裁判ヲ確定
セシムルナリ抑モ是等ノ事ハ被告人ヲシテ幸ニ眞ニ有罪者タラシメ

刑モ亦至當ナラシムルハ即チ可ナリト雖モ若シ之ヲシテ不辜ナラ
シメハ實ニ奇怪ト言ハサル可カラス何者此確定ノ効ニ因リ弁護ナキ
ノ裁判モ剝奪公權又ハ再犯ノ場合等ニ十分ノ結果ヲ生スルニ至レハ
ナリ又此点ヨリ見レハ期滿免除ハ刑ヲ消滅セスシテ却テ刑ヲ生スル
ナリ若シ果シテ然ルハ闕席裁判ニ係ルノ刑ヲシテ期滿免除ヲ得セ
シムルハ立法上如何アルヘキヤ姑ク疑ヲ存シテ他日ヲ俟ツト

第三十八號 復權トハ何ソヤ

復權トハ重罪刑ニ處セラレ爲メニ公權ヲ剝奪セラレタル者改過遷善以
テ復權ヲ得ント請願スル者ヲシテ已ニ失ヒタル公權ヲ恢復セシムルモ
ノヲ云フ而シテ復權ヲ得ンニハ左ノ條件ヲ要ス
第一 主刑消滅後五年ヲ經過スル事是レ主刑消滅後多少ノ時間ヲ經過
スルニアラサレハ犯人果シテ悔改ノ實アルヤ否ヤ未タ知ルヘカラサル
ヲ以テナリ

第二 改過自新ノ情狀顯然タルハ、此情狀トハ則チ犯人ニシテ此公權ヲ行フモ公益ヲ害スルノ患ナシト推定セシムヘキ情狀ヲ云フ

大赦アラハ當然復權ヲ得ヘク特赦ハ赦狀中特ニ記載アルニアラサレハ復權ヲ得ルヲ能ハス然リト雖モ特赦ハ主刑執行中之ヲ釋免スルモノニシテ復權ハ主刑執行后五年ノ經過ヲ要スレハ則チ特赦ト共ニ復權ヲ得ント欲スルモ能ハサルカ如シト雖モ若シ犯人悔改ノ情アルニ依リ復權ヲ赦ルスキハ果ノ悔改シタルヤ否ヲ監察スルカ爲メ五年ノ經過ヲ要ス

(第六十條) ト雖モ反之法律又ハ裁判ノ不當ナルキ之ヲ矯正センガ爲メ特赦ヲ與フル場合ニ於テハ敢テ此時間ヲ要セス直チニ特赦ノ名義ヲ以テ復權セシメ得ヘキナリ

復權ハ將來ノ公權ヲ復スル者ニシテ既往ニ得有セシ權利ヲ恢復スルニアラス故ニ勳章、年金等ノ權利ヲ剝奪セラレタルキハ假令復權ヲ得ルモ其勳章、年金等ヲ復スルヲ得ス唯將來此レ等ノ權利ヲ得ルノ能權ヲ復スルノミ或ハ曰ク官吏タルノ職ハ恢復セサルモ勳章、年金等ノ如キ既往ニ得有セシ權利ハ復權シ得ヘシト説クモノ往々之レアレモ蓋シ此等ノ權利ハ世人一般ノ自然ニ得有スルモノニアラサレハ其間區別アルノ理ナシ故ニ此事ニ關シ特ニ明文アラサル以上ハ復權スル能ハサルヘシト信スルナリ

復權ヲ得ルキハ特別法ニ依リ剝奪セラレタル公權ヲ恢復スルヲ得ルヤ例ヘハ代言人規則第四條ニ盜罪、詐欺罪ニ付刑ヲ受クル者又ハ懲役、禁獄一年以上ノ刑ニ處セラレタル者ハ代言人ノ免許ヲ得ル能ハストアル如キ是レナリ此問題ニ對シテハ學者間其說未タ一定セスト雖モ余輩ハ之ヲ復權シ得ヘシト信スル者ナリ抑モ大赦ハ曾テ犯罪ナキカ如ク犯者ヲシテ潔白純正ノモノト爲サシムルモノナレハ苟モ其犯罪ノ爲メ剝奪セラレシ權利ヲ盡ク舊ニ復スヘキヤ當然ナリ然レハ啻ニ刑法第三十一條ニ列記セシ公權ノミナラス代言人タル權ノ如キモ復權シ得ルヤ明カナ

リ又實際明治廿二年勅令第十二號大赦令ニ依リ大赦ヲ受ケシ者代言人
タル身分ノ復權ヲ得タルニ徴スルモ此說ノ正當ナルヲ証スルニ足ルヘ
シ
復權ハ既得權ヲ破ルモノナリ如何トナレハ已ニ裁判言渡ヲ以テ公權ヲ
剝奪シタル權利ヲ更ニ復與シ直接ニ裁判言渡ニ關シ其勢力及ヒ効果ヲ
撲滅スルモノナレハナリ

江木學士ノ說ニ依レハ復權ハ一旦剝奪セル權利ヲ回復セシムルモノ
ニアラスシテ唯將來其權利ヲ得ルニ足ルノ能力ヲ附與スルニ過キス
故ニ既ニ剝奪セラレタル勳章、年金、其他官吏、教師、タルノ權等ハ復權ノ
爲メニ之ヲ回復スルコトヲ得ス後日ニ至リ勳功ヲ建テ勳章ヲ授ケラル
、此ハ之ヲ受有シ得ヘク又爲スモノアレハ隨意ニ教師學監トナルコ
トヲ得ヘキノミ我刑法ニハ權利ト能力トノ區別ヲ示サスト雖モ第六
十三條ニ將來ノ公權ヲ復スルコトヲ得ト規定セルハ即チ能力ヲ附與ス

ルコトヲ指シタルモノニ外ナラサルナリ

復權ノ効力ハ他ノ法律規則ニ及フハ當然ナリト雖モ茲ニ少シク論ス
ヘキコトアリ抑々復權ハ公權ヲ得有スルノ能力ヲ附與スルモノナルヲ
以テ刑法ニ定メタル公權外ノ他ノ權利ニ及ンテ其能力ヲ附與スル者
ニアラス故ニ一ノ犯罪事實ニシテ國字新聞ノ記者タルノ權利ヲ失フ
タル者特赦ニ依テ復權ヲ得ルモ國字新聞ノ記者タルノ權利ハ刑法ニ
定メタル公權以外ノ權利ナルヲ以テ復權ニ依テ其能力ヲ回復シ得ヘ
キモノニアラスト

宮城學士ノ說ニ依レハ復權ハ既往ニ遡リテ公權ヲ復スルコトヲ得ルニ
非スノ只將來ニ向ツテ當テ處刑ニ因リテ失ヒタル權ヲ復スルナリ故
ニ嘗テ勳章、年金、位記、貴号、恩給、ヲ有セシ者ハ又將來ニ向ツテ之ヲ有ス
ルコトヲ得ヘシ或ハ曰ク勳章、年金、位記、恩給、ノ如キハ我國ノ人民自然ニ
之ヲ得ル者ニ非ラス特ニ我政府ヨリ賜フ所ノ恩典ナリ故ニ一旦之ヲ

失フヤ又新タニ賜フノ命アルニ非レハ之ヲ得ルノ理ナシ故ニ復權ノ一般ノ効果ニ因テ此權ヲ復スルコトヲ得ス若シ之ヲ得ルモノトセハ嘗テ官吏タリシ者ハ復權ニ因テ直チニ舊官ニ復スト云ハサルヲ得サル可シト誤ルト云フヘシ此ノ説タル復權ハ嘗テ失ヒタル權ヲ復スルニアリテ新タニ權ヲ得ルニ非サルノ理ヲ明カニセス次ニ勳章、年金等ヲ受クルコトヲ得ルノ能力ト之ヲ有スルノ權トヲ區別セス官吏ト爲ルノ權ト官吏タルノ事實トヲ混淆ノ本末因果ヲ并セサルノ論ナリトス茲ニ一ノ問題アリ復權ハ特別ノ法律規則ニ規定セシ不能力ニモ其効果ヲ及ホスヤ如何例ヘハ府縣會規則ニ懲役一年以上實決ノ刑ニ處セラレタル者ハ議員タルコトヲ得ストアリ又代言人規則ニ懲役禁獄一年以上ノ刑ニ處セラレタル者ハ代言人ノ免許ヲ能ル得ハストアリ故ニ重罪ノ刑ニ處セラレ公權ヲ剝奪セラレタル者ハ既ニ刑法第三十一條ニ於テ右等ノ權ヲ有セサルノミナラス尙ホ此特別法ニ於テモ終身ノ

不能力者ナリトス然ルニ我第六十三條ニ依リ復權ヲ得タル者ハ第三十一條ニ記載シタル權利ヲ回復スルノミナラス右ノ特別法ヨリ出ル不能力ヲモ回復スルヤ如何余憶フニ復權ハ嘗テ失墜シタル權利ヲ勅裁ニ因テ回復スルモノナレハ之ヲ得タル者ハ純然タル我日本ノ良民ニシテ第三十一條ノ全公權ヲ有スルノミナラス特別法ニ從テ府縣會撰舉人、被撰人タルコトヲモ得ヘク代言人タルコトヲモ得ヘキハ疑ヲ容レサルナリ辭ヲ換ヘテ之ヲ言ヘハ復權ハ其勢力寔ニ廣大ニシテ特別法ニ規定セル不能力ニモ其効果ヲ及ホスヤ疑ヲ容レサルナリ然ルニ若シ果シテ此ノ如クナリトセハ我第六十三條ニ於テ復權ヲ得ヘキ者ヲ剝奪公權ノ刑ヲ受タル者ニ限リタルヨリシテ實ニ奇ナル結果ヲ現出スルニ至ル即チ重罪ノ刑ニ處セラレ公權ヲ剝奪セラレタル者ハ復權ニヨリ他日代言人又ハ議員タルコトヲ得ルノ望ミアレモ禁錮以下ノ刑ニ處セラレタルモノハ却テ特別法ヨリ出ル不能力ヲ回復ス

ルノ望ナキト是レナリ是レ豈ニ權衡ヲ得タリト云フコトヲ得ンヤ此欠典ハ特リ我刑法ノミナラス佛國ニ於テモアリタリキ然レ佛國ニ於テハ千八百五十二年七月ノ改正法ヲ以テ之ヲ補ヒタリ其治罪法第六百十九條ニ曰ク凡ソ施体又ハ加辱ノ一刑ニ處セラレ又ハ懲治ノ一刑ニ處セラレ其刑ヲ受ケ終リタル者又ハ特赦ヲ得タル者ハ復權ヲ得ヘシト此懲治ノ一刑ノ數字ハ新タニ加ヘラレタルモノナリトス我輩ハ我當局者ニ於テ此ニ注意セラレンコトヲ希望スルナリト

第三十九號 大赦特赦ノ性質及其差異如何

大赦トハ主權ノ作用ニシテ犯罪ヲ証明シ又ハ刑ヲ適用シ以テ之レヲ執行スルノ却テ危害アリト認ムル場合ニ於テ社會ハ其犯罪タル事實ヲ全ク消滅セシメンコトヲ命令シ以テ社會ノ秩序安寧ヲ保持スルモノヲ云フ此類ノ犯罪ハ國事ニ關スル犯罪ニシテ政體變更ノ際ニ最モ多シトス明治廿二年勅令第十二號ノ大赦ノ如キ其一例ナリ又特赦トハ法律若クハ

裁判ノ不當ナルヨリ之ヲ矯正シ以テ嚴酷ニ失セザラン爲メ刑ノ全部又ハ一部ヲ釋免スルモノヲ云フ

夫レ然リ故ニ大赦ハ之ヲ受クルコトヲ拒絶スルヲ得ス特赦ニ至リテハ或ハ拒絶スルヲ得ヘシト江木氏(Dr. E. K. Honjo)論スル者アリト雖モ余輩ハ之レ

ニ反對ノ說井上博士(井上義典)學士ノ說ヲ採ルモノナリ蓋シ犯人ハ刑罰ヲ受クル既得權ナケレハ則チ社會力不正ヲ避ケ以テ正當ノ道ヲ跋涉セントノ希望ヨ

リ釋免スルモノヲ拒絶スルノ不當ナルヤ多辨ヲ要セスシテ明カナリ大赦ハ犯罪タル事實ノ根源ヨリ抹殺スルモノナレハ既得權ヲ侵スモノ

ニアラス特赦ニ付テハ天皇ノ仁慈ヲ以テ刑ノ執行ヲ釋免スルニ過キサレハ又決シテ既判權ヲ破ルモノニアラス或ハ裁判ヲ以テ言渡シタル刑期

ヲ變更スルモノナレハ則チ既判權ヲ破ルモノナリト説クモノアレハ之レ決シテ至當ノ說ニアラス若シ此説ノ如クセハ彼ノ假出獄ノ如キモ亦既判權ヲ破ルモノト云ハサルヲ得サルニ至レハナリ

大赦ヲ受クルモ已ニ徵收シタル罰金科料及ヒ沒收シタル物件ハ返還スルヲナシ何者已ニ刑ヲ執行ヲ終了シタル者ハ社會之ヲ償却スルノ義務ナケレハナリ之レ明治廿二年勅令第十二號第四條ニ明記スル所ナリ然ルニ明治二十二年二月十一日司法省訓令第三號第三條ニ依レハ已ニ執行シタル休刑ヲ以テ大赦ヲ得タル刑期ヲ通算ストアリ或ハ該勅令ニ牴觸スルノ嫌ナキニ非サラン乎暫ク記シテ以テ參照ニ供ス

大赦ト特赦トノ著ルシキ差異ヲ舉クレハ則チ左ノ如シ

- 第一 大赦ハ國事ニ關スル犯罪事件ヲ以テ目的トナスモ特赦ハ犯人其人ヲ以テ目的トス
- 第二 大赦ハ裁判確定ノ前後ヲ問ハスト雖モ特赦ハ裁判確定后ニアラサレハ受クルヲ得ス
- 第三 大赦ハ當然復權ヲ得ヘシト雖モ特赦ハ赦狀中特ニ記載アルニアラサレハ復權ヲ得ルヲ能ハス

第四 大赦ハ特別法ニ依リ剝奪セラレタルモノ例ヘハ府縣會議員又ハ代言人トナルノ權ノ如キモ一切之ヲ回復ス特赦ハ反之刑法第三十一條ニ記載セシ權ヲ回復スルノミ

第五 大赦ハ再ヒ罪ヲ犯スモ再犯ヲ以テ論セスト雖モ特赦ハ再犯トシテ加重スルヲ得

第六 大赦ハ勅裁ヲ以テ直チニ赦免セラレモ特赦ハ當該官吏ノ申立ニ依リ司法大臣上奏シテ裁可セラルモハナリ

モルトール氏ノ說ニ依レハ特赦トハ既ニ言渡シタル刑ノ全部若クハ一分ヲ釋免スルヲ云フ又大赦トハ主權ノ作爲ニシテ犯罪ヲ確實ナラシメンカ爲メノ訟求ヲナシ又ハ繼續スルヲ防止シ又仮令其犯罪ヲ確實ナラシムルモ尙ホ不明瞭ニシテ社會ハ此ニ信ヲ措キ難シト推測スルヲ謂フ下

〔第四十號〕 不論罪及モ宥恕減輕ノ意義并ニ其差異如何

禽獸人ヲ嚙ミ雷火家屋ヲ燒キ風力瓦石ヲ飛ハシテ時ニ或ハ吾人ノ身体ヲ毀傷スルコアルモ是レ所謂天則ノ災害ニシテ人生普通ノ不幸タルノミ吾人ハ其被害セラレシ權利ヲ恢復スルニ由ナシ抑モ權利ナルモノハ人類交互ノ間ニアラサルヨリハ決シテ他ニ關連ヲ生スルモノニ非ス故ニ苟モ吾人ノ權利ヲ効用センニハ必ス其對スル者人類タラサルヲ得ス然ラハ則チ一ノ所爲ヲ指シ之ヲ犯罪ナリト稱名スルモ亦其人類タルヲ想像セサルヘカラス夫レ然リ而シテ此區別アル所以ノモノ蓋シ人類ハ動不動ヲ決定スルノ自由アリ從テ善惡正邪ヲ識別スル辨知力アルニ因ル是レ人類ノ動物中ニ冠タル所以ニシテ亦犯罪ノ歸當的アル所以ナリ倘シ人類ニシテ自由若クハ辨知力ナシトセンカ曷ソ禽獸風力雷火ト擇ハンヤ吁自由ト辨知力ノ緊要ナル夫レ如此然ハ則チ吾人カ犯罪者トシテ刑罰ヲ科センニハ必ス其所爲ニ付テハ二者ノ存在ナカルヘカラス故ニ若シ其一ヲ欠クニ於テハ之ヲ犯罪者トシテ其責ヲ擔當セシムヘカラ

サルノミナラス從テ其ノ所爲ヲ罪トシテ論スヘカラサルナリ是レ則チ不論罪ノ據テ起リタル所以ナリ

其レ然リ故ニ人ノ歸當的即チ犯罪負擔責任ヲ構成センニハ自由辨知ノ二個ノ能力アルヲ必要トス論者ハ古來法理ノ概則トシテ世人ノ膾炙セシ所ノ犯罪ハ事實ト心意トヲ以テ構成ストノ格言ニ基キ犯罪ノ一條件ハ以テ責任構成ノ一要素ナリト論スレモ現ニ法律上犯罪ナキ所ヲ罪トシ罰スル場合(第七十七條)ニ因テ見ルモ其說ノ非ナルヲ明カナリ而シテ之ヲ罰シテ不正ナラサルコトハ論者ト雖モ毫モ疑ヲ容ル、所ニアラサルヘシ然ルニ犯罪ノ一條件ヲ以テ責任構成ノ要素ニ算入セントスル如キハ抑モ何等ノ理由ニ依テ然ル乎余輩ハ之ヲ解スルニ苦シマサルヲ得サルナリ

此ニ於テ余輩結論シテ曰ク責任ノ構成トハ自由力辨知力ノ二者アルヲ以テ充分也トス犯罪ノ如キハ必スシモ要素ナリト云フヲ得サルナリト

以上説キ來リタル所ニ依テ不論罪ノ起因スル理由明カナリト信ス以下
將ニ宥恕減輕ノ據テ起ル所以ヲ討究セン

凡ソ人類ニシテ自由力辨知力ヲ具有シ而シテ后法律ノ罰スヘキ所爲ヲ行
フタル者ハ其所爲ニ應スルノ責罰アルコトハ前段已ニ論述シタル所ナリ
然リト雖モ其犯罪行爲ノ度量ニ至テハ犯人ノ地位其他所爲ニ隨伴スル
諸般ノ狀況ニ從テ變更セサルヲ得ス是レ宥恕減輕ノ因テ起ル所ナリト
ス

性質上ヨリ宥恕減輕ヲ區別シテ左ノ二箇トナス

第一 裁判上ノ宥恕減輕

第二 法律上ノ宥恕減輕

裁判上ノ宥恕減輕トハ事實裁判官ヲシテ所犯情狀ヲ斟酌シ實際各犯ノ
罪情ニ適當セル刑ヲ選定セシムルモノヲ云フ故ニ之ヲ行フヤ特リ裁判
官ノ職權ニ屬シ他ヨリ容喙シ得ヘキモノニアラス我刑法ハ之ヲ酌量減

輕ト名ケ特ニ一條ヲ設ケテ之ヲ規定セリ

法律上ノ宥恕減輕トハ罪度輕キ者ノ中ニ就キ立法者ノ預メ法條ヲ設ケ
特ニ裁判官ヲシテ之ヲ遵奉セシムル所ノモノヲ云フ此ニ注意スヘキハ
第二百一十一條第二、第三ニ其情狀輕キモノ云々及第三百十條、第三百十六
條ニ宥恕スルヲ得トノ聽任文法ヲ用ヒテ恰モ裁判上ノ宥恕減輕ノ如ク
記載シタレモ是レ唯文章ノ瑕瑾ニ過キ素ヨリ法律上ノ宥恕減輕タ
リ故ニ右ノ場合ニ於テ裁判官其宥恕ノ事實アルコトヲ確認シタルハ必
ズ之ヲ減輕セサルヘカラス若シ否ラサレハ大審院ノ破毀ノ原由トナル
ニ充分ナルモノナリ然ルニ彼ノ酌量減輕ハ之ト異ナリ假令其減輕スヘ
キ情狀アリト見認メテ尙減輕セサルコトアルモ之ヲ以テ大審院破毀ノ原
由トナスコトヲ得サルナリ

法律上ノ宥恕減輕ヲ區別シテ左ノ二箇トナス

第一 免刑宥恕

第二 減刑宥恕

免刑宥恕トハ刑ヲ全免スル場合ニシテ即チ立法者カ認メテ刑ヲ適實ニ適用スルヨリ寧ロ之ヲ免除スルノ却テ利益アリト認定シタルモハ其事件ニ適用スルモノニテ例ハ親屬間ノ平和ヲ得テ或ハ犯罪ヲ未發ニ防キ以テ社會ノ安寧ヲ維持スル等ノ理由アル場合ノ如シ刑法第一百五十三條、第一百八十六條、第三百七十七條、第三百八十七條、第三百九十八條及第二百二十六條、第二百九十二條等是レナリ但シ最終ノ二條ノ場合ニ於テハ監視ヲ付スルモ該監視タル特別即チ行政處分ニ過ギサレハ敢テ之ヲ刑罰ト同一視スヘカラサルナリ

減刑宥恕トハ或情狀ニ因リ犯罪ノ程度輕キ所アル場合ニ於テ其刑ノ幾分ヲ減宥スルモノヲ云フ今之ヲ分テ二トナス

第一 一般ノ宥恕減刑

第二 特別ノ宥恕減刑

一般ノ宥恕減刑トハ一般ノ犯罪ニ適用スヘキモノニシテ我刑法ノ總則ニ掲ケタルモノ是レナリ特別ノ宥恕減刑ハ反之或ル特定ノ犯罪ニ限り之ヲ適用スヘキモノヲ云フニアリ

不論罪ト宥恕免刑トハ一見殆ント相類似セル如ク又刑法ノ正條ニ就テ見ルモ同シク其罪ヲ論セス下規定シ敢テ區別スル所ナキカ如シト雖トモ其間自ラ性質上大ニ異ナル所アリ蓋シ不論罪ハ吾人カ權利ヲ執行セシ正當ノ原因(正當防衛本屬長官ノ命令)或ハ歸當的ノ不成立ノ原因(精神ノ喪失、不可抗拒強制)ニ因リ元來罪過ノ成立セサル場合ヲ云フ故ニ其所爲ヲ罪トシテ論セサルニ在リ反之宥恕免刑ハ正當ノ原因ナク又歸當的ノ不成立ノ原因ナク全ク罪過ハ成立スルアルモ或ハ情狀ニ依リ其罪ヲ論セサルニ在リ然ルニ我カ刑法ハ此等ノ區別アルニモ拘ハラス一様ニ其罪ヲ論セスト規定セシハ蓋シ條文ニ語弊アルヲ免レス然レトモ其性質上ニ於テハ不論罪ト免刑トハ全ク相異ナルモノナレハ決シテ混同スヘカ

ラサルナリ而シテ此區別ヲ立ツルヨリ我刑法上左ノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ

第一 二罪ヲ犯シタルカ爲メ刑ヲ加重スル場合ニ於テ其加重ノ一條件トナシ得ルト否トハ差アリ例ヘハ重罪輕罪ヲ犯スニ便利ナル爲メ又ハ已ニ犯ノ其罪ヲ免カル、爲メ人ヲ故殺シタルモノヲ死刑ニ處スルカ如キ(第二百九十六條) 若シ其重輕罪ニシテ無罪ナル時ハ通常ノ故殺罪ニ問ヒ以テ無期徒刑ニ處セサルヘカラス其他強盜人ヲ傷シ若クハ婦女ヲ強姦シタル場合(第三百八十一條)ノ如キ亦同シ

第二 損害賠償ノ点ニ付差異アリ即チ免刑ノ場合ニ於テハ損害賠償ノ義務アリト雖モ無罪ノ場合ニ於テハ此義務ナシ但シ歸當的不成立ノ場合ハ格別ナリトス

不論罪ト宥恕減刑及ヒ免刑トノ差異ノ著明ナルモノハ即チ不論罪ハ責任ナシト從テ罪ナキモノ即チ基本上犯罪ノ成立セサルモノナレトモ宥恕

減刑及ヒ免刑ハ反之責任アリ從テ罪アリト雖モ或ル已ム可カラサル情狀ノ存スルニ依リ宥恕シテ其刑ヲ減輕シ若クハ全科セサルニ過ギサルナリ

其レ如斯差異アルカ故ニ其結果トシテ刑法第二百九十六條ノ場合ヲ生シタル時ニ當テ故殺ノ刑ヲ加重シテ死刑ニ處スルト否トノ差ヲ生スヘシ

今之レヲ佛國刑典ニ就テ觀察ヲ下スルハ夥多ノ差別アリ

第一 不論罪ヲ重罪裁判所ニ於テ審理シタル片ハ該所長ノ命令書ヲ以テ言渡スニ過キスト雖モ免刑宥恕ニ在テハ必ス裁判所ニ於テ宣告スルヲ要ス

第二 不論罪ニ付テハ陪審官ニ向ヒ唯犯罪ノ有無ノ一問ヲ發スレハ足レリト雖モ免刑宥恕ノ場合ニ於テハ宥恕ノ理由即チ其犯罪ノ原由ニ付逐一發問スルヲ要ス

第三 不論罪ニ付テハ裁判費用ヲ負擔セシメスト雖モ免刑宥恕ノ場合ハ其費用ヲ負擔セシムルモノトス

第四 不論罪ニ付テハ後日有罪ノ証ヲ發見スルモ刑罰ヲ科スルヲナク檢察官之ヲ上告シテ法律ヲ正スノミニ止マルモ免刑宥恕ハ大審院ノ裁判ニ依リ更ニ審判シテ刑罰ヲ科スルモノトス

我刑法ニ於テハ是等ノ差別ナシト雖トモ要スルニ一ハ其基本上ヨリ罪ナキモ他ハ罪アリテ唯刑ヲ減免スルニ過キサルモノナレハ決シ此二者ヲ混同スヘカラスルナリ

ヘルトール氏ノ説ニ依レハ夫レ人ハ善惡正邪ヲ識別スルノ智能ヲ有シ又邪惡ヲ避ケテ善ヲ擇フノ自由ヲ有ス而シテ若シ其正善ヲ措テ邪惡ニ就クアラハ其擇取ノ不良ナル終ニ善惡ヲ釀生スルハ反省シテ能ク之ヲ識別ス可シ夫ノ刑罰ノ應報ヲ行ヒ以テ正當ナル所以ノ者ハ則チ人ノ智能ヲ有シ天性ノ自由ナルニ由レハナリ

凡ソ罪ヲ犯ス者ハ則チ德義ニ背キ社會ノ秩序保安ヲ攪亂スルモノハ以テ社會ノ大權ニ違背シ其違背ノ應報トシ刑罰ヲ受クヘキヲ會得シ猶ホ恐怖スルナク自制スルナクシテ犯スモノト云フヘシ抑モ法律ハ應報ノ方法ヲ示シ人ヲシテ各々遵奉スルノ意ヲ起サシムルナクンハ法律ハ其効ナク又刑罰ノ方法以テ禁制威迫ノ効アルヘキ權力ヲ確保スルニアラスンハ是亦法律ニシテ法律タラサルナリ

刑罰ハ凡百ノ兇惡ノ爲メニ備フル警戒方法ニアラス各人個々ノ自由智能ヲ威逼シ以テ社會交際ノ義務關係ヲ鞏固ニセンカ爲メニシテ此義務背戻者ニ應報トシ加フル者ナリ其レ然リ故ニ苟モ罪トシテ論ゼンニハ必ス犯者ニ自由智能ノ二條件ナカルヘカラス若シ其所爲ニシテ善惡正邪ヲ辨別スヘキ智能ヲ有セサルカ將タ抗拒シ難キヨリ止ムヲ得サルニ出テタル結果ナリトセンカ假ヒ多少ノ危害ヲ釀スヘキモノト雖モ其事實タル智能ノ自由ヲ行フタルモノニアラサレハ未タ罪

ヲ以テ論スヘカザルナリ
 然リ而シテ智能自由ハ即チ二個ノ必要條件ナリ既ニ自由ト云ヘハ則チ智能ヲ包括スルモ智能ハ自由ヲ包含セザルナリト
 ホアソナード氏ノ説ニ由レハ所爲ノ性質上罪ヲ以テ論スヘキモノト雖モ猶刑罰ヲ蒙ラサルモノアリ是レ蓋シ有形ノ事實ヲ以テ直チニ犯罪即チ罪責アリト云フヘカラス尙行爲ノ并ニ於テ無形的ノ條件(犯意スルヲ)ヲ具備スルニアラサレハ罪ヲ以テ論スヘカザル理ニ由テ然ルナリ其無形的ノ條件トハ法學上ノ歸責即チ責任ナキモノニシテ此條件ノ具備スルニ由リ始メテ其所爲ヲ犯罪ト爲シ罰スヘキニ至ルモノナリ其レ如此條件ヲ具備セシ時ハ其犯罪始メテ徳義上ノ罪惡ヲ生シ社會ノ害惡ト共ニ社會ニ刑罰權ノ基礎トナルモノナリ其條件トハ第一惡事ノ意思即チ犯意第二自由第三智覺是レナリ若シ其一ヲ欠クキハ責任ナシ從テ罪ヲ以テ論スヘカザルナリト

宮城學士ノ説ニ依レハ或ハ罪ヲ犯スノ意ヲ以テ責任ヲ構成スルノ一條件トナス學者アリ抑モ犯意ハ概チ犯罪構成上ニ極メテ必要ノ原素ナリトス故ニ故殺竊盜其他放火毀壞毆打誣告等ノ諸罪皆犯意ヲ要スルモノナリ然レモ余ハ犯意ヲ以テ責任構成ニ不可欠條件ト爲スヲ得ス何トナレハ犯意ナキモ尙責任アリテ其所爲罪トナルコトアレハナリ彼ノ過失殺傷ノ如キハ其一証ナリ又第七十七條ニ但法律規則ニ於テ別ニ罪ト定メタルキハ此限りニアラスト云ヘリ是レ亦犯意ナキモ責任アルコトヲ知ル一証ナリ然ラハ則チ犯意ハ自由智識ト同等ノ地位ニアラサルヲ知ル可シ云々ト
 井上博士井上學士高木堀田氏ベルトール氏オルトラン氏フオースタンモリト氏同

穂積博士ノ説ニ依レハ古學者曰ク犯罪責任ヲ論スルニ當リ人類ハ禽獸蟲魚ニ異ナリテ是非善惡ヲ辨別スルノ智識ト行不行トヲ定ムル自由意思トヲ具フル一種特別ノ創造物ナリト之レヲ動物學生物學ニ質

サハ必ス曰ハシ人類ハ創造物ニアラスシテ進化物ナリ人類ト禽獸トハ種類ノ區別アルニアラスシテ優劣ノ差別アルミト又古學者曰ク人類ハ一種靈妙ナル心情ヲ具ヘ自由ニ其行爲ヲ主宰スル者ナリト然ルニ新心理學ヲ主張スルカーペンター氏モーズレー氏及バイン氏等曰ク身体ト心情トハ離ルヘカラサル關係ヲ有スル者ニテ心ハ腦ノ作用ナルヲ以テ生理上ノ法則ヲ離ル、能ハス一動一靜原因結果ノ定理ニ隨フテ敢テ他ノ諸機官ノ作用ト異ナルコトナシト然レハ則チ舊派ノ法理學者カ辨理心ハ人類特有ナリトハ比較動物學者ノ許サ、ル所ニシテ劣等動物モ亦多少ノ辨理心アル例証勘カラス人類ト劣等動物トハ只辨理心ノ發達ニ差異アルノミ又辨理心ハ古今万国一轍ノモノニアラス野蠻ノ美德トセシトモ文明人ノ罪惡トシ又同時全國人ニ智者大人ト無智細民トハ同一ノ是非メートルヲ具ヘタリト云フヲ得サルナリ然ルニ自由意思ヲ標準トシ刑罰ノ責任ヲ賦當スルナラハ人毎

ニ刑罰ヲ異ニセサルヲ得ス要スルニ近世諸學派ノ大進歩ニ依リ責任ノ地盤タル人類特別創造說ハ既ニ陥リ其自由意思ノ說タル既ニ搖キテ朽敗セントス

依テ余輩ハ生理學、生物學、人類學、社會學、新心理學其他理學的ノ材料ヲ用ヒ進化主義ヲ地盤トシ「コンクリート」トハ社會ノ生存競争ヲ以テ石材木材ハ古今各國ノ刑法ニ依リ以テ城郭ヲ建築セハ則チ左ノ簡單ナル答ヲ得ヘシ

一古今各國ニ於テ罪トスル所ノ所爲ハ皆其社會ノ生存ヲ害スル所爲ナリ

一刑法ハ社會競争ノ働キニシテ社會ノ存在ヲ害スル所爲ヲ未發若クハ既發ニ防クモノナリ

一刑法ハ罪人ニ賦當スルハ社會生存ノ必要ヨリ生スルモノナリ故ニ責任ノ基礎ハ犯罪人一個ノ狀態ニアラスシテ社會生存ノ必要ヨ

第四十一號 第七十五條ノ其罪ヲ論セサル所以ノモノハ何ソヤ

本條ノ所爲ヲ罪セサル所以ノモノハ人爲上若クハ天爲上ノ強制ヲ受ケ
爲メニ犯罪構成ノ原素タル爲スト爲サ、ルトノ自由ヲ欠キタルヨリ元
來刑法上罪ト爲ス能ハサルヲ以テナリ夫レ自由ハ犯罪構成ノ一條件ナ
レハ苟モ犯罪者トシテ罰センニハ必ス其所爲ノ主因即チ期成原因タラ
サルヲ得ス然ルニ他力ノ衝突ヲ受ケ之ニ抗敵スル能ハサルヨリ進退ヲ
決スルノ自由力ヲ有セサルニ至テハ其所爲ノ主因アリト云フヲ得サル
ナリ或ル論者ノ自由ハ犯罪構成ノ條件ニアラストスル説ノ如キハ既ニ
陳腐ノ説タルヲ免カレス論者嘗テ云ヘルコトアリ死ニ就キ義ヲ探ルハ敢
テ法律ノ命セサル所ナリト然ルニ今者直チニ翻テ無形のノ強制ヲ受ク
ルモ尙ホ二中擇一ノ自由力アリト論スル如キ是レ之ヲ前後矛盾ノ説ト
云ハスシテ何ソヤ見ヨ法律上至高ノ徳義ヲ以テ人ニ強ユヘカラサルモ

ノトスル以上ハ被強制者ハ禍害ヲ他人ニ移スノ一途アルノミナルヲ奈
何セン是ヲ以テ其説ヲ非ナルヲ知ルニ足ルベシ

ホルトラン氏ノ説ニ依レハ總テノ能力ヲ有スル人ト雖モ外觀的ノ物
力現ハレ來リテ多少其自由ヲ抑制シ其動作ヲ妨礙スルコトアリ此場
合ニ於テハ心意ノ自由ハ尙ホ存スト雖モ其動作ニ至テハ外觀的ノ障
碍ノ爲メ抑止セラレ遂ニ其制縛ニ因リ行爲者ニ於テ自由力ノ缺乏シ
タルトハ歸當的ハ成立セサルニシテ換言セハ則其所爲ヲ行爲者ニ歸セ
シメ以テ之ヲ所罰スルコトヲ得サル也若其自由力ノ減輕サレタルノミ
ナルモハ罪過ノ程度ニ減輕ヲ生スルニ止マルノミ然レハ法理上ノ原
則ハ常ニ同一ニシテ又變スル所ナシト

井上博士ノ説ニ由レハ夫レ犯罪ヲ構成センニハ自由力ト辨知力ノ二
者相具備スルヲ要ス故ニ其辨知力アリト雖モ自由力ナキハ則
チ仮令ヒ人ヲ殺害シタリト雖モ之ヲ以テ罪ヲ犯スモノト謂フヲ得ス

何トナレハ勢ヒ之ヲ殺害セザレハ以テ其身ヲ脱ル、ニ途ナケレハナ
リ蓋シ犯罪構成ニ辨知力ヲ要スト云ヘルハ畢竟其事ノ善惡邪正ヲ辨
別スルノ能力ト動不動ヲ決定スル自由ヲ具ヘタル場合ニ於テ罪ヲ犯
シタルヲ要スト云フニ在リ若シ夫レ自由力ナク謂所已ヲ得サルニ出
テタル行爲ハ仮令罪トナルヘキ所爲ト雖モ之ヲ以テ法律ニ違犯シタ
ル者ナリト云フコトヲ得サル可シト

宮城井上兩學士
堀田氏皆同說

江木學士ノ說ニ由レハ「抑々不得已ニ出テタル所爲ヲ罰セサル所以ノ
モノハ國家カ被害者ヲ保護スル權利ヲ國家自ラ之ヲ放棄シテ刑法上
罪トシ論セサルモノナリ然ルニ學者往々本條ノ不論罪ヲ以テ犯罪構
成ノ元素ナル自由ヲ缺クニ原因スルモノナリト説ケトモ本來自由ナ
ル者ハ犯罪構成ノ元素ニアラサルナリ何トナレハ有形ノ強制ニ出タ
ル者ハ被強制者ノ所爲ニアラサルヲ以テ素ヨリ犯罪ノ責任ナキカ故
ニ自由ノ必要ヲ説クノ要ナク無形ノ強制ニ出タル者ハ決シテ精神ノ

自由ヲ失フ者ニアラサルナリ苟モ幼者癡癲等犯罪責任ノ不能力者タ
ルニアラスンハ已レヲ知リ他ヲ知リ又是非曲直ヲ辨知スルノ智能ア
リ素ヨリ其犯意ヲ決シタル趣旨ニ至テハ危害ノ已レニ接迫スルモノ
ナキ場合ト自ラ異ナル所アルヘキモ犯罪ノ趣旨ノ善惡如何ハ或ハ減
刑ノ一理由タルヘキノミニシテ決シテ不論罪ノ原因トスルニ足ラサ
ルナリ蓋シ動物ノ強制ハ精神ノ自由ヲ奪フモノトスルハ舊時刑法學
者ノ主張セル所タリシ今ヤ其說既ニ陳腐ニ屬シ近世獨英學ノ容レサ
ル所ナリト

〔第四十二號〕抗拒スヘカラサル強制ニ遇ヒ其意ニ非サルノ所爲トハ如

何ナル場合ヲ云フ乎

強制ニ二種アリ曰ク人爲上曰ク天爲上之レナリ而シテ本問ノ場合ハ人
爲上ノ強制ヲ云フ凡ソ人爲上ノ強制ヲ細別シテ二種ト爲ス第一有形的
ハ強制第二無形的ハ強制是レナリ然リ而シテ其強制ノ何レニ出ツルヲ

論セズ之レヲ受クルニ因リ自由ヲ失フニ至テハ皆一ナリ

第一 有形的ノ強制

例ハ甲者粗暴ニ乙者ノ手ヲ執リ丙者ヲ毆打セシメ或ハ文書ヲ偽造セシメタル場合ノ如キ乙者ハ固ヨリ不正ノ所爲タルヲ辨知スルモ奈何セン
警力能ク之ニ抗拒シ能ハサルヲ以テ不得已此行爲ニ從フタル者ナリ然
レハ則チ乙者ノ地位タル加害者タラスシテ寧ロ被害者タリト云フヘシ
是レ恰モ乙者ノ身体ハ一ノ器械ト爲リタルニ過キサレハ從テ犯罪ノ責
任ナキヤ論ヲ俟タサルナリ

此種ノ行爲ニ由テ成ル所ノ實例甚々稀ナリ何トナレハ犯者自ラ証人ヲ
作爲スルノ恐レアリ實ニ被強制者ハ犯罪ノ責任ナキモノナレハ敢テ其
事件ヲ証スルヲ避ケサルヘケレハナリ然レモ無行犯ニ關シテハ往々之
レアルヲ見ル例ヘハ証人トシテ裁判所ノ召喚ヲ受ケタル者監禁抑留セ
ラレタルト遂ニ出廷不參ノ所罰ニ處セラル、カ如キ是ナリ

第二 無形的ノ強制

人爲ニ係ル無形的ノ強制トハ已レノ心意即チ内部ヨリ發生シタル強制
ヲ云フニ非ス、他方即チ外部ヨリ來ル所ノ強制ヲ云フ而シテ其外部ヨリ
來ル強制ハ危害ノ現在ニシテ且ツ大ナルヨリ之ヲ避クル手段ナキ場合ニ
限レリ例之ハ甲者乙者ニ對シ其防衛ノ器具ヲ奪ヒ去リシ後白刃ヲ胸部
ニ擬シ追テ曰ク汝直ニ丙者ヲ殺スヘシ然ラスンハ我直チニ汝ヲ刺サン
乙者ハ他ニ之ヲ避クルノ道ナク又其非行タルヤ否ヤ之ヲ願ミルニ違ナ
ク遂ニ丙者ヲ殺セシト如シ此場合ニ於テ乙者自ラ其禍害ヲ甘受スル
乎或ハ進テ丙者ヲ殺スノ惡事ヲ爲ス乎ノ二中其一ヲ擇フヲ得ヘシ即チ
乙者ハ僅カニ制限ヲ受ケタル區域内ニ在テ撰擇スルノ餘地アレハ有形
上ノ強制ニ於ケルカ如ク自由力ハ全ク制縛セラレサルカ如シ然ラハ此
所爲ハ果シテ罪トシ論スヘキモノナリヤ否ヤニ關シテハ甚々疑義ヲ生
セサルヲ得サルナリ

余輩カ囊キニ屢々攻究セシ如ク凡ソ自由力ハ其所爲ノ結果ニ應ズヘキ責任ヲ構成スルニ不可欠要件ナリ其レ然リ故ニ仮令無形の強制ノ場合ニ在テ尙ホ自由ノ小分子ヲ存スルアルモ是レ法語ニ所謂殆ントナキ者ハ虚無ニ均シトノ原則ヲ適用スヘキ場合ニ有形的強制ヲ受ケ自由ヲ失フタル場合ト何ソ擇フ所アラシヤ何トナレハ該自由タルレモ有無キカ如ク其處爲テ刑スルニ足ルヘキ自由ナケレハナリ苟モ法律ト道德トノ限界ヲ區別セハ此疑惑ハ自ラ雲散霧消スヘシ彼ノ佛、英、米等ノ刑法ニ於テモ亦斯ノ如ク決定セリ獨リ埃太利刑法ハ唯抗拒スヘカラサル力即チ有形ノ強制ヲ以テ無罪ノ原因トスルモ畏懼心(即チ無形ノ強制)ハ酌量減輕ヲ爲スニ過キサルノミ

スタヘン派ノ哲學及ヒ此点ニ關シ其主義ヲ採リタル論者ノ唱道スル所ニ依レハ「設令死亡ノ危險アル場合ト雖モ決シテ刑罰ヲ免除スヘキノ原因タルヲ得サルナリ何者人ハ一ノ惡事ヲ行ハノヨリモ寧ロ自ラ

義ニ就キ死ヲ採ルノ決心ナカルヘカラサルノ義務アレハナリト

オルトラン氏ノ説ニ由レハスタヘン派ノ説ヲ駁メ曰ク余ハ斯ル決心ヲ形容シテ豪膽トヤ曰ハシ乎義氣トヤ稱セン乎余ハ此ノ決意ヲ敢爲シタル者ヲ感賞シテ大勇ノ美名ヲ付シ以テ之ヲ表彰セン又永ク其死後ノ名譽ヲ稱揚シテ措カサルヘシ然レモ法律ハ斯ノ如キ至高ノ勇氣ヲ有セサルカ爲メニ罰ヲ科スヘキ者ナル乎法律ハ刑罰ノ制裁ヲ付シ大勇ヲ行フヘシト令スヘキ者ナル乎法律ハ寧ロ人類ノ思想感情其性質ノ強弱等ニ付平均ヲ斟酌シテ規畫スヘキ者ニ非サル乎(中略)故ニ刑法家ハ概テ制定法ニ於テハ勿論又理論上ト雖モ死傷若シクハ其他身体ノ苦痛ニ關スル危險アル場合ニ於テハ犯罪ノ成立セサルヲ認メ疑團ヲ懷シモノアサルナリト

フオースタンエリー氏ノ説ニ由レハ「強制ニ威服シテ行フタル者ハ一箇ノ器具タルニ過キス何ントナレハ其被強制者ノ意思タル強制ノ畏

懼ヲ拘束ヲ受ケ爲メニ其身ニ逼ル害惡ヲ避ケントスル自然ノ感想ニ
刺戟セラレ不識事此ニ及ヒタル者ナリ故ニ若シ如斯者ヲシテ思考ノ
自由力ヲ得セシムルニ於テハ其所行ヲ爲サ、ルヤ必セリ然ルニ之ヲ
罰スヘキ者トセハ是レ其意思ヲ罰スルニアラスシテ其怯弱心ヲ罰ス
ルモノト云フヘシ是レ其罪ヲ罰スルニ非スシテ其犯罪ニ用ヒタル器
具ヲ罰スルモノト謂ハサルヲ得サルナリト

江木學士ノ説ニ由レハ「不得止」ニ出タル所爲ハ則チ國家自ラ有スル被
害者ヲ保護スルノ權利ヲ拋棄シテ之ヲ罪セサル者ナリ如何トナレハ
斯ル場合ニ際シ自己ノ生命ヲ捨テ他人ノ生命ヲ保全スルハ非常至高
ノ德義タルヘキモ國家ハ敢テ一般人民ニ向テ此行ヲ強ユル能ハス是
レ其所爲タル假令ヒ正理ニ合ハサルモ尙其所爲ヲ以テ罪トシ論スル
ヲ得サル所以ナリト

宮城學士ノ説ニ由レハ「抑モ如此疑義ヲ來スノ原因ハ畢竟道德ト法律

トチ同一視セル結果ヨリ來レルナリ蓋シ道德上ヨリ論スレハ自己ノ
死ヲ避クルカ爲メニ禍害ヲ人ニ移ス如キハ陋劣卑野憎ム可ク責ム可
キノ所行ダリ然リト雖モ已レテ殺シテ他人ヲ救フハ仁人勇士ノ行狀
ニシテ吾人自ラニ之ヲ責ム可キモ立法者ヨリ人ニ對シテ之ヲ責ムル
ヲ得サルナリ故ニ本論ヲ決スルニハ先ツ道德仁義ノ行ナシト言テ人
ヲ罪スルノ思想ヲ脱セサルヘカラス若シ果シテ能ク此思想ヲ脱スル
ヲ得ハ右問題タル左ノ一言ニ歸着ス可シ曰ク二中擇一ノ間ニ制限セ
シレタル自由ハ尙ホ責任ヲ構成スルニ足ルヤ如何ト之ニ答ナルニハ
止タ自由力ニ受ケタル制限ノ程度如何ヲ觀察セハ以テ足レリトス即
チ制限ニシテ小ナラン歟其自由ハ固ヨリ責任ヲ構成スヘク若シ制限
大ナラン歟自由ノ一分子ハ尙ホ存スト雖トモ責任ヲ構成スルニ足ラ
ス何ントナレハ制限甚シケレハ其結果ハ遂ニ毫末モ自由ヲ存在セシ
メサルト同一ニ歸スレハナリ

(井上博士井上學士同説)

又曰抗拒スヘカテサル強

制トハ之ヲ受クル者ノ身体ニ及ホスト否トヲ問ハス抵抗シテ拒キ止ムルコトヲ得サル暴行威迫ヲ云フ左ニ之ヲ述ン

第一 他ニ其暴行威迫ヲ避クル手段ナキヲ要ス若シ他ニ之ヲ避ルノ手段アラハ個ハ抗拒スヘカラサル強制ニアラサルナリ

第二 其暴行威迫ヨリ出ル危害ノ甚タ大ニシテ且現在ナルコトヲ要ス若シ此危害ノ甚タ怖ルヘキニアラサルカ或ハ將來ノ危害ニ係ルルハ開ハ抗拒スヘカラサル場合ニ非ラサルナリ然レモ個ハ大則チ示シタル迄ニシテ其果シテ避クルノ手段ナカリシヤ亦其危害ノ實ニ大ニシテ且ツ現在ナリシヤ否ヤヲ定ムルハ一ニ事實裁判官ノ職任ナリトス裁判官タルモノ須ラク強制ヲ受ケタリト陳スルモノ、年齢、稟性、氣力、体力、教育、地位、等ニ付キ洩ス所ナク視察シ其情狀ヲ斟酌シテ判定セサルヘカラサルナリ然リ而シテ此ノ意ハ法條ノ抗拒スヘカラスト云ヒ其意ニ非ラサルト云フ敷衍ニ依テ自ラ現出スルナリト

第四十三號 第七十五條第一項(人爲上)ハ他人ノ害ヲ受クルニアルカ又ハ自己ノ財産ニ害ヲ受クル場合ニ適用シ得ルヤ否ヤ

凡ソ自由力ノ有無ハ身体上ノ強制ト財産上ノ強制トニ論ナク其被強制者カ受ケタル禍害ト犯罪トノ間ニ爲スヘキ所爲ノ比較ニ從フテ變更セサルヲ得ス即チ其禍害ニ係ル財産大ニシテ行フ犯罪小ナルコトアリ此ノ如キ片ハ仮令財産ニ對シタル脅迫ト雖モ刑罰ヲ全ク消滅セシムルカ爲メ充分ナル勢力ヲ自由力ニ及ホスコトアルヘシ反之微々タル害ヲ避ケンカ爲メ身体ニ係ル重キ罪ヲ犯スニ至テハ刑罰適用ノ因由トナラサルヲ得ス然レモ其權衡ニ至テハ法律ノ豫メ規定シ得ヘキモノニアラス故ニ事實裁判官ニ於テ各事件ニ就キ二者ノ輕重ヲ較定セサルヘカラス又他人ニ對スル脅迫ト雖モ自由ヲ制縛セラル、コトアリ例ヘハ自己ノ觀愛スル友人ノ危險ニ迫ルニ際シ自己ノ身命ヲ犠牲ニ供スル如キ是レナリ斯ル場合モ亦前段ト同一ノ論結ニ歸着スヘキモノナリ

宮城學士ノ説ニ由レハ余ハ之ニ答ヘテ自己ノ身体財産ニ害ヲ受クル
 非ト他人カ害ヲ受クル非ト別タス止タ其意ニアラサルノ所爲ナル
 ヤ即チ爲スト爲サルノ自由ナキヨリ出タル所爲ナルヤ否ヤヲ審案
 シ若シ其自由ナカリセハ常ニ罪ヲ論セスト云ハソノミト
 井上學士ノ説ニ由レハ法文ニハ廣ク抗拒スヘカラサル強制トアルノ
 ミニシテ其自他ノ區別アルヲ見ス蓋シ實際害ヲ被ムル者ハ他人ナリ
 ト雖モ爲メニ我カ識別心ヲ迷亂シ我カ自由力ヲ失フコトナキニアラス
 已ニ之レアリトセハ危害ノ他人ニ係ルト自己ニ被ムルトヲ區別スル
 ノ理ナシ但シ此場合ニ於テハ危害ト犯罪トノ輕重ヲ比較シ且危害ヲ
 受クヘキ人ト強制セラレシ人トノ交誼愛情ノ深淺ヲ考量セサルヘカ
 ラサルハ勿論ナリ而シテ法律ニ於テハ其輕重深淺ノ程度如何ヲ推測ス
 ルコトナク之レヲ爲スハ一ニ事實裁判官ノ意見ニ任スルノミ又強迫ノ
 目的自己ノ財産ニ關スル非モ同シク常ニ受クヘキ害ト行フヘキ事ト

ヲ比照シ果シテ自由ヲ失ヒタルヤ否ヤヲ定メテ罪ノ有無ヲ決セサル
 ヘカラス例ヘハ内亂ノ際我カ家屋ヲ燒燬セラレ我カ器物ヲ毀壞セラ
 レンコトヲ恐レテ之ニ與ミシテ罪ヲ犯シタル場合ノ如シト
 江木學士堀田氏及ヒ井上博士モ亦殆ント同説ナルニ付敢テ蛇足ノ勞
 ヲ省カン

（第四十四號）天災又ハ意外ノ變ニヨリ避クヘカラサル危難トハ如何ナル
 ル場合ヲ云フ乎

天爲上ノ強制ニ二種アリ第一有形の、強制第二無形の、強制是レナリ
 第一 有形の強制

之レヲ例セハ地震、大急ノ洪水、大災、難船、疫病等ノ爲メ妨ケラレ夫レカ爲
 メニ毫モ嫌疑ノ意ナク又懈怠ナキニ刑罰ノ制裁ヲ帶ヒタル義務ヲ執行
 スル能ハサル場合ノ如キ是レナリ

第二 無形の強制

前例ノ變災ニヨリ自己其害ヲ受ケ爲メニ自己ノ進退ヲ決スルノ違ナク終ニ他人ヲ害シ我カ危難ヲ免レタル場合ノ如シ例ハ大洋ニ航セル船舶偶々颶風ニ遇ヒ爲ニ覆没シ甲乙二人ノ乗客モ共ニ大洋ニ漂ヒ將ニ溺死セントスルニ際シ僅カニ一人ヲ助クルニ足ルヘキ板子ヲ見出シ二人之ヲ争フ末甲者ハ遂ニ乙者ヲ沈メテ已レ一人其身ヲ全クセシ虎ノ如キ之レナリ

是等ノ天上ノ強制ノ場合ハ皆自由ヲ失ヒ其身ヲ救フノ急ニシテ他ヲ顧ミルノ違ナキヨリ此ニ至レルモノナレハ曩キニ論セシ人爲上ノ強制ト同一ノ原則ニ支配サルヘキモノニシテ之ヲ區別スヘキノ理之レアラサルハ業已ニ衆論ノ一致スル處ナリ

第四十五號 第七十五條第二項(天然上ノ強制)ハ自己若クハ親屬ノ身体ニ限り自己ノ財産及ヒ親屬外ノ他人ヲ防衛スルニ出テタル所爲ハ不論罪ノ限りニ非サル乎

本條第二項ハ全ク第一項ニ關係ナキカ曰ク然リト答ヘサルヲ得ス反之第二項ハ第一項原則ノ適用ヲ示シタルニ過キサカ否ラスト云ハサルヲ得ズ畢竟スルニ第一項ト第二項トノ關係如何ヲ攻究スルニアリ予輩ハ曰ハン第二項ハ第一項ノ適用ニアラスト請フ其所以ヲ辨セン學理上ヨリ之ヲ論斷セハ刑法上豫メ其人ニ由リ歸當的ノ原因アルヤ否ヲ區別スルハ其當ヲ得タルモノニアラス蓋シ刑事上歸當的ノ有無ハ彼ノ民法上若干ノ問題ニ於ケルカ如ク一般ノ推測ニ因リテ決定スヘキ者ニアラスシテ必ラスヤ實際上各事件ニ就キ脅迫ハ果シテ如何ナル影響ヲ其行爲ノ者ノ自由力ニ及ホシタルヤ否ヤヲ審査セサルヘカラス故ニ或ハ親族ノ身体ヲ防クノ所爲ナリト雖モ若シ其親族疎遠ノモノニシテ自由力カ窮極ノ点ニ牽制セラレサリシニ於テハ之ヲ以テ不論罪トナスヲ得ス反之財産上若クハ親族外ノ他人ヲ目的トシタル脅迫ノ場合ト雖モ若シ其財産ノ失亡大ニシテ犯罪甚タ輕キ片又ハ吾人カ平素親愛ス

ル所ノ他人ニ係ル危険ノ脅迫ニシテ吾人ノ自由カ非常ノ牽制ヲ受ケタルニ於テハ刑事上ノ歸當的ハ全ク成立セサルナリ其レ然リ然リト雖モ我カ刑法ニ於テ解釋ヲ下ス時ハ此法理ニ反對シ變災ノ危険ニ遭ヒシ場合ハ自己及親屬ノ身体ヲ防衛スルニ出テタル所爲ニ對シ限制セシ者ナリト論セサルヘカラサルカ如シ予輩ハ今試ニ刑法草案ノ正條ヲ左ニ摘載シ以テ立法者ノ眞意ヲ証明セント欲ス

草案第八十八條 左ニ記載シタル諸件ニ於テハ其罪ヲ論セス

一 抗拒スヘカラサル脅迫ニ遇ヒ已ムテ得スシテ脅迫者ノ意ニ隨ヒ爲シタル者

二 天災又ハ意外ノ變ニ因リ避クヘカラサル危難ニ遭ヒ自己又ハ親屬ノ身体ヲ防衛スル爲メニ爲シタル片

三 法律ヲ執行シ又ハ本屬長官ノ職務ヲ以テ命令シタル事件ヲ執行シタル片

案スルニ本條草案ハ現行刑法ト殆ント同一ノ組立ニシテ唯第三項ヲ別條トナシ左ニ記載シタル云々ノ文字ヲ削除セシニ過キサルナリ而シテ該條ハ三項共ニ各別ノ原則ヲ規定セシモノナレハ第二第三項ハ第一項原則ノ適用ヲ示シタルモノナリト云フテ得ス故ニ彼ノ親友ノ身体ヲ防衛スル場合ノ如キハ該條ニ包含セスト云ハサルヲ得サルナリ

ボアソナード氏ハ右ノ欠点ニ對シ左ノ如ク修正補充セラレタリ

第八十八條 已ムテ得スシテ罪ヲ犯ス者ハ重罪、輕罪、違警罪、共ニ之ヲ論セス左ノ場合ニ於テハ必ラス此規則ヲ實行スヘシ

(第一、第二、第三項、共ニ前掲ニ同シ)

而シテ氏ハ之レニ解釋ヲ與ヘテ曰ク第二項中其ノ親屬ノ生命ヲ助ケントシテ他人ヲ害スル者ヲモ同シク其罪ヲ論セストアリ而シテ姻屬朋友ヲ助クルカ爲メニ其罪ヲ犯セシ者ハ法律之ヲ赦スノ明文ナシ然レモ審應ハ必ラス其人ヲ有罪ト看做スヘキ乎法律ハ果シテ其制限ヲ親屬ニ止

メテ姻屬朋友ニ及ハサル乎我儕之ヲ論究セサルヘカラス余ハ法律上如此制限ナシト信ス抑々本條ノ始メニ行止ノ自由ナキ者ハ其罪ヲ論セサル原則ヲ掲ケ審廳ヲソ必ラス罪ヲ論セシメサルノ場合三個ヲ示ス然レモ其他ノ場合ニ於テ行止自由ノ有無ヲ決スルハ全ク審廳ニ一任セリト扱テ以上掲クル處ニ依テ考フレハ我刑法立法者ノ意思タル變災ノ危難ニ遭ヒシ場合ハ自己及親族ノ身体ヲ防禦スルニ出テタル所爲ノミニ制限シタルヲ明ナリ然レハ則チ第二項ハ制限ノ規定ニシテ決シテ第一項ノ適用ヲ示シタルモノニアラスト論スルモ亦以テ謂ハレナキニアラサルナリ

或ル説ニ依レハ第一項ノ場合ニ於テ犯意アル片ハ不論罪ノ限リニアラサルモ反之第二項ノ場合ニ在テハ仮令之ヲ犯スノ意アリテ爲スモ尙ホ其責ヲ免ル、一ヲ得ヘシ蓋シ第二項ノ場合ニ於テ爲スノ意アリテ犯スモ若シ爲不爲ヲ決意スル自由力ヲ欠ク片ハ担當的ノ成立セサルヲ其説

ノ如クナリト雖モ第一項ハ第二項ト異ナリテ之ヲ爲スノ意アル片ハ其責ヲ免カル、一ヲ得スト論スルニ至テハ余輩ハ之ニ從フヲ得サル也抑モ第一項ノ其意ニアラサル所爲トハ決シテ意ナキノ所爲ナリト云フコアラストノ行爲者其者ノ本意ニアラスト云フノ義ナリ(有形的ノ強制ヲ受之ヲ換言セハ則チ爲不爲ノ自由力ナキヨリ出テタル所爲ト云フノ義ナリ例ヘハ甲者乙者ノ脅迫ヲ受ケ丙者ヲ殺スカ如キ甲者自ラ刀ヲ取りテ丙者ヲ斬リタル者ナレハ其人ヲ殺スノ意アリシト固ヨリ明カナリ然ルニ之ヲ罰セサル所以ノモノハ犯罪構成上必要ノ條件タル自由力ナキヲ以テナリ其レ然リ故ニ第一項モ第二項ト同シク之レヲ爲スノ意アルモ行止ノ自由ナキヨリ不論罪トナスヘキ者ナリトスル片ハ該兩項ノ場合ヲ有意無意ニ區別スルノ理決ノ之レアラサルナリ之レ余輩カ此説ニ從フヲ得スト云フ所以ナリ

宮城學士ノ説ニ依レハ第一項ハ人ヨリ來ル強制ヲ認メ第二項ハ物ヨ

リ來ル強制ヲ認メタリ而シテ第二項不論罪ノ理由ニ至テハ全ク第一
項ト同一ナリト雖モ只其異ナル處ハ被強制者ノ受ケントスル處ノ害
ヲ限リタルト是レナリ抑々立法者カ斯ク制限ヲ置キタル所以ノ者ハ
尙ホ此場合ニ於テ其罪ヲ論スルモノトセハ恐ルヘキ危險ノ醸生スル
ヲ慮ハカリタル故ナラン歟何トナレハ天災又ハ意外ノ變ニ依リ避ク
ヘカラサル危難ニ遭遇スルコトハ屢々到着シ易キ事ニシテ且ツ世間或
ハ自己ノ財産ヲ救護スル爲メニハ人ノ生命ヲモ顧ミサル者ナキニア
ラサレハナリト

江木學士ノ說ニ依レハ第二項ノ場合ニ於テハ唯々自己若クハ親屬ノ
身体ヲ保全スル時ニ限リタルヲ以テ自己ノ財産又ハ他人ノ身体財産
ニ就テハ不論罪ノ限ニアラサルヲ知ルヘシト

井上博士ノ說ニ依レハ右等ノ說ヲ駁シテ曰ク此說タル非ナリ何ント
ナレハ本條第一項ハ人ヨリ來リ第二項ハ物ヨリ來ル強制ナリトシテ

區別ヲ設クルルハ則チ第二項ニ自己若クハ親屬ノ身体ヲ防衛スルニ
出テタル者ハ云々トアリテ其場合ヲ制限セシヨリ其結果遂ニ平素勿
頸ノ交誼アル親友ノ身体ヲ防衛スルニ出テタル時ハ之ヲ不論罪ノ限
リニ在ラスト論決セサルヘカラサルニ至ラン豈如斯理アラシヤ何ン
トナレハ世間或ハ親友ヲ愛スルコト父子兄弟ニ優ル者ナキニ非スヤ然
ルニ尙此親屬朋友ノ間ニ於テ如斯反對ノ規定ヲ爲スカ如キハ抑モ人
情ニ適合セサルノミナラス其必要ヲ發見スルコト能ハサレハナリ
然ラハ則チ第一項第二項ハ歸スル處重複ノ規定ニ係ル乎予以爲ク然
ラス第一項ト第二項トハ並立シテ相反ラサル者ナリ請フ其然ル所以
ヲ説明セン

抑モ本條第一項ハ一般ノ原則ヲ掲ケ第二項ハ第三百十四條及ヒ第三
百十五條ト共ニ其適用ヲ示シタルニ過キスシテ即チ法律ノ推測ニ係
ル正當防衛ナリ而シテ唯其異ナル所ハ一ハ第三百十四條第三百十五

條外[○]人[○]ニ出テ一[○]ハ(本條第二項)天災事變ニ出ツルノ差アルノミ夫レ然
リ然ラハ則チ第一項ニ於テ普通ニ涉ル原則ヲ定メシ以上ハ故ラニ本
條第二項及ヒ第三百十四條、第三百十五條ノ明文ヲ要セサルカ如シト
雖モ法律上如此原則ヲ揭ケ次ニ適用キ示シタル規定ハ往々吾人ノ目
撃スル所ナレハ敢テ怪ムニ足ラサルナリ

何チカ本條第二項ニ法律上ノ推測アリト云フカ曰ク普通ノ人情ニ照
スルハ自己若クハ親屬ノ生命ヲ貴重スルヤ深キカ故ニ之レヲ愛スル
ノ情盛ニシテ其意ニアラサル所爲ナルコトヲ推測シタルモノナリ故
ニ其意ニアラサルノ所爲タルコトハ敢テ証明スルヲ要セサルナリ反之
其他ノ人ノ身体ヲ防衛スルニ付テハ此推測ナキカ故(第一)朋友他人ノ
身体ヲ防衛スルノ所爲ニ出テタルコト(第二)避クヘカラサル危難ニ遭ヒ
タルコト(第三)其意ニアラサルノ所爲タルコトノ三点ヲ証明セサルヘガラ
サルナリト

堀田氏ノ説ニ依レハ(第二項ニ定ムル所ハ)第一項ト異ナリテ其意ニア
ラサルノ所爲ニアラスシテ有意ノ所爲ナリ然ルニ尙ホ之ヲ罪トシ罰
セサル所以ノモノハ是レ其自己若クハ親屬ノ身体ヲ防衛スルニ急ニ
シテ他ヲ顧ミルノ違アラサルカ故ナリ而シテ本項ニ財產若クハ他人ヲ
防衛スルニ出テタル所爲ヲ不論罪トセサルモノハ抑モ故アルナリ則
チ本項ノ場合ニ於テハ彼ノ正當防衛ノ場合ト異ニシテ其被害者タル
ヘキ者ハ兇徒ニアラス良民ナレハナリト

井上學士ノ説ニ依レハ(災異ノ爲メ我カ自由ヲ失ヒシトハ自己及ヒ親
屬ノ身体ヲ防衛スルニ出テタル所爲ハ其罪ヲ論セサル也然レトモ第
一項ト(人爲ノ脅迫)第二項トハ異ナリテ總ヘテ財產ニ損害ヲ被ムルニ過
キサルハ仮令自己ノ財產ニ係ルト雖モ不論罪ノ限リニアラサルヘ
シ蓋シ災異ノ場合ニ於テハ我身ニ對シ直接ノ脅迫ヲ受クルニアラス
又事ヲ指定シテ迫ラル、ニアラスト雖モ人爲的ノ強制ニ遇フルハ之

レニ異ナリ其事ヲ直指シ且直チニ強制セラル、ニアレハ我之ヲ拒マ
ント欲スルモ能ハサルヘシ是レ第二項第一項ト異ナリテ其罪ヲ論セ
サルヘカラサル所以ナリ

尙ホ此區別ハ第七十五條ノ法文ニ徴スルモ亦明断タリ第一項ニハ其
意ニアラサルノ所爲トアリテ第二項ニハ此語ナシ又第一項ニハ廣ク
其意ニアラサル所爲トアリ而シテ其危害ノ身体ニ係ルト財産ニ及フ
トノ區別ナシト雖モ第二項ニハ自己若クハ親屬ノ身体ヲ防衛スルニ
出テタル所爲トアリテ其危害ノ身体ニ及フキニ限りタシハナリ又第
一項ニハ其意ニ非ストアリ之ヲ爲スノ意ナクシテ而シテ勢終ニ爲ル
ハルヲ得サルニ至リタルヲ云フ故ニ爲スノ心アリテ之ヲ爲スルハ
其責ヲ免ル、ヲ得ス第二項ニハ此語ナシ故ニ爲スノ心アリテ之ヲ
爲スモ尙ホ其責ヲ免カル、ヲ得ト

(第四十六号) 強制ノ原由カ自己ノ心意上ヨリ發生シタル情慾ノ爲メニ

出タルトキハ不論罪ノ限リニアラサル乎

夫レ情慾ナルモノハ之ヲ抑制スル甚タ難シト雖モ嚴正ナル良心ヲ以テ
之ニ抗ズルハ敢テ辨知力ヲ失ヌルモノニ非サレハ抑制ノ難キヲ以テ
情慾ヨリ出テタル犯罪ヲ無責任トシテ法律ヲ免カレシムルハ道理ノ許
サ、ル所ナリ其然リ況ンヤ我刑法ハ外部ヨリ來ル強制ニ出テタル犯罪
ニ限リ之ヲ無責任ト爲スト雖モ内心ヨリ發生セシ強制ノ如キハ之ヲ認
メサルニ於テオヤ或ハ情慾ハ自己ノ過失ニ出テシモノナレハ不論罪ノ
限リニアラスト説ク者アレモ余輩ハ此理由ニ服スル能ハス何者責任ノ
有無ハ犯罪者ノ自由力若クハ辨知力ノ存否如何ニ依リ決スヘキモノニ
シテ決シテ其原因ノ那邊ニ在ルヤ否ヤヲ問フノ要アラサレハナリ故ニ
若シ過失アラハ宜シク其過失ヲ罪スヘキモ行止ノ自由ナク又正邪ノ辨
別ナキ者ノ爲セシ所爲ヲ罰ズル能ハサルナリ之ヲ要スルニ心意上ヨリ
發生シタル情慾ハ辨知力ノ喪失ナキヲ以テ不論罪ノ限リニアラサルヲ

井上博士ノ説ニ依レハ法律ノ所謂已ムテ得サル強制トハ必ス他働ヨ
 リ來リタル者ナラサル可カラス詳言セハ自己ノ心意即チ情慾ヲ抑制
 シ能ハサル如キ場合ヲ云フニアラス他人又ハ宇宙間ノ現象カ其原因
 トナリタル場合ヲ云フナリ且其強制ハ自己ノ過失ヨリ生セサルヲ要
 ス夫レ情慾ノ抑制ス可カラサルニ至ルハ果シテ如何ナル因由ニ出ツ
 ル乎他ナシ情慾ノ暴激スルニ當テ已レ少シモ之ヲ抑制スルヲナク徒
 ラニ不羈放恣ニ任シタルニ職由セスンハ有ル可ラス何トナレハ苟モ
 自カラ之ヲ抑制スル所アラハ情火慾熾ハ自ラ霧消雲滅スルニ至ル可
 ケレハナリト

フオスタンエリー氏ノ説ニ依レハ情慾又ハ忿怒ノ發動ニヨリ出テタ
 ル行爲ハ抗拒ス可カラサル力ニ抑制セラレテ爲シタル者ト主張スル
 チ得サル可シ實ニ法律上ニ於テハ情慾ノ發動ヲ以テ抗拒シ得ヘカラ
 サルモノト公言スルコトヲ得サルヘキナリト

〔第四十七号〕貧窮ニ迫リ衣食ヲ盜取シタル場合ハ之ヲ罰スヘキ乎

此問題ニ付英國ノ法律ハ飢餓ノ爲メ盜罪ヲ犯スモ宥恕セス墮國法典ハ
 減輕ノ情狀中ニ入ルヘキ者ト明規セリ然ルニ佛國法典及ヒ我刑法ハ明
 文ナキヲ以テ如何ニ之ヲ論決スヘキヤ

余輩之ヲ學理上ヨリ論下セハ其事情ニノ果シテ他ニ避クヘキ手段ナク
 將ニ餓死セントスルニ際シ露命ヲ繋ク爲メ盜食スルカ如キハ眞ニ自由
 ヲ抑制セラレタル所ノ切迫ナルニ中擇一ノ地位ニ在ル者ナレハ罪過ノ
 消滅ニ至ルヘキヤヲ以テ至當トス或ル論者ハ曰ク「貧ニ陥リタルハ自業
 自得ト云フヘキヲ以テ罪過ノ点ニ付テハ責任アルモノナリ」ト然レモ實
 際上仮令如何ニ倍僂電勉スト雖モ尙ホ貧窶ニ陥ル者ナキニ非ス故ニ概
 シテ貧窮ニ陥リタルハ已レノ過失ナリトノ辭ヲ以テ之ヲ處セントスル
 ハ抑モ人ヲ責ルノ苛酷ナリト云ハサルヲ得ス况ンヤ責任ノ有無ハ其據

テ來ル原因ノ如何ヲ問フノ理ナシ唯現在ノ事實ヲ觀察スヘキモノナルニ於テナヤ

然リト雖凡我刑法ニ付テ論スル時ハ斯ル論理ヲ適用スルヲ得ス蓋シ已ニ述フルカ如ク(第四十五號參看)坡氏ノ修正草案ニ依レハ已ムヲ得スシテ罪ヲ犯ス者ハ云々トアリシヲ以テ其區畫タル汎博ナレハ本問事實ノ如キハ勿論之ニ包含スルモノト斷定スルヲ得ヘシト雖現行法文ノ抗拒スヘカラサルトハ外力即チ外部ヨリ來ル強制ノ場合ヲ指示スル文字ニシテ飢ニ迫リ食ヲ盜ムカ如キ已レノ心意即チ内部ヨリ發生セシ場合ニ適用スヘキ者ニアラサレハ之ヲ不問ニ附スルヲ得サルナリ但シ眞ニ究迫シテ精神錯亂セシモノト見做シ得ヘキ場合ニ於テハ第七十八條ニ據リ不論罪トナスハ格別ナリ

オルトラン氏ノ說ヲ閱スルニ例ハ僻陬ノ地ニ於テ他ニ手段ナク已ムヲ得サル地位ニ迫リ九死一生ノ場合ニ於テ他人ノ食物ヲ取テ喰ヒタ

リト仮想セヨ余輩ハ其究困飢餓ハ以テ竊盜ニ陥ルノ罪過ヲ消滅セシムルニ十分ナリト信シテ疑ハサルナリ蓋シ此ノ場合ニ於テハ自由力ノ眞ニ抑制セラレタル所ノ切迫ナルニ中擇一ノ地位ニアルナリ然レ凡市府其他諸人ノ輻輳スル場合ニアルキハ同一ノ論結ヲ爲スヘキニアラス何トナレハ此場合ニ於テハ他ノ救濟ヲ求ムル手段アリテ自由力ヲ滅失スルヲアサレハナリ故ニ非常ナル情狀アルニアラサレハ其所爲ノ罪過ヲ消滅セシムルヲ得サルナリト

井上學士堀田氏等モ同シク事情ニ迫ラレ眞ニ盜罪ヲ犯スニアラサレハ他ニ露命ヲ繫クヲ得サル場合ナリシヤ否ヤヲ探究シ或ハ不論罪トシ或ハ有罪ト決スヘシト又ボアソナード氏モ亦飢テ死ニ迫ルノ故ヲ以テ食物ヲ盜ミ喰ヒタル場合ハ不論罪ナリト説明シタリ
フオースタンエリト氏ノ說ニ依レハ「貧究盜取ノ罪ハ酌量減輕ノ情狀アリトナスハ格別之ヲ以テ無罪トスルハ條理ニ適セサルノミナラス

且危險アリトス何トナレハ正過公義ノ規律ハ其限度及ヒ例外ヲ有ス
ルモノ、如ク認知スルニ至ルヘク又屢之ヲ証明スルニ困難ニシテ又
實際ニ益ナジ何トナレハ我國ノ風俗及ヒ開明ノ度ヨリ推ストキハ餓
死スルカ如キ地位ニ陥ルコトナケレハナリ若シ實際歎スヘキ事例ノ現
出スルアレハ陪審官ハ有罪トノ斷決ヲ與ヘサルヘシ然レモ如斯キコ
トハ事實ノ判定ニ委テ置クヘキ者ニシテ豫メ法理上ノ宥恕ノ主料ヲ構
成スヘキ者ニアラス就中刑法第六十四條ハ此場合ヲ抗拒スヘカラサ
ル強制ト認メサレハナリト

井上博士ノ説ニ依レハ飢餓ハ畢竟自ラ招キタル結果ナリ故ニ之ヲ得
テ罪ヲ免スルノ理由タラサルハ疑ヲ容レヌ今仮リニ之ヲ抗拒スヘカ
ラサル強制ニ出テタリト爲シ其罪ヲ論セサル者トセンカ又夫ノ巨額
ノ負債モ債主ノ督促スル所トナリ一時之カ辨濟ノ方法ニ究シタレハ
トテ一朝名譽ヲ汚損シテ家資分散チナスニ忍ヒス百計茲ニ盡キ遂ニ

他人ノ金圓ヲ窃取シテ之ヲ負債ノ辨償ニ宛テタル者ノ如キ亦之ヲ
不論罪ト決定セサルヲ得サルニ至ラン乎何トナレハ人ノ名譽ヲ重ン
スルコト却テ生命ヨリ甚シキ者アルヲ以テ前者(即チ飢餓ニ迫リ)ハ生
命保維ノ爲メナルカ故ニ重シ否抗拒スヘカラサル強制トナスヘキモ
後者(即チ負債辨償ノ爲メニ竊盜シタル者)ハ名譽保全ノ爲ナルカ故ニ輕シ、否ナ抗拒ス
可ラサル強制ニ出ツル者トナスヘカラストハ到底云ヒ能ハサル所ナ
レハナリト

(第四十八號) 犯者其罪ヲ犯スノ際ニ於テ意外ニ生シタル事件ノ責ニ任
スヘキヤ如何

罪トナルヘキ事實ヲ行ヒシヨリ生スル結果ニ關シテ之ヲ其犯者ニ担当
セシムヘキヤ否ヤハ前号ニ於テ已ニ論究セシ所ナリ而シテ今此ニ論セン
ト欲スル所ノモノハ罪ヲ犯スノ際ニ當リ發生スヘキ事件ノ歸當的如何
ニ在リ請フ此場合ヲ二個ニ區別シテ攻究セン

第一 罪ヲ犯サントスル目的物ヲ錯誤セシヨリ生スル事件

第二 罪ヲ犯スノ際誤テ他物ヲ害セシヨリ生スル事件

例ハ甲者丙者ヲ乙者ナリト誤認シテ之ヲ銃殺セシキハ其目的物ヲ錯誤
 シ爲メニ已レノ意ニアラサル丙者ヲ殺害セシモノナレハ是レ第一ノ場
 合即チ目的物ヲ錯誤セシヨリ發生セシ事件ナリトス反之甲者ハ乙者ヲ
 砲撃セシモ其彈丸外レテ其傍ヲニ佇立セシ丙者ヲ砲殺セシキハ如キ是
 レ第二ノ場合即チ其目的物ヲ錯誤セスト雖トモ過誤ニ因リ他物ヲ害セ
 シヨリ發生セシ事件ナリ此等ノ場合ニ於テハ如何ニ論斷スヘキ乎我刑
 法ニ就テ觀察スルニ第二百九十八條ニ曰ク謀殺故殺ヲ行ヒ誤リテ他人
 ナ殺シタルモノハ仍ホ謀故殺ヲ以テ論ス下又第三百四條ニ曰ク毆打ニ
 因リ誤リテ他人ヲ創傷シタル者ハ仍ホ毆打創傷ノ本刑ヲ科ス下此兩條
 ハ右第一第二何レノ場合ニ適合スヘキ乎學者間議論紛々未タ一定セサ
 ルカ如シト雖モ余輩ヲ以テ見レハ第一ノ場合ニ適合スヘキモノト信ス

元來其目的物ヲ錯誤セシ場合ニ於テハ有意ナリ即チ犯者ノ罪ヲ犯スノ
 希望ハ違ヒシモ其加害セシ有形ナル目的タル其物ニ至リテハ決シテ異
 ナル所ナシ前例ノ場合ニ於テ丙者ヲ以テ乙者ナリト誤認セシ希望ノ相
 違スル所アルモ其狙撃シタルハ丙者ニシテ素ヨリ異ナル所ナシ然レハ
 則チ殺人罪タルノ性質ヲ帶フルモノニシテ希望豈ニ能ク罪質ヲ變スル
 ノ効アラシヤ財産ニ對スル罪ニ於テモ亦然リ甲者ノ財物ト信シテ乙者
 ノ財物ヲ竊取セシキハ如キ同シク竊盜犯タル性質ヲ失フナシ反之第
 二ノ場合ニ於テハ其加害スル物ニ付テハ有意ナリト雖モ誤リテ他物ヲ
 害セシモノナレハ則チ其事實ニ就テハ全ク無意ナリ此無意ノ事實ヲ以
 テ有意犯ト同視シテ之ヲ罰スルノ理ナキヤ敢テ容疑ズヘキ所ニアラス
 假令一ノ所爲ニ付有意有害也トテ之ヲ他ノ事實ニ援引スヘカラサルヤ
 理ノ當サニ然ルヘキ所ナリ論者ハ此場合モ尙有意トシテ罰セントスル
 如キハ抑何等ノ理由ニ基ク乎是レ畢竟學理ヲ究メサルノ譏リナキ能ハ

但シ法律上其過失ヲ罰スル場合ハ格別ナリトス

江木學士ノ説ニ依レハ所爲ノ錯誤ニアリテハ偶然ノ事變犯人ノ意思ト犯罪ノ事實トノ連結ヲ解除シ犯人ノ意外ナル結果ヲ生スルヲ以テ苟モ故意ヲ要スル犯罪ニ就テハ其責任ナク唯之ヲ犯人ノ意内ニ存シタル物體ニ對スル未遂トナシ其意外ニ發シタル結果ハ之ヲ故意ヲ要セサル過失怠慢ノ罪ニ問フノ外ナカルヘシト(フォースタンエリー氏同説)ホアンナード氏ノ説ニ由レハ有意犯ニ就キ既遂及ヒ實際行爲ヲ始メタル未遂犯ナルトハ其豫想外ノ結果ヲ犯人ニ歸責スルトハ數罪俱發ニ因テ論スヘシ然レモ豫備ニ止マルトハ其豫想外ノ犯罪ヲ科スヘキヤ否ヲ見ルハ最モ緊要ナリトス請フ之ヲ論セン

第一ノ犯罪(故意ノ)ニ就テハ未タ豫備決心ノミニテハ加害ナキカ故ニ之ヲ罰セス第二ノ犯罪(豫想外即チ無意ノ犯罪)ニ就テノ加害ハ充分ナリト雖モ其背徳ノ点ニ至テハ欠如スルカ如シ何トナレハ其所爲ハ豫想外ノモ

ノナレハナリ是レ疑点ノ存スル所ナリ思フニ第一ノ犯罪ハ第二ノ犯罪ニ手段ヲ與ヘタルノミナラス尙ホ其主タル直接ノ原由タルヲ以テ第二ノ犯罪ニ影響ヲ及ホスハ當然也例ヘハ甲乙ヲ毆傷若クハ殺害セント欲シ丙ヲ毆傷又ハ殺害セシト如キ是レナリ其丙ニ對スル罪ニ就キ佛國ハ之レニ故殺罪ノ宣告ヲナシタルノ例數多アリ

斯ノ如ク故殺毆傷ニ對シテ適用其當ヲ得タルモノトセハ凡テ其他ノ重輕罪ニ對スルモ亦同一理ナルカ例ヘハ夜中盜ヲ爲サン爲メ人家ニ立入り犯スノ意ナク誤テ火ヲ失シ或ハ阿片煙ヲ喫スルノ際誤テ火ヲ失シタル如キ其ノ盜者ハ盜心ヲ懷キシノミニテ他ニ何等ノ害惡ヲ加ヘ又ハ人ノ身體ニ危害ヲ加フルノ意思ナシ故ニ身體ニ對スルト財產ニ對スルトハ同一ニ論決スヘカラサルナリ然レモ此區別タル法律ニ明文ナキヲ以テ學理上ノ決定ニアラサレハ能ハサルナリ例ヘハ仇人ノ家屋ニ放火セント欲シテ誤リテ隣家ヲ燒失シタリトセンニ到底之

ヲ無罪トスルヲ得サルナリ

於此或ハ説ヲ爲シテ曰ク甲ノ事實ヨリ乙ノ事實ニ有罪ノ意思ヲ擴及スルハ唯二個ノ所爲カ同一ハ性質ヲ有スルハニ於テノミ爲シ得ル下此説タル夫ノ殺害、毆傷、放火、盜罪又他人ノ貞操ニ對スル重罪、輕罪ニ就テハ論明ヲ與ヘタリト謂フ可シ然レモ此説ニ依ルキハ盜人侵入ノ爲メニ人ヲ恐怖セシメ無感覺病ヲ惹起シタルモ又ハ盜人偶然火ヲ失シタルモ如キモ其責ニ任セスト云ハサルヲ得サルナリ

〔第四十九號〕第七十六條ノ其罪ヲ論セサル理由及其條件如何

〔本屬長官ノ命令云々〕以下將ニ論述セントズル所ノ條件ニシテ具備スル以上ハ恰モ法律ト同一ノ効力ヲ存スルモノナレハ之レカ僚屬タルモノ其命令ノ當否ニ論ナク之ヲ遵奉スルノ義務アリ否之ヲ執行スルノ權利アルモノトス故ニ其實行シタルノ所爲ヤ適法ニシテ彼ノ強制ヲ受ケ不得止ニ出テタル行爲ニハアラサルナリ抑僚屬ノ職タル本屬長官ノ職權

ニ屬シタル事件ニ關シテハ唯命惟レ從ヒ敢テ其當否ヲ論斷スルノ職權ナキモノナレハ隨テ其結果ノ責ヲ負フノ理ナキヤ當然ナリ其レ然リ故ニ僚屬タル者仮令自由力及ヒ弁知力ヲ具フルト雖モ其職權ニ關スル命令ヲ實行スルニアレハ則チ適法ノ權利ヲ行フモノト云フヘシ曷ソ彼ノ不得止ニ出テタル不法ノ所爲ト同視スルヲ得ンヤ依之余輩ハ反對論者ノ多キニモ拘ハラズ本條ノ罪ヲ論セサル所以ハ權利ノ實行ニアルカ故ナリト謂ハンノミ何トナレハ其論結ノ異同ニ依リ生スル結果尠シトセサルヲ以テナリ

本屬長官ノ命令ニ從ヒ執行シタル所爲ニ付其罪ヲ論セサル場合ハ必ス左ノ三ケノ條件ニ從ハサル可ラス

- 第一 本屬長官ノ職務上正當ノ手續ヲ經テ爲シタル命令ナルヲ
- 第二 職務上受ケタル命令ナルヲ
- 第三 事實上ニ關スル命令ナルヲ

此條件ニシテ其一チ欠クモ未タ以テ不諭罪ノ限リニアラサルナリ例ハ豫審判事カ重罪犯アリトシテ令狀ヲ發シ公力者ヲシテ逮捕ノ處分ヲ爲サシメタル場合ニ於テハ本屬長官公力者ニ於ケル豫審判事カ正當ノ手續(令狀)ヲ經テ職務ニ(逮捕)ヲセシムル(屬スル)事實上(重罪ト否)ニ關スル命令ニシテ而シテ此命令タル公力者カ職務上(逮捕)受ケタルモノタルヲ要ス然レハ仮ヒ其逮捕セラレタル者潔白ノ良民ナリトスルモ公力者ヲ以テ不法ニ人ヲ逮捕セシモノトシテ論スルヲ得サルナリ反之豫審判事カ令狀ヲ用ヒサルカ若クハ彼レハ違警罪犯ナリ故ニ之ヲ逮捕スヘシト命シ或ハ公力者ニシテ行政官ノ命令ヲ受ケ人ヲ逮捕シ若クハ死刑執行ヲナスカ如キハ悉ク之ヲ罰セサルヘカラサルナリ而シテ江本學士ノ説ク如ク其命令ニ係ル所爲ニ付果シテ事實上ノモノタルカ將タ法律上ノモノタルカ區別シテ罪ノ有無ヲ決スルハ頗ル其當ヲ得タル者ト云フヘシ蓋シ人ハ法律規則ノ不識ヲ以テ犯スノ意ナシト

爲スヲ得サルモノナレハ苟モ法律上ノ問題ニ屬スルモノ、件ニ係ルモ其命令ノ當否ヲ辨別シタルト否トニ關セス其所爲ハ必ズ罪トシテ論セサルヘカラサルナリ如何ニ武官ノ規律嚴格ナレハトテ罪ヲ犯スヘシトノ命令ハ苟モ不適法ノ命令タルヲ以テ之ニ抵抗スルノ權利且義務アルモノナリ反之事實上ノ問題ニ就テハ其當否ノ判定特ニ長官ノ權内ニ存シ屬官ノ得テ侵スヘカラサルモノナレハ其當否ヲ論スルノ權ナク從テ之ヲ行フモ罪ヲ以テ論スヘカラサルナリ或ハ曰ク其命令ノ正否ヲ知ルト否トニ依リ以テ罪ノ有無ヲ決スヘシト此説タル畢竟法律ノ不識ヲ以テ犯スノ意ナシト爲スヘカラサル原則ヲ知ラサルニ坐スル而已又曰ク本屬長官ノ命令タル其正否ヲ論スルノ權ナケレハ假令其不正當ヲ知ルト雖モ罪ヲ以テ論スヘカラスト此説ノ歸スル所ハ本屬長官ハ僚屬ヲシテ罪ヲ犯サシムルノ權アリト云フニアリ嗚呼論者ハ人ヲシテ器物ト同視セント欲スルカ論理ノ粗暴モ亦太甚シ

ト云フヘシ要之以上ノ二説ハ共ニ極端ニ奔リ到底採ル可カラサルノ片見ナリト云フヘシ

又軍人ニ關シテ軍律ノ嚴格ナルヨリ諸説紛然或ハ僚屬ハ其命令ノ暴戻不正ヲ知ルモ之レニ抗拒スルノ權ナキハ恰モ器物ノ如シト論シ或ハ人ハ自由力及ヒ辨別力ノ具備シテ事ノ善惡邪正ヲ判別取捨スルノ能力アルモノナレハ必ス其命令ノ暴戻不正ナルヲ認メテ之ニ抗拒セサルヘカラスト説キ或ハ命令ヲ受テ行フ所ハ則チ職務ヲ盡スモノナレハ仮令罪トナル所爲ヲ行フモ第七十七條ニ因リ不問ニ附セサルヲ得ス然レモ直チニ其暴戻不正ヲ知り得ヘキ時ハ之ニ抗拒スルノ權アリト論決スル等未タ一定ノ説ナシト雖モ余輩ハ其文武ノ職ニ區別ナク單ニ事實上法律上ノ區別ニ依リテ論斷セント欲スルモノナリ

之レヲ草案ニ徵スルニ法律ノ命令又ハ本屬長官云々トアリ又佛國刑法(第三百二)ハ法律ノ命令及正當官憲云々トアリテ一ハ斷絶詞タル又ハ

ト云ヒ以テ二者其一アレハ可ナリトシ他ノ一ハ接續詞タル及ヒト云ヒ以テ二條件ノ具備ヲ望ムノ差アリト雖モ要スルニ直チニ法律ノ命令ヲ受ケ執行シタル場合ヲ規定セリ然ルニ我刑法ハ單ニ本屬長官トノミアリテ法律命令ニ從フ場合ノ規定ナシ果シテ然ラハ如何ニ之ヲ決定ノ可ナランカ請フ先ツ余輩ノ卑見ヲ吐露シ以テ論決ヲ試ミント欲スルナリ

ロシ

氏ノ説

二ニ曰ク右ノ場合ハ勿論法律ノ命令

ボ

氏ノ説

第二説ハ法律ノ適用ヲ誤リタルカ爲メ害惡ヲ醸ス場合ヲ云フニ在リ然
 ラハ則チ何レヲ以テ可トスヘキヤ或ハ又共ニ探ルヘキカ余輩ハ左ニニ
 者共ニ其非ナルヲ辨シ而シテ該規定ノ不要ナル所以ヲ論セン
 夫レ罪ナルモノハ法律ノ規定ヲ俟テ發生スルモノナレハ從テ其存滅モ
 亦一ニ法律ノ意思如何ニ在リ果シテ然ラハ其法律ヲ執行シタルカ爲メ
 生シタル其害惡ノ仮令如何ニ重大ナリトスルモ元ト是レ法律ノ命スル
 所何ソ之レヲ犯罪トナスヲ得ンヤ法律ノ不正ナルヲ認メハ宜シク立法
 者ハ之ヲ改正スヘキノミ其改正ナキ間ハ其法律ヲ執行シタル固ヨリ正
 當ノ所爲ナルト明カニシテ敢テ法律ヲ以テ犯罪タラスト云フカ如キ規
 定ヲ要スルノ理アラサルナリ是レ第一説ノ採ルニ足ラサル所以ナリ又
 法律ノ命令ヲ執行スルハ長官ノ命ヲ執行スル場合ト異ナリ自ラ其法律
 ノ適用スヘキ事件ニ付キ其當否ヲ判定スルモノナレハ毫モ他人強制ヲ
 受クルコトナシ故ニ其件ニ付キ須ラシ當否ヲ審按シ以テ法律ヲ適用スル

ノ正當ナルヲ認メシ上ニアラサレハ輕々之ヲ執行シテ人民ノ自由權利
 ナ蹂躪スヘカラス然ルニ第二説ニ由レハ其行爲ハ多少不可避本分アレ
 ハ仮令其正否ニ付疑フヘキ所アルモ尙之ヲ執行セサルヘカラスト云ヘ
 リ嗚呼論者ハ自由權利ハ尊重スルヲ要セストスル乎豈如斯理アラシヤ
 斯ク論シ來ラハ法律ノ命令ニ從ヒ執行シタル場合ノ規定ヲ要セサルニ
 至ルヘシ是レ余輩ノ從フ能ハサル所以ナリ

然ラハ則チ之ヲ以テ罪ト見做スヘキ乎否決ノ然ラス其法律ノ適用ヲ誤
 リタル場合ハ畢竟其事件ノ判定ヲ誤認セシニ基キ敢テ犯意アルニアラ
 サレハ宜シク第七十七條第一項ニ依リ罪ヲ以テ論スヘカラサルナリ但
 シ故意アルカ又ハ過誤アルハ(過誤ニテ罪トナル場合)格別ナリトス

以上論シル如クナレハ本條ニ本屬長官トノミ掲ケタルハ立法者ノ不注
 意ニ出テシニアラス大ニ理由アリテ然ルヲ知ルヘキナリ
 オルトラン氏ノ説ニ依レハ其生セシメタル損害ニ依リ罪トナルニキ所爲

ト雖法律ノ令スル所ナルカ又ハ法律ニ定メアル總テノ條件ニ從ヒ實行シタル時ハ其行爲者ハ罰セラルヘキモノニアラス然リ而シテ其罰セサル所以ノモノニ之レヲ實行スルノ權利アリ且ツ義務アルモノニシテ則チ適法ノ所爲ナルヲ以テナリ既ニ適法ノ所爲ナリトセハ之ニ刑罰及ヒ損害賠償ノ責任ヲ担當セシムヘラサルヤ當然ナリ(井上學士同說)

ホアソナード氏ノ說ニ依レハ法律又ハ正當權(長官ノ如キチ云フ)ノ命令ニ從テ

執行シタル場合ニ於テハ其行爲者ニ行止自由ノ虧欠セシモノアリ(フオ

博士宮城學士高木氏堀田氏同說)

抑法律ニ於テ命シタル所ニ從ヒ事件ヲ執行シタルモノニ於テ罪ナキハ

固ヨリ明瞭ニシテ却テ其命ニ背クハ罪アル可シ例ヘハ法律上逮捕チ

命シ且之ヲ免許スル場合ニ於テ之ヲ執行シタル豫審判事又ハ現行犯ノ

場合ニ於テ逮捕セシ公力者ニ至ツテハ不法ノ逮捕若クハ監禁罪ヲ以テ

論スカヘラス判事公力者ニノミニ仮令法律又ハ事實ヲ誤解シ以テ逮捕

セシコアルモ亦其罪ヲ論セス何トナレハ其罪ヲ犯スノ意ナケレハナリ然レモ之ヲ以テ法律ノ禁令ヲ知ラサル場合ト(草按第七十七條)混スヘカ

ラス何トナレハ此場合ハ若シ各人ニシテ其禁令ノ疑アラハ其所爲ヲ

中止セハ可ナリ然ルニ判事公力者ニ至テハ則チ之ト異ナリ其行爲ハ

多少避クヘカヲサルノ本分ニ又其行爲ヲ止メテ執行セサル時ハ其

停止タル殆ント不法ノ逮捕ヲ成シタルト同ク非難ヲ受クレハナリ

長官ノ命アルキ行爲シタルモノ、罪ヲ論セサルニハ長官自己ノ職掌

内ノ事ヲ命令シタル時ニ限ル之ヲ詳言スレハ其命スル所ノ行爲ハ長

官ニ於テ行止ノ權ヲ有スルモノタルヲ要ス又其命ヲ受ケタルモノハ

職掌上其命ニ遵フノ義務アル者タルヲ要ス例ヘハ軍隊ノ指令官カ司

法官吏ニ命令ヲ下スヲ得ス又司法官ハ兵卒ヲシテ一揆ノ鎮制警戒ヲ

命スルヲ得サルカ如シ然リト雖モ其命令ニシテ判然法律ニ背戻セ

シコナキヲ保スヘカラス例ハ軍隊ノ司令官無辜ノ人民又ハ政府ノ官

吏ニ向テ發砲センコトヲ其兵士ニ命令セシ時ノ如シ固ヨリ兵士ハ將官ノ命令ニ從フヘキ義務アリト雖モ右ノ如キ重罪ヲ犯ス不良ノ命令ヲ執行スル兵士ヲ以テ全ク罪ナシト看做シ難シ此場合ニ於テハ兵士ハ將官ノ命ニ背キタリトモ其命ヲ奉シテ罪ヲ犯シタル害惡ニ等シキ害ヲ受ケサルモノナレハ乃チ完全ナル法律上ノ強制ノ場合ニアラサルヘシ但シ長官ノ命令ニ服從スヘキ原則ハ實ニ重大ノモノニシテ命ヲ奉セサル屬官ヲ罪セサルハ唯例外ニ過キサルナリ云々下

ロシー氏ノ說ニ依レハ立法者ノ命令モ時トシテ不正ノモノタルコトアルヘシ然レモ政事上ノ秩序ニ於テ人ノ感知スヘキ有形ノ斷決點アルコトヲ必要トス故ニ法律ノ當否ヲ判斷スルハ立法權ヲ侵シ公序保守ノ方法ヲ奪フモノト云フヘシ是ヲ以テ法律ニ違背セシキハ時々背德ノ所爲トナルコトアルヘシト雖モ其法律ヲ執行シタルモノ、爲メ刑事上ノ責任アルヘキモノニアラサルナリト

フーリスタンエリー氏ノ說ニ依レハ職務上裁判所ノ判決及ヒ命令ヲ執行シタル場合ニ於テハ刑事上ノ責任ナシトス然レモ其命令中ニ法式ヲ要スヘキニ其法式ヲ履マスノ之ヲ執行シタル時ハ責ナキ能ハス例ヘハ裁判官ノ命令ニシテ適法ノ令狀タル法式ヲ有セス單ゴ口頭ノ命令ニ從ヒ非現行犯ノ場合ニ人ヲ逮捕セシキノ如キ是レ也然レモ本屬長官ノ職權内ニ屬スル所爲ニ關シテハ屬官ヲ檢束スル者ナレハ其屬官ハ毫モ責任ナシ但シ其責任ナキハ其長官ノ職權内ニ屬スル事ニ限ル者トス故ニ屬官ハ總テノ命令ヲ監査スルノ義務ヲ免カレス然リ而シテ此命令ハ其受令者ノ身上ニ直接ノ權力ヲ行ヒ且其長官ノ職務施行ノ一部ヲ構成スルニアラサレハ之ニ服從スルノ義務ナキ者トス

若シ其屬官ニ於テ其命令ノ正否ニ付疑團ヲ有スル時ハ其進退如何ノ可ナランヤ此ニロシー氏ノ語言ヲ借リ之ヲ論センニ長官ハ其執ル所ノ處分ニ就テハ管轄裁判官ニ其行フヘキ所爲ニ付テハ正當ノ判定

人ト見做サ、ル可ラス故ニ其命令ハ正當ナリト推測セサル可ラスト
井上博士ノ説ニ依レハ第七十六條ハ左ノ條件ノ具備スルヲ要ス

第一 本屬長官ハ命令アルヲ要ス例ハ兵士ノ司令官ニ於ケルカ如
シ故ニ兵士ハ本屬長官ナル司令官ノ號令ニ從ヒ人ヲ殺傷セシ片ハ罪
ナシト雖モ其命令ニシテ其本屬長官ニアラサル他ノ官吏ヨリ出テタ
ルニ於テハ不論罪ノ限リニアラサルヘシ

第二 適法ノ命令ナルヲ要ス例ハ豫審判事カ適法ノ方式ニ依リ發
シタル令狀ノ如シ故ニ此令狀ヲ執行シタル巡查ハ論ナシト雖モ若シ
令狀ヲ携帶セス單ニ口頭ノミノ命令ヲ以テ人ヲ逮捕拘留セシ片ハ不
論罪ノ限リニアラサルヘシ

第三 職務上爲シタル命令ナルヲ要ス例ハ檢察官カ典獄ヲ指揮ノ
死刑ヲ執行シタル片ノ如シ故ニ其死刑ヲ執行シタル典獄ハ罪ナキモ
若シ其指揮シタルモノ裁判官ナリトセン乎元來裁判官ハ死刑ノ執行

ヲ命令スル職務ナケレハ此典獄ヲシテ不論罪トナス可ラサルナリ

第四 職務上受ケタル命令ナルヲ要ス例ハ兵卒本屬長官ノ命令ヲ
受ケ陸軍刑法ニ依リ死刑ノ宣告ヲ受ケタル者ヲ砲殺スル如シ此ノ場
合ハ罪ナキモ若シ司法々術ニ於テ死刑ノ宣告ヲ受ケタル者ニ係ル片
ハ假令本屬長官ノ命令ナルモ不論罪ノ限リニアラサルヘシト

江木學士ノ説ニ依レハ第七十六條ノ不論罪ヲランニハ(第一)本屬長官
ノ命令ニ從ヒ(第二)其職務ヲ以テ爲シタルヲ要ス例ハ逮捕官吏カ豫
審判事ノ命令ニ從ヒ犯人ヲ逮捕シ兵士カ將官ノ命令ニ從ヒ敵軍ヲ襲
撃スル等素ヨリ疑フ所ナシト雖モ長官ノ爲スル所不當ノ所爲タル場
合ハ頗ル疑義アリ例ハ豫審判事ノ逮捕ヲ命セシ所ノ甲某ハ決シ犯
人ナラサルヲ知り逮捕官吏ニシテ尙之ヲ捕縛センカ豫審判事ハ職權
ヲ以テ命シ逮捕官吏ハ職務ヲ以テ執行ス豈ニ犯罪ヲ以テ論スヘケン
ヤ將官カ命スル所ノ軍隊ハ官軍タルヲ知り尙之ヲ砲撃スル兵士アラ

シカ將官ハ職權ヲ以テ命シ兵士ハ職務ヲ以テ行フ豈罪ヲ問フヘキモ
 ノアランヤ蓋シ犯人タルヤ官軍ナルヤ否ハ事實ノ問題ニ屬シ長官ノ
 權内ニ屬ス故ニ兵士又ハ官吏ハ其命令ノ不當ヲ知ルト雖モ苟モ事職
 務ニ係ル以上ハ則チ法律ノ命スル所ナレハ必ス之ニ遵ハサルヲ得ス
 然レモ豫審判事ニシテ逮捕官吏ニ向ヒ違警罪犯者ヲ逮捕スヘシ又ハ
 甲某ハ無罪ナリ故ニ之ヲ捕縛スヘシト命シ將官ニシ兵士ニ向ヒ官軍
 タランニハ悉ク之ヲ襲撃スヘシト命令シ果シ之ヲ捕縛シ襲撃シタリ
 トセンカ個ハ法律上ノ問題ニ屬シ官吏兵士ノ共ニ之ヲ知ルノ義務ア
 ルモノナレハ其命令ノ不正ヲ知ルト否ニ拘ハラズ其責任ヲ免カルヘ
 カラサルナリ

之ヲ要スルニ長官ノ命令ノ當否ニシテ事實上ノ問題ニ屬スルト法律
 上ノ問題ニ屬スルトニ依リ或ハ罪トナリ或ハ罪トナラサルナリ然リ
 而シテ我刑法ノ職務ヲ以テ爲シタルトハ則命令ノ當否法律上ノ問題

ニ屬シ法律ノ禁スル處ハ官吏ノ職務ニアラストシ事實上ノ問題ニ屬
 シテ法律ノ命スル場合ハ則チ職務ヲ以テ爲シタルモノトスルニアリ
 テ文字ノ異ナルアルモ其論局ニ至テハ同一ナリ何トナレハ已レ職務
 ノ有無ヲ判定スルハ是亦法律上ノ問題ニシテ法律ノ不識ヲ以テ其罪
 チ免カル、ノ理由タラス又事實上ニ屬スル問題ニ係リ職務ヲ以テ之
 ヲ行フルハ命令ノ不正ナルヲ知ルト雖モ法律ノ規定スル所ナレハ其
 罪ヲ論セサルナリ

上來ノ論理ニヨリ我刑法第七十六條ヲ解スル一言ニシテ足ル則該條
 ハ法律ノ命スル所ハ所爲ハ罪トナラサルヲ示スニ過キス長官ノ命
 令法律ニ違ヒ又ハ自己ノ職務ニ屬セス其所爲ニ罪トナルヤ否ヲ定
 ムルハ唯其所爲ハ法律ノ命スル所ナルヤ否ヲ決スルノ一事ニアリト

第五十號 第七十七條規定ノ理由並ニ其不罰及ヒ例外ノ理由如何

本條ハ一般ノ犯罪構成ニ必要ナル一元素即チ犯意ナキ場合ヲ規定セシ

者ナレハ他ノ不論罪トハ大ニ其趣ヲ異ニセリ蓋シ他ノ不論罪（第七十五條）ハ犯罪構成ノ元素具備セシモ罪過ノ歸當ナキ責任ノ成立ナキカ爲メ自由力若シハ辨知力ノ欠如セシヨリ其人ニ歸當ス可ラサルヲ以テ其所爲ヲ罪トシ論セサルニ在リ然ルニ犯意ハ褻キニ論究セシ如ク責任成立ノ條件ニ非スノ犯罪構成ノ一元素ナリ而シテ犯意ハ一般ノ犯罪ニ必要ナルノミニシテ特別ノ犯罪ニ就テハ唯過失アルヲ以テ足レリトス然ラハ則チ本條ノ規定アル本條ノ規則アル所以ノ者ハ何ソヤ余輩ハ其理ヲ解スルニ困シマサルヲ得ス或ハ曰ハン犯意ハ僅々タル例外ヲ除クノ外一般ノ犯罪ニ必要ナル一原則ナルヲ以テノ故ナラント果シテ然ラハ彼ノ所爲（命令ヲ施スチ云フ）ノ如キモ亦一般ニ要スル犯罪構成ノ一要素ニシテ僅々タル不行犯ノ例外アルノミ然ルニ之ヲ掲ケスシテ單ニ犯意ノミヲ掲クルノ理ハ万々之ヲササルヘキヲ信スルナリ況ンヤ法理ノ原則ヲ總則ニ明記スルノ其當ヲ得タルモノニアラサルニ於テチヤ故ニ余輩ハ信ス各本條

ニ故意ヲ以テ云々惡意ヲ以テ云々ト明記スルノ愈レルニ如カスト其レ如斯クセハ各本條ニ就キ甚タ解シ易カラシ若シ之ヲ煩雜トセハ過失ヲ罰スヘキ場合ニ限り特ニ之ヲ明記セハ足レリ何ソ之ヲ總則ニ置クノ必要アラン又或ハ曰ハン之ヲ總則ニ掲ケテ各本條ニ特記スルノ煩勞ヲ省カントノ便益上ノ理由ヨリ出テタルモノナリト果シテ然ラハ是レ窮竟害惡ノミ何トナレハ實際我刑法ニ附テ觀察スルニ其犯意ヲ有スルヤ否ノ点不明ニシテ解釋上甚タ困難ヲ呈スル場合勘カラサレハチリ是レ學者ノ常ニ歎スル所ニシテ彼ノ各本條ニ特記セシ草案ノ削除ヲ惜マサルモノアラサル也因是觀之ハ本條ヲ不論罪ノ章ニ規定セシハ勿論之ヲ總則ニ掲グルノ不當ナルヲ知ルニ足ラン佛國刑法カ其總則ニ之ヲ置カサリシハ頗ル其當ヲ得タルモノト謂フヘキ乎

第一項 罪ヲ犯ス意ナキノ所爲トハ例ヘハ他人ノ書籍ヲ借覽セント欲シテ無斷ニ持歸リタル如キ又狂犬ヲ殺サント欲シテ誤ツテ其傍ニ佇立

セシ人ヲ殺シタルルル如キ是レナリ斯ク犯意ナキ所爲ヲ罪トシ論セサル所以ノモノハ蓋シ社會ノ命令ニ違背セサルカ爲メ之レヲ罰スルノ必要ナキカ故ナリ凡ソ故意ナキニ於テハ元來違背ナル語ノ出ツヘキ筈ナケレハ之ヲ以テ違法ノ事實ナリト云フヲ得サルナリ其レ然リ然リト雖モ其過失ノ爲メ社會ニ重大ノ害惡ヲ加フル如キ結果ノ生スヘキ事件ニ就テハ社會ハ自ラ保存ノ爲メ特ニ國民ニ禁令シテ注意周到常ニ誤リナキチカメシムルノ權アリ然ルニ國民其注意ヲ愆キ爲メニ害惡ヲ醸セシニ於テハ仮令故意ナク過失ニ出ルモ之ヲ罰スルノ權アリ是レ第一項ニ他ノ法律規則ニ於テ別ニ罪ヲ定メタルモノハ云々トアル所以ナリ然レモ過誤ナク偶然ニ出テタル事實ニ付テハ如何ニ重大ノ害惡ヲ來スモ之ヲ罪トシテ罰スヘカラスナルナリ夫レ人ハ注意周到誤リナキチ期スヘシト雖モ偶然ノ事實ハ人事ノ得テ防キ得ヘキ所ニアラス左レハ之ヲ責メ之ヲ罰スルハ畢竟人ノ爲シ能ハサルヲ命スルモノニシテ不正ノ

極タルチ免カレス然ルニ折衷主義ヲ採ル論者ノ說ヲ聞クニ犯意ナキ所爲ヲ罰セサル所以ノモノハ背徳ノ點ナキヨリ刑罰權ノ基礎ヲ缺クヲ以テノ故ナリ而シテ人ノ社會ニアルヤ意ヲ瑣末ノ事ニ注キ毫釐千里ヲ誤ルナキチカムルノ義務アリ然ルニ此義務ニ背キ社會ニ大害ヲ來スハ則背徳ノ所爲ナリトシ以テ本條第一項ノ規定アル所以ナリト其レ社會ハ自ラ必要トセハ或ル時ニ方テモ背徳ノ點ナキノミナラス却テ德義上賞スヘキ所爲ニシテ猶ホ罪トシテ罰スルコアリ(第三号第
十号参看)論者如何ニ之ヲ解スルカ余輩ハ其答ヲ聞カンコトヲ熱望スルモノナリ

本條ノ罪ヲ犯ス意ナキ所爲ト第七十五條ノ其意ニアラサル所爲トノ區別ヲ混同スヘカラス本條ハ全ク犯意ナキ場合ニシテ第七十五條ハ其本意ナキ場合ナリ即チ意思アレモ強制ニ出テタル意思ニシテ自由ノモノニアラサルヨリ責任構成ノ條件欠クセシチ以テ罰セサルニアリ又犯意ト理由トヲ混スヘカラス故意ハ直接ニ所爲ノ結果ヲ見ントスルノ意思

ニシテ理由ハ罪ヲ犯スニ至ラシメタル原因ヲ云フ例ハ他人ノ財物ヲ奪
ハント欲スルハ故意ニシテ之ヲ奪ヒ以テ快樂ヲ求メ或ハ饑餓貧窶ヲ免
カレンカ爲メノ如キハ則チ理由ナリ故ニ故意ハ各人一様ノ性質ヲ帶フ
ルモ理由ニ至ツテハ各人各異ノ性質アルヲ以テ犯意ノ有無ハ罪ノ有無
ニ關係スルモ（例外ハ格別ナリ）理由ハ毫モ罪ノ有無ニ關セス唯情狀酌量ノ一
原因タルニ過キサルナリ

井上博士ノ説ニ依レハ本條ハ犯罪ノ原素ニ關係スル規則ニシテ純然
タル不論罪ノ場合即チ犯人ノ責任ニ關シタル場合ト異ナレリ蓋シ不
論罪トハ犯罪ヲ構成スル條件具備スルモ犯人ノ自由力若クハ辨知力
ニ缺失セシチ以テ其罪ヲ論セサルヲ云フ即チ其所爲ヲ以テ罪トシ論
セサルノ謂ヒナリ反之本條ハ犯罪ヲ構成スルニ必要ナル條件即チ一
ノ元素ヲ缺キタルヲ以テ元來犯罪成立セス既ニ犯罪成立セサレハ其
罪ヲ論セスト云ヘルコトノ妥當ナラサルヤ固ヨリ斷ケシ是レ本條ヲ以

テ純然タル不論罪ニアラスト云ヘル所以ナリ

犯罪構成ノ一元素トハ惡意若クハ意思ヲ云フ蓋シ之ヲ通則トス其例
外即チ惡意若クハ意思ヲ要セサル者ヲ稱シテ無意犯ト云フ然リ而シ
テ其例外ノ場合ハ姑ク措キ其通則ノ場合ニ於テ若シ惡意若クハ意思
ノ存セサル時ハ假令如何ナル外形ノ所爲アルモ之ヲ以テ犯罪ナリト
云フヘカラス例ヘハ自己ノ所有品ト誤認シテ他人ノ動産ヲ取リタル
場合ノ如キ竊盜犯ト云フヘカラス由是觀是モ本條ヲ不論罪ノ章ニ列
シタルノ不可ナルヲ知ルニ足ルヘキナリト

江木學士ノ説ニ依レハ第七十七條ニ罪ヲ犯ス意ナキ所爲云々ト云ヒ
齋ニ故意ナキ所爲ヲ罪トセサルニ止ラス故意アルモ尙罪ヲ犯ス意ナ
キノ所爲ハ罪トセサルニ似タレモ學理上ヨリ論スレハ凡ソ刑法ノ總
則ハ則一般ニ犯罪ノ要素ヲ論スル條下ニ於テハ唯故意ナキ云々ト記
スルヲ以テ足レリトス然ルニ我刑法ニ罪ヲ犯ス云々ト規定セシ所以

ノモノハ一般ノミナラス特別ノ或ル犯罪ノ成立ニ必要ナル元素ヲモ
 共ニ包含セシメントノ趣意ニ出テタリ例ハ盜罪ノ所爲タル管ニ故意
 ニ出テサル可テサルノミナラス尙他人ヲノ物品ノ占有ヲ失ハシムル
 ノ意即チ罪ヲ犯ス意アルヲ必要トス故ニ一時借用スルノ意ヲ以テ
 之ヲ取ルモ未タ盜罪ヲ構成セサルヘシ斯ノ如キ特別ノ犯罪ニ付テハ
 各本條毎ニ特ニ之ヲ定ムヘキモノニシテ一般ノ犯罪ニ必要ナル一元
 素トシテ之ヲ總則ニ記載スヘキモノニアラス故ニ予ハ本條ヲ故意ナ
 キ場合ト看做シ但書ニ云々ト云ヘルハ故意ナキモ尙之ヲ罰スル場合
 即チ過失罪ノ場合ヲ示シタルモノトナシ特ニ罪ヲ犯スノ意ヲ要スル
 場合ハ各本條ニ至リテ論究セント

ボアンナード氏ノ説ニ依レハ「人ヲ害スル意ナキ片ハ犯罪ナシトハ是
 レ人ノ往々説述スル所ナリト雖片未タ當レリト云フヲ得ス例ハ竊
 盜ノ如キ害意アルニハ非ラス別ニ惡意猜忌宿怨ヲ懷クニアラス唯適

正ノ原由ナク勞力ナクシテ竊ニ他人ノ財産ヲ獲得スルノ意思アルノ
 ミ然レモ有罪者トシテ之レニ歸責スヘシ何トナレハ他人ノ承諾ヲ得
 スノ其財産ヲ掠奪シ以テ已レノ有ニ歸セントスル意思ヲ有スレハナ
 リ
 之ニ反シテ他人ノ財産ヲ自己ノ所有品ト誤認シテ之ヲ取リタルモハ
 自己ノ有ニ歸スルノ意ナキヲ以テ竊盜ノ有罪者ト爲スヘカラザルナ
 リ其他公益若クハ一人ニ對スル重罪輕罪ノ過半ニ就テモ亦右ト同
 一ナリ

又之ニ反シテ害意ナケレハ罪トナラサルモノアリ例ヘハ殺害、毆打創
 傷、脅迫、誣告、讒謔、又ハ罵詈ノ如キ是レナリ是等ハ害意ヲ以テ罪ノ本質
 トスレハナリ若シ害意ナキニ於テハ不注意則チ過失若シクハ失言、輕
 卒、戲言、タルニ過キサルヘシ
 又放火、道路、堤防ノ毀損、及船舶ノ衝突シタル等ノ行爲ハ惡意ニ出テタ

ルモノニシテ其害意ハ罪ヲ犯スノ意思ト混淆スルコトアルヘシ
以上ノ理由アルヲ以テ恐ラクハ刑法第七十七條ニ罪ヲ犯ス意ナキ云
々ト掲ケタル所以ナラン

然レモ例外トシテ意思ヲ必要トセス唯不注意アレハ以テ足レリトス
ル場合アリ蓋シ法律上斯ル場合ニ於テ德義上ノ過失社會上ノ義務ニ
關スル有罪ノ懈怠即チ他人ノ權利ヲ輕蔑シタルモノト看做スヲ以テ
ナリ

例ヘハ銃獵ノ誤テ人ヲ殺傷スルモノアラン是レ自己ノ快樂ニ溺レ
テ爲メニ他人ノ生命ニ注意スルコトヲ忘却シタル即チ德義上ノ有罪者
ナリ又公路ニ於テ車馬ヲ疾驅シ通行人ヲ挽倒シタル者ハ自己ノ便宜
ノミチ專一トシ他人ノ安危ヲ顧ミサルノ罪アリ此等ノ場合ニ害意ナ
ク罪ヲ犯ス意ナキ者ナリト雖モ闕クヘカラサル注意手段ヲ怠慢ニ附
シタルニ由リ有罪者トナスナリ又法律ハ實際現ニ損害ヲ生セスト雖

モ終ニ損害ノ生シ得ヘキ過失ハ之ヲ罰スルコトヲ得例ヘハ行政規則ニ
テ意外ノ災害ヲ豫防スルカ爲メ工事ニ係ル注意ヲ命シ置キシニ此規
則ヲ遵守セサルモ如シ此場合ニ於テ背德ハ怠慢ニ在リ加害ハ其危
險ト危害ニ在ルナリト

宮城學士ノ説ニ依レハ罪ヲ犯ス意ナキ所爲ヲ罰セサル所以ノモノハ
加害ノ結果ハ之アリト雖モ背德ノ点ナキヲ以テ也今其レ吾人ノ行爲
中背德ノ点ナク唯加害ノ一アル場合往々之アリ然ルニ悉ク之ヲ罰ス
トセハ背德加害ニケテ以テ基礎トスト社會刑罰權ノ區域ヲ紛亂シ專
横無姿ノ所爲ナリト云ハサルヘカラサルニ至レハナリ

斯ク論シ來ラハ本案但書ニ云々スル如ク犯意ナキモ尙罰スルモノト
予盾スルカ如シト雖モ精密ニ研究セハ決シテ然ラサルヲ發見スヘシ
凡テ人ノ社會ヲ成スヤ獨立獨行スルモノニアラサレハ事々物々極メ
テ注意ヲ加ヘ加害ナキヲ勉メサルヘカラサルノ義務アリ苟モ些少ノ

不注意ノ爲メ不測ノ災害ヲ惹起スヲ比々トシテ之アリ然ルニ此義務ヲ怠リ爲メニ社會ニ災害ヲ加ヘタルニ於テハ則チ正ニ道德ニ乖反セシモノト云ハサルヲ得サルナリ故ニ一般ノ場合ニ於テハ犯意ナキノ所爲ハ背徳ノ点ナキヲ以テ罰セサルモ或ル場合ハ加害背徳ノ二点アルヲ以テ罪トシテ論セサルヘカラスル結果ヲ生スルナリト

大審院判決例 刑法第七十七條ニ罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セストアリ今本按被告人カ所爲ニ於ケル原裁判官ノ認定セシ事實ニ因レハ戸長奉職中旅行先キニ於テ借金証書ニ公証ヲ爲サントスルニ方リ役場印ヲ彫刻セシメタルモ該公証ヲ要セスシテ其儘ニ所持シ居タルニ過キスシテ毫モ惡意アルニアラサルノミナラス之ヲ不正ニ行使スル事蹟ナケレハ罪ヲ犯スノ意ナキ所爲ナルヤ論ヲ俟タサル也而シテ戸長職務ニ付擅權等ノ所爲アルニ於テハ官吏徵戒令ニ處セラル可キハ格別無届ニテ役場印ヲ彫刻セシトテ直チニ之ヲ以テ官印偽造

罪ノ構成セシ者ト云ヲ得ス故ニ原裁判所カ無罪放免ヲ言渡シタルハ相當ナリ(十九年五月十日)

第五十一號 罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者ト、罪本重カルヘクノ犯ス時知ラサル者トノ義解及第一項トノ差異如何

刑法第七十七條第二項ハ犯人カ法律上罪ノ構造事實ヲ知ラサルヲ以テ其罪ヲ論スヘカラスルニアリ例ヘハ處女ト信シテ姦シ若クハ結婚セシニ有夫ノ婦ナリシハ無主物ト信シテ占有セシニ他人ノ財物ナリシハ又強竊盜ノ贓物タルヲ知ラスシテ之ヲ受ケ又ハ寄藏故買セシ場合ノ如キ是レナリ第三項ハ罪ノ加重情狀ヲ知ラサルヨリ重キニ從テ論スヘカラスルニアリ例ヘハ他人ト信シテ殺害セシニ祖父母、父母ナリシハ又官吏タルヲ知ラスシテ毆打創傷死ニ致シタルハ如キ是レ皆加重ノ模様ヲ知ラサルニ在リ要之第二項ハ全ク犯意ナキノアリテ第三項ハ加重情狀ノミニ付犯意ナキニ在リ故ニ其犯意ナキ点ニ就テハ其所爲ヲ罪トシテ