

法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-07-04

刑法總論講義

佐々木, 茂三郎 / 飯田, 宏作

(出版者 / Publisher)

和佛法律學校

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

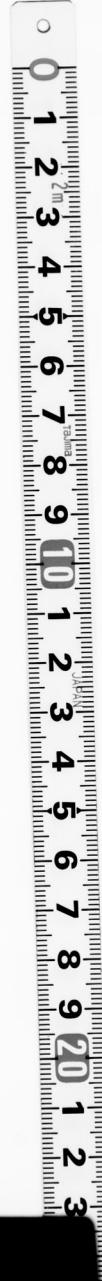
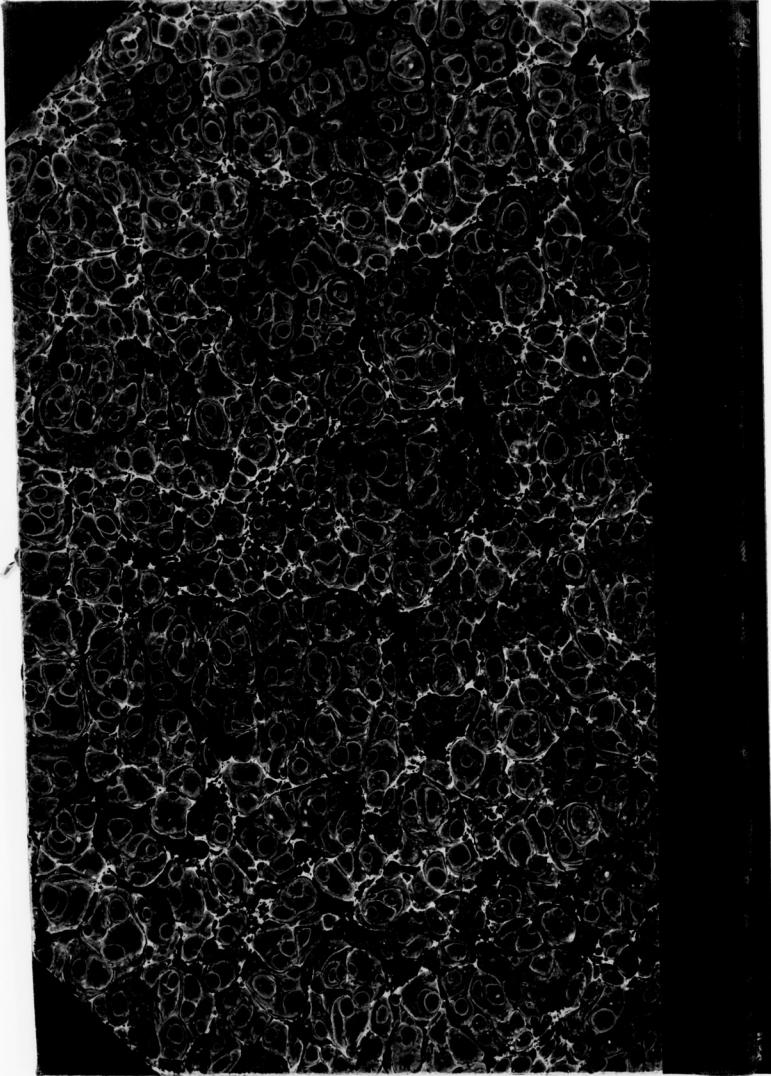
和佛法律學校講義錄 / 和佛法律學校講義錄

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

182



0384

0385

刑法總論講義目錄

緒論	一
第一章 刑罰	六十五
第二章 總論	七十六
第三章 主刑	七十七
第一節 重罪ノ主刑	九十五
第二節 輕罪ノ主刑	一百三十八
第三節 逮捕罪ノ主刑	一百五
第四章 附加刑	一百六
第五章 刑罰ノ執行	一百二十六
第一節 主刑ノ執行	一百二十七
第二節 附加刑ノ執行	一百五十七
第五章 刑罰ノ消滅	一百五十八

日本刑法講義

本校法律學士 飯田 宏作 先生 講述

本校校友 佐々木 茂三郎君筆記

(第一回)

緒論

諸君ヨ余ハ本學期ニ於テ諸君ト共ニ刑法ヲ講究スルコトナレリ
先ツ刑法ノ講義ニ入ルノ前ニ當リ法ナル意義ニ就テ一言セソニ諸君ハ既ニ法
學通論ニ於テ其梗概ヲ研究セラレシナラン然レトモ今精駿ニ其幽微ヲ開發セ
ントスルニハ自然哲學上ニ跋涉シテ其原理ヲ探ラサルナ得ヌ然ルニ哲學上ニ
立入ルコトハ本來刑法講義ノ目的ニ非サルナ以テ余ハ單ニ余ノ確信スル所ノ
說ヲ述フルニ止メントス

(刑法)

(再版)一

第二款 犯罪	百八十八
第一章 犯罪ノ事實	百八十九
第一節 總說	二百八十二
第二節 未遂犯ノ處罰	二百三十六
第二章 犯罪人	二百三十八
第一節 無罪	二百四十四
第二節 減輕	二百八十三
第三節 再犯加重	二百八十六
第四節 加減順序	三百三
第三章 犯罪及ヒ犯罪人ノ集合	三百七
第一節 故意俱發	三百七
第二節 數人共犯	三百二十二

法トハ何ソヤ其意義ヲ説明スル極メテ困難ナリ其故ハ法ナル文字ハ本ト適當ナル譯字ニ非シテ他ニ恰好ノ譯字ナ發見セサレハナリ然レトモ今假リニ法ナル語ヲ用ヰ之カ定義ヲ下セハ法トハ事物ノ關係ヲ支配スル總テノ規則ナ云、故ニ世上ニ現存セル凡百ノ事物ヲ網羅シテ之カ關係ヲ支配スル所ノ者ハ皆ナ法ナリ彼ノ遊星カ太陽ノ周圍ヲ運行シ月ノ地球ヲ迴轉スルモ引力ノ關係ニ因テ之カ法則ヲ支配スルモノナリ又鉛釘ノ力ヨ藉ラスシテ此机ナ天井ニ附着セシメントスルモ到底其効ヲ奏スルヲ得ス是レ机脚ト壇面ノ引力之力關係ヲ支配スレハナリ其他禽鳥ノ空中ヲ翔リ獸畜ノ山野ヲ走ル等皆法ナラサルハ無シ是レ啻ニ草木鳥獸ノミニ限ラサルナリ人類モ亦此法ノ下ニ棲息スルモノナリ今人ニシテ貪食スレハ必ス其胃ヲ損シ劇動スレハ必ス疲ル是レ亦法ナリ其他如何ナル行爲コテモ皆法ノ支配ヲ受ケサル者ナシ

以上陳ヘタル所ハ有形上ノ法ナリ人類ノ無形上ノ事ニ付テモ亦法ナカル可カラス一例ヲ舉示スレハ人ハ邪念ヲ惹起ス可カラサルカ如シ而シテ其然ル所以ノモノハ則チ余ノ身體ト精神ノ關係ヲ支配スル法則アリテ然ルナリ尙又一步

ヲ進メテ吾人カ他人ニ向テ他人ヲ害スル勿レ篤實ニ保生セヨト云フコトモ又皆法ナラサルハナシ而シテ吾人ト他人トハ關係即チ社會ト人トハ關係ヲ規定スル規則ハ余假リニ之ヲ法律ト謂フ故ニ法律モ亦一ノ人類無形上ノ關係ヲ支配スル所ノ規則ニシテ彼ノ邪念ヲ去リ正實ニ保生シ他人ヲ害スル勿レト云ヘル規則ト一般ナリ唯タ其法中ニテ範囲ヲ限り社會相互ノ關係ヲ支配スル法則ナリト言フニ過キサルナリ此ノ如クニシテ能ク法律ト道德ノ區別ヲ立ツルヲ得即チ道德ハ一身ト一身トハ關係ヲ支配シ法律ハ一身ト人體一般トハ關係ヲ規定スル法則ナリト謂フ可キナリ

法律ニ許多ノ種類アリ之ヲ大別スル時ハ自然法ト人定法トノ二トナル自然法トハ天然ハ知覺上然ラサル可ラサルノ規則ナヒ此規則ニ少シク脚色ヲ加ヘ人體ノ手ニ成レル者ハ人定法ナリ而シテ此人定法ノ中ニモ之ヲ文章ニ著ハシテ法律ト爲スモノアリ又文章ニ著ハサスシテ自然ニ法律ト爲ルモノアリ是即ナ成文法ト不成文法ト別ル所ナリ

又法律中ニハ公法アリ私法アリ公法ハ國家ト國家又ハ國ト人民トハ關係ヲ

規定スル法律ニシテ私法トヘ、私人ト、私人ノ關係ヲ規定スル所ハ法律ナリ。次ニ又法律ハ其目的ヨリシテ之ヲ種々ニ區別スルコトヲ得即チ或事ヲ爲ス可シト規定セル規則アリ又或事ハ爲ス可カラスト禁過セル規則アリ又若シ或事ヲ爲ス時ハ罰様ノモノヲ受ケシムルト規定セル法則アリ是等ノ規定ハ單ニ法律ノミニ限ラス不明瞭ナカラ法ニモ亦此規定アリ之ヲ例スレハ邪念ヲ起ス可カラスト云ヘル法アリ若シ之ニ違背スル時ハ心中甚ダ不快ヲ感シ以テ良心ヲ刺激ス是即チ罰ヲ加フルナリ而シテ此加罰ノ法則ハ法律トナリテ益ス顯著ナルモノナリ故ニ法律ニハ命令法、アリ禁止法、アリ制裁法アリ。

然ラヘ則ナ刑法トハ何ソヤ此定義ハ學者間ニ於テ種々難多ノ定解ヲ下スト雖凡余ノ見ル所ニ因レハ刑法トハ社會ノ關係ヲ支配スル規則ノ遂反ヲ罰スル所ノモノヲ云フ此定義ニ因レハ刑法ハ制裁法ニシテ公法ニ屬ス蓋シ一私人ト一私人トノ關係ヲ規定セルモニ非スノ社會ト一私人トノ關係ヲ規定セルモノナリ而シテ其目的トスル所ハ規則ニ違背スル所ノ者ヲ罰スルニ在レハ則チノ制裁法ナリ而シテ又刑法ハ自然法ナルカ將タ人定法ナルカト謂フニ或ハ自

然法ナルアリ或ハ人定法ナルアリ而シテ其人定法ノ中ニモ成文法ナルアリ不成文法ナルアルヲ以テ一概ニ斷定スルヲ得サルナリ云々^{アガマ}此定義ヲ以テ上法律ト云フコト及ヒ刑法ト云フコトノ定義ヲ説了セリ^{アガマ}此定義ヲ以テ余ハ一般ノ學者ノ如ク刑法ノ沿革ハ之ヲ陳ヘサル考ナリ佛國ニ於テモ刑法ヲ講述スルニハ先ツ最初ニ之ヲ陳フルヲ例トセリ其故ハ佛國刑法ナレハ其刑法ハ何レノ主義ヲ取リ又如何ナル組織ニ因ルカヲ知得スルニ甚ダ利益アレハナリ然レトモ日本刑法ハ近來佛國刑法ニヨリテ制定セラレシモノナルカ故ニ今佛國刑法ノ沿革ヲ陳フルハ多少其利益ナキニアラスト雖トモ日本刑法ノ沿革ヲ陳フルハ何等ノ利益アルヲ見ス然レトモ他日諸君カ歴史ヲ閲讀スル時ハ必ラス遭遇スル所之アル可キヲ以テ左ニ其要領ノミヲ摘シテ之ヲ陳ヘン何レノ國ヲ問ハス刑法ハ必ラス其因テ來ル所ノ沿革ナカル可ラス然ラヘ其沿革ノ有様ハ如何ト云フニ先ツ往古ニ溯テ刑罰ノ狀態ヲ視察スレハ加害者ヲ復讐スルノ意思ニ基タルヤ疑フヘキニアラサルナリ少シク進シテ人間ノ凡百ノ行爲ハ都テ神佛ノ支配ニ歸シ若シ惡事ヲ爲ス時ハ神佛ノ命令ヲ憑リテ其者ヲ

責罰スルノ思ヲ爲セリ是レ即チ宗教上ニ基ケル刑罰ナリ漸ク降リテ社會ノ狀勢倍ス堅固トナリ政府ノ勢力大ニ強盛トナルニ隨ヒ刑法ノ主義茲ニ一變シ來リ竟ニ宗教上ノ刑罰ヲ脫シテ政治上ノ刑罰トナリ此時代ニ在リテハ縱ヘ一己人ニ向テ罪ヲ犯スモ一國政府ノ主長ニ向テ罪ヲ犯セル者ト爲シタリシカハ國事犯者ノ如キハ最モ嚴重ニ之ヲ責罰セリ尙ホ愈ヨ進シテ今日ハ社會上ノ刑罰トナリ刑罰ヲ加フル所以ハ決シテ神佛ニ對シ政府ニ向テ之ヲ侵犯スルニ非シテ社會ノ秩序ヲ攪亂スルモノトセリ諸君若シ我國ノ歴史ヲ討究スレハ必ス此四個ノ時代ニ遭遇スルナルヘシ

前キニ余ハ刑法ハ社會ノ關係ナ支配スル規則ノ違反ヲ罰スル法律ナリト云ヘリ左レハ此法律ニ違反スル以上ハ如何ナル所爲ト雖トモ之ヲ罰スヘキカ又社會ハ此違反者ヲ罰スルノ權アルヤ否ヤハ第一ニ起ル所ノ問題ナリ

此問題ハ少シク人定法ナル刑法ノ關係ヲ離レテ哲學上ノ問題ニ入レリ故ニ之ヲ研究スルモ何等ノ利益ナキカ如シト雖トモ學理上之ヲ查數セサル可カラサルハ勿論法律上ヨリ之ヲ觀察スルモ極メテ必要ナル問題タリ此問題ノ決定如

何ニ因リテ大ニ立法者ノ權利ニ消長アリ若シ夫レ社會ハ此法律ノ背反者ヲ罰スルノ權ナシトスレハ當初ヨリ刑法ヲ作ルヲ得ルノ理ナキナリ之ニ反シテ社會ニ此權アリト斷定スレハ此所爲ニ付テハ何々ノ權利ヲ有シ彼ノ所爲ニ付テハ何々ノ權利ヲ有スルカラ探究スルノ必要ヲ生ス抑モ立法者カ社會ニ此權利アリト決定スル以上ハ最早此問題ノ決定ヲ終ヘタルモノトスルカ曰ク尙ホ刑法上一ノ難問ヲ生ス即チ立法者ハ如何ナル主義ニ基キ其刑罰權ヲ規定シタルカヲ決定スルノ必要ヲ感セリ而シテ講法者ト適用官トヲ問ハス此問題ノ利益ナ享クルモノナルカ就中最モ適用官ニ取テ利益ノ著シキヲ見ル今之カ一例ヲ舉クレハ我國刑法ニ在テハ何年以下何年以下ト云ヘル如ク各刑期ノ長短アリテ單ニ一年トカ二年トカ云ヘル如ク其刑期ヲ一定セス故ニ適用官ハ被告人ニ科スルニ何ノ刑ヲ以テス可キカニ二ヶ月ノ刑期ヲ科ス可キカ將タ四年ノ刑期ヲ科ス可キカ其標準ハ何ニ因テ之ヲ定ムルヤ是レ必ス立法者ノ執ル所ノ主義ヲ認識シテ其標準ヲ定メサル可ラス即チ立法者ハ此主義ヲ執レルカ故ニ此刑ヲ科ス可シ彼ノ主義ニ基ケルカ故ニ彼ノ刑ヲ施サハル可カラスト云ヘル如ク其

主義ノ如何ニ因テ其刑ノ長短ヲ判別セサルヘカラス故ニ立法者ニシテ純正主義ヲ執ランカ茲ニ一ノ被告人アリテ大ニ社會ノ秩序ヲ紊ルモ其心ハ純正潔白ノ者ナリトセハ可及的輕刑ヲ科セサル可カラス若シ又立法者カ實利主義ニ基ケルトセハ前例被告人ノ如キハ可及的之ヲ嚴罰セサルヘカラス是レ適用官ニ取テ之ヲ研究スルノ必要ナル所以ナリ又講法者ニ取テ必要ナルノ點ヘ若シ我國ノ立法者ノ執レル主義ヨシテ非理不正ノ主義ナランカ則ナ他ノ正實ノ主義ヲ執テ程能ク之ヲ活用シ以テ其弊ヲ矯正セサル可カラス是レ講法者ニ取テ之ヲ研究スルノ必要ナル所以ナリ

然レトモ刑罰權ノ基礎如何ノ問題ヲ決定スルノ前ニ當リ尙一問題ノ討究セサル可カラサルモノアリ凡ソ刑罰ナルモノハ毫末ト雖トモ社會ノ形迹アル以上ハ必スヤ現出シ來ルノ事實アリ然ラハ此刑罰ハ道理ニ適セルヤ否ヤ若シ之ヲ以テ不正不當ノモノト爲ス時ハ現行刑法ハ全ク廢セサル可カラサルニ至ラン是レ第一ニ決ス可キノ問題ナリ

或曰ク社會ハ人ヲ罰スルノ權ナシト此說ハ表面奇怪ナルカ如シト雖トモ亦一

理ナキニ非ス先ツ其理由ノ主タル所ハ元來社會ニ罪人ノ増加スルハ何故ナルカ蓋シ社會カ爲ス可キノ義務ナ盡サ、ルカ故ナリ若シ社會カ盡ス可キノ義務ナ盡スモ尙罪人ノ現出スル時ハ則チ之ヲ罰スルノ權アラン然ルニ已レ先ツ其義務ヲ盡サシテ罪人ヲ捉ヘテ之ヲ罰ス是レ所謂ル暴ナリ若シ夫レ社會ノ義務ナ盡シ即ナ教育ヲ獎勵シテ智育ハ勿論德育ヲモ發達セシメハ竟ニ罪人ノ迹ヲ社會ニ絶ツニ至ランノミ加之刑罰ヲ以テ立法者ノ目的ヲ達セントスルハ猶木ニ縁テ魚ナボムルカ如ク到底其効ヲ奏スルヲ得サルヘシ其故ハ立法者ハ一大主眼トスル所ハ罪人ヲシテ迹失社會ニ絶タシムルニ在リ然ルニ刑罰ヲ以テ此舉ヲ遂ケントスルハ却テ罪人増加ノ媒孽トナランノミ豈ニ之ヲ除去スルヲ得シヤ一例ヲ引テ之ヲ證センニ古來慘酷ナル死刑ヲ目撃セル者ハ自然ニ其慘酷ニ慣レテ死刑ヲ犯スモノ益ス多シト云ヘリ若シモ刑罰ヲ以テ罪人ヲ減少スルコトヲ得ルトセハ竟ニ再犯者無キニ至ル可キ筈ナルニ各國犯罪人ノ統計表ヨ據レバ却テ反對ノ現象ヲ呈出セルヲ以テ見ルモ社會ニ刑罰權ナキヤ益ス明瞭ナリト云フニアリ

此説へ甚々巧妙ナレトモ言フヘクシテ決シテ行ハレサル說ナリ成程論者ノ主張スル如ク能ク其目的ヲ達スルナ得ヘ之ニ過キタルコトバ無カル可キモ斯也現象ハ幾千萬年ノ後ニ非サレハ遭遇ス可カラサル事實ナリ何トナレハ現在社會ノ状勢ヲ觀察スルニ教育ノ周密ナルニ隨ヒ罪ヲ犯スモノ益ス功者ニ赴クノ有様ナレバ教育ノ實功ヲ舉ケンコト極メテ困難ナレバナリ然ラハ刑罰ヘ反對論者ノ言ヘル如ク果シテ罪人ヲ減スルナ得サルカト云フニ決シテ然ラス尤モ犯人ノ統計表面ニ於テハ年々罪人ヲ増加スルノ傾キアルヲ見ルモ人口增加ノ割合ニ比スレハ其數ヲ減少セルニ相違ナシ唯其減少ノ成績ヲ統計表ニ掲載スルナ得サルノミ蓋シ人ノ刑辟ニ陥ルナ見テ自ラ傷然警省スルノ念ハ冥々ノ中ニ存スルモノナリ故ニ刑罰ハ全ク罪人ヲシテ跡ヲ絶タシムルヲ得サルモ亦能ク其數ヲ減少スルノ目的ヲ達スルコトヲ得ルモノナリ

論者又曰ク人ノ善事ヲ爲スハ其性質ニシテ惡事ヲ爲スハ其瘤病ナリ今若シ人ノ脳炎ヲ解剖シテ之ヲ檢スレハ或ハ慘酷ノ性ヲ帶フル者アラン或ハ貪婪ノ性ヲ帶フル者アラン又或ハ慈惠ノ性ヲ帶フル者アラン而シテ慘酷ノ性ヲ帶フル

者ハ必ス人ヲ殺シ貪婪ノ性ヲ帶フル者ハ必ス物ヲ盜ム又慈惠ノ性ヲ帶フル者ハ人ヲ殺サス物ヲ盜マシシテ能ク貰者ヲ恤ミ弱者ヲ恤ケル人ハ健康ノ人ナリ人ヲ殺シ物ヲ盜ムハ疾病ニ罹ル人ナリ今茲ニ處烈刑患者アランニ之ヲ殺サシシテ汲々ト其治療ノ方ヲ求メ疥癬患者アランニ之ヲ人外ニ侮辱セス致シテ其毒ヲ消滅スルノ道ヲ求メシ而シテ獨リ彼腦病患者ニ至テハ之ヲ治スルノ法ヲ講セスシテ却テ刑辟ヲ施シ其性命ヲ絶ツノ道理アランヤト至キハ實事異セバ視セバ御主義ニ一株人ニ丹りヤ文を計ニ處此論ハ一場ノ笑話ニ近シト雖トモ亦醫師ニシテ法學ノ一派ニ通曉セル者ノ熱心ニ辯難セシ所タリ余ハ醫師ニ非サルヲ以テ之ヲ論駁スルノ困難ヲ感スト雖トモ現今ノ醫師ハ斯カル奇説ヲ唱フル者之ナキナ以テ見レハ其論據ノ誤レルヤ明了ナリ縱ヘ其論據ハ正確ナルモノトスルモ論者ハ果シテ其瘤病ヲ療治シ得ルカ余ハ其決シテ能ハサルヲ信スルナリ何ソ刑罰ノ威力ニヨリ罪人ヲ以テ減少セシムルノ效驗アラシムルニ如カシキ會ニ附註セヨ此ノ紙開封ハ木今假リニ社會ニ刑罰ノ權利アリトセハ何故ニ此權利アリヤ又如何ナル主義ノ

權利ナリヤ等ノ問題ニ付議論數派ニ分レタリ其點除々サテ莫同主義天
 (第一說)ハ復讐主義ナリ其說ニ謂ラク古今社會ノ情態ヲ監ミルニ刑罰權ハ本ト
 復讐主義ニ基タルモノナリ蓋シ往古社會ノ幼稚ナ時ニ當リテハ各人他ヨリ害
 ナ受レハ自ラ手ヲ下ダテ之カ復讐ヲ爲セリ世運漸ク發達シ人智漸ク進歩スル
 ニ隨ヒ人々自ラ復讐ヲ行フハ國家ヲ紊亂シ秩序ヲ破壞スルノ惡手段ナルヲ
 覚知シ此權ヲ以テ社會ノ主長ニ委任シ主長ハ各人ニ代リ之ヲ行フコトナレリ
 此說ハ曩キニハ一私人互ニ此權ヲ行ヒ後ニハ主長獨リ此權ヲ行フモ其復讐タ
 ルノ性質ニ至リテハ毫モ異ナル所ナク唯主長カ一私人ニ代リテ之ヲ行フタル
 ロ過キサルナリ此復讐主義ニ因リ社會ニ刑罰アリセリ蓋シ復讐ハ各人天賦
 ノ性ニ非サルモ亦一種ノ情ナリ故ニ此情ニ本ツキ漸次ニ刑罰ノ生出セシモノ
 ベスルモ一概ニ不當トスルヲ得サルカ如シ然レト此說ハ古代ノ說ニシテ今日
 ハ之ヲ採用スルヲ得サルナリ先ツ第一ニ事實ハ論者ノ言ノ如クナルニモセヨ
 昔時復讐ヲ善良ナル主義トスレハトテ今日モ尙ホ其主義ヲ繼襲スヘキニアラ
 ブ若シ昔時採用セシ所ノ事ハ今日モ宜シク之ヲ摹倣スヘシト云ハ、彼ノ亞弗

利加國ノ一地方ノ蠶民ハ能ク人ヲ喰ヒシ故ニ今日モ亦宜シク人ヲ喰フヘシト
 云フニ至ラン第二既ニ此說ヲ主張スル者ノ言ヘルカ如ク復讐ハ人ノ情ナリ其
 天賦ノ情ナルカ故ニ此主義ヲ取リタルモトスレハ刑罰ハ善人ト惡人ヲ撰
 ハス之ヲ罰セサル可カラサルニ至ラン例へハ一人ノ君子アリテ正道ヲ唱ヘン
 ニ此時ノ主長君子ノ說ヲ嫌忌スルトキハ忽ナ之ヲ罪スルニ至ラン是豈ニ刑罰
 ノ本旨ナラシヤ第三此主義ニ基キテ刑罰ヲ規定スルトハ其刑ノ苛酷ニ流ルハ
 必然ノ結果ナリ何トナレハ復讐ハ人々ノ固有セル一種ノ情ナリ苟モ情ニ任ス
 ルトキハ假令ヘ茲ニ人アリテ一拳ヲ吾人ノ頭上ニ加ヘハ吾人ハ其情ノ激昂ス
 ルニ因リ必ス五拳六拳ヲ返打セサレハ止マサル可シト然レト復讐ハ一種ノ情ナ
 僅ニ毫釐ノ物ヲ盜ム者アルモ其極竟ニ犯者ノ性命ヲ絶ツニ至ラン反對論者之
 フ駁シテ曰ク若シ刑罰權ヲ一私人ニ放任スル時ハ或ハ慘酷ノ弊害ヲ釀ス可キ
 モ之ヲ社會ニ委スル以上ハ決シテ此患ナカル可シト然レト復讐ハ一種ノ情ナ
 ルニ相違ナケレハ決シテ一定ノ標準ヲ立ルヲ得ス故ニ罪ヲ犯セシ者ニハ何程
 ノ復讐ヲ爲ス可キカラ定ムル能ハサルナリ若シ又標準ヲ立ルヲ得ルトセハ是

合約主義

レ情ニアラスシテ必ラス情以外ノ者ナリ果シテ然ラヘ刑罰權ノ基礎ハ情ニ非
シテ情以外ノモノナリ情以外ノモノトハ如何ナル物ナルヤト云ヘハ再ヒ本
ノ疑問ニ歸ル故ニ復讐主義ハ何レノ點ヨリ論スルモ其可ナル所アルヲ見ス
(第二説)ハ合約主義ナリ此説分レテ二トナリ二説互ニ其論峰ヲ異ニセリ其第一
ハルーノー氏ノ説ナリ曰ク社會ノ眞面目ハ人々相互ノ關係モナケレハ他ヨリ
社會ヲ組立テ其規則ノ下ニ筈束セラル、コトモナク全ク自由平等ナルモノナ
リ若シ其間ニ毫末ノ關係ヲ生スレハ忽チ葛藤ヲ生シ弱肉強食各人其生ヲ聊ス
ルヲ得サルニ至ラニ是ヲ以テ人々相團集シテ社會ヲ組成シ一箇ノ規則ヲ立テ
、各自ニ之ヲ遵奉シ若シ其規則ニ違反スル時ヘ刑罰ノ制裁ヲ受ク可キ旨ヲ約
束ス是レ社會合約主義ノ起リシ所以ナリ斯クシテ刑罰ハ本ト各人ノ規約ニ成
レルモノナレハ若シ法ニ背キ罪ヲ犯ス者アル時ハ直ナニ其者ヲ捕ヘ之ヲ罰ス
是レ甚タ正當ナリ第二説ハ他ノ學者ノ説ナリ曰ク社會ノ創始ニ當リテハ各人
互ニ防衛權アリ即チ人若シ己レヲ殺サントセハ之ヲ殺シ吾物ヲ盜マントセハ
之ヲ捕ヘルノ權アリ此權利ハ何人モ之ヲ不正ナリト認ムル者ナク今日ト雖ト

モ正當ノ點ヘ之ヲ非理ナル者ト認メサルナリ然レトモ甲乙ヲ問ハス丙丁ヲ論
セス皆此權利ナ有ヌルカ故ニ相互ニ防衛權ヲ濫用シ相殺戮シ相毀傷シ一日ト
シテ平穏ノ時ナキニ至レリ是ニ於テカ各自ニ其權利ヲ放棄シテ之ヲ社會ニ一
任シ社會ハ各人ニ代リテ之ヲ行ラ此ノ如ク社會ハ契約ニ因テ此權利ヲ得タル
モノナルカ故ニ其權利ハ甚タ正當ナリ
先ツルーノー氏ノ説ヨリ駁セニ同氏ハ第一ニ其基本ヲ誤ルモノナリ社會ノ
人民ハ果シテ斯カル契約ナ爲セシヤ否ヤハ漠トノ知ルヲ得ス道理上ヨリ見ル
モ其架空ノ言ニ屬スルヤ明カナリ何トナレハ則チ人間ハ原ト社會ヲ創造スル
ニ非サレハ其生ヲ保ツヲ得ス此理論ハ極メテ深奥ニシテ一場ノ講義ニ盡ス可
キニ非サレハ暫ク之ヲ略ス左レハ決シテ契約ニ因テ社會ノ始マリシモノトス
ルヲ得ス今假リニ一步ヲ譲リ之カ契約アリシモノトスルモ尙此説ニ從フヲ得
ス其故何ニヤ若シ契約ニ因リ各人自由ノ權利ヲ拋棄シテ其子孫マテ違法ノ時
ハ之カ刑罰ヲ受クルコトヲ承諾セリト云フガ果シテ然ラヘ一般人民ハ自然權
ノ一部ヲ割テ之ヲ譲リ渡セシモノト言ハサル可ラズ然ルニ佛國法典ノ下ニ在

テヘ自然権ハ譲リ渡スコトヲ得ストゼリ然フハ假令條件付ト雖モ其子孫ノ
生命財産ヲ擧クテ社會ニ委任スル契約ハ無効ナルヤ言ナ俟タサルナリ且ツ又
之ヲ以テ契約ニ基因スルモノトスレハ若シ一國ノ多數人民カ其刑罰ノ嚴酷ナ
ルヲ厭忌シ之ヲ取消ス可シト云フ時ハ之ヲ廢スルコトモ得可キ道理ナリ果シ
テ然スハ刑罰權へ行フ可カサルコトナリ再ヒ社會ノ秩序ヲ紊亂スルニ至
ラソ豈ニ危殆ナラスヤ

是ヨリ防衛權ヲ駁セソニ元來防衛權ハ正當ナルヤ余モ亦疑ヲ容レス然レト

モ刑罰ヲ以テ防衛權ト爲スニ至リテハ其非ヲ鳴ラサムヲ得ス抑モ防衛權ハ
現ニ切迫セシ焦眉ノ危急ヲ防禦スルニ在リテ刑罰ニアラス刑罰ハ危害ノ切迫
セシトキニ科ス可キモノニ非スシテ危害ノ既ニ去リタル後ニ科ス可キモノナ
レハ刑罰ハ決シテ防衛權ニ非ス既ニ刑罰ハ防衛權ニアラストセハ今日ノ刑罰
モ亦決シテ防衛權ニ基ケルモノト云フ得ス若シ防衛權ニ基ケルモノトスレ
ハ其犯人ハ所爲ハ善事トナク惡事トナク苟モ己ニ害アル以上ハ之ヲ責罰ス
ルニ至リ又其犯人ノ幼者ト發狂者ヲ問ハス之ヲ刑辟ニ陷ル、ニ至ラン然ルニ

社會防衛主義

(第二回)

各國ノ刑法ヲ觀ルニ所謂犯罪人ナル者ハ必ス智識ヲ具フルコトヲ要ス未タ毫
モ是非ヲ判別シ能ハサルモノヲ罰スルノ法アルヲ聞カサルナリ亦以テ此說ノ
取ルニ足ラサルヲ證スヘキナリ

(第三説)ハ社會防衛主義ナリ此説ハ前説ト相類似スルモ刑罰ヲ以テ契約上各人
ノ防衛權ヲ譲リ渡シタルニ起因スルモノナリト爲サヌシテ社會ニハ固有ノ防
衛權アリト爲スモノナリ其言ニ曰ク社會カ犯人ニ對シテ刑罰ヲ施スハ社會ニ
防衛權アルカ放ナリ蓋シ一個人ノ防衛ハ或條件ノ備ハリタルトキニハ吾人カ
權利ノ實行ニシテ正當ノ事タリ然ラヘ則チ一個人相聚リテ組織シタル社會ニ
於テモ亦此權利ヲ有スルコトハ固ヨリ疑フ可キ所ニ非ス決シテ一個人ヨリ讓
リ渡スヲ待テ始メテ之ヲ有スルニアラサルナリ唯社會固有ノ防衛權ハ一個人
ノ防衛權ト其趣ヲ異ニスル所アリ即チ一個人ノ防衛權ハ危害ノ目前ニ切迫シ
タル時ニアラサレハ之ヲ行フコトヲ得スト雖モ社會固有ノ防衛權ハ危害ノ
既ニ去リタル後即チ犯罪ノ結果タル損害ノ成就シタル後ニ於テモ尙ホ之ヲ行

此說モ亦取ルニ足ラサルナリ蓋シ此說ハ彼ノ危害ノ既ニ去リタル後ニ用ユル手段ハ防衛ト謂フ可ラストノ非難ヲ免ル、チ得ヘシト雖トモ然ルニ社會カ刑罰ヲ行フノミニ非スシテ將ニ後來罪ヲ犯サントスル所ノ乙者丙者等ノ如キモノヲモ防衛セント欲スルナリ
此說モ亦取ルニ足ラサルナリ蓋シ此說ハ彼ノ危害ノ既ニ去リタル後ニ用ユル手段ハ防衛ト謂フ可ラストノ非難ヲ免ル、チ得ヘシト雖トモ然ルニ社會カ刑罰ヲ行フノミニ非スシテ將ニ後來罪ヲ犯サントスル所ノ乙者丙者等ノ如キモノヲモ防衛セント欲スルナリ
至リテハ是レ威迫ト防衛ト混同ヅタルモノト言ハサルチ得サルナリ何トナレハ今甲者ヲ罰シ以テ乙者丙者等ノ如キ將ニ後來罪ヲ犯サントスルモノヲ防衛セント欲スルハ是レ威迫ニシテ防衛ニ非サレハナリ所謂防衛ナルモノハ文字ノ示スカ如ク眼前ニ切迫シタル危害ヲ禦クコトヲ云フナリ故ニ危害ノ未タモ假リニ威迫ヲ以テ防衛ナリト爲シ正當ナル手段ナリト爲ストキハ無罪ノ者

實利主義

シテ疑ハサルトキハ縱令甲者ハ無罪ナルモ之ヲ罰セサレハ後來ヲ懲スコトナ得サルヲ以テ甲者即チ無罪ノ人ヲ罰セサルヲ得ス亦之ヲ罰スルモ不可ナキナリ豈ニ此ノ如キノ理アランヤ加之若シ此說ニ從フトキハ其刑罰ハ必ス苛酷ニ流ルニ至ラン何トナレハ威迫ヲ行フニハ其手段ノ愈ヨ嚴酷ナルニ隨ヒ益ス其効驗著大ナルヘケレハナリ

(第四說)へ實利主義ナリ其言ニ曰ク刑罰ハ社會人民ノ最大幸福ヲ守護スルカ爲メニ之ヲ設ケ之ヲ施スモノナリ蓋シ社會ノ一大原則ハ多數人民ノ最大幸福ヲ發達シ維持スルニアリ故ニ多數人民ノ最大幸福ヲ害スルモノアレハ之ヲ罰セキル可ラスト是レベンザム氏ノ主張セシ所ノ說ニシテ極メテ巧妙ナルモノト然レトモ所謂多數人民ノ最大幸福ヲ發達シ保全スルハ果シテ社會ノ一大原則ナルヤ否ヤ是レ既ニ一大疑問ノ存スル所ナリ今假リニ一步ヲ讓リテ此原則ヲ

正當ノ理ノナリト認ム到底此原則ニ據リテ刑法ヲ設定スルコトヲ得サルヘシ何トナレハ幸福即チ利益ナルモノハ時ト處トニ因テ異ナルモノニシテ一定不變ノモノニ非ス例へハ日本國人ノ最大福利ハ必シモ英國人ノ最大福利ニアラス又今日ノ最大福利ハ必シモ數十年前ノ最大福利ニアラス隨テ此說ノ所謂犯罪モ亦一定ナルナ得ス例へハ日本國ニ於テ犯罪トナル可キ所爲モ英國ニ於テハ必シモ犯罪トナルニ非ス數十年前に於テ犯罪タリシ所爲モ今日ニ於テハ必シモ犯罪トナルニ非ス是ヲ以テ實利主義ニ從フトキハ決シテ犯罪ノ種類ヲ一定スルコトヲ得ス隨テ刑罰ヲ一定スルコトヲ得サルナリ又同一ノ所爲ト雖トモ時アリテハ有罪トナリ時アリテハ無罪トナルコトアラン例へハ殺人ハ一人ノ犯罪ナルモ其殺サレタル人々社會ニ生存スルモ害アリテ益ナキ者ナルトキハ之ヲ殺スハ多數人民ノ最大福利ナリ故ニ之ヲ殺シタル者ノ所爲ハ如何ニ兇暴ナルモ之ヲ罰スルコトヲ得サルヘシ之ニ反シテ多數人民ニ利益ヲ與フ可キ場合ニ於テハ無罪ノ者ヲ罰スルモ亦妨ナカルヘキナリ每ニ人ノ引例スルカ如ク虎列刺病患者ノ如キハ之ヲ殺シテ以テ病魔ノ傳染ヲ防クヘ是レ多數人民ノ

純正主義

利益ナルカ故ニ虎列刺病ノ患者ハ宜シク死刑ニ處ス可シト云フニ至ラン果シテ此ノ如クナレハ是非善惡ノ差別ナクシテ罪人モ罪人タラス正人モ正人タルヲ得サルナリ是レ豈ニ正理ナランヤ
 (第五説)ハ純正主義ナリ此説ハ全ク前説ト相反スルモノナリ其言ニ曰ク刑罰ヘ純一ナル正道ニ據リテ之ヲ設ケサル可ラス蓋シ人ハ各自ニ良心ヲ具フルモノナリ故ニ宜シク良心ニ從テ道理ニ適シタル行爲ヲ爲スヘキノ義務ヲ有セリ若シモ一旦道理ニ背反シタル所爲ヲ爲スコトアレハ義ニ於テ宜シク之ヲ雪キ身心ヲ清淨ニスルノ方法ナ施サヘル可ラス而シテ悔悟ノ如キ自發ノ作用モ亦一ノ方法ナル可シト雖トモ其方法ハ此コ止ラズシテ社會モ亦犯人ニ科スルニ適當ノ刑罰ヲ以テシ共其レヲシテ罪惡ナル汚穢ヲ洗滌セシムルノ權利ヲ有スルモノナリ夫レ罪惡ノ社會ニ於ケルハ猶ホ他人ニ對シテ金錢ノ債ヲ負フモノ、必ス之ヲ返済セサル可ラサルカ如シ故ニ社會力犯人ニ刑罰ヲ施スハ即チ其レニシテ社會ニ對シ負フ所ノ債務ヲ辨済セシムルモノト謂フヲ得ヘキナリ然ラハ則ナ罪惡ヲ洗滌セシムルノ方法ハ如何シテ可ナルヤ亦惟犯人ノ負債額即チ其

般論

罪惡ノ巨細漫深ト之カ辨濟類即ナ刑罰ノ輕重大小トノ權衡ヲシテ平均ナラム
 ムコトヲ務メサル可ラス而シテ其權衡ヲシテ平均ナラシメント欲セハ他人
 ノ一肢ヲ切レハ己レモ亦一肢ヲ切ラルヘク他人ノ一目ヲ睹スレハ己レモ亦一
 目ヲ睹セラル可キカ如ク宜シク罪惡ト刑罰トノ狀態程度ヲシテ同シカラシム
 ヘシト云ヘリ
 此說ハ之ヲ前ニ述ヘタル所ノ數說ニ比スレハ洵ニ取ルヘキモノアリテ存セリ
 然レトモ亦竟ニ心服スルヲ得サルナリ蓋シ說者ノ言ヘルカ如ク人ハ各正道ニ
 從フヘキノ義務アラン又正道ニ背反スレハ其罪惡ヲ洗滌スヘキノ義務アラン
 然ルニ社會カ之ニ干涉シ其レヲシテ罪惡ヲ洗滌セシムルノ權利ヲ有スト云フ
 コ至リテハ余未タ其何ノ謂ナルヲ知ラサルナリ何トナレハ我人カ義務ヲ有ス
 ルハ未タ以テ社會カ此權利ヲ有スルコトヲ證スルニ足ラサレハナリ又假令其
 説ナシテ十分ニ社會カ刑罰權ヲ有スル所以ヲ明カニセシムモ尙ホ他ニ困難
 ナ感スルノ點アラン即ナ罪惡ト刑罰トノ權衡ヲシテ平均ナラシメント欲スル
 ノ一事是レナリ蓋シ說者ハ罪惡ヲ洗滌スルヲ以テ刑罰ノ目的ト爲セリ然ルコ

所謂悔悟モ亦罪惡洗滌スヘキ一ノ方法ナルカ故ニ犯人ヲ罰スルニ當リテハ
 先づ悔悟ノ有無ト其深淺トヲ測知セサル可ラス又其他精神上ニ關スル諸件ヲ
 觀察セサル可ラス然ルニ他人ノ心意中ニ立入りテ其真相ヲ洞見スルヘ決シテ
 人力ノ能スヘキ事ニアラサルナリ且說者ノ言ニ從ヘハ刑罰ヲ以テ罪惡ヲ消滅
 スルニ足ルモノト爲スモノ、如シ然レトモ人爲ノ刑罰果シテ能ク罪惡ヲシテ
 消滅セシムルヤ否ヤ余未タ之ヲ信スル能ハサルナリ而シテ本主義ヲ奉スル所
 ノ說者ハ此ノ如キ點ニ付キ何等ノ說明ナモ爲サス是レ余ノ心服スル能ハサル
 所以ナリ

(第六說ハ折衷主義ナリ此主義ハ現ニ我刑法ノ採用シタル所ニシテ當今多數ノ
 贊成者ヲ有スルノ說ナリ此說タル其決定ハ畢竟ニ歸スルモ其立論ハ則ナ同
 シカラサル者アリ請フ逐次之ヲ說示セシ)

第一ニ說ヲ爲スモノアリ曰ク社會ノ刑罰ヲ行フ所以ノモノハ罪惡ヲ以テ社會
 ニ有害ナリトナスカ爲ミニ非ス何トナレハ如何程有害ナリト雖トモ無罪ノ人
 チ罰スルコトヲ得サレハナリ故ニ刑罰ノ基本ハ正義ヲ措テ他ニ之ヲ求ムルチ

純正主義
論文一集

駁論

折衷主義
第二説

此説ノ純正主義ト同シガラムコトハ甚タ明白ナリ然レトモ其社會カ刑罰權ヲ有スル所以ノ理ヲ説明セサルニ至リテハ一ナリ蓋シ無罪ノ人ヲ罰ス可ラキルノ一事ハ未タ以テ有罪ノ人ヲ罰スヘキ所以チ證明スルニ足ラサルナリ況ニヤ社會ノ公益ニ至リテハ刑罰權ノ程度ニ過キスト言フフ見レハ其刑罰權ノ基本ニアラサルバ説者ノ自ラ明言スル所ナリ

或ヘ又説ヲ爲シ人曰ク苟モ人トシテ德性ナ有セサルモノナク智識ナ有セサルモノナク自由ヲ有セサルモノナシ故ニ人善ヲ爲セハ其賞アリ惡ヲ爲セハ其罰アリ啻ニ之ノミナラス又人ハ社會ナ爲サム可ラス社會ヘ人生ニ必要ナルノミナラス人性上缺ク可ラサル義務ナリ何トナレハ人ハ德性ヲ有スルモノナリニ若シ社會ヲ爲サムルトキハ其德ナ養成スルコトヲ得サレハナリ故ニ人ニハ

會ヲ爲スヘキノ義務アリテ存シ社會ニモ亦人ヲシテ社會ニ入ラシムルノ義務アリテ存セリ故ニ社會ヲ爲シテ生活セサル可ラサルノ法則ニ戾リ社會ニ有害ナル行爲ナ爲セハ社會ヘ之ヲ罰スルノ權利ヲ有ス而シテ其之ヲ罰スルハ正道ニ戾リタルカ爲メノミニシテ決シテ將來ノ害惡ヲ豫防センカ爲メニハアラサルナリ

此説ハ稍ヤ社會ニ刑罰權アルノ理ヲ説明シ得タルカ如シト雖トモ其實ハ然ラス此説コ據レハ社會ヲ爲スハ人生養德上ノ義務ナルヲ以テ社會ニモ亦人ヲシテ社會ヲ爲サシムルノ義務アリテ存ス故ニ罪惡ヲ罰スルノ權利アリト云フニ過キス然レトモ是レーノ断定ノミ社會ヲ爲スハ道德上ノ義務ナレハ何ノ故ニ社會ニ刑罰權アリヤ蓋シ人ハ社會ヲ爲サレハ道德ヲ發達スル能ハサルノミナラス時トシテハ生命ヲモ喪フコトアリニ至ル可レハナリ然トモ社會ハ刑罰ヲ使用スルモ尙ホ人ヲシテ社會ニ入ラシムルヲ得ルハ果シテ何等ノ理ニ由ルヤ若シモ道德上ノ義務ナリトノ一事ヲ以テ之カ理由ト爲サハ道德上ノ罪惡ハ總ラ之ヲ罰スルヲ得ヘシ果シテ此ノ如クナレハ則チ彼ノ純正主義ト何ノ異ナ

角
主
義

(第三回) (ナラシ) (ナラシ)

(第七説)へ命令主義ナリ是レ亦折衷主義ノ一派ニ過キス而シテ此説ノ論鋒モ亦
一ナラス

或ハ説ヲ爲シテ曰ク人ノ徳性ヲ有スルハ固ヨリ論ヲ俟タサルナリ故ニ人苟モ
一ノ罪惡ナ爲ストキハ之ヲ洗滌セサル可ラス唯仔細ニ洗滌ノ方法ヲ觀察スル
トキハ其方法ニ區別アルヲ見ルヘシ即チ絕對ノ洗滌ト關係ノ洗滌ト是レナリ
絕對ナル罪惡ノ洗滌ハ上帝ニ賴ルニアラサレハ之ヲ爲スチ得サルチ以テ長逝
ノ後幽界ニ於テ此種ノ洗滌ヲ受クヘキモ關係ナル罪惡ノ洗滌ハ即チ然ラス現
世ニ於テ之ヲ爲スヲ得ルナリ然レトモ他ノ洗滌ノ如ク之カ爲ニ全ク清淨無垢
ト爲ルヲ得ス唯比較上幾分ノ洗滌ヲ爲シ得ルノミニシテ即チ自己ノ悔悟世人
ノ蔑視心中ノ恐怖等ハ是レ此洗滌ノ方法ナリトス然レトモ縱令關係上ノ洗滌
ニモセヨ未タ此等ノ方法ノミナ以テ足レリトセス是ニ於テカ刑罰ナルモノヲ
設ケテ其足ラサル所ヲ補足シ以テ可及的罪惡ヲ洗滌セシム是ヲ刑罰ノ性質ト

ニ属スル何ノ理ニ由ルヤ曰ク一ノ社會アレハ必ス威權ナルモノアリテ之ヲ制御ス試ニ家族ノ小社會ヲ見ヨ父子ノ間ニヘ父權アリ夫婦ノ間ニハ夫權アリ小社會ニシテ既ニ然リ豈ニ獨リ大社會ニ於テ然ラサルノ理アランヤ夫レ社會ハ既ニ威權ヲ有シ隨テ命令ナ爲スノ權利ヲ有ス而シテ命令ナルモノハ苟モ之ニ背戾スル者アレヘ加フルニ制裁ナ以テセサル可ラス若シ加フ可キノ制裁ナケレハ徒令ノミ故ニ社會カ制裁ヲ用ヒ刑罰ナ施スハ正當ニシテ即チ其權利ナリ又或ハ曰ク社會ノ人類ニ缺ク可カラサルハ殆ント確定ノ理ナリ而シテ此社會ヲ維持スルニハ必ス威權ナルモノアルコトヲ要ス若シ此威權ナカラシカ社會ハ四分五裂シテ止マントス然ルニ社會ノ威權ハ命令ヲ爲スノ權ヲ得テ始メテ活動スルヲ得ヘシ刑罰權ハ則チ此命令權ヨリ生シテ之カ實行ヲ確保スルモノ

ニ刑罰ヲ使用スル威權ノ正當ニシテ且制裁ヲ帶有スル命令ノ正當ナルヲ要ス
 然レトモ其正當ナルト否トハ何ニ由リテ之ヲ知ルヤ社會ノ習慣社會ノ思想社會
 ノ請求ニ適應スルモノヲ以テ正當トナシ而シテ其適否ヲ判別スルニハ一二
 道理ニ由ルヘキノミ故ニ道德法ニ戾ラサル限りハ社會ノ秩序上必要ナル事ハ
 皆之ヲ命令スルヲ得ヘシ
 以上ノ所說ハ皆是レ命令主義ニシテ又折衷主義ノ一派ナリ其論鋒整然社會ニ
 刑罰權アル所以ノ理ヲ説キ盡シタルカ如シト雖トモ未タ俄カニ服スルヲ得ス
 第一ニ社會ノ威權アルコトヲ證明センカ爲メニ家族ノ小社會ヲ引例ト爲シダ
 レトモ此一事ノミニテハ其理ヲ究極シタリト云フ可カラス假令小社會ニ威權
 アルハ真ニシテ大社會モ亦同一ナリトスルモ尙ホ刑罰權ノ基本ヲ説明セス蓋
 シ小社會ニ行ハル、所ノ懲戒ト大社會ニ行ハル、所ノ刑罰トハ其性質ヲ異ニ
 ス何トナレハ彼ハ訓誨誘掖ヲ以テ目的トナスモ此ハ之レヲ以テ主要ナル目的
 ト爲サ、レハナリ

第二ニ社會ノ人ヲ罰スルハ命令スルカ故ニシテ其命令スルハ威權ヲ有スルカ

故ナリトノ言ハ誠ニ確言ナリ誰レカ之ニ反對スル者アラン然レ疋未タ刑罰權
 ノ基本ヲ説明セス蓋シ今余輩ノ聞カント欲スル所ハ社會ノ各人ニ命令スルヲ
 得ルハ何ノ理ニ由ルヤ之ヲ換言スレハ命令ハ即チ法律ナリ而シテ法律ニ背反
 スル者アレハ之ヲ罰セサル可カラサルハ余輩ノ既ニ了解スル所ナリ然レヒ社
 會ハ何ノ故ニ此ノ如キ法律ヲ制作スルヲ得ルヤ是レ則チ今余輩ノ研究スル問
 題ナリ故ニ折衷主義ハ問題ヲ解スルニ問題ヲ以スル者ナリ

此ノ如ク諸説ヲ論駁シ去レハ遂ニ刑罰權ニハ何等ノ基本モナキモノ、如シ然
 レヒ尙ホ他ニ一説アリ余ハ之ヲ以テ真正ニ刑罰ノ正當ナルヲ説明シタリト
 信ス請フ之ヲ左ニ述ヘン

(第八説) 社會保存主義ナリ又之ヲ單ニ必要主義ト稱スルヲ得ヘシ夫レ社會ナ
 ルモノ、人類ニ缺ク可ラサルハ今更ニ之ヲ説明スルヲ要セス若シ社會ナカラ
 ンカ人生ノ幸福安寧ハ勿論生命ノ保持德性ノ發達モ得テ期ス可カラス世上百
 般ノ事社會ヲ保存シテ始メテ之ヲ成就スルヲ得ヘシ是ヲ以テ人生ノ生理上道
 德上社會ノ保存ハ實ニ人類ノ社會即ナ吾人ノ義務ニシテ又はレ權利ナリ刑罰

ナルモノへ即チ此社會保存ニ必要ナルヨリ生スルモノナリ且社會カ刑罰ヲ施スハ其權利ナルヲヘ容易ニ之ヲ證明スルヲ得ヘシ吾人各已レヲ保存スルカ爲メニ行害者ニ害ヲ加フルノ正當ナルハ今日復之ヲ疑フ者ナシ然ラヘ則チ各人ヲ以テ組織スル社會モ亦刑罰ヲ以テ加害者ヲ防遏スルノ權利ヲ有スルヤ明カナリ
 ト云フニアラス此ニ至リテ犯罪人ヲ罰スルヲ正當防衛ノ如ク正當ナル理由ヲ明カニセサルヲ得ス今社會カ犯罪人ヲ罰スル所以ハ其過去ニ屬スル犯罪ニヨリテ害ヲ社會ニ加ヘタルカ故ニアラス諸君請フ心ヲ潛メテ犯罪人ハ如何ナルヤヲ考察スヘシ例ヘハ竊盜犯人ハ社會ノ成立上必要缺ク可カラサル所有權ヲ侵ス者ニシテ自ラ之ヲ明言セサルモ其者ハ啻ニ過去ノミナラス現在未來共ニ他人ノ所有權ヲ尊重セサルヤ其過去ノ所爲即チ犯罪ニヨリテ明白ナリ今現在ニ所有權ヲ蔑視シテ社會ヲ攪亂スルコト此ノ如キ者アルニ當リ之ヲ防遏シテ社會ノ保存ヲ圖ル何ノ不正當ナルコトカ之アランヤ

是故ニ制罰權ノ基本ハ一アルノミ社會ノ保存即ナ是レナリ但社會ノ保存ハ道德法ニ於テモ固ヨリ至貴至重ノ原則ナルヲ以テ社會保存ノ必要ヲ基本トシテ刑罰ヲ設タルモ決シテ道徳ト乖離スルコトナシ然レニ直チニ道徳ヲ以テ之カ基本ト爲スニ至リテハ到底人間ノ能クセサル所ナルハ前ニ説キタルカ如シ以上ニテ刑罰權ノ基本ニ關スル問題ヲ講シ畢リタリ以下直チニ刑法ノ明文ニ就テ講究スヘキ筈ナレニ尙ホ一事ノ茲ニ説カサル可カラサルモノアリ刑法適

刑法適用
ノ範囲
付キ三問

第一問

用ノ範囲即チ是レナリ
刑法適用ノ範囲ヲ講スルニ當リ先ツ刑法ハ如何ナル所爲ニ適用スルヲ得ルヤ
チ說カサルヲ得ス然レトモ是レ我刑法ニ細定スル所ナレハ之ヲ後日ニ譲リ今
ハ只左ノ三問題ニ就テ其大概ヲ說カシム
第一問刑法ハ如何ナル處ニ適用スルヲ得ルヤ
第二問刑法ハ如何ナル人ニ適用スルヲ得ルヤ
第三問刑法ハ如何ナル時ニ適用スルヲ得ルヤ
此問題ニ關シテハ刑法草案中ニ明文アリタレトモ第一問及ヒ第二問ニ付テハ
修正ノ際之ヲ削除シタルヲ以テ現行ノ刑法ニハ明文アルコトナシ
第一問刑法ハ如何ナル處ニ適用スルヲ得ルヤ
刑罰權ノ基本上ヨリ論スルモ刑法ハ本來社會保存ノ爲メニ制定スルモノナル
ヲ以テ其社會ニノミ適用シ得ルモ他ノ社會ニ及ホスト得ス故ニ日本ノ社會ヲ
保存センカ爲メニ之ヲ設ケタルハ日本ニノミ之ヲ適用スルヲ得ヘシ特ニ成文
法ニ至リテハ一國主權ノ及フ處ニ限ラサルヲ得ス是ヲ以テ日本國主權ノ行ハ

ル、處即チ日本ノ領地内ニアラサレハ適用スルヲ得ス
然ルニ領地へ學問上之ヲ區別シテ二種トナスヘシ現實ノ領地ト假定ノ領地ト
即チ是レナリ日本國現實ノ領地トハ日本主權者ノ支配スル所ノ土地ニシテ本
州四國九州北海道千島琉球其他ノ島嶼ヲモ包含ス

假定ノ領地ニ三種アリ近海艦船及ヒ占領地ノ三ツノモノ即チ是ナリ
第一近海洋海ハ元來世界ノ共有ニシテ何レノ國ニモ屬セス古人曾々云ヘル
コトアリ縱合海面ニ經界線ヲ畫スルモ波濤一帯ニ至レハ忽ナ初ニ還リテ復タ
其形跡ヲ見ルコトヲ得ス蓋シ何レノ國ト雖トモ洋海ニハ主權ヲ行フ能ハサル
ノ謂ナリ且ヤ洋海ハ各國交通ノ道路ナリ道路ノ公共ニ屬スルハ普通ノ道理ニ
アラスヤ然レトモ此論ヲ適用シテ毫モ假借セサレハ各邦國ニ取リテ甚タ危險
ナルコトアルヘシ何トナレハ外國ノ軍艦自由ニ領地ニ接着スルヲ得ルトセハ
各國ハ何ヲ以テカ其獨立安寧ヲ保持スルヲ得ンヤ例へハ我國將サニ外國ト戰
端ヲ開カントスルニ敵國ノ軍艦品川灣ヲ占領スルモ之ヲ拒絕スルヲ得サレハ
其危險最モ恐ル可シ故ニ國際法ニ於テ領地ニ沿フタル海上ノ幾部ヲ以テ領分

トナス而シテ其限界ハ海岸ヨリ世界中最モ遠キ距離ニ達スル大砲ノ彈丸カ到達スル處ナリトス。第一軍艦ノ領地ト見做スヘキハ勿論外國ノ假定領地即ナ港灣沿海ニ在ルトヤト雖トモ又自國ノ領地ト見做サル可ラス曰ク軍艦曰ク商船第二艦船。艦船ヲ分ツテ又二ト爲サル可ラス曰ク軍艦曰ク商船艦ハ一國主權ノ一部ヲ帶有シ軍事ノ機密ヲ齎載スルモノナルカ故ニ之ヲ不羈獨立他人ノ控制ヲ受ケサルコト領地ノ如クスルハ各自間ノ通義ナリトキハ英法佛律ノ支配ヲ受クヘシ然レトモ若シ大洋中ニ在ルカ海洋ハ何レノ邦國ニモ屬セサルナ以テ船籍國ノ法律ニ從ハシメサレハ他ニ途アルコトナ其居ル處ノ國法ニ服從セサル可カラス故ニ我商船ニシテ英佛ノ港灣内ニ在ル佛國ニ於テハ其港灣ニ在ル外國ノ商船ト雖トモ或場合ニハ佛國刑法ヲ以テ問ハサルコトアリ即ナ條件ヲ具備スル場合是レナリ(第一)犯罪ハ港灣内ニ生シテ

陸上ニアラヌ(第二)犯罪人ハ其商船ノ乗組人ナリ(第三)被害者モ亦其商船ノ乗組人ナリ(第四)其犯罪ニヨリテ港灣内ノ公安ヲ擾亂サレス(第五)其犯罪ノ捜査審究ヲ請求サレス蓋シ此五條件ヲ具備シタル場合ニハ之レヲ拋擲スルモ主權ヲ害スルコナケレハナリ

第三占領 是レ亦二個ノ區別ヲ爲スヲ要ス第一敵國ニ勝テ其領地内ニ入り一時占領ヲ爲シタルトキハ未タ我領地ト爲シタルニアラスト雖トモ假定ノ領地トナシテ一切ノ主權ヲ行フヘシ是レ我軍事上其他住民ノ利益上此ノ如クセサルヲ得ス第二敵國ト戰フニ當リ路ヲ同盟國ニ借リ其領地内ニ兵ヲ屯スルコトアリ此ノ如キ場合ニハ其軍人ヲ支配スルニ自國ノ軍律ヲ以テス然レトモ敢テトモ今之レヲ研究スルハ決シテ無用ニアラサルナリ

刑法ハ其性質上土地ニ關スル規則ナリトノ一言ハ今日殆ント之ヲ爭フ者ナシ
故ニ其土地ニ住スル總テノ人民ニ之ヲ適用スルヲ得是レチ以テ日本領地内ニ
在テハ適ニ日本臣民ノ犯罪ノミナラス外國人ノ犯罪ト雖トモ悉ク日本刑法ノ
支配ヲ受ケサル可カラサルハ理ノ當然ナリ余カ前回ニ陳ヘタル刑罰權ノ基本
ヨリ觀察スルモ此ノ如ク決定セサルヲ得ス夫レ刑罰ハ社會ヲ保存スルノ必要
ヨリ之ヲ行フナリ然ラヘ則ナ社會ノ保存ニ妨害ヲ來スヘキ事アラハ之ヲ罰ス
ルニ於テ何ソ犯罪人ノ日本臣民タルトヲ問フヲ要センヤ被害
者ニ至リテモ亦然リ假令其者我臣民ニアラスシテ外國人ナリトスルモ我日
本ノ社會ニ擾亂ヲ生スルコト同一ナレハ常ニ我刑法ヲ以テ之ヲ罰スルヲ要
ス

刑法ノ日本領地内ニ在ル者ニ對シテハ總テ之ヲ適用スヘキハ上來説明シタル
カ如シ然レトモ之レカ例外ナシトセス即ナ帝王是レナリ帝王ニ過惡ナシトハ
萬古勳ス可ラサル格言ナリ尙ホ茲ニ一問題アリ即ナ外國公使ノ犯罪ハ日本ノ
刑法ヲ以テ之ヲ罰スルヲ得ルヤ否ヤノ問題是ナリ

夫レ果シテ我刑法ヲ以テ外國公使ヲ罰スルヲ得ルヤ否ヤ洵ニ疑フ可キノ問題
ナリ而シテ或論者ハ以爲ラク之ヲ罰スルヲ得ヘント是レ過激ノ言タルヲ免レ
ス何トナレハ公使ハ自國ノ命ヲ奉スル者ナレハ如何ナル秘密ノ事ヲ爲サムル
可ラサルヤ知リ難シ故ニ宜ク日本ノ羈絆外ニ獨立ス可キナリ然ルニ若シ或刑
法ヲ以テ之ヲ罰スルヲ得ルトセハ公使ハ自國ノ主權ヲ全フスルヲ得サレバナリ
論者又曰ク日本ノ羈絆外ニ獨立メ自國ノ主權ヲ保ツチ得ルハ正當ノ地位ニ立
ツ時ニ在リ苟モ我國ニ於テ罪ヲ犯スコアレハ決シテ正當ノ地位ニ立ツモノト
言フ可ラス既ニ正當ノ地位ヲ去ルキハ隨テ獨立ノ特權ヲ失フヲ以テ日本ノ法
律ノ下ニ服從スヘキハ當然ナリト此說モ亦取ル可ラス蓋シ此ノ如ク決定スル
時ハ内國ト外國ト間滑ニ交際スルヲ得ス又假令約定ニ於テ此ノ如キ處分ヲ許
ストスルモ甚タ危險ナリ何トナレハ今英國カ日本ニ對シ秘密ヲ要スル事アリ
トセソニ若シ日本ニテ之ヲ疑ヒ其事ヲ發見セント欲セハ英國公使ヲ以テ犯罪
者ト爲セハ足レリ即ナ公使ハ罪ヲ犯セリトテ其家宅ヲ搜索シ又公使ヲ審問ス
ル等ノ處分ヲ爲セハ容易ニ其事ヲ發見スルヲ得ヘシ故ニ若シ日本刑法ヲ以テ

公使ヲ罰スルヲ得ルトスレハ間接ニ外國公使ノ不羈獨立ヲ破ルニ至ラシ且夫
レ公使ノ主權ヲ負荷スルハ原則ナリ故ニ英國公使ノ犯罪ハ即チ英國皇帝ノ犯
罪ナリ彼ノ皇帝ノ犯罪ハ我皇帝ニ於テ之ヲ罰スルヲ得ルカ是レ平人カ平人
對スルト同シク皇帝カ皇帝ニ罰ヲ加フルヲ得サルハ明ナリ故ニ之ヲ道理ニ質
スモ之ヲ實際ニ考フルモ外國公使ハ我刑法ヲ以テ罰スルヲ得サルナリ
論者又曰ク成程公使ノ家宅ヲ搜索スル等ノ處分ヲ爲セハ則チ大ナル不都合ア
ラン故ニ日本治罪法ハ適用スヘカラストスルモ刑法ニ至リテハ之ヲ適用セサ
ルヘカラスト然レニ既ニ治罪法ヲ以テ適用スヘカラスト爲セハ刑法モ亦適用
スヘカラス何トナレハ刑法ト治罪法トヲ區別スルノ理ハ毫モ之レナケンハナ
リ佛國ニ於テモ其刑法ヲ外國公使ニ適用スルヲ得スト爲スノ說多數ヲ占有セ
リ然レニ若シ犯人即チ公使ヲ日本國內ニ居住セシムル時ハ大ニ日本ノ安寧ヲ
害スル場合ニハ宜シク之ヲ日本國外ニ放逐スヘキナリ
論者又曰ク他ノ犯罪ハ我刑法ヲ適用スルヲ得ストスルモ彼ノ國事犯ノ如キ一
國ノ安危ニ關スル罪ヲ犯セシ時ハ必ラス我刑法ニ據リテ之ヲ罰セサルヘカラ

斯否ラサレバ日本ノ爲メニ甚タ危險ナリト此說モ亦非ナリ何トナレハ縱令其
罪ハ國事犯ナルモ苟モ我刑法ヲ以テ之ヲ罰スレハ則チ凡テ公使ハ不羈獨立ナ
リト云フ原則ニ違ヘハナリ故ニ若シ外國公使カ日本内ニ於テ日本政府ヲ顕覆
セント謀ル時ハ直ニ其本國ヘ逐還スヘシ而シテ其本國皇帝ハ之ヲ罰スヘキモ
之ヲ罰セス却テ之ヲ稱譽スレハ是レ其皇帝ハ教唆者ナリ若シ其教唆者タル皇
帝ヲ罰スルヲ得ルトセバ則チ亦公使ヲ罰スルヲ得ルモ前ニ述ヘタルカ如ク主
權者ハ之ヲ罰スルヲ得サルト同時ニ亦公使ヲ罰スルヲ得サルナリ故ニ此場合
ニハ戰端ヲ開クノ外ナキナリ大ニテ日本ノ國事犯ヲ外國公使ニ及ハス
之ヲ要スルニ外國公使ハ如何ナル所爲ヲ爲スモ之ヲ罰スルヲ得ス然ニ此特權
ヲ有スルハ特ニ公使ニ限ルモノニシテ公使ノ僕婢ノ如キニ至テハ苟モ罪ヲ犯ス
而アレハ必ス之ヲ罰セサルヘカラス否ラサレハ公使館ハ恐ク日本惡徒ヲ集
合所トナランノミ斯言大ニ日本人民我國ニ於テ亞細亞諸邦其皆ニハ日本
此ノ如ク述ヘ來レハ日本刑法ハ公使ノ如キ例外ヲ除クノ外其土地ニ住ヌル者
ハ何人ヲ問ハズ總テ之ヲ適用スルヲ得ヘキモ之以テ土地ニ關スル刑法ナリ小言

地刑法ハ人土
法律及ヒ人土
スル

大日本帝国憲法
民國公事ハ關稅
關稅事務ハ關稅
關稅事務ハ關稅

フルキモ、如シ而シテ刑法ノ性質ハ全ク土地ニ關スル法律ナムカ又ハ人ニ
關スル法律ナルカヲ研究セサルハ未タ全ク第一及ヒ第二ノ範圍ヲ説キ蓋セリ
ト云フヲ得ス之ヲ換言スレハ日本人カ外國ニ於テ犯罪アル時ハ其者ニハ日本
刑法ヲ適用スルヲ得ルカ若シ適用スルヲ得ルトセハ刑法ハ土地及ヒ人ニ關ス
ル法律ト云ハサルヘカラス此點ニ付キ議論一オラスナミ至マベ資半罪モ底
刑法ハ土地ニ關シテ人ニ關セスト云フ論者ノ説ニ由レハ第一刑法ハ三九性質
ヲ有スルヲ得ス故ニ土地ニ關スルモノトスレハ人ニ關スルモノトスルヲ得ス
又人ニ關スルモノトスレハ土地ニ罰スルモノトスルヲ得ス第二何人ト雖也一
所爲ニ付メハ一回ヨリ以上刑罰ヲ加フルヲ得サルハ毫モ疑ヒナキ所ナリ故ニ
若シ日本人カ支那ニテ罪ヲ犯セル場合ニハ日本刑法ト支那刑法トヲ適用シテ
二回之ヲ罰スルヲ得ヌ然ラバ則チ日支孰レノ法律ニ據ルヘキカト云フニ支
那刑法ニ據ルヘキハ勿論ナリ何トナレハ尤モ多ク罪ヲ被リタル社會ハ支那ナ
レハナリ第三天ニ二日ナキカ如ク國ニ二主アルトナシ然ルニ若シ支那ニ於テ
罪ヲ犯セシ者ヲ一旦支那刑法ニ據リテ之ヲ罰シ再ヒ日本刑法ニ據リテ之ヲ罰

スル片ハ猶ホ支那國ニ二主アリト云フ如キ不道理ヲ生スヘシ故ニ支那ニ於テ
罪ヲ犯スキハ日本法ニテ之ヲ罰スルヲ得ス加之日本國ニテ用ユル法律ハ性法
ニ因レルカ又ハ日本社會ノ意思ヲ發表シテ作レルカノニ二途ヲ出オス若シ其源
ヲ性法ニ酌メルモノトスレハ性法ハ何レノ國ニモ存在スルモノナルニテ支
那國ニテ罪ヲ犯スモノアレハ支那法ニテ之ヲ罰セハ十分ナリ若シ又日本社會
ノ意思ヲ發表セルモノトスレハ支那國ニ於テ罪ヲ犯スモノアルモ日本ニテ
何等ノ痛痒ヲ感スルトナシ故ニ日本法ヲ以テ之ヲ罰スルヲ得ス何レノ點ヨリ
見附モ外國ニテ罪ヲ犯スモノハ日本刑法ニ因リテ之ヲ罰スルヲ得ス即テ刑法
ハ土地ノミニ關スルモノナリト

此說一理アル如ジ然レハ刑法ハ決シテ二性質ヲ兼有スルヲ得スト云フハ虛妄
ナリ是レ審ニ刑法メミナラス彼ノ婚姻ノ如キモ土地ト人トニ關スル性質ヲ有
ス其他人身ニ關スル法律ハ大概土地ト人ニ關スル性質ヲ有スルハ普通ナリ若シ
夫レニ性質ヲ兼有スルヲ得スト云ヘル正當メ理由アル片ハ格別ナルモ然ラサ
ル以上ハ此說取ルニ足ラサルナリ且又論者ハ日本人支那國ニテ罪ヲ犯スキハ

日本刑法ト支那刑法ニ二度罰スルヲ得スト云フモ精密ニ道理上ヨリ解スル時ハ日本ニ在テハ日本ヲ保護スル爲メニ之ヲ罰シ支那ニ於テモ其國ヲ保護スル爲メニ之ヲ罰セサルヘカラズ然リ而シテ二度之ヲ罰セサルハ唯其刑ノ過重トナルカ故ナリ要スルニ日本支那共ニ罰權アリ故ニ若シ二國中一國キヲ罰ストシトセハ最初裁判ニ着手セル國ノ刑法ニテ罰スルハ至當ナリ此答辯ハ第三及び第四ノ理由ニテ之ヲ適用スルヲ得ヘシ

又他ノ點ヨリ觀察スルモ日本人民ハ原上日本刑法ノ保護ヲ受クルモノナリ既ニ日本刑法ノ保護ノ下ニ接息スルモノトスレハ則チ亦日本刑法ニ遵フノ義務アルモノナリ故ニ日本ニ住セスシテ外國ニ住スル時ト雖モ此義務ハ遵守セサルヘカラス若シ之ヲ遵守スルノ義務ナシトスレハ大ニ弊害ヲ釈出スヘシ日本ニハ此トナキモ歐州大陸ニ於テハ必ス生ス例ヘハ甲國ノ人カ刀劍ノ切味ヲ試ミント欲シ乙國ニテ人ヲ斬リ而シテ甲國ヘ歸ルキハ最早其人ヲ罰スヘカラサルニ至ラン此事ハ實際佛國ニ於テ現出セシヲ以テ當時佛國ニ於テハ外國ニ犯罪ヲ爲セシ者ト雖モ尙佛國刑法ニ據リテ處斷スヘキモノトセリ然ラハ則チ

外國ニ於テ罪ヲ犯シ而シテ本國へ歸來セシ者ハ如何ナル方法ニ因リテ之ヲ罰スルカ此事ニ付テハ日本人ト外國人ト區別シテ之ヲ論セサルヘカラス日本刑法草案ニ在テハ日本人外國ニ於テ罰ヲ犯セハ如何ナル方法ニ因テ罰スルカヲ規定セリ佛國モ亦種々ノ沿革ヲ經由シテ此事ヲ規定スルニ至レリ蓋シ此處分法ハ尤モ善良ナル方法ナリ即チ我刑法草案ノ規定ニ因レハ日本入カ外國ニ於テ犯罪ヲ爲セシ片ハ重罪ト輕罪トヲ區別シ稍其處分法ヲ異ニセリ

先ツ重罪ニ付テ之ヲ言ハシニ重罪ヲ犯スモノアレハ直ニ我刑法ニテ之ヲ罰スルヲ得ルヤト云フニ外國ニ於テ未タ確定裁判ヲ經サル罪ニ非サレハ之ヲ罰スルヲ得ス此理由ハ上段ニ述ヘタル議論ニ由ア明瞭ナリ又次ニハ其犯罪人カ日本ヘ歸リ來ルカ又ハ外國ヨリ交附ヲ受クルヲ要ス其然ル所以ハ日本ニ於テ其犯罪人ヲ責罰スルノ權アルモ日本ヨリ豫審判事ナ外國ヘ派遣シ其レヲシテ日本ノ主權ヲ行ハシムルヲ得サルト又日本ヘ歸リ來ラサル以上ハ左程甚シキ害ナキトニ由ル尤モ外國ニ於テ彈薬ヲ買入レ又バ我國ノ貨幣ヲ偽造シ若クハ變造スルカ如キ國家ノ安寧ヲ妨クル場合ハ大ニ我國ニ害アルカ如シ此場合ニハ

行使者ヲ罰スレバ其害ヲ止ムルヲ得ヘシ佛國ニ於テハ一已人ニ對スル重罪ト國家ニ對スル重罪ニ付各其條件ヲ異ニセリ然而放火罪殺人罪ノ如キハ縱令國家ニ關セサル重罪ナルモ右二條件ヲ具備スル時ハ之ヲ罰スルヲ以テ至當ト爲ス可キオ信スルナリ
輕罪ニ付テ日本人カ外國ニ於テ其罪ヲ犯ス時ハ之ヲ懲罰ズ然レバ重罪ト其條件ヲ異ニセリ其異ナル條件ノ第一ハ其犯シタル輕罪トノ間ニ其條件ノ差異アル所以ノルモノナルヲ要ス第二外國ノ被害者若クハ政府ヨリ告訴告發アルヲ要ス第三犯罪人ノ歸來スルカ若クハ交付ヲ受タルカヲ要ス第四未タ確定裁判ヲ經ずモノナルヲ要スレナリ蓋シ重罪ト輕罪トノ間ニ其條件ノ差異アル所以ノモノハ輕罪中ニハ國家ノ安寧ニ關スル如キ重大ナラサルモノアルヲ以テ國ヨリ或ハ之ヲ罰シ或ハ之ヲ罰セサルコアルヘシ故ニ此ノ如ク多クノ條件ヲ具備スルニアラサレハ之ヲ罰スルヲ得スト爲シタルナリ
外國人カ外國ニ於テ罪ヲ犯ス時ハ日本刑法ヲ以テ之ヲ罰スヘキカ曰ク罰斯ムカラサルヲ原則トス何トナレハ外國人カ外國ニ於テ罪ヲ犯スモ之カ爲メ毫モ

日本ニ痛痒ヲ感スルナク且外國人ハ日本法律ニ從フノ義務ナケレハナリ然ルニ外國人カ外國ニ於テ日本人ニ害ヲ加ヘタル時ハ如何佛國ニテハ此場合ニ其犯人ヲ罰スベキモノトセリ何トナレハ本國社會ノ一人害ヲ被ムル時ハ其害ヲ防衛シテ社會ナ保護スルノ必要アレハナリ然レドモ加害者タル外國人ノ日本ヘ渡來セサルトキハ日本ニ於テ之ヲ罰スルノ必要ナシ只日本ヘ渡來セシトキ之ヲ罰スルハ今云ヘル如ク其者ハ嘗テ人ヲ殺セルカ故ニ若シ之ヲ罰セサレハ再ヒ人ヲ殺スノ危險アルヲ以テナリ故ニ外國人カ日本人ニ害ヲ加ヘ且ツ日本ヘ渡來セシトキハ日本刑法ヲ適用スヘキナリ
又外國人カ佛國ニ於テ日本國ノ安寧ニ關スル罪ヲ犯ス時ハ右ノ場合ヨリモ一層罰スヘキノ必要アルナリ何トナレハ其犯罪者カ日本ニ渡來セサルニ先ツテ之ヲ防衛スルノ必要ナ生スレバナリ然レバ悲ム可キハ日本國ノ主權ハ之ヲ外國ニ及ボズヲ得ス故ニ此ノ如キ犯人も亦日本ヘ渡來セサレハ之ヲ罰スルヲ得ス蓋シ日本ヘ渡來セシハ其圖謀ヲ實行セントスルニ在ルヤ明カナレハナリ(交付ヲ受ケタル時ハ格別故ニ外國人カ外國ニ於テ日本ノ安寧ニ關スル罪ヲ犯シ

日本へ渡來セシ時ハ之ヲ懲罰ス(日本刑法草案第八條)。在テ罪ヲ犯セル者ノミナラス外國ニ
以上述フル所ニ因レハ刑法ハ日本國內ニ於テ罪ヲ犯セル者ノミナラス外國ニ
在テ罪ヲ犯セル者ニ對シテモ亦之ヲ適用シ得ル場合アリ之ニ反シテ日本國內
ニテモ或犯人ニ適用スルヲ得サル場合アリ軍人軍屬是ナリ日本刑法ハ日本全
般ニ之ヲ行フ故ニ苟クモ日本國內ニ於テ日本刑法ニ違背セル犯罪人ハ何人ヲ
問ハス之ヲ責罰スルハ原則ナリ然ルニ陸軍刑法第十四條ニ因レハ此刑法ノ罪
ヲ犯シ人ヲ殺傷スル者ハ普通刑法第三編第一章ニ照シ重キニ從テ處斷ス但シ
此刑法ニ特例アル者ハ此限ニアラストアリ故ニ軍人軍屬ハ縱令刑法ノ規定ヲ
破ルモ之ヲ適用スルコトヲ得ス茲ニ注意スヘキハ刑法第四條ニ此刑法ハ陸海
軍ニ關スル法律ヲ以テ論スヘキモノニ適用スルコトヲ得ストアルハ今予カ云ヘ
ル例外ノ事ナ云フニ非スシテ陸海軍刑法ハ多ク刑法ニ規定セサルコトヲ規定セ
リ故ニ軍人軍屬ニ適用スヘキハ當然ナリ而カモ陸軍刑法第十四條ノ但書アル
カ爲メニ刑法ニテ支配スヘキモノニ支配スルヲ得サルコトナレリ(海刑第五條參
看)

然ラハ則チ軍人トハ如何ナル人ヲ云フヤ曰ク兵卒將官ハ勿論其他海陸軍刑法
ヲ適用スルノ必要アル者ハ總テ軍人ナリ此軍人ノ爲メニ特ニ陸海軍刑法ヲ規
定セシ所以ノモノハ軍人ハ一國ノ治安ヲ維持スル爲メ必須缺クヘカラザル機
關ニシテ此機關ヲ有効ニ運用セントスルニハ嚴重ナル法則ヲ設ケテ其下ニ服
從セシメサルヲ得ス是レ此特別ノ規定ヲ要スル所以ナリ又裁判管轄及ヒ訴訟
手續ヨリ云ヘハ尤モ此特別ナル規定ノ必要ヲ感スルナリ今普通ノ裁判官ニシ
テ軍人社會ノ權限等ヲ熟知スルトキハ則チ普通刑法ヲ適用スルヲ得ルモ大抵ハ
之ヲ知ルモノ少シ故ニ軍將ヲシテ之ヲ懲罰セシム是レ亦治罪法ノ規定ヲ異ニ
スル所ナリ要スルニ陸海軍刑法ノ下ニ服從ス可キモノハ軍人ノミ而シテ其軍
人ナルモノハ則チ其嚴法ノ下ニ服從スヘキ誓ヲ立テタル者ナリ此誓ヲ立テサ
ル者ハ斯カル嚴法ヲ遵守スヘキ責務ナキヲ以テ普通刑法ノ支配ヲ受クルモノ
トス人

第三、刑法ハ如何ナル時ニ適用スルヲ得ル乎(日本モ示大義威セ)
刑法ハ大ニ民法ト異ナリ民法ハ單ニ一己人相互ノ關係ヲ規定スルモ止マルモ

何法ハ如
ナル時
カルニ適用ス
ヲ得ル
タリヲ設第二
理由

刑法ハ社會ト一已人トノ關係ナ規定スルモノナルカ故ニ隨テ又其所爲ヲ定メ
タリ之ヲ平易ニ言ヘハ刑法ハ猶ホ人、民ニ向テ凡テハ行狀ノ手本ヲ示スカ如シ
故ニ人民ニシテ立法者、記載シタル手本ヲ摸範トシテ動クトキハ則チ罪辟ニ陷
ラサルモ若シ其手本ニ違反スルトキハ直ニ罪人トナルヘシ左レハ手本ハ明
晰且ツ確實ノ者ナラサルヘカラス否ラサレハ一般人民ノ爲メニ極メア不幸ナ
リ蓋シ道德上ノ惡事ノ如キハ大概人ノ知悉スル所ナリ然ルニ刑法ハ凡テ道德
上ノ惡事ヲ以テ惡事ト爲サス唯之ヲ禁遇セサレハ社會ヲ保存シ得サル所爲ノ
ミヲ惡事トシテ之ヲ示スモノナリ此事ハ禁シ此事ハ禁セスト云フハ悉ク之
ヲ人民ニ放任スルヲ得ス又之ヲ放任スルモ人民ハ之ヲ識別スルヲ能ハサルヘ
シ之ヲモ顧ミスシテ汝ハ罪アリ故ニ罰スト云ヒ直ニ其者ヲ刑辟ニ陥レノカ
社會中罪人タラサル者殆ント之レナキニ至ラシ故ニ刑法ハ人民ニ示セル事柄
ミアラサル以上ハ縱令ヒ如何ナル所爲ト雖凡之ヲ罰スルヲ得ス人民ニ公示シテ
後始メテ其違反者ヲ罰スルヲ得ヘキノミ是レ刑法第二條ニ於テ「法律ニ正條ナ
キ者ハ何等ノ所爲ト雖トモ之ヲ罰スル」ヲ得ス」ト明言シタル所以ナリ

夫レ此ノ如ク人民ハ刑法ニ示シタルヨリ以外ノ事ハ如何ナル事ト雖凡自由ニ
之ヲ爲スノ權アリ故ニ明治十五年前即チ未タ刑法ノ頒布アラサル以前ニ盜罪
ヲ犯シ而シテ當時刑ニ於テ之ヲ禁セサル時ハ則チ其者ニ既得權ヲ生ス民法上
ハ格別是レ刑法第三條ノ規定アル所以ナリ曰ク法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ
及ホスコトヲ得スト今此第三條ヲ明カニ了解セントスルニハ左ノ三項ニ分テ
之ヲ說カサルヘカラス

一本案ニ關スル法律トハ連絡ニ亘ベテ眞善ニ良惡ニ眞惡ニ良善ニ連絡ニ亘
二法式ニ關スル法律トハ連絡ニ亘ベテ眞善ニ良惡ニ眞惡ニ良善ニ連絡ニ亘
三經時効ニ關スル法律トハ連絡ニ亘ベテ眞善ニ良惡ニ眞惡ニ良善ニ連絡ニ亘

右三項ニ付第三條第一項ハ如何ナル方法ニ適用スヘキヤ逐次之ヲ論辨セント
ス

此法律ニ付テハ種々ノ場合チ生ス此類ハ種々ノ場合チ生ス此類ハ種々ノ場合チ生ス
(其)舊法ハ罰セス新法ニア罰スル場合此場合ハ第三條第一項ノ正面ニ當ダ

ル即新法ニ因リテ之ヲ罰スルヲ得ス。此後各ノ罪ニ適用シテ、前項ノ正面向て據り舊法ヲ適用ス。其故ハ法律ハ頒布以前ノ犯罪ニ及スヲ得サルモ舊法ニ於テ斯ル所爲ヲナス者ハ斯々ノ罪トスル旨ヲ規定セルカ故ニ其罪ヲ罰スルハ決シテ不正ニ非サレハナリ。然ルハ是レ第三條第二項若シ所犯頒布以前ニ在テ未タ判決ヲ經サル者既往ニ溯ルハ是レ新法輕キ場合、例へハ舊法ハ三月以上四年以下ノ懲役ニ處シ新法ハ二月以上二年以下ノ重禁錮ニ處スト。規定アル件ハ第三條第一項ノ正面ニ當ラス且犯人ハ既得權ヲ有セリ。其既得權ヲ有スルニモ拘ハラス。新法ノ効力既往ニ溯ルハ是レ新法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷スト。アルニ由リテ然ルナリ。抑モ此場合ハ重キ舊法ニ因テ之ヲ罰スルモ犯人ハ何等ノ苦情ヲ鳴ラスヲ得ス。何トナレハ其重キ刑罰アルヲ知リテ其罪ヲ犯セハナリ。然ルニ舊法ニ因リテ之ヲ罰セサル所以シモノハ何ソヤ。曰ク元來刑ハ必要アリテ之ヲ規定シ而シテ其必要ヲ十分セントスルニハ刑ノ程度ヲ定メテ其犯罪ヲ防遏セシメサル可ラス之ヲ防遏スル事ハ

則チ犯罪ノ利益ト比準シ其利益ヨリ加重ノ刑罰ヲ加ヘサル可ラス故ニ舊法ニ在テハ三月以上四年以下ノ懲役ニ處スルニ非サレハ犯罪ノ利益ヲ失ハシムモノ得サルモノトナシタリ。然ルニ立法者ハ舊法ノ刑ヲ以テ重キニ失スルモノト爲シ之ヲ改正シテ新法ヲ定メ。二月以上二年以下ノ重禁錮ニ處スレハ足レリト爲シタリ。此場合ニハ既ニ舊法ノ刑必要ヲ去リタルモノナリ。其必要ナキニモ關セス尙ホ舊法ノ刑ヲ科セントスル是レ不正ナリ。况シヤ立法者ハ一旦舊法ニ因テ罰スル權ヲ棄セシカラニハ決シテ舊法ヲ適用スヘカラサルニ於テヲヤ(其四)最舊ノ法律ハ重ク中間ノ法律ハ輕ク最後ノ法律ハ最舊及ヒ中間ノ間ニ位スル時ハ何レノ法律ヲ適用スヘキヤ例へハ第一ノ法律ハ六年以上九年以下第二ノ法律ハ二月以上二年以下而シテ第三ノ法律ハ三年以上五年以下ナル件ハ何レノ法律ニ據リテ處斷スヘキヤ一般ノ説ニ因レハ三法中最モ輕キ刑即チ中間ノ法律ニ據リテ處斷スヘキモノトセリ。其理由ニ曰ク犯人ハ第一ノ法律ヲ行ハル、時ニ罪ヲ犯シ第二ノ法律第一ノ法律ヨリ輕クナリタル時犯人ハ既ニ既得權ヲ有セリ故ニ裁判官ノ懈怠ナキ時ハ第三ノ法律ノ刑第二法律ノ刑ヨリ重

キカ故ニ第二法律ノ刑ニア罰セラル、ハ當然ナリ重キ所ノ刑ヲ受ケスト云ノ
此說犯人ヲ惠ムモノトスレハ至極結構ナル說ナリ然レバ未タ同意ナ表スルチ
得サルナリ何トナレハ第一ニ犯罪人ニ既得權アリト云フハ誤ナレハナリ若シ
犯人ニ此權アリトスレハ法理上論者ノ說ヲ以テ妥當ナリト爲スヘキモ理論上斯
ク決定スルヲ得ス蓋シ舊法ノ新法ヨリ輕キ時犯人ニ舊法ヲ適用シア新法ヲ適
用セサル所以ノ理ヲ考察スルニ未タ新法ノ發布ナキ當時ハ法律ニ斯々ノ所爲
ハ爲ス可カラス若シ之ニ背ケハ斯々ノ刑罰ヲ科ストアリシニヨリ犯人ハ其刑
罰ヲ見テ覺悟ノ上其罪ヲ犯シタルモノナリ故ニ若シ法律ノ示セル刑ヨリ重
刑ナ科セラルヘキナ知ルキハ或ハ犯罰ヲ爲サ、リシヤモ知ルヘカラス加之一
旦人民ニ或所爲ヲ禁シ之ニ背ケハ斯々ノ刑罰ヲ科スヘシト示スハ宛モ契約ノ
如キモノナリ然ルニ後ニ至リテ向キニ示セル刑ヲ廢止シ新タル重キ刑罰ヲ
科セントスルハ猶ホ契約ヲ締結スルノ際ニハ斯々ノ事ヲ爲セハ若干ノ損害ヲ
賠償セシムト約シナカラ後チニ其約束外ノ事ヲ爲シタルニモ拘ハラス之カ損
害ヲ賠償セシムルカ如シ是レ不正ノ甚シキモノニ非スメ何ソヤ故ニ犯人ハ其

罪ヲ犯セシ當時ノ刑罰ヲ受ク可キモ其刑罰ヨリ重キ所ノ刑ヲ受ケスト云ノ
既得權ヲ有セリ故然ルニ此場合ハ犯人ノ罪ヲ犯シタルハ第一ノ法律ヲ頒布シタ
ル當時ニ在リ故ニ舊法ノ制裁ヲ受クヘキハ當然ナリ然レトモ舊法ノ刑ヨリ新
法ノ刑ヲ輕クシタルハ何故ナルヤ又其輕キ新法ヲ適用スルハ何故ナルヤ是レ
犯人ニ既得權アルカ故ニ非スシテ社會カ舊法ノ嚴刑ヲ適用スヘキ権利ヲ拋棄
シタルナリ舊法ノ嚴刑ヲ不必要不正當シタルナリ其不必要ノ刑ヲ以テ犯人
ヲ罰スルキハ其刑罰ヤ不正ナリ本問ノ場合ハ一旦立法者ハ第一法律ノ刑ヲ不
必要トシテ第二法律ノ刑ニ改メタルモ亦之ヲ改メテ第三法律ヲ發布シタルハ
第二法律ノ刑ハ輕キニ過クルトナシ必要ヲ達スルニ足ラストシタルナリ然ラ
ハ則チ論者ノ所謂既得權アリト云フノ說ハ取ルニ足ラス次ニ裁判官ノ懈怠ア
リト云フヘキカ是レ亦然ラス裁判ノ遷延ノ第�法律ノ發布セラル、時ニ及ヒ
タルハ犯人ノ遁辭ニ巧ミナルカ爲メニ然ルヤモ知ルヘカラス遁辭ノ巧ミナル
カ爲メニ第二法律ノ輕刑ニア罰セラルヘキノ權アリト云フハ不道理ノ太甚シ
キ說ナリ故ニ現今中間ノ法ニテ罰セヨト云フハ一般ノ說ナルニモ關セス法

理上第三法律ノ刑即チ刑罰ヲ受クル當時ノ刑ト罪ヲ犯シタル當時ノ刑トヲ比較シ其輕キニ從テ處斷スヘキナリ右ニ述タル所ヲ以テ新舊ノ法及ヒ三四ノ法アル時ハ如何ナル場合ニ舊法ヲ適用シ如何ナル場合ニ新法ヲ適用スベキカズ
説キ畢レリ今一步ナ進メテ新法ノ輕重ハ何ニ因テ之ヲ決スベキヤナ講究セシム
(其一)罪ノ性質ニ因テ輕重ヲ定ム 罪ノ輕重ハ刑法ニ規定セリ即チ第七條ヨリ
第九條迄ニ列記セルカ如キ是ナリ然凡は等ノ條ニ據ルノミニテヘ本タ其輕重ヲ判別シ難キアリ故ニ亦加減例ヲ參照セサルヘカラス刑ノ性質異ナル件ハシ服役ナキモノナ輕トス其時間ノ長短ノ如キハ之ヲ問ハサルナリ
其重キヲ以テ重シトシ一方輕キモ毫モ之ヲ顧ミサルナリ然ルニ尤モ相類似シテ判別シ難キハ重禁錮ト輕禁錮トノ如キ場合ナリ此時ヘ服役アルモノヲ重トシ
(其二)時間ノ長短ニ由リテ輕重ヲ定ム 具例ヘハ重禁錮二年以上四年以下ト一年以上三年以下ノ如キ同一ノ性質ノ罪ナル時ハ其時間ノ短期ナルモノヲ輕シトスルハ一點ノ異論ナキ所ナリ

セルモ最短期ヲ延長セル場合ノ如キ又罰金ニ付テ云ヘバ最多額ヲ輕クセルモ最寡數ナ重クセル場合ノ如キ例ヘバ舊法ハ二月以上四年以下ナルモ新法ハ五月以上三年以下トセリ此場合ニハ最長期ヲ以テスレハ新法輕キモ最短期ナルハ舊法輕シ然ラハ則チ何レノ刑ヲ以テ罰スニキヤ第一說ニ曰ク此場合ハ新舊ハ短期ヲ取リ二月以上三年以下ハ刑ニ據リテ處斷スヘシト此說ハ日本刑法ノ第二立法者即チ新舊比照法ヲ作リタル立法者ノ採用セシ所ナリ蓋シ此說ハ日本ノ如ク故ラニ法律ヲ規定スレハ不可ナシ然レバ第三條ノ解釋法トスレハ不可ナリ故ニ第三條ハ如何ナルトニ規定セルカト云フニ新舊ノ法ヲ照シ輕キニ從ヒ處斷スヘシト所謂ナリ左レハ舊法ニ據ルトセンカ二月以上四年以下ノ刑ニ處スヘク新法ニ據ルトセンカ五月以上三年以下ノ刑ニ處スヘク孰レカ其一ヲ選擇シテ之ヲ處斷スヘキモナリ然ルニ此第一第二說ニ曰ク此場合ハ何レヲ以テ輕シトシ何レヲ以テ重シトスルカ之ヲ知ル

三 困難ナルカ故ニ、被告人ノ選擇ニ任ス、可シト。此說ハ甚タ不安心ナル説ナツ被告人若シ慧眼ニシテ能ク裁判官ノ意中ヲ洞見シ得ル者ナルキハ或ハ可ナルモ然ラサル場合ニ當リテハ此精神ヲ達セントスルニハ被告人ヲシテ一應裁判官ニ問ナ掛ケ以テ其答ヲ得サルヘカラス。然ルニ日本治罪法ニハ元來是等ノ事ヲ規定セサルカ故ニ裁判官ハ其間ニ答サルヘシ左レハ治罪法ニ於テ裁判官は被告人ヲ訊問ヲ受ケタル上豫判ノ手續ヲ規定セサルハ此說ヲ實行スルヲ得サルヘシ。

第三說三曰クスカル場合ニハ新舊法ノ差異ヲ勘定セサルヘカラス。今最長期ヲ見レハ一年ノ差異アリ又最短期ハ三月ノ差異アリ此二箇ノ差異ヲ比較シテ其多キ方ヲ輕シトス故ニ本間ノ場合ハ新法ニ據リテ罰スヘシ之ニ反シテ舊法バ二月以上四年以下又新法ハ一年半以上三年以下ナルキハ最短期ノ差異ハ最長期ノ差異ヨリ大ナルヲ以テ舊法ニ據リテ罰スヘシト此說不可ナリ何ドサレハ縱令其差異ハ大ナルモ未タ以テ輕シトスルニ足ラサレハナリ即チ第二例ニテハ最短期ノ差異ハ最長期ヨリ輕キ點ノ大ナルヲ以テ舊法ニ據ルヘキモノト

スルモ新法ハ三年ヨリ上ラス而シテ舊法ハ四年ニ上ルヘン故ニ未タ以テ舊法ヲ新法ニ此シテ真ニ輕キモノトスルヲ得サルナリ

然ラハ則チ真ノ輕重ハ何ヲ標準トシテ之ヲ定ムベキカ曰ク最長期ノ輕キニ以テ輕シトスルヨリ他ニ道ナキナリ其故ハ最長期ノ輕キ刑ヲ以テ罰ストレハ決シテ最短期ノ輕キ刑ノ最長期ニ處セラルノ憂ナシ即チ前例ノ場合ニテ新法ノ最長期ハ三年ナルカ故ニ三年ヨリ以上ノ刑ニテ罰セラル、コトナシ而シテ其最長期ノ輕キ刑ノ最短期ヲ以テ罰スルトキハ不正ナルカ如シト雖トモ決シテ然ラス成程最长期ノ重キ刑ヲ以テ罰セラル、トキハ被告人ハ或ハ二月ノ刑ニテ罰セラル、コトアルヤモ知ルヘカラス然レトモ是レ希望ノミ希望ハ權利ヲ生セス且一年半以下ノ刑ニテ罰セラル、ヲ得サル損アルモ其最长期ハ三年以上ノ刑ニテ罰セラル、ノ患ナキヲ以テ損失相償フト云フモ可ナリ是レ最长期ノ輕キヲ以テ輕シト爲シ最长期ノ重キヲ以テ重シトナス所以ナリ時トシテ刑ノ執行方法ノ異ナルコトアリ舊法ノ時ニ在リテハ流刑ニ處セラル者ハ之ヲ遠島ニ流棄セサリシモ新法發布以來之ヲ北海道又ハ小笠原島ヘ

遣スコトミナリタル時ハ其舊法ノ時ニ犯セシ者モ尙新法ヲ適用スルヲ得ルカト云フニ此場合ニハ然リト答ヘサルヲ得ス蓋シ第三條ハ裁判官カ法律ヲ適用スルノ標準ナレハ裁判官カ一且其法律ヲ適用セシ以上ハ其後ノ處分ハ行政官ノ司ル所ニシテ裁判官ノ關スル所ニ非ス故ニ比照スルトカ既往ニ溯ルトカノ議論ハ起ルコトヲ得ス然レトモ若シ繼續スル事實ニシテ舊法ハ之ヲ禁セサルモ新法ヲ以テ之ヲ禁止スル時ハ其新法ニ從フヘキハ無論ノコトナリトス第三條第二項ニ所謂判決トハ何ヲ謂フ乎余ハ確定裁判ナリト斷定シテ疑ハサルナリ時トシテハ奇ナル現象ヲ生スルコトアリ諸君モ知ラル、如ク佛國ニア高利貸ヲ罰セリ今始審裁判所ニ於テ之ヲ罰シ控訴シタルニ控訴院ニ於テモ之ヲ罰シ竟ニ大審院へ上告セリ其上告中高利貸ハ以來之ヲ罰セストノ法律頒布アリタリト假定センニ大審院ハ新舊ノ法ヲ比照シ正當ナル原裁判ヲ破毀スルノ結果ヲ生ス或學者ハ之ヲ非難シテ曰ク大審院ノ職務權限ハ元來法律ノ統一ヲ司トルモノニシテ不法ノ裁判ヲ破毀スルニ在リ然ルニ今新法頒布ノ故ヲ以テ更ニ新舊法ヲ比照シテ正當ナル原裁判ヲ破毀セント欲スルハ果シテ正鵠

ヲ得タリト爲スヲ得ル乎決シテ正鵠ヲ得タリト言フ可ラスト余ハ此說ニ服スルヲ得ス縱ヒ大審院ニ上告中ニシテ其判決ナキ間ハ刑法第三條第二項ノ所謂未タ判決ナキモノナリ上告中新法ノ頒布アリテ其所爲ヲ無罪ナリトスルニモ關ハラス之ヲ比照スルコトヲ得サルカ爲メ猶且重キ舊法ニ依テ刑ヲ科スルトキハ其刑ハ現時不必要ト見做シタルヲ以テ必スヤ後ニ特赦ヲ以テ刑ノ執行ヲ免セサル可ラス後ニ特赦ヲ以テ刑ノ執行ヲ免スルノ煩ヲ爲サンヨリハ寧ロ大審院ヲシテ新舊法ヲ比照セシムルニ如カサルナリ故ニ論者ノ說從フ可ラス

二 法式ニ關スル法律

法式ニ關スル法律ニ付テハ既往ニ溯ルヤ否ヤノ問題ハ治罪法ノ部門ニ屬スルカ故ニ之ヲ治罪法ニ議ア茲ニ詳論スルコトヲ爲サル可シ然レトモ茲ニ疑ハシキモノアルヲ以テ一言セサル可ラス即裁判管轄ノ場合はナリ被告人ハ各己レナ辨護スルノ權アリ而シテ裁判所ハ即チ辨護ヲ爲スノ場所ナリ辨護權ト辨護ヲ爲スノ場所トハ互ニ相密着シテ離ルヘカラズ例之ハ今日本ニ於テハ國事犯ハ高等法院ニ於テ之ヲ裁判スルコトトナセリ高等法院ハ裁判官モ多ク其人

ハ 賢明ニシテ高等ノ地位ヲ占メ且ハ一面立法部ニ立ツ所ノ者ナリ故ニ國事犯ノ如キ重大ナル事件ハ該法院ニ於テ裁判スルトキハ適當ノ裁判ヲ下スチ得ルモノト爲シ現行法律ニ於テハスク規定セリ然ルニ一朝新法ノ發布ニヨリテ高等法院ヲ廢止シテ通常裁判所ニ於テ裁判所スヘキモノトスレハ被告人ノ利益昔時ノ如クナラス如此辨護權ト辨護ヲ爲スイ場所ハ密着ノ關係アルカ故ニ裁判管轄ハ新舊二法ヲ比照シ刑法第三條ニ據リテ處斷スヘキカ如シ然レトモ我治罪法ハ佛國治罪法ト共ニ反対ノ說ヲ取レリ蓋シ例之ハ現時ノ裁判所ノ設定ナキ時ノ如ク評定所ニ於テ刑事ヲ裁判スルヲ要ストスレハ或ハ幾十疊ノ疊ヲ敷キ或ハ幾十雙ノ屏風襖ヲ立切ル等甚タ面倒ナル構アリシカ故ニ此等ノ業乞シキ構ヲ張ラサルヘカラス然ルニ現今ノ裁判所ニハ是等ノ準備アルコトナシ豈ニ更ニ之ヲ準備スルノ煩ニ堪ンヤ是ヲ以テ從來輕罪裁判所ニ於テ裁判セシ事件ヲ重罪裁判所ノ管轄ナリト改正シ又從來重罪裁判所ニ裁判セシ事件ヲ輕罪裁判所ノ管轄スヘキモノトスルモ舊法ノ裁判管轄ニ依ルコトヲ爲サハルナリ故ニ又舊法ニ在テハ官吏カ官物ヲ費消セシ罪ヲ重罪裁判所ノ受理スヘキモノ

トヒシモ新法ヲ以テ輕罪裁判所ニテ裁判スヘキモノトスレトモ舊法ノ如ク重罪裁判所ニ於テ之ヲ審理スルヲ要セサルナリ若シ如此スレハ則チ危險ナリト思ハ、之ニ幾分ノ調和ヲ加ヘ舊法ニ於テ重罪裁判所ニテ受理スヘキ場合ニ犯シタル者ハ新法ノ重罪裁判所ニ委スルコトト爲サハ或ハ可ナラン加之辨護權ト辨護ヲ爲スノ場所トハ密着ノ關係アルモ素ト其關係ハ治罪法ノ手續ニ過キサルカ故ニ被告人ハ舊法ニヨリテ裁判サルハノ實益ナク隨テ之カ既得權ヲ有セス然ルニ或論者ハ國事犯ト常事犯トノ區別シ國事犯ハ新法ヲ適用スヘカラスト云フモ余其道理ヲ發見セス又或論者ハ己ニ受理セシ者ト未タ受理セサル者トヲ區別シ已ニ受理セシ者ハ新法ニ據ラスシテ舊法ヲ適用スヘシ何トナレハ佛國ニ於テハ始メニ受理セル裁判所ハ獨リ其事件ヲ判決スル權アリトノ原則アレハナリト云フモ我刑法ハ之ヲ採用セサルナリ之ヲ要スルニ方式ニ關スル法律ハ既往ニ溯及ス然レトモ有幼ニ爲セル以前ノ手續ハ皆ナ之ヲ保存シテ有効ト爲スヘシ

三 期滿免除經時効ニ關スル法律

由ク
タル
ノ期滿
免除

期滿免除ニ二アリ曰ク訴權ノ期滿免除曰ク刑ノ期滿免除是レナリ此二個ノ期滿免除ハ各其設定サルノ其理由ヲ異ニス訴權ノ期滿免除ノ主タル理由ハ既ニ或時間ヲ經過スル時ハ其證據湮滅シテ之ヲ取調フルヲ得ストノ推定ニ在リ刑ノ期滿免除ハ然ラス一旦裁判ヲ言渡ス時ハ其證據ハ決シテ湮滅セス然レトモ遁逃數年ヲ經過スル時ハ最早其刑ヲ執行スルノ必要ナキニ至ル例之ハ五年ノ刑ヲ科セラレタル者其言渡ヲ受クルヤ否ヤ間モナク逃走シテ其跡ヲ晦マシ後數年間何等ノ罪ヲ犯サル時ハ社會ニ取リア寸毫ノ危險アルナク隨テ其者ニ向テ防衛ヲ行フノ必要ナシ啻ニ其必要ナキ而已ナラス却テ之ヲ罰スヘカラサル必要アリテ存ス夫ノ刑罰ハ單ニ犯罪人ノミテ防衛スヘキモノニ非シテ他ノ者ニ向テ防衛スルモノナリ又其結果トシテ社會一般ノ人民ヲシテ安堵セシム今數年以前ニ犯罪ヲ爲シタル者ヲ捕ヘテ之ニ刑罰ヲ科スヘキモノトセンカ世人ヲシテ新ニ恐怖ノ念ヲ起サシメ或ハ却テ憐憫ノ情ヲ惹起セシムルニ至ラン是レ刑ノ期滿免除アル主タル理由ナリ

扱此等ノ期滿免除ニハ第三條第一項ヲ適用スヘキヤ否ヤト云フニ佛國ニ於

テハ議論三派ニ分レタリ

第一説ニ曰ク第三條ヲ適用スヘキハ勿論ナリ何トナレハ則期滿免除ハ方式ニ關スル法律ナリト雖トモ一方ニハ被告人ノ權利ニ關スル所ハモノナリ故ニ罪ヲ犯シテヨリ數年ヲ經過シ又ハ宣告ヲ受ケテヨリ數年ヲ經過スレハ公訴ヲ起サレサルノ權又ハ實行セラレサルノ權ヲ得故ニ他ノ治罪法ノ方式ト同一視スルヲ得ス是レ新舊ノ期限ヲ比照シ其輕き期滿免除ニ據ラサル可ラサル所以ナリト第二説ニ曰ク若シ期滿免除ノ新舊二法ニ亘ル時ハ之ヲ比較的ニ適用ス可シ例へハ舊法ノ期滿免除ハ三年ナリシ然ルニ犯罪アリテヨリ一年六ヶ月ヲ經テ新法發布アリ而シテ新法ノ期滿免除ハ五年トナレリ此場合ニハ舊法ノ期滿免除ノ半期ヲ經過シタレハ殘半期ハ新法ヲ適用シテ五年ノ半即チ二年半トナス可シ何トナレハ期滿免除ハ當ニ被告人ノ權利ノミニ關スルニ非ス若シ被告人ノ權利ノミニ關スルモノトスレハ舊法ノ期滿免除ハ三年ニシテ一年半ヲ經過セシ后立法官ハ五年間ヲ經過セサレハ其證據ハ全ク湮滅セスト思惟シ新法ヲ發シテ之ヲ五年トシタルニモ拘ハラス三年ヲ經過スレハ起訴スヘカラサルニ至ラ

ト若シ期満免除ハ被告人ノ権利ニミニ注目スヘカラサル所以ナリ然レトモ亦一方ニ於テ
ハ被告人ノ利益即チ権利ニモ關スルモノナカルカ故ニ之ヲ比較的ニ適用スヘシ
ルヘシ然レトモ期満免除ニ關スル法律ハ果シニ、権利ハ基本ニ關スル法律ト云
フヘキカ今此法律ノ権利ノ基本ニ關スルモノナカルヤ否ヤ知ルニハ則期満
免除チ設ケタル精神ヲ探究セサルヘカラス而シテ其精神ハ前ニ云ヘルカ如ク
或時間ヲ經過スル時ハ、犯罪ハ證據堙滅スルニ因ル舊法ハ、立法者ハ三年ニテ證
據ハ堙滅スヘシト思惟シタルモ新法ハ五年間證據ハ堙滅セサルヘシト思惟ス
是全ク裁判官ノ爲メニ設ケタル法律ニシテ被告人ハ利害如何ハ毫モ關スル所
ニ非ラサルナリ故ニ期満免除ニ關スル法律ハ直ニ新法ヲ適用セサルヘカラス
我國ニ於テハ訴權ノ期満免除ト刑ノ期満免除ハ各別ニ規定セリ然レトモ前ニ
述ヘタル訴權ノ期満免除ノ理論ハ又直ニ刑ノ期満免除ノ理論ニ適用スルヲ得
ルカ故ニ二者ヲ區別スルハ必要ヲ感セサルナリ

第一款 刑罰

第二編 犯罪

刑法ハ罪トシ論スヘキ所爲チ一定シテ之カ制裁タル刑罰ヲ規定スル所ノ法律ナリ故ニ學理上ヨリ立言スレハ先ツ犯罪ヲ説キ次ニ刑罰ヲ講スレハ自然ノ順序ナリ然レトモ我刑法ノ規定ハ刑罰ヲ先ニシテ犯罪ヲ後ニシタレハ余モ亦第一篇總論ヲ分テ在ノ二款ト爲サシ

刑罰

第一款刑罰ヲ分テ又五章ト爲スヘシ第一章總論第二章主刑、第三章附加刑第四章刑罰ノ執行、第五章刑罰ノ消滅以上順次ニ之ヲ説述セシ

第一章 總論

純理上ヨリ觀察スルトキハ刑罰ノ當否ヲ講究スルヨリ困難ナルモノナカルヘシ彼ノ犯罪ノ所爲トハ何ソヤト云フカ如キ問題ハ之ヲ論定スル困難ハ則チ困難

難ナリト雖トモ正當ナル刑罰ハ何シヤトノ問題ヲ論定スルヨリ容易ナリ故ニ
今日何國ノ刑法ヲ見ルモ完全ノ域ニ進達シタルノ刑罰アルヲ見ス然レトモ單
純ニ刑罰ハ如何ナル目的ニテ之ヲ設定スルノカト言ハ、之ニ答フルコト甚タ
難シトセス夫レ刑罰ハ刑罰權ノ結果ナリ此權アルヲ以テ刑罰ヲ科スルヲ得故ニ
ニ刑罰權ノ基礎ニ付テ議論アルト同シク刑罰ニモ亦議論アルヘシ例へハ純正
主義ヲ以テ刑罰權ノ基礎トスレハ其刑罰權目的ハ犯人ヲシテ罪惡ヲ消滅セシ
ムルニ在リト云ハサルヘカラズ然ルニ此目的ハ假令至當ナリトスルモ既ニ刑
罰權ノ基礎ヲ論シタルトキニ述ヘタカ如ク此目的ハ到底人間界ニ之ヲ達スル
ヲ得サルモノナリ又刑罰權ノ目的ハ復讐主義ニアリト決定セハ只復讐ヲ爲シ
了レハ則ニ充分ナリト云フコトヲ得ヘシ又實利主義ニ在リト云ハ、刑罰ヲ行
フハ多人數ノ利益ノ爲メニシテ他多數ノ人類例示トナリテ將來ノ罪惡ヲ防退
スルハ其目的ナリト云フコトヲ得ルナラン又折衷主義ヲ採ルトキハ犯人ヲ懲
誠シ犯人ヲ教訓シ且社會多數福利ノ保全スルハ刑罰ノ目的ナリト云フニ至ラ
ン要スルニ刑罰ノ目的ハ刑罰權ノ基礎ニ付テ採ル所ノ說ニ因リテ差等アリ余

ノ採用スル所ノ必要主義ニ從フトキハ刑罰ハ社會ヲ維持スルニ在リト云ハサ

ルヘカラズ

然シテ必要主義ヲ採スト雖トモ例示懲誠教訓スルニ足ルヲ要セスト云フニア
ラス是レ假令刑罰ノ目的ニアラサルモ亦此目的ヲ達スルノ方法カラズンハア
ラス只此方法ト目的トヲ混同セサルヲ要ス一人惡事ヲ爲ストキハ忽チ社會ノ
秩序ヲ擾亂ス今之ヲ責罰シテ前非ナ悛悔セシメ將來ヲ懲誠スルハ以テ社會ノ
秩序ヲ保持スルコトヲ得又一般世人ヲ警醒シテ同一ノ罪辟ニ陷ルヲ防退スレ
ハ以テ社會ノ存在ヲ維持スルコトヲ得故ニ教訓懲誠例示ノ三者ハ社會ヲ保全
スルノ目的ヲ達スル方法ナリ

刑罰ノ當否ハ之ヲ判スルコト難シ然レトモ左ノ數性質ヲ具備セサレハ其正當

ナラサルハ世人ノ認ム所ナリ

第一 刑罰ハ一身ニ止マルヲ要ス、刑罰ノ目的ハ法律ヲ蔑视スル者ヲ懲罰シ
テ社會ノ保存ヲ維持スルニ在リ左レハ社會ノ法律ヲ恪守スル者ニマテ之ヲ及
ホスハ權外ノ事ト云ハサル可カラズ故ニ刑罰ハ犯罪人一人ニ止マルヲ要ス昔

時一家ノ戸主ニシテ盜罪ヲ犯ス時ハ全財産ヲ擧テ之ヲ沒收シ一家ノ一人大罪ヲ犯ストキハ其三族ヲ誅戮セシカ如キハ刑罰ノ濫用ナリ

第二 刑罰ハ正確ナルヲ要ス豫メ斯々ノ所爲ヲ行フ者ハ斯々ノ刑罰ニテ之ヲ處斷スルコトヲ明定スルヲ必要トス蓋シ第二條ヲ見ルモ刑法ハ明リニ教ヘル民ヲ罰スルヲ得サルヲ以テ原則ナリトスルヤ明カナリ故ニ豫メ確實ニ刑罰ノ程度ヲ一定シテ之ヲ明云セサルヘカラス昔時一定セサルノ刑罰アリテ且之ヲ秘密ニシタルカ如キハ不正ノ甚シキモノト云フヘシ

第三 刑罰ハ平等ナルヲ要ス刑罰ハ原ト社會ヲ保存スルノ權アルニ因リ之ヲ用フルヲ得故ニ社會ヲ保存スルニハ社會ノ保存ニ對シテ加フル障礙ノ大小ニ由リテ之カ刑罰ヲ輕重スルノミ即チ社會ニ百ノ害ヲ與フレハ百ノ刑ニテ用シ二百ノ害ヲ與ヘハ二百ノ刑ヲ用フベシ一人ハ百ノ惡事ヲ爲スモ三百ノ刑ニテ之ヲ罰シ他ノ一人ハ三百ノ惡事ヲ爲シタルニ百ノ刑ニテ之ヲ罰スルカ如クナルヲ得ス故ニ刑罰ハ貴賤老少ヲ問ハス平等即チ刑罰ト保存ノ必要ト併行スルコトヲ要ス

其四

第四 刑罰ハ分割シ得ルモノナルヲ要ス犯罪ノ形狀ハ千種萬態ニシテ全ク同様ナラズ同シク竊盜ナルモ其數百アレハ百所爲トモ社會ノ損害犯人ノ惡意ヲ異ニセリ故ニ前項平等ノ目的ヲ達スルニハ成ルヘク幾小部分ニ分割スルヲ得サルヘカラス

第五 刑罰ハ補償シ得ルヲ要ス元來人類ハ其組織不完全ナル者ナリ故ニ時トシテ無罪ヲ有罪トシ輕微ナル罪ヲ重大ナル罪トシテ罰スルノ誤謬ナキヲ保證セ此ノ如キ時ハ刑罰ヲ濫用スルモノナルヲ以テ之ヲ回復シテ成ルヘク平等ニ復歸セサルヘカラス

之ヲ要スルニ刑罰ハ社會ノ例示トナリ犯人ノ教訓懲諒ナルヲ要スルハ勿論ナレトモ又以上五個ノ性質ヲ具有セサル可ラス然ラサレハ充分ニ刑罰ノ目的ヲ達シ又刑罰ノ正當ヲ得タリト云フヲ得サルナリ然レトモ從來各國ニ於テ用ヒ來リ又今日現ニ行ハル、所ノ刑罰ヲ通觀スルニ此等ノ性質ヲ具有セサルコトハ爭フヘカラサル事實ナリ最モ例示トナリ懲諒トナルノ點ハ不充分ナカラモ多クノ刑罰ハ此資質ヲ有スルモ五個ノ性質ハ未タ完備セサルナリ先ツ現行

ノ刑罰ハ實ニ一身ニ止マルト云フヲ得ルカ到底此性質ヲ満足スルヲ得ス稍ヤ文明國ノ刑法ニ於テハ刑ハ總ニ一身ニノミ及ホスヤ相違ナシ左レハ刑ハ全ク犯人一身ニ止マルカト云フニ決シテ然ラス例之ハ七十歳以上ノ爺嫗ト十歳以下ノ小兒ヲ養育スル一人ノ壯年者カ一朝重禁錮ノ刑辟ニ陥リタリトセヨ此ノ如キ時ハ老幼三人明日ヨリ如何シテ其生ヲ保ツチ得ルカ饑餓途ニ斃レテ後テ止マン然ラハ其刑罰ハ直接ニ一家ノ人ニ及サスト雖トモ間接ニ之ヲ及ホスヤ明カナリ又例ヲ變シテ富家ノ一子其性無賴ニシテ少シモ一家ノ用ヲ爲ササル者カ人ヲ殺シテ死刑ニ處セラレタリトセヨ此ノ如キ場合ニハ刑罰ハ全ク無賴子ノ一身ニ止マルカ如シ然レトモ未タ然リト斷言スルヲ得サルモノナリ本例ニ於テハ前例ノ如ク衣食住等生活上ノ苦痛ハ一家ノ人ニ及ハス然レトモ無形ノ苦惱ハ一家總ノ者ニ及フヘシ然ラハ則チ如何ナル場合ヲ問ハス刑罰ハ眞實一身ニ止マルト云フコトハ決シテ望ム可カラサルナリ然レトモ今日ノ法律ニアリテハ一家内ニ於ケル間接ノ連帶責任ハ必ス之ヲ受ケサルヘカラサルモ直接ノ責任ハ之ヲ受クスト云フナ以テ満足セサルヘカラス何トナレハ今一家

ヲ組織セル以上ハ相互ニ親ハ子ト間接ナル連帶ノ責任ヲ負ヒ子ハ親ト此種ノ連帶責任ニ任スヘキハ當然ノ事ニシテ猶ホ一商社ノ社員ト同一ナレバナリ故ニ若シ之ヲ厭ヘハ一家ヲ爲サルヨリ外ナキナリ

次ニ正確ノ性質ハ稍ヤ之ヲ具有スルモ亦未タ十分ナラサルナリ何トナレハ刑法ヲ見レハ何月以上何年以下トアルモ萬千ノ犯者各自ニ就テ一々其刑ヲ定メサレハ正確ノ極點ニ達シタリト云フコトヲ得サレハナリ
平等ノ性質モ亦未タ十分ナリト云フヘカラス今竊盜ノ最重ナル刑ハ四年ナリ富者貧者ノ二人他ノ門戸ヲ損壊シ倉庫内ニ入りテ同額金穀ヲ竊取シ共ニ四年ノ重禁錮ニ處セラレタリトセソ四年ノ服役ハ富者ノ爲メニ重刑ナリ然レトモ貧者ニ取テハ却テ糊口ヲ凌カシムル恩恵ノ如クナルヤモ知ルヘカラス此時ト雖トモ尙雙方共ニ同刑ヲ科セサルヲ得ス是レ平等ナラサル所以ナリ
分割ノ性質ハ大ニ之ヲ達シタリ我刑法ノ刑罰ヲ通スレハ一日ヨリ死刑マテノ階級アリテ其範圍内ニ於テ之ヲ應用セリ最モ死刑及ヒ無期刑ハ之ヲ分割スルヲ得スト雖トモ輕減スルヲ得ヘケレハ分割ノ精神ハ之ヲ達スルヲ得ヘシ故ニ

準刑罰ノ標準

細密ニ云フトキハ罰金ハ一厘一毛ノ差等ヲ立テ體刑ハ一分一秒ノ區別ヲ爲サ
、ル可ラスト雖トモ兎ニ角恰好ノ性質ヲ具有セリト云フ可シ
補償ノ性質ハ殆ント之ヲ具有セスト云フテ不可ナルナシ死刑ハ勿論其他ノ體
刑ト雖トモ一旦之ヲ執行シタル以上ハ再ヒ充分ナル回復ヲ爲スコトヲ得ヌ然
レトモ昔時ノ墨刑劓刑等ニ勝レルヤ言ヲ族タサルナリ

以上刑罰ニ要スル性質ト之ヲ達スルコトヲ得サルノ事由ヲ講了セリ然ルニ尙
ホ研究セサル可ラサルモノアリ

刑罰ハ何ヲ標準ト爲シ如何ナル方法ニ依リテ之ヲ設クヘキ乎

夫刑罰ノ輕重ハ犯罪ノ輕重ト比準セサルヲ得サルハ言ヲ竣タス然レトモ之
ヲ實際ニ應用スルニ至リテ甚ダ困難ナリ先ツ其比準ハ如何ニセハ之カ宜シキ
ヲ得ルカ第一時代ニ由リテ同一ナラズ野蠻殘暴ノ代ニ在リテハ人々容易ニ命
令ニ服從セサルカ故ニ重刑ヲ用ヒサルヘカラス然レトモ世運文明ニ趨クニ隨
ヒ犯罪ハ同一ナリト雖トモ刑罰ハ之ヲ輕セサルヲ得ス又人民剛強ナル國ニ在
リテハ重刑ヲ用フルニアラサレハ能ク其目的ヲ達スルヲ得スト雖トモ怯憶ナ

ル國ハ輕刑ヲ用ヒテ能ク其目的ヲ達スルヲ得ヘシ

且又一國內ニ於テモ習慣ノ變遷ヨリ刑罰ノ輕重ヲ異ニセサル可ラス例之ハ同
ク政府ニ對シテ犯罪ヲ行フモ爲メニ斬首ノ刑ニ處セラル、ヲ榮トスルノ習慣
アレハ死刑ヲ用フルノ必要ナキモ若シ然ラサルトキハ他ノ刑ヲ用ヒサルヘカ
ラス

又人ニ由リテ刑罰ヲ異ニセサルヘカラス例之ハ廉恥ヲ重スル社會ニ於テハ其
刑ヲ輕フシテ可ナルモ廉恥ヲ意トセサル社會ハ其刑ヲ重クセサルヲ得ス
是ニ由テ之ヲ觀レハ刑罰ハ何レノ時何レノ國ヲ問ハス總テ同一ノ刑罰ヲ用ヒ
テ同一ノ犯罪ヲ防遏スルコトヲ得ルト云フ可ラサルナリ

然ラハ則チ刑罰ハ立法者時代ニ由リ習慣ヲ計リ人ヲ見テ自由ニ之ヲ規定スヘ
ク道理上毫末モ此準スヘキ點ナキカ曰ク此ノ如ク立法者ニ無限ノ權力ヲ附與
スルハ宜シキヲ得タルモノニ非ス故ニ道理上少クモ之カ標準ヲ定メサルヘカ
ラス其標準トハ何ソヤ曰ク犯罪アルカ爲メニ受クル所ノ刑罰ハ犯罪ニ因テ得
ル所ノ利益ニ超過スルヲ必要トス然レトモ非常ニ之ニ起過スルヲ許サス只僅

カニ超過スルニ止ムヘシ此原則ハ一黒ノ疑ヲ容ルヘキニアラス
 現ニ至リテ直ニ第二ノ問題ヲ研究セサル可カラス犯罪ニ因テ得ル所ノ利益即
 チ是ナリ此點ヲ研究スル極メテ困難ナリ然レトモ先ツ犯罪ハ必ス他人ノ權利
 ナ害シ他人ノ利益ヲ害スルモノナレハ其害シタル他人ノ權利ト利益若クハ其
 損害ノ度ハ即チ犯罪ノ利益ナリト云ハ、大差ナカルヘシ故ニ之ニ比準シテ犯
 罪人ヨリ他人ヲ害シタル權ト同一ノ權ヲ奪却シ又ハ之ニ因リテ得タル利益ト
 疾ト同一ノ利益ヲ得ルコトヲ防禦スルニ足ル所ノ處分ヲ爲サヘルヘカラズ例
 ヘハ他人ノ自由ヲ妨害シタルトキハ其者ノ自由モ之ヲ剝奪シ又他人ノ物品ヲ
 盜取シタルトキハ其物品ヲ利益シ得サラシムル刑罰ヲ科スヘシ然ルニ飽クマ
 テ此原則ヲ適用セントスルニハ古代ノ法律ヲ襲踏セサルヲ得ス即チ他人ノ一
 肢ヲ切斷スレハ己レ亦一肢ヲ切斷セラレ他人ノ百文ヲ偷ムトキハ己レ亦百文
 ヲ提出セサルヲ得サルニ至ル此計法ハ稍ヤ善美ナルカ如シト雖トモ今日ハ何
 處ノ刑法ニモ之ヲ設ケタルヲ見ス又設クヘカラサルナリ蓋シ人類ハ必シモ
 一肢ヲ切斷スレハ一肢ヲ切斷セラレ百文ヲ偷奪スレハ之ヲ提出セシムルニア

ヲサレハ能ク其犯罪ヲ爲スノ念ヲ止ムルヲ得サルニアラス人類ハ如何ナル犯
 罪ヲ行フニモ幾分カ道理心ヲ有シ智識ヲ具フルモノナリ故ニ此ノ如ク刑罰ト
 犯罪トヲ同一ニセサルモ其尊重スル所ノ名譽上ニ幾分ノ刑罰ヲ被ラシムルト
 キハ之カ爲ニ犯罪ヲ止ムルヲ得ルナラン又百文ヲ偷奪シタル者ニ百文ヲ返還
 セシメサルモ此犯者ヲシテ今マテ行フタル所ノ惡事ナルコトヲ感悟セシメテ
 犯罪ヲ防止スル方法ナシトセス故ニ何國ノ刑罰モ其種類中ニハ名譽上ニ加フ
 ルノ性質ヲ有スル者アリ財産ニ及フモノアリ權利上ニ及フモノアリ權能上自
 由ノ如シニ及フ者アリ特ニ身體ヲ拘束スル刑罰ニアリテハ其之ヲ拘束セル間
 ニ犯人ヲシテ人間ハ規律ニ服從セサルヘカラスト云フコトヲ解得セシメ之ヲ
 解得シタル上自然社會ノ法律ニ從ハサルヘカラサルコトヲ知ラシムルヲ得蓋
 シ此ノ如クニシテ能ク犯罪者ノ述ヲ絶タシムルニ至ルヲ得ヘシ

之ヲ要スルニ刑罰ハ如何スレハ犯罪ト比準スルヲ得ルカト云ハ、犯人カ他人
 ノ名譽財產及ヒ權能上ニ加ヘタル損害ト被害者ノ害サレタル權利及ヒ利益ト
 比例スルヲ要ス然レトモ實際果シテ能ク其比較ヲ得ルヤ否ヤハ之ヲ見ルコト

極メテ困難ニシテ且ツ不正確ナリ只此標準ニ接近シテ刑罰ヲ定ムルトキハ大ナル不都合ナシトスルニ在ルノミ

時トシテ刑罰ハ犯罪ノ性質ト比照シテ定メサルヘカラス彼ノ國事犯ト常事犯トニ同一ノ刑罰ヲ科スルモ到底其目的ヲ達スルコトヲ得ス國事犯者ノ如キハ之ヲ罰スルニ死刑ヲ以テスルモ死刑ニ豫メ其甘ンスル所ナリ故ニ死刑ヲ以テ能ク其犯罪ヲ防止スルコトヲ得ス然レトモ強盜人ヲ殺セシ罪ノ如キハ或ハ死刑ヲ以テ能ク其犯罪ヲ防止スルヲ得ルモ知ルヘカラス結局死刑ニシテ其目的ヲ達スルハ國事犯者ニ少ナク常事犯者ニ多シト云ハサルヘカラス是レ犯罪ノ性質ニ因リテ刑罰ヲ定メサルヲ得サル例證ナリ

第一章 主刑

主刑ハ之ヲ看察スルノ點ニヨリテ種々ニ區別スルコトヲ得曰ク身體ニ及ボス主刑及ヒ財產ニ及ボス主刑曰ク國事犯ニ及ボス主刑及ヒ常事犯ニ及ボス主刑曰ク重罪輕罪又ハ違警罪ニ及ボス主刑是レナリ余ハ我刑法ノ規定ニ基キ重罪

重罪主刑

罪遂警罪ノ區別ニ因リテ之ヲ講説セシム

0425

第一節 重罪ノ主刑

重罪ノ主刑ハ第七條ニ之カ九個ヲ列記セリ全條ニ曰ク(左ニ記載シタルモノヲ以テ重罪ノ主刑ト爲ス)死刑二、無期徒刑三、有期徒刑四、無期流刑五、有期徒刑六、重懲役七、輕懲役八、重禁獄九、輕禁獄ト此ノ九個ノ主刑中ニハ國事犯ニ用ユルモノアリ常事犯ニ用ユル者アリ

或ハ曰ク全一ノ條中ニ性質ノ異ナル國事犯ノ刑トヲ規定スルハ其順序ノ正シキヲ得タルモノニアラストス然レトモ佛國刑法モ亦此ノ如ク列記セリ而シテ此ノ如ク列記スル所以ハ一見シテ刑ノ輕重ヲ知リ得ルノ利益アレハナリ

以下順次ニ主刑ノ各個ニ就テ少ク説明ヲ爲サン

死刑

(刑法)

(再版)

七十七

死刑ハ極惡ナル罪人ノ生命ヲ奪却スルノ刑罰ナリ然レトモ此刑罰ハ刑法學上之ヲ設クヘキヤ否ヤハ近世學者ノ大ニ論スル所ナリ古昔未開ノ時世ニアリテハ何國ノ刑法ニモ死刑ヲ規定セサルハナク又一人トシテ其規定ヲ批難セシモノナカリキ啻ニ之ヲ批難セサルノミナラス當時拷掠ノ法モ亦之ヲ是認シタリ世少シク文化ノ域ニ進ミ慘酷ノ風習日ヲ逐フテ漸ク消散スルニ隨ヒ第一ニ拷掠ノ法ヲ存廢スルノ議論沸騰シタルモ尙ホ未タ死刑存廢ノ点ヲ議スルモノナカリキ始メテ死刑存廢ノ問題ヲ明カニ論述セシモノハベツカリヤ氏ナリ氏ハ社會民約說ヲ論基トシテ曰ク社會ノ刑罰權アル所以ノモノハ其始メ各人相約シテ此權ヲ社會ニ附與シタルニアリテ社會固有ノ權ニ屬スルモノニアラス而シテ人ノ生命ハ契約ノ目的物ト爲スコトヲ得ルヤ否レト問ハ、元ト人ノ生命ハ天ヨリ賦與サレタルモノナレハ人々已レノ所有ニ相違ナシトハ云ヘ之ヲ自由ニ處置スルヲ許サス隨テ契約ノ目的物ト爲スコトヲ得サルナリ故ニ假令約束シテ刑罰權ヲ社會ニ附與シタルニモセヨ犯罪人ノ生命ヲ絶ツノ一点ニ至リテハ之ヲ認諾セシモノニ非スト此說ハ死刑全廢論ノ濫觴ナリ當時論者中之ニ反對

スルモノアリ曰ク人ノ生命ハ貴重ナルニ相違ナシト雖トモ各人相約シテ社會ヲ構造シタル所以ノ理ヲ考フルニ各人類ノ本性ヲ遵守セントスルニアルヤ明カナリ其故ニ其本性悖戾シテ犯罪ヲ行フモノ、如キハ最早人間ノ境遇ヲ離脱シテ禽獸社會ニ墮落シタルモノナリ禽獸ノ生命ハ之ヲ絶ツニ於テ何等ノ支障ナシ其ヲ以テ死刑ハ之ヲ廢スルコトヲ要セス

此民約說ハ近世ニ至リテハ非理不正ノ太甚シキゼノナリトシテ已ニ廢棄サレタリ然レトモ此問題ニハ他ノ主義ヲ懷抱スル者ノ間ニ推移シタリ

死刑ヲ排斥スル論者ノ說ニ曰ク死刑ハ正當ナラス元來人ノ生命ハ天賦ノモノシテ人間ノ隨意ニ支配スルヲ得サルモノナリ凡ソ物ヲ創造シタル者ニアラサレハ之ヲ左右スルコトヲ得サルハ原則ナリ然ルニ人ノ生命ハ人間ノ創造ニ係ルモノニアラス故ニ何人モ之ヲ侵害スルコトヲ得ス既ニ之ヲ侵害スルコトヲ得ストスレハ死刑ノ不正ナルコト言ヲ待タシシテ明カナリ

死刑ヲ保護スル者ハ乃チ曰ク人ノ生命ハ果シテ之ヲ侵害スルコトヲ得サルカ反對論者ノ言ニ依レハ人間ノ生命ハ人ノ創造シタルモノニアラス故ニ侵害ス

ルコトヲ得スト若シ此論理ヲ擴充スレハ刑罰ハ總テ廢止セサルヲ得サルニ至ラシ彼ノ無期徒刑ハ人ノ身体ニ施ス所ノ刑罰ニシテ其自由ヲ侵害スルモノナリ然ルニ人ノ自由モ亦天ヨリ賦與セラレタルモノナレバ天獨リ之ヲ喫奪スルコトヲ得ヘク人之ヲ如何トモスルコトヲ得サルヘシ然ラハ即チ何カ故ニ無期徒刑等ノ刑罰ヲ設ケテ自由ヲ侵害スルヲ顧ミス死刑ニ至リテハ則チ生命ヲ侵害スルコトヲ得スト云フカ其理ヲ解スルヲ得ス人ノ生命自由ノ侵害スヘカラサルハ正當ニ之ヲ使用スル時ニ限レリ若シ不正ニ之ヲ使用スレハ其生命自由ハ既ニ他人ヨリ尊敬サルヘキ價值ヲ失ヒタリト云フヲ得ヘシ蓋シ兇人アリテ他人ノ生命ヲ奪却スレハ是レ即チ自カラ已レノ生命ノ貴重スルニ足ラサルコトヲ明示シ若シ他人ノ自由ヲ妨クレハ是レ則チ自ラ已レノ自由貴重スルニ足ラサルコトヲ明示スルニ異ナラス此ノ如ク尊重サルヘキ價值ヲ有セサル生命自由ヲ奪却スルニ於テ何ノ妨ケカ之アラン加之ナラス人各正當防衛權ヲ有ス自己ノ生命ヲ保護スルカ爲メニ他人ノ生命ヲ奪却スルノ正當ナルハ既ニ社會ノ公認シタル原則ナリ然ラハ則チ社會モ亦社會ノ生命ヲ防衛スルカ爲メニ他

駁論

0427

人ノ生命ヲ奪却スルハ當然ノ處置ニアラスヤ若シ一己人ニ付テハ正當ナルモ社會ニ在リテハ不正ナリト云フ者アラハ非理ノ甚シキモノト云ハサルヘカラス况シヤ何レノ時代何レノ國土ヲ問ハス今日マテ死刑ヲ斐用シ來レルヲ以テ見ルモ其正當ナルヤ疑ヲ容ルヘカラス

此說ハ大ニ取ルヘキ所アリト雖モ又未タ全クニ之從フヲ得ス先ツ第一ニ歴史上ノ理由ハ薄弱ニノ取ルニ足ラス何トナレハ古昔ヨリ今日マテ行ヒ來レハトテ必スシモ正當ナリト云フコトヲ得サレハナリ

然ラハ或ル場合ニ人ノ生命ヲ侵害スルコトヲ得ルハ猶人ノ自由ノ如シトノ理由ハ如何是亦直チニ同意スルヲ得ス蓋シ自由ハ人ノ創造セシモノニ非スト雖トモ之ヲ拘束シ而シテ同シク人ノ創造ニ係ラサル生命ニ限リ之ヲ奪却スルヲ得ストスレハ論理上其當ヲ得ストハ或ハ一理アルカ如シ然レトモ少ク極端ニ偏スルノ論ナリ夫レ徒刑ノ如キ体刑ハ全ク自由ヲ拘束シ去ル者ニ非スシテ只其幾分ヲ中止若クハ制限スルニ止マレリ之ニ反シテ死刑ハ全然生命ヲ奪フテ復タ社會中ニ存在セシメサルニアリ故ニ其間宵壤ノ差異アリト云ハサルヘカ

ラス生命ト自由トハ道理上輕重スルヲ得スト雖トモ若シ其間ニ輕重ヲ設クレハ生命ハ自由ヨリモ貴重ナリト云ハサルヘカラス今貴重ナル自由ハ之ヲ奪却シ得ルカ故ニ是ヨリ更ラニ貴重ナル生命モ亦之ヲ奪却シ得ルト云フハ大小輕重ヲ混シタルノ言ニシテ至當ノ論理ニ適セサルナリ

尙ホ此論者ハ社會ノ有スル正當防衛權ヲ基礎トシテ死刑ハ正當ナリト云ヘリ然レ由深ク熟考スルキハ此ノ若ク決定スルコトヲ得ス防衛權ノ正當ナルハ危害ノ切迫ナルヲ要ス今死刑ヲ用ユル場合ハ常ニ果シテ死刑ヲ使用セサルヲ得サル程危害切迫スルカ決シテ然ラサルヘシ然ラハ則チ死刑ハ社會ノ生命ヲ保持スルニ必須欠クヘカラサルキニ當リテ之ヲ用ヒテコソ正當ナレ其他ノ場合ニ之ヲ用ユルハ不正ト云ハサルヘカラス是ニ由テ之ヲ觀レハ死刑存發ノ論ハ必竟死刑ハ社會ノ保全ニ必要ナリヤ否ヲ研究スルニアリ

此設題ニ積極ノ答辯ヲ爲レ死刑ハ必ス常ニ必要ナルコト主張スルモノアリ其言ニ曰ク死刑ハ貴重無二ナル生命ヲ斷絶スルニアレハ之ヨリ恐ルヘキ刑罰アルナシ故ニ死刑ハ他人ニ例示シテ將來ノ危害ヲ防遏スルニ於テ効驗最モ著大セサル可ラスト

ナルモノナリ故ニ何等ノ方法ヲ用ユルモ犯罪ヲ防遏スルヲ得サル所ノ大罪人ニ向テハ此ノ極刑ヲ措テ他ニ良刑アルヲ見ス只之ノミニ止マラズ他ニ尙ホ兎行者ヲ此社會ノ外ニ驅除スルノ利益アリ故ニ極刑トシテハ必ス死刑ヲ保存セサル可ラスト

此說ハ果シテ至當ナルヤ否ヤ或ル場合ニ於テハ或ハ至當ナラン前ニモ云ヘルカ如ク死刑ハ社會ノ狀体ニ由テ變更スヘキモノナレハ如何ナル刑ヲ以テスルモ極惡ノ犯罪ヲ防遏スルヲ得サルトキハ死刑ヲ用ヒテ之ヲ防遏スルコトヲ得ヘシ然レトモ現社會ノ有様ニ就テ考察スルニ若シ死刑ヲ用ヒサレハ果シテ社會ヲ維持スルヲ得サルカ余ハ決シテ然ラサルヲ信ス日佛ノ現世ニ在リテハ概ニ此ノ如ク斷定スルヲ得ス夫レ方今死刑ヲ用ヒテ罰セントスル所ノモノハ如何ナル犯罪ナルカヲ見ヨ此刑罰ヲ受クル者ハ主トメ謀殺犯人ナリ然ラハ謀殺犯人ハ死刑ヲ恐レテ其企望ヲ止ムルヤ否ヤ凡ソ人ヲ謀殺スル者ハ大概嫉妬心ノ過大ニ因ルニ非レハ怨恨ノ激昂スルニ基ク然レハ此ノ如キ犯人ハ人ヲ殺セハ己レモ亦死スルノ一事ハ豫メ覺悟スル所ニシテ犯罪ノ當時ハ少モ其死ヲ

顧慮セサルハ通常ナリ故ニ此等ノ者ニ死刑ヲ科スルモ決シテ犯罪ヲ豫防スルニ足ラサルハ實例ニ微シテ明カナリ時トシテハ死刑ヨリ無期刑ヲ恐怖スルコトナシトセス彼ノ在懲ノ囚徒カ無期徒刑ノ苦ヲ免レントシテ監視人ヲ殺害スルヲアルヲ以テ見ルモ之ヲ知ルヘシ又假令死刑ヲ廢スルモ左程犯罪人ヲ増加スルノ憂ナカルヘシ例之ハ埼玉地方ノ如キハ死刑ニ處セラル、モノ頻々現出セルモ同一ノ犯人ヲ減セス仙臺地方ハ其數甚タ少ナキモ兇惡ヲ增加セス此ノ如ク死刑ハ極悪ノ犯罪ヲ豫防スルニ足ラストセハ之ヲ以テ社會ヲ維持スルニ必要ナリト云フヲ得サルヤ明白ナリ隨テ其防衛ヤ正當ナルモノト云フヲ得ス是ニ於テ死刑ハ不正ナリ況シヤ人ヲ殺セハ己レ亦死スヘシトスルハ今日ニテ尙古風ヲ傳襲スルノ嫌アルヲヤ故ニ道理上死刑ヲ廢スルノ正當ナルヲ信ス

死刑ヲ設タルノ可否ニ付テハ上來述ヘ來リシカ如シ今其說ノ當否ハ暫ク之ヲ置キ死刑ハ他ノ刑罰ニ比シテ最モ刑罰ニ要スル所ノ性質ヲ虧欠スルコハ疑フヘカラサルノ事實ナリ成程死刑ハ刑罰ニ要スル一性質即チ一般人民ノ例示ト

ナルノ事ハ之ヲ除ヒテ他ニ其比ヲ見ス然レバ其他ノ性質ニ至リテハ一モ具備セスト云フテ可ナリ先ツ第一ニ分割スルコト得ルカト云フニ決シテ能ハス彼ノ死刑ニ處スヘキ當事犯中特ニ謀殺罪ノ如キモ其情狀種々アリテ一ナラス故ニ之ヲ罰スル所ノ刑ハ分割シ得ルニ非レバ到底其犯罪ト刑罰トノ比例ヲ得ルヲ得ス然ルニ死刑ハ犯人ノ生命ヲ奪フニアレハ其情狀感憤スヘシト思惟セハ勿チ下シテ一階級ヲ下ル無期徒刑ニ處スルヲ得ルノミ然ラサレハ依然重キ死刑ニ止メサルヘカラズ是ヲ以テ犯者中一人ハ當然死刑ニ處スヘクシテ之ニ處スルモ他ノ一人ハ其情狀死刑ニ處スヘキ程ノ害惡ナシ然レバ又無期徒刑ノレ分割シ得ルノ性質ヲ具ヘサルヨリ生スル所ノ弊害ナリ之ト同シク一身ニ止ルト云フノ點及ヒ平等ナラサルベカラスト云フノ點モ又同シク虧欠ス其虧欠スル所以ハ諸君ノ熟知セラル、所ナレハ茲ニ復言セス

死刑ニ就テ量セ刑罰ノ性質ヲ虧欠スル所ハ補償シ得サルノ點ナリ蓋シ補償レ得ルノ性質ニ付テハ他ノ刑罰亦全ク此性質ヲ具備シタリト云フコト得ス然レ

死刑ノ如ク一部分タモ補償シ得サルニ非ルナリ即無期徒刑ノ如キハ既ニ服役シ了リタル部分ハ之ヲ補償スルコト得スト雖モ其餘ノ部分ハ總テ補償スルコト得ヘク若シ夫レ此刑ヲ科セラレタルカ爲メニ剥奪セラレタル權利ニ就テハ特赦等ニヨリテ之ヲ恢復スルコト得ヘシ然ルニ死刑ハ如何ナル部分タモ之ヲ恢復スルコト得ス最モ死後ニ至リ犯罪ナカリンコト證明サルレバ死后其名譽ヲ洗雪シ得ヘシ然レハ生命ハ決シテ恢復スルコト得サルナリ然リ而ノ此性質ノ虧欠ハ死刑ヲ廢サヘル可カラサル一ノ理由トナレリ現時日本ニ於テハ未タ正確ナル統計表ヲ得サルヲ以テ果ノ死后ニ至リテ名譽ヲ恢復スルカ如キ事之アリシヤ否ヤヲ知ラスト雖モ佛國ニ於テ往々是等ノ凶事ノ出來セシハ歴史ニ徵シテ明カナリ故ニ日本ニ於テ將來此ノ如キ嫌惡スヘキ事ヲ避ケントナラハ宜シク死刑ヲ全廢スヘシ

第二 無期徒刑

法律ニ於テ既ニ死刑ヲ設ケタル以上ハ無期徒刑モ亦必ス之ヲ設ケサルヘカラス何トナレハ若シ此刑ヲ設ケサレハ假令有期徒刑ノ最長期ヲ廿年若クハ三十

無期徒刑

年ト爲スト雖モ死刑ト死刑ニ次ク所ノ刑トノ間甚シキ懸隔ヲ生シテ勢ヒ平等及ヒ間接分割ノ性質ヲ虧缺スルニ至レハナリ

無期徒刑ハ終身々体ヲ拘束スル所ノ刑罰ニシテ之ヲ執行スルニハ内地ニ於テセスシテ島地ニ發遣シ第十七條且或事業ヲ一定シテ之レニ服從セシム況言スレハ無期徒刑ハ死刑ニ比シテ善良ナル刑罰ナリ然レハ尙非難スヘキ點ナキニ非ス第一ニ無期徒刑ハ平等ノ性質ヲ具ヘス何トナレハ六十歳ニテ罪ヲ犯シタル者ト二十五歳ニシテ罪ヲ犯シタル者ト同一ニ無期徒刑ニ處セラル、モ其苦役ノ年數大ニ差アリ今假リ二人ノ命數ヲ六十年ト想像セシニ六十歳ニ達シタル年首ニ人ヲ故殺シタル者ハ其年ノ終リニ死去スルヲ以テ僅カ一個年ノ服從ニテ勞働ヲ免ル然ルニ壯年者カ同罪ヲ犯スエハ數十年ノ久シキ鐵窓ノ下ニ呻吟スルノ不平等ヲ生スルニ至レハナリ又次ニ分割ノ性質ヲ有セス同一ナル罪ヲ犯シタル者ノ中ニモ或ハ其情狀ノ輕キモノアリ或ハ其情狀ノ重キ者アリ然ルニ其情狀減シテ有期徒刑ニ處スル迄ニ至ラサルモ亦無期徒刑ニ處スレハ酷ナルコトアルガハ此者ヲ彼ノ情狀ノ重キ者ト同シク無期徒刑ニ處セサルヲ得ス

豈不都合ニアラスヤ

然レハ無期徒刑ハ死刑ニ比シテ稍ヤ補償シ得ルノ目的ヲ達ス此故ニ甚タ重刑ニ過キタリト思慮シタルキハ若干年ノ間服從シタルノ後ニ至リ特赦ニ因リテ刑ノ執行ヲ免脱スルコトヲ得ヘク又分割シ得サルノ欠點モ特赦ニ因リテ精神ヲ達スルコト得ヘシ加之ナラス一方ヨリ考察スルトキハ無期徒刑ハ最モ例示トナリ得ヘキ性質ヲ有ス何トナレハ終生獄中ニアリテ苦役ニ服シ没々其身体ヲ勞役スルハ死刑ヨリ一層痛苦ヲ感スルノ點ナシトセス是ヲ以テ大ニ將來ノ犯人ヲ警醒スルニ足レハナリ又大ニ犯罪人其者ヲ懲戒スルノ性質ヲ具有スニキニ云ヘルカ如ク此ノ刑ニ處セラレタルモノハ皆必ス島地ニ發遣サルヘシ故ニ從來内地ニ住シテ其地風ニ慣レタル者一朝寂寥タマ島地ニ發遣サルトトキハ身ハ氣候ノ變化ニ感シ心ハ風物ノ不同ヲ傷ミ自然其良心ヲ刺激スルト之ニ加フルニ勞役ニ服從スルヲ以スレハ大ニ前非ノ悔悟ヲ促スニ至ルヘシ之ヲ要スルニ無期徒刑ハ社會ノ例示トナリ犯人ヲ懲誡スルニ足リ惡人ヲ此地ニ止メサルノ性質ヲ具有スルノ點ヨリ見レハ善良ナル刑罰ト云フヘキナリ

有期徒刑

第三 有期徒刑

有期徒刑ハ無期徒刑ニ同シ唯其異ナル點ハ一ハ年數ニ限リアリテ他ノ一ハ年數ニ限リナキトニアリ即チ有期徒刑ハ十二年以上十五年以下ナリ故ニ有期徒刑ハ之ヲ無期徒刑ニ比スレバ一層良刑ト云フヘン何トナレハ無期徒刑ハ他ノ方法ヲ假用スルニ非レハ平等ト分割トノ目的ヲ達スルコト得スト雖モ有期徒刑ハ其刑ノ範圍内ニテ是等ノ目的ヲ達スルヲ得レハナリ

重懲役

第五 輕懲役

重懲役ト有期徒刑ノ差異ハ第一ハ年限ヲ異ニシ第二ハ執行ノ場所ヲ異ニスハ九年以上十一年以下ニシテ内地ノ懲役場ニ入レ定役ニ服セシメ一ハ十二年以上十五年以下ニシテ島他ニ發遣シ定役ニ服セシム而テシ重懲役ト輕懲役ノ差ハ單ニ年限ノ長短ニ在ルノミ其他此二刑ノ性質等ハ殆ント有期徒刑ト同一ナリトス

以上説述シタル所ハ常事犯ニ適用スヘキ重罪ノ主刑ナリ

死刑

國事犯ニ付テ死刑ノ可否

國事犯ニ關スル重罪ノ主刑ニモ亦五階級アリ

第一 死刑

常事犯ニ付テ死刑ヲ設クヘキヤ否ヤハ既ニ大ニ議論ヲ生シタリ。今假リニ常事犯ニハ死刑ヲ設タルヲ可ナリトスルモ更ニ國事犯ニ付テ一層議論ヲ生スルヲ見ル請フ之ヲ研究セん。死刑論者ノ說ニ曰ク。第一ニ死刑ハ歴史上國事犯者ヲ罰スルニ必要缺クヘカラサリシ刑罰ナリ古來何國ノ刑法ヲ繙閱スルモ此刑ヲ設ケサルコナキヲ見ルモ亦明カナリ。第二道理上國事犯者ノ爲ノミニ死刑ヲ廢スヘカラス。今人ヲ謀殺シタル者當事犯ト内亂ヲ起シタル者國事犯トハ其社會ノ安寧ヲ害スルコヽ孰レカ大ナルヤ一己人ノ生命ヲ奪却スルヨリ公衆ヲシテ塗炭ノ苦シミヲ受ケシムハ社會ノ安寧ヲ害スルノ大ナルコ言ヲ待タサルヘシ然ニル害ノ小ナル謀殺罪ヲ犯シタル者ヲ處スルニ死刑ヲ以テシテ却テ害ノ大ナル内亂ヲ起シタル者ヲ處スルニ死刑ヲ以テセサル豈此ノ如キノ道理アランヤ第三死刑モ或ハ國事犯者ノ生スルコヽ防遏スルニ足ラサルヘシ然レハ死刑スラ猶且此ノコトシ死刑

以外ノ体刑ハ益ス其効驗ヲ見ルヲ望ムヘカラス故ニ止ムヲ得ス死刑ヲ用ヒサルヘカラス。

此說未ダ至當ナリト云フヲ得ス第一歴史上ノ理由ハ一言ノ下ニ駁撃スルコヲ得即チ昔時ヨリ製用シ來レル者ハ必スシモ善良オルモノニ非ス又第三ノ理由トシテ死刑以外ノ体刑ハ以テ國事犯者ヲ防遏スルヲ得スト云フト雖トモ若シ果シテ其言ノ如クナラハ何等ノ刑罰ヲモ設タルコヽ得サルニ至ラン蓋シ死刑ハ國事犯者ヲ防遏スルニ足ラストセンカ既ニ死刑ノ必要ヲ見ス故ニ之ヲ用ユルヲ得ス而シテ他ノ刑罰モ亦タ之ヲ科スルヲ得サレハ國事犯者ハ遂ニ之ヲ罰スルヲ得サルニ至ラン。

然ラハ國事犯者ハ之ヲ罰セスシテ可ナルカ否社會ヲ保存スルニハ必ス之ヲ罰セサルヘカラス之ヲ罰スルニハ如何ナル刑罰ヲ以テスヘキカ第一ニ死刑ヲ用ヒテ効驗アラサルコハ明カナリ前ニモ云ヘルカ如ク國事犯人ハ決シテ死刑ヲ恐ルヘモノニ非ス自己ノ性命ヲ以テ犠牲ニ供シ馬革ヲ以テ屍ヲ裏ムハ豫メ其期スル所死刑彼ニ於テ何カアラン。

然ラハ即チ他ニ國事犯人ヲ罰スルノ体刑ナキカ余ハ充分ニ之アルヲ信ス蓋シ
古來人ノ云フカ如ク慷慨死ニ就クハ易ク從容死ヲ待ツハ難シ夫レ國事犯人ハ
其死ヲ見ルコ其本ニ歸ルノ思ヲ爲スナラン然レ且若シ其希望ヲ遂ケ得サルニ
當リ眷ヲ荷フテ土砂ヲ運搬セサルヘカラサルハ彼ニ取りテ非常ニ大ナル苦惱
ヲ感スルナラン故ニ死刑以外ノ方法ヲ以テ國事犯人ヲ罰シテ効驗アルヤ疑フ
ヘカラス加之ナラス又其者ヲ懲戒スルノ方法ナキニ非ス之ヲ島地ニ發遣シ鐵
窓ノ下ニ孤坐セシメ徐ロニ其懷抱スル主義ノ非理ナルコラ悟ラシメハ自カラ
前非ヲ悛悔スルニ至ラン此ノ如クニシテ又能ク社會ノ擾亂ヲ緩定スルヲ得ヘ
キナリ次ニ論者カ道理上死刑ヲ廢ス可カラスト爲ス第二ノ理由ハ稍ヤ可ナル
カ如シ然レ凡ソ犯罪人ヲ罰スルニハ單ニ外形上ニ現ハルヽ所ノモノヽミヲ
見テ其輕重ヲ論定スヘカラス宜シク其意思ノ害惡ナル度合ヲ探求セサルヘカ
ラス國事犯人ノ心情ハ甚タ害惡ナラサルヲ常トス却テ社會ノ洪福ヲ希圖スル
ノ熱心ナルヨリ誤リテ社會ノ擾亂ヲ忘ルゝ者アリ果シテ然ラハ適當ナル刑罰
ヲ以テ其者ノ行爲ヲ悛改セシムルコツ必要ナレ其者ノ生命ヲ奪却シテ永ク幽

界ニ彷徨セシムルカ如キハ其當ヲ得タルフ處置ナリト云フヲ得サルヘシ是ヲ
以テ佛國ハ勿論其他ノ文明諸國モ亦國事犯人ヲ罰スルニ死刑ヲ以テセス我國
ノ草案者ゼ此ノ主義ヲ採用セシカ修正ノ際斷然死刑ヲ採用シタリ思フニ其理
由ハ反對論者ノ理由ト同一ナラン

尙他ニ國事犯ニ關シテハ死刑ヲ廢セサルヘカラサル理由アリ社會ノ道理ハ漸
々改進シテ止マサルナリ故ニ昨日ノ是ハ今日ノ非今日ノ善ハ明日ノ惡トナル
ヤモ亦知ルヘカラス而シテ政治上ノ主義ニ至リテ此道理ヲ出テサルナリ左レ
ハ今日ハ一國ノ主權者カ斯クノ主義ヲ是ナリトンシ反對者ハ全ク之ト反對ノ主
義ヲ抱持シ而カモ其主義ヲ行フ能ハサルヨリ竟ニ無謀ノ干戈ヲ勵スニ至レリ
然ルニ明日ニ至リテ政府自カラ其採ル所ノ主義ノ非ナルヲ認メ却テ反對者ノ
主義ノ正當ナルコト發見スルコナシトセサレハ假令反對者カ社會ヲ擾亂スル
モ其本ヲ正ストキハ全ク主權者ノ採リタル主義ノ非ナルニ基因スルモノナレ
ハ幾分カ國事犯人ノ刑ヲ補償スルヲ善シトススル場合ナキニシモアラサルニ
モ拘ハラス尙ホ死刑ヲ用ヒントスルハ宜シキヲ得タリト云フ可カジサルナラ

且又國事犯人ノ蜂起スルヤ政府或ハ敗ヲ取ルコトアルヤ知ルヘカラス此故ニ立法者タル者ハ豫メ此點ヲ熟慮シテ刑罰ヲ定メサルトキハ果シテ國事犯人ノ勝利ヲ得タルニ際シテ其者死刑ノ極刑ヲ濫用シ殘暴ニ至ルコトアルヘケレハナリ

是ニ由テ之ヲ觀レハ何レノ點ヨリ論スルモ國事犯ニ付テハ死刑廢セサルヘカラス

第二 無期流刑

第三 有期流刑

流刑ニ無期有期ノ別アリ是尙常事犯ニ無期徒刑有期徒刑ノ區別アルカ如シ故ニ今再ヒ之ヲ詳説セス是常事犯ノ徒刑ト異ナル事ハ流刑ハ第二十條ニ規定スルカ如ク囚人ヲシテ定役ニ服セシメス又無期流刑ノ囚ハ五年ヲ經過セシ後行政ノ處分ヲ以テ其幽閉ヲ免シ島地ニ於テ或土地ヲ限リテ住居スルコトヲ許スヲ得徒刑ニ在リテハ定役ニ服セシメ流刑ニ於テハ之ニ服セシメサル所以ハ立法者カ國事犯者ヲ優遇シタルニ因ルナラシ夫レ國事犯人ノ罪ハ多少公衆ノ利

益ナ謀ラントスルニ原因スレハ常事犯人ノ如ク破廉恥敗道徳ノ者ノミニ非ス故ニ此等ノ者ナシテ卑汚ナル罪囚ト伍セシメ共ニ勞役ナ取ラシムルニ忍ヒス又假合定役ニ服セシメサレハトテ刑罰ノ目的ナ達セサルニ非ス之ヲ鷹地ニ發遣シ牢獄ニ密閉スレハ其心氣自ラ平靜ニ期シ無數ノ感想ナ惹起シテ從來取りタル主義ノ誤謬ナルコトナ發見シ翻然其思想ナ改ムルニ至ラン此點ヨリ見ルトキハ却テ定役ニ服セシメサルナ以テ可ナリトス蓋シ勞働シテ身心ヲ疲勞スルトキハ事ナ計考スルナ妨礙スレハナリ

第四 重禁獄

重禁獄 輕禁獄

禁獄ト懲役ノ異ナル事ハ定役ニ服スルト否トニアリ而シテ其差異ノ理由ハ徒刑ト流刑ト差異アルト同一ナリトス

以上重罪ノ主刑ナ説了セリ

第二節 輕罪ノ主刑

一重禁錮 此刑罰ハ其性質重懲役及輕懲役ト同シ故ニ之ニ對シテ起ルヘキ非難モ亦懲役ト同一ナリ然リ而シテ重禁錮ト重輕懲役トノ異ナル點二個アリ第一ハ期限ヲ異ニス立法者ハ重懲役ハ九年以上十一年以下トナシ輕懲役ハ六年以上八年以下ト爲シテ重禁錮ハ十一日以上五年以下ト爲ス且重輕懲役ノ期限ハ一定シテ常ニ範圍ナ同フルモ重禁錮ハ更ニ各犯罪ニ付テ其範圍ナ細分セリ蓋シ重罪ノ体刑ハ數階級アルモ輕罪ノ体刑ハ唯一ナルニ因ル第二ハ勞役ヨリサテ得ル工錢ノ分配法サ異ニス我刑法ハ監獄法ニ從ヒ現役百日ナ經過スレハ工錢ノ幾分ナ獄舎ノ費用ニ供シ其幾分ナ囚人ニ給與ス而シテ懲役ノ囚八十分ノ一ナ與ヘ重禁錮ノ囚ハ十分ノ二ナ給セリ

二輕禁錮 此刑ノ性質ハ重輕禁獄ニ等シ而シテ其重輕禁獄ト期限ノ所定チ異ニスルコト重禁錮ノ懲役ニ於ケルカ如シ次ニ重輕禁獄ナ常事犯ニ適用シタルハ殆ント之ヲ見サルモ輕禁錮ハ主トシテ國事犯ニ之ヲ適用シ又常事犯ニモ之ヲ適用ス蓋シ輕罪ノ常事犯中ニハ囚徒ナシテ社會ノ規律ノ守ルヘキヲ悟リ世計ナ立ルノ道ナ知ラシムルヨリハ寧ロ熟考セシメテ刑罰ノ目的ヲ達スヘキ

輕禁錮

モノアレハナリ

以上体刑ニ關スル輕罪ノ主刑ヲ講了シタリ
然ルニ今之ヲ丁ルニ當リ尙ホ一言スヘキモノアリ監獄法ノ事即チ是レナリ然レ凡監獄法ハ元來一個ノ専門學ニ屬スヘキモノナレハ茲ニ之ヲ詳悉スルトナ得ス只如何ナル方法ニ依リテ之ヲ定ムレハ能ク刑罰ノ目的ヲ達スルヲ得ル平ト云フノ議論ハ大ニ刑罰ト關係アルヲ以テ其大要ヲ畧言セン

最刑罰ノ目得的
方法如監
何獄方
如監

甲者ハ曰ク監獄ハ總テ囚人オ分離セサルヘカラス而シテ之ヲ分離スルハ晝夜チ論スルトナシ且如何ナル勞役モ囚人ニ命ス可ラス何トナレハ之ヲ命スレハ分離ノ目的ヲ達スルヲ得サレハナリ

乙者ハ曰ク晝夜ヲ分タス囚人ヲ分離スルハ可ナリ然レ凡晝夜ハ勞役ニ服セシムメサル可ラス

丙者ハ曰ク晝夜ヲ分離スヘシ晝夜ハ之ヲ分離セスシテ勞役ニ服セシム可シ
右三說中何レノ說ヲ採用スヘキカ是レ監獄學上大ヒニ研究ヲ要スル所ナリ然

レ丘今世人カ一般ニ採用シテ可ナリト爲ス所ノモノハ丙説ナリトス甲説ハ直チニ日本刑法ノ基本ヲ覆スノ説ナリ若シ夫レ囚人ヲ分離シ之ナシテ勞役ニ服セシメサレハ四人ノ心情之ナ慰ムルニ由ナキナ以テ大ニ苦痛ナ感ゼン又寂寥ノ餘リ種々ノ事ナ靜慮シテ良心ニ復歸スルトナシトセス然レモ犯罪ノ性質上勞役ニ服セシメスシテ獨リ幽牢ニ靜居セシムルモ毫モ之レカ効驗ナ見サルアルヘシ故ニ甲説ハ必竟無益ノ説ト言ハサルヘカラス次ニ乙説バ甲説ヨリ稍ヤ可ナルカ如シ然レモ犯人ナシヲ社會ニ在リテハ守ルヘキノ規律アルヲナ知ラシムルハ刑罰ノ一結果トミテ之ナ希望セサルナ得ス然ルニ犯人ナ分離シテ服從セシムル片ハ到底此結果ナ見ルコトナ得ス多因相集リテ勞働シ始メテ社會ニ在リテ守ルヘキ規律ノ何物タルトナ知得セシムルナ得ヘシ一囚徒ナ一室ニ分離シテ之ナ知得セシメントスルハ決シテ望ムヘキニ非ス加之ナラス實際ニ之ナ行ハントスルモ其費用ノ巨額ナルニ堪ヘサル可シ此ニ至リ丙説ナ以テ完全ナリトセサル可ラス何トナレハ一方ニ於テハ夜間各囚人ナ分離スルカ故ニ充分ニ苦痛ナ感シ前非ナ悟ラシムルニ足ルヘシ他ノ一方ニ於テハ晝間一所ニ

罰金

集合セシムルナ以テ社會ニ於テ規律ノ守ルヘキトナ知リ生計ナ立ルノ道ナ習ハシムルナ得レハナリ然ルニ此良法モ亦實際之ナ採用スルノ國アルナ聞カス蓋シ夜間各室ニ各囚ナ分離スルニハ其費用決シテ妙少ナラサレハナリ然リト雖曰監獄ナ完備シ刑罰ノ目的ナ達セントセハ此分離法ナ措テ他ニ良法アルナ知ラサルナリ

三罰金 罰金ノ刑ハ上來説述セシ刑罰ニ比スレハ或ル點ニ於テ甚タ優ル所アルナ見ルヘシ罰金ハ第一ニ分割シ得ルノ性質ナ具備ス蓋シ金錢ハ小分數ニ細別スルナ得レハナリ次ニ補償シ得ルノ性質モ亦之ナ具備ス何トナレハ一旦之ナ上納スルモ後日無罪ノ證跡判然タル片ハ之ナ還付スルナ得ヘケレハナリ第三ニ平等ノ性質ナ具備ス蓋シ既ニ十分ニ分割スルトナ得ル以上ニハ隨テ犯罪ノ模様ニ從ヒ其輕重ニ應シテ平等ニ之ナ適用スルナ得ルハ勿論ナリ

罰金ハ此ノ如ク分割補償ノ性質ナ具備シ隨テ平等ノ刑罰ナリ然レモ實際上實ニ平等ナリヤ否ヤ是レ少ク疑ナキナ得ス何トナレハ何國ノ刑法ニ於テモ其最多額ナ一定スレハナリ我刑法ニ付テ一例ナ示サン詐欺取財ノ罪ハ二月以上四

年以下ノ體刑ニ四圓以上四十圓以下ノ罰金ナ附科セリ即チ最多額ハ四十圓ナリ是ナ以テ如何ニ情狀ノ重キ者ト雖ニ四十圓ノ多額ナ超過スルトナ得ス今夫レ貧窮ノ者ハ此範圍内ニ於テ之ナ罰スレハ十分刑罰ノ目的ナ達スルトナ得ルトゼン乎富豪家ニ至リテハ秋毫モ痛痒ナ感セサルヘシ故ニ平等ノ性質ナ満足スルニハ最多額ナ一定セサルナ可ナリトス

或ハ說ナ爲シテ云フ者アリ曰ク罰金ナシテ平等ノ性質ナ有セシムルニハ各犯人ノ財產ト比例ナ取ルヘシ即チ犯人ノ財產ノ十分一以上十分ノ九以下ト云フカ如クニ罰金ノ額ナ定ムレハ可ナリ故ニ犯人ノ資產百圓ナレハ十萬圓以上九十圓以下ノ範圍内ニテ之ナ科シ若シ百萬圓ナレハ十萬圓以上九十萬以下ノ範圍内ニテ之ナ科スヘシト此說或ハ可ナラン然レバ未タ十分ニ平等ノ性質ナ有セシムルニ足ラス何トナレハ最寡領ニ就テ之ナ觀察スルモ貧者十圓ノ罰金ナ科セラレハ餘ス所ノ財產ハ九十圓トナリ是レ以テ漸ク數月ナ支フルニ足ルノミ若シ富者十萬圓ノ罰金ナ科セラル、モ尙ホ九十萬圓ノ餘裕アルナ以テ子孫ニ至ルマテ安樂ニ其生命ナ保續スルナ得レハナリ況ニ此說ニ從フキハ一々犯

人ノ財產調ナ爲サヘルヘカラス然ルニ財產調ハ大二人間一家ノ安寧ナ害スルモノナレハ立法者タル者ハ成ヘク丈ケ此嫌忌スヘキ方法ナ捨テサル可カラス然ラハ則チ罰金ナルモノハ本質トシテハ平等ノ性質ナ有スルモノナルモ實際其効能ナ見ルト甚タ難シ若シ強テ平等ナラシメントセハ其最多額ナ一定セスシテ裁判官ノ認定ニ放委スルヨリ他ニ途ナキナリ然レバ各國ノ刑法皆之ナ一定セリ蓋シ斯ノ如ク重大ナル權力ナ裁判官ニ放委スルキノ其弊ヤ富豪ノ者モ一朝ニシテ貧窮ニ陥ルカ如キ慘虐ナ生スルニ至レハナリ

罰金ハ以上ニ述タル如キ理由ナルナ以テ或者ニハ大ニ制裁トナリテ例示懲誡ノ目的ナ達スルコナ得ルモ或者ニハ此結果ナ生セシムルトナ得ス此一點他ノ刑罰ニ比シテ大ニ不完全ナル所ナリ

我刑法ハ罰金ナ以テ刑罰ナリト爲シタルカ故ニ賠償ト同一視スルコナ得ス之ヨリ左ノ七個ノ結果ナ生ス

(二)罰金ハ犯罪人自身ニ對スルニ非サレハ之ナ言渡スコナ得ス賠償ハ加害者本

人ニアラサルモ之ニ對シテ追求スルトナ得然レバ之カ例外アリ彼ノ煙草稅賣

獎印紙稅及菓子稅ノ如キ租稅ニ關スル特別法ハ必シモ違犯者本人ニ對シテ罰金ヲ宣告セス民事上ノ責任ヲ負擔スヘキ者ニ對シテ之ヲ宣告スヘキナ命ス此例外ハ佛國ニ於テモ亦之ヲ採用セリ佛國大審院ハ此例外ナ一見シテ罰金ハ刑罰ニ非スト判決セリ其理由ニ曰ク刑罰ハ犯人自身ニ對スルニ非サレハ之ヲ言渡スコナ得サレハナリト然レバ日本ニ於テハ此ノ如キ議論ノ起ル憂アルナシ何トナレハ立法者ハ第八條及第十條ニ於テ明カニ罰金ヲ以テ刑罰ト爲シタレハナリ然ラハ則チ何故ニ斯カル例外ナ設ケタル乎曰ク煙草營業者ハ自ラ無印紙ノ煙草ヲ賣却スルコナ得サルハ勿論其雇人ニモ之ヲ賣却セシメサルノ義務ヲ負擔セサルナ得ス然ルニ雇人ニシテ之ヲ賣却スル片ハ其主人ハ取モ直サス自己ノ負擔スル義務ニ背キタル者ナリ即チ其責已レニ在リテ自ラ之カ罰ナ受ケサルナ得ス是レ法律ニ於テ民事上ノ責任ヲ負擔スヘキ者ヲ罰スル所以ナリ是ニ由テ之ヲ考フルハ之ヲ例外ト云フモ事實決シテ例外ニ在ラス

(二)犯人死去スルキハ公訴權消滅スルヲ以テ死者ニ向テ罰金ヲ宣告スルヲ得ス之ニ反シテ賠償ハ死者ノ相續人ニ對シテ請求スルヲ得茲ニ一ノ注意スヘキ

「アリ犯人未タ死去セサル前既ニ罰金ノ宣告ナ受ケ其裁判確定シタル後ニ死去シタリト假定セゾ相續人ニ向テ之カ執行ナ命スルナ得ル乎今一偏ノ道理上ヨリ云フキハ相續人ニ向テ罰金ヲ徵收スルコナ得サルカ如シ何トナレハ今假リニ重禁錮ノ刑ナ言渡サレタル者裁判確定後ニ死去シタリトゼンニ此時ハ其死者ノ相續人ニ對シテ重禁錮ノ刑ナ科スルナ得サルハ勿論ナリ然レハ罰金モ亦之ト同一ノ決定ナ爲サヽルナ得ス何トナレハ体刑ハ死者ノ相續人ニ對シテ之ヲ科スルナ得サルモ金錢上ノ刑ハ之ヲ科スルナ得ルト云フノ理ナカルヘシ均シク刑罰ナルニ其間此ノ如キ差等アルノ理ナケレハナリ然レビ又他ノ點ヨリ看察スルキハ敢テ体刑ト罰金トヲ區別スルノ理由ナキニアラス今夫レ犯人罰金ノ宣告ナ受ケタリトゼンニ其者ハ如何ナル義務ヲ負担スル乎即チ其裁判確定スル片ハ單ニ金錢ナ上納ス可キノ義務ヲ負フノミ体刑ノ如ク自ラ其身ナ得サルハ原則ナリ故ニ罰金ノ宣告ナ受ケタル者モ亦政府ニ對シ其財產上ニ共

同質權ナ負擔スル者ナリ然ルニ相續人ハ其財産ナ相續シタルナ以テ共同質權ノ負擔ナ相續ス故ニ己レ政府ニ對シテ罰金上納ノ義務ナ盡サル可カラス此ノ理由ニ依リ佛國等ニ於テハ現ニ相續人ニ對シテ罰金ナ徵收スルナ得ヘシトノ說アリ日本ニ在リテハ刑法附則第二十條ナ以テ相續人ナシテ此義務ナ免レシメタリ

(三)罰金ハ刑罰ナルナ以テ犯罪人ノ數ニ應シテ個々殊別ノ罰金ノミナ宣告セサル可ラス若シ賠償ノ如ク多人數ナルニモ關セス一個罰金ノミナ宣告シテ足レリトセハ竟ニ刑罰ノ目的ナ達スルナ得サルニ至ラン例之ハ今一人ニテ犯スルハ百圓ノ罰金ニ處セラレ數人ニテ犯スルハ數人合シテ百圓ノ罰金ニ處セラル、トセヨ一人ニ其罪ヲ犯サルヘシト雖凡百人ノ同意者ナ招集シテ其犯罪ナ遂行スヘシ是レ犯罪ナ妨遏セントスルノ刑罰ハ却テ犯罪ナ容易ナラシムルノ危機トナラソ

(四)罰金ハ体刑ト同シク數罪一時ニ發覺スルハ只其重キ一罪ノ罰金ノミナ科シテ其餘ハ之ナ科セス之ニ反シテ賠償ハ十害アレハ十害ニ之ナ賠償セシム此

結果ニモ亦例外アリ前ニ引用シタル租税ニ關スル法律規則ニ於テハ我刑法ノ採用シタル數罪俱發ノ論理ニ依ラスシテ併科ノ主義ナ採用セリ

(五)幼者ニ付テノ規定ハ罰金ノ刑ニモ亦之ナ適用ス故ニ例ヘハ十二歳以上十六年未滿ニシテ是非善惡ナ識別スルノ智力ナキ幼者カ罪ナ犯シタル片ハ罰金ナ言渡ストナ得ス賠償ハ民事上ノ責任ナ負擔スヘキ者其損害ナ拂ハサル可カラス

(六)罰金ハ刑罰ナルナ以テ再犯ニ係ル片ハ之ナ加重ス賠償ハ否ラス

(七)罰金ナ徵收スル期限ハ七年ナルモ賠償ハ二十年若クハ三十年ナリ

主刑 違警罪ノ

第三節 違警罪ノ主刑

過失公罪

一拘留 此刑ハ其性質輕禁錮ト同シ只期限ノ長短ナ異ニスルノミ然シテ拘留ニ處セラレタル犯罪人ナ勞役セシメサルノ理由ハ輕禁錮ノ理由ト異ナレリ輕禁錮ハ犯人ナシテ熟考セシムルニ在ルモ拘留ハ其罪輕微ナルナ以テナリ

二科料 此刑ハ金額ノ多寡ト期限ノ期限トヲ除ケハ全ク罰金ト同一ナリ

剝奪公權

第三章 附加刑
第一節 剝奪公權

剝奪公權ハ吾人ノ有スル公權ヲ奪却シテ終生之ヲ有セシメサルモノナリ而シテ其公權トハ何ソヤト云フニ第三十一條ニ之カ九個ナ列記セリ曰ク一國民ノ特權二官吏ト爲ルノ權三勳章年金位記貴號恩給ナ有スルノ權四外國ノ勳章ナ佩用スルノ權五兵籍ニ入ルノ權六裁判所ニ於テ證人ト爲ルノ權七後見人ト爲ルノ權八分散者ノ管財人ト爲リ又ハ會社及ヒ共有財產ナ管理スルノ權九學校長及ヒ教師學監ト爲ルノ權是ナリ

剝奪公權ハ刑罰中非難ナ受クルモノ、一ナリ蓋シ此刑ハ常ニ前掲ノ九權ナ併セ剝ク力故ニ一ハ犯罪人ナシテ何等ノ痛痒ナ感セシメサルトアリ一ハ犯罪ノ性質ニ照シテ剝奪スルノ理由ナ見サルトアリ例之ハ強盜犯人ハ多ク無智無產ノ徒ナリ此等ノ者ニ撲擧權又ハ官吏ト爲ルノ權ヲ剝奪スルモ彼何等ノ感ナ生

セス又今官吏カ己レノ監守スル所ノ官物ヲ窃取スル等ノ重罪ナ犯スルハ官吏ト爲ルノ權ヲ剝奪スル誠ニ其理アリ然レバ殴打致死ノ罪ナ犯シタル者ニ向テ官吏トナルノ權ヲ剝奪スルハ十分ニ其理由ナ見ス故ニ此等ノ者ニハ宜シク此權ナ與ヘサル可ラス其他多ク此ノ如キ結果ナ生スルトアリ即チ撲擧權ノ如キ若シ撲擧ニ付テ罪ナ犯シタル者ハ此權ナ剝奪スルハ可ナリト雖凡他ノ罪ナ犯シタルニ此權ナ與ヘサルハ奇ナリト云ハサルナ得ス又裁判所ニ於テ證人トナルノ權ノ如キ若シ偽證通告ノ罪ナ犯シタル片ハ其者ニ對シテ此權ナ剝奪スルハ至當ナリト雖凡強姦罪ナ犯シタル者ニモ尙此權ナ與ヘサルハ妙ナリ淫慾者ハ必スシモ虛言ナ爲スニ限ラサレハナリ後見人ト爲ルノ權モ亦然リ委託費消ノ如キ罪ナ犯シタル者ニ此權ナ與フルハ隨分危険ナルモ國事犯ナ爲シタル者ニ此權ナ與ヘハトテ何等ノ支障アラン其他分散者ノ管財人トナルノ權學校長教師學監トナルノ權ノ如キモ是等ノ權ト犯罪ト何等ノ關係ナ有セサルト往々之レアレハ一概ニ剝奪スルノ限リニ非サルヘシ

是ニ由テ之ヲ觀レハ犯罪ニ匹敵スル公權ハ之ヲ剝奪シテ可ナルモ然ラサル者

マテ之ヲ剝奪スルハ正當ニ非ス然レ正強盜ナ勦キタル者内亂ナ起シタル者強姦ナ犯シタル者等ニ向テ此條ニ臚列セル一ヨリ九マテノ權ナ剝奪スルハ危險ナリトノ理由ニ因ラスシテ名譽上ノ理由ニ因ルトスレハ不可ナル無シ然レモ名譽ニ傷ツタルモ顧ミサル犯罪人ニ至リテハ第二ノ理由セ未タ此刑ナ説明スニ足ラス

停止公權

停止公權ハ或期限間公權ナ使用セシメサルナ云フ夫レ刑辟ナ受ケタル者ノ公權ナ停止スル所以ハ單ニ名譽上ノ理由ニ止ラス尙他ノ理由アリ蓋シ剝奪公權ニ付テハ若シ刑餘ノ人ニ公權ナ付與スレハ各人ノ爲メ大ニ危險ナリトノ理由ハ概シテ適用スルナ得スト雖凡停止公權ハ然ラス先ツ國民ノ特權ニ就テ云ヘハ此權利ノ中ニハ被撰權ナ包含セリ今因人カ代議士ニ撰舉セラレ赤褐衣ナ着用シテ國會議事堂ニ出入スルナ得ルカ何ナ以テ刑罰ノ目的ナ達スルナ得ン官吏トナルノ權兵籍ニ入ルノ權分散人ノ管財人トナリ又ハ會社及共有財產ナ管

理スルノ權學校長及教師學監ト爲ルノ權モ亦同一ノ理由ニ依リテ之ヲ停止スルノ已ムナ得サルナ知ルヘシ其他後見人トナルノ權モ監獄ニ在リテハ之ヲ行フヲナ得サルヘシ又外國ノ勳章モ赤褐衣ナ着ケ連鎖ニ繩カラカラ之ヲ佩用スルナ得サルヘシ茲ニ少シク疑アルハ年金位記貴號恩給ナ有スルノ權及ヒ裁判所ニ於テ證人トナルノ權はナリ然レモ余ハ此等ノ權利ト雖凡刑罰ノ執行中ハ之ヲ停止スルナ以テ至當ナリト信ス

停止公權ト剝奪公權トノ間ニ存スル差異ハ剝奪公權ハ不平等ニシテ且分割スルナ得ス停止公權ニ至リテモ充分ニ平等ナリ分割シ得ヘシト云フナ得サルモ比較上剝奪公權ヨリ大ニ勝レル所アルナ見ルヘシ又剝奪公權ハ終身公權ナ剝奪スルモ停止公權ハ文字ノ如ク或刑期間公權ノ執行ナ停止スルニ止マルモノトス

第三節 禁治產

禁治產

禁治產モ亦停止公權ト同シク終身其權利ナ剝奪シ去ルニアラスシテ一時治產

ノ権利ナ停禁スルニ在リ今何カ故ニ此附加刑ナ設ケタルカナ考第スルニ第一
若シ處刑中ノ人ニ許スニ依然自ラ其財産ナ治ムルトナ以テスレハ金錢ノ使用
自由ナルナ以テ或ハ他人ニ不正當ノ贈與等ナナシ遂ニ容易ニ免刑ナ得ルニ至
ルト之レ無キナ保セス此推測ハ元ト司獄官吏ナ疑フニアレハ正當ノ推測ト云
フチナ得サルヘシ然レバ或ハ萬一此患ナキナ必ス可カラス是レ豫メ法律ノ規
定ナ要スル所以ナリ第二囚人ナシテ自己ノ財産ナ自由ニスルトナ得セシムレ
ハ充分ニ之ナ懲誠シテ刑罰ノ目的ナ達スルナ得サルニ至ル何トナレハ重禁錮
ノ刑ニ處セラルト雖凡富裕ナル者ハ其金力ニ頼リ或ハ勞役ナ免カレ或ハ美
食ナ爲シ或ハ同監ノ者ナシテ種々珍奇ノ事ナ爲サシメテ自ラ悞樂ナ貪ル等尙
ホ刑セラレサル者ト一樣ナルカ如キ状ナ呈セソ故ニ此等ノ事ナ爲シ得ルノ途
ハ一切之ナ杜絶セサルヘカラス

禁治產ハ如何ナル権能ナ禁止スルカ先ツ民事上爲シ得ヘキ所爲ナ大別スレハ
之ナ三個ト爲スチナ得而シテ其中二個ハ財產ニ關スル權利ニシテ一個ハ身体
ニ關スル権利ナリ即チ左ノ如シ曰ク財產ナ管理スルノ權曰ク財產ナ處分スル

ノ權曰ク一身上ニ關スル權能ナリ夫レ然リ然ラハ治產ノ禁ヲ受ケタル者ハ
總テ此等ノ權能ナ禁遇セラルカ第一ノ財產管理權ナ行フナ得サルハ言ナ俟
タス何トナレハ此権利ハ治產ナル文字中ニ含蓄スルヤ明白ナレハナリ次ニ處
分ノ権利ハ如何此権利ハ果シテ治產ノ中ニ包含スルヤ否ヤ甚タ疑ハシ然レバ
他ノ一方ヨリ觀察シテ其禁止サルトナ断定スルナ得蓋シ立法者カ自己ノ財
產ナ管理スルトナ禁止シタル所以ハ自由ニ之ナ使用シテ種々ノ便宜ナ得ルト
アルナ恐レナリ然ラハ其財產ヲ賣却シ其財產ナ贈與スル等ノ所爲ナ爲シ得
サルハ毫モ疑フ可キニアラサルナリ次ニ一身上ニ關スルノ權能例ヘハ結婚ナ
爲シ私生ノ子ナ我子ト認メ臨終ニ遺囑ナ爲スカ如キ所爲ハ如何假令之ナ爲ス
モ有效トセサルナ得ス何トナレハ身獄内ニ在リテ結婚ナ執行スルナ得サルハ
勿論ナルモ之力契約ナ爲スハ毫モ支障アルトナシ又口以テ我子ナリト云ヒ筆
以テ我子ナリト記スルモ敢テ立法者ノ憂フル所ナ見ルニ至ラサレハナリ只遺
囑ニ至リテハ佛國ニ於テ學者間ニ議論アリト雖凡已レ死去スルキハ斯々ニ爲
ス可シト書面ニ記載スルニ過キサレハ縱令鐵窓ノ中ニ呻吟スト雖凡之ナ爲ス

モ甚タ大ナル弊害ヲ惹起スルト莫ルヘシ是蓋シ多數ノ説ナリ我立法者モ亦此多數説ヲ採用セシモノナラン尤モ後見人ト爲ルノ權ノ如キハ已ニ停止公權ノ處ニ於テ説明シタルカ如クナルナ以テ此權能ナキハ明瞭ナリ

犯罪人カ此ノ如ク治產ノ禁ヲ受ケタルキハ如何ナル方法ニ因テ其財產ヲ管理ス可キ乎是レ刑法ノ規定ナキモ民法發布セラルレハ法律上ノ無能力者ノ財產管理ハ保管人ニ於テ斯々ニスヘシト規定スルハ必然ナラン然レバ民法上ノ禁治產者ノ保管人ト刑法上ノ禁治產者ノ保管人トハ其間ニ一箇ノ差異アリ彼ノ保管人ハ都テ得タル所ノ利益ハ受禁者ノ掌中へ交付スベキモノナルモ此保管人ハ其得タル所ノ利益ハ之ヲ受禁者ニ引渡スコトヲ得ス故ニ保管者ノ手中ニ貯蓄シ置クヨリ途ナキナリ

第四節 監視

監視モ亦附加刑中ノ一ナルナ以テ刑罰タルニ論ナキモ其刑罰タル所ハ如何ナル點ニアル乎監視ニ附シタル時履踐セシムヘキ種々ノ手續ヲ以テ刑罰トスル

カ將タ其手續ヲ外ニシテ無形ノ監督ヲ以テ刑罰ト爲スカ之ヲ決定スルハ決シテ無益ノ事ニ在ラス何トナレハ若シ監視ノ執行ニ關スル手續ヲ以テ刑罰ナリトセハ一旦監視ニ附シ中途ニシテ其執行方法ヲ改正スルモ尙舊來ノ方法ニ據テ之ヲ執行セサルヲ得ス若シ又無形ノ監督ヲ以テ刑罰ナリトセハ斯カル場合ニハ新法ノ方法ヲ用フルヲ得レハナリ我刑法ニ於テ之ヲ刑罰トナセシ點ハ履踐スヘキ手續ニアラスシテ無形ノ監督ニ在リト思考ス其故何ソヤ今刑法全部ヲ通覽スルニ何ノ所ニモ監視ノ執行方法ヲ規定スルヲ見ス立法者ハ之ヲ行政上政處分ト爲シ刑法附則ヲ以テ之ヲ規定セリ是レ則チ刑罰ニアラスシテ行政上ノ手續ナルカ故ナリ刑法ニ處刑ノ囚人ヲ島地ニ發遣スト規定アル場合ニ此刑法ヲ言渡セハ他ノ詳細ナル手續即ち北海道ニ發遣スルカ八丈島ヘ發遣スルカノ如キハ行政ノ處分ニシテ刑罰ニアラス之ヲ換言スレハ是レ全ク刑罰ノ執行ナレハナリ

是ヨリ監視ノ得失ヲ一言セシム此附加刑ハ上來講述シ來レル種々ノ附加刑ニ比スレハ大ニ其目的ヲ異ニスルヲ見ルヘシ先ツ剝奪公權ノ事ハ暫ク措テ論

もス停止公權及禁治產ノ如キハ皆主刑ノ執行中ニ之ヲ行フモ監視ハ主刑ノ終了ヲ俟テ之ヲ行フモノトス而シテ其目的ハ犯罪人カ服役ヲ了リテ再ヒ社會へ出テタル後其再ヒ罪ヲ犯サンコトヲ豫防スルニ在リ故ニ嚴格ニ之ヲ論スルトキハ之ヲ刑罰ト言ハシヨリハ寧ロ警察ノ處分ト言フヘキナリ然レトモ日本刑法ハ勿論佛獨白ノ刑法ニ至ルマテ皆之ヲ刑罰ト爲セリ蓋シ此目的タルヤ極メテ可ナリ然レトモ仔細ニ之ヲ研究スルトキハ必ス二者中ノ一ニ居ラサル可ラス即チ或ハ此善美ナル目的ヲ到達セント欲スルカ必ス犯罪人ヲ増加スルノ弊害ヲ生ス或ハ此甚惡ナル弊害ヲ避ケント欲スルカ到底此目的ヲ達スルヲ得ス蓋シ再犯ヲ豫防センカ爲メニ刑餘ノ者ヲ監督スルニハ日本ノ如ク毎月二回警察署へ出頭セシメ其他ノ取締ヲ爲スカ又ハ始終巡查ヲシテ見張ヲ爲サシムルヲ要ス此ノ如クンハ人皆其者ノ犯罪人タルコトヲ識知ス隨テ社會へ出ワルモ其者ヲ備使スル者ナク爲メニ活路ニ窮迫シテ竟ニ復タ不正ノ所爲ヲ行フニ非サレハ其生命ヲ保續スルコト能ハサルニ至ラシ然ラハ此等ノ取締法ヲ寛ニシ世人ヲシテ其犯罪人タルヲ知ラシメサランカ到底再犯ヲ豫防スルニ足ルヘキノ優レルニ似タリ

方法アルヲ見ス佛國ニ於テハ現行刑法創定以來監視ノ執行方法ノ制定ヲ變更スル七回ニ至ルヲ見ルモ亦此兩者ノ間ヲ調停スルノ至難ナルヲ知ルヘキナリ而シテ其至難ナル所以ハ刑餘者ノ活路ニ自由フ與フルトキハ正ニ監督ノ困難ト逆比例ヲ爲シ又監督ヲ周密ニスルトキハ活路ノ方法ニ不幸ノ結果ヲ來セハナリ故ニ監視ノ目的ヲ達スルコトハ易々タル業ニ非サレハ寧ロ之ヲ設ケサルノ優レルニ似タリ

第五節 賞金

罰金ニ付テハ主刑ノ罰金ト聊カ異ナル所ナキヲ以テ再ヒ茲ニ賛セス

第六節 没收

沒收ノ性質ハ果シテ刑罰ナリヤ否ヤ之ヲ研究シテ其真ヲ得ルハ容易ニアラスト雖トモ立法者カ之レヲ以テ刑罰ト爲シタムヤ第十條ニ依テ見ルセ明カナリ已ニ沒收ヲ以テ一個ノ刑罰ト定ムル以上ハ必ス之ヨリ生スル結果ナカルヘカ

ラス而シテ其主タル結果四万九

(一) 没收ヲ言渡スニハ刑法其他ノ法律ニ明記スル場合ナルヲ要ス何トナレハ没収正條ナキモノハ如何ナル刑罰ト雖セ之ヲ科スルヲ得サルハ刑法ノ原則ナレハナリ

(二) 没收ヲ言渡ス者ハ必ス裁判官ナルヲ要ス然レトモ佛國ニ於テハ此原則ニノ例外アリ即チ税關規則ニ違背スルトキハ税關官吏沒收ノ刑ヲ言渡スコトヲ得ルカ如キ耶其一例ナリ

(三) 没収ス可キ物件ハ必ス法律ニ明記スル物ナルコトヲ要フ之ヲ據言スルハ沒
収スヘキ物件ノ代償物ハ之ヲ沒収スルコトヲ得ス何トナレハ沒収ハ損害賠償
ト同性質ノモノニ非サレハナリ然レトモ此規則ニモ亦例外アリ夫ノ賄賂ヲ收
受シタル者カ收受シタル金品ヲ消費スレハ其代償ヲ追徴スルカ如キ是ナリ然
レトモ是總則ノ沒収ヲ命シタル物件ヲ觀察シテ立言シタルナリ此追徴セ法律
ニ明定シアレハ真ニ例外ナリト云フヲ得ス

(四) 裁判官ハ義務トシテ沒収ヲ言渡サヽル可カラズ故ニ縦合ヒ檢察官ノ遺忘シ
テ之ヲ請求セサル時ト雖トモ尙ホ之ヲ言渡サヽル可カラズ

以上ハ沒收ハ刑罰ナリト云フヨリ生ズル結果ナリ然レトモ又他ニ刑罰ト同メ結果ヲ引クヨトヲ得サルモノアリ左ニ之ヲ講究セシハ甚矣哉

先ツ日本刑法ノ原則トシテ數罪俱ニ發シタル場合ニハ其刑ヲ併科スヘカラサルナリ故ニ沒收モ亦刑罰ナリト云ヘルヨリ嚴重ナル結果ヲ引クトキハ之ト同一ノ決定ヲ爲サルヲ得サルカ如シ然レトモ沒收ハ之ヲ併科セリ其故何ソヤ元來沒收ノ刑ハ或ル特別ノ性質ヲ有シ法律ノ之ヲ科スルヤ犯罪人ヲ觀察スルヨリハ寧ロ犯罪ニ關係スル物件ニ着眼シタリ若シ犯罪人ヲ觀察シテ設ケタル刑罰ナリトスレハ數罪中ノ一罪ニ付テノミ之ヲ科シテ充分ナルモ犯罪ニ關係スル物件ニ着眼スル刑罰ナリトスル以上ハ必ス數罪ノ刑ヲ併科スルニ非レハ刑罰ノ目的ヲ満足セサルナリ

次ニ通常ノ刑罰ハ犯人ニ對スルニ非サレハ其言渡ノ効ナキモ沒收ハ一概ニ此對物ノ沒收トハ物件ノ性質自ラ犯罪ノ事實ヲ現表スルカ故ニ爲ス所ノ沒收ニ

シテ其宣告ハ單ニ之ヲ受ケタル者ニ對シテノミ効アセニアラス他ノ者ニ對シテモ亦其効ヲ及ホス反之對人ノ沒收ハ物件ト犯罪人トノ關係アリテ始メテ沒收スルノ理アルモニシテ他ノ者ニ其効ヲ及サズ我刑法第四十三條ニ曰ク左ニ記載シタル物件ハ宣告シテ官ニ沒收ス但シ法律規則ニ於テ別ニ沒收ノ例ヲ定メタル者ハ各其法律ニ從フ(一)法律ニ於テ禁制シタル物件(二)犯罪ノ用ニ供シタル物件(三)犯罪ニ因テ得タル物件上本條ノ第一ハ則チ對物ノ沒收ニシテ第二及ヒ第三ハ對人ノ沒收ナリトス

第一 対物ノ沒收 佛國ニ於テ各對物ノ沒收ニ係ル物件ヲ罪體ノ物件ト稱スルカ如シ罪體ノ物件トハ何ツヤ佛國ニ於テモ定義一定セス然レバ犯罪ヲ構成スルニ缺ク可ラサル物件若クハ犯罪ノ實行ヲ受クル所ノ物件ト云ハシ大過ナカルヘシ例之ハ僞造又ハ變造サレタル貨幣ハ罪體ナリ何トナレハ僞造變造ノ實行ヲ受ケ又此罪ヲ構成スルニ缺ク可ラサル物件ナレハナリ若シ罪體ノ意義ニシテ此ノ如クシテ洵ニ能ク法律ヲ適用シ得ル場合アリト雖ドモ亦大ニ不都合

の場合アリ實例ヲ舉ゲテ之ヲ證明セン彼ノ貨幣ヲ僞造セシ場合ノ如キ其僞造ニ係ル貨幣ハ罪體ナリ而シテ是究竟沒收スヘキ物件ナレハ極メテ恰好ナルヘシ然レトモ車馬禁制ノ場所ヘ馬車ヲ乘入レ漁網ヲ投スルヲ禁スル河川ニ之ヲ投入セシ場合ノ如キ其馬車其漁網ハ罪體ノ物件ト云フヲ得ヘシ然ラハ之ヲ沒收スルカ曰ク否ラス我國ハ勿論泰西諸國ニ於テ之ヲ沒收セシユトアルヲ聞カス余モ亦之ヲ沒收スルノ不道理ナルヲ知ル况シヤ時ニ罪體ト犯罪ニ因リテ得タル物件ト同一ナルノ嫌アルオヤ加之素ト罪體トシテ沒收スル所以ノモハ何ソヤ其物件ノ性質自體カ危險ナルカ故ニ非スヤ然ルニ馬車漁網ハ其性質自體カ犯罪ヲ顯表シ其物件自體カ社會ニ在リテ危險ナルモノナリト云フヲ得ヘキ乎何人モ其使用ノ物件ナルヲ知ルモ社會ニ在リテ危險ナル物件ナリト云ハサルヘシ故ニ罪體ナル語ハ之ヲ改刪シテ「物件自體カ犯罪ヲ證明スト云ヘルカ如キ語ヲ用ヰルトキハ立法者ノ意誠ニ明瞭ナリ蓋シ我刑法モ亦此意ヲ承ケ故テニ罪體ノ文字ヲ斥ケ法律ニ於テ禁制シタル物件ナル語ヲ用タルナラン即チ爰ニ所謂禁制ナル文字ハ殆ント「物件自體カ犯罪ヲ證明スト云ヘル數文字ト同

一ノ意義ヲ有スルナラン蓋シ法律ノ禁制スル物件ハ其性質上危險ナルガ故ニ
一個人ヲシテ之ヲ所有スルコトヲ禁シタルナリ。但其事由は甚だ複雑也。
之ヲ要スルニ對物ノ沒收ニ係ル物件ハ則チ我刑法ニ所謂ル法律ニ於ア禁制シ
タル物件ナリト信ス而シテ其之ヲ沒收スルノ理由ハ前段ニ於テ述ヘタルカ如
タオレハシ故ニ法律ニ於ア禁制シタル物件ナル文字ハ汎博ニ解釋シテ濫用ニ
製造販賣ノ禁制マテ其中ニ包含セシムルヲ得ス是ヲ以テ春畫ノ如キハ公然販
賣スルヲ禁セラルゝモ之ヲ沒收スルヲ得ス是等物件ノ範圍外ニ在ルモノト云
フ可シ何トナレハ春畫ハ其物自體カ犯罪ヲ顯表スルモノニアラスシテ單ニ公
ケノ場所ニ展列シテ始メテ犯罪トナレハナリ是ヲ以テ禁制トバ概子所有ノ禁
制ヲ謂フ軍用ノ銃砲彈藥ノ如キハ其適例ナリ其他直接ニ所有ヲ禁セスジテ製
造等ヲ禁スルモ物件ノ性質危険ニシテ自ラ犯罪ヲ顯表スルカ故ニ間接ニ所有
ヲ禁シタリト認ムヘキモノハ又禁制物ト見做スヘシ偽造貨幣ノ如キ即チ是大
抵此類也。但其事由は甚だ複雑也。

對物ノ沒收ニ係ル物件ハ何人ノ所有ヲ問ハス之ヲ沒收ス佛國ニ於テハ道理上

此等ノ物件ハ何人ニモ其宣告ノ効ヲ及ホスヘシト雖トモ法律上其効ヲ及ホス
ヲ得ルヤ否ヤニ付キ學者間ニ議論アリシ我刑法ハ第四十四條ニ於法律ニ於ア
禁制シタル物件ハ何人ノ所有ヲ問ハス之レヲ沒收ストアルヲ以テ最早何等ノ
議論ヲ生セス而シテ此規定ハ甚ダ正當ナリ蓋シ前述フルカ如ク此沒收ハ其
物件ノ性質自ラ危險ニシテ濫用ニ個人ヲシテ所有セシムルヲ得サルニ由ル
故ニ之ヲ沒收スルモ犯罪人ノミナラス何人モ之ニ抗辯スルノ理由ナシ國家か
其物件ニ接觸スルノ機會アラハ直チニ之ヲ沒收シテ可ナリ豈ニ所有者ノ何人
アルヲ問フヲ要センヤ况シ元來直接若クハ間接ニ所有ヲ禁シタレハ所有者
アルヘキ理ナキニ於テオヤ故ニ本條ノ所謂所有ハ所有權ノ所有ニアラスシテ
單純オル保有スト解スベシ或ハ之ヲ批難シテ曰ハシ若シ犯罪人以外ノ者マテ
沒收宣告ノ効ヲ及ホストキハ犯罪人ハ其物件ヲ沒收サルゝモ元ト他人ニ屬ス
之物件ナレハ已レ少シモ痛痒ヲ感セサルヘシト余モ亦犯罪人ニ取りテハ此沒
收ノ効ナキヲ認諾ス然レトモ犯罪人ニ寸毫ノ効ナシトスルモ其物件ノ性質之
ヲ沒收シテ大ニ効驗アル以上ハ他ヲ顧慮スルニ及ハス是レ又沒收ノ特質ナル

ノミ
今一ノ注意スヘキモノアリ時トシテ一個人カ正當ノ手續ヲ經由スルカ又ハ身分ヨリシテ有効ニ物上ハ沒收ニ係ルヘキ物件ヲ所有スルヲ得ルニアリ假合ヒ所有ヲ禁スルモ絕對ニ之ヲ禁スルハ甚タ稀ナルヘシ若シ其人ノ所有ニ係ルトキハ本條ヲ適用スルヲ得シテ其人ニ返還スルヲ要ス然ルニ裁判ノ當時有効ニ所有スルヲ得ル者ノ物件ナルヲ知ラヌシテ沒收セハ其人ハ如何シテ之カ還付ヲ求ムルヲ得ルカ若シ上告シテ其物件ヲ取戻サンカ上告ハ裁判言渡ヲ受ケタル事件ノ關係人ニ非レハ之ヲ爲スヲ得ス然ラハ則チ到底之カ返還ヲ請求スルヲ得サルカ殆ント其方法ヲ見サルカ如シ然レトモ余ノ信スル所ニ依レハ此場合ニハ其有効ニ所持シ得ル者ハ其物件ノ返還ヲ裁判所ニ對シテ請求スヘシ而シテ裁判所ミ亦物上ノ沒收ニ係ル物件ト雖トモ他ノ物件ト同ク保存期間ハ之ヲ保存スヘシ此ノ如キ場合ハ獨リ物上沒收ノ物件ニ關シテノミナラス對人沒收ノ物件ニ付テモ亦之ヲ見ルヘシ例之ハ犯罪ノ用ニ供シタル物件モ其所有主ノ何人タルヲ知ラサル場合ニハ之ヲ沒收ス然ルニ他日所有者來リテ之カ返

- 還フ求ムルヲ得ヘシ是沒收物ノ保存期アル所以ナリ故ニ當然所有シ得ル者ハ假合ヒ上告ヲ爲スヲ得サルモ毫モ憂フルニ足ラサルナリ
- 第二 對人ノ沒收 我刑法ハ佛國刑法ト共ニ對人ノ沒收ニ係ルヘキ物件ハ二種アルコトヲ認メタリ
- 一 犯罪ノ用ニ供シタル物件 犯罪ノ用ニ供シタル物件トハ犯罪ヲ構成スルニ付テ使用シタル總テノ物件ヲ云フ而シテ罪體ノ物件ハ其中ニ入ルヲ得斯何トナレハ構成ノ一分子ハ用ニ供スト云フ可ラサレハナリ竊盜ニ於ケル梯子故殺ニ於ケル刀劍ノ如キハ即チ犯罪ノ用ニ供シタル物件ナリ此等ノ物件ノ沒收ハ其目的性質共ニ物上ノ沒收ト同一ナラス蓋シ彼ハ絕對ノ危險ヲ防止スルニ在リテ此ハ關係ノ危險ヲ防止スルニ在リ犯罪ノ用ニ供シタル物件ハ其性質ヨリシテ危險ナルニアラス犯罪人トノ關係上即チ犯罪人ヲシテ所有セシムルハ危險ナリトノ理由ニ依リテ之ヲ沒收スルナリ故ニ犯罪人ノ所有ナルカ又ハ現ニ所有主知レサルトキニ之ヲ沒收スルノミ
- 二 犯罪ニ因テ得タル物件 犯罪ニ因テ得タル物件トハ犯罪ノ利得タル物件

ナリ此物件ヲ沒收スルコトモ亦眞正ニ犯罪人ニ對スル刑罰ト云フヲ得ス唯之ヲ沒收スルハ犯罪人ヲシテ不義ノ利益ヲ得セシメサルニ在リ今若々他人ノ物件ヲ盜奪セシ者ヲ捕縛シテ之ヲ罰シナカラ其被害者ヲ保護シテ被盜ノ物件ヲ還付スルノ處分ヲ爲サヘルトキハ被害者ノ爲メ甚タ不信切ナリ故ニ裁判官ニシテ被害者ノ誰タルコトヲ知得セハ縱合其者ノ請求ナキ時ト雖トモ其物件ヲ還付セサルヘカワス然ルニ若シ被害者ナケレハ裁判官其物件ヲ沒收スルモ何人モ何等ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ犯罪人ハ犯罪即チ不正ノ原因ヲ主張シテ其所有者ヲ保護スルヲ得ス而シテ他ニ正當ノ所有主ナケレハナリ即チ其物件ハ無主物ニシテ到底政府ノ利益ニ歸スヘシ故ニ嚴格ニ之ヲ論スレハ刑罰ノ性質ヲ具ヘスト云フテ可ナリ然レトモ之ヲ前段ノ沒收ニ比較スルトキハ此沒收ハ幾クカ刑罰ノ性質ヲ具フル者ト云ハサル可カラス何トナレハ百方苦辛ジテ漸ク他人ノ所有物ヲ盜奪スルモ其利益ハ忽子泡沫ニ歸スルヲ以テ將來ヲ警戒スルニ足ル可ケレハナリ

此種ノ物件ヲ沒收スルニ付テ一疑問アリ即チ其沒收ハ犯罪ニ因テ直接ニ得タ

ル物件ニ限ルヤ否ヤト云フノ問題はナリ初メ實際上ニ於テハ直接ト間接ヲ問ハス犯罪ノ利得タル物件ハ皆之ヲ沒收セリ故ニ盜取シタル金錢ヲ以テ衣服ヲ購買スレハ其衣服ヲ沒收シタリ然レトモ前年司法省ノ内訓ニ依リテ犯罪ニ因リ直接ニ得タル物骨ノヨリ沒收スヘキモノト定メタリ故ニ學問上ハ未タ一致ノ說ナシトスルモ實際上ハ一致シタリ而シテ余ハ司法省ノ内訓ヲ以テ至當ナリト信ス蓋シ是能ク曩ニ述ヘタル第四ノ結果ニ適合スルモノナリ即チ沒收ハ一個ノ刑罰ニシテ損害賠償ノ性質ヲ具フルモノニ非ス隨ア現ニ犯罪ニ因リ直接ニ得タル物件ニ非サレハ之ヲ沒收スルコトヲ得ス彼ノ金錢ヲ盜取シタルニモ拘ハラス其金錢ヲ以テ購買シタル衣服ヲ沒收スルカ如キハ則チ代價物ヲ沒收スルキアラスシテ何ソヤ然ラハ則チ沒收ノ性質ニ悖戾スルモノト曰ハサルヘカラス故ニ如何ニ精神ハ犯罪人ヲシテ不義ノ利益ヲ得セシメサルニアリトスルモ之カ爲ミニ刑罰ノ性質ヲ動コトヲ得ズ論者或ハ曰ハシ盜奪シタル金錢モ之ヲ以テ購買シタル物件モ同シク犯罪ニ原凶シテ得タル物件ニアラスヤ然ルニ金錢現存スルトキノミ之ヲ沒收シテ物品ニ變更シタルトキハ之ヲ沒收

セスト云フハ則チ條文ヲ塗抹シ去ルニ非スヤト然レビ是條文ニ所謂ケ因テオ
ル文字ノ解釋如何ニ由ル廣ク犯罪ニ原因シテ得タル物件ヲ指示スルニアラス
シテ初メテ犯罪ヨリ得タル物件即チ因ハ直接ノ原因ト解釋スレハ決シテ條文
ニ反スルカ如キ不都合ヲ生セサルナリ
今此説明ヲ了ルニ臨ミ一ノ注意ヲ爲サン即チ一物件ニシテ法律ニ於テ禁制シ
タル物件ニシテ且犯罪ノ用ニ供シタル物件軍用銃ヲ以テ殺傷シタル場合ノ如
シ又ハ犯罪ニ因テ得タル物件阿片烟ヲ竊取シタル場合ソ如キナルコトアラン
此ノ如キ場合ニハ何レニ依ルモ可ナルカ如シト雖トモ物上沒收ノ處分ヲ爲ス
ヲ以テ優レリトス

第四章 刑罰ノ執行

刑罰ノ執行ハ之ヲ二段ニ分チテ第一ヲ主刑ノ執行第二ヲ附加刑ノ執行ト爲シ
又主刑ノ執行ヲ細別シテ體刑ノ執行及ヒ金錢上ノ執行ト爲シテ順次ニ之ヲ說
明セシム

0450

第一節 主刑ノ執行

體刑ノ執行ハ之ヲ四段ニ分テ講スルヲ簡便トシ曰ク體刑ハ何ノ時元之ヲ執行
セキカ曰ク體刑ノ執行ハ何ノ時ヨリ經過ヲ始ムカ曰ク體刑ハ如何ナル場

所如何ナル方法ニテ之ヲ執行スルカ曰ク體刑ハ如何ナル官吏カ之ヲ管轄スル
カ即チ是より以下順次之ヲ説明セシム
第一體刑ハ何ノ時ニ之ヲ執行スルカ第五十條ニ曰ク刑ハ裁判確定シタル后
ニ非サヘハ之ヲ執行スルコトヲ得スト此條ヨリ二個ノ規則ヲ生スヘシ
二刑罰ハ裁判ノ確定ヲ待テ之ヲ執行ス諸君モ知フル、如ク裁判書ハ上訴オ
ベモノアリテ控訴又ハ上告ヲ爲スコトヲ得故ニ此等ノ上訴ニ付キ判決アリテ
裁判確定スルカ又ハ上訴ナタシテ上訴ノ期限ヲ超過シ爲シテ裁判確定シタル
后ニ非サレハ刑罰ヲ執行スルコトヲ得ス此點ニ付刑事ト民事トハ全ク其規定
又同ノ者ニ佛國ニ於テハ民事上ナアリテ控訴ヲナシテ然トキハ裁判ノ執行

ヲ停止スル上告ヲ爲シタルキハ之ヲ停止セサルヲ通則トス而テ我國ヨ
於テセ議論ナリト雖トモ現行訴訟法即佛國ト同シテ上告ハ裁判ノ執行ヲ爲スノ必要アレ
セサルヲ以テ通常トス又我國ト佛國トヲ問ハス民事上ノ裁判ハ縛骨も控訴ア
リタルトギハ裁判ヲ停止スヘキヲ原則トスルモ若シ假執行ヲ爲スノ必要アレ
ハ其執行ヲ停止セヌ之ニ反シ刑事ニ在テハ元ヨリ假執行ヲ爲スヲ得ス必ズヤ
裁判ノ確定ヲ待チ即チ上告ヲ付判決アリテ確定ゾタル後之ヲ執行スヘシ此ノ
如ク差異アル所以ノセノハ民事ニ在テハ假令セ裁判ヲ執行スルモ若シ其裁判
ニシテ破毀セラルレハ再ヒ之ヲ補償スルヲ得ヘント雖トモ刑事ニ於テハ禁錮
懲役ト雖ト一旦服役セシメタル以上ハ再ヒ之ヲ補償スルヨトヲ得ス况シヤ死
刑ニ於テオヤ是刑罰ハ裁判確定スルニ非サレ必執行スルヲ得サル所以ナリ雖
テ何レノ國ノ立法者ト雖トモ刑事上ノ上訴期限ノ民事上ノ上訴期限ヨリ芝ヲ
短クセリ

二 體刑ハ裁判確定スレハ直ニ之ヲ執行ス此規則ハ當然ニシテ別ニ説明ヲ待
タス然レトモ此第二ノ規則ニ付テハ種々ノ例外アリ請フ左ニ之ヲ説カン

第一例外

第一例外 刑法第十四條ニ之ヲ規定セリ刑罰ハ原則上裁判確定スレハ直ニ之
ヲ執行セサルヲ得スト雖トモ大祀令節國祭ノ日ハ直ニ執行スルヲ得ス蓋シ此
等ノ日ハ一國人民カ或ハ祝賀ヲ表シ或ハ哀傷ヲ表スヘキ日ナリ然ルニ此日ニ
於テ死刑ヲ執行スルトキハ幾何カ人民ノ感情ヲ破り且フ人心ノ忍フ可カラサ
ル所アレハナリ故ニ罪人ト雖トモ多少祝賀ノ餘澤ニ浴シ哀傷ノ餘響ニ感セシ
ムニ如カストンテ斯例外ヲ規定シタリ

第二例外

第二例外 第十三條セ亦原則ノ一例外ヲ設ケタリ即チ死刑ハ裁判確定スト雖
トモ司法卿ノ命令アルニ非サレハ之ヲ執行スルコトヲ得ヌ其理由ハ前ニセ云
ヘルカ如ク死刑ハ一毫タモ補償スルヲ得サル所ノ刑罰ナリ故ニ此刑ノ執行ニ
付テハ鄭重ニ鄭重ヲ加ヘサルヘカラス加之同シク死刑ニ處セラル、者ト雖ト
セ或ハ其情狀ニヨリ特赦ヲ以テ减免セラル、ヨトナシトセハ彼ノ無期徒刑以
下ノ刑ナレハ良シヤ一旦之ヲ執行スルモ特赦ノ恩典ヲ被ラシムルヲ得ルト雖
トモ死刑ハ即チ然ラス死刑ハ其執行ヲ始ムレハ則チ瞬時ニシテ之ヲ了ル是ヲ
以テ一旦之ヲ執行スルトキハ假合之ヲ特赦セントスルモ已ニ晚シ故ニ死刑ハ

第三例外

裁判ノ確定ト同時ニ之ヲ執行スルモノトスレハ他ノ刑ハ特赦ヲ被フルヲ得ルモ死刑ハ之ヲ被フルヲ得サルニ至ラン然ルニ特赦ノ妙ハ元來死刑ニ在リ是レ死刑ハ裁判確定スルモ直ニ執行スルヲ得スト爲シタル所以ナリ

第三例外 第十五條ノ規定即チ是ナリ此例外ヲ置キタル理由ハ刑罰ハ犯罪人ノ一身ニ止マルヲ要スト云ヘル原則ノ適用ニ過キサルヘシ若シ夫レ分娩後直ニ死刑ヲ執行スルトキハ被刑者一人ノ一身ニ止マラスシテ其嬰兒ヲモ殺死スルニ至ラン是レ出産前ノミナラス其後モ尙ホ一百日ノ猶豫ヲ與ヘア其嬰兒ヲ哺乳セシムルノ寛典ヲ與ヘタル所以ナリ然ラヘ何故ニ一百日ノ長キ猶豫ヲ與フルカ曰ク嬰兒ノ哺乳時期ハ大抵一百日ニテ充分ナルヲ以テナリ或ハ曰ク出産後一百日ノ猶豫ヲ與ヘタルハ啻ニ嬰兒ノ哺乳ニ必要ナルカ爲メノミニ非斯其母ヲシテ分娩ヲ満足セシムルノ精神ナリト夫レ或ハ然ラン然レド立法者ノ精神ハ此ニ在ラス若果シテ或者ノ說ノ如クナラシメハ執行ヲ停止スルノ一事ニ止マラス裁判ノ宣告ヲモ停止セサルヘカラス何トナレハ死刑ノ宣告ニ驚キ流產ヲ爲スノ恐アレハナリ佛國中世ノ法律ニモ此ノ如キ規定アリシ然ルニ我

上訴アル
トキハ刑
停止ス可
能カ

立法者ハ宣告ハ之ヲ停止セサルヲ以テ見レハ本條ハ全ク兒子ノ乳養ヲ必要トシタルニ出タルヤ明ナリ此ノ如ク論決スルトキハ若シ胎兒死シテ分娩スルカ又ハ出産後死去シタルトキハ最早乳養ノ必要ナキヲ以テ直ニ死刑ヲ執行シテ可ナリト思惟スル者アラン余ハ道理上ハ或者ノ說ノ如ク處分スルノ論理合スルヲ知ル然レトモ分娩ナル文字ハ必スシモ生兒ヲ産出スルトキノミヲ指示セサルヘシ然ルニ法律ハ之カ區別ヲ爲サヌ又出産後兒子ノ死去シタル場合ヲ豫見セス汎博ナル規定ヲ爲シタル以上ハ亦此條ニ依テ一百日ノ猶豫ヲ與ヘルヘカラス

以上第一段ノ大要ヲ説了セリ尙ホ爰ニ注意スヘキ事アリ凡ソ上訴ニハ通常上訴ト非常上訴ノ二アリ而シテ其上訴中控訴又ハ上告アルトキハ刑ノ執行ヲ爲スヲ得サルハ前ニ述ヘタルカ如シ其他ノ上訴即チ再審又ハ哀訴ノ上訴アリタル時ハ尙ホ刑ノ執行ヲ停止セサルヲ得サルカ此場合ハ區別シテ論決ヲ爲サム可カラス先ツ哀訴ニ付テハ控訴上告ト同シク哀訴ニ期限ヲ經過スルカ又ハ哀訴ニ付キ判決アルマテハ刑ノ執行ヲ停止セサル可ラサルコト明カナリ治罪

法第四百十八條之ニ反シテ再審ノ訴ニ付テハ法律ニ於テ之ニ關シ何等ノ規定アルヲ見ス已ニ之カ規定ナシトスレハ刑ノ執行ヲ停止セスト決定セサル可ラス蓋シ治罪法ノ規定ヲ通覽スルニ哀訴ト再審ト相隣接シテ之ヲ規定シタリ然リ而シテ哀訴ノ處ニ刑ノ執行ヲ停止スル旨ヲ定メテ再審ノ處ニ至リテ此事ニ付一言タモ爲サムハ是立法者ノ遺忘シタルニアラスシテ故ラニ之カ規定ヲ爲サムリシナリボワソナード氏ノ草案註釋モ亦之ト同一ノ決定ヲ爲セリ

然ラハ何カ故ニ此二者ノ間ニ此ノ如ギ差異ヲ設ケタルカ曰ク哀訴ニハ概子期限アリ故ニ此期限内ニ之ヲ爲サムルトキハ裁判確定シタリト見做スヲ得之ニ反シ再審ニハ期限ナキヲ以テ幾年ノ后ニ之ヲ爲スマ知ルヘカラズ是故ニ再審ノ訴アルヘキ時マテ刑ノ執行ヲ停止スヘキモノストルトキハ到底一刑ヲ執行スルヲ得サルニ至ラン再審ノ訴以前已ニ然リ再審ノ訴アリタルトキトモ亦其刑ノ執行ヲ停止スルヲ得ス蓋シ諸刑中死刑ハ一旦執行スレハ假令再審ノ訴アルモ執行停止ノ目的ヲ達スルコトヲ得ス而シテ法律ハ死刑以外ノ刑ト雖トモ何等ノ規定ヲ爲サムラ以テ其裁判ヲ破綻スルマテ刑ノ執行ヲ停止セサ

ルナリ但死刑ノ執行前ニ此訴アレハ其執行ヲ停止スヘキハ勿論ナリ
第一體刑ノ執行ハ何ノ時ヨリ經過ヲ始ムルカ此第二ノ點ニ付死刑を元來經過スヘキ時期ナキヲ以テ之ヲ論定スルヲ要セス無期體刑ハ之ヲ知ルノ必要甚ダ大ナラスト雖トモ他ノ有期ノ體刑ニ至テハ之ヲ知ルコト極メテ必要ナリ單純ナル道理上ヨリ論スルトキハ第五十條ニ刑ハ裁判確定ノ后ニ非サレハ之ヲ執行スルヲ得ストノ規定アルヲ以テ裁判確定シタル時ヨリ經過ヲ始ムルハ當然ナリトス然レトモ立法者ハ第五十一條ニ至リ刑期ハ刑名宣告ノ日ヨリ起算スト規定シタレハ刑名宣告ノ日ヨリ起算ス可キハ明カナリ今其理由ヲ尋繹スルニ體刑ヲ受クル程ノ犯罪人ハ多ク其審問ノ間未決拘留ヲ受ルコトナラン然ルニ體刑ノ主タル性質ハ那邊ニ存スルカト問ハ全ク犯罪人ノ自由ヲ奪却スルニ在リ故ニ均シク自由ヲ奪却スル所ノ未決拘留ヲ以テ其體刑ニ換ユルモ何等ノ不都合ナカルヘシ若シニ此點ノミヨリ推論スレハ尙ホ一步ヲ進シテ刑期ハ刑名宣告ノ日ヨリ起算セシシテ初メテ未決拘留ヲ受ケタル日ヨリ之ヲ起算スルハ穩當ナリ何トナレハ同一ノ未決拘留ニシテ宣告ノ前後ニヨリノ之

ヲ區別スルノ理アルヲ見サレハナリ故ニ草案者タルボリソナード氏モ亦總テノ未決拘留ヲ以テ體刑ニ換フルノ規定ヲ爲サントシタリ尤モ或體刑ニ付テハ未決拘留ト稍々異ナルノ點ナキニ非ス即チ徒刑懲役重禁錮ノ如キハ自由ヲ剝奪スルノ外尙ホ勞役ヲ科ス故ニ氏ハ其間ニ權衡ヲ得セシメンカ爲メニ未決拘留四日ヲ以テ重禁錮ノ一日ニ相當セシメントシタリ然レトモ我立法者ハ氏ノ意見ヲ排斥シテ之ヲ採用セス其理由ニ曰ク體刑ト未決拘留ハ大ニ刑罰ノ性質ヲ異ニス故ニ若シ總テノ未決拘留ヲ以テ體刑ニ換フルヲ得ルト爲サハ犯罪人ハ皆公判ノ判決前ニ係レ言渡ニ對シ濫リニ控訴上告ヲ爲シテ成ルヘク未決拘留ノ期間ヲ延長スルニ至ルヘシ故ニ今實際上ヨリ看察スルトキハ立法者ノ主義ハ却テ草案者ノ主義ヨリ至當ナルニ似タリ何トナレハ實際ニ在テハ未決拘留ト體刑トハ犯人ニ取テ大ニ苦痛ノ大小ヲ異ニスレハナリ

加之ナラス草案者ノ主義ヲ採用スレハ他ニ又不都合ヲ感スルコトアリ即チ若シ未決拘留ニ入りシ日ヨリ其刑期ヲ起算スレハ刑罰ノ目的ヲ達セサルコトアリ何トナレハ取調上必ス數月ノ久キヲ要シ稍ク刑ノ宣告ヲ爲セハ直チニ放免

セサル可ラサルカ如キ事出來スレハナリ是レ第五十一條ニ於テ單ニ刑名宣告ノ日迄遡ラシムルモノト爲シタル所以ナリ

具備スルヲ要ス

然レトモ第五十一條ニ依レハ刑名宣告ノ日ヨリ刑期ヲ起算スルニハ三條件ヲ第一條件 被告人未決拘留ニ在ルコトヲ要ス蓋シ未決拘留ニ在ラサルトキハ自自由ヲ剝奪サレサルカ故ニ體刑ニ換フルヲ得サルナリ故ニ保證金ヲ納メテ保釋セラレ又保證金ヲ納メスシテ責付サル、其日數ハ刑期中ニ算入セス而シテ保釋及ヒ責付ハ管ニ上訴後ノミニ限ラス上訴前ヨリ上訴後マテ引續キ保責付セラ、ルモ亦然リトス

第二條件 體刑ノ宣告ナルヲ要ス第五十一條ニ刑期ハ刑名宣告ノ日ヨリトアリ故ニ未タ宣告セサル刑罰ノ期日ヲ算スルヲ得ス是レ法文上ノミナラス法理ニ於テモ亦然リ何トナレハ受ケサル所ノ刑罰ヲ執行シタリト見做スト得サレハナリ是ヲ以テ未決拘留中ノ被告人始審ニ於テ罰金ノ言渡ヲ受ケ檢察官控訴ノ末體刑ニ處セラルレハ其刑期ハ始審ノ裁判ノ日ヨリ計算スルヲ得ス

他ニ一ノ場合アリテ稍疑シキニ似タレトモ尙ホ同一ノ決定ヲ爲サルヲ得ス
始審ノ裁判ハ體刑一月ニ處シタルニ檢事上訴ヲ爲シ二月ノ後更ラニ體刑二月
ニ處シタル場合即チ是ナリ此場合ニハ始審ノ裁判ノ日ヨリ起算スルモ其刑期
ハ一月ニ止マルヘシ

第三條件 被告人其裁判ニ服從スルカ又ハ服從セスシテ上訴シタルトキハ其
上訴ノ正當ナルヲ要ス是レ溫リニ公判ノ言渡ニ對シテ上訴ヲ爲シ徒ラニ未決
拘留ヲ延長スルノ弊ヲ防止センカ爲メナリ
此第三條件ヲ要スルヨリ種々ノ場合ヲ生ス今左ニ之ヲ列記セん
其一 被告人ハ何等ノ上訴ヲモ爲サス檢察官モ亦之ヲ爲サルトキハ第五十
一條ノ正面ニ當ルヲ以テ刑名宣告ノ日ヨリ其刑期ヲ起算スヘキハ當然ナリ
其二 被告人ハ本案ノ裁判ニ服從スルモ檢察官ヨリ上訴ヲ爲セシトキハ其裁
判ヲ認可セラルト否トフ間ハス刑名宣告ノ日ヨリ起算スト
ラス蓋シ被告ニシテ本案ノ裁判ニ服從スル以上ハ刑名宣告ノ日ヨリ起算スト
ノ利益ハ檢察官ノ上訴ノ爲メニ之レヲ奪却サルノ理ナシ何トカレハ是檢察

被
告
人
上
訴
正
當
ナ
ル
ト
キ

被
告
人
上
訴
正
當
ナ
ル
ト
キ

被
告
人
上
訴
正
當
ナ
ル
ト
キ

官ノ過失ニシテ被告人ノ關係セサル所ナレハナリ
其三 被告人上訴ヲ爲シテ原裁判破毀サレタル時モ亦刑名宣告ノ日ヨリ起算
ス何トナレハ最初ノ裁判ニシテ正當ナルトキハ被告人ハ上訴ヲ爲サル可カ
リシニ其上訴ヲ爲スニ至リシハ其裁判不正當ナルニ原因ス然ルニ若シ此場合
ニモ彼ノ裁判確定ノ日ヨリ其刑期ヲ起算スヘキモノト爲セハ裁判ノ不正當ナ
ル即チ裁判官ノ過失アリシカ爲メニ被告人ハ永ク纏綿ノ痛苦ヲ受クルカ如キ
不道理ヲ生スルニ至ラン
其四 被告人上訴ヲ爲シテ敗訴シタル場合此時ハ第二條件ヲ虧欠ス故ニ前ノ
刑名宣告ノ日ヨリ起算セスシテ後ノ裁判ヲ宣告シタル日ヨリ起算スルモノト
ス何トナレハ上訴ヲ爲シ爲メニ永ク閑居ノ裡ニ呻吟スルノ苦痛ヲ來タルシタル
ハ全ク自己ノ所爲ヨリ生シタル所ノ結果ナレハナリ即チ原裁判ハ正當ナルカ
故ニ慎シテ服從スヘキニ執拗ニシテ永ク未決拘留ヲ受ケタルハ自ラ好ンテ其
不幸ナル位置ヲ取リタルナリ自己ノ不注意ナルヨリ斯カル結果ヲ招キタルナ
リ是レ自ラ其過失ノ責任ヲ負ハサル可カラサル所以ナリ

第二條件ヲ要スルノ理由ハ此ノ如シト雖トモ此條件ハ大ニ利害アルテ免ガレ
ス蓋シ犯人ハ概ニ法律家ニ非サルナリ然ラヘ則チ上訴ノ旨趣ニシテ正當ナラ
サルトキハ永キ時間内自由ヲ剥奪セラルヘシトスル時ハ假令裁判ノ不正ナル
コトヲ信スルモ心中八分ノ危懼ヲ懷キ因テ以テ不法ノ裁判ニ屈服シ權利ヲ保
護スル爲メニ設ケタル上訴ノ途モ此ニ至リテ杜絶スルニ至ラン草案者カ此決
定ヲ採用セサリシモ亦此害アルカ爲メナリキ
其五 被告人控訴ヲ爲シテ勝ヲ制シ尙ホ一步ヲ進シテ上告ヲ爲シタルニ敗訴
シタリ此場合ハ何レノ時ヨリ刑期ヲ起算スヘキカ或ハ曰ク最終即チ大審院ノ
裁判宣告ノ日ヨリ之ヲ起算スヘシト然レトモ控訴ニ於テ勝ヲ制シタルトキニ

其五 被告人控訴ヲ爲シテ勝ヲ制シ尙ホ一步ヲ進シテ上告ヲ爲シタルニ敗訴シタリ此場合ハ何レノ時ヨリ刑期ヲ起算スヘキカオハ曰ク最終即チ大審院ノ裁判宣告ノ日ヨリ之ヲ起算スヘシト然レトモ控訴ニ於テ勝ヲ制シタルトキニ始審裁判ノ宣告ノ日ヨリ起算サルヘノ權利ヲ得タリ故ニ或人ノ如ク決定セシニハ其權利ヲ抛棄シタリト見做サヘルヲ得ス此ノ如キ推定ハ豈容易ニ之ヲ下スヲ得シヤ加之ナラス佛國ノ多數說ハ則チ余カ採用シタル決定ナリ故ニ第五十一條ノ前判後判ハ二個ノミノ裁判ニ付テ言ヘルモノニシテ本問ノ場合ニハ始審裁判ノ宣告ノ日ヨリ控訴裁判ノ宣告ノ日マテ刑期中ニ算入セサル可ラス

キチ上訴被
タ告ニ告人
ルニ敗人
ト勝シ控

被訴告人勝利上控

(刑
法)

告檢訴
ニ察官勝
ツ上チ

タリ検察官又控訴ノ裁判ニ對シテ上告ヲ爲シ大審院ニ於テハ其裁判ヲ破毀シ
タリ此時ハ如何ニ處分スヘキカ今或點ヨリ見ルトキハ上告ノ結果遂ニ始審裁
判ヲ是認シタリトスレハ被告人ノ控訴ハ不注意ナリキ故ニ第五十一條第二項
後段ヲ適用シテ控訴ノ裁判ノ宣告アリシ日ヨリ起算スヘキカ如シ然レトセ此
ノ如ク決定スルトキハ甚タ苛酷ニ失スルノ恐アリ何トナレハ被告人ハ控訴ヲ
爲シテ一旦其勝ヲ制シタリ則チ始審ノ裁判宣告ノ日ヨリ刑期ヲ起算サルヽノ
利益ヲ受ク可キ權利ヲ得タリ前裁判ノ當否ヲ論スルヲ要セス然ルニ檢察官ノ
上訴アリタルカ爲メニ之カ利益ヲ奪却サルヽハ第五十一條第三項ニ反シ法理
ニ反スルモノト云ハサル可ラス然ラハ之ヲ調和スル如何シテ可ナルカ余ノ解
スル處ニ依レハ第五十一條ニ所謂前判後判ハ常ニ二個ノ裁判ヲ觀察シテ前後
ト言ヒタリト信ス是故ニ三個ノ判決アリタル時ト雖トモ尙ホ二個ツヽノ判決
ヲ對比シテ之ヲ見ルヘシ即チ一方始審ノ裁判ハ前判ニシテ控訴ノ裁判ハ後判
ナルヲ以テ第五十一條第二項ヲ適用シテ前判ノ刑名宣告ノ日ヨリ起算シ又他
ノ一方ハ控訴ハ前判ニシテ上告ハ後判ナルヲ以テ第五十一條第三項ヲ適用シ

訴
告
人
敗
訴
控

被 告 人 檢	檢 察 官 ノ	控 訴 取 立 ツ	告 人 ノ レ	上 告 立 ツ	訴 = 告 上 ル	告 人 上 ル	勝 チ	檢 察 官 控	檢 察 官	訴 = 告 上 ル	告 人 上 ル	告 二 勝 官 ツ	告 投 管 二 勝 官 ツ
---------	---------	-----------	---------	---------	-----------	---------	-----	---------	-------	-----------	---------	-----------	---------------

テ 控訴裁判ノ刑名宣告ノ日ヨリ起算ス即チ通シテ始審ノ宣告ノ日ヨリ起算ス
ルヲ正當ナリト信スルナリ
其十一 被告人始審ノ裁判ニ對シ控訴ヲ爲シテ敗訴シタリ檢察官第二裁判ヲ不
當ナリトシテ上告シ而シテ原裁判ヲ破毀シタリ此場合ニハ余ノ決定ニ從フト
キハ控訴ノ裁判ノ刑名宣告ノ日ヨリ起算セサル可ラス何トナレハ被告人ハ始
審ノ裁判ノ正當ナルニ服セサルノ過失アリ而シテ第二裁判ノ正當ナルト否ト
ハ已レノ關スル所ニ非サレハナリ
其十二 檢察官始審ノ裁判ニ對シテ控訴ヲ爲シ其裁判ヲ破毀サレタリ被告人
之ヲ不當ナリトシテ上告ヲ爲シタレトモ大審院ニ於テ之ヲ棄却シタリ此時ハ
控訴ノ裁判ノ刑名宣告ノ日ヨリ刑期ヲ起算セサルヘカフス
其十三 被告人第一裁判ヲ不當ナリトシテ控訴ヲ爲シタルニ控訴院ニテ敗訴
認シタリ被告人ハ控訴ノ裁判ヲ不當ナリシテ上告シタルニ大審院ニ於テ之
ヲ破毀シタリ此時モ亦控訴ノ裁判ノ刑名宣告ノ日ヨリ之ヲ起算ス

刑
法

控訴官共ニ
ニ敗ル告

全

シ 檢察官控訴ノ裁判ニ對シテ上告ヲ爲シ大審院ニ於テ亦原裁判ヲ是認シタルトキモ亦同シ

其十四 檢察官始審ノ裁判ヲ誤判ナリトシ控訴ヲ爲シテ敗訴シタリ此時モ亦控訴ノ裁判ノ刑名宣告ノ日ヨリ刑期ヲ起算ス

下訴ヲ願
如何

以上十四個ノ場合ヲ舉示シタリ是レ元大要ナレハ此他種々ノ場合ヲ生スヘシト雖トモ此數例ニ照準シテ類推セハ甚キ困難ヲ見サルナラン

尙ホ一ノ注意ヲ爲サン若シ一旦上訴ヲ爲シ未タ其判決アラサル時ニ當リ之カ願下ヲ爲サハ何ノ日ヨリ刑期ヲ起算スヘキカ此事ハ佛國ニ於テ議論アリト雖云我國ニ於テハ上訴ヲ受理セシ裁判所ニ於テ被告人ノ棄權ヲ聞届タル命令ヲ下付セシ日ヨリ起算セザル可ラサルヤ論ヲ埃及アラ伯トナレハ其上訴ノ正否曲直ハ本案ニ就テ裁判セサル以上ハ之ヲ知ルコトヲ得ス隨ア一概ニ被告人ノ利益ニ決定スルヲ得ス且ヤ被告人カ永ク未決拘留ニ在ルハ自己ノ所爲ニ因ルモノナリ自己ノ所爲ニ因ルトスレハ第五十一條ノ精神ヨリシテ未決拘留ヲ以テ本

所體刑ハ加
所ナル方法ニテ執行スルヤ
其一死刑

刑ニ換ユルヲ得ス是レ棄權聞届ノ命令ヲ下付セシ日ヨリ起算スヘキ所以ナリ

第三 體刑ハ如何ナル場所如何ナル方法ニテ之ヲ執行スルカ此一段ニ付テハ死刑ト他ノ體刑トヲ區別シテ説明スルヲ可トス

其一死刑先ツ死刑ニ付テハ裁判宣告ノ場所ニテ執行スヘキカ將タ其他ノ場所ニテ執行スヘキカトノ問題起ルヘシ蓋シ佛國ニ於テハ犯罪ノ地ニテ此刑ヲ執行スレハナリ我刑法第十二條ニ曰ク死刑ハ絞首ス但規則ニ定ムル所ノ官吏監檢シ獄内ニ於テ之ヲ行フト此條ニ所謂獄内トハ如何ナル場所ナルカ即チ被告人カ拘留サレタル場所ナリ然ラハ通常其獄内ハ被告人カ裁判宣告ヲ受ケタル處ナリト云ハサル可ラス

次ニ死刑ハ公開ノ場所ニテ之ヲ執行スヘキヤ否ヤ我國ハ秘密執行ノ主義ヲ採用セリ是獄内ノ文字ニ依リテ明カナリ立法上ニテハ公開シテ執行スヘキヤ否如ク懼ル可クスノ如ク苦痛ナルコトヲ知ラシメテ之ニ警醒シ以テ例示ト爲スコトヲ主張トスルニ在レハナリ然レトモ此說ハ今日殆ント全ク排斥セラレタ

リ何トナレハ人常ニ酸鼻ノ景状ヲ目撃スルトキハ竟ニ其慘状ニ憤レテ毫モ之ヲ恐怖セサルノミナラス却テ暗ニ之カ爲メニ慘刻ナル所爲ヲ獎勵スルノ惡結果ヲ醸スニ至ラン故ニ面前ニ若痛ノ状態ヲ見セシメスシテ無形ナル死刑ノ文字ヲ聞知セシムルノ例示トナルニ如カサルナリ
今日死刑ヲ執行スルノ方法ハ絞首ノ一方ナリトス昔時ハ梶首磔殺釜煎等ノ酷刑アリテ罪惡ノ輕重及ヒ士民ノ階級ニ因リテ之ヲ異ニシタリ例ヘハ武士ノ死刑ハ一般ニ切腹ヲ申付タルカ如シ然レトモ同等ノ人間ナルニ此ノ如ク刑罰ニ階級ヲ設クルハ決シテ其正シキヲ得タルモノニ非ス又罪惡ノ甚タ憎ムヘキト否トニヨリテ死刑執行ノ方法ヲ異ニスルハ或ヘ好例示タルヤモ知ルヘカラズト雖トモ凡ソ人間ノ最モ怖ル所人間ノ最モ忌ム所死ヨリ甚レキモノナシ故ニ其死刑ヲ恐怖セサル者ハ他如何ナル酷刑ト雖トモ避クルコトヲ爲サム可ケレハ少シモ例示トナスニ足ラサルノミナラス其生命ヲ奪フカ上ニ尙ホ種々ノ痛苦ヲ與フルハ慘酷ニ失スルノ嫌アリ是ヲ以テ今日ハ單ニ生命ヲ絶ツラ以テ死刑ノ限度トナセリ

死刑ニ處セラレタル者ノ遺骸モ亦昔時ハ之ヲ山野ニ棄却シテ猛獸ノ餌食ト爲シタルコトアリシカ今日ハ遺骸ヲ虐待スルコトハ復讐ノ所爲ニシテ刑罰ノ正理ニ反スルモノトナシ官ニ於テ之ヲ埋葬スルコト、ナレリ否啻ニ官ニ於テ之ヲ埋葬スルノミナラス若シ親屬故舊ニシテ請フ者アレハ之ヲ下付シテ埋葬セシム佛國ニ於テハ此點ニ就キ大ニ議論アリシ曰ク刑餘ノ遺骸ヲ親屬等ノ縁アル者ニ下付スルハ猶ホ其者ヲシテ親屬タルノ義務ヲ盡サシムルニ異ナラス夫レ死刑ニ處セラレタル者ハ既ニ社會ノ外ニ驅除セラレタル者ニ非スヤ故ニ社會ニ親屬アルコトナシ然ルニ其遺骸ヲ親屬等ニ下付ベルハ是レ一方ニ於テハ社會ノ外ニ驅除シ一方ニ於テハ尙ホ此社會ノ内ニ止マルコトヲ許スト何ソ釋ハシ況シヤ犯罪人トシテ之ヲ罰シナカラ之ヲ葬ムルコトヲ許スハ是レ一許一禁其宜キヲ得サルノ嫌アルニ於テヲヤト然レトモ今日ハ日佛共ニ其遺骸ヲ親屬ニ下付スルコトニ規定シタリ蓋シ論者ハ第一ニ親屬等ヲシテ其義務ヲ盡サシムルハ非ナリト云フト雖トモ是レ甚タ偏ニ過キタル言ト云ハサルヲ得ス何トナレハ縦合ニ犯罪ヲ爲スモ其父母若クハ子孫タル者ハ親子ノ感情止ム能ハサルヨ

リ遣骸ノ下付ヲ受ケ之ヲ葬ルハ自然ノ情性ニシテ決シテ之ヲ禁ス可ラサルナ
リ第二假令ヒ之ヲ葬ラシムルモ式ヲ用井シメサレハ不可ナルコトナシ夫レ刑
餘ノ死體ハ業々シク華麗ナル儀式ヲ用井テ之ヲ葬リ或ハ稱贊ノ銘ヲ其墓碑ニ
刻シ或ハ其墓前ニ立テ其者生前ノ功績ヲ演説スルカ如キハ刑罰ノ効驗ヲ薄弱
ナラシムルニ至ルヲ以テ是等ノ事ヲ禁制ス可キハ勿論ナリト雖トモ私カニ其
遺骸ヲ埋葬シ僧侶ヲ聘シテ看經セシムルモ決シテ刑罰ノ威嚴ヲ損スルコトナ
ク亦之ヲ咎ムヘキニアラサルナリ

第二徒刑 此刑ハ犯罪人ヲ島地ニ發遣シテ之ヲ執行ス然レトモ一ノ例外アリ
即チ婦女ノ徒刑ニ處セラレタル場合はレナリ此時ハ内地ニ於テ定役ニ服セシ
ム蓋シ此刑ニ處セラレタル者ヲ内地ニ置カスシテ島地ニ發遣スル所以ノモノ
ハ若シ斯カル兇惡ノ徒ヲ内地ニ止ムレハ或ハ治安ヲ妨害シ或ハ脫獄ノ恐アル
ニ因ル然ルニ婦女ハ男子ニ比シテ幾分カ兇惡ノ度薄ク感情ノ弱敏シ又逃走等
ノ恐レモ甚タ稀レナリ且ハ弱者ヲ惠ムノ精神ニ出テ、此例外ヲ設ケタルモノ
ナラン

第三流刑 此刑モ亦徒刑ト同シク島地ニ於テ之ヲ執行シ而シテ此刑ニ徒刑ノ
如ク例外ヲ置カサルハ凡ソ此刑ニ觸ルヘキ犯罪ヲ行フタル者ハ婦女ト雖トモ
其膽力強銳ニシテ大概男子ニタモ劣ラサルト定役ニ服セシメサルトニ因リシ
ナル可シ

第四懲役禁獄禁錮拘留 此等ノ刑ハ何レモ内地ニ於テ執行ス而シテ其輕重ニ
因リ或ハ集治監或ハ各府縣ノ監獄或ハ警察署ノ拘留場ニ於テ執行ス次ニ其執
行方法ハ其刑ノ性質ニ依リ服役セシムルモノト否ラサルモノトノ別アリ
次ニ有期ノ懲役ヲ執行スルニハ其期限ヲ定ムル方法ヲ一定スルヲ要ス第四十
九條ハ之ヲ規定シテ曰「刑期ヲ計算スルニ一日ト稱スルハ二十四時ヲ以テシ
一月ト稱スルハ三十日ヲ以テシ一年ト稱スルハ曆ニ從フ受刑ノ初日ハ時間ヲ
論セス一日ニ算入シ放免ノ日ハ刑期ニ算入セスト故ニ日トハ日出ヨリ日没マ
テヲ以テ一日トスルニアラス一月モ亦月ノ大小ニ因リテ之カ差異ヲ設ケス一
括シテ三十日トナス而シテ年ニ至リテハ曆ニ從フ受刑ノ初日ハ時間ト
ニヨリ三百六十五日ト三百六十六日トノ差アリ其月日ハ曆ニ從ハヌシテ年ノ

ミ暦ニ從フト爲シタルハ何ノ故ナルカ是レ全ク暦ニ從フト暦ニ從ハスシテ之ヲ一定スルトニヨリテ生スル所ノ差異ノ大小ニ由テ之カ規定ヲ異ニシタルナリ夫レ月ニハ二十八日ノ月アリ三十日ノ月アリ又三十一日ノ月アリ左レハ同シク一箇月ニ處セラレタル者ト雖トモ或ハ三十一分ノ一ヲ損スルモノアリ又ハ三十一分ノ二ヲ益スル者アルカ如キ不平等ヲ生スルニ至ラン然ラハ三十一日ノ月ナルトキハ裁判官ニ於テ一々一日ヲ、減少スヘシトセンカ此ノ如クンハ繁雜ニ堪ヘサルヘシ故ニ之ヲ平均シテ其中ヲ取り則チ三十日ト一定シタルナリ之ニ反シテ年ハ假令差アリトスルモ其差ハ僅々三百六十六分ノ一二過キサルヲ以テ甚シキ損得ヲ感セサルヘシ

今茲ニ一言スヘキ事アリ本條第一項ニ一日ハ二十四時間ト定メタリ故ニ精確ニ之ヲ言フトキハ今日ノ正午十二時ニ體刑一日ノ執行ヲ始メラレタル者ハ明日ノ正午十二時ヲ以テ一日トシ放免セラルヘシ然レトモ此ノ如キハ其繁雜云フヘカラサルヲ以テ第四十九條第二項ニ於テ受刑ノ初日ハ時間ヲ論セシテ之ヲ一日ニ計算シ之ト差引スルカ爲ミニ放免ノ日ハ刑期ニ算入セスト爲シタ

リ是レ多少ノ差アルヘント雖トモ一日ハ二十四時ヲ以テスト云フノ精神ニ庶幾ラン
第五十二條ノ規定ハ容易ニ了解シ得ルヲ以テ余ハ只朗讀スルニ止メン曰ク刑期限内逃走シ再ヒ捕ニ就キタル者ハ其逃走ノ日數ヲ際キ前后受刑ノ日ヲ計算ス」ト
第四段體刑ノ執行ハ如何ナル官吏カ之ヲ管轄スルカ裁判官ハ犯罪人ニ對シテ刑ノ吉渡ヲ爲セハ業ニ已ニ自己ノ職掌ヲ盡シタルモノナリ故ニ其言渡シタル刑ノ執行ニ關涉スヘキニアラス然ラハ則チ何人カ之ヲ管轄スルヤ曰ク此官吏ニ二種アリ第一ハ檢察官ニシテ第二ハ行政官ナリ佛國ニ於テハ初メハ全ク刑ノ執行ヲ檢察官ニ一任シタリ是故ハ監獄官吏ハ勿論罪人ノ監督ニ至ルマテ一切檢察官之ヲ掌リタリ然ルニ檢察官ハ元來司法部内ノ人ナリ司法部内ノ人ヲシテ刑ノ執行ニ關スル一切ノ事ヲ管轄セシムルトキハ司法權ト行政權トノ混淆ヲ來スノ恐アルヲ以テ後ニ至リテハ監獄官吏及ヒ監督官ハ悉ク之ヲ行政官ニ屬任スルコトハ爲シタリ然レドモ其事柄ノ如何ヲ問ハス悉ク行政官ニ委

任スルコトヲ得ス何トナレハ檢察官ハ刑事ノ原告官ナルカ故ニ己レカ訴ヲ起シテ下サシメタル判決ノ執行ヲ請求シ又之ヲ命令スルノ權ヲ有スルハ當然ナレハナリ唯タ刑ヲ執行スルノ方法及ヒ其執行ヲ監督スルノ方法ノミ行政官ヲシテ之ヲ司ラシム。

尙ホ一言スヘキモノアリ監獄官吏ト犯罪人トノ間ニ爭論生シタルトキハ之ヲ判決スル者ハ何人ナルカヲ定メサル可ラス例へハ監獄官吏ハ重禁錮ナリト云ヒ罪人ハ輕禁錮ナリト云フカ如シ此ノ如キ時ニ其爭ヲ裁判スル者ハ何人ナルカ曰ク檢察官ナリ蓋シ檢察官ハ其爭アル所ノ刑ノ執行ヲ命令シタル人ナリ故ニ其人ニ向テ之カ判決ヲ請求スルハ勿論ナリ然レトモ實際此ノ如ノ爭論ヲ生スルコト甚タ希有ナラン何トナレハ裁判宣告書ニ其刑名ヲ記載スレハナリ又例ヘハ重禁錮ニ處セラレタル犯罪人ニ對レ監獄官吏ハ石ヲ背負ナカラズ米ヲ春ク可シト命令シ犯罪人ハ定役ニ服スルノ義務アルセヨ石ヲ背負ヒナカラ勞役スルノ義務ナシト拒ムカ如キコトアラン此ノ如キ時ハ如何ナル官吏カ之ヲ裁判スヘキヤ此點ニ付キヨリ刑法共ニ之ヲ規定スル法條九キヲ以テ議論二派ニ分

ルヘシ
第一說ニ曰ク此爭論ヲ決定スル者ハ前ニ刑ヲ宣告シタル刑事裁判所ナリ何トオレハ本案爭論ノ起因ハ全ク裁判ノ解釋ニ在リ故ニ行政上ノ法律ニ付テ爭論ヲ生シタルトキハ主務官ニ於テ之ヲ解釋スルトシク此場合モ亦刑名ノ宣告ヲ爲シタル裁判所ニ於テ之ヲ判決スルハ當然ナリト
第二說ニ曰ク此爭論ヲ判決スルモノハ其地ノ民事裁判所ナリ何トナレハ論者ハ本案ノ爭論ヲ目シテ裁判上ノ解釋ニ屬スト云フト雖トモ元ト裁判ハ決シテ刑ノ執行方法マテヲ命令スルモノニアラス其方法ハ行政官ノ定ムル所ニシテ裁判官ノ關セサル所ナリ果シテ然フハ前ニ判決ヲ下シタル刑事裁判所ハ刑ノ執行ニ關スル勞役ノ點ニ付判決ヲ與フノ權ナシト云ハサルヘカラズ蓋シ本案事件ノ爭點ハ何レニ存スルカヲ見ルニ即チ犯罪人ノ主張スル所ハ義務以外ノ強制ナリト云フニ在リ然ルニ一個人ノ權利義務ニ關スル事件ハ民事裁判所ニ於テ之ヲ裁判ス可キコト論ヲ待タス

定ナキヲ以テ右二説中何レノ説ヲ採用スルヤ之ヲ知ル可カラス諸君試ニ其一ヲ選擇セラレヨ

二、金錢上ノ刑罰ノ執行(罰金及科料)

罰金及ヒ科料ノ刑ハ如何ナル時ニ之ヲ執行スルカ單純ナル理論上ヨリ之ヲ云
ブトキハ裁判確定シタル日ニ之ヲ執行スヘシ然レトモ我刑法ハ嚴重ニ此理論ヲ適用セスシテ裁判確定ノ後一ヶ月内(科料ハ十日内)ニ上納スレバ可ナリト爲シタリ
此期限内ニ裁判ヲ執行スルヲ得ルトキハ何等ノ支障ヲ生スルコトナシト雖トモ
一ヶ月内ニ上納セサル者往々ニシテ之有リ此ノ如き時ハ公力ヲ以テ犯罪人ノ財產ヲ公賣ニ付シテ之ヲ上納セシム其代金ヲ以テ上納スルモ尙ホ不足アルトキハ其不足ノ金額ヲ輕禁錮ニ換フ是罰金科料ノ執行方法ナリ蓋シ罰金ヲ輕禁錮ニ換フル所以ノ理ハ若シ如何ナル方法ヲ以テスルモ罰金ヲ全納セシムル不得サル者ニ其未納ノ部分ヲ免除スレハ大ニ刑罰ノ効驗ヲ薄弱ナラシムルニ至レハナリ彼ノ體刑ノ如キハ裁判確定スレハ直チニ之ヲ執行ス若シ之ヲ執行

セヌ唯宣告ノミニ止ムレハ刑罰ノ目的ハ得テ達ス可ラサルナリ罰金モ一ノ刑罰ナリ之ヲ全納スル能ハサル者ニシテ其不足部分ヲ納ムルヲ免レシムルトキハ竟ニ其目的ヲ達スルヲ得サルヤ明カナリ日本ニ於テ罰金ニ換フル所ノ輕禁錮ハ罰金ノ執行方法ニ止マルコト毫モ疑フ容レス佛國ニ於テハ罰金未納者ヲ處分スルニ身體拘留ヲ以スルノ法アリ此處分法ハ罰金ヲ上納セシムル爲メニ用ユル催促ノ方法ナルカ將ダーノ刑罰トシテ之ヲ科スルモノナルヤ稍ヤ疑ナシトセス日本ニ於テハ決シテ此等ノ疑ヲ生スルノ理ナシ開金又上納セシムルノ事例有リ其制限ノ外ニシテ之ヲ上納セシムルハ則其輕禁錮ハ如何ナル所爲ニ對シテ科スル所ノ刑罰ナルカ曰ク罰金ノ言渡ヲ受ケタル所爲ニ科スル所ノ刑罰ナリ草案者ハ佛文草案中ニ此輕禁錮ハ單ニ罰金ノ言渡ヲ受タル所爲ニ對シテ之ヲ科スルノミナラス財產ヲ有スルモノ精神或ハ草案者ノ説ノ如クナルヤモ知ル可ラス然リト雖トモ余ノ考フル所ハ之ニ異ナレリ抑モ或所爲ヲ罰セントセハ法律ニ於テ其禁制スル斯々ノ所爲

ヲ犯ス者ハ何々ノ刑ヲ以テ之ヲ罰スト明定スルヲ要スルハ刑法上ノ一大原則ナリ然ルニ草案者ノ所謂財産ヲ隠匿シテ之カ上納ヲ免レントスルノ所爲ハ元ト法律ニ於テ一言之ヲ罰ストノ規定ヲ爲サス法律ニ規定セサルノ所爲曷ソ之ヲ罰スルヲ得シ最モ財產ヲ隠匿シテ上納ヲ免レントスルノ所爲ニシテ第三百八十八條及ヒ第三百八十九條ノ規定スル場合ニ適合スルトキハ之ヲ罰スヘキヤ勿論ナリ苟クモ然ラサル以上ハ決シテ之ヲ罰ス可カラス但實際ニ就テ觀察スレハ故ラニ罰金ヲ上納セサルトヤハ則ナ輕禁錮ニ換ヘラル、ヲ以テ其結果幾分カ此ノ如キ不良ノ所爲ヲ懲戒スルニ足ルベシ若シ此輕禁錮ハ罰金ノ執行方法ノミナラス又故意未納ニ對スル刑罰ナリト決定スレハ無資力ナル受刑者ニ對シテハ遂ニ罰金ヲ輕禁錮ニ換ユルヲ得サルヤ言フ埃及アラサルヤ言フ埃及タルス

上來説明スルカ如ク罰金ニ換フル輕禁錮ハ既ニ宣告ヲ受ケタル罰金ノ執行ニシテ更ラニ他ノ一所爲ヲ罰スルニアラス故ニ罰金ヲ輕禁錮ニ換フルニハ敢テ裁判ヲ下スコトヲ要セサルナリ然レトモ之ヲ檢察官ニ一任スルトキハ換刑ノ

必要ナキ場合ト雖トモ數々換刑ヲ爲スノ弊ナキヲ必ス可カラス是ヲ以テ此権ヲ裁判官ニ放任セリ

罰金ヲ輕禁錮ニ換フルノ計算法ハ、一圓若クハ一圓未満ノ金額ヲ一日ニ改算スルニ在リ蓋シ此ノ如ク規定シタル所以ハ立法者カ日本人ノ一日間勞動ヲ爲シテ得ヘキ賃銀ノ中位ヲ斟酌シタルニ由ルノミ然レトモ罰金ヲ體刑ニ換フルハ稍ヤ其宜キヲ得ス假令巨額ノ金錢ト雖トモ之ニ換フルニ一日ノ體刑ヲ以テスル尙ホ且慊シトセス然ルニ千圓ノ罰金ヲ言渡サレタル者ニシテ之ヲ上納シ得サル時ハ殆ント三年ニ垂ナントスル輕禁錮ニ換ユルカ如キハ益々彼此ノ權衡宜キヲ失スルノ弊害ヲ見ル是レ第二十七條カ之ヲ制限シテ二年ヨリ起過スルヲ得スト爲シタル所以ナリ

罰金ヲ輕禁錮ニ換フルハ刑罰ノ目的ヲ達スルカ爲メ萬止ムヲ得サルニ出ツル處分ニシテ例外ナリ是故ニ假令一旦體刑ニ換ラレタリト雖トモ其禁錮限内ニ罪金ヲ上納スルトキハ再ヒ原則ニ立戾リテ己ニ經過シタル日數ヲ一圓ニ折算シ之ヲ控除シ以テ禁錮ヲ免ス而シテ其罰金ヲ上納スルハ必スシモ犯罪人自ラ

上納スルヲ要セス其親屬等代リテ之ヲ上納シタル時モ亦同一ナリトス人或ハ曰ハシ親屬等代テ罰金ヲ納ムル時ハ犯罪人ハ少シモ痛痒ヲ感セス故ニ其犯罪人ニ關シテハ刑罰ノ目的ヲ達スルヨト能ハサルヘシト然レドモ是レ此點ハ罰金固有ノ弊害ナリ例之今余罰金百圓ノ宣告ヲ受ケタルニ自ラ之ヲ納メス余ノ親屬故舊余ニ代リテ之ヲ納メタリトセン此場合ニ法律ハ何ノ理由アリテ余カ他人ヨリ金錢ヲ受ケテ之ヲ利用スルノ權利ヲ妨遏スルカ

今單純ナル道理上ヨリ論スルトキハ罰金ヲ輕禁錮ニ換フルハ甚ダ不正ナリト云ハサルヘカラス何トナレハ如何ニ巨額ノ金員ト雖トモ漫リニ之ヲ以テ身體ノ自由ト同一視スヨギニ非サレハナリ加之ナラス之ヲ一國ノ財政上ヨリ論スルモ尙ホ不可ナルコトナシ何トナレハ國家ハ得ヘキ金ヲ得ス却テ幾許ノ費用ヲ要シ犯罪人モ亦空ク時日ヲ費セバナリ然ラハ則チ如何スレハ可ナルカ曰ク受刑者ニシテ無資力ナルトキハ其者ヲシテ勞役セシメ其勞役ノ賃錢ヲ上納セシムレハ法理上財政上共ニ不都合ヲ見サルニ至ラン然レドモ亦如此スレハ一方ニ於テ不公平ヲ生スルヲ免レス僅々一圓ノ罰金ト雖トモ土方等ハ十日ノ日

數ヲ費サムル可ラスト雖トモ他ノ職工等ニ在テハ數時ニシテ之ヲ辨スル者アレハナリ然レトモ此弊害ハ罰金ノ刑罰自體ニ存シテ到底之ヲ除却スルヲ得サルモノナレハ若シ此弊ノ顧慮スレハ寧ロ罰金ノ刑ヲ廢スルヨリ他ニ良法ナカル可シ故ニ此刑罰ヲ設クル以上ハ此方法ヲ措テ他ニ良法アルヲ見サルナリ科罰ノ執行ハ略水罰金ト同一ナリ只金額ニ多寡ノ差異アルヲ以テ之ヲ完納スルノ期限異ナリ即チ罰金ハ一月ニシテ科料ハ十日ナリ且其換刑ハ拘留ニシテ禁錮ニアラス

第二節 附加刑ノ執行

ト否ト又其期限方法等常ニ同一ナルト時ニ變更スルトニ由ルナリ例之ハ公權剝奪ノ如キ必ス重罪ノ刑ニ附着シテ其期限ハ終身ナリ又停止公權ハ輕罪ノ刑ニ附着シテ主刑ノ繼續中公權ヲ行フコトヲ停止シ又禁治產ハ主刑ノ刑期間自ラ財產ノ治ムルコトヲ禁止ス其他重罪ニ在リテハ主刑を三分ノ一ニ相當スル期限間監視ニ附スルカ如シ此等ハ主刑ノ宣告アレハ當然其附加刑アリ其期限主刑ニ依リテ一定スルカ故ニ特ニ之ヲ宣告スルノ必要ナシ之ニ反シテ此他ノ附加刑ニ至リテハ裁判官ヲシテ期限物件等ヲ一定セシムルカ故ニ必ス一々之ヲ宣告セサル可ラス故ニ罰金第四十二條沒收第四十三條及ヒ第四十四條ノ如キハ殊更ニ之ヲ宣告セサレハ徵納セシムルコトヲ得ス且莫實質此實質其他ノ詳細ハ第三十一條乃至第四十四條ノ規定ヲ通讀スレハ容易ニ之ヲ知ルヲ得ヘシ

第五章 刑罰ノ消滅

減刑罰ノ消

既ニ説タルカ如ク刑罰ノ目的ハ社會保存ノ必要ヲ達スルニ在リ是故ニ刑罰ノ假リニ之カ一例ヲ舉ケンニ夫ノ國事犯ノ如キ若シ其犯者ヲ罰スレハ社會ノ秩序ヲ保存センカ爲メニスル刑罰ニシテ却テ社會ノ秩序ヲ擾亂スルコト或ハ之レアラン蓋シ例へハ政府ノ主義ニ反對スル所ノ一黨派力其主義ヲ貫徹センカ爲メニ兵亂ヲ醸シタルニ當リ其犯罪人ヲ捕獲シテ嚴重ニ之ヲ罰スルトキハ他人同類ノ徒ハ益ス激昂シテ遂ニ社會ノ動搖ヲ生スルノ恐アリトセん此ノ如キ時社會ヲ保存セシニハ之カ刑罰ヲ使用セサルノ勝レルモ亦知ルヘカラス又時トシテ刑罰ヲ加フルカ爲メニ却テ社會公衆ヲシテ新タモ畏懼心ヲ懷カシムルコトアリ例へハ今ヨリ三十年若クハ四十年以前ニ或罪ヲ犯シタル者ヲ捕縛シテ突然其者ヲ罰スルトキハ世人初メテ其者ヲ畏怖シ又ハ其者ノ憎ムヘキヲ忘レ却テ峻刑酷罰ナリト思惟シテ人心大ニ騒擾スルニ至ルコトアラン此ノ如キ

時モ亦寧ロ刑罰ヲ加ヘサルノ穩當ナルヤ知ル可ラス其他尙種々ナル狀況ニ因リテ刑罰ヲ使用スレハ却テ社會ノ秩序ヲ破リ之ヲ用ヒサルモ敢テ社會ノ安寧ヲ害セサル場合往々トシテ之有ラン是レ刑罰ヲ消滅セシムル所以ナリ然ラハ則チ刑罰ノ消滅ハ未タ刑ヲ執行シ丁ハラサル以前ニ在サト云ハサル可ラス刑罰ノ消滅ヲ分テ四項ト爲ス曰ク大赦曰ク特赦曰ク復權曰ク期滿免除是レナリ之ニ附從トシテ刑ノ消滅ニアラサル刑ノ執行停止ノコトヲ一言セシ

第一項 大赦

大赦ニ付テハ我刑法中特別ニ之ヲ規定スル箇條ナシト雖トモ或法條中ニ大赦ノ文字ヲ用ヒタルヲ見ル而シテ其條ニ就テ考察スルハ立法者ハ大赦ヲ以テ刑罰否犯罪ヲ消滅セシムルノ方法ト爲シタルヤ毫モ疑ヲ存セサルナリ

大赦トハ何ソヤ曰ク犯罪ノ捜査審判ヲ止メ且之カ記憶ヲ抹殺スルカ爲メニ用フル政治上ノ處分ヲ云フ若シ此定義ニシテ眞ナラシメハ當然左ノ結果ヲ生ス一大赦ハ常事犯ニ適用スルヲ得ス之ヲ用ユルハ軍ニ國事犯ニ限ルヘシ何ト

ナレハ是レ政治上ノ處分ナレハナリ我刑法ニ於テハ固ヨリ政事上ノ處分トシテ大赦ヲ用ユトノ明文ナシ然レトモ他國ノ刑法ニ就テ之ヲ見ルニ政事上ノ犯罪ニアラサレハ之ヲ適用セス然ラハ即チ我刑法モ亦此ノ如シト決定シテ敢テ大誤ナカルヘシ加之ヲラス大赦ハ政事上ノ犯罪ニ非サレハ之ヲ用フルノ必要ヲ見ス何トナレハ通常ノ犯罪ニ就テハ殆ント大赦ヲ要スルノ場合ナケレハナリ今一例ヲ舉示シテ之ヲ證セシ被ノ竊盜犯ノ如キ萬一之ヲ罪トシ論スルニ及ハストスレハ其規定ヲ改正スヘシ豈ニ一方ニハ其所爲ヲ罰スヘキモノトシテ法律ニ明文ヲ掲ケ一方ニ總テ之カ捜査審判ヲ止メ犯罪ノ記憶ヲ煙散スルノ理由アラシヤ之ニ反シテ内亂ニ關スル罪ニ至テハ總論ニ於テ述タルカ如ク大ニ犯罪ナリトナシ一時假リニ犯罪ニアラスト見做シテ之ヲ不問ニ付スヘキナリ然ラハ即チ大赦ハ其性質上ヨリ云フモ又道理上ヨリ考フルモ國事犯ニ非サヒハ之ヲ適用スルヲ得スト斷定セサル可ラス

第二赦ハ犯罪ニ對スル處分ニシテ個人ニ對スル處分ニ非ス即チ對罪ノ處分ニシテ對人ノ處分ニ非サルナリ故ニ大赦ハ或所爲ニ對シテ其所爲ハ罪ニ非ストルニ在リテ或人ニ對シ其人ハ犯罪人ニ非ストルニ非サルナリ是レ定義中犯罪云々トアル所以ナリ

第三赦ノ處分ヲ行フ人ハ裁判宣告ノ前後ヲ問フヲ要セサルナリ何トナレハ大赦ハ單ニ犯罪ノ記憶ヲ消滅スルニ止ラスシテ犯罪ノ搜査ヲ杜絕スルレハナリ然レトモ裁判宣告ヲ爲スノ以前大赦ヲ爲シテ犯罪ノ搜査ヲ杜絕スルハ刑罰ヲ消滅セシムニアラシテ公訴權ヲ消滅セシムルナリ然ルニ余カ大赦ヲ爰ニ掲舉シタルハ最終ノ結果ニ着目シタルノミ之ヲ切言スレハ大赦ハ犯罪ノ消滅原因ナリ

大赦ノ性質ハ大要上來述タルカ如シ今爰ニ一言スヘキモノアリ即チ大赦ハ條件ヲ付シテ之ヲ行フヲ得ルヤ否ヤノ一事是レナリ例ヘハ大赦ヲ受ケタル國事犯人ハ總テ犯罪人ト見做サス然レトモ日本ノ土地ヲ退去スヘシト云フカ如シ此ノ如キ條件ヲ付シテ大赦ヲ行フコトヲ得ルカ余ハ積極ニ之ヲ決定セントス

今日本ノ土地ヲ退去スヘシト云ハ、一方ニ於テハ犯罪ノ記憶ヲ消滅セシムルモ一方ニ於テハ尙ホ犯罪ノ記憶ヲ存スルカ如キ感想アリ然レトモ元ト大赦アリト雖トモ實際犯罪ノ跡ヲ滅スルヲ得スシテ單ニ法律上ノ假定ニ過キス故ニ斯ノ如キ條件ヲ付スルモ何等ノ障礙ナシト信ス

然レトモ此決定ニ付キ一ノ注意ヲ要ス其條件ハ決シテ刑罰様ノ性質ヲ帶有スルヲ得ス故ニ國事犯トシテ其犯人ニ主刑ヲ科セスト雖トモ單ニ監視ニ付ス云フヲ得ス何トナレハ假令附加刑ナリト雖トモ或刑罰ヲ科スル以上ハ其所爲ヲ目シテ罪ニアラスト云フヲ得サレハナリ

尙ホ又佛國ニ於テハ大赦ニ付テ起リタル一ノ問題アリ即チ大赦ヲ受クヘキ人ハ之ヲ拒絶スルヲ得ルカ贊成者小數ナリト雖トモ之ヲ拒絶スルヲ得ト云フ者アリ曰ク大赦ハ假定上罪ナシトスルモ其實犯罪タルニ相違ナシ大赦ニ依テ全ク罪ナシト見做サル、モ尙ホ幾何カ犯罪ノ跡アルヲ免カレサルカ如シ何トナレハ法律上犯罪トナルヘキ所爲ナキニ大赦ヲ下サルゝノ道理ナケレハナリ是レヲ以テ國事犯ノ嫌疑アリテ公訴已ニ起リ尋テ豫審ノ審理ヲ受クルニ際シ其

罪アルセ罪ナシト見做サル即ち犯罪タルヘキ所爲アリタリトノ汚名ヲ蒙ルニ至ル是等ノ場合ニ於テ大赦ヲ拒絶スルハ最モ至當ナルニアラスヤト然レトモ此説ハ多數人ノ駁撃ヲ受ケタリ曰ク第一ニ大赦ハ公益ニ關スル處分ナリ公益ニ關スル處分ハ一己人ノ意思ヲ以テ之ヲ左右スルヲ得サルハ法律ノ原則ニアラスヤ第二若シ大赦ヲ受クヘキ者ニシテ之ヲ拒絶スルヲ得ルトスレハ其者ハ刑罰ヲ受クルノ権利ヲ有スト云フニ至ラン何トナレハ裁判官其罪ヲ罪トシ論セスト云フニ其言ヲ肯セサルハ猶ホ己レノ犯罪ヲ審査シテ刑罰ヲ科セラレントヲ要求スルニ異ナラサレハナリ此ノ如キ権利ハ社會ハ之ヲ有シ得ヘキモノ一己人ノ有スル所ニ非ス第三若シ大赦ヲ受クヘキ者ニシテ故障ヲ述フレハ之カ利益アリトスレハ或ハ可ナラン然レトモ些少ノ利益アルヲ見ス何トナレハ公訴ノ實行中ニ大赦ヲ爲セハ此者ハ罪アルモ罰セスト云フニ非シテ只タ罪ノ有無ハ審理セスト云フニ在リ故ニ尙糺訟セヨト請求スルノ利益ナキナリ次ニ大赦ノ効果如何余輩ハ已ニ大赦ノ性質ヲ了解シタレハ其効果ヲ會得スル

甚々容易ナリ上來說キタル如ク大赦ハ罪トナルヘキ所爲ヲ罪ト見做サルノ處分ナリ故ニ單ニ刑罰ヲ消滅スルノミナラス犯罪モ亦之ヲ消滅ス第六十四條ニ大赦ニ因テ免罪ヲ得タル者ハ直ニ復權ヲ得ト規定シタルハ即チ犯罪消滅シタルノ一結果ナリ何トナレハ公權ヲ剝奪シ又ハ公權ヲ停止スルハ犯罪アルカ故ニシテ犯罪ナケレハ是等ノ權利ヲ剝奪シ停止スルコトヲ得サルハ勿論ナレハナリ况ニ第九十七條ノ明文アルニ於テオヤ此結果ニ付テ一二ノ問題ヲ決定セン先ツ數罪俱發ノ場合即ニ國事犯ト通常犯ト俱ニ發シタル時國事犯ニシテ大赦ニ遇ヒタリトセハ通常犯ニ如何ナル影響ナ及スカ曰ク數罪俱ニ重キ國事犯ノ罪ニ就テ之ヲ罰シタルニ此國事犯ニシテ大赦ヲ受ケタル時ハ更ニ通常犯ヲ罰スルハ當然ナリ何トナレハ大赦ハ對罪ノ處分ニシテ對人ノ處分ニアラサレハナリ此論理ニ因テ推及スルトキヘ一ノ重キ通常犯ノ罪ヲ罰シタルニ輕キ國事犯ノ罪大赦ノ大典ニ遇ヒタルトキキハ何等ノ手續ヲ要セス引續テ通常犯ノ刑ヲ執行スヘキヤ言ヲ俟シテ明カラナリ大慈大悲無量壽佛也

次ニ大赦ハ刑法上ノ責任ノミヲ消滅スルカ將タ民事上ノ責任ニモ其結果ヲ及スヘキカ治罪法ヲ繙ク時ハ大赦ハ決シテ民事上ノ責任ヲモ消滅セサルコト照々トシテ明カナリ何トナレハ大赦ハ公訴權消滅ノ原因中ニ規定シアルヲ見ルモ之ヲ私訴權消滅ノ原因中ニ列記スルサ見サレハナリ然レトモ若シ大赦狀ニ此法律ニテ大赦ヲ受ケタル者ニ對シテハ私訴權モ亦之ヲ行フコトヲ得スト記載セハ如何此ノ如キ場合ハ治罪法ノ法力ヲ殺イテ大赦狀ノ宣言有力トナリテ民事上ノ責任ヲモ消滅セサルカ曰ク或點ヨリ見レハ此結果ヲ及サ、ル可ラサルカ如シ何トナレハ大赦令ニ於テ明ニ此ノ如ク宣言シタルハ必ス故アリテ然ルモノナレハナリ即ナ大赦ニ因テ刑事上ノ責任ヲ消滅セシムルモ未タ充分ナラス尙ホ民事上ノ責任ヲモ烏有ニ歸セサレハ社會ノ安寧ヲ保持スルヲ得サレハナリ然レトモ此決定ハ決シテ宜シキヲ得タルモノニアラス假令大赦令ヲ以テ前ノ法律ノ力ヲ薄弱ナラシムルヲ得ルトスルモ被害者カ己ニ得タル請求權ヲ剥奪スルヲ得サルハ法律ノ原則ナレハナリ今此場合ニ於テ被害者ハ已得權ヲ有スカト云フニ損害賠償ヲ要求スルノ權ハ其損害ヲ受ケタル時ヨリ直ニ生

スルモノナレハ此權ヲ得タルコト言ヲ俟タス故ニ民事上ノ責任ニマテ大赦ノ効果ヲ及スコトヲ得サルナリ治罪法第八條故ニ大赦カ通常公訴權ニ及ボス所ノ効接ノ關係ヲ有セサルナリ治罪法第八條故ニ大赦カ通常公訴權ニ及ボス所ノ効果ヘ私訴權コ及ボスヲ要セス但シ法律ニ於テ大赦ノ効果ヲ已往ニ溯及スルノ明文ヲ掲ケタルトキハ民事上ノ責任ニモ其効果ヲ及サ、ル可ラス然レトモ日本ニ在リテハ斯ノ如キ規定アラサルヤ明カナリ

大赦ハ行政權ノ主領即ナ政權ノ管轄ニ屬スルカ將タ立法權ノ管轄ニ屬スルカ今道理上ヨリ見ル時ハ大赦ヲ行フノ權利ハ立法權ニ與フ可キモノ、如シ何トナレハ大赦ノ性質ハ啻ニ裁判ヲ翻スノミニ非ズシテ法律ヲモ覆スノ處分ナレハナリ然ルヨーノ法律ヲ覆スニハ更ニーノ法律ヲ發布スルヲ要ス而シテ法律ヲ定ムルハ政權ニ非スシテ立法權ナリ然レトモ他ノ道理上ヨリ考察スルトキハ大赦ヲ行フノ權利ヲ立法權ニ與フルハ甚ダ不適當ナリ蓋シ大赦ノ効能ノ一ハ社會ノ保存ヲ希圖セソカ爲メニ犯人ノ不平ヲ緩和スルニアリ然シテ犯人ノ不平ヲ緩和スルニハ突然咄嗟ノ間ニ此令ヲ布クニ在ラサレハ著シキ効驗ヲ奏

特赦

スルヲ得ス果シテ然ラハ此權利ヲ立法權ニ一任スルヲ得サルナリ且又此權利ヲ立法權ニ托スルトキハ立法權ハ代議會ニ於テ滔々討議セサルヲ得ス是ヲ以テ一般人民新聞紙等ニテ其議論ヲ閱讀シ大赦ヲ行フノ論旨ヲ贊助スル者多人數ナルニ至ルトキハ勢ヒ政府ノ權力ヲ微弱ナラシムルノ弊害ヲ生セン加之大赦ヲ行フノ主義ヲ採取スル者多人數ナル時ハ其間人々相率イテ國事犯ヲ爲スニ至ルヤモ亦知ルヘカラサルナリ故ニ此權ハ執行權ノ首領ニ委任スルヲ可トス何トナレハ執行權ノ首領ハ實ニ政治上ノ責任ヲ負フノミナラス又能ク各政黨ヲ調和スルヲ得レハナリ特ニ立君國ニ於テハ此權天皇陛下ノ御掌中ニ在ルヘキハ勿論ナリ

第一項 特赦

特赦ハ法律若クハ裁判ト常理トノ抵觸ヲ救治スル所ノ處分ナリ例令ハ現行法律ニ於テハ強盜ヲ死刑ニ處スト規定シアリト假定ゼン此ノ如キ法律ハ少シク嚴酷ニ過ケルヲ以テ後日新法ヲ發シテ前ノ刑罰ヲ改正スルナラン此ノ如キ場

合ニハ特赦ヲ爲スノ必要アリ裁判モ亦然リ或者ヲ強盜ナリト認メテ裁判ヲ下シ其裁判確定シタルニ后日ニ至リテ真實竊盜ナルコト顯然タルトキハ通常ノ道理上ヨリ見レハ其裁判ハ甚タ不正ナリ故ニ此ノ如キ時モ亦特赦ヲ爲シテ罪人ヲ救治スルノ必要アリ其他裁判ハ正當ナレトモ其罪人ハ受刑ノ後謹慎悔悟シテ正實ナル君子トナル場合ノ如キ又ハ裁判宣告ヲ受ケタル后深ク前非ヲ悛悔シ又ハ國家ニ對シ大ナル功勞アリタルカ故ニ之ヲ賞スルヲ要スルカ如キ場合ハ何レモ其服役ヲ緩フシテ之ヲ救治スルノ必要ヲ生スヘシ以上ノ理由ト引例トニ依レハ特赦ハ對人ノ處分ニシテ對罪ノ處分ニ非ス體テ特赦ハ必ス裁判后ニ非サレハ之ヲ行フノ必要ナシ又之ヲ行フヲ得ス何トナレハ法律如何ニ嚴ナリト雖トモ未タ罰セラレサルニ特赦ヲ行フノ理ナケレハナ公言スルノ權利アリ然ルニ一旦特赦ニ遇フトキハ最早無罪ヲ公言スルヲ得サリ

ルニ至ル故ニ之ヲ公言セントスルニハ特赦ヲ受ケサルヲ要ス實ニ特赦ヘ無罪ナリト公言スルノ權利ヲ剥奪スルノ處分ナリト此説毫モ採ルニ足ラス夫レ裁判ニシテ未タ確定セサル間ハ特赦ナルモノアルコトナシ此問題ノ起ルハ常ニ裁判確定ノ後ニ在り然ルニ其裁判確定スルニモ關セス尙ホ無罪ナリト公言スルヲ得ルノ道理ハ果シテ何レニ存スルカ一旦有無ノ裁判確定スレハ何人ニ對スルモ有罪ナリ故ニ特赦ヲ拒絶スルノ權利ナク又其利益ナシ

特赦ノ効果セ亦其性質ヲ解得スレハ自然之ヲ知スルコト容易ナリ特赦ノ大赦ト異ナル所ハ大赦ヘ犯罪ヲ消滅スレトモ特赦ハ却テ犯罪アルコトヲ確定ス故ニ特赦ニ因リテ消滅スル所ノモノハ犯罪ニ非スシテ刑罰ナリ左ニ之ヨリ當然生スル所ノ結果ヲ舉示セシム

第一 假令特赦ヲ得ルモ特赦ハ當然未だ復權ヲ得セシメス復權ヲ得ルニハ特ニ或處分ヲ要ス是レ第六十四條第一項下段ニ特赦ニ因テ免罪ヲ得タル者ハ赦狀中記載スルニ非サレハ復權ヲ得スト規定タル所以ナリ

第二 大赦ヲ受ケタル者再ヒ罪ヲ犯スモ再犯ヲ以テ論スルヲ得スト雖トモ特

赦ヘ再犯ヲ以テ論スルヲ妨ケス

第三 諸數罪俱ニ發シタル場合ニ大赦ニ因テ消滅ノ効果ヲ及ボス所ハ單ニ大赦ニ遇ヒタル犯罪ノミニ止マリ他ノ犯罪ニハ何等ノ効果ヲ及サスト雖トモ特赦ハ一概ニ此ノ如ク決定スルコトヲ得ス抑モ數罪同發ニハ數罪ヲ同時ニ裁判シタル場合ト又異時ニ之ヲ裁判シタル場合アリ若シ數罪ヲ同時ニ裁判シタルトキニ他日特赦ヲ爲シタル時ハ其効總テノ刑罰ニ及フ何トナレハ數罪中一ノ重キ罪ニテ罰シタレトモ其重キ罪ニシテ功勞アリタルカ爲メ免刑サルル時ハ輕キ罪ハ當然免刑サレサル可ラサレハナリ蓋シ數罪中一ノ重キ罪ヲ罰スレハ十分ナリトハ法律ノ精神ナリ若シ又數罪ヲ異時ニ罰シタル場合即チ前ニ一犯罪ニ付テ特赦ヲ受ケ後日前犯發覺シタル時ハ二個ノ場合ニ分テ之ヲ論スヘシ後發ノ罪前發ノ罪ヨリ輕キトキハ後發罪ノ刑ニモ其効ヲ及ボス可キモ特赦ヲ受ケタル前發ノ罪特赦ヲ受ケサル後發ノ罪ヨリ輕キ時ハ右ト決定ヲ異ニシテ更ニ後發ノ罪ヲ論セサルヘカラス前犯后犯ヲ通算スルヘ格別何トナレハ後發罪重キニ拘ラス罪人ハ未タ之ヲ受ケサルヲ以テ其重キヲ知フサレハナリハ若

ニ過キサレハナリ(治罪法第四百七十七條第四百七十八條第四百七十九條及第四百八十九條)
四百八十條然レトモ執行權ノ首領其人ヲ得ルトキハ之ヲ執行權ノ首領ニ一任シテ可ナリト雖トモ若シ其人ヲ得サルトキハ或ハ自己ノ興望ヲ博センカ爲メ
置リニ罪人ニ特赦ヲ行ヒ其極立法者ノ精神ト相背弛スルニ至ルコトナシトセ
是ヲ以テ佛國ニ於テハ裁判官ナシテ之ニ干渉セシメントセシコトアリ然レ
トモ此ノ如クスレハ甚タ奇觀ナ呈ス何トナレハ裁判官ハ自ラ裁判シタル所ノ
刑罰ヲ嚴酷ナリト爲スニ同シカルヘク且之カ爲メニ裁判ノ威力ヲ減殺スルニ
至レハナリ我國ノ法律ハ檢察官監獄署長又ハ司法大臣ノ申立ニ依リ天皇陛下
ノ勅裁ヲ以テ特赦ヲ行フ(治罪法第四百七十七條乃至第四百八十條)カ故ニ道徳
ニ適シテ弊害ヲ生スルコトナク誠ニ其宜シキヲ得タリト謂フヘシ

消滅セシムルモノナレハ特ニ復權ノ制ヲ設ケテ之ヲ消滅ノ原因中ニ列スルノ
必要ナシ然ルコ前ニ述ヘタルカ如ク特赦ハ當然附加刑ヲ消滅セジメズ加之ナ
ラス期満免除モ亦一ノ消滅原因ナルニ期満免除ハ主刑ト或附加刑トヲ消滅セ
シムルモ或ヒノ附加刑ハ期満免除ニ因テ消滅セサルナリ是ニ於テカ復權ノ必
要チ見ル之ヲ要スルニ期満免除若クハ特赦ノ制アルノミニテハ未タ全ク刑罰
ヲ消滅セシムルニ足ラサル場合アリ是故ニ復權ヲ以テ刑ヲ消滅スルノ原因ノ
一ト爲セリ

復權ヘ上來ノ理由ト文字トニ依ルモ前ニ剝奪サレタル權利ヲ回復セシメテ公
權剝奪ノ附加刑ヲ消滅セシム復權ヲ得ルニ要スル條件ハ第六十三條ニ之ヲ明
示セリ請フ分割シテ左ニ之ヲ列舉セン

第一文確定裁判アルコトヲ要ス此條件ノ必要ナルコトハ既ニ特赦ニ就テ之ヲ
消滅シ單ニ監視ニ付セラレタル時ハ監視ヲ終リタル時ヨリ五年ヲ經過スルヲ
述ヘタレハ復權ニ於テモ亦此條件ヲ要スルコト知ル可キナリ

第二文主刑ノ執行ヲ了リタル時ヨリ五年ヲ經過シ又ハ主刑期満免除ニ因リテ

要ス凡ソ復權ナルモノハ犯罪人ヲシテ公權ヲ行ハシムルモ危險ナキコト明確ナル場合ニアラサレハ之ヲ與ヘス故ニ特赦ノ當時直ナニ公權ヲ與フルヲ得サルコトアリ况シニ通常主刑ヲ執行シ了リタルトキハ未タ其危險ナキノ確保ヲ得ヌ又主刑ノ期滿免除ヲ得タル場合ニ於テハ果シテ公權ヲ回復セシムルモ危險ナキヤ否ヤ最モ之ヲ視察セサル可テス而シテ之ヲ視察スルニハ或年月ノ間ニ就テ之ヲ爲スヲ必要トス而シテ此年月ノ長短ハ立法者ハ立法者ノ推定ヲ俟ツノ外他ニ方法ナキナリ我立法者ハ五年ヲ足レリト推定セリ

第三復權ヲ與フ可キ情狀アルニトヲ要ス第二條件ヲ要スルハ此情狀ヲ確認センカメナリ而シテ所謂情狀トハ公權ヲ回復セシムルモ危險ナキノ情狀ヲ云フナリ此情狀ヘ豫メ法律ニ於テ之ヲ定ムルヲ得スト雖トモ其情狀ヲ見ルハ方法ハ治罪法ニ之ヲ定メタリ特ニ賠償裁判費用ノ義務ヲ完済スルカ如キハ此情狀ニ欠クヘカラス

復權ノ効果ハ第六十三條ニ明示スルガ如ク再ヒ公權ヲ得セシムルニアリ即ナ犯罪人ヲシテ能力ヲ回復セシム然レトモ是刑罰ノ消滅原因ニシテ犯罪ヲ消滅

セサレハ此點ニ付テハ特赦ト同一ノ結果ヲ生スヘシ會公衆承認ヲ得テ國事犯上來ノ説明ニ由リテ復權ハ特赦ト甚タ相類スルヲ知ルヘシ故ニ之ヲ與フルノ方法モ特赦ト同シク天皇陛下ノ勅裁ニ因ル但彼ハ官吏ノ申立ニ起因シ此ハ本人ノ願ニ起因ス蓋シ現主刑ノ執行ニ在ラサル者ノ品行等ハ官吏之ヲ視察タルヲ得サレハナリ

據會第四期滿免除

期滿免除モ亦刑ノ消滅原因ナリ期滿免除ニ二種アリ曰ク訴權ノ期滿免除曰ク刑ノ期滿免除訴權ノ期滿免除ハ治罪法ノ規定中ニ入レハ今ハ唯々刑ノ期滿免除ノミニ就テ説明スヘシ

刑ノ期滿免除トハ時間經過ノ効果ニ依リ刑ノ執行ヲ免カレシムル所ノ方法ナリ

時間經過ノ故ヲ以テ刑ノ執行ヲ爲サヘルハ何ノ爲メナルカ今若シ權利義務ニ關スル法則ニ就テ之ヲ論スレハ多少長久ノ時間ヲ經過スルトキハ其證據物喪滅スルコトアル可ク又既ニ義務ヲ執行シタルモ歲月ノ長キ之カ證據ヲ喪失ス

ルコトアルニ由ルナラン然レトモ刑ノ期満免除ハ決シテ此ノ如キ理由ヲ以テ之ヲ説明スルコトヲ得ス何トナレハ既ニ確定裁判アリタルモノナルヲ以テ證據ノ消滅ヲ恐ルゝノ理由ナク又既ニ刑ヲ執行シタレトモ之カ證跡ヲ存セサルカ故ニ再ヒ執行チ爲スヲ憂フルヲ要セサレハナリ然ラハ之カ真正ナル理由如何曰ク刑罰ヲ執行スルノ必要ナキニ因ルノミ折衷主義ニ依レハ刑ヲ執行スルノ利益ナシ蓋シ刑罰ハ社會ノ保存ニ必要ナルカ爲メニ之ヲ設ク又假令折衷主義ニ依ルモ道德ニ背クカ故ノミヲ以テ之ヲ罰スルニアラス必ス社會ノ公益ヲ害スルニ由ル然ニ社會ハ長久ノ時問其刑ヲ執行セスシテ經過スル時ハ最早社會ノ必要上社會ノ利益上刑罰ノ必要ナ失シタリト言ハサル可ラス何トナレハ犯人其罪ヲ犯シテヨリ以來長久ノ時問刑罰ヲ受ケス社會ニ在リテ他ニ又罪ヲ犯サルトキハ其者既ニ身ヲ慎ミ改悛シテ復社會ノ存在ヲ傷害セス即チ法律ニ遵從スルコトヲ表白シタル者ナレハナリ夫レ刑罰ハ社會ヲ保存スルカ爲メニ社會ノ法律ニ遵ハシメントスルヲ以テ最大目的トナス然ラハ即チ既ニ法律ニ遵從スルモノヲ罰スルノ必要ナキヤ明ケシ又社會公衆カ懷ク危懼ノ念ヲ

除去スルモ刑ノ附従タル目的ナルヘシ然ルニ長久ノ時間ヲ經過スルトキハ社會公衆ハ漸次其犯罪ヲ忘レテ危懼ノ念自ラ消失セん此ノ如キ時ニ至リテ刑ヲ執行スルハ危懼ノ念ヲ安セサルノミナラス却テ新ラタニ其念ヲ喚起スヘシ加执行スルヲ公衆ニ例示シテ將來ヲ警諒スルモ亦附従ノ目的ナラン然ニ犯罪ヲ記憶消亡シタル時ニ及シテ刑罰ヲ加レハ世人ハ之ヲ見テ自ラ警メス却テ其犯人ヲ憫ムノ情ヲ發スヘシ然ラハ則チ例示ノ目的モ亦之ヲ達スルヲ得ス是期満免除ナルモノヲ設ケテ刑ヲ消滅セシムル所以ナリ

以上ノ理由ニ依リ期満免除ハ全ク公益ニ關スルモノナルコトヲ知ルヘシ是ナ以テ時間ノ經過アリハ期満免除當然生シ大赦特赦復權ノ如ク何等ノ手續ヲ要セス故ニ檢察官被告人等ニ於テ其期満免除アルコトヲ申立スト雖トモ裁判官期満免除ノ期限ヲ經過シタルコトヲ認知シタル時ハ職權ヲ以テ之ヲ言渡サル可ラス故ニ又被告人ハ期満免除ノ利益ヲ拋棄スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題起ルヲ得ス期満免除ニ要スル條件ハ單ニ期限經過ノ一ノミ刑法第五十九條及第六十條期満免除ハ其年限ヲ指定シタリ主刑ノ期満免除ノ年限ハ刑ニ依テ長

短アリ第五十九條ニ曰ク則々罰金ノ主刑ト謀殺強制ヲ期ヘ懲役最
 一 死刑ハ三十年ト要スル者付サ罪ニ謀殺強シテ又懲役五十年
 二 無期徒流刑ハ二十五年
 三 有期徒刑ハ二十年
 四 重懲役重禁獄ハ十五年
 五 輕懲役輕禁獄ハ十年
 六 禁錮罰金ハ七年
 七 拘留料料ハ一年
 此ノ如ク刑ノ輕重ニ依テ年限ニ差アル所以ハ他ナシ刑ノ重キニ由
 ル而シテ罪ノ重キ者ニ對スル世人ノ記憶ハ輕キ者ニ比スレハ長ク繼續スヘキ
 ハ當然ナリ故ニ斯クノ如ク區別セリ但シ此區別ヲ爲スニ當リ其年限ノ比例等
 ハニ立法者ノ適意ニ委スルノミテ是ニ付加刑中ニハ期満免除ヲ得ルモノト之ヲ說カシ
 附加刑中ニハ期満免除ヲ得ルモノト之ヲ得サルモノトノ別アリ先ツ期満免除
 ド得ル附加刑ヨリ之ヲ說カシ

罰金

沒收

第一 罰金ノ附加刑ハ主刑ト共ニ期満免除ヲ得(而シテ其年限ハ主刑ト
 同一ナリ)故ニ禁錮ニ付加スル罰金ハ七年ニシテ期満免除ヲ得輕懲役ニ付加ス
 ル罰金ハ十年ニシテ期満免除ヲ得此他各主刑ノ年限ニ從テ罰金ノ期満免除ノ
 年限ニ長短ヲ生ス蓋シ罰金ハ犯罪ノ性質ニ由リ主刑ヲ補フカ爲メニ設クル所
 ノ附加刑ナリ故ニ附加ノ罰金ト主タル體刑トハ一體ヲ爲シテ分割ス可ラス若
 シ之ヲ分割スレハ其刑ハ犯罪ヲ遏ムルニ足ラズ是同一ノ罰金ニシテ主刑ニ從
 ヒ期満免除ノ年限ニ長短アル所以ナリ
 第二 没收 没收ハ常ニ五年ニシテ期満免除ヲ得没收ノ罰金ト異ニシテ主刑
 ト期限ヲ共ニセサルハ何ソヤ是レ其性質ヲ異ニスレハナリ既ニ述ヘタルカ如
 ク付加ノ罰金ハ犯罪ノ性質ニ原因シ主刑ト同一體ヲ爲スト雖トモ沒收ハ然ラ
 ス此刑罰ノ必要ハ多少物件ノ性質ニ原因ス即チ物件自體ノ性質或ハ其犯罪人
 トノ關係上危險アリト爲スカ又ハ犯罪人ヲシテ不當ノ利益ヲ得セシメストノ
 理由ニ依テ沒收既ニ犯罪ノ性質ニ關セサル以上ハ罪ノ輕重ニ由リテ期満免
 除ノ年限ヲ異ニスルノ理ナシ故ニ常ニ同一ノ年限ヲ經過スレハ期満免除ヲ得

剝奪公權
停止公權及監視

セシムヘキハ自然ノ事ナリ但其年限ハ何年ニシテ可ナルカハ別問題ナリヤ
我立法者ハ之ヲ五年ト爲シタリ最トモ禁制物ハ何人モ所有スルヲ得サル物件
ナレハ之ニ關シテ期滿免除アラス裁判所ニ現出スレハ何時ニテモ之ヲ沒收セ
サル可ラス蓋要セラセラニシテ、財貨ニ取扱スル事例、其罪犯人
第三回剝奪公權停止公權及監視因此三者ハ期滿免除ヲ得ス剝奪公權停止公權
監視ノ三者ヲ以テ期滿免除ヲ得スト爲セシハ如何ナル理由ニ山ルカ此等ノ刑
ハ或ヘ或危險ヲ防キ或ハ刑後改悛ノ狀ヲ視察スルヲ目的ト爲シ被告人ニ對シ
テ有形上ノ執行ヲ爲スコトアラス唯タ之カ執行ヲ掌ル者ノ上ニ於テノミ或所
爲ヲ要スルニ過キス故ニ幾數年ノ後ト雖トモ其必要ヲ見ルヘシ又世人ニシテ
新タニ危懼ヲ起サシメ犯罪人ヲ憚マシムルノ弊害ヲ生スルコト稀少ナルヘン
然レトモ今之ヲ理論上ヨリ觀察スル時ハ々首肯スルヲ得ス蓋シ剝奪公權ノ
如キハ受刑後終身受クル所ノ刑ナリ而シテ主刑ノ期滿免除ヲ得ルハ尙ホ其執
行ヲ受ケタルト同一ナリ故ニ期滿免除ニ因テ剝奪公權ヲ免レシメサルハ或ハ
可ラシ然レトモ監視ニ期滿免除ヲ與ヘサルニ至リテハ大ニ不可ナルカ如シ夫

第三回
剝奪公權停止公權及監視

レ監視ハ之ヲ執行セントセハ實際被告人ヲ束縛シテ或手續ヲ爲サシメサル可
ラス豈ニ全ク有形上ノ執行ナシト云フヲ得ンヤ且期滿免除ノ理由ノ一ニシテ
世人ノ遺忘シタル時ニ乘シ之ヲ罰スルハ却テ世人ニシテ犯人ヲ憚ムノ情ヲ發
セシムルノ害アリト云フニアラハ監視執行モ亦此害ニ生スルヲ免レサル可シ
殊ニ監視ハ犯罪人將來處世ノ方針ニ非常ナル妨害ヲ與ヘ却テ再ヒ罪ナ犯スニ
至ラシムルノ害アルコトハ余既ニ之ヲ論シタリ然ルニ長久ノ年間惡業ヲ爲サ
ス爲メニ罰スルノ必要ナシト云フテ主刑ヲ免除スルニ拘ラス監視ヲ執行シテ
其犯罪人タルヲ表白シ更ラニ處世ノ方法ニ苦マシムルハ益ス監視ノ弊害ヲ重
ヌルモノト云フヘシ

停止公權ニ期滿免除ナキモ亦奇ナリ此附加刑ハ輕罪ノ刑期中付加セラル、所
ノ刑ナリ之ヲ付加スル所以ハ體刑ノ執行中公權ヲ行ハシムルハ危險ナリ汚點
ナリトシテ之ヲ停止スルニアラスヤ故ニ其主刑ヲ終ヘ獄舎ヲ出ル以上ハ直チ
ニ之ヲ廻復セン今主刑期滿免除ヲ得レハ猶ホ主刑ヲ執行シ丁リタルト同シ之
ニ公權ヲ行ハシムルハ如何ナル危險アルカ如何ナル汚點アルカ若シアリトセ

期満免除
起算點

ハ期満免除後ノミナラヌ主刑執行後モ亦之アルヘシ然ルニ期満免除ノ時ニ限リ其公權ヲ停止スルハ抑モ何ノ理由ソヤ余ハ其理由ヲ發見スルコト能ハス此ノ如クンハ或ハ刑罰ノ目的外ニ刑ヲ科スルノ結果ヲ生セサランカ以土之爲事停止公權及監視ハ犯人逃匿シアルモ其刑罰ヲ執行シタルモノト見做シテ期満免除ナシト云ハ、或ハ不都合ヲ見サルヘシ然レトモ我刑法ノ條文上此解釋ヲ許サルヲ如何セン

既ニ期満免除ノ年限ヲ知レハ其起算點ヲ定ムルヲ要ス刑法第六十一條ニ曰ク期満免除ハ刑ノ執行ヲ遅レタル日ヨリ起算スト是此起算點ニ關スル原則ニシテ至當ナル規定ト謂フ可シ蓋シ期満免除ハ或年間刑ノ執行ヲ遅レタル故ニ遂ニ其刑ヲ免スルナリ是ナ以テ之ニ要スル年限ハ其刑ヲ遅レタル日ヨリ計算ス可キハ理ニ於テ應ニ然ルヘケレハナリ本條ノ末段ニ記載スル規定ノ如キモ此原則ノ適用ヲ示シタルニ過キサルヘシ例之ハ一旦刑ノ執行ヲ遅レタル后若干ノ年間ヲ經テ捕縛セラレ殘餘ノ刑ノ執行中再ヒ逃走シタル場合ハ再ヒ逃走シタル日ヨリ更ラニ年限ヲ起算シテ最初逃走シタル間ノ日數ヲ算入セス是蓋シ

刑ノ必要ト云ヒ世人ノ記憶ト云ヒ執行ヲ遅レタル日ヨリ漸次減少シテ遂ニ消亡スルニ至ル然ルニ再ヒ執行シタル時一旦減少シタル必要ト記憶トハ初メニ復スヘシ故ニ前ニ道レタル日數ヲ算入セス

今前述ノ原則ヲ適用スルニ少ク困難ヲ覺ユル場合アリ缺席裁判アリシ時是ナリ夫レ通常ノ裁判アリシ場合ニハ裁判確定スレハ直ナニ刑ヲ執行ス故ニ被告人逃走スレハ其刑ノ執行ヲ遅レタルコト明白ナリ缺席裁判ハ被告人ノ知ラサル間ニ刑ヲ言渡スモノナリ而シテ缺席裁判ヲ受ケタル者ハ自ラ通知ヲ受ケルカ又ハ期満免除ニ至ルマテ故障ヲ爲スコトヲ得即ナ裁判確定セス故ニ被告人自身ニ裁判ヲ通知スレハ裁判確定シ隨テ其刑ノ執行ヲ免レタリト云フヲ得ヘキモ是甚タ稀少ノ場合ニシテ缺席裁判ハ多ク刑ノ執行若クハ期満免除ニ因テ確定ス第一ノ場合即ナ刑ノ執行ニ因テ裁判確定シタル場合ニ刑ノ執行ヲ遅レハ第六十一條末段ヲ適用スレハ足レリト雖トモ第二ノ場合ニハ殆ト起算點ヲ發見スルコト難シ然ラハ此ノ如キ場合ニ缺席裁判ヲ受ケタル者ニハ期満免除ノ利益ヲ與ヘサルカ是レ期満免除ヲ設ケタル趣旨ニ反ス蓋シ期満免除ハ裁

判後刑ヲ執行セヌシテ或年間ヲ經過スルトキハ刑ヲ加フルノ必要ナキニ因リ其刑ヲ免ス而シテ其之ヲ免スルニハ犯人カ裁判言渡アリシコトヲ知ルト否トニ區別スルノ理由ナキナリ然ラヘ即チ如何セハ可ナルカ立法者ハ之ヲ規定シテ曰ク宣告ノ日ヨリ起算ス可シト故ニ缺席裁判ヲ受ケタル者ハ自ラ裁判ノ通知ヲ受ケタルト否トヲ問ハス裁判宣告ノ日ヨリ刑ノ執行ヲ遅レタルモノト同一視シタリ

刑法第六十二條ハ少シク右ノ原則ニ變更ヲ加ヘテ曰ク刑ノ執行ヲ遅レタル者ニ對シ逮捕ヲ命シタル時ハ最終ノ令狀ヲ出シタル日ヨリ期滿免除ヲ起算スト一アリ期滿免除ハ刑ノ執行ヲ遅レタル日ヨリ起算ス可キハ原則ナルト前ニ述タルカ如シ然ルニ政府ニ於テ其執行ヲ爲サンカ爲メニ或手續ヲ執リタルトキハ其手續ヲ終リタル日ヨリ起算ス是レ則チ本條ノ明言スル所ナリ此規定ノ理由ハ殆ント民事ノ期滿免除ノ中斷ト同一ナルヘシ民事ノ時効ノ場合ニ於テ義務者義務ノ執行ヲ爲サスト雖トモ權利者權利執行ノ要求ヲ爲ストキハ其要求セシ日ヨリ更ラニ時効ノ年限ヲ起算ス本條モ亦之ト同一ニシテ被告人遅レテ刑

ノ執行ヲ受ケサルモ政府ニ於テ執行ノ手續ヲ爲スハ猶ホ權利者カ權利ノ要求ヲ爲スト同一ナリトス

本條ニ最終ノ令狀トアルカ故ニ數通ノ令狀ヲ出シタルトキ最後ノ令狀發付ノ日ヨリ更ラニ年限ヲ起算スルハ論ナシ然レトモ期滿免除ヲ中斷スルカ爲メ故ラニ令狀ヲ發セシムルノ意ニアラサルヘシ立法者ハ被告人逃走シテ引續キ數通ノ令狀ヲ發スル場合ヲ假想セシナラン例之ハ被告人横濱ニ遅居ルカ故ニ横濱ニ向ケテ令狀ヲ發セシニ既ニ仙臺ニ遅レタリトノ報ヲ得更ラニ仙臺ニ向ケテ令狀ヲ發セシカ如キ場合ニハ其仙臺ニ向ケテ發シタル日ヲ以テ起算點ト爲ス蓋シ刑ノ期滿免除ハ證據ノ湮滅ニ因ラスシテ必要ノ消亡ニ因ル證據ノ湮滅ハ一方ノ手續ニ依テ之ヲ防クヲ得ヘキモ必要ノ消亡ハ然ラス然ルニ證據ノ湮滅ニ基ク公訴ノ期滿免除スラ中斷シテ年限ヲ二倍以上ニスルヲ許サヌ却テ必要ノ消亡ニ因レル期滿免除ヲ無限ニ中斷スルヲ許シタリト信スルヲ得ス然レトモ條文ハ沢博ナリ余ハ唯タ執法ノ注意ヲ乞フニ止メサルヲ得ス

第六十二條ハ實際刑ノ執行ヲ遅レタル者ニノミ之ヲ適用ス可キカ將タ缺席裁判

判ヲ受ケタル者ニモ亦之ヲ適用ス可キカ或著者ノ説ニヨレハ實際刑ノ執行ヲ遁レタル者ニノミ之ヲ適用ス可キカ如シ今文字上ヨリ論スルトキヘ此説或ハ至當ナルカ如シ何トナレハ第六十一條ニハ實際刑ノ執行ヲ遁レタル者ト缺席裁判ヲ受ケタル者トハ明カニ之カ用語チ異ニシテ第六十二條ヘ第六十一條ノ實際ニ刑ノ執行ヲ遁レタル者ヲ指シタルト同一ノ文字ヲ用ヒクレハナリ然レトモ余ハ之カ反對説ヲ取ラントス其理由ハ第一實際刑ノ執行ヲ受ケテ逃走シタル者ト缺席裁判ヲ受ケタル者トノ間ニ之カ區別ヲ爲スノ理由ナキナリ元來缺席裁判ニ係ル者ハ宣告ノ日ヨリ起算ストト規定セシナリ此假定アルチ寄貸トシタルト同一視シテ宣告ノ日ヨリ起算ストト規定セシナリ此假定アルチ寄貸トシテ最終ノ合計ヲ發シタル日ヨリ起算セラルノ不利益ヲモ免レタリト主張スルコト得サル可シ第二刑法ハ刑ノ執行ヲ遁レタルノ數語ニ二様ノ意義ヲ付與シタリ廣義ト狹義是レナリ第五十八條ニ所謂ル刑ノ執行ヲ遁レタルトハ廣義ニシテ欠席裁判ヲ受ケタル者ヲモ包含ス蓋シ第五十八條ハ一般ニ刑ノ期満免除ヲ得ヘキ者ヲ指定スルニ此文字ヲ用ヒ而シテ欠席裁判ヲ受ケタル者ハ期満

免除ヲ得ヘキ者ナレハナリ第六十一條刑ノ執行ヲ遁レタルノ文字ハ狹義ナリ是ニ於テカ第六十二條ニ「刑ノ執行ヲ遁レタル」トアルハ廣義ナリヤ狹義ナリヤチ定ムルヲ要ス余ハ特別ナル理由ナキ以上ハ廣義ニ解セント欲ス况シヤ第六十一條ノ全文ト第六十二條及第五十八條ノ全文トヲ比照スレハ此ノ如ク解釋スルノ理ナキニアラサルオヤ故ニ缺席裁判ヲ受ケタル者ニモ第六十二條ヲ適用スヘシト論セサル可ラス

罰金ノ期満免除ニ付テハ何レノ時ヨリ之ヲ起算ス可キヤ夫レ罰金ノ執行ハ其罰金ヲ納ムルニ在リ而シテ之ヲ納ムルニ付テノ期限ハ三十日以内ナリ故ニ三十日内ハ決シテ換刑ノ處分ナシ又假令三十日以上之ヲ納メス雖トモ當然換刑ノ處分アルニアラス必ス特ニ換刑ノ徵収狀ヲ發スルヲ要ス故ニ此刑ノ期満免除ノ起算點ナ定ムルハ稍ヤ困難ナリ然ラハ缺席裁判ノ場合ノ如ク裁判宣告ノ日ヨリ之ヲ起算セソカ曰ク不可ナリ裁判宣告ノ日ヨリ起算スルハ固ト法律ノ假定ニ基クカ故ニ特ニ文明ナカル可ラス然ラヘ三十日ヲ經タル後ニ起算スヘキヤ曰ク是亦不可ナリ何トナレハ滿三十日ノ日ヲ以テ執行ノ期日ト爲シタ

ルニ非ラサレハナリ然ラハ則シ徵収狀ヲ發シタル日ヲ以テ起算點ト爲サンカ
徵収狀ハ執行スヘキニ執行セサル者ニ對シテ發スルモノナリ故ニ既ニ數十日
前執行ヲ過レタリ故ニ是不可ナリ余ハ謂ラク裁判確定ノ日ヨリ起算スルハ原
則ナリ然レトモ若シ徵収狀ヲ發シタルトキハ刑ノ執行ヲ過レタル者ニ對シ逮
捕ヲ命シタル時ハ最終ノ令狀ナ出シタル日ヨリ期滿免除ヲ起算スト同シク罰
金ノ徵収狀ヲ發シタル日ヨリ更ラニ之ヲ起算ス可シト
以上期滿免除ニ關スル法則ヲ説終ルト共ニ刑ノ消滅原因ヲモ講了セリ然ルニ
茲ニ消滅原因ニ類似ムルモノアリ假出獄及ヒ免幽閉是ナリ之ニ付テ一言セン
ト思惟シタレトモ條文ヲ一讀スレハ其詳細ヲ知リ得ルカ故ニ單ニ假出獄及ヒ
免幽閉ハ刑ノ執行ノ停止ニシテ消滅ノ原因ニアラストノ注意コ止メテ欵本ヲ
終結ス

第二款 犯罪

凡ソ刑法ニ於テ犯罪ナリトシテ刑罰ヲ加フルニハ實ニ所爲ノミヲ觀察セス又
其所爲人ノ能力ヲモ計量ス故ニ本欵ヲ分テ犯罪ノ事實ト犯罪人ト爲シテ説明
セシ

第一章 犯罪ノ事實

第一章亦分テ總說及ヒ未遂犯ノ二節ト爲ス

本節ニ於テ第一ニ研究スヘキハ犯罪ノ定義ナリナス然リ而シテ我刑法中ニハ
此定義ヲ與ヘタル條文ヲ見ス佛國刑法ハ其第一條ニ犯罪ノ定義ニ類スル文字
ヲ掲記セリ曰ク某々ノ刑ヲ以テ罰セラル、者ヲ違警罪トシ云々ト此ノ如キ規
定ハ單ニ佛國刑法ノミニ限ラス他ノ刑法ニ於テモ亦往々見ル所ナリ而シテ佛
國刑法モ此ノ如ク重罪、輕罪、違警罪ノ定義ニ類スルモノヲ明記スルモ犯罪一般
ノ定義ヲ下サス然ラハ則チ學理上犯罪一般ノ定義ヲ論定セサル可ラス或ハ曰

ク法律カ禁止シテ且ツ刑罰ヲ加フル所爲ハ則ナ犯罪ナリト是レ學者多數ノ說ナリ又法律カ刑罰ヲ加フトノ條件ハ犯罪ノ定義ニ必要ナラス單ニ「法律カ禁止スル」ト云フノミヲ以テ足レリトスト論スル者アリ然レトモ是レ極メテ小數ノ說ニテ大半ノ學者ヘ之ヲ採用セス
今尙ホ一步ナ進ンテ論究スレハ多數學者ノ唱道スル定義ト雖トモ未タ真箇ノ定義ト斷定スルヲ得ス蓋シ犯罪トハ何ソヤト云ヘル問題ニ向テ法律カ禁シテ罰スル所ノモノヲ云フト答フルハ法律ノ罪トスル所ノモノハ則チ犯罪ナリト云フニ過キス之ヲ譬フルニ吾人ヲ照ス所ノ大陽ハ何ソヤトノ問題ニ對シテ吾人ヲ照ス所ノモノハ大陽ナリト答フルト一般問題ヲ換言スルニ止マリ其眞性ヲ表明セス此ノ如キハ未タ完全ノ定義トスルヲ得サルナリ故ニ犯罪ノ眞箇ノ定義ハ法律ノ罰スルハ如何ナルモノナルヤ其特種ノ性質ヲ定メサル可ラス有名ナルロッジ氏カ大ニ佛國刑法第一條ヲ排駁シタルモ亦此カ爲メノミ其言ニ曰ク世人ハ犯罪ノ本質ヲ研究スルコトヲ爲ス勿レ只立法權ノ爲ス所ニ一任スヘシ立法權カ或人ノ首ヲ斬ラハ其人ハ大罪人ナリト知ルヘシ是レ則チ刑法第一

條ノ言ハントスル所ニアラスヤ此クノ如キ規定ハ實ニ法律カ人類ヲ蔑視スルコト甚シク人類ヲ壓抑スルコトナルヲ見ルヘシトロッジ氏ノ言頗ル酷ニ失スルノ嫌アリ蓋シ立法者カ此條ヲ設ケタルハ決シテ犯罪ノ本質ヲ確立シテ之カ定義ヲ下シタルニ非斯單ニ實際ノ便宜上ヨリ管轄ヲ定メ期滿免除ヲ起算スル等斯クノ如ク規定シタルニ過キサルヘシ即ナ立法者カ重罪輕罪違警罪ハ斯々ノモノヲ云フト掲記シタルハ既定ノ犯罪ニ就テ立言シタルノミ其本質ノ如何ヲ問ハストノ意ニ非サルナリ然レトモ若シ此條ヲ以テ犯罪ノ定義ヲ下シタルモノト爲ス時ハロッジ氏ノ說ハ至當ナリト云フヘシ故ニ犯罪ノ定義ハ立法者カ重罪輕罪違警罪即ナ犯罪トシテ禁シ且罰スルハ何ニ基由スルガヲ視察シテ之ヲ下サルヘカラス
ロッジ氏ハ佛國刑法第一條ヲ駁撃スルト同時ニ犯罪ノ定義ヲ下シテ曰ク社會及ヒ社會ヲ組成スル人ヲ害シテ其責務ヲ破ルハ所爲ナリト此定義ハ果シテ完全無欠ノモノト云フヲ得ヘキカ夫レ世上一方ニ責務ヲ負フ者アル時ハ他ノ一方ニ權利ヲ有スル者アルハ通常ナリ然レトモ又一方ニ責務ヲ負フ者アルモ他ニ

權利ヲ生セサル場合アリ例之ハ吾人ハ自己一身ニ對スル責務是レナリ邪念ナ起ス勿レ暴食スル勿レト云フ如キハ一ノ責務ナルニ相違ナシ然レトモ此責務ニ對スル權利ヲ有スル者ハ何人カアル故ニ縱令是等ノ責務ヲ破ルモ毫モ他人ヲ害スルコトナキナリ又自己一身ノ責務ナルカ如キモ幾分カ他人ノ利害ニ關係スルモノアリ例之ハ今社會ノ一人トナリテ其中ニ生活スル以上ハ社會公衆ノ利益ヲ翼進セサルヘカラサルハ則チ一ノ責務ナリ此責務ハ自己一身ニ對スル責務ト云フ得ヘシト雖トモ幾分力他人ニ關係ヲ及ホサスノハアラス何トナレバ若シ其義務ヲ盡サルトキハ社會之カ害ヲ受ケ之ヲ盡セハ社會之カ利益ヲ得レハナリ又貧人ヲ恵恤スルハ人類ノ責務ナリ此責務モ亦他ノ自己ニ對スル責務ト異ナリ幾分カ第三ノ者ニ利害ノ關係ヲ及スヘシ

若シ以上列舉シタル責務ニシテ之ヲ破ル者アラハ之ヲ罰スヘキカ何國ノ刑法モ之ヲ罰スルヲ聞カサルナリ是啻ニ事實上罰スルヲ得サルノミナラス道理上亦之ヲ罰スルヲ得ス蓋シ前例ノ如キハ皆共ニ責務ニ相違ナク又是等ノ責務ヲ盡サルトキハ社會ニ幾分ノ害ヲ及スヘシ然レトモ此責務ニ對シテ真正ノ權

利ナルモノアルナシ縱合之アリトスルモ其權利ハ法律上ノ權利ニ非ス故ニ犯罪ニハ他人ノ權利ヲ害シ法律上ノ義務ニ反スルノ特性ナカル可ラス然レトモロツシ氏ノ説ニ因レハ前掲ノ責ニ反スル者モ亦之ヲ罰セサルヘカラサルカ如シ故ニ其定義ハ未タ完全ノモノト云フ得サルナリ

今虛心平氣ニ考察スレハロツシ氏カ故ラニ責務ヲ破ルノ文字ヲ用ヒテ義務ト云ヘス權利ト云ハサルヘ深慮アルナリ例之ハ品行ヲ正クスルハ自己一身ニ對スル責務ナリ然レトモ裸體ニテ道路ヲ通行スルトキヘ違警罪トシテ之ヲ罰ス又刑法第二百五十八條及第二百五十九條ノ如キ猥褻ノ所爲ヲ爲スヘカラサルモ亦自己一身ニ對スル責務ナリ然ルニ是等ノ所爲ヲ爲スモノハ刑法之ヲ罰ス是レ氏カ故ラニ責務ノ文字ヲ用ヒタル所以ナリ

故ニロツシ氏カ責務ノ文字ヲ用ヒタルハ極メテ微妙ナリ然レトモ未タ以テ俄カニ心服スルニ足ラス前段ニ例示シタル場合ノ如キモ尙ホ權利ヲ害スルノ所爲ニ義務ニ反スルノ所爲ナリト云フ得其故ハ社會ハ善良ニ拂成シ良風ヲ維持スルノ權利ヲ有ス故ニ此等ノ權利ヲ侵害セラルトキヘ又之ヲ防衛スルノ權利

チ有ス一個人ニ至リテモ亦然リ今予道路ヲ通行スル時若シ斯カル猥褻ノ所行ヲ瞥見スレハ予ハ面ヲ背ケテ通過スルモ亦我良風ヲ維持スルコトヲ得然レトモ若シ子弟ヲ伴フテ通行ゼンカ奇ナ好ムノ小兒ヘ其所行ヲ見テ珍トシ快トシ遂ニ慣レテ之ヲ躬行スルモ亦知ルヘカラス故ニ此小兒ノ惡所爲ヲ禁遏セントスレハ何人モ小兒ヲ伴フテ公道ヲ通行スルヲ得サルニ至ル然ルニ何人モ皆安穩ニ公道ヲ通行スルノ權利ヲ有スル以上ハ裸體又ハ猥褻ノ所爲ヲ公示スルヲ罰セサルヘカラス何トナレハ社會へ其權利ヲ害セラルレハナリ故ニ如何ナル犯罪ヲ問ハス之ヲ構成スルニハ必ス破リタル責務ニ對スル權利ナカル可ラズ此ノ如ク推論シテ犯罪ノ定議ヲ下セハ犯罪トハ社會又ハ社會ヲ組織スル各人ノ安寧及自由ヲ害スル不當ノ所爲ヲ云フ之ヲ換言スレハ犯罪トハ社會又ハ社會ヲ組成スル各人ノ權利ヲ破リテ自己ノ義務ニ反スル所爲ヲ云フ此定義ハ洵ニ予カ向キニ論シタル刑法ノ定義ト符合スヘシ刑法ハ社會ヲ保存スル為メニ之ヲ設ク而シテ社會ヲ保存スルトハ其權利内ニ於テ保持スルヲ要スルハ當然ナリ

尙ホ此定義ニ付テ二個ノ注意ヲ爲スヲ要ス
 第一 縱令社會又ハ各人ノ權利ヲ破ルモ之ヲ罰スルノ必要ヲ見サルトキハ刑事上ノ犯罪ヲ構成セス例ヘハ契約ヨリ生スル權利ヲ破リタル場合ノ如シ即チ余或人ヨリ水入ヲ買得スルハ契約ヲ爲シ子ハ其代金ヲ辨済シタルモ彼レ予ニ水入ヲ引渡サヌ予ハ水入ヲ引渡サシムルノ權利ナ有シ彼ハ之ヲ引渡スノ義務アリ而シテ人ノ權利ヲ害スル所爲ハ犯罪ナリト云フ以上ハ此場合モ亦賣主ヲ罰セサルヘカラサルカ如シ然レトモ此ノ如キ時ハ刑罰ハ必要ナシ何トナレハ刑罰ヲ用ヒシテ十分予ハ權利ヲ保護スルヲ得レハナリ然ルモ拘ハラス尙ホ其者ヲ拘禁シ其者ノ首ヲ刎ルカ如キハ不必要ハ場合ニ刑罰ヲ適用スルモノニシテ其刑罰ヤ不正ナリ故ニ他人ノ權利ヲ破タリト云フノミヲ以テハ未タ犯罪トスルニ足ラス
 第二 今他人ノ權利ヲ害スル者ヲ罰スルハ爲メニ却テ世ハ風習ヲ破ルカ又、權利ヲ害スルハ所爲ヨリ更ニ重大ナル不都合ナ生スル時ハ縱令他人ノ權利ヲ害スルモ之ヲ罰スルヲ得ス一例ヲ舉クレハ男女結婚スレハ其室ヲ同フスルハ夫婦

相互ハ権利義務ナシノミナラス社會ニ對シテモ亦此義務アリ然ルニ今同室ヲ
肯ンセサル者ニ刑罰ヲ加フルカ如キコトアラヘ大ニ人ノ自由ヲ害シ却テ風俗
ヲ壞亂スルニ至ルモ害スル事ニ間ベシ。然ニ一概ニ其風俗モ舊ニ成ニ附麗
上來説述タル所ハ道理上ヨリ觀察シテ犯罪ノ定義ヲ下シタルナリ立法者ハ
道理上ノ觀察ニ從テ犯罪ノ定義ヲ下サルヘカラサルハ論チ依テス但世上萬
般ノ所爲ニ就キ此所爲ハ他人ノ権利ヲ害セリ彼ノ所爲ハ他人ノ権利ヲ害セス
此ノ所爲ハ他人ノ権利ヲ害スルモ之ヲ罰スルノ必要アリ彼ノ所爲ハ其必要ナ
シ此等ノ事ハ一々世人ヲシテ之ヲ知ラシムルヲ得ス啻ニ世人ノ之ヲ知ルヲ得
サルノミナラス裁判官ト雖トモ又或ハ誤謬ニ陷ラサルヲ保スヘカラス故ニ故
ラニ法律中ニ其定義ヲ下スノ必要ヲ見ス若シ裁判官等ヲシテ定義ニ依リテ犯
罪タリヤ否ヤナ判別セシムレハ却テ大害ヲ生セシ蓋シ世上ニ發露スル事實ハ
種々ニシテ其権利ヲ害スル有様モ亦千差万別ナリ是ヲ以テ逐一法律ニ明記ス
ルヲ得サラン故ニ若シ法律ニ明記ナキ所爲ハ之ヲ罰スルヲ得ストスレハ道理
上ノ定義ヨリシテ必ス犯罪トナルヘキモノモ或ハ罰スルヲ得サルノ不都合ヲ

生ゼン然レトモ一方ヨリ見レハ何ノ所爲ナ犯罪トシ何ノ所爲ヲ犯罪トセサル
ヤハ之ヲ識別スル極メテ困難ナルカ故ニ若シ其鑑別ヲ執法官ニ放委スル時ハ
人民ノ不幸之ヨリ大ナルハ莫カルヘシ日本刑法ニ於テ罰スヘキモノヲ罰セサ
ルハ罰スヘカラサル者ナ罰スルニ勝レリトハ古諺チ屢習シタルハ又全ク此道
理ニ由ルナリ(第二條左レハ成文上犯罪ノ定義ヲ下シテ義ニ駁撃ナ試ミタルモ
ノ、如クスルモ甚キ不可ナ見ルコトナシ即チ日本刑法カ豫メ禁止シ若クハ命
令シ刑罰ヲ以テ制裁ト爲ス所ハ所爲ハ犯罪ナリト云フチ得ヘシ然ラヘ則チ道
理上ノ定義ト成文上ノ定義トハ之ヲ區別シテ見ルナ可ナリトスミ全異ニ若
學者中或ハ第二條ヲ設クルニ及ハスト云フ者アリ然レトモ若シ此條ナシトス
レハ假令法律ニ正條ナキモ法理上ノ定義ニ照セハ犯罪ノ所爲ナリトシテ之ヲ
罰スルヲ得ルナラソ只之ヲ罰スルニ當リ新タニ刑罰ヲ制作タルヲ得サルカ故
三略ホ類似スル他ノ條款ヲ援キ來リテ之ヲ罰セサルヘカラス是レ所謂比附援
引ノ處罰ナリ果シテ此ノ如クナラハ其弊害ヤ人民犯罪ナルコトナ知ラサルニ
突然刑罰ヲ科セラレ或ハ裁判官ノ誤謬ヨリ無罪ノ所爲モ犯罪ナリトシテ罰セ

フレ又或へ裁判官故意ナ以テ濫リニ人民ヲ罰スルヲ得ルニ至ラン豈亦危險ナラスヤ此危險ヲ防カントスレハ必ス第二條ヲ設クルナ要ス故ニ成法上犯罪ノ定義モ前述ノ如ク下スノ利益アリ又其必要アリセサムハ然ニ暴く被罰出罪財刑法第二條ナ設クル所以ヘ以上ノ如ク即チ法律ニ於テ豫メ一定シテ罰ヲ付セラレタル所爲ニアラサレハ之ヲ罰スルヲ得ス故ニ此條ノ精神ヨリシテ疑ハシキ場合ハ之ヲ罰スルヲ得スト云ヘサルヘカラス然レトモ余ハ諸君ニ對シテ自白セシ實際取扱フ所ノ事務ト法理上ノ議論ト一致セサルコトヲ今單ニ法理上ヨリ云フトキハ裁判所ニ於テ取扱フ事件ニ付テ苟クモ疑問アル所爲或ハ學校ノ討論會ニ付スヘキ事實ハ決シテ犯罪ナリトシテ之ヲ罰スルヲ得ス之ヲ罰スルハ所謂正條ナキモノナ罰スルト異ナルコトナシ

斯ノ如ク決スルトキハ世上ノ事物ハ千態万象ナルカ故ニ刑法ノ規定ノミヲ以テ充分ニ刑罰ノ目的滿足スル、得ス即チ刑法規定外ノ事物ニシテ法理上犯罪トセサルヘカラサルニ拘ラス其所爲ヲ罪トシテ罰スルヲ得サルノ弊害ヲ譲出セん然レトモ此場合ニハ更ニ刑法ヲ改正スルカ若クハ追加ヲ爲スカ又或ハ特別ナルニ如ガヌ刑法第五條ニ「此刑法ニ正條ナクシテ他ノ法律規則ニ刑名ア

別ノ法律ヲ設ケテ之ヲ罰スルモ可ナリ即チ彼ノ萬國普通ノモノニ非スシテ單ニ一國ノ狀態等ヨリ生スル罪例之ハ租稅法ニ關スル犯罪又ハ道路法ニ關スル犯罪ノ如キハ何國ヲ問ハス皆之ヲ犯罪視スルニ非ス又政府ハ何ノ時ヲ問ハス常ニ之ヲ罪トシテ罰スルノ權利ヲ有セス全ク一國ノ狀態又ハ時世ニ因リテ異ニセサルヲ得ス故ニ是等ハ刑法ヲ改正スルヨリハ寧ロ特別法ヲ發スルノ簡且ツ便ナルニ如ガヌ刑法第五條ニ「此刑法ニ正條ナクシテ他ノ法律規則ニ刑名ア

ル者ハ各其法律規則ニ從フトアルモ亦之カ爲メナリ
或學者ハ他ノ法律規則ヲ以テ特別法ナ指スト爲セリ然レトモ若シ性質上刑法ニ規定スヘキヲ他ノ法律規則ニ規定シタリト假定センカ其法律ヲ指シテ特別法ト云フヲ得サルヘシ然ラハ則ナ何ヲカ特別法ト云フヤ或ハ曰ク特別法トハ世上ノ職業ニ關スル事項ヲ規定スルモノヲ云フト然レトモ若シ此說ニ從フ時ハ官吏人民ニ對スル罪又ハ醫師其他職業上命合サレタル鑑定ヲ爲スヲ肯ンセサルカ如キモ亦職業ニ關スルヲ以テ須ラク特別法中ニ規定スヘキニ似タリ然ルニ是刑法ニ規定スル犯罪ニシテ何人モ亦之ヲ目シテ特別法中ノ犯罪ナリト

云フ者ナシ蓋シ此種ノ犯罪ハ啻ニ一己人ニ對スル義務ニ反スルノミナラス日本ノ國家ニ對スル義務ニ背戾スレハ常ニ之ヲ罰セサル可ラス余ノ解スル所ニ因レハ特別法ハ通常ノ道理ニ依レハ權利モ無ク義務モ亦アルコトナシト雖トモ丁國ノ狀態一時ノ形勢ニ因リテ特ニ義務ヲ負ハシムルノ規則ヲ云フ例之へ質屋條例印稅規則ノ如キハ則チ特別法ナリ而シテ是等ノ規則ハ大概職業ニ關スルモノナルカ故ニ或ハ前述ノ誤ニ陥リタルナラン。論者又曰ク第五條ニ此刑法ニ正條ナクシテ他ノ法律規則ニ刑名アルモノハ各其法律規則ニ從フトアリ此法律規則ハ刑法頒布以前ノモノナシテ頒布以後ノモノヲ云フニ非スト而シテ其理由ニ曰ク凡ソ法律ノ解釋法上普通法ハ特別法ヲ廢スルノ力アルヘク之ニ反シテ特別法ハ普通法ヲ廢スルノ力ナシ是レ一原則ナリ故ニ刑法頒布以后ニ關スル特別規則アリトスレハ此原則ニ因リテ後ノ特別法ハ前ノ普通法ヲ廢シタリト云ハサルヘカラス而シテ刑法頒布以前ノ特別法ハ此刑法ヲ以テ之ヲ廢スルヲ得ヌ第五條ハ則チ此第二ノ場合ヲ明示シタルナリ。

余ハ此說ノ大ニ不可ナルヲ信ス抑モ論者ノ所謂ル解釋法ハ如何ナル場合ニ之ヲ使用スルカ二個ノ法律相抵觸スル場合ニアフサレハ此原則ノ必要ヲ見サルナリ然ルニ第五條ハ毫モ抵觸ナキ場合ヲ豫見シタルナラン何トナレハ此刑法ニ正條ナクシテ他ノ法律規則ニ正條アル時ハトアルニアラスマ即チ特別法ノ問スル所爲ニシテ刑法之ヲ罰セサル場合ヲ想像シタリ此ノ如キ場合ニハ二法律ノ抵觸アリト云フナ得ス然ラヘ則チ何カ故ニ特コ此第五條ヲ設ケタルカ曰ク世上萬般ノ事項ヲ網羅シテ悉ク刑法中ニ規定スルヲ得サルハ固ヨリ當然ナリ故ニ他ニ法律アリテ或所爲ヲ罰スル決シテ鮮少ナラス是此條アル以所ナリニアラスト云フナ得ス然ラヘ則チ何カ故ニ特コ此第五條ヲ設ケタルカ曰ク刑法頒布ノ前後ヲ問フナ要セシ但タ若シ此刑法ト特別法ト相抵觸スル時ハ刑法頒布以前ノ特別法ハ刑法之ヲ破ルヲ得ス又頒布以後ノ特別法ハ之ニ從ハサルヘカラサルハ實ニ或人ノ言ノ如シ然レトモ是レ第二項ノ應用ト云フ者アリ余ハ却テ第二項ノ法律規則ハ實ニ刑法頒布後ノモノヲ指サヘル

可ラスト信ス夫レ刑法ハ刑罰ニ關スル法律ノ普通規則ナリ故ニ若シ特ニ一法律ヲ制定シテ罰則ヲ定ムルトキハ刑法ノ未タ規定セサリシ點ノミニ止マリ刑法ノ規定シタル所ハ之ヲ刑法ニ讓ルハ當然ナリ殊ニ總則ノ如キハ多ク然リトス立法者カ本項ヲ設ケタルモ之カ爲メナリト信ス然ルニ刑法頒布以前ノ法律規則ニ就テモ尙ホ本項ヲ適用スルトキハ甚シキ不都合ヲ見ルニ至ルヘシ例之ハ刑法頒布前ノ普通法ハ數罪併科ノ主義ヲ採用シタリト假定セヨ其法律現行ノ當時立法者一罰則法ヲ設ケ實ニ數罪併科ヲ欲シタリ然レトモ其當時ノ普通法ハ數罪併科主義ナルカ故ニ特ニ之ヲ規定スルノ必要ナキノ故ニ總則ヲ設ケサリキ然ルニ其後頒布サレタル刑法ハ數罪俱發ノ場合ニハ一罪ノミヲ罰スルナ原則ト爲セリ此ノ如キ時前ノ法律ニ總則ナキヲ以テ刑法ヲ適用セハ大ニ其法律ノ精神ニ反スヘシ他ノ法律規則ニ總則ヲ設クト否トハ刑法ノ總則ニ反对スルノ必要アルト否トニ由ル故ニ第二項ノ法律規則ハ刑法以後ノモノト解セサルヲ得ス

上來犯罪ノ定義ト之ニ關スル總說ヲ述ヘタリ以下犯罪ノ種類ニ付一言セん

(第一) 有・意・犯・無・意・犯 原則トシテハ人ノ犯罪ヲ爲スヤ必ス意思ト事實トノ二ナカルヘカラス然レトモ時トシテハ意思ナクシテ單ニ事實ノミアルモ亦之ヲ罰スルコトアリ例ヘハ傷失、殺罪失火罪ハ如シ又違警罪其他特別ノ規則ニ關スル犯罪ニ至テハ多ク所作即チ事實アリテ意思ナキモノヲ罰ス尙ホ此事ハ后ニ至リ詳説スル場合アレハ今ヘ此別アルコトヲ示スニ止メン。

(第二) 自然犯人定犯 自然犯トハ道理、上罰セサルヘカラサル所爲ナリ如何ナル犯罪ト雖トモ道理上罰セサルヘカラサルノ理アリテ之ヲ罰スルモノナリ然レトモ茲ニ所謂ル自然犯トハ如何ナル國如何ナル時フ間ハ苟モ道理心ヲ具有セル人間ハ棲息スル社會ニアリテハ皆之ヲ罰シテ寬假セサルモノハ云フ之ニ反シ人定犯ハ或時代、或場所ニ於テノミ罰スヘキ道理アリテ之ヲ罰スルモノハチ云フ、違警罪其他諸規則ニ規定スル罪ハ如セ。

(第三) 行爲犯不行爲犯 余ハ犯罪ノ定義ニ付チ事實又ハ所爲ノ語ヲ用ヒタリ左レハ犯罪ハ行爲ノミニシテ不行爲ノ場合之ナキカ如シ然レトモ深ク思慮スル時ハ不行爲モ亦一ノ事實一ノ所爲ナリ之ヲ名ケテ消極ノ事實ト云フ即ナ行爲

トハ法律ハ禁制ヲ破リタルノ所爲ニシテ爲サハルヘカラサルコトヲ爲サハル
ハ不行爲ハ事實ナリ但不行爲ノ場合ハ刑法上稀ニ見ル所ニシテ例之ハ第百七
十九條第二百八十三條及ヒ人身ニ對スル犯罪中子カ父母ヲ奉養セサル罪ノ如
キ是レナリ。這般ノ罪ヲ構成スルニハ必ス或一ノ義務アル場合即チ法律上道理
上必ラズ爲サルヘカラサル義務アルコトヲ要ス。然レトモ凡ソ犯罪ナルモノ
ハ曩キニ云ヘル如クノ人ノ權利及ヒ社會ノ安寧ヲ害スルノ所爲ナルヲ以テ多ク
ハ行爲即ナ動ノ場合ニアリテハ不行爲即ナ不動ノ場合ニ稀有ナリ是レ刑法ニ
モ不行爲犯ノ少クシテ行爲犯ノ多キ所以ナリ

(第四)國事犯(非國事犯)國事犯トハ政權ハ存立又ハ組織ニ害ヲ加フル所爲ナ云
フ、第二編第二章ニ規定セル事柄ノ如キ即チ是レナリ此章ノ罪ハ凡テ現存スル
政權ヲ顛覆シ又ハ現政府ノ組織ヲ變更セントスルニ在リ第一節外患ニ關スル
罪モ時トシテハ直接ニ政府ノ組織ニ關スルコトアルモ時トシテハ其ニ之害ヲ
及ホスマ間接ナリ直接ト間接トノ差ヲ見サルトキハ共ニ國事犯ト爲ヌヲ得(第

其四

爰ニ一ノ注意スヘキモノアリ嚴重ニ立言スルトキハ如何ニ政權ニ關係スルモ
其政權全體ニ關係セサル時ハ國事犯トスルヲ得サルヘシ例へハ撰舉投票ノ場
合ニ賄賂ヲ以テ投票ヲ買フカ如キハ政府ノ組織ヲ侵害シタリト云ヒ得ルカ如
キモ之ヲ組織スル一個人ニ害ヲ加フルノミ政權ノ組織自體ヲ害セス故ニ是等
ハ國事犯ト云フナ得ス然レトモ佛國ニ於テハ撰舉ニ關スル罪及ヒ出版ニ關ス
ル罪ノ如キハ皆國事犯中ニ入レリ余ハ是等ノ罪ハ國事犯ニ準スルハ可ナルモ
純然タル國事犯ト爲ス可ラサルヲ信ス

國事犯非國事犯ノ區別ハ犯罪ノ性質上必ス無カルヘカラサル類別ナリ其故ハ
國事犯ハ時ト國トニ因リテ或ハ有罪トナリ或ハ無罪トナル例之ハ同一所爲ナ
ルモ日本ハ犯罪トシテ之ヲ罰シ米國ハ犯罪トシ之ヲ罰セサルコトアルヘシ尙
一層進ンテ同一日本國ニテモ今日ハ國事犯トシテ之ヲ罰スルモ一年若クハ二
年ノ後却テ其所爲ヲ稱美スルニ至ルコトアラン之ニ反シ非國事犯ハ如何ナル
時如何ナル國ヲ問ハス常ニ犯罪ヲ組成シ時ハ國トニ因リテ其罪ヲ輕重スルノ
理由ナキナリ故ニ此二罪ノ區別ハ性質上必ス無カルヘカラス我刑法ノ下ニ在

共五

リテハ此ニ罪ノ區別ヨリ生スル効果甚タ少シ其第一ハ裁判管轄位ナリ或例外ノ場合ヲ除ク外國事犯ハ高等法院ニ於テ之ヲ裁判シ非國事犯ハ通常裁判所之ヲ管轄ス第二ノ効果ハ國事犯ハ時ト國トニヨリテ或ハ罪トナリ或ハ罪トナラサカラ以テ其犯人ノ交付ヲ請求スルモ之ヲ拒絕スルノ權アリミ一準據セムニ
(第五節時犯繼續犯)此犯罪ノ區別ニ付テハ實際上甚タ困難ニシテ諸學者ノ定義モ亦各異ナレリ然レトモ余ノ所見ニ因レハ即時犯トハ犯罪ヲ成就スル所爲道理上必ス、一時ニ遂行スルヲ云々繼續犯トハ犯罪ヲ成就スル所爲多少ノ長時間、經過シ得ルナ云々故ニ例へハ殺人罪、盜罪ハ如キハ即時犯ナリ人ヲ殺スニ刀ヲ以テ斬付ケタルノミヲ以テハ未タ其犯罪ヲ成就シタリト云フヲ得ス其人ノ生命ヲ絶タハ直チニ成就スルモノナリ又物ヲ盜取ルニモ其道程へ稍永キモ之ヲ成就スル所爲ハ直ナニ終了ス而シテ其時間ハ真ニ瞬間ナルノミ又許可ヲ得スシテ勳章ヲ佩用シ又火薬ハ所持ヲ禁シラレタルニ之ヲ所持スル如キハ繼續犯ナリ是等佩用所持ナル所爲ハ多少ノ時間ニ涉ルヲ得ルハ疑フ存セサルナリ然レトモ監視ノ執行ヲ逃ル、罪ノ如キ之ヲシテ執行セサルノ所爲ハ多少ノ

時間ヲ經過スルヲ以テ繼續犯ノ如シ然レトモ余ハ此犯罪ハ即時犯ナリト思考、夫レ一且監視ノ執行ヲ逃ルレハ爾後多少其時間繼續スルモ逃ル、ノ所爲ハ必ス一分間ニテ成就スレハナリ今監視ヲ逃ル、爲メニ逃奔シ假リニ品川ノ橋ヲ經過スル時ハ其犯罪ノ成就スルモノトゼン其橋ヲ一步越ユレハ犯罪直ナニ成就シ以テ以後不執行ノ時間繼續スルハ其結果ナリ又徵兵忌避ノ如キモ何時忌避セシモノナルカヲ知ルハ極メテ困難ナルモ今其忌避ヲ假定スルトキハ其犯罪ハ又直ナニ成就スルモノナリ故ニ是等ハ繼續犯ニ非スシテ即時犯ナリ茲トナルハ式ヲ重チテ婚姻スルハ點ニ在リテ互ニ夫婦トナルハ其結果ナリ故ニ最モ疑ハシキ場合ハ重婚ノ罪ナリ婚姻ハ日本ニ在リテハ三々九度ノ儀式ヲ了ヘルヤ直ニ之ヲ諾スルモ佛國ニ在リテハ種々ノ方式ヲ履マサルヘカラサルヲ以テ多少時間ヲ繼續シ隨テ其犯罪ハ繼續犯ナルカ如シ然レトモ重婚ノ罪犯此點ニ付テハ議論アルニモ拘ヘラス余ハ前ノ定義ニ基キ之ヲ即時犯ナリト決定スルヲ躊躇セサルナリ繼續犯ニ似テ非ナル者アリ連續犯是ナリ此連續犯ニ關シテハ隨分異論ナ立ル

モノアルモ余ボアンナイト氏ノ説ニ從ヒ即時犯ノ集合ナヘト云ハント欲ス繼
續犯ハ期滿免除ノ點ニ付テ其訴體ヲ停止スルハ其所爲或時間ニ涉レルチ以テ
ナリ之ニ反シ連續犯ハ期滿効ヲ停止セス三年間ナリ五年間ナリ同一ノ所爲ヲ
爲ストキモ其所爲ヤ一箇一箇斷絶シテ期滿免除ヲ得レハナリ是レ即時犯ノ集
合ニアラスシテ何ソヤ而シテ此期滿免除ニ付テノ差異ハ即チ兩犯罪ヲ區別ス
ルノ利益ナリ

(第六單素犯) 素犯。此區別ノ例へ佛國ニ存スルモ當時日本ノ刑法中ニハ存ス
ルコトナシ佛國ニ於テ高利貸ハ一度ノ所爲アルノミニテハ之ヲ罰セス必ス同
一ノ所爲ヲ二度以上爲スチ要ス是レ即チ複素犯ナリ單素犯ハ一所爲アレハ直
チニ罪トナルモノナフ日本刑法ニ於テ罰スル犯罪ハ大概單素犯ナリ或註釋
者ハ違警罪中制止ヲ肯セスシテ放歌スル罪ヲ以テ複素犯ト爲セリ然レトモ複
素犯ハ必ス同一ノ所爲二度アルニ非サレハ之ヲ罰セス違警罪中ノ制止ヲ肯セ
スシテ放歌シタルノ罪ハ同一ノ所爲二度アリト云フナ得ス何トナレハ最初ハ
制止セラレスシテ後ニ制止セラレタレハナリ此兩犯罪ヲ區別スルノ利益ハ犯

罪成立ノ點ニ在リ即チ一ハ二度同一ノ所爲チ要シ一ハ一度ニテ直ニ罰セラル
ヘシ

(第七常事犯軍事犯) 軍事犯ハ陸海軍刑法ニテ罰スル罪ニシテ常事犯ハ普通刑
法ニテ罰スル罪ヲ云フ此差異ヲ生スル所以ノ理由ハ既ニ説明シタルナシ矣今
又茲ニ贅セス而シテ其差異ノ利益ハ裁判管轄及審理手續ヲ異ニスルニヨリ
以上性質ニ因レル犯罪ノ種類ヲ説クセリ然ルニ尙ホ法定ノ類別アリ
(第八重罪輕罪違警罪) 此ニ類シテ尤モ適當ナル區別ナシサントスレバ重罪ト
輕罪トヲ混一スルヲ要ス何トナレハ重罪輕罪ハ概シテ自然リ犯罪ニシテ其間
差異ヲ見ス而シテ違警罪ハ時ト處トニ由リテ或ハ罰シ或ハ罰セサルチ以テ自
然ノ犯罪ト云フナ得ス故ニ此三種ニ類別スルハ道理上適當ナラス然レドモ立
法者カ此區別ヲ爲シタルハ性質上ニヨルニアラス全ク實際上ノ利益アルカ爲
メナリ今夫レ人ナ罰セントスルニハ之ヲ審理シ之ヲ取調フル等ノ手續アリ然
ルニ若シ其審理手續ヲ同一ニセンカ重罪ノ手續ヲモ違警罪ニ適用セサルチ得
ス此ノ如キ時ハ事務延滞スルノ弊アリ若シ又違警罪ノ手續ヲ重罪ニ適用スル

其八
其九

トゼンカ犯人ヲ逃遁セシメ無罪ノ人ヲ酷刑ニ處スルカ如キ危險ノ懼アリ然ラハ萬種ノ犯罪ニ付一々之ガ手續ヲ異ニゼンカ其煩雜殆モト云フヘカラサルヨ至ラソ然テハ則ナ如何スレハ可ナル犯罪ヲ大別シテ數類ト爲シ之カ審理法ヲ異ニスルノ簡且ツ便ナルニ如カサルナリ而シテ之カ類別ハ四箇ト爲スモ可ナリ又五箇ト爲スモ可ナリ我カ刑法ハ之ヲ三箇トナセリ蓋シ佛國刑法ニ模倣スルナリ而マダ輕罪罪ハ謂イテ由リテ無ヘ開キ度ニ及ベシ而其子

而シテ重罪輕罪違警罪ハ何ニ因リテ之ヲ定ムルカ各國ノ刑法多クハ皆刑ヲ因テ之ヲ定ム我刑法ハ明カニ之ヲ規定セサルモ自然刑ニ因リテ此三種ノ罪ヲ分タサルナ得ス蓋シ第一條ニ重罪輕罪違警罪ノ區別ヲ立テ第七條乃至第九條ヨ於テ重罪輕罪違警罪ニ科スル刑ノ尙タルヲ定メ第二編以下ニ至リテハ何年以上何年以下ノ重禁錮ニ處ス徒刑ニ處ス役役ニ處ストアルニ過キサレハ刑ヲ見テ重罪輕罪違警罪ヲ知ラサルヘカラス而シテ刑ニ因テ罪ヲ定ムルノ適否ハ前已ニ之ヲ説キタリ

重罪輕罪違警罪ノ區別ハ立法者ノ隨意ニ定メタルモノナリ然レトモ罪質ノ輕

重ヲ衡リテ之ヲ定メタルヤ疑ナシ故ニ成ルヘク其性質ヲ睽離スヘカラス左レハ實際上酌量減輕等ノ處分ヲ爲スモ其性質重罪ノ刑ヲ當ツヘキモノナルトキハ矢張リ重罪トセサルヘカラス

之ヲ要スルニ重罪輕罪違警罪ノ區別ハ性質上ノ區別ニ非シテ便宜上立法者ノ定メタルモノナリ今此區別ヨリ生スル結果ハ左ノ如シハ罰處ニ及ベシ

第一裁判管轄ヲ異ニス

第二期満免除ヲ異ニス(公訴及ヒ刑ノ)

第三宥恕減輕ノ場合ニ差異アリ

第四再犯ハ場合ニ差異ハリ

第五未遂犯ハ場合ニ差異アリ

第六數罪俱發ハ場合ニ差異アリ

第七共犯ハ場合ニ差異アリ(未遂犯・既遂犯・未既遂犯)此他治罪法ニ付テ云フモ重罪ハ必ス豫審ヲ要シ輕罪ハ事件ノ輕重難易ニ因リテ豫審ヲ要スルト否トヲ定メ違警罪ハ一切豫審ヲ要セス又此區別ニ因リテ裁

判所ノ構成ヲ異ニシ其他證人ノ點等ニ付テ差異アリトス又此種據悉固リ然雖
以上述フル所ハ刑法上區別セサルヘカラサルカ如キモノアリ即ナ院帶犯非附
帶犯及ら現行犯ノ區別是レナリ此區別ハ犯罪ノ模様ニ因リテ生スルモノニシ
テ全ク治罪上ノ便宜ヨリ出テタルモノナリ今爰ニ之ヲ説カス

未遂犯

第一節 未遂犯

未遂犯ヲ説明スルニハ之ヲ上段ニ分ツタ善シトス第一未遂犯事實第二未遂犯
ニ科スル刑罰以下順次之ヲ説明セントス

第一 未遂犯ノ事實

未遂犯ノ何タルヲ知ルニハ犯罪全ク成就スル迄ニハ幾許ノ階級ヲ經過セサル
ヘカラサルカラ考究セサルヘカラス今之カ段階ヲ認メテ六トナリ曰ク發意、決
意、豫備、着手、決行及ヒ既遂是ナリ

ハ一 發意

實ニ發意スル事例ニシテ其發意者之爲人者其發意事例ニシテ其發意者之爲人者

發意トハ心衷ニテ或犯罪ヲナサント發企スル初一念ニシラ決意ハ其犯罪ヲ爲
スコトヲ決定スルヲ謂フ此發意ト決意ハ全ク無形ナル心意内ノ發作ニシテ有
形上ノ所作ニ發表セス故ニ何國ノ刑法ヲ問ヘス之ヲ罰スルコトアルヲ聞カス
蓋シ此二者ハ概シテ世上ニ禍害ナク隨テ社會ノ權利ヲ破壞セサルヲ以テ之ヲ
罰スルノ必要ナキナリ
然レトモ未タ全ク世上ニ害ナシト云フヘカラス何トナレハ今余カ決意シテ他
人ノ物ヲ竊取セントスト明言セハ世人ヲシテ畏懼心ヲ惹起セシムルヤ必セリ
然ラハ即チ世上ニ害ナキヲ以テ之ヲ罰セストノ一事ノミヲ以テハ之カ理由ヲ
貫徹セリト云フヲ得ス尙他ニ適當ナル理由ヲ求メサルヘカラス而シテ其理由
如何先ツ第一ニ發意及ヒ決意ヲ罰セサルハ舉證ノ困難ナルニ由ル縱令心ニ思
ヒ口ニ言フモ之カ證左ヲ舉クル極メテ困難ナリ其舉證ノ困難ナルニモ拘ハラ
ス強テ之カ證左ヲ舉ケントセハ却テ社會ヲ惑亂シ且ツ其證據ハ始終曖昧ナル
ヘシ故ニ社會ノ爲メニ却テ甚々危險ナリ果シテ然ラハ若シ證據ノ明カナル場
合ハ如何例之ハ予カ或人ニ向テ何月何日某富豪家ニ闖入シテ竊盜ヲ勵カント

手紙ヲ送付シタルトキヘ其證蹟ヤ灼然タリ此場合ハ之ヲ罰スヘキヤ否ヤト云
 フニ余ハ罰セサルノ優レルチ信ス其故ハ假令一旦犯罪ヲ心ニ思ヒ愈共心ヲ決
 斯モ之ヲ遂行スルニ先ナ是非善惡ヲ計考シテ或ハ其企圖ヲ止マルヤモ亦知
 ルヘカラス然ルニ尙ホ其者ヲ處罰スルトセンカ是レ所謂ル人ノ心ヲ罰スルモ
 ノニシテ人ノ意思上ノ罪惡ヲ捉ヘテ刑法上ハ犯罪トスルヲ得サルヨトハ向キ
 三刑罰權ノ基本ヲ論スルニ當リ既ニ之ヲ説明シタリ加之ナラス此等ノ者ヲ罰
 セサルハ却テ利益アルヲ見ル何トナレハ若シ之ヲ罰スルトセハ既ニ一旦犯罪
 ヲ決定シタル以上ハ之ヲ遂行スルモ罰セラレ之ヲ遂行セサルモ罰セラル罰ハ
 一ナリト思惟シ常ニ其犯罪ヲ成就セサレハ止マラサルヘシ然ルニ之ヲ罰セス
 トセハ今ニシテ之ヲ止マルトキヘ法律上尙ホ無垢ノ人間タルヲ得ルヲ以テ其
 犯罪ヲ止マルノ希望ヲ生スヘケレハナリ據會大謀謀セヤム又以テ其
 或ハ曰ク内亂ノ陰謀ヲ爲ス者ヲ罰スルハ發意及決意ハ罰セスト云ヘル原則ノ
 例外ナリト然レトモ此說採ルニ足ラス今若シ内亂ノ點ヨリ見レハ其陰謀ヲ爲
 ス者ハ決意ナリト云フヲ得ゾ然レトモ其所謂ル決意ノ點ノミヲ看レハ決シテ

決意ノミニ止マラスシテ、一個ノ罪ト云フナ得蓋シ茲ニ所謂ル陰謀トハ單ニ心
 中内亂ヲ起サント思念スルノ謂ニ非スシテ未タ兵器彈薬等ヲ準備セサルモ互
 ニ團集シヲ事ヲ相議ス此集合若クハ連絡ノ所爲自体ヲ罰スルナリ夫レ然リ故
 ニ心中ニ思念スルヲ罰スルトキハ例外ト云フテ可ナルモ此場合ハ心中ニ思念
 スルヲ罰スルニアラサレハ之ヲ例外ト云フナ得サルハ明カナリ

三 豫備

豫備ハ心意ノ範圍ナ超越シテ所作ニ發現ス即チ人ヲ殺スカ爲メニ刀劍ヲ準備
 シ樹木ヲ採伐シ若クハ鋪地ナ妨クカ爲メナルヤモ知ルヘカラス又梯子ヲ運搬
 出スルナ以テ之ヲ罰スルモ妨ケナキカ曰ク然ラス其犯罪ナリヤ否未タ確實ナ
 ラス蓋シ刀劍ヲ砥礪スルハ必シモ人ヲ殺スカ爲メノミニ限ラス魚鳥ヲ料理
 會スルカ爲メナルヤモ知ルヘカラス又梯子ヲ運搬

例ヘハ佩刀禁止ノ今日刀劍ヲ佩用シテ步行スルカ如キ是レナリ此場合ト雖ト

モ尙ホ一犯罪ノ豫備ナリト確認スルヲ得ヌ暗夜刀劍ナ佩用スルル或ハ之ヲ質物ト爲メカ爲メナルヤモ知ルヘカラズ又然ラサルモ其者ラ臆病心ヨリ出テシヤモ知ルヘカラサレハナリ尙一層進シテ拔刀ナ提携シ梯子ナ某家屋ニ横架シタリト假定セン此場合ト雖トモ其果シテ人ヲ斬ランカ爲メカ又ハ盜ナサンカ爲メカ之ヲ知ルナ得ス故ニ豫備ノ所爲ハ犯罪トシテ罰スルヲ得サルナリ然レドモ其所爲ノ不確實ナルカ故ニ之ヲ罰セヌトセハ若シ確實ナル時即チ拔刀ナ提携スルハ人ヲ斬ランカ爲ナルコト又梯子ヲ横架セシハ盜罪ナ犯サンカ爲メナルコト明白ナル場合ハ之ヲ罰セサヘカラサルニ至ルヘシ然ルニ此場合ト雖トモ之ヲ罰セサルナ原則トス何トナレハ此場合ハ一旦社會ノ畏懼ナ生シタリトスルモ其害惡小ニシテ且或ハ其所爲ヲ中止スルモ知ルヘカラス此ノ如クナルニモ拘ハラスシテ尙ホ之ヲ罰スルトセハ則チ意思ヲ罰シ害ナキ所爲ヲ罰スルニ至レハナリ斯ニ並筆合著ニハ筆跡ニ泡立自筆を聞えれセヒ大々然モ斯ニ或學者ハ豫備ニ付テモ亦之ヲ罰セヌ原則ニ例外アリトシ強盜ノ豫備ハ即チ脅迫罪ナリ内亂ノ豫備ハ即チ陰謀ナリ竊盜ノ豫備ハ即チ家宅侵入罪ナリト云ヘ

着手

リ然レトモ余ハ之ヲ以テ例外ナリトセス立法者ハ此等ノ所爲ハ一個ノ罪ト爲スニ足ルナ認メテ之ヲ罰ス即チ脅迫ヤ、陰謀ヤ、家宅侵入ノ如キハ其所爲ノ實質上ヨリシテ社會ノ爲メニ危険ナリ故ニ之ヲ罰スルノミ決シテ他ノ犯罪ノ豫備ノ所爲ナルカ故ニ之ヲ罰スルニアラサルナリ豫備ノ所爲ハ如備ノ階級ナ經過スレハ則チ着手ノ範囲ニ達ス既ニ着手ニ到達スレハ決意豫備ノ如クナラスシテ犯罪遂行ノ道途ニ在ルコト確實ナリ故ニ豫備ノ所爲ハ如何ナル所爲ト雖トモ直チニ犯罪ノ準備ナリト推測スルヲ得サルモ着手ノ所爲ハ如何ナル所爲モ犯罪ノ遂行ニ達スル初步ナルコトナ推測シ得ヘシ然レトモリトシテ其者ヲ罰スヘカラサルハ勿論ナリ然ルニ犯罪ノ結果ヲ顧ハサルハ犯人自ラ中止シタルニアラス他ノ原因ニ由ルトキハ立法者其所爲ヲ犯罪ア一着ナリト推測ギテ各國ノ刑法皆之ヲ罰ス故ニ我刑法モ亦第百十二條ニ於テ

一罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖トモ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減スト規定シタリ蓋シ此條ニ所謂ル「其事ヲ行フトハ着手ノ意ナリ」已ニ犯罪ニ着手シタル以上ハ縱令ヘ其目的ヲ遂ケ得サリシ時ト雖トモ其原因犯人意外ノ障礙舛錯ニ在ルトキハ之ヲ罰ス故ニ犯人意外ニアラスシテ自ラ之ヲ中止シテ其結果ヲ顯ハサ、リシトキハ其者ヲ罰セザルコトハ一目瞭然タリ

斯ノ如ク着手ニ達シ而シテ結果ヲ得ルニ至ラスシテ止マリタル時ハ犯人意外ノ障礙ニ原因スレハ之ヲ罰スルモ自ラ之ヲ中止シタル時ハ法律ニ於テ責罰ナシ是レ甚タ單純ニシテ且ツ明白ナリ然レトモ實際上何レノ程度ニマテ達スレハ之ヲ着手トスヘキカト云フノ點ニ至テハ之ヲ識別スル甚タ困難ナリ故ニ佛國ニ在リテハ此等ハ事實ノ問題トシテ一二裁判官ノ認定ニ放任セリ日本ニ於テモ亦佛國ノ如ク是レ事實ノ問題ナルヘシ然レトモ其標準ヲ定メサルトキハ甚タ危險ナリ然ラバ如何シテ之ヲ定ムヘキカ曰ク一言ニ約シテ謂フトキハ犯罪ニ直接ナル所爲ヲ着手トスヘシ然レトモ此簡單ナル定解ハ未タ以テ全ク疑

ヲ釋クニ足ラサルナリ何トナレハ如何ナル所爲ヲ直接ナル所爲トナシ如何ナル所爲ヲ直接ナルサル所爲トナス可ギカラフ知ルニ由ナケレハナリ故ニ余ハ着手トハ「犯罪ヲ構成スルニ欠ク可ラサル總テハ要素ニ着手スルヲ云フト言ハントス此定解ニ頗リテ凡テノ場合ニ決定スレハ大過ナカラシカ例ヘハ詐欺取財ノ罪ニ付テ云ヘハ欺罔ノ手段ヲ爲スニ止マレハ未タ着手ト云フナ得ス取財所爲エモ爲シ始メサルヲ要ス何トナレハ詐欺取財ノ罪ハ欺罔ト取財トヲ以テ構成ノ要素トスレハナリ窃盜ノ場合ニ至リテ之ヲ判別スルコト尙ホ極メテ困難ナリ今牆壁ヲ超ヘ門戸ヲ開ケテ家屋内ニ闖入スレハ是レ豫備ナルカ將タ着手カ或學者ハ着手ナリト云ベリ然レトモ余ハ此說ニ服從スルヲ得ス夫レ牆壁ヲ越越シ門戸ヲ開クハ窃盜ナスカ爲メニ必要ナル所爲ニ相違ナシ然レトモヤモ知ルヘカラサレハナリ故ニ其簞笥内ニ在ル所ノ衣類ナリ其他ノ器具ニ手

ナ接シテ始メテ着手トスヘキナリ或學者ハ單ニ筆筒ノ引出ナ開クノミナ以テ着手トシ又或學者ハ筆筒内ノ物品ナ他ヘ移轉スルノ所爲アラサレハ着手トスルナ得ストス余ハ其中庸ハ説タル筆筒ノ引出ナ開イテ其内ニ在ル物品ニ手ナ觸ルレハ竊盜ハ着手トナスナ以テ可ナリト信ス然レトモ是レ一般ノ場合ニ就テ立言シタルノミ場合ニヨリ或ハ第三說ノ如クナルコトモナシトセス必竟事實ノ問題ナリ而シテ之カ詳論ハ各論ニ涉ルナ以テ其場合ニアラズ尙ホ茲ニ一言セサル可カラサルモノアリ刑法第百十二條ニ依レハ罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ナ行フト雖トモ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ云々トアリ即チ已ニ犯罪ニ着手スルモ未タ遂ケ得サリシ場合ナ豫見シタルモ如何ナル場合ナ問ハス苟モ犯罪ニ着手スルモ未タ其目的ナ遂ケ得サル時ハ皆此條ニ依リテ處斷セサルヘカラサルニアラス其明言スル如ク一旦犯罪ニ着手スルモ他ヨリ支障セラルカ又ハ其所爲ノ拙ナルヨリ其犯罪ナ遂行セサリシ場合ニ限レリ是ナ以テ自ラ刑辟ナ恐怖スルカ犯人ノ怨恨ナ畏懼スルカ若クハ前非ナ悔悟スル等ノ事情アリテ自ラ犯罪ナ中止シタルトキハ假令ヒ實

害アルモ此條ニ依リテ罰スヘカラス故ニ曾ア五大法律學校聯合討論會ニ於テ討議シタル問題即チ人ナ謀殺セントシ既ニ其事ニ着手スト雖トモ自ラ其所爲ナ中止シテ遂ケサル者ノ如キハ余ハ尙カ前說ナ推持シテ罰ス可カラスト決定セントス蓋シ此場合ハ人ヲ謀殺スル意思アリシコトハ明瞭ナリ此ノ如キ意思ナ以テ既ニ一刀ヲ斬付ケ而シテ未タ斬殺シ去ラス中途ニシテ其所爲ナ自止シタリトセハ既ニ斬付ケタル所爲ハ元ヨリ惡事ニシテ爲ミニ生シタル創傷ハ實害タルナ免レス然レトモ此所爲ナ罰セメントセハ少クモ刑法中新タニ條文ナ設クルナ要ス決シフ第百十二條ニ依リ直チニ之ナ罰スルナ得ス何トナレハ此條ハ犯人ノ心ニ出テ其罪ヲ遂ケサリシ場合ニ非シテ心意外ノ事ニ因リテ遂ケ得サリシ者ナ罰スルニアレハナリ我刑法草案ニ於テハ明文ナ掲ケア此等ノ中止犯ナ罰シタリ然ルニ脩正ノ際立法者ハ其條ナ刪除セリ其之ナ刪除シタルハ果シテ第百十二條ノ中ニ包含セシムルノ意思ナリシカ若シ然ラハ立法者ハ錯誤タルナ免レス既ニ錯誤ナリトセハ今日之ナ罰スル不正ナリ反對論中稍ヤ價直アル議論アリ其言ニ曰ク竊盜ナ爲サントシテ人ノ家宅ニ侵

中止犯罰の理由

入スルニ止レハ家宅侵入ノ所爲ヲ罰ス左レハ人ナ殺サソカ爲ミニ其身體ニ斬付ケテ創傷スレハ假令中途ニシテ自止スルモ其負傷セシメタル點即チ殴打創傷トシテ之ヲ罰セサル可ラスト然レトモ家宅侵入ニ止マル時ハ窃盜ノ豫備ニ相當ス豫備ノ所爲ヨリ犯罪ヲ推測スルハ法律ノ許サヘル所ナリ故ニ是レ一箇ノ刑罰ニシテ決シテ窃盜罪ノ意思アリト云フナ得ス之ニ反シテ本問ノ場合ハ謀殺ノ意思ヲ推測スルナ得且其推測確立スルヲ要ス而シテ殴打創傷ニハ一定ノ意思即チ殴打ノ意思アルナ必要トス今本問ノ場合ニハ此意ナキナ如何セノ法文上中止犯ヲ罰スヘカラサル此ノ如シ今ヤ道理上ヨリ論スルモ尙ホ之ヲ罰スヘカラサルノ理由ナシトセス今若シ中止犯ヲ罰スルトゼンカ自止スルモ罰セテレ自止セサルモ罰セラル寧ロ之ヲ遂行スルノ快且ツ満足ナルニ如カストノ念ナ起シ其非ナ遂ケテ社會ノ禍害ナ増益スルニ至ラサルナ保セス立法者ハ宣シク犯人ノ悔悟ヲ促シ社會ノ安寧ヲ保ツノ點ニ注意セサルヘカラス此理由ニ因リ中止犯ヲ罰スヘカラストナスモノアリ余ハ更ラニ他ノ一理由ヲ付スル未得抑モ刑罰權ノ基本ハ必要ニ在リ犯人ヲ罰シテ寸毫ノ効驗ナ生セサル刑罰

ハ必要ニ非ス隨テ不正ナリ實ニ其効驗アリテ能ク社會ノ秩序ヲ保持スルニ足リ能ク將來ノ犯人ヲ懲戒スルニ足ルモイニシテ始メテ必要ノ刑罰ト云フヘキナリ然ルニ殴打創傷罪ノ刑ナ以テ謀殺ノ中止犯ヲ罰セハ果シテ其効驗アルカ余ハ之ヲ信セス重刑ナ以テ罰セラルヘキ謀殺ノ意アル者ヲ罰スルニ輕キ殴打罪ノ刑ナ以テ斯果シテ其犯人ヲ懲ラスニ足ルカ果シテ後來ナ警戒スルニ足ルカ猶ホ一杯ノ水ナ以テ輿薪ノ火ナ消セントスルカニトシ豈ニ其効驗ヲ望ムヘケンヤ故ニ中止犯ヲ罰セサル可ラストノ理アリトスレハ少クモ未遂犯ト同ナル刑ヲ科スルヲ要ス然ラハ未遂犯トシテ之ヲ罰センカ未遂犯ハ第百十二條ノ場合ニ非レハ之ヲ罰スルナ得ス故ニ殴打罪ノ利ナ以テ中止犯ヲ罰スルモ到底刑罰ノ効驗アルナク隨テ其刑罰ヲ不正ナリ是レ余カ中止犯ヲ罰スヘカラスト云フ所以ナリ雖人知事體を知セラム然モ其事體ナリ然モ其事體モ先日大五種決行シテ大本朝人を數々ニ見ゆ大其モ才美ナリテ其事體ナリ然モ其事體モ先日大決行ニ至リテハ二個ノ場合ニ分ナテ説明スルナ善シトス結果ナ生シタル場合及結果ヲ生セサル場合即チ是レナリ

甲渠結果ナ生セヌ合間モ鼠マウスナレバ人ヲタカズラニシテ
決行トハ犯罪、構成スルニ必要ナル總テノ所爲チ實行スルナ云フ故ニ例ヘハ
人ナ斬殺セントスル時人ナ殺スニ足ル丈刀ナ下タシ了リ銃殺セントスル時鉄
砲ナ發シ了リ毒殺ノ時毒物ナ飲マシムルカ如キ是レナリ然ラハ犯罪ヲ決行ス
レバ必ス其効果ナ生スルカト云フニ決シテ然ラス往々其効果ナ生セサル場合
アリ例之ハ前例ノ場合ニ於テ刀ヲ下シ鉄砲ヲ發チ又ハ毒物ナ飲マシムレハ十
分ニ殺人ニ要スル所爲チ盡シタルヤ明カナリ然レトモ彼レ着込ラ着シ居リシ
カ爲メニ刀入ラス又ハ銃丸反シテ中ラス又ハ消毒薬ナ以テ其毒ナ消解スレハ
殺人ノ結果ナ得ス此ノ如キ時ハ如何此場合ハ着手ヨリモ尙ホ一層進ミ其所爲
自體ニ就テ見ルモ其意思人ナ殺スニ在ルヤ一黠ノ疑ナ容レサルナリ故ニ着手
ヨリ一段強ク罰セサルヘカラサルカ如シ然レトモ此場合ト雖トモ亦犯人ノ意
志ヨリ出テ、其結果ナ生セシメサルコトアリ是レ前ニ所謂中止犯ノ場合ト異
ナリ蓋シ既ニ全ク其所爲ナ行ヒ了レハナリ例ヘハ一旦毒薬ナ飲マシタルニ
悔悟シテ自ラ消毒ナ投與シ健康ニ回復セシムルカ如キ場合ナリ或ハ曰ク此場

合ニハ之ヲ罰スヘキハ當然ノ事ナリ何トナレハ其人ナ殺スノ所爲意思共ニ明
カナレハナリト然レトモ其被告人ナ罰セシム不可ナルナシト言フナ得蓋シ
若シ之ナ罰セストスレハ救濟ヲ獎勵スルナ得ルモ之ヲ罰セストスレハ其所爲チ
遂行シテ遂ニ變願セサルニ至ルヘケレハナリ但我刑法ハ之ヲ罰スルコト既遂
ト異ナルコトナシ

又欠効犯ニ似テ非ナルモノアリ之ヲ不能犯ト云フ不能犯トハ物理上到底犯罪
ナ構成スルナ得サル所爲ヲ云フ世人カ屢引用スル一例ナ舉ケソニ晩夜平原ニ
於テ人ニ切付ケシニ其物件ハ人ニアラシシテ石地藏ナリシ時ノ如キ是レナリ
此場合ハ人ナ殺スノ意思ヲ以テ人ヲ殺スノ所爲ナシタルカ如シト雖トモ石
地藏ハ決シテ殺人罪ノ目的物トナルナ得ス今其現出シタル事實ハ刑法上罰セ
サル所ノ所爲ナリ故ニ之ヲ扣除スレハ單ニ殺人ノ意思ノミ存ス意思ニ止マ
トキハ之ヲ罰セサルナ原則トスルカ故ニ佛國刑法ナ始メ我日本刑法草案ニ於
アモ之ヲ罰セス又今日ノ現行法モ不能犯ナ罰セサルノ規定ナリ蓋シ既遂ト未
遂トナ問ハス元ト犯罪ナリトシテ罰スルハ何ノ故ナルカ即チ其所爲危險ナル

カ故ニ非スヤ然ルニ不能犯ハ果シア害ヲ社會ニ與フルカ社會人民ノ爲メニ危
險ナルカト云フニ何等ノ害何等ノ危險アルナ見ス尤モ人チ殺スカ爲メナルニ
誤リテ石地藏ヲ切付ケタリト云フナ以テ見レハ稍危險ナル感想アルモ石地藏
ヲ切付タル所爲ノミナ取りヲ之ナ見ルトキハ少シモ危險トスルニ足ラス即チ
人ナ斬ルハ殺人罪ナ組成スルノ所爲ナルモ石地藏ヲ切ルノ所爲ハ決シテ何等
ノ犯罪ナ構成セス刑法第一百十二條ニ曰ク「罪ヲ犯サントシテ己ニ其事ナ行フト
雖トモ未タ遂ケサル者ト即チ未遂犯トシテ罰スルニ罪ナ行フト雖トモ未タ遂
ケサル場合ニ限レリ然ルニ不能犯ノ場合ニ行フ所ハ罪ニ非サルナリ是レ現刑
法ニ於テモ不能犯ハ罰スヘカラサル所以ニシテ立法者カ無用トシテ之ナ削除
シタルハ決シテ故ナキニ非サルナリ

前項ノ引例ハ何人モ不能犯ナリトシテ疑ハサル場合ナリ此種ハ不能犯ナ、絶體
ハ不能犯ト云フ、或ハ物體ノ性質ニ因レル不能犯ト云フ物體ノ性質ニ因レル不
能犯トハ犯罪ノ目的物ノ性質ヨリシテ道理上如何ニスルモ犯罪ナ構成スルナ
得サル場合ナリ前例ノ外他人ノ家ニ至リ物品ナ盜取シ來リタルニ其物品ハ元

ト自己ノ所有ニ属スル場合ノ如キ其犯罪ノ目的物ノ性質如何ニスルモ犯罪ナ
構成セシムルナ得サルナリ其他一室ヘ鐵砲ヲ打込ミ又ハ鎗ナ突キ入ル、モ殺
サントスル人其室内ニ居ラサリシ場合ノ如キ又死屍ナ生人ト認メテ斬付クル
カ如キ皆此種ノ不能犯タラサルハナシ
尙ホ他ニ不能犯ト稱ス可キモノアリ此不能犯ハ犯罪ノ目的物ハ十分犯罪ナ組
成セシムルヲ得ルモ其方法ノ性質到底犯罪ナ構成セシムル能ハサルモノナ云
フ例ヘハ或人ヲ毒殺セントシテ毒薬ナ飲マシメタルニ其飲料ハ毒薬ニアラス
シテ砂糖ナリシ是レ或ハ其人ノ滋養トナルコトアルモ決シテ生命ナ失ハシム
ルナ得ヘキ方法ニ非サルナリ之ナ稱シテ方法ニ因レル不能犯ト云フ
人或ハ曰ク物體ニ因レル不能犯ハ決シテ之ヲ罰スヘカラサルモ方法ニ因レル
不能犯ハ未遂犯トシテ之ナ罰スヘシト然レトモ未タ其理由ナ見ス抑モ不能犯
ナ罰セサルハ其所爲犯罪ニアラサルカ故ニアラスヤ果シテ然ラハ方法ニ因レ
ル不能犯モ亦犯罪ノ所爲ニ非サルカ故ニ之ナ罰スルコトナ得ストセサルヘカ
ラス毒物ナリト誤信シテ砂糖ヲ飲マサンカ之ナ飲ム者ハ饗應ナ受ケタリトコ

フ思ヘ決シテ害ヲ受クルコトナシ唯意思ノ惡ムヘキ感想ヲ起スニ止ルノミ均シク意思ハ惡ムヘキモ犯罪ニアラサル所爲ナルニ石地藏ヲ斬リシハ到底殺シ得ヘキ物體ニアラサルヲ以テ之ヲ罰スヘカラスト云ヘリ毒藥ナリト誤信シテ砂糖ヲ飲マシメタルハ之ヲ罰スヘシト爲スハ如何ナル理アルニ由ルカ論者曰ク石地藏ハ如何ニスルモ殺人ノ結果ヲ生セサルモ目的物ニシテ人ナル以上ハ砂糖ニ代用スルニ真ノ藥物ヲ以テスレハ則チ其人ヲ殺スナ得ト誠ニ然リ然レトモ若シ石地藏ニ代フルニ人ヲ以テスレハ如何曰ク人ヲ殺スナ得ヘシ方法ハ變更シテ假定スルナ得物體ハ之ヲ許サストノ理ナカルヘシ即チ不能犯ナリヤ否ナテ決定スルニハ現在ノ事實ヲ變セシテ觀察スルヲ要ス況シヤ反對論者モ呪詛ノ不能犯タルヲ疑ハサルヘシ然レトモ是レ亦方法ノ拙ナルニアラスヤ更ニ疑シキ場合アリ例ヘハ五十町以外ニ達セサル鐵砲ヲ發シテ百町ナ距ル人ヲ殺サントシタル場合ノ如シ此場合ハ方法自體ハ人ヲ殺スニ足ル唯之ヲ用フルノ拙ナルヨリ人ヲ殺スナ得ス是レ不能犯ナリヤ如何或ハ曰ク不能犯ニアラスト然レトモ其到底遂タルヲ得サルハ同一ナルカ故ニ不能犯ナリト信ヌ今尙

ホ論者曰ク石地藏ハ如何ニスルモ殺人ノ結果ヲ生セサルモ目的物ニシテ人ナル以上ハ砂糖ニ代用スルニ真ノ藥物ヲ以テスレハ則チ其人ヲ殺スナ得ト誠ニ然リ然レトモ若シ石地藏ニ代フルニ人ヲ以テスレハ如何曰ク人ヲ殺スナ得ヘシ方法ハ變更シテ假定スルヲ得物體ハ之ヲ許サストノ理ナカルヘシ即チ不能犯ナリヤ否ナテ決定スルニハ現在ノ事實ヲ變セシテ觀察スルヲ要ス況シヤ反對論者モ呪詛ノ不能犯タルヲ疑ハサルヘシ然レトモ是レ亦方法ノ拙ナルニアラスヤ

上來說來レルカ如ク不能犯ナリヤ否ノ問題ニ付テハ未タ一一致セサル點アリテ之ヲ決スルハ稍々困難ナリト雖トモ左ノ標準ニ依據スルトキハ稍ヤ其困難ヲ避ケルヲ得ヘシ曰ク現ニ使用シタル方法ト其位置ヲ變セシテ同一ノ物体ニ同、一ノ所爲ヲ反復スレハ結果ヲ生スヘキニ遂ク得サリシトキハ未遂犯トシテ之ヲ罰スヘシ若シ斯ノ如クニシテ到底遂ケ得ハカラサルトキハ不能犯ニシテ之ヲ罰スヘカラス、

罪ヲ犯シテ其結果全ク生シタル時ハ其害ヲ消散セシムルカ爲メ如何ナル手段ヲ盡スト雖トモ決シテ其刑罰ヲ免カル、ヲ得ス故ニ道理上ヨリ云ヘハ既ニ其害ヲ消散セシメタルトキト雖モ尙ホ存在スルトキト同一ニ處罰セサル可ラス何トナシハ一タビ犯罪ヲ爲シタル以上ハ其所爲社會ニ形迹ヲ止メテ到底之ヲ煙滅スルヲ得サレハナリ然レトモ我刑法ハ佛國刑法ト其趣キヲ異ニシ一般ノ自首減輕ナルモノヲ設ケテ少シク之ヲ變更シタリ

我刑法之ヲ設ケタル理由如何或ハ之カ說ヲ爲シテ曰ク蓋シ此規定ヲ爲シタル所以ノモノハ犯人ニシテ自首スルハ其心中前非ヲ悔悟スルニ由ル既ニ悔悟スレバ罪惡消除サレ復タ刑罰ヲ加フルノ必要ナシトノ理ニ由ルト此說純正主義ヲ取リテ刑罰ヲ設ケルトキハ至極尤ナル說ナリ然レトモ我刑法ハ折衷主義ヲ取レルヲ以テ此說ニ左擔スル能ハズ我立法者ハ單ニ悔悟ノ理由ノミヲ以テ自首減輕ノ理由トナシタルニアラサルヘシ加之ナラス若シ悔悟ヲ以テ自首減輕ノ理由トセンカ真心悔悟セサル者ト雖トモ亦悔悟ヲ求ムルニ至ル果シテ然ラバ其目的ヲ達スル能ハサルニ至ラソ故ニ日本刑法草案起草者ナ

ホボ氏ハ自首減輕ヲ採用セシ理由トシテ第一、良民ヲ害スルヲ防グニ在リトス令犯人ノ誰タルヲ知ルヲ得タルトキハ無罪潔白ノ者モ之カ嫌疑ヲ受ケラズノ繆誤ニ苦シムルノナシトセヌ、有罪者ヲ免ス、ヘカラサルハ必要ナルモ無罪人ヲ罰ス、ヘカラサルモ亦必要ナリ此最大ナル理由ハ以テ自首減輕ヲ設ケタル所以ヲ説明スルニ足ルヘシ尙ホ官ノ徒勞ヲ減シ費用ヲ減スルノ一事モ之カ理由トナスヲ得蓋シ犯人自首スルハ捜査ノ勞ヲ執ルヲ要セス隨テ費用ヲ減スルヲ得然レトモ是充分ニ自首輕減ノ正當ヲ証スルヲ得ス即チ附從ノ理由タルニ過キス自首減輕ノ制度ヲ設ケタル理由ハ以上ニ述ヘタルカ如ク主トシテ無辜ノ人ヲシテ冤枉ニ陥レサラシムルニ在リ故ニ其事件未タ發覺セサル前ニ自首スルニアラサレハ之カ輕減ヲ與ヒサルナリ蓋シ自首スル以前ニ方リ其事件既ニ發覺シタルトキハ假令自首セスト雖凡無罪人ヲ罰スルノ恐レ無ケレハナリ故ニ我刑法ハ第八十五條ニ於テ罪ヲ犯シ事未タ發覺セサル前ニ於テ云々ト規定シ以テ其旨ヲ明ニセリ以上ノ理由ハ本條ニ所謂ル事ナル文字ヲ解セシムヘシ學者中或ハ犯罪ノ事實ヲ指示スト云フモノアリ然レトモ余ハ是レ即チ事件ニシテ犯罪ノ

事實ト犯罪人トヲ總括ス故ニ犯罪ノ事實發顯スルモ犯人未タ知レサル間ハ事未タ發セサルナリ何トナレハ今竊盜ヲ犯ス者アリトセンニ其事實已ニ發覺スルモ其犯人ノ誰タルヲ知リ得サルトキハ尙ホ無辜ヲ罰スルノ恐レアリ故ニ其者自首ヲ爲ストキハ此危險ヲ免レシムレハナリ尙ホ本條ニ謂フ所ノ官ナル文字ニ就キ一言セサル可ラス之ヲ一讀スレハ總テノ官衙ヲ指スニ似タリト雖トモ決シテ然ラス蓋シ一個人ニ自首スルモ搜査若クハ審判スル所ノ人之ヲ知ラサルハ尙ホ無辜ノ者ヲ罰スル恐アリ故ニ輕減ヲ得ルニハ官ニ自首スルヲ要シタリ然ラハ則チ所謂ル官トハ犯罪事件ヲ搜査審判スルノ歲權ヲ有スル官衙ナラサル可ラス則チ裁判所警察署ノ如キハ之カ適例ナリ又或事件ノミノ警察權ヲ有スルモノアリ郡役所ノ戶籍ニ關スル犯罪ニ於ケル收稅吏ノ租稅ニ關スル犯罪ニ於ケルカ如シ其事件ニ付テハ是又本條ノ所謂官ナリ自首ハ官ニ爲スト要ス時ニ被害者ニ爲シタル自首ニ因リ輕減スルコトアリ且被害ヲ回復スルトキハ殊ニ多クノ減等ヲ與フ第八十七條ニ曰ク財產ニ對スル自首ハ官ニ爲スト要ス時ニ被害者ニ爲シタル自首ニ因リ輕減スルコトアリ且被害ヲ回復スルトキハ殊ニ多クノ減等ヲ與フ第八十七條ニ曰ク財產ニ對スル

罪ヲ犯シ被害者ニ首服シタル者ハ官ニ自首スルト同ク云々第八十六條ニ曰ク「財產ニ對スル罪ヲ犯シタル者自首シテ其贓物ヲ還給シ損害ヲ賠償シタルトキハ自首減等ノ外仍ホ本刑ニ一等ヲ減ス其全部ヲ還給セスト雖トモ半數以上ヲ還給シタル時ハ一等ヲ減スト故ニ例ヘハ竊盜百圓ノ場合ニ其百圓ヲ携帶シテ自首スルトキハ一等減ノ上尙ホ二等ヲ減ス若シ又五十圓以上ヲ還給スルトキハ一等減ノ上更ラニ一等ヲ減ス即チ都合二等ヲ減スルナリ此條ニ半數以上ヲ制限シタルハ立法者ノ隨意ニ設ケタル制限ナリ若シ此制限ヲ置カサルトキハ百圓ノ内僅々一厘ヲ還給スル者モ尙ホ二等減ヲ與ヘサルヘカラサルニ至レハナリ而シテ此二條ニ財產ニ對スト云ヒ此種ノ犯罪ヨノミ例外ヲ設ケタリ蓋シ立法者財產ヲ以テ身體生命ヨリ貴重ナラストナンシタルナラン其贓物ヲ返還スレハ全ク損害ヲ償ヒ得ルモ身體生命ニ加ヘタル損害ハ容易ニ全ク之ヲ回復スルコト能ハサレハナリ犯人自首スルトキハ常ニ一等ヲ減ス然レトモ謀故殺ニ係ルトキハ輕減セスボアンナトド氏ハ此例外ヲ行フヲ批難シテ曰ク若シ純正主義ヲ根據トシテ我刑法ヲ

制定セシモノトスレハ是レ或ハ可ナリ蓋シ人ヲ殺スバ害悪ノ極ナレハ後來如何ニ悔悟スト雖トモ減輕ヲ與ヘシテ可ナルヘシ然レトモ此主義ヲ採用セサル以上ハ謀故殺ヲ犯シタル者コソ却テ自首減輕ヲ與フルノ必要ヲ見ル何トナレハ我刑法犯罪中尤モ危険ニシテ且ツ恐怖スヘキモノハ實ニ謀故殺ナリト爲ス此犯罪重大ナルカ故ニ其治罪ノ手續嚴格ナルハ又當然ナリ是ヲ以テ万—無辜ノ人ヲシテ此冤枉ニ陷ラシムレハ其結果悲慘ヲ極メ甚シキハ生命ヲ絶ツニ至ル故ニ務メテ無辜ノ冤枉ヲ救ハサル可ラス而シテ之ヲ救フノ一方法ハ大ニ自首ヲ懲思スルニ在リ

以上ハ一般ノ自首減輕ノ場合ナリ時トシテ自首スル時ハ全ク其罪ヲ免スルコトアリ國事ニ關スル罪(第百二十六條信用ヲ害スル罪第百九十二條ニ於ケル特例ノ如キ)是レナリ此等ハ皆ナ着手後未タ全ク遂行セザル以前ニ自首スルモノナルカ故ニ今研究スル所ノ場合ト同シカラス其理由ニ至リテモ亦異ナレリ未遂犯ノ何タルコトハ既ニ之ヲ説了セリ今之ヲ一言ニ約スルトキハ未遂犯トハ犯罪ノ着手ヨリ執行ノ間ニ於テ犯人意外ノ障礙又ハ舛錯ニ因リ其結果ヲ生

シ得サルヲ云フ或人ハ此外錯ノ文字ニ拘泥シテ方法ニ因レル不能犯モ亦此中ニ包含セシメタリト雖トモ其説ノ不可ナルコトハ已ニ説明シタルヲ以テ今又茲ニ贊セス

未遂犯トハ此ノ如シ此未遂犯ハ重罪タリ輕罪タリ違警罪タルヲ問ハス總テ罰スヘキモノナルカ曰ク否ナ我刑法ハ其第百十三條ニ於テ重罪ノ未遂犯ハ總テ罰シ輕罪ハ特ニ罰スヘキ旨ヲ記載スル場合ニアラサレハ之ヲ罰セストシ違警罪ハ常ニ罰スヘキ而シテ其理由ハ或人ノ説ニ依レハ重罪ハ必ス罰シ輕罪ハ或場合ニ限リ之ヲ罰スルハ重罪ハ犯罪ノ証據ヲ立ツル常ニ容易ナルモ輕罪ハ時トシテ甚タ困難ナル事アレハナリト例ヘハ今刀ヲ揮テ人ヲ斬レハ其者ヲ殺スニアルヤ明カナリ然レトモ故ナク人ノ家宅ニ侵入スルハ物ヲ盜マントルカ爲メナルヤ將タ只家内ヲ私覽セントスルカ爲メナルヤ判然セス又人ヨリ委托ヲ受ケタル封金ノ封緘ヲ破ルモ其中ノ金圓ヲ消費センカ爲メナリシヤ又ハ之ヲ一見センカ爲メナルヤ之ヲ知ルヲ得ス故ニ証據ノ明ナル場合ニ非サレハ罰セサルナリト此ノ説非ナリ何トナレハ証據ノ明白ナルトキハ之ヲ罰

未遂犯ノ
處罪如何

シテ可ナリト云フノ批難ヲ來セハナリ而カモ第二理由ニ依リテ本條ヲ説明スルヲ得ヘシ何ソキ重罪ハ大概其所爲ノ未遂自ラ害惡ナリ故ニ常ニ之ヲ罰スルモ輕罪ハ其未遂自体必ラス害惡ナリト云フヘカラス故ニ犯罪ニ着手シタルノミニシテ其所爲甚タ危險ナリトスルトキハ之ヲ罰スルモ然ラサル場合ハ之ヲ罰セス故ニ家宅侵入ノ罪委託金費消ノ罪ハ未遂罪ヲ罰セサルモ竊盜ノ罪詐欺取財ノ罪ハ未遂犯ト雖トモ之ヲ罰ス又違警罪ハ如何ナル場合モ未遂犯ヲ罰セス其害惡尤モ微少ナレハナリ

第三節 未遂犯ハ如何ナル刑ヲ以テ之ヲ

罰スル平

着手ノ未遂ハ本刑ヲ科セシテ幾分カ減等ヲ爲スハ最モ至當ナリ蓋シ着手ニ止マリシ時ハ假令立法者ノ推測ニ出ツルトハ云ヘ尙ホ中止シテ遂行セストノ希望アリト云フハ甚タ非理ナラス且未タ全ク其所爲ヲ盡サルカ故ニ害惡ノ度モ比較上重大ナラサレハナリ之ニ反シテ執行ノ未遂ニ至リテハ毫モ此ノ如キ理由ヲ見ヌ何トナレハ此場合ハ已ニ犯罪トナルヘキ所爲ヲ遂行セルカ故ニ之ヲ止メント欲スルモ最早止ムヲ得ス又其盡スヘキ所爲ハ充分ニ之ヲ盡シタルハナリ故ニ此時ハ其顯出シタル所爲及ヒ意思ノ點ヨリ看テ既遂ト同一ニ處罰シテ可ナルカ如シ然レトモ未タ全ク既遂ト同一ニ論定スヘカラサル所アリ即チ害惡ノ寡少ナル点是ナリ害惡ニシテ寡少ナル以上ハ隨テ其刑ヲ輕減スベキハ當然ナリ論者アリ曰ク若シ害惡ノ寡少ナルヲ以テ其刑ヲ減等スヘキモノトスレハ其加害ノ發生スル模様ニ因リテ種々ノ減等ヲ爲サヨルヘカラサルヘク而シテ此ノ如キハ到底期スヘカラサルノ事ナリ今人ヲ殺スト殺スニ足ル所爲ヲ施シテ之カ結果ヲ見サルトハ社會ノ危險ニ大ニ經庭アルナラン然カモ此等ノ差異ニ因テ一方ニ減等ヲ與フルヘ決シテ正理ト云フヲ得ス何トナレハ其所爲自体ハ同ク害惡ノ大ナルモノナレハナリト然レトモ仮令ヘ偶然ノ事柄ニ基因スルトスルモ未タ効果ヲ生セサルトキハ直接ナル被害者ニ對シテ危害ノ少キハ明カナリ己ニ危害少シトスレハ其自止ニ出テスシテ偶然ニ出テタルニ拘ラス其刑ヲ輕クセサルヘカラサルハ一般ノ道理ナリ加之ノミナラス若シ之レヲ

犯罪人

遂行シタル場合ト同一ノ刑罰ヲ科スルトセンカ一タビ犯罪ノ所爲ヲ執行シテ
其効果ヲ生セサルトキハ其所爲ヲ再三再四シ其企圖ヲ遂ケサレハ止マサルヘ
シ何トナレハ之ヲ止息スルモ之ヲ復行スルモ受クル所ノ刑罰一ナレハナリ是
レ執行ヲ未遂ニ科スルニ執行既遂ト同一ノ刑ヲ以テスヘカラナル所以ナリ
然レトモ着手未遂ト執行未遂トハ其間自ラ異ナルモノアルヲ以テ我刑法草案
三ハ之カ規定ヲ別異ニセシモ修正ノ際之ヲ刪除シテ汎漠ニ一等又ハ二等ヲ減
スト爲シタリ故ニ之ヲ實際ニ適用スルニ方リ良裁判官ハ着手未遂ハ二等ヲ減
シ執行未遂ハ一等ヲ減スルナルヘシト雖トモ或ハ之ニ反スル裁判ヲ下スコト
ナシトセス然ラハ是レ正確ナル規定ト云フヲ得サルナリ

第一章 犯罪人

第二章 犯罪人

行爲者ハ其誰タルヲ問ハス必ス犯罪トナルヘキ行爲ノ責任ヲ負フモノニアラス
之カ責任ヲ負フニハ全完ノ人タルヲ要ス即チ意思アリ自由アリ且ツ智識ヲ具
備スル者ナルヲ要ス若シ犯罪ノ行爲者ニシテ意思ナキトキハ其人ハ恰モ器械
ト一般ノミ無心ノ器械ハ刑罰ヲ科スルノ必要アラス故ニ其者モ亦之ヲ罰スル
ヲ得ス自由又ハ智識ヲ虧欠スル者モ亦然リ縱令意思アリトスルモ其者ニ自由
ナク其者ニ智識ナキハ猶ホ禽獸ノコトシ禽獸ハ原ト犯罪トナルヘキ行爲ノ責
任ヲ負ヘルモノニアラス故ニ此ノ如キ者モ亦犯罪人トシテ之ヲ罰スルヲ得ス
犯罪人トシテ罰スルニハ必ス意思自由及ヒ智識ニ三者ヲ具備スル者ナラサル
可ラス又時トシテ幾分カ意思自由及ヒ智識ヲ有シテ罪ヲ犯スモ未タ十分ニ之
ヲ有セナルコトアリ是等ノ者ハ全然犯罪ノ責任ヲ免除スルヲ得サルモ亦多少
ヲ害用スルコト最モ甚シキ者アリ此者ニハ一層嚴刑ヲ加ヘテ其害用ヲ矯正セ
ラ害用スルコト最モ甚シキ者アリ此者ニハ一層嚴刑ヲ加ヘテ其害用ヲ矯正セ
シメサル可ラス故ニ犯罪人ニ付テ講究スヘキ事柄ハ左ノ三點ニアリトス

以下順次之ヲ説明セシ

第一無罪、
犯罪人ニハ意思自由知識ノ三要素ヲ要ス故ニ此三者ノ一ヲ缺クハ則チ仮令ヘ犯罪ノ行爲アルモ亦無罪ナリ

モ所謂ル「意思ナシトハ如何ナル事ナルヤ」是レ解説ヲ要スル所ナリ人或ハ之ヲ以テ他人ヲ害スルノ意ナシト爲スト雖トモ余ハ法律カ禁スル所ノ事柄ヲ爲ス

ノ意ナキノ謂ナリト信ス蓋シ法律ノ禁スル行爲ヲ爲スノ意思アルモ決シテ他人ヲ害スルノ意思ナキコト往々ニシテ之レアリ例へハ偽証ノ罪ノ如シ今罪人ヲ曲屁スルカ爲メニ偽證スルハ法律之ヲ禁ス然ルニ人アリ眞實ニ反スル証言ヲ爲サント思考シテ偽証ス然レトモ元ト犯罪人ヲ曲屁スルカ爲メナレハ其者ヲ憐憫スルノ意思アルモ決シテ害意ナルモノナキナリ此時ト雖トモ法律之ヲ罰ス又家宅侵入ノ罪ノ如キ只或家へ入ルノ意思ニテ其家ニ入り他ニ何等ノ害

意ナキコトアルヘシ然レトモ尙ホ之ヲ罰ス故ニ犯罪人ニ要スル所ノ意思ハ法律ノ禁スル行爲ヲ爲スノ意思ト解スヘク狹隘ナル他人ヲ害スルノ意ト解スヘカラサルヤ明カナリ世犯罪ノ意思ト他人ヲ害スルノ意思トヲ混同スルハ蓋シ故アリ犯罪中其性質上罪ヲ犯スノ意思ト人ヲ害スルノ意思トヲ相離ル可ラサルモノアリ例へハ殺人罪放火罪器物棄損罪ノ如シ法律ノ禁スル所ハ人ヲ斬リ家ニ放火シ器物ヲ毀壊スルニアリ然ルニ是等ノ所爲多クハ皆人ヲ害スルカ爲ミニシテ犯スモノナリ即チ人ヲ殺スノ意火ヲ放ツノ意ハ是レ人ヲ害スルノ意ナリ然レトモ人ヲ害スルノ意ハ決シテ犯罪ヲ構成スルニ必要ナル原素ニアラナルナリ

刑法第七十七條之ヲ規定シテ曰「罪ヲ犯スノ意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セス」例へハ過失殺傷ノ場合ノ如シ今禽獸ヲ擊タントスル意思ヲ以テ鉄砲ヲ發セシニ過テ樵夫ヲ殪セシ時ハ法律ノ禁スル所即チ人ヲ殺スノ意ナシ故ニ特別ノ規定ナケレハ其罪ヲ論セス又學校ノ小使カ講師ニ水ヲ供センカ爲メニ此硝子瓶ヲ把持セシ際過テ墜落シテ毀壊セシ等モ亦之カ一例ナリ其他諸多ノ例アルヘキ

モ今之ヲ枚舉セヌ而シテ意思ノ缺欠ハ多ク身體財産ニ關スル犯罪ニ於テ之ヲ見ル然レトモ其他ノ犯罪ニ付テモ此場合ノ生スルコトナシトセス例ヘハ甲山十郎ナル者後乙川五郎ト姓名ヲ改メタリ一日他人ヨリ金員ヲ借入ル、ニ當リ甲山十郎ト刻スル印形ヲ押捺シタリ然ルニ他ニ同姓同名ノ者アリテ形跡上乙川五郎恰モ他人ノ印ヲ押捺シテ證券ヲ偽造シタルカ如シ然レトモ乙五郎ヲ罰スルヲ得ス蓋シ偶々舊印ヲ使用シタルモ他人力カ甲山十郎ノ姓名ヲ使用シテ證書ヲ造ルノ意思ナケレハナリ

或論者曰ク意思ヲ缺欠スル行爲トハ法律ノ禁シタル行爲ヲ爲スノ意ナキノミナラス何等ノ意思ナキ行爲ヲ云フ例ヘハ馬上ノ人風ノ爲メニ吹キ落サレテ馬側ノ人ヲ傷ケ夢中人ヲ打テ死ニ致シタルカ如キ是ナリ過失殺傷ノ如キ無意ノ犯罪ト云フヲ得ス何トナレハ此等ノ行爲ハ尙ホ意アレハナリ例ヘハ大ニ向テ石ヲ投シタルニ偶々人ニ中リテ傷ケタリトゼン元トヨリ人ニ傷ケルノ意アルナシ然レトモ石ヲ投スルノ意アリシハ疑ナシ況ニヤ過失殺傷ノ如キモノヲ無意トスレハ本條第二項ハ無用ノ贅文タルヘキニ於テヲヤ

余此說ニ從フヲ得ス諸フ先ツ法文ヲ一讀セヨ罪ヲ犯スノ意ナキ所爲トアルニアラスヤ第一ニ何等ノ意ナキニアラサルヲ知ルヘシ次ニ所爲トハ多少意アルヲ要ス馬上ヨリ吹落サル、如キ枯葉ノ落ルニ異ナラス是レ豈ニ所爲ナランヤ且論者ノ言ノ如クナレハ末段ノ例外ヲ解スルヲ得ス何等ノ意ナキ所爲ヲ罰スルハ我法律ニ其例ヲ見サルノミナラス法理上罰スルコトナカルヘキヲ信ス若シ夫我律ニ如キハ其第一項ノ適用ナルコトハ後ニ是ヲ見ン

レ第二項ノ如キハ其第一項ノ適用ナルコトハ後ニ是ヲ見ン

或曰ク犯罪人ノ意思ハ之ヲシテ責任ヲ負ハシムルニ要スル一條件ニアラス何トナレハ犯罪中意思ナクシテ刑罰ヲ加ヘラル、モノ徃々之レアレハナリト然レトモ犯罪人ニ責任ヲ負ハシムルニ必ス意思アルヲ要ス意思ナケレハ之ニ責任ヲ負ハシムルヲ得ストハボアソナード氏ノ言ニシテ其說至當ナリ立法者ハ意思ナクシテ罪ヲ犯スモノハ之ヲ罰セストノ規定ヲ爲シタリ然ルニ其意思アルコトヲ要スル所以ノモノハ何ソキ其所爲ハ害惡ナルカ故ニ非ス其犯罪人ヲ懲サンガ爲メナリ左レハ有意犯ニ意思アルコトヲ要スルハ意思ナケレハ犯罪人ニ責任ヲ負ハスヘカラサルニ因ルヤ明ナリ然ラハ即チ意思ハ犯罪ハ事實ニ必

要ナル條件ニアラサルモ犯罪人ニ必要ナル條件ト云ハナルヘカラス反對論者ハ意思ナクモ尙ホ責任ヲ負フヘキ場合アリト批難スルモ意思ナクシテ責任ヲ負フハ例外ナリ例外ヲ以テ原則ヲ破ラントスル非理モ亦太甚シト云フヘシ第七十七條第二項ニ曰ク罪トナルヘキ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者ハ其罪ヲ論セスト本項適用ハ前項ト相併シテ規定シアルカ故ニ全ク別箇ノ事ノ如シト雖トモ余ハ第一項ナリト斷言スルヲ憚カラス今先ツ之カ例ヲ示サン他人ノ處ニ於テ自己ノ物品ナリト思惟シテ之ヲ持歸リシニ他人ノ所有品ナリシ場合ノ如キ二十年以上ノ成年ナリト信シテ略取シ十二年以上ノ幼者ナリト信シテ誘拐シタルニ二十年以下又ハ十二年以下ナリト信シテ姦通セシニ有夫ノ婦女ナリシ如キ皆ナ罪トシテ罰スヘカラス何トナレハ二十才以上ノ者ヲ略取シ未婚ノ處女ヲ姦通スルハ法律ノ禁スル所ニアラス故ニ其禁スル行爲ヲ爲スノ意ナケレハナリ然レトモ立法者故ラニ此項ヲ設ケタルハ通常無意ノ場合ト少ク異ナル所アレハナリ略取ノ所爲ヤ姦淫ノ所爲ハ皆罪トシテ罰スル所ノ行爲ナリ而シテ犯人ハ此行爲ヲ爲スノ意アリ唯二十年以下又ハ有夫タルノ條件ヲ要スル

ニ此條件具備スルコトヲ知ラス故ニ有夫ノ婦女ヲ未婚ノ者ナリト信シテ姦通スルト犬ニ石ヲ投セント欲シテ人ニ傷ケタルトハ其實全ク同一ナルモ外形上同一ナラサルカ如キ觀アリ立法者豫メ世人ノ迷岐ヲ防カシムカ爲メニ之ヲ明定シタルニ遇キス其第一項ノ適用ニ過キサルハ疑ヲ容ルヘカラス同條第三項ニ曰ク罪本重カルヘクシテ犯ストキ知ラサル者ハ其重キニ從テ論スルコトヲ得スト此項ハ第二項ノ如ク全然タル適用ニアラサルモ亦第一項ノ精神ヲ適用シテ少異ノ場合ヲ規定シタルナリ例之ハ他人ヲ殺スノ意アリテ其行為ヲ爲シタルニ後チ其人ヲ見レハ自己ノ父ナリシカ如シ此時ハ普通ノ殺人罪ニ付テハ其意思アリ又其行爲アリト雖トモ父ヲ殺スト云フ點ニ至リテハ其行爲アルモ其意思ナカリシ故ニ此點ノミヨリ觀察スレハ無意犯ナリ然レトモ父モ人ニ相違ナケレハ普通ノ殺人罪トスルニ於テ一點ノ妨ケナシ是本項カ重キニ從テ論セス輕キニ從テ罰ストシタル所以ナリ又放火ノ場合ニ人ノ居住セサル家屋ナリト信シテ放火セシニ人ノ住宅ナリシトキモ亦輕キ放火ノ罪ノミヲ論スヘシ是亦至當ノ例證ナリ

之ヲ要スルニ犯罪ノ意思ナキ所爲ハ犯罪人ニ向テ責任ヲ負ハシムルヲ得ヌ然レトモ亦之カ例外アリ第七十七條第一項末段ニ曰ク但法律規則ニ於テ別ニ罪ヲ定メタル者ハ此限リニ在ラスト彼ノ禽獸ヲ殺サントシテ過ヲ人ヲ殺セシ場合注意ヲ怠リシ爲メニ火ヲ失シタル場合ノ如キ洵ニ適例ナリ蓋シ此等ノ時ハ其加害者ニ罪ヲ犯スノ意ナキヤ明瞭ナリト雖トモ尙之ヲ處罰ス其他違警罪中此種ノ場合ハ少シトセス

如此例外ヲ規定シタル所以ノモノハ何ソヤ余ノ考察ニヨレハ之ヲ罰スルノ必要アリテ然ルナリ彼ノ過失殺傷ヤ放火ノ如キハ人ノ生命ヲ絶チ巨万ノ財産ヲ焼盡スルノ結果アルヲ以テ其事ノ危害ナル点ヨリ云ヘハ極メテ重大ニシテ秋毫モ寬假スヘカラサルモノナリ故ニ是等重大ナル危險ノ所爲ハ可成的之ヲ防遇セサルヘカラス但タ如何ニ刑罰ヲ加フルモ到底其危害ヲ防遏スルヲ得サルトキハ其刑罰ヤ何等ノ必要ナシ然レトモ例外ハ場合ハ各人ノ注意ヲ喚起スレハ能ク之ヲ未發ニ防クノ効驗ヲ奏スルヲ得ヘシ唯タ其注意ハ尋常ノ注意ヲ爲サシムルノミニテハ未タ以テ其害ヲ防止スルニ足ラス必ス非常ノ注意ヲ爲サシムルノ

シムルヲ要ス而シテ非常ノ注意ヲ爲サシムルニ勢ヒ刑罰ノ制裁ヲ付シテ之ヲ警戒セサルヘカラス是ニ於テカ刑罰ノ必要ヲ見ル例ヘハ余馬車ヲ疾驅シテ往來ノ人ヲ曳殺シ爲メニ一タヒ處罰セラル、時ハ金固ヨリ之ニ懲リテ其後ヲ誠シムヘシ社會モ亦人々互ニ相警醒シテ躊躇自重スルニ至ラン夫レ然リ然レトモ他人ノ所有ニ屬スル物品ヲ自己ノ所有品ナリト信シテ持飯ルカ如キハ縱令如何ナル刑罰ヲ科スルモ其効驗甚タ少カルヘシ故ニ法律モ亦過失竊盜ノ罪ヲ罰スルノ規定ヲ設ケス特ニ此等ノ行爲ヨリ生スル損害ハ容易ニ之ヲ回復スルヲ得ヘシト雖トモ過失殺傷又ハ失火ノ如キハ一旦此殃禍ニ遭遇スル以上ハ決シテ十分ニ之ヲ回復スルヲ得ス是レ第七十七條第一項但書ノ例外アル所以ナリ

社會保存主義ニ依リテ説明スレハ其理由此ノ如シ折衷主義ヲ唱道セルボアソナード氏モ亦余ノ説ト其結論ヲ同一ニセン蓋シ道德上重大ナル危害ノ所爲ハ非常ノ注意ヲ加ヘテ之ヲ行フノ義務アリ若シ此義務ヲ怠ルトキハ當ニ社會ヲ害スルヨト甚シキノミナラス亦道德ニ背戾スルコト大ナリ故ニ宜シク刑罰ヲ

加ヘテ之ヲ懲戒セサルヘカラス
 或論者ハ此例外ヲ引説シテ意思ハ犯罪人ニ責任ヲ負ハシムルノ一原素ニ非スト云フト雖トモ其非理ナルコトハ前既ニ排駁シタルヲ以テ今又茲ニ贅言セス此ノ如ク無意犯ハ注意ヲ怠リタシノミニテ罰セラルルモ有意犯ハ法律ノ禁スル行爲ヲ爲スノ意アルニ非サレハ之ヲ罰セス已ニ法律ノ禁スル行爲ヲ爲スノ意アルヲ必要トスル以上ハ必ス法律之ヲ禁シ且其者法律ヲ知得シタルヲ要スルナラン若シ日本刑法ニ於テ竊盜ヲ禁制セサルトキハ假令ヘ意アリテ其行爲ヲ爲スモ決シテ其者ヲ罰スルヲ得ス其亦禁制アルモ之ヲ知ラスシテ爲シタルトキハ其者ヲ罰スルヲ得ス其禁制ナルコトヲ熟知シ而シテ其行爲ヲ爲ス者ニシラ始メテ罰スヘキニアラスケ然レトモ刑法第、七、十七條末項ニ據ヘ法律規則ヲ知ラサルヲ以テ犯スノ意ナシト爲スコトヲ得スドノ規定アリテ假令ヘ其禁令ヲ知ラサルモ尙之ヲ知レル者トシテ處罰セラルヘシ此規定ハ全ク推測ニ基因シタルモノニシテ單純ナル道理上ヨリ論下スルトキハ眞實ヲ知リタルモノニ非サレハ之ヲ罰スルヲ得ス然ラハ實際知ラサル者ヲ知リタルモノトシ

罪ナルモノハ苟クモ道理心ヲ具フル人ハ皆其所爲ノ惡事ナルコトヲ知リ其所爲ノ行フヘカラサルコトヲ感シ其行爲ノ罰セラルヘキヲ察スヘシ故ニ知ラサルヲ知レントシテ之ヲ罰スルモノ一概ニ其非ヲ咎ムヘカラス人定ノ犯罪ニ至テハ如何時ト國トニ由リテ或ハ其所爲ヲ禁シ或ハ其所爲ヲ禁セス是ヲ以テ元來法律ヲ知ラサル者ヲ捕ヘ已ニ知リ居ルモノト推測シテ其者ヲ罪辟ニ陥ル、ハ甚タ過酷ニ失セサルカ然ラハ其者ヲ無罪トシテ之ヲ罰セナランカ他又大ナル弊害ヲ湧出ゼン何トナレハ夥多ノ犯人各々法律規則ヲ知ラサルヲ口實トシテ法網ヲ潜脱セントスル者續々トシテ生スヘケレハナリ蓋シ法律ハ社會ノ保存ニ必要ナルカ爲メニ之ヲ設ク然レハ其目的ヲ達セシムコトモ亦極メテ必要ナリ然ルニ犯人ニシテ數々法網ヲ潜脱センカ如何ニシテ法律ノ目的ヲ達シ社會ヲ保持スルヲ得ルカ法律ノ目的ヲ達スルヲ得サレハ其法律ヤ全ク徒法タルニ至ラソ是レ法律ヲ知ラサルモ知リタリト看做シテ罰スル所以ナリ加之ナラス人定ノ犯罪ニ對スル刑罰ハ皆是レ罰金ニ止マルハ常ナリ故ニ其刑罰ハ無意犯ニ對スルモノニ均シ然ラバ或注意ヲ怠ル者ニ之ヲ科スルキ甚シキ不正ニアラス而

シテ法律ヲ知ラサル者ハ實ニ或義務ヲ、怠リシ不注意ノ責ヲ免ヘス蓋シ、一國社會ニ接息シテ其國ノ保護ヲ受クル以上ハ必ス先ツ其國ノ法律ヲ知ラサルヘカラサルハ一般ノ義務ナリ然ルニ之ヲ知ラヌシテ其法律ニ反スルハ全タ其者ノ過失ナリ自己ノ過失ヲ理由トシテ刑辟ヲ免脱セントスルノ不道理ハ決シテ之アルコトナシ故ニ理論上ヨリ觀ルモ本條末項法律ヲ知ラサル者モ之ヲ知レリトシテ罰ストノ規定ハ一概ニ不正當ト断言スルヲ得ナルナリ。

(第二百由ノ缺欠) 犯人ニシテ自由ヲ缺欠スル以上ハ如何ナル所爲ヲ行フモ之ヲ無罪トスルヲ得ス是レ蓋シ意思ナクシテ犯罪ヲ爲シタルトキト殆ント同一ナル理由ニ基ケリ今夫レ法律ノ禁制スル事ナルカ故ニ之ヲ爲サ、ラント欲セハ爲サ、ルコトヲ得ヘク法律ノ許容スル事ナルカ故ニ之ヲ爲サント欲シテ爲スコトヲ得此權能ハ即チ自由ナリ若シ此權能ナシトゼンカ如何ナル刑罰ヲ設ケテ之ヲ罰スルモ到底其目的ヲ達スルヲ得ス何トナレバ已レカ爲サ、ラント欲スレハ則チ之ヲ爲サ、ルヲ得ル者ニシテ始メテ法律ヲ守ラシムヲ得ヘク法律ヲ守ルヲ得ル者ニシテ法律ニ違背スルニアラサレハ之カ刑罰ヲ科スルノル所以ナリ。

必要ナシ己レ自ラ止メント欲スルモ自止スルヲ得サル者ニ向テハ如何ニスルモ法律ヲ守ラシムヲ得ス故ニ社會必要ノ点ヨリ云フモ道徳上ヨリ云フモ自由ヲ缺欠スル者ニ犯罪ノ責任ヲ負ハシムルコトヲ得ス是レ自由ナクシテ犯シタル所ノ行爲ハ縱令ヒ刑罰ヲ科スヘキモノト雖トモ之ヲ無罪トセサル可ラサル所以ナリ。

犯罪人カ其自由ヲ喪失スルハ通常強制ヨリ生スルモノトス而シテ其強制ハ觀察ノ点ニヨリ二様ニ區別スルヲ得第一ハ人爲ノ強制及天然ノ強制ナリ人爲ノ強制トハ他人ヨリ受クル所ノ強制ニシテ天然ノ強制トハ天變地異ヨリ受ル處ノ強制ヲ云フ又第二ハ有形ノ強制及と無形ノ強制ナリ有形ノ強制トハ身体上ニ受クル強制ニシテ無形ノ強制トハ心意上ニ受クル強制ナリ我刑法ハ第七十五条及び第七十六條ニ於テ自由ヲ虧欠シタル場合ヲ規定シタリ而シテ第七十五条第一項及第七十六條ハ人爲ノ強制ニ關シ第七十五條第二項ハ天然ノ強制ニ關スルニ似タルモ決シテ此ノ如ク狹隘ニ解釋スルヲ得ス又有形無形ノ強制ヨリ看察スルトキハ第七十六條ノ場合ハ多ク有形ノ強制ナクシテ無形ノ強制

ナルヤ疑フヘカラス而シテ第七十五條ハ有形無形ノ強制共ニ之ヲ包含スルモノ
亦更ニ疑フヘカラサルナリ
第七十六條以外ニ有形ノ強制ヲ見ル場合ハ甚タ稀ナルヘシ然レトモ絶無ト云
フヲ得ス今第七十五條第一項ニ就テ之カ例ヲ舉示センニ膂力万人ニ勝レタル
強勇ノ者カ鉄砲ヲ執テ無理ニ余ノ手ニ持タシメ而シテ甲者ニ向テ放發セシム
ル場合ノ如キ又甚タ稀有ナルヘキモ余ノ手ヲ取テ強テ証書ヲ共筆セシムルカ
如キ皆是有形ノ強制アル場合ナリ自然ニシテ且有形ノ強制ニ至リテハ其場合
一層稀有ナルヘシ然レトモ余十分注意ヲナシテ道路ヲ通行セシニ俄然大風吹
來レルカ爲メニ余倒レントシテ他ノ通行人ヲ傷ケタル場合ノ如キ之カ一例ナ
リ此等ノ場合ハ總テ刑罰ヲ受クルノ責任アルコトナシ
之ニ反シテ實際屢見ル所ノモノハ無形ノ強制ナリ或學者ハ無形ノ強制ヲ受ケ
テ罪ヲ犯シタル者ハ減輕シテ之ヲ罰スルハ或ハ可ナルヘシ全ク犯罪ノ責任ナ
キモノトシテ之ヲ無罪トスルニ至リテハ不可ナリト爲ス其言ニ曰ク身体上ニ
強制ヲ受クルニ非スシテ單ニ心意上ニ強制ヲ受クルトキハ被強制者ハ強制ノ

犠牲トナルモ犯罪ヲ峻拒スルト強制ノ奴隸トチリテ罪犯ヲ行フト執レカ其一
ヲ選擇スルノ自由ヲ有スルハ疑ヲ容レス而シテ人此ノ如キ境遇ニ際會セシトキ
ハ人間ノ德義上何處マテモ其心ヲ剛毅ニシ縦令ヒ己レノ生命ヲ絶タルニ至ル
ト雖トモ尙ホ犯罪ヲ行ハサルノ方向ヲ擇取セサルヘカラス然ルヲ強制ノ爲メ
遂ニ犯罪ヲ行フニ至ルハ當然自ラ犯意ヲ惹起セシニ非スト雖トモ尙ホ全ク自
由ヲ欲欠シタリト云フコトヲ得ス是ヲ以テ其者全ク責任ヲ免ル可ラサルハ事理
上當サニ然ラサルヘカラサル所ナリト然レトモ余ハ此論ニ服從スルヲ得ス他
人ヨリ強制ヲ受クルモ其身ヲ殺シテ犯罪ヲ爲サルカ又ハ生命ヲ惜シテ犯罪
ヲ爲スカ二者其一ヲ擇取スルノ自由ハ十分之レアラン然ルニ此場合ニ身ヲ全
フシテ犯罪ヲ行フハ眞實ナル自由ハ發行ナリト云フヲ得ルカ強制ノ束縛アル
カ爲メニ止ムコトヲ得ス犯罪ヲ行フノ惡方向ヲ擇取シタリ是豈ニ真正ニ自由ア
リト云フヲ得ンヤ且此ノ如キ場合ニ自由アリトシテ善方ヲ取ラサルヲ責ムレ
ハ各人ニ義勇ノ美德ヲ望ムモノナリ人ヲ責メテ美德ヲ行ハシムルハ道徳ニシ
テ法律ノ間フ可ラサル所ナリ故ニ日本刑法ハ勿論何國ノ刑法モ反對者アルニ

拘ハラス無形ノ強制ヲ受ケテ爲シタル所爲ハ刑罰ノ責任ナキモノト爲セリ
○(注意)強制アリテ自由ヲ失フト云フ、得ルニ付テハ其強制ハ決シテ抗拒スヘカラサルヲ要ス(第七十五條第一項及ヒ第七十六條然ルニ抗拒スヘカラストハ事實ハ人々ニ因リテ各異ナルモハナレハ決シテ同一ノ強制ヨリ同一ノ推定ヲ爲スヘカラス例ヘハ勇豪ノ者ハ斯々ノ犯罪ヲ行ハサルトキハ殺ス可シト迫ラルトモ少シモ恐怖セサルモ知ルヘカラスト雖トモ怯弱ノ者ハ單ニ打毆ノ勢ヲ示シタルノミニテ深ク畏懼シ之カ爲メ其自由ヲ失フコトナシトセス故ニ其強制アリシヤ否ヤヲ認定スルヤ強制ヲ受ケタル者ハ性質年齢及強制セントシタル場所トヲ詳知セサルヘカラス即チ強制アリシヤ否ヤヲ知ルハ必竟事實ノ問題ニ属スルモノトス

○(注意)強制ハ常ニ他人ヨリ受ルニアラサレハ強制ト云フコトヲ得ス故ニ自己ノ情欲ヲ強制スルヲ得サル如キハ強制ニアラサルナリ例ヘハ激怒ノ餘リ是非善惡ヲ考量セスジテ爲シタル行爲ノ如キハ無形ノ強制アリタルモノトシテ其行爲ヲ論シテ無罪トスルヲ得ス是殺傷ニ關スル特別ノ宥恕ノ規定アル

目見ルモ明カナリ即チ本夫カ姦所ニ於テ姦夫姦婦ヲ殺傷セシ場合ノ如キ若シ本夫ノ怒情ニ制セラルヽノ點ヨリ看察スルトキハ甚タ強制ナルニ似タリト雖トモ刑法ハ之ヲ強制ナリトセスシテ單ニ其罪ヲ宥恕スルニ止メタリ以上抗拒スヘカラサル強制ニ因リテ自由ヲ喪失スルコトニ付テノ大体ヲ見タリ尙ホ自由ヲ失フ場合ヲ詳密ニ講究スルニハ強制ニ脅嚇ヨリ生スルモノ危害ヲ免カレントスルヨリ生スルモノ及ヒ命合ヨリ生スルモノアレハ此三箇ノ場合ヲ分テ研究セサル可カラス

第一 脅嚇ヨリ生スル強制 此強制ヲ與フル原因ニ二種アリ暴行脅迫即チ是ナリ夫レ暴行又ハ脅迫ヲ受け如何ニスルモ抗拒スル能ハスシテ犯シタル所罪ハ總テ無罪トセサルヘカラス尙トナレハ抗拒スヘカラサル強制ヲ與フル所ノ暴行脅迫ハ多ク人ヲシテ其生命若クハ身体ニ及ブヘキ危害ヲ感セシム而シテ生命ヲ放擲シ身体ノ負傷ヲ顧慮セスシテ泰然罪ヲ犯サル真ニ有徳ノ人ニアフサレハ克クスルコトヲ得サレハナリ即チ其所爲ハ自由ナキヨリ眞意ニ反スルモノナレハナリ第七十五條第一項ニヨリ其意ニアラサルハ所爲トハ蓋シ自

斯ノ如ク生命ヲ害シ身体ヲ傷ケントスル暴行脅迫ヲ受ケ犯罪トナルヘキ所爲ヲ行フタルトキハ其者ヲ無罪トセサル可ラサルハ毫モ疑ヲ容レス今若シ其暴行脅迫ニシテ財産ニ危害ヲ及ホサントスル状形ナルトキハ如何一概ニ無罪トスルコトヲ得サルノミナラス却テ此場合ハ多ク犯罪ヲ構成スト云ハヽ真ニ庶幾カラソ然レトモ是必竟事實ノ問題ニ属ス何トナレハ此種ノ暴行脅迫モ亦往々人ノ自由ヲ奪フニ足ルコトアレハナリ例之ハ今甲者アリ乙者ニ向ヒ汝丙某ヲ殺セ若シ之ヲ殺サヽルトキハ予ハ汝ノ疊ヲ破り汝ノ障子ヲ毀タント云ハント云ハシテ乙者ノ自由ヲ壓屈スルニ足ラス何トナレハ低廉ノ家具ヲ失フモ極惡ナル犯罪ヲ爲サヽルハ世間通常ノ事ナレハナリ然レトモ若シ前例ヲ變シテ汝汝ノ隣人某ヲ暗殺セヨ若シ予ノ言ニ從ハサレハ予ハ汝ノ家屋ヲ燒盡スヘシト云ハシカ此脅迫ハ十分其者ノ自由ヲ壓屈スルニ足ラシムトナレハ此ノ如キ時ニ際シテ縱令ヒ自己ノ家屋ヲ燒盡セラルヽモ隣人ノ生命ヲ絶ツ勿レト云フハ自己ノ生命ヲ放擲スルモ罪ヲ犯ス勿レト云フト大差ナカルヘケレハナリ故ニ

第二ノ場合ニ於テハ財產ニ對スル強迫ナリト雖トモ尙ホ抗拒スヘカラサル強制アリテ自由ヲ失ヘルモノトシテ之ヲ罰スルコトヲ得サルナリ次ニ暴行ニシテ他人ニ及フヘクノ身体制ニ關セサルトキモ亦抗拒スヘカラサル強制アリト云フヲ得ルカ例之ハ汝某家ニ聞入シテ家財ヲ盜奪セサレハ予汝ノ子ヲ斬殺セント云フカ如シ是尙ホ抗拒スヘカラサル強制ト云フヲ得ルカ本例ノ如ク暴行ヲ受クル者被脅迫者ノ親屬ニ係ルトキハ勿論其他二人ノ關係ト重大ナル畏懼ヲ懷カシムルニ足ルト看做シ得ルトキハ其犯人ハ自由ヲ缺キタリトシテ無罪トスルコトヲ得テ後日又犯行シテ再び其犯人を捕獲シテ再び其犯人を起訴シテ再び其犯人を判決シテ再び其犯人を執行シテ然ラハ暴行脅迫ノ行爲人ノ生命ヲ害シ身体ヲ傷ケントスルカ又ハ自由ヲ屈屈スルニ足ルヘキ恐怖ヲ生セシメタル場合ハ總シテ抗拒スヘカラサル強制アリト云フヲ得ルカ曰ク否只之ノミヲ以テハ未タ爾カク斷定スルヲ得サルナリ即チ其暴行脅迫ト犯罪トナルヘキ行爲ハ同時ナラサル可カラス故ニ例ヘハ汝明日某倉庫ニ入リテ貨物ヲ盜奪シ來ラサレハ他日子ハ汝ノ生命ヲ取ラント云ハ概シテ抗拒スヘカラサル強制アリト云フヲ得ス何トナレハ其暴行脅迫ハ之スルニ足ル

強制スルヲ爲シテ強制ス
如テ九種四の事例

ヲ免ル、コトヲ得サルニ非サレハナリ加之ノミナラス犯罪ナルヘキ行爲ハ脅迫ト同時ナルモ尙ホ未タ抗拒スヘカラサル強制アリト云フヲ得ス脅迫スル危害ノ實行モ亦犯罪ト同時ナルノ觀アルコトヲ要ス即チ多少現時ノ危害ナラサルヘカラス是故ニ汝今隣家ニ入テ某々ノ財産ヲ盜取スヘシ若シ盜取セサレハ予明日汝ノ生命ヲ絶タント云フ如キハ其脅嚇ト犯罪ハ同時ナルモ其危害ノ至ルヘキハ翌日ナルヲ以テ假設ヒ其云フ所ニ從ハサルモ危害ハ之ヲ防禦スルヲ得ヘシ故ニ抗拒スヘカラサル強制ト云フコトヲ得ス脅迫ニヨリ生セントヲ恐ル、危害ハ犯罪ト同時ナラサルヘカラス然レトモ其危害ハ常ニ犯罪ト同時ナラサルヘカラスト云ハ、大ニ語弊アルヲ免レス蓋シ第一ニ汝今某人ヲ殺害セサレハ予此秋水ヲ以テ汝ノ頭ヲ刎子ント云フモ其危害ハ未タ焦眉ニ切迫セリト云フヲ得ス第二假令ヒ危害ハ現時ナラサルモ自由ヲ奪フコトアルヘケレハナリ故ニ上來ノ事ハ通常ノ場合ニ就テ概言シタルヲ注意スヘシ以上第一ノ強制ヲ說了セリ此強制ニ因リテ罪ヲ犯シタルトキハ無罪ナルコトハ第七十五條第一項ニ之ヲ規定ス故ニ本項ニ其罪ヲ論セストアルハ罪アルモ

之ヲ問ハスト云フノ意義ニアラスシテ罪トシ罰セス云フ意義ニ解スヘシ

(第二) 危害ヲ避ケントスルヨリ生スル強制 第七十五條第二項ニ曰ク天災又ハ意外ノ變ニ因リ避クヘカラサル危難ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身体ヲ防衛スルニ出テタル所爲亦同シト故ニ天災其他ノ事變ニシテ自己ノ豫想セサル危難ニ遭遇シ犯罪トナルヘキ所爲ヲ行フニアラサレハ是等ノ變難ヲ避ケルヲ得サルトキハ其所爲ハ實ニ自由ヲ缺欠シタルニ出ツルモノナルヲ以テ之ヲ無罪トセサルヘカラス何トナレハ人ノ保護セント欲スルモノハ種々アリト雖トモ身體生命ハ其中ニ就テ最トモ人ノ保タンツスル所ノモノナリ且此身體生命ニ及フ所ノ危難ハ多ク直チニ之ヲ防カサレハ容易ニ避ケルコトヲ得ス故ニ此種ノ危難ニ遭際シテ他人ヲ害スル行爲ヲ行フハ自己ノ防衛上已ムヲ得サルニ因ル即チ其意ニアラサルノ所爲ナリ

所謂ル天災ノ危難トハ如何ナル場合ヲ云フカ今先ツ通常人ヲ引用スル一例ヲ舉ケテ之ヲ示サン一日甲乙ノ二人海ニ孤舟ヲ泛ヘ魚蝦ヲ釣ランカ爲メニ鋪ヲ卸セシニ暴風驟カニ怒濤ヲ揚ケ來リ將ニ其船ヲ覆沒セントシ若シ一人ノ生命

ヲ全セント欲セハ他ノ一人ヲ海ニ擣セサルヘカラスト是ニ於テ甲乙ヲ擣シテ海底ニ沈メ因テ自己ノ生命ヲ失ハサルカ如キ是ナリ其他洪水ノ起リタル場合ニ漸ク一人ヲ通行セシムル道路ヲ奔リ死生ノ間僅カニ一髪ヲ存スルトキ己レ他ヲ倒シテ其生命ヲ全セシ場合ノ如キモ亦天變ノ危険ト云フヘキナリ然ラハ意外ノ危難トハ何ワヤ例へハ戰大ニ敗レ敵軍急ニ追撃シ來リ徒步ニテハ到底遁ル、コトヲ得サル時ニ方リ偶馬上ノ軍人ヲ見之ヲ殺害シテ其馬ヲ奪ヒ之ニ跨リ以テ自己ノ生命ヲ全フシタル場合ノ如キハ即チ人事ノ變難ニ遭遇スル場合ナリ是等ノ場合ハ皆自由ヲ虧欠シタル所爲ナリトシテ之ヲ無罪トセサル可ラス

今第二項ニ依レハ自己ノ身体ノミナラニ親屬ノ身体ヲ防衛スルニ出テタル所爲モ亦其罪ヲ論セス蓋シ自己ノ生命ヲ防衛スルトキハ之ヲ無罪トシテ妨ケナカルヘシ然レトモ親屬ノ生命ヲ救援スルカ爲ミニ他人ヲ殺害スルカ如キ時モ之ヲ無罪トスルハ何ノ故ナルカ之カ理由ヲ説明スル稍々困難ナルニ似タリト雖トモ又其理由ナキニアラス先ツ單純ナル普通ノ道理上ヨリ之ヲ探究スル時ハ一点

ノ疑ナ存セサルナリ何トナレハ親屬ハ其關係特ニ親密ナルハ常ナリ故ニ他人ニ比スレハ其危難ヲ救援セントスルハ切ナルヘシ隨テ他人ノ損害ヲ顧慮セシテ親屬ノ危害ヲ除カントスルハ誠ニ人ノ免カル可ラサル所ナリ是即チ其所爲ノ犯罪トナルヘキトキト雖トモ之ヲ罰セサル所以ナリ加之ナラス親密ナル親屬ニシテ一朝避々ヘカラサル危難ニ遭遇セシ場合ニ當リ之ヲ救援スルノ熱心ナルヨリ止ムヲ得ス他人ヲ殺スカ如キニ至ルハ實ニ其意ニアラサル所爲ナリ即チ自由欲欠ノ所爲ト云フヲ得ヘシ然シ是レ法ノ推定ナレハ時ニ或ハ自由ヲ失ヘサル所爲モ亦之ヲ罪トシ罰セサルコトナシトセス

本項ニ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是レ制限ノ文字ナレハ朋友ノ身體ヲ防衛スルニ出タル所爲ハ本項中ニ入ラサルナリ然レトモ余ノ論理ニ依レハ総合ヒ朋友ノ危難ヲ救援スル場合ト雖トモ猶ホ親屬ヲ拯救スルト同一ノ感情ヲ以テスルコトアルヘシ此ノ如キ時ハ其心神上ニ強制ヲ受ルコト毫モ親屬ノ場合ト徳庭ナキヲ以テ是亦無罪トセサルヘカラス是故ニ朋友ト雖トモ親愛ノ情骨肉ニ勝リ其者ノ危害ニシテ十分強制ヲ與フルニ足ルト

本章第一節は自己の身を守るための法律である。二百六十二
節全体を構成する二十二の項のうち、五百四十九節は、

キハ其所爲ハ之レヲ無罪トナシ、只法律ノ推定ナキカ故ニ、自由ヲ失ハシメタル
強制アリタルコトヲ證明セサル可ラス即チ第一項ニ依リテ無罪トナスコトヲ
得

天災若クハ意外ノ變災ノ爲メニ避クヘカラサル危難ニ逢ヒ自己若クハ親屬ノ
財産ヲ防衛スルニ出テタル所爲ハ無罪トスルヲ得サルカ曰ク此場合ハ全ク事
實ノ問題ニ属スト雖トモ財産ニ及ブ所ノ危害ハ通常他人ヲ害スルモ尙ホ之ヲ
避ケサル可ラサルカ如ク重大ナラス且財産ノ危害ヲ防衛スルハ他人ヲ害セサレ
ハ能ハサルカ如ク切迫ナラス然レトモ時トシテ其危害重大ニシテ且切迫ナル
コトアルヘシ此ノ如キ時ハ則チ其者ヲ罪トシテ罰スルヲ得ス例へハ隣家火ヲ
失シテ將ニ已シノ家屋ニ延焼セントセシ場合ニ自分ノ井戸ニ水涸レタルヲ以
テ隣人ノ牆壁ヲ破壊シ而シテ其井戸ヲ汲用シタル時ノ如キハ其所爲牆壁棄損
ソ罪ヲ構成スヘシト雖トモ法律ハ之ヲ罪トシ論スヘカラス何トナレハ此場合
ノ如ク自己ノ家屋ニ延焼スルト雖トモ尙ホ他人ノ牆壁ヲ破損スヘカラスト命
スルハ難キヲ人ニ責ムルモノナレハナリ

以上列舉セシ例示ハ通常ノ場合ヲ見タルナリ時トシテ事實上受タル所ノ危害
寡少ニシテ爲シタル所ノ犯罪重大ナル時ト雖トモ尙且此條ニ依據セサルヘカ
ラサルコトアリ例へハ婦女ノ如キ其心極メテ狹隘ナルヨリ低價ノ物品ヲ失ハ
ントスルトキニ當リ重大ナル犯罪トナルヘキ所爲ヲナスモ其罪ヲ問フヲ得サ
ルカ如キ是レナリ而シテ其心ハ狹隘ナルヤ否ヤハ全ク事實ノ問題ニ属スルヲ
以テ一概ニ之ヲ決スルヲ得サルナリ

茲ニ一問題アリ今凜寒凍死スルニ垂ントシテ他人ノ衣類一枚ヲ盜奪シ又ハ餓
餓ニ迫ルモ食スルニ物ナキ時ニ方テ他人ノ握飯ヲ窃取スル等ノ場合ハ尙ホ抗
拒スヘカラサル強制トシテ之ヲ無罪トスヘキカ
此問題ハ佛國ニ於テモ古來ヨリ議論アル所ノ問題ニシテ今日ニ至リ尙ホ未タ
一定セス(第一説)ニ曰ク本問ノ場合ヲ抗拒スヘカラサル強制アリトシテ之ヲ無
罪トスルハ道德ニ背戾スルノ太甚シキモノニシテ不正ノ極ナリ何トナレハ勤
勉シテ勞働セハ凍餓ノ患ナカルヘキニ自ラ懶惰業ヲ務メス遂ニ此等苦痛ノ域
ニ陥リタル者ナレハ全ク自ラ其危難ヲ招キタリト云ハサルヘカラス即チ其貧

妻ノ困憊ハ原ト其者ノ自業自得ニシテ少シモ憐憫ヲ加フルノ謂ハレンキナリ
加之ナラス若シ此等ノ者ヲ無罪トスルトキハ何人モ勞働シテ世計ヲ營ム者ナク
竟ニ社會ノ安寧ヲ擾乱スルニ至ラン第二説ニ曰ク成程凍餒ノ苦穢ヲ嘗ムルハ
或ハ其者ノ懶惰ヨリ生セシモノナラン然レトモ此理由ノミヲ以テハ未タ此問
題ヲ解明スルニ足ラス本問題ノ主眼ハ斯ノ如ク凍餒ノ餘リ他人ノ衣食ヲ掠奪
シタルハ則チ自由ヲ歛欠シタルニ出ツルヤ否ヤヲ研究スルニ今一椀ノ飯ヲ喫
食セサレハ必死スト云フカ如キ場合ニ他人一粒タモ之ニ恵恤スル者無シト
仮定セヨ此ノ如キ時ハ其餓死ニ瀕スル者ハ何等ノ強制ヲ受ケス又毫モ自由ヲ
失ハスト云フヲ得ヘキカ原ト自己ノ生命ヲ保護スルハ各人天賦ノ性情ナル以
上ハ決シテ強制ヲ受ケス自由ヲ失ハスト云フヲ得サルナリ果シテ然ラハ其強
制ヲ受ケ自由ヲ失フハ原ト懶惰ナルニ出ツルトスルモ是レ遠因ナリ故ニ之ヲ無
罪トセサルヘカラス且ツ又反對論者ハ社會ノ爲メニ危險ナリト云フモ其危險ナ
ルヤ否ヤハ証據上ノ事ニシテ本論ニ關係ナキナリ良しヤ一步ヲ譲リテ果シテ
危險ナリトスルモ實際自由ヲ失フタル事實ヲ煙滅シ去ルハ決シテ正シキヲ得

タルモノナリト云フヲ得ス

命令ヨリ
強制生

此ノ如ク二説相持シテ互ニ一致セサルモ實際上凍餒ニ切迫シテ今ヤ死セント
スルトキニ際スルモ之ヲ恵恤セサルハ恰ント稀有ナレハ社會ノ進捗スルニ隨
結ヒ局此議論ノ價値ナ失フニ至ルナラン

第三、命令ヨリ生スル強制 命令ニ二種アリ曰ク法律ノ命令曰ク上官ノ命令是
ナリ法律ノ命令トハ裁判官カ禁錮ナ命スルカ如キ司法大臣カ天皇ニ奏請シテ
犯人ナ絞殺スルカ如キ皆法律ノ命令ナリ蓋シ殺人ノ所爲監禁ノ所爲ハ素ト
罪トナルヘキ所爲ナリ然レトモ法律命令ナ行フカ故ニ罪ニアラス盡シ法律ノ
禁止ニ背戾シテ始メテ罪トナルヘケレハナリ故ニ此ノ如キ場合ハ第七十六條
ノ規定外ニアリ此條ハ精神ハ上官ノ命令正當ナラス而シテ其命令ニ從ヒ爲シ
タル行爲罪トナルヘキ場合即チ威權ノ命令ニテ犯罪ナ爲シタル場合ヲ規定ス
若シ上官ノ命令ニシテ正當ナル場合即チ彼ノ裁判所ノ書記カ所長ヨリ兵隊ヲ
召集シ來レト云フカ如キハ正當ナル命令ニアラサルモ裁判官ハ裁判官ノ出ス
ヘキ命令將士ハ將士ノ出スハキ命令ナ下シ而シテ下吏其命令ヲ遵奉スルハ當

然ニシテ其罪タラサル又毫モ疑ナキナリ若シ其命令不正當ナレハ始メテ第七十六條ヲ適用ス而シテ之ヲ適用スルニハ下吏其命令ノ正不正ナ識別シテ正當ナル命令ヲ遵奉スルヲ要スルカ將タ正不正ナ問ハス命令ヲ遵奉セシノミナ以テ足レリトスル久今此事ナ明ニセントスレハ兵事ニ關スルト通常ノ行政ニ關スルトナ區分セサル可ラス

第一場合

(第一場合) 兵事ニ關スル命令 凡ソ將校ノ下ニ服從スル所ノ兵士ハ其上長官タル將校カ出ス所ノ命令ナレハ如何ナル命令ナルヲ問ハス總テ之ヲ執行セサルヘカラサル義務アルカ此ノ點ニ付テハ佛國ノ學者間ニ議論一定セサルカ如シ或ハ曰ク軍隊ノ性質上ヨリ云フトキハ命令ノ正否ニ因リテ或ハ罪トセスト云フコトヲ得ス何トナレハ兵事ニ關スル命令ハ極メテ嚴肅ナルヲ要スレハ下級ノ者ハ必ス上級ナル將校ノ命令ヲ遵奉セサルヲ得サレハナリ加之チラス兵事ニ關スル命令ハ時トシテ甚タ急速ナ要スルコトアリ此ノ如キ時ハ將校カ出ス所ノ命令ハ果シテ正當ナリヤ將タ不正當ナルヤナ識別スルヲ得サルナリ是故ニ下級ノ者ニシテ苟クモ將校ノ命令ニ從フテ爲シタルトキハ如何

ナル所爲ト雖トモ罪トナラサルナリト之ニ反對スル者ノ說ニ曰ク元ト法律ナルモノハ自己ノ生命ヲ拋擲スルモ尙ホ犯罪トナルヘキ所爲ナ爲スヘカラスト云フカ如キノ難キナ人ニ責ムルナ得サルヘシ然レトモ又一方ヨリ見ルトキハ人間ハ決シテ機械ト同一視スルコトナ得ヘカラサルヤ論ナ埃タス故ニ法律ノ人ナ待ツヤ意思アリ自由アリ識別アルモノトスルコト亦勿論ナリ然ルニ若シ第一說ニ從フトキハ兵卒ノ如キ將校ノ下級ニ居ル者ハ之ヲ器械ト同一視セサルヘカラサルニ至ラン是レ不當ノ太甚シキモノナリ且法律ハ威權者ノ命令ヲ遵奉スヘキ者ニ向テ其威權者ハ果シテ正當命令ヲ發スルノ權能アリヤ否ヤナ辨别スヘシト命シタル點ニ付テハ異論ナシ然ラハ其威權者ノ發スル命令ノ正否モ亦之ヲ甄別ギ得サルノ理ナシ故ニ縱合長官ノ命令ニ服從シテ爲シタル所爲ト雖トモ上官ハ正當ノ命令者ニシテ且ツ其發スル所ノ命令モ亦正當ナルトキニ非サレハ決シテ第七十六條ヲ適用スルコトナ得ス

若シ此第二說ナ以テ正鶴ナ得タルモノトスレハ第七十六條ハ全ク徒法トナラシ蓋シ善命令ト思惟スレハ之ニ服從メ惡命令ト思惟スレハ之ヲ拒絶スルハ自

己ノ智能自由ヲ使用シテ發スル所ノ所爲ナレハ自由ヲ缺キタリト云フナ得ス即チ仮令ヒ罪ナシトスルモ他ノ理由アルニ因ル自由ノ有無ヲ問ハサルナリ予ノ信スル所ニ依レハ(第七十六條ヲ適用スル場合ニ不正當ナル命令ナルモ皮相ヨリハ一見スレハ正當ナルカ如キ状態ヲ呈セル命令ニ服從シタル時ニ在リ故ニ例ヘハ將校カ兵士ニ對シテ汝某人ヲ斬殺スヘシト命スルカ如キハ一目シテ其不正當ナルコトヲ知リ得ルナ以テ此ノ如キ時ハ其命令ヲ拒絶スルナ得然レトモ將校カ隠ニ叛逆ナ企ツル目的ヲ有シ兵士ニ出陣ナ命スルカ如キハ則チ第七十六條ヲ適用シテ之ヲ無罪トセサルヘカラス

第二場合

(第二ノ場合行政ニ關スル命令)此場合ニ於テハ兵事ニ關スル命令ニ比シテ第七十六條ヲ適用シ得ヘキノ範圍更ニ狹隘ナルナ見ル何トナレハ行政ニ關スル命令ハ假令ヒ下僚ハ上官ノ命令ニ服從セサル可ラスト云フモ其紀律ハ軍隊ノ如ク嚴格ナラスシテ命令ノ執行モ亦兵事ノ如ク迅速ナ要スル事稀ナリ故ニ命令ノ曲直正否ヲ計考スルノ猶豫アレハナリ故ニ第一ノ場合ニ付テ第一説ナ爲ス者ノ説ニ據ルモ此命令モ威權者モ共ニ正當ナルヲ要スト爲ス況ニヤ第二説

ノ如キハ兵事ニ關スル命令ト雖トモ尙ホ且二者ノ正當ナルヲ要スト云ヘル以上ハ此場合ニ於テモ亦同一ナルヘキハ言ナ俟タヌシテ明カナリ
「然ラハ命令ノ正當ナルヤ否キハ何ニ由リテ之ヲ知リ得ルカ曰ク左ノ二條件ヲ具備スルトキハ其命令ハ正當ナルモノトスヘキナリ」

第一法律ニ反セサルヲ要ス

第二法式ニ反セサルヲ要ス

此二條件ヲ具有スル命令ヲ遵奉シテ行フタル所爲ハ假令罪トナルヘキ場合ト雖トモ之ヲ罪トシ論セサルナリ然レトモ茲ニ第一條件ニ就テ一ノ注意ヲ要スルモノアリ即チ若シ法律ノ意義ニシテ曖昧ナルトキハ自己ノ信スル説ニ據リテ命令ヲ拒絶スルヲ得ルカ曰ク然ラハ下僚ハ上官ノ解釋ニ從ハサル可カラス何トナレハ法律ノ意義ニシテ不明瞭ナル場合ニ上官ト下僚ト各其意見ヲ異ニスルトキハ何レカ一方ノ意見ヲ取ラサルヘカラス而シテ此ノ如キ時ハ下級ノ者ハ上級ノ者ノ服從スヘキハ元ト自然ノ順序ナリ故ニ下僚ハ上官ノ解釋スル所ニ從ヒ其發スル命令ハ之ヲ正當ナリトシテ執行セサルヘカラス蓋シ日本刑

法モ亦此理論ヲ採用セシモノナラン尤モ此事ハ明文ヲ掲記シテ之ヲ規定セサルモ第七十六條ニ本屬長官ノ命令ニ從ヒ云々トアルナ以テ推知スルニ足ル斯ノ如ク本屬長官ノ命令ニ從ヒ其財務上爲シタル行爲ハ假令罪トナルヘキモ之ナ罪トシ論セス然ラハ子カ父ノ命ニ從ヒ又ハ妻カ夫ノ命ニ從ヒ又雇人カ雇主ノ命ニ從フテ爲シタル行爲モ亦之ナ罪トシ論スルナ得サルニアラス然レトモ第七十六條ニ均キ明文ナキ以上ハ是等ノ行爲ハ皆罪トシ論シテ敢テ寛假セサルナリ其故何ソヤ夫タリ夫タリ雇主タル者ハ其子其妻其雇人ニ命シテ己レノ欲スル所ナ行ハシムルノ威權ハ或ハ之レ有ラン然レトモ上官ノ命令ト同一視ス可ラサルモノアリ蓋シ下僚カ上官ノ命令ニ從フヘキハ法律ノ認ムル義務ナリ子タリ妻タリ雇人タル者ハ是非善惡ヲ鑒別シテ善良ナル命令ナレハ之ニ服從スルノ義務アルヘシ父タリ夫タリ雇主タル者ノ命令ニシテ外面上正當ナルカ如キハ子妻若クハ雇人ハ自己ノ意見如何ニ拘ラス之ヲ執行スルトキノ義務ハ法律之ヲ認メス故ニ服從シタリトノ一事ナ以テ無罪トスルナ得サルナリ然レト其間ノ關係實際長者ノ命令ニ從ハサル可ラサル如キ事情アリテ其

欠知識ノ缺

命令ハ抵抗スヘカラサル強制ト見做スコトナ得ルトキハ第七十五條ニ依リテ無罪トナスナ得ヘシ是事實問題ニシテ實際ニ甚タ稀ナルヘシ又假令無罪トナラサルモ酌量輕減ノ理由トナスコトナ得ルハ勿論ナルヘシ第三智識ハ缺欠凡ソ人ハ智識ナ有シ是非ナ辨別シテ犯罪ノ所爲ナ行フニ非サレハ之ナ罪トシテ罰スルナ得ス何トナレハ善惡邪正ナ識別シ得サル者ニ向テ或所爲ナ禁シ又或所爲ナ命スルモ到底其効ナ奏セサレハナリ故ニ無智識ノ者ハ道徳上及必要上共ニ之ナ罰スルコトナ得ス蓋シ其之ナ罰スルモ無智無感毫モ其者ナ懲戒シテ後來復タ惡事ナ爲サハシメ父社會各人ニ向テモ將來ノ例示ト爲スニ足ラサレバナリ

我刑法ハ無智識者ノ三大種類ナ認メタリ曰ク精神上ノ障碍ナ受クル者曰ク年齡ハ幼少ナル者曰ク身體機關ハ不具ナル者是ナリ以下順次之ヲ説明セン第一精神上ノ障碍刑法第七十八條ニ單ニ罪ナ犯ス時知覺精神ノ喪失ニ因テ是非ナ辨別セサル者ハ其罪ナ論セストノ規定アルニ止マリ如何ナル場合ニ精神上ノ障碍アルカナ規定セサルナ以テ之ヲ決定スルハ極メテ困難ナルヘシト

雖トモ是ハ必竟事實ノ問題ニ屬ス故ニ能ク事實ヲ審査シテ其果ハ精神上ノ障碍病アリヤ否ヤナ判定スルヨリ他ニ途ナカルヘシ然レトモ今之カ一二ノ原因ヲ擧クル決シテ難シトセス以下簡單ニ之ヲ講究セン

一、白痴 生レナカラニシテ智識ノ甚不充分ナル者アリ又生レテヨリ幾年月ナ經テ智識ヲ喪失スル者アリ其何レ、ナ間ハス尋常人トシテト分ナル智識ナ有セサルナ白痴トス法律ハ白痴者ノ所爲ヲ罰セスト雖トモ少シク智識ナ具有スル者ハ之ヲ罰ス而シテ其全ク白痴ナルヤ否ヤナ定ムルノ標準ハ其智識ニ不十分ナル所アル者ハ尙ホ刑法上ノ責任アリ斯ノ如ク白痴ナルト否トハ全ク程度ニ關スルハ之カ己畫ナ定ムルハ裁判官ノ任ニシテ法律上之ナ一言スルナ得スヘキナリ

二、癡狂 凡ソ狂者ニハ種々ノ形狀アリテ一種ノ者ニアラス或ハ二年若クハ三年繼續シテ狂者トナルアリ或ハ一日若クハ二日ナ隔テ、狂疾ナ發スルアリ民法ニ於テハ第二ノ狂者モ第一ノ狂者ト同ニ支配ニテ常ニ瘋癲ナリト見做ス事ナ得ヘキモ刑法ニアリテハ然ラス第二ノ狂者ハ平愈セシトキニ行フタル所

爲ハ之ヲ罰シ發病中ニ行フタル所爲ノミ之ヲ無罪トセサルナ得ス又第三ニ偏狂ナル者アリ是レ平素ハ通常一樣ノ人間ナルモ或ル一二ノ事ニ就テ癡狂ナルナ云フ例ヘハ或種ノ人ナ見レハ之ヲ斬ラント欲シテ止ム能ハサル狂者ノ如ク又他人ノ物品ナ看レハ忽チ之ヲ盜取セントスルノ慾心ナ勃興スル偷盜狂者ノ如キ皆是ナリ是等ノ者ハ他凡百ノ事物ハ能ク善惡邪正ヲ計考シ得ルモ只其人ニ遇ヒ物ニ觸レテ俄ニ道義心ノ發作ナ失ヒ其欲スル所ナ遂行セントス是レ此偏狂者ハ之ヲ罰スルナ得サルカ余ノ考フル處ニ因レハ必ス罰セサルヘカラサル者ナリト信ス若シ此等ノ者ナ寃宥シテ其罪ヲ論セサルトキハ他都テノ犯罪者モ多クハ之ヲ罰スヘカラサルニ至ラン何トナレハ通常人ト雖トモ人ナ殺シ物ナ盜ムハ真正ノ理解心ナ一時慾望感情ノ爲メニ塞蔽セラル、カ故ナリ此ノ如クナラシシテ罪ヲ犯ス者ナキニアラサルモ甚タ多カラサルナリ故ニ法律ノ目的上ヨリ論スルモ是非善惡ヲ辨别シ能ハサル者ニ刑罰ヲ加ヘテ之ヲ懲戒シントスルハ何等ノ効驗ナキナ以テ之ヲ無罪トセサルナ得サルモ斯ノ如キ狂者ハ之ヲ罰シテ其者ナ懲戒スルナ得ヘク又大ニ將來此所爲ヲ爲サントスル者ナ

警醒スルニ足ルヘシ然テハ則チ宜シタ之ヲ罰セサルヘカラス然レトモ偏狂ノ度大ニ進ミ營ニ理解心ナ喪失スルノミナラス全ク精神ナ喪失スル者ナシトセス此ノ如キ者ハ前者ト異ナル所アリ前者カ犯罪ノ所爲ナ行フヤ全ク理解心ナ失ヒタルニアラス之ニ反シテ後者ハ全然精神知覺ナクシテ犯罪ノ所爲ナ行フモノナレハ其所爲ニ就テハ無我夢中ナリ若シ夫レ幾分カ精神アリテ犯罪ノ所爲ナ行フ者ハ犯罪ニ因テ得ル所ノ利益ニ比シテ尙ホ重大ナル苦痛ナ興フルトキハ能ク其罪ナ悛改セシムルナ得ヘシ後者ノ偏狂人ニ至リテハ如何ナル重刑ナ科スルト雖トモ毫モ莫所爲ナ止息セシムルナ得ス何トナレハ原ト犯罪ナ行フニ理由アリテ行フニアラサレハナリ故ニ事實上ノ問題ニ属スルモ偏狂人ニシテ犯罪ノ所爲ナ行ハ、其精神喪失ノ度ニ由リテ或ハ之ヲ罰シ或ハ之ヲ罰セサルヘシ
精神喪失ノ度ニ由リテ或ハ之ヲ罰シ或ハ之ヲ罰セサルヘシ

、三、夢中ノ所爲、深更突然躍起シテ傍人ナ斬殺シ普騰トシテ我ニ非サル者ハ之ヲ罰セス何トナレハ其所爲ハ假合ト殺意アリトスルモ睡眠中ニ属シ果シテ斯カル事ナ爲スノ善事ナルカ惡事ナルカナ辨别スルナ得サレハナリ故ニ此等

ノ場合ハ知覺精神ナ喪失タルモノトシテ之ヲ罰セサルナリ

、四、醉狂、人陶然泥醉シテ前後ナ辨别セサル場合ニ爲シタル所爲ハ其知覺精神ナ喪失シタル間ニ之ナ爲シタルコトナ證明スレハ其所爲ナ罰スルナ得ス然トモ醉ニ微醉アリ泥醉アレハ實際ノ事實ナ撿覈シテ其有罪無罪ナ定メサルヘカラス或ハ泥醉ナ不時ノ泥醉ト習慣ノ泥醉トニ區別シ不時ノ泥醉ハ偶然醉狂シテ犯罪トナルヘキ所爲ナ行フ者ナレハ之ヲ無罪トスヘキモ習慣ノ泥醉ハ平素之カ爲メニ數々非行ナ來タセシコトアレハ豫メ之ナ慎ムヘキニ尙ホ改悛セシテ牛飲シ爲メニ他人ナ殺害スルカ如キコトアラハ全ク其者ノ不注意ニ出フルナ以テ之ヲ罰セサルヘカラト云フ者アリ然レトモ此說採ルニ足ラス夫レ第七十八條ハ罪ナ犯ストキ知覺精神ナ喪失スルカ故ニ之ヲ罰セサルナリ蓋シ知覺精神喪失ノ餘ニ出タル者ナ罰スルモ何等ノ効驗ナケレハナリ今過量ノ酒ナ飲ンテ狂醉スルハ不注意ナルニ相達ナシ然レトモ醉狂ノ爲メニ全ク精神ナ喪失シテ人ナ殺害シタル所爲ニマテ不注意ノ結果ナ破及スルハ不正ト云ハサル可ラス何トナレハ酒ナ暴飲スルト殺人ノ所爲ハ全ク別箇ノモノナレハナ

次ニ故意ノ醉狂ナルモノアリ即チ醉狂ニ乘シテ人ナ殺害セんカ爲メニ故ラニ酒ナ暴飲スルコトアリ何等ノ意思ナクシテ醉狂シ偶然人ナ殺害スルトキハ前段ニ云ヘル如ク之ナ罪トシテ罰セサルモ犯罪ノ媒介ト爲サンカ爲ミニ暴飲シテ人ナ殺害スルトキハ其者ナ懲罰セサルヘカラサルカ學者多クハ此場合ナ以テ第七十八條ノ例外ニアラストナス何トナレハ初メ或所爲ナ執行セント欲シ故ラニ醉狂ノ勢ナ假リテ之ナ遂クルハ則チ知覺精神ナ喪失セサルナリ若シ知覺精神ナ喪失セシモノナレハ犯罪ナ執行スルニ至ルノ間ニ變更ナ生スヘキ筈ナルニ毫末モ此ノ如キ事ナク豫期ノ如ク實行スルハ精神ノ健康ナルナ窺知スルニ足レハナリト然レトモ變更ノ有無ハ癲狂ノ眞偽ニ關セス若シ實ニ精神喪失ノ結果ナルコトナ證明セハ之ナ罰スルナ得サルヘシ但此場合ニ此證明ナ爲スハ特ニ難シトス

以上ハ犯罪ノ當時ニ知覺精神ナ喪失シタル場合ナリ今若シ犯罪以後ニ知覺精神ナ喪失スルトキハ如何此場合ハ其人ナ罰セサルヘカラス然レトモ其結果ニ

至リテハ多ク二者殆シト徑庭ナキナリ何トナレハ狂人ハ自ラ法庭ニ立テ辯護スルナ得サルナ以テ其疾病ノ瘡瘍セサル間ハ之ナ罰スルナ得サレハナリ次ニ裁判宣告ノ后ニ知覺精神ナ喪失セシトキハ其刑罰ナ執行シテ可ナルカ此場合ハ引續テ之ナ執行セサルヘカラス然レトモ反對ノ說ナ爲ス者アリ曰ク刑罰ハ元ト犯罪人ナ懲罰スルハ其目的ノ一ナリ然ルニ狂者ニ向テ刑罰ナ執行スルモ少シモ懲誠ノ効驗ナ奏スルナク猶ホ禽獸ニ對シテ刑罰ナ執行スルト同一般ナレハナリ故ニ其疾病ノ快復ニ至ルマテ其執行ナ延期スヘシト然レトモ日本刑法ハ勿論佛國刑法ニ於テモ此事ナ規定セル法條アルナ見ス蓋シ刑罰ノ目的ナ達スルニハ必シモ其執行ナ要セスト思惟セシナラン何トナレハ犯人ナ責罰スルハ元ト刑罰ノ執行ニ關スル者ニ非シテ裁判官カ之カ言渡ナ爲シタル以上ハ已ニ其目的ナ達シタリト見做セハナリ故ニ例ヘハ一犯罪人アリテ十年ノ宣告ナ受ケ五年間服從セシ后チ特赦ノ恩典ニ浴スルモ刑罰ノ目的ハ十分ニ達セシ者ト云ハサル可ラス法律カ刑ノ執行ナ延期ス可ラサル所以ナランカ

(第三)年齢ノ不足ナ元來人ナ生レナカラニシテ智識ナ具ヘ道理心ナ有スト雖

トモ未タ之ヲ碎礫セサル以上ハ單ニ其發揚セントスル萌芽アルニ止マリ之ナ
成育スルニ從ヒ漸々發達スルモノナリ故ニ生レテヨリ僅ニ二三ノ星霜ナ經過
セン幼兒ハ其所爲ノ理非曲直ナ辨別スルノ識能ナキハ當然ノ事ナリ是ナ以テ
縱令ヒ如何ナル犯罪ノ所爲ナ行フモ之ヲ無罪トセサルヘカラス
然ラハ何歳ニ至ルマテ智識ナキ者トシテ可ナルカ此點ハ到底一定スルコトナ
得ス何トナレハ其者ノ天稟ノ資性身体ノ發育及ヒ教育ノ醇否ニ因リテ緩急遲
速各々相同意カラサレハナリ是ナ以テ各國ノ法律ニ於テモ亦各其規定ナ異ニ
シ羅馬刑法ハ男女サ區別シテ男ハ十歳半女ハ九歳半マテナ無智識ト爲シ英國
刑法ハ七歳マテナ全ク智識ナ具ヘサル者ト爲シ塊太利獨逸ノ或聯邦ニ於テハ
十歳マテナ無智識ト爲セリ

今事實上立法者ハ智識ナ有セサル幼者ノ年齢ナ一定スルコトナ得ルトスルモ
決シテ容易ノ業ニ非サルヘシ何トナレハ立法者カ此法律ナ規定スルニハ必ラ
ス歸納法ニ因リ世上ノ小兒ハ斯々ノ狀態ナルカ故ニ何歳未滿ハ無智識ナリト
スルヨリ他ニ途ナカルヘシ然ルニ歸納法ナ爲スノ材料タル小兒ノ狀態ハ雜多
ニシテ確然不變ノ標準ナケレハナリ必竟之ヲ一定スルハ甚タ困難ナリト云ハ
サルヘカラス
然ラハ如何ニスルモ智識ナ有スル幼者ト之ナ有セサル幼者トナ區畫スル能ハ
サルカ余ハ裁判官ノ財權ニ放任スルナ以テ最モ好方便ナリト信ス裁判官ハ能
ク各幼者ノ動作ニ注目シテ此者ハ智識ナ具ヘ彼者ハ智識ナ有セスト判定セハ
稍其實ナ得ルニ庶幾シ然レトモ若シ此全權ナ裁判官ニ一任スルトキハ又他ノ
弊害ナ釀成スルナ免カレス何トナレハ裁判官ノ氣質ノ寛嚴ニ因リテ同一ハ智
識ナ具有スル者モ或裁判官ハ智識ナキモナト爲シ又或裁判官ハ智識アル者ト
シテ其間有罪無罪ノ大差ナ生スレハナリ又或刑法學者ハ一例ナ舉テ事實上智
識ノ有無ナ決スルノ難ナ説テ曰ク今八歳位ノ小兒カ人ナ殺害シテ其死屍ナ隱
匿シタリトセヨ此小兒ハ果シテ是非善惡ナ辨別スルノ知識アリト看做スナ得
ルカ或一方ヨリ觀察スルトキハ知識ナ有スル者ト云フナ得ス何トナレハ一般
ノ小兒ハ死屍ナ隠匿スルヨリハ先ツ其身ナ逃晦スレハナリ然レトモ他ノ一方
ヨリ諦視スルトキハ此ノ如キ所爲ナ行フモ一概ニ知識アルモノト斷言スルナ

得ス或ニ死屍ヨリ迸出スル流血ヲ視テ畏悼セシヨリ之サ際匿セシヤ知ルヘカラ
ス隨テ最初ヨリ理非曲直ナ計考スルノ知識アリテ人チ殺害シタリト云フナ
得ス故ニ小兒ノ知識アルヤ否ヤナ一定スルハ決シテ易々タル業ニ非ラサルナ
リ然ラハ則チ假令ヒ充分ナラサルモ裁判官ナシテ小兒ノ知識アリヤ否ヤナ判
定セシムルヨリハ寧ロ法律ニ於テ何歳ヨリ何歳マテノ幼者ハ知識ナ有セサル
モノト推測シテ豫メ規定スルノ得策ニ如カサルナリ尤モ此方法ナ採用スルト
キハ或ハ知識アル者モ知識ナキ者トシテ刑罰ナ免ルノ嫌アラン然レトモ凡
ソ刑法ハ有罪ナ罰セサルヨリハ無罪ナ罰スルノ一事ナ慎重スヘキモノナレハ
裁判官ニ全權ナ委ニテ知識ナキ者モ知識アル者トシテ刑辟ニ陷ルノ慘アルヨ
リ有罪者ナ免レシムルハヨリ負カニ優レルナ見ルナリ

然レトモ如何ニ法律ナ以テ此年齢ナ一定スルナ良策トスルモ人ノ知識ハ日進
月涉次第二發達シテ止マサルモノナリ故ニ十把一束ニ法律ナ以テ豫メ一定ス
ルモ可ナリト斷言スルナ得ス之ナ例スルニ立法者カ十五歳未滿ノ者ハ犯罪ノ
是非ナ鑑別スルノ知識ナキ者ナリト一定スルモ十二歳前後ノ幼者ハ全ク之ナ
分別スルナ得サルカ必ス然ラス其知識ナ有スル者アラン然ラハ十二歳未滿ノ
者ナ以テ斯ノ如キ知識ナ具有セサル者ナリトセンカ十二歳以上ノ幼者ハ皆是
非ナ鑑別スルノ智識ナ有スルカ必ス然ラス或ハ全ク之ナ有セサル者モアルヘ
ク或ハ之ナ有スルモ尙ホ甚タ軟弱ナル者モアルヘシ故ニ其間ナ確然兩斷スル
ハ余ノ感服セサル所ナリ是ナ以テ我刑法ハ法律ニ於テ幼者ノ智識ニ關スル時
期ナ分チテ三ト爲ス即チ全ク智識ナ具有セスト假定サル、時期幼者ノ爲メニ
利益ナル推測ナシ反對ノ證據ナ許スノ時期必ス智識アルモ亦尙ホ不十分ナ
ル時期是ナリ分娩ヨリ十二歳マテ第一時期ト爲シ十二歳ヨリ十六歳迄ナ第
二時期ト爲シ十六歳以上二十歳マテ第三時期ト爲セリ(自第七十九條至第八
十一條而シテ第一時期内ハ者ハ都ア確實ニ智識ナキ者ト断定スルカ故ニ常ニ
其罪ナ論セス第二時期内ニ入ル者ハ幼者ノ爲メニ利益ナル推測ナシテ通常
六智識ナキ者ト看做シ若シ是非ナ鑑別スルノ知識アリト認メ得ル時ニ限リ其
罪ナ論セス第三時期内ニ入ル者ハ凡テ智識ナ有スル者ト推測サルカ故之ナ罰
スル其刑ナ輕減スルニ止マレリ之ナ要スルニ第一時期ノ幼者法律其無智識ナ

其生

2

者ハ絶體ニ智識ナキ若トナシ十二歳以上十六歳以下ノ者ハ是非ナ辨別スルノ證據ナキトキハ都テ智識ナキモノトナシテ其罪ナ論セス然レトモ此決定ヨリシテ此等ノ幼者ニ對シ他ノ或處置ナ爲スヘカラストノ結果ナ生スルモノニ非ラス刑罰トシテハ其者ナ懲誠スルナ得サルモ若シ社会ニ取テ或ル處置ナ施スル必要ナシシ又此處置ナ爲シテ本人ノ爲メニ利益ナルトキ其處置ナ爲スモ決シテ不當ナルモノニ非ラス是故ニ八歳以上ノ者ハ満十六歳ニ満タル間之ナ懲治場ニ留置シ又十二歳以上十六歳未満ノ者ハ満二十歳ニ過キサル間懲治場ニ留置スルナ得ルモノト規定セリ蓋シ若シ重大ナル罪ナ犯シタルニモ拘ハラス之ヲ拋擲シテ其儀打捨テ置カンニハ習慣トナリテ將來如何ナル事ナ爲スヤ圖ルヘカラサルノ虞アル時ハ實ニ今日ヨリ其幼者ナ矯正スルノ必要アリ而シテ幼者ノ家ニシテ家庭教育ノ周匝ナルトキハ此等ノ幼者ナ其家ニ還ラシムルモ可ナリト雖トモ家庭教育ノ不完備ニシテ智識ナ發達セシメ善道ニ誘導セシムルニ足ラサルトキハ社會ノ爲メ幼者ノ爲メ政府自ラ之ニ關涉シテ教誡ナ爲

スノ一大必要ナ見ルヘシ是懲治場留置ノ制ナ設クタル所以ナレ第八十九條ニ所謂ル是非テフ文字ナ一見スルトキハ道徳上ノ是非ト解釋スヘキカ如キモ刑罰ハ社會ノ必要的ヨリ來レリト論定セシ以上ハ社會的ノ是非ナ解釋セサル可カラス是レ余一己ノ私見ニ止マラスピアソード氏ノ折衷主義ニ從フモ同氏ハ之ナ解シテ社會ノ損害ニ關スル是非ナリト云ヘリ故ニ道徳上ノ善惡ヲ判別スルノ智能ナキ者ハ未タ以テ是非ナ辨别スルノ智識ナ有スル者ト云フチ得サルナリ

都テ犯罪ノ責任ナキハ原則ナリ然レトモ一ノ例外アリ警達罪ノ場合即チ是レナリ此場合ニハ必ス其罪ナ論シ單ニ宥恕ナ與フル所以ノモノハ何ソヤ蓋シ違警罪ハ元ト極メテ輕微ハ罪ニシテ社會ノ秩序ナ紊亂スルヨト重罪輕罪ノ如ク重大ナルモノニアラス故ニ多クハ無意犯ナモ罰スヘキモノトス然レハ知識ニ至リテモ十分完具スルヲ要セス違警罪ニ對スル刑罰モ甚タ輕微ナレハ十二歳以上ノ幼者ニ科スルモ大害ナカルヘシ

(第三) 身體機關ノ不具 第八十二條ニ曰ク 痢啞者罪ヲ犯シタル時ハ其罪ヲ論セス但五年ニ過キサル時間之ヲ懲治上ニ留置スル事ナ得ト即チ立法者ハ瘡啞者ナ以テ八歳以上十二歳未満ノ幼者ト同一視シタルナ見ルヘシ此規定ノ理由果シテ何クニ在ル元來瘡啞者トハ耳聞ク能ハス口言フ能ハサル者ニ付スル所ノ名稱ナリ而シテ其口言フ能ハサルハ耳聞ク能ハサルニ因ル是ナ以テ彼等ハ未タ曾テ世上ノ談話ヲ聞キタルコトナシ然ルニ知識ナルモハ世上ノ事ヲ聞知スルニ隨テ發達スルカ故ニ瘡啞者ハ如何ナル事カ善ナルカ如何ナル事カ惡ナルカナ分別咀嚼シ得ルノ知識ナシ是レ其所爲ノ犯罪ニ係ル場合ト雖トモ罪トシ論セサル所以ナリ此理由ヨリシテ推究スルトキハ瘡啞者ノ所爲ナ無罪トスルニハ其者ハ必ス先天ノ者ナルナ要ス故ニ生後疾病其他ノ原因ヨリ瘡啞者トナル者ハ直チニ知識ナ有セサル者トシテ之ヲ無罪トスルナ得サルナリ瘡啞者ノ所爲ハ假令如何ナル犯罪ニ係ルト雖トモ之ヲ無罪トスルノ理由以上ノ如シ人或ハ尙ホ他ノ理由ナ付セントス其言ニ曰ク瘡啞者ハ耳聾ニシテ聞ク能ハス口呐ニシテ言フ能ハス隨テ其性質麤戾ニシテ且ツ憤怒シ易シ今彼ノ通

常人ニ比シテ其發情ヲ制シ難キハ實ニ疾病ニ原因スルカ故ニ之ヲ罰スルコトヲ得スト此言或ハ宥恕減輕ノ理由トスニ足ルヘキモ未タ無罪ノ理由トスルニ足ラサルナリ

瘡啞者ノ處爲ハ其罪ヲ論セサルコトハ上來說ク所ノ如シ然レトモ五年ニ過キサル時間懲治場ニ留置スルコトヲ得レ幼者ノ場合ト同一ナル理由ニ因ル我刑法ノ規定ハ此ノ如シ然レトモ今ヤ各國瘡啞者ヲ教育スルノ方法漸々發達シ我國ノ如キモ現ニ盲啞學校ノ設ケアリ然ラハ盲啞ノ一事ノミニ因リ直ナニ其罪ヲ論セサルカ如キハ宜キヲ得タルモノニアラス故ニ八十二條ノ規定モ早晩廢止セラルヘキヲ信ス然ルトキハ事實ニ依リ第七十八條ニ依テ處斷スルモ可ナルヘク又ハ十二年以上十六年未満ノ幼者ト同一視スルモ不可ナカルヘシ

第二節 輕減

今全ク罪ヲ論セサルニアラサルモ幾分カ刑ヲ減輕スル場合ヲ説明セント欲ス而シテ刑ヲ減輕スル場合ハ刑法第二編以下ノ各條ニ付テ觀察スルトキハ其數

僅少ナラサルモ茲ニハ唯タ總則ニ規定スル所ノモノノミヲ説明スルニ止メント欲ス

總則ニ於テ規定スル減輕ノ場合ニアリ一ハ年齢ニ關スル場合一ハ情狀ニ關スル場合ナリ

第一年齢ニ依ル減刑 前ニ述ヘタルカ如ク十二歳以上十六歳未滿ノ者ハ是非ヲ辨別シタルト否トヲ審案シ辨別ナクシテ罪犯シタルトキハ其罪ヲ論セスト

雖トモ辨別アリテ犯シタル時ハ其罪ヲ論セサル可ラス又十六歳以上廿歳未滿ノ者ハ其是非ヲ辨別シタルト否トヲ問ハス常ニ之ヲ罰ス然レトモ此二者ハ其智識猶本未タ完具セス故ニ智識ノ完具スル者ト其刑ヲ同シフルヲ得サルヤ明ナリ且春秋ニ富ム者ハ未タ多ク世故ニ慣レス隨テ其精神モ亦薄弱ニシテ懲改ノ効ヲ奏スルコト易カルヘシ是又刑ノ必要上壯年者ト同一ニ處分スルヲ要セサル所以ナリ而シテ以上ノ理由ハ十六歳未滿ノ幼者ニ付テハ特ニ然リトス故ニ十二歳以上十六歳未滿ノ者ニシテ是非ノ辨識心アルトキハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ス(第八十條末段十六歳以上二十歳未滿ノ者ハ本刑ニ一等ヲレハ今復之ヲ賛セス

法律ハ老年者ノ爲メニ不論罪若クハ減刑ノ法ヲ設ケス其理由他ナシ幼者ハ智識ナシト推定スルヲ以テ原則トス偶々智識ヲ有スル幼者アルハ是レ例外ナリ之ニ反シテ老年者ハ一旦既ニ世故ニ慣レ事ノ是非善惡ヲ辨別シタリ然シテ全ク其記憶ヲ喪失スル異常ノ状態ナリ故ニ老者ハ智識アルヲ以テ原則ト爲シ智識ナキハ例外タリ是レ幼者ノ制ト同一ナラサル所以ナリ

第二情狀ニ依ル減刑 立法者ハ各犯罪ニ付キ一二刑罰ヲ定メテ且之ニ或範圍ヲ與ヘ或ハ情ニ制セラレテ多少智識ヲ完具セサル者アル場合ニハ其刑ヲ減シ可及的刑罰ヲシテ其權衡ヲ得セシメントシタリ然レトモ法律ノ規定ハ未タ以テ此精神ヲ全フスルニ足ラス看ヨ竊盜ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處ス

ルト定メタレトモ其窃盜タルヤ犯人ノ惡意ニ厚薄アリ又其害ニ多少アルヲ免レス例ヘハ今一人アリ富家ニ入テ一圓ヲ窃取スルト貧家ニ入テ一圓ヲ窃取スルトハ其被害者ヨリ觀レハ損害ヲ感スルノ差甚タ大ナリ又金珠玉寶ノ中ニ生活スル者カ窃盜ヲ爲スト貧窶ニ苦辛スル者カ窃盜ヲ爲ストハ其意思ノ惡ムヘキ點ニ於テ厚薄ナシト云フ可ラスノ如ク其情狀ハ千差萬別ニシテ一ナラサルカ故二月乃至四年ノ範圍ハ尙ホ以テ其不完全ヲ感スルコトアリ故ニ立法者ハ茲ニ酌量減刑ノ法ヲ設ケ重罪輕罪違警罪ヲ分タス所犯情狀原諒ス可キ者ハ酌量シテ本刑ヲ減輕スルコトヲ得セシメ法律ニ於テ本刑ヲ加重シ又ハ減輕スヘキ者ト雖トモ其酌量ス可キ時ハ仍ホ之ヲ減輕スルコトヲ許シタリ而シテ其減等ハ一等又ハ二等ヲ減ス可キモノナリ(第九十條)

第三節 再犯加重

再犯加重ハ犯罪人ハ心情ニ原因シテ加重スルモノナリ諸君ノ知ル如ク刑罰ヲ科セントスルニハ單ニ犯罪ノ事實ヲ見ルノミヲ以テ足レリトセス之ニ加フル

ニ内部ニ屬スル元素即チ意思智力等ヲモテ察セサル可ラズ即チ刑罰ハ犯罪ノ事實ト犯罪人ノ意思トニ比照シテ之ヲ定メサル可ラス今夫レ再犯ハ犯罪構成ノ事實ニ變更ヲ來サスト雖トモ是其犯人ノ心情上重ク其罪ヲ罰ス可キコトヲ証明シタルセノナリ何トナレハ一旦刑罰ヲ受ケタルトキハ宜ク悔悟シテ后來ヲ恐レ慎ム可キハ當然ナリ然ルニ其刑ニ恐ルニコトナク再ヒ罪ヲ犯シタルハ即チ其惡意ノ大ナルコトヲ証明シタルニアラスヤ故ニ之ヲ罰スルニハ通常人ニ科スル所ノ刑ヨリセ重キ刑ヲ以テセサル可ラス是則チ再犯加重ノ理由ニシテ且ツ此理由ニヨリ再犯加重ハ犯罪ノ事實ニ關セスシテ犯人ノ心意ニ關スルコトヲ知ルニ足ラン

世ニ再犯加重ハ一事ヲ再理スルナリト非難スル者アリ例ヘハ初メ窃盜ヲ犯シ後復タ窃盜ヲ爲シタルノ故ヲ以テ加重スルハ既ニ刑罰ヲ受ケタル初犯ノ罪ヲ再ヒ罰セラルニ同シ故ニ再犯アルモ加重ス可ラスト此論今日ニ容ル可ラス再犯加重ノ理由ハ前ニ述ヘタルカ如クナレハ決シテ再ヒ初犯ノ罪ヲ罰スルニアラス前犯ハ單ニ后犯惡意ノ重大ナルコトヲ証明スルノ具タルノミ

再犯ノ場合ニ其刑ヲ加重セントスルニハ後犯ノ罪ト前犯ノ罪ト同一種類ナルコトヲ要セサル乎前ニ財産ニ對スル罪ヲ犯シタル時ハ后犯モ亦財産ニ對スル罪タル可ク后犯身体ニ對スル罪ナルトキハ前犯モ亦身体ニ對スル罪ナラザル可ラサルニアラスヤ例ヘハ初メ窃盜ヲ爲シ后ニ強盜ヲ爲シ又ハ初メ強盜ヲ爲シテ后ニ詐欺取財ノ罪ヲ犯シタルカ如キ場合ニアラサレハ加重ス可ラサルニアラスヤ若夫レ初メ國事犯ヲ爲シ后ニ常事犯ナランカ再犯ヲ以テ論ス可ラストシテ可ナラサル乎何トナレハ此者ハ國事犯ニ關スル刑罰ハ既ニ實驗シタルヲ以テ其犯罪ニ付テハ相恐レ相懼テ悔悟改セシナラン然レトモ常事犯ノ刑ニ付テハ未タ實驗セス從テ悔悟心ノ流出スヘキ源因ナケレハナリ我刑法ハ此主義ヲ採用セス蓋シ國事犯ニ付テ刑ヲ受ケタル者ハ國事犯ニ關スル法律ヲ遵奉セサル可ラサルノミナラス刑法全部ノ規定ヲ遵奉セサル可サルノ警戒ヲ受ケタリ然ルニ再ヒ罪ヲ犯スハ取モ直サス通常人ヨリモ一層惡意ノ大ナルコトヲ表明スルセノナリ是レ我刑法カ前后同一種類ノ犯罪タルコトヲ必要トセサル所以ナルヘシ

然レトモ(再犯ナリ)トシテ刑罰ヲ加重スルニハ他ニ條件ナカル可ラス我現行刑法ハ左ノ三條件アルコトヲ要求シタリ
第一度刑ヲ受ケ而シテ其裁判確定シタルコトヲ要ス刑法第九十一條九十二條九十三條九十四條參觀

此第一條件ヲ必要トスル所以ハ容易ニ之ヲ知ルヲ得ヘシ抑再犯ヲ加重スルノ理由ハ他ニアラス一旦刑罰ヲ受ケ而シテ猶ホ之ニ懲改セスシテ再ヒ罪ヲ犯スハ其惡意大ナルヲ以テナリ然ラハ則チ再犯ノ故ヲ以テ刑ヲ加重スルニハ一タヒ刑罰ノ實決ヲ得テ刑ハ苦痛ヲ厭シタル者ニ對スルニアラサレハ爲ス可ラブ是レ第一條件ヲ必要トスル所以ナリ
闕席裁判ヲ受ケ其裁判確定シタル後ニ再ヒ罪ヲ犯ス時ハ再犯ヲ以テ論ス可キヤ否ヤ是レ佛國ニ於テモ起リタル問題ナリ佛國ニ於テハ闕席裁判ヲ受ケ而シテ其裁判確定シタル後再ヒ罪ヲ犯シタルトキハ再犯ヲ以テ論ストノ說ニ決セリ諸君モ知ル如ク闕席裁判ハ刑ノ期滿免除アルマテハ何時ニテモ故障シ得ルヲ以テ未タ期滿免除ヲ得サル間ハ其裁判確定スルコトナシ故ニ此議論ニ從フ

モ期満免除前ニ再ヒ罪ヲ犯シタルトキハ再犯ヲ以テ論セサルナリ今一考スルニ此論決大ニ可ナルカ如シ何トナレハ闕席裁判ヲ受ケタル者ハ再ヒ罪ヲ犯スト雖トセ刑ヲ加重セストスルトキハ逃避シテ法律ノ制裁ヲ免レタル者ハ優待ヲ受ケ謹テ法ノ制裁ニ服シタル者ハ冷遇ヲ受クルノ奇果ヲ現ス可ケレハナリ且ツ此ノ如ク決定スルモ法律ノ條文ニ抵觸セス條文即第九十一、二、三條ニハ重罪(輕罪違警罪)ノ刑ニ處セラレタル者トアリ而シテ其所謂ル處セラレタルトハ重罪又ハ輕罪等ノ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ト解釋スルモ妨ケナケレハナリ然レトモ余ハ此說ニ從フコトヲ得ス刑法第九一條等ニ所謂刑ニ處セラレトハ實際刑ニ服シタルト解スルコトヲ得ヘク又裁判ヲ受ケタルト解スルコトモ得ヘシ故ニ條文上ノ論ハ暫ク措テ道理上ヨリ論スレハ闕席裁判ヲ受ケタル者ハ加重ス可ラサルノ理アルヲ見ル蓋シ刑ヲ加重シテ再犯者ヲ罰スル所以ハ前刑ニ懲改セス再ヒ罪ヲ犯スハ惡意ノ大ナルカ爲メナリ然ルニ闕席裁判ヲ受ケタル者ハ刑ノ實決ヲ受ケサル者ナリ從テ未タ刑ノ苦痛ヲ知ラサル者ナリ何ツ之ヲ以テ惡意大ナリト推測スルコトヲ得ンヤ或ハ時トシテハ被告人闕席裁判

アリタルコトヲ熟知シテ處々ニ流浪シテ其身ヲ隠シ其間ニ再ヒ罪ヲ犯スコトアラン此ノ如キ者ハ害惡心ノ重大ナルコトヲ推測シ得ルカ如シ然レトモ此場合ト雖トモ尙ホ其奔竄逃匿ニ辛苦ハ果シテ再犯ヲ防止スルニ足ルヤ余其必然ルコトヲ信スルコトヲ得ス是故ニ純然タル理論上ヨリ立言スルトキハ良シヤ闕席裁判確定シタルトキト雖トモ再犯者トシテ其刑ヲ加重スルコトヲ得サルヘシ但我刑法ハ此場合ニ於アモ加重シテ處罰セサルヲ得サルハ明ナリ何トナレハ法律ハ單ニ裁判確定ノ文字ヲ用ヒテ對審裁判ト闕席裁判トヲ區別セサレハナリ

第九十七條ニ曰ク「大赦ニ依リテ免罪ヲ得タル者ハ再ヒ罪ヲ犯スト雖トモ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得スト故ニ特赦ノ如キハ假合之ヲ得ルモ再ヒ罪ヲ犯ストキハ再犯加重ヲ免カルヽ得ス又刑ノ期満免除ノ如キ免罪ヲ得ルニ非スシテ只ニ刑ノ執行ヲ免ルヽ場合モ加重ヲ免カルヽ得ス而シテ此期満免除ノ場合ハ對審ノ上裁判ヲ受ケタルトキト闕席裁判コ受ケタル時トヲ問ハサルコトハ前ニ之ヲ述ヘタリ蓋シ立法者ノ理由トスル所ハ原ト、刑ハ言渡ヲ受ケナカラ其

執行ヲ逃レ、而シテ裁判確定スルニ至ル者ハ正當ニ刑法執行ヲ受ケタル者ニ比較シ却テ其情狀奸惡ナルヲ見ルニ足レリ然ルニ其情狀惡ム可キニ拘ラス闕席裁判ノ確定シタルトキ再犯ヲ以テ論セストルトキハ比較的惡人ハ法律ノ優待ヲ受ケ善人ハ法律ノ酷待ヲ受クルノ不道理ヲ生スルヲ恐ルニ在ルナラン

要之ニ裁判確定以後ニ生シタル事柄ハ再犯加重ニ何等ノ影響ヲ及スコトナシ故ニ特赦ニ遇ヒ刑ノ期満免除ヲ得ルモ尙ホ再犯ヲ以テ論ス只大赦アリタルトキノミ其効既往ニ溯リ被告人ハ未タ曾テ犯罪ヲ爲シタルコトナシト看做スヲ以テ後チ再ヒ罪ヲ犯スモ再犯加重ニ據リテ處罰セラルコトナシ

舊法ノ罪ヲ新法ニテ無罪トナシタル場合ニ其舊法ノ刑ニ處セラレタル者カ再ヒ新法ノ罪ヲ犯シタルトキハ再犯加重ヲ以テ論スヘキ乎道理上ハ暫ク措キ刑法ノ規定上ヨリ論スルトキハ其加重スヘキヤ言ヲ俟タス何トナレハ再犯加重ノ規定ニ於テ之ヲ例外ト爲シタルヲ發見セサレハナリ論者或ハ曰ハシ舊法ニ於テ罪トシ罰シタル所爲ヲ新法ニ於テ罪トセサルハ則チ舊法ノ規定ハ不正不

必要ニシテ道理上罰スヘカラサルカ故ニ非スヤ是猶本大赦ノ場合ノ如シ大赦ニ因テ免罪ヲ得タルトキハ再ヒ罪ヲ犯スト雖トモ之ヲ再犯トシ論セズ然ルニ此場合ヲ再犯トシ論スルハ何等ノ理由アルヲ見スルト此說非ナリ何トナレハ第三條ニ「法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及スコトヲ得スト」アリ故ニ新法頒布以前舊法ニ從テ下シタル裁判確定スルトキハ其裁判ハ新法ヨリ看察シテ或ハ道理上不正不必要ナルコトアラン然レトモ其當時正當ニ下シタル裁判ナル以上ハ決シテ新法ニ依テ之ヲ覆スコトヲ得ス然ラハ新法ノ目ヨリ看レハ其所爲ヲ犯罪トセサルモ舊法時代ノ裁判ニ因リテ其者ヲ犯罪人ト看做サバルヘカラス若シ其者ヲ罪人視スルヲ嫌忌セハ大赦ヲ行フヘシ然ラサル以上ハ如何ニスルモ舊法ノ正當ナル裁判ヲ破ルヲ得サルナリ夫然リ新法ニ因リテ罰セラル者ハ罪人ナリ一旦刑法ノ罪人トナリタルニモ懼レス再ヒ其罪ヲ犯ストキハ其心情頑惡ニシテ尙ホ懲改セサルヲ推知スルニ足ル是レ之ヲ再犯トシテ論スル所以ナリ前裁判ハ何程誤判ナリト雖トモ若シ其裁判已ニ確定シタル以上ハ其以後再ヒ罪ヲ犯ストキ之ヲ再犯トシテ加重スヘキ乎此場合モ亦前判ノ事柄ハ其實決シテ

罪ニ非ス裁判官ノ誤謬ニ因リテ罪トナリタルナリ故ニ再ヒ罪ヲ犯スモ再犯加重ヲ以テ論スヘカラスト言フコトヲ得ン然レトモ其裁判ハ縱令誤謬ニ出テタリト雖トモ苟モ確定セシ以上ハ法律上裁判ノ如キ罪ヲ犯シテ適法ニ罰セラレタルモノト推測スルヲ要ス或方式ニ因リテ其裁判ヲ破却スルトキハ格別故ニ其者ノ罪人ナルヤ明白ナリ隨テ再ヒ罪ヲ犯ストキハ之ヲ加重シテ罰スヘキハ當然ナリトス

尙ホ一言スヘキハ此確定裁判ノアリタリヤ否ヤハ畢竟事實ノ問題ニシテ單ニ裁判言渡書ノ謄本アルノミヲ以テハ直チニ再犯ナリト速断スルコトヲ得ス何トナレハ則チ後ノ犯人ハ前ノ犯人ト同一ノ姓名住所ノ者ナルヤモ亦知ルヘカラサレハナリ

第二裁判確定以後ニ犯シタル罪ナルコト此條件ハ再犯ノ字面上既ニ其必要ナルコトヲ知ルニ足ル何トナレハ再犯トシテ加重スルハ一タヒ刑罰ヲ受ケタルモ尙ホ懲改セスシテ再ヒ犯罪ヲ爲シタルニ因レハナリ故ニ亦數罪俱發ト異ナレリ數罪俱發ノ場合ハ一回ノミ犯罪ヲ爲シタル者ヨリ二度二回以上犯罪ヲ爲

シタル者其罪ノ重大ナルハ争フヘカラサル真理ナルヘシ故ニ之ヲ處斷スルニハ如何ナル方法ニ因ルヘキカヲ見ルニ在リテ再犯加重ハ尙ホ懲改セスシテ犯シタルヤ否ヤヲ研究スルニ在リ

後ニ行フタル犯罪ノ性質ト已ニ判決ヲ經タル犯罪ノ性質ト同一ナルコトヲ要スル之否ヤノ點ニ付テハ我刑法同一性質ノ犯罪ナルヲ必要トセサルハ前既ニ之ヲ説明シタリ然レトモ又殆ント之レカ例ニ類スルモノアリ即チ(已決ノ囚徒逃走ノ罪ヲ犯シ監視ニ付セラレタル者其規則ニ違背シタル罪ヲ犯シタルトキハ前キニ如何ナル罪ヲ犯シタルモノト雖トモ再犯トシテ其刑ヲ加重セス即テ此等ノ場合ハ必ス前後同一ノ罪ヲ犯サレハ加重セサルモノトス

(又前キニ軍律ニ依リテ處斷セラレタル者後通常ノ罪ヲ犯スト雖トモ再犯トシテ加重スルコトナシ)是レ第九・十六條ニ陸海軍裁判所ニ於テ判決ヲ經タル者再ヒ重罪、輕罪ヲ犯シタル時ハ初犯ノ罪常律ニ因テ處斷シタル者ニ非サレハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得スト規定シアルヲ見レハ明カナリ而シテ其理由ハ軍律ハ規律嚴肅ニシテ其刑モ亦峻刻ナルカ故ニ常律ト同一視スルヲ得ス隨テ軍律

ヲ、以テ、罰セ、フレタル者、再ヒ、常律ヲ犯スモ、尙ホ懲改セサルモ、ハトシテ、其刑ヲ加重スルヲ得サルナリ。

第三確定シタル實決ノ刑ハ後犯ノ罪ニ對スル法定ノ刑ト均シキカ又ハ之ヨリ

重キコト

蓋シ屢々説クカ如ク再犯加重ハ既ニ刑ヲ受クルモ尙ホ懲改セサルニ因ル後犯ノ罪ノ刑實決ノ刑ヨリ重キトキ其重刑ノミヲ以テ足レリトセサルヲ得ス何トナレハ輕刑ハ未タ懲改セシムルニ足ラサルモ重刑ノ効力ノ有無ハ未タ實驗セサレハナリ

此ノ如ク前犯ノ罪ト后犯ノ罪ト同一性質ナルヲ要セサルモ其輕重ニ從ヒ或ハ加重シ或ハ加重セス而シテ我法律ハ重罪輕罪違警罪ノ區別アルカ故ニ前犯ト后犯トカ或ハ重罪或ハ輕罪ナルニ因リテ先ツ左ノ七個ノ場合ヲ假定スルヲ得ヘシ

第一前犯后犯共ニ重罪ナル時

第二前犯重罪ニシテ后犯輕罪ナル時

第三前犯后犯共ニ輕罪ナル時

第四前犯輕罪ニシテ后犯重罪ナル時

第五前犯后犯共ニ違警罪ナル時

第六前犯違警罪ニシテ后犯重罪若クハ輕罪ナル時

第七前犯重罪若クハ輕罪ニシテ后犯違警罪ナル時

此場合中第一第二第三及第五ノ場合ハ其刑ヲ加重スルモ他ノ場合ハ之ヲ加重セス即チ前犯ノ罪ト後犯ノ罪ト比較シテ前后ノ犯罪共ニ同種類ナル乎又ハ前犯ノ罪後犯ノ罪ヨリ重キ時ニ非サレハ其刑ヲ加重セサルナリ蓋シ上來屢々言ヘルカ如ク既判ノ刑未タ懲改スルニ足ラサルヲ以テ尙ホ刑ヲ加重シテ其者ヲ懲改セント欲ス故ニ前后ノ犯ノ罪同一ナルトキハ此理由ハ適切ナルヘシ又前犯重クシテ後犯輕キトキハ層進ノ理由ニヨリ更ラニ加重スヘキノ理明カナリ反之前犯輕刑ニシテ後犯重刑ナル時ハ未タ重刑ノ苦痛如何ヲ知ラサルヲ以テ其心情兇惡ナリト云フヲ得ス隨テ其刑ヲ加重シテ罰スルヲ得サルナリ

然ルニ我刑法ニハ加重ノ方法アルト共ニ減輕ノ方法アリ而シテ違警罪ハ其情狀如何ニ憤惡ナルモ加ヘテ輕罪ノ刑ニ入ルコトヲ得ス輕罪モ亦加ヘテ重罪ノ刑

ニ至ルコトヲ許サルナリ加之同シク重罪ノ刑ナルモ無刑徒刑ニ加ヘテ死刑ニ入ルコトヲ得ス然レトモ減輕ニ在テハ重罪ヨリ輕罪輕罪ヨリ達警罪ニ入ルコトヲ得故ニ第三條件ヲ適用スルカ爲メニ更ラニ左ノ十一箇ノ場合ヲ生ス

第一前犯後犯ノ所爲共ニ重罪ニシテ其刑モ亦共ニ重罪ノ刑ナル時

第二前犯後犯ノ所爲共ニ重罪ニシテ其刑ハ共ニ輕罪ノ刑ナル時

第三前犯ノ所爲重罪ニシテ其刑ハ輕罪後犯ハ罪刑共ニ重罪ナル時

第四前犯ハ罪刑共ニ重罪後犯ノ罪ハ重罪ニシテ其刑ハ輕罪ナル時

第五前犯ハ罪刑共ニ重罪ニシテ後犯ハ罪刑共ニ輕罪ナル時

第六前犯ノ罪ハ重罪ニシテ其刑ハ輕罪後犯ハ罪刑共ニ輕罪ナル時

第七前犯ハ罪刑共ニ輕罪ニシテ後犯モ罪刑共ニ輕罪ナル時

第八前犯ノ罪ハ輕罪ニシテ其刑ハ達警罪後犯モ亦罪ハ輕罪ニシテ其刑ハ達警罪ナル時

第九前犯ノ罪ハ輕罪ニシテ其刑ハ達警罪後犯ハ罪刑共ニ輕罪ナル時

第十前犯ハ罪刑共ニ輕罪ニシテ後犯ノ罪ハ輕罪刑ハ達警罪ナル時

第十一前犯ハ罪刑共ニ達警罪ニシテ後犯モ亦罪刑共ニ達警罪ナル時
以上ノ場合ノ中第一ト第四ハ第九十一條ニ依テ加重シ第五第六第七第十八第九十二條ニ依テ加重シ第十一ハ第九十三條ニ依テ加重ス而シテ第二第三第八第九ハ加重スルヲ得サルモノトス此ノ如ク區別ヲ生スル所以ハ前犯ニ在リテハ罪ニ依ラスシテ實決ノ刑ヲ標準トシ後犯ニ在リテハ實決スヘキ刑ニ依ラスシテ罪ヲ標準ト爲スニ因ル此第三條件ヲ必要トスルハ第九十一條ニ先ニ重罪ハ刑ニ處セラレタル者再犯重罪ニ該ルトキハ本刑ニ一等ヲ加フトアリ又第九十二條及第九十三條ニ於テモ皆處セラレタル云々該ル云々トアルヲ見テ明瞭ナリ即チ其處セラレタルト云ヘル文字ハ實決刑ヲ主眼トシ又該ルトノ文字ハ罪ヲ主眼ト爲スコトヲ明示ス此規定ハ道理上ヨリ考察スルモ極メテ至當ナリ今之ヲ例證スルニ先ニ強盜ヲ犯シタル者重罪ノ刑ヲ以テ處罰セラルヘキニ減等ニ依リテ輕罪ノ刑ニ處セラレタリセヨ此者ハ果シテ重罪ノ刑ノ痛苦ヲ感シタル乎其實履シ來リシ所ノ痛苦ハ輕罪ノ刑ナリ故ニ輕罪ノ刑ノ恐怖スヘキコトハ能ク之ヲ知得スルモ重罪ノ刑ハ未タ其苦辛ヲ嘗メザルモノト言ハサル

ヘカラス是レ其犯シタル罪ヲ主眼トセスキシテ現ニ處シタル刑ニ着目スル所以ナリ前例轉倒シテ後犯ノ罪ハ重罪ニシテ其刑輕罪ナリト假定セン例へハ其所爲ノ未遂若クハ自首等ノ原因ニ依リ強盜ノ重罪刑ヨリ減等シテ輕罪ノ刑ニ處断セラル、コトアリトセヨ既決ノ刑ニシテ輕罪ナル以上ハ固ヨリ其刑ハ此所爲ヲ止ムルニ足ラサルヲ以テ再加センカ爲メニ標準トスヘキハ後犯ノ刑ニアラスシテ罪ナク故ニ假令減輕シテ輕罪ノ刑ニ處セラルヘキモ原ト其所爲重罪ニ係ル以上ハ則チ重罪トシテ加重スヘキモノナルヤ否ヤヲ檢査セサルヘカラス是レ刑ヲ標準トセスキシテ罪ヲ基本ト定ムル所以ナリ然ルニ或ハ抗擊ヲ試ミテ曰フ者アラン條文中再犯トアルハ前文ヲ承ケテ云フヤ明カナルヲ以テ其再犯何々ノ罪ニ係ルトアルハ同シク是何々ノ罪ニ處セラレタルト解釋セサルヘカラスト然レトモ同條中彼此故ラニ別箇ノ文字ヲ用井タルハ前述ノ理由ニ因ルコトヲ信スレハ論者ノ説ニ服從スヘカラス
以上再犯加重ノ條件ト共ニ其場合ヲ講セリ
再犯トシテ刑ヲ加重スルニハ如何ナル方法ニ依ルヘキ乎即チ本刑ニ一等ヲ加

フルヲ以テ一等ト爲シ重罪ノ刑ハ各一上級ノ刑ヲ以テ一等ト爲ス禁錮罰金ニ就テハ別ニ此規定ノ不可ナルヲ見サルモ重罪ニ付テハ刑ノ様衡上一ノ批難ヲ免ル、ヲ得サルモノアリ即チ有期刑ヨリ無期刑ニ入ルカ如キ其一ナリ故ニ佛國ハ重罪ノ刑ヲ加重スルニハ其長期ノ幾分ヲ加重スヘキモノト爲シタリ
以上ハ是レ再犯ニ就テ見タルノミ若シ三犯以上ニ係ルトキハ如何ニ處分スヘキ乎第九十八條ニ曰ク「三犯以上ノ者ト雖トモ其加重ノ法ハ再犯ノ例ニ同シト故ニ犯罪三回以上ニ至ル時ハ再犯ノ場合ト同一ニ一等ヲ加フルニ過キス此規定ハ理論上攻擊ヲ容ル、ノ餘地ナキニ非ス蓋シ例ヘハ最初ノ犯罪ニ因テ重禁錮二年ニ處セラレタル者再ヒ犯罪ヲ行フトキハ其者ヲ懲スカ爲メ一等ヲ加重シテ二年半ノ重禁錮ヲ以テ之ヲ罰シ尙はレニモ懲改セスキシテ三タビ犯罪ヲ行フトキハ第二犯ニ對シテ一等ヲ加重シ即チ三年ノ刑ニ處セサルヘカラサルハ正當ノ事ナレハナリ然レトモ此論理ヲ貫徹セントスレハ他亦大ナル弊害ヲ生ス何トナレハ最初重懲役ノ刑ニ處セラレタル者三タヒ犯罪ヲ犯ストキハ竟ニ

峻酷ナル無期徒刑ニ處セラル、ニ至レハナリ是レ立法者カ心情懲改セサル點ニノミ泥マスシテ其所爲自体ノ輕重ヲモ秤量シ三犯以上再犯ト同一ノ加重ヲ行フ所以ナルヘシ

最后ニ一言スコトハ達警罪ノ再犯加重ナリ法律ハ達警罪ノ再犯ヲ加重シテ罰スルニハ前述ノ條件外尙本二條件ヲ要セリ即チ左ノ如シ

第一。二十一年内ニ再犯スコトハ再犯ノ上級者ニ付テハ最重ハ其罪ノ因テ連坐スルニハ前記ノ條件外尙本二條件ヲ要セリ即チ左ノ如シ

第二。逾警罪裁判所ノ同一管轄地内ニ於テ犯スコトハ最重ハ其罪ノ因テ連坐スルニモ亦相當ノ期限ヲ一定シ置クヲ善シトス殊ニ達警罪ニ付テハ即右第一條件ニ付テハ已ニ再犯加重ノ概論ノ處ニ述タル如タ凡ソ如何オル犯罪ヲ問ハス年月久キニ涉ルトキハ自然前日ノ痛苦ヲ遺忘シ去ルモノナレハ再犯トシテ加重スルニモ亦相當ノ期限ヲ一定シ置クヲ善シトス殊ニ達警罪ニ付テハ即チ此論理ヲ適用シタルナリ又第二條件ノ必要ナル所以ハ達警罪ナルモノハ各地ハ風習人情等ニ由リテ便宜之ヲ制定スルヲ得ルモノナレハ一地方ニ於テ罪トシ罰スルコトモ他ノ地方ニ於テハ罪トシ罰セサルコトアリ是レ其所爲ヲ罪トシ罰シタル達警罪裁判所ノ同一管轄地内ニ於テ再犯スヲ必要トスル所以

加減順序

九如主西半で本題の文を用意する。この文は、前回の「加減順序」の文と並んで、本題の文を構成する二つの文である。

刑ノ減輕及ヒ加重ヲ一異ニ就キ同日ニシテ
ニシテ加重ヲ後ニスヘキ乎將タ加重ヲ先ニシテ減輕ヲ後ニスヘキ乎一般ノ場
合ニ於テハ何レヲ先ニシ何レヲ後ニスルモ結局同一ノ刑ニ歸スルヲ以テ被告
人ノ爲メニ別ニ利害ノ關係ナシ然リト雖トモ此二方法ノ孰レヲ採ルニ從ヒ大
ニ其結果ヲ異ニスルコトアリ例ヘハ逃警罪ヨリ輕罪ニ入り輕罪ヨリ重罪ニ入
リ又同シク重罪中ニモ無期刑ヨリ死刑ニ入ル場合ニ在リテ若シ減輕ヲ先ニス
ルトキハ再ヒ本刑ニ復歸スヘシト雖トモ反之加重ヲ先ニスルトキハ逃警罪ヲ
加重シテ輕罪ニ入り輕罪ヲ加重シテ重罪ニ入り又無期刑ヲ加重シテ死刑ニ入
ル能ハサルヲ以テ本刑ヨリ一等ヲ減輕シテ加重セサルト同一ノ結果ヲ生スベ
シ故ニ被告人ノ爲メニ甚タ利益ナリ蓋シ佛國ニ於テハ加重ヲ先ニシテ減輕ヲ
後ニスルノ法ヲ採用セリ我刑法ハ其何レノ方法ヲ採用セシカ少シク明瞭ノ欠
ケニ似タリ余ハ佛國刑法ノ主意ニ準據シタリト考フ何ニ由テ之ヲ言フ乎草接

ヲ査閱スルニ現行刑法ノ第九十九條ニ匹敵スル規定ナク減輕ヲ先ニシテ加重ヲ後ニスルニアラサルモ輕重相殺法ヲ擇取シタリ然ルニ修正ノ際之ヲ削除シタルハ必ス其故ナカルヘカラス今第九十九條ヲ見ルニ「犯罪ノ情狀ニ因リ總則ニ照シ同時ニ本刑ヲ加重減輕ス可キ時ハ左ノ順序ニ從テ其刑名ヲ定ム一、再犯加重二、宥恕減輕三、自首減輕四、酌量減輕ト是ニ由テ觀レバ第一ニ加重ヲ爲シテ次ニ減輕ヲ爲スノ方法ヲ採擇シタルヤ明カニシテ其精神ハ全ク被告人ノ利益ヲ計慮スルニアリシナラン

ボアソナード氏曰ク數理上一等ヲ加ヘ一等ヲ減シテ元數ニ復歸スルハ定理定則ナルヲ以テ相殺法ニ依ラサルヘカラスト此說ハ理論上正確ナルニ相違ナシト雖トモ我刑法ノ下ニ在テハ斯ケ決定スルヲ得ス何トナレハ若シ此說ニ從フトキハ窃盜ノ本刑ハ二月以上四年以下ナリ然ルニ或犯人窃盜ノ從犯ナルヲ以テ一等ヲ減シ又未遂犯ナルカ故ニ尙ホ一等ヲ減シ而カモ一方ニ於テバ再犯ニ係ルヲ以テ一等ヲ加フヘシト假定セン若シ相殺法ニ依リ其加重減輕ハ始終二月以上四年ヲ本刑トシテ加重セサルヘカラストスルトキ二月以上四年以下ノ月以上四年ヲ本刑トシテ加重セサルヘカラストスルトキ二月以上四年以下ノ

二等即チ一月以上二年以下ヲ本刑ヨリ減シ之ニ二月以上四年以下ノ一等即チ十五日以上一年以下ヲ加ヘテ一月十五日以上三年以下ト爲シタルト同レク再犯ノ一等加ト從犯及ヒ未遂犯ノ二等減ト相殺シテ本刑ヨリ單ニ一等ヲ減輕シタルト同一ノ結果ヲ生スルニ至ル然ルニ第九十九條但書ニ據レハ從犯及未遂犯ノ減等其他各本條ニ記載スル特別ノ加重減輕ハ加減シタルモノヲ以テ本刑ト爲ストアルニ非スマ左レハ本例ノ場合ニ於テハ二月以上四年以下ヨリ從犯及ヒ未遂犯ノ二等ヲ減輕シタル者即チ一月以上二年以下ノ刑ヲ以テ本刑ト定メ之ニ一等ヲ加ヘテ一月七日以上(日數以下ハ之ヲ省ク)二年六ヶ月以上ノ刑ニ處セサルヘカラス然ラサレハ立法者カ此但書ヲ設ケタル主旨ハ全ク意味ナキニ至ラン故ニ第一此點ニ於テ相殺法ニアラサルヲ見ルヘシ

次ニ同條ニ一再犯加重二何三何ト數字ヲ以テ之カ順序ヲ定メタルモ我刑法ノ相殺ヲ採用セサルヘカラス然ラサレハ立法者カ此但書ヲ設ケタル主旨ハ全ク意味ナトナレハ今一旦刑罰ニ處セラレタル者再ヒ窃盜ヲ犯シ而シテ其者ハ二十才未滿ノ幼者ナルヲ以テ一等ヲ減シ又自首シテ被害者ニ贓物ヲ還付シタルヲ以テ

三等ヲ減シ尙ホ其窃盜ハ貧困ノ餘リ親ノ疾病ヲ療養スル能ハサルヨリ窃盜ヲ爲シタルカ故ニ一等ヲ減スルトキハ最初本刑ニ一等ヲ加ヘ其刑ヨリ一々減等ヲ爲サスシテ一等ト五等ト加減相殺スルモ被告人ニ於テ何等ノ痛痒ヲ感セサルナリ然レトセ或場合ニ利益ナシトセス即チ一等ヲ加フレハ直チニ輕罪重罪ノ刑若クハ死刑ニ入ル時是レナリ其時ハ假令本刑ヲ同一ト爲スモ加減ヲ前後スルト之ヲ相殺スルニ依テ結果ヲ異ニスルハ本節第一着ニ述ヘルカ如シ只輕減ノ順序ニ至リテハ實ニ利益ヲ見ス然ルニ立法者之カ順序ヲ一定シタルハ輕減ヲ生スル原因ノ性質ニ因リタルナラン蓋シ宥恕減刑ハ年齢ノ不足ニ原因スレハ犯罪構成ノ責任要素ニ原因ス故ニ是實ニ犯罪自体ニ關係ス是レヲ以テ第一トナス自首減輕ハ犯罪構成後ノ事ニ原因シ其構成ニハ何等ノ關係ナシ故ニ宥恕減刑ヨリ後ナラサル可ラス然レトモ是レ法律ノ輕減ナリ酌量輕減ニ至リテハ全ク裁判上ノモノナリ即チ裁判官法律上輕刑ヲ科ス可ラサルモ情狀輕減セサルヘカラサルモノアル場合ニ酌量輕減ヲ爲スコトヲ許ス然ラハ自首輕減ノ後ナラサル可ラス此點ヨリ看察スレハ宥恕減輕ヨリ自首減輕自首減輕ヨリ酌

量減輕ト其順序ヲ定メタルモ一概ニ無益ノ勞ト云フヲ得サルナリ

以上犯罪及ヒ犯罪人ノ事ヲ說了セリ尙ホ左ニ附加シテ講說スヘキ事アリ是マテハ犯罪ハ一箇ニシテ犯人モ亦一人ナル場合ヲ假定シ來レリ然ルニ數犯罪又ハ數犯罪人ノ集合スル場合往々シテ之レ有リ是レ刑法ニ數罪俱發及數人共犯ノ規定アル所以ナリ先ツ數罪俱發ノ場合ヨリ研究セシム

第三章 犯罪又ハ犯罪人ノ集合

第一節 数罪俱發

凡ツ犯罪ノ集合ニニアリ再犯加重數罪俱發是レナリ而シテ再犯加重ハ其集合スル犯罪ノ一ハ確定裁判ヲ受ケ他ハ未タ其裁判ヲ受ケサル場合ナリ故ニ其後犯ニ付テハ法理上ヨリ見ルモ法律上ヨリ見ルモ必ス加重シテ處罰セサルヘカラサルコトハ曩ニ己ニ論述シタル所ノ如シ而シテ數罪俱發ナルモノハ未タ一度ノ裁判ヲ受ケサル間ニ數罪ヲ犯シタル場合ナリ今此數罪ニ付テハ如何ニ處

罰スヘキ乎其方法ニ付キ三個ノ議論アリ

(第一説)前キニ未タ一度ノ裁判ヲ受ケタルコトナクシテ數罪ヲ犯ストキハ其各罪ニ一刑ヲ併加スヘシ例ヘハ初メニ竊盜ヲ犯シ次ニ強盜ヲ犯セシトキハ此二罪ヲ併セ罰セサルヘカラス蓋シ一罪アレハ之ニ一刑ヲ科スルハ當然ノ事ナリ若シ犯罪人ニ刑罰ヲ加フルハ其者ヲシテ悛改セシムルニ止マルトキハ假令數罪ノ時ト雖トモ一刑ヲ科シテ可ナラン然レハ刑罰ノ目的ハ單ニ犯人ヲ警戒スルニ止マラスシテ犯人ヲ警戒スルト同時ニ社會人民カ將來同一ノ所爲ヲナスヲ防遏スルニ在リ然ラハ犯人ニシテ一罪ヲ犯ストキハ之ヲ止ムルニ足ル可キ一刑ヲ科シ又數多ノ罪ヲ犯ストキハ同ク其數罪ニ對スル所ノ數刑ヲ科セサレハ決シテ刑罰ノ目的ヲ達スルヲ得サルナリ况シヤ一旦犯罪ヲ行フテ刑法ノ禁制ヲ破ルモ其後前非ヲ悟リテ其邪心ヲ改メサル可カラズ又實ニ其悔悟ヲ爲スニ充分ナル時間ヲ有セリ然ルニ前非ヲ悟ラスシテ再ヒ犯罪ヲ行フトキノ如キハ既ニ一刑ヲ加ヘテ其者ヲ懲戒スルニ足ラサルヲ證スルニアラスヤ是レ各罪ニ一刑ヲ併科セタル可カラサル所以ナリ

(第二説)各罪ニ一刑ヲ併科スルハ非ナリ其數刑中最モ重キ者ヲ科スレハ十分ナリ何トナレハ元ト官廳ニ一ノ怠慢アレハナリ若シ官廳ニ於テ一罪ヲ犯ス者アルトキハ直チニ之ヲ搜查シテ其者ヲ處罰スル乎或ハ餘罪ヲ犯サトルヘキニ其處置茲ニ出テサルヲ以テ遂ニ第二ノ犯罪ヲ爲スニ至リタルナリ然ラハ則チ第二ノ犯罪ハ官ニ於テ止ムルヲ得ヘキニ之ヲ怠リタルニ原因ス故ニ此罪ニハ決シテ刑罰ヲ加ルヲ得ス且又一罪毎ニ一刑ヲ加ルトキハ其極過重ノ刑罰ニ流ルノ弊害ヲ生スルニ至ラシ第三説前二説ヲ折衷スルノ說ナリ曰ク一罪ヲ犯スヤ直チニ逮捕シテ其者ヲ懲罰スルトキハ第二ノ罪ハ之ヲ犯サトルヘシ然レトモ此者ヲ一罪ノミ犯セシ者ニ比較スレハ其惡意其加害共ニ大ナルヲ以テ單ニ一刑ヲ科シテ滿足スルヲ得ス故ニ此者ヲ處罰スルニハ數罪中最重ノ刑ニ尙幾等ヲ加ヘテ罰スルノ穩當ナルニ如カス以上ノ三説中第二説ハ官ニ過怠アルヲ以テ一罪毎ニ一刑ヲ科スルハ不可ナリト云フト雖トモ此理由ハ果シテ犯人ニ一刑ノミヲ科シテ足レリト爲スノ價値

アル乎夫レ刑法ニ規定ナキニ拘ラス數罪ヲ犯シタリトシテ數刑ヲ併科スルハ
數ヘスシテ罰スルノ嫌ヒアルヲ以テ固ヨリ不正タルヲ免レス然レトモ既ニ刑
法ニ明定シアル數罪ヲ犯シ而シテ官ニ向テ曰ク「汝若シ余カ最初ニ惡事ヲ爲シ
タルトキ直チニ余ヲ捕縛シテ刑罰ヲ受ケシメシナラハ余ハ決シテ餘罪ヲ犯サ
ハルヘシ然ルニ當時余ヲ逮捕シテ處罰セサリシカ故ニ第二ノ所爲ヲナシタリ
故ニ又二刑ヲ受ケス」ト此言果シテ正當ナリト云フコトヲ得ル乎今夫レ官ニ過
意アリシハ實ニ其言ノ如シ然レトモ元ト犯罪ヲ行フハ其者ノ邪惡ナリ若シ官
ノ過意實ニ第二犯罪ノ原因トナルトキハ則チ犯人ノ言フ所誠ニ正當ナリト雖
トモ官ノ過意ハ決シテ犯罪ノ原因ト云フコトヲ得サルナリ然ラバ一刑ヲ科ス
ルニ止メサレハ苛酷ニ失スル乎是亦未タ概ニ然リト断言スルヲ得ス例ヘハ
一人ノ盜者一圓ヲ窃取シタルカ爲メニ二月ノ刑ヲ科セラレタリ而シテ放免後
又直ニ一圓ヲ窃取スレハ又二月ノ刑ニ科セラルヘシ此論理ヲ以テスレハ二十
圓ヲ一度ニ窃取シタル者ニ二十ヶ月ノ刑ヲ科スル何ソ之ヲ過嚴ト云フヲ得シ
ヤ當ニ彼此ヨリ過嚴ナラサルノミナラス再犯ニアラサルヨリ刑ヲ加重セラル

「コトナシ即チ幾クカ輕キ所アルニアラスヤ且一度罪ヲ犯シテ判決ヲ經サル
間ハ數多ノ輕罪ヲ犯シテ顧慮セサルノ弊害ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ第二説ハ
少シモ探ルニ足ラサルナリム成義合ひ無限紙を過ぐ難解にて置保とく事
然ラハ第一説ヲ正當ナリト爲ス乎曰ク是亦未タ完全ナル説ト云フヲ得ス例之
ハ永キ時間内惡意ヲ包藏シテ一度ニ百十万圓ヲ盜取シタル者ハ其實千百圓ニ過
ニ其惡意ノ大ニ其加害多キモ四年ヨリ以上ノ刑ヲ科スルコトヲ得ス然ルニ此
説ニ從フトキハ一度ニ盜取セスシテ數十度ニ盜取シタル者ハ其實千百圓ニ過
キサルモ五年六年ノ刑ヲ科セサルヘカラス此二者ノ間其惡意其加害果シテ此
ノ如キ零壻ノ差異アル乎法律ニ於テ竊盜ハ四年マテノ刑罰ヲ加ヘテ充分ナリ
ト思惟シタル以上ハ仮令數十度ニ數千百圓ヲ盜取スルモ其加害ト惡意ハ當然
四年ノ刑罰中ニ含有セルモノト云ハサルヘカラス然ルニモ拘ハラス尙本數罪
ニ數刑ヲ科シ此結果ヲ顧サルハ豈ニ權衡ヲ誤レルノ説ニアラスヤ且社會ノ必
要上道理上ヨリ考察スルモノ數千百圓ヲ數十度ニ盜取シタル者ニハ五年六年ノ
刑ヲ科シ數百十万圓ヲ一度ニ窃取セシトキハ四年ノ刑ニテ足レリトノ理ハ万

々之アルマジキ事ナリ故ニ第一説モ亦採用スルヲ得ス
 斯クノ如ク第一説ハ權衡ヲ失シ第二説ハ一回最重ノ刑罰ヲ犯ストキハ無限ニ
 軽刑ヲ犯スと弊害アルモ第三説ハ能ク其權衡ヲ保チ其弊害ヲ除クニ足ルヘシ
 故ニ余ハ第三説ヲ以テ最モ正當ナルモノナリト信ス蓋シボアソナード氏モ亦
 此説ヲ採用シタリヘ
 以上ハ數罪俱發ノ理論上ヨリ看察シタルナリ遺憾ナカラ我立法者ハ第二説ヲ
 採用シタリ併科説ハ上段ニ陳ヘタル如ク單ニ權衡ヲ失スルノミナラス又決シ
 テ併科スルヲ得サル場合アリ例へハ無期流刑ニ該ル罪ト禁錮ノ刑ヲ以テ罰ス
 ル罪ト同時ニ發シ死刑ヲ科スヘキ罪ト他ノ罪ト同時ニ發シタルカ如キ是レナ
 リ若シ流刑ヲ科セシカ則チ禁錮ノ刑ヲ科スルヲ得ス又禁錮ノ刑ヲ科セシカ則
 チ流刑ヲ科スルヲ得ス死刑モ亦一旦之ヲ執行スル以上ハ百事皆止ミ他ノ刑ハ決
 シテ之ヲ科スルヲ得ス然レトモ此場合ハ無期刑ト他ノ禁錮トヲ併科スヘキ場
 合ト異ナル所アリテ全ク併科スルヲ得サルニアラス即チ四年ノ重禁錮上死刑
 ヲ併科ス可キトキニ先ツ四年間服役セシメ然ル後死刑ヲ執行スレハ則チ二罪

ヲ併科スルヲ得然レトモ此ノ如キハ徒ラニ慘酷ニ流ルヽノミニシテ何等ノ實
 益ナシ故ニ此等ハ固ヨリ併科スルヲ要セス是レ又我立法者カ併科説ヲ捨テ吸
 收説ヲ採用シタル一理由ナラン乎我刑法ノ原則ハ吸收主義ナリ然レトモ又例
 外トシテ併科スル場合ナキニアラス
 第一例外 是レ違警罪ノ場合ナリトス第一百一條ニ曰ク「違警罪二罪以上俱ニ發
 シタルトキハ各其刑ヲ科ス若シ重罪又ハ輕罪ト俱ニ發シタルトキハ一ノ重キ
 ニ從フト蓋シ違警罪ノ刑タル極メテ輕刑ナルヲ以テ假令之ヲ併科スルモ敢テ
 惨酷ニ流ルヽコトナシ且吸收説ハ社會ニ怠慢アルカ故ニ併科ス可カラスト云
 フモ違警罪ニハ此理論ヲ適用スルヲ得ス何トナレハ違警罪ハ大抵犯人ノ怠慢
 無意ヨリ生スルモノナレハ犯人ハ社會ニ向テ汝最初ニ余ヲ責罰セス故ニ余亦
 此罪ヲ犯セリト云フヲ得サレハナリ是レ此例外ノ理由ナラン然レモ決シテ苛
 酷ニ流ルヽコトナシト云フヲ得ス
 第二例外 没收ノ刑ハ之ヲ併科ス第一百三條ニ曰ク「數罪俱ニ發シ一ノ重罪ニ從
 フト雖トモ其沒收及ヒ微償ノ處分ハ各本條ニ從フト其然ル所以ノ理ハ元ト沒

(續)

收ノ刑ヲ科スルノ目的ハ其物件ヲ官ニ取上ケサレハ危險ナルカ或ハ犯人ヲシテ不當ノ利益ヲ得セシムルノ恐アシ等ノ理由アルニ因レリ即チ沒收ハ犯人ヨリハ寧ロ物件ニ關ス故ニ之ヲ併科スルノ必要ヲ見ル例之ハ一ノ窃盜罪ニハ棍棒ヲ用ヒ他ノ窃盜罪ニハ兌器ヲ用ヰタル時ノ如キ其棍棒兌器共ニ之ヲ取上ケサレハ此刑罰ノ目的ヲ達スルヲ得サルヘシ。刑法規定ノ例外ハ以上二個ノ場合ニノミ併科説ヲ採用セリ然レドモ尙他ニ之レカ例外ヲ設クヘキ場合ナキニ非ス例之ハ監視規則ノ如シ今國事犯ノ罪ト竊盜ノ罪ト俱發シタリトセヨ此ノ場合ニ吸收説ニ從フ時ハ國事犯ノ罪重キヲ以テ其刑ノミヲ科セサル可ガラス果シテ然ラハ遂ニ監視ノ目的ヲ達スヘカラサルニ至ルヘシ何トナレハ監視刑ナルモノハ或犯人ノ再犯ヲ豫防スルニ在レハナリ今窃盜ヲ犯シタル者ニハ必ス監視ヲ附加シテ將來ノ危險ヲ防遏セサルヘガラスト爲シタリ然ラハ此場合ニハ國事犯ノ刑ト竊盜ノ附加刑即チ監視ヲ併加シ以テ其者ヲ懲戒セサルヲ得サルニアラスヤ然ルニ現行刑法ノ規定第一ノ例外ヲ設ケ却テ茲ニ及ハサルハ余ノ遺憾トスル所ナリ。

數罪俱發スレハ一ノ重キニ從ヒ處斷スルトキハ如何ナル効果ヲ生スル乎以下之ヲ講究セシ

重罪ハ第一百二條第二項ニ規定シタルカ如ク第一ニ期限ノ長短ニ因テ其輕重ヲ分タサルヘカラス故ニ重懲役ハ輕懲役ヨリ重シトシ以テ重懲役ヲ科セサル可カラス又同シ輕懲役ニテモ一罪ハ七年一罪ハ八年ニテ罰スヘキトキハ九年ノ輕懲役ニテ罰セサル可カラス次ニ刑期ノ等シキモノハ定役ノ有無ニ因テ其輕重ヲ分ツ故ニ例ヘハ有期流刑ト有期徒刑ト俱ニ發スルトキハ有期徒刑ヲ重トシ以テ此刑ヲ科セサルヘカラス此ノ如ク重懲役ヨリ有期流刑ヲ重トシ又有期徒刑ヨリ有期流刑ヲ輕シトスヘキモ流刑ト徒刑懲役ハ全タ其性質ヲ異ニスルモノナレハ却テ反對ノ現象ヲ生スルヤモ亦知ルヘカラス故ニ此規定ハ何ノ點ヨリ看來ルモ徹頭徹尾宜シキヲ得タルモノト云フヘカラサルコアランカヘ重罪ニ就テハ全條第三項ニ其所犯情狀最重キ者ニ從テ處斷スト規定シタリ故ニ裁判官ハ能ク罪狀ヲ斟酌シテ其輕重ヲ定メサルヘカラス然レトモ裁判官ハ何ヲ根據トシテ一方ヲ重シトシ一方ヲ輕シトスルを實際科スル所ノ刑ニ據フ

サルヲ得ス例之ハ二箇ノ犯罪ヲ同時ニ裁判シ一罪ハ一年又他ノ過罪ハ十ヶ月ニ科スヘキトキハ其十ヶ月ニ處スル罪ヲ重ト断定スルヲ得ス故ニ此場合ニ亦重罪と場合ニ於ケルカ如ク其情状ノ輕重ハ先ノ刑期ノ長短ヲ忖度シ刑期ノ長キ者ヲ以テ重トシ刑期ノ短キモノヲ以テ輕トス可ク又刑期同一ナルトキハ定役ノ有無ニ因テ其輕重ヲ判定セサルヘカラズ是レ立法者ノ精神ナリ然ラハ則チ重罪ト輕罪トニヨリテ輕重ヲ分別スルノ方法ヲ異ニシタルニアラズ余ハ第二項ト第三項トヲ設ケタルノ理ヲ知ルニ苦マズンハアラズ

以上ハ同一ノ起訴ニ因テ數罪俱ニ發ジタル場合ナリ尙ホ他ニ起訴ヲ異ニシテ發スルト往々ニシテ之レ有リ而シテ其處分法ハ前述ノ場合ト同一ナルサルヲ以テ刑法亦之レカ規定ヲ異ニシタリ

第一百條ハ同一ノ起訴ニ因テ總テノ犯罪カ俱ニ發シタル場合ヲ見タリ然レトセ數罪俱發ハ必スシモ此ノ如キ場合ノミニ限ラス時日ヲ異ニシテ起訴ヲ異ニシテ發スルヲ數々之レアリ此ノ如キ時ハ如何ニ處分スレハ第一百條ノ規定ヲ満足セシムルヲ得ル乎曰ク此時ハ三個ノ區別ヲ爲サルヘカラズ

第一先ノ疑ノ存セサル場合ハ第一ノ犯罪ヨリ第三ノ犯罪ニ至ルマテ總テ未メ確定ノ判決ヲ經由セサル間ニ發シタルトキニシテ即チ其中ノ最重ノ罪ニヨリ之ヲ論スレハ足レリトス

第二此簡短ナル適用ヲ外ニシテ他ニ假定ヲ索メシテ即チ其執行中若ク執行後他罪發シタル時トス此場合ハ其執行シタル刑期ト後發ノ犯罪ノ刑期トヲ計算セサルヘカラス而シテ後發ノ罪輕キトキハ之ヲ論セス若シ既判ノ犯罪ヨリ後發ノ犯罪重キ時ハ前後ノ刑ヲ通算シ前發ノ刑二年ニシテ既ニ一年間服役ヲ爲シ後發ノ刑三年ナルトキハ其刑期ノ全數三年ヨリ一年ヲ扣除シ殘餘ノ二年ヲ科ス第一百二條第一項上段然ルニ此通算ノ方法ハ前後ノ犯罪何レモ体刑ニ該ルトキハ實ニ容易ナサト雖トモ或ハ前發ノ刑ハ罰金ニ處セラレ後發ノ刑ハ体刑ニ處セラルコトアリ此ノ如キ時ハ第二十七條ニ因リ

一圓ヲ一日ニ折算シテ前後ノ刑期ヲ通算ス可ク而シテ之カ折算ヲ爲スニハ重禁錮ナルト輕禁錮ナルトヲ問ハサルナリ故ニ實際通算其平ヲ得サルコトアリ

第三ノ仮定ハ數罪中一罪ハ已ニ宣告ヲ受ケ面シテ他ノ一罪ハ宣告後ニ犯シタル

罪ト俱ニ發シタル場合ニシテ即チ數罪中ノ一罪ハ前判ノ罪ト數罪ニシテ他ノ一罪ハ前判ノ罪ト再犯ナル場合ナレハ數罪俱發ト再犯加重ノ二元素ヲ混同シタリ今之ヲ處分スルニハ如何ナル方法ニ依ルヘキ乎我刑法ハ再犯ノ罪ニハ再犯加重ノ規則ヲ適用シ數罪俱ニ發シタル點ニ付テハ數罪俱發ノ規則ヲ適用セリ故ニ例へハ一人三罪ヲ犯シ第二罪ハ已ニ裁判宣告ヲ受ケ後第一罪第三罪ト俱ニ發シ而シテ第一罪ハ判決前ニ犯シ第三罪ハ判決後ニ犯シタリトセヨ此ノ如キ時ハ第三罪ハ第二罪トノ關係上再犯ニ係ルヲ以テ加重シテ之ヲ罰シ又第一罪ハ加重シタル第三罪ト俱ニ發シタルカ故ニ之ヲ比照シテ其重キ一罪ヲ論シ復タ其重キ刑ト第二罪ノ刑トヲ通算セサルナリ蓋シ法文ハ此ノ如ク簡短ナルモ其結果種々ノ變化ヲ生ス左ニ之ヲ研究セシム

(一) 第一罪ハ重懲役十一年第二罪ハ輕懲役八年而シテ第三罪ハ重禁錮四年ナル場合ニ第二罪ハ既ニ判決ヲ受ケタリトセヨ此時ハ第三罪ハ再犯ニ係ルヲ以テ之ヲ加重シテ罰シ又第一罪ト第三罪ハ同時ニ發覺シタルヲ以テ之ヲ比較シテ一ノ重キ第一罪ヲ科セサル可カラス此ノ如クスレハ犯人ハ如何ナル刑ヲ受ク

ル乎實際重懲役十一年ト輕懲役八年トヲ合計シ都合十九年ノ刑ヲ受ケサルヘカヲス然レトモ重懲役ト輕懲役ト共ニ發覺シテ已ニ處断ヲ經タル再犯タル第三ノ犯罪發覺シタリトセハ重懲役十一年ト重禁錮四年ヲ合算シテ十五年ノ刑ニ處セラルヘシ即チ本條ハ犯人ニ取リテ不利益ナリ

(二) 第一罪ハ重禁錮四年第二罪ハ輕懲役八年又第三罪ハ重懲役十一年ナル場合ニ先キニ輕懲役八年ニ處セラレ餘罪タル重禁錮四年ニ該ル罪ト重懲役十一年ノ再犯罪ト俱ニ發シタレハ之ヲ比較シ一ノ重キ重懲役ニ處ス即チ輕懲役ニ合算シテ十九年ノ刑ヲ科セサル(カラス此場合ハ假令前ニ重禁錮ノ罪ト輕懲役ノ罪ト俱ニ發覺シテ之カ判決ヲ受ケタル後重懲役ニ再犯罪發覺シタルトキモ亦合計十九年ノ刑ヲ受クヘケレハ本條ハ犯人ニ取リテ損益アルコトナシ)

(三) 第一ニ輕懲役八年第二ニ重禁錮四年又第三ニ重懲役十一年ノ犯罪ヲ犯シニ第二ノ重禁錮四年ニ處断セラレタル場合ハ俱ニ發シタル第一及第三ノ犯罪ヲ比照シテ一ノ重キ重懲役十一年ニ處ス故ニ此場合ハ全ク第一ノ場合ニ反シテ實際合計十五年ノ處刑ヲ受ク然レトモ若シ第一及第二ノ犯罪俱ニ發現シテ后

二 第三ノ再犯罪發覺スルトキハ刑ヲ合計十九年ニ處刑ヲ受ケサル可カラズ故
ニ犯人ハ本條ノ利益ヲ受ク
以上ノ仮定ニ依レハ第一ノ場合ハ第百二條第二項ノ規定アルカ爲メニ犯人ノ
損失トナリ第二ノ場合ハ此法文ノ規定アルト否ト問ハス犯人ニ利害ナク第
三ノ場合ハ此法文ノ規定アルカ爲メニ犯人其利益ヲ受ク蓋シ第三ノ場合ニ於
テ犯人ノ利益ヲ得ルハ至當ノ事ナリ何トナレハ法律ハ數多ノ犯罪未タ判決ヲ
經スシテ同時ニ發シタルトキハ其中ノ最モ重キ刑ヲ科スルトキハ他ノ犯罪ハ防
遏スルヲ得ヘシト思惟シタリ故ニ此場合ニ再犯罪ノ重懲役ヲ以テ罰スルトキハ
未タ判決ヲ經サル輕懲役ノ犯罪モ亦之ヲ防遏スルヲ得ケレハナリ然レハ四年
ト八年トヲモ通計シ合計十九年ノ刑罰ヲ科スルノ必要ナシ然ルニ第一ノ場合
ニ此法文ノ規定アルカ爲メニ犯人損失ヲ被ルハ毫モ其理由ナキカ如シ何トナ
レハ通算シテ重懲役十一年ニ處ス猶未且四年ノ重禁錮ニ處スレハ數罪俱發ト再
犯加重トノ精神ヲ満足スレハナリ然ルニ立法者此ノ如ク處罰セサルヘカラズ
トシタルハ何ツヤ蓋シ原則トシテ再犯ノ場合ハ加重シテ罰セサルヲ得サルコ

トハ既ニ見ル處ニシテ此場合ノ如キモ亦此原則ヲ適用モサルカラズ然シテ今
此場合ヲ見ルニ犯人ハ既ニ輕懲役八年ニ處スレ尙且ニモ懲リヌテ重禁
錮四年ノ犯罪ヲ行フタルニアラスヤ然ラハ則チ此者ニ向ヒ重懲役ト輕懲役ト
比較シ一ノ重キ重懲役ニ處シ其刑十一年ヨリ已ニ執行シタル八年ヲ扣除シテ
得タル殘數三年ヲ執行シ之ニ再犯罪ノ重禁錮四年ノ刑ヲ加ヘテ七年ニテ罰ス
ルモ未タ其者ヲ懲ラスニ足ラス故キ更ラニ十一年ノ重懲役ニ處スルナリ是レ
或ハ立法者ノ意ナラン然ラハ再犯加重ノ制度ヲ改正シ必ス前判ノ刑ヨリ刑ヲ
科スヘク後犯ノ罪ノ刑ニ等ヲ加フルノミヲ以テ足レリトス可ラス之ヲ要ス
ル其意ハ不可ナシト雖トモ現行刑法ノ主義ヨリ立論スレバ到底此規定ヲ説明
スルヨトヲ得ス
注意第百條ニ「ノ重キニ從ヒ處斷ストアリ此語詞ハ能ク之ヲ了解シ得ルモ第
百二條ニ之ヲ論セストアリ此語詞ニ因テ見ルトキハ罪ト爲サヘルカ如ク解シ
得ヘシ然レトモ是レ決シテ無罪トスルノ意ニ解スヘカラス其罪ハ罪トシテ之
ヲ問フモ唯之ニ刑ヲ科セスト云フ精神ナリ是故ニ既ニ最重ノ罪ヲ起訴スレ

ハ其他輕微ノ罪發覺スルモ之ヲ起訴スルノ必要ナキガ如シト雖モ尙之ヲ起訴セサル可カラス何トナレハ其罪ハ之ヲ論セ孰ルヲ得サル矣ナリ然ルニ實際于テハ數罪中一罪ハ已ニ判決ヲ經テ餘罪后ニ發シタル時キハ其罪輕キヲ以テ之ヲ論エストノ判決ヲ下シ又ハ數罪俱發ナルヨリ一ノ重キ某罪ニ從ヒ斯々メ刑ヲ科スト宣告スル等現ニ其科スル所ノ犯罪ニ就テモ刑ヲ秤量スルハ不完全ナル裁判ト云ハサル可ラス之ヲ完全オル裁判ヲ言渡スニハ各罪ニ法條ヲ適用スルノミナラス各其刑ヲ秤量シ而シテ斯々ノ罪ハ既ニ判決ヲ經タルヲ以テ之ヲ論セス又某ハ一ノ重キ某罪ヲ論セサル可カラス然ラサヘハ其言渡シタル刑ニシテ大審院ニテ破毀ノ上無罪ナル事キハ餘ノ刑モ亦悉ク免脱スルニ至ラン三事ニ特許ミテ再び再び再び國平ニ據セ城ハモ手准ニテ博ス

第一節 數人共犯
前節ニ述タル數罪俱發ハ一人ニテ許多ノ犯罪ヲ行フタル場合ニシテ數人共犯ハ犯罪ハ一ニシテ犯人人數多アル場合ナリ曩モ述タルカ如ク凡ソ犯罪ハ種

をノ時期經過シテ構成スルモノカリ故ニ一罪ニ付テ其時期中ノ此部ニ加ベシル者數人アリバ又彼ノ部ニ加ベリル者數人アリ例之ハ第一着西犯罪の意思ヲ誘起セシムル者アリ或ハ其所爲ヲ爲サンコトヲ決定セシムル者アリ或ハ罪犯豫備ノ所爲ヲ爲ス者アリ或ハ犯罪ノ實行ノ所爲ヲ爲ス者アリ而シテ此等總てノ事柄ニ付テハ罪トナルヘキセノアリ罪トナルサルモノアリ又同シク罪トナルヘキ事柄ニ付テモ其罪ハ同一ノ刑ニテ處罰スヘキ乎又ハ輕重ノ差ヲ付シテ所

謂スヘキ乎一々之ヲ定メサル可カラス然レトモ法律ハ是等萬般ノ事柄ニ付テを決定ヲ爲スノ必要アラサルナリ故ニ何レノ刑法ニ於テモ其大体ニ付テ之カ區別ヲ立テ深ク其微細ニ進入セス我刑法モ亦其梗概ヲ規定スルノミニ止ヌアリ我刑法ノ規定ニ依レハ第一犯罪ニ決定ニ關與スル者第二犯罪ノ豫備ニ關與スル者第三犯罪ヲ實行ニ關與スル者ノ三種ニ區別シ而シテ第一及セ第三ヲ正犯ト爲シ第二ヲ從犯ト爲シカリ以下順次之ヲ説明セシ間ニ擇セモ之ヲ揚棄吉

第一欵 正犯

正犯中先ツ犯罪ノ實行ニ關與セル者ニ付一言ゼン

犯罪ノ實行ニ關與スル者トハ何ソヤ此問題ハ甚タ簡短ニ答フルコトヲ得ルモ實際ニ至シテハ困難ナル場合ニ遭遇スルモ先ツ四三ノ例ヲ舉ケテ之ヲ研究セシニ例ハ甲、乙ヲ殺害セント欲シ毒薬ヲ盛リテ之ヲ差メタルニ乙敢テ之ヲ飲マス因テ丙ナル者乙ノ後部ヨリ其兩腕ヲ擁扼シテ無理ニ毒薬ヲ飲マシテアリ此場合ハ甲丙共ニ犯罪ノ實行ニ關與シタルモノナリヤ明白ナリ然レトモ正犯タル事ハ何人モ一致スを所ナリ今少シ之之カ趣キヲ變シタル場合ヲ假定セン甲、乙ヲ毒殺セントスルニ方リ丙其門戸ヲ固ク閉鎖シテ乙ノ通路ヲ遮断シタリトセシ時モ亦犯罪ノ執行ニ關與シタルモノナリヤ明白ナリ然レトモ此者果シテ正犯ト爲スヘキ乎今又窃盜ノ場合ヲ取テ之ヲ例セシニ甲窃盜ヲ爲サントスルニ際シ乙某家ノ鎖鑰ヲ擊摧シテ其家内ニ闖入セシメタリトセ此者ハ其實行ニ關與シタル正犯ナリトスルヲ得ル乎又窃盜ヲ爲サント欲シテ某家ノ門前無到リシ所口牆壁高フシテ之ヲ踰越スル由無シ適々知己某其所ヲ通行スルニ會シ其肩ヲ借りテ牆壁ヲ踰越シ而シテ遂ニ其目的ヲ遂ケタリトセバ如何此時

セ亦現ニ犯罪ノ執行ニ關與シタルニ相違ナシ然レトモ其正犯ヲ爲ス可得ルキ否ヤ

以上ノ場合ハ皆多少疑ナキヲ得ス果シテ然ラハ第百四條ニ所謂現ニカル文字ハ如何ナル意義ヲ有スル乎之ヲ了解スル極メテ困難ナリ何トナレハ此事ハ究竟事實ノ問題ニ屬シ克ク其場合ヲ鑑査セサレハ容易ニ決定シ易カラサレハナリ然レトモ裁判官ハ何等ノ標準ヲ有セス隨意ニ犯人ノ正從犯ヲ決定スルヲ得ス然ラハ則チ其現ニ罪ヲ犯シタルト否ラサルトハ何ヲ根據シテ之ヲ定ムハギ乎蓋シ其最モ近真ナル定義ヲ下サハ現ニトハ直接ニ犯罪ノ執行ニ關與スル行自体ニ關與スル者ハ皆之ヲ正犯ニナシ否ラサル者ハ正犯ニ非スト斷定スルヨリ他ニ途ナカル可シ夫レ然リ然シテ余ク此決定ニ因テ前例ヲ決断スレハ如何一人カ某ヲ毒殺セントスル真當リ他ノ一人ガ背部ヨリ某ヲ擁扼スル所爲ハ則チ犯罪ニ直接シテ門戸ヲ閉鎖シカ道路ヲ遮断スルカ如キハ直接ニア

ラサルナリ又第二例ニ於テモ鑑繪又聲撞ス假バ家内ニ入りテ物品又奪盜ヌヌニ欠ク可カラサル所爲ナルモ直接ニ犯罪ノ執行自体ニ關興レタル者ト云フ得ス况シヤ梯子ノ代ミニ肩ヲ貸シタル所爲ノ如キニ至リテハ益々犯罪ノ實行自体ニ關セサルヤ明カナリ。五〇二五
 (注意正犯ノ各人ハ各々自ラ犯罪ノ決意ヲ爲スヲ要ス然レトモ豫備ノ所爲ト自ラ之ヲ爲スト否トヨ間フヲ要セス唯自ラ決意シテ實行ノ所爲ヲ行フタル者ニ非サレハ正犯ト爲スヲ得ス而カモ其決意ノ遲速ハ問フ所ニアラサルナリ。他ノ正犯ヲ教唆者ト爲ス佛國刑法ハ教唆トハ如何ト云ヘル問題ニ對シ逐一其教唆ノ方法ヲ明示セリ曰ク詐欺脅迫贈與結約威權ヲ以テ犯罪ヲ行ハシメタル者ヲ教唆者トスト然レトモ我刑法ハ此等ノ方法ヲ烈記セス故ニ我刑法ノ教唆者ハ佛國刑法ノ教唆者ヨリ其意義汎博ナリ故ニ佛國ニ於テハ犯罪又爲スノ意思ナキ者ニ之カ決意ヲ與ヘタル者ハ其方法ノ如何ヲ問ハス皆教唆者トスルヲ得ストノ議論起ルモ我刑法ノ下ニ在テハ毫モ此如キ議論ヲ生セサルナリ。然ラハ現ニ罪ヲ犯シタル者ニ決意ヲ與ヘタル者ハ如何ナル場合ヲ問ハス之。

ヲ教唆者ト云フヲ得ル乎是レ亦事實ノ問題ニ屬スルヲ以テ豫メ之ヲ一定スルヲ得ス今疑ノ存セサル一二ノ例ヲ舉示セン既ニ罪ヲ犯スノ意思アルモノニ決意ヲ與フル如キハ教唆ト云フヲ得ス決意ヲ與ヘタルハ其犯罪ニ尤モ近接ナルヲ要ス故ニ例ヘハ單ニ犯罪ノ決意ヲ起スノ誘因タルニ過キサルモノ又ハ既ニ起シタル決意ヲ鞏固ナラシムルモノハ皆教唆ト云フヲ得ス故ニ又三年以前ニ犯罪ヲ行フ事ヲ慾通セシニ今日之カ犯罪ヲ行タル時ノ如キモ決シテ教唆ト云フヲ得ス何トナレハ則チ今日ノ犯罪ニ直接ナル決意ヲ與ヘタルニ非サレハナリ其他困難ナル諸種ノ問題ニ遭遇スルヲアルヘキモ此決定ニ因リテ之ヲ判斷セハ其正鵠ヲ過ラサルニ庶幾カラシ。

一旦教唆ヲナシタル后未タ犯罪ヲ實行セサル以前ニ教唆者犯罪ヲ止メタル遂ニ聽カスシテ實行シタル時ハ如何此場合ニ付大ニ議論アルモ余ハ教唆ヲ以テ論セスト論定スルニ苦マサルナリ何トナレハ一旦教唆ヲ爲スモ之ヲ止メタル以上ハ之カ制止ヲ爲シタルニモ拘ハラス尙進シテ犯罪ヲ實行スルハ全ク自己實行者自身ノ意思ヨリ出テ自己ノ隨意ニ爲シタル犯罪ニシテ前ノ教唆ハ誘

因タルニ過キサレハナリ即チ其教唆ハ此犯罪ノ直接ノ原因ト云フヲ得サルニ至レリ

以上教唆ニ付テノ大要ヲ説キ尙本茲ニ文字上ノ事ニ付テ一言スヘキモノアリ法律ヲ離レテ論スルキハ教唆者ハ性質上正犯トスキ乎將タ從犯トスヘキ乎是一問題ナリ然レバ我刑法ハ正犯ト爲ストノ明文アルヲ以テ性質上ヨリ見ルモ亦之ヲ正犯ト爲サハル可カラス蓋シ犯罪ノ要素ハ元ト意思ト事實トノ二者ヨリ構成スルモノニシテ即チ教唆者ハ無形ノ意思上ニ動キヲ爲シ被教唆者ハ有形ノ所作上ニ動ク爲シ二者相抱合シテ完全ナル一個ノ犯罪ヲ顯出スルモノナレハ猶本實行ノ一部ヲ擔任シタルニ異ナラス
我立法者ノ意ハ此ノ如クナルヘシ然レバ教唆者ヲ以テ從犯ト爲スモノアリ其理由ニ曰ク總合一人ハ無形ナル意思上ニ動キヲ爲シ他ノ一人ハ有形ナル所作上ノ動ク爲シ各犯罪ノ要素ヲ分擔シテ罪ヲ爲ストハ言ヘ之ヲ正犯ト爲スハ不道理ナリ若シ之ヲ正犯ト爲ス以上ハ豫備ノ所爲ヲ分擔スル者モ亦之ヲ正犯ト爲サハル可カラサルニ至ラン然ルニ正從犯ノ區別ハ全ク其爲ス所ノ所爲カ犯

從犯

第二節 從犯

罪自体ニ係ルト否トニ因ル然ラハ教唆者ノ如キ其所爲自体カ罪トナラサル者ハ之ヲ從犯ト爲スヘク決シテ正犯トスルヲ得スト此說稍々理由アルカ如然レバモ我刑法ハ之ヲ採用セス
從犯ハ其所爲自体ヲ見ルトキハ毫モ罪トナラスト雖トモ其所爲カ間接ニ他ノ犯罪ニ加功スルカ故ニ之ヲ罰ス我刑法ハ從犯トナルヘキ所爲ヲ列記シタリ第一ニ器具ヲ給與シトアリ器具ヲ給與スルトハ人ヲ殺ス所ノ刀劍ヲ貸與シ盜ヲ爲スニトキハ容易ニ其家内へ闖入スルヲ得ヘシ或ハ某ノ方法ヲ用ヒシト教示スルカ用フル合鍵ヲ作ルカ如シ第二ニ「誘導指示シトアリ誘導ハ犯罪人ヲ誘引スルヲ云ヒ指示ハ某家ハ表面ノ取締ハ堅牢ナルモ裏面ハ不要心ナルヲ以テ裏面ヨリスルノ所爲ヲ爲スコトヲ云フ盜ヲ爲ス者ノ爲メニ梯子ヲ荷フテ行クカ如キ是ナリ從犯ハ此ノ如ク豫備ノ所爲ヲ爲シタル時ノミニ限ル乎若シ然リト決定スルト

半々正犯ト從犯ノ區別ハ洵ニ明白ナリ然レトモ亦他ニ大ナル不都合ヲ生スルニ至ラシ前キニモ述ヘタル如ク人ヲ殺スニ當リ被害者ノ道路ヲ遮断シ盜ヲ爲スノ間被盜者ノ門前ニ在リ瞭望スルカ如キハ元ト豫備ノ所爲ニアラスト雖トモ亦從犯ナリ然ルニ法文ノ豫備ナル文字ニ拘泥シテ之ヲ解スルトキハ此等ノ場合ハ豫備ノ所爲ト云フヲ得サルヲ以テ從犯トシテ之ヲ罰スルヲ得サルヘシ然ラハ第百九條ニ所謂豫備ナル文字ハ少シク狹隘ニ失シタリト云ハサルヘカラス是故ニ學理上正犯從犯ノ何タルコトヲ知ルニハ直接ニ、犯罪ニ、加功シタル乎將メ間接ニ之ニ加功シタル乎ヲ審究シ間接ニ犯罪ニ加功シタルトキ即チ犯罪ヲ帮助シ又ハ容易ナラシメタル所爲ハ從テ從犯ト爲サハルヘカラス從犯ハ刑法之ヲ罰ス然ルニ唯梯子ヲ荷擔シ合鍵ヲ制作シ又ハ刀劍ヲ砥礪スルカ如キハ假合犯罪者タル本人ニ於テ此等ノ所爲ヲ爲スモ之ヲ罰スルコトヲ得ス然ラハ則チ他人之ヲ爲スニ於テハ益々罰ス可ラサルニアラスヤ然ルニ刑法之ニ反シ他人カ此等ノ所爲ヲ爲セハ則チ其者ヲ罰スルハ何ノ故ソヤ曰ク第一ニ犯罪ヲ帮助シ若クハ之ヲ容易ナラシムルノ惡意アレハナリ若シ其者ニ惡意

ナケレハ之ヲ罰スルヲ得サルハ論ヲ待タス何トナレハ第一百九條ニ「重罪輕罪ヲ犯スヲ知リテ云々トアレハナリ第二從犯者ノ所爲即チ其爲シタル豫備ノ所爲元ト罪トナラサル所爲ニ止マルトキハ之ヲ罪トスルヲ得スト雖トモ彼レ其所爲ヲ爲シタルカ爲メ竟ニ一個ノ犯罪ヲ作ルニ至レリ即チ他人カ受ケタル害ハ從犯者ノ直接ニ爲シタル所爲ノ結果ニアラサルモ其間接ニ與ヘタルモノナルヲ以テ之ヲ罰スルナリ之ヲ要スルニ其所爲元來罪トナラサルモ犯罪ノ行爲ト合シテ一体ヲ爲ストキハ之ヲ罰セサルヲ得ス
以上正犯教唆者及從犯ノ何タルト此三者ノ罰セサル可カラサル所以ヲ說了セリ以下如何ナル條件ヲ具備スルニ至リテ之ヲ罰スヘキ乎ヲ陳ヘントス正犯ニ付テハ特ニ述フ可キ條件ナシ何トナレハ各自現實ニ一罪ヲ爲スヲ以テナリ故ニ責罰スルニ要スル條件ヲ述フルハ全ク教唆者ト從犯者トニ關スルノミ
正犯者ハ實行シタル所爲罪トナルコトヲ要ス例へハ正犯者ハ實行シタル所爲大赦ニ遭フテ無罪トナリタリトセヨ此ノ如キハ實行者既ニ無罪ナルヲ以テ教

駁者及從犯者モ亦罪ナキハ當然ノ事ナリ然ルニ茲ニ一言スヘキセノアリ即チ外國ニ於テ犯シタル罪ノ教唆者又ハ從犯者ハ如何ニ之ヲ處置スヘキ乎若シ其正犯者ヲ日本刑法ニ依テ罰シタル時ハ教唆者若クハ從犯者モ之ヲ罰スヘシト雖トセ否ラサレハ之ヲ罰スルヲ得ス何トナレハ日本刑法ニ依テ罰セサル以上ハ日本刑法ヨリ見レハ實行者罪人ニアラス罪人ニ非サル者ニ對シテ如何ニ教唆ヲナシ又ハ器具ヲ給與スル等ノ所爲ヲ爲スモ罪トシテ罰スルコトヲ得サレハナリ然レトモ罪トナルヘキ所爲ヲ實行スレハ足レリトス故ニ假令實際現實ニ罪ヲ犯シタル者即チ正犯者か逃亡若クハ死去シタルノ事實アリトスルモ逃亡若クハ死去セシ者カ罪トナルヘキ所爲ヲ實行シタル證明アル以上ハ教唆者及從犯者ヲ罰セサルヲ得ス此ノ點ニ付テ一ノ問題アリ夫姦ノ場合ニ於テ姦婦死去スルカ又ハ逃亡シタルトキハ他ノ共犯者之ヲ罰スルコトヲ得ルヤ否ヤ今述ヘタル所ニ因リ教唆者又ハ從犯者ハ正犯者カ罪トナルヘキ所爲ヲ實行シタル以上ハ假令正犯者其后

ニ死去若クハ逃亡スルモ尙ホ之ヲ罪トシ罰スト云フノ理ヲ擴張スレハ此場合ニ於ケル姦夫ハ正犯者ニシテ教唆者從犯者ニアラサルヲ以テ一層罰セサル可カラサルガ如シ然レトセ亦他ニ罰ス可カラサル理由ナキニ非ス夫レ有夫姦ノ罪ハ相姦ノ婦ニハ有夫ノ婦ナルコトヲ確實ニセサレハ罪トシテ罰スルコトヲ得サルモノナリ然ルニ若シ其姦婦カ死去シタリト假定セハ其婦女ハ實ニ有夫ノ婦ナルコト明白ナルヘキモ果シテ姦夫ト通シタリヤ否ヤ之ヲ明知スルコトヲ問ハス姦婦ヲ罰シ得ヘキモ姦夫ハ其姦婦ノ死去シタルトキハ最早之ヲ罰スルヲ得ス左レハ此般ノ罪ヲ斷定スルニハ必ス其姦婦ノ辯護ヲ聞テ后チ其是非曲直ヲ判定セサルヘカラス加之有夫姦ノ場合ニ姦婦ノ任意承諾ハ犯罪構成ノ元素ナリ故ニ是又婦ノ辯解ヲ聞クコトヲ要ス是ヲ以テ姦夫ノ死去シタルト否ト正犯者教唆者及ヒ從犯者ニハ如何ナル刑罰ヲ科スヘキ乎第一真正ノ正犯者ハ各自ニ本刑ヲ科スヘシ此決定ハ少シモ批難スルコトヲ得

サルモノトス例之ハ二人ニテ人ヲ殺害スレハ各死刑又ハ無期徒刑ニ處斷スルカ如シ蓋シ刑罰ハ恰モ負債返償ノ如ク二人ニテ一人犯罪ヲ行フトキハ一半ツ、其刑ヲ負擔スヘシト云フ者アリシモ此說ハ全ク立法者ニ排斥セラレタリ何トナレハ元來刑罰ハ實ニ犯人ヲ懲戒スルヲ以テ主タル目的トナシ又併セテ世人一般ニ對シテ警戒ヲ加フルノ目的ヲ有ス然ルニ其科スヘキ所ノ刑ヲ二人ニテ分擔スルモノトスレハ第一ニ其犯人ヲ懲戒スルヲ得サルニ至ラン殺人罪ノ犯人ハ無期徒刑ニアラサレハ真心悔悟セシムルニ足ラス然ルニ其半ヲ科スレハ未タ懲戒スルニ足ラサルナリ特ニ他人ニ向テハ何等ノ効驗ヲ見ルヲ得サルヘシ何トナレハ今二十年ノ刑ヲ科スヘキ所ノ犯罪ヲ二十人ニテ犯ストキハ各一年ノ刑ヲ受クルヲ以テ足レリトスレハ人々一人ニテ罪ヲ犯スノ困難ニシテ重刑ヲ受クルヨリハ數人ニテ犯スノ容易ニシテ輕刑ヲ受クルノ便宜ナルヲ知リ益々犯罪ヲ増加スルノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ

第二教唆者ハ正犯ト同一ノ刑ヲ科スルハ我刑法ノ規定ナリ然レバ教唆者ハ現ニ犯罪ヲ實行スル者ト其刑ヲ異ニシテ教唆者ヲ輕タ罰スヘシト云フ者アリ其

説ニ曰ク教唆者ハ惡意ノ程度實行者ニ比シテ淺少ナリ今通常ノ有様ヲ見ルモ自ラ盜窃ヲ行フヨリハ口ノミニテ之ヲ言フハ甚タ容易ナルニアラズヤ容易ナル事ヲ爲ス者ハ其情自ラ輕シト云ハサル可ラス加之教唆者ノ刑ヲ輕クスル件ハ大ニ犯罪ノ數ヲ減少スルノ利益アリ教唆者ヨリ犯罪ヲ實行スル者ヲ重ク罰シ其責任ヲ重大ニスル件ハ仮令教唆スル者アリト雖トセ之ニ應スル者稀少ナラシ例之ハ今人アリ他人ニ向ヒ汝某ヲ殺スルヲハ予其報酬トシテ若干ノ金員ヲ贈與セント云フト仮定セヨ若シ實行者教唆者ト同一ノ刑罰ヲ科セラル、其ハ或ハ其請ヲ承諾シテ殺人犯ヲ行フニ至ルヘシト雖トモ教唆者ヨリ實行者ヲ重ク罰スルキハ先ツ其利害ヲ計考スルヲ以テ大概其犯罪ノ實行ヲ否拒スルニ至リ隨テ犯罪ノ社會ニ生スルコモ大ニ其數ヲ減スルノ望アリ

此説全ク非ナラス然レトモ亦一方ヨリ考フレハ教唆者ハ實行者ニ比シテ惡意ノ程度淺少ナリト云フハ頗ル疑ハシ例ヲ舉ケテ之ヲ言ハシニ猾智ノ人愚鈍ノ者ニ向ヒ汝ニ若干金ヲ贈與スルヲ以テ窃盜ヲ勧クヘシト教唆シタリトセシ其惡意何レカ大ナルヤ窃盜ヲ實行セシ者ヨリハ之ヲ教唆シタル者ノ惡意大ナル

口言ハスシテ明ナラン又親カ其子ニ向ツテ或犯罪ヲ命令シテ之ヲ遂行セシメタルトキハ親子ノ惡意何レカ大ナルヤ子ヨリモ親ノ惡意大ナリト云フヲ得シ果シテ然ラハ教唆者ハ常ニ實行者ヨリ惡意ノ程度淺少ナリト云フ得サルナリ且夫レ教唆者ハ毛頭ノ犯意ナキ者ニ決意ヲ與ヘテ犯罪ヲ實行セシムル者ニアラスヤ然ラハ則チ教唆者ハ犯罪ノ製造人ニシテ教唆ナケレハ犯罪アルヲナキナリ此点ヨリ云フヰハ被教唆者ハ恰モ被使役者ノ有様ヲ呈スル者ナリ故ニ却テ教唆者ヲ罰スルヲ正當ナルヲ知ルヘシ以上ノ理由ヨリ論シ來レハ教唆者ヲ實行者ヨリ輕ク罰スルノ理ナシ且仮令其刑ヲ輕フスルモ決シテ犯罪減少スト云フヲ得ス何トナレハ實行者ヲ重ク罰スレハ或者ノ犯罪ヲ止ムルヲアルヘシト雖トモ教唆者ハ又他ノ實行者ヲ求ムルコアルヤ知ルヘカラサレハナリ是れ我刑法カ教唆者ヲ正犯者ト同一ニ罰スル所以ナラン然ラハ被教唆者ハ如何ニ之ヲ罰スル乎是レ亦實行者ナレハ尋常ノ正犯者ト同ニ罰スヘシ蓋シ人ヨリ教唆ヲ受ケテ犯罪ヲ行フ者モ充分ニ智識アリ自由アルコトヲ假定スルヲ得ヘシ已ニ智識アリ自由アル以上ハ其智識其自由ヲ使用

シテ決意ヲナシタルニ相違ナシ已レ決意ヲ爲スノ以前ハ他人ヨリ決意ヲ與ヘラバタルモ其與ヘラレタル決意ニ因リテ罪ヲ犯スト犯サ、ルトハ是亦自己ノ決意ニ因レリ故ニ之ヲ正犯人トシテ罰スルヲ要ス况シヤ犯罪ノ責ハ一身ニ負担シテ之カ引受人ナシトノ原則アルニ於テヨヤ是レ我刑法モ佛刑法ト同一ノ所定ヲ爲シタル所以ナリ第三從犯ノ刑罰ニ付テハ大ニ反對ノ説ヲ抱持スル者アリ曰ク從犯者ハ犯罪ノ所爲自体ヲ實行スルニアラサルコトハ明カナルモ犯罪ヲ遂行セシメタル者ハ實ニ從犯者アルカ故ナリ人ヲ殺スノ器具ヲ給與シタル者ハ從犯者ナリ物ヲ盜みノ場所ニ誘導シ其方法ヲ指示シタル者ハ從犯者ナリ故ニ犯罪ヲ帮助又ハ容易ナラシメタル所爲ト犯罪ノ實行トハ恰シト原因結果ノ關係ヲ有ス原因ヲナシ犯ト同一ニ罰セサルヘカラス加之其惡意ノ程度モ亦正犯者ト異ナル所ナシ已タル教唆者ハ結果ヲ現ハシタル實行者ト同一ノ責任ヲ負フト同シク從犯者モ亦均シク實行者カ現ハシタル結果ノ原因ヲ爲シタルモノナレハ實行者即チ正犯ト同一ニ罰セサルヘカラス加之其惡意ノ程度モ亦正犯者ト異ナル所ナシ已レ人ノ犯罪ヲ實行スルコトヲ知リナカラ其犯罪ヲ遂行セシムルカ爲ミニ種々

ノ助効ヲ爲スハ其惡意ヤ決シテ小ナリトセス故ニ正犯者ト同一ニ罰セサルヘカラス

然レトモ此說ハ大ニ攻撃ヲ受ケ我草按者モ之ニ反對シタリ其理由ハ第一惡意ハ事實上正犯者ト從犯者ト同一ナリト云フヲ得ス竊盜ヲ爲スノ惡意ト果シテ同一ナリト云フヲ合鍵ヲ作ルノ惡意ト自ラ進シテ竊盜ヲ爲スノ惡意ト果シテ同一ナリト云フヲ得ル乎加之若シ正犯者ト同一ノ刑ヲ以テ之ヲ罰スルトキハ犯罪ノ數ヲ増加シ且容易ニ犯罪ヲ成就セシムルコトヲ得ン例へハ甲アリ乙ニ向ヒ余ハ竊盜ヲ犯サントス乞フ梯子ヲ荷渡シ來レト云ハシ若シ甲乙同一ノ刑ニ處罰セラルレハ乙ハ啻ニ梯子ヲ荷擔スルニ止マラスシテ躬ラ犯所ニ莅シテ共ニ犯罪ヲ實行スルナルヘシ故ニ一人ニテ犯罪ヲ行ハントスル時ニ二人ニテ之ヲ行フニ至リ隨て容易ニ其犯罪ヲ遂行セシメ却テ社會ノ危險ヲ増進スルニ至ラン且又從犯ノ所爲タル犯罪ノ實行ニ直接ナル所爲ニアラスシテ間接ノ所爲ナリ故ニ仮令從犯者ヲ重罰スルハ從犯者ノ數ヲ減殺シ得ヘキモ決シテ正犯者ノ數ヲ減殺スルコトヲ得ス語ヲ變ヘテ之ヲ言ヘハ正從犯者ヲ同一ノ刑ヲ以テ罰スルトキハ或

ハ從犯者ノ數ヲ減少スルヤ知ルヘカラスト雖トモ之カ爲メニ正犯者ノ數ヲ減少スルニ足ラズ何トナレハ從犯ノ所爲ハ犯罪ニ必要ナル所爲ニ非サレハナリ罪ヲ正犯者自ラ犯罪ノ所爲ヲ行ヘハナリ故ニ從犯者ノ數ヲ減少スルノ見込ヲ以テ正從犯者ヲ同一ノ刑ニ處スルハ正シキヲ得タル者ニ非サルナリ我刑法ハ此理由ニ基キ從犯者ノ刑ハ正犯者ノ刑ヨリ一等ヲ輕減セリ
以上正從犯者及ヒ教唆者ハ如何ナル刑ヲ以テ處罰スヘキ乎ヲ說了セリ左ニ尙本二三ノ注意ヲ述ヘシ

第一ニ注意スヘキハ教唆者及從犯者ヲ罰スルニハ正犯者ノ所爲其期シタル所ト合致スルヲ要ス此規定ハ蓋シ正當ナリ何トナレハ教唆者及從犯者ハ間接ニ正犯者カ實行シタル犯罪ヲ教唆シ之ヲ帮助シ若クハ容易ナラシメタルノ觀アルモ其期セサル事ニ付テハ意思ナケレハナリ然レトモ恰當ニ此決定ヲ適用セントスルニ至テハ大ニ困難ナリ例之ハ今竊盜ヲ爲サントスル者ノ爲メニ合鍵ヲ作リタリトセんニ其竊盜ヲ爲スノ事ハ知丁シタルニ相違ナシ然ルニ正犯者其合鍵ヲ以テ門戸ヲ開キ家内ニ闖入シテ強盜ヲ爲シ又ハ殺人ヲ爲シタルトハ

如何又教唆者窃盜ヲ教唆セシニ實行者強盜殺人ヲ爲シタルトキハ如何ニ處罰スヘキ乎教唆者及從犯者ハ元來惡事ナルコトヲ知リツ、窃盜ヲ教唆シ之ヲ帮助シタルカ故ニ他ノ犯罪ヲ爲シタルトキモ亦總テ其責任ヲ負ハサル可ラサル乎蓋シ教唆者從犯者ハ素ト惡意アルニ相違ナシ然レトモ其豫知セサル所ノ犯罪ニ付テ尙其責任ヲ負ハシムルハ甚タ苛刻ニ失スルノ恐アリ故ニ其負フ所ノ責任ハ教唆者ハ己レノ指示セル事柄ニ限り又從犯者ハ其聞知シタル犯罪ニ付テノミ之カ責任ヲ負擔スル者ト爲サハルヘカラス然ラハ絶対ニ其明示シタル事其聞知シタル事ニ付テノミ之カ責任ヲ負擔セシムヘキ乎ト例之ハ汝往テ甲ヲ殴打スヘシト教唆シ又余某ヲ打タント欲スルカ故ニ刀劍ヲ貸與セヨトノ請ニ應シタルニ其者殴打ノ過度ナルヨリ竟ニ死ニ至ラシメタル如キ場合ハ教唆者及從犯者ハ假令教ヘス聞知スト雖トモ尙其責ニ任セサルヘカラス何トナレハ是等ハ通常在ルヘキ事ニシテ豫メ之ヲ期セスト云フヘカラサレハナリ又假令豫メ期セサリシ犯罪ヲ爲スモ其犯罪ハ教唆ノ餘勢ナレハ全ク教唆者ノ責ヲ免レシムルヲ得ス例之ハ殴打ヲ教唆シタルニ謀故殺ヲ實行シタル場合ノ如シ然レトモ

謀故殺ハ期セサル所ナレハナリ故ニ教唆シタル犯罪ニ付テ責任ヲ負ハシム(第一項及第二項)

右ニ反シテ所犯教唆シタル罪又ハ幫助セントシタル罪ヨリ輕キ時ハ如何即チ強盜ヲ教唆シタルニ窃盜ヲ犯シ殺人ノ幫助ヲ與ヘタルニ殴打ニ止マリタル場合ノ如キハ如何ニ其教唆者從犯者ヲ處斷スヘキ乎ト教唆者ニ付テハ第一百八條第三項ニ所犯教唆シタル罪ヨリ輕キ時ハ現ニ行フ處ノ罪ニ從テ刑ヲ科スト規定セルヲ以テ無論窃盜ニテ罰セサルヘカラス何トナレハ強盜ハ只ニ無形上ノ意思ノミニ止マリ其意思未タ有形上ノ所爲ニ發表セサレハナリ故ニ其有形上ノ所爲ニ發表シタル事ノミニ付テ之ヲ罰セサル可カラス又從犯者ハ如此規定ナシト雖トモ己レ封助シタル犯罪カ原因トナリテ他ノ犯罪ヲ犯シタルトキハ其損害ハ己レ加功ヲナシ且ツ惡意モ充分ニ具備スルヲ以テ教唆者ノ例ニヨリテ現ニ行フ所ノ輕キ罪ニ從テ罰スルヲ以テ至當ナリトス以上述フルカ如ク正犯者ノ實行シタル犯罪ニシテ教唆者カ教唆シタル罪ト異ナリ或ハ重ク或ハ輕キトキハ共ニ輕キ罪ノ責ヲ負ハシムルニハ其指示シタル

罪ト現ニ行フ所ノ罪ト同一ノ性質ヲ具フルコトヲ必要トス而シテ如何ナル場合ニ其指示シタル罪ト實行シタル罪ト同一ノ性質ヲ有スト云ニ至リテハ事實ノ問題ニ屬シ豫メ之ヲ一定スルヲ得ス然レトモ彼ノ竊盜ヲ教唆シタルニ人ヲ殺シ殺人ヲ教唆セシニ強盜ヲ爲シタル如キハ常ニ教唆者ハ其責ニ任スルコトナシ何トナレハ二ノ所爲大ニ懸隔アルヲ以テナリ此点ニ付種々ノ問題ヲ生スルコトアルヘント雖トモ今其一ヲ舉クルニ止メン甲ノ家内ニ闖入シテ強盜ヲ爲スヘシト教唆シタルニ乙ノ家内ニテ同罪ヲ犯シタルトキハ如何此時ハ教唆者ヲ罰セサルヘカラス然ラハ如此犯罪ノ性質同一ナルトキハ凡テ教唆者ニ責任アル乎曰ク然ラス例へハ甲アリ乙ニ向テ丙ヲ斬殺スヘント教唆セシニ乙丁ニ仇怨アルヲ以テ遂ニ丁ヲ斬殺シタル場合ノ如キハ余教唆者ヲ無罪ナリト斷言セントス何トナレハ乙カ丁ヲ斬殺シタルハ全ク甲即チ教唆者カ決意ヲ與ヘタリト云フヲ得ス甲ノ教唆ハ單ニ乙カ丁ヲ斬殺スルニ端緒ヲ開キタルニ過キサレハナリ故ニ罪質同一ナリトテ必ス教唆者ヲ罰スヘシト云フヲ得サルナリ之ヲ要スルニ是等ノ判定ハ全ク事實ノ問題ニ屬シ教唆者カ指定以外ノ所爲ハ果シ

テ指定シタル所爲ト繼續シテ直接ノ原因結果ノ關係ヲ有スル乎將タ間接ノ原因結果ノ關係ヲ有スル乎ヲ深思熟考シテ之カ有罪無罪ヲ斷定セサルヘカラス

教唆者及從犯人ヲ罰スルニハ正犯者ノ所爲ニ科ズヘキ刑ヲ以テ基本トシ或ハ同刑或ハ一等減ノ刑ニ處スルハ既ニ之ヲ述ヘタリ然ルニ犯罪ハ無形ノ意思ト有形ノ事實トヨリ成立ツモノナレハ刑ノ輕重モ亦自然意思ト事實トヲ斟酌シテ之ヲ定メタルモノナリ而シテ意思上ニ關スル刑ノ加重ニ付テハ同一ノ犯罪ニ付テハ總テノ犯人ニ及フモノアリ又或犯人ニノミ及フヘキモノアリ其總テフ犯人ニ一樣ナル惡意ヲ度トシテ定メタル刑ノ加重ハ教唆者ナルト正從犯人タルトヲ問ハス皆ナ其加重シタル刑ヲ以テ罰スト雖トモ或犯人ニ特別ナル惡意アリトシテ重刑ヲ科スヘキトキハ他ノ教唆者從犯者ニ及ボスコトヲ得ス若シ夫レ事實上ノ理由ニヨリテ加重スル刑ニ至リテハ固ヨリ總テノ共犯者ニ及フヘシ今事實ニ因テ刑ヲ加重スル場合ヲ假定セシニ通常ノ竊盜犯ハ四月以上四年以下ノ重禁錮ナルモ門戸牆壁ヲ踰越シテ人ノ邸宅ニ入り竊盜ヲ犯シタ

ルトキハ其事實意思共ニ通常ノ犯人ヨリ危險頑惡ナルヲ以テ之ヲ六月以上五年以下ノ重禁錮ニ處シ以テ其刑ヲ重クセリ又殺人罪中ニモ豫メ謀テ人ヲ殺スカ又ハ毒物ヲ施シテ人ヲ毒殺スル如キハ故殺罪ヨリ其害大ナルモノトシテ之ヲ重罰セリ是等ノ加重ハ門戸牆壁ヲ踰越シタルノ事實豫メ謀リタルノ事實及ヒ毒物ヲ用ヰタルノ事實ニヨルモノナレハ教唆者從犯者ニモ及本サムルヲ得ス
此ノ如ク事實ニ基ク刑ノ加重ハ他ノ正犯人從犯人及ヒ教唆者ニ及ホスヘシト雖トモ唯一ノ例外トシテ教唆者及ヒ從犯人ニ及ホスヲ得サル加重アリ即チ犯人ノ多數ニ因リテ刑ヲ加重スヘキ場合はナリ此場合ニ付テハ第百七條ニ於テ教唆者ノ事ノミヲ規定シ一言從犯人ノ點ニ及ハスト雖トモ從犯人モ亦教唆者ノ如ク犯罪ヲ實行セシ者ニアラサレハ教唆者ト同様ニ決セサルヘカラス其理由ハ犯人ノ多數ナルカ故ニ刑ヲ加重スル所以ノモノハ犯人多ケレハ多キ程犯罪ノ成就ヲ容易ニシ社會ノ危害大ナルヲ以テナリ然ルニ教唆者及從犯人ハ共ニ犯罪ノ實行ニ關係スル者ニアラサレハ其多數ヨリ生スル危險ヲ恐ル、ニ足

ラス是レ教唆者及從犯人ノ刑ヲ加重セサル所以ナリ
犯人ニ特別ナル意思ニ關シテ刑ヲ加重スル場合ニ種々アリ今之カ數例ヲ舉示セシ一タヒ刑辟ニ觸レテ后又罪ヲ犯ストキハ一等ヲ加重シテ其者ヲ懲罰ス是レ其再犯人ハ特別ニ惡意ノ大ナルヲ見ルニ足レハナリ又通常人ヨリ官吏ヲ重ク罰スルコトアリ例へハ通常人カ人ヨリ委托セラレタル金穀物件ヲ費消シタルトキハ輕罪トシテ之ヲ罰スルモ官吏此罪ヲ犯ストキハ重罪トシテ之ヲ罰ス是レ亦其惡意重キヲ以テナリ其他醫師カ診斷書ヲ偽造スル如キ職掌ヨリシテ加重サル、コトアリ子カ父母ヲ殺スカ如キ德義ニ基テ加重スルコトアリ蓋シ醫師ハ己レノ診斷セシ所ニ由リテ之カ疾病證書ヲ作ルノ義務アルニ此義務ニ背テ偽造證書ヲ作ルカ如キ子ノ其親ヲ尊敬スルハ一般ノ正理ナルニ却テ其親ヲ殺スカ如キ共ニ其惡意ノ重大ナルヤ明カナリ故ニ此等ノ罪ハ重ク之ヲ罰セリ之ト同シク刑ノ減輕モ亦犯人一己ノ意思ニ關スルモノ多シ彼ノ親族相盜ノ如キ其所爲ハ竊盜ナルモ他人ノ物ヲ窃取スルニ比スレハ其惡意淺シ自首減輕ノ如キモ犯人ノ悔悟セシヤ否ヤハ判然之ヲ知ルコトヲ得スト雖トモ自ラ進シテ自

己ノ悪事ヲ首出スル者ハ之ヲ隠匿スル者ニ比シテ惡意少ナシト云ハサルヲ得
ス其他宥恕減輕ノ如キハ隨分事實ニ原因シテ宥恕スルコトナシトセサルモノ能
ク之ヲ咀嚼スルトキハ大概意思ニ關スルモノ多シ又假令意思ニ關セスシテ全
ク事實ニ關スルコトアリトスルモ這ハ皆其人一己ニ關スルモノナルヲ以テ他
ノ共犯人ニ輕減ヲ及ボスコトヲ得ス

此等或犯人ニ特別ナル惡意ノ大小ニヨリテ刑ヲ輕重スルハ其結果其者一人ニ
止マリ他ノ共犯者ニ及スヲ得サルノ理由ハ誠ニ明カナリ何トナレハ其加重減
輕ノ原因ニシテ其者ニ特別ナル以上ハ其原因ヲ有セサル者ニ影響ヲ及ボスノ
理ナケレハナリ第百六條ハ單ニ加重スヘキ場合ノミヲ規定シ減輕スヘキ場合
ニ付テハ一言セス然レトモ正犯人ノ一人ノミ其刑ヲ輕減スルノ理由アリテ他
ノ正犯人從犯人及ヒ教唆者ニ輕減スルノ理由ナキトキハ又第百六條ヲ適用シ
テ其者何等ノ影響ヲ受クルヲ得スト決セサルヘカラズ
時トシテ或身分ニ因リテ一罪ヲ構成スルコトアリ子カ親ニ孝養ヲ欠クノ罪ノ
如シ此種ノ犯罪又ハ幫助シタル教唆者及從犯人ハ如何余ハ刑ヲ加重スルノ理

由ハ或ル人ニ付テノミ罪ヲ構成スル場合ニモ之ヲ適用シ得ヘント信ス何トナ
レハ子タルモノカ親ニ對シテ孝養ヲ欠クハ其所爲社會ニ危險ニシテ惡意亦極
メテ大ナルカ故ニ法律其子ヲ懲罰スルモ子タラサルモノカ奉養セサルハ好ミ
スヘキ事ニ非スト雖トモ亦決シテ之ヲ罪トスルコトヲ得ス富者吝嗇ニシテ貧
人ヲ救恤セサルモノ之ヲ罪トシ罰セサルト一ナリ孝養ヲ欠クノ罪ヲ教唆スル者
又ハ之ヲ幫助シタル者モ亦然リ子ヨリ親ニ對シテ云フトキハ其惡意甚タ重大
ナリト雖トモ教唆者從犯者ニ在テハ他人ニ對シテ吝嗇ナルノミナレハ惡意ア
リタリトシテ之ヲ罰スルコトヲ得サルナリ况シヤ教唆者ノ如キハ其子縱合教
唆ヲ受クルモ己レ子タル身分ニ因リテ其教唆ヲ聞カサルノ德義ヲ解スル智識
アリ自由アルニモ拘ハラス此罪ヲ犯ス之ヲ教唆者ニ比スレハ其危險何レカ大
ナルヤ言ヲ待タスシテ明カナリ或ハ曰ク他人ニ奉養セサルハ可ナリ然レトモ
子ヲシテ奉養ヲ欠カシムルハ其害大ナリ余モ亦其害ノ大ナルコトヲ知ル然レ
トモ子ヲシテ父ヲ殴打セシムルハ其害他人ヲ殴打セシムルヨリ大ナリ然ルニ
我刑法ハ其刑ヲ加重セス故ニ無罪ノ場合モ亦同一ニ決定セサル可ラズ

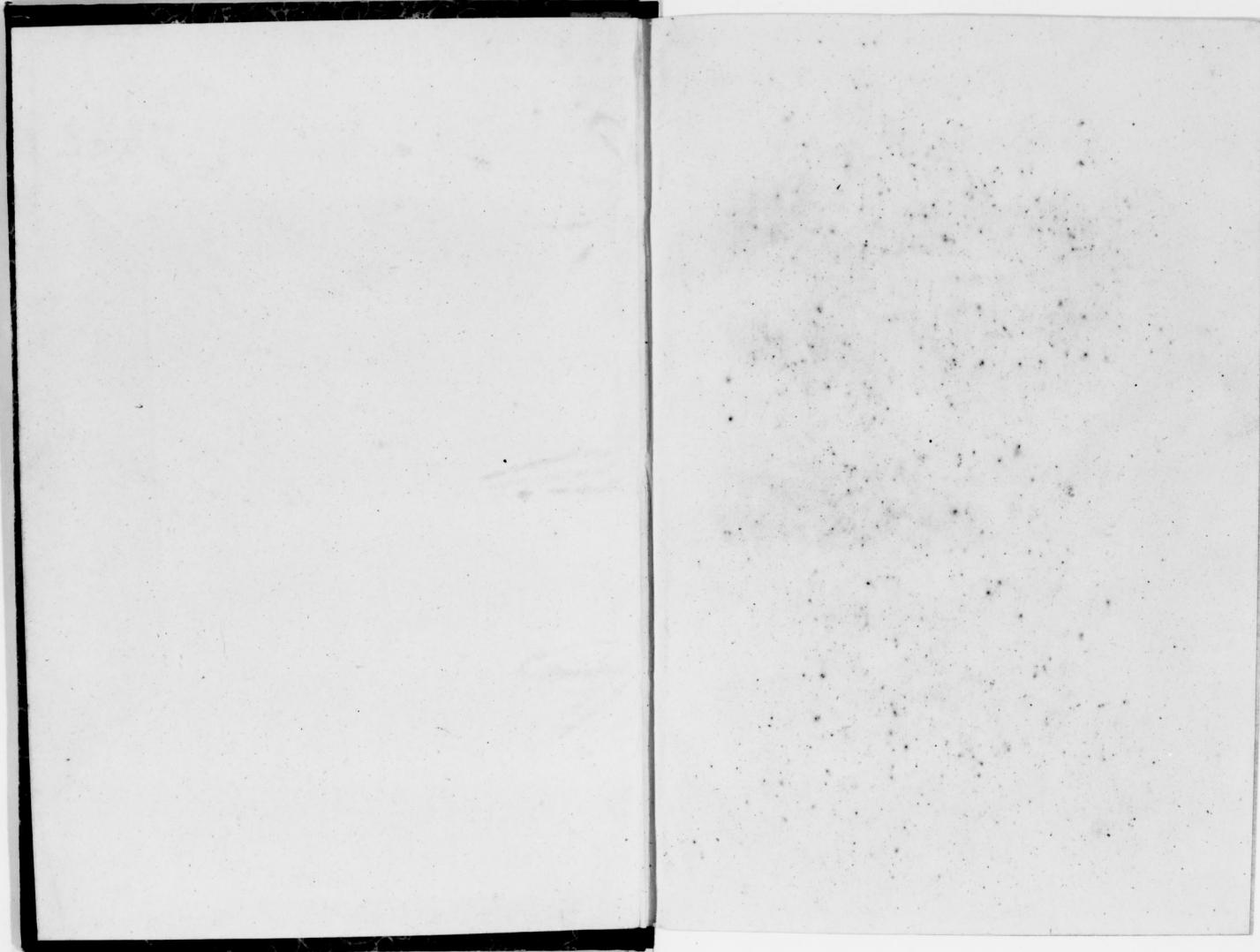
終ニ臨ミ一言スヘキモノアリ即チ教唆者ノ教唆者ハ之ヲ罰スルヲ得ル乎從犯人ノ教唆者ハ之ヲ罰スルヲ得ル乎從犯人ノ從犯人ハ之ヲ罰スルヲ得ル乎余ノ考ブル所ニ依レハ教唆者ノ教唆者ハ必ス之ヲ罰スルコトヲ得ヘシト信ス然ラハ何レノ時ニ其罪組成スルモノナルヤト云フニ第二ノ教唆者カ實行者ニ罪ヲ教唆スルトキニ非スシテ其教唆ノ行ハレテ實行アリタルトキナリ故ニ二人ノ教唆者ハ同時ニ其罪成立スルヲ見ルヘシ然ルニ教唆者ノ教唆者ハ現實ナル犯罪ヲ行ハシメタルニアラサルヲ以テ之ヲ罰スルヲ得サルカ如シ然レトモ第一ニ道理上ヨリ見ルモ之ヲ罰スルヲ得ス第一ノ教唆者ハ實ニ犯罪ノ創造者ナリ此者ナケレハ第二ノ教唆者ナク隨テ實行者モ之レナキナリ是レ道理上此教唆者ヲ罰スル所以ナリ次ニ第二百五條ニ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ之ヲ正犯トストアリ然ルニ教唆ナルモノハノ犯罪行爲ナリ故ニ第一ノ教唆者ニ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ト云フテ不可ナキナリ豈ニ其罪構成セサルノ道理アランヤ然レトモ第二ノ教唆者カ實行者ニ教唆シテ其所爲ヲ實行セサル間ハ教唆ノ罪未タ成就セス故ニ第一ノ教唆モ正犯者カ其所爲

ヲ實行シテ始メテ其罪成立スヘシ

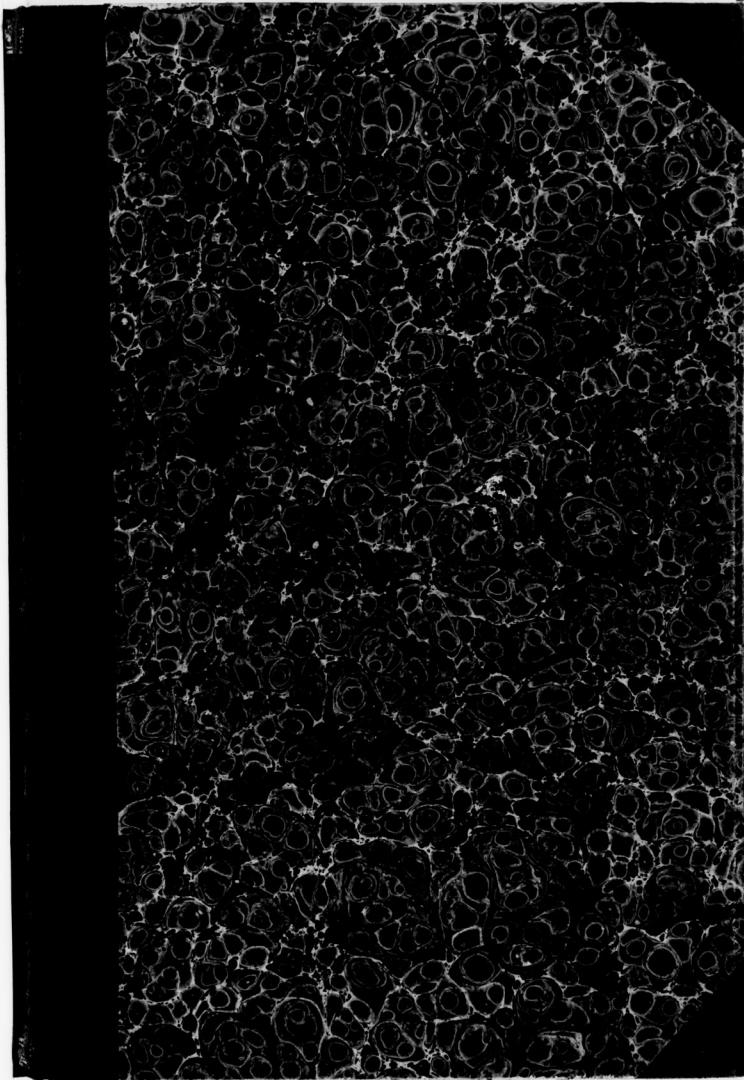
シテ他ノ教唆者ヨリ其決意ヲ與ヘラル、コトナシトセス此場合ニ其教唆者ヲ罰スヘキハ猶教唆者ノ教唆者ヲ罰スルト同一理ナリ
然ラハ從犯人ノ從犯人ハ如何余ハ從犯人ノ從犯人ハ凡テ正犯人ノ從犯人ナリ
ト云ハントス人ヲ殺スカ爲メニ用フル刀劍ヲ作ルコトヲ委賴セラレタルニ他
ノ一人ニ情ヲ告ケテ手傳ヲ爲サシメタリトセん其手傳ハ刀劍ノ鍛錬即チ豫備
ノ所爲ヲ帮助シタルム其ノ實銳利ナル刀劍ヲ作出シテ殺人ヲ容易ニシタルナ
リ故ニ其手傳ヲ爲シタル者ハ外形上從犯人ノ從犯ノ如キセ其實正犯人ノ從犯
人ニシテ從犯人ノ從犯人ニアラサルヤ明カナリ故ニ此者ハ通常ノ從犯人ト同
一二罰シテ可ナリ若シ實ニ從犯人ノ從犯ニ止マルモノハ又之ヲ罰スルヲ得ス

日本刑法講義
總畢

0563



0564



0565