

ス然レトモ其犯罪ノ制裁トシテ利益ヲ剝奪スル場合ニ非サレハ刑罰タル性質ヲ有セス

前段ニ述フル所ハ國家ト國家又ハ一人ト一人ト云フ如キ對當者ノ間ナリシト雖モ若シ一方ハ國家ニシテ他ノ一方ハ一人ナル場合ニ於テ尙刑罰ト其外形ヲ同フスル處分アラハ悉ク之ヲ刑罰ト云フコトヲ得ルカ彼ノ徵兵義務者ヲ兵營内ニ住居セシメテ濫リニ外出スルコトヲ許サ、ルカ如キ其外形ヨリ云ヘハ自由刑ト甚タ相似タリ又公用ノ爲メニ私人ノ財産ヲ徵發スル場合ノ如キ其外形ハ財産刑ニ酷似セリ然レトモ此等ヲ刑罰ト云フコトヲ得サルハ犯罪ノ制裁ニ非スト云フ一點ニ歸着ス尙責任無能力者ニ關スル留置處分ノ説明ヲ參考セラル可シ(第一編第五章第二節 第四第一五號參照)

四 古來刑罰トシテ剝奪スル利益ハ之ヲ五ニ區別スルコトヲ得生命身體自由名譽財産是ナリ

犯罪ノ制裁トシテ古來國家ノ剝奪スル所ノ利益ハ右ニ掲クル五ヲ出テス但其執行ノ方法如何ニ因リ古來内外國ニ於テ今日マテ採用シ來レル總テノ刑罰ヲ想像スレハ其數ハ殆ント數フルニ遑アラヌ就中身體刑ノ如キハ吾人ノ肉體ニ

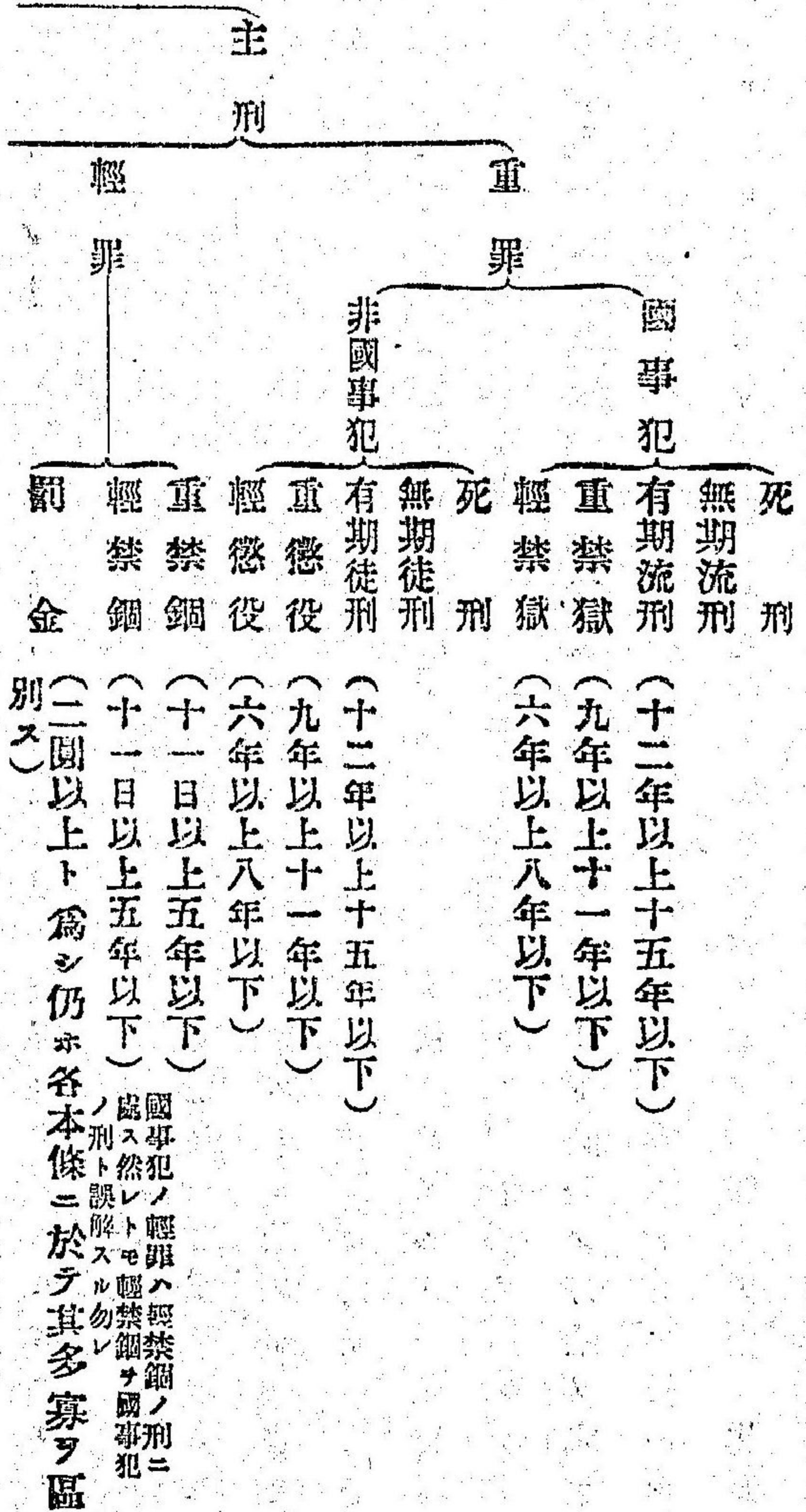
シテ其苦痛ヲ感スル總テノ場所ハ刑罰ノ名義ヲ以テ損害セラレサル所ナカリシト云フヲ以テ視ルモ其數ノ多大ナルヲ推知スルニ足ル可シ又反坐ノ行ハレタル時代ニハ身體刑殊ニ多ク之ニ實際ノ反坐ト譬喩ノ反坐トノ二種アリ實際ノ反坐トハ目ハ目ヲ以テシ手ハ手ヲ以テシ鼻ハ鼻ヲ以テスルト云フ如ク被害者ノ受ケタル損害ト同一ノコトヲ以テ犯人ニ執行スル刑罰ヲ謂ヒ譬喩ノ反坐トハ被害者ノ受ケタル損害ノ程度ニ應シ之ニ代ルノ方法トシテ多クハ被害者ノ受ケタル損害ニ類似スル方法ヲ以テ身體ニ苦痛ヲ與フルノ刑罰ヲ謂フナリ蓋シ譬喩ノ反坐ハ實際ノ反坐ノ如ク被害者ノ受ケタル所ト同一ノ方法ヲ以テ犯人ニ執行スルノ困難又ハ不能ナル場合ニ於テ之ニ代ルノ方法トシテ行ハレタルモノナリ而シテ茲ニ身體刑トハ死刑ノ如キ生命ヲ奪フノ刑罰ヲ除キ其他總テ肉體ニ對シテ苦痛ヲ與フルノ方法ニ依リテ行ハレタルモノヲ謂フナリ次ニ死刑ノ如キハ之ヲ詳細ニ分類スルトキハ數百種ノ多キニ至ル可シ然レトモ將來ニ向テハ漸次其種類ヲ減スルノ傾向アリ

五 然レトモ現今文明國ニ於テ身體刑ハ殆ント其跡ヲ斷チ名譽刑ハ其形ヲ變シテ資格喪失ノ刑即チ能力刑ト爲レリ(本編第四節 章第四節)

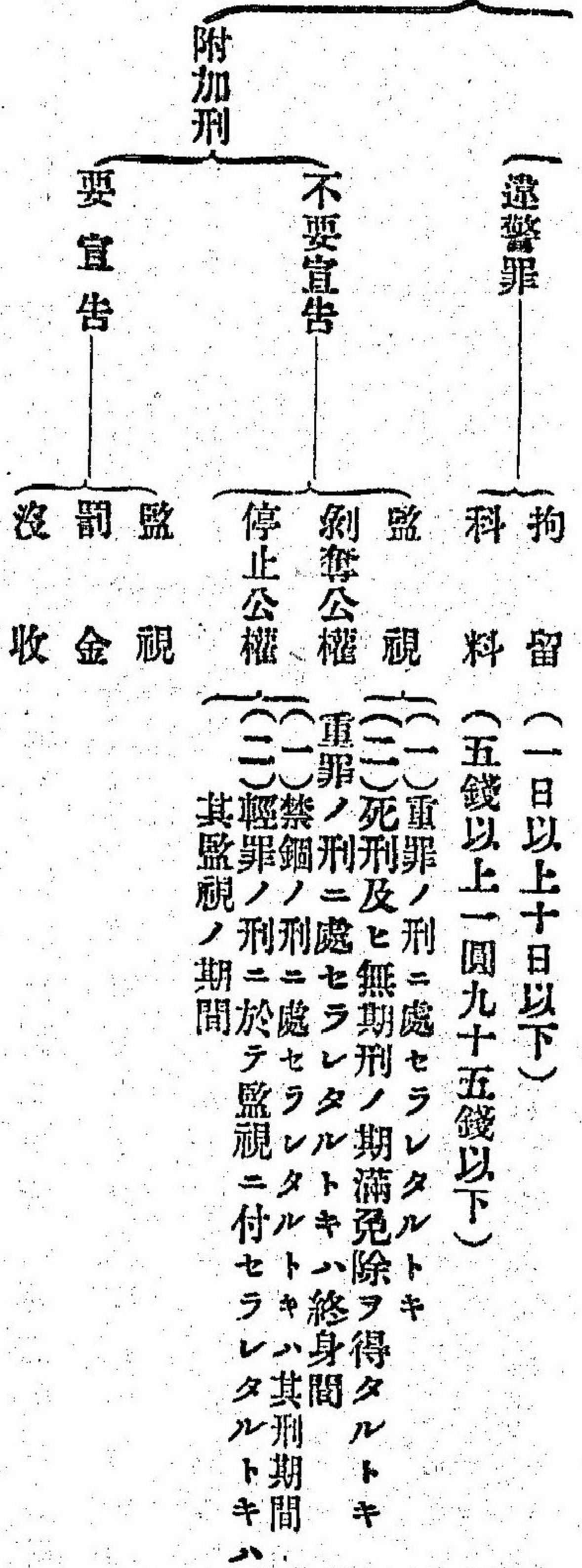
六 刑罰ハ其種類其適用其執行及ヒ其消滅原因ノ四點ニ付テ要旨ヲ説明ス可シ

第二節 刑名

今刑罰ヲ一目瞭然タラシムルカ爲メ之ヲ圖解スレハ左ノ如シ



刑罰



第二章 刑ノ種類

- 一 刑ハ其剝奪スル利益如何ノ點ヨリシテ之ヲ生命刑、自由刑、財産刑、能力刑ノ四ニ大別スルコトヲ得此順序ニ從ヒ其概要ヲ説明セン

第一節 生命刑

- 二 生命刑即チ死刑ハ國事犯、非國事犯ノ重罪ノ主刑ニシテ刑罰ノ頂上ニ位ス
- 三 現行刑法ハ之ヲ以前ノ刑法ニ比スレハ大ニ死刑ノ適用ヲ狭クシ主トシテ人

命ニ關スル犯罪ノミノ制裁ト爲セリ

四 沿革ノ大要

死刑ハ何レノ國ニ於テモ最モ古ヨリ行ハレタル刑罰ノ一ナリ我日本ニ於テハ古代ニ於テ祓除ト稱スル宗教的ノ刑罰制度ノ外ニ尙死刑存在シタルモノ、如シ文武天皇ノ朝ニ在リテハ大寶律令ノ頒布ト共ニ斬罪絞罪ノ二種ヲ採用セリ爾後政權武門ニ移リテヨリ斬絞以外ノ死刑モ時ニ執行サレタルコトアリト雖モ殊ニ其種類ヲ増加シタルハ織田豊臣氏以後ニ在リ蓋シ當時ハ足利氏ノ末世ヨリ天下麻ノ如ク亂レ所謂戰國時代ナルモノヲ經過シ來リタル時代ニシテ殺伐ノ氣風尙甚タ盛ナリシカ故ニ刑罰ノ頂上ニ位スル死刑カ僅ニ斬絞等ノ二三ノミヲ以テシテハ到底天下ノ民心ヲ威嚇スルニ足ラサリシハ疑ヲ容レサルナリ隨テ織田豊臣二氏ノ覇業ヲ成スヤ天下ヲ治ムルニ先ツ刑典ヲ定ムルノ原則ニ依リ其刑法ヲ制定スルニモ幾多ノ峻酷ナル死刑ヲ設クルノ要アリシヤ明ナリ而シテ徳川氏ノ刑法(徳川百箇條)ニハ鋸挽火刑磔斬罪死罪下手人等最モ多クノ種類ヲ採用シ其他ノ藩若クハ地方ニ於テモ同ク種々ノ死刑行ハレタリ(長崎ニ於テハ水ノ刑罰アリ)明治維新ト共ニ先ツ火罪及ヒ鋸挽ヲ廢止シ磔ノ適用ヲ制限

シタリ其後ニ至リ磔ハ全ク廢止セラレ新律綱領及ヒ改定律例ノ行ハル、ニ及ヒテハ又再ヒ斬絞ノ二種ヲ採用セリ但鼻首ハ明治十二年一月四日ノ第一號布告ニ因リテ廢止セラレタリ而シテ現行法ニ至リテハ絞罪ノ一種アルニ過キス」右織田豊臣氏以後ノ死刑中ニ於テ磔及ヒ火刑ノ二刑ハ恐クハ歐洲ノ風俗ヲ傳播シタルモノナランカ但尙未タ確信ヲ置クニ至ラサルハ勿論ナリ請フ少シク其事由ヲ辯明セン由來我國ハ文物制度其多クハ支那(唐隋)ヨリ輸入シタルモノニシテ就中刑例ニ關スル制度ノ如キ中古以後ハ專ラ彼ニ求ムルニ止マリ我ニ創設セシ所ナシト云フモ過言ニ非ス而シテ磔及ヒ火刑ナル刑罰ハ嘗ニ彼國ニ於テ之ヲ見サルノミナラス磔ニ至リテハ其文字サヘ之ヲ見スト云フ且ヤ我國應仁以前ニ在リテハ此ノ如キ刑罰ハ盛ニ之ヲ執行シタル跡ナク漸ク織田豊臣氏以後ニ於テ是アルヲ見ル而シテ織田氏ノ覇業漸ク成ラントスルノ當時已ニ耶蘇教ノ傳播漸ク其勢ヲ加ヘ京都ニ於テ南蠻寺ト稱スル耶蘇教會堂ノ設立アルヲ見ルニ至レリ然レトモ其教義ノ我國古來ノ宗教ト相容レサリシノミナラス我國體ニ反スルト爲シテ之カ撲滅ヲ謀リ所謂キリシタン宗征伐ト稱シテ多クノ教徒ヲ殺戮シ或ハ磔又ハ火刑ノ極刑ニ處シタリ而シテ磔及ヒ火刑ノ狀ハ

歐洲ヨリ齋セル書畫ニ因リテ傳ヘラレタルニハアラサルカ蓋シ當時耶蘇教徒ヲ待ツニ礫若クハ火刑ノ極刑ヲ以テシタルハ教徒ヲ威嚇スルノ手段トシテ歐洲ニ行ハル、所ト類似ノ方法ヲ採リタルモノナル可ク爾後遂ニ之ニ倣ヒテ一般ノ刑罰ト認メラレタルニ至リシモノナランカ之ヲ要スルニ礫及ヒ火刑ナル刑罰ハ一方ニ於テ古來支那及ヒ我國ニ於テ多ク之ヲ見サルト他方ニ於テ織田豐臣氏以後ニ至リ耶蘇教徒征伐ヲ機會トシテ行ハレタルニ始リタルカ如キ形跡アルトヲ以テスレハ寧ロ近古ニ至リ歐洲ヨリ傳來シタルモノナランカ尙考フヘシ、而シテ又日本法制史上此時代ハ最モ刑罰ノ峻酷ナル時代ニシテ突然歐洲ノ制ニ移リタルハ他ニ其例ヲ見サル所ナリ

五 存廢論ノ大意

死刑ノ存ス可キヤ廢ス可キヤハ既ニ數百年ノ古ヨリ起リテ今日尙未決ノ問題ナリ而シテ其議論ノ傾向ヨリ云ヘハ宗教家ノ如キ人情ヲ主トスル一派ノ論者ハ近來益々廢止論ヲ主張シ社會ノ利害ヨリ打算シテ立論スル者ハ現今尙之カ維持ヲ主張スルニト決シテ尠カラス

第一 宗教主義ノ廢止論ノ一説ニ生命ハ神ノ與フル所ニシテ假令刑罰ナル形

ヲ以テスルモ之ヲ奪フハ罪惡ナリト云ヘリ此種ノ論ハ其根本ニ對スル信仰

ノ問題ニシテ深ク論スルコトヲ得サルモノトス

第二 實利的ノ論者ノ一派ハ死刑ヲ存スルモ罪ヲ減スルノ實益ナシト云ヘリ

然レトモ此刑罰ノ性質トシテ本人ハ其後罪ヲ犯スノ途ヲ失ヒ世人ハ其例ヲ

見テ犯意ヲ翻スト云フ消極的ノ效力アルニ過キサルヲ以テ統計的ニ利害ヲ

證セントスルハ刑罰ノ性質ニ對シ不能ノコト、云ハサル可カラス

第三 刑法ハ人ノ生命ヲ奪フヲ以テ罪惡ト認ム然ラハ刑罰ト云フ名義ヲ以テ

スルモ人ノ生命ヲ奪フハ罪惡ナラサル可カラスト論スル者アリ若シ此論ヲ

以テスレハ人ノ自由ヲ奪フハ監禁罪ナルヲ以テ自由刑モ之ヲ全廢セサル可

カラス財產ヲ奪フハ強盜竊盜等ノ罪ヲ爲スカ故ニ財產刑モ亦之ヲ全廢セサ

ル可カラス即チ刑罰ハ之ヲ全廢セサル可カラスト云フ順序トナルナリ殊ニ

此種ノ論ヲ總テノ社會事項ニ適用スレハ戰爭モ亦罪惡ナリト云ハサル可カ

ラス其不通ノ論タルヤ明ナリ

第四 死刑ハ或ハ重ク或ハ輕ク自由ニ斟酌スルコトヲ得サル刑罰ナルカ故ニ

情狀ノ變化極ナキ犯罪ニ對シ權衡ヲ得ル能ハスト論スル者アリ此等ハ最モ

幼稚ナル論ニシテ其勳ス可カラサル死刑ト云フ程度ノ罪惡ニ對立セシキレ
 權衡ヲ得ルノ理ナリ況ンヤ權衡ナル觀念カ必シモ眞理タラザルニ於テオ
 ヤ
 第五 人ノ行爲ハ過誤ナキヲ保セス故ニ刑罰ノ如キハ回復ノ途アルモノニ非
 サレハ之ヲ採用ス可カラヌ而シテ死刑ノ如キ其執行ヲ爲シタル後ハ回復ノ
 途ナキ也ナルカ故ニ採用ス可カラヌト論スル者アリ然レトモ是レ實タ死
 刑ノミナラヌ總テノ刑罰亦皆同一ニシテ一度過去ニ屬シタル事實カ如何ナ
 ル方法ヲ以テスルモ人間ノ力ヲ以テ回復スルノ途ナシ只之ニ換フルル價ヲ
 爲スノ途アルノミ而モ事實ノ回復ハ總テ刑ニ付テ不能ニシテ代償ヲ
 ハ死刑ニテモ其途アリト謂ハサル可カラヌ
 之ヲ要スルニ今日マテ死刑廢止ノ爲メニ人ノ引用スル所ノ論ハ極メテ多數ナ
 リ然レモ概括的ニ之ヲ評スルトキハ單ニ感情ヨリ演繹シタル論ニシテ事實ヲ
 根據トシタル歸納的ノ學理存在セス余ハ竊ニ其利害ヲ考フルニ死刑ノ性質ハ
 一方ニ於テ本人ノ生命ヲ奪フニ因テ再ヒ罪ヲ行ハシメサル最モ正確ナル方法
 ナルト他ノ一方ニ於テ生命ヲ斷ツト云フ極メテ極端ナル制裁ナルニ二個ノ

特色アルヨリ推究シテ如何ナル場合ニ其適用ヲ試ムヘキカラ論スルトキハ

第一 國家的制度ヲ以テハ到底改心セシムル方法ナキ犯人タルコト

第二 其犯人ハ社會ニ重大ナル害惡ヲ與フル者タルコト

ノ二條件略言スレハ大惡不治ノ犯人ハ死刑ヲ適用シテ何等ノ差間アルヲ見
 唯今日ノ學理及ヒ技術ニ於テハ如何ナル種類ノ犯人カ不治ノモノナルカヲ確
 知スル能ハス隨テ此論ノ適用ヲ極メテ慎マサル可カラヌト雖モ死刑ノ存ス可
 キノ理由トシテハ多少疑ヲ容レヌト信ス蓋シ犯人モ亦社會ノ一員ナリ之ヲ除
 クハ社會ノ一部ヲ除クモノナリト雖モ彼ノ醫家ノ施術ヲ視ヨ危險ナル疾病若
 シハ創傷ニシテ尙全快ノ見込ナケレハ其局所ヲ切斷スルコトアルニ非スヤ死
 刑ハ國家ノ外科的施術ナリ而シテ又最モ極端ナル人工的淘汰ニシテ刑罰ノ二
 大方法ノ一ヲ占ムルモノト云ハサル可カラヌ
 餘論ニ刑罰ノ目的ハ將來ヲ戒ムルニ在リ犯人ヲシテ再ヒ罪ヲ犯サシメサルト
 他人ヲシテ警戒セシムルコトヲ圖ルニ在リ故ニ既往ヲ目的トスルハ誤レリ隨
 テ既往ニ權衡ヲ得セシメント圖ルヲ要セサルナリ而シテ將來ヲ戒メントスル
 ニハ犯人ニ對シテ外部ノ方面ニ於テ抑壓主義ヲ執ルカ精神ノ方面ニ於テ改善主

義ヲ執ラサル可カラス而シテ精神ノ方面ニ於テ遷善改化ヲ勸ムルモ到底其效ナキ大惡不治ノ犯人ハ外部ニ於テ抑壓主義ヲ執リ良民ト離隔スレハ可ナルカ如シ然レトモ絶對的ニ他人ト離隔セシムルハ不可能ニシテ之ニ相當ノ監守者ヲ付セサル可カラス故ニ尙監守者ニ對シ危害ヲ加フルノ危険アルヲ免レサルノミナラス逃走シテ再ヒ害毒ヲ流ス虞アリ畢竟此等ノ犯人ハ特別ノ或方法ヲ以テスレハ知ラス國家制度ヲ以テシテハ到底制禦スルコトヲ得サル者ナルカ故ニ死刑ヲ以テ待ツ外ナキナリ

右ニ述フル所ノ趣旨ヲ前提ト爲シ大惡ナルモ國家制度ヲ以テ制禦シ能ハサルニ非サル者又ハ不治ナルモ大惡ナルニ非サル者換言スレハ大惡不治ノ犯人ヨリハ少シク情ノ輕キ者ヲ區別シ推理セハ如何ナル斷案ヲ得可キカ即チ理論當然ノ結果トシテハ敢テ死刑ヲ以テ待ツヲ要セサルモ尙良民ト離隔ス可キ犯人トシテ外部抑壓ノ必要最モ大ナルモノニ限リ無期徒刑ニ處ス可シト云フ斷案ニ違ス可シ

第二節 自由刑

六 自由刑ハ國家カ犯罪ノ制裁トシテ一私人ノ自由ヲ剝奪スル制度ノ謂ナリ徒刑、流刑、懲役、禁獄、禁錮、拘留、監視ノ七種トス

七 愛ニ自由ト稱スルハ不羈獨立何等ノ拘束ヲモ受ケサル状態ヲ謂フニアラス法ノ認ムル範圍内ニ於テ普通國民ノ有スル隨意行動ノ意義ナリ犯罪ノ制裁トシテ之ニ多ク又ハ僅ノ制限ヲ加フルヲ名ケテ自由剝奪ノ刑ト云フ

八 期間ヨリ云フトキハ主刑ニ無期ト有期トノ別アリ無期自由刑ハ無期徒刑、無期徒刑ノ二種ニシテ他ハ悉ク有期ノモノトス

無期ノ徒刑及流刑ニ付テハ恰モ死刑ニ對スル如キ種々ノ批難アリ左ノ如シ

第一 曰ク人ノ生命ニハ長短アリテ假令無期ノ刑ヲ宣告スルモ一日ニシテ死スル者アリ五十年ニシテ死セサル者アリ同一刑罰ニシテ此ノ如キ差アルハ良刑ト云フヲ得スト然レトモ此論ヨリ云ハ有期自由刑ニ付テモ同一ノ缺點アリ十年ノ徵役ヲ宣告セラレテ翌日死亡スル場合モアリ又三年五年以上死セサル場合アリ故ニ無期徒刑ニ付テノ此理由ヲ以テ批難セントスルハ不可ナリ

第二 曰ク無期即チ終身ト云フコトハ一體不可分ノモノニシテ程度ノ差ヲ認

ルコトヲ得ヌ故ニ罪狀ニ應スル能ハサル缺點アリト然レトモ恰モ終身ニ價スル刑ニ對スレハ權衡ヲ保チ得ルノミナラス權衡ナル觀念ハ既ニ誤レリ

第三 曰ク終身自由ヲ奪ハル、トキハ改心ヲ爲スモ其利益ナキカ故ニ犯人ヲ改心セシムルコト能ハスト然レトモ現今ハ假出獄ト稱シテ刑ノ執行ノ途中ニ於テ自由ヲ回復セシムル制度アルカ故ニ此批難ハ既ニ根據ヲ失ヘリ

之ヲ要スルニ若シ死刑ヲ大惡不治ノ犯人ニ對スル淘汰方法トスレハ無期刑ハ中惡ニシテ不治ノ犯人ヲ淘汰スル方法即チ抑壓スル方法トシテ最モ適當ナリト信ス

有期自由刑ノ中有期徒刑有期流刑ノ期間ハ十二年以上十五年以下(刑法第一七條)重懲役、重禁獄ノ期間ハ九年以上十一年以下(刑法第二三條)輕懲役、輕禁獄ノ期間ハ六年以上八年以下(刑法第二三條)重禁錮、輕禁錮ノ期間ハ十一日以上五年以下、拘留ノ期間ハ一日以上十日以下ナリ禁錮並ニ拘留ハ仍ホ各本條ニ於テ其長短ヲ區別ス(刑法二四條)

九 定役ノ有無ヨリ云フトキハ徒刑、懲役、重禁錮ニハ定役アリ流刑、禁獄、輕禁錮、拘留ニハ定役ナシ監視ニハ獄内ニ於テ之ヲ執行スル場合ハ定役アリ(刑法附則第三條、第四七條)

現今ノ定役ナキ自由刑ハ其定役アルモノヨリ輕シトシテ各種ノ犯罪ニ適用セラレタリ然レトモ監獄ノ内ニ拘禁セラレテ何事ヲモ爲サ、ルハ却テ其苦痛ヲ増加スルモノナリ之ヲ實際ニ徵スルモ尠シク長時間ノ定役ナキ自由刑ニ處セラルタル囚人ハ多クハ或勞役ニ就クコトヲ出願シ監獄則上之ヲ許セリ勿論人ノ身分ニ因リ年齡職業其他ノ關係ニ因リ勞働ノ種類ヲ斟酌セサル可カラスト雖モ無定役刑ヲ認ムルハ或ハ其實際ノ目的ニ違フコト云フコトヲ得可シ(小河)

一〇 附加ノ自由刑ハ止テ監視ノ一アルモノ其期間期間ノ起算點等ハ刑法第三十七條以下第四十條之ヲ規定ス

刑法改正案ノ起草ニ際シ附加刑中監視ノ制度ヲ依然存續スヘキ否キニ付テハ議論最モ喧然タリシ所ニシテ之ヲ批難スル者ノ論スル所ニ依レテ監視ハ之ヲ置クモ害アリテ益ナシト爲セリ是レ蓋シ現行刑法ニ於ケル監視制度ノ不完全ニシテ弊害尠カラサル事實ノミヲ視テ其弊害ヲ專ラ制度ノ不完全ナルニ起因スルコトニ注意セサル感情的議論ニシテ學理ヨリ出テタル見解ニ非ズ即チ改正案ノ採リタル監視制度ノ實體ヲ吟味セズ其名ヲ視テ直チニ之ヲ批難シタ

ルモノニシテ甚々大早計ナリト云ハサルヘカラス固ヨリ論者ノ云ヘルカ如ク今日我邦ニ行ハレツ、アル監視制度ハ餘リニ嚴密ニ失スルカ故ニ被監視者ハ世人ヨリ刑餘ノ人トシテ取扱ハル、ニ至リ隨テ多クノ弊害ヲ生シ却テ刑罰ノ目的ニ反スルノ結果ヲ見ルハ事實タルニ相違ナシ然レトモ刑罰ノ目的ヲ達セシカ爲メニ或制度ヲ採リタルコトカ其寬嚴宜シキヲ得サルカ爲メ却テ之ニ反對ノ結果ヲ見ルニ至レリトスルモ是レ其制度ノ本來不可ナルカ爲メニ非スシテ之ニ關シテ採リタル手段カ偶其宜シキヲ得サリシコトニ歸セサルヘカラス殊ニ監視制度ノ如キハ古來ノ經驗下刑事政策學理トシテ證明スル所ニ徴スルモ刑罰ノ目的ヲ達スル上ニ於テ缺ク可カラサルモノタルハ更メテ論スルノ餘地ナシ是ヲ以テ改正案ハ現今ノ狀態ニ鑑ミ適當ト認ムヘキ程度ヲ圖リ其規定ヲ設ケシモノニシテ今之ヲ參考スレハ

第二二條 監視ハ左ノ效果ヲ生スルニシテ

一 犯罪ノ地及ヒ被害者所在地ノ警察官廳ハ被監視人ニ對シ其管轄地ノ全部又ハ一部ニ住居シ又ハ立入ルヲ禁スルコトヲ得

二 必要ナル場合ニ於テハ警察官ハ何時ニテモ被監視人ノ住居ニ就テ搜索

及ヒ差押ヲ爲スコトヲ得

右第一號ノ規定ハ如何ナル理由ニ出テタルカヲ釋スルニ凡ソ或犯罪ハ犯人カ其常ニ根據ト爲セル一定ノ地域ヲ去ルトキハ恰モ人カ手足ノ自由ヲ失ヒタルカ如ク復如何トモスルコト能ハサルニ至ルモノナルヲ以テ此事實ニ依據シテ犯罪ヲ再ヒスルコトヲ防遏スルト云フ刑事政策上ノ理由ヨリ來レリ今一二例ヲ掲ケレハ彼ノ拘捕ノ如キハ或ハ東京或ハ名古屋或ハ大阪ト云フ如ク各一定ノ地域ニ於テ犯行ヲ働クヲ常トシ苟モ其土地ヲ去レハ之ヲ再ヒスルコトヲ得サルカ妙クトモ之ヲ再ヒスルニ付キ非常ナル困難ヲ來スハ事實ニ於テ見ル所ナリ又博徒ノ如キ彼等ニ親分ナル者アリテ犯行ノ中心タリ原動力トナリテ各所ニ對立シ一定ノ地域ニ於テ犯行ヲ恣ニシ俗ニ之ヲ繩張ト稱シ互ニ相侵サシメスト云フ故ニ其親分ナル者ヲ其繩張ヨリ放逐スレハ獨リ其者ニ於テ犯行ヲ再ヒスルコトヲ得サルニ至ルノミナラス他ノ所謂子分ナル者モ亦據ル處ヲ失フコト、ナリ犯行ヲ再ヒスルノ困難ヲ來シ犯罪ヲ防遏スル上ニ於テ非常ノ效力アリ之ヲ要スルニ凡ソ犯罪ナルモノハ其一部分ハ一定ノ系統ヲ成シ常ニ或種類ノ罪ヲ犯ス者ハ其種ノ罪ヲ犯スノ途ヲ杜絶スレハ容易ニ他種類ノ犯罪ニ

移ルコトヲ得タルヲ常トスルカ故ニ犯人ヲシテ常ニ行ス所ノ犯行ヲ再セタル
 コト能ハサラシムルハ手段ヲ執ルハ最モ有力ナル刑事政策ト云ニ於ルベカ
 ス
 第二號ノ規定モ亦固ヨリ刑事政策上ノ理由ヨリ來リタル處ナレモ警察官カ
 何時ニテモ被監視人ノ住居ニ立入ルコトヲ得ルコト云フニ在ルヲ以テ甚ク危険
 ナルカ如シト雖モ要ハ警察官其人ヲ信頼スルニ足ル否トノ問題ニ歸着スヘ
 シ而シテ若シ今日ノ狀態ニ於テ十分警察官ニ信ヲ置クコトヲ得ヘシトモ此
 規定ハ必シモ危険ナリト云フヲ得ヌ又若シ警察官ニ信ヲ置クニ足ラヌモ
 巴ムナクシハ此規定ヲ削除スルモ取テ不可ナシト雖モ尙被監視人ノ住居ニ付
 キ相當ノ制限ヲ附スルヲ必要トスルハ第一號ノ規定ノ依テ生シタル處ニ照シ
 テ考フルモ其疑ナキコト余ノ確信スル所ナリ

第三節 財産刑

一 國家ガ犯罪ノ制裁トシテ一私人ノ資産ヲ剝奪スル制度ヲ實現行
 刑法ハ罰金科料沒收ノ三財産刑ヲ認ム

第二項 罰金科料

一 罰金ハ二圓以上科料ハ五錢以上一圓九十五錢以下ニシテ仍ホ各本條ニ其
 多寡ヲ定ム(刑法二六條)罰金ハ時ニ輕罪ノ主刑タリ(刑法八條)時ニ附加刑タリ(刑法一
 科ハ常ニ違警罪ノ主刑タリ
 科料ハ五錢以上一圓九十五錢以下ト云ヒテ其最多額ヲ示シタルニ拘ハラヌ罰
 金ハ單ニ二圓以上ト云ヒテ其最多額ヲ示サルノ理由ハ左ノニアリ
 第一 罰金ハ場合ニ依リテ其金額カ何圓ニ上ルカヲ豫定スル能ハサルコトナ
 第二 故ニ最多額ヲ示ス能ハス例ヘハ刑法一九三條ノ如キ即チ是ニ於テ他ノ行
 政法規ニ於テ亦屢之ヲ見ル處ナリ

第二 罰金ハ其最多額カ何程ニ上ルモ他ノ名稱ヲ附セサルカ故ニ之ヲ示スノ 必要ナシ

一 違警罪ノ主刑タル科料ハ常ニ拘留ノ豫備トシテ其傍ニ置カレ幾日ノ拘留
 又ハ若干ノ科料ニ處スル規定セラル(刑法四二)故ニ之ヲ名ケテ補充刑ト云フコト
 得輕罪ノ主刑タル罰金ニ就テハ例外トシテ之ニ均シキ規定アリ(刑法四二)六條

現行刑法ハ自由刑ト金錢刑トヲ掲ケテ其何レニテモ適用スルコトヲ得ル場合ニ於テハ必ズ又ハナル文字ヲ用ヒ居レリ即チ此文字ニシテアレンハ其中孰レニテモ適用スルヲ得ヘキト同時ニ其孰レカ一方ニ止メサル可カラサルヲ注意ス可シ

一四 罰金科料モ亦刑罰ナリ故ニ二人以上共同シテ罰金又ハ科料ニ該ルヘキ罪ヲ犯シタルトキハ各共犯者ヨリ其全額ヲ徵收ス可ク之ニ分擔セシムルコトヲ許サズ(刑法四條)

第二項 沒收

一五 沒收ニ一般沒收特定沒收ノ二アリ現時文明國ノ刑法ハ一般沒收ヲ認メス累ヲ犯人以外ニ及ホスコト重ナルヲ以テナリ我現行刑法モ特ニ沒收スヘキ物件ヲ指定ス其種類三曰ク法律ニ於テ禁制シタル物件犯罪ノ用ニ供シタル物件犯罪ニ因テ得タル物件是ナリ(刑法四條)

一 一般沒收ト稱スルハ之ヲ包括名義ノ沒收ト名クルコトヲ得可シ物ヲ指定スルコトヲクシテ犯人ノ財産ノ全部若クハ何分ノ一又ハ土地ノ全體若クハ家屋ノ全體ヲ沒收スルト云フ如キ制度ヲ謂フナリ而シテ何レノ國ニ於テモ沒收ナル刑罰ハ或時代ノ虐政ヲ扶クルカ爲メニ屢々行ハレ多クハ一般ノ沒收ナリキ歐

洲ノ古代ニテハ罰金科料ハ諸侯ノ收入中ノ大ナル位置ヲ占メ往々濫用セラレタルカ故ニ殆ント一般ノ沒收ト異ナラサル狀ヲ示セリ又今日ノ檢事ナルモノハ當時ノ徵收官吏ヨリ變遷シ發達シタルモノナリト云フ降テ近世ニ至リ諸侯ノ權力漸ク狭小トナリ復昔日ノ如ク多クノ收入ヲ得タルニ至リタルカ爲メ窮乏策トシテ些細ノ事項ヲ理由トシテ財産ヲ沒收セリ隨テ當時人民ノ憤激ヲ買ヒタルコト甚クシク佛蘭西ノ大革命ノ如キモ是レ其重ナル導火線ナリシト云フ

一 我國ニ於テハ德川氏ノ刑法ニ謂フ闕所及ヒ舊法ニ謂フ財産籍沒ト稱スルモノハ中ニハ一般ノ沒收少カラヌ此刑罰タルヤ犯人一人ノ其損失ヲ受クルニ止マラスシテ當然家族及ヒ債權者ニモ重大ナル影響ヲ與フルカ故ニ今日ニテハ何レノ國ニ於テモ之ヲ採用セサルニ至レリ

一六 法律ニ於テ禁制シタル物件トハ法律カ製造又ハ所持スルコトヲ禁シタル物件ヲ謂フ其禁ヲ犯シタルニ因リテ主刑ト同時ニ宣告スル禁制物ノ沒收ハ其性質附加刑タルニ就テ毫モ疑ヲ生セズ

現行刑法ニ謂フ所ノ禁制物ノ解釋ニ付テハ種々ノ學說行ハレ殊ニポアソナトド氏ノ意見ニ禁制物トハ其物自身ノ存在カ社會ニ危險ヲ與フル性質ヲ具有シ

法律カ其存在スルコトヲ禁シタル物ヲ謂フト述ヘラレタリ然レトモ一國ノ法律又ハ命令ハ人間以外ニ對シテ何等ノコトヲモ禁止スルコトヲ得ヌ例ヘハ「ダブリン」イニカ如何ニ危險ナリトスルモ之ニ對シテ存在スヘカラスト云フ禁令ハ何等ノ效用ヲ爲サス以テ此説ノ不條理ナルヲ知ルコトヲ得可シ其第一國法ハ常ニ人間ニ對シテ或コトヲ禁令シ又ハ命令スルコト云フ立脚地ナリ考フルトキハ禁制物モ亦人カ或行爲ヲ爲スコトヲ禁止セラレタル物品ヲ謂フト解セサル可カラシテ而シテ余ノ信スル所ニ依レハ茲ニ所謂禁制トハ製造スルコトヲ禁止スルカ所持スルコトヲ禁止スルカノ二者其一ヲ出テサルモノト信ス

一七 製造又ハ所持ノ禁ニ觸レテ而シテ時效其他ニ因リテ主刑ナキ場合若クハ此ノ如キ禁令ニ觸レタル者ノ有無不明ナル場合ト雖モ禁制品ハ之ヲ人民ノ手ニ殘留セシムルコト能ハス等シク沒收スヘキ必要アリ(四條)但此場合ノ沒收ニハ犯人カ主刑ナク隨テ其性質ハ行政警察處分タル可シ

一八 製造又ハ所持ノ禁ニ觸レタル限ハ禁制品ニ非ス甲某ノ手ニ存スル爲ニ所持ノ禁ニ觸レタルコトスルモ若ク別ニ之ヲ所持乃至所有スルコトヲ得ル乙某アルト雖ハ固ヨリ之ニ其品物ヲ還附セサル可カラズ

前ニ述フルカ如ク禁制品ハ國法ニ依リ其存在ヲ禁止セラレタル場合ナルカ故ニ常ニ絶對的ノモノナリト論スル者アリ然レトモ此説ハ明ニ誤リ凡ソ如何ナル禁制品ト雖モ或人ハ所持スルコトヲ得ルモ或人ハ所持スルコトヲ得ヌト云フ關係的ノ禁制品ニ非サルモノ未ダ會テ之レアラズ例ヘハ爆發物ハ常人ハ之ヲ所有若クハ所持スルコト能ハスト雖モ許可ヲ得タル商人又ハ鑛山營業者若クハ工夫ノ類ハ之ヲ所持スルコトヲ得可シ又阿片煙ノ如キモ常人ハ之ヲ所持スルコト能ハスト雖モ化學者ノ之ヲ所持スル如キハ罪トナラズ隨テ其間ニ於テハ固ヨリ其物ハ禁制品ト稱スルヲ得ヌ故ニ禁制品トハ常ニ關係的ノ禁制品タルコトヲ注意セサル可カラズ

現行刑法ハ禁制品ノ沒收ヲ附加刑ノ一ニ算入セリ然レトモ其反面ニ於テ禁制品ノ沒收ハ常ニ附加刑タルノ性質ヲ有スト考フルハ亦誤レリ宜シク場合ヲ分テ説明セサル可カラズ

第一 普通人カ許可ヲ得ルコト無クシテ爆發物ヲ製造スレハ犯人ハ其製造ノ罪ニ因リテ處罰セラレ爆發物ハ禁制品トシテ且主刑ニ伴フ附加刑トシテ沒收セラレ

第二 或人ノ家ニ於テ爆發物ノアリシコトヲ發見シタルトモ其家ニ住居スル者ハ全ク之ヲ知ラス又他ヲ搜索スルモ眞ノ製造者若クハ所持者ヲ發見スルコトヲ得ザリシト假定センニ此場合ハ其物ヲ發見シタル家ニ還付スレハ其時ヨリ新ニ所持スルノ罪ヲ爲スカ故ニ還付スルコトヲ得ス又之ヲ沒收セントスルモ主刑ナキカ故ニ附加刑ト云フヲ得ス殊ニ犯人ナクシテ刑罰ナルモノ、存在スル理ナシ故ニ此場合ハ尋常ノ行政處分ヲ以テスルノ外ナカル可シ

第三 禁制品ニ關シテ犯罪者ヲ發見スル能ハス却テ之ヲ所有スルコトヲ得ル者アルヲ發見シタル場合(例ヘハ余ノ邸内ニ於テ多クノ「ダイナマイト」ヲ發見シタル場合ニ於テ其箱ヲ見レハ大倉組ナル印アリタルカ如シ)ニハ其者ニ對シテハ禁制品ニ非サルヲ以テ還付ノ手續ヲ爲サハル可カラス
 以上述ラル所ニ依テ之ヲ視レハ禁制品ハ人ニ對シテ其製造所持ヲ禁シタルニモツタルコトヲ知ル可シ隨テ其禁止ヲ犯ス人ニ對シテノ其間ニ於テ禁制品ト稱スルコトヲ得ク又總テ禁制品ノ性質此ノ如シ是レ以上三個ノ見解ヨリ來ル所ノ當然ノ結果ナリ

一九 禁ヲ犯シテ製造シ爲メニ偽造罪ヲ組成シタル物件ハ犯罪ニ因テ得タル物件ニ非ス禁制品ナリ

偽造變造罪ハ其行爲ノ爲メニ常ニ偽造變造物ヲ生ス又許可ヲ得サレハ製造スルコト能ハサル物品ニ付テモ之ヲ犯スカ爲メニ禁制品ヲ生ス可シ而シテ犯罪行爲ノ結果トシテ新ニ其物ヲ生スルヨリ考フレハ犯罪ニ因テ得タルモノニアラスト云フ疑アリ然レトモ其物ニシテ生セサレハ無免許ノ製造又ハ偽造若クハ變造ト云フ行爲自體カ成立シ得サルカ故ニ古ノ學者ハ之ヲ罪體(Corpus delicti)ト名ケタリ現行法ノ解釋トシテハ之ヲ禁制品ト云ハサル可ラス

二〇 犯罪ノ用ニ供シタル物件ハ罪ヲ犯ス爲メ故意ニ使用シタル物件ナラサル可カラス隨テ過失ニハ供用物件ナシ
 放火罪ノ爲メニ使用シタル燃料物ノ殘餘ハ供用物トシテ沒收セサル可カラスト雖モ火ヲ失スルノ機會トナリタル火器ハ之ヲ沒收スルコトヲ得ス其理由トスル所ハ一ハ故意ニ出ツルト雖モ一ハ故意ニ出テタルニ非ス隨テ後ノ場合ハ犯罪ノ用ニ供シタリト云フ能ハサルヲ以テナリ而シテ法律ノ禁制シタル物件ヲ犯罪ノ用ニ供シタル場合ニハ何レノ名義ヲ以テ沒收ス可キカ近來ノ判決例

ニテハ禁制品トシテ沒收ス可シト云ヘリ然レトモ余ハ禁制品ヲ犯罪ノ用ニ供シタリト云フニ條件ヲ合セテ沒收ノ理由トスルヲ妨ケスト信スル者ナリ

二一 犯罪ニ因テ得タル物件トハ犯罪ニ因リ直接ニ得タル物件ノミヲ謂フ之ヲ販賣交換シ間接ニ得タル物件ニ及ハス

例ヘハ銃獵禁制ノ場所ニ於テ獲得シタル鳥獸ノ類ハ之ヲ沒收スルコトヲ得ヘシ然レトモ既ニ賣拂ヒタル代金ハ不法ノ行為ニ因リテ得タルモノニ非スシテ販賣ト云フ法律行為ニ因リ得タルモノナリ隨テ沒收スルコトヲ得ス

第四節 能力刑

二二 爰ニ能力刑ト稱スルハ剝奪公權、停止公權ノ二附加刑ナリ公權ヲ享有スル能力ヲ喪失セシムルモノニシテ其名譽ニ及フハ間接ノ結果ニ過キサレカ故ニ之ヲ稱シテ名譽刑ト云フハ妥當ナラス

今日モ尙或刑法學者ハ此等ノ附加刑ニ對シテ名譽刑ト云フ分類名ヲ附セリ然レトモ生命刑ト云ヒ自由刑ト云ヒ財産刑ト云フハ皆刑罰カ直接ニ奪フ所ノ法益ヲ標準トシテ名譽刑ト云フハモ之ニシテ假令間接ニ何程ノ名譽ヲ損フモ之ヲ名譽刑ト稱スルハ誤レリ而シテ此種ノ學者ノ所謂名譽刑ナルモノハ直接ニ奪フ所ハ名譽ニ非スシテ能力ナリ故ニ同一ノ標準ニ依テ之ヲ能力刑ト云ハサルヘカラス

二三 刑事禁治産ハ民法施行法第十四條乃至第十六條ヲ以テ廢止セラレタリ

第一項 剝奪公權

二四 剝奪公權ハ

- 1 國民ノ特權即チ參政權
- 2 官吏ト爲ル權
- 3 勳章、年金、位記、貴號、恩給ヲ有スル權
- 4 外國ノ勳章ヲ佩用スル權
- 5 兵籍ニ入ル權
- 6 裁判所ニ於テ證人ト爲ル權但單ニ事實參考人ト爲ルコトヲ妨ケス
- 7 後見人ト爲ル權但親族ノ許可ヲ得テ子孫ノ後見人ト爲ルコトヲ妨ケス
- 8 分産者ノ管財人ト爲リ又ハ會社又ハ共有財産ヲ管理スル權
- 9 學校長又ハ教師學監ト爲ル權

ヲ剝奪ス法文(刑法三)之ヲ名ケテ公權ト云フト雖モ其實此等ノ權(?)ヲ享有スル能力ヲ喪失セシムルモノニシテ資格喪失ト云フニ同シ

刑法第三一條ニ列擧スル九種ノモノハ若シ權利ナリト考フルトキハ全ク意味ヲ爲サ、ル條文トナルナリ若シ之ヲ權利ナリトセハ例ヘハ一私人カ國家ニ對シ官吏トナルコトヲ強要スルコトヲ得サル可カラズ然レトモ此ノ如キコトハ固ヨリ許ス可カラサル論ナリ若シ本文ニ示ス如ク單ニ資格トシテ考フレハ左ノ如キ結果ノ生スルコトヲ注意セサル可カラズ

第一 此等ノ資格ヲ奪ハル、當時ニ既ニ參政權若クハ其他ノ權利ヲ有スルトキハ資格ヲ喪フカ爲メニ此等ノ權利モ喪失スルコト、ナルナリ

第二 此等ノ資格ヲ奪ハル、當時ニ現ニ參政權若クハ其他ノ權利ヲ有セサルトキハ資格ヲ失フ結果トシテ將來他ノ條件ヲ充シテモ此等ノ權利ヲ享有スルコトヲ得ス

二五 重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス終身公權ヲ剝奪ス(刑法三)重罪ヲ犯スト雖モ重罪ノ刑ニ處セラレサルトキハ此規定ノ適用ナシ

第二項 停止公權

二六 停止公權ハ刑法第三十一條ニ列擧スル九種ノ公權ノ享有能力ヲ一時中斷ス故ニ期間ヲ經過スルトキハ……選舉權、被選舉權、年金權、其他……喪失シタル所ノ公權ヲ回復ス官職ハ其例外ナリ(刑法三)

二七 停止公權ハ禁錮又ハ監視ノ繼續スル間ヲ其期間トス(刑法三三、三四條)但選舉被選舉資格ハ禁錮滿期ノ後仍ホ引續キ若干年限間之ヲ喪失スルコトアリ(例、衆議院議員選舉法一〇〇)

第三章 刑ノ適用

第一節 通則

一 刑ノ適用トハ法律ノ規定又ハ裁判ノ宣告ヲ以テ犯罪ニ相當スル刑ヲ示定スルヲ謂フ

刑罰法令ノ各本條ニ於テハ罪ト爲ル所爲ヲ定メタルト同時ニ又之ニ對スル刑罰ヲ示シ居レリ例ヘハ豫メ謀リテ人ヲ殺シタル者ハ云々死刑ニ處スト云フカ如シ同シク刑ノ適用トシテ法律上ノ適用、立法上ノ適用又ハ抽象的ノ適用ト名クルモ妨ナシ是レ立法者カ其罪ニ刑ヲ適用スルモノナリ而シテ實際ニ其罪ヲ

生シタル場合ニ裁判官カ之ヲ審判シテ法文ノ示ス如ク死刑ト宣告スルカ如キハ之ヲ名ケテ裁判上ノ適用解釋上ノ適用又ハ具體的ノ適用ト稱スルコトヲ得ヘシ之ヲ要スルニ適用ト云ヘハ其立法者ノ爲ス所タルト裁判官ノ爲ス所タルトヲ問ハス一定ノ罪ニ相當スル所ノ刑罰ヲ示定スルコトヲ謂フモノナリ

二 裁判ノ宣告ヲ以テ隨意ニ各罪ノ刑ヲ定ムルコトヲ得テ法律ニ何等ノ制限ナキハ之ヲ名ケテ刑ノ適用ニ關スル放任主義ト云フ之ニ反シテ豫メ法律ヲ以テ各罪ノ刑ヲ定メ裁判上取捨伸縮スルコトヲ許サハルハ之ヲ名ケテ刑ノ適用ニ關スル法定主義ト云フ共ニ弊害アリ故ニ現今ノ刑法ハ一般ニ一ノ折衷法ヲ採用シ刑ハ必ス豫メ法律ノ定ムルモノニ非サレハ之レヲ科スルコトヲ得スト雖モ其之ヲ定ムルニ當リテハ亦必ス裁判官ニ於テ多少ノ伸縮ヲ爲スコトヲ得ル餘地ヲ存シタリ

右ニ示ス如ク刑ノ適用ニ付テハ放任主義ト法定主義トノ二ノ極端ナル方法アリテ各々一得一失アルヲ免レス若シ放任主義ノ如ク刑ノ適用ヲ全ク裁判官ノ隨意トシテ全國多數ノ裁判官カ悉ク同一轍ノ裁判ヲ下スモノトスレハ却テ便利タル可シト雖モ人各其視ル所ヲ異ニスルハ已ムヲ得サル所ニシテ此カ爲メ毫モ裁判ノ統一ヲ期スルコトヲ得ス之ニ反シテ法定主義ヲ採レハ裁判ノ統一ヲ圖ル上ニ於テハ非常ニ便利アリト雖モ各種ノ事情ニ應シテ犯罪ノ情狀ニ適當シタル刑罰ヲ適用スルコトハ到底不可能ニ屬ス例ヘハ改定律例ノ如ク竊盜三犯以上ハ懲役終身ナリト假定センニ三犯以上ノ竊盜ニモ情狀ノ重キモノト輕キモノトアリテ千遍一律ノ刑罰ハ或ハ重キニ失シ或ハ輕キニ失スルト云フ弊害アリ故ニ此得失タルヤ實ニ理論上之レヲ知ルコトヲ得ルノミナラス古來各國ノ實驗シタル處ニシテ原始時代ニ於テハ一般ニ放任主義ヲ採用セリ而シテ實際ノ必要ニ應スル能ハサルニ至リ諸國ニ於テ正反對ナル法定主義ヲ採用シタリ羅馬時代ノ刑法日本ノ大寶律新律綱領改定律例ノ如キ皆法定主義ヲ採レリ佛蘭西ニ於ケル革命後ノ最初ノ刑法亦同シ

放任主義法定主義共ニ弊害アルヲ以テ現今文明國ノ刑法ハ或範圍ヲ示シテ其範圍内ニ於テハ或ハ重ク或ハ輕ク裁判官カ自由ニ伸縮スルコトヲ得ルノ組織ヲ採用セリ假ニ刑ノ適用ニ關スル折衷主義ト稱スルコトヲ得ヘシ

此ノ如ク折衷主義ハ兩極端ノ弊害ヲ救フカ爲メニ生シタルモノニシテ理論上適當ナル處置タルハ勿論ナレトモ所謂法律ノ與フル刑ノ範圍其モノカ或ハ廣

キニ失シ或ハ狹キニ失スルト云フ實際ノ困難アルヲ免レヌ嘗テ現行刑法ノ改正ス可キヤ否ヤノ問題ヲ生シタル際ニモ適用ノ範圍ニ關スル點ハ最モ議論ノ分ル、所ナリキ改正派ハ現行刑法ノ刑ノ範圍ヲ以テ狹キニ失スルモノト爲シ非改正派ハ草案ノ採用シタル刑ノ範圍ヲ以テ廣キニ失スルモノト爲シ最モ激烈ナル意見ノ衝突ヲ生シタリ此事實ニ徴スルモ立法上若クハ裁判上ノ刑ノ適用ト云フコトハ理論ヨリハ寧ロ實際上ニ於テ極メテ大切ナル問題タルヲ知ルニ足ル可シ

三 法律ノ定ムル刑ヲ法律自身又ハ裁判官伸縮スルコトアルカ爲メニ爰ニ加重減輕及ヒ之ニ關係スル諸種ノ問題ヲ生ス

四 附加刑ニ對シテハ附加ノ罰金ヲ除ク外(刑法七)加重又ハ減輕ノ問題ナシ
 刑法第一〇條及ヒ第三一條ヲ比較スルニ附加刑ハ(一)剝奪公權(二)停止公權(三)監視(四)罰金(五)沒收ノ五ナリ其中罰金ノミハ主刑ノ加重セラル、場合ニハ其金額ヲ加重セラレ主刑ノ減輕セラル、場合ニハ其金額ヲ減輕セラル、モノニシテ主刑同様ノ加重減輕アリト雖モ他ノ附加刑ニ付テハ此ノ如キ變化ヲ生セス
 第一 剝奪公權ニ於テ剝奪ス可キ公權ノ如何ハ第三一條ニ列擧セラレ其數ハ

増減ナキカ故ニ此點ニ付テモ加減ノ問題ヲ生セス又期間ニ付テハ第三二條ニ於テ終身ト規定セラル、カ故ニ別ニ伸縮スルコトヲ得ス

第二 停止公權ニ於テ停止ス可キモノハ第三二條ニ列擧セラレ又期間ハ第三三條第三四條ニ於テ一定セラレタルカ故ニ別ニ加減ノ問題ヲ生セス

第三 監視ハ其被監視者ノ品行ヲ監督シテ再犯ノ憂ノ有無ヲ觀察スルニ在リ而シテ此目的ヲ達セントスルニハ妄リニ長年月ヲ必要トセサルト同時ニ餘リニ短時間ニテハ其實效ヲ奏スルコトヲ得ス故ニ法律ノ定ムル所ノ期間ハ第三七條第三八條第三九條ノ三個條ニ於テ定マリ之ヲ動スコトヲ得サルモノト爲シタルカ故ニ同シク加減ノ問題ヲ生セス

第四 沒收ニ付テハ其何物ヲ沒收ス可キカハ第四三條ニ規定セラレタリ其何レモ事實ヲ根據トスルモノニシテ法律ハ増シ又ハ減スルコトヲ許サス隨テ加減ノ問題ヲ生セス

第二節 加重

第一項 通則

五 裁判官ハ一等又ハ一等以上ノ加重ヲ爲スコトヲ得ス此ノ如キ職權ヲ認メタル法文ナキヲ以テナリ故ニ最高度(Maximum)アル刑ニ就テハ其最高度ヲ超ユ可カラス各本條ニ最高度ナキ刑(重罪ノ主刑)ハ其上級ノ刑ニ移ル可カラス

裁判官ノ職權ハ今日ノ憲法ノ下ニ於テハ單ニ法令ヲ適用スルニ止マリ法令ヲ制定スルコトヲ得ス故ニ例ハ法律カ第三六六條ニ於テ竊盜ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處スト云ヘルニ當リ其情重シトシテ四年以上ノ刑ヲ言渡ス能ハサルハ裁判官即チ法律ノ適用官タルノ性質ヨリ來レリ

六 之ニ反シテ法律自身一等又ハ一等以上ノ加重ヲ爲スコトアリ但別ニ又制限ヲ附シテ曰ク加ヘテ死刑ニ入ルコトヲ得ス(刑法六條)輕罪ノ刑ハ加ヘテ重罪ニ入ルコトヲ得ス(刑法七條)違警罪ノ刑ハ加ヘテ輕罪ニ入ルコトヲ得ス(刑法七條)ト

法律自身カ或事情ノ加ハレルヲ理由トシ刑ヲ動カシテ重罰スルコトハ固ヨリ之ヲ妨ケス但現行刑法ハ罪質ヲ變スルカ如キ加重ヲ爲スコトヲ禁止セリ一例ヲ舉クレハ第三六七條ノ竊盜ハ六月以上五年以下ノ重禁錮ナリ而シテ輕罪ノ禁錮ハ普通ノ場合ニハ五年ヲ以テ最長期ト爲ス(刑法二條)若シ其犯人カ再犯ナリトスレハ一等加重ス可キモノナルカ故ニ(刑法九條)重罪ノ主刑タル輕懲役トナル

ノ順序ナリ然ルニ更ニ輕罪ノ刑ハ重罪ニ入ルコトヲ得スト云フ第七〇條ノ制限アルヲ以テ輕懲役ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ス第七〇條第二項ノ制限即チ七年ヲ超ヘサル範圍内ニ於テ期間ノミヲ延長シ刑名ハ同シク重禁錮ナル名稱ニ止ム可キモノトス右ニ述フル所ハ違警罪ニ付テモ第七〇條第二項ニ照シテ同一ニ適用セサル可カラス

右ノ如ク五年ト云フ普通ノ最長期ヲ超ヘテ五年以上七年以下ノ自由刑ニ重罪ノ刑名(輕懲役)ヲ附セスシテ依然トシテ重禁錮ナル名稱ニ止メタリ隨テ罪質ヲ重罪ニ變セサルノ利益ハ如何ナル場合ニ存ス可キカト云フニ例ハ第三二條ニ依リ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ終身公權ヲ喪失スルモ輕罪即チ禁錮ニ處セラレタルモノトスレハ單ニ公權ヲ停止セラレ、ニ過キス其他重罪ト輕罪トヲ區別スルノ實益ハ種々ノ場合ニ於テ見ル所ナリ

第二項 法律上ノ加重

七 法律上ノ加重ニ再犯加重特別加重ノニアリ再犯ノ加重ハ重罪、輕罪、違警罪一般ニ通シ特別ノ加重ハ各本條ノ示シタル犯罪ノミニ限ラル

再犯加重ハ刑法第九一條、第九二條、第九三條ニ規定スル所ニシテ此三個條ノ制

限内ニ於テハ一般ノ犯罪ノ刑ヲ加重セリ其詳細ハ下ニ説明セン之ニ反シテ各本條ニ示サレタル加重ハ例ヘハ第二〇五條ノ如キ是ナリ

八 再犯加重ハ再犯タル身分ニ基ク加重ナリ之ニ反シテ特別加重ハ身分ニ基ク場合例刑法一六七條ト客觀的事實ニ基ク場合例刑法一七三條三二七條トアリ身分ニ基ク加重ハ共犯ノ場合ニ身分ナキ者ノ刑ヲ變セス(刑法一〇〇條六)

刑罰ノ加重ハ之ヲ區別シテ身分ニ基ク加重及ヒ客觀的事實ニ基ク加重トノ二トスルコトヲ得ヘシ身分ニ基ク加重中再犯加重ハ總則ニ規定セラレ其他ノ身分ニ基ク加重及ヒ客觀的事實ニ基ク加重ハ之ヲ併セテ二編以下ニ規定セラル、所ニシテ今之ヲ再犯加重ニ對立セシメテ一個ノ名稱ヲ付スルトキハ特別加重ト稱スルヲ可トス而シテ身分ニ基ク加重ト客觀的事實ニ基ク加重トヲ區別スルノ實益ハ身分ニ基ク加重ハ共犯ノ場合ニ身分ナキ者ノ刑ニ影響ヲ及ボサ、ルノ點ニ在リ

第三節 減輕

第一項 裁判上ノ減輕

九 裁判上ノ減輕ハ刑法ノ所謂酌量減輕ナリ重罪、輕罪、違警罪ヲ分タス其情狀原諒ス可キモノアルトキハ裁判官ハ一等又ハ二等ノ減輕ヲ與フル職權ヲ有ス(刑法九條九)

若シ法律又ハ命令カ犯罪ニ對シ或刑ヲ示シタルトキハ更ニ之ヲ動かス法令ナケレハ裁判官ハ之ヲ變スルコトヲ得ス故ニ加重ヲ許シタル規則ナキカ故ニ裁判上ノ加重ナルモノ之レアルコトナシト雖モ之ニ反シテ減輕ニ付テハ第八九條第九〇條ノ明文アルヲ以テ初メテ減輕スルコトヲ得ル職權ヲ有スルニ至ルモノナリ

一〇 酌量ス可キ情狀アルヤ否ヤハ事實ノ認定ナリ故ニ之ニ對シテ上告ヲ爲スコト能ハス

刑事訴訟法ニ於テハ未確定ノ裁判ニ付キ控訴上告及ヒ抗告ト云フ三種ノ上訴權ヲ與ヘタリ其中抗告ハ決定ニ對スル不服ノ訴ニシテ本問ニ關係ナシ殘レル二種ノ上訴中ニテ控訴ハ事件全部ノ覆審ヲ求ムルニ在ルヲ以テ事實上法律上ノ爭ヲ再開スルコトヲ得ト雖モ上告ハ單ニ法律解釋ノ點ノミニ付キ裁判ヲ求ムル場合ニ於テ爲ス所ノ上訴ナリ隨テ酌量スヘキ情狀アリヤ否ヤト云フコト

ハ純然タル事實豫定ノ問題ナルカ故ニ上告ヲ許サ、ルモノナリ

一 法律上ノ加重又ハ減輕アル場合ト雖モ仍ホ酌量減輕ヲ與フルコトヲ得(刑
法八九)

若シ犯人カ十六歳以上二十歳未満ノ幼者ナルトキハ第八一條ニ依リ一等ノ減輕ヲ受ク是レ法律カ幼者ト云フ事實ヲ斟酌シテ既ニ一等ノ減輕ヲ與フルモノナルカ故ニ其以上減輕ヲ與フル必要ナシト雖モ同シク此種類ノ幼者ニシテ憐ム可キ事情ノ下ニ於テ罪ヲ犯ス者ト然ラサル者トアルカ故ニ尙裁判官ニ減輕ノ職權ヲ與ヘサル可カラス是レ第八九條ノ規定アル所以ナリ

一 禁錮罰金拘留科料ニ對シ一等又ハ二等ノ酌量減輕ヲ與ヘナカラ減輕セサル最短期又ハ最寡額以上ノ刑期金額ヲ宣告スルコトヲ得ルカ消極論ヲ正トス可シ(?)

刑法第三六七條及第三六八條ノ竊盜ハ六月以上五年以下ノ重禁錮ナリ故ニ今一等ノ減輕ヲ與フルコト、スレハ四月四分ノ二以上三年四分ノ三以下ノ重禁錮トナリ二等ヲ減スレハ三月一六分ノ六以上二年一六分ノ一三以下ノ重禁錮トナル然ルニ其刑ノ最短期タル六月以上ノ刑ニ處スルハ不當ナラサルカト云

フニ余ハ不當ナリト信ス何トナレハ六月以上五年以下ノ範圍内ニ於テハ特ニ酌量シテ一等或ハ二等ト云フ減輕ヲ與ヘサルモ尙裁判官ノ意思ニ因リテ自由ニ刑期ヲ定ムルコトヲ得ヘク更ニ一等或ハ二等ノ減輕ヲ與フルコトハ其刑ノ最短期以下ニ於テ刑期ヲ定ム可キ情狀アル場合ニ於テ行ハル可キモノナレハナリ一言之ヲ蔽ヘハ酌量減輕ノ趣旨ニ反スルカ故ニ不當ナリト云フコトヲ得ヘシ

一 三 主刑ニ對シテ酌量減輕アリタルトキハ附加ノ罰金ニ對シテモ亦當然同等ノ減輕アリタルモノトス(刑法七
四條)

右ハ明瞭ノコトニシテ説明ノ要ナシ以下酌量減輕ニ關シテ一ノ注意ヲ述フ可シ
酌量減輕ハ裁判官ニ於テ刑ヲ減ス可キ事情アリト認ムレハ其事情カ主觀的ノモノナルト客觀的ノモノナルトハ之ヲ區別セス例ヘハ屋外ニ於ケル五圓未満ノ竊盜罪ニ付キ其竊盜カ貧苦ニ迫リ眞ニ憐ム可キ事情アリト云フ主觀的ニ其理由ノ存スル場合ナリトスルモ又竊取シタル物品カ僅ニ一枝ノ花ナリト云フ如キ客觀的ニ極メテ情ノ輕キ場合モ雙方ヲ包含スルコト是ナリ換言スレハ酌

量減輕ハ主觀的事情タルト客觀的事情タルト區別セシテ一ニ裁判官ノ認定ニ依ル可キモノト云ハサル可カラス偶反對論アルカ故ニ一言セシノミ

第二項 法律上ノ減輕

一四 法律上ノ減輕ニ宥恕減輕特別減輕自首減輕(附全免)未遂犯ノ減輕從犯ノ減輕ノ五種アリ未遂犯從犯ノ減輕ノ事ハ第三編ニ讓ル

一五 宥恕減輕……ノ一ハ年齡ニ基キ一等又ハ二等ノ減輕ヲ與フル場合はナリ第一編第五章第一〇號ニ見ニ(刑法八〇條以下)重罪輕罪違警罪一般ニ通ス他ノ一ハ學說上發有怨ト下名タルモノニシテ殺傷罪ノミニ關シ二等又ハ三等ノ減輕ヲ與フル場合はナリ(刑法三〇九條以下)何レモ主觀的ノ減輕ナルヲ以テ同一ノ原因ナキ他ノ共犯ノ刑ヲ變セス

現行刑法ハ辨別心ヲ有セサレハ責任ヲ有セスト云フ主義ヲ以テ幼者發狂者及ヒ瘡痍者ヲ無罪ト爲セリ故ニ同一ノ理由ヲ基礎トシテ或事情ニ因リテ甚タシキ刺撃ヲ受ケ辨別心ノ幾分ヲ喪失シタル間ニ於ケル行爲ハ刑ヲ減ス可キモノト認メ第三〇九條以下第三一三條ニ殊ニ其場合ヲ列舉シタリ

右ノ場合ハ挑發ニ基ク宥恕ト名ク而シテ刑法ノ各本條ニ記載セラレ且殺傷ノ場合ノミニ限リテ刑ヲ減スル點ヲ見レハ次ニ述フル特別減輕ノ中ニ屬ス可キカ如シト雖モ一方ニ於テハ法律カ明ニ宥恕ト云フ名稱ヲ付シタルノミナラス他ノ一方ニ於テ辨別心ノ一部ノ喪失ト云フ主觀的ノ理由ニ出ツルモノナルカ故ニ年齡ニ基ク場合ト同シク宥恕減輕ニ屬ス可キモノト信ス之ヲ區別スルノ實益ハ共犯ノ問題ニ存ス即チ宥恕減輕ハ其原因ナキ他人ニ及ホスコトヲ得サルモノナリ

一六 特別減輕……各本條ニ於テ法律カ一定ノ犯罪ニ限リ刑ヲ減スルハ等シク特別減輕ナリト雖モ現行刑法ニ謂フ所ノ特別減輕ハ其中特ニ宥恕又ハ自首ト名クルモノ即チ挑發宥恕及ヒ特別ノ自首減輕ヲ除カサル可カラス

特別ノ宥恕減輕ハ前段ニ述ヘタル挑發宥恕即チ第三〇九條以下第三一三條ヲ謂ヒ又特別ノ自首減輕トハ例ヘハ第二二八條第二二二條第二項等ヲ謂フ而シテ此以外ニ尙各本條ニ於テ別段ノ名稱ヲ付セスシテ刑ヲ減スルコトアリ之ヲ總稱シテ特別減輕ト云フナリ

一七 自首減免……ハ犯人自ラ進ンテ相當ノ官署又ハ官吏若クハ被害者ニ未發覺ノ犯罪ヲ告知シタルヲ理由トシ法律カ其刑ノ全部又ハ一部ヲ免スル制度ナリ

支那法系ニ屬スル諸刑典ハ古來汎ク之ヲ採用ス

一八 第一ノ條件トシテ犯人自ラ進ンテ其犯罪ヲ告知シタルコトヲ必要トス(1) 嫌疑ヲ受ク相當官吏ニ推問サレタルニ因リ初メテ己ノ罪ヲ告クルハ自首ニ非スシテ一ノ自白ナリ(2) 他人ノ犯罪ヲ告知スルハ告訴又ハ告發ニ屬シ自首ニ非ス(3) 但口頭ヲ以テスルト書面ヲ以テスルト自身ニ告知スルト他人ニ代告セシムルトヲ區別スルコト無シ

一九 第二ノ條件トシテ相當ノ官署又ハ官吏若クハ被害者ニ未發覺ノ犯罪ヲ告知シタルコトヲ必要トス

(1) 相當ノ官署官吏トハ檢事局、警視廳、警察署、檢事、司法警察官等犯罪ヲ捜査スル職權アル官署官吏ヲ謂フ財産ニ對スル犯罪ニ限リ被害者ニ首服スルハ官ニ自首シタルト同一ノ取扱ヲ受ク(刑七條)

(2) 未タ發覺セサル犯罪トハ捜査權ヲ有スル官署又ハ官吏犯罪ノ事實若クハ犯人ノ誰タルヲ知ラサル間ノモノヲ謂フ故ニ被害事實ノ届出アルモ犯人ノ知レサルモノ又ハ被害者若クハ捜査權ヲキ者ノミ犯人ノ誰タルヲ知リタルモノハ何レモ未發覺トス

自首ノ效力トシテ刑ノ全部又ハ一部ヲ免スルニ付テハ其未タ發覺セサルモノタルコトヲ必要トス刑事法ノ關係ニ於テ發覺ト云フ言葉ノ意味ヲ定ムル必要アル場合ハ本文自首ノ場合、賭博ノ場合(刑法第二及七條)及ヒ刑事訴訟法ノ現行犯ノ場合ナリ人動モスレハ其訴訟法上ノ發覺ト刑法上自首ノ效力ニ關スル發覺トヲ同一ニ論セントスルモノアレトモ元來此二種ノ關係ハ根本ニ於テ其趣旨ヲ異ニス自首ノ場合ハ可及的速ニ眞ノ犯人ヲ處罰シ冤罪者ヲ處罰スル危險ヲ防遏セントスルニ在リ之ニ反シテ訴訟法上ノ現行犯ニ所謂發覺ハ手續ノ簡易迅速ヲ圖ルノ趣旨ニ出テタルモノトス即チ第一ノ場合ハ犯人其人ヲ得ルヲ目的トシ第二ノ場合ハ犯罪事實ト多クノ時間ヲ隔テサルコトヲ必要ト爲スニ在リ故ニ其當然ノ結果トシテ自首ノ關係ニ所謂發覺ハ竊盜罪、詐欺取財罪ト云フカ如キ犯罪事實アリタル後ト雖モ其犯人ヲ知ルコト能ハサル場合ニ至リテハ尙未タ發覺セサルモノト爲シ自首ヲ獎勵セサル可カラズ現行犯ノ關係ニ於テハ既ニ行爲ト比較的多クノ時間ヲ隔ツレハ最早簡易ノ手續ニ依ル可キ必要ナク通常ノ事件即チ非現行犯トシテ取扱フ可キ道理ナリ

二〇 自首ノ效力ハ犯罪ノ種類ニ因リテ同シカラス

(1) 謀殺故殺ヲ除ク外一般ノ犯罪ニ付テハ一等ノ減輕ヲ與フ(問題強盜殺人罪ニ就テハ自首減輕ノ適用アリヤ否ヤ)

現行刑法第八五條但書ニ依レハ謀殺又ハ故殺ハ假令發覺セサル間ノ自首ト雖モ減輕又ハ全免ノ利益ヲ得ス何故ニ此除外例ヲ設ケタリヤト云フニ起草者ノ説明スル所ニ依レハ第一、謀殺ノ如キハ犯人カ初ヨリ刑ヲ受クルコトヲ甘シテ實行スルコトアリ然ルニ若シ此ノ如キ犯人ニ對シ自首減輕ト云フ利益ナル規定ヲ設ケレハ却テ斯ル犯罪ヲ獎勵スルノ惡結果ヲ生ス可シ是レ其理由ノ一ナリト此起草者ノ説ハ其一部ハ確ニ眞理ナル可シ然レトモ斯クノ如キ弊害ハ自首シタル者ニハ必ス刑一等又ハ二等ヲ減スルコトヲ保護スルヨリ生スヘク改正案ノ如クニ單ニ減輕スルコトヲ得ト定メテ裁判官ヲシテ事情ニ照シ減スルト否トヲ自由ニ決セシムルコト、スレハ何等ノ差支ナカル可ク、謀殺殺ニ限リ全然減輕ヲ拒ムノ理由トナスニハ足ラサルナリ、第二他ノ犯罪ト異ナリ謀殺殺ト云フ如キ重大ナル罪ノ犯人ハ別ニ自首減輕ト云フ利益ヲ與ヘテ本人自身ニ出頭スルコトヲ獎勵セストモ容易ニ眞ノ犯人ヲ逮捕スルコトヲ得可ク隨テ自首減輕ノ必要ナシト然レトモ或場合ニハ眞ノ犯人カ現出セムシテ重大ナル

謀殺殺事件ノ永久不問ニ付セラレ、コト近クハラアジ殺、如キ實例アルヲ以テ縱令謀殺殺ノ犯人ト雖モ實際減輕ノ望ヲ以テ自首ヲ獎勵スル必要アル場合アルカ故ニ此理由モ亦貫徹セスト云ハサル可カラス之ヲ要スルニ自首ト云フ事實アリテ此カ爲メニ刑ヲ減スルノ値アリヤ否ヤハ犯罪ノ種類ニ因リテ定マルモノニ非スシテ各場合ニ因リテ異ナレリ此點ニ付テハ改正案第五四條ヲ參考スルコトヲ要ス

本文ニ掲ケタル強盜殺人ノ問題ハ如何ニ解釋ス可キカ我刑法ハ謀殺殺ト云フ罪質ニ因リテ自首減輕ヲ與ヘサルコト、爲シタルカ故ニ苟モ此罪質ナキモノハ假令殺人罪ナリト雖モ此中ニ入ラスト信ス隨テ本問ノ場合ハ自首減輕アリト云フコトヲ得可シ

(2) 財産ニ對スル罪ヲ犯シタル者官又ハ被害者ニ自首シタル上其贓物ヲ還給シ損害ヲ賠償シタルトキハ自首ニ因ル一等減輕ノ外尙二等ノ減輕……即チ併セテ三等ノ減輕……ヲ受ク其全部ヲ還償セスト雖モ半數以上ヲ還償シタルトキハ一等……即チ併セテ二等……ノ減輕ヲ受ク(刑法第八五條第八六條)

例ヘハ甲ト云フ竊盜カ乙ノ金百圓ヲ竊取シタリト假定センニ後自ら悔ヒテ其

百圓及ヒ被害者ノ蒙リタル損害賠償金二十圓ヲ出シタリトスレハ自首ニ基ク一等減輕ト償還ヲ理由トシタル二等減輕トヲ加ヘテ第三六六條ノ刑ニ三等ノ減輕ヲ與ヘ十五日以上一年以下ノ重禁錮ニ處ス可キモノトス

(3)總則ニ掲クル減輕ノ外若シ各本條ニ於テ自首ノ效力ニ關スル規定アルトキハ之ニ從フ(例刑法第一二六條、第一九二條、第二二六條等)

自首減輕ニ關スル總則ノ第八八條ニ依レハ各本條ニ別ニ自首ノ例ヲ掲ケタルモノハ各其本條ニ從フト云フ規定アリ而シテ第一二六條、第一九二條、第二二六條等ニハ自首シタル者ハ刑ヲ免スト規定シタルノミニシテ發覺セサル前ニ自首シタルト云フ制限ハ之ヲ明示セス此カ爲メ一派ノ論者ハ各本條ニ特別ノ效力ヲ規定シタル自首ハ假令發覺後ト雖モ自首ノ效力アリト論セリ此論タルヤ疑モナク誤レルモノニシテ既ニ發覺シタルコトヲ自ラ首服スルト云フコトハ意味ヲ爲サス即チ自首トハ官ノ未タ之ヲ知ラサルニ當リ犯人自ラ罪アリシコトヲ告知シテ訴追ヲ受クルノ意思ヲ表示スルコトヲ謂フモノニシテ發覺後ニ首服スルト云フコトハ有リ得可カラサルノ理ナリ

(4)自首ハ自首シタル者ニ限り減免ノ利益ヲ受ケ他ノ自首セサル共犯ニハ其效力

ヲ及ボサス

第四節 加減例及ヒ加減順序

二一 法律ノ規定又ハ裁判ノ宣告ヲ以テ刑一等又ハ一等以上ヲ加重減輕セントスルトキハ若干ノ刑期金額ヲ以テ一等ト爲スカ二種以上ノ加減ノ原因共存スルトキハ其間ニ先後ノ順序ヲ立ツルコトナキカノ二間ヲ生ス現行刑法ハ第一問ヲ加減例第二問ヲ加減順序ト題スル章ノ中ニ規定セリ

第一項 加減例

- 二二 加減例ハ刑一等ト稱スルモノ、標準ヲ定ム重罪ノ刑ト輕罪、違警罪ノ刑ト其標準同シカラス
- 二三 重罪ノ非國事犯ノ刑ハ1死刑2無期徒刑3有期徒刑4重懲役5輕懲役…國事犯ノ刑ハ1死刑2無期徒刑3有期徒刑4重禁錮5輕禁錮ノ等級ニ照シ刑名一ヲ一等トシテ加減ス(刑法第六七條)
- 二四 重罪ノ最下級ノ刑タル輕懲役ヨリ一等ヲ減セントスルトキハ二年以上五年以下ノ重禁錮…輕禁錮ヨリ一等ヲ減セントスルトキハ二年以上五年以下

ノ輕禁錮ニ處ス(刑法第
六九條)

重罪ノ最下級ノ刑罰ハ國事犯ニ付テハ輕禁獄、非國事犯ニ付テハ輕懲役、六年以上八年以下ヲ其期間ト爲ス而シテ輕罪ノ禁錮ハ之ヲ概括的ニ言ヘハ十一日以上五年以下ヲ其期間ト爲ス(刑法第
二四條)隨テ立法者ヲ重罪ノ刑ヨリ一等ヲ減シタルカ爲メニ十一日以上ノ禁錮ニ處スルト爲スハ餘リニ輕キニ失スト云フノ故ヲ以テ二年以上五年以下ト云フ制限ヲ付シタルモノナリ
然ラハ重罪ノ輕禁獄又ハ輕懲役ヨリ二等ヲ減セントスルニハ如何ニセハ可ナルカ此場合ハ法律上別段其規定ナシト雖モ先ツ一等ヲ減シ次ニ又一等ヲ減スルノ外ナカルヘシ

二五 輕罪ノ刑タル禁錮、罰金並ニ違警罪ノ刑タル拘留、科料ハ各本條ニ記載シタル刑期金額ノ四分ノ一ヲ以テ一等ト爲シ加減ス……例、二月以上四年以下ノ禁錮ニ一等ヲ加フレハ二月十五日以上五年以下……又一等ヲ減スレハ一月十五日以上三年以下ノ期間トナル(刑法第七〇條)

二六 輕罪ノ刑ハ加ヘテ重罪ニ入ルコトヲ得ス但禁錮ハ加ヘテ七年ニ至ルコトヲ得違警罪ノ刑ハ加ヘテ輕罪ノ刑ニ入ルコトヲ得ス但拘留ハ加ヘテ十二日、科料

ハ二圓四十錢ニ至ルコトヲ得(刑法第七〇條)

二七 禁錮ヲ減盡シタルトキハ拘留ニ罰金ヲ減盡シタルトキハ科料ニ處スルトヲ得但拘留ハ一日以下ニ降スコトヲ得ス科料ハ五錢以下ニ降スコトヲ得ス
輕罪違警罪ノ刑ハ各本條ニ示シタル刑期金額ノ四分ノ一ヲ一等ト定メテ或ハ加ヘ或ハ減スルカ故ニ四等ヲ減輕ス可キ場合ニハ計算ノ上ニ於テハ其刑ハ零トナル可キノ理ナリ隨テ輕罪ノ刑ハ減盡セラレタルモノナルカ故ニ違警罪ノ刑タル拘留又ハ科料ニ變更サル、モノトス違警罪ノ刑モ亦四等ヲ減セラル、場合ニハ計算上零ナルヘキノ理ナリト雖モ一日又ハ五錢ノ最程度以下ニ降サ、ルモノナリ

二八 輕罪違警罪ノ刑ニ付テ二等以上ノ加減ヲ施サントスルトキハ通加減ス可キカ遞加減ス可キカ同一ノ原因ニ出ツルトキハ通加減ス可ク別種ノ原因ニ出ツルトキハ加減順序ノ規定ニ據リ遞加遞減セサル可カラス
例ヘハ十二歳以上十六歳未滿ノ辨別心アル幼者カ罪ヲ犯シタルトキハ二等ヲ減輕セサル可カラス(刑法第
八〇條)然レトモ同シク年齢ニ基ク宥恕ノ爲メニ二等ヲ減スルモノナルカ故ニ何等ノ順序ヲ立ツルコト無ク彼ノ輕罪違警罪ノ刑ナレハ

四分ノ二ヲ減ス可キモノナリ之ニ反シテ年齢ニ基ク減輕自首減輕酌量減輕ト云フ如ク種類ノ異ナレル場合ニハ刑法第九九條ノ順序ヲ採リテ遞減セサル可カラス故ニ先ツ四分ノ一ヲ減シタルトキハ其殘レル四分ノ三ノ四分ノ一ヲ減セサル可カラス

第二項 加減順序

二九 刑法第九十九條ハ別種ノ加減ノ原因共存シタル場合ノ順序ヲ定メタリ
(1)從犯未遂犯及ヒ各本條ノ特別加重減輕ノ原因存スルトキハ其加減ヲ先ニス而シテ此等ノ原因相互ノ間ニハ法律ニ別段ノ順序ノ規定ナキヲ以テ一等ノ加重ト一等ノ減輕トヲ相殺スルコトヲ得
(2)以上ノ加減ヲ了リタル刑ニ基キ(1)再犯加重(2)宥恕減輕(3)自首減輕(4)酌量減輕ト云フ順序ヲ履ミテ加減ス既ニ順序アル以上ハ勢ヒ遞加減スルコトヲ要ス又一等ノ再犯加重ト一等ノ宥恕其他ノ減輕トヲ相殺スルコト能ハス
右ハ本文ヲ一讀シテ明ナル所ナレハ此カ説明ヲ省ク

第四章 刑ノ執行

第一節 通則

一 刑ハ裁判確定シタル後ニ非サレハ之ヲ執行スルコトヲ得ス(刑法第五〇條、刑
事訴訟法第三一
條七)裁判確定スレハ死刑ヲ除ク外ハ即日ヨリ之ヲ執行スルコトヲ得(刑
事訴訟法第三一
條)現今ノ刑事裁判ハ一回ヲ以テ終結スルモノト爲サスシテ二回又ハ三回迄ハ事
實上及ヒ法律上ノ不服ノ點ヲ覆審セシムル組織ナリ故ニ一度裁判アルモ尙確
定セサル時期ヲ生ス可シ而シテ確定裁判トハ上訴期間ヲ經過シタルカ或ハ上
訴ノ方法ヲ盡シテ既ニ動カスコトヲ得サルニ至リタル裁判ヲ謂ヒ確定シタル
瞬間ヨリシテ其裁判ノ認定シタル所ヲ執行スルコトヲ得ルモノニシテ刑ノ執
行ハ裁判ノ執行ノ一種ニ過キス(刑ノ執行ト裁判ノ執行トハ常ニ一致スルモノ
ニ非ス刑ノ執行ハ裁判ノ執行ノ一タルニ過キス)
二 執行ノ指揮ヲ與フルハ檢察事ノ職ナリ(刑事訴訟法第三二〇條)執行ノ職ニ當ルハ司獄官又
ハ警察官若クハ執達吏ナリ
三 能力刑ハ宣告確定スレハ當然其效力ヲ生シ執行ニ就テ別段ノ問題ナキヲ以
テ以下死刑自由刑財産刑ノ執行ヲ略述セントス

能力刑ハ剝奪公權、停止公權ノ二ナリ裁判確定スルト同時ニ公權ヲ享有スル能力ヲ終身若クハ一時喪失スルモノニシテ其被剝奪者自身カ選舉スル能ハス若クハ選舉セラレ、能ハス又ハ兵籍ニ入ル能ハスト云フ如キ總テ被剝奪者自身ノ身分ニ影響スルモノニシテ別段執行官カ進ンテ或事ヲ爲ス可キ必要ナキカ故ニ茲ニ所謂執行ノ問題ヲ生セス

第二節 死刑ノ執行

四 死刑ノ執行ニ付テハ其方法、場所、時期ノ三問題ヲ生ス我刑法ハ(1)方法ニ於テ絞(2)場所ニ於テ獄内(3)時期ニ於テ大祀令節、國祭ノ日及ヒ妊婦ヲ除ク外司法大臣ノ命令アリタル日ヨリ三日ノ間ト定ム(刑法第一二條乃至第一四條、刑法附則第一至第二五條、刑部訴訟法第三一八條、第三二一條)

(1)昔時ハ何レノ國ニ於テモ死刑ノ執行方法、斬、突、燒、入水等及ヒ其執行ノ前後ニ附屬スル手續ニ因リテ死刑ニ數個ノ階級ヲ設ケタリ然レトモ現今文明國ノ刑法ハ死刑ノ階級ヲ分ツコトヲ爲サス唯確實ニシテ迅速而モ無益ナル苦痛ヲ與ヘサル方法一ヲ選ムノ主義ト爲レリ但此點ニ付テハ同シク文明國ノ中ニモ米

國ノ如ク電氣ヲ用フルモノ、獨逸ノ如ク斧ヲ用フルモノ、佛蘭西ノ如クギョチト又ト名クル器械ヲ用フルモノ等種々アリテ多少ハ長短得失アルヲ免レヌ我日本ノ絞殺ノ如キ其效力迅速ナリト云フ能ハスト雖モ人體ヲ著シク損ハサル點ニ於テ及ヒ從來ノ觀念并ニ人情ニ照シテ適當ナル方法ナリト信セララル昔時ニ於テハ死刑ノ手續ハ執行前ノ手續及ヒ執行後ノ手續ニ分レタルカ如シ執行前ノ手續トハ犯人ニ侮辱ヲ與フルヲ目的トシタルモノニシテ市中ヲ引廻シ又ハ一定ノ場所ニ晒スノ類是ナリ德川氏ノ制度ニ於テ火刑磔等ハ犯人ヲ馬ニ乘ラシメ之ニ罪狀ヲ記載シタル紙幟及ヒ捨札ヲ付シテ市中ヲ引廻セリ又歐洲ノ或國ニ於テハ背面シテ驢馬ニ乘ラシメ市中ヲ引廻シ或ハ囚人ヲ席上ニ臥セシメ之ヲ馬ニテ引摺ラセツ、市中ヲ引廻シテ刑場ニ伴ヘリ而シテ死刑執行前ノ手續ハ罪ノ輕重ニ從ヒ其手續ヲ異ニシタリキ執行後ノ手續トハ例ヘハ死屍ヲ試シモノト爲シ又ハ首級ヲ市中ニ梟シ或ハ葬ヲ爲スコトヲ許シ若クハ許サ、ルノ處分ヲ爲スカ如キ手續ヲ謂フモノナリ

(2)刑罰ヲ以テ世人ヲ恐喝スル道具ナリト認メタル時代ニ於テハ何レノ國ニ於テモ可及的多人數ノ目ニ觸レシムル個所ニ於テ死刑ヲ執行シタリ現今ニ至リ

テハ其主義ヲ一變シ當ニ公然タル執行カ無益ナルノミナラス寧ロ有害ナルモノト認メ獄内ニ於テ密行スルコト、爲セリ執行ノ衝ニ當ル者及ヒ執行ヲ監督スル吏員ノ外ハ特ニ許可ヲ得タル者ニ非サレハ之ヲ見ルコトヲ得ス

(3) 或者ハ曰ク大祀、令節、國祭ノ日等ハ全國民カ舉テ歡樂スルノ日ナルカ故ニ犯人ノ遺族ノミヲ悲嘆ニ沈マシムルハ殘酷ナリ故ニ此日ニ於テ死刑ノ執行ヲ爲サシメサルナリト然レトモ此說ハ誤レリ何トナレハ祭日ノ如キハ必スシモ國民カ歡樂ス可キ日ニ非スシテ寧ロ謹慎ノ意ヲ表スルノ日ナルコトアリ又遺族ナキ犯人ニ付テハ此說ハ全ク適切ナラス然ラハ則チ如何ナル理由ニ基クカト問ヘハ畢竟宗教上ノ觀念ヨリ來レルモノニシテ即チ神聖ナル日トシテ死刑ノ如キ忌ム可キ事實ハ之ヲ避クルト云フニ外ナラス

五 死刑ノ宣告ヲ受ケタル婦女懷胎ナルトキハ分娩後一百日ヲ經過セサレハ之ヲ執行スル克ハス(刑法第一五條)但早産流産亦同シ(?)

妊婦ハ分娩後一百日ヲ經過スルニ非サレハ死刑ノ執行ヲ爲スコトヲ得ストシタル理由ハ生兒ヲシテ乳ヲ吞マシメントスルノ趣旨ヨリ出テタリト論スル者アリ然レトモ此議論ヨリスレハ生兒カ直チニ死亡シタル場合ハ一百日ヲ俟ツ

コトヲ要セスト云ハサル可カラサルニ至リ理論ニ適合セス然ラハ如何ニ之ヲ解ス可キカ凡ソ婦女ノ分娩ハ一大疾患ニ比シキ苦痛アリ既ニ分娩カ大患ニ等シトスレハ畢竟之ヲ憐ムト云フ事由ニ因リテ一百日ノ猶豫ヲ與ヘタルモノト云ハサル可カラス

六 死刑ノ執行トハ生命ヲ剝奪スルヲ謂ヒ奪命ノ方法タル絞首ヲ謂フニ非ス故ニ一旦此方法ヲ了スルモ蘇生スルトキハ更ニ之ヲ執行セサル可カラス

第三節 自由刑ノ執行

七 現行刑法上自由刑執行ノ方法及ヒ場所ノ問題ノ要點ハ大略下ノ如シ

(1) 徒刑ハ無期有期ヲ分タス男子ハ之ヲ島地ニ發遣シ婦女ハ之ヲ内地ノ懲役場ニ留メ共ニ定役ニ服ス(刑法第一八條)

(2) 流刑ハ無期有期ヲ分タス島地ノ獄ニ幽閉シ定役ニ服セス(刑法第二〇條)

(3) 懲役、禁獄、禁錮、拘留ハ内地ノ獄ニ入レ懲役、重禁錮ハ定役ニ服シ禁獄、輕禁錮、拘留ハ定役ニ服セス(刑法第二二條)

(4) 定役ニ服スル囚人ノ工錢ハ監獄ノ規則ニ從ヒ囚人ニ其幾分ヲ給與ス(刑法第二五條)

第一 配流制度

配流制度トハ囚人ヲ海外ノ殖民地若クハ國外ノ遠隔地ニ移スノ制度ヲ謂ヒ執行中ニ移ス場合ト執行後ニ移ス場合トノ二種アリ此配流制度ノ利害得失如何ハ重大ナル實際問題ニシテ英吉利佛蘭西露西亞其他ノ國カ多年ノ經驗ヲ重ネテ今日尙之ヲ採用シツ、アル國ト全ク廢止シタル國トアリ萬國監獄學會ニ於テモ多年ノ宿題トシテ研究シタル所ナレトモ要スルニ此ノ如キ制度ハ其國ノ事情如何ニ因リ又移住地ノ狀況如何ニ因リ一概ニ其是非ヲ論スル能ハス而シテ我日本ニ於テハ寧ロ行フ能ハサル事情アリト云ハサルヲ得ス隨テ刑法第一七條第二〇條等ハ實際上未タ曾テ毫モ行ハレサル空文ニ過キサルナリ

第二 拘禁方法

囚徒ヲ拘束スル方法ニ三ノ種類アリ其一ヲ雜居制度ト云ヒ晝夜一室ニ多數ノ囚徒ヲ拘禁スルモノトス此方法ハ經費ヲ減スルコトヲ得ルノ利益アリト雖モ容易ニ惡癖ヲ傳播シ監獄ヲシテ犯罪學校タラシムルノ一大缺點アリ之ニ正反對ノ方法ヲ獨居制ト云ヒ晝夜共ニ一室ニ一人ヲ置クノ制度ナリ此方法ハ惡癖傳播ノ機會ヲ減スルノ利益アリト雖モ經費ニ於テ非常ノ多額ヲ要スルノ不利

益アリ第三ノ制度ヲ折衷制度ト云ヒ雜居制ト獨居制トヲ折衷シタル方法ニシテ更ニ三種ニ分ル

第一 晝ハ雜居セシメ夜ハ獨居セシムルノ制度ニシテ之ヲ「オートボルン」法 (Autumn) ト云フ

第二 刑期ノ短キ者ニ付テハ總テ獨居制ヲ採リ刑期ノ長キ者ニ付テハ適宜ニ斟酌シテ其初ノ部分ハ獨居制ト爲シ後ノ部分ハ雜居制ト爲スモノ是ナリ

第三 總テノ自由刑ノ初ノ部分ハ獨居制ト爲シ後ノ部分ハ雜居制ト爲ス制度ナリ

雜居制ノ弊害ヲ改ムル爲メニ晝夜共一室ニ一人ヲ限リテ拘禁スル方法ハ亞米利加ノ初メテ試驗シタル所ナリ當時該國ノペンシルヴァニアニ於テハ極端ナル隔離法ヲ執リ殆ント何人ニモ面會ヲ許サ、リシカスル極端ナル隔離方法ハ寧ロ害アリテ益ナシ現今ノ獨居制度ニ於テハ監督者教育者若クハ差問ナシト認メタル家族朋友ノ面會ハ敢テ之ヲ禁セス而シテ其禁セント欲スル所ハ惡癖ヲ傳播スル虞アル者トノ面會談話書信等ナリ斯ル方法ヲ以テスル所ノ獨居制度ハ囚人ノ精神状態ヲ別段深ク害スルコトナシ又現今白耳義ノ採用セル獨居

制度ノ如キハ一定ノ方法ニ因リテ身體ノ健康ヲ圖ルモノニシテ囚人ノ身體精神ヲ害スルコトナシト認メラレタリ(一九〇〇年白耳義アラシセル萬國會議ノ決議)

第三 定役、工錢

現行刑法ハ自由刑ノ或モノニハ定役ヲ課シ或モノニハ之ヲ課セス定役トハ自由刑執行ノ方法トシテ法令ノ強制スル勞働ヲ謂フナリ隨テ同一ノ勞働ヲ執ルトスルモ本人ノ志望ニ出テ、別ニ法律ノ強制スル所ニ非サルモノハ之ヲ定役ト稱スルヲ得ヌ

定役ノ種類ノ如キハ其土地其時代ノ狀況ヲ考ヘテ適宜ニ取捨セサル可カラズ但如何ナル場合ニ於テモ良民ノ事業ヲ奪フカ如キ有害ナル競争ヲ爲サ、ル注意ナル可カラズ

比較的長時ノ期間ヲ有スル自由刑ニ定役ナキモノ例ハハ流刑禁獄數年ニ涉ル輕禁錮等ヲ認ムルノ策ノ得タルモノニ非サルコトハ先ニ既ニ述ヘタル所ナリ囚人ニ勞働ヲ執ラシムレハ續テ當然起ル可キ問題ハ之ニ幾分ノ賃金ヲ與フ可キヤ否ヤニ在リ此點ニ付キ或國例ハ英吉利ノ如キハ法令上當然與フルコトナク恩典ノ形ヲ以テ之ヲ與ヘ居レリ之ニ反シテ他ノ多數ノ國ニ於テハ法令上

之ヲ與ヘサル可カラスト認メタリ我日本ノ如キ後ノ例ヲ採用シタルモノニ外ナラス而シテ其理由トスル所ハ囚人ヲシテ喜テ勞働ニ就カシムルノ政略ト爲シ又長期ニ涉ル囚人ニ對シテハ出獄ノ際幾分ノ路金ヲ有セシメ又或點ニ於テハ收入ヲ獎勵シテ監獄ノ經濟ヲ補助セシムル必要等規律上并ニ經濟上ノ理由ニ在ルナリ

第四 衣食住待遇一斑

囚人ノ衣食住及ヒ之ニ對スル待遇ニ付キ監獄術トシテノ原則ハ專門ノ著作ニ讓ルモ茲ニ一ノ注意ス可キ點アリ世人ハ動モスレハ獄内ノ生活ト獄外ノ貧民ノ生活トヲ比較シテ現今ノ獄監ハ寬ニ失シ囚徒ノ待遇カ餘リニ鄭重ナリト論スル者尠カラズ此ノ如キ觀察ヲ下ス者カ其比較ヲ獄外ノ賤民貧者ニ採ルハ極メテ誤レルモノト云ハサル可カラズ貧賤者ノ中ニハ數日ニ涉リテ衣食ノ供給ヲ缺少場合ナシトセス然レトモ國家ハ囚人ヲ拘束スルニ止マルモノニシテ此ノ如キ待遇ヲ爲ス能ハサルハ言テ俟タヌ又貧者ハ其住所カ雨露ヲ凌クニ足ラサルコトアリ然レトモ雨露ヲ凌ク能ハサル監獄ヲ設クルコト能ハサルハ亦論ヲ俟タヌ此一例ニ付テ考フルモ其國ノ貧者ノ生活ヲ標準トシテ囚人ノ待遇ヲ

論スルノ誤レルハ明カナルコト、云ハサル可カラス然ラハ如何ナル方針ヲ採
 ル可キモノナリヤト問ハ、規律ト健康トノ要求スル所ヲ最モ僅少ナル費用ヲ
 以テ支フルト云フ原則ヲ採ラサル可ラス故ニ例ヘハ若シ學問上味噌汁ト牛乳
 トノ性分ニ於テ大差ナシトスレハ監獄ニ於テハ前者ヲ採用セサル可カラス又
 豆腐ト鶏卵トノ性分ニ於テ大差ナシトスレハ監獄ニ於テハ前者ヲ採用セサル
 可カラスト信ス(但現今内外國ノ監獄ナルモノヲ觀察スルニ其國ノ進歩ヲ誇ラ
 シカ爲メ殊更ニ監獄ヲ裝飾スルト云フ弊害アリ若シ此ノ如キ弊害ト認ム可キ
 點アリトスレハ將來速ニ之ヲ改ムルコトヲ要スルモノナリ)

第五 假出獄免幽閉

假出獄ノ制度ハ其源ヲ英國ニ發シ現今ハ文明國ニ於ケル刑法ノ大多數ノ採用
 スル所ナリ裁判官カ若干ノ刑期ヲ言渡シ其執行ノ途中ニ在ル者ヲシテ可及的
 改悛セシムルノ方便トシテ刑期ノ未タ滿了セサルニ拘ハラヌ獄外ノ生活ヲ試
 ニ許スノ制度ナリ我國ニ於テハ明治五年ノ監獄則第八條ニ既ニ類似ノ方法ヲ
 採用シ現行刑法ニ於テハ第五三條以下ニ之ヲ採用セラレタリ而シテ流刑ニ假
 出獄ノ適用ナキハ之ト同一ノ精神ニ出テタル免幽閉ト云フ制度アルヲ以テナ

リ

八 流刑ヲ除ク外重罪又ハ輕罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ行政處分ヲ以テ假ニ出
 獄ヲ許サルハコトヲ得其條件トシテ

(1)無期徒刑ニ處セラレタル者ハ十五年其餘ノ刑ニ處セラレタル者ハ刑期四分ノ
 三ヲ經過シタルコト

現行刑法カ假出獄ヲ許シ得ル第一條件トシテ規定シタル年限ノ規定ハ或場合
 ニハ長キニ失シ或場合ニハ短キニ失スルモノナリ長キニ失スル場合トハ無期
 刑ニ關スル十五年ト云フ制限ニシテ囚人カ果シテ改悛シタルヤ否ヤヲ見ルニ
 ハ十五年ノ期間ハ儘ニ長キニ失スルノミナラス餘リ長キニ失スレハ一旦改悛
 ニ向ヒタル者カ再ヒ自暴自棄シテ惡心ヲ懷クノ虞アリ又短キニ失スル場合ト
 ハ輕罪ノ短期自由刑例ヘハ一、二個月ノ重禁錮等ニ付テモ其四分ノ三ヲ經過ス
 レハ法律上假出獄ノ要求ヲ爲スコトヲ得ヘキカ如シ然レトモ僅々一、二個月ニ
 シテ改悛シタリトノ推測ヲ下スコトヲ得サルハ言ヲ俟タス

(2)刑期限内重罪又ハ輕罪ヲ犯サ、リシコト

第二ノ條件トシテ掲ケタル輕罪中過失犯ニ付テ例外ヲ認メサリシハ缺點ト云

ハサル可カラス蓋シ數年品行方正ナリシ囚人カ一度過ツテ人ヲ傷クレハ最早
決シテ假出獄ヲ與ヘスト云フ如キコトノ殘酷ナルハ勿論ナリ

(3) 獄則ヲ遵守シ改悛ノ狀アルコト

但其果シテ改悛ノ狀アリヤ否ヤヲ認定シテ假出獄ノ許否ヲ決スルハ一ニ當該官
吏ノ職權ニ屬シ囚人之ヲ請求スルノ權利ヲ有スルニアラス(第五三條、第五七條)

九 假出獄ヲ得タル者徒刑ノ囚ニ係ルトキハ仍ホ島地ニ居住シ其他ノ囚ニ係ル
トキハ豫メ定メタル場所ニ居住シ本刑期限内特別ノ監視ヲ受ク(刑法第五四條、第五五條、刑法附則

第四三條以下)

一〇 假出獄ヲ許サレタル者出獄中更ニ重罪又ハ輕罪ヲ犯ストキハ直ニ出獄ヲ
停止セラレ出獄中ノ日數ハ之ヲ刑期ニ算入サル、コトヲ得ス之ニ反シテ更ニ重
罪又ハ輕罪ヲ犯スコトナキトキハ出獄中ノ日數ヲ刑期ニ算入サル、結果刑期ノ
滿了スルト共ニ本刑亦消滅ス(刑法第七七條)

一旦假出獄ヲ得タル者カ若シ重罪又ハ輕罪ヲ犯シタリトスレハ刑法第五六條
ハ其假出獄ヲ取消ス可キコトヲ命セリ此規定ニハ左ノ一個ノ缺點アリ

第一 輕罪中過失犯ヲ除外セザリシコトノ不當ナルハ前ニ述ヘタルト同一ノ

缺點ナリ

第二 假出獄ヲ取消ス可キ條件ヲ重罪又ハ輕罪ト云フ如キ專ラ犯罪ノミニ限
定シタルハ狹キニ失スト云ハサル可カラス假令罪ヲ犯サストモ其生活極メ
テ不秩序ニシテ遠カラス罪ヲ犯ス可キ虞アレハ速ニ出獄ヲ停止スルコトヲ
得ルノ職權ヲ與フルコトヲ要ス刑法第五六條ハ形式ニ流レ精神ヲ失ヘル規
定ト云ハサル可カラス

一 無期流刑ニ處セラレタル者五年ヲ經過スレハ行政處分ヲ以テ幽閉ヲ免セ
ラレ島地ニ於テ地ヲ限リ居住スルコトヲ得 有期流刑ニ處セラレタル者三年ヲ
經過スルトキ亦同シ(刑法第三二條、第三三條)

第四節 財産刑ノ執行

- 一 二 罰金、科料、沒收ハ檢事ノ指揮ニ因テ之ヲ執行スヘキコト他ノ刑ニ同シ(刑訴
法第三三條)
- 一 三 罰金ハ裁判確定ノ日ヨリ一ヶ月内、科料ハ十日内ニ之ヲ納完スルコトヲ要
ス(刑法二七條、三〇條、四三條)沒收ニハ此ノ如キ猶豫期間ナシ

一四 若シ限内罰金又ハ科料ヲ納完セサルトキハ一圓ヲ一日ニ折算シテ輕禁錮又ハ拘留ニ換フ但其金額何程巨大ナル場合ト雖モ換刑處分タル輕禁錮ノ期間ハ二年ヲ過クルコトヲ得ス(刑法二七條第二項)

右ハ本文ヲ一讀シテ明ナレハ別ニ説明ヲ加ヘス

一五 換刑處分タル輕禁錮又ハ拘留ハ罰金科料執行ノ一方法タルニ過キスシテ同一ノ名稱ヲ有スル自由刑ト全ク其性質ヲ異ニス

第二七條第一項第二項ニハ單ニ輕禁錮ト云フ語アルヲ以テ刑法第八條ニ規定スル輕罪ノ主刑タル輕禁錮ト同性質ノモノナルカ如シト雖モ罰金ト云フ金錢刑ヲ輕禁錮ト云フ自由刑ニ變セシムルノ趣旨ニ非スシテ唯金錢ヲ徵發スルニ換フル一ノ執行方法ニ過キス故ニ其犯人ハ罰金ニ處セラレタルモノトシテ總テノ待遇ヲ爲サ、ル可カラス一例ヲ舉クレハ民法施行前ニハ禁治産ナル附加刑アリシト雖モ換刑處分タル禁錮ニ處セラレタル者ニハ斯ル刑ヲ附加スルコトヲ得サリキ其他選舉權ノ喪失等ニ於テモ亦同様ノ斷定ヲ下サ、ル可カラス

一六 換刑處分ノ期限内ニ罰金又ハ科料ヲ納メタルトキハ其經過シタル日數ヲ控除シ禁錮又ハ拘留ヲ免ス他人代納シタルトキ亦同シ

例ハハ二百圓ノ罰金ニ處セラレタル者カ之ヲ納完セサルカ爲メニ二百日ノ輕禁錮ニ處セラレタリト假定センニ已ニ一百日經過シタル後ニ於テ一百圓ヲ納メタルトキハ殘餘タル一百日ノ輕禁錮ハ直チニ免除セラル可キナリ

若シ二年ノ日數以上ニ相當スル罰金額例ハハ二千圓ノ爲メニ二年ノ輕禁錮ニ換ヘラレタル者其刑執行ノ中間例ハハ一年ノ終ニ於テ輕禁錮ヲ免除サレントスルニハ何程ノ金額ヲ上納スルコトヲ要スルカ甲說ニ依レハ經過シタル日數ニ相當スル金額ヲ引去リテ殘レル金額ヲ上納セサル可カラスト云ヒ乙說ニ從ヘハ將來受ク可キ禁錮ノ日數ニ相當シタル金額ヲ上納スレハ可ナリト云ヘリ

余ハ此二說ハ何レモ誤レルモノト信ス苟モ二年ノ日數以上ニ相當スル金額ノ罰金ニ處セラレタル者ヲ論スルニ付テハ正比例的ニ計算セサル可カラス法文ニ一圓ヲ一日ニ換フルト規定シタルハ七百三十圓以内ノ罰金ノミヲ見タルモノニシテ本問ノ場合ノ如キ正比例的ニ計算シテ殘額一千圓ヲ上納セサル可カラサルナリ以上述フル所ヲ算數式ニテ示セハ左ノ如シ

甲說

罰金 2000圓 - 365日 = 1635圓(不可)

乙説

全執行日數 2年分の日數
365日 × 2 = 730日
上控日數 365日 × 2 = 730日
即チ 365日 (不可)

余ノ意見

$$\left[\frac{\text{罰金}}{20000} \div (365 \times 2) \right] \times \left[\frac{\text{2年分の日數}}{365 \times 2} \times (2-1) \right] = 1000$$

之ヲ比例式ニ變スレハ

$$365 \times 2 : 20000 :: 365 \times (2-1) : a = 1000$$

罰金科料ヲ納完セサル者ハ禁錮又ハ拘留ニ換フルト云フ規定アリ而シテ現ニ其金錢ヲ所有シテ故ヲニ納完セサル者換言スレハ納完スル能ハサルニ非スシテ納完スルヲ欲セサル者ニモ當然換刑處分ヲ施ス可キヤ若クハ強制執行ヲ爲スコトヲ得ルヤ此問題ハ刑法ノ規定夫自身ヨリ言ヘハ強制執行ヲ爲スコトヲ妨ケサルノミナラス寧ロ好望ノコトタリ然レトモ現行刑法ノ下ニ於テハ強制執行法ニ罰金又ハ科料ノ執行手續ノ規定ナキカ故ニ已ムコトヲ得ス當然禁錮又ハ拘留ニ換フルノ外ナシ蓋シ刑法ノ規定自身力之ヲ禁スルノ精神ニ非サルヲ以テ其手續ニシテ設ケアレハ現行刑法ノ下ニ於テモ強制執行ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

第五章 刑ノ消滅

第一節 通則

一 刑ハ(1)其執行結了シタルトキ(2)犯人死亡シタルトキ(3)餘罪ノ刑確定シタルトキ(4)非常上訴成立シタルトキ(5)恩典アリタルトキ(6)期滿免除ヲ得タルトキ消滅ス

二 刑ノ消滅ト稱スルハ其實行ノ執行權ノ消滅ニ外ナラス

通常刑ノ消滅ト稱スルハ國家カ囚人ニ對シ刑ヲ執行スル權力關係ノ消滅スルヲ謂フモノニシテ刑自身ノ消滅ト云フ意味ニ非ス之ヲ明ニスルカ爲メ死刑及ヒ自由刑ニ付テ言ヘハ死刑ハ生命ヲ奪フヲ謂フモノニシテ生命ノ喪失ノ消滅ト云フコトハ意味ヲ爲サス國家カ囚人ヲ殺スノ權力ヲ捨ツルト云フ意味ニ過キス又自由刑ハ囚人カ刑ノ執行トシテ自由ヲ失ヒタル狀態自身ヲ謂フモノナリ然ルニ若シ囚人カ逃亡シテ獄外ニ在リトスレハ其間ニ於テ刑ハ執行セラレツ、アルニ非スト雖モ執行權ハ此カ爲メニ消滅スルモノニアラス故ニ本章ニ所謂刑ノ消滅ハ常ニ執行權ノ消滅トシテ解セサレハ意味ヲ爲サ、ルナリ

三 刑ハ其執行結了シタルニ因リ消滅スルコト恰モ辨濟ニ因リ債務ノ消滅スルカ如シ最モ適切ナル消滅ノ場合ナリ但前第四章ニ述ヘタルヲ以テ爰ニ之ヲ繰返サス

第二節 犯人ノ死亡

四 有罪ノ確定判決ヲ受ケタル者死亡スルトキハ刑ヲ適用ス可キ物體消滅スルカ故ニ刑罰モ亦當然消滅ス古法ノ如ク遺骸ヲ罰スルコトナシ

歐洲ニ在リテハ犯人ノ死後其遺骸ニ向テ裁判ヲ爲シ葬式ヲ禁スル如キ又ハ罪狀ヲ公告スル如キ若クハ普通ノ場所ニ埋葬スルコトヲ禁スル如キ刑ヲ執行シタル例少カラス我徳川時代ニ於テモ鹽漬ト爲シタル遺骸ヲ裁判シ處罰シタルコトアリ然レトモ現今文明國ノ刑法ニ於テハ刑罰ハ其一身ニ止マリ人ニ對スルモノト認ムルカ故ニ其人ニシテ死亡スル以上ハ一切ノ執行權消滅スルモノニシテ此點ニ付テハ例外ナキ所ナリ

五 佛國刑法及ヒ我現行刑法ノ草案ハ罰金科料ニ限り其判決確定後ハ普通ノ債權ノ如ク遺産相續人ヨリ之ヲ取立ツルコトヲ認ム然レトモ判決確定セサレハ執

行力ナク確定スレハ債權ニ變スト云ハ、結局財産刑ナキニ均シ故ニ我現行刑法ハ罰金科料ト雖モ犯人ノ死亡ニ因リ消滅スルコトヲ明言ス(刑法附則二〇條)沒收ニ付テハ其明文ナシト雖モ罰金科料同様ニ解ス可キナリ

佛蘭西學者多數ノ論スル所ニ依レハ財産刑ニ付キ判決確定スレハ國家ハ債權ヲ有スルニ至ルモノナリ故ニ犯人死亡シタルトキハ其相續人ニ對シテ之ヲ取立ツルコトヲ得ト云ヘリ然レトモ何故ニ債權ニ變スルノ理アリヤ刑ノ執行ハ判決ノ確定シタル時以後ニ在リ而シテ財産刑ノ始メテ生スル時ヨリ直チニ債權ニ變スルモノトスレハ是レ畢竟刑罰ナキノ結果ニ歸スヘシ況ンヤ相續人ニ對シテ執行ヲ爲スノ理由ヲ見出ス能ハサルオヤ若シ財産刑ニ付キ此ノ如キ解釋ヲ採レハ其理論ヲ推シテ以テ自由刑ニ及ホシ自由刑ハ犯人ヲ勞務ニ服セシムル債權換言スレハ雇傭ニ關スル債權ヲ生スルモノト云ハサル可カラス然レトモ此ノ如キコトノ不條理ナルハ言ハスシテ明ナリ

第三節 餘罪ノ刑ノ確定

六 同一人ノ犯シタル二個以上ノ犯罪中一罪ニ對スル刑ノ宣告確定後ニ更ニ餘

罪發覺シ之ニ對スル刑ノ宣告確定スルトキハ前發ノ刑消滅ス是レ其時ヨリ後發ノ刑ヲ併合シ執行ノ理由ヲ一變スルヲ以テナリ(刑二法一〇二條)

茲ニ明治三十五年一月一日ニ甲ト云フ罪ノ爲メニ六年ノ輕懲役ニ處セラレ其執行中本年一月一日ニ至リ此犯人ハ曩ニ乙ト云フ罪ヲ犯シタルコトアリシヲ發見シ之ニ對スル處分ヲ言渡シタリト假定センニ此場合ノ乙罪ハ刑法之ヲ餘罪ト名ケタリ而シテ如何ニ之ヲ處分ス可キカト云フニ甲罪ニ比較シテ之ヨリ重キカ輕キカ或ハ同等ナルカヲ調査シ刑法第一〇〇條ニ示スカ如キ言渡ヲ爲ス可キモノナリ而シテ其餘罪ニ付テ言渡シタル判決確定スレハ處分ハ甲乙二罪ニ對スル處分ト爲ルモノニシテ既往ノ刑ハ其瞬間ニ消滅ス可シ之ヲ後發ノ刑ノ確定ニ基ク前發ノ刑ノ消滅ト云フナリ

第四節 非常上訴ノ成立

七 非常上訴ニ非常上告ト再審トノ二種アリ甲ハ法律點ヲ理由トシ(刑事訴訟法二九二條)乙ハ事實點ヲ理由トシ(刑事訴訟法三〇二條)法ノ命スル制限内ニ於テ既ニ確定シタル判決ヲ破ラシムル非常手續ナリ既ニ刑ノ宣告確定シタル後ニ於テ……即チ刑ノ

執行權生シタル後ニ於テ……之ヲ破毀スル效力アルカ故ニ非常上告及ヒ再審成立スルトキハ共ニ前刑ヲ消滅セシム
通常ノ上訴トハ控訴上告抗告ノ三種ニシテ判決決定又ハ命令ノ確定前ニ爲スモノヲ謂フ而シテ一旦確定シタル以上ハ最早上訴ヲ許サ、ルヲ原則トシ單ニ本文ニ示ス如キ例外ノ場合ニ限り上告ト再審トヲ認メタリ此二個ノ非常手續ハ宣告ノ確定後換言スレハ常ニ有罪ノ宣告ノ確定後ニ爲スコトヲ得ルモノナルカ故ニ刑ノ執行權ヲ生シタル後ニ於ケル場合ナリ隨テ此訴ニシテ成立スルニ至レハ曩ニ言渡サレタル刑ハ消滅スルモノナリ之ニ反シテ通常ノ上訴ハ確定前即チ執行權ノ發生前ニ爲スモノナルカ故ニ其消滅ノ原因トハ爲ラス蓋シ一旦生シタルモノニ非サルヨリハ消滅スルコト無キハ識者ヲ俟テ初メテ知ラサルナリ

第五節 恩典

八 爰ニ恩典ト稱スルハ憲法第十六條ニ所謂大赦特赦減刑及ヒ復權ノ四ナリ何レモ公益ニ基ク大權ノ命令ナルヲ以テ一私人之ヲ拒絕スルコト能ハス

一 私人ハ自由ニ恩典ニ預ルコトヲ拒絕シ得ルカト云フニ恩典ハ之ヲ形式上ヨリ言ヘハ國家ノ命令ナルカ故ニ一度其發布アリタル以上ハ國家命令權ノ作用ニ依ルノ外ハ一私人ハ復之ヲ如何トモスルコト能ハス又之ヲ立法上ノ理由ヨリ言ヘハ一國ノ有權者統治權ヲ行フ者ノ認定ニ因リテ定メタルモノヲ一私人カ自由ニ拒絕スルコトヲ得ルトスレハ治者ト被治者トノ關係消滅スルニ至リ國家ノ法律上ノ觀念ニ反スルヲ以テ斯ル有權者ノ行爲ハ其性質上絶對的ノモノト云ハサル可カラス

第一項 大赦

九 大赦ハ其示定スル犯罪ニ對スル訴追及ヒ裁判ヲ廢滅スル效力ヲ有スルヲ以テ未タ其公訴起ラサルトキハ將來之ヲ提起スルコトヲ得ス既ニ公訴起リタルトキハ之ヲ續行スルコトヲ得ス裁判既ニ確定シタルトキハ裁判全部消滅ス此終ノ場合ハ純然タル刑ノ消滅ナリ

大赦ト之ト似テ非ナル特赦減刑トノ根本ノ差違ハ大赦ハ其中ニ示定シタル犯罪ニ關シテ公訴權及ヒ裁判ノ效力全然消滅スルニ反シテ特赦減刑ハ裁判ヲ消滅セシムルコトナク單ニ其言渡シタル刑ノ全部(特赦)又ハ一部(減刑)ヲ免除スル

ニ過キサルノ點ニアリ既往ノ實例ニ徵スレハ大赦ハ一時ニ同種ノ犯罪人ノ多數ニ對シテ發スルコト少カラスト雖モ之ヲ以テ大赦ノ特性トナスハ非ナリ單ニ刑ノ執行ヲ全免スルニ止マラス裁判其モノヲ取消サントスルニハ止タ一人ニ對シテモ大赦ヲ發スルコトヲ得ルモノナリ但シ如何ナル裁判ヲ大赦ニ依リテ取消スヘキカハ個々ノ場合ニ就テ大權ノ認定ニヨリ決定サル、問題ニシテ法令ニ之カ一定ノ標準ヲ示シタルモノアルコトナシ

一〇一一 刪除

一二 斯ノ如ク大赦ハ一時法ノ一部ヲ中止スルニ均シキヲ以テ立法機關ノ一行動トナス例アリ(例四條三條)ト雖モ運用ノ妙ヲ缺ク不便アリ我國ニ於テハ憲法ニ依リ天皇ノ大權ニ屬ス

一三 大赦ニ因リテ有罪ノ確定判決消滅シタルトキハ一當然直チニ復權ヲ得又爾後再犯ノ事由トシテ數フルコトヲ得ス(刑法九條七條)

一四 大赦ハ刑ノ消滅シタル後ニ於テモ其適用アリ

一五 大赦ニ遇ヒタル行爲ニ對シテ民事上ノ訴權アリヤ(積極說)
大赦ハ尙裁判ヲ經サル者ニ對シテハ將來裁判ヲ爲スコトヲ廢セシメ既ニ裁判

一 私人ハ自由ニ恩典ニ預ルコトヲ拒絕シ得ルカト云フニ恩典ハ之ヲ形式上ヨリ言ヘハ國家ノ命令ナルカ故ニ一度其發布アリタル以上ハ國家命令權ノ作用ニ依ルノ外ハ一私人ハ復之ヲ如何トモスルコト能ハヌ又之ヲ立法上ノ理由ヨリ言ヘハ一國ノ有權者(統治權ヲ行フ者)ノ認定ニ因リテ定メタルモノヲ一私人カ自由ニ拒絕スルコトヲ得ルトスレハ治者ト被治者トノ關係消滅スルニ至リ國家ノ法律上ノ觀念ニ反スルヲ以テ斯ル有權者ノ行爲ハ其性質上絕對的ノモノト云ハサル可カラス

第一項 大赦

九 大赦ハ其示定スル犯罪ニ對スル訴追及ヒ裁判ヲ廢滅スル效力ヲ有スルヲ以テ未タ其公訴起ラサルトキハ將來之ヲ提起スルコトヲ得ス既ニ公訴起リタルトキハ之ヲ續行スルコトヲ得ス裁判既ニ確定シタルトキハ裁判全部消滅ス此終ノ場合ハ純然タル刑ノ消滅ナリ

大赦ト之ト似テ非ナル特赦減刑トノ根本ノ差違ハ大赦ハ其中ニ示定シタル犯罪ニ關シテ公訴權及ヒ裁判ノ效力全然消滅スルニ反シテ特赦減刑ハ裁判ヲ消滅セシムルコトナク單ニ其言渡シタル刑ノ全部(特赦)又ハ一部(減刑)ヲ免除スル

ニ過キサルノ點ニアリ既往ノ實例ニ徵スレハ大赦ハ一時ニ同種ノ犯罪人ノ多數ニ對シテ發スルコト少カラスト雖モ之ヲ以テ大赦ノ特性トナスハ非ナリ單ニ刑ノ執行ヲ全免スルニ止マラス裁判其モノヲ取消サントスルニ止タ一人ニ對シテモ大赦ヲ發スルコトヲ得ルモノナリ但シ如何ナル裁判ヲ大赦ニ依リテ取消スヘキカハ個々ノ場合ニ就テ大權ノ認定ニヨリ決定サル、問題ニシテ法令ニ之カ一定ノ標準ヲ示シタルモノアルコトナシ

一〇、一 刪除

一二 斯ノ如ク大赦ハ一時法ノ一部ヲ中止スルニ均シキヲ以テ立法機關ノ一行動トナス例アリ(佛蘭西憲法第三條)ト雖モ運用ノ妙ヲ缺ク不便アリ我國ニ於テハ憲法ニ依リ天皇ノ大權ニ屬ス

一三 大赦ニ因リテ有罪ノ確定判決消滅シタルトキハ一當然直チニ復權ヲ得又爾後再犯ノ事由トシテ數アルコトヲ得ス(刑法九七條)

一四 大赦ハ刑ノ消滅シタル後ニ於テモ其適用アリ

一五 大赦ニ遇ヒタル行爲ニ對シテ民事上ノ訴權アリヤ(積極說)

大赦ハ尙裁判ヲ經サル者ニ對シテハ將來裁判ヲ爲スコトヲ廢セシメ既ニ裁判

ヲ經タル者ニ付テハ之ヲ取消シ恰モ裁判ヲ受ケタルコト無キト同一視スルニ在リ換言スレハ刑法ノ所謂罪人タリシコト無キモノト認ムルニ在リ然ラハ其犯罪行為ニ因リ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スル權利モ亦同時ニ消滅スルカ罪ヲ犯シタルコト無キモノト同一視スルト云フ趣旨ニ拘泥シテ私訴權モ亦消滅スト論スル者アリ然レトモ私訴權ハ犯罪其モノヲ理由トスルニ非スシテ犯罪行為ヨリ生シタル損害ト云フ事實ヲ理由トスルモノナルヲ以テ如何ニ大權ト雖モ事實マテ消失セシメ被害者ノ私權利ヲ剝奪スルコトヲ得スト解スルヲ至當ナリトス

第二項 特赦及ヒ減刑

一六 大權命令ヲ以テ一定ノ犯人ニ對シ確定ノ刑罰全部ヲ取消スハ之ヲ特赦ト謂ヒ一部ヲ取消スハ之ヲ減刑ト謂フ

嘗テ第二編第三章ニ於テ刑ノ適用ヲ論スルニ當リ其第三節ニ於テ減輕ノコトヲ説明シタリ右刑ノ適用ニ所謂減輕ハ刑ヲ宣告スル以前ニ生スルモノニシテ法文ニ掲クル所ノ減輕ト裁判官カ其認定ヲ以テスル減輕(即チ酌量減輕)トノ二種アリ茲ニ刑ノ消滅ニ所謂減刑ハ既ニ刑ノ言渡アリ而モ其言渡確定シテ執行

權ヲ生シタル後ニ大權命令ヲ以テ其一部ヲ免除スルコトヲ謂フモノナリ故ニ彼ハ法文上裁判上司法權ノ範圍ニ屬スル事項ナレトモ此ハ天皇ノ大權ニ屬スル事項ナリト知ルヘシ

一七 特赦減刑ト大赦トヲ比較スルニ左ノ區別アリ

(1)手續ニ於テ特赦減刑ハ當該官吏ヨリ之ヲ上奏シ御裁可ヲ請フコトヲ要ス(刑事訴訟法一法三三)大赦ニ此ノ如キコトナシ

(2)適用ニ於テ大赦ト異ナリ特赦減刑ハ裁判確定後刑ノ消滅前ニ限リ(刑事訴訟法三三一條)

將來ニ刑ノ全部又ハ一部ノミヲ取消シ裁判其モノヲ廢滅セシメス

(3)效力ニ於テ赦狀中特ニ記載アルニアラサレハ復權ヲ得ス將來再犯ノ事由ニ數フルコトヲ妨ケサル等

右ハ本文ヲ一讀シテ明ナレハ別ニ説明セス

一八 特赦減刑ノ運用其宜ヲ得ルトキハ(1)悔改ヲ獎勵シ(2)法ノ不備ヲ補ヒ(3)裁判ノ誤ヲ正スコトヲ得ル利益アリ

(1)現行法ノ定ムル所ヲ見ルニ刑ノ執行中ニ若シ悔改ノ跡著シケレハ假ニ出獄ヲ許スノ制度設ケラレタリ然レトモ假出獄ハ無期ノ徒刑ニ處セラレタル囚人

ニ在リテハ十五年、無期有期ノ流刑ヲ除キ其他ノ自由刑ニ處セラレタル囚人ニ在リテハ刑期ノ四分ノ三ヲ經過シタル後ニ非サレハ其ノ恩典ニ浴スルコトヲ得ス故ニ若シ此制限以前ニ刑ヲ免ス可キ特別ノ事情アリタルトキハ減刑ヲ以テ出獄セシムルノ外ナシ之ヲ以テ改悛ヲ獎勵スルノ具ト爲スコトヲ得ル所以此ノ如シ

(2) 刑法ニ於テ或行爲ヲ罪トスルノ規定ヲ設ケ且之ニ一定ノ刑ヲ科スルノ明文アル以上ハ裁判官ノ職權トシテハ其明文以外ニ出テ、處罰スルコトヲ得サルト同時ニ又之ヲ免除スルコトヲ得ス然ルニ時勢ノ變遷其他ノ事情ニ於テ法文ノ命スル儘ノ處分ヲ爲スコトハ却テ立法ノ目的ヲ害スル如キ場合ナシトセス而シテ法律ヲ改定スル暇ナキ場合ニハ斯ル不備ハ大權ヲ以テ補充スルノ外ナシ

(3) 特赦減刑ハ裁判確定シタル後ニ非サレハ其適用ヲ見サル恩典ナリ元來裁判カ一度確定スレハ特ニ法律ノ認ムル非常手段(非常上告及ヒ再審)ニ依ルニ非サレハ如何トモスルコト能ハス然レトモ非常上告モ再審モ刑事訴訟法上嚴格ナル制限アルカ故ニ之カ條件ヲ滿サ、ル限リハ此手段ニ依リテ裁判ヲ動かスコ

トヲ得ス若シ夫レ斯ル非常手段ニ列舉セサル裁判ニ誤アリテ之ヲ改ムル必要アリタル場合ニハ天皇ノ大權ニ屬スル特赦減刑ニ依ルノ外ナシ

大赦、特赦、減刑ノ適用ニ付キ常ニ余ノ考フル所ノモノアリ我日本ヲ初メトシテ多クノ國ニハ慈善又ハ祝賀若クハ國ニ凶事アリタル場合等ニ於テ單純ナル感情上ヨリ此種ノ恩典ヲ實行スル例極メテ多シト雖モ此ノ如キハ刑罰權ノ本旨ニ照シテ頗ル不當ナル處置ト云ハサル可カラヌ元來刑罰ノ目的ハ可治ノ罪人ヲ改悛セシメ不治ノ罪人ヲ抑壓スルニ往リテ之ヲ單ニ憐ム若クハ惡ムト云フ如キ感情ノ犧牲ト爲ス可キモノニ非ス此ノ如ク單ニ感情ノ爲メニ恩典ノ適用其宜シキヲ得サルトキハ不當ニ罪人ヲ利シ同時ニ不當ニ良民ヲ害スル極メテ殘酷ナル處置ニ變スルコトヲ思ハサル可カラス即チ惡人ニ對スル慈善ハ良民ニ害毒ヲ與フル結果ヲ生スルコトヲ忘ル可カラス隨テ其衝ニ當ル者ハ奏請ヲ爲スニ際シ常ニ此注意ヲ爲サ、ル可カラサルナリ

第三項 復權

一九 復權ハ剝奪サレタル公權ノ享有能力ヲ附與スル大權命令ナリ故ニ將來ニ公權ヲ享有スルコトヲ得ル能力生スルノミニシテ宣告ノ當時享有セシ公權……

例年金權……其モノヲ回復スルニアラス

例ハハ官公吏ノ職ニ在リタル者カ現任ノ官公職及ヒ其他或特權ヲ剝奪セラレタルモ復權ニ因リテ再ヒ元ノ官公職及ヒ特權ヲ得ルモノニ非ス唯此ノ如キ官公職ニ就キ及ヒ特權ヲ得ヘキ資格ヲ回復スルニ止マルノミ

第六節 期滿免除—時效

二〇 時效 (Prescriptio longi temporis, Verjährung) トハ時ノ經過ニ因ル權利ノ取得 (Inscapio) 又ハ消滅 (descriptio) ヲ謂フ刑事法ニ在リテハ止タ消滅時效ニ比ス可キ公訴ノ時效及ヒ刑ノ期滿免除アルノミ (刑事訴訟法八條、一〇條、刑法五八條乃至六二條)

二一 時效ヲ設クル理由ハ若干ノ時間ヲ經過シタル後ハ權利又ハ義務ヲ認ムルニ因テ却テ不便不利益ヲ醸スヲ以テナリ特ニ刑事ニ付テ云フトキハ訴追又ハ執行上種々ナル積極的乃至消極的ノ反對事情ヲ生スルカ故ナリ……例積極的反對事情證人又ハ證據品ノ滅滅消極的反對事情被害者ノ感情和キ世人犯罪事實ヲ遺忘シ犯人タルヲ知ラスシテ生ス可キ平和ノ關係増加シ餘リ古キ犯罪ニ對スル處罰ニ就テハ世人寧ロ犯人ヲ憫ミ刑ヲ惡ム等……(十八世紀ニハ汎ク犯人ノ改心ヲ

推測スル説行ハレタリ中ニハ犯人晝夜心ヲ苦ム可キヲ以テ既ニ贖罪ノ要求ヲ滿タセリト説ク者アリキ)

昔時ヨリ今日ニ至ルマテ刑罰權ノコトヲ論スル者ハ動モスレハ説ヲ爲シテ曰ク刑罰ハ正義ノ要求ナリ罪アレハ必ス罰セサル可カラス犯罪必罰ハ動カス可カラサル千古ノ原則ナリト然レトモ罪アリテ刑罰ナキ制度ノ一タル期滿免除ノ如キハ昔時ヨリ今日ニ至ルマテ内外國一般ニ採用スル所ノ制度タルコトヲ注意セサル可カラス何故ニ此ノ如キ制度アルカ之ヲ説明スルニ付テハ種々ノ學說存在セリ一例ヲ舉クレハ數年若クハ數十年間犯人カ再犯ノ爲メニ處罰セラレヌシテ存在シタルコトハ即チ已ニ改悛シタルコトヲ證明スルモノナルカ故ニ最早刑罰ノ必要ヲ感セスト云フ説行ハレタリ然レトモ現行ノ時效制度ヨリ論スレハ假令第二回ノ罪ヲ犯シタルコトアリトスルモ第一回ノ刑ニ付キ其裁判若クハ刑ノ執行ヲ受ケヌシテ時ヲ經過スレハ同シク第一回ノ罪ノ公訴又ハ刑ノ時效ヲ得ルカ故ニ此制度ハ改心ヲ推測シテ設ケタル制度ト云フコトヲ得サルナリ

又或時代ニハ犯人カ裁判又ハ刑ノ執行ヲ逃ル、間ハ日夜戰々競々トシテ刑ノ

執行ト同一ナル又ハ其以上ノ苦痛ヲ受クルモノナリ故ニ刑ヲ執行セラレタルト同一ノ影響アルヲ以テ時効ニ係ラシムルナリト此論モ亦正當ナラス何トナレハ論者ノ言フ如キ苦痛アルヤ否ヤハ人ニ關スル問題ナルヲ以テ或ハ之ヲ苦痛ト感スル者モアル可ク或ハ之ヲ苦痛ト感セサル者モアル可シ隨テ之ヲ以テ時効制度其モノ、基礎ヲ説明スルコトヲ得ス

余ノ信スル所ニ依レハ罪ヲ犯シタル時ヲ隔ツルコト永ケレハ長キニ從ヒ裁判ヲ爲ス上ニモ刑ヲ執行スル上ニモ利益ヨリハ却テ其害大ナリト云フ點ニ在リト信ス今一例ヲ舉クレハ現行刑法上死刑ノ宣告ヲ受クル者ハ成年以上ニ達シタルモノナラサル可カラス今二十歳ノ者カ死刑ノ宣告ヲ受ケ確定後外國ニ走リテ三十年間其執行ヲ免レタリト假定センニ犯人ハ既ニ五十歳ト爲レリ若シ其者カ三十歳ノ時ニ一子ヲ舉ケタリトスレハ其小兒ハ既ニ二十歳ニシテ場合ニ因リテハ既ニ其孫ヲ有スルコトモアルヘシ此間ニ於テ子自身若クハ子ノ姻族或ハ商業其他ノ取引ヲ爲シタル知己等ノ間ニ生シタル平和ノ關係ハ五十歳ノ老人ノ死刑ノ執行ヲ受クルニ因リテ悉ク擾亂セラル、ニ至ルモノナリ此時代ニ違シタル死刑ノ執行ハ利益ヨリハ確ニ害多シト云ハサル可カラス此ヲ如

キハ僅ニ其一例ニ過キスト雖モ概括的ニ之ヲ言ヘハ時ノ經過ハ裁判及ヒ刑ノ執行ニ利益ヨリモ害ヲ増加セシムルカ故ニ時効ノ制度ヲ設クルノ必要アルモノト云ハサル可カラス

二二 刑事法上時効ヲ認ムルニ付キ全部之ヲ刑法ニ規定スルアリ……例、獨逸刑法六七條以下……刑事訴訟法ニ規定スルアリ……例、佛蘭西刑事訴訟法六三五條以下……我國ニ於テハ公訴ノ時効ヲ刑事訴訟法第八條第十條ニ規定シ刑ノ期滿免除ヲ刑法第五十八條以下ニ規定ス

刑事法上時効ヲ認ムルニ付テハ本文ニ示ス如ク其規定ヲ置ク法律一定セス且其何レニ據ルモ大ナル不都合アルニアラスト雖モ若シ之カ立法ニ際シ何レノ法律ニ置クヲ適當トス可キカト問ヘハ刑法ナリト答ヘサル可カラス蓋シ刑法ハ犯罪ト刑罰トヲ定メタル國法ニシテ公訴ノ時効ハ國法上犯罪ノ存在ニ對スル制限、刑ノ時効ハ國法上刑罰執行權ニ對スル制限ニ外ナラサレハナリ

第一 適用ノ範圍及ヒ期間

二三 剝奪公權停止公權及ヒ監視ニハ期滿免除ノ適用ナシ(刑法六〇條、三三條)禁制物ノ沒收ニ付キ亦同シ

本文ニ示ス附加刑ニハ何故ニ期滿免除ノ適用ナキカト云フニ公權ヲ享有スル能力ヲ回復スルニ付テハ先ニモ述ヘタル所ノ復權ナル制度アリ若シ此刑罰カ時効ニ係リ換言スレハ時カ經過スレハ公權ヲ享有スル能力ヲ回復スルト云フコトヲ得ハ一方ニ於テハ復權ノ制度ト衝突シ一方ニ於テハ此附加刑ニ確定期間ヲ示シタル條文ト衝突スヘシ

二四 其餘ノ刑ニ付キ期滿免除ヲ得ヘキ期間ハ(1)死刑三十年(2)無期徒流刑二十年(3)有期徒流刑二十年(4)重懲役重禁獄十五年(5)輕懲役輕禁獄十年(6)禁錮罰金七年(7)拘留料一年(8)禁制物以外ノ沒收五年(9)附加ノ罰金主刑ト同期間(刑法五條)

第二 期間起算點

二五 前項ニ掲クル期間ハ對席判決ニ係ル刑ハ其執行ヲ通レタル日ヨリ起算シ對席判決ニ係ル刑ハ其宣告アリタル日ヨリ起算ス

闕席判決ハ唯其儘上訴期間ヲ經過シタルノミニテハ確定セス隨テ刑ノ執行權ヲ生セス故ニ此意味ヨリ嚴格ニ論スレハ闕席判決ヲ以テ言渡サレタル刑罰ハ執行ヲ免ル、ノ日ナク永ク時効ヲ起算スルコトヲ得サルノ理ナリ然レトモ犯罪ノ時ヲ隔ツルコト長キニ至レハ時効制度ヲ設ケタル立法上ノ必要ハ同シク

發生スルカ故ニ特ニ裁判宣告ノ日ヲ以テ時効ノ起算點ト定メタリ(刑法六條)

二六 期間ノ中斷……右ノ區別ニ從ヒ既ニ進行ヲ開始シタル期間ハ二個ノ原因ノ爲メ中斷サル、コトアリ

(1)執行ヲ通レタル者一旦縛ニ付キ再ヒ逃走シタルトキハ其逃走ノ日ヨリ新ニ期間ヲ計算ス

(2)執行ヲ通レタル者ニ對シ逮捕ヲ命シタルトキハ最終ノ令狀ヲ出シタル日ヨリ新ニ期間ヲ計算ス故ニ毎年一回令狀ヲ發スルトキハ終生時効ヲ得ス……獨逸刑法七二條伊國刑法九六條同主義、白耳義刑法九六條反對

第六二條ノ規定ハ果シテ之ヲ置クモ不都合ナキヤ否ヤト云フニ凡ソ或犯罪ハ時ヲ經過スルモ尙之ヲ處罰スルコトヲ必要トスルモノアリ例ヘハ世人ノ注目ヲ惹ク大逆罪ノ如シ而シテ一般ニ速ニ犯人ヲ捕縛スルハ警察ノ信用ヲ増加スル上ニ於テ最モ必要ノ事項タリト雖モ右ノ犯罪ノ如キニ至リテハ殊ニ然リトス又此等ノ犯人ニシテ容易ニ捕縛スルコトヲ得サルトキハ假令莫大ノ費用ト長日月ノ時間トヲ費スモ之ヲ捕縛シテ國民ノ意ニ投スルノ必要アリ然ルニ若シ本條ノ規定ヲ認メサレハ幸ニシテ犯人ヲ捕縛シタルモ其時既ニ時効ニ係リ

リトセハ復如何トモスルコトヲ得サル可シ然ラハ則チ本條ハ之ヲ置クノ必要アリト云ハサル可カラス

二七 問……逃走中全ク別個ノ犯罪ノ爲メ捕縛セラレ又ハ令狀ヲ發セラレタルトキハ爲メニ時效ヲ中斷スルヤ
時效ノ中斷ハ現ニ訴追ヲ受クル事件ニ付テノミ效力アルモノナルカ故ニ本問ノ場合ハ時效ノ中斷ナシト信ス

第三編 罪狀

第一章 犯罪ノ類別

犯罪ノ類別ト名クルハ犯罪ノ種々ノ方面ノ觀察ヲ種類ニ因リテ區別シタルモノナリ故ニ本章ニ述フル所ノ各種ノ特徴ハ一ノ犯罪力之ヲ兼ネ有スルコトヲ得ルモノニシテ相排斥スルモノニ非ス茲ニ謀殺罪ナルモノヲ想像スレハ第一節ニ謂フ重罪ニシテ第二節ニ謂フ普通犯ナリ又事後ニ發覺シタル點ヨリ謂ハ、第五節ニ謂フ非現行犯ニシテ又第六節ニ謂フ非親告罪ナリ之ニ反シテ誹毀罪ニ付テ想像スレハ第一節ニ謂フ輕罪第二節ニ謂フ普通犯第六節ニ謂フ親告罪タルカ如キ是ナリ

第一節 重罪、輕罪、違警罪

一 現行刑法ハ一切ノ犯罪ヲ大別シテ重罪、輕罪、違警罪ノ三種トナシ(刑法)主刑ヲ以テ之カ區別ノ標準ト爲ス
(一)死刑、徒刑、流刑、懲役、禁獄ヲ科スルハ重罪ナリ、禁錮、罰金ヲ科スルハ輕罪ナリ、拘留、

科料ヲ科スルハ違警罪ナリ(刑法七條、八條、九條)

(2)上ニ示ス刑ヲ減輕ス可キ場合ハ未遂犯、從犯、特別減輕ニ基ク減輕ハ罪質ヲ變シ宥恕減輕、自首減輕、酌量減輕ニ基ク減輕ハ罪質ヲ變セス(議論岐ル)

ニ 區別ノ利益ハ

(1)刑法三二條以下、五三條、八三條、九一條、一〇〇條、一〇一條、一〇五條、一〇六條、一〇三條、一四七條、一五二條、二一八條

(2)刑事訴訟法八條、四九條、五七條、五八條、六〇條、六二條、六七條、六九條、一二四條、一四二條、一六六條、一六八條、一七二條、二三七條、二四〇條、二四一條、三〇一條

(3)監獄則三二條、四五條

現今ハ犯罪三分主義ヲ採レル刑法カ尙立法例ノ多數ヲ占ム然レトモ其當否ニ付テハ議論極メテ多キノミナラス或ハ反對說ノ漸次勝ヲ制スルノ傾アリ而シテ他ノ學說若クハ立法例ノ如何ニ拘ハラヌ余ハ廢止說ヲ主張セント欲スル者ナリ元來此區別ハ歷史上ヨリスル特別ナル理由ト裁判所ノ構成又ハ訴訟手續等ノ目的ヨリ生シタル區別ニシテ理論上犯罪其モノニ此ノ如キ階級ヲ設ケントスレハ到底杜撰ニ流レサルヲ得ス故ニ外國ニ生シタル歴史ニ關係ナキ我國

ニ於テハ裁判所ノ構成并ニ訴訟手續ニシテ犯罪三分主義ヨリモ一層簡便ナル方法アレハ之ヲ保守スルノ必要ナシト信ス

三 違警罪即決例(明一八年九月三號布)

第二節 普通犯、特別犯

四 普通犯トハ普通刑法(狹義ノ刑法)ニ觸レテ成立スル犯罪ヲ謂ヒ特別犯トハ普通刑法以外ノ刑罰法令ニ觸レテ成立スル犯罪ヲ謂フ特別犯ノ中ニハ普通刑法總則ノ例ニ據ラサルモノアル(刑五條)ヲ其區別ノ實益トス

此區別ハ違犯シタル法則ヲ標準トシタルモノニシテ狹義ノ刑法即チ吾人ノ研究シツ、アル刑法ニ違犯シタル罪ハ普通犯ト爲リ其以外ノ刑罰法令ニ違犯シタル罪ハ特別犯ト爲ルモノナリ

普通刑法ノ犯罪ト特別刑法ノ犯罪トハ犯罪タル點ニ於テハ固ヨリ區別アルコト無シ然レトモ若シ同一ノ事項ヲ雙方ニ規定シタル場合ニ於テハ特別法ハ普通法ニ勝ルト云フ原則ノ適用トシテ特別法ニ依リテ處分ス可キモノナリ猶本問題ニ關係アル規則トシテ明治十四年第七十二號布告ヲ參考スルニトヲ要ス

特別犯ニ關シテハ普通刑法總則ノ例ニ據ラサルモノアリ例ヘハ明治三八年五月五日法第七一號賣藥税法違反ノ如シ該法ニ違反シタル者ニハ刑法ノ減輕再犯加重及數罪俱發ノ例ヲ用キス(同法第一六條)但シ其普通刑法總則ノ例ニ據ラサルハ特ニ其旨ヲ明言シタル關係ノミニ限ラル、ヲ以テ前示賣藥税法違反ノ如キモ該法ニ示サ、ルコト例ヘハ幼者、狂者、瘖啞者ヲ責任無能力トナスコト、故意ニ出テサルトキハ責任ナキコト等ハ依然刑法總則ノ例ニ據ルヘキモノナリ

第三節 作爲犯、不作爲犯

五 作爲犯トハ積極行爲ニ依テ犯罪ノ成立シタル場合ヲ謂ヒ不作爲犯トハ消極行爲ニ依テ犯罪ノ成立シタル場合ヲ謂フ犯罪ノ種類ニ因リ作爲ニ依ルニアラサレハ成立セサルモノト不作爲ニ依ルニアラサレハ成立セサルモノトアリトナス說ハ其内容ノ如何ニ依テ取捨セサル可ラス(行犯不行犯、作爲ニ依ル行犯不作爲ニ依ル行犯、作爲ニ依ル不行犯、不作爲ニ依ル不行犯、禁止違反、命令違反等)

第一 作爲犯、不作爲犯ナル區別ハ犯罪ノ種類ノ區別ニ非スシテ其成立シタル行爲ノ外形ヲ標準トシテ設ケタル區別ナリ故ニ殺人罪ト云フ一定ノ犯罪カ

斷ル若クハ突クト云フ如キ積極行爲ニ因リテ犯サレタルトキハ作爲犯トナリ衣服ヲ與ヘス若クハ食物ヲ與ヘスト云フ如キ消極行爲ニ因リテ犯サレタルトキハ不作爲犯ト爲ルモノナリ彼ノ佛蘭西派ノ學者ノ主張スル如キ或種類ノ犯罪ハ常ニ積極行爲ヲ以テ犯サル可キ性質ノモノ又他ノ種類ノ犯罪ハ常ニ消極行爲ヲ以テ犯サル可キ性質ノモノト論スルハ事理ニ適セサルナリ

第二 作爲犯、不作爲犯ナル區別ハ刑罰法令ノ禁止的條文及ヒ命令的條文ト雖ル可ラサル關係ヲ有スルモノニシテ法律ノ禁制スル規則ヲ破ルニハ其禁制シタルコトヲ爲スヲ要シ又法律ノ命令スル規則ヲ破ルニハ其命令シタルコトヲ爲サ、ルヲ要ス此意味ニ於テ作爲犯ハ禁制ニ違犯シタル場合ニ成立シ不作爲犯ハ命令ニ違犯シタル場合ニ成立スト論スルハ固ヨリ至當ナル解釋ト云ハサル可カラス然リト雖モ第何條ト云フ定マリタル法文ハ常ニ禁制若クハ命令ノ一方ノミニ屬スルモノトスルハ狹キニ失シタル不當ノ解釋ナリ表面禁止的ニ規定シタル條文ハ裏面ニハ必ス命令ノ性質ヲ含ミ表面命令的ニ規定シタル條文ノ裏面ニハ亦必ス禁制ヲ含ムモノナリ第二九四條ノ「人ヲ殺シタル者」ト云ヘル語ハ人ノ生命ヲ奪フ所ノ斷ル若クハ突クト云フ如キ行

爲ヲ爲ス勿レト云フ禁止的條文タルト同時ニ生命ヲ奪ハサルノ行爲例ヘハ衣服ヲ與フルコト若クハ食物ヲ與フルコトヲ命令シタルモノト云ハサル可カラス而シテ他ノ總テノ條文モ亦之ト同一ノ關係ヲ有スルモノナリ

第四節 即成犯、繼續犯

六 即成犯トハ僅少ナル時間内ニ所爲行爲及ヒ結果ヲ終結シタル罪ヲ謂ヒ繼續犯トハ多クノ時間ヲ費シテ所爲ヲ終結シタル罪ヲ謂フ繼續犯ニ性質上ノモノアリ事實上ノモノアリ性質上ノ繼續犯ハ數多度同一行爲ヲ繰返ス(慣行犯)又ハ行爲ノ結果持續スル(永續犯)ニアラサレハ成立セサル犯罪ノ謂ナリ(刑四二五、二二、同二七)事實上ノ繼續犯亦之ヲニニ細別スルコトヲ得(1)一ハ即時ニテモ終結スルコトヲ得ル性質ノ所爲ニ對シ犯人カ事實上多クノ時間ヲ費シタル場合ヲ謂ヒ(2)他ハ一回ニテモ罪トナル可キ所爲ヲ數回繰返シテ而モ單一罪ト爲ル場合ヲ謂フ同一ノ法益(個人的ノモノヲ除ク)ニ對シ特定又ハ概括ノ一犯意ヲ以テ同一ノ侵害ヲ與フルコト是ナリ

序上ノ區別ハ(1)一罪數罪ノ差別(以下參照)及ヒ(2)公訴ノ時効ノ起算點(刑訴一〇)ニ關シ其實益アリ

第五節 現行犯、非現行犯

七 現行犯トハ現ニ行ヒ又ハ現ニ行ヒ終リタル際ニ發覺シタル罪ヲ謂ヒ(尙刑訴現行犯トハ)然ラサル罪ヲ非現行犯ト謂フ訴訟法上簡便迅速ナル手續ヲ許スヲ其主タル區別ノ實益トス(刑訴五六條、六一條其他)

現行犯、非現行犯ハ刑事訴訟法第五六條第五七條ニ明定セラル、所ニシテ發覺ノ模樣ヲ標準ト爲シタル區別ナリ現行犯并ニ準現行犯ハ犯罪ノ當時又ハ犯罪ヨリ多ク時間ヲ隔テサル間ニ發覺シタル場合ヲ謂フモノナルカ故ニ訴訟手續ヲシテ可及的簡便且迅速ニ行ハシムルコトヲ主眼トシテ設ケタル規則ナリ一派ノ學者ハ說ヲ爲シテ曰ク此區別ハ純然タル犯罪ノ區別ト云フコトヲ得ス何トナレハ犯罪ノ當時ヨリ謂ヘハ總テ現行犯ニシテ時ヲ經過スレハ總テ非現行犯ト爲レハナリト然レトモ此說タルヤ妙シク考慮ヲ費セハ直チニ其探ルニ足ラサルコトヲ自覺ス可シ即チ犯罪當時ニ發覺シタル罪ナレハ永久ニ現行犯

ニシテ犯罪當時ニ發覺シタルモノニ非サレハ永久ニ非現行犯ナリ而シテ一切ノ犯罪事件ハ必ス其何レカノ一方ニ專屬スルモノニシテ初ハ現行犯後ニハ非現行犯ト云フ如キ變化ヲ爲スモノニ非サルナリ

第六節 親告罪、非親告罪

八 親告罪トハ檢事カ公訴ヲ提起スルニ付キ被害者又ハ其他ノ有權者ノ告訴アリタルヨトヲ必要トスル犯罪ヲ謂ヒ其然ラサルモノハ非親告罪ナリ而シテ刑法第三四六條以下第三四九條ノ猥褻姦淫ノ罪、第三五三條ノ有婦姦ノ罪、第三四一條以下ノ幼者ヲ略取誘拐スル罪、第三五八條ノ誹毀罪、第四二六條第一二號ノ罵詈罪、第三二六條ノ脅迫罪、第四二三條ノ牛馬外ノ家畜ヲ殺ス罪ハ親告罪ニシテ其他ノ犯罪ハ悉ク非親告罪ナリ

元來公訴ハ犯罪ヲ證明シ刑ヲ適用スルコトヲ目的トスルモノニシテ國家ニ屬シ其機關タル檢事カ之ヲ提起實行ス可キ性質ノモノナリ故ニ被害者其他一人ノ告訴アルト否トヲ問ハサルヲ原則トス然ルニ刑法ニ於テ特ニ親告罪ナルモノヲ認メタル所以ノモノハ左ノ三個ノ理由ノ全部若クハ一部ヲ含ムカ故ナリ

リ

第一 或種類ノ犯罪ハ濫リニ之ヲ世上ニ公ニスルカ爲メ却テ被害者ニ迷惑ヲ感セシムルモノアリ例ヘハ姦淫罪若クハ誘拐罪ノ如シ故ニ先ツ被害者ノ意向ニ一任シ其反對ナキ場合ニ限り公訴ヲ提起實行スルコト、爲シタルナリ

第二 犯罪ノ成立ヲ認ムルニ付キ被害者ノ感情如何ハ大ナル參考トナル可キモノアリ例ヘハ誹毀罪脅迫罪ノ如シ固ヨリ此種ノ犯罪ト雖モ被害者ノ羞耻心又ハ畏怖心カ其成立要素ト爲ルモノニ非ス然レトモ其感情ヲ聞クト云フコトハ此種ノ犯罪ヲ審判スルニ付キ大ナル參考ト爲ル可キヲ以テ其告訴ヲ俟テ告訴ヲ公理ス可キコト、爲シタルナリ

第三 固ト公益ヲ害ス可キ性質ノモノト雖モ被害者ノ感情如何ニ因リテハ刑事制裁ヲ附スルコトヲ要セスト認ムル事件ハ此カ爲メ告訴アルコトヲ必要ト爲シタルナリ

以上述ヘタル親告罪ハ其事件ノ公訴ヲ受理スルニ付キ被害者其他ノ有權者ノ告訴アルコトヲ要スルノミニシテ罪其モノ、成立スルニハ告訴ハ固ヨリ之ヲ必要トセス故ニ此場合ノ告訴ハ犯罪ノ成立條件ニ非スシテ單ニ其訴追條件ト

名ク可キモノトス(但シ異論アリ)

第七節 附帶犯、非附帶犯

九 附帶犯(刑訴一八五條)ハ辯論ニ因リテ發見シタル場合ニハ訴ヲ受ケスシテ之ヲ審判スルコトヲ得(刑訴一八四條)

第八節 政事犯

一〇 政事犯人ハ刑事ノ審問處罰ノ爲メ外國ニ之ヲ引渡サ、ルヲ例トス國事犯ハ政事犯ノ一種ニ過キササルナリ

第二章 行爲ノ階級

一 一切ノ犯罪ハ其成立上他ノ要素ト共ニ故意又ハ過失ニ出テタル身體ノ舉働即チ行爲アルコトヲ必要トス是レ第一編第三章第四章ニ述ヘタル所ナリ然ルニ各罪ノ既遂條件タル行爲ヲ終局ノモノト看做シテ考フルトキハ之ニ達スル迄ニ更ニ仍ホ幾多ノ階級アルヲ融ル可シ假ニ之ヲ犯意ノ表示豫備行爲着手行爲實行

ノ數點ニ分チテ説明セン

第一節 犯意ノ表示

二 單ニ罪ヲ犯サントノ意思ヲ……口頭、書面、舉働ニ依リ……表示スルモ通常其實害又ハ危險大ナラサルカ故ニ法律ハ一般ニ之ヲ罰セサルヲ原則トス然リト雖モ犯罪ノ性質若クハ表示ノ方法如何ニ因リテハ到底之ヲ放任スルコト能ハス隨テ之ヲ別種ノ罪(Delicta sui generis)トシテ處罰スルコトアリ……例、犯罪ヲ豫告スル場合ノ脅迫罪、新聞紙條例第三十二條出版法第二十六條ノ罪……犯人ノ目的ヨリ視ルトキハ未ダ豫備ニタモ達セサル行爲ナリト雖モ法律ハ特ニ之ヲ一罪ト爲セリ(注意、此場合ニ於ケル犯意表示ハ其罪ノ實行ナリ)

例、犯罪ヲ豫告スル云々……甲某カ乙某ニ書面ヲ送リテ數日ヲ出テスシテ汝ヲ殺ス可シト傳ヘタリト假定センニ此脅迫ノ書面ヲ送リタリト云フ行爲カ脅迫罪ト爲ルト否ヤト問フニ一派ノ論者ハ其甲某カ實際乙某ヲ殺スノ意思ナキ場合ニ限リテ脅迫罪ト爲リ之ニ反シテ甲某カ殺人ノ意思ニ出テタル場合ナリトスレハ殺人罪ノ豫備ナルカ故ニ無罪ト爲ル可クシテ脅迫罪ト爲ラスト論セリ

刑法總論 第二編 罪狀 第一章 犯罪ノ類別 第七節 附帶犯、非附帶犯 二七九
第八節 政事犯 第二章 行爲ノ階級 第一節 犯意ノ表示

然レトモ脅迫罪ヲ規定シタル法文ニハ毫モ此ノ如キ區別ヲ設クルコト無キカ故ニ其孰レノ場合タルヲ問ハス脅迫罪ヲ爲スト解セサル可カラス若シ此說ニシテ正當ナリトスレハ殺意ヲ有シテ斯ル通知ヲ爲シタルトキハ他ノ一面ヨリ視レハ殺人犯意ノ表示ニ外ナラスト雖モ刑法ハ全ク異ナリタル名稱即チ脅迫罪トシテ處分スルモノナルカ故ニ此種ノ犯意表示ハ獨立ノ一罪ヲ爲スモノナリ

三 他人ニ向テ共ニ罪ヲ犯サントノ意思ヲ表示シ他人之ヲ承諾シタル場合ニ(一)特定ノ犯罪ニ係ルトキハ之ヲ陰謀(Complot)ト謂フ其加盟者ノ多少ヲ問フコトナシ我現行刑法ハ内亂ノ陰謀ヲ……陰謀トシテ……處罰セリ

陰謀トハ本文ニ示ス如ク二人以上ノ間ニ一定ノ罪ヲ犯ス協議ノ成立シタル狀態ヲ謂フ故ニ一人ニテハ陰謀ナルモノアルコト無シ又犯罪カ決定セラレタルニ非サレハ陰謀ヲ爲サヌ又一方ノ者カ犯罪ヲ行ハンコトヲ申出ツルモ他ノ一方ノ者カ之ニ應セサレハ陰謀ト爲ラス此三條件ヲ具備スル陰謀其モノハ實害又ハ危險大ナラスト認メテ處罰セサルヲ原則ト爲セリ(刑法一一一條ニ罪ヲ犯サンコトヲ謀リト云ヘル謀ナル語ハ精神上犯罪ヲ計畫シタル所謂意思ヲ指ス

ト同時ニ已ニ外部ニ表ハレタル陰謀ヲモ包含スルモノナリ然レトモ已ニ陰謀ニシテ處罰スヘキ實害アリト認メラレタモノハ特ニ獨立ノ一罪トシテ法律ニ明定セラレタリ(刑法一一條)

(2)別ニ犯罪ヲ特定セス多數氣脈ヲ通シテ臨機罪ヲ犯サントスルトキハ之ヲ兇徒組合(Association des malfaiteurs)ト云フ其社會ニ危險ナルハ毫モ疑ヲ容レサル所ナリト雖モ我國ニハ仍ホ此種ノ者ヲ罰スル規則ナシ

兇徒組合ヲ處罰スル規則ハ佛蘭西ニ始マリ他國ノ之ニ倣フモノ近來漸次ニ其數ヲ増加セリ兇徒組合ト陰謀トノ異ナレル所ハ唯犯罪ヲ特定セサル一點ニ在リ而シテ其社會ニ如何ナル實害ヲ與フルカハ今日以後大ニ研究ヲ要スルモノハ一ト爲レリ彼ノ浮浪者ト兇徒組合トハ大體其性質ヲ同フシ犯罪ノ養成所タリト云フヘン苟モ罪ヲ未發ニ防遏セント欲セハ必ス此種ノ取締規則ヲ設ケサル可カラス

我日本ニ於テ佛蘭西及其他ノ國ニ所謂兇徒組合ニ該當ス可キモノハ拘摸團體ノ如キ其一例ナル可シ固ヨリ何レノ時何レノ場所ニ於テ拘摸ト名ツクル竊盜ヲ爲スト云フ如ク犯罪ヲ具體的ニ決定シテ其實行ヲ二人以上ニテ計劃シタル

モノトスレハ竊盜ノ陰謀ト爲ル可シト雖モ拘摸團體ノ如キハ斯ル計劃アルモノニ非スシテ竊盜ト云フ一種ノ犯罪ヲ爲スコトヲ業トシテ團體ヲ爲スモノナルカ故ニ明ニ一種ノ兇徒組合ナリト云フ可シ

第二節 實行着手豫備

第一項 標準

四 實行トハ刑法ノ各本條ニ於テ各犯罪ノ特別成立要素タル行爲ヲ謂フ(法ノ明文又ハ本旨ニ因リ特ニ着手行爲又ハ豫備行爲ヲ罰スル場合ハ此限ニ在ラス)

五 着手行爲トハ實行ヲ組成スル各舉動及ヒ實行ニ近接密着シタル各舉動ヲ謂フ故ニ實行終結スルト共ニ着手行爲ノ關係終結ス

六 豫備行爲トハ……陰謀ヲ除ク外……實行ニ着手スル以前ノ犯意ノ活動タル舉動ヲ謂フ實行ニ對シテハ間接離隔シタルモノトス其犯意ノ單純ナル表白トノ差別ハ實行ニ漸進スル一階段タルヤ否ヤノ一點ニ在リ(方法ヲ畫策シ器具ヲ調達シ機會ヲ搜索シ犯所ニ進行スルノ類)

法文ニ示ス所ノ實行、實行ノ着手及ヒ豫備行爲ヲ區別スルニ付テハ本文ニ示シ

タル如キ標準ヲ採ラサル可カラヌ今一ノ事例ニ付キ其適用ヲ示サント欲ス

甲某カ乙某ノ面前ニ立チ手ヲ振上ケタリト假定センニ此手ヲ振上ケタル甲ノ行爲カ如何ナル性質ヲ有スルカハ第一甲某ノ有シタル犯意ヲ調査セザル可カラヌ若シ甲某カ唯戯レニ友人ニ對シテ此ノ如キ舉動ヲ爲シタルモノトスレハ全ク犯罪ノ關係ヲ有セス又若シ甲某カ乙某ヲ脅迫スルノ意思ニ出テタリトスレハ或ハ脅迫罪ノ實行ヲ爲シタリト視ルコトヲ得ヘシ更ニ又甲某カ乙某ヲ殺スノ意思ニ出テタリトスレハ殺人罪ノ實行ニ着手シタリト視ルコトヲ得ヘシ之ヲ要スルニ凡ソ外部ノ舉動ハ唯舉動ノミヲ分離スレハ法律上別段ノ意味ヲ爲サヌ之ニ本人ノ意思カ加ハリテ初メテ右ニ述フルカ如キ行爲ノ種類カ定マルモノト云ハサル可カラヌ

此ノ如ク第一本人ノ意思ヲ標準トシテ行爲ノ種類カ定マリタルトキハ更ニ第二ノ順序トシテ本人ノ犯サントスル罪ニ關スル法文如何ヲ顧ミサル可カラヌ而シテ若シ其舉動カ其犯サントシタル罪ノ成立要素タル行爲自體ナルトキハ犯罪ノ實行ト爲リ之ニ反シテ其行爲ノ一部分ニ過キサレカ或ハ其行爲自體ニ極メテ接近シタルノミニシテ別箇ノ行爲ナリトスレハ着手ト爲ルモノナリ

ヲ先例ヲ視ルニ甲某若シ殺意ヲ以テシタリトスレハ殺人罪ノ要素タル行為ハ殺スト云フ性質ノ行為即チ人命ヲ剝奪スル舉動自體カ其實行タルカ故ニ之ニ接近シタル甲某ノ舉動ハ着手ナリト云フコトヲ得ヘシ

七 参考(1)犯意ヲ識別スルコトヲ得ヘキ行為ハ着手ナリ之ニ至ラサル行為ハ豫備ナリ(Garand, Hälschner) (2)實行ニ接近シテ實行ノ危険迫レルモノハ着手ナリ然ラサルモノハ豫備ナリ(Finger, Merkel, Liszt)

(1)一派ノ學者カ犯意ヲ窺知スルコトヲ得ル程度ニ達シタル行為ハ着手ニシテ然テサルモノハ豫備ナリト論スルハ明ニ首尾本末ヲ轉倒シタル論ト云ハサル可カラズ試ニ此派ノ學者ニ問ハン乙某ノ面前ニ於テ手ヲ振上ケタリト云フ甲ノ舉動ハ果シテ犯意ヲ識別スルコトヲ得ヘキカ唯此ノ如キ舉動ノミヲ見レハ決シテ殺意ニ出テタリトモ毆打スル意思ニ出テタリトモ又一場ノ毆ニ出テタリトモ云フコトヲ得ス須ラク甲乙間ノ平常ノ關係證人ヲ陳述甲某ノ自白其他一切ノ證據ニ依リ若シ殺意ニ出テタリシコトヲ知得シタル場合ニハ殺人ノ着手ナリト云フコトヲ得ヘク又毆レニ出テタリシコトヲ知得シタル場合ニハ是レ無罪ノ行為ナルヲ以テ斯ル舉動ヨリ犯意ヲ知ルコトヲ得ス之ヲ要スルニ犯

意先ツ定マリテ然ル後其舉動ニ一定ノ名稱ヲ附スルコトヲ得ルモノナリ

第二項 犯狀

八 豫備行為ハ罪ト爲ラサルヲ原則トス(刑一法一)然レトモ其實害又ハ危險ノ大ナルモノニ限リ特ニ豫備トシテ處罰スルコトアリ(例刑法一一六條一一八條一一二五條一一八六條)

豫備行為ヲ特ニ處罰セサル理由ハ立法者カ其實害又ハ危險大ナラスト信シタル結果ニ外ナラスシテ法理上豫備行為ハ之ヲ處罰スルコトヲ得スト云フニハ非サルナリ而シテ現行刑法カ豫備行為ヲ特ニ處罰スル中ニハ第一一二五條及ヒ第一一八六條ノ如ク豫備ヲ罰スト明言スル場合ト第一一六條及ヒ第一一八條ノ如ク言外ニ於テ豫備ヲ處罰スル精神タルコトノ毫モ疑ヲ容レサル場合トノ二種アリ其何レモ豫備ヲ豫備トシテ處罰スルモノナルカ故ニ此等ノ犯罪ノ着手未遂犯若クハ豫備ノ豫備等ハ別ニ獨立ノ罪ヲ爲サス

豫備行為ヲ特ニ法律カ處罰スル場合ト犯人ノ目的ヨリ言ヘハ他罪ヲ犯ス準備タルニ過キサレトモ法律上ヨリ例ヘハ一個獨立ノ既遂犯ヲ爲ス場合トハ之ヲ區別セサル可カラズ例ヘハ内亂ヲ起ス準備トシテ軍用銃ヲ私有シタルトキハ

第一二五條ノ罪ヲ爲スニ過キス然レトモ人ヲ殺ス目的ヲ以テ之ヲ所持シタル
場合ニハ殺人罪ノ豫備トシテ之ヲ處罰スルコトヲ得ス但獨立ノ軍用銃私有ノ
罪ト爲ルナリ

九 實行ニ着手シ又ハ實行ヲ終結スルモ意外ノ障礙アリテ遂クルニ至ラサルト
キハ之ヲ未遂犯ト云フ二種ノ細別アリ

(1) 實行ニ着手スルモ意外ノ障礙アリテ實行ヲ終結スルコト能ハサルトキハ之ヲ
着手未遂犯(一名未行未遂犯)(*Délit tenté, Nichtbeendeter Versuch*)ト謂フ

(2) 實行ヲ終結スルモ意外ノ障礙アリテ要素タル結果ヲ生セサルトキハ之ヲ實行
未遂犯又ハ缺效犯(若クハ既行未遂犯)(*Délit manqué, Beendeter Versuch*)ト謂フ

未遂犯ニ二種アルコトハ止ク學說上ニ行ハル、ノミナラス伊太利ノ刑法ニ於
テハ明ニ之ヲ規定シテ特別ノ處分ヲ爲セリ而シテ兩者ヲ區別スルニ付キ余ノ
標準トシテ信スル所ハ實行ヲ終結スルコトヲ得タルヤ否ヤノ點ナリ即チ意外
ノ障礙ノ爲メ實行ヲ終結シ得サルモノハ着手未遂犯ト爲ルナリ而シテ既ニ實
行ヲ終結スレハ更ニ犯罪ノ要素タル結果ノ生シタルト否トヲ區別シテ既遂犯
タルカ將タ未遂犯タルカヲ岐タサル可カラス

抑モ刑法上結果ト云フコトハ積極又ハ消極ノ舉働ニ伴フ所ノ外界ノ變更ヲ謂
フモノニシテ苟モ一定ノ舉働アル以上ハ其結果ノ之ニ伴ハサルコトハ斷シテ
是レナシ但法律カ刑ヲ定ムルニ付テハ其結果ノ生スル状態ニ於テ二種ノ差別
存在セリ

第一 行爲(舉働)ノ終結ト結果ノ發生トカ同一體ヲ爲シテ主觀的ニハ舉働ノ終
結點ト看ルヘク客觀的ニハ結果ノ發生ト看做ス可キ場合アリ例ヘハ家宅侵
入罪ノ如キ他人ノ邸宅ニ侵入シ終レハ行爲ノ終結シタルモノニシテ犯人ノ
身體カ他人ノ邸宅内ニ在ルコトハ其結果ナリトス又竊盜罪ノ如キ他人ノ所
持物ヲ自己ノ所持ニ移轉セハ其行爲ヲ終結シタルモノニシテ物カ自己ノ所
持内ニ存スル點ハ其結果ナリ此ノ如キ行爲ノ終結ト結果ノ發生點トカ同一
體ヲ爲ス罪ニ付テハ實行ヲ終レルノ瞬間ニ於テ既遂犯成立スルカ故ニ最早
茲ニ謂フ如キ缺效犯ヲ生スルノ餘地ナシ

第二 右ニ述ヘタル所ト異ナル他ノ種類ノ犯罪ハ行爲ヲ終結スルモ其終結シ
タル際ノ狀況ト性質ノ異ナリタル外界ノ變更ヲ生スルニ非サレハ既遂犯ト
爲ラサルモノナリ例ヘハ殺人罪ノ如キハ殺人的舉働ヲ終ルモ被害者ノ死亡

ト云フ結果アルニ非サレハ既遂犯ト爲ラス又放火罪ノ如キハ火ヲ放チ終ルモ目的物ノ燒燬ト云フ結果ヲ惹起サル限りハ其罪ノ既遂犯トハ爲ラス斯ル行爲ノ終結點ト既遂犯成立ノ條件タル結果ノ發生トノ間ニ尙他ノ狀況ノ加ハル餘地アル犯罪ニ在テハ實行行爲ヲ終結シタル後ニ於テモ未遂犯ヲ生シ得ルモノナリ例ヘハ毒殺ノ意ヲ以テ毒物ヲ使用シ終レルモ他ノ障礙物ノ爲メニ死ト云フ結果ヲ生セサレハ尙未遂犯ナリ此未遂犯ヲ實行未遂犯一名缺效犯(又名既行未遂犯)ト稱スヘキナリ

一〇 故意ニ出テサル犯罪特ニ過失犯ニ付ハ未遂犯ナシ

過失犯ニ未遂犯ナキ理由ハ苟モ故意アルニ非サレハ其舉働ニ一定ノ法律上ノ名稱ヲ與ヘ之ニ着手シタリト云フコトヲ得サルカ爲メナリ今火ヲ發セシメタル者アリト假定センニ之ヲ以テ物ヲ燒ク意ニ出テタリトスレハ初メテ放火ト云フ名稱ヲ有スル行爲ニシテ其着手又ハ實行ト云フヘキコトヲ得ヘキモ火ヲ發スヘキモノタルコトヲ知ラス過テ發火セシメタリトスレハ火ヲ放ツニ着手シタリ若クハ實行シタリト云フコトヲ得サルノ理ナリ泥酔シタル者カ馬ヲ疾走セシメタルヲ見テ人ヲ傷クルニ着手シタル者ト云ハ、何人モ其不當タルヲ

唱ヘサル者アラサル可シ

一一 法律カ二個以上ノ所爲ヲ合シテ一罪ト爲シタル(例)暴行取財、暴行姦淫、欺罔

取財等ノ罪ニ付テハ其一行爲ニ着手セハ全犯罪ニ着手シタルモノナリ法律ノ明文カ二種以上ノ行爲ヲ合シテ一罪ト爲スハ敢テ勘シト爲サス例ヘハ強盜ノ如キ暴行又ハ脅迫ヲ加フルト云フ行爲ハ財物ヲ奪取スルト云フ行爲ト合併シテ一罪ヲ爲スモノナリ又刑法第三六八條ノ竊盜ノ如キ邸宅倉庫ニ侵入スルト云フ行爲ト所有物ヲ竊取スルト云フ行爲ト合併シテ一罪ヲ爲スモノナリ此種類ノ犯罪ハ其二種以上ノ行爲中ノ一部分ニ着手スレハ既ニ其全部ニ着手シタルモノニシテ強盜ノ場合ニ暴行又ハ脅迫ヲ加フルニ着手スレハ奪財ニ着手セサルモ既ニ強盜罪ノ全部ニ着手シタルモノト爲リ又竊盜ノ意ヲ以テ門戶牆壁ヲ踰越損壞スルニ着手スレハ第三六八條ノ竊盜全部ニ着手シタルモノト爲ルナリ而シテ此際若シ意外ノ障礙ノ爲メ之ヲ遂クルコトヲ得ストスレハ即チ未遂犯ト爲ルモノナリ

右ニ述フル所ニシテ誤ナシトスレハ現今我大審院カ常ニ與フル判決例ニ於テ一ノ非難スヘキモノアリ我大審院ハ獨リ文書ノ偽造行爲罪ニ付キ既ニ偽造行

爲ヲ終レルモ偽造文書ノ行使ニ着手セサレハ本罪全部ニ着手シタルモノト云フヲ得スト判決シテ其理由トスル所ハ固ト文書ノ偽造行使ノ如キハ行使ト云フ行爲ニ因リテ眞ノ實害ヲ生スルモノナリ換言スレハ本罪ハ行使ト云フ行爲ヲ主眼トシテ處罰スルモノナリ故ニ其主眼點ニ着手スルニ非サレハ本罪全部ニ着手シタリト云フヲ得ストスルニ在リ然レトモ獨リ文書ノ偽造行使罪ニ於テノミ同シク成立要素タル行使ノ間ニ斯ル區別ヲ立ツルノ不當ナルコトハ深ク論スルノ要ナシ強盜罪ノ如キハ財物ヲ奪取スルヲ主眼點トシ竊盜ノ如キモ財産ヲ竊取スルヲ主眼點トス然レトモ之カ要素ト規定セラレタル暴行又ハ脅迫ヲ加フルコトニ着手シ又ハ邸宅倉庫ニ侵入スルコトニ着手スレハ既ニ強盜ニ着手シタル者竊盜ニ着手シタル者ト云ハサル可カラス果シテ然ラハ文書ノ偽造行使罪ニ於テモ亦同シク要素トシテ規定シタル偽造行爲ニ着手スレハ之ヲ偽造行使全部ニ着手シタル者ト云ハサル可カラス

一二 重罪ノ未遂犯ハ一般ニ之ヲ罰シ輕罪ノ未遂犯ハ各本條ニ明文アルモノニ限リ之ヲ罰シ違警罪ノ未遂犯ハ一般ニ之ヲ罰セス(刑法一三條)

一三 上ニ示ス區別ニ從ヒ未遂犯ヲ罰スル場合ニハ既遂ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ

減ス其立法上ノ當否ニ付テハ議論アリ或罪ノ未遂又ハ豫備行爲ヲ各本條ニ於テ特ニ關スル明文アルトキハ更ニ未遂犯又ハ豫備犯ハ成立セサルモノニシテ之ニ最モ適切ナル例ハ第一二四條第一二五條ニシテ未遂犯又ハ豫備アルコト無シ

第一一三條ノ立法上ノ意見ハ固ト刑罰ヲ定ムルニハ犯人ノ性格ヲモ斟酌セザル可カラヌ場合ニ因リテハ假令未遂犯ト雖モ犯人其者ハ既遂犯ト同シク危険ナル場合アリ隨テ立法論トシテハ未遂ノ場合ニハ一等又ハ二等ヲ減スルコトヲ得ト規定スルヲ以テ足レリトス

一四 既遂犯ト未遂犯又ハ豫備犯トハ同種ノ罪完全ニ成立シタルト不完全ニ成立シタルトノ差アルノミニシテ別種ノ罪成立シタルニ非サルコト例ハ同人種ノ健全者ト不具者トノ關係ノ如シ之ニ反シテ着手行爲又ハ豫備行爲ヲ法律カ獨立ノ犯罪トシタル場合ハ恰モ優等人種ト劣等人種トノ差アルニ似タリ

何故ニ右ノ注意カ必要ナルカト云フニ例ハ竊盜未遂犯ハ同シク竊盜ナルコトヲ明ニスルカ爲メナリ

一五 又既遂未遂ノ差ヲ犯人カ其目的ヲ達シタルト否トニ依テ區別セントスルハ謬見ナリ犯人其目的ヲ達スルモ例怨ヲ晴ラス成立要素完備セスンハ罪ハ未遂

ナリ犯人其目的ヲ達セサルモ要素完備スレハ既遂ナリ

第三節 中止犯(即チ犯罪ノ中止)

一六 未遂犯ハ法律ノ之ヲ罰スルト否トニ論ナク犯人意外ノ障碍ノ爲メ罪ヲ遂クルコト能ハサリシトキニ成立ス故ニ犯人若シ自分ノ故意ヲ以テ中止シタルトキハ刑法(二條)ニ所謂未遂犯ニ非ス二個ノ場合アリ

(1)一旦實行ニ着手スルモ犯人自己ノ意思ヲ以テ其實行ヲ終結セサルトキハ之ヲ名ケテ着手中止犯ト云フ

(2)既ニ實行ヲ終結スルモ犯人自己ノ意思ヲ以テ要素タル結果ノ發生ヲ防止スルトキハ之ヲ名ケテ實行中止犯ト云フ

一七 自己ノ意思ヲ以テシタル犯罪ノ中止ハ之ヲ罰スル明文ナシ之ヲ罪トセサルハ無罪ヲ擔保トシテ成ル可ク害ヲ遂ケサラシメントスル政策ナリ

一八(一) 中止シタル理由如何ハ之ヲ問ハス故ニ全ク斷念シテ中止シタルト後日ニ譲リテ中止シタルトノ區別ナシ但障害ノ目前ニ現ハレタルヲ見テ之カ爲メニ意ヲ翻シタルハ未遂犯ナリ(例)巡查ノ來ルヲ見テ巡查ノ心附カサル中ニ逃去ル

如シ)

甲某カ乙某ヲ毒殺セントシ既ニ毒物ヲ服用セシメタルニ乙某カ其毒物ヲ服用シタルコトヲ心附テ俄ニ消毒劑ヲ用ヒ死ヲ免レタリトスレハ既ニ實行ヲ終結シタルニモ拘ハラズ被害者カ消毒劑ヲ服用シタルト云フ意外ノ障碍ノ爲メニ死ト云フ結果ヲ生セザリシモノナリ即チ是レ實行未遂犯一名缺效犯ナリト云フヘシ然ルニ若シ毒物使用者タル甲某自身カ消毒劑ヲ服用セシメタリトスレハ刑法第一一二條ニ所謂意外ト云フ條件ヲ缺クモノナリ而モ刑法ニハ之ヲ處罰ス可キ明文ナキカ故ニ第二條ニ依リ無罪ト爲ルモノニシテ名ケテ實行中止犯ト稱ス今少シク例ヲ轉シテ同シク甲某カ毒物ヲ使用セントスルニ當リ他人ヨリ取押ヘラレタリトスレハ着手未遂犯ト爲ルナリ然ルニ若シ甲某カ毒物ヲ使用セントシテ中止シタルトキハ着手中ニ自ラ止メタルモノニシテ同シク無罪ナリ之ヲ着手中止犯ト名ク

以上二種ノ中止犯ニ對シ一ノ注意スヘキ點ハ一旦自己ノ行爲ニ因リテ犯罪ノ成立シタルトキハ既ニ業ニ自己ノ行爲ヲ以テ之ヲ取消スコトヲ得スト云フ原則ノ適用ナリ凡ソ犯人カ自己ノ意思ヲ以テ結果ノ發生ヲ防止シ若クハ實行ヲ

終結セシテ止ムルノ以前既ニ意外ノ障碍アリテ未遂犯成立セリトスレハ最早之ヲ取消スコトヲ得サルモノナリ隨テ今ヤ毒物ヲ使用セントスルニ際シ其手ヲ押ヘラレ此カ爲メ斷念シテ止ミタル場合ハ着手未遂犯成立後ノ自止タルニ過キササルヲ以テ無罪ヲ主張スルコトヲ得ヌ又已ニ毒物ヲ服用セシメタル後他ノ障碍ノ爲メニ毒物タル效果ヲ現ハサ、ル際自己モ亦死ノ結果ノ發生ヲ妨クル手段ヲ執リタリトスルモ缺效犯タルノ責任ヲ免ル、コトヲ得ヌ

一八ノ二 中止セントノ故意ト意外ノ障碍ト全ク同一時ニ起リテ遂ケサルトキハ如何、本人ノ利益ニ解スヘシ?

刑法ハ特ニ有罪トシテ掲ケタル規定ニ適合セサル場合ノ外ハ處罰スルコトヲ得サルモノトス今未遂犯ニ關スル第一一二條ヲ見ルニ意外ノ障碍ノ爲メニ遂ケサル場合ヲ處罰スヘシト規定スレトモ意外ノ障碍ト犯人ノ中止意思及ヒ行爲トカ同時ニ發生シタル場合ニ付テハ何等ノ處分ヲモ示サス既ニ何等ノ處分ヲモ明示セサル以上ハ之ヲ無罪トスルノ外ナシト云ハサル可カラヌ

一九 中止ノ場合ニ既ニ生シタル結果ノ責任ヲ負フヤ否ヤ

(1)故意ニ出テタル甲ト云フ罪ヲ中止シタルトキハ故意ニ出テサル乙ト云フ結果

ニ對シテモ亦責任ナシトノ説アリ

(2)然レトモ故意ハ必スシモ單一ナルモノト云フコトヲ得ヌ故ニ既ニ生シタル結果ニ付テハ再ヒ其故意ニ出テタルヤ否ヤヲ決シテ責任ノ有無ヲ定メサル可カラヌ(例、謀殺ノ中止ト毆傷屋內竊盜ノ中止ト家宅侵入、放火ノ中止ト物品毀壞等)

人ヲ殺サントシテ既ニ傷ヲ負ハセ俄ニ殺意ヲ翻シテ被害者ノ死亡ヲ救ヒタル者ハ殺人罪トシテハ中止犯タルカ故ニ無罪トセサル可カラサル場合アリ而シテ既ニ其傷ヲ負ハセタル點ニ付テモ同シク無罪トスヘキヤ否ヤト云フニ反對ノ學說ヲ採ル學者ハ説ヲ爲シテ本問ノ犯人ハ殺意ヲ以テ人ヲ傷ケタルモノニシテ毆打創傷ノ故意ヲ有セサルカ故ニ無罪トセサル可カラヌト主張セリ此種ノ論者ハ或一定ノ犯意ハ同時ニ他ノ犯意ヲ排斥スルモノト誤解シタルカ故ニ斯ル斷定ヲ下シタルモノナリ然レトモ理論上實際上同時ニ多數ノ犯意ハ存在スルコトヲ得ルモノニシテ本問ノ如キハ人ヲ傷ケテ殺スノ意思即チ傷ケタルノ意思モ殺スノ意思モ共存スル所ナリ彼ノ屋內竊盜ノ如キハ此理ヲ示スニ付キ最モ明ナル例ナリトス犯人ハ財物ヲ竊取スル意思アリシト雖モ屋內ニ侵入スルノ意思ナシト主張スルヲ得ヌ屋內ニ侵入シテ財物ヲ竊取スルノ意思アリ

タルモノト云フヘシ故ニ殺人的行為ヲ中止スレハ更ニ殘レル結果ニ付キ犯意ノ有無ヲ審査シ人ヲ斬殺セントシタルヨリ被リタル創傷ノ如キ結果ナリトスレハ之ニ對シテ責任アリト斷定セサル可カラズ(改正案第五五條但書參照)

第四節 不能犯

二〇 行為ノ性質上本人ノ豫期シタル結果ヲ惹起スコト能ハサル場合ハ所謂不能犯ニシテ單ニ障礙ノ爲メ遂ケサリシ場合即チ未遂犯ニ同シカラスト云フ思想ノ適用ヲ一般ノ犯罪ニ試ミントスルニ至レルハ十九世紀ノ初以來ノ事ナリ先ツ(1)不能ナル所以ヲ目的物ト手段トニ分ツ意見現ハレ(Fenerbach)次テ(2)不能ノ性質ヲ絶對ト相對トニ分ツ說ヲ生シ(Januli, Mittermaier)爾來此區別ニ基テ有罪無罪ヲ爭フヲ常トス

二一 目的物ニ關スル絶對不能トハ本人ノ豫期シタル目的物全ク存在セサル場合

之ニ當ル最モ有名ナル例ハ懷妊セサル婦女ヲ懷妊シタルモノト信シ墮胎ノ方法ヲ施シタルカ如キ是ナリ

目的物ニ關スル相對不能トハ目的物止タ豫期シタル場所ノミニ存在セサル場合例ヘハ常ニ或入ノ在住セル場所ニ向テ發砲シタルニ偶々其人ハ他ノ室内ニ在リタル場合ノ如シ

手段ニ關スル絶對不能トハ手段ノ性質上豫期シタル結果ヲ生スルコト能ハサル場合例ヘハ毒物ト信シテ少量ノ砂糖ヲ服用セシメタル場合ノ如シ

手段ニ關スル相對不能トハ手段ノ運用拙キカ又ハ不充分ナルカ爲メ偶々當然ノ結果ヲ生セサル場合ヲ謂フト云ヒ來レリ

例ヘハ銃ヲ以テ人ヲ狙撃シタルニ狙ノ外レタル場合又ハ殺意ヲ以テ人ヲ毆打シタルモ其力足ラスシテ死セサル場合ノ如シ

二二 此區別ニ付キ贊否及ヒ罪ノ有無ヲ論スル說大略下ノ如シ

(一)絶對不能ノ場合ハ其目的物ニ關スルト手段ニ關スルトヲ分タス無罪ナリ之ニ反シテ相對不能ノ場合ハ單ニ障礙ノ爲メ遂ケサルニ過キヌ未遂犯トシテ罰スヘシ云々

(二)手段ニ關スル相對不能ノ場合ノミハ障礙ノ爲メ遂ケサル通常ノ未遂犯ナリト

雖モ其餘ノ不能ハ行爲ノ性質上結果ヲ起スニ堪ヘサル無罪ノモノナリ
 (3)主觀主義……一定ノ行爲ハ一定ノ結果ヲ惹起スコトヲ得ルト得サルト即チ可
 能ト不能トノ二者其一ヲ出テス絶對不能相對不能ト云フカ如キ區別ナシ未遂ノ
 場合ハ其實不能ノ場合ナリ然レトモ既ニ外部ノ働作ニ依テ犯意ノ在ル所ヲ確認
 スルコトヲ得ルカ故ニ法律ハ總テ之ヲ罰スルモノト解スヘシ云々(Buri, Halschner,
 prins.)

本文ニ主觀説トシテ述フル所ノ論ハ立法論學理論トシテハ最モ其當ヲ得タル
 モノト云ハサル可カラズ刑事政策ノ目的ヨリ言ヘハ犯罪ハ犯人ノ性格ヲ知ル
 一ノ徵候タルニ過キスシテ處分ハ人ニ對スルモノナラサル可カラズ恰モ病症
 ハ病質ヲ判斷スル一ノ標目ニシテ治療ノ方法ハ病質ニ對スルコトヲ要スルカ
 如シ此點ヨリ言ヘハ假令犯罪行爲カ未遂ニテモ既遂ニテモ其處分ハ同一ナラ
 サル可カラサルノ理ナリ從來ノ學説ニ不能犯ト稱シテ無罪ト斷定シ來リタル
 場合ニ付テモ亦同シ此ノ如ク處罰ノ方針カ客觀的ノ實害又ハ危險ノミニ重キ
 ヲ置カスシテ犯人ノ性格即チ主觀的ノ危害ヲ標準トスヘキモノトスレハ毒物
 ナリト信シテ砂糖ヲ服用セシメタル犯人モ眞ノ毒物ヲ服用セシメシト同一ノ

危險アリ疾病ヲ懷妊ト信シテ墮胎ヲ試ミタル犯人ハ眞ニ胎兒アリタリトスレ
 ハ既ニ墮胎シタル犯人ナリ故ニ共ニ處罰セサル可カラサル惡人ナリト云フヘ
 シ余ハ學理論立法論トシテハ他迄主觀主義ノ有罪論ヲ信スル者ノ一人ナリ但
 此種ノ論ハ獨逸ニ於テハ既ニ解釋論トシテ多クノ場合ニ適用セラレツ、アル
 コトヲ注意セサル可カラズ(獨逸ニテハ一八八〇年六月十日ノ大審院ノ判決又
 一八八三年三月三十日及ヒ同年六月一日及一八八八年二月二十七日ノ大審院
 ノ判決ニ於テハ懷妊セサル婦女ニ對スル墮胎未遂犯ヲ認メタリ佛蘭西ニテハ
 一八九五年一月四日ノ判決ヲ以テ財物ヲ奪取セントシテ空虚ナル「ポケット」ノ中
 ニ手ヲ入レタル犯人ニ對シ竊盜未遂犯ノ言渡ヲ爲シタリ是レ該國カ主觀主義
 ヲ認メタル破天荒ノ裁判ナリ)

(4)客觀主義……實害ノ生スルヲ俟タスシテ未遂ノ場合ヲ罰スル所以ハ全ク實害
 ヲ生スル虞ヲ罰スルモノナリ故ニ從來不能犯ト稱シ來レル場合ニ付テモ此標準
 ニ依テ一ノ區別ヲ立テ害ノ危險アルハ之ヲ罰シ害ノ危險ナキハ之ヲ罰セス云々
 (Bernier, Omejer, Baumgarten, Liszt)
 (5)解釋上無罪ヲ主張スルニハ常ニ法定要素ノ欠缺ヲ其根據トセサル可カラズ故

ニ法律カ各罪ノ成立要素トシタル目的物又ハ手段存在セスト云フコトヲ得ル場
合ハ無罪ナリ(例)墮胎罪ニ於ケル胎兒ハ其要素ナリ毒殺罪ニ於ケル毒物亦同シ(毒
物ト無毒物トハ性質ノ差ニシテ分量ノ差ニアラス…(Frank)法的不能ト名クヘシ
トノ説(Garand)

二三 主觀說ハ結局犯意ノ證明サヘ立タハ之ヲ罰スヘシト云フニ均シク解釋論
トシテハ極端ナリ加之第一一條ノ精神ニ反ス客觀說ハ既遂未遂ノ別ヲ程度ノ
差ニアラス性質ノ差ナリト認メタル嫌アリ故ニ解釋論トシテハ第五說ヲ正ト爲
サン但シ立法上第三說第四說ニ云フ如キ場合ハ之ヲ別罪(Delicta sui Generis)トシ
テ罰スヘシト爲ヌヲ妨ケス

刑法上不能犯ト云フ觀念ヲ生シタルハ數百年以前ニ在リ然レトモ此論ノ最モ
發達シタルハ前世紀ノ末葉ニ於ケル出來事ニシテ絕對不能犯ハ總テ無罪ナリ
關係的不能犯ハ名ハ不能犯ト稱スレトモ其實未遂犯ニシテ有罪ナリトスル說
カ近年ニ至ルマテ最モ勢力ヲ保持シ來レリ然ルニ近年ニ至リ刑罰ノ根本觀念
從來ト全ク一變シ從來專ラ犯罪行為ニ對スルモノト信シタル思想カ一變シテ
犯人ニ對スル取締ノ性質ノモノナリト云フ思想カ漸次勢力ヲ占メ來レリ此ノ

如ク人ノ危險ヲ主眼トシテ論スルトキハ從來絕對的ニ不能タルカ爲メニ無罪
ト論シ來レル場合ニ付テモ犯人其人ノ社會ニ恐ルヘキ者タルコトハ敢テ異ナ
ラサルヲ以テ未遂犯トシテ論スヘシト云フニ至リタリ彼ノ懷胎セサル婦女ヲ
懷胎セリト誤信シテ墮胎ノ方法ヲ試ミタル犯人ノ如キハ偶々懷胎セサルカ爲
ニ事實上ノ結果ヲ發生セスト雖モ犯人其者ヨリ論スレハ此ノ如キハ眞ニ意外
ノ僥倖ニシテ若シ婦女カ懷胎シタル者ナリシトセハ其目的ヲ達スルニ於テ何
等ノ缺クル所ナキ危險ナル人物ナリト云フ理由ヲ以テ未遂犯人トシテ處罰ス
ルノ論カ漸次勢力ヲ得ツ、アリ余モ亦學理上并ニ刑事政策上ノ必要ヨリ言ヘ
ハ此說ノ正當ナルコトヲ確信スト雖モ現行刑法ハ尙犯罪行為ヲ罰スルノ精神
ヲ以テ其處分ヲ組織セルコトハ種々ノ點ニ於テ認メラル、所ナリ例ヘハ第一
一條ノ規定ニ依レハ假令犯罪ノ陰謀又ハ豫備アルモ夫以上ノ行為ニシテ無
ケレハ無罪トスヘキコトヲ原則トセリ即チ犯意ハ明瞭ナリトスルモ之ニ伴フ
行為ナケレハ無罪トスルノ精神タルハ言ヲ俟タス果シテ然ラハ彼ノ主觀說ニ
言フカ如ク假令外部ノ事實ヨリシテ明ニ犯意ノ存スル所ヲ知得シタリトスル
モ懷胎セサル者ニ對シテ墮胎罪ヲ認メ無毒物ヲ使用シタル者ニ對シ毒殺罪ヲ

以テ論スルハ解釋上許スコトヲ得スト信ス若シ主觀說ノ論旨ヲ極端ニ貫徹セシムレハ其本人ニシテ自白スレハ他ニ何等ノ所爲アルヲ俟タスシテ其罪ニ問フコトヲ得サル可カラス解釋上斯ル論ノ不當タルコトハ言ヲ俟タス之ヲ要スルニ不能犯ノ問題ハ内外國ノ學說立法上恰モ變遷時代ニ在ルモノニシテ未決ノ問題ナリト信ス

第三章 再犯 (Reidive, Rückfall)

- 一 汎ク再犯ト云フトキハ一度罪ヲ犯シテ其確定裁判ヲ受ケタル後再ヒ他罪ヲ犯シタル總テノ場合ニ該當ス然レトモ現行刑法ニ據テ刑一等ヲ加重スヘキ再犯ノ場合ハ(刑法第九三條)
 - (1) 先ニ重罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯重罪ニ該ルトキ
 - (2) 先ニ重罪輕罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯輕罪ニ該ルトキ
 - (3) 先ニ違警罪ノ刑ニ處セラレタル者一年內再ヒ其違警罪管轄裁判所區域內ニ於テ違警罪ヲ犯シタルトキ
- ノ三ニ限ラル

- 違警罪ハ區裁判所ノ管轄ナリ然レトモ尙警察署ノ即決處分ヲ許セリ刑法第九三條ノ違警罪裁判所ト云ヘルハ區裁判所ヲ言フカ或ハ警察署ヲ言フカハ議論ノ分ル、所ナリト雖モ余ハ區裁判所ヲ言フモノト信ス
- 二 法文ニ何々ノ刑ニ處セラレタル者ト云ヘリ故ニ實際ニ科セラレタル刑ヲ標準トセサル可カラス同一ノ理由ニ依リ縱シヤ先ニ罪ヲ犯シタルコトアルモ刑ヲ全免サレタルトキハ其罪ヲ以テ再犯ノ基礎ト爲スコトヲ得ス
 - 三 刑ノ言渡ノ確定スル以前ノ罪ハ再犯トシテ之ヲ論スルコトナシ(刑法第九四條)確定シタル刑ノ言渡……大赦、非常上告、再審ニ因リ……消滅シタルトキ亦同シ(刑法第九條七)
 - 四 初犯再犯ノ間ニ存スヘキ輕重ノ制限ハ上ニ述フル所ノ如シ然レトモ(1)前後ノ罪其種類ヲ同フスルコトヲ必要トセス(例、盜罪ト放火ト)(2)違警罪ヲ除ク外ハ初犯再犯ノ間ニ經過シタル時間ヲ論セス
 - 五 現行法ノ制限ハ違警罪ヲ除ク外再犯ノ罪初犯ノ罪ヨリ輕キカ若クハ之ト同等ナル場合ニ非サレハ其刑ヲ加重セスト云フニ歸着ス是恐クハ再犯ノ刑初犯ノ刑ヨリ重キトキハ別ニ之ヲ加重スルコト無クシテ犯人ヲ懲ス效力アルヘント云

へル起草者ノ意見ヲ採用シタルモノナラシ然レトモ此ノ如キ一片ノ推測ヲ以テ累犯處分ノ目的ヲ達セント企テタルハ現行法ノ一大缺點ナリ

六 初犯ノ刑ノ執行中ニ更ニ再犯ノ刑ヲ執行スヘキトキハ重キヲ先ニシ輕キヲ後ニスル方針ヲ採レリ(刑法第九五條)

七 先ニ軍衛ニ於テ刑ヲ言渡サレタル者ハ其常律ヲ適用サレタル場合ニ限り再犯ヲ以テ論ス

陸海軍ノ裁判所ハ軍人軍屬ト云フ身分アル人ヲ管轄スル裁判所ニシテ之ニ適用スル法律ハ或ハ軍律タルコトアリ或ハ普通ノ刑罰法例タルコトアリ軍衛ニ於テ先ニ刑ヲ言渡サレタリトスルモ其際常律ヲ適用セシ場合ノミ後ノ常罪ヲ再犯ヲ以テ論ス

八 三犯以上ノ者ト雖モ其刑ハ一等ヲ加重スルノミナリ(刑法第九八條)單ニ刑ニ等シキヲ加重シテ累犯者ノ減少ヲ謀ラントスルハ眞ニ一個ノUtopiaニ過キス

九 刑ノ執行猶豫條件附刑期延長不定期刑
數十年來各國ノ經驗ニ依レハ犯罪者ノ數ハ容易ニ減少セサルノミナラズ寧ロ増加スルノ傾アリ殊ニ二犯又ハ三犯ト云フ如キ累犯者ハ漸次非常ノ勢力ヲ以

テ増加シツ、アリ今ニ於テ之ヲ防遏スルノ策ヲ講セザレハ監獄ハ累犯者ヲ以テ充滿セラレ良民ハ彼等ノ爲メニ害ヲ受クルコト殆ント底止スル所ナキニ至ルヘク是レ正ニ重大ナル一ノ社會問題ナリト云フヘシ且刑ニ處セラレタルニ拘ハラヌ再ヒ罪ヲ犯シタリト云フノ故ヲ以テ刑一等ヲ加フト云フ如キ簡單ナル處分ハ決シテ累犯減少ト云フ如キ大問題ヲ解決スルノ策ニ非ス想フニ刑法學理ノ研究ハ今後如何ニシテ累犯者ヲ減少スルコトヲ得ルカト云フ點ヲ第一ノ重要ナル問題トシテ考ヘサル可カラヌ

犯罪減少策即チ刑事政策トシテ一方ニ於テハ此目的ヲ達スルニ足ラサル刑罰制度ヲ改良シ他ノ一方ニ於テハ刑罰制度以外ノ各種ノ社會制度ヲ改良セサル可カラヌ茲ニ其改良ヲ要スル刑罰制度ノ中ニ就テ最モ重ナル問題ノ一二ヲ述ヘテ之ト再犯處分トノ關係ヲ一言セント欲ス

刑ノ執行猶豫 從來刑罰ハ犯罪行為ニ對スルモノト考ヘ來レリ然レトモ刑事政策ノ要求ヨリ言ヘハ刑罰ハ犯人其人ニ對スルモノナラサル可カラヌ即チ從來ノ思想ニ依レハ刑罰ハ既往ヲ責ムルモノナリト雖モ刑事政策ヨリ言ヘハ犯人及ヒ世人ノ將來ヲ取締ルニ在リ此ノ如キ根據ヨリ論スレハ刑罰ノ執行ニ付

キ一ノ重要ナル断定ヲ生ス曰ク刑罰ハ執行スルニ利益アレハ執行スヘシ執行セサルニ利益アレハ執行セスシテ可ナリト而シテ此思想ハ彼ノ刑ノ執行ノ全部ヲ猶豫スルノ制度或ハ執行ノ途中ニ於テ其殘レル部分ヲ免除(假出獄)スルノ制度又ハ余カ持論タル執行ノ期間ヲ延長スルト云フ制度等ヲ説明スルニ足ル刑ノ執行猶豫ナル制度ハ北米合衆國マツサチユセツト州ノボストン府ニ於テ初メテ之カ試験ヲ爲シ終ニ一八七八年ノ布告第一九八號ニ依リ一八八〇年以來普ネクマツサチユセツト州ニ實施シタルヲ嚆矢トシ繼テ英吉利、白耳義、佛蘭西ニ移リ尙獨逸其他多數ノ文明國ニ於テ採用シタル所ノ制度タルノミナラス學說ノ方面ニ於テハ之ニ反對セントスルノ論者ハ漸次撲滅セラレントスルノ趨勢ナルカ如シ

此制度ノ趣旨ハ獄内ニ於テ刑ヲ執行スレハ動モスレハ却テ犯罪ノ惡癖ニ感染セラレ累犯者ヲ増加スルハ事實ナリ故ニ初メテ輕キ罪ヲ犯シタル者ニシテ別段其刑ヲ執行セサルモ再ヒ罪ヲ犯サ、ルヘシト云フ事情アル者ニ對シテハ二年三年若クハ數年間假ニ執行ノ全部ヲ猶豫シテ之ヲ試験シ而シテ試験中ニ再ヒ罪ヲ犯セハ初犯ノ刑ト再犯ノ刑トヲ併セテ執行シ之ニ反シテ試験中再ヒ罪

ヲ犯サ、レハ執行ヲ免除スルト云フ結局一方ニ於テ獄内ノ惡癖ノ傳染ヲ避クルト同時ニ他ノ一方ニ於テ執行ノ免除ト云フ利益ヲ擔保トシテ犯人ノ累犯ヲ豫防スル政略ナリ

右ノ制度ハ英米ノ系統ヲ有スル國ニ在リテハ裁判ノ宣告ヲ條件ニ附シテ之ヲ猶豫スル制度トシ又白耳義及ヒ佛蘭西系統ノ國ニ在リテハ宣告カ終リテ唯執行ヲ猶豫スル制度トシ其他或國ニ於テハ法文ヲ以テ試験期間ヲ一定スル制度ヲ採レルアリ又執行ヲ猶豫スルコトヲ得ル刑ノ種類ヲ獨リ自由刑ニ止メス財產刑ニモ適用スルト云フ如キ多少其間ニ區別ナキニ非スト雖モ大體ニ於テハ再犯ヲ豫防スルノ政略ニ外ナラス故ニ此ノ如キ制度ヲ採用スヘキヤ否ヤノ論ハ一ニ其成績如何ニ因リテ之ヲ決セサル可カラヌ又成績ヲ觀察スルニ付テハ人ニ因リテ各々其断定ヲ異ニスト雖モ余ハ極メテ好成績ナリト信スルカ故ニ速ニ採用スヘキ制度ナリト信ス

條件附ノ刑期延長、不定期刑、刑期ハ之ヲ伸縮スルコトヲ得ヘキカ換言スレハ裁判官ノ一旦宣告シタル刑期ハ動かサスコトヲ得ル性質ノモノナリヤ否ヤト云フニ解釋論ト立法論トニ分テ答ヘサル可カラヌ解釋論トシテハ假出獄、特赦、減

刑非常上告ト云フカ如ク法律ノ認メタル場合ノ外ハ之ヲ短縮スルコトヲ得サルモノナリ立法論トスレハ現行法ノ認メタル以外ニ於テ尙刑期ヲ伸縮スル制度ヲ設ケルノ必要アリヤト云フニ余ハ此必要アルモノト信ス其理由如何ト云フニ元來刑罰ハ治スルコトヲ得ヘシトスル犯人ニ對シテハ之ヲ治スルノ方法ヲ執リ不治ナル犯人ニ對シテハ之ヲ壓抑スルノ外ナキモノナリ而シテ裁判官カ犯人ニ對シ五年若クハ十年ト云フ如ク或刑期ヲ言渡シタリトスルモ今ヤ既ニ改心シテ斯ル長日月ノ刑ヲ執行スル必要ナキニ至レル以上ハ之ヲ短縮スルノ必要アリ是レ假出獄等ノ制度アル所以ナリ既ニ此思想ニシテ正當ナリトスレハ何故ニ不治ナル犯人ニ對シテハ刑期ヲ延長セサルヤト云フ疑問ヲ生スヘシ是レ余輩カ持論トシテ條件附刑期延長ナル制度ヲ主張スル所以ナリ而シテ條件附ニ刑期ヲ延長スルトハ例ヘハ詐欺取財ト強竊盜トノ如キ相類似スル罪ノ三犯(若クハ四犯五犯トスルモ可ナリ)ニ至レル程ノ者ハ之カ有罪判決ニ附言シ若シ獄内ニ於テ獄則ヲ謹守シ十分ニ悔改ノ兆候ナキ時ハ刑期滿了ノ後ト雖モ行政處分ヲ以テ出獄ヲ禁シ相當ノ役業ヲ強制スルコトヲ得ルノ言渡ヲ爲スコトヲ謂フ其之ヲ條件附ト稱スルハ犯人悔改ノ迹アルヲ未必條件トシ刑期滿了ノ後放免スルト否トヲ定ムルモノナレハナリ而シテ之ヲ歴史ノ點ヨリ言ヘ

ハ日本ノ改定律例ニ於テ殺人罪ニ付キ稍々類似ノ規定アルノミニシテ外國ノ學說立法例ニモ一モ之レ有ルヲ見ス然レトモ余ノ前述シタル刑ノ執行猶豫ノ制度ト茲ニ述フル條件附刑期延長ノ制度トヲ併用スルトキハ現時米國ニ試驗中ナル不定期刑ノ主義ト稍同一ニ歸スヘシ又我明治五年ノ第一監獄則構造第十條懲治監ノ章ニ二十歳以下ノ者ニ限リテ恰モ條件限刑期延長ニ等シキ制ヲ設ケントセリ以テ余ノ茲ニ述フル所ノ思想ハ全ク其例ナシトスヘカラサルヲ知ル可シ假出獄ノ制ハ英國ノ實驗ヲ經刑ノ執行猶豫ノ制度ハ亦米英ノ主唱ト養成トヲ經テ後二十年又ハ三十年ノ後歐洲大陸ニ傳播シ監獄ノ制度ハ終ニ我刑法中ニ傳ハリ刑ノ執行猶豫ノ制度亦既ニ我改正案ノ採用スル所ト爲レリ條件附刑期延長カ少クモ不定期刑ノ法モ亦二三十年ノ後ニハ我國ニ納レラルハナキヲ保セス悔改スレハ假ニ出獄ヲ許ス規定ヲ採用シナカラ改悛セサレハ出獄ヲ見合ス法ナキハ怪マサラント欲スルモ能ハサルナリ

第四章 數罪俱發

第一節 通則

一 數罪俱發トハ同一ノ犯人ニ付テ確定判決ヲ受ケサル二個以上ノ罪ノ發覺シタルヲ謂フ犯人同一ナル點ニ於テ數人共犯ト異ナリ確定判決ヲ受ケサル二個以上ノ犯罪アル點ニ於テ再犯ト異ナルモノトス

數罪俱發ハ二個以上ノ罪ヲ犯シ而シテ其中ノ確定裁判ヲ經サルモノ、相互ノ關係ヲ謂フナリ故ニ例ヘハ一人ニシテ三年間ニ甲乙丙ノ三罪ヲ犯シタリト假定セシニ其何レニ付テモ未タ確定判決ヲ受ケスシテ其總テカ四年目ニ發覺シタリトスレハ之ヲ三罪俱發シタル場合ト名ク若シ又其中ノ乙罪ニ付キ確定判決ヲ受ケ其後更ニ丁罪ヲ犯シタリトスレハ其丁罪ハ乙罪ニ對シテハ再犯ナリ又未タ確定判決ヲ經サル甲丙罪ニ對シテハ數罪俱發ノ關係ニ在リ

二 數罪俱發ノ要素トシテ二個以上ノ罪ヲカル可カラス犯罪ハ所爲ヲ其成立條件トス然ルニ一所爲ニ因リ一罪成立スル場合ト數所爲ニ因リ數罪成立スル場合トヲ除外別ニ數所爲ニ因リ一罪成立スル場合アリ特ニ一所爲ニ因リ數罪成立スト論セラル、場合想像上ノ數罪アリテ各複雜ナル問題ヲ有スルカ故ニ先ツ其

數罪ト一罪トノ區別ヨリ立論セントス

第二節 數罪ト一罪トノ區別

三 犯罪ハ所爲アルヲ其一要素トシ所爲ハ行爲及ヒ結果ヨリ成立ス(第一編第四章)數個ノ罪トナルヘキ所爲(即チ數個ノ行爲及ヒ結果)アルトキハ常ニ數罪アリト云フヲ得ルカ

第一項 數所爲一罪

四 數個ノ所爲即チ二個以上ノ行爲ト結果トノ存在シタル場合ト雖モ其所爲ニシテ法律上獨立ノ性質アルニ非サレハ數罪成立セス(所爲ノ獨立ト種類ノ同一トヲ混スヘカラス)所爲其獨立タル性質ヲ失フハ

(1) 先ノ所爲後ノ所爲ノ爲ニ吸收サル、場合……是レ或一罪ニ關スル所爲ニシテ程度ノ低キモノカ程度ノ高キモノニ併合サル、ニ付テ起ル所ナリ即チ(1)豫備又ハ着手ノ所爲ハ之ヲ獨立ニ罰スルコトヲ得ヘキ犯罪ニ係ルモノト雖モ其實行ノ所爲ヲ進ミタル場合ニハ獨立ノ性質ヲ失ヒ(2)一行爲ヲ組成スル各舉動ノ間ニモ同一ノ關係ヲ有スル所以ナリ(注意手段(刑法改正案)第六六條)

(1) 今内亂ヲ起サントスル者カ數人協議シテ彌々之ヲ決定スレハ其協議ノ成立シタル狀態ヲ名クテ内亂ノ陰謀ト云フナリ尙進マテ兵器彈藥ノ類ヲ準備スレハ内亂ノ豫備ヲ爲シタルモノナリ今ヤ兵ヲ擧ケントスルニ當リ他ヨリ妨害セラレテ實行スルコトヲ得サレハ内亂ニ着手シテ遂ケサルモノナリ若シ陰謀ヲ爲シタルニ止マレハ第一二五條第二項ニ依リテ處分セラレ進マテ豫備ヲ爲シタル者ハ同條第一項ノ處分ヲ受クヘシ又着手シテ遂ケサレハ第一二四條ニ依リ内亂ヲ起シタル者ト同様ニ第一二一條ノ刑ヲ科セラル即チ程度ノ低キ間ニ止マレハ特ニ獨立ノ罪ト爲ルコト内亂罪ノ如キモノト雖モ尙其程度ヲ高メテ實行若クハ實行着手ノ行爲アレハ一個ノ内亂既遂又ハ未遂罪成立スルノミニシテ其以前ノ所爲ハ皆之ヲ吸收セラルヘキナリ隨テ他ノ總テノ罪ニ付テモ之ト同一ニ論セサルヘカラス之ヲ要スルニ同一ノ性質ヲ有スル事物ノ經過ハ程度カ高マルニ從ヒ總テ其低キ程度ノモノヲ吸收スヘキモノニシテ獨リ茲ニ謂フ所ノ犯罪ノミニ特別ナル理論ニ非サルナリ

(2) 今火ヲ以テ他人ノ家ノ側ニ在ル燃料ヲ燒棄テタル者アリト假定センニ若シ其燃料ヲ燒棄ツルノミニノ意思ニ出ツレハ財物ヲ毀壞スル罪トシテ獨立ノ存在

ヲ有スト雖モ之ニ反シテ全部ノ家屋ヲ燒燬スルノ意ニ出ツレハ放火罪ト云フ一所爲ノ程度ノ低キモノタルニ過キス故ニ同一ノ犯人カ更ニ其燃エツ、アル燃料ヲ以テ家屋ニ接近セシメ人ノ住家ヲ燒燬シタリトスレハ先ノ燃料ニ放火シタリト云フ行爲ハ獨立ノ存在ヲ失フモノナリ
動モスレハ論ヲ爲ス者アリテ全ク必要缺ク可カラサル手段ハ目的トシタル犯罪中ニ吸收セラル例ヘハ彼ノ内亂ヲ起スニ付テハ兵器ヲ準備スルカ如キハ缺ク可カラサル手段ナリ又家屋ヲ燒燬スルカ爲メニ先ツ燃料ニ火ヲ點スルカ如キハ必要ナル手段ナリ故ニ目的トシタル犯罪中ニ吸收セラルト云フト雖モ必要ナル手段ト云フ事實ハ別ニ無罪ノ理由トスルコトヲ得ス若シ之ヲ得ルトスレハ人ヲ殺スニ缺ク可カラサル兇器又ハ毒物ヲ竊取シタル場合ニハ其竊盜ハ無罪ト云ハサル可カラス又他人カ深ク藏スル財産ヲ取出スカ爲メ其家ニ放火シタリトスレハ放火罪ハ竊盜罪ニ吸收セラル、ニ至リ不都合ナル結果ト爲ルヘシ故ニ前段ニ言フ所ノ論ハ決シテ論者ノ言フ如キ必要ナル手段トシテ無罪タルニ非サルコトヲ注意セサル可カラス

(2) 後ノ所爲先ノ所爲ニ吸收サル、場合……是レ法律カ或ル一罪ヲ規定スルニ方

リ之ニ關スル其後ノ所爲ヲ豫想シテ處分スルコトアルニ付テ起ル所ナリ即チ贓品ノ處分ノ冒認罪ヲ組成セサルカ如シ(刑法改正案第六六條)

抑モ立法者カ竊盜罪ノ如キ他人ノ財産ヲ横領スル罪ヲ處分セントスルヤ竊取ヲ遂ケタル後ニ至リ犯人カ贓物ヲ處分スルコトアルハ固ヨリ立法者ノ豫想シタル所ニシテ竊盜ノ處分其モノハ竊取物ノ權利ナキ處分行爲迄モ包含スト云ハサル可カラス故ニ贓物ヲ賣却シタリトスルモ他人ノ動産ヲ冒認販賣シタル罪ヲ爲ナス此ノ如ク或罪ノ處分中ニ其後ノ罪ト爲ルヘキ行爲ノ處分ヲ合併セテ合マレタルモノト見ルヘキ場合ニ於テハ後ノ行爲ハ法律上獨立ノ一罪タル資格ヲ有セス人ヲ斬殺シ其死屍ヲ遺棄スルノ類亦同シ

(3)法律ノ明文上數個ノ所爲合シテ一罪ヲ爲ス場合……内亂罪ノ如キハ極メテ多數ノ所爲概括サレテ一罪ヲ爲スコトアルヘキ適例ナリ

例ヘハ人ヲ捕縛スルカ如キハ逮捕罪ト爲ルコトヲ得ルノ行爲ナリ又財物ヲ横領スルハ竊盜ノ罪ト爲ルコトヲ得ルノ行爲ナリ然レトモ若シ人ヲ捕縛シテ其財物ヲ奪取シタル者アレハ暴行ト奪財トノ二個ノ行爲ハ合シテ一強盜罪ヲ組成スルナリ又電信線ヲ破壞スル如キハ通信ヲ妨害スル罪ト爲リ道路ヲ破壞ス

ル如キハ往來ヲ妨害スル罪ト爲リ人ヲ殺傷スルカ如キハ謀故殺又ハ毆打創傷ノ罪ト爲ルコトヲ得ル行爲ナリ然レトモ若シ犯人カ朝憲ヲ紊亂スル目的ヲ以テ續テ此等ノ行爲ヲ爲シタリトスレハ悉ク戰爭行爲ト云フ中ニ包含スルコトヲ得ル性質ノモノニシテ第一二一條ニ依ルヘキ一内亂罪ヲ組成スルモノナリ此ノ如ク法律上數個ノ所爲カ合併サル、場合ニハ一ハ暴行奪財ト云フ如キ法文ニ明示サル、モノト單ニ内亂ト云フ如キ熟語ヲ用ヒテ精神上其中ニ包含セラレタルモノトノ區別アリ但數個ノ所爲カ合併セラレテ法律上一罪成立スルニ過キスト云フ點ハ同一ナリトス

(4)繼續犯罪ニ係ル場合……繼續犯罪ハ第三ノ場合ノ如ク法ノ明文ヨリ生スルコトアリ法律上ノ繼續犯ト名クルヲ便トス例刑法第四二五條第一二號又第一第二ノ場合ノ如ク法ノ本旨ヨリ來ルコトアリ事實上ノ繼續犯ト稱シテ可ナリ而シテ繼續犯ハ其數個ノ所爲ヨリ成レル場合ト雖モ各所爲獨立スルコト無ク一罪ヲ爲スニ過キサルモノトス

前述事實上ノ繼續犯ノ成立ヲ認ムルニ付キ種々ノ說アリ Binding 氏ハ單ニ時間ノ連續シタルノミヲ以テ足レリト爲シ Lush 氏ハ同種ノ物體ノ上ニ同種ノ方

法ヲ以テシタルコトヲ必要ナリト説ク然レトモ Frank, Garrard 氏一派ノ論スル如ク特定又ハ概括ノ一犯意ヨリ出テタルハ一繼續犯ヲ爲ストノ説事理ニ適スルモノ、如シ(一例、同性質ノ害ノ増大)

例ヘハ或倉庫中ニ藏スル財産ヲ全部竊取スル意思ヲ以テ連日其力ノ許ス分量ヲ竊取シタル者アリトセハ前後合シテ一罪ヲ爲スカ或ハ其都度獨立ノ一罪ヲ爲スカト云フニ本文ニ掲ケタル最後ノ説ニ依レハ犯人ハ初ヨリシテ全部ノ財産ヲ竊取セントノ概括的ノ一犯意アリタルニ過キス故ニ一個ノ竊盜罪成立セリト云ハサル可カラヌ同一ノ理由ニ依リ一軒ノ建物ヲ破壊セント欲スル者カ唯一回ニシテ其目的ヲ達スルコト能ハサルヲ以テ初日ハ瓦ヲ剝キ次日ハ壁ヲ破リ其次日ハ柱ヲ倒ス等數日ヲ費シ辛フシテ其建物ヲ破壊シ終リタリトスレハ一個ノ建造物破壊罪アリト認メサル可カラヌ

以上何レノ説ヲ採ルモ左ノ如キ制限ヲ附シテ論スルヲ近世獨逸法曹ノ趨勢ナリトス

(1)其本人ト分離シテ成立スルコト克ハサルコト生命貞操ノ如キ法益ニ付テハ被害者毎ニ所爲ノ繼續絶ニ同時同處ニ於テ數人ヲ各別ニ斬ルモ數罪ナリ(一發

ノ銃砲ヲ以テ二人以上ヲ仆シタル場合ハ後ノ九號ニ見ユ)

近來或刑法書類等ニ於テ個人的法益ト云フ文字ヲ見ルコトアリ此語ノ意味ハ察スルニ其人ト分離シテ存在スルコトヲ得サル法律利益ノ意味ナリト信ス説明ノ便宜トシテ法律上人ト生命トヲ區別シテ論スルヲ常トスト雖モ生命ヲ離レテ人ハ存在セス彼ノ身體ノ如キ又ハ身體ノ自由ノ如キモ同一ナリ斯ル個人的法益ハ自他ノ間ニ性質上獨立ノ區別アルヲ以テ假令同一ノ場所ニ於テ續テ同性質ノ侵害ヲ加ヘタリトスルモ成立スル所ノ犯罪ノ數ハ被害者ノ數ト同一ナリトノ論カ漸次其勢力ヲ得ルノ傾キアリ

(2)動産物ノ監督ヲ侵害スル場合ハ同一人ノ手ニ在ルカ同一ノ場所ニ存スルカ二者其一ニ限り順次數人ニ分屬スル物ヲ移轉スルモ一繼續犯ナリ

動産物ノ監督ヲ犯ス罪ハ盜罪カ其多數ヲ占ム本文ニ示ス如キ標準ヲ以テ論スレハ今多數ノ人ヨリシテ種々ノ財物ヲ預リ置キタル者ノ倉庫ニ忍入リテ其種々ノ物品ヲ竊取シタルトキハ所有者ハ多數人ナリト雖モ所持竝ニ監督ノ關係ハ同一ノ倉庫内ニ在リタルモノナルヲ以テ一個ノ盜罪成立スルニ過キス之ニ反シテ假令所有者ハ同一人ナリトスルモ甲乙丙ノ三個ノ家ニ分ケ預ケタル財

物ヲ竊取スレハ三個ノ竊盜罪ナリト云ハサル可カラス
 五 數個ノ所爲ノ法律上獨立タル性質ヲ有スルヤ否ヤ隨テ一罪ト爲ルヤ數罪ト爲ルヤノ問題ハ大體以上ノ標準ニ據テ決スルヲ輒近學說ノ趨勢ナリト信ス其獨立タル性質ヲ失ヒ數個ノ所爲アルニ拘ハラス一罪トシテ論スヘキ場合ハ Frank 氏之ヲ類似實體數罪ト名ク而シテ數個ノ所爲ニ因リ數罪ノ成立スル場合ハ一般ニ之ヲ實體數罪ト云フ

第二項 一所爲數罪

六 一個ノ所爲ニ因リテ數個ノ罪成立スルコト(想像上ノ數罪)アリヤ否ヤノ問題ニ付テハ學說一定セス左ノ二個ノ場合ニ分チテ説明セン
 第一 一行爲ヨリ數結果ヲ生シタル場合
 第二 一行爲ニシテ數法ニ觸レタル場合
 七 第一ノ場合ニ二種ノ細別アリ一ハ一行爲ヨリ生シタル數個ノ結果其種類ヲ同ウスル場合(例、一發ノ彈丸數人ヲ殺ス)他ハ其種類ヲ異ニスル場合(例、一發ノ彈丸人ヲ殺シ器物ヲ壞ツ)是ナリ、數罪タリヤ否ヤ
 (1)曰ク所爲竝ニ犯罪ノ數ハ行爲及ヒ結果ノ因果關係ト同一ナリ故ニ二個以上ノ

結果アリタルトキハ其種類ノ異同ヲ分タス實體上數罪成立セリ(V. Baur)

右ニ掲ケタル說ニ依レハ一發ノ彈丸ハ先ツ人ノ死亡ト云フ結果ヲ惹起シタルヲ以テ一個ノ殺人的所爲アリタリト云ハサル可カラス然ルニ其同一ノ彈丸ハ他人ヲ傷ケタリトスレハ殺意ニ出テタルト否トノ區別ニ依リ殺人未遂ノ所爲若クハ毆傷ノ所爲アリタリト云ハサル可カラス尙同一ノ彈丸カ窓ヲ破リ若クハ衣服ヲ毀損スルカ如キ更ニ第三ノ結果ヲ生シタリトスレハ器物毀棄ノ所爲アリト云ハサル可カラス故ニ假令原因ハ一個ノ彈丸ナリトスルモ三面ニ於テ三個ノ結果ヲ生シ結局三個ノ所爲ヲ成立セシメタルモノナルカ故ニ犯罪ノ數モ三個ナリト云ハサル可カラスト云フ論ナリ

(2)曰ク二個以上ノ結果アルモ一個ノ行爲アルニ止マル場合ニハ決シテ二個以上ノ犯罪成立スルコト無シ而シテ數結果其種類ヲ同フスルトキハ觸ル、所ノ罪名モ同一ナルヲ以テ數法ニ觸レタリトモ云フ可カラス(Liszt, Hiller, Neuchenfeld)

第一ノ說ハ一個ノ原因カ三回ニ使用セラレサル可カラサル議論ナリ刑事上ノ處分ヲ定ムルニ當リ同一ノ事實ヲ二回以上使用スルカ如キハ理論上許ス可カラサルモノト云フヘシ一發ノ彈丸カ三回ニ數ヘラレテ三回ノ發砲ヲ以テ犯シ

タル罪ト同一處分ヲ受クルト云フニ至リテハ其不當ナルハ多ク論セスシテ明ナリ

(3) 曰ク數個ノ結果アルモ一個ノ行爲ニ由來スルトキハ數個ノ所爲アリト云フ能ハスト雖モ各結果ニ對スル關係ヲ法律上別個ニ評價スルヲ妨ケス而シテ數結果種類ヲ同ウスルトキハ之ヲ同種ノ想像上數罪ト云ヒ種類ヲ異ニスルトキハ之ヲ異種ノ想像上數罪ト云フ

ト第三說最モ妥當ナリト信ス

八 第三說ノ云フ所ニ從ヒ一行爲ヨリ同種又ハ異種ノ數結果ヲ生シタル場合ハ各結果ニ對スル關係ヲ別個ニ評價シ以テ其最モ重キモノヲ定メサル可カラズ然レトモ之カ爲メニ成立スル所ハ其最モ重キモノ一罪アルニ過キス隨テ刑法第百條以下ヲ適用スルニ及ハス

前段ニ述フルカ如ク一行爲ヨリ出テタル結果ナレハ假令其結果カ二個以上アリトスルモ又其二個以上ノ結果カ種類ヲ同フスルモ異ニスルモ尙之ヲ一所爲ナリト云ハサル可カラズ但如何ナル所爲カ一個成立セルカラ明ニセサル可カラズ而シテ此場合モ彙ニ數所爲一罪ノ説明中ニ於テ述ヘタルカ如ク同一性質

ヲ有スル事物ノ經過中ニ生シタル出來事ニ過キササルヲ以テ隨テ最モ重キ出來事カ他ヲ吸收スルノ理ナリ果シテ然ラハ結果ノ輕重ヲ比較シ其最モ重キモノニ對スル一罪ノミ成立セリト斷定セサル可カラズ故ニ之カ處分ヲ論スルニ當リテハ恰モ現行法第百條ノ重キニ從テ處斷スト云ヘルト同一ニ歸着スト雖モ第百條ノ場合ハ二個以上ノ犯罪ノ成立シタル場合ノ處分ナリ茲ニ言フ所ハ二個以上ノ犯罪アルニ非スシテ最モ重キモノ一罪成立スルニ過キササルヲ以テ本文ニ於テ第百條ノ適用ナシト述ヘタル所以ナリ

九 第二ノ場合即チ一所爲ノ數法ニ觸レタル數個ノ罪名ニ觸ル、ト云フ(場合ハ亦數個ノ犯罪アルニ非ス故ニ左ノ標準ニ依リ之ニ適用スヘキ法條ヲ定ムヘシ

(1) *Lex specialis derogat legi generali* 即チ特法ハ通法ニ優リ變則ハ正則ニ優リ複法ハ單法ニ優ル

特法ハ普通法ニ優ルトハ例ヘハ一般人ニ對スル家資分散法ト破産法トノ關係ノ如ク變則ハ正則ニ優ルトハ例ヘハ受託物費消罪ト監守盜罪トノ關係ノ如ク複法ハ單法ニ優ルトハ例ヘハ第三六七條以下ノ規定ハ第三六六條ヨリ先ニ適用セラル、カ如シ

(2) *Lex primaria derogat legi subsidiariae* 即チ充實法ハ部局法ニ優リ(豫備未遂既遂實
害法ハ危險法ニ優ル

充實法ハ部局法ニ優ルトハ例ハ部局法タル内亂ノ陰謀罪豫備罪ノ規定等ハ
充實法タル内亂既遂罪ノ規定ニ吸收セラル、ヲ言ヒ實害法ハ危險法ニ優ルト
ハ危險ヲ罰スル罪ハ實害ヲ罰スル罪ニ吸收セラル、ヲ言フナリ

第三節 處分

一〇 數罪俱發ノ處分ニ付キ三種ノ提案アリ(1)一ハ各罪ニ相當スル刑ヲ併科ス
ル主義即チ併科主義(2)一ハ數罪中最モ重キ刑一個ヲ科スル主義即チ吸收主義(3)
一ハ數罪中最モ重キ刑ニ對シ(或ハ罪數ニ正比例シ或ハ豫定ノ刑期金額迄)仍ホ幾
分ノ如重ヲ爲ス主義即チ制限加重主義是ナリ
一 現行刑法ハ重罪輕罪違警罪ノ區別ヲ基礎トシ吸收主義ト併科主義トヲ併
用セリ即チ一ノ重キニ從フハ

(1)重罪ト重罪トノ俱發シタル場合

(2)重罪ト輕罪トノ俱發シタル場合

(3)輕罪ト輕罪トノ俱發シタル場合

(4)重罪又ハ輕罪ト違警罪トノ俱發シタル場合

ノミニシテ違警罪ノミ俱發シタルトキハ其刑ヲ併科ス(刑法第一〇一〇條)

一二 罪ノ輕重ハ刑ノ輕重ニ因リテ之ヲ定ム第百條第二項ニ重罪ノ刑ノ輕重ヲ
示シタリ

一三 全ク同等ノ刑ヲ科シタル罪ニ關シテハ輕罪ニ關スル第百條第三項ノ本旨
ニ從ヒ重罪ノ場合ニ於テモ其所犯ノ情狀ニ基キテ一ノ重キモノト認定セサル可
カラス

例ハ持凶器竊盜ノ罪ト強盜罪トカ俱發シタリトスレハ兩者ハ何レモ輕懲役
ナルカ故ニ其何レニ從ヒテ處分ヲ定ムヘキカト云フニ輕罪ニ關スル第百條第
二項ト同一趣旨ヲ以テ裁判官ノ認定ニ依リ情ノ重キモノニ從フヘキナリ

一四 重罪輕罪ノ如ク比較的輕キ事件ニ付テ吸收主義ヲ採用シタルハ現行法ノ
缺點ナリ吸收主義ハ(1)一罪ヲ犯シタル者ニ對シ更ニ他ノ同等若クハ輕キ罪ヲ犯
スコトヲ獎勵ス(2)一罪ヲ犯シタル者ニ對シ同等若クハ輕キ他人ノ罪ヲ引受クル
便宜ヲ與フ

一度持兇器竊盜ヲ犯シタル者アレハ之ト同等ノ持兇器竊盜又ハ之ヨリ以下ノ總テノ輕罪ハ何十回之ヲ犯スモ其刑ハ輕懲役ヲ上ルコト無シ故ニ少シク慣習ニ流レント欲スル犯人ニ對シテハ犯罪ヲ獎勵スルニ付第百條ノ如キ有力ナル法文アルコト無シ尙本文(2)ニ掲クル弊害モ拘摸又ハ博徒ノ如キ多數ノ犯人カ平常徒黨ヲ組ンテ而モ其團結ノ極メテ鞏固ナルモノアルコトヲ知ラハ實際斯ル弊害ノ生スルヲ推測スルニ難カラズ雷ニ推測ヲ下スニ難カラサルノミナラズ事實トシテ現出シタル場合極メテ多シ故ニ微細ナル點ハ假令異議ヲ挾ムノ餘地アリト雖モ數罪俱發處分ノ大方針トシテハ改正案第五七條以下ニ類スル規定ニ贊成セサル可カラズ職業犯人若クハ慣習犯人ノ處分ト云フコトハ累犯者ノ處分ト相俟テ刑事政策上最モ大切ナル問題ナリ

一五 數罪俱發ト再犯ト競合シタル場合(刑法第二條)

第一〇二條ヲ解釋スル便宜ノ爲メ一例ヲ示サン茲ニ甲乙丙三個ノ罪ヲ犯シ而シテ乙罪ノ判決ヲ受クル際ニ其以前甲罪ヲ犯シタルコトヲ隱蔽シ更ニ丙罪ヲ處分サル、ニ當リ總テ發覺シタリト假定センニ右例ノ中ニ於ケル乙罪ハ第一〇二條第一項ニ所謂一罪先ニ發覺シ既ニ判決ヲ受ケタルモノナリ又甲罪ハ此

條ニ所謂餘罪ナリ而シテ乙罪ノ判決後ニ犯シタル丙罪ハ乙罪ニ對シテハ再犯トナリ餘罪タル甲罪ニ對シテハ數罪俱發ノ關係ヲ有スルモノナリ

第五章 數人共犯

第一節 通則

一 數人共犯トハ二人以上ノ共同ニ依テ一罪成立スルヲ謂フ一人一罪ヲ犯ス場合ト同様ニ行爲ニ關スル要素ト精神ニ關スル要素ト之ニ關スル處分トノ問題ヲ生ス

二 犯罪ノ主體ハ人間ニ限ラル共犯ニ付テモ亦同シ故ニ(1)天然力ヲ利用スル場合(2)動物ヲ使用スル場合ハ刀劍棍棒其他ノ機械ヲ使用スル場合ト同様之ト共犯ノ關係ヲ生スルコト無キハ勿論ナリ仍ホ後ノ三二號ヲ參酌スヘシ

共同行爲者中無責任者アルトキハ其者干與セザリシト同一ノ適用トナルヘシ故ニ(1)責任無能力者又ハ責任條件欠缺者ヲ使曠シテ犯罪的行爲ヲ爲サシメタル者ハ自ラ手ヲ下シタルト同一ノ責ニ任セサル可ラス(2)同一ノ者ニ幫助行爲ヲ爲シタル者亦同シ此二様ノ場合ニ間接正犯ナル名稱ヲ付スヘキヤ否ヤハ單

ニ便宜ノ問題アリ(3)共同實行者ノ中ニ責任無能力者又ハ責任條件欠缺者アルトキハ之ヲ除キ單獨犯罪者トシテノ適用ヲ受クヘシ

三 犯罪ハ多ク一人ニシテ之ヲ犯スコトヲ得而モ數人ノ共同ニ依テ此種ノ罪一個成立スルコトアリ(Conensus facultativus)任意ノ共犯ト云フ之ニ反シテ二人以上共同スルニ非サレハ成立スルコト能ハサル罪ハ之ヲ名ケテConensus necessarius(必然ノ共犯)ト云フ之ニ應用スヘキ原則ハ同一ナリ

謀故殺強竊盜ト云フ如キ罪ハ一人ヲ以テ犯スコトヲ得ル罪ナリ然レトモ場合ニ因リテハ二人以上ノ多數人カ共同シテ此種ノ一罪ヲ犯スコトアリ之ヲ任意ノ共犯ト名ク之ニ反シテ兇徒嘯聚ノ罪賭博又ハ富籤ニ關スル罪姦通又ハ重婚罪等ニ至リテハ決シテ一人ニシテ之ヲ犯スコトヲ得サル性質ノ罪ナリ隨テ之ヲ必然ノ共犯ト名ク此二種ノ共犯ニ適用スヘキ原則ハ同一ナルカ又ハ區別アルハキカニ付キ議論分レタリ刑法第一〇四條以下第一一〇條ニ至ル數人共犯ノ規定カ任意ノ共犯ニ其適用アルハ言ヲ俟タスト雖モ進ンテ必然的共犯ノ場合ニモ亦同一ナリト信ス反對說ヲ唱フル者ハ必然的共犯ノ場合ハ假令其一方ノ者ノ行爲ノミヲ規定シタル條文ト雖モ當然其中ニ他ノ共同者ノ處分ヲ含ム

カ故ニ別段總則ノ規定ヲ適用セサルモ直チニ各本條ヲ適用スルコトヲ得ト云ヘリ若シ此論ヲ極端ニ貫クハ賄賂ヲ受クルト云フ條文ニ當然賄賂ヲ贈クルト云フ行爲ヲ包含スルコトナリ收賄ハ即チ贈賄ナリト云ハサル可カラズ假ニ民法ニ其例ヲ求ムレハ承諾ハ即チ申込ナリト云ハサル可カラサルニ至リ不都合ナル議論ト爲ルヲ以テ必然的共犯ニ對シテモ總則ノ適用アリトスルヲ可トス

四 數人共犯ハ數人ノ共同ニ因テ一罪成立スルヲ謂フ故ニ犯罪既ニ成立シタル後ニ至リテハ共ニ之ヲ犯スコトヲ得ス事後ノ加擔(Begünstigung, Fauteur)ト稱スルハ其實共犯ニ非ス

昔時ハ犯罪人ヲ藏匿スル罪(現行法ハ第一五條)罪證物件ヲ隱蔽スル罪(第一五條)贓物ニ關スル罪(第三九〇條)被告人ヲ曲庇スル偽證罪(第二一八條)第一四九條)ヲ名ケテ犯罪既ニ終レル後其犯人ニ助力ヲ與フル罪即チ事後ノ共犯ト名ケテ一種ノ共犯ト認メタリト雖モ犯罪ハ所爲ノ終結スルト共ニ其終リヲ告ケルモノナリ既ニ終リヲ告ケタル所爲ニ對シ共同スルコトハ實際上有リ得ヘカラサル事實ナルカ故ニ之ヲ共犯ノ一種ト認ムルハ其當ヲ得ス然レトモ此等ノ犯罪ハ固

ヨリ處罰スル價值アルハ争ナキ所ナルヲ以テ現今多數ノ刑法ハ之ヲ共犯ニ非サル別種ノ罪ト認メタリ

右ニ述フル所ト混同セサルコトノ注意ヲ要スヘキ一ノ場合アリ即チ犯罪後助カヲ與フルノ約束例ヘハ自己ノ邸内ニ其者ヲ藏匿スヘシ又ハ證據ト爲ルヘキ物件ヲ隱蔽スヘシ若クハ贓物ノ處分ヲ周旋スヘシト云フカ如キ條件ヲ以テ人ニ新ニ犯意ヲ決セシメ若クハ既ニ有スル犯意ヲ強カラシメタル場合ハ事後ノ共犯ニ非スシテ事前ノ共犯タルハ言ヲ俟タス而シテ意ヲ決セシムレハ教唆ト爲リ之ヲ幫助スレハ從犯ト爲ルナリ

第二節 共犯ノ行爲

五 共犯ハ其採ル所ノ行爲ニ因テ正犯、教唆犯、從犯ノ區別ヲ生ス

第一項 正犯

六 正犯ニ關スル第四百四條ニハ單ニ二人以上現ニ犯ヲ罪シタル者ト云ヘルノミ別ニ其行爲ノ性質ヲ示シタル規定ナシ(現ニトハ手ヲ下シテト云フニ均シク次ノ教唆者即チ手ヲ下サ、ル者ニ對スル語ナリ)

刑法ニ現ニナル語ヲ用フルハ實行正犯ニ關スル第一〇四條ト賭博罪ニ關スル第二六一條トノ二個條ヲ其ノ重ナルモノトス第二六一條ノ場合ハ現行犯ト云フ意味ニシテ實行ノ當時若クハ實行後直チニ發覺シタル場合ヲ謂フナリ而シテ第一〇四條ノ「現ニト云フ語ハ次ノ第一〇五條ノ教唆者ト比較シテ自身犯罪ノ實行ヲ分擔シタル者ヲ意味スルナリ換言スレハ各犯罪ノ特別要素タル行爲ノ一又ハ一以上ヲ分擔シタル者ハ此條文ニ依リ明ニ實行正犯ト爲ルコトヲ示シタルモノナリ

七 解釋上實行正犯ハ二種ノ場合ニ生ス(1)一ハ重罪又ハ輕罪若クハ違警罪ノ成立要素タル行爲ノ一以上ヲ分擔シタル場合(2)他ハ前述ノ實行者ニ重要ナル助力ヲ與ヘタル場合(詳シクハ一六號參照)是ナリ

實行正犯ノ成立スヘキ二個ノ場合ハ概略左ノ如シ

(1)各犯罪ノ成立要素タル行爲ノ一以上ヲ分擔シタル場合例ヘハ財物ヲ強取セントシタル甲乙兩人ノ中甲ハ被害者ニ暴行又ハ脅迫ヲ加ヘ其間ニ乙ハ財物ノ所持ヲ取得シタルカ如シ、暴行脅迫ヲ加フルト財物ノ所持ヲ奪フトハ共ニ強盜ノ成立要素タル行爲ナリ(刑三)甲乙兩人共同シ各自其一ヲ分擔シタルヲ以テ雙

方強盜ノ實行正犯タリ

同一ノ論理ヲ以テ甲男乙女共同シテ丙女ヲ辱メント企テ乙女ハ被害者ニ暴行脅迫ヲ加ヘ甲男之ヲ犯シタルトキハ甲乙兩人強姦罪ノ實行正犯ナリ乙ナル婦女ヲ強姦ノ實行正犯ナリト云フハ一見奇ナルカ如シト雖モ刑法ノ見地ヨリ觀察スルトキハ何等奇異ナル點ナシ前例ノ甲カ財物ノ所持ヲ取得セスシテ強盜ノ實行正犯タルト本例ノ乙女カ姦淫自體ヲ爲サスシテ強姦ノ實行正犯タルト同一ノ論理ニ該リ共同實行ノ特色ノ一ナリトス

(2) 實行々爲ノ擔任者ニ重要ナル助力ヲ與ヘタル場合此場合ハ從犯ト止タ其程度ニ差異アルノミ後ノ七號及一五號ヲ參照スヘシ

實行正犯ハ教唆犯及ヒ從犯ト異ナリ重罪輕罪違警罪ノ別ナク成立ス

元來實行正犯ハ自己カ直接ニ各罪ノ特別成立要素タル行爲ヲ分擔スルモノナリ故ニ法理上ヨリ言フモ總テノ種類ノ犯罪ニ付キ存在シ得ルコト明ナリ尙解釋論トシテ言ヘハ教唆犯及ヒ從犯ニ付テハ重罪輕罪ト明言(刑法第一〇九條)シ違警罪ヲ除ク意ヲ示スト雖モ實行正犯ニ關スル第一〇四條ハ廣ク罪ヲ犯シタル者ト云ヘルカ故ニ違警罪モ亦此中ニ包含スルハ言ヲ俟タス

八 犯罪ノ要素タル行爲ノ一又ハ一以上ヲ分擔シタルトキハ假ニ之ヲ分離シ單獨ノ行爲トシテ考フルモ同一罪ノ實行又ハ實行ノ着手トシテ責任ヲ有スベキ行爲ナリ然レトモ共同實行ノ特色トシテ縱シヤ分離獨立スレハ同一ノ罪ト爲ラサル者ト雖モ苟モ同一罪ノ要素タル行爲ニ加擔シタル以上ハ正犯タリ(例、婦女カ單獨ニ婦女ヲ辱シムル罪ナシ然レトモ兇徒ニ加擔シ被害ノ婦女ヲ捕縛スルトキハ暴行ハ強姦ノ一要素ナルカ故ニ共同正犯ナリ)

例ヘハ強盜罪ハ暴行又ハ脅迫ヲ加フルコト、財物ヲ奪取スルコト、ニ因リテ成立ス今甲乙兩人カ共同ノ結果甲ハ被害者ニ暴行又ハ脅迫ヲ加フルノ所爲ヲ分擔シ乙ハ財物ヲ奪フノ所爲ヲ分擔シタリトスレハ共ニ強盜ノ要素タル行爲ヲ分擔シタルモノナルカ故ニ此兩人ハ共ニ強盜ノ實行正犯ナリ既ニ要素タル行爲ヲ分擔シタルカ故ニ假ニ甲又ハ乙一人ニテ同一目的ノ下ニ同一ノコトヲ爲セリトセンニ例ヘハ財物ヲ奪フ目的ヲ以テ甲カ單獨ニ暴行又ハ脅迫ヲ加ヘタリトセハ同シク強盜ノ實行者タルハ言ヲ俟タス

然レトモ右ニ論スル所ヲ推擴メテ假ニ一人ノ所爲トスルモ同一ノ罪ト爲ル所爲ヲ爲シタル者ハ實行正犯ナリト云フ原則ヲ設クルコトヲ得ス彼ノ男子女子

カ共同シテ他ノ女子ヲ強姦セントスル如キ場合ヲ想像スレハ女子ハ單獨ニテハ強姦罪ノ加害者タルコトヲ得ス然レトモ男子ト共同シテ其罪ノ要素タル暴行又ハ脅迫ヲ分擔シタルトキハ明ニ實行正犯ト爲ルモノナレハナリ

第二項 教唆犯

九 況ク犯罪ノ教唆ト云フトキハ他人ヲシテ罪ヲ犯ス決意ヲ生セシムル總テノ行爲ニ該當ス然レトモ現行刑法ニ於テ正犯ノ中ニ列シタル教唆ニハ(1)教唆行爲アルコト(2)重罪又ハ輕罪ノ教唆ニ係ルコト(3)被教唆者教唆ニ係ル重罪又ハ輕罪ヲ犯シタルコトノ條件具備スルコトヲ要ス

一〇 教唆行爲……教唆行爲トハ故意ニ人ヲシテ罪ヲ犯ス決意ヲ生セシムル動作ヲ謂フ

(1)人ヲシテ罪ヲ犯ス決意ヲ生セシムルコトヲ必要トスルカ故ニ既ニ犯罪ノ決意アル者ニ對シテハ(誘導指示ニ基ク從犯ト爲ルハ格別)教唆ト云フ關係ヲ生スルコト無シ然レトモ單獨ニ教唆スルト他人ト共ニ教唆スルトハ均シク教唆犯ナリ
教唆ハ遺意者ナリト解スルコトヲ要ス故ニ罪ヲ犯ス意思ナキ者ニ對シ或方法ニ因リテ其意ヲ決セシメタル以上ハ教唆行爲ハ既ニ終ヲ告ケタルモノナリ(但

教唆犯罪ニハ非ス)故ニ既ニ罪ヲ犯ス決意アリタル者ニ對シテハ最早教唆ナルモノアルコト無シ今人ヲ殺サントノ決意アル者カ友人ニ向テ其考ヲ打明シ友人ハ尙犯罪後ノ善後策ヲ獻シタルカ爲メ益々奮テ人ヲ殺スノ意ヲ決シタル者アリト假定セハ此ノ如キハ多少本人ノ決意ヲ助勢シタルモノナリト雖モ既ニ業ニ罪ヲ犯スノ決意アリタル者即チ殺意アリタル者ヲ獎勵シタルニ過キサレカ故ニ教唆ニ非スシテ幫助行爲タルニ過キス

茲ニ甲カ乙ニ對シ若シ丁ヲ殺サハ五十金ヲ與ヘント申込ミタルニ乙ハ其報酬ノ不充分ナルカ爲メ未タ殺意ヲ決セス然ルニ丙カ其傍ヨリ更ニ五十金ヲ提供シテ同シク丁ヲ殺スコトヲ勸メ乙ハ合計百金ヲ得ルニ満足シテ茲ニ初メテ丁ヲ殺ス意ヲ決シタリトスレハ甲丙ハ乙ノ共同教唆者ナリ即チ雙方相待テ初メテ意ヲ決シタルモノナルカ故ニ共ニ教唆者トシテ責任ヲ負ハサル可カラス(此場合ハ教唆ノ教唆ニ非スシテ共同教唆ナリ教唆ノ教唆ハ現行法上無罪ト云フヘク共同教唆ハ責任アリト云ハサル可カラス)

(2)人ヲシテ犯罪ノ決意ヲ生セシムル動作アルコトヲ必要トスルカ故ニ人ヲ教唆セントノ故意ヲ表示セサル限りハ教唆アリト云フコトヲ得ス然レトモ(1)表示ノ

方法ニ付テハ何等ノ制限ナキヲ以テ言語文書ヲ以テスルト其餘ノ舉働ヲ以テスルトハ共ニ教唆犯ト爲ルコトヲ得(2)教唆者ヲ造意者ト云フハ善シ(Orphan I 1260 Garrand II 244 Haus V 451)教唆者ハ犯意ヲ擔任シ被教唆者ハ行爲ヲ擔任スト云フハ謬ナリ

一個ノ犯罪ハ犯意ト犯行トノ合併ニ成ルハ例外ナキ原則ナリ(第七七條、第一一一條)今教唆者ト被教唆者トノ關係ヲ見ルニ教唆者ハ他人ヲシテ罪ヲ犯スノ意思ヲ生セシメタルモノナリ恰モ一罪ノ要素タル犯意ト犯行トカ二人以上ノ者ニ分擔セラレタル如キ外見アルヲ以テ直チニ其分擔ナリト説明スル學說アリ然レトモ右ニ述フル處ノ分擔ハ一ノ比喩トスレハ別段差問ナシト雖モ法理上此ノ如キ性質ノモノト認ムレハ許ス可カラサル誤謬ヲ生スヘシ若シ學者ノ云フカ如ク教唆者ハ犯意ノミヲ分擔シテ犯行ヲ分擔セサレハ意思ノミアリテ行爲ナキカ故ニ無罪ナリト云ハサル可カラサルノ理ナリ然レトモ實際教唆者ハ教唆ノ意思ト行爲トアリ被教唆者ハ教唆ニ係ル犯意ト犯行トアリテ共ニ其責ニ任セサル可カラヌ是ニ依テ之ヲ見ルモ學者ノ意見ノ誤レルコト疑ナシ

- 一 重罪輕罪……違警罪ト雖モ事實之ヲ教唆スルコトヲ得ルハ勿論ナリ但第百五條ノ明文ニ依リ重罪又ハ輕罪ヲ教唆スルニ非サレハ罪ト爲ラス
- 一二 第百五條ニ謂フ重罪輕罪ハ各本條ノ重罪輕罪タルヘキ罪ヲ指シ教唆犯ヲ合マス隨テ教唆ノ教唆ハ罪ナシト雖モ共同教唆ハ罪ト爲ルヘシ
- 一三 實行……教唆行爲ハ教唆者之ヲ實行シ教唆ニ係ル重罪輕罪ハ被教唆者之ヲ實行ス
- (1) 教唆行爲ノ實行又ハ着手アルトキハ直チニ罪ト爲ルコトアリ然レトモ此場合ノ罪ハ一個獨立ノモノニシテ第百五條ニ所謂共犯ノ一種タル教唆ニ非ス
右ハ新聞紙條例及ヒ出版法ニ其例アリ參照セラルヘシ
- (2) 被教唆者ニ於テ教唆ニ係ル重罪又ハ輕罪ヲ犯シタルトキハ其教唆行爲初メテ共犯トシテ有罪條件ヲ具備ス
- (3) 教唆ニ係ル重罪又ハ輕罪ノ既遂ニ至レル場合ハ勿論單ニ未遂ノ有様ニ達シタル場合ト雖モ第百五條ノ所謂重罪輕罪ヲ犯サシメタルモノト云フヲ妨ゲス既遂未遂ノ間ニハ單ニ程度ノ差アルニ過キササルヲ以テナリ未遂ノ教唆ハ罪ナリ教唆ノ未遂ハ罪ニ非ス

現行刑法第百五條ニ云フ重罪輕罪ト云フ語ハ重罪又ハ輕罪ノ刑ヲ以テ處分スヘキ總テノ場合(若シ總テノ場合トスレハ重罪又ハ輕罪ノ教唆者モ其中ニ加ハルモノトス)ヲ指シタルニ非スシテ各本條ニ記載シタル犯罪中獨リ違警罪ヲ除クノ意ニ過キス換言スレハ刑法第二編及第三編ノ行為ヲ意味スルモノトス今教唆者カ第二編又ハ第三編ニ掲ケタル犯罪行為ヲ教唆シ被教唆者カ之ニ着手シタルニ拘ハラヌ意外ノ障礙ニ因リテ遂ケル能ハサリシト假定セハ教唆者モ同シク未遂犯トシテ處罰スヘキカ又ハ已ニ既遂犯ト爲レルモノナルカ會テ未遂犯ノ場合ニ注意シタルカ如ク或犯罪ノ未遂ト既遂トハ罪ノ性質ヲ異ニスルモノニ非スシテ止タ其程度ヲ異ニスルニ過キサカ故ニ被教唆者カ已ニ重輕罪ニ着手シタル以上ハ第百五條ニ所謂重輕罪ヲ教唆シタル者即チ教唆ノ已遂ト云ハサル可カラス之ヲ略シテ未遂ノ教唆ハ教唆ノ實行ナリト云フコトヲ得ヘシ今少シク例ヲ轉シテ他人ニ重罪輕罪ヲ犯ス意ヲ決セシメタルニ拘ハラヌ他人カ之ヲ諾セサル場合ノ如キハ教唆ノ未遂ト云ハサル可カラス而シテ第百五條ニ所謂重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ト云フ條件ヲ缺ク所アルヲ以テ現行法上無罪ナリト云ハサル可カラス略シテ教唆ノ未遂ハ無罪ナリト云フ所以ナリ

一四 教唆ハ教唆者ノ行為ニ因テ之ヲ取消スコトヲ得ルカ(1)取消スニ因テ被唆者一旦有效ニ犯意ヲ翻シタルトキハ其後再ヒ犯意ヲ生シ之ヲ實行スルモ教唆者ノ責ニ非ス其犯意ヲ翻シタルヤ否ヤハ事實論ナリ (Garraud II 398 Orhan 1 126 Hans I 524 Frank § 68 V) (2)被教唆者犯罪ヲ中止シタルトキハ教唆者モ亦其利益ヲ受ク (Olshausen 2. Berner 161, Meyer 297 但反對アリ Frank § 46 V)

(2)何トナレハ教唆者ハ被教唆者ニ因リテ生シタル行為ニ付キ其造意者トシテ同一ノ責任ヲ受クヘキ者ナルヲ以テナリ

教唆罪ノ説明ヲ終ルニ臨ミ參考ノ爲メ一ノ研究問題ヲ掲ケ置クヘシ

問題 甲カ乙ニ向テ丙ヲ殺スコトヲ教唆シ乙カ其實行ニ着手シタルトキ偶々甲モ其現場ニ臨ンテ乙ト共ニ丙ヲ殺スノ實行ヲ分擔シタリトセハ甲ハ殺人實行正犯タルノ一責任ヲ負フニ止マルヤ或ハ之ト教唆トノ二罪ノ責任ヲ負フヘキカ

第三項 從犯

一五 汎ク從犯ト云フトキハ他人ノ犯罪ヲ補助スル總テノ行為ニ該當ス但現行刑法ニ付テ謂フトキハ(1)他ニ正犯トスヘキ重罪又ハ輕罪アルコト(2)補助行為ア

ルノ二條件アリ

一六 主タル犯罪ナキトキハ固ヨリ從タル犯罪アル可カラス故ニ(1)罪ニ非サル行爲ヲ幫助シテ罪ト爲ル(例、刑法第三二〇條)ハ共犯ニ非ス(2)不能犯ニ從犯ナシ(3)正犯中止シタルトキハ從犯亦利益ヲ受ク但反對論アリ(4)然レトモ正犯タルヘキ重罪又ハ輕罪必スシモ既遂タルコトヲ必要トセサルハ教唆ニ付テ述ヘタル所ニ同シ

(1)第三二〇條第二項ハ人ル自殺セントスルニ當リ之カ幫助ヲ爲シタル者ヲ處罰セリ他人ノ行爲ヲ幫助シテ罪ト爲ルノ點ハ恰モ第百五條ニ言フ從犯ノ如シト雖モ從犯ノ場合ニハ他ニ重罪又ハ輕罪ト爲ルヘキ犯罪アリ故ニ共同犯罪ノ一種ト云フコトヲ得ヘキモ之ニ反シテ第三二〇條第二項ハ罪ト爲ラサル自殺ト云フ行爲ヲ幫助シテ之カ爲メ處罰サル、モノナルカ故ニ獨立ノ犯罪ニシテ共犯ニ非サルハ言フ俟タス

(2)甲カ乙ノ依頼ヲ受ケテ墮胎ノ方法ヲ傳授シ乙ハ之ヲ丙ナル婦女ニ使用シタルニ拘ハラヌ丙ハ妊娠セサル婦女ナリシカ爲メ終ニ墮胎ノコト無クシテ止ミタリト假定セハ乙ハ不能ノ行爲トシテ墮胎ノ責ヲ負ハス隨テ此者ニ墮胎ノ方

法ヲ傳授シタル甲モ亦罪ニ非サル行爲ヲ幫助シタルモノナルヲ以テ無罪トスヘキノ理ナリ

一七 從犯ノ行爲ニ關シ第百九條ハ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタル者ト云ヘリ本條ノ各規定ヲ論スルニ先チ正犯從犯ノ區別ニ關スル學說ヲ示サン

(1)主觀主義……ノ要旨ニ曰ク正犯タリ從犯タルヘキ行爲ノ間ニハ輕重ノ差ヲ立ツルコト能ハス(例、豫メ給與シタル器具モ現場ニ於ケル被害者ノ抑留モ人命犯ヲ醸シタル上ニ於テ輕重ナシ)故ニ區別ノ標準ハ各自ノ意思如何ニアル可シ己レ自ラ罪ヲ犯サントノ故意(Animus auctoris)ニ出テタルトキハ正犯ニシテ他人ノ罪ヲ助成スル故意(Animus socii)ニ出テタルトキハ從犯ナリト (V, Buri Die Lehre von der Feilnahme 1560)

右ニ掲ケタル主觀主義ノ學說ハ主トシテホンプリー氏ノ數人共犯論ヨリ廣マリタル說ナリ、同教授ノ意見ニ依レハ他ノ學說ニ在リテ罪ト爲ルヘキ結果ヲ惹起シタル行爲ヲ重キモノト輕キモノトニ區別シテ重キ行爲ヲ執レル者ハ正犯、輕キ行爲ヲ執レル者ハ從犯ト爲スト雖モ苟モ或結果ヲ惹起スニ與リテ力アレ

ハ總テ其原因ト云ハサル可カラス隨テ之カ輕重ヲ立ツルコトヲ得ス故ニ專ラ意思ヲ標準トシテ若シ自己ノ利益ノ爲メニ罪ヲ犯スト云フ意思ニ出ツレハ其執リタル行爲ノ大小輕重ヲ問ハスシテ正犯ナリ之ニ反シテ他ノ罪ヲ助クルノ意思換言スレハ犯人ノ利益ノ爲メニスル意思ヲ以テ犯スニ於テハ其行爲ノ大小輕重ヲ問ハスシテ總テ之ヲ從犯トセサル可カラスト云ヘリ右教授ノ意見ニ對シテハ左ノ二個ノ點ヨリ反對セサル可カラス

第一 苟モ或結果ヲ惹起スニ付キ與リテ力アレハ總テ之ヲ原因ト云ハサル可カラストハ同教授ノ意見ノ如シト雖モ之カ爲メ其總テノ間ニ輕重ナシト云フハ謬レルモノト云フヘシ此論ハ性質ノ問題ト分量ノ問題トヲ混合シタルモノニシテ假令原因タルコトハ同一ナリトスルモ分量ノ大小ハ之ヲ區別スルコトヲ得ルモノナリ

第二 若シ主觀主義ニ依リテ單ニ自己ノ利益ノ爲メニスルト他人ノ利益ノ爲メニスルト云フ點ヲ以テ正犯從犯ヲ區別スルモノトスレハ

甲 今甲ト云フ婦女ハ乙男ヲシテ其猥慾ヲ充タサシムル爲メニ丙ナル婦女ヲ捕縛シタリト假定セハ甲婦女ハ單ニ乙男ノ爲メニ斯ル罪ヲ犯シタルモ

ノナルヲ以テ暴行ト云フ成立要素タル行爲ヲ分擔シタルニ拘ハラヌ甲婦女ハ乙男ノ強姦罪ノ從犯タリト云ハサル可カラス

乙 茲ニ甲乙丙ト云フ三人ノ凶徒カ其首魁タル丁ニ金錢ヲ與フルカ爲メ他人ノ財物ヲ強奪スルノ企ヲ爲シ之ヲ丁ニ謀リタルニ丁ハ之ヲ諾シテ尙之カ幫助ト爲ルヘキ凶器ヲ貸與シタリト假定センニ凶器ヲ貸與シタル丁ハ自己ノ利益ノ爲メニスル加擔ナルヲ以テ直チニ正犯トナリ甲乙丙ノ三人ハ自己ニ利益スル所ナクシテ別ニ丁ノ利益ノ爲メニ行動スル者ナルカ故ニ極端ニ言ヘハ強竊盜ヲ働クモ尙丁ノ從犯ナリト云ハサル可カラサルニ至ルヘシ

之ヲ要スルニ自己ノ爲メニスル若クハ他人ノ爲メニスルト云フ如キ遠因ヲ以テ正犯從犯ノ區別ヲ立テントスルトキハ解釋上許ス可カラサル結果ヲ生スト云ハサル可カラス但立法論トスレハ余ト雖モ必スシモ此議論ニ反對セサルト同時ニ從犯ニ減輕ヲ與フルニハ反對ナルヲ注意セサル可カラス

(2)客觀主義……ノ要旨ニ曰ク或行爲カ結果ヲ惹起シタリ若クハ原因ノ進行ヲ捨置キタリト爲スニ付テハ必スシモ其重ナル影響者タリシコトヲ必要トセス(第一編第一

一四(第一)然レトモ之カ爲メニ總テノ行爲ノ間ニ毫モ輕重ノ差ナシト云フハ非ナリ而シテ犯罪ノ成立ニ重大ナル助力ヲ與フルトキハ正犯タルヘク輕少ナル助力ヲ與フルトキハ從犯タルヘシ(Birkmeyer Die Lehre von Der Teilnahme 1890)此說最モ多數ノ學者ニ納レラル

客觀主義ノ正犯從犯ノ區別ノ標準論ハ既ニ昔時ヨリ行ハレ今日尙多數學者ノ採用スル所ナリ此主義タルヤ行爲ノ輕重ヲ以テ處分ノ輕重ヲ區別セサル可カラヌ正犯ノ行爲ハ其影響大ニシテ從犯ノ行爲ハ其影響小ナリ故ニ刑罰モ亦輕カラサル可カラスト云フ權衡論ヨリ起リテ今日ニ傳ハリタル陳腐ノ學說ナリ然レトモ立法論トシテハ非ナル學說ト雖モ解釋トシテハ必シモ正シカラスト云フコトヲ得ス而シテ現行刑法第百九條ハ此思想ヨリ設ケラレタル規定ト認ムルコト次ニ述フル所ノ如シ

助力ノ大小ト云フコトニ付キ一ノ注意スヘキモノアリ大小輕重ト云フカ如キハ固ヨリ程度ノ問題ニシテ特別ノ明文ナキ限りハ裁判官ハ已ムコトヲ得ス各場合ノ事情ニ照シ適當ナル認定ヲ下サ、ル可カラス隨テ適用上ハ其認定ニ付キ困難ヲ感スル場合多カルヘシト雖モ之ヲ理由トシテ直チニ主觀說ヲ採ル能

ハサル所以モ亦次ノ第百九條ノ説明ト比較シテ知ルコトヲ要ス

一八 我現行刑法モ亦客觀主義ニ據テ解釋セサル可カラサルモノト信ス

(1)第百九條ハ器具ノ給與誘導指示及ヒ豫備行爲カ從犯ト爲ルニ付テノ條件トシテ明ニ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタルモノト云ヘテ幫助ト云ヒ容易ト云ヒ共ニ正犯ニ對スル影響ノ輕少ナルヲ示シ從犯ト爲ルヘキ行爲ノ客觀的制限ヲ加ヘタルモノトス

(2)條文ノ解釋トシテ豫備行爲自身モ單ニ犯罪ヲ容易ニシタル場合ニ限り從犯ト爲ルト認ムルトキハ其正犯ニ對スル影響重大ナル場合ハ第百九條ニ所謂犯罪ヲ容易ニシタルモノニ非ス第百五條所謂現ニ罪ヲ犯シタルモノナリ從犯ニ非ス正犯ナリ(例、水雷ノ布設)

(3)器具ノ給與并ニ誘導指示亦同シ此二種ノ行爲ハ之ヲ豫備行爲ノ例示ト看做スト否トニ論ナク同シク幫助容易云々ノ制限ヲ受ク若シ其影響重大ナル場合ハ從犯ニ非スシテ共同實行若クハ教唆タルヘシ(例、對岸ノ人ノ殺サントスル者ニ銃ヲ給與ス、又ハ報酬ノ少キ爲メ放火ノ囑託ニ應スルヤ否ヤ未決ノ者ニ第三者其不足額ヲ與フ)

(4) 實際ニ數々起ル問題ハ他人ノ室内ニ於テ罪ヲ犯ス間門外ニ見張ヲ爲ス者ノ處分ナリ門外ニ佇立スルハ犯罪ノ一要素ヲ分擔シタルモノニ非ス然レトモ十カ八九ハ單ニ便益ヲ與フルニ止マラス必要ナル行爲ノ分擔ナルヲ以テ正犯ナリ(注意、獨逸ノ多數判決例ハ之ヲ *Animus auctoris* ニ基ク正犯ト爲セリ)

(5) 之ヲ要スルニ第百九條ノ豫備云々ノ字句ハ時ノ關係ニ於テ實行ニ着手スル以前ヲ言現ハス趣旨ニ非ス犯罪ノ一要素(例、強盜ニ於ケル暴行又ハ脅迫若クハ財物ノ奪取)ヲ分擔セタルニ非サル總テノ行爲ニ該當スヘシ

第百九條ノ從犯ニ關スル規定ハ(一)器具ヲ給與スルコト(二)誘導指示スルコト(三)其他豫備ノ所爲ヲ以テスルコト(四)正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタルコト、云フ四個ノ從犯ト爲ルヘキ條件ヲ示シタリ此文章ヲ解スルニ付キ二ノ讀方アリ

第一 器具ノ給與并ニ誘導指示ト云フカ如キハ皆豫備ノ例ニシテ從犯ト爲ルニハ常ニ豫備ノ所爲ヲ以テシタル者ニ限ラルト論スルヲ第一ノ解釋トス而シテ若シ此說ニ依レハ幫助及ヒ容易ナル文字ハ殆ント其效用ヲ失フニ至ルヘシ蓋シ假令豫備ノ所爲トスルモ正犯ヲ幫助シタルニ過キサル場合換言ス

レハ其與ヘタル影響カ輕少ナル場合ニ非サレハ一等輕ク處罰セララル、所ノ從犯ヲ以テ論スルコトヲ得サルノ理ナリ

第二 本條ノ規定ノ主眼點ヲ以テ幫助并ニ容易ナル字句ニ在リト爲スヲ第二ノ解釋トス而シテ幫助容易ト云フハ其影響スル所ノ輕少ナルヲ意味スル字句ナルカ故ニ假令豫備行爲ヲ助力シタル者ト雖モ其影響スル所ノ重大ナル性質ノモノニ在リテハ從犯ニ非スシテ正犯タリ又既ニ正犯カ實行ニ着手シタル後一定ノ助力ヲ與ヘタル者トスルモ若シ其助力ノ輕少ナリトスレハ正犯ニ非スシテ從犯タリ即チ結局豫備中ノ助力ハ從犯ナリ實行中ノ助力ハ正犯ナリト云フカ如ク助力ヲ與ヘタル時期ヲ區別ノ標準トスルコト無クシテ專ラ助力ノ與フル影響ノ重大ナルト輕少ナルトニ因リ正犯從犯ヲ區別スヘシト云フニ在リ元來從犯ニ對シテ當然一等ノ減輕ヲ與ヘサル可カラスト云フ學說并ニ立法例ハ總テ此ノ如キ客觀的ノ影響ノ輕重大小ヲ基礎トスルモノニシテ立法論トスレハ固ヨリ採用スヘカラサルモノナリト雖モ現行刑法ノ解釋トシテハ此第二說ニ依ルノ外ナシト信ス

第三節 共犯ノ意思

一九 共犯ノ責任ヲ生スヘキ精神上ノ要素ハ(止タ從犯ニ付テ重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ云々從犯知ル所云々ト云ヘルヲ除外)別ニ之ヲ規定シタル法文ナシ故ニ共犯ノ故意ノ内容如何過失ニ出ツル共犯アルヤノ二問ヲ生ス

第一 故意

二〇 共犯ノ故意ハ共同犯罪ノ觀念決意ナリ現在又ハ將來ノ他人ノ犯罪事實ノ認識及ヒ共同犯行ノ決意ナリ

二一 共同犯罪ノ觀念決意ハ共犯者一同之ヲ有スルコトヲ必要トスルカ或ハ又一方ノミ之ヲ有シ其者ノミヲ共犯トシテ論スルコトヲ得ルカ

(1) 二派ノ學者ハ共同實行者即チ正犯相互ノ間ニ於テハ勿論教唆者被教唆者ノ間ニ於テモ幫助者被幫助者即チ從犯正犯ノ間ニ於テモ雙方均シク共同ノ故意アルコトヲ必要トスト云ハ(Garrand Précis p. 351, Prins p. 331)

(2) 他ノ一派ノ學者ハ共犯ノ如何ナル種類ニ屬スルヲ問ハス單ニ共同ノ故意アル一方ノミニ對シ共犯ノ關係ヲ生スト爲メ(Kohler Studien 1, 105, Meyer 237)

(3) 更ニ多數學者ハ一ノ區別ヲ立テ、曰ク(1)共同實行者相互ノ間及ヒ教唆者被教唆者ノ間ニ於テハ雙方均シク共同ノ故意アルコトヲ必要トスト雖モ(2)幫助者被幫助者ノ間ニ於テハ此ノ如キ必要ナシ正犯ハ他人ノ己ヲ幫助スルモノアルコトヲ知ラサル場合ト雖モ從犯ハ他人ノ罪ヲ犯スコトヲ知リ之ニ幫助行爲ヲ爲スニ因テ成立スト

茲ニ甲カ他人ノ家ヲ燒燬セント欲シテ其家ノ前面ニ放火シツ、アリシニ此時乙モ亦其家ヲ燒燬セント欲シテ今ヤ側面ニ放火セントスルニ當リ偶々甲モ同一ノ家ニ對シ同一ノ罪ヲ犯サントシツ、アルコトヲ知リナカラ彼ト共ニ爲スノ意ヲ以テ放火ヲ爲シ目的トシタル家屋ハ甲乙兩人ノ放火ノ爲メニ燒失シタルト假定センニ乙ハ共犯トシテ責任アリヤ否ヤト云フニ第一說ニ依レハ乙ニハ共同ノ故意アリト雖モ甲ニハ其故意ナキカ故ニ共同實行者ニ非スト云ハサル可カラス第五說モ亦同シク此ノ如ク斷定セリ獨リ第二說ニ至リテハ其共同スル意思アリタル乙ノミニ對シ共犯ノ關係ヲ生スト斷定セリ而シテ右ノ第一第三ノ學說ハ數人共犯ハ數人ニ因リテ一罪成立スルト云フ從來ノ學說ヨリ來レルモノニシテ第二ノ學說ハ共犯ノ場合ト雖モ必スシモ犯罪ハ一個ナリト云

ヲ得止タ共同ト云フ關係ヲ有スルノミニシテ各犯人ニ對シ各々一罪ヲ爲
スト云フ考ヨリ來リタルモノナリ將來ハ恐ラク第二ノ學說ノ如キカ其勢力ヲ
増加スルニ至ルヘシ

以上三說ノ何レニ依ルトスルモ教唆者ト被教唆者トノ間ニハ事實上雙方ニ共
同ノ故意アリト信ス即チ他人ニ對シ罪ヲ犯スコトヲ勸ムル以上ハ他人カ其罪
ヲ犯スコトヲ豫想シタルモノナリ又他人ニ勸メラレテ其罪ヲ犯ス者ハ他人ニ
勸メラレタルヲ認識スルハ固ヨリ其所ナリ故ニ此兩者ノ間ニハ事實上共同ノ
故意カ雙方ノ間ニ存在セルモノト云ハサル可カラス從犯ニ付テハ第九條ニ
明ニ從犯ハ正犯アルコトヲ知リテ幫助行爲ヲ與フレハ之ニ因リテ罪ト爲ルコ
トヲ規定スルカ故ニ正犯カ之ヲ知ルト否トニ論ナク從犯トシテ處罰シ得ルモ
ノト云ハサル可カラス

三二 共同者ノ雙方ニ共同ノ觀念決意アリテ而モ通謀ヲ缺クコトアリ其共犯ト
爲ルヤ否ヤハ議論ノ分ル、所ナリ然リト雖モ別ニ法律カ通謀アルコトヲ要スル
ノ明文ヲ設ケサル限リハ單ニ共同ノ意思アレハ共犯ノ關係ヲ生スト云ハサル可
カラス

第二 過失

二三 過失ニ因テ共犯ノ責任ヲ生スルヤ否ヤ(1)總テノ種類ノ共犯ニ對シ積極論
ヲ採ルアリ(Bintz Die Teilnahme 1885)(2)共同實行者ニ對シ積極論ヲ採リ教唆犯及ヒ
從犯ニ對シ消極論ヲ採ルアリ(Frank §47 以下)(3)共同實行者ニ對シ消極論ヲ採リ
教唆犯及ヒ從犯ニ對シ積極論ヲ採ルアリ(Olshausen §47 以下 Birkmeyer Teilnahme
I 11)(4)而シテ多數ノ學說判決例ハ總テノ種類ノ共犯ニ對シ消極論ヲ採ルモノ、
如シ

我現行刑法ノ解釋トシテハ過失ニ共犯ナシトスルヲ妥當ナリトスヘキカ如シ

第四節 共犯ノ處分

第一 通則

二四 正犯ニハ各自ニ刑ノ全部ヲ科シタリ(刑法第一〇四條第一)蓋シ數人一罪ヲ犯シタルヲ
以テ數人一刑ヲ分擔スヘキニ似タリト雖モ犯人増加スルトキハ害又ハ危險増加
ス害又ハ危險増加スルニ却テ其刑ヲ輕クスル如キ愚策ヲ採ル能ハス場合ニ依リ
テハ寧ロ幾分ノ加重ヲ爲ス必要アリ(刑法第一〇七條第一)(Prinz)

二五 教唆者ニ關シ第一〇五條ニ亦正犯ト爲スト云ヘルハ其處分ノ原則ヲ示シタルモノトス之ヲ解スルニ二説アリ(1)曰ク教唆者ノ刑ハ自ラ手ヲ下シタル場合ノ刑ヲ以テ其標準ト爲ス(2)曰ク教唆者ノ刑ハ被教唆者ノ刑ヲ以テ其標準ト爲スト蓋シ教唆者ハ被教唆者ノ手ニ成レル犯罪ハ自身之ヲ製出シタルニ均シク且法文モ單ニ正犯ト爲スト云フヲ以テ視レハ第二説ヲ正トセン(Liszt § 53 Frank § 48 VI) 甲カ自己一人或家ニ住居シタルニ偶々思フ所アリテ友人乙ヲ教唆シ自己ノ家ニ放火セシメタリト假定セハ甲ナル教唆者ニ對シテハ如何ナル處分ヲ爲スヘキモノナリヤ若シ本文第一説ニ從ヒテ論スレハ教唆者カ自ラ火ヲ放チテ自己以外ノ住居者ナキ家屋ヲ燒燬シタルト同一ナルカ故ニ犯人所有ノ家屋ナレハ第四〇三條ニ依リテ無期徒刑ニ處セラレ又若シ自己所有ノ家屋ナレハ第四〇七條ニ依リテ二年以下ノ重禁錮ニ處セラル之ニ反シテ第二説ニ從ヒテ論スレハ友人乙ハ人ノ住居シタル家屋ヲ燒燬シタル者ナルカ故ニ第四〇二條ニ依リ死刑ニ處セラル而シテ死刑ニ相當スル第四〇二條ノ罪ハ甲ノ教唆カ其原因ヲ爲スモノナルカ故ニ甲モ亦死刑ニ處セラルト云フ解釋ヲ採ラサル可カラズ然ラハ此二説ノ孰レニ依ルヲ可トスヘキカト云フニ教唆者ハ事實自身ニ手ヲ下

シタルニ非スレテ他人ヲシテ犯罪ヲ實行セシメタルニ依リ處罰セラル、モノナリ故ニ實際成立シタル犯罪ヲ標準ト爲シ之カ製造者ト看做シテ被教唆者ノ刑ニ依リ處罰スヘシト云フ第二説ヲ正シト信ス

二六 從犯ノ刑ハ正犯ノ刑ヨリ一等ヲ減ス(刑法第一九條第一)單ニ幾分ノ助力ヲ與ヘタルニ過キサルヲ以テナリ

從犯ノ刑ハ正犯ノ刑ヨリ一等ヲ減スト截斷的ニ規定シタレトモ立法論トシテハ當然一等ノ減輕ヲ與フルコト無ク場合ニ因リテ一等ヲ減スルコトヲ得ト規定スルヲ可トス

第二 身分ノ關係

二七 身分乃至主觀的事情ハ單ニ刑ノ加重減輕又ハ免除ノ理由ト爲ルコトアリ特ニ一罪ノ成立要素ト爲ルコトアリ共犯ノ處分ニ關スル影響如何

二八 身分ニ因ル加重減輕又ハ免除ニ付キ四ノ規定アリ

(1)正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重スヘキトキハ他ノ正犯從犯及ヒ教唆者ニ及ホスコトヲ得ス(刑法第一〇六條第一)法文ノ正犯ト云ヘル中ニハ教唆者ヲモ含ムト解スヘシ故ニ官吏タル爲メ刑ヲ加重サルヘキ者例刑法第二〇五條私人ヲ教唆シ罪ヲ犯サシ

ムレハ官吏ノ其加重ヲ受ク

(2) 犯人ノ多數ニ因リ刑ヲ加重スヘキトキハ教唆者ヲ算入シテ多數ト爲スコトヲ得ス(例刑法第三六九條第三七九條)但二人以上ヲ教唆シテ此種ノ罪ヲ犯サシメタル教唆者ハ勿論其加重シタル刑ヲ受ク

(3) 身分ニ因リ刑ヲ加重スヘキ者從犯ト爲ルトキハ其重キニ從テ一等ヲ減ス(刑法第一〇條)

(4) 正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減輕又ハ免除スヘキトキト雖モ從犯ノ刑ハ其輕キニ從テ減輕又ハ免除スルコトヲ得ス(刑法第一〇條)故ニ正犯十六歳以上二十歳以下タル爲メ一等ノ減輕ヲ受クヘキ場合ト雖モ從犯ハ通常ノ刑ヨリ一等ヲ減シテ之ヲ處罰ス(免除ノ例刑法第一五三條)

二九 仍ホ法文ニ漏レタル場合アリ若シ正犯又ハ從犯ニ刑ヲ減スヘキ身分アルトキハ如何他ニ影響セサルモノト解釋セサル可カラス

三〇 之ヲ要スルニ身分ニ因ル加重減輕ハ他ノ共犯ニ及ハサルヲ原則トス

三一 身分ニ因リ構成スヘキ罪ヲ身分ナキ者共ニ犯シタルトキハ如何ニ處分スヘキカ

(1) 身分ナキ者身分アル者ヲ教唆シタルトキ又ハ幫助シタルトキハ教唆犯又ハ從犯トシテノ責任ヲ有ス

(2) 之ニ反シテ身分アル者身分ナキ者ヲ教唆シタルトキ又ハ幫助シタルトキハ犯罪成立セス

(3) 身分アル者ト身分ナキ者トハ共同實行者トシテ兩立スルコト能ハス(軍人非軍人共ニ士官ノ命ニ背クモ非軍人ニ抗命ノ罪ナシ私人ト官吏ト賄賂ヲ分配スルモ私人ニ收賄ノ罪ナシ)

一 私人カ官吏ニ勸メテ自己ノ提供シタル賄賂ヲ收受又ハ聽許セシメタルトキハ其一私人ヲ官吏收賄罪ノ教唆者トシテ處罰スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ハ恰モ玆ニ所謂身分ヲ構成要素トスル犯罪ヲ身分ナキ者カ教唆シタルトキ罪ト爲ルヤ否ヤト云フ性質ノ問題ニシテ現行刑法ノ解釋上意見ノ分ル、所ナリ而シテ教唆犯ニ付テハ之ヲ罪ト爲ルト解セサル可カラス何トナレハ教唆者ノ責任ハ教唆ノ爲メニ成立シタル犯罪ヲ標準トシテ論スルモノト信スレハナリ尙從犯ニ付テモ亦同一ニ論セサル可カラスト信ス
之ニ反シテ官吏ト官吏ニ非サル者トカ其官吏ノ職務上ノ囑託ニ關係シテ他人

ヨリ財物ヲ得タリトスルモ之カ分配ヲ受ケタル一私人ニ付テハ固ヨリ官吏收賄ノ罪ナシ故ニ身分カ要素ト爲レル犯罪ハ身分アル者ト無キ者トカ實行正犯タルコトハ實際有リ得ヘカラサルモノト謂フヘシ

三二 責任能力ナキ者ヲ教唆シ又ハ幫助シテ罪ヲ犯サシメタルトキハ如何、動物又ハ器械ヲ使用シタルニ均シク之ト共犯ノ關係ヲ生セス教唆者又ハ幫助者ハ間接ノ實行者ナリトノ見解勢力ヲ占ム(Mittelbarer Thäter, Fingierter Thäter, Auteur factif.)

第三 緬語

三三 共犯者中一人ノ豫期シタル所ト他ノ一人ノ實行シタル所ト緬語シタルトキハ如何ナル點迄共同ノ責ニ任スヘキカ原則トシテ(1)認識セサル點ニ付テハ責任ナシ(2)實行サレサル點ニ付テハ罪ナシト云フコトヲ得教唆者及ヒ從犯ニ關スル規定ニ曰ク

(1)所犯教唆シタル罪ヨリ重キトキハ止タ其示定シタル罪ニ從テ刑ヲ科ス

(2)所犯教唆シタル罪ヨリ輕キトキハ現ニ行フ所ノ罪ニ從テ刑ヲ科ス(刑法第一〇八條)

(3)正犯現ニ行フ所ノ罪從犯ノ知ル所ヨリ重キトキハ止タ其知ル所ノ罪ニ照ラシ一等ヲ減ス(刑法第一〇九條)

(4)正犯ノ行フ所ノ罪從犯ノ知ル所ヨリ輕キトキハ第九九條ノ本文ノ適用上正犯ノ行フ所ノ罪ニ準據シ一等ヲ減シテ處罰ス

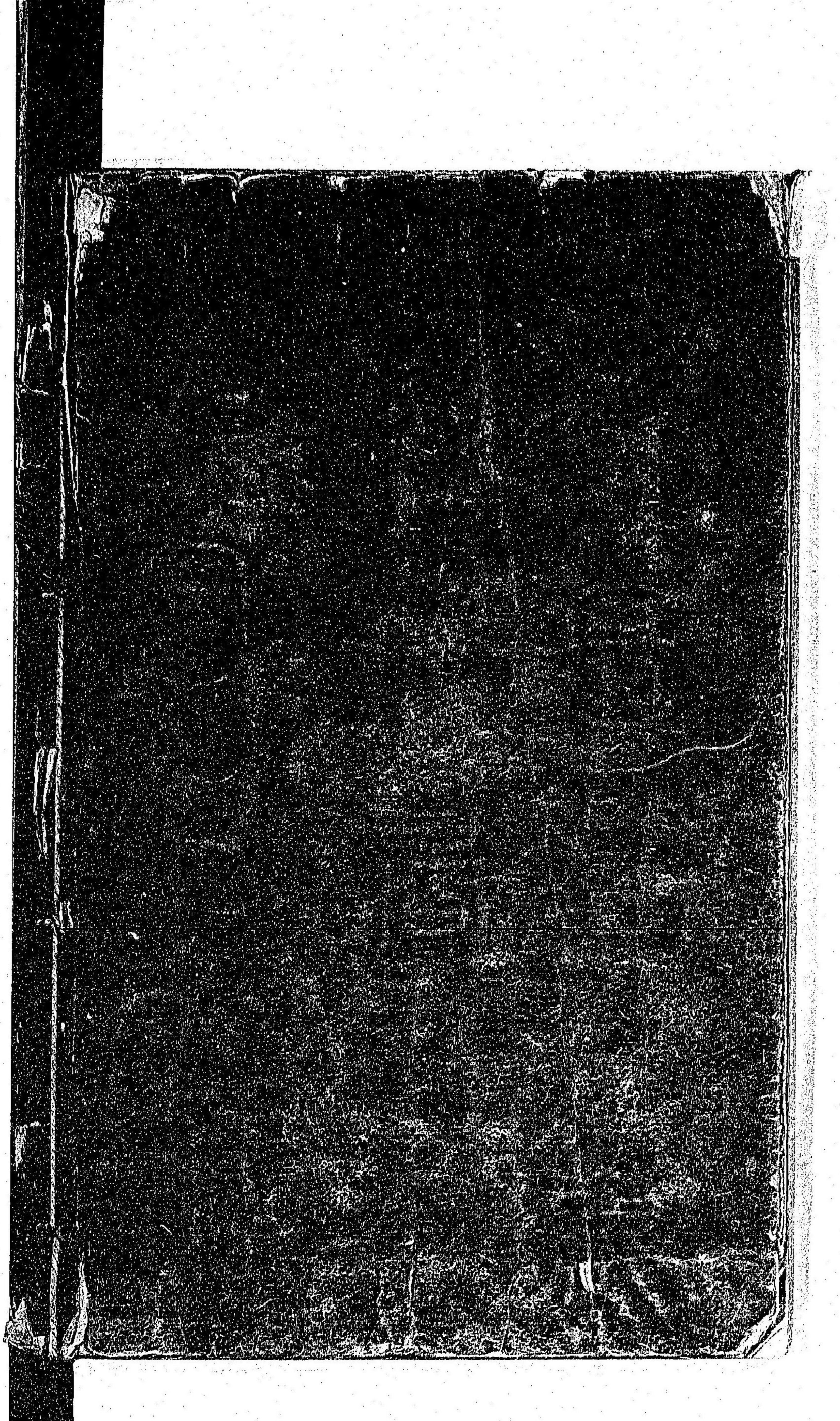
三四 第八八條ニ犯人教唆ニ乘シ其指定シタル以外ノ罪云々ト云フト雖モ教唆者ノ全ク豫期セサル罪ニ係ルトキハ教唆被教唆ノ關係ヲ生セス隨テ全ク其責任ナシ從犯ノ場合モ之ニ準ス

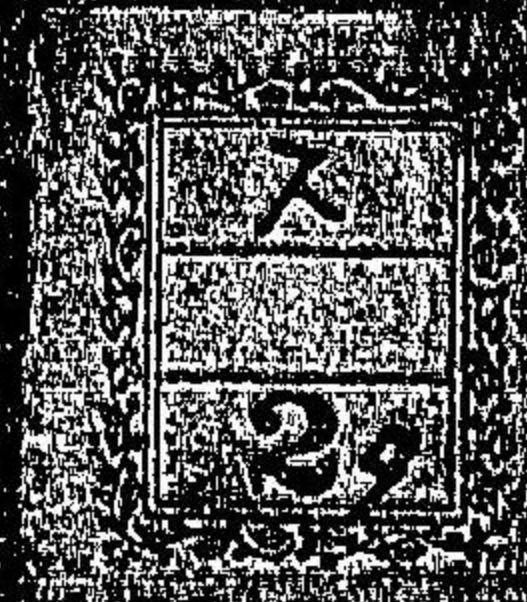
三五 前段ノ原則ノ適用ニ關シ教唆者ノ有スルコトヲ必要トスル認識(豫期豫見ト云フニ同シ)ハ必スシモ確定ノモノタルヲ要セス概括的抽象的ニ教唆シタル者ノ責任亦此原則ニ依テ決定サル

刑法總論 畢

又
29

附註
1/4/20





035724-000-1

ス-2夕

刑法講義 総論

岡田 朝太郎/述

M40?

BBP-0297

