

ヲ以テ再論セサルナリ
 第三項ハ例ハ他人ト思惟シテ殺害セシニ何ソ圖ラン父若クハ母ナ
 リシト云フカ如キ場合ニシテ有形ノ事實ヨリ之ヲ觀レハ其所爲ハ普
 通ノ殺人罪ヨリ重カル可キ犯罪ナリト雖モ其父タリ母タルコトヲ知ラ
 サルヲ以テ普通罪ト同一ノ刑ヲ受ケ其重キニ從ヒテ罰セラルコト無
 シ本項ヲ玩味スル時ハ本項モ亦第二項ト同シク第一項中ニ包含スル
 所ノ者ニシテ別項ヲ設クルノ必要ナキ者ナリ何トナレハ罪ノ重カル
 可キ事實ヲ知ラサル所ハ則チ是レ犯意ナキ所ニシテ犯意ナキ所ハ之
 チ重ク罰ス可ラサルハ本項ノ規定ヲ要セスシテ第一項ニ於テ已ニ知
 ルヲ得可ケレハナリ願フニ本項モ亦一層ノ明了ヲ欲シテ之ヲ規定シ
 タルニ過キス而シテ終ニ蛇足ノ條文タルコトヲ免カレサルナリ
 第四項ハ法律規則ニ於テ罰ス可キ所爲ヲ行ヒ而シテ其法律規則ノ有

リシコトヲ知ラストモ爲メニ犯意ナシト爲ス可カラサルコトヲ規定ス例
 ハハ人ヲ殺シタル者有ランニ法律ニ於テ人ヲ殺スノ所爲ヲ罰スルコ
 有ルヲ知ラスト云ヒテ其罪ヲ免ル、コトヲ得ヌ又東京市街ニ於テ小便
 チ爲ス者アランニ警察法中ニ小便ヲ爲スコトヲ禁スルコト有ルヲ知ラス
 ト云ヒテ違警罪ノ犯人タルヲ免ル、コトヲ得ヌ是レ本項ノ適例ナリ以
 下示ス所ノ例ハ本項ヲ適用ス可キヤ否ヤ
 凡ソ死刑ハ裁判確定スト雖モ直チニ執行スヘカラス檢察官ヨリ司法
 大臣ニ上申シ其命令ヲ得テ然ル後執行スヘキ者ナリ例ハ檢察官此
 等重要ノ法律アルヲ知ラス裁判確定后直チニ死刑ヲ執行シメリトモ
 シ此檢察官ノ處分如何若シ本項ヲ適用スル者トセハ謀殺若クハ少ク
 モ故殺ニ問ハル可シ何トナレハ本項ニ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ト有レハナリ、例ハ茲ニ一湖水アリ

官廳之ニ無數ノ小魚ヲ飼養ス因テ漁魚禁制ノ場ト定ム人アリ其禁制ヲ知ラス網ヲ投シテ魚數十頭ヲ獲タリ此者ノ處分如何若シ本項ヲ適用スレハ是モ亦竊盜罪ト爲サル可カラサルナリ右二例ノ法律上ノ適用ハ果シテ其當ヲ得タルカ一般ニ當ヲ得タリト爲ス者ノ如シ是實ニ大ナル錯誤ニシテ一言ヲ費サ、ル可カラサルナリ

右前例ニ於テ檢察官ハ果シテ人ヲ殺スノ意アリト爲スヘキカ職務ヲ尽スノ意思コソアレ殺人ノ意思ハ之レ無キナリ其死刑ヲ行ヒタルハ職務ヲ尽サントスル意思ノ結果ト云フモ可ナリ其職ニ在リテ法律規則ヲ知ラサルハ實ニ咎ム可シ而シテ此レ官吏懲戒例ニ違背シタリト云ヒ得ルモ謀故殺罪ヲ以テ論ス可カラス何トナレハ殺人罪ヲ構成スヘキ意思アラサレハナリ後例ノ如キ捕魚者ハ法禁ノ有ルヲ知ラサルカ故ニ無主物ヲ獲得シタル積リナリ何ソ竊盜罪ノ構成ニ必要ナル犯

意即チ他人ノ所持内ニ在ル者ヲ奪取シテ人ヲ害シ若クハ已レヲ利スルノ意思アラサルナリ故ニ捕魚者ハ法禁違反ノ罪コソアレ盜罪トハナラサルナリ是ヲ以テ各本條ノ罪ヲ構成スヘキ條件ヲ具備シタルニ於テハ法律規則ヲ知ラスト云フモ其罪ヲ許スヲ無ク之ニ反シテ法律規則ヲ知ラサルニヨリ犯罪構成ノ元素ニ缺クル所ノ者アルハ本項ヲ適用スルノ限リニ在ラスト爲ス其レ此ノ如クナルヲ以テ本項ヲ適用スルニ當リテハ極メテ注意セサル可カラス

法律規則ヲ知サルヲ以テ犯意ナシトスルヲ得サル理由如何或ハ曰ク法律ハ人皆之ヲ知ルト云フ推測アリテ此推測ニハ反對ノ證據ヲ擧クルヲ許サス是レ法律規則ヲ知ラスト云ヒテ犯意ナシトスルヲ得サル所以ナリト予以爲ク此推測タル信ス可キ者ニアラス凡ソ推測ナル者ハ一般ヨリ格段ニ及ハスヲ以テ法則ト爲ス故ニ或者ノ擧ケタル

推測ハ一般ノ人ハ悉ク法律規則ヲ知ルニ因リ格段ノ人モ亦之ヲ知ラサル可カラスト云フ結論ヲ生ス然レモ果シテ一般ノ人ハ法律ヲ知ルヲ以テ普通ノ状態ト爲スカ法律ハ解シ難ク知リ易カラサル者ナリ夫ノ刑法、民法特ニ行政法ノ如キハ常ニ法律ヲ講スル者若クハ常ニ法律ヲ適用スル者猶ホ最モ明瞭ナルヲ能ハスシテ困難ヲ極ムル者アルニ非スヤ何ソ一般ノ人悉ク之ヲ知ルノ理アル可ケンヤ強テ夫ノ推測ヲ適用セントスレハ則チ下ノ如キ結果ヲ生ス、曰ク汝罪ヲ犯シ、法律ヲ知ラスト云ヒテ其刑ヲ免レントスルモ、一般ノ人ハ法律ヲ知ラサルヲ常トス、故ニ汝ハ法律ヲ知リテ犯シタル者ナル可シト何ソ奇怪ノ論理ナルヤ或者ノ説ノ不當ナル以テ觀ル可キナリ、予ノ思考スル所ニテハ凡ソ殺人罪、放火罪、竊盜罪等普通ノ犯罪ハ白痴瘋癲ニ非サルヨリハ吾人ノ良心ニ於テ犯スヘカラサル者ナルヲ知ル吾人ノ良心既ニ其犯ス

可カラサルヲ知ル時ハ成文ヲ設クルノ要ナシ而シテ尙ホ之レカ成文ヲ設クルハ裁判官ノ專横ヲ防キ、吾人ノ自由ヲ保護センカ爲メナリ普通ノ犯罪ノ犯スヘカラサルヲ何人モ之ヲ知ル、知リツ、犯ス、故ニ知ラスト云フモ無罪タルヲ得サルナリ然レトモ行政規則若クハ違警罪ニ干スル規則ノ如キハ全ク一般人民ノ知リ難キ者ニ屬ス而モ犯罪者ヲシテ其規則ヲ知ラスト云ヒテ無罪タルヲ得サラシムルハ公益ヲ保護スルカ爲メナリ蓋シ此等ノ法律ヲ頒布スト雖モ之ヲ知ラスト云フヲ許容シテ悉ク罪ヲ問ハサル時ハ此等法律規則ハ將サニ執行力ヲ有スルノ時期ナカラントス執行力無キノ法律之ヲ徒法ト曰フ、以上ハ則チ第四項ノ規定アル所以ナリトス

諸君ヨ、茲ニ甚タ困難ナル一問題アリ第七十七條ノ下ニ於テ之ヲ研究スルヲ至當ノ順序トス因リテ以下之ヲ研究シ以テ本條ノ講ヲ終ラン

徴兵適齡届、出産若クハ死亡届等諸種ノ届書ヲ所轄役所ニ届ケサル者、印紙貼用規則ニ違反シタル者、又ハ木石等ヲ道路ニ堆積シテ標識ノ點燈ヲ怠リタル者等ハ無意ナルモ有意ナルモ無意犯トシテ罰セラル。所ノ犯罪ナルトハ諸君ノ既ニ知ル所ナリ而シテ茲ニ困難ナル一個ノ問題ヲ惹起ス例ヘハ徴兵適齡届ヲ代人ニ依頼シテ爲サシメシニ代人怠リテ届出テサル時ハ代人ノ過失ハ委任者之ニ任スト云フ原則ニヨリテ委任者其刑罰ヲ受ク可キ者ナルカ、出産届ヲ爲サント欲シテ家ヲ出テシニ途上洪水ニ遇ヒ川支ノ爲メニ届出期日ニ後レタル時ハ罪トナルカ、木石ヲ途上ニ堆積シタルヲ以テ標識ノ點燈ヲ爲サントスルニ方リ突然拘引セラレテ點燈スルヲ能ハサリシ時ハ罪ト爲ルカ、以上ノ場合ハ本、行フヘキヲ行ハサルニ非スシテ行フヲ能ハスシテ行ハサル者ナレハ吾人ハ感覺上之ヲ罰シ得ル者トナサス唯吾人ノ感覺上之ヲ

罰スルヲ欲セサルノミナラス法理上ヨリ之ヲ論スルモ亦無罪ナル可シ今我刑法上ヨリシテ之ヲ無罪トスルニハ如何ナル條文ヲ適用スヘキカ此点ハ即チ疑問ノ存スル所ナリ。本條第一項ニ罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セスト有リ右ノ場合ハ或事情カ障礙ヲ爲シタルカ爲メニ此ニ及ヒタルモノナルヲ以テ罪ヲ犯スノ意ナキハ實ニ明カナルニ因リ第一項ヲ適用スヘシト云ヒ得ルカ如シ然レトモ是レ深ク考ヘサルノ致ス所ナリ何トナレハ右ノ場合ハ無意犯ノ性質ヲ有スルカ故ニ罪ヲ犯スノ意ナキモ尙ホ罰スル所ノ者ナレハナリ、第七十五條ヲ適用シ爲不爲ヲ決定スル自由意思ヲ虧缺シタリト爲シテ無罪ト爲サンカ該條第一項ハ他人ヨリシテ抗拒スヘカラサル強制ヲ受ケタル場合ナルニ右ノ場合ハ他人カ自由ヲ虧缺スヘキ強制ヲ加ヘタル者ト想像スルヲ得ス又川支ハ天災ナレハ第二

項ヲ適用シ得ルカ如ク見ユルモ川支ニ逢ヒタリトテ本項ノ想像シタ
 ルカ如キ九死一生ノ場合ニ陥リタルニアラサレハ適用スルヲ得ス且
 ツ第二項ハ自己若クハ親屬ノ身軀ヲ救護スル場合ナラサルヘカテサ
 ルヲ以テ右ノ各場合ノ如キハ本項ヲ適用スルヲ得サルナリ第七十
 八條ニヨリ知覺精神ヲ喪失シタルノ理由ヲ以テ無罪ト爲ス可キヤ病
 ヲ發シ人事ヲ辨セサル場合ノ如キハ或ハ知覺精神ヲ喪失シタリト謂
 ヒ得サルニ非サレバ洪水又ハ拘引ノ場合ノ如キハ之ヲ適用スヘカラ
 ス右ノ場合ハ無罪ノ所爲タルニハ相違ナケレバ此ノ如ク何レノ條文
 ヲ適用スヘキカヲ知ルヲ得ス乃チ我刑法ニ於テハ直チニ無罪トス
 ルヲ得ス按スルニ第七十七條第一項但書ハ無意犯ヲ罰スル場合ヲ
 想像シ其犯罪ハ凡テ之ヲ法律規則ニ規定シテ總則中ニ置カス故ニ刑
 法ニ正條アル過失殺傷罪失火罪ノ如キハ其條ニ依リテ之ヲ罰スヘシ

刑法ニ正條ナシ他ノ法律規則ニ正條アル者ハ其條ニ依リテ之ヲ罰ス
 可シ右ノ場合ハ他ノ法律規則ニ讓ラレタル場合ニ屬スルヲ以テ其無
 罪有罪ハ之ヲ他ノ法律規則ニ探求セサル可カラス而シテ其法律規則
 ニ背キタル罪ヲ構成スル元素ヲ虧缺スレハ始メテ無罪ト爲ス夫レ此
 等無意犯罪ヲ規定スル法律規則ハ懈怠ヲ以テ犯罪成立ノ一元素ト爲
 ス是レ固ヨリ明文ヲ以テ之ヲ掲ケスト雖モ然レトモ懈怠即チ不注意
 ニテ爲ス可キヲ爲サハル場合ヲ罰スル者ナルヲハ實ニ明白ナリトス
 今右ノ場合ハ懈怠ト云フ一元素ヲ虧缺スルヲ以テ之ヲ無罪ト爲ス然
 レモ茲ニ注意スヘキ者アリ他ノ法律規則ニ於テハ獨リ懈怠ヲ罰スル
 ノミナラス單ニ規則ノ不遵守ノミヲ罰スルヲ有リ此場合ニハ懈怠ナ
 キヲ證明スルト雖モ罪トナル夫ノ印紙貼用規則違反罪ノ如キハ即
 チ是ナリトス蓋シ法律已ニ其貼用ヲ命シタル上ハ假令實ニ其規則ヲ

知ラストスルモ規則ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ免カル、ヲ得サルハ本條
第四項ノ明言スル所ナレハ印紙貼用規則違反者ハ懈怠ナシト證明ス
ルモ何等ノ益モ無シトス

之ヲ要スルニ前ニ掲ケタル數個ノ場合ハ刑法總則中ヨリ脫離シタル
者即チ第七十七條第一項但書ニヨリテ全ク他ノ法律規則ニ讓ラレタ
ル者ニ屬スルヲ以テ其法律規則ニ關スル罪ノ有無ヲ決スルニハ其法
律規則ノ各條ノ罪ヲ構成スル元素ヲ求メサル可カラス而シテ其元素
ノ普通ナル者ハ懈怠ナリ前ニ掲ケタル數個ノ場合ニ於テ印紙貼用規
則違反者ヲ除クノ外ハ懈怠ナキヲ以テ無罪トナルナリ

第七十八條 罪ヲ犯ス時知覺精神ノ喪失ニ因テ是非ヲ辨別セ
サル者ハ其罪ヲ論セス

予屢述ヘタルカ如ク是非ヲ辨別スル所ノ知覺ハ犯罪ノ責任ヲ構成ス

ルニ必要ナル一物件タリ本條ハ即チ智識ノ元素ヲ虧缺シタルカ爲メ
之ヲ不論罪ト爲スナリ然リ而シテ智識ナキ場合ハ自由意思ハ虧缺ス
ル者ト知ル可シ本條ノ是非ヲ辨別セサル云々ノ文辭ハ特ニ挿入セス
シテ可ナリ何トナレハ知覺精神ヲ喪失シタル者ノ是非ヲ辨別セサル
トハ固ヨリ論テ俟タサレハナリ

吾人ノ知覺精神ハ如何ナル場合ニ喪失スルカ此レ法律ニ規定セサル
所ニシテ一ニ裁判醫學上ニ於テ之ヲ定ムル者トス蓋シ吾人ノ知覺精
神ヲ喪失スル原因ハ一ニシテ足ラス其喪失ノ狀態モ亦甚タ多シ通常
醫學上ニ稱フル所ノ者ハ曰ク白痴曰ク癲瘋曰ク「マニ」ノ三者是ナリ
白痴トハ天性全ク精神上ノ能力無キ者ヲ謂フ癲瘋トハ生來精神上ノ
能力ヲ有スレハ劇病其他ノ原因ニヨリテ能力ノ衰替シタル者ヲ謂ヒ
「マニ」狂癡ト譯スル者アリトハ精神上ノ能力カ激動ニ因リテ錯亂シ

タル者ヲ謂フ要スルニ「マコー」ハ一事件ニ偏シテ狂スル者ナリ此三個ノ場合ハ一般ニ人ノ認ムル處ナリ此外尙ホ諸種ノ原因ニヨリテ知覺精神ヲ喪失スルコト有リ懷胎ハ精神上ノ能力ヲ錯亂セシムルコト有リ或ハ神經病ノ如キ或ハ夫ノ「ソナンピリユスム」即チ睡中行爲病ノ如キ有リ此等ハ裁判醫學者ノ研究スヘキ所ニシテ法律ノ適用上ニ於テハ其喪失ノ原因ヲ討究スルノ要ナク唯犯罪ノ當時其責任ヲ構成スヘキ智識有リヤ否ヤ自由有リヤ否ヤヲ討究スレハ則チ足レリト又立法者ノ法ヲ立ツルモ亦甚々簡單ニシテ其各場合ヲ列擧スルヲ要セス然ラハ則チ此ニ喪失ノ原因ニ關シテ詳述スルヲ須ササルナリ

前項理論トシテハ此ノ如ク論決シテ復々困難ヲ看ス然レモ實際ニ於テハ間、智識ノ有無存否ヲ知ルニ甚々困難ナルコト有リ充分智識ヲ具備スルト雖モ智覺精神ヲ喪失シタルカ如キ爲チシテ巧ニ法網ヲ脱カレ

ント欲スル者アルヘク智識不充分ナルニ猶ホ完全ナル智識ヲ具備スルカ如キ外觀ヲ爲ス者モアル可シ之ヲ監査シ判定スルニ當リテ錯誤ヲ來スコトハ稀有ノ事ト謂フヘカラス裁判官タル者謹慎ヲ加ヘスンハアル可カサルナリ

本條ハ以上説ク所ニ據レハ甚々簡單ナルカ如シ然レトモ此ニ一ノ説明スヘキ問題アリ曰ク醉狂者ノ罪ト爲ル可キ事ヲ行ヒタル時ハ本條ヲ適用スヘキヤ否ヤ惟フニ「アルコール」質ノ爲メニ知覺精神ヲ喪失スルコト有リトハ醫學者ノ既ニ證明スル所ナレハ直チニ本條ヲ適用シ得ラル、カ如シト雖モ醉狂者ノ知覺ノ喪失ハ夫ノ白痴瘋癲等ト趣チ異ニシ彼ハ其原因ノ自然ヨリ來リ此ハ通常自ラ飲酒シテ醉狂シタル者ナルカ故ニ本條ヲ適用シテ無罪ナリトスルニ付テハ議論ナキ能ハス左ニ一般學者ノ唱フル所ノ説ヲ掲グ可シ

第一、自己ノ過失若クハ好意ニアラスシテ醉狂シ爲メニ知覺精神ヲ喪失シタル者罪ト爲ルヘキ事ヲ行ヒタル時ハ無罪ナリトス

第二、自ラ好ミテ飲酒シ爲メニ知覺精神ヲ喪失シテ罪ト爲ル可キ事ヲ行ヒタル時ハ此レ酒ヲ飲ムハ狂亂スト云フコト豫知シタル者ナレハ之ヲ無罪ト爲スハ不都合ナルカ如シ實ニ酒ヲ飲ムノ所爲ハ之ヲ罰セント欲セハ則チ罰スルヲ得サルニ非ス然レモ知覺精神ノ喪失ハ犯罪ノ責任ヲ欠クニ至リテハ何レノ場合ニ於テモ同一ナレハ知覺精神喪失ノ原因ノ飲酒ニ在リト雖モ而モ之ヲ無罪ト爲スニ於テ何レノ不可ナル所アラシヤ

第三、當初ヨリ罪ヲ犯サント欲シ氣力ヲ買フカ爲メニ故サラニ酒ヲ飲ミテ醉狂シタル後罪トナル可キ事ヲ行ヒタル時ハ酒ハ是レ犯罪ノ用ニ供セラレタル者若クハ犯罪ノ器械トナリタル者ナレハ純粹

ナル有罪ナリトス

以上ノ學說ハ當ヲ得タリヤ否ヤ第一、第二ノ場合ニ關スル說ハ當ヲ得タリト爲ス第三說ニ至リテハ則チ異議ナキト能ハス罪ヲ犯サンカ爲メニ故サラニ飲酒シタルノ所爲ハ甚ダ悪ム可シト雖モ現ニ罪トナル可キ事ヲ爲シタル時ハ知覺精神ヲ喪失シタルナリ知覺精神ヲ喪失シタル時ニ爲シタル事ニ付キテハ何ソ當初ノ意思ノ如何ヲ問フヲ要セシヤ蓋シ當初ノ犯意ハ未タ有形ニ表ハレサルニ早已ニ知覺精神ノ喪失者トナリタル者ナレハ其所爲ノ如何ニ拘ラス刑事上無責任ノ人ナリトス其當初ノ犯意ニ因リテ之ヲ罰セントスルハ法律ハ内部ノ意思ヲ罰スヘカラスト云フ原則ニ違背スト謂ハサル可カラス然リト雖モ當初ノ意思永ク聯續シテ犯罪ノ結果ヲ生タタル時ハ是レ知覺精神ノ喪失ト謂フ可カラス則チ第三ニ想像シタル場合中ニ包含セラレサル

ナリ第三ノ場合ニ包含セシメンニハ現ニ手ヲ下ス時知覺精神ノ喪失シタルヲ要ス以上ハ學說トシテハ此ノ如ク困難ナルカ如キモ實際ニ於テハ敢テ困難ナシトス

第七十九條 罪ヲ犯ス時十二歳ニ滿サル者ハ其罪ヲ論セス但滿八歳以上ノ者ハ情狀ニ因リ滿十六歳ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルヲ得

本條以下三ヶ條ハ幼者カ罪ト爲ル可キ事ヲ行ヒタル時ハ之ヲ如何ニ處分スルカト云フコトヲ規定ス
凡ソ人間心意ノ能力ハ天賦ニ屬スト曰フト雖モ抑亦外界ノ事物ニ接觸シ若シハ教育ノ陶冶ニ感受セラレテ愈々益々發達シ完美スル所ノ者ニアラサルハ莫シ而シテ其外界ノ事物ニ接觸シテ諸能力ノ發達スルニハ一時ノ能シ得可キ者ナラスシテ最モ永キ日月ヲ要シ一步一步

二十九

二十九

ニ其量ヲ増加スルモノナリ夫ノ是非善惡ヲ識別スルノ能力即チ智識ノ如キハ啓發ノ時期最モ遅ク極メテ幼年ノ時ニハ其有無ヲ辨知シ難ク僅ニ萌芽ヲ腦裡ニ存スルノミ其外界ノ事物ニ接觸スルヲ愈々多ク日月ヲ經過スルヲ益々長キ間ニ一步一步ノ順序ヲ以テ啓發増進スルコトハ諸能力ト同一ナリトス是レ人ノ智識ノ進歩ハ年齢ト併行スト云フ原則ヲ生出シタル所以ナリ此原則タル實ニ疑フ可カラサル者ナルヲ以テ刑法ニ於テモ亦之ヲ採用シ刑事上ノ責任ヲ定ムルノ一基礎トナス

人ノ幼稚ナルヤ多少ノ智識アルモ是非善惡ヲ區別スルノ智識未タ發達セサルヲ以テ從ヒテ刑事ノ責任ヲ負ハシムヘカラス其爲シタル事ノ如何ニ拘ラス之ヲ無罪トセサル可カラス年齢漸ク長シテ智識稍々發達スルニ至リテモ猶ホ未タ是非善惡ヲ區別スルノ智識充全ナラサ

ル間ハ刑事上ノ責任アリトハイニ充全ヲ以テ之ヲ責ムルヲ得ス從ヒテ其發達ノ度ニ應シテ刑ヲ減輕セサル可カラサルナリ其然リ而シテ其智識發達ノ度ヲ査定スルハ何人ナルヤ裁判官カ將タ立法者カ裁判官ニ一任ス可シト論スル者曰ク智識ノ有無達否ハ各人同一ナラス故ニ裁判官タル者國俗氣候及ヒ其人ノ性質教育ヲ參考シテ之ヲ査定スル時ハ誤謬ニ陥ルコトナカル可シト立法者ニ一任ス可シト論スル者曰ク一般ヨリシテ之ヲ査定シ得サルコアラス故ニ立法者ハ一般ノ推測ヲ爲シ裁判官ニ專任シ之ヲシテ過大ノ權力ヲ得セシム可カラスト蓋シ立法者カ國俗氣候及ヒ其國教育ノ度又ハ人智發達ノ自然ノ原則等ニ率由シテ年齡ノ限界ヲ定メテ之ヲ法文ニ規定シ加フルニ裁判官ヲシテ多少其間ニ斟酌スルコトヲ得セシムル時ハ實ニ簡便ノ良法ト謂ハサル可カラス此良法タル我立法者ノ採用シタル所ニシテ本條以下三

條ノ設定アリシ所以ナリ

我立法者ハ年齡ニ應シテ人間ノ一生ヲ四期ニ區分シ以テ智識開達ノ順序ニ隨ヒテ責任ノ有無多少ヲ示セリ

第一期 十二歳以下(第七十九條)

第二期 十二歳以上十六歳以下(第八十條)

第三期 十六歳以上二十歳以下(第八十一條)

第四期 二十歳以上

本條ハ第一期ノ場合ヲ規定シタルモノニシテ此期內ノ幼者罪ト爲ル可キ事ヲ爲スト雖モ無罪ナリトス其理由ハ既ニ述ヘタルカ如ク我立法者ハ十二歳以下ノ幼者ハ是非善惡ヲ辨別スヘキ智識ナク從ヒテ犯罪ノ責任ナキ者ト推測シタルナリ是ヲ以テ此期內ハ事ノ甚タ重大ナリト雖モ裁判官ニ於テ智識アリテ爲シタリト認定シタリト雖モ共ニ

無罪ナリトス其十二歳以下ニ劃定シタルハ我國ノ教育、風俗、氣候等ノ程度ニ照準シテ然ル者ナリ

本條但書ニ滿八歳以上ノ者ハ情狀ニ因リ滿十六歳ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルヲ得ト規定セリ其理由如何予ノ前段ニ明言シタルカ如ク此期內ノ所爲ハ如何ナル場合ト雖モ無罪ナルニモ拘ラス、本條但書ニ於テ忽チ例外ヲ設ケタルハ實ニ奇怪ナルカ如シ然レモ此レ眞ノ例外ニアラス此場合ニ限リテ有罪ナリト云フニハ非ス懲治場ニ入ル、ハ刑ヲ科シタルニハ非スシテ不良ノ幼者ヲ懲戒シ治化セシメンカ爲メナリ請フ詳カニ之ヲ辨セン夫レ滿八歳以上ノ幼者ノ罪ト爲ル可キ事ヲ行フハ或ハ父母ノ監督ヲ怠リタルニ由リ或ハ全ク父母ノ監督無キノ致ス所ナレハ其所爲ハ刑法ハ之ヲ罰セスト雖モ然レトモ放任シテ願ミザルルハ終ニ放縱蕩逸ノ行ヲ爲スヘク而シテ其極或

三十二

十七

ハ再ヒ罪トナル可キ事ヲ行ハサレハ則チ止マス社會ノ危險小少ニ非サルナリ是ヲ以テ社會ハ自ラ其危險ヲ豫防センカ爲メニ情狀ニ因リ懲治場ニ入ル、ノ必要アリトス或ハ曰ク幼者ハ如何ナル事ヲ爲スモ無罪ナリ無罪人ヲ懲治場ニ入ル、ハ專横ニシテ社會ハ此等ノ權利ヲ有セスト是レ敢テ然ルニアラス幼者ト雖モ亦社會ノ一分子ナリ其父母ノ監督ヲ怠リ若クハ其監督無シテ社會ヲ害スルノ人ト爲ラントスルニ當リテハ社會ハ父母ニ代リテ之ヲ懲治矯正セサル可カラス是實ニ社會ノ責務ナリ否權利ナリトス而シテ社會ハ既ニ其權利ヲ行フトハイヘ懲治矯正ノ手段トシテ他四人ト同一ノ場所ニ起臥セシメ、忽チ惡風ニ感染シテ不良ノ徒トナルヲ以テ他四人トハ全ク別居セシメ以テ之ヲ監督懲治セサル可カラス且ツ懲治場內ニ學校ヲ設ケテ之ヲ陶冶薰化スルカ如キハ社會ノ最モ當ニ務ムヘキ所ニシテ至良ノ制

度下謂フ可シ 若シ懲治場ニ留置スルヲ以テ刑ヲ科シタル者ト爲サ
 シカ前ニ述ヘタルカ如ク苦痛ヲ與フルコトヲ勉メスシテ陶冶薰化ヲ基
 トスルハ何ゾヤ且ツ懲治場ニ留置スル年限甚タ長キ点ヨリ之ヲ考察
 スルモ亦刑ヲ加ヘタルニ非ラサルヲ見ル例ヘハ竊盜罪ヲ犯シタル者
 ハ二月以上四年以下ノ刑ニ處スヘキニ八歳以上十二歳以下ノ幼者カ
 竊盜ヲ爲ス時ハ滿十六歳ニ至ルマテ懲治場ニ入ル、ヲ得ルヲ以テ八
 歳ヨリ十六歳ニ至ルマテ八年ノ刑ニ處スト謂ハサル可カラズ智識ノ
 完備セル者ニシテ之ニ料スヘキ刑ハ二月以上四年以下ノ短期ナルニ
 智識ナキ幼者ニ限り八年ノ長キ刑ヲ科スルハ權衡ヲ得ル者ト謂フヘ
 カラズ是ニ知ル懲治場ニ入ル、ハ刑ヲ科スルニアラサルコトヲ而レテ
 刑ヲ科スルニアラサルカ故ニ時間ノ長キヲ厭ハス何トナレハ陶冶薰
 化スルニハ僅々ノ日月ノ能シ得ヘキ所ニアラサレハナリ要スルニ本

十八

十九

條但書ヲ設ケタルハ本條ノ例外ト謂フニ非ス刑ヲ科スルト云ニ非ス
 シテ不良ノ幼者ヲ教育センカ爲メニ出テタル者ト知ルヘシ
 十二歳以下ノ幼者ハ無罪ナリ無罪者ヲ裁判所ニ引致シテ留置ヲ言渡
 スハ司法行政何レノ官權ニ在ルヤ或ハ曰ク行政權之ヲ命スト是レ刑
 法ニ明文ナク又治罪法ニ手續ナキヲ以テ檢察官ハ無罪者ニ對シテ公
 訴ヲ起スノ權有ルコトナク從ヒテ無罪者ヲ裁判所ニ引致スルノ途ナシ
 此レ行政權之ヲ命スト云フ理由ナリ然レモ懲治場留置ノ事タル人ヲ
 束縛シテ數年間獄ニ繋クモノニシテ人ノ權利ニ關スル最モ大ナル者
 ナレハ司法權ノ干渉スヘキ性質ノ者ナリ故ニ夫ノ賭博犯處分規則
 如キ特別法ヲ以テ之ヲ行政權ニ委テタル者ハ格別否ヲカル者ハ行政
 權ハ司法權ノ區域内ニ侵入スヘカラサル者ナリ我刑法佛文草案ニ
 裁判所ニ於テ之ヲ命ストノ語アリ爾后此語ヲ削除シタリト雖モ亦因

ヲテ以テ立法者ノ精神ヲ推知スヘシ是ヲ以テ予ハ一方ニ向ヒテハ此處分ハ必ス裁判所之ヲ命スヘキ者ト論シ一方ニ向ヒテハ治罪法ニ於テ裁判所ニ引致スルノ路ヲ開カレンコトヲ冀望シテ止マサルナリ

第八十條 罪ヲ犯ス時滿十二歳以上十六歳ニ滿タサル者ハ其所爲是非ヲ辨別シタルト否トヲ審案シ辨別ナクシテ犯シタル時ハ其罪ヲ論セス但狀情ニ因リ滿二十歳ニ過キササル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得

若シ辨別アリテ犯シタル時ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ス

本條ハ即チ第二期ノ年齢ニシテ第一期ヨリハ諸能力稍進歩シタリト雖トモ是非ヲ辨別スルノ智識ノ有無未タ判然セス大ニ疑ヒヲ存スル時期ニシテ各人ニ付キ一々之ヲ調査セサル可カラス若シ罪ト爲ル可

二十一

二十一

キ事ヲ行フニ當リ是非ヲ辨別シタルトキハ有罪ニシテ辨別セサルトキハ無罪ナリ其辨別アルヤ否ヤヲ判定スルハ事實裁判官ノ任ナリトス此時期ニ屬スル幼者若シ是非ヲ辨別シタル時ハ其罪度通常ト同一ナリヤ本是レ智識ノ有無判然セサル位ノ幼者ナレハ若シ事實上智識アルコトヲ確認スルモ未タ充全ノ智識ニアラサルヲ以テ犯罪ノ責任輕シト謂ハサル可カラス是レ本條第二項ノ宥恕減輕アル所以ナリトス

本條ニ於テ駁論ヲ生スルハ審案ノ文辭是ナリ本條ニ其所爲是非ヲ辨別シタルト否トヲ審案シ云々ト有リ固ヨリ審案スルニ非サレハ是非ヲ辨別シタルヤ否ヤヲ知ルコト能ハス是レ當然ノ事ニシテ殊ニ本條ノ場合ノミニ挿入スヘキ文辭ト思ハレス若シ本條ニ挿入スルノ必要アラハ第七十五條第七十八條ニモ亦之ヲ挿入セサルヘカラス何トナシ

ハ審案セザレハ爲不爲ヲ決定スル自由アリヤ否ヤ知覺精神ヲ喪失セ
 シヤ否ヤヲ知ルヲ能ハサレハナリ此ノ如ク論スレハ審案ノ文辭ハ實
 ニ蛇足ニ屬スルカ如シト雖是唯文辭ヨリ論シタルニ過キス審案人
 文辭其物ハ甚タ不當ナルニモセヨ本條ニハ特ニ此等ノ文辭ヲ用非ル
 ノ必要アリテ存ス予以爲ク此文辭ニ換フルニ判決ノ文辭ヲ以テセハ
 特ニ至當ナリト佛文章按ニハ明ニ判決ノ文辭ヲ用非タリ予ハ判決ノ
 文辭ヲ本條ニ挿入スルノ必要ナルヲ述ヘン既ニ前ニ述ヘシ如ク第二
 期ノ年齢ニ在リテハ是非ヲ辨別スルノ智識有リヤ否ヤ未タ判然セザ
 ル時期ナレハ其罪ノ有無ヲ定ムル以前ニ智識有リヤ否ヤヲ判決セザ
 ル可カラス己ニ智識アリトノ判決アリト雖モ罪ノ有無未タ判然セス
 更ニ之ヲ審判セサル可カラス要スルニ此時期ニ於テハ二段ノ判決ヲ
 要ス之ニ反シテ夫ノ第七十五條第七十八條ノ場合ノ如キハ普通ノ人

二百二

二百三

ハ智識ヲモ有シ自由ヲモ有スト云フ一般ノ推測アルニヨリ智識ナク
 若クハ自由ナケレハ無罪トナリ智識アリ若クハ自由アレハ有罪トナ
 リテ一段ノ判決ニテ罪ノ有無ヲ決スヘキ者トス且ツ第七十九條ノ幼
 者ニ至リテハ罪ノ有無ヲ審判スルヲ要セズ直チニ無罪ト判決スヘキ
 者ナリ此ノ如ク第八十條ノ場合ハ必ス二段ノ判決ヲ要スルヲ以テ特
 ニ判決ノ文辭ヲ挿入セサル可カラサルナリ以上ハ立法上ノ論ナレモ
 實際ニ於テモ亦必要ナラサルニ非ス凡ソ罪ヲ斷スルニ當リ智識ナキ
 時ハ其宣告文ニ智識ナキヲ明言セサル可カラズ若シ智識アルノ場
 合ハ別ニ智識有ルヲ明言スヘキ者ニアラス本條ノ幼者ノ罪ヲ斷ス
 ルニ當リテハ其智識ノ有無ヲ明言セサル可カラズ若シ之ヲ明言セザ
 ル時ハ大審院ノ破毀スル所トナルヘシ
 本條ニ所謂是非ヲ辨別スルトハ一般ノ事物ニ付キ其是非ヲ辨別スル

必要スルカ或ハ一事件ニ付キ其是非ヲ辨別スルヲ以テ足レルカ本條
 ノ精神ハ一般ノ事物ニ付キテ智識ノ有無ヲ問フヲ要セスシテ特ニ其
 行ヒタル事件ニ付キテ智識ノ有無ヲ査定スルヲ要スルナリ
 第八十一條 罪ヲ犯ス時滿十六歳以上二十歳ニ滿サル者ハ其罪
 本條ハ即チ第三期ノ年齢ヲ規定シタル者ニシテ人間此時期ニ達スレ
 ハ是非ヲ辨別スル所ノ智識一層進歩シタル者ナレハ其所爲ニ付キテ
 責任ヲ有ス但シ此時期ト雖モ未タ以テ充全ノ智識有リトハ謂フ可
 ラス從ツテ犯罪ノ責任モ亦普通人ヨリハ輕小ナラサル可カラズ本刑
 ニ一等ノ減スルハ之レカ爲メナリ
 年齢ノ第四期即チ滿二十歳以上ハ全ク智識ヲ具備スルヲ以テ罪ト爲
 ル可キ事ヲ爲スルハ智識ノ不充分ナル点ヨリシテ輕減セラルルヲ無

二十四

二十五

シ是レ一般ノ場合ニシテ立法者カ罪ト刑トヲ定ムルニ付キ基本ト爲
 シタル所ノ者ナリ
 第八十二條 瘖啞者罪ヲ犯シタル時ハ其罪ヲ論セス但情狀ニ
 因リ五年ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルヲ得
 瘖啞者トハ聲啞ヲ兼スル者ヲ謂フ此者カ罪ト爲ル可キ事ヲ行ヒタル
 時之ヲ無罪ト爲スハ耳聞クヲ能ハス口言フヲ能ハサレハ教育ヲ受ク
 ルニ由シ無シ從ヒテ是非ヲ辨別スルノ智識ナク從ヒテ犯罪ノ責任ヲ
 キカ爲メナリ
 瘖啞者ハ是非ヲ辨別スルノ智識ナキヲ以テ犯罪ノ責任ナシトセハ第
 七十八條罪ヲ犯ス時知覺精神ノ喪失ニ因テ云々ト云フ條文ト抵觸ス
 ルカ如キ感覺有リト雖モ是レ敢テ抵觸スル者ニ非ス諸君ノ既ニ知ル
 如ク第七十八條ハ罪ヲ犯ス時ニ其罪トナル特定ノ事件ニ付キテ智識ナ

特ノミヲ以テ無罪トナリ得ルカ故ニ無罪ヲ申立ツルニハ犯罪ノ時ニ
 特定ノ事件ニ付キ智識ナキヲ証明セサル可カラス萬一其時其事件
 ニ付キ智識ノ有リシト云フ反證ヲ舉ケラル、時ハ有罪ナリ之ニ反シ
 テ本條ノ瘖啞者ニ付キテハ法律ハ一般ニ智識ナキ者ト推測スルヲ猶
 ホ十二歳以下ノ幼者ニ於ケルカ如シ因テ無罪ヲ申立ツルニハ瘖啞者
 ナルヲノミヲ證明スレハ足レリ罪ヲ犯ス時ニ其特定ノ事件ニ付キ智
 識アリト云フ反證明ヲ舉ケラル、トモ有罪トナルヲ無シ此レ其異ナ
 ル所トス是ヲ以テ本條ノ第七十八條ニ於ケル關係ハ猶ホ第七十九條
 ノ第八十條第八十一條ニ於ケルト同一ナリトス
 予ハ本條ノ規定ヲ贊成スルヲ能ハス本條ニ於テ一般ニ瘖啞者ヲ無智
 識ノ者ト想像スルハ速了ノ見解タルヲ免カレス瘖啞者ト雖モ亦教育
 スルヲ得サルニ非ス今日ニテハ教育ノ道大ニ進歩シ瘖啞者ヲ教育ス

其ノ方法ヲ工夫シ學校ヲ設ケテ之ヲ教育シタルニ大ニ好成績ヲ表シ
 ズリト云フ夫レ瘖啞者ノ教育スヘキ者ナル時ハ是非ヲ辨別スルノ智
 識ヲ養成シ得ルハ言ヲ待タス是非ヲ辨別スルノ智識アル時ハ犯罪ノ
 責任ナカル可カラス而シテ本條ハ此ノ如キ場合ニテモ猶之ヲ無罪ト
 爲ス是レ其當ヲ得タル者ニ非サルナリ且ツ成年ノ後ニ至リ瘖啞者ト
 ナリシ者ノ如キハ充分ニ是非ヲ辨別スルノ智識アルハ明了ナルニ本
 條ニ依リテ此場合ニテモ猶ホ無罪トセサル可カラス草按ハ此ニ見ル
 所アリテ生來又ハ幼稚ノ時ヨリ瘖啞ノ者云々ト明言シタリシカ現行
 刑法ハ之ヲ削除シタリ其意ニ以爲シ瘖啞ハ成年后ニ起ル者ニ非ス幼
 年又ハ生來聾スルヨリシテ終ニ口言フヲ能ハサルニ至ル者ニシテ瘖
 啞相密着シテ離ル可キモノニアラスト多クノ場合ハ此ノ如シト雖モ
 成年後ニ至リ如何ナル事情ノ爲メニ或ハ聾シ或ハ啞スルヲ莫キヲ保

大可カラス且ツ草按ノ如ク明ニ生來又ハ幼稚ノ時ヨリ瘖啞ノ者ト規定スルモ猶ホ未ク完全ナラス何トナレハ生來又ハ幼稚ヨリノ瘖啞者ト雖モ亦之ヲ數育シ得ルト前ニ述ヘタルカ如クナレハナリ嗚呼立法者ノ職タル實ニ至困ナリト謂ハサル可カラス今日ノ是ハ忽チ明日ニ非ト變シ現時大ニ眞理ニ適合スル者ト爲スモ將來排斥セラレ、ニ至ルハ學問界ノ常態トス立法者此間ニ處シ現時ニ適シ將來ニ合シタル萬古不拔ノ法律ヲ立ツルハ爲シ得サルノ事ナリトス實ニ法律ナル者ト時ニ隨ヒ勢ニ應シテ多少ノ變更ヲ爲サ、ル可カラサル者ナリ本條ノ如キモ亦改正ヲ要スルノ一條ナリトス

本條ノ規定ヲ維持スル者曰ク瘖啞者ハ辯護スルヲ能ハス故ニ無罪トナド、此說ハ刑法編纂ノ當時ニモ起リタル者ナリト聞ク瘖啞者必スモ辯護スルヲ得サルニ非ス若シ辯護スルヲ得タル時ハ如何抑モ被告

二十八

二十九

入カ辯護スルヲ得ルヤ否ヲ裁判官カ審理スルヲ得ルヤ否ヤハ一ニ證據上ノ問題ナリ辯護審理ノ困難ナルトト無罪ナルトトハ全ク別個ノ問題ナリ是ヲ以テ刑法上ニ於テハ唯被告人辯護スルヲ能ハス裁判官カ審理スルヲ能ハサルハ其理由ヲ以テ放免不可キノミ

第八十三條 違警罪ハ滿十六歲以上二十歲ニ滿サル者ト雖モ其罪ヲ宥恕スルヲ得ス

滿十二歲以上十六歲ニ滿サル者ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス十二歲ニ滿サル者及ヒ瘖啞者ハ其罪ヲ論セス

本條ハ幼者カ違警罪ト爲ル可キ事ヲ行ヒタル時ノ處分ヲ規定ス本條ニ據ルニ單ニ十二歲以下ノ幼者ノミ無罪ニシテ十二歲以上十六歲以下ニテ實際是非ヲ辨別セサル者ニテモ無罪ニアラスシテ唯宥恕セラレ、ノミ十六歲以上二十歲以下ノ者ニ至リテハ全ク宥恕セラレ、

無シ此点ハ第八十條、第八十一條ト異ル所ナリ此差違ハ他ニ理由ノ存
スル有ルニ非ス唯違警罪ハ多ク無意犯ニシテ有意無意ノ所爲ヲ分
スシテ罰スル所ノ者ナレハ必スシモ重輕罪ト爲ル可キ事ヲ行ヒタル
場合ト同一ニスルヲ要セサルニ由ルノミ

第八十四條 此節ニ記載スルノ外特別ノ不論罪、宥恕減輕ハ各
本條ニ於テ之ヲ記載ス

本節ニ記載スル不論罪及ヒ宥恕減輕ノ事ハ既ニ講了セリ尙ホ本節ノ
外ニ特別ノ不論罪及ヒ宥恕減輕アリ悉ク第二編以下各本條ニ規定ス
ル所ノ者ナリ特別不論罪ニ付キテハ第三百十四條、第三百十五條特別
宥恕減輕ニ付キテハ第三百九條乃至第三百十二條及ヒ第三百十六條
是ナリ又第五百十三條親屬ノ容隱、第三百七十七條親屬ノ竊取ハ全ク
刑ヲ科セサル者ニシテ其跡不論罪ニ類似スレモ是レ學問上ノ所謂宥

第二節 自首減輕

恕全免ト稱スル者ニシテ宥恕減輕ト同性質ノ者ナリトス
自首減輕ハ罪ヲ犯シタル者自ラ其罪ヲ犯シタルヲ首出スルニヨリ
テ刑ヲ減輕スル所ノ制度ナルカ故ニ前節ニ見シ所ノ宥恕減輕ト規定
ノ精神ヲ同フスルカ如シト雖モ大ニ異ル所ノ者アリ前節ノ宥恕減輕
若クハ各本條ノ特別宥恕減輕ハ道理上當サニ減輕スヘキ者ニシテ其
減輕ノ原由犯罪ノ前若クハ犯罪ト同時ニ生シタル者ナリ之ニ反シテ
自首減輕ハ道理上當サニ減輕スヘキ者ナラス何トナレハ減輕ノ原由
犯罪ノ後ニ生シテ犯罪ノ成立ニ關係スル所ノ者ナケレハナリ予曾テ
言フ我刑法ノ宥恕減輕ノ文辭ハ罪アレモ特ニ之ヲ宥シテ刑ヲ減輕ス
ト云フニ解シ得タルヲ以テ妥當ヲ缺クノ文辭ナリト自首減輕ハ恰
モ是レ罪アレモ宥シテ刑ヲ減輕スル所ノ者ナレハ夫ノ宥恕ノ文辭ハ

實ニ此場合ニ適當スト謂フ可シ草接ハ自首減輕ヲ前節中ニ編入シタ
 リ是レ草接ハ前節ノ減輕ヲ以テ宥恕スル者ト解シテ法律上ノ宥恕ト
 表題ヲ與ヘタルニ因リテ一節中ニ編纂シタルナリ
 自首減輕ノ制度ハ獨リ現行刑法ニ於テ之ヲ制定シタルニ非スシテ舊
 法ニ於テ既ニ之ヲ認メテ獨リ減輕ノミナラス刑ヲ全免スルコト有リ而
 シテ此制度ノ起源ヲ討ヌレハ遠ク明清律ニ基ク所ノ者ニシテ佛國ハ
 如キハ万已ム可ラサル場合ニ限リテ之ヲ用キ我刑法ノ如ク之ヲ總則
 中ニ置キテ一般ニ適用スルモノナシ實ニ我刑法ハ自首減輕ニ付キテ
 ハ全ク歐洲主義ヲ採用セスシテ新ニ一ノ制度ヲ制定シタルモノナリ
 自首減輕ヲ設ケタル理由如何隨意ニ犯罪ヲ自首スルハ其非ヲ悔悟シ
 タルニ非サルナシ是レ法律上自首減輕ヲ設ケタル所以ナリトスト曰
 フ者アリ我舊法ノ如キハ全ク此說ヲ採用シタル者ニシテ法律自ラ悔

悟ノ文辭ヲ表示セリ予以爲ク此說當ヲ得タル者ニ非ス夫レ悔悟ハ格
 段ノ人ニ望ムヘク一般ノ人ニ對シテ望ム可キ者ナラス何トナレハ悔
 悟ヲ甘シテ刑ニ服セント欲スルモノ、如キハ實ニ僅少ニシテ多ク
 雖自首ニ因テ幾分カ刑ノ減輕ヲ得テ苦痛ノ度ヲ僅少セント欲スルニ
 非ズル莫クハナリ悔悟ハ固ヨリ法律ノ希望スル所ナルモ法律上刑
 ヲ減輕スルノ原由トナラス蓋シ人々タヒ罪ヲ犯シタルノ後其非ヲ悔
 ミルト雖モ之レカ爲メニ既往ニ溯リテ罪跡ヲ滅スルモノニ非スシテ
 其罪ハ之ヲ犯シタル時確定スルヲ以テ既ニ確定シタル後ニ至リ如何
 ニ悔悟スルモ爲メニ影響ヲ及ホスコト無キハ明瞭ナリ且ツ夫レ悔悟ハ
 裁判官カ各犯人ニ就キテ調査シタル後ニアラザレハ之ヲ知ルコト能ハ
 ザルノミナラス此ノ如クスルモ尙ホ錯誤ヲ來スコト無キヲ保ス可カラ
 ズル者ニシテ立法者ノ豫知スルヲ得サル者ナレハ立法者ハ悔悟ヲ彈

由トシテ減輕ノ法ヲ立ツルヲ得サルナリ詳言スレハ立法者ハ悔悟ニ關シテ原諒ス可キノ情狀アラハ裁判官ヲシテ其權内ニ於テ酌量減輕ヲ爲サシムルヲ得ヘキモ自ラ減輕ノ法ヲ立ツルヲ得ヘカラサレ者ナリ我刑法ノ規定ニ據ルニ單ニ事ノ發覺前ニ官ニ自首シタルト云フノミナ想像シテ如何ナル事情ニヨリテ自首シタルト云フハ規定セサルヲ以テ悔悟シテ自首スル者モ唯刑ノ減輕ヲ欲望シテ自首スル者モ等シク減輕ノ恩典ニ浴ストルハサル可カラサルナリ要スルニ悔悟ヲ以テ自首減輕ヲ設ケタル理由ト爲スハ法理上ヨリ論究スルモ適用上ヨリ解説スルモ共ニ不當無稽ナルヲ了知ス可シ然ラハ則チ我刑法ノ自首減輕ヲ設ケタル理由ハ何レニ在リヤ曰ク社會ノ公益上已ム可カラサルヨリシテ此制度ヲ設ケタルニ外ナラス實ニ社會ハ犯者ノ自首ニ因リテ左ニ掲クル四個ノ利益ヲ有ス

十八

第一、犯罪者ヲ容易ニ知り得可シ

第二、犯罪者ヲ捜査スルノ勞ヲ省ク可シ

第三、有罪ヲ罰セスシテ止ムノ憂ヲ免ル可シ

第四、不辜ヲ罰スルノ恐無カル可シ

十九

此自首ハ四個ノ公益アルカ故ニ犯罪終了後即チ犯罪既ニ確定シタル後ト雖モ法律上其刑ヲ減輕スルナリ是ヲ以テ法律上自首減輕ヲ設ケタルハ第一社會ノ害ヲ減少スルコト、第二此制度アレハ犯人多ク自首ヲ爲シテ誘導ノ功ヲ奏スルヲ有リト云フ二個ノ理由ニ歸着ス此第二ノ理由ヲ非難シ合セテ自首減輕ノ制度ヲ排斥スル者アリ予モ亦其人ナリトス抑法律ニ於テ斯罪ヲ犯セハ斯刑ヲ科スト明言シツ、自首スレハ其刑ヲ減輕ス可シト命令スルハ宛モ立法者カ犯人ニ私スル者ト如シ奇怪ト謂フ可シ夫レ立法者ノ法ヲ立ツルヤ公明正大ニシテ罪

惡多必罰シテ反ス所ナシ即チ斯罪ニハ斯刑ヲ科スルヲ以テ罪刑ノ權衡ヲ得タル者ト爲ス時ハ必スヤ斯罪アレハ斯刑ヲ科ス可シ然ルニ立法者ハ一方ヨリシテ自首ヲ爲セハ斯罪ヲ減輕ス可シト曰フハ實ニ不當ノ規定ト謂ハサル可カラス反令自首ヲ誘導スルノ効力アリトスルモ社會ノ害ヲ減少スルノ益アリトスルモ此ノ如キ不道理ノ制度ハ贊成スルコトヲ得サルナリ

第八十五條 罪ヲ犯シ事未タ發覺セサル前ニ官ニ自首シタル者ハ本刑ニ一等ヲ減ス但謀殺故殺ニ係ル者ハ自首減輕ノ限ニ在ラス

本條ハ自首減輕ニ要スル條件ト其減等法トヲ定メタル條文ナリトス即チ自首シテ刑ノ減輕ヲ得ルニハ左ノ二條件ヲ要ス

第一事未タ發覺セサル前ニ自首スルコト

第二官ニ自首スルコト

事未タ發覺セサルト云フ語ハ甚々漠然タリ犯罪事件ノ發覺セサルト云フコトニ解センカ甚々奇ナル結果ヲ生ス例ハ竊盜罪ヲ犯シタル者有ランニ被害者カ既ニ竊盜ノ事實ノ有リシコトヲ知レハ最早事ノ發覺シタル者ト謂ハサルヘカラス然ラハ犯罪事件ノ發覺セサルト云フハ實ニ稀有ナリ一步ヲ進メテ之ヲ曰ヘハ夫ノ公道ニ於テノ犯罪ノ如キハ犯罪ノ當初ヨリシテ既ニ發覺セル者ナルヲ以テ此等諸犯罪ハ自首ノ効ナキ者ト斷言セサルヘカラスナルニ至ル此ノ如ク此語ヲ解釋セハ何人モ其不妥ヲ認ムルナラン此語ノ正解ト云フハ犯罪者ノ何人タルカ未タ發覺セサルト云フコト是ナリ例ハ竊盜罪ヲ犯シタル者有ランニ既ニ竊取セラレタル事ノ發覺スルモ未タ犯罪者ノ誰ナルカ分明ナラサル時ニ自首スルカハ自首ノ効アリト爲ス現ニ佛文草案ニハ被告

人ニ對シテ何等ノ嫌疑或ハ發覺ヲ生セサル云々ト有ルヲ見テモ予カ
 後ニ採用シタル解釋ヲ至當トナサ、ル可カラス此解釋ハ今日ニテハ
 殆ト異論ヲ唱フル者無キニ至レリ序次諸君ニ一言スヘキ有リ予ハ曩
 ニ自首減輕ハ悔悟ノ理由ニ基キタル者ナラスト曰ヘリ此事タル此ニ
 至リテ益明了ナルヲ知り得タルナラン、本條ニヨレハ自首ノ効アラシ
 ニハ犯罪者ノ未タ誰レタルヲ知ラサル前ニ自首スルヲ要ス若シ悔悟
 未以テ刑ヲ減輕スル者トセハ何ソ發覺ノ前後ヲ問フヲ要センヤ而シ
 テ必ス發覺前ナルヲ要スルハ發覺ノ後自首スルト雖モ前ニ揭ケタ
 ル所ノ公益ナキカ爲メナリ
 官ニ自首ストハ相當ノ官吏ニ自首スルナリ而シテ犯人自ラ進ミテ捕
 ニ就クヲ要ス換言スレハ身體ノ自由ヲ官ニ任カスヲ要ス但或場合
 ニハ書狀ヲ以テシテ代人ヲ以テスルモ可ナルヘシ

二二二

二二三

自首ニ付キ以上二個ノ元素ヲ具備スレハ則チ本刑ヨリ一等ヲ減輕ス
 ルトトナス自首ニヨリ全ク刑ヲ免スル場合ハ各本條ニ規定セラレモ
 總則即チ一般ニ適用スルニハ唯減等ノミニシテ全免アルヲ無シ、全免
 ニ關スル自首ハ尙ホ後ニ見ル可シ
 諸君、自首減輕ニ付キテハ例外ノ存スル者アルヲ知ルナラン本條但書
 ニ明言スルカ如ク謀殺罪、故殺罪ニハ自首減輕ヲ用ヰルノ限リニ在リ
 也ナリ、此例外ヲ設ケタル理由如何、謀殺罪ハ最モ重大ノ罪ナル故
 ニ自首減輕ノ恩典ニ浴セシムヘキ者ニアラスト云フ旨趣ニ出テタル
 ニ非ス何トナレハ罪ノ重大ナル者ハ唯謀殺罪ノミナラス罪ノ種類
 ニヨリテハ猶ホ焉レヨリ大ナル者モ無キニ非サレハナリ例へハ偽證
 ヲ搆造シテ無辜ヲ死刑ニ處セシメタルカ如キ(第二百二十二條)裁判官
 賄賂ヲ收受シ被告人ヲ枉斷シテ死刑ニ處シタルカ如キ(第二百八十六

條犯罪ハ器具コソ用キサレ舌頭三寸ヲ以テ人ヲ無形ニ殺ス所爲ハ實ニ厭惡スヘク實ニ重大ナル罪ナリ而シテ我刑法ハ之ニ對シテ自首減輕ヲ用キル所ヲ見レハ謀故殺罪ニノミ自首減輕ヲ用キサルノ理由ハ全ク其罪ノ重大ナリト云フニ非スシテ他ニ存スルコトヲ知ル蓋シ人ヲ謀殺シ若クハ故殺スル者ハ當初ヨリ自首セント欲シテ罪ヲ犯ス者多キヲ以テ自首減輕ノ恩典ヲ與フレハ此罪ヲ犯ス者甚ク多キヲ加ヘテ法律ハ犯罪ヲ誘導スルカ如キ結果ヲ生スヘシ之ニ反シテ他ノ犯罪例ヘハ竊盜罪ヲ犯ス者ノ如キ當初ヨリ自首ヲ期スル者無ク從セテ自首減輕ノ恩典ヲ與フルモ前ノ如キ結果ヲ生スルコト無カルヘシ是即チ我立法者ノ例外ヲ設ケタル所以ナリトス

第八十六條 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時ハ自首減輕ノ外仍ホ本刑ニ二等

二十四

ヲ減ス其全部ヲ償還セスト雖モ半數以上ヲ償還シタル時ハ一等ヲ減ス

二十五

本條ハ財產ニ對スル犯罪ノ自首減輕ヲ規定シタル者ニシテ一般ノ自首減輕ノ外ニ尚ホ一等又ハ二等ヲ減輕スル場合ナリトス
 財產ニ對スル罪トハ刑法第三編第二章ニ規定スル罪ヲ總稱スルカ曰ク然リト應フル能ハス本章ノ罪ハ固ヨリ財產ニ對スル罪トシテ規定セラルト雖モ其中ニハ身體ニ對スル罪ナキニアラズ強盜ハ財產ニ對スル罪ナレモ強盜罪中ニハ強盜人ヲ創傷又ハ致死セシメタル罪第三百八十條強盜婦女ヲ強姦シタル罪第三百八十一條ノ如キハ身體ニ對スル罪ナリト謂ハサル可カラズ因テ此ニ所謂財產ニ對スル罪ハ罪ノ性質ニヨリテ定ムヘキ者ト知ルヘシ法律ハ此ノ如キ性質上ノ財產ニ對スル罪ヲ犯シテ其罪ヲ自首シ併セテ其得タル贓物ヲ還給シ若ク

ハ損害ヲ賠償シタル時ハ第八十五條ニ於テ本刑ヨリ一等ヲ減輕シタル上仍ホ二等ヲ減輕シ贓物若クハ損害ノ全部ヲ還償スルヲ得サルモ其半數以上ヲ償還シタル時ハ自首減輕ノ外ニ一等ヲ減スル者ト爲セ

リ

財産ニ對スル罪ヲ犯シテ獲得シタル贓物若クハ人ニ與ヘタル損害ハ早晚還給シ若クハ賠償セサル可カラサル者ナルヲ以テ如何ナル場合ニ還償スルモ差支ナキカ如シト雖モ敢テ然ルニ非スシテ此ニ自ラ制限ノ存スル者有リ即チ未タ要求ヲ受ケサル前ニ自ラ進ミテ爲スヲ必

要トス故ニ夫ノ身代限ノ處分ヲ受ケテ賠償ニ充テタルカ如キ場合ハ本條ノ想像スル所ニ非サルナリ草按ニハヴロンテールマン(自ラ好ミテト云フ)ナル文辭ヲ用井タルヲ以テ之ヲ知ル可シ

本條ノ精神其レ此ノ如ク故ニ自首ノ當時現實ニ贓物若クハ償金ヲ裁

二十六

二十七

判所ニ差出シタル時ノミナラス贓物ハ之ヲ或處ニ埋藏シタリ若クハ之ヲ誰某ニ寄托セリ請フ法衙ノ力ニ依リテ所有者ニ返セト申述シタル時又ハ償金ハ我家屋若クハ田地ヲ以テ之ニ充テテ請フ法衙之レ由處分ヲ爲セト開陳シタル場合モ亦本條ニ據リテ減等セサル可カラス要スルニ資産ニ豐ナル犯人ハ争ヒテ要求ヲ待タスシテ自ラ還償シテ本條ノ適用ヲ望マサル莫カラシ此ノ如クンハ富者ハ常ニ此ノ減輕ヲ受ケルノ望アルモ貧者ハ常ニ其望ナキハ不權衡ト謂ハサル可カラズ

ル大リ

且チ數人共犯ノ場合ニ本條ヲ適用スル時ハ更ニ甚シキ不都合ヲ生スルヲ見ルヘシ例ヘハ茲ニ甲乙二人有リ共謀シテ或倉庫ニ忍入リテ金千圓ヲ盜取シテ甲ハ九百圓乙ハ百圓ヲ分配シタリ其後乙ハ自首シテ其得タル所ノ金百圓ヲ賠償スルモ固ト甲乙ハ共犯者ニシテ一罪ヲ犯

受ケル者ナルカ故ニ之ヲ爲メニ本條ノ適用ヲ受ケテ三等ヲ減セラレ
 下ル無シ本條ニヨリ三等減ヲ得シニハ甲ノ分取シタル九百圓ヲモ合
 セテ賠償セサル可カラズ而シテ此場合ニ甲者千圓ヲ賠償シ乙者ハ唯
 自首シタルノミナル時ハ乙者ハ毫絲モ償金ヲ出スコト無クシテ本條ヲ
 適用ヲ受ケテ三等ヲ減セラルハニ至ル實ニ不都合ト謂フヘキナリ此
 又如ク正犯數人アルキノミナラス正犯從犯ノ場合ニ於テ共ニ自首
 而シテ從犯者ヨリシテ損害金ノ全部ヲ償還シタル時ハ正犯者ヨリテ
 其減輕ノ利益ヲ受ケシメサル可カラズ從ハ正ニ屬スト云フコト有ルモ
 正ハ從ニ屬スト云フハ實ニ奇ト謂ハサルヘカラスナリ之ヲ要スル
 ニ立法者ノ本條ヲ設ケタルハ夫ノ刑ハ連帶ナラサルヘシト云フ原則
 ノ例外ヲ規定シタルナル可シ此例外ヤ人ニ因リテ刑ヲ減輕セザルハ
 尚如キ不都合ヲ生スルニ至ルハ本條規定ノ不可ナルカ爲メナリ

二五八

二五九

予ハ此ノ如ク本條ヲ駁スルモ實際ニ於テハ上陳ノ如キ場合ニ遭遇ス
 ルコト稀ナル可シ然リト雖モ理論上ニ於テハ實ニ顯著ナル不都合ノ結
 果ヲ生スルナリ嗚呼予ハ已ニ一般ノ自首減輕ヲ贊成スルコト能ハズ而
 於テ本條ニ至リテ又此不都合ヲ看ル益々自首減輕ノ制度ニ對シテ不
 便ヲ唱ヘサルヲ得サルナリ

第八十七條 財産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前二條ノ例ニ照シテ處斷ス
 本條ニハ困難ナル問題ナキヲ以テ講述セス

第八十八條 此節ニ記載スルノ外本條別ニ自首ノ例ヲ掲ケタ
 ル者ハ各其本條ニ從フ

本節規定ノ自首減輕ノ外尙ホ自首ニ關スル特例アリ是レ第二編以下
 各本條ニ規定スル者ニシテ僅ニ二條アルノミ一ハ第百二十六條ニ

テ内乱ノ豫備又ハ陰謀ヲ爲シテ未タ事ヲ發セサル前ニ自首シタル場
 合其他ノ一ハ第九十二條ニシテ貨幣ヲ偽造變造シテ未タ行使セザ
 ル前ニ自首シタル場合ナリトス此二個ノ場合ハ刑ヲ全免シテ唯監視
 ヲ科ス此二條ノ詳解ハ之ヲ他日ニ譲リテ此ニハ全免ノ理由ヲ畧言セ
 ヌ此等ノ罪ハ之ヲ行フ時ハ實ニ不測ノ患ヲ醸成スルヲ以テ自首スル
 者ハ刑ヲ全免スルコト爲シテ自首ヲ勸誘シ以テ大患ヲ未發ニ防カン
 カ爲メニ設ケタルナリ其他第二百二十六條偽證罪ヲ犯シテ其事件ヲ
 裁判宣告ニ至ラサル前ニ自首シタル場合ハ刑ヲ全免スルト雖モ是レ
 眞ノ自首ニ非ス其理由ハ第二百二十六條ニ至リテ説ク可シ
 本條末文ニ各其本條ニ從フト云フコト有リ個々其減等法ノミ各本條ノ
 規定ニ從フト云フコトニシテ其他ノ場合ハ本節ノ規定ニ從ハサル可カ
 ラサルナリ因テ各本條ノ場合ニ於テ官ニ自首スル者ハ刑ヲ全免スルコト

三十一

有ルハ本節ノ所謂事ノ未タ發覺セサル前ニ自首シタルニ非サレハ全
 免セラル、ト無カルヘシ

第三節 酌量減輕

本節ノ酌量減輕ハ是レマテ見タル所ノ宥恕減輕自首減輕トハ全ク其
 趣ヲ異ニスル所ノ者ナリ前ノ二者ハ立法者自ラ減輕ノ場合ヲ規定シ
 タル者ニシテ之ヲ法律上ノ減輕ト謂フ酌量減輕ハ之ニ反シ裁判官カ
 所犯情狀ヲ酌量シテ減輕スル所ノモノニシテ即チ立法者カ自己ノ權
 カノ一部ヲ裁判官ニ割與シテ爾裁判官ヨ、爾罪ヲ斷スルニ當リテ宥恕
 スヘキ事情ノ存スル者アルニ違ヒテ予カ定メタル輕ヲ減輕セント欲
 セハ宜ク減輕スヘシト命令シタル者ニシテ之ヲ裁判上ノ減輕ト謂フ一
 酌量減輕ヲ設ケタルノ理由如何凡ソ犯罪ニハ犯者ノ有罪ノ度ト事實
 ノ有罪ノ度トノ二者アリテ一犯人ニ科スル所ノ刑ノ權衡ヲ得テ偏重

偏輕ナカラシメンニハ此二個ノ有罪ノ度ヲ計リテ刑ヲ科セサル可カラサルナリ事實ノ有罪ノ度トハ例ヘハ竊盜罪中ニ於テモ單純ナル竊盜ヲ爲ス者第三百六十六條ト水火震災其他ノ變ニ乘シテ竊盜ヲ爲ス者第三百六十七條ト二人以上竊盜ヲ爲ス者第三百六十九條ト兇器ヲ携帶シテ人ノ住居シタル邸宅ニ入りテ竊盜ヲ爲ス者第三百七十條トハ同シク竊盜犯ナルモ各事實ヲ異ニシテ罪ニ重輕ノ差異アリ是レ事實ノ有罪ノ度ト稱スル者ニシテ立法者カ一般ニ事實ノ異ナルニ從ヒテ罪ノ重キハ重刑ヲ科シ罪ノ輕キハ輕刑ヲ科ス又各犯罪ニ付キテモ謀殺罪故殺罪強盜罪竊盜罪ノ如キ罪名ヲ異ニシタルハ事實ヲ異ニスレハナリ事實異レハ則チ罪ニ輕重アリ謀殺罪ハ故殺罪ヨリ重ク竊盜罪ハ強盜罪ヨリ輕キカ如キ是ナリ此等事實ノ有罪ノ度即チ罪ノ輕重ニ付キテハ立法者ハ充分ニ一般ヨリ各事實ニ就キテ刑ヲ定メテ

罪ト刑トノ權衡ヲ取リタリ然レモ各人ニ就キテ犯者ノ有罪ノ度ヲ觀察スレハ同一ノ罪ヲ犯スモ人相異ナレハ必ス有罪ノ度ヲ異ニスル者ナリ蓋シ人ノ罪ヲ犯スヤ或ハ人ヲ救助スルニ出ツルコト有ルヘク或ハ人ヲ害スルニ出ツルコト有ルヘク或ハ貧苦ノ餘ニ出ツルコト有リ又充分教育ヲ受ケタル者ナルニモ拘ラス罪ヲ犯スコト有ル可ク教育ヲ受ケタルコト無キ者ニシテ罪ヲ犯スコト有ル可クシテ所犯情狀ヲ締視スレハ人々相異ニシテ千差萬別ナリトス人々所犯ノ情狀ヲ異ニスル所アレハ其異ルニ從ヒテ有罪ノ度ヲ異ニセスンハアラス有罪ノ度ヲ異ニスレハ則チ科スル所ノ刑ヲ異ニセスンハアラスナリ唯此ノ犯者ノ有罪ノ度タル各人ニ就キテ觀察調査セサル可カラサル者ニシテ事實ノ有罪ノ度ノ如ク立法者ノ豫定スルヲ得ヘキ者ニアラス犯者ノ有罪ノ度ハ此ノ如ク立法者ノ豫定スルヲ得サル者ナレハ唯事實ノ有罪ノ度

ノミニ應シテ刑ヲ定メテ各人所犯情狀ノ異ル者アルニ關係セサル時
ハ其極タル全ク罪ト刑ト適應セサルニ至ルヘシ是ヲ以テ立法者タル
者ハ各犯人ニ就キテ審理スル職務アル所ノ裁判官ニ夫ノ事實ノ有罪
ノ度ニ應シテ規定シタル刑ニシテ尙ホ重シトスル時ハ之ヲ減輕スル
ヲ許可セサルヘカラス果シテ罪ト刑トノ權衡ヲ得テ偏重偏輕ノ憂
ヲ免ル可シ此ノ裁判官カ犯者ノ有罪ノ度ヲ觀察シテ刑ヲ減輕スル制
度ハ即チ本節ノ酌量減輕ニシテ其設定セラレタル理由ノ第一トシテ
擧クヘキ点ハ此ノ如シ

酌量減輕ヲ設ケラレタル第二ノ理由ハ夫ノ分割スヘカラサル刑即チ
死刑、無期刑ノ如キハ酌量減輕ノ制度アリテ僅ニ不良不法ノ刑タルヲ
免ル、ヲ得ルヲ是ナリ夫ノ有期刑ハ刑ニ長短期アルヲ以テ其期內ニ
於テ裁判官隨意ニ斟酌シテ刑ヲ減輕シ以テ罪ト刑トノ權衡ヲ得ヘシ

ト雖モ死刑ハ分割シテ半死ニ致スヲ得サル可ク、無期徒刑ハ分割
スレハ他ノ有期刑ニ變スルヲ以テ此等ノ刑タルヤ性質上不法不良ノ
者ニ屬ス唯我刑法ニハ酌量減輕ノ制度アルヲ以テ裁判官ハ各犯人ノ
位置ヲ察シ適宜ニ死刑ヲ減シテ無期刑又ハ有期刑ト爲スヲ得ヘク、無
期刑ヲ減シテ有期刑ト爲スヲ得ヘシ是レ此制度ノ設アル所以ニシテ
實ニ至良ノ制度ナリトス

茲ニ裁判官カ酌量減輕法ヲ適用スルニ當リテ注意スヘキ者ニアリ之
ヲ一言セン

第一 裁判官ハ刑法規定ノ刑即チ立法者カ事實ノ有罪ノ度ニ應シテ
定メタル刑ヲ苛刻トシ或ハ誤認トシテ減輕スルヲ得ス例ヘハ立法
者カ強盜罪ヲ犯シタル者ハ輕懲役ニ處スト規定シタルニ裁判官ハ強
盜罪ニ科スル輕懲役ハ或ハ苛刻ナリ或ハ誤認ニ出テタル者ナリトシ

テ刑ヲ減輕シ以テ酌量減輕ノ制度ヲ適用スルヲ得ス裁判官ハ犯者ノ有罪ノ度ニ應シテ立法者ノ定メタル刑ヲ減輕スルヲ得レ其刑ハ事實ノ有罪ノ度ニ適應セストシテ減輕スルヲ得ス若シ裁判官ニシテ此ノ如キ至大ノ權ヲ有スル者トセハ法律ニ定メタル刑ハ何等ノ効力ナキニ至ル否之ヲ設ケタルノ理由ヲ見出スヲ得サルナリ之ヲ換スレハ裁判官ハ法律ヲ適用スル者ニシテ法律ヲ正誤スル者ニ非サルニモ拘ラス之ヲ正誤シテ刑ヲ減輕シ得ル時ハ立法權ハ司法權ノ侵害スル所トナリテ危險ナル結果ヲ生スルニ至ル可シ是レ則チ裁判官ハ刑法規定ノ刑ヲ以テ苛刻ナリ誤謬ナリトシテ減輕スヘカラサル所以ナリトス

第二 裁判官カ酌量減輕法ヲ適施スルニ當リ減輕ノ理由ヲ明示スルノ義務ナシ詳言スレハ裁判官ハ裁判宣告書ニ唯犯所情狀原諒スヘキカ故ニ減輕ストノミ記載ノ夫ノ自首減輕有恕減輕ノ如ク何故ニ減輕

スルカト云フ理由ヲ記載スルヲ要セス否之ヲ記載セサルヲ原則トス、但シ裁判官ハ減輕ノ理由ヲ其心ニ確認セサル可カラズ否ラサレハ則チ酌量減輕ハ偶然ノ結果ニシア裁判ニ非スト謂フ可シ

以上ノ解説ニヨリテ酌量減輕ヲ設定シタル理由及ヒ其適用ノ注意ハ畧、明了ナルヲ得ヘシ之ヲ要スルニ裁判官ノ酌量減輕法ヲ適施スルニ當リテ法律ノ要求スル所ヲ満足セシムル限リハ罪ノ重罪、輕罪、違警罪ヲ問フヲナク、刑ノ有期無期ヲ問フヲナク法律上ノ減輕若クハ加重アル刑ナルニ拘ハルヲナク、對審裁判缺席裁判ナルニ拘ハルヲナキナリ

酌量減輕ノ制度ヲ廢ス可シト論スルノ學者有リ曰ク我刑法ニ於テ刑ニ長短期ヲ設ケ裁判官ヲシテ其期內ニ於テ自由ニ運動スルヲ得セシム例ハ四月以上四年以下ノ刑アレハ裁判官ハ犯人ノ位置ニヨリテ之ヲ四月ニマテ減輕スルノ權アリ是レ法文ニ明言セザレトモ一種

ノ酌量減輕ナリト謂フヲ得ヘシ前ノ長短期内ニ於テ酌量シテ減輕スルヲ許ス時ハ復何ソ其外ニ二重ノ酌量減輕ヲ用ルヲ要セヤン若シ立法者ニシテ斯クマテ減輕ヲ欲セハ盡ソ一層夫ノ長短期間ヲ濶クシテ裁判官ヲシテ減輕ノ區域ヲ大ナラシメサルヤ是レ之ヲ爲サスシテ二重ノ酌量減輕ヲ用ルハ何ソヤ故ニ曰ク廢スヘシト此駁論ハ實ニ價值アリ然レ予ハ之ニ感服スルヲ得ス請フ試ミニ之ヲ辨セン

有期刑ノ長短期ノ間ニ於テ刑ヲ伸縮スルヲ得ルハ一種ノ酌量減輕タルニハ相違無シト雖モ此種ノ減輕ノミニテハ未タ以テ罪刑ノ權衡ヲ得サル者アリ例ヘハ十二年以上十五年以下ノ刑有リトセンニ此刑ヲ科スヘキ犯人ニシテ原諒スヘキ状況アリテ尙ホ十二年以下ニ減輕セサレハ罪ト刑ト適應シ難キ場合ニ遭遇セハ二重ニ酌量減輕ヲ爲スノ嫌アルニ拘ハラズ尙ホ本節ヲ置クノ必要ヲ感スヘシ此ク言ハ、論者

二十一

二十三

說ヲ爲シテ曰ン是レ長短期ノ間尙ホ短キニ由ル若シ之ヲ長クシテ十年以上十五年以下若クハ八年以上十五年以下ト爲スルハ充分犯者ノ有罪ノ度ニ應シテ減輕スルヲ得ヘシト予之ニ答ヘテ曰ン立法者カ法律ニ於テ十二年以上十五年以下ト定メタルハ一般ニ事實ノ有罪ノ度ニ適應セシムルカ爲メニシテ犯人ニ付キ原諒スヘキ爲メニ規定シタルニ非ス因テ十二年以上十五年以下ヲ改メテ其間ヲ長クセヨト云フハ立法者カ事實ノ有罪ノ度ニ應シテ定メタル刑ヲ是非スル者ニシテ酌量減輕ニ關係スル問題ニ非サルナリ且ツ論者ハ唯有期刑ニ就キテ之ヲ論スルノミ若シ夫レ分割スヘカラサル刑即チ死刑又ハ無期刑ニ就キテハ毫絲モ論スル所ナシ論者モ亦是等ノ刑ニ對シテハ本節ヲ適用スルノ至當ナルヲ認ムルナルヘシ今著例ヲ舉ケテ分割スヘカラサル刑ニ本節ヲ適用スルノ必要ヲ示サシ茲ニ謀殺罪ヲ犯ス者有

謀殺罪ニハ法律上死刑ヲ科スルヲ以テ犯人ニハ必ス死刑ヲ科スヘキカ犯人中ニハ知覺ヲ喪失シタリト云フニハ非サレモ不完全ナル者アラン、或ハ特ニ充分ニ知識ヲ具備シタル者モアラン而シテ立法者ノ罪ト刑トヲ定ムルニ當リ此二犯人ニ各異ル所ノ刑ヲ科スヘキカ立法者ハ一般ヨリ觀下シテ知覺ノ喪失者ハ無罪トシ普通者ハ有罪ト規定スルヲ得ルモ全ク知覺ノ喪失シタルニモ非ス智識ノ完備シタルニモ非サル者即チ半智覺喪失者ノ所爲ニ應スル刑ヲ特定スルヲ得ス因テ半智覺喪失者カ謀殺罪ヲ犯セハ何人ト雖モ半智覺喪失者ト智識完備者ト同一ノ死刑ヲ科スルヲ以テ至當ト爲ス者アランヤ去レハ逆本節ノ規定ナクンハ何ニヨリテ半智覺喪失者ノ刑ヲ減輕スヘキヤ本節ノ緊要ニシテ廢スヘカサルコト多言ヲ要セルナリ

二十四

二十五

有ルヲ見ル、即チ重罪ノ刑ノ減等ハ刑ノ階級ニ從ヒテ減輕スルヲ以テ犯者ノ有罪ノ度ニ應シテ法律上十二年以上十五年以下ノ刑ニ該當スヘキ者ヲ減輕セント欲セハ下級ノ刑ニ遞降スルヲ得ヘント雖モ輕罪ノ刑ノ減等ハ四分ノ一ツハ減スル者ナルヲ以テ殆ト酌量減輕ヲ用ルヲ要セサルナリ例ヘハ法律上四月以上四年以下ノ刑ヲ科スヘキ者ニ就キテ裁判官酌量減輕ヲ認メテ二等ヲ減輕スレハ二月以上二年以下ト爲ル而シテ實地犯人ニ科スル所ハ二年ナリトセンニ固ト法律上四月以上四年以下ノ範圍内ニ於テ二年ニ處スルハ敢テ本節ヲ待タズンテ可ナリ是ヲ以テ酌量減輕法ハ重罪ノ刑ニ關シテハ充分其必要アルモ輕罪ノ刑ニ適用スルニ至リテハ殆ト其効ナシト云フ是レ也以上ハ誤解シ甚シキ者ナルニモ拘ラス實際右ニ掲ケタルカ如キ酌量減輕ヲ爲シテ觀トシテ願ミサル者有リト聞ク若シ裁判官ニシテ實ニ右ノ如

誤認アリタリトセシカテ辯護人ナラシメハ必ラス上告シテ
 因シ酌量減輕ノ事ハ理由中ニ明言スルモ判決ノ点ニ至リテ其結果ナ
 シ故ニ裁判ノ破毀ヲ求ムト予ハ信ス此裁判ハ必ス大審院ノ破毀スル
 所ト爲ルコトヲ蓋シ酌量減輕法ニ依リテ長短期ヲ減スルモ其結果同一
 ナルハ何ソ酌量減輕法ヲ適用スルノ必要アランヤ此ノ如ク必要無
 キノ減輕ハ我立法者ノ精神ニアラサルナリ予惟フニ凡ソ有期刑ニ就
 キテ酌量減輕法ヲ適用センニハ其最短期ヨリシテ減輕ヲ爲スヘキ者
 トス詳言スレハ法律上規定スル所ノ有期刑ヲ犯罪者ニ適用スルニ當
 リテ犯人ノ原諒スヘキ情狀アリテ其最短期ノ刑ヲ科スルモ尙ホ重ク
 シテ罪ト刑トヲシテ權衡又得セシムルヲ能ハサル時尙ホ始メテ本節
 ノ酌量減輕法ヲ用ルテ其最短期ヨリ一等又ハ二等ヲ減スルハ法意ニ
 合シ實際ニ適スル所ノ減等法トナス重罪ノ刑ニ酌量減輕法ヲ用ルル

二百六

二百七

亦同クシテ最短期ノ刑ヲ科スルモ尙ホ重キ時始メテ次級ノ刑ニ移
 ルベシ予カ以上掲ゲタル減等法ヲ適用スル時ハ酌量減輕法ハ單ニ重
 罪ノ刑ノニ適用スルヲ輕罪ノ刑ニハ殆ト其効力チレト云フカ如キ
 不都合ナキニ至ルヘシ

第八十九條 重罪輕罪違警罪ヲ分ヌ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

法律ニ於テ本刑ヲ加重シ又ハ減輕ス可キ者ト雖モ其酌量ス可
 キ時ハ仍ホ之ヲ減輕スルコトヲ得

第九十條 酌量減輕ス可キ者ハ本刑ニ一等又ハ二等ヲ減スル
 第八十九條及ヒ第九十條ハ既ニ前段ノ解說中ニ於テ明瞭ナルヲ以テ
 再ヒ之ヲ説明セズ

第五章 再犯加重

再犯トハ前罪既ニ判決ヲ經テ其裁判確定シタルノ後再ヒ罪ヲ犯シタルヲ謂フ或ハ夫ノ數罪俱發ト混淆シ易キノ恐ナキニ非サレモ數罪俱發ハ未タ判決ヲ經サル二個以上ノ罪ノ俱發シタル者ヲ謂フ而シテ前罪既ニ判決ヲ經タルモ其未タ裁判確定ニ至ラサル前ニ復タ罪ヲ犯シタル時ハ是レ即チ數罪俱發ナリ二者ノ區別此ノ如キヲ以テ其結果ニモ亦差違ヲ生ス但諸君ハ未タ數罪俱發ノ解ヲ聽カレサルヲ以テ此之ヲ辯明セヨリハ數罪俱發(本編第七章)條下ニ到着スルノ日ヲ待ツニ如カサルトヲ信ス之ヲ要スルニ再犯ハ前罪ノ裁判確定シタル後ニ罪ヲ犯シタルコト云フナリ

再犯者ヲ罰スルニ當リテ其刑ヲ加重スルハ如何ナル理由ニ基テカ曰ク背徳加害ノ点前罪ヲ犯シタル時ヨリ重大ナルヲ以テ重ク罰シテ以テ刑ノ目的ヲ達スルノ必要アルニ由ル蓋シテ一タニ罪ヲ犯シテ刑罰

苦痛ヲ享クル時ハ假令至良ノ人トナラサルモ自ラ悔ヒテ再ヒ罪ヲ犯スル如キコト有ルハカラス是當サニ然ルヘキ所ナリ而ルニ頑然トシテ再ヒ罪ヲ犯ス者ハ道德ニ背クノ度之ヲ初犯者ニ比スレハ一層重大ナリト謂フ可シ又社會公衆ハ再犯者ヲ畏懼スルコトハ初犯者ヨリ甚シクシテ社會危險ノ度モ亦一層重大ナリト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ再犯者ハ本質上普通罪ヨリ一層重ク責罰スルノ必要アルコトヲ觀ル可シ論者或ハ一事不再理ト云フ法理上ノ大原則ヲ援用シ以テ再犯加重ノ制度ヲ駁論スルアリ曰ク前罪ハ既ニ判決ヲ經テ罪度ニ適應スヘキ刑ヲ科セラレ全ク法律ノ希望ヲ満足シタル者ナルニ拘ラズ唯再犯タルノ故ヲ以テ重ク罰スル時ハ後罪ト前罪ト相併セテ罰スルコトニテハ換言スレハ後罪ノ刑ノ加重ハ前罪ノ存在セシカ爲メナレハ再ヒ前罪ヲ罰シタル者ナリ一事不再理ノ原則ハ萬古不易ナルニモ拘ラス我刑

法ハ忽チ其反對ノ事ヲ規定スルハ實ニ不當ノ法律ト謂フヘシト此說
 タル固ヨリ一ヲ知リテニヲ知ラサルニ屬ス再犯者ヲ加重シテ罰スル
 ハ全ク第二ノ罪即チ後罪ヲ重ク罰スルト云フ精神ニシテ第一ノ刑ヲ
 加重スルニアラス若シ再ヒ罪ヲ犯シタル時初犯ノ刑ヲ加重シテ之ヲ
 罰スル者ナラハ或ハ一事再理スルノ嫌ナキニ非サレバ我刑法ノ再犯
 加重ハ初犯ノ刑ヲ加重スルニ非スシテ再犯ノ罪ニ科スヘキ刑ヲ加重
 スル者ナリ而シテ之ヲ加重スルハ再犯ノ罪其レ自身カ背徳加害ノ度
 重大ナルカ故ニ其罪度ニ適應セシメントスルニ原由スル者ナレハ決
 シテ法理ニ背反スルノ制度ニ非サルナリ
 論者又再犯加重ニハ前罪ト後罪ト其罪質ヲ同クセサル可カラズ云
 ノ理由ヲ以テ我刑法ヲ駁スル者アリ其說ニ曰ク前ニ一罪例ハハ竊盜
 ヲ犯シ其後再ヒ竊盜罪ヲ犯スル是レ竊盜罪ニ付キ前犯ノ刑未ダ以テ

三十一

犯者ヲ懲戒スルニ足ラザリシ者ナリ若シ後犯殺人罪ナルハ前犯ノ
 刑未ダ必シモ懲戒ノ効ヲ奏セスト謂フ可カラズ故ニ再犯ヲ理由トシ
 テ刑ヲ加重センニハ前犯ト後犯ト其罪質ヲ同クセサルヘカラス例ヘ
 ハ前罪竊盜ナレハ後罪モ亦竊盜前罪國事犯ナレハ後罪モ亦國事犯ナ
 ルトシ要スルカ如シ若シ否ラスシテ前後其罪ノ性質ヲ異ニシテ全ク
 相關係セサル者ニテモ加重シ得ルトスレハ則チ刑ノ目的タル懲戒ノ
 如何ハ之ヲ問ハス徒モ刑ヲ苛刻ニスル者ト謂ハサル可カラサルナリ
 ト蓋シ本論ニヨレハ再犯トシテ刑ヲ加重センニハ前後ノ罪ノ性質事
 實悉ク同一ナラサル可カラズ換言スレハ前後同罪ニシテ始メテ再犯
 加重ス可キ者ナリト謂フトナル然レバ此論タル未ダ盡セル者ナラ
 ス論者ノ言ノ如ク前後同罪ニ非サレハ加重スルヲ得スト爲スカ例ヘ
 ハ前ニ竊盜罪ヲ犯シ後ニ詐僞取財ノ罪ヲ犯シタル時ハ論者ハ同罪ニ

六百六十二

非ストシテ加重セサル可キト雖モ竊盜ト曰ヒ詐偽取財ト曰ヒ其方法
 コソ異レ財物ヲ取ラントスルノ目的ハ即チ同一ナリ或ハ強盜人ヲ死
 ニ致シタル罪ト普通ノ殺人罪ノ如キモ人ノ性命ヲ奪ヒタル点ハ即チ
 同一ナリ又盜罪ト殺人罪ノ如キ若クハ他ノ諸罪例ヘハ強姦罪、放火罪
 偽証罪、文書偽造罪等ト雖モ其ノ人ヲ害セントスル目的ニ至リテハ孰
 レモ同一ナリト謂ハサル可カラズ既ニ此ノ如ク各犯罪ニ同一ノ点ア
 ルヲ發見シタル時ハ何ソ論者ノ如ク全ク前後同罪即チ同事實ナラサ
 レバ再犯加重スルヲ得サルノ理アラランヤ然リ而メ我法律ノ各罪其性
 質ヲ異ニスルニモ拘ラス再犯ノ刑ヲ加重スルハ別ニ高尚ナル理由ノ
 存スル者有リ何ソヤ曰ク凡ソ罪質ノ如何ヲ問ハス身体ニ對スル罪ニ
 對シテ財產ニ對スル罪ニテモ社會公衆ノ遵守ス可キ法律ヲ破ルノ点ニ
 至リテハ則チ全ク同一ナリトス法律ヲ破リテ刑ニ處セラレ之ニ懲リ

スシテ再々法律ヲ破ルハ背徳加害ノ度重キヲ加フルヲ以テ刑ヲ加重
 シテ之ヲ責罰スルハ實ニ至當ノ事ト謂フ可シ何ソ罪質ノ異同ヲ問フ
 必要セシヤ立法者ノ真意全ク此ニ存ス然リト雖モ予カ此論斷難
 絕對然リト曰フヲ得ス前罪ト後罪トハ性質全ク異ニシテ相反對
 ルルハ刑ヲ加重ス可カラズ前ニ軍事犯罪ヲ以テ罰セラレ後常事犯罪
 ト犯シタル時ノ如キ即チ然リトス是レ第五十六條ノ明言スル所大
 故チ又常事犯ト非常事犯トチ前後ニ犯スト雖モ加重ノ限ニ在ラズ此
 刑罰法ニ明文ナシト雖モ特別法中往々見ル所トス予ハ尙ホ範圍ヲ擴
 メテ國事犯ト非國事犯トニ於テモ再犯加重ス可カラサル者ト論結セ
 ント欲ス實ニ國事犯ト非國事犯トハ罪質ノ異ナルコトハ黑白氷炭膏
 ラス法律亦其刑ノ性質異ニス故ニ此種ノ犯罪ニ付キテモ再犯加重
 又用ス可カラサル者ナリト信ス但以上諸種ノ犯罪ハ前後罪質ヲ異

スルハハ法律ヲ破ルノ一点ニ至リテハ悉ク同一ナレハ則チ再犯加
 重スヘキヲ以テ至當ト爲スヘキカ如シト雖モ之ヲシモ重罰スル者ト
 セハ原因結果相貫徹スルコト莫クシテ理論ニ適合セサルノミナラス徒
 ニ刑ヲ苛刻ニスル者ト謂ハサル可カラサルナリ
 論者又曰ク再犯加重ノ理由ハ則チ之ヲ了セリ唯再犯ノ刑ヲ加重スル
 ニ當リテ其刑ノ性質ヲ變スヘカラス例ヘハ懲役ヲ加重シテ徒刑ト爲
 シ或ハ有期ノ刑ヲ加重シテ無期ノ刑ト爲スカ如キハ甚タ不可ナル所
 ナリ何チコレハ再ヒ罪ヲ犯スト雖モ別ニ其罪ノ性質ヲ變更セズ
 嘴犯者カ再犯ノ身分ヲ有スルカ爲メ言テ換フレハ犯者有罪ノ度ニ加
 重スヘキ理由アルカ爲メ加重スル者ナルニヨリ其刑ノ性質ヲ變更ス
 ヘカラスレハナリト是レ實ニ學問上ノ議論ニテ固ヨリ一理ナキニ非
 ス然レモ我刑法ハ全ク刑ノ性質ヲ變シテ再犯ノ罪ニ科スルコト有リ

十八

十九

ルナリ違警罪ノ刑ハ加ヘテ輕罪ノ刑ニ入ルヲ得ス輕罪ノ刑モ亦加ヘ
 テ重罪ノ刑ニ上ルヘカラス重罪ノ刑ハ死刑ニ加等スルヲ得ス又服役
 アル刑ヲ變シテ服役無キ刑ト爲スカ如キコト無シ唯有期徒刑ヲ加重シテ
 無期刑ト爲シ懲役ヲ加重シテ徒刑ト爲スカ如キハ我刑法ヲ採用スル
 所ナレ固是レ等シク重罪ノ刑ナリ但懲役ト徒刑トハ刑ノ組織ヲ異
 ニスルヲ以テ純然タル同質ノ刑トハ謂フ可カラサレモ全ク異質ノ刑
 トモ謂フコト得サルナリ是ニ由テ之ヲ觀レバ我刑法ノ規定ハ敢テ論
 者ノ説ニ反對シタル者ニ非サレバ我刑法ヲ駁スル論說トシテハ價值
 ナキ者ト謂フヘシ且ツ夫レ己ニ一刑ヲ科スルモ未ダ懲治ノ効ヲ奏ス
 ルヲ得サレハ則チ別種ノ刑ヲ科シテ目的ヲ達セントスルハ敢テ不當
 ト謂フ可ガサルノミナラス或ハ反リテ法理ニ合スル者ト謂フコト得
 ヘキカ

第九十二條 先ニ重罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯重罪ニ該ル
 本條ハ初犯ノ罪重罪ノ刑ニ處セラレタル者後再ヒ重罪ヲ犯スル時
 ハ再犯加重トシテ本刑ニ一等ヲ加フト云フコトヲ規定セリ其刑ヲ加重
 スル理由ハ既ニ講了セシマテ再ヒ贅セズ唯茲ニ疑ヲ起ス可キハ再
 犯重罪ニ該ル云々ノ重罪トハ罪ノ性質上重罪ナルヲ指シタルハ將
 重罪ノ刑ニ該スヘキ者ヲ謂フ内若シ重罪ノ刑ニ該スヘキ者ヲ謂フ
 夫ノ罪其物ハ重罪ナル可キモ減等ノ結果ニヨリテ輕罪ノ刑ニ處
 夫ノ者ヲ包含スルコトヲ得サル可シ之ニ反シテ性質上ノ重罪ヲ指
 タル者ナル時ハ減等ノ結果ニヨリテ重罪ノ刑ヲ減シテ輕罪ノ刑ヲ科
 本條ニモ拘ラズ重罪ハ常ニ重罪ナリト謂ハサル可ラス本條ヲ一讀
 タルノ際ニテハ未タ容易ニ明白ナルヲ得サルハ予ハ茲ニ斷信ス

シ本條ノ再犯重罪トハ科スル所ノ刑ノ如何ニ拘ラス罪ノ性質上重罪
 ナルヲ指シタル者ナリトハ如何ニシテ之ヲ定ム可キカ刑法第三編以下
 罪ノ性質上重罪ナルコトハ如何ニシテ之ヲ定ム可キカ刑法第三編以下
 各本條ニ斯々ノ所爲アル者ハ某刑ヲ科ストアルハ其刑ハ直ニ罪ノ
 性質ヲ表彰セタル者ナリ故ニ重罪ノ刑ヲ科スル者ハ其性質重罪ナ
 輕罪ノ刑ヲ科スル者ハ其罪質輕罪ナリ例ヘハ強盜ヲ爲ス者ハ輕懲役
 ニ處ストアリ輕懲役ハ重罪ノ刑ナルカ故ニ強盜ハ重罪ナリ竊盜ヲ爲
 ス者ハ重禁錮ニ處ストアリテ重禁錮ハ輕罪ノ刑ナルヲ以テ竊盜ハ輕
 罪ナルカ如シ此等ハ明文上ヨリテ刑ニ因テ罪質ヲ知ルコトヲ得ル雖
 モ我刑法ニハ總則ニ於テモ又ハ各本條ニ於テモ諸種ノ減等ノ場合
 規定セルヲ以テ其場合ニ遭遇スル毎ニ問、重罪ノ刑カ減輕セラレテ輕
 罪ノ刑ニナルコト有リテ或ハ其輕罪ノ刑ニ科セラレタルニモ拘ラズ罪

質ハ依然重罪タルコト有リ或ハ罪質全ク變更シテ輕罪トナルコト有リ實ニ
 我刑法ニ於テ罪質ノ如何ヲ知ルハ非常ニ困難ナルノミナラス其規定
 モ亦錯雜紛糾ヲ極ムト謂ハサル可カラス然ラハ則チ罪ノ性質ハ重罪
 ナルヤ輕罪ナルヤヲ知ルニハ何ヲ標準トス可キカ曰ク總則ニ規定ス
 ル減等法ニヨリテ刑ヲ減輕スル者ハ重罪ノ刑カ減輕セラレテ輕罪ノ
 刑ニ處セラル、モ其罪ノ性質ハ變更スルコト無ク依然トシテ重罪ナ
 トス之ニ反シテ第二編以下各本條ニ於テ減等スル者ハ多ク減輕スル
 罪質ヲ變スル者ナリ各本條下ニ於テ一等ヲ減ス、二等ヲ減ス若クハ一
 等又ハ二等ヲ減ストアルハ立法者カ各罪ニ付キ一々刑ヲ定ムルニ
 其煩ヲ省キテ何等ヲ減スト規定シタルニ過キサルニヨリ其減シテ科
 シタル所ノ刑重罪ノ刑ナレハ其罪ハ重罪ニテ輕罪ノ刑ナレハ其罪ハ
 輕罪ナリトス然レモ各本條ノ減等トシテモ必シモ罪質ヲ變スル者ト謂

二十一

二十三

フ可カラスシテ間、罪質ノ依然トシテ變更セサル者アリ夫ノ殺傷ニ關
 スル宥恕減輕第三編第一章第三節ノ減等ノ如キハ罪質ヲ變セサル者
 ノ一ナリ此等ノ理由ハ后日之ヲ解スルノ機アル可ケレハ茲ニ贅セズ
 要スルニ本條ニ於テ再犯重罪云々ト云フ重罪ハ全ク罪ノ性質ニ從
 テ定ムル所ノ者ニシテ現實科スル所ノ刑ニ從ヒテ定ムルニ非サルナ
 又茲ニ解釋ヲ要スヘキハ本刑ノ文辭コレナリ此文辭ヲ正シク解釋セ
 シハ前段ニ説明シタル重罪ナル文辭ノ解釋ニ從ハサル可カラス即
 チ本刑トハ罪ノ性質上重罪ト定マル所ノ者ニ該當スル刑ナリ以テ解セ
 サルヘガラサル者ナルニ不幸ニシテ徹頭徹尾此解釋法ヲ適用スル
 能ハサルノ結果ヲ生ス第九十九條但書ニ曰ク但從犯及ヒ未遂犯罪亦
 減等其他各本條ニ記載スル特別ノ加重減輕ハ其加減シタル者ヲ以テ
 本刑ト爲スト該條ニ據レハ總則中ノ減等法即チ從犯及ヒ未遂犯罪若ク

ハ第二編以下各本條ノ減等ハ總テ其減等シタル者ヲ以テ本刑ト爲シ且ツ再犯加重ハ從犯未遂犯及ヒ各本條ノ減等法ニヨリ刑ヲ減輕シタ後ニ於テ適用スヘキ者ナルヲ以テ本條即チ第九十一條ニ於テ再犯重罪ニ該ル時ハ本刑ニ云ヤトアル本刑ハ即チ夫ノ從犯未遂犯若クハ各本條以下ノ減等法ニヨリ減輕シタル刑ナリト解釋スヘキ場合ヲ生シテ既ニ說明シタル再犯重罪ニ該ル云ヤト云フ重罪ノ解ト相衝突スト雖モ成文ノ在ルアリテ之ヲ如何トモスヘカラス要スルニ本條ニ於テ本刑ト云フハ總則ノ減等法(從犯及ヒ未遂犯ノ減等ヲ除ク)ヲ適用セサル可カラサル時ニハ其未タ減等セサル所ノ刑ヲ云ヒ從犯及ヒ未遂犯其他各本條ノ特別減等法ヲ用ユル場合ニハ減等シタル者ヲ以テ本刑ト爲ササル可カラサルナリ予ハ成文上斯ノ如ク解釋スト雖モ是レ偏ニ第九十九條アルカ爲メナリ該條ノ當否ノ如キハ異日之ヲ詳解

スルヲ下爲サシ
 本條ニ於テ再犯加重スルノ理由ハ前ニ予カ論述シタル一般ノ再犯加重ニ與メタル理由ヲ追懷セラレテハ一自瞭然タルハケレハ復言セズ其二等ヲ加フルハ立法者ノ適宜ニ定メタル者ニシテ別ニ深意ノ存スルニ非ザルナリ
 第九十二條 先ニ重罪輕罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯輕罪ニ該ル時ハ本刑ニ一等ヲ加フ
 本條以前條ノ規定ノ精神ヲ同フスルモノナリ即チ再犯輕罪ニ該ル時ハ本刑去テトアル輕罪トイヒ本刑トイフカ如キモ全ク前條ノ同方法ニテ解釋スヘキナリ
 第九十三條 先ニ違警罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯違警罪ニ該ル時ハ本刑ニ一等ヲ加フ但シ年内再ヒ其違警罪裁判所リ

管轄地内ニ於テ犯シタル時ニ非サレハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス

本條モ亦前二條ト同一解釋方ニ據ルヘキモノトス唯違警罪ハ無意犯ニシテ其罪甚ク輕微ナリ因テ重罪輕罪ノ場合ノ如ク嚴重ニ再犯加重ノ例ヲ適用スヘキニ非ス是ヲ以テ本條ハ但書ヲ附加シテ一年內再犯同シ違警罪裁判所管轄地内ニ於テ犯シタルコトヲ要スト云フ制限ヲ用キラレタリ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ストハ其行文妥當ナラズ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得サレハ初犯ヲ以テ論スルノ意ノ如ク或ハ數罪俱發ヲ以テ問フノ意ノ如ク解シ得ラルモモ敢テ然ルニ非ス個ハ再犯ハ再犯ナレバ刑ヲ加重スルコトヲ得スト云フ意義ニ外ナラサルナリ本條但書ニ於テハ初犯一ケ年内ニ再犯シタル者ニ非サレハ刑ヲ加重セスト雖モ第九十一條第九十二條ヲ見ルニ重罪輕罪ノ再犯加重ニハ

別ニ期限ヲ設ケラレタルコト莫シ故ニ初犯重罪又ハ輕罪ナル片ニ當リ數十年ヲ經過シテ再ヒ重罪又ハ輕罪ヲ犯スルハ其刑ヲ加重セラルニ至ル夫ノ既ニ見タル所ノ刑ノ期間免除ノ制度ハ或ル期間刑ヲ執行ヲ遁レタルヲ以テ時間ノ効ニヨリテ其罪ヲ問ハス之ニ反シテ再犯加重ノ場合ハ初犯者既ニ刑ヲ執行ヲ受ケ終リタルニモセヨ數十年ノ久キヲ經過シタル後ニ於テ尙ホ再犯ヲ理由トシ即チ遠ク初犯ノ罪ヲ喚起シテ以テ刑ヲ加重スルハ實ニ權衡ヲ失シタリト謂フ可シ予ハ信ス此場合ニ於テモ或ル期限ヲ設ケ其期限經過后ニ再ヒ罪ヲ犯スモ再犯ノ故ヲ以テ刑ヲ加重セスト云フコトヲ規定スルノ必要アルコトヲ諸君子ハ第九十一條ヨリ第九十三條ニ至ル三ヶ條ニ於テ再犯加重スヘキ場合ヲ見タリ今其場合ヲ列擧スレハ左ノ如シ

第一、初犯重罪ニシテ再犯重罪ナル時

第三、初犯重罪ニシテ再犯輕罪ナル時

第四、初犯違警罪ニシテ再犯違警罪ナル時、但シ初犯后一年內其違

警罪裁判所管轄地ニテ再犯シタル時、

我刑法ニ於テ再犯加重スル場合ハ右四個ニ限ルヲ以テ諸君ハ又左ノ場合ハ再犯加重セサルヲ了知セラル可シ

第一、初犯輕罪ニシテ再犯重罪ナル時

第二、初犯重罪又ハ輕罪ニシテ再犯違警罪ナル時

第三、初犯違警罪ニシテ再犯重罪又ハ輕罪ナル時

第四、初犯再犯共ニ違警罪ナルモ裁判管轄地ヲ異ニスルカ若クハ

初犯ヨリ一年後ニ犯サレタル時、

以上刑法條ノ結果ニヨリテ再犯加重セサル場合ヲ列舉スト雖モ法理

上ヨリ論スルハ尙ホ他ニ其場合有ルヲ見ル予ハ既ニ之ヲ一言シタルヲ以テ再ヒ贅セス以下右四個ノ場合ハ何故ニ再犯ノ故ヲ以テ加重セサルヤヲ論セント欲ス

第一、初犯輕罪ニシテ再犯重罪ナル時ニ再犯加重セサルノ理由ハ他ノ場合ト大ニ其趣ヲ異ニスル所有リ而シテ其定説ト云フヲ聽クニ予ハ大ニ感服セサル所ノ者有リ學者曰ク初犯輕罪ニシテ再犯重罪ナル時ハ此犯者ハ初犯輕罪ノ刑ニ懲戒セラレタル者ニシテ再犯ノ刑即チ重罪ノ刑ノ何物タルコト未ダ知ラサルノミナラズ重罪ノ刑ハ輕罪ノ刑ヨリ重キヲ以テ自然ニ刑ヲ加重シタル姿アリ故ニ此場合ハ特ニ加重スルノ必要ナシト此説タル佛國刑法論者ノ多ク採ル所ニシテ我刑法起草者ノ與ヘタル所ノ理由ナリ然レトモ予ハ之ニ満足スルコト能ハス説者ハ初犯輕罪ニシテ再犯重罪ナル時ハ自然ニ刑ヲ加重スルノ姿アリ

ト曰フト雖モ其否ラサル場合有ルヲ奈何セン初犯輕罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯重罪ニ該ルモ減等ノ結果ニヨリテ輕罪ノ刑ニ處セラレ實際初犯ノ刑ヨリ輕キヲ往々之レ有リ例ヘハ初犯銜盜罪ニテ再犯強盜罪ヲ未遂ナル時強盜未遂ノ刑ハ如何ト云フニ強盜罪ノ刑ハ輕懲役ニ減テ此以ヨリ一等又ハ二等ヲ減ス(第三百七十八條、第一百十二條)ヲ以テ假リニ此場合ニ二等ヲ減スル者ト爲スルハ輕懲役ノ一等減スルヲ二年以上五年以下ノ重禁錮トナリ(第六十九條、更ニ一等即チ四分一ヲ減スレバ(第七十條)一年半以上三年九月以下ノ重禁錮トナル二年半以上三年九月以下ノ重禁錮ハ初犯ノ竊盜罪ノ刑二年以上四年以下ノ重禁錮(第三百六十六條)ヨリ輕キニ至ルカ如シ此ノ如キ場合ヲ生スルニモ拘ラス尙ホ再犯ノ刑ハ自ラ加重ノ姿アリト云フハ實ニ其理由ニ貫徹セサルヲ看ル然ラハ則チ他ニ適切ナル理由アルヲ予ハ不幸ニ

シテ未分ニテ發見スルコト能ハサルナリ予以爲テ法律ニ於テ先ニ輕罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯重罪ニ該ルモ減輕シテ輕罪ノ刑ニ下ルルハ輕罪ノ刑ニ一等ヲ加フト云フカ如キ條項ヲ加ヘテハ說者ノ理由ノ貫徹スルニ至ル可シ

第二、第三ノ場合ノ加重セサル理由ハ實ニ重罪又ハ輕罪ト違警罪ト其罪質大ニ異ル所アルヲ以テナリ、違警罪ハ多ク地方ノ習慣風俗ニ從ヒテ取締メ爲メニ規定シタル者ナルニ由リ土地ヲ異ニスレバ則チ彼等罰シテ此ニ罰セサルコト有リ夫ノ初犯再犯共ニ違警罪ノ場合ニ加重スルニ非テ前後同裁判所ノ管轄地内ニ於テ犯シタルヲ要スルカ如キハ實ニ之レカ爲メナリ、違警罪ノ重罪輕罪ト其罪質ヲ異ニスル所其レ此ノ如シ是第三、第五ノ場合ニ再犯加重セサル所以ナリ

第四ノ場合ハ明瞭ニシテ解釋ヲ要セス諸君ハ第五十三條ノ解ニ就キ

既ニ了得ナルカラン
 第九十四條、再犯加重初犯ノ裁判確定ニ後ニ非サレハ之ヲ
 論スルヲ得ス
 本條モ亦明瞭ニシテ且ツ曾テ一言シタル所ノ者ナレハ直チニ本條ニ
 移ル可キ
 第九十五條、刑期限内再ヒ罪ヲ犯スニ因リ刑ヲ宣告シタル時
 ハ先ツ其定役ニ服ス可キ者ヲ執行シ定役ニ服セタル者ヲ後
 ニス若シ初犯再犯共ニ定役ニ服スル刑ニ該ル時又ハ其ニ定
 役ニ服セサル刑ニ該ル時ハ先ツ其重キ者ヲ執行ス
 罰金科料ニ該ル者ハ順序ニ拘ハラヌ各之ヲ徴収ス
 本條第一項ハ有期刑ニ付キ初犯ノ刑ノ執行ヲ終ラカハ内ニ再犯スル
 タル場合ニ於テ初犯再犯ノ刑ノ執行順序ヲ規定シタル者ナリ故ニ初

三十二

十七

犯若クハ再犯中無期刑ニ該ル者ハ本條ノ想像セサル所ナリ是等ハ監
 獄則ニ據リテ處分スル者ナラン財産ニ關スル刑ノ執行順序ハ第二項
 ニ之ヲ規定ス要スルニ本條モ亦簡明ナル條文ナルヲ以テ復タ嘸ヤセ
 ス

第九十六條 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非常律ニ從ヒ處斷シタル者ニ非サ
 レハ再犯ヲ以テ論スルヲ得ス

本條モ亦甚タ簡單ナル條文ニシテ甚タ説明ヲ要セサレハ唯一言スヘ
 キ者アリ常律ニ從ヒ處斷シタル云々トハ此刑法ヲ以テ處斷シタルト
 解シ得ラルカ如シト雖モ敢テ然ルニアラス陸海軍刑法中ニハ往々
 某々ノ所爲ハ普通刑法ニ從ヒテ處斷ストアリ本條ノ常律云々ハ此場
 合ヲ指シタル者ニシテ即チ是レ普通刑法ヲ以テ處斷シタルニ非ス

陸海軍刑法ヲ以テ處斷ス而シテ唯其刑ハ普通刑法ノ規定シタル者
ヲ科スト云フコナリ

第九十七條 大赦ニ因テ免罪ヲ得タル者ハ再ヒ罪ヲ犯スト雖
モ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス

曾テ一言シタルカ如ク大赦ナル者ハ唯刑ヲ免スルノミナラス其裁判
ヲシテ無効ニ歸セシムル所ノ者ナレハ先ニ罪ヲ犯スモ既ニ大赦ノ思
典ニ浴スレハ再犯加重セサルハ當然ノ事ナリ

第九十八條 三犯以上ノ者ト雖モ其加重ノ法ハ再犯ノ例ニ同
シ

是マテ見タル所ハ再犯ノ刑ヲ加重スル場合ナリシカ我刑法ハ獨リ再
犯ノミナラス三犯以上ト雖モ再犯ノ場合ト同例ヲ用ヰタルコトセリ
其理由タル三犯四犯ヨリ五犯六犯ト漸次刑ヲ加重スルコトセテ殆ト

底止スル所ナク輕微ノ犯罪ニ重大ナル刑ヲ科スルニ至ルヘシ本條ノ
規定ニルハ之レカ爲メナリ

第六章 加減順序

裁判官ガ一犯罪ヲ治スルニ當リテ犯罪ノ情狀ニヨリテハ刑ヲ加重減
輕スルコトアリ而シテ加重減輕ノ原因ノ單獨ニ生スルコト有リ或ハ其原因
ノ同時ニ併生スルコト有リ其原因ノ單獨ニ生スル者ハ第三章其加減例
ニ據ルヘシト雖モ其原因ノ同時ニ併生シタル時何レヲ先キニスルカ
ヲ定ムルハ加減例ノ規定セザル所ナリ夫レ加重減輕ノ原因ノ同時ニ
併生シタル時ニ加重ヲ先ニシテ減輕ヲ後ニスルト減輕ヲ先ニシテ加重
ヲ後ニスルトニ於テ其結果ニ大ナル差違ヲ來ス例ヘハ茲ニ十六歲以
上二十歲以下ノ幼者無期徒刑ニ該ル可キ罪ヲ犯シ而シテ再犯ナル時
ハ是レ再犯加重ト宥恕減輕ト同時ニ併生シタル者ナリ若シ此場合ニ

減輕ヲ先ニシテ加重ヲ後ニスレハ即チ無期徒刑ヨリ一等ヲ減シテ有
 期徒刑トナリ有期徒刑ニ一等ヲ加ヘテ無期徒刑トナル之ニ反シテ加
 重ヲ先ニシテ減輕ヲ後ニスレハ重罪ノ刑ハ加ヘテ死刑ニ入ルヲ得サ
 ルヲ以テ加重ヲ行フヲ得ス唯減輕ヲ行ヒテ無期徒刑ノ一等減即チ有
 期徒刑トナル、一ハ即チ無期徒刑ニ上リ一ハ則チ有期徒刑ニ止ル其差違實
 ニ宏大ナリト謂フ可シ輕罪ノ刑ハ加ヘテ重罪ノ刑ニ入ルヲ得サル
 ヲ以テ輕懲役ニ該スル犯罪ニ對シ加重減輕ノ原因同時ニ併生スル時
 モ亦重大ナル結果ヲ生スルヲ有リ個ハ固ヨリ詳解スルヲ要セスシテ
 既ニ諸君ノ了知スル所ナラン是レ本章ノ規定アル所以ナリ
 加減順序ノ結果ノ重大ナルヲ是レ此ノ如シ而シテ我刑法ハ本章下ニ
 於テ單々一個條ニテ諸種ノ場合ヲ規定セリ是レカ爲メニヤ或ハ他ニ
 原因ノ在ル有リテ然ル者ニヤ本章ハ非常ニ錯雜シ加フルニ立法者ノ

精神ヲサヘ知ルヲ甚タ困難ニシテ從來學者ノ腦漿ヲ惱マシムルヲ鮮
 少ナラス予ハ敢テ諸君ニ望ム諸君ハ最モ第九十九條ノ解釋ニ注意セ
 ラレシト

第九十九條 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但從犯又ヒ未
 遂犯罪ノ減等其他各本條ニ記載スル特別ノ加重減輕ハ其加
 減シタル者ヲ以テ本刑ト爲ス

- 一 再犯加重
- 二 宥恕減輕
- 三 自首減輕
- 四 酌量減輕

既ニ一言シタルカ如ク本條ハ實ニ不明瞭ノ條文ナルヲ以テ予ハ之ヲ

上箇ニ區別シ先ツ本文ニ付キ解説シ然ル後但書ニ及フヘシ諸君之ヲ
諒セヨ

本文ノ旨意如何之ヲ平易ニ敷衍スレハ曰ク犯罪ノ情狀即チ犯罪ト共
ニ生スル情狀ニヨリテ總則ニ規定スル所ノ加重減輕未遂犯及ヒ從犯
ノ減輕ヲ除クカ同時ニ併生スル時ハ、一再犯加重、二宥恕減輕、三自首減
輕、四酌量減輕ノ順序ト從ヒテ加重減輕スヘシト本條ノ意正サニ此ノ
如シトセハ諸君ハ忽チ數個ノ疑問ノ勃然トシ心理ニ起ルナルヘシ、曰
ク、何故ニ此順序ヲ立テタル乎、何故ニ加重ヲ先キニシテ減輕ヲ後チニ
シタル乎、如何ナル加減法ニヨリテ加減スル乎、何故ニ未遂犯及ヒ從犯
ノ減輕ヲ除キタル乎、所謂本刑トハ何ヲ指シタル乎ト僅々數言ノ間ニ
此ノ如キ數個ノ疑問ヲ生ス實ニ困難ノ條文ト謂フ可シ
本文ヲ解スルニ當リ先ツ明カニスヘキニ同時ニ本刑ヲ云々ト云フ本

刑ヲ解釋是ナリ本文ノ本刑ハ曾テ第九十一條ニ於テ與ヘタル本刑又
解ト同一ニシテ即チ唯罪ノ性質上某罪ニ該スル所ノ刑トノミ云ラ
ニ非スシテ從犯及ヒ未遂犯罪ノ減等其他各本條ニ記載スル特別ノ加
重減輕ヲ適用スル場合ニハ其加重シ若クハ減輕シタル所ノ刑ヲ指
テ本刑ト謂フナリ何トナレハ本條但書ニ從犯及ヒ未遂犯罪ノ減等
其他各本條ノ.....ハ其加減シタル者ヲ以テ本刑ト爲ス
ト有リテ再犯加重宥恕減輕自首減輕酌量減輕ヲ爲スニハ此但書ノ加
減ヲ爲シタル後ニ於テセサル可カラサレハナリ
本文ニ據ルニ再犯加重ト宥恕減輕自首減輕若クハ酌量減輕ト同時ニ
生スル片ハ加重ヲ先ニシテ減輕ヲ後ニスレモ立法者ハ如何ナル理由
ニヨリテ先後ヲ規定シタルカ實ニ其理由ニ知ルコトヲ得ス強ヒテ理由
ヲ附スレハ則チ再犯ナルヲ以テ加重ヲ先ニシタルモノナリト云フコ

ヲ得ヘキカ如シ詳言スレハ再犯ハ其罪度初犯ヨリ重キカ故ニ加重ヲ先ニシテ以夫ノ減輕ヲ先ニスルノ寛ニ失スルノ弊ヲ防カント欲シタルニ外ナラスト謂フコトヲ得ヘキカ如シ然レトモ是レ牽強附會タルニ過キス例ハ輕懲役ニ該スル犯罪ニ付キ減輕ヲ先ニシテ加重ヲ後ニスル時ハ輕懲役ヲ減シテ重禁錮トナリ而シテ重禁錮ナル輕罪ノ刑ハ加ヘテ重罪ノ刑ニ入ルコトヲ得サルヲ以テ加重シテ輕懲役トナスコト能ハサルヲ以テ此場合ニハ甚々寛ニ失スルノ嫌ナキ能ハスト雖モ然レトモ加重ヲ先ニシ減輕ヲ後ニスルモ亦寛ニ失スルコト無キニ非ス例ハ無期徒刑ニ處セラルヘキ者加重ト減輕トノ原因同時ニ生シテ各一等ヲ加減スルニ當リ加重ヲ先ニシテ減輕ヲ後ニスル時ハ減輕ヲ先ニシテ加重ヲ後ニスルヨリモ反リテ甚々寛ニ失スルニ至ル蓋シ無期徒刑ハ重罪ノ刑ニシテ重罪ノ刑ハ加ヘテ死刑ニ入ルコトヲ得ス因テ此

二十四

二十五

場合ハ勢加重ヲ爲スト能ハスシテ唯減輕ノミチ爲サ、ル可カラサルヲ以テ結局有期徒刑ニ處セラルナリ之ヲ夫ノ減輕ヲ先ニシ加重ヲ後ニスレハ無期徒刑ヲ減輕シテ有期徒刑トナリ之ヲ加重シテ再ヒ無期徒刑トナル者ニ比スレハ其寛嚴因ヨリ同日ノ論ニ非サルナリ乃チ本條ノ加重ヲ先ニシテ減輕ヲ後ニスル正當ノ理由ハ余ノ未タ發見セザル所ナリ學者ハ學理上ヨリシテ再犯加重ト宥恕減輕ト同時ニ生シタル時減輕ヲ先ニシテ加重ヲ後ニスヘキ者ナルコトヲ論セリ其說ニ曰ク總則ノ宥恕減輕ハ幼年ノ故ヲ以テ宥恕セラルヘキ者ナレハ其宥恕セラルヘキ年齢中ニ在リテ再ヒ罪ヲ犯ス時ハ是レ宥恕ヲ受ク可キ資格ニテ再犯シタル者ニシテ再犯加重ノ原因ノ生スル已前已ニ宥恕減輕ノ原因有ル者ナリ因テ宥恕減輕ヲ爲シタル後ニ再犯加重ヲ行コハ法理ニ是認スル所ナリト是レ大ニ觀ル可キ者有リト雖モ我立法者ハ毫

モ此等ノ學說ニ注目セサル者ノ如シ
 本文ノ加減ハ如何ナル方法ニ據ルヘキヤ本問ハ本文及ヒ但書ニ於テ
 生スル諸疑問ヲ解明シタルノ後本文ノ加減法ト但書ノ加減法トヲ合
 說スルヲ以テ至當ノ順序ト信ス從ヒテ本文ニ於テ何等ノ理由ニ基
 テ加減ノ順序ヲ定メタルカト云フ疑問ノ如キモ亦彼ニ讓リテ此ニ辨
 セサルヲ可トス又本文ニ於テ未遂犯罪及ヒ從犯ト減輕ヲ規定セシ
 テ之ヲ但書ニ讓リテ各本條ノ減輕ト同一ニシタルノ理由ノ如キハ本
 文ニ於テ辨明スルヨリハ却テ但書ニ於テスルノ理解シ易キニ如カサ
 ルヲ以テ是モ亦此ニ辨スルヨリ止マシムルニ當リテハ其ノ如キヤ本
 手ハ此ヨリ歩ヲ移シテ第九十九條但書ニ就キテ解説セシムルニ
 諸君ヨ本條ノ但書ニ於テモ亦數多ノ疑問ヲ生シテ其解釋實ニ容易
 クモ曰ク所謂本刑トハ如何ニ解釋スヘキヤ曰ク其加減方法ハ如何ナ

ルヲ曰ク其加減ハ罪ノ性質ヲ變スルモノナリヤ曰ク其加減ノ順序ハ
 加重ヲ先ニシテ減輕ヲ後ニスヘキヤ曰ク但書ト本文トノ加重減輕ノ
 原因同時ニ生スル時ハ孰レヲ先ニスヘキヤ予ハ以下是等ノ疑問ニ對
 シテ明答ヲ爲サント欲ス請フ諸君深ク注意セラレヨ
 但書ニ於テモ亦先ツ解明スヘキハ本刑ノ文辭是ナリ此本刑ハ犯罪ノ
 性質上該當スル所ノ刑ナリヤ換言スレハ但書ノ加重減輕ニヨリテ加
 減スル時ハ罪ノ性質ヲ變スル者ナリヤ或ハ此本刑ト云フハ唯加重減
 輕ヲ爲スヘキ刑ノ基本ト解スヘキカ予ハ第九十一條ノ下ニ於テ稍
 カ真意ノ端緒ヲ表明シタルカ如ク但書ノ所謂加重減輕法即チ從犯未
 遂犯罪及ヒ各本條ノ加重減輕ハ加減シテ以テ罪質ノ變スル者アリ又變
 セサル者アリ從犯及ヒ未遂犯罪ハ減輕スルモ罪質ニ變更ヲ來サス各本
 條ノ加重減輕ハ加減シテ以テ罪質ヲ變スル者ト變セサル者トアルナ

サ何ヲ以テ之ヲ謂フヤ
 從犯及ヒ未遂犯ハ事實有罪ノ度ニ減輕スヘ情狀アルニヨリ從犯ハ正
 犯ノ刑ヨリ一等ヲ減シ未遂犯ハ既ニ遂ケタル者ノ刑ヨリ一等又ハ二
 等ヲ減スル者ト規定シタルカ如シ此点ヨリ觀察スレハ從犯及ヒ未遂
 犯ノ減等ニヨリテ重罪ノ刑カ輕罪ノ刑ニ下ル時ハ其從犯及ヒ未遂犯
 ハ輕罪トナリテ全ク其罪質ヲ變更シタル者ナリト斷定シ得ラルル如
 ク從ヒテ我刑法ノ從犯及ヒ未遂犯ノ減等法ヲ總則ノ減等法中ヨリ脫
 離セシメテ之ヲ各本條ノ加減法ト同一ニ規定シタルノ精神モ亦全ク
 此点ニ存在スル者ノ如シ然レモ是レ未タ深ク考察セサル所ノ論ナリ
 ト謂ハサル可カラス蓋本刑ヲ加重シ若クハ減輕シテ其罪質ヲ變更ス
 ルハ事實有罪ノ度ノ輕重ニ因リテ然ルニ非ス則チ事實有罪ノ度若ク
 ハ犯者有罪ノ度ハ以テ罪質ノ變更ヲ權ルノ尺度ト爲スニ足ラザルナ

リ若シ數歩ヲ讓リテ從犯及ヒ未遂犯ノ減等ハ罪質ヲ變更スル者ナリ
 ト云フキハ夫ノ強盜罪ノ從犯及ヒ未遂犯ハ強盜ナル重罪ノ性質ヲ變
 シテ輕罪ト爲リタル者ナリト謂ハサル可カラス然ラハ則チ其從犯及
 ヒ未遂犯ハ強盜罪ノ從犯及ヒ未遂犯ニ非スト云フ結果ヲ生スヘシ何
 トナレハ強盜罪ノ從犯及ヒ未遂犯ト曰フニハ強盜罪ノ性質ヲ有スル
 者ナラサル可カラサレハナリ夫レ強盜罪ノ從犯ハ強盜ナル所爲ノ豫
 備ヲ幫助シタル者強盜ノ未遂犯ハ強盜ナル所爲ニ着手シテ未タ遂ケ
 サル者ニシテ其強盜タル性質ハ常ニ存在スル者ニシテ重罪タル性質
 ハ刑ノ減等ノ爲メニ變更スル者ニ非サルナリ予ノ此ノ如ク論斷スル
 ハ大ニ被告人ノ不利益ト爲ル者有リ例ヘハ公訴期滿免除ノ期限ハ治
 罪法第十一條ニ據ルニ輕罪ハ三年重罪ハ十年ナリ因テ從犯及ヒ未遂
 犯ノ減等カ罪質ヲ變スル者トセハ強盜罪ノ從犯及ヒ未遂犯ノ公訴期

満免除ハ三年トナリ予カ論斷スルカ如クシテ十年ナラサル可カラズ
 三年ト十年ト其輕重利不利日ヲ同フシテ語ル可カラズト雖モ被告ハ
 ノ不利益ハ以テ理論ヲ曲クルニ足ラサルナリ予ハ尙ホ反對ノ説ニ從
 フヨリ生スル所ノ不都合ヲ述ン例ヘハ強盜罪ノ正犯從犯アラシニ反
 對ノ説ニ從ヘハ正犯ハ重罪ニシテ從犯ハ輕罪ナリ而シテ其公訴期滿
 免除ハ正犯ハ十年從犯ハ三年ナルヲ以テ未ダ正犯カ公訴ノ期滿免除
 ヲ得サル間ニ從犯ハ早既ニ滿期免除ヲ得ルト謂ハサル可カラズ正從
 公訴ノ期滿免除ヲ異ニスルカ如キハ實ニ大不都合ト謂フ可シ未遂犯
 ノ減等ハ我刑法第百十二條ニ據ルニ既ニ遂ケタル者ノ刑ヨリ一等又
 ハ二等ヲ減スト有リ因テ反對ノ説ニ從ヘハ重懲役ノ刑ニ該スル該犯
 罪ノ未遂ハ其罪質重罪ナリヤ或ハ輕罪ナルヤ判明ナル能ハサルニ至
 ル蓋シ重懲役ノ一等減ハ輕懲役輕懲役ハ重罪ノ刑ナリ故ニ重懲役一

等減ノ未遂犯ハ重罪ナルカ如ク見ユ重懲役ノ二等減ハ二年以上五年
 以下ノ重禁錮重禁錮ハ輕罪ノ刑ナリ故ニ重懲役二等減ノ未遂犯ハ輕
 罪ナルカ如ク見ユ而シテ其一等ヲ減スルモ又二等ヲ減スルモハ裁
 判官ノ權内ニ存スル者ナレハ裁判官ハ或ル所爲ヲ重罪トシ輕罪トス
 ルノ權アリト謂ハサルヘカラス然レモ或ル所爲ヲ重罪トシ輕罪トス
 ルハ立法者ノ爲シ得ル所ニシテ裁判官ノ爲シ能ハサル所ナリ一步
 進マテ之ヲ論スレハ檢察官カ重懲役ノ未遂犯罪ニ對シテ公訴ヲ起ス
 ニ當リテ其管轄裁判所ヲ定ムルヲ能ハサル可シ之ヲ重罪裁判所ニ
 可キカ將タ之ヲ輕罪裁判所ニ訴フ可キカ其適從スル所ヲ知ル能ハ
 サル可シ何トナレハ重懲役ノ未遂犯ハ人其重罪タルト輕罪タルト判
 明セサレハナリ嗚呼反對ノ説ニ從ヒテ立論スルハ其不都合ヲ生ス
 ルノ點實ニ前述ノ如シ而シテ予カ論斷スル所ニ從フハ不都合ヲ生

セサルノミテナス條理井然トシテ首尾貫徹スル者ノ如シ是ニ由ラ之ヲ觀レハ從犯及ヒ未遂犯ノ減等ニヨリテ重罪ノ刑ヨリ下リテ輕罪ノ刑トナルモ爲メニ罪質ヲ變更シテ輕罪トナリタルニ非スレテ重罪ハ常ニ重罪ナリト謂フ可シ

各本條ノ加重減輕中ニハ加減シテ罪質ヲ變スル者ト變セサル者ト有リ即チ各本條ニ記載スル特別ノ加重減輕ハ加減シタル刑力直チニ其罪質ヲ表彰スル本刑ナルコト有リ或ハ加減シタル刑ヲ以テ直チニ其罪ニ適應スル本刑ナリト謂フ能ハサルコト有リ例ヘハ各本條ノ減輕ニ於テ夫ハ内國通用ノ貨幣ヲ變造シテ行使シタル者ハ輕懲役ニシ其變造已ニ成テ未タ行使セサル者ハ一等ヲ減セラル(第百八十二條第百八十六條)輕懲役ニ一等ヲ減スレハ即チ輕罪ノ刑ニ下リ而シテ罪質ノ全ク變更シテ輕罪トナリタルノ適例ナリ然レモ屢述ヘタルカ如ク各本條

ノ特別減輕中殺傷ニ關スル宥恕(第三篇第一章第三節)ハ減輕ニヨリテ罪質ヲ變セサルコトハ總則ノ宥恕減輕ト異ルコト無キ者ナリ例ヘハ本夫其妻ノ姦通ヲ覺知シ姦所ニ於テ直チニ姦夫又ハ姦婦ヲ毆傷シタル者ハ宥恕ヲ得テ本刑ニ二等又ハ三等ヲ減セラルニヨリ重罪ノ刑ヲ下リテ輕罪ノ刑ニ入ルモ重罪タルノ性質ハ依然トシテ變セサルナリ(第三百條)第三百十一條、第三百十三條均シク是レ特別減輕ナリ一ハ罪質ヲ變シ一ハ罪質ヲ變セサルノ逕庭ヲ生スルノ理由果シテ何クニ在ルカ、此疑問ニ答フルハ稍、枝葉ニ涉ルノ嫌ナキ能ハスト雖モ諸君ハ必ス此場合ニ於テ之ヲ聽カンコトヲ熱望セラル可ク且ツ此ニ説明シテ而シテ後ニ各本條ニ入リテ其減輕ノ性質ヲ攻究スルハ大ニ順序ヲ得タリト信スルヲ以テ簡單ニ之ヲ陳述スルコト爲サン

各本條ニ記載スル特別加重減輕中ニ於テ其加減ニヨリテ罪質ヲ變更

スルト否トヲ區別スヘキ標準ヲ定ムルハ實ニ困難ナル事業ナリ此標準ニシテ一定スルヲ得ハ前段ノ疑問ハ忽チ釋然タル可シ予以爲ク加重減輕ハ犯罪構成ノ原素ニ缺クル所アリテ爲メニ其目的ヲ達スルヲ能ハサル場合ニ係ル時ハ是レ其加減ハ罪質ヲ變更セルモノトス之ニ反シテ加重減輕ハ犯罪ノ目的ヲ達スルニ關係ナク犯罪構成ノ原素ニ缺クル所ナキ場合ニ係ル時ハ是レ罪質ヲ變更セサル者トス之ヲ以テ標準トセハ即チ太過ナル可シ夫ノ貨幣ヲ變造シテ未タ行使セサル者ハ貨幣變造ノ目的ヲ達セス即チ貨幣變造罪ノ構成ノ原素ニ缺クル所ノ者アルヲ以テ此減輕ハ即チ罪質ヲ變更スルナリ故ニ立法者ノ本罪ヲ規定シタルハ本罪ニ適應スル輕罪ノ刑即チ重禁錮ヲ科スト規定スヘキヲ便宜ノ爲メ貨幣ヲ變造シテ行使シタル罪ニ該スル刑ヨリ一等ヲ減スト規定シタルニ過キサルナリ之ニ反シテ夫ノ本夫ノ姦夫姦

十八

十九

婦ヲ毆傷シ或ハ殺死シタルカ如キハ毆打創傷罪或ハ殺人罪ノ構成ノ原素ニ缺クル所ノ者ナク即チ充分其目的ヲ達シタル者ナリ唯當時憤怒ノ情勃起シテ良心ヲ掩蔽シ以テ是非善惡ヲ識別スルノ能力ヲシテ幾分カ減殺セシメタル者ナレハ此犯者ハ半狂人ナリトス半狂人ノ所爲ヲ普通人ト同シク處斷スルハ過酷ナルヲ以テ宥恕減輕ヲ行フ者ニシテ犯罪構成ノ原素ニ至リテハ毫絲モ缺クル所アルヲ無シ是ヲ以テ此減輕ハ即チ罪質ヲ變更セサル所ノ者ナリ序次一言ス可シ各本條ノ特別加重ノ場合ニ於テハ本刑ヲ加重シテ輕罪ヨリ重罪ニ入ルヲ得サルヲ以テ原則ト爲スカ故ニ輕罪ヲ重罪ニ變更スルカ如キ特別加重ノ例アルヲ無シ要スルニ各本條ニ記載スル特別加重減輕ニ於テ其加減ニヨリテ罪質ヲ變スル者ト變セサル者トハ各本條ニ就キテ個々ニ觀察ス可シ予ハ此ニ一々之ヲ列擧スルノ勞ヲ取ラサルナリ

諸君子ハ前ニ但書ノ本刑ハ犯罪ノ性質上該當スル所ノ刑ナリト解ス
ヘキヤ或ハ加重減輕ヲ爲スヘキ刑ノ基本ト解スヘキヤト云フ疑問ヲ
起シテヨリ縷々陳辨此ニ至リタリ今ヤ予ハ下ノ如ク約言スルヲ得ヘ
シ曰ク但書ノ本刑ハ犯罪ノ種類ニヨリテ其犯罪ノ性質上該當スヘキ
刑ナリト解スルヲ得ル場合ナキニ非サレモ要スルニ第九十九條ハ刑
ノ加減順序ヲ規定シタル條文ニシテ罪質ノ如何ヲ規定シタルニ非サ
レハ此ノ本刑ト云フハ單ニ加重減輕ヲ爲スニ當リテ基本トスヘキ本
刑ナリト解スヘシ

但書ニ於テ加重ノ原由ト減輕ノ原由ト同時ニ生スル時ハ孰レヲ先キ
ニスルカ總則ノ場合ノ如ク別ニ順序ヲ立テラレサルヲ以テ判明ナラ
サル者有リト雖モ本文ノ場合ノ如ク加重ヲ先キニシテ減輕ヲ後チニ
スル者ナルヘシ是レ別ニ理由ノ存スル有ルニ非ス本文ニ於テ然ルカ

故ニ但書ニ於テモ亦然ルナラント云フニ過キササルナリ

但書ノ加重減輕ノ原由ト本文ノ加重減輕ノ原由ト同時ニ生スルハ
孰レヲ先キニスルカ第九十九條ノ行文上ヨリ觀察シ及ヒ我立法者カ
但書ノ加重減輕ハ其加減シテ得タル刑ヲ以テ加減ノ基本ト爲スヨリ
觀察スレハ但書ヲ先キニシテ本文ヲ後チニスルヤ必セリ

諸君子ハ此ヨリ本文ニ於テ説明ヲ存留シタル疑問ニ就キテ辯明セン
是レ但書ニ於テモ亦未ク説明ヲ試ミサリシ疑問ナレハ併セテ辨スル
ト爲サン即チ第九十九條ノ本文及ヒ但書ノ加減ハ如何ナル方法ニ
ヨルカト云フ疑問是ナリ

第九十九條ニ於テ加重スヘキ原由ト減輕スヘキ原由ト併生シテ同時
ニ加減ス可キ場合ニ採用シ得ヘキカ如キ加減法ニ三種アリ第一ハ本
刑ヲ基本トシテ本刑ノ四分ノ一、二若クハ三ヲ加ヘ此レヨリ本刑ノ四

分ノ一、二若クハ三ヲ減スルノ方法ナリ此方法ニヨレハ加重ト減輕トノ等數相等シケレハ本刑ハ依然トシテ變スルヲ無キナリ例ハ本刑二年以上四年以下ニシテ加減ノ等數各一等ナリトスレハ一等即チ本刑ノ四分ノ一ヲ加ヘテ二年六月以上五年以下トナリ此レヨリ一等即チ本刑ノ四分ノ一ヲ減スレハ二年以上四年以下トナリテ舊狀ニ復スルカ如シ、第二ハ本刑ヲ基本トスルヲ無ク先ツ本刑ニ四分ノ一、二、若クハ三ヲ加ヘ而シテ其加ヘテ得タル者ヨリ四分ノ一、二若クハ三ヲ減スル所ノ法ナリ此方法ニ據レハ第一方法ノ如ク加減ノ等數相同シト雖モ爲メニ本刑ノ依然トシテ變セサルカ如キヲ無シ前例ヲ用ヒテ之ヲ云ヘハ二年以上四年以下ノ本刑ニ一等ヲ加ヘハ二年六月以上五年以下トナリ二年六月以上五年以下ノ四分ノ一即チ一等ヲ減スレハ一年十月十五日以上三年九月トナルカ如シ、第三ノ方法ハ加重ト減輕ト

ノ原因同時ニ生スル片ハ相殺スルノ方法ナリ例ハ本刑二年以上四年以下ニ加重ト減輕ト各一等アル片ハ之ヲ相殺スルヲ以テ二年以上四年以下ノ本刑ニハ毫モ増減無シ此方法ハ其結果ニ於テハ或ハ第一法ニ同シキヲアリト雖モ常ニ必ラス然ルニアラス例ハ無期徒刑ニ該スヘキ者加減ノ原因一等ツ、併生シタリトセン第一方法ニヨレハ重罪ノ刑ハ加ヘテ死刑ニ入ルヲ得サルヲ以テ加重ヲ行フヲ能ハスレテ直チニ本刑即チ無期徒刑ニ減輕ヲ行ヒテ有期徒刑トナル第三方法ニヨレハ本刑ニ加減ヲ行ハスシテ直チニ加減ノ原因ヲ相殺スルカ故ニ其結果ハ則チ無期徒刑ナリ、一ハ無期徒刑ニ上リ一ハ有期徒刑ニ下ル其結果鮮少ニ非サルナリ以上三種ノ方法中孰レヲ適用スヘキカ是レ仔細ニ考究スヘキノ問題ナリトス予ハ第九十九條ヲ玩味スルニ本文ノ加重減輕ニハ第一方法ヲ採用シ但書ノ加重減輕ニハ第二方法

ヲ採用スヘキ者ナリト信スルナリ、何ヲ以テ然ル乎、曰ク、本文ニハ總則ニ照シ同時ニ本刑ヲ加重減輕スヘキ時ハ云々ト有リ本刑ヲ加重減輕ストハ即チ本刑ヲ基本トシテ加減スルヲナルニ由リ本刑ニ加ヘタル者モ減シタル者モ共ニ本刑即チ加減ノ基本タル刑トナルニアラス既ニ加減シタル者ヲ以テ本刑ト爲スニ足ラサレハ即チ本文ノ加減法ハ第一方法ニ據ラサルヲ得ス蓋シ第一方法ハ本刑ヲ基本トシテ加減スルカ故ニ殆ント夫ノ通加減法ト其性質ヲ同フス通加減法ハ我立法者ノ加減例ニ採用シタル所ノ者ナレハ加減順序ノ場合ニ於テハ原則トシテ之ヲ採用シタルハ明了ナリト思考スルナリ然ラハ則チ本文ニ於テ一再犯加重、二宥恕減輕、三自首減輕、四酌量減輕ト規定シタル順序ハ加重ヲ先キニシテ減輕ヲ後チニスルヲ示スニ在リトセハ或ハ可ナラン然ラサレハ此ク順序ヲ立ツレハ或ハ第二方法ニヨリテ加減スル

ニ非サル無キヤノ疑惑ヲ生シ易シ而シテ加重ヲ先キニシテ減輕ヲ後チニスルカ爲メニ此順序アリトスルモ外ニ規定ノ方法モ有ルヘキニ、此ク一二三四ノ順序ヲ立テラレタルハ實ニ不當ト謂ハサル可カラサルナリ但シ酌量減輕ノ諸加重減輕ヲ行ヒタルノ後ニスヘキハ事理ノ當然ナルヲナリ蓋シ裁判官カ法律上諸種ノ減輕ヲ行ヒテ尙ホ減輕スヘキノ情狀アル時ニ行フモノニシテ他ノ加重減輕ノ後ニスルニ非ラサレハ爲シ能ハサル所ナリ而シテ是レ固ト注文ヲ要セスシテ明了ナリ第九十九條ニ酌量減輕ヲ擧ケタルハ予其何ノ謂ヒタルヲ知ラサルナリ第一方法ハ已ニ原則トシテ本文ニ採用セラレタレトモ但書ニ至リテ則チ第二方法ヲ採用セラレタリ但書ニ曰ク但從犯及ヒ……ハ其加減シタル者ヲ以テ本刑ト爲スト其加減シタル者ヲ以テ本刑ト爲ストハ加重シ若クハ減輕シタル所ノ刑ハ即チ加重ノ基本トスヘキ本

刑ナリト謂フコナレハ但書ハ第二方法ヲ採用シタルコト明了ナリトス
 且ツ從犯及ヒ未遂犯ト各本條ノ加重減輕トノ二原由同時ニ併生スレ
 ハ理論上各本條ヲ先キニシテ從犯及ヒ未遂犯ヲ後チニスヘキモノト
 ス何トナレハ各本條ニ據リテ犯者ノ所爲ノ如何ヲ定メテ然ル後ニ共
 所爲ノ充分ナリヤ否ヤ或ハ犯者ハ如何ナル地位ニ在ルヤヲ定ムルヲ
 以テ至當ノ順序ト爲セハナリ然ラハ則チ此點ヨリ觀察スルモ但書ノ
 加減法ハ第一方法ノ如ク本刑ヲ基本トシテ加減スルニ非スシテ全ク
 第二方法ヲ用ヰテ本刑ヲ加重シ若クハ減輕シタル刑ヲ以テ加減ノ基
 本ノ刑ト爲シタルヲ知ルヲ得可シ
 以上説明スル所ニヨリテ第九十九條ハ本文ニ於テハ第一方法ヲ採用
 シ但書ニ於テハ第二方法ヲ採用シタルコト知ルヘシ而シテ第三方法
 ハ我刑法起案者ノ採用シタル所ノ者ニシテ實ニ簡便ナリトス

草案第八十八條 云々

若シ又同時ニ加重及ヒ減輕スヘキ情狀ノ原由ノ存スルルハ先ツ
 其一般又ハ特別ノ原由ノ同一ナルヤ否ヲ考查シ以テ加重ス可キ
 者ノ一等ト減輕スヘキ情狀ノ一等トノ相殺ヲ爲スヘシ
 此ハ刑法起案者カ現行刑法ニ就キ修正セラレタル文ニシテ該條ハ加
 減例ノ章中ニ掲ケラレタリ而シテ刑法ノ舊草按ノ如ク若クハ現刑法
 ノ如ク別ニ一章ヲ設ケテ再犯加重ト數罪俱發トノ間ニ挿入セラレサ
 ルハ編纂其當ヲ得タルモノナリ之ヲ要スルニ前ノ如ク第九十九條ノ
 加減法ヲ論斷シタルハ別ニ法理上ノ理由アルニ非スシテ條文其レ自
 身カ其意義ヲ表彰スレハナリ是ヲ以テ本條ノ加減法ニ就キテハ學者
 各其說ヲ異ニシ裁判例モ亦屢變更セリト云フ蓋シ一日モ早ク改正ス
 ヘキノ條文ナリトス

第七章 數罪俱發

數罪俱發ノ制度ハ立法上ヨリ觀察スルモ成文上ヨリ論下スルモ其ニ困難ヲ感スル所ノ者ナレハ諸君ノ最モ留意シテ聽取セラレントヲ希望ス數罪俱發トハ未タ判決ヲ經サル二個以上ノ罪ノ俱ニ發覺スル場合ヲ謂フ其二個以上ノ罪タル悉ク現在罰スヘキ位置ニ在ル者ナルトヲ想像セサル可カラス是ヲ以テ或ハ數罪ニ於ケル發覺ノ前後アルモ前罪後罪ノ間公訴期滿前免除ノ期限ヲ經過セサレハ數罪俱發ナリトス或ハ數罪其犯所ヲ異ニシ一ハ長崎ニ於テシ一ハ箱館ニ於テスルモ或ハ數罪悉ク罪質ヲ異ニシテ重罪輕罪違警罪ノ區別アルモ國事犯ト非國事犯ト又ハ公益ニ干スル罪ト身体ニ對スル罪トノ差違アルモ或ハ數罪同時ニ判決ヲ經ルニ至ラスシテ一罪已ニ判決ヲ經テ后他ノ罪ノ發覺スル時モ等シク是レ數罪俱發トシテ本章ノ適用ヲ受クル者ト

二十八

ス如何ナル場合ニ數罪俱發トナリ又數罪俱發トナラサルカ此レ最モ明斷ニセサルヘカラサルノ問題ナリトス蓋シ個々ニ罰ス可キ有形的ノ數所爲ノ發覺スル場合ニ數罪俱發トナルモノニシテ夫ノ一所爲ニシテ數個ノ罪名ヲ包含スル場合ニハ數罪俱發トナラサルナリ然レモ一所爲ニシテ數個ノ罪名ヲ包含スル者ハ甚ク數罪俱發ニ類似シテ混淆シ易シ例ヘハ人ノ住居ニ侵入シテ竊盜ヲ爲ス者ハ竊盜罪ト家宅侵入罪トノ二罪ノ俱發シタルカ如ク内亂ヲ起シ爲メニ人ヲ殺シ家屋ヲ燒棄シ金銀ヲ強奪シ若クハ竊取スル者ハ内亂罪殺人罪放火罪強竊盜罪等ノ數罪ノ俱發シタルカ如ク公ケノ場所ニ於テ有夫ノ婦ヲ強姦シタル者ハ強姦罪ト姦淫罪ト第二百五十八條トノ三罪ノ俱發シタルカ如ク見ユルト雖モ是レ數罪俱發ニ非ラス學問上此等ノ所爲ヲ指シテ無形的罪ノ集合(或ハ無形的數)ト謂ヒテ唯無形ニ數罪ノ俱發シタルマ

二十九

ヲニ止マリテ有形上數罪ノ俱發シタルニ非サルナリ法律ハ無形的罪ノ集合ノ場合ニハ之ヲ一罪ト爲ス

是ヲ以テ諸君ハ無形的罪ノ集合ノ場合ト數罪俱發ノ場合トヲ混淆セサルコトヲ勉メサル可カラス而シテ之ヲ區別スルコト易キニ非ラス宜ク各本條ノ規定ト各事件ノ性質トニ從ヒテ之ヲ定ムヘシ

例ヘハ人ヲ毆打創傷シ因テ死ニ致シタル者ハ毆打罪ト殺人罪トノ二罪アルカ如クナレトモ法律ハ之ヲ一罪トナセリ(第二百九十九條)強盜婦女ヲ強姦シタル者ハ明カニ強盜罪ト強姦罪トノ二罪ヲ構成シテ數罪俱發タルカ如シト雖キ亦法律ハ之ヲ一罪トナセリ(第三百八十一條)

是等ハ各本條ノ規定ニヨリテ無形的罪ノ集合ナルコトヲ知ルヲ得ヘシ夫ノ竊盜罪ノ如キハ人ノ邸宅ニ忍ヒ入リテ之ヲ犯シタル時ハ家宅侵入罪ト竊盜罪トノ二罪俱發シタル者ト爲サスシテ單ニ竊盜罪トナス

三十一

ハ竊盜ナル事件ノ性質ニヨリテ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ蓋シ人ノ家宅ニ侵入スルハ竊盜ノ目的ヲ達スルニ於テ必要ナル手段ナリト謂フヘク或ハ家宅侵入ハ竊盜ヲ爲スニ已ムヲ得サル結果ナリト謂フヘク家宅侵入ト竊盜トハ一個ノ所爲ニシテ唯無形ニ罪ノ集合シタル者タルニ過キス此ハ事件ニ因リテ無形的罪ノ集合シタル者ナルコトヲ知ルノ一例ナリ

三百九

數罪俱發ハ又繼續犯ニ關シテ大ナル結果ヲ表ハス者ナリ之ヲ研究セサルヘカラス繼續犯ノ解ハ曾テ述ヘタリ而シテ當時繼續犯ニ二種アリテ性質ニ因テノ繼續犯及ヒ方法ニ因リテノ繼續犯アルコトヲ述ヘタリ性質ニ因リテノ繼續犯ハ純乎タル一個ノ所爲ナレハ幾何時間繼續スルモ其所爲ノミニテハ數罪俱發ニ關スル疑問ヲ生セス之ニ反シテ方法ニ因リテノ繼續犯ハ一所爲ヲ數次行ヒタル場合ナルヲ以テ數罪

俱發ト混淆スルノ恐アリ然レモ其意思終始連續シテ恰モ一所爲ヲ成
形シ一罪トシテ罰セラル、所ノ者ナレハ數罪俱發ト混淆スヘキ者ニ
非ラス

以上論シタルカ如ク數罪俱發ト爲リ得ルニハ罰スヘキ數箇ノ罪ノ有
形的ニ俱發シタル場合ナラサル可カラス而シテ此ノ如ク各罰スヘキ
數個ノ罪有形的ニ俱發スル場合ハ如何ナル方法ニ因リテ之ヲ罰スヘ
キヤ曰ク緊要ニシテ正當ナル方法ニ因ルヲ以テ一大原則ト爲ス可シ、
然レモ其方法タル古來立法者若クハ學者ノ頭腦ヲ惱マシムル所ノ者
ニシテ今日ニ至ルマル尙ホ未タ最良法ヲ發見シタル者アラズ即チ緊
要的正當的ヲ満足スル所ノ方向有ルヲ無シ唯是ヲ以テ各國ノ刑法ハ
已ムヲ得ス不完全ナル方法ナルニモ拘テス各適意ノ方法ヲ採用セリ
今其重モナル者ヲ擧クレハニアリーヲ併科主義ト云ヒ一ヲ吸收主義

ト云フ以下此主義ニ基キタル方法ノ利害ヲ論ス可シ

第一併科主義 此主義ニヨリタル方法ハ數罪ハ數刑ヲ來スト云フ淡
泊ナル理論ニ基キタル者ニシテ一罪アレハ之チ一罰シ二罪アレハ之
ヲ二罰シ罪數ニ相當スル刑ヲ併科スル所ノ者ナリ此方法タル一見ス
レハ甚タ適當ナルカ如シト雖モ其實不正無要ノ刑ヲ科スルモノナル
コトヲ免レサルナリ蓋シ數罪ヲ犯シタル者ハ其罪數ニ相當スル害惡ヲ
社會ニ殘シタル者ナリト雖モ背徳ノ度ハ罪數ニ相當シテ増加スル者
ニ非ラス例ヘハ背徳ノ度ハ尺度ヲ以テ測リ得ル者ト爲シ一罪ノ背徳
ノ度一寸ナレハ同一ノ罪ヲ十回犯シタル時ハ背徳ノ度一尺ナリト謂
ヒ得ルカ如キモ細カニ犯者ノ心情ヲ察スレハ一タヒ罪ヲ犯シテ處罰
セラレス復タ罪ヲ犯シ終ニ數回罪ヲ犯スニ至リシハ其心情ニ犯罪ノ
慣性ヲ來シテ容易ニ犯罪ニ陥リタル者ナレハ背徳ノ度初メ二十倍シ

タル者ト謂フ可カラス又社會ノ犯人ニ對スル關係ヨリ觀察スルモ犯者ヲシテ斯ノ如ク犯罪ヲ屢々セシメシハ社會ノ早ク之ヲ懲罰セサルニ因ル無キヲ保ス可カラス若シ社會ニシテ一犯二犯ノ當時之ヲ必罰シタランニハ能ク懲戒ノ目的ヲ達シタルヤモ測ラレス社會ハ既ニ幾分ノ懈怠アリ而シテ犯者背徳ノ度モ亦罪數ニ從ヒテ増加スル者ト謂フ可カラサルニモ拘ラス尙ホ刑ヲ併加スルハ豈之ヲ正當ナリト謂フヲ得ンヤ又緊要ノ点ヨリ論スレハ刑罰ハ社會カ其秩序ヲ維持保安スルノ必要アルカ爲メニ自ラ防衛スル所ノ結果ナレハ其必要ナケレハ刑ヲ科スヘカラス今數罪俱發ノ場合ニ於テ其一ヲ罰シタルノミニシテ防衛ニ充分ナリシヤモ料ル可カラス況ンヤ十罪ハ十罰セサレハ社會ノ秩序ヲ保維スルニ足ラサル者ニ非サルヲ然ラハ則チ併科主義ニヨリ罪數ニ相當シタル刑ヲ併料スルハ之ヲ緊要ト謂フ可カラサル

ナリ且ツ併科主義ニ基キテ刑ヲ科スル時ハ刑期甚タ長クシテ終身刑ト異ルヲ無キニ至ル可ク又死刑若クハ無期徒刑ノ如キハ他ノ刑ト併科スルヲ能ハサルカ如キ不都合ヲ生スルヲ免レス之ヲ要スルニ併科主義ハ全ク正當ニシテ緊要ナル方法ヲ以テ俱發シタル數罪ニ刑ヲ科スト云フ旨趣ヲ滿足スルニ足ラス是ヲ以テ併科主義ハ各國ノ法律一般ニ之ヲ採用スルヲナシト云フ

第二吸收主義 此主義ニヨレル方法ハ一ノ重キ刑ハ他ノ輕キ刑ヲ吸收スト云フ理論ヲ根基ト爲シ數罪俱發スルハ單ニ一ノ重キ刑ノミヲ科シテ一罪ヲ犯シタルト同一ニ罰スル所ノ者ナリ此方法タル併科主義ノ如ク苛酷ノ刑ヲ科スル弊害ヲ免ル、ヲ得ヘキモ其刑寬ニ過キテ不當失要ノ刑ヲ科スル方法ナリト謂ハサル可カラス何トナレハ二罪ヲ犯シタル者ハ一罪ヲ犯シタル者ヨリ社會ヲ害スルノ度大ナルノ

ミナラス其背徳ノ念亦一層大ナルモノナレハ之ヲ一罪ヲ犯シタル者
 ノ如ク罰スルノ理ナケレハナリ又數罪ヲ犯シタルニモ拘ラス其中ニ
 就キ唯一ノ重キ罪ノミヲ罰スル片ハ犯者ハ數罪ヲ犯スヲ以テ其利得
 ト爲スカ如キ念慮ヲ起シテ屢々罪惡ヲ爲スニ至ラン此ノ如クハ社
 會刑罰ノ正當的緊要的ヲ満足セシムルヲ能ハサル可シ且ツ吸收主義
 ニ隨伴シテ生スル實際上ノ一大弊害ト謂フ可キ者アリ此主義ハ重キ
 刑ハ輕キ刑ヲ吸收スト云フニヨリ輕キ刑ハ爲メニ消滅スルヲ以テ重
 キ刑ニ該スル罪ニシテ大赦特赦若クハ非常上告再審等ニヨリテ其刑
 ノ無効ニ屬スルヲ有ル時ハ輕キ刑ニ該スヘキ罪ハ大赦特赦等ニ遇フ
 可ク無クシテ之ヲ不問ニ置クノ結果ヲ生スヘシ重キ罪若クハ重キ刑ノ
 消滅スルカ爲メニ輕キ罪ト刑トヲ消滅セシメテ之ヲ問ハサルハ不都
 合モ亦甚シト謂ハサル可カラス然レモ是レ一ニ吸收主義ハ重刑ハ輕

二十

二十一

刑ヲ吸收スト云フ旨趣ヨリ生スル所ノ結果ニシテ固ト刑ハ刑ヲ吸收
 スト謂ヒ得ヘキ者ニ非ス死刑無期徒刑ノ如キハ一ハ性命ヲ絶チ一ハ終
 身身体ノ自由ヲ束縛スル所ノ刑ナルニヨリ或ハ此刑ハ他ノ輕キ刑ヲ
 吸収スト謂ヒ得サルニアラサレモ有期徒刑財産刑ニシテ重ハ輕ヲ吸收
 スト云フハ論理ニ合セス是ヲ以テ吸收主義ハ重キ刑ノ執行ハ輕キ刑
 ノ執行ヲ吸收スト爲シ即チ重キ刑ヲ執行スル時ハ輕キ刑ハ其中ニ包
 含セラレテ執行セラレタル者ナリト爲ス時ハ重キ罪ハ大赦等ニ遇ヒ
 テ其刑ノ無効ニ屬スルヲ有ルモ輕キ罪ニ該スヘキ刑ハ吸收セラル、
 一無ク依然トシテ存在スルカ故ニ別ニ輕キ罪ヲ不問ニ置クノ憂ヲ免
 カル可シ此ク吸收主義ノ基礎ヲ定ムル時ハ正當的緊要的ヲ満足スル
 可足ル乎ト云フニ前ニ比スレハ論理稱々正シキヲ得ルモ不正當失緊
 要ナリト云フ弊害ハ到底除去スルヲ得サルナリ

以上併科吸収ノ二主義ハ俱ニ弊害多クシテ採用ス可カラサル方法ナリト雖モ我立法者ハ原則トシテ此吸収主義ヲ採用セリ其詳細ハ各條下ニ於テ解明スヘシ以下諸學者及ヒ各國立法者ノ採用シタル方法ヲ列舉シテ諸君ノ參考ニ供スルコト爲ヤン

一、刑ニ或ル期限ヲ設ケ其範圍内ニ於テ刑ヲ併科スルコトヲ許シ其程度ヲ超ユルコトヲ許サル所ノ方法有リ例ハ禁錮ハ加ヘテ七年以上ニ上ルコトヲ得サル制限ヲ設クル場合ニ三年ノ禁錮ト二年ノ禁錮トニ該ス可キ二罪俱發セルトハ之ヲ併科シテ五年ノ禁錮トナスコトヲ得レモ若シ三年ノ禁錮ト五年ノ禁錮トニ該スル二罪俱發スル時ハ之ヲ併科スルニ於テハ八年トナルモ禁錮ニ七年ノ制限アルニヨリ八年ニ上ラシメヌシテ七年ニ止ムル類ノ如シ此方法ハ併科主義ヲ制限シタルモノナリ

二、右ニ掲ケタル方法ハ刑ノ制限ヲ超過スルコトヲ許サトルモ此ニ掲ケタル方法ハ其制限ヲ超過スルコトヲ許ス即チ超過シタル者ノ幾分ヲ加ヘテ全刑ヲ科セサル所ノ方法ナリ例ハ三年ト五年トノ禁錮ニ該ス可キ二罪俱發スレハ七年ノ制限ヲ超過スルコトヲ得ルモ其超過シタル部分ノ四分ノ一即チ三ヶ月ヲ加ヘテ七年三ヶ月ノ刑ヲ科スル類ノ如シ此方法モ亦制限シタル併科主義ナリト謂フチ得可シ

三、此ニ掲ケタルハ俱發シタル數罪中ノ一ノ重キ刑ニ幾分ヲ加重スル所ノ方法ナリ例ハ三年ト四年トノ刑ニ該スヘキ罪アレハ重キ四年ノ刑ニ一等ヲ加フルカ或ハ三年ト四年トノ和ヨリハ輕ク其和ノ二分ノ一ヨリハ重キ五年ノ刑ヲ科スル類ノ如シ

四、我刑法起草者ハ併科吸収ノ兩主義ヲ偏用スルハ俱ニ以テ理論ヲ満足スルニ足ラサル者ト爲シ之ヲ折衷セリ其一例ヲ舉クレハ死刑

及ヒ無期刑ハ自餘ノ諸刑ヲ吸収シ有期徒刑ハ有期流刑ヲ吸収スル
 カ如キ或ハ有期流刑ト重懲役トアレハ二刑共ニ宣告シ先ツ重懲役
 ヲ執行シ有期流刑ト差引キテ爲スカ如キ或ハ犯人若シ同質同刑期
 ノ數多ノ重罪刑ニ該ル時ハ犯人ヲ此刑ノ最長期ニ處シ若シ其犯罪
 中ノ一犯罪ニ付キ最長期ヲ受ケシム可キ時ハ其最長期ノ上ニ更ニ
 四分ノ一ヲ加フルカ如キ種々ノ方法ヲ混用セリ此方法タル適用上
 ノ困難ナルヲ以テ採用スル所トナラス但編纂者ハ今日ニ至ルマテ
 之ヲ良好ノ方法ト爲シ其採用ヲ希望セリ
 以上掲載シタル方法ハ何レモ一長一短ニシテ到底予カ示シタル原則
 ニ適合スル者ナシ既ニ一言シタルカ如ク現行刑法ハ原則トシテ吸収
 主義ヲ用ヒ例外トシテ併科主義ヲ執レリ詳細ハ各條ニ入りテ後明瞭
 ナル可シ

第百條

重罪輕罪ヲ犯シ未タ判決ヲ經スニ罪以上俱ニ發シタ

ル時ハ一ノ重キニ從テ處斷ス

重罪ノ刑ハ刑期ノ長キ者ヲ以テ重ト爲シ刑期ノ等シキ者ハ
 定役アル者ヲ以テ重ト爲ス

輕罪ノ刑ハ其所犯情狀最重キ者ニ從テ處斷ス

本條ハ數罪俱發ニ刑ヲ科スル方法ノ吸収主義ニ在ルコト重罪、輕罪其
 レ自身ノ輕重ヲ知ルノ標準トテ示シタル所ノ法條ナリ而シテ本條ノ
 重罪ト輕罪トニ付キ規定シテ違警罪ニ及ハサルハ違警罪ハ之ヲ例外
 ノ罪ト爲シタルニ在リ詳細ハ後ニ説明スヘシ
 本條ハ單ニ行文上ヨリ觀察スレハ簡明ナルカ如シト雖モ甚ダ錯綜セ
 ルヲ規定シタルモノニシテ從ヒテ講究スヘキ事項鮮少ナラス、予ハ
 以下各項ニ就キテ之ヲ詳論ス可シ

第一項 云々

本項ノ未タ判決ヲ經ストハ未タ確定裁判ヲ經スト云フ意ニ解セサル
 可カラス故ニ數罪俱發ト稱スルニハ數罪悉ク確定裁判ヲ經サル前ニ
 犯サレタル者ナルヲ要ス換言スレハ確定裁判ヲ經タル罪ト確定裁
 判後ニ新ニ犯シタル罪トハ之ヲ數罪俱發ト謂フヲ得スシテ各其罪
 ニ該スヘキ刑ヲ科セラル此ノ如ク未タ確定裁判ヲ經サル前ニ犯シタ
 ル數箇ノ重罪輕罪ノ俱發シタル場合ニ當リテ我刑法ハ吸收主義ヲ採
 用シテ數罪中一ノ重キニ從ヒテ之ヲ處斷ス是レ本項ノ規定スル所ナ
 リ

一ノ重キニ從テ處斷ストハ一ノ重キ罪ニ依リ處斷スト云フコトニシテ
 罪重ケレハ刑亦重ク而シテ一ノ重キ刑ハ他ノ輕キ刑ヲ吸收スルヲ以
 テ唯一ハ重キ刑ヲ科スト云フコトニナル故ニ唯一ノ重キ罪ノミヲ問フ

二十六

二十七

テ他ノ輕キ罪ヲ不問ニ附スルト云フニ非ス刑法ハ如何ナル犯罪ニテ
 モ決シテ之ヲ不問ニ附スルコトナシト雖モ其刑ヲ科スルニ於テ重キ刑
 ハ輕キ刑ヲ吸收シテ之ヲ消滅セシムルヲ以テ唯重キ刑ノミヲ科スト
 云フニ外ナラサルナリ

第二項 云々

前項ニ於テ數罪俱發ノ場合ニハ一ノ重キ刑ニ該ス可キ罪ニ就キテ處
 斷スト謂ヒシカ有期刑ノ期限ニハ最長期最短期アリ金刑ノ額ニハ最
 多數最少數アリテ容易ニ刑ノ輕重ヲ知ルヲ得ス是レ本項及ヒ第三項
 ノ生シタル所以ナリ本項ハ重罪ノ刑ノ輕重ヲ知ルノ標準ヲ示シテ曰
 ク重罪ノ刑ハ刑期ノ長キ者ヲ以テ重ト爲シ刑期ノ等シキ者ハ定役ア
 ル者ヲ以テ重ト爲スト一見スレハ本項ハ眞ニ簡單ヲ極ムルカ如シト
 雖モ仔細ニ觀察スル時ハ不明瞭ノ点ナキニ非ス所謂刑期トハ法律上

罪ニ該スル本刑ノ刑期ヲ謂フカ將タ實際犯人ニ該ス可キ刑ノ刑期ヲ謂フカ例ヘハ茲ニ有期徒刑ニ該ス可キ犯罪ト有期徒刑ニ處スヘキ犯罪ト俱發スル者有リ有期ノ徒流刑ハ共ニ十二年以上十五年以下ナルヲ以テ法律上此二罪ノ刑期ハ相等シキ者ナリ因リテ定役アル者即チ有期徒刑ヲ以テ重シトスルカ如ク或ハ所犯情狀ニ因リ實際科スヘキ刑等々キヲ能ハスシテ一罪ハ十五年ノ有期流刑ニ處シ一罪ハ十二年ノ有期徒刑ニ處スルヲ以テ相當ト爲ス有ル可シ即チ實際科スヘキ所ノ刑期ニ就キテ比較スレハ有期流刑ノ刑期長キヲ以テ之ヲ重シト無サ、ル可カラサルカ如シ是レ甚タ決シ易カラサルノ問題ナリトス予ハ將サニ言ハントス刑期トハ法律上罪ニ該ス可キ本刑ヲ指ス者ナリト試ミニ之ヲ實際犯人ニ科スヘキ刑ヲ請フ者トスレハ是レ重罪ニ付キテ刑ノ輕重ヲ定ムルノ權ヲ裁判官ニ與ヘタル者ト謂ハサルヲ得ス、

裁判官ニ是等ノ權ヲ與フルハ敢テ不可ナリト言フニ非ラサレモ若シ之ヲ與ヘタル者トスレハ刑ノ輕重ハ一ニ裁判官ノ心裡ニ存スルヲ以テ其結果トシテ大ナル弊害ヲ生スヘシ且ツ重罪ノ刑ハ輕罪ノ刑ト異ニシテ刑期ノ長短常ニ一定シテ他ノ刑ト錯綜混雜スルヲ莫ク徒刑ノ刑期ハ懲役ヨリ長ク流刑ノ刑期ハ禁獄ヨリ長ク而シテ徒刑ト流刑ト若クハ懲役ト禁獄トハ刑期全ク相等キヲ見ル此ノ如ク重罪ノ刑ニ於テハ法律上刑期ノ長短ヲ一定スルヲ以テ本項ノ刑期トハ全ク法律上罪ニ該當スル刑期ヲ謂ヒタル者ナリトス故ニ執法者タル者刑期ノ長キヲ若クハ其等シキヲ知ルノ標準ハ法律上罪ニ該スヘキ本刑ニ就キテ之ヲ見サル可カラサルナリ

然ラハ俱發シタル數箇ノ重罪中ニ再犯加重、宥恕減輕、自首減輕、酌量減輕ヲ當行スヘキ事實アル時ハ尙ホ其減輕ヲ當行セサル前ニ於クル刑

ヲ以テ他罪ノ刑ニ比較スヘキ者ナルヤ再犯加重宥恕減輕自首減輕ニ付キテハ之ヲ當行シタル后ノ刑ニ就キテ比較セサル可カラス然ラサレハ則チ甚々奇ナル結果ヲ生ス例ヘハ有期徒刑ト有期徒刑トニ該スル罪俱發スルニ當リ徒刑ニ該スル罪ニハ宥恕減輕自首減輕ノ原因ノ附從スルキハ實際輕懲役若クハ二年以上五年以下ノ重禁錮トナルコト有ル可シ若シ減輕セサル前ニ於ケル刑期ニ就キテ比較スヘキ者トスレハ實際輕懲役若クハ重禁錮ニ處セラル可キ者ヲ以テ十二年以上十五年以下ノ有期徒刑ヨリ重シトシテ之ヲ適用スルニ至ル流刑ハ定役無ク監囚上幾分ノ寬待ナキニ非サレト之ヲ輕懲役若クハ重禁錮ニ比シテ誰カ之ヲ輕シト謂ハンヤ而シテ此等ノ加重減輕ハ法律上其場合ヲ確定シテ執法官ニ之ヲ取捨折衷スルヲ許サ、ル所ノ者ニシテ當然加重若クハ減輕セラル、所ノ者ナリ依テ此等ノ加重減輕ノ原因ノ附

從スル者ハ之ヲ適用シタル后ノ刑期ニ就キテ他ノ刑ハ比較セサル可カラサルナリ但酌量減輕ハ裁判官カ所犯情狀ニヨリテ實際犯人ニ該スヘキ刑ヲ定ムル方法ナレハ前ト同シク論スルヲ得サルナリ之ヲ要スルニ第百條第二項ノ刑期ナル文辭ハ法律上罪ニ該ス可キ本刑ニシテ而カモ再犯加重自首減輕宥恕減輕酌量減輕ヲ適用シタル後ノ刑期ト解セサル可カラサルナリ以上ノ論結ニ付キテハ多少ノ駁議ナキニ非サレ共予ハ斯論結ヲ以テ正當ナリト信スルナリ

第三項 云々

本項ハ輕罪ノ俱發シタル場合ニ其輕重ヲ知ルノ標準ヲ示シタル者ナリ曰ク輕罪ノ刑ハ所犯情狀最重キ者ニ從ヒテ處斷スト謂フ所ノ所犯情狀ノ重キトハ犯罪ニ隨伴シテ生シタル情況ヲ謂フカ文辭上ヨリ之ヲ言ヘハ毫モ疑ヲ容ル、ト莫クシテ然リト答ヘサル可カラサルナリ

然レハ文辭ニ拘泥シテ眞意ヲ誤ルハ正當ノ解釋ト謂フ可カラズ予ノ
 思考スル所ニテハ所犯情狀ノ重キトハ全ク犯罪ノ重キト云フコニシ
 テ犯罪ニ隨伴シテ生スル所ノ情狀ヲ謂ヒタルニ非サルナリ夫レ二箇
 ノ犯罪ノ刑ヲ比較スルニ當リ甲罪ノ刑重クシテ乙罪ノ刑輕キコ有ル
 モ所犯ノ情狀ヲ觀ルルハ刑ノ重キハ情狀甚タ輕ク刑ノ輕キハ情狀反
 テ重キコ有ル可シ然ルニ本項ノ所犯情狀ヲ單ニ文辭上ヨリ解釋シテ
 顧ミサル時ハ所犯情狀重キヲ名トシ却テ輕キ刑ヲ科スルニ至ル可シ
 例ヘハ遺失物ニ關スル罪ト詐欺取財ノ罪トノ二箇ノ輕罪ノ俱發シタ
 ル場合ニ二罪ノ刑ノ輕罪ヲ比較スルニ甲ハ十一日以上三月以下ノ重
 禁錮乙ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ト云フカ如キ甚シキ差アリト雖
 モ其所犯ノ情狀ニ至リテハ甲ノ重クシテ乙ノ甚タ輕キコ有ル可シ而
 シテ所犯情狀ノ重キニ從フトスレハ強ヒテ遺失物ニ關スル罪ニ從ヒ

テ處斷セサル可カラサルニ至ル可シ此ノ如クナル時ハ數罪俱發一ノ
 重キニ從フノ大原則ニ背馳スルニ至ル之ニ依テ本項ノ精神ヲ釋スル
 ニ下ニ陳フル所ノ如シ曰ク輕罪ニ關シテハ其輕重ヲ擇ムノ權ヲ裁判
 官ニ一任シ裁判官ヲシテ數罪ヲ比較シ其罪尤モ重ク隨ヒテ其刑尤モ
 重キ者ニ從ヒテ處斷スルノモナリト
 罪ノ輕重ニヨリテ刑ノ輕重ヲ來スヲ以テ罪ノ輕重ヲ知ルコハ刑ノ輕
 重ヲ見ルヲ要ス是レ我刑法ニ於テ罪ノ輕重ヲ知ルノ標準ナリトス而
 シテ刑ノ輕重ヲ知ルノ標準ハ如何ト云フニ重罪ノ刑ニ就キテハ刑期
 ノ長キ者ヲ以テ重ト爲シ刑期等シケレハ定役アル者ヲ以テ重ト爲ス
 コト定メタリト雖モ輕罪ノ刑ニ至リテハ之ヲ明言スルコ無シ何ヲ以
 テ之ヲ明言セサルヤ曰ク輕罪ノ刑ハ最長期ト最短期ト若クハ最多額
 ト最少額ト錯綜シテ一定スルコ無ク甲罪ノ刑ハ二月以上四年以下ニ

シテ乙罪ノ刑ハ三月以上三年以下ナルカ如ク或ハ甲罪ノ刑ハ二圓以上五十圓以下ノ罰金ニシテ乙罪ノ刑ハ三圓以上三十圓以下ナルカ如ク其最長期最多額ニ就キテ之ヲ比較スレハ甲罪ハ乙罪ヨリ重ク其最短期最少額ニ就キテ之ヲ比較スレハ乙罪ハ甲罪ヨリ重キカ如クニシテ容易ニ其刑自身ノ輕重ヲ知ル可カラス又或ハ某罪ニハ附加刑アリテ某罪ニハ附加刑ナキヲ有リ或ハ定役アル者ト定役無キ者トアレモ定役アル者必スシモ重キニアラス二年以上五年以下ノ輕禁錮ト十一日以上三月以下ノ重禁錮ト比較セハ誰カ重禁錮ヲ重シトセンヤ或ハ禁錮ト罰金トハ自ラ輕重ノ差アルカ如シト雖モ五百圓ノ罰金ト十一日以上三年以下ノ禁錮ト比較スレハ容易ニ輕重ヲ判スヘカラス此ノ如ク輕重ノ刑ハ錯綜シテ容易ニ其輕重ヲ知ルヘカラサルヲ以テ我刑法ハ其輕重ヲ知ルノ標準ヲ示スト無ク其輕重ヲ判スルノ權ヲ裁判官

ニ一任スルトナレバ裁判官タル者其レ何ヲ以テ之レカ標準ト爲スヘキ乎予曾テ第三條ニ於テ新舊ノ刑ヲ比照スルノ方法ヲ説クニ當リテ之ヲ一言セリ(百二十九頁以下)或ハ以テ其梗概ヲ知ルニ足ラン歟

第百一條 違警罪二罪以上俱ニ發シタル時ハ各其刑ヲ科ス若

シ重罪又ハ輕罪ト俱ニ發シタル時ハ一ノ重キニ從フ

予ハ前條ニ於テ一言シタルト有リ我刑法ハ數罪俱發ノ場合ニハ原則トシテ吸收主義ヲ採用スルモ違警罪ニ付キテハ併科主義ヲ採用シタルト即チ本條ヲ以テ其違警罪ニ關スル場合ヲ規定セラレタリ本條ハ二箇ノ場合ヲ規定シ第一、違警罪二個以上俱發シタル時ハ各其刑ヲ併科シ第二、違警罪ト重罪又ハ輕罪ト俱發シタル時ハ一ノ重キニ從ヒテ處斷ス因テ我刑法ニ於テハ違警罪ノ俱發シタル場合ニ非サレハ併科主義ヲ適用スルト無キナリ蓋シ違警罪ハ甚タ輕微ノ犯罪ナリ刑モ亦

甚々輕微ノ者ナリ是ヲ以テ若シ重罪又ハ輕罪ノ如ク重キハ輕キヲ吸収ストスレハ即チ其刑ノ甚々輕微ナルヨリシテ刑ヲ莫如シテ罪ヲ累スルニ至ル可ク且ツ斯ク輕微ノ刑ヲ併科スルモ敢テ過嚴ノ弊ニ陥ルヲ莫キヲ以テ併科主義ヲ採用セラレタルナラン然レモ違警罪ハ重罪又ハ輕罪ト俱發スルニ當リテ其刑ヲ併科スル所ハ屢々嚴酷ニ過クルヲ有リテ不正當ノ刑ヲ科スルニ至ルヲ以テ一般ノ方法即チ吸収主義ヲ適用スルナリ

本條ニ就キテハ別ニ説明ヲ要スヘキ問題ナシ請フ次條ニ移ラン

第二百二條 一罪前ニ發シ已ニ判決ヲ經テ餘罪後ニ發シ其輕ク

若クハ等シキ者ハ之ヲ論セヌ其重キ者ハ更ニ之ヲ論シ前發

ノ刑ヲ以テ後發ノ刑ニ通算ス但前發ノ刑罰金科料ニ該リ已

ニ納完シタル者ハ第二十七條ノ例ニ照シ折算シテ後發ノ刑

ノ刑期ニ通算ス

若シ前發ノ罪ヲ判決スル時未タ發セサル罪再犯ノ罪ト俱ニ

發シタル者ハ其再犯ト比較シ一ノ重キニ從ヒ前發ノ刑ヲ通

算セヌ

諸君子カ此迄講シ來リタル所ノ數罪俱發ハ數罪悉ク同時ノ公訴ニヨ

リテ生シタル場合ノミナリシカ數罪俱發ト謂フニハ必シモ同時ノ公

訴ニヨルヲ要セス假令箇々ニ公訴ヲ提起セラル、モ再犯ニ非サル

ヨリハ一ノ重キニ從ヒテ處斷セサル可カラサルナリ本條ハ數罪ノ同

時ノ公訴ニヨリテ提起セラレサル場合ニ於テ數罪俱發ノ制度ヲ如何

ニ適用スルカヲ規定セラレタリ予ハ以下之ヲ二項ニ區別ノ論究セン

第一項 云々

本項ノ規定スル所ハ數罪ヲ犯シ其中一罪已ニ判決ヲ經タル後ニ當時

發覺セザリシ他罪ノ發覺シタル場合ニ於テ後發ノ罪ニ該スル刑前發ノ刑ヨリ輕キカ又ハ等シキ時ハ之ヲ論スルヲ無ク若シ重キ時ハ更ニ前二條ノ規則ヲ適用シテ之ヲ論シ其前發ノ刑罰金若クハ科料ニシテ己ニ之ヲ完納シタル時ハ第廿七條ノ方法ニ照シ一圓一日ノ折算法ヲ以テ後發ノ刑期中ニ通算スト云フニ在リ本項ノ正解是ノ如シ而シテ是ヨリシテ數個ノ疑問ヲ生ス以下之ヲ述ン

輕ク若クハ等シキ者ハ之ヲ論セス云々謂フ所ノ之ヲ論セストハ其罪ヲ論セスト云フカ如ク解シ得ラルカ如シト雖モ決シテ然ルニ非ス刑法ハ罪レアハ必ス之ヲ責罰シテ不問ニ措クカ如キヲ莫シ故ニ此文辭ノ意ハ罪ヲ論セスト云フニ非スシテ刑ヲ科セスト云フヲナリ此文辭ノ意義此ノ如クナルヲ以テ說ヲ爲ス者有リ曰ク一罪前ニ發シテ判決ヲ經テ餘罪後ニ發シタル時其輕ク若クハ等シキ者ハ別ニ刑ヲ科セ

二十一

二十三

サルヲ以テ公訴ヲ提起スルノ必要ナシ己ハ必要ナキヲ以テ公訴ヲ提起スルヲ要セス現ニ佛國ニ於テハ此ノ如キ場合ニ公訴ヲ提起セザルノ實例アリ佛國己ニ然リ獨リ我刑法ノミ然ラスト謂フノ理アラシヤト是レ大ニ誤謬ノ說タルヲ免カレス此說ノ如クンハ刑法ハ故ナク罪ヲ不問ニ措クノ結果ヲ生ス可シ且ツ本項ノ餘罪ナル文辭ハ確定裁判ノ後ニアラザレハ知ルヘカラサル所ニシテ確定裁判ハ公訴ヲ起シタル後ニ非サレハ爲シ得サル所ノ者ナレハ法律ノ精神モ亦後發ノ罪輕ク若クハ等シキ場合ト雖モ必ス公訴ヲ提起シテ其輕ク若クハ等シキ者ハ刑ヲ科セスト云フヲ明示スルニ在ルヲ知ラルハナリ輕ク若クハ等シキ者云々トハ如何ナル場合ニ比較シテ輕ク若クハ等シキ者ナルヤ詳言スレハ前發ノ罪ノ刑ト後發ノ罪ノ刑トハ法律上該當スル所ヲ刑ヲリヤ或ハ裁判上犯者ニ該スヘキ刑ナリヤ例ヘハ犯者

再度窃盗罪ヲ犯シ當初一個ノ窃盗罪ニ就キテ裁判セラレテ二月以上四年以下ノ範圍内ニ於テ二年ノ重禁錮ニ處セラレシカ其後他ノ窃盗罪發覺シタリ此場合ハ前後同シク窃盗罪ニシテ法律上ノ刑期等シキモノナリ是レ本項ノ所謂等シキ者トシテ論スヘキヤ或ハ前後同シク窃盗罪ナリト雖モ所犯情狀ノ異ルヨリシテ裁判上後發ノ罪ニ該スヘキ刑ハ四年ノ重禁錮ナリトセハ後發ノ罪ヲ以テ所謂等シキ者ト爲サスシテ所謂重キ者トナシテ論スヘキ者ナリヤ第百條第二項ノ精神ト同一ニ解スレハ疑ヒモ無ク法律上該當スヘキ刑ニ就キテ比較セサル可カラサルカ如シ然レトモ該條ハ數罪同時ニ發覺シタル場合ナレバ本項ハ前罪已ニ判決ヲ輕タル後ニ發覺シタル場合ナレハ此点ヨリ觀察スレハ裁判上犯者ニ該スル所ノ刑ニ就キテ比較スルヲ以テ適當ナルカ如シ予ハ本項ヲ以テ第百條第二項ト同シク法律上該當スヘキ刑

二十四

二十五

ニ就キテ比較スヘキ者ト論斷セント欲ス蓋シ我立法者ノ精神此ニ在ルヲ以テナリ現ニ我刑法ノ起案者ナルポアソナード氏ノ現行法ヲ修正セラレタル草按ニハ左ノ一條ヲ設ケラレタリ曰ク
 (章按第百十四條 若シ種々ノ犯罪ヲ別々ノ公訴ニ因テ裁判シ而シテ既ニ最モ重キ刑ヲ適用セシ時ハ其他ノ刑ハ毫モ之ヲ宣告セス然レバ同一ノ刑ヲ負ハシム可キ時ハ裁判所ハ其刑ノ最高点ヲ科スルヲ得ト)
 此條文ニ據レハ起案者ノ精神ハ全ク法律上該當スヘキ刑ニ就キテ比較スルニ在ルヲ知ル蓋シ其刑ノ最高点ヲ科スト云ヒシハ全ク法律上該當スヘキ刑ニ就キテ比較スヘキコトヲ表彰シタル者ニシテ若シ裁判上科ス可キ刑ト刑トヲ比較スルモノナラハ最高点ヲ科スルコトヲ得云々ノ文辭ハ全ク贅疣ニ屬スルヲ見ル可キナリ起案者ノ精神其レ此ノ

如シ我立法者ノ真意以テ推知スヘシ是ヲ以テ前例ニ於テ前發ノ竊盜
 ノ刑二年ニシテ後發ノ竊盜ノ刑實際四年ニ處スヘキ價值アルモ之ニ
 四年ノ刑ヲ科スルコトヲ得ヌシテ僅ニ二年ノ刑ヲ科シテ已ムヘキナリ
 然レトモ實際後發ノ罪前發ノ罪ヨリ重キニモ拘ラス後發ノ罪ノ刑ヲ
 科セサルハ數罪俱發一ノ重キニ從フ制度ニ背クヲ無キコトヲ得ンヤ且
 前發ノ罪ハ全ク單一ニ發覺シタルヲ以テ二年ノ刑ニ處セラレタリト
 雖モ若シ前發後發ノ二罪カ同時ニ發覺シタル時ハ必スヤ重キ四年ノ
 刑ヲ科セラルヘシ發覺ニ前後アリタルカ爲メニ四年ニ處セラル可キ
 者ヲ二年ニ處セラル、ニ至リテハ被告人ノ利益モ亦過大ト謂ハサル
 可カラサルナリ之ヲ要スルニ第百二條第一項ノ所謂輕ク若クハ等シ
 キトハ法律上該當スル所ノ刑ト刑トヲ比較シテ之ヲ定ムヘキ者ニシ
 テ裁判上犯者ニ該スヘキ刑ト刑トヲ比較スルニ非ラス而シテ斯ク論

斷スレハ被告人ヲ保護スルコト過當ニシテ且ツ數罪俱發ノ制度ニ背反
 スルト雖モ法律ノ精神ハ之ヲ曲クヘカラス法律ヨリ生スル自然ノ結
 果ハ之ヲ如何トモスヘカラサルナリ
 其重キ者ハ更ニ之ヲ論シ云々是レ至當ノ法文ニシテ別ニ解明ヲ要セ
 サルナリ所謂重キト云フモ亦法律上該當スル刑ノ重キヲ想像シタリ
 ト知ラルヘシ

本項但書ハ一ノ便宜法ヲ設ケタル條文ニシテ若シ本項ノ設ナキ時ハ
 最モ不都合ナル結果ヲ生スルヲ見ル之ヲ例セハ前發ノ罪罰金ニ處セ
 ラレ既ニ之ヲ納完シタル後更ニ禁錮ニ該ス可キ罪發覺シ其禁錮カ前
 發ノ罰金ヨリ重キ時ハ更ニ之ヲ科セサル可カラス既ニ禁錮ヲ科スレ
 ハ前發ノ罪ニ科シテ徵収シタル罰金ハ之ヲ還附セサル可カラス一タ
 七徵収シテ後ニ之ヲ返還スルハ實ニ不都合ノ事ト謂フ可シ此不都合

ヲ除去セシカ爲メニ本項但書ニ於テ前發ノ刑罰金科料ニ該リ已ニ納
 完シタル者ハ第廿七條ノ例ニ照シテ一圓ヲ一日ニ折算シテ之ヲ後發
 ノ罪ノ刑期ニ通算スル所ノ方法即チ罰金若クハ科料ニ相應スル日數
 ヲ後發ノ罪ノ刑期ヨリ扣除シテ其殘數ノ刑期ヲ執行スルノ方法ヲ設
 ケラレタリ然レモ若シ例ヲ變シテ前發罰金科料ニシテ後發死刑若ク
 ハ無期徒刑ナル場合ヲ想像スレハ本項但書ノ法文將サニ適用スルコト能
 ハサラントス何トナレハ死刑若クハ無期徒刑ニ通算スルニ罰金若クハ
 科料ニ代ヘタル日數ヲ以テセントスルモ爲シ得サル所ノ者ナレハナ
 リ要スルニ後發ノ罪死刑若クハ無期徒刑ナルハ前發ノ罪ニ科シタル
 罰金ハ之ヲ還附セサル可カラサルニ至リ但書ヲ設ケタルノ利ナキヲ
 見ルコト有リ 又他ノ例ヲ想像スレハ則チ本項ノ甚タ不完全ナルヲ
 知ルヲ得即チ前發禁錮ニシテ後發罰金ナル時其罰金カ禁錮ヨリ重シ

トスレハ其通算法ハ之ヲ如何ニスヘキカ例ヘハ前發十一日ノ禁錮ニ
 シテ後發一千圓ノ罰金ナルハ罰金ヲ重シシ而シテ前發ノ禁錮十一日
 ヲ執行シタル時ハ之ヲ如何ニ通算スルカ或ハ第二十七條ニ一圓一日
 ノ換刑法アルニヨリ一日ヲ一圓ニ換ヘ十一日即チ十一圓ヲ一千圓中
 ヲヨリ扣除シテ九百八十九圓ノ罰金ヲ徵收ス可キヤ或ハ通算法ヲ用キ
 スシテ併科スル者ナリヤ或ハ他ニ良法ヲ以テ數罪俱發ノ制度ニ適合
 スル所ノ者アリヤ法文毫モ其方法ヲ見サス將サニ之ヲ如何セントス
 ルヲ予ノ思考スル所ニテハ此場合ニハ前發ノ禁錮ニ付キ一日ヲ一圓
 ニ折算シテ後發ノ罰金ニ通算スル所ノ方法ヲ用キルヲ以テ至當トナ
 ス是レ立法者ノ本項但書ヲ設ケタル旨趣ニ適合スルニ庶幾カラシム
 第二項云々

本項ハ數罪各別ノ公訴ニヨリテ提起セラレ而シテ後發ノ罪再犯ノ罪

ト俱ニ發覺シタル場合例ヘハ茲ニ甲乙二罪ヲ犯ス者有リ甲罪先ツ發覺シテ既ニ判決ヲ經シ後更ニ丙罪ヲ犯ス丙罪ハ甲罪ニ對シテ再犯ナリ今此丙罪ノ發覺スルト俱ニ夫ノ乙罪ノ發覺シタル場合ヲ想像シタルナリ此場合ニ科刑ノ方法如何本項規定ノ方法ニヨレハ丙罪ト乙罪ト比較シ一ノ重キニ從ヒテ甲罪ノ刑ヲ通算スルヲ無ク二刑共ニ之ヲ執行スルナリ蓋シ甲罪ト乙罪トハ所謂數罪俱發ニシテ丙罪ハ再犯ナルヲ以テ本條第一項ニヨリテ甲乙二罪ノ刑ヲ比較シテ一ノ重キ刑ヲ科シ更ニ丙罪ノ刑ヲ科スルヲ以テ適當ノ順序ト爲ス者ノ如シ而シテ我立法者ノ此ニ出テサルハ全ク左ノ理由アルニ職由スルナリ例ヘハ犯者甲乙ノ二罪ヲ犯シ乙罪判決ノ后ニ更ニ丙罪ヲ犯シ甲罪ト俱ニ發覺スル有リ其罪ニ該スヘキ刑期ヲ左ノ如キ者ト假定ス即チ

甲罪 重懲役十年

乙罪 重禁錮五年
丙罪 重懲役十年

此場合ニ於テ甲罪ト乙罪ト比較シテ一ノ重キニ從ヒ後ニ更ニ丙罪ノ刑ヲ科スル者トセハ二十年ノ刑期トナル即チ乙罪ノ五年ト甲罪ノ十年ト比較シテ十年ヲ科シ更ニ丙罪ノ十年ヲ科シテ都合二十年ノ刑期トナル此ノ如キ方法ハ甚タ嚴酷ニ失スルノ恐アルヲ以テ立法者ハ第二項ノ法方ヲ用テ甲罪ト丙罪ト比較シ其刑期等シキヲ以テ十年ヲ科シ之ニ加フルニ先ニ處斷セラレタル五年ノ刑ヲ以テセハ都合十五年トナル是ニ於テ僅ニ過嚴ノ弊ヲ免カル、ニ至ル可シ然レトモ立法者ノ本項ヲ規定シタルノ理由單ニ此ニ存シ即チ單ニ嚴酷ニ失スルノ弊ヲ極ハンカ爲メノミニ此規定有リト言ハ、予未タ服スルヲ能ハス立法者ノ刑ヲ定ムル苟モ道理上科ス可キ者アラハ仮令嚴酷ナルモ之

ヲ科セサルヘカヲサラン乃チ知ル我立法者ノ本項ヲ設ケタルハ他ニ
確實ニシテ道理ニ適合スル所ノ理由アルヲ何ヲカ道理ニ適合スル
理由ト爲スヤ曰ク本章ノ理論即チ數罪俱發ノ理論ニ適合スル所ノ者
即チ是ナリ夫レ前例ニ於テ甲罪ト丙罪ト比較スルハ不可ナルカ如キ
感覺ナキニ非サレモ丙罪ハ乙罪即チ既ニ判決ヲ經タル者ニ對シテコ
ソ再犯ナレ甲罪ニ對シテハ再犯ト謂フヲ得スシテ數罪俱發ト謂フチ
得ヘシ已ニ數罪俱發ト謂フチ得レハ之ヲ比較シテ一ノ重ギニ從フニ
於テ何ノ不可ナルヲカ之レ有ラン若シ甲罪ト丙罪ト比較スヘカラサ
ル者トセハ丙罪ハ甲罪ニ對シテモ尙ホ再犯ト謂ハサル可カラズ再犯
ニ非サル者ヲ以テ再犯トナシテ理論ヲ満足セシメントスルハ大ニ不
可ナリ立法ノ主眼ハ全ク此点ニ在リテ存ス
予ハ前段ニ於テ言ヘリ立法者ノ本項ヲ規定シタルハ唯過嚴ノ刑ヲ科

三十二

予ハ前段ニ於テ言ヘリ立法者ノ本項ヲ規定シタルハ唯過嚴ノ刑ヲ科
スルノ弊ヲ拯フノ旨趣ニ出テタルノミナラス其重要ノ点ハ數罪俱發
ノ理論ニ適合スルニ在リト然レモ今例ヲ變シテ

三十三

- 甲罪 重懲役十年
- 乙罪 重懲役十年
- 丙罪 重禁錮一年

トスレハ奇怪ナル結果ヲ現出スヘシ本項ノ規定ヲ此例ニ適用スレハ
後發ノ甲罪十年ト再犯ノ丙罪一年ト比較シテ甲罪十年ヲ科シ而シテ
前發ノ乙罪十年ハ之ヲ通算スルヲ無キヲ以テ都合二十年ノ重懲役ヲ
科スルニ至ル過嚴ノ刑ヲ科スルノ弊ヲ拯フニ出テタル法律ニシテ却
テ自ラ過嚴ノ弊ニ陷ルハ豈奇怪ナラスヤ蓋シ道理ヲ貫徹セシメンカ
爲メニハ被告人ノ不利益ヲ來スヲ有ルモ己ム可カラサルノ結果ナリ

トシテ満足センカ所謂道理ナル者ハ完全ノ道理ナリヤ否ヤ前段ノ例ニ從ヘハ或ハ之ヲ道理ニ合スト謂フヲ得ヘキモ此例ニ至リテハ立法者ノ想像シタル道理モ實ニ貫徹スルヲ無キニ至リ其極不當不正ナル結果ヲ見ルニ至ル諸君請フ一考セヨ丙罪ハ乙罪ニ對スレハ再犯ナレト甲罪ニ對シテハ再犯ト謂フヲ得ス而シテ甲罪ト乙罪トハ純然タル數罪俱發ナリ是ヲ以テ甲罪乙罪同時ニ發覺シ己ニ判決ヲ經タル後丙罪ヲ犯シタル者トスレハ甲罪乙罪ノ刑相等シキヲ以テ其刑十年トナリ更ニ丙罪ノ刑一年トナリ都合十一年ノ刑ヲ科セラルヘキニ其發覺順序ニ前後アリタルカ爲メ若クハ強イテ丙罪ト甲罪ト比較スルカ爲メニ二十年ノ重懲役ヲ科セサル可カラサルカ如キ結果ヲ生スルニ至ル誰カ之ヲ正當ナリト謂ハンヤ論シテ此ニ至レハ第二項ノ規定ハ第一被告人ノ不利益甚タ大ナルヲ第二不正不當ナル刑ヲ科スルニ至ル

三十四

三十五

ト此ノ如キ厭フヘキモノトナル可シ慨スヘキ哉然ラハ則チ之ヲ拯フノ路ナキ乎曰ク有リ第二項ニ但書ヲ追加スレハ則チ可ナリ

但前發後發ノ刑共ニ再犯ノ刑ヨリ重キ時ハ第一項ニヨリ處斷シ再犯ノ刑ハ別ニ之ヲ科ス

ト爲サハ以テ不都合ヲ免カル、トヲ得ン而シテ現行ノ法律ニ此等ノ規定ナキヲ以テ固ヨリ之ヲ彌縫シテ論決スルヲ得サルナリ

第百三條 數罪俱ニ發シ一ノ重キニ從フ時ト雖モ其沒収及ヒ徵價ノ處分ハ各本條ニ從フ

本條ハ簡明ナルヲ以テ之ヲ講セス

以上ノ講述ニ於テ數罪俱發ノ理論并ニ其各條ノ精神ヲ明カニセリ實ニ不完全ヲ極ムト雖モ其一斑ヲ窺フニ於テ裨益少ナキニ非ラサル可シ予曾テ再犯加重ヲ解スルニ當リテ再犯加重ト數罪俱發トハ其結果

ニ差違アリテ數罪俱發ノ條下ニ於テ之ヲ明カニスルニ如カスト言ヒシカ今方サニ之ヲ陳述スルノ機ニ到着セリ然レト夫ノ再犯加重ト云ヒ數罪俱發ト云ヒ續々講述茲ニ至リタルヲ以テ復タ予カ喋々ヲ待タズシテ既ニ諸君ノ了解セラル、所ナラント確信シ茲ニ之ヲ贅セス諸君之ヲ諒セヨ

第八章 數人共犯

前章ノ數罪俱發ハ一人ニテ數罪ヲ犯セシ場合ナリシカ本章ノ數人共犯ハ數人ニテ一罪ヲ犯シタル場合ヲ想像シタルナリ即チ數人共犯トハ數人連絡シテ一罪ヲ犯シタルヲ謂フナリ茲ニ注意スヘキハ各犯者互ニ通謀アルヲ即チ犯人互ニ罪ヲ犯サントスル意思ノ一致アルヲ必要トスル是ナリ意思ノ一致ナキ時ハ假令數人ニテ一罪ヲ犯スモ謂フ所ノ數人共犯ニ非サルナリ例ヘハ甲乙丙ノ三人丁者ニ宿怨アリ一

三十七

日甲丁ヲ斬ル乙之ヲ機トシテ刀ヲ加ヘ丙モ亦刀ヲ加ヘテ遂ニ丁ヲ死ニ致シタリトセンニ甲乙丙三人ノ間ニ通謀ナシ丁ヲ殺シタル事實ハ一ナリト雖モ數人共犯ニ非サルナリ

數人共犯ニ主タル者アリ從タル者アリ是レ犯者ノ位置ニヨリテ其區別ヲ爲セルナリ即チ犯罪ヲ構成スルニ己ム可カラサル所ノ所爲即チ犯罪ノ原因タル者ハ主タル共犯ニシテ我刑法ハ之ヲ正犯ト云ヒ犯罪構成ニ己ム可カラサル所爲ニ非ラスシテ唯犯罪ヲ容易ナラシメタル者ハ從タル共犯ニシテ我刑法ハ之ヲ從犯ト稱ス此ノ如ク數人共犯ノ場合ニハ正犯アリ從犯アリテ各犯ノ位置資格同一ナラス從ヒテ之ニ科スル所ノ刑ヲ異ニセサル可カラス是レ本章ノ設アル所以ナリ
正犯及ヒ從犯ハ如何ナル場合ニ生シ得ル者ナリヤ請フ以下之ヲ論セ

凡ソ人ノ行爲ニ於ケル三個ノ段階ヲ經過スル者ニシテ決定、豫備、決行ノ三者是ナリ哲理上ヨリ之ヲ論究スレハ尙ホ幾多ノ段階ヲ要ス可キモ犯罪ヲ構成スルニ至ルノ段階ハ此三個ノ外ニ出テサルナリ即チ初メ發意アリテ後ニ之ヲ決行スヘキヤ否ヤヲ決定シ而シテ後ニ決行ノ豫備ヲ爲シ豫備己ニ成リテ始メテ犯罪ヲ決行スルニ至ル者ナリ但シ決定ノ後直チニ決行スル者若クハ決定シテ豫備ニ止マル者若クハ單ク決定ニ止マル者有リト雖モ普通此三段階ヲ經過スルモノナリ然リ而シテ此三段階ハ一人ニテ之ヲ爲スヲ得ルノミナラス數人間ニ於テ之ヲ爲スヲ得ヘク即チ犯罪ノ決定、豫備、決行ニ各正犯從犯ヲ生スルコトヲ得ル者ナリオルトラン氏ハ譬喩ヲ演劇ニ取リテ以テ數人共犯ノ關係ヲ示シタリ予モ亦應サニ其類ニ倣フヘシ是レ偏ニ諸君ヲシテ以上ノ理論ノ明確ナル觀念ヲ得ルモノト期スルノミ蓋シ演劇ハ概

三十八

三十九

チ初幕、中幕、終幕ノ三幕ヨリ構成スルカ如ク犯罪モ亦三個ノ所爲ヨリ構成ス即チ決定、豫備、決行是レナリ劇ヲ演スル俳優ニハ各役割ノ分擔アリテ初幕ニ出ツル者有リ中幕ニ出ツル者有リ終幕ニ出ツル者有リ又其一二ニ出ツル者有ルカ如ク數人ノ犯者モ亦各其所爲ヲ分擔シテ或ハ決定ニ豫備ニ決行ニ或ハ其一二ニ關係スルコト有ル可シ而シテ其劇ヲ演スルニ至リテハ各優共同一致シテ同一ノ目的ニ進行シ何レモ演劇其物ノ役者ニ非サル無シト雖モ其分擔ノ役ニ主從大小アリテ之ヲ同列ニ置クコト能ハサルカ如ク數人一致シテ一罪ヲ犯スルハ何レモ其罪ノ犯者ニ非サル無シト雖モ其分擔ノ所爲ニ主從輕重ノ別アリテ之ヲ同等ノ地位ニ置クコトヲ得ス此譬喩ニヨリテ容易ニ數人共犯ノ關係ヲ了知セラレン乃チ以下例ヲ示シテ決定、豫備、決行ニ各正從ノ場合アルコトヲ述ヘン

決定ニ付キテ之ヲ言ハシ、甲者乙者ヲ教唆シテ曰ク汝丙者ヲ殺セ殺セハ則チ汝ニ金若干ヲ與ヘント乙者其金ヲ得ントスル慾情ヨリシテ終ニ決心シテ丙者ヲ殺シタリ是レ甲者ノ言ハ丙者ノ決定ノ原因トナリタル者ニシテ共ニ決定ノ正トナス又甲者盜ヲ爲サント決定シタレモ贓物ノ藏匿自身ノ隱伏ノ場所ナキヲ以テ躊躇未タ果サス乙者之ヲ知ル乃チ甲者ニ謂ヒ曰ク汝速ニ盜ミ來レ予汝ヲ隱伏セン予其贓物ヲ藏匿セント以テ甲者ノ決定ヲ鞏固ナラシメタル時ハ乙者ノ言ハ甲者ノ決定ノ從ニシテ甲者ハ其正ナリトスルカ如シ

豫備ニ付キテ之ヲ言ハシ、甲、人ヲ殺サント欲シ乙者ニ其由ヲ告ケテ刀劍ヲ購ハシム乙者聽カス乃チ利ヲ以テ之ニ啗ハシ遂ニ購ヒ來ラシメタリ是レ甲乙共ニ豫備ノ主タル所爲ナリ之ニ反シテ乙者甲者ノ意ヲ探知シテ自ラ刀劍ヲ購ヒ來リ其之ニ與ヘタル時ハ從タル所爲ナリ

決行ニ付キテ之ヲ言ハシ、數人ニ犯罪ノ決行ノ主タル所爲ヲ爲シ得ル一ハ眞ニ明瞭ナリ唯其所爲ノ正從ノ如何ヲ判別シ難キ一有リ例ヘハ甲者乙者ヲ僵伏シ其喉ヲ刺サントスレモ爭鬪ノ際ニ其刀ヲ遺シ僅ニ二三間ノ處ニ在レモ之ヲ取り來ルノ暇ナシ會々丙者來ル甲者乃チ其刀ヲ取り來ル一ヲ依頼セシニ丙者輒ク之ニ應シタルヲ以テ乙者ハ遂ニ甲者ノ殺ス所トナル是レ丙者ハ豫備ノ從タルカ決行ノ從タルカ或ハ決行ノ正ナルカ丙者ハ甲者ノ決行ヲ容易ニシタルヲ以テ決行ノ從タル可シ又甲者竊盜ヲ爲サントシテ門外ニ瞭望セシメ以テ警官又ハ其他ノ人ノ來ル時ノ暗號ヲ爲サシム是レ乙者ハ竊盜ノ豫備ノ從ナリヤ或ハ決行ノ正從何レナリヤ其瞭望カ竊盜ニ最モ必要ニシテ缺ク可カラサル時ハ是レ決行ノ正ナリ但シ其事實ノ如何ニヨリテハ或ハ豫備ノ從タル一有ルヘク或ハ決行ノ從タル一有ル可シ之ヲ要

スルニ主ト曰ヒ從ト曰フハ其所爲ニ必要缺ク可カラサル者ナリヤ或ハ單ニ之ヲシテ容易ナラシメタル者ナルヤヲ判別セハ即チ足レリトス

茲ニ諸君ノ最モ深キ注意ヲ請フコト有リ以上講述シタル主ト曰ヒ從ト曰フハ我刑法ノ所謂正犯從犯ニ該當スル者ニ非ス學問上人間ノ所爲ノ段階ヲ立テ、之ニ各正從アルコトヲ示シタルニ過キス今之ヲ我刑法ニ照スニ決心ノ正犯ハ之ヲ教唆者ト云ヒ被教唆者ト云ヒテ各之ヲ認メ其從犯ハ之ヲ認ムルコト無シ豫備ノ正犯ハ之ヲ認メス獨リ從犯ヲ認ム決行ニ至リテハ全ク正從ノ區別ヲ爲サスシテ總テ正犯トシテ之ヲ認ム之ヲ換言スレハ我刑法ニ於テハ決行ニ關係シタル者ハ總テ正犯ニシテ從犯アルコト無ク豫備ニ關係シタル者ハ總テ從犯アルコト無キナリルコト無ク決心ニ關係シタル者ハ總テ正犯ニシテ從犯アルコト無キナリ

其理由又ハ此レヨリ生スル無數ノ問題ハ各條下ニ於テ詳述スヘシ又茲ニ一言スヘキ事アリ我刑法ノ數人共犯ノ場合ニ於テ之ヲ正犯ト從犯トニ分チタルハ犯罪ノ關係分擔ノ度ニ差違アルカ爲メナリ既ニ犯罪ノ關係分擔ノ度ニ差違アルカハ其責任ノ度モ亦差違ナクンハアラズ是レ固ヨリ自然ノ道理ナリトス是ヲ以テ我刑法ハ明カニ其刑ニ等差ヲ爲シ從犯ノ刑ハ正犯ノ刑ヨリ一等ヲ減スルコト爲シタリ(第九條參看佛國刑法ハ或場合ヲ除クノ外ハ原則トシテ正犯從犯共ニ同刑ヲ科ス是レ佛ト我ト大ニ異ル点ナリトス但佛國刑法ノ所謂從犯ハ我所謂正犯ヲ指スコト有リ教唆者ヲ以テ從犯ト爲スカ如キ是レナリ尙ホ佛法ニ就キテ之ヲ知了セラレヨ

第一節 正犯

我刑法ハ數人共犯ヲ二節ニ分チテ正犯及ヒ從犯トナス本節ハ正犯ヲ

規定シタリ

第四百四條 二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ皆正犯ト爲シ各自ニ其刑ヲ科ス

本條ハ正犯ノ定解並ニ其刑ヲ科スルノ方法ヲ規定ス、二人以上現ニ罪ヲ犯シタル云々現ニトハ實際上ニト云フノ意ニシテ之ヲ換言スレハ有形的ニト云フコトニ解スヘシ即チ二人以上有形的ニ罪ヲ犯シタル者ハ皆正犯ト爲ス然ラハ二人以上有形的ニ罪ヲ犯セハ皆所謂正犯ナルコトヲ得可キカ例ヘハ甲乙有リ毫モ共謀スルコト無クシテ甲ハ丙家ノ裏門ヨリ入り乙ハ表門ヨリ入りテ竊盜ヲ爲シタルカ如キハ之ヲ本條ノ正犯ト謂フヲ得ルカ予曾テ云フ數人共犯ニハ通謀即チ意思ノ一致アルコト必要トスト是ヲ以テ仮令數人カ有形的ニ罪ヲ犯スモ通謀ナクンハ所謂正犯ニアラサルナリ現ニ本條ニ對照スヘキ草按ノ條文ニハ「コ

四十四

四十五

シモン、アッコールナル文辭アリ譯シテ一致ト曰フ以テ法律ノ精神ヲ窺知スヘシ

此ノ如ク數人通謀シテ一罪ヲ犯シタルキハ皆正犯トナシテ各人ニ其刑ヲ科ス然レハ其通謀セスシテ犯シタル時ハ其刑如何ト謂フニ亦各其刑ヲ科ス此点ヨリ觀察スレハ通謀ト否トヲ區別スルノ必要ナキカ如シ然レモ條ヲ追ヒテ第三百六十九條第三百七十九條ニ至レハ犯人ノ多數ニ因リ刑ヲ加重スヘキ場合即チ二人以上ニテ竊盜ヲ爲シタル者ハ一等ヲ加ヘ二人以上強盜ヲ爲シタル者ハ一等ヲ加フルト云フ場合有リ此場合ニ多數ノ故ヲ以テ加重ノ刑ヲ受クルハ單ニ其共犯タルノ故ヲ以テナリ若シ二人以上ト雖モ共犯ニ非サル時即チ通謀ナクシテ竊盜若クハ強盜ヲ犯スモ加重ノ刑ヲ受クルコト無ク各其刑ヲ受クル者トス、數人ノ犯罪者相通謀スルト否トニヨリテ其相異ルノ結果此ノ

刑法

七百五十五

如シ以テ其區別ノ必要ヲ知ルヘシ「皆正犯トシ云々正犯トハ其罪ノ主タル犯罪ト云フ」ナレハ從犯ニ對シタル名稱ナリ之ヲ以テ從犯ナキ時ハ正犯ノ文辭ヲ用ヰルノ要ナキナリ「各自ニ其刑ヲ科ストハ其罪ニ加擔スル犯人カ各一人ニテ犯シタルト同シキ罪ニ該スル所ノ刑ヲ科スト云フ」ノ意ナリ既ニ各自ニ其刑ヲ科ス即チ犯人中幼者ノ故ヲ以テ減輕セラレ再犯ノ故ヲ以テ加重セラル、者アルモ其減輕及ヒ加重カ他ノ正犯ノ受タル刑ニ影響スルヲ無キノ結果ヲ生スヘシ尙ホ此事ニ付キテハ大ニ研究スヘキ數個ノ問題有リ這ハ第六條ニ至リテ詳述スヘシ

皮想上ヨリシテ本條ヲ觀察スレハ甚タ奇怪ノ感ヲ起サ、ルヲ得ス本條ノ規定ニヨレハ數人ノ正犯ハ各自ニ其刑ヲ科セラル、ト雖モ元ト數人ニテ一罪ヲ分擔シタル者ナレハ其罪タル數人ノ間ニ分別セラレ

從ヒテ其受クヘキ刑モ亦分別シテ科セラレサル可カラサルカ如シ夫ノ民事上共同債務者ノ義務ハ債務者間ニ分別セラレ債權者ニ對シテハ唯自己ノ部分ヲ尽スノミニテ足レリ數人共犯ノ場合ニ於テモ何ソ之ニ異ルヲ有ランヤ然リト雖モ刑事上ノ事項ニ適用スルニ民事ノ原則ヲ以テシテ彼是悉ク同一ナラシメントスルハ其根據ヨリシテ已ニ誤謬ニ陷ルモノナリ且ツ夫レ人ノ罪ヲ犯スヤ仮令數人一致スルモ其社會ヲ害シ道德ニ背クノ点ニ至リテハ各其責ニ當ラサルヲ得ス是レ各自ニ其刑ヲ科セラル、所以ナリ

第五條 人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ亦正犯ト爲ス

本條ハ教唆者ノ資格ヲ定メタル者ナリ曰ク人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ亦正犯トナスト教唆トハ種々ノ方法ヲ以テ人ヲ教

導誘引スルヲ謂フ何ヲ以テ教唆者ヲ正犯ト爲スヤ予嘗テ人ノ罪ヲ犯
 スヤ決定豫備決行ノ三段階ヲ經過シ此三者ハ一人ニテ之ヲ爲スヲ得
 ルハ勿論數人之ヲ分担シテ爲スヲ得ル者ナリト曰ヒ尙ホ教唆者ハ
 決心ノ正犯ナリト曰ヒタリ此説明ハ甚ダ簡單ニシテ固ヨリ以テ教唆
 者ノ何物タルヤヲ知ルコトヲ得ス何トナレハ教唆者其物ノ詳解ヲ爲シ
 タルニアラサレハナリ乃チ本條ノ下ニ於テ充分之ヲ攻究セン
 凡ソ人ノ事ヲ決定スルヤ無形的ニ屬スル者ナルヲ以テ仮令如何ナル
 罪惡ヲ爲サント決定スルモ法律ヲ以テ之ヲ罰スルヲ得サルハ刑法上
 ノ一大原則ナリトス教唆者ハ人ヲ教唆シテ以テ犯罪ノ決心ヲ爲サシ
 メ遂ニ罪ヲ犯サシメタル者ナリト雖モ教唆者自身ハ犯罪ノ發意ヨリ
 シテ決定ニ止マリテ體力ヲ用ヰサル者ナレハ之ヲ罰スルヲ得サルカ
 如キ觀ナキニ非ラス然レトモ教唆者アレハコソ被教唆者カ罪ヲ決行

シタルナレ否罪ヲ決行スルノ決心ヲ爲シタルナレ教唆者ナクソハ被
 教唆者ヲノ犯罪ノ決心ヲ爲サシメス從ヒテ犯罪ヲ決行セシメサリシ
 ナリ之ヲ換言スレハ教唆者ハ犯罪ノ原因ニシテ此原因ナクシハ犯罪
 ノ結果ヲ生セシムルコト無キ者ナリ尙ホ換言スレハ教唆者ハ體力上ノ
 働キヲ爲サスト雖モ智力上ノ働キヲ爲シタル者ニシテ此智力ト被教唆
 者ノ體力ト合同一致シテ犯罪ヲ成スニ至リタル者ナリ既ニ教唆者ヲ
 以テ犯罪ノ原因トナシ智力上ノ働キヲ爲シタル者トスルハハ教唆ハ
 實ニ犯罪ヲ構成スルニ必要缺クヘカラサル所ノ所爲ナレハ之ヲ正犯
 ト爲スノ理由ヲ知ルコトヲ得ヘシ佛法ニ於テ教唆者ヲ以テ從犯ト爲ス
 ハ當ヲ得タル者ニアラス何トナレハ從犯ハ犯罪ヲ容易ニシタル者ニ
 シテ教唆者ハ犯罪ノ原因ヲ成シタル者ナレハ二者全ク相反スルヲ以
 テナリ但シ佛法ニ於テモ教唆者ノ刑ハ正犯ト同シキヲ以テ此点ニ付

キテハ相異ルヲ無シ

此ノ如ク教唆者ヲ以テ犯罪ノ原因ト爲スルハ其結果タル犯罪ノ生ゼサル時ハ唯犯罪ノ原因ノ存立スルノミニシテ未タ以テ教唆者ヲ罰スルヲ得ス何トナレハ犯罪ノ原因即チ決定ハ之ヲ罰スルヲ得サレバナリ是ヲ以テ教唆ノ事實アリト雖モ被教唆者カ教唆セラレタルヲ決行セサルハ之ヲ罰スルヲ得サルナリ本條ニ「人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシムル者云々」トノ文辭アルハ之レカ爲メナリトス而シテ茲ニ最モ注意ス可キハ假令教唆ヲ受ケタル者カ罪ヲ決行スルモ其者ノ心意ヲ感動セシメ之レカ爲メニ決行シタルニ非サレハ教唆者ハ罪トナルヲ無シ換言スレハ教唆者ヲ罰スルニハ被教唆者ノ心意ニ勢力ヲ及ボシ因テ以テ罪ヲ犯サシメタルヲ要ス極言スレハ被教唆者ノ心意ニ勢力ヲ及ボサル者ハ稱ノ教唆者ト謂フ可カラサルナリ

五十

五十一

論シテ此ニ至レハ諸君ハ教唆ノ定解ヲ聽カレシヲ望マル、ヤ必セリ其定解ヲ與フルハ容易ニ非ラス草按ニハ其類例ヲ擧ケテ脅迫、贈與、結約、威權其他詐欺ノ方法ヲ以テ人ヲ教唆シテ云々」ト有ルニヨリ教唆ノ如何ヲ知ルヲ得ヘキモ本條ハ唯人ヲ教唆シテ云々」トノミ有ルヲ以テ實際適用上困難ヲ感セサルニ非ス然レモ草按ノ類例ヲ以テ本條ヲ解スルハ解釋上失當ノ事ニ非サルヲ以テ宜ク草按ノ意ヲ採用スヘシ之ヲ要スルニ教唆者ヲ罰スルハ其犯罪ノ原因ヲ成シタルニ因ルヲ以テ其方法ノ如何ヲ問ハス苟モ自己ノ意思ヲ他人ニ移シ他人ヲシテ之ヲ決行セシメタル時即チ其事實ノ原因ヲ成シタル者ナル時ハ之ヲ指シテ教唆ト謂フ可キナリ

助言ハ教唆ト爲ルヤ否ヤ例ヘハ貧妻ノ人ニ向ヒテ子斯ク貧ニ泣カンヨリハ寧ロ竊盜ヲナセト曰フカ如ク或ハ子多クシテ生計ニ苦ム者ニ

對シテ其子ヲ遺棄セヨト曰ヒタルカ如キハ以テ教唆トシテ論スルヲ得ルカ予ハ前ニ言ヘリ教唆ハ被教唆者ノ心意ニ勢力ヲ與ヘタルヲ要スト彼論結ヲ以テ此疑問ニ對スレハ諸君ノ心裡ニ於テ大ニ釋然タル所アリ此ノ如キ助言ハ以テ教唆ト爲スヲ得スト判斷セラル可シ眞ニ然リ然リト雖モ此問題タル己ニ佛國ニ於テ生シタル所ニシテ學者或ハ之ヲ教唆者ト爲シ或ハ之ヲ教唆者ト爲サス是レ助言ナル者ハ或場合ニ於テ大ニ犯罪決行人ノ心意ヲ鑿動感激セシムル者アルカ爲メ教唆ト區別スルヲ難キモノ有ルヲ以テナリ之ヲ例セハ貧窮者ニ對シ某家ハ富有ナリ入りテ以テ竊盜ヲナセ財貨ハ彼處ニ在リ侵入スルニハ此處ヨリスヘント言ヒタルカ如キ場合ハ助言ハ即チ助言ナリト雖モ之ヲ教唆ト論斷スルノ價值充分之レ有ルカ如シ是レ助言ハ教唆ナリヤノ問題ヲ生シタル所以ナリ、オルトラン氏ノ此問題ニ對シタル意

五十二

五十三

見ハ下ノ如シ曰ク此問題タル其當ヲ得ス蓋シ教唆者トシテ罰セラルニハ教唆カ被教唆者ノ心意ニ勢力ヲ及ホシタルヲ必要トスルニヨリ助言ト雖モ助言ヲ受ケタル者ノ心意ニ刺撃ヲ與ヘ感激ヲ起サシメ以テ犯罪ヲ決行セシメタル時ハ是レ教唆ナリ之ニ反シテ其助言カ犯罪決行者ノ心意ニ勢力ヲ及ホサハル時ハ教唆ト謂フヲ得ス要ハ其犯罪決行者ノ心意ニ勢力ヲ及ホシタルヤ否ヤニヨリテ或ハ教唆ト云ヒ教唆ニ非スト云フヘキナリ

茲ニ注意スヘキ者有リ教唆ト犯罪ノ一部分ヲ分担セシメタル者トヲ混淆ス可カラス例ヘハ甲者アリ官文書偽造罪ヲ犯サント欲スレモ其犯罪ニ最モ必要ナル官印ヲ偽造スルノ技倆ヲ有セス是ニ於テ乙彫刻師ニ語ルニ其實ヲ以テノ若干金ヲ與ヘテ官印ヲ偽造セシメタリ官印偽造ハ之ヲ押捺シタル文書ヲ行使セスト雖モ罪ト爲ル者ナレハ此場

合ハ甲者ハ教唆シタル者ナリヤ甲者ノ所爲タル恰モ金ヲ與ヘテ以テ人ヲ殺サシメタル所ノ教唆ト敢テ異ル所ナキヲ以テ教唆者ノ如キ觀ホキニアラス然レモ是教唆ト謂フ可カラスシテ官印偽造罪ノ一部ヲ分擔シタル所ノ決行者ナリト謂ハサル可カラス何ヲ以テ之ヲ謂フヤ曰ク凡ソ官文書偽造罪ト曰ヒ官印偽造罪ト曰ヒ此種ノ犯罪ヲ構成スル所ノ犯意ハ唯故意ノミニテハ罪トナラスシテ之ヲ惡事ニ行使スルト云フ特種ノ目的ナカルヘカラス此場合ニ於テ甲者ハ既ニ惡事ニ行使スルノ目的ヲ有スレモ自ラ彫刻スルヲ克ハサルヲ以テ甲者ヲシテ自己ノ目的ヲ達スルニ必要欠クヘカラサル所ノ一部分ヲ分擔セシメタル者ニシテ乙者ト共ニ官印偽造罪ノ決行者ナリ乙者ヲ教唆シタル者ニアラサルナリ若シ之ヲ教唆者ナリトスル時ハ下ノ如キ場合ハ之ヲ如何スルカ例ヘハ某官署ノ屬吏其官署ノ印ヲ偽造セント欲シ敢テ

其實チ彫刻者ニ告グルヲ無ク威權ヲ以テ之ヲ彫刻セシメタルカ如キ場合ニハ其威權ヲ加ヘテ官印ヲ彫刻セシメタルヲ以テ此屬吏ハ教唆者ナリト謂ハサル可カラサルカ如シト雖モ彫刻師ハ固ヨリ犯意ナキニヨリ官印偽造ノ罪アルヲ無ケレハ屬吏ヲ以テ教唆者ト爲スヘカラサルヲハ實ニ明了ニシテ屬吏ハ官印偽造罪ノ正犯即チ決行者ナリトス教唆者ト犯罪ノ一部ヲ分擔シタル者トノ差違正ニ此ノ如シ而シテ歩ヲ進メテ之ヲ思考スレハ教唆者ハ正犯トシテ同シク之ヲ罰スルヲ以テ教唆者ト犯罪ノ一部ヲ分擔シタル者トヲ區別スルノ必要ナク必要ナキノ區別ハ之ヲ爲スモ徒勞ノミト斷言シ得ルカ如シト雖モ是レ實ニ速了ノ見ニ過キスシテ理論上此區別ヲ爲サ、ル可カラサルナリ現ニ第三編以下ニ於テハ此區別ハ明白ニシテ其科スル所ノ刑ヲ異ニスル者アリ例ヘハ第二百三十條ニ所謂人ノ囑託ヲ受ケテ度量衡ヲ偽

造シ又ハ變造シタル者ハ是レ即チ犯罪ノ一部ヲ分擔シタル者ナルヲ以テ該條ハ其囑託シタル者ノ刑ヨリ各一等ヲ減ストセリ若シ教唆者被教唆者ノ關係アリトスレハ囑託者ト被囑託者トノ刑ヲ區別シテ之ヲ規定スルノ要ナキヲ知ルヘシ二者ノ區別ノ必要ソレ此ノ如シ智覺精神ヲ喪失シタル者又ハ十二歳以下ノ幼者ハ假令罪トナルヘキ事實ヲ行フモ犯罪ノ責任ヲ構成スル原素ナル智識ヲ虧缺スルヲ以テ之ヲ無罪トナス是レ予カ曾テ述ヘタル所ナリ茲ニ此等智識ノ虧缺シタル者例ヘハ幼者ヲ教唆シテ重罪輕罪ト爲ルヘキ事實ヲ行ハシメタル者ハ之ヲ教唆者トシテ罰スヘキカ此問題タル實際生シ得ヘク否生シタルコト有リ且ツ困難ナル問題ニシテ學者間議論少カラサル所ナリ蓋シ此問題ヲ決スルノ必要アルハ如何ナル資格ニテ其教唆シタル者ヲ罰スヘキカト云フニ存スルナリ之ヲ教唆者ト爲サンカ幼者ハ其爲

シタル事ニ付キテハ無責任ナリ無罪ナリ無罪ノ事ヲ教唆シテ決行セシムルモ教唆者トシテ決行者ノ受クヘキ刑ヲ受ケシムルコトヲ得ス決行者ニハ該ス可キ刑ナキカ故ニ教唆者ニモ亦該スヘキノ刑ナク結局之ヲ無罪トセサル可カラサルニ至ル夫レ教唆ナルモノハ之ヲ普通ノ人ニ加フルモ幼者ニ加フルモ其結果ニ於テ何ノ異ナル所アラシムルモ人ハ普通ノ人ヲシテ人ヲ殺サシムルモ幼者ヲシテ人ヲ殺サシムルモ人ノ殺死シタル結果ニ至リテハ毫モ異ル所ナク其背徳加害ノ點ニ於テ少差アラサルナリ而シテ普通ノ人ヲ教唆スレハ有罪トナリ幼者ヲ教唆スレハ無罪トナルト云ハ、誰カ之ヲ是認スル者アラシヤ乃チ知ル之ヲ有罪トセサル可カラサルコトヲ然ラハ如何ナル資格ニ於テ有罪トスルヤ如何ナル刑ヲ科スヘキヤ學者說ヲ爲シテ曰ク教唆者トシテ論スルハ到底其可ヲ見ズ別ニ理論ヲ索メサル可カラス其理論ハ他ニ非

ス幼者ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ是レ無能力者ヲ以テ
 一ノ器械的ト爲シタル者ニシテ自身ハ其重罪輕罪ノ決行者ナリ決行
 者ノ資格ニテ之ヲ罰スルナリト此論タル實ニ理論ニ適合シタリト雖
 是レ唯特定ノ場合ニ適用スヘシモ或點ヨリ仔細ニ之ヲ觀察スレハ
 不完全ノ理論タルヲ免カレサルナリ抑モ幼者ヲ罪ヲ犯サシメタル
 者ハ幼者ヲ器械的トナシタルヲ以テ決行者ノ資格ニテ罰セラルト云
 フ時ハ器械的理論モ稍觀ル可キ有ルモ若シ幼者カ重罪輕罪トナル可
 キ事實ヲ行フ豫備ノ所爲ヲ幫助シタル片(即チ從犯)之ヲ有罪トスルニ
 付キテハ何等ノ資格ヲ以テスルカ論者ノ理論ヲ貫通セシメント欲セ
 ハ器械的理論ヲ提供セサルヘカラス之ヲ提供スルモ豫備ヲ幫助シタ
 ル者ニシテ器械トシテ使用シタルニ非ス或ハ之ヲ無罪トナスヘキカ之
 ヲ有罪トセサル可カラサルコトハ論者モ予モ共ニ認ムル所ナリ而シテ論

五十八

五十九

者ハ終ニ此場合ニ適用スヘキ理論ヲ示サス是レ予ノ遺憾トスル所ナ
 リ予ハ斷言スヘシ幼者ヲ教唆シテ罪ヲ犯サシメタル者ハ謂フ所ノ教
 唆者ナリト何トナレハ現實教唆有リタル者ヲ強ヒテ教唆者ニ非ラス
 ト謂フノ理ナクレハナリ而シテ之ヲ教唆者トスレハ前ニ述ヘタリシ
 カ如ク之ヲ無罪ト爲サ、ル可カラサル不都合ヲ生ス可キカ如シト雖
 モ此レ有罪無罪ノ因テ分歧スル所以ヲ知ラサルヨリ生スル所ノ者ナ
 リ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ其之ヲ有罪トスルニ於テ何等ノ不都合ヲモ生
 スルコト無シ予曾テ沒収ノ條下ニ於テ一言シタルカ如ク凡ソ犯罪トハ
 或ル有形的所爲ニ附着スル吾人ノ感想タルニ過キス吾人ノ感想ハ物
 ニ因リ事ニ從ヒテ變動スル所ノ者ニシテ甲人ニ對シタル感想ト乙人ニ
 對シタル感想トハ相同シカラス之ヲ換言スレハ有罪無罪ハ各人ニ就
 キテ之ヲ定メサル可カラサルナリ是ヲ以テ共犯ノ場合ニ於テモ亦各犯

ノ有無罪ヲ決スルニハ各人ニ就キテ之ヲ定メサル可カラサルニヨリ
 幼者即チ教唆ヲ受ケタル者無罪ナルカ故ニ其教唆シタル者モ亦無罪
 ナリト謂フニ非スノ幼者ハ幼者タル資格ヲ以テ無罪ナリ教唆者ハ教
 唆者タル資格ヲ以テ有罪ナリ幼者ノ從犯ヲ有罪トスルモ亦同一ニシ
 テ從犯其人ニ就テ罪ヲ定メサルヘカラサルナリ斯ク斷言スレハ正犯
 ナキニ從犯アリ被教唆者罪ナキニ教唆者罪アリト云フ結果ヲ生スル
 ヲ以テ之ヲ從犯若クハ教唆者ト稱呼スルヲ得サルカ如シト雖正犯
 正犯、從犯ト曰ヒ教唆者、被教唆者ト曰フハ所爲其物ノ連結ノ關係ヲ無
 シタル者ニ外ナラスシテ從犯ハ常ニ從犯、教唆者ハ常ニ教唆者ニシテ
 正犯ノ有無罪、被教唆者ノ有無罪ニ關係セサルナリ 以上論スル所ニ
 ヨリテ諸君ハ幼者ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ教唆者ト
 シテ之ヲ罰スル者ナルヲ明ニセラレタルナラン茲ニ注意ス可キハ

六十

六十一

予カ所謂教唆者トシテ罰スルハ其教唆ノ勢力カ幼者ニ及ホシタル場
 合ヲ想像シタルナリ幼者カ其教唆セラレタルヲ知リテ行ヒタルノ
 事實アルヲ想像シタルナリ例ヘハ幼者ヲ教唆シテ人ヲ殺サシメタ
 ル時ハ幼者ニ人ヲ殺スノ意思アルヲ要ス若シ幼者ニシテ教唆セラ
 レタルヲ知ラサル時ハ是レ論者ノ所謂幼者ヲ機械ニ使用シタルナ
 リ何トナレハ無意ノ物件ヲ使用シテ罪ヲ犯シタルト異ルヲ無ケレハ
 ナリ例ヘハ米俵ノ中ニ人ヲ入レテ眞實ノ米ナリト詐リ幼者ヲシテ之
 ヲ斬ラシメタルカ如キ或ハ刀ヲ見レハ忽チ人ヲ殺サントスル瘋癲者
 人群中ニ放チ之ニ刀ヲ與ヘタルカ如キハ是レ幼者又ハ瘋癲者ヲ器
 械ニ使用シタル者ニシテ其罪ノ決行者ナリト謂ハサルヘカラサルナ
 リ之ヲ要スルニ屢述ヘタルカ如ク教唆者トシテ罰スルニハ其教唆カ
 被教唆者ノ心意ニ勢力ヲ及ホシタルヲ要ス被教唆者カ教唆セラレ

タル事實ヲ知リタルトテ要ス是ヲ以テ假令幼者ニモセヨ瘋癲人ニモセヨ教唆セラレタル事實ヲ知ルニ於テハ其教唆ヲ爲シタル者ハ教唆者トシテ罰スルナリ教唆セラレタル事實ヲ知ラサル時ハ器械トシテ使用レタル者ナレハ執行者ナリトス

此ニ研究スヘキノ問題アリ人ノ子ヲ教唆シテ其親ヲ殺サシメタル者ハ教唆者トシテ之ヲ論スルヤ果シテ然ラハ弑親罪ノ刑ヲ以テ之ヲ罰スルヤ官吏ヲ教唆シテ違法ノ事ヲ爲サシメタル者例ヘハ裁判官ニ賄賂ヲ贈リテ枉法ノ裁判ヲ爲サシメタル者ハ教唆者トシテ罰スルカ教唆者トスル時ハ通常人ハ官吏収賄罪ノ刑ニ處セラルヘキ者ナルヤ此問題タル犯人ノ身分ニヨリテ罪トナル場合若クハ刑ノ加重減輕スル場合ニ關係スルヲ以テ此ニ之ヲ講究スルハ至當ノ順序ト云フヘカラズ予ハ第六百六條ニ入りテ後之ヲ詳解スルヲト爲サン

教唆ヲ行フト雖モ之ヲ中止シタル時ハ如何此場合ハ之ヲ二ツ一分ツテ得可シ即チ被教唆者ノ未タ罪ヲ執行セサル前ノ中止ト被教唆者カ己ニ罪ヲ決行シタル後ノ中止トノ場合ナリ前ノ場合ハ假令教唆アルモ換言スレハ犯罪ノ原因アルモ犯罪ノ決行即チ結果ヲ生セサルニヨリ無罪ナリ後ノ場合ハ假令中止スルモ業己ニ犯罪ノ結果ヲ生シタル後ナレハ有罪ナリト決セサルヘカラス教唆者被教唆者ハ其犯罪ニ就キテハ同一体ナレハ結果ノ生シタル後ニ中止スルモ爲メニ犯罪ヲ消滅セシムルヲ能ハサルモノナリ是レ教唆ノ性質上ヨリシテ斯ク論結セサル可カラズ

被教唆者カ教唆者ヨリ教唆セラレタル以外ノ罪ヲ犯シタル時ハ其處分如何此ハ第八百八條ニ至リテ辯スルコトナサン

教唆者ヲ罰スルニ付キテハ其教唆ヲ行ヒタルヨリ被教唆者カ罪ヲ行

フニ至ルマテノ時間カ之ニ關係スルヲ無キカ例ハ今日教唆シテ明日犯罪ヲ決行スルヲ有ルヘシ或ハ今年教唆シテ明年決行スルヲ有ルヘク或ハ數十年ノ後ニ決行スルヲモ有ルヘシ此ノ如キ時間ハ教唆者ヲ罰スルニ於テ其關係ヲ有スルヤ否ヤ此事ニ付テハ刑法ニ規定スル所ナシ要スルニ教唆者ノ勢力カ被教唆者ノ心意ヲシ動シテ爲メニ被教唆者ヲシテ罪ヲ犯スニ至ラシメタル時ハ教唆者ハ其刑ヲ免カレヌ之ニ反スル時ハ之ヲ罰スルヲ得ス何レノ場合ニテモ被教唆者ノ心意ニ教唆ノ勢力ヲ及ホシタルヤ否ヤハ教唆ヲ罰スルニ付キテノ標準ナリト謂フ可シ然レモ一般的ニ論下スレハ教唆アリテヨリ數十年ノ後罪ヲ犯シタルニ於テハ其時間ノ甚タ長キニヨリ教唆者ハ種々ノ事情ニヨリテ其目的ヲ變更シタルヘク被教唆者モ亦必ス然ル可クシテ教唆ノ事實ハ全ク消滅スルヲ常トスルモノナリ

以上述ヘタル教唆ハ一個人ニ對シテ行ヒタル場合ヲ想像セリ茲ニ公衆ニ對シテ教唆スルヲ有リ公然ノ演説ヲ以テスルカ如キ新聞紙ヲ以テスルカ如キ是レナリ此場合ハ一個人ヲ教唆スル者トハ其性質自ラ異レリ何トナレハ公衆ニ對シテ教唆スル時ハ其感動ヲ惹起セシムルヲ最モ容易ナルノミナラス假令公衆悉ク感動セサルモ其中多少必ス感スル者アレハナリ故ニ之テ一個人ニ教唆シタル場合ニ比スレハ危険ノ度甚タ大ナリ是此種ノ教唆ハ新聞條例集會條例ノ如キ特別法ヲ設ケテ被教唆者カ教唆セラレタル事實ヲ行ハスト雖モ教唆ノ一事ヲ以テ之ヲ罰スル所以ナリ

事甚タ些細ニ渉ルノ嫌ナキニ非サレモ注意ノ爲メ一言スヘキヲ有リ我刑法ニハ教唆ノ文辭處々ニ散見セリ例ヘハ内乱罪(第二百一十一條)ニ於テ使用スル教唆ノ文辭ノ如キ是ナリ此等ハ文辭相同シキモ意義同

シカラス還ハ其條下ニ至リテ解スルコト爲サン

第六百六條 正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ他ノ正
犯從犯及ヒ教唆者ニ及ホスコヲ得ス

本條ニハ甚タ緊要ナル問題多ク之レ有ルヲ以テ大ニ諸君ノ注意ヲ望
ム予曾テ曰ク數人共犯ノ場合ニ於テ各犯者ノ責任ハ其犯罪ニ關係ス
ル度ニヨリテ定マル者ナリト斯ク論結スレハ忽チ疑問ノ生スルアリ
曰ク共犯人中ノ一人若クハ數人ニ法律上加重減輕ノ理由ノ隨伴スル
者アレハ他ノ共犯ニ其影響ヲ及ホサル者ナリヤ否ヤト是レ予ノ諸
君ト共ニ未タ見サル所ノ問題ナリ本條ノ規定ハ即チ之カ爲メノミ
凡ソ罪ヲ輕カラシメ又重カラシメ從ヒテ刑ヲ加重減輕スル理由カ犯
罪執行ノ情狀ヨリ出ツル者ナル時ハ其罪ニ關係シタル犯人ハ直接ニ
其加重減輕ノ理由ニ干與スルコト無シト雖モ加重減輕ノ影響ヲ受ケサ

ル可カラス何トナレハ法律カ犯罪執行ノ情狀ニ因リテ加重減輕シタ
ルハ固ト犯罪其物ノ重ク又ハ輕キカ爲メナレヲ以テ正犯ト從犯トチ
問ハス教唆者ト被教唆者トヲ論セス之ニ干與シタル者ハ皆其影響ヲ
受ケヘキハ自然ノ理ナレハナリ犯罪執行ノ情狀ニヨリ刑ヲ加重スル
場合ハ刑法中ニ少カラス例ハ竊盜罪ハ二月以上四年以下ノ重禁錮
ナレモ門戶牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キ邸宅倉庫ニ入ル等ノ
加重ノ情狀アレハ六月以上五年以下ノ重禁錮トナル強盜罪ノ刑ハ輕
懲役ナレモ加重ノ情狀即チ兇器ヲ携帯シテ之ヲ犯スコアレハ一等ヲ
加ヘラル今數人共犯ノ場合ニ於テ門戶ヲ踰越シタル竊盜罪又ハ兇器
ヲ携ヘタル強盜罪ノ正犯從犯又ハ教唆者被教唆者ハ共ニ其加重シタ
ル刑ヲ受クル者トス之ニ反シテ犯罪執行ノ情狀ニヨリ刑ヲ減輕スル
場合如何ヲ尋ヌルニ我刑法中其例甚タ少ク唯殺傷ニ干スル特別ノ宥

恕減輕ノ場合ノ一アルノミ例ヘハ自己ノ身体ニ暴行ヲ受クルニ因リ
 直チニ怒ヲ發シテ暴行人ヲ殺傷シタル者(第三百九條)ノ一等又ハ二等
 フ減セラル、場合ニ其共犯者ハ共ニ其減輕ノ結果ヲ受クルカ如キ是
 ナリ此ニ注意ス可キハ第三百九條ノ共犯者ハ悉ク其減輕ノ結果ヲ受
 クルニアラス即チ殺傷ヲ行ヒタル者ト共ニ決行シタル者ハ減輕ノ結
 果ヲ受ケス何トナレハ該條ノ宥怒ハ自己ノ身体ニ暴行ヲ受ケタルニ
 ヨリ宥怒スルニ在リテ他人ハ固ヨリ其身体ニ影響ナク從ヒテ宥怒ヲ
 受クヘキ理由ナケレハナリ因テ該條ニテハ唯從犯ト教唆者トハ正犯
 ト進退ヲ共ニシテ減輕ヲ受クル者ナリ之ヲ要スルニ犯罪執行ノ情狀
 ニヨリ刑ヲ加重減輕スルキハ共犯者ハ其執行ノ情狀ニ干與セスト雖
 モ其影響ヲ受ケテ刑ヲ加重若クハ減輕セラル、者トス
 共犯人中ノ一人ニ犯罪執行ノ情狀ニヨリ其刑ヲ加重減輕ス可キ理由

アル時ハ其影響ハ延イテ他ノ共犯人ニ及フニ付キテハ他ノ共犯人ハ
 其刑ヲ加重減輕スヘキ理由アルヲ知ルカ又ハ少クモ其理由アルコト
 ヲ豫想シ得ヘキ者ナルヲ必要トス若シ之ヲ知ラサルカ又ハ豫想シ
 得ヘカラサル者ナル時ハ其刑ノ加重減輕ノ影響ヲ受クルヲ無シ例ヘ
 ハ甲乙二人竊盜ヲ爲スニ當リテ甲ハ兇器ヲ携帯シタルモ乙ハ毫モ之
 ヲ知ラストスレハ乙ハ甲ノ持兇器ノ影響ヲ受クルヲ無シ此場合ニ丙
 アリテ甲乙ノ從犯ト爲リタルモ甲ノ持兇器ヲ知ラサル時ハ是モ亦加
 重ノ影響ヲ受クルヲ無シ又甲ナル強盜アリ乙其從犯ナリ而シテ甲若シ
 人ヲ傷クルル片ハ加重セラレテ無期徒刑トナル此場合ニ乙ハ甲ノ人ニ
 傷タルヲ豫知セサルモノトスルモ尙ホ其加重ノ影響ヲ受ケサル可
 カラサルカ曰ク乙ハ其加重ノ影響ヲ受クルナリ何トナレハ強盜ナル
 者ハ暴行脅迫ヲ以テ財物ヲ強取スル者ナレハ人ヲ傷クルヲハ實ニ其

結果ニシテ豫知スルヲ得ヘキ事ナレハナリ然ラハ甲若シ婦女ヲ強姦シタル片ハ乙ハ強姦ノ影響ヲ受ケテ其刑ヲ加重セラル、カ乙ハ固ヨリ甲ノ強姦ヲ爲ストヲ知ルモ強姦ハ之ヲ知ラサルヲ以テ其影響ヲ受タル者トセハ甚タ奇ナラスヤ實ニ然リ強姦ハ強盜ノ結果ニ非ス此罪ハ強盜ノ條下ニ記載セラル、モ實ニ特種ノ罪ナレハ強盜ノ共犯ハ其結果ヲ受クルヲ無シ

以上ノ理論ハ我刑法中ニ規定スルヲ無シ是ヲ以テ共犯中ノ一人ニ犯罪執行ノ情狀ニヨリテ刑ヲ加重減輕ス可キ者アル時ハ他ノ正犯從犯及ヒ教唆者ニ及ホストヲ得スト決定センカ何ソ其レ然ラン法理上當サニ此ノ如クナルヘキ道理アルノミナラス本條ノ精神モ亦此法理ヲ採用シタルヤ明ナリ草按ニハ明ニ此ノ如ク規定セラレタリ

草按第百十九條 執行ノ景狀ニ基キタル刑ノ加重ハ一切ノ共犯

及ヒ教唆者ニ適用ス可シ而シテ假令ヒ此等ノ人ノ中ニテ該景狀ニ關係セサル者アルモ之ヲ了知シ又ハ豫見シタル時ハ都テ右ノ加重ヲ適用ス可シ

云々

是ニ由テ之ヲ觀レハ以上ノ論結ハ眞ニ宜シキヲ得タリト爲ス刑ヲ加重シ又ハ減輕スルノ原由カ犯罪執行ノ情狀ヨリ生セスメ犯人ノ身分ニヨリテ生スルヲ有リ此等ノ原由カ共犯人中ノ一人ニ隨伴スル片ハ他ノ共犯人ハ其景響ヲ受クルヤ否ヤ例ヘハ甲乙丙三人ノ共犯アリ甲ハ再犯タル身分ヲ有シタルカ又ハ幼者若クハ自首シタル身分ヲ有シタル時ハ乙丙ヲシテ其加重若クハ減輕ノ結果ヲ受ケシムヘキ者ナリヤ本條ハ即チ正犯ノ身分ニヨリ加重ノ原由ノ生シタルヲ規定セラレタリ何故ニ正犯ノ身分ニヨリ刑ヲ加重スヘキ時ハ他ノ共犯

ニ及ハサルカ請フ之ヲ研究セン
 犯罪執行ノ情狀ニヨリ刑ヲ加重減輕スルハ犯罪其者カ重ク若クハ輕
 キカ爲メナリ故ニ其罪ニ干與シタル者ハ悉ク其影響ヲ受ケサルヘカ
 ラス然レモ身分ニヨリテ刑ヲ加重減輕スルハ犯罪其物ヲシテ重ク若
 クハ輕カラシムルニ非ラス犯罪ハ依然トシテ其輕重ノ價值ヲ變スル
 一無クシテ唯身分ヲ有シタルカ爲メニ殊ニ其刑ノミヲ加重シ減輕ス
 ルニ過キス是ヲ以テ共犯人中ノ一人ニ身分ニヨリテ加重減輕スヘキ
 理由ノ生スル一有ルモ之ヲ他ノ共犯人ニ及ホスト無キナリ例ヘハ甲
 乙丙丁一致シテ竊盜ヲ爲ス甲ハ教唆者ニシテ乙丙ハ決行者丁ハ從犯
 ナリ而シテ乙ハ再犯タル資格ヲ有ストセンニ乙ハ再ヒ罪ヲ犯シタリ
 トテ竊盜罪其物ヲ加重スルニアラス唯再犯ナルヲ以テ刑ヲ加重スル
 ノミ而シテ是レ再犯ニ非ラサル甲丙丁ニ關係スル一ナシ故ニ乙ハ竊

四十

四十一

盜罪ノ刑ニ一等ヲ加重セラル、モ甲丙ハ單ナル竊盜ノ刑ヲ受ケ丁ハ
 其刑ヨリ一等ヲ減セラル、ナリ以上ハ法理ニ適當シタル理論ナルヲ
 以テ動カス可カラサル一アリ我刑法ニ於テ身分ニ因リテ刑ヲ加重減輕
 スル場合ヲ列擧スレハ減輕ノ場合ニハ宥恕減輕有リ自首減輕有リ加
 重ノ場合ニハ再犯加重有リ尊屬親ニ對スル罪ニ付キテノ加重有リ本
 條ハ唯其加重ノ場合ノミヲ想像シテ毫モ減輕ノ事ニ及フ一無シ減輕
 ノ場合ト雖モ其論決ハ決シテ加重ノ場合ト異ル一ナシ而シテ之ヲ規
 定セサルハ何故ソヤ且ツ本條身分ニヨリテハ刑ヲ免スル時例ヘハ親
 屬相盜ノ如キ又身分ニヨリ罪トナル時例ヘハ官吏收賄罪ノ如キ場合
 ヲ規定セス故ニ共犯人中ニ被害者ノ親屬アリテ免刑セラル、時或ハ
 官吏ト共ニ收賄罪ヲ犯ス時ハ被害者ノ親屬ニアラサル共犯人又ハ官

吏ニアラサル共犯人ヲ如何ニ處分スルカヲ知ルヲ得ス然リ而シテ
身分ニヨリ刑ヲ加重スル場合即チ尊屬親ニ對スル罪ニ付キテモ亦本
條ヲ適用スヘキヤ否ヤ疑ナキヲ能ハス之ヲ要スルニ本條ハ適用上ニ
マレ理論上ニマレ最モ議論ノ生スル所ノ者ニシテ解釋家チシテ困難
ニ陷ラシメタル條文ナリ予カ冒頭ニ於テ諸君ノ注意ヲ望ミタルハ全
ク之レカ爲メノミ

我刑法ニ就キテ前段ノ疑問ヲ決セシニ正犯ノ身分ニヨリテ刑ヲ減輕
スル時若クハ刑ヲ免除スル時ハ之ヲ他ノ共犯人ニ及ホスヲ得スト
規定セサルハ實ニ缺典ナリトス何トナレハ正犯ノ身分ニヨリテ刑ヲ
減輕シ若クハ免除スル場合ト犯罪ノ身分ニヨリテ刑ヲ加重スル場合
トノ間ニ差違アルヲ發見セサレハナリ願フニ立法者ノ本條ヲ規定ス
ルニ當リテ偶然ニ減輕若クハ免除ノ文辭ヲ脱漏シタルナランボアリ

ナアード先生ノ現行刑法ニ就キテ修正ヲ試ミラレタル草按ニハ明ニ
此等文辭ヲ挿入セリ用意周到ト謂ツ可シ我刑法ハ缺典ニ属ス即チ正
犯ノ身分ニヨリ刑ヲ減輕若クハ免除ヲ生シタル時ハ他ノ共犯人ハ其
影響ヲ受クト決セサル可カラサル乎何ソ其レ然ラン法理ニ訴ヘテ之
ヲ決定スルハ敢テ不可ナルコトナシ而シテ是レ豈法文ヲ彌縫スト謂
フ可ケンヤ

次ニ決ス可キハ祖父母ニ對スル罪(第三編第一章第十三節)ニ關係シタ
ル共犯人ハ其影響ヲ受ケサルヤ否ト云フ問題ナリ例ヘハ人ノ子孫ヲ
教唆シテ其祖父母ヲ毆打創傷セシメタル者ハ(第三百六十三條)凡
人ノ刑ニ一等ヲ加ヘラレタル刑ヲ受ケサル可カラサル乎本條ニハ正
犯ノ身分ニヨリ、、、、、、、、、、、、、、、、、、、、、、、、、、、、、、、、、、
教唆者ハ加重ノ影響ヲ受ケスシテ通常ノ毆打創傷罪ノ刑ヲ科セラレ

獨リ被教唆者タル子孫ハ其加重ノ刑ヲ受クト決セサル可カラサルカ
 如シ然レモ斯ノ如ク論結スレハ則チ奇怪ノ結果ヲ生スルヲ見ル曰ク
 正犯ノ身分ニヨリ刑ヲ加重スルハ之ヲ他ノ共犯人ニ及ホスヲ得
 サレハ則チ正犯ノ身分ニヨリ罪トナルハ(官吏收賄罪ノ如キハ官吏タ
 ル身分ハ其罪ノ一要素ナリ)ハ他ノ共犯人ハ無罪トナル例ハ官吏ヲ
 教唆シテ賄賂ヲ收受セシメタル者官吏ト共同シテ賄賂ヲ收受シタル
 者ハ無罪ナリト決定セサル可カラス豈奇怪ノ甚シキ者ニアラスヤ此
 ノ如ク疑問ヲ惹起シ來レハ祖父母父母ニ對スル罪ノ刑ノ重キハ即チ
 犯罪其物カ重キヲ以テ刑ヲ加重スル者換言スレハ子孫タル身分有ル
 ニヨリ犯罪執行ノ情狀ノ重キ者ナルヲ以テ其罪ニ關係スル者ハ悉ク
 其影響ヲ受ケサル可カラス子孫ヲ教唆シテ祖父母父母ヲ毆打スレハ
 凡人ト雖モ亦加重ノ刑ヲ受ケサル可カラサルカ如シ以上ノ疑問ハ最

モ決定シ難クシテ獨リ本邦學者間ニ於ケルノミナラス歐州學者間ニ
 在リテモ亦議論紛々決スルヲ能ハサル所ナリ予ハ左ニ本邦學者カ以
 上ノ疑問ニ對シテ與ヘタル決定ヲ略陳シ併セテ此疑問ニ對スル學說
 ノ沿革ヲモ明了ニシ最後ニ予カ包持スル主論ヲ述ヘントス
 學者刑ヲ加重減輕スル理由ヲ二個ニ概別シテ犯者ノ有罪ノ度ヨリ來
 ル者ト事實ノ有罪ノ度ヨリ來ル者トノ二トナス其說ニ曰ク加減ノ原
 由犯者ノ有罪ノ度ニ在ルハ其加減ハ單ニ其犯者ノミニ限リテ之ヲ
 他ノ共犯人ニ及ホスヲ得ス故ニ再犯加重宥恕減輕自首減輕ノ如キ
 或ハ強盜婦女ヲ強姦シタル者ノ加重ノ如キハ單ニ其加減ノ理由ヲ有
 スル犯者ノミ其加重減輕ヲ受クルモノトス之ニ反シテ加減ノ理由事
 實ノ有罪ノ度ニ在ル時ハ犯者ノ如何ニ拘ラス一般ニ加減シテ他ノ共
 犯人ニ及ホス可キモノトス例ヘハ人ヲ謀殺シ人ノ住居シタル家屋ニ

放火シ、門戸牆壁ヲ踰越損壞シテ竊盜ヲ爲シタル者ハ人ヲ故殺シ、人ノ住居セサル家屋ニ放火シ、門戸牆壁ヲ踰越損壞セスシテ竊盜ヲ爲シタル者ヨリ其罪重シ是レ犯罪執行ノ情狀ニヨリ事實有罪ノ度重キ者ナリ夫ノ子孫ノ祖父母父母ニ對スル罪例ハ親ヲ弑スカ如キ親ヲ誹讒監禁スルカ如キハ常人ヲ殺シ常人ヲ誹讒監禁スルヨリ其罪重シ是レ子孫タル身分ヨリシテ事實ノ有罪ノ度重キ者ナリ常人ニ衣食ヲ供給セサルモ罪トナラサレモ子孫カ祖父母父母ニ衣食ヲ供給セサレハ罪トナル(第三百六十四條)是子孫タル身分アルニヨリ事實上罪トナル者ナリ要スルニ立法者ハ一ノ祖父母父母ニ對スル重キ罪ヲ設ケタル者ナレハ此罪ニ關係シタル者ハ皆其加重ノ結果ヲ受ケサル可カラサルナリ若シ否ストスレハ奇怪ナル結果ヲ生ス可シ即チ第三百六十二條ノ罪ヲ子孫ト共ニ犯セハ通常殺人罪ノ刑ヲ受クルヲ以テ幸ニ甚シ

四十六

四十七

キ惡結果ヲ來サスト雖モ若シ第三百五十四條ノ罪ヲ子孫ト共ニ犯ヒハ無罪トナルノ結果ヲ生ス(此兩條ハ以下屢引用シ又該條ヲ詳解スルニ有ルニヨリ左ニ之ヲ掲クヘシ

第三百六十二條 子孫其祖父母父母ヲ謀殺故殺セタル者ハ死刑ニ處ス 其自殺ニ關スル罪ハ凡人ノ刑ニ照シ二等ヲ加フ

第三百六十四條 子孫其祖父母父母ニ對シ衣食ヲ供給セス其他必要ナル奉養ヲ缺キタル者ハ云々)

尙ホ之ヲ詳言スレハ共犯ノ場合ニハ第三百六十二條ノ罪ノ刑ハ之ヲ常人ニ科セサルモ尙ホ常人ニハ別ニ殺人罪若クハ自殺ニ關スル罪アレハ此等ノ刑ヲ科スルヲ得ヘシ之ニ反シ第三百六十四條ハ身分ニヨリテ罪トナル者ナレハ常人ニハ固ヨリ別ニ科スヘキノ刑ナキニ因リ已ムヲ得スシテ之ヲ無罪トセサルヘカラサルカ如キ實ニ奇怪ナル結

果ヲ生スルニ至ル是ヲ以テ第三百六十二條乃至第三百六十四條ノ共
 犯人ハ子孫ト共ニ其刑ヲ受ケサル可カラサルナリ以上ノ學說一時大
 ニ勢力ヲ得テ遂ニ司法省ヲシテ内訓ヲ發セシメタリ曰ク第百六條ノ
 他ノ正犯從犯教唆者ニ及ホスコトヲ得ストハ單ニ犯者其人ニ就キテ
 加重スル時ノミニシテ事實ノ重キニ因テ加重スヘキ時ハ之ヲ他ノ共
 犯人ニ及ホス可キ者ナリト是ヲ以テ此說實際ニ行ハレ來リシカ他ノ
 点ヨリ觀察スレハ此說ノ穩當ナラサルヲ知ル何トナレハ子孫ト共ニ
 其祖父母父母ヲ故殺スレハ其子孫コソ子孫タル身分ヲ有スルニヨリ
 加重ノ刑即チ死刑ヲ科スヘケレ常人ヲシテ通常故殺罪ノ刑即チ無期
 徒刑ヲ加重シテ同シク死刑ニ該スルハ實ニ穩當ト謂フ可カラサレハ
 ナリ前ノ學說ニ對シテ此ノ如キ反對說ヲ現出シ而シテ此說モ亦大ニ
 勢力ヲ得テ終ニ一般ニ子孫タルノ身分ヲ有スルニ因リ刑ヲ加重スル

時ハ之ヲ他ノ共犯人ニ及ホサスト云フ說ヲ採用スルコトトナレリト
 云フ是ニ由テ之ヲ觀レハ今日ニ在リテハ人ノ子ト共ニ其親ヲ殺シタ
 ルモノハ其子ハ弑親罪ノ刑ヲ受ケ常人ハ普通ノ殺人罪ノ刑ヲ受クル
 ナリ予以爲シ今日實際ニ行ハル、所此ノ如クナレハ曾テ述ヘタルカ
 如ク常人ヲノ第三百六十二條ト第三百六十四條トノ罪ノ其犯タラシ
 メハ一ハ通常殺人罪ノ刑ヲ受クルモ一ハ全ク無罪トナルノ結果ヲ生
 ス可シ此不都合ノ結果ナカラシムルニハ如何ニ決定スヘキヤ予曾テ
 之ヲボアソナアード先生ニ質問セシカ先生ノ答辯予ニ充分ノ満足ヲ
 與ヘサリキ而シテ此事ニ付キテハ實際裁判例アルニ非スト雖モ類似
 ノ裁判例ヨリ推究スルニ第三百六十二條三條ノ加重ハ常人ニ及ホサ
 ス第三百六十四條ハ常人ト雖モ子孫ト共ニ其刑ヲ受ケサル可カラス
 ト決定ス可キカ如シ

子孫ノ祖父母、父母ニ對スル罪ニ關係スル共犯人ハ其加重ノ影響ヲ受クルヤ否ヤト云フ疑問ニ對シテ生シタル所ノ議論及ヒ其沿革ハ以上述ヘタルカ如シ以下予ノ主論ヲ述ヘン

夫レ本條ニ正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ加重ス可キ時ハ云々ト規定セラレタル以上ハ之ヲ解剖シテ犯者有罪ノ度ト事實有罪ノ度トヲ區別シテ他ノ共犯人ニ影響ヲ及ホスト否ラサルトヲ區別スルノ要ナカルヘシ苟モ正犯ノ身分ニヨリテ刑ヲ加重スヘキ者ナル時ハ悉ク之ヲ他ノ共犯人ニ及ホストヲ得スト決定セサル可カラス強テ區別ヲ立テ、以テ疑問ノ解釋ヲ容易ナラシメント欲スルハ妥當ト謂フヘカラス以上ノ如キ區別ハ法理上爲スヲ得サルニ非サレバ本條ノ正文ハ到底之ヲ曲クルコトヲ得サルナリ然リト雖モ身分其物カ犯罪ノ一原素ナル時ハ其罪ニ關係シタル者ハ悉ク其罪ニ該スル刑ヲ受ケサル可カラス官吏

収賄罪ノ如キ是ナリ此罪タル常人ニ對シテハ規定ナキ者ニシテ官吏タル身分アリテ始メテ収賄罪ヲ構成スル者ナレハ収賄罪ハ一ノ特別ノ罪ナリト謂フ可シ是ヲ以テ常人ニシテ官吏ヲ教唆ノ賄賂ヲ收受セシメタル時ハ官吏収賄罪ノ刑ヲ受ケサル可カラス常人ニノ特別ノ罪ノ犯人ト爲ルハ奇怪ノ觀ナキニ非サレバ其特別ノ罪タルノ点ハ即チ常人チノ此罪ノ犯人トナラシムル所以ナリ蓋シ本條ニ正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ加重スヘキ時云々ト有ルニヨリ正犯ノ身分ニヨリテ罪ト爲ル場合ハ固ヨリ本條ノ豫想スル所ニアラス而シテ第四百四條ニハ二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者云々トアリ第五百五條ニハ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者云々ト有ルニヨリ身分ニヨリ刑ヲ加重スヘキ罪ヲ除クノ外ハ特別ノ罪ト雖モ常人チシテ共ニ其刑ヲ受ケシメサル可カラサルナリ(此常人ノ官吏収賄罪ニ干與シタル者ヲ正犯トナスヘ