

ス道德ニ背クモ社會ヲ害セス社會ヲ害スルモ道德ニ背カサレハ犯罪ニ非ス今犯罪ナキノ所爲ヲ觀察スルニ假令社會ヲ害スルハ結果アリトスルモ犯意ナキヲ以テ固ヨリ道德ニ背クト云フヲ得ス是レ其無罪タル所以ナリ

本條第一項但書ハ如何ナル場合ヲ想像シタルカ又其無罪ニ非サル理由如何

第一項但書ノ場合ハ既ニ本條ノ初メニ於テ一言セシカ如ク或ハ過失殺傷失火罪等無意ノ所爲ヲ云ヒ或ハ意思ノ有無ヲ必要トセサル違警罪中多クノ場合ノ如キ要スルニ無意犯ヲ想像シタル者ナリ無意犯トハ犯意ナキモ罰スル所ノ犯罪ナリ但シ過失殺傷失火ノ罪ハ犯意アルハ謀故殺罪毆打創傷罪放火罪トナルヲ以テ必ス犯意ナキヲ要スレハ違警罪中ニ規定セラル、無意犯例ヘハ標識ノ點燈ヲ怠リタル罪夜中

燈火ヲクシテ車馬ヲ疾驅シタル罪等ハ犯意ナキ時ハ勿論犯意アルモ亦同シク罰スル所ノ者ナリ此等ノ無意犯ハ本項犯意ナキノ所爲ト同シク社會ヲ害スル跡アリト雖モ道德ニ背ク所ナキニ非スヤ過失殺傷罪ノ如キ眞ニ無意ノ所爲即チ偶然ニ出テタル所爲ナレハ道德ニ背ク點ハ何レノ所ニ存スルヲ知ラス而シテ法律之ヲ罰スルノ理由ハ如何、諸君ヨ予ハ此等ノ問題ヲ解説スルノ勞ヲ取ラサル可シ諸君ハ尙ホ記臆セラシタルナラン予ハ曾テ無意犯有意犯ノ區別ヲ詳説スルニ當リテ此問題ニ付キ數十言ヲ費シタルコト有リキ諸君請フ之ヲ回思セヨ何ッ予カ喋々ノ複説ヲ用非ルヲ爲サソ

第二項ハ既ニ第一項ノ解説中ニ於テ一言シタルカ如キ第一項中ニ合マル可キ條文ナリ而シテ其場合及ヒ理由ノ如キモ亦前ニ略言シタル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シハ其所爲ハ普  
 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ヲ知ラ  
 サルヲ以テ普通罪ト同一ノ刑ヲ受ク其重キニ從ヒテ罪セラル、  
 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  
 所ハ者ニシテ別項ヲ設クルハ必要ナキ者ナリ何トナレハ罪ハ重カル  
 可キ事實ヲ知ラサル所ハ即チ是レ犯意ナキ所ニシテ犯意ナキ所ハ之  
 ナ重ク罰スヘカヲサルハ本項ハ規定ヲ要セスシテ第一項ニ於テ已ニ  
 知ルヲ得ヘ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ヲ免カレサルナリ  
 第四項ハ法律規則ニ於テ罰スヘ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云フモ爲メニ犯意ナシト爲スヘカヲサルコトヲ規定

ス例ハ人ヲ殺シタル者アラニ法律ニ於テ人ヲ殺スノ所爲ヲ罰ス  
 ルコト有ルヲ知ラスト云ヒテ其罪ヲ免ル、  
 小便ヲ爲ス者アラ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、  
 以下示ス所ノ例ハ本項ヲ適用スヘキヤ否ヤ  
 凡ソ死刑ハ裁判確定スト雖モ直チニ執行スヘカラス  
 檢事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事此等重  
 要ハ法律アルヲ知ラスト裁判確定後直チニ死刑ヲ執行シタリトセハ此  
 檢事ハ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ト網



ヲ、投シテ、魚數十頭ヲ獲キ、此者ハ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ニ當テ得タリト爲ス者ノ如シ是ノ實ニ大ナル錯誤ニシテ一言ヲ費サ、ル可カラサルナリ

右前例ニ於テ檢事ハ果シテ人ヲ殺スノ意アリト爲スヘキカ職務ヲ盡スノ意思コソアレ殺人ノ意思ハ之ナキナリ其死刑ヲ行ヒタルハ職務ヲ盡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ヘシ而シテ是ノ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ヘカラス何トナシハ殺人罪ヲ構成スヘキ意思アラザ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己レヲ利スルノ

第四項規定ノ理由

意思アラザレハ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ト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ズ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ヘキ者ニ非ス凡ソ推測ナル者ハ一般ヨリ格段ニ及ホスヲ以テ法則ト爲ス故ニ或者ノ擧ゲ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ザ



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クシヤ強ヒ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ヘ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シカ爲メナリ普通ハ犯罪ハ犯スヘカラサルトハ何人モ之ヲ知ル知ラツハ犯ス故ニ知ラスト云フモ無罪タルヲ得サルナリ然レ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ハ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ナ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

諸君ヨ茲ニ甚々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シメ徵兵適齡届出產若クハ死亡届等諸種ノ届書ヲ所轄役所ニ届クサル者



無意犯ニ  
關スル  
要點ニ  
關スル  
問題

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、  
所ノ犯罪ナルコ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徵兵適齡届ヲ代人ニ依頼シテ爲サシメハ代人  
怠リテ届出テサル時ハ代人ハ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、出產届ヲ爲サシト欲シテ家  
ヲ出テシニ途上洪水ニ遇ヒ川支ノ爲メニ届出期日ニ後ラタル時ハ罪  
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シトス  
ルニ方リ突然拘引セラレテ點燈スルコト能ハサリシ時ハ罪ト爲ルカ、  
以上ノ場合ハ本行フヘキテ行ハサルニ非スシテ行フコト能ハスシテ行  
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  
上之ヲ罰スルコトヲ欲セサルノミナラス法理上ヨリ之ヲ論スルモ亦無

其決定

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  
適用スヘキカ此點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ビタルモノナルヲ以テ罪  
ヲ犯スノ意ナキハ實ニ明ナルニ因リ第一項ヲ適用スヘシト云ヒ得ル  
カ如シト雖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ヲサ  
ル強制ヲ受ク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其第二項ヲ適  
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

(第七十七條) 第一編 第四章 第一節 不論罪及ヒ宥恕減輕 五七九



キ九死一生ノ場合ニ陥リタルニ非サレハ適用スルヲ得ス且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可カラ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ヘ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ハ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ク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サルナリ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等ノ如キハ其條ニ依リテ之ヲ罰シ刑法ニ正條ナク他ノ法律規則ニ正條アル者ハ其條ニ依リテ之ヲ罰スヘシ右

ハ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グスト雖モ然レモ懈怠即チ不注意ニテ爲スヘキヲ爲サ、ル場合ヲ罰スル者ナルト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ズ單ニ規則ノ不遵守ノミヲ罰スルト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ズ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ズ

予屢述ヘタルカ如ク是非ヲ辨別スル所ノ智識ハ犯罪ノ責任ヲ構成スルニ必要ナルニ物件タリ本條ハ即チ智識テウ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ハ虧缺スル

本條不論罪ノ理由

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ハ固ヨリ論ヲ俟サンハナリ

吾人ハ知覺精神ハ如何ナル場合ニ喪失スルカ是レ法律ニ規定セサル所ニシテ「法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癡○白癡○瘋癲○曰クマニ○ノ三者是ナリ白痴トハ天性全ク精神上ノ能力ナキ者ヲ謂ヒ瘋癲トハ生來精神上ノ能力ヲ有スレニ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「マニ」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所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ノナシユズム即チ睡遊病ノ如キ有リ此  
 等ハ醫學上ノ研究スヘキ所ニシテ法律ハ適用上ニ於テハ其喪失ノ原  
 因ヲ討究スルハ要ナク唯犯罪ハ當時其責任ヲ構成スヘキ知識アリシ  
 ヤ否自由アリシ否ヤヲ討究スルハ則チ足レリトス又立法者ノ法ヲ  
 立ツルモ亦甚タ簡單ニシテ其各場合ヲ列舉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非サルナリ  
 前項理論トシテハ此ノ如ク論決シテ復タ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タ困難ナルコト有リ充分智識ヲ具備  
 スルト雖モ知覺精神ヲ喪失シタルカ如キ爲テシテ巧ニ法網ヲ脱カレ  
 ント欲スル者アル可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有ル可シ之ヲ監査シ判定スルニ當リテ錯誤

醉狂者ノ處分

テ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  
 アル可カラサルナリ  
 本條ハ以上説ク所ニ據ンハ甚タ簡單ナルカ如シ然レモ此ニ一ノ説明  
 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トハ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癡癲等ト趣テ異ニ  
 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クヘシ  
 第一自己ノ過失若クハ好意ニ非スシテ醉狂シ爲メニ知覺精神ヲ喪失  
 シタル者罪ト爲ル可キ事ヲ行ヒタル時ハ無罪ナリトス



第二、自ら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是レ酒ヲ飲メハ狂亂スト云フヲ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テ得タリヤ否ヤ第一第二ハ場合ニ關スル說ハ當テ得

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タ惡ムヘ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テ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ハラズ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シタル時ハ是レ知覺精神ノ喪失ト謂フヘカラス即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ニハ現ニ手ヲ下ス時知覺精神ノ喪失シタルヲ要ス以上ノ學說トシテハ此ノ如ク困難ナルカ如キモ實



幼者ノ  
行ヲ不  
論スル  
理由

(第七十九條) 第二編 第四章 第二節 不論罪及ヒ有罪減輕 五八八  
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イフト雖モ抑亦外界ノ事物ニ接  
觸シ若クハ教育ノ陶冶ニ感應セラレテ愈益發達シ完美スル所ノ者ニ  
非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  
一時ノ能シ得ヘキ者ナラスシテ最モ永キ日月ヲ要シ一步一步ニ其量  
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コト愈多ク日月ヲ經

過スルコト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ヘ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ハ智識未タ發  
達セサルヲ以テ從ヒテ刑事上ノ責任ヲ負ハシムヘカラス其爲シタル事  
ハ如何ニ拘ハラス之ヲ無罪トセサル可カラス年齢漸ク長シテ智識稍  
發達スルニ至リテモ猶ホ未タ是非善惡ヲ區別スルハ智識充全ナラサ  
ル間ハ刑事上ノ責任アリトハ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レ然リ而シ  
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  
判官ニ一任スヘシト論スル者曰ク智識ノ有無違否ハ各人同一ナラス

(第七十九條) 第二編 第四章 第二節 不論罪及ヒ有罪減輕 五八九



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ニ非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  
 ル可カラズ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ジテ人間ハ一生ヲ四期ニ區分シ以テ智識開達ハ  
 順序ニ隨ヒテ責任ハ有無多少ヲ示セリ  
 第一期 十二歳以下(第七十九條)

刑法上  
生ノ四期

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

第一期

本條ハ第一期ノ場合ヲ規定シタルモノニシテ此期間ノ幼者罪ト爲ル  
 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間ハ事ノ甚々重大ナ  
 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コトヲ得ト規定セリ其理由如何予ノ前段ニ明言シ

懲治場  
留置ノ理由

(第七十九條) 第一編 第四章 第一節 不論罪及ヒ有恕減輕 五九一



タルカ如ク此期間ノ所爲ハ如何ナル場合ト雖モ無罪ナルニモ拘ハラ  
 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  
 是レ其ノ例外ニ非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辯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  
 ノ監督ナ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モ  
 放任シテ顧ミサルキハ終ニ放縱蕩逸ノ行ヲ爲スヘク而シテ其極或ハ  
 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少小ニ非サ  
 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  
 治場ニ入ルハ必要アリトス或ハ曰ハ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非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ナク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レ  
 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囚人ト同一ノ場所ニ起臥セシメハ  
 忽チ惡風ニ感染シテ不良ノ徒トナルヲ以テ他囚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懲治場内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  
 ト謂フヘシ若シ懲治場ニ留置スルヲ以テ刑ヲ科シタル者ト爲サン  
 カ前ニ述ヘタル如ク苦痛ヲ與フルコトヲ勉メスシテ陶冶薰化ヲ基トス  
 ルハ何ソヤ且懲治場ニ留置スル年限甚タ長キ點ヨリ之ヲ考察スルモ  
 亦刑ヲ加ヘタルニ非サルヲ見ル例ハ竊盜罪ヲ犯シタル者ハ二月以



幼者ニ留置スルハ行政何レナリ

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ス智識ノ完備セル者ニシテ之ニ科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リ八年ノ長キ刑ヲ科スルハ權衡ヲ得ル者ト謂フヘカラス是ニ知ル懲治場ニ入ルハ刑ヲ科スルニ非サルヲ而シテ刑ヲ科スルニ非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非サレハナリ要スルニ本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フニ非シテ不良ノ幼者ヲ教育セシムカ爲メニ出ラタル者ト知ル可シ

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シテ言渡スハ司法行政何レハ官權ニ在ルヤ或ハ曰ク行政權之ヲ命スト是レ刑

法ニ明文ナク又刑事訴訟法ニ手續ナキヲ以テ檢事ハ無罪者ニ對シテ公訴ヲ起スノ權アルコトナク從ヒテ無罪者ヲ裁判所ニ引致スルノ途ナシ是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涉スヘキ性質ノ者ナリ故ニ夫ノ賭博犯處分規則ノ如キ特別法ヲ以テ之ヲ行政權ニ委テタル者ハ格別否ラサ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ハ裁判所ニ於テ之ヲ命ストノ語アリ爾後此語ヲ削除シタリト雖モ亦因リ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刑事訴訟法ニ於テ裁判所ニ引致スルノ路ヲ開カシテ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ヒス但状況ニ因リ滿二十歳ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルヲ得

第二期

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モ是非ヲ辨別スルハ智識ノ有無未タ判然セス大ニ疑ヒテ存スル時期ニシテ各人ニ付キ一々之ヲ調査セサル可ラス若シ罪ト爲ル可キ事ヲ行フニ當リ是非ヲ辨別シタルキハ有罪ニシテ辨別セサル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ヲ確認スルモ未タ完全ノ智識ニ非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ヲ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可カラス何トナレハ審案セサル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モ是レ唯文辭ヨリ論シタルニ過キス審案ノ文辭其物ハ甚ク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草案ニハ明ニ判決ノ文辭ヲ用非マ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アリヤ否ヤ未タ判然セサル時期ナレハ其罪ノ有無ヲ定ムル以前ニ智識アリヤ否ヤヲ判決セサル可カラズ已ニ智識アリトノ判決アリト雖モ罪ノ有無未タ判然セズ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クハ無罪トナリ智識アリ若クハ自由アル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ス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ス若シ智識アルノ場合ハ別ニ智識アルヲ明言スヘキ者ニ非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ス若シ之ヲ明言セサル時ハ大審院ノ破毀スル所トナル可シ  
 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ヲ要スルカ或ハ一事件ニ付キ其是非ヲ辨別スルヲ以テ足ル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ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス  
 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ダ以テ充全ノ智識アリトハ謂フヘカ



第四期

ラ、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  
ニ一等ヲ減スルハ之カ爲メナリ  
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點ヨリシテ輕減セラル、  
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

瘖啞者ノ  
不論理由  
第七十八條

瘖啞者トハ、聾啞ヲ兼ヌル者ヲ謂フ此者カ罪ト爲ル可キ事ヲ行ヒタル  
時之ヲ無罪ト爲ス是レ耳聞ク不能ハ口言フ不能ハサレハ教育ヲ受  
クルニ由シ無ク從テ是非ヲ辨別スルハ智識ナシト謂ハサル可カラズ  
是レ犯罪ノ責任ナキ所以ナリ  
瘖啞者ハ是非ヲ辨別スルハ智識ナキヲ以テ犯罪ノ責任ナシトセハ第

トノ表違

一般ニ無  
一、瘖啞者ハ

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牴觸ス  
ルカ如キ感覺アリト雖モ是レ敢テ牴觸スル者ニ非ス第七十八條ハ罪  
ヲ犯ス時ニ其罪トナル特定ノ事件ニ付キテ智識ナキノミヲ以テ無罪  
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  
智識ナキヲ證明セサル可カラズ萬一其時其事件ニ付キ智識ノ有リ  
シト云フ反證ヲ擧ケラル、時ハ有罪ナリ之ニ反シテ本條ハ瘖啞者ニ  
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ハ幼  
者ニ於ケルカ如シ因テ無罪ヲ申立ツルニハ瘖啞者タルヲハミテ證明  
スレハ是レ罪ヲ犯ス時ニ其特定ノ事件ニ付キ智識アリト云フ反證  
ヲ擧ケラル、トモ有罪トナルヲ無シ是レ其異ナル所トス  
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ニス瘖啞者ト雖モ亦教育



六〇二

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ル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タリト云フ夫レ瘖啞者ハ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ズ而シテ本條ハ此ノ如キ場合ニテモ猶ホ之ヲ無罪ト爲ス是レ其當ヲ得タル者ニ非サルナリ且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ズ草案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ク瘖啞ハ成年後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コ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非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無キテ保ス可カラズ且草案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タ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教育シ得ルヲ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ズ今日ノ是ハ忽チ明日ノ非ト變シ現時大ニ真理ニ適合スル者ト爲スモ將來排斥セラル、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ハ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コト能ハス故ニ無罪ナリト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シ



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被告人  
カ辯護スルヲ得ルヤ否ヤ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ハ無罪ナルトハ全ク別個ノ問  
題ナリ是ヲ以テ刑法上ニ於テハ被告人辯護スルヲ能ハス裁判官審理  
スルヲ能ハサルハ其理由ヲ以テ放免スヘキノミ

第八十三條 違警罪ハ満十六歳以上二十歳ニ滿サル者ト雖モ其罪ヲ宥  
恕スルヲ得ス

満十二歳以上十六歳ニ滿サル者ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス  
十二歳ニ滿サル者及ヒ癡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  
ニ據ルニ單ニ十二歳以下ノ幼者ノミ無罪ニシテ十二歳以上十六歳以  
下ニテ實際是非ヲ辨別セサル者ニテモ無罪ニ非スシテ唯宥恕セラ  
ルノミ十六歳以上二十歳以下ノ者ニ至リテハ全ク宥恕セラルハ無

幼者カ違  
警罪ト爲  
ル時  
ハ其罪ヲ  
論セス  
及  
癡啞者  
ハ其罪ヲ  
論セス

宥恕全免  
トハ如何

シ此點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タス  
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  
是ナリ又第三百五十三條親屬ノ容隠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  
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



第二節 自首減輕

自首減輕ノ性質

自首減輕ハ罪ヲ犯シタル者自ラ其罪ヲ犯シタルヲ自首スルニヨリ刑ヲ減輕スル所ノ制度ナリ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理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理由犯罪ノ後ニ生シテ犯罪ノ成立ニ關係スル所ノ者ナクハナリ予曾テ言フ我刑法ノ宥恕減輕ノ文辭ハ罪アレトモ特ニ之ヲ宥シテ刑ヲ減輕スト云フニ解シ得ラル、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ト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ヘシ草案ハ自首減輕ヲ前節中ニ編入シタリ

自首減輕ノ理由

是レ草案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創定シタルニ非スシテ舊法ニ於テ既ニ之ヲ認メタリ而シテ此制度ノ起源ヲ討究スレハ遠ク明清律ニ基ク所ノ者ニシテ佛國ノ如キハ萬己ムヘカラサル場合ニ限リテ之ヲ用非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創定シタルモノナリ自首減輕ヲ設ケタル理由如何或ハ曰ク隨意ニ犯罪ヲ自首スルハ其非テ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蓋シ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然レモ是レ當テ得タル說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



ムヘキ者ナラス何トナレハ悔悟シテ甘シテ刑ニ服セント欲スル者ノ如キハ實ニ僅少ニシテ多クハ自首ニ因テ幾分カ刑ノ減輕ヲ得テ苦痛ノ度ヲ減少セント欲スルニ非サル莫クレ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一タヒ罪ヲ犯シタルノ後其非ヲ悔ユルト雖モ之ヲ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可無キハ明瞭ナリ且夫レ悔悟ハ裁判官カ各犯人ニ就キテ調査シタル後ニ非サレハ之ヲ知ル可能ハサルノミナラス此ノ如クスルモ尙ホ錯誤ヲ來ス可無キヲ保スヘカラサ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理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ヘキハ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ル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テ想像シテ如何ナル事情ニヨリテ自首シタルト云フヲ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謂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罪者ノ自首ニ因リテ左ニ掲クル四個ノ利益ヲ有ス

- 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ハ愛ヲ免ル可シ  
第四不辜ヲ罰スルノ恐無カル可シ

此自首ハ四個ノ公益アルカ故ニ犯罪終了後ト雖モ法律上其刑ヲ減輕  
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  
スルト第二此制度アルハ犯人多ク自首ヲ爲シテ誘導ノ功ヲ奏スル  
有リト云フ三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一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ノ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ヲ必罰シテ假ス所ナシ即  
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  
スヤ斯罪アルハ斯刑ヲ科ス可シ然ルニ立法者ハ一方ヨリシテ自首ヲ

何ヲカス  
多シハ其刑  
不道徳トニ  
非難スル  
非難スル  
非難スル  
非難スル

自首減輕  
ニ要スル  
條件

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  
ス假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賛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ヲ要ス  
第二官ニ自首スルヲ要ス

「事未タ發覺セサル」ト云フ文辭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ニ甚々奇ナル結果ヲ生ス例ヘハ竊盜罪ヲ犯シタル  
者有ラシ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可カラ然ラハ犯罪事件ノ發覺セサルト云フ

(第八十五條) 第一編 第四章 第二節 自首減輕 六一一



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可カラサルニ至ル此ノ如ク此文辭ヲ解釋セハ何人モ其不妥ヲ認ムルヲ予以爲ク此文辭ノ正解ハ犯罪者ノ何人タルカ未ダ發覺セサルト云フト是ナリ例ヘハ竊盜罪ヲ犯シタル者有ラニ既ニ竊取セラレタル事ノ發覺スルモ未ダ犯罪者ノ誰ナルカ分明ナラサル時ニ自首スルキハ自首ノ効アリト爲ス現ニ佛文章案ニハ「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ノ解釋ヲ至當トナサ、ル可カラス序次諸君ニ一言スヘキ有リ予ハ爰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ニハ犯罪者ノ未ダ誰タルヲ知ラサル前ニ自首スルヲ要ス若シ

謀故殺罪ニ自首減輕セサル埋

悔悟ヲ以テ刑ヲ減輕スル者トモ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ク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トテ要ス但シ或場合ニハ書狀ヲ以テシ代人ヲ以テスルモ可ナルヘシ  
 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ルモ總則即チ一般ニ適用スルニハ唯減輕ノミニシテ全免アルト無シ全免ニ關スル自首ハ尙ホ後ニ見ル可シ  
 諸君ハ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故殺罪ニハ自首減輕ヲ用井ルノ限リニ在ラス



此例外ヲ設ケタル理由如何、謀故殺罪ハ最モ重大ノ罪ナルカ故ニ自首減輕ノ恩典ニ浴セシムヘキ者ニ非スト云フ旨趣ニ出ラタルニ非ス何トナレハ罪ノ重大ナル者ハ唯謀故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ヘハ偽證ヲ構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入ヲ枉斷シテ死刑ニ處シタルカ如キ(第二百八十六條)犯罪ハ器具ヨリ用井サレテ舌頭三寸ヲ以テ人ヲ無形ニ殺ス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井ル所ヲ見レハ謀故殺罪ニノミ自首減輕ヲ用井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夫レ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ハ犯罪例ヘハ竊盜罪ヲ犯ス者ノ如キ當初ヨリ自首テ期スル者無ク從ヒ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可シ是レ即チ我立法者ハ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贖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ヲ減ス其全部ヲ還償セスト雖モ半數以上ヲ還償シタル時ハ一等ヲ減ス

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尙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非ス強盜ハ財產ニ對スル罪ナレト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ラス因テ此ニ所謂財産ニ對スル罪ハ罪ノ  
 性質ニヨリテ定ムヘキ者ト知ルヘシ  
 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  
 限ノ存スル者アリ即チ未タ要求ヲ受ケサル前ニ自ラ進ミテ爲スヲ必  
 要トス草案ニハ「ヴチロンテールマン」云フ好ミテトナル文辭ヲ用井タ  
 ルヲ以テ之ヲ知ル可シ

本條ノ減  
 等ニ對ス  
 ル非難

本條ノ精神其レ此ノ如シ故ニ自首ノ當時現實ニ贓物若クハ償金ヲ裁  
 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術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術之カ處  
 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ハ富者ハ常ニ此減輕ヲ受ク  
 ルハ望アルモ貧者ハ常ニ其望ヲキハ不權衡ト謂ハサル可カラサルナ  
 リ  
 且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  
 ヲ見ル例ヘハ茲ニ甲乙二人ア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シタル  
 者ナルカ故ニ之カ爲メニ本條ノ適用ヲ受クテ三等ヲ減セラレ、丁無  
 シ本條ニヨリ三等減ヲ得ノニハ甲ノ分取シタル九百圓ヲモ合セテ賠



償セサル可カラス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ト無クシテ本條ノ適用ヲ受ケテ三等ヲ減セラル、ニ至ル實ニ不都合ト謂フヘキナリ此ノ如ク正犯數人アルモミナラス正犯從犯ノ場合ニ於テ共ニ自首シ而シテ從犯者ヨリシテ損害金ノ全部ヲ還償シタル時ハ正犯者ヲシテ其減輕ノ利益ヲ受ケシメサル可カラス從ハ正ニ屬スト云フ有ルモ正ハ從ニ屬スト云フハ實ニ奇ト謂ハサル可カラサル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可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ラル、カ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ハ自首減輕ヲ贊成スルコト能ハス而シテ本條ニ至リテ又此不都合ヲ看ル益自首減輕ノ制度ニ對シテ不服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二百二十六條ニシテ内亂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サ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略言セ



シ此等ノ罪ハ之ヲ行フ時ハ實ニ不測ノ患ヲ釀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シカ爲メニ設ケタルナリ其他第二百二十六條ニ宥恕全免アリ即チ僞證罪ヲ犯シテ其事件ノ裁判宣告ニ至ラサル前ニ自首シタル場合ナリ是レ發覺後ニ自首スルモ其刑ヲ全免スルヲ以テ異ノ自首ト稱スルヲ得ス其全免スルモ理由ノ如キ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コト云フコト有リ個ハ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ト有ルハ本節ノ所謂事ノ未ダ發覺セサル前ニ自首シタルニ非サレハ全免セラル、コト無カルヘシ

第三節 酌量減輕

法律上ノ減輕ノ上ノ減輕

酌量減輕ノ理由

本節ノ「酌量減輕」ハ是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力ノ一部ヲ裁判官ニ割與シ汝裁判官ヨ汝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刑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酌量減輕ヲ設ケタルハ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リ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從ヒテ罪ニ輕重ノ差異アリ是  
 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ハ  
 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  
 罪ト刑トハ權衡ヲ取リタリ然レハ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下有ルヘク或ハ

約是 概釋  
 理由 說明  
 得テ 明瞭  
 ナリト 云々

人ヲ害スルニ出ツル下有ルヘク或ハ貧苦ノ餘ニ出ツル下有リ又充分  
 教育ヲ受ケタル者ナルニモ拘ハラズ罪ヲ犯ス下有ル可ク教育ヲ受ケ  
 タル下無キ者ニシテ罪ヲ犯ス下有ル可クシテ所犯情狀ヲ諦視スレ  
 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ハアラスナルナリ唯此犯罪ハ有  
 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非ス犯罪ノ有罪ハ  
 度ハ此ノ如ク立法者ノ豫定スルヲ得サル者ナレハ立法者タルモハ唯  
 事實ノ有罪ノ度ノミニ應シテ刑ヲ定メ其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  
 以テ立法者ハ各犯人ニ就キテ審理スル職務アル所ノ裁判官ニ夫ハ事



實ハ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コトヲ許可セサル可カラズ此ク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點ハ此ノ如シ

酌量減輕ヲ設ケラレタル第二ノ理由ハ夫ノ分割スヘカテ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ハヲ得ルト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コトヲ得サル可ク無期徒流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地位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

酌量減輕ノ適用スルヲ注意ス

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シ

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酷トシ或ハ誤認トシテ減輕スルトヲ得ス例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酷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ト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ト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ト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效



カナキニ至ル否之ヲ設ケタルノ理由ヲ見出スコトヲ得サルナリ之ヲ換  
 言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  
 ルニモ拘ハ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即チ裁判  
 官ハ刑法規定ノ刑ヲ以テ苛酷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、裁判官ハ酌量減輕法ヲ適施スルニ當リ減輕ノ理由ヲ明示スル  
 ハ義務ナシ詳言スレハ裁判官ハ裁判宣告書ニ唯所犯情狀原諒スヘキ  
 カ故ニ減輕ストノミ記載シテ夫ノ自首減輕宥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ザレハ  
 則チ酌量減輕ハ偶然ノ結果ニシテ裁判ニ非スト謂フ可シ

酌量減輕  
 非ニ對スル

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  
 略明了ナルコト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  
 罪ヲ問フコトナク刑ノ有期無期ヲ問フコトナク法律上ノ減輕若クハ加重  
 アル刑ナルニ拘ハルコトナク對審裁判缺席裁判ナルニ拘ハルコトナキナリ  
 酌量減輕ノ制度ヲ廢ス可シト論スル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コトヲ得セシ  
 ム例ヘ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モ一種ノ酌  
 量減輕ナリト謂フヲ得ヘシ刑ノ長短期內ニ於テ酌量シテ減輕スルヲ  
 許ス時ハ復タ何ソ其外ニ二重ノ酌量減輕ヲ用井ルヲ要センヤ若シ立  
 法者ニシテ斯クマテ減輕ヲ欲セハ蓋ソ一層本刑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非ルハ何ソヤ故ニ曰ク廢スヘシト此駁論ハ實ニ  
 價值アリ然レモ予ハ之ニ感服スルヲ得ス請フ試ミニ之ヲ辯セシ  
 有期刑ハ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  
 ルニハ相違ナシト雖モ此種ノ減輕ハミニテハ未ダ以テ罪刑ハ權衡ヲ  
 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シニ此刑ヲ  
 科スヘキ犯人ニシテ原諒スヘキ情狀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  
 嫌アルニ拘ハラス尙ホ本節ヲ置クノ必要ヲ感スヘシ此ク言ハ、論者  
 說ヲナシテ曰ハシ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ホハ充分犯者  
 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ハシ立法

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論者ハ唯有刑期ニ就  
 キテ之ヲ論スルハ、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此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可シ茲ニ謀殺罪ヲ犯ス者アラシ  
 謀殺罪ハ法律上死刑ヲ科スルモノナリト雖モ犯人中ニハ知覺ヲ喪失  
 シタリト云フニハ非サレモ不充全ナル者アラシ或ハ特ニ充分ニ知覺  
 ヲ具備シタル者モアラシ而シテ立法者ノ罪ト刑トヲ定ムルニ當リテ  
 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覺喪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覺喪失者ノ所爲ニ應スル刑ヲ特定スルヲ得ス因テ半覺喪失者カ謀殺罪ヲ犯セハ何人ト雖モ半覺喪失者ト智識完備者ト同一ニ死罪ヲ科スルヲ以テ至當ト爲ス者アラサル可シ去レハ逆本節ノ規定ナクハ何ニヨリテ半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ラサルト多言ヲ要セサルナリ然リト雖モ本節ヲ輕罪ニ適用スルニ當リテ忽チ論者ニ左袒スル者ア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シト雖モ輕罪ハ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井ル

酌量減輕

ヲ要セザ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シメ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スシ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ナリ以上ハ誤解ノ甚シキ者ナルニモ拘ハラス實際右ニ掲ケタルカ如キ酌量減輕ヲ爲シテ視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キ誤認アリタリトセシメカ被告人ハ必ス上告シテ曰ハシ酌量減輕ヲ適用シタル事ハ理由中ニ明言スルモ判決ノ點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トテ夫レ有期刑ニ酌量減輕ヲ適用スルニハ其最短期ヨリシテ減



ハ如何ニ  
適用スルニ  
カ

(第八十九、九十條) 第一編 第四章 第三節 酌量減輕 六三二

輕ヲ爲スヘキ者トス詳言スル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ニ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シテ權衡ヲ得セシムルヲ能ハサル時始メテ本節ノ酌量減輕法ヲ用井テ以テ其最短期ヨリ一等又ハ二等ヲ減スルモノナリ是レ立法ノ精神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井ルモ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ヘシ予カ以上掲ケ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ミニ適用スヘク輕罪ノ刑ニハ殆ト其効力ナシト云フカ如キ不都合ナキニ至ルヘシ

第八十九條 重罪輕罪違背罪ヲ分タス所犯情狀原諒ス可キ者ハ酌量シテ本刑ヲ減輕スルコトヲ得

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

再犯トハ  
如何

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ザレハ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其詳細ハ本章ト數罪俱發(本編第七章)ノ條章トヲ研究スレハ明瞭ナル可シ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クカ曰

第一編 第五章 再犯加重



六三四

ク背徳加害ノ點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一タヒ罪ヲ犯シテ刑罰ノ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カ如キト有ルヘカラス是レ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ノ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可カラス是ヲ以テ再犯者ハ本質上普通罪ヨリハ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ハ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ラテ罰スルコトニ

ナル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ハラズ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説タル固ヨリ一ヲ知リテ二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ハ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ハ我刑法ハ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スト云



フ理由ヲ以テ我刑法ヲ駁スル者アリ其説ニ曰ク前ニ一罪例ヘハ竊盜ヲ犯シ其後再ヒ竊盜罪ヲ犯スハ是レ竊盜罪ニ付キ前犯ノ刑未タ以テ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タ必スシモ懲戒ノ効ヲ奏セスト謂フ可カラス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可カラズ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ヲ要スルカ如シ若シ否ラスシテ前後其罪ノ性質ヲ異ニシ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ニ刑ヲ苛刻ニスル者ト謂ハサル可カラザルナリト蓋シ此説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ス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モ是レ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非ストシテ加重セサル可シト雖モ竊盜ト曰ヒ詐僞取財ト曰ヒ其方法コソ異レ財物ヲ横取セントスルノ目的ハ則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點ハ則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僞證罪文書僞造罪等ト雖モ其人ヲ害セントスル目的ニ至リテハ孰シモ同一ナリト謂ハサル可カラス既ニ此ノ如ク各犯罪ニ同一ハ點アルヲ發見シタル時ハ何ソ論者ハ如ク全ク前後同罪即チ同事實ナラザレハ再犯加重スルヲ得サルハ理アラヤ然リ而シテ我法律ハ各罪其性質ヲ異ニスルニモ拘ハラズ再犯ノ刑ヲ加重スルハ別ニ高尙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體ニ對スル罪ニ



六三八  
テモ財産ニ對スル罪ニテモ社會公衆ノ遵守ス可キ法律ヲ破ルハ點ニ  
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  
スシテ再ヒ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  
テ要セシヤ立法者ノ眞意全ク此ニ存ス然リト雖モ予カ此論斷トテモ  
絶對ニ然リト曰フテ得ス前罪ト後罪トノ性質全ク異ニシテ相反對ス  
ル時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  
ヲ犯シタル時ハ如キ即チ然リトス是レ第九十六條ノ明言スル所ナリ  
故ニ又常事犯罪ト非常事犯罪トヲ前後ニ犯スト雖モ加重ノ限ニ在ラス是  
レ刑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  
メテ國事犯罪ト非國事犯罪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罪ト非國事犯罪トハ罪質ノ異ナルヲハ黑白炭炭管ナ

ラス法律モ亦其刑ノ性質ヲ異ニス故ニ此種ノ犯罪ニ付キテモ再犯加  
重ヲ用フ可カラサル者ナリト信ス但シ以上諸種ノ犯罪ハ前後罪質ヲ  
異ニストハイヘ法律ヲ破ルノ一點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常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ヲ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  
ナリ何トナレハ再ヒ罪ヲ犯スト雖モ別ニ其罪ノ性質ヲ變更セスシテ  
唯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



ヘカラサ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ハ性質ヲ變シテ再犯ノ罪ニ科スルコト有ラサ  
 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ナキ刑ト爲スカ如キコト無シ唯有期刑ヲ加重シテ  
 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ノ採用スル  
 所ナレモ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  
 トモ謂フヲ得サルナリ是ニ由テ之ヲ觀ンハ我刑法ノ規定ハ敢テ論者  
 ノ説ニ反對シタル者ニ非サレハ我刑法ヲ駁スル論説トシテハ價値ナ  
 キ者ト謂フヘシ且夫レ已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

フ可カラサルハ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

第九十一條 先ニ重罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯重罪ニ該ル時ハ本刑  
 ニ一等ヲ加フ

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シタル時  
 ハ再犯加重トシテ本刑ニ一等ヲ加フト云フコト規定セリ其刑ヲ加重  
 スル理由ハ既ニ講了セシテ以テ再ヒ贅セス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ハ性質上重罪ナルヲ指シタルカ將タ  
 重罪ノ刑ニ該スヘキ者ヲ謂フカ若シ重罪ノ刑ニ該スヘキ者ヲ謂フ時  
 ハ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セ  
 ラル、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シ  
 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  
 スルニモ拘ハラス重罪ハ常ニ重罪ナリト謂ハサル可カラズ本條ヲ一

再犯重罪  
 正解



罪ノ性質  
上ノ罪性  
ルテハ如  
カニシテ  
之ヲ知ル

讀シタルノミニテハ未ダ容易ニ明白ナルヲ得サルナリ予ハ茲ニ斷言  
スヘシ本條ノ再犯重罪トハ科スル所ハ刑ノ如何ニ拘ハラス罪ハ性質  
上重罪ナルヲ指シタル者ナリト  
罪ハ性質上重罪ナルトハ如何ニシテ之ヲ定ム可キカ刑法第二編以下  
各本條ニ斯々ノ所爲アル者ハ其刑ヲ科ストアルハ其刑ハ直チニ罪ノ  
性質ヲ表彰シタル者ナリ故ニ重罪ノ刑ヲ科スル者ハ其罪質重罪ナリ  
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シテ刑ニ因テ罪質ヲ知ルヲ得ルト  
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  
ヲ規定セルヲ以テ其場合ニ遭遇スル毎ニ間重罪ノ刑カ減輕セラレテ

輕罪ノ刑トナルヲ有リテ或ハ其輕罪ノ刑ニ科セラレタルニモ拘ハラ  
ス罪質ハ依然重罪タルヲ有リ或ハ罪質全ク變シテ輕罪トナルヲ有リ  
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ハ性質ノ  
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  
罪ノ刑ニ處セラルハモ其罪ハ性質ハ變更スルヲ無ク依然トシテ重罪  
ナリ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  
シテ罪質ヲ變スル者ナリ各本條下ニ於テ一等ヲ減スニ等ヲ減ス若ク  
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ヘ  
キ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テモ必スシモ罪質ヲ變スル者ト謂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後日之ヲ解スルノ機アル可クハ茲ニ贅セス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ヒ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リ

本刑ノ正

又茲ニ解釋ヲ要スヘキハ本刑ノ文辭是ナリ此文辭ヲ正シク解釋セシニハ前段ニ說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ムル所ノ者ニ該當スル刑ナリト解セサル可カ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ハハサルノ結果ヲ生ス第九十九條但書ニ曰ク但シ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從犯及ヒ未遂犯ノ減等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ル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々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既ニ說明シタル再犯重罪ニ該ル云々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テ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ニル場合ニハ減等シタル者ヲ以テ本刑ト爲サ



ハ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コト爲

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ヘタル理由ヲ追懷セラレナハ一目瞭然タルヘケレハ複言セス其一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サルナリ

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

本條ハ前條ト規定ノ精神ヲ同フスルモノナリ故ニ再犯輕罪ニ該ル時ハ本刑云々トアル輕罪トイヒ本刑トイフカ如キモ全ク前條ト同一ニ解釋スヘキナリ

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一年內再ヒ其違警罪裁判所ノ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タ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ヒ前犯ノ違警罪ヲ管轄スル裁判所ノ管轄地内ニ於テ犯シタルコトヲ要スト云フ制限ヲ用井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ス再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ザ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、モ敢テ然ルニ非ス個ハ再犯ハ再犯ナレハ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個年內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



六四八

別ニ期限ヲ設ケラレタルトナシ故ニ初犯重罪又ハ輕罪ナルモ當リ  
 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滿免除ノ制度ハ或ル期間刑ノ執行  
 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ノ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後ニ再ヒ罪ヲ犯スモ再犯  
 ノ故ヲ以テ刑ヲ加重セスト云フテ規定スルノ必要アルトテ  
 諸君予ハ第九十一條ヨリ本條ニ至ル三個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ルハ左ノ如シ

第一、初犯重罪ニシテ再犯重罪ナル時

第二、初犯重罪ニシテ再犯輕罪ナル時

第三、初犯輕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後一年內其違警  
 罪ヲ管轄スル裁判所ノ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コトヲ了知セラル可シ

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

以上ハ法條ノ結果ニヨリテ再犯加重セサル場合ヲ列擧スト雖モ法理



初犯ニシテ再犯  
犯重キテ再犯  
犯時ニシテ再犯  
犯ル時ニシテ再犯  
サレバ再犯  
理由ニシテ再犯

上ヨリ論スルホ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ノ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トハ未ダ知ラサルノミナラス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探ル所ニシテ我刑法起草者ノ與ヘタル所ノ理由ナリ然レモ予ハ是ニ満足スル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ハ姿アリ

ト曰フト雖モ其否ラサル場合有ルヲ奈何セシ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アリ例ヘハ初犯竊盜罪ニシテ再犯強盜罪ノ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シテ此ノヨリ一等又ハ二等ヲ減ス(第三百七十八條、第一百十二條)ルヲ以テ假リニ此場合ニ二等ヲ減スル者ト爲スホハ輕懲役ノ一等減ハ即チ二年以上五年以下ノ重禁錮トナリ(第六十九條)更ニ一等即チ四分ノ一ヲ減スレハ(第七十條)一年半以上三年九月以下ノ重禁錮トナル、一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ハ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ノ貫徹セサルヲ看ル然ラハ則チ他ニ適切ナル理由アルカ予ハ不幸



初犯重罪  
又ハ輕罪  
ニシテ再  
犯時若  
クハ其  
ナリ合  
對ノ場  
ニ再犯  
由セザ  
理由加

ニシテ未タ之ヲ發見スルコト能ハサルナリ、予以爲ク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ナ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ハ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ノ爲メニ規定シタル者ナルニ由リ土地ヲ異ニスレハ則チ彼ニ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ハ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レ第二、第三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

テ既ニ了得スルナラン

第九十四條 再犯加重ハ初犯ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ之ヲ論スルコトヲ得ス

本條モ亦明瞭ニシテ且曾テ一言シタル所ノ者ナレハ直チニ次條ニ移ル可シ

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サ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共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收ス

本條第一項ハ有期刑ニ付キ初犯ノ刑ノ執行ヲ終ラサル内ニ再犯アリ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此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歎クセ



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罪常律ニ從ヒ處斷シタル者ニ非サレハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス

本條モ亦甚ク簡單ナル條文ニシテ甚ク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シテ陸海軍刑法ヲ以テ處斷シ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トナリ

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

三犯以上ノ加重

テ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恩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非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ハ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アルハ之カ爲メナリ

### 第六章 加減順序

裁判官カ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サ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ハ茲ニ十六歳以上二十歳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ル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ル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則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可シ是レ本章ノ規定アル所以ナリ  
加減順序ニ關シテ我刑法ハ單ニ本章ノ下ニ一個條ヲ置キタルノミ而シテ疑義百出紛糾錯綜加フルニ立法者ノ精神ヲサヘ知ルト甚々困難ニシテ從來學者ノ腦漿ヲ惱マシムルト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テ

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

予ハ爰ニ便宜ノ爲メ本條ヲ二箇ニ區別シ先ツ本文ニ付キ解説シ然ル



本條ノ本  
文ヨリ生  
スル疑問

後但書ニ及フヘシ諸君之ヲ諒セヨ

本文中  
本刑ノ解

本文ハ之ヲ平易ニ敷衍スレハ下ノ如シ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)ガ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、酌量減輕ノ順序ニ從ヒテ加重減輕スヘシト法意正ニ此ノ如シトセハ諸君ハ忽チ數個ノ疑問ノ勃然トシテ心裡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ヨシタル乎、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ニスヘキハ「同時ニ本刑ヲ云々ト云フ本刑ノ解釋是ナリ本文ハ本刑ハ曾テ第九十一條ニ於テ與ヘタル本刑ハ解

加重ニシテ先  
キニシテ後  
ニ減輕スル  
理由

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フトニ非スシテ從犯及ヒ未遂犯罪ノ減輕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シテ本刑ト謂フトナリ何トナシハ本條但書ニ從犯及ヒ未遂犯罪ノ減輕其他各本條ノハ其加重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重ヲ爲シタル後ニ於テセサル可カラザレハナリ

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ハ加重ヲ先ニシテ減輕ヲ後ニスレハ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ヲ知ル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



先ニシテ以テ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ヲ得ヘキカ如シ然レモ是レ率強附會タルニ過キス例ヘ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タ寛ニ失スルノ嫌ナキ能ハスト雖モ然レモ加重ヲ先ニシテ減輕ヲ後ニスルモ亦寛ニ失スルコト無キニ非ス例ヘ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タ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ヲ得ス因テ此場合ハ勢加重ヲ爲スト能ハスシテ唯減輕ノミヲ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テ加重ヲ後ニスル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ルハ其寬嚴固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ダ發見セサ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レ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以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フコトハ法理ノ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



本文ノ加減方法

本文ノ加減ハ如何ナル法方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説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キテ加減ノ順序ヲ定メタルカト云フ疑問ノ如キモ亦彼ニ譲リテ此ニ辯セサルヲ可トス又本文ニ於テ未遂犯罪及ヒ從犯ノ減輕ヲ規定セスシテ之ヲ但書ニ譲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辯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辯スルヲ止メシメ

本條但書ヨリ生スル疑問

以下本條但書ヲ解説セシメ  
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ナラス曰ク所謂本條トハ如何ニ解釋スヘキカ曰ク其加減方法ハ如何ナルカ曰ク其加減ハ罪ノ性質ヲ變スルモノナリ乎曰ク其加減ハ順序ハ

但書ノ本刑ノ解

加重ヲ先ニシテ減輕ヲ後ニスヘキ乎曰ク但書ト本文トハ加重減輕ノ原因同時ニ生スル時ハ孰レヲ先ニスヘキ乎予ハ以下此等ノ疑問ニ對シテ明答ヲ爲サント欲ス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曰ク之ヲ決スルニハ此加重減輕ニヨリテ加減スル時ハ罪質ヲ變スルモノナリヤ否ヤヲ考究スルヲ要ス夫レ從犯及ヒ未遂犯ハ事實有罪ノ度ニ減輕スヘキ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點ヨリ觀察スレハ從犯及ヒ未遂犯ノ減輕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断定シ得ラ



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點ニ存在スル者ノ如シ然レモ是レ未タ深ク考察セザル所ノ論ナリ蓋シ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ハ度ハ輕重ニ因リテ然ルニ非ス即チ事實有罪ハ度若クハ犯者有罪ハ度ハ以テ罪質ハ變更ヲ權ルハ尺度ト爲スニ足ラサ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モ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ト曰フニハ強盜罪ノ性質ヲ有スル者ナラサル可カラザンハナリ夫レ強盜罪ノ從犯ハ豫備ノ所爲ヲ以テ強盜犯ヲ幫

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ナ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有リ例ヘハ公訴時効ノ期限ハ刑事訴訟法第八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時効ハ三年トナリ予カ論斷スルカ如クンハ十年ナラサル可カラス、三年ト十年ト其輕重利不利日テ同フシテ語ル可カラスト雖モ被告人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說ニ從フヨリ生スル所ノ不都合ヲ述ヘン例ヘハ強盜罪ノ正犯從犯アラソニ反對ノ說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時効ハ正犯ハ十年從犯ハ三年ナルヲ以テ未タ正犯カ公訴ノ時効ヲ得サル間ニ從犯ハ早



已ニ時效ヲ得ルト謂ハサル可カラス正從公訴ノ時效ヲ異ニスルカ如キハ大不都合ト謂フ可シ又未遂犯ノ減等ハ第一百十二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ヘキ犯罪ノ未遂ハ其罪質重罪ナリヤ或ハ輕罪ナリ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二等ヲ減スルモ一ニ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嗚呼反對ノ説ニ從ヒテ立論スルモ其不都合ヲ生

スルノ點實ニ前述ノ如シ而シテ予カ論斷スル所ニ從フモハ不都合ヲ生セザルノミナラス條理井然首尾ヨク貫徹スル者ノ如シ是ニ由テ之ヲ觀ンハ從犯及ヒ未遂罪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シテ重罪ハ常ニ重罪ナリト謂フ可シ然リト雖モ各本條ニ記載スル特別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加減シタル刑カ直チニ其罪質ヲ表彰スル本刑ナルト有リ或ハ加減シタル刑ヲ以テ直チニ其罪質ニ適應スル本刑ナリト謂フ能ハサルト有リ例ヘハ各本條ノ減輕ニ於テ夫ノ内國通用ノ貨幣ヲ變造シテ行使シタル者ハ輕懲役ニシテ其變造已ニ成テ未タ行使セサル者ハ一等ヲ減セラル(第一百八十二條第一百八十六條)輕懲役ニ一等ヲ減スレハ則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殺



傷ニ關スル宥恕(第三編第一章第三節)ハ減輕ニヨリテ罪質ヲ變セサル  
 一ハ總則ノ宥恕減輕ト異ラス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此ニ説明シテ而シテ後ニ各本條ニ入り  
 以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  
 單ニ之ヲ陳述セン  
 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  
 スルト否トテ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  
 能ハサル場合ニ係ル時ハ是レ其加減ハ罪質ヲ變更スルモノトス之  
 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  
 標準トセハ則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則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  
 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コト無シ是ヲ以テ此減輕ハ則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コト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ヒ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、予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

但書ニ於テ加重トスル時ニ原同トスルハ生ズルカニ先キニ

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ハ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ア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ルナリ



但書及ヒ  
本文ノ加  
重減輕ノ  
時ニ生ス  
ルハ何カ  
ニ先キ  
スルカ

但書ノ加重減輕ノ理由ト本文ノ加重減輕ノ理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、予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  
ノ是レ但書ニ於テモ亦未タ説明ヲ試ミサリシ疑問ナレハ併セテ辯ス  
ルト爲サン即チ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

但書及ヒ  
本文ノ加  
減方法

第九十九條ニ於テ加重スヘキ理由ト減輕スヘキ理由ト併生シテ同時  
ニ加減不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  
刑ヲ基本トシテ本文ノ四分ノ一ニ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

ノ等數相等シクレハ本刑ハ依然トシテ變スルコト無キナリ例ヘハ本刑  
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コト無ク先ツ本刑ニ四分ノ一ニ若ク  
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  
ル所ハ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コト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テ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个月トナルカ如シ第三ハ方法ハ加重ト減輕ト  
ハ原因同時ニ生スルコト相殺スルノ方法ナリ例ヘハ本刑二年以上四



年以下ニ加重ト減輕ト各一等アルト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ナ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ス然ルニ非ス例ヘハ無期徒刑ニ該當  
 スヘキモノ加減ノ原因一等ツ、併生シタリトセシ第一方法ニヨレハ  
 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能ハス  
 シ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法  
 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題問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コト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則チ本文ノ加減法ハ  
 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  
 ルカ故ニ殆ト夫ノ通加減法ト其性質ヲ同ク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丁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コト示スニ在リトセハ或ハ可ナラ  
 ノ然ラサレハ此ノ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  
然ナルコト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コト非テレ  
ハ爲シ能ハサル所ナリ而シテ是レ固ト法文ヲ要セスシテ明了ナリト  
ス第九十九條ニ酌量減輕ヲ擧ケタルハ予其何ハ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ル也但書ニ至リ  
テハ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下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則チ加減ノ基本トスヘキ本  
刑ナリト謂フコト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其所爲  
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  
方法ヲ用非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  
ルコトヲ知ルヘシ而シテ第三方法ハ我刑法起草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ニ云ク若シ又同時ニ加重及  
ヒ減輕スヘキ情狀ノ原由ノ存スルハ先ツ其一般又ハ特別ノ原由ノ







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、其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シテ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穀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、見エルト雖モ是レ數罪俱發ニ非ス學問上此等ノ所爲ヲ指シテ無形の罪ノ集合（或ハ無形の數）ト謂ヒテ唯無形ニ數罪ノ俱發シタルマテ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の罪ノ集合ノ場合ニハ之ヲ一罪ト爲ス是ヲ以テ無形の罪ノ集合ノ場合ハ之ヲ數罪俱發ノ場合ト混淆スルコト無キヲ要ス而シテ之ヲ區別スルコト易キニ非

六八〇

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モ亦法律ハ之ヲ一罪トナセリ（第三百八十一條）此等ハ各本條ノ規定ニヨリテ無形の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り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是レ



數罪俱發ノ場合ニ  
犯人ヲ同  
スル方法

事件ニ因リテ無形の罪ノ集合シタル者ナルヲ知ルノ一例ナリ  
 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  
 サル可カラズ繼續犯ノ解ハ曾テ述ヘタリ而シテ當時繼續犯ニ二種ア  
 リテ性質ニ因リテノ繼續犯及ヒ方法ニ因リテノ繼續犯アルヲ述ヘ  
 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  
 形成シ一罪トシテ罰セラルル所ノ者ナレハ數罪俱發ト混淆スヘキ者  
 ニ非ス  
 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ズ而シテ此ノ如ク各罰スヘキ

併科主義

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テ尙ホ未ダ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法有ルヲ無シ唯是ヲ以テ各國ノ刑法ハ  
 已ムヲ得ズ不完全ナル方法ナルニモ拘ハラズ各適意ノ方法ヲ採用セ  
 リ今其重モナル者ヲ擧クンハ二アリ一テ併科主義ト云ヒ一テ吸收主  
 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簡  
 單ナル理論ニ基キタル者ニシテ一罪アルハ之ヲ一罰シ二罪アルハ之  
 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  
 レハ甚タ適當ナルガ如シト雖モ其實不正無要ノ刑ヲ科スルモノナル



トテ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ス例ヘハ背徳ノ度ハ尺度ヲ以テ測リ得ル者トナ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ヌ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ニ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ルニハ能ク懲戒ノ目的ヲ達シタルヤモ測ラレヌ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ヘ

カラサルニモ拘ハ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點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クシテ刑ヲ科ス可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ヤ十罪ハ十罰セザレハ社會ノ秩序ヲ保維スルニ足ラサルモノニ非サルヤ然ラハ則チ併科主義ニヨリ罪數ニ相當シタル刑ヲ併科スルハ之ヲ緊要ト謂フヘカラサルナリ且併科主義ニ基キテ刑ヲ科スル時ハ刑期甚ク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ヌ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満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。此主義ニヨルハ方法ハ一ハ重キ刑ハ他ハ輕キ刑ヲ吸收スト云フ理論ヲ根基ト爲シ數罪俱發スルキハ單ニ一ハ重キ刑ハミテ科シテ一罪ヲ犯シタルト同一ニ罰スル所ハ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、ヲ得ヘキモ其刑寛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ズ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クハナリ又數罪ヲ犯シタルニモ拘ハラス其中ニ就キ唯一ノ重キ罪ノミヲ罰スル時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罪惡ヲ爲スニ至ラシ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ト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ズ然レモ是レ一ニ吸收主義ハ重刑ハ輕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刑ノ如キハ一ハ性命ヲ絶チ一ハ終身身體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收スト謂ヒ得サルニアラザレモ有期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以テ吸收主義ハ重キ刑ハ執行ハ輕キ刑ハ



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ト有ルモ輕キ罪ニ該スヘキ刑ハ吸收セラルハ、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ニ足ルカト云フニ前ニ比スレハ論理稍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

其他種々  
ノ方法

以上併科吸收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收主義ヲ例外トシテ此併科主義  
ヲ採用セリ以下諸學者及ヒ各國立法者ノ採用シタル方法ヲ列擧シテ  
諸君ノ參考ニ供ス

一、刑ニ或ル制限ヲ設ク其範圍内ニ於テ刑ヲ併科スルトテ許シ其程  
度ヲ超ユルトテ許サハル所ノ方法有リ例ハ禁錮ハ加ヘテ七年以  
上ニ上ルトテ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キハ之ヲ併科シテ五年ノ禁錮トオス  
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  
リ八年ニ上ラシメス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トテ許サハルモ此ニ揭  
クル方法ハ其制限ヲ超過スルトテ許ス即チ超過シタル者ハ幾分ヲ  
加ヘテ全刑ヲ科セサル所ノ方法有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トテ得ルモ其超過  
シタル部分ノ四分ノ一即チ三個月ヲ加ヘテ七年三個月ノ刑ヲ科ス



ル類ノ如シ此方法モ亦制限シタル併科主義ナリト謂フヲ得ヘシ  
 三、俱發シタル數罪中ハ一ハ重キ刑ニ變分ヲ加重スル所ハ方法有リ  
 例ヘ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收ハ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擧クンハ死刑  
 及ヒ無期刑ハ自餘ノ諸刑ヲ吸收シ有期徒刑ハ有期流刑ヲ吸收スル  
 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シ編纂者ハ今日ニ至ルマ  
 之ヲ良好ノ方法ト爲シ其採用ヲ希望スト云フ  
 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

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收主義ニ在ルコト重罪輕罪其  
 ノ自身ノ輕重ヲ知ルノ標準トヲ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々錯綜セ  
ルコトヲ規定シタルモノニシテ從ヒテ攻究スヘキ事項鮮カラス予ハ以  
下各項ニ就キテ之ヲ詳論ス可シ。

第一項 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  
一ノ重キニ從ヒテ處斷ス

數罪俱發  
スレハ如  
何ニ處分  
スルヤ

本項ノ未タ判決ヲ經ストハ未タ確定判決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判決ヲ經サル前ニ  
犯サレタル者ナルコトヲ要ス換言スレハ確定判決ヲ經タル罪ト確定判  
決後ニ新ニ犯シタル罪トハ之ヲ數罪俱發ト謂フコトヲ得スシテ各其罪  
ニ該スヘキ刑ヲ科セラルル此ノ如ク未タ確定判決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

重罪刑ノ  
輕重ヲ知  
ル標準

一ノ重キニ從テ處斷ストハ一ハ重キ罪ニ依リ處斷スト云フコトニシテ  
罪重クシ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  
テ唯一ノ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  
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 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

前項ニ於テ數罪俱發ノ場合ニハ一ノ重キ刑ニ該スヘキ罪ニ就キテ處  
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



刑期ノ解

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ハ輕重ヲ知ルハ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點ナキニ非ス所謂「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ハ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流刑ニ處スヘキ犯罪ト俱發スル者ア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シキト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ト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爲サ、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謂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、裁判官ニ此等ノ權ヲ與フルハ敢テ不可ナリト言フニ非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無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ト  
 若クハ其等シキトテ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加減ヲ當行セサル前ニ於ケル刑  
 ナ以テ他罪ノ刑ニ比較スヘキ者ナルヤ曰ク再犯加重宥減輕自首減  
 輕ニ付キテハ之ヲ當行シタル後ハ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流刑トニ  
 該スル罪俱發スルニ當リ徒刑ニ該スル罪ニハ宥減輕自首減輕ノ原  
 因ノ附從スルトハ實際輕懲役若クハ二年以上五年以下ノ重禁錮トナ  
 ル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流刑ヨリ重シトシテ之ヲ適用スルニ至ル流刑ハ  
 定役ナク監囚上幾分ノ寛待ナキニ非サレ且之ヲ輕懲役若クハ重禁錮  
 ニ比シテ誰カ之ヲ輕シト謂ハシ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レ且所ノ者ニシテ  
 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後ノ刑期ニ就キテ他ノ刑ト比較セサ  
 ル可カラサルナリ但シ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  
 ナキニ非サレ且予ハ此論結ヲ以テ正當ナリト信スルナリ



輕罪刑ノ標準ヲ知ル

「所犯情狀」ノ解重

第三項 輕罪ノ刑ハ其所犯情狀最重キ者ニ從テ處斷ス

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モノナリ曰ク輕罪ノ刑ハ其所犯情狀最重キ者ニ從ヒテ處斷スト所謂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ガ文辭上ヨリ之ヲ言ハハ毫モ疑ヲ容ル、ト無クシテ然リト答ヘサル可カラザルナリ然レモ文辭ニ拘泥シテ真意ヲ誤ルハ正當ノ解釋ト謂フヘカラス予ハ思考スル所ニテハ「所犯情狀」ノ重キトハ全ク犯罪ノ重キト云フトニシテ犯罪ニ隨伴シテ生スル所ハ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ト有ルモ所犯ノ情狀ヲ觀ルルハ刑ノ重キハ情狀甚ク輕ク刑ノ輕キハ情狀反テ重キト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

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重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ク輕キト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ヌ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モノナリト  
罪ノ輕重ニヨリテ刑ノ輕重ヲ來ステ以テ罪ノ輕重ヲ知ルニ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クハ定役アル者ヲ以テ重ト爲ス  
 一ト定メタリト雖モ輕罪ノ刑ニ至リテハ之ヲ明言スルヲ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ヲ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ナ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

併科主義  
 ナ採用シ  
 タル場合

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シ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罪ハ刑ハ錯綜シテ容易ニ其輕重ヲ知ル可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ハ權ヲ裁判官ニ一任スルヲナレリ裁判官タル者其レ何ヲ以テ之カ標準ト爲スヘキカ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或ハ以テ其梗概ヲ知ルニ足ランカ

第一百條 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

予擬キニ一言セリ曰ク我刑法ハ數罪俱發ノ場合ニ原則トシテ吸收主義ヲ採用シ例外トシテ併科主義ヲ採用シタリト本條ハ即チ其例外ノ場合ナリトス本條ハ二個ノ場合ヲ規定シ第一違警罪二個以上俱發シ

(第一百條) 第一編 第七章 數罪俱發



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ハ俱發シタル  
 場合ニ非サレハ併科主義ヲ適用スルヲ無キナリ蓋シ違警罪ハ甚々輕  
 微ノ犯罪ナリ刑モ亦甚々輕微ノ者ナリ是以テ若シ重罪又ハ輕罪ノ  
 如ク重キハ輕キヲ吸收ストスレハ則チ其刑ノ甚々輕微ナルヨリシテ  
 刑ヲ重如シテ罪ヲ累スルニ至ル可ク且斯ク輕微ノ刑ヲ併科スルモ敢  
 テ過嚴ノ弊ニ陥ルヲ無キテ以テ併科主義ヲ採用セラレタルナラン然  
 レモ違警罪ノ重罪又ハ輕罪ト俱發スルニ當リテ其刑ヲ併科スルハ  
 屬嚴酷ニ過クルヲ有リテ不當ノ刑ヲ科スルニ至ルヲ以テ一般ノ方  
 法即チ吸收主義ヲ適用スルナリ

第百二條 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  
 シキ者ハ之ヲ論セス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

數罪同時  
 ノ公訴ニ  
 ヲラスシ  
 ヲラステ  
 ヲラセシ  
 場合

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ダ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ス

予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スシモ同時ノ公訴  
 ニヨルヲ要セス假令箇々ニ公訴ヲ提起セラルハモ再犯ニ非サルヨ  
 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

第一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  
 時發覺セサ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  
 ニ前二條ノ規則ヲ通用シテ之ヲ論シ其前發ノ刑罰金若クハ科料ニシ



テ已ニ之ヲ納完シタル時ハ第二十七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此ノ如シ而  
 シテ是ヨリシテ數個ノ疑問ヲ生ス以下之ヲ述フ  
 「輕ク若クハ等シキ者ハ之ヲ論セス云々所謂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  
 ハ罪アレハ必ス之ヲ責罰シテ不問ニ措クカ如キヲ無シ故ニ此文辭ハ  
 意ハ罪ヲ論セスト云フニ非ス刑ヲ科セスト云フナリ此文辭ノ  
 意義此ノ如クナルヲ以テ説テ爲ス者ア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モノハ刑ニ刑ヲ科セサ  
 ルヲ以テ公訴ヲ提起スルノ必要ナシ已ニ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サルノ  
 實例アリ佛國已ニ然リ獨リ我刑法ノミ然ラスト謂フノ理アラザヤト

輕ク若クハ等シキ者  
 ハ等シキ者  
 云々ハ何  
 ニヨリテ  
 比較スル  
 ヤ

是レ大ニ誤認ノ説タルヲ免カレヌ此説ノ如クハ刑法ハ故ナク罪ヲ  
 不問ニ措クノ結果ヲ生ス可シ且本項ノ餘罪ナル文辭ハ確定裁判ノ後  
 ニ非サレハ知ルヘカラサル所ニシテ確定判決ハ公訴ヲ起シタル後ニ  
 非サレハ爲シ得サル所ノ者ナルヲ以テ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、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  
 シキ者ナルヤ別言スレハ前發ハ罪ハ刑ト後發ハ罪ハ刑トハ法律上該  
 當スル所ノ刑ナリヤ或ハ裁判上犯者ニ該スヘキ刑ナリヤ例ヘハ犯者  
 再度竊盜罪ヲ犯シ當初一個ノ竊盜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竊盜  
 罪發覺シタリ此場合ハ前後同シク竊盜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  
 竊盜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第三項ノ  
 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該條ハ數罪同時ニ發覺シタル場合ナ  
 レ本項ハ前罪已ニ判決ヲ經タル後ニ發覺シタル場合ナレハ此點ヨ  
 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第三項ト同シク法律上該  
 當スヘキ刑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ボアソナード氏ノ再閱修正草案ニハ左  
 ノ一條ヲ設ケラレタリ

「草案第百十四條 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  
 然レモ同一ノ刑ヲ負ハシム可キ時ハ裁判所ハ其刑ノ最高點ヲ科  
 スルヲ得」

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點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トテ表彰シタル者ニシテ若シ裁判  
 上科ス可キ刑ト刑トテ比較スルモノナラハ「最高點ヲ科スルヲ得」云  
 ヲ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  
 四年ノ刑ヲ科スルヲ得スシテ僅ニ二年ノ刑ヲ科シテ已ムヘキナリ



然レモ實際後發ノ罪前發ノ罪ヨリ重キニモ拘ハラズ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トテ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本條第一項ハ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比較スルニ非ス而シテ斯ク論斷スレハ被告人ヲ保護スルヲ過當ナリ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可カラサルナリ

〔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

ス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ル可シ

第一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收シタル罰金ハ之ヲ還附セサル可カラス一度徵收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ン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二十七條ノ例ニ照シ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



七二〇

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刑ナル場合ヲ想像スレハ本項但書ノ法文ハ將ニ適用スルハ能ハサラントス何トナレハ死刑若クハ無期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刑ナルキ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ダ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トスレハ其通算法ハ之ヲ如何ニスヘキカ例ハ前發十一日ノ禁錮ニシテ後發一千圓ノ罰金ナルキニ罰金ヲ重シテ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

數罪各別  
ヨリテ提  
起セラレ  
後發ノ罪  
再犯ノ罪  
但シテ合  
タル場合

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非  
スシテ併科スル者ナリヤ或ハ他ニ良法ノ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ニ之ヲ如何セントスル  
カ予ハ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井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カ  
第二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アリ甲罪先ツ  
發覺シテ既ニ判決ヲ經タル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曰ク再犯ハ罪ト後發ハ罪ト比較  
シハ重キニ從ヒテ前發ノ罪ハ刑ヲ通算スルコト無ク二刑共ニ之ヲ執



行スルナリ一見スレハ前發ノ罪ト後發ノ罪トハ第一項ニヨリ一ノ重  
 キ刑ヲ科シ更ニ再犯ノ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下ノ理由アルニ職由ス例  
 ハハ犯者甲乙ノ二罪ヲ犯シ乙罪判決ノ後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ハ左ノ如キ者ト假定ス即チ  
 甲罪(後發) 重懲役十年  
 乙罪(前發) 重禁錮五年  
 丙罪(再犯) 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此ノ如キ方法ハ甚ク嚴酷ニ  
 失スルノ恐アルヲ以テ立法者ハ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ルタル五年ノ刑ヲ以テセ

第二項ノ  
 理由ハ正  
 當ナリヤ

ハ都合十五年トナル是ニ於テ僅ニ過嚴ノ弊ヲ免カルト爲シタリ然  
 レモ立法者ノ本項ヲ規定シタルノ理由單ニ嚴酷ニ失スルノ弊ヲ拯ハ  
 ンカ爲メノミニ存スト言ハ予未タ服スルヲ能ハス立法者ノ刑ヲ定  
 ムル尙モ道理上科ス可キ者アラハ假令嚴酷ナルモ之ヲ科セサル可カ  
 ラス乃チ知ル我立法者ノ本項ヲ設ク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チ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  
 丙罪ハ乙罪ニ對シテヨソ再犯ナシ甲罪ニ對シテハ再犯ト謂フヲ得ス  
 シテ數罪俱發ト謂フヲ得ヘシ已ニ數罪俱發ト謂フヲ得レハ之ヲ比較  
 シテ一ノ重キニ從フニ於テ何ノ不可ナルカ之アラン若シ甲罪ト丙  
 罪ト比較スヘカラサルモノトセハ丙罪ハ甲罪ニ對シテモ尙ホ再犯ト



謂ハサル可カラス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點ニ在リテ存ス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ラタルノミナラス其重要ノ點ハ數罪俱發ノ理論ニ適合スルニ在リト雖モ例ヲ變シテ

甲罪(後發) 重懲役十年

乙罪(前發) 重懲役十年

丙罪(再犯) 重禁錮一年

トスレハ奇怪ナル結果ヲ現出ス即チ甲罪十年ト丙罪一年ト比較シテ甲罪十年ヲ科シ而シテ乙罪十年ハ之ヲ通算セスシテ都合二十年ノ重懲役ヲ科スル是ナリ蓋シ道理ヲ貫徹セシメンカ爲メニハ被告人ハ不利益ヲ來スト有ルモ已ム可カラサルノ結果ナリトシテ満足セムカ所

謂道理ナル者ハ果シテ完全ノ道理ナリヤ否ヤ前段ノ例ニ從ハ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夫レ丙罪ハ乙罪ニ對スレハ再犯ナレトモ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已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可キニ其發覺順序ニ前後アリタルカ爲メ若クハ強ヒ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ガ如キ結果ヲ生スルニ至ル誰レカ之ヲ正當ナリト謂ハシヤ論シテ此ニ至レハ第二項ノ規定ハ第一被告人ハ不利益甚ク大ナルト第二不正不當ナル刑ヲ科スルニ至ルト此ノ如キ厭フヘキ者ト



ナル概スヘキ哉然ラハ則チ之ヲ極フノ路ナキカ曰ク有リ第二項ニ但  
書ヲ追加スレハ則チ可テリ  
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、トテ得シテ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コトヲ得サルナリ

第百三條 數罪俱ニ發シ一ノ重キニ從フ時ト雖モ其沒收及ヒ沒收ノ處  
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カラサル可シ予曾  
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  
アリ數罪俱發ノ條下ニ於テ之ヲ明ニスルニ如カスト言ヒシカ今方サ

數人共犯  
ノ解

*Interpretation*

ニ之ヲ陳述スルノ機ニ到着セリ然レモ夫ノ再犯加重ト云ヒ數罪俱發  
ト云ヒ縷々講述茲ニ至リシヲ以テ復々予カ喋々ヲ待タスシテ既ニ諸  
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シタル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  
トハ數人連結シテ一罪ヲ犯シタルヲ謂フ茲ニ注意スヘキハ各犯互ニ  
通謀アルト即チ犯人互ニ罪ヲ犯サントスル意思ハ一致アルト必要  
トスル是ナリ意思ハ一致ナキ時ハ假令數人ニテ一罪ヲ犯スモ謂フ所  
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日甲丁  
ヲ斬ル乙之ヲ機トシテ刀ヲ加ヘ丙モ刀ヲ加ヘテ遂ニ丁ヲ死ニ致シ  
タリトセシ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



正犯、從犯ノ解

共犯ノ生  
スル場合

*judicial  
conviction*

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スナリ即チ犯罪ヲ構成スルニ已ム可カラサル所ノ爲即チ犯罪ノ原因タル者ハ主タル共犯ニシテ之ヲ正犯ト云ヒ犯罪構成ニ已ム可カラサル所ノ爲ニ非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  
凡ソ人ノ行爲ハ三個ノ段階ヲ經過スル者ニシテ決定豫備執行ハ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ハ段階ハ此三個ノ外ニ出テサルナリ即チ初メ發

意アリテ後ニ之ヲ執行スヘキヤ否ヤヲ決定シ而シテ後ニ執行ハ豫備ヲ爲シ豫備已ニ成リテ始メテ犯罪ヲ執行スルニ至ル者ナリ但シ決定ハ後直チニ執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ハミナラス數人ニ於テ之ヲ爲スヲ得ヘク即チ犯罪ノ決定豫備執行ニ各正犯從犯ヲ生スル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嚆ニ倣フヘシ偏ニ是レ諸君ヲシテ以上ノ理論ノ明確ナル觀念ヲ得セシメントテ期スルノミ演劇ハ概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執行是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







決心、豫備、於テ正犯、我刑ニ

ヲ取リ來レト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タ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乙者ヲ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ヲ有ルヘク或ハ決行ノ從タルヲ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テ判別セハ則チ足レトス茲ニ最モ深キ注意ヲ要スルヲ有リ以上説明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ハ所爲ノ段

法ノ認ムル場合

階ヲ立テ之ニ各正從アル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ヲ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ヲ無ク豫備ニ關係シタル者ハ總テ從犯ニシテ正犯アルヲ無ク決心ニ關係シタル者ハ總テ正犯ニシテ從犯アルヲ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モ其責任ノ度モ亦差違ナクシハアラス是レ固ヨリ自然ノ道理ナリトス是ヲ以テ我刑法ハ明ニ其刑ニ等

正犯ノ輕重ノ理由



差ヲ爲シ從犯ノ刑ハ正犯ノ刑ヨリ一等ヲ減スルト爲シタリ(第九條)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點ナリトス但シ佛國刑法ノ所謂從犯ハ我所謂正犯ヲ指スコ有リ教唆者ヲ以テ從犯ト爲スカ如キ是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

第四百條 二人以上現ニ即チ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別言スル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ヲ必要トスト是ヲ以テ假令數人カ有形的ニ罪ヲ犯スモ通謀ナクハ所謂正犯ニアラサルナリ現ニ本條ニ對照スヘキ草案ノ條文ニハ「コソモン、アッコール」テウ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モ皆正犯トナシテ各人ニ其刑ヲ科ス然ラ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點ヨリ觀察スレハ通謀ト否トテ區別スルノ必要ナキカ如シ然レモ條ヲ追ヒ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)ア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ハ主タル犯罪ト云フト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弗ルノ要ナシ。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

ノ正犯ノ受クル刑ニ影響スルト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問題有リ第百六條ニ至リテ之ヲ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盡スノミニテ足レリ數人共犯ノ場合ニ於テモ之ニ異ルト無キカ如シ然リト雖モ民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夫レ人ノ罪ヲ犯スヤ假令數人一致スルモ其社會ヲ害シ道德ニ背クハ點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

第百五條

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擔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說明ハ甚タ簡單ニシテ固ヨリ以テ教唆者ノ何物タルヤヲ知ルヲ得ス何トナレハ教唆者其物ノ詳解ヲ爲シタルニアラザ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假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

教唆者ヲ正犯ト爲ス理由

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非サル者ナレハ之ヲ罰スルヲ得サルカ如キ觀ナキニ非ス然レモ教唆者アレハコソ被教唆者カ罪ヲ決行シタレ否罪ヲ決行スルノ決心ヲ爲シタル被教唆者ヲクンハ被教唆者ヲシテ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換言スレハ教唆者ハ犯罪ノ原因ニシテ此原因ナクハ犯罪ハ結果ヲ生セシムルヲ無キ者ナリ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教唆ハ實ニ犯罪ヲ構成スルニ必要缺クヘカラザル所爲ナレハ之ヲ正犯ト爲スノ理由ヲ知ル



教唆ノ結果生サレ場合

教唆者ヲ罰スルニ付テハ

ヲ得ヘシ佛法ニ於テ教唆者ヲ以テ從犯ト爲スハ當テ得タル者ニ非ス  
 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點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  
 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  
 ルトテ得ス何トナレハ犯罪ノ原因即チ決定ハ之ヲ罰スルトテ得サレ  
 ハ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  
 ヲ決行セサル時ハ之ヲ罰スルトテ得サルナリ本條ニ人ヲ教唆シテ重  
 罪輕罪ヲ犯サシメタル者云々トノ文辭アルハ之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カ爲メニ決行シタルニ非サレハ教唆者ハ罪

トナルコト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  
 及ホシ因テ以テ罪ヲ犯サシメタルトテ要ス極言スレハ被教唆者ノ  
 心意ニ勢力ヲ及ホサル者ハ稱シテ教唆者ト謂フ可カラサルナリ  
 論シテ此ニ至レハ諸君ハ教唆ノ定解ヲ聽カレノコト望マル、ヤ必セ  
 リ其定解ヲ與フルハ容易ニ非ス草案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下有ルニヨリ教唆ノ  
 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案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案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



助言ハ教  
唆ト爲ル

テ、教唆ト謂フ可キナリ、  
助言ハ、教唆ト爲ルヤ否ヤ例ヘハ、貧窶ノ人ニ向ヒテ汝斯ク貧ニ泣カン  
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テ  
要スト之ヲ以テ此疑問ニ對スレハ、助言ハ以テ教唆ト爲ヌテ得スト判  
斷セサル可カラズ、此問題タル已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ズ是レ助言ナル者ハ或  
場合ニ於テ大ニ犯罪執行者ノ心意ヲ聳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弱者ニ對シ  
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  
ハ此處ヨリスヘシト言ヒタルカ如キ場合ハ助言ハ則チ助言ナリト雖

教唆ト犯  
罪ノ一部  
トシテ分  
担セラル  
者ノ區別

モ之ヲ教唆ト論斷スルノ價值充分ナルガ如シ是レ助言ハ教唆ナリ  
ヤン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見  
ハ下ノ如シ、曰ク教唆者トシテ罰セラルルニハ、教唆カ被教唆者ノ心意  
ニ勢力ヲ及ボ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執行セシメタル  
時ハ是レ教唆ナリ之ニ反シテ其助言カ犯罪執行者ノ心意ニ勢力ヲ及  
ボサル時ハ教唆ト謂フヲ得ヌ要ハ其犯罪執行者ノ心意ニ勢力ヲ及  
ボシタルヤ否ヤニヨリテ或ハ教唆ト云ヒ或ハ教唆ニ非スト云フヘキ  
ナリト實ニ妥當ノ說ト謂フ可シ  
教唆ト犯罪ノ一部分ヲ分擔セシメタル者トハ注意シテ以テ混淆スル  
無キヲ要ス例ヘハ、甲者アリ、官文書偽造罪ヲ犯サント欲スレハ其犯罪  
ニ最モ必要ナル官印ヲ偽造スルノ伎倆ヲ有セス是ニ於テ乙彫刻師ニ



語ルニ其實ヲ以テシ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取テ異ル所ナキヲ以テ教唆者ノ如キ觀ナキ  
ニアラス然レモ是レ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  
云フ特種ノ意思ナカル可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ト克ハサルヲ以テ乙者ヲシテ自  
己ノ目的ヲ達スルニ必要缺ク可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  
實ヲ彫刻者ニ告クルト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ト無クハ屬吏ヲ以テ教唆者ト爲スヘカラサ  
ルト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步  
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ハ必要ナク必要  
ナキハ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現ニ第二編以下ニ於テハ此區別ハ明白ニシテ其



幼者ヲ教唆シテ重罪ヲ犯シタル者ニテハ、  
之ヲ教唆スル者ハ、  
罰者トシテ裁カテ

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ハ必要アル

學說

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執行セシムルモ教唆者トシテ執行者ノ受シヘ  
キ刑ヲ受ケシムルコトヲ得ス執行者ニハ該ス可キ刑ヲキカ故ニ教唆者  
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然  
レモ教唆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異  
ナル所ナシ例ヘ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加害  
ノ點ニ於テ少差アラス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ス別ニ理論ヲ索メサル可カラズ其理論ハ他  
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  
即チ決行者ノ資格ニテ之ヲ罰スト此論タル唯特定ノ場合ニ適用スヘ  
ク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  
ナリ抑幼者ヲシテ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  
シタルト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可カ  
ラス之ヲ提供スルモ豫備ノ所爲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其非ナルコトハ論者モ予モ

共ニ認ムル所ナリ而シテ論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教唆者ナリト何トナシハ現實教唆有リタル者  
ヲ強テ教唆者ニ非スト謂フハ理ナクレハナリ而シテ之ヲ教唆者トス  
レハ前ニ述ヘタル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是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收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シテ幼者ハ幼者タル資格  
 テ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ハ從犯  
 テ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可カラサ  
 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  
 一ヲ得サルカ如シト雖モ其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指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一ヲ明ニセラレタルナラシ然レ

トテ子カ所謂教唆者トシテ罰スルトイフニハ其教唆ハ勢力カ幼者ニ及  
 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一ヲ知リテ  
 行ヒタルノ事實アル一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ムヲ殺スノ意思アル一ヲ要ス若シ幼者ニシ  
 テ教唆セラレタル一ヲ知ラサル時ハ是レ論者ノ所謂幼者ヲ器械ニ使  
 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  
 一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  
 スル瘋癲者ヲ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可  
 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一ヲ要ス被教唆者カ







公衆ニ對  
スル教唆

ルヘク或ハ數十年ノ後ニ決行スルト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ハ勢力カ被教唆者ハ心意ヲ聳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ズ之ニ反スル時ハ之ヲ罰スルトテ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ク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ト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ト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ヲ一個人ニ教唆シタル場合ニ比スレハ危險ノ度甚ク大ナリ是レ此種ハ教唆ハ新聞條例集會法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ハ一事ヲ以テ之ヲ罰スル所以ナリ

事甚ク些細ニ涉ルノ嫌ナキニ非サレモ注意ノ爲メ一言スヘキト有リ我刑法ニハ「教唆」ノ文辭處々ニ散見セリ例ヘハ内亂罪第百二十一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ズ這ハ其條下ニ至リテ解スルト爲サシ

第百六條 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トナ得ス

(第百六條) 第一編 第八章 第一節 正犯



共犯人  
他人ノ加  
減ノ影響  
場ヲ受ク

本條ニハ甚ク緊要ナル問題多ク之アルヲ以テ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原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ダ  
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原由カ犯  
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  
其加重減輕ノ原由ニ干與スル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  
ルハ固ト犯罪其物ハ重ク又ハ輕キカ爲メナルヲ以テ正犯ト從犯トヲ  
問ハス教唆者ト被教唆者トヲ論ヒス之ニ干與シタル者ハ皆其影響ヲ

受ク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ヘハ竊盜罪ハ二月以上四年以下ノ重禁錮  
ナレ門戸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  
懲役ナレハ加重ノ情狀即チ兇器ヲ携帶シテ之ヲ犯スアレンハ一等ヲ  
加フ今數人共犯ノ場合ニ於テ門戸ヲ踰越シタル竊盜罪又ハ兇器ヲ携  
ヘタル竊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ク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體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ヲ減  
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恕ハ自己ノ身軀ニ暴行ヲ受ケタルニヨリ宥恕スルニ在リテ他人ハ固ヨリ其身軀ニ影響ナク從ヒテ宥恕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ル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原由アル時ハ其影響ハ延ヒテ他ノ共犯人ニ及ブニ付キテハ他ノ共犯人ハ其刑ヲ加重減輕スヘキ原由アルヲ知ルカ又ハ少クモ其原由アルトテ豫想シ得ヘキ者ナルトテ必要トス若シ之ヲ知ラサルカ又ハ豫想シ得

ハカラサル者ナル時ハ其刑ハ加重減輕ハ影響ヲ受クルト無シ例ヘハ

甲乙二人竊盜ヲ爲スニ當リテ甲ハ兇器ヲ携帯シタルニ乙ハ毫モ之ヲ知ラズトスレバ乙ハ甲ノ持兇器ノ影響ヲ受クルト無シ此場合ニ丙アリテ甲乙ノ從犯ト爲リタルニ甲ノ持兇器ヲ知ラサル時ハ是モ亦加重ノ影響ヲ受クルト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ル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クルトテ豫想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トハ實ニ其結果ニシテ豫想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時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盜ヲ爲ストテ知ルモ強姦ハ之ヲ知ラサルヲ以テ其影響ヲ受



ク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レ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故ニ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  
教唆者ニ及ホスヲ得スト決定センカ何ソ其ノ然ラン法理上當ニ此  
ノ如クナルヘキ道理アルノミナラズ本條ノ精神モ亦此法理ヲ採用シ  
タルヤ明ナリ草案ニハ明ニ此ノ如ク規定セラレタリ草案第百十九條  
ニ曰ク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此等ノ人ノ中ニテ該景狀ニ關係セサル者アルモ  
之ヲ知了シ又ハ豫見シタル時ハ都テ右ノ加重ヲ適用ス可シト是ニ由  
リテ之ヲ觀ンハ以上ノ論結ハ眞ニ宜キヲ得タリト爲ス

共犯人  
他人ノ  
加共  
人ノ  
影重  
ル場  
合受  
ケル

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シテ犯  
人ノ身分ニヨリテ生スルヲ有リ此等ノ原由カ共犯人中ハ一人ニ隨伴  
スルキハ他ノ共犯人ハ其影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  
キ者ナリヤ本條ハ則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ス犯罪ハ依然トシテ其輕重ハ價值ヲ變スルヲ



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原由ハ生スルト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ノ四人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シニ乙ハ再ヒ罪ヲ犯シタリトテ竊盜罪其物ヲ加重スルニ非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サル甲丙丁ニ關係スルトナシ故ニ乙ハ竊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輕セラル、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ノ規定ナリトス然レモ本條ニ對シテ大ニ疑團ヲ抱カサル可カラサルト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有恕減輕アリ自首減輕アリ

加重ノ場合ニハ再犯加重若クハ尊屬親ニ對スル罪ニ付キテノ加重ア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ブト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トナシ而シテ之ヲ規定セサルハ何故ンヤ且本條ハ身分ニヨリテ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トテ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ト能ハス之ヲ要スルニ本條ハ適用上ニマン理論上ニマン最モ議論ノ生スル所ノ者ニシテ解釋家ヲシテ困難ニ陷ラシメタル條文ナリ



正犯ノ身  
分ニヨリ  
減輕スル  
刑ヲ減  
除シテ免  
除スルハ  
他ノ時ハ  
人ノ共犯  
トシテ認  
ルカ

人ノ子孫

我刑法ニ就キテ前段ノ疑問ヲ決セシニ正犯ハ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ボスト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正犯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ザ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ソナード氏ノ再閱修正草案ニハ明ニ此等文辭ヲ挿入セリ用意周到ト謂フ可シ夫レ我刑法ハ缺典ニ屬ス則チ正犯ハ身分ニヨリテ刑ノ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テ決セサル可カラサル乎何ソ其然ラン法理ニ訴ヘテ之ヲ決定スルハ敢テ不可ナルコト無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干與シハ

七五四

ト共ニ祖  
父ノ身ニ  
對スル罪  
ノ時ハ其  
加重大キ  
ルカ

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(正犯ノ身分ニヨリテ)教唆者……ニ及ボスト得ストアルニヨリテ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テ決セサル可カラサルカ如シ然レハ斯ノ如ク論結スレハ則チ奇怪ノ結果ヲ生スルヲ見ル日ク正犯ノ身分ニヨリテ刑ヲ加重スル時ハ之ヲ他ノ共犯人ニ及ボスト得サレハ則チ正犯ハ身分ニヨリテ罪トナル時(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ヘ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以

(第百六條) 第一編 第八章 第一節 正犯

七五五



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  
歐洲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最後ニ予カ抱  
持スル主論ヲ述ヘン

學者刑ヲ加重減輕スル原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ハ原  
由犯者ノ有罪ノ度ニ在ルキ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コト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原由ヲ有  
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ハ原由事  
實ハ有罪ノ度ニ在ル時ハ犯者ハ如何ニ拘ハラス一般ニ加減シテ他ハ  
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

ニ放火シ門戶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戶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  
ナリ夫ハ子孫ノ祖父母父母ニ對スル罪例ヘハ親ヲ弑スカ如キ親ヲ誹  
譏監禁スルカ如キハ常人ヲ殺シ常人ヲ誹譏監禁スルヨリ其罪重シ是  
レ子孫タル身分ヨリシテ其實ハ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祖父母父母ニ衣食ヲ供給セサルハ罪ト  
ナル(第三百六十四條)是レ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  
ナリ若シ然ラ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ケルヲ以テ幸ニ甚シ



キ惡結果ヲ來サスト雖モ若シ第三百六十四條ノ罪ヲ子孫ト共ニ犯セ  
 ハ無罪トナルノ結果ヲ生ス詳言スレハ第三百六十二條ノ刑ハ常人タ  
 ル共犯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  
 罪アソハ此等ノ刑ヲ科スルヲ得ヘシ之ニ反シテ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シ  
 因テ已ムヲ得ス之ヲ無罪トセサル可カラサルカ如キ實ニ奇怪ナル結  
 果ヲ生スルニ至ル故ニ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ク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三百六條ハ他ノ  
 正犯從犯及ヒ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ハ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然レモ此說ニ對シテ亦駁論アリ曰ク子孫ト

共ニ其祖父母父母ヲ故殺スレハ其子孫ユソ子孫タル身分ヲ有スルニ  
 ヲ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ス  
 ト此說モ亦大ニ勢力ヲ得テ終ニ實際上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ハ子  
 ト共ニ其親ヲ弑シタルモノハ其子ハ弑親罪ノ刑ヲ受ク常人ハ普通ノ  
 殺人罪ノ刑ヲ受クルナリ然レモ此ク論スレハ已ニ一言シタル如ク常  
 人ヲシテ第三百六十二條及ヒ第三百六十四條ノ罪ノ共犯タラシメハ  
 一ハ通常殺人罪ノ刑ヲ受クルモノハ全ク無罪トナルノ結果ヲ生ス可  
 シ實ニ不都合ニ非スヤ以下予ノ主論ヲ述ヘシ  
 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



七六〇  
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ルハシ  
荷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  
犯人ニ及ホスト得スト決定セサル可カラズ強ヒテ區別ヲ立テ、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蓋シ  
以上ノ如キ區別ハ法理上爲ステ得サルニ非サレ本條ノ正文ハ到底  
之ヲ曲クルトテ得サルナリ然リト雖モ身分其物カ犯罪ハ一原素ナル  
時ハ其罪ニ干係シタル者ハ悉ク其罪ニ該スル刑ヲ受クサル可カラズ  
官吏收賄罪ハ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收賄罪ヲ構成スル者ナレハ收賄罪ハ一ノ  
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シテ賄賂ヲ  
收受セシメタル時ハ官吏收賄罪ノ刑ヲ受クサル可カラズ常人ニシテ

特別ノ罪ノ犯人ト爲ルハ奇怪ノ觀ナキニ非サレ其特別ノ罪タルノ  
點ハ則チ常人ヲシテ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  
條ニハ二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者云々トアリ第五百條ニハ人ヲ教  
唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者云々ト有ルニヨリ本條ノ所謂身分  
ニヨリ刑ヲ加重スヘキ罪ヲ除ク外ハ特別ノ罪ト雖モ常人ヲシテ共  
ニ其刑ヲ受クシメサル可カラサルナリ此常人ノ官吏收賄罪ニ干與シ  
タル者ヲ正犯トナスヘキヤ否ヤニ付キテハ大ニ議論アル可シト雖モ  
予ハ此ノ如ク決定ス要スルニ身分ニヨリテ罪トナル場合ニ於テ其罪  
ニ干與スル者ハ悉ク其罪ニ該ス可キ刑ヲ受クル者トス今第三百六  
十二條三條等ヲ觀ルニ此罪ハ子孫タルノ身分ニヨリテ通常ノ罪ヲ加



重シタルヤ疑ナシト雖モ第三百六十四條ノ罪ハ一概ニ加重ノ罪ト謂  
フヲ得ス何トナレハ通常ノ人ニ衣食ヲ給與セサルモ罪トナルヲナク  
レハ之ヲ特別罪ト謂ハサル可カラサレハナリ既ニ之ヲ特別罪ト爲セ  
ハ則チ其罪ニ干與シタル者ハ皆其刑ヲ受ケサル可カラス而シテ第三  
百六十二條三條ノ罪ニ干與スル者ハ其罪ハ刑ヲ受ケスシテ通常ハ刑  
ヲ受ク可シ予ノ此疑問ニ對スル決定ハ則チ此ノ如シ

第三百六十四條ノ特別罪ヲ以ル

予ノ決定正ニ此ノ如シ諸君ハ必ス大ニ疑惑ヲ抱カル、者有ル可シ曰  
ク均シク是レ祖父母父母ニ對スル罪ハ共犯人ナリ而シテ第三百六十  
二條三條ハ其加重ノ刑ヲ受ケス第三百六十四條ハ全ク其刑ヲ受クル  
ト云フハ前後矛盾ノ甚シキ説ト曰ハサルヘカラスト是レ實ニ至當ノ  
疑惑ニシテ予モ亦自ラ其矛盾ヲ知ラサルニアラス然リト雖モ是レ予  
ノ罪ニ非スシテ法文ノ粗惡ノ致ス所ナリ蓋シ法理上第三百六十四條

ト第三百六十二條トハ同性質ノ罪ナルニ法文上ヨリ之ヲ觀レハ一ハ  
身分ニヨリ加重シタル罪ニシテ一ハ身分ニヨリ罪ト爲ル是レ予ヲシ  
テ此決定ヲ爲サシメタル所以ナリ、諸君ヨ注意シテ第三百六十四條  
ノ罪ノ性質ヲ視ヨ果シテ前二條ノ罪ト性質ヲ異ニスル所アルカ果シ  
テ特別罪ナルカ今先ツ該條ノ罪ヲ成ス場合ヲ見ンニ茲ニ特立セル父  
子有リ父其子ニ對シテ養料ヲ請求ス子之ニ應セス乃チ該條ノ罪ヲ成  
スカ養料ヲ供給セサル時ハ民事上ノ責罰コソアレ何ソ刑事上ノ責罰  
アラシヤ或ハ子其父ニ對シテ常ニ衣食金圓ヲ供給スレハ父甚タ放蕩ニ  
シテ金錢ヲ浪費スル一塵埃管ナラス子數、諷諫スレハ聽カス子其際限  
ナキヲ以テ供給ヲ停止シタリ父困憊終ニ斃ル乃チ該條ノ罪トナルカ、  
該條ハ此等ノ所爲ニ該當スルトセハ實ニ野蠻ノ刑法ト謂ハサル可カ  
ラス或ハ父車ヲ挽キ纜ニ口ヲ糊ス之ニ反シテ子ハ富巨萬ヲ累レハ嘗



テ父ニ供給スルヲ無シ乃チ該條ノ罪ト爲ルカ父苟クモ口ヲ糊スルノ資アリ子之ヲ補助セストテ之ヲ該條ニ問フハ誰カ其不當ヲ認メサル者有ランヤ以上ノ場合ハ皆以テ子ヲ該條ニ擬スルニ足ラス然ラハ則チ該條ハ如何ナル場合ヲ想像シタル乎父一貧洗フカ如ク而シテ病苦ニ艱ミテ起ツト能ハス到頭人ノ救助ヲ得サレハ則チ斃ルカ如キ最モ切迫ナルニ當リテ其子頑然衣食ヲ供給セス其他必要ノ奉養ヲ缺キタル場合ニ於テ始メテ該條ノ罪ヲ成スモハナリ之ヲ約言スレハ自活スルヲ能ハサル祖父母父母ニ對シテ奉養ヲ缺キタル場合ニアラサレハ該條ノ罪トナラサルナリ如何ナル理由有リテ此罪ヲ成スヤ社會公益上ヨリ子孫ニ奉養ノ義務ヲ命シタルト本邦古來ノ慣習上子孫ハ祖父母父母ヲ養ハサル可カラサル徳義上ノ義務アルトニ由リテ此罪ヲ規定セラレタルナラン果シテ然ラハ人ヲ養育スルハ責務ヲ有スル

者ニシテ其受養者ハ生活スルヲ能ハサルニ當リ必要ノ養育ヲ缺キタル時ハ子ノ祖父母父母ニ於ケルト同シク罪トナルヘキ筈ナリ例ヘハ父母ノ子ニ對スルカ如シ而シテ刑法ハ單ニ子孫ニ就キテハミ規定シ父母其他養育ノ責務ヲ有スル者ノ處罰ハ毫モ之ヲ規定スルヲナシ養育ノ義務アルモノ受養者ヲ遺棄シタル時ハ此限ニ非ス之ヲ規定セサルヲ以テ子孫タル身分ナクハ該條ノ罪ヲ成サス故ニ該條ハ全ク特別罪トナル是レ偏ニ刑法カ宜ク規定スヘキヲ規定セサルヨリ生スル所ノ結果ナリ既ニ第三百六十四條ハ法文ノ缺漏ヨリシテ終ニ特別罪トナリ特別罪トナルカ故ニ此罪ニ關係シタル共犯人ハ悉ク其刑ヲ受クルトハ恰モ常人ノ官吏收賄罪ニ干與シタル者ハ官吏收賄罪ノ刑ヲ受クルト同一ナル結果ヲ生スルニ至ルナリ是ヲ以テ我刑法ハ改正有ラサル限りハ第三百六條即チ正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ加重ス云々ハ精神



ヲ飽クマテ確守シテ第三百六十二、三條ノ罪ニ關係シタル共犯人ハ其加重ノ刑ヲ受ケス第三百六十四條ノ罪ニ關與シタル共犯人ハ其刑ヲ受クト論決セサル可カラサルナリ

第七百七條 犯人ノ多數ニ因リ刑ヲ加重スヘキ時ハ教唆者ヲ算入シテ多數ト爲ストテ得ス

犯人ノ多數ニヨリテ刑ヲ加重スヘキ時トハ二人以上ニテ竊盜ヲ爲シ又ハ強盜ヲ爲ス時ハ一等ヲ加ヘ(第三百六十八條、第三百七十九條)四人以上通謀シテ逃走シタル時ハ一等ヲ加フ(第四百十五條)ルカ如キ場合ヲ謂フ此場合ニ刑ヲ加重スルハ理由ハ如何ヲ尋ヌルニ此等ノ罪ハ二人以上ナレハ之ヲ犯スニ容易ニシテ之ヲ防クニ難シト云フ理由アルヲ以テナリ此ニ疑ノ生スルハ甲アリ乙ヲ教唆シテ竊盜ヲ犯サシメタルトハ所謂多數ナリトシテ其刑ヲ加重スルヤ否ヤト云フ問題ナリ本條ハ其決定ヲ與ヘテ曰ク犯人ノ多數ニ因リ刑ヲ加重ス可キ時ハ

教唆者ヲ算入シテ多數ト爲ストテ得ス

教唆者ヲ算入シテ多數ト爲ストテ得スト乃チ此場合ニ於テハ多數ナリトシテ刑ヲ加重ス可カラサルナリ何故ニ本條ハ教唆者ヲ加ヘテ多數ト爲サルカ此問題ハ教唆者ノ性質ヲ明ニスルハ則チ足レリ曾テ述ヘタルカ如ク教唆者ハ智力上ノ働ヲ爲シ被教唆者ハ体力上ノ働ヲ爲シタル者ナリ即チ教唆者ハ發意シ決定シ被教唆者ハ決行シタル者ニシテ其跡一人ニテ爲シタルト異ル無シ既ニ一人ニテ爲シタルト異ルト無シ即チ之ヲ防禦スルトモ容易ニ社會ノ危険モ亦寡少ナリ既ニ防禦スルト容易ニ社會ノ危険寡少ナリ即チ教唆者ヲ加ヘテ多數ト爲スハ必要ナク又理由ナシ是レ本條ハ規定アル所以ナリ然レモ二人以上ヲ教唆シテ強竊盜罪ヲ犯サシメタル者ハ教唆者モ亦被教唆者ト同ク其加重ノ刑ヲ受ク是レ本條ノ場合ト異ナリトス本條ハ唯教唆者ト同一人ヲシテ罪ヲ決行セシメタル場合ノミヲ想像シタルナリ



第百八條 事ヲ指定シテ犯罪ヲ教唆スルニ當リ犯人教唆ニ乘シ其指定シタル以外ノ罪ヲ犯シ又ハ其現ニ行フ所ノ方法教唆者ノ指示シタル所ト殊ナル時ハ左ノ例ニ照シテ教唆者ヲ處斷ス  
一 所犯教唆シタル罪ヨリ重キ時ハ止メ其指定シタル罪ニ從テ刑ヲ科ス  
二 所犯教唆シタル罪ヨリ輕キ時ハ現ニ行フ所ノ罪ニ從テ刑ヲ科ス

本條ハ教唆ヲ受ケテ罪ヲ執行スル者カ教唆以外ノ罪ヲ犯シタル時ハ教唆者ノ責任ハ如何ナルヤヲ規定シタル者ニシテ教唆者ノ所爲ハ其教唆シタル事件ハ執行アルニ非サレハ之ヲ罰セスト云フ原則ヨリ生シタル條文ナリトス

「事ヲ指定シテ犯罪ヲ教唆スルニ當リ」トハ之ヲ例セハ誰某ヲ殺スヘシト犯罪ノ目的ヲ確定シテ之ヲ教唆シタルト云フト雖モ此文辭ノ反對ヲ想像スレハ事ヲ指定セスシテ犯罪ヲ教唆スル場合アルカ如シト雖モ事ヲ指定セスシテ犯罪ヲ教唆スルノ場合ハ之アルト無シ然レモ

本條ノ指  
定以外ト  
如何

是レ當然ノ事ニシテ敢テ特ニ事ヲ指定シ云々ト明言スルノ必要ヲ感セス要スルニ事ヲ指定シタル文辭ハ無用ト謂フ可キナミ  
「其指定シタル以外ノ罪ヲ犯シタル文辭ハ狹隘ニ解釋セサル可カラズ若シ之ヲ汎博ニ解シ去ル時ハ實ニ奇怪ノ結果ヲ生スヘシ例ハ竊盜ヲ教唆シタルニ被教唆者放火罪ヲ犯シタリ人ヲ殺ストテ教唆セシニ被教唆者強盜罪ヲ犯シタリ是レ本條ノ所謂指定以外ノ所爲ナリヤ教唆シタル罪ト執行シタル罪ト全ク相異ルニヨリ指定以外ト云ヒ得ルカ如シト雖モ被教唆者ニ此等ノ所爲アリタリトテ教唆者ヲ罰スルヲ得ス即チ教唆者ハ無罪ナリト決定セサル可カラス蓋シ竊盜ヲ教唆シ若クハ殺人ヲ教唆シタルニ放火若クハ強盜ヲ犯シタルハ是レ全ク別個ノ罪ヲ犯シタル者ナリ教唆ノ結果ノ生セサル者ナリ教唆ハ執行者ノ犯シタル罪ノ原因トナラサル者ナリ教唆者ノ所爲ハ甚ダ惡ムヘキ