

テ毫モ變更ナキモノトス如此其犯罪ノ構成要件ニ於テ變更ナキ以上ハ假令ヒ犯人ノ一身ニ附着スル理由ニ依リ其刑ハ重罪ノ刑ヨリ輕罪ノ刑ニ下リ或ハ輕罪ノ刑ヨリ違警罪ノ刑ニ下ルモ決シテ其罪質ヲ變セサルモノナリ反之犯罪ノ構成要件ニ増減變更アルカ爲メニ重罪ノ刑ヲ減シテ輕罪ノ刑ニ下シ輕罪ノ刑ヨリ違警罪ノ刑ニ下スモノハ其實減輕ノ爲メニ次等ノ刑ニ下スニアラスシテ始メヨリ其犯罪ノ種類ハ輕罪又ハ違警罪ニ屬スルモノニシテ唯立法者カ一々其本刑ヲ記載スルノ煩ハシキカ爲メニ云々ノ刑ニ照スト記載シタルモノナリ例ヘハ内國通用ノ銅貨ヲ偽造シテ未タ行使セサル者ハ云々ト規定シタルカ如シ(第六十九條二項參照)此等ノ場合ニ於テ其減輕ハ普通ノ減輕ニ非スシテ全ク特別ノ刑ヲ定メタルヲ以テ其減輕シタル結果ヲ以テ重罪輕罪違警罪ノ區別ノ標準トナルヘキ本刑トシ之ニ依リテ罪質ヲ區別セサルヘカラサルモノトス

第四說ニ曰ク法律ノ各本條ニ記載シタル刑即チ本刑ニ依リ罪質ヲ定ムヘシト云フニ在リ其理由ノ大要ニ曰ク法律上ノ減輕並ニ裁判上ノ減輕共ニ犯人ニ關スル特別ノ事情ニ基キ之レカ本刑ヲ減輕スルモノニシテ犯罪其者ニ付テハ乃チ犯罪ノ構成要件ニ付キ毫モ變更ナキモノナリ從テ其罪質モ亦變更アルコトナキハ當然トス乃チ未成年者カ強盜ヲ犯シタル場合ニ之ヲ罰スルニ輕罪ノ刑ヲ以テスルモ其強盜罪ハ變シテ特別ノ盜罪トナリタル爲メニ非スシテ未成年者カ犯スモ成年者カ犯スモ其罪ノ強盜ナルハ同一ニシテ其性質ニ於テ毫モ變更スルコトナシ況ンヤ犯人カ自首シタル場合ノ如キ其自首以前ニ在リテハ重罪ナルモ自首後ハ輕罪ニ變スト云フカ如キ條理ノ存スルコトナキニ於テオヤ故ニ犯罪ノ種類ハ各本條ニ記載シタル刑ニ依リ定マルモノニシテ法律上並ニ裁判上ノ減輕ニ依リテ罪質ヲ變更スルモノニ非ラスト

余輩モ亦此說ニ贊成スルモノナリ而シテ其理由トスル所ニ至リテハ以上三個ノ說ニ對スル反駁ニ於テ業ニ已ニ明了ナルヲ以テ茲ニ之ヲ略ス唯一

言注意スヘキハ第四說ニ所謂本刑トハ必スシモ法文ニ於テ云々ノ刑ニ處
スト記載スル刑ノミヲ指稱スルモノニ非スシテ法文ニ何等ノ刑ヲ減スト
アルニヨリ其減刑シタル刑モ茲ニ所謂本刑トナルコトアリ此點ニ付テハ
前第三說ニ對スル反駁中最後ニ說明シタルヲ以テ茲ニ之ヲ重ネテ述ヘサ
ルナリ

第二節 犯意ノ有無ニ基ク區別

犯意ノ有無ニ基キ犯罪ヲ區別スレハ有意犯無意犯(過失犯)ノ二種トナスコ
トヲ得ヘシ而シテ此區別ハ已ニ過失犯ヲ論シタル章ニ於テ說明シタルヲ
以テ茲ニ之ヲ略ス

第三節 犯罪ノ模様ニ關スル區別

凡ソ犯罪ノ成立ニ所爲アルコトヲ要スルハ既ニ述ヘタル所ナリ而シテ其
所爲カ犯罪トナルノ模様ハ各罪ニ就テ相同シカラサル點アリ今之ヲ區別
スレハ大略左ノ如シ

第一款 行犯不行犯

刑罰ヲ以テ制裁トスル法令コハ或ル事項ヲ命令スルモノアリ又ハ禁止ス
ルモノアリ其命令ニ違反シテ爲スヘキコトヲ爲サ、ルヲ不行犯ト云フ其
禁止ヲ侵犯シテ爲スヘカラサルコトヲ爲スヲ行犯ト云フ例ハ刑法カ人
ノ生命ヲ保護セント欲シ人ヲ殺スコト勿レト禁止シタル場合ニ於テ其禁
止ニ服従スルコトナク自ラ進ンテ之ヲ侵犯シ以テ人ヲ殺シタルモノ、如
キハ乃チ行犯ニ屬ス今現行刑法ノ正條ヲ案スルニ何々ノ所爲ヲ禁止シ何
何ノ所爲ヲ命令スルコトヲ明言シタルモノ之レナキモ其旨趣ヲ考フルニ
於テハ尙ホ禁止的法規ト命令的法規トノ兩者カ存在スルコト自ラ明瞭ナ
ル所トス而シテ重罪輕罪ノ大多數ハ行犯ニ屬シ違警罪ニ至テハ行犯不行
犯其半ハスルモノ、如シ而シテ不行犯ノ實例ヲ觀察スレハ刑法第三百六
十四條ニ規定スル犯罪即チ子孫其祖父母父母ニ對シテ衣服ヲ給與セス其
他必要ナル奉養ヲ欠キタル罪ノ如キ或ハ同法第二百八十三條ノ犯罪即チ
裁判官檢察官故ナクシテ刑事ノ訴ヲ受理セス又ハ遷延シテ審理セサル罪
ノ如キ又ハ同法第二百七十三條ニ明示セル犯罪即チ官吏其管掌ニ係ル法

律規則ヲ公布施行セヌ又ハ他ノ官吏ノ公布施行ヲ妨害シタル罪ノ如キ或
ハ又同法第百五十五條ニ於ケル監視違反ノ罪ノ或ルモノ、如キ(刑法附則
第二章參照)同法第三百四十條ニ於ケル自己ノ所有地又ハ地内ニ遺棄セラ
レタル幼者老疾者アルコトヲ知テ扶助セヌ又ハ官署ニ申告セサル罪ノ如
キ其他第百七十四條乃至第百八十一條ニ規定スル犯罪ノ如キハ總テ不行
犯ニ屬スルモノナリ

行犯ニ付テハ敢テ縷述スルノ必要ナキモ不行犯ニ付テ將ニ生スヘキ問題
ハ其犯罪ノ成立スル場所ハ何レニ存スルヤト云フニ在リ此問題ヲ解釋ス
ルモノ二説アリ今左ニ之ヲ説明スヘシ

第一説ニ曰ク不行犯成立ノ場所ハ不行犯成立時期ニ於ケル犯人ノ所在地
ナリト云フニ在リ今其實例ヲ徵スルニ甲ノ警察管轄區域内ニ於テ監視ノ
執行ニ服スヘキ被監視人カ乙ノ地方ニ旅行スルコトヲ許可セラレ乙地ニ
到着シタル時ニ當リ被監視人ハ將ニ乙地ノ警察署ニ出頭シテ其旅券ヲ示
シ官吏ノ認印ヲ受ケ限定ノ日數内ニ甲地ノ警察署管内ニ歸着シタル上直

ニ其旅券ヲ甲地ノ警察署ニ還納スヘキ規則ナルニモ拘ラス(刑法附則第三
十條)被監視人ハ之ニ反シ乙地ニ到着シテ正規ノ手續ヲ履行シタル上數十
日間其地ニ滞在シテ處定ノ日限内ニ甲地ノ警察署管轄區域内ニ歸着セザ
ル場合ニ當リテハ其監視違反ノ犯罪成立地ハ其日限ノ終了シタル時刻ニ
於テ犯人カ滞在シタル地方即チ乙地ノ警察署管轄區域内ナリト云フニ在
リ然レトモ此ノ説ハ誤謬タルヲ免レス何トナレハ元來不行犯ハ犯人カ或
ル行爲ヲ爲サ、ルニ依リテ成立スルモノナルヲ以テ其犯罪ノ成立スル場
所モ亦法律カ要求スル行爲ノ現出セラルヘキ場所ナラサルヘカラス乃チ
該實例ニ適用スレハ法律カ犯人ニ對シテ要求シタル行爲ハ正ニ甲ノ警察
署ニ現出セラル可キモノナルニ依リ其犯罪ノ成立地ハ實ニ甲地ノ警察署
所在地ニ在リト言ハサルヘカラス

第二説ニ曰ク不行犯ノ犯罪地ハ不行犯ニ對シテ法律カ要求シタル行爲ノ
當然現出スヘカリシ地方ナリト云フニ在リ而シテ其理由ニ至テハ第一説
ニ對スル反駁ニ依リテ明瞭ナリトス但シ其不行犯カ或結果ノ發生ヲ要件

トシタルトキハ其成立地ハ其結果ノ發生シタル場所ナリト言ハサルヘカ
ラス

第二款 繼續犯及即時犯

繼續犯及ヒ即時犯ノ區別ニ付テハ刑法上之レカ區別ノ標準ヲ示スヘキ規
定ナシ唯刑事訴訟法第十條ニ於テ公訴時效ノ起算點ニ關シテ繼續犯ニ對
スル特別ノ規定アルノミナリ乍併此區別ノ標準ニ至テハ未タ之ヲ明示シ
タルノ規定ナキヲ以テ全ク學理ニ依リテ之レカ定義ヲ下サ、ルヘカラス
今左ニ之ヲ説明セン

繼續犯トハ犯罪成立ノ時機ニ於ケル狀況カ多少永キ時間繼續スヘキモノ
ヲ云フ而シテ其他ノモノハ總テ即時犯ニ屬ス例令ハ不法監禁罪(第三百二
十二條)ノ如キ又ハ勳章借用罪(第二百三十二條)ノ如ク不法ニ人ヲ監禁スル
コト又ハ猥リニ勳章ヲ帶フルニ依リテ直チニ此等ノ犯罪ハ成立スヘキモ
爾後尙ホ其監禁ヲ解カス又ハ勳章ヲ脱セサル以上ハ其犯罪成立當時ノ狀
態ハ依然トシテ繼續スルモノニシテ此等ハ疑モナク繼續犯ニ屬スルモノ

ナリ故ニ左ノ事項ニ注意スルヲ要ス

第一 犯罪成立當時ノ狀態ノ繼續ト犯罪實行ノ繼續トヲ區別セサルヘカ
ラス乃チ犯罪成立當時ノ狀態ノ繼續トハ犯罪カ成立スル瞬間ノ狀況ニシ
テ實行ノ繼續トハ犯罪成立以前ノ狀況ナリトス例ヘハ殺人罪ニ於テ人ヲ
殺ス爲メニ一^刀等ヲ加ヘ被害者ノ遁カル、ヲ追及シ遂ニ數刀ヲ加ヘテ之ヲ
死ニ致シタル場合ノ如キ其間數時間ヲ要スルト雖トモ此場合ハ犯罪實行
ノ繼續ニシテ此場合ニ於テハ犯罪ハ被害者カ生ヨリ死ニ移ルト同時ニ成
立シ其成立ノ狀況乃チ被害者カ生ヨリ死ニ移ルト云フ瞬間ノ狀況ハ被害
者ノ死ト共ニ終リ其以後繼續スヘキモノニ非サルヲ以テ此等ハ繼續犯ニ
アラスシテ即時犯ナリトス

第二 犯罪成立當時ノ狀況ノ繼續ト犯罪ノ結果ノ繼續トハ之ヲ區別セザ
ルヘカラス例ヘハ前例ノ場合ニ於テ殺人罪ハ被害者ノ死ト共ニ成立シ爾
後死ト云フ狀況ハ是レ殺人罪ノ結果ノ繼續シタルモノニ過キヌシテ殺人
罪ハ被害者カ生ヨリ死ニ移リタルトキニ成立シ爾後其成立ノ狀態ハ毫モ

繼續スルモノニ非ラス故ニ此場合ハ繼續犯ニ非スシテ即時犯ナリトス

第三 學者或ハ繼續犯ヲ絶對的相對的ノ二者ニ分チ犯罪ノ意思ト行爲トカ共ニ繼續スル場合ヲ絶對的繼續犯ト稱ス不法監禁罪ノ如キ勳章記章僭用罪ノ如キヲ引用セリ而シテ犯罪ノミ繼續シテ所爲ノ繼續セサルモノヲ相對的繼續犯ト稱ス其引例トシテ一倉庫内ノ米百俵ヲ竊取スルノ犯罪ヲ以テ毎夜十俵ツ、十日間ニ竊取シタルカ如キ場合ヲ指示スルモ所謂相對的繼續犯ナルモノハ數个ノ即時犯ノ集合ニシテ到底繼續犯タルコトヲ得サルモノナリ何トナレハ犯罪トハ刑罰ヲ制裁トシタル法令違反ノ所爲ヲ云フモノナレハ其所爲ニシテ苟モ刑法ニ違反シタル以上ハ直チニ一罪ヲ構成スルモノニシテ犯罪ノ繼續シタルカ爲メニ法律ニ違反スル個々ノ犯罪行爲カ合シテ一個ノ犯罪トナルヘキ理由ハ到底採用スル能ハサルモノナレハナリ

今左ニ二三ノ例ヲ舉ケテ繼續犯ニ關スル疑點ヲ説明セント欲ス

彼ノ貸借ヲ證明スル證書ニ正規ノ印紙ヲ貼用スヘキコトハ印紙税法ノ規

定スル所ナリ而シテ該法ニ違反シテ印紙ノ貼用セサルトキ又ハ徵兵適合者カ不法ニ身體検査ニ應セサル犯罪ハ繼續犯ト云フヘキカ將タ即時犯ト云フヘキモノナルカニ付テハ多少學者ノ議論スル所ナリ乍併余輩ノ信スル所ニ依レハ此種ノ犯罪ハ何レモ繼續ニアラスシテ即時犯ナリト信ス何トナレハ第一ノ場合ニ於テハ犯罪ハ證書ノ授與ノ當時ニ於テ直チニ成立シ第二ノ場合ニ於テハ指示ノ期日ニ検査所へ出頭セサルコトニ依リ即時ニ犯罪成立ス其後無印紙ノ證明存在スルコト並ニ被徵收者カ検査ヲ受ケサルノ事蹟ハ何レモ犯罪成立後ノ結果ノ繼續ニ過キサレノミナルヲ以テナリ其他始メヨリ數人ヲ殺ス犯罪ヲ以テ發砲シ其目的ヲ遂ケタルカ如キ常ニ其被害者ノ數丈ケ犯罪成立スルモノニシテ決シテ此等ハ繼續犯ニアラサルモノトス

以上即時犯繼續犯ノ區別ヲ説明シタリ而シテ其區別ノ利益ハ左ノ如シ

第一 公訴時効ノ起算點ヲ異ニス乃チ即時犯ハ犯罪行爲ノ終リヲ告ケシ時ヨリ時効ノ期間ヲ計算シ繼續犯ハ繼續ノ状態ノ止ミタル時ヨリ起算

スルモノトス

第二 刑ノ適用ニ付テノ利益アリ乃チ即時犯ハ犯罪成立ノ状態繼續セサルヲ以テ犯罪成立ノ狀況ニ付テ刑ノ加重スル原因ナキモ反之繼續犯ハ犯罪ノ成立狀況カ繼續スル時間ノ長短ニ從テ刑ヲ加重スルコトヲ得例ヘハ不法監禁罪ノ如シ

第三 數罪俱發ノ適用ニ付キ利益アリ乃チ繼續犯ハ一罪ナルヲ以テ數罪俱發ノ規定ヲ適用スルコトヲ得サルモノトス

第三款 單行犯及ヒ慣行犯

單行犯トハ苟モ刑罰ヲ制裁トスル法令ニ違反スル行爲不行爲アレハ直チニ成立スル犯罪ニシテ犯罪ノ大部分ハ此種類ニ屬ス唯例外トシテ法令ハ或ル行爲不行法ハ一回ニ止マルモノハ未タ以テ犯罪ト認メス其行爲カ數回繰り返サル、ニ於テ始メテ罪アリトスルモノ之ヲ慣行犯ト云フ例令ハ殺人罪ノ如ク一度人ヲ殺セハ犯罪ハ直チニ成立スルカ如キハ單行犯ノ好適例トナスヘク反之第三百五十六條ノ私ニ醫業ヲナスノ罪ノ如キハ認許

ナクシテ醫術ヲナス行爲カ數回ニ亘ルニ非レハ犯罪カ成立セサルカ如キ或ハ第四百二十五條ノ第十二號ノ如キ定マリタル住所ナク日常營生ノ産業ナク諸所ヲ徘徊スル罪ノ如キハ何レモ慣行犯ニ屬スルモノトス而シテ慣行犯ト爲スニ足ル可キ行爲不行爲ノ繰り返サル、回數ノ如キハ裁判官ノ認定ニ依ルヘキ事實問題トス

第四款 現行犯及ヒ非現行犯

此區別ハ犯罪ノ發覺ニ基ク區別ニシテ刑事訴訟法第五十六條第五十七條ニ於テ之カ區別ノ標準ヲ明示セリ而シテ之等ノ區別ニ關シテハ其訴訟手續ヲ異ニセルモノニシテ同條ニ於テハ普通ノ現行犯ノ場合ヲ規定セリ乃チ現ニ行ヒ又ハ現ニ行ヒ終リタル際ニ發覺シタル罪ヲ現行犯ト云ヒ同法第五十七條ニ於テハ重罪輕罪ニ限リ左ノ場合ニ於テ準現行犯トシテ現行犯ト同様ナル手續ヲナスコトヲ認メタリ乃チ

第一 犯人トシテ一人又ハ數人ニ追呼セラル、トキ

第二 兇器贓物其他ノ物件ヲ携帯シ又ハ身體被服ニ顯著ナル犯罪ノ痕

跡アリテ犯人ト思料スヘキトキ

第三 家宅内ニ於テ犯シタル罪ヲ檢證スヘキ爲メ又ハ犯人ト思料スヘ

キ者ヲ逮捕スル爲メ戸主ヨリ官吏ニ其處分ヲ求メタルトキ

是ナリ此區別ニ依ルトキハ何レノ犯罪モ其發覺ノ模様ニ依リテ或ハ現行犯トナリ或ハ非現行犯トナリ得ヘシ

乍併我カ刑法ニ於テハ特別ノ現行犯ヲ認メ或ル行爲ハ其實行中ニ發覺スルニ非サレハ犯罪ヲ構成セサルモノトス乃チ實行中ノ發覺ヲ以テ犯罪構成ノ成立要件トスルモノナリ乃チ第二百六十一條ノ賭博罪是レナリ此種ノ現行犯ハ刑事訴訟法ニ所謂現行犯ト其旨趣ニ於テ全ク異ルモノナルコトヲ注意セサルヘカラス

第五款 附帶犯及ヒ非附帶犯

此區別ハ或ル犯罪カ他ノ犯罪ニ關聯スルト否トニ依リテ觀察シタル犯罪ノ區別ニシテ刑事訴訟法第百八十五條ニ列記セルモノハ附帶犯ニ屬ス其訴訟手續ニ就テハ同法第百八十四條ニ於テ特別ノ規定ヲ設ケタリ曰ク

裁判所ニ於テハ訴ヲ受ケサル事件ニ付キ裁判ヲナスヘカラス但シ辯論ニ因リ發見シタル附帶ノ犯罪ニ付テハ此限ニ非ス
若シ附帶ノ犯罪ニ付キ豫審ヲ必要ナリトスルトキハ本案ノ辯論ヲ停止スルコトヲ得

第四節 犯罪ノ目的ニ關スル區別

犯罪ノ目的トナルヘキ事物ハ各犯罪ニ付テ相異ルト雖トモ大凡左ノ如ク大別スルコトヲ得ヘシ

第一款 公益ニ關スル罪及ヒ私益ニ關スル罪

凡ソ犯罪ハ社會ノ安寧秩序ヲ維持スル爲メ國家カ殊ニ處罰スルモノナルヲ以テ苟モ犯罪トシテ罰スルニハ公益ヲ目的トスルニ出テサルモノナキモ就中主トシテ公益ニ關スルモノアリ又主トシテ私益ヲ保護スルニ出テタルモノアリ於爰カ我刑法ハ羅馬法以來ノ區別ヲ襲用シテ重罪輕罪ヲ分チテ二種トシ第二編ニ於テ公益ニ關スル重罪輕罪ヲ規定シ第三編以下ニ

於テ私益ニ關スル重罪輕罪ヲ規定セリ
 乍併此區別シルヤ決シテ正確ナルモノト云フコト能ハス前述ノ如ク犯罪
 ハ總テ公益ニ關係セサルモノナク又直接間接ノ語辭ヲ借リテ之ヲ言ヒ顯
 サントスルモ明暗濛乎トシテ遂ニ明瞭ノ界線ヲ認ムルコト能ハス今之ヲ
 實例ニ徵センカ放火罪ノ如キハ刑法之ヲ私益ニ關スル犯罪中ニ列記スル
 ト雖トモ其目的カ主トシテ私益ヲ保護スルニ出テタリトセハ何故ニ自己
 ノ家屋ヲ燒火スルモノヲモ罰スルヤ自己ノ所有物ヲ處分スルヲ得ルハ是
 レ所有權ノ原則ニシテ之ヲ破棄スルモノ之ヲ燒火スルモ國家ノ干涉ヲ要セ
 サル所ニ非スヤ而カモ猶ホ之ヲ罰スルハ此レ放火罪ハ一面財產ヲ保護ス
 ルト同時ニ一面ニ於テハ公共ノ安寧秩序ヲ保護スルニ在ルヲ以テナリ爰
 ニ至ツテ公益私益何レカ主何レカ從タルヤ益々判明スルコト能ハサルナ
 リ又彼ノ家宅侵入罪ノ如キハ公益ニ關スル規定中ニ規定スト雖トモ今若
 シ其目的ヲ以テ專ラ公益ヲ保護スルニ在リトセハ其主宰者ノ承諾ノ有無
 ニ關セス常ニ犯罪成立セサルヘカラス然ルニ主宰者ノ承諾ヲ得テ家宅ニ

入りタル場合ニ於テハ家宅ニ侵入シタルモノニアラサルコトハ何人モ疑
 ナキ所ナリ然テハ本條ヲ設ケタル旨趣モ亦一面ニ公共ノ安寧秩序ヲ保護
 スルト同時ニ一面ニ於テハ私益ヲ保護スルモノト言ハサル可カラズ如此
 公益私益何レカ主ニシテ何レカ從タルヘキヤハ到底判明スルコトヲ得サ
 ルナシ
 要之本款ノ區別ハ現行刑法ニ於テ認ムルト雖トモ到底改正ヲ免レサルヘ
 シ近時歐洲諸國ノ刑法ハ羅馬法ニ於ケル陳腐ノ區別ヲ廢シ主トシテ法律
 カ保護スル目的ニ依リテ細別シ可成其目的ノ實質ヲ標準トシテ之ヲ區別
 スルコトハセリ

第二款 政治犯及ヒ常事犯

政治犯トハ政治上ノ改革ヲ目的トスル所ノ罪ニシテ常事犯トハ其目的毫
 モ政治ニ關セサルモノヲ云フ我刑法第二編第二章ニ於テ特ニ國事ニ關ス
 ル罪ヲ規定シタルモ此以外ノ罪ニ付テハ其政治犯ナリヤ常事犯ナリヤヲ
 示サズ故ニ第二編第二章ニ規定シタルモノヲ除キテハ皆常事犯ニ屬シ第

二編第二章中ニ規定シタルモノハ總テ國事犯即チ政治犯ト言ハサルヘカ
 ラサルカ如シ乍併此規定ノ方法ハ大ニ其當ヲ失シタルモノト言ハサルヘ
 カラス何トナレハ一面ニ於テハ第二編第二章中外患ニ關スル罪ノ如キ純
 然タル國事犯ニアラサルモ、チ揭ケタルカ如キモ是ナリ例ヘハ外國ニ
 與ミシテ我國ニ抗敵シタルモノ、如キハ其目的財貨ヲ得ントスルニ出テ
 タルトキハ何故ニ國事犯ト云フコトヲ得ルヤ又私ニ外國ト戰端ヲ開キタ
 ル者ハ直接ニ我政府ニ對シ戰端ヲ開キタルモノニアラサレハ亦以テ國事
 犯ト稱スルコトヲ得サルモノトス反之第二編第二章以外ニ於テモ苟モ政
 治上ノ改革ヲ目的トスルモノ乃チ國體若クハ政體ヲ變更シ政府ヲ顛覆シ
 施政ノ方針ヲ改メ其他憲法ヲ變更セントスル目的ニ出テタル所爲ハ皆此
 種ニ屬スルモノトス而シテ此等ノ改革タル或ハ腕力ヲ用ヰテ之ヲ強制ス
 ルコトアルヘク言論又ハ文書ヲ以テ其目的ヲ達セントスル場合モアルヘ
 シ而シテ其腕力ヲ用ヰルモノカ政治犯タル以上ハ言論文書ニ依ルモノモ
 亦政治犯ナリト言ハサルヘカラス何トナレハ其目的ヲ達スヘキ手段方法

ニ於テ異ル處アルモ其政治上ノ改革ヲ目的トスル事ハ彼我同一ナレハナ
 リ從テ前述ノ目的ヲ以テ書畫又ハ演說ヲ以テ政府ヲ抗擊スルハ常事犯ト
 云フコトヲ得ス然ルニ現行刑法ハ之等ノ場合ヲ以テ國事犯トセスシテ常
 事犯ノ刑ヲ科セリ是又失當ナリト言ハサルヘカラス要之現行刑法ハ一面
 ニ於テ法理上國事犯ニアラサルモノチ國事犯ト認メ又一面ニ於テハ法理
 上國事犯ニ屬スルニモ拘ラス國事犯ト認メサルヤノ觀アルハ實ニ改正ヲ
 必要ト爲ス所以ナリトス

政治犯ト常事犯トノ區別ノ利益左ノ如シ

一 刑法ニ於テハ政治犯常事犯ニ付テハ死刑ヲ除キ重罪ノ主刑ヲ異ニセ
 リ(第六十七條第六十八條)乃常事犯ノ重罪ノ主刑ハ死刑無期徒刑有期徒
 刑重懲役輕懲役ニシテ何レモ定役ニ服セシメ國事犯ノ主刑ハ死刑ノ外
 無期有期流刑重輕禁獄ニシテ定役ニ服セシメサルモノトス又國事犯ノ
 輕罪ヲ犯シタル場合ハ必ス監視ニ附セラレ(第三百三十五條)常事犯ノ輕罪
 ハ罪質ニ依リ監視ニ附セラル、場合ト附セラレサル場合トアリ如此兩

者ノ刑罰ヲ異ニシタル理由ハ國事犯ハ強竊盜殺人罪ノ如キ破廉耻罪ニアラサルト同時ニ犯罪後ノ監督ヲ嚴重ニシテ危害再發ノ豫防ヲ務ムルノ必要アルヲ以テナリ

二、裁判所構成法ニ於テ國事犯ハ大審院ノ特別權限ニ屬ス其他訴訟手續上常事犯ト異ル所アリ

三、犯人引渡ニ關シ國事犯人ハ一般ニ之ヲ本國ニ引渡サ、ルモノトセリ（明治十九年十月六日日米犯人引渡條約是レ政治犯ハ其犯シタル國ニ於テハ道德ニ反シ社會ヲ害スルト雖トモ外國ヨリ之ヲ見レハ之ヲ罰スルノ必要ナキヲ以テナリ

第五節 犯罪ノ限域ニ關スル區別

一般ニ法律ニハ普通法特別法ノ區別アルカ如ク刑罰ヲ制裁トスル法ニモ亦普通法特別法ノ區別アリ普通刑罰法トハ原則トシテ國民一般ニ對シ遵守ノ義務ヲ負ハシメ且一般ノ事項ヲ規定スルモノニシテ特別刑罰法トハ其適用一般ノ人民ニ及ハスシテ特種ノ身分職業ヲ有スル者ニ對シ又ハ特別ノ事項ニ關シテ適用セラル、モノトス本法ハ乃チ普通刑罰法ニシテ之ニ違犯スル行爲ヲ普通犯ト云フ陸軍刑法海軍刑法其他種々ノ單行法ノ如キハ皆特別法ニシテ關之スル所爲ヲ特別犯ト云フ

茲ニ一ノ注意スヘキ點ハ陸海軍刑法ハ軍人軍屬ニ對シテノミ適用スルモノト誤解セザルヲ要ス其法條中ニハ之ヲ犯スモノ常人タルト軍人タルトヲ問ハス等シク之ヲ適用シテ處罰スヘキモノアリ是レ軍事ニ關スル特別規定ナルヲ以テ其犯人ノ身分如何ヲ問ハサルモノトス（陸軍刑法第十二條第三號海軍刑法第三條第四條參照）又軍人ノ犯罪ト雖トモ軍律ニ之ヲ罰スルノ明文ナクシテ普通刑法ニ之ヲ罰スル明文アルニ於テハ假令ヒ其身分ハ軍人ナルモ常人ト等シク普通刑法ニ依テ處罰ス可キモノトス是レ軍人ハ全ク普通刑法ノ外ニ立ツモノニアラスシテ常人ト等シク之カ支配ヲ受クルモ軍律ニ於テ特別ノ規定アル場合ニ限り之ニ依リテ處罰セラルヘキモノナルヲ以テナリ而シテ普通刑法ト特別刑法ノ規定ノ兩法ニ違反シタル行爲ハ普通犯ナリヤ又ハ特別犯ナリヤト云フニ特別法ハ普通法ニ優ルト

ノ原則ニ從ヒ此場合ニハ特別犯トシテ特別法ノ處斷ニ任スヘキモノトス
例ヘハ徵兵忌避ノ所爲ノ如キ刑法第七百八十七條並ニ特別法乃チ徵兵令
第三十一條ニ觸ル、者ハ特別犯トシテ徵兵令ニ依リテ處斷セサルヘカラ
ス然ラサレハ擬律錯誤ノ判決トシテ破毀セラルヘキモノトス

第六節

訴追條件トシテ告訴アルコトヲ

必要トスルト否トニ基ク區別

凡ソ犯罪アルトキハ檢事ハ直チニ公訴ヲ提起スルコトヲ得ルヲ以テ原則
トスト雖トモ例外トシテ特種ノ犯罪ニ限リ被害者又ハ其親族ノ告訴アル
トキニ限リ公訴ヲ提起シ得ルモノアリ之ヲ名ケテ親告罪ト稱ス刑法ニ規
定スル親告罪ハ猥褻姦淫ノ罪第三百四十六條乃至第三百四十九條有夫姦
ノ罪第三百五十三條幼年者ヲ畧取誘拐スルノ罪第三百四十一條以下誹毀
ノ罪第三百五十八條以下罵詈ノ罪第四百二十六條第十二號脅迫ノ罪第三
百二十六條以下牛馬外ノ家畜ヲ殺スノ罪第四百二十三條是レナリ其他特
別法ニ於テ此種ノ犯罪ヲ認ムルモノ少ナカラス

夫レ公訴ハ犯罪ヲ證明シ刑罰ヲ適用スルヲ目的トスルモノニシテ苟モ犯
罪アル以上ハ公益ヲ代表スル檢事ニ於テ直チニ公訴ヲ提起シ刑ノ適用ヲ
請求スヘキニモ拘ラス何故ニ法律ニ斯ノ如ク告訴ヲ待テ始メテ公訴ヲ
提起シ得ルカ如キ特別ノ犯罪ヲ認メタルヤ其理由ハ大略左ク如シ

- 一、猥褻姦淫ノ罪有夫姦ノ罪幼年者ヲ略取誘拐スル罪ノ如キハ之レカ公訴
ヲ提起シ其犯罪ヲ證明スルトキハ其被害ノ模様ヲ明ニシ種々ノ秘密ヲ
暴露シ却テ被害者又ハ親族ノ名譽ヲ毀損シ甚キニ至リテハ被害者若
シクハ親族ヲシテ終生ノ利益幸福ヲ失ハシムルヲ以テナリ又斯ノ如キ
ハ犯罪ニ依リテ損害ヲ受ケタルモノニ更ニ一層ノ損害ヲ重スルモノニ
シテ到底公訴ノ目的ヲ達セサルヲ以テナリトス
- 二、誹毀ノ罪罵詈ノ罪及ヒ脅迫罪ノ如キハ被害者ノ感情如何ヲ知ラサレ
ハ其成立ヲ認ムルコト困難ナルノミナラス之ニ第一ノ理由加ハリテ犯
罪ヲ證明スレハ被害者ノ損害大ナルヲ以テナリ
- 三、牛馬外ノ家畜ヲ殺スノ罪ノ如キハ其目的ハ財産權以外ノ關係ヲ主ト

刑法總論

本論 犯罪ノ種類 訴追條件トシテ告訴アルコトヲ
必要トスルト否トニ基ク區別

シテ保護スルモノニシテ其所有主ト家畜ノ關係ハ各場合ニ於テ異リ所
有者ニ於テ之ヲ愛スル程度ニ異同アリテ時トシテハ其家畜ノ傷害ヲ意
ニ介セサルコトモアルヘク或ハ非常ニ悲ムコトアル可シ其他此種ノ犯
罪ハ其犯人ヲ處罰スルノ結果近隣相敵視シテ平和ヲ破リ被害者ヲシテ
一層損害ヲ大ナラシムルニ在ルヲ以テナリ

以上説明シタルカ如ク親告罪ノ理由ハ主トシテ一私人ノ利益ニ關シテ設
ケラレタルヲ以テ一私人カ其利益ヲ拋棄シ進ンテ之カ告訴ヲ爲シ公訴ノ
提起ヲ望ムニ當リ國家カ始メテ公訴權ヲ行使スルニ至ル要之親告罪ト告
訴ノ關係ハ單ニ訴追ノ條件タルニ止マリ犯罪ノ構成條件ニアラサルコト
ヲ注意セサルヘカラス然ルニ一部ノ論者カ前掲各條文ニ於テ被害者ノ告
訴ヲ待テ其罪ヲ論スト云フ文字ニ抗泥シテ告訴ヲ以テ犯罪ノ構成條件ト
ナスハ失當ナリト言ハサルヘカラス

第二部 犯罪ノ責任加減ノ情狀 第一章 犯罪ノ責任加重ノ情狀

犯罪ノ上ニ影響ヲ及ホス可キ加重ノ情狀ハ必ス刑罰ノ上ニモ其影響ヲ及
ホシテ其刑ヲ加重スルモノナリトス而シテ一ノ犯罪アルトキハ必ス犯罪
ノ主體(犯人)犯罪ノ客體乃チ被害者特定ノモノ或ハ不特定ノモノ乃チ直接
ニ社會全般カ被害者タルモノ)及ヒ犯罪ノ所爲(犯人心裡ノ現象及外部ニ現
ハレタル身體ノ發動及ヒ其發動ヨリ生シタル法律上ノ結果ヲ包含ス)ノ三
要件アルカ如ク犯罪加重ノ情狀ニモ亦此三要件ニ附着スルコトヲ得ヘシ
乃チ左ノ如シ

第一、犯人ニ附着スル加重ノ情狀トハ例ヘハ犯人ノ職業或ハ犯人ト被害
者トノ身分上ノ關係或ハ犯人ニ前科ノアルコト等ニ依リ刑ヲ加重スル
場合乃チ醫者老婆又ハ藥劑師カ隨胎罪ヲ犯シタル場合(第三百三十二條)
祖父母父母ニ對スル罪(第三百六十二三條)再犯(第九十二條以下)ノ如キ乃
チ是ナリ

第二、犯罪ノ客體ニ附着スル加重ノ情狀トハ被害者ノ年齢ニ依リ其刑ヲ
加重スルカ如キ場合ヲ云フ乃チ幼者ヲ略取誘拐スル罪(第三百四十一條)

乃至第三百四十三條ノ如キ是レナリ

第三、犯罪ノ所爲ニ附着スル加重ノ情狀トハ更ニ之ヲ以下ノ如ク分析スルコトヲ得ヘシ

(イ) 犯人ノ心情ニ於ケル加重ノ情狀 例ハ豫メ謀テ人ヲ殺傷シタル

者ハ普通ノ殺傷ニ等チ加重スルカ如キ是レナリ(第三百二條)

(ロ) 犯人ノ身體ノ發動ニ附着スル加重ノ情狀 例ハ人ノ住所ニ侵入

シ若クハ皇居ノ禁園等ニ侵入スル罪ノ如キ其犯罪行為ノ時日場所ニ

依リテ刑罰ヲ重フスルモノ或ハ門戸墻壁ヲ踰越損壞スルカ如キ其犯

罪行為ノ手段方法ニ依リ刑罰ヲ加重スルモノ、如キ是ナリ(第七十

一條乃至第七十三條)

(ハ) 犯人ノ身體ノ發動ノ結果ニ附着スル加重ノ情狀 例ハ偽證誣告

ノ如キ是ナリ(第二百二十一條以下第三百五十七條)

以上加重ノ情狀中犯人ニ關スル加重ノ情狀及ヒ犯人ノ心情ニ關スル加重ノ情狀ヲ合シテ犯人ノ身分ニ基キ加重ノ情狀ト稱ス其他ノモノモ犯人ノ

身分ニ基カサル加重ノ情狀ト稱ス此區別ハ其犯ト場合ニ其必要ヲ見ルモ

ノナリ(第六條第十條參照)

加重ノ情狀ト犯罪ノ構成條件トヲ混同スヘカラス犯罪ノ構成條件トハ其

一チ欠クトキハ其犯罪ハ成立シ得サルモノニシテ犯罪加重ノ情狀トハ其

有無ニ拘テス犯罪ハ常ニ成立シ得ルモノナリ故ニ實際問題ニ當リ之カ區

別ヲ判斷スルニ當リテハ先ツ各本條ノ規定ヲ分析シテ其犯罪ノ構成條件

ヲ明ニスルコトヲ要ス例ハ竊盜罪ノ如キ其犯罪ノ構成條件ハ第三百六

十六條ニ於テ明記スルカ如ク他人ノ所有物ヲ竊取スルニ在リ乃チ

第一、犯罪ノ目的物ハ他人ノ所有物ナルコト

第二、竊取ノ所爲アルコト

第三、他人ノ所有物ヲ竊盜スルノ意思アルコト

之レナリ若シ竊盜ニ於テ此三條件中其一チ欠クトキハ乃チ竊盜罪ハ成立スルコト能ハサルモノトス苟モ此三條件ヲ具備スル以上ハ竊盜罪ハ完成スルモノニシテ假令ヒ其所爲カ震火水災ノ場合ニ乘シ犯サレタルト或ハ

門戶墻壁ヲ除越損壞シテ犯サレタルト否トヲ問ハス其罪質ヲ變更スルモノニアラサルナリ故ニ假令ヒ刑法第三百六十七條第三百六十八條ニ於テ殊ニ之等ノ場合ニ關シ前刑ニ何等ヲ加フト言ハスシテ刑期ヲ規定スルモ此等各條ヲ以テ竊盜罪ニ對スル特別ノ犯罪ヲ規定シタルモハトナスコトヲ得ス

犯罪加重ノ情狀ハ之ヲ一般ノ加重及ヒ特別ノ加重トニ區別スルコトヲ得ヘシ

(イ) 一般ノ加重トハ總テ犯罪ニ共通シテ適用スルコトヲ得ヘキモノニシテ總則中ニ之レカ規定ヲナスモノ一アルノミ乃チ再犯ノ加重是ナリ

(ロ) 特別ノ加重トハ一般ノ犯罪ニ共通セスシテ特ニ或ル種ノ犯罪ニノミ適用シ得ヘキモノヲ云フ此種ノ加重ハ第二編以下ニ於テ之ヲ規定セリ以上ノ區別中特別加重ニ屬スヘキ各場合ニ付テハ第二編以下ノ各條ニ依リテ説明セサルヘカラサルヲ以テ茲ニ之ヲ略シテ説明セス本章ニ於テハ實ニ總則ニ規定スル所ノ一般ノ加重乃チ再犯加重ニ付テノミ之ヲ説明ス

第一節 再犯ノ要件及其處分

再犯トハ刑ノ執行ヲ受クヘキ有罪ノ確定判決ヲ受ケタルモノカ更ニ他ノ罪ヲ犯シタル狀態ヲ云フモノニシテ其人ヲ再犯ノ人ト云フ(又ハ再犯ノ身分アルモノトモ云フ)今此定義ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一 刑ヲ受クヘキ有罪ノ確定判決ヲ受ケタルコト

第二 更ニ他ノ罪ヲ犯シタルコト

以上ノ二要件ヲ具備スルトキハ再犯ヲ構成スルモノトス以下之ヲ説明セ

第一 刑ヲ受クヘキ有罪ノ確定判決ヲ受ケタルコトヲ要スルカ故ニ左ノ結果ヲ生ス

(イ) 確定判決ヲ受ケタルコトヲ要スルカ故ニ對席判決ニ對スル控訴上告又ハ欠席判決ニ對スル故障期間中又ハ是等ノ申立アリタル場合ノ如キ其判決ノ確定セサル場合ニ於テハ再犯ノ人タルコトヲ得ス(第九十

一條乃至第九十四條

(ロ)有罪ノ確定判決ヲ受タルコトヲ要スルカ故ニ彼ノ幼者カ罪ヲ犯シテ懲治處分ニ付セラレシ場合ノ如キ(第七十九條乃至第八十條)或ハ假令有罪ノ判決ヲ受ケタルモ後ニ大赦(第九十七條)再審(刑訴六編)又ハ非常上告(刑訴二九二以下)等ニ依テ前判決ノ無効トナリシ場合ニ於テハ其犯罪ハ再犯ノ基礎ト爲ルモノニアラス

(ハ)刑ノ執行ヲ受クヘキ有罪ノ判決タルヲ要スルカ故ニ彼ノ假令有罪ノ場合ニ於テモ自首ニ依リ本刑ヲ全免セラレシトキノ如キハ再犯ノ基礎トナルコトヲ得ス(第二百二十六條第三百五十六條參照)

(ニ)以上ノ條件ヲ具フル場合ニ於テハ常ニ再犯ノ基礎ト爲リ得ヘキモノナルカ法律ハ尙此外ニ特別ノ條件ヲ要スルコト、セリ即第九十六條是レナリ同條ニ依レハ假令有罪ノ確定判決ヲ受ケタルモ其判決カ陸海軍裁判所ニ於テ軍律ニ依リ所斷セラレシ場合ニ於テハ再犯ヲ以テ論セサルモノトス而シテ陸海軍裁判所ニテ裁判ヲ受クル者ハ軍人軍

屬ニ限リ其裁判所ニ於テハ軍律常律共ニ之ヲ適用ス而シテ軍人軍屬カ軍律ニ依テ處斷セラレシ場合ニ限リ再犯ノ基礎トナラサルモノトス而シテ此條件ヲ除クノ外法律ハ國事犯又ハ常事犯等ニ依テ規定ヲ異ニセサルヲ以テ二者共ニ再犯ノ基礎ト爲スニ於テ妨ナシ

- 第二 更ニ他ノ罪ヲ犯シタルコトヲ要ス 此點ニ付テモ再犯(第二ノ犯罪)カ軍律ニ該ル場合ニ於テハ再犯ヲ以テ論セサルモノトス(陸刑四五海刑四二參照)而シテ再犯(第二ノ犯罪)カ常律ヲ以テ處斷シ得ヘキ犯罪ニテモ前後ノ犯罪ノ關係上現行刑法ハ後ノ犯罪カ前ノ犯罪ヨリモ輕キカ又ハ等シキ場合ニ限リ再犯ト爲ルモノトス即チ左ノ如シ
- 一、重罪ノ前科アル者ハ再犯重罪ニ該ル場合ニ限ル(第九十一條)
- 二、重罪又ハ輕罪ノ前科アルモノハ再犯輕罪ニ該ル場合ニ限ル(第九十二條)
- 三、違警罪ノ前科アル者ハ再犯違警罪ニ該ル場合ニシテ且前後ノ罪一年內ニ(前科)ノ確定判決ヨリ起算シテ同一違警罪管轄裁判所ノ管轄内

刑法總論 本論 犯罪ノ責任 加減ノ情狀 犯罪ノ責任加重ノ情狀 再犯加重ノ要件及其處分

ニテ犯サレタル場合ニ限ル(第九十三條)

以上ノ條件ヲ具フルトキハ再犯ヲ以テ論スルニ欠クル所ナク從テ前後ノ罪ノ種類性質如何ヲ問ハス即常事犯ナルト國事犯ナルト有意犯ナルト過失犯ナルト詐偽取財犯ナルト毆打罪ナルトヲ問ハス等シク再犯ヲ以テ論スルナリ

尙一ノ注意ヲ要スルハ本條件ニ於テ更ニ他罪ヲ犯シタルコトヲ要ストハ獨立シタル他罪ヲ犯スコトヲ要スルノ義ナリ故ニ假令常律ニ依リテ罰セラルヘキ他罪ヲ犯スモ第一ノ罪カ原因ト爲リテ發生セル犯罪例ヘハ囚徒逃走罪(第四百四十三條)又ハ監視ノ執行ヲ免ル、罪(第五百五十六條)等ノ如キハ何レモ前ノ罪ニ對シテ犯サレタル獨立ノ罪ト云フコトヲ得ス

以上我輩ハ再犯ニ付テ現行法上其要件ヲ説明センニ付以下之カ處分ニ付説明セシ

再犯ノ處分ニ付テハ現行刑法ハ加重主義ヲ採リ本刑ニ一第^等ヲ加フルコトトシ三犯以上モ亦再犯ノ場合ト同シク一等ヲ加フルニ止マレリ(第九十八

條)

初犯ノ刑再犯ノ刑ト共ニ執行時期ニアルトキハ其執行ノ順序如何之レニ付刑法ハ其第九十五條ニ規定セリ同條ノ規定ハ再犯ノ爲メ加重スル場合ト否トヲ問ハス總テ初犯ノ刑ト再犯(第二ノ犯罪)ノ刑ト共ニ執行時期ニアル場合ニ適用スヘキモノニシテ同規定ニ依レハ其刑何レモ自由刑ナルトキハ刑期ノ長短ニ拘ムラス先ツ定役^ルモノヲ執行シ定役ニ服セサル刑ヲ後ニ執行スヘキナリ若シ初犯再犯ノ刑共ニ定役アルトキ又ハ共ニ定役ニ服セサル刑ニ該ルトキハ先ツ其重キ刑即刑期ノ長キモノヲ先ニ執行スヘキナリ法律カ此ノ如ク刑ノ長短ニ拘ハラス定役アルモノヲ先ニ執行スルモノト爲シタル理由ハ定役ハ犯人ニ特別ノ苦痛ヲ與フルモノナレハ先ツ之ヲ執行シテ犯人ヲシテ劈頭第一ニ最モ甚シク苦痛ニ感セシメノコトヲ欲シテナリ而シテ定役ノ長短相同ハキ場合ニ於テ先ツ重キ刑ヲ執行スルハ重キ刑ニハ公權剝奪又ハ禁治産等ノ附加刑アルカ故ニ犯人ヲシテ先是等ノ苦痛ヲ感セシメント欲シタルニ外ナラサルナリ

刑法總論

本論 犯罪ノ責任 加減ノ情狀 犯罪ノ責任加重ノ情狀 再犯加重ノ要件及其處分

而シテ死刑ト他ノ刑トノ關係ニ付キテハ現行法ニ於テハ何等ノ規定ヲ爲
サスト雖モ此場合ニ於テハ死刑ノミヲ執行スヘキコト當然ナレハナリ
罰金科料ニ付テハ何レヲ先ニスヘキヤ是亦何等ノ規定ナキモ此場合ニ於
テハ何レヲ先ニスルモ其結果同一ナルノミナラス其執行時期ノ到着ト共
ニ直ニ之ヲ執行シ二ツノ刑ノ執行ハ互ニ衝突スルコトナシ但シ換刑處分
ヲ爲ストキニ於テハ前段ニ説述セル順序ニ依ルヘキモノトス

○第二節 再犯加重ノ理由及現行制度ノ可否

本節ニ於テハ現行法ヲ離レ立法論トシテ再犯ノ性質ヲ論シ併テ現行刑法
ノ改正ヲ促サント欲ス

再犯ノ處分ニ付何故ニ再犯者ニ特別處分ヲナス必要アリヤト云フニ犯人
已ニ一罪ニ付テ刑ヲ執行ヲ受クヘキ有罪ノ確定判決ヲ受ケタルニモ拘ハ
ラス尙改悛セス再ヒ罪ヲ犯スモノナレハ其ノ惡意ハ第一ノ犯罪ノトキニ
比シテ増長シタルカ又ハサキニ科セラレシ刑ハ未タ以テ犯人ヲ懲戒スル
ニ不充分ナリシモノト云ハサル可ラス且罪ヲ犯スニ慣ル、コトハ社會ノ

危險之ヨリ大ナルナシ此ノ如ク悖徳加害ノ程度大ナルモノニ向テ通常ノ
刑ヲ以テ之ヲ處斷スルハ不充分ナリ須ラシ之等ノ者ニ向テハ特別處分ヲ
ナスヘキモノナリ之レ再犯加重ノ理由ナリトス此ノ如ク再犯者ニ特別處
分ヲナスハ其悖徳加害ノ程度大ナルヲ以テ初犯ノ場合ニ於ケルヨリ重ク
之ヲ處罰スルモノナリ即後ノ犯罪主體ニ特別處分ヲ必要トスルノ情狀存
在スルモノニシテ決シテ一部ノ論者ノ批難スルカ如ク再犯ハ前發ノ犯罪
ノ一部ヲ假リ來テ更ニ之ヲ罰スルカ如キ一事不再理ノ原則ヲ破ルモノニ
アラサルナリ此ノ如ク再犯ハ後發ノ犯罪主體ニ加重ノ情狀存スルモノナ
レハ立法者タルモノハ再犯ノ規定ヲ設クルニ當テハ其加重ノ情狀ノ實際
存在シ得ヘキ場合ト否ラサル場合トヲ區別シ前段ノ場合ニ於テノミ加重
ノ處分ヲ採ラサル可ラサルナリ
再犯ニ對スル特別處分ニ付テハ如何ナル方法ヲ以テ如何ナル條件ノ下ニ
之ヲ行フヘキヤニ付テハ學說立法例一致セス或ハ其處分ニ付キ單ニ刑罰
ヲ加重スヘシト主張スル者アリ或ハ再犯者ハ其レ自身特別ノ性質ヲ具フ

刑法總論

本論 犯罪ノ責任加減ノ情狀 犯罪ノ責任加重ノ情狀
再犯加重ノ理由及現行制度ノ可否

ルコトヲ表白スルモノナレハ之ニ對シテハ通常ノ刑罰ニ依ラスシテ之ヲ
 國外ニ驅逐スルカ又ハ不定ノ期間監獄ニ拘留スヘシト論スル者アルモ後
 說ハ稍奇拔ニ失シ穩當ナクカ如シ故ニ現行刑法ニ於テハ前說即加重ノ
 處分ニ止メタルハ至當ナリト云フ可キナリ又其加重ノ處分ニ付テモ其犯
 罪ヲ重ル毎ニ刑ヲ加重スヘキモノト主張スル者アルモ之レ亦酷ニ失スル
 モノト云ハサル可ラス故ニ現行刑法ハ三犯以上ト雖モ再犯ノ例ニ依リ僅
 ニ本刑ニ一等ヲ加フルニ止メタリ

次ニ再犯ノ特別處分ヲ執ルニ付テノ條件如何此點ニ付テハ再犯加重ノ方
 法ニ二アリ曰ク一般ノ再犯加重及特別ノ再犯加重之レナリ一般ノ再犯加
 重トハ犯罪ノ性質前後相異ルニ係ラス苟モ法律ニ違反スルコト再度ニ及
 フ者ハ總テ其刑ヲ加重スルノ方法ニシテ特別加重トハ或ハ犯罪ノ性質ヲ
 限リ同一若クハ同種ノ犯罪ヲ重ネタルニ非レハ其刑ヲ加重セサルノ類ナ
 リ而シテ二者ノ優劣果シテ如何蓋シ再犯加重ノ理由ハ犯人犯罪ニ慣レ社
 會ノ危害大ナリト云フニ在リ然ルニ前ニ國事ニ關シ憤慨措ク能ハサルモ

ノアリテ内亂ノ陰謀ヲ企テ處罰セラレタルモノカ後ニ他人ノ行爲ヲ怒テ
 之ヲ毆打シタルカ如キ又前ニ過失ニ依テ人ヲ殺傷シタル者カ後ニ私慾ニ
 驅ラレテ他人ノ財物ヲ竊取シタルカ如キ其前後ノ犯罪ハ何等ノ相關連スル
 所ナク從テ犯人ニ於テ罪ヲ犯スニ慣ル、コトナク社會ニ對スル危險モ亦
 大ナリト云フ可ラス之ニ反シテ内亂ノ陰謀ニ付テ刑セラレ尙改悛セス更
 ニ重テ内亂ノ陰謀ヲ企テタルカ如キ或ハ竊盜ノ爲メニ刑罰ノ苦痛ヲ受ケ
 ナカラ尙其非ヲ悔ヒスシテ更ニ強竊盜ヲ犯シタルカ如キ者コソ實ニ罪ニ
 慣ル、モノト云フ可ク從テ社會ニ對スル危險モ亦大ナリト云フ可キナリ
 故ニ一般加重ノ說ハ再犯加重ノ趣旨ニ適合セサルモノニシテ特別加重ノ
 方法コソ實ニ再犯加重ノ趣旨ニ適合セルモノト云フヘシ而シテ我舊律ハ
 特別加重ノ方法ヲ取リシモ現行法ニ於テ之ヲ改メ一般加重主義ヲ採用シ
 タルハ不當ナリ近世伊太利等ノ新刑法ニ於テハ後ノ主義ヲ採用スルニ至
 レリ而シテ等シク特別加重主義ヲ採ルモノ、中ニ於テモ加重ノ適用アル
 人キ犯罪ヲ豫メ法律ニ於テ限定スルモノト否ラサルモノトアリ蓋シ前者

刑法總論

本論 犯罪ノ責任加減ノ情狀 犯罪ノ責任加重ノ情狀
 再犯加重ノ理由及現行制度ノ可否

ノ理由トナルトコロハ同一性質ノ罪ヲ犯スコト再度ニ及フト雖モ必シモ其刑ヲ加重スルノ必要ナシ被ノ盜罪詐僞取財罪ノ如キ利慾心ニ出ルモノハ慣レ容クシテ懲シ難ク其犯人ノ多クハ之ヲ以テ其營業ノ如クナスモノナレハ其再犯以上ニ及フモノハ充分之ヲ加重スルノ價值アルヘキモ一時ノ感情ニ基ク犯罪ニ付テハ其前後ノ罪質同一ナルモ未タ以テ刑ヲ加重スルノ理由トナスニ足ラス例ヘハ前ニ鬪争シテ甲者ヲ毆打シ後ニ父ノ仇敵ナル乙者ヲ傷創シタルカ如キ毆打ノ所爲ハ同一ナルモ其原因ハ相異ナレリ之ヲ以テ罪ヲ犯スニ慣レタルモノト云フコトヲ得スト云フニアリ然レトモ之等ハ敢テ一概ニ斷定シ得ヘキモノニアラサルヲ以テ各場合ニ於テ裁判官ニ犯人罪ヲ犯カスニ慣ルノ事實アリヤ否ヤ及ヒ其刑罰加重必要有無ノ判定權ヲ與フルヲ以テ可トスヘキナリ

次ニ再犯ノ特別處分ヲ爲スニ付キ第一ノ犯罪ト第二ノ犯罪トノ間ヲ隔ツル時間ノ長短ハ之ヲ問フヘキモノニアラサルカ此點ニ付テハ我現行法ハ違警罪ニ付テノミ之カ時間ヲ限定シ重輕罪ニ就テハ時間ニ限定ヲ付セザ

ルナリ然レトモ現今一般ノ學說ハ第一ノ犯罪ニテ刑セラレタル後或長キ時間犯罪人カ再ヒ罪ヲ犯サ、ルトキハ第一ノ刑罰ハ客觀的ニ充分ナル效果ヲ奏シタルモノト見得ヘキト同時ニ主觀的犯人ニ於テ其刑罰ニ懲リタルノ状態ヲ示スモノナルヲ以テ例ヘハ第一ノ犯罪ヲ爲シタル後其犯罪ノ時効(公訴ノ時効)期間ヲ經過スルトキハ其以後ニ於ケル第二ノ犯罪ハ再犯ヲ以テ論スヘキモノニアラスト云フニ在リ之レ蓋シ正當ノ理由ト云フヘキモノニシテ現行刑法ニ於テ重輕罪ニ就テ初犯ト再犯トノ間ニ於テ時間ヲ制限セザリシハ欠點ナリト云ハサル可ラス又其時間ノ起算點ニ付テモ或ハ有罪ノ判決確定シタルコトヲ犯人ニ於テ知リタルトキヨリ起算スヘシト云ヒ或ハ其刑ノ執行ヲ了ルカ又ハ執行免除ヲ得タルトキヨリ起算スヘシト云フモノアルモ之ヲ再犯加重ノ理由ニ照ストキハ其執行終了ノ時ヨリ起算スルヲ適當ナリト信ス何トナレハ裁判確定スルモ未タ其執行ヲ受ケス若クハ其幾分ヲ受ケタルニ止ルモノカ再ヒ罪ヲ犯ストモ未タ以テ前ノ刑罰ニ依リ改悛ノ狀ヲ顯ハサス惡意増長シ悖德加害ノ程度初犯ノ場

刑法總論

本論 犯罪ノ責任加重ノ情狀 犯罪ノ責任加重ノ情狀 再犯加重ノ理由及現行制度ノ可否

合ヨリ更ニ大ナリト責ムルコトヲ得サレハナリ
次ニ犯罪ノ場所ハ之ヲ制限スルノ必要ナキヤ否ヤ我刑法ハ違警罪ニ限り
之ヲ認メタリ其理由ニ曰ク

第一、違警罪ハ輕微ナル犯罪ナレハ敢テ其前科ノ有無ヲ審査シ再犯トシ
テ特別處分ヲ爲スコトヲ要セス唯同一裁判所ニ於テ審理スル場合ニ於テ
ハ管テ初犯ノ刑ヲ受ケタルコトヲ知ルニ容易ナルヲ以テ此場合ニ限り加
重セント欲シタルナリト云フニ在リ然レトモ前科ノ有無ヲ知ルノ難易ハ
事實舉證上ノ問題ニシテ立法ノ根據トナルヘキモノニアラサルヲ以テ同
ス犯罪ノ地ノ裁判所ハ又必スシモ裁判ヲ爲スモノニアラサルヲ以テ同一
裁判所ノ管轄内ニ於ケル再犯ニ限り其前科ノ有無ヲ審査スルニ容易ナリ
ト斷定ス可ラス

第二、違警罪ハ地方的ノモノ多ク各地方其規定ヲ異ニスト云フニ在リ然
レトモ現行ノ刑法中ニ規定セル違警罪ハ各地方普通ニ行ハルヘキモノナ
レハ此種ノ違警罪ニ限テハ第二ノ理由ハ到底採用ス可ラカス

之ヲ要スルニ現行法ニ於テ再犯ニ對シテ犯罪ノ場所ヲ制限シタルハ不當
ナリト云ハサル可ラス

次ニ現行刑法ハ一般加重主義ヲ採用セルニ拘ハラヌ第九十一條乃至九十
三條ニ於テ一ノ制限ヲ設ケ再犯ハ第二ノ罪カ第一ノ罪ヨリ輕キカ又ハ等
シキ場合ニ限り再犯加重ヲ行フコト、セリ其理由ニ曰ク元來違警罪ナル
モノハ警察規則ニ違反スルカ故ニ之ヲ罪トシ罰シタルニ止リ其犯意ノ有
無ハ之ヲ問ハサルモノナリ左レハ前ニ違警罪ヲ犯シタル者再重輕罪ヲ犯
スモ惡意増長シタリト云フコトヲ得ス其前ニ重輕罪ヲ犯シタル者カ再ヒ
違警罪ヲ犯スモ亦同シ故ヲ以テ之ヲ加重ノ例外ニ置ケリ又前ニ輕罪ヲ犯
シタル者カ再犯重罪ニ該ルカ畢竟前ノ刑輕キカ故ニ懲戒ノ效ヲ奏セス再
罪ヲ犯スニ至リタルモノナリ而シテ重罪ノ刑ハ元ヨリ輕罪ノ刑ヨリ重ク
其重キ刑ヲ以テ再犯ヲ罰スルトキハ必スヤ充分懲戒ノ效ヲ奏セン故ニ更
ニ一層刑ヲ加重スルノ必要ナシ從テ此場合モ亦再犯加重ノ例外ニ置キタ
ルナリト云フニ在リ立法ノ趣旨果シテ然リトセハ此規定タルヤ一般加重

刑法總論

本論 犯罪ノ責任加減ノ情狀 犯罪責任加重ノ情狀
再犯加重ノ理由及現行制度ノ可否

ノ精神ニ伴フモノニアラサルナリ何者先ツ重罪輕罪ニ付テ之ヲ見ノニ前ニ竊盜ヲ犯シテ刑セラレタルニモ拘ハラヌ再ヒ強盜罪ヲ犯ス(重罪)モノアルニ該リ是ヲ以テ未タ罪ニ慣レヌ又惡意增長セスト云フコトヲ得ヘキカ之ニ反シテ強盜ノ刑ヲ受ケタル者再ヒ竊盜ヲ犯シタルトキハ其刑ヲ加重ス以上前後ノ設例ノ間ニ於テ犯人ノ罪ニ慣レ惡意增長セルノ程度異ル所若干カアル我輩ハ其間毫末ノ差異アルコトヲ認メサルナリ而シテ前者ニ對シテ加重ノ理由トナラス後者ニ對シテハ加重ノ理由トナル不權衡モ亦甚シカラヌヤ若シ辯スルモノアリテ強盜ノ刑重キカ故ニ再犯ナルモ加重スルノ必要ナシト云ハ、同シク重罪又ハ輕罪中ニ於テモ之レカ區別ヲナスコトヲ相當トスヘキナリ例ヘハ初犯輕懲役ニ當テ再犯有期徒刑ニ當ルカ如キ又ハ初犯僅少ノ罰金ニ當リ再犯至重ノ禁錮ニ該ルトキノ如キ再犯ノ刑初犯ノ刑ニ比シテ重キ場合ニ於テハ宜シク加重セスシテ可ナルニアラスヤ然ルニ現行法ハ之等ノ場合ニモ尙加重ノ原則ヲ適用スルニ拘ハラヌ輕罪ノ刑ト重罪ノ刑トノ關係ニ於テノミ之レカ例外ノ如キ規定ヲ設ク

ルハ到底論理ヲ貫徹セサルナリ然レトモ違警罪ニ付テハ同罪ハ主トシテ不注意ヲ罰シ其性質ニ於テ重罪輕罪ト異ルモノアルカ故ニ違警罪ニ限りテハ現行法ノ認ムル再犯加重ノ規定ハ正當ナリト云フヲ得ヘキナリ要之現行刑法ハ一般加重主義ヲ採用セルニ拘ハラヌ重罪輕罪ニ付テ第九十一條第九十二條ニ規定スルカ如キ再犯加重ニ關スル制限ヲ設ケタルハ法理ニ反シ論理ヲ貫徹セサル不當ノ規定ト云ハサル可ラサルナリ

第一章 犯罪責任減輕ノ情狀

犯罪責任減輕ノ情狀ハ大別スレハ二種アリ第一法定上ノ減輕第二裁判上ノ減輕是ナリ而シテ第一法定ノ減輕トハ法律ヲ以テ豫メ減輕ノ場合ヲ定メシモノニシテ宥恕減輕自首減輕重犯未遂犯ノ減輕之ニ屬ス第二裁判上ノ減輕トハ裁判官ノ職權ヲ以テ減輕ヲナスコトヲ得ル場合ニシテ即酌量減輕之レナリ

第一節 法定上ノ減輕
第一款 宥恕減輕

第一項 宥恕減輕トハ何ソヤ

宥恕減輕トハ法律上一定ノ原因アル場合ニ於テ犯罪ノ性質ヲ變更スルコトナシテ特ニ宥恕ト云フ名稱ヲ以テ犯人ノ責任ヲ減輕スルコトヲ云フ而シテ一部ノ論者ハ宥恕減輕ヲ以テ責任ヲ減輕スルト同時ニ犯罪ノ性質ヲ變更スルモノナリト云ヒ其理由ニ云ク酌量減輕ハ一ニ之ヲ裁判官ノ職權ニ任シ法律上一定ノ原因ノ存スルコトヲ要セサルモノナルカ故ニ裁判官ハ常ニ酌量減輕ヲナストナサ、ルトノ自由ヲ有シ即裁判官ニ於テ酌量減輕ヲナスコトヲ欲セハ自由ニ之カ減輕ヲナスコトヲ得ヘク若シ裁判官ニ於テ輕量減輕ヲナスコトヲ欲セサルトキハ任意ニ減輕ヲ與ヘサルコトヲ得ヘシ之レ實ニ裁判官ノ自由ナル採量ニ依リ裁斷スルモノニ過キス故ニ情狀ヲ同フスル同一性質ノ被告事件ニ對シ甲ノ裁判所ハ酌量減輕ヲナスコトヲ欲セサルカ故ニ犯罪ノ本質ニ相當スル常刑ヲ科スルコトヲ得之ニ反シテ乙裁判所ハ酌量減輕ヲナスノ理由アリト認ムルカ故ニ犯罪ノ本質ニ適合セサル特別刑ヲ科スルコトヲ得ヘシ如此一ニ裁判官ノ自由ナル

裁量ニ依リ或ハ減輕ヲ與ス又ハ與ヘサルコトヲ得ル所以ノモノハ畢竟酌量減輕ノ性質ハ以テ犯罪ノ性質ヲ變更スルニ足ラストナスニ依ルナリ若シ酌量減輕ノ效力カ能ク犯罪ノ性質ヲ變更スルコトヲ得ルトセハ裁判官ノ感觸如何ニ依リ猥リニ罪質ノ輕重ヲ斷定セシムルモノト云ハサル可ラス豈ニ斯ノ如キノ理アラシヤ之ニ反シテ宥恕減輕ハ法律上豫メ一定ノ原因ヲ定メ其原因ニ該ル場合ニ於テハ如何ナル犯人ニ對シテモ又如何ナル犯罪ニ對シテモ原則上必ス減輕ヲナサ、ル可ラサルモノニシテ裁判官ハ其宥恕ノ原因ニ遇遭スルトキハ必ス宥恕ヲ與フルノ義務アルモノナリ如此苟モ宥恕ノ原因アル場合ニ於テハ何レノ裁判所ニ於テモ減輕ヲナスノ義務アルヲ以テ宥恕減輕ハ單ニ犯罪ノ責任ヲ輕フスルノミニアラスシテ實ニ犯罪ノ性質ヲ變更スル效力ヲ有スルモノナリト云フニ在リ然レトモ以上ノ論旨ノ採ルニ足ラサルコトハ已ニ重罪輕罪違警罪ノ區別ノ標準ヲ説明シタル所ニ依リ明ナルヲ以テ茲ニ之ヲ贅セス之ヲ要スルニ宥恕減輕モ酌量減輕ト等シク罪質ヲ變更スルモノニアラスシテ單ニ其責任ヲ減輕

刑法總論

本論 犯罪ノ責任加減ノ情狀 法定上ノ減輕

犯罪責任減輕ノ情狀

スルニ過キサルコトヲ注意スヘシ
宥恕減輕ハ假令其本刑ヲ減輕スト雖モ敢テ犯罪ノ性質ヲ變更セサルモノ
ナルヲ以テ左ノ重要ナル結果ヲ生ス

第一、宥恕減輕ノ結果重罪ノ刑ヲ減シテ輕罪ノ刑ヲ科シ又ハ輕罪ノ刑ヲ減
シテ違警罪ノ刑ヲ科スト雖モ其ノ本刑ニシテ重罪又ハ輕罪ノ刑ニ該ル
モノナルトキハ其ノ訴訟手續ハ依然本刑タル重罪又ハ輕罪ニ關スル規
定ヲ適用スヘキナリ例ヘハ宥恕減輕ノ結果本刑タル重懲役ノ刑ヨリ二
等ヲ減シテ重禁錮ニ處スヘキ場合ニ於テモ本件ハ重罪事件タルヲ以テ
刑事訴訟法第六十一條ノ規定ニ依リ必ズ豫審ヲ求ムヘシ又同法第六
十八條ニ依リ豫審判事ハ豫審決定ニ於テ本件ヲ重罪公判ニ付スルノ言
渡ヲナスヘシ又同法第二三七條ニ依リ公判ニ於テハ必ズ辯護士ヲ付セ
サル可ラサルカ如キ重罪ニ關スル一切ノ訴訟手續ヲ履行セサルヘカラ
ス

第二、右ノ場合ニ於テハ公訴時効ノ期間ニ付テモ其本刑タル重罪又ハ輕罪

ノ時効期間ニ依ラサル可ラス例ヘハ前例ニ於テ重罪ノ公訴時効ハ刑事
訴訟法第八條ニ依リ十年ヲ要スルカ如シ但シ刑ノ期滿免除ハ其性質上
宥恕減輕ノ結果ニ就テ刑法第五十九條ニ定メタル年限ニ從ヒ其時効期
間ヲ計算スヘキモノナリ

茲ニ一ノ注意スヘキ點ハ本章ニ於テ論セントスル宥恕減輕自首減輕酌量
減輕從犯未遂犯ノ減輕ハ何レモ刑法第二編以下各本條ニ規定スル特別ノ
減輕ノ場合ト混同ス可ラサルコト是ナリ即第二編以下各本條ニ規定スル
特別減輕ノ場合ハ皆前條ノ規定ヲ受ケ其重複ノ規定ヲ避クル爲ノ趣旨ヲ
以テ特ニ何等ヲ減ストノミ規定シ前條ニ規定スル所ノ何年以上何年以下
ノ刑ニ處スト云フ長文ヲ更ニ反覆スルコトヲ節略シタルニ外ナラサルナ
リ例ヘハ刑法第八十六條乃至第八十八條ノ如キ何レモ前數條ニ於テ
規定シタル刑期ヨリ一等又ハ二等ヲ減シタル刑期ヲ以テ本刑トシ之ニ因
テ處斷スヘシトノ本旨ニ外ナラス即宥恕減輕以下未遂犯ノ減輕ハ減輕ノ
以前ニ於テ本刑カ已ニ定マリ之ニ反シテ各本條ニ於ケル特別ノ減輕ハ輕

等ノ結果始メテ本刑カ定マルヘキモノナリ(重罪輕罪違警罪ノ區別ノ條下参照)

次ニ刑ノ全免ト宥恕減輕トハ區別スルコトヲ要ス論者或ハ刑ノ全免ヲ以テ宥恕減輕ノ一種ナリト論定スルモノアレトモ之レ大ナル誤謬ナリ蓋シ刑ノ全免ハ刑ヲ適用スルモ其執行ヲ免除スルニ過キス之ニ反シテ宥恕減輕ハ刑ヲ減輕スルニ止リ其科セラレタル刑ハ之ヲ執行スヘキモノナリトス如此其性質ニ於テ大ナル差異アルモノナルコトヲ忘ル可ラス

次ニ不論罪ト宥恕減輕トノ區別如何蓋シ法律ニ於テ其罪ヲ論セスト規定シタルモノ、中ニハ或ハ犯罪ノ不成立ヲ意味スルコトアリ例ヘハ刑法第七十六條第七十七條第三百十四條第三百十五條ノ如キ之レナリ或ハ犯罪ニ對シテ刑ヲ全部科セサルコトヲ意味スルコトアリ例ヘハ第七十五條第七十八條第七十九條ノ如キ之レナリ或ハ犯罪ニ對シテ刑ヲ科スルモ之ヲ執行セサルコトヲ意味スルコトアリ例ヘハ第二百二條ノ如キ之レナリ如此不論罪ハ種々ノ意義ヲ有スルヲ以テ各場合ニ對シ宥恕減輕トノ差異モ自

ラ異同アルコトヲ注意スヘシ而シテ各場合ニ於ケル差異ノ如キハ以上論述シタル所ニ依リテ明白ナルヲ以テ茲ニ之ヲ贅セス

第二項 宥恕減輕ノ原因

宥恕減輕ノ原因ヲ分チ二種トス

第一一般ノ宥恕原因

第二特別ノ宥恕原因

第一一般ノ宥恕原因

刑法ニ規定セル一般ノ宥恕原因ハ唯年齡ニ基ク宥恕減輕アルノミナリ而シテ此原因ハ何レノ犯罪ニモ一般ニ適用セラレヘキモノナリ此種ノ宥恕原因ハ第八十條乃至第八十三條ニ於テ規定スル所ニシテ其立法上ノ趣旨ハ凡人類意識ハ尙體力ノ發達ト等シク其年齡ト相伴フモノトシ右各條記載ノ年齡ニ該當スルモノハ假令意識ヲ有スルトスルモ其發達不充分ナルヲ以テ成年者ト等シク完全ナル責任ヲ科スヘキニアラスト云フニ在リテ蓋シ至當ノ規定ナリト信ス然レトモ刑法ハ特ニ違警罪ニ

付テハ重罪輕罪ニ比シテ大ニ其年齡ヲ短縮スルコト、ナシタリ其立法上ノ趣旨ヲ探ヌルニ曰ク違警罪ノ多クハ主トシテ不注意ヲ罰スルノ罪タルノミナラズ概シテ犯罪輕微ナルヲ以テナリト立法ノ趣旨果シテ然リトセハ第八十三條ノ規定ハ不當タルヲ免レス何トナレハ有意犯ト無意犯ノ別々ノ要點ハ一ニ其犯意ヲ罰スルト否トニ存シ其何レノ場合ニ於テモ之ニ責任ヲ負擔セシムルニハ犯人ニ是非ノ辨別心アルコトヲ要スヘキコトハ已ニ無意犯ノ説明ニ於テ明白ナリトス左レハ現行刑法カ特ニ違警罪ニ限り他人ニ對シ其辨別心ノ有無並ニ其發達ノ程度ヲ判定スヘキ年齡ヲ減縮シタルハ到底理由ナキモノト云ハサル可ラサルナリ

第二特別ノ宥恕原因

此種ノ宥恕原因其數甚々多シ即刑法第三百九條第三百十條第三百十二條第三百十六條之レナリ而シテ之等ノ規定ニ基キ特別宥恕ノ原因ヲ分ス類レハ概ネ左ノ如シ

イ、挑發

ロ、晝間ノ家宅侵入防止

ハ、互傷

ニ、正當防衛ノ過度

是ナリ而シテ是等ノ宥恕原因ハ其適用ノ範圍特別ノ犯罪即殺傷犯ニ限定セラル此制限ノ不當ナルコト一般ノ定論アリ併シナカラ若シ現行刑法酌量減輕ノ範圍ヲ擴張スルトキハ特別宥恕ノ原因ヲ認ムルハ必要ナキニ至ルヘシ兎ニ角此點ハ現行刑法ノ改正ヲ要スル點ナリ各特別宥恕原因ヲ説明スルコト左ノ如シ

(イ) 挑發ニ基ク宥恕減輕 挑發トハ犯人ヲ激怒セシムルノ方法ヲ行フヲ云フ挑發ハ其性質上犯人ノ生命身體ヲ危フスヘキモノニアラサルヲ以テ固ヨリ正當防衛權發生ノ理由トナラサルナリ然レトモ激怒ノ結果殺傷ヲ行フニ至リタルトキハ多少犯人ノ心情ニ於テ決心ノ自由ニ欠クル所アルカ故ニ法律ハ特ニ此場合ニ於ル犯人ノ責任ヲ宥恕シタルモノナリ而シテ刑法ハ宥恕ノ原因タルヘキ挑發ノ原因ニ付制限ヲ設ケタリ即

暴行(第三百九條)姦通(第三百十一條)ニ基ク挑發ニ限リ宥恕ノ原因トセリ而シテ各場合ニ付テハ以上ノ各條ヲ讀下スルトキハ其意義自ラ明ナルヲ以テ茲ニ之ヲ説明セス唯右二條共ニ其適用ニ付テ更ニ一二ノ例外ヲ有スルヲ以テ少シク此點ニ付テ説明セン

第三百九條ノ宥恕原因ニ對スル例外

第一、例外

祖父母父母ニ對スル殺傷ノ罪ニ付テハ宥恕減輕ヲ認メス之レ第三百六十五條ニ規定スル所ニシテ立法上ノ趣旨ハ子孫タルモノハ其祖父母ニ對シテハ特別ナル從順ノ地位ニ立ツヘキモノニシテ其暴行ニ基ク憤怒ノ情アルモ之ニ殺傷ヲ加フルニ忍ヒサルノ情更ニ切ナルヘキモノナリトノ理由ニ出テタルナラン

第二、例外

不正ノ行爲ニ依リ自ラ他人ノ暴行ヲ招キタルモノニハ宥恕ヲ認メス之レ第三百九條但書ノ規定ニシテ此場合ニ於テハ其挑發ハ元來

自己ノ不法行爲即失行(故意ノミナラス過失ニ出テタル不法行爲ヲモ包含ス)ニ基クヲ以テ特ニ之カ責任ヲ宥恕スルノ必要ナシト云フニアリ

第三百十一條ノ宥恕原因ニ對スル例外

第一、例外

祖父母父母ニ對スル殺傷罪ニ付テハ宥恕減輕ヲ認メス(第三百六十五條)

第二、例外

本夫前ニ姦通ヲ縱容シタルトキハ宥恕減輕ヲ認メス(第三百十一條但書)蓋シ此場合ニ於テハ本夫已ニ其姦通ヲ縱容シタルヲ以テ假令後ニ至リ其姦通ト云ヘル挑發ニ依リ姦夫姦婦ヲ殺傷スルモ特ニ之ヲ宥恕スルノ理由ナキヲ以テナリ

(ロ) 晝間ノ家宅侵入防止ニ基ク宥恕減輕ハ刑法第三百十二條ニ規定スル所ニシテ晝間ノ家宅侵入ニ對シテハ第三百十五條ニ於テ正當防衛ヲ

刑法總論 本論 犯罪ノ責任加減ノ情狀 犯罪責任減輕ノ情狀 二百三十五 法定上ノ減輕

認め本條晝間ノ家宅侵入ニ對シテハ單ニ宥恕減輕ヲ認めタルニ過キス
如此現行法カ夜間ノ侵入ト晝間ノ侵入ニ對シ一ハ正當防衛ノ原因トナ
リ一ハ宥恕減輕ノ原因タルニ過キストナシタル不權衡ニ付テハ財產ニ
對スル正當防衛ノ條下ニ詳述シタルヲ以テ茲ニ之ヲ略ス

(ハ) 互傷ニ基ク宥恕減輕 之レ第三百十條ニ規定スル所ニシテ本條ノ趣
旨ハ二人以上互ニ創傷シ其手ヲ下スノ先後ヲ知ルコト能ハサルトキハ
他人ノ挑發ニ基ク宥恕原因ノ何レニ存スルヲヤ知り難キノ結果遂ニ第
三百九條ノ適用ヲ失ヒ眞實ノ宥恕原因ヲ有スルモノヲシテ其利益ヲ失
ハシメシコトヲ恐レ重キニ失セシヨリハ寧ロ輕キニ失セヨトノ格言ニ
基キ各其本刑ヲ宥恕スルコト、爲シタルモノナリ

(ニ) 正當防衛過度ニ基ク宥恕減輕 之レ刑法第三百十六條ニ規定スル所
ニシテ蓋シ正當防衛ハ已ニ説明シタル如ク必要止ムヲ得サル場合ニ限
リ特ニ一私人ニ許容シタル特別ノ規定ナルヲ以テ假令正當防衛ノ實行
ヲ目的トスルニ出テタル行爲ナリト雖モ其正當ノ範圍ヲ脱シタル場合

ニ於テハ固ヨリ之ヲ正當防衛ト認ムルコトヲ得ス然レトモ元來正當防
衛ノ實行ヲ目的トスルニ出テタル行爲ナルヲ以テ普通ノ場合ニ比シテ
特別宥恕ノ規定ヲ設クルハ至當ナリト云ハサル可ラス

以上特別宥恕原因アルトキハ各本刑ニ二等又ハ三等ヲ減スルモノトス

第二款 自首減輕

第一項 自首減輕トハ何ソヤ

自首トハ自己ノ罪惡ヲ自ラ申告スルノ意義ニシテ歐洲諸國ノ法律中特別
ノ罪ニ限り自首減輕ヲ認ムルモノナキニアラスト雖モ我刑法ノ如ク原則
トシテ一般ノ犯罪ニ對シテ自首減輕ヲ認ムルモノ稀レナリ而シテ一般ノ
自首減輕ニ就テハ現行刑法ハ其源ヲ明律ニ汲ミタルモノニシテ新律綱領
改定律令ノ當時已ニ此制度ハ我國ニ行ハレシナリ而シテ現行刑法第八十
五條ハ一般ノ自首減輕ニ對スル規定ニシテ全條ニ依リ自首減輕ノ適用ヲ
受クル爲ニハ左ノ條件ヲ必要トス

(イ) 罪ヲ犯シタル事未タ發覺セサル前ニ自首スルコト

刑法總論 本論 犯罪ノ責任加減ノ情狀 犯罪責任減輕ノ情狀
法定上ノ減輕

(ロ) 官ニ自首シタルコト

以上二條件ヲ説明スルコト左ノ如シ

(イ) 罪ヲ犯シ事未ダ發覺セサル前ニ於テ自首スルコト

本條件中罪ヲ犯シ事未ダ云々トアル所云事トハ如何ナル意義ヲ有スル
 ヤ舊律ニ於テハ犯罪事件ノ未發覺前ト官カ未ダ犯人ノ名ヲ知ラサル場
 合トナ區別シテ明ニ規定スル所アリシカ本條ハ如此區別ヲ設ケス單ニ
 事未發覺セサル前ニ於テト云フニ過キス故ニ之ヲ舊律ニ對照シテ考フ
 ルトキハ本條ノ自首ハ其犯罪事實自體カ未發覺セサル前ニ於テノミ有
 效ニシテ已ニ其事實ニシテ發覺スル以上ハ假令犯人ノ誰タルヤハ發覺
 セサルモ以後自首ノ效ナキカ如シ例ヘハ屋內竊盜ノ場合ニ犯人ハ家内
 ノモノカ其財物ヲ竊取セラレタルコトヲ覺ラサル前ニ於テ自首スルニ
 アラサレハ自首ノ效ナキモノト云ハサル可ラサルカ如シ然レトモ如此
 解スルトキハ自首減輕ハ殆ト其適用ノ場合ナキニ至ルヘシ例ヘハ強盜、
 強姦脅迫、毆打創傷等ノ如キ其犯罪事實ハ犯罪ノ成立ト同時ニ被害者ニ

發覺シ又兇徒集聚罪ノ如キハ其成立ト同時ニ犯罪事實ハ官ニ發覺スル
 モノニシテ此種ノ犯罪ニ對シテハ自首減輕ヲ與フルコト能ハサルニ至
 ルヘク更ニ一步ヲ進メテ論スルトキハ白中公道ニ於ケル犯罪ニ對シテ
 ハ凡テ自首ノ効ナキコト、ナリ終ルヘシ加之若シ如此解釋スルトキハ
 法律カ自首減輕ヲ認メタル立法上ノ理由ハ到底貫徹セサルニ至ルヘシ
 蓋シ自首減輕ヲ認メタル理由ハ後ニモ説明スルカ如ク犯罪捜査ニ要ス
 ル時間ト勞力ヲ節約スルト犯人法網ヲ免カレ罪ナキモノ冤枉ニ泣クノ
 弊ヲ避ケンカ爲メニ外ナラスサレハ單ニ犯罪事實ノ發覺アリシノミニ
 テ未ダ犯人ノ誰タルヤ分明ナラサルニ於テハ犯罪捜査ノ必要ト無辜冤
 枉ニ陷ルノ危險ハ毫末モ變更ナキヲ以テ之ヲ見ルトキハ此場合ニ於テ
 モ尙自首ノ效力ヲ認ムルノ必要アリト云ハサル可ラス尙之ヲ佛文草案
 ニ徵スルモ同第九十六條ニ於テ罪ヲ犯セシモノ未ダ何等ノ嫌疑或ハ發
 覺ヲ彼ニ對シテ生セサリシ前ニ其筋ヘ自首シ云々トアリシテ其儘現行
 刑法ニ承繼シタルニ依テ見レハ立法ノ趣旨ハ却テ主トシテ犯人ノ誰タ

刑法總論

本論 犯罪ノ責任加減ノ情狀 犯罪責任減輕ノ情狀
法定上ノ減輕

ルコトノ知レサリシ場合ニ於テ自首ノ效力ヲ認メタルモノト云ハサル可ラス之ヲ要スルニ自首ノ效力ハ犯罪事件ノ發覺有無ニ關係ナシ其犯人ノ誰タルコトノ未ダ知レサル場合ニ於テ其效力アルモノト解スヘキナリ而シテ反對説ノ如キハ徒ラニ文字ニ拘泥シ立法ノ趣旨ニ反シ法文ヲシテ徒法ニ葬ムルモノト云フヘシ(明治三十年九月二十日判決參照)次ニ本條件中ニ所謂發覺トハ果シテ何人ニ發覺スルコトヲ要スルヤ此點ニ付テハ或ハ苟モ犯人以外ノモノニ發覺スレハ以後自首ノ效力ナシト云ヒ或ハ官ニ發覺スル迄ハ假令犯人以外ノモノニ發覺スルト否トニ拘ハラズ自首ノ效力アリト論スルモノアリト云ヘトモ我輩ハ自首ノ制度ヲ設ケタル立法ノ趣旨ニ鑑ミテ犯人罪ヲ犯シタルコトカ官ニ發覺スルマテハ自首ノ效力アルモノト解スルナリ若シ反對説ニ從フトキハ犯罪事件ニ直接何等ノ關係ナキ第三者カ其犯人ノ誰タルヤヲ知リツ、後難ヲ恐レテ之ヲ告發セサリシトキノ如キハ依然自首ノ效力ヲ認ムル必要アルニ拘ハラズ自首タルノ效力ナキカ如キ奇觀ヲ呈スルニ至レハナリ(明治二

六年一二七號判決參照)

(ロ) 自首ハ官ニ對シテ爲スコトヲ要ス
 本條件中所謂官トハ犯罪ノ搜查ニ付テ管轄權ヲ有スル官廳ヲ指スモノナリ即檢察司法警察官其他搜查ニ付テ檢察ト同一權限ヲ有スルモノ之レナリ(刑事訴訟法第四十六條同第四十七條參照)
 故ニ是等以外ノ官廳ニ自首スルモ其效ナキモノトス殊ニ豫審中豫審判事ニ他ノ犯罪事實ヲ自首シ又ハ公判中公判々事ニ他ノ犯罪ヲ自首スルカ如キ之レ皆自首ノ效力ヲ生スルモノニアラサルナリ何トナレハ豫審判事公判々事モ共ニ犯罪搜查ノ職權ヲ有セサレハナリ但シ公判々事豫審判事ハ公判又ハ豫審ノ進行上檢證搜索物件差押等ヲ行フノ職權ヲ有スト雖モ之等ハ茲ニ所謂起訴以前ニ於ケル搜查處分ニアラサルナリ)而シテ此等ノ場合ニ於テハ刑事訴訟法上特別ノ規定ナキモ若シ此等判事ニシテ自首ニ依リ他ノ犯罪アリト思料シタルトキハ同法第五十二條ノ一般規定ニ依リ所轄檢察事ニ告發スヘキモノトス

刑法總論 本論 犯罪ノ責任加減ノ情狀 犯罪責任減輕ノ情狀 二百四十一
 法定上ノ減輕

自首トハ如何ナル行爲ヲ意味スルヤ法律ハ別ニ其方法手段ヲ制限セサルヲ以テ苟モ犯人ニ於テ犯罪ノ事實ヲ官ニ申告スルトキハ可ナルカ如シト雖モ自首ノ制度ヲ設ケタル理由ニ徴スルトキハ少クモ自首者ニ於テ自己ヲ官署ノ捜査權活動ノ下ニ置クコトヲ要ス例ヘハ自己ノ氏名住所等ヲ明ニシテ直チニ官署ノ訊問ニ應シ得ル地位ニ置クカ如シ故ニ假令其犯罪事實並ニ犯人ノ氏名ヲ書面ニテ申告スルモ自己ノ所在ヲ隱匿スルカ如キハ自首ト云フコトヲ得ス然レトモ其方法ノ書面タルト口頭タルト代人ニ依ルト否トハ敢テ問ハサル所ナリ

以上一般自首ノ效力ハ本刑ヨリ一等ヲ減スルヲ以テ原則トス(第八十五條)然レトモ財産ニ對スル犯罪ニ付テハ第八十六條ニ於テ特例ヲ設ケ其贓物及損害ノ全部若シハ半數以上ヲ還償スルトキハ自首減輕ノ外ニ更ニ二等若シハ一等ヲ減スルコト、セリ但シ贓物ノ返還賠償ハ必スシモ自首ト同時ナルヲ要セサレトモ之等ノ行爲ハ犯人ノ任意ニ出タルコトヲ要シ他ノ強制ニ出タル場合ノ如キハ此限ニアラス又第八十七條ニ於テ財産ニ對ス

ル犯罪ニ付テハ被害者ニ對シ首服スルコトヲ以テ官ニ自首スルト同一ノ效力アルモノトシ前二條ノ例ニ照シテ處斷スルコト、セリ

第一項 自首減輕ヲ認メタル理由

法律カ自首者ニ對シテ減輕ノ恩典ヲ認ムルハ其罪質元ト輕キカ爲ニアラス蓋シ罪質ハ犯罪ノ成立ト共ニ定マリ犯罪以後ノ自首ナル行爲ハ其効力ヲ既往ニ及ホシ以テ犯罪ノ本質ヲ輕フスヘキ理由毫末モ存セサレハナリ次ニ自首ハ犯人カ其罪惡ヲ悔悟シタルカ爲メニモアラス何者前記二條件具備スル以上ハ犯人ニ於テ其罪惡ヲ悔悟シタルヤ否ヤハ之ヲ問ハス即真心悔悟ノ狀ナシ單ニ輕減ノ利益ヲ受ケンカ爲メニ自首シタルモノニモ此恩典ヲ與ヘ之ニ反シテ假令真心悔悟スル事モ發覺シタル以後ニ自首シタルモノニハ此恩典ヲ與ヘサルニ依テ明瞭ナリ然ラハ法律カ自首ノ制ヲ設ケテ此恩典ヲ與フル眞ノ理由ハ那邊ニアリヤト云フニ即左ノ二點ニ存スルナリ

第一、 犯罪人自ラ罪ヲ犯シタルコトヲ申告スルトキハ犯罪捜査ノ手續ヲ

刑法總論 本論 犯罪ノ責任加減ノ情狀 犯罪責任減輕ノ情狀 二百四十三
法定上ノ減輕

省キ從テ其之カ爲メニ要スル時間ト勞力トヲ節約スルノ利益アレハナ
リ

第二、犯罪アルコトヲ知ルモ未タ犯人ノ誰タルヤノ知レサルトキハ或ハ
無辜カ冤枉ニ泣キ犯人却テ法網ヲ免ル、ノ危険ナシト云フ可ラス然ル
チ犯人其罪ヲ自首スルトキハ此ノ如キ危険ヲ避クルノ利益アレハナリ
自首ハ以上二個ノ利益アルヲ以テ法律ハ自首減輕ノ制度ヲ設ケ犯人ノ自
首ヲ獎勵シ以テ以上自首ニ伴フ利益ヲ收メント欲スルニアリ而シテ財產
ニ對スル犯罪ニ限り犯人自首ト共ニ贓物ヲ返還シタルトキハ自首減輕ノ
外更ニ二等又ハ一等ヲ減スルコト、ナシタルハ財產ニ對スル犯罪ハ公益
ヲ害スルコトヨリモ寧ロ私人ノ私益ヲ破リタルノ損害大ナルヲ以テ我刑
法ハ被害者ノ損害ヲシテ可成的速ニ救濟セシメシトノ政策上ノ理由ニ出
テタルモノニ外ナラス
又同罪ニ限り被害者ニ首服スルノミチヲ以テ官ニ自首シタルノ同一ノ効力
アルモノトシタルハ全ク以上贓物ノ返還損害ノ賠償ニ基ク特別ノ減輕ヲ

規定シタルヨリ生シタルノ結果ニシテ他ニ特別ノ理由アルニアラサルナ
リ然レトモ財產ニ對スル犯罪ニ於テ贓物ノ還給損害ノ賠償ハ被害者ニ對
スル犯人ノ民法上ノ義務ニシテ如此民法上ノ義務ヲ履行シタレハトテ刑
法上ノ責任ニ影響ヲ及ホサシムルノ理由ハ毫末モ之レナキナリ從テ以上
特別ノ減輕ヲ認メタル結果トシテ現行刑法カ認メタル被害者ニ對スル首
服ノ効力モ又理由ナキモノト云ハサル可ラス要之第八十六條第八十七條
ハ全ク不當ノ規定タルヲ免レス
刑法第八十五條ノ自首減輕ハ何レノ犯罪ニモ之ヲ適用スルコトヲ得ヘキ
ヤ同條但書ニ於テ一般自首ノ規定ヲ適用ス可ラサル場合ヲ定メタリ即同
條但書ニ曰ク「謀殺故殺ニ罹ルモノハ自首減輕ノ限ニアラス」ト然レトモ自
首減輕ヲ認メタル理由果シテ前述ノ如シトセハ國家ハ何カ故ニ殺人罪ヨ
リ輕キ犯罪ニ付テハ其發覺ノ速ナランコトヲ欲シ殺人罪ノ如キ社會ニ與
フルノ危害甚ダシキモノニ付テ其ノ發覺ノ速ナルコトヲ欲セサルカ否此
ノ如キ大罪人ニハ速ニ之ヲ所罰シ以テ社會刑罰權ノ實行ヲ舉グル必要ア

刑法總論

本論 犯罪ノ責任加減ノ情狀 犯罪責任減輕ノ情狀
法定上ノ減輕

ルニアラサルカ從テ同條但書ノ規定ハ殆ト理由ナキモノト云フヘシ或ハ
 辯スルモノ曰ク人ヲ謀殺故殺スルモノハ其始メヨリ自首セント欲シテ罪
 ナ犯スモノ多キヲ以テ之等ノ罪ニ對シテ自首減輕ノ恩典ヲ與フルトキハ
 常ニ其本刑ヲ減輕スルノ結果此罪ヲ犯ス者多キヲ加ヘ法律ハ却テ犯罪ヲ
 誘導スルカ如キ結果ヲ生ス可レハナリト然レトモ假リニ此辯解ヲ正當ナ
 リトスルモ謀殺ノ犯人ニ於テ常ニ必スシモ其當初ヨリ自首ノ意アリト
 ハ斷定ス可ラサルヲ以テ現行刑法カ謀殺ノ場合ニ於テ常ニ自首減輕ノ
 利益ヲ與ヘストナシタルハ到底欠點タルヲ免レサルナリ(刑法修正案第五
 十七條參照)

同條但書ニ所云謀殺故殺トハ刑法第二編第一章第一節ニ記載スル謀殺故
 殺ニ限リ此規定以外ノモノハ假令豫謀又ハ故意ヲ以テ人ヲ殺シタル者ナ
 ルモ本條但書ニ該當セストシテ自首ノ效力アリト論定スヘキカ若シ然リ
 トセハ自己ノ仇敵ヲ謀殺シタルモノハ即時自首スルモ當然刑ニ處セラレ
 之ニ反シテ強盜財ヲ得タル後被害者ハ自己ノ仇敵ニシテ而モ豫テ殺害セシ
 ト企テ居リタルモノナルコトヲ發見シ直ニ之ヲ殺害シタル場合ニ於テモ
 即時自首スルトキハ減輕ヲ與ヘテ無期徒刑ニ處スルカ如キ(第三百八十條
 後段參照)等シク之ヲ謀殺シナカラ若シ強盜ノ所爲隨伴スルトキハ自首ノ
 效力ヲ認メテ本刑ニ一等ヲ減セラル、モ單ニ謀殺ノミニテ他ノ犯罪ノ之
 ニ隨伴セサルトキ即犯狀ノ輕キ場合ニ於テハ却テ自首ノ效力ヲ認メス前
 段ノ場合ヨリ重ク罰スルカ如キハ事理ニ反シ輕重ノ別ヲ誤ルノ甚シキモ
 ノニシテ我立法者ノ容認シタル所ニアラサルヤ疑ナシ故ニ第八十五條但
 書ニ於テ所云謀殺故殺トハ第三編第一章第一節ニ記載シタル犯罪ニ限ラ
 ス苟モ豫謀又ハ故意出來心ヲ以テ人ヲ殺シタル所爲ヲ總稱シタルモノニ
 シテ罪名ノ如何ハ問フ所ニアラスト解スルヲ至當トス

次ニ第八十六條ニ所云財産ニ對スル犯罪トハ第三編第二章ニ規定セル犯
 罪ヲ總稱スルモノナリヤ否ヤノ疑問ニ對シテハ我輩ハ否ラスト答ヘント
 欲スルモノナリ何トナレハ第三編第二章中ニハ前段ニモ論シタルカ如ク
 強盜人ヲ殺傷スル等單純ナル對財産犯罪ナルノミナラス同時ニ他人ノ身

刑法總論

本論 犯罪ノ責任加減ノ情狀 犯罪責任減輕ノ情狀
法定上ノ減輕

體生命ニ對スル犯罪モ規定シタリ而シテ其謀故殺ニ罹ル場合ニ於テハ單
 純ナル自首減輕スラ與ヘサルモノナレハ假令其損害ヲ賠償シタレハトテ
 到底特別減輕ヲ與フヘキモノニアラサルナリ加之彼ノ官吏ノ看守盜ノ如
 キ(第二八九)ノ如キハ第三編第二章中ニ規定シタルモノニアラサルモ其性
 質ハ純然タル財産ニ對スル罪ニシテ唯官吏タリ看守ノ責任アルカ爲メニ
 其罪責ヲ重クシタルニ過キス其罪質ニ於テハ普通財産ニ對スル罪ト毫未
 モ異ルナキヲ以テ其自首ノ效アルコトハ勿論若シ贓物返還損害賠償ヲ爲
 シタルトキハ特別減輕ヲ與フヘキハ竊盜罪ニ於ケル場合等ト異ルヘキ理
 由ナキヲ以テナリ要之同條ニ所云財産ニ對スル犯罪トハ單ニ財産ヲ侵害
 スル犯罪ヲ指シタルニ止リ同時ニ生命身體ヲ侵害スルコトヲ要件トスル
 犯罪ヲ包含セサルモノナリ從テ同條ニ所云財産ニ對スル犯罪ナリヤ否ヤ
 ハ各犯罪ノ性質ニ依テ定ムヘキモノニシテ第三編第二章ノ表題ニ拘泥ス
 可キモノニアラス故ニ例ヘハ強盜婦女ヲ強姦シタル犯罪ヲ(第三百八十一
 條)自首シタルトキハ單ニ八十五條ノ單純ナル自首減輕アルノミニシテ第

八十六條ノ特別減輕ヲ與ヘサルモノトス
 刑法第八十八條ニ於テ以上述ヘタル減輕ニ對スル特例アルコトヲ規定シ
 タリ而シテ現行法上之カ特例ト見ルヘキモノハ第二百二十六條及第三百
 五十六條アルノミ而シテ論者或ハ右二ヶ條ハ總則ニ規定スル自首ノ條件
 ナ具備スルコトヲ要セサル特別規定ナリトシ第二百二十六條ノ場合ニ於
 テハ偽證ヲ爲シタル本案ノ判決前ニ於テ自首スルトキ又第三百五十六條
 ノ場合ニ於テハ誣告ニ基キ被告人カ刑事被告トシテ訊問ヲ受ケサル前ニ
 自首スルトキハ假令其自首前ニ於テ犯罪發覺シ居リタリトモ自首ノ效力
 アルモノニシテ同條適用ノ結果本刑ヲ全免スヘキモノナリト論スルモノ
 アレトモ我輩ハ之ニ反對ノ意見ヲ有スルモノナリ蓋シ第二百二十六條第
 三百五十六條ハ何レモ總則自首ノ特例ニシテ別段ノ規定ナキ限リハ總則
 自首ノ規定ニ準據セサル可ラサルモノナリ而シテ右二條ノ特例ト見ルヘ
 キ點ハ總則ノ自首減輕ハ原則トシテ本刑ニ一等ヲ減スルニ止ルモ右三條
 ノ場合ニ於テハ自首ノ結果本刑ヲ全免スルノ點ニ屬ス而シテ此全免ノ效

刑法總論 本論 犯罪ノ責任加減ノ情狀 犯罪責任減輕ノ情狀 二百四十九

力ヲ生スル自首ニ付テハ總則ノ自首ノ條件ノ外ニ更ニ特別ノ條件ヲ必要トシ即第二百二十六條ノ場合ニ於テハ自首ノ時期ニ付キ偽證ノ事實カ官ニ發覺スル前ニ於テ而モ偽證ノ本案事件ニ就キ裁判宣告前ニ自首スルニアラサレハ本刑ノ全免ヲ得サルコトヲ規定シ第三百五十六條ノ場合ニ於テハ自首ノ時期ニ付誣告ノ事實カ官ニ發覺スル以前ニ於テ而モ被告カ誣問ヲ受ケサル以前ニ自首スルニアラサレハ本刑ノ全免ヲ得サルコトヲ規定シタルニ止リ以上ノ時期ヲ失スルモ尙總則ノ自首ニ關スル條件ヲ具備スルトキハ總則第八十五條第八十六條ニ依リ自首ノ適用ヲ受クヘキコト勿論ナリトス

共犯ノ場合ニ於テ其共同犯人中ノ一人ニ自首減輕ノ理由存スルトキハ其效力ハ他ノ共犯人ニ及フヘキヤ否ヤ此疑問ニ對シテハ消極說ヲ至當ト信ス蓋シ自首減輕ハ已ニ說明シタル如ク犯罪自體ニハ何等ノ影響ヲ及ホスモノニアラスシテ唯犯罪成立以後ノ情狀ニ依リ政略上ノ目的ヲ以テ其刑ヲ減輕スルニ止リ而モ其情狀タルヤ自首者其人ニ付着スル情狀ナレハ共

犯者ノ責任ニ付テノ原則即犯罪ノ客觀的事情ニ基ク責任ハ共犯者一般ニ及ヒ主觀的事情ニ基ク責任ハ他ニ及ハス下ノ原則ニ照シテ自首ノ效力ハ他ノ共犯ニ及サルモノト云ハサル可ラス

第三款 從犯及未遂犯ノ減輕

從犯ハ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ補助シタルモノナルヲ以テ(第九條)正犯ト共ニ犯罪ノ發生ニ加功シタルニハ相違ナキモ其加功ノ情狀ハ犯罪ノ實行ニ預リタル正犯ニ比シテ稍輕キカ故ニ現行刑法ハ從犯ニ對シテハ正犯ノ刑ニ一等ヲ減スルコトセリ尙詳細ハ共犯ノ條下ニ讓ラン

未遂犯ハ已ニ述ヘタル如ク犯罪ノ已遂ニ比シテ其情狀稍輕キカ故ニ現行刑法ハ假令之ヲ處罰スル場合ニ於テモ已遂ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減輕スルコト、セリ(第一百十二條第一百十三條參照)

以上從犯未遂犯ニ依ル減輕ハ罪質ヲ變更スルモノニアラスシテ單ニ其刑ヲ減輕スルニ過キササルコトハ已ニ重罪輕罪ノ區別ヲ詳論シタル部ニ説明セシヲ以テ之ヲ省略ス

之ヲ要スルニ以上二個ノ原因ニ基ク減輕ハ共ニ其罪質ヲ變更スルコトナクシテ其責任ヲ減輕スルニ止リ且是等ノ場合ニ於テハ裁判官ハ必ズ減輕ヲ與ヘサル可ラサルヲ以テ宥恕減輕自首減輕ト共ニ法定上ノ減輕ニ屬スルモノト云ハサル可ラス

第二節 裁判上ノ減輕

裁判上ノ減輕ハ唯一アルノミ即酌量減輕之レナリ(第八十九條)酌量減輕ハ法定上ノ減輕ト異リ所犯情狀原諒スヘキ場合ニ於テ裁判官ノ見込ヲ以テ任意ニ與フル所ノ減輕ニシテ法律ハ豫メ其減輕スヘキノ場合ニ付テ之カ制限ヲ設ケサルカ故ニ裁判官ハ如何ナル犯罪ニ付テモ常ニ此減輕ヲ與フヘキヤ否ヤヲ判定スルノ自由ヲ有スルモノナリ

刑法ハ前節所述ノ如ク種々ノ法定上ノ減輕ヲ認メタルニモ拘ハラズ何故ニ更ニ裁判上ノ減輕ヲ設クルノ必要アリヤト云フニ元來刑法ニ於テ犯罪ニ對スル刑罰ヲ定ムルニ當テハ犯罪ノ輕重即社會ノ被ムルヘキ危害ノ程度ニ應シテ之ニ相當スル刑罰ヲ付シ以テ其權衡ヲ失ハサラシメンコトヲ

力ムト雖モ犯罪事實ハ各場合ニ於テ千態萬狀同種ノ犯罪ト雖モ大ニ惡ムヘキアリ又大ニ恕スヘキモノアリテ犯罪ニ依テ生スル危害ハ必スシモ同一徹ニ出ルコトヲ得ス之ニ於テカ刑法ハ一個ノ犯罪ニ對スル刑罰ヲ定ムルニ付テモ最長期又ハ最多額及最短期又ハ最寡額ノ兩端ヲ定メ其範圍内ニ於テ裁判官ヲシテ犯罪カ社會ニ與ヘタル危害ノ程度其他各般ノ事情ニ應シテ適當ノ刑ヲ適用スルコトヲ得セシメタリ然レトモ犯罪情狀ノ變化ハ屢々法律ノ豫想外ニ出ルモノアリテ豫定ノ範圍ヲ以テ之ヲ俟ツ可ラサルコト甚ク多カルヘシ之ニ於テ刑法ハ之等ノ場合ニ於テ刑罰ノ適用上遺憾ナカラシムルカ爲ニ特ニ酌量減輕ナルモノヲ設ケ犯罪ノ情狀大ニ恕スヘキモノアルニ當テハ豫定ノ範圍ヲ脱シテ最短期又ハ最寡額以下ノ刑ヲ以テ之ヲ罰スルヲ得ルコトヲ規定セシモノナリ要之酌量減輕ハ所犯情狀原諒スヘキ場合ニ於テ法定上ノ減輕以外ニ更ニ裁判官ノ見込ヲ以テ各本條ニ規定スル刑期額ノ最短期最寡額ヲ一層擴張セシムルモノニ外ナラス酌量減輕ノ理由已ニ前述ノ如クナルヲ以テ此減輕ノ適用ニ付テハ法律ハ

何等ノ條件制限ヲ設ケサルナリ即重罪輕罪違警罪ヲ問ハス裁判官ハ常ニ酌量減輕ヲ與フルコトヲ得ヘク又法定上ノ加重減輕アリタル場合ニ於テモ尙酌量減輕ノ必ヲ認ムルトキハ常ニ之カ適用ヲ爲シ得ヘク又酌量減輕ハ凡テノ犯罪ニ付テ之ヲ適用シ得ヘキモノニシテ特別宥減輕ヲ許ササル場合即祖父母父母ニ對スル殺傷罪及自首減輕ヲ許サ、ル場合即謀故殺罪ノ場合ニ於テモ常ニ之カ適用ヲ爲シ得ヘキモノタルコトヲ注意スヘシ(第八十九條)

而シテ酌量減輕ノ結果ハ本刑ニ一等又ハ二等ヲ減スヘキモノナリ(第九十條)

是ニ一ノ問題アリ酌量減輕ハ可分的ノ性質ヲ有スルモノナリヤ否ヤ即裁判官ハ共犯者中ノ一人ニ對シテハ酌量減輕ヲ與ヘ他ニ對シテハ之ヲ與ヘサルコトヲ得ルヤ否ヤノ疑問之レナリ論者或ハ第八十九條ニ所謂所犯情狀ナル文字ヲ誤解シテ犯罪自體ニ關スル情狀ナリトシ酌量減輕ハ犯罪事實ニ對シテ行ハルヘキモノナレハ其適用ハ不可分ニシテ共犯者中ノ一人

ノミカ此減輕ノ利益ヲ受クヘキ場合アルコトナシト論スルモノアリト雖モ之ヲ酌量減輕ヲ認メタル理由ニ徴スルトキハ此減輕ハ犯罪自體ニ關スル減輕ニアラス從テ其犯罪ノ主體タル犯人ノ身上ニ關スル減輕ニ過キサレコト自ラ明瞭ナルヘシ從テ宥減輕自首減輕ト同シク其利益ハ共犯者各別ニ享有シ得ヘキモノナリト云ハサル可ラス終リニ臨ンテ酌量減輕ノ規定ノ運命ニ付テ一言ス可シ酌量減輕ノ規定ハ已ニ述ヘタルカ如ク刑罰ニ關スル法定ノ範圍ノ愈狹キニ從テ愈々之カ必要ヲ認ムヘク之ニ反シテ法定ノ範圍益廣キニ從テ加其必要ヲ減スヘシ近世ニ至リ歐洲各國ノ刑法ハ加刑ノ範圍ヲ廣汎ニシテ或ハ或種ノ犯罪ニ付テハ刑ノ最短期ヲ一日トシ又ハ最短期ヲ設ケサルモノアリ前者ハ獨逸刑法ニ之ヲ見ルヘク後者ハ和蘭刑法ニ之ヲ見ルヘシ我修正案ニ於テモ有期懲役ハ一日以上十五年以下トセリ之レ亦近世進步主義ニ倣ヒタルモノナリ此ノ如ク刑期ノ範圍ヲ廣汎ニスルトキハ其刑期範圍内ニ於テ自由ニ適宜ノ刑罰ヲ適用スルコトヲ得テ遺憾ナキヲ以テ故ラニ酌量減輕ノ規則ヲ

刑法總論

本論 犯罪ノ責任加減ノ情狀 犯罪責任減輕ノ情狀
裁判上ノ減輕

設クルノ必要ナキニ至ルカ如シト雖モ苟モ刑法ニ於テ死刑又ハ無期ノ刑ヲ設クル以上ハ到底酌量減輕ノ規定ハ之ヲ廢止スルコトヲ得サルヘシ例ヘハ死刑ヲ減シテ無期刑トシ無期刑ヲ減シテ有期刑トスルカ如シ

以上第一節及本節ニ於テ現行刑法ニ於ケル法定上ノ減輕ト裁判上ノ減輕ニ付テノ説明ヲ了セリ而シテ我輩ハ犯罪責任ノ減輕ニ付テ以上二種ノ區別アルコトヲ説明シタルハ徒ラニ文字上ノ區別ニアラスシテ二種ノ原因ニ基ク減輕ノ範圍ノ廣狹ニ付テ之カ區別ヲナスノ必要アルヲ以テナリ而シテ現行刑法ニ於テハ法定上ノ減輕ト裁判上ノ減輕トノ範圍ニ付テハ其間一ノ區別ヲ存セス即二者同一ノ規定ニ依リ減輕スルコト、ナシタルモ我輩ヲ以テ之ヲ見レハ二者ノ減輕ノ範圍ハ大ニ區別スルノ必要アリト信ス蓋シ裁判上ノ減輕即酌量減輕ナルモノハ已ニ論シタルカ如ク法定上ノ減輕ニテハ未タ充分ニ犯罪ノ情狀ニ適切ナル刑罰ヲ科スルコトヲ得サルヲ以テ殊更ニ此ノ如キ裁判官ノ自由判斷ニ任スル減輕方法ヲ設ケタルモノナレハ法定上ノ減輕ニ比シテハ大ニ其減輕シ得ヘキ範圍ヲ擴張シ以テ

此種ノ減輕ヲ設ケタル趣旨ヲ全フスルコトヲ勉メサル可ラス而シテ刑法修正案ニ於テハ其第八十六條第八十八條ニ於テ各別ニ二者ノ減輕ノ範圍ヲ規定シ法定上ノ減輕ニ比シテ大ニ裁判上ノ減輕ノ範圍ヲ擴張シタルハ正當ナリト云フヘシ但死刑ハ他ノ刑罰ト異リ特別重大ナル犯罪ニ限り科スルトコロノ極刑ナレハ若シ裁判官ノ認定ニ依リ隨意ニ之ヲ寬刑ニ下スコトヲ得ルモノトスレハ裁判官ノ權力強大ニ過キ危害モ亦少ナカラサルヲ以テ死刑ニ付テノミ裁判上ノ減輕ノ範圍ハ法定ノ減輕ニ比シテ狹カラシムルノ必要アルモノトス

第三章 加重減輕ノ方法及順序

前第二章ニ於テ説明シタルカ如ク法律ハ特別ノ情狀アル場合ニ於テハ刑ヲ加重減輕スルコトヲ命シ又ハ之ヲ聽許スルノミナラス第二編以下各本條ニ於テモ特別加重減輕ノコトヲ規定シタルモノナリ之ニ於テカ其加重減輕ハ如何ナル方法ニ依リ之ヲ爲スヘキカ又同時ニ加重減輕ノ必要ヲ生スルトキハ其何レヲ先ニシ何レヲ後ニスヘキカ其加重減輕ノ順序如何ノ

刑法總論

本論 犯罪ノ責任ノ加重ノ情狀 犯罪責任ノ減輕ノ情狀
裁判上ノ減輕

問題ヲ生スヘシ以下節ヲ追フテ之ヲ説明スヘシ

第一節 加重減輕ノ方法

第一款 重罪ノ刑ノ加輕方法

現行刑法ハ重罪ノ主刑ニ付テハ國事犯ト常事犯トニ因リ之ヲ區別シ以テ各別ニ其刑ニ就テ輕重ノ等級ヲ規定セリ即チ第六十七條ニ於テハ國事犯ニ關セサル犯罪即チ重罪ノ主刑ヲ列舉シ同時ニ其輕重ニ關スル等級ヲ指示スルコト左ノ如シ

第六十七條 重罪ノ刑ハ左ノ等級ニ照シテ加減ス

- 一、死刑
- 二、無期徒刑
- 三、有期徒刑
- 四、重懲役
- 五、輕懲役

即重懲役ハ輕懲役ヨリ重ク有期徒刑ハ重懲役ヨリ重キカ如ク以下之ニ準

ス

而シテ第六十八條ニ於テハ國事ニ關スル犯罪ノ中重罪ノ主刑ヲ列記スルト同時ニ其等級ヲ指示スルコト左ノ如シ

第六十八條 國事ニ關スル重罪ノ刑ハ左ノ等級ニ照シテ加減ス

- 一、死刑
- 二、無期徒刑
- 三、有期徒刑
- 四、重禁獄
- 五、輕禁獄

即重禁獄ハ輕禁獄ヨリ重ク有期徒刑ハ重禁獄ヨリ重キカ如シ以下之ニ準

ス

去レハ加減ノ方法モ右ノ等級ニ從ヒ逐次加減ス可キモノナリ例ヘハ常事犯ノ死刑ヨリ一等ヲ減セハ無期徒刑トナリ二等ヲ減セハ有期徒刑ト爲リ又國事犯ノ輕禁獄ニ一等ヲ加フレハ重禁獄ト爲リ二等ヲ加フレハ有期流

刑法總論

本論 犯罪責任加減ノ情狀 加重減輕ノ方法及順序

刑ニ上ルカ如シ然レトモ刑法ハ重罪ノ主刑ノ加重ニ付テ一ノ制限ヲ設ケ
 タリ即加重ノ結果死刑ニ入ルコトヲ許サス而シテ此制限ハ常事犯ト國事
 犯トヲ問ハサルナリ第六十六條從テ有期徒刑又ハ有期流刑ニ二等以上ヲ
 加重スル場合ニ於テモ到底死刑ニ上ホスコトヲ得スシテ無期流刑又ハ無
 期徒刑ニ止マルヘキナリ蓋シ死刑ハ極刑ニシテ法律ハ常事犯國事犯共ニ
 特別ノ必要アル場合ニ限り之ヲ科スルモノナレハ死刑ニ該ル可キ犯罪ハ
 豫メ法律ヲ以テ限定シタル特別ノ罪質ヲ有スルモノニ限り之ヲ科シ其他
 ノ犯罪ニ付テハ單ニ加重ノ情狀ヲ理由トシテ此ノ如キ極刑ヲ科スルハ酷
 ニ失スト云フノ主旨ニ外ナラサルヘシ

重罪ノ主刑中輕懲役輕禁獄ハ最下級ニ位スルモノナレハ其刑ヨリ更ラニ
 減輕スルトキハ直チニ輕罪ノ刑ニ下ルヘキカ又假令輕罪ノ刑ニ下ルトス
 ルモ其刑期ハ普通輕罪ノ刑期ト同一ニスヘキヤ否ヤ明ナラス故ニ刑法ハ
 第六十九條ニ於テ之カ規定ヲ設ケ輕懲役又ハ輕禁獄ニ該ルモノ減輕スヘ
 キトキハ二年以上五年以下ノ重禁錮又ハ輕禁錮ニ處スルヲ以テ一等減ト

セリ而シテ此ノ如ク輕懲役輕禁獄ニ付テ特別ノ規定ヲ設ケタル所以ハ現
 行刑法ニ於テ常事犯ノ自由刑ニハ定役ヲ付シ國事犯ノ自由刑ニハ定役ヲ
 付セサルノ方針ヲ取レルヲ以テナリ而シテ尙更ラニ減輕ノ必要アルトキ
 ハ輕罪ノ刑ノ減等法ニ從ヒ二年以上五年以下ノ刑ノ範圍ヲ根本トシ其四
 分ノ一ヲ減スルヲ以テ一等減トシ其四分ノ二ヲ減スルヲ以テ二等減トナ
 スヘキコト勿論ナリトス以下之ニ準ス

第二款 輕罪ノ刑ノ加減方法

輕罪ノ刑ニ付テハ現行刑法ハ重罪ノ刑ノ如ク法律上其等級ヲ定メス而シ
 テ禁錮ノ如キ第二十四條ニ於テ十一月以上五年以下ノ範圍内ニ於テ各本
 條ニ之カ長短ヲ區別スヘキコトヲ規定シ其各本條ニ規定スル長短ノ範圍
 ハ彼此互ニ相交錯シ孰レカ其上級ニ位スヘキヤ豫メ一定スルコト困難ナ
 リ例ヘハ二月以上四年以下ノ重禁錮ノ刑ヲ以テ三月以上三年以下ノ重禁
 錮ノ刑ニ比スレハ其長期ヨリ云ヘハ前者上級ニ位スヘキカ如キモ其短期
 ヨリ云ヘハ全ク之ニ反ス若シ前者ヲ以テ上級ノ刑トナサンカ減輕セサル

刑法總論 本論 犯罪責任 加減ノ情狀 加重減輕ノ方法及順序

トキハ二月ニ處スルコトヲ得ヘキモ減輕ノ結果三月以上三年以下ニ於テ處斷スヘキトキハ却テ三月以下ニ下ラスコトヲ得ス從テ減輕ノ名アリテ其實加重スルト同一ノ結果ヲ生スルコトナキニアラス若シ亦短期ニノミ重キヲ置キ後者ヲ以テ上級ニ位スルモノトセハ減輕ノ爲メ四年以下迄罰スルコトヲ得ルコト、ナルヲ以テ却テ四年ノ禁錮ニ處セラルカ如キ名實相伴ハサルノ結果ヲ生スルニ至ルヘキ罰金ニ付テモ亦同シク第二十六條ニ於テ罰金ヲ二圓以上ト爲シ各本條ニ於テ其多寡ヲ區別スヘキコトヲ規定シタルカ故ニ禁錮ノ刑ト等シク額ノ範圍ヲ定ムル最多額又ハ最寡額ニ依テ其等級ヲ定ムルコトヲ得ス於此乎現行刑法ハ禁錮罰金ノ加重減輕ニ付テハ各本條ニ記載シタル刑期金額ノ四分ノ一ヲ加減スルヲ以テ一等加減トナスコトヲ規定シタル(刑法第七十條第一項)而シテ同條所謂刑期金額ノ四分ノ一ヲ加減ストハ禁錮ノ刑ニ付テハ各本條ニ記載シタル禁錮ノ最長期ト最短期ノ雙端ニ付テ各其四分ノ一ヲ加減シタルモノヲ以テ其刑期ノ範圍トシ若シ罰金ナラハ各本條ニ記載シタル最高額ト最寡額ノ兩端ニ

付テ各四分ノ一ヲ加減シタルモノヲ以テ其罰金額ノ範圍トスルノ義ナリ例ヘハ二月以上二年以下ノ禁錮ニ一等ヲ加ヘレハ其加重セラレタル刑期範圍ハ二月ト二年トニ各其四分ノ一ヲ加エタル結果即チ二月十五日以上二年六月以下ノ禁錮トナリ若シ十圓以上百圓以下ノ罰金ニ一等ヲ加フルトキハ其加重セラレタル罰金額ノ範圍ハ十圓ト百圓トニ各其四分ノ一ヲ加エタル結果即チ十二圓五十錢以上百二十五圓以下ノ罰金トナリ反之禁錮又ハ罰金ノ刑ヨリ一等ヲ減スルトキハ前例ノ場合ニ於テハ一月十五日以上一年六ヶ月以下ノ禁錮又ハ七圓五十錢以上七十五圓以下ノ罰金トナルナリ以上ハ禁錮罰金ノ一等加減ヲナス場合ノミニ付テ説明シタルモノナルモ若シ同時ニ二等以上ヲ加減スルトキハ如何ナル方法ニ依ルヘキガ此ノ點ニ付テハ學說二個ニ分カル、カ如シ曰ク通加通減主義遞加遞減主義是ナリ

通加通減ノ方法トハ二等ヲ加減スルトキハ各本條ニ記載スル刑ノ四分ノ

二若シ三等ヲ加減スルトキハ各本條ニ記載スル刑ノ四分ノ三ヲ加減スヘク以下之ニ準ス此ノ如ク一等加減ノ割合ヲ示ス分數四分ノ一ノ根元タルヘキ刑期金額ヲ常ニ各本條ニ記載スル本刑ニ取ル方法ナリ此方法タルヤ幾等ヲ加減スルモ其加減ノ根元タル數カ一定不動ナルヲ以テ計算上ハ簡短輕便ナリト雖トモ此ノ方法ニ依ルトキハ甚ダシキ不權衡ヲ生スルコトアルヘキナリ今便宜ノ爲メ公式ヲ以テ其加減ノ方法ヲ示セハ左ノ如シ

(一) 禁錮ノ刑ニ於ケル通加通減ノ公式

本刑ノ最短期 = a
 本刑ノ最長期 = b
 $a - b$ トハ何レモ一定不動ノ數ナリ
ハ以上以下ノ記號ナリ

- 一等減ノ場合 $a - (a \times \frac{1}{4}) \dots\dots\dots b \cdot (b \times \frac{1}{4})$
- 二等減ノ場合 $a - (a \times \frac{2}{4}) \dots\dots\dots b - (b \times \frac{2}{4})$
- 三等減ノ場合 $a - (a \times \frac{3}{4}) \dots\dots\dots b - (b \times \frac{3}{4})$
- 四等減ノ場合 $a - (a \times \frac{4}{4}) \dots\dots\dots b - (b \times \frac{4}{4})$ 即チ

$a - a \dots\dots\dots b - b$ 即チ
 0.....0

- 一等加重ノ場合 $a + (a \times \frac{1}{4}) \dots\dots\dots b + (b \times \frac{1}{4})$
- 二等加重ノ場合 $a + (a \times \frac{2}{4}) \dots\dots\dots b + (b \times \frac{2}{4})$
- 三等加重ノ場合 $a + (a \times \frac{3}{4}) \dots\dots\dots b + (b \times \frac{3}{4})$
- 四等加重ノ場合 $a + (a \times \frac{4}{4}) \dots\dots\dots b + (b \times \frac{4}{4})$ 即チ $2a \dots\dots\dots 2b$
- a 等加重ノ場合 $a + (a \times \frac{a}{4}) \dots\dots\dots b + (b \times \frac{a}{4})$

(二) 罰金ノ刑ニ於ケル通加通減ノ公式ハ前公式ニ於ケルaトbカ罰金額ノ最高額及ヒ最寡額ヲ示スノ差異アルニ過キササルヲ以テ之ヲ略ス

此ノ如ク四等減ノ場合ニ於テハ其減輕ノ結果ハ零トナリ科スヘキ刑ハ絶無トナルニ至ルヘシ從テ四等減ト刑ノ全免ト事實上同一ノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ(宥恕減輕ト刑ノ全免トノ其性質ノ異ナルコトハ亦此ノ點ニ依テ見ルモ明ナルヘシ)從テ四等以下ノ減輕ハ遂ニ其適用ノ餘地ナキニ至ル加之假リニ二年以上四年以下ノ禁錮ニ該ル本刑ヨリ數等ヲ減スル場合ヲ

刑法總論
 本論 犯罪責任加減ノ情狀 加重減輕ノ方法及順序
 加重減輕ノ方法

想像シテ立論スレハ前示ノ公式ニ照ラシ

一等減ナラハ一年六ヶ月以上三年以下ノ禁錮

二等減ナラハ一年以上二年以下ノ禁錮

三等減ナラハ六月以上一年以下ノ禁錮

四等減ナラハ一年以上以下ノ禁錮

然ルニ若シ六月以上一年以下ノ禁錮ニ該ル本刑ヨリ數等ヲ減スル場合ヲ

想像スレハ前公式ニ照ラシ

一等減ナラハ四月十五口以上九月以下ノ禁錮

二等減ナラハ三月以上六月以下

三等減ナラハ一月十五口以上三月以下

四等減ナラハ一年以上以下即チ釋ス可キ刑罰ナリ

此如ク等シク六月以上一年以下ノ禁錮ノ刑ニ處スヘキ情狀アル場合ニ於テ更ニ一等ヲ減スルニ當リ六月以上一年以下ノ本刑トスル刑ノ一等減ノ結果ハ尙ホ科スヘキ刑期ヲ存スルニ反シ之ヨリモ重キ本刑ヲ有スル罪ノ

場合ニ於テハ更ラニ一等ヲ減輕スル情狀アリシ爲メニ却テ刑ノ全免ト同一ノ結果ヲ生スルニ至ルハ兩者ノ不權衡モ亦甚太シカラスヤ加之四等減ノ結果ハ常ニ刑ノ全免ト同一ノ結果ヲ生スルヲ以テ假令各本條ハ其刑期ヲ異ニシ以テ犯罪ノ輕重ヲ區別セルニモ拘ハラス四等減ニ於テ俄カニ減輕ノ結果カ同一即チ零トナルカ如キハ現行刑法カ各犯罪ニ對スル刑罰ヲ定ムルニ付テ勤メテ其權衡ヲ保タシメノコトヲ主眼トシタル大趣旨ニ反スルコト甚ダシト云ハサルヘカラス是ニ因テ之ヲ觀レハ此ノ方法ハ計算ニ於テ簡便ナルニ止マリ到底法理ニ反スル不當ノ方法タルヲ免レサルナリ遞加遞減ノ方法トハ通加通減ノ如ク各本條ニ記載シタル刑期金額ヲ以テ一定不動ナル加減ノ標準トナサス一等ノ加減アル毎ニ其結果タル刑期金額ヲ以テ次ノ加減ノ標準トナスモノナリ即チ一等加減ノ場合ニ於テハ各本條記載ノ刑ノ四分ノ一ヲ加減シ其加減ノ結果ヲ以テ二等加減ノ標準トナシ以下之ニ準ス如何其加減ノ割合ヲ示ス分數ノ根元タルヘキ數ハ常ニ増減變更シテ一定セサルナリ今便宜ノ爲メ公式ヲ以テ此ノ主義ニ於ケル

刑法總論

本論 犯罪責任加減ノ情狀加重減輕ノ方法及順序
加重減輕ノ方法

加減ノ方法ヲ示ハ左ノ如シ

(二) 禁錮ノ刑ニ於ケル遞加遞減ノ公式

本刑最短期 = a 本刑最長期 = b

一等減ノ場合 $a - (a \times \frac{1}{4}) \dots \dots b - (b \times \frac{1}{4})$

二等減ノ場合 $(a - \frac{1}{4}) - (a - \frac{1}{4}) \times \frac{1}{4} \dots \dots (b - \frac{1}{4}) - (b - \frac{1}{4}) \times \frac{1}{4}$

以下之ニ準シ到底零ニ至ルコトナシ

一等加ノ場合 $(a + (a \times \frac{1}{4})) \dots \dots b + (b \times \frac{1}{4})$

二等加ノ場合 $(a + \frac{1}{4}) + (a + \frac{1}{4}) \times \frac{1}{4} \dots \dots (b + \frac{1}{4}) + (b + \frac{1}{4}) \times \frac{1}{4}$

以下之ニ準ス

今假リニ數ヲ以テ之ヲ例セハ左ノ如シ

二年以上四年以下ノ禁錮ニ該ル本刑ヨリ數等ヲ減スル場合ニハ

一等減ナラハ一年六ヶ月以上三年以下ノ禁錮

二等減ナラハ一年一ヶ月十五日以上二年七ヶ月十五日以下ノ禁錮

三等減ナラハ十ヶ月三日強以上一年十一月十八日強以下ノ禁錮

四等減ナラハ七ヶ月十六日強以上一年五月二十一日強以下ノ禁錮

トナルカ如シ此ノ如シ其計算極メテ混雜ナルモ幾等ヲ減スルモ到底零トナラサルヲモ通加通減ノ方法ニ伴フカ如キ不權衡ナル結果ヲ生スルコトナシ

以上二個ノ方法中現行法ハ何レノ方法ヲ採リタルカ之ヲ法文ニ徴スルニ通加通減ノ方法ヲ採リタルコト敢テ疑フノ餘地ナシ何トナレハ法文ニハ各本條ニ記載シタル刑期金額ノ四分ノ一ヲ加減スルヲ以テ云々トアルカ故ニ刑法第七十條第一項(其加減ノ根元ハ常ニ各本條ニ記載シタル刑期金額ナルヘキコト明確ナリ然ルニ論者或ハ法文ニ云々一等ト爲ストアルヲ以テ二等以上ナル加減ノ場合ヲ規定シタルモノニアラスト解スルモノアルモ同條ニハ四分ノ一ヲ減スルヲ以テ一等ト爲ストアルヲ以テ各本條記載ノ刑ノ四分ノ一カ一等加減ナルコト及ヒ四分ノ二カ二等加減四分ノ三カ三等加減四分ノ四カ四等加減ナルコトヲ示シ其加減ノ本刑ハ常ニ各本條ニ記載シタル刑期金額ナルヘキコトヲ規定シタルモノト解スルヲ正當

ナリトス而シテ今日實際ノ慣例モ亦第一方法ニ依ルコト、セリ蓋シ立法論トシテハ不當ナルコトハ謂フヲ待タサルナリ然レトモ第二ノ方法ハ其計算上甚々錯雜スルヲ以テ亦採用ス可キニアラス要之立法論トシテハ法律ニ於テ一等加減ノ割合ヲ定メス一等加減ト數等加減ノ場合ヲ區別セシテ加減ノ效果ヲ概轄シテ規定シ裁判官ヲシテ其範圍内ニ於テ適宜ニ刑ヲ定メシムルヲ以テ可トスヘキナリ(修正草案第一編第四章未遂罪第五章併合罪第六章再犯第七章共犯第八章酌量減輕第九章加減例參照)

輕罪ノ刑ハ加エテ重罪ノ刑ニ入ルコトヲ得ルカ蓋シ輕罪ノ刑タル重禁錮輕禁錮カ重罪ノ主刑タル輕懲役輕禁錮ニ異ル點ハ只々其刑期ノ長短ヲ異ニスルニアルノミ然ラハ禁錮ノ刑ハ加重ノ結果其最長期タル五年ヲ超過シ重罪ノ主刑タル輕懲役輕禁錮ノ刑期ニ至ルコトナシトセス然レトモ現行刑法ハ第七十條第二項ニ於テ之カ制限ヲ規定シ輕罪ノ刑ハ加ヘテ重罪ノ刑ニ入ルコトヲ得ストシ其但書ニ於テ禁錮ハ加重シテ七年ニ至ルコトヲ得トナシタリ而シテ罰金ニ付テハ但書ノ如キ規定ナキハ蓋シ罰金ハ如何ニ之ヲ加重スルモ決シテ重罪ノ刑ニ入ルコトナク亦其加重ノ結果ニ付テ其額ヲ制限スルノ必要ナクレハナリ而シテ刑法第七十條第二項規定ノ理由ハ恰モ重罪タル主刑ヲ加エテ死刑ニ入ルコトヲ得サルト同シ立法者ハ罪ヲ分テ重罪輕罪違警罪ノ三種トシ各犯罪ノ性質ニ應シテ之ヲ分類シ之ニ對シ重罪輕罪違警罪ト云フ特別ノ刑名ヲ設ケテ假令其刑ヲ減輕シ輕罪又ハ違警罪ニ下タスコトアルモ重罪ニ該ルヘキ罪質ヲ有スル犯罪ノ外ハ單ニ加重ノ情狀アルノミナ理由トシテ重罪ノ刑ヲ科セサルコト、爲シタルナリ

輕罪ノ刑ハ減シテ違警罪ノ刑ニ下タスコトヲ得ルカ蓋シ禁錮ノ最短期ハ刑法第二十四條ニ於テ十一日タルコトヲ規定シタリ故ニ其減輕ノ結果其刑期ノ最長期カ減シテ十一日以下トナルコトアルヘシ此ノ如ク禁錮ノ刑ヲ減盡シタルトキハ刑法第七十一條ノ規定ニ從ヒ違警罪ノ刑タル拘留ニ處スヘキナリ又罰金ノ最寡額ハ第二十六條ニ於テ二圓ト規定セリ故ニ減輕ノ結果其罰金ヲ減盡シタルトキハ第七十一條ニ依リ違警罪ノ刑タル科

刑法總論
本論 犯罪責任 加減ノ情狀 加重減輕ノ方法及順序
加重減輕ノ方法

料ニ處ス可キナリ此ノ如ク輕罪ノ刑ヲ減盡シタルトキハ法律ハ單ニ拘留
 又ハ科料ニ處ストアリテ第六十九條ニ於テ輕懲役輕禁獄ヲ減シテ輕罪ノ
 刑ニ入ル場合ニ付テ規定スルカ如ク其一等減ノ結果タルヘキ刑期金額ヲ示
 サル所以ハ拘留科料ノ範圍ハ固ヨリ狭少ナルヲ以テ更ニ其内ニ於テ制限
 ナ設ケス第二十八條第二十九條ニ規定シタル刑期金額ノ範圍内ニ於テ自
 由ニ其刑ヲ科スヘキコト、ナシタルナリ次ニ禁錮罰金ノ刑ヲ減盡シタル
 ニアラサルモ其減輕ノ結果其最短期又ハ最寡額ノミカ十日以下又ハ一圓
 九十五錢以下ニ下ルコトアリテ最長期最多額ハ依然トシテ輕罪ノ刑ノ範
 圍内ニ止マルトキアリ此ノ場合ニ付テハ刑法ハ第七十一條末段ノ規定ヲ
 以テ裁判官ハ其輕罪ノ範圍内ニ於テ刑ヲ定ムルコトヲ得ルハ勿論亦違警
 罪ニ下リタル範圍内ニ於テモ刑ヲ定ムルコトヲ得ルモノトセリ然レトモ
 其最短期最寡額ヲ脱出シタル拘留又ハ罰金ニ處スルコトヲ得サルナリ例
 ヘハ禁錮ヲ減シテ四日以上二十日以下ノ禁錮トナリタルトキ又ハ七十錢
 以上八圓以下ノ罰金トナリタルトキニ於テ三日ノ拘留又ハ六十錢ノ科料

ニ處スルコトヲ得ス蓋シ此ノ場合ニ於テハ輕罪ノ刑ハ減盡シタルニアラ
 スシテ單ニ其最短期又ハ最寡額カ違警罪ノ刑ニ入りタルニ止マルヲ以テ
 刑法第七十一條ノ前段ヲ適用スヘキニアラサルナリ

第三款 違警罪ノ刑ノ加減方法

拘留科料ノ加減方法ハ禁錮罰金ノ例ニ照シ其刑期金額ノ四分ノ一ヲ加減
 スルヲ以テ一等加減トス(刑法第七十二條第一項)

違警罪ノ刑ハ加ヘテ輕罪ノ刑ニ入ルコトヲ得ス但シ拘留ハ加ヘテ十二日
 ニ至ルコトヲ得科料ハ加ヘテ二圓四十錢ニ至ルコトヲ得第七十二條第二
 項而シテ其理由ハ輕罪ノ刑ノ加重ノ制限ニ付テ(第七十條第二項)説明シタ
 ルト同一ナルヲ以テ爰ニ贅セス猶ホ第七十二條第二項ニ依レハ拘留科料
 ハ減シテ一日以下五錢以下ニ下タスコトヲ得サルナリ此レ一日以下五錢
 以下ノ拘留科料ノ如キハ其刑期金額極テ輕微ニシテ殆ント刑罰ノ性質ヲ
 欠クノミナラス却テ刑罰ノ威嚴ヲ損スルノ嫌アルヲ以テナリ

禁錮拘留ヲ加減スルニ依リ其刑期ニ幾日ト一日不足ノ數ヲ生スルコト

往來アルヘキナリ此ノ場合ニ於テ猶其計算ニ從ヒ一日不足ノ時間ノ刑ヲ執行スルコトハ極メテ困難ナルニ反シテ實效殆ント是レナキヲ以テ寧ロ之ヲ執行セサルコト、シタリ但シ罰金科料ハ其計算上稍々面倒ナルモ何錢何厘迄ハ正確ニ算定シ得ヘク且ツ之ヲ執行スルニ於テハ別ニ困難ナキカ故ニ此等ノ財産刑ニ付テハ前述ノ如キ除棄ノ規定ナシ但シ一厘以下ハ四捨五入ノ算法ニ依リ取捨スルノ外ナキコト勿論ナリトス
(第七十三條)

第四款 附加刑ノ加減方法

附加刑ノ加減ニ付テハ第七十四條ニ規定セリ同條ニ依レハ附加ノ罰金ハ主刑ニ從テ加減シ其金額ノ四分ノ一ヲ加減スルヲ以テ一等ト爲ス若シ減盡シタルトキハ止マ主刑ヲ科ストアリテ該條ハ附加刑タル罰金ノ加減方法ノミヲ規定シ他ノ附加刑ニ及ハス蓋シ他ノ附加刑即チ剝奪公權ハ無期ニシテ禁治産ト停止公權ハ常ニ其主刑ト存在シ共ニスルカ故ニ此種ノ附加刑ハ特ニ加減スヘキモノニアラス而シテ沒收ハ或特定ノ物件ヲ沒收ス

ルモノナルカ故ニ之ヲ分割スルコトヲ得サルノミナラス亦之ヲ増加スルコトモ其性質上許サ、ルモノタリ(沒收ニ關スル說明參照)次ニ監視ハ有期ニシテ敢テ加減シ得サル刑罰ニハアラサルモ監視ハ現來累犯ヲ豫防スル爲メニ犯人ノ活動ノ自由ヲ牽束スルノ目的ニ出テタルヲ以テ其期限ノ如キモ重罪ニ付テハ其主刑ノ短期三分ノ一ニ等シキ時間(第三十七條參照)輕罪ニ付テハ六月以上二年以下ニ過キス(第三十八條參照)今若シ之ヲ減シテ僅々タル期限ト爲サンカ遂ニ監視ヲ設ケタル目的ヲ達スルコト能ハサルニ至ルヘシ故ニ監視モ亦加減スヘカラサル性質ヲ有スル刑ナリト云ハサルヘカラス是レ現行刑法ニ於テ單ニ附加ノ罰金ニ付テノミ加減ヲ認メ之カ方法ヲ規定シタル所以ナリトス但シ立法論トシテハ附加刑タル罰金ハ之ヲ廢止スヘク從テ第七十四條ノ規定モ削除スヘキモノナリ

第二節 加重減輕ノ順序

前節ニ於テ刑ノ加重減輕ニ關スル方法ヲ說明シタリ然レトモ加重ノ情狀ト減輕ノ情狀ト同時ニ存在シタルトキニ於テ加重ヲ先キニスヘキカ將タ

刑法總論 本論 犯罪責任加減ノ情狀 加重減輕ノ方法及順序

減輕ヲ先キニスヘキカ又等シク減輕ナリト雖トモ加輕ニハ宥恕減輕自首
 減輕酌量減輕アリ此等減輕ノ情狀カ同時ニ存在スルトキハ其何レノ減輕
 ナ先キニスヘキカ又從犯未遂犯各本條ノ特別ノ加重減輕ノ原因ト他ノ加
 重減輕ノ原因ト併發シタル場合ニ於テハ其加減ノ標準トナルヘキ本刑ハ
 常ニ各本條ニ規定セラレタル刑期金額ヲ以テスヘキヤ否ヤ以上ノ問題ニ
 付テハ前節ニ說明シタル加減方法ヲ以テハ未ダ之ヲ決定スルコトヲ得サ
 ルナリ而シテ右ノ問題ノ内加重減輕何レヲ先キニスヘキヤノ點ニ付テハ
 極メテ重大ナル結果ヲ生スルモノナリ例ヘハ無期徒刑ニ該ル可キ罪ヲ犯
 シタルモノニシテ各一等ヲ加重減輕スヘキ情狀ノ存スルトキニ於テ若シ
 其加重ヲ先キニスルトセハ重罪ノ刑ハ加テ死刑ニ入ルコトヲ得サルヲ以
 テ(第六十六條參照)一等ヲ加フルモ猶ホ無期徒刑ニ止リ而シテ之レヨリ一
 等ヲ減シテ結局有期徒刑ニ處セラル、コト、ナルヘシ反之若シ減輕ヲ先
 キニスルトキハ先ツ無期徒刑ヨリ一等ヲ減シテ有期徒刑ニ下リ之レヨリ
 一等ヲ加ヘテ無期徒刑ニ復スルカ如シ此ノ如ク加減順序ノ先後ニ依リ同

一情狀ノ下ニ於テ一ハ有期徒刑ノ處分ヲ受ケ一ハ無期徒刑ノ處分ヲ受ク
 ルカ如キ重大ナル差異ヲ生シ犯人ノ利害ニ至大ノ關係ヲ有スヘク又輕懲
 役ニ該ル罪ヲ犯シタル場合ヲ想像スルニ加重ヲ先キニスレハ一等ヲ加ヘ
 テ有期徒刑ニ上リ之ヨリ一等ヲ減シテ輕懲役ニ下ルヘク反之若シ減輕ヲ
 先キニスレハ輕懲役ヨリ一等ヲ減シテ重禁錮二年以上五年以下トナリ(第
 六十九條參照)之ニ一等ヲ加フルモ重禁錮二年六月以上六年三月以下ニ止
 マリ更ニ何等ヲ加重スルモ輕罪ノ刑ハ加ヘテ重罪ノ刑ニ入ルコトヲ得サ
 ルヲ以テ到底重禁錮七年以上ニ至ルコトヲ得サルナリ(第七十條第二項參
 照)即チ前例ニ於テハ減輕ヲ先キニスル爲メ犯人ハ不利益ヲ被ムリ後例ニ
 於テハ減輕ヲ先キニスル爲メ犯人ニ利益ヲ與フ此ノ如ク本問ハ犯人ニ非
 常ノ利害關係ヲ有スルヲ以テ法律ハ豫メ之カ順序ヲ規定セサルヘカラス
 刑法第九十九條ハ之ヲ規定シテ曰ク犯罪ノ情狀ニ因リ總則ニ照シ同時ニ
 本刑ヲ加重減輕スヘ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

刑法總論 本論 犯罪責任加減ノ情狀 加重減輕ノ方法及順序

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

本條第一項ニ所謂本刑トハ加重減輕ノ根源トナルヘキ刑ト云フノ外別ニ
意義ヲ有セサルモノナルコトハ既ニ説明シタル所ナルノミナラス但書ニ
於テ從犯云々其加減シタルモノヲ以テ本刑トストアルニ依テ見ルモ蓋シ
思半ハニ過クルモノアラソ尙ホ本條所謂本刑ナル文字ハ重罪輕罪違警罪
ノ區別ノ標準タルヘキ本刑ヲ意味スルニアラサルコトハ既ニ説明シタル
ヲ以テ之ニ贅セス

猶同條ニヨレハ再犯加重ノ原因カ未遂犯從犯ノ減輕及各本條ニ規定スル
特別ノ加重減輕ヲ除キ其他ノ減輕ノ情狀ト同時ニ存在シタルトキニハ先
ス再犯加重ヲ行フヘキコトヲ規定シタリ然レトモ其立法上ノ理由ニ付テ

ハ吾輩ハ到底正當ナル理由ヲ發見スルコトヲ得サルナリ辯スルモノ曰ク
再犯ハ其罪惡ノ程度初犯ノ場合ヨリ重キモノアルカ故ニ其刑ヲ加重スル
モノナレハ先ス此ノ加重ヲ行ヒ彼ノ減輕ヲ先キニスル爲メ犯人ニ於テ大
ニ利益スルニ至ルコトアルノ弊ヲ防カンコトヲ欲シタルモノナリト云フ
モノアルモ是レ大ナル誤論ナリ何トナレハ既ニ説明シタルカ如ク本刑カ
輕懲役ナル場合ニ於テハ加重ヲ先キニスルハ減輕ヲ先キニスルニ比シテ
犯人ニ至大ノ若痛ヲ與フヘキモ反之本刑カ無期徒刑ノ場合ニ於テハ加重
ヲ先キニスレハ其結果減輕ヲ先キニスルニ比シテ犯人ノ爲メ至大ノ利益
ヲ與フルコト、ナルヘキナリ從テ論者ノ辯スルカ如ク加重ヲ先キニスル
コトカ減輕ヲ先キニスルニ比シテ常ニ犯人ニ至大ノ若痛ヲ與フルモノナ
リト云フコトヲ得サルナリ更ニ辯スルモノアリ曰ク再犯ハ其身上加重ノ
情狀アルモノニシテ犯罪ノ發生スルト同時ニ加重ノ情狀カ存在スルモノ
ナリ反之第九十九條第二項ニ列記スル宥恕減輕以下ノ減輕ハ犯罪發生以
後ニ發生スル情狀ナリト云フモノアルモ其說ハ大ナル誤謬ニシテ殆ソト

刑法總論

本論 犯罪責任 加減ノ情狀 加重減輕ノ順序

反駁ノ價值ナキモノタリ蓋シ自首減輕ハ免ニ角其他ノ減輕ニ至テハ皆犯
 罪ノ發生ト同時ニ存在スルモノニシテ再犯加重ノ情狀ト其發生ノ時機ニ
 於テ敢テ先後アルコトナシ要之同條第二項ノ順序ハ正確ナル理由アルニ
 アラス單ニ加重ハ減輕ヨリ重キカ故ニ重キヲ先キニスト云フカ如キ淺薄
 ナル思考ニ出テタルニ外ナラサルヘシ
 次ニ宥恕減輕以下自首減輕酌量減輕等減輕ノ原因ノミ併存シタルトキハ
 其何レヲ先キニスルモ其結果ハ敢テ異ルコトナシ而シテ刑法カ特ニ同條
 第二項ニ於テ此カ順序ヲ規定シタル別ニ理由アリテ然ルニアラス唯タ宥
 恕減輕ノ原因タルヘキ情狀ハ其性質上自首減輕ヨリ其發生ノ順序ヲ先キ
 ニスルヲ以テ其減輕モ亦之ヲ先キニシ酌量減輕ハ裁判上ノ減輕ナレハ再
 犯加重以下法定ノ加重ヲ先キニシ之ヲ後ニシタルニ過キス此ニ由テ之ヲ
 見レハ本項再犯加重ヲ先キニシタルモ只タ法文ノ體裁上再犯加重ヲ先キ
 ニシ減輕ノ場合ノミヲ其後ニ列記スルト云フカ如キ薄弱ナル理由ニ過キ
 サルコト、知ルヘキナリ

但書ノ場合即チ從犯未遂犯及ヒ各本條ニ記載スル特別ノ減輕ト各本條ニ
 記載シタル特別ノ加重ト其原因カ同時ニ存在スルトキハ如何ナル順序ニ
 依ルヘキカ此點ニ付テハ第二項ノ如ク法律ハ別ニ之カ規定ヲ設ケサルヲ
 以テ條理ニ照シテ之カ順序ヲ定メサルヘカラス而シテ各本條ニ規定スル
 特別ノ加重ト減輕カ同時ニ發生スルコトハ絶無ノコトナルヲ以テ此ノ點
 ニ付テハ研究スルノ必要ナシ而シテ此等特別ノ加重若クハ減輕ト從犯未
 遂犯ノ減輕ト同時ニ發生スルトキハ未遂犯ノ規定タル第一百十二條從犯ノ
 規定タル第九條ノ趣旨ニ徴シ第一ニ特別加重第二ニ未遂犯第三ニ從犯
 ノ減輕ヲ與フヘキモノナリ
 猶但書ニ依レハ從犯未遂犯及ヒ各本條ニ規定シタル特別ノ加重減輕ト第
 二項ニ列記スル加重即チ再犯加重宥恕減輕以下ノ減輕ノ情狀カ同時ニ存
 在スルトキハ特別加減及ヒ從犯未遂犯ノ減輕ヲ先キニシ其結果ヲ以テ再
 犯加重以下ノ減輕ノ本刑トセリ然レトモ各本條ノ特別減輕中特ニ罪質ヲ
 變更スルモノヲ除ク外ハ其他ノ加減ノ原因ト其間毫モ加減スヘキ本刑

刑法總論

本論 犯罪責任加減ノ情狀 加重減輕ノ方法及順序

ヲ異ニスルノ必要ナキナリ故ニ立法論トシテハ二者共ニ其ノ加減スヘキ
 本刑ヲ同フスヘキモノナリ且ツ以上總テノ場合ニ於テ加重減輕ノ原因共
 ニ存在スルトキハ其等級ノ相等シキ分ハ互ニ相殺セシムルヲ以テ簡便ニ
 シテ且ツ法理ニ通シ前述ノ如キ加減順序ノ先後ニ依リ生スル刑罰適用ノ
 不權衡ヲ避クルコトヲ得ヘキナリ例ヘハ無期徒刑ニ該ル罪ヲ犯シタルモ
 ノニシテ一等加二等減ノ情狀存在スルトキハ一等加減ハ互ニ相殺シテ其
 殘餘ノ一等減ノミヲ行フヘキナリ然ルニ本法此ノ相殺方法ヲ許サ、ルカ
 故ニ右ノ場合ニ於テハ第九十九條適用ノ結果一等加重ハ遂ニ其效ヲ奏セ
 ス(第六十六條但書參照)加重ノ名アリテ其實ナク從テ法律カ加重ノ制ヲ設
 ケタル本旨ニ反スルノ結果ヲ生スルニ至ルヘキナリ故ニ此ノ點ハ大ニ改
 正ヲ要スル處ナリ

第三部 數罪俱發及共犯

第一章 數罪俱發

第一節 數罪俱發ノ條件

數罪俱發ハ刑法第一編第七章ニ規定スル處ニシテ刑法ニ所謂數罪俱發ト
 ハ全一ノ犯罪人カ確定判決ヲ受クル以前ニ於テ犯シタル二個以上ノ犯罪
 ナ云フモノニシテ其數罪ハ必スシモ全時又ハ全一裁判所ノ管轄區域内ニ
 發生スルコトヲ要セサルナリ而シテ刑法第百條ニ於テ未タ判決ヲ經スニ
 罪共ニ發シタルモノハ云々トアルノ意義モ亦之ニ外ナラサルナリ法文
 ニハ單ニ判決ヲ經ストアルヲ以テ其判決ハ確定判決タルコトヲ要セスシ
 テ苟モ判決言渡アリタル以上ハ其確定ニ至ラサル前ニ於テモ言渡以後ノ
 犯罪ハ其言渡ノ目的ト爲リタル犯罪トハ數罪俱發ノ關係ナキカ如キモ若
 シ此ノ如ク法文ヲ解スルトキハ數罪俱發ハ再犯ト選フ所ナキニ至ルヘシ
 蓋シ再犯ト數罪俱發トノ區別ハ實ニ其犯罪カ他ノ犯罪ニ對スル確定判決
 以前ニ存スルト否トニアリ從テ法文ノ判決ヲ經ス云々トアル文字ハ確定
 判決ヲ受クル以前ニ於テ云々ト解スヘキナリ數罪俱發ノ意義果シテ然リ
 トセハ其名稱ハ未タ以テ完全ニ其意義ヲ言表シタルモノト云フヘカラス
 故ニ此場合ハ全一犯人ノ數罪ト云フヲ稍適切ナリトスヘキナリ今右數罪

俱發ノ定義ヲ分析スレハ左ノ如シ

第一 全一ハ犯人カ二個以上ノ獨立シタル罪ヲ犯シタルコト

第二 其所謂二以上ノ犯罪ハ確定判決ヲ受クル以前ニ於テ犯サレタル

コト

以上二個ノ條件ヲ説明スルコト左ノ如シ

第一、全一ノ犯人カ二個以上ノ獨立シタル罪ヲ犯シタルコト

此條件ヲ更ニ分析スルトキハ左ノ如シ

(イ)全一ノ犯人ノ犯罪タルコトヲ要スルヲ以テ假令主觀的ニ多數ノ犯罪

存在ズルモ人ヲ異ニスルニ止ル場合則チ多數ノ人カ共力シテ全一ノ

犯罪ニ加巧シタル場合即共犯ハ茲ニ所謂數罪俱發ニアラザルナリ共

犯ノ場合ニ於テハ犯罪ハ一個ニシテ只犯人ノ數多キカ爲メニ主觀的

ニ犯罪カ數多アリト云ヒ得ヘキニ過キサリナリ要之數罪俱發ノ場合

ニ於テハ同一犯人ニ出タル犯罪カ客觀的ニ數個存スルコトヲ要スル

ナリ

(ロ) 二個以上ノ獨立シタル罪ヲ犯シタルコトヲ要スルヲ以テ同一犯人

ノ各所爲カ各獨立シテ法律上一罪ヲ構成スヘキ場合ナラサル可ラス

故ニ彼ノ繼續犯慣行犯ノ如キ又ハ主タル犯罪ニ相合シテ加重ノ狀情

ヲ爲スニ過キサリ所爲ノ如キハ何レモ一罪ニシテ數罪タルノ條件ヲ

欠クモノナリ例ハ繼續シテ人ヲ不法ニ監禁スルカ或ハ私ニ營業ヲ

爲スカ如キ又ハ兇器ヲ携帯シテ強竊盜ヲ爲シタルカ如キ何レトモ一

罪タルニ過キサリナリ然レトモ既ニ法律上各所爲カ獨立シテ一罪ヲ

形シル場合ニ於テハ假令其犯罪行爲カ時日場所ヲ異ニシ又ハ舉動ヲ

異ニシテ生スルコトナクモ此處ニ所謂數罪タルコトヲ妨ケス故ニ

例ハ一個ノ彈丸ヲ以テ數人ヲ殺害シタルカ如キ或ハ他人ノ私印ヲ

偽造シ依リテ以テ私書ヲ行使シタルカ如キ假令之ヲ普通ノ觀念ニ照

ストキハ同一時ニ生シタル一舉動ニ過キサリモノナレトモ法律ノ規

定上ニ於テハ二個又ハ二個以上ノ罪ヲ犯シタルモノニシテ即數罪ヲ

形成スルモノナリ然ルニ從來多クノ刑法學者カ本條ノ規定ヲ説明ス

ルニ當テ所謂數罪ニ實體的ノモノト想像上ノモノト二个アルコトヲ主張シ想像的數罪トハ(無形上ノ數罪ヲ云フ)一所爲ヲ分析スルトキハ其分子カ各一罪ヲ構成シ恰モ數罪アルカ如キモ其實一罪ヲ構成スルニ過キサルモノヲ云フ假令ハ内亂ヲ起シテ官兵ヲ殺傷スルカ如キハ外觀上内亂ニ關スル罪ト殺傷ニ關スル罪ヲ犯シタルカ如ク見ユルモ官兵ヲ殺傷スル如キハ内亂中ニ包含スルモノナレハ法律上之ヲ別ニ一罪トナシテ論スヘキニアラス若シ別ニ一罪ヲ構成スルモノトナサシカ一所爲ヲ二重ニ罰スルモノニシテ法理ニ悖ルノ穢リヲ免レズ内亂ヲ起スハ原因ニシテ官兵ヲ殺傷スルハ其必然ノ結果ナリ此原因結果相合シテ政府ニ抗敵スル一ノ所爲ヲ成スモノナレハナリ又人ノ家宅ニ侵入シテ強竊盜ヲ行フカ如キ之ヲ法律ニ照セハ家宅侵入罪ト竊盜罪ト二罪俱發ノ如ク見ユルモ其家宅ニ侵入シタルハ強竊盜ヲ行フニ付テノ唯一必要ナル手段ニシテ此手段ニ依ラサレハ屋内ニ於ケル強竊盜ヲ行フコトヲ得ス又強竊盜ノ意思ナクシテ家宅侵入ノコトヲ

行ハサルヤ必然ナリサレハ人ヲ殺スノ必要手段トシテ創傷ヲ負ハスモ別ニ創傷ノ罪ヲ論スルコトヲ得サルト同シク此場合ニ於テモ又二罪アリト論スヘキモノニアラサルナリ

實體上ノ數罪トハ(有形上ノ數罪)數多ノ所爲カ各獨立シテ一罪ヲ構成スルモノヲ云フ法律ニ所謂數罪俱發ト云フハ實ニ之ヲ云フナリ假令ハ人ヲ殺シタル後其罪跡ヲ掩ハシカ爲メ其家ニ放火シタルカ如キ或ハ甲ノ家ニ於テ財物ヲ強取シ更ラニ轉シテ乙ノ家ニ於テ竊盜ヲ爲シタル如キハ眞ニ數罪アリト云フヘキナリ換言スレハ時日若クハ場所ヲ異ニシテ獨立シタル犯罪ノ發生シタル場合ハ之ヲ以テ實體上ノ數罪俱發トシ反之一個ノ舉動カ數多ノ罪名ニ觸ル、場合ニ於テハ之ヲ想像上ノ數罪俱發トシ刑法カ數罪俱發トシテ特ニ設ケタル規定ノ下ニ支配セラルヘキモノハ單ニ實體上ノ數罪俱發アルノミニシテ想像上ノ數罪俱發ハ無形上數罪アルカ如クナルモ其實一罪ニ過キサルカ故ニ刑法ニ所謂數罪俱發ノ規定ニ支配セラルヘキモノニアラス而シ

テ此區別ハ從來ノ多クノ學者ト實際家トノ間ニハ大ニ勢方チ有スル
モノナレトモ吾輩ハ全然此區別チ否認スルモノナリ乞フ其理由チ左
ニ説明スヘシ

(第一) 此區別ハ用語自體ノ上ニ於テ論理ノ矛盾アリト云ハサル可ラ
ス何者右論者ハ數罪チ分チテ實體上ノモノト想像上ノモノトセリ
此シ數罪チ既ニ二種ニ區別シナカラ其一種タル想像上ノ數罪カ一
個ノ犯罪ナリト云フコトハ常識ニ於テ了解ス可カラサル處ニシテ
此區別ニ從フトキハ一個ノ犯罪ト數罪トノ區別ハ到底明確ナリト
云フコトチ得サレハナリ

(第二) 學者ハ數罪チ分チテ實體上ト想像上トニ區別スルモ抑モ此ノ
如キ區別ハ何ニ依リテ爲シタルカ法律チ按スルニ單ニ數罪俱發ト
ノミニアリテ苟モ數罪タル以上ハ常ニ數罪ニシテ其想像上タルト
否トニ依リ或ハ一罪トナリ或ハ數罪ト爲ルヘキコトチ規定セス然
ラハ學者ノ實體ト云ヒ想像ト云フコトハ必竟スルニ獨斷的決論ニ

シテ一ツモ法律上ノ根據アルニアラス何トナラハ彼等ハ法律ノ規
定ニ依ラス漫然所爲カ一個ナレハ罪又一個タルニ過キスト云フコ
トチ前提トシテ推論スルモノニシテ是レ亦全ク法律ノ規定セサル
所ナレハナリ

然ラハ法律カ一個ナルカ將タ數個ナルカチ識別スル標準如何ト云フ
ニ吾輩ハ先キニ犯罪ハ刑法ニ違反スルノ所爲ナリト説明シタリ從
テ犯罪カ一個ナルカ將タ數個ナルカハ事實上ノ所爲カ一個ナリヤ將
タ數個ナリヤト云フカ如キ法律チ離レタルノ觀念ニアラスシテ法律違
反ノ現象カ一個ナリヤ將タ數個ナリヤト云フコトニヨリテ決スル法律
的觀念ナリト信ス故ニ假令事實上ハ一個ノ所爲ナリト雖モ若シ其所爲
ニシテ數個ノ法律ニ違反スル以上ハ其違反ノ數丈ケ茲ニ數多ノ犯罪
チ現出シタルモノト云ハサル可ラス然シテ其所爲ノ法律ニ觸レタル
方面カ幾何アリヤト云フコトハ單純ナル空想チ以テ斷スヘキニアラ
スシテ必スヤ法律ノ規定ニ照合シテ之チ知ルヘキモノナリ故ニ茲ニ

一個ノ所爲アルニ當リテ其カ一罪ナルヤ數罪ナルヤヲ決スルニハ各
 犯罪ニ關スル法文ヲ審査シテ其構成要件ヲ明確ニシ然ル後ニ現出ノ
 所爲ニ付キテ是等法律ノ規定ニ觸ルヘキ方面カ幾何存在スルヤヲ審
 査スルヲ要ス要之吾輩ノ所謂一罪ト數罪トヲ區別スル標準ハ單純ナ
 ル理想ニ依ラスシテ專ラ法律ノ規定ニ依ラントスルモノナリ從テ普
 通學者ガ所謂想像上ノ數罪俱發即數個ノ法條ニ違反シタル一ケノ所
 爲カ一罪ニアラスシテ數罪ヲ形成シ刑法第一編第七章ノ規定ニ依ル
 ヘキモノトシテ而シテ普通學者カ想像上ノ數罪俱發トシテ引例スル屋
 內竊盜ノ場合ノ如キ到底竊盜ト家宅侵入罪トノ數罪俱發タルコトヲ
 免レサルナリ何トナレハ法律カ竊盜ト認ムルノ所爲ハ刑法第三百六
 十六條ニ規定スルカ如ク他人ノ所有物ヲ自己ノ所有物ノ如ク處分ス
 ルノ意思ヲ以テ之ヲ自己ノ占有ニ移スノ所爲タルニ過キス然シテ家
 宅ニ侵入スルト否トハ竊盜罪ノ構成條件ニハ關係ナキナリ次ニ法律
 カ家宅侵入罪ト認ムル行爲ハ同法第七十一條以下ニ規定スル如ク

故オシシテ他人ノ邸宅ニ侵入スルノ所爲ナリ此要件ニシテ具備スル
 以上ハ犯人カ竊盜ヲ犯スト否トハ問ハサルナリ即本問ノ場合ニ於テ
 ハ犯人ノ所爲カ竊盜家宅侵入何レノ法條ニモ觸ル、モノナルヲ以テ
 之ヲ二罪ノ俱發ト云ハサル可ラサルナリ然ルニ論者ハ一ハ他ノ犯罪
 ノ必要的手段ナリト云フモ其必要的手段ニシテ他罪ノ構成條件中ノ
 一ヲ構成スル場合ハ格別其他ノ場合ニ於テハ單ニ必要手段タリトノ
 理由ヲ以テ一ツノ犯罪行爲カ他ノ犯罪中ニ吸收セラル、トハ到底法
 文ニ依ラサル獨斷的ノモノナリト云ハサル可ラス加之論者ノ說ニ從
 フトキハ家宅ニ侵入スルニ當リ犯人ニ於テ其侵入ヲ妨害スル番人ヲ
 殺傷シタルトキハ其ノ殺傷ハ家宅侵入ノ必要的手段ナルヲ以テ殺傷
 ハ家宅侵入罪ノ中ニ吸收セラルヘキモノト云ハサル可ラス從テ犯人
 ハ家宅侵入罪ヲ以テ罰セラル、ニ止ルヘキナリ論シテ茲ニ至レハ論
 者ト雖モ失當タルヲ認ムルナルヘシ或ハ辯スルモノ曰ク此場合ニハ
 手段タル犯罪カ目的タル犯罪ヨリモ重キカ故ニ吸收ノ限リニアラス

ト而レトモ其輕キカ故ニ吸收セラレ重キカ故ニ吸收セラレヌト云フ
カ如キ原則ハ何ニ依リテ之ヲ認メ得ヘキカ之レ亦不當ノ見解タルヲ
免レサルナリ其他爲替手形ヲ偽造スルカ爲メニ私印ヲ偽造行使スル
如キハ私印偽造行使罪私書偽造行使罪(二〇八條二〇九條)ノ二罪俱發
ニ外ナラサルナリ

次ニ犯人身體ノ發動ハ一個ニシテ其結果二罪ヲ犯スコトアリ例ヘハ
一個ノ爆裂彈ヲ放テテ數人ヲ殺害シタル如キ或ハ右ノ場合ニ於テ犯
人ノ祖父母父母ト常人トヲ殺害シタル場合之レナリ而シテ反對論者
ハ後ノ場合ニ於テハ親殺シノ罪ハ普通殺人ノ罪ヲ吸收スト云フモノ
ナルモ其誤謬タルコトハ前段説明シタル所ニ依リ明瞭ナリ是ニ於テ
反對論者ハ最終ノ論據トシテ辯シテ曰ク若シ想像上ノ數罪ヲ認メス
トセハ人ヲ殺ス必要手段トシテ創傷ヲ負ハシメタル場合ニ於テハ殺
人罪ト殴打創傷罪トノ二罪俱發ノ奇觀ヲ呈スルニアラスヤト云フニ
在リ然レトモ本問ニ對シテハ吾輩ト雖モ殺人ノ一罪ノミヲ認ムルモノ

ナリ但シ其理由ニ至リテハ論者ト大ニ根底ヲ異ニスルモノアリ蓋シ
殴打ノ結果人ヲ死ニ致シタル場合ニ於テ第二百九十九條ノ適用ヲ受
クルニハ犯人ニ於テ殴打ノ意思アルト同時ニ殺傷ノ意思ナキヲ要ス
從テ本問ノ如ク犯人ニ於テ殺人ノ意思ヲ有スル場合ニ付キテハ同條
ヲ適用ス可ラサルコト明ナリ故ニ本問ノ場合ニ於テハ刑法第二百九
十二條以下謀殺ニ關スル罪ヲ犯シタルモノトシテ論スルノ外ナキ
ナリ論シテ茲ニ至ラハ本問ニ就キテ殺人ノ一罪ノミ構成スト云フモ
敢テ論者ノ云フ如キ想像上ノ數罪ヲ認ムヘキ論據ト爲スニ足ラサル
ヤ明ナリ

學者ハ普通想像上ノ數罪俱發ノ引例トシテ一ノ犯罪行為ヲ以テ他ノ
犯罪ノ結果ト見做シ之ヲ不問ニ付セントスルモノアリ例ヘハ竊盜ニ
因リ得タル他人ノ財物ヲ破毀スルカ如キ(第四二〇條)或ハ竊取シタル
郵便爲替券ニ受取人ノ氏名ヲ偽書シ其名下ニ偽造ノ印ヲ押捺シ之ヲ
支拂局ニ提示シ爲替金額ヲ引出シタル場合ニ於テハ其財物破毀及署

名偽署以下ノ行為ハ(第三百九十條第二項及第二百八條參照)何レモ竊盜罪ノ結果タルノ理由ヲ以テ之ヲ不問ニ付シ唯竊盜ノ行為ノミチ以テ之ヲ處斷スルコト、セリ然レトモ此見解ハ大ナル誤ナリト云ハサル可ラス何者以上犯人ノ各所爲ハ前記ノ各法條ニ該當スル犯罪行為ニシテ其犯罪行為ノ目的物カ竊盜ニ依テ得タルト否トキ區別セサルヲ以テ右各所爲カ各法條ニ該當スル毎ニ罪ヲ構成スヘキモノニシテ前例ニ於テハ竊盜罪ト(第二百六十六條)器物毀棄罪ノ二罪俱發タルヘシ後例ニ於テハ竊盜罪ト私印偽造行使私書偽造行使詐僞取財ノ數罪俱發ニシテ刑法第百條ヲ適用シ一ノ重キニ從テ所斷スヘキモノナリ以上説明スル所ニ因テ數罪ト一罪トノ區別ノ標準ヲ明ニシタリ然レトモ尙茲ニ一ノ注意ヲ要スヘキ點ハ假令一個ノ所爲ニシテ而モ二個ノ法條ニ觸ル、カ如ク見ユルモ其實一個ノ法條ニ觸ル、ニ過キサルモノアルコト是レナリ換言スレハ一個ノ所爲ニ對シテ特別法ト普通法トニ於テ共ニ之ヲ處罰スル規定ノ設ケアル場合等ノ如シ此場合ニ於テハ特別法ハ普通法ニ勝ルトノ原則ニ基キ實際適用スヘキ規定ハ只一個ノ特別法アルノミナリトス例ヘハ刑法第三百六十六條以下竊盜ニ對スル規定ニ對シテ明治二十三年法律第九十九號屋外竊盜律ハ其特別法タリ又刑法第百七十八條徵兵忌避ニ關スル規定ニ對シテハ徵兵例第三十一條徵兵忌避ニ關スル規定ハ其特別法タルヲ以テ何レモ特別法ノミチ適用スヘキモノナリ

尙一ノ注意ヲ要スル點ハ各法條ニ於テ獨立ノ犯罪ト認メラレタル二個以上ノ行為ヲ一個ノ法條ニ於テ之ヲ併合シテ一個ノ犯罪ト認ムル場合アルコト之レナリ例ヘハ強盜婦女ヲ強姦シタル罪第三百八十一條(強盜人ヲ殺傷シタル罪)第三百八十條私文書偽造行使詐僞取財(第三百九十條第二項)官印偽造官文書偽造行使罪(第二百六條)ノ類之レナリ故ニ之等ノ場合ニ於テハ刑法第百條ヲ適用スルコトヲ得サルナリ

第二 二個以上ノ犯罪カ確定判決ヲ受クル以前ニ犯サレタルコト此條件ヲ要スル點ハ再犯ト大ニ異ル所ナリ然レトモ苟モ其二個以上ノ

罪ニシテ確定判決以前ニ於テ犯サレタルモノナル以上ハ假令其發覺確定判決以後ニ屬スルモ數罪俱發タルニ於テ間然スル所ナシ故ニ假令ハ同一犯人カ時ヲ異ニシテ甲乙ノ二罪ヲ犯シ其後甲ノ罪ノミ發覺シ其判決確定シタル後ニ始メテ乙ノ罪發覺シタル場合ノ如キ甲乙二罪ノ關係ハ依然數罪俱發ニ屬シ決シテ再犯ノ關係ヲ有スルモノニアラサルナリ如此再犯ト數罪俱發トノ區別ノ限界トナルヘキ確定判決ノ存否ハ犯罪ノ發生當時ニ於ケルモノヲ指示スルモノニシテ決シテ犯罪ノ發覺當時ニ於ケルモノヲ指示スルモノニアラス而シテ二個以上ノ犯罪ハ常ニ必スシモ同時ニ發覺スルモノニアラサルハ之ニ對スル公訴モ又全時ニ提起セラルヘキモノニアラス從テ數罪俱發ノ關係アル二個以上ノ犯罪ニシテ一罪ニ對シテハ已ニ公訴提起セラレ其判決確定シタル後ニ餘罪發覺シ之ニ對シテ公訴提起セラル、場合往々アルヘキナリ此場合ニ於テ先キノ犯罪ニ付テハ有罪ノ判決已ニ確定シタルヲ以テ裁判官ニ於テハ刑事訴訟法規定ノ結果再ヒ之ヲ審理裁判スルコトヲ得ス故ニ先キノ犯罪ト

餘罪トハ數罪俱發ノ關係アルニ拘ハラス常ニ刑法第百條第百一條ノ規定ヲ適用シ得サルコト、ナルヘシ之ニ於テ刑法ハ第百二條ヲ設ケ此特別ノ場合ニ關スル處斷方法ヲ規定セリ即前例ニ於テ確定判決以後ニ發覺シタル罪カ已ニ確定判決ヲ經タル犯罪ヨリ輕キカ又ハ等シキトキハ之ニ對シテハ刑ヲ適用スルモノ之ヲ執行セサルコト、シ其重キモノニ付テハ更ニ刑ヲ適用シ而モ之ヲ執行スルコト、シ以テ第百條第百一條ノ趣旨ヲ貫徹センコトヲ期シタリ但シ第百二條中已ニ判決ヲ經テ云々トアル所云判決ナル文字ハ確定判決ヲ云フモノニアラスシテ單ニ判決言渡アリタル後トノ意義ナリト解スヘキカ如キモ已ニ説明シタルカ如ク第百條中ニ記載スル判決ナル文字ヲ以テ確定判決ト解シタル以上ハ第百二條ニ於テ用井ラレタル全一ノ文字モ又特別ノ理由アル場合ノ外ハ全一ノ意義ニ解スヘキナリ加之元來同條ニ於テ其輕キ又ハ等シキ餘罪ニ付テ其刑ヲ言渡サ、ル所以ノモノハ其犯罪カ無罪ナルニアラスシテ是等ノ犯罪ニ比シテ重キ又ハ等シキ犯罪ニ付キ已ニ其刑ノ執行ヲ受シ

へキ言渡アリタルカ爲メ後ノ犯罪ニ對スル刑ハ前發ノ犯罪ノ刑ニ吸收セシメテ更ニ之ヲ執行スルノ必要ナシト云フニ在リ故ニ前發ノ犯罪ニ對スル刑ヲ言渡シタル判決ノ效力ハ已ニ確定シタルモノナラサル可ラス若シ否ラサルモノトセハ上訴ノ結果前發ノ罪ニ對スル有罪ノ判決ニシテ無罪又ハ免訴ト變更スルトキハ其變更以前ニ於テ言渡シタル刑ニ吸收セシムル趣旨ヲ以テ其有罪ナルニモ拘ハラヌ更ニ執行ヲ言渡サ、リシ立法ノ精神ハ到底行ハレサルコト、ナリ裁判官ハ犯人ニ對シテ罪跡アリト認メタルニモ拘ハラヌ實際犯人ニ科スヘキ刑ナキニ至ルカ如キ奇觀ヲ呈スヘキナリ以上ノ理由ニ依リ本條ニ所云判決トハ確定判決ト解スルノ外ナキナリ

第二節 數罪俱發處分

前節ニ於テハ數罪俱發ヲ構成スル條件ヲ説了セリ故ニ本節ニ於テハ數罪俱發シタル場合ニ於テ如何ナル處分ヲ採ルヘキカニ付テ説明セント欲ス此處分方法ニ關シテハ從來左ノ三主義行ハル、カ如シ

第一 併科主義

第二 吸收主義

第三 折衷主義

以下各主義ニ付テ説明セン

第一 併科主義

トハ犯サレタル犯罪ノ數丈ケ悉ク其刑罰ヲ併セ科スルモノヲ云フ例ヘハ二個ノ竊盜罪ヲ犯シタル場合ニ於テハ各竊盜罪ニ就キ其刑期ヲ定メ之ヲ併セ科スルモノナリ而シテ其理由ニ曰ク凡ソ一ノ犯罪ニハ必ス刑罰ト云フ制裁付着スルモノナリ從テ多數ノ罪ヲ犯スト云フコトハ全時ニ多數ノ刑罰制裁ヲ受クヘキコトヲ意味スルモノナリト云フニ在リ若シ夫レ刑罰ヲ以テ一種ノ復讎若クハ賠償的ノモノナル觀念ヲ採用シタル時代ニ於テハ此主義ハ論理上一點ノ比難スヘキモノナシ然レトモ刑罰ト犯罪トハ常ニ相對抗スヘキモノナリトノ觀念ハ犯人其人ヲ觀察セサルモノニシテ全然刑罰ノ本旨ニ添ハサルモノナルノミナラス此主義ハ實際ニ於テ到底實行スルコトヲ得サル場合アリ即二

個ノ死刑又ハ無期徒刑ニ該當スヘキ罪ヲ犯シタル場合又ハ死刑ノ罪ト無期徒刑ノ罪ト共ニ犯シタル場合若クハ死刑若クハ無期徒刑ニ該ルヘキ罪ト禁錮以下ノ刑ニ該ルヘキ他ノ罪ト共ニ犯シタル場合ニ於テハ到底併科主義ハ之ヲ貫徹實施スルコトヲ得サルナリ假令一步ヲ讓テ此ノ如キ場合ハ之ヲ例外トスルモ尙此主義ニ依テ生スル結果ハ刑罰ノ性質上許容ス可ラサルモノアリテ存スルナリ即多數ノ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ罪ヲ犯シタリトノ故ヲ以テ刑ヲ併科スルトキハ其結果遂ニ犯人ヲシテ終身刑ニ服セシムルモ尙足セサルカ如キ結果ヲ生スヘク又罰金ニ該ルヘキ數個ノ罪ヲ犯シタリトテ之ヲ併科スルトキハ遂ニ犯人ノ財產ヲ盡盡スルモ尙足ラサルカ如キ結果ヲ生スルニ至ルヲ以テ此主義ハ到底純粹ニ適用スルコトヲ得サルナリ

第二、吸收主義 トハ犯サレタル多數ノ罪ニ科スヘキ刑罰ノ中一ノ刑罰カ他ノ刑罰ヲ吸收スルモノニシテ一般ニ其中ノ重キ刑カ他ノ輕キ刑ヲ吸收スルトノ主義ナリ此主義ハ或點ニ於テハ多少刑罰ノ本旨ニ適合ス

ルモノアリ即若シ刑罰ヲ以テ單ニ懲戒的ノモノカラシメハ數罪俱發ノ場合ニ於テ最モ重キ刑ヲ以テ懲戒サレタルモノハ更ニ輕キ刑罰ヲ以テ懲戒スルノ要ナキヨリ本主義ハ此點ニ於テ正當ナリト云フヘシ然レトモ凡ソ刑罰ナルモノハ必スシモ現在罪ヲ犯シタル者ヲ懲戒スルコトヲ以テ唯一ノ目的トスルモノニアラス更ニ總テノ人ニ向テ即未タ罪ヲ犯サル人ニ對シテ豫メ刑罰ノ可恐モノナルコトヲ知ラシメ以テ犯罪ノ發生ヲ防禦スヘキモノナリ從テ若シ夫レ此主義ノ如ク既ニ一ノ重キ罪ヲ犯シタル以上ハ其輕キ犯罪ハ無責任ニテ之ヲ犯スコトヲ得ルモノトスルトキハ犯罪ノ發生豫防ノ目的ハ到底之ヲ達スルコトヲ得サルナリ從テ國家カ犯罪ナルモノヲ認メテ保護セント欲スル社會ノ安寧秩序ハ遂ニ之ヲ維持スルコトヲ得サルニ至ルヘキナリ之ヲ要スルニ本主義ハ或點ニ於テハ多少刑罰ノ本旨ニ適スルモノアレトモ又第一ノ併科主義ト等シク純粹ニハ適用スルコトヲ得サルモノトス

第三、折衷主義 トハ以上二個ノ主義ヲ折衷シタルモノニシテ吸收主義

ヲ根據トシ之ニ併科主義ノ幾分ヲ採用シ依テ以テ一方ニ於テハ犯人ニ對スル懲戒ノ目的ヲ達シ他ノ一方ニ於テハ更ニ發生スヘキ犯罪ヲ豫防スヘキモノニシテ本主義ハ現今一般ニ行ハル、刑法ノ主義中最モ理論及實際ニ適合スルモノニシテ近世進歩シタル諸國ノ立法ハ皆之ヲ採用セリ即白耳義刑法伊太利刑法獨乙刑法和蘭刑法ノ如キ之レナリ

以上ノ主義中我現行刑法ハ何レノ主義ニ依リタルカ我刑法ハ佛國並ニ支那刑法等ノ採用セル主義ニ倣ヒ第二ノ吸收主義ヲ原則トシ其例外トシテ第一ノ併科主義ヲ採用セリ(第百條乃至第百二條參照)我現行刑法カ原則トシテ吸收主義ヲ採リタル結果左ノ如キ問題ヲ生ス

(第一) 如何ナル犯罪ヲ以テ重シトシ如何ナル犯罪ヲ以テ輕シトスルヤ換言スレハ犯罪ノ輕重ヲ知ルノ標準如何

(第二) 總テノ犯罪ニ對シテ除外ナシニ此主義ヲ採用シ得ヘキヤ否ヤ以下之ニ付キ説明セン

(第一)ノ疑問ニ付テハ刑法第百條第二第三項ハ左ノ如ク規定セリ

(イ)重罪ノ刑ハ刑期ノ長キモノヲ以テ重シト爲シ刑期ノ等シキモノハ定役アルモノヲ以テ重シト爲ス(第百條第二項)

(ロ)輕罪ノ刑ハ其所犯情狀最モ重キモノニ付テ所斷ス(同上第三項)

右(イ)ニ所謂重罪ノ刑トハ刑法第七條ニ規定スル刑罰ナリ而シテ法律ハ刑期ノ長キモノヲ以テ重シトストアルヲ以テ有期徒刑若クハ有期徒刑ハ無期徒刑又ハ無期流刑ヨリ輕ク輕懲役又ハ輕禁獄ヨリ重シトス次ニ刑期ノ等シキモノハ定役アルモノヲ以テ重シトストアルヲ以テ輕懲役ト輕禁獄ト比較スレハ定役アル輕懲役ヲ以テ重シトシ重懲役ト重禁獄有期徒刑ト有期流刑無期徒刑ト無期流刑ヲ比較スルトキハ定役アル重懲役有期徒刑無期徒刑ヲ以テ重シトスルナリ(刑法第十七條第二十條第二十三條參照)然レトモ法律ハ死刑ト他ノ重罪ノ刑罰トノ輕量ニ付テハ之ヲ明言セス之レ一ノ欠點ナルカ如キモ立法ノ趣旨ハ死刑カ他ノ刑ヨリ重キコトハ常識ヲ以テモ判斷シ得ヘク敢テ法文ノ明示ヲ必要トセスト云フニ外ナラサルヘシ又第百條ハ俱發シタル各重罪ノ刑ニ輕重ノ差異アル場合ノミヲ規定シ其

俱發シタル數個ノ重罪カ一ノ刑期ニ該ルモノナル場合ニ付テハ何等ノ規定ヲ設クルコトナシ故ニ例ハ數個ノ強盜罪カ俱發シタル場合ニ於テハ何レノ強盜罪ニ從テ處斷スヘキヤノ問題ヲ生ス而シテ一部ノ論者ハ曰ク本問ノ場合ニ於テハ裁判官ハ各罪ニ對シ先ツ刑期ヲ定メ甲ノ強盜罪ハ輕懲役八年ニ該リ乙ノ強盜罪ハ輕懲役六年ニ該ルトスルトキハ同條第二項ニ依リ其刑期ノ長キ甲罪ニ從フテ處斷スヘキモノナリト云ヘリ而レトモ此說ハ誤レリ蓋シ法文ニ刑期ノ長キモノトアルハ法律上定メラレタル刑期範圍(例ハ無期徒刑又ハ有期徒刑ニ處ストアルカ如シ)ノ他ヨリ長キモノヲ指スノ意ニシテ法律上ノ刑期範圍カ同一ナル場合ニ於テ其各罪ニ付テ科スヘキ刑期ヲ定メ而シテ其長短ヲ比較シ其長キモノニ從フヘシトノ意味ニアラス尤モ此場合ニ於テハ甲乙何レノ罪カ重キカヲ評量スヘキヤ勿論ナルモ其ハ裁判官ノ意中ニアリテ必シモ各罪ニ付キ一々其刑期ヲ明示スルコトヲ要セス尙二個ノ謀殺罪又ハ故殺罪ヲ犯シタル場合ニ於テ單ニ第百條第一項ニ依リ一ノ重キニ從テ死刑又ハ無期徒刑ニ處スト宣告スル

ヲ以テ足レリトスルカ如シ
 次ニ(ロ)ニ所謂輕罪ノ刑ニ付テハ法律ハ所犯情狀最モ重キモノニ從テ處斷スト云ヘリ此解釋ニ付テハ我輩ハ一般ノ學說ト共ニ之ヲ犯罪ノ情狀ニ係ルノ言ト爲シ刑ノ輕重ニ係ハラス偏ニ犯罪ノ情狀如何ニ依テ其輕重ヲ定ムヘキモノト解釋スルモノナリ而シテ今日一般ノ判例モ亦斯ノ如ク一致セルカ如シ然レトモ一部ノ學者ハ之ニ反對シテ曰ク所謂犯罪ノ情狀ナルモノハ刑罰ヲ離レテ之ヲ觀察ス可ラサルモノニシテ刑罰自體重キモノハ即犯罪情狀ノ重キモノナルヲ以テ茲ニ所謂所犯情狀最モ重キモノト云フハ各犯罪ニ付キ法律カ定メタル刑罰情狀ノ最モ重キモノト云フコトヲ意味スルモノニシテ其趣旨ハ前項即重罪ニ關スル輕重ノ識別法ト同一ナリトス而シテ法律カ其所犯情狀最モ重キモノト云ヒシハ畢竟輕罪ノ刑ハ其刑期金額ノ雙極カ互ニ相交又シテ之カ輕重ヲ區別スル原則ヲ示スコト甚々困難ナルカ又ハ複雜ナルカ故之ヲ省略シタルモノニ過キサルト云フニ在リ立法論トシテハ論者ノ說ハ或ハ正當ナルヤモ計ル可ラスト雖モ解釋論ト

シテハ此論ハ到底願ルニ値ナシ何トナレハ若シ立法ノ本旨ニシテ論者ノ主張スルカ如キモノナラシメハ同條第三項ニ於テ輕罪ノ刑ニ付テモ又前項ノ規定ヲ準用ストカ若クハ之ニ類似ノ規定ヲ設ケテ其趣旨ヲ明瞭ナラシムヘキニモ拘ハラヌ却テ同項ニ於テハ所謂所犯情狀云々ト規定シ第八十九條犯罪ノ情狀ヲ原因トスル酌量減輕ノ場合ニ於ケルト同一ノ文字ヲ用ヒタルノミナラズ其末文ニ於テ特ニ所斷スト記載シタルヨリ推測スルモ論者ノ解釋ノ誤レルコトハ自ラ明白ナリト云フヘシ要之同項立法ノ本旨ハ重罪ノ刑ニ就テハ其刑期ノ長短又ハ定役ノ有無ヲ標準トシテ容易ニ其輕重ヲ識別スルコトヲ得ヘシト雖モ輕罪ノ刑ニ至テハ其刑期ノ雙極互ニ相交又シテ之カ輕重ヲ識別スルコト困難ナルカ又ハ複雜ナルヲ以テ前項重罪ノ例ニ倣ハス全ク所犯情狀ノ輕重ヲ判定シ其重キ所犯情狀ヲ有スル犯罪ニ從フテ刑ヲ科シ各犯罪ニ對スル刑ノ輕重ハ之ヲ問ハサルコト、爲シタルナリ故ニ例ヘハ貧困ニシテ父母ヲ養フコト能ハサルヨリ一時盜心ヲ起シ他人ノ白米一握ヲ竊取シタル犯人カ其歸路富者ノ騎馬ニ跨リ意

氣大ニ昂ルモノアルヲ見テ猜忌ノ餘リ不法ニモ之ヲ毆打シテ疾病休業ニ至ラサル創傷ヲ身體ニ與ヘタルカ如キ前犯ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ該リ(第三百六十六條)後犯ハ十一月以下ノ重禁錮ニ該リ(第二百一條第三項)ニモ拘ハラヌ其所犯情狀最モ重キ後ノ犯罪ニ從テ所斷スヘキモノナリ

以上刑法カ犯罪ノ輕重ヲ識別スル標準トシテ掲クルモノハ重罪輕罪ニ關スルモノニシテ尙此他ニ標準ヲ示スヘキ場合ヲ遺漏セリ即輕罪ト重罪トノ比較及違警罪トノ比較是レナリ蓋シ立法ノ趣旨ハ是等ノ輕重ハ文字身體ヲ以テ之ヲ明ニスルヲ得ヘシトノ意ニテ之ヲ省略シタルニ外ナラサルヘシト雖モ第七十條第二項ニ依ルトキハ輕罪ハ加ヘテ重罪ニ入ルコトヲ得ス但シ禁錮ハ加ヘテ七年ニ至ルコトヲ得トアルコトヲ以テ加重ノ結果最長期七年ニ至リタル禁錮ト重罪ノ最下級即六年ノ輕懲役ト比較シタル場合ニ於テハ聊カ疑ヲ生スヘシト雖モ法律ノ趣旨ハ此場合ニ於テモ重罪タルヘキ六年ノ輕懲役ヲ以テ重シトスルノ意ナルコトハ第七十條第二項

ニ於テ輕罪ノ刑ヲ加ヘテ重罪ニ入ルコトヲ得サルノ制限ヲ設ケタルニ依テ見ルモ明瞭ナリトス

(第二) 總テノ犯罪ニ對シテ除外ナク此主義ヲ採シ得ヘキヤ否ヤ換言スレハ如何ナル犯罪ノ刑ハ之ヲ吸收スルコトヲ得ヘキヤ右ノ疑問ニ對シテハ刑法ハ左ノ如ク答ヘタリ

(イ) 違警罪二罪以上俱ニ發シタルトキハ各其刑ヲ科シ若シ重罪若クハ輕重ト共ニ發シタルトキハ一ノ重キニ從テ所斷ス(第一百一條參照)

(ロ) 數罪俱ニ發シ一ノ重キニ從フトキト雖モ沒收及徵償處分ハ各本法ニ從フ(第百三條參照)

先ツ(イ)ノ場合ニ就テ説明セシニ違警罪二罪以上俱發シタルトキハ他ノ輕罪ト俱發シタル場合ヲ除クノ外法律ハ其刑ヲ併科ス斯ノ如ク違警罪ノ俱發ニ付テ併科主義ヲ採リタル所以ハ違警罪ニ對スル刑罰ハ行政維持ノ爲ニ行ハル、モノニシテ畢竟犯人ノ所爲ヲ懲戒スル爲メニ科スルモノニアラサルノミナラス之ニ對スル刑罰モ極メテ輕微ナルヲ以テ假令之ヲ併

科スルモ重輕罪ノ刑ヲ併科シタル場合ノ如キ大ナル弊害ヲ生スルコトナク却テ違警罪ニ對スル刑罰ハ極メテ輕微ナルカ故ニ數罪ヲ犯スモ尙一罪ノ刑ヲ科スルニ止ルトキハ犯人ハ忌憚ナク多數ノ違警罪ヲ犯シ爲ニ社會一般ノ秩序ヲ侵害スルコトトナルニ至ルヘシ之レ即單ニ違警罪ノミ俱發シタルトキハ其刑ヲ併科スヘキモノト爲シタルモノニシテ吸收主義ヲ採用スル諸國ニ於テモ率テ之ニ倣ヘリ

次ニ(ロ)ノ場合ニ付テ説明スレハ沒收及徵償ノ處分ニ付テハ法律ハ之ヲ各本法ニ從フトシ吸收主義ニ依ラサルハ第一沒收ハ單ニ犯人ヲ懲戒スルカ爲ニ科セラル、モノニアラスシテ專ラ公安ヲ維持シ同時ニ再犯ヲ防カントスルモノナルヲ以テ其實質ニ於テハ寧ロ行政上ノ目的ニ出ルモノト云フヘキナリ然ルニ若シ沒收ノ刑ニ該ル犯罪ト沒收ノ刑ヲ科セサル犯罪ト俱發シタル場合ニ於テ後ノ犯罪ハ前ノ犯罪ノ刑ヲ吸收スルノ結果其沒收處分マテモ之ヲ吸收スルモノトセハ法律カ沒收ヲ科シタル本旨ハ到底達スルコトヲ得サレハナリ第二徵償ノ處分ハ畢竟民事上

ノ損害賠償ニシテ刑罰ノ性質ナシ然ルニ主タル刑罰カ吸收セラル、ノ結果徴償ノ處分マテモ之ヲ吸收ストセハ犯人ハ不當利得ヲ得ルコト、ナリ國家ハ犯人ヲ罰セント欲シテ却テ之ヲ保護スルカ如キ不當ノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ之レ法律カ沒收及徴償ニ付テハ吸收主義ヲ採ラス各本法ニ從フテ之ヲ科スヘキモノトナシタル所以ナリ茲ニ立法上一ノ批難スヘキ點アリ即法律ハ前述ノ如ク附加刑ノ處分ニ付テハ單ニ沒收ニ付テノミ併科スルコトヲ規定シタルヲ以テ其他ノ附加刑即剝奪公權停止公權禁治產監視ハ主刑ト共ニ他ニ吸收セラルヘキモノト解セサル可ラス而シテ剝奪公權停止公權禁治產ノ如キハ二重ニ行ハルヘキ性質ノモノニアラサルヲ以テ主刑ト共ニ吸收セラル、モ敢テ不可ナキカ如キモ獨リ監視ニ至テハ吸收主義ヲ取リタルハ大ニ不當ナリト云ハサル可ラス何トナレハ竊盜ト毆打創傷罪トヲ犯シタル場合ニ於テ竊盜ニハ附加ノ監視ヲ有スルモ(第三百七十六條)毆打創傷ノ輕罪ニハ監視ナシ故ニ若シ此場合ニ於テ竊盜罪ノ刑カ毆打創傷罪ノ刑ニ吸收セラル、トキ

ハ竊盜罪ハ完全ニ成立スルニモ拘ハラヌ監視ヲ附加セサルコトトナリ刑法カ竊盜罪ニ對シテ監視ノ刑ヲ附加シタル立法ノ趣旨ハ遂ニ達スルコトヲ得サルニ至ル可レハナリ

第三節 數罪俱發ニ關スル原則ノ適用問題

前二節ニ於テ數罪俱發ノ何タルヤ及其處分方法ニ關シ現行法上ノ一般原則ヲ説明セシニ依リ本節ニ於テハ此原則ニ關スル一二ノ適用問題ヲ論解セント欲ス

(第一)公訴權若シハ裁判ノ手續ニ關シテ如何ナル影響ヲ及ボスカ

(第二)刑ノ執行ニ關シテ如何ナル適用アルカ

(第一)公訴權及裁判手續ニ關スル適用

先ツ公訴權ニ付テ説明スレハ法律カ數罪俱發ニ就キ一ノ重キニ從テ處分ストノ規定ヲ設ケタルハ確定判決以前ニ生シタル總テノ犯罪ニ關スル處分方法ヲ定メタルモノナルヲ以テ若シ別ニ確定判決ヲ經タル後更ニ輕キ若クハ等シキ餘罪ノ發覺シタル場合ニ於テ假令之ヲ訴追スルモ

刑法總論

本論 數罪俱發及共犯 數罪俱發 數罪俱發ニ關スル 原則ノ適用問題

何等ノ效果ヲモ奏セサルヲ以テ其手續ヲ省略シ之ヲ訴追スルコトヲ得ルカ如シト雖モ已ニ説明シタルカ如ク數罪俱發ハ一ノ重キニ從テ所斷ストハ處分方法ノ規定ニシテ公訴權ニ關スル規定ニアラズ即公訴權ノ行使ヲ制限スルノ效力アルモノニアラス故ニ假令前發ノ刑ニ比シテ餘罪輕ク若クハ等シキ場合ニ於テモ之ニ因テ公訴權ハ決シテ消滅スルモノニアラス故ニ若シ檢事ニ於テ之ヲ訴追スルニ就キ多少ノ利益アリト思料スルトキ例ヘハ犯罪ノ被害者カ附帶私訴ニ依テ損害ノ賠償ヲ求メント欲シタル場合ノ如キハ若シ單ニ輕ク若クハ等シキ餘罪ナリトノ理由ヲ以テ之ヲ不問ニ置クトキハ民事原告人タルヘキ被害者ニ於テ簡易ナル手續ニ依リ賠償ヲ求ムルノ途ヲ失フノ結果ヲ生スルカ故ニ如此場合ニ於テハ檢事タルモノハ進テ公訴ヲ提起セサル可ラス此見解ハ確定判決以前ニ於テ數罪同時ニ發覺シタル場合ニ於テモ同一ノ適用ヲ見ルヘキモノトス

次ニ裁判ノ手續ニ付テ説明スレハ本問モ亦二個ノ場合ヲ想像スルコトヲ得ヘシ

(イ)第一ノ罪ニ付テ裁判所カ裁判ヲ開始シツ、アル當時ニ於テ更ニ第二ノ犯罪カ訴追セラレタル場合

(ロ)第一ノ犯罪ニ付キ既ニ確定判決ヲ經タル后其確定判決前ニ犯サレタル餘罪カ訴追セラレタル場合

(イ)ノ場合ニ付テハ刑事訴訟法上特別ノ規定ナシト雖モ刑法第百條ノ本旨ニ基キ若シ二個ノ被告事件カ同一裁判所ニ繫屬スルトキハ必ス之ヲ併合シテ審理ス可ク若シ亦各被告事件カ其審級ヲ異ニシタル裁判所ニ繫屬スルハ例ヘハ一ノ事件ハ控訴審ニ繫屬シ他ノ事件ハ第一審ニ繫屬スルカ如シ此ノ場合ニ於テハ何レカ一罪ニ對スル判決ノ確定スルヲ待テ第百二條ニ據リ餘罪トシテ他ノ犯罪ヲ判決ス可キモノナリ

(ロ)ノ場合ニ付テハ刑法第百二條ニ之カ規定ヲ設ケタリ即チ后ニ發覺シタル餘罪カ既ニ確定判決ヲ經タル犯罪ヨリモ輕ク若クハ等シキ場合ニ於テハ之ニ對シテ更ニ刑罰ヲ宣告セス反之若シ餘罪カ重キ場合ニ於テ

ハ更ニ之レニ對シテ刑ヲ科シ而カモ之ヲ執行スル事トセリ但シ前發ノ
 犯罪ニ對スル刑ハ之ヲ通算執行スルモノナリ例ハ前キニ確定判決ヲ
 經タル刑罰カ重禁錮五年ニシテ后ニ論セザレタル罪ノ刑罰カ輕懲役八
 年ナル場合ニ於テハ前ノ五年ト后ノ八年トヲ通シテ合計八年ノ輕懲役
 ヲ執行スヘキナリ而シテ若シ前發ノ刑ニ依リ既ニ完納シタル罰金科料
 等アルトハ第二十七條規定ノ例ニ照シ一圓ヲ一日ニ折算シテ後發ノ刑
 期ニ通算執行スルモノナリ

右ノ場合ハ前ニ發覺シタル罪及ヒ後ニ發覺シタル罪各一個ナル場合ヲ
 想像シタルモノナリ而シテ前後ノ犯罪カ數個ナル場合ニ付テハ法律ハ
 何等ノ規定ヲ設ケス於此乎若シ數個ノ餘罪カ同時ニ發覺シタル場合ニ
 於テハ如何ニ之ヲ處分ス可キカノ問題ヲ生ス換言スレハ單ニ第二百二條
 ノミニ依テ處分ス可キカ將タ第百條ト第百二條トヲ併用シテ之ヲ處分
 ス可キカ此ノ問題ニ付テ今日一般ノ學說ハ第百條ト第百二條ヲ併用ス
 可キモノナリトノ點ハ一致セサルカ如シ蓋シ第百二條ト第百條トハ如

何ナル順序ニ於テ適用セラルヘキカ換言スレハ數個ノ餘罪ニ對シテ先
 ツ之ヲ數罪俱發トシテ第百條ヲ適用シ其重キモノヲ取リテ更ニ第百二
 條ニ依リ前發ノ罪ト比較ス可キカ將タ第百二條ニ依リ先ツ各個ノ餘罪
 ヲ前發ノ罪ト比較シ其重キ餘罪ノミニ付テ更ニ第百條ヲ適用シ其最モ
 重キモノニ從フテ處斷ス可キヤ否ヤノ點ハ未決ニ屬ス然レモ吾輩ノ信
 スル所ニ依レハ先ツ第百二條ヲ適用シ各個ノ餘罪ト前發ノ罪トノ輕重
 ヲ比較シ重キ數多ノ餘罪ニ付テ更ニ第百條ヲ適用シ次ニ第百二條ノ后
 段ニヨリ刑ノ通算ヲ宣告スヘキモノナリ而シテ本問ハ單ニ法律適用上ノ
 問題ニシテ其何レヲ先キニスルモ實際刑ノ適用ニ至テハ敢テ異同ナシ
 ト雖モ若シ其適用ヲ誤ルトキハ擬律錯誤ノ理由ヲ以テ判決ノ破毀ヲ免
 レサル可シ

次ニ亦裁判手續ニ關スル問題ニシテ若シ前發ノ罪ヲ判決スルトキニハ未
 タ發覺セザリシ餘罪カ再犯ノ罪ト俱ニ發シタルトキハ如何ニ處分スヘキ
 カ例ハ前ニ甲乙二罪ヲ犯シ甲罪ノミ先ツ發覺シ確定判決ヲ經タル後

刑法總論

本論 數罪俱發及共犯 數罪俱發 數罪俱發ニ關スル
原則ノ適用問題

新タニ犯サレタル犯罪即チ再犯ナル丙罪ト俱ニ前ノ餘罪タル乙罪發覺シタル場合ニ於テハ丙罪ハ甲罪ニ對シテハ再犯ナルモ乙罪トノ關係ハ純然タル數罪俱發ニシテ決シテ再犯ナリト云フコトヲ得ス又乙罪ハ甲罪丙罪何レニ對シテモ數罪俱發關係ヲ有スルモノナリ此ノ如ク本問ハ錯雜シタル關係ヲ有スルモノナリ而シテ刑法第百二條第二項ハ之カ處分法ヲ規定シタリ曰ク再犯ノ罪ト餘罪トヲ比較シ一ノ重キニ從ヒ前發ノ刑ヲ通算セスト然レモ此規定ハ極メテ不權衡不公平ノ結果ヲ生シ犯人ハ或ハ故ナク利益ヲ得或ハ故ナク重キ刑罰ヲ受クルニ至ルヘキヲ以テ此點ハ大ニ改正ヲ要スル所ナリ

(第二)刑ノ執行ニ關スル適用

此ノ適用ニ付キ論者或ハ檢事モ亦第百條乃至第百二條ノ規定ニ基キ裁判所ノ爲シタル判決ヲ或ハ執行シ或ハ執行セサルコトヲ得ト主張スレトモ吾輩ノ信スル所ニ依レハ數罪俱發ノ場合ニ於テ一ノ重キニ從フテ處斷ストノ規定ハ處分方法即チ裁判宣告ニ關スル規定ニシテ刑ノ執行

法ニ關スル規定ニアラス故ニ刑ノ執行ヲ指揮スル檢事ニ於テハ單ニ裁判所カ言渡シタル刑ヲ執行指揮スルノ權ヲ有スルニ止マリ或ハ之ヲ執行シ或ハ之ヲ執行セサルカ如キ選擇ノ自由ヲ有スルモノニアラス從テ假令裁判所ノ言渡シタル判決カ第百條以下ノ規定ニ矛盾スル場合アリトモ一旦確定シタルモノナル以上ハ妄リニ第百條以下ノ規定ニヨリテ之ヲ變更取捨スルコトヲ得サルナリ換言スレハ數罪俱發ノ規定ハ裁判ノ執行ニ關シテハ何等ノ效果ヲモ有セサルモノナリ故ニ例ヘハ同一犯人カ甲乙二個ノ竊盜罪ヲ犯シ各罪共ニ各別ノ裁判所ニ起訴セラレ各裁判所亦數罪ノ俱發ナルコトヲ知ラス各別ニ有罪ノ判決ヲ下シ各判決確定シタル後ニ於テ始メテ甲乙二罪カ數罪俱發ノ關係ヲ有スルモノナルコトノ發見セラレタル場合ニ於テハ檢事ハ二個ノ判決共ニ獨立シテ之ヲ執行ス可キモノナリ右ノ場合ニ於テ論者或ハ檢事ニ於テ非常上告ノ訴ヲ爲ス可キモノナリト論スルモノアルモ右ノ場合ハ刑事訴訟法第百九十二條ニ規定セル非常上告ノ條件ヲ具備スルモノニアラス要之右ノ

場合ニ於テ法律カ何等ノ救濟方法ヲ設ケサルハ一大欠點ナリト云ハサル可カラズ而シテ現今實際ノ慣例ハ刑法第百條以下ノ本旨ニ基キ檢事カ自己ノ責任ニ於テ之ヲ通算執行スルコト、セリ然レモ此レ適法ノ行爲ト云フコトヲ得ス結局此ノ點ハ刑事訴訟法上特別ノ規定ニ依リテ之カ救濟方法ヲ講セサル可カラサルナリ

第二章 共犯

第一節 總論

凡ソ犯罪行爲ハ常ニ必スシモ一人ノ行爲ニ依リ發生スルモノニアラス時ニ或ハ多數ノ者カ相結合シテ爲シタル行爲ニ依リテ發生スルコトアリ此場合ニ於テハ犯罪ハ一個ニ過キサルモ犯人ハ多數ナリ例之甲乙丙共謀シテ丁ヲ殺サソコトヲ企テ甲乙ノ二人ハ丁ノ手足ヲ押ヘテ其抵抗力ヲ失ハシメ丙ハ銃砲ヲ以テ丁ヲ射撃シ遂ニ丁ヲシテ死ニ至ラシメタルカ如キ其成立シタル犯罪ハ一個ノ謀殺罪ナルモ甲乙丙共ニ右犯罪ノ主體ナリト云ワサルヘカラス如此多數ノ犯人カ同一ノ目的ニ向テ相結合シ一個ノ犯罪

ヲ犯スノ状態ヲ各ケテ數人共犯ト云ヒ其多數ノ犯人ヲ稱シテ共犯者ト云フ

數人共犯ノ状態ハ例ヲ以テ之ヲ云ヘハ多數ノ人カ相集マリテ組織スル處ノ社團法人ノ如シ即チ共犯ニ依テ發生シタル犯罪ハ恰モ社團法人ノ行爲ニ喩フヘク其犯罪ヲ發生シタル多數ノ犯人ハ之ヲ社團法人ヲ組織スル社員ニ喩フヘシ故ニ彼ノ民事商事ニ於テ會社ニ關シタル規定カ普通單純ナル民事又ハ商事上ノ行爲ヲ規定シタルモノヨリモ多少複雑ナルカ如ク本問共犯ニ關スル規定モ亦多少ノ複雑ヲ極ムヘシ即チ犯人ノ方面ヨリ主觀的ニ察スレハ其罪ヲ犯シタルモノハ多數ナリ反之犯罪事實ヨリ客觀的ニ觀察スレハ其犯サレタル罪ハ一個ナリ於此乎共犯ニ關スル問題ニ付テハ常ニ之ヲ主觀的並ニ客觀的ノ兩面ヨリ觀察シテ立論セサル可カラズ故ニ若シ單ニ之ヲ犯罪ヨリ或ハ單ニ犯人ヨリ觀察スル時ハ或ハ各共犯者ハ其由テ犯シタル罪ニ對シ連帶ノ責任ヲ負フモノニ非ラサルカ若シハ各共犯人ノ犯シタル犯罪ハ各個各別ノモノニ非ラサルヤ等種々ノ誤解ニ陥リ共

犯ノ規定ハ遂ニ解ス可カラサルノ結果ヲ生スルニ至ルヘキナリ吾輩ハ共犯ハ社団法人ノ如シト説明シタリト雖モ兩者カ全然其性質ヲ同フスト云フニアラスシテ只々其觀察點ニ於テ主觀的ト客觀的ノ兩面的關係ヲ有スルノ點ニ於テ二者相類似スルニ過キササルモノナリ此ノ點ハ特ニ注意アラソコトヲ要ス

吾輩ハ本節ニ於テ共犯ノ成立要件ヲ説明セント欲ス而シテ共犯ノ成立要件ハ分テ一般ノ成立要件及ヒ特別ノ成立要件トナスコトヲ得

第一款 共犯ノ一般ノ成立要件

凡ソ或人カ共犯者ノ一人トシテ處罰セラル、爲メニハ尙一般ノ犯罪ニ於ケルカ如ク普通ノ要素トシテ體素ト心素トノ二要件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一項 體素

犯罪行爲ニ加功ノ所爲アリトスルニハ先ツ犯罪行爲ニ加功シタリトノ實體的且ツ積極的ナル行爲アルコトヲ要ス吾輩カ爰ニ實體的且ツ積極的ナル行爲アルコトヲ要スト云フハ其由テ犯サレタル犯罪行爲其モノ、實體

的行爲即チ犯罪ノ實行ニ加功スルコトヲ要スルノ義ニアラス單ニ加功ト云フコトカ實體的ニ且ツ積極的ニ行ハル、コトヲ要スト云フニ過キサリナリ例之殺人罪ノ教唆ニ於ケル如ク殺人ト云フ犯罪行爲ノ實行ニハ毫モ加功セサルモ殺人罪ノ發生ヲ教唆スルト云フ行爲アルトキハ該教唆者ハ共犯ノ一要件タル體素ヲ具備スルモノト云ハサルヘカラス然レトモ實體的且ツ積極的ノ犯罪ニ加功スルト云フコトカ必要ナルヲ以テ彼ノ犯罪アルコトヲ知リツ、之ヲ防禦セサルカ如キ或ハ犯罪ノ發生ヲ豫防シ得ルニ拘ワラス之ヲ拋棄シ居リタルカ如キ何レモ共犯タルノ要件ヲ欠如スルモノト云ハサル可カラス故ニ例之其子カ他人ノ財物ヲ竊取セントスルノ企アルヲ豫知シナカラ之ヲ説諭セスシテ遂ニ子ヲシテ竊盜罪ヲ遂ケシメタル父母ノ如キハ假令其贓物ノ分配ヲ受クルモ贓物收受ノ犯罪カ成立スルコトアルハ格別竊盜罪ノ共犯トシテハ到底處罰スルコトヲ得サルナリ又其子カ他人ノ爲メニ殺害セラレントスルニ當リ兼テ其子ノ死亡ヲ希望シ居リタル繼母カ其子ノ被害ヲ防衛セサリシカ如キ是亦殺人罪ノ共犯ヲ以

テ論スルコトヲ得サルナリ

第二項 心素

犯罪加功ノ行爲カ共犯ノ行爲トシテ處罰セラル、爲メニハ加功者ニ於テ犯罪ノ情ヲ知ルコト、共ニ犯スノ意思アルコトヲ要ス換言スレハ加功者ニ於テ其己レカ加功スル行爲ハ犯罪ナルコトヲ知ルコト及ヒ之ヲ知ルニ拘ハラス共ニ其犯罪ノ發生ヲ希望スルト云フ意思アルコトヲ要ス此ノ二個ノ心素ヲ要スルカ故ニ若シ其一ヲ欠クトキハ共犯ハ到底成立スルコトヲ得サルナリ以下尙之ヲ詳説ス可シ

(第一) 犯罪ノ情ヲ知ルコトヲ要ス

此ノ條件ヲ要スルヲ以テ假令犯罪加功ノ事實アルニ加功者ニ於テ其加功ノ目的タル可キ行爲カ犯罪トナルヘキ事情ヲ俱備スルコトヲ知ラサル場合ニ於テハ共犯ハ成立スルコトヲ得サルナリ例之甲ナル者官印ヲ偽造セシメタルカ如キ乙印版師ハ假令官印ノ偽造ニ加功シタルノ事實アリト雖

トモ官印ノ偽造罪トナルヘキ事情ヲ知ラザリシモノナルヲ以テ到底官印偽造罪ノ共犯トシテ處罰スルコトヲ得ス此ノ場合ニ於テ甲者單獨ニテ官印偽造罪ヲ犯シタルモノト云ワサルヘカラス

而シテ此ノ要件ハ常ニ判決文中ニ記載スルコトヲ要スルヤト云フニ其加功ノ種類如何ニ依リテ區別スルコトヲ要ス加功行爲ノ種類ニ依リテハ其行爲自體カ自カラ此ノ要件ノ存在スルコトヲ示スモノアリ此ノ場合ニ於テハ特ニ之ヲ表示スルノ必要ナシ例之教唆ノ場合ノ如キ其行爲自體ニ於テ此ノ要件ノ存在ヲ表示スルモノナレト判決文中特ニ之ヲ記載スルノ必要ナシト雖トモ其他ノ場合ニ於テ常ニ之ヲ表示スルコトヲ要ス例之正犯從犯等ノ場合ニ於テハ常ニ之ヲ掲載ス可キナリ然ラザレハ上級裁判所ニ於ケル判決破毀ノ理由タルヲ免レサルナリ

(第二) 共ニ犯スノ意思アルコトヲ要ス

犯罪加功ノ行爲カ共犯ノ行爲トシテ論セラル、ニハ加功者ニ於テ其加功ノ目的タル行爲カ犯罪タルコトヲ知ルノミナラス更ラニ他人ト共ニ其罪

チ犯スノ意思アルコト即チ其加功ノ行爲ニ依テ犯罪ノ發生センコトヲ希
 望スルノ意思アルコトヲ要ス故ニ例ヘハ強盜カ下婢下男ニ對シテ金錢ノ
 所在ヲ尋ネ又ハ金庫ニ案内センコトヲ強制シタル場合ニ於テ其下婢下男
 等カ強盜ノ爲メ暴行強迫ヲ受ケタルニ因リ止ムチ得ス不本意ナカラ之ニ
 金錢ノ所在ヲ明カシ又ハ金庫ニ案内シタルカ如キ假令彼等ニ於テ其行爲
 ハ強盜ト云フ犯罪行爲ニ對スル一ノ加功ナリトノ事情ヲ知ルト雖トモ第
 二ノ要件タル共ニ犯スノ意思ナキカ故ニ共犯ヲ以テ論スルコトヲ得サル
 ナリ之ト同シク亦假令犯罪行爲タルコトヲ知ルモ偶然若クハ誤テ之ニ加
 功シタル場合ニ於テハ第二ノ條件ヲ欠如スルモノナリトノ理由ニ依リ共
 犯ヲ以テ論スルコトヲ得サルナリ例之甲其妻乙者ヲ折檻セルト欲シ之レ
 チ庭内ノ樹下ニ縛シタルニ忽チ村内ノ若者丙ナル者甲者ノ宅ヲ襲フテ乙
 女ヲ強姦シタルカ如キ又丙ナル者甲カ乙ヲ殺サン爲メ其所在ヲ搜索シツ
 ツアルコトヲ知リ乙ヲシテ其危難ヲ免レシメント欲シ甲ニ對シ乙ハ現ニ
 某所ニ潜伏セリト欺キタルニ不幸ニシテ乙偶々丙カ指示シタル場所ニ潛

伏シ居リタル爲メ遂ニ甲ノ爲メニ殺害セラレタルカ如キ何レモ強姦又ハ
 殺人罪ノ共犯トシテ論スルコトヲ得ス結局無罪ナリト判定セサル可カラ
 サルナリ然レトモ此ノ條件ハ之ヲ擴張シテ彼ノ過失犯ノ如キ無意犯ニハ
 共犯ナシト斷定スルハ誤謬タルヲ免レス蓋シ過失犯ナルモノハ有意犯ノ
 如ク犯意ヲ罰スルニアラスシテ單ニ不注意ヲ罰スルモノナレハ其性質ノ
 異ナルニ從ヒ之カ共犯ニ關スル心素モ自カラ異ナラサルヲ得ス即チ過失
 其モノニ付テハ共同スルコトヲ得スト雖トモ其過失ヲ發生セシメタル原
 因タル行爲其モノニ付テハ數人ノ意思ヲ共通シ得ヘキモノナルヲ以テ此
 ノ共通ノ意思ヨリシテ過失カ生シタルトキハ其過失犯ハ數人共通シテ爲
 シタル行爲ノ結果ニシテ其數人ハ過失犯ノ共犯者ナリト云ハサル可カラ
 ス例ヘハ荒馬ナルコトヲ知テ不熟練ナル乗手ニ貸シ群集中ヲ乘リ廻ラシ
 メ乗手カ過テ人ヲ傷ケタルカ如キ或ハ馭者カ主人ノ命ニ依リ群集中馬車
 チ疾驅シテ人ヲ傷ケタルカ如キ何レモ過失創傷罪ノ共犯タルコトヲ免レ
 サルナリ

第二款 共犯ノ特別成立要件

法律ハ正犯ニ關シテハ特ニ其構成ノ條件ヲ掲ケス之レ畢竟正犯ニ關シテハ刑法第二編以下ニ掲ケタル各犯罪ノ項目ヲ犯シタルモノト云フノ義ニシテ別ニ之カ規定ヲ設クルノ必要ナシトシタルカ各論以下共犯ニ關スル規定ヲ欠クテ以テ如何ナルモノカ正犯以外ノ共犯者トシテ處罰セラル、可キヤハ總則ニ於テ之カ規定ヲ設クルノ必要アリ而シテ正犯以外ノ共犯者トナルニ付キ刑法ハ如何ナル條件ヲ必要トスルカ即チ左ノ三條件ヲ要ス

(第一) 其加功ノ目的タル行爲カ犯罪トシテ成立スルコトヲ要ス
 加功セラレタル行爲カ犯罪トシテ成立スルコトヲ要スルカ故ニ其加功ノ目的タル行爲自體カ犯罪ヲ構成セサルトキハ共犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス從テ特別規定アル場合ヲ除キ結局犯罪ト判定セサル可カラサルナリ例之自殺ヲ幫助スル行爲ノ如キ其幫助ノ目的タル自殺ト云フ行爲ハ法律上犯罪ト認メラレサルモノナルヲ以テ假令他人ノ自殺ヲ幫助スルモ共犯ト

シテハ到低處罰スルコトヲ得サルナリ自殺ヲ教唆シタルモノ亦同シ但シ刑法ハ此ノ場合ニ關スル特別規定ヲ設ケ獨立ノ一罪トシテ之ヲ處罰スルコトトセリ(刑法三百二十條第三百二十一條參照)又ハ慣行犯ノ場合ニ於ケル第一回ノ行爲ヲ幫助シタルモノ、如キ是亦同一理由ニ依テ共犯タルコトヲ得ス又大赦ニ依テ犯罪ノ消滅シタル場合ノ如キ從ハ主ニ從ノ原則ニ依テ其教唆又ハ幫助ヲ爲シタルノ行爲ハ何モ共犯タルコトヲ得サルナリ然トモ爰ニ加切ノ目的タル行爲カ犯罪タルコトヲ要スト云フハ敢テ其行爲カ常ニ犯罪ノ既遂タルコトヲ要スト云フニ非ス此ニ所謂犯罪トハ法律カ刑罰ヲ制裁トシテ禁令命令スル行爲ト云フノ義ニシテ苟クモ刑法カ第二編以下各本條ニ於テ掲ケタル行爲ニシテ處罰セラル可キ程度ニ達シタルモノヲ指示スルナリ故ニ假令其犯罪ハ陰謀豫備若シハ未遂ノ程度迄進行シタリトスルモ法律カ既ニ此等ノ程度ニ於テ處罰スル場合ニ於テハ其教唆若シハ幫助ヲ爲シタルモノハ共犯ヲ以テ論セラル可キモノナリ例之内亂罪ノ陰謀豫備(刑法第二百五條參照)及ヒ竊盜罪ノ未遂(刑法第三百七

十五條參照其他凡テ重罪ノ未遂ヲ罰スルカ如キ場合はナリ(刑法第百十三條參照)而シテ其加功セラレタル行爲カ犯罪トシテ處罰セラレ、可キ程度ニ達スルコトヲ要スルカ故ニ假令犯罪トナリ得ヘキ行爲ニ加功スルモ其教唆又ハ幫助ヲ受ケタル犯人ニ於テ其主タル行爲ヲ中止シタルカ如キ或ハ主タル犯人ニ於テ未遂ヲ罰スル特別規定ナキ輕罪ニ着手シタルモ意外ノ障礙若シハ舛錯ニ因リ未遂ニ終リシ場合ノ如キ到低共犯ヲ以テ論スルコトヲ得サルナリ然レトモ一旦加功ノ行爲ヲ終リタル後ニ於テハ假令自カラ其非ヲ悔ヒ主タル犯罪行爲ノ進行ヲ妨グルトモ苟シモ其加功セラレタル行爲カ犯罪トシテ處罰セラレ可キ程度ニ達シタル以上ハ到低共犯トシテ論セサルヲ得サルナリ例之甲者乙者ヲ教唆シテ丙者ヲ殺害セシメント欲シ既ニ乙者ヲシテ丙者ヲ殺害スルノ決心ヲ起サシメタル後前非ヲ悔ヒ乙者ニ對シ懇々丙者ヲ殺害スルノ非ナルコトヲ說キ猶進ミテ丙者ニ對シテ被害ノ其身ニ迫ルコトヲ注意シタルニ拘ハラヌ乙者ハ最初ノ決心ニ基キ丙者ヲ殺害シタルカ如キ或ハ甲者乙者カ丙者ヲ殺サントスルノ情ヲ知

リ乙者ヲ幫助スルノ目的ヲ以テ兇器ヲ乙者ニ給與シタル後前非ヲ悔ヒ乙者ノ殺害行爲ヲ妨ケントシタルモ乙者ニ於テ其給與セラレタル兇器ヲ以テ遂ニ丙者ヲ殺害シタルカ如キ何レノ場合ニ於テモ甲者ハ殺人罪ノ共犯ヲ以テ論ス可キモノナリ是レ蓋シ前掲ノ場合ニ於テ甲者ノ加功行爲ハ主タル犯罪行爲ニ對シテハ已ニ完成シタル後ナルヲ以テ其完成ノ行爲ニ對スル責任ハ爾後ノ行爲ニ依テ消滅セシムルコトヲ得サレハナリ

(第二) 正犯以外ノ共犯者即チ教唆者又ハ從犯者トシテ論セラレ、ニハ其加功ノ目的タル行爲カ重罪輕罪タルコトヲ要ス

加功ノ目的タル犯罪カ重罪又ハ輕罪タルコトヲ要スルヲ以テ假令犯罪ヲ教唆又ハ幫助スルモ其主タル犯罪行爲カ違警罪ナルトキハ其教唆又ハ幫助ヲナシタル者ハ共犯ヲ以テ論スルコトヲ得サルナリ是レ畢竟違警罪ナルモノハ極メテ輕微ナルモノナルカ故ニ煩雜ナル法律ノ適用ヲ避クルト同時ニ之ニ關スル教唆又ハ從犯等ヲ罰セサルコトトスルモ格別ノ弊害ナキニ因ルナリ而シテ重罪輕罪違警罪ノ區別ニ付テハ既ニ詳細説明シタル

ナ以テ此ニ畧ス然レトモ法律上並ニ裁判上ノ加重減輕ハ決シテ罪質ヲ變
更スルモノニアラサルコトハ重ネテ注意アラノコトヲ要ス

(第三) 教唆從犯トシテ論セラル、ニハ法律ニ定メラレタル方法ヲ以テ加
功スルコトヲ要ス

是レ刑法第百五條及第百九條ニ於テ規定スル處ニシテ詳細ハ次節共犯ノ
種類ニ關スル説明ヲナスニ當リ論述スルコト、シ此ニ之ヲ省ク

第二節 共犯ノ種類

既ニ第一節ニ説明シタル如ク共犯トハ多數ノ人カ相結合シテ一罪ヲ犯ス
有様ナルヲ以テ其相集マリテ一罪ヲ犯ス各犯人ノ中ニハ或ハ犯罪ニ對シ
テ其主要ナル犯罪ノ實行ニ加功スルモノアリ或ハ單ニ其遂行ヲ容易ナラ
シムル爲メ豫備ノ所爲ヲ以テ加功スルモノモアルヘク或ハ主ナル犯人ニ
犯意ヲ注入シタルニ過キサルモノモアルヘク其加功ノ狀態ハ固ヨリ一様
ナリト云フ可カラズ於此乎共犯ノ各犯罪人ノ種類ニ關シテハ諸國ノ立法
例ハ大概之ヲ二分セリ而シテ此ノ分類ニ關シテハ諸國ノ立法ヲ大別スヘ

ハ凡ソ左ノ三主義アルカ如シ

(第一) 主觀主義(意思主義)

(第二) 客觀主義(行爲主義)

(第三) 折衷主義

第一) 主觀主義即チ意思主義ヲ採用スル法律ニ於テハ偏ヘニ其犯罪ヲ爲
スニ至リタル意思關係ニ着眼シテ犯人カ自カラ犯罪行爲ヲ實行シタルト
否トニ依リ之ヲ種別セス從テ此種ノ主義ヲ採用スル刑法ニ於テハ犯罪行
爲ノ教唆者ヲ以テ最主要ナル犯罪人即チ正犯又ハ主犯トス而シテ其意思
ヲ受ケテ犯罪行爲ヲ實行シ又ハ之ヲ容易ナラシメタルモノヲ從犯又ハ助
犯トス此主義ハ往昔未ダ法律ト道德トノ境界ノ分明ナラサル時代ノ法律
ニ於テ採用セラレシモノニシテ支那律ノ如キハ其著例ニ屬ス蓋シ法律ハ
心裏ノ現象ヲ支配ス可キモノニアラストノ觀念ハ主觀主義トハ到底併行
スルコトヲ得サルモノナリ

(第二) 客觀主義即チ行爲主義ヲ採用スル法律ニ於テハ共犯ニ於ケル犯人

ノ位置ヲ種別スルニ專ラ各加功者カ其之ニ依テ生シタル犯罪行為即法律カ罪トシ罰シタル行為ニ接シタル程度如何ニ着目シ法律カ罪トシテ罰シタル行為ヲ直接ニ行ヒタルモノ即チ犯罪ノ實行者ヲ正犯若クハ主犯トシ其單ニ犯罪實行ニ對シテ犯意ノミヲ注入シタルモノ又ハ單ニ犯罪行為ヲ幫助シ又ハ容易ナラシメタル行為ヲ行ヒタルニ過キサルモノハ之ヲ從犯又ハ助犯トス從テ此ノ主義ヲ採用スル刑法ニ於テハ法律カ罪トシテ罰シタル行為其モノヲ直接ニ實行シタルモノチ正犯トシ犯罪ヲ教唆シ又ハ犯罪ヲ幫助シテ之カ實行ヲ容易ナラシメタルニ過キサルモノハ之ヲ從犯トス此主義ハ理論ニ於テ尤モ正當ナリト雖トモ此ノ主義ヲ貫徹スルトキハ犯罪ノ主動者ニシテ而カモ自カラ犯罪ノ實行ニ與ラス他人ヲ教唆シテ之カ實行ニ干與セシメ以テ其犯罪ノ目的ヲ遂クルモノ、如キハ其責任却テ教唆ニ依リ教唆者ノ指揮命令ノ下ニ活動シタル正犯ヨリモ輕ク處罰セラル、コト、ナリ刑罰ノ點ニ付テ非常ナル不權衡ヲ生スルニ至ル可キナリ故チ以テ近世開明諸國ノ法律ハ純粹ニ此ノ主義ヲ採用スルカ若クハ此

ノ主義ヲ採用スルト同時ニ第一ノ主觀主義ヲ折衷シ教唆者ノ如キハ之ヲ正犯ニ準シテ處罰スルコト、スルモノトノ差異アルニ過キサルナリ
 (第三) 折衷主義ヲ採用スル法律ニ於テハ犯罪ノ實行ニ與リタルモノチ以テ正犯トシ犯罪ヲ教唆シタルモノチ準正犯トシ其他ノ共犯者即チ豫備ノ所爲チ以テ犯罪ノ實行ヲ容易ナラシメタルニ過キサルモノチ從犯トシ正犯ニ比シテ輕ク處罰スルコト、セリ而シテ吾現行刑法ハ此ノ折衷主義ニ基クモノナリ即チ共犯者ノ位置ヲ分テ正犯從犯トシ而シテ正犯ナルモノハ第四百四條ニ於テ現ニ罪チ犯シタルモノ即チ犯罪ノ實行者ヲ指示シ從犯ナルモノハ第九條ニ於テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタルモノ即チ犯罪ノ實行ヲ幫助シタルモノチ指示シ而シテ第五條ニ於テ人チ教唆シテ重罪輕罪チ犯サシメタルモノ即チ客觀主義ニ依レハ從犯タルヘキモノチ正犯ニ準シテ處罰スルコト、ナシ此ノ點ニ付テハ主觀主義ヲ採用セリ故ニ簡言スレハ吾刑法ハ客觀主義ヲ基礎トシ主觀主義ヲ折衷シタルモノナリ

而シテ共犯者中正犯從犯又ハ教唆者(準正犯)ト稱スルハ各獨立シテ別個ノ
 犯罪ヲ構成スルモノニアラス其加功ニ依テ發生シタル犯罪ハ單一ナル犯
 罪ナリト雖モ其單一犯罪ヲ發生セシムル爲メニ各自共犯者カ分擔シタル
 位置ノ異ナルニ從フテ以上ノ名稱ヲ附シ其責任ヲ區別スルモ、タルニ過
 キサルナリ此ノ如ク各共犯者ハ犯罪ノ發生ニ付テハ必ス其一部ニ加功シ
 タルモノナルヲ以テ此ノ加功ノ行爲ニ對シテ各自其責任ヲ負擔ス可キモ
 ノナリ換言スレハ各共犯者ハ他人ノ行爲ニ依テ責任ヲ負フモノニアラス即
 チ人ハ他人ノ爲メニ犯罪ヲ分擔セスト云フ大原則ハ共犯ノ場合ニ於テモ
 常ニ適用セラル、モノニシテ各共犯者ハ後ニモ説明スルカ如ク各自ノ意
 思ト所爲トヲ以テ一個ノ犯罪行爲ニ加功シタリトノ原因ニ依リ其犯罪ノ
 發生ニ付テ各自獨立シテ責任ヲ負擔スルモノナリ從テ犯人ノ身上ニ關ス
 ル免責原因ニ依リ其加功ノ行爲ニ付テ無責任トナリタルトキハ其犯人ハ
 他ノ共犯者カ有罪トシテ刑罰ヲ受クルニ拘ハラス無罪ト判定セサル可カ
 ラサルナリ例之十二歳未滿ノ未成年者ト共同シテ殺人罪ノ實行ニ加功シ

タルカ如キ或ハ十二歳未滿ノ未成年者カ殺人罪ヲ犯スコトヲ知り之ニ兇
 器ヲ給與シ以テ犯罪ヲ幫助シタルモノ、如キ其共犯タルニ於テ間然スル
 處ナク而シテ十二歳未滿ノモノハ刑法第七十九條ニ依リ無責任タル可キ
 モ他ノ正犯又ハ從犯ハ共犯ノ一人トシテ處罰セラル可キナリ
 共犯者中其正犯從犯又ハ教唆者タルヲ問ハス何レモ犯罪ノ發生ノ原因ニ
 付テ其一部ヲ分擔シタルモノニシテ其加功ノ行爲ハ同時ニ他ノ共犯者ヲ
 幫助スルコトヲ意味スルモ其他人ヲ幫助スルトハ他人ノ犯罪ヲ幫助スル
 ノ義ニアラスシテ自己ノ犯罪行爲發生ノ爲メ其加功者タル他人ヲ幫助ス
 ルモノタルコトヲ注意セサル可カラス故ニ數人共同シテ何レモ同一犯罪
 ノ實行ニ加功シタルカ如キ數人ノ行爲ハ互ニ相幫助スルモノナレトモ共
 ニ正犯ニシテ從犯ヲ以テ論ス可キモノニアラサルナリ要之共犯ノ各自ハ
 他ノ共犯者カ分擔シタル行爲ヲ手段トシテ一個ノ犯罪行爲ヲ發生セシメ
 タルモノナリト云ハサル可カラス
 以上共犯ノ種類ニ關スル大體ヲ説明シタルヲ以テ是ヨリ吾カ現行刑法ノ

種別ニ從ヒ正犯準正犯及ヒ從犯ニ付テ各別ニ之カ説明ヲ試ミント欲ス

第一款 正犯

正犯トハ刑法第四百條ニ規定スル如ク二人以上現ニ罪ヲ犯シタルモノヲ云フ而シテ本條所謂(現ニ)トハ現在ト云フノ義ニアラスシテ現實ト云フノ義ナリ故ニ刑法第二百六十一條ニ財物ヲ賭シ現ニ博奕ヲ爲シ云々トアリテ賭博ノ現行犯ヲ指示スルモノトハ混同セサルコトヲ要ス次ニ(罪ヲ犯シタル云々)トアルハ法律カ犯罪ト認メ處罰スル所ノ行爲ヲ實行スルコトノ義ニシテ必スシモ犯罪ノ既遂タルコトヲ要スルニアラス故ニ重罪ノ未遂犯及ヒ輕罪中特ニ其未遂ヲ處罰スルノ明文アルモノ其他内亂罪ノ陰謀豫備ノ如キ刑法中特ニ之ヲ罰スルノ明文アルモノニ付テハ其未遂陰謀豫備凡テ本條文中ニ包含スルモノト云ハサル可カラス反之其陰謀豫備未遂ヲ罰セサル犯罪ニシテ未タ既遂ニ至ラサル場合ニ於テハ本條所謂罪ヲ犯シタルモノト云フコトヲ得テ正犯トシテ論ス可キモノニアラサルヤ自明ノコトニ屬ス故ニ例ハ甲乙共同シテ他人ノ私印ヲ偽造行使セシコト

ヲ企テ甲ハ單ニ其私印ノ偽造ニノミ加工シ乙ハ其偽印ヲ行使シタル場合ニ於テ刑法第二百八條ノ解釋上私印ノ偽造ハ私印偽造行使罪ノ構成條件トスルモ豫備ノ所爲ニ屬シ犯罪實行ノ部類ニ屬セストセハ同罪ノ豫備ハ之ヲ罰スルノ明文ナキヲ以テ甲者偽造ノ所爲ハ未タ以テ罪ヲ犯シタルモノト云フコトヲ得テ從テ私印偽造行使罪ノ正犯トシテハ論スルコトヲ得ス單ニ豫備ノ所爲ヲ以テ他人ノ犯罪ヲ幫助シタル從犯トシテ處罰スルノ外ナキナリ若シ前例ニ於テ甲者更ラニ進ンテ偽造私印ノ行使ニ加工シタルトキハ甲者ハ乙者ト共ニ同罪ノ正犯ヲ以テ論スヘキコト勿論ナリ次ニ法律ハ單ニ罪ヲ云々トアリテ其重罪輕罪違警罪タルトテ區別セサルヲ以テ苟クモ刑法第二編以下其他法律ニ於テ犯罪ト認メタル行爲ヲ實行シタルモノハ皆正犯タルコトヲ得ルナリ此點ハ次ニ説明スル教唆者若クハ從犯ト異ナルニ要點ナリトス尙ホ第四百條中二人以上トアルハ末文各自ニ其刑ヲ科ストノ規定ト相對照セシメンガ爲メニ規定シタルモノニシテ敢テ正犯ノ必要條件ニアラサルナリ蓋シ正犯ト云フ以上ハ固ヨリ此ニ他ノ

正犯從犯又ハ教唆者アルコトヲ想像スルモ必スシモ數人ノ正犯アルコトヲ要スルニアラス故ニ同條ノ主旨ハ二人以上ノ正犯アリタル場合ヲ想像シ此ノ場合ニ於テハ各自ニ本刑ヲ科ス可キコトヲ規定シタルニ過キスト解セサル可カラサルナリ

以上説明スル所ニヨリ正犯ニ關スル特別條件ヲ摘示スレハ左ノ如シ

(第一) 現實ニ罪ヲ犯スコト即チ犯罪トナルヘキ所爲ヲ實行スルコト

(第二) 刑法第二編以下若クハ他ノ特別法ニ於テ犯罪トシテ規定シタル罪其モノヲ犯スコト

(第三) 數人ノ正犯ヲ出ス場合ニ於テハ各正犯者ニ於テ犯罪ノ實行々爲ノ上ニ共同ノ事實アルコト

夫婦ノ者カ共謀シテ其赤兒ヲ殺サノコトヲ企テタルモ妻ハ自カラ手ヲ下スニ忍ヒス夫代リテ單獨ニ其赤兒ヲ殺害シタル場合ニ於テ夫婦ノ責任如何ト云ハ、此ノ場合ニ於テ夫婦間ニハ殺人ノ意思ノ上ニハ共同アルモ其實行々爲ノ上ニ共同ナシ而カモ犯罪ニハ民事ニ關スル如ク代理ノ效力ヲ

認ム可キモノニアラサルヲ以テ婦ハ到底正犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス亦夫ノ殺人犯ヲ教唆若クハ幫助シタルニモアラサルヲ以テ教唆又ハ從犯トシテ論スルコトヲ得ス結局無罪ト判定セサル可カラサルナリ而シテ夫ハ完全ニ殺人ノ意思ト其實行ヲ遂ケタルモノナルヲ以テ單獨ナル殺人犯トシテ論セサル可カラス

次ニ甲乙共謀シテ丙ヲ銃殺セント欲シ甲乙各別ニ丙ニ向テ發砲シタルニ甲者ノ彈丸ハ丙ニ命中シ爲メニ丙ヲ倒シタルモ乙者ノ彈丸ハ目的ヲ脱シテ丙ニ對シテ何等ノ加害ヲ與ヘサリシ場合ノ如キ前述ト同一理由ニ依リ實行々爲ノ上ニ共同ナキカ故ニ甲乙各別ニ其責ニ任シ甲者ハ單獨ナル殺人既遂犯ヲ以テ論セラレ乙者ハ單獨ナル殺人未遂犯ヲ以テ論セラル可ク要之共同ノ意思ニ出テタルモ實行々爲ノ上ニ共同ナカリシ爲メ單獨ナル二個ノ犯罪ヲ發生シタルモノナリト云ハサル可カラス
吾輩ハ曩キニ犯罪ニ代理ノ效力ヲ認メスト説明シタリ然レトモ其意ヲ誤解シテ犯人カ犯罪ノ情實ヲ明カサス且ツ其情實ヲ知ラサル他人ヲ使役シ

テ自己ノ犯罪行為ヲ遂ケタルリ如キ場合ニ於テ其使役セラレタル者ニ何等ノ責任ナシ之ヲ使役シタル者ニ於テ犯罪實行ノ責任アルコト、混同セサルコトヲ要ス例ヘハ甲者乙者ヲ殺害セント欲シ之ニ魔匪劑ヲ與ヘタル後之ヲ行李中ニ藏メ丙者ニ對シテハ腐敗物ヲ藏メタルモノナリト欺キ丙者之ヲ信シ其命ニ從ヒ該行李ヲ海中ニ没シ爲メニ乙者ハ海中ノ魚腹ニ葬ムラレタルカ如キ甲者ハ全ク丙者ヲ自己ノ手足トシテ使役シタルニ過キス喚言スレハ丙者ハ甲者ノ機械トシテ行動シタルノミ恰モ兇器ヲ用ヒテ人ヲ殺害シタル場合ニ於ケル兇器其モノト毫末モ異同ナキヲ以テ甲者ハ單獨ニ殺人ノ實行ヲ遂ケタルモノト云フ可ク丙者ハ甲者ノ單獨殺人罪ニ付テハ何等ノ關係ヲモ有セサルモノト云ハサルヘカラス

尙ホ數人正犯ノ場合ニ於ケル一ノ疑問ヲ決セント欲ス即チ例ヘハ甲乙共謀シテ他人ノ財物ヲ強取センコトヲ企テ或家ニ侵入シ甲乙共ニ其家人ヲ脅迫シ財物ヲ強取シタル際遇々其家人ノ内ニ甲者ノ仇敵アリタルコトヲ發見シタルヲ以テ甲者直チニ其仇敵タル家人ヲ殺害シタルカ如キ場合ニ於

テ乙者ハ甲者ト共ニ刑法第三百八十條ニ所謂強盜人ヲ殺スノ罪ノ正犯トシテ論ス可キカ或ハ單ニ刑法第三百七十八條ニ所謂強盜罪ノ正犯トシテ論ス可キヤ否ヤト云フニ此ノ場合ニ於テハ刑法第三百七十八條ニ所謂強盜罪ト同法第三百八十條ニ所謂強盜人ヲ死ニ致シタルノ罪トハ全ク其罪質ヲ異ニスルモノニシテ甲乙共ニ普通ノ強盜罪ニ付テハ心素並ニ體素ノ上ニ正犯タルノ條件ヲ俱備スト雖トモ強盜人ヲ殺スノ罪ニ付テハ甲乙ノ間ニ何等共犯ノ條件ヲ俱備セサルヲ以テ乙者ハ第三百七十八條ノ普通強盜罪ノ正犯トシテ論ス可ク甲者ハ普通強盜犯ノ外ニ更ニ人ヲ殺害シタルモノナルヲ以テ第三百八十條ヲ適用シ強盜人ヲ死ニ致シタル犯人トシテ論ス可キナリ亦前例ノ場合ニ於テ家人ノ内ニ妙齡ノ婦女アリタルヨリ甲者其獸慾ニ驅ラレテ遂ニ該婦女ヲ強姦シタルカ如キ場合ニ於テモ前例ニ於ケルト同シ甲者獨リ第三百八十一條ニ所謂強盜婦女ヲ強姦スルノ罪ヲ犯シタルモノトシテ論シ乙者ハ單ニ第三百七十八條ノ強盜罪ノ正犯トシテ論ス可キナリ

第二款 教唆者

教唆者ハ刑法第五條ニ規定スル所ニシテ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタルモノヲ云フ而シテ人ヲ教唆スルトハ自己ノ犯意ヲ他人ニ注入シ之ヲシテ犯罪行為ヲナスノ決心ヲ形シラシムル實體的且ツ積極的ナル行為ヲ指示スルモノナリ喚言スレハ正犯者ノ犯意ト所爲トノ源因ヲナスモノナリ然レトモ一部ノ論者カ主張スルカ如ク教唆者ハ犯罪ノ意思ヲ分擔シ正犯ハ其實行ノミヲ分擔スルモノニアラス正犯ハ完全ニ其犯罪ニ付テノ犯意ト實行トヲ俱備スルモノニシテ教唆者ハ其正犯ノ犯意ト實行トノ根源トナリタルニ過キス從テ教唆者ハ其教唆ト云フ行為ニ付テ責任ヲ負擔スルモノナリ而シテ刑法ハ單ニ教唆ト云ヒ別ニ其方法手段等ニ付テ何等ノ規定ヲナサ、ルヲ以テ一見其母法タル佛國刑法ノ贈與、結約、威權、僞計ヲ用ヒ云々トアルトハ全ク其趣ヲ異ニスルカ如ク從テ單純ナル忠告若クハ助言等ヲモ包含スルカ如キモ敢テ然ルニアラス本條ハ其草案第一百八條ニ脅迫、贈與、結約、威權、其他故意ヲ以テ人ヲ教唆シ云々トアリシヲ繼承シ

タルモノニシテ佛國刑法ノ如ク其教唆方法ヲ制限セスト雖トモ兎ニ角故意ヲ以テ特ニ他人ヲシテ犯罪ヲ決行スルノ決心ヲ喚起セシムルニ足ルノ積極的行為ヲラサル可カラス故ニ例ヘハ貧困衣食ニ乏シキモノニ對シ飢寒ニ苦マンヨリハ寧ロ竊盜ヲ犯スノ優レルニアラスヤト忠告シタルニ止リ其採捨ノ如何ハ敢テ意ニ介セサリシモノ、如キ或ハ當路大臣ヲ猜疑シ其位置ヲ失ハシメント欲スル在野ノ政治家ニ其非行ヲ摘發シテ之ヲ新聞紙上ニ公ニシタルカ如キ其結果他人カ竊盜又ハ殺人罪ヲ犯シタリトスルモ先キニ竊盜ノ助言ヲナシ又ハ大臣ノ非行ヲ摘發シタル政治家ハ竊盜又ハ殺人罪ノ教唆者ヲ以テ論スルコトヲ得サルナリ要之現行刑法ハ教唆ノ方法ニ付テハ何等ノ制限ヲ設ケスト雖トモ苟クモ知識アリ辨別アルモノヲシテ犯罪實行ノ決意ヲナサシムルニハ必スヤ至大ナル勢力ヲ其精神上ニ及ホスモノナラサル可カラス而シテ脅迫、贈與、結約、威權ノ濫用ノ如キハ其最モ顯著ナルモノナラン次ニ法律ハ「重罪輕罪ヲ犯シメタルモノ」ト規定セラルヲ以テ其所謂教唆スル處ノ犯罪ハ重罪又ハ輕罪即チ刑法第二編以下各

本條其他特別法ニ於テ重罪又ハ輕罪ノ刑ヲ以テ處罰スルコトヲ規定シタル犯罪行為タルコトヲ要ス之レ即チ正犯ト異ル所ニシテ數人共犯ハ違警罪ニテモ存在シ得ヘキコト及ヒ違警罪ニ付テノ教唆ヲ處罰セサルコトハ既ニ說明シタル所ナリ而シテ重罪輕罪違警罪ノ區別ニ付テモ既ニ說明シタルヲ以テ此ニ之ヲ異ス

次ニ法律ハ「重罪輕罪ヲ犯サシメタルモノ」トアリテ犯サシメタルモノ即チ教唆ノ行為ニ依リ被教唆者カ教唆セラレタル犯罪其モノヲ實行スルコトヲ要ス但シ單ニ犯ストアリテ既遂ニ限ラサルヲ以テ苟クモ被教唆者ノ行為ニシテ法律カ罪トシテ罰スル程度ニ達シタル以上ハ常ニ教唆ヲ以テ論ス可キナリ故ニ重罪ノ未遂犯、輕罪中特ニ其未遂ヲ罰スル明文アルモノ及ヒ内亂ノ陰謀豫備犯ノ如キ特ニ之ヲ處罰スル明文アルモノニ付テハ假令被教唆者ノ行為ニシテ犯罪ノ既遂ニ至ラザリシト雖トモ教唆ヲ以テ論セサル可カラサルナリ但シ内亂罪ニ付テハ第二百一十一條第二百五條ニ於テ其教唆者ヲ處罰スル特別規定アルヲ以テ本條即チ第二百五條ノ適用ナキ

於此ニハ
教唆者ノ
行為ニ
依リテ
被教唆者
ノ犯罪
ヲ實行
スルコト
ヲ要ス

コトハ勿論ナリ此ノ如ク被教唆者ニ於テ教唆セラレタル罪ヲ犯シタルコトヲ要スルヲ以テ被教唆者カ犯罪決行ノ決意ヲ爲シタルニ止マリ未タ之ヲ行為ニ顯ハサ、ルトキハ勿論既ニ之カ着手以上ノ行為ヲナシタリト雖モ中途ニシテ其非ヲ悔ヒ任意中止シタルカ如キ被教唆者並ニ教唆者ハ之ヲ罰スルコトヲ得サルナリ是レ或特別法ニ於テ或犯罪ヲ教唆シタル行為其モノヲ以テ獨立ノ犯罪トシ教唆者ニ於テ之ヲ實行シタルト否トチ問ハサルモノト異ナル所ナリ要之本條所謂教唆ハ被教唆者ニ於テ其犯罪行為ヲ實行スルコトヲ要件トシテ罰セラル、モノナリ

以上説明スル所ニ依リ教唆ノ特別條件ヲ摘示スレハ左ノ如シ
(第一) 他人ニ自己ノ犯意ヲ注入シ以テ罪ヲ犯サント決意セシムルノ行為即チ教唆ノ行為アルコト

(第二) 教唆ノ目的タル犯罪カ重罪輕罪ナルコト

(第三) 被教唆者ニ於テ教唆ニ基シ犯罪ヲ發生シタルコト

以下教唆ニ關スル二三ノ疑問ヲ解セント欲ス

第一問 教唆者ヲ教唆シタルモノハ、責任如何例へハ甲者アリ乙者ニ對シテ汝丙ヲ教唆シテ殺人罪ヲ犯サシメヨト教唆シ乙者其教唆ニ基キ丙ヲ教唆シ遂ニ丙ヲシテ丁ヲ殺害セシメタルカ如キ場合ニ於テ甲者ノ責任如何此ノ問題ニ對シテハ吾輩ハ無罪ヲ主張スルモノナリ先ツ反對論者ノ論旨ヲ駁シ以テ吾輩ノ說ヲ立證セント欲ス反對論者曰ク刑法第一百五條ニハ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタルモノ云々トアリ而シテ教唆者モ亦人ナリ而シテ教唆ト云フ行為モ亦重罪輕罪ナリ左レハ此等ノ人ヲ教唆シテ更ニ教唆ヲナサシメタルモノハ正ニ同條ニ該當スルヲ以テ之ヲ不問ニ附スヘカラスト云フニアリ然レトモ以上ノ論旨ハ二個ノ誤謬ヲ包含スルカ如シ即チ第一ニ法律ハ重罪輕罪ヲ犯サシメタルモノト云ヘク而シテ重罪輕罪トハ既ニ說明シタルカ如ク法律カ本刑トシテ重罪又ハ輕罪ノ刑罰ヲ科スル犯罪行為其モノヲ指示スルモノニシテ犯人ニ付テ現實ニ科セラレ、刑罰ハ重罪輕罪ノ區別ノ標準トナラサルコトハ犯罪ノ種別ヲ說明シタル部ニ於テ既ニ明了ナリ而シテ爰ニ所謂教唆ナル行為ハ犯罪行為其モ

ノニアラスシテ只タ犯罪行為發生ノ原因ヲ爲シタルニ過キス左レハコソ被教唆者ニ於テ其罪ヲ犯シタルニ及ンテ初メテ教唆者トシテ之ヲ處罰スルナリ若シ反對論者ノ云フカ如ク教唆ノ行為其モノカ犯罪ナラシメハ教唆者ハ被教唆者ニ於テ罪ヲ犯シタルト否トニ拘ハラス教唆ト云フ行為カ終リタルト同時ニ處罰セラルヘキモノナラスヤ要之共犯ノ場合ニ於ケル犯罪行為ハ正犯ノ實行々爲其モノニシテ教唆者カ處罰セラ、ル理由ハ單ニ正犯ヲ教唆シ其犯罪實行ノ原因ヲ爲シタルカ爲メナリ換言スレハ教唆ノ行為ハ主觀的責任負擔ノ原因ニ止リ客觀的犯罪ヲ構成スルモノハ一ニ正犯ノ實行行為其モノナリト云ハサル可カラス從テ教唆ハ重罪輕罪ニアラサルコト明了ナリ第二法律ハ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタルモノ亦正犯ト爲ストアルニ依テ見レハ其文理解釋上人トハ前條ニ所謂正犯ヲ指示シタルコト明ナリ然ラサレハ法文ニ亦正犯ト爲ストアル亦ノ字ハ遂ニ無用ノ文字ト云ハサル可カラサレハナリ然レトモ法文豈ニ徒ラニ無用ノ字ヲ用ユルノ理アラシヤ故ニ同條ニ所謂人トハ論者カ云フ如ク普通

決斷力ヲ有スル人ト云フカ如キ汎博ナル意義ヲ有スルモノニアラス要之
 教唆者トシテ處罰セラル、ニハ第二編以下他ノ特別法ニ於テ重罪輕罪ト
 認メタル犯罪其モノヲ教唆シテ且ツ之ヲ實行セシムルコトヲ要ス然レト
 モ本問ハ左ノ場合ト混同セサルコトヲ要ス即チ例ヘハ甲乙共同シテ丙ヲ
 教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル場合ノ如キ甲乙共ニ直接ニ正犯タル丙
 者ヲ教唆シタルモノナレハ共ニ正犯ノ教唆者トシテ處罰セラル可キナリ
 而シテ其共同教唆ノ方法ノ如キ千差万別敢テ法律ハ其方法ヲ制限セサル
 ナリ

第二問 從犯ノ教唆ハ之ヲ罰ス可キヤ否ヤ例ヘハ甲者乙者カ丙者ヲ殺
 害セントスルノ情ヲ知り丁者ニ對シテ其情ヲ明シ之ヲ教唆シテ乙者ヘ殺
 人ノ用ニ供スヘキ銃砲ヲ給與セシメ乙者此ノ銃砲ヲ用ヒテ丙者ヲ殺害シ
 タル場合ニ於ケル甲者ノ責任如何

本問ニ付テハ前問ト同シク吾輩ハ無罪ヲ主張スルモノナリ其理由ニ至テ
 ハ前問述フル所ト異同ナキノミナラス更ニ一ノ新理由ヲ有ルスモノナリ

即チ若シ反對論ニ從フトキハ從犯ノ教唆者ハ第五條ノ規定ニ基キ正犯
 ナリテ論セサル可カラス然ルニ從犯ハ第九條ニ依リ正犯ノ刑ニ一等ヲ
 減シテ處罰ス可キモノナリ果シテ然ラハ從犯タル被教唆者ハ正犯ノ刑ヨ
 リ一等ヲ減シテ處罰セラル、ニ拘ハラヌ教唆者ハ此減輕ヲ受ケス却テ被
 教唆者ヨリ重ク罰セラル、コト、ナリ現行刑法カ共犯ノ處分ニ付キ客觀
 主義ヲ原則トシタル本旨ニ背戾スルノ結果ヲ生スルニ至ルヘキナリ
 以上論述シタルカ如シ教唆ノ教唆又ハ從犯ノ教唆ハ之ヲ處罰セサルコト
 ハ現行刑法上疑ナキ所ナリト雖トモ之ヲ實際ノ事情ニ徴スルニ若シ現行
 刑法ノ如シ教唆者ノ教唆ヲ不問ニ附スルトキハ奸黠不良ノ徒ハ之ヲ利用
 シ自身直接ニ教唆ノ衝ニ當ラス他人ヲ教唆シテ犯罪教唆ノ任ニ當ラシメ
 自カラ黒幕ニ隠レテ獨リ其利ヲ擅マ、ニスルニ拘ハラヌ巧ミニ法網ヲ免
 レ反之之カ手足トナリタル第二ノ教唆者及ヒ正犯ハ却テ常ニ處罰セラル
 ルコト、ナリ枝葉ヲ罰シテ根ヲ肥ヤヌカ如キト小奸亡ンテ大奸益々榮フル
 ノ奇觀ヲ呈シ犯罪必罰ノ實ヲ舉グルコト能ハス此ヲ以テ刑法改正草案ニ

於テハ此等間接ニ犯罪ノ原因ヲ作りタルモノヲモ猶ホ正犯ニ準シテ處罰スルコト、セリ然レトモ此等間接ノ犯罪教唆者ヲ罰スルノ主義ヲ貫徹スルトキハ其極教唆者ノ教唆者及其ノ教唆者又其以前ノ教唆者ヲモ罰スルコト、ナリ法律ノ及フ所遂ニ際限ナキニ至ル可キヲ以テ同草案ニ於テハ直接ノ教唆者ノ教唆者ノミヲ罰スルニ止メタリ次ニ從犯ノ教唆ニ付テモ之ヲ不問ニ附スルトキハ前ノ場合ト等シク同様ノ弊害ヲ生ス可キヲ以テ同草案ニ於テハ從犯ノ教唆ヲ從犯ニ準シ處罰スルコト、セリ蓋シ正當ノ改正ト云フ可シ(改正草案第八十條參照)

第三問 人ヲ脅迫シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタルモノハ、教唆者トシテ罰ス可キカ、吾輩ハ教唆者トシテ處罰ス可キモノト信スナリ何トナレハ法律ハ既ニ述ヘタル如ク教唆ノ方法ハ之ヲ制限セサルヲ以テ教唆者ノ或行爲ニ基ク直接ノ勢力ニ依リ被教唆者ニ於テ犯罪決行ノ決意ヲ形クリ其罪ヲ實行シタル以上ハ教唆ノ責任ハ完全ニ發生スルモノニシテ假令正犯タル被教唆者ノ行爲カ脅迫ニ基クノ理由ニ依リ正犯ハ刑法第七十五條ニ基キ

無責任トナルモ他ノ共犯者タル教唆者ノ責任ニハ毫末モ影響スル處ナキナリ是レ蓋シ共犯ハ客觀的ニ成立シ各共犯者カ責任ヲ負擔スルハ各自主觀的ノ理由ニ基因スルヲ以テナリ

第四問 十二歳未滿ハ幼者ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタルモノハ、責任如何、本問ニ付テ一般ノ學者ハ本問ハ犯罪ノ實行者ニシテ犯罪ノ教唆者トシテハ處罰ス可キモノニアラスト論セリ其論旨ニ曰ク教唆者ハ智力ノ働キ爲シ被教唆者ハ體力ノ働キヲ爲シ彼是相分擔シテ一ノ罪ヲ犯スモノナレハ被教唆者ニ付テモ教唆者ニ於ケルト同シク之ニ負ハシム可キ罪責ナカルヘカラス然ルニ本問未成年者ハ智識ナク辨別ナク到底罪責ヲ負ハシムヘキモノニアラス即チ犯罪ノ無能力者ナルニ拘ハラズ之ヲ被教唆者ナリ犯罪ノ實行者ナリトスルハ法律ノ推定ニ反シ理論上相撞着スルヲ免レズ左レハ此ノ場合ハ獸類ヲ使曠シテ人ヲ咬傷セシメ其他器械ヲ用ヒテ罪ヲ犯ス場合ニ於テ其罪責ハ獸類器械ヲ經ス直チニ犯人ニ反應スルト同シク其罪ト爲ルヘキコトヲ行ハシメタル者ハ犯罪ノ實行者ニシテ犯罪無

能力ナル未成年者ハ前例ニ於ケル獸類又ハ器械ト同一ナリト論結スルチ
 相當ナリトス其無能力ナルコトハ獸類又ハ器械ハ異ナル所ナケレハナリ
 ト云フニアリ然レトモ吾輩ハ本問ヲ二個ノ場合ニ區別シ其第一ノ場合ニ
 於テハ一般ノ論者ニ反對シテ第二ノ場合ニ於テ之ニ贊スルモノナリ
 第一ノ場合即チ本問ノ未成年者カ實際上其智識ハ發達ニ於テ犯罪ノ
 意思ヲ形クルニ足ルノ程度ニ達シタルトキ換言スレハ本問未成年者ニ於
 テ其教唆セラレタル事項ノ何タルコト並ニ其被教唆事項實行ノ結果トシ
 テ或ル一定ノ法律上ノ結果ヲ生スヘキコトヲ識別シ得タルトキ例ヘハ十
 二歳未満ナル幼者ノ繼母ヲ殺サント欲スルモアリテ該幼者ヲ教唆シ繼
 母カ熟睡ノ機會ニ乘シ之ヲ刺シ殺セヨトテ一個ノ利力ヲ與ヘタル場合ニ
 於テ幼者カ殺人ノ何物タルコトヲ解シ殺人決意ヲナシ且ツ利力ヲ刺セハ
 人ヲ殺シ得ヘキコトヲモ理解シナカラ遂ニ其繼母ヲ刺シ殺シタルカ如キ
 幼者ノ犯意ト所爲ハ獨立シテ殺人罪ヲ構成スルニ欠クル處ナク從テ右幼
 者ハ殺人罪ノ實行者即チ正犯ト云ハサルヘカラス果シテ然ラハ其殺人罪

ヲ教唆シタルモノハ完全ナル教唆者トシテ處罰スルニ間然スル處チキニ
 アラスヤ然レトモ反對論者ハ曰ク本問幼者ハ犯罪無能力者ナレハ犯罪ノ
 實行者即チ正犯タルコトヲ得ス從テ之ニ對シテ本編所謂教唆ナルモノア
 リ得ヘカラスト夫レ然リ豈ニ夫レ然ラシヤ刑法第七十九條ニ於テ犯罪ヲ犯
 ストキ十二歳ニ滿タサル者ハ其罪ヲ論セス云々ト規定セルハ犯罪行為
 ニ對スル幼者ノ責任關係ヲ規定シタルニ止マリ犯罪其モノ、不成立タル
 コトヲ規定シタルニアラス犯罪其モノハ犯人ニ於テ實際責任ヲ負擔スル
 ト否トニ拘ラス苟モ刑罰ヲ制裁トシタル禁令命令ニ違反スル行為アル
 ニ依テ成立スルコトハ第一部犯罪說明ノ部ニ於テ明了ナリ故ニ前例ノ場
 合ニ於テ幼者カ犯意ト其犯意ニ基ク所爲ニ依リ殺人ヲ遂ケタルトキハ之
 チ以テ殺人罪ノ實行者ト云フニ於テ欠クル處ナシ然ルニ反對論者ノ如ク
 此ノ場合ニ於ケル幼者ヲ以テ教唆者ノ器械視スルハ事實ヲ趣ユルモノニ
 シテ牽強附會ノ說タルチ免レサルナリ而シテ幼者カ其犯罪行為ニ對シテ
 責任ヲ負フト否トハ全ク別問題ニ屬ス要之論者ハ共犯ニ於ケル犯罪其モ

ノ成立ト之ニ對スル犯人ノ責任問題トナ混同シタルノ誹ヲ免レサルヘシ
 第二ノ場合即チ本問未成年者カ其智識ハ發達極メテ不完全ニシテ犯罪
 ノ意思ヲ形スルニ足ルノ程度ニ達セス換言スレハ其被教唆事項ノ何者タ
 ルコト並ニ其被教唆事項ノ實行ニヨリ或一定ノ法律上ノ結果ヲ生ス可キ
 コトヲ知リ得サル場合ニ於テハ假令幼者ニ於テ教唆者ノ指圖ニ從ヒ行爲
 ナシタル爲メ或法律上ノ結果ヲ發生シタリトスルモ幼者ニ於テ犯意ナ
 キヲ以テ法律上ノ結果ハ幼者ノ犯意ニ出テタルモノト云フ可カラズ從テ
 幼者ヲ以テ犯罪ノ實行者即チ正犯ト云フコトヲ得サルヤ明ナリ此ノ場合
 ニ於テハ幼者ハ先キニ論者ノ主張シタルカ如ク教唆者ノ爲メニ一個ノ器
 械トシテ活動シタルニ過キササルヲ以テ幼者ノ働キハ直チニ教唆者ノ行爲
 ト云フコトヲ得ヘク從テ該教唆者ハ犯罪ノ實行者トシテ處罰スヘク犯罪
 ノ教唆者トシテハ到底論スルコトヲ得サルナリ

第五問 身分カ犯罪ノ構成條件ナル場合ニ於テ身分ナキモノカ身分
 有ル者ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタルトキニ於ケル身分ナキモノハ責

任如何刑法中身分ヲ以テ犯罪ノ成立要件トシタルモノ少キニアラス例
 ハ官吏收賄罪(第二百八十四條)重婚罪(第三百五十四條)有夫姦(第三百五十三
 條)委託物費消罪(第三百九十五條)偽證罪(第二百十八條以下)子孫奉養ヲ缺シ
 罪(第三百六十四條)其他刑法第二編第九章官吏瀆職ノ罪中第一節第二節ニ
 規定スルモノ等其顯著ナルモノナリ而シテ本問ニ對シテハ吾輩ハ教唆者
 トシテ處罰ス可キモノナリト信ス而シテ反對論者即チ無罪說ヲ採ルモノ
 ノ論旨ハ凡ソ左ノ二點ニ存スルカ如シ以下之ヲ論駁シ併セテ吾輩ノ說ヲ
 説明セント欲ス

第一反對論旨ニ曰ク教唆トハ或ル犯罪行爲ヲ爲サント欲スルモノカ他
 人ノ手ヲ借リテ其目的ヲ遂クル有様ヲ云フ詳言スレハ教唆者被教唆者ハ
 何レモ共同シテ一個ノ罪ヲ犯シタル者ニシテ前者ハ犯罪ノ意思ヲ成シ後
 者ハ犯罪ノ舉動ヲ爲スモノナリ依テ教唆者トナルカ爲メニハ被教唆者ノ
 行ヒタル行爲ハ自己モ亦常ニ之ヲ行ヒ得ヘキ場合ナラサルヘカラス自己
 ニ之ヲ爲ストキハ罪ヲ構成セサルモノ即チ或ル身分ヲ有スルモノカ爲シ

タルカ故ニ特ニ罪ヲ構成ス可キ所爲ニ對シテハ教唆罪成立スルコトナシ
 蓋シ罪ハ其之ヲ犯スノ意思ト所爲トニヨリテ成形スルモノニシテ一ノ罪
 ニ付テ教唆者被教唆者アルトキハ前者ハ其罪ヲ犯スノ意思ヲ成シ後者ハ
 其所爲ノ實行ヲ爲スモノ詳言スレハ何レモ同一ノ罪ニ對シ一ハ犯意ヲ成
 シ一ハ所爲ヲ爲スモノニシテ二者相合シテ一ノ罪ヲ犯シ其結果トシテ何
 レモ其罪ニ對シテ全部ノ責任ヲ負擔スルモノナルカ故ニ若シ其所謂教唆
 者ニシテ己レ自カラ其罪タル行爲ヲ實行スルヲ得サルトキハソノ之ヲ犯
 サントノ意思モ亦之ヲ形シルコトヲ得サレハナリ從テ本問身分ナキモノ
 カ身分アルモノヲ教唆シテ犯罪ヲ遂ケシメタルカ如キ場合ニ於テハ格別
 ノ明文アレハ兎ニ角到底之ヲ教唆者トシテ罰スルコトヲ得ス否ナ若シ一
 歩ヲ譲リテ之ヲ處罰スルコト、セハ自カラ爲ストキハ罪トナラサルニモ
 拘ハラス他人ヲシテ之ヲ爲サシメタルトキハ却テ罪ト爲ルノ結果ヲ見ル
 ヘシ到底論理ノ矛盾ヲ免レサルヘシト云フニアリ

反對説ハ論旨果シテ此ニ存ストセハ論者ハ共犯ノ場合キ於テ教唆ヲ處罰

スルノ法理ヲ誤解スルモノト云ワサル可カラス蓋シ教唆ノ性質並ニ之ヲ
 處罰スル理由ニ付テハ既ニ詳説シタル所ニ依テ明了ナルカ如ク教唆者ハ
 犯罪ノ意思ヲ分擔スルモノニアラス共犯ニ依テ發生スル犯罪ニ關シ其犯
 意ト所爲トハ正犯ニ於テ完全ニ俱備スルコトヲ要シ教唆ハ單ニ正犯カ犯
 意ヲ形クルノ源動力トナリタルニ過キス而シテ教唆者ニ於テハ教唆ノ意
 思ト教唆ノ行爲トニ依テ犯罪ニ加功シ犯罪發生ノ源動力トナリ以テ犯罪
 ヲ發生セシメタルニ依リ責任ヲ負擔スルモノナリ要之教唆者ヲ處罰スル
 ハ犯罪發生ノ源動力トナリタルカ爲メナリ從テ本問身分ヲ以テ犯罪ノ成
 立條件トスル場合ニ於テ其犯罪構成條件タル身分ノ有無ハ之ヲ其實行ニ
 與リタル正犯ニ付テ論究スヘク苟クモ其犯罪實行者ニシテ特別ノ身分ヲ
 有スルトキハ犯罪ハ爰ニ完全ニ成立シ而シテ之カ發生ノ源動力トナリタ
 ル教唆者ニ對シテハ刑法第百五條ヲ適用シテ之ヲ處罰スルニ毫末モ間然
 スル處ナキナリ

第二反對論旨ニ曰ハシ刑法第百六條ハ同法第百五條ヲ制限シタルモノ

ナリ如何トナレハ第五條ニ於テハ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ト規定シ苟クモ罪即チ社會ヲ害ス可キ行爲ノ淵源ヲ爲ス者ハ如何ナル者ト雖モ皆正犯ニ準シ之ヲ罰スヘシト廣ク規定シナカラ同法第六條ニ於テ直チニ前條ヲ受ケテ正犯ノ身分ニ依リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ他ノ正犯從犯及教唆者ニ及ホスコトヲ得スト規定シ恰モ前條但書ノ如キ體裁ヲ呈スルニ依テ見レハ條文ノ順序並ニ體裁上明カニ前條ヲ制限シタルモノタルヲ知ルニ餘アレハナリ然レトモ論者或ハ曰ハシ第五條ニハ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタルモノトアリ即チ同條ハ罪ニ付テノ規定ナリ反之第六條ニハ別ニ刑ヲ加重ス可キトキハ云々トアリテ同條ハ刑ニ付テノ規定ナリ而シテ罪ト刑トハ異リ從テ刑ヲ加重スルハ必スシモ罪ヲ加重スル所以ニアラス隨テ第六條ハ第五條ヲ制限スルモノニアラスシテ全ク別途ノ規定ニ屬スト是レ大ナル誤ナリ凡ソ罪アリテ刑ナキモノアルカ刑アリテ罪ナキモノアルカ罪ト刑トハ互ニ相併行スルモノニシテ刑ト云ヒ罪ト云フ全ク異文同義其間單ニ表裡眞影ハ別

アルノミ既ニ罪ト云ヘハ刑刑ト云ヘハ罪ニシテ其間毫末モ區別ナキモノトスレハ第六條ニ於テ正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キ云々トアルハ即チ身分ニヨリ別ニ罪ヲ加重スルトキ云々ト云フト同一義ニシテ前條即チ第五條ニ於テ罪ヲ犯サシメタル者即チ教唆罪ヲ犯シタル者ハ云々トアル廣キ規定ヲ制限シタルモノタルコト明ナリ既ニ第六條ヲ以テ第五條ヲ制限シタルモノナリトスレハ第六條ハ汎ク人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタルモノハ教唆者トシテ正犯ト同罪ヲ犯シタルモノトシテ同一ノ刑ヲ科スヘケレトモ若シ正犯ノ身分ニ依リ別ニ刑ヲ加重スルトキ即チ正犯ノ身分上ノ理由ニ依リテ別ニ罪ヲ加重スルトキハ其特別ノ身分ニアルノ理由ニ依リ加重セラル、罪ノ部分ハ教唆者ニ及ハス隨テ正犯ヨリハ輕ク罰セラルヘシト云フモノニシテ此法理ヲ敷衍スルトキハ若シ正犯ノ身分上ノ理由ノミニヨリ罪ヲ構成ス可キ場合ニ於テハ其罪全體ハ正犯ノ身分上ノ理由ノミニヨリテ成立ツモノナルカ故ニ其部分即チ罪全體ハ特別身分ナキ教唆者ニ及ハスト云フコト、ナリテ結局無罪タルヘ

刑法總論 本論 數罪俱發及共犯 共犯 共犯ノ種類

シト云フニアリ

反對說ノ論旨果シテ然リトセハ論者ハ實ニ刑法第五條ト第六條ノ關係ヲ誤解シタルモノト云ハサル可カラズ乞フ少シク其理由ヲ説明スヘシ

凡ソ犯罪ニ對スル刑罰加重ノ情狀ニ二種アリ曰ク犯罪行為其モノニ附着スル加重ノ情狀及ヒ犯人ノ身功ニ附着スル加重ノ情狀是ナリ而シテ前者ハ其刑罰加重ノ情狀カ犯罪行為自體ニ附着スルヲ以テ何人ニ對シテモ刑罰加重ノ原因トナルヘキナリ左レハ情ヲ知テ之ニ加功シタル共犯者ハ正犯ト等シク其刑ヲ加重スヘキモノナリ反之後者ハ其刑罰加重ノ情狀カ犯人ノ身功ニ附着シ身功ナル者ニ限り特ニ其刑罰ヲ重クスルノ必要アルニ基因スルモノナリ左レハ假令加重ノ情ヲ知テ之ニ加功シタル共犯者アリト雖トモ其身功ナキモノニ對シテハ特ニ其刑ヲ加重スヘキ必要ナシ此レ第六條ノ規定ヲ設ケタルノ趣旨ニシテ喚言スレハ共犯ニ依リ一個ノ犯罪カ發生シタル場合ニ於テ其共犯者中身功ニ依リ特別ニ刑ヲ加重スルノ情狀ナケレハ罪ニ伴ヒタル常刑ヲ科ス可ク若シ再犯子孫官吏等身分ニ依

ル特別ノ情狀アレハ常刑ヲ加重シタル特別刑ヲ科スヘシトノコトヲ規定シタルニ過キス而シテ同法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トアルハ前條第四百四條ニ云々皆正犯トナシ各自ニ其刑ヲ科ストノ法條ヲ受ケ自カラ現ニ所謂正犯ト稱スルモノト共ニ罪即チ法律カ重罪又ハ輕罪トスル犯罪行為ヲ實行セサルモ他人ヲ刺戟シテ此ノ行為ヲ爲サシメタルモノハ亦自カラ現ニ重罪又ハ輕罪ヲ犯シタル正犯ニ準シ刑ヲ科セラルヘシトシテ教唆罪ノ成立ヲ規定スルト同時ニ其罪責負擔ニ付テハ各自主觀的事項ニ基クヘキコトヲ規定シタルナリ詳言スレハ身分ニ依ル特別ノ事情ナケレハ法律カ第二編以下ニ於テ定メタル動カサル刑罪即チ客觀的事項ニ關スル刑罰犯罪行為自體ニ附着スル刑罰ヲ科スヘシ若シ再犯幼年官吏子孫等身分ニ依ル特別加減ノ事情アレハ常刑ヲ加減シタル特別刑ヲ科スヘシトノ事ヲ規定シタルナリ要之第四百四條第五百條ニ於テモ共犯者ノ受ク可キ刑罰ノ點ニ付テハ第六條ノ精神ト同一ニシテ即チ特別ノ身分ニ因リ加減スル刑罰ハ其正犯又ハ教唆者ニノミ科セ

ラルヘシトノ義ヲ包含スルモノナルモ二條何レモ單ニ正犯トシテ各自ニ其刑ヲ科ストカ又ハ亦正犯トストノミ規定シ正犯及ヒ其他ノ者ノ身分ニ依リ特ニ刑ヲ加減スヘキ場合ニ於テ他ノ正犯教唆者ノ受ク可キ刑罰ハ亦之ニヨリ變動スヘキモノタルヤ否ヤヲ明言セサルヲ以テ或ハ法條ノ適用上疑義ヲ生スルアラソコトヲ慮リ立法者ニ於テ特ニ第六六條ヲ設ケテ前二條ノ精神ヲ明ラカニ爲シタルナリ而シテ同條單ニ加重ノ場合ノミヲ掲ケ減輕ノ場合ニ及ハサルハ本條現來注意的條文ナルヲ以テ一ヲ擧ケテ他ヲ推測スヘシトノ趣旨ニ外ナラサルナリ以上論述スル如ク第六六條ハ第百五條ト同一ノ精神ニ基クモノニシテ論者ノ主張スルカ如ク第五條ノ規定ヲ制限スルモノニアラス喚言スレハ第六六條ハ教唆罪ノ成立不成立ニ關係ヲ有スルモノニアラサルナリ此ニ由テ之ヲ觀レハ論者ノ論旨ハ到底誤謬タルコトヲ免レサルナリ

以上論述スルカ如ク反對論旨ハ毫末モ其理由ナク本問教唆ノ所爲ハ身分アルモノヲ教唆シテ身分構成要件トスル重罪輕罪ヲ實行セシメタルモノナレハ教唆者トシテ處罰スルノ要件ニ於テ欠クル所ナキナリ

第六六條 前問題ニ牽連シテ次ノ問題ヲ生ス即チ官吏收賄罪ニ於テ官吏

ニ賄賂ヲ贈與シタルモノ、處分如何本問ニ付テハ吾輩ハ教唆者トシテ論スヘキ場合ト然ラサル場合即チ無罪ト論ズ可キ場合ノ區別アルコトヲ信ス然ルニ一部ノ論者ハ本問ニ付テハ絕對的無罪ヲ主張スルモノアリ其理由トスル所ヲ聞クニ曰ク官吏收賄罪ノ場合ニ於テ贈賄者ハ其必要的正犯ナリト云フコトヲ得ヘシ何者贈賄者ナクハ收賄者ナシ收賄者アレハ玆ニ必ス贈賄者アリ故ニ收賄ト云ヘハ同時ニ贈賄ノ行爲アリタルコトヲ想像スヘシ此ノ如ク一ハ以テ他ヲ條件トスルヲ以テ贈賄者ハ常ニ第四百四條ニ所謂現ニ罪ヲ犯シタル者即チ收賄ノ正犯ト云フコトヲ得ン此ト同時ニ贈賄者ハ亦收賄罪ノ必要的教唆ト云フコトヲ得ヘシ何トナレハ凡ソ收賄ノ行爲ハ贈賄ニ源因ス贈賄ナクハ其結果タル收賄行爲ノ發生スヘキ理由アルヘカラス從テ贈賄者常ニ第六六條ニ所謂他ヲ教唆シテ罪ヲ犯サシメタル者即チ收賄ノ教唆ト云フコトヲ得ヘシ此ノ如ク贈賄ト云フ一個ノ

行為ハ同時ニ同一罪ノ正犯タリ亦教唆タルヲ以テ此ノ二個相容レサルノ決定ハ明文ノ以テ之ヲ判スルニアラスノハ單ニ理論上ノミニテハ並行的ニ共存シ歸一スルコトナカルヘシ而シテ凡ソ一ノ所爲ヲ有罪トシテ決定センカ爲メニハ或ハ正犯ト云フカ或ハ教唆ト云フカ何レカ一定不動ノ名義ナカルヘカラス然ルニ或現行刑法ニ於テハ斯ル明文ナシ從テ若シ贈賄者ヲ有罪ト判定セントセハ其必然ノ結果トシテ此ノ二個相容レサルノ名義ニ依ラサル可カラス而シテ二個相容レサルノ名義ニ依ルト云フコトハ之ヲ嚴格ナル法律ノ眼ニ照ラストキハ結局處罰ノ名義ナキニ異ナラス若シ名義ナシトスレハ之ヲ罰スルヲ得サルヤ明ナリ加之現行刑法ニ於テ此問題ト同一ノ場合ナル姦通罪ノ場合ニ於テハ特ニ相姦スル者亦同シトノ明文ヲ設ケタリ是ニ由テ之ヲ觀レハ我法律ハ本問單ニ收賄者ノミヲ罰シ贈賄者ハ之ヲ罰セサルノ精神ナルコト明ナリト云フニアリ然レトモ吾輩ヲ以テ之ヲ見レハ其論旨甚タ巧妙ナルニ似テ却テ大ナル誤論ヲ包含スルモノタルコトヲ發見スルナリ乞フ少シク其現由ヲ説明セント欲ス

第一論者ハ贈賄ハ收賄罪ノ正犯ニシテ同時ニ教唆者タリ從テ之ヲ處罰スルニハ二個ノ相容レサル名義ヲ適用セサルヘカラス從テ二個ノ相容レサル名義ニ依ルト云フコトハ全然處罰ノ名義ナキニ異ナラスト結論シタリ然レトモ假リニ贈賄ハ正犯ト教唆ト云フ二個ノ名義ヲ有ストスルモ吾輩ヲ以テ之ヲ見レハ教唆ト正犯ノ名義ハ決シテ相容レサルノ性質ヲ有スルモノニアラスト信ス蓋シ共犯ニ於テ教唆ヲ處罰スルハ其教唆者ノ行為ハ犯罪實行ノ行為ニハ達セスト雖トモ犯罪發生ノ源動力トナリタルカ故ニ現ニ犯罪實行ニ加工シタルモノト同一ニ見做シテ處罰スルモノナリ左レハ教唆者ノ行為ニシテ現實犯罪ノ實行ニ加工シタリト認ムヘキ事實存スルトキニ於テハ當然犯罪ノ實行者即チ正犯ノ名義ヲ以テ處罰スルニ固然スル處ナシ喚言スレハ之ノ場合ニ於テハ教唆ノ名義ハ正犯ノ名義ニ吸收セラレルモノト云テ可ナリ又此ノ如キノ例ハ現行刑法中敢テ稀ナルニアラス例ハ刑法第二百五條ニ於テ處罰スル内亂ノ豫備ノ名義ハ其既遂ノ場合ニ於テ第二百一十一條ニ處罰スル既遂ノ名義中ニ吸收セラレ、カ如シ如

之普通ノ犯罪ニ付テモ教唆者ニシテ更ラニ進ンテ他ノ正犯ト共ニ犯罪ノ
實行其モノニ與ルコト往々アリ例ヘハ人ヲ教唆シテ殺人罪ヲ犯カスノ犯
意ヲ生セシメ之ト共ニ殺人ノ行爲ヲ遂ケタルモノ、如キ唆教ト正犯トノ
二個ノ名義ハ同一犯人ニ集合スルモノト云ハサルヘカラス而シテ論者ノ
主旨ヲ貫徹スルトキハ此ノ場合ニ於テモ該犯人ニ對シテ無罪ト判定セサ
ルヘカラス論シテ爰ニ至ラハ論者ト雖モ敢テ首肯スルコトヲ得ヘシ

第二論者ハ贈賄ハ正犯ナリト論シタリ然レトモ吾輩ハ贈賄ハ正犯ニア
ラスト信スルモノナリ何トナレハ共犯ニ於ケル正犯ハ第四百四條ノ規定以
外ニ於テ存セサルコトハ明カナリ且ツ同條ニ所謂正犯トハ犯罪ノ實行其
モノニ與リタルモノタルコトヲ要ス而シテ收賄罪ノ實行々爲トハ第二百
八十四條以下ニ規定セル如ク賄賂ヲ收受シ又ハ之ヲ聽許スルコト即チ收
受又ハ聽許ト云フ一方的行爲ニ過キサルナリ喚言スレハ他人ヨリ贈與セ
ン爲メニ提供シタル賄賂ヲ受取ルカ又ハ他人ヨリ賄賂ヲ贈與セント申込
ミタルニ對シ承諾ヲ與フルニアリ從テ以上ノ收受又ハ聽許ト云フ行爲自

體ニ加ユルニアラサレハ收賄罪ナル實行者即チ正犯ト云フコトヲ得ス而
シテ贈賄ナル行爲即チ賄賂ノ提供又ハ申込ハ收賄ノ必要條件ニハ相違ナ
キモ犯罪發生ノ必要條件ハ未タ以テ直チニ犯罪ノ實行々爲ナリト結論ス
ルコトヲ得ス例ヘハ委託物費消罪(第三百九十五條)ノ成立要件ノ一トシテ
費消ノ目的物カ他人ヨリ委託セラレタルモノナルコト喚言スレハ犯人ニ
財物ヲ委託シタルモノアルコトヲ要スルモ其財物委託ナル行爲ハ決シテ
費消行爲即チ費消罪ノ實行々爲ニ屬セサルヲ以テ其委託者ハ同罪ノ正犯
ニアラサルコト明ナリ然レトモ費消罪ニ於ケル財物委託ノ事實ハ收賄罪
ニ於ケル贈賄ノ事實ト各自犯罪ノ構成要件タルニ於テ異ナルナキナリ是
ニ由テ之ヲ觀レハ贈賄カ正犯ナリトノ論結ノ誤謬タルコトハ瞭然火ヲ賭
ルカ如シ

第三論者ハ贈賄ハ常ニ收賄ノ教唆ナリト論シタリ然レトモ吾輩ハ常ニ
必スシモ然ラサルヲ信ス何トナレハ教唆ハ被教唆者カ犯意ヲ形クルノ源
因トナリ犯意ハ教唆ノ結果タラサルヘカラス而シテ收賄ノ犯意ハ贈賄ト云

フ方法ニ依リ此カ結果トシテ發生スルコトアリ或ハ收賄者ニ於テ業ニ既ニ收賄ノ決意ヲナシ自カラ進ンテ贈賄ヲ勸誘スルコトナキニアラス最后ノ場合ニ於テハ贈賄ハ收賄ノ犯意ヲ形シル原因ニアラス單ニ其犯意ヲ實行セシムルノ機會ヲ與ヘタルニ過キス從テ收賄ノ教唆ト云フコトヲ得サルナリ恰モ例ヘハ甲者乙者ヲ殺サント欲シ其所在ヲ搜索スルニ當リ丙者カ乙者ヲ誘テ甲者ノ前ニ致シタル爲メ甲者ハ直ニ乙者ヲ殺シタル場合ニ於テ丙者ヲ以テ甲者ニ對スル殺人罪ノ教唆者ト云フコトヲ得サルカ如シ

第四論者ハ姦通罪ニ付テ時ニ刑法カ第三百五十三條第二項ニ於テ相姦スルモノ亦同ジトノ明文ヲ設ケタルニ依テ見レハ刑法ハ收賄者ノミヲ罰シ贈賄者ハ之ヲ罰セサルノ精神ナルコトヲ測知スヘキナリト論シタリ然レトモ吾輩ヲ以テ之ヲ觀レハ相姦者ハ前段説明シタルト同一ノ理由ニ依リ有夫姦ノ正犯トシテ論スヘカラサルヲ以テ之ヲ處罰スルニハ相姦者ニ於テ有夫姦ヲ教唆シタルヤ否ヤノ事實ニ徴セサルヘカラス故ニ時トシテ

ハ相姦者ニ於テ全ク教唆ノ事實ナシ(例ヘハ有夫ノ淫婦自カラ進ンテ俳優ヲ買ヒ有夫ノ自分ヲ明カシテ之ト姦シタルカ如シ)從テ之ヲ處罰スルコトヲ得サルノ結果ヲ生スルコトアルヘキヲ以テ法律ハ特ニ同條第二項ヲ設ケ其教唆者タルト否トヲ問ハス苟クモ相姦者タルモノハ悉ク之ヲ同罪トシテ處分スヘキコトヲ規定シタルモノナリ
以上論述スルトキニ依リ反對論旨ハ毫末モ其理山ナキコト明カナリ而シテ刑法ヲ通シテ贈賄者ハ收賄罪ノ教唆者トシテ處罰スルコトヲ得ストノ規定ナキヲ以テ前段第三項ニ於テ論シタル如ク贈賄者ニ於テ收賄罪教唆ノ事實アリト認ム可キトキハ第五條ヲ適用シ處斷スヘク然ラサル場合ニ於テハ到底無罪タルヲ免レサルナリ

第三項 從犯

從犯ハ刑法第九條ニ規定スル所ノモノナリ此ニ所謂從犯ナルモノハ多クノ場合ニ於テハ有形上犯罪其モノヲ幫助スルモノアリト雖トモ又教唆者ノ如ク無形上犯罪ヲ幫助スルモノアリ又正犯カ犯罪ノ實行ヲ爲シツ、

アル間ニ存スルコトアリ或ハ正犯カ未タ犯罪ノ實行ニ至ラサル前ニ存在スルコトアリ而シテ正犯ト區別セラル、點ハ畢竟其犯罪ニ加功スル程度方法ノ異ナルニ存スルナリ以下法律ノ正條ニ付テ説明ヲ試ミント欲ス刑法第九條ニ曰ク重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタルモノハ從犯トナシ云々即チ正犯ヲ幫助ストアルヲ以テ從犯ノ行爲ハ正犯ノ行爲處ノ行爲其モノヲ助シル性質ノモノタルコトヲ要ス故ニ犯人ニ於テ假令正犯ヲ幫助スルノ意思ヲ有シタリトスルモ其ノ行爲ノ性質ニシテ正犯ノ行爲ト處ノ行爲其モノヲ幫助スルニ足ラサルモノナルトキハ從犯トシテ處罰スルコトヲ得ス例ヘハ丙ナルモノアリ甲者カ乙者ヲ毒殺セントスルコトヲ知リ甲者ノ殺人犯ヲ幫助スル目的ヲ以テ甲者ニ毒藥ヲ給與セント欲シテ誤テ牛乳ヲ與ヘタル丙者ノ如キハ從犯トシテ處罰スヘキモノニ非ラサルナリ次ニ法律ハ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ所爲ヲ以テト規定シ以テ正犯ヲ幫助容易ナラシムル行爲ノ主タルモノヲ示スト同

時ニ是等ノ行爲ハ必ス豫備行爲ノ一種タル可キコトヲ說明シ所謂從犯カ正犯ヲ幫助スル行爲ハ必ス豫備ノ行爲ニ限ルヘキコトヲ明ラカニセリ此ノ如ク法律カ從犯タルニハ正犯ニ對シテ豫備ノ所爲ニ止マルヘキコト、ナシタル所以ハ若シ夫レ犯罪ニ直接必然ノ關係アル行爲ナランカ其自身既ニ犯罪構成要件タル犯罪實行ノ一部分ヲ成スモノナレハ第四百條ニ所謂現ニ罪ヲ犯シタル者ノ一人トシテ即チ正犯トシテ處罪スヘキモノナルヲ以テナリ此ニ由テ之ヲ觀レハ從犯ノ行爲ト正犯ノ行爲トノ分カル、要點ハ犯罪加工ノ程度カ犯罪ノ豫備ニ屬スルカ將タ着手以上ノ所爲ニ屬スルカノ點ニ存ス故ニ或ル種ノ犯罪ニ加功シタル行爲カ從犯ナルカ將タ正犯ナルカニ付キ其ノ問題トナリタル行爲ニシテ正犯ノ犯罪實行以前ニ存ルトキハ常ニ從犯ヲ以テ論ス可ク反之若シ其行處ニシテ正犯ノ犯罪實行中ニ於ケル行爲ニ係ルトキハ其問題トナリタル行爲ヲ單獨ニ分離シテ之ヲ其幫助ノ目的タル犯罪行爲ニ對照シ着手ノ程度ニ進メルモノナレハ正犯トシテ論シ否ラサルモノハ從犯トシテ論スヘキナリ而シテ豫備ト着手

以上ノ行爲タルト、區別ニ付テハ既ニ説明シタルヲ以テ此ニ之ヲ贅セス
 (第一部第一章第一節所爲ノ部參照)但シ實際問題ニ當テ兩者ノ區別ノ困難
 ナルカ如ク正犯從犯ノ判定モ亦極メテ困難ナルコト多カル可シト雖トモ
 此レ法律規定ノ結果止ムヲ得サル處ナリ
 以上説明スルカ如ク現行刑法ハ犯罪加工ノ行爲其モノカ其自身犯罪ヲ構
 成スヘキ一部ナリヤ否ヤニ着目シテ以テ正犯ト從犯トヲ區別セリ故ニ假
 令他人ノ犯罪ヲ幫助スル意思ヲ以テスルモ其加工ノ行爲ニシテ犯罪着手
 以上ノ行爲ニ屬スルトキハ常ニ正犯タリ反之假令犯罪ノ實行行爲ヲ爲ス
 ノ意思ヲ以テスルモ其加工ノ行爲ニシテ犯罪着手以上ノ程度ニ達セサル
 トキハ常ニ從犯ヲ以テ論ス可キナリ而シテ一部ノ論者ハ正犯從犯ノ區別
 ハ共犯者ノ犯罪加工行爲ノ程度即チ客觀的ニ存在スルモノニ非ラスシテ
 共犯者カ他人ノ犯罪ヲ幫助スルノ意思ニ出テタルト否ラサルト喚言スレ
 ハ犯人カ獨立ノ目的ヲ有シ犯罪行爲ヲ自己ノ犯罪行爲トナスモノハ正犯
 ナリ反之獨立固有ノ目的ナク他人ノ目的ノ爲メニ罪ヲ犯スモノハ從犯ナ

リ即チ主觀的犯人ノ心情ニ依テ區別ス可キモノナリト論スルモノアレト
 モ既ニ論說シタルカ如ク共犯者ハ其普通要件トシテ情ヲ知り共ニ犯スノ
 意思(心素)アルコトヲ要シ各共犯者ハ何レモ獨立固有ノ目的ヲ以テ罪ヲ犯
 ササルモノナキト同時ニ亦一方ニ於テハ正犯者モ他ノ共犯者ノ目的アル
 カ爲メニ犯罪ヲ行フニ至ル可キモノナレハ獨立固有ノ目的ヲ有スルト否
 トニ依テ正犯從犯ノ區別ヲ立テントスルハ誤ナリト云ハサル可カラス從
 テ刑法第百九條ニ罪ヲ犯スコトヲ知テトアルハ特ニ從犯ニ限り規定スル
 ノ必要アルモノニアラス即チ情ヲ知ルト云フコトハ共犯ノ一般要件ニシ
 テ從犯ノ特別要件ニハアラサルナリ
 次ニ重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ云々トアルヲ以テ從犯カ幫助スル所ノ正
 犯ノ行爲ハ法律カ重罪又ハ輕罪ト名ツケタルモノニ限り違警罪ニ付テハ
 從犯ハ成立スルコトヲ得サルナリ
 次ニ法律ハ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタル者トアルヲ以テ教唆ニ於ケル
 カ如ク正犯ニ於テ從犯タルヘキ者ノ行爲ヲ利用シ依テ犯罪ヲ行ヒタルコ

トヲ要ス但シ其正犯ニ於テ從犯タルヘキ者ノ行爲ヲ現實ニ利用シ依テ犯罪ヲ行ヒタルヤ否ヤハ各場合ニ付テ研究ス可キ事實問題ニ屬ス
以上論述スル所ニ依リ從犯ノ特別要件ヲ摘示スレハ左ノ如シ

第一、豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助スルコト

第二、幫助ノ目的タル犯罪カ重罪輕罪タルコト

第三、正犯カ從犯ノ行爲ヲ利用シ以テ犯罪ヲ行ヒタルコト

以下從犯ニ關スル二三ノ疑問ヲ解セント欲ス

第一問 教唆者ヲ幫助シタルモノ、責任如何例ヘハ甲者アリ乙者カ丙

者ニ殺人罪ヲ教唆セントスルノ情ヲ知り特ニ其ノ教唆ヲ幫助スル目的ヲ以テ乙者ニ對シ教唆上種々ノ便宜ヲ與ヘタルカ如キ場合此ナリ

本問ニ對シテハ吾輩ハ無責任タルノ斷案ヲ下サント欲ス何トナレハ既ニ論述シタルカ如ク從犯ハ重罪輕罪ノ實行行爲ニ對スル豫備ノ所爲ヲ以テ其犯罪ニ加工スルコトヲ要ス喚言スレハ從犯者カ幫助セントスル目的タル行爲ハ其自身獨立シテ重罪輕罪ヲ構成ス可キモノナラサル可カラズ然

ルニ本問幫助ノ目的タル教唆ナル行爲ハ犯罪加効ノ一階級ヲ示スニ止マリ敢テ獨立シテ重罪輕罪ヲ構成ス可キモノニ非ラサルヲ以テ之ヲ幫助スルニ止マル行爲ハ從犯トシテ論スルコトヲ得サルヤ明カナリ然レトモ此等ノ行爲ヲ不問ニ付スレハ教唆者ノ教唆ヲ罰セサルト同シク其弊害敢テ僅少ニアラサルヲ以テ此レ亦從犯ニ准シ處罪スルノ必要ヲ見ルナリ故ニ改正刑法草案第八十條末段ニ於テ此カ規定ヲ設ケタルハ正當ナリト云フ可キナリ

第二問 甲者銃砲ヲ以テ乙者ヲ擊殺セントノ謀殺罪ヲ企テ居タリ而シテ丙者其情ヲ知リテ甲者カ將ニ乙者ヲ射擊セントスルノ場合ニ於テ甲者ノ謀殺罪ヲ幫助スル目的ヲ以テ乙者ヲ突キ倒シタルニ乙者ハ爲メニ甲者ノ射擊ヲ待タスシテ死亡シタル場合ニ於テ丙者ノ責任如何
先ツ本問ニ對スル反對說ヲ舉ケテ後ニ吾輩ノ所信ヲ述ヘント欲ス反對論者曰ク正犯ノ行爲ハ犯罪構成要素ニ屬スル實行行爲ナリ從犯ノ行爲ハ豫備ノ行爲ナリトハ明文ノ定ムル所ナリト雖トモ此客觀的事項ニノミ着目

刑法總論 本論 數罪俱發及共犯 共犯ノ種類 三百七十五

シ此ノ場合ニ就キ從犯ノ行爲ハ此ノ如キモノナリ正犯ノ行爲ハ此ノ如キモノナリト特定スルコトヲ得ス何トナレハ犯人ノ目的トスル所ト其ノ行爲トカ相結合シテ正犯ノ責任ヲ定メ又從犯ノ責任ヲ定ムルモノニシテ客觀的事項ノミヲ以テハ正犯從犯トノ區別ヲ立ツルコトヲ得サルナリ從テ本問ノ場合ニ於テ突倒スト云フ行爲ハ或ハ謀殺正犯ノ實行行爲タルコトアル可シト雖トモ幫助ヲナス意志ヲ有スル者カ同一ノ突倒ス行爲ヲ爲スモ之ヲ以テ正犯ノ實行行爲ニ屬スル者ト云フコトヲ得ス即チ犯人ノ目的カ異ルニ從テ同一ノ行爲モ或ハ實行行爲トナリ或ハ豫備ノ行爲タルコトアリ而シテ本問乙者ハ幫助ノ意志ニ出テタルヲ以テ殺人豫備ノ行爲アリタルモノトシ謀殺罪ノ從犯ヲ以テ論ス可キモノナリト然レトモ既ニ説明シタルカ如ク共犯者ハ何レモ獨立固有ノ犯意ヲ有スルト同時ニ數多ノ正犯アル場合ニ於テハ各正犯者ハ他ノ正犯者ノ目的アルカ爲メニ犯罪ヲ行フニ至リタルモノナレハ共犯者ノ犯意ハ正犯從犯ニ付テ敢テ區別アリト云フコトヲ得ス結局二者ノ區別ハ之ヲ客觀的事項ニ求

ムルノ外アラサルナリ而シテ本問丙者カ乙者ヲ突キ倒シタル行爲ハ殺人ノ實行ニ屬スルヤ否ヤヲ研究スルニ其前者ニ屬スルヤ敢テ疑ヲ納レサル所ナリ從テ丙者ノ行爲ハ謀殺罪ノ正犯ト云ハサル可カラサルナリ

第三問 某甲アリ乙者ハ竊盜ヲ爲サントスルモノナリト信シ之ヲ幫助スルノ目的ヲ以テ兇器ヲ乙者ニ給與シタルニ乙者ハ之ヲ別個ノ犯罪タル殺人ノ用ニ供シタル場合ニ於ケル甲者ハ責任如何

本問甲者ハ殺人罪ノ從犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス從テ無罪ヲ宣告セサル可カラサルナリ何トナレハ共犯ノ一般要件トシテ共犯者(正犯從犯教唆者タルヲ論セス)ハ必ズ情ヲ知り共ニ犯スノ意思アルコトヲ要ス而シテ本問甲者ハ竊盜ヲ犯スノ意思アリタルモ殺人罪ヲ犯スノ意思ハ毫末モ之ナキヲ以テ殺人罪ノ從犯トシテハ到底論スルコトヲ得ス而シテ本問乙者カ其給與セラレタル兇器ヲ以テ竊盜ヲ犯サ、リシ場合ニ於テハ甲者ニ對シテハ到底之ヲ處罰スヘキ名義ナキモノト云ハサル可カラス但シ刑法第九九條但書ニ於テ「正犯現ニ行フ所ノ罪從犯ノ知ル所ヨリ重キトキハ止メ其知

ル所ノ罪ニ照シテ一等ヲ減ス」トアルハ正犯ノ行爲ハ從犯ノ豫期シタル犯罪ニ屬スルモ只タ加重ノ情狀ノ存スル場合ニ限リ適用ス可キモノニシテ本問ノ如ク全ク罪質ヲ異ニスル場合ニハ適用ス可キ條文ニアラサルナリ」

第四問 某甲アリ乙者カ丙者ヲ殺害シタルコトヲ知リナガラ乙者ノ委託ニ依リ其犯罪ノ發覺ヲ隱蔽スル爲メ丙者ノ遺骸ヲ海中ニ投シタル場合ニ於ケル甲者ノ責任如何

本問ニ付テハ甲者ニ對シテハ刑法第二百六十四條ノ規定ヲ適用シ死屍毀棄ノ正犯ヲ以テ論ス可ク乙者ハ殺人罪ト死屍毀棄ノ教唆者ヲ以テ論ス可キナリ何トナレハ乙者ノ殺人罪ハ丙者ノ死ト共ニ完結シタルヲ以テ自後假令甲者ニ於テ其罪證隱蔽ノ幫助ヲナス爲メ死屍ヲ海中ニ投スルモ之ヲ以テ殺人行爲自體ヲ幫助容易ナラシメタルモノト云フコトヲ得ス從テ殺人ノ從犯トシテハ到底論斷スルコトヲ得サルナリ即チ本問ハ殺人罪ニ對シテハ學者ノ所謂事後從犯ニ屬シ刑法第九九條ニ所謂從犯トシテ論ス可キニララス而シテ甲者ノ所爲ハ刑法第二百六十四條ニ所謂死屍ヲ毀棄シ

ルモノニシテ乙者ハ之カ教唆ヲ爲シタルモノナルヲ以テ全罪ノ教唆者ト處斷ス可キモノナリ而シテ論者或ハ死體毀棄ハ殺人罪ノ結果ナルヲ以テ全罪中ニ吸收ス可ク從テ此ノ點ハ別ニ犯罪ヲ構成セスト説ク者アルモ此ノ説ノ取ルニ足ラサルコトハ既ニ數罪俱發ノ部ニ於テ詳説シタルヲ以テ此ニ之ヲ贅セス

第五問 某甲アリ乙者カ丙者ヲ斬殺セントシ既ニ其實行ニ着手シタルニ乙者却テ丙者ノ爲メニ其携フ所ノ及劍ヲ剝奪セラレタルニ際シ之ヲ幫助スル爲メ乙者ニ短銃ヲ供給シ爲メニ丙者ヲ銃殺セシメタル場合ニ於テ甲者ノ責任如何即チ殺人罪ノ從犯タルヘキカ將タ正犯タルヘキカ如何」

本問ハ從犯ハ正犯ノ犯罪實行中ニ於テモ發生スルヤ否ヤノ問題ニ歸スルナリ而シテ從犯ハ既ニ述ヘタル如ク正犯ノ犯罪實行以前ト實行中トヲ問ハス苟クモ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ノ犯罪實行ヲ幫助シタルモノヲ云フナルコトヲ知ラハ本問甲者ハ殺人罪ノ從犯トシテ論スルノ外ナキナリ然ルニ一部ノ論者ハ刑法第九九條ニ規定スル所謂豫備ノ所爲ナルカ將タ實行

ノ所爲ナル乎ハ單純ニ之ヲ區別スルコトハ到底期シ難キコトニ屬シ二者ノ區別ハ一ニ正犯ノ犯罪實行以前ナルト否トニ從テ之ヲ區別シ正犯ノ著手以上ノ際幫助ヲ與フル者ハ皆正犯トシ正犯ノ豫備ノ所爲中ニ於テ幫助シタル者ハ皆從犯ト爲ス可キモノトシ從テ本問甲者ヲ以テ殺人罪ノ正犯ナリト論スルモノアルモ法文ニハ豫備ノ所爲ヲ以テトアリテ正犯豫備ノ所爲中ニ於テトアラサルカ故ニ從犯トシテ論ス可キ豫備ノ所爲ナルヤ否ヤハ其幫助ノ所爲カ正犯ノ豫備中ニアルト實行中ニアルトニ依テ區別スヘキモノニアラサルコト明カナルノミナラス法理論トシテモ正犯ノ實行中ニ從犯ノ發生スルコトナシトハ到底採用ス可キ議論ニアラサルヲ以テ論者ノ説ハ誤リタルヲ免カレヌ

其他身分ヲ特別成立要件トスル犯罪ニ付テ身分ナキモノモ其從犯トシテ論セラル、コトヲ得ルヤ否ヤ及ヒ從犯ノ從犯ナルモノヲ認ムルヤ否ヤハ上來論述シタル所ニ依テ自カラ明瞭ナルヲ以テ此ニ之ヲ贅セス

第三節 共犯ノ處分

共犯ノ處分即チ共犯者ノ刑事上ノ責任ヲ論スルニ當リ先ツ其大原則ヲ說明シ以テ後ニ起ル可キ種々ノ問題ニ對スル判定ノ根據ヲ形ラント欲ス既ニ說明シタルカ如ク共犯ナルモノハ其發生シタル犯罪自體ヨリ觀察スルトキハ唯一體ナリト云フ可ク反之各共犯者ヨリ觀察シタルトキハ犯罪ハ多數ナリト云フ可キナリ故ニ犯罪ニ關スル刑罰即チ客觀的ノ事項ニ關スル刑罰ハ一體ト見做サル、多數ノ犯人ニ共通ナリ乍併主觀的ノ事項ニ關スル刑罰ハ多數ノ犯人ニ於テ各自各別ニ負擔ス可キモノナリ左レハ共犯者各自ノ刑罰ヲ定ムル標準タル正犯ノ刑罰ナルモノハ犯罪項目即チ客觀的事項ニ關スルモノナル可キヲ以テ法律カ第二編以下ニ定メタル動カサル刑罰ヲ標準トス乍併共犯ノ各自其人ニ關スル事項ヲ原因トシテ刑罰ヲ定ムルモノハ共犯者各自各別ニ定マルモノニシテ決シテ共通スルコトナシ次ニ犯罪自體ト此ニ伴フ刑罰トノ關係ヲ明カニスルコトヲ要ス犯罪トハ既ニ說明シタルカ如ク刑罰ヲ制裁トスル禁令命令ニ違犯スル行爲不行爲ヲ云フモノナリ而シテ普通ノ場合ニ於テハ犯罪アレハ犯人ニ於テ刑

罰ヲ負フヲ常トスルモ時トシテハ假令犯罪ハ完全ニ成立スルモ犯人ニ於テ責任免除ノ理由ヲ有スルカ爲メ犯罪ニ伴フ刑罰ヲ負ハサルコトアリ例ヘハ第七十五條第七十八條以下其他刑ノ全免ノ類從テ共犯ノ場合ニ於テモ共犯者中ノ或ル者ニ對シテハ全ク刑罰ヲ科セサルモ之レカ爲メ他ノ共犯者ノ責任ニ影響ヲ及ホスコトナキヤ明カナリ
以下共犯ノ各種ニ對スル處分並ニ共犯者相互ノ責任關係ヲ詳説セント欲ス

第一款 正犯ノ處分

刑法第四百條ニ曰ク二人以上現ニ罪ヲ犯シタルモノハ皆正犯トナシ各自ニ其刑ヲ科ストアリテ正犯ハ各自ニ刑罰ヲ科セラレ敢テ一ノ刑罰ヲ分割シテ負擔スルモノニアラサルコトヲ示スト同時ニ其刑罰負擔ノ原因ハ各自正犯者ニ付テ之ヲ求ムヘキコトヲ規定セリ蓋シ數人連合シテ一罪ヲ犯シタル場合ニ於テ各共犯者カ一ノ刑ヲ負擔スルコト、セハ犯罪ハ多人數ニ依テ犯サル、程其目的ヲ達スルニ容易コシテ之ヲ防クニ困難ナルニ反

シ各共犯者ノ責任愈々輕少トナリ甚タシキニ至テハ分擔ノ結果刑罰ハ殆ント科セラレサルト同様ナルカ如キ奇觀ヲ呈シ刑罰ハ全ク其目的ヲ達スルコト能ハサルニ至ルヘシ加之共犯者ハ各自ノ行爲ヲ條件トシテ一罪ヲ發生セシムルニ至リタルモノナレハ各犯人ニ對シテ全部ノ刑ヲ負擔セシムルモ敢テ不當ナリト云フコトヲ得サルナリ
次ニ刑罰ノ原因ハ各犯人ニ就ヒテ求ム可キコトハ犯罪ト刑罰ノ關係ヲ說明シタル部ニ於テ明瞭ナリ此レ第四百條ノ規定アル所以ナリ左レハ(一)共犯者中ノ一人第七十五條若クハ第七十八條ニ該當スル理由ヲ以テ其責任ヲ免除セラル、コトアルモ他ノ共犯者ハ之レカ爲メ自己ノ刑責ヲ免カサル、コトヲ得サルナリ(二)正犯者ノ一人カ其主觀的事項ニ基ク裁判上又ハ法定上加重減輕ノ理由ニ依リ其責任ヲ加減セラル、コトアルモ此等ノ理由ヲ有セサル他ノ共犯者ハ此カ爲メ何等ノ影響ヲ蒙ムルコトナキナリ而シテ現行刑法第六條ニ於テ正犯ノ身分ニ依リ別ニ刑ヲ加重スヘキ時ハ他ノ正犯從犯及ヒ教唆者ニ及ホスコトヲ得スト規定シタルハ亦以上論