

ノ自由力トハ何ソヤ罪ヲ犯スモ犯サ、ルモ自己ノ自由ニ決スルコト
 ヲ得ヘキノ能力ニシテ他ヨリ掣肘ヲ受ケサルモノ是レナリ若シ他ノ
 掣肘ヲ受ケ己レ罪ヲ犯スノ意思ナキモ犯サ、ルヲ得スシテ犯スモノ
 ハ意思ノ自由力ヲ具ヘサルモノト看做サ、ルヘカラス又正邪善惡ノ
 識別力トハ己レノ爲サントスル所爲ノ正且ツ善タル乎將タ邪且ツ惡
 タル乎ヲ識別スルノ能力是レナリ此二能力ヲ有スル者ハ能ク善惡ヲ
 識別シ能ク善惡ヲ取捨スルコトヲ得ヘシ然ルニ善ヲ去テ惡ニ就クノ
 所爲ヲ行フモノハ其當初犯罪ノ責任即チ刑罰ヲ受クルコトヲ豫期シ
 タル者ト推測セサルヘカラス是レ二能力ヲ有スル者ハ犯罪ヲ構成シ
 社會ハ之ヲ寬假セサル所以ナリ
 社會カ意思ノ自由力ト正邪善惡ノ識別力トヲ有スル者ニシテ法律ニ
 違犯スルトキハ之ヲ罰スルハ當然タリト雖モ此二能力ヲ有セス若ク

ハ識別力ヲ有スルモ自由力ヲ有セサル者等ニシテ法律ニ違犯スルト
 キハ社會ハ之ヲ罰スルコトヲ得サルヘシ何トナレハ是等ノ人ハ普通
 人ノ能力ヲ有セス若クハ有スルモ利用スルコト能ハサル者ナルヲ以
 テ當初ヨリ所爲ノ責任即チ刑罰ヲ受クルコトヲ豫期シタルモノト看
 做スコトヲ得サレハナリ例ヘハ幼稚者ノ火ヲ弄シテ家屋ヲ燒燬シ精
 神喪失者カ劍ヲ舞シテ人ヲ殺傷シタル場合ノ如キハ實ニ犯罪ノ責任
 ヲ豫期シテ之ヲ爲シタルニアラス罪惡ノ何タルヲ知ラサルモノナリ
 若シ社會ハ法律ノ効力ヲシテ顯著ナラシメンカ爲メ是等ノ所爲ヲモ
 猶ホ罰セサルヘカラストセハ船舶ヲ覆没シタル激浪ニ對シテモ鞭撻
 ヲ加ヘ家屋ヲ燒燬シタル雷火ニ對シテモ刑ヲ宣告セサレハ止マサル
 ニ至ルヘシ獨リ此ノ如キハ強ヒテ之レヲ爲サントスルモ刑罰權ノ目
 的ニ反スルヲ奈何セン刑罰權ノ目的ハ何レノ場合ト雖モ自懲他戒ノ

二主義ヲ貫徹スルニ在ラシメサルヘカラス然ルニ前例ノ如キ者ニ對シテ刑罰ヲ行フトキハ自懲他戒ノ二者ハ一モ其効ヲ奏セサルノミナラス寧ロ刑罰權ヲ玩弄物視スルモノト云ハサルヘカラス是レ不論罪ノ由テ起ル所以ナリ幼稚者ノ放火シ精神喪失者ノ殺傷シタルカ如キハ管ニ一片ノ意思ヲモ有セサル雷火ノ家屋ヲ燒燬シ善惡ノ識別力ヲ有セサル虎狼ノ人ヲ咬殺シタルト同一ニシテ不慮ノ災害ト看做サ、ルヲ得ス是レ第七十八條ニ於テ罪ヲ犯ス時知覺精神ノ喪失ニ因テ是非ヲ辨別セサル者ハ其罪ヲ論セス第七十九條ニ於テ罪ヲ犯ス時十二歳ニ滿サル者ハ其罪ヲ論セストノ明文アル所以ナリ又縱令ヒ意思ノ自由力ト善惡ノ識別力ヲ有スルモ抗拒スヘカラサル強制ニ遇ヒ其意ニアラスシテ爲シタル所爲又ハ天災又ハ意外ノ變ニ因リ避クヘカラスル危難ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出テタル所爲ノ

如キハ假令ヒ他人ニ對シテ重大ノ損害ヲ加フルモ之ヲ罪トシテ論スヘキニアラス何トナレハ其所爲ヲ避クルトキハ忽チ自己又ハ親屬ノ身體ニ危險ヲ來タスヘキ急迫ノ場合ニシテ善惡ヲ取捨スルノ暇アラサレハナリ是等ノ所爲ヨリ生スル損害モ亦天災ト同視シ人爲外ニ屬スルモノト看做サ、ルヘカラス是レ第七十五條ノ規定ヲ要シ之ヲ不論罪中ニ置キタル所以ナリ又罪ヲ犯スノ意思ナキノ所爲若クハ罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラスシテ犯シタル場合ノ如キモ亦例外ヲ以テ論セサルヘカラス例ヘハ他人ノ所有物タルコトヲ知ラスシテ之ヲ取り去リタル場合又ハ他人ニ欺カレ詐僞タルコトヲ知ラスシテ詐僞手段ヲ行フニ至リタル場合ノ如キハ其心裡ニ毫末モ惡意ヲ懷キタルニアラサレハ罪トシテ論スヘキニアラス故ニ第七十七條ニ於テ罪ヲ犯ス意ナキノ所爲又ハ罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラスシテ犯シタルモノハ其罪

ヲ論セサルモノトセリ

不論罪ノ由テ起ル所ハ以上講述スルカ如シト雖モ罪トシテ論スヘキ
 所爲ニ就テモ亦一樣視スルコトヲ得サルナリ善惡ノ識別力ト意思ノ
 自由力トヲ具備スル者ニシテ法律ニ違犯シタルトキハ法律ハ之ヲ罰
 セサルヘカラスト雖モ其所爲ハ千狀萬態ナリ例ヘハ殺人罪ニ於テ人
 ノ生命ヲ害シタルハ一ナリト雖モ謀殺アリ故殺アリ又過失ニ出ツル
 者アリ又故殺ノ如キモ一樣ナラス宿怨アル者ニ偶然遭遇シテ遽カニ
 殺意ヲ生シ又ハ罵詈譏謗セラレ一時ノ怒リニ堪ヘスシテ殺意ヲ生シ
 又ハ暴漢ノ爲メニ毆打セラレ且ツ甚シキ侮辱ヲ加ヘラレタルヲ憤リ
 テ之ヲ殺害シタル場合ノ如キハ同シク故殺ヲ以テ論スヘシト雖モ其
 罪ニ自ラ輕重ノ差アルハ一目シテ知ルヘキナリ又竊盜犯ニ於テ之ヲ
 論スルモ飢渴ヲ支アルコト能ハスシテ竊盜シタル者ト放蕩無賴ニシ

テ竊盜シ又ハ遊興ヲ買ハンカ爲メニ竊盜シタル者トハ同一視スヘキ
 ニアラス同シク竊盜犯ナリト雖モ其情狀ヨリ視ルトキハ亦自ラ罪ニ
 輕重ノ差アルヲ見ルヘシ既ニ罪ニ輕重ノ差アリトセハ其刑ニモ輕重
 ノ差ヲ生セシメサルヘカラスト殊ニ自首シタル者ノ如キハ有期刑以下
 ノ刑ニ該ルノ犯罪ナルトキハ之ヲ減輕セサルヘカラスト何トナレハ自
 首スル者モ自首セサル者モ同一ノ刑ニ處セラルトキハ前非ヲ悔ユ
 ルモ亦自首スル者ナキニ至ルヘキヲ以テナリ又犯罪構成ノ條件未ダ
 全備セサル者ニ對シテハ宥恕ヲ與フルヲ至當トスヘシ例ヘハ罪ヲ犯
 ス時滿十六歳以上二十歳ニ滿タサル者又ハ瘡啞者ノ罪ヲ犯シタルト
 キノ如キハ多少識別力ト自由力トヲ有ストスルモ常人ト同視スヘカ
 ラサルハ論ヲ俟タサレハナリ是レ本章ニ於テ減輕即チ宥恕減輕自首
 減輕酌量減輕ノ三特典ヲ設定シタル所以ナリ而シテ此三箇ノ減輕ノ

何タルハ其各章ニ於テ講述スヘキナリ

第一節 不論罪及ヒ宥恕減輕

不論罪ト宥恕減輕トハ其性質ヲ同フスル乎蓋本節内ニ之ヲ併掲シタルハ其性質ヲ同フスルヲ以テノ故乎曰ク然ラス不論罪ト宥恕減輕トハ大ニ其場合ヲ異ニセリ不論罪ハ犯罪ノ構成ナル條件ノ一若クハ二ヲ缺クヲ以テ犯罪成立セサルノ場合ナリ宥恕減輕ハ犯罪ノ構成ニ必要ナル條件ヲ具備スルヲ以テ犯罪ハ成立スト雖モ他ノ理由アリテ其刑ヲ減免スルノ場合ナリ其レ此ノ如ク場合ヲ異ニスルヲ以テ二者其性質ヲモ同フセサルヤ明カナリ故ニ佛國刑法ハ不論罪ト宥恕減輕トノ區別ヲシテ常ニ劃然メラシメタリ

我刑法ニ於テ不論罪ト宥恕減輕トハ一節内ニ併掲シタルハ蓋立法上ノ便宜ニ出テタルモノナルヘシト雖モ其區別ヲシテ明瞭ナラシムル

ハ恐ラクハ妥當ヲ缺クノ嫌ヒナキニアラス何トナレハ本節中其罪ヲ論セストアルモノハ犯罪ハ成立スルモ其罪ヲ免スト云フニアラス該所爲ハ犯罪トシテ論セスト云フノ意味ニシテ即チ第七十五條乃至第八十條ニ掲クルモノハ犯罪ノ構成ニ必要ナル條件ノ一ヲ缺キタルニ因テ其ノ罪成立セストスルモノナリ然ルニ之ヲシテ犯罪ノ構成ニ必要ナル條件ヲ具備スルモ他ノ理由ニ因リ其刑ヲ免ストスルモノト混同セシムルハ理論上其當ヲ失スレハナリ故ニ不論罪ト宥恕減輕トハ判然區別シテ之ヲ講究セサルヘカラス而シテ不論罪ト宥恕減輕ノ何タルハ本節ノ各條下ニ於テ之ヲ講說スヘシト雖モ二者ノ區別ニ就キ讀者ノ注意ヲ喚起センカ爲メ爰ニ一言セリ

第七十五條 抗拒ス可カラサル強制ニ遇ヒ其意ニ非サルノ所爲ハ其罪ヲ論セス

天災又ハ意外ノ變ニ因リ避ク可カラサル危難ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身軀ヲ防衛スルニ出テタル所爲亦同シ

本條ニ記載スル所ハ不論罪中最モ難問ヲ生シ易キモノニ屬スルヲ以テ法文ヲ講述スルノ前、先ツ一言セサルヘカラサルモノアリ何ソヤ犯罪ノ構成ニ關スル要件是レナリ既ニ講述シタルカ如ク犯罪ヲ構成スルニハ二個ノ條件即チ正邪善惡ノ識別力ト意思ノ自由力トヲ具備セサルヘカラス即チ犯罪ハ識別力アリテ能ク正邪善惡ノ存スル所ヲ知其意思ノ自由力アリテ正善ニ就カス邪惡ヲ行ヒタルニ因テ成立スルモノナリ故ニ識別力アリト雖モ他ヨリ強制セラレテ正邪善惡ヲ擇ブノ暇ナク即チ意思ノ自由ノ存セサル場合ニ於テハ假令ヒ人ヲ殺害シ又ハ毆打シ又ハ放火スル等ノ大害ヲ爲スコトアリトスルモ此所爲ハ犯罪トシテ看ルヘキモノニアラス他ナシ他ヨリ強制セラレ、場合

ニ於テ尙且ツ意思ノ自由ヲ保持シ正邪善惡ヲ擇ハントスレハ吾身ノ生命ハ忽チ失ハシメラルヘキヲ以テナリ要スルニ犯罪ハ正邪善惡ヲ識別スルノ能力ヲ有シ且ツ正善ニ就カントスレハ就クコトヲ得ヘク邪惡ヲ避ケントスレハ避クルコトヲ得ヘキノ自由ヲ有スルトキニ於テ法律ニ違犯シタル場合ニ成立スヘキノミ若シ此自由ヲ有セス正善ニ就カントスルモ就クコト能ハス邪惡ヲ避ケントスルモ避クルコト難ク已ムヲ得スシテ爲シタル所爲ハ假令ヒ罪ト爲ルヘキ所爲ニ屬スルモ法律ニ違犯シタルモノト云フヲ得ス何トナレハ自ラ法律ニ違犯シタルニアラス他ヨリ強ヒテ爲サシメラレタルモノナレハナリ本條ニ記載シタル場合ハ即チ犯罪ノ構成ニ缺クヘカラサル條件ノ一ナル意思ノ自由ヲ缺キタル場合ナリ請フ之ヲ左ニ論ゼン

例ヘハ國事犯ノ首謀者タル數人カ兇器ヲ提テ來リ汝我等ニ應援シテ
第一編 總則 第四章 不論罪及ヒ減輕 第一節 不論罪及ヒ有恕減輕 八百一

官府ニ抵抗セヨ又汝ノ有スル金穀ヲ與ヘヨ若シ之ヲ肯ンセスンハ汝ノ生命ハ一刀ノ下ニ斷マント迫ラレ力相敵セスシテ已ムヲ得ヌ金穀ヲ與ヘ且ツ嘯集ニ應シタリ又甲者アリ乙者ノ手ヲ捉ヘテ丙者ヲ毆打セシメ又ハ文書ヲ偽造セシメタリ乙者ハ之ヲ拒ントシタレト甲者ハ脅力アリテ乙者ノ手ヲ放タス強ヒテ之ヲ爲サシメタリ

前例ノ國事犯ニ屬セシメラレタル者ノ所爲ハ罪トシテ論スヘキ乎否ナ官府ニ加害シタリト雖モ其地位ハ被害者ニ屬スト云ハサルヘカラヌ何トナレハ既ニ金穀ヲ奪ハレ又強ヒテ兇器ヲ持タシメラレ兇徒ノ手ニ使役セラレタレハナリ要スルニ兇徒カ兇暴ヲ行フノ器械ニ供セラレタルニ過キヌ假令ヒ其所爲ハ人ヲ殺傷スルニ至リタリトスルモ是レ強ヒテ爲サシメラレタルモノニシテ自ラ擇ンテ之ヲ爲シタルニアラス其レ然リ意思ノ自由ハ全ク兇徒ノ爲メニ褫ハレテ毫末モ存セ

ス是レ所謂犯罪ノ構成ニ必要ナル條件ノ一ヲ缺キタル場合ナリ故ニ其所爲ハ罪トシテ論スヘキモノニアラサルハ辯ヲ俟タサルナリ

又手ヲ捉ヘテ強ヒテ人ヲ毆打セシメラレ又ハ文書ヲ偽造セシメラレタル乙者ノ所爲ハ如何亦是レ罪トシテ論スヘキモノニアラサルナリ

此場合ハ強制者タル甲者カ兇器ヲ携ヘテ脅迫シタルニアラス又乙者ノ生命ニ危険ヲ加ヘタルニアラスト雖モ甲者ノ脅力ハ乙者ニ數倍シ乙者ハ其所爲ノ不正タルヲ知テ之ヲ拒ントスルモ其力相敵スルコト能ハスシテ強ヒテ爲サシメラレタルモノナリ故ニ乙者モ亦甲者ノ行惡ノ器械ニ供セラレタルニ過キヌシテ法律ニ違犯シタル者ト云フヲ得ヌ豈其レ罪トシテ論スヘキ者ナランヤ

以上ノ數者ハ即チ是レ抗拒スヘカラサル強制ニ遇ヒテ爲シタル所爲ナルヲ以テ不論罪タルモノトス然レモ強制ノ區域ハ甚々廣クシテ前

例ノ如キモノ、ミニ止マルニアラス又強制ニハ有形的ノモノト無形的ノモノトノ區別アリ故ニ強制ニ就キ其要點ノ存スル所ヲ畧說シ而シテ後チ本條ノ正文ニ講入スヘキナリ

有形的ノ強制ニハ他人ヨリ來ルモノト天地間ノ變動ヨリ來ルモノトノ二箇アリ前段ニ舉例シタルモノ、如キハ即チ他人ヨリ來ル所ノ強制ナリ天地間ノ變動ヨリ來ルモノハ例ヘハ水害若クハ震災等ノ爲メニ遮斷セラレテ或ル行爲ヲ爲スコト能ハサリシ場合ノ如キ是レナリ右二箇ノ場合ハ共ニ是レ意思ノ自由ヲ失ハセラレタル場合ニシテ即チ有形的ノ強制ニ遭遇シタルモノナリ蓋有形的ノ強制ハ實際上之ヲ無形的ノ強制ニ比スレハ希有ナリトス

此形的ノ強制ニ就テ一例ヲ舉クレハ海路颶風ニ遇フテ本船全ク破碎セラレ甲乙二人一ノ小端舟ヲ得タルモ甲乙チ投スルカ乙甲チ沈ムル

ニアラサレハ到底相共ニ溺死ヲ免レサル場合ニ於テ甲乙チ舟外ニ撞キ落シ纒カニ一命ヲ全フシタルカ如キ是レナリ無形的ノ強制ハ例ヘハ甲乙チ脅カシ汝丙ノ家ニ放火セヨ若シ肯ンセスンハ此刀汝ノ一命ヲ斷ツヘシト脅迫シタルカ如キハ即チ是レ無形的ノ強制ナリ是等ノ場合ハ識別力ヲ有スト雖モ意思ノ自由ハ全ク之ヲ失ヒタルモノト云ハサルヘカラス何トナレハ破船ノ場合ニハ他人ノ生命ヲ願ミルノ暇ナク脅迫ノ場合ニハ自己ノ生命ヲ全フセンコトノミニ心神ヲ奪ハレ共ニ正邪善惡ヲ擇フノ餘地アラサル場合ナレハナリ故ニ是等ノ場合モ亦犯罪ノ構成ニ必要ナル一條件ヲ缺クヲ以テ其所爲ハ罪視スヘキモノニアラサルナリ

然レモ前例ノ如キ場合ニ就テハ疑問ナキニアラス或說ニ曰ク破船ノ場合ト雖モ人ヲ死ニ陷レテ我生ヲ全フスルハ道德上敢テ爲スヘカラ

サルノ所爲ナリ宜シク我一命ヲ棄テ他人ヲ助ケテ可ナリ又脅迫ノ場
合ニ於テハ他日我生命ニ危険アラシコトヲ怖レ不正ノ所爲ト知リツ
、他人ノ家屋ヲ燒燬スルハ寛假スヘキニアラス況ンヤ右等ノ場合ハ
通常ノ強制ニ遭遇シタル場合ト異ナリ他人ニ危害ヲ加ヘテ自己ノ危
害ヲ免レン乎又ハ自己ノ危害ハ天命ニ任セテ他人ニ危害ヲ加ヘサ
ン乎二者其一ヲ擇フノ暇ナキニアラサルニ於テオヤ即チ意思ノ自由
力ハ猶ホ其幾分ヲ存スルノ場合ナリ然ルニ是等ノ場合モ亦罪視セサ
ルハ何等ノ理由ニ基因スルヤ惑者カ此疑問ヲ生スル亦一理ナキニア
ラサルカ如シト雖モ法律上ヨリ之ヲ視レハ罪トシテ論スヘカラサル
正當ノ理由アリテ存スルナリ

試ミニ想ヘ前例二箇ノ場合等ニ於テ自己ノ生命ヲ棄テ、他人ノ危険
ヲ救フハ徳義ニ於テ屑シトシ大人君子ノ嘉ミスル所ナリト雖モ是レ
大人君子タル者ニシテ始メテ爲スヘキノミ一般普通ノ人ニ對シテ之
ヲ望ムヘキニアラス抑モ法律ハ難キチ人ニ責メサルチ以テ原則トス
然ルニ千百人中僅カニ一人ヲ見ルヘキ大人君子ノ善行チ一般普通ノ
人ニ求ムルハ是レ難キチ人ニ責ムルモノト云ハスシテ何ソヤ甲者カ
溺死ヲ免レンカ爲メ乙者ヲ舟外ニ撞キ落シ又乙者カ生命ヲ全フセン
カ爲メ丙者ノ家ニ放火シタルカ如キハ全ク其本意ニ出テタルニアラ
サレハ罪トシテ論スヘキニアラサルコトハ喋々チ俟テ後チ知ラサル
ナリ又爰ニ一例ヲ示セハ兇漢アリ汝ハ今日某被告人ノ爲メニ偽證ヲ
爲スヘシ若シ肯ンセスンハ今夜必ス汝ノ家宅ヲ燒クヘシト脅迫セラ
レタルトキノ如キハ如何此場合ハ意思ノ自由ヲ抑制セラレタルト雖
モ家宅ヲ失フ平偽證ヲ爲ス乎二者其一ヲ擇ムヘキ能力ノ自由ハ猶ホ
存スルモノト看做サ、ルヘカラス然ルニ家宅ヲ惜ンテ不正ノ偽證ヲ

爲ストキハ罪トシテ論スヘキモノ、如シト雖モ是等ノ場合モ亦犯罪ハ成立セサルヘシ何トナレハ先ツ已レテ愛シテ後チ人ニ及ホスハ人情ノ常ナルヲ以テ家宅ヲ惜ムハ情トシテ之ヲ禁スヘカラサルノミナラス其偽證ヲ爲シタルハ亦是レ其本意ニ出ツルニアラサレハナリ道德ヲ以テ人間交際ノ原則ト爲ス哲學者ノ論決ニ從ハン乎假令ヒ生命ヲ失フヘキ危険ニ投スルカ如キ非常ノ強制ヲ心意ニ受クルモ其危険ヲ免レンカ爲メ害惡ヲ行フ者ハ刑罰ノ責メニ任セシメサルヘカラス凡ソ人タル者ハ一惡事ヲ爲サンヨリハ寧ロ死ヲ決セサルヘカラス一命ヲ惜ンテ惡事ヲ爲スハ人道ノ許サ、ル所ナリ人道ノ許サ、ル所ヲ犯ス者ハ其責ニ任スヘキコト當然ナリト然レモ惡事ヲ爲スハ死ニ如カストノ決心ハ普通人ノ及フ所ニアラス法律ハ普通人ニ望ムニ斯ノ如キ高尚ノ地位ニ達シテ道德ノ指揮スル所ヲ實行セサリシヲ名ト

シ以テ之ヲ罰スルコトヲ得ヘキヤ法律ハ斯ノ如キ道德ノ所爲ヲ要求スルニ刑罰ヲ以テスルコトヲ得ルヤ法律ハ社會人民ノ多數ヲ支配スルモノニシテ望ムヘカラサル人ノ行爲ヲ以テ其標準ト爲スモノニアラス法律ハ普通人ノ感覺ヲ以テ其標準ト爲シ普通人ノ力ノ及フ所ヲ斟酌セサルヘカラス故ニ生命ヲ失ハントシ若クハ四肢ノ一ヲ裂カレントシ又ハ身軀ニ暴行ヲ受ケントスルノ危険ヲ免レンカ爲メ已ムヲ得スシテ爲シタル所爲ハ無責任ノモノト論決セサルヘカラス財産上ニ強制ヲ受ケタル場合ト身軀上ニ強制ヲ受ケタル場合トハ差別ヲ要スルカ如シト雖モ然レモ財産上ノ強制モ大害ヲ受ケントスル場合ハ身軀上ノ危害ト差違スル所ナカルヘシ要スルニ強制ハ身軀ニ在ルト財産ニ在ルトヲ問ハス強制ノ大小ト所爲ノ輕重トヲ比較シテ之ヲ論スルニアラサレハ眞理ニ適スルノ決定ヲ得ルヲ難カルヘシ而

シテ之ヲ決定スルコトハ裁判官ニ一任セサルヘカラスナルヲ以テ裁判官ハ緻密ノ注意ヲ加ヘサルヘカラスナルナリ又強制ニ因テ爲シタル所爲ハ何レノ場合ト雖モ其所爲ヲ爲スノ外他ニ危険ヲ免ル、ノ方法モ存セサルコトヲ要ス若シ他ニ之ヲ免ル、ノ方法存スルアラハ意思ノ自由ハ危険ヲ甘受スルニ不正ノ行爲ヲ爲ス乎其一ヲ擇フノ餘地アリシモノト推測セサルヘカラス故ニ強制ノ危険ハ急迫ナルヲ要ス若シ其危険將來ニ係ルトキハ二者中其一ヲ擇ンテ危険ノ到着前之ヲ免ル、ノ方策ヲ案出スルコトヲ得ヘクシテ其所爲ハ不論罪中ニ入ルヘキモノニ非スト思考セサルヘカラス然レモ其所爲ハ果シテ他者ノ強制力ニ係ルトキハ假令ヒ刑法上ノ責任ヲ免レサルモ刑ノ減等ノ原因ト爲ルヘキハ疑ヒヲ容レス即チ裁判官ハ是等ノ場合ニ於テ酌量減輕ヲ加ヘ本刑ヨリ一等若クハ二等ヲ減シテ處分スルヲ至當トスヘシ

又古代ハ家長ノ家族ニ對スルノ權力強大ナリシヲ以テ家長ノ命令ニ從ヒテ妻子若クハ僕隸ノ爲シタル行爲ハ刑法上ノ責任ヲ免ル、コトヲ得ヘキヤ否ヤノ問題存セリ然レモ今日ハ家長ト雖モ昔日ノ如キ權力ヲ有スルニアラス家長ノ命令ハ家族之ヲ奉セサルニアラスト雖モ之ヲ奉スルハ家長ヲ尊信スルノ意思ニ出ツルモノナリ故ニ家長ノ命令ハ強制ニ均シキ場合アリトスルモ其命令ハ不正ナルニモ拘ラス之ヲ奉シテ爲シタル行爲ハ刑法上ノ責任ヲ免レサルヤ論ヲ俟タス蓋是等ノ場合ニ於テモ亦幾分カ酌量減輕ノ原因ヲ爲スヘキモノト思考ス強制ニハ有形的ノモノト無形的ノモノトノ區別アルハ既ニ説ケリ又強制ニハ人爲ノモノト天爲ノモノトノ區別アリ此二者ハ皆刑法上ノ責任ヲ免レシムルノ原因タルヤト問ハ、予ハ然リト答フヘシ吾人カ強制ノ爲メ二者其一ヲ擇ハサルヘカラスナルノ地位ニ遭遇スルヲ名ケ

テ絶對ノ必要ト云フ此場合ハ人爲ノ強制ト天爲ノ強制トヲ區別スル
 ヲ要セス苟クモ吾人ノ意思ノ自由ヲ奪フノ力ハ人爲ニ基クト天爲ニ
 基クトヲ問ハス其自由ヲ奪フニ至テハ一ナルヲ以テ行爲者ノ責任ニ
 關シテモ亦結果ヲ同フセサルヘカラス故ニ人爲ノ強制モ天爲ノ強制
 モ同一ノ原則ニ從ヒテ刑法上ノ責任ヲ論セサルヘカラス本條ニ掲ク
 ル強制ハ即チ人爲ノモノト天爲ノモノトヲ分ダス同シク刑法上ノ責
 任ヲ免ル、ノ原因ダラシムルモノトス

強制ハ果シテ人爲ト天爲トヲ問ハス同シク刑法上ノ責任ヲ免ル、ノ
 原因ダラシムル乎自己ノ心意ニ出テサルモノモ亦以テ強制ト看做シ
 刑法上ノ責任ヲ免ル、原因ダラシムルコトヲ得ヘキ乎例ヘハ貧困者
 アリ殆ント餓死セントスルニ及ヒ其死ヲ免レンカ爲メ盜食ヲ爲シタ
 ルトキノ如キ是レナリ此場合ニハ二箇ノ區別アリ人ナキノ地ニ在リ

テ他人ノ救助ヲ乞フニ由ナク尙ホ數時間ヲ猶豫セハ餓死ヲ免レサル
 カ故ニ他人ノ所有タルヲ顧ミルニ暇ナク目ニ觸ル、所ノ果物ヲ盜食
 シタルカ如キ又ハ人家ニ接近シタル場所ニ於テ飢餓ニ迫リ盜食スル
 カ如キ是等ノ所爲ハ畢竟スルニ生命ヲ保全セントスルノ窮策ニ出テ
 タルモノニシテ其情狀ハ慫慂スヘシト雖モ其強制ハ他ヨリ來リタル
 ニアラス自己ノ心意ニ出テタルヲ以テ抗拒スヘカラサル強制ヲ受ケ
 タルモノト看做スコトヲ得ス故ニ刑法上ノ責任ヲ免レス殊ニ人家ニ
 接近シタル場所ニ於テ盜食シタル者ノ如キハ普通ノ竊盜ト異ナル所
 ナシ何トナレハ竊盜犯ノ多數ハ貧困ニ原因スルコト其常ナレハナリ
 然レモ人ナキノ地ニ於テ盜食シタル者ノ如キハ假令ヒ不論罪中ニ入
 ル、コトヲ得サルモ他ニ惡意アルニアラス唯餓死ニ瀕シタル危急ヲ
 免レント欲シタルニ過キササルヲ以テ酌量減輕ヲ與ヘテ可ナルハ論ヲ

俟マサルヘシ此貧困者ニ就テハ佛國ニ著名ナル裁判例アリ左ニ摘載
シテ讀者ノ參考ニ供スヘシ

千八百五十六年ノ頃一人ノ貧婦アリ甚シク衣食ニ窮スルモ行狀方正
ニシテ二人ノ稚兒ヲ有シ且夫ヲ喪ヒテ幾クモナク第三兒ヲ産メリ婦
ハ此三兒ヲ養フニ勞働ヲ以テシタルモ得ル所ノ賃銀ハ以テ飢渴ヲ支
フニ足ラス爲メニ僅々タル所有物ヲ賣却シテ之ヲ補フモ猶ホ飢渴ヲ
凌キ難ク於是乎自ラ警察署ニ到テ二人ノ稚兒ヲ養育院ニ入レンコト
ヲ請ヘリ警官ハ之ヲ慰マサルニアラサルモ是等ノ事ヲ處理スルハ其
職權ニアラサルヲ以テ之ヲ辭セリ婦ハ直チニ養育院ノ門ヲ叩キ二兒
ノ入院ヲ懇請シタルニ事務員ハ曰ク入院者ハ住所氏名及ヒ所轄官署
ノ證明シタル願書ヲ要ス今ヨリ卿ノ爲メニ必要手續ヲ爲スヘキモ尙
ホ一週間ヲ經サレハ入院ヲ許シ難シト婦ハ聞テ以爲ヘラク我飢ハ忍

ブヘシ稚兒ノ飢ハ忍フヘカラスト四歲兒ノ手ヲ携ヘ二歲兒ヲ脇ニ抱
キ赤兒ヲ懷ロニシテ悲涙潜然徐歩シテサン、ユースタツント稱スル寺
院ニ到リ二兒ヲ石階ノ上ニ置キ自己ハ其背後ニ坐シテ神明ニ加護ヲ
祈リ窈カニ門ヲ出テ去レリ稚兒ハ幸ニシテ人ノ爲メニ救ハレタルモ
婦ハ稚兒ヲ遺棄シタルヲ以テ刑法第三百五十二條ニ從ヒ檢察官ノ公
訴スル所ト爲リ遂ニ公判ニ付セラレタリ婦ハ告ケルニ實ヲ以テスル
ヤ檢察官ハ勿論法廷ニ列スル者皆聞テ感動セサルハナク檢察官ハ寬
大ノ處分ヲ求メ裁判官モ亦情狀ヲ酌量シテ僅ニ十五日ノ禁錮ニ處セ
リ此裁判ヲ爲スヤ法廷ニ於テ直チニ婦ノ爲メニ義捐ヲ請フ者出テ、
檢察官ハ第一着ニ若干金ヲ與ヘテ他者ヲ獎勵シ新聞紙モ亦憐ミテ公
衆ノ慈善ヲ誘導シ婦ハ倚テ其生活ヲ保維スルコトヲ得タリト云フ
此實例ハ其情狀ヲ見レハ強制ヲ受ケタルニ均シト云フモ可ナリト雖

モ眞ニ必要のニ迫リタル所爲ニアラサルヲ以テ刑法上責任ヲ免レサルノ一證左トス即チ稚兒ヲ遺棄シタルハ必要の所爲ニアラス何トナレハ之ヲ寺院ニ遺棄シテ他人ニ救ハレタルハ偶然ノ幸事ニシテ其遺棄ハ直接ニ稚兒ノ飢渴ヲ救フノ所爲ニアラサレハナリ是レ其情ハ愍ムヘシト雖モ刑法上ノ責任ヲ免レサル所以ナリ

上來講述シタル所ハ以テ強制ノ何タルト不論罪ノ何タルトチ知ラシムルニ足ルヘシ故ニ是レヨリ本條第一項ノ正文ニ就テ講述スヘシ

抗拒ス可ラサル強制○抗拒ス可ラサル強制トハ有形的ノ強制ト無形的ノ強制トチ問ハス必ス他ヨリ來リタルモノニシテ抗抵シテ拒止スルコト能ハサル暴行又ハ威迫ヲ受クルヲ云フ故ニ受ケタル暴行又ハ威迫ハ大ナリトスルモノ之ヲ抗拒スルノ手段アルトキハ不可抗拒ノ強制ト爲スコトチ得ヌ其レ暴行又ハ威迫ハ現在ニシテ且ツ危險ヲ身軀

ニ加フルニ足ルヘキモノダラサルヘカラス將來ノ危險ニ係ルモノ又ハ怖ル、ニ足ラサルモノ又ハ避ケントスレハ避ケ得ヘキモノ、如キハ亦是レ不可抗拒ノ強制ト爲スコトチ得ヌ要スルニ暴行者又ハ威迫者ノ爲ス所ニ從ハサレハ身軀ノ危險ヲ免レサル場合又ハ自己ハ拒マントスレモ力敵セスシテ暴行者又ハ威迫者ノ爲メニ手ヲ捉ヘテ強ヒテ爲サシメラレタル場合ニシテ始メテ不可抗拒ノ強制ト爲スコトチ得ヘキナリ然レモ強制ノ區域ハ甚々廣ク隨テ來ル所ノ危險モ亦千狀萬態ナルヘキヲ以テ其果シテ抗拒スヘカラサルモノナリシヤ將タ抗拒シ得ヘキモノナリシヤヲ審判スルハ一ニ裁判官ノ認定如何ニ在リトス而シテ其審判ノ方法ハ許多アルヘシト雖モ強制者ト被強制者トノ年齡實力等ヲ比較シテ之ヲ審按スルハ最モ必要ナリトスヘシ且ツ果シテ不可抗拒ノ強制ナルモ是レヨリ生スル危害ハ微小ニシテ其強

制ニ遇フテ爲シタル所爲ヨリ生シタル損害ハ巨大ナル場合等ニ於テハ裁判官タルモノ緻密ニ審按セサルヘカラス例ヘハ暴行者子カ一指ヲ捉ヘ汝某ノ食器ニ毒藥ヲ投セヨ若シ肯ンセスンハ汝ノ一指ヲ折ルヘシト脅迫セラレテ畏懼ノ餘遂ニ毒藥ヲ投シ爲メニ某ヲ死ニ致シタルコトヲ得ヘキ乎此所爲ハ固ヨリ其意ニアラサルノ所爲タルモ僅カニ一指ヲ失ハンコトヲ怖レテ人ヲ死ニ致シタル如キハ蓋刑法上ノ責任ヲ免レ難カルヘシ何トナレハ僅カニ一指ヲ失ハントスレハ抗拒シ得ヘキノ強制ナレハナリ實際上此ノ如キ場合ハ甚ダ希レナルヘシト雖モ裁判官ハ是等ノ場合ニ於テ審判ヲ爲スニハ最モ勗メサルヘカラスナルナリ

又假令ヒ強制ヲ受クルモ罪ト爲ルヘキ所爲ヲ避ケテ他ニ爲シ得ヘキ

ニ之ヲ爲サスシテ罪ヲ犯シタル場合ハ刑法上ノ責任ヲ免レス例ヘハ汝ハ某ヲ殺スヘシ然ラサレハ千金ヲ與ヘヨト脅迫セラレ、カ如キ是レナリ此場合ニ於テ被強制者千金ヲ吝マサレハ殺人罪ヲ犯スノ必要ナシ且ツ千金ヲ與ヘヨト迫ラル、ハ被強制者ハ富裕者ト推測セサルヘカラス故ニ千金ヲ吝ンテ人ヲ殺ストキハ其責ヲ免レサルハ論ヲ俟タサルヘシ

其意ニ非サルノ所爲○其意ニ非サルノ所爲トハ何ンヤ蓋行爲者ノ本心ニ非ラスシテ爲シタルノ所爲ト云フノ意タルヘシト雖モ法文稍穩當ヲ缺クノ嫌ヒナキヲ免レス何トナレハ被強制者ノ行爲ハ概シテ有意ノモノナレハナリ彼ノ國事犯者ニ脅迫セラレテ金穀ヲ與ヘ官府ニ抗シタルカ如キノ所爲ハ不論罪タルコト明カナリト雖モ失命ノ危難ヲ免レンカ爲メニ行爲シタルモノ、如キハ其行爲ハ有意タリ唯其行

爲テ避クレハ危難ヲ免ル、コト能ハサリシテ以テ所謂意思ノ自由ヲ有セサリシニ因リ之ヲ罪視セサルノミ換言スレハ爲スト爲サ、ルトハ人ノ自由ナリトス本例ノ場合ニ於ケル被強制者ハ其自由ヲ有セサリシニ因リ有意ノ行爲タルモ之ヲ罪トシ論セスト云フニ外ナラス然ルニ法文上其意ニ非サルノ所爲トアルハ意思其者ト意思ノ自由トヲ混同シタルノ嫌ヒヲ免レサルカ如シ

論者或ハ曰ハン乎本條ニ掲クル其意ニ非サルノ所爲ト第七十七條ノ「罪ヲ犯ス意ナキノ所爲」トハ似テ而シテ非ナリ其意味ニ至テハ大ニ徑底スル所アリ「罪ヲ犯ス意ナキノ所爲」トハ毫末モ罪ヲ犯スノ意思ナクシテ爲シタル所爲カ偶他人ニ害ヲ加ヘタル場合ナリ「其意ニ非サルノ所爲」ハ之ニ異ナリ被強制者カ脅迫セラレテ人ヲ殺シ又ハ火ヲ放チタル如キハ意アリテ爲シタル所爲ナリト雖モ抗拒スヘカラサル強制ノ

爲メニ爲シタル所爲ナルヲ以テ其本心ニ非サルノ所爲ナリト云フニ在リ蓋此語ヲ用ヒタルハ不可抗拒ノ強制ニ關スル所爲ハ罪トシ論セサルノ理ヲ明瞭ナラシムルカ爲メタルニ外ナラスト論者ノ言ノ如キハ予モ亦能ク之ヲ知ルト雖モ元來罪トシ論セサル場合ハ抗拒スヘカラサル強制ノ爲メニ爲サシメラレタル所爲ハ犯罪構成ノ必要條件タル意思ノ自由ヲ缺クニ基因スルヲ以テ其本心ニアラサルヤ否ヤヲ問フノ必要アルヲ見ス何トナレハ若シ被強制者ノ所爲其本心ニ出ツルトキハ強制ハ成立セス之ニ反シテ強制成立スルトキハ其所爲本心ニ出ツルニアラサルハ勿論ナレハナリ強制ハ被強制者ノ意思ノ自由ヲ奪フヲ以テ其効アリトス而シテ自由ヲ奪ハレテ爲シタル所爲ハ其本心ニアラサルハ當然ナリ又何ソ之ヲ明示スルヲ要センヤ故ニ予ハ立法者カ特ニ「其意ニ非サルノ所爲云々」ノ語ヲ掲ケタルハ意思其者ト意

思ノ自由トテ混同シタルモノナラント推考ス

尙ホ一例ヲ舉ケテ之ヲ論セシニ破船ノ際甲乙端舟ヲ争ヒ甲乙ヲ海中ニ撞キ落シタルノ所爲ハ天爲ノ強制ニ因テ爲シタルモノナルヲ以テ不論罪タルハ辯テ俟タス然レモ甲ノ所爲ハ自己ノ生命ヲ保全セントスルニ出テタルヲ以テ其意ニ非サルノ所爲ト云フヲ得サルヘシ法律カ之ヲ罪トシ論セサルハ甲ハ自己ノ一命ヲ救フニ汲々タルヲ以テ他ヲ願ミルノ自由アラサルモノト推定スレハナリ決シテ此所爲ヲ以テ其意ニ非サルノ所爲ト爲シテ之ヲ不問ニ付スルニアラサルナリ故ニ其意ニ非サルノ所爲云々ノ法文ハ法律ノ精神ニ於テハ咎ムル所ナシト雖モ唯其文面ニ於テ穩當ヲ缺クモノト云ハサルヲ得サルナリ其罪ヲ論セス○此法語ハ文字上ヨリ之ヲ解スレハ宥恕ノ意味ヲ含蓄スルカ如シト雖モ其實毫モ宥恕ヲ含蓄セス何トナレハ被強制者ノ所

爲ハ正ニ犯罪ト認ムルモ之ヲ不問ニ付スト云フノ意味ニアラサレハナリ即チ被強制者ノ所爲ハ之ヲ罪トシテ論セス之ヲ換言スレバ犯罪成立セサルヲ以テ罪トシテ視スト云フニ在リ是レ他ナシ既ニ屢ニ講述シタルカ如ク犯罪ハ正邪善惡ノ識別力ト意思ノ自由力トノ二者ヲ具備スルニアラサレハ成立セス不可抗拒ノ強制ヲ受ケタル場合ハ全ク意思ノ自由ヲ缺キタルモノ即チ強ヒテ爲サシメタレタルモノナルヲ以テ犯罪ハ成立セス犯罪成立セサレハ元來犯罪ナキナリ故ニ罪アレモ之ヲ不問ニ付スト云フヲ得ストナレハ罪ノ名稱ヲ下スコトヲ得サル場合ナレハナリ是レ其罪ヲ論セストノ明文アル所以ナリ

第一項ノ講ヲ終ハルニ臨ミ尙ホ一言スヘキモノアリ第一項ノ強制ハ有形的ト無形的トノ區別ヲ問ハサルハ言テ俟タスト雖モ專ラ人爲ノ強制ニ屬スルモノタルヲ知ルヘシ故ニ唯抗拒ス可ラサル強制トノミ

アリテ他ヨリ來リタル強制タルコトヲ明示セリ且ツ其強制ハ身躰ノ危険ニ係ルト財産ノ危険ニ係ルト又ハ他人ノ危険ニ係ルトヲ問ハス苟クモ意思自由ヲ奪ハレテ爲シタル所爲ナルトキハ總テ罪トシ論セサルヲ知ルヘシ故ニ既ニ講述シタルカ如ク強制ニ就テハ裁判官タルモノ其審判ニ方リ注意ヲ密ニスルコト最モ肝要ナリトス何トナレハ財産ノ危険ニ係ル場合等ニ於テハ假令ヒ強制ヲ受テタリトスルモ其危険ハ甚々小ニシテ加害ハ却テ大ナルコトナシトスヘカラス而シテ是等ノ所爲ハ之ヲ不論罪ト爲スヘキモノニアラサレハナリ要スルニ人爲ノ強制ニ就テハ強制上ノ危険ノ度ト所爲上ノ加害ノ度トヲ比較スルニアラサレハ不論罪ト否トヲ決スルコト能ハサルモノト思考ス爰ニ又一ノ疑問アリ他ナシ第一項ニ所謂抗拒ス可カラサル強制ニ出ツルノ所爲ハ一ノ正當防衛ニアラサルヤ如何ノ問題之レナリ或ル論

者ハ曰ク抗拒ス可カラサル云々トアルハ即チ一種ノ正當防衛ナルカ故ニ其罪ヲ論セスト蓋正當防衛ハ他ノ手段ヲ以テセハ抗拒スヘカラスル場合ニ起ルモノナリト雖モ第一項ニ所謂抗拒スヘカラスル場合ト正當防衛ノ場合トハ決シテ混同スヘキモノニアラス正當防衛ハ元來吾人ノ有スル最モ貴重ナル權利ニシテ意思ノ自由ノ有無ヲ問フノ必要ナシ故ニ正當防衛ハ權利ノ執行ト看做サルヘカラス之ニ反ソ被強制者ノ所爲ノ如キハ權利ノ執行ニアラスシテ却テ權利外ノ事ニ屬セリ而シテ之ヲ罪視セサルハ意思ノ自由ナキカ故ノミ論者此點ニ注目セハ疑義ハ自ラ了解スヘキナリ本條第二項ハ專ラ物ヨリ來ル所ノ抗拒スヘカラサル危険ヲ規定シタルモノニシテ天爲ノ強制ニ屬セリ而シテ天災又ハ意外ノ變トハ火災水害地震破船等凡ソ人ナシテ死生不測ノ危険ニ遭遇セシムルノ謂ニシテ固ヨリ非常ノ場合ヲ指スモノ

ナリ故ニ此場合ニ於テ身軀ヲ防衛スルカ爲メニ爲シタル所爲ハ罪トシ論セス唯此場合ニ於テ必要ナルハ避ク可カラサル危難ナルト是レナリ假令ヒ天災又ハ意外ノ變ニ屬スルモ避ケ得ヘキノ危難ナルトキハ刑法上ノ責任ヲ免レス例ヘハ洪水ニ際シ水未タ我家ニ及ハサルコト遠キニ拘ラス他人ノ乗込ミタル舟ヲ奪ハントシテ其人ヲ水ニ溺ラシ其舟ヲ取テ自己避難ノ具ニ供シタル所爲ノ如キ是レナリ即チ水未タ我家ニ及ハサル間ハ他人ノ舟ヲ奪ハサルモ之ヲ避ケ得ヘシ故ニ是等ノ所爲ハ不論罪中ニ入ルヘキモノニアラス又例ヘハ火災ニ際シ他人ヲ梯子ヨリ撞キ落シ由テ以テ纜カニ一命ヲ全フシタル場合又ハ破船ニ際シ甲乙ヲ端舟ヨリ撞キ落シテ纜カニ溺死ヲ免カレタル場合ノ如キハ不論罪トス是レ他ナシ死生不測ノ危難ニ際シテハ己レヲ先ニシテ他ヲ後ニスルハ普通ノ情タルノミナラス此ノ如キ場合ハ意思ノ

自由ナキヲ以テナリ

第二項ノ不論罪ハ獨リ自己ノ身軀ヲ防衛シタル場合ノミナラス親屬ノ身軀ヲ防衛スルニ出テタル場合ニモ及ホセリ蓋立法官ノ意ハ危難ハ自己ニ及ハサルモ父母妻子ニ及フキハ殆ント自己ニ及フト同一ノ感覺ヲ生スルハ人情ノ常ナルヲ以テ之ヲ救ハンカ爲メニ出テタル所爲モ亦罪視スヘカラスト云フニ在ラン乎是レ寔ニ人情ニ適合スルモノト云フヘシ然レモ單ニ親屬トアルハ廣キニ失スルノ嫌ヒヲ免レサルカ如シ何トナレハ刑法上親屬ト稱スルハ第百十四條及ヒ第百十五條ニ列記シタル者ニシテ其中ニハ普通ノ朋友知己ニ於ケルヨリモ疎遠ナルモノナシトセサレハナリ然ルニ立法官カ是等疎遠ナル親屬ノ身軀ニ及フ危難モ亦自己ニ及フト同一ノ感覺ヲ生スルモノト推測セリ是レ廣キニ失スルノ嫌ヒアリト云フ所以ナリ佛國法律ニ於テハ是

等ノ場合ニ於ケル親屬ハ尊屬親及ヒ卑屬親及ヒ配偶者ニ限ルモノトセリ蓋此制限ハ當テ得タルモノト謂ツヘシ

立法官ハ親屬ノ身躰ニ及フノ危難モ亦自己ニ及フト同一ノ感情アルモノト推測シ此感情ヲ以テ不論罪ノ原因トセリ是レ固ヨリ至當ノ規定ナリト雖モ此感情ヲ發スルハ獨リ親屬ノ間ノミナラス朋友知己ノ間ニモ亦往々ニシテ此感情ヲ發シ且ツ疎遠ナル親屬ニ於ケルヨリモ一層切ナル場合アリ然ルニ朋友知己ハ之ヲ度外ニ付シテ問ハサルハ止マニ一方ニハ廣キニ失シ一方ニハ狭キニ失スルノ嫌ヒヲ免レサルノミナラス寧ロ人情ニ悖ルト謂ツヘシ故ニ予ハ法文ノ修正ヲ望マサルヲ得ス而シテ若シ予ヲシテ修正ノ任ニ當ラシメハ左ノ如ク修正スルヲ以テ其當ヲ得タリトスヘキ乎

第七十五條 抗拒ス可カラサル強制ニ遇ヒ爲不爲ノ自由ナキ所爲

ハ罪トシテ論セズ

天災又ハ意外ノ變ニ因リ避ク可カラサル危難ニ遇ヒ自己若クハ尊屬親卑屬親及ヒ配偶者ノ身躰ヲ救護スルニ出テタル所爲亦同

他人ノ身躰ヲ救護スルニ出テタル所爲ニ付テハ親交アルトキ亦同

此ノ如ク修正セハ可ナラン乎改正草案者モ亦本節ノ各條ニ修正ヲ加ヘントシ爲不爲ノ自由ナクシテ行ヒタル所爲ハ罪トシテ論セス而シテ其不論罪ヲ改正草案第六十九條ニ列舉セリ然ルニ天災又ハ意外ノ變ニ係ル場合ハ仍ホ自己若クハ親屬ノ身躰ヲ救護スル所爲ニ限ルモノトセリ果シテ本節ノ修正モ此ノ如キニ止マラシメハ猶ホ穩當ヲ缺クノ嫌ヒヲ免レサルヲ以テ前陳ノ如ク予ノ意見ヲモ掲ケテ讀者ノ參

考ニ供セリ

第七十六條 本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ爲シタル者ハ其罪ヲ論セス

本條ハ屬僚ノ職務執行ヲ以テ不可抗拒ノ強制ト同視シタルモノ、如シ何トナレハ之ヲ不論罪中ニ置キタルヲ以テナリ是レ其當ヲ得タリトスル乎抑モ屬僚カ本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ事ヲ行フハ義務ヲ盡スモノト云フヘシ豈之ヲ罪視スヘケンヤ然ルニ立法官カ特ニ本條ノ規定ヲ設ケタルモノハ何ソヤ他ナシ立法官ハ普通ノ場合ヲ想像シタルニアラス即チ常人ニ在テハ刑法上ノ責任ヲ免レサルノ所爲ヲ行フタル場合ヲ想像シタルモノナリ而シテ屬僚カ本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ爲シタル所爲ハ法律ニ違犯スルモ之ヲ罪視スヘキニアラサルハ當然タリ何トナレハ其所爲ニシテ本屬長官ノ命令

ニ出テタルトキハ意思ノ自由ヲ缺キタル場合ニシテ即チ不可抗拒ノ強制ニ遇ヒ己ムヲ得スシテ爲シタル所爲ト異ナル所アラサレハナリ是レ佛國刑法第三百二十七條ニ法律ノ命シ及ヒ正當官憲ノ令スルニ依リ人ヲ殺傷毆打シタルトキハ重罪輕罪ナシトアルト同一理ニ出ツルモノニシテ佛國刑法ハ法律ノ命ト本屬長官ノ命令トノ二者ヲ具備スルニアラサレハ不論罪ニ入ラシメサルモノトスルモ要スルニ本條ノ規定ト法理ヲ同フスルハ疑ヒヲ容レサルヘシ抑モ本屬長官ノ命令トハ例ヘハ兵士ノ司令官ニ於ケル逮捕官吏ノ豫審判事又ハ檢事ニ於ケルカ如キ是レナリ司令官ハ兵士ノ本屬長官ナルヲ以テ其號令ニ從ヒテ人ヲ殺傷シ豫審判事及ヒ檢事ハ逮捕官吏ノ本屬長官ナルヲ以テ其命令ニ從ヒ無罪ノ人ヲ捕縛スルモ罪視セサルモノトス若シ其命令カ本屬長官ニアラスシテ他ノ高等官ヨリ出テタ

第一編總則第四章 不論罪及ヒ減輕第一節 不論罪及ヒ宥減輕 八百三十一

ルモノナルトキハ其命令ニ從テ爲シタル所爲ハ刑法上ノ責任ヲ免レ
 ス又本屬長官ノ命令ニ係ルモ正式ニ依ラサルモノハ本條ヲ適用スル
 ノ限リニ在ラサルヘシ例ヘハ逮捕官吏カ正式ノ令狀ニ依ラス豫審判
 事ノ口頭ノ命令ヲ以テ無罪ノ人ヲ捕縛シタルカ如キ是レナリ法定ノ
 正式ニ依ラサルモノハ假令ヒ本屬長官ノ口頭ヨリ出テタリトスルモ
 其命令ハ成立セサルモノト看做サルヘカラス故ニ正式ニ依ラサル
 ノ命令ニ從テ爲シタル所爲ハ不論罪中ニ入ルコトヲ得サルハ當然タ
 リ又命令ハ必ス職務上ニ出テタルモノナルヲ要ス若シ職務上ニ出テ
 タルニアラサルトキハ亦本條ヲ適用スルノ限リニ在ラサルヘシ例ヘ
 ハ典獄カ刑ノ執行權ヲ有セサル裁判官ノ命令ニ從テ死刑ヲ執行シタ
 ルカ如キ是レナリ若シ裁判官カ死刑ノ執行ヲ命スルトアラシニハ典
 獄ハ其違法ヲ申告シ更ニ檢察官ヨリ命令ヲ受ケサルヘカラス然ルニ

其當然爲スヘキノ注意ヲ爲サスシテ裁判官ノ命令ニ從フトキハ其不
 注意ノ結果トシテ責任ヲ免レサルハ勿論タルヘシ又其職務ヲ以テ受
 ケタル命令ナルヲ要ス即チ典獄カ檢察官ノ命令ニ從ヒ司法裁判所ニ
 於テ死刑ノ宣告ヲ受ケタル犯人ヲ絞殺スル如キ是レナリ之ニ反シテ
 若シ典獄カ軍法會議ニ於テ死刑ニ處セラレタル者ヲ絞殺シタルトキ
 ハ假令ヒ本屬長官ノ命令ニ出ツルモ亦是レ本條ヲ適用スルノ限リニ
 在ラサルヘシ何トナレハ此ノ如キハ職務ヲ以テ受ケタル命令ト云フ
 ヲ得サレハナリ

以上講述シタル要件ヲ具備スルトキハ本條ヲ適用スヘキハ勿論タリ
 ト雖モ爰ニ一ノ疑問アリ本屬長官カ暴戻不正ノ命令ヲ下シタル場合
 ニ於テ其屬僚カ職務上ニ爲シタル所爲ハ亦是レ不論罪中ニ在ルヤ否
 ヤノ疑問是レナリ蓋シ東洋諸國ノ陋習トシテ時トシテハ屬僚カ長官

ノ命令ニ逆フヲ以テ一種ノ美事ト爲スカ故ニ命令執行ノ責任ヲ屬僚ニ及ホスヲ以テ至當ト思惟スル者ナキニアラサルヘシト雖モ泰西諸國ニ於テハ屬僚ハ長官ノ命令ニ違フコトヲ得サルノミナラス長官ノ命令ヲ是非スルコトヲ得スト云フヲ以テ原則ト爲スモノ、如シ兵士ノ將校ニ於ケルヤ最モ然リトス此原則ニ依テ論スルトキハ假令ヒ暴戻不正ノ命令ナリトスルモ其執行上ノ責メハ命令者タル長官之ニ任シ執行者タル屬僚ハ責任ナキモノト論決セサルヘカラス況ンヤ屬僚ハ長官ノ命令ニ對シテ爲スト爲サ、ルノ自由ヲ失フ者タルニ於テオヤ然レト此論決ハ屬僚カ暴戻不正ノ命令ナリシコトヲ認知セシテ爲シタル場合ニ於テ適用スヘキノミ現ニ暴戻不正ノ命令タルコトヲ認知スルニ拘ラス敢テ之ヲ執行シタル事實明瞭ナルトキハ執行者モ亦其責メニ任セシムルヲ以テ至當ト爲スニアラサルナキ乎何トナレ

ハ假令ヒ本屬長官ノ命令タルモ暴戻不正ト認知スルトキハ之ヲ抗拒スルコト能ハサルニアラス且ツ官吏ハ一般ニ國民保護ノ義務ヲ負フヘキ者タルノ點ヨリ之ヲ論スルモ暴戻不正ノ命令ト知リツ、之ヲ執行シテ國民ニ加害スルハ其職務ヲ正當ニ行フヘキ官吏ノ義務ニ悖戻スルモノト云ハサルヲ得サレハナリ

第七十七條 罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セス但法律規則ニ於テ別ニ罪ヲ定メタル者ハ此限ニ在ラス
 罪ト爲ル可キ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者ハ其罪ヲ論セス
 罪本重カル可クシテ犯ス時知ラサル者ハ重キニ從テ論スルコトヲ得ス

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
 本條モ亦是レ不論罪ノ場合ヲ規定シタルモノナリト雖モ純然タル不

論罪ニアラス前條ニ規定シタル不論罪ハ即チ純然タル不論罪ニ其
 原因ハ假令ヒ有害ノ所爲タルモ犯罪ノ構成ニ必要ナル條件ノ一タル
 意思ノ自由ヲ缺クテ以テ犯罪成立セスト云フニ在リ本條ノ場合ハ之
 ニ異ナリ犯罪ノ構成ニ必要ナル識別力ト自由力トヲ具備スルモ尙ホ
 他ノ必要ナル一條件ヲ缺クテ以テ犯罪成立セズ故ニ其罪ヲ論セスト
 云フニ在リ試ミニ前條ト本條トヲ對照スレハ前條ハ本條ニ於テ犯罪
 構成ニ必要トスル一條件即チ犯意ヲ具フルモ他ノ必要ナル條件即チ
 意思ノ自由ヲ缺クテ以テ犯罪成立セズ本條ハ前條ニ於テ缺キタル條
 件即チ意思ノ自由ヲ具フルモ前條ニ於テ具ヘタル一條件即チ犯意ヲ
 缺キタルヲ以テ亦犯罪成立セスト云フカ如シ故ニ本條ノ不論罪ハ純
 然タルモノニアラスシテ或ル場合ニ於テハ責任ヲ免レサルモノトス
 本條第一項ニ於テ犯罪構成ノ一原素ト爲スモノハ意思ナリ即チ罪ヲ

犯スノ意思ナリ凡ソ犯罪ノ構成ニ意思ヲ以テ一原素ト爲スハ通則メ
 ルカ如シ意思ヲ要セスシテ犯罪成立スルハ之ヲ無意犯ト稱シテ例外
 ニ屬セリ通常ノ場合ニ於テハ假令ヒ有害ノ所爲アルモ全ク罪ヲ犯ス
 ノ意思ナクシテ爲シタル所爲タルトキハ責任ナク即チ其罪ヲ論セス
 例ヘハ偽造貨幣ナルヲ知ラスシテ之ヲ取受行使シタルカ如キハ偽造
 貨幣行使犯ト爲スヲ得ス又ハ自己ノ所有物ト誤認シテ他人ノ器具ヲ
 取リタルカ如キハ竊盜犯ト云フヲ得ス何トナレハ是等ノ所爲ハ徹頭
 徹尾罪ヲ犯スノ意思ナキモノナレハナリ凡ソ犯罪ハ通シテ意思ナキ
 ハナシ謀殺、故殺、毆打、創傷、貨幣偽造、詐僞取財等ノ如キハ最モ意思ヲ要
 スルモノトス其他ノ犯罪ト雖モ意思ナキモノハ幾ント希レナリ故ニ
 意思ヲ以テ犯罪構成ノ一原素ト爲スハ論理上其當ヲ得タリトスヘシ
 若シ犯罪ハ獨リ例外ノ場合ノミナラス何レノ場合ト雖モ意思ナフシ

テ猶ホ成立スルモノトセハ止マニ前例ノ場合ノ如キモ罪視セラル、
ノミナラス行爲ノ半ハ責任ヲ負ハシメラル、ニ至リ吾人ハ到底其堵
ニ安ンスルコト能ハサルニ至ルヘシ是レ犯罪ハ無意ニ於テ成立セサ
ルモノト定メタル所以ナリ

意思ナキノ所爲ハ如何ナル所爲ト雖モ不論罪中ニ在リトスルカ曰ク
然リ元來犯意ナキノ所爲ヲ罪視セサルハ害ノ有無ニ關スルニアラス
シテ道德ニ違背セサルヲ以テナリ假令ヒ社會ニ加害スルモ犯意ナキ
ノ所爲ハ道德ニ違背シタリト云フヲ得ス社會刑罰權ノ目的ハ第一背
德ノ所爲ヲ懲戒シテ之ヲ矯正スルニアリ隨テ背德ニアラサル所爲ニ
對シテハ假令ヒ社會ニ加害シタリトスルモ之ヲ罰スルコトヲ得サル
ハ勿論タリ然レモ犯意ナキノ所爲モ亦一概ニ無責任タラシムルコト
ヲ得ス是レ第一項ニ但書ノ附加アル所以ナリ例ヘハ烟火ヲ製造スル

者誤ツテ發火セシメ止マニ數十人ヲ殺傷セシメタルノミナラス數千
戸ヲ灰燼ニ歸セシメタリトセン乎此所爲ハ犯意ナキコト明カナリト
雖モ無責任タラシムルコトヲ得ス何トナレハ何人ト雖モ社會ノ爲メ
ニ害ヲ避クルニ注意スヘキノ義務アリ然ルニ斯ノ如キ災害ヲ招クハ
畢竟スルニ義務ヲ怠ルノ結果ニ係ルヲ以テ其責ニ任スヘキハ當然ナ
レハナリ況ンヤ危險物ノ製造ヲ業トスル者ニ於テオヤ若シ是等ノ所
爲モ猷ホ責任ナシトセハ社會ハ常ニ危險ニ圍繞セラル、ニ至ルヘシ
唯其レ社會ノ安寧ヲ保維スルハ獨リ法律ノ力ニ依ルニアラス各人其
義務ヲ守ルニ在リ今此義務ヲ守ラシムルニハ之ヲ守ラサル者ニ對ス
ルノ制裁ナカルヘカラス是レ過失罪ノ設定アル所以ニシテ但書ニ法
律云々トアルハ即チ是等ノ場合ヲ指シタルモノナリ又收稅規則印紙
規則等ヲシテ有効ニ行ハレシメントセハ無意犯ト雖モ罰セサルヘカ

ラス然ラサレハ違犯者ノ頻々接踵スルニ至ルヘシ但書ニ規則トアルハ即チ此謂ヒニシテ是等ノ規則ニ於テ別ニ罪ヲ定メタル者ハ責任ヲ免レス然レモ但書ノ場合ハ例外ニ屬スルモノニシテ一般無意ノ場合ハ責任ナキモノトス

第二項ハ第一項ヨリ出テタル一種ノ適用ヲ示シタルニ外ナラス罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者トハ例ヘハ父カ他人ヨリ預リタル物品ヲ其子カ父ノ所有物ト誤認シテ之ヲ消費シタル場合又ハ未婚ノ處女ト信シテ私通シタルニ有夫ノ婦アリシ場合ノ如キ是レナリ即チ是等ハ罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者ニシテ犯罪構成ノ一原素タル意思ヲ缺クモノナリ故ニ第一項ノ場合ト同視シテ其罪ヲ論セズ

第三項ニ罪本重カル可クシテ犯ス時知ラサル者云々トアルハ例ヘハ

子孫其祖父母若クハ父母タルコトヲ知ラスシテ故殺若クハ創傷シタル場合ノ如キ是レナリ尊屬親ニ對スル犯罪ハ三百六十二條以下ニ規定シ通常人ノ刑ニ照シ二等ヲ加フルヲ以テ原則ト爲スト雖モ全ク尊屬親タルコトヲ知ラサリシ場合ニハ通常ノ故殺犯若クハ創傷犯ト同一ニ處分スヘシト云フニ外ナラス

第四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蓋是レ何人ト雖モ皆法律規則ヲ知ラサル者ナシト看做シテ然ル乎曰ク然ラス社會ハ文明ノ度ヲ進ムルニ從ヒ法律規則ハ益其増加ヲ來タシ法律家ヲ以テ自任スル者ト雖モ百般ノ法律規則ヲ臆底ニ記スルハ甚々難シトス況ンヤ農工商業ニ從事シ法律規則ヲ研究スルノ餘暇ナキモノニ於テオヤ故ニ人民悉ク皆法律規則ヲ知レルモノト推測スルコトヲ得ス然ラハ本項ノ規定ハ如何ニ之ヲ解釋スヘキヤ他ナシ法

律規則ハ方式ヲ踐ンテ之ヲ公布シ法定ノ期間ヲ經過スルトキハ知ルモ知ラサルモ國民一般ニ遵守ノ義務ヲ生スルヲ以テセリ既ニ法定ノ期間ヲ經過スルトキハ實際之ヲ知ルト知ラサルトチ問ハス國民皆法律ニ服從セサルヘカラス然ラサレハ百般ノ法律規則ハ皆徒法空文ニ歸センノミ何トナレハ何人モ違法ノ所爲アル毎ニ法律規則ヲ知ラスト云フヲ以テ其責メヲ免レ實際ニ法律規則ヲ適用スルノ場合ナキニ至ルハ必然ナレハナリ且夫レ法律規則ハ以テ不正所爲ノ何タルヲ知ラシムルノ具タルニアラスシテ裁判官カ專横ノ處分ヲ爲シテ吾人ノ權利自由ヲ妨害スルノ弊ヲ豫防スルノ具タルニ過キサルナリ凡ソ何人ト雖モ道德ノ守ルヘキヲ知ラサルニアラス人ヲ殺傷シ人ノ所有物ヲ竊取スルカ如キハ皆能ク其惡行タルヲ知リ法律ノ明文ヲ俟テ後チ始メテ知ルニアラス苟クモ良心ノ存スルアレハ自ラ背德ノ所爲ヲ避

ケサルヘカラス豈法律規則ヲ知ラスト云フヲ以テ良心ノ許サ、ル惡行ヲ爲シ其責メヲ免ル、コトヲ得ヘケンヤ
以上講述スル所ヲ以テ視レハ第四項ノ規定ハ自ラ了解スルニ至ルヘシ然レモ本項ノ適用ニ於テ尙ホ一言スヘキモノアリ凡ソ犯罪ニハ字内罪ト地方罪トノ區別アリ字内罪ハ專ラ背德ノ所爲ヲ指スモノニ何レノ國土ト雖モ之ヲ罰セサルハナシ地方罪ハ然ラス專ラ保安上ノ取締ニ關シ違警罪ノ如キ即チ是レナリ故ニ地方罪ニ關スル所爲ハ甲地ニ於テハ罪視スルモ乙地ニ於テハ罪視セサルモノアリ此地方罪ニ關シ外國ヨリ來ル者ハ如何違法ノ所爲アルキハ假令ヒ其本國ニ於テハ之ヲ問ハサルノ事項タルモ尙ホ之ヲ罰スヘキヤ予ハ必ス罰スヘシト答フルニ躊躇セサルヘシ古語ニモ其國ニ入テ先ツ其禁ヲ問フト云ヒ又場所ハ所爲ヲ支配スト云フノ格言アリ故ニ其國ニ入テハ其法律

ニ從フノ義務アルハ勿論ナリ若シ法律規則ヲ知ラスト云フヲ以テ其責メヲ免レシメハ如何ナル法律規則モ外國人ニ對シテハ其効力ナカラシムルニ至ルヘシ故ニ外國人ト雖モ違法ノ所爲ハ之ヲ罰スヘキハ論ヲ俟ダスト雖モ違警罪處分ノ如キ地方罪ニ關スルモノニ就テハ裁判官宜ク酌量ヲ加ヘテ可ナルヘシト信ス

爰ニ本條ノ講ヲ終ルニ臨ミ尙ホ一言ヲ要スルモノアリ他ナシ犯意アルノ所爲ニシテ犯意ナキ結果ヲ生スル場合はレナリ例ヘハ第三百八十三條ノ場合ニ於テ人ヲ醉迷セシメタル藥酒ノ分量過度ニシテ死ニ至ラシメタルカ如キ又ハ四百三條ノ場合ニ於テ人ノ住居セサル家屋ナリト信認シテ放火シタルニ其中ニ住者アリテ燒死ニ至ラシメタル場合ノ如キ是レナリ第一例ニ於テ人ヲ醉迷セシメタルハ有意ナルモ死ニ致シタルハ無意ナリ第二例ニ於テ放火シタルハ有意ナルモ人ヲ

燒死ニ致シタルハ無意ナリ是等ノ場合ニ於テ法律上如何ナル結果ヲ生スヘキヤ

第一例ニ於テ藥酒ノ分量過度ニシテ死ニ至ラシメタルハ殺意ナシト云フヲ得サルヘシ何トナレハ人ヲ醉迷セシムルハ藥力ニシテ即チ毒藥ニアラザレハ能ハス毒藥ハ元ヨリ人ヲ死ニ致スノ力アルヲ以テ之ヲ飲マシムルトキハ假令ヒ少量ナルモ身軀孱弱ナル者ハ死ニ至ルヘキヲ以テナリ要スルニ毒藥ヲ與ヘテ死ニ至ラシムルハ所爲上避クヘカラサルノ結果ナルヲ以テ假令ヒ醉迷セシメタルノミニシテ之ヲ殺スノ意ナシトスルモ論理上有意ト推定セサルヲ得ス此ノ如キハ宛カモ人ヲ監禁シテ衣食ヲ與ヘス因テ死ニ至ラシメタル場合ニ於テ監禁ハ有意ナルモ死ニ至ラシメタルハ無意ナリトシテ其責メヲ免レントスルカ如シ衣食ヲ與ヘサレハ死ニ至ルハ當然ノ結果ナリ豈之ヲ殺意

ナシト云フヲ得ンヤ

第二例ニ於テ燒死ニ至ラシメタルハ無意ナリト云フヲ得ヘシ例ヘハ貸屋札ヲ貼リタル家屋ノ如キハ人ノ住居セサル家屋ト推測スルハ正當ノ推測ナルヲ以テ偶其中ニ住者アリテ燒死シタルハ實ニ偶然ノ出來事ト云ハサルヘカラス故ニ其死ニ至ラシメタルハ過失ヲ以テ論スルハ當然タルヘシ此他結果ヲ豫想シ得ヘキノ所爲ニ付テハ其結果ニ對シ犯意ナシト云フヲ得サルヘシ例ヘハ強盜カ脅嚇ノ爲メ短銃ヲ放ツテ偶然人ヲ殺傷シタルカ如キ是レナリ

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

凡ソ刑罰ヲ制定スルニハ自懲主義及ヒ他戒主義ヲ以テ其綱領ト爲スハ既ニ之ヲ講述セリ今本條ヲ講スルニ方リ先ツ此兩主義ヨリ觀察ス

ルハ必要ナリトス何トナレハ本條ノ不論罪ハ懲戒ノ効ナキニ由來スレハナリ

第一自懲主義ニ就テハ受刑者ヲシテ受刑ノ理由ヲ知ラシメサルヘカラス若シ之ヲ知ラシメスンハ刑ニ處スルモ自懲ノ効ナカルヘシ何トナレハ受刑ノ理由ヲ知ラサル者ハ處刑ニ因テ悔悟スルノ謂ハレナケレハナリ例ヘハ犬馬ノ如キ人ヲ咬傷シタリトシテ之ヲ捕ヘテ苦痛ヲ與フルモ其何カ故ニ苦痛ヲ與ヘラル、ヤヲ知ラサレハ毫モ懲戒ノ効ナカルヘシ其然ル所以ハ他ナシ事物因果ノ關係ヲ知ラサルカ故ノミ知覺精神ヲ喪失シタル者モ亦幾ント犬馬ノ如ク事物因果ノ關係ヲ知ラサルヲ以テ之ヲ罰スルモ爲メニ其將來ヲ懲戒スルニ足ラス故ニ自懲主義ヨリ視ルモ知覺精神ノ喪失ニ因テ是非ヲ識別セサル者ノ所爲ハ罪トシ論スルコトヲ得ス

第二他戒主義ヨリ論セン乎亦是レ知覺精神ノ喪失者ヲ罰スルノ理由
ナシ何トナレハ知覺精神ノ喪失者ハ普通人ニアラサレハ人其受刑ヲ
懲ムヘキモ是ヲ以テ他戒ノ念ヲ發スヘキニアラサレハナリ人或ハ云
ハン乎知覺精神ノ喪失者ヲ罰スルハ以テ普通人ノ鑒戒ト爲スニ足ラ
サルモ同病者ノ鑒戒ト爲ルニアラサト然レモ元是レ事物彼我ノ關
係ヲ知ラサル者ナリ他人ノ苦樂ヲ見ルモ毫モ感覺ナカルヘシ故ニ知
覺精神ノ喪失者ノ所爲ハ他戒主義ヨリ視ルモ之ヲ罰スルノ必要アラ
サルナリ

前段述フル所ハ立法上ノ主義ヨリ本條ノ設定アル所以ヲ知ラシメタ
ルニ過キス是レヨリ犯罪ノ成立上ニ就テ講述スヘシ

既ニ講述シタルカ如ク第七十五條及ヒ第七十六條ハ所爲者ニ意思ノ
自由ナキ場合ヲ示シ第七十七條ハ所爲者ニ犯意ナキ場合ヲ示シ本條

ハ所爲者ニ正邪善惡ノ識別力ナキ場合ヲ示シタルモノナリ本條ノ場
合ハ蓋所爲者ニ或事ヲ爲スノ意思アリシナラン又意思ノ自由モアリ
シナラン然レモ犯罪構成ノ一原素タル正邪善惡ノ識別力ヲ有セサル
ヲ以テ其罪成立セス

知覺精神ノ喪失トハ何ソヤ其著名ナル者ヲ舉クレハ瘋癲者是レナリ
而シテ瘋癲者ニハ生來發シテ痼疾ト爲リ終身治セサル者アリ或ハ時
々發スル者アリ其種類ハ多々アリト雖モ其二三ヲ舉クレハ左ノ如シ
第一「イデオチスム」ト云フ是ハ終生不治ノ疾病ニシテ概テ系統病ニ屬
スルモノトス此病ヲ發スル者ハ全ク知覺精神ヲ喪失スルヲ以テ犯罪
ノ當時果シテ知覺精神ヲ喪失シタルヤ否ヤヲ審按スルノ必要ナシ從
テ其罪ヲ論セスシテ可ナリ然レモ是レ本人平生ノ行跡ニ於テ此病ニ
罹リタル事實最モ明白ナル場合ニ於テ云フノミ若シ其病勢未タ甚シ

カラスシテ之ヲ普通人ニ比スレハ知覺精神ノ活動遲鈍ナルモ幾分カ是非ヲ識別スルノ能力ヲ有スル事實明白ナルトキハ全ク之ヲ無責任ト爲スヲ得ス唯酌量減輕ノ原因アルモノト見テ可ナリ

第二「デマンスヒリ」ト云フ是レ所謂眞ノ狂癪者ニシテ往々暴行ヲ爲シ放置ニ付スヘカラサルモノナリ此患者ハ概ネ神經過敏ナラサレハ極メテ小膽怯慥ニシテ甚シク事物ニ感激シ易ク又ハ甚シク驚駭畏怖シ易ク之カ爲メ遂ニ知覺精神ヲ失フ者ヲ云フ然レモ此種ノモノハ常ニ知覺精神ヲ失フニアラス時ニ或ハ精神靜定シ知覺活動シテ普通人ニ異ナラサルコトアリ故ニ此種ノモノニ就テハ犯罪ノ當時果シテ知覺精神ヲ喪失シタル者ナリシヤ否ヤヲ審按スルニ最モ注意ヲ密ニセサルヘカラス

第三「モノマニ」ト云フ是ハ或ル一事ニ關シテ狂シ他ノ事ニ就テハ普通人ト異ナル所ナキモノヲ云フ其實例ヲ舉クレハ嘗テ佛國ニ某氏ナル者アリ此人頗ル學識ヲ有シ行政法ト題スル一書ヲ著ハセリ予モ亦其書ヲ一讀セシニ見ルヘキノ議論亦妙カラス然ルニ此人ニ一癖アリ人ヲ見レハ皆己レヲ暗殺スルモノト疑ヒ人ヲ見ル毎ニ心中安ンスル能ハス常ニ一室ニ閉居シテ戶外ニ出ツルコト罕レナリシト云フ又一女アリ亦一癖ヲ有シ他ニ出テ、食物ヲ見レハ皆毒物ナラント疑ヒ自家ニ於テ調理シタルモノニアラサレハ決シテ食ハサリシト云フ是等ハ「モノマニ」ニ屬スルモノナリ斯ノ如キ奇癖ヲ有スル者ニシテ罪ヲ犯シタルトキハ其所爲ハ果シテ平素ノ固癖ニ出テタルモノナルヤ否ヤヲ審按シ果シテ固癖ノ結果タルノ事實明白ナルトキハ其罪ヲ論セスシテ可ナリ然レモ其所爲全ク固癖ニ關係セサルトキハ普通人ト看做シ其責メニ任セシムヘキハ論ヲ俟タス

第四「ソンマンビール」ト云フ俗語ニ寢惚ト稱スルモノ即チ是レナリ此種ニ屬スル者ハ往々睡中ニ俄然蹶起シテ暴行ヲ爲シ人ヲ害スルコトアリ歐洲ニ於テハ此種ノ者少カラス我國ニ於テモ曾テ其一例アリ一夜其妻他人ト姦通シタルヲ夢ニ夜半忽然眠ヲ覺マシ其妻ヲ捕ヘテ亂打シ遂ニ死ニ致シタリト云フ此種ノ病患ヲ有スル者罪ヲ犯シタルトキハ其所爲全ク「ソンマンビール」ニ基因スルヤ否ヤヲ審按シ果シテ其事實アルトキハ當然不論罪タルヘシ抑モ「ソンマンビール」ノ病原如何ハ今日ノ醫學上未ダ一定ノ確説アラスト雖モ一説ニ據レハ此種ノ病者ハ平素心裡ニ思フ所ノ事項ヲ夢中ニ決行スルモノニシテ曾テ其胸中ニ浮ハサリシ事ハ之ヲ行フモノニアラスト云フ説ヲ作ス者アリ此種ノ者ノ所爲ハ罪視セサルヘカラス何トナレハ假令ヒ夢中ニ行フモ其意ニ出ツルモノニシテ犯罪ノ意思ナキモノト云フヲ得サレハナリ

ト然レモ犯罪ハ意思ノ自由力正邪善惡ノ識別力及ヒ犯罪ノ意思ノ三者ヲ具備スルニアラサレハ成立セス然ルニ該病者ノ如キハ犯罪ノ意思アリトスルモ自由力ト識別力ハ全備シタルモノト云フヲ得ス故ニ其罪ヲ論スヘキモノニアラスト思考ス

此他醫學上ニ於テ知覺精神ノ喪失者ト看做スヘキモノ少カラサルヘシト雖モ是ハ裁判醫學上ノ問題ニ屬シ純然タル法律上ノ事項ニアリサルヲ以テ之ヲ略シ只僅カニ著明ナルモノヲ擧ケタルニ過キス此知覺精神ノ喪失ニ關シ裁判上擧證ノ點ニ就テ注意ヲ要スルモノアリ左ニ之ヲ略説スヘシ

民事上ニ於テハ既ニ白痴癡癲ト認定セラレ禁治產ヲ受ケタル者ノ爲シタル契約及ヒ保證等ハ當然無効タルモ刑事上ニ於テハ然ラス縱令ヒ禁治產ヲ受ケタル者ト雖モ犯罪ノ當時知覺精神ヲ喪失シタル者ニ

アラサルトキハ其責メヲ免レス即チ不論罪中ニ入ルコトヲ得ス何トナレハ法文上罪ヲ犯ス時云々トアリテ昨日ハ知覺精神ヲ喪失スルモ今日ハ然ラサルモノナルトキハ其責メヲ免レシムルノ限リニ在ラサルノ意味自ラ明カナレハナリ然レ此場合ニ於ケル舉證ノ責メハ檢察官ニ在リト知ルヘシ之ニ反シテ白痴瘋癲者ト雖モ禁治産ヲ受ケサル者ニシテ犯罪ノ當時ハ知覺精神ヲ喪失シタリト主張スルトキハ被告ハ其證據ヲ舉ケサルヘカラス即チ此場合ニ於テハ舉證ノ責メハ被告ハニ在リトス

又本條ニ就テ一ノ疑問アリ醉醜者ノ所爲ハ之ヲ罪トシ論スヘキヤ否ヤノ疑問是レナリ此疑問ハ一言ニシテ斷定スルコトヲ得ス何トナレハ等シク醉醜者ナリト雖モ種々ノ情狀アリテ無罪ト爲スヘキモノアリ或ハ然ラサルモノアレハナリ然レ此醉醜ヲ以テ不論罪ノ原因ト爲ス

ニ足ルヘキハ敢テ疑ヒテ容レサルヘシ他ナシ罪ヲ犯ス時知覺精神ヲ喪失シタル者ハ皆其責メヲ免ルヘクノ其原因ハ天稟ニ出ツル乎將タ人爲ニ係ル乎又常時ニ然ル乎將タ一時ナル乎ヲ區別セサルヲ以テ假令ヒ醉醜ニ因ルモ犯罪ノ當時全ク知覺精神ヲ喪失シタル者ナルトキハ之ヲ罰スルコトヲ得サレハナリ唯等シク醉醜者タルモ其情狀ニ因リ有罪ト無罪ノ區別ヲ生スルモノト思考セサルヘカラス

例ヘハ下等人民カ平素ノ宿怨ヲ報ヒンカ爲メ酒力ヲ藉リテ暴行ヲ爲シ人ヲ殺傷シタルカ如キハ道德上ヨリ視ルモ其所爲甚タ卑劣ニシテ法律上固ヨリ無罪ト爲スヘキモノニアラス何トナレハ是等ノ所爲ハ知覺精神ヲ喪失シタルニ出ツルニアラス酒力ヲ以テ犯罪ノ用ニ供シタルモノト云フモ不可ナケレハナリ故ニ是等ノ場合ニ於テハ加害者ト被害者トハ平素如何ナル交際ヲ爲セシヤ又加害者ハ常ニ酒癖アリ

シヤチ審按シ而シテ後チ罪ノ有無ヲ断定セサルヘカラス然レモ酒チ飲ムノ當初ハ酒力チ藉リテ暴行ヲ爲スノ意思ナリシモ既ニ酩酊スルヤ初メ心中ニ希圖シタル暴行ハ全ク之ヲ忘却シ全ク無關係ナル他者ニ對シテ加害スルコトナシトスヘカラス是等ノ所爲ハ實ニ惡心ヨリ出ツルニアラス全ク酩酊ノ然ラシムル所ナルヲ以テ罪トシ論スヘキニアラス之ヲ要スルニ犯罪ノ當時全ク是非ヲ識別スル能力チ有セシヤ否ヤノ點ニ注目スルコト極メテ緊要ナリトス

酒チ飲ムノ當初胸中豁然トシテ何等ノ惡意チモ存セス既ニ酩酊スルニ及ンテ偶己レノ意ニ適セサルコトアリテ激怒シ亂暴狼籍遂ニ人チ殺傷シタルカ如キハ如何ニ處斷スヘキヤ實際酩酊ノ甚シキ全ク知覺精神チ喪失シタルモノト認ムヘキノ情狀アルトキハ其所爲ハ固ヨリ謀殺ニアラス又故殺ニアラス全ク知覺精神ノ喪失ニ原因スルモノト

断定セサルヘカラス故ニ無罪タルハ論チ待マス然レモ平素酒癖ニ因テ暴行ヲ爲スチ事トスルノ惡癖アルモノニシテ酩酊ノ餘リ人チ害シタル場合ノ如キハ假令ヒ犯罪ノ當時全ク知覺精神チ喪失シタリトスルモ無罪視スヘカラサルモノ、如シ何トナレハ平素酒癖アル者タラハ自ラ注意チ加ヘテ酒量チ節スヘキニ其注意チ怠リタルニ因テ人チ害スルニ至リタルモノト云ハサルヲ得サレハナリ然ラハ是等ノ所爲ハ何等ノ罪名チ以テ處斷スヘキヤ蓋是等ハ犯罪ノ意思ナキモノナルヲ以テ過失殺傷チ以テ之ヲ論セハ其當チ得タリトスヘキ乎又平素酒癖アル者ト雖モ人ノ強フル所ト爲リ遂ニ酩酊シテ犯罪ノ所爲ニ及フ者ハ前者ノ如ク不注意ノ故チ以テ罰スルヲ得サルヘシ何トナレハ自ラ酒量チ節スルノ注意アリシモ強ヒラレタルニ因テ酩酊シタルモノト推測スルハ當然ナレハナリ然レモ是ハ知覺精神チ喪失シタル後

ノ所爲ニ付テ云フノミ若シ知覺精神ヲ具フルトキハ假令ヒ強ヒラレ
 テ酩酊シタル後ニ爲シタル所爲ト雖モ責任ヲ免レサルハ辯テ俟タス」
 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
 留置スルコトヲ得

前條ハ犯罪ノ時知覺精神ヲ喪失シタル者ノ無責任ヲ規定シ專ラ丁年
 以上ノ者ニ就テ適用スヘキモノトシ本條ハ知覺精神ノ未ダ發達セサ
 ル者ノ無責任ヲ規定シタルモノニシテ即チ幼年者ノ不論罪ナリ
 凡ソ人トシテ是非善惡ヲ識別スルノ能力ヲ具有スルハ天稟ニ屬スト
 雖モ一時ニ發達スヘキモノニアラス軀幹ノ成長ニ隨伴シ漸次ニ發達
 スヘキモノナルヲ以テ年齢ト經驗トヲ積ムニアラサレハ是非善惡ヲ
 識別スルコト能ハス隨テ刑事上ノ責任ナキヤ明カナルヲ以テ幼稚者

ハ犯罪ノ所爲アルモ當然無罪ト爲サ、ルヘカラス然レモ識別力ハ軀
 幹ノ成長ト共ニ漸次ニ發達スルヲ以テ丁年ニ至ルマテニハ其識別力
 ニ數箇ノ階級アルモノト推定セサルヘカラス是レ本條以下三條ニ於
 テ犯人ノ年齢ヲ區別シ其責任ニ關シテ等差ヲ設定シタル所以ナリ
 今本條ヲ講スルニ方リ佛國刑法ヲ參看スルニ該國刑法ハ十四歳以下
 ノ者ハ是非ヲ識別シタルヤ否ヤヲ審按シ其識別力アル者ハ幼稚ト雖
 モ猶ホ刑事上ノ責任ヲ負ハシムヘキモノトセリ是レ實ニ佛國刑法ノ
 一大瑕瑾ト云ハサルヘカラス若シ一二歳ノ嬰兒ニシテ母ノ乳房ヲ囁
 ミ切リタル者アラン乎檢察官若クハ豫審判事ハ之ヲ法廷ニ引致シテ
 其識別力ノ有無ヲ糾問セサルヲ得サルノ珍事ヲ惹起スルニ至ルヘシ
 豈亦奇怪ナラスヤ人類ノ智識發達ノ度ハ生理學上ニ於テ年齢ニ從ヒ
 之ヲ區別スルコトヲ得ヘキニ拘ラス佛國刑法ニ於テ其明文ヲ掲ケサ

ルハ實ニ缺典ト云ハサルヘカラス又同國法ニ於テ刑法上ノ丁年ト民法上ノ丁年ト異ニシタルハ亦是レ瑕瑾タルヲ免レス即チ刑法ニ於テハ十六歳以上ヲ丁年トシ民法ニ於テハ二十一歳以上ヲ丁年トセリ之ヲ解スル者曰ク刑事ハ簡單ニシテ該事ハ善ナリ以テ爲スヘシ該事ハ惡ナリ以テ爲スヘカラスト云フカ如ク唯是非識別ノ能力アルヲ以テ足レリトス故ニ白痴瘋癲ニアラサルヨリハ滿十六歳以上ニ及ヘハ皆此能力ヲ有スルモノト推定シ犯罪ノ責任ヲ負ハシメテ可ナリ之ニ反シテ民事ハ頗ル煩雜ニシテ且ツ財産上ノ損益ニ關係ヲ及ホシ今日利益トスルノ契約ニシテ明日損失ト爲ルナキヲ知ルヘカラス故ニ智識ノ發達ト事物ノ經驗未ダ充分ナラサル者ハ煩雜ナル民事上ノ責任ニ當ラシムヘキニアラス是レ民刑二法ノ間ニ於テ丁年ノ年齢ヲ區別シタル所以ナリト蓋民法上ノ理由ハ當テ得タリトスルモ刑法上ノ理

由ニ至テハ無稽モ亦甚シク社會ノ進歩ニ從ヒ刑法上ノ事項モ亦益煩雜ヲ來タスハ免ルヘカラスノ數ニシテ我國ノ如キモ既ニ種々ノ法律規則ヲ見ルニ至リ決シテ簡單ナリト云フヲ得ス故ニ民刑ノ區別ニ因テ丁年ノ年齢ヲ異ニスルハ佛國法律ノ瑕瑾タルコト識者ヲ俟テ後ヲ知ラサルナリ

我法律ハ民刑ヲ分タス丁年ノ年齢ヲ同フシ殊ニ本條ニ幼年者ノ不論罪ニ關スル年齢ヲ規定シ罪ヲ犯ス時十二歳ニ滿サル者ハ其罪ヲ論セスノ明文ヲ掲ケタルハ之ヲ佛國法ニ比スレハ大ニ優ル所アリト云フヘシ而シテ罪ヲ犯ス時十二歳ニ滿サル者ハ刑事上ノ責任ナキモノト定メタルニ就キ之ヲ解釋シテ十二歳未滿ノ幼年者ハ白痴瘋癲ト同シク犯罪ノ意思ナキカ故ナリト説ク者アリ是レ大ニ誤レリト云フヘシ何トナレハ幼年者ト雖モ必シモ意思ナキニアラス寧ロ丁年者ヨリモ

確乎タル意思ヲ有スル者アレハナリ丁年以上ノ者ハ是非善惡ヲ識別スルヲ以テ假令ヒ犯罪ノ所爲ヲ行フモ猶ホ前後ノ關係ヲ顧ミテ思慮スル所アリ幼年者ハ然ラス一意ニ自己ノ欲望ヲ達セントスルハ其常ナルヲ以テ犯罪ノ意思ハ一層鞏固ナリト云ハサルヘカラス故ニ十二歳未滿ノ幼年者ニ刑事上ノ責任ヲ負ハシメサルハ他ニ原因アルヲ知ルヘシ

或ハ曰ク幼年者ノ犯罪ハ意思ノ自由ナキヲ以テ之ヲ罰セスト亦是レ誤見ナリ幼年者ノ犯罪ニシテ第七十五條ニ規定スル強制ニ出テタル所爲ナランニハ意思ノ自由ナキモノト認定スヘシト雖モ第七十五條ノ場合ハ丁年ト未丁年ノ區別ヲ問フニアラス况ンヤ本條ハ非常ノ場合ヲ指スニアラス故意ヲ以テ罪ヲ犯シタル通常ノ場合ニ適用スル原則タルニ於テオヤ故ニ幼年者ノ犯罪ハ充分ニ意思ト意思ノ自由トヲ

具備シタルモノトスルモ猶ホ其罪ヲ論セサルモノハ他ナシ犯罪構成ニ必要ナル一元素即チ是非善惡ノ識別力ヲ有セサルヲ以テナリ而シテ幼年者ハ識別力ヲ有セスト雖モ何歳以下ヲ當然不論罪トシ何歳以上ヲ宥減輕ニ處スヘキヤ其區域アラサルトキハ裁判官ハ法律ヲ適用スルニ方リ漠然トシテ其標準ナキニ苦ムヘシ是レ當然不論罪タル幼年者ノ年齢ヲ明示シ「罪ヲ犯ス時十二歳ニ滿サル者云々」ノ法文ヲ掲ケタル所以ナリ

幼年者ノ不論罪ヲ十二歳未滿ト定メタルハ蓋シ我國人民ノ智識發達ノ度ヲ忖度シテ定メタルモノト思考ス元來智識發達ノ遲速ハ氣候教育及ヒ風俗等ニ關係スルヲ以テ各國其度ナ一ニスルモノト推定スルヲ得ス生理上ノ學說ニ據レハ人智ハ七年毎ニ進歩ノ度ヲ進メ二十歳ニ至テ普通ノ發達ヲ致スモノト爲スト雖モ亦是レ一概ニ然リト斷

定スルコトヲ得ス故ニ我刑法ハ專ラ我國人民ノ智識發達ノ顯狀如何ニ基キ十二歳未滿ノ幼年者ヲ以テ未タ全ク智識ノ發達セサルモノト推定シタルナラント信ス世ニハ天才早ク熟スル者アリ又ハ神童ト稱シテ幼稚ノ時ヨリ丁年者ニ優ルノ智識ヲ具フル者ナキニアラスト雖モ是非凡ノ者ニシテ即チ例外ニ屬シ普通人ヲ標準トシテ制定スル法律ノ間フ所ニアラサルナリ故ニ十二歳未滿ナルトキハ實際智識ヲ有スト否トチ問ハス何等ノ所爲アルモ刑事上ノ責任ナク檢察官ハ「公訴」ヲ起スコトヲ得ス又反證ヲ許サ、ルモノトス

十二歳未滿ノ幼年者ハ當然其罪ヲ論セサルモ八歳以上ノ者ハ情狀ニ因リ滿十六歳ニ過キサレバ時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得セシムルモノハ何ソヤ他ナシ十二歳未滿ノ幼年者ト雖モ其性善ナラサル者ハ之ヲ懲戒シ之ヲ教化スルニアラサレハ成長ノ後チ如何ナル惡漢ト

爲ルヤモ知ルヘカラス故ニ其情狀ニ因リ懲治場ニ留置スルハ亦甚ク必要ナレハナリ然レモ此處分ハ刑罰ニアラス且ツ社會ハ無罪者ニ對シテ刑罰ヲ加フルコトヲ得サルハ勿論ナリト雖モ幼年者ニシテ罪ヲ犯スハ畢竟教育ノ至ラサルノ結果ナリト云ハサルヘカラス故ニ社會ハ幼年者ノ父兄ニ代リテ教化ヲ施スノ必要アリ而シテ教化ヲ施スニハ之ヲ檢束シテ悔悟心ヲ發セシメサルヘカラス是レ懲治場ニ留置スルコトヲ得セシムル所以ナリ然レモ八歳以下ノ者ハ之ヲ教化スルモ其効ナカルヘキハ一般ノ學齡ニ照シテ明カナリ是レ八歳以上ト定メタル所以ナリ而シテ八歳以上十六歳ニ過キサレバ時間ノ範圍内ニ於テ適宜ニ之ヲ留置シ速カニ悔悟教化ノ効ヲ顯ハス者ハ何時ニテモ留置ヲ解クコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タサルヘシト信スルモ其最長期ヲ十六歳マテト定メタルモノハ何ソヤ他ナシ我刑法ニ於テ十六歳以上ノ者

ハ最早智識ヲ具フルモノト看做シ刑事上宥恕ヲ與フルモ猶ホ責任ヲ免カレシメサルハ第八十一條ニ規定スルカ如キアルヲ以テナリ故ニ留置ノ最長期ハ十六歳ヲ過クルコトヲ得セシメサルモノトセリ且ツ懲治場ニ留置スルコトヲ得トアルハ聽許ノ意味ニシテ命令的ニ出ツルニアラス故ニ之ヲ留置スルト否トハ當局者ノ意見ニ一任スルモノトス而シテ此處分ハ一ノ行政處分ト看做スヘキヤ檢察官ハ無罪者ニ對シテ公訴ヲ起スノ權ナキヲ以テ留置處分ヲモ要求スルコトヲ得サルヘシ又此處分ハ裁判ニアラサレハ裁判官ヨリ宣告スヘキモノニモアラサルハ刑事訴訟法ニ其手續ノ規定ナキヲ以テ知ルヘシ故ニ此處分ニ對シテ上訴ヲ許サルハ勿論ナルヘシ由テ觀レハ一ノ行政處分ト看做スコト妥當ナルヘシト雖モ留置ハ人ノ權利ニ關係スルヲ以テ行政權ニ一任スヘキモノニアラサルカ如シ蓋司法權ノ決議ニ委

スヘキモノタルヲ信セスンハアラス然ラサレハ無罪者ヲ裁判所ニ送致シ又ハ懲治場ニ引致スルコトヲ得サルヘキヲ以テナリ

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

若シ辨別アリテ犯シタル時ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ス本條ハ智識稍發達シタリト看做スヘキ十二歳以上十六歳未滿ノ幼年者ニ關スル所爲ヲ規定シタルモノナリ而シテ本條第一項ニ於テ最モ注目スヘキハ其所爲ノ是非ヲ識別シタルト否トヲ審案シ云々ト云フニ在リ識別トハ佛語ニ「キスセルトマント」云ヒ分析ノ意味ニシテ審ニ此ノ行爲ハ善ナリ彼ノ行爲ハ惡ナリトノ識別ヲ爲シ得ルノミナラス

其行爲ヨリ生スル結果ノ大體ヲ知ルノ意味ヲモ有ス而シテ十二歳以下ノ者ハ一般ニ是非善惡ノ識別力ナキモノト看做スハ當然ナルモ十二歳以上十六歳以下ノ者ハ或ハ識別力ヲ有スル者ナシトスヘカラス故ニ十二歳以上十六歳未滿ノ者罪ヲ犯ストキハ裁判官其所爲ニ就キ是非ヲ識別シタルヤ否ヤヲ審按シ全ク其識別力ナキモノト認定スルトキハ其罪ヲ論セス即チ是非善惡ノ識別力アルモ其所爲ニ就テ是非ヲ識別セサル者ハ其智識未ダ發達セサルモノト看做シ刑事上ノ責任ヲ免レシム例ヘハ物ニ自己ノ所有ト他人ノ所有トノ區別アルゴトヲ知リテ他人ノ物ヲ窃取スルモ之ヲ秘スルノ意ナキ者ノ如キハ其所爲ニ就テノ是非ヲ識別セサル者ナルヲ以テ其罪ヲ論セス若シ其贓物ヲ秘シテ窃カニ之ヲ行使セントスル者ノ如キハ即チ所爲ニ就テ是非ヲ識別スル者ナルヲ以テ其罪ヲ論セサルヘカラス

然レモ十二歳以上十六歳未滿ノ者ハ智識ノ發達未ダ充分ナラサル幼年者ナルヲ以テ假令ヒ所爲ニ就テ是非ヲ識別シ得ル者ト認定スルモ丁年以上ノ者ト同一ノ刑罰ニ處スルハ酷ニ過クルト云ハサルヘカラス故ニ此場合ニ於テハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減スヘキモノトス第二項ノ規定即チ是レナリ第一項ノ場合ニ於テ所爲ニ就キ是非ヲ識別スルノ能力ナキ者ト認定シ其罪ヲ論セサルモ猶ホ情狀ニ因リ之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得ルハ亦猶ホ前條ト理由ヲ同フスルヲ以テ爰ニ贅セス止マ本條ノ場合ニ於テ留置スルハ檢察官ノ公訴ニ因リ公判ニ付シタル結果ニ出ツルヲ以テ裁判所ニ於テ之ヲ行フハ勿論ナルヘシ

予ハ宥恕減輕ノ大綱ハ既ニ之ヲ講述シタルモ尙ホ其細目ハ各條下ニ於テ之ヲ討究センテ約セリ今本條ニ於テ宥恕ノ文字ニ接セリ故ニ

約ヲ履ンテ宥恕ノ何タルヲ畧説スヘシ宥恕減輕ハ犯罪ノ構成ニ必要ナル三條件即チ意思及ヒ意思ノ自由力ト是非ノ識別力トヲ具備スルモ他ノ理由ニ因リ宥恕ヲ與ヘテ全ク其罪ヲ免シ又ハ減輕スルモノニノ宥恕ニハ三種ノ區別アリ第一普通ノ宥恕減輕第二特別ノ宥恕減輕第三宥恕免刑是レナリ宥恕免刑ハ第五百五十三條第三百五十六條第三百七十七條第三百八十七條第三百九十八條等ノ場合はレナリ特別ノ宥恕減輕ハ第三百九條乃至三百十六條ニ規定スルモノ是レナリ此二箇ノ宥恕ニ就テハ尙ホ其條下ニ至リ講述スル所アルヘシ爰ニハ唯普通ノ宥恕ニ就テ一言スヘシ第八十條第八十一條第二項及ヒ第八十三條ハ是非ノ識別力ナク或ハ之レアルモ未タ充分ナラサルノ故テ以テ其罪ヲ宥恕シ刑ノ減等ヲ爲スモノタルハ明カナリト雖モ該三條ノ場合ニ於テ宥恕ノ文字ヲ用ユルハ他ノ宥恕ト對比シテ其當ヲ得スト云

ハサルヘカラス何トナレハ宥恕免刑及ヒ特別ノ宥恕減輕ノ場合ヲ見ルニ犯罪ハ當然成立スルモ他ニ理由ノ存スルアルニ因テ之ヲ宥恕スト云フニアルヲ以テ宥恕ノ文字寔ニ適當ス之ニ反シテ該三條ノ場合ハ犯罪ノ構成ニ必要ナル條件不完備ナルヲ以テ其未タ全ク成立スルモノト看做スコトヲ得ス故ニ本刑ヨリ減等スヘシト云フニアリ之レ宥恕ノ意味ニアラスシテ當然減等スヘキモノナリ然ラハ如何ナル文字ヲ用非テ可ナルヤ蓋適當ノ文字アラサルヲ以テ止ムコトヲ得ス宥恕ノ二字ヲ用非タルモノナルヲ信スト雖モ宥恕ト云ハ、何レノ場合モ同一ノ意味ニ出ツルモノト解釋セハ或ハ其法理ヲ誤ルコトナカルヘキ乎敢テ讀者ノ爲メ爰ニ一言ス

第八十一條 罪ヲ犯ス時滿十六歲以上二十歲ニ滿サル者ハ其罪ヲ

宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス

年齢満十六歳以上二十歳未満ノ者ハ猶ホ未丁年者タリト雖モ之ヲ十六歳未満ノ者ニ比スレハ既ニ多少ノ教育ヲ受ケ且ツ稍事物ノ經驗ヲ得タル者ト推測セサルヘカラス隨テ是非ノ識別力アル者ト看做スハ當然ナルヲ以テ此年齢ニ達スル者ニシテ罪ヲ犯スルハ刑事上ノ責任ヲ負ハシメ以テ之ヲ懲戒セサルヘカラス然レモ其智識力ハ未タ充分發達セサルヲ以テ本刑ヨリ一等ヲ減セシムルモノトス抑モ前條第二項ノ場合ニ於テハ二等ヲ減シ本條ノ場合ニ於テハ一等ヲ減スルニ止マラシムルモノハ何ソヤ之レ他ナシ後者ハ前者ニ比スレハ智識ノ度ニ差異アルモノト推測スルヲ以テナリ或ル論者ハ本條ヲ解シテ我刑法ハ滿十六歳ヲ以テ刑法上ノ丁年ト定メタルモノ、如クニ思惟シタリト雖モ是レ誤謬タルヲ免レス果シテ滿十六歳ヲ以テ刑法上ノ丁年ト爲ストキハ當然一等ヲ減スルノ謂ハレナシ其當然一等ヲ減スルモノ

ハ即チ未丁年タルノ故ヲ以テナリ

我刑法ハ滿二十歳ヲ以テ丁年ト爲スカ故ニ滿二十歳以上ノ者ハ當然刑事上ノ責メニ任セシム蓋高齡七八十歳以上ノ者ハ實際耄耋シテ是非ヲ識別セサルコト幼年者ニ異ラサル者アリト雖モ法律ハ是等ノ者ニ就テ特例ノ設ケナシ故ニ同一ノ責任ヲ免レサルハ勿論タリト雖モ老耄ニ至リ全ク是非ヲ識別セサル者ニ對シテハ第七十八條ヲ適用スルヲ至當ト爲スヘシ然レモ高齡ニ達スルモ猶ホ矍鑠トシテ益強健ナル者アリ是等ノ者ニ對シテハ重罪犯ニ於テ第十九條ノ恩典ヲ與フルノ外他ハ一般ノ犯人ト同一ニ論スヘキモノト思考ス

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コトヲ得

瘖啞者トハ何ソヤ耳アレモ聞ク能ハス口アレモ言フ能ハサル者即チ

之レナリ耳ト口トハ人間交際上ノ二大機關ニシテ此二大機關ノ活動ニ依ルニアラサレハ智識ノ發達ヲ致シ得ヘキアラス故ニ瘖啞者ハ其年齢ハ丁年以上ニ達スルモ其智識如何ニ至テハ十二歳以下ノ者ニ異ナラスシテ刑法上ノ責任ヲ負ハシムヘキニアラス若シ瘖啞者ノ所爲ヲモ罰スヘシトセン乎十二歳以下ノ幼者ヲ罰スト何ソ擇ハンヤ且ツ審判上ヨリ之ヲ論スルモ被告人ト檢察官トハ對等ノ位地ヲ有セシメサルヘカラス刑事訴訟法ニ於テ被告人ニ許スニ辯護權ヲ以テスルモノハ即チ對等ノ位地ヲ得セシムルニ在リ然ルニ耳聞ク能ハス口言フ能ハサル不具者ヲシテ檢察官ノ論告ニ當ラシメハ如何假令ヒ通事アリテ瘖啞者ノ意思ヲ傳ヘ得ヘシトスルモ能辯達識ナル檢察官ノ論告ニ對抗スルコトヲ得ヘシトスル乎否ナ此ノ如キハ被告人ニ辯護ヲ許サスシテ之ヲ罰スルニ異ナラス既ニ前述二箇ノ理由アリ是レ瘖啞者

ノ所爲ハ其罪ヲ論セサル所以ナリ
世ニ瘖啞者ニシテ其性伶俐ナル者ハ手眞似又ハ文字ヲ以テ言語ニ代用シ幾ント普通人タルカ如キ者アリ又今日ハ盲啞學校ノ設ケアリテ其智識ヲ發達セシムルアリト雖モ要スルニ耳聞ク能ハス口言フ能ハサル者ハ到底普通人ノ智識ヲ得ル丁能ハサル者ト推測セサルヘカラス又瘖啞ニハ先天ノモノト丁年以上ニ及ヒ疾病ノ爲メニ瘖啞ト爲ルモノアリ故ニ草案ニハ幼稚ノ時ヨリ瘖啞ノ者罪ヲ犯シタル時云々トアリテ丁年以上ニ及シテ瘖啞ト爲リタル者ハ不論罪ノ限リニ在ラサルモノトセリ立法官ハ之ヲ修正シ「生來又ハ幼稚ノ時」ノ文字ヲ削除シ苟クモ瘖啞者タルモノハ先天ニ出ツルト丁年後ニ係ルトチ問ハス一般ニ其罪ヲ論セサルモノト規定シタルハ他ナシ瘖啞者ハ丁年後ノ發病ニ係ルモ猶ホ其智識ニ缺クル所アルモノト看做スハ勿論審判上ニ

於テモ辨護ヲ許サスシテ之ヲ罰スルノ結果ヲ免レサルヲ以テナリ

第八十三條 違警罪ハ滿十六歲以上二十歲ニ滿サル者ト雖モ其罪

ヲ宥恕スルコトヲ得ス

滿十二歲以上十六歲ニ滿サル者ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ

減ス十二歲ニ滿サル者及瘖啞者ハ其罪ヲ論セス

本條ハ違警罪ニ關スル不論罪及ヒ宥恕減輕ヲ規定シタルモノナリ違

警罪ニ於テハ重罪輕罪ノ場合ト異リ滿十六歲以上二十歲未滿ノ者ハ

其罪ヲ宥恕セスシテ本刑ヲ科スルモノハ他ナシ違警罪ハ其罪輕微ナ

ルノミナラス專ラ地方ノ取締ニ屬スルモノナルヲ以テナリ即チ違警

罪ハ保安上ノ必要ニ因リ犯罪構成ノ必要條件ノ具備如何ヲ問ハス單

ニ所爲ノ結果ヲ罰スルナリ故ニ幼年者ノ所爲ト雖モ罰セサルヲ得ス

然レモ識別力未ダ發達セサル幼年者ヲ罰スルハ其不當タルコト論チ

俟タス是レ十二歲以上十六歲未滿ノ者ハ之ヲ罰スルモ宥恕ヲ與ヘテ

本刑ニ一等ヲ減シ十二歲未滿ノ者ハ其罪ヲ論セサル所以ナリ瘖啞者

モ亦其罪ヲ論セサルハ十二歲以下ノ幼年者ト同視スルニ外ナラス

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

本節ニ規定シタル不論罪及ヒ宥恕減輕ハ一般ノ犯罪ニ適用スヘキ原

則ナリ尙ホ特種ノ場合ニ於テ不論罪トシ若クハ宥恕減輕スヘキモノ

アリ是レ本條ヲ特設シ特別ノ不論罪宥恕減輕ハ各本條ニ於テ之ヲ記

載スルコトヲ明示シタル所以ナリ

特別ノ不論罪ハ第三百十四條身軀生命ニ關スル正當防衛ノ所爲第三

百十五條財産ニ對シ放火其他暴行ヲ爲ス者等ニ對スル正當防衛是レ

ナリ特別ノ宥恕減輕ハ第三百九條以下ノ場合はレナリ第五百十三條

第三百七十七條ノ場合モ其罪ヲ論セストアルモ此不論罪ハ宥恕免刑ニ屬スルモノニシテ立法ノ意ハ宥恕ニ出ツルモノト知ルヘシ

(改正草案)改正草案者ハ正當防衛、刑事責任ノ年齢及ヒ懲治場留置處分ニ改正ヲ加ヘント要セリ故ニ予モ亦一言セサルヲ得ス

改正草案者第一編第四章ニ「除刑又ハ減刑」ト題スル綱目ヲ設ケ不論罪宥恕減輕及ヒ自首減輕ヲ一束シテ之ヲ規定セントス予ハ現行法ニ於テ一節内ニ不論罪ト宥恕減輕トヲ併掲シタルモ尙且ツ編次ノ妥當ヲ缺クモノト思考スルモノナリ況ンヤ一章内ニ自首減輕ヲモ加フルニ於テオヤ蓋改正草案者ノ意思ハ簡便ヲ探ルニ在ルヘシト雖モ之カ爲メ却テ錯雜ヲ來マスノ憂ナシトセス然レモ是等ハ枝葉ニ屬スルヲ以テ多言スルノ必要ナシ今其改正要點ノ存スル所ヲ見レハ正當防衛ヲ現行法ノ第三編中ヨリ抜キ來テ之ヲ不論罪中ニ併

掲セリ其理由トスル所ハ正當防衛ハ殺傷ニ關スル場合最モ多シトスルモ人ヲ制縛シ又ハ監禁シ其他財産ノ毀損等ニ關スル場合モ亦少カラズ故ニ正當防衛ハ之ヲ總則中ニ掲ケテ一般ノ場合ニ適用セシムルヲ以テ至當トスヘシト此說ハ予モ亦是認スルモノナリ本來不論罪ニハ一般ノ場合ト特別ノ場合トノ區別アリト雖モ其揆一ナルヲ以テ之ヲ各本條ニ記載センヨリハ寧ロ之ヲ總則中ニ記載スルヲ以テ簡便ニシテ且ツ當ヲ得タリトス

改正草案者ハ幼年者ノ不論罪ニ關スル年齢ニモ改正ヲ加ヘ現行法ノ十二歳以下ヲ十歳以下ト爲サントセリ此改正ニ就テハ予ハ反對セサルヲ得ス我刑法ニ十二歳以下ノ幼年者ヲ無識力者ト看做シタルハ一ノ美典ナリ改正草案者ハ既ニ十歳以上ニ達スル者ハ概シテ所爲ノ是非ヲ識別スルノ傾向アリト云フト雖モ是レ臆測タルニ過

キスシテ果シテ然リト云フヲ得ス蓋改正草按者ハ佛國刑法ニ於テハ幼稚者ト雖モ識別力アル者ハ刑法上ノ責任ヲ免レシメサルヲ見テ我國ニ於テモ十歳以上ノ者ハ其責任アラシメテ可ナリト云フニ在ルカ如シ然レハ我國今日ノ幼年者ヲ見ルニ十二歳未滿ノ者ハ學齡上ニ於テモ普通小學ヲ卒業スルコト能ハサルノ年齢ナリ故ニ識別力ヲ有スル者ト云フヲ得ス若シ十歳以上ノ者ハ直チニ刑法上ノ責任ヲ負ハシムヘシトセハ怜悯ノ性ヲ有スル瘖啞者ノ如キモ亦之ヲ不論罪中ニ置クヲ不當ト云ハサルヘカラス由テ觀レハ責任ニ關スル年齢ハ現行法ヲ存セシメテ可ナリト信ス

又改正草按者ハ現行法ノ草案ニ係リシ瘖啞者ニ關スルモノヲ復活セシメ瘖啞ニシテ丁年後ニ係ル者ハ之ヲ不論罪中ヨリ除却セント要セリ是レ亦酷ニ過クルト云ハサルヘカラス何トナレハ瘖啞者ハ

假令ヒ丁年後ノ發病ニ係ルモ耳聞ク能ハス口言フ能ハサル者ナリ且ツ其識別力モ必ス缺クル所アレハナリ然ルニ尙ホ之ヲシテ檢察官ノ論告ニ對抗セシメントス是レ實ニ辯護ヲ許サスシテ之ヲ罰スルノ嫌ヒアルヲ免レス故ニ予ハ瘖啞者ノ不論罪ハ現行法ニ從フヲ以テ却テ其當ヲ得タルモノト信ス況ンヤ瘖啞者ト雖モ情狀ニ因リ五年ヲ過キサル範圍内ニ於テ之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得ルニ於テオヤ又何ヲ憂ヒテ之ニ酷待ヲ加フルノ必要アラシヤ

幼年者及ヒ瘖啞者ノ留置處分ニ就キ特例ナシ即チ留置處分ヲ受ケタル者ハ感化ノ効ニ因リ悔改ノ狀ヲ現ハスモ其留置ヲ解クコトヲ得サルノ不便アリ是一般ノ犯罪ニ假出獄ヲ許スニ比スレハ其權衡ヲ失セリ故ニ裁判所ハ檢察事又ハ親屬ノ請求ニ因リ其留置ヲ解クコトヲ得ルノ規定ヲ設クルハ必要ナリト予ハ留置處分ハ元來行政處

分トモ看做スヘキモノニシテ且ツ之ヲ留置スルト否トハ當局者ノ意見如何ニ在ルヲ以テ現行法ニ依ルモ尙ホ感化ノ効ニ因リ悔改ノ實狀ヲ現ハス者ハ期間内ト雖モ之ヲ解放スルコトヲ得ヘキモノト信シ既ニ之ヲ講述セリ然レモ其明文ヲ掲クルトキハ復タ疑義ヲ生スルコトナカルヘキヲ以テ此規定ヲ掲クルハ不可ナカルヘシ

第二節 自首減輕

凡ソ減輕ニハ二箇ノ大區別アリ即チ裁判官ノ意見ヲ以テ減輕スルコトヲ得ルモノ其一ナリ法律自ラ減輕スルモノ其二ナリ第一ニ屬スルモノハ酌量減輕ニシテ第二ニ屬スルモノハ宥恕減輕特別ノ宥恕減輕及ヒ自首減輕是レナリ酌量減輕ハ裁判官ニ於テ減輕セサラント欲セハ減輕セスシテ固ヨリ可ナリ宥恕減輕特別ノ宥恕減輕及ヒ自首減輕ハ然ラズ裁判官ハ減輕セサラント欲スト雖モ能ハス必スヤ法律ニ從

ヒテ減輕セサルヘカラス故ニ宥恕減輕特別ノ宥恕減輕及ヒ自首減輕ハ法律自ラ減輕スルモノナリト云フ
又減輕ニハ公益上ニ係ルモノト道理上ニ出ツルモノトノ區別アリ第八十條第二項第八十一條第八十三條第二項第三百九條乃至第三百十二條等ハ即チ是レ道理上ニ出ツルモノニシテ此減輕ハ犯罪前ニ於テ其理由既ニ存スルモノトス第二百二十六條第九十二條第二百二十六條第三百五十六條等及ヒ本節ノ自首減輕ハ即チ是レ公益上ニ係ルモノニシテ犯罪後ニ其理由ヲ生スルモノトス而シテ予ハ自首減輕ノ公益上ニ關スル所以ヲ講述スルノ前先ツ自首減輕ノ何ナルヲ略説スヘシ
自首トハ自ラ犯シタル罪狀ヲ官署ニ申告スルノ謂ヒニシテ此自首ヲ爲ス者ハ各本條ニ特記セルモノハ勿論謀殺故殺ノ二罪ヲ除クノ外一般ノ犯罪ニ對シテ其刑ヲ減輕スルモノナリ而シテ法律上此恩典ヲ設

ケタルモノハ數箇ノ理由アルニ基因スト雖モ要スルニ社會ノ公益上ニ出ツルモノタルハ敢テ疑ヒテ容レサルヘシ第百二十六條ニ記載スル内亂ノ豫備又ハ隱謀ヲ爲シ未タ其事ヲ行ハサル前ニ自首シ又ハ第百九十二條ニ掲ケタル貨幣ヲ偽造變造シ及ヒ輸入取受シテ未タ行使セサル前ニ自首シ又ハ第二百二十六條ニ示シタル偽證者カ其事件ノ裁判宣告ニ至ラサル前ニ自首スルカ如キハ實ニ社會ノ公益ニ至大ノ關係アリト云フヘシ此總則中ニ規定シタル自首減輕ハ一般ノ犯罪ニ適用スト雖モ亦是レ公益ニ基クニ外ナラス

抑モ自首減輕ナルモノハ歐洲各國ノ刑法上之ヲ特定スルモノナシ明清律ニハ自首減輕ノ目アリ我舊法タル新律綱領改定律例中ニモ此目アリ蓋我自首減輕ハ明清律ニ摸倣シタルモノナルヘシト雖モ現行法ノ自首減輕ト新律綱領改定律例ノ自首減輕トハ大ニ其理由ヲ異ニス

ル所アルヲ知ル今歐洲各國ノ刑法ヲ見ルニ自首減輕ノ特定ナシト雖モ我刑法ニ於テ自首減輕ヲ與フルモノ、種類ニ就テハ裁判官ニ委スルニ酌量減輕ノ權ヲ以テシ其旨意ニ於ケルヤ我刑法ノ自首減輕ト異ナル所アラサルナリ夫レ然ラハ我現行法ノ自首減輕モ亦歐洲各國ノ刑法上ニ於ケル特種ノ酌量減輕ニ對照シテ更ニ其主義ヲ定メタルモノ、如シ是レ新法ノ自首減輕ト舊法ノ自首減輕トハ其理由ヲ異ニスル所以ナリ而シテ新舊二法ノ理由トスル所孰レカ最モ法理ニ適合スルヤ是レ研究セサルヘカラサルノ要點ナリ

新律綱領改定律例及ヒ明清律ノ自首減輕ハ全ク犯人ノ悔悟ニ基因セリ即チ一タヒ罪ヲ犯スト雖モ事未タ發覺セサル前ニ於テ官署ニ自首スルモノハ既ニ前非ヲ悔悟シ善心ニ復歸シタル者ト推測スヘシ之ヲ逃竄隱匿以テ法網ヲ脱シテ其非ヲ遂ケントスル者ニ比スレハ其情狀

同視スヘキニアラス故ニ其刑ヲ減スヘシト蓋舊時ノ如ク刑典ヲ秘シテ人民ニ公示セサル時代ニ於テハ犯人自首ニ因テ減刑セラル、ヤ否ヤチ知ラサルヲ以テ偶自首スル者ハ悔悟ニ出ツル者ト推測スヘシト雖モ今日ノ如ク公然刑典ヲ頒布スルニ至テハ其自首必シモ悔悟ニ出ツルモノト推測スルヲ得ス何トナレハ自首者ハ必ス減等セラル、ヲ以テ其自首ハ悔悟ニ出ツルニ非ス寧ロ減等ヲ目的トスルモノ最モ多數ナルヘキヲ以テナリ現ニ統計表ニ因テ覩ルモ自首者ハ減輕ヲ得ルノ犯罪ニ多クシテ減輕ヲ得サルノ犯罪ニ少キヲ以テ證スルニ足ルヘシ之ヲ換言スレハ自首ハ悔悟ノ故ニアラスシテ減輕ヲ求メンカ爲メノミ故ニ減輕セハ自首スヘシ減輕セズンハ自首セスト云フカ如シ夫レ然リ自首ハ悔悟ニ出ツルモノト云フヲ得ス然ラハ現行法ニ於テ尙ホ自首減輕ヲ設クルモノハ何ソヤ他ナシ三箇ノ理由存スルヲ以テ

ナリ第一僥倖ヲ以テ刑罰ヲ遁ル、者ナキニ至ラシムルノ益アリ第二裁判ノ錯誤ヲ避クルノ益アリ第三刑罰ヲ遁レテ再ヒ罪ヲ犯スノ憂ヒヲ防止スルノ益アリ此三箇ノ利益ハ即チ自首減輕ヲ設クルノ理由タリ爰ニ其要領ヲ略説スヘシ
 第一犯人ノ狡猾ナル者ハ種々ノ手段ヲ以テ巧ミニ逃竄シ充分ニ搜索スルモ竟ニ逮捕ニ就カサル者アリ是レ司法權ノ信用ニ關シ且ツ法律ノ威力ヲ損スルモノト云ハサルヘカラス然ルニ自首減輕ヲ設ケテ自首ヲ獎勵スルトキハ犯人自ラ出テ、申告シ管ニ犯人ヲシテ減等ノ恩典ニ因リ殊ニ悔悟心ヲ發スヘキノミナラス司法權ノ信用ヲモ回復スルコトヲ得ヘシ

第二審判手續ハ緻密ニシテ完全ヲ致スト雖モ尙ホ且剛愎ナル犯人ハ容易ニ其實ヲ供出セサルカ爲メ往々ニシテ裁判ノ錯誤ヲ來タサシメ

又ハ時トシテ冤罪ニ陥ラシムルノ弊ヲ免レス然ルニ自首減輕ニ因リ
自首ヲ獎勵セハ自ラ罪狀ヲ申告スルニヨリ亦以テ幾分カ裁判ノ錯誤
ヲ避クルコトヲ得ヘシ

第三犯人逃竄シテ既ニ其刑ヲ遁ル、ヤ飢渴ニ迫レハ再ヒ罪ヲ犯スニ
至ル者アリ是等ハ前犯ノ刑ヲ遁レタルニ因テ招ク所ノ再犯ナリト云
フヘシ然ルニ自首減輕ヲ設クルトキハ前犯ニ於テ自首シ再犯ナカラ
シムルコトヲ得ヘシ

以上ノ三益ハ皆是レ社會ノ公益ニ屬スルモノナリ是レ自首減輕ノ設
ケアル所以ナリト雖モ自首減輕モ亦弊害ヲ招クノ憂ヒナシトセス例
ヘハ二人以上共謀シテ詐僞取財ヲ犯シ其贓物ノ幾分ヲ一人ニ與ヘテ
自首セシムルカ如キ是レナリ是等ノ所爲ハ狡豎ノ常ニ行フ所ナルヲ
以テ裁判官ハ自首ト雖モ亦犯罪ノ種類ニ因リ一層ノ注意ヲ加フルハ

タ緊要タルヘシ

第八十五條 罪ヲ犯シ事未タ發覺セサル前ニ於テ官ニ自首シタル
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

自首減輕ヲ許スハ三箇ノ理由ニ基因スルヲ以テ自首ハ三箇ノ理由ニ
適合スル時ニ於テスルヲ要ス即チ事未タ發覺セサル前ニ於テ自首セ
サレハ其効ナシ是レ他ナシ事既ニ發覺シタル後ニ於テ自首スルトキ
ハ三箇ノ公益ヲ得ヘキノ時機既ニ過キ其實益ナカルヘキヲ以テナリ
裁判ノ錯誤ヲ來タシ搜索ノ勞費ヲ要スル等ハ皆是レ事ノ未發覺前ニ
在ルノミ事既ニ發覺シタル後ハ自首スルモノノ公益ナカルヘシ故ニ
自首ノ効力ハ事ノ未發覺前ニ限レリ例ヘハ竊盜犯者カ背後ヨリ盜賊
ト呼ンテ追跡セラレ偶警官ノ來ルヲ見テ其遁ルヘカラサルヲ知テ自

首スルカ如キハ即チ其効ナシト知ルヘシ
 罪ヲ犯シ事未タ發覺セサル前云々ノ法語ニ就テハ二様ノ解釋アリ即
 チ一ハ犯罪ノ事實ヲ指シタルト云ヒ一ハ犯人ノ誰レタルノ事實ヲ指
 スト云フ是レナリ文字上ヨリ觀察スレハ何人モ未タ犯罪ノ事實ヲ知
 ラサル前ト解釋スルチ以テ妥當ト爲スカ如シト雖モ立法者ノ意思ヲ
 忖度スレハ事トハ犯罪ノ事實ヲ指シタルニアラスシテ犯人ノ誰レタ
 ルヤノ事實ヲ指シタルモノト解釋セサルヘカラス實際上ヨリ視ルモ
 詐僞取財罪僞證罪等ノ如キ錯雜シタルモノヲ除クノ外犯罪ノ事實發
 覺セサルモノハ幾ント希レナリ竊盜犯ノ如キハ一片ノ居書ニ因テ直
 チニ發覺スヘシ然ルニ若シ本條ノ事ト云ヘハ犯罪ノ事實ノ謂ヒナリ
 トセハ之ヲ適用スル區域狹隘ニシテ實際ノ効益ナキニ至ルヘシ前述
 ノ如ク犯罪ノ事實ハ容易ニ發覺スヘシト雖モ犯人ノ誰レタルヤニ至

テハ犯罪ノ何タルチ問ハス容易ニ發覺シ難キハ其常ナリ人違ニ因テ
 無辜ノ人ヲ罰スルカ如キハ實ニ犯人ノ誰レタルヤ未タ發覺セサルノ
 前ニ在リ故ニ本條ニ事ト云ヘルハ犯人ノ誰レタルヤノ事實ヲ指シタ
 ルモノト解釋セサルヘカラス
 草案ニ就テ之ヲ見ルニ第九十六條ニ罪ヲ犯セシ者未タ何等ノ嫌疑或
 ハ發覺ヲ彼レニ對シ生セサリシ前云々トアリ此文意タルヤ犯人ノ誰
 レタルヤ未タ發覺セサル前云々ノ意タルコト明カナリ本條ニハ單ニ
 事トアルチ以テ動モスレハ犯罪ノ事實ヲ指シタルモノト誤解シ易シ
 ト雖モ司法省ノ解釋モ亦犯人ヲ指シタルト明カナリ同省明治十五年
 十月内訓ニ曰ク刑法第八十五條ノ發覺トハ其犯人ノ官ニ發覺セサル
 ニ拘ハラス被害者ニ於テ犯人ノ誰タルチ確知シタル上ハ官ニ發覺セ
 シト同一ノモノトス此内訓ニ依レハ犯人ヲ指シタルト明カニシテ且

ツ官ニ於テ其誰レタルヲ知リタルト被告人ニ於テ知リタルトヲ問ハ
 ス苟クモ其誰レタル事實ノ發覺シタルトキハ自首ノ効ナキモノトス
 又自首ハ必ス官署ニ對シテ之ヲ爲サ、ルヘカラス然ラサレハ其効ナ
 シ舊法ニ於テハ自首ハ犯人自ラ之ヲ爲サシメ然ラサレハ其効ナカラ
 シメタリ然ルニ本條ニハ唯官ニ自首云々トアリテ自ラ爲スヘシトノ
 明文アラス故ニ疾病等ノ場合ニ於テハ親屬又ハ代理人チノ代ツテ之
 チ爲サシムルモ有効ナルヘシ又舊法ニ於テハ自首ニ因リ全ク其刑ヲ
 免スル場合アリ新法ハ然ラスシテ單ニ一等ヲ減スルニ止マラシメタ
 ルモノハ何ソヤ他ナシ惡漢等ハ竊盜又ハ詐僞取財ヲ犯シ事未ダ發覺
 セサル前ニ早ク已ニ贓物ヲ消費シ而シテ後チ自首スル等ノ狡猾手段
 チ施シ言フヘカラサルノ弊害ヲ來タスノ憂ヒアルヲ以テナリ此ノ甚
 如キハ法律自ラ其法ヲ徒法ニ歸セシムルニ齊シク寧ロ法ナキニ若カ

サルノ結果ヲ招クニ至ルヘシ是レ自首減輕ハ一等ニ止マラシムル所
 以ナリ

謀殺故殺ニ係ル者ハ之チ自首減輕中ニ置カサルハ本條但書ノ明示ス
 ル所ナリ蓋謀殺故殺ハ犯情最モ重キモノナリ若シ之ニ自首減輕ヲ許
 サハ復仇ノ場合等ニ於テハ豫メ死刑ヲ免ル、チ奇貨トシテ其罪ヲ犯
 スニ至ル等ノ弊害アリ故ニ之ヲ許サスト云フノ意タル乎然レモ予チ
 以テ之ヲ視レハ是レ其一チ知テ未タ其二チ知ラサル者ト云ハサルチ
 得ス凡ソ殺傷罪ヲ犯スカ如キ者ハ其罪跡ヲ晦マサンカ爲メ再ヒ人チ
 殺シテ其口ヲ塞キ氏名ヲ僞稱シテ逮捕ヲ遁ル、等一罪ヲ犯シタルニ
 因テ他罪ヲ犯スノ傾向ナキニアラス又犯罪最モ重キモノハ一層裁判
 ノ錯誤ヲ避クルノ必要アリ又搜索ノ勞費モ一層多キチ要セサルヘカ
 ラス由テ觀レハ自首減輕ヲ設クルノ必要ハ輕罪犯ニ在ランヨリハ寧

口重罪犯ニ在リト云フモ不可ナカルヘシ然ルニ謀殺故殺ニ自首減輕
ヲ許サルハ予ノ了解ニ苦ム所ナリ又或ハ云ハン乎謀殺故殺ノ自首
ハ毫モ被害者ニ利益ヲ與ヘス故ニ其減輕ヲ許サスト然レモ自首減輕
ハ元來被害者ノ爲メニ設クルニアラス三箇ノ理由アルヲ以テナリ此
理由ヨリ論スルトキハ謀殺故殺ノ如キハ最モ其自首ヲ望マサルヘカ
ラス然ルニ之ニ減輕ヲ許サルハ立法ノ本旨ニ悖ルノ嫌ヒナキヲ得
ス故ニ草案ニハ但書ノ附加ナク一般ニ自首減輕ヲ許スモノトセリ然
ルニ立法者カ特ニ但書ヲ附加シタルハ果シテ何等ノ理由ニ當ルヤ予
ハ疑ヒナキヲ得サルナリ

第八十六條 財産ニ對スル罪ヲ犯シタル者自首シテ其贓物ヲ還給
シ損害ヲ賠償シタル時ハ自首減輕ノ外仍ホ本刑ニ二等ヲ減ス其
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

本條ハ財産ニ對スル犯罪ニ於テ自首スル者其贓物ヲ還給シ又ハ賠償
シタルトキハ自首減輕ノ外仍ホ二等若クハ一等ヲ減スルノ特例ヲ定
メタルモノナリ蓋此減輕ヲ爲スモノハ被害者ニ贓物又ハ損害ノ全部
又ハ半數以上ヲ還償スルトキハ社會ノ被害モ亦隨テ減少スルヲ以テ
ナリ本條ノ規定ハ之ヲ要スルニ財産ニ關スル犯罪ハ其性質上社會ノ
道德ヲ害スルノ責メ輕フシテ公益ヲ害スルノ責メ重キニ居ルヲ以テ
自首減輕ノ外仍ホ減輕ヲ設ケ以テ贓物又ハ損害ノ還給ヲ勸誘スルニ
在リトス

財産ニ關スル罪トハ第三編第二章中ニ記載シタル犯罪ノ謂ヒニシテ
此諸犯罪ニ對シテ本條ヲ適用スヘキハ勿論ナルモ若シ附帶犯アリタ
ル場合ニ於テハ如何是レ一ノ疑問タルヘシ例ヘハ官印ヲ偽造シテ以
テ詐僞取財ノ手段ト爲シタル場合ニ於テ贓物又ハ損害ヲ還給シタル

者ノ如キ是レナリ蓋是等ノ場合ニ於テハ數罪俱發ヲ以テ論シ即チ一ノ重キ官印偽造罪ニ問フヘキモノト思考ス何トナレハ官印偽造ヲ以テ詐僞手段ト爲ストキハ其目的ハ財ヲ得ルニ在リト雖モ贓物又ハ損害ノ還償ヲ以テ既ニ害シタル社會ノ信用ヲ償フニ足ラサレハナリ況ンヤ重罪犯ニ係ルニ於テオヤ由テ觀レハ財産ニ關スル犯罪ノ爲メニ他ノ罪ヲ犯シタル場合ニ於テハ其罪モ亦私罪ニ關スル場合ニ於テノミ本條ヲ適用スヘキモノト思考ス

又贓物又ハ損害ノ還償ハ二人以上共犯ノ場合ニ於テ疑問アリ例ヘハ二人共謀シテ千圓ヲ盜取シ各五百圓ヲ分配シタル場合ニ於テ其一人自首シ且ツ五百圓ヲ還償シタルトキハ本條ニ依リ本刑ニ三等ヲ減セラルヘキヤ否ヤノ疑問是レナリ蓋二人共犯シテ千圓ヲ盜取シタルトキハ犯者ハ二人タルモ一箇ノ犯罪タルニ過キサルヲ以テ全部即チ千

圓ヲ還償スルニアラサレハ三等減刑ヲ得サルハ論ヲ俟タス何トナレハ甲乙二人共犯ニテ千圓ヲ盜取シ甲其全額ヲ奪ヒテ遁レタル場合等ニ於テ乙ハ贓物ヲ得サリシト云フテ理由トシ單一ノ自首ヲ以テ三等減刑ヲ得ントスルモ得ヘキノ理アラサレハナリ此場合ト雖モ乙ハ贓物ヲ消費シタルト否トニ拘ラス被害者ニ對シテ全部即チ千圓ヲ還償スルニアラサレハ三等減刑ヲ得サルヘシ然ラサレハ社會ノ被害ヲ償ヒタルノ効ナケレハナリ之ニ反シテ甲乙ト共ニ自首シ贓物ノ還償ハ全ク乙ノ財産ヲ以テスルモ共ニ三等減刑ヲ得ヘシ何トナレハ一箇ノ犯罪ニシテ其犯罪ヨリ生シタル損害ハ之ヲ完償スル以上ハ本條ヲ適用スヘキコト當然ナレハナリ

此還償ニ就テハ自首者自ラ之ヲ爲スニアラサレハ其効ナキモノト解釋セサルヘカラス何トナレハ法文ノ意味ハ自首シテ而シテ還償シタ

ル者ニハ減等ヲ與フヘシト云フニ過キスシテ其還償ハ自首ト共ニ之ヲ爲スモノニ限リ訴追ヲ受ケテ之ヲ爲スモノハ其効ナキノ意自ラ明カナレハナリ畢竟スルニ此還償ハ幾分カ民事ノ性質ヲ帶フルモノニシテ亦猶ホ民事ニ於テ義務ヲ履行スルトキハ訴追ノ後ト雖モ其責ヲ免ル、ト同一タラシメテ可ナルカ如シ故ニ又前例ノ場合ニ於テモ還償ニ就テハ刑事ノ責任ニ連帶ナキニ拘ラス連帶ノ結果ヲ免レサルニ至ルモノト思考ス是レ他ナシ其犯罪ハ財産ニ關スルノ故ヲ以テナリ然ルニ自ラ還償ヲ爲スニアラサレハ減等ヲ得サルモノト定メタルハ其當ヲ得タルモノト云フヲ得ス何トナレハ假令ヒ訴追ニ因ルモ還償ヲ爲ス者ト爲サ、ル者ト同一ノ結果ヲ受クルノ道理ナケレハナリ故ニ改正草案者ハ本條ノ規定ヲ不當トシテ之ヲ全廢セント要セリ予ヲ以テ視レハ之ヲ全廢セサルモ還償皆同一ノ効力ヲ生セシメハ可ナラ

ン乎

第八十七條 財産ニ對スル罪ヲ犯シ被害者ニ自首シタル者ハ官ニ

自首スルト同ク前二條ノ例ニ照シテ處斷ス

本條ハ財産ニ對スル罪ヲ犯シ被害者ニ對シテ自首シ又ハ贓物ヲ還給シ損害ヲ賠償シタルトキハ前二條ノ場合ト同一ノ効力ヲ生スルコトヲ示シタルニ過キスシテ他ニ理由ノ存スルニアラス故ニ説明ヲ下スノ必要ナキモ本條ノ規定ハ果シテ法理ニ適合スルヤ否ヤニ就テ一言セサルヘカラス

本條ハ昔時ノ慣習ニ從ヒ財産ニ關スル犯罪ニ就テハ加害者ト被害者トノ間ニ私和ヲ行ハシムルニ在ラン乎之レ決シテ然ラサルヘシ何トナレハ現行法ニ於テハ刑罰ハ社會ノ爲メニ行フモノニシテ被害者ノ爲メニ行フニアラス又公訴ト私訴ノ區別アリテ公訴ハ被害者ノ意思

ニ因テ左右セラルヘキモノニアラサレハナリ然ラハ被害者ニ自首ス
 ルモ官ニ自首スルト同一ノ効力ヲ生スルノ理由ナカルヘシ若シ加害
 者被害者ニ對シテ還償ヲ爲シテ結局シ被害者ヨリ之ヲ官ニ申告スル
 トキハ犯人ノ自首ナキモ減等ヲ得ヘシトスル乎果シテ然ラハ社會ハ
 時トシテ犯罪ノ事實ヲ知ルニ由ナク假令ヒ犯人ヲ罰スルモ減等セサ
 ルヘカラサルヲ以テ公訴權ハ幾分カ被害者ノ爲メニ左右セラル、ノ
 結果ヲ呈スルノ嫌ヒナキニアラス前述ノ如キハ加害者ト被害者トノ
 間ニハ計算濟ト爲リタルモノト看做スヘキモ以テ社會ト犯人トノ間
 ニモ然リト看做スコトヲ得ス故ニ本條ノ規定ハ事理ニ悖ルノ嫌ヒチ
 免レサルニ似タリ

又被害者ハ官ニ告クルノ義務ナキヲ以テ被害者ヨリ還償ヲ受ケタル
 場合ニ於テ之ヲ官ニ告ケサルモ犯人藏匿罪ノ責メヲ受クヘキニアラ
 ス故ニ犯人自首セス被害者モ亦告ケサルトキハ犯罪ノ事實ヲ湮滅ニ
 歸シ即チ社會ハ公訴權ヲ左右セラレタルモノト云ハサルヲ得ス殊ニ
 加害者ト被害者トノ間ニ示談ヲ爲シ還償ヲ爲シタル如キ假裝ヲ爲シ
 テ犯人ヨリ自首セシムルトキハ刑罰權モ亦左右セラル、ノ嫌ヒチ免
 レサルカ如シ

由テ觀レハ本條ノ規定ハ法理ニ悖ルノ嫌ヒナキニアラスト雖モ蓋我
 立法官カ草案ニ之ヲ掲ケサリシニ拘ハラステニ之ヲ設ケタルモノハ
 他ニ理由ノ存スルニ因ル乎姑ク疑ヒチ記シテ後ノ論者ヲ俟ツ

第八十八條 此節ニ記載シタ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

本條ハ各本條ニ於テ別ニ自首ノ例ヲ定メタルモノハ其規定ニ從フヘ
 キコトヲ示シタルニ外ナラス而シテ本條別ニ自首ノ例ヲ掲ケタルモ

ノハ第二百二十六條第九十二條及ヒ第二百二十六條ノ場合はレナリ

第三節 酌量減輕

酌量減輕ハ宥恕減輕自首減輕ニ比スレハ適用上ニ大差アリ即チ宥恕減輕自首減輕ハ法律自ラ減輕スルモノニシテ裁判官之ヲ左右スルコトヲ得ス之ニ反シテ酌量減輕ハ裁判官ノ職權内ニ於テ自由ニ減輕スルコトヲ得ルモノニシテ刑罰ノ公平ヲ望ムニ於テ最も緊要ナル法律ナリ故ニ立法上此法ヲ設ケタルノ理由ハ精密ニ講究セサルヘカラス立法者ノ法律ヲ制定スルヤ勉メテ罪ト刑トノ權衡ヲ得セシムルノ方法ヲ設ケサルヘカラサルハ論ヲ俟タスト雖モ人心ノ同シカラサルハ其面ノ如ク隨テ犯罪ノ情狀モ亦千差萬別ニシテ百人百種ト云フモ可ナリ立法者ハ犯罪ノ事實ヲ豫知シテ其刑ヲ定ムルハ容易ナリト雖モ犯罪ノ情狀ヲ豫知シ得ヘキニアラス又假令ヒ之ヲ豫知シ得ヘシトス

ルモ百人百種ノ犯狀ニ對シ一々其刑ヲ定ムルコトヲ得ヘケンヤ是レ能ハサル所ナリ故ニ立法者ノ責務ハ犯罪ノ事實ヲ豫知シテ唯其刑ヲ定ムルニ止メ即チ云々ノ犯罪ニハ云々ノ刑ヲ科スヘシト定ムルヲ以テ足レリトセサルヘカラス然レモ單ニ其刑例ノミニ依ルモノトセハ罪ト刑トハ常ニ其權衡ヲ失スルニ至ルノ憂ヒヲ免レス何トナレハ謀殺ハ故殺ヨリ重ク竊盜ハ強盜ヨリ輕シトスルカ如キハ親易キノ事實ナリト雖モ謀殺ニモ種々ノ情狀アリ竊盜ニモ箇々ノ情狀ノ存スルアレハナリ例ヘハ父兄ノ仇ヲ報ヒンカ爲メニ其犯人ヲ謀殺シタルト姦通ノ爲メニ姦夫若クハ姦婦カ其夫ヲ謀殺シタルトハ同一ニ論シ難シ竊盜犯ノ如キモ亦然リ貧困ニ迫テ之ヲ犯シタルト遊興ヲ貪ルカ爲メニ犯シタルトハ同日ノ論ニアラス此ノ如ク同一ノ犯罪ニシテ其情狀ニ至テハ懲諒スヘキモノト疾視スヘキモノトノ區別アルニ拘ラス單

ニ犯罪ノ事實ノミニ因テ之ヲ罰スルトキハ比々罪ト刑トノ權衡ヲ失
 スルニ至ルハ必然アリ而シテ種々ノ犯罪ニ對シ罪ト刑トノ權衡ヲ得
 セシムルノ方法ハ如何トセハ唯一ノ酌量減輕權ヲ裁判官ニ委テ犯罪
 ノ情狀ヲ酌量シテ適當ニ處斷セシムルノ外ナカルヘシ是レ立法官カ
 一方ニハ云々ノ罪ヲ犯ス者ハ云々ノ刑ニ處スヘシト規定シ他ノ一方
 ニハ所犯情狀ノ原諒スヘキ者ハ酌量減輕ヲ行フコトヲ得セシムル所
 以ナリ即チ判官ハ立法者ノ規定シタル範圍内ニ於テ適宜ニ酌量減輕
 ヲ爲シ以テ罪ト刑トノ權衡ヲ得セシムルナリ
 前段述フル所ハ即チ酌量減輕ヲ設ケタルノ大原因ニシテ此酌量減輕ハ
 對席裁判ナルト闕席裁判ナルト又法律ニ於テ本刑ヲ加重シ若クハ減
 輕スヘキモノナルトヲ問ハス苟クモ裁判官ニ於テ所犯原諒スヘキノ
 情狀アリト認ムルキハ自由ニ之ヲ適用スルヲ得ヘキハ言ヲ俟タス

酌量減輕ノ適用區域ハ其レ此ノ如ク廣キヲ以テ學者往々之ヲ非難ス
 ル者アリ酌量減輕ハ罪ト刑トノ權衡ヲ得セシムルニ就テハ利益アル
 モ若シ之ヲ濫用スルニ至ラハ如何刑罰權ハ之カ爲メ威力ヲ減殺セラ
 ル、ニ至ルヘシ酌量減輕ニ就テハ其理由ヲ宣告セサルヲ以テ裁判官
 ハ原諒スヘキノ情狀ナキ場合ニ於テモ之ヲ適用セント欲セハ隨意タ
 ルヘシ亦是レ危險ノ法ナラスヤト然レモ此ノ如キハ萬一ニ來タス所
 ノ弊害ニシテ之ヲ以テ罪ト刑トノ權衡ヲ得セシムル至大ノ利益ヲ捨
 ツルコトヲ得ス況ンヤ其弊トスル所モ唯寬ニ過クルノ恐レアリト云
 フニ過キスシテ明リニ加重ヲ許スノ類トハ同視スヘキニアラス且ツ
 其減輕ハ自由ナルモ立法者ノ定メタル犯罪ノ事實ヲ動カスコト能ハ
 サルニ於テオヤ要スルニ竊盜犯ハ竊盜犯ニシテ唯原諒スヘキ情狀ニ
 因リ其刑ヲ減スルニ過キサルナリ故ニ論者ノ言ノ如キ弊害ヲ來タス

ノ實例ハ蓋之レナカルヘシト雖モ裁判官ハ酌量減輕ヲ行フハ縱令ヒ其理由ヲ宣告セサルモ尙ホ之ヲ宣告スルノ材料ヲ胸裏ニ貯ヒ得ヘキ場合ニ於テスルノ注意ナカルヘカラス然ラサレハ至大ノ公益ヲ得ヘキノ法律モ亦前述ノ如キ弊害ヲ來タシ論者ヲシテ際ヲ打タシムルニ至ルナキヲ知ルヘカラス豈省思セサルヘケンヤ

佛國ニ於テハ往昔謀殺故殺ニ酌量減輕ヲ許サス曰ク裁判官ニ酌量減輕ノ權ヲ與フルハ立法權ヲ奪ハシムルニ異ナラス其弊ヤ酌量ヲ名トシテ刑ヲ私スルニ至ルヘシ故ニ無期徒刑以上ニハ酌量ヲ許スヘカラスト然ルニ何ソ圖ラン其結果ハ罪ノ有無ヲ斷定スルハ裁判官ノ特權ニ在リト云フヲ以テ屢々無罪ノ判決ヲ下シ現ニ千八百二十四年以前ハ我子ヲ殺シタル者ハ悉ク無罪トセリ其言ニ曰ク親トシテ子ヲ殺スハ發狂ノ所爲ナリ故ニ其罪ヲ論セスト是ニ於テ千八百二十四年無期徒刑以

上ニモ酌量減輕ヲ許シ尋テ千八百三十二年刑法ヲ再查シ酌量減輕ハ例外ヲ除クノ外一般ニ適用セシムルニ至レリ實ニ酌量減輕ハ死物タル刑法ニ靈魂ヲ附スルカ如キノ効益アリ我刑法上ノ酌量減輕モ亦然リト云フヘシ故ニ參考ノ爲メ之ヲ一言ス

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

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

本條ハ酌量減輕ノ適用法ヲ示シタルモノニシテ即チ重罪輕罪違警罪ノ別ヲ問ハス又法律ニ於テ加重シ又ハ減輕スヘキ時ヲ問ハス總テノ犯罪ニ適用スヘキコトヲ明示セリ之ヲ換言スレハ如何ナル犯罪ト雖モ苟クモ所犯ニ於テ原諒スヘキノ情狀存スルトキハ酌量減輕ヲ爲シ

テ可ナリト云フニ外ナラス

其レ所犯情狀ニ就テハ深ク注意ヲ加ヘサルヘカラス彼ノ窃盜犯ニ於テ貧困ニ出ツルモノト游興ニ出ツルモノトノ類ヲ分ツカ如ク犯罪後ノ情狀ヲ審按スルノミナラス犯罪前ニ係ル教育ノ度如何等マテニ注意ヲ及ホサ、ルヘカラス佛國ノ如キハ外國人ノ犯罪ニ就テハ其本國ニ就テ平素ノ行跡如何ヲ調査スルコトアリ此ノ如ク緻密ノ注意ヲ以テヘサルトキハ酌量モ亦以テ罪ト刑トノ權衡ヲ得セシムルノ具タラシムルニ足ラサルヘシ

爰ニ尙ホ一言スヘキハ第二項ニ法律ニ於テ加重シ又ハ減輕スヘキ者ト雖モ云々トアル是レナリ此法文ハ法律ノ規定ニ於テ加重スヘキ者ハ加重シ減輕スヘキ者ハ減輕シ而シテ後チ酌量減輕ヲ爲スヘシト云フノ意味タルヲ知ルヘシ

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

裁判官ニ許スニ酌量減輕ノ權ヲ以テスルヤ其制限ヲ設ケサルヘカラス然ラサレハ裁判官ハ意ニ任セテ數等ヲ減輕シ之カ爲メ過輕ニ失シ却テ罪ト刑トノ權衡ヲモ失セシムルニ至ルナキヲ知ルヘカラス是レ酌量減輕スヘキ者ハ本刑ニ一等又ハ二等ヲ減スルヲ以テ其制限ト爲シタル所以ナリ

第五章 再犯加重

再犯加重トハ何ソヤ前ニ一罪ヲ犯シ其裁判確定シタル後再ヒ罪ヲ犯シタル時後犯ノ刑ヲ加重スルヲ云フ故ニ再犯加重ハ必ス前罪ノ裁判ニシテ確定シタルヲ要ス若シ前罪ノ裁判ニシテ未ダ確定セサル際ニ於テ更ニ罪ヲ犯シタル者ハ之ヲ再犯加重ニ問ハス即チ數罪俱發ヲ以テ論スヘキモノトス

再犯加重ニ就テハ論者ノ非難少カテス其一ニ曰ク前罪ノ裁判確定シ
 既ニ至當ノ刑罰ヲ受ケタル者ハ其罪ニ對スル責任ハ既ニ終了シタル
 モノト云ハサルヘカラス然ルニ後罪ヲ罰スルニ方リ再犯ノ故ヲ以テ
 加重スルハ後罪ニ前罪ヲ併セテ罰スルト同一ニシテ前罪ヲ再理スル
 ニ異ナラス是レ一事再理セストノ原則ニ悖戾スルノ甚キモノト云フ
 ヘシ故ニ再犯加重ノ規定ハ正理ニ適セス宜ク之ヲ廢スヘシト
 論者ノ說ハ刑法史上ノ變遷ヲ知ラスシテ喋々スルモノト云ハサルヘ
 カラス昔時ハ歐洲各國ノ刑法ニ於テ再犯者ヲ罰スルニ前犯ニ加重シ
 後犯ハ常刑ヲ以テ之ヲ罰セリ此時代ニ於テハ前罪ヲ再理スルノ結果
 ヲ免レスト雖モ今日ノ刑法ハ然ラス即チ後罪ニ對シテ加重スルナリ
 之ヲ換言スレハ再犯加重ハ後犯ヲ罰スル一箇ノ刑タルノミ而シテ後
 罪ニ對シテ加重スルハ當然ノ理由アリテ存スルニ因ル抑モ立法者カ

云々ノ罪ヲ罰スルニ云々ノ刑ヲ以テスヘシト規定スルモノハ以テ犯
 人ヲ懲戒シ善ニ復セシムルニ在リ刑罰ノ目的實ニ此ニ在テ存スト雖
 モ猶ホ未ダ悔悟セスシテ再ヒ罪ヲ犯スニ至ルモノハ懲戒未ダ足ラサ
 ルノ結果ニ屬スト云ハサルヘカラス之ヲ再言スレハ再ヒ罪ヲ犯ス者
 ハ惡意益、長シ道德ニ背ク愈々甚キ者ニシテ社會ニ加害スル一層大ナル
 モノナリ故ニ再犯ヲ罰スルニハ一層其刑ヲ重クシ以テ刑罰ノ目的ヲ
 貫徹セシメサルヘカラス即チ加重シテ懲戒ノ効ヲ奏セシメサルヘカ
 ラス此處分ヤ宛カモ醫師ノ疾病ヲ療スルニ際シ再ヒ病ヲ發スル者ニ
 對シテハ前病未ダ全ク根治セサルモノト看做シ一層藥力ヲ增加スル
 ニ異ナラス由テ觀レハ再犯加重ハ前犯ヲ再理スルニアラス止タ一層
 其刑ヲ重クシ以テ懲戒ノ効ヲ期スルニ外ナラス
 論者又曰ク再犯加重ノ目的ハ果シテ懲戒ノ効ヲ期スルニ在リトセハ

前犯ト後犯ト同性質ノ罪ナラサルヘカラス例ヘハ前犯竊盜ナルトハ後犯モ竊盜ナルトキニ於テ加重スヘキノミ前犯竊盜ナルニ後犯ハ毆打創傷ナルトキハ加重スルモ其効ナカルヘシ何トナレハ毆打創傷ハ初犯ナルヲ以テ加重スルモ其刑ニ因テ悔悟シタリト云フヲ得サレハナリト

此説モ亦非ナリ單ニ外形上ヨリ視ルトキハ各種ノ犯罪甚シク其性質ヲ異ニスルカ如シト雖モ概スルニ各犯類似セサレハ氣脈ヲ通セサルモノ幾ント希レナリ例ヘハ竊盜ト詐僞取財トハ同シク他人ノ財物ヲ掠メントスルモノニシテ其性質ヲ同フスルカ如シ竊盜ト強盜トノ如キモ亦然リ竊盜ト殺傷トハ殆ント關係ナキカ如シト雖モ尙且ツ竊盜犯ノ告發ヲ爲サントスル者アルヲ聞キ其罪跡ヲ晦マサンカ爲メ之ヲ殺傷スルノ類モ亦少カラス蓋犯罪種類ノ多キヤ前後其罪ノ性質ヲ異

ニスル者亦少カラサルヘシト雖モ再犯加重ハ要スルニ惡意増長シテ益々社會ニ加害スルノ所爲ヲ懲戒スルニ在ルヲ以テ苟クモ惡行ダラハ其種類ノ如何ヲ問フノ必要ナシ竊盜ハ固ヨリ惡ナリ殺傷モ亦惡ナリト雖モ殺傷ノ惡ハ竊盜ノ惡ヨリ重シ故ニ初犯ニ於テモ罪ノ輕重ニ因リ其刑ニモ亦輕重アリ況ンヤ再犯ニ於テオヤ又實際ニ就テ視ルモ昨日強盜ヲ爲ス者ノ如キハ今日殺人罪ヲ犯スノ危險アルモノト推測セサルヘカラス故ニ再犯ノ場合ニ於テハ前後其罪ノ性質ヲ同フスルト否トヲ問フノ必要ナシ均ク加重シテ一層之ヲ懲戒セサルヘカラス唯前犯軍事犯ニシテ後犯常事犯タル場合又ハ前犯違警罪ニシテ後犯ハ輕罪ナル場合ノ如キハ例外ニ屬セリ故ニ特別ノ規定アリ且夫立法者カ云々ノ罪ヲ罰スルニ云々ノ刑ヲ以テスヘシト規定スルハ其刑ノ標準ヲ初犯ニ取リテ之ヲ定ムルモノナリ之ヲ換言スレハ再犯ヲ標

準トシテ定ムルモノニアラサルナリ又罪狀ヨリ視ルモ其惡ムヘク答
ムヘキハ前犯ヨリ後犯ニ多シトス果シテ然ラハ刑罰ノ標準ヨリ論ス
ルモ又道德上ヨリ考フルモ後犯ニ加重スルハ至當ノ處分ニシテ非難
スヘキノ理由アラサルナリ

然レモ再犯加重ノ適用ニ就テ尙ホ一言スヘキモノアリ前犯ハ舊法ヲ
以テ罰セラレ新法ニ於テ其刑ヲ廢シタル場合ニ於テ更ニ他ノ罪ヲ犯
シタルトキハ尙ホ再犯加重ヲ適用スヘキ乎曰ク然リ當然再犯加重ヲ
適用シテ可ナリ新法ヲ以テ舊法ノ刑ヲ廢シ若クハ減スルモ曾テ舊法
ヲ以テ罰セラレタル者ノ利益ト爲スコトヲ得サルハ一般ノ原則ナリ
故ニ舊法ヲ以テ罰セラレタル者全ク當時ノ確定裁判ニ因リタルモノ
ナルトキハ再犯加重ヲ適用スルハ當然ナリトス

又期滿免除ヲ得タル者又ハ特赦ヲ得タル者ニ對シテモ再犯加重ヲ適

用スルハ勿論タルヘシ何トナレハ期滿免除及ヒ特赦ハ大赦ト異ナリ
其犯罪ヲ消滅セシムルニアラス止マ其刑ヲ免スルニ過キサレハナリ
獨リ外國ニ於テ處刑ヲ受ケタル者日本ニ歸リテ再ヒ罪ヲ犯シタルト
キハ尙ホ再犯加重ヲ適用スヘキヤ否ヤニ就テ疑問アリ予ハ以爲ヘテ
ク外國ニ於テ犯シタル罪ト雖モ確定裁判ヲ受ケタル後再ヒ罪ヲ犯ス
者ハ亦是レ懲戒ノ足ラサルヲ以テナリ故ニ再犯加重ヲ適用シ可ナル
ヘシト或ル論者ハ曰ク外國ノ法律ハ我國ノ法律ニ影響ヲ及ホスノ謂
ハレナキノミナラス外國ニ於テ罰スルノ所爲必シモ我國ニ於テ罰ス
ルニアラス且ツ前犯ハ外國ノ害ヲ爲シタルトスルモ我國ノ害ヲ爲シ
タルニアラス故ニ外國ニ於テ犯シタル罪ニ對シテハ再犯ヲ以テ論ス
ヘカラサルハ敢テ疑ヒテ容レサルヘシト然レモ惡ノ惡タルハ土地ノ
内外ニ關スルニアラス況ンヤ我刑法ニハ犯罪ノ場所ニ關シテ何等ノ

規定モアラサルニ於テオヤ故ニ予ハ論者ノ説ニ從フコト能ハス尙此
點ニ就テハ一個ノ議論アルヲ以テ他日ヲ期シテ論述スヘキナリ
再犯ニ關スル證明ハ何人カ之ヲ爲スヘキヤ蓋シ檢察官之ヲ爲スヘク
若シ檢察官之ヲ爲サ、ルトキハ裁判官其職權ヲ以テ自ラ之ヲ證明ス
ルコトヲ得ヘキハ勿論ナルヘシ而シテ此證明ハ既決犯罪表ナルモノ
アルヲ以テ之ニ依ラハ難キニアラサルヘシ又檢察官及ヒ裁判官ニ於
テ之ヲ證明セサルモ犯人自ラ前科アルコトヲ申立テ裁判官ハ一般ノ
證據方法ニ依リ其申立ヲ眞實ナリト認ムルトキハ再犯加重ヲ適用ス
ヘシ

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

本條ハ前犯重罪ニシテ後犯モ亦重罪ナル者ニ對シテ行フヘキ加重例

ヲ示シタルニ過キス唯本條ノ法文ニ就テ注目スヘキハ「重罪ノ刑ニ處
セラレタル者」カトアル是レナリ此文意ハ重罪ニ該當スル所爲ヲ云フ
ニアラス實際重罪ノ刑ヲ執行セラレタル者ノ謂ヒナリ故ニ重罪ヲ犯
スト雖モ酌量減輕自首減輕等ニ依リ減等セラレテ輕罪ニ處セラレタ
ル者ニシテ再犯重罪ニ該ルトキハ加重スルコトヲ得ス是レ他ナシ前
犯ハ重罪ノ所爲タルモ減輕セラレタル者ハ未ダ重罪刑ノ何タルヲ知
ラサレハ又未ダ懲戒ノ効ナカリシモノト看做スコトヲ得サルノミナ
ラス重罪ノ刑ハ重キヲ以テ自ラ加重シタルニ該當スレハナリ

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

先ニ重罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯輕罪ニ該ルトキハ之ニ加重スル
モ輕罪本刑ニ一等ヲ加フルニ過キス是レ他ナシ再犯輕罪ニ該ル者ハ

重罪ノ刑ハ懲戒ノ効アリタルモノト看做スヘキモ先ニ重罪ヲ犯スルニシテ再ヒ犯スハ惡念未タ去ラスシテ尙ホ危險アリ故ニ重罪ノ本刑ニ加重シテ之ヲ懲戒スルノ必要アレハナリ

先ニ輕罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯輕罪ニ該ルトキハ前刑未タ以テ懲戒スルニ足ラサリシモノト看做スハ當然ナリ故ニ本刑ニ加重シテ更ニ之ヲ懲戒セサルヘカラス而シテ本刑ニ一等ヲ加フ云々ハ説明ヲ待タスシテ讀者ノ了知セラル、處ナレハ爰ニ贅セス

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

違警罪ノ再犯加重ハ重罪輕罪ノ場合ト其適用ヲ異ニス即チ前犯重罪又ハ輕罪ニシテ後犯違警罪ナルトキ又ハ前犯違警罪ニシテ後犯重罪

又ハ輕罪ナルトキハ加重スルコトヲ得ス是レ他ナシ違警罪ハ地方犯ニシテ專ラ取締上ノ處分ニ關シ意思ノ有無ヲモ問ハサルモノニシテ重罪輕罪トハ全ク其性質ヲ異ニシ相牽連セサレハナリ故ニ違警罪ノ再犯加重ハ前後犯共ニ違警罪ニアラサレハ之ヲ適用セサルモノトス又違警罪ノ再犯加重ハ同一ノ違警罪裁判所ノ管轄内ニ於テ犯シタル時ニアラサレハ再犯ヲ以テ論スルヲ得ス是レ他ナシ違警罪ハ地方犯ナルヲ以テ土地風俗等ニ因テ之ヲ規定シ甲地ニ於テ罪視スルモ乙地ニ於テ問ハサルモノ少カラサレハナリ若シ違警罪ノ再犯ハ悉ク之ニ加重スヘシトセハ犯罪地ノ違警罪裁判所ハ之ヲ各地ノ違警罪裁判所ニ就テ搜索セサルヘカラス其煩雜ナルコト恐ラクハ堪ヘ得ヘキニアラス故ニ同一ノ違警罪裁判所ノ管轄内ニ於テ再犯シタルトキニアラサレハ再犯ヲ以テ論セサルモノトス又再犯視スル期間ハ一年ト定

メタルハ違警罪ハ最輕微ノ犯罪ナルヲ以テ世人ノ遺忘モ亦速カナリトスルニ基クニ外ナラス要スルニ本條ノ規定ハ一ハ違警罪ハ懲戒ヲ主トスルモノニアラス一ハ司法事務ノ便宜上ヨリ出テタルモノ、如シ

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

再犯加重ハ必ス初犯ノ裁判確定ノ後ヲサレハカラス初犯ノ裁判未ダ確定セサル間ハ假令ヒ再ヒ罪ヲ犯スモ再犯ヲ以テ之ヲ論セス再犯加重ハ何レノ場合ト雖モ前犯裁判確定ノ後タルヲ要ス是レ他ナシ裁判未ダ確定セサル間ハ犯人上訴權ヲ有シ其裁判或ハ錯誤ニ歸スルヤモ未ダ知ルヘカサルヲ以テ之ヲ懲戒スルノ必要アラサレハナリ論者或ハ曰ク再犯加重ハ前犯ノ裁判確定ノ後タルヲ要スルハ當然タ

リト雖モ未ダ其刑期ヲ終了セサルニ加重スルハ不當ナリ何トナレハ未ダ刑期ヲ終了セサルトキハ果シテ懲戒ノ効ナカリシモノト認ムルコトヲ得サレハナリト然レモ再犯ハ概シテ刑ノ執行後ニ係リ執行前ニ係ルモノハ甚ダ少レナルノミナラス若シ執行後ニ於テ加重スヘシトセハ裁判ヲ遅延ヒシメサルヘカラス若シ其間ニ犯人逃走シテ期滿免除ヲ得ルカ如キアラハ加重ノ理由アルモ實行スルコト能ハサルニ至ルヘシ是レ再犯加重ノ適用時期ハ前犯ノ裁判確定スルヲ以テ到來スルモノト定メタル所以ナリ

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

本條ハ再犯ニ關スル刑ノ執行順序ヲ定メタルモノナリ刑期限内再ヒ罪ヲ犯シテ刑ノ宣告ヲ受ケタルトキハ重罪輕罪ヲ問ハス先ツ定役ニ服スヘキ刑ヲ執行スヘキモノトス例ヘハ前犯ハ禁獄ニシテ後犯ハ懲役ナルトキハ前犯ノ禁獄未タ滿期ニ至ラサルモ先ツ懲役ヲ執行スルカ如キ是レナリ此ノ如ク有役刑ト無役刑トノ二者ニ於テ先ツ有役刑ヲ執行スルモノハ他ナシ有役刑ハ無役刑ニ比スレハ苦痛多キニモ拘ラス若シ之ヲ刑ノ宣告ノ順序ニ從ヒ後ニ執行スルモノトセハ犯人大赦又ハ特赦又ハ免幽閉等ニ因テ放免セラル、トキハ有役刑ハ竟ニ執行スルコト能ハサルニ歸シ刑ノ目的ヲ達スルコトヲ得サレハナリ

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トハ例ヘハ國事犯ニシテ重禁獄ニ處

セラレタル者逃走シテ再ヒ國事犯ヲ爲シ後犯ハ加重セラレテ流刑ニ處セラレタルトキハ先ツ流刑ヲ執行シ又ハ前後兩犯共ニ竊盜ニシテ同ク重禁錮ノ刑ナルトキハ先ツ刑期ノ長キ者ヨリ執行スルカ如キ是レナリ之ニ反シテ前犯ハ強盜犯ナルモ後犯ハ毆打創傷ニシテ二十日以上ノ疾病ニ罹ラシメタル場合ノ如キハ前犯ハ重罪ニシテ輕懲役ニ該リ後犯ハ輕罪ニシテ重禁錮ニ該ルヲ以テ先ツ前犯ノ刑タル輕懲役ヲ執行ス若シ又前後兩犯共ニ無期刑タルトキハ後犯ノ刑ヲ執行スルコト能ハサルヲ以テ監獄則ニ照シテ之ヲ懲罰スルニ止マルヘシ唯ダ無期刑ニシテ前犯ハ流刑ニシテ後犯ハ徒刑ナルトキハ徒刑ヲ執行スヘキノミ

罰金科料ハ孰レヲ先ニスルモ苦痛ノ有無ニ影響スルニアラス故ニ順序ニ拘ラス之ヲ徴收スルモノトス

第九十六條 陸海軍裁判所ニ於テ判決ヲ經タル者再ヒ重罪輕罪ヲ犯シタル時ハ初犯ノ非常律ニ從ヒ處斷シタル者ニ非サレハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス

再犯加重ハ犯罪ノ何タルヲ問ハス一般ニ之ヲ適用スト雖モ軍律ヲ以テ處斷セラレタル者ニ對シテハ之ヲ適用スルコトヲ得ス何トナレハ陸海軍刑法ニ於テ處斷セラル、者ハ第四條ノ下ニ於テ既ニ講述シタルカ如ク專ラ軍人ノ責務ニ關シテ懲戒スルニ在ルヲ以テ通常犯ノ懲戒トハ全ク其目的ヲ異ニシ且ツ軍律ハ普通人ヲ支配スヘキモノニアラサレハナリ故ニ陸海軍法會議ニ於テ判決ヲ經タル者再ヒ重罪又ハ輕罪ヲ犯シタル時ハ初犯ノ非常律ニ從ヒ處斷セラレタル者ニアラサレハ再犯ヲ以テ論セス

初犯ノ非常律ニ從ヒ處斷セラレタルモノハ後犯陸海軍法會議ニ於テ

處斷ヲ受クルト雖モ其犯罪ハ軍事上ニ關スルニアラス全ク通常犯ニ屬スルモノナルトキハ再犯加重ヲ適用ス而シテ陸海軍法會議ニ於テ常律ニ從ヒ外斷スルハ陸軍刑法第十四條及ヒ第四十八條海軍刑法第五條及ヒ第四十八條等ニ記載スル犯罪是レナリ

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

大赦ハ犯罪ノ事實ヲ遺忘スルモノナリ既ニ犯罪ノ事實ヲ遺忘スルトキハ再ヒ罪ヲ犯スモ再犯ヲ以テ論スヘキノ謂ハレナシ是レ本條ノ規定アル所以ナリ
又再審ノ訴ニ因リ無罪ノ宣告ヲ受ケタル者モ亦後チ罪ヲ犯スト雖モ再犯ヲ以テ論セサルハ疑ヒヲ容レス何トナレハ亦是レ犯罪ノ事實ナキモノナレハナリ

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
 再犯ハ本刑ニ一等ヲ加フヘキハ前數條ニ規定シテ明カナリト雖モ三
 犯以上ノ者ニ對シテハ如何ニ之ヲ處斷スヘキヤ是レ本條ノ規定ヲ要
 シタル所以ナリ而シテ加重ハ三犯以上ノ者ト雖モ再犯ト異ナラス唯
 本刑ニ一等ヲ加フルニ過キス是レ他ナシ若シ三犯以上ノ者モ再犯ニ
 一等ヲ加フルノ比準ニ依ラシムルトキハ三犯ニハ二等ヲ加ヘ四犯ニ
 ハ三等ヲ加ヘ五犯ニハ四等ヲ加ヘサルヘカラスシテ苛酷ニ失スルノ
 ミナラス刑ノ性質ヲ變更スルニ至ルヘシ此ノ如キハ正理ニ悖戾スル
 モノト云フ可シ

第六章 加減順序

若シ夫レ一箇ノ犯罪ニ於テ加重減輕スヘキ二箇ノ情狀存スルトキハ
 將タ之ヲ如何スヘキヤ先ツ減輕ヲ爲シ後テ加重ヲ爲スヘキヤ又ハ之

ニ反シテ加重ヲ先ニシ減輕ヲ後ニスヘキヤ其先後ニ因リ刑ニ輕重ノ
 差ヲ生スルヲ以テ其順序ヲ一定セサルヘカラス例ヘハ強盜犯ニ因リ
 輕懲役ニ處セラレタルモノ再ヒ強盜罪ヲ犯シテ自首シタル場合等ニ
 於テ減輕ヲ先ニスレハ自首ニ因リ一等ヲ減シテ輕罪ニ降ルヘシ而シ
 テ輕罪ニ加ヘテ重罪ニ入ルコトヲ許サ、ルヲ以テ再犯ニ因リ加重ス
 ルモ其刑ハ結局輕罪刑ニ止マルヘシ之ニ反シテ加重ヲ先ニスレハ重
 懲役ニ處セラレ自首ニ因リ一等ヲ減セラル、モ猶ホ輕懲役ニ降ルニ
 過キスシテ重罪刑タルヲ免レス此ノ如キハ全ク加減ノ先後ニ因テ生
 スル所ノ結果ナリ故ニ加減順序ノ制定ナカルヘカラス是レ本章ノ特
 設アル所以ナリ

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

本條ハ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ニ適用スル順序ヲ示シタルモノニシテ何レノ場合ニ於テモ此規定ニ從ハサルヘカラス而シテ其ノ順序ヲ見ルニ第一ヲ再犯加重トシテ第二ヲ宥恕減輕トシ第三ヲ自首減輕トシ第四ヲ酌量減輕トス抑モ酌量減輕ハ裁判官ノ意見ヲ以テ之ヲ行フモノナルカ故ニ最後ニ置クハ其當ヲ得タリト云フヘシ又自首減輕ハ犯罪後ニ生スルモノナルヲ以テ

之ヲ宥恕減輕及ヒ酌量減輕ノ下ニ置キタルハ寔ニ其順序ヲ得タリト云フヘシ獨リ加重ヲ先ニシ減輕ヲ後ニシタルニ就テハ說ヲ作ス者少カラス故ニ予モ亦一言セサルヲ得サルナリ

論者或ハ曰ク加重ヲ先ニシ減輕ヲ後ニシタルハ犯人ノ利益ノ爲メニ然ラシメタルナリ例ヘハ重罪ハ加ヘテ死刑ニ入ルコトヲ得ス輕罪ハ加ヘテ重罪ニ入ルコトヲ得ス違警罪ハ加ヘテ輕罪ニ入ルコトヲ得サルカ如ク加重ニハ制限アリト雖モ減輕ニハ制限ナシ故ニ立法者ハ加重ヲ先ニシ減輕ヲ後ニシ以テ犯人ニ利益セリト予ハ屢斷言スルカ如ク犯人保護主義ヲ以テ我刑法ヲ解釋スルノ徒ニアラス故ニ論者ノ說ニ從フコトヲ得サルナリ況ンヤ論者ノ說ノ如キハ正理ニ反スルニ於テオヤ抑モ立法者カ加重ヲ先ニシ減輕ヲ後ニシタルモノハ何ンヤ他ナシ理由アリテ存スルニ因レリ凡ソ刑ハ刑ヲ科スルヲ本トシ減輕ス

ルヲ末トス此本末ハ正理ノ是認スル所ニシテ何等ノ説ヲ附會スルト雖モ減輕ヲ本ナリト誣フルコトヲ得サルヘシ果シテ然ラハ加重ヲ先ニシ減輕ヲ後ニスルハ正理上當然ノ順序ニシテ犯人ニ利益スルノ目的ニ出ツルニアラサルヲ知ルヘキナリ況ンヤ加重ヲ先ニセハ論者ノ説ノ如ク實際犯人ニ利益スル場合ハ甚ダ少シニシテ刑罰ノ目的ヲ達スルニ適合スル場合却テ多キニ於テオヤ其一例ハ予カ前段ニ於テ設例シタル強盜犯ノ場合ヲ以テ見ルヘキナリ

本條但書ニ於テ特別ノ加重減輕ハ其加減シタル者ヲ以テ本刑ト爲スト規定シタルニ就テハ亦是レ理由ノ存スルヲ注目セサルヘカラス此但書ノ規定ニ基キ爰ニ一二ノ例ヲ擧クレハ強盜ノ再犯カ持兇器ナルキハ自首ニ因リ減輕スヘキ場合ニ於テモ持兇器ノ故ヲ以テ第三百七十九條第二項ニ從ヒ先ツ本刑ニ一等ヲ加ヘタルモノヲ以テ本刑ト爲

シ之ニ再犯加重ヲ行ヒ而シテ後チ自首減輕ヲ爲スカ如キ即チ是レナリ又特別ノ宥恕減輕ノ場合ヲ擧クレハ第三百九條乃至第三百十二條ニ記載スル所爲カ再犯ニシテ加重スヘキトキハ先ツ宥恕減輕ヲ行ヒタルモノヲ以テ本刑トシ而シテ後チ其刑ニ加重スルカ如キ是レナリ此ノ如ク特別加減ハ其加減シタル者ヲ以テ本刑ト爲スモノハ他ナシ通常加減ノ情狀ハ犯罪成立後ノ情狀ニシテ犯罪ノ事實ニ密着ノ關係アルニ過キス之ニ反シテ特別加減ノ情狀ハ犯罪ノ事實ニ密着ノ關係アルヲ以テナリ之ヲ要スルニ譬ヘハ特別加減ノ情狀ハ本躰ニ犯罪ノ密着スル皮膚タルカ如ク分離スヘカラサルモノナリ通常加減ノ情狀即チ再犯加重又ハ一般ノ宥恕減輕ノ情狀ノ如キハ犯罪ノ本躰ニ纏フ衣服タルニ異ナラス又酌量減輕ニ至テハ更ニ他ヨリ附着スル外套タリト云フモ不可ナキカ如シ何ナレハ罪ト刑トノ權衡ヲ得セシムルカ

爲メニ之ヲ要スルモノナレハナリ是レ特別加減ハ其加減シタル者ヲ以テ本刑ト爲ス所以ナリ

從犯及ヒ未遂犯罪ヲ以テ特別ノ加減ト爲シタルニ就テハ尙ホ一言ヲ要スルモノアリ從犯及未遂犯罪ハ同シク總則中ニ規定シタルヲ以テ各本條ニ規定シタル特別ノ加減ト同視スヘカラサルモノ、如シト雖モ其性質ヨリ之ヲ視レハ亦是レ特別ノ加減アリ從犯ハ第百九條ニ定ムルカ如ク正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタルニ過キサレハ正犯ト刑ヲ同フスヘキモノニアラサルハ明カナリ又未遂犯ハ第百十二條ニ示スカ如ク意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ犯罪ヲ遂ケサルモノナル以テ既ニ遂ケタルモノト同一ニ罰スヘキニアラス由テ觀レハ從犯及ヒ未遂犯ハ犯罪ノ事實ニ缺クル所アルヲ以テ減等スルモノナリ之ヲ換言スレハ眞ノ減輕ニアラス罪ト刑トノ權衡ヲ得セシムルカ爲

メ特ニ設クル一箇ノ刑ナリト云フモ可ナルカ如シ是レ從犯及ヒ未遂犯ノ減等ヲ以テ特別ノ加減ト看做ス所以ナリ

(改正草按)改正草按者ハ加減順序ノ規定ヲ全廢セント要セリ其說ニ曰ク現行法ハ加減ニ就キ順序ヲ定メ宥恕ハ自首ニ先チ自首ハ酌量ニ先ツモノト爲シタリト雖モ實際ハ孰レヲ先ニシ孰レヲ後ニスルモ其結果ニ至テ異ナル所ナシ故ニ此順序ヲ設クルノ必要ナシト且ツ特別ノ加重減輕ト雖モ因テ以テ罪ノ本質ヲ變更スルニアラス然ルニ其加減シタルモノヲ以テ本刑ト爲スハ不當ノ規定ナリ故ニ加減順序ハ之ヲ廢スヘシト改正草按者カ加減順序ノ規定ヲ一刀ノ下ニ屠ラントスルハ激ニ過クルカ如シト雖モ予カ持論タル刑ハ刑ヲ科スルヲ本トスルノ點ヨリ論スルトキハ止タ再犯ハ加重スヘキモノトセハ以テ足レリトシ加減ニ就テ順序ヲ設クルハ實ニ不必要

タルカ如シ且ツ改正説ノ如ク實際ハ加減順序ニ從ハシムルモ其結果ニ異ナル所アラサルナリ故ニ之ヲ廢スルモ不可ナカルヘシト雖モ加重減輕ノ原因同時ニ生シタルキニ於テ處置スルノ方法ナカルヘカラス故ニ改正草案者ハ此場合ニ於テ相殺法ヲ設ケントセリ即チ其草案ニ曰ク法律上同時ニ刑ヲ加重減輕スヘキ理由アルキハ一等減輕ト一等加重トヲ相殺スト是レ頗ル簡便法ニシテ一等減輕ト二等以上ノ加重トノ原因同時ニ發スル乎又ハ二等以上ノ減輕ト一等加重トノ原因同時ニ發スルキニアラサレハ實際加減スルコトナクシテ可ナルカ如シ故ニ此相殺法ハ現行法ニ比スレハ優ル所アリト信ス又改正草案者ハ一般ノ犯罪ニ再犯加重ヲ行フハ酷ニ過クルトシ各本條ニ於テ再犯加重ヲ特記スルモノトセリ其説ニ曰ク現行法ニ於テ罪ノ性質如何ヲ問ハス先ニ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ再犯重

罪ニ該ル時又先ニ重罪輕罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯輕罪ニ該ル時又ハ先ニ違警罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯違警罪ニ該リ法定ノ條件具備スルトキハ本刑ニ一等ヲ加フルハ再犯加重ヲ設ケタルノ旨趣ニ背戻ス何トナレハ再犯加重ハ犯人ヲシテ懲戒ノ實アラシムルカ爲メニ設ケタルヲ省ミス罪ノ種類ヲ問ハス一般ニ再犯ノ故ヲ以テ加重スルニ至レハナリ即チ先ニ過失ノ罪ニ處セラレタル者再犯有意ノ犯罪若クハ過失ノ罪ニ該ル者ニ對シテ再犯加重ヲ論スルカ如キハ曾ニ法理上其當ヲ得サルノミナラス實際上必要ナキニモ拘ラス徒ラニ刑ヲ重クスルモノト云ハサルヘカラス故ニ再犯加重ハ或ル犯罪ニ限り之ヲ適用シ其他ハ刑罰ノ範圍ヲ擴張シ裁判官ヲシテ其範圍内ニ於テ情狀ニ因リ適宜ニ處分セシムルヲ以テ得策トスト此説モ亦一理アリ予チ以テ視ルモ過失罪ト雖モ亦再犯加重ヲ

行フニ至テハ實ニ酷ニ失スルノミナラス再犯加重ヲ設クルノ旨趣ニ背戻スト云ハサルヘカラス故ニ或ル犯罪ニ限リ再犯加重ヲ行フモノトセハ寔ニ其當ヲ得タリトスルモ改正草案者カ各本條ニ再犯加重ヲ定メタルヲ見ルニ僅々密賣淫犯ノ如キニ止マリ窃盜罪ノ如キモ亦再犯加重ヲ行ハシメサルハ稍寛ニ失スルモノ、如シ故ニ予ハ改正論者ノ説ヲ是認スルモ尙ホ其再犯加重ヲ行フヘキ犯罪ノ種類ヲ調査シ適宜ニ之ヲ規定スルニアラサレハ未タ其可ナルヲ知ラサルナリ何トナレハ再犯加重ヲ廢止スルカ爲メ刑罰權ノ効力ヲ減スルノ結果ヲ來タヌナキヲ知ラサレハナリ

第七章 數罪俱發

數罪俱發トハ何ソヤ重罪輕罪違警罪ノ區別ヲ問ハス二箇以上ノ犯罪俱ニ發覺シタルヲ云フ此數罪俱發ハ再犯加重ニ數似スルモ亦大差アリ

ルコトヲ知ラサルヘカラス再犯加重ハ一罪既ニ發シテ其裁判確定シタル後ヲ更ニ又罪ヲ犯シタルヲ云フ數罪俱發ハ然ラス二箇以上ノ犯罪未タ一モ確定裁判ヲ經サル前ニ他ノ犯罪發覺シタル場合ナリ故ニ一罪ニ就キ既ニ裁判確定シタル後二箇以上ノ罪ヲ犯シタルトキハ再犯加重ト數罪俱發ト併起シタル場合ナリ此場合ハ初犯ノ數罪俱發ト大ニ其結果ヲ異ニスヘシ例ヘハ初犯ノ數罪俱發ニ於テハ十回窃盜ヲ犯スモノノ重キニ從テ處斷スルニ過キサレハ其最モ重キモノモ重禁錮四年ニ處セラル、ニ過キヌ再犯ノ數罪俱發ニ於テハ其犯罪二箇ナルモ再犯加重ヲ免レサルヲ以テ四年ニ一等ヲ加ヘ五年ノ重禁錮ニ處セラルヘシ是レ數罪俱發ト再犯加重ト其結果ヲ異ニスル所ナリ數罪俱發ト再犯加重ト斯ノ如ク其結果ヲ異ニスルモノハ他ナシ數罪俱發ノ場合ハ其惡意ハ重シトスルモ社會ハ未タ之ニ對シテ刑罰ヲ科

シタルニアラサレハ果シテ懲戒ノ効アリシヤ否ヤヲ知ルヘカラス故
ニ一ノ重キニ從テ處斷スルニ止マテシメサルヘカラス再犯ノ場合ハ
然ラス前罪ノ刑未タ懲戒ノ効ヲ奏セサリシ場合ナルヲ以テ其犯罪ノ
箇數ハ却テ初犯ノ箇數ヨリ少キトキト雖モ其刑ヲ重カラシメサルヘ
カラス

數罪俱發トハ數箇ノ犯罪同時ニ發覺スルノ謂ヒナリト雖モ其犯罪ハ
必シモ同時ニ犯シタルモノナルヲ要セス假令ヒ數年若シク十數年ヲ
隔テ且ツ地ヲ異ニシテ犯シタル罪ナリト雖モ二箇以上ノ罪同時ニ發
覺シタルトハ即チ數罪俱發ナリ唯數罪俱發ハ一罪ノ裁判未タ確定セ
サル前同時ニ發覺スルヲ要スルノミ故ニ數罪俱發ハ二箇以上ノ犯罪
各其種類ヲ異ニスルモ同一ノ裁判ニ於テ同時ニ審判スルヲ通例トス
數罪俱發ニハ二箇ノ必要條件アルニ注目セサルヘカラス即チ第一ハ

同一ノ犯人ニシテ二箇以上ノ罪ヲ犯シタル事實ヲ要シ第二ハ一罪未
タ確定裁判ヲ經サル間ニ他ノ一罪ヲ犯シタル事實ヲ要スルコト是レ
ナリ第一ノ條件ニ就テハ繼續犯若クハ連續犯又ハ集合犯等ヲ適用セ
ス必ス獨立シタル犯罪二箇以上タラサルヘカラス例ヘハ兇徒聚衆罪
ニ於テ官廳ニ喧鬧シ官吏ニ強逼シ家屋ヲ破毀シタルカ如キ又ハ窃盜
罪ニ於テ家宅ニ侵入シタルカ如キハ其所爲數箇ナリト雖モ皆一罪ヲ
以テ論シ強盜犯カ強姦ヲ爲シタルカ如キモ亦二罪ト爲スコトヲ得ス
何トナレハ強盜犯ハ主ニシテ強姦犯ハ從タルモノナレハナリ強盜罪
ト強姦罪トハ共ニ輕懲役ニシテ強盜婦女ヲ強姦シタルトキハ無期徒刑
刑ニ處セラル、ヲ以テ同一ノ強盜ヲ以テ論スヘカラサルカ如シト雖
モ是レ其兇惡ヲ懲戒スルカ爲メ其刑ヲ加重スルノ旨趣ニ出ツルモノ
ニノ決メ二罪視スルニアラサルナリ要スルニ各箇獨立ノ犯罪二箇以

上俱發スルニアラサレハ數罪俱發ヲ以テ論スルコトヲ得サルナリ第二ノ條件タル一罪未ダ確定裁判ヲ經サル間ニ他ノ一罪ヲ犯シタル事實ヲ要スルハ以テ再犯加重ト區別スルカ爲メタルニ外ナラス再犯加重ヲ適用センニハ前犯ノ罪ニ就キ既ニ確定裁判ヲ經タルコトヲ要ス即チ第一ノ犯罪ニ就キ既ニ處刑ヲ受ケタルモ猶ホ未ダ悔悟セスシテ第二ノ罪ヲ犯シタルニ就キ第二ノ犯罪ニ對シテハ一等重キ刑ヲ科シ以テ之ヲ懲戒スルノ制ナリ之ヲ再犯加重ト云フ數罪俱發ハ之ニ異ナリ二箇以上數箇ノ罪ヲ犯スト雖モ其各罪同時ニ發見スルトキハ罪毎ニ刑ヲ科セス各罪中ニ就キ最モ重キ罪ニ該ルモノニ對シテノミ刑ヲ科スルニ過キス再犯加重ト數罪俱發トハ此ノ如ク處刑ニ差アルモノハ何ソヤ他ナシ再犯ノ場合ハ前罪ノ刑未ダ以テ懲戒ノ實効ヲ擧クニ足ラサリシコトヲ表スルニ異ナラサルカ故ニ刑罰ノ目的ヲ達セシメ

ントセハ一等其刑ヲ重カラシムルノ必要アリ數罪俱發ノ場合ハ然ラズ縱令數箇ノ罪ヲ犯スモ未ダ一回モ處刑ヲ受ケサルヲ以テ果シテ刑罰ノ實効アルヤ否ヤハ之ヲ罰シタル後ニアラサレハ知り得ヘキニアラス故ニ數箇ノ犯罪アルモ未ダ一ノ處刑ヲモ受ケサルトキハ其情狀ノ最モ重キモノニ對シテ刑ヲ科スルニ過キサラシム
數罪俱發ハ上來講述シタルカ如ク二箇以上ノ獨立シタル有形的ノ犯罪同時ニ發覺スルヲ要スルカ故ニ其處刑ヲシテ眞ニ適當ナラシムルニハ果シテ如何ナル方法ヲ採用スヘキヤ是レ古來學者ノ研究シテ措カサル所ナリト雖モ今ニ抵ルマテ未ダ完全ナル良法ヲ發見スルニ至ラス今日實際ニ行ハル、モノハ實ニ一得一失ノ嫌ヒヲ免レス爰ニ其要領ヲ擧クレハ左ノ如シ
甲論者曰ク數罪俱發ノ場合ニハ其各罪ニ對シ悉ク之ヲ罰スルコトハ

到底得ヘキニアラス何トナレハ無期徒刑以上ニ該ル罪ヲ數箇犯シタル
 場合ニ於テハ此數箇ノ罪ニ對シテ刑ヲ併科スルコト能ハサレハナリ
 例ヘハ死刑ニ該ル罪ト無期徒刑ニ該ル罪トヲ犯シタル場合ヲ想像セ
 ヲ死刑ヲ執行スレハ無期徒刑ハ自ラ免スルモノ、如シ之ニ反シテ無期
 刑ヲ執行セン乎無期徒刑ハ終身刑ナルヲ以テ之ヲ執行スルトキハ竟ニ
 死刑ヲ執行スルコト能ハサルノミナラス若シ大赦特赦等ノ恩典出ツ
 ルニ遇ハ、自ラ死刑ヲ免スルト一般ノ結果ヲ呈スルニ至ルヘシ唯
 有
 期徒刑以下ノ犯罪ニ就テノミ刑ヲ併科スルコトヲ得ヘシト雖モ若シ數
 罪俱發ノ際悉ク其刑ヲ併科スヘキモノトセハ數箇ノ重罪ヲ犯シタル
 者ハ其罪重キカ故ニ却テ唯一ノ重刑ヲ受クルニ止マリ之ニ反シテ數
 箇ノ輕罪ヲ犯シタル者ハ數箇ノ刑ヲ併科セラレ時トシテハ數箇ノ重
 罪ヲ犯シタル者ト數箇ノ輕罪ヲ犯シタル者トノ間ニハ幾ント其刑ニ

差違ナキカ如キノ結果ヲ現ハスニ至ルヘシ此ノ如キハ罪ト刑トノ權
 衡ヲ失スル最モ甚シト云ハサルヘカラス況ンヤ併科主義ハ酷ニ過ク
 ルノ弊ヲ免レサルニ於テオヤ故ニ數罪俱發ノ場合ニハ併科主義ヲ採
 ラス一ノ重キニ從テ處斷スルヲ至當トス我刑法ノ此制ヲ採用シタル
 ハ寔ニ其當ヲ得タルモノト云フヘシト
 此說タルヤ一理ナキニアラスト雖モ未タ以テ完全ナル良法ト爲スニ
 足ラス甲論者ノ說ノ如キハ之ヲ要スルニ數箇ノ重罪俱發シタルトキ
 ハ其刑ヲ併科スルコト能ハサルヲ以テ一ノ重キニ從テ處斷スヘシト
 云フニ過キサルカ如シ死刑ニ該ル罪ト無期徒刑ニ該ル罪ト俱發シタル
 トキノ如キハ實ニ論者ノ言ノ如ク其刑ヲ併科スルコト能ハスト雖モ
 此故ヲ以テ已ムヲ得ス一ノ重キニ從テ處斷スヘシト云ハ、有期徒刑以
 下ノ犯罪ニシテ各刑ヲ併科スヘキモノニ就テハ之ヲ併科シテ可ナル

カ如シ論者ハ蓋ソ此點ニ就テ併科主義ヲ決行セサルヤ論者或ハ云
 ハン乎若シ各刑ヲ併科シ得ヘキ有期刑以下ノ犯罪ニ就テノミ併科主
 義ヲ行フトキハ數箇ノ重罪ヲ犯シタル者ト數箇ノ輕罪ヲ犯シタル者
 トノ間ニ權衡ヲ先スルノ結果ヲ免レスト然レ此ノ如キノ不權衡ハ
 未ダ以テ深ク憂フルニ足ラス若シ論者ノ說ニ從ハ、尙ホ是レヨリ甚
 シキ不條理ノ結果ヲ免レサルヲ奈何セン即チ併科主義ヲ行ヒ得ヘキ
 ノ罪數箇ヲ犯シタル者ニ對シテ一ノ重キニ從テ處斷セハ他ノ犯罪ニ
 就テハ宛カモ無責任ヲ以テ罪ヲ犯スノ特許ヲ得タルカ如キノ奇觀ヲ
 呈スルニ至ルヘシ假令ヒ此ノ如キハ尙且ツ可ナリトスルモ亦他ニ幾
 多ノ弊害ヲ來タヌヲ免レヌ其既ニ一罪ヲ犯シテ未ダ發覺セサルヤ犯
 人或ハ思ハン我既ニ一罪ヲ犯スヲ以テ早晚處刑ヲ免レヌ我一罪ニシ
 テ處刑ヲ受ケンヨリハ寧ロ數箇ノ輕罪ヲ犯シテ充分我ニ利益シ而シ

テ後チ唯一ノ重キモノニ就テ一刑ヲ受クルニ如カスト犯人果シテ此
 ノ如キノ思念ヲ生スルアリトセハ數罪俱發ニ際シ一ノ重キニ從テ處
 斷スルノ規定ハ偶マ一罪ヲ犯シタル者ヲシテ尙ホ數罪ヲ犯スニ至ラ
 シムルノ弊ヲ免レヌ由テ觀レハ併科主義ヲ行ヒ得ヘキノ罪ニ就テハ
 併科主義ヲ採ルノ優ルニ若カサルモノ、如シ然ルニ論者カ無期刑以
 上ノ罪ニ併科主義ヲ行フコト能ハスト云フノ理ヲ以テ他ノ併科主義
 ヲ行ヒ得ヘキノ罪ニモ之ヲ行ハス一ノ重キニ從テ處斷スヘシト主張
 スルハ前後矛盾ノ說タルヲ免レヌ實際有期刑以下ノ罪ハ併科主義ヲ
 行フコト能ハサルニアラス是等ノ數罪俱發ニ際シテ併科主義ヲ行フ
 ハ寧ロ道理ニ近キモノト云ヘヘシ

乙論者ハ曰ク併科主義ハ無期刑以上ノ刑ト有期刑以下ノ刑トノ間ニ
 權衡ヲ失スルノ結果ヲ免レサルヲ以テ固ヨリ之ヲ採用スヘカラス故

ニ吸收主義ヲ採ルノ已ムヲ得サルニ至レリ數罪俱發ノ場合ニ於テハ
 數箇ノ獨立シタル犯罪アルハ明カナリト雖モ一ノ重キ罪ヲ罰スルト
 キハ他ノ輕キ罪ニ對スル刑ヲ吸收シタルモノト云ハサルヘカラス何
 トナレハ一ノ重キ罪ニ屬スル惡念ハ他ノ輕キ罪ニ屬スル惡念ヲ包括
 シテ之ヲ一箇ト爲シタルモノト看做スモ不可ナキヲ以テ其重キモノ
 ナ罰スレハ以テ足レリトスヘケレハナリ例ヘハ強盜犯ト竊盜犯ト詐
 僞取財犯ト三罪俱發シタルトキノ如キハ強盜罪ハ重シ故ニ之ニ重キ
 刑ヲ科スレハ竊盜ト詐僞取財トノ二罪ニ對スル刑ハ自ラ吸收セラル
 ヲナリ以テ他ノ二罪モ亦暗々裏ニ處罰ヲ受ケタルモノト看做シテ可ナ
 リト然レモ吸收主義ハ併科主義ノ如ク酷ニ過クルノ弊害ヲ避ケ得ル
 ニ過キサルノミ寧口寬ニ失スルノ結果ヲ免レサルヲ以テ亦是レ當チ
 得タルモノト云フヲ得ス何トナレハ一罪ヲ犯シタル者ト二箇以上ノ

罪ヲ犯シタル者トハ社會ニ加害シタルノ度固ヨリ同一ナラス背徳ノ
 度モ亦二罪ハ一罪ニ倍スルモノト云ハサルヲ得サレハナリ果シテ然
 ラハ唯一ノ重キモノ、ミテ罰シ他ノ輕キモノヲ不問ニ付スルハ失當
 ノ處置ト云ハサルヲ得ス況ンヤ既ニ講述シタルカ如ク其不問ニ付セ
 ラレタル犯罪ハ無責任ノ特許ヲ得タルト同一ノ奇觀ヲ呈スルニ於テ
 オヤ此ノ如キハ豈ニ罰ノ目的ヲ達スルモノト云フヲ得ンヤ無期徒刑以
 上ノ罪ト有期徒刑以下ノ罪トノ俱發シタル場合ニ於テ之ニ無期徒刑ヲ科
 スルトキハ無期徒刑ハ終身刑ナルヲ以テ他ノ有期徒刑ヲ吸收シタルモノ
 ト看做スコトヲ得ヘシト雖モ有期徒刑以下ノ罪數箇俱發シタルトキニ
 至テハ其一ノ重キモノヲ罰スルヲ以テ他ノ罪ニ科スヘキ刑ヲモ吸收
 シタリトスルハ論理ニ背戾スルモノト云ハサルヲ得ス何トナレハ其
 刑ヲ受ケタル罪ニシテ若シ大赦特赦等ノ恩典ニ因テ免セラレハトキ

ハ他ノ罪ハ大赦特赦ヲ受クヘキモノ、中ニ在ラサルニ拘ラス自ラ免刑セラル、ニ至リ其不當タルコト論チ俟タサルノミナラス若シ其刑ヲ受ケタル罪ニシテ再審ノ訴ニ因リ無罪ニ歸シタルトキハ他ノ犯罪ハ理由ナクシテ自ラ消滅ニ歸スルノ結果ヲ免レス是レ之ヲ不當ト云ハスシテ將タ何トカ云ハン

丙論者ハ又吸收主義ニ辯護チ加ヘテ曰ク社會ハ一罪ヲ犯ス者アラン乎速カニ犯人ヲ逮捕シテ之ヲ罰セハ懲戒ノ効直チニ擧カリ犯人ヲシテ悔悟善ニ復セシムルコトヲ得タルヤモ未タ知ルヘカラス然ルニ社會ノ怠慢ナル之ヲ等閑ニ付シタルノ故テ以テ遂ニ數罪ヲ犯スニ至ラシメタルモノト云ハサルヲ得ス社會ハ既ニ怠慢ノ責メヲ免レサルニモ拘ラス犯人ニ對シテ汝ハ何カ故ニ數罪ヲ犯シタルヤト叱責シ獨リ其責メヲ犯人ノミニ歸セシメ之ニ數刑ヲ併科セントスルハ其當ヲ失

スト云ハサルヘカラス是レ立法者カ數罪俱發ニ際シ一ノ重キニ從テ處斷セシメ他ノ罪ヲ問ハサラシムル所以ナリト

此說モ亦採ルニ足ラサルナリ社會カ同一ノ犯人ニシテ數罪ヲ犯スニ至ルマテ之ヲ逮捕セサリシハ實ニ怠慢ノ責メヲ免レサルカ如シト雖モ此單純ナル理由ヲ以テ數罪俱發ニ際シ一ノ重キ刑ヲ科スルノ根據ト爲スハ適用法ヲ誤リタルモノト斷言セサルヲ得ス若シ論者ノ說ニ從ハ、初犯ノ罪ハ之ヲ罰スルコトヲ得ルモ次テ犯シタル罪ハ其輕重ヲ問ハス之ヲ罰スルコトヲ得サルヘシ何トナレハ初犯以外ノ罪ハ社會怠慢ノ結果ニ係ルヲ以テ社會ハ其責メヲ自己ニ歸セシムルヲ至當トシ犯人ヲ罰スルノ權ナキモノ、如ク然レハナリ由テ觀レハ論者ノ說ハ以テ初犯ノ一罪ハ罰スヘシ他ノ罪ハ罰スヘカラストスルノ辯明ト爲サハ其當ヲ得タリトスルモ以テ數罪俱發ニハ一ノ重キ刑ノミナ

科スルノ辯明ト爲スニ至テハ殆ント價值ナキモノト云ハサルヘカラ
ス

以上講述スル所ニ依レハ併科主義固ヨリ其當チ得ス吸收主義モ亦其
當チ得サルニ拘ラス我刑法ニ於テ之ヲ採用シタルハ果シテ何等ノ原
理ニ基因スルヤ學理上ヨリ之ヲ論スルトキハ數罪俱發ハ一ノ重キニ
從テ處斷スヘシトスルノ規定ハ一ノ根據ナキモノ、如ク適當ノ法々
リト云フチ得ス然レモ人智ノ發達未タ充分ナラサル今日ニ於テ往々
此ノ如キノ制度ヲ見ルハ已ムチ得サルノ結果ニシテ獨リ我立法者ノ
ミチ責ムヘキニアラス吾人ハ唯人智ノ發達ニ從ヒ此ノ如キノ制度ハ
早晚之ヲ除却シテ他ノ良法ヲ採ルノ時機ニ達スルノ日ヲ待ツヨリ外
他ニ手段ナカルヘシ然レモ歐洲各國ノ刑法中稍々其當チ得タリトス
ルノ制度ナキニアラサルヲ以テ其一二ヲ摘載シ以テ讀者ノ參考ニ供

スヘシ

獨逸法ニ依レハ數罪俱發ハ一ノ重キ刑ニ一等ヲ加ヘテ處斷スヘキモ
ノトス我刑法ニ就テ云ヘハ例ヘハ竊盜罪ハ二月以上四年以下ノ重禁
錮ナリ若シ重禁錮二年ニ該ル罪ト三年ニ該ル罪トノ二個俱發シタル
トキハ三年ニ該ル罪ノ刑ニ四分ノ一即チ一等ヲ加ヘテ重禁錮三年九
月ニ處スルカ如シ此方法ハ併科主義ノ制限法ニ出テタルモノ、如ク
然リ

露西亞法ニ依レハ數罪俱發ノ場合ニ於テ其最モ重キ刑ノ限内ニ於テ
最長期若クハ最多額ヲ以テ罰スヘキモノトス例ヘハ前例ノ竊盜ノ二
罪俱發シタルトキハ其最長期ハ重禁錮四年ナルヲ以テ即チ之ヲ四年
ニ處シ又過失殺ノ罪二個俱發シタルトキハ其罰金ノ最多額ハ二百圓
ナルヲ以テ即チ罰金二百圓ニ處スルカ如シ此方法ハ吸收主義ニ稍々重

キヲ加ヘタル制ナリトス
 獨露二國ノ制度モ未ダ以テ完全ナルモノト爲スニ足ラサルハ言ヲ俟
 マスト雖モ之ヲ單ニ一ノ重キニ從テ處斷スルノ制度ニ比スレハ幾分
 カ條理ニ近キ所アルカ如シ然レモ該制度ノ如キモ若シ刑ノ最長期若
 クハ最多額ニ該ル罪二個以上ヲ犯シタルトキハ罪ト刑トノ平衡ヲ得
 セシムルコト能ハサルヲ以テ亦是レ一長一短ノ誹リヲ免レス我刑法
 ノ如キモ吸收主義ヲ專用シタルカ如シト雖モ違警罪ニ至テハ併科主
 義ヲ採用シ其他各本條ノ規定ニ就テ見ルニ幾ント折衷主義ヲ採レリ
 ト云フモ可ナルカ如キアリ要スルニ是レ未ダ適當ノ方法ヲ發見セサ
 ルカ故ナルヘシト雖モ予ヲ以テ之ヲ視レハ數罪中最モ重キ刑ニ一
 ヲ加ヘテ處斷スルノ制度ハ稍採ルニ足ルヘキモノ、如シ

第百條 重罪輕罪ヲ犯シ未ダ判決ヲ經ス二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
 本條ハ數罪俱發ニ際シ刑ヲ科スルノ方法ト刑ノ輕重ヲ知ルノ標準ト
 ナシタルモノナリ數罪俱發ニ際シテハ一ノ重キニ從テ處斷スルハ
 我刑法ノ原則ナルヲ以テ刑ノ輕重ヲ分別スルハ最モ肝要ナリト雖モ
 如何ナル標準ニ依テ之ヲ分別スヘキヤ重罪刑ト雖モ定役ノ有無アリ
 又刑期ノ長短アリ果シテ孰レチ重シトシ孰レチ輕シトスルヤ其標準
 アラサルトキハ法律ノ適用ニ苦マサルヲ得ス單ニ理論ニ依テ輕重ヲ
 分マン乎各裁判所ノ判決ハ一定セスシテ罪ト刑トノ權衡ヲ失スルニ
 至ルナキヲ保スヘカラス是レ本條ノ規定アル所以ニシテ法文ノ意味

ハ甚ダ簡明ナルカ如シト雖モ第二項及ヒ第三項ニ規定スルカ如ク重罪ト輕罪トハ自テ其標準ヲ異ニシ且ツ第一項ニ於テモ注目ヲ要スヘキノ點アルヲ以テ予ハ各項ニ就キ各別ニ之ヲ講述スヘシ

第一項ニ於テ重罪輕罪ヲ犯シ未ダ判決ヲ經ストアルハ重罪ト輕罪トノ區別ヲ問ハス二罪俱發ヲ以テ論スヘキ場合ハ一罪未ダ判決ヲ經サルニ他ノ罪又發覺シ又ハ二個以上ノ罪皆未ダ判決ヲ經スシテ俱發シタル場合ト云フニ外ナラス而シテ未ダ判決ヲ經ストハ未ダ確定裁判ヲ經スト云フノ意味ニ解釋セサルヘカラス例ヘハ一罪既ニ公訴ヲ受ケテ第一審ノ裁判アリタルトキト雖モ其裁判未ダ確定セノテ又他ノ罪發覺シタルトキノ如キモ亦是レ數罪俱發ナリ之ヲ要スルニ數罪俱發トハ二箇以上ノ罪皆未ダ確定裁判ヲ經サル前ニ俱發シタルヲ云フ故ニ一罪ニ對スル裁判既ニ確定シタル後他ノ一罪發覺シタルトキハ

二罪俱發ニアラスシテ即チ各箇ニ刑ヲ科スヘキモノトス

又一ノ重キニ從テ處斷ストハ數罪中最モ重キ刑ノミヲ宣告スヘシト云フニ外ナラス或ハ此法文ヲ誤解シ唯一ノ重キ罪ノミヲ問ヒ他ノ輕キ罪ハ之ヲ論セサルモノ、如クニ解釋スル者アリト雖モ決シテ然ルニアラス數罪俱發ノ場合ト雖モ唯一ノ重キ罪ノミヲ問フニアラス他ノ輕キ罪モ亦之ヲ論スルハ勿論タリ故ニ處斷ノ二字ハ刑ヲ宣告スルノ意味ニ解釋セサルヘカラス之ヲ再言スレハ他ノ輕キ罪モ亦之ヲ論スヘシト雖モ最モ重キ刑ノミヲ宣告シ他ノ輕キ罪ハ只之ヲ論スルノミニシテ其刑ヲ宣告セスト云フニ異ナラス若シ之ヲ誤解シ重キ罪ノミヲ論シ他ハ之ヲ不論罪ト爲スモノ、如クニ思惟セシテ乎裁判官ハ數罪俱發ノ場合ニ於テ唯一ノ重キ罪ノミヲ擧ケテ其刑ヲ宣告シ之カ爲メ往々ニソ大ナル不都合ヲ來タスニ至ルヘシ例ヘハ非常上告等ニ因

裁判ノ錯誤明瞭ト爲リ刑ノ宣告ヲ受ケタル罪消滅シタルトキノ如キハ他ノ輕キ罪ハ全ク不論罪ニ歸着スルノ結果ヲ免レス此場合ニ於テ再ヒ他ノ輕キ罪ヲ論セン乎一事再理セストノ原則ニ悖反スルヲ奈何セン故ニ一ノ重キニ從テ處斷ストノ法文ハ一ノ最モ重キ刑ノミヲ宣告スルノ意味ニ解釋セサルヘカラス予ヲ以テ視レハ裁判官ハ此點ニ一層ノ注意ヲ加ヘ他ノ輕キ罪ニ對スル刑ヲモ宣告シ置クヲ可ナリトス此ノ如ク他ノ輕キ罪ニ對スル刑ヲモ宣告シ置クノ利益ハ宛カモ大囊中ニ數箇ノ小囊ヲ包容スルカ如ク假令ヒ裁判ノ錯誤ニ因リ一ノ重キ刑ヲ科シタル罪消滅スルモ決シテ他ノ輕キ罪ヲ不論罪ニ歸着セシムルカ如キノ不都合ヲ來タスノ憂ヒナカルヘシ何トナレハ大囊ヲ剝キ去ルモ尙ホ第二ノ小囊ヲ存シ又之ヲ剝キ去ルモ第三ノ小囊尙ホ存スルト一般ニシテ犯人ヲ無罪放免ト爲スカ如キノ不當ナル結果ヲ

生セサルノ理ナレハナリ

第二項ハ重罪刑ノ輕重ヲ分別スルノ標準ヲ示シタルモノナリ有期刑中流刑ト禁獄ニハ定役ナク徒刑ト懲役ニハ定役アリ又此四刑ハ各其刑期ニ長短ノ差アルヲ以テ孰レヲ重シトシ孰レヲ輕シトスヘキヤ之ヲ決スルノ標準ナカルヘカラス本項ハ即チ其標準ヲ示シ刑期ノ長キモノト短キモノトノ二罪俱發シタルトキハ定役ノ有無ヲ問ハス刑期ノ長キモノヲ以テ重シト爲シ又刑期同一ニシテ一ハ定役アリ一ハ定役ナキモノ俱發シタルトキハ定役アルモノヲ以テ重シト爲スト明示セラレタリ爰ニ一ノ疑問トスルモノハ刑期ノ長キモノハ何故ニ定役ノ有無ニ拘ハラス之ヲ重シト爲シタルヤノ點是レナリ皮相ノ觀ヲ以テスレハ定役ハ一ノ苦痛ナルヲ以テ定役アルモノハ其刑期短キモノ之ヲ重キモノト看做シテ可ナルカ如シト雖モ身躰ノ自由ハ人ノ權利上

最モ貴重ナルモノナリ故ニ身軀ノ自由ヲ奪フハ苦痛ノ最モ大ナルモノニシテ定役ノ苦痛ト同視スヘキニアラス是レ定役ノ有無ニ拘ハラズ刑期ノ長キモノヲ以テ重シト爲シタル所以ナリ又刑期同一ニシテ一ハ定役ナキトキハ其定役アルモノヲ以テ重シト爲サ、ルヘカラス何トナレハ定役アルモノハ自由ヲ奪ハル、ノ苦痛ト服役ノ苦痛トヲ併セ受クレハナリ

本項ニ於テ無期徒刑ト死刑トニ關シテ何等ノ標準ヲモ示サ、ルハ一ノ缺點タルカ如シト雖モ死刑ノ無期徒刑ヨリ重キハ法律ノ明示ヲ待テ後ヲ知ルヘキニアラス若シ又俱發シタル罪皆無期徒刑ニ該當スルトキハ孰レノ刑ヲ科スルモ皆終身刑ナルヲ以テ亦是レ其標準ヲ示スノ必要ナシ唯無期徒刑中一ハ定役ナキモノニ該リ一ハ定役アルモノニ該ルトキハ其定役アルモノヲ以テ重シト爲スハ論ヲ俟タズ

予ハ立法上本項ニ追加セサルヘカラサル一要點アルヲ發見セリ本項ノ規定ニ從ヘハ刑期ノ長キモノハ定役ノ有無ニ拘ラス之ヲ重シト爲スニ因リ或ハ定役アル罪ヲ犯シタル者其定役ヲ免レンカ爲メ尙ホ是ヨリ一等重キ罪ヲ犯スカ如キノ弊ヲ來タスノ恐レナシトセス例ヘハ五年ノ重禁錮ニ該ルノ罪ヲ犯シタル者其定役ヲ免レンカ爲メ一等重キ國事ニ關スル罪ヲ犯シ六年ノ輕禁獄ニ處セラレントチ企圖スルカ如キ是レナリ今此弊ヲ防カントセハ先ツ五年ノ重禁錮ニ該ルノ間ハ定役ニ服セシメ殘期一年ヲ純然タル輕禁獄ニ處スルノ制ヲ設ケサルヘカラス是レ本項ニ追加スヘキノ要點ナリト信ス果セル哉改正草案者モ亦此缺點ヲ發見シ之ヲ補充センカ爲メ其第八十七條第二項ニ規定シテ曰ク定役ヲ附シタル刑ト定役ヲ附セサル刑トヲ宣告シタル場合ニ於テ定役ヲ附シタル刑期長ク又等シキハ止メ其刑ヲ執行ス若

シ其刑期定役ヲ附セサル刑ヨリ短キトキハ先ツ定役ヲ附シタル刑ヲ執行シ其期限ヲ定役ヲ附セサル刑ニ通算スト果シテ此ノ如ク修正セハ前述ノ如キ弊害ハ自ラ止マル至ルヘシ故ニ予モ亦此修正ヲ希望ス或ル論者ハ本項ノ刑期ニ就テ疑義ヲ懷キ此刑期ハ再犯加重宥恕減輕若クハ自首減輕等ノ附隨スル場合ニ於テハ其加減シタル後ノ刑ニ屬スル乎將タ本刑ニ屬スル乎ニ就テ喋々セリ論者ハ何ヲ苦ンテ喋々スルヤ是レ無用ノ辯タルヲ免レス何トナレハ本項ノ規定ハ宣告スヘキ刑ニ對シテ適用スヘキモノナルヲ以テ再犯加重宥恕減輕若クハ自首減輕ノ場合ニ於テハ其加減シタル後ノ刑ニ就テ刑期ヲ論スヘキハ多言ヲ俟タスシテ自ラ明カナレハナリ故ニ其間ニ疑義ヲ容ル、ノ必要ナキモノト信ス要スルニ第二項及ヒ第三項ハ第一項ノ註釋タルニ過キサルナリ

第三項ハ輕罪ノ刑ニ關シテ輕重スル標準ヲ示シタルモノナリ輕罪ノ刑ニ關シテハ其所犯情狀最モ重キ者ニ從テ處斷ストアルヲ以テ單ニ文字上ヨリ之ヲ解釋スレハ所犯ノ情狀即チ犯罪ニ隨伴スル情狀如何ニ因テ處斷スルモノ、如シト雖モ實際ハ所犯ノ情狀如何ニ因テ處斷スルニアラス其所犯ノ罪ニ科スヘキ刑ノ性質ノ輕重ニ從テ處斷スルモノナリ故ニ所犯情狀トハ裁判官ノ認定スル犯罪ノ情狀ヲ云フニアラスシテ立法者ノ豫定シタル刑ノ情狀ノ謂ヒナリト解釋セサルヘカラス之ヲ換言スレハ實際科スヘキ刑中ニ於テ其性質ノ最モ重キモノヲ以テ處斷スヘシト云フニ異ナラス此ノ如ク解釋スレハ立法者ノ豫定シタル刑ノ輕重ハ素ヨリ罪ノ輕重ニ基クヲ以テ刑ノ性質ノ最モ重キモノヲ適用スルトキハ數罪中最モ重キモノニ就テ處斷スルノ結果ニ歸スルヲ知ルヘキナリ

例へハ一年以上三年以下ノ重禁錮ニ該ル甲罪ト三月以上二年以下ノ重禁錮ニ罰金五十圓ノ附加アル乙罪トノ二罪俱發シタリシトセン乎乙罪ハ刑期短キモ罰金ノ附加アリ甲罪ハ罰金ノ附加ナキモ刑期長ク果シテ孰レヲ重シトスヘキヤ殆ント之ヲ知ルニ苦マサルヲ得サルカ如シ然レハ刑ノ性質ニ於ケル情狀ヨリ之ヲ判斷スルトキハ其輕重ハ容易ニ分別スルコトヲ得ヘキナリ金錢ハ之ヲ失フモ復タ之ヲ得ルノ時機アルヘシ既ニ奪了セラレタル身軀ノ自由ハ之ヲ回復スルコトヲ得ヌ要スルニ金錢ト自由トヲ比較セハ自由ノ貴キハ金錢ノ比ニアラサルヲ以テ前例ノ場合ニ於テハ二月以上三年以下ノ重禁錮ノ刑ハ三月以上二年以下ノ重禁錮ニ罰金五十圓ノ附加アル刑ヨリ重キモノト決定シ即チ甲罪ニ對シテ處斷セサルヘカラス何トナレハ立法者ハ甲罪ヲ重シト看做シタルヲ以テ其長期ヲ三年ト定メタルモノナレハナ

リ然レハ前例ノ場合ニ於テハ裁判官ハ其刑期ヲ三月以下ニ降ラシムルコトヲ得サルヘシ然ラサレハ假令ヒ二月以上三年以下ノ範圍内ニ於テ處斷シタリトスルモ却テ三月以上二年以下ノ刑ヨリ輕キニ歸スルノ結果ヲ來タセハナリ
又例へハ二月以上一年以上一年以下ノ重禁錮ニ該ル甲罪ト十一日以上二年以下ノ重禁錮ニ該ル乙罪ト俱發シタリトセン乎甲罪ノ短期ハ乙罪ノ短期ヨリ長ク乙罪ノ長期ハ甲罪ノ長期ヨリ長ク果シテ孰レヲ以テ重シト爲スヘキヤ抑モ立法者カ各種ノ有期刑及ヒ罰金等ニ就テ最長期ト最短期ト最多額ト最寡額トヲ定メタルモノハ裁判官ヲシテ其範圍内ニ於テ適當ニ其刑ヲ適用セシムルニ在リ同シク竊盜罪ヲ犯スト雖モ數萬圓ヲ竊取シタル者ト僅カニ數箇ノ敝衣ヲ竊取シタル者トハ其罪ニ輕重ノ差ナシトスルヲ得ス然ルニ之ヲ罰スルニ單ニ何年何月ノ重

禁錮ニ處スト云フカ如キ單一ナル制定ヲ設クルニ過キサラシメハ數万圓ヲ竊取シタル者モ數箇ノ敝衣ヲ竊取シタル者モ同一ノ刑ニ處セラレ罪ト刑トノ權衡ヲ失セシムルニ至ルヘシ故ニ有期ノ刑ニ就テハ短期長期ノ兩端ヲ指定シ罰金科料ニ就テハ最多最寡ノ兩額ヲ明示シ裁判官ヲシテ其範圍内ニ於テ適宜ニ刑期金額ヲ撰擇セシメサルヘカラス然レモ刑ノ基本ハ最長期ニ在ル乎將テ最短期ニ在ル乎ト問ハ、立法者ハ有期刑ニ就テハ最長期ヲ以テ其基本ト爲シ罰金科料ニ就テハ最多額ヲ以テ其基本ト定メタリト答ヘサルヘカラス何トナレハ若シ最長期最多額ヲ以テ刑ノ基本ト定メタルニアラストセハ二月以上一年以下ト云ヒ十一日以上二年以下ト云ヒ五圓以上二十圓以下ト云ヒ二圓以上三十圓ト云フカ如ク其最長期又ハ最多額ヲ限定スルノ必要アラサレハナリ由テ觀レハ我立法官ハ最長期最多額ヲ以テ刑ノ基

本ト定メタルコト明カニシテ前例ノ場合ニ於テハ即チ十一日以上二年以下ノ刑ヲ重シト爲シタルハ敢テ疑ヒテ容レサルヘシ然レモ裁判官ハ之ヲ適用スルニ當リ少クモ二月以下ノ重禁錮ニ處スルコトヲ得サルヘシ何トナレハ二月以上一年以下ニ該ルノ甲罪ト十一日以上二年以下ニ該ルノ乙罪ト俱發シタル場合ニ於テ若シ二月以内ノ重禁錮ニ處スルトキハ假令ヒ立法者カ裁判官ニ與ヘズル刑ノ適用ノ範圍ヲ出テストスルモ第一項ニ定メタル一ノ重キニ從テ處斷スト云フノ原則ニ反スレハナリ況ンヤ一ノ重キト云ヘル中ニハ刑ノ性質ノ重キニ關スル意味ヲモ包含スルニ於テオヤ重罪ニ就テハ刑期ノ長キモノヲ以テ重シト爲スコトヲ明示シ輕罪ニ就テハ之ヲ明示セス是レ他ナシ輕罪ノ刑ハ最長期ト最短期ト最多額ト最寡額トヲ示シ其範圍内ニ於テ適當ニ其刑ヲ撰擇セシムルコト前

段講述シタルカ如クナルヘキヲ以テ所犯情狀ニ因ルニアラサレハ之ヲ定ムルコトヲ得サレハナリ例ヘハ輕罪ニハ十一日以上二年以下ノ重禁錮ニ該ル罪ト二十圓以上五百圓以下ノ罰金ニ該ル罪ト俱發スルカ如キ場合往々少カラサルヲ以テ豫メ其輕罪ヲ定ムルコトヲ得ス是等ノ場合ニ於テハ孰レヲ重シトスヘキヤ裁判官ニ委スルニ其輕重ヲ定ムルノ權ヲ以テスト雖モ之ヲ知ルノ標準ヲ示サ、レハ殆ント之ヲ知ルニ苦ム場合ナキニアラサルヘシ是ニ於テ乎裁判官ハ刑ノ性質即チ情狀ノ重キモノニ就テ判知スルノ外ナカルヘシ若シ本項ノ所犯情狀ヲ解ノ犯罪ノ情狀ト爲スアラハ前例ノ場合ニ於テ罰金ニ該ル罪ノ情狀重シト思料スルトキハ罰金ニ處スルモ不可ナカルヘシ然レモ我刑法ニ於テ罰金ハ禁錮ノ刑ヨリ輕シトスルヲ以テ假令ヒ罰金ノ最多額ハ巨額ナルモ十一日以上二年以下ノ重禁錮ヨリ輕キモノト判知セ

サルヘカラス然ルニ犯罪ノ情狀ニ因テ處斷スヘキモノトセハ裁判官ハ實ニ刑ノ輕重ヲ知ルニ苦ムノ場合甚々多カルヘシト思考ス故ニ所犯情狀ハ其犯罪ニ科スヘキ刑ノ性質ノ輕重ニ從テ處斷スルノ意味ニ解釋セサルヘカラサルナリ

第百一條 違警罪二罪以上俱ニ發シタル時ハ各其刑ヲ科ス若シ重罪又ハ輕罪ト俱ニ發シタル時ハ一ノ重キニ從フ

違警罪ノ數罪俱發ニ關シテハ變則ヲ用キ重罪輕罪ノ數罪俱發ニ關スル原則ヲ適用セス即チ一罪毎ニ各其刑ヲ科スヘキモノトス是レ他ナシ違警罪ハ輕微ノ罪ニシテ且ツ之ヲ罰スルハ地方取締上ノ處分ニ屬スルヲ以テ一ノ重キニ從テ處斷スルトキハ刑ヲ蔑如スルニ至ルノミナラス地方ノ不取締ト爲ルノ憂ヒアルヲ以テナリ故ニ違警罪ニ就テハ併科主義ヲ採用セラレタルモノト信ス違警罪ト雖モ拘留十日ニ該

ルノ罪一時ニ百箇俱發スルトキハ千日ノ拘留ニ處セラルヘキヲ以テ時トシテハ輕罪ノ刑ノ重キモノニ該當スル場合ナキニアラサルカ如シト雖モ同一ノ人ニシテ六月ノ公訴期限内ニ同一ノ違警罪裁判所管轄内ニ於テ百回違警罪ヲ犯スカ如キハ恐ラクハ之レナカルヘキヲ以テ違警罪ニ就テハ併科主義ヲ行フモ刑ノ重キニ過クルノ結果ヲ來タスコトナキモノト斷定シテ可ナルヘシ是レ我立法者カ違警罪ニ就テハ併科主義ヲ採用スルニ躊躇セザリシ所以ナル乎

然レモ違警罪ト重罪又ハ輕罪ト俱發シタル場合ニ於テハ併科主義ヲ採用スヘキニアラス故ニ此場合ニ於テハ一ノ重キニ從フノ正則ニ復セシムルモノトス本條後半ノ規定即チ是レナリ

第二百二條 一罪前ニ發シ既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條ノ例ニ照シ折算シテ後發ノ刑期ニ通算ス

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テ一ノ重キニ從ヒ前發ノ刑ヲ通算セス數罪俱發ハ必スシモ同時ニ發覺スルヲ期スヘカラス一罪前ニ發シ既ニ確定裁判ヲ經タル後餘罪ノ發覺スルコトアリ假令ヒ數箇ノ罪各箇ニ公訴ヲ受クルコトアルモ再犯ニアラサルヨリハ數罪俱發ヲ以テ論セサルヘカラス而シテ數罪同時ニ發覺シタルトキハ第百條ヲ適用スヘキモ一罪前ニ發シ既ニ確定裁判ヲ經テ餘罪後ニ發シタルトキハ將タ之ヲ如何ニ處斷スヘキヤ此疑問ニ答フルノ原則ナカルヘカラス是レ本條ノ規定アル所以ナリ

第一項ノ規定ニ依レハ同一人ニシテ數罪ヲ犯シ其中ノ一罪既ニ確定

裁判ヲ經タル後他罪ノ發覺シタル場合ニ於テ後發ノ罪ニ該當スル刑
 前發ノ罪ニ科シタル刑ヨリ輕キカ又ハ等シキトキハ之ヲ論セス之ニ
 反シテ若シ後發ノ罪ニ該當スル刑前發ノ罪ニ科シタル刑ヨリ重キト
 キハ更ニ之ヲ論シ前發ノ罪ニ科シタル刑ヲ以テ後發ノ罪ニ該當スル
 刑期中ニ通算スヘシト云フニ過キサカ如シ然レモ本項ノ規定ニ就
 テハ緻密ノ講究ヲ要スルノ點數箇アリ左ニ之ヲ舉ケテ各箇ニ説明ス
 ヘシ

〔其輕ク若クハ等シキ者ハ之ヲ論セス〕トアルハ立法ノ精神上ヨリ之ヲ
 推究スレハ唯其刑ヲ科セスト云フノ意味ニシテ決シテ之ヲ不論罪ト
 爲スノ意ニアラス其果シテ輕キカ又ハ等シキカハ公訴ノ提起ニ因リ
 之ヲ審判スルニアラサレハ得テ知ルヘキニアラス果シテ然ラハ豈其
 罪ヲ論セスト云フヲ得ンヤ要スルニ立法ノ精神ハ通常ノ公訴ニ因リ

公衆ノ面前ニ於テ之ヲ審判スルモ唯其刑ヲ科セスト云フニ在ルノミ
 然ルニ我立法者ハ之ヲ論セスノ語ヲ用井タルヨリ世ノ學者ノ非難ヲ
 招キ單ニ文字上ヨリ解釋スレハ不論罪ト爲スノ疑義ヲ免レサルカ如
 シ然レモ予ハ世ノ論者ト共ニ其非ヲ啜々スル者ニアラス他日本法改
 正ノ時機ニ遇ハ、必ズ改訂ヲ加ヘラレンコトヲ望ムニ過キヌ
 其輕ク若クハ等シキ場合ハ實際上往々ニシテ生スヘキヲ想像ス例ヘ
 ハ重禁錮一年ニ該ル罪發覺シ既ニ判決ヲ經タル後ニ發覺シタル餘罪
 重禁錮六月又ハ一年ニ該ルトキハ即チ是レ輕ク若クハ等シキ者ナル
 ナ以テ此場合ニ於テハ唯其罪ヲ審判スルノミニシテ其刑ヲ科スルヲ
 要セス之ニ反シテ其重キ者ハ實ニ更ニ之ヲ論ストアレハ後發ノ罪ニ
 該當スル刑重キトキハ之ヲ科セサルヘカラス例ヘハ後發ノ罪重禁錮
 二年ニ該ルトキハ前發ノ刑ニ科シタル重禁錮一年ノ刑ヨリ重キヲ以

テ其刑ヲ科スルモ前後ノ刑期ヲ通算シテ其刑期間刑ヲ執行スヘキモ
 ノトス而シテ所謂通算トハ前例ノ場合ニ於テ既ニ判決ヲ經テ六月間
 其刑ヲ執行シタルトキハ後發ノ罪ニ科スル刑ノ二年ヨリ六月ヲ控除
 シ一年六月ノ刑ニ處スルカ如キ即チ是レナリ此通算法ハ之ヲ要スル
 ニ前後ノ刑ヲ比較シ後ノ刑重キトキハ更ニ之ヲ科スヘキモ其刑期ニ
 至テハ既ニ執行シタル刑ノ日數ヲ差引キ其殘ルモノヲ執行スヘシト
 云フニ外ナラス

本項但書ニ前發ノ刑罰金科料ニ該リ既ニ納完シタル者ハ第二十七條
 ノ例ニ照シ折算シテ後發ノ刑期ニ通算ス^トアルハ一ノ便宜法ニ出テ
 マルニ過キサルヘシト雖モ亦是レ緊要ノ規定ナリ何トナレハ若シ此
 規定アラサルトキハ往々ニシテ罰金若クハ科料ヲ返付セサルヘカラ
 サルノ結果ヲ來タスコトナシトセサレハナリ即チ前罪カ罰金ニシテ

後罪カ禁錮ナルトキハ更ニ禁錮ニ處シ前罪ニ因テ徵收シタル罰金ヲ
 返付セサルヘカラス之ニ反シテ本項但書ノ規定ニ從フトキハ罰金若
 クハ科料ヲ納完シタル時ト雖モ之ヲ返付スルヲ要セス唯折算法ヲ以
 テ納完シタル金額ヲ刑期ニ換ヘテ之ヲ扣除スレハ可ナリ例ヘハ前發
 ノ罪ニ科シタル刑カ罰金若クハ科料ニ該リ既ニ之ヲ納完シタルトキ
 ハ第二十七條ニ定メタル換刑例ヲ適用シ一圓ナ一日ニ折算シテ後發
 ノ刑ニ該當スル禁錮ノ刑期ヨリ其日數ヲ扣除シ其殘餘ノ刑期ニ服セ
 シムルモノトシ即チ納完シタル金額ヲ返付セサルノ方法ナリ敢テ問
 フ此方法ハ泰西諸邦ノ制度ニ摸倣シタルモノ乎泰西諸邦ハ既ニ國庫
 ニ徵收シタルモノハ刑事上ノ罰金科料ノミナラス民事上ノ徵收金ト
 雖モ之ヲ返付セサルヲ以テ例トス是レ他ナシ若シ之ヲ返付スルトキ
 ハ決算上ニ影響ヲ及ホシ爲メニ之ヲ變更セサルヲ得サルノ不都合ヲ

來タス場合アルヘキヲ以テナリ我刑法モ亦之ニ倣ヒ既ニ徵收シタル罰金科料ハ之ヲ返付セサルヲ以テ制度ト爲スモ若シ後發ノ刑無期刑以上ニ該當スルトキハ之ヲ奈何スヘキヤ此場合ニ於テハ通算法ヲ適用スルコト能ハサルヲ以テ既ニ納完シタル罰金科料ハ之ヲ返付セサルヘカラサルモノ、如シ立法者ノ意旨モ亦然リトスル乎果シテ然ラハ此方法モ亦未タ完全ナルモノト云フヲ得サルナリ

第二項ハ前發ノ刑ヲ裁判スル以前ニ犯シタル罪ニシテ當時未タ發覺セザリシモノカ前罪ノ裁判確定後ニ犯シタル再犯ノ罪ト俱發シタル場合ニ於ケル處斷法ヲ示シタルモノナリ例ヘハ甲罪ハ未發覺ノ罪ニシテ乙罪ハ發覺シテ確定裁判ヲ經タルモノニ屬シ丙罪ハ再犯ニ屬スル場合ノ如キ是レナリ此場合ニ於テハ甲罪ト乙罪トヲ比較セズシテ再犯タル丙罪ト未發覺ナリシ甲罪トヲ比較シ一ノ重キニ從テ處斷シ

其刑期ハ前發ノ刑ヲ通算セズトスルモノ即チ是レ第二項ノ規定ナリ本項ノ規定ニ從ヘハ前罪ノ刑ト餘罪若クハ再犯ノ刑トヲ併セテ之ヲ執行スルモノト思考セサルヘカラス例ヘハ乙ナル前罪ノ刑ハ重懲役十年ニシテ甲ナル未發覺ナリシ罪ノ刑ハ重禁錮五年ニ該リ丙ナル再犯ノ罪ハ亦重懲役十年ニ該ルトキハ乙罪ト丙罪トヲ比較シ一ノ重キニ從テ處斷セン乎重懲役十年ニ處セラレ前罪ノ刑ヲ併セテ之ヲ執行スルトキハ二十年ノ重懲役ニ處セラレ、ニ至ルヘシ何トナレハ前罪ノ刑タル重懲役ノ刑期ハ之ヲ通算セサルヲ以テ乙罪ト丙罪ト俱發シタルトキハ更ニ二十年ノ重懲役ニ處セラレ前後ノ刑期ヲ合算スレハ即チ二十年ニ至ルヲ以テナリ蓋此規定ハ數罪俱發ト再犯加重ト混同シタル場合ニ適用スヘキモノナルヲ以テ一ノ例外ニ屬ストスルモ前例ノ如キ結果ヲ來タストキハ酷ニ過クルモノ、如シ論者アリ之ヲ辯護

シテ曰ク第二項ノ規定ノ適用ハ子ノ説ト反對ノ場合ニ在リ例ヘハ甲乙二罪ヲ犯シ甲罪ハ重懲役十年ニ該リ乙罪ハ重禁錮五年ニ該リ而シテ乙罪發覺シテ既ニ重禁錮五年ニ處セラレ其裁判確定シタル後再犯ノ丙罪ト甲罪ト俱發シタルトキ丙罪モ重懲役十年ニ該ルト假定セヨ此場合ニ於テハ甲罪ト丙罪トハ共ニ是レ重懲役十年ナルヲ以テ即チ一ノ重キ重懲役十年ニ處シ結局前罪ノ重禁錮ヲ合算スルモ其刑期ハ十五年ニ過キヌシテ要スルニ酷ヲ避クルニ在リ然ルニ若シ此規定ニ依ラス一般ノ原則ニ從フトキハ前發罪ノ刑ト後發罪ノ刑トヲ比較シ一ノ重キニ從テ處斷スヘキヲ以テ前例ノ場合ニ於テ前罪ノ重禁錮ヨリ重キ甲罪ノ刑即チ重懲役十年ニ處セサルヘカラス而シテ更ニ又再犯ノ刑即チ重懲役十年ヲ科セサルヘカラス是レ實ニ酷ニ過クルト云ハサルヘカラス本項ノ規定ハ即チ此酷ヲ避クルニ在リト然レトモ比

ノ如キ場合ハ希有ニシテ殆ント不必要ノ想像タルノミナラス本項ノ規定ニ從フトキハ往々ニシテ奇怪ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ爰ニ有期徒刑ニ該ル罪ト重懲役ニ該ル罪トヲ犯シ重懲役ニ該ル罪ハ發覺シテ既ニ裁判確定シタル後チ重禁錮ニ該ル罪ヲ犯シ未發覺ナリシ重懲役ニ該ル罪ト俱發シタリト假定セヨ此場合ニ於テハ重懲役ニ該ル罪ハ前發ノ有期徒刑ニ該ル罪ト比較セズ再犯ナル重禁錮ト比較スヘキヲ以テ一ノ重キ重懲役ニ處セラレン乎若シ後罪前發ノ有期徒刑ニ該ル罪ト俱發スルトキハ一ノ重キニ從テ處斷シ重懲役ノ刑ハ執行セラル、コトナカヘキニ輕罪タル再犯ト俱發シタルノ故ヲ以テ更ニ又重懲役ニ處セラル、ニ至ルハ亦奇怪ナリト云ハサルヲ得ス予ヲ以テ之ヲ視レハ本項ノ規定ハ何レノ點ヨリ論スルモ不都合ノ結果ヲ免レサルヲ以テ以テ寧ロ削除スルニ如カサルモノト思考ス

第三百三條 數罪俱ニ發シ一ノ重キニ從フ時ト雖モ其沒收及ヒ徵償

ノ處分ハ各本條ニ從フ

數罪俱發ニ際シ一ノ重キニ從テ處斷スルノ原則ハ刑罰上ニ適用スヘキモノニシテ刑罰以外ニ及ホスヘキモノニアラス徵償處分ノ如キハ民事上ニ基因シ一種ノ行政處分ニ屬シテ刑罰ニアラス沒收處分ノ如キ犯罪ニ因テ得若クハ犯罪ノ用ニ供シ又ハ禁制ニ係ル物件ヲ奪收スルハ亦是レ眞ノ刑罰ニアラス故ニ刑ヲ科セサルトキト雖モ尙ホ沒收ヲ行フコトアリ是レ本條ノ規定ヲ設ケ數罪俱發シ一ノ重キニ從フトキト雖モ各罪ニ隨伴スル沒收及ヒ徵償ノ處分ハ仍ホ各本條ノ規定ニ從テ之ヲ行ハシムル所以ナリ

第八章 數人共犯

數人共犯トハ二人以上通謀シテ一罪ヲ犯シタル場合ノ名稱ナリ而シ

テ數人共犯ニハ二人以上ニテ同一ノ罪ヲ犯ス場合ト二人以上同一ノ罪ニ關係シタル場合トノ二者アリ法律上之ヲ區別シテ第一ノ場合ノ犯人ヲ正犯トシ第二ノ場合ノ犯人ヲ從犯トス此正犯從犯ノ由テ分ル、所ハ犯人其罪ヲ犯スニ際シ分擔スル所ノ行為如何ニ在リ之ヲ換言スレハ犯罪ヲ構成スルニ缺クヘカラサル所爲ヲ分擔シタル者ト犯罪ノ構成ニ重要ナラサルモ犯罪ノ構成ヲシテ容易ナラシムルノ所爲ヲ分擔スルトノ區別アリ第一ノ分擔ヲ爲シタル者即チ犯罪ノ原因タルヲ以テ正犯ノ責メニ任シ第二ノ分擔ヲ爲シタル者ハ即チ幫助者タルヲ以テ從犯ノ責メニ任セシム
法律上數人共犯ヲ區別シテ正犯ト從犯トノ二箇ト爲スモノハ實ニ犯罪ノ構成ニ就キ主從輕重ノ別アルニ基クノミナラス二箇ノ便益アルニ因ルナリ

第一刑法ノ原則ニ於テ正犯ナケレハ從犯ナシト云フコトアリ此原則ニ從ヒ刑法ノ適用上ニ正從ノ區別ヲ設クルトキハ裁判官檢察官等ヲシテ犯罪ノ有無ヲ認知セシムルニ便益ヲ與フル場合少カラス此正從ノ區別ハ獨リ刑法上ニ存スルノミナラス民法上ニモ亦存セリ例ヘハ主タル契約ノ消滅スルキハ從タル契約モ亦隨テ消滅スト云フカ如キ是レナリ民法上此區別アルヲ以テ或ル契約ニ就キ効力ノ有無ヲ判別セシムルニ於テ益スルヲ少カラス而シテ刑法上ニ正犯ナケレハ從犯ナシトノ原則アルモノハ他ナシ元來從犯ナルモノハ主タル正犯ノ存在スルニ因テ始メテ成立スルモノナレハナリ然レハ此原則モ亦適用スヘカラサル特別ノ場合アリ即チ身分ニ因テ無罪ト爲ル場合はレナリ例ヘハ正犯者タル幼年者精神喪失者瘖啞者等ニシテ不論罪ト爲ルモ之レカ從犯タル者ハ猶ホ其責任ヲ免レサルカ如キ是レナリ由テ觀

レハ正犯ナケレハ從犯ナシトノ原則ハ全ク正犯ノ罪跡アラサルトキハ從犯成立セストノ意味ニ解釋セサルヘカラス
 第二犯人ノ多數ニ因リ刑ヲ加重スヘキ場合ニハ教唆者ヲ除キ正犯ハ多數中ニ算入スト雖正從犯ハ之ヲ算入セス是等ノ場合ニ於テ正從ノ區別アルニ因リ刑ノ適用上一目シテ多數ニ算入スヘキ者ト否トヲ判別シ得ヘキノ便益アリ此從犯不算入說ニ對シ或ハ廢舉ヲ試ムル者アラシ乎我刑法上從犯ヲ多數中ニ算入セストノ明文アラスト予ヲ以テ視レハ其明文ナシト雖正法理上決シテ從犯ヲ多數中ニ算入スルヲ得サルナリ論者又云ハン第七條ニ於テ教唆者ヲ算入セストノ明文ヲ掲グルモ一言ノ從犯ニ及ホサルモノハ何ソヤト是レ他ナシ我刑法ハ教唆者ヲ以テ正犯ト爲シタルニ因リ特ニ第七條ノ明文ヲ掲ケサルキハ他ノ正犯ト同シク之ヲ算入シテ多數ト爲ストナシトセサル

ヲ以テナリ抑モ犯人ノ多數ニ因リ刑ヲ加重スル所以ノモノハ他ニア
 ラス犯人多數ナレハ社會ニ加害スルノ度モ亦一人ノ犯罪ニ於ケルヨ
 リモ大ナルモノト想像スルニ因ル蓋教唆者ハ正犯ノ責メヲ免レヌト
 雖モ止マ犯罪ノ意思ヲ他人ニ移シテ之ヲ爲サシメント要シタルニ過
 キス其身犯罪ノ場所ニ在テ犯罪ノ構成ニ必要ナル働作ヲ爲シタルニ
 アラス故ニ教唆者ハ正犯ト爲スニ拘ハラヌ之ヲ多數ニ算入セサルナ
 リ此論理ヲ以テ推ストキハ從犯モ算入シテ多數ト爲ストヲ得サルハ
 多辯ヲ要セスシテ明カナリ從犯ハ第九條ニ明記スルカ如ク正犯ヲ
 幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタルニ過キスシテ第三百七十九條ノ二人
 以上共ニ強盜ヲ爲シタル場合等ト同視スヘキニアラス假令ヒ其所爲
 ハ惡ムヘキモ之ヲ教唆者ニ比スレハ甚シキ差違アルヲ見ス故ニ法律
 上明文ナシト雖モ從犯ハ算入シテ多數ト爲ストヲ得サルモノト信ス

予既ニ法律上正犯從犯ノ區別ヲ爲シタル要點ヲ略説シタルヲ以テ順
 序ヲ逐ヒ正犯從犯ノ何タルニ就キ講述スヘシ

法律ニ於テ正犯ト爲ス者ニ三箇ノ區別アリ第一純乎タル正犯者第二
 教唆者第三被教唆者はレナリ純乎タル正犯者トハ何ソヤ二人以上共
 ニ犯罪ヲ發意シ又共ニ犯罪ヲ決行シタル者ノ謂ヒナリ教唆者ハ然ラ
 ス犯罪ヲ發意スルモ自ラ之ヲ決行セス其意思ヲ他人ニ移シテ決行セ
 シメタル者ナリ被教唆者ハ自ラ犯罪ヲ發意シタルニアラサルモ人ノ
 教唆ヲ受ケ之ニ同意シテ犯罪ヲ決行シタル者ナリ被教唆者ニ就テハ
 第七十五條第七十七條及ヒ第八十二條ニ屬スル者ヲ除クノ外教唆者
 ニ同意シテ犯罪ヲ決行シタル者ト看做スヘキハ論ヲ俟タス以上ノ三
 者ハ我刑法ニ於テ正犯ノ責メニ任セシム尙ホ教唆者ヲ正犯ト爲スノ
 理由ハ第百五條ノ下ニ於テ之ヲ講述スヘシ

凡ソ犯罪ノ構成ニハ二箇ノ必要元素ナカルヘカラス第一犯罪ノ發意
 第二犯罪執行ノ所爲是レナリ此二箇ノ元素アルニアラサレハ何レノ
 場合ト雖モ純然タル犯罪ハ構成セラレサルナリ二人以上連合シテ此
 犯罪ノ發意ト犯罪ノ執行トヲ爲シタルトキハ皆正犯ヲ以テ之ヲ論セ
 サルヘカラス何トナレハ數人共犯ニ際シテハ一人犯罪ヲ發意シテ二
 人之ヲ執行シ二人發意シテ一人之ヲ執行スル等種々ノ場合アルヘシ
 ト雖モ犯罪構成ノ元素ヲ充實スルニ至テハ一ナレハナリ即チ教唆者
 ト被教唆者トノ區別アルニ過キスシテ其孰レヲ缺クモ犯罪ハ構成セ
 ラルヘキニアラス故ニ皆正犯ヲ以テ論セサルヘカラス之ヲ要スルニ
 犯罪ノ發意ハ無形上ノ元素ニ屬シ犯罪ノ實行ハ有形上ノ元素ニ屬ス
 ト雖モ共ニ是レ犯罪構成ノ元素タルニ至テハ毫モ差異スル所ナク又
 輕重スル所ナシ即チ教唆者ハ無形上ノ元素ヲ充實シ被教唆者ハ無形

上ノ元素ヲ充實シタル者ナリ故ニ正犯ニ於テ二者ヲ區別セス同一ノ
 責メニ任セシム

前述ノ如ク正犯ノ如何ヲ知ルハ容易ナルカ如シト雖モ實際ハ然ラヌ
 往々ニシテ判知ニ苦ムノ場合アルモノト思考セサルヘカラス例ヘハ
 甲乙二人共謀シテ放火ヲ爲スニ甲ハ燃料ヲ供シ乙ハ火ヲ放チ又ハ人
 ヲ殺スニ甲ハ其手足ヲ犯シ乙ハ兇器ヲ加ヘタルカ如キハ甲乙共ニ正
 犯ナリ又ハ甲將ニ火ヲ放タントスルニ際シ乙ハ木燧ト石油トヲ與ヘ
 又ハ甲乙ヲ捉ヘテ將サニ殺サントスルモ兇器ナシ丙之ヲ見テ刀劔ヲ
 與ヘテ其意思ヲ遂ケシメタルカ如キモ亦共ニ正犯ヲ以テ論シテ可ナ
 リ蓋右等ノ場合ハ正犯ヲ以テ論スルニ毫モ疑ヒノ存スルコトナシト
 雖モ甲カ人ノ邸宅ニ侵入シテ竊盜ヲ爲スニ際シ乙カ門外ニ在リテ見
 張リヲ爲シ又甲カ乙婦ト共謀シテ乙婦ノ樓上ニ於テ密賣淫ヲ爲ス

ニ際シ丙男カ樓下ニ在リテ見張ヲ爲シタル場合ノ如キハ其見張者ハ
 數人共犯ニ算入シ正犯ヲ以テ論スヘキヤ此見張ナル者ハ犯者ノ爲メ
 ニ四方ニ目ヲ注キ若シ犯罪搜索ノ吏員等來ルアラハ犯者ニ暗號ヲ傳
 ヘ通レシムルカ爲メニ要スルモノナリ假令ヒ犯罪ノ意思アルニアラ
 ス又毫モ犯罪ノ實行ニ關係シタルニアラストスルモ暗々裏ニ犯者ヲ
 シテ其意思ヲ決行スルノ氣力ヲ強固ナラシメタルモノト云ハサルヘ
 カラス然レモ第四百四條ニ所謂現ニ罪ヲ犯シタル者ニアラサレハ正犯
 ナ以テ論スルヲ得サルヘシ然ラハ從犯正犯ヲ以テ論セシ乎從犯ハ
 豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタル者ノ謂ヒタ
 ルニ外ナラスシテ要スルニ犯罪決行前ニ係ルノ所爲ニ止マルモノト
 云ハサルヘカラス果シテ然ラハ見張者ノ所爲ハ從犯ヲ以テ論スルコ
 トヲ得ス幾ント罪ノ問フヘキ所ナキモノ、如シ然レモ前例ノ場合ニ

於テ若シ見張者アラサルトキハ犯罪ノ發覺ヲ怖レテ窃盜犯モ窃盜ヲ
 決行スルニ至ラス密賣淫者モ之ヲ犯スニ至ラサリシヤモ未ダ知ルヘ
 カラス之ヲ要スルニ見張ノ所爲ハ犯者ヲシテ其所爲ヲ逞フセシメタ
 ルコト明カナルヲ以テ犯罪ノ構成ニ於ケル効力ハ幾ント被教唆者ト
 徑庭スル所ナカルヘシ故ニ是等ノ者モ亦正犯ヲ以テ論シテ可ナリト
 論決スルモ不可ナカルヘシ然レモ是等ノ場合ニ於テ正犯ト看做スト
 否トハ一ニ裁判官ノ認定如何ニ在ルヲ以テ裁判官タル者正犯ノ適用
 上ニ注意ヲ密ニスルハ甚ダ肝要ナリト思考ス
 實際ニ就テ構成如何ヲ視ルニ智力ト体力トノ二者アルニアラサレハ
 遂行スルヲ得ス例ヘハ窃盜ヲ爲スニ際シ如何ナル手段ヲ以テ人家
 ニ侵入シ如何ナル手段ヲ以テ窃取ヲ爲スヘキヤ是レ智力ノ働作ニ依
 ラサルヘカラス既ニ其手段ノ準備ヲ得タリトスルヤ現ニ人家ニ侵入

スルニアラサレハ竊取ヲ爲スコトヲ得ス是レ体力ノ働作ニ依ラサル
 ヘカラス二人以上ニテ竊盜ヲ爲ストキハ共ニ智力ト体力トノ働作ヲ
 均一ニ爲ス乎又ハ一人ハ智力ヲ供シ一人ハ体力ヲ供スル乎其所爲ヲ
 異ニスルコトアルヘシト雖モ犯罪構成上ニ於テ智力ト体力トハ同一
 躰ヲ做スモノト云ハサルヘカラス何トナレハ若シ其一ヲ缺ケハ犯罪
 ハ遂行スルコトヲ得サレハナリ是レ教唆者ト被教唆者ト正犯ト爲
 ス所以ニシテ何レノ場合ト雖モ此點ニ注目シテ正犯ヲ認知セハ大過
 ナカルヘキナリ

以上講述シタル所ハ正犯ノ要領ヲ説明シタルニ過キサレモ亦以テ其
 一斑ヲ知ルニ足ルヘシト信ス故ニ是レヨリ從犯ノ何タルニ就テ畧説
 スヘシ

從犯ハ犯罪ノ豫備トシテ爲シタル所爲ノ謂ヒニシテ即チ罪ヲ犯ス

トチ知テ其豫備ヲ爲シ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタルモ
 ノナリ此幫助ヲ爲ス所爲如何ハ第九九條ノ下ニ於テ之ヲ講述スヘキ
 チ以テ爰ニハ之ヲ略シ唯從犯ハ如何ナル場合ニ於テ成立スヘキヤノ
 點ニ就テ一言スヘシ抑モ從犯ハ必ス犯罪決行前ニ係ルノ行爲タルヲ
 要ス即チ重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知リ其豫備手段ニ關シテ爲シタル行
 爲ナラサルヘカラス然レハ從犯ハ正犯アリテ而シテ後チ成立スルモ
 ノナルヲ以テ其正犯ハ遂行シタル乎未ダ全ク遂行セサルモ幾分カ其
 端緒ヲ開キタル乎此二箇ノ事實ノ一アルニアラサルレハ假令ヒ犯罪
 ノ豫備ヲ爲シタリトスルモ從犯ハ成立セス何トナレハ從犯ハ現ニ犯
 罪ニ供用セラレタルニ因テ始メテ成立スヘキモノナレハナリ之ヲ要
 スルニ我刑法上ヨリ論スルトキハ從犯ハ單ニ犯罪決行前ニ係ルノ所
 爲ニ限レルモノニシテ犯罪ノ決行ト共ニ生シタル所爲ハ假令ヒ犯者

ヲ幫助シタルニ過キサルモ正犯ヲ以テ論セサルヘカラス既ニ正犯ニ就テ舉例シタル殺人犯者ニ劔ヲ與ヘ放火犯者ニ木燧ヲ與ヘタル所爲ノ如キハ若シ之ヲシテ犯罪前ニ在ラシメハ從犯ニ屬スルノ所爲タルモ犯罪ノ決行ニ際シテ爲シタルヲ以テ正犯ニ屬セシメサルヘカラス犯罪後ニ係ルノ所爲ハ如何ナル所爲タリト雖モ從犯ヲ以テ論セス即チ正犯ナラサレハ更ニ一箇ノ他罪ヲ構成スヘキナリ

例ヘハ甲途ニ於テ人ヲ殺シタル後乙偶々來リ甲ノ爲メニ其死骸ヲ河流ニ投シ又ハ甲ノ竊取シタル贓物ヲ乙カ寄藏故賣シタル場合ノ如キハ即チ是レ從犯ニアラス正犯ニアラス又無罪ニアラサレハ他罪ヲ構成スヘキナリ蓋犯者ノ爲メニ死骸ヲ河流ニ投シタル者ハ第五百五十二條ニ問ヒ贓物ヲ寄藏故賣シタル者ハ第三百九十九條ニ問ハサルヘカラス即チ一罪ヲ構成スルモノナリ

正犯從犯ノ區別ハ上來講述スルカ如シト雖モ現ニ犯罪ノ情狀ヲ知テ關係シタルニアラサレハ之ヲ論スヘキニアラス而シテ此區別ニ就テ刑法上ノ結果如何ヲ觀レハ我刑法ハ從犯ヲ處斷スルニ正犯ノ刑ヨリ一等ヲ減スルモノトス佛國刑法ニ於テ正犯ト從犯トチ同一ノ刑ニ處スルハ不當ト云ハサルヘカラス正犯ニハ犯罪ヲ發意シ若クハ犯罪ヲ決行スルトノ別アルヲ問ハス要スルニ原因ヲ構造シタルモノナリ從犯ハ之ニ異ナリ正犯ヲ幫助シテ犯罪ヲ容易ナラシメタルニ過キス其罪狀固ヨリ同一ナラサルヲ以テ其刑ニ輕重ノ差ナカラシメサルヘカラス然ラサレハ當ニ罪ト刑トノ權衡ヲ失スルノミナラス從犯タルモ其刑ニ至テハ正犯ト異ナラスト云フヲ以テ一層惡意ヲ增長セシムルノ結果ヲ免レ難シ是レ我刑法ニ於テ從犯ハ正犯ノ刑ヨリ一等ヲ減スル所以ナリ