

ノ範圍ヲ上下スルニ付テ其理由ヲ付スルノ義務アルモノニアラス酌量減輕ヲ以テ刑ノ範圍ヲ廣クシタルモノニ過キストセハ之ヲ適用スルニ當リ其理由ヲ付スルヲ要セサルコト固ヨリ論ヲ俟タサルナリ又酌量減輕ハ犯罪ノ事實ニ對シテ之ヲ行フモノニアラスシテ犯人ノ情狀即チ犯人ノ犯意ノ程度ニ對シテ之ヲ行フモノナレハ其適用ハ必ス可分的ノモノナラサルヘカラス即チ同一犯罪ノ共犯數人アル場合ニ於テ其一人ニ對シテハ酌量減輕ヲ與ヘ他ノ一人ニ對シテハ之ヲ與ヘサルコトヲ得ルナリ若シ夫レ酌量減輕ハ犯罪ノ事實ニ對シテ行フモノトスレハ其犯罪ニ牽連スル所ノ總テノ共犯人ハ例外ナク皆此利益ヲ受ケサル可カラス刑法第八十九條ニ重罪、輕罪、違警罪ヲ分タス所犯情狀原諒ス可キ者ハ云々トアリ故ニ論者屢々所犯ノ文字ヲ誤解シテ犯罪ノ情狀ナリトナシ酌量減輕ハ之ヲ犯罪ニ適用ス可キモノナリト爲ス者ナキニ非ス酌量減輕ノ本義ヲ誤ル甚タシト云フヘシ

第二 酌量減輕ハ刑ノ宣告ヲ爲スノ職權ヲ有スル判事ニ非サレハ之ヲ行フコトヲ得ス故ニ豫審判事ハ如何ナル場合ニ於テモ酌量減輕ヲ爲スノ權利ヲ有

スルモノニアラサルナリ元來豫審判事ノ職掌ハ檢事ノ提起シタル公訴ノ當否ヲ審按スルモノニシテ刑ノ適用ヲ議スルモノニアラサルナリ

第三 酌量減輕ハ固ト是レ刑ノ範圍ヲ廣クスルノ方法ニ過キサレハ如何ナル場合ニ於テモ決シテ犯罪ノ性質ヲ變更スルノ效力ヲ有スルモノニ非サルナリ故ニ重罪ノ刑ヲ酌量減輕シテ輕罪ノ刑ヲ科スルニ至ルモ之ヲ以テ輕罪ナリト謂フヲ得ス輕罪ノ刑ヲ酌量減輕シテ違警罪ノ刑ヲ科スルモ其犯罪ヲ以テ違警罪ナリト謂フヲ得サルナリ

第四 刑法ハ刑罰ノ最下級ニ付テハ酌量減輕ノ規定ニ因リテ以テ裁判官ヲシテ自由ニ豫定ノ範圍外ニ於テ減輕ノ權ヲ行フコトヲ得セシム然レトモ刑罰ノ上級ニ付テハ裁判官ヲシテ自由ニ豫定ノ範圍ヲ超越シテ重ク之ヲ罰スルノ權ヲ行フコトヲ得セシメス夫レ犯罪ノ情狀輕キ場合ニ於テ刑ノ範圍ヲ廣クスルノ必要アリトセハ犯罪ノ情狀重キ場合ニ於テモ尙ホ刑ヲ重クスルノ必要ナシト謂フヘカラス然ルニ上級刑ニ付テハ酌量加重ヲ許サス下級刑ニ付テハ酌量減輕ヲ許スハ是レ果シテ如何ナル理由ニ基クヤ蓋シ法律カ刑ノ

上級ヲ定ムルニ當テハ其上級ニ當ル可キ犯罪ノ總テノ情狀ヲ豫想シテ如何ナル場合ト雖モ其上級刑ヨリ重キ刑ヲ以テ之ヲ罰スルノ必要ナシト認メタルナリ即チ上級刑ハ之ヨリ以上ノ刑ヲ科ス可キ犯罪ニモ亦之ヲ適用シテ毫モ不可ナル所ナシ社會ハ常ニ上級刑ノ適用ニ因リテ以テ満足スルモノナリト豫想シタルナリ

第五 酌量減輕ハ總テノ犯罪ニ付テ之ヲ適用ス故ニ特別ノ宥恕減輕ヲ許サル場合ニ於テモ亦タ尙ホ之ヲ適用ス例ハ祖父母父母ニ對スル罪ニ付テハ特別ノ宥恕減輕ヲ與ヘスト雖トモ酌量減輕ハ之ヲ禁スルモノニアラサルナリ

尙ホ終リニ臨ミテ酌量減輕ノ規定ヲ設クル必要ノ如何ニ付一言スル所アラントス酌量減輕ノ規定ハ刑罰ノ範圍愈々狹隘ナルニ從テ愈々之ヲ適用ヲナスノ必要アリ之ニ反シ刑罰ノ範圍益々汎博ナルニ從テ益々其適用ノ必要ヲ減ス蓋シ刑ノ範圍狹隘ナルトキハ最下級ノ刑ニ係ル犯罪甚々増加シテ而シテ其情狀ノ變化モ亦從テ多キヲ加フレハナリ若シ夫レ刑ノ範圍汎博ナラシカ最下級ノ

刑殆ント無制限ニ至ル場合アルヲ以テ終ニ酌量減輕ノ必要ヲ見ルコトナシ近年ニ至リ歐洲各國ノ刑法ハ益々刑ノ範圍ヲ汎博ニシ或ハ刑ノ最下級ヲ一日トシ和蘭ノ刑法ニ於テハ有期刑ノ最下級ヲ設ケサル場合多シ吾改正刑法ニ於テハ有期懲役ハ一日以上十五年以下トセリ改正刑法草案第十三條是レ亦歐洲近世ノ主義ニ倣フタルモノナリ若シ斯ノ如ク刑ノ範圍ヲ汎博ニスルトキハ則チ酌量減輕ノ規則ハ全ク之ヲ設クルノ必要ナキカ如シ酌量減輕ハ果シテ之ヲ廢ス可キ乎曰ク然ラス假令刑ノ範圍如何ニ廣シト雖モ尙ホ酌量減輕ノ規定ヲ全廢ス可カラサルモノアリ例ハ有期刑五年以上十五年以下ニ處スト規定スル場合ノ如キ或種類ノ犯罪ニ付キ最下級ノ刑ヲ制限シタルトキハ酌量減輕ハ屢々下級ノ刑ノ範圍ヲ廣クスルノ利益アリ加之或場合ニ於テハ酌量減輕ニ因リ刑ノ最上級ヲ減等スルコトアリ例ハ死刑ヲ減輕シテ無期刑ト爲シ無期刑ヲ減輕シテ有期刑ト爲スカ如シ是レ改正刑法草案ニ於テモ第七十八條第七十九條ノ規定ヲ存スル所以ナリ

第二款 特別宥恕減輕

特別宥減輕中ニハ法定上ノ減輕ト裁判上ノ減輕トノ別アリ而シテ今コ、ニ
 講述セント欲スル所ノモノハ後者即チ裁判上ノ減輕ニ屬スル特別宥恕ノ場合
 ナリ此場合ヲ分チテ二トナス曰ク(一)互傷(二)防衛過度是レナリ以下明文ノ説明
 ヲナスニ先チ一言ス可キハ多クノ學者ハ特別宥恕減輕ヲ以テ悉ク法律上ノ減
 輕ト爲シ裁判官モ亦此二場合共ニ法律上ノ減輕ノ如ク解釋スルモノ多キカ如
 シト雖モ是レ誤レルモノナリ何トナレハ第三百十條第三百十六條ニ於テハ、
 其罪ヲ宥恕スルコトヲ得トアリテ裁判官ハ犯罪ノ情狀ニ因リ必要ニ應シテ宥
 恕減輕ヲ爲スノ自由アルコトヲ明規セルモノナルカ故ニ此二條ノ明文ハ特別
 宥恕減輕トシテ而シテ裁判上ノ減輕ノ部類ニ包含スルモノト解スルヲ以テ正
 鵠ヲ得タルモノナリ

第一 互傷 第三百十條ニ曰ク「毆打シテ互ニ創傷シ其手ヲ下スノ先後ヲ知ル
 コト能ハサルモノハ各其罪ヲ宥恕スルコトヲ得ト本條ニ規定スル宥恕ハ如
 何ナル理由ニ基クモノナルヤ余ハ實ニ本條ノ精神ヲ知ルニ苦マスンハアラ
 サルナリ凡ソ宥恕ヲ爲スノ原因ハ犯人ノ自由ニ於テ多少ノ強制セラル、所

ノモノアリテ其不本意ニ出ツルノ場合多キヲ以テ刑法深ク之ヲ咎ムルコト
 ヲ好マサルニ因ルナリ然ルニ本條ノ場合ニ於テハ犯人ハ雙方共ニ自由ノ強
 制ニ因リテ罪ヲ犯シタリトスルノ原因アルヲ知ラス唯手ヲ下スノ先後ヲ知
 ラサルノ故ヲ以テ特ニ宥恕ヲ爲スモノニ似タリ夫レ人互ニ爭鬪スル場合ニ
 於テハ互ニ敵手ヲ斃シテ以テ勝ヲ制セント欲スルモノナリ即チ爭鬪ヲナス
 ノ初メ雙方ニ於テ各敵人ヲ創傷スルノ意思ヲ有スルモノナレハ一方ハ則チ
 他方ニ對シテ創傷ノ意思ヲ有シテ創傷ノ實ヲ行ヒ他方ハ又一方ニ對シテ創
 傷ノ意思ヲ有シ創傷ノ實ヲ行フタルモノニ過キス若シ創傷ハ彼方ニノミ止
 マルトセハ則チ是レ單純ナル毆打創傷罪ナルヲ以テ何等ノ宥恕ヲ與スルノ
 理由ヲ觀サルナリ若シ我ニ於テ同一ノ創傷ヲ受ケタルカ爲メニ宥恕ノ原因
 アリトセハ別ニ手ヲ下スノ先後ヲ知ルコト能ハサルニアラサル場合ト雖モ
 尙ホ宥恕ノ原因アリト謂ハサル可カラス然ルニ刑法ノ規定茲ニ出テス唯手
 ヲ下スノ先後ヲ知ラサル場合ニ限リテ宥恕ノ原因アリトスルハ刑法ハ先後
 ヲ知ルコト能ハサルノ事實ヲ以テ宥恕ノ原因ナリト爲シタルナリ若シ夫レ

手ヲ下スノ先後ヲ知ラサルヲ以テ宥恕ノ原因ト爲スコトヲ得ハ人互ニ窃盜ヲ爲シ被害ノ先後ヲ知ル能ハサルトキハ是レ又宥恕ノ原因ナリト爲スコトヲ得ルカ互ニ犯人タリ又互ニ被害者タル場合ニ於テハ是レ彼我互ニ獨立シテ二罪ヲ構成シタルモノナレハ其構成ノ時期ハ毫モ責任ニ影響ヲ及ホス可キモノニアラサルナリ畢竟刑法ハ罪ノ疑ハシキハ輕キニ從フ可シトノ古原則ヲ採用シテ本條ノ規定ヲ設ケタルニ過キス本條ハ到底其理由ナキ所ノ宥恕ヲ規定シタルモノナレハ之ヲ削除ス可キモノナリ

第二 防衛過度 第三百十六條ニ曰ク「身体財産ヲ防衛スルニ出ルト雖モ已ムコトヲ得サルニ出テタルニアラスシテ害ヲ暴行人ニ加ヘ又ハ危害既ニ去リタル後ニ於テ勢ニ乘シ仍ホ害ヲ暴行人ニ加ヘタル場合ニ於テハ不論罪ノ限ニアラス但情狀ニ因リ第三百十三條ノ例ニ照シ其罪ヲ宥恕スルコトヲ得」ト正當防衛ハ已ムヲ得サルノ場合ニ於テ之ヲ行フコトヲ許スモノニシテ實ニ例外ノ場合ニ屬ス故ニ刑法ハ防衛權ノ實行ニ就テハ數ケノ條件ヲ設ケテ以テ其亂用ヲ豫防シタルナリ防衛權ノ實行ニ就テ必要ノ條件ヲ設ケ之ヲ全フ

スルニ由テ初メテ防衛權成立スルモノトセハ其條件ヲ全フスルコト能ハサル場合ニ於テハ防衛權ノ成立ナキヤ疑ヲ容レサル所ナリ既ニ防衛權成立セズ創傷ノ犯罪成立セサルノ理由アラシキヤ是レ即チ本條ニ於テ防衛權ノ條件ヲ盡サスシテ其程度ヲ超ヘテ而シテ創傷ヲ行フタルモノハ不論罪ノ限リニアラストノ規定ヲ設ケタル所以ナリ然レトモ本條ノ犯罪ハ其原因防衛權ニ出ツ即チ防衛權ヲ行ハントシテ而シテ之カ實行ヲ過チタルモノナリ夫レ人危急ノ場合ニ處シテ其身体生命ヲ防衛セントスルニ當リテハ平常法律ノ智識ニ富ムモノト雖モ尙ホ過ナキ能ハス憤懣ノ情猛發シテ之ヲ能ク制スル能ハサルカ若シクハ恐怖ノ念纏綿シテ之ヲ能ク去ルコト能ハサルトキハ危害既ニ去リタル後ニ於テ仍ホ勢ニ乘シテ害ヲ暴行人ニ加フルコトナシトセス如斯場合ニ於テ其罪ヲ宥恕ス可キハ暴行ヲ受ケタル場合又ハ姦通ヲ發覺シタル場合ト毫モ異ナル所ナシ然ルニ本條但書ニ於テハ此宥恕ヲ以テ裁判官ノ自由ニ放任セルハ果シテ如何ナル理由ノ存スルモノナルヤ我輩ハ此但書ヲ以テ頗ル其當ヲ失シタル規定ナリト謂ハント欲ス

第四章 責任ノ加重 第一節 總論

責任ノ加重ニ付總則ニ規定シタルモノヲ一般ノ加重ト謂ヒ各條ニ規定シタルモノヲ特別加重ト謂フ

- (一) 一般加重 一般加重トハ總テノ犯罪ニ共通シテ適用スルコトヲ得可キモノニシテ刑法ノ總則中之カ規定ヲ爲ス其場合ハ唯一ナリ再犯加重即チ是レナリ再犯加重ハ刑法上大ニ論究ヲ要スル所ノモノニシテ實ニ本章ノ主眼ニ屬ス
 - (イ) 先ニ重罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯重罪又ハ輕罪ナルトキ、
 - (ロ) 先ニ輕罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯輕罪ニ該ル時、
 - (ハ) 先ニ違警罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯違警罪ニ該ル時、
- 此三個ノ場合ニ於テ常ニ刑罰ヲ加重シテ之ヲ處罰スルコト、ナレリ此三法則ハ各種ノ犯罪ニ適用スルコトヲ得ルモノニシテ犯罪ノ種類ニ付テ區別シタル

モノニ非サルナリ

(二) 特別加重 特別加重トハ一般ノ犯罪ニ共通セスシテ殊ニ或種類ノ犯罪ニノミ適用スル所ノモノヲ謂フ特別加重ノ場合ヲ法律ノ正文ヨリ觀察スルトキハ「……」一等ヲ加フトアルニ依リ其犯罪ニ限リテハ特ニ重キ刑ヲ以テ論スルカ如ク見ユルト雖モ然レトモ其趣旨ニ付キ觀察スルトキハ其犯罪ハ單純刑ヲ以テ罰スヘカラサル一種獨立ノ犯罪ナルカ故ニ本刑トシテ必ス刑罰ヲ科セサル可カラサルモノナリ故ニ「……」一等ヲ加フトアルモ「……」一等ヲ加ヘテ本刑トナスノ意義ナリ例ヘハ第五百五十一條、第四百四十五條、第四百四十六條等ノ如キ其第四百四十五條ニ曰ク「囚徒三人以上通謀シテ逃走シタル時ハ第四百四十二條ノ例ニ照シテ各一等ヲ加フトアリテ本條ハ三人以上ノ囚徒通謀シテ逃走シタル場合ニ科スルモノニシテ一人カ逃走シタル場合ハ第四百四十二條ニ依リ處罰セラレ、モノナルカ故ニ三人逃走シタル場合ノ處罰ハ第四百四十二條カ本刑ニシテ之ニ加フルニ一等重キ刑ヲ以テスルカ如キ觀ナキニ在ラス然レトモ這ハ皮想ノ見解ニシテ第四百四十五條ノ犯罪ハ即チ本刑ニシテ其處罰方法ニ付第四百四十

二條ヲ以テ基本刑トナスニ過キス故ニ加重刑ニ非サルナリ法文上一等ヲ加フト規定シタル所以ハ法文ノ畧式ナリト解スルヲ正當ニシテ畧シテ記載シタルニ過キサルナリ

減輕ニハ法律上ノ減輕ト裁判上ノ減輕ノ二種アルコト上來講述シタル所ノ如シト雖モ責任ノ加重ニハ此二種ノ區別ナシ唯法律上ノ加重アルノミニシテ裁判上ノ加重ナルモノナシ故ニ裁判所ハ職權ヲ以テ任意ニ加重刑ヲ言渡スコトヲ得ス是レ減輕ノ場合ト異ナル所ニシテ立法者ハ刑ヲ減輕スルノ必要ヲ認め裁判官ニ其特權ヲ附與シ刑ヲ加重スル場合ニハ法律ノ規定ヲ以テ其場合ニ付制限ヲナシタルナリ然レトモ條理ヨリ謂フトキハ減輕ヲ設クルノ理由ハ之ヲ反對ニ加重ノ場合ヲ設クルノ必要アリト謂フノ論ヲ生セサルニアラス然ルニ立法者カ事茲ニ出テサリシハ立法者ノ定メタル刑期ハ最長期ヲ超越スルノ犯罪ナシト認メタルニ因ルナリ

第二節 再犯加重

第一款 再犯論

再犯トハ一罪以上ノ確定判決後再ヒ罪ヲ犯スコトヲ謂フ再犯ハ元來數罪連犯ノ一種ナリ再犯モ一罪以上ヲ犯スニ非サレハ成立スル所ノモノニ非ス數罪モ亦一罪以上ヲ犯シタル場合ヲ謂フモノナレハ犯罪ノ數ヨリ論スルトキハ再犯ト數罪トハ固ト同一ニシテ之ヲ區別スル所ナキナリ然レトモ數罪ハ未タ確定判決ヲ經サル以前ニ犯シタル一罪以上ヲ謂ヒ再犯ハ確定判決ヲ經タル後更ニ犯シタル罪ヲ謂フ故ニ二者ノ區別ハ唯確定判決ヲ經ルト否ラサルトニ在テ存スルナリ再犯ヲ論スルニ當リテ余ハ二個ノ問題ヲ設ケントス

(一) 再犯者ハ如何ナル責任ヲ負擔ス可キカ

再犯人ハ既ニ確定判決ニ因リテ刑法ノ峻嚴ナルコトヲ知リテ而シテ尙ホ罪ヲ犯スニ至リタル者ナレハ是レ前非ヲ悔悟スルコトヲ知ラス又刑罰ノ恐ル可キコトヲ知ラサル者ナレハ通常ノ刑罰ヲ以テ之ニ加フルモ到底再犯者ヲ懲戒スルノ功ヲ奏スルモノニアラス於此平再犯者ニ對シテハ或ハ加重シタル刑ヲ以テ之ニ加フルカ或ハ特別ノ刑罰ヲ以テ之ニ臨ムニアラサレハ再犯者ノ續出ヲ

防遏スルノ道ナキナリ凡ソ犯罪人中慣行性ノ犯罪人ヨリ恐ル可キハナシ慣行性ノ罪人ハ慣習上罪ヲ犯スヲ性トシ罪ヲ犯スニアラサレハ到底生活ノ道ヲ得ルコト能ハスト信スル者ナリ之ヲ換言スレハ慣行性ノ犯人ハ罪ヲ犯シテ社會ノ安寧ヲ擾亂スルカ爲メニ此世ニ生レタリト信スル者ナレハ縱令之ニ科スルニ通常ノ刑ヲ以テスルモ犯人ハ其刑罰ヲ以テ犯罪營業ノ租税ヲ拂フニ過キサレモノナリトシテ毫モ刑罰ヲ恐ルコトヲ知ラス若シ此ノ如キ犯人ニ對シテモ猶ホ又普通ノ刑ヲ用非サル可カラストセハ刑法ノ威力終ニ地ニ墜チテ而シテ社會ノ安寧之ヲ維持スルニ其方法ナキニ至ラン再犯人ハ多ク慣行性ノ犯人中ヨリ出ツルモノナレハ此再犯ヲ防遏スルニ付テハ宜シク特別ノ方法ヲ採ラサルヘカラス特別ノ方法トハ何ソヤ即チ再犯人ニ對シテハ初犯人ヨリ一層重キ責任ヲ負ハシムルト謂フニ在リ是レ刑法中特ニ再犯加重ノ規定ヲ爲シタル所以ナリ

然ルニ再犯者ニ科スル特別責任ニ付テハ從來之ヲ批難スルモノナキニアラス或ハ固ク第一ノ犯罪ニ對シテ既ニ確定判決ヲ經タル後此第一ノ犯罪ヲ理由トシテ第二ノ犯罪ニ付刑罰ヲ加重スルハ是レ一事不再理ノ原則ニ違フモノナリ且ツ犯罪ヲ審理スルニハ必ス裁判所ニ繫屬スル所ノ事實其者ニ付テ裁判ヲナス可ク其事實以外ニ出テ、裁判ヲ爲スノ權利ナシ然ルニ再犯ノ場合ニ於テ第一犯罪ヲ取テ以テ第二犯罪ノ加重ノ理由ト爲スハ是レ未タ嘗テ裁判所ニ繫屬セサル所ノ事實ヲ以テ本案ノ犯罪ヲ裁判セントスルナリ即チ繫屬事實以外ニ出テ、裁判ヲ爲スモノト謂ハサル可カラスト此說ハ實ニ再犯加重ノ原則ヲ誤解スルヨリ出テタルモノニ外ナラス若シ夫レ第二犯罪ヲ審理スルニ當リ第一犯罪ヲ以テ第二犯罪ノ構成條件ノ一ナリトシテ裁判ヲナストセハ則チ確定判決ヲ經タル事實ニ付再犯之ヲ審理スルモノナレハ或ハ一事不再理ノ原則ニ背クモノナリトモ謂フ可ク或ハ繫屬ノ事實以外ニ出テシ審理ナリトモ謂フヲ得可シ然レトモ再犯加重ハ初犯ニ於ケル犯罪事實ノ一部分ヲ以テ之ヲ再犯ノ事實ニ加ヘテ以テ故ヲニ再犯者ノ責任ヲ重クスルニ非スシテ唯犯人ノ身上普通ノ刑罰ヲ恐ル、コトヲ知ラサルカ故ニ之ニ科スルニ特別ナル重キ制裁ヲ以テスルニ過キス之ヲ換言スレハ再犯人ニ對スル加重ノ理由ハ初犯ノ事實アルカ

爲メニ非スシテ初犯ノ刑罰ヲ輕ニスルカ爲メナリ即チ事實上ヨリ論スルトキハ初犯ノ事實ト再犯ノ事實トハ毫モ相關係スル所ノモノニ非スト雖モ犯人ノ身上ヨリ觀察スルトキハ此犯人ハ刑罰ヲ恐ル、コトヲ知ラサルモノナルヲ以テ特ニ之カ責任ヲ重クシタルモノナリ今日ニ於テハ再犯加重ノ問題ニ付キ何人モ之ヲ批難スル者アルヲ聞カス唯再犯人ニ科スル制裁ノ方法ニ付立法上大ニ議論ノ存スルアルノミ

再犯加重ヲ構成スルニハ確定判決後總テノ犯罪ヲ犯スヲ要スルカ將タ或ル種類ノ犯罪ヲ犯スヲ要スルカ又初犯ト再犯トノ間ニハ一定ノ期間ヲ設クルコトヲ要スルカ此二問題ニ付テハ從來二主義アリ第一ハ一般再犯主義ト稱ス此主義ハ初犯ノ確定判決ヲ經タル後ハ如何ナル犯罪ヲ犯スモ常ニ再犯ヲ構成スト謂フニ在リ第二ハ特別再犯主義ト稱ス此主義ニ因レハ初犯ノ確定判決後犯ス所ノ罪ハ初犯ノ罪ト同一性質又ハ之ト類似ノ犯罪ニ非サレハ再犯ヲ構成セスト謂フ又初犯ト再犯トノ間ニ於テモ一定ノ期間ヲ置キ其期間以內ニ於テスルニ非サレハ假令初犯ト同一又ハ類似ノ犯罪ヲ行フモ決シテ再犯ヲ構成セスト

謂フ蓋シ總テノ犯罪ニハ時効ノ規定アリテ其期間ヲ經過スルトキハ公訴モ消滅シ刑ノ執行モ亦消滅スルニ至ル犯罪其モノニ付テハ時効ノ規定ヲ設ケ再犯ニ付テハ時効ノ規定ナシトスルハ是レ刑法ハ重キ場合ヲ寬ニシ輕キ場合ヲ嚴ニスル不條理ノ規定ヲ設クルモノト謂ハサル可カラス

余ハ此二主義ニ付少シク其得失ヲ論セント欲ス

特別再犯主義ニ依レハ再犯ハ初犯ト同一性質又ハ同一種類ノ犯罪ニアラサレハ之ヲ構成セス且ツ初犯ト再犯トノ間ニ設ケタル一定ノ期間内ニ於テスルニアラサレハ再犯ヲ構成セスト謂フ故ニ例ヘハ初犯竊盜罪ニシテ再犯毆打創傷罪ナルトキハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス再犯ヲ以テ論スルニハ初犯竊盜罪ニシテ再犯モ亦竊盜罪若シクハ竊盜罪類似ノ犯罪ナラサル可カラス而シテ其再犯ハ初犯ノ確定判決後ヨリ起算シテ五年若シクハ十年ノ間ニ於テ之ヲ犯サルヘカヲサルナリ一般再犯主義ニ因レハ初犯竊盜罪ニシテ再犯毆打創傷罪ナルモ尙ホ再犯ヲ構成ス可シ又初犯ト再犯トノ間ニハ期間ノ制限ナキカ故ニ何年ノ後ニ於テ再犯ヲ行フモ常ニ再犯ヲ以テ之ヲ論スルナリ之ヲ要スルニ一

般再犯主義ニ於テモ亦特別再犯主義ニ於テモ初犯ニ付テハ何等ノ制限ナキモ再犯ニ付テハ一般再犯主義ハ犯罪ノ種類ニモ制限ナク又再犯ノ期間ニモ制限スル所ナシ之ニ反シ特別再犯主義ニ於テハ犯罪ノ種類ニ於テモ之ヲ制限シ再犯ノ時期ニ於テモ亦之ヲ制限ス近世諸國ノ法制ニ於テ屢見ル所ノモノハ特別再犯主義ニ基ク規定ナリトス特別再犯主義ニ對シテハ多少之ヲ批難スル者ナキニ非ス曰ク凡ソ刑法中記載スル所ノ禁制命令ニ違反スル所ノ行為ハ是レ皆社會ノ安寧ヲ紊亂シタルモノニアラサルハナシ然ルニ一度罪ヲ犯シ社會ノ秩序ヲ紊亂シテ而シテ刑罰ノ制裁ヲ受ケ尙ホ再ヒ罪ヲ犯スニ至テハ是レ亦タ前非ヲ改ムルコトヲ知ラスシテ刑法ノ制裁ヲ輕ニスルニ出テスンハアラス然ラハ則チ再犯ノ罪ハ其種類ノ如何ニ拘ハラヌ苟モ之ヲ犯ストキハ刑法ノ禁制命令ニ違反シタルモノニシテ實ニ刑罰ノ峻嚴ヲ恐レサルノ確證ヲ示シタルモノナレハ更ニ之ニ科スルニ重キ責任ヲ以テスル何ノ不可カ之レアララン特別再犯主義ニ於テ再犯ノ罪ノ種類ヲ選フカ如キハ是レ未タ刑法ノ精神ヲ明ニスルモノト謂フヲ得サルナリト此論大ニ理由アリ然レトモ特別再犯主義ハ峻々乎ト

シテ進歩シ一般再犯主義ハ漸々其勢力ヲ失フニ至レリ蓋シ其然ル所以ハ唯學理上ノ研究ニ基クニアラスシテ實際上ノ經驗ヨリ來ルナリ凡ソ人ハ必ス其慣ル、所ニ癖スルモノニシテ之ヲ改ムルハ甚タ困難ナリ犯人カ罪ヲ行フモ亦然リ犯人ハ屢々其慣行スル所ノ犯罪ヲ行フニ慣レ容易ニ他ノ犯罪ヲ犯スヲ肯ンセサルナリ例ヘハ竊盜罪ニ慣レタル者ハ初犯モ竊盜罪再犯モ亦竊盜罪三犯モ亦竊盜罪ヲ犯スモノナリ而シテ竊盜ノ目的ニ付テモ亦時計ヲ盜ムニ慣ル、モノハ再犯モ三犯モ時計ヲ盜ミ金錢ヲ盜ムニ慣ル、モノハ再犯モ三犯モ金錢ヲ竊盜スルモノナリ毆打創傷罪ニ慣ル、モノモ亦タ然リ余ハ日本ニ於テ六犯以上ノ毆打創傷罪ヲ犯シタル者ヲ見又會テ佛國ニ於テ三十六回ノ毆打創傷罪ヲ犯シタル犯人ヲ目撃シタリ夫レ如斯犯人ハ其慣ル、所ニ長シテ其長スル所ニ於テ罪ヲ行フモノナレハ特別再犯主義ニ於テ同性質ノ犯罪又ハ類似ノ犯罪ヲ行フタル者ノミヲ以テ特ニ之ヲ再犯トシテ特別ノ刑ヲ科スルトキハ其犯人ノ慣ル、所ノ習慣ヲ打破スルニ足リ犯人一度刑法ノ恐ル可キコトヲ知ルニ於テハ最早從來ノ慣行犯罪ヲ行フコトヲ止ム可シ從來ノ慣行犯罪ヲ行フコトヲ止

ムルトキハ則チ此犯人ハ其慣行手段ノ外他ニ技量ナキヲ以テ容易ニ他ノ犯罪ヲ犯スノ憂ナシ於此乎特別再犯主義ハ實ニ能ク再犯防遏ノ目的ヲ達スルコトヲ得ルナリ是レ特別再犯主義ハ學理上ノ研究ニ基カンヨリハ寧ロ實際上ノ經驗ニ出ツル所ノ主義ナリト謂フ所以ナリ現行刑法ハ一般再犯主義ヲ採リ新刑法草案ハ特別再犯主義ヲ採レリ余ハ再犯加重ノ規定ニ付テハ特別再犯主義ヲ以テ最モ實際ニ適切ナルモノナリト信スルモノナリ然レトモ特別再犯主義ニシテ再犯ノ罪ヲ制限スルコト甚タ狹キニ失スルトキハ或ハ慣行性ノ犯人ヲ逃スノ恐ナシトセサルヲ以テ余ハ再犯罪ノ類似ノ罪ヲ廣クセンコトヲ欲スルモノナリ

一般再犯主義ノ論者ハ特別再犯主義ノ期間制限ニ付テモ亦之ヲ批難スルコトアリ曰ク初犯ノ刑罰ハ時ヲ經ルニ從テ多少其效力ヲ減スルコトアルヘシト雖トモ全部ノ效力消滅スルカ如キハ決シテ是レアルノ理ナシ刑罰ノ痕跡ハ終身其犯人ニ附着シテ去ル可カラサルナリ故ニ初犯ノ確定判決後再ヒ罪ヲ犯スアラハ其如何ナル時期ニ於テ之ヲ犯スモ再犯加重ノ刑ヲ以テ之ヲ罰セサル可カラス殊ニ一定ノ期間後ハ再犯ヲ以テ論セストノ規定ヲ設ケタリトセンカ再犯ノ制裁如何ニ峻嚴ナリト雖モ遂ニ何等ノ效ヲモ奏スルニ至ラサルヘシ何トナレハ犯人ノ最モ狡猾ナル者ハ能ク刑罰ノ制裁ヲ免ル、ヲ知ルカ故ニ初犯ノ後一定ノ期間ヲ經過スルヲ俟テ更ニ再犯ヲ行フニ至ル可ケレハナリ然ラハ則チ再犯ヲ構成スルニ付初犯ト再犯トノ間ニ一定ノ期間ヲ設クルハ是レ社會ノ公益ヲ維持スルノ方法ニ非スシテ寧ロ再犯ヲ獎勵スルノ方法タラスンハアラサルナリト然レトモ是レ實ニ机上ノ空論タルヲ免レサルナリ凡ソ罪ヲ犯スモノハ犯罪ノ當時之ヲ犯スノ必要アリテ而シテ初メテ之ヲ犯シ之ヲ犯スノ利益アルヲ見テ而シテ之ヲ犯スニ至ルモノナレハ再犯加重ノ爲メニ故ラニ時間ノ經過ヲ待ツカ如キハ事實上決シテ之ヲ見ル可キノ場合ニ非サルナリ殊ニ慣行性ノ犯人ニ至リテハ犯罪ヲ行フニアラサレハ此社會ニ立ツ能ハス即犯罪ヲ以テ生活ノ營業ト爲ス者ナレハ一日モ犯罪ヲ行フナキ能ハス此ノ如キ者ニシテ何ソ能ク再犯ノ規定ヲ恐レテ而シテ期間ノ經過ヲ待ツノ違アランヤ論者ノ所謂期間ノ經過ヲ待テ再犯ヲ行フニ至ルヘシトハ架空ノ甚シキモノト謂ハサル可

ラス殊ニ一定ノ期間後ハ再犯ヲ以テ論セストノ規定ヲ設ケタリトセンカ再犯ノ制裁如何ニ峻嚴ナリト雖モ遂ニ何等ノ效ヲモ奏スルニ至ラサルヘシ何トナレハ犯人ノ最モ狡猾ナル者ハ能ク刑罰ノ制裁ヲ免ル、ヲ知ルカ故ニ初犯ノ後一定ノ期間ヲ經過スルヲ俟テ更ニ再犯ヲ行フニ至ル可ケレハナリ然ラハ則チ再犯ヲ構成スルニ付初犯ト再犯トノ間ニ一定ノ期間ヲ設クルハ是レ社會ノ公益ヲ維持スルノ方法ニ非スシテ寧ロ再犯ヲ獎勵スルノ方法タラスンハアラサルナリト然レトモ是レ實ニ机上ノ空論タルヲ免レサルナリ凡ソ罪ヲ犯スモノハ犯罪ノ當時之ヲ犯スノ必要アリテ而シテ初メテ之ヲ犯シ之ヲ犯スノ利益アルヲ見テ而シテ之ヲ犯スニ至ルモノナレハ再犯加重ノ爲メニ故ラニ時間ノ經過ヲ待ツカ如キハ事實上決シテ之ヲ見ル可キノ場合ニ非サルナリ殊ニ慣行性ノ犯人ニ至リテハ犯罪ヲ行フニアラサレハ此社會ニ立ツ能ハス即犯罪ヲ以テ生活ノ營業ト爲ス者ナレハ一日モ犯罪ヲ行フナキ能ハス此ノ如キ者ニシテ何ソ能ク再犯ノ規定ヲ恐レテ而シテ期間ノ經過ヲ待ツノ違アランヤ論者ノ所謂期間ノ經過ヲ待テ再犯ヲ行フニ至ルヘシトハ架空ノ甚シキモノト謂ハサル可

カラス若シ夫レ初犯ト再犯ヲ去ル期間ノ如何ニ拘ラス常ニ再犯トシテ之ヲ罰スルノ必要アリトセンカ刑法及ヒ刑事訴訟法ニ於テ時効ノ規定ヲ設クルハ全ク其論據ヲ失フニ至ラン然ルニ刑法及刑事訴訟法ノ時効ヲ社會ノ公益上必要ナリトスル以上ハ獨リ再犯ニ於テ之カ期限ヲ制限セサルノ理由アラシヤ殊ニ再犯加重ノ爲メニ初犯ニ對スル刑罰ノ效力永久ニ繫屬ス可シトセハ時効ニ因リテ既ニ其效力ヲ失フタル刑罰モ亦尙ホ效力ヲ有スト言フコトヲ得ヘシ條理ニ反スル甚シキ規定ナリト謂ハサルヲ得ス故ニ刑法ニ於テ刑罰ニ付テ時効ヲ設クル以上ハ條理上再犯ニ付テモ亦一定ノ期間ヲ設クルノ理アルハ多辯ヲ俟テ之ヲ知ラサルナリ新刑法草案ニ於テハ再犯ノ期間ニ付テ十年ト爲シ初犯ノ判決執行後十年ヲ經過シテ更ニ罪ヲ犯ス者ハ再犯ヲ以テ論セストセリ

(二) 再犯者ニ對シテハ如何ナル刑罰ヲ科ス可キ乎

再犯者ハ特別ノ責任ヲ有スル者ナレハ之ニ科スル所ノ刑罰モ亦特別ノモノトナサル可カラサルヤ明カナリ然レトモ所謂特別ノ刑罰トハ如何ナル刑罰ヲ謂フカ現行刑法ニ依レハ再犯者ニ對シテハ本刑ニ一等ヲ加フルヲ以テ原則ナリ

トシ而シテ三犯以上ノ者モ亦加重ノ法ハ再犯ノ例ニ同シトセリ是レ現行刑法ハ再犯ノ刑ヲ以テ特別刑トナサスシテ單ニ加重ノ刑ト爲シタルナリ斯ノ如キハ果シテ再犯者ヲ制スルノ良法ナリト謂フヲ得可キ乎宜シク深ク研究ス可キ所ノ問題ナリ

元來再犯者ハ普通ノ刑罰ヲ恐レサル者ナルヲ以テ之ニ科スルニ特別ノ刑罰ヲ以テスルノ必要アルハ古今東西ノ法律ニ於テ能ク承認スル所ナリ我國ニ於テモ新律綱領ハ再犯人ニ對シテ極メテ嚴格ナル方法ヲ採レリ即チ贖金四十圓以上ノ再犯ハ皆終身懲役ニ處ストアリ歐洲諸國殊ニ佛國ニ於テハ千八百十年以前迄ハ再犯者ニ對シテ特別方法ヲ設ケタリ即チ或ハ再犯者ハ之ヲ流刑ニ處シ或ハ左肩ニ玉ノ字ヲ焼付ケタルコトアリキ斯ノ如ク再犯者ニ對シテハ古來ヨリ特別ノ刑ヲ科スル所以ノモノハ再犯者ノ性質然ラサルヲ得サラシムルノ必要アリテ存スレハナリ蓋シ犯人ノ中ニ於テ最モ恐ル可キ所ノモノハ刑法ノ制裁ヲ恐レサルノ犯人ニ若クハナシ而シテ再犯人ハ刑法ノ制裁ヲ恐レサル所ノ者ナレハ社會ノ大ニ恐ル可キモノハ再犯人ニ若クハナキナリ然ルニ現行刑法

ハ新律綱領又ハ改定律例ノ再犯者ニ對スル法律ノ甚ク嚴ニ過タルヲ恐レ之ヲ
 矯正セント欲シテ佛國刑法ノ主義ヲ採リ再犯者ニ科スルニ特別刑ヲ以テスル
 ゴトヲ爲サスシテ單ニ加重ノ刑ヲ以テシタリ新律綱領改定律例ノ法嚴酷ニ失
 スルハ宜シク之ヲ矯正ス可シト雖モ之ヲ矯正シテ而シテ却テ寬ニ失スルノ法
 律ヲ設クルハ抑モ亦矯正ノ道ナリト謂フ可キカ現行刑法制定ノ時深ク再犯ニ
 關スル刑罰ノ得失ヲ論究セスシテ漫リニ則テ佛國刑法ニ採リタルハ誤ルノ甚
 シキモノト謂ハサル可カラス佛國ニ於テ其刑法ニ定メタル再犯加重ノ規則ハ
 毫モ再犯人ヲ制スルノ效力ナキヲ以テ輒近ニ至リテ再犯加重ノ規則ヲ改正シ
 之ニ換フルニ流刑ノ主義ヲ以テシタルハ實際ノ必要已ムコトヲ得サルモノア
 リテ存スレハナリ殊ニ再犯ニ科スルニ特別刑ヲ以テセスシテ單ニ本刑ヨリ一
 等重キ刑ヲ以テスルハ條理ニ於テ多少抵觸スル所ナキヲ保セス凡ソ再犯ノ罪
 ハ或ハ初犯ノ罪ヨリ其情狀重キ場合モアリ又輕キ場合モアルナリ初犯ニ比シ
 テ重キ場合ニ加重ヲ爲スハ理ニ於テ當レリト雖モ初犯ニ比シテ輕キ場合ニ加
 重ノ刑ヲ科スルハ大ニ其當ヲ得サルノ恐レアリ然ルニ刑法ハ苟モ再犯ナル以

上ハ其犯罪ノ輕重ヲ論セス常ニ加重ノ刑ヲ科ス可キモノトセリ再犯ノ罪ハ輕
 クシテ而シテ其刑重シ豈夫レ刑ノ權衡ヲ得タルモノト謂フヲ得可ケンヤ然ラ
 ハ則チ刑法ニ於テ加重ヲナスノ理由ハ是レ再犯ノ罪ニ對シテ加重ノ刑ヲ科ス
 ルノ謂ニ非スシテ再犯ヲ行フ犯人ニ對シテ加重ノ責任ヲ科セント欲スルニ外
 ナラス之ヲ換言セハ刑法ハ再犯人ニ對シテハ其再犯罪ノ輕重如何ニ拘ハラス
 其責任ヲ加重シテ一等重キ刑ヲ科スルモノナレハ刑法ノ加重ノ方法ハ實ニ犯
 人ニ對スル特別處分ノ一種ナリト謂ハサル可カラス果シテ加重ノ方法ヲ以テ
 特別處分ノ一種ナリトスレハ宜シク特別處分ノ目的ヲ達スルニ必要ナル方法
 ヲ設ケサル可カラス即チ或ハ犯人ハ特別處分ノ制裁ニ因リ大ニ改悛ノ實ヲ舉
 クルカ或ハ犯人ハ再ヒ社會ニ出テ罪ヲ犯スコトヲ得ル能ハサルノ方法ヲ採ラ
 サル可カラサルナリ如斯シテ而シテ初メテ能ク再犯者ノ數ヲ減スルコトヲ得
 可ク又社會ノ安寧ヲ維持スルコトヲ得可キナリ
 現行刑法ニ於テ再犯者ニ對スル法律ノ制定ヲ誤リタルヨリシテ實際日本社會
 ニ對シテ弊害ヲ流スコト實ニ尠少ニアラサルナリ即チ再犯ノ數益々増加シテ

而シテ犯人ノ數益々減スルヲ見ル是レ初犯少フシテ而シテ再犯ノ數多キノ確
證ナラスンハアラサルナリ其再犯ノ數益々多キヲ加フルニ至ルヲ以テ之ヲ觀
レハ現行刑法ノ一等加重ノ規則ハ何等ノ效ヲモ奏セサルモノタルコト益々明
カナリ

然レトモ再犯ノ増加ヲ防遏スルニ付テハ管ニ力ヲ再犯ノ規則ニノミ借ル可カ
ラス再犯ニ對スル刑法ノ規則大ニ完備スルト雖モ若シ監獄制度其宜シキヲ得
サルニ於テハ到底刑法ノ期スル所ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルナリ今再犯者
ニ對スル特別處分ニ從テ起ル所ノ問題ハ二アリ第一出獄者ニ對シテ如何ナル
取締方法ヲ行フヘキ乎第二監獄ニ於テハ如何ナル制度ヲ設ク可キカ即チ是レ
ナリ

出獄者取締ニ付テハ其方法一ニシテ足ラスト雖モ經驗上實效ヲ奏セサル場合
甚々多シ殊ニ法律ヲ以テ出獄者ノ取締ヲ爲スカ如キハ法律ト實際ト相背馳シ
テ而シテ法律却テ害ヲ爲ス場合多シトス例ヘハ監視ノ規則ノ如シ監視規則ハ
法律ノ精神敢テ善ナラサルニアラスト雖モ其實際ニ於テハ弊害多クシテ殆
ト其利益ヲ見サルナリ獨リ近來吾國ニ於テモ漸ク其端緒ヲ開クニ至リタル免
囚保護會社ハ少シク發達シテ而シテ多數ノ改良ヲ加フルコトヲ爲サハ或ハ以
テ出獄者ノ取締ト爲スニ足ルモノアラシカ然レトモ是レ政府ノ力ヲ以テ爲ス
可キノ事業ニ非スシテ全ク民業ニ屬シ且ツ營利事業ニ非サルヲ以テ大ニ國家
的ノ觀念ヲ有スル者ニ非サルヨリハ莫大ノ資本ヲ投シテ而シテ此業ヲ起サン
ト欲スル者ナカルヘシ是レ今日ニ至ルマテ何人モ免囚保護會社ノ必要ヲ認ム
ルニモ拘ハラス其發達未タ十分ナルニ至ル能ハサル所以ナリ免囚保護ノ問題
ハ後日監獄制度ヲ論究スルノ際ニ於テ更ニ研究スル所アルヘシ

第二款 現行刑法ノ再犯

第一項 再犯加重ノ條件

再犯加重トハ如何ナルモノヲ謂フ乎再犯トハ刑ノ執行ヲ受ク可キ確定判決ヲ
受ケタルモノカ後更ニ罪ヲ犯シタル状態ヲ謂ヒ其犯人ヲ再犯人ト謂フ而シテ
再犯加重トハ刑ノ執行ヲ受ク可キ確定判決ヲ受ケタルモノカ後更ニ罪ヲ犯シ
タル場合ニ於テ法定上ノ刑罰ヲ科セスシテ法定上ノ刑罰即チ其本刑ニ一等ヲ

加ヘテ處罰スルヲ謂フ是ニ因リテ之ヲ觀レハ再犯加重ニハ二ケノ條件ヲ要ス
 第一條件 初犯ノ裁判確定スルヲ要ス 刑法第九十四條ニ曰ク「再犯加重ハ初
 犯ノ裁判確定ノ後ニアラサレハ之ヲ論スルコトヲ得ス」ト再犯加重ニ付テハ何
 故ニ初犯ノ裁判確定スルヲ要スル乎之ヲ換言スレハ再犯モ數罪ノ連犯ナリ數
 罪俱發モ亦數罪ノ連犯ナリ然ルニ數罪俱發ニ付テハ確定判決ノ條件ヲ必要ト
 セス又刑ノ加重ヲモ爲サスシテ而シテ獨リ再犯ノ場合ニ於テ確定判決ヲ經ル
 ヲ要ストシ又刑ヲ加重スル所以ノモノハ抑モ如何ナル理由アリテ存スル乎夫
 レ連犯者ハ未タ嘗テ一回モ刑罰ノ制裁ヲ受ケタル者ニアラス若シ連犯者ノ未
 タ數罪ヲ犯サ、ル以前ニ於テ速ニ之ニ科スルニ刑罰ノ制裁ヲ以テスルアラハ
 或ハ一罪ヲ犯スノミニテ他ノ罪ヲ犯スコトヲ爲サ、リシナラム然ラハ其數罪
 ヲ犯スニ至リタルモノハ其責獨リ犯人ニ存スルニアラスシテ社會モ亦速ニ之
 ヲ罰セサルノ怠慢ヲ免ル、コト能ハサルナリ社會ノ怠慢アルニモ拘ハラス重
 ク數罪ノ連犯者ヲ罰スルハ條理ノ許サ、ル所ナルヲ以テ刑法ハ之ニ科スルニ
 加重ノ刑ヲ以テスルヲ爲サ、ルナリ之ニ反シ再犯者ハ既ニ一度刑罰ノ制裁ヲ

受ケタルモノナレハ能ク社會ノ警告ヲ知リタルモノナリ刑罰ノ威嚴ヲ解シタ
 ルモノナリ然リ而シテ尙ホ犯罪ヲ行フトキハ是レ刑罰ノ制裁ヲ恐ル、コトヲ
 知ラサルモノナリ社會ノ最モ恐ル可キモノハ刑罰ノ制裁ヲ恐ル、コトヲ知ラ
 サル犯人ヨリ甚シキハナシ此故ニ刑法再犯者ニ對シテハ假令再犯ノ情狀ハ初
 犯ニ比シテ原諒ス可キモノアリト雖モ尙ホ且ツ之ニ科スルニ加重ノ刑ヲ以テ
 シテ毫モ假借スル所ナキナリ加重ノ理由ハ犯人カ刑罰ヲ恐レサルニ在リトス
 レハ再犯加重ニ付テ初犯ノ裁判確定ヲ要スルハ理ノ當然ナリ然レトモ確定裁
 判ヲ經タル者ト刑ノ執行ヲ受ケタル者トハ其間大ナル區別アリ刑ノ執行ヲ受
 ケタルモノハ刑ノ恐ル可キヲ知ルコトヲ得ルト雖モ確定判決ヲ經タル者ハ未
 タ刑ノ痛苦ヲ知ルモノニアラサルナリ然ラハ則チ再犯加重ヲナスニハ初犯ニ
 付テ唯確定判決ヲ經タルノミヲ以テ足レリト爲スヘカラス必ス其刑ノ執行ヲ
 爲シタルヲ要スルニ似タリ然ルニ刑法ハ再犯加重ヲ爲スニ付テ唯初犯ノ確定
 判決ヲ經ルヲ以テ足レリトナシ其執行ヲ了ルヲ要ストナサ、ルハ果シテ如何
 ナル理由ニ基ツキシヤ刑法ノ理由之ヲ知ル甚タ困難ナリト雖モ刑法ハ確定判

決ヲ以テ刑ノ執行ト同視ス可キモノナリト爲シタルナラム蓋シ判決一旦確定スレハ業ニ既ニ之ヲ動カスニ道ナク犯人ハ必ス其裁判ノ執行ヲ受クルノ義務アリ其義務一度發生スレハ假令未タ之ヲ執行セサルモ犯人ノ心中尙ホ之ヲ執行シタルト等シキ苦痛ヲ感スルナリ是レ刑法カ確定判決ヲ以テ再犯ノ條件ト爲シタル所以ナリ然レトモ想像ト經驗ハ決シテ同一ノモノニアラス或ハ想像ニ於テハ痛苦ヲ感シテ而シテ經驗ニ至リテハ却テ樂ミヲ覺ユルコトアリ或ハ想像ハ心中樂ム所多クシテ經驗ニ於テ大ナル痛苦ヲ感スルコトアリ今確定判決ニ因テ刑罰執行ノ義務ヲ負擔シタルハ是レ唯刑罰ノ苦シキ想像ヲ爲スニ過キスシテ未タ刑罰ノ苦シキ經驗ヲ爲シタルモノト言フ可カラス未タ刑罰ノ苦シキ經驗ヲ爲シタルコトナキモノニ對シテ之ヲ責ムルニ刑罰ノ痛苦ヲ知リタル者ノ任ヲ以テスルハ果シテ條理ニ適合シタル法律ナリト謂フコトヲ得ル乎吾輩ハ確ク信ス本條ノ條件ハ頗ル再犯加重ノ理由ニ抵觸スルモノナルコトヲ余ハ刑ノ執行ヲ了リタル者ニ對スルニ非サレハ再犯加重ノ特別刑ヲ以テス可キモノニ非スト謂フノ説ヲ爲ス者ナリ

本條ニ規定スル所ノ條件ヲ分析スレハ三ト爲スコトヲ得

(一) 其裁判ハ確定シタルコトヲ要ス 是レ第九十四條ニ於テ明カニ裁判確定シタル後トアルヲ以テ別ニ説明ヲ爲スヲ用ヒサルナリ蓋シ初犯ノ裁判未タ確定セスシテ尙ホ上訴中ニ在ルトキハ上級審ニ於テハ或ハ原判決ヲ取消シテ以テ無罪又ハ免訴ノ裁判ヲ爲ス無シト謂フヘカラス上訴ノ期間未タ經過セサル間ハ殆ント裁判ヲ爲サ、ル前ト異ナルコトナキヲ以テ初犯ノ裁判ニ對シテ控訴又ハ上告ヲ爲シ其審理中再ヒ罪ヲ犯スコトアリト雖モ這ハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス宜シク數罪俱發ノ例ヲ適用ス可キナリ其結果若シ犯人關席判決ヲ受ケタルトキハ故障ノ期間經過セサル間ハ到底關席裁判ノ確定ヲ見ル能ハサルカ故ニ犯人ハ逃走中何回ノ罪ヲ犯スモ是レ數罪ノ連犯ニ過キスシテ再犯ノ場合ナリト言フ可キモノニ非サルナリ

(二) 裁判ハ刑罰ノ宣告ナルコトヲ要ス 刑法第九十一條第九十二條及ヒ第九十三條ニ於テ先ニ重罪、輕罪、違警罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ云々トアリ因是觀之再犯加重ヲ爲スニハ必ス先ニ一度重罪、輕罪又ハ違警罪ノ刑ニ處セラレ

タルモノナルコトヲ要ス蓋シ再犯加重ヲ爲ス所以ノモノハ初犯ニ科シタル
 刑罰ヲ恐レサル犯人ヲ制裁スルニ出ツルモノニシテ初犯ノ裁判ハ必ス刑罰
 ノ宣告ナル可キコトハ自然ノ道理ナリ故ニ十六年未滿ノ是非ノ辨別ナクシ
 テ罪ヲ犯シ懲治場留置ノ言渡ヲ受ケタル者ハ後ニ至リテ再ヒ罪ヲ犯スコト
 アルモ之ニ適用スルニ再犯加重ノ規則ヲ以テス可キモノニアラサルナリ蓋
 シ懲治場留置ハ刑ノ言渡ニアラスシテ唯惡少年ヲ感化スルノ目的ヲ以テ之
 ヲ行フニ過キサルモノニシテ裁判上ノ行政處分ナレハナリ又舊法ニ於テ刑
 ノ言渡ヲ受ケタルモノハ新法ニ於テ別ニ之ヲ再犯者ト爲ス可シトノ規定ヲ
 設ケサルトキハ舊法時代ノ確定判決ハ新法ノ爲メニハ再犯ノ條件ヲ成スモ
 ノニ非サルナリ蓋シ舊法ニ於テ罰スル所ノモノハ其主義同一ナラス即チ新
 法ヲ設ケタル所以ノモノハ舊法ノ頼ム可カラサル所ノモノアルヲ以テナリ
 其頼ム可カラサルノ舊法ニ於テ罰シタルヲ以テ再犯加重ノ理由トナスハ是
 レ法律ヲ改正シタルノ旨趣ニ反スルモノト言ハサル可カラサルナリ

(三) 其裁判ハ必ス日本ノ裁判所ニ於テ言渡シタルモノナルコトヲ要ス 外國

裁判所ニ於テ刑ノ言渡ヲ受クルコトアリト雖モ日本ニ於テハ是レ一個ノ事
 實ニ過キスシテ日本ノ法律ニ所謂確定判決ノ效力ヲ有スルモノニアラサレ
 ハ外國ニ於テ確定判決ヲ經タル後再ヒ罪ヲ犯スコトアルモ吾刑法ノ再犯加
 重ノ例ヲ適用ス可キモノニアラサルナリ外國裁判所ノ裁判ハ唯其領土内ニ
 於テ裁判ノ效力ヲ有スルニ過キスシテ他國ニ對シテハ何等ノ效力ナキモノ
 ナリ

第二條件 確定判決ヲ受ケタルモノカ後更ニ罪ヲ犯シタルコトヲ要ス 換
 言スレハ先ニ犯シタル罪ニ對シ確定判決ヲ經テ而シテ後ニ新ナル犯罪アル
 コトヲ要スルナリコトハ所謂新ナル犯罪トハ重罪、輕罪、違警罪ニ通シテ之ヲ
 言フモノニシテ一旦確定裁判ヲ受ケタルモノ再ヒ重罪、輕罪又ハ違警罪ヲ犯
 ストキハ再犯加重ノ制裁ヲ受ケサルヘカラス然レトモ再犯人ハ常ニ加重ノ
 制裁ヲ受クヘキ者ト解スル勿レ再犯人ト雖モ加重ノ制裁ヲ受ケサル場合ア
 レハナリ此等ニ關スル詳説ハ第二項正文ノ解釋ニ於テナサントス故ニ唯新
 ナル犯罪アルコトヲ以テ一要件トナスニ止ムルモノナリ

第二項 各條ノ解釋

本項ニ於テ再犯加重ニ關スル各條ノ解釋ニ付一言セント欲ス

第一 第九十一條ニ曰ク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ト本條ハ重罪ノ刑罰ニ付再犯加重ス可キ場合即チ先ノ犯罪重罪刑ニシテ後ノ犯罪モ亦重罪刑ニ該ル時ニ於テ本刑ニ一等ヲ加重ス可キコトヲ明ニシタルモノナリ然レトモ本刑ニ一等ヲ加重シタルカ爲メニ死刑ニ處セサルヘカラサルトキハ之ヲ加重スルコトヲ得ス若シ之ヲシモ加重シテ處罰ス可キモノトナストキハ立法者カ死刑ヲ以テ罰ス可キモノヲ規定シタル以外ニ於テ更ニ死刑法ヲ作成スルニ等シク死刑ノ制ヲ設ケタル主旨ニ反スルカ故ナリ(第六十六條但書)

本條ノ規定ニ付少シク批難ス可キハ先ニ輕罪ノ刑ニ處セラレタルモノ更ニ重罪ヲ犯シタル場合之ヲ處罰スルニ再犯加重ノ規則ヲ設ケザリシコト是レナリ刑法ハ何故ニ此場合ニ再犯加重スルノ必要ナシトスル乎思フニ其主旨ハ後犯重罪ナルトキハ初犯輕罪ノ刑ニ加重シタルヨリモ一層重キ刑ヲ科ス

ルヲ以テ別ニ加重ヲ爲スコトヲ要セスと言フニ在ル可シト雖モ然レトモ條理ヨリ觀察スルトキハ再犯加重ニ關スル立法ノ精神ヲ貫徹スル完全ノ規定ナリト謂フコトヲ得ス何トナレハ刑法ハ重罪ヲ犯シ再犯重罪ナル場合ニ於テ加重ノ制裁ヲ爲スヲ以テ其等シキ罪ハ之ヲ犯スコトヲ嚴命シ而シテ初犯ヨリ重キ罪ハ之ヲ許シタルニ異ナラサルニ歸ス之ヲ極論スレハ刑法ハ初犯ヨリ輕キ若クハ等シキ再犯ハ之ヲ犯スコトヲ禁シ初犯ヨリ重キ再犯ハ之ヲ獎勵シタルニアラサレハ之ヲ默過シタルモノナリト言フヲ得ヘケレハナリ』
第二 第九十二條ニ曰ク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ト本條ハ輕罪ノ刑罰ニ付再犯加重ス可キ場合即チ先ノ犯罪ハ重罪又ハ輕罪刑ニシテ後ノ犯罪ハ輕罪ノ刑ニ該ルコトヲ要シ此要件ヲ具備シテ而シテ本刑ニ一等ヲ加重スルモノナルコトヲ明ニシタルモノナリ然レトモ本刑ニ一等ヲ加重シタルカ爲メニ重罪刑ニ處セサルヘカラサルトキハ之ヲ加重スルコトヲ許サス但シ禁錮ハ加ヘテ七年ニ至ルコトヲ得ルモノトス(第七十條第二項)

再犯加重ハ總テノ犯罪ニ共通スルヲ以テ原則トナスト雖モ本條ノ規定ニ對シテハ左ノ二例外アルコトヲ知ラサルヘカラス

(1) 囚徒逃走罪 第四百十三條ニ曰ク「既決ノ囚徒逃走ノ罪ヲ犯スト雖モ再犯ヲ以テ論セス其刑期限内逃走シタルモノハ再犯ヲ以テ論ス」ト

(2) 附加刑ノ執行ヲ遁ル、罪 第五十六條ニ曰ク「前二條ノ罪ハ其刑期限内再犯シタル時ニ非サレハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス」ト

以上二個ノ犯罪ハ第一罪ヲ犯シタル後ニアラサレハ之ヲ犯ス能ハサル所ノモノナレハ第一罪ハ即チ第二罪ノ成立要件ニ外ナラス之ヲ換言スレハ第二罪ヲ構成スルニハ初メ第一罪ヲ犯シタルコトヲ必要ト爲スモノニシテ第一罪ナケレハ則チ到底第二罪ヲ構成スル能ハサル所ノモノナリ既ニ第一罪ヲ以テ第二罪ノ構成要件トスレハ他ノ一方ニ於テ加重要件ト爲スヲ得サルヤ明白ナリ是レ即チ刑法ハ此二個ノ場合ニ於テハ再犯加重ヲ爲サ、ルモノトナシ一般再犯加重ノ例外ト爲シタル所以ナリ然レトモ刑法ハ此例外ニ付直チニ一條件ヲ設ケタリ即チ刑期限内再ヒ逃走シ又ハ再ヒ附加刑ノ執行ヲ遁レタルトキハ例外ノ例外即チ本則ニ立戻リテ再犯加重ノ規則ヲ適用スルモノナリ

第三 第九十三條ニ曰ク「先ニ違警罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯違警罪ニ該ル時ハ本刑ニ一等ヲ加フ但シ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」ト本條ハ違警罪ノ再犯加重ニ付規定シタルモノニシテ重罪輕罪ノ再犯ニ付テハ別ニ何等ノ制限ヲ設ケサリシモ違警罪ノ再犯ニ付テハ其性質上重大ナル犯罪ニアラス殊ニ地方規則ニシテ各府縣ニ於テ其規定取扱ヲ異ニスルモノナルカ故ニ刑法ハ時ト場所トニ付テ左ノ制限ヲ爲シタルモノナリ

- (一) 違警罪ハ同一ノ管轄地内ニ於テ再ヒ犯シタルコトヲ要ス
- (二) 違警罪ハ先ニ違警罪ノ刑ニ處セラレタル後チ一年內ニ犯シタルコトヲ要ス

第四 第九十四條ノ規定ハ前項再犯加重ノ第一條件中ニ詳説シタルカ故ニコトニ重複セス

第五 第九十五條ニ曰ク「刑期限内再ヒ罪ヲ犯スニ因リ刑ヲ宣告シタルトキ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」第二項罰金科料ニ該ル者ハ順序ニ拘ハラス各之ヲ徵收スト本條ノ規定ハ刑期限内再ヒ罪ヲ犯スニ因リ刑ノ宣告ヲ受ケタルトキハ何レノ刑ニ執行ヲ先ニス可キ乎ニ付規定シタルモノニシテ例ハ先キニ重禁錮ノ刑ニ處セラレ其刑ノ執行中輕禁錮ノ刑ニ該ル可キ罪ヲ犯シタルトキハ同時ニ重禁錮ト輕禁錮トノ二刑ノ併立アルヲ見ル此場合ニ於テハ先ツ重禁錮ヲ執行シ後ニ輕禁錮ヲ執行スルナリ若シ先キニ輕禁錮ノ刑ニ處セラレタル者其刑ノ執行中更ニ重禁錮ニ該ル可キ罪ヲ犯シタルトキハ前例ト等シク重禁錮ノ執行ヲ先ニシ輕禁錮ノ執行ヲ後ニスルナリ若シ又先ニ犯シタル罪モ重禁錮ニシテ後ニ犯シタル罪モ亦重禁錮ナルトキハ其刑期ノ長キモノヲ先ニシ其刑期ノ短キモノヲ後ニス又先ニ輕禁錮ノ刑ニ該リ其執行中又更ニ輕禁錮ノ刑ニ該ル可キ罪ヲ犯シタルトキモ亦同シク其刑期ノ長キモノヲ先ニ

シ其刑期ノ短キモノヲ後ニ執行スルモノナリ而シテ罰金科料ニ該ル者ハ順序ニ拘ハラス各之ヲ徵收スルカ故ニ何レカ前ニシテ何レカ後ナルコトナシ」

第六 第九十六條ニ曰ク「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ト」本條ハ陸海軍裁判所ニ於テ判決ヲ經タルモノニ對シ再犯加重ノ適用ヲナスヤ否ヤヲ規定シタルモノニシテ軍事裁判所ニ於テ刑ノ言渡ヲ受ケタル場合ニ於テハ常ニ再犯加重ノ條件トナルヘキモノナリト謂フヲ得ス宜シク場合ヲ區別シテ之ヲ論セサルヘカラス若シ初犯ノ非常律ニ從テ處斷シタルトキハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ヘク之ニ反シテ軍律ヲ以テ處斷シタルトキハ再犯加重ノ條件トナスヲ得サルナリ尙ホ之ヲ區別スレハ左ノ如シ

- (イ) 犯人ノ身分ニ因テ軍事裁判所ニ於テ犯罪ノ管轄權ヲ有シ而シテ普通刑法ヲ適用シタルトキハ再犯加重ノ原因トナルヘシ
- (ロ) 陸海軍刑法及ヒ普通刑法ニ於テ共ニ同一ノ規定ヲ設ケ其何レノ刑法ヲ

適用スルモ同一ナル場合ニ於テモ若シ軍律ニ從フテ處斷シタルトキハ再犯ノ條件ト爲スヲ得ス之ニ反シ常律ニ從フテ處斷シタルトキハ再犯加重ノ條件ト爲スヲ得

(ハ) 單ニ陸海軍刑法ニ照シテ處斷シタルトキハ如何ナル場合ニ於テモ再犯加重ヲ以テ論スルコトヲ得サルナリ

(ニ) 陸海軍刑法ノ犯罪ト普通刑法ノ犯罪ト數罪俱發ヲナシ其重キニ從テ處斷シタルトキハ宜シク其重キ罪ノ何レノ法律ニ屬スルヤヲ見テ而シテ再犯加重ノ條件ヲ定ムルナリ即チ重キ罪ハ陸海軍刑法ノ犯罪ナルトキハ是レ軍律ニ依テ處斷シタルモノナルヲ以テ再犯加重ノ條件トナスコトヲ得ス之ニ反シテ重キ罪ハ普通刑法ノ犯罪ニ屬スルトキハ再犯加重ノ條件トナスコトヲ得ルモノナリ

非軍人ト軍人ト共謀シテ陸海軍ノ刑法ニ觸ル可キ犯罪ヲ企テタル場合ニ於テハ原則上軍人ハ軍事裁判所ニ於テ非軍人ハ普通裁判所ニ於テ之ヲ管轄スルモノナリ然レトモ非軍人ノ罪ハ普通刑法ノ違反ニアラスシテ陸海軍刑法ノ違反ニ係ルヲ以テ普通裁判所カ之ヲ罰スルニ付テ普通刑法ヲ以テスルヲ得ス必スヤ陸海軍刑法ヲ以テセサルヘカラス如此場合ニ於テ非軍人カ後ニ再ヒ罪ヲ犯ストキハ再犯加重ヲ以テ論セラルヘキ乎曰ク先ニ普通裁判所ニ於テ適用セシ所ノ法律ハ普通刑法ニ非スシテ陸海軍刑法ナリト雖モ刑法ハ此場合ニ於テハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ禁シタルモノニアラス陸海軍裁判所ニ於テ犯罪ノ管轄ヲ爲シタル場合ニ於テ陸海軍刑法上ノ處斷ハ再犯ノ條件ヲ成スモノニアラス換言スレハ軍事裁判所ニ於テ軍律ヲ以テ處斷シタルトキハ本條ニ因リ再犯加重ノ條件ト爲スコトヲ許サス然レトモ普通裁判所ニ於テ陸海軍刑法ヲ適用シタル場合ハ本條ノ規定以外ナルヲ以テ本條ノ禁制ニ支配セラルヘキモノニアラス殊ニ再犯加重ハ原則トシテ一般ノ場合ニ適用ス可キモノニシテ之ヲ適用セサル例外ノ場合ハ特ニ其規定ヲ設ケサルヘカラス然ルニ例外ニ屬スル規定ヲ設ケサル以上ハ當然原則ノ適用ヲ受クヘキモノニシテ其確定裁判ハ再犯加重ノ條件タルヤ明カナリ

此他第九十七條ハ大赦ニ因テ免罪ヲ得タル者ニ對シテハ再ヒ罪ヲ犯スモ再犯

加重ヲ以テ處罰セサルコトヲ規定シ第九十八條ハ三犯以上ノ犯罪者ニ對スル加重例ヲ規定スルモノナリ兩條共ニ説明ス可キ程ノコトナキカ故ニ詳説セズ只ク注意スヘキハ條文ヲ讀下スルコトニ在リ

再犯加重ノ臨終一言ス可キハ再犯證明方法如何ノ問題是レナリ蓋シ再犯ノ恐ル可ク又再犯人ノ惡ム可キハ世人ノ既ニ認ムル所ニシテ而シテ犯人ハ勉メテ再犯者タルノ名稱ヲ免レント欲シ之ヲ匿シ或ハ氏名ヲ偽ハル比々皆然ラサルハナシ再犯加重ノ規則益々嚴重ナルニ至ルヤ再犯ヲ免ル、ノ方法モ亦益々精密ヲ加フルニ至ル可シ然ラハ則チ再犯加重ノ規則ヲ嚴ニスルニ當リテハ必ス再犯ヲ免ル、コトヲ防クノ方法ヲ必要トナス從來我國ノ刑法ニ於テハ再犯加重ノ刑最モ寬大ナルニ拘ハラス尙ホ再犯ヲ免ル、者多キヲ見ル今我國ニ於テ採用スル所ノ再犯ノ證明ヲ觀ルニ(一)既決犯罪表(二)犯人ノ姓名ヲいふは順ニシテ索引スルモノ(三)犯罪人人名辭書等ノ方法ニ依ルト雖モ未タ以テ完全ナル證明方法ナリト謂フヲ得ス若シ夫レ犯人其姓名ヲ偽リ其前科ヲ自白セサル場合ニ於テハ如何トモスル能ハサルヘケレハナリ再犯證明ノ方法ハ此ノ如ク困難

ニシテ而シテ刑法ハ改正セラレ再犯加重ノ規則ハ嚴酷ナルニ至テハ犯人ノ自白ハ到底之ヲ望ム可カラサルヲ以テ犯人ノ自白ニ因ラスシテ其前科ヲ證明スルノ方法ヲ考究スルハ則チ刑法改正ニ伴フ所ノ急務ナリト謂フ可シ故ニ余ハ所考ヲ述フルニ先チ本問題ヲ掲ケテ之ヲ諸君ニ告ケ以テ其方法ニ付新案ノ考出アラシコトヲ望ムモノナリ

第五章 加減順序

前第三章第四章ニ於テ責任ノ減輕責任ノ加重ニ關スル規定ヲ講了セリ本章ニ於テハ一方ニハ減輕スヘキ情狀アリ他ノ一方ニハ加重スヘキノ情狀アルトキ即チ二者共存ノ場合ニ於ケル加減順序ニ付講述セント欲ス蓋シ其減輕ヲ先ニシ加重ヲ後ニスルト其加重ヲ先ニシ減輕ヲ後ニスルトハ大ニ其結果ヲ異ニシ從テ犯人ノ利害ニ於テモ大ナル關係ヲ有ス例ヘハ輕懲役ニ該ル可キ罪ヲ犯シタルモノニ對シ減輕ヲ先ニスレハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ下リ而シテ輕罪ノ刑ハ加ヘテ重罪ノ刑ニ入ルコトヲ得サル第七十條第二項ノ制限アルヲ以

テ一等ヲ加フルモ二年六ヶ月以上六年三ヶ月以下ノ重禁錮ニ過キサルモ加重
 ヲ先ニスレハ重懲役ニ上リ更ニ減輕シテ先ノ輕懲役ニ復スルコト、ナル又例
 ヘハ無期徒刑ヲ以テ處罰ス可キ犯人ニ對シ加減ノ兩情狀アリトセンニ其加重
 ヲ先ニスレハ加ヘテ死刑ニ入ルコトヲ得サル(第六十六條但書)ノ制限アルヲ以
 テ一等ヲ加フルモ尙ホ無期徒刑ニ止マリ之ニ一等ヲ減シ有期徒刑ニ處セラル
 ヘシト雖モ減輕ヲ先ニシタルトキハ無期徒刑ヨリ一等ヲ減シテ有期徒刑ニ下
 シ而シテ之ニ一等ヲ加ヘ無期徒刑ヲ以テ處罰スルコト、ナルカ故ニ減輕加重
 ノ順序ハ裁判官ノ自由ニ一任セス宜シク法律ノ規定ヲ以テ豫メ一定ノ準據ヲ
 明示セサルヘカラス是レ第九十九條ノ設ケアル所以ナリ
 本條ノ規定ニ曰ク犯罪ノ情狀ニ因リ總則ニ照シ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シ從犯及ヒ未遂犯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)宥減輕(三)
 自首減輕(四)酌量減輕ト是ニ依リテ之ヲ約言スレハ左ノ如シ
 第一 從犯未遂犯及ヒ各本條ノ特別加重減輕ノ原因競合スルトキハ其加減ヲ

先ニス而シテ是等ノ原因相互ノ間ニハ其順序ニ關シ法律ニ別段ノ規定ナキ
 ヲ以テ其等數相等シキ一等ノ加重ト一等ノ減輕アル場合ニ於テハ之ヲ相殺
 スルコトヲ得ヘク最モ簡便ニシテ且ツ法理ニ背クモノニアラサルカ故ナリ
 第二 以上ノ加減ヲ終リタル刑ニ基キ左ノ順序ヲ履ミテ加重減輕スルモノナ
 リ既ニ此順序アリ故ニ其等數相等シキ場合ニ於テモ彼是相殺スルコトヲ許
 サ、ルモノトス

- 一 再犯加重
- 二 宥減輕
- 三 自首減輕
- 四 酌量減輕

此順序ヲ定メタル理由ハ案スルニ再犯加重ハ加重ノ情狀犯罪構成條件ニ附
 着セスシテ犯人ノ一身ニ附着スルモノニシテ而シテ此原由ハ犯罪ト同時ニ
 生スルモノナレハ犯罪後ニ生スル原因タル自首減輕ヨリ之ヲ先ニスルヲ相
 當ノ順序ナリトス又此加重ハ法定上ノ加重ナルカ故裁判上ノ減輕ヨリモ之

ヲ先ニスルヲ以テ相當ナル順序トナス而シテ再犯加重ト宥恕減輕トノ關係ハ共ニ法律ノ規定ニ於テ一定セルコト共ニ犯人ノ一身ニ附着スル情狀ナルコトハ相異ナルナシト雖モ加重ヲ先ニスルト減輕ヲ先ニスルトハ前例ニ於ケルカ如キ其結果ニ大差異ヲ生スル場合アリ犯人ノ不利益トナル可キコトアルカ故ニ加重ヲ先ニスルハ犯人ノ利益ナリト謂フヘシ然ラハ刑法ハ犯人ノ利益ノ爲メニ設ケタルモノナリト謂フ可キカ否然ラハ唯此場合ニ於テハ犯人ニ減輕ス可キノ情狀附着シ寧ロ憐ム可キモノアルカ故ニ其減輕ヲ全フセシメントスルニ外ナラサルヘシ

宥恕減輕自首減輕ノ順序ハ其何レヲ先ニシ何レヲ後ニセサル可カラサルノ理由アルコトナシ酌量減輕ヲ最後ニ附シタル所以ハ酌量減輕ハ總テノ減輕法ニ因リ減輕シタル後ニ於テ尙ホ減輕シテ處罰スルノ必要アリト認メタル場合ニ適用ス可キモノナルカ故ニ宥恕減輕自首減輕ヲ經テ其末席ニ列シタルモノナリ

第六章 數罪俱發

第一節 總論

刑法總則ノ規定中本章並ニ次章ノ如キハ學理上及ヒ解釋上ニ於テ共ニ最モ多ク困難ナル問題ヲ含有シ從テ之カ應用上ニ於テモ亦往々擬律錯誤ヲ生スル所ノモノナルカ故ニ之ヲ研究スルニ當リテハ宜シク留意スヘシ以下本章ニ於テ數罪俱發ノ規定ニ付講述ス可シ

元來數罪俱發ナル名稱ハ之ヲ支那律ニ採リシモノニシテ支那律ニ於テハ同時ニ數個ノ犯罪併發シタルトキハ數罪俱發例トシテ重キニ從テ處斷スルノ規定アリ我刑法ハ此規定ヲ採リ附スルニ此名稱ヲ以テシタリ然レトモ刑法ノ趣旨ハ數個ノ犯罪ヲ併合シテ裁判シ又ハ一犯罪ニ付テ未タ確定判決ヲ經サル前ニ他ノ犯罪ニ付テ裁判ヲ爲ス場合ヲ謂フカ故ニ俱發ノ名稱ハ少シク刑法ノ精神ニ適合セサルモノアリ併合罪又ハ單ニ數罪同審ト云フヲ以テ穩當ト爲ス改正刑法草案ニ於テハ此場合ヲ命名シテ併合罪ト稱セリ(改正刑法第五十七條乃至

第六十七條然レトモ其意義全ク現行刑法ト同一ナラス

現行刑法上數罪俱發ノ定義ヲ下セハ數罪俱發トハ同一犯人未タ確定判決ヲ經サル前ニ於テ二個以上ノ犯罪ノ發覺シタルヲ謂フ犯罪ノ數ノ上ヨリ之ヲ論スルトキハ數罪俱發ハ彼ノ再犯ノ場合ト同シク二者共ニ一罪以上ノ犯罪ナリト雖モ兩者ノ異ナル標準ハ數罪俱發ハ未タ確定判決ヲ經サル前ニ發覺シタルコトヲ要シ再犯加重ハ一度確定判決ヲ受ケタルモノ、再ヒ罪ヲ犯シタルモノナルコトヲ要ス故ニ確定判決ヲ受ケサル二個以上ノ犯罪アル點ニ於テ再犯ト異ナリ從テ數罪俱發ハ加重ヲナスノ原因トナラス再犯ハ加重ヲナスノ原因トナル於此乎再犯ハ二個ノ結果ヲ生ス

第一結果 再犯ニハ刑罰ヲ併科ス 再犯モ亦一種ノ數罪ニ外ナラス即一度罪ヲ犯シテ二度又罪ヲ犯シタルモノナルカ故ニ其數犯タルヤ疑フ所ナキナリ然レトモ再犯人ハ既ニ初犯ノ場合ニ於テ一度刑ニ處セラレタル者ナリ又再ヒ罪ヲ犯シ而シテ再ヒ刑罰ヲ受クルトキハ即チ初犯ノ刑罰ト再犯ノ刑罰トニ刑罰ノ併科アルヲ見ルナリ故ニ曰ク再犯人ニハ刑罰ヲ併科スルト是レ數

罪俱發ノ場合ニ於テ全ク反對スル所ニシテ數罪俱發ノ場合ニ於テハ數罪ノ内重キ一罪ニ付テ處斷スルヲ以テ原則ナリトス決シテ各罪ニ對シテ刑ヲ併科スルニ非サルナリ

第二結果 再犯ノ場合ニ於テハ刑罰ヲ加重ス 再犯ニ於テハ單ニ刑罰ヲ併科スルノミナラス尙ホ又併科スル所ノ刑ニ一等ヲ加ヘテ而シテ之ヲ罰スルナリ是レ又數罪俱發ノ場合ニ於テ決シテ見ザル所ノ結果ナリ數罪俱發ノ場合ニ於テハ數罪中ノ一ノ重キ所爲ニ付テ刑罰ヲ科スト雖モ其重キ所爲ニ對シテ別ニ加重ヲ爲スコトアルナシ

數罪俱發ノ再犯加重ト異ナルトコロ前述ノ如クシテ而シテ責任加重ノ原因トナラスト雖モ此規定ハ純理上果シテ正當ナルモノナルカ抑モ犯罪者ノ最も恐ル可キモノハ一罪ヲ犯シ未タ満足スルコトヲ得スシテ而シテ再ヒ罪ヲ犯ズニ在リ此類ノ犯罪者ハ業既ニ犯罪ヲ爲スヲ以テ常業ノ如ク思ヒ此慣習ハ遂ニ第二ノ天性ヲナシタルモノナルカ故ニ縱令之ヲ幾回處罰スルモ其非行ヲ改ムル事ヲ知ラサルモノナリ然ラハ此慣習ヲ有スル犯罪者ハ判決ヲ受ケサル前ニ於

テモ判決ヲ受ケタル後ニ於テモ幾度トナク罪ヲ犯シテ止ムルコトヲ知ラス斯
 カル慣習性ノ犯人ニ對シテハ普通ノ刑罰ヲ以テ處罰スルモ到底刑罰ノ目的ヲ
 達スルコト能ハサルナリサレハ宜シク之ヲ處スルニ特別ノ刑罰ヲ以テ之ニ加
 ヘサルハカラス然ルニ唯確定判決後ニ於テノミ加重ノ刑ヲ以テシ確定判決ナ
 キ場合ニ於テハ之ヲ加重スルコトヲ得サルカ如キハ少クトモ責任加重ニ關ス
 ル規定ヲ設クルノ立法ノ精神ヲ貫徹セサルモノト謂フ可シ蓋シ再犯加重ノ規
 定ノ精神ハ再犯人ノ惡性刑罰ヲ恐ル、コトヲ知ラス刑罰ヲ恐ル、コトヲ知ラ
 サルカ故ニ罪ヲ犯ス所以ニシテ再ヒ罪ヲ犯ス所以ノモノハ犯人ノ慣習之ヲ然
 ラシムルモノナリ果シテ然ラハ數罪ヲ犯スモノハ慣習ナリ慣習ニ因リテ數罪
 ヲ犯スモノナリセハ數罪俱發ノ場合ニ於テモ再犯ノ場合ト等シク刑罰ヲ加重
 シテ犯人ヲ處罰シ大ニ之ヲ懲戒セサル可カラズ刑法ノ規定コ、ニ出テスシテ
 獨リ再犯ヲ加重シ數罪俱發ノ場合ニ於テ加重ノ規定ヲ設ケサリシハ頗ル失當
 ト謂フ可シ

論者曰ク再犯ハ既ニ刑罰ヲ受ケタルモノナリ而シテ刑罰ヲ恐レサルモノナル
 カ故ニ之ヲ加重スルノ理由アリト雖モ數罪俱發ノ場合ニ於テハ未タ一度モ刑
 罰ヲ受ケタルモノニアラス若シ夫レ犯人ニシテ早ク刑罰ニ處セラレタランニ
 ハ或ハ數罪ヲ犯スモノニアラサリシヤモ亦未タ知ルヘカラス然ルニ裁判所ハ
 速ニ之ヲ處罰スルコトヲナサスシテ之ヲ等閑ニ附シタルハ裁判所ノ過失ナル
 ヲ以テ之ヲ以テ犯人ノ責任ヲ重クスルカ如キハ責任論ノ條理ニ適スルモノニ
 非スト夫レ或ハ然ラン然レトモ法律ハ總テノ人民ニ對シテ禁制命令ヲ下シタ
 ルモノニシテ此禁制命令ニ違背シタル場合ニ於テ悉ク處罰スルモノナリ之ヲ
 換言スレハ法律ハ裁判所カ之ヲ適用シテ處罰セサル以前ニ於テハ何罪ヲ犯ス
 モ可ナリト謂フモノニアラス故ニ此數罪ヲ犯シタル者モ亦國法ヲ無視シタル
 モノニシテ法律ヲ無視スルコト一回ノミニ止マラスシテ屢々此法律ヲ犯シ犯
 人ノ眼中ニハ法律ナルモノ存スルコトナク獨リ犯罪アルノミ犯罪者ハ國家ノ
 最モ大ニ忌ム所ナリ此故ニ縱令裁判所カ速ニ處罰スルコトヲ怠リシモノトス
 ルモ犯人ノ責任ヲ加重スルコトヲ得サルノ理由アルモノニアラサルナリ
 論者又曰ク若シ數罪俱發ニ付テ刑罰ヲ加重スルノ必要アテハ寧ロ數罪ノ各罪

ニ付各別ニ處罰スルヲ以テ可ナルヘシト此說一理ナキニアラスト雖モ然レトモ若シ數罪ニ付數刑ヲ科スルトキハ立法者ノ想像シタル犯罪ノ所爲ト刑罰トノ權衡ヲ失スルコト、ナルヘシ蓋シ立法者ハ重キ所爲ニ付テハ重刑ヲ科シ輕キ所爲ニ付テハ輕刑ヲ科スルコトヲ豫定セリ然ルニ數罪ニ對シ各刑ヲ科スルトセハ自然ニ加重スルコト、ナリ輕キ刑ニ重キ刑ヲ重テテ科シ又ハ重キ刑ニ輕キ刑ヲ重テテ科セサルヘカラサルニ至ルヘシ立法者ハ數罪ニ對シ各自ニ刑罰ヲ科ス可キコトヲ豫想シタルコトナケレバナリ

之ヲ要スルニ余ハ數罪各罪ニ付悉ク刑罰ヲ科スヘキモノナルコトヲ主張セントスルモノニアラスシテ數罪ヲ同時ニ處罰スルトキハ普通ノ刑罰ヲ以テ之ニ科ス可カラズ宜シク特別ノ刑罰ヲ制定シテ以テ之ヲ處罰スルノ必要アリテ而シテ論理ニ適スルモノト信シテ疑ハサルモノナリ

第二節 一罪ト數罪ノ區別

數罪俱發ニ關スル規定ヲ研究センニハ數罪トハ如何ナルモノナルコトヲ知ラ

サルヘカラス而シテ數罪ヲ知ルニハ先ツ一罪ノ何者タルヲ知ラサルヘカラス蓋シ數罪ハ二個以上ノ犯罪ニシテ各々獨立ノ一罪ヲ構成スル所ノモノナリ然レトモ數罪ト一罪トノ間ニ劃然タル境界線ヲ畫スルハ種々ノ場合ニ於テ頗ル困難ヲ感スル所ナシトセス其困難ナキハ一所爲ニテ常ニ一罪成立シ數個ノ所爲ニテ常ニ數罪ヲ構成スル場合ナルモ一所爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸レ數個ノ所爲ニシテ一罪ノミヲ構成スル場合ノ如キ其所爲ハ一所爲トスヘキカ或ハ數所爲トナスヘキカ甚タ不明ノ事ニ屬ス從テ兩者ノ區別ヲシテ大ナル困難ヲ感セシムル所ナリ而シテ數罪一罪ノ區別ニ付テハ歐洲刑法學者ノ間ニ於テモ其說ク所ヲ異ニシ其要領ヲ得サルモノアリ余ハ先ツ一罪ノ定義ヲ下シ聊カ之ヲ説明ス可シ

一罪トハ如何ナル場合ヲ謂フ乎一罪トハ權利ノ侵害又ハ法律ノ違犯單一ナル場合ヲ謂フコト、ニ所謂權利ノ侵害トハ其意味廣大ニシテ身体上ノ權利財產上ノ權利總ヘテ之ヲ包含スルモノナリ故ニ犯罪ノ單數ト複數トヲ知ルニハ只所爲ノ單數ト複數トニ着眼ス可キモノニアラス換言スレハ犯罪所爲ノ單一ナル

場合ハ一罪ヲ成シ數個ノ所爲ハ數罪ヲ構成スルモノト謂フコトヲ得ス宜シク
 權利侵害ノ度數ヲ計ルヘキナリ權利侵害ノ數單一ナル場合ヲ一罪トナシ數個
 ナル場合ヲ數罪トナスモノナリ一例ヲ示セハ今コ、ニ甲者ハ乙者ノ所有物ナ
 ル時計書物本箱ノ三品ヲ窃取シタリト假定センニ此場合ニ於テ甲者ハ一罪ヲ
 犯シタルモノナリ何トナレハ盜罪ハ人ノ所有權ヲ侵害スルコトヲ禁シタルノ
 罪ニシテ一度人ノ所有權ヲ侵害センカ其所有權ノ目的タル財物ノ數又ハ其種
 類如何ニ拘ハラズ侵害ノ數ハ即チ一度ニ過キササルヲ以テ是レ一罪タルニ過キ
 サルナリ故ニ時計書物本箱ヲ合セテ之ヲ盜ムモ時計書物本箱ハ乙者一人ノ所
 有權ノ目的タルニ過キササルヲ以テ一度ニシテ此財物ヲ奪フタルモ是レ一度乙
 者ノ所有權ヲ害シタルニ過キササルナリ然レトモ若シ二回又ハ三回ニテ時計書
 物本箱ヲ奪フタリトセンカ二回三回人ノ所有權ヲ侵害シタルヲ以テ是レ二罪
 若シクハ三罪ヲ成スモノナリ故ニ若シ甲者ニシテ乙丙丁三人ニ屬スル所ノ物
 ヲ窃取シタリトセンカ其所爲ハ單一ナリト雖モ乙丙丁ノ三人ハ各々權利ノ侵
 害ヲ受ケタルモノナルニ依リ甲者ニ對シテ三個ノ竊盜罪ヲ構成スルモノナリ

故ニ共有物ノ窃取ハ數罪ヲ構成スルモノナリ何トナレハ共有物ハ數人ノ所有
 權ノ目的物ナレハナリ綜合一物ナリト雖モ數人ノ權利ニ屬スルトキハ數人ノ
 權利ヲ侵害シタルモノナリ何ソ數罪ヲ構成セスト謂ハンヤ
 以上ハ財産ニ對スル例示ニ過キスト雖モ身體ニ對スル場合ニ於テモ亦異ナル
 コトナシ例ヘハ毆打創傷罪ノ如シ毆打創傷罪ハ人ノ身體ノ安全ヲ保護スルヲ
 目的トス故ニ身體ニ對シ一回ノ危害ヲ與フレハ是レ一回ノ毆打創傷罪ナリ二
 回ノ危害ヲ與フレハ是レ亦二回ノ毆打創傷罪ナリ此ニ於テカ論者人ヲ毆打ス
 ルニ當リテ繼續シテ數個ノ打撃ヲ加フルトキハ即チ數個ノ犯罪アリト謂ハサ
 ルヘカラス何トナレハ一打撃ニシテ一罪ヲ構成スレハ即チ數打撃ハ數罪ヲ構
 成ス可シト謂フ然レトモ數打撃ハ必スシモ數個ノ創傷罪ヲ構成スルモノニア
 ラス必ス犯人ノ意思ヲ研究シテ後ニ數罪ト一罪ノ區別ヲ爲サ、ルヘカラス若
 シ犯人ノ意思ハ被害者ノ身體ニ對シテ一ノ大ナル侵害ヲ加フルニ在ルトキハ
 數個ノ打撃ハ其目的被害者ノ身體ニ對シテ一ノ大ナル創傷ヲ爲スニ在ルヲ以
 テ大ナル一打撃ヲ加ヘタルニ等シキナリ人ニ對シテ一寸ノ創傷ヲ負ハシムル

爲メ一回ニテ一寸ヲ傷クルモ二回三回ニシテ一寸ノ傷ヲナスモ其理ニ於テ異ナル所アルヲ知ラス若シ之ニ反シテ犯人ノ意思カ一ノ創傷ヲ爲スニアラスシテ數打撃ニ因リテ數個ノ創傷ヲ爲サント欲スルニ在ルトキハ是レ各打撃ハ常ニ一罪ヲ構成スルヲ以テ宜シク數罪アリト謂フ可シ

若シ夫レ一個ノ所爲ニ依リテ數箇ノ法律ヲ破フル場合ノ如キハ一ニ法律違犯ノ數ヲ以テ數罪ト一罪トノ區別ヲ爲サ、ル可カラス之ヲ換言スレハ犯人ノ所爲ニシテ幾多ノ法律ニ違犯シ即チ或ハ甲法ニ違犯シ又乙法ニ違犯スルトキハ猶ホ一所爲ニシテ數個ノ權利ヲ侵害スル場合ノ如ク常ニ數罪ヲ成スモノト謂フ可シ然レトモ以上ノ標準ハ何人ト雖モ毫モ批難スルノ餘地ナキ完全無缺ノモノナリトハ信スルモノニアラス唯タ僅ニ解釋困難ノ一斑ヲ解クノ參考ニ供セシノミ

第三節 數罪俱發ノ區別

學理上數罪俱發ヲ區別シテ(一)有形上ノ數罪(二)無形上ノ數罪ノ二種トス學者ノ

一命名ニ前者ヲ實体的數罪ト謂ヒ後者ヲ想像上ノ數罪ト稱スルモノ即チ是レナリ然レトモ想像上ノ數罪ニ至リテハ學者ノ所説ト全ク同一ナリトセス以下款ヲ分チテ之ヲ説明スヘシ

第一款 有形(實體)上ノ數罪

有形上ノ數罪トハ同一犯人數個ノ犯罪行爲ヲ爲シ其數個ノ犯罪行爲ニシテ各々一ノ權利ヲ侵害シ又ハ法律ニ違背シタル場合ヲ謂ヒ各獨立シテ一罪ヲ構成スルモノ是レナリ例ヘハ人ヲ殺シタル後其犯跡ヲ蔽ハシカ爲メ火ヲ放チタルカ如キ其各所爲瞬間ニシテ終ルモ仍ホ殺人放火ノ二罪アリト爲サ、ルヘカラス況ンヤ其犯時ヲ異ニスル場合ニ於テオヤ又同一性質ノ犯罪ニ付テモ甲家ニ入リテ甲者ノ所有物ヲ盜ミ又乙家ニ入リテ乙者ノ所有物ヲ盜ムカ如キハ二罪タルコト勿論ナリ又縱令同一家ナリト雖モ再三其家ニ入リテ財物ヲ盜ムカ如キ例ヘハ午前ニ一個ヲ取り午後ニ二個ヲ取り明曉又數個ヲ取ルカ如キモ繼續犯ニアラサル限りハ是レ亦數罪ヲ構成スルモノ所謂有形上ノ數罪ナリト謂フヘキナリ

本款ノ終リニ臨ミテ一言注意ス可キトコロノモノハ刑法ノ解釋上ニ於テ實質上ノ一罪ト稱スルモノ是レナリ所謂實質上ノ一罪トハ各々一罪ヲ構成スヘキ數個ノ所爲アリテ之ヲ分離スルトキハ數個ノ犯罪トナルモノナレトモ法律ノ規定ニ因リ數個ノ犯罪トナル所爲ヲ概括シテ一罪ヲ成スモノヲ云フ數個ノ犯罪ヲ概括シテ而シテ一罪ト爲スヘキモノナルカ故ニ解釋上之ヲ作成スルコトヲ得スシテ法律ノ明文ヲ以テ之ヲ定ムヘキモノナリ既ニ法律ノ明文ヲ以テ定メラレタルトキハ其解釋上之ヲ實質上ノ一罪ト云フ現行刑法上之ヲ例示セハ第三百六十八條又ハ第三百八十一條ノ規定ノ如シ然ルニ大審院ノ判決例ニ於テハ第三百九十條第二項モ亦實質上ノ一罪ナリトノ解釋ヲ採リ本項ハ數個ノ犯罪ヲ組合セテ一罪ヲ構成スル所ノモノナリトセリ今其理由ヲ聞クニ該條第二項ニ於テ因テ官私ノ文書ヲ偽造シ又ハ増減變換シタル者ハ偽造ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ストアリ抑モ詐欺取財ノ罪ハ人ヲ欺罔シ又ハ恐喝シテ財物若シクハ證書類ヲ騙取スル所爲ヲ謂ヒ其騙取ノ手段ハ殆ト無制限ニシテ總ヘテノ術策ヲ意味スルモノナリ從テ其手段中

ニハ法律禁制ノ所爲アリ又禁制セサル所爲アルヤ論ヲ俟タス然リ而シテ禁制セサル所爲例ヘハ不實ノ成功若シクハ利益ヲ希望セシメ以テ人ヲシテ誤惑ニ陥ラシメ而シテ一定ノ金額ヲ出サシムルカ如キハ手段ニ於テ犯罪ナキカ故ニ第三百九十條第一項ノ適用ヲ受クヘキモノナリ之ニ反シテ詐欺取財ヲ犯スニ付禁制ノ所爲ヲ以テ手段トナシタルトキ例ヘハ官私ノ文書ヲ偽造シ又ハ増減變換シタルトキハ此所爲ハ文書偽造罪ヲ構成スルモノニシテ一方ニハ詐欺取財ヲ構成シ所謂數個ノ犯罪ヲ構成シタルモノナレトモ法律ハ此二罪ヲ概括シテ而シテ一罪トシ第三百九十條ノ第二項ヲ適用ス可キモノトナシタリ故ニ本項ノ犯罪ハ數罪俱發ヲ以テ解釋スルコトヲ得サルモノナリト余輩ハ未タ此解釋ノ是ナルヲ認ムルコト能ハサルナリ我輩ノ信スル所ヲ以テスレハ第三百六十八條又ハ第三百八十一條ノ如ク法律カ明ニ數罪ヲ併合シテ一罪ト爲シタルトキハ實質上ノ一罪アリト謂フ可シト雖モ第三百九十條第二項ノ如キハ文書偽造罪ト詐欺取財ノ罪トヲ比較シテ其重キニ從テ論スト規定スルヲ以テ全ク第百條ノ規定ト異ナル所アルヲ見ス余輩ハ寧

日本項ノ規定ヲ以テ第百條ノ適用ニ外ナラスト解釋セント欲スルナリ

第二款 無形(想像)上ノ數罪

無形上ノ數罪即チ想像上ノ數罪ハ其想像觀察ノ方面ニ因リ(一)一個ノ所爲ヨリ數結果ヲ生シタル場合(二)一個ノ所爲カ數法ニ觸レタル場合(三)一個ノ所爲カ他ノ犯罪ノ手段トナリタル場合ノ三種ニ區別スルコトヲ得ルモノニシテ而シテ余ハ第一第二ノ場合ヲ以テ無形上ノ數罪ト爲シ第三ノ場合ハ無形上ノ數罪中ニ列セシム可キモノニアラストナスモノナリ

第一項 一所爲ヨリ數結果ヲ生シタル場合

犯人ノ所爲ハ單一ニシテ而シテ數個ノ結果ヲ生シタル場合トハ例ヘハ竊盜ノ所爲ヲ以テ甲乙丙三人ノ共有物ヲ奪取シタルカ如キ其所爲ハ單一ナリト雖モ甲乙丙三人ノ權利ヲ侵害シタルモノナル故ニ三個ノ竊盜罪ヲ構成スルモノナリ又例ヘハ群衆ニ對シテ發銃スルカ如シ發銃ノ所爲ハ單一ナリト雖モ其發銃ノ結果三人ヲ殺シ他ノ三人ニ負傷セシメタルトキハ是レ一所爲ニシテ三個ノ殺人既遂罪ト三個ノ殺人未遂罪トヲ發生セシメタルナリ若シ又懷胎ノ婦女ニ

對シテ毒藥ヲ服セシメ而シテ死ニ至ラス僅カニ胎兒ヲ墮胎セシメタルトキハ是レ即チ一所爲ニシテ毒殺未遂罪ト墮胎罪トヲ構成スルモノナリ論者曰ク結果ナル犯罪ハ原因ノ所爲ニ因リテ生スル所ノモノナリ故ニ一所爲ナルトキハ犯罪モ亦一罪ヲ構成スルモノトスヘシ之ヲ換言スレハ一所爲ニシテ數個ノ結果ヲ生シタル所以ノモノハ畢竟一罪ノ結果ニ外ナラスト然ラハ若シ論者ノ説ク如クンハ前第二例ノ場合ニ於テ既遂ノ罪ト未遂ノ罪トヲ構成セル場合ニ於テ二罪何レヲ以テ犯人ニ科セント欲スルカ抑モ未遂罪ト既遂罪トハ其刑罰ニ於テ同一ナラス果シテ然ラハ此所爲ニ對シテ如何ナル處罰ヲ施サントスルカ

第二項 一所爲カ數法ニ觸レタル場合

犯人ノ所爲ハ單一ニシテ而シテ數個ノ法律ニ觸レタルトキ之ヲ換言スレハ數個ノ罪名ニ觸レタル場合トハ例ヘハ印紙再貼用罪ノ如シ印紙ヲ再貼用スルトキハ刑法ニ於テハ印紙再貼用罪ヲ構成シ證券印紙稅規則ニ於テハ脫稅ノ罪ヲ構成ス即チ是レ再貼用ノ一所爲ニテ刑法ノ犯罪ト印紙稅則違犯ノ罪トヲ構成スルモノナリ論者曰ク單一ナル犯行ノ數法ニ觸レタル場合ハ數個ノ犯罪アル

ニ在ラス一罪ヲ構成スルノミト多數ノ學說モ亦此說ニ賛同シ世人モ亦其數罪ナルヤ否ヤヲ疑フテ止マズ然レトモ印紙再貼用ハ之ヲ以テ一罪ナリトセンカ現ニ刑法ニ於テ印紙ノ再貼用ヲ禁シタル規則アリ而シテ又證券印稅規則アリテ脫稅ノ罪ヲ罰ス一所爲ニシテ二法律ニ觸ル、モノハ又之ニ適用スルニ數罪俱發ノ原則ヲ適用シテ刑法ノ罰金ト證券印稅規則ノ罰金トノ二罪重キニ從テ處罰セサルヘカラサルハ理ノ當然ナリ故ニ余ハ此ノ如キ一個ノ所爲ヲ以テ數個ノ法條ニ觸ル、モ數個ノ所爲ヲ以テ數個ノ法條ニ觸ル、モ二者等シク法律ニ觸レタル所即チ是レ一罪ヲ成スヲ以テ苟クモ觸ル、所ノ法律數個アル以上ハ即チ數個ノ法律ニ違反シタルモノト謂ハサル可カラス數個ノ法律ニ違反スルハ是レ即チ數罪アリト謂ハサル可カラス故ニ印紙再貼用ノ場合ニ於テモ再貼用ハ單一ノ所爲ナリト雖モ其一所爲ニシテ二個ノ法律ニ觸レタルトキハ二罪アリト謂フハ固ヨリ至當ノ見解ト謂ハサル可カラスト信ス

第三項 一所爲カ他ノ犯罪ノ手段タル場合

古キ時代ノ或刑法學者ハ一所爲カ他ノ犯罪ノ手段タル場合ヲ以テ之ヲ想像的

數罪ナリト謂ヘリ其說ニ曰ク一所爲ヲ分析スルトキハ其分子カ各一罪ヲ構成シ恰カモ數罪アルカ如ク見エルモ其實一罪ヲ構成スルニ過キサルモノ之ヲ想像的數罪ナリト謂フ例ヘハ人ノ家宅ニ侵入シテ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アルカ如クナルモ其家宅ニ侵入シタルハ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竊盜ヲ行フコト能ハス又竊盜ヲ行フノ意思ナケレハ家宅侵入ノ事ヲ生セ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シムル者別ニ創傷ノ罪アリト論スルコトヲ得サルト同シク此場合ハ共ニ二罪ヲ成スモノニアラスト余輩ハ此說ヲ採ラサル者ナリ竊盜ト家宅侵入ハ第三百六十八條ノ場合ニ於テハ實質上ノ一罪ヲ成スト雖モ此以外ノ場合ニ於テハ各自獨立ノ一罪ヲ構成スルカ故ニ第百條ノ適用ヲ爲スヘキモノナリ若シ否ラストセハ第三百六十八條ヲ特定スルノ必要ヲ見サルニ至ルヘシ

第四節 數罪俱發ノ成立要素

數罪俱發ノ如何ナルモノナルヤニ付テハ既ニ前述セシカ如ク同一犯人未タ確定判決ヲ經サル前ニ於テ二個以上ノ犯罪ノ發覺シタルヲ謂フ是ニ因リテ之ヲ觀レハ數罪俱發ノ成立スルニハ二個ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス(一)二個以上獨立ノ犯罪アルコトヲ要ス(二)確定判決以前ニ於テ數個ノ犯罪ヲ犯スコトヲ要ス

第一 二個以上獨立ノ犯罪アルコトヲ要ス 數罪中ノ各罪ハ必ス獨立シテ成立セサルヘカラス即チ一所爲ニテ一罪ヲサスモノ二個以上成立スルヲ要スルナリ故ニ繼續犯ノ如キ又ハ加重ノ情狀ノ如キハ數罪ノ計算ニ入ルヘキモノニアラサルナリ繼續犯ハ一犯罪成立ノ時間他ノ犯罪ニ比較シテ頗ル延長シテ一罪ヲ構成スルモノニシテ其時間如何ニ延長スルモ元ト是レ一所爲ノ延長ニ過キサレハ之ヲ以テ數ケノ罪ノ間斷ナク繼續スルモノト看做ス可キニアラサルナリ又加重ノ情狀ニ於テモ然リ加重ノ情狀ハ一ノ獨立罪アリテ其罪ノ成立ニ付テ加重ス可キノ情狀即チ其情狀ノミニテハ一罪ヲナス能ハサルモ獨立ノ犯罪ニ附着シテ其罪ノ責ヲ重クスルノ原因トナルモノナレハ

情狀ノ程度如何ニ重シト雖モ是レ又ター一罪ヲ以テ論ス可キモノニ非サルナリ例ヘハ監禁罪ノ如シ監禁ノ時間或年月ヲ經過スルモ監禁罪ハ固ト一所爲ニ外ナラサレハ時間ノ延長ニ因テ以テ數罪ト爲ルノ理アルナシ又竊盜罪ノ如シ門戶牆壁ヲ踰越損壞シ又ハ鎖鑰ヲ破壞スルノ事實アルモ是レ竊盜ニ附着シテ加重ノ情狀ヲ成スニ過キス獨立シテ一罪ヲ成スモノニアラサルナリ但シ家宅侵入罪ノ如キハ是レ別罪ヲ成スモノナルカ故ニ毫モ竊盜ニ關係ナクシテ一罪ヲ成スト雖モ竊盜ノ場合ニ於テハ家宅侵入ノ事實アルモ是レ竊盜ノ所爲ノ爲メニ吸收サレ法律上獨立ノ性質ヲ失フモノニシテ別ニ侵入罪ト竊盜罪トノ併合罪ヲナシタルモノニアラサルナリ要スルニ繼續犯ト加重ノ情狀ハ獨立シテ一罪ヲ成ス可キモノニアラサルヲ以テ數罪ノ場合ト混スルコトナキヲ要ス

第二 確定判決以前ニ於テ數罪ヲ犯スコトヲ要ス 一罪ヲ經テ後更ニ他ノ罪ヲ犯シタルトキハ所謂再犯ニシテ既ニ前段ニ論セシ所ノ場合ニ屬ス數罪俱發ハ先ニ一罪アリテ之ニ付テ未タ確定判決ヲ經サル前更ニ他ノ罪ヲ犯シ此

二罪俱ニ發シタルトキ即チ確定判決ナキ以前ニ同時ニ又ハ異時ニ發シタル場合ヲ謂フ元ト再犯ノ場合モ亦數罪俱發ノ場合モ二罪以上ノ成立アル所ヨリ之ヲ觀レハ共ニ同一ナリト雖モ唯確定判決ヲ經テ後ニ他ノ罪ヲ犯シタルトキハ之ヲ再犯ト謂ヒ確定判決ヲ經スシテ更ニ他ノ罪ヲ犯シタルトキハ之ヲ數罪俱發ト稱スルモノニシテ確定判決ノ以前ニ於テ犯シタル罪ナルコトヲ要スルハ數罪俱發ニ欠ク可カラサル所ノモノナリ是レ既ニ本章ノ總論ニ於テ講述シタル所ノモノニシテ諸君ノ記憶セラル、モノナルヲ信ス

以上二個ノ條件ヲ具備シテ初メテ數罪俱發ノ場合ヲナスモノナリ

第五節 數罪俱發ノ處分

第一款 處分ニ關スル主義

數罪俱發ノ場合ニ於テハ數罪者ニ對シ如何ナル處罰ヲ行フヘキモノナル乎此處分ニ付テハ古來各國ノ立法相同シカラス今現時歐洲各國ニ於テ行ハル、所ノ方法ヲ見ルニ數罪ノ處分ニ付テハ三個ノ主義アリ即チ左ノ如シ

第一 併科主義

此主義ニ曰ク一罪アレハ一刑ナカルヘカラス一罪ヲ犯スモ

ノハ一罪ノ刑ニ處シ二罪ヲ犯スモノニハ又其二罪ノ刑ヲ以テ各別ニ科スルハ刑法ノ原則ニ適合スルモノナリト謂フヘク其中一罪ノ刑ヲ免除シ若シクハ之ヲ減輕スルノ謂ハレナシト是レ此主義ノ論據トスル所ナリ

刑法ノ純理ヨリ觀察スレハ一罪ニ付テ一刑ヲ科ス可キヲ以テ數罪ニ對シテ數刑ヲ科スルハ自然ノ結果ナルカ如シ若シ夫レ數罪中其重キ一罪若シクハ二罪ニ對シテノミ刑罰ヲ加フヘシトセハ餘罪ハ之カ爲メニ不當ノ利得トナリ何等ノ制裁ヲ受クルニ至ラスシテ止マン則チ犯人ハ數罪ヲ犯シタルトキハ唯重キ所爲ニ付テノミ制裁ヲ受クレハ即チ足レルヲ以テ輕キ所爲ハ法律上全ク之ヲ罰セサルニ至ルト謂フ可シ人苟クモ一罪ヲ犯シタルトキハ直チニ之ヲ罰シテ而シテ數罪ヲ犯シタルトキハ輕キ殘餘ノ罪ヲ罰セストノ理果シテ焉クニアル歟殊ニ單ニ重キ一罪ヲ罰スルニ止マルトセハ犯人ハ一罪ヲ犯スモ罰セラレ又數罪ヲ犯スモ同一ニ罰セラル、ヲ以テ寧ロ一罪ニ付テ一刑罰ヲ受ケンヨリハ數罪ヲ犯シテ一刑罰ヲ受ケ他ノ輕キ餘罪ヲ利得スルニ

若カストナシ喜マテ犯罪ノ數ヲ増スニ至ラン是レ即チ犯人ニ獎勵スルニ犯罪ヲ以テスルノ方法ナリト謂ハサル可カラス故ニ併科主義ハ寧ロ刑法ノ純理ニ適シ大ニ犯罪ノ數ヲ減スルノ希望アリト謂フヲ得ヘシ然レトモ此主義ニハ二ノ弊害アルヲ免レス

(一) 併科主義ハ總テノ犯罪ニ通シテ之ヲ適用スル能ハサルノ弊害アリ 試ニ數罪中其一罪ハ死刑ニ係ルモノアルカ又ハ其數罪ハ俱ニ死刑ニ罹ルモノトセハ到底一人ニ對シテ同時ニ死刑ト他ノ自由刑トヲ併科スルコトヲ得ス又一人ニ對シテ數回ノ死刑ヲ執行ス可カラサルヲ以テ此ノ如キ場合ニハ併科主義ヲ適用セント欲スルモ到底爲シ得ヘキノ業ニアラサルナリ論者或ハ曰ハソ一人ニ對シテ數個ノ死刑ヲ執行スルコトハ實際上能クス可キノ業ニアラサルナリト雖モ一罪ハ死刑ニ當リ他ノ罪ハ自由刑ニ當ルトキハ初メニ自由刑ヲ執行シ後其終ルヲ俟テ更ニ死刑ヲ執行セハ死刑ト自由刑ノ併科ヲナスコトヲ得ルナリト然レトモ是レ亦誤レリト謂ハサルヘカラス若シ自由刑中無期ノモノアリタルトキハ死セサレハ則チ自由刑

ノ執行ヲ了リタルモノト謂フコトヲ得サルヲ以テ無期ノ自由刑ノ了リタルヲ知ルニ付テハ必ス其死ヲ見サルヘカラス然ラハ無期ノ自由刑ハ死ニ至テ後ニ已ムヲ以テ其後ニ至テハ死刑ヲ執行セントスルモ是レ猶ホ二個ノ死刑ヲ執行スルカ如ク實際上能クス可カラサルナリ併科主義ハ或場合ニ於テハ之カ實行ヲナスヲ得ル場合ナキニアラスト雖モ到底總テノ刑罰ニ通シテ之ヲ適用スルコトヲ得可キノニアラサルナリ

(二) 併科主義ハ刑罰ノ酷ニ失スルカ爲メニ却テ刑法ノ精神ニ反スルノ恐アリ 此主義ヲ無制限ニ勵行センカ細微ノ數罪ヲ犯シタル者ニ對シテ數個ノ刑ヲ科セサルヘカラサルカ故ニ屢々重大ノ一犯罪ニ科スル刑罰ヨリモ尙ホ重キ罰ヲ科スルノ弊害アリ例ヘハ違警罪ノ如キハ犯罪ノ最モ輕キモノナリ拘留十日ノ犯罪ヲ三十度犯シタリトセンカ是レ三百日ノ輕禁錮ノ刑ヲ受ケタルモノニ同シ而シテ三百日ノ刑罰ハ罪人隱匿罪ニ科スル所ノ刑ニシテ其最長期ニ當ルナリ刑法第四百二十五條ノ違警罪目ニ記載スル所ノ犯罪ト罪人隱匿罪ト同一ニシテ論スル理アラムヤ又例ヘハ竊盜罪ノ

如シ窃盜罪ヲ犯スコト三十回ナリト假定セハ假リニ一犯ヲ一年ノ刑罰ト計算スルモ三十年ノ重禁錮ニ處セサル可ラス三十年ノ重禁錮ハ有期徒刑ノ二倍ナリ窃盜罪如何ニ重大ナリト雖モ之ニ科スルニ二倍ノ有期徒刑ヲ以テスルノ理アラムヤ是レ犯人ニ對スルノ刑實ニ酷ニ失シテ而シテ刑法ノ精神ニ反スルモノニ非スシテ何ソヤ若シ立法者ニ於テ豫メ法律ニ因リ重罪、輕罪、違警罪ノ區別ヲ爲サ、ルトキハ違警罪ニ科スルニ輕罪ノ刑ヲ以テスルモ又輕罪ニ科スルニ重罪ノ刑ヲ以テスルモ敢テ不可ナル所ナシ然レトモ業ニ既ニ犯罪ノ所爲ヲ區別シテ重罪ニハ重罪ノ刑ヲ適用シ輕罪ニハ輕罪ノ刑ヲ適用シ違警罪ニハ違警罪ノ刑ヲ適用ス可シト規定シタル以上ハ輕罪ニ對シテ重罪ノ刑ヲ適用スルノ理由ナク違警罪ニ對シテ輕罪ノ刑ヲ適用スルヲ得サルヤ判然ナリ然ルニ之ヲ適用セントスルハ是レ即チ刑法ノ精神ニ反スルモノト謂ハサルヲ得ス

第二 吸收主義 吸收主義ハ數罪中最モ重キ所爲ニ對シテ刑ヲ科シ他ノ輕キ所爲ハ盡ク重キ所爲中ニ吸收スルモノナリト謂フニ在リ

此主義ハ佛國刑法ノ採用スル所ノモノニシテ此主義ニ因レハ併科主義ニ於ケルカ如キ弊害ヲ見ルコトナシト雖モ又他ニ大ナル弊害アルヲ見ルナリ然ラハ其弊害トハ何ソヤ即チ數罪ヲ犯シタル場合ニ於テ唯其重キ所爲ニ付テノミ之ヲ罰シ輕キ所爲ハ悉ク重キ所爲中ニ吸收スルモノナリトシテ之ヲ不問ニ付スルトキハ即チ犯人ハ好シテ數罪ヲ犯スニ至ルノ弊害ヲ生シ犯人ハ一罪ヲ犯シテモ處罰セラレ數罪ヲ犯シテモ其罰等シキトキハ一罪ノ利益ニ安ンセンヨリハ數罪ヲ犯シテ數個ノ利益ヲ收ムルニ若カスト爲サン果シテ然ラハ法律ハ吸收主義ヲ用非テ而シテ犯罪ヲ獎勵スルモノ之ヲ換言スレハ此主義ハ犯罪免許ニ等シトノ非難ハ到底之ヲ免カル、コト能ハサルヘシ殊ニ併科主義ニ於テ既ニ論セシ如ク人苟クモ罪ヲ犯シテ之ヲ罰スヘシトセハ數罪ノ場合ニ於テ唯其重キ所爲ノミヲ處罰シテ而シテ其輕キ所爲ヲ問ハサルノ理毫モナキモノト謂フ可シ

第三 制限併科主義 制限併科主義トハ學說上折衷主義ト命名スル所ノモノニシテ第一ノ併科主義ヲ制限シテ其弊害ヲ防キ數罪ノ各所爲ヲ罰シテ而シ

テ第二ノ吸收主義ノ弊害ヲ除キタルモノ是レナリ此主義ハ原則上數個ノ犯罪ニ對シテ悉ク刑罰ヲ併科シ而シテ其併科ノ程度ヲ制限シテ第一主義ノ如キ弊害ヲ免レンコトヲ欲シタルナリ即チ數個ノ罪ヲ犯シタル者アルトキハ其數罪ヲ混一シテ特別ノ一罪ト爲シ之ニ科スルニ特別ノ刑ヲ以テセソコトヲ欲スルニ在リ之ヲ換言スレハ數罪中其重キ一罪ニ付テ之ヲ罰スルコトヲサスシテ數罪中何レノ犯罪ニモ適用セサル所ノ刑罰ヲ以テ數罪ヲ合併シテ之ヲ一罪ナリト看做シ之ニ科スルニ其特別ノ刑ヲ以テスルナリサレハ幾個ノ犯罪成立スルモ之ヲ混一ニシテ特別刑ヲ以テスルトキハ即チ各犯罪ノ輕重ニ比例シテ而シテ多少刑罰ノ之ニ伴フヲ見ルナリ而シテ其特別刑ハ犯罪ノ輕重ニ應ジテ常ニ變更スルコトヲ得ルカ故ニ決シテ一定ノ刑罰ニ非ス例ヘハ重罪ト輕罪ノ數罪ヲ犯シタルトキハ其重罪ノ重キ刑ヲ以テ標準トシテ其刑ニ加フルニ其刑ノ二分ノ一又ハ三分ノ一ノ刑ヲ以テシテ其重罪ノ本刑ニ其本刑ノ二分ノ一又ハ三分ノ一ヲ加ヘタル刑ヲ以テ總テノ數罪ヲ罰スルカ故ニ重罪ノ本刑ノ二分ノ一若シクハ三分ノ一ノ刑ハ是レ他ノ重罪外ノ

犯罪ニ科スル所ノ刑ニ外ナラス而シテ刑法ハ重罪ノ刑ニ加フルニ其刑ノ二分ノ一又ハ三分ノ一ノ刑ヲ以テスルコトヲ許ストキハ即チ刑法ハ重罪ノ本刑ニ其二分ノ一又ハ三分ノ一ヲ加ヘタル特別刑ヲ制定シタルモノナリト謂フ可シ之ヲ換言スレハ裁判官ノ自由ニ或ハ輕クシ或ハ重クスルコトヲ得ル所ノ特別刑ヲ以テ此數罪ヲ罰スルナリ

此主義ハ(一)有期刑若シクハ罰金ノ刑ニアラサレハ之ヲ適用スルコトヲ得ス故ニ死刑若シクハ無期刑ニハ制限併科ノ適用ナシ此場合ニ於テハ到底刑罰ヲ併科スル能ハサルカ故ニ豫メ其併科セサルノ場合ヲ規定スルモノナリ(二)有期刑中ニ於テモ其輕キ刑ハ制限ナク之ヲ併科シ唯禁錮以上ノ刑ニ付テノミ之カ制限ヲナス故ニ罰金及ヒ違警罪ノ刑ハ制限ナク常ニ併科ヲ爲スコトヲ得違警罪ノ刑ニ付テ無制限ノ併科ヲ爲スハ現今各國ニ行ハル、所ノ刑法殆ント其軌ヲ一ニスト雖モ獨リ罰金刑ニ至リテハ國ニ因リテ多少ノ制限ヲナスコトアリ

現時此主義ヲ採用スル所ノモノハ獨逸、白耳義、和蘭ナリ改正刑法草案ニ於テ

モ此新主義ヲ採リ死刑及無期刑ヲ除キ禁錮以上ノ有期刑ハ制限併科ノ主義ヲ採リ罰金及ヒ違警罪ノ刑ニ付テハ無制限併科ノ主義ヲ採リタルナリ草案ノ規定ニ依レハ禁錮以上ノ有期刑ニ付テハ數罪中其重キ所爲ニ科ス可キ刑ニ其刑ノ二分ノ一ヲ加ヘタル特別刑ヲ以テ數罪ノ混一罪ニ科スルコト、爲セリ此主義ヤ一罪ニ付テ一刑ヲ科ス可シト云フノ原則ハ能ク之ヲ貫徹セシムルコトヲ得ト雖モ全ク何等ノ弊害ヲモ之ナシト謂フ可キニアラサルナリ然ラハ其弊害トハ何ソヤ曰ク若シ數罪ニ對シテ重キ所爲ニ科ス可キ刑ニ其刑ノ二分ノ一ヲ加ヘタルモノヲ以テ之ヲ罰ス可シトセハ犯人ハ實ニ數罪ヲ犯スノ不利益ヲ知ルカ故ニ或ハ數罪ヲ獎勵スルノ弊害ハ能ク之ヲ除クコトヲ得可シト雖モ然レトモ犯人ニシテ數罪ヲ犯シタル場合ニ於テ必ス特別刑ノ重キ刑ニ處セラレンコトヲ恐レテ殊ニ其數罪ヲ陰蔽スルノ弊害アリ然レトモ犯罪ヲ陰蔽スルハ是レ犯人ノ性情ニシテ殆ント辯護權ノ一ナリト謂フモ敢テ不可ナラサルカ故ニ犯罪ノ陰蔽ハ必スシモ數罪ノ場合ニ於テ生スル所ノ弊害ニアラス凡テノ場合ニ於テ生スル所ノ弊害否ナ寧ロ犯人ノ辯護權

ナレハ其陰蔽セシ一罪ヲ發覺セシムルノ技量アル判事ハ數罪アル場合ニ於テ其數罪ヲ發覺セシメサルノ理由之アル可カラサルナリ然ラハ則チ犯罪ノ陰蔽ハ總テノ場合ニ於テ生スル所ノ弊害ナレハ決シテ特別刑ヨリ生スル所ノ特殊ノ弊害ナリト謂フヲ得サルナリ又論者ハ罰金ノ併科ニ付テ制限ナキヲ以テ或ハ犯人ノ財産ヲ蕩盡スルノ弊害アリト謂フ然レトモ現時我國ニ行ハル、所ノ刑法以外ノ諸規則ヲ見ルニ罰金刑ニ於テ數罪俱發ノ原則ヲ適用スル場合殆ント稀ナリ大抵ノ場合ニ於テハ罰金ノ併科ヲ以テ原則ト爲スモノ、如シ酒造稅則精酒法違反ノ如キニ至テハ一萬圓以上ノ罰金ヲ科スルコト其例甚タ尠シトセス然ルニ此ノ如キ巨額ノ罰金ヲ科スルニモ拘ラス尙ホ且ツ稅則ヲ犯シテ已マサルモノハ罰金ノ高額必スシモ犯人ノ財産ヲ蕩盡スルモノニアラサルコト論ヨリモ證據ナリ經驗上既ニ罰金ノ併科ヲ爲シテ而シテ格別ノ弊害ヲ見ルコトナケレハ則チ改正刑法草案ノ併科主義ヲ勵行スルニ於テモ亦以テ氣遣フヘキモノニアラサルナリ

以上本款ニ於テハ數罪俱發ノ場合ニ於テ數罪者ヲ處罰スル立法上ノ各主義ヲ

列記シ其特質並ニ弊害ノ點ニ付説明シタルノミ然ラハ我國現行刑法ハ果シテ何レノ主義ヲ採用シタル乎如何ナル處分ヲナスカノ説明ヲナサ、ルヘカラスト雖モ本題ハ便宜上次款ノ講義中ニ於テ之ヲ爲サント欲ス

第一款 各條文ノ解釋

本款ニ於テハ各法條ニ關シ前來未タ説明セサル其重要ナル部分並ニ我刑法ハ數罪者ノ處分ニ付立法上如何ナル主義ヲ採リ如何ニ處分スルモノナルヤノ點ヲ講述セントス蓋シ各法條中ニハ之ヲ解釋スルニ當リ頗ル困難ヲ感スルモノナシトセス是レ特ニ本款ヲ設ケテ各條ノ解釋ヲ試ミ諸君ヲシテ之カ了解ヲ容易ナラシメント欲スルニ在リ

第百條 重罪輕罪ヲ犯シ未タ判決ヲ經スニ罪以上俱ニ發シタル時ハ一ノ重キニ從テ處斷ス

重罪ノ刑ハ刑期ノ長キ者ヲ以テ重トナシ刑期ノ等シキ者ハ定役アル者ヲ以テ重トナス

輕罪ノ刑ハ其所犯情狀最モ重キ者ニ從テ處斷ス

本條第一項ノ規定ハ前款ニ於テ説明セシ所ノ三主義中ノ所謂吸收主義ヲ採用シタルモノナルコトヲ示シ併テ數罪俱發ノ規定ヲ適用スル犯罪ノ種類ヲ限定シテ重罪輕罪ノミトナシタルモノナリ尙ホ之ヲ詳言スレハ本條ハ數罪ニ對シ一ノ重ニ從ヒ處斷スルモノニシテ其重ニ從フ場合ヲ區別スレハ左ノ四トナス

- (一) 重罪ト重罪ト俱發シタル場合、
- (二) 輕罪ト輕罪ト俱發シタル場合、
- (三) 重罪ト輕罪ト俱發シタル場合、
- (四) 重罪又ハ輕罪ト違警罪ト俱發シタル場合 違警罪ノミ俱發シタルトキハ各其刑ヲ併科シタル刑ヲ以テ處斷ス可キモノトス(第百一條)

既ニ此ノ如ク限定シタル以上ハ重罪又ハ輕罪ノ犯罪ニ對シテハ例外ナク數罪俱發ノ原則ヲ適用ス可キモノナリ然レトモ之ヲ適用スルニハ數罪俱ニ裁判ヲナス場合ナラサルヘカラス法文ニ「二罪以上共ニ發シ」云々トアルハ其發覺ノ同時ナル場合ナラサルヘカラスルコトヲ意味スルモノニアラス故ニ或ハ時ヲ同フスルコトアリ或ハ時ヲ異ニスルコトアル可キナリ唯裁判ス可キ時ニ於テ數

罪ナルコト發覺セハ可ナリ其同時ナルト異時ナルトハ致テ問フ所ニアラス而シテ同時ニ裁判スルトキハ數罪ノ中其一ノ重キニ從テ處斷ス可キモノニシテ法文ノ明示スル所ナリ之ヲ換言スレハ數罪ノ各罪ニ付悉ク刑罰ヲ科セスシテ唯其重キ犯罪ノ一ヲノミ罰スルモノナリ

數罪ノ中最モ重キ犯罪ニ付テノミ刑罰ヲ科スルトスレハ(一)其輕キ犯罪ハ如何ニ成リ行クモノナル乎(二)重キ一刑ノミヲ科シタルトキハ他ノ犯罪ニ科ス可キ附加刑ハ其主刑ト俱ニ吸收スルモノト爲ス乎(三)刑ノ輕重ハ如何ナル方法ニ因リテ之ヲ定ムルコトヲ得ル乎ノ三問題ヲ生ス以下此三問題ニ付テ説明スル所アラムト欲ス

第一問 數罪中一ノ重キ犯罪ニ刑罰ヲ科シタルトキ其輕キ犯罪ノ運命如何
本題ニ付テハ余ハ其輕キ犯罪ハ之ヲ論セストノ斷定ヲ與フルモノナリ然ラハ刑法ハ何故ニ數罪中ノ最モ重キ所爲ニ付テノミ之ヲ罰シ輕キ所爲ハ之ヲ論セストナス乎蓋シ各罪毎ニ各其刑ヲ科スルトキハ各罪輕キモ刑罰ハ積ミテ遂ニ重刑ヲ成シ犯人ハ刑罰ノ責任ヲ負フ爲メニ畢生囹圄ノ人タラシムル

ノ惡レアルカ故ニ立法者ハ刑罰ノ權衡ヲ保タンカ爲メニ寧ロ輕キニ失スルモ重罪ヲ科スルニ至ラサルコトヲ豫想シ總テノ犯罪ニ於テ如何ナル刑罰ヲ科ス可キモノナルコトヲ一定シテ其極端ナル場合ヲ定メタルモノナリ就中死刑無期徒刑ノ如キハ特別刑ニシテ若シ之ニ數罪ヲ併科スルトキハ却テ特別刑ヨリモ重クナル可シ今一例ヲ以テ以上ノ説明ヲ明カナラシメンニコ、ニ竊盜犯人アリ此犯人ハ五十度若クハ百度犯アリトセヨ假リニ一犯ヲ以テ一年ノ刑ヲ科スルトスルモ五十年又ハ百年ノ刑トナルヘシ其結果無期徒刑ヨリモ死刑ヨリモ重刑トナリ事實ト刑罰トノ權衡ヲ失スルモノナルカ故ニ立法者ハ各犯罪ニ付キ各刑ヲ科スルコトヲ欲セスシテ就中一ノ重キ一刑ヲ科スル所以ナリ然リト雖モ此主義ニ伴フ弊害ハ到底免カルヘカラサルコト前歎ニ於テ説明シタルカ如シ

第二問 一ノ重キ刑罰ヲ科シタルトキハ他ノ犯罪ニ科ス可キ附加刑ノ運命如何例ヘハ毆打創傷罪詐欺取財及官吏侮辱罪ノ數罪俱發シタリトセンニ數罪俱發例ニ因リ最モ重キ毆打創傷罪ヲ罰ストセハ官吏侮辱罪ニ於ケル附加刑

ノ罰金又ハ詐欺取財ニ於ケル附加刑ノ罰金監視ハ主刑ト共ニ吸收セラル、
 乎將タ毆打創傷罪ニ附加シテ之ヲ罰ス可キ乎 本問題ヲ案スルニ凡ソ裁判
 官ハ只法律ヲ適用スルノ職權ヲ有スルノミニシテ如何ナル場合ニ於テモ法
 律ヲ制定スルノ權利ヲ有スルモノニアラサルナリ數罪俱發ノ場合ニ於テ重
 キ刑ニ附加刑ナクシテ輕キ刑ニ附加刑アリタルトキ獨リ重キ刑ノミヲ科ス
 ルトキハ犯人ハ不當ニ輕キ刑ノ附加刑ヲ免ル、ノ恐レナシトセス然レトモ
 主刑ニ附加スル附加刑ハ是レ主刑ト附加刑トヲ併セテ不可分ノ一刑ヲ成ス
 モノナレハ裁判官ニ於テ漫リニ主刑ト附加刑トヲ分離スルノ權利ヲ有スル
 モノニアラス若シ裁判官ニ於テ輕キ刑ノ附加刑ノミヲ採リテ之ヲ重キ主刑
 ニ附加セントスルトキハ即チ裁判官ハ不可分ノ刑ヲ分離シテ一ノ刑罰ヲ制
 定スルモノナリ是レ裁判官ノ職務外ニ馳スルモノナリ輕キ刑ノ附加刑ハ犯
 人ニ於テ之ヲ免ル、ヲ得ルハ其主刑ヲ免ル、ノ結果ニ出ツルヲ以テ別ニ不
 當ニ附加刑ヲ免カル、モノナリト云フヲ得ス然レトモ沒收及ヒ徵償處分ニ
 付テハ前ト同一ニ論ス可カラズ之ニ關スル說明ハ第百三條ニ於テナス可シ

第二項并ニ第三項ノ規定ハ前掲第三問題如何ナル方法ニ因リテ刑ノ輕重ヲ定
 ムヘキヤニ答ヘタルモノナリ即チ刑ノ輕重ヲ量定スルニハ(一)刑ノ性質ヲ以テ
 (二)刑ノ長短ヲ以テスルモノトス
 刑ノ輕重ハ刑法ノ定ムル所ノ順序ニ從フテ之ヲ知ルコトヲ得刑ノ順序ハ刑法
 第七條乃至第九條ニ規定ス而シテ加減例第六十七條乃至第七十條ニ於テモ亦
 刑ノ輕重ヲ知ルコトヲ得ルモノニシテ重罪ノ刑ハ其性質輕罪ノ刑ヨリ重シ故
 ニ重罪輕罪ノ俱發アリタルトキハ假令輕罪ノ刑ハ重罪ノ刑期ヨリモ長キコト
 アリト雖モ刑ノ性質既ニ重罪ノ刑ヲ以テ重シトナスカ故ニ重罪ノ刑ヲ以テ之
 ヲ處斷セサル可ラス例ヘハ門戶牆壁ヲ踰越損壞シテ竊盜ヲ爲シタルモノアリ
 テ此犯人再犯ニ係ルトキハ其最長期六年三個月ノ刑期トナル此竊盜罪ト爲替
 手形偽造罪ト俱發シタルトキハ爲替手形偽造罪ノ短期ハ六年ノ輕懲役ニ過キ
 ス若シ竊盜罪ノ最長期ト手形偽造罪ノ最短期トヲ比較スレハ竊盜ノ刑ヲ以テ
 重トナス然レトモ六年三個月ノ重禁錮ノ刑ヨリモ六年ノ輕懲役ハ其性質重キ
 モノナルカ故ニ此場合ニ於テハ爲替手形偽造罪ヲ以テ重罪ナリトシ之ニ科ス

ルニ輕懲役ノ刑ヲ以テス可キナリ
 同性質ノ刑ニ於テハ死刑ヲ除クノ外刑期ノ長キモノヲ以テ重シトナスカ故ニ
 重罪ノ自由刑ニアリテハ無期徒刑ヲ以テ最モ重キモノトナシ之ニ次クモノヲ以
 テ有期徒刑トス又之ニ次クモノヲ以テ重懲役トス其最モ輕キモノヲ輕懲役トス
 (以上ハ常事犯ノ場合ヲ豫想シテ論シタルモノナリ)獨リ死刑ノ刑ハ最モ重キモ
 ノナルカ故ニ刑ノ輕重ヲ規定スルニ當リテハ宜シク死刑ヲ以テ最モ重シト爲
 スノ規定ヲ設ク可キナリ然ルニ現行法ニ於テ刑ノ輕重ヲ比較ス可キ標準ヲ示
 スニ當リ死刑ニ付テハ之ヲ度外視シテ而シテ單ニ自由刑ニ付テノミ輕重ノ標
 準ヲ定メタルハ未タ以テ完全ナル規定ナリト謂フ可カラサルナリ本條第二項
 ニハ重罪ノ刑ハ刑期ノ長キモノヲ以テ重シトナシ刑期ノ等シキ者ハ定役アル
 者ヲ以テ重ト爲ストアリテ是ニ因リテ之ヲ觀レハ重罪ノ刑ハ刑期長キモノヲ
 以テ重シト爲ストアルヲ以テ死刑ハ寧ロ刑期ノ長キモノヨリモ輕キモノナリ
 ト看做シタル乎トノ疑ヲ生スルニ至ル可シ素ヨリ死刑ノ自由刑ヨリ重キハ別
 ニ規定ヲ用ユルノ必要ナキカ如シト雖モ刑ノ輕重ヲ定ムルカ爲メニ本項ヲ設

クルニ當リテハ死刑ヲ除クノ外刑期ノ長キ者云々ト言ハサリシハ解釋者ヲ惑
 ハシムルノ缺文ト謂フヘシ

輕罪ノ刑ニ付テハ其種類ヲ分チテ二トナス(一)禁錮(二)罰金即チ是レナリ而シテ
 刑期ノ長短アルモノハ獨リ禁錮ノ刑ノミトナス從テ輕罪ニ付テハ唯刑期ノ長
 短ノミヲ以テ刑ノ輕重ヲ定ムルコトヲ得ス若シ刑期ノ長短ノミニ因リテ以テ
 刑ノ輕重ヲ定ムルコトヲ爲サハ罰金ノ場合ニ於テハ到底其輕重ヲ知ル可ラサ
 ラントス此ニ於テ乎刑法ハ輕罪ノ輕重ヲ量定スルニ付テ其標準ヲ刑罰ニ採ラ
 スシテ而シテ之ヲ犯罪ノ事實ニ採ル即チ本條第三項ニハ輕罪ノ刑ハ其所犯情
 狀最モ重キ者ニ從テ處斷スル規定シテ輕罪ノ刑ハ其禁錮タルト罰金タルトヲ
 問ハス犯罪ノ情狀重シトスルモノヲ以テ之ヲ處斷スルカ故ニ若シ罰金ノ刑ニ
 當ル犯罪ニシテ其情狀禁錮ノ刑ニ該ル犯罪ヨリモ重キトキハ罰金ノ刑ヲ以テ
 科セサルヘカラサルカ如シ然レトモ凡ソ人生ノ自由ハ其貴重ナルコト財產ニ
 比シテ霄壤モ霄ナラサルナリ何人ト雖モ財產ヲ捨テ、以テ自由ヲ全フセンコ
 トヲ欲スルモ自由ヲ棄テ、以テ財產ヲ獲ント欲スルモノアルヲ聞カサルナリ

去レハ自由刑タル禁錮ハ財産刑タル罰金ヨリモ其性質ニ於テ重シト看做サ、
 ル可ラス故ニ禁錮ニ該ル罪ト罰金ニ該ル罪ト俱發シタル場合ニ假令禁錮ニ該
 ル罪ハ其情狀最モ輕クシテ僅カニ最短期十一日ノ刑ニ科ス可キニ過キスシテ
 罰金ニ該ル罪ハ其情最モ重クシテ最高額二百圓ニ處スヘキモノナリトスルモ
 尙ホ禁錮ノ刑ヲ以テ重シトナサ、ルヘカラス刑法ハ單ニ輕罪ノ刑ハ其所犯情
 狀最モ重キモノニ從テ處斷スト規定シテ而シテ罰金ノ事ニ付テ一言ノ規定ヲ
 爲サ、ルハ是レ亦缺文タルヲ免レサルナリ

刑期ノ等シキ刑罰ニ該ル數罪俱發シタルトキハ如何ナル刑ヲ以テ最モ重キ刑
 ト爲スカ例ヘハ無期徒刑ト無期流刑ニ該ル二個ノ犯罪俱發シタルトキ又ハ重
 禁錮ト輕禁錮禁錮ハ重輕ヲ分タス十一日以上五年以下ト爲ス云々(第二十四條
 第二項)ニ該ル二個ノ犯罪俱發シタルトキハ何レノ刑ヲ以テ重シトナス乎本條
 第二項後段ニ曰ク「刑期等シキ者ハ定役アル者ヲ以テ重ト爲スト」故ニ現行法ニ
 於テハ定役アル刑罰ヲ以テ最モ重キ刑罰ナリト看做シタルモノナリ然レトモ
 定役ハ必スシモ犯人ノ爲メニ苦痛ノ原因ヲナスモノニアラス却テ定役ニ服ス

ルカ爲メニ獄中ノ憂苦ヲ忘ルコトアルヘシ之ニ反シテ定役ナキ刑罰ハ犯人ヲ
 シテ常ニ無事ニ苦マシムルヲ以テ實際定役ナキモノハ定役アルノ刑ヨリモ犯
 人ノ爲メニハ重大ナル痛苦ヲ與フルコトアリト謂フヲ得ヘシ
 重罪ニ付テハ定役ノ有無ニ因リ刑ノ輕重ヲ定メテ而シテ輕罪ニ付テハ別ニ此
 規定ヲ設ケス即チ輕罪ニ付テハ刑罰ニ因テ以テ其輕重ヲ較ル可カラサルモノ
 アルヲ以テ犯罪ノ情狀ニ因テ以テ之カ輕重ヲ定メタルナリ然リ而シテ輕罪ノ
 刑ノ最モ重キモノハ禁錮刑トナス禁錮ニハ輕禁錮ト重禁錮ノ區別アルカ故ニ
 重罪ノ規定(第二項)ヨリ之ヲ推測スレハ法律ノ精神定役アル重禁錮ヲ以テ重シ
 トシ定役ナキ輕禁錮ヲ以テ輕シトナサ、ル可カラス果シテ然ラハ輕罪ノ場合
 ニ於テモ刑罰ノ輕重ヲ定ムルニ尙ホ重罪ノ場合ノ如クナラサルヘカラス然ル
 ニ刑法ハ重罪ニ付テハ定役ノ有無ニ因テ刑ノ輕重ヲ定ムルコトヲ爲シ而シテ
 輕罪ニ付テハ此規定ヲ爲サ、リシハ抑モ常理ニ反スル所ノ規定ニ非サルナキ
 ヲ得ン乎余ハ輕罪ノ刑ニ付テモ重禁錮ニ該ルモノト輕禁錮ニ該ルモノト俱發
 シタルトキハ重禁錮ニ該ルモノヲ以テ重シト爲ストノ規定ヲ設クルノ道理ニ

適スルヲ信スルモノナリ然レトモ重禁錮ノ刑ニ該ル數罪俱發シ又ハ輕禁錮ニ該ル數罪ノ俱發シタルトキハ各本條ニ於テ定ムル所ノ刑罰ハ容易ニ輕重ヲ知ル可カラサルモノアルカ故ニ俄カニ刑期ノ長短ニ因テ以テ刑ノ輕重ヲ定ムルコトヲ得ス例ヘハ竊盜罪ト官吏侮辱罪ト俱發シタルトキハ共ニ重禁錮ノ刑ニ該ル輕罪ナリ而シテ竊盜ノ刑ハ第三百六十六條ニ於テ二月以上四年以下トシ官吏侮辱罪ハ第四百一十一條ニ於テ一年以上四年以下トス若シ竊盜ノ最モ重キモノト官吏侮辱罪ノ最モ輕キモノト併發シ又ハ竊盜ノ最モ輕キモノト官吏侮辱罪ノ最モ輕キモノト併發シタルトキ竊盜罪重クシテ而シテ官吏侮辱罪ハ輕シト謂ハサルヲ得ス然レトモ竊盜罪ノ最モ輕キモノト官吏侮辱罪ノ最モ重キモノト併發シタルトキハ到底刑法ノ規定ニ因テ其輕重ヲ知ルヲ得サルナリ竊盜ハ二个月以下ノ重禁錮ニ處スルヲ得ヘク而シテ官吏侮辱罪ハ一年以下ノ重禁錮ニ處セラル可シ此ノ如クセハ即チ官吏侮辱罪重クシテ而シテ竊盜ノ罪輕シ故ニ法律ハ總般ヲ豫想シ定役ノ有無ヲ以テ刑ノ輕重ヲ決定ス可カラサルヲ知リ犯罪ノ情狀ヲ斟酌シ其情狀ノ輕重ニ照シ科スル所ノ刑罰ヲ以テ之カ輕重

ヲ定ム可キモノト爲シタルナリ

第一百一條 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

本條ハ違警罪ノ數罪俱發ニ付前款三主義中ノ所謂併科主義ヲ採用シタルモノナルコト並ニ違警罪ノ刑ト重罪又ハ輕罪ト俱ニ發シタル時ニハ吸收主義ニ依リ一ノ重キニ從テ處斷ス可キモノナルコトヲ規定シタルモノナリ

元來併科主義ハ之ヲ勵行スルトキハ輕微ノ犯罪ニ對シテ過重ノ刑罰ヲ以テ之ニ科スルノ恐アリ故ニ數罪俱發例ヲ規定スルニ至リタルモノナリ然ルニ獨リ違警罪ニ付テ數罪俱發ノ原則ヲ適用セサル所以ハ果シテ如何ナル理由ニ基キシモノナル乎蓋シ違警罪ノ刑ハ極メテ輕微ナルヲ以テ吸收主義ノ原則ニ因リ一ノ重キ刑ノミヲ科シテ他ノ輕キ刑ヲ科セサルトキハ犯人ハ屢々違警罪ヲ犯シテ不當ノ利得ヲナス場合アレハナリ一例ヲ以テ之ヲ證セハ第四百二十八條第一號乃至第四號ノ犯罪ノ如キハ其適例ナリ同一號ニ曰ク官署ヨリ價額ヲ定メタル物品ヲ定價以上ニ販賣シタル者ハ十錢以上一圓以下ノ科料ニ處セラレ

ヘシ此場合ニ於テ若シ一品ニ付一圓宛ノ收利ヲ得テ五十回之ヲ販賣シタリト
 假定セハ犯人ハ五十圓ノ利益ヲ得タルモノナリ然ルニ此犯人ニ對シテ俱發例
 ノ原則ヲ適用シ一ノ重ニ從テ處斷ス可キモノトナストキハ最高價ノ科料一圓
 ヲ科スルニ止マリ結局犯人ハ四十九圓ノ純益ヲ得ルコト、ナリ犯人ハ一圓ノ
 科料ニ甘ンシテ而シテ屢次此種ノ犯罪ヲ犯スヤ必セリ之ヲ要スルニ違警罪ニ
 付吸收主義ヲ採ルトキハ終ニ禁制命令ノ勵行ヲ期ス可カラサルニ至ルヲ以テ、
 刑法ハ違警罪ニ付テハ併科主義ヲ採リシモノニシテ犯罪事實ト刑罰トノ權衡
 ヲ失シテ弊害ヲ生スルコトナキカ故ナリ但シ併科主義ハ唯タ違警罪ニ付テ之
 ヲ行フモノニシテ若シ重罪輕罪違警罪ノ三種ノ犯罪又ハ重罪ト違警罪ト又ハ
 輕罪ト違警罪ト併發スルトキハ一般ノ原則ニ因リ輕キ違警罪ノ刑ハ重罪又ハ
 輕罪ノ刑ニ吸收セラレスンハアラサルナリ

第二百二條 一罪前ニ發シ已ニ判決ヲ輕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タ發セサル罪再犯ノ罪ト俱ニ發シタル者ハ
 其再犯ト比較シ一ノ重キニ從ヒ前發ノ刑ヲ通算ス

本條ハ數罪俱發ノ原則ノ適用ヲ示シタルモノナリ詳言スレハ數罪ノ發覺同時
 又ハ別時ニ於テスルモ一罪以上ニ付テ未タ判決ヲ經サル以前ノ犯罪ハ第百條
 第百一條ニ屬シ本條ノ關スル所ニアラス本條ハ數罪中ノ一罪以上ニ付テ既ニ
 判決ヲ經タル後其判決以前ノ犯罪ノ發覺シタルトキ即チ判決ヲ經タル犯罪ト
 判決ヲ經サル犯罪トノ關係ヲ定メタルモノニシテ此ノ如ク判決ノ前後ニ於テ
 數罪併發シタルトキハ前後ノ數罪ハ特別ニ罰ス可キカ將タ單ニ重キ一罪ニ付
 テ罰ス可キモノナル乎ヲ規定シタルモノナリ

本條第一項ニ曰ク「一罪前ニ發シ已ニ判決ヲ經テ餘罪後ニ發シ其輕ク若クハ等
 シキ者ハ之ヲ論セス其重キ者ハ更ニ之ヲ論シ前發ノ刑ヲ以テ後發ノ刑ニ通算
 ス但前發ノ刑罰金科料ニ該リ已ニ納完シタル者ハ第二十七條ノ例ニ照シ折算
 シテ後發ノ刑期ニ通算ス」ト是レニ因テ之レヲ觀レハ本項ハ判決後ニ餘罪發覺

シタルトキハ其餘罪ト判決ヲ經タル罪トノ輕重ヲ較ヘ若シ餘罪輕キトキハ之ヲ罰セス餘罪重キトキハ更ニ之ヲ罰シテ前發ノ犯罪ニ科シタル刑ヲ通算シテ單ニ後發ノ刑ノ重キ部分ノ刑而已ヲ執行スルナリ去レハ此場合ニ於テモ刑法ハ第百條ノ原則ヲ貫徹セシメント欲シタルニ過キスト謂フモ敢テ不可ナル所ナシ蓋シ既ニ判決ヲ經タル罪ト未タ判決ヲ經サル罪トヲ比較シテ其輕キモノハ之ヲ論セスト謂フハ即チ數罪同時又ハ別時ニ併發シタルトキト雖モ其重キ罪ノミヲ論シテ輕キ罪ヲ論セサルト同一ノ精神ニ出ツルナリ又タ餘罪重キトキハ更ニ之ヲ罰シテ前發ノ刑ニ通算スルト謂フハ前發ノ罪ニ科シタル刑ト後發ノ重キ罪ニ科シタル刑トヲ合算シテ前發ノ輕キ刑ヲ引去リタル刑ヲ執行スルヲ謂フ即チ前發ノ刑ニ加フルニ後發ノ刑ノ重キ部分ヲ加ヘタルモノヲ執行スルノ謂ナレハ是又單ニ一ノ重キ刑ヲ執行スルニ外ナラスシテ第百條ノ原則ノ適用タルヲ失ハサルナリ今之ヲ例示スレハ

甲罪 (前發) 重禁錮 三年
乙罪 (後發) 重禁錮 四年

前發ノ刑ハ重禁錮三年ナリトシ後發ノ刑ハ重禁錮四年ナリト假定セシニ之ヲ併科スル時ハ七年トナリ前後ノ刑ヲ通算スレハ「七年」即チ一年ハ前發ニ比シ後發ノ重キ部分ニシテ此重キ部分ノ一年ヲ以テ前發ノ三年ニ加フルトキハ結局四年ノ刑トナル此四年ノ刑ハ即チ後發ノ重キ罪ニ科シタル刑ト異ナル所ナキヲ以テ若シ此二罪同時又ハ別時ニ發覺スルコトアラハ必ス四年ノ重キ刑ノミニ依リテ處斷シ輕キ三年ノ刑ニ該ル罪ハ吸收セラレタルモノトシテ其重キ四年ヲ以テ之ヲ處罰スルモノナリ蓋シ法律ノ精神ハ數罪ノ發覺アリタル時ハ其時期ノ如何ニ因リ又ハ判決ノ前後ニ依リ犯人ノ責任ヲ異スルノ理由ナシトシテ本項ヲ設ケタルモノナリ

本項但書ノ規定ハ前發罪ノ刑カ罰金科料ニシテ後發ノ刑自由刑ナル場合ヲ豫想シタルモノナリ然レトモ已ニ納完シタルモノハ云々トアリテ之ヲ納完セサルカ爲メニ換刑處分ヲ受ケタルモノニ付テハ何等ノ規定ナシ故ニ(一)前發罪ノ換刑處分即チ換刑ノ日數ハ之ヲ後ノ自由刑ノ刑ニ通算スルコトヲ得サル乎(二)前發罪ノ刑ハ罰金科料ニシテ後發罪ノ刑モ亦罰金科料ニ該リ而シテ前發罪ノ

罰金科料不納完ノ爲メ換刑處分ヲ爲シタル場合ニ付テモ特別ノ規定ナキヲ以テ前ノ換刑處分ハ後ノ罰金ニ對シ何等ノ效力ヲ生セサル乎ノ問題ヲ生ス而シテ第一問ニ對シテハ前ノ換刑ノ日數ヲ後ノ刑期ニ通算ス可ク第二問ニ對シテハ第二十七條ノ例ニ照シ前ノ換刑ノ日數ノ一日ヲ一圓ニ折算シテ後ノ罰金ニ通算ス可キモノトナサ、ル可ラス是レ吸收主義ヲ敷衍シテ説明シタルニ外ナラス要スルニ不完全ノ法文ト謂フヘシ

以上ハ主刑ノ場合ニ付論シタルモノナレトモ附加刑ニ付テモ亦同シク前發ノ刑後發ノ刑共ニ附加刑アルトキハ之ヲ通算ス可キモノトス但シ前發罪若シクハ後發罪ノ何レカ附加刑ナキ時ハ之カ通算ノ計算ヲ生セサルヤ言フ俟タサルナリ

本條第二項ニ曰ク若シ前發ノ罪ヲ判決スル時未タ發セサル罪再犯ノ罪ト俱ニ發シタル者ハ其再犯ト比較シ一ノ重キニ從ヒ前發ノ刑ヲ通算セスト本項ハ一罪以上ニ付判決ヲ經タル後更ニ罪ヲ犯シ其再犯ニ付テ公訴起リタルトキ判決以前ノ餘罪發覺シタルトキハ其再犯ノ罪ト餘罪トハ如何ナル方法ニ依リテ之

ヲ處罰スヘキヤヲ規定シタルモノナリ例ヘハ明治三十三年三月一日甲乙ノ初犯アリ而シテ同年四月ニ於テ獨々甲罪ノミニ付確定判決ヲ經タリ而シテ明治三十四年三月一日ニ至リ丙罪ヲ犯セリ是レ再犯ノ罪ニシテ同年四月五日丙罪〔再犯〕發覺シ之ヲ審理スルニ當リ明治三十三年三月一日犯シタル所ノ乙罪モ亦發覺セリ此乙罪ハ即チ甲罪ノ餘罪ナリ餘罪ニシテ此ノ如ク再犯ノ罪ト同時ニ發覺シタルトキハ餘罪ト再犯ノ罪トヲ比較シ一ノ重キニ從テ之ヲ處斷スルモノトナシタルナリ故ニ再犯ノ罪重キトキハ單ニ再犯ノミヲ罰シ餘罪ハ之ヲ吸收セラル、ナリ若シ餘罪重キトキハ再犯ノ罪ヲ論セスシテ重キ餘罪ノミヲ論スルモノトナシタルナリ

然レトモ本項ノ規定ハ一見完全ナルガ如クニシテ而シテ熟考スルトキハ不權衡ノ甚大ナルモノ即チ不公平ノ結果ヲ生シ犯人ニ對シテ寬ニ失スルニアラサレハ嚴ニ過クルノ誅ヲ免レサルモノト謂フ可シ請フ少シク例示シテ之ヲ説明セン

甲罪 (前發) 重禁錮一年 (確定判決)

乙罪 (餘罪) 重禁錮五年

丙罪 (再犯) 重禁錮四年

前例ノ如クシテ甲乙二罪俱ニ發覺シタルトキハ一ノ重キ五年ノ刑ニ處セラレ而シテ再犯罪ニ付テハ別ニ四年ノ刑ニ處セラル可キモノナルカ故ニ都合犯人ハ九年ノ間刑罰ニ服セサルヘカラス然ルニ甲罪ノミ前發シテ而シテ乙罪即チ餘罪ハ丙ノ再犯罪ト俱ニ發覺スルトキハ初犯ノ刑重禁錮一年ト再犯ト餘罪ヲ比較シテ重キ餘罪ノ五年ト都合六年間ノ苦役ヲ受クルニ止リ殆ント三年ノ刑ヲ免ル、ト同一ノ結果ヲ生ス若シ前發ノ罪ハ甲罪ナリシトキハ通例ノ場合ノ如ク前後九年ノ刑ヲ受ケシム刑法ハ何故ニ甲罪カ前發シタルト乙罪カ前發シタル場合トニ因リテ此ノ如キ差異ヲ生スルモノ乎不完全ナル法文ニ基クト云フノ外其理由ヲ發見スル能ハサルナリ

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

本條ニ從フ

本條ノ規定ハ沒收及徵價處分ニ付テハ主刑ト併科スルモノナルコトヲ明示シ

タルモノナリ蓋シ附加刑ハ原則上其主刑ト共ニ吸收セラレ可キモノニシテ就中監視罰金ハ主刑ト一致シテ不可分ノ刑ヲ成スヲ以テ裁判官ニ於テ自由ニ之ヲ分離併合スルノ權ヲ有セスト雖モ沒收及徵價處分ハ主刑ト一致シタル不可分ノ附加刑ニアラスシテ或犯罪ニ付テ特科スル所ノ獨立ノ附加刑ナレハ裁判官ハ之ヲ科スルノ場合アレハ假令主刑ニ於テ何等ノ附加刑ナシト雖モ獨リ沒收徵價ノ附加刑ヲ科スルコトヲ得ルナリ即チ沒收及徵價ノ附加刑ハ分離シテ重キ主刑ト併科スルコトヲ得ルモノナリ

以上數罪俱發ニ關スル説明ヲ終ヘタルナリ

第七章 數人共犯

第一節 總論

第一款 共犯例制定ノ理由

抑一人ニテ一罪ヲ犯シタル場合ニ於テモ數人ニテ一罪ヲ犯シタル場合ニ於テモ犯罪ノ構成上又ハ犯罪ノ責任上毫末ノ差異アル謂レナシ然ラハ數人共犯ノ

責任ヲ論スルニ付テモ一人ノ責任ヲ論スル所ノ原則ヲ適用シ總テノ共犯人ヲ以テ一人ト看做シ之ニ科スルニ同一ノ刑ヲ以テシテ可ナリ別ニ數人共犯ノ原則ヲ設クルノ必要ナシト謂フ可シ然ルニ刑法ノ規定中ニ於テ特ニ本章ヲ規定スルニ至リタル所以ノモノハ果シテ如何ナル理由ニ基キシモノナル乎此理由ハ三アリ

第一 刑罰權衡 數人共同シテ一ノ罪ヲ犯シタルトキハ恰カモ一人ニテ其罪ヲ犯シタルカ如ク共同犯人ハ連帶ノ責任ヲ負フ可キニ似タリ何トナレハ數人ノ動作ハ猶ホ一人カ其左右ノ手足ヲ動かシテ一個ノ犯罪ヲ犯シタル場合ト毫モ異ナル所ナケレハナリ是レ罪ヲ犯シタルモノ、負フ所ノ責任ニ關スル原則ナリ然ルニ數人共犯ノ場合ニ於テハ犯罪ハ唯一ナルコト一人一罪ニ異ナルナシト雖モ數人各所爲ヲ異ニスル場合普通ニシテ其所爲ヲ異ニスルモノニ對シ悉ク同一ノ責任ヲ負ハシムルカ如キハ刑罰ノ權衡ヲ失スルノ嫌ナキ能ハス是レ刑法ニ於テ共犯例ニ關スル規則ヲ設ケ其程度ノ大小輕重ニ應ジテ各人ノ責任ヲ定メタルノ一理由ナリ

第二 犯人必罰 刑法ハ現ニ犯罪ノ實行ニ加擔シタルモノニアラサレハ犯罪ヲ實行シタルモノナリト謂ハス然ルニ共犯ニハ三種別アリテ(一)正犯(二)教唆者(三)從犯トナス而シテ教唆者并ニ從犯ノ如キハ現ニ犯罪ノ實行ニ加擔シタルモノニアラス故ニ若シ共犯例ノ規定ナキトキハ此二者ハ犯罪ノ實行者ニアラサルヲ以テ終ニ處罰ス可カラサルニ至ル尙ホ之ヲ例示スレハ犯罪ノ實行ニ加擔シタル者數人ナルトキ甲者ハ被害者ノ足部ヲ壓抑シ乙者ハ被害者ノ手部ヲ不自由ナラシメ丁者ハ被害者ノ腹部ニ打乘リテ而シテ口部ヲ蔽ヒ音聲ヲ發スルコトヲ得サラシメ此時丙者ハ一刀ヲ以テ其首ヲ斬リテ之ヲ殺シタリトセンニ丙者ノ殺人既遂罪ヲナスヤ疑ナシト雖モ其他ノ甲乙丁ノ處分ニ付テハ既遂罪ヲナス乎將タ未遂罪ヲナス乎ハ少シク疑題ニ屬シ若シ此部類ニ含まストスレハ終ニ此類ノ犯人ヲ處罰スルコト能ハサルニ至ル是レ數人共犯ニ付本章ノ規定ヲ設ケタル第二ノ理由ナリ

第三 危害程度 刑法カ犯人ノ責任ヲ定ムルヤ常ニ其社會ニ及ホス犯罪危害ノ程度ニ從フモノナレハ一人ニシテ一罪ヲ犯ス場合ト數人共同シテ一罪ヲ

犯ス場合ハ社會ニ及ホス犯罪ノ危害同一ナラス即チ同一ノ犯罪ニテモ一人ニテ之ヲ行フタル場合ト數人ニテ之ヲ行フタル場合ハ社會ノ危害大ニ異ナル所アリ從テ犯人ノ責任モ亦一人ニテ同一ノ罪ヲ犯シタル場合ト數人ニテ同一ノ罪ヲ犯シタル場合トハ決シテ同日ヲ以テ論ス可カラサルモノアリ例ヘハ竝ニ強盜アリトセンニ一人ノ強盜ニ遭フタル場合ト數人ノ強盜ニ遭フタル場合トハ被害者ノ危懼ニ於テ果シテ同一ナリト爲ス乎又社會ノ危害モ亦全ク異ナル所ナシト爲スカ均シク強盜ノ犯罪ナリト雖モ一人ニテ強盜ヲ行フ場合ト數人ニテ強盜ヲ行フ場合ハ危害ノ程度決シテ同一ナルモノニアラサルナリ危害ノ程度同一ニアラストセンカ犯人ノ責任モ亦同日ヲ以テ論ス可カラサルヤ蓋シ看易キノ道理ナラン

以上ノ理由ヲ以テ刑法カ特ニ數人共犯ノ原則ヲ設クルニ至リタル所以ナリ

第二一欸 共犯ノ定義及區別

數人共犯トハ二人以上ノ共同ニ由リテ犯罪ヲ實行シタルモノヲ謂フ犯罪ノ實行トハ如何ナル意義ナルカ犯罪ノ實行トハ犯罪ヲ構成スル事實ニ付自ラ之ヲ

行フコトヲ謂フ即チ其犯罪事實ニ付自ラ手ヲ下シタル場合ヲ謂フモノナレトモコ、ニ所謂犯罪ノ實行トハ二人以上自ラ手ヲ下シタルモノ、ミナラス其手ヲ下サルモノト雖モ尙之ヲ包含スルモノナリ若シ是レヲ包含セスト謂ハ、教唆犯並ニ從犯ノ罪ニ對シテハ共犯例ヲ適用スルコトヲ得サレハナリ故ニ第四百條ニ現ニ罪ヲ犯シタル者云々トアリテ二人以上自ラ手ヲ下シタルモノナラサルヘカヲサルハ數人共犯中ノ正犯ノミニ對スル定義ニシテ教唆犯從犯等ニ對シテ之ヲ謂フモノニアラサルナリ故ニ共犯全体ヲ總括スルノ名稱ヲ得ント欲セハ共犯トハ犯罪ノ成立ニ關係アル者ナリト云フ可シ

數人共犯ハ數人ノ共同ニ因リテ一罪ヲ構成スルモノナルカ故ニ業ニ既ニ犯罪ノ構成後ニ至リテハ到底之ヲ共同スル能ハサルモノナルカ故ニ從テ共犯例ノ適用ヲ受クルモノニアラス此場合ヲ稱シテ事後ノ從犯ト稱スレトモ其實共犯ニアラス又數人共犯ハ數人ノ共同ニ因リテ一犯罪ヲ構成シタル場合ニ於テ重ニ其適用ヲ見ルモノナルカ故ニ二人以上ノ共同アルニアラサレハ構成スル能ハサル種類ノ犯罪ニ對シテハ共犯例ノ實用ナキモノト謂フ可シ

數人トハ刑法上犯罪事實ヲ行フコトヲ得ル一人以上ノ有形人ヲ謂フ故ニ人以
外ノ動物牛馬等或ハ器具刀劍銃砲等ヲ利用使用スルモ共犯例ノ適用ヲ受クル
モノニアラサルナリ

數人共犯ヲ分チテ二場合トス(一)直接ニ犯罪ヲ實行シタルモノ(二)間接ニ犯罪ヲ
實行シタルモノ即チ是レナリ

第一 直接ニ犯罪ヲ實行シタルモノトハ犯罪ノ主要ナル事實ヲ行フタル者ヲ
謂フ之ヲ名ケテ實行正犯ト謂フ

第二 間接ニ犯罪ヲ實行シタルモノトハ犯罪ノ構成ニ關シ教唆又ハ幫助シタ
ル者ヲ謂フ教唆ノ事實ヲ行フタルモノヲ名ケテ教唆犯ト謂ヒ幫助ノ事實ヲ
行フタルモノヲ名ケテ從犯ト謂フ尙ホ之ヲ換言スレハ教唆犯ハ犯罪ノ原動
力ニ任シタル者ニシテ從犯ハ犯罪ノ豫備行為ニ任シタルモノナリ

第三款 共犯ノ構成條件

第一項 有形上ノ條件

共犯構成ノ有形上ノ條件トハ犯人自ラ現實ニ犯罪行為ノ實體ニ付テカヲ致シ

タル場合ヲ謂フ故ニ實行加擔行為ハ唯犯罪ノ實體上ノ執行ニ付テカヲ致シタ
ル場合ノミヲ云ヒ犯罪ノ原動者トナリテ原動力ヲ犯人ニ注入スルノ行為ヲ包
含セス其結果(一)他人ノ犯罪行為ヲ行フヲ見テ之ヲ官廳ニ告發セスシテ其犯罪
ノ實行ヲ默過シタル者ハ犯罪ノ加擔者ヲ以テ論スルヲ得サルナリ例へハ竊盜
アリ群衆ノ中ニ他人ノ物品ヲ拘摸セントス余之ヲ目撃シテ之ヲ官署ニ告發セ
スシテ竊盜ノ實行ヲ默過セリ此場合ニ於テ余ハ竊盜ノ加擔者ヲ以テ論セラル
ハモノニアラサルナリ告發ノ義務アル者殊更ラニ其義務ヲ行ハサル場合モ亦
同シ

(二)犯罪ヲ行フモノアルヲ見テ之ヲ防止ス可クシテ故ラニ之ヲ防止セサルトキ
モ亦犯罪ノ加擔者ナリト看做スヲ得サルナリ例へハ其犯罪ヲ防止スルノ途ヲ
知ルト雖モ犯罪ノ實行ヲ容易ナラシムルカ爲メニ故ラニ之ヲ防止セサルノ行
爲ハ道德上深ク尤ム可キモノナリト雖モ刑法上之ヲ以テ犯罪ノ加擔ナリト看
做スヲ得サルナリ何トナレハ縱令犯罪ヲ容易ナラシムルノ意思ヲ有シテ之ヲ
防止セサルトスルモ是レ唯ニ德義上爲ス可キノ行為ヲ爲サ、ルニ過キスシテ

刑法上ノ命令ヲ犯シタルモノニ非ラサルヲ以テナリ若シ又一步ヲ進メテ犯人ヨリ其犯罪ノ實行ヲ防止セサルノ報酬トシテ多少ノ財物ヲ受ケタリトスルモ尙ホ未タ以テ犯罪ノ加擔アリト謂フヲ得サルナリ若シ犯人ヨリ受ケタル財物其モノニシテ犯罪ニ關スルモノナルトキハ受贖罪アリト雖モ若シ其財物ハ犯人ノ所有物ニ係ルトキハ之ヲ受クル原因ハ不正ナリト雖モ其行爲ハ敢テ刑法ノ禁スル所ニアラサルヲ以テ決シテ加擔行爲アリト謂フヲ得ス(防止ノ義務アル者其義務ヲ行ハサル場合ニ於テモ亦同シ)

之ヲ要スルニ犯罪ノ實行ヲ默過シ又ハ之ヲ防止セサルノ行爲ハ刑法ノ禁制命令中ニ包含セサルヲ以テ犯罪ヲ構成ス可キモノニアラサルナリ

第一項 無形上ノ條件(共犯ノ意思)

共犯構成ノ無形上ノ條件トハ共犯ノ責任ヲ生ス可キ精神上ノ要素ヲ謂フ其無形上ノ條件トシテハ加擔者ハ其加擔スル所ノ行爲ハ犯罪ナルコトヲ知り而シテ其犯罪ヲ教唆スルカ又ハ幫助スルノ意思ヲ有セサルヘカラス蓋シ犯罪ノ加擔ニ付テハ必ス犯意ヲ要ス可キヲ以テナリ然レトモ加擔アレハ必ス共犯人ノ

間ニ通謀ヲ要ス可シト謂フニアラサルナリ苟クモ加擔者ニシテ犯罪行爲タルコトヲ知りテ之ヲ教唆又ハ幫助スルノ意思ヲ有スルトキハ是レ同一ノ意思ヲ以テ同一ノ目的ヲ行フモノナルカ故ニ共犯人ノ間ニ何等ノ通謀ヲ爲ス無シト雖モ犯罪ハ共同ノ意思ト共同ノ實行ニ因テ全ク完結スルニ至リシモノナリ論者共犯ニハ必ス意思ノ通謀ヲ要スルモノト論ス然レトモ是レ刑法ニ規定スル所ノ條件ニ非スシテ論者ノ想像ニ出テタルモノニ外ナラサルナリ刑法ニ於テハ或ハ二人以上現ニ罪ヲ犯シタルトキハ云々トアリ或ハ人ヲ教唆シタル者云々トアリ或ハ豫備ノ所爲ヲ以テ犯罪ヲ幫助シタル者云々トアリテ未タ嘗テ共ニ謀リ云々ト謂フコトヲ謂ハサルナリ故ニ刑法ノ精神ニ於テハ同一ノ犯意即チ二人以上ノ共犯人カ有スル所ノ犯意ハ共ニ一定ノ罪ヲ犯サントスルニ在リテ而シテ共同シテ其罪ヲ犯シタル以上ハ是レ即チ二人以上現ニ罪ヲ犯サシメ又ハ其罪ヲ幫助シタルモノニシテ所謂共犯ノ條件備ハレルモノナリ更ニ之ヲ約言スレハ犯罪ノ事實タルコトヲ知り又其犯罪ヲ共ニスルノ犯意ヲ有スレハ則チ共犯ノ條件具備スルナリ其他尙ホ共犯人間ニ意思ノ通謀アルコトヲ要セ

ス共ニ一定ノ罪ヲ犯スノ犯意ヲ要スルト謂フハ互ニ共謀スルト謂フノ意ニア
 シサルナリ例ヘハ暗夜ニ人ヲ毆打スル者アリ今其毆打罪ヲ犯スヲ知り突然出
 テ共ニ被害者ヲ毆打スルノ意思ヲ以テ之ヲ毆打シタルトキハ則チ余ト他ノ犯
 人トハ未タ嘗テ何等ノ通謀ヲ爲シタルモノニアラサルナリ然レトモ余既ニ毆
 打創傷罪タルノ事實ヲ知り又共ニ之ヲ犯サントノ意思ヲ以テ共ニ毆打ヲ爲シ
 タル時ハ余ハ犯罪ノ事實ヲ知り又犯罪ヲ行フノ意思ヲ以テ之ヲ行フタルモノ
 ナレハ加擔行爲ノ無形上ノ條件ヲ全フシタルモノト謂ハサル可カラス之レヲ
 以テ無形上ノ條件ヲ分チテニト爲ス(一)犯罪アルヲ知ルコト(二)犯罪ノ意思ヲ有
 スルコト即チ是ナリ以下之ヲ説明スヘシ

第一 共犯ヲ以テ論スルニハ犯罪ノ事實ヲ知テ而シテ之ニ加擔スル事ヲ要ス
 故ニ犯罪タルコトヲ知ラスシテ犯罪ヲ共ニシ又ハ之ヲ幫助シタルモノハ罪
 ヲ犯スノ意思ナキヲ以テ正犯ニモアラサレハ又從犯ニモアラス第四百四條ニ
 於テ現ニ罪ヲ犯シタルモノハトアリ又第九條ニハ「重罪輕罪ヲ犯スヲ知テ」
 トアリ是ノ知ノ一字偶々以テ共犯ノ一條件トナスニ足ルヲ知り得ヘシ然レ

トモ犯罪ノ事實ヲ知ルノ條件ハ正犯ニ付テハ別ニ困難ヲ生スルコトナシト
 雖モ從犯ニ付テハ之カ區別ヲ爲シテ論セサル可カラサルモノアリ即チ事實
 ノ性質既ニ犯罪タルコトヲ知ラシムルニ足ル可キモノナルトキハ則チ其事
 實ノ成立ノミニ因リ以テ犯罪ノ事實ヲ知リタルモノナルコトヲ明カニスル
 ニ足レリ此場合ニ於テハ別ニ犯罪ノ事實ヲ知ルニ付テ他ノ證據ヲ擧クルヲ
 要セサルナリ若シ之ニ反シ事實ノ性質犯罪タルコトヲ知ラシムルニ足ラサ
 ルトキハ則チ犯罪ノ事實タルコトヲ知ルヤ否ヤニ付テハ必ス確實ノ證據方
 法ニ因テ之ヲ證明セサルヘカラス

第二 共犯ヲ以テ論スルニハ必ス犯罪ヲ教唆シ又ハ幫助スルノ意思ヲ有スル
 コトヲ要ス 刑法第四百四條ニ曰ク「二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者」トアリ第百
 五條ニハ「人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル」トアリ罪ヲ犯シタリト謂ヒ
 又ハ罪ヲ犯サシムルトハ是レ皆罪ヲ犯サシムルノ意思ヲ以テシタルコト明
 白ナリ從犯ノ場合ニモ亦然リ第九條ニハ「云々其他豫備ノ所爲ヲ以テ正犯
 ヲ幫助シ」トアリ是レ幫助ノ犯意ヲ有スルニアラサレハ縱令豫備ノ所爲ヲ以

テ正犯ヲ幫助シタルノ形蹟アルモ未タ以テ從犯ト爲スヲ得サルナリ第四百
 條及ヒ第五百五條ニ於テハ法文上明ニ犯意ノ條件ヲ記載セスト雖モ現ニ罪ヲ
 犯スト謂ヒ又ハ罪ヲ犯サシムルト謂フトキハ常ニ犯意ヲ有スル場合ヲ謂フ
 殊ニ犯罪ヲ幫助スルト謂フトキハ幫助ノ犯意ヲ有シテ然ルモノタルコトハ
 毫モ疑ヲ容レサルナリ凡ソ刑法ノ各本條ニ規定スル犯罪モ亦別ニ犯意ヲ有
 シテ犯スモノタルコトハ何人モ疑ヲ容レサル所ナリ唯法文ノ各本條ニ於テ
 一々犯意ノ文字ヲ掲クルトキハ煩雜ニ流ル、ノ懼アルヲ以テ一般ニ犯意ノ
 語ヲ用ヒサリシニ過キサレナリ

故ニ若シ共犯人ハ犯罪ノ事實タルコトヲ知リテ之ニ加擔スルモ罪ヲ犯スノ
 意思ヲ有セサルトキハ是レ犯意ナクシテ犯罪ノ事實ヲ行フタルモノニ過キ
 サレハ固ヨリ共犯ヲ以テ論ス可キ限リニアラサルナリ共犯ニ最も必要ニシ
 テ缺ク可カラサル條件ハ則チ總テノ犯意ハ同一ノ目的タル犯罪ニ集合スル
 ニ在リ而シテ其犯意ノ集合ハ(集合ニハ各共犯人通謀シテ其犯意ヲ集合スル
 場合モアレハ又何等ノ通謀ナクシテ事實上一定ノ目的ニ犯意ノ集合スルコ

トモアリ)或ハ之ヲ推定ス可キ場合モアレハ又推定ス可カラサル場合モアリ
 之ヲ要スルニ犯罪ノ成立ニ共同加擔スト雖モ若シ其犯罪ヲ幫助スルノ意思
 ヲ有セサル時ハ未タ以テ刑法上ノ加擔行爲アリト謂フヲ得ス此ニ於テ乎左
 ノ四結果ヲ生ス

(一) 犯罪ノ成立ヲ幫助シタルノ事實アリト雖モ犯人ト其意思ヲ同フセス全
 ク罪ヲ犯スノ意思ヲ有セサリシトキハ從犯ヲ以テ論スルヲ得サルナリ
 例ヘハ竊盜アリ余ノ留守宅ニ來リ余ノ家ヲ借ラントシテ屋内ノ構造ヲ一
 見センコトヲ求メタリ余ノ家婢ハ其竊盜タルコトヲ知ラス之ヲ導キテ屋
 内ノ總テノ構造ヲ知ラシム其夜竊盜ハ余カ家ニ侵入シテ財物ヲ奪取シタ
 リ此場合ニ於テ竊盜ノ意思ハ余ノ家ニ侵入シテ竊盜ヲナスニ在リ而シテ
 余ノ家婢ハ家屋ヲ貸與スルノ意思ヲ以テ屋内ノ構造ヲ知ラシメタリ即チ
 竊盜ノ意思ト余ノ家婢ノ意思ハ毫モ一致スル所ナキヲ以テ縱令竊盜ハ家
 婢ノ力ニ依リテ其目的ヲ達スルコトヲ得タリト雖モ余ノ家婢ハ決シテ從
 犯ノ責任ヲ負フモノニアラサルナリ

(二) 犯罪ノ成立ニ共同加擔スト雖モ正犯者ト同一ノ犯意ヲ有セザリシトキハ正犯者ト其實ヲ同フスルモノニアラサルナリ 例ヘハ從犯ハ竊盜スルモノナリト信シテ門戸ヲ踰越スルモノヲ見テ之ニ一梯子ヲ貸與セリ然ルニ此犯者ハ其家宅内ニ侵入シ竊盜ヲナスシテ而シテ殺人罪ヲ犯セリ此場合ニ於テ從犯ハ竊盜ノ共犯人タル責ヲ負フ可シト雖モ決シテ殺人罪ノ共犯人タルノ責ヲ負フ可キモノニアラサルナリ又例ヘハ婦女ノ逃亡ヲ助スルノ意思ヲ以テ其逃亡ニ加擔シタリ然ルニ其婦女ハ逃亡スル者ニ非スシテ全ク略取セラル、場合ノ如キモ亦略取ノ從犯ヲ以テ論ス可キニアラサルナリ

(三) 數人相謀リテ或ル一罪ヲ犯シタル場合ニ於テ偶々共謀以外ノ罪ヲ犯スモ數人間ニ於テ意思ノ合致ナキ部分ニ付テハ或モノハ或モノ、責任ヲ分ツモノニアラサルナリ例ヘハ甲ハ乙ヲ教唆シテ銅貨偽造ヲ爲サシメントス然ルニ乙ハ銅貨ヲ偽造セスシテ金貨ヲ偽造セリ此場合ニ於テ教唆者ノ意思ハ被教唆者ノ意思ト少シモ一致スル所ナキヲ以テ決シテ教唆者ト同

一ノ責ニ任スルモノニアラサルナリ

(四) 過失罪ノ成立ニ共同加擔スルモノハ共犯ナリ又ハ從犯ナリト謂フコトヲ得ルヤ若シ共犯ニハ必ス意思ノ通謀ヲ要スルトスルトキハ過失罪ニ於ケル共犯者ハ意思ノ共通ヲ望ム可カラサルカ故ニ共犯ノ責任アリト謂フヘカラサルナリ然レトモ余ノ論セシカ如ク共犯ニハ意思ノ共通ヲ要セストセハ少クトモ無意犯ニ付テ數人ノ正犯者アルコトヲ認ムルヲ得可シ即チ同一ノ犯意ヲ以テ同一ノ犯罪ニ協力シタルトキハ即チ有意ノ共犯アリト謂フコトヲ得可シトセハ同一ノ犯意ナクシテ同一ノ犯罪行為ニ協力シタルノ事實アラハ即チ無意ノ共犯アリト謂ハサルヘカラス例ヘハ三人共同シテ往來ニ沿フタル一ノ大木ヲ伐倒サントシテ偶々通行人ヲ傷ケタリ此場合ニ於テ三人ノモノハ初メヨリ通行人ヲ傷害セント欲スルノ意思ヲ有スルモノニアラス唯大木ノ倒レタルカ爲メニ通行人ヲ傷ケタルナリ然レトモ大木ノ倒レタルハ即チ三人協力シテ之ヲ伐リタルノ結果ニ出ツルモノナレハ此三人ハ共同シテ人ヲ負傷セシメタルモノト謂ハサルヲ得ス

所謂無意ノ共犯ヲ構成セルモノト謂フ可キナリ但シ正犯ニ付テ論シタルモノナリ若シ夫レ正犯以外ノ犯罪即チ教唆者又ハ從犯ニ付テハ同論結ヲ採用スヘカラス例ヘハコトニ一御者アリト假定センカ主人ノ命ニ因リ其御スル所ノ馬車ヲ疾驅セシメテ群衆中ヲ通過シ過テ許多ノ人ニ負傷セシメタリ又ハ馬ヲ御スルノ術ヲ知ラサルモノニ任スルニ一ノ暴馬ヲ以テス忽チ馬ノ狂亂ニ因テ許多ノ通行人ヲ負傷セシメタリ此場合ニ於テ御者ノ主人ハ其御者ニ對シテ馬車ノ疾驅命令即チ教唆シタリト雖モ疾驅ノ爲メニ過テ群衆ヲ負傷セシムルコトヲ教唆シタルニアラサルナリ又馬ヲ御スルコトヲ知ラサルモノニ暴馬ヲ貸與シタリト雖モ是レ又此暴馬ニ因テ以テ人ヲ負傷セシムルカ爲メニ之ヲ貸與シタルモノニ非ラサレハ負傷ノ行爲ト主人ノ命令又ハ暴馬ノ貸與ハ毫モ關係スル所アラサルナリ刑法第百五條ニハ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者云々トアリ即チ人ニ重罪輕罪ヲ犯サシムルコトヲ教唆シタル場合ヲ云フモノニシテ今馬車ノ主人カ其御者ヲ教唆スルニ馬車ノ疾驅ヲ以テスルハ未タ以テ重罪輕罪ヲ教

唆シタルモノト謂フ可キニアラサルナリ既ニ重罪輕罪ヲ教唆シタル事實ナシトセハ縱令御者カ過テ人ヲ負傷セシムルモ其主人ハ其責ニ任スルモノニアラサルナリ又刑法第百九條ニ於テハ重罪輕罪ヲ犯スヲ知リ豫備ノ所爲ヲ以テ犯罪ヲ幫助シタルモノハ云々トアリ今暴馬ノ所有者ハ其暴馬ヲ以テ之ヲ御スルヲ知ラサル者ニ貸與スルトキハ或ハ過失ノ恐アルコトヲ豫想セシナラム所謂重罪輕罪ヲ犯スヲ知リタルナリ而シテ尙ホ暴馬ヲ以テ之ニ貸與シタルハ則チ所謂豫備ノ所爲ヲナシタルナリ然レトモ馬ノ所有者ハ初メヨリ犯罪ノ幫助ヲ爲スノ意思ヲ有スルモノニアラサレハ縱令此馬ニ因テ以テ人ヲ負傷セシムルノ行爲ヲ發生シタリト雖モ是レ決シテ馬ノ主人ノ與リ知ル所ニアラサルナリ從テ馬ノ所有者ハ此暴馬ニ原因スル過失殺傷ノ責ニ任スルモノニアラス之ヲ要スルニ教唆者又ハ從犯ニ付テハ無意ノ共犯アルコトナシ唯タ過失者獨リ其責任ヲ負擔セサルヘカラサルナリ

以上ハ各種ノ共犯ニ共通スル所ノ條件及總論ナリ是レヨリ共犯ノ各種ニ特別

第二節 各論

第一款 正犯

正犯トハ如何ナル犯罪ヲ謂フ乎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ス云々」ト本條ハ一見明瞭ニシテ解釋上何等ノ疑點ナキカ如シト雖モ實際ノ應用ニ至テハ頗ル困難ヲ感スル所ノモノニシテ若シ其解釋ヲ誤ランカ遂ニ共犯者ヲ處分ス可カラサルニ至ルコトアリ

本條ニ所謂現ニトハ現在トノ意味ニアラスシテ現實ト謂フ意義ナリ換言スレハ犯人自ラ手ヲ下シテト謂フニ等シク第五百條ニ規定スル所ノ教唆人カ手ヲ下サハルニ對シテ之ヲ謂フナリ既ニ犯人ノ手ヲ下シテ罪ヲ犯シタルコトヲ要ストナストキハ犯人ノ直接行為ナラサルヘカラサルコト明ニシテ間接行為ノ如キハ正犯ト謂フ可キモノニ非ラサルナリ之ニ因リテ正犯ヲ義解スレハ正犯トハ犯人直接ニ犯罪ノ實行ニ力ヲ致シタル者ヲ謂フ犯人カ直接ニ犯罪ノ實行

ニ力ヲ致シタルトハ犯罪構成要素ノ一又ハ一以上ヲ分擔シタルコトヲ謂フ之ヲ換言スレハ正犯トハ各犯人共ニ犯罪構成要素ノ全部又ハ一部ヲ共同シテ行フタルヲ謂フナリ既ニ犯罪構成要素ノ全部又ハ一部ヲ共同シテ行フヲ要ストスレハ各犯人ノ行為ハ少ナクモ未遂犯以上ヲ構成スルモノナラサルヘカラス」

然ルニ犯罪ノ性質ニ於テハ二人以上ハ必スシモ其犯罪ノ實行ヲ共ニスルノ必要ナキ場合アリ即チ二人以上共ニ一罪ヲ犯サンコトヲ謀リ其内一人ノミ犯罪ノ實行ニ任シ他ノ一人ハ殆ント其實行ニ與カラサル場合ナシトセス是ニ於テ共犯例ノ適用上屢々困難ヲ感スルナリ例ヘハ二人以上共同シテ犯罪ヲ爲スニ當リ一人ハ被害者ノ家屋内ニ侵入シテ財物ヲ掠取シテ之ヲ屋外ニ出シ一人ハ屋外ニ在リテ之ヲ運搬シ他ノ一人ハ少シク離レテ見張番ノ任ニ當ル此ノ如キ場合ニ於テ現ニ犯罪ノ實行ニ任シタル者ハ家屋内ニ侵入シテ財物ヲ掠取スルモノハミナリ贖物ヲ運搬シ又ハ見張番ノ任ニ當ルモノハ是レ犯罪ノ實行ヲ幫助シタルモノナリト雖モ犯罪其モノヲ實行シタルモノナリト謂フヲ得ス然リ而シテ犯罪ノ實行ヲ幫助シタルモノナレトモ之ヲ目スルニ從犯者ヲ以テスル

コトヲ得ス何トナレハ現行刑法ノ從犯者ハ豫備ノ所爲ヲ以テ犯罪ヲ幫助スルモノニ限レハナリ故ニ若シ正確ニ法律ヲ解釋スルトキハ彼ノ贖物ヲ運搬シタルモノ並ニ贖物ノ見張番ヲナシタルモノハ正犯者タル能ハス又從犯者タル能ハサルヲ以テ結局之ヲ罰スルコトヲ得サルモノト謂ハサル可カラス而シテ之ニ類スル場合實ニ少シトセス一々枚舉セスト雖モ之ヲ類推スヘシ此ノ如ク之ヲ處罰スルノ條文ナシト雖モ實際上此ノ如キ行爲ヲ不問ニ付スルハ刑法ノ本旨ニアラストシテ特ニ刑法ノ解釋ヲ擴充シ否ナ曲解シテ之ヲ以テ犯罪ノ實行ニ任シタル者ナリト爲シ正犯ノ罪ヲ以テ之ヲ罰スルコトヲ爲ス是レ豈ニ穩當ノ解釋ナリト謂フ可ケンヤ之ヲ要スルニ第四百四條ノ規定ハ少シク狭キニ失スルカ故ニ實際ノ適用上屢困難ヲ生スルモノナリ

改正刑法草案ニ於テハ現行刑法ノ缺點ヲ補ヒ特ニ現ニノ字ヲ削リ二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタル者ハ皆正犯トストセリ(草案第七十二條)之ヲ前例ニ照スニ被害者ノ門前ニ在リテ贖物ヲ運搬シタルハ是又家宅内ニ入りタル者ト共同シテ竊盜犯ヲ實行シタルニ過キサルナリ即チ一人ハ内ニ入りテ財物ヲ出シ

一人ハ外ニ在リテ之ヲ受取り各分業シテ而シテ本件ノ一罪ヲ實行シタルナリ其見張番ヲナシタル者ハ毫モ犯罪ノ實行即チ竊取ノ事實ニ干與シタルニアラス唯二人ノ犯罪ノ實行ヲ容易ナラシムルノ功ヲ奏セシモノナレハ所謂正犯ノ幫助者ト謂フニ過キスシテ現行法ニテハ之ヲ罰スルノ成文ヲ缺ク改正刑法草案ニ於テハ此缺典ヲ補ヒタリ第七十四條ニ曰ク「正犯ヲ幫助シタル者ハ從犯トスト」故ニ前例ヲ以テ草案ノ正條ニ照ストキハ彼ノ見張人ナルモノハ從犯ノ責任ヲ負フ可キモノトナルナリ

第二款 教唆犯

教唆犯トハ教唆ノ罪ヲ犯シタルモノ即チ教唆者ヲ謂ヒ教唆者トハ人ニ對シテ重罪輕罪ヲ犯スノ意思ヲ起サシメ因テ以テ重罪輕罪ヲ起サシメタルモノヲ謂フ第百五條ニ於テハ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ云々トアリテ教唆ハ如何ナル方法ヲ以テナス可キ乎ニ付テハ法文別ニ定ムル所ナキカ故ニ其手段ノ標準ヲ定ムルヲ得ス然レトモ教唆シテ云々トアルヲ以テ這ハ人ヲシテ犯罪ノ意思ヲ起サシムルノ方法ヲ行フコトヲ謂フモノナルコト明カナリサ

レハ如何ナル手段タルトヲ問ハス金錢ヲ以テスルモ贈物ヲ以テスルモ其他言語文書ヲ以テスルモ苟クモ人ヲシテ罪ヲ犯スノ意思ヲ發生セシメ因テ其犯罪ヲ行フニ至ラシメタルトキハ之レヲ教唆者ト謂フ現行刑法ニ於テ教唆罪ヲ構成スルニハ(一)教唆行為アルコト(二)重罪又ハ輕罪ヲ教唆シタルコト(三)被教唆者ハ其教唆ニ係リタル重罪又ハ輕罪ヲ犯シタルコトノ三條件ヲ具備セサルヘカラサルナリ

第百五條ニ於テ其後段亦正犯ト爲スト規定シタル所以ハ如何是レ教唆者ハ犯罪ノ原動力者ナルヲ以テ其責任正犯ニ同シト謂フニ在リ蓋シ犯罪實行者ハ有形上犯罪ヲ實行シ教唆者ハ無形上犯罪ヲ實行シタルモノト爲シタルナリ然レトモ現行刑法第百四條ニ於テ二人以上現ニ罪ヲ犯シタルモノヲ以テ正犯ト爲シ云々トノ規定ヲ設ケ犯罪ノ實行ニ當ル者ヲ以テ正犯ト爲シタル以上ハ是レ有形上ノ實行ヲ爲シタル者ニアラサレハ正犯者ナリト謂フヲ得スト爲シタルナリ既ニ正犯トナルニハ有形上ノ實行ヲ要スルモノナリトセハ單ニ無形ノ實行ニ任シタル教唆者ヲ以テ直チニ正犯ト爲スハ大ニ正犯ノ定義ニ抵觸スル所

アリト謂ハサルヲ得ス若シ教唆者ノ罪ハ正犯ニ同シトナサハ則チ是レ唯責任ノ相同シキヲ規定シタルモノナルヲ以テ別ニ批難スルニ及ハスト雖モ教唆者モ亦正犯ト爲ストノ規定ヲ爲スニ至テハ正犯ニ在ラサル者ヲ以テ正犯ナリト爲スニ異ナラサルヲ以テ未タ以テ穩當ノ規定ト謂フヲ得ス草案ニ於テハ正犯ト教唆者ハ其所爲同一ナルモノニアラス從テ教唆者ヲ以テ正犯ト同視ス可キニアラサルヲ以テ教唆者ハ之ヲ正犯ニ準ストセリ即チ正犯ト同一ノ責任ニ係ルモノナリトノ主意ヲ明カニシタルナリ(草案第七十八條)元來一人ニテ犯罪ノ意思ヲ起シ而シテ自ラ犯罪ノ事實ヲ實行シタルトキハ是レ正犯者ナリ一人ニテ犯罪ノ意思ヲ發シ而シテ他人ヲシテ犯罪ノ事實ヲ行ハシメタルトキハ則チ是レ教唆者ナリ正犯ト教唆者ハ其區別此ノ如ク明瞭ナルモノナレハ教唆者ヲ以テ正犯ニ準ストノ規定ハ蓋シ道理ニ適スル所ノ規則ナリト謂フヲ得可シ既ニ説明シタルカ如ク教唆罪ハ教唆ノ事實アルニ因リテ直チニ犯罪ヲ構成スルモノニアラス必ス被教唆者ニ於テ重罪輕罪ヲ犯シタルコトヲ要スルハ教唆者ヲ罰スルニ被教唆者ト同一ノ刑ヲ以テシタルニ徴シテ明カナリ若シ假リニ

教唆ノ事實ノミニ因リテ以テ教唆者ヲ罰ス可キモノトスルモ被教唆者ニ於テ重罪輕罪ヲ犯シタル後ニアラサレハ被教唆者ヲ罰スルノ刑罰之ナキモノナルカ故ニ到底教唆者ニ擬スルノ刑罰ヲ發見ス可カラサルハ實ニ明白ナルコトニシテ且ツ法文ニ於テ第五條人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ云々トアリテ人ニ對シテ重罪輕罪ヲ教唆シタルモノハ云々ト謂ハサルナリ然ラハ教唆ノ成立時期ハ如何本問ヲ明瞭ナラシメンニハ教唆ノ所爲ノ成立時期ト教唆ノ罪ノ成立時期ヲ分別セサルヘカラス(一)教唆ノ所爲トハ人ヲシテ罪ヲ犯スノ意思ヲ生セシメタルトキハ以テ終了スルモノナリ(二)教唆ノ罪ハ被教唆者カ犯罪ヲ行フタルトキニ非サレハ成立セサルナリ因是觀之教唆ノ所爲ハ教唆後被教唆者カ犯罪ヲ行フタルトキニ於テ成立スルモノナルカ故ニ一ノ條件附行爲ニシテ被教唆者ニ於テ犯罪成立セサレハ教唆者ニ於テモ教唆罪ヲ成立セサルナリ被教唆者ニ於テ一ノ犯罪ヲ成立シタルトキハ教唆者ニ對シテ既往ニ遡リテ教唆罪ヲ成立スルニ至ルモノトス然ラハ被教唆者ノ未タ犯罪ヲ成立セサルトキ即チ其被教唆者カ犯罪行爲ヲ行

ハサル以前ニ於テハ教唆者ハ之ヲ取消スコトヲ得ルモノナリ既ニ教唆行爲ヲ取消スコトヲ得ルモノトスレハ之ヲ取消シタルニ被教唆者ハ之カ意思ヲ酬ス能ハスシテ犯罪行爲ヲナシタリトスルモ教唆者ハ之カ責任ヲ負フ可キモノニ非ス何トナレハ教唆者ハ既ニ其教唆行爲ヲ取消シタルモノニシテ取消後ノ行爲ハ教唆ニ因テ生シタルモノニアラス然ラハ教唆ノ行爲ハ犯罪ニアラサルコト前既ニ説明シタル所ニシテ犯罪ニアラサルカ故ニ自由ニ之ヲ取消スコトヲ得ルモノナリ又々教唆者ハ教唆ヲ取消スコトヲ得ルノミナラス被教唆者ノ犯罪ノ現場ニ至リ犯罪ヲ中止セシメタルトキ殊ニ被教唆者ノ行爲ノ結果ノ發生ヲ防止シタルトキハ罪トナラサルナリ

犯罪ハ總テ犯意ヲ要ス教唆犯ニ於テモ亦タ犯意ナカル可カラス然ラハ教唆者ノ犯意トハ如何ナルモノヲ謂フ乎教唆者ノ犯意トハ人ニ對シテ犯罪ノ意思ヲ發起セシメ而シテ罪ヲ犯サシムルノ意思ヲ謂フ之ヲ換言スレハ教唆罪ハ第五條ニ規定スル所ノ犯罪ニシテ本條ノ罪ヲ犯スノ意思ヲ謂フモノナリ故ニ教唆者自カラ犯罪ス能ハサル犯罪ナリト雖モ被教唆者ヲシテ其犯罪ヲ犯サシメタ

ルトキハ尙ホ之ヲ處罰スルニ教唆犯ヲ以テ論斷スルモノナリ例ヘハ官吏ヲシテ收賄ヲ行ハシメタル場合ノ如キ又教唆罪タルヲ免レサルナリ
 論者曰ク收賄罪ハ官吏ノ資格ニ專屬スル所ノ犯罪ニシテ官吏以外ニ於テ之ヲ犯ス能ハサルモノナリ贈賄者自ラ賄賂ヲ受クルスラ尙ホ且ツ犯罪ヲ構成セス況ンヤ人ヲシテ收賄ノ罪ヲ犯サシムルニ於テオヤ其教唆罪ヲ構成セサルヤ明カナリト余ヲ以テ之ヲ觀ルニ此論大ニ誤レリト爲ス元來教唆罪ハ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシムルニヨリテ成立スル犯罪ナリ即チ刑法ハ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシムルノ所爲ヲ禁センコトヲ欲セシナリ故ニ如何ナル犯罪ト雖モ人ヲ教唆シテ之ヲ犯サシメタルトキハ是レ誠ニ刑法ノ禁制ヲ破リタルモノナルヲ以テ必ス其制裁ヲ蒙ラサル可カラサルナリ今贈賄者ハ自ラ賄賂ヲ贈ルノ自由アリト雖モ賄賂ヲ受ク可ラサルモノヲシテ賄賂ヲ受ケシムルノ自由ヲ有スルモノニアラサルナリ彼レ進ンテ賄賂ヲ贈ルニアラサレハ官吏ハ之ヲ受クルコトナカル可シ彼レ進ンテ賄賂ヲ贈リタルカ故ニ官吏之ヲ受ケタリトセハ彼レハ即チ官吏ヲシテ賄賂ヲ受ケシメ賄賂ノ方法ヲ以テ官吏ヲ教唆シ因

テ收賄ノ罪ヲ犯サシメタルモノナレハ所謂人ヲ教唆シテ輕罪ヲ犯サシメタルモノナリ其教唆ノ責ニ任ス可キヤ論ヲ俟タサルナリ論者或ハ曰ハシテ自ラ犯ス可カラサル犯罪ニ付テハ犯意ヲ生ス可キノ理ナシ自ラ有セサルノ犯意ヲ以テ之ヲ他人ニ注入スルヲ得ケンヤト余曰ク教唆者ノ犯意ハ人ヲシテ一定ノ罪ヲ犯スノ意思ヲ起サシムルニ因テ成立スルカ故ニ自己ニ於テ被教唆者ト同一ノ犯意ヲ有スルノ必要ナシ要スルニ教唆罪ハ第五條ノ規定アルカ故ニ成立スル所ノ犯罪ナレハ縱令自ラ各本條ノ罪ヲ犯スノ資格ヲ有セサル者ト雖モ本條ノ規定ヲ犯スコトヲ得サルノ理由ナク果シテ然ラハ第五條ノ罪ヲ犯スノ意思之ヲ教唆犯ノ犯意ト謂フ可シ
 從犯ノ教唆ハ之ヲ罰スルコトヲ得ルヤ從犯ハ其主タル犯罪ノ性質ニ從ヒ或ハ重罪タリ或ハ輕罪タルコトヲ得可シ而シテ其重罪又ハ輕罪ハ第五條ニ所謂重罪輕罪中ニ含蓄スルコトヲ得ルヲ以テ從犯ノ教唆罪ヲ主張スル立論甚タ容易ナルニ似タリ然レトモ從犯ノ教唆ヲ罰ス可ラストナスニ付キ刑法ノ規定中最モ強固ナル根據アリ從犯ハ元來主タル犯罪ニ附屬シタル犯罪ニ過キス故ニ

其犯罪ノ責任モ亦主タル犯罪ヨリモ輕シ第百九條ニ於テ重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ……正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタル者ハ從犯ト爲シ正犯ノ刑ニ一等ヲ減スト規定セリ是レ從犯ノ刑罰ハ必ス正犯ヨリ重クスルコトヲ得サルヲ明カニシタルナリ然ルニ第百五條ヲ觀ルニ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リ因是觀之若シ第百五條ニ謂フ所ノ重罪輕罪中ニ從犯タル重罪輕罪ヲモ之ヲ包含スルモノトスレハ被教唆者タル從犯者ハ正犯ヨリ一等輕キ責ニ任シ而シテ從犯ノ教唆者ハ正犯ト同一ノ責ニ任セサル可カラサルノ奇觀ヲ呈ス可シ是レ果シテ如何ナル理由ニ基クカ第百八條ノ規定ヲ觀ルニ事ヲ指定シテ犯罪ヲ教唆スルニ當リ犯人教唆ニ乘シ其指定シタル以外ノ罪ヲ犯シ又ハ其現ニ行フ所ノ方法教唆者ノ指定シタル所ト異ナル時ハ左ノ例ニ照シテ處斷ス(一)所犯教唆シタル罪ヨリ重キ時ハ止タ其指定シタル罪ニ從テ刑ヲ科ス(二)所犯教唆シタル罪ヨリ輕キ時ハ現ニ行フ所ノ罪ニ從テ刑ヲ科スト是レ其趣旨實ニ正犯ノ罪ト教唆者ノ罪ハ其責ヲ同フスルモ決シテ教唆者ノ責ヲ重クス可カラスト謂フニ在リ即チ刑法ハ本條ニ於テ二者カ其責ヲ同フ

セサル特例ノ場合ヲ揭ケ教唆者ノ刑ハ正犯ノ刑ヨリ輕クス可キコトヲ明ニセシナリ今假リニ從犯ヲ教唆シタル者ヲ罰スルヲ得可シトセンカ被教唆者ハ從犯ノ責任ヲ負ヒ而シテ教唆者ハ教唆以外ノ正犯ノ責ニ任セサルヘカラサルカ故ニ忽チニシテ第百八條ノ規定ニ牴觸スルニ至ル可シ加之此教唆者ニ擬スルニ正犯ノ律ヲ以テセントスルモ刑法中其正條ヲ發見ス可カラサルヲ如何セン

第三款 從犯

從犯トハ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易オラシメタル罪ヲ謂フ現行刑法ニ據レハ從犯ヲ構成スル場合只一アルノミ即チ正犯ノ實行以前ニ於テ正犯ト爲ル可キモノニ對シテ豫備ノ所爲ヲ以テ之ヲ幫助スル場合即チ是ナリ第百九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爲シ……ト然ラハ其器具ヲ給與シ又ハ誘導指示スルハ是レ皆豫備中ノ所爲ニ過キスシテ必ス正犯ノ實行以前ニ於テセサル可カラサル所爲ナリ即チ第百九條ニ規定スル器具ヲ給與シ誘導指示シトハ只豫備ノ所爲ヲ例示シタルニ過キスシ

テ此ノ如キ方法ニ屬スル豫備ノ所爲ニ因テ以テト謂フノ意義ヲ明カニセシナ
 リ是レ從犯ハ只正犯ノ實行以前ニ於テノミ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助スル
 モノタルヲ謂フ所以ナリ故ニ正犯ノ犯罪實行中若シクハ實行後ニ於テハ假令
 何等ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助スルアルモ決シテ從犯ヲ構成スルモノニアラサ
 ルヲ知ル可シ

如斯正犯ノ犯罪實行前ニ於テ從犯ヲ構成スルニハ果シテ如何ナル條件ヲ要ス
 ル乎

第一條件 犯罪加擔ノ所爲ハ正犯ニ附屬スルコトヲ要ス、從犯ハ獨立罪ニア
 ラス必ス他ノ犯罪ニ附屬スルニアラサレハ成立スルコト能ハサル犯罪ナリ
 是レ固ト或犯罪ノ實行以前ニ於テ豫備ノ所爲ニ因リ其犯罪ヲ幫助スルニ因
 テ以テ成立スル所ノ犯罪ナルカ故ニ此犯罪ノ幫助ヲ受クヘキ犯罪ヲ要スル
 ヤ多辯ヲ俟タサルナリ此故ニ若シ正犯ノ成立セサル場合ニ於テハ從犯獨リ
 成立スルノ理ナシ例ヘハ正犯竊盜ヲ爲サント欲シ門戶牆壁ヲ踰越シテ家屋
 内ニ侵入セントスルニ當リ從犯ハ之ヲ幫助センカ爲メニ其侵入ノ便ヲ計リ

正犯ニ貸スニ梯子ヲ以テシタリ是レ誠ニ從犯ヲ構成スルモノナリ然ルニ此
 正犯カ侵入シタル家屋ハ他人ノ家屋ニアラスシテ全ク吾家屋ニシテ其竊取
 シタル財産ハ他人ノ所有物ニアラスシテ自己ノ所有物ナリトセンカ此場合
 ニ於テ決シテ從犯ヲ構成スルモノニアラス是レ正犯ノ基本ナキヲ以テ從犯
 獨リ成立スルノ道理ナケレハナリ又正犯ヲ構成スルアルモ其正犯大赦ニ遇
 フトキハ從犯モ正犯ノ受ク可キ利益ヲ受ク可シ何トナレハ大赦ハ刑法カ認
 メテ以テ犯罪行爲ヲ一變シテ犯罪ト爲サ、ルヲ以テナリ既ニ正犯ニシテ犯
 罪トナラストスレハ從犯獨リ成立スルノ理ナシ又或ハ正犯カ時効ニ因リテ
 公訴ヲ免ル、コトヲ得タルトキハ從犯ノ罪モ亦全ク消滅セサル可カラス之
 ヲ要スルニ主犯ノミ成立セスシテ從犯獨リ成立スル場合ハ全ク之アルヲ知
 ラサルナリ然レトモ何レノ場合ニ於テモ從犯ノ成立スルニハ其主犯ハ必ス
 シモ確定判決ヲ經タルコトヲ要セス苟クモ主犯トシテ成立スルノ事實アル
 以上ハ假令其所爲ニ付テ未タ裁判ヲ下スコトナキモ又ハ主犯ハ逃走シテ縛
 ニ着カサルモ又ハ主犯ハ死亡セルモ決シテ從犯ノ責ヲ消滅セシムルノ原因

ト爲ル可キニアラサルナリ

第二條件 主タル犯罪ハ重罪又ハ輕罪ナルコトヲ要ス 故ニ若シ主タル犯罪ニシテ違警罪ナルトキハ從犯ハ假令如何ナル方法ヲ以テ正犯ヲ幫助スルモ決シテ從犯ヲ構成スルコト無シ第百九條ニ曰ク「重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知リ……トアリ是レ此條件ヲ要スル所以ナリ何故ニ刑法ハ違警罪ニ從犯ナシトセシカ曰ク違警罪ハ其性質極メテ輕微ニシテ社會ノ危害ヲ爲スコトモ亦極メテ重大ナラサルカ故ニ此輕微ナル犯罪ヲ幫助スル所爲アルモ未タ以テ社會ノ危害ヲ生セシメタリトナスニ足ラストノ推定ニ基キタルモノナラム且ツ違警罪ハ多ク無意犯ナルヲ以テ無意犯ハ尙ホ過失罪ノ如ク從犯ヲ構成ス可キモノニアラス

第三條件 從犯ノ加擔行爲ハ刑法ノ規定スル方法ニ依ルコトヲ要ス 刑法ノ規定スル方法トハ則チ第百九條ノ規定ナリ本條ニ曰ク「……器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ所爲ヲ以テ……トアリ因是觀之其方法ハ犯罪ノ豫備ノ所爲ヲ以テ主犯ヲ幫助スルノ事實ナカラサルヘガラサルヲ知ル以

下其方法ニ付テ講説ス可シ

- (一) 器具ヲ給與ス トハ犯罪ノ成效ニ必要ナル物件ヲ貸與スルヲ謂フ犯罪ノ成效ニ必要ナル物件中ニハ動産モアルヘク又不動産モアル可シ然レトモ茲ニ所謂器具トハ唯動産ノミヲ指スモノニシテ不動産ハ之ヲ包含スルモノニ非ラサルナリ賭博罪ノ規則中ニ房屋ヲ給與スル者ヲ罰スルノ規定ヲ設ク若シ從犯ノ規定中ニ所謂器具ノ文字ハ動産不動産ヲ併セ稱スルモノナリトセハ何ソ亦賭博罪ノ規定中特ニ房屋給與罪ノ規定ヲ置ク必要アラム何トナレハ房屋ヲ給與スルモ其他ノ動産ヲ給與スルモ等シク器具ヲ給與シタルモノナレハナリ然ルニ從犯ノ規定アルニ拘ハラス特ニ房屋給與罪ヲ規定スルヲ以テ之ヲ觀レハ房屋ヲ給與スルノ所爲ハ從犯ニ所謂器具中ニ含蓄スルモノニアラスト爲シタルノ證トナスニ足ラン若シ夫レ立法上ヨリ論セハ動産ヲ給與スルモ不動産ヲ給與スルモ等シク正犯ノ目的ヲ達スル限リハ共ニ從犯ノ所爲ナリトナスモ不可ナカル可シ
- (二) 誘導指示 トハ犯罪ヲ行フニ付必要ナル教導ヲナスヲ謂フ例ヘハ雇人

カ其主人ノ家屋ノ構造ヲ指示シ各財産ノ所在ヲ告クルカ如ク又ハ其邸宅ノ侵入ニ付テ便利ノ道筋ヲ教ユルカ如シ是レ全ク從犯ノ智識上ノ力ニ因テ以テ正犯ヲ幫助スル場合ニシテ所謂無形上ノ幫助ニ屬ス

(三) 又ハ豫備ノ所爲 トハ總テ犯罪ノ着手以下ノ行爲ヲ謂フ即チ其行爲ノ犯罪ニ最モ近接スルモ尙ホ未タ犯罪ヲ構成スル條件ノ一部ニ達セサル行爲ニシテ其意味スル所概括固ヨリ制限ナキヲ以テ如何ナル所爲ト雖モ苟クモ犯罪以前ノ所爲ニシテ而シテ犯罪ノ幫助トナルニ足リテ以テ正犯ノ成效ヲ來シタルトキハ其方法ノ如何ヲ論セス皆豫備ナリト謂フ可シ此ノ如ク論スレハ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示スルノ所爲ハ全ク豫備ノ所爲中ニ含蓄スルヲ以テ豫備ノ行爲ヲ以テト謂フトキハ其他ハ之ヲ列擧スルノ必要ヲ見サルナリ只刑法ハ豫備ノ行爲ノ意味甚タ茫漠ニ失シ終ニ捕捉スル能ハサルナキヲ恐レ以テ豫備ノ事例ヲ擧ケンカ爲メニ特ニ器具ヲ給與シ若クハ誘導指示ストノ二個ノ事實ヲ掲クルニ至リタルナリ故ニ現行刑法ノ文意ヲ解スルニ當リテハ豫備ノ所爲例ヘハ器具ヲ給與シ若シク

ハ誘導指示スルカ如キ所爲ヲ爲シタルトキハト讀下セハ甚タ明了ナラム然ルニ論者往々非常ノ曲解ヲナスコトアリ曰ク器具ヲ給與シ若シクハ誘導指示ストハ豫備ノ例ヲ示シタルモノニアラスシテ全ク豫備ノ所爲以外ノモノヲ掲ケタルナリ即チ器具ヲ給與シ若シクハ指導指示スルハ犯罪ノ實行前ト犯罪ノ實行中トヲ問ハス等シク從犯ヲ構成スルモノナリ故ニ第百九條ニ規定スル器具ヲ給與シ若シクハ指導指示スト謂フ文字ニ至ル迄ノ所爲ハ犯罪ノ豫備中ト犯罪ノ實行中トヲ區別セス唯又ハ其他豫備ノ所爲トアル所爲ハ單純ニ犯罪以前ノ所爲ニ因テ以テ正犯ヲ幫助スル場合ヲ謂フト如此文字上ノ議論ハ誠ニ淺薄ニシテ刑法學者ノ齒スルヲ耻トスル所ナレハ敢テ反駁ノ勞ヲ吝ム

余ハ器具ヲ給與シ若クハ誘導指示スルハ即チ豫備ノ所爲タル事例ヲ掲クルニ過キスト爲スカ故ニ現刑法ニ所謂從犯トハ犯罪以前ニ於テ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シタル行爲ヲ謂フモノナリ此故ニ犯罪ノ實行中ニ於テ幫助ヲ爲シタル者若クハ犯罪ノ實行後ニ於テ事後ノ幫助ヲ爲シタル者

ハ到底之ヲ以テ從犯ナリト論スルヲ得ス因是觀之犯罪前ニ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ補助シタル者ハ既ニ從犯ノ責任アリテ而シテ犯罪實行中ニ豫備ノ行爲ヲ以テ正犯ヲ補助シタル者ハ從犯ニ非ストセハ事ノ輕キモノニ付テハ刑罰ヲ加ヘ而シテ却テ事ノ重キモノニ付テハ何等ノ制裁ヲ加ヘサルニ至ル可シ豈刑罰ノ權衡ヲ失スルモノト謂ハサル可ケンヤ此ヲ以テ實際ニ於テハ犯罪ノ實行中ニ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ補助シタル者ハ其性質タルヤ從犯ナリト雖モ之ヲ以テ正犯中ニ列スルコト、爲セリ例ヘハ三人相會シテ竊盜ヲ爲サント謀リ二人ハ屋内ニ侵入シテ財物ノ竊取ヲ爲シ一人ハ屋外ニ在リテ見張番ヲ爲シ終ニ其目的ヲ達シタリ此場合ニ於テ若シ第九條ノ規定ヲ適用センカ犯罪ノ實行中ニ於ケル所爲ハ從犯ニアラサルヲ以テ此見張番ハ到底之ヲ本條ニ照シテ罰スルコトヲ得サルヘシ而シテ却テ未タ被害者ノ邸宅ニ侵入セサル以前否犯人カ其犯罪實行ノ所爲ニ着手セサル以前ニ之ニ給與スルニ梯子若クハ合鍵ヲ以テセハ是レ從犯タルニ一照ノ缺クル所ナキヲ以テ從犯トシテ之ヲ罰セサル可カラヌ今犯

罪實行前ニ於テスル補助ノ行爲ハ之ヲ罰ス可シトナシ而シテ其所爲ノ一歩ヲ進メタル見張番ハ之ヲ罰スルニ從犯ノ刑ヲ以テスルヲ得ストセハ刑ノ不權衡之ヨリ甚シキハナシ故ニ實際ニ於テハ此見張番ヲ罰スルニ正犯ノ刑ヲ以テセリ誠ニ已ムヲ得サルニ出ツルト雖モ法律ノ正面ヨリ觀察セハ實ニ曲解ト謂ハサルヲ得ス刑法草案ニハ單ニ正犯ヲ補助シタル者ハ從犯トストノ規定ヲ設ケタルハ草案第七十九條聊カ現行刑法ノ弊害ヲ艾除スルコトヲ得可キ歟

以上從犯ニ必要ナル條件ヲ論述セリ

現刑法ニ於テ正犯ト從犯トヲ區別ス是レ果シテ如何ナル利益アリヤ曰ク其利益三アリ

- 第一 正犯ト從犯トハ其責任ヲ異ニス 從犯ノ刑ハ正犯ノ刑ヨリ一等輕シ
- 第二 加重ノ場合ニ於テ利益アリ 正犯數人ナルトキハ或犯罪ニ付テハ刑罰ヲ加重スト雖モ正犯ト從犯トヲ併セテ二人以上ナルトキハ加重ノ例ニ從フモノニアラス例ヘハ家宅侵入罪又ハ竊盜罪ニ於テ二人以上ノ共犯アルトキ

ハ加重ノ原因ヲ成スモノナリ蓋シ犯人多數ナルトキハ其身体ニ對スル罪ト
 財産ニ對スル罪トヲ問ハス犯罪ノ實行甚容易ニシテ防禦ノ方法至テ困難ナ
 ルヲ以テ社會ノ危害ハ一人ノ犯罪ヨリ數人ノ共犯ニ於テ大ナリトノ推定ニ
 基クモノナリ然ルニ從犯ハ有形上正犯ヲ幫助シテ其犯罪ヲ容易ナラシメタ
 ル者ナルヲ以テ其人數ハ二人以上アルニ相違ナシト雖モ此犯罪タル直接ニ
 犯罪ノ構成條件ニ着手シタルモノニアラスシテ犯罪實行以前ニ於テ豫備ノ
 所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シタルニ止マリ犯罪ノ實行ニ加擔シタルモノニアラ
 ス故ニ豫備ノ所爲ハ刑法ノ罰スル所ニアラサルヲ以テ從テ社會ノ危害ヲ爲
 シタルモノニアラス唯同時ニ社會ノ危害ヲ爲シタルハ正犯者ノミニシテ刑
 法ハ決シテ從犯ヲ加ヘテ多數ト爲サ、ルコト獨リ從犯ノミナラス教唆者ヲ
 加ヘテ多數トナサ、ルト同一理由ニ出ツルモノナリ

第三 數人共犯ノ場合ニ於テ犯罪構成ノ條件ニ加擔シタルノ事實アリタルト
 キハ常ニ之ヲ罰スルコトヲ得然ルニ從犯ニ於テハ只豫備ノ所爲ヲ爲シタル
 ノミヲ以テ未タ犯罪ヲ構成スルモノニアラス必スヤ正犯ノ發生ヲ俟タサル

可カラス假令豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助スルモ若シ正犯ニシテ罪ト爲ラ
 サルモノナルトキハ從犯獨リ刑ヲ受クルコトナシ例へハ自殺罪ノ如シ
 如此正犯ト從犯トヲ區別スル三ヶノ利益アリテ其第二第三ノ利益ハ能ク之ヲ
 認ムルコトヲ得ルト雖モ其第一ノ利益ニ至リテハ之ヲ是認スルコトヲ得ルカ
 即チ正犯ノ罪ト從犯ノ罪トハ如此輕重ノ區別ヲ立テサル可カラスト爲スカ從
 犯ノ責任ハ常ニ正犯ヨリ輕カラサル可カラサルヤ

第三節 數人共犯ニ於ケル身分上ノ關係

第一款 共犯中ノ一人カ犯罪ノ責任ヲ免レタル

トキハ他ノ共犯者ニ對シテ如何ナル影響ヲ
 及ボス可キ乎

凡ソ重罪輕罪ノ所爲ニ加擔スル者ハ其正犯タルト從犯タルトヲ問ハス各人ニ
 對シテ各別ノ責任ヲ定メサル可カラス既ニ各人ニ對シテ各別ノ責任ヲ定ム可
 キモノナリトセハ共犯者中一人ノ犯罪ノ責任ヲ免ル、者アリト雖モ其無責任

ノ理由ハ他ノ共犯者ニ對シテ何等ノ影響ヲモ及ハス可キモノニアラサルコトハ多辯ヲ俟テ而シテ後ニ知ラサルナリ故ニ正犯教唆者ヲモ包含ス以下之ニ同シ)及ヒ從犯アリテ而シテ正犯獨リ犯罪ノ責ヲ免ル、モ從犯ハ其影響ヲ受クルモノニアラス又從犯ニシテ其犯罪ノ責ヲ免ル、コトアルモ正犯ハ其影響ヲ受クルモノニアラス教唆ノ場合ニ於テモ亦同シ教唆者ニシテ犯罪ノ責ヲ免ル、コトアルモ被教唆者ハ其影響ヲ受クルモノニアラス被教唆者ニシテ犯罪ノ責ヲ免ル、ノ理由アルモ教唆者ハ其影響ヲ受クルモノニアラス此原則ヲ適用スルニ付テ數個ノ場合ヲ區別シテ論究セントス

第一場合 犯罪事實ハ成立スルモ或ル原因ノ爲メニ正犯ノ責任ヲ免スル場合アリ 其原因ニシテ獨リ正犯ノミニ專屬スルトキハ教唆者從犯ハ其利益ヲ共ニス可キモノニアラス例ヘハ十六歳未滿ノ幼者若クハ精神ノ喪失者ト共ニ重罪輕罪ヲ犯シタル者アリ又ハ此等ノ者ノ重罪輕罪ヲ犯スニ付テ之カ幫助ヲ爲シタル者アリ其犯罪ノ實行ニ任シタル正犯ハ或ハ是非ノ辨別ナク或ハ精神ノ喪失シタルノ理由ヲ以テ犯罪ノ責ヲ免ル、コトアリト雖モ他ノ正

犯若クハ從犯ハ其利益ヲ受ク可キモノニアラス

論者曰ク從犯ハ正犯ノ成立スルヲ俟テ初メテ成立スル所ノ罪ナリ教唆者ノ罪ハ被教唆者ノ犯罪成立スルヲ俟テ初メテ成立スル所ノ罪ナリ然ラハ則チ今正犯其犯罪ノ責ヲ免ル、トセハ是レ既ニ正犯ナキカ故ニ正犯ヲ以テ犯罪ノ成立條件ト爲ス教唆罪又ハ從犯ノ罪ハ到底獨立シテ成立ス可キモノニアラスト此論一理ナキニアラス然レトモ教唆罪ニ付テハ暫ク之ヲ措キ從犯ニ付テ之ヲ論センニ是迄予カ研究シ來リタル所ノ原則ニ依レハ犯罪ノ事實ト犯罪ノ責任トハ之ヲ區別セサル可カラズ苟クモ人ニシテ刑法ノ禁制命令ヲ犯スノ事實アレハ如何ナル場合ニ於テモ常ニ犯罪ノ構成ヲ見サルハ無シ心神ノ健全ナル者モ精神ノ喪失者モ又是非ノ辨別ナキ者モ共ニ刑法ノ規定ニ違反シタルトキハ其違反ノ所爲ニ付テハ毫モ異ナルコトナキヲ以テ刑法ノ原則ヨリセハ犯罪ヲ構成セサルモノ一モ之アルナシ然レトモ其禁制命令ヲ犯シタル者ノ責任ヲ論スルニ付テハ均シク禁制命令ヲ犯スト雖モ或ハ刑罰ノ責ニ任セサル者アリ或ハ其實ノ減輕ヲ受クル者アリ或ハ全部ノ責ヲ免ル、

者アリ夫レ如此犯罪ノ成立ト犯罪ノ責任トハ全ク分離ス可キモノナリトセ
 ハ正犯ノ行爲ニシテ刑法ノ禁制命令ニ違反シタル者ナリセハ其行爲ハ無論
 犯罪ヲ構成ス可シ既ニ正犯ノ行爲ニシテ犯罪ヲ構成セシカ其犯罪ヲ幫助シ
 タル者ハ是レ即チ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタルモノナルヲ以テ從
 犯ノ責ヲ受クルニ付テ毫モ疑フ所ナシ其正犯カ刑罰ノ實ヲ受クルト否トハ
 敢テ之ヲ論スルノ必要ナシ刑法ハ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタル者
 トアリ然ラハ正犯ニシテ犯罪ノ行爲アリテ而シテ之ヲ幫助シ之ヲ容易ナラ
 シメシカ明カニ從犯ノ規定ニ適合スルヲ以テ從犯トシテ必ス之ヲ罰セサル
 ヲ得ス刑法ハ決シテ正犯ニシテ罰セラレタル者ヲ幫助シ云々ト言ハサルナ
 リ若シ此議論ヲシテ妥當ナラストセハ正犯ニシテ罪ヲ犯シタル後ニ死亡ス
 ルカ若クハ逃亡シテ其何人タルヤヲ知ル能ハサル場合ニ於テハ多ク從犯ヲ
 罰スルコトヲ得サルニ至ラン豈ニ如此理アラムヤ今日ト雖モ實際正犯ノ何
 人タルヲ知ラサルモ又正犯ハ死亡スルモ苟モ正犯ノ事實アリタルトキハ從
 犯トシテ之ヲ罰スルコトヲ妨ケサルハ一般論者ノ是認スル所ナリ此二場合

ニ於テハ正犯ニ對シテ刑罰ヲ科スルコトヲ爲サ、ルモ尙ホ克ク從犯ヲ構成
 スルモノトシテ而シテ正犯ノ身分上ノ原因ニ因テ以テ犯罪ノ責ヲ免ル、場
 合ニ於テハ何故從犯ハ從犯ノ刑ヲ免ル、モノナリト爲スカ反對論者ノ説ハ
 未タ條理ニ適フタルモノナリト謂フ可カラス余ノ論理ニ從フトキハ死亡若
 クハ逃亡ニ因リ正犯ハ何等ノ刑罰ヲ受クルコトナシト雖モ正犯ノ行爲カ犯
 罪タル以上ハ之ヲ幫助シ其犯罪ヲ容易ナラシメタル者ハ從犯ヲ構成スルニ
 於テ毫末ノ疑義ヲ挾ム所ナシ從テ又正犯カ是非ノ辨別ナキ十六歲未滿若ク
 ハ精神ノ喪失者ナリト雖モ等シク之ヲ幫助シ其犯罪ヲ容易ナラシメタル者
 ハ從犯トシテ其責ヲ免ル、コトヲ得サルナリ
 教唆者ニ付テハ少シク困難ヲ感スル所アリ上來屢々論述セシカ如ク教唆罪
 ハ教唆者ニ於テ犯罪ノ意思ヲ以テ之ヲ被教唆者ニ注入シ被教唆者ヲシテ其
 意思ヲ實行セシムルノ罪ナリ故ニ教唆者ノ意思ト被教唆者ノ意思ト相投合
 シテ而シテ被教唆者カ其犯罪ノ事實ヲ行フテ而シテ初メテ教唆罪ヲ構成ス
 既ニ教唆者ノ犯意ヲ以テ之ヲ被教唆者ニ注入シ被教唆者ハ教唆者ノ犯意ヲ

繼承シテ而シテ罪ヲ犯スコトヲ要ストセハ被教唆者ハ常ニ罪ヲ犯スノ能力ヲ有セサレハ教唆罪ノ成立ヲ見ルコトナキカ如此被教唆者ハ自ラ犯意ヲ起シテ自ラ犯罪ヲ行フノ能力ヲ有セサル可カラストセハ被教唆者カ犯罪ノ責任ヲ免ル、場合ハ殆ソト其實例ヲ見ルニ苦ム然レトモ余ハ全ク其例ナキヲ信セス例ヘハ被教唆者ハ滿十七歳ノ者ニシテ是非ノ辨別アリ犯罪ノ能力アル者ナリ教唆者ハ此少年ヲ教唆シテ他人ノ家屋ニ放火ヲ爲サシメタリ此場合ニ於テ若シ裁判所ニシテ事實ノ認定ヲ誤ラサシメハ被教唆者ハ無論其責ニ任セサル可カラス然ルニ裁判所ハ如何ナル錯誤アリテカ其少年ヲ十六歳未滿ニシテ且ツ是非ノ辨別ナキ者トシテ無罪ノ判決ヲ爲シタリ又例之ハ被教唆者ハ精神健全ナル者ナリ教唆者ハ之ヲ教唆スルニ人ヲ殺サンコトヲ以テス被教唆者ハ能ク教唆者ノ意思ヲ繼承シテ以テ其殺人罪ヲ遂ゲタリ此場合ニ於テ裁判所ハ其事實ノ認定ヲ誤ルコトナカリセハ之ヲ殺人罪トシテ處罰セサル可カラス然ルニ裁判所ハ此犯人ヲ以テ精神ノ喪失者ナリトシテ終ニ無罪ノ言渡ヲ爲シタリ此二例ノ場合ニ於テ其裁判ハ共ニ確定シタ

リ然ルニ後日ニ至リ十六歳未滿ナリトシテ無罪ノ裁判ヲ爲セシ者ハ滿十七歳ニシテ是非ノ辨別アル者ナルコトヲ知リ鑑定人ノ鑑定ニヨリ精神喪失者トシテ裁判セシ者モ亦全ク精神健全ナル者ニシテ其鑑定ノ誤レルコトヲ發見シタリ故ニ此等ノ場合ニ於テハ誠ニ能ク裁判ノ錯誤アルコト確實ニシテ到底不正ノ裁判タルヲ免レス從テ之カ救濟ノ道ヲ講セサル可カラスト雖モ我刑事訴訟法上之カ救濟ノ道ナシ即チ非常上告若クハ再審ヲ以テスルモ之ヲ破ルノ道ナキナリ非常上告若クハ再審ハ何レモ被告人ノ利益ノ爲メニノミ之ヲ爲スヲ得可キモノニシテ決シテ被告人ノ不利益ノ爲メニ之ヲ爲スヲ得可キモノニアラサレハナリ如此場合ニ於テ教唆者ハ果シテ如何ナル責任ヲ負フ可キ歟被教唆者ハ裁判所ノ錯誤ノ爲メニ終ニ無罪ノ判決ヲ受クルニ至リシト雖モ其爲シタル行爲ハ實ニ犯罪行爲ナリ而シテ被教唆者ハ教唆者ノ犯意ヲ繼承シテ其罪ヲ犯シタルモノナリトセハ誠ニ能ク教唆罪ノ定義ニ適合スルモノナリ即チ被教唆者ハ刑法ノ禁制命令ヲ犯スノ意思ヲ以テ之ヲ犯シタル者ニシテ教唆者ハ之ヲ犯サシメタル者ナリ刑法ハ人ヲ教唆シテ重

罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ云々トアルヲ以テ苟クモ教唆者ニシテ重罪輕罪ノ事實ヲ犯サシメタルトキハ其責ニ任ス可キハ毫モ疑ヲ容レス從テ其重罪輕罪ヲ犯シタルモノハ刑罰ヲ受クルト受ケサルトヲ問フノ必要ナシ試ニ一歩ヲ進メ若シ被教唆者カ其刑罰ヲ受クルニ先チ或ハ死亡シ又ハ逃亡シテ其何人タルヲ知ルニ由ナシト假定セシカ此場合ニ被教唆者ハ重罪輕罪ヲ犯シタルコト明瞭ナルトキハ教唆者ヲ罰スルニ於テ何等ノ疑アルコトナシ(從犯ト教唆者トハ同一論法ニ出ツト雖モ而モ兩者ノ定義ニ付テ異ナル所アルヲ以テ自ラ區別スルノ要アルナリ)

以上ノ議論ハ余ノ妄斷ニ出ツルニ非ス實ニ刑法ノ明文ニ據ルモノナリ第六條及ヒ第一百十條第二項ノ規定即チ是ナリ第六條ニ曰ク正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キトキハ他ノ正犯從犯及ヒ教唆者ニ及ホスコトヲ得スト茲ニ注意ス可キハ加重ノ文字ナリ本條ニハ單ニ加重ノ場合ノミヲ規定シ減輕若クハ無罪ノ場合ヲ規定セサルヲ以テ世ノ學者往々之ヲ解シテ正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ加重ス可キ場合ニ限り此原則ヲ適用ス可ク決シテ其反對ノ

場合即チ減輕若クハ無罪ノ場合ニ於テ之ヲ及ホスヲ得サルナリト論スル者アリ然レトモ是レ甚シク文字ニ拘泥シタルノ議論ニシテ未タ刑法ノ精神ヲ穿チタルモノト謂フヲ得ス少シク第六條ノ旨意ヲ考究スル時ハ大ニ其偏見タルヲ了得ス可シ固ヨリ本條ノ規定ハ完璧ナリト謂フニ非スト雖モ聊カ以テ解釋上ノ補缺ヲ爲スニ足ルモノアリ即チ本條ノ旨趣ハ共犯人ノ一身ニ專屬スル條件ハ他ノ共犯人ニ於テ之ヲ共受セストノ意ニ外ナラス故ニ共犯者中ノ一人カ其身上ニ重キ刑ヲ受ケサル可カラサル條件ヲ具備スルモ其條件ハ其人ニ專屬スルヲ以テ他人ハ之ニ關セサルナリ夫レ如此共犯者中ノ一人ノ身上ニ專屬スル加重ノ條件カ他ノ共犯者ニ及ホサルハ共犯人ノ一身ニ專屬スル條件ハ單ニ其人ニ止マリ敢テ他ニ及ホスヲ得サルカ故ナリトセハ是レ豈ニ加重ノ場合ニ於テノミ然リト謂フノ理アラムヤ必ヤ共犯者中一人ノ身上ニ專屬スル減輕ノ場合ニ於テモ亦他ノ共犯者ニ及ホス可キ道理ナシ故ニ共犯人ノ一身ニ專屬スル加重ノ條件カ他ニ及ホサストノ原則ハ偶ニ以テ其反對ノ場合即チ無罪又ハ減輕ノ場合ニ於テモ亦他ニ及ホスコト無シ

ト解スルコトヲ得可シ殊ニ第一百十條第二項ハ是レ從犯ノ規定ナリト雖モ亦之ヲ照合シ以テ立論ノ根據トナスコトヲ得第百十條第二項ニ曰ク「正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減免ス可キ時ト雖モ從犯ノ刑ハ其輕キニ從テ減免スルコトヲ得スト而シテ其第一項ニ曰ク身分ニ因リ刑ヲ加重ス可キ者從犯ト爲ルトキハ其重キニ從テ一等ヲ減スト規定ス是レ即チ本條ヲ引證スル所以ニシテ第百六條ト對照セハ思ヒ半ハニ過キン論者或ハ曰ハン第百十條ハ特ニ從犯ノ爲メニ設ケタル規則ナリ故ニ之ヲ以テ教唆者ニ適用スルハ非ナリト然レトモ犯罪ノ責任ヲ定ムルニ付特別ノ理由アルニ非スシテ從犯ト教唆者ニ適用ス可キ原則ヲ二三ニスルノ理アラシヤ

第二場合 正犯ノ犯罪成立スルトキハ假令其正犯ニ對シテ公訴ノ執行ヲハ停止スルモ從犯又ハ教唆者ニ對シテ毫厘モ其影響ヲ及ホスコト無シ例ヘハ正犯ハ犯罪後ニ失踪シテ其何人タルヲ知ル能ハサルコトアリ於此乎犯人ノ何人タルヲ知ルニ至ル間之ニ對シテ公訴權ノ執行ヲ中止シタリ然ルニ此正犯ヲ教唆シ又ハ幫助シタル者ノ何人タルヲ知り且ツ其事實明確ナルトキハ此

教唆者若クハ從犯ニ對シテ公訴ヲ提起スルコトヲ得可ク又正犯死亡シタルトキモ亦同シ正犯ノ死亡ハ正犯ノ公訴權消滅ノ一原因ナリト雖モ決シテ教唆者若クハ從犯ノ公訴權ヲ消滅セシム可キモノニアラス然レトモ親告罪ニ關シテハ少シク區別シテ論セサル可カラス抑親告罪ハ被害者又ハ親屬ノ告訴ヲ俟ツニアラサレハ檢事ニ於テ之カ公訴ヲ提起スルヲ得サル犯罪ナリ即チ被害者又ハ親屬ノ告訴ハ此種ノ犯罪ニ付キ公訴提起ノ必要條件ト爲ルモノニシテ寧ロ犯罪成立ノ必要條件ト謂フモ敢テ不可ナカルヘシ例ヘハ有夫姦罪又ハ誹毀罪ノ如キ此等ノ犯罪ハ其犯罪タル可キ事實アリト雖モ檢事ハ直ニ之ヲ探テ以テ公訴ヲ提起スルヲ得ストスルトキハ法律ハ告訴ナキ限りハ此等ノ事實ヲ以テ犯罪ト看做サ、ルニ似タリト謂フモ敢テ曲解ニアラサル可シ然ラハ親告罪ニ付テ公訴權ノ停止ハ犯人ノ身分ニ原因スルモノニアラスシテ實ニ犯罪ノ事實ニ原因スルモノナリ故ニ正犯ニ對スル公訴ノ提起アラサル間ハ縱令身分上ノ關係ナキ教唆者若クハ從犯ニ對シテモ亦分離シテ之カ公訴ヲ提起スルコトヲ得ス蓋シ親告罪以外ノ犯罪

ニ付テハ公訴權ノ停止ハ正犯其人ニ專屬スルカ故ニ他ノ教唆者若クハ從犯ニ對シテハ何等ノ影響ヲ及ホス可キモノニアラスト雖モ親告罪ニ付テハ公訴權ノ停止ハ正犯ノ身上ニ專屬スルモノニアラスト其犯罪事實ニ附着スルモノナルヲ以テ正犯ニ對スル公訴起ラサル以上ハ從犯若クハ教唆者ニ對シテモ亦公訴ヲ提起スルコトヲ得サルナリ

親屬間ノ竊盜ニ付テハ刑法第三百七十七條ノ規定アリ其第一項ニ曰ク「祖父母、父母、夫妻、子孫及ヒ其配偶者又ハ同居ノ兄弟姊妹互ニ其財物ヲ竊取シタル者ハ竊盜ヲ以テ論スルノ限ニアラスト故ニ親屬間ノ竊盜ハ竊盜罪ニ非スト斷言スルコトヲ得可シ然ルニ親屬ト親屬ニアラサル者ト共謀シテ竊盜ヲ爲ス場合アリ既ニ親屬間ノ竊盜ヲ以テ犯罪ヲ構成セストスルトキハ親屬ニアラアル共犯人モ亦其責ニ任スルノ理由ナシト謂ハサル可カラス何トナレハ親屬間ノ竊盜ハ竊盜ヲ以テ論スルノ限ニアラストセハ刑法ハ親屬間ニ於ケル竊盜ノ事實ヲ以テ犯罪ニアラスト爲スカ故ニ之ニ加擔シタル他ノ共犯人モ亦犯罪ニアラサル行爲ニ加擔シタルニ過キス從テ何等ノ責ニモ任セサル

可シト言フニ至ル於此乎刑法ハ一ノ制限ヲ設ケタリ同條第二項ノ規定即チ是ナリ曰ク「若シ他人共ニ犯シテ財物ヲ分チタル者ハ竊盜ヲ以テ論ス」ト蓋シ親屬間ノ竊盜ハ竊盜ヲ以テ論セスト雖モ他人カ其竊盜ヲ共ニシテ贓物ノ分配ヲ受ケタルトキハ其他人ハ竊盜ヲ以テ論ス可シト謂フニアリ然ラハ則チ反對論理ニ因リ本條第二項ノ規則ヲ解釋スルトキハ若シ他人共ニ犯シテ其贓物ヲ分チタルトキハ竊盜ヲ以テ論スルノ限ニアラスト謂ハサル可カラス之ヲ換言スレハ同條第二項ノ規定アルカ爲ニ親屬ニ非サルノ共犯者ハ現實ニ之ヲ犯スト雖モ唯其贓物ノ分配ヲ受ケタルトキハ竊盜ヲ以テ論スルヲ得サルカ如シ果シテ親屬ニアラサル他人カ親屬ト共ニ竊盜ヲ犯シ其贓物ヲ分チタルトキハ其犯人ハ竊盜ヲ以テ論スルヲ得サル歟本問題ヲ決スルニハ宜シク先ツ親屬間ノ竊盜ヲ以テ竊盜ト爲サルノ理由ニ付キ之カ研究ヲ爲サル可カラス

抑、刑法カ親屬間ノ竊盜ヲ以テ竊盜罪ト爲サスト規定シタルハ親屬間ノ竊盜ノ事實ハ刑法上ノ竊盜ト爲ラサルニ因ルカ將タ又事實ハ竊盜ト爲ル可キモ

親屬ノ身分アルカ故ニ刑法ハ特ニ之ヲ處罰スルヲ欲セスシテ然ルカ之ヲ換言スレハ親屬間ノ竊盜ヲ以テ不論罪トナスノ理由ハ犯罪ノ事實ニ附着スルモノナルカ將タ犯人ノ身分ニ附着スルモノナルカ一タヒ此先決問題ヲ決定セハ第三百七十七條第二項ノ疑義ハ立ロニ氷解スルニ至ル可シ

余ハ本條ニ於テ竊盜ヲ以テ論スルノ限ニアラスト規定シタルハ是レ竊盜ノ事實ヲ以テ目ス可キニアラスト爲シタルニアラストシテ親屬間身分上ノ關係ニ因テ以テ特ニ其責任ヲ免除シタルニ過キスト信ス何ヲ以テ之ヲ謂フ曰ク第三百六十六條ノ規定ヲ以テ之ヲ謂フナリ第三百六十六條ニ曰ク人ノ所有物ヲ竊取シタル者ハ竊盜ノ罪ト爲シ……ト是レ本條竊盜罪ノ原則ヲ示シタルモノニシテ竊盜罪ハ他人ノ所有物ヲ竊取スルニ依リ成立スト言フニアリ故ニ親屬間ト雖モ自己以外ノ物件即チ他親屬ノ所有物ヲ竊取シタル者ハ是レ他人ノ所有物ヲ竊取シタルノ事實アルヲ以テ能ク竊盜罪ノ定義ニ適合スルナリ夫婦財產共通ノ場合ハ暫ク之ヲ措キ親屬間ト雖モ各自ノ所有物相定マリテ而シテ互ニ之ヲ犯シタルトキハ所有權ノ侵害ナシト謂フ可カラ

ス既ニ所有權ノ侵害アリトセハ其事實竊盜ノ本質ヲ具備スルヤ明カナリ然ルニ刑法ハ特ニ第三百七十七條ヲ設ケ其事實ヲ罰スルニ竊盜罪ヲ以テス可カラスト爲ス是レ事實其モノヲ以テ竊盜ニアラスト爲スノ謂ヒナランヤ只親屬間ニ在リテハ竊盜ノ事實アルモ之ニ科スルニ竊盜ノ責任ヲ以テセスト謂フニ過キサルナリ若シ刑法ニ於テ親屬間ノ竊盜ヲ以テ之ヲ竊盜ナリトシテ論スルトキハ其親屬中ニ加害者及ヒ被害者ノ二分子併立シテ而シテ加害者ハ刑罰ノ制裁ヲ蒙リ自ラ其非ヲ改ムルコトヲ爲サスシテ反テ深ク被害者ノ告訴セシヲ恨ミト爲シ互ニ反目シテ以テ遂ニ一家ノ平和ヲ保ツコト能ハサルニ至ル可シ一家ニシテ其平和ヲ保ツコト能ハサランカ獨リ所有權ノ侵害ヲ防禦スルモ何ノ益カ之レ有ラン夫レ刑法ハ一國一家ノ治安ヲ維持センカ爲メニ之ヲ設クルモノナリ親屬間ノ竊盜ヲ罰シテ而シテ却テ其平和ヲ破ル豈ニ刑法ノ本旨ナランヤ故ニ刑法ハ一家ノ平和ヲ保タンカ爲メ寧ロ親屬間ノ竊盜ヲ論セサルノ勝レルニ若カスト爲シ如此規定ヲ設ケタル所以ナリ故ニ曰ク本條ノ規定ハ其罪ヲ論セサルニアラストシテ唯其責任ヲ免除シタル

ニ過キサルナリト

本條ノ解釋ハ徒ニ法理ノ研究ノミニアラヌ其影響實ニ大ナルモノアリ若シ親屬間ノ竊盜ヲ以テ事實上竊盜ニ非ラストセハ財物ヲ分タサル親屬以外ノ共犯人ハ竊盜罪ノ責メニ任セサルノミナラス其教唆者又ハ從犯モ亦毫末ノ制裁ヲ受ケサル可シ之ニ反シテ身分上竊盜ノ罪ヲ科セサルニ過キストセンカ親屬以外ノ共犯人ハ其財物ヲ分チタルト否トニ拘ハラヌ必ス竊盜罪ノ制裁ヲ受ケサル可カラス其教唆者從犯ニ於テモ亦然リトス是レ本條ノ解釋ヲ異ニスルヨリ生スル所ノ結果ナリ

余ヲ以テ之ヲ觀レハ第三百七十七條ニ規定スル親屬間ノ竊盜ハ是レ事實上ノ不論罪ニ非スシテ身分上ノ不論罪ナリ故ニ親屬以外ノ共犯人ハ其責ヲ免ル、コトヲ得ルモノニアラス而シテ其財物ヲ分ツト分タサルトハ措テ問フ所ニ非サルナリ若シ財物ヲ分タンカ本條第二項ヲ以テ之ヲ論ス可ク若シ物ヲ分タサランカ竊盜罪ノ原則第三百六十六條ヲ以テ之ヲ論ス可シ論者或ハ曰ハン子ノ論スル所ノ如クセハ第三百七十七條第二項ノ規定ハ全ク無用ノ

長物ヲラント余ハ固ヨリ本條第二項ノ規定ハ毫モ其必要ノ理由ナキヲ信ス然レトモ此規定ハ只無用ノ長物ナリト言フニ過キヌシテ未タ以テ竊盜罪ノ原則タル第三百六十六條ノ適用ヲ妨クルモノニ非サルナリ之ヲ換言スレハ第三百七十七條第二項ノ規定ハ其意義ニ於テ第三百六十六條ノ適用ヲ禁止シタルモノニ非サルナリ蓋シ第三百六十六條ハ一般ノ竊盜ヲ罰スルノ大原則ナリ若シ此原則ノ適用ヲ禁セント欲セハ必ス明文ノ例外法ヲ設ケサル可カラス然ルニ第三百七十七條ハ其例外規定ニ屬スト雖モ未タ曾テ財物ヲ分タサル場合ニ付キ一言ノ規定ヲ設ケス然ラハ則チ其規定ナキ場合ニ於テ原則ノ適用ヲ爲スハ固ヨリ當然ニシテ別ニ怪シムニ足ラサルナリ

第三場合 共犯人中自首免刑ノ利益ヲ受クル者アリト雖モ自首ヲ爲サ、ル他ノ共犯人ハ其利益ヲ共受ス可キモノニアラス例之ハ國事犯ノ豫備若クハ陰謀又ハ偽證罪ノ場合ニ於テ共犯人中一人ノ自首免刑ヲ受クコトアルモ其利益第百二十六條第百二十六條ハ之ヲ他ノ共犯人ニ及ホスコトヲ得ス之ヲ要スルニ犯罪行為全ク成立セサルトキハ共犯者中一人ニ對スル無責任ノ

原因ハ他ノ總テノ共犯人ニ對シテモ亦無責任ノ原因トナル可シト雖モ之ニ反シ犯罪行為全ク成立スルトキハ假令其犯罪行為ニ關係スル一人ニ於テ身分上ノ原因ノ爲メ無責任ノ利益ヲ受クルコトアルモ其身分ヲ有セサル他ノ共犯人ニ於テハ其利益ヲ共ニス可キモノニアラサルナリ

尙ホ終ニ臨テ論究ス可キ一問題アリ即チ數人同時ニ訴ヲ受ケ其内二三者無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ受ケタルトキハ他ノ共犯者ハ其利益ヲ援用スルコトヲ得ル歟此ノ問題ヲ決スルニ付テハ左ノ數個ノ場合ヲ區別セサル可カラス

(一) 共犯者中ノ一人又ハ數人ニ對シテ言渡シタル免訴又ハ無罪ノ判決ハ其他ノ共犯者ニモ影響ヲ及ホスモノニシテ即チ犯罪事實成立セストノ裁判ヲ爲シタルトキハ其事實ニ牽聯スル總テノ共犯人ハ皆同一ノ結果ヲ得サル可カラス

(二) 犯罪行為ノ成立ハ確實ナリト雖モ之レニ牽聯スル二三ノ共犯人ハ果シテ其犯罪行為ニ關係ヲ有スルヤ否ヤニ付キ證據不十分ナルカ爲メニ終ニ免訴又ハ無罪ノ言渡ヲ受ケタルトキハ其證據十分ナル他ノ共犯人ニ對シテ何等

ノ影響ヲモ及ホス可キモノニアラス

(三) 大赦ニ因テ無罪ノ裁判ヲ爲シタルトキハ大赦ノ效力ハ其犯罪事實ノ不成立ト同一ナルヲ以テ他ノ共犯人モ亦其裁判ノ利益ヲ援用スルコトヲ得可ク若シ又時効ノ原因ニ由リ無罪ノ裁判ヲ受ケタルトキハ此時効ノ利益ヲ同フスル他ノ共犯人モ亦其利益ヲ共ニセサル可カラス

第一款 共犯人中加重若クハ減輕ノ理由ヲ有スル者アルトキハ其他ノ共犯人ニ對シテ如何ナル影響ヲ及ホス可キ乎

先ツ加重ノ場合ト減輕ノ場合トヲ區別シテ論セントス

第一 加重ノ場合 加重ノ原因ニニアリ前屢論セシ如ク或ハ犯罪事實ニ附着スルモノアリ或ハ犯人ノ身上ニ附着スルモノアリ加重ノ原因犯罪ノ事實ニ附着スルトキハ其原因ハ總テノ共犯人ニ對シテ同一ノ影響ヲ及ホス可キモノナリ之ヲ換言スレハ犯罪ノ事實上ニ於テ加重ス可キノ情狀アルトキハ此情狀ヲ共ニシタル總テノ共犯人ハ一般ニ其加重ノ責任ヲ受ケサル可カラス

刑法第六六條ニ曰ク正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キトキハ他ノ正犯
 從犯及ヒ教唆者ニ及ホスコトヲ得スト因是觀之犯罪ノ事實ニ附着スルニ因
 リ別ニ刑ヲ加重ス可キトキハ則チ本條ノ正反對ノ場合ナルヲ以テ其結果他
 ノ正犯從犯及ヒ教唆者ニ及ホスコトヲ得可キハ多辯ヲ俟タサルナリ例之ハ
 數人共謀シテ三十日間人ヲ監禁シタリ凡ソ監禁罪ハ監禁ノ日數十日ヲ過ク
 ル毎ニ一等ヲ加フルヲ以テ第三百二十三條三十日間ノ監禁ヲ爲シタル所爲
 ハ三等ノ加重ヲ爲サ、ル可カラス此ノ三等ノ加重ハ全ク犯罪ノ事實ニ附着
 スルモノナルヲ以テ其共犯者ハ皆監禁ノ日數ニ相當スル責ニ任セサル可カ
 ラス然ルニ若シ加重ノ情狀ニシテ其犯人ノ身上ニ附着スルモノナリセハ共
 犯者一二人ニ對シテ科スル加重ノ責任ハ他ノ共犯者ニ對シテ其影響ヲ及ホ
 スコトヲ得サルナリ是レ明カニ第六六條ノ規定スル所ニシテ別ニ疑義ノ存
 スル所ナシ而シテ正犯ノ身分ニ附着スル加重ノ情狀ニ二ノ區別アリ即チ加
 重ノ情狀ハ全ク犯罪行為ニ關係ナクシテ單ニ其犯人ノ一身ニ專屬スル場合
 アリ例ヘハ再犯ノ場合ニ於ケルカ如シ共犯者中再犯者アルトキハ其再犯者

ニ對シテハ加重ノ責任アリト雖モ他ノ共犯人タル初犯者ハ毫モ其影響ヲ蒙
 ムル可キモノニアラス或ハ加重ノ情狀ハ全ク犯人ノ資格ヨリ發生スル場合
 アリ此場合ニ在リテモ其資格ヲ有セサル他ノ共犯者ハ決シテ其加重ノ責ヲ
 共受ス可キモノニ非サルナリ例之ハ子タルノ身分ヲ有スル者ト子ニアラサ
 ル者ト共謀シテ其親ヲ殺ストキハ其子ニ付テハ子タル身分ヲ有スルノ理由
 ニ基キ故殺ト謀殺トニ拘ラス死刑ニ處セラル可シト雖モ子ニアラサル他ノ
 共犯者ハ故殺ト謀殺トニ從ヒ無期徒刑若クハ死刑ヲ受ケ其子タル者ノ資格
 ニ伴フ責任ヲ共受ス可キモノニアラサルナリ
 此資格問題ニ付テハ許多ノ疑義ヲ生ス可シ即チ官吏ト官吏ニアラサル者ト
 共謀シテ其官吏カ官ヨリ委託ヲ受ケタル金穀物件ヲ使用シタリ此場合ニ於
 テ官吏ハ監守盜ノ責ニ任セサル可カラスト雖モ官吏ニアラサル共謀者ハ決
 シテ監守盜ノ責ニ任ス可キモノニアラス然ラハ官吏ニアラサル者ハ果シテ
 如何ナル罪ニ問擬セラル可キ歟果シテ如何ナル責任アル可キ歟今此問題ヲ
 決定セント欲セハ須ラク先ツ共謀ノ委託物費消費ヲ研究スルコトヲ要ス茲

ニ他人ヨリ物品ノ委託ヲ受ケタル者ト委託ヲ受ケサル者ト共謀シテ其委託物ヲ費消シタル者アリ委託ヲ受ケタル者ハ固ヨリ委託物費消罪ヲ以テ罰セラル可シト雖モ其委託ヲ受ケサル共謀者ハ同罪ヲ以テ論セラル可カラサルカ如シ若シ委託ヲ受ケサル者モ委託ヲ受ケタル者ト等シク委託物費消罪ノ刑ヲ受ク可シトセハ監守盜ノ場合ニ於テモ官吏ニアラサル共謀者ハ監守盜ニ處セラレストスルモ少クモ普通ノ委託物費消罪ニハ處セラレサル可ラス若シ之ニ反シ委託ヲ受ケサル者ハ假令委託ヲ受ケタル者ト共謀シテ其委託物ヲ費消スルモ何等ノ責ナシトセハ監守盜ノ場合ニ於テ監守盜ニ處セラレサルハ勿論普通ノ委託物費消罪ノ責ヲモ受ク可キモノニアラサルナリ果シテ委託物費消罪ノ場合ニ於テ委託ヲ受ケタル者ト委託ヲ受ケサル者ト共謀シテ其委託物ヲ費消シタルトキハ二人ノ者共ニ委託物費消罪ノ責ヲ受ケサル可カラサル歟是レ先決問題ナリ

第三百九十五條ニ曰ク「受寄ノ財物借用物又ハ典物其他委託ヲ受ケタル金額物件ヲ費消シタル者……トアリ本條ニ付テ之ヲ觀レハ委託物費

消罪ヲ構成スルニハ二ケノ條件ヲ要スルカ如シ即チ(第一)物件ノ委託ヲ受ケタルコト(第二)其物件ヲ費消スルコト即チ是ナリ今物件ノ委託ヲ受ケサル者カ其物件ヲ費消スルモ是レ第一條件ヲ欠缺スルヲ以テ到底本罪ヲ構成スルモノニアラス若シ委託ヲ受ケサル者ニシテ受寄者ト共謀シテ其委託物ヲ費消スルモ其責任ナシトセハ官吏ト官吏ニアラサル者ト共謀シテ監守盜ヲ爲ス場合ニ於テモ其官吏ノ身分ヲ有セサル普通人ハ刑法上何等ノ責任ヲ受クルコトナシト論斷セサルヲ得ス若シ論者ニシテ此論結ハ不當ナリ委託物費消罪ヲ構成スルニハ決シテ受寄者ト受寄者ニアラサル者トヲ區別ス可キニ非ス監守盜ノ場合ニ於テモ亦然リトセハ夫ノ收賄罪ノ場合ニ於テモ亦官吏ニ非ラサル者カ官吏ト共同シテ收賄ヲ爲シタルトキハ共ニ收賄罪ヲ以テ罰セサル可カラサルニ至ル然レトモ收賄罪ハ官吏ニ專屬スル罪ニシテ官吏ニアラサル者カ收賄ヲ爲スモ其犯罪ヲ構成セサルコトハ何人モ非難セサル定論ナリ然ルニ論者ハ收賄罪ニ付テハ非官吏ヲ罰セストナシ而シテ委託物費消ノ場合ニ在リテ獨リ受寄者ニアラサル者ヲ罰セントス何ソ夫レ牴觸ノ甚

シキヤ故ニ余ハ斷シテ曰ク委託ヲ受ケサル者ハ費消罪ヲ犯スノ資格ヲ有ス可キモノニ非サルナリト但シ如斯場合ニ於テ其受寄者ニアラサル者ヲ罰セスト爲スハ立法上決シテ美法ナリト謂フ可キニアラサルナリ是レ現刑法ノ欠典ニシテ解釋ヲ以テ補充ス可キ限リニ非ラサルナリ改正刑法草案ニ於テハ此欠典ヲ補ヒ稍完璧ヲ期セリ草案第八十三條第一項ニ曰ク「犯人ノ身分ニ因リ構成ス可キ罪ヲ共ニ犯シタルトキハ其身分ナキ者ト雖モ仍ホ共犯トス」ト故ニ其身分ナキ者單獨ニテ此等ノ罪ヲ犯シタルトキハ犯罪ヲ構成セスト雖モ資格アル者ト共謀シテ犯シタルトキハ之ヲ罰スルコトヲ得ルナリ又實際ニ於テモ共謀ノ事實アル以上ハ犯罪者トシテ之ヲ罰スルノ判決例アリ

第二 減輕ノ場合 此場合モ亦第一場合ノ如ク犯罪事實ニ附着スル場合ト身上ニ附着スル場合トヲ區別セサル可カラズ其犯罪事實ニ附着スル場合ハ減輕ノ利益ヲ以テ總テノ共犯人ニ及ホス可シ例之ヘハ晝間人ノ邸宅ニ侵入スル者ヲ防衛センカ爲メ數人共謀シテ其侵入者ヲ傷害シタリ此場合ニ於テ其共犯者ノ數人ハ悉皆第三百十二條ニ規定スル宥恕ノ利益ヲ受クルモノナリ

之ニ反シ其減輕ノ理由犯人ノ身上ニ附着スルトキハ他ノ共犯人少クモ從犯人ニ對シテ何等ノ影響ヲ及ハス可キモノニアラス又自首減輕ノ場合ニ於テモ同一ナリ是レ前既ニ詳説セシ所ナルヲ以テ今茲ニ反覆セス

今ヤ共犯ノ説明ヲ終ルニ臨ミ尙ホ研究ヲ要ス可キモノアリ第百八條ノ規定即チ是ナリ同條ニ曰ク「事ヲ指定シテ犯罪ヲ教唆スルニ當リ犯人教唆ニ乘シ其指定シタル以外ノ罪ヲ犯シ又ハ其現ニ行フ所ノ方法教唆者ノ指示シタル所ト異ナル時ハ左ノ例ニ照シテ教唆者ヲ處斷ス(一)所犯教唆シタル罪ヨリ重キ時ハ止タ其指定シタル罪ニ從テ刑ヲ科ス(二)所犯教唆シタル罪ヨリ輕キ時ハ現ニ行フ所ノ罪ニ從テ刑ヲ科ス」ト本條ハ教唆者ト被教唆者ノ間意思ノ一致ヲ欠キタル場合ニ於テ教唆者ノ責任ヲ定メンカ爲メニ設ケタル規則ナリ此規定ニ因テ之ヲ觀レハ教唆者ハ其意思以外ノ所爲ニ付テハ輕キ責任ヲ受クヘシト雖モ決シテ重キ責任ヲ負フコトナシト謂フヲ得可シ被教唆者ニ於テ教唆者カ教唆シタル罪ヨリ重キ罪ヲ犯シタルトキハ教唆者ハ只其教唆セシ犯罪ノ責任ヲ受クルニ止マリ被教唆者ノ實行セシ重キ犯罪ノ刑ヲ科セラル、コトナシ例之ハ教唆

者ハ輕罪ヲ犯サシムルノ意思ヲ以テ之ヲ教唆シタリ然ルニ被教唆者ニシテ重罪ヲ犯シタリトセンニ被教唆者ノ犯シタル重罪ハ是レ教唆者カ犯サシメント欲セシ意思以外ノ犯罪ナレハ假令其重罪ハ教唆ニ原因スト言フト雖モ教唆者ハ其重罪ノ責メニ任スルモノニ非サルナリ第七十七條ニ曰ク罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ之ヲ罰セスト若シ又被教唆者ニシテ教唆ノ目的ヨリ輕キ罪ヲ犯シタルトキハ教唆者ハ被教唆者カ現ニ犯シタル罪ニ付テ其責任ヲ受クル而已是レ教唆罪ハ教唆ニ因テ以テ被教唆者カ犯罪ヲ實行シタル後ニ非サレハ成立スルコト能ハサル犯罪ナルヲ以テ只重罪又ハ輕罪ヲ犯スコトヲ教唆シタルノ事實ハ僅カニ教唆ノ意思ヲ表白シタルニ過キスシテ未タ以テ犯罪アリト謂フヲ得ス故ニ教唆者ハ重罪ヲ教唆シタルモ被教唆者ニ於テ輕罪ヲ犯シタルトキハ其重キ部分ニ付テハ全ク實行ナキニ均シキヲ以テ教唆者ハ只實行アリタル輕キ刑ノ責任ヲ受クルノミ之ヲ要スルニ本條ノ規定ハ第七十七條ノ適用ニ過キサルカ故ニ假令本條ノ規定ナシト雖モ教唆者ノ責任ヲ定ムルニ於テ毫モ困難ヲ感スル所ナキナリ

本條ノ前段ニ付テハ大ニ疑義アリ世ノ論者之ヲ知ラスシテ輕々ニ看過スル者多シ今余ノ信スル所ヲ擧ケ之カ説明ヲ爲ス可シ本條ニ於テ事ヲ指定シテ犯罪ヲ教唆スル云々トアリ此事ノ字ハ犯罪事實即チ下文ニ所謂指定シタル犯罪ト指示シタル方法トヲ併セ指シタル言ナリ指定シタル犯罪トハ教唆者カ被教唆者ヲシテ犯サシメントシタル犯罪行爲ヲ謂フ然レトモ許多ノ場合ニ於テ教唆者カ犯罪ノ教唆ヲ爲スヤ必ス刑法第何條ニ規定スル何罪ヲ犯セト言フニアララスシテ只刑法ノ禁制命令ニ違反スル或種ノ行爲ヲ爲セヨト言フニアリ人ヲ殺セ人ノ財物ヲ取レト言フカ如シ故ニ指定シタル犯罪中ニハ其行爲ノ程度全ク一定シタルモノアリ又一一定セサルモノアリ

(二) 若シ行爲ノ程度一定シタル場合ニ於テ被教唆者ハ其程度ヲ超ヘテ而シテ犯罪ヲ行フタルトキハ即チ所謂ル指定シタル以外ノ罪ヲ犯シタル場合ナリ此場合ニ於テ其以外ノ犯罪ハ教唆者ノ教唆シタルモノニ非ラサル犯罪即チ教唆ニ何等ノ關聯ナキ犯罪ニ係ルトキハ本條第一號ノ規定ヲ適用ス可キ限リニ非ラス何トナレハ其ノ犯罪ハ教唆シタル罪ヨリ重キニ非ラス又輕キニ非スシテ

全ク教唆者ノ教唆セサル犯罪ナルヲ以テナリ例之ハ強盜ヲ教唆セシニ強盜ヲ犯サスシテ強姦ヲ行フタル場合ノ如ク又殺人罪ヲ教唆セシニ人ヲ殺害セスシテ家屋ニ放火セシ場合ノ如シ此強姦ト放火トハ教唆者ノ教唆セシ犯罪ニ非ラヌシテ被教唆者單獨發意ノ犯罪ニ係ルモノナレハ教唆者ハ此犯罪ニ付毫厘ノ責任ナシ之ヲ換言スレハ教唆者ノ教唆セシ罪ハ之ヲ犯スニ至ラサルヲ以テ教唆者ハ其教唆ニ因テ何等ノ罪ヲモ犯サシメタルコトナキナリ故ニ本條ニ所謂「以外ノ犯罪トハ全ク教唆ニ關係ナキ犯罪ヲ謂フニ非ラスシテ必ず教唆ニ牽聯スル犯罪ニシテ教唆者ノ犯意以外ニ馳セ其程度ヲ超ヘタルモノヲ謂フナラン例之ハ教唆者ハ竊盜ヲ爲セト教唆セシニ強盜ヲ犯シ故殺ヲ行ヘト教唆セシニ謀殺ヲ行ヒ毆打創傷ヲ爲セト教唆セシニ毆打致死ヲ行フタル場合ノ如シ即チ犯罪行爲ノ程度教唆ノ程度ヲ超ヘタル場合ナリ此場合ニ於テ教唆者ノ犯意ハ誠ニ一定シテ或ハ竊盜ヲ犯サシメント欲シ或ハ故殺ヲ行ハシメント欲シ或ハ毆打創傷ヲ爲サシメント欲シナリ而シテ被教唆者ハ竊盜ノ程度ヲ超ヘテ強盜ヲ犯シ毆打創傷罪ノ程度ヲ超ヘテ毆打致死ヲ爲シ故殺罪ノ程度ヲ超ヘテ謀

殺ヲ行フタルトキハ則チ此等ノ犯罪ニ付テ被教唆者ノ超越セシ部分ハ教唆者ノ與カリ知ラサル所ナルヲ以テ教唆者ハ只其與リ知ル所ノ部分即チ教唆ノ目的タル犯罪行爲ノ範圍内ニ於テ其責メニ任ス可キノミ蓋シ同種ノ犯罪ニシテ其重キモノヲ實行シタルトキハ其輕キモノハ重キ所爲中ニ包含セラレヘキモノナレハナリ

(二) 若シ教唆者ハ事ヲ指定シテ犯罪ヲ教唆スルニ當リ其行爲ノ程度ヲ一定セサルトキハ其教唆ニ牽聯ナキ犯罪ニ付テハ固ヨリ影響ヲ受クルコトナシト雖モ其指定セシ事ノ中ニ包含セシ行爲ニ付テハ全部其實メニ任セサル可カラス即チ教唆者ハ本條第一號ノ適用ヲ利スルコトヲ得サルナリ故ニ單ニ人ヲ殺害セヨト教唆シタル場合ニ於テ被教唆者其人ヲ謀殺シタルトキハ假令教唆者ノ意思ハ故殺ニ在リシト雖モ決シテ謀殺ノ責メヲ辭スルコトヲ得ヌ又單ニ人ノ財産ヲ取レヨト教唆セシ場合ニ於テ被教唆者カ強盜ヲ行ヒタルトキハ亦教唆者ハ其強盜ノ責ニ任セサル可カラス是レ故殺モ謀殺モ共ニ殺人行爲ノ範圍内ニ在リ竊盜モ強盜モ共ニ人ノ財産ヲ取ル行爲ノ範圍内ニ在レハナリ

犯罪編 第二卷 犯罪ノ責任 第七章 數人共犯 第三節 數人共犯ニ於ケル身分上ノ關係 五四五

「教唆者ノ指示シタル方法」トハ犯罪ノ實行ニ必要ナル手段所謂ニル犯罪ノ豫備行爲ヲ指スニ非ラスシテ犯罪ノ實行方法ヲ謂フナリ凡ソ犯罪行爲ノ輕重ヲ定ムルニ其途ニアリ一ハ犯罪ノ性質ヲ以テシ一ハ犯罪ノ方法ヲ以テス(一)犯罪ノ性質ヲ以テスルモノハ其方法ノ如何ニ拘ハラヌ初メヨリ其犯罪ニ附着スル所ノ輕重ナリ例之ハ毆打罪ノ如シ毆打シテ創傷スルモ毆打シテ死ニ致スモ犯罪ノ方法ニ於テハ異ナル所ナシ然レトモ創傷ノ罪ハ其性質輕クシテ致死ノ罪ハ其性質重キナリ又文書偽造罪ノ如シ官文書ヲ偽造スルモ私文書ヲ偽造スルモ其方法ニ於テハ異ナル所ナキモ其犯罪ノ性質ニ至リテハ二者ノ輕重相同シカラサルナリ如斯場合ニ於テ事ヲ指定シテ犯罪ヲ教唆スルニ付テハ豫メ犯罪ノ性質ヲ定メテ之レカ程度ヲ制限セサレハ教唆者ハ事ヲ指定スルモ常ニ正犯ノ責メニ任セサル可カラサルニ至ルナリ(二)犯罪ノ方法ヲ以テスルモノハ犯罪ノ性質如何ニ拘ハラヌ犯罪實行ノ方法ニ因テ以テ之レカ輕重ヲ爲ス場合ヲ謂フナリ例之ハ盜罪ノ如シ人ノ財産ヲ取ルニ付テ其方法甚タ多シ或ハ單純ノ竊盜ヲ以テスルアリ我ハ門戶牆壁ヲ踰越損壞スルアリ或ハ鎖鑰ヲ開クアリ或ハ水

火震災ニ乘スルアリ或ハ二人以上共謀スルアリ或ハ兇器ヲ携帯スルアリ或ハ暴行脅迫ヲ以テスルアリ此犯罪ノ性質ハ固ト只人ノ所有權ヲ侵害スルニ在リト雖モ侵害ノ方法如何ニ因リテ犯罪ノ輕重常ニ相同シカラサルナリ如斯場合ニ於テハ豫メ犯罪ノ方法ヲ定メテ之レカ程度ヲ制限セサレハ教唆者ハ屢々其犯意外ノ責任ヲ負ハサル可カラサルニ至ルナリ故ニ教唆者カ教唆ヲ爲スニ當リ豫メ犯罪ノ方法ヲ定メテ之レカ實行ニ任セシメタルトハ則チ所謂ニル犯罪ノ方法ヲ指示シタル場合ナリ教唆者ハ克ク犯罪ノ方法ヲ指示シテ而シテ被教唆者其指示ニ從ハス自己任意ノ方法ニ因リ教唆ノ犯罪ヲ實行セシトキハ其重キ方法ニ付テハ教唆者初メヨリ之ヲ用ヒシムルノ意思ヲ有セシモノニ非ラサルヲ以テ其重キ部分ニ付テハ何等ノ責任ヲ負フ所ナキナリ只其輕キ部分ハ重キ部分ニ包含スルカ故ニ其責メヲ辭スルコトヲ得ヌ是レ本條第二號ノ規定ヲ適用スル所以ナリ

今第一編犯罪論ヲ終ルニ臨ミ現行刑法ニ規定スル所ノ親屬例ニ付テ一言セサル可カラス刑法第百十四條及ヒ第百十五條ニ於テ刑法上ノ親屬例ヲ

定ム此親屬例ハ單ニ刑法上ノ關係ノ場合ニ於テ之ヲ適用スルモノニシテ
 決シテ民法上ノ關係ニ於テ之ヲ適用スルヲ許サ、ルナリ蓋シ親屬ノ關係
 ハ人ノ身分ニ屬シ私權ヲ規定スル法律中ニ之ヲ置カサル可カラズ即チ民
 法中ニ之カ規定ヲ設ク可キモノナリ然ルニ刑法ニ於テ特ニ之ヲ規定セシ
 ハ民法上ノ親屬以外ニ於テ別ニ親屬ノ關係ヲ規定スルノ必要アルニ由ル
 ナリ故ニ現刑法依然トシテ行ハル、間ハ民法ニ於テ明ニ親族法ヲ定ムル
 アリト雖モ刑法ノ關係ノ場合ニ於テ之ヲ適用スルヲ得サルナリ改正刑法
 草案ニ於テハ刑法上特ニ親屬例ヲ規定スルノ必要ナキヲ認メタルニ付キ
 全ク之ヲ削除シ親屬ノ關係ハ民法上ニ於テモ又刑法上ニ於テモ常ニ同一
 原則ニ由ル可キモノナリトセリ是レ或ハ穩當ヲ得タルモノナランカ

第二章 刑罰編 第一章 總論

刑罰ナル文字ハ元ト支那語ニシテ歐羅巴諸國ニ於テ慣用スル刑罰ノ文字ト其

意義ヲ同フスルモノニ非ラス歐洲諸國ノ刑法ニ慣用スル刑罰ノ文字ハ其源ヲ
 羅匈語ニ汲ミ痛苦ノ意義ヲ有シ支那語ノ刑罰ナル文字ハ脅迫ノ意義ヲ有シ其
 辭源ニ於テ二者ノ意義判然區別シテ少シモ混同スル所ナキナリ然ルニ現今吾
 邦ニ在リテハ法語ノ根源ヲ探究スルニ迫ナク歐洲諸國ニ慣用スル刑罰ノ文字
 ヲ譯出シテ支那語ノ刑罰ノ文字ヲ以テシ二者全ク同一ノ文字ナリトシテ敢テ
 怪マサルニ至レリ故ニ今日我刑法ニ用ヒタル刑罰ノ文字ハ支那語ノ刑罰ニ非
 ラサルコトヲ知ラサル可カラズ

支那語ニ所謂ユル刑罰ノ刑ノ字ハ元ト刑ノ字ニシテ刀井ニ從フト言フ語源ヨ
 リ來タル即チ人カ渴シテ井ニ下リ將ニ水ヲ飲マントスルニ當リ刀ヲ抜キ之ヲ
 威嚇シテ其水ヲ飲ムコトヲ制スルト謂フニ在リ其意ハ人カ罪ヲ犯サントスル
 ニ當リ一定ノ制裁ヲ設ケ之ヲ威嚇シテ以テ其罪ヲ犯サシメサルヲ謂フ罰トハ
 元ト罰ノ字ニシテ刀馬ニ從フト言フ字源ヨリ來タル即チ刀ヲ持チテ人ヲ罵シ
 ルトキハ其人怒テ我ニ敵セント欲スルモ我カ刀ヲ畏レテ我ニ敵スルコト能ハ
 サルヲ謂フナリ是レ罰ハ人ノ好マサルコトヲ爲シテ人ヲシテ之ニ抗敵スルコ

ト能ハサラシムルヲ謂フ然ルニ歐洲諸國ノ刑法ニ用ユル刑罰ノ意義ハ全ク支那語ト異ナリ刑罰トハ裁判所ニ於テ犯罪人ナリトノ宣告ヲ受ケタル者ニ科スル痛苦ヲ謂フ故ニ刑罰ノ性質ヲ具フルニハ多少痛苦ヲ感セシメサル可カラス而シテ其痛苦ハ或ハ身体ニ對スルアリ或ハ自由ニ對スルアリ或ハ權利ニ對スルアリ或ハ又財産ニ對スルアリ其最モ甚シキモノハ則チ身体ニ對スル痛苦ニシテ死刑ハ其適例ナリ今日我現刑法ニ於テ用ユル所ノ刑罰ノ文字ハ全ク此意義ヲ有スルモノニシテ之ヲ解スルニ支那語ノ刑罰ノ意義ヲ以テスルトキハ大ナル誤謬ヲ生スルニ至ラン

夫レ如此刑罰ハ犯人ニ對シテ科スル所ノ痛苦ナルヲ以テ刑罰ノ本質ハ犯人ヲシテ必ス痛苦ヲ感セシムルノ效力ヲ生セサル可カラス犯人ヲシテ痛苦ヲ感セシムルニ付テハ果シテ如何ナル程度ニ於テス可キ乎痛苦ノ程度問題ハ實ニ至難ニシテ未タ嘗テ之カ決定ヲ能クセシ者アルヲ聞カサルナリ現今監獄改良論者輩出シ刑罰ノ目的タル犯人ノ痛苦ヲシテ益々減少セシムルコトヲ務メテ以テ自ラ策ノ得タルモノト爲スアリ論者ノ旨趣固ヨリ嘉ス可キモノナキニアラ

スト雖モ今日之ヲ唱道スル恐クハ膠柱ノ誹ヲ免レサル可シ若シ夫レ論者ヲシテ百年以前ノ歐羅巴若クハ三十年以前ノ我カ國ニ於テ之ヲ唱道セシメハ或ハ大ニ一時ヲ利益セシナラム蓋シ當時ニ在リテハ囚人ヲ遇スル極メテ殘忍酷薄ニシテ刑罰ハ其本質ヲ失ヒ痛苦ハ其程度ヲ超エタリ佛國革命ノ時ニ當リ革命ノ着手トシテ巴里ノ監獄バスターニユラ破壊セシカ如キハ亦當時ノ民心大ニ刑罰ノ殘烈ヲ惡ミシノ一證ナリ又我國德川時代ニ在リテモ獄舎ノ不完全ハ言ヲ俟タス其刑罰ノ種類ニ於テモ亦大ニ寒心ス可キモノアリ死刑ニシテ火刑アリ樂刑アリ鋸刑アリ斬刑梟首等ノ刑アリ体刑ニシテ鞭、苔杖等ノ刑アリテ其峻烈殆ント名狀ス可カラサルモノアリテ今日ニ至リ日ニ月ニ監獄ノ改良ヲ計リ全ク昔日ノ舊態ヲ一洗シ殆ト將サニ反動ノ弊害ヲ見ントスルニ至レリ思フニ論者ハ事ヲ計ル良民ニ薄クシテ却テ惡民ニ厚ク善人ヲ愛セスシテ却テ惡人ヲ憐マントスルニアラサルナキヲ得ンヤ論者試ニ想ヘ今日社會ノ趨勢ハ倍々人口ノ増加ヲ來シ各人生活ノ困難亦日々ニ急迫ヲ加ヘ生存競争ノ結果其ノ那邊ニ底止スルヲ知ラス於此乎大ニ貧富ノ懸隔ヲ生シ富者ハ倍々富ミ貧者ハ倍々貧

ク其ノ極殆ント生活ヲ爲ス能ハサル者多數ヲ占ムルニ至リ社會黨ノ勃興決シテ其ノ理由ナキニ非ラサルナリ彼ノ罪ヲ犯ス者其先天的ニ出ツルモノハ暫ク之ヲ措キ誰レカ自ラ罪辟ニ陥ルヲ好テ而シテ犯罪ヲ行フ者アランヤ必スヤ饑渴其身ニ迫リ之ヲ醫スルノ道ナキヨリ忽チ不良ノ念ヲ起シ遂ニ良民ヲ害スルニ至ル者ナリ若シ此等ノ者ニシテ刑罰ノ痛苦ハ饑渴ノ困難ヨリ甚シク獄中ノ勞役ハ社會ノ生存競争ヨリ恐シキコトヲ知ルアラハ生活上如何ナル困難ヲ見ルモ尙ホ刑罰ノ痛苦ニ優ル所アリトシテ大ニ其困難ニ堪ユルコトアル可シ然ラハ則チ今日犯罪ノ數益々増加シテ監獄其負擔ニ堪ユル能ハサルニ至ラントスル所以ノモノハ監獄ノ制度其宜シキヲ得サルニ原因セスンハアラサルナリ之ヲ要スルニ刑罰ハ國ノ大權ヲ以テ之ヲ犯人ニ科スル所ノ痛苦ナルカ故ニ監獄ノ制度ハ宜シク犯罪ノ増加ヲ豫防スルノ目的ヲ以テ其效果ヲ生セシムルヲ期セサル可カラス然ルニ今日ノ制度ハ一モ其效ヲ奏スル所ナク細民ハ其生活ニ苦ムノ結果却テ獄内ノ生活ヲ安逸ナリトシテ好ンテ罪惡ヲ犯サントス豈ニ痛苦ニ堪ユ可ケンヤ先年英國ニ於テ一兵卒其從屬スル所ノ士官ヲ殺害シタリ

其兵卒ヲ逮捕シ之ヲ訊問シタルニ兵卒答ヘテ曰ク余カ殺害シタル士官ハ實ニ余ノ恩人ニシテ之ヲ殺害スル固ヨリ其忍ヒサル所ナリ然レトモ生存競争ノ痛苦ハ余ヲシテ寧ロ罪ヲ犯シテ獄内安逸ノ生活ヲ得ルノ勝レルコトヲ確信セシメタリト是レ外國ノ事例ニ過キスト雖モ我國ニ於テモ亦之ニ類スル所ノ犯人ヲ出タスコトナキヲ得ンヤ元來監獄制度ハ社會ト相推移シテ刑罰ノ本質タル痛苦ノ目的ヲ達スルニ在リ然ルニ監獄改良論者ハ深ク此所ニ留意セスシテ徒ラニ名ヲ文明ニ假リ以テ監獄ノ目的ヲ誤ラントス是レ余カ遠カニ論者ノ説ニ左祖スル能ハサル所以ナリ余ハ現今ノ監獄制度ヲ以テスラ尙ホ寬ニ失シ刑罰ノ目的ニ適ス可キモノニアラサルヲ信スルカ故ニ爾來監獄ヲ改良シテ一層峻嚴ナル痛苦ヲ加ヘンコトヲ欲スルナリ是レ決シテ余ノ殘忍酷烈ヨリ生スルニ非ス實ニ良民ヲ愛スルノ至誠ヨリ出ツルモノナリ刑罰ノ本質ハ如斯犯人ヲシテ痛苦ヲ感セシムルモノナラサル可カラサルヲ以テ刑罰ヲ定ムルニハ必ス數個ノ條件ヲ要ス

第一 刑罰ハ適法ナルコトヲ要ス

刑罰ノ適法ナルコトヲ期セント欲セハ豫メ一定ノ犯罪ニ科スルニ一定ノ刑罰ヲ以テスルノ規定ヲ設クルコトヲ要ス即チ裁判所カ犯人ニ對シテ刑罰ヲ科スルニ付テハ其刑罰ハ法律ニ定メタルモノナラサル可カラス法律以外ニ於テ裁判官ハ漫リニ自ラ刑罰ヲ制定シテ之ヲ科スルノ權ヲ有スルコトヲ得ス故ニ裁判官ハ刑罰以外ニ於テ罵詈暴行若クハ脅迫ヲ爲スノ權利ヲ有スルモノニアラサルナリ

刑罰ヲ規定スルニハ三ケノ方法アリ

- (一) 刑罰ノ性質ヲ定ムルコト
- (二) 刑罰ノ長短ヲ定ムルコト
- (三) 刑罰ノ分量ヲ定ムルコト

此三ケノ方法ニ於テ定ムルコト其宜シキヲ得レハ則チ刑罰ハ適法ニシテ且ツ善良ナリト言フヲ得可シ然ルニ軌近一説ヲ爲ス者アリ曰ク刑法ハ只刑罰ノ性質ヲ規定スレハ可ナリ其長短并ニ分量ノ如キハ是レ決シテ裁判官ノ與カリ知ル可キモノニ非ス裁判官カ犯罪ヲ審理スルニ當リテハ只罪證ノ有無ヲ正シテ

犯人ノ責任ヲ定ムルニ止マリ決シテ犯人ノ爲人ヲ研究スルノ餘裕アルモノニ非ス能ク犯人ノ爲人ヲ知ラスシテ而シテ其犯人ニ對シテ或ハ重キ刑ヲ科シ或ハ輕キ刑ヲ科スルハ是レ裁判官ノ暴斷ニ外ナラス之ヲ換言スレハ裁判官ハ何ノ標準ニ由リテ或ハ重キ刑ヲ科シ或ハ輕キ刑ヲ科スルト言フ歟是レ或ハ犯罪ニ適當スルノ刑罰ナリト謂フ可ク決シテ犯人ニ適當スル刑罰ナリト謂フ可カラズ故ニ裁判官ヲシテ刑ノ長短并ニ其分量ヲ定メシムルハ是レ實際ニ適切ナル法律ナリト言フ可キモノニアラス元來刑罰ノ目的ハ其犯人ヲシテ再ヒ罪ヲ犯サシメサルヲ期スルニアリ故ニ其犯人ニシテ若シ改悛ス可カラサル者ナラハ之ニ對シテ無期又ハ長期ノ自由刑ヲ科シテ可ナリ反之若シ改悛ス可キ者ナラシメハ之ニ科スルニ最短期ノ自由刑ヲ以テスル敢テ不可ナル所ナシ而シテ如此犯人ノ爲人ヲ明カニスルニハ唯裁判官ノ詢問ニ因リテ看破ス可キモノニアラスシテ少クトモ數十日間其犯人ニ親接シテ初メテ之カ經驗ヲ爲スヲ得可ク而シテ其ノ任務ニ當ル者ハ司獄官ニ如クハ無シ司獄官ハ克ク各犯人ノ爲人ヲ經驗シ其性質ニ應シ或ハ永キ自由刑ヲ科シ或ハ短キ自由刑ヲ科ス可シ畢竟

スルニ刑罰ハ犯罪其ノモノニ對シテ刑期分量ヲ定ムルニアラスシテ全ク犯人ノ爲人ニ應シテ之ヲ定メサル可カラス例之ハ犯人ハ猶ホ患者ノ如シ患者一朝病院ニ入院スルヤ身體ノ事ヲ以テ之ヲ其醫師ニ一任ス醫師亦其病症ノ輕重難易ニ從ヒ豫メ平癒ノ時期ヲ定メ之カ治療ヲ施スナリ故ニ患者ノ入院期間ヲ定ムルハ全ク醫師ノ任務ニ屬シ他ノ容喙ヲ許ス場合ニ非サルナリ然ルニ若シ患者ノ父兄ニシテ入院ノ期間ヲ定メ又ハ治療ノ方法ヲ撰フカ如キコトアラハ患者ノ疾病ハ到底其平癒ヲ期ス可カラサラントス囚人ニ於テモ亦然リ監獄ハ病院ニシテ刑罰ハ施術法ナルヲ以テ其長短分量ヲ定ムルハ宜シク之ヲ司獄官ニ一任セサル可カラサルナリト此論誠ニ理アリ若シ論者ノ理想ヲシテ之ヲ實地ニ行フノ道ヲ得セシメハ余ハ大ニ之ヲ賛成セサルヲ得然レトモ今日ノ司獄官其人ヲ以テシテ之ヲ望ムハ恰モ幼者ニ貸スニ利器ヲ以テスルト同シク何等ノ奏功ヲ見サルノミナラス却テ正邪ヲ顛倒シテ良民ヲ害スルノ弊ヲ生スルノ恐アリ又現今ノ實際ニ徴シ學識才能兼備ノ司獄官ヲ得ンコトヲ望ムモ到底行ハルハノ論ニアラサルナリ試ミニ一歩ヲ讓リ自由刑ノ適用ハ之ヲ司獄官ニ

一任ス可キモノナリトスルモ死刑ノ如キハ果シテ如何セントスルカ然ラハ則チ論者ノ說ハ單ニ机上ノ空論タルニ過キサルヘシ余ハ寧ロ裁判官ヲシテ此任務ニ當ラシムルノ穩當ナルニ若カサルヲ信スルナリ

第二 刑罰ハ各犯人ニ對シテ平等均一ナラサル可カラス

刑罰カ各犯人ニ對シテ平等ナルヲ要ストハ同一ノ罪ヲ犯シタル者ニ對シテ同一ノ刑ヲ科ス可シト云フニアラス只同一ノ罪ヲ犯シタル者ハ其身分ノ如何ニ拘ハラス同一ノ刑ヲ科セサル可ラスト言フニ在リ而シテ其刑ノ範圍ノ如キハ固ヨリ各人ニ應シテ差別アリ故ニ苟クモ其刑罰ニシテ其犯罪ニ適當スルモノナラムカ敢テ老弱男女ト貴賤貧富トヲ區別ス可キモノニアラサルナリ例之ハ竊盜罪ハ何人カ之ヲ犯スモ之ニ科ス可キ刑罰ハ常ニ竊盜罪ノ刑罰ナラサル可カラス但シ其刑ノ執行ニ至リテハ犯人ノ身上ニ因リ多少其例ヲ異ニセサルヲ得サルモノアリ即チ現行刑法第十五條及ヒ第十九條ノ規定是ナリ

第十五條 死刑ノ宣告ヲ受ケタル婦女懷胎ナル時ハ其執行ヲ停メ分娩後一百日ヲ經ルニ非サレハ刑ヲ行ハス

第十九條 徒刑ノ囚六十歳ニ滿ル者ハ通常ノ定役ヲ免シ其体力相當ノ定役ニ服ス

第三 刑罰ハ犯人ノ一身ニ專屬スルコトヲ要ス

何人モ其爲シタル所爲ニ付テハ必ス其責メニ任セサル可カラス他人代ツテ其責メニ任スルノ理ナシ故ニ犯人ト如何ナル血縁アリ又如何ナル關係アリト雖モ其罪ヲ犯セシ以外ノ者ニ於テ刑罰ノ責メニ任ス可キモノニ非サルナリ或ハ犯人ニ代ツテ刑ヲ受ケ或ハ其刑三親九族ニ及フカ如キハ是レ未タ刑法ノ原理ヲ解セサリシ野蠻時代ニ行ハレタル虐刑ノミ今日ニ於テ之ヲ論難スルノ價値ナキナリ然レトモ罰金ニ關シテハ或ハ議論ヲ挾ムモノナキニ非ス曰ク罰金ハ自由刑等ト異リ財産刑ナルヲ以テ犯人刑ノ執行前ニ於テ死スルモ其子孫ハ先人ノ債務ヲ辨濟スルノ義務ヲ有スルカ故ニ先人ノ罰金ハ必ス之ヲ辨濟セサル可カラスト是レ大ナル誤リナリ罰金モ亦是レ刑罰ナル以上自由刑ト少シモ異ナル所ナカル可シ刑ハ一身ニ止ル原則ニ從ヒ必ス子孫ニ及フ可キモノニアラサルナリ

此性質ヲ具備シタル後之ヲ犯人ニ科スルニ付テハ左ノ條件ヲ要ス

- (1) 刑罰ハ公然之ヲ宣告スルコトヲ要ス 是レ一ハ裁判ノ公平ヲ示シ一ハ犯罪必罰ノ原理ヲ知ラシメ以テ世人ヲ警戒セント欲スルニ在リ故ニ或ハ公然ノ審理ヲ爲シテ公益ヲ害スルノ恐レアルトキハ認廷ノ公開ヲ禁スルコトアリト雖モ其裁判ノ宣告ニ至リテハ如何ナル場合ニ於テモ必ス之ヲ公開スルナリ
- (2) 刑罰ハ裁判確定後ニアラサレハ之ヲ執行スルヲ得ス 一般ノ刑ハ裁判確定ニ至レハ之ヲ執行スルコトヲ得然レトモ死刑ニハ一ノ制限アリテ司法大臣ノ命令ニ依リ之ヲ行フ可キモノトセリ妊婦ニ關シテモ亦分娩後一百日ヲ俟ツノ制限アリ(第十三條及ヒ第十五條)
- (3) 刑罰ハ死刑ヲ除ク外身体ニ對シテ之ヲ科スルコトヲ得ス 刑ノ種類ハ刑法之ヲ大別シテ三個トス重罪ノ刑輕罪ノ刑違警罪ノ刑是ナリ是レ第七條乃至第九條ノ規定スル所ナリ此三種ノ刑ニ付キ更ニ之ヲ區別シテ二種トナスヲ得主刑及ヒ附加刑即チ是ナリ主刑ハ裁判宣告ヲ俟ツニ非サレハ之ヲ科スルヲ得ス亦實ニ犯罪消滅ノ主タル方法ナリ附加刑ハ或ハ判決ヲ要スルモノアリ或ハ

之ヲ要セサルモノアリ又其目的ハ主トシテ再犯ヲ豫防スルノ方法トナルモノナリ今ヤ余ハ此二種ノ刑ニ付テ説明スル所アルヘシ

第二章 主刑

刑法上主刑トシテ犯人ニ苦痛ヲ與フルノ方法ニ三種アリ(一)死刑(二)自由刑(三)財産刑即チ是レナリ

第一節 死刑

身體刑ニシテ今尙ホ存スルモノハ唯死刑ノミトス死刑ノ利害得失其存廢ノコトハ刑法上重要ノ問題ニ屬ス而シテ學者ノ說紛々擾々殆ト底止スル所ヲ知ラスト雖モ死刑廢止說ハ近來大ニ其勢力ヲ増加シテ一般ノ學說亦漸次廢止說ニ傾クノ趣アリ其廢止ノ方法ニ至リテハ議論皆同一ニ出テス或ハ死刑ハ刑法中ヨリ全ク之ヲ除去ス可シト云ヒ或ハ死刑ハ之ヲ本法ニ規定シテ只其執行ヲ廢止ス可シト云ヒ或ハ其執行ヲ廢止セスシテ單ニ之ヲ停止ス可シト云フ今其廢

止說ノ重ナルモノヲ掲ケンニ

第一說ニ曰ク古來ノ經歷ニ徴スルニ何レノ國ト雖モ死刑ノ行ハレサル所ナシ蓋シ往昔ニ在テハ屢々之ヲ行フノ必要アリシヤ疑ヲ容ル可キナシ然レトモ凡ソ法律ハ社會ノ進歩ト共ニ變遷セサル可カラサルモノナレハ往古野蠻ノ時代ニ於テ之ヲ行フヲ必要トセシト雖モ方今ノ文明社會ニ於テ死刑ニ代フルニ之レト同一ノ效力ヲ生ス可キ特別ノ刑罰ヲ以テスルヲ得ルトキハ則チ必ス死刑ヲ存置セサル可カラスト謂フ可キニ非ラサルナリ死刑ハ如何ナル場合ニ於テモ社會ト相離ル可カラサルノ關係ヲ有スルモノニ非サルナリト

第二說ニ曰ク若シ死刑ハ正當且ツ必要ニシテ之ニ代フルノ刑罰アラサルトキハ則チ之ヲ存スル尙ホ可ナリ然レトモ死刑ハ果シテ正當且必要ナルモノナルヤ或曰ク凡ソ刑罰ハ社會ニ及ホス危險ノ程度ニ相應セサル可カラス今人ヲ殺ス者アリトセンニ社會ノ危險之レヨリ大ナルハナシ此危險ヲ防遏センカ爲メニ死刑ヲ行フ是レ罪罰相應スルニ非スヤト然レトモ人ハ其有スル權利以上ノモノヲ以テ之ヲ他人ニ施スノ權ナシ人ノ生命ハ之ヲ克ク奪フ可シト雖モ之ヲ

與フ可キモノニ非ス其與フ可カラサルモノヲ奪フハ是レ人カ自ラ有セサル所ノ權利ヲ行フモノニアラスシテ何ソヤ人自ラ有セサル所ノ權利ヲ行フテ而シテ尙ホ正當且ツ必要ナリト謂フノ理由果シテ何處ニ在ルヤ若シ人ノ生命ヲ奪フ者ハ我亦其生命ヲ奪フヲ得人ノ自由ヲ失ハシムル者ハ我亦其自由ヲ失ハシムルノ權利ヲ生ス可シト言ハ、誰レカ復讐主義ノ再演ヲ疑フ者アランヤ死刑ノ不正當ナルコト多辯ヲ須ヒサルナリト

死刑廢止論ノ概要如斯余ハ論者ノ説ニ左袒スルモノニ非ス聊カ所信ヲ述ヘテ以テ死刑ノ正當且必要ナルコトヲ明ニセントス

余ハ今日一般ノ學說死刑廢止論ニ傾向スルニ拘ハラズ死刑ノ最モ必要ナルコトヲ信シテ疑ハサルモノナリ今立法上ヨリ觀察シテ之ヲ論ヘンニ凡ソ死刑ヲ科ス可キモノハ社會ニ於テ最モ嫌惡ス可キ殘忍ナル者及ヒ貪慾ナル者ニ限ルナリ前者ハ則チ慈愛心ヲ缺キ後者ハ廉耻心ヲ缺クモノナリ廉耻心ノ缺亡スル者ハ財産ニ對スル罪ヲ犯スコト多ク慈愛心ヲ缺ク者ハ身體ニ對スル罪ヲ犯スコト多シ凡ソ此等ノ者ハ社會ノ力ニ因テ以テ保護セント欲スル身體財産ヲ擧

ケテ之ヲ烏有ニ歸セシメントシ社會ノ大本ヲ撼搖スル者ナレハ其危險ヤ實ニ豫知ス可カラサルモノアリ而シテ殘忍酷薄ノ性ヲ有スル者一旦其心ヲ決スルヤ千思萬考只其罪ノ成ラサランコトヲ是レ恐ル、カ故ニ一旦刑セラル、コトアルモ決シテ其心ヲ翻スモノニアラス其惡害ヲ防クノ方法只死刑アルノミ論者曰ク此種ノ犯人ト雖モ之ニ科スルニ無期徒刑ヲ以テシ終身社會ニ出ツルコトヲ得サラシメハ爾後社會ニ對シテ危害ヲ加ヘント欲スルモ到底能クス可キノ業ニ非サルナリト若シ夫レ無期徒刑ノ犯人ハ遂ニ社會ニ現出スルノ機會ナシトセハ論者ノ言果シテ是ナリ然レトモ無期徒刑ノ犯人カ社會ニ現出スルノ機會甚タ多キコトヲ知ラハ則チ論者ト雖モ必ス死刑ノ必要ヲ認ムルニ至ラン無期徒刑ノ犯人ハ或ハ事實上自由ヲ回復スルノ機會ヲ有ス即チ破獄ノ方法はレナリ又或ハ法律上自由ヲ得ルノ道アリ大赦特赦ノ恩命即チ是レナリ此二方法ハ今日迄屢々猛惡ノ犯人ヲ逸セシメテ毒ヲ社會ニ流シタルノ例實ニ千百ニシテ足ラサルナリ試ニ一步ヲ讓リ破獄恩赦ノ事ナシトスルモ或ハ獄吏ヲ殺シ或ハ同囚ヲ害シテ獄中ノ安寧タモ尙ホ之ヲ保ツ可カラサルコトス夫レ斯ノ如クニシ

テ而シテ無期刑ハ能ク社會ノ危害ヲ防遏スルニ足ルモノナリトナス乎又之ヲ實際ニ徵スルモ犯人ノ最モ恐ル、所ノモノハ唯死刑ニアリ故ニ犯人ヲ警戒スル所ノモノハ死刑ニ如クモノナシ現ニ無期刑以下ノ犯人ハ極メテ多クシテ而シテ死刑ノ犯人稀少ナルヲ見ルモ亦其確證ト謂ツ可キナリ且死刑ニ代フルニ無期刑ヲ以テス可シトナスハ是レ其犯人ヲシテ終身此社會ニ出ツル無ラシメソコトヲ期スルモノナリ社會ノ人ニ非サル者ノ生命ヲ保存シテ果シテ何ノ利益カアルヤ

死刑廢止ノ論行ハレテ以來實際之ヲ廢止シタル國アルヲ見ル白耳義國ニ於テハ試驗的ニ千八百六十三年ヨリ千八百八十年ニ至ル迄死刑ノ特赦ヲ許セリ然ルニ其結果死刑ニ處ス可キ犯人ノ増加ヲ來シタルコト甚タシキヲ以テ同國檢事長ハ死刑ノ廢止ハ法律ヲ不仁ニスルモノナリト痛論セリ伊太利トスカール州ハ死刑廢止ノ先鞭者ナリ千七百八十六年始メテ死刑ヲ廢止シ千七百九十年再ヒ死刑ヲ設ケ千八百四十八年更ニ之ヲ廢シ千八百五十二年又之ヲ設ケ後千八百五十九年以來全ク之ヲ廢止セリ英國露國北米國ニ於テハ大叛逆ニ付テ死

刑ヲ勵行セリ特ニ英國ハ罪人ヲ嚴罰スルノ主義ヲ採リ死刑ノ罪人ニ對シ未ダ會テ特赦ヲ許シタルコトナシ而シテ各國ノ統計表ヲ對照スルニ殺人罪ノ最モ少ナキハ英國ナリ今ヤ轉シテ獨逸國ニ於テ之ヲ見ルニ同國ノ一部ブリュスニ於テハ死刑廢止前千八百五十四年ニ至ル迄ハ一年二百四十二人ノ割合ナリシニ拘ハラス死刑廢止後千八百五十四年ヨリ千八百八十年ニ至ル現象ハ死刑設立ノ日ニ倍蓰シ五百十八人ノ割合トナレリヒスマルク公ノ意ニ因リ千八百八十年ノ刑法ニ於テハ遂ニ死刑ヲ存スルニ至レリ然レトモ國事犯ニ付テハ之ヲ全廢セリ瑞西國ニ於テモ千八百七十四年死刑廢止後五年ヲ經テ犯人ノ増加シタルコト七十五人ニ對スル百人トナレリ佛國ニ於テモ同一ノ現象ヲ呈シ遂ニ特赦ヲ以テ死刑ヲ許スノ社會ニ危害アリテ秋毫ノ利アラサルヲ知ルニ至レリ其他ルウマニ、國和蘭國モ亦死刑ヲ廢止セリ

伊太利ニ於テ死刑廢止後奇怪ノ實例ヲ出セリ同國ナッブル府ニ於テ自己ノ恩人タル陸軍少佐ヲ殺害シタル者アリ犯人ノ自白スル所ニヨレハ犯人ハ少佐ニ怨恨アリテ之ヲ殺害シタルニアラス畢竟生存競争場裡ニ齟齬シ必死ノ勞働ヲ爲

シテ生活ノ道ヲ求メンヨリ寧ロ入獄シテ終身安逸ニ生活スルノ勝レルニ如カ
ストシ遂ニ少佐ヲ殺セリト此一例偶々以テ死刑廢止論者ノ根據ヲ敗ルニ足ラ
ン以上詳述スル所ニ依リ諸君ハ其理論上ニ於テモ亦實際上ニ於テモ死刑ノ社
會ニ必要ナルコトヲ了解セシナラシテ廢止論者ノ妄モ亦甚シト云フヘシ矣

第二節 自由刑

第一款 刑罰ニ因ラサル自由ノ剝奪

第一 親權ヲ有スル親及ヒ後見人ハ未成年者ノ行狀ニ對シ著シキ不満足アル
時ハ未成年者ヲ懲戒場ニ入ル、コトヲ得

第二 精神病者ニシテ危險ノ恐アル者ニ對シテ監禁ノ處分ヲ行フコトヲ得

以上ハ民法又ハ行政法ニ於テ規定ス可キモノニシテ刑法ニ規定セサル所ナリ

第三 刑法ニ於テモ亦刑罰ノ性質ヲ有セサル監禁處分ヲナスコトアリ左ノ如
シ

(一) 禁錮以上ノ刑ニ該ル可キ被告人ニ對シテ監禁ノ處分ヲ爲スコトヲ得刑事

被告人ヲ監禁スルニ付二個ノ方法アリ一ハ被告人ヲ一時留置スルモノナリ
留置場ハ多クハ現行犯ノ無令狀拘引者若クハ拘引狀ヲ發シテ拘引シタル者
ヲ一時留置スル所タリ二ハ長時間刑事被告人ヲ拘留スル場所ニシテ之ヲ拘
留所ト云フ是レ即チ監獄署ノ未決監ナリ被告人ヲ未決監ニ留置スルニハ必
ズ勾留狀ヲ以テセサル可カラス留置場拘留所ハ共ニ刑事被告人ノ自由ヲ剝
奪シテ之ヲ監置スルノ目的ヲ有スル場所ナリ只拘禁ノ時間ニ長短ノ區別ア
ルニ因リテ其名稱ヲ異ニスルノミ留置場ハ大抵警察署若クハ警視廳内ニ之
ヲ設ケ拘留所ハ監獄内ニ之ヲ設クルモノトス

(二) 幼者ニシテ是非ノ辨別ナキカ爲メ不論罪ノ言渡ヲ受ケタル者ハ情狀ニヨ
リ懲治場ニ留置ス是レ刑法第七十九條及ヒ第八十條ニ規定スル所タリ此懲
治場ハ現今之ヲ監獄内ニ設ケ他囚ト隔離シテ獨リ幼者ヲ留置スルモノナリ

第二款 刑罰ニ因ル自由ノ剝奪

是レ刑法ニ規定スル所ニシテ殆ント辯明ヲ要セサルカ如シ余ハ只之ニ關スル
事項ノ概要ヲ説クニ止メン

徳川時代ニ在リテハ監獄ノ制度未ダ能ク整頓セス未決囚ハ大抵之ヲ揚屋又ハ傳馬町ノ牢屋ニ投セリ當時訴訟ノ手續甚タ完備セサルヲ以テ裁判ノ進行モ亦大ニ遲滯ヲ極メ一旦獄舎ニ投セラレタル者ハ判決ヲ俟タスシテ牢死スル者甚タ多カリキ書工堯齋誤テ獄ニ投セラレ出獄シテ後其實況ヲ繪畫ニ寫シ之ヲ世ニ公ケニセリ今之ヲ見ルニ未決囚ハ盡ク之ヲ一ノ廣大ナル屋舎ニ投シ材木ノ丸太ヲ以テ區畫ヲ定メ僅カ一坪ニ二三十人ヲ入ラシメ其有様數百ノ大根ヲ以テ之ヲ一小桶ニ鹽漬ニセルニ均シク其慘狀殆ト觀ルニ忍ヒサラシム古ノ獄制夫レ此ノ如ク不完全ヲ極メテ而シテ當時尙ホ其苦ニ懲リス罪ヲ犯シテ入牢スル者亦多カリシト云フ今日ノ監獄ハ昔日ノ如クナラス而シテ益々囚人ヲ寬待セツトスルノ傾向アリ犯人ノ減少ヲ望ムモ夫レ得可ケンヤ

刑法中刑罰ノ種類極メテ多シ就中其最モ善良ナリト稱スルモノヲ自由刑トス蓋シ自由刑ハ勞役ニ於テ其輕重ヲ區別スルコトヲ得可ク又期間ニ於テ其長短ヲ區別スルコトヲ得可クシテ最モ能ク刑罰ヲシテ犯罪ノ程度ニ適應セシムルコトヲ得レハナリ自由刑ノ目的ニアリ(一)犯罪ヲ防遏スルコト(二)犯人ヲ懲戒ス

ルコト是レナリ而シテ此二個ノ目的ヲ達スルニ付適用ス可キ原則二個アリ第一自由刑ノ期間第二自由刑ノ制度即チ是レナリ

第一項 自由刑ノ期間

自由刑ノ期間ニ付テハ現行刑法ハ先ツ法律ニ於テ一定ノ範圍ヲ定メ其範圍内ニ於テ裁判官ヲシテ刑期ノ長短ヲ量ラシムルヲ以テ原則トセリ刑法ノ定ムル所ノ期間ハ之ヲ大別シテ二トナス(一)無期自由刑(二)有期自由刑是レナリ無期自由刑ニ二種アリ一ハ常事犯ニ科スルモノ之ヲ名ツケテ無期徒刑ト謂ヒ一ハ國事犯ニ科ス可キモノ之ヲ名ツケテ無期流刑ト謂フナリ

(一) 無期自由刑 無期自由刑ノ利害得失ニ付テハ大ニ監獄論者ノ論議スル所タリ曰ク元來自由刑ハ二個ノ目的ヲ有ス即チ一ハ犯罪ヲ防遏シ一ハ犯人ヲ懲戒スルニアリ夫レ犯罪ノ防遏ニ付テハ無期ノ自由刑ヲ以テスル大ニ可ナリ何トナレハ犯人ヲシテ終身獄ニ在ラシメハ社會ニ出テ、危害ヲ爲スノ道生スル無クレハナリ然レトモ自由刑ノ目的ハ只此ニ止ラス尙ホ進テ犯人ヲ懲戒スルニ在リトセハ犯人ニシテ既ニ克ク遷善悔悟シ懲戒ノ目的ヲ達シタル時ハ之ヲ

獄内ニ留置ス可キノ條理ナシ若シ善人トナリタルモ尙ホ社會ノ危險物タル性質ヲ脱セストシテ之ヲ獄舎ニ繋留センカ是レ無期刑ハ其目的ニ反スルモノト云ハサル可カラスト此説タル一時大ニ勢力ヲ有シ佛國大革命ノ際ノ如キハ此説ヲ採テ一旦無期刑ヲ廢止スルニ至レリ

然レトモ今日ニ至リテハ無期刑ノ必要ハ何レノ國ニ於テモ大抵之ヲ是認セサル所ナク佛國ノ如キ一旦之ヲ廢止シタルニ拘ハラヌ再ヒ之ヲ設クルニ至レリ特ニ死刑廢止ノ國ニ於テハ無期刑ノ效用實ニ大ナルヲ見ルナリ夫レ無期刑ハ理論上有力ノ批難アルニ關セス侵々乎トシテ進歩セル所以ノモノハ抑モ何ノ理由アリテ然ルヤ刑法ヲ閱スルニ特赦或ハ假出獄ノ規定アリテ無期刑ニ處セラレタル者ト雖モ刑ノ執行中懲戒ノ效顯著ナル者ハ再ヒ社會ニ出ツルコトヲ許シタリ此二個ノ制度ハ無期刑攻撃者ノ批難ヲ避クルニ於テ餘アリ且ツ無期刑ハ必ス之ヲ存セサル可カラサルノ理由アリ若シ死刑廢止可カラストセンカ無期刑ナクハ則チ有期刑ト死刑ノ間ニ非常ノ懸隔アリテ屢刑罰ノ權衡ヲ失スルコトアリ何トナレハ有期刑ニアリテハ一定ノ範圍アリテ其範圍内ニ於テ

罪ノ輕重ヲ酌量シ重キハ最長期ヲ科シ輕キハ最短期ヲ科スルコトヲ得可シト雖モ無期刑ニアリテハ此範圍ナシ死刑ニ處センカ甚タ重キニ過キテ其慘酷ナルヲ奈加セン有期刑ニ處センカ甚タ輕キニ失シテ懲戒ノ效ヲ奏セサルヲ奈加セン此時ニ當リ犯罪ト刑罰ト相適應セシムル所ノモノハ無期刑ヲ措テ而シテ豈ニ他アラシヤ無期刑ノ發達シテ止マサル所以ノモノ得テ知ル可キノミ理論上無期刑ノ必要ナル上來述フル所ノ如シ今暫ク之ヲ實際上ヨリ觀察セシニ無期刑ニ處セラレタル者ハ大抵特赦又ハ假出獄ノ恩典ニ浴スルヲ得ルヲ以テ實際無期ノ在監ヲ爲ス者殆ト稀ナリ特赦假出獄ハ果シテ好結果ヲ生スルモノナルヤ余輩大ニ疑ナキ能ハサルナリ聞ク三池集治監ニ於テ特赦ヲ受ケタル者百三名而シテ再ヒ罪ヲ犯セシ者七十人ニ達セリト由是觀之今日特赦ノ奏效極メテ薄弱ナルコトヲ知り得ヘシ然レトモ或論者ノ如ク特赦ヲ評シテ是レ再犯ヲ養成スルノ具ニシテ社會ヲ害スルノ利器ナリトナスハ酷評ト云ハサル可カラス思フニ今日特赦ノ奏效薄弱ニシテ三池集治監ノ如キ現象ヲ呈スルニ至レル所以ノモノハ主トシテ特赦ノ適用其宜シキヲ得サルニ職由セスンハア

ラス然ルニ之ヲ以テ直ニ特赦自体ノ罪ナリトシ社會ニ寸效ナキ方法ナリト云フニ至リテハ余輩論者ノ輕忽ニ驚カスハアラス今日ノ司獄官ハ大ニ學識ニ長シ經驗ニ富ミタル者ノミヲ以テ之ヲ充タセリト謂フ可キニ非ス故ニ囚徒ノ奸譎ナル者ハ巧ニ司獄官ヲ欺罔瞞着シテ以テ特赦ノ恩命ヲ蒙ムランコトヲ企ツル者往々之レアルヲ見ルナリ司獄官之ヲ察セスシテ狼リニ特赦ヲ奏請シ假出獄ヲ許スコトヲ爲ス後日弊害ヲ生スルニ至リテ罪ヲ司獄官ニ歸セスシテ之ヲ法律ニ歸セントスルハ抑々亦誤レルノ甚シキモノト謂ハサル可カラス今日特赦假出獄ヲシテ其弊害ヲ生スルニ至ラシメタルハ我國ノ風習司獄官ヲ蔑視シ政府亦其任用ヲ重セサルノ罪ニ坐セスンハアラサルナリ

論者アリ更ニ無期刑ヲ批難シテ曰ク無期刑ハ不公平ノ刑罰タルヲ免レス何トナレハ囚人ノ年齢ハ相等シカラサルヲ以テ老者ハ僅少年月ノ苦役ニ服シ壯者ハ數十年ノ苦役ニ服セサル可カラス豈公平ノ刑罰ナリト謂フ可ケンヤト是レ服役期間ノ長短ヲ以テ刑罰ノ公平ヲ失スルトナスモノナリ然レトモ凡ソ人情終身ヲ期シテ獄ニ在ル可シトノ觀念ヲ起スヨリ其人ヲ刺撃スルモノハ莫シ而

シテ其刺撃ハ老者ト壯者トニ因リテ異ナルモノニ非サルナリ且ツ無期刑ノ目的ハ勞役期間ノ長短ヲ問フモノニ非スシテ犯人ヲシテ再ヒ社會ニ出ツルコトヲ得セシメサルニ在ルヲ以テ到底論者ハ無期刑ノ性質ヲ誤解スル者ト謂ハサル可カラス

(二) 有期自由刑 有期自由刑ハ其種類甚タ多クシテ一々其名稱ヲ異ニス重罪ノ自由刑ハ第一有期徒刑又ハ有期流刑(十二年以上十五年以下)第二重懲役又ハ重禁獄(九年以上十一年以下)第三輕懲役又ハ輕禁獄(六年以上八年以下)輕罪ノ自由刑ハ僅カニ二種アリ重禁錮及輕禁錮即チ是レナリ此二者ハ共ニ十一日以上五年以下トス但シ禁錮ノ刑ハ之ヲ加重シテ七年ニ至ルコトヲ得又輕減シテ十日以下ニ下ルコトヲ許セリ違警罪ノ自由刑ハ單一ナリ即チ拘留(一日以上十日以下)アルノミ

現行刑法ニ於ケル刑名ノ區別ハ監獄上ノ問題ナリ余ハ有期自由刑ニ付テ各種ノ刑名ヲ設クルノ必要ナキヲ信スル者ナリ改正刑法草案ニ於テハ現行刑法ノ主義ヲ捨テ重罪輕罪ニ付二種ノ刑名ヲ定ムルノミ重罪ノ自由刑ヲ懲役ト名ツ

ケ有期刑ニ付テ一日以上十五年ト爲シ輕罪ノ自由刑ヲ拘留ト名ツケ一日以上三十日以下トセリ

第二項 自由刑ノ制度

監獄制度ノ最モ困難ナル問題ハ實ニ有期刑ノ上ニ存ス監獄論者カ頻リニ議論ヲ戰ハスル所モ亦此ニ存スルナリ有期刑ハ其性質トシテ一旦犯人ヲ獄ニ投スルモ再ヒ之ヲ社會ニ出サ、ル可カラサルモノナレハ必ス犯罪防遏ノ主義ニ出テテヨリハ寧ロ懲戒主義ニ據ラサル可カラス去レハ司獄官ハ最モ意ヲ犯人ノ懲戒ニ注キ懲戒ノ趣旨ニ反セサルコトヲ務メサル可カラス若シ之ニ反スル時ハ則チ刑罰ハ犯人ノ租稅トナリ監獄ハ犯罪ノ學校トナラントス余カ司獄官ニ其人ヲ要スト云フ決シテ故ナキニ非ス

有期刑ニ二主義アリ監獄主義及徒刑主義即チ是レナリ監獄主義ハ有期刑ノ囚人ヲ監獄内ニ留置シ監獄制ニ依テ以テ囚人ノ懲戒ヲ企圖スルニアリ之ニ反シ徒刑主義ハ犯人ヲ懲戒シテ善人ニ化スルハ極メテ難事ナルカ故ニ之ヲ殖民地ニ遷シ一ハ以テ社會ノ爲メニ其危險ヲ除キ一ハ以テ殖民地ノ爲メニ其發達ヲ

計ル可シト云フニアリ此二主義ハ各國其採ル所ヲ異ニセリ歐洲諸國ニ於テモ南洋諸島ニ殖民地ヲ有スル國ハ徒刑主義ヲ採リ殖民地ヲ有セサル國ハ監獄主義ヲ採レリ英國ノ如ク廣大ノ殖民地ヲ有スル國ハ農トニ徒刑主義ヲ採用シ犯人ヲ濠洲ニ移住セシメテ大ニ好結果ヲ得タリ以下此二主義ニ付テ聊カ其利弊ヲ論ス可シ

第一 監獄主義

此主義ノ目的ハ嘗ニ犯罪ヲ防遏スルニ止マラス大ニ犯人ヲ懲戒セントスルニアリ故ニ懲戒ノ效ヲ奏セシメンカ爲メニ囚徒ノ階級ヲ設ケ刑ノ執行中行狀善良ナリト認ムル者ニ對シテハ漸次獄内ノ特權ヲ與ヘ遂ニ特赦ヲ得セシムルヲ以テ終極ナリトス監獄主義ハ夫レ此ノ如ク囚徒ヲ懲戒シテ遷善悔悟セシムルヲ以テ其目的トナスモノナルカ故ニ屢々囚徒ヲ遇スルニ痛苦主義ヲ以テセスシテ教育主義ヲ以テセンコトヲ務ムル者アリ其方法三種アリ

(一) 雜居主義 是レ晝夜共ニ囚徒ヲ雜居セシムルモノニシテ其弊害ノ甚シキ今日殆ト之ヲ唱道スル者無キニ至レリ然ルニ今尙ホ歐洲各國及ヒ我國ニ於テ

之ヲ廢止スル能ハサル所以ノモノハ此主義ノ善良ナルカ爲メニ非スシテ全ク
監獄費ノ巨額ニ達スルヲ恐ル、カ爲メナリ今日遽カニ舊主義ヲ捨テシテ獄舎
ノ改築其他ノ事項ニ要スル所ノ費用實ニ莫大ニシテ一國財政ノ許ス可カラサ
ルモノアルニ由ルナリ

此主義ハ囚徒ヲシテ晝夜雜居セシムルモノナレハ同囚相交リ相語ルコト甚ダ
容易ニシテ只不善不良ノ計畫ノミ之レ攻究シテ益々罪惡ノ念慮ヲ增長セシム
囚徒中奸智ニ長シ惡事ニ巧ミナル者ハ同囚ニ對シテ無限ノ勢力ヲ有シ威信ヲ
其上ニ行ヒ他囚ハ皆其下ニ立チテ犯罪實行ノ教ヲ受ク故ニ一旦放免セラレテ
自由ノ身トナルヤ忽チ獄内ニ於テ教授セラレタル所ノモノヲ以テ之ヲ實地ニ
演セントシテ復タ再ヒ繫獄ノ身トナル者多シ或ハ刑罰ノ威嚴ニ怖レテ悔悟ノ
念ヲ發シテ而シテ出獄スル者アルモ獄内ノ友人屢々往來シテ頻リニ惡業ヲ勸
メテ止マス若シ從ハサレハ暴行脅迫之ニ次キ甚シキニ至リテハ無根ノ事實ヲ
構造シテ冤罪ニ陷レンコトヲ計ル是ニ於テ平一旦罪ヲ犯シ獄ニ投スルヤ假令
善心ニ悔悟スルモ獄内ノ事情纏綿シテ容易ニ善人ト爲ル可カラス再犯又再犯

ヲ重キテ而シテ遂ニ慣行性ノ罪人トナラサレハ止ム勿ラントス世人監獄ヲ以
テ犯罪ノ學校ナリト謂フ決シテ誣言ニ非サルナリ雜居主義ノ弊害此ニ至リテ
極マレリト謂フ可シ論者或ハ曰ハン監獄内ニハ看守アリ看守長アリテ常ニ囚
徒ヲ監視シ以テ此惡弊ヲ防クヲ得ント然レトモ看守看守長ノ員數ニハ一定ノ
制限アリテ一人ニ付キ囚徒何十名ノ割合ニアルヲ以テ監視ノ嚴密ヲ期センコ
ト殆ト能ク可キニ非サルナリ同囚相謀ノ弊害到底免カル、能ハサルナリ然
レトモ雜居主義ニ於テモ亦囚徒ノ種類ヲ區別スルコトヲ得(一)猛犸ノ囚徒(二)中
庸ノ囚徒(三)善良ノ囚徒即チ是レナリ此區別ハ稍進歩シタル監獄ニ於テ之ヲ行
フモノニシテ多少雜居主義ノ弊害ヲ防クニ足ラン畢竟此主義ニ於テハ到底監
獄主義ノ目的ヲ達スル能ハス

(二)折衷主義 是レ雜居主義ト後チニ論ス可キ獨房主義ノ利弊ヲ折衷シタル
主義即チ晝間雜居夜間獨居ノ方法ナリ凡ソ囚徒間ノ交通ハ晝間ニ少クシテ夜
間ニ多シ晝間ノ交通ハ之ヲ防ク容易ナリト雖モ夜間ノ交通ハ之ヲ防ク實ニ困
難ナリ故ニ夜間ノ獨居ハ囚徒ノ懲戒ニ著シキ效力ヲ生ス只此主義ハ囚徒ニ對

シテ甚々嚴酷ニ過クルノ方法ナリト非難スル者アリ蓋シ晝間同囚談話スルコトヲ禁シ而シテ夜間又獨居スルトキハ何ノ時カ獄中ノ痛苦ヲ慰ムノ機會アラザルコトヲ禁スラ尙ホ且ツ相語スルノ狀アリ然ルニ人類ヲシテ終日終夜相語スルコトヲ禁ス豈ニ嚴酷ニ失スルノ方法ニアラサルナキヲ得ンヤト論者ノ說ハ大ニ慈仁ニ幾シト雖モ刑罰ハ元ト痛苦ヲ與フルヲ以テ其目的トナスモノナレハ囚徒ノ獄内ニ在リテ痛苦ヲ見ル固ヨリ其期スル所ナリ其痛苦ヲ輕クセントシテ而シテ却テ社會ノ危害ヲ増進スルアラハ刑罰ハ善人ヲ害シテ而シテ惡人ヲ喜ハシムルノ具トナラントス余ハ大ニ此折衷主義ニ左袒セント欲スルナリ

此主義ハ殆メテ米國ニユーロルクニ於テ實行セシ所ニ係ルヲ以テ或ハ之ヲ稱シテニユーロルク主義ト云フ今日最モ多ク行ハル、所ノモノナリ

(三) 獨房主義 是レ亦始メテ米國フヒラデルフヒヤニ於テ實行セシ所ナルヲ以テ世人之ヲ稱シテフヒラデルフヒヤ主義トモ云フ此主義ハ晝夜共ニ各囚徒ヲシテ各房ニ別居セシムルノ方法ナリ現今白耳義國ニ於テ之ヲ勵行セリ此方法タル

ヤ囚徒ニ一房ヲ給シ其房内ニ在リテ勞役ニ服スルカ故ニ勞役ノ器具モ亦盡ク各囚ノ專有トナシ互ニ共通ヲ許サ、ルヲ以テ同國ニ於ケル監獄費ノ巨額ナルハ殆ト世界無比ナリ余同國ニ遊フノ日同國ブルッセル府ノ一市民余ニ語テ曰ク白耳義國政府ハ囚徒ノ爲メニ大旅館ヲ建築セリトブルッセル府ノ監獄ニ在ル獨房ノ囚徒ハ悉ク覆面シテ服役スルカ故ニ知人ト雖モ其何人タルコトヲ知ル能ハサルナリ此主義ニ付テハ細別アリ

(イ) 獨房主義ハ其初ニアリテハ晝夜共ニ囚徒ヲ隔離獨居セシメテ同囚間ハ勿論獄吏僧侶ニ對シテモ談話ヲ爲スコトヲ許サ、リシナリ然レトモ絶對的ノ獨居ハ大ニ精神障害ノ原因ヲ成シ或ハ發狂シテ自殺スルニ至ル者アルヲ以テ絶對的ノ獨房ハ一變シテ相對的ノ獨房トナリ只同囚間ノ隔離ヲ爲スニ止マリ獄吏教師事業師其他囚徒ト必要ノ關係ヲ有スル者ハ囚徒ト交通ヲ爲シ言語ヲ接スルコトヲ許シ且ツ獨房ニ在リテ囚徒ハ單獨ノ勞役ニ服シ又必要ノ教育ヲ受クルコトヲ得セシム

(ロ) 相對的獨房主義ハ囚徒ノ精神ヲ害セス又雜居ノ惡弊ヲ除クヲ得ルヲ以テ

殆ト完全ニ畿キ獄制ナリト稱ス然レトモ茲ニ起ル所ノ問題ハ則チ獨房期間ノ長短ナリ其始ニ當リテハ獨房ニ入ル可キ者ハ極惡ノ囚徒ニシテ刑期ノ最モ長キ者ニ限ルモノトシ短期ノ者ハ之ヲ入ル、コトヲ許サ、リシカ、後ニ至リ其主義一變シ獨居ハ却テ短期ノ囚徒ニ適當シ長期ノ囚徒ニハ之ヲ用ユルノ不可ナルコトヲ發明セリ蓋シ獨居ハ人生ノ性情ニ反スルモノナルカ故ニ此方法ヲ以テ長期ノ囚徒ニ適用スルトキハ大ニ精神ヲ害スルノ弊アリト云フ

獨房期間ハ各國刑法ニ規定スル所皆同一ナラス白耳義ニ於テハ其最長期ヲ十年トナシ那威國ニ於テハ四年トナシデンマルクニ於テハ三年半トナシ獨逸及ロ埃太利ニ於テハ三年ヲ以テ最長期トナセリ

獨房主義ニ對スル批難ハ囚徒ノ健康ヲ害スルノ弊アリト言フニ在リ而シテ其弊害ハ多ク長期ノ獨房ニ於テ之ヲ見ルモ短期ノ獨房ニ於テ之ヲ見ルコト殆ト稀ナリ故ニ囚徒ノ衛生上ヨリ論スルトキハ獨房主義ハ最モ能ク短期囚ニ適シ長期囚ニ害アリ然レトモ囚徒ノ痛苦ヨリ論スレハ獨房ハ嚴ニシテ雜居ハ寬ナリ今刑ノ輕キモノニ對シテハ嚴ナル獨房主義ヲ適用シ刑ノ重キモノニ對シテ

ハ寬ナル雜居主義ヲ行フ可シトセハ刑罰ノ執行其寬嚴ヲ顛倒スルニ至ルナリ此ニ於テ乎獨房主義ノ執行ニ付一ノ方法ヲ案出セリ(凡ソ囚徒ハ殆ト精神病者ト異ル所ナシ病者ヲ治スルニハ先ツ瘋癲病院ニ入ラシメ病者ノ精神ノ偏長セ

ル所ヲ採リテ其發達セサルノ部分ヲ補ヒ以テ精神ノ平均ヲ得セシメ初メテ之ヲ治スルコトヲ得罪ヲ犯ス者亦之ニ異ナル所ナシ犯人ハ犯罪意思ヲ抑制スルノ力ニ乏シクシテ罪ヲ犯スニ至ルモノナレハ是レ亦精神ノ一部ニ缺損スル所アル者ナリ去レハ之ヲ養成シテ精神ノ缺損スル所ヲ補ヒ以テ平均ヲ得セシメ

ンカ忽チ善人ニ化スルコトヲ得特ニ少壯者ニ對シテハ顯著ノ效果ヲ奏スルコトアリ其方法ハ農業、體操、水上操練等ヲ以テス可シ佛國メツトレ、懲治場ニ於テハ能ク少年犯人ヲ感化スルニ平常廣原ニ於テ農作ニ從事セシメ又兵式體操ヲ行フテ充分ニ少年ノ活潑ナル精神ヲ養成スルコトヲ務ム余佛國ニ遊テ此懲治場ヲ視察ス事務員余ニ語テ曰ク此處ヲ出テ、而シテ士官ノ地位ヲ得タル者其數甚タ多シト精神教育ハ夫レ或ハ大效ヲ奏スルコトアラシ

其方案ヲ名ツケテ進級主義ト云フ其方法ハ囚人ヲ分ツテ最善囚徒、中庸囚徒、極

惡囚徒ノ三級トナシ其第一者ニハ獄内ノ特權ヲ與ヘ第二者ニハ特權ノ幾部ヲ與ヘ第三者ニハ全ク何等ノ特權ヲモ與ヘサルナリ日本現行監獄則ニ於テモ賞表ノ制アリテ之ヲ受ケタル囚徒ノ衣服ノ襟又ハ肩ニ青布ヲ縫着スルナリ賞表ノ數積テ四個ニ至レハ則チ假出獄ヲ許スニ至ルモノトス即チ進級主義ノ一例ナリ此主義ハ英國人ノ發明スル所ニシテ始メアイルランドニ於テ之カ實驗ヲ爲シタルヲ以テ或ハ之ヲ稱シテアイルランド主義ト云フ此主義一旦行ハレテ以來徒刑主義ハ殆ト之ヲ廢スルニ至リ今日ニ於テハ免囚保護會社ナルモノアリテ假出獄ヲ許サレタル免囚者ヲ説諭シテ之ヲ海外ニ移シ以テ殖民地ニ於テ衣食ノ道ヲ求ムルコトヲ得セシム斯ノ如クシテ英國ハ一方ニ於テ再犯者ヲ内地ヨリ遠サケ他ノ一方ニ於テハ大ニ殖民地ノ開發ヲ計ルコトヲ務メタリ彼ノ濠太利殖民ノ如キモ犯罪人ヲ以テ之ヲ成シタルモノナリト云フモ敢テ過言ニ非サルナリ現今英國ハ徒刑主義ヲ廢シ勞役主義即チ進級主義ヲ採用セリ勞役主義ハ犯罪ノ輕重ニ從テ其期間ヲ同フセス無期徒刑ヨリ三年懲役ニ至ル迄トス其原則三アリ

第一原則 囚徒ノ初期九ヶ月間ハ之ヲ獨房ニ入レ此期間行狀善良ナル者ニ對シテハ一ヶ月ヲ減ス若シ之ニ反スルトキハ一ヶ月増加ス第二期ニ於テハ雜居ノ勞役ニ服セシム若シ第二期ノ執行中改善ノ實ナキモノト認メタルトキハ更ニ之ヲ第一期囚ニ移シテ獨房ニ入レシム第三期ニ至レハ囚徒ハ全ク自由ノ身タルコトヲ得ルナリ即チ假出獄ヲ許サルアイルランドニ於テハ第二期及ヒ第三期ノ間更ニ一級ヲ設ケ其期間ヲ經過シテ初メテ假出獄ヲ許スコト、ナシタリ故ニアイルランドニ於テハ四段ノ階級ニ區別セリ

第二原則 囚徒ノ行狀善良ナル者ニハ賞表ヲ與ヘ其數ノ増加スルニ從テ勞役ノ程度益々減スルモノナリ

第三原則 是レ假出獄ナリ英國ノ假出獄ニ付テハ之ヲ論セス日本ノ假出獄ニ付テ之ヲ論ス可シ假出獄ハ未タ確定ノ出獄ニ非サルヲ以テ特赦ト同一視ス可キモノニ非ス獄外ニ於テ自由ニ刑ノ執行ヲ爲ス者ト謂フテ可ナラン假出獄ノ制度ハ拘ニ善シ之ヲ濫用セサルニ於テハ大ニ其效ヲ奏ス可シ然レトモ今日我國ノ現狀ニ照シテ觀ルニ轉々慨然ニ堪ヘサルモノアリ我國ノ法律ニヨレハ獄

則謹守ノ事實ヲ以テ假出獄ノ要件トナセリ之ヲ以テ極惡ノ囚徒ハ獄内ニ於テハ最モ注意シテ謹直ヲ假裝シ能ク獄則ヲ守ル爲テシテ而シテ屢々獄吏ヲ欺キ一旦社會ニ出ルヤ忽チ假面ヲ脱シ罪ヲ犯シテ再ヒ繫囚ノ身トナルニ至ル然ルニ遷善悔悟ノ眞境ニアル者ハ却テ小過ヲ犯カシ獄則ニ觸レ假出獄ノ恩典ニ浴スル能ハサルコトアリ如斯前者ハ屢々假出獄ノ特典ニ遭遇シ後者ハ却テ獄裏ニ呻吟スルアルハ司獄官ノ不明ニ職由スト謂フト雖モ抑モ亦法律モ其責ヲ分タスンハアラサルナリ假出獄ハ之ヲ用ユル其宜シキヲ得レハ則チ善良ノ方法ナリト雖モ之ヲ用ユル其道ヲ得サレハ則チ遂ニ一大弊害ヲ醸スニ至ル其局ニ當ル者慎マサル可ケンヤ現行刑法ニ於テモ亦假出獄ノ規定アリ今此規定ニ關スル原則ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一原則 假出獄ハ囚徒ノ爲メニ設ケタル恩惠ニ過キス故ニ囚徒ハ如何ナル場合ニ於テモ假出獄ヲ請求スルノ權利ナシ

第二原則 假出獄ハ重罪輕罪囚ノ區別ナク之ヲ適用スルコトヲ得

第三原則 假出獄ハ刑期ノ幾分ヲ執行シタル後ニアラサレハ之ヲ許サス即チ

有期刑ニ付テハ刑期四分ノ三ヲ執行シ無期刑ニアリテハ刑期十五年ヲ執行シタル後ニ於テ初メテ假出獄ヲ許スコトヲ得可シ

第四原則 假出獄ヲ許スニ付テハ囚徒ノ行狀改悛ノ見ル可キモノナカル可カラス改悛ノ行狀ヲ監査スルニ付テハ獄内ニ犯人身分録ナルモノアリテ各囚徒ニ關スル凡テノ身分上ノ事項ヲ記載ス是レ恰モ囚徒ノ日課表ニシテ毎日其行狀ヲ監査シテ一々之ヲ記入ス典獄ハ其記載ニ依リテ以テ囚徒ノ行狀ノ善惡ヲ調査シ善良ナル者ニハ則チ賞表ヲ與フ其賞表積ミテ四個ニ至レハ假出獄ノ恩典ヲ受クルニ至ル故ニ囚徒ノ身分録ハ賞表ノ原因トナリ賞表ハ假出獄ノ原因トナルモノナルヲ以テ其重大ノ關係ヲ有スルモノナルコト多辯ヲ俟タサルナリ

此身分録ヲ調製スルハ看守ノ職務ナリ故ニ看守ハ實ニ假出獄ノ元素ヲ作ルモノナリト云ハサル可カラス故ヲ以テ若シ看守其人ヲ得ルトキハ監獄ノ制度大ニ其效ヲ奏ス可シト雖モ事態之ニ反スルトキハ則チ管ニ奏效ヲ見ルコト能ハサルノミナラス却テ社會ニ再犯者ヲ續出セシムルニ至ル看守ノ職亦重且大ナ