

公訴ヲ受理シ有罪ノ判決ヲ下シ有罪ノ判決確定スレハ刑罰執行權ヲ生ゼシム(2)又民事上ノ効力トシテ被害者ノ損害賠償、贓物返還ヲ目的トスル訴ニ私訴ノ名ヲ生ゼシム(刑訴二條)

大赦ハ或ル種類ノ所爲ヲ犯罪ト認メタルニ基ク刑法ノ民事上ノ効力ヲ取消ス事無キカ故ニ被害者カ損害賠償、贓物返還ノ訴ヲ起スニ方リテハ假令大赦ニ遇ヒシ所爲ト雖トモ之ヲ犯罪ト名ケ其訴ヲ犯罪カ原因トナリシ訴即チ私訴ト名スル事ヲ得訴權其者ヲ失ハサルハ勿論ナリ

反之大赦ハ或ル種類ノ所爲ヲ犯罪ト認メタルニ基ク刑法ノ刑事上ノ効力ハ盡ク之ヲ取消スカ故ニ(1)大赦ニ遇ヒシ所爲カ刑法上犯罪タリシヲ證明シ刑罰ヲ適用スルヲ目的トスル訴權即チ公訴權消滅シ(刑訴六條)未タ之ヲ提起セザリシ場合ニハ爾來復之ヲ提起スル能ハス既ニ提起シ裁判未タ判決ニ至ラサル場合ニハ直チニ訴訟手續ヲ中止セサル可ラス公訴消滅シ訴ナキ裁判ト同一ナレハナリ(刑訴一八四條)(2)有罪ノ判決既ニ確定シタル時ハ公訴權消滅シタルノ結果判決ハ無効トナリ判決カ無効トナリシ結果刑

六〇

罰執行權消滅ス而シテ既ニ執行中ノ刑罰ハ直チニ其執行ヲ中止セサル可ラス大赦カ刑罰若クハ刑罰執行權ヲ消滅セシムルハ特ニ此ノ場合ニ限ルモノトス裁判確定セサルニ在リテハ其發生ヲ防クルモノニシテ消滅セシムルモノニ非ス未タ發生セザレハナリ(3)而シテ既ニ存在セシ所爲ハ取消ス能ハス公訴ヲ提起シ事實有罪判決ノ確定セシ事實ハ復人力ヲ以テ取消ス能ハスト雖トモ其所爲ノ刑法上犯罪タルノ點公訴ノ公訴タリシ効力確定裁判ノ確定裁判タリシ効力ハ一切取消サレテ大赦ニ遇ヒシ者ハ爾後犯人タル事無カリシ同一ノ身トナル從テ大赦ニ遇ヒシ所爲ハ再犯ノ理由トナル能ハス(刑九七條)

第二款 特赦

(四百七十三) 特赦トハ主權ノ命令ヲ以テ有罪ノ確定裁判ヲ經タル一定ノ犯人ニ其刑罰執行權ノ全部又ハ一部ヲ將來ニ取消スト謂フ
(四百七十四) 特赦ハ刑罰執行ノ全部又ハ一部ヲ將來ニ取消ス恩典ナルカ故ニ有罪ノ確定後ニ非サレハ其適用無シ有罪ノ判決確定セザレハ執行權

發生セヌ未タ發生セサル執行權ハ取消ス能ハス(刑訴三三一條)

〔四百七十五〕 執行權發生シ刑罰未タ發生セサル場合ニ特赦アレハ執行權ノ全部又ハ一部消滅スルノ結果刑罰ハ全ク發生セヌシテ止ムコトアリ或ハ其一部分ノミ發生セヌシテ止ム事アリ此場合ノ特赦ハ執行權消滅ノ原因ト言ハサル可ラス

執行權ノ實施ニ因テ既ニ刑罰發生シタル後ニ特赦アレハ執行權ノ全部又ハ一部消滅スルノ結果直チニ放免セラル、事アリ或ハ確定判決ニ示サレシ所ヨリ少キ執行ヲ受ケテ放免サル、コトアリ刑罰消滅ノ原因トシテ見ル可キハ獨リ此場合ノ特赦ナリトス

〔四百七十六〕 憲法第十六條ニハ將來ニ刑罰ノ執行權全部ヲ取消スモノヲ特赦ト名ケ其一部ヲ取消スモノヲ減刑ト名ケタリ故ニ(1)憲法第十六條ニ所謂特赦ハ本節ノ初ニ定義ナ下シタル特赦ヨリ其意義狹シ何者本節ノ特赦ハ憲法ノ特赦ト減刑トヲ合併シタルモノナレハナリ(2)憲法第十六條ニ所謂減刑ト我輩カ先ニ説明セシ減輕ト同一視ス可ラス先ニ減輕トシテ

六二

六三

論シタル所ハ裁判宣告前ニ刑法ノ明文又ハ裁判官ノ職權ヲ以テ將來執行シ得ヘキ刑一等等以上ヲ減少スルヲ謂ヒ憲法ニ所謂減刑ハ裁判確定後天皇ノ特權ヲ以テ刑罰執行權ノ一部ヲ將來ニ減殺スル恩典ヲ謂フ

〔四百七十七〕 特赦ヲ設クルノ利益三アリ曰ク悔改ヲ獎勵スル事法律ノ不備ヲ補ヒ誤判ノ結果ヲ矯正スル事或ル場合ニ弊害アル死刑無期刑ノ執行ヲ免スル事是ナリ(刑法論綱三五八頁)

第三款 復權

〔四百七十八〕 復權トハ主權ノ命令ヲ以テ將來ニ剝奪公權ヲ取消スヲ謂フ然ルニ剝奪公權ハ重罪處刑者ノ終身公權ヲ享有スル能力ヲ奪フ附加刑ナルカ故ニ更ニ此點ヨリ觀察シテ定義ナ下セハ復權トハ主權ノ命令ヲ以テ重罪處刑者ニ公權ヲ享有スル能力ヲ與フルヲ謂フト言フ事ヲ得(憲一六、刑六三、六五、刑訴三二八條)

〔四百七十九〕 復權ノ效力ハ剝奪セラレシ公權享有ノ能力ヲ回復スルニ過キス先ニ能力ヲ剝奪セラレシ結果トシテ喪失シタル議員官吏、學校長、教師

學監等ノ資格、年金、恩給金ヲ有スル權、位記、貴號、勳章等ノ榮典ハ能力ノ外ニ選舉、任命、下賜等ノ條件アツテ初メテ之ヲ得タルモノナルカ故ニ復權ニ依テ單ニ能力ノミチ回復スルモ此等ノ資格榮典等ヲ回復スル能ハサルヤ明ナリ第六十三條ニ「將來ノ公權ヲ復スル事ヲ得」ト言ヘルハ此意ヲ示シタルモノニシテ復權ニ依リ公權ヲ享有スル能力ヲ回復シ將來更ニ選舉、任命、下賜等ノ條件アレハ公權ヲ享有スルコトヲ得ト言フニ外ナラス

〔四百八十〕假出獄ハ行政處分ヲ以テ許可シ行政處分ヲ以テ取消ス事ヲ得然レトモ尙且ツ其輕忽ニ流レサラン事ヲ欲シテ之カ許否ニ付キ一定ノ條件アルヲ必要トセリ然ラハ復權ノ許否ニ付テモ一定ノ條件アルヲ要スルヤ論ヲ俟タス復權ハ將來ニ附加ノ剝奪公權ヲ取消シ之ニ依テ回復シタル公權享有ノ能力ハ復タ決シテ行政處分ヲ以テ剝奪スル能ハサルナリ

我カ刑法ハ復權ノ勅裁ヲ得ルニ付キ三個ノ條件アルヲ必要トセリ、主刑ヲ終レル事、又ハ主刑ノ期滿免除ヲ得監視ニ付セラレタル事、主刑終了ノ日又ハ主刑ノ期滿免除ヲ得監視ニ付セラレタル日ヨリ五年ヲ經過シタル事、復

權ヲ與フヘキ情狀アル事是ナリ

〔四百八十一〕第六十四條第一項ニ曰ク「大赦ニ因テ免罪ヲ得タル者ハ直チニ復權ヲ得」是大赦ハ先ニモ言ヘル如ク確定判決ヲ取消ス効力アルノ結果ナリ又「特赦ニ因テ免罪ヲ得タル者ハ赦狀中記載スルニ非サレハ復權ヲ得ス」ト是特赦ハ確定裁判ノ効力全部ヲ取消スモノニ非スシテ主刑ノ執行權ノ全部又ハ一部ヲ將來ニ取消スモノニ過キサレハナリ

同條第二項ニ曰ク「赦ニ因テ復權ヲ得タル者ハ自ラ監視ヲ免シタルモノトス」ト右赦ト汎言セルハ大赦、特赦ヲ總稱スルノ義ニ外ナラス而シテ大赦ハ先ノ確定判決全部ヲ取消ス効力アルカ故ニ當然監視モ亦消滅スヘキハ明ナリ特赦ハ當然監視ヲ消滅セシムル効ナシト雖モ既ニ犯人ノ情狀ヲ觀察シ復權ヲ與ヘタル程ノ者ニ對シテハ更ニ行狀ヲ觀察スルヲ主眼トスル監視ノ必要ナクシハナリ

第五節 期滿免除

第一款 總論

〔四百八十二〕 刑事上ノ時効ハ一ヲ公訴ノ時効ト言ヒ一ヲ刑ノ期滿免除ト
 言フ公訴ノ時効ハ舊治罪法ニ公訴ノ期滿免除ト稱セント雖モ(治九、一一條
 …)現行刑事訴訟法ハ改メテ公訴ノ時効ト言フ(刑訴八、一〇…)
 公訴ノ時効ハ犯罪ノ日ヨリ起算シ一定ノ時間ヲ經過スルニ因テ檢事其他
 ノ者ノ犯罪起訴權ヲ取消スモノナリ(刑訴八、一〇以下)公訴權消滅スルカ故
 ニ裁判官其事件ニ付キ有罪無罪ヲ判決スル途ヲ失ヒ爾來犯人ハ罪ヲ犯セ
 シ事ナキト同一ノ身トナル(刑訴一八四條)詳細ハ刑事訴訟法ノ範圍ニ屬ス
 ルヲ以テ復之ヲ論セス

刑ノ期滿免除ハ有罪ノ判決ヲ受ケタル者刑罪執行權ノ發生ヲ妨ケ若クハ
 執行ヲ遲レテ法律ニ定メタル期限ヲ經過スルニ因リ執行ヲ免セラル、モ
 ノナリ是レ本節ニ説明セント欲スル所ノモノニシテ刑法第五十八條以下
 ハ之ニ關スル條項ナリトス

〔四百八十三〕 刑ノ期滿免除ノ効力ハ一ニ其執行權ヲ免スルニ在リ然レト
 モ之ヲ數多ノ場合ニ區別シテ詳細ニ言フ時ハ(1) 闕席判決ヲ受ケタル者一

六六

回モ縛ニ就カス期滿免除ヲ得タル場合ニハ刑ノ執行權ヲ發生セシメスシ
 テ止ムモノニシテ(2) 對席判決ヲ經タル者其後期滿免除ヲ得タル場合ニハ
 刑罰執行權ヲ消滅セシメタルモノト言ハサル可ラス

現時一般學者カ刑ノ時効ノ基礎トシテ採用スル所ハ一定ノ時間ヲ經過シ
 タル爲ニ犯罪ノ記念消滅シ之ヲ罰スル必要ナキニ出ツト言フノ説是ナリ
 刑ノ時効ノ基礎ニ關スル學說トシテハ今日殆ント之ニ一致スルノ狀アリ
 トス其當否ハ全ク別ノ問題トシテ我刑法カ期滿免除ヲ設クルニ至レルハ
 恐ク此説ヲ採用シタルニ出テ(1) 犯罪ノ輕重即チ刑ノ輕重ニ依テ期間ニ
 長短ノ差ヲ立テ(2) 刑ノ期滿免除ハ有罪判決アリシ後ナルカ故ニ總テ判決
 ヲ經サル場合ニ適用スル公訴ノ時効ヨリ期間ヲ長クシ(3) 社會ヲ代表スル
 檢事逮捕狀ヲ發スレハ幾回ニテモ期滿免除ノ期間ヲ中斷スルノ効アリト
 シタル等盡ク其證トシテ見ルニ足ル

〔四百八十四〕 主刑ハ重罪、輕罪、違警罪ノ論ナク總テ期滿免除ノ適用アリ反
 之附加刑ハ附加ノ罰金ト犯罪ニ因テ得タル物件及ヒ犯罪ノ用ニ供シタル

物件ノ沒收トニ限リ期滿免除ノ適用アルモノトス
〔四百八十五〕 剝奪公權及ヒ停止公權ニ期滿免除ノ適用ナキハ第六十條ニ
明文ノ存スルアリテ解釋上一點ノ疑義ヲ容ルヘキ餘地ナシト雖モ立法上
ノ理由并ニ其當否ニ至リテハ區々ノ論アリ

草案註釋ニ曰ク剝奪公權停止公權ハ共ニ實形的ノ執行ヲ要セス確定判決
ニ依テ當然其効ヲ生スルモノナリ故ニ犯人逃亡シ如何ナル處ニ行キ如何
ナル事ヲ爲スモ以テ執行ヲ遁レタルモノト言フ克ハス換言スレハ實形的
ノ執行ヲ要セサル刑ハ執行ヲ遁ル、克ハサルヲ以テ期滿免除ヲ得サル所
以ナリト

草案ハ執行ヲ遁ルル克ハサルモノハ期滿免除ヲ得ストイフヲ論據トシ剝
奪公權停止公權ノ如キ實形的ノ執行ヲ要セサルモノハ執行ヲ遁ル、克ハ
サルカ故ニ期滿免除ヲ得スト論結スト雖モ我刑法ハ右二附加刑ノ執行ヲ
遁レ得ルモノト認メタリ即チ公權ヲ剝奪又ハ停止サレタル者私ニ之ヲ行
ヘハ附加刑ノ執行ヲ遁ル、罪トシ現ニ刑ヲ科スルカ故ニ其規定ハ當ニセ

ヨ否ニセヨ我刑法上右二附加刑ハ執行ヲ遁ル、事ヲ得ト解釋セサル可ラ
ス(刑一五四條)果シテ然ラハ草案ノ如ク執行ヲ遁レ得ト否トノ一點ヲ以テ
期滿免除ノ許否ヲ決スルノ論ヲ採レハ少クモ我刑法上右二附加刑ニハ期
滿免除ヲ與フ可シト言ハサルヲ得ス(刑法汎論四四四九頁參照)但シ他ニ之
與フ可ラサル眞ノ理由アリ

夫レ身分ハ占有ヲ以テ取得スルル克ハサルヲ一般ノ原則トス剝奪公權ハ終
身公權ヲ享有スル能力ヲ剝奪スルモノニシテ停止公權ハ禁錮若クハ監視
ノ期間間公權享有ノ能力ヲ中斷スルモノナリ公權ヲ享有スル能力ハ即チ
法理上一種ノ身分ニ過キサルヲ以テ一旦之ヲ剝奪サレタル者カ如何ナル
長日月ノ間能力アルカ如キ行爲ヲ爲スモ之ヲ取得スル能ハスト結論セサ
ルヲ得ス是レ右ノ附加刑ニ期滿免除ヲ與ヘサル理由ナリ更ニ一例ヲ舉ケ
テ裏面ヨリ此論旨ヲ明ニセン公權ヲ剝奪サレタル者カ私ニ之ヲ行ヘハ是
レ執行ヲ遁レタルモノナリ其時ヨリ一定ノ年月ヲ經過シ期滿免除ニ依テ
剝奪公權消滅スルヲ得ハ犯人公權享有ノ能力ヲ獲得スト言ハサル可ラス

私ニ剝奪セラレシ公權ヲ行フハ一箇ノ犯罪ニシテ(刑一五四條)其犯罪ハ後ニ能力ヲ獲得スル條件トナルヲ得ハ實ニ奇怪ナラスヤ

[四百八十六] 禁治産ニ對シ期滿免除ノ適用アルヤ否ヤハ全ク法文ノ規定セサル所ナリ然ルニ禁治産モ亦實形的ノ執行ヲ要セス且ツ自ラ財産ニ關スル私權ヲ行使スル能力ヲ失フ附加刑ナルカ故ニ要形的ノ執行ヲ要セサルモノハ期滿免除ヲ得ストイフ論據ヲ採ルモ能力ハ之ヲ有セサル者カ之ヲ有スル如キ行爲ヲ爲ス(即チ占有ス)モ獲得スル克ハサルカ故ニ能力刑ハ期滿免除ヲ得ストイフ論據ヲ採ルモ共ニ禁治産ニハ期滿免除ノ適用ナシト結論セサル可ラス而シテ之ヲ法文ニ記載セザリシハ却テ當チ得タルモノナリ何トナレハ禁治産ハ主刑ノ了ルマテチ期間トス(刑三五條)ルカ故ニ主刑ノ期滿免除ヲ得レハ禁治産モ亦消滅シ主刑ノ執行ハ遁レテモ之ヲ終ラサル間ハ禁治産モ亦消滅セサレハナリ

[四百八十七] 禁制物ノ沒收ニ期滿免除ヲ與ヘサルハ一目瞭然ナリ製造所有占有等ヲ禁制シタルカ故ニ或ル場合ニ所有又ハ占有スルノ事實ハ毎日

新ニ禁制ニ觸レタルト同一ナルノミナラス行政取締ノ目的ヨリシテ常ニ沒收スヘキ必要アルモノトス

[四百八十八] 附加ノ監視モ亦期滿免除ヲ得ス其期滿免除ヲ得サルノ點ハ明文アリテ疑ヲ挾ム可キニ非スト雖モ(刑六〇條)此ノ如キ明文ヲ設ケタルノ當否即チ立法上ノ是非ニ至リテハ學者大ニ議論アル所ナリ

剝奪公權停止公權ニ期滿免除ノ適用ナキ理由ハ身分ハ占有ヲ以テ取得スル克ハスト言フ原則ニ因テ説明スル事ヲ得又此原則ニ非サレハ之ヲ説明スル克ハスト信ス然リト雖モ監視ノ期滿免除ヲ得サレハ此理論ニ因テ説明スル克ハサルヤ明ナリ監視ハ身分若クハ能力ヲ喪失スルモノニ非ス一説ニ曰ク監視ハ受刑者ニ數多ノ消極義務ト積極義務トヲ負ハシム然レトモ之レニ因テ剝奪スル所ハ無形ノ權利ニシテ消極積極ノ義務アルモ亦權利ヲ失フ結果ナシ論シテ爰ニ至レハ監視モ亦有形的ノ執行ヲ要セサル刑罰タルヤ知ル可シ有形的ノ執行ヲ要セサル刑ハ執行ヲ遁ル、能ハス執行ヲ遁ル、能ハサル刑ハ期滿免除ヲ得サルカ故ニ理論上監視ニ期滿免除

ヲ與ヘサルハ當テ得タルモノナリト(刑法正義四七六頁)理論上右ノ論
 ナ可トスル學者自身モ之レヲ以テハ仍ホ現行法ノ規定ヲ辯護スルニ足ラ
 サルヲ斷言ス(監視カ有形ノ執行アルヲ要スルト否ト又タ執行ヲ遁ル、ト
 イフノ適理ナルト否トハ別問題ナリ我刑法ハ明ニ監視ハ執行ヲ遁レ得ル
 モノト認メ監視規則違反ヲ附加刑ノ執行ヲ遁ル、罪ト明言シタリ又タ有
 形ノ執行アルヲ要スルニ付キ一點ノ疑ナキ場合アリ(刑附三二二條)(刑一五
 五條)我刑法ノ精神トシテ執行ヲ遁ル、事ヲ得ルト否トノ一點カ期滿免除
 ナ得ルト否トノ分ル、所ナラハ監視ニ期滿免除ヲ與ヘサル可ラサリシナ
 リ
 熟ラ惟ルニ監視ニ期滿免除ヲ與ヘサルハ監視ノ目的ト期滿免除ヲ設クル
 趣旨ノ如何トニ因テハ必スシモ一言ノ下ニ排斥スヘキ規定ニ非サル可キ
 カ(1)監視ハ將來ヲ檢束シ犯人ノ行狀ヲ觀察シ以テ再犯ヲ豫防スル一手段
 ニ過キス期滿免除ヲ得タル者ハ主刑ヲ受クル事無キモ事實罪ヲ犯シタル
 者タル事ハ復タ打消ス能ハサルカ故ニ行狀ヲ觀察シ再犯ヲ豫防スルノ必

七二

要ナシトハ斷言スルヲ得ス(2)然リト雖モ此理由モ亦現行法ヲ辯護スルニ
 ハ不十分ナリ現行法ハ社會ニ犯罪ノ紀念消滅ストイフ推測ヲ以テ期滿免
 除ノ基礎トシ之ヲ數多ノ點ニ應用セリ犯罪ノ紀念消滅セハ犯人タル紀念
 モ消滅シ再犯豫防ノ監視ニ付スヘキ理由モ消滅シタルモノト謂フ可シ但
 シ我輩ハ學理トシテハ期滿免除ニ別ノ基礎ヲ探ル可キモノナラストシ犯
 罪又ハ有罪判決ノ日ヨリ甚シキ長日月ヲ經テ刑ヲ執行スレハ世人法ヲ惡
 ミ犯人ヲ憫ムノ情ヲ起ス危險アルカ故ニ期滿免除ヲ設ケテ可ナラント云
 ヘリ法律ノ威信ヲ保ツカ爲ニ死刑其他痛苦ノ大ナル刑ヲ公行スルハ之ヲ
 避クルヲ良策トスルモ事實罪ヲ犯シ巧ニ長日月間執行ヲ遁レシ程ノ者ハ
 少クモ監視ノ如キ顯著ナラサル刑若クハ之ニ類スル他ノ手段ヲ以テ行狀
 ヲ觀察シ再犯ノ危險ノ有無ヲ注目スルノ必要アラシ此理由ニ依ラハ必ス
 シモ監視ニ期滿免除ヲ與ヘサル制度其者ヲ批難スヘキニ非サル可シ執行
 ヲ遁レ得ルカ故ニ期滿免除ヲ與フヘシトイヒ執行ヲ遁レ得サルカ故ニ期
 滿免除ヲ與フ可ラストイフカ如キハ社會ノ生存ニ必要ナルヤ否ヤノ大眼

目ヲ度外視シ風ヲ撲ツカ如キ空論ニ戀々タル趣ナキヲ得ス

第二款 刑ノ期滿免除ノ期間并ニ其起算點

〔四百八十九〕主刑ハ左ノ年限ヲ經テ期滿免除ヲ得(刑五九條)

- 一 死刑ハ三十年
- 二 無期徒刑ハ二十五年
- 三 有期徒刑ハ二十年
- 四 重懲役重禁獄ハ十五年
- 五 輕懲役輕禁獄ハ十年
- 六 禁錮罰金ハ七年
- 七 拘留科料ハ一年

附加ノ罰金ハ主刑ト共ニ期滿免除ヲ得(刑六〇條²)

附加ノ沒收ハ五年ヲ經テ期滿免除ヲ得但シ禁制物ハ期滿免除ノ限ニ非ラズ(刑六〇條³)

〔四百九十〕刑ノ期滿免除ノ期間ハ一般ニ公訴ノ時効ノ期間ヨリモ長シ(刑

五九刑訴八條)期滿免除即チ時効ヲ設クル趣旨ヨリ觀察スレハ此ノ如モ差別アルノ刑ヲ知ルニ難カラズ我刑法カ期滿免除即チ時効ノ制ヲ採用セルハ社會ガ犯罪ヲ遺亡シタル後刑ヲ加フルノ理由ナシト認メタルカ爲ナリ然ルニ刑ノ期滿免除ハ既ニ有罪ノ判決アリシ後ニ生ス可キモノニシテ犯罪ノ紀念タルヤ漠タル犯罪嫌疑ノ紀念ニ非ラス綿密ナル證據蒐集ト公開ノ裁判若クハ宣告トヲ經テ裁判記録ニ留メタル確乎ナル紀念ナリ之ヲ消亡スルニハ比較的長日月ヲ要スヘシ反之公訴ノ時効ハ未ダ有罪判決アラサル以前ニ生スヘキモノニシテ犯人ニ對スル關係ヨリ云ヘハ犯罪ノ紀念ト謂フヨリモ寧ロ漠タル犯罪嫌疑ノ紀念ニ外ナラス特ニ有罪ノ證據湮滅スルト同時ニ犯人ニ利益ナル無罪ノ證據モ湮滅シテ有罪無罪ノ判決ヲ下スニ大ナル困難ヲ生ス可シ是レ公訴ノ時効ハ比較的短カル可キ理由ナリ

〔四百九十一〕我刑法ハ刑罰ニ因テ期滿免除ノ期間ニ長短ノ別ヲ立テタリ其標準トナル所ハ刑法カ各本條ニ記載シタル刑若クハ之ニ從犯未遂犯特別ノ加重減輕ヲ實行シタルモノ即チ本刑ナルカ將タ又實際言渡シタル刑

罰ナルカ

刑ノ期滿免除ハ其効力トシテ或ハ刑罰執行權ノ發生ヲ妨ケ或ハ刑罰執行權ヲ消滅セシム即チ之ト直接ノ關係ヲ有スルモノハ常ニ刑罰執行權ナリ執行權ハ必ス實際ニ言渡シタル所ノ刑ニ關係シ其確定スルト同時ニ發生スルモノナルカ故ニ期滿免除ノ期間モ亦實際ニ言渡シタル所ノ刑ニ因テ定ム可キモノトス刑法第五十八條ニ刑ノ執行ヲ通レタル……者ト云ヒ又起算點ヲ定ムルニ當テ刑ノ執行ヲ通レタル日(刑六一條)ト云ヘハ右ノ解釋ノ至當ナルヲ知ル可キ一證ナリ(ガロオ氏二卷七四號刑法論綱三七三頁)佛國ニ於テハ之ト同一ナル解釋ニ反對スル學者甚カラスト雖モ我刑法ヲ解クニ當リテハ到底有力ナル反對説出ツル能ハサラン

(四百九十二) 刑ノ期滿免除ノ期間ハ何レノ日ヨリ起算スヘキカ刑法第六十一條之ニ答テ曰ク期滿免除ハ刑ノ執行ヲ通レタル日ヨリ起算ス……闕席裁判ニ係ル時ハ其宣告ノ日ヨリ起算ス(ト右末文ニ闕席裁判トアルニ因テ見レハ首文ハ對席判決ノ場合ヲ假定シタル事明カナリ

(四百九十三) 對席判決ニ係ル刑ノ期滿免除ハ刑ノ執行ヲ通レタル日ヨリ起算ス(刑六一條)執行ヲ通レタル日ト明言スルカ故ニ裁判宣告ノ日ヨリ起算ス可ラサルハ論ヲ俟タス然ラハ如何ナル事實ヲ以テ執行ヲ通レタルモノトナスヘキカ本問ニ關シテハ先輩ノ著書ニモ簡明ナル解答ヲ見ス余ハ疑問ナカラ左ノ原則ヲ立テ適用ヲ試ミン

法文ニ所謂「執行ヲ通レル」トハ犯人カ逃亡シテ執行權ヲ實行シ得サルニ至ラシメタルト當該官吏カ執行權ヲ實行シ得ルニ拘ラス實行セスシテ止ミタルトチ區別セサルモノト解セサル可ラス反對ノ明文ナキハ即チ此ノ如キ區別ヲ許サル確證ナリ今之ヲ對席判決ニ就テ考フルニ(1)其判決ヲ受ケタル後確定スル以前ニ犯人逃亡スレハ確定ノ日即チ執行權發生ノ日ヨリ期滿免除ノ期間ヲ起算ス可シ何トナレハ其以前ニハ執行權發生セサルカ故ニ逃去ノ事實ハ未タ以テ執行權ノ實行ヲ妨ケタルモノト云フ能ハサレハナリ(2)犯人逃去セス執行權ヲ實行シ得ル状態ニ身ヲ置キタルニ拘ラズ當該官吏之ヲ實行セサルニ於テハ又裁判確定ノ日即チ執行權發生ノ日

ヨリ期滿免除ヲ起算ス可シ何トナレハ一方ニ於テハ執行權發生シタル日ヨリ職權アル者ハ直チニ執行シ得ルチ一般ノ原則トシ一方ニ於テハ法文ニ犯人ノ所爲ニ因テ執行ヲ遅レタルト當該官吏カ執行セスシテ止ミタルトチ區別セサレハナリ

〔四百九十四〕 闕席判決ニ係ル刑ノ期滿免除ハ總テ刑名宣告ノ日ヨリ起算ス(刑六一條)故ニ闕席判決ニ係ル刑ノ期滿免除ハ何時ヨリ起算スヘキヤト云フ問題ヲ決スルニハ一點ノ困難ヲ生スル場合モ無シト雖モ之ニ依テ期滿免除ヲ得タルモノハ何チ免セラル、カトイフ効力ノ問題ニ付テ一言スヘキモノアリ

闕席判決ヲ受ケタル者ハ其判決ニ對シ故障ヲ申立ル事ヲ得而シテ故障ノ申立ヲ受理シタル場合ニ於テハ更ニ通常ノ規定ニ從ヒ裁判ヲ爲ス事ヲ要ス(刑訴二二八、二三三、二三六條)故ニ缺席判決ハ故障申立期間ヲ經過セサレハ何時迄モ確定スル事無シ故障申立期間ハ罰金ナレハ判決ノ送達ヨリ三日其他ノ刑ハ被告人自身カ送達ヲ受取リタル日又ハ判決ノ執行ヲ受ケタ

ル日ヨリ三日トス(刑訴二二九、二三六條)一方ニ於テ裁判確定セサレハ刑罰執行權發生セサルカ故ニ闕席判決ニ係ル期滿免除ノ期間ヲ刑名宣告ノ日ヨリ起算スレハ如何ナル効力アルヘキカ

判決以前ヨリ逃去シ闕席判決ニ因テ一定ノ刑ヲ申渡サレタル者第五十九條ニ示定シタル期限ヲ經過スレハ復タ刑ヲ受クル事無シ然ラハ是レ期滿免除ニ因テ刑罰消滅シタルモノナリヤ刑ハ執行ニ因テ始マル(七八六號)未ダ始マラサル刑罰ハ消滅スル事無シ然ラハ刑罰執行權消滅シタルモノナリヤ犯人自ラ判決ノ送達ヲ受取リタル日カ判決ノ執行ヲ取ケタル日ヨリ三日ヲ經サレハ闕席判決確定セス判決確定セサレハ執行權發生セサルカ故ニ又以テ執行權ノ消滅トナス可ラサルナリ由是觀之此場合ノ期滿免除ハ犯人ニ上訴權ヲ喪失セシメ刑罰執行權ノ發生ヲ妨グル効アリト謂フ可シ

第三款 刑ノ期滿免除ノ中斷

〔四百九十五〕 對席判決ニ係ルモノハ刑ノ執行ヲ遅レタル日ヨリ起算シ闕

席判決ニ係ルモノハ其宣告ノ日ヨリ起算シ第五十九條ニ定メタル期間ヲ經過スレハ刑罰又ハ刑罰執行權ヲ消滅セシメ若クハ兩者ノ發生ヲ妨クル事前款ニ述フルカ如シ然レトモ其年限タルヤ間斷ナク經過シタル事ヲ必要トス之カ經過ヲ中斷スル原因三アリ捕ニ就ク事逮捕狀ヲ發スル事執行ノ所爲アル事是ナリ第一第二ハ第六十一條ト第六十二條トノ明文ニ規定セラル第三ハ第六十一條ヨリ解釋シテ理論上ニ生スル結論ナリ

〔四百九十六〕 對席判決ニ出テシ死刑ノ期滿免除ハ執行權發生ノ日即チ裁判確定ノ日ヨリ起算スル場合ト逃去ノ日ヨリ起算スル場合トアリ何レモ遁レ執行權ヲ實行シ得サルニ至ラジメタルモノ即チ我刑法ノ所謂執行ヲ遁レタルモノトイフ語ノ中ニ含まルカ爲ナリ其結果トシテ復ヒ執行權ヲ實行シ得ル狀態ニ復シタル時即チ縛ニ就キタル時ハ期滿免除ノ期間中斷セラル第六十一條ニ死刑ヲ受ケタルモノト自由刑ヲ受ケタルモノタルトニ論ナク就捕ノ一事ヲ以テ中斷スヘキ事ヲ命シタルカ故ニ右ノ解釋ハ十分正確ナリ

捕ニ就キタル者爾來三十年間執行ヲ受ケサレハ期滿免除ヲ得ヘシ其就捕ノ日ヨリ起算スヘキ理由ハ其時ヨリ執行シ得ル狀態ニ復飯シ當該官吏之ヲ執行セスシテ止ムモ亦執行ヲ遁レタルニ外ナラサレハナリ(八四〇號)

就捕後再度逃去シタル時ハ更ニ逃去ノ日ヨリ起算シ三十年經過スル事ヲ要ス是レ明文ノ結果ナリ(刑六一條)故ニ確定前ヨリ逃去シ確定後縛ニ就キ更ニ逃去スレハ一ハ確定ノ日ヨリ一ハ就捕ノ日ヨリ一ハ再度逃去ノ日ヨリ三回期滿免除ノ進行ヲ開始シタルモノトス

逮捕狀ノ發表ヲ以テ死刑ノ期滿免除ヲ中斷スルニ就テハ解釋上毫モ困難ヲ生セス逃去後一回發表スレハ其日ヨリ新ニ期滿免除ヲ起算シ數回發表スレハ最終ノ日ヨリ起算ス(刑六二條)

執行ノ所爲カ中斷ノ原因タルハ實ナリト雖モ死刑ニ適用ナキ所ナリ生命ハ分割スル能ハス從テ死刑ハ一部ノ執行ヲナス能ハズ執行スレハ犯人身死シテ復タ期滿免除ノ事ヲ云フニ足ラス

〔四百九十七〕 對席判決ニ係ル自由刑ノ期滿免除ノ經過ハ就捕ニ依テ中斷

サレ又逮捕狀ノ發表ニ依テ中斷サル、ノ原則ヲ適用スルニ毫モ困難ナシ
 止ターノ注意スヘキハ先ニ宣告ヲ受ケタル刑ニ關シテ逮捕狀ヲ發表サレ
 若クハ縛ニ就キタルニ非レハ中斷ノ効無キ事是ナリ第六十一條并ニ第六
 十二條ハ共ニ刑ノ執行ヲ通レタル人ニ關シ就縛又ハ逮捕狀發表ノ事實ア
 レハ如何ナル犯罪ノ爲ニサレタルカヲ區別セスシテ中斷ノ効アルカ如キ
 汎キ書方ヲ爲スト雖モ先ニ執行ヲ通レタル刑ヲ執行スル爲ニ捕縛セラレ
 又ハ逮捕狀ヲ發表セラレタルニ非レハ中斷ノ効ナキ事期滿免除ヲ設ケシ
 理由ニ照シテ明瞭ナリ但シ立法論トシテハ和蘭刑法第七十七條末文ノ如
 シ別罪ノ爲ニセラレシ就縛並ニ入監ヲ停止ノ原因ト規定スルモ敢テ不可
 ナリト斷言スル能ハス

〔四百九十八〕 財産刑ノ期滿免除ハ納完期限ヨリ起算スヘキ事前ニ述フル
 如シ之ニ對スル中斷ノ原因ハ法文ニ明記セスト雖モ一部ノ辨濟又ハ差押
 カ執行ノ所爲アル時ハ理論上既往ノ經過日數取消サレ殘額ニ對シテハ更
 ニ其所爲ノアリシ日ヨリ起算セサル可ラス何トナレハ就縛又ハ逮捕狀

發表ノ如キハ死刑自由刑ニ適用スヘク財産刑ハ常ニ執行ヲ通レタル日ヨ
 リ起算ス可キ第六十一條首文ノ範圍ニ屬シ一部ノ辨濟又ハ差押アレハ殘
 額ニ對シテハ其日ヨリ執行ヲ通レタルニ外ナラサレハナリ(草七三、條20、刑
 法論綱三八〇頁)而シテ換刑處分ニ着手シタル時ハ自由刑ニ關スル期滿免
 除ノ法理ヲ適用スヘキノミ

〔四百九十九〕 缺席判決ニ係ルモノハ刑ノ如何ニ論ナク就捕又ハ逮捕狀ヲ
 發表スルノ所爲ノミヲ以テ期滿免除中斷ノ効アリト云フ能ハス前ニ云ヘ
 ル如ク缺席判決ハ故障期間經過セサル間ハ確定セス從テ執行權ヲ發生セ
 サルカ故ニ之ヲ捕フルモ以テ執行ノ途ニ上ル事無シ之カ逮捕ヲ命スルモ
 執行ヲ命スルニ非ス

然リト雖モ前ニ缺席判決ヲ受ケタルモノ縛ニ就ク時ハ刑事訴訟法第二百
 二十九條ニ所謂判決ノ執行ヲ受ケ刑ノ言渡アリタル事ヲ知ル可キカ故ニ
 此日ヨリ三日ヲ以テ故障期間トス故障期間經過スレハ判決確定シ執行權
 發生スルヲ以テ(1)右故障期間滿了前ニ再ヒ逃去センカ故障期間滿了ノ日

ヨリ新ニ期滿免除ヲ起算セサルヘカラス此解釋ハ第六十一條「逃去ノ日ヨリ起算シ」トイヘル明文ニ反スルガ如シト雖モ其明文ハ對席判決ニ關スル規定タルニ注意スヘシ(2)故障期間滿了後ニ逃去セシカ逃去ノ日ヨリ起算スヘシ是レ其日カ即チ執行ヲ通レタル日ナレハナリ

第三編 多數ノ犯罪并ニ多數ノ犯人

第一章 一人數罪

〔五百〕一人ニテ數多ノ罪ヲ犯シタル場合ハ犯罪中確定裁判ヲ經タルモノアルト否トニ因リ分レ再犯ト數罪俱發トノ場合トチ生ス

第一節 再犯

第一款 再犯ノ定義并ニ條件

〔五百一〕再犯ノ文字ヲ一見スル時ハ先ニ一罪ヲ犯シ後再ヒ罪ヲ犯シタルモノヲ總稱スルニ似タリ然レトモ刑法第一編第五章ニ所謂再犯ハ此ノ如キ汎博ナル意味ヲ有セス又現今監獄吏員等ハ先ニ入獄シタルコトアル者再ヒ獄ニ投セラレタル時ニ限リ再犯ト稱スル例アリ刑法ニ所謂再犯ハ亦

此ノ如キ狹キ意義ニ非ス先ニ罰金ニ處セラレ獄ニ投セラレシ者若クハ自首ニ由テ刑ヲ全免サレタル者ト雖モ再ヒ罪ヲ犯セハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得否再犯ヲ以テ論セサルヲ得サル場合アリ爰ニ於テ刑法上ノ再犯ノ意義如何ヲ知ラント欲セバ左ノ定義并ニ成立條件ニ付テ見ル可シ再犯トハ某所爲ニ付キ有罪ノ確定裁判ヲ受ケタル後再ヒ罪ヲ犯シタル状態ヲ謂フ此定義ヲ分折スル時ハ再犯ノ成立スルニ二個ノ條件アルヲ要スルヤ知ルヘシ曰ク先ニ有罪ノ確定裁判ヲ經タルコト曰ク其後再ヒ罪ヲ犯シタルコト是ナリ

〔五百二〕第一條件 再犯ノ成立スル第一ノ條件トシテ先ニ有罪ノ確定裁判ヲ經タルコトアルヲ必要トスルカ故ニ假令刑法カ第二編以下ニ於テ重罪輕罪若クハ違警罪トシテ掲ケタル所爲ヲ決行シタルコトアリトシテモ刑法ノ効力ヲ及ホス能ハサルニ依リ或ハ精神上ノ犯罪成立ヲ缺クニ由リ或ハ法律カ公訴ヲ免スルニヨリ有罪ノ判決ナクシテ止ミタル者ハ後再ヒ罪ヲ犯スモ再犯トシ論スルヲ得ス(2)有罪ノ判決アリタル後ト雖モ其未タ

確定セサル間ニ罪ヲ犯シタルハ再犯ヲ以テ論スル能ハサルナリ(3)而シテ明文ナシト雖モ外國ノ裁判判決ハ亦再犯ノ理由トナスヲ得ス

(五百三) 先ニ罪トナル所爲ヲ行ヒ且之レニ對シテ有罪ノ判決ヲ受ケタル場合ト雖モ其裁判確定セサル間ニ更ニ罪ヲ犯シタル時ハ再犯トシ處分スルヲ得ス(刑九四條)裁判ハ對席判決ナレハ上訴期間經過スルニヨリ若クハ上訴ニ對スル終審ノ言渡アルニ由リ確定ス故ニ上訴期間内若クハ上訴中ニ罪ヲ犯シタル者ハ假令後ニ至リテ其上訴棄却サレタル場合ト雖モ再犯ヲ以テ論スル能ハサルナリ又缺席判決ナレハ通常被告人自ラ判決ノ送達ヲ受クルカ若クハ判決ノ執行ニヨリ刑ノ言渡アリタルコトヲ知りタル後三日ノ故障ヲ經過セサレハ決シテ確定セサルカ故ニ缺席判決ヲ受ケタル者引續キテ逃去シタル間ニ犯罪ヲ決行スルモ再犯ヲ以テ處斷ス可ラス罰金ノ缺席判決ニ付テハ例外アリ其判決ノ送達ノ日ヨリ三日ヲ以テ故障期間トス故ニ先ニ罰金ノ判決ヲ送達サン三日ヲ經過シタル後更ニ罪ヲ犯シタルトキハ假令犯人其送達ヲ知ラザリシトキト雖モ後ノ再犯罪ノ例ニ據

ル

(五百四) 先ニ有罪ノ判決アリ且ツ確定シタル場合ト雖モ後ニ罪ヲ犯シタル時迄ニ之レヲ取消シタルコト無キニ非サレハ亦再犯ヲ以テ論スル能ハス刑法ハ大赦ニ付テ此原則ヲ適用セリ曰ク大赦ニ依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ト(刑九七條)大赦ハ裁判確定後ナレハ其確定判決ヲ取消スノ効アリ故ニ後再ヒ罪ヲ犯スモ再犯ヲ以テ論シ得サルモノトス之レニ反シテ特赦復權ハ裁判ヲ取消ス効力ナキカ故ニ特赦ニ依テ刑ヲ減免サレ復權ニ依テ公權ヲ享有スル能力ヲ回復シタル者再ヒ罪ヲ犯セハ再犯ヲ以テ論セサルコト明ナリ

刑法第九十七條ハ大赦ニ因テ免罪ヲ得タル者再ヒ罪ヲ犯スモ再犯トセサルコトノミヲ明言シ非常上告ニ依テ初犯ノ確定判決ヲ破毀シ無罪ノ宣告ヲ受ケタル者並ニ再審ノ訴成立シテ無罪ノ宣告ヲ受ケタル者新ニ罪ヲ犯スモ再犯ヲ以テ論スル能ハサルコトヲ言ハス是レ之レヲ言ハスシテ瞭々火ヲ見ルヨリモ明ナレハナリ此場合ニハ再ヒ罪ヲ犯シタルニ非スシテ新

ニ罪ヲ犯シタルモノナリ初犯ノ有罪判決ハ其實初犯ナキニ誤リテ有罪視シタル不當ノ判決ニシテ判決ナキモノト看做サル可ラス由是觀之再犯ハ初犯ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ之レヲ論スル能ハスト雖モ(刑九四條)初犯ノ有罪判決確定シタル後再ヒ罪ヲ犯シタル者ハ盡ク再犯ヲ以テ論スルハ限ニ非サルヲ知ルヘシ

〔五百五〕第二條件 再犯ノ成立スルニハ先ニ有罪ノ確定裁判ヲ受ケタル事ヲ要スルノミナラス其後再ヒ罪ヲ犯シタル事アルヲ要ス此條件ノ必要タルヤ再犯ノ文字ヲ見テモ明瞭ナリ故ニ爰ニ論究ス可キハ再犯ノ成立上何カ故ニ再ヒ罪ヲ犯シタル事ヲ要スルヤト云フ點ニアラスシテ (1)初犯ト再犯ト同種類ノ罪タルト否トヲ問ハサルカ (2)初犯ト再犯トノ輕重ハ之ヲ問フノ必要ナキカ (3)初犯ト再犯トノ間ニ經過シタル時間ノ長短ヲ問フノ必要ナキカ (4)初犯ト再犯トノ場所ノ異同ハ之ヲ問フノ必要ナキカノ四點ニ在リトス

〔五百六〕(一)再犯成立ノ條件ヲ喋々スルハ歸スル所再犯者カ初犯ノ有罪

三〇

判決若クハ其刑ノ執行ニ懲リスシテ再ヒ犯シタルカ故ニ如何ナル處分ヲ設クヘキカ刑ヲ加重スヘキカ特別ノ處分ヲ施スヘキカノ問題ヲ決スル根據ニ外ナラス是レ初犯ト再犯トノ罪ノ種類如何ニ因テ處分ニ關スル所ナキカノ問題ヲ生スルナリ
我刑法ハ斷然再犯ノ罪ノ種類如何ヲ問ハサルノ主義ヲ採用セリ解釋論トシテハ初犯ト再犯トノ罪ノ種類如何ハ再犯ノ成立ニ一點モ關係スル所ナキヤ疑ヲ容レヌ

我立法者ハ佛國ノ例ニ倣ヒ初犯再犯ノ種類如何ヲ問ハサルノ主義ヲ度外ニ汎ク適用シ遂ニ一ハ有意犯ニシテ一ハ無意犯タル場合ト雖モ法文上ハ再犯ヲ以テ論スル事ヲ規定セリ是レ實ニ恕スヘカラサル缺點トス初犯再犯何レカ一方無意犯ナル場合ニハ何ヲ以テ犯人ニ不治ノ徵候アリト言フヲ得ルカ其不治ノ徵候アルヲ斷言スル能ハサル場合ニ仍ホ加重シタル刑又ハ特別ノ處分ヲ施ス如キ規定ノ殘忍酷薄ナル寧ロ古法ノ火刑磔刑ノ慘タルニ勝ル所ナカラシヤ但シ幸ニシテ酌量減輕ノ法アルアリテ賢明ナル

我裁判官ハ實際ニ其弊ヲ避クルナルヘシ但シ爰ニ所謂無意犯トハ輕罪中ノ無意犯ニ就テ批難スルモノナリ

〔五百七〕(二)再犯ノ成立並ニ其處分ニ關シ初犯ト再犯トノ輕重ハ之ヲ問フ必要ナキカ我立法者ハ兩者ノ種類如何ハ全ク之ヲ問ハサルノ主義ヲ採用セシト雖モ其輕重ニ至リテハ大ニ審案シ斟酌セサルヘカラサルモノトシテ之ヲ明文ニ掲ケ(刑九一、九二、九三條)

先ニ重罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯重罪ニ該ル時

先ニ重罪輕罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯輕罪ニ該ル時

先ニ違警罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯違警罪ニ該ル時

ニ限リテ刑法ニ所謂再犯成立スルモノトセリ之ヲ畧言スレハ (1)再犯ノ罪カ初犯ト同等若クハ初犯ヨリ輕キ時ニ非サレハ再犯ヲ以テ處斷セス (2)再犯ハ罪初犯ヨリ重キ時ハ再犯ヲ以テ處斷セストイフニ歸ス

〔五百八〕第九十一條以下ノ三ヶ條ニ於テハ先ニ……ノ刑ニ處セラレタル者……ト言ヒ重罪輕罪又ハ違警罪ヲ犯シタル者ト言ハサル故ニ假令先

ニ重罪輕罪違警罪ヲ犯シタル事アルモノ再ヒ罪ヲ犯セハトテ初犯宥恕又ハ自首ニ基キ刑ヲ全免サレタル時ハ後罪ヲ論スルニ再犯ヲ以テスル能ハス罪ヲ犯スモ刑ニ處セラレサレハナリ

右ノ論旨ハ先ニ大赦非常上告並ニ再審ニ付テ述ヘタル所ト混視ス可ラズ大赦非常上告再審ニ因テ初犯ノ免罪ヲ得タル時ハ有罪判決消滅スル結果トシテ初犯ナキカ故ニ後罪ヲ再犯トシ論スル能ハサルモノナリ茲ニ謂フ所ハ有罪判決消滅スルモノニ非ズ從テ廣義ニ所謂再犯ハ再犯ナリト雖モ刑法ニ謂フ所ハ止メ一罪ヲ犯シタル事アルヲ以テ足レリトセズ必スヤ之ニ因テ重罪輕罪若クハ違警罪ノ刑ニ處セラレタル事アルヲ要ス而ルニ宥恕全免自首全免ノ場合ニハ何レモ刑ニ處スル事ナキカ故ニ第九十一條以下ノ明文ニ照シ後罪ヲ論スルニ再犯ヲ以テスル能ハサルナリ

〔五百九〕第九十一條以下ノ三ヶ條ハ何レモ重罪ヲ犯シタル者輕罪ヲ犯シタル者違警罪ヲ犯シタル者ト言ハスシテ重罪ノ刑ニ處セラレタル者重罪輕罪ノ刑ニ處セラレタル者違警罪ノ刑ニ處セラレタル者ト言ヘリ故ニ重

罪ヲ犯シタル者宥恕減輕、自首減輕、酌量減輕等ニ因リ實際輕罪ノ刑ニ處セラレタル者カ後ニ重罪ヲ犯シタル時ハ再犯ヲ以テ後ノ重罪ヲ論スル能ハス又先ニ輕罪ヲ犯シタル者減輕サレテ實際違警罪ノ犯ニ處セラレタル者カ後ニ輕罪重罪ヲ犯シタル時ハ後ノ輕罪重罪ヲ再犯トシ論スル事ヲ得ス〔五百十〕右ノ規定ニ就テ先ニ違警罪ノ刑ニ處セラレタル者後ニ輕罪若クハ重罪ヲ犯シタル時再犯ヲ以テ論セサル理由如何 1) 初犯ノ有罪判決確定後ニ犯シタル罪ノ中ニ再犯ヲ以テ論スル者ト否トチ區別スルノ要ハ畢竟初犯ノ判決又ハ刑ノ執行ニ懲リサルヨリシテ加重シタル刑罰若クハ特別ノ處分アルヲ必要トスルニ職由ス故ニ再犯ヲ以テ論スルモノハ初犯ノ判決若クハ刑罰ニ懲サル徵候アルヲ第一ノ條件トスヘキナリ一方ヨリ見レハ違警罪ハ通常無意犯ナリ無意犯ヲ犯スモ之カ爲ニ不治ノ徵候アリトスル能ハサルヲ以テ初犯違警罪再犯輕罪若クハ重罪ナルモ再犯トシ論セサルモノト規定ス但シ此理由ハ我立法者ノ眼中ニ第二級ニ位セシモノ、如シ(2) 初犯ノ刑違警罪タリシ時ハ後ノ輕罪又ハ重罪ニ相當スル重キ刑ヲ

加フレハ別ニ加重シタル刑罰又ハ特別ノ處分ヲ施スニ及ハスト認定シタル是レ右ノ制限ヲ設クルニ至リシ主タル理由ナリ

〔五百十一〕先ニ輕罪ノ刑ニ處セラレタル者後ニ重罪ヲ犯シタル時再犯ヲ以テ論セサル理由ハ專ラ右ニ述フル第二ノ理由ニ基ケリ即チ先ニ輕罪ノ刑ニ處セラレタル者ナルカ故ニ更ニ加重シタル刑罰又ハ特別ノ處分ヲ施サ、ルモ重キ役ノ重罪ニ相當スル刑ヲ加フレハ十分ナリトセシ結果ニ外ナラス

〔五百十二〕此ノ如キ理由ヲ採用シタルカ故ニ我立法者ハ先ニ重罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯モ亦重罪ニ該ル時先ニ重罪輕罪ノ刑ニ處セラレタル者再度輕罪ニ該ル時先ニ違警罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯違警罪ニ該ル時即チ畧言スレハ再犯ハ初犯ヨリ輕キカ少クモ同等ナルトキニ限り初犯ノ有罪判決又ハ刑ノ執行ニ懲リサル徵候アリ更ニ初犯ト同一ナル刑ヲ加フルモ十分目的ヲ達スル能ハストシ我刑法ハ後ノ刑ヲ加重スルコトニ定メタリ之ニ二個ノ批難ナキ能ハス(1) 我刑法ハ先……刑ニ處セラレタル者

ト言ヒ刑ヲ執行サレタル者ト言ハサルカ故ニ假令一日ノ執行ヲ受ケサル者ト雖モ以上ノ區別ニ從ヒ刑ニ處スルノ裁判確定シタル後ニ罪ヲ犯セハ再犯加重ヲ免ル、能ハス刑ノ言渡ヲ受ケタルニ過キサル者ト既ニ其執行ヲ受ケテ再ヒ罪ヲ犯シタル者ト同列ニ置キタルハ頗ル不當ノ規定ナル固ヨリ有罪ノ判決確定シタルニ拘ラス再ヒ罪ヲ犯シタル如キ者ヲ初犯ヲ以テ論スヘシトハ言ハス然レトモ現在刑ノ執行ヲ受ケタル後ニ再ヒ犯シタル者トハ同列ニ論スル克ハサル可シ有罪ノ確定判決ノミニテハ全然懲改ノ効ヲ奏シ惡癖ヲ翻サシムルニ足ルトナス可ラス(2)違警罪ハ通常無意犯ナリ無意犯ヲ犯シタルノミヲ以テ不治ノ徵候アリトスル能ハス而ルニ我刑法ハ違警罪ニ付テモ再犯ヲ以テ論シ刑ヲ加重スルノ主義ヲ採レリ是レ幾分カ極端ニ失スル規定ナリトス

(五百十三)(三) 再犯ノ成立并ニ處分ニ關シ初犯ト再犯トノ間經過シタル時間ヲ問フノ必要ナキカ我刑法ハ違警罪ノミニ付テ再犯ノ成立ニ初犯以後經過シタル時間ヲ一必要條件トセリ即チ初犯ノ後一年以内ニ再ヒ犯シ

タルニ非サレハ再犯ヲ以テ論セズ他ナシ違警罪ノ刑ハ輕微ナルカ爲ニ犯人ニ於テ其痛苦ヲ忘却スル事速カナレハナリ

違警罪ヲ除キテハ我刑法上初犯ト再犯トノ間ニ經過シタル時間ハ如何ニ遼遠ナルモ敢テ關スル所ナシ數十年前以前ニ一回失火ニ所罰ヲ受ケタル者後過失ニ因テ人ヲ殺傷セシメタル時ハ亦再犯ヲ以テ論シ刑ヲ加重サル可シ是レ解釋論トシテハ明瞭一點ノ疑ヲ容レサル所ナリ

再犯ノ成立上違警罪ヲ除キテハ前後經過シタル時間ノ長短ニ關係ナキハ解釋上一點ノ疑ヲ容レシ而レトモ立法論トシテハ此ノ如キ主義ノ謬見タル亦明瞭一點疑ヲ容レズ再犯ノ成立ヲ喋々シ其加重法若クハ特別處分法ヲ推究スル所以ノモノハ何ソヤ一ニ初犯ノ判決若クハ刑ノ執行ニ懲リス不治ノ徵候アリテ將來仍ホ累テ罪ヲ犯ス危險アルカ爲メナリ數十年ノ後再ヒ罪ヲ犯シタル者迄此一事ニ因テ不治ノ徵アルカ如ク再犯ヲ以テ論シ加重法又ハ特別ノ處分法ヲ以テ適用セントスルハ事實ニ反シ酷ニ失シ再犯處分ノ目的ニ齟齬ス爰ヲ以テ初犯再犯ノ間ニ經過シタル時間ノ再犯成立

並ニ處分ニ斟酌セサルヘカ、ラサルハ既ニ「オルトラン」氏三十年以前ニ之ヲ斷言シ(同氏一卷一一九九號)現時多數ノ學者之ヲ唱和スルノミナラス(佛、獨伊、葡諸國ハ遂ニ明文ニ規定スルニ至レリ)佛一八八五年五月二七日附法律第四、獨刑二四四、二四五、二六一、二六四、伊刑八〇、葡八五條...)將來我刑法改正ノ際ニハ必ス此點ノ注意ナカルヘカラス

〔五百十四〕(四) 再犯ノ成立并ニ處分ニ關シ初犯ト再犯トノ場所ノ異同ハ之ヲ問フノ必要ナキカ此點ニ付テモ我刑法ノ獨リ違警罪ニ關シテ一定ノ制限ヲ附シタリ曰ク「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セス」ト是レ其罪質輕微ナルカ爲メニ他管ニ影響スル事少ク亦前犯ノ有無ヲ調査スルニ他管ニ迄照會スルノ勞費ニ堪ヘサルニ由ル

然ルニ裁判所構成法ノ實施ニ因リ違警罪裁判所ナルモノ消滅シタルカ故ニ今日ハ初犯再犯同一區裁判所管轄地内ニ犯シタル時ニ非サレハ再犯ヲ以テ論スル克ハサルモノト知ル可シ(明治二三年三會一八日第二號法律第

一條參照)

違警罪ヲ除キテハ初犯ト再犯トノ場所ノ異同ハ敢テ再犯ノ成立並ニ處分ニ關係セス是レ至當ノ規定ナリ再犯處分ハ主トシテ犯人ノ性質ヲ主觀的ニ觀察シ累犯ヲ拒カントスルヲ眼目トス犯地ノ異ナルハ其主觀的理由ニ影響ナキ道理ナリ

第二款 再犯處分

〔五百十五〕 再犯者ニ對シテハ理想上數多ノ處分法ヲ提出スル事ヲ得其第一ハ再犯ノ故ヲ以テ敢テ刑ヲ加重シ若クハ特別ノ處分ヲ施ス事無ク初犯同様ニスレハ可ナリト云フ是ナリ Carno氏佛國刑法ノ註釋ニ之ヲ主張シタル理由ニ云フ「初度ノ罰ニ就テハ犯人既ニ其有罪判決若クハ刑ノ執行ヲ受ケ責任ヲ盡クセリ然ラハ再度ノ罪ニ付テハ其刑ヲ受クレハ足レリ敢テ之ヲ加重シ若クハ特別ノ處分法ヲ求ムル必要アラン」強テ加重シタル刑罰若クハ特別ノ處分ヲ施サハ是レ「一事不再理」ノ原則ニ反スト(ガロオ氏二卷三〇〇頁註)我國ノ刑法學者中之ト同一ナル結論ヲ取ルモノアリ且ツ曰ク

「再犯ノ刑ヲ加重スル如キハ法理上ノ理由ナク只一國政策上ノ理由アルノミ」ト刑法汎論四〇四頁再犯ノ故ヲ以テ刑ヲ加重シ若クハ特別ノ處分ヲ施ス可シトスル所以ノモノハ初度ノ判決又ハ刑ノ執行ニ懲リス仍ホ將來累ネテ罪ヲ犯ス危險アルカ爲ナリ此ノ如キ主觀的ノ理由ヲ以テ止マ再犯ノ罪ニ對シ刑ヲ加重シ又ハ特別ノ處分ヲ施スニ過キサレヲ以テ初度ノ罪ニ再ヒ刑ヲ加フルニ非ス即チ一事ヲ再理スルモノニ非サルナリ其法理上ノ理由ニ基カスシテ一國政策上ノ理由ニ基クカ故ニ再犯ノ特別處分ヲ必要ナラスト論結シタルカ如キハ實ニ一驚ヲ喫スルニ足ル何故ニ政策上ノ理由ハ又法理上ノ理由トスル能ハサルカ

〔五百十六〕第二ノ處分法ハ再犯ノ刑ヲ加重スル是ナリ我刑法ハ此加重主義ヲ採用ス即チ第一款ニ述ヘタル區別ニ從ヒ再犯成立シタル時ハ何レモ刑一等ヲ加重スヘキモノトセリ

我刑法カ再犯加重ノ法ヲ採用シタル趣旨ハ惟フニ左ノ如クナル可シ凡ソ再犯者ハ先ニ某所爲ニ付キ有罪ノ確定裁判ヲ受ケタル者ナリ初犯ノ刑ノ

執行ヲ受ケタル者ハ勿論其判決ヲ受ケ未ダ刑ノ執行ヲ受ケザリシ者ト雖モ既ニ己ノ受ク可キ刑ノ苦痛如何ハ之ヲ知ラサル可ラサル者ナリ其之ニ懲リス再ヒ罪ヲ犯シタルヲ以テ見レハ尙將來累ネテ罪ヲ犯ス危險アリ再犯ノ場合ハ屢々其罪カ世上ニ現出セントスル恐アルノミナラス其犯人カ屢々之ヲ犯ス恐アルモノナリ若シ夫レ犯罪ニ付テ責任ヲ負フ所以ノモノ單ニ所爲ノ損害如何ニ關係スルトセハ初犯者ノ犯シタルト再犯者ノ犯シタルトニ因テ損害ニ差別ナキカ故ニ其刑罰ニ付テモ再犯ノ故ヲ以テ加重スヘキ理由ナシト雖モ責任ノ大小ハ損害ノ外ニ犯者背徳ノ程度如何ニ關係ス故ニ有罪ノ判決又ハ刑ノ執行ヲ受ケナカラ更ニ罪ヲ犯サントスルカ如キ其心情ヲ視ルニ初犯者ニ比スレハ德義ヲ破ルノ大ナル事疑テ容レス從テ罪刑權衡ヲ保ツニハ再犯者ノ刑ハ少クモ一等ヲ加重セサル可ラス

〔五百十七〕此ノ如ク再犯ノ刑一等ヲ加重スルハ犯罪事實ノ狀態ニヨル客觀的理由ニ基カスシテ犯人ノ心情如何ニ依ル主觀的理由ニ基クテ以テ刑法ニ所謂身分ニヨリ刑ヲ加重スルモノナリ故ニ數人連合シテ一罪ヲ犯シ

タル時其中一人再犯ノ者アレハ再犯者獨リ刑一等ヲ加重サル可シ他ノ正犯又ハ從犯ノ刑ハ加重ス可ラサルモノナリ

〔五百十八〕初犯ノ刑ノ執行終了シタル後再犯ノ刑ヲ宣告サレタル時ハ以上述フル所ノ區別ニ從ヒ直チニ再犯ノ爲ニ加重サレタル刑ヲ執行ス可シト雖モ初犯ノ刑ノ執行中若クハ之ヲ逃レテ逃亡中再犯ノ刑ヲ受ケタル時ハ初犯再犯何レノ刑ヲ執行スヘキカノ問題ヲ生ス刑法第九十五條ニ之ヲ一定セリ曰ク「刑期內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ヘキモノヲ執行シ定役ニ服セサルモノ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當ル時ハ先ツ其重キ者ヲ執行ス」ト重キモノトハ刑期ノ長キモノヲ云フニ外ナラス而シテ右條文ノ趣旨ハ再犯タルカ爲ニ却テ輕キ刑ニ移サル如キ弊害ヲ避クルニ在リ故ニ此ノ如キ困難ナキ罰金科料ニ當ル者ハ順序ニ拘ラス各之ヲ徵收スル規定ナリ

〔五百十九〕右第九十五條ハ止マ刑期內再ヒ罪ヲ犯シタル場合ニ執行順

序 定ムルニ過キスト雖モ其趣旨ハ附加ノ罰金ニ換ヘタル輕禁錮ノ執行順序ニモ敷演シ適用スヘキモノナリ即チ定役アル主刑ト附加ノ罰金ニ處セラレ限內完納セサルハ定役アル主刑滿了後ニ換刑處分ヲ執行セサル可ラス

〔五百二十〕有期ノ自由刑ナラハ右ノ規定ニ從ヒ甲チ了ル後乙チ執行スル事ヲ得ト雖モ無期ノ刑ニ處セラレタル者再ヒ無期又ハ有期ノ自由刑ニ處セラレタル時ハ事實再犯ノ刑ヲ執行スル期ナカル可シ之カ處分法ナクハ無期ノ囚ハ其後幾回罪ヲ犯スモ死刑ニ觸レサル限ハ再犯ノ刑無クシテ止マン刑法ニ其規定ナキハ缺點ナリ幸ニシテ監獄則ニ其處分法アリ無期徒刑ノ囚人重罪ヲ犯シ若クハ逃走シ又ハ獄舎獄具ヲ毀損シ又ハ暴行脅迫ヲ爲シタルトキハ一年以上五年以下其他ノ輕罪ヲ犯シタル時ハ一月以上一年以下兩脚又ハ一脚ニ鍵ヲ施シ仍ホ鐵丸ヲ屬シタル鐵索ヲ其欵ニ貫キ腰間ニ練帶セシメ練帶ノ處ニ下鍵ス其監房ニアルモ晝間ハ仍ホ之ヲ施スモノトス○若シ再ヒ重罪ヲ犯シタルトキハ五年以上十年以下前項ノ例ニ照

刑法(總則) 多數ノ犯罪并ニ多數ノ犯人 一人數罪

シテ處罰ス。鐵丸ノ量ハ二百目以上一貫目以下トシ被罰者ノ體力ニ應
テ之ヲ施ス。九ハ索尾ニ屬シ地上ヲ轉ハスモノトス。若シ外役ニ服スルトキ
ハ鐵丸ヲ除キ二人聯絆ノ法ニ從フト同四五條之ヲ施欽ト云フ尙監獄則施
行細則第百三條以下ヲ參照シ可シ

〔五百二十一〕三犯以上ノ者ト雖モ其加重ノ法ハ再犯ノ例ニ同シ(刑九八條)
故ニ第九十一條以下ノ規定ニ照シ其條件ヲ具備シタル時ハ刑一等ヲ加重
スルノミ犯數ノ累ルニ從ヒ遞次加重スルモノトセハ竊盜ヲ犯シタル者ニ
無期徒刑ヲ科ス可キ場合ヲ生シ(第一)加ヘテ輕罪ニ入ル事ヲ得ス重罪ニ入
ル事ヲ得スト定メタル趣旨ニ反シ(第二)犯罪ト刑罰トノ間ニ權衡ヲ失スル
ニ至ルト是レ我立法者カ第九十條ヲ設ケタル所以ナリ其謬見取ルニ足ラ
ス

〔五百二十二〕刑ヲ加重スルニ止マルハ再犯處分ノ當ヲ得タルモノニ非ス
前ノ有罪判決ニ懲リサルハ恕ス可シ未タ刑ノ痛苦モ感化手段ニモ遇ハサ
レハナリ然レトモ既ニ刑ノ執行ヲ受ケタルニ拘ハラヌ再ヒ罪ヲ犯ス者ノ

如キハ全ク之ト別ノ點ヨリ觀察セサルヲ得ス豈一年ノ重禁錮カ加ヘラレ
テ一年三ヶ月トナリ八年ノ輕懲役カ一等ヲ加ヘ一年長キ重懲役ニ變シタ
レハトテ遮ニ懲改ノ効アリト豫斷スルヲ得ンヤ此一大謬見タル加重主義
ハ五十年以來佛國ノ刑事統計表ノ上ニ非常ノ力ヲ以テ累犯者ノ増加シタ
ル事實ヲ留メ我國ニ在リテハ十五年以來年々歲々累犯者ノ蕃殖ヲ見タリ
然ルニ仍ホ初犯ト同一ノ處分ヲ施スカ法理上當ヲ得タルモノナリトスル
學者アルニ至リテハ驚カサラント欲スルモ能ハス此ノ如キ實害ノ前ニ在
テ且特別ノ處分ヲ施ス能ハサル法理アラハ世上法理ヨリ復害ノ大ナルモ
ノナカラシ罪人ニ對スル處分不當ニ寬弱ナラハ即チ良民ニ對スル保護不
當ニ薄キモノタルヲ忘ル可ラス

累犯ノ出ツル原因ハ一ニシテ足ラサル可シ然レトモ(1)犯人ノ性僻ニ出ツ
ルモノ(2)獄内ニ於テ罪人ニ感化サル、モノ(3)出獄後生業ヲ得ルニ途ナキ
モノヲ其重ナルモノトス是ニ於テ第三ノ弊ヲ救フニハ出獄人保護會社ア
リ其歐米各國ニ盛大ナ極ムルノ狀羨望ニ堪ヘサル點ナキニ非ス幸ニシテ

近時我國ニ於テモ其設立ヲ見ルニ至リ漸チ追テ發達スル徵アリ第一ト第二トノ弊ヲ救フ一策トハ行政處分ヲ以テ條件付ニ刑期ヲ延長スルノ法ト條件付ニ執行ヲ猶豫スルノ制トヲ併用セハ稍可ナランカ(此ニ制度ニ關シテハ拙著日本刑法論九百五十一頁以下ヲ參照セラレタシ)

第二節 數罪俱發

第一款 數罪俱發ノ定義並ニ條件

〔五百二十三〕數罪俱發トハ有罪ノ確定裁判ヲ受クル以前ニ一人ニシテ犯シタル二個以上ノ犯罪ノ發覺シタル状態ヲ謂フ然ルニ其發覺スル模様ニ因テ數罪俱發ハ二個ノ場合ニ區別シ得ルヲ注意セサル可ラス(1)一ハ有罪ノ確定判決ヲ受クル以前ニ犯シタル二個以上ノ犯罪カ裁判確定以前ニ盡ク發覺シタル場合ニシテ(2)他ハ有罪ノ確定判決ヲ受クル以前ニ犯シタル二個以上ノ犯罪ノ一ハ他ノ有罪判決確定後ニ發覺シタル場合はナリ何レモ數罪俱發トシテ論スヘキナリ我刑法ハ右第一ノ場合ヲ第百條第百一條ニ規定シ第二ノ場合ヲ第百二條第一項ニ規定セリ

〔五百二十四〕數罪俱發ノ定義ヲ分析スレハ其成立ニ二個ノ條件アルヲ要スルヤ知ル可シ曰ク一人ニシテ二個以上ノ罪ヲ犯シタル事曰ク二個以上ノ罪ハ何レモ有罪ノ確定判決以前ニ犯サレタル事はレナリ

第一條件——數罪俱發ノ成立スル第一ノ條件トシテ一人三個以上ノ罪ヲ犯シタル事ヲ要ス數罪俱發ト名クルニ因テモ知ル可シ故ニ罪ヲ犯スニ何程長日月ヲ要シタレハトテ其成立スヘキ罪一個ニ過キサレバ數罪俱發ト謂フ可ラス夫ノ繼續犯慣行犯連續犯ノ如キ之ヲ數罪俱發トスル能ハサル所以ハ此第一ノ條件ヲ缺クカ爲ナリ

五百二十五 數罪俱發ノ成立スルニハ一人ニシテ二個以上ノ罪ヲ犯シタル事アルヲ要ス一個ノ犯罪ハ其成立ニ意思ト所爲トノ條件ナカル可ラス從ツテ二個以上ノ犯罪ノ成立スルニハ二個以上ノ意思ト所爲トアルヲ要スルナリ(1)二個以上ノ所爲アルモノノ犯意ニ出ツレハ慣行犯又ハ連續犯トナル可シ(2)一個ノ所爲ニシテ數多ノ罪名ニ觸ルレハ學說上所謂無形ノ數罪俱發(一名称像上ノ數罪俱發)トナル無形想像上ノ數罪俱發ハ數多ノ罪

名ニ觸ル、モ成立スル所ハ一罪ニ過キサルヲ以テ其實數罪俱發ニ非サルナリ(3)一所爲ニシテ數多ノ罪名ニ觸ルレハ無形想像上ノ數罪俱發トナルト雖モ無形想像上ノ數罪俱發ハ必スシモ一所爲カ數多ノ罪名ニ觸レタルノミニ因テ成立セズ一罪ヲ之ヨリ重キ一罪ノ手段トナシタル場合一罪カ他ノ犯罪ノ加重ノ原因ト認メラレタル場合ハ又無形想像上ノ數罪俱發ナリ法律ノ規定ニ因リ之ヲ一罪トシタルカ故ニ數罪俱發ト謂フ能ハス

〔五百二十六〕第二條件 數罪俱發ノ成立スル第二ノ條件トシテ二個以上ノ罪ハ何レモ有罪ノ確定判決以前ニ犯サレタル事ヲ要ス是レ數罪俱發ト再犯トノ異ル所以ナリ兩者ノ異ルハ一人ノ犯シタル二個以上ノ犯罪カ有罪ノ確定判決ヲ境トシ其以前ナルト否トノ一點ニ在リ盡ク其以前ニ犯サレタルモノ、ミナランカ數罪俱發ノ場合トナル有罪ノ確定判決以前ニ犯シタル罪ヲサヘアレハ假令ヘ其發覺シタルハ其中一個ニ付キ既ニ有罪ノ確定判決ヲ受ケタル後ニ在リシトスルモ數罪俱發タルヲ妨ケズ(刑一〇二條之ニ反シテ一人ノ犯シタル二個以上ノ罪カ一個ニテモ既ニ有罪ノ確

定判決ヲ受ケタル後ニ犯シタルモノアラシカ之ト判決アリシ罪トノ關係ハ第九十一條以下ノ區別ニ從ヒ再犯ヲ以テ論セサル可カラス由是觀之再犯ト數罪俱發トヲ區別センニハ一人ニシテ犯シタル二個以上ノ犯罪カ總テ有罪ノ確定判決以前ニ犯シタルモノナルカ其中一個ニテモ判決以後ニ犯シタルモノアルカ確定判決ヲ境トシ犯時カ其ノ以前ノミナルカ以後ノモノアルカノ一點ニ據ラサル可カラス某書ニ(刑法論綱三三一頁)云ヘル如ク數罪俱發トハ一人ノ者二個以上ノ罪ヲ犯シ其中一ニ付テモ未ダ確定判決ノ存セサル状態ヲ云フ數罪俱發ト再犯トノ差別ハ即チ其確定判決ノ有無ノ一點ニ在リト云フハ頗ル誤解ヲ招キ易シ一罪ニ付テ既ニ確定判決アリシモ他ノ罪カ其ノ以前ニ犯サレタルモノアレハ數罪俱發例ヲ適用セサル可ラス(刑一〇二條)數罪俱發ト再犯トノ差別ハ一人ノ犯シタル數罪中ニ確定判決ヲ經タルモノアルト否トニ因テ知ル可キニ非スシテ其判決以後ニ犯シタルモノアルト否トノ一點ニ在リ

〔五百二十七〕數罪俱發ノ成立スルニハ第一、一人ニシテ二個以上ノ罪ヲ犯

シタル事アルヲ要シ第二、其二個以上ノ罪ハ何レモ有罪ノ確定判決以前ニ
 犯サレタルモノナルヲ要ス此二個ノ條件タニ具備スレハ其中ノ一ハ他ノ
 有罪判決確定シタル後ニ發覺シテモ數罪俱發タルハ一ナリ故ニ數罪俱發
 ニハ三個ノ體様アルヲ知ル可シ(1)數罪ヲ犯シテ判決ノ確定スル迄ニ盡ク
 發覺シタル場合(刑一〇〇、一〇一條)(2)數罪ヲ犯シテ其中若干ハ既ニ有罪ノ
 判決確定シタル後ニ發覺シタル場合(刑一〇二條1°)數罪ヲ犯シテ其中若干
 ニ付キ既ニ有罪ノ確定判決ヲ受ケ其以後ニ犯シタル罪ト共ニ其以前ニ犯
 シタル罪ノ發覺シタル場合即チ數罪俱發ト再犯トノ競合シタル場合(刑一
 〇二條2°)是レナリ之ニ對スル處分如何次款ニ述フル所ヲ見ヨ

第二款 數罪俱發處分

〔五百二十八〕再犯ハ既ニ有罪ノ確定判決ヲ受ケ其後再ヒ罪ヲ犯シタルモ
 ノナリ其判決若クハ判決ノ執行ヲ受ケタルニ拘ラス罪ヲ犯シタルヲ見レ
 ハ將來復重テ法ヲ破ル危險アル者ナリ故ニ前節ニ述ヘタル如ク初犯ノ
 刑ヲ執行シ再犯ハ再犯ノ刑ヲ科スルノミナラス再犯ノ故ヲ以テ刑ヲ加重

シ若クハ特別ノ處分ヲ施ス必要アリ數罪俱發モ其一人ニシテ二個以上ノ
 罪ヲ犯ス點ハ再犯ニ異ル所無シト雖モ之ヲ犯スハ總テ有罪判決ヲ受ケル
 以前タルカ故ニ止テ犯罪ノ多數ナル一事ニ因テ遽ニ再犯ト同一ナル處分
 ヲ施ス能ハス未タ以テ有罪ノ判決又ハ刑ノ執行ニ懲リサル徵候ナリト斷
 言スル能ハサレハナリ然ラハ之ヲ如何ニ處分スレハ可ナルヤ其主義一ニ
 シテ足ラス

〔五百二十九〕併科主義——併科主義ハ其文字ノ示ス如ク數罪ノ刑ヲ併セ
 科ス可シトスルモノナリ是レ罪アレハ刑罰ナカル可ラスト云フ賠償主義
 ノ理論ヲ嚴格ニ適用シタルモノニシテ數個ノ犯罪アレハ數個ノ刑罰ナカ
 ル可ラスト云フ單純ナル思想ナリ(ブラシル國刑法第六十一條第六十二條
 ニ之ヲ採用ス我刑法ハ違警罪數罪俱發處分ニ併科主義ヲ採レリ(刑一〇一
 條)

折衷主義ノ論者之ヲ駁シテ曰ク刑罰ノ輕重ハ罪惡ノ程度ト權衡ヲ保クサ
 ル可ラス然ルニ數罪俱發ノ場合ニハ其犯罪ノ數々々罪惡ノ程度増加シタ

リト云フ能ハサルノミナラス其處分ヲ遲滯シタル社會ノ手落ハ多少其媒
介トナリシヤモ知ル可ラスシテ其情大ニ恕ス可キモノアリ併科主義ノ謂
フ如ク數罪ニ相當スル刑ヲ盡ク併科スルモノトスレハ僅ニ禁錮罰金ニ相
當スル罪ト雖モ其犯數重ナルニ從ヒ遂ニ無期ノ自由刑又ハ財産全部ノ沒
收ニ處ス可キ場合ヲ生シ罪刑其權衡ヲ失スルニ至ラント

〔五百三十〕 吸收主義——吸收主義トハ數罪中一ノ重キニ從テ處斷スルヲ
謂フ此主義ニハ二大弊害アリ(1)一度罪ヲ犯シタル者ハ其後之ト同等若ク
ハ之ヨリ輕キ罪ヲ何十回何百回犯スモ其刑罰ニ付テハ毫モ損益スル事無
シ是レ實ニ輕キニ失シタル處分法ニシテ惡癖ニ傾ケル犯罪ヲ獎勵スルニ
等シキ不當ノ法ナリ(2)一度罪ヲ犯シタル者ハ之ト同等又ハ之ヨリ輕キ他
人ノ犯罪ヲ自己ノ犯罪ナリト欺キテモ己ノ刑ニ影響スル所ナシ其果シテ
此ノ如キ弊害アリ得ル事ハ罪人中巷賊強竊盜詐欺取財ノ如キ數多ノ組合
アリテ相互ニ團結心ノ強キ事アルヲ知ル者ハ敢テ疑ヲ容ル、無カラシ
ニ因テ渠輩ハ仲間ニ對スル逮捕ヲ緩メ犯罪ノ時ヲ得セシムルナリ

此ノ如キ二大弊害アルニ拘ハラヌ又我刑法ハ重罪輕罪ノ數罪俱發處分ニ
吸收主義ヲ採用セリ實ニ遺憾ト謂フ可シ人或ハ謂ハシ我刑法ハ刑ニ最高
度ト最低度トヲ設ケタルカ故ニ數罪俱發ノ場合ニハ其最高度ニ上リテ輕
キニ失スルノ弊ヲ避クル事ヲ得ン又酌量減輕ヲ與ヘサレハ同シク寬ニ失
スル恐ナカラント然レトモ(1)死刑無期刑ノ如キ最高度ナキモノアリ但シ
此點ハ恕ス可シ最重ノ刑ナレハナリ(2)裁判官ハ最高度迄上ラサルヲ得ザ
ル職務ナキカ故ニ論者ノ希望スル如ク最高度ニ上ラサル事アル可シ(3)數
罪俱發ノ場合ニハ酌量減輕ヲ與フ可ラストノ明文無キカ故ニ又裁判官ハ
之ヲ與フル事アル可シ以テ吸收主義ノ缺點ヲ補フニ足ラス(刑法論綱第三
三四頁)

〔五百三十一〕 數罪俱發處分ニ關スル現行法ノ規定ハ(1)違警罪二個以上俱
ニ發シタル場合(2)違警罪ト重罪又ハ輕罪ト俱ニ發シタル場合(3)重罪輕罪
ノ俱ニ發シタル場合(4)一罪ハ一罪ノ判決ヲ經タル後ニ發シタル場合(5)數
罪俱發ト再犯トノ競合シタル場合ニ分ナテ説明セント欲ス

〔五百三十二〕 違警罪二個以上俱ニ發シタル場合——第一百一條ニ曰ク違警罪二罪以上俱ニ發シタル時ハ各其刑ヲ科スト是レ所謂純粹ノ併科主義ナリ條文ニハ俱ニ發シタル時ト云ヘリ然ラハ一罪既ニ判決ヲ經テ餘ノ違警罪其後ニ發シタル時ハ如何ニ處分スヘキカ第百二條ヲ一見スルニ「一罪前ニ發シ既ニ判決ヲ經テ餘罪後ニ發シ其等シキ者ハ之ヲ論セス……」云ヒ又百一條ニハ「違警罪二罪以上俱ニ發シタル時……」ト云ヘルカ故ニ皮想ノ見解ヲ下セハ一罪ニ對スル判決アリシ後ニ餘ノ違警罪發覺スレハ其刑ヲ科セサルヤニ考ヘラルト雖モ其然ラサル理由ニアリ(1)第百二條ノ注意ハ重罪輕罪ノ處分ニ對シ吸收主義ヲ採用シタル結果トシテ一罪ノ發覺カ判決ノ後ニ在リシ場合ニモ此原則ヲ適用スルヲ明ニシタル迄ニシテ違警罪ノ如キ併科主義ヲ採レル處分法ヲ引用スル能ハス(2)違警罪ニ對シ明ニ併科主義ヲ採用シタル以上ハ其中一罪ノ發覺ノミカ判決ノ前ニアルト後ニアルトニ因テ吸收主義ニ變ス可シトハ解釋シ得ラレス

〔五百三十三〕 違警罪ト重罪又ハ輕罪ト俱ニ發シタル場合——第一百一條後

半ノ規定ニ曰ク「若シ重罪又ハ輕罪ト俱ニ發シタル時ハ一ノ重キニ從フト違警罪ヲ重罪輕罪ニ比スレハ其重罪輕罪ヲ重シトスルハ一目瞭然ナル」カ故ニ重罪又ハ輕罪ノ刑ノミヲ科セラレテ違警罪ノ刑ハ之ニ吸收サレ獨立ニ科セラル、事無クシテ止ム本條ハ即チ此ノ如キ場合ニ吸收主義ニ依テ處斷スヘキヲ命ジタルモノニシテ毫モ困難ナキカ如シト雖モ玆ニ一ノ問題ヲ生ス

輕罪ノ刑ヲ減輕シテ其最低度違警罪ノ刑ノ最高度ヨリモ少ナク(刑七一條²⁰)若クハ之ヲ減盡シテ違警罪ノ刑ニ入リシ時(同條1)ハ尙輕罪ノ刑ヲ減シテ得タルモノ一個ヲ科スヘキカ若クハ違警罪ノ刑ト併科ス可キカ第百一條ノ末文ハ單ニ「一ノ重キニ從フト云ヘル」ノミニシテ明カニハ此問題ヲ決セス我輩ハ之ヲ決スルニ一ノ區別ヲ立ツ可キモノト信スルナリ如左

輕判ノ刑ヲ減輕シタル原因ニシテ從犯未遂犯並ニ各本條ニ記載スル特別ノ減輕ナランカ罪名ヲ變スル効力アリ其犯シタル所ハ刑法第二編以下ニ輕罪トシ掲ケラレタルモノナリト雖モ成立シタル處ハ違警罪ニ過キス故

ニ本條首文ニ因リ其刑ヲ併科ス可シ此ノ如ク併科スレハ減輕セラレスシテ輕罪ノ刑ニ處セラレ而シテ吸收主義ニ依リ違警罪ノ刑ヲ科セラレスシテ止ムヨリモ實際重キ刑ヲ受ク可キ場合アラン是實ニ已ムヲ得サルナリ我立法者ハ違警罪ニ併科主義ヲ採用シタル以上ハ輕罪ヨリ重キ刑ニ處セラル、事アルヲ豫期ス

反之輕罪ノ刑ヲ減輕シタル原因カ自首、宥恕、酌量等罪名ヲ變スルニ足ラサルモノナランカ之ニ相當スル刑トハ假令違警罪ヨリ輕シトスルモ罪名ハ依然輕罪ナリ即チ此ノ場合ハ違警罪二個以上俱ニ發シタルニ非スシテ輕罪ト違警罪ト俱ニ發シタルナリ併科主義ニ據ラス一ノ重キニ處斷スヘキハ第百三十一條末文ノ明ニ命令スル所トス一ノ重キニ從フト云ヒ輕罪ノ刑ニ從フト云ハサルカ故ニ實際ニ科スヘキ刑ヲ見テ或ハ輕罪ノ刑ニ或ハ違警罪ノ刑ニ處ス可キナリ又奇怪ナル結果ナリト雖モ明文上已ムヲ得サルナリ

〔五百三十四〕 重罪輕罪ノ俱ニ發シタル場合 第百條第一項ハ重罪輕罪

ノ俱ニ發シタル場合ノ處分如何ヲ定メテ曰ク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」ト即チ重罪輕罪ノ俱ニ發シタル時ハ吸收主義ニ依リ一ノ重キニ從テ處斷シ決シテ併科スル事無キモノトス

〔五百三十五〕 重罪輕罪カ判決確定以前ニ二個以上俱發スレバ一ノ重キニ從テ處斷セサル可ラス其所謂重キハ何ニ因テ識別スルカ我立法者ハ重罪ノ刑ト輕罪ノ刑トノ間ニ異リタル標準ヲ採レリ

〔五百三十六〕 重罪ノ刑——重罪ノ刑ハ刑期ノ長キモノヲ以テ重ト爲シ刑期ノ等シキモノハ定役アルモノヲ以テ重ト爲ス(刑一〇〇條²)無期ノ徒流刑ハ有期ノ徒流刑ヨリ其刑期長シ故ニ無期ノ徒流刑ハ有期ノ徒流刑ヨリ重シトス重懲役重禁獄ハ輕懲役輕禁獄ヨリ其刑期長シ故ニ重懲役重禁獄ハ輕懲役輕禁獄ヨリ重シトス之ニ反シテ無期徒刑ト無期流刑、有期徒刑ト有期流刑、重懲役重禁獄輕懲役ト輕禁獄ハ刑期等シ故ニ定役ノ有無ニ因テ觀察シ徒刑懲役ヲ重トセサル可テス

〔五百三十七〕 第百條第二項ハ一言モ死刑ノ事ニ及ハス然レトモ反對ノ明文ナキ以上ハ之ヲ最重ノ刑トスヘキ事一點ノ疑ヲ容レヌ故ニ死刑ト他ノ刑ト併發シタル時ハ一ノ重キ死刑ノミヲ科スヘク例ヘハ有期自由刑ヲ執行シ了リ且ツ死ニ處スル如キハ法理上解釋上之ヲ許サス

〔五百三十八〕 同等ナル重罪ノ刑ニ相當スル二個以上ノ犯罪俱發シタル時ハ如何ニ處斷スヘキカ是レ亦第百條ニ何等ノ規定ナキ點ナリ然レトモ重罪ノ俱發處分ニ吸收主義ヲ採レル以上ハ假令數罪ノ刑同等ナリト雖モ之ヲ併科スル能ハサルヤ論ヲ俟タス從テ其數罪中一ノ情狀重キモノニ從ヒ處斷セサルヲ得サル可シ輕罪ノ俱發處分ハ一ノ情狀重キモノニ問フ明文アルニ付テモ此解釋ノ至當ナルヲ知ルニ足ル例ヘハ甲乙二箇所ニ於テ強盜ヲ働キタルモノハ各犯同等ナル輕懲役ニ相當スルヲ以テ(刑三七八條)刑ノ間ニ輕罪ノ差無シ故ニ暴行脅迫ノ程度、贓額ノ多寡、犯法ノ遠因等ニ因テ罪狀ヲ審案シ其中狀情重キ一ノ甲所若クハ乙所ノ所爲ニ對シ輕懲役ノ期間タル六年以上八年以下ノ範圍内ニ於テ相當ノ刑ヲ申渡サ、ル可ラス

〔五百三十九〕 輕罪ノ刑——重罪輕罪カ判決確定以前ニ二個以上俱發スレ

ハ一ノ重キニ從テ處斷スヘキモノトシ我立法者ハ刑法第百條第三項ニ於テ輕罪ニ付キ所謂其重キ知ル標準ヲ示シテ曰ク輕罪ノ刑ハ其所犯情狀最モ重キ者ニ從テ處斷スト云ヘリ蓋シ輕罪ノ主刑タル禁錮ハ一年以上三年以下ノモノアリ二月以上四年以下ノモノアリ或ハ十一日以上六ヶ月以下ノモノアリ何レヲ重シトシ何レヲ輕シトス可キカ之ヲ豫斷シ難キ場合アリ又僅々十一日以上六ヶ月以下ノ禁錮ト數百圓ノ罰金トヲ比較スル時ハ犯人ノ境遇等ニ因リ遞ニ何レヲ重シトスル事ヲ得サル場合ナキニ非ス故ニ我立法者第百條第三項ヲ設ケ輕罪ノ刑ニ限リ裁判官ニ其輕重ヲ認定スル職權ヲ與フルニ至レリ換言スレハ第百條第三項ハ裁判官ニ輕罪ノ主刑ツ中ニ付テ輕重ヲ定ムル職權ヲ與ヘタルモノトス

〔五百四十〕 一罪ハ一罪ノ判決ヲ經タル後ニ發シタル場合——此場合ハ第百二條第一項ニ其規定アリ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ト本條ヲ説明スルニ先テ條文ニ所謂判決ノ意義ト之ヲ論ズト云ヘル語ノ眞意トナ一言セサルヲ得ス

〔百五十四〕 第二百二條第一項ニ所謂判決ハ判決言渡ト確定判決ト併稱スルモノト解スル學者アリ同一ノ學者カ第百條第一項ノ判決ヲ確定判決ト解シナカラ本條第一項ノ判決ハ確定判決ト未確定ノ裁判言渡ト併稱スト解セラルハ頗ル猜疑ニ堪エサルモノアリ先ニ述フル如ク第百條ニ所謂判決ハ確定判決タル故ニ一罪ニ付キ既ニ判決言渡アリシトスルモ其未タ確定セサル間ニ犯シ又ハ發覺シタル犯罪ハ第百條ニ擬シ一ノ重キニ從テ處斷セサルヲ得ス然ルニ論者ノ言ノ如ク第百二條第一項ノ判決ヲ解シテ未確定ノ判決言渡ヲ確定判決ト併稱スルモノトセンカ一罪ニ付キ既ニ判決言渡アリ其未タ確定セサル間ニ犯シ又ハ發覺シタル犯罪ハ又同條ニ擬シテ處斷スヘシト云フニ至リ同一ノ場合ヲ第百條ト第百二條トニ於テ二重ニ規定シタルモノトスヘキニ至ラズ是レ頗ル不當ノ解釋ナラスヤ此ノ如キ理由アルニ由リ我輩ハ第百條ノ判決ヲ確定判決ト解シタルカ

故ニ第二百二條第一項ノ判決モ亦確定判決ト解セント欲ス餘罪ノ輕ク又ハ等シキ者ヲ論セスト規定シタルカ如キモ成ル可ク確定判決ヲ左右セサル趣旨ニ外ナラサルナリ

〔五百四十二〕 第二百二條第一項ニ後發ノ罪輕ク若クハ等シキ者ハ之ヲ論セスト規定セリ之ヲ論セスト云フヲ以テ一見起訴ト判決トノ必要ナキカ如クナリト雖モ恐ラク立法ノ精神ハ其輕ク若クハ等シキ刑ヲ執行セスト云ヒ以テ吸收主義ヲ貫徹スルノ意ニ外ナラザラン實ニ一定ノ場合ニ吸收主義ヲ採用シタル以上ハ一罪カ假令他ノ一罪ノ判決確定後ニ發覺シタルモ後レテ發覺シタルノ一事ヲ以テ遽ニ併科主義ニ變スヘキ道理ナシ然レトモ起訴ト判決トノ必要ナルハ十分ノ理由アリテ存ス(1) 起訴并ニ判決ナクシテハ果シテ後發ノ罪ノ輕キカ等シキヤヲ知ル能ハス(2) 之ヲ正式ノ判決ヲ經テ以テ將來其罪ニ付キ無辜ヲ罰スル危險ヲ除カサル可ラス又犯人ニ取リテモ正式ノ裁判ヲ經レハ或ハ無罪ヲ證明シ得ルモ計ル可ラサルナリ(此點ニ付テハ學說一致ス)

〔五百四十三〕後發ノ罪輕キ場合——一罪先ニ發シ判決確定シタル後確定以前ニ犯シタル餘罪發覺シテ輕キ者ハ其刑ヲ科セズ蓋シ前發ノ罪ヲ判決スルニ當リテ餘罪アルヲ知ラハ裁判官ハ少クモ重キ罪ノ最高度又ハ最高度ニ近キ刑ヲ言渡シタルモ計ル可ラス此一點ヨリ見レハ確定後輕キ餘罪ノ發覺シタル時更ニ前判決ヲ覆シ新ニ刑ヲ言渡スヲ至當トスルニ似タリト雖モ我立法者カ斷然反對ノ規定ヲ取リシハ裁判所ノ權限ニ等シキ例外ヲ設ケ下級裁判所ニ上級裁判所ノ確定判決ヲ左右スル職權ヲ與フルカ上級裁判所ヲシテ特ニ輕微ナル事件ヲ判決セシムル規定ヲ設ケサルヲ得サルニ至リ實際ニ甚シキ不便アリト認メタルニ在ラン

〔五百四十四〕後發ノ罪等シキ場合——一罪先ニ發シ判決確定シタル後確定以前ニ犯シタル餘罪發覺シテ前發ノ罪ニ等シキモノキ亦之ヲ論セスト規定ス吸收主義ハ一ノ重キニ從テ處斷スル法ナルカ故ニ一見同等ノ罪ハ一ヲ論セスシテ可ナルカ如シト雖モ一方ヨリ見レハ同等ノ罪二個以上アルヲ理由トシ裁判官ハ法律ニ許サレタル範圍内ニ於テ重キ刑ヲ言渡シタ

ルモ計ル可ラス且ツ此第二ノ場合ニ在リテハ第一ノ場合ト異リ管轄裁判所モ同等タルカ故ニ草案ノ如ク前發ノ罪ヲ處分スルニ當リ最高度ノ刑ヲ言渡サ、リシ時ハ後發ノ罪ヲ罰スルニ當リ最高度ノ刑ヲ言渡シテ前發ノ刑ヲ通算セシムルノ規定寧ロ現行法ヨリ勝ル所アラン(草一一四條、刑法論綱三四四頁)立法者ハ全ク確定裁判ヲ動かサ、ルヲ便宜トスルノ一點ニ基キテ現行ノ規定ヲ設ケタルモノカ然レトモ確定裁判ハ之ヲ動かス事無クシテ執行上草案ニ云ヘル如キ主義ヲ貫ク事ヲ得但シ立法論トスレハ草案ノ主義モ未ク完美ト云フ能ハサルニ似タリ

〔五百四十五〕後發ノ罪重キ場合——一罪先ニ發覺シ判決確定シタル後ニ發覺シタル罪重キ時ハ更ニ之ヲ論シ前發ノ刑ヲ以テ後發ノ刑ニ通算ス(刑一〇二條)前發ノ刑ヲ通算スルノ手段ハ裁判判決ノ際ニスルモ敢テ不可ナカラシテ特別ノ明文ナキカ故ニ如何ニ不權衡トスルモ不公平トスルモ一日ノ自由刑ハ一日ノ自由刑トシテ通算スヘク定役ノ有無島地發遣ノ有無ハ之ヲ論スル能ハサルナリ

前裝ノ刑罰金科料ニ該リ已ニ納完シタル者ハ第二十七條ノ例ニ照シ一圓又ハ一圓未滿ナ一日ニ折算シテ後發ノ刑期ニ通算ス是レ一旦納完セシメタル罰金科料ヲ還付スル手數ト不便トテ省ク簡易法ナリ(刑一〇二條但書)後發ノ刑無期ノ自由刑ナリシトスルモ仍ホ前發ノ刑ヲ通算セサル可カラ假出獄ノ許否(刑五三條²)ニ付キ實益アレハナリ但シ罰金科料ハ後發ノ刑無期自由刑並ニ死刑タル場合ニハ還付セサルヲ得ス

〔五百四十六〕數罪俱發ト再犯トノ競合シタル場合——第二百二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ズト是レ數罪俱發ト再犯トノ競合シタル場合ノ處斷方ナリ右條文ニ所謂判決ハ又確定判決ヲ謂フモノナリ判決確定前ニ犯シ又ハ發覺シタル重罪輕罪ハ第百條ニ擬シテ處斷ス可ク確定後ニ發覺シタル者ハ第百二條第一項ニ擬シテ處斷スヘキナリ其確定後ニ發見シタル罪ハ確定後ニ犯サレタル罪即チ再犯ノ罪ト俱發シタル者ナレハ本項ニ因テ處斷ス

例ヘハ甲乙二罪ヲ犯シタル者甲罪ノミ發覺シ其判決確定シタル後更ニ丙罪ヲ犯シタルニ丙罪ト俱ニ甲罪ノ判決確定前ニ犯セシ乙罪發覺シタル如キ即チ數罪俱發ト再犯ト競合シタルモノトス何トナレハ(1)乙罪ト丙罪トハ未タ判決ヲ經サル二罪俱發シタルモノナルカ故ニ數罪俱發ノ關係ナリ(2)又乙罪ハ甲罪ノ判決確定後ニ發覺セシト雖モ犯時ハ判決確定前ニ在ルヲ以テ甲乙二罪モ亦數罪俱發ノ關係ナリ(3)獨リ丙罪ハ既ニ甲罪ノ判決確定後ニ犯サレタルモノナルカ故ニ甲丙二罰ハ再犯ノ關係ナリトス如此數罪俱發ト再犯トノ競合シタル場合ニハ如何處斷スヘキカ丙罪ト甲罪トノ關係ハ再犯ナルヲ以テ明文ナシト雖モ第九十一條以下ノ區別ニ從ヒ加重スヘキハ加重スル論ヲ俟タス但シ丙罪ト乙罪トハ數罪俱發ノ關係ナルカ故ニ再犯ノ故ヲ以テ加重シタル丙罪ノ刑ト乙罪ノ刑トヲ比較シ其一ノ重キ刑ヲ科ス再犯ノ關係ヲ含蓄スルカ故ニ前發ノ甲罪ハ通算セスシテ併科スルト云フ是レ第百二條第三項ノ明文ノ意義ナリ

〔五百四十七〕法文ハ後發ノ罪ト再犯ノ罪トハ數罪俱發ノ關係アルヲ認メ

一ノ重キニ從フモノトシ又再犯ハ前發ノ罪ト所謂^三犯ノ關係アルヲ認メ前發ノ刑ヲ通算セスト規定セリ然ルニ後發ノ罪ト前發ノ罪トハ又數罪俱發ノ關係アルヲ忘却シタルカ爲ニ第二百二條第三項ハ或ル場合ニ謂フ可ラサル不都合ヲ生ス左ノ如シ

重懲役ニ相當スル甲罪ト輕懲役ニ相當スル乙罪トヲ犯シタル者甲罪ノ判決アル時乙罪ヲ隱蔽シ遂ニ重懲役ニ處セラレ裁判確定シタル後重禁錮ニ相當スル丙罪ヲ犯シ其ノ丙罪ト俱ニ乙罪發覺シタリトセンカ第二百二條第三項ハ後發ノ乙罪ト再犯ノ丙罪トヲ比較シ一ノ重キニ從フ事ヲ命スルカ故ニ乙罪ニ相當スル輕懲役ニ處セラル可シ再犯ノ故ヲ以テ加重スルモ丙罪ノ刑ハ輕懲役ニ變スル事無シ(刑七〇^{二〇}條)而シテ前發ノ刑ヲ通算スル事ヲ禁スルカ故ニ犯罪ハ此場合ニ重懲役ト輕懲役トヲ併科セラレ

甲罪ノ判決確定以前ニ犯シタル乙罪ハ其間ニ數罪俱發ノ關係ヲ有ス故ニ若シ再犯シタル丙罪ト共ニ發覺スル事ヲ無クシハ甲罪ノ判決確定前ナレハ第二百二條第一項ニ據リ一ノ重キ甲罪ノ刑

五六 五七

タル重懲役ノミヲ受ク可シ然ルニ丙罪ト發覺シタルカ爲ニ右ニ述フル如ク乙罪ノ刑タル輕懲役ト併科サルハ至ルハ其當ヲ得ス是レ全ク立法者カ乙丙ノ二罪ハ數罪俱發甲丙ノ二罪ハ再犯ノ關係アル事ノミヲ認メ甲乙ノ二罪ハ數罪俱發ノ關係アルヲ忘却シタル結果ニ外ナラス

〔五百四十八〕 吸收主義ハ數罪俱發ノ處分トシテ不適當ナリ然リト雖モ一旦之ヲ採用シタル以上ハ特別ノ理由ナクシテ其適用ヲ怠ル可キニ非ス第二百二條第二項ハ明ニ此理論ニ反セリ若シ之ヲ貫徹セントナラハ後發ノ罪ハ前發ノ罪ニ比較シテ第二百二條第一項ニ據リ處斷セシメ而シテ再犯ノ罪ハ第九十一條以下ノ規定ニ照シ加重スヘキハ加重シテ前發ノ刑ヲ通算セサル事ニ定ムレハ少クモ吸收主義ノ理論ヲ貫徹セサルノ批難ハ之ヲ免ルル事ヲ得此ノ如ク定ムレハ前例ニ於テ前發ノ甲罪ト後發ノ乙罪トヲ比較スルニ乙罪ハ輕キカ故ニ第二百二條第一項ニ據リテ之ヲ論セサルモノトシ更ニ再犯タル丙罪ハ七年ヲ超過セサル範圍内ニ於テ一等ヲ加重シ前發ノ重懲役ヲ通算セス執行セシムルニ至ル

然リト雖モ吸収主義其者カ既ニ不適當ナリ根據ヨリ改正スルノ曉ニハ又
 數罪俱發ト再犯ト競合セシメタル如キ犯人ニハ管ニ刑ヲ加重スルノミヲ
 以テ足レリトセス。特別ノ狀態トシテ一定ノ場合ニハ條件附ニ刑期ヲ延長
 スル事ヲ許ス等十分ニ罪ヲ犯ス途ナカラシメス。ハ空論ハ爲ニ社會ノ健
 全ヲ害セラルハニ至ラン。

第二章 數人一罪(即チ數人共犯)

第一節 總論

〔五百四十九〕 前章ニ述ヘタル所ハ一人ニシテ二個以上ノ罪ヲ犯シタル場
 合ナリ本章ニ於テハ二人以上連合シテ一罪ヲ犯シタル場合ヲ研窮セント
 欲ス二人以上連合シテ一罪ヲ犯シタル場合ハ刑法第一編第八章ニ數人共
 犯ト命名セリ

〔五百五十〕 數人連合シテ一個ノ犯罪ヲ成立セシムルモ之レカ爲ニ各人ノ
 採リシ所ハ彼我大ナル差異アリ得ヘシ之ヲ會社ニ喩ヘン一個ノ株式會社
 ハ數人ノ間ニ契約成立シテ數人ノ連合アル爲ニ生シタルモノナリト雖モ

社員ノ中ニハ發起人アル可シ取締役監査役アル可シ又單ニ株主タル者ア
 ル可シ各採ル所ヲ異ニス若シ夫レ如斯共犯人ト雖モ一罪ヲ犯ス爲ニ採リ
 シ所異ナリ得ルトセハ數人共犯ニ關スル立法上三個ノ問題ヲ決セサル可
 ラス(1)一罪ヲ犯ス爲ニ加功シタル所爲ハ盡シ之ヲ罪トスヘキカ或ハ其中
 ニ就テ罪トナルモノト罪トナラサルモノトヲ區別スル必要ナキカ(2)加功
 ノ所爲ニシテ罪トスヘキモノハ總テ同一ノ名稱ヲ施シテ可ナルヤ其異同
 ナ比ヘテ相當ノ別名ヲ附スル必要ナキカ(3)加功ノ所爲ニシテ罪トナルモ
 ノニハ總テ同一ノ刑ヲ科スヘキカ將タ又適當ナル別ノ刑ヲ科スヘキカ
 〔五百五十二〕 如此一方ニ於テハ共犯者ノ加功中如何ナルモノハ罪ト爲リ
 如何ナルモノハ罪ト爲ラサルカノ問題ヲ決シ其法律上名稱ヲ定メ一方ニ
 於テハ罪トナル加功ノ所爲ニ如何ナル刑ヲ科スヘキカノ問題ヲ決スル必
 要アルカ故ニ數人共犯ノ理論ハ立法上解釋上共ニ犯罪論ト刑罰論トニ跨
 ルモノトス

〔五百五十二〕 現行刑法カ數人共犯ニ關シテ規定シタル所ハ要スルニ(1)數

刑法(總則) 多數ノ犯罪并ニ多數ノ犯人 一人數罪

人ノ間ニ連合シタルコトアルヲ必要トシ(2)連合シタル數人カ探ル所ノ所
爲ニ基キ共犯人ヲ正犯教唆者從犯ニ三分シ(3)教唆者ハ自身手ヲ下シタル
ニ等シキ刑ヲ從犯ハ正犯ヨリ一等輕ルキ刑ヲ科シ(4)仍ホ加重減輕ノ原因
ハ主觀的ノモノナレハ他ニ及ホサス客觀的ノモノナレハ一同ニ影響ヲ及
ホスモノトセリ何レモ草案ノ主義ヲ容レタルモノニシテ母法タル佛刑法
ノ正條ニ見サル所トス

〔五百五十三〕數人共犯ノ條件通則

我刑法ハ共犯者ヲ分テ正犯從犯教唆者ノ三トス各自固有ノ成立要素アリ
各自ニ固有ノ成立要素アリト雖モ亦苟クモ共犯者タラシコハ其資格ノ如
何ニ拘ハラズ總テノ者ノ通シテ具ヘサル可ラサル要素アリ且ハ精神上ノ
モノニシテ連合シタル事實アルコト一ハ働作ニ關スルモノニシテ各自罪
ヲ犯ス所爲アルコト是ナリ

〔五百五十四〕數人共犯トハ數人連合シテ一罪ヲ犯スヲ謂フ罪ヲ犯シタル
數人カ連合シタルヤ否ヲ決セント欲スル時ハ其精神ニ立入り第一情ヲ知

リシヤ否ヤ第三共ニ犯サントスル故意アリシヤ否ヤヲ審案セサル可ラズ
情ヲ知ルトハ他人ノ行ハントスル所カ犯罪スルヲ知ルノ義ニシテ共ニ犯
サントスルノ故意アルトハ好シテ他人ト共ニ其事ヲ行ハントスルノ決心
アルヲ謂フ若シ其一ヲ缺カンカ連合シタルモノニ非ラズ連合セサレハ數
人數ニ罪成立スルトモ數人一罪即チ共犯成立スルコトナシ
共犯ニ關スル精神上ノ第一要素タル情ヲ知ルノ事實ナケレハ必然第二要
素タル故意ヲ缺クモノト謂フ可シ換言スレハ一方ノ者カ他ノ一方ノ者ト
同時ニ同一ノ所爲ヲナシタルハトテ一方カ犯罪ヲ爲スノ情ヲ知ラサル時
ハ共ニ犯スノ故意アリト云フ能ハス從ツテ數人共犯ノ學理上先ツ一ノ原
則ヲ掲ケ情ヲ知ラサルモノノ間ニ共犯ナシト云フコトヲ得蓋シ共犯者ノ
一種タル教唆者ノ如キニハ如何ナル場合ト雖モ情ヲ知ラサリシ即チ他人
罪ヲ犯サントシタルコトヲ知ラサリシト云フヲ許サス常ニ情ヲ知ルモノ
ナリ實行ノ當時ニ關係シタル正犯ノ如キ亦然リ其情ヲ知レルコトハ事物
必然ノ勢ヒナレハ法文ニ於テモ特ニ情ヲ知テ若クハ重罪輕罪ヲ犯スコト

ヲ知テ「ト明言スルコトナシト雖モ單ニ兇器ヲ給與シ毒藥ヲ賣渡ス如キ豫備ニシテ且ツ犯罪ノ現場ニ非サル場合等ニハ往々ニシテ他人ノ罪ヲ犯サントスルヲ知ラサルコトアリ情ヲ知ラサレハ連合シタルニ非ラス連合セサレハ共犯成立セサルヲ明ニスル爲ニ刑法ハ從犯ニ關シ「重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ」ト云ヘリ(刑一〇九條)

共犯ニ關スル精神上ノ第一要素タル情ヲ知ルノ事實ナケレハ必然第二要素タル故意ヲ欠クモノトス然ラハ其裏面ヨリ第一要素タル情ヲ知ルノ事實アレハ必然第二要素タル故意即チ共ニ犯スノ意アリト云フヲ得ルカ余ハ「ガロオ」氏ノ消極論ニ贊成セサルヲ得ス(同氏二卷三九〇頁)情ヲ知ルト共ニ犯ス故意アルトハ全ク別ノ問題ナリ情ヲ知ラサレハ共ニ犯ス意アリト云フ能ハサルモ情ヲ知テ共ニ犯ス意ナク甲乙犯罪ノ所爲ニ關係スルヲ得共ニ犯スノ意ハ犯罪ノ合意ナリ既ニ情ヲ知ルト犯罪ノ合意トカ別問題タル以上ハ爰ニ罪ヲ犯シタル者ニ對シ情ヲ知リナカラ器具ヲ給與シ財物又ハ被害者ノ所在ヲ教フル等ノ所爲ヲナセシ者アルモ更ニ進ンテ雙方共

ニ罪ヲ犯スノ意アリシヤ否ヲ審案セサル可ラス若シ情ハ知テ共ニ犯ス意ハナカリシトセンカ共犯ニ關スル精神上ノ第二要素ヲ欠キ彼ト此トノ間ニ連合ナク從ツテ共犯ト云フ能ハサルナリ爰ニ於テ數人共犯ノ學理上第二ノ原則ヲ掲ケ情ヲ知ルモ犯罪ノ合意ナキコトアリ亦タ共犯成立セスト云フヲ得他人カ罪ヲ犯サントスルノ情ヲ知リナカラ之ニ一種ノ助力ヲ與フルモ故意ナキカ爲ニ共犯トナラサル者ハ次號ニ言フ不妨者トスルモ不可ナカラシ(明治一九年四月二七日判決參照)

〔五百五十五〕數人共犯ノ成立上勸作ニ關スル要素トシテハ各自罪ヲ犯ス所爲アルコトヲ必要トス單ニ他人カ罪ヲ犯サントスルヲ知テ官ニ告ケス以テ志ヲ遂ケシメ或ハ他人ノ罪ヲ犯スヲ傍觀シ之ヲ止メ得ルニ拘ラス抑壓セサリシ如キハ共ニ共犯ト云フヲ得サルナリ

右ノ論旨ヲ誤解シ(1)共犯ノ成立スルニハ數人カ必ラス犯罪ノ實行着手若クハ豫備ノ所爲ノ一部ヲ實行的ニ分擔シ身ヲ以テ運動セサル可ラサルモノトナス勿レ教唆ノ如ク單ニ言語文書ヲ通シ被教唆者ノ決心ヲ惹起サシ

メタルノミニシテ教唆シタル犯罪ノ所爲ハ分擔スルコトナキモ共犯タルニ害ナキ場合アリ(2)又共犯ノ成立スルニハ數人カ盡ク積極ノ行爲アルヲ要スルモノト誤解ス可カラズ此一點ハ最モ前段ニ謂フ所ノ趣旨ト混同シ易シガロオ氏既ニ之ヲ説明スルニ不十分ナル語ヲ以テス曰ク「共犯ノ成立スルニハ數人カ盡ク實形的ニ分擔シタルコトヲ必要トセスト雖モ少クモ積極ノ行爲アリシコトヲ要ス」ト氏ノ論旨ハ可ニシテ用語ハ不可ナリ「同氏二卷二三七號」犯罪ハ積極ノ行爲アツテ初メテ成立スルモノアリ(行犯是ナリ)消極ノ所爲ニ依リ成立スルモノアリ(不行犯是ナリ)行犯ニ關シテ數人共犯ヲ成立スルニハ各自積極ノ行爲アルコトヲ要スト雖モ不行犯ニ關シテハ總ヘテ消極ノ行爲ナケレハ共犯成立セス即チ不行犯ハ消極ニ依テ共犯成立スルコトアルノミナラス消極ノ行爲ナケレハ成立スル能ハサルナリ例ヘハ相當官署ヨリ出兵ノ命ヲ受ケタル陸海軍ノ將校數人互ニ情ヲ知り意ヲ通シ故ラニ之ヲ肯セスンハ各自消極ノ行爲ニ依リテ不行犯ノ共犯アリシモノト云ハサルヲ得ス

之ヲ要スルニ行犯ノ共犯成立スルニ數人總テ消極ノ行爲ナシテモ各自罪ヲ犯ス所爲アリト云フヲ得ル場合モアラシ不行犯ノ成立スルニ數人總テ消極ノ行爲ナシテモ亦々各自罪ヲ犯ス所爲アリト云ヒ得ル場合モアラシ(先ノ將校ヲ教唆シタル類)要ハ止メ他人ノ罪ヲ犯サントスルヲ知テ告ケサルノ一事ヲ以テ不告ニ因ル共犯トス可ラス又他人ノ罪ヲ犯スヲ止メサルノ一事ヲ以テ不妨ニ因ル共犯トス可ラスルニ在リ正犯從犯教唆者ニ關シ各節下ニ於テ刑法ノ規定ヲ説明スル所ニ對照セヨ爰ニ於テ共犯ノ學理上第三ノ原則ヲ掲ケ不告又ハ不妨ノコトノミヲ以テ共犯ト爲スヲ得スト云フヲ得ヘシ

〔五百五十六〕共犯ハ以上述フル如ク情ヲ知ルコト共ニ犯ス故意アルコト共ニ犯ス所爲アルコトノ三要素ニ因テ成立ス是レ先ニ共犯ノ定義ヲ下シテ數人連合シテ一罪ヲ犯スヲ謂フト言ヘル所以ナリ而シテ以上ノ三要素ヲ具ヘ一罪成立シタル以上ハ假令其數人中辨別ヲ缺クニ基キ若クハ精神ノ自由ヲ缺クニ基キ其所爲ニ因テ犯罪成立セザリシ者アリトスルモ是レ

其人ニ限ルモノニシテ連合シタリト云ヒ共ニ一罪ヲ犯セリト云ヒ即チ共
 犯成立セリト云フニ害ナシ幼者狂者等ヲ教唆シタル者若クハ其犯罪ヲ助
 成シタルモノ若クハ共ニ犯シタル者等ノ處分上一大實益アル所トス
 (五百五十七) 共犯ノ成立上働作ニ關スル要素トシテ各自罪ヲ犯ス所爲
 ルヲ要スルカ於ニ更ニ一ノ原則ヲ生ス一旦犯罪ノ成立シタル後ニハ共犯
 ナキコト是ナリ蓋シ犯罪ノ以前若クハ當時ナラハ罪ノ成立ニ大ニセヨ小
 ニセヨ力ヲ添フルコトヲ得ルモ既ニ罪ノ成立シタル後ニ至レハ事實之ニ
 助力スル能ハス或ハ其結果ニ就テ罪迹ヲ湮滅シ或ハ贓物ヲ分配スル等犯
 罪ニ牽連スル所爲ヲ施シ得サルニ非ラスト雖モ犯罪其者カ既ニ成立シタ
 ル後其成立ニ加ハルコト能ハス換言スレハ共ニ犯罪スルハ所爲ハアリ得
 ヘカラサルナリ
 右ノ刑律ハ一般ニ事後共犯(Contour)ヲ認メタリ少クモ夫ノ犯罪ノ結果ヲ隱
 蔽若クハ分配スルカ如キ所爲ハ之ヲ共犯ニ准シテ處分セリ今日ト雖トモ
 佛國刑法第六十一條第六十二條ノ如キハ或ル種類ノ犯人ヲ藏匿シ贓物ヲ

六七

寄藏スルノ所爲ヲ共犯ニ准シテ處分セシムルコト羅馬刑法ニ異ナラス(羅
 馬 L. 49 81, D. Dejuris, L. 14, C. id, Inst. IV, 1, 4……)單ニ處分上共犯ノ如キ刑
 ヲ科スルハ可ナリト雖トモ之ヲ一種ノ共犯ト認ムルニ至リテハ斷然法理
 ノ容レサル所トス我刑法ハ固ヨリ右ノ如キ犯罪ヲ獨立ノ一罪トシテ罰シ
 共犯ニ准スルコトナシ(刑一五一、一五二、二一八、三九九條)
 然リト雖トモ爰ニ一ノ注意ヲ要スル點アリ他人ノ罪ヲ犯サントスル計畫
 ナ聞キ事後ニ犯人ヲ藏匿シ贓物ヲ故買寄藏シ罪迹ヲ湮滅スヘキ等ノ約ヲ
 結フノ所爲ハ一般ニ共犯ニ非ラストスルヲ得サルト同時ニ共犯ナリトモ
 斷言スル能ハサル是ナリ其約束ハ犯人ヲシテ罪ヲ犯サシムルノ意ニ出テ
 犯人ハ之カ爲ニ意ヲ決シテ罪ヲ犯サハ教唆者ナルコトアルヘシ又之ヲ以
 テ誘導指示シタルモノトスルヲ得ヘキ事實アラハ從犯トナルコトアルヘ
 シ各共犯ノ條下ニ說ク所ニ照シテ決セサルヘカラスト雖モ要スルニ其約
 束タルヤ既ニ犯罪ノ以前ニ在リ事後初メテ之ヲ約セハ如何ナル場合ニモ
 共犯トシテ論スル能ハス此原則ニ例外ナシ故ニ共犯ノ學理上之ヲ第四ノ

原則トシ犯罪ノ以前若シハ其當時ニアラサレハ共ニ罪ヲ犯スノ所爲アルヲ得ス事後共犯ハ事實並ニ法理ノ容レサル所ナリト云フヲ得

第二節 共犯ノ成立

〔五百五十八〕共犯トハ二人以上連合シテ一罪ヲ犯スヲ謂フ然ルニ其探ル所ノ所爲ハ數人必スシモ一樣ナラス我刑法ハ(1)連合シタル數人ノ其着手實行ノ所爲ヲ分擔シタル者着手若クハ實行以外ノ所爲ニシテ他人カ着手實行ヲ遂クルニ必要且ツ同時ノ所爲ヲ探リシ者ヲ正犯トシ(2)他人ヲシテ重罪輕罪ヲ犯スノ決心ヲ生セシメ實際ニ其効アリシ者ヲ教唆者トシ(3)重罪輕罪ヲ犯スノ情ヲ知り故意ト法律ニ定ムル方法トニ依リ正犯ヲ幫助シ又ハ之ヲ容易ナラシメタル者ヲ從犯トセリ以下款ヲ分チテ説述セン

第一款 正犯

〔五百五十九〕數人共犯トハ數人連合シテ一罪ヲ犯スヲ謂フ其成立スル一般要素トシテ精神上ニハ情ヲ知ルコト共ニ犯ス故意アルコトヲ要シ動作ニ關シテハ各自罪ヲ犯ス所爲アルヲ要スルコト既ニ總論ニ述ヘタルカ如

シ共犯ノ精神的要素ハ知情ト故意トノ二點ニ在リ彼此條件ヲ同フニ體樣ヲ同フスト雖モ動作ニ關スル要素トシテ各自ノ罪ヲ犯ス所爲ニ至リテハ彼此必ラスシモ條件ト體樣トヲ同フセサルナリ共犯ヲ分チテ或ハ首從ノ二トナシ或ハ正從ノ二トナシ或ハ正從、教唆者ノ三トナスハ畢竟共犯ノ動作上ノ要素ナル所爲ノ體樣如何ニ依リテ區別シタル分類ニ外ナラス

〔五百六十〕某犯罪ニ關シテ數人ノ被告人アル場合ニ何レヲ正犯トスヘキカナ知ラント欲セハ第一ニ數人ノ被告人ノ共犯タルヤ否ヤヲ定メサル可カラス何者正犯ハ共犯者中ノ一種ニ過キサレハナリ
共同ノ一般成立要素トシテ精神ノ狀態ニハ情ヲ知り共ニ同ス意ヲ合致セシメタルコトヲ必要トス此二要素ノ一ヲ缺カハ數人ノ間ニ連合シタル事實ナキモノニシテ共犯成立セス共犯成立セサレハ正犯ノコト復之ヲ言フノ要ナシ刑法第四百四條カ正犯ノ何タルヲ示スニ方リ單ニ二人以上現ニ罪ヲ犯シ……ト云ヒ之ニ相當スル草案第十七條ノ如ク二人以上連合シテ現ニ罪ヲ犯シ……ト云フコトナシト雖モ其正犯ヲ數人犯ト題スル節ノ中

ニ規定シタルノ一事ヲ以テ連合シタル事實アルヲ要スルヤ明ナリ爰ニ一
 大建物ノ前面ヨリ一人背後ヨリ一人同時刻ニ放火シタル者アリトスル後
 此連合シタルコトナク所謂期セスシテ會シタルモノナラシメハ共犯ニ非
 ラス從フテ二人ノ正犯アリト云フノ要ナシ
 進ンテ右ノ數人ハ情ヲ知り意ヲ通シ連合シテ一罪ヲ犯シタリトスルモ各
 自採リシ所ノ所爲必スシモ一樣ナラス正犯ハ共犯者ノ一種ニシテ所爲ノ
 體様若クハ性質ヨリ區別スルカ故ニ爰ニ之ヲ知ラント欲セハ共犯者中如
 何ナル所爲ヲ爲セシ者ハ正犯トスヘキカト云フ方向ヨリ觀察セサル可ラ
 ス之ヲ識別スルニ足ル二個ノ原則アリ曰ク(1)共犯者中正犯タルヤ否ヲ知
 ラント欲スル者ハ所爲ヲ分離シ一切他人ノ所爲ナカリシト假定スルモ仍
 ホ犯罪ト爲スヲ得可ナハ正犯ナリ之ニ反シテ其所爲單獨孤立シテハ罪ト
 ナル克ハス止タ他人ノ所爲ニ牽連シタルカ爲ニ初メテ罪ト爲ルヘクンハ
 正犯ニ非ラス(2)單獨孤立シテハ罪トナル能ハサルモノト雖モ犯罪ト同時
 ニ在リ且其成立ニ缺ク能ハサル効用アリシ時ハ正犯ナリ止タ其成立ヲ助

ケタルノミニシテ必要ナラザリシ時ハ從犯ナリ

右第一ノ原則ニ云フ所ハ草案ニ直接ノ所爲ト稱セシモノニシテ第二ノ原
 則ニ云フ所ハ犯時同クシテ成效ニ必要ナルモノ (Concomitante of necessary a
 Lexecution)ト名ケシモノナリ

一人ノ所爲ヲ分離シテ仍ホ犯罪ト爲リ得ルモノハ犯罪ノ着手又ハ實行ノ
 所爲ニ外ナラス換言スレハ其犯者中或ル一人カ正犯タルヤ否ヤヲ知ラン
 トスレハ其所爲ヲ分離シテ觀察ス可シ若シ同一ノ目的ニ出テ同一所爲ア
 レハ其罪ノ既遂若クハ未遂トナスニ足ルモノナラシメンカ正犯タリ次ニ
 分離シテ着手又ハ實行ノ所爲トナル能ハサルモ共犯ニ係ル犯罪ノ成立上
 缺クヘカラサル効用アリシトキハ亦正犯ナリト云フニ在ルヲ以テ更ニ右
 ノ原則ハ之ヲ略シテ(1)着手又ハ實行ノ所爲ニ依リテ連合シ罪ヲ犯シタル
 者ハ正犯ナリ(2)着手實行以外ノ所爲ト雖モ同時ニシテ成立ニ必要ナリシ
 時ハ正犯ナリト云フヲ得

〔五百六十一〕着手若クハ實行ノ所爲アリシヤ否ヤ犯罪ノ同時ニシテ且ツ

成立ニ必要ナリシヤ否ヤヲ知ルハ事實論ナリ故ニ此點ノ判決ニ不服アル
モ控訴ヲ以テ最終ノ上訴トシ上告スル能ハス然レトモ一旦着手若クハ實
行ノ所爲アリ又ハ犯罪ノ同時ニシテ且ツ成立ニ必要ナリト認定シナカラ
其法律上ノ命令ヲ誤リ「從犯」ト判決シタル時ハ上告且ツ破毀ノ理由アルモ
ノトス又正犯ハ同時ニ各一所爲ニ依リテ同一罪ニ正犯且ツ從犯トナル能
ハサルカ故ニ右ノ所爲ヲ認メナカラ「正犯」又ハ「從犯」トスト云フ如キ判決ヲ
與フレハ亦上告且ツ破毀ノ理由アルモノナリ

〔五百六十二〕共犯者中正犯ニ限り重罪輕罪違警罪ニ論ナク成立スル事ヲ
得我刑法カ正犯ノ一種トシタル教唆者ハ重罪輕罪ニ關シテノミ成立ス從
犯モ亦然リ佛文草案ニハ明ニ重罪輕罪違警罪ヲ共ニ犯セハ總テ正犯トス
ルノ語アリシヲ日本文草案ニハ改メテ單ニ「……罪ヲ犯シタル者」トセリ單
ニ罪ト云ヘハ第一條ニ照ラシ重罪輕罪違警罪ヲ總稱シタルモノト解セザ
ル可ラス

第二款 教唆罪

〔五百六十三〕犯罪ノ教唆者アル時ハ亦必ラス犯罪ノ被教唆者アリ故ニ教
唆ノ性質ヲ明カニセント欲スル時ハ一面ハ教唆者ヨリ觀察シ一面ハ被教
唆者ヨリ觀察セサル可ラス
犯罪ハ教唆トハ他人ニ罪ヲ犯ス故意ヲ生セシメタル所爲ヲ謂フ支那法系
ニ屬スル刑律カ之ヲ造意ト名ケ歐米ノ學者カ之ヲ犯意ノ本人ト稱スルハ
共ニ好シ其性質ヲ言現ハシタルモノトス教唆ト教唆罪トハ別物ナリ而シ
テ教唆ハ言語文書其他ノ手段ニ依リ他人ニ罪ヲ犯ス故意ヲ生セシメタル
時ニ成立シ教唆罪ハ教唆サレタル他人カ之ヲ實施シタル時ニ成立ス其條
件各成法ニ依テ異同アリ
犯罪ノ被教唆トハ他人カ罪ヲ犯サシメント欲スル意ニ贊同シ之ヲ實施ス
ル決心ヲ生シタルヲ謂フ故ニ其心情ヲ分析スルトキハ(1)被教唆者ハ教唆
者ノ指定シタルノ罪ヲ犯サントスル故意ヲ有ス(2)其故意ハ教唆ノ爲ニ生
シタルモノナリ教唆ノ所爲ト被教唆者ノ犯意トハ母子ノ關係アリト云フ
コトヲ得而シテ被教唆者ト其實施ニ依リテ成立シタル犯罪トハ亦別物ナ

リ被教唆ハ他人ノ罪ヲ犯サント欲スル意ニ賛成シ之ヲ實施スル決心ヲ生シタル時ニ成立シ被教唆ニ係ル犯罪ハ故意ニ出テ、犯者ノ着手以上ノ所爲ヲ行ヒシ時ニ成立ス

教唆ニ係ル犯罪ノ成立シタル場合ヲ假定シ右ノ論旨ニ依リテ其關係ヲ觀察セン(1)犯罪ノ成立シタルハ被教唆者ノ着手若クハ實行ノ所爲アルカ爲メナリ(2)被教唆者ニ罪トナル所爲アリシハ之ヲ實行セントスル決心(犯罪即チ犯罪ノ故意アルカ爲メナリ(3)被教唆者ニ犯罪アリシハ教唆アルカ爲メナリ由是觀之教唆者ハ被教唆者ノ罪ト爲ル所爲ノ淵源若クハ原因ト云ハサル可カラズ

〔五百六十四〕學者ハ通常教唆ニ係ル共犯ヲ説明シテ曰ク教唆ニ係ル犯罪ノ所爲ハ被教唆者之ヲ分擔シ其犯罪ノ故意ハ教唆者之ヲ分擔ス即チ教唆者ハ犯意本人ニシテ被教唆者ハ所爲ノ本人ナリト(上)オルトラン氏一卷一六〇號「ガロオ」氏二卷二四四號「ハウス」氏五五一—刑法正義七二八頁以下井上氏五四六—其趣旨タルヤ教唆者ハ犯意ヲ製造シタルモノニシテ

自カラ之ヲ實行セサルモ犯罪ノ原因ナリ被教唆者ハ他人ニ犯意ヲ製造セシメラレタルニ過キスト雖モ之ヲ實施シタルカ故ニ犯罪ノ原因ナリト云フノ義ヲ明ニセントシタル迄ナリ故ニ其趣旨ノ在ル所ハ批難スヘキニ非スト雖モ斯ノ如キ粗雜ナル比喻ハ往々ニシテ眞意ノ在ル所ヲ誤解セシム「教唆者ハ犯意ヲ分擔シ被教唆者ハ犯行ヲ分擔ス」ト云フ夫レ犯意アツテ犯行ナケレハ犯罪ナシ犯行アツテ犯意ナケレハ犯罪ナシ他人ノ犯意若クハ犯行ニ對シテハ責任ヲ負ハス教唆者ニ犯意アリテ犯行ナクシハ何チ理由トシテ刑ヲ加フヘキカ被教唆者ニ犯行アリテ犯意ナクシハ何チ理由トシテ刑ヲ科スヘキカ若シ夫レ右ノ犯意ト犯行トノ分擔ト云フ語ヲシテ事ノ實際ナラシメハ教唆者被教唆者共ニ罪ナカル可シ右ノ比喻ハ以テ此疑念ニ十分ナル豫防ヲ施サス
被教唆者ハ被教唆者自身ニ犯意アリ犯罪アリ此一點ハ何人モ疑ナ容レサル可シ第一編ニ述フル如ク遠因ハ刑法上ノ責任ヲ左右セズ是レ今日一般刑法上ノ原則ナリ被教唆者カ犯罪ノ着手若クハ實行ノ所爲ヲ行テ犯罪成

立シタリトセハ犯行アルヤ論ヲ俟タス其犯行ハ何所ヨリ來ルカ被教唆者ノ所爲ノ近因ハ何カ之ヲ他ニ求ムル勿レ被教唆者自身ノ故意是レナリ自カラ罪トナル所爲ヲ實施セントスル決心是ナリ其教唆サレタルカ爲ニ此ノ如キ決心ヲ生シタルカ被害者ニ怨ノアルカ爲ニ自己ニ不義ノ富貴ヲ貪ランカ爲ナルカノ類ハ一切遠因ニ過キス遠因ノ如何ニ論ナク故意ト所爲トニ對シテ責ヲ負フヘキハ一大原則ナリ

教唆者ト雖モ自身ニ犯意アリ犯行ナクシテハ罪ト爲ル可ラス教唆者ノ故意ヲ分析スレハ(1)刑法ノ明文カ罪トシテ掲ケタル所ヲ犯サントスル決心(2)之ヲ犯スノ所爲ハ之ヲ自ラセス他人ヲ以テ爲サシメントスル決心(3)他人ヲ以テ實施セシムル爲ニ己レノ意ヲ通シ贊同承服セシメントスル決心ノ三點ニ成ルヤ明ナリ教唆ノ所爲ハ右ノ三點ニ依リテ成立スル教唆ノ故意ヲ實施スル言語文書等總テ被教唆者ニ贊同承服セシメタル働作ニ外ナラス此一點ハ特ニ誤解ヲ招キ易キカ故ニ十分ノ注意アル可キナリ教唆者ノ刑ヲ受クルハ被教唆者ノ犯行ニ對スル責任ヲ負フニ非ラス被教唆者ニ犯

行ヲ生セシメタル原因即チ自己カ文書言語等ニ依リテ教唆シタル所爲ニ對シ責任ヲ負フモノナリ現今ノ刑法上刑ハ一身ニ止マルト云フ原則ニ一モ例外ナシ然ラハ教唆ノ故意アリ教唆ノ所爲アル時ハ被教唆者カ罪ヲ犯シタルト否トニ拘ラス刑ヲ加フヘキカ是レ固ヨリ成法ノ規定如何ニ因リテ處斷セサルヲ得サル問題ニシテ教唆ヲ一種特立ノ罪 (delictum sui generis) トスレハ然リト答フ可シ共犯ノ一種トスレハ否ト云フ可シ左ノ説明ヲ見ヨ

〔五百六十五〕我刑法上教唆カ犯罪トナルニハ二個ノ條件ヲ具ヘサル可ラス(1)故意ヲ以テ他人ニ重罪輕罪ヲ犯ス故意ヲ生セシメタルコト(2)他人カ重罪輕罪トナルヘキ所爲ヲ實施シタルコト是ナリ

故意ヲ以テスルトハ被教唆者カ重罪又ハ輕罪ヲ犯サントナクテ欲シテ教唆スルヲ謂フ教唆罪ハ共犯ノ一ニシテ共犯ノ成立ニハ數人連合シタルヲ要シ故意ナケレハ連合ト云フ能ハサレハナリ故ニ自己ノ言行カ意外ニ他人ノ犯罪ノ原因トナルモ教唆罪トス可ラス無意ノ教唆罪ナシ

第二ノ條件ノ必要スルハ第五條ニ「……重罪輕罪ヲ犯シメタル者……」ト云ヘルニ依リテ一點ノ疑ヲ容レヌ立法論トシテモ教唆ヲ共犯ノ一トシ罰スル場合ニハ必ラス此條件ヲ加フヘキナリ第一ノ條件ノミニ依テ罪トナル場合アラハ共犯ニ非ラサル一種特立ノ罪ナリ

他人ノ實施シタル所ハ刑法カ重罪又ハ輕罪トシテ第二編以下ニ掲ケタル所爲ナラサル可ラズ但シ必スシモ其所爲カ實施者ニ對シテモ重罪輕罪トシテ成立スルニハ及ハサルナリ斯ノ如ク解釋スル時ハ一見「……重罪輕罪ヲ犯シメタル者」ト云ヘル第五條ノ明文ニ反スル如シト雖モ却テ條文ノ意義ハ此ノ如ク解セサル可ラサル理由三アリ(1) 法文ハ實施者即チ被教唆者カ重罪又ハ輕罪ノ刑ヲ受ケタル時若クハ重罪輕罪ニ處セラレタル時ト云ハス(2) 法文ニ止テ重罪輕罪ヲ犯シ若クハ罪ヲ犯シト云ヘル時犯罪トシテ成立シタルヲ要セス刑法カ犯罪トシテ掲ケタルト同一ノ形ヲ有スル所爲アレハ足レリトスル他ニ多クノ例アリ(3) 第五條ハ刑法カ違警罪トシテ掲ケタル所爲ヲ教唆シ實施セシムルモ措テ問サルヲ示ス爲ニ重罪輕

罪ト云ヘル迄ニシテ其所爲ニ依リ重罪輕罪カ實施者ニモ成立シタルコトヲ必要トスル文意ニアラス區別ノ實益下ニ見ユ

〔五百六十六〕 教唆ノ所爲ハ何故ニ被教唆者カ重罪輕罪ヲ犯シタルトキニアラサレハ之ヲ罪トセサルカ他無シ立法者カ止テ他人ニ重罪輕罪ヲ犯ス故意ヲ生セシメタルノミニテハ刑ヲ加フ程ノ不徳實害ナシ但シ被教唆者之カ爲ニ重罪輕罪ヲ犯セハ取りモ直サス教唆ノ所爲カ其原因ノ一ナリト認定シタルカ爲ノミ實ニ教唆ノ所爲ハ被教唆者ノ犯意並ニ犯行ト母子若クハ原因結果ノ關係ヲ有シ一旦犯罪ノ成立シタル上ハ其原因タルモノ責ヲ免ル、能ハサル可シ

〔五百六十七〕 右ノ論旨ヲ布延スルトキハ教唆罪ヲ以テ共犯ノ一トシ教唆者ヲ以テ正犯トシタルノ至當ナルヲ發見スルニ難カラス(1) 被教唆者カ教唆サレタル重罪輕罪ヲ犯シタル時ニ限り罪トシタルハ教唆ノ所爲カ重罪輕罪ノ原因ノ一タレハナリ然ルニ教唆者被教唆者ハ共ニ情ヲ知ラサルヲ得サル關係アルヲ以テ必然共ニ犯スノ意アリ且ツ教唆者ハ教唆ノ所爲ニ

依リテ重罪輕罪ノ原因ヲ分擔シ被教唆者ハ實施ノ所爲ニ依テ亦直接ニ其原因ヲ分擔シタルヲ以テ共犯タルノ條件一モ缺クル所アラズ(2)先ニ云ヘル如ク自身着手若クハ實行ノ所爲ヲ分業セサルモ犯罪ト同時ニシテ之ヲ遂クルニ必要ナル所爲ヲ爲セシモノハ正犯トスト云ヘリ是レ犯罪ノ原因タルカ爲メナリ然ラハ之ト同趣旨ヲ以テ同シク教唆ノ所爲カ被教唆者ノ重罪輕罪ノ原因タル以上ハ正犯トスヘキモノナリ止マ其異ナル所教唆ノ所爲ハ必ラス犯罪ヨリ以前ニ在リテ之カ原因トナリ他ハ犯罪ト同時ニシテ其原因トナルノ一點ニアルノミ彼此共ニ被教唆者ノ重罪輕罪ノ着手若クハ實行ノ所爲ヲ分擔セサルハ一ナリ

〔五百六十八〕 第五百五條ニ教唆者……亦正犯トナスト云ヘルハ要スルニ教唆カ犯罪トナリシ場合ノ性質ト處分トヲ示スノ意ニシテ教唆ノ所爲ハ教唆ニ係ル重罪輕罪ト全一物ナリトスル能ハサルモ之レカ原因タルヲ以テ自ラ手ヲ下タシ重罪輕罪ヲ犯シタルニ等シキ刑ヲ受クト云フノ義ニ解セサル可カラズ從ツテ教唆者ハ教唆ノ所爲ヲ以テ教唆ニ係ル重罪輕罪ノ原

因ヲ與ヘタルニ依リ其正犯トナリ被教唆者ハ自カラ重罪輕罪ヲ犯シタルニ依リ亦正犯トナルナリ

〔五百六十九〕 教唆ノ所爲カ共犯ノ一タル教唆罪トナルニハ刑法カ重罪輕罪トシテ掲タル所爲ノ原因トナリシコトヲ必要トス故ニ自殺ノ所爲ニハ第五百五條ニ謂フ共犯ノ一タル教唆罪成立セス自殺ノ所爲其者ハ犯罪ナラサルカ故ニ共ニ犯スニ非ラサルナリ一種特別ノ獨立罪ニシテ數人共犯ノ原則ヲ適用ス可ラス(刑三二〇、三二一條)

〔五百七十〕 我刑法上教唆カ犯罪ト爲リ教唆ニ係ル重罪輕罪ノ正犯トナルニ(1)ハ他人ニ重罪輕罪ヲ犯ス故意ヲ生セシメタルコト(2)他人カ重罪輕罪ヲ犯シタルコトノ二條件ヲ具ヘサル可ラス又此二條件ヲ具フレハ教唆ニ使用シタル手段ノ如何ニ依リ其不成立ヲ來タスコトナシ是レ佛國刑法ノ主義ト同シカラサル所ナリ

佛國刑法第六十條ハ贈物約束脅迫擅權(Abus d'autorité ou de pouvoir)奸謀偽計ノ六個ヲ以テ教唆ノ手段ト定メ而シテ獨逸若ハ草案ノ如ク單ニ之ヲ例示ス

ニ非ラスシテ(獨刑四八章一一八條)制限列舉ノ主義ヲ採リ此外ハ教唆ノ手段トセサルコトニ規定ス

教唆ノ手段ハ通常佛國刑法ノ列舉セル六個ノ外ニ出テサル可シト雖モ亦必スシモ此外ニ手段ナシトハ斷言スル能ハサルナリ我刑法ハ敢テ教唆ノ手段ヲ列舉シ制限ヲ設ケス明文ナキハ即チ如何ナル手段ヲ以テスルモ教唆ニ係ル重罪輕罪ノ原因トサヘナレハ教唆罪ト爲リ得ル確證トス故ニ佛國刑法ノ解釋トシテハ學者間ニ一大問題タル助言ト雖モ我刑法ノ下ニハ教唆トナリ得ルコト明ナリ

(五百七十一)無責任ノ者ニ對シ教唆成立スルカ即チ辨別若クハ精神ノ自由ヲ喪失シタルモノヲ教唆シ重罪輕罪ヲ犯サシメタル時ハ教唆罪トシテ罰スヘキカ假令ハ重大ナル脅迫ニ依リテ他人ノ精神ノ自由ヲ失ハシメ以テ重罪輕罪ヲ犯サシメタルトキ若クハ狂者又ハ辨別ナキ幼者ヲシテ重罪輕罪ヲ犯サシメタルトキハ教唆罪トシテ罰スヘキカ其教唆者ヲ有罪トセサル可ラサルヤ論ヲ俟タスト雖モ教唆者トシテ罰スヘキカ將又獨立ノ犯

人トシテ罰スヘキカ

第一說ニ曰ク教唆ニ依リ犯罪ヲ實施シタル者カ無責任即チ辨別自由ナキモノナルトキハ教唆者ノ器械ト爲リタルニ過キス寧ロ教唆者自身カ實施シタルモノト云フ可シ之ヲ教唆者ト云フハ其當ヲ得スト(刑法論綱二〇五頁刑法汎論二二六頁)余モ此說ヲ至當下信シタルコトアリシガ後更ニ不妥當ナル所アルヲ發見セリ(1)教唆者自カヲ實施シタリト云フハ事實ニ反ス(2)幼者狂者等ヲ同列ニ置キ一言ノ下ニ器械ト爲シタリトスル能ハサル場合アリ

第二說ニ曰ク教唆ニ依テ犯罪ヲ實施シタル無責任ノ者ハ其所爲犯罪ニ非サルヲ以テ刑ヲ加フル能ハスト雖モ是レ無責任者ヲ論スル時ニ付テ云フモノナリ教唆者ノ責任ヲ論スルニ方テ假ニ之ヲ實施者トシテ云フモ更ニ不都合ナシ故ニ本問ノ場合ニハ實施者ヲ假定ノ正犯トシ教唆者ヲ教唆者トシテ罰ス可シト(シヨヴォオ及エリ氏一卷二九九號ガロオ氏二卷四五七號)此說ハ佛國ニ於テハ學說判例共ニ一致スト雖モ亦學理ノ容レサル點アル

ニ似タリ假定ノ正犯ト云ヘルハ正犯ニ非サルコトヲ自白シタルモノトス
 第三ノ説トシテ敢テ卑見ヲ述ヘン我刑法上教唆罪ハ共犯ノ一ナリ共犯ハ
 數人連合シタル事實アルヲ第一ノ要素トス數人ノ間互ニ情ヲ知り且ツ共
 ニ犯ス意アリテ初メテ連合シタルモノト云フ可シ故ニ無責任ノ者ヲ教唆
 シタル所爲カ第一百五條ニ云フ如キ共犯ノ一タル教唆罪トシテ罰スルコト
 ナ得ルヤ否ニ付テモ第一ニ此連合ト云フ事實アリヤ否ヲ推究セサル可ラ
 ス此方向ヨリシテ本問ヲ研究スルトキハ一ノ區別ヲ爲サ、ル可ラサルヲ
 知ル可シ

幼者狂者ノ無責任タルハ辨別ナキカ爲ナリ此ノ如キ者ト雖モ罪ヲ犯ス故
 意アル場合ナシトセ、ス精神ノ自由ヲ喪失シタル者モ亦同シ自由意思ナキ
 モ罪ヲ犯ス意ハアリ得ルモノナリ故ニ刑法第七十五條以上ニ於テモ辨別
 ナキ無罪ト自由ナキ無罪ト犯意ナキ無罪トヲ區別セリ既ニ罪ヲ犯ス故意
 アリ得レハ亦教唆ヲ諾シ共ニ犯ス故意アル場合モアリ得ルヲ理ナリ此ノ
 如ク教唆者ノ意ヲ容レ共ニ犯ス故意ヲ以テスレハ假令無責任者ト雖トモ

教唆者ト連合シタリト云フニハ何等ノ不都合ナシ否ヲ連合シタルモノト
 ハ云サル可ラス兩者ノ間ニ連合ノ事實アリトスレハ第一百五條ニ重罪輕罪
 ナ犯サシメタル者ト言ヘル一句ノ解釋如何ハ即チ之ヲ教唆者トシテ罰シ
 得ルヤ否ノ分ル、處ナリ右條文ノ真意ハ止マ所爲ノ形狀ヲ一々列擧スル
 能ハサルカ故ニ一ノ簡便法ヲ採リ刑法カ重罪輕罪ノ刑ニ對立シテ掲ケタ
 ル所爲ヲ實施セシメタル者ト云ヘル迄ニシテ其所爲ニ依リ被教唆者ノ爲
 ニモ犯罪トシテ成立シタルコトヲ必要トスル所ハ一個所モ之ヲ見ス爰ニ
 於テ我輩ハ此場合ニ被教唆者ハ無罪ナルモ教唆者ハ教唆者トシテ罰スヘ
 キモノナリト考フ由是觀之共犯ハ數人連合シテ一罪ヲ犯スコトヲ要スル
 モ其數人ニ對シテ盡ク犯罪トシ成立シタルヲ要セサルナリ
 幼者狂者並ニ自由意思ノ喪失者ハ屢々夢中ニ爲ルコトアル可シ然ラサル
 モ刑法上ノ能力者全様情ヲ知ラス即チ罪トナル事實ヲ知ラスシテ教唆者
 ノ言ヲ諾スルコトアル可シ情ヲ知ラサレハ亦必ラス罪ヲ犯ス故意ナキモ
 ノナリ教唆ハ共犯ノ一ニシテ第一ニ連合ノ事實アルヲ要ス此場合ニ被教

唆者ハ情ヲ知ラス共ニ犯ス故意ナキヲ以テ連合ノ事實ヲ缺ク從テ教唆罪トシテ罰スル能ハサルナリ第一說ニ謂フ機械視論ハ此場合ニ於テノミ適當ナル可シ第二說ノ如ク常ニ教唆罪トシテ可ナリト云フハ共犯ノ原理ニ反ス

第三款 從犯

五百七十二 從犯トハ重罪輕罪ヲ犯スハ情ヲ知り故意ト法律ニ定ムル方法トキ以テ正犯ヲ幫助シ又ハ之ヲ容易ナラシメタル者ヲ云フ此定義ヲ分析スルトキハ從犯ノ成立ニ(1)情ヲ知り故意ヲ以テシタルコト(2)正犯アルコト(3)正犯ハ重罪又ハ輕罪ナルコト(4)法律ニ定ムル方法ヲ以テシタルコト(5)正犯ヲ幫助シ容易ナラシメタルニ過キサルコトヲ要ス

五百七十三 第一條件——從犯ノ成立スルニハ第一ニ情ヲ知り故意ヲ以テシタルコトヲ必要トス是レ從犯ハ共犯ノ一ニシテ共犯ノ成立スルニハ必ラス二人以上ノ連合シタルコトヲ要シ二人以上ノ連合ハ知情ト故意トノ二點ヲ以テ成ルカ故ナリ詳細ハ總論ニ反覆説明セシ所ナリ

從犯ノ場合ニ情ヲ知ルトハ他人カ重罪輕罪ヲ犯サントスルコトヲ知ルチ云フ第九條ニ明文アリ情ヲ知ラサル者ハ亦共ニ犯ス故意ナキ者ナリ情ヲ知ラス故意モナケレハ二人以上ノ間ニ連合シタルニアラサルヲ以テ共犯ノ一タル從犯モ亦成立セス故ニ假令ハ人ヲ殺サンカ爲メナルヲ知ラスシテ兇器ヲ貸與シ毒藥ヲ販賣シタルハトテ從犯ヲ以テ論スル能ハス然レトモ情ヲ知ル者ハ必スシモ盡ク共ニ犯ス意アリト云フ能ハス是レ知情ト故意トヲ別ノ要素トシテ常ニ我輩カ區別シ來リシ所以ナリ假令ハ強盜ニ脅迫サレテ已ムヲ得ス主人ノ財物ノ所在ヲ指示シ鎖鑰ヲ與ヘ金錢ヲ取出シテ持去ラシメタル婢僕ノ如キ是レナリ其盜罪ヲ犯スノ情ハ知ルト雖モ渠ト共ニ犯スルノ故意ナキカ故ニ其所爲ハ何程犯罪ヲ幫助シ容易ニスルノ結果ヲ生シタレハトテ共犯ノ一タル從犯トスルヲ得ス(一九年四月二七日判決)

五百七十四 第二條件——從犯ノ成立スル第二ノ條件トシテ正犯アルコトヲ要ス是レ毫モ疑ナキ法理ナリ我刑法ハ正犯ト名クト雖モ從犯ト云フ

名稱ニ對シテ云ハ、主犯ト稱スルヲ最モ適當トス而シテ主タル犯罪ノ所
 爲ナクソハ何ソゾ從タル犯罪アラシヤ
 故ニ假令ハ法律カ犯罪トセサル所爲ニ關係スルモ從犯トシテ罰スル能ハ
 サル可シ彼ノ自殺ノ如キ自殺自身ハ犯罪ナラサルヲ以テ之カ豫備ノ所爲
 ナ爲シ若クハ現場ニ於テ幫助スルモ自殺ノ從犯トシテ罰スルコトナシ我
 刑法ハ之ヲ一種獨立ノ罪ト定ム(刑三二〇條)
 之ト同シク不能犯ニ從犯ナシ不能犯ハ犯罪ニ非ラサレハナリ假令ハ薄暮
 旅人ト信シ銃殺セントシタル強盜ノ情ヲ知り共ニ犯スノ意ヲ以テ銃ヲ貸
 與シタル者アリ強盜ハ發砲シタルニ旅人ト信シタルモノ樹木岩石ナリシ
 如キ場合ニ銃ノ貸與者從犯者タル可ラス正犯ナケレハナリ
 中止犯ニ付テモ亦同シク從犯ナシ中止犯ハ犯罪ニ非ラス故ニ假令ハ壯士
 某或ル政治集會ノ場所ニ爆烈彈ヲ投セント欲シ其情ヲ知り共ニ犯スノ故
 意アリシ某爆烈彈ヲ給與シタルニ依テ渠ハ之ヲ携ヘ現場ニ至リ今ヤ之ヲ
 投セント欲シタル際忽然其機ノ不可ナルヲ察シ若クハ犯心ヲ翻ヘシ手ヲ

空フシテ去リシトキハ助成者モ亦從犯ニ問フ可ラス壯士自身カ中止犯ト
 シテ不問ニ付セラルレハナリ

〔五百七十五〕然リト雖モ我刑法第九九條ハ從犯ノ成立上正犯カ既遂タル
 コトヲ必要トセス從フテ着手ノ所爲若クハ實行ノ所爲アリ意外ノ障礙若
 クハ舛錯ノ爲ニ實行ノ所爲ヲ遂ケス若クハ實行ノ結果ヲ收メ得スシテ着
 手未遂犯若クハ缺効犯成立シタル時ハ其從犯ヲ從犯トシテ罰ス可キナリ
 犯罪ノ所爲ハ其實行アルカ少クモ着手アレハ之ヲ罰スルヲ原則トス故ニ
 正犯ノ罪既遂ニ至ラサルモ未遂犯トシテ罰スルヲ得ハ其從犯モ亦刑ヲ
 逃ル、能ハサルヲ右ニ述フル如シ但シ之ニ例外アル豫備ノ所爲ニ依リテ
 豫備犯成立スル場合ニハ亦其從犯ヲ罰スヘキナリ本論ヲ適用スルニハ第
 一編ニ述ヘタル豫備犯ト豫備ノ所爲ニ依リ成リ立ツ特別ノ一罪トノ區別
 ナ十分明瞭ニセサル可ラス

由是觀之從犯ノ成立スルニ足ルヘキ一定ノ所爲ヲ盡クシタル後ト雖モ正
 犯ハ所爲ニシテ着手若クハ實行例外トシテ豫備ニモ至ラスシテ止ム時ハ

從犯亦成立スル能ハス。是レ正犯トシテ罰スヘキ所爲ナケレハナリ。反之自殺者ヲ幫助シタル如キ若シ自殺其者カ犯罪ナラハ從犯トシテ論シ得ル形狀ノ所爲ト雖モ法律カ之ヲ特別ノ一罪トシテ罰スルモノナランカ獨立ノ犯罪ナルカ故ニ正犯ノ如キ所爲ノ運命如何ニ關セス之ヲ罪トスヘキナリ。以上ノ論旨ヲ二個ノ原則トシテ(1)正犯カ未遂犯例外トシテ豫備犯ナレハ從犯成立スルコトヲ得(2)從犯ノ所爲ヲ了ルモ正犯ナケレハ從犯成立セス即チ從犯ノ未遂犯ナシト云フコトヲ得(ガロオ氏卷二二四〇號)

〔五百七十六〕爰ニ最モ注意スヘキ一事アリ從犯ノ成立スルニハ正犯トナル可キ犯罪ノ所爲アルヲ要スト雖モ所謂其犯罪トハ法律カ犯罪トシテ第二編以下ニ形狀ヲ列舉シタル所爲ヲ指スニ過キス之ト同一ナル形狀ノ所爲アリテモ犯人ノ責任ヲ生セシメサル原因アルコトアリ。換言スレハ所爲アルモ辨別自由故意等ノ條件ヲ缺キテ無罪ノ宣告ヲ受クヘキ場合アリ爰ニ所謂正犯トナルヘキ犯罪トハ如此無罪ノ場合ヲモ併稱スルモノナルカ故ニ犯罪トシテ刑法ニ示サレタル形狀ノ所爲アレハ正犯アリトシテ差支

三〇

ナシ

〔五百七十七〕第三條件——從犯ノ成立スルニハ正犯カ重罪輕罪タルコトヲ必要トス(刑一〇九條)故ニ違警罪ニ從犯ナシ

違警罪ノ從犯ヲ罰セサル理由如何(1)其罪質輕微ナルカ故ニ從犯迄ヲ罰セストモ正犯ヲ罰スレハ十分ナリト云フニ在リトセンカ折衷主義ヲ採レル刑法ニ有ルマシキ規定ナリ罪輕ケレハ正比例的ニ輕ク罰ス可キノミ全ク不問ニ指ク理アラシヤ(2)然ラハ違警罪ハ通常無意犯ニシテ無意ノ所爲ハ幫助スル能ハサルカ爲ナリトセンカ違警罪ハ通常無意犯ナリト雖トモ或ル場合ニ有意犯ナリ有意ノ違警罪ニ迄從犯ヲ認メサル理由アリヤ果セル哉草案ニハ違警罪ニモ從犯ヲ認メタリ理論ヨリ云ヘハ之ヲ刪除シタル現行法ヲ劣レルモノトセサルヲ得ス

〔五百七十八〕從犯ノ成立スルニハ正犯ニシテ重罪輕罪タルモノアルヲ要ス之ヲ明言シタル第九條ノ語ハ嘗テ第五條ノ教唆ニ關シテ説明シタル所ト等シク單ニ所爲ノ外形ヲ示シタルモノト解スヘキナリ換言スレハ

第二百五條所謂重罪輕罪トハ刑法第二編以下ニ重罪輕罪トシテ外形ヲ示シタル所爲ヲ云フニ過キスシテ此ノ如キ所爲アルモ辨別自由ナキニ基キ無罪トセラル、コトアルモ尙本條ニ所謂重罪輕罪トシテ正犯トシテ解シテ差支ナシ爰ニ於テ忽チ左ノ問題ヲ決スルコトヲ得

〔五百七十九〕 幼者若クハ癡狂者カ人ヲ殺サントスルノ情ヲ知リ故意ヲ以テ兇器ヲ給與シタル者ハ如何ニ處分スルカニ説アリ

第一説ニ曰ク不能力者ノ犯罪ヲ幫助シタル者ハ機械ヲ使用シタルニ等シ故ニ從犯トシテ罰セス一人ニシテ全責任ヲ負擔ス可シト(刑法汎論二三三頁……)不能力者ト雖モ故意アリ得ルモノナリ故意アルモノナリ一言ノ下ニ機械視スルハ當テ得ス、況ンヤ幫助シタル者ヲ實施者トシテ處分ス可シト云フニ於テチヤ刑法ハ他人ノ所爲ニ付テ刑ヲ加ヘス、
第二説ニ曰ク幼者狂者ノ所爲ヲ罪トシ罰セサルハ所爲自體カ無害ナル爲メニ非ラス換言スレハ如此者ノ所爲ト雖モ刑法カ罪トシ掲ケタル所爲ニハ相違ナシ止マ之カ爲ニ渠等ニ對シ犯罪ノ成立セサルハ渠等固有ノ精神

三

狀態ヨリ來ルモノトス故ニ他人ノ關係ヲ論スルニ當リテハ之ヲ假定ノ正犯トシ他ヲ從犯トスヘシト(ガロオ氏二卷四五七頁佛國ニ於テハ學說判例之ニ一致スルモノ、如シ

余ハ試ニ一ノ區別ヲ立テ第三説トシテ論セント欲ス幼者癡狂者ハ辨別ナシ辨別ナシト雖モ故意アルコトアリ(放火狂ノ如キハ通常故意ヲ以テ放火スルモノナリ)從犯ハ共犯ノ一ナルカ故ニ何ヨリ先ニ兩人又ハ數人ノ間ニ連合ノ事實ナカル可カラス連合ノ有無ニ拘ラス幼者狂者ヲ假定ノ正犯トシ論スルハ事實ト法理トヲ蹂躪スルモノナリ故ニ(1)共ニ犯ス故意アル幼者狂者ト連合シ其所爲ヲ幫助スル爲ニ兇器ヲ給與シタリトセハ從犯トシテ罰ス可シ幼者狂者ニ對シテハ其所爲ニ依リテ犯罪成立セスト雖モ從犯ニ對シテハ之ヲ第九條ニ所謂重罪輕罪トシテ論セサル可ラス何者該條ノ重罪輕罪ノ語ハ止マ所爲ノ外形ヲ指シタルモノニ過キサレハナリ(2)之ニ反シテ幼者ナレハ二三歳ノ小兒狂者ナレハ夢狂者ノ如キ辨別モナケレハ故意モナキ者カ手ヲ出シタルニ乘シ火器ヲ與ヘ家ヲ燒カシメタル如キ

ハ實ニ第一説論者ノ論鋒ニ依リ機械視シテ一人全責任ヲ負ハシメサル可
 ラス但シ此場合ト雖モ幼者狂者ノ所爲カ第百九條ニ所謂重罪輕罪ナラサ
 ルカ爲ニ從犯トセサルニ非ラス止テ共ニ犯ス故意ナシ從テ數人間ニ連
 合ノ事實ナキ上ニ犯罪ノ幫助ヲナスニアラス犯罪ノ原因ヲ造レルカ故ナ
 リ

〔五百八十一〕 第四條件——從犯ノ成立スルコトハ法律ノ定ムル方法ヲ以テ
 シタルヲ要ス是レ其第四ノ條件ナリ第百九條ハ其方法ニ關スル原則ヲ揭
 ク之ヲ説明スルニ先チ一ノ注意ヲ與ヘント欲ス從犯ハ共犯ノ一ナルカ故
 ニ共ニ犯ス所爲アルコトヲ要シ單ニ情ヲ知テ妨ケサルカ官署又ハ被害者
 ニ告ケサルハミチ以テ從犯ノ所爲アリトス可カラサルコト是ナリ是レ獨
 リ從犯ニ止ラス正犯教唆者ニモ適用スヘキ共犯ノ學理上ノ一大原則ナリ
 然テハ從犯ハ常ニ行犯ナリヤ換言スレハ從犯ノ成立スルニハ常ニ積極ノ
 行爲アルヲ要シ消極ノ行爲ニ依テハ成立スル能ハサルカ先ニモ一言シタ
 ル如ク共犯ハ總テ共ニ犯ス行爲アルヲ要スルカ故ニ不告又ハ不妨ノ二事

ヲ以テ成立スルコトナシト雖トモ其共ニ犯ス一手段トシテ積極ノ行爲ヲ
 採ルト消極ノ行爲ヲ採ルトハ敢テ共犯ノ成立不成立ヲ來タサス從犯ニ付
 テモ亦同シ假令ハ惡漢ノ意ヲ容レ門戶ヲ鎖サスシテ眠ニ就キ以テ財物ヲ
 竊取スルノ便宜ヲ與ヘタル婢僕ノ所爲タル門戶ヲ鎖サスト云フ消極ノモ
 ノナリト雖トモ從犯トシテ罰スルコトヲ得可シ(反對論刑法論綱二二頁)
 〔五百八十一〕 第百九條ハ從犯ノ成立ニ必要ナル方法ノ原則ヲ掲グ曰ク……
 ……器具ヲ給付シ又ハ誘導指定シ其他豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪
 ナ容易ナラシメタル者ハ從犯ト爲シ……〔ト此方法ハ所爲ニ關スルモノト
 意思ニ關スルモノト三分スルコトヲ得又他ノ點ヨリ觀察スレハ犯罪前ノ
 モノト犯罪當時ノモノトニ分ツコトヲ得何レモ從犯ノ方法トスルニ足ル
 ナリ何レモ情ヲ知リ意ヲ以テシタルモノナラサル可ラス
 〔五百八十二〕 從犯ノ方法ニシテ所爲ニ關スルモノ、第一ハ器具ヲ給與ス
 ルコト是ナリ器具ト明言シタルカ故ニ其中ニハ家屋土地ノ如キ不動産ヲ
 包マズ刑法ハ屢々家屋ハ家屋ト直言ス(刑一三八、一八八、二四〇、二六一……)

然リト雖トモ家屋土地ヲ貸與スル所爲ニ依テ從犯成立スルコトナシト速了ス可ラス止マ之ヲ以テ器具ヲ給與シタル從犯トセスシテ他ニ其位置ヲ求ムヘキナリ

情ヲ知り意ヲ以テ器具ヲ給與スル所爲ハ擧ケテ從犯ナルカ其器具ハ犯罪ノ實施ニ一大關係ヲ有シ之ヲ給與セスハ到底犯罪有リ得サル程ノ事情アリテモ正犯ニ問ハスシテ從犯トスヘキカ白耳義刑法ハ從犯ノ一方法トシテ同シク器具ヲ給與シノ語アリ「ハウス」氏之ヲ解シク曰ク「正犯ノ成立ニ欲シ可ラサル程ノ器具ナルハ殆ント稀ナリ其稀有ノ場合ハ之ヲ犯者ノ僥倖トシ常ニ從犯トスル考ニテ此規定ヲ設ケタルモノナリ」ト(同氏一卷五五七號)我刑法ノ解釋トシテハ反對ノ說ヲ採ラサル可ラス(1)草案第百二十二條第二項ハ如此問題ヲ生セサラシムル爲ニ……犯罪ヲ容易ニスル爲ニ器具ヲ給與シ……ト云ヒ現行法ハ文句ノ位置ヲ變ヘテ器具ヲ給與シ……犯罪ヲ容易ナラシメ……ト云ヘル迄ニシテ草案ノ主旨ハ採用セシモノナリ(2)教唆ニ關スル原理ヨリ考フルモ犯罪ノ成立ニ缺ク可ラサル器具ハ即チ

犯罪ノ原因タル器具ナルガ故ニ言語文章等ニ器具ヲ添ヘタル教唆トセサルヲ得サラン例令ハ島地ニ於テ一アリテ二十キ水雷藥ヲ給與シ船舶ヲ顛覆セシメタルノ類ハ此中ニ位セン

〔五百八十三〕器具ヲ給與スルノ所爲ハ通常犯罪ノ以前タル可シ然リト雖モ犯罪ノ當時ト雖モ單ニ正犯ヲ幫助シ又ハ容易ナラシメタルニ過キサル器具ノ給與ハ勿論從犯ナリトス

〔五百八十四〕從犯ノ方法ニシテ所爲ニ關スル第二ノモノハ豫備ノ所爲是ナリ豫備ト着手トノ限界ハ第一編ニ說明セリ而シテ豫備ノ所爲ノミニテハ通常罪ト爲ラス正犯ノ情ヲ知り幫助シ若クハ容易ナラシムル故意ヲ以テ爲シテ始メテ從犯ニ問ハル

豫備ノ所爲ハ其例枚舉ニ違アラズ例之ハ他人ニ暴行ヲ加ヘ負傷セシメタルモノ、爲ニ藥舖ニ同道シテ硫酸ヲ買與ヘタルモノ、如キ其適例ナラン(三二年一月二二日、二六年五月一日判決……)

條文ヲ見ルニ……其他豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシ

メタル者ハ從犯ト爲シ……トアリ之カ爲ニ或論者ハ從犯ノ成立スルニハ
 舉ケテ豫備ノ所爲ヲ以テシタルモノナラサル可ラスト主張刑法正義七七
 三頁以下セリ其失當ナルヲ辯スルニハ草案以來ノ沿革ト條文ノ文法ト共
 犯ニ關スル學理トノ三點ヨリスル必要アリ(1)第九條ニ相當スル草案第
 百二十二條ヲ見ルニ曰ク「犯罪ノ情ヲ知り左ニ記載スル所爲ヲ以テ正犯ヲ
 補助シタルモノハ附從ト爲シ云々」

一。犯罪ヲ容易ナラシムル爲メ正犯ニ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ及
 其他ノ方法ヲ與ヘタル者 二。豫備ノ所爲ヲ以テ犯罪ヲ補助シ又ハ容易
 ナラシメタル者 三。犯罪ノ後ニ於テ其終成ヲ補助シタル者ト其第三ハ
 犯後ノ從犯ヲ認メントシタルカ爲ニ刪除サル第一ニ付テモ書方ヲ變セサ
 ル可ラサル理由アリシナリ他ナシ草案ノ書方ハ「犯罪ヲ容易ナラシムル爲
 メ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ……タル者」ト云フカ故文法解釋ヲ下セハ
 器具給與若クハ誘導指示ノ所爲ヲ了レハ正犯ノ成立ヲ俟タズ罰シ得ルカ
 ノ如クニ聞ヘ議論ノ種トナルヲ以テ器具給與若クハ誘導指示ノ所爲ヲ了

リ其上正犯ノ成立上有用(必要ト區別スル語)ナクハ後罰ス可キ意ヲ明カ
 コセンカ爲ニ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シテ犯罪ヲ補助シ又ハ容易ナラ
 シメタル者ト修正スル必要ヲ感シ終ニ草案ノ第二ノ場合ト同筆法ヲ用ヒ
 之ト合併シテ現行第九條トハナレリ(2)日本ノ法文ヨリ云フモ以上ノ意
 ハ現行法ノ上ニ明ニ用ユルナリ第九條首文ノ其他ト云フ語ノ前後ヲ二
 段ニ分チ……器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ正犯ヲ補助シ犯罪ヲ容易ナラ
 シメタル者……豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ補助シ犯罪ヲ容易ナラシメ
 タル者ト讀ミ下タストキハ毫モ草案ノ大趣旨ヲ捨テサルコト明ナリ(3)論
 者ノ如ク豫備ノ所爲ニ非ラサレハ從犯成立セスト云フ時ハ第九條ノ器
 具給與并ニ誘導指示ノ所爲ハ舉ケテ豫備ノ所爲ト云ハサル可ラス是レ共
 犯ノ學理上多數ノ學者ノ採用セサル所ナリ「ガロオ」氏二卷二五七號以下ハ
 「ウス」氏一卷五五七號以下「ブランシユ」氏二卷二二頁「オルト」氏一七一
 號刑法論綱二二二頁刑法汎論三三五頁然レトモ賛成者ノ多數ナルハ眞理
 タル唯一ノ證據ニアラス凡ソ豫備ノ所爲ハ犯罪ハ着手以前ニ在ルヲ要ス

ルナリ既ニ着手ノ状態ニ在ルコト假令ハ強盜カ金箱ニ手ヲ掛ケントシツ
 ヲアルカ如キ場合ニ其成立ニ必要缺ク可ラサルニ非ラス止マ之ヲ幫助シ
 容易ナラシメタルコト假令ハ家僕カ共ニ犯ス意ヲ以テ金銭ハ他ノ箱ニ在
 ルヲ告ケ合鍵ヲ貸シタルカ如キ場合ニ論者能ク之ヲ從犯ニ非ラスト云フ
 カ從犯ナクシテ豫備ノ所爲ヲ以テ幫助シ容易ナラシメタルモノト主張シ
 得ルカ

以上述フル所ニ依リ情ヲ知リ意ヲ以テ正犯ヲ幫助シ容易ナラシムルニ豫
 備ノ所爲ヲ以テシタル者ハ擧ケテ從犯ナリト雖モ從犯ハ必スシモ豫備ノ
 所爲ノミニ依リテ成立スルニ限ラサル第百九條ノ精神ヲ知ルニ足ラン
 (五百八十五) 從犯ノ成立ニ必要ナル方法トシテ意思ニ關スルモノハ誘導
 指示スルコト是ナリ誘導指示ト云フ語ハ教唆ト對立スルモノナリ教唆ノ
 語ヲ汎ク用フレハ誘導指示モ一ノ教唆ト云ヒ得サルニ非ラス但シ刑法上
 ノ狹キ意味ヲ以テ云ヘハ教唆ハ他人ニ重罪輕罪ヲ犯ス故意ヲ生セシメタ
 ル所爲ニシテ其重罪輕罪ノ原因トナリシモノ、ミテ云フ其他人ニ重罪輕

罪ヲ犯ス故意ヲ生セシムル程有力ナラス唯タ之ヲ助成シ以テ重罪輕罪ノ
 成立ノ幾分ヲ助ケタルモノハ即チ第百九條ニ所謂誘導指示ナリ故ニ誘導
 指示ト教唆トノ區別ハ犯罪決行者ノ決心ニ對スル影響ノ程度如何ノ事實
 ニ依リテノミ創定スヘキモノナリ假令ハ甲カ乙ヲ殺サントシテ計畫スト
 雖モ乙ノ所在不明ナルカ爲ニ少シク殺意ヲ減シタル際丙アリ甲ノ情ヲ知
 リ乙ヲ殺サシムル爲ニ乙ノ所在ヲ教ヘ爲ニ甲ハ宿意ヲ果セル如キ場合ニ
 丙ハ從犯タル可シ

(五百八十六) 誘導指示スル所爲ハ正犯ノ犯罪ノ以前ニ在ルコトアリ又
 既ニ渠カ犯罪ニ着手シタル後ニ在ルコトアリ犯罪着手後ノ所爲ノ從犯ト
 ナルコトニ就テ前々號ニ云ヘル如キ反對アリト雖モ採ルニ足ラス器具ヲ
 給與スルノ所爲モ亦同シ如左

(五百八十七) 第五條件——從犯ノ成立スルニハ正犯ヲ幫助シ容易ナラシ
 メタルニ過キサコトヲ第五ノ必要條件トス是レ多クノ所爲カ正犯タル
 カ從犯タルカヲ區別スルニ最モ必要ナル標準ナリ幫助シ若クハ容易ナラ

シムルトハ正犯ノ成立ニ缺ク可ラサルモノニ非ラスシテ止マ之ニ幾分ノ助勢ヲ與ヘタルヲ謂フ上來反覆陳辯シタル中ニ自カラ之ヲ説明セリ故ニ門戸ノ外ニ在テ他人カ屋内ノ強竊盜ヲ働ラク間瞭望シタル者ノ如キモ常ニ正犯ト斷言ス可ラサルト同時ニ常ニ從犯ナリトモ斷言スル能ハス瞭望者アリテ始メテ其犯者志ヲ達シ得タル形迹アレハ正犯ナリ瞭望者アリシカ爲ニ多クノ財物ヲ得タル等ノ事實タルノミニシテ之ヲ省キテモ志ヲ達スルハ一ナリシ如キ場合ニハ從犯ナリ仍ホ正犯並ニ教唆罪ニ述ヘタル所ト對照ス可シ

〔五百八十八〕犯罪成立シタル後ニ至リテハ其結果ニ如何ナル助力ヲ與フルモ從犯トシテ罰スル能ハス但シ特別犯トスルコトアルモ從犯ニ非ラサルヲ注意ス可シ假令ハ竊盜者カ贓物ヲ負ヒテ來ルニ遭遇シ其時初メテ情ヲ聞知シタル者ハ之ヲ助ケテ運搬スルモ寄贓故買スルモ從犯ニ非ラス又タ隱告罪ノ如キハ不實ノコトヲ知リナカラ告訴シタル時ニ成立ス(刑三五五條)故ニ其後情ヲ聞知シタル者カ語ヲ添ヘテ幫助スルモ從犯トシテハ處

罰スル能ハス但シ第二ノ言語書狀等ノ不實ノ申立ニ依リ共犯ニアラスシテ獨立ニ誣告罪ノ成立スルコトアル可シ

〔五百八十九〕正犯ハ刑法ニ罪トシ掲ケタル所爲ヲ連合シテ犯シタルヲ要シ教唆罪ハ其教唆ノ所爲カ被教唆者ノ刑法ニ重罪輕罪トシ掲ケラレタル所爲ノ決心決行ノ原因トナルコトヲ要シ從犯ハ其所爲カ正犯ノ刑法ニ重罪輕罪トシ掲ケラレタル所爲ヲ助成シタルコトヲ要ス故ニ若シ刑法ニ罪トシ掲ケラレサルコト正當防衛若クハ職務上ノ行爲ノ如キニ關係シタル者ハ關係一同無罪タルヘシ正當防衛職務上ノ行爲ノ如キハ管ニ所爲自體カ罪トシ掲ケラレタルモノナラサルノミナラス堂々タル一個ノ權利ノ執行ナルカ故ニ其關係一同ニ對シテモ共犯ノ適用ヲ生セサルヤ反對論ナキ所トス

第三節 共犯處分

〔五百九十〕共犯ノ成立スルニハ數人連合シテ一罪ヲ犯スコトヲ要スト雖トモ其所爲數人ニ對シテ總ヘテ犯罪トナルコトヲ必要トセス故ニ共犯者

中辨別若シハ自由ヲ缺キ同一ノ所爲罪トナラサルモ他ノ共犯者ニ對シテ罪トナルニ害ナシ

刑ヲ加重減輕スル原因ニ法律上ノモノアリ裁判上ノモノアリ裁判上ノモノハ共犯處分ニ關シテモ特ニ之ヲ述フ可キモノナシ法律上ノモノハ身分ニ關スルモノ即チ主觀的ノ加減ハ他ノ共犯者ニ及ホサス之ニ反シテ所爲ノ形狀ニ基クモノ即チ客觀的ノ加減ハ共犯者一同ニ及ホスヲ原則トス我刑法ハ之ヲ如何ニ適用セシカ其大要ヲ述ヘン

第一款 正犯處分

〔五百九十二〕二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ皆正犯トナシ各自ニ其刑ヲ科ス(刑一〇四條)皮想ノ見解ヲ下セハ二人連合シテ一罪ヲ犯セハ二人シテ刑ヲ分擔ス可キカ如シト雖モ是レ謬見ノ甚タシキモノナリ折衷主義ニ依リテ考フルモ背德加害ノ程度ハ一人ニシテ犯スト數人ニシテ犯ストニ依リテ異ナル所ナキノミナラス數人連合シテ一罪ヲ犯セハ却テ其不徳ナル有害ナル一人之ヲ犯シタル場合ニ勝ルコト多シ自然法主義ニ依リテ考フ

ルモ刑ハ社會ヨリ犯罪ヲ淘汰シ得ルヲ限界トス可キニ數人ニ一刑ヲ分擔セシムレハ其犯ヲ獎勵スルノ奇果ヲ呈シ到底社會ノ生存ヲ維持スルニ足ラサルナリ果セル哉共犯ニ一刑ヲ分擔セシムル如キハ古今萬國ニ其例ヲ見ス我刑法モ各自ニ其刑ヲ加スト明言シ一點ノ疑ナカラシメタリ

〔五百九十二〕第四百條ニ所謂「各自ニ其刑ヲ科ス」云ノ一句ハ一層玄妙ナル法理ヲ含蓄ス共犯ハ數人連合シテ一罪ヲ犯スコトヲ要スト雖トモ其所爲ハ數人ニ對シ總ヘテ犯罪トシテ成立スルヲ要セサルコト是ナリ各自ニ刑ヲ科スルコトヲ要スルカ故ニ各自ニ其責任ノ在ル所ヲ審案セサル可ラス然ルニ數人連合シテ一罪ヲ犯スト雖トモ數人ハ必スシモ責任ノ基礎トナルヘキ精神上ノ要素ヲ具備セサルノミナラス各正犯ハ各自固有ノ所爲ニヨリ刑ヲ受クル者ナルカ故ニ共犯者中一人無責任ノ原因アリテ無罪ノ宣告ヲ受クルモ之ヲ理由トシテ無責任ノ原因ナキ他ノ共犯者ハ刑ヲ免ル、能ハス共犯者正犯者タルモ從犯タルモ教唆タルモ亦同シ

〔五百九十三〕故ニ(1)共犯者中ノ一人辨別若シハ精神ノ自由ヲ缺ク者アリ

テ同一ノ所爲アリナカラ無罪ノ宣告ヲ受クルモ他ノ共犯者ハ固ヨリ刑ヲ免ル、能ハス但シ情ヲ知り共ニ犯ス故意アリシトキハ之ヲ共犯者トシテ罰スルニ害ナシ狂者幼者若クハ第七十五條ニヨリ無罪ヲ受ク可キ者正犯トナリ教唆者トナリ又ハ從犯トナリシ場合ニ他ノ如キ無責任ノ原因ナキ者ハ相當ノ刑ヲ受ケサルヲ得ス(2)身分ノ關係ヨリシテ宥恕全免ヲ與フル者アリト雖トモ他ノ共犯者ハ之ヲ理由トシテ刑ヲ免ル、能ハサルノミナス共犯トシテ罰セラル可キナリ宥恕全免ノ場合ハ先ニ擧ケタル無責任ノ原因アルニ基ク無罪ト異ナリ罪アリテ刑ナキモノトス共犯者ノ刑ヲ許ス可ラサルハ更ニ疑ヲ容レス我刑法ハ第三百七十七條第二項ニ此原則ヲ適用セリ(3)又タ共犯者中一人身分ニ依テ公訴ヲ提起スル能ハス從フテ有罪無罪ヲ判決スル能ハサル者アリトスルモ他ノ共犯者ニ對シテハ公訴ヲ起シ有罪ノ判決ヲ下タスノ妨トナラス假令ハ外國ノ公使ノ如キ是ナリ今日ノ國際慣例上公使ニ對シテハ公訴ヲ提起シ罪ノ有罪ヲ判決スル能ハスト雖トモ情ヲ知り意ヲ以テ共ニ犯シタル他ノ者ニハ公訴ヲ起シ共犯者トシ

テ罪ヲ問フコトヲ得(ハウスス氏一卷五六號以上)ガロオ氏二卷二七五號以下)

〔五百九十四〕加重減輕——加重減輕ニハ法律上ノモノアリ裁判上ノモノアリ主觀的ノ(身分ニ基ク)モノアリ客觀的ノ(所爲ノ形狀ニ基ク)モノアリ正犯ノ處分ニ對シテ如何ニ適用スヘキカ
 裁判上ノ減輕即チ酌量減輕ニ就テハ特ニ述ヘキモノナシ酌量減輕ハ裁判官ノ職權ヲ以テ刑ヲ減輕スルモノナルカ故ニ其範圍ト適用トナ限ル能ハス又ハ裁判上ノ加重ハ各本條ノ刑ノ最高度ニ上ルヲ限度トシ上級ノ刑ヲ加フル能ハサルカ故ニ亦タ他ノ正犯ニ影響ヲ及ホス故ニ茲ニ云フ所ハ單ニ法律上ノ加重減輕ノミニ關スルモノト知ル可シ
 法律上ノ加重減輕ニハ主觀的ノモノアリ客觀的ノモノアリ主觀的ノモノ即チ犯人ノ身分ニ基クモノハ他ノ正犯ニ影響ヲ及ホサス客觀的ノモノ即チ所爲ノ形狀ニ基クモノハ他ノ正犯ニ及ホサス原則トス我刑法ハ身分ニ基ク法律上ノ加重ノミ他ノ正犯ニ及ホサス明文ヲ設ケタリ(刑一〇六條)

刑法(總則) 多數ノ犯罪并ニ多數ノ犯人 一人數罪

ト雖モ其所爲ノ形狀ニ基ク加重并ニ減輕ハ他ノ正犯ニ及ホシ身分ニ基ク減輕ハ他ニ及ホサ、ルハ學說ノ一致スル所トス故ニ(1)正犯中一人再犯ノ故ヲ以テ一等ヲ加重サル、モ他ノ正犯ハ之ニ準シ加重スル能ハス(刑一〇六條)(2)正犯者中一人他人ヨリ挑發サレ激怒ノ中ニ在ツテ罪ヲ犯シ刑ヲ減セラル、ト雖モ激怒ノ中ニ在ラスシテ共ニ犯シタル正犯ハ減輕ノ利益ヲ受ケサル可シ(刑三〇九條以下參照)挑發宥恕ハ身分ニ基ク減輕ナレハナリ十六歳以上二十歳以下ノ幼者並ニ十二歳以上十六歳以下ノ辨別アリシ幼者ニ對スル宥恕減輕ニ就テモ亦同シ(3)強盜共犯者中一人兇器ヲ携帯シタル時ハ他ノ兇器ヲ携帯セサリシ正犯モ一等ノ加重ヲ受ク(刑三七九條)是レ所爲ノ形狀ニ基ク加重ナレハナリ(4)印影盜用罪ノ一等減モ亦所爲ノ形狀ニ基クモノナルカ故ニ共ニ犯シタル正犯ハ一同私印偽造行使罪ノ刑ヲ一等減セラル(刑二〇八條)

第二款 教唆罪處分

〔五百九十五〕人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者亦正犯トナスト規

定シタル第五百五條ノ文意ハ教唆罪ノ共犯ノ中ニ置ケル位置ヲ示スト同時ニ其處分ヲ規定シタル者ナリ然ルニ亦正犯ト爲スト云フ語ハ其處分ニ付三様ニ解釋スルコトヲ得

第一ハ正犯ノ受ケタル刑ト同一ノ刑ヲ受クト解釋スル是ナリ其當ヲ得サルヤ論ヲ俟タス共犯者ハ各自ニ刑ヲ科スルカ故ニ各自ニ責任ノ在ル所ヲ審案セサル可ラス責任ノ基礎トナル所ハ人ニ依リテ同シカラサルカ故ニ各自ニ責任ノ在ル所ヲ審案シ一人刑ヲ加重減輕ス可キ原因アルモ他ニ及ホサ、ルヲ原則トス以テ教唆者ト現ニ手ヲ下シタルモノト同一ノ刑ニ處分スヘシトハ法理ノ容レサル所ナリ

第二ハ正犯ニ對シテ法律ノ科シタル刑ヲ教唆者ノ刑トシ責任ノ輕重ハ各自別々ニ審案ス可シ故ニ前說ノ如ク正犯ト教唆者ト同一ノ刑ヲ受ケスト雖モ加重若クハ減輕ノ基礎トナル所ハ正犯ト同一ノモノヲ採ル可シト解釋スル是ナリ第一說ハ正犯カ一年ノ重禁錮ヲ受クレハ教唆者モ一年ノ重禁錮ヲ受クト云フモ第二說ハ正犯ニ科シタル刑一年以上五年以下ノ重禁

錮ナル時ハ之ヲ基礎トシ正犯ハ五年ノ重禁錮ヲ受ケ教唆者ハ一年ノ重禁錮ヲ受クト云フノ差アリ此說ヲ採ルトキハ他人ヲ教唆シ殺親罪ヲ犯サシメタルモノハ殺親罪ノ刑ヲ基礎トシ各自固有原因ニヨリテ加減サル可シ又タ他人ヲ教唆シテ自己ノ親ヲ殺サシメタル者ハ之ヲ殺シタル他人ト同一ノ刑即チ普通ノ殺人罪ノ刑ヲ基礎トシ加減セラル可シ是レ佛國刑法ノ主義ナリ

第三ハ教唆者自身正犯ノ犯シタル罪ヲ決行シタルト同一ノ刑ヲ受クルト解釋スル是ナリ我刑法ハ此第三ノ主義ヲ採レルモノトス故ニ他人ヲ教唆シ其親ヲ殺サシメタル者ハ自身手ヲ下シタル如ク普通ノ殺人罪ノ刑ヲ基礎トシ他人ヲ教唆シ自己ノ親ヲ殺サシメタル者ハ自身手ヲ下シタル如ク殺親罪ノ刑ヲ基礎トシ別ニ加減ノ原因アレハ加減ス可キナリ
他人ニ其親ヲ殺スコトヲ教唆シ決行セシメタル類ハ親ニ非ラサル者ヲ殺スノ教唆ヲ爲シタル者ヨリ其情重カラサルニ非ラズ故ニ折衷主義ヲ採リ罪惡ノ低度ト刑罰ト權衡ヲ保タザル可ラストセハ教唆者自身手ヲ下タシ

四〇

タル如ク普通ノ殺人罪ヲ以テ論スルハ其當チ得サルカ如ク起草者之ヲ說明シテ曰ク普通ノ殺人罪ヨリ其情重シト雖モ親ヲ殺スコリハ其情輕シ故ニ嚴格ニ論スル時ハ中間ノ一刑ヲ設クルヲ至當トス但シ中間ノ刑ヲ設クレハ困難ナルカ故ニ寧ロ寬ニ失シテ普通ノ殺人罪ノ刑ヲ科スルヲ妥當トスト噫犯者ニ對シ嚴ニ失スルヨリモ寬ニ失セヨト云フ姑息主義ハ良民ヲ厚ク保護スルヨリモ寧ロ薄ク保護セヨト云フト如何ナル差別アルカ
〔五百九十六〕加重減輕——身分ニ基ク法律上ノ加重トハ假令ハ再犯ノ故ヲ以テ一等加重サル、カ如シ一般ノ原則トシテ決行者カ其身分ニ依リ刑ヲ加重サル、モ教唆者之カ影響ヲ受ケ共ニ加重サル、コトナシ(刑一〇六條)

加重ノ場合ト體様ヲ異ニシタル同一罪ノ重キモノトナ混同ス可ラス祖父母父母ニ對スル謀故殺、普通ノ殺人罪ニ刑ヲ加重シタル者ニ非スシテ體様ヲ異ニシタル殺人罪ト思考ス(反對論刑法論綱二一〇頁)然ラハ所爲ノ形狀ニ基ク別罪ナルカ故ニ之ヲ教唆シタル者ハ殺親罪ヲ以テ論ス可キカ教唆

者ノ處分ハ自身カ手ヲ下シタルト同一ノ刑ニ依ル可キカ故ニ本問ノ教唆者若シ他人ナラハ自カラ手ヲ下シタルニ均シク普通ノ殺人罪ノ刑ヲ以テ論ス可キナリ

〔五百九十七〕所爲ノ形狀ニ基ク法律上ノ加重ノ一ニ犯人ノ多數ナル原因アリ第四百四十五條第三百六十九條第三百七十九條ノ如シ如此犯人ノ多數ニ依リ刑ヲ加重スル理由ハ防禦ヲ困難ナラシムルカ爲メナルヲ以テ一人ハ教唆者一人ハ決行者ニシテ共犯成立シタル場合ニハ共ニ多數ニ基ク加重ヲ受ケス教唆者ハ現場ニ在ラサレハナリ(刑一〇七條)

然ラハ一人ノ者二人以上ヲ教唆シ共ニ前ニ列擧スル如キ罪ヲ犯サシメタルトキハ如何ニ處分スヘキカ多數ニ基ク加重ハ所爲ノ形狀ニ基ク加重ノ一ニ過キス故ニ教唆者ヲ刑ニ亦タ加重ス可キナリ第七條ハ犯人ノ多數ニヨリ刑ヲ加重ス可キトキハ教唆者ヲ算入シテ多數ト爲スコトヲ得ス(ト云ヘリ)故ニ一人教唆者ニシテ一人決行者ナルトキハ共犯成立シ共犯ノ成立セルトキハ犯人ハ常ニ多數ナリト雖モ止テ教唆者ハ現場ニ在ラサ

ルヲ以テ多數ニヨル加重ノ理由ト爲ス能ハス是レ本條ニ教唆者ヲ算入シテ多數ニ基ク加重ノ原因トナス能ハスト規定シタル所以ナリト雖モ其二人以上共ニ犯スコトヲ教唆シ決行セシメタルトキハ教唆者ヲ算入セスシテ多數ノ決行者アリ多數ノ決行者アルニ基ク加重ハ所爲ノ形狀ニ基ク加重ノ一ニ過キサルヲ以テ教唆者モ亦タ加重ノ責任ヲ分タサルヲ得サルナリ

〔五百九十八〕幼者狂者ノ如キ無責任ノ原因アル者ヲ教唆シ決行セシメタル者ハ如何ニ處分スヘキ幼者狂者ノ無責任ナルハ辨別ナキカ爲ナリ故意アリテ教唆ニ乗シタルトキハ教唆者ヲ教唆者トシテ罰スルニ害ナシ然レトモ辨別ナキニ基ク無罪ハ犯人ノ身分ニ基クモノナルカ故ニ共犯タル教唆者ニ其影響ヲ及ホサス而シテ教唆者ハ自カラ手ヲ下シタルニ均シキ刑ヲ受サルヲ得サルカ故ニ幼者狂者ノ所爲ヲ自カラ爲セシト同一ニ處分サル可キナリ

〔五百九十九〕特別ノ場合——事ヲ指定シテ犯罪ヲ教唆スルニ當リ犯人教

唆ニ乘シ其指示シタル以外ノ罪ヲ犯シ又ハ其現ニ行フ所ノ方法、教唆者ハ指示シタル所ト異ナルトキハ如何ニ處分スヘキカ刑法第百八條ニ其規定アリ

第百八條ト第百六條ト第百七條トノ規定ヲ同一視ス可ラス第百六條第百七條ハ身分若クハ所爲ノ状態ニ基ツク加重ノ場合教唆者ノ刑ノ適用如何ヲ定メタルモノナリ之ニ反シテ第百八條ハ加重ノ場合ノミニアラス刑ヲ或ハ重クシ或ハ輕クシテ別種若クハ體様ヲ別ニシタル罪ヲ決行シタル場合ノ教唆者ノ處分ヲモ併セテ規定シタルモノナリ(反對論刑法論綱二一四頁)

條文ニ指定シタル以外ノ罪ヲ犯シタルトキト云ヘルハ單ニ同一罪ノ刑ヲ加重シタル場合ヲ指スニアラサルコトヲ明カニス然リト雖モ教唆シタル所ト全ク關係ナキ罪ヲ犯シタルトキハ亦本條ヲ適用スル能ハサルナリ教唆ハ指定シタル罪ノ決行アリ之カ原因トナリテ始メテ罪トナルモノナルカ故ニ全ク關係ナキ罪ノ決行アレハ必竟教唆シタル罪ノ決行ナキモノニ

シテ罪トシ論スルヲ得一方ニ於テ本條ハ單ニ同一罪ノ刑ヲ加重シタル場合ニ適用ス可キ法意ニアラサルヲ以テ教唆シタル所ト全ク無關係ノ別罪ニアラス去レハトテ其性質キ教唆シタル罪ト類似シタル或ハ重キ或ハ輕キ罪ヲ決行シタル時ノ教唆者ノ處分ヲ定ムルモノナリ假令ハ強盜ヲ教唆シタルニ竊盜ヲ犯シ竊盜ヲ教唆シタルニ強盜ヲ犯シタル如キ場合ヲ云フ〔六百〕所犯教唆シタル罪ヨリ重キトキハ只ダ其指定シタル罪ニ從フテ刑ヲ科ス(刑一〇八條)¹⁰故ニ竊盜ヲ教唆シタルニ被教唆者強盜ヲ犯シ毆打創傷ヲ教唆シタルニ被教唆者殺人ヲ犯シ脅迫罪ヲ教唆シタルニ被教唆者暴行ヲ加ヘ毆打創傷ノ罪ヲ犯シタル如キ場合ニ教唆者ハ竊盜毆打創傷脅迫ノ刑ヲ受ク其理由ハ教唆外ノ所爲ニ對シテハ教唆者ノ所爲之カ原因ナリト云フ能ハス他人ノ所爲ニ付キ刑ヲ受ケサルハ刑法一般ノ原則ナレハナリ然リト雖トモ教唆者ハ亦全ク其責任ナシトスル能ハス決行セサル所ハ己ノ指定シタル罪ニアラサルモ之ヲ決行スルニ至レル故意ハ教唆者之ヲ一部分製造セリ從フテ中間ノ刑ト定メ己ノ教唆シタル罪ニ從フテ刑ヲ科

〔六百一〕所犯教唆シタル罪ヨリ輕ロキトキハ現ニ行フ所ノ罪ニ從フテ刑ヲ科ス(刑一〇八條²⁰)故ニ強盜ヲ教唆シタルニ竊盜ヲ犯シ殺人罪ヲ教唆シタルニ毆打創傷ヲ犯シ毆打創傷ヲ教唆シタルニ脅迫罪ヲ犯シタル如キ場合ニ教唆者ハ現ニ行ヒシ竊盜毆打創傷脅迫罪ノ刑ヲ適用ス其理由他ナシ教唆ノ所爲ハ其實施アリテ始メテ罪トナルモノナルニ此場合ニハ決行シタル所ヨリ重キ部分ニ對スル教唆ハ其實行ナカリシモノナレハナリ

〔六百二〕二人ヲ教唆シ竊盜ヲ犯サシメントシタルニ一人之ヲ決行シ若クハ一人ヲ教唆シタルニ二人決行シタルトキハ教唆者ヲ如何ニ處分スヘキカ共犯ノ一タル教唆罪ノ成立スルニハ教唆シタル犯罪ノ實施アルヲ要シ又共犯ノ成立スル一般ノ要素トシテ相互ノ間ニ情ヲ知り連合シタルコトヲ要ス今(1)二人ヲ教唆シタルニ一人ヲケ竊盜ヲ決行シタリトセハ二人ノ竊盜ヲ教唆シタルモ一部分ハ其決行ヲ見サリシモノナリ故ニ一人ヲ教唆シタルノ例ニ照ラシテ處斷ス(2)之ニ反シテ一人ヲ教唆シタルニ二人決行

四七 四六

シタルトキハ其一人ニ對シテハ教唆ノ所爲ナク連合シタル事實ナキカ故ニ亦タ一人ヲ教唆シタル例ニ照シテ處斷セサル可ラス第百八條ノ第一項第二項ハ汎ク教唆シタル罪ヨリ重キトキ若クハ「」教唆シタル罪ヨリ輕ロキトキト云ヒ刑罰加重ノ原因アル場合ト類似ニシテ刑ニ輕重アル別ノ罪ヲ犯シタル場合ト區別セサルニヨリテモ明ナリ

右ノ論點ハ先ニ第百七條ノ適用ヲ説明スルニ方リテ一言シタル所ト混視ス可カラズ該條ハ犯人ノ多數ニヨリ刑ヲ加重スルトキハ教唆者ヲ算入シテ多數トナスヘカラサルヲ明言スルカ故ニ一人ハ教唆者一人ハ決行者タルトキ犯人多數ナリトシ刑ヲ加重スル能ハスト雖トモ教唆者二人以上ノ者ヲ教唆シ竊盜ヲ犯サシメタル如キ場合ニハ所爲ノ形狀ニ加重ノ原因アル罪(刑三六九條)ヲ教唆シタル者ナルヲ以テ一般ノ原則ニヨリ教唆者モ亦加重シタル刑ヲ受ケサル可ラス茲ニ云フ所ハ之ト異ナリ其一人ヲ教唆シタルコト二人シテ決行シ二人ヲ教唆シタルニ一人ニシテ決行シタル場合ノ教唆者ノ處分如何ニ在リ而シテ此論點ハ全ク第百八條第二項以下ニ依

リテ決セラル、モノトス

第三款 從犯處分

〔六百三〕 從犯ノ刑ハ正犯ノ刑ニ比シ一等ヲ減ス是レ折衷主義ノ罪刑權衡ヲ保タサル可ラスト云フ原則ヲ適用シタル結果ナリ佛國刑法ノ如キハ折衷主義ヲ採リナカラ正犯ト從犯トニ同等ノ刑ヲ科ス是レ明ニ缺點ニシテ學者ノ擧テ批難スル所ナリ折衷主義其者ノ當否ハ別ノ論題トシ一旦之ヲ採用シタルトキハ必ス背徳ノ深淺ト加害ノ大小トニ依リ刑ヲ相應セシメサル可ラス今從犯ノ所爲ヲ見ルニ或ハ器具ヲ給與シ或ハ誘導指示シ或ハ豫備ノ所爲ヲ爲シ何レモ正犯ノ成立ニ缺ク可ラサル程ノモノ即其原因トナリシ程ノモノニアテス之ヲ幫助シ容易ナラシメタルモノニ過キサルカ故ニ正犯ニ比シ背徳加害ノ度薄シ從テ一等ヲ減セサルヲ得サルナリ

〔六百四〕 正犯現ニ行フ處ノ罪從犯ノ知ル處ヨリ重キトキハ止タ其知ル處ノ罪ニ照シ一等ヲ減ス(刑一〇九條)但是レ情ヲ知ラサル者ノ間ニハ共犯成立セスト云フ原則ノ適用ナリ正犯ノ犯シタル處曾テ從犯ノ豫想セシ處ヨ

四九

リ重キ時ハ其重キ部分ニ對シテハ情ヲ知り連合シタルノ事實ナク此點ニ對シテ共犯成立セサルカ故ニ止タ其知ル處ノ罪ニ照シ一等ヲ減スルモノナリ

知ル處ヨリ重シト云ヘルハ同一罪ニシテ刑罰加重ノ原因アル場合並ニ類似ノモノニシテ重キ罪ヲ犯シタル場合ヲ併稱シタルモノナリ故ニ(1)一人ニシテ強盜ヲ犯スモノト信シ兇器ヲ給與シタルニ其實二人ニシテ決行シタル場合加重ノ原因ヲ知ラサル場合ニ從犯者ハ一人ニシテ犯シタル強盜罪ノ刑ニ一等ヲ減ス是レ重キ點ニ付テハ情ヲ知ラス從テ連合ノ事實ヲ缺キ共犯成立セサレハナリ(2)又他人カ人ヲ傷ケルカ爲メト信シ兇器ヲ給與シタルニ其實人ヲ殺シタル如キ場合類似ニシテ重キ罪ヲ犯スノ情ヲ知ラサル場合ニ從犯ハ毆打創傷ノ罪ヨリ一等ヲ減ス亦其重キ點ニハ共犯成立セサルヲ以テナリ

〔六百五〕 加重減輕——身分ニ基ク加重減輕ハ他ノ共犯ニ及ホサス之ニ反シテ所爲ノ形狀ニ基ク加重減輕ハ他ノ共犯ニ及ホサス原則トス我刑法ハ

刑法(總則)

多數ノ犯罪并ニ多數ノ犯人 一人數罪

六百九十九

リテ決セラレ、モノトス

第三款 從犯處分

〔六百三〕 從犯ノ刑ハ正犯ノ刑ニ比シ一等ヲ減ス是レ折衷主義ノ罪刑權衡ヲ保タサル可ラスト云フ原則ヲ適用シタル結果ナリ佛圖刑法ノ如キハ折衷主義ヲ採リナカラ正犯ト從犯トニ同等ノ刑ヲ科ス是レ明ニ缺點ニシテ學者ノ擧テ批難スル所ナリ折衷主義其者ノ當否ハ別ノ論題トシ一旦之ヲ採用シタルトキハ必ス背德ノ深淺ト加害ノ大小トニ依リ刑ヲ相應セシメサル可ラス今從犯ノ所爲ヲ見ルニ或ハ器具ヲ給與シ或ハ誘導指示シ或ハ豫備ノ所爲ヲ爲シ何レモ正犯ノ成立ニ缺ク可ラサル程ノモノ即其原因トナリシ程ノモノニアラス之ヲ幫助シ容易ナラシメタルモノニ過キサルカ故ニ正犯ニ比シ背德加害ノ度渺シ從テ一等ヲ減セサルヲ得サルナリ

〔六百四〕 正犯現ニ行フ處ノ罪從犯ノ知ル處ヨリ重キトキハ止マ其知ル處ノ罪ニ照シ一等ヲ減ス(刑一〇九條)但是レ情ヲ知ラサル者ノ間ニハ共犯成立セスト云フ原則ノ適用ナリ正犯ノ犯シタル處曾テ從犯ノ豫想セシ處ヨ

四九

リ重キ時ハ其重キ部分ニ對シテハ情ヲ知り連合シタルノ事實ナク此點ニ對シテ共犯成立セタルカ故ニ止マ其知ル處ノ罪ニ照シ一等ヲ減スルモノナリ

知ル處ヨリ重シト云ヘルハ同一罪ニシテ刑罰加重ノ原因アル場合並ニ類似ノモノニシテ重キ罪ヲ犯シタル場合ヲ併稱シタルモノナリ故ニ(1)一人ニシテ強盜ヲ犯スモノト信シ兇器ヲ給與シタルニ其實二人ニシテ決行シタル場合(加重ノ原因ヲ知ラサル場合)ニ從犯者ハ一人ニシテ犯シタル強盜罪ノ刑ニ一等ヲ減ス是レ重キ點ニ付テハ情ヲ知ラス從テ連合ノ事實ヲ缺キ共犯成立セサレハナリ(2)又他人カ人ヲ傷ケルカ爲メト信シ兇器ヲ給與シタルニ其實人ヲ殺シタル如キ場合類似ニシテ重キ罪ヲ犯スノ情ヲ知ラサル場合)ニ從犯ハ毆打創傷ノ罪ヨリ一等ヲ減ス亦其重キ點ニハ共犯成立セサルヲ以テナリ

〔六百五〕 加重減輕——身分ニ基ク加重減輕ハ他ノ共犯ニ及ホサス之ニ反シテ所爲ノ形狀ニ基ク加重減輕ハ他ノ共犯ニ及ホサス原則トス我刑法ハ

刑法(總則)

多數ノ犯罪并ニ多數ノ犯人 一人數罪

六百九十九

第一百十條ニ於テ之ヲ從犯ノ處分ニ適用セリ

身分ニ依リ刑ヲ加重スヘキ者從犯トナルトキハ其重キニ從テ一等ヲ減ス
(刑一一〇條)¹⁰故ニ再犯者從犯トナリ初犯者正犯トナルカ如キ場合ニ從犯
ハ再犯ニ依リテ一等ヲ加重サレ從犯ニ依リテ一等ヲ減セラル結局正犯ト
同一ノ刑ヲ受クヘキナリ但第九十九條ノ明文ニ依リ先ツ從犯ヲ理由トシ
テ一等ヲ減シ之レヨリ得タルモノヲ基礎トシ次ニ再犯ノ加重ヲ行ハサル
可ラス

正犯ノ身分ニ依リ刑ヲ減免スヘキトキト雖モ從犯ノ刑ハ其輕キニ從テ減
免スルヲ得ス(同條)²⁰故ニ正犯自首シテ一等ヲ減セラル、モ其自首減輕ヲ
得サル正犯ノ刑ヨリ一等ヲ減スルマテナルカ故ニ實際ニ科スル處ノ刑ハ
從犯ト同一ナルコトアリ從犯ノ刑却テ重キコトアリ

〔六百六〕所爲ノ形狀ニ基ク加減ハ共犯者ニ及ホスナ原則トス犯罪自體ヲ
變更スルモノナレハナリ反對ノ明文ナキハ從犯ニ對シテモ之ヲ適用セサ
ル可ラサル一證ナリ

五〇

〔六百七〕自己ノ親ヲ殺ス者ニ兇器ヲ給與シ其他從犯ノ成立ニ適當ナル方
法ヲ以テ從犯トナリシ者ハ如何ニ處分スヘキカ一見第一百十條第一項ニ依
リ重キニ從テ一等ヲ減スヘキニ似タリト雖モ殺親罪ハ全ク體様ヲ異ニシ
タルモノニシテ單ニ普通ノ殺人罪ノ刑ヲ加重シタルモノニアラスト思考
ス從テ本條第一項ニ依テ本問ハ當然決セラル、能ハサルナリ一方ニ於テ
從犯ノ刑ハ正犯ノ刑ヨリ一等ヲ減スヘキ規定アリテ其標準トナル所ハ正
犯ノ刑罰ナリトス之レ教唆罪ニ關スル處ト處分ノ標準ヲ異ニスル一點ナ
リ教唆者ハ決行者ノ受クル刑ノ如何ニ拘ラス其決行シタル所ヲ自身ニ行
ヒタルト等シキ刑ヲ受クヘキカ故ニ他人ヲ教唆シ他人ノ親ヲ教唆シタル
者若シ自身ニ手ヲ下セハ普通ノ殺人罪ニ過キテ從テ普通殺人罪ノ刑ヲ受
クヘキナリ之ニ反シテ從犯ハ正犯ノ刑ヲ標準トシ之レヨリ一等ヲ減スヘ
キ明文アルノミニシテ從犯自身手ヲ下シタル場合ヲ假定シ其一等ヲ減シ
タルモノヲ適用スヘキ明文ナキカ故ニ他ニ類似ノ法文アルモ之ヲ比附シ
援引スル能ハス本問ノ如キハ普通殺人罪ヨリ一等ヲ減シテ處斷スヘキカ

11-5-11

刑法(總則)

多數ノ犯罪并ニ多數ノ犯人 一人殺罪

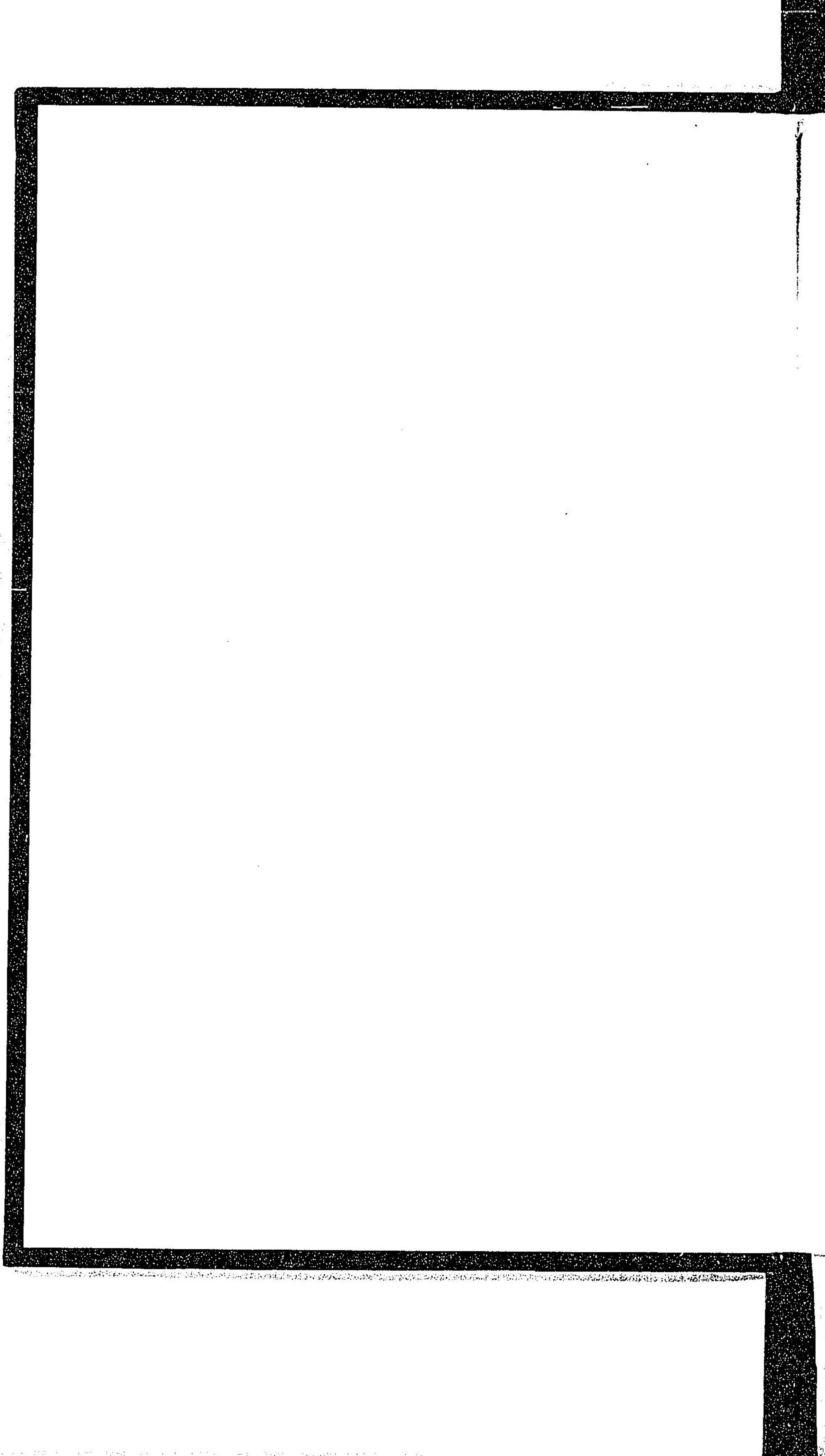
七百二

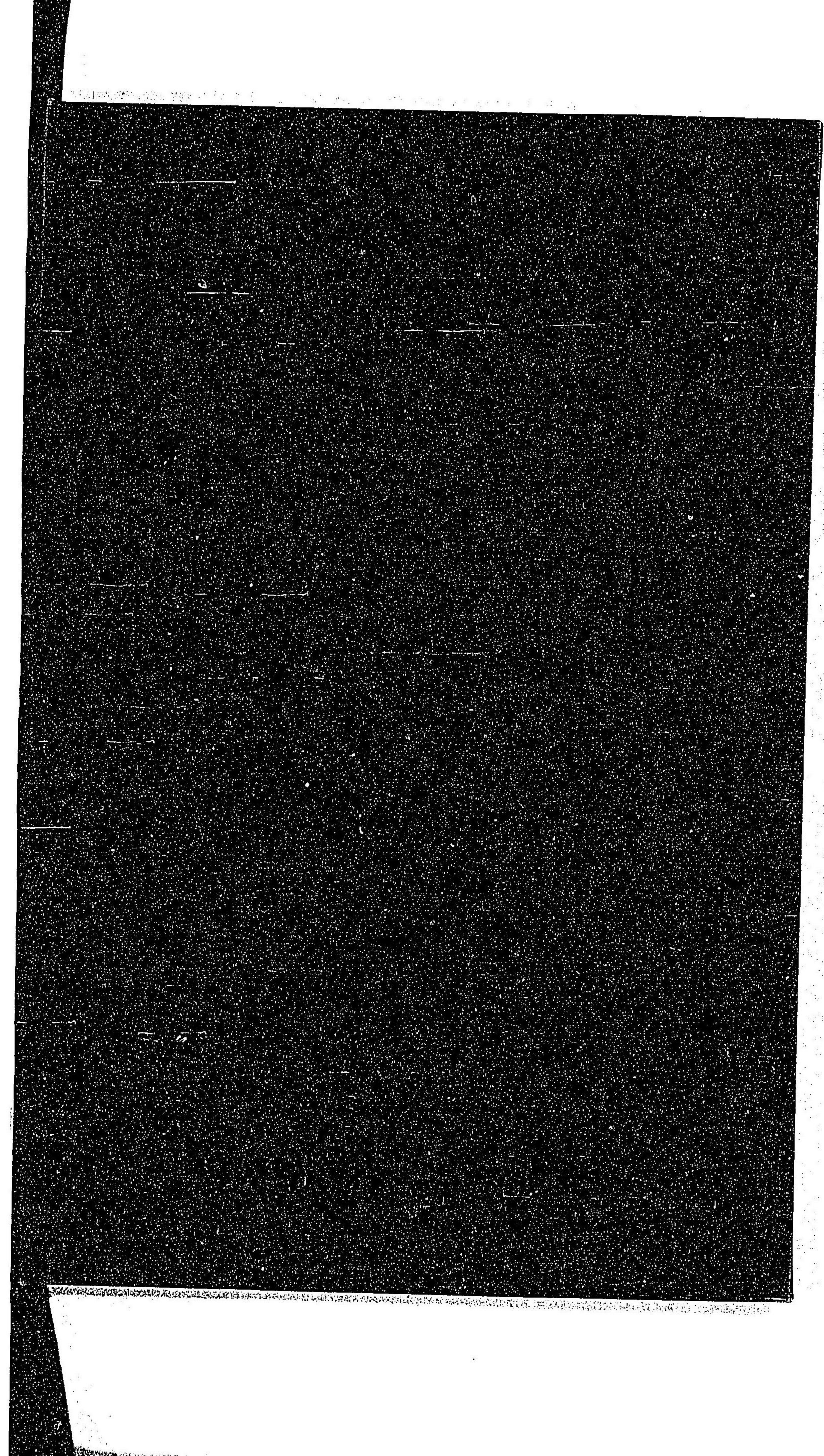
然リト雖モ殺親罪ハ普通ノ殺人罪ノ刑ヲ重クシタル者ニ過キスト云フ説アリ亦全ク理由ナシトセス故ニ若シ此説ヲ採レハ殺親罪ノ從犯ハ殺親罪ノ刑ヨリ一等ヲ減シテ處斷スヘキナリ

右同一ノ理由ニ依リ他人カ其親ヲ殺ス者ニ器具ヲ給與シ其他ノ所爲ニ依リ從犯トナリタル者ハ正犯ハ殺親罪ノ刑ヲ受ケ從犯ハ殺親罪ノ刑ヨリ一等ヲ減セラレヘキモノト信スト雖モ殺親罪ハ普通殺人罪ノ刑ヲ加重シタルモノニ過キスト解スレハ別ノ決論ヲ採リ從犯ハ普通殺人罪ノ刑ヨリ一等ヲ減セラルト云ハサル可ラス我輩ノ説ハ司法省ノ見解ト同一ナリ(明治一七年一月二二日同省訓示參照)

刑法(總則)終







43

41

035766-000-0

43-41

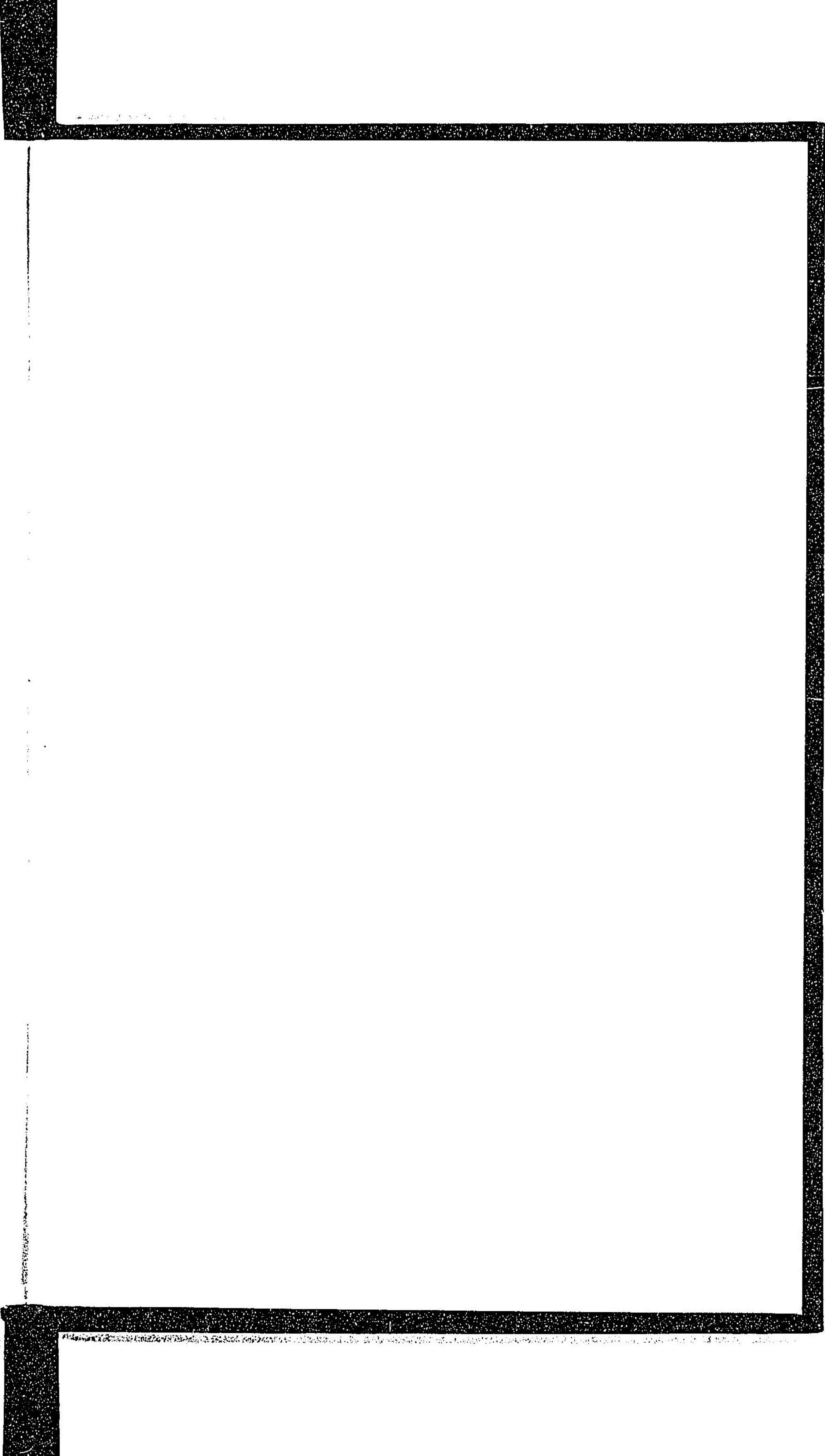
刑法総則

岡田 朝太郎/述

M28?

BBP-0352





1. The first part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee.