

ノ中ナル者大凡二萬人、身丈ノ大ナル者其數又大凡二萬人ト爲シ、今此種ノ數ヲシテ大抵平均ヲ得セシムルカ爲メニハ必ス身丈ノ中ナル者ハ身丈ノ小ナル者又ハ身丈ノ大ナル者ヨリモ寸方ノ區域狹カラサルヘカラス例ヘハ「メートル」六十二乃至「メートル」六十七ニ當ル者ヲ以テ中文ノ人ト爲シ、「メートル」六十八ヨリ二「メートル」ニ至ルヤテノ人ヲ以テ身丈ノ大ナル者ト爲シ而シテ「メートル」六十一ヨリ「メートル」内外ノ者ヲ以テ身丈ノ小ナル者ト爲ス此三種ノ區別ノ又更ニ同一ノ原則ニ從テ之ヲ細別シ此場合ニ於テハ丈ノ寸方ニ依ラスシテ更ニ各人ノ頭ノ縦ノ寸方ヲ三種ニ小分スヘシ

身丈ヲ三分シ而シテ尙ホ頭ノ丈ケヲ三分スレハ合計九種ノ區別ト爲ル即チ縦ノ小ナル頭ヲ有スル者ヲ六千若干ト爲シ縦ノ中ナル頭ヲ有スル者ヲ六千若干ト爲シ縦ノ大ナル頭ヲ有スル者ヲ六千若干ト爲シ而シテ更ニ此六千若干ニ就キ頭ノ横ノ寸方ニ因テ之ヲ三種ニ區別スルトキハ下ス如シ頭ノ横ノ小ナル者二千頭ノ横ノ中ナル者二千頭横ノ大ナル者二千若干人ト爲ス

經驗上許多ノ人民ニ於テハ頭ノ横ハ頭ノ縦ニ拘ハラス大ニ變更スルモノナリ之

ヲ換言スレハ頭ノ縦ニ付テ有スル所ノ寸方ハ之ニ因テ以テ到底頭ノ横ノ寸方ヲ割出スコトヲ得ス

中指ノ長サハ第四ノ區別ト爲ル上段ノ頭ノ寸方ニ因テ三別シタル寫眞ヲ取テ尙ホ之ヲ各自ニ三別スレハ六百ノ數ヲ得六百ノ數ニ付テ更ニ之ヲ三別シ又其三別シタル各自ニ付テハ足ノ長サヲ基礎トシテ尙ホ之ヲ三別シ後又其三別シタル各自ニ付テ目ノ色及ヒ腕ノ寸法ニテ之ヲ區別スルコトヲ得左スレハ頭ノ縦ノ寸法ヲ中指ニ因テ三別スレハ凡ソ六百ノ數ヲ得中指ノ六百ノ數ヲ足ニ因テ三別スレハ二百ト爲ル更ニ之ヲ腕ニ因テ三別スレハ六十三餘ト爲ル尙ホ眼ニ因テ七ニ區別スレハ九ト爲ル如此方法ニ因テ十萬ノ寫眞終ニ五段ノ區別ニ因テ結局十枚内外ノ小數ニ至ル如此十萬ノ寫眞ヲ分別シテ其極十人内外ノ數ニ減スルニ至ルトキハ即チ再犯者ヲ發見スルコト極メテ容易ナリ

今試ニ姓名ヲ匿シタル犯人ヲ逮捕シ而シテ此犯人ハ或ハ假定セシ寸法ヲ取ラレタル者カ又ハ寫眞ヲ取ラレタル者ナリヤ否ヤヲ知ルノ必要アリト假定センニ先ツ第一ニ其人ノ身丈ヲ度ル其身丈ニ付テ其人ノ寫眞ノアルヘキ所ヲ詮索スルナ

リ次ニ其人ノ頭ノ縦ヲ度レハ尙ホ寫眞ノ數ヲ減スルニ至ル次ニ其人ノ頭ノ横足  
 ノ長サ眼ノ色ヲ調査スレハ容易ニ其人ノ寫眞ノ現在スル場所ヲ知ルコトヲ得然  
 レトモ論者或ハ曰ハシ此區別ノ界ニ當ル所ノ數ヲ有スル人ハ之ヲ如何ナル場所  
 ニ置カントスルカ例ヘハ一メートル六十八ノ身丈ヲ有スル者アリトセヨ若シ此  
 人ヲ以テ一メートル六十八乃至二メートル大ノ部分ニ置カントセハ數年ノ後年  
 齡長スルニ及ブテ其身丈ニ付テ一サンチメートルヲ減シ一メートル六十七ニ至  
 ルコトアラン如此場合ニ於テハ必ス一メートル六十二乃至一メートル六十四ノ  
 中丈ヲ捜査セサルヘカラサルニ至ルト

如此寸方ノ數字區別ノ界ニ當ルトキハ辭書ニ付テ字ヲ探ルカ如ク其類似ノ者ヲ  
 探レハナリ若シ身丈ノ大ナル部分ニ於テ之ヲ得ル能ハサルトキハ更ニ轉シテ身  
 丈ノ小ナル部分ヲ捜査スルニ於テハ必ス之ヲ得ルコトアルヘシ此方法ハ最モ簡  
 便ニシテ最モ迅速ナルモノナリ若シ二分間乃至三分間ヲ費セハ市中ノ巡查ノ智  
 ナ以テスルモ容易ニ之ヲ行フコトヲ得ヘシ帽子屋ハ其店ニ於テ頭ノ寸方ニ付テ  
 三十二ノ番號ヲ有シ靴屋ハ靴ノ寸方ニ付テ二十ノ番號ヲ有ス然レトモ予輩ハ三

種以上ノ區別ヲ爲スモノニアラサルナリ即チ大中小是ナリ而シテ寸方ヲ取ル方  
 法ハ寸方ヲ取ル人モ自ラ誤ル所ナシ又寸方ヲ受クル人モ人ヲ誤ラシムルナキヲ  
 期スヘキヲ正確ノ方法ヲ用ヒサルヘキカ

### 第六章 數罪ノ責任

#### 第一節 總論

數罪俱發ノ名稱ハ之ヲ支那律ニ採ル支那律ニ於テ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現行刑法ハ此規定ヲ採  
 リ付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  
 ハ單ニ數罪ト言フヲ以テ穩當ト爲ス改正刑法草案ニ於テハ此場合ヲ名ケテ併合  
 罪ト稱セリ然レトモ其意義全ク現行刑法ト同一ナラス後ニ至リテ少シク論スル  
 所アラシク今假リニ刑法ノ名稱ニ付テ之カ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數個ノ罪ヲ犯シタル場合ヲ謂フ此場合或ハ時ヲ同

數罪ノ責任  
 總論

ウシテ裁判所ニ繫屬スルコトアリ或ハ時ヲ異ニシテ繫屬スルコトアリ其時ヲ同  
ウシテ繫屬スル場合ト其時ヲ異ニシテ繫屬スル場合トヲ問ハス刑法上特別ノ規  
則ヲ適用スルニ至リテハ常ニ異ナル所ナシ  
數罪俱發ノ成立ニ二條件アリ

第一條件 法律ニ觸ルヘキ二個以上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ノ所爲ニシテ一罪ヲ爲スモノ二個以上  
成立シ又ハ一所爲ニシテ二個以上ノ法律ニ觸ル、モノ成立スルコトヲ要スル  
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素ト是レ一所爲ノ延長ニ過  
キサレハ之ヲ以テ數罪ノ間斷ナク繼續スルモノト看做スヘキニアラサルナリ  
又加重ノ情狀ニ於テモ亦然リ加重ノ情狀ハ一ノ獨立罪アリテ其罪ノ成立ニ付  
テ加重スヘキノ情狀即チ其情狀ノミニテハ一罪ヲ成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爲ルモノナレハ情狀ノ程度如何ニ重シ

ト雖モ是レ亦一罪ヲ以テ論スヘキモノニアラサルナリ例ヘハ監禁罪ノ如シ監  
禁ノ時間幾年月ヲ經過スルモ監禁ハ素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由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爲スニ過キ  
ス獨立シテ一罪ヲ爲スモノニアラサルナリ但家宅侵入罪ノ如キハ是レ別罪ヲ  
爲スモノナルカ故ニ毫モ竊盜ニ關係ナクシテ一罪ヲ爲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中ニ含蓄スルモノニシテ別ニ侵  
入罪ト竊盜ト併合罪ヲ爲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爲スヘキモノニアサルヲ以テ數罪ノ場合ト混スルコト  
ナキヲ要

第二條件 確定判決以前ニ於テ數罪ヲ犯スコトヲ要ス 一罪ヲ犯シ既ニ確定判  
決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

異時ニ發シタル傷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數罪俱發ト謂フ故ニ再犯ト數罪俱發トノ區別ハ唯確定判決ノ有無ニ在リテ存スルナリ

以上二個ノ條件ヲ具備シテ始メテ數罪俱發ノ場合ヲ爲ス數罪ノ俱發ハ或ハ同一犯人數個ノ犯罪行爲ヲ爲シ其各行爲ニ於テ一罪ヲ構成スルニ因リテ成立スルコトアリ或ハ犯罪行爲ハ單一ニシテ數個ノ法律ニ抵觸スルニ因リテ成立スルコトアリ第一ノ場合ハ解釋上之ヲ名ケテ有形上ノ數罪俱發ト謂ヒ第二ノ場合ハ想像上ノ數罪俱發ト謂フナリ

第一、有形上ノ數罪 有形上ノ數罪トハ同一犯人數個ノ犯罪行爲ヲ行ヒ數度ニ同一法律又ハ數個ノ法律ヲ犯ス場合ヲ謂フ例ハ數度ノ竊盜ヲ爲スカ如ク又ハ一罪ヲ犯サンカ爲メニ他ノ特別ノ罪ヲ犯セシ場合ノ如キヲ謂フ然レトモ有形上ノ一罪ト數罪ハ犯罪ノ所爲ヲ以テ一所爲ナリト斷定シタル以上ハ二所爲

三所爲ニ計算スルコト毫モ困難ナク又一法律又ハ數法律ニ抵觸スルモノタルコトヲ知ルハ至テ容易ナリト雖モ解釋上最モ困難ナリトスル所ノモノハ一罪ノ斷定ニ在リ抑モ一罪トハ如何ナル場合ヲ謂フカ一罪トハ刑法ノ禁制命令ニ對シテ單一ノ違反ヲ爲シタル場合ヲ謂フ刑法ハ國民ニ對シテ或所爲ヲ爲スコトヲ禁シ又ハ斯ル所爲ヲ爲スコトヲ命シ依テ以テ社會ノ治安ヲ維持センコトヲ計ルモノナリ其禁制ニ對シテ一回違反スレハ是レ一罪ヲ構成シ其命令ニ對シテ一回ノ違反ヲ爲セハ是レ亦一罪ヲ構成スルナリ例ハ盜罪ハ人ノ所有權ヲ侵害スルコトヲ禁シタルノ罪ナリ一度人ノ所有權ヲ侵害センカ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サルナリ故ニ人ノ家宅内ニ入り一回ニ百圓ノ金時計、衣服ヲ合セテ之ヲ盜ムモ金時計、衣服ハ其屋ノ主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數個ノ財物ヲ奪フタルモ是レ一度其主人ノ所有權ヲ害シタルニ過キササルナリ若シ二回又ハ三回ニテ金錢、時計、衣服ヲ奪フタリトセシカ二回三回人ノ所有權ヲ犯シタルヲ以テ是レ二罪若クハ三罪ヲ爲スモノナ

リ要スルニ所有權ヲ侵害スル度數ハ即チ所有權ノ侵害ニ對スル禁制ヲ犯シタルノ度數ニ等シキヲ以テ其度數ニ應ジテ數罪ヲ爲スモノナリ

又例ヘハ毆打創傷罪ニ於テモ亦然リトス毆打創傷罪ハ人ノ身體ノ危害ヲ擔保スルニ在リ故ニ身體ニ對シテ一回ノ危害ヲ與フレハ是レ一回ノ毆打創傷罪ナリ於是論者人ヲ毆打スルニリ二回ノ危害ヲ與フレハ是レ二回ノ毆打創傷罪ナリ即チ數個ノ犯罪アリト謂フ即チ一當リテ繼續シテ數度ノ打撃ヲ加フルトキハ則チ數個ノ犯罪アリト謂フ即チ一打撃ニシテ一罪ヲ構成スレハ即チ數打撃ニシテ數罪ヲ構成スヘシト謂フニ在リ然レトモ數打撃ハ必スシモ數個ノ創傷罪ヲ構成スルニアラサルナリ必スヤ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トキ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ジルモ二回三回ニシテ一寸ノ傷ヲ爲スモ理ニ於テ異ナル所アルヘカラス若シ之ニ反シ犯人ノ意思ハ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當ニ一罪ヲ構成スルヲ以テ宜シク數罪アリト謂フヘシ

貨幣偽造罪ノ場合ニ於テモ亦同一ニ論スルコトヲ得ヘシ貨幣偽造罪ハ流通貨幣ノ信用ノ侵害ヲ防カントスルニ在ルトキ以テ犯人ノ意思一回貨幣ノ信用ヲ侵害セント欲シテ其偽造ヲ爲シタルトキハ偽造シタル貨幣カ幾何ノ巨額ニ達スト雖モ是レ亦一罪ニ外ナラサルナリ即チ巨額ノ偽造貨幣ヲ出スハ深ク貨幣ノ信用ヲ侵害セントスル者ナリ少ク偽造貨幣ヲ製造スルハ少ク信用ヲ侵害セントスル者ナリ唯是レ信用侵害ノ程度問題ニ外ナラス偽造ノ額ニ付テ一罪ト數罪トヲ區別スルモノアラサルナリ若シ一回偽造貨幣ヲ製造シ十分貨幣ノ信用ヲ侵害シテ而シテ一旦偽造行爲ヲ罷メ而シテ又更ニ偽造ニ着手シタルトキハ是レ即チ二回ノ侵害ヲ爲シタル者ト謂ハサルヘカラス尙ホ今日毆打創傷ヲ爲シテ明日又更ニ第二回ノ毆打創傷ヲ爲スト少シモ異ナル所ナシ

第二、想像上ノ數罪、想像上ノ數罪トハ犯人ノ行フタル所爲ハ一所爲ニシテ數個ノ法律ニ抵觸シタル場合ヲ謂フ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  
 ダ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ニ胎  
 兒ヲ墮胎セシメタルトキハ是レ則チ一所爲ニシテ毒殺未遂罪ト墮胎罪トヲ構  
 成スルナリ又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  
 第一、第二ノ例ニ於テハ何人モ數罪ヲ以テ論スヘキコトヲ疑フ者ナシト雖モ第  
 三ノ例ニ至テハ世人モ亦其數罪ナルヤ否ヤヲ疑フテ止マヌ現ニ大審院ノ判決  
 例ニ於テモ印紙再貼用ニ付テハ數罪俱發ノ規則ヲ適用スヘキモノニアラスト  
 セリ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紙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、トキハ之ニ適用スルニ數罪俱發ノ原則ヲ以テスヘカ  
 ラストセハ刑法ノ罰金ト證券印紙稅規則ノ罰金ハ必ス之ヲ併科セサルヘカラス

然レトモ刑法ニ於テハ數罪併發シタル場合ニハ唯重キ所爲ノミヲ論スヘシト  
 規定シ數罪アリテ數個ノ法律ニ觸ル、場合スラ尙ホ且一ノ重キ所爲ニ因テ處  
 斷スト爲ス況ヤ一所爲ニシテ數個ノ法律ニ觸ル、場合ニ於テオヤ其之ヲ併科  
 スルヲ得サルヤ蓋シ明白ナリ余ヲ以テ之ヲ觀レハ凡ソ如此場合ニ於テハ現行  
 刑法ノ規定スル數罪俱發例ヲ適用スルニ於テ毫モ不可ナキヲ信スルナリ蓋シ  
 刑法ニ於テ數罪ト謂フハ數個ノ法律ニ觸レタル所以ヲ謂フノ意ナラシ數所爲  
 ニシテ數個ノ法律ニ觸ル、モ亦一所爲ニシテ數個ノ法律ニ觸ル、モ法律ニ觸  
 レタル所即チ一罪ヲ爲スヲ以テ苟モ觸ル、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ヘカラス數個ノ法律ニ違反スルハ是レ即  
 チ數罪ナリ故ニ印紙再貼用罪ニ於テモ再貼用ノ所爲ハ單一ナリト雖モ其一所  
 爲ニシテ二個ノ法律ニ觸レタル時ハ即チ二個ノ法律ニ觸レタルヲ以テ二罪ア  
 リト謂フハ固ヨリ至當ナリ而シテ如此一所爲ニシテ二個ノ法律ニ觸ル、トキ  
 ハ觸ル、所ノ法律ヲ比較シテ單ニ重シ罰スル所ノ法律ヲ適用スヘキノミ刑法  
 第百條ニ所謂一ノ重キニ從テ處斷ス」トハ重キ法律ニ照シテ之ヲ論スルトノ謂

ナリ今印紙再貼用罪ニ付テ法律ノ輕重ヲ比センニ豫メ其輕重ヲ定ムルハ到底能クスヘキノ業ニアラスト雖モ各事實ニ付テ之ヲ論スルトキハ輕重ヲ定ムルコト決シテ困難ニアラサルナリ例ヘハ一錢印紙ヲ再貼用シタリト假定センニ刑法ノ規則ニ因リ二圓以上二十圓以下ノ罰金ニ處スヘキヲ以テ輕クモ二圓ノ罰金ヲ科セサルヘカラス又之ヲ證券印紙稅規則ニ照セハ脫稅高二十倍ノ罰金ニ處ストアルヲ以テ一錢ノ二十倍二十錢ノ科料ヲ科スルヲ以テ足レリトス故ニ此場合ニ於テハ刑法ヲ重シトシ證券印紙稅則ヲ輕シトセサルヘカラス若シ之ニ反シ五圓ノ印紙ヲ再貼用シタリトセンカ刑法ノ規則ハ常ニ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ科スルニ止マリ證券印紙稅規則ニ照ストキハ五圓ノ二十倍百圓ノ罰金ニ處スヘキヲ以テ此場合ニ於テハ證券印紙稅規則ヲ以テ重シトシ刑法ノ規則ヲ以テ輕シトセサルヘカラス故ニ曰ク印紙再貼用罪ニ適用スヘキ法律ノ輕重ハ事實ニ因リテ變化スルヲ以テ豫メ一定ノ原則ニ依リ之ヲ定ムルコトヲ得サルナリ

以上ハ一罪ト數罪トノ標準竝ニ數罪ノ見解ハ必スシモ所爲ニ因ラス違反ノ數ヲ以テ之ヲ定ムヘキヲ論セルナリ是ヨリ數罪ト再犯ニ付テ刑法上其原理ヲ異ニスル所以ヲ論セン

再犯加重ハ犯罪自體ニ於テ加重ノ情狀アルカ故ニ之ヲ加重スルニアラスシテ再犯人ノ身分普通ノ刑罰ヲ以テ甘ニスヘカラサルモノアルカ故ニ加重ノ刑ヲ用フルナリ於是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チ一度罪ヲ犯シテ二度又罪ヲ犯シタル者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一度刑ニ處セラレナカラ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二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ト是レ數罪俱發ノ場合ト相反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アラサルナリ

第二結果 再犯ノ場合ニ於テハ刑罰ヲ加重ス 再犯ニ付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サル所ノ結果ナリ數罪俱發ノ場合ニ於テハ數罪中一ノ重キ所爲ニ付テ刑罰ヲ移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

再犯ト數罪ニ付テ如此結果ヲ異ニスル所以ノモノハ蓋シ數罪ノ場合ニ於テハ犯人ハ同ヨリ數個ノ罪ヲ犯シタル者ナルヲ以テ大ニ犯罪ヲ慣行トスル惡僻アル者タルコトヲ推知スルニ足ルナリ故ニ社會ノ危害ヨリ觀察スルトキハ是レ又非常ノ危險物タルヤ疑ヲ容レサル所ナリ然レトモ數罪ノ犯人ハ未ダ刑罰ノ警戒ニ遭遇セス隨テ未ダ刑罰ノ威嚴ヲ味ヒタル者ニアラサルカ故ニ若シ早ク之ニ刑罰ノ制裁ヲ加ヘタルコトアラハ或ハ刑罰ノ恐ルヘキヲ知リ一罪ニシテ而シテ忽チ其犯罪ヲ罷ムルナルヘシトノ推測ヲ爲スコトヲ得既ニ此推測ヲ爲スコトヲ得ハ彼ノ數罪ヲ犯スニ至リシハ是レ唯彼ノ惡僻ノ結果ニ出テタリト謂フヘカラスシテ社會ノ懈怠モ亦少シク之ヲ責メサルヘカラス故ニ數罪者ニ對シテハ刑法ハ多少恕スル所アリテ刑ヲ併科スルコトヲ爲サス又加重スルコ

トヲモ爲サ、ルナリ之ニ反シ再犯ハ既ニ一度刑罰ヲ受ケタル者ナリ能ク刑ノ恐ルヘキヲ知リテ而シテ尙ホ又刑罰ヲ犯スニ至リテハ是レ普通ノ刑ニ甘ンスルコトヲ知ラサル者ナリ普通ノ刑ニ甘ンスルコトヲ知ラサル者ニ對シテ豈ニ夫レ刑罰ノ併科ノミニテ安ンスヘキノ理アラシク普通ノ刑ヨリ重キ刑ヲ以テ之ヲ罰スヘキナリ

夫レ再犯者ト數罪者ハ同一ノ原則ヲ以テ之ヲ支配スヘカラストセハ數罪者ニ對シテハ果シテ如何ナル方法ヲ用フルヲ以テ可ナリト爲スカ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ルヲ見ル

第一、併科主義 此主義ノ趣旨ニ曰ク一罪アレハ一刑之ニ伴フハ刑法ノ通則ナリ然ラハ數罪ノ場合ニ於テハ數刑ヲ併科スルハ又刑法ノ原則ニ適合スルモノナリト謂フヲ得ヘシト刑法ノ純理ヨリ觀察スレハ一罪ニ付テ一刑ヲ科スヘ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爲リ何等ノ制裁ヲ受クルニ至ラスシテ止マン即チ犯人ハ數罪ヲ犯



シタルトキハ唯重キ所爲ノミニ付テ制裁ヲ受クレハ則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ヲ得ヘシ人苟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在ル歟殊ニ唯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爲シ喜ンテ犯罪ノ數ヲ増スニ至ラン是レ即チ犯人ニ對シテ犯罪ヲ獎勵スルニアラスシテ何ソ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併科主義ニハ二個ノ弊害アリ

(第一弊害) 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者アルカ又ハ其數罪ハ俱ニ死刑ニ係ル者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ヘカラサルヲ以テ如此場合ニハ併科主義ヲ貫徹セント欲スルモ到底能ハサルナリ論者或ハ曰ハン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ヘキノ業ニアラス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ニ自由刑ヲ執行シ後其了ルヲ俟テ更ニ死刑ヲ執行セハ死刑ト自由刑ノ併科ヲ爲スコトヲ得ルナリト是レ大ニ誤レリ若シ自由刑中無期ノモノアリタルトキハ死セサレハ即チ其刑ノ執行ヲ了ハル能ハサルカ故ニ一ノ無期刑ノ了ハリタル後ニ於テ他ノ無期刑ノ執行スヘカラサルハ猶ホ二個ノ死刑ヲ執行スルカ如ク實際上能グスヘキノ業ニアラサルナリ故ニ併科主義ハ或場合ニ於テハ之カ實行ヲ爲スヲ得ヘシト雖モ到底總テノ刑罰ニ通シテ之ヲ適用スルコトヲ得ヘキモノニアラサルナリ

(第二弊害) 併科主義ハ刑罰ノ酷ニ失スルカ爲メ却テ刑法ノ精神ニ反スルノ恐アリ若シ夫レ無制限ニ併科主義ヲ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重大ノ一犯罪ニ科スル刑罰ヨリモ尙ホ重キ刑ヲ科スルノ弊害アリ例ヘハ違警罪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者ニ同シ而シテ三百日ノ輕禁錮ノ刑罰ハ罪人隱匿罪ニ科スル刑ニシテ其最長期

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隠匿罪ト同一ニシテ論スルノ理アラシヤ又例ヘハ三十年ノ重禁錮ニ處セサルヘカラス三十年ノ重禁錮ハ有期徒刑ノ二倍ナリ竊盜ノ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シヤ是レ犯人ニ對スノ刑罰ニ失シテ而シテ刑法ノ精神ニ反スルモノニアラ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可ナリ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ヘ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トキハ是レ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ト云フニ在リ是レ佛國刑法及ヒ我現行刑法ノ採

用スル所ノ主義ナリ此主義ニ依レハ併科主義ニ於ケル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即チ數罪ヲ犯シタル場合ニ於テ唯其重キ所爲ノミニ付キ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則チ犯人ハ好シテ數罪ヲ犯スニ至ルノ弊害ヲ生ス即チ犯人ハ一罪ヲ犯シテモ罰セラレ數罪ヲ犯シテモ亦其罰等シキトキハ一罪ノ利益ニ安ンセンヨリハ寧ロ數罪ヲ犯シテ數個ノ利益ヲ收ムルニ若カスト爲サン是レ法律ハ吸收主義ヲ用ヰテ而シテ犯罪ヲ獎勵セント欲スルモノナリ殊ニ併科主義ニ於テ既ニ論セシ如ク人苟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問フテ其輕キ所爲ヲ問ハサルノ理毫モ之アラサルナリ

第三、制限併科主義 是レ即チ第一ノ併科主義ヲ制限シテ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  
ト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爲  
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刑ヲ以テスルナリ幾個ノ犯罪成立ス  
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シテ常  
ニ變更スルコトヲ得ルカ故ニ決シテ一定ノ刑罰ニアラス例ハ重罪ト輕罪ノ  
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  
ノ二分ノ一若クハ三分一ノ刑ヲ以テシテ其重罪ノ本刑ニ其本刑ノ二分一若ク  
ハ三分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一  
若クハ三分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一若クハ三分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一ヲ加ヘタル特別刑  
ヲ制定シタルモノナリト謂ハサルヲ得ス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(第一)有期刑若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ナリ(第二)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爲ス故  
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、所ノ刑法ハ殆ト其軌ヲ一ニスト雖  
モ獨リ罰金ノ刑ニ至テハ國ニ依リテ多少ノ制限ヲ爲スコトアリ  
現今此主義ヲ採用スル所ノ國ハ獨逸、白耳義、和蘭ナリ我改正刑法草案ニ於テモ  
亦此新主義ヲ採リ死刑及ヒ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ヘキ刑ニ其  
刑ノ二分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  
義ヤ重キ一罪ノミヲ罰セス輕キ他ノ罪モ亦併セテ之ヲ罰スルコトヲ得ト雖モ

全ク何等ノ弊害ヲモ之ナシト謂フヘキニアラサルナリ其弊害一アリ即チ若シ  
 數罪ニ對シテ重キ所爲ニ科スヘキ刑ニ其刑ノ二分ノ一ヲ加ヘタルモノヲ以テ  
 之ヲ罰スヘ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ヘシト雖モ然レトモ犯人ニシテ數罪  
 ナ犯シタル場合ニ於テ必ス特別刑ノ重キ刑ニ處セラレシ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總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アルヘカラサルナリ  
 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  
 今我日本ニ行ハル、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

現行刑法  
ノ數罪俱發

刑罰ニ關  
スル俱發  
罪ノ適用

原則ヲ適用スル場合殆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  
 ルコト其例甚ダ尠シトセス然レトモ如此巨額ノ罰金ヲ科スルニモ拘ハラズ尙  
 ホ且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  
 ノ弊害アリト謂フヘカラス經驗上既ニ罰金ノ併科ヲ爲シテ而シテ格別ノ弊害  
 ナ見ルコトナケレハ則チ改正刑法案ノ併科主義ヲ勵行スルニ於テモ亦弊害ヲ  
 生スルノ恐レナキヤ知者ヲ俟テ而シテ後ニ之ヲ知テサルナリ

第二節 現行刑法ノ數罪俱發

現行刑法ニ於テ數罪俱發ノ適用ヲ區別シテ二ト爲ス刑罰ニ關スル俱發例ノ適用  
 及ヒ犯罪ニ關スル俱發例ノ適用即チ是ナリ

第一款 刑罰ニ關スル俱發罪ノ適用

現行刑法ニ於テハ二罪以上俱ニ發シタルトキハ一ノ重ニ從テ處斷スルノ原則ヲ  
 採レリ此原則ニ付テハ二個ノ困難ナル問題アリ(第一)現行刑法ニ於テハ如何ナル  
 方法ニ依リ刑ノ輕重ヲ定ムルコトヲ得ルヤ(第二)重キ一刑ノミヲ科シタルトキハ

他ノ犯罪ニ科スヘキ附加刑ハ其主刑ト俱ニ吸收スルモノト爲スカ又ハ主刑ト分離シテ之ヲ重キ刑ニ附加スヘキカ例ハ毆打創傷罪、詐欺取財及ヒ官吏侮辱罪ノ數罪俱發シタリトセンニ數罪俱發例ニ依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、カ將タ毆打創傷罪ニ附加シテ之ヲ科スヘキカ是ヨリ此二問題ニ付テ説明スル所アラントス

第一問題 如何ナル方法ニ因リテ刑ノ輕重ヲ定ムヘキヤ 本問題ヲ決スルハ甚タ容易ニシテ毫モ困難ヲ見ルコトナシ即チ刑ノ輕重ハ刑法ニ定メタル刑ノ順序ニ從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即チ我刑法ノ原則ニ依レハ刑ノ輕重ヲ量定スルニハ(一)刑ノ性質ヲ以テシ(二)刑ノ長短ヲ以テス於此乎左ノ二結果ヲ生ス

第一結果 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縱令輕罪ノ刑期ハ重罪ノ刑期ヨリ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爲スカ故ニ重罪ノ刑ヲ以テ之ヲ處斷セサルヘカラス例ハ門戶牆壁ヲ踰越損壞シテ竊盜ヲ爲シタル者再犯ニ係ルトキハ其最長期六年三個月ノ刑期ト爲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シト爲ス然レトモ六年三個月ノ重禁錮ノ刑ヨリ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ヘキナリ

第二結果 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爲スカ故ニ重罪ノ自由刑ニ在リテハ無期徒刑ヲ以テ最モ重キモノトシ之ニ次シモノヲ有期刑トス又之ニ次クモノヲ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想像シテ之ヲ論シタルナリ獨リ死刑ハ刑ノ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輕シト爲スノ規定ヲ設クヘキナリ然ルニ現行刑法ニ於テ刑ノ輕重ヲ比較ス

へキ標準ヲ示スニ當リテ死刑ニ付テハ之ヲ度外視シテ而シテ單ニ自由刑ノ  
 ミニ付キ輕重ノ標準ヲ定メタルハ未ダ以テ完全ナル規定ナリト謂フヘカラ  
 サルナリ第百條第二項ニ曰ク「重罪ハ刑ハ長期ノ長キモノヲ以テ重シト爲シ  
 刑期ノ等シキモノハ定役アルモノヲ以テ重シト爲ス」トアリ此規定ニ因リテ  
 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リトノ反對ノ論結ヲ生  
 スルニ至ルヘシ固ヨリ死刑ノ自由刑ヨリ重キハ別ニ規定ヲ用フルノ必要ナ  
 キカ如シト雖モ刑ノ標準ヲ規定スルニ當リテ死刑ノコトニ付テ一言ヲ爲サ  
 サリシハ法律ノ瑕瑾ナリト謂ハサルヘカラス  
 輕罪ノ刑ハ其種類ニアリ禁錮及ヒ罰金即チ是ナリ而シテ刑期ノ長短アルモ  
 ノハ獨リ禁錮ノ刑ノミトス隨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ヘカラサラントス於  
 此乎刑法ハ輕罪ノ輕重ヲ量定スルニ付テハ其標準ヲ刑罰ニ採ラスシテ而シ

テ犯罪ノ情狀ニ採レリ第百條第三項ニ曰ク「輕罪ノ刑ハ其所犯情狀最重キ者  
 ニ從テ處斷ス」ト由是觀之輕罪ノ刑ハ其禁錮タルト罰金タルト問ハス犯罪ノ  
 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該ル犯罪ニ  
 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科セサルヘカ  
 ラス大審院ニ於テハ現ニ此解釋ヲ採レリ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モ財產ヲ捨テ、自由ヲ買  
 ハンコトヲ求ムルモ自由ヲ棄テ、以テ財產ヲ獲ント欲スル者アルヲ聞カサ  
 ルナリ去レハ自由刑タル禁錮ハ財產刑タル罰金ヨリ其性質ニ於テ重シト看  
 做サ、ルヘカラス故ニ禁錮ニ係ル罪ト罰金ニ係ル罪ト俱發シタル場合ニハ  
 縱令禁錮ニ係ル罪ハ其情狀最モ輕クシテ僅ニ最短期十一日ノ刑ヲ科スヘキ  
 ニ過キスシテ罰金ニ係ル罪ハ其情狀最モ重クシテ最高額二百圓ニ係ルモノ  
 ナリトスルモ尙ホ禁錮ノ刑ヲ以テ重シト爲サ、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付テ處斷スト規定シテ而シテ罰金ノコト  
 ニ付テ一言ノ規定ヲ爲サ、ルハ是レ亦其瑕瑾タルヲ免レサルナリ刑期等シ

キ刑罰ニ係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  
 例ハ無期徒刑ト無期流刑ニ係ル二個ノ犯罪俱發シタルトキ又ハ重禁錮ト  
 輕禁錮ニ係ル二個ノ犯罪俱發シタルトキハ何レノ刑ヲ以テ重シト爲スカ第  
 百條第二項ハ之カ規定ヲ爲シテ曰ク「刑期等シキモノハ定役アルモノヲ以テ  
 重シト爲ス」ト故ニ現行刑法ニ於テハ定役アル刑罰ヲ以テ最モ重キ刑罰ナリ  
 ト看做ス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爲スモノ  
 ニアラス却テ定役ニ從事スルカ爲メ獄中ノ憂苦ヲ慰スルコトアルヘシ之ニ  
 反シ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  
 ノ刑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  
 想ハサルヘカラサルナリ

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ヘカラサル  
 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第百條第三  
 項ニ曰ク「輕罪ノ刑ハ其所犯情狀最重キモノニ從テ處斷ス」ト輕罪ノ刑ノ最モ

重キモノヲ以テ禁錮ト爲ス而シテ禁錮ニハ輕禁錮ト重禁錮ノ區別アルカ故  
 ニ重罪ノ規定ヨリ「第百條第二項」之ヲ推測スレハ法律ノ精神定役アル重禁錮  
 ナ以テ重シトシ定役ナキ輕禁錮ヲ以テ輕シト爲サ、ルヘカラス隨テ刑罰ニ  
 付テ刑ノ輕重ヲ定ムルコト尙ホ重罪ノ場合ノ如クスルヲ得ヘシ然ルニ刑法  
 ハ重罪ニ付テハ定役ノ有無ニ由テ刑ノ輕重ヲ定ムルコトヲ爲シ而シテ輕重  
 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アラサルナキ  
 ナ得ン乎ハ余ハ輕罪ノ刑ニ付テモ重禁錮ニ係ルモノト輕禁錮ニ係ルモノト  
 俱發シタルトキハ重禁錮ニ係ルモノヲ以テ重シト爲ストノ規定ヲ設クルノ  
 道理アルヲ信スルナリ然レトモ重禁錮ノ刑ニ係ル數罪俱發シ又ハ輕禁錮ニ  
 係ル數罪俱發シタルトキハ各本條ニ定ムル所ノ刑罰ハ容易ニ其輕重ヲ知ル  
 ヘカラサルモノアルカ故ニ俄ニ刑期ノ長短ニ因リテ以テ刑ノ輕重ヲ定ムル  
 コトヲ得ス例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  
 ニ係ル輕罪ナリ而シテ竊盜ノ刑ハ第三百十六條ニ於テ二月以上四年以下ト  
 ス官吏侮辱罪ハ第四百一條ニ於テ一月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重キモノト併發シタルトキハ竊盜罪重クシテ而シテ官吏侮辱罪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月以下ノ重禁錮ニ處スルコト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ヘシ如此セハ則チ官吏侮辱罪重クシテ而シテ竊盜ノ罪輕ク故ニ法律ハ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ヘシト爲シタルナリ

第二問 數罪俱發ノ場合ニ於テ一ノ重キ刑ヲ適用スルトキハ輕キ刑ノ附加刑ハ主刑ト共ニ吸收セラル、ヤ 本問題ヲ案スルニ凡ソ裁判官ハ唯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ニテ科スルトキハ犯人ハ不當ニ輕キ刑ノ附加刑ヲ免ル、ノ恐ナシトセス然レトモ主刑ニ附加スル附加刑ハ是レ主

刑ト附加刑トヲ科セテ不可分ノ一刑ヲ爲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ニテ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ルノ結果ニ出ツルヲ以テ別ニ不當ニ附加刑ヲ免ル、モノナリト謂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ヘカラサルモノアリ刑法第百三條ニ曰ク數罪俱ニ發シ一ノ重キニ從フト雖モ其沒收及ヒ徵償ノ處分ハ各本法ニ從フト由是觀之附加刑ハ原則上其主刑ト共ニ吸收セラルヘキモノナリト雖モ獨リ沒收及ヒ徵償處分ハ之ヲ併科スルヲ以テ原則ナリトス蓋シ附加刑中監視罰金ハ主刑ト一致シテ不可分ノ刑ヲ爲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ヒ徵償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縱令主刑ニ於テ何等ノ附加刑ナシト雖モ獨



り沒收、徵償ノ附加刑ヲ科スルコトヲ得ルナリ即チ沒收及ヒ徵償ノ附加刑ハ分  
 離シテ重キ主刑ト併科スルコトヲ得ルノ性質ヲ有スル附加刑ナリ  
 數罪俱發ノ場合ニ於テ一ノ重キ刑ヲ科シ輕キ刑ニ對シテハ其刑ヲ科セスト雖  
 モ是レ其輕キ犯罪ヲ以テ犯罪ニアラスト爲シ又其犯人ヲ以テ其責任ナキモノ  
 ナリト爲スニアラサルナリ若シ輕キ刑ハ犯罪アラズ其犯人ハ責任ナキモノト  
 セハ其犯罪ニ特科スヘキ沒收及ヒ徵償ノ附加刑モ亦之ヲ科スルヲ得ルニ至ル  
 ヘシ故ニ刑法ハ輕キ犯罪モ亦之ヲ犯罪ナリト斷スト雖モ唯之ニ科スル所ノ主  
 刑ヲ免シ重キ刑ニ科スル刑ノ中ニ吸收セラル、モノナリト看做スナリ

犯罪ニ關  
 スル俱發  
 例ノ適用

第二款 犯罪ニ關スル俱發例ノ適用

如何ナル種類ノ犯罪ニ對シテ數罪俱發ノ原則ヲ適用スヘキカ重罪輕罪ニ對シテ  
 ハ例外ナク此原則ヲ適用スヘシ是レ第百條ノ規定スル所ニシテ別ニ論スル所ナ  
 シ之ニ反シ違警罪ハ數罪各別ニ刑罰ヲ併科スルヲ以テ原則ナリトス第百一條ニ  
 曰ク違警罪二罪以上俱ニ發シタルトキハ各其刑ヲ科スト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科スルノ恐アルヲ以テ俱發例ヲ

設クルニ至リタル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ノ在テ存スルカ元來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  
 犯人ハ屢違警罪ヲ犯シテ不當ノ利益ヲ獲ルノ場合之ナシトセス例ハ第四百二  
 十八條第一號乃至第四號ノ犯罪ノ如キハ蓋シ其適例ナリ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ルヘシ若  
 シ數回此罪ヲ犯シ十圓以上ノ利益ヲ獲テ而シテ最高額ノ科料一圓ヲ科スルニ止  
 ムルトキハ犯人ハ一圓ノ科料ニ甘シテ而シテ屢此罪ヲ犯スニ至ラン如何トナレ  
 ハ十圓ヲ利シテ而シテ一圓ヲ失フモ尙ホ九圓ノ利得アレハナリ此ノ如キ違警罪  
 ニ付キ吸收主義ヲ採ルトキハ則チ到底禁制命令ノ勵行ヲ期スルヘカラサルニ至  
 ルヲ以テ刑法ハ違警罪ニ付テ併科主義ヲ採ルハ必スシモ過重ノ刑罰ヲ科スルノ  
 弊害ヲ生スルコトナシ即チ如何ナル場合ニ於テモ經驗上犯人ハ重罪ヨリモ重キ  
 刑ヲ科セラル、ノ恐ナシ又資産ヲ倒破スルノ弊害ヲ見ルコトナシ但併科主義ハ  
 唯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

ト違警罪若クハ輕罪ト違警罪ト併發スルトキハ一般ノ原則ニ依リ輕キ違警罪ノ刑ハ重キ重罪又ハ輕罪ノ刑ニ吸收セラレスンハアラサルナリ

第一注意 數罪俱發ノ原則ハ刑法發布以前ノ他ノ法律ニ規定シタル犯罪ニモ亦之ヲ適用スルコトヲ得ルヤ

刑法以外ノ犯罪ト雖モ刑法ニ於テ別段ノ規定ヲ設ケサル限りハ常ニ數罪俱發ノ原則ヲ適用スルコトヲ得ヘシ然レトモ刑法發布以前ノ犯罪ニ對シテハ刑法ハ既往ニ遡ルノ效力ヲ有セサルヲ以テ俱發例ノ原則ヲ適用スルコトヲ得ス

第二注意 或種類ノ犯罪ニ付テハ同時又ハ附帶シテ成立スル場合ニ於テ俱發例ノ原則ヲ適用スルコトヲ許サ、ル場合アリ例ヘハ刑法第三百八十一條強盜婦女ヲ強姦シタル場合第三百八十二條竊盜財ヲ得テ其取還ヲ拒ムカ爲メニ臨時暴行脅迫ヲ爲シタル場合第三百三十四條懷胎ノ婦女タルコトヲ知リテ暴行脅迫ヲ加ヘ因テ墮胎ニ至ラシメタル場合ノ如キ凡ソ此等ノ場合ニ於テ刑法ハ數罪俱發例ヲ適用スルヲ許サスシテ特ニ此數罪ヲ併合シテ一罪ト爲シ之ニ相等スル所ノ一罪ヲ科スルニ止マルナリ

數罪俱發ノ效力ニ關スル場合ニ

### 第三節 數罪俱發ノ效力

#### 第一款 公訴權ニ關スル場合

(一) 數罪ハ其判決以前或ハ同時ニ發覺スルコトアリ或ハ別時ニ發覺スルコトアリ數罪ノ同時ニ發覺シタルトキハ之ヲ同一裁判所ニ於テ同時ニ之ヲ訴フルコトヲ得ヘシ數罪ノ別時ニ發覺シタルトキ即チ既ニ一罪ノ訴アリテ未タ其判決確定セサル前更ニ他ノ罪ヲ訴フルトキモ亦尙ホ同一裁判所ニ於テ數罪ヲ併セ管轄スルヲ以テ原則ナリトス蓋シ併合審理ハ刑事訴訟法ノ原則トスル所ノモノナレハ公訴ノ提起同時ニ在ルト又別時ニ在ルトニ因テ以テ此原則ノ適用ヲ異ニスルモノニアラサルナリ然レトモ刑法第百條ニ於テ二罪以上俱發シタルトキ云々トアルヲ以テ世人屢之カ誤解ヲ爲シ同時ニ數罪ヲ訴ヘタルトキニアラサレハ俱發例ノ原則ヲ適用シ又併合審理ノ原則ヲ適用スルモノニアラスト信スル者アリ論者ハ二罪以上俱ニ發スルト云フヲ以テ同時ニ發スルトノ意味ナリト信ス然レトモ俱ニ發スルトハ同時ニ發スルノ意味ニアラスシテ其判決確定以前同時ニ同一裁判所ニ繫屬シタル場合ヲ謂フ故ニ犯罪ハ同時又ハ別時

ニ發覺スルモ裁判所ニ繫屬スルノ時同シケレハ則チ數罪俱發ノ適用ヲ爲スニ於テ決シテ不可ナル所ナシ

(二) 一罪以上ニ付キ既ニ訴テ起シ判決ヲ經タル後更ニ其判決以前ニ犯シタル他ノ犯罪發覺シタルトキハ之ヲ餘罪ノ發覺ト謂フ是レ第百二條ニ規定スル所ナリ元來第百條ニ於テハ數罪ノ發覺同時又ハ別時ニ於テスルモ皆是レ一罪以上ニ付キ未タ判決ヲ經サル以前ノ犯罪ニ屬ス故ニ若シ一罪以上ニ付キ既ニ判決ヲ經タル後餘罪ノ發覺アリタルトキハ本條ヲ適用スルヲ得サルナリ是レ實ニ第百二條ノ必要アル所以ナリ

第百二條ニ於テ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ニ付テ更ニ公訴ノ起リタルトキハ既ニ判決ヲ經タル犯罪ト未タ判決ヲ經サル犯罪トノ關係ヲ定ムルニ在リ此ノ如ク判決ノ前後ニ於テ數罪俱發シタルトキハ前後ノ數罪ハ特別ニ罰スヘキカ將タ單ニ重キ一罪ニ付テ罰スヘキカ刑法第百二條ニ曰ク「一罪既ニ發シ既ニ判決ヲ經テ餘罪後ニ發シ其輕ク若クハ等シキモノハ之ヲ論セス其重キモノハ更ニ之ヲ論シ前發ノ刑ヲ以テ後發ノ罪ニ

通算ス」ト是ニ由テ之ヲ觀レ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ニ通算シテ單ニ重キ犯罪ニ科シタル刑ノミ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數罪同時又ハ別時ニ併發シタルトキ唯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輕キ刑ト後發ノ罪ニ科シタル重キ刑トヲ合算シテ前發ノ輕キ刑ヲ控除シタル刑ヲ執行スルヲ謂フ即チ前發ノ刑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レ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例ヘハ前發ノ刑ハ重禁錮一年ニシテ後發ノ刑ハ重禁錮二年ナリト假定センニ此前後ノ刑ヲ通算スレハ即チ前發ノ一年ニ加フルニ後發ノ重キ部分即チ一年ヲ以テスレハ結局

二年ノ刑ト爲ル此二年ノ刑ハ即チ後發ノ重キ罪ニ科シタル刑ト同一ナル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二年ノ重キ刑ノミニヨリテ處斷シ輕キ一年ノ罪ニ當ル刑ハ吸收セラル、ニ至リシナラン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判決ノ前後ニ因リ犯人ノ責任ヲ異ニスルノ理由ナシト爲シタルモノナリ是レ第百二條ノ規定スル所ニシテ別ニ大ナル困難アルヲ觀サルナリ

然ルニ實際上屢前發ノ罪ニ對スル判決既ニ確定シテ而シテ後發ノ罪ニ付キ下シタル判決モ亦確定スルコトアリ即チ前發ノ罪ニ科シタル判決ト後發ノ罪ニ科シタル判決ト二ツナカラ確定スルコトアリ此場合ニハ二箇ノ確定判決アルヲ以テ檢事ハ二箇ノ判決ヲ執行スルノ義務アルカ是レ刑法ノ規定セサル所ニシテ實際家ノ大ニ困難ナリトスル所ノ問題ナリ確定判決ノ原則ヨリ論スレハ判決ノ確定シタルモノハ必ス之ヲ執行セサルヘカラサルカ故ニ二箇ノ判決確定シタルトキハ檢事ハ二箇ノ判決ヲ併セ執行セサルヘカラス檢事ハ判決ノ執行ニ任スルモノニシテ之ヲ取捨ヲ爲スノ權利ヲ有スルモノニアラサルナリ然

レトモ數罪俱發ノ原則ヨリ之ヲ觀察スレハ餘罪ノ發覺シタル場合ニ於テ前發ノ罪ニ付キ既ニ確定判決ノアリシコトヲ知ラサルハ是レ裁判所ノ注意到ラサルニ因ル裁判所ノ注意到ラスシテ後發ノ刑確定シ之カ爲メニ犯人ハ二箇ノ判決ノ執行ヲ受ケサルヘカラスト謂フニ至リテハ甚タ穩當ヲ缺ク所アリ即チ犯人ハ不當ノ刑罰ノ執行ヲ受クルノ嫌ナキ能ハス之ヲ換言セハ若シ餘罪ノ發覺スルニ當リ裁判所ノ注意周到ニシテ前發ノ罪ニ付キ既ニ確定判決アルコトヲ知ラハ必ス之ト比較シテ輕キ餘罪ハ之ヲ罰セス重キ餘罪ハ之ヲ罰スルモ尙ホ前發ノ刑ニ通算スヘキナリ然ルニ裁判所カ前發ノ罪ニ付キ既ニ確定判決アルコトヲ知ラサルノ理由ニ因テ以テ犯人ハ後發ノ罪ニ付キ科シタル刑ノ執行ヲ受ケサルヘカラスト謂ハ、則チ犯人ハ裁判所ノ過失ノ爲メニ不當ノ責任ヲ負ハサルヘカラサルニ至ル豈此ノ如キノ理アラムヤ故ニ實際上此等ノ場合ニ於テハ檢事ハ道理上ノ慣例ヲ設ケ二者ノ確定判決中單ニ重キ刑ノミヲ執行スルモノトセリ

以上ハ判決以前ニ於テ發生シタル數罪ニシテ判決ノ前後ニ於テ發覺シタル場合

ヲ規定シタルモノナリ

若シ一罪以上ニ付キ既ニ判決ヲ經タル後更ニ罪ヲ犯シ其犯罪ニ付キ公訴ノ提起中確定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因テ之ヲ處斷スヘキカ刑法第百二條第二項ハ此場合ヲ規定シテ曰ク「若シ前發ノ罪ヲ判決スルトキ未ダ發セサル罪再犯ノ罪ト俱ニ發シタルトキハ其再犯ト比較シ一ノ重キニ從ヒ前發ノ刑ヲ通算セス」ト例ヘハ明治二十七年一月一日甲乙ノ初犯アリ而シテ二月ニ於テ唯甲罪ニ付テノミ確定判決ヲ經二十八一年一月一日ニ至リ丙罪ヲ犯セリ是レ再犯ノ罪ナリ同年二月丙罪發覺シ之ヲ審理スルニ當リ二十年一月ノ乙罪發覺セリ此乙罪ハ則チ甲罪ノ餘罪ナリ此ノ如キ餘罪ガ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ナリ而シテ再犯ノ罪重キトキハ單ニ再犯ノ罪ノミヲ論シ餘罪ハ吸收セラルルニ至ルヘシ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ナリ重キ餘罪ノミヲ論スルトキハ第百二條第一項ノ原則ニ於テハ前發ノ刑ヲ以テ後發ノ刑ヲ通算スト雖モ餘罪ト再犯ノ罪トヲ比較シタル場合ニ於テハ此原則

ヲ適用スルコトヲ得サルナリ即チ餘罪ニ科シタル刑ハ前發ノ罪ニ科シタル刑アルニ拘ハラズ悉ク之ヲ執行スルナリ之ヲ詳言スレハ前發ノ罪ニ科シタル刑ト後發ノ罪ニ科シタル刑トヲ併セ執行スルナリ此規定大ニ第百二條第一項ノ規定ト牴觸スルガ如キ觀アリト雖モ其實決シテ然ルニアラサルナリ若シ再犯ノ罪ノミ發覺シタルトキハ單ニ其罪ヲ論スルノミナラス尙ホ再犯トシテ其刑ヲ加重スルナリ然ルニ餘罪ト同時ニ發覺シタルトキ重キ餘罪ヲ論スルニ付キ再犯ノ罪ヲ問ハズシテ而シテ重キ餘罪ノ刑ト前發ノ刑トヲ通算スルニ至ラハ是レ犯人ハ餘罪ノ發覺ノ爲メニ大ナル利益ヲ得ルニ至ル夫レ再犯ノ罪ノミ發覺スレハ全部ノ刑ノ執行ヲ受ケ而シテ餘罪ト再犯ト同時ニ發覺スルトキハ前發ノ刑ト通算スルノ利益ヲ受クルニ至ラハ犯人ノ責任ハ一罪ノ場合ニ於テ重クシテ數罪ノ場合ニ於テ輕キニ至ルノ結果ヲ生ス豈此ノ如キノ道理アラムヤ再犯ハ再犯ナリ縱令餘罪ト俱ニ發覺スルトキト雖モ犯人ハ決シテ不當ノ利益ヲ受クヘキモノニアラス故ニ第百二條第二項ハ餘罪ト再犯トヲ比較シ其餘罪ニ科スル刑ハ悉ク之ヲ執行スヘキモノト爲セルナリ其餘罪ノ刑ヲ解剖スレハ二種ノ刑アルヲ觀ル即チ(一)再犯

ノ刑(二)前發ノ刑ヨリ重キ部分ノ刑即チ是ナリ然ラハ即チ前發ノ刑ヲ以テ後發ノ刑ニ通算スル場合ニ於テモ尙ホ後發ノ重キ部分ノ刑ハ之ヲ執行スルモノナレハ當然執行スヘキ再犯ノ刑ト此餘罪ノ重キ部分ノ刑ヲ併セテ之ヲ執行スルハ固ヨリ數罪俱發ノ原則ニ牴觸スルノ理由アラサルナリ

刑法ニ於テ屢其罪ヲ論セストノ法語ヲ用ユル場合多シ是レ果シテ如何ナル意義ヲ有スルヤ論者曰ク後發ノ罪前發ノ罪ヨリ輕ク若クハ等シキトキハ後發ノ罪ニ對シテハ公訴權消滅スルカ故ニ其罪ヲ處斷スルコトヲ得スト云フノ意ナリ蓋シ公訴權ノ目的ハ犯罪ニ對シテ刑ヲ適用スルニ在リ然ルニ後發ノ罪ニシテ刑法上之ヲ論セストスルトキハ則チ此罪ニ對シテハ其刑ヲ科スル能ハス既ニ刑ヲ科スルコト能ハストセンカ公訴權ノ目的ヲ失ヒ其結果ハ則チ其罪ヲ處斷スルヲ得ザルニ至ルヘシ故ニ曰ク其罪ヲ論セストハ公訴權ノ消滅ヲ謂フモノナリト然レトモ公訴權ハ法律ノ規定ヲ俟テ發生シ又法律ノ規定ヲ俟テ消滅スルモノナレハ刑事訴訟法ニ規定スル公訴權消滅ノ原因以外ニ於テ又他ニ公訴權ノ消滅スル場合アルヲ觀サルナリ例ヘハ時効ハ公訴權消滅ノ一原因ナリ若シ刑事訴訟法ニ於テ

此規定ヲ設ケストセンカ十年百年ヲ經過スルモ遂ニ公訴權ノ消滅スル期ナカルヘシ公訴權ノ消滅ハ此ノ如ク法律ノ規定ヲ要スルモノナレハ刑法第百二條ニ於テ輕キ若クハ等シキ罪ニ付テハ其罪ヲ論セストノ規定ヲ指シテ直チニ公訴權消滅ヲ意味スルモノナリトノ說ハ未ダ正鵠ヲ得タルモノナリト謂フヲ得ス何トナレハ法律ハ數罪俱發ノ場合ヲ以テ公訴權消滅ノ原因中ニ列擧セサレハナリ凡ソ犯罪アレハ必ス公訴權發生スヘシ其公訴權ニシテ刑事訴訟法ノ規定シタル原因ニ由リ消滅セサル以上ハ檢事ハ常ニ公訴權ヲ執行シ裁判所ハ其公訴ニ對シテ判決ヲ爲スノ義務アリ故ニ同時若クハ別時ニ犯罪ノ發覺シタルトキハ同時ニ其數罪ニ對シテ公訴ヲ提起スルコトヲ得然ルニ一罪以上ニ付キテ既ニ判決ヲ經タル後發覺シタル罪輕キ若クハ等シキ場合ニ限リ公訴權消滅スト謂フノ理アラムヤ且若シ法律ハ公訴權消滅スルカ故ニ公訴ヲ提起スルコトヲ得ストセハ何ニ因リテ輕キ若クハ等シキ罪ノ公訴權ハ消滅スト記載セサルヤ又何ニ由リテ其罪ヲ論セスト記載シタルヤ既ニ其罪ヲ論セスト謂フヲ以テ之ヲ觀レハ裁判所ハ訴訟ヲ受理シタル後其罪ニ付テハ刑ヲ科セスト謂フノ意義ナルコト蓋シ明白ニシテ又

疑ヲ容レサルナリ

之ヲ要スルニ餘罪ノ重キ若クハ等シキモノニ對シテハ決シテ公訴權ヲ提起スルコトヲ得サルモノニアラスシテ必要ノ場合就中沒收若クハ徵償ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ縱令主刑ヲ科スヘキ罪ハ輕キ若クハ等シキモノ尙ホ公訴權ヲ執行スルコトヲ得ヘシ

若シ反對論者ノ說ノ如ク公訴權果シテ消滅スルトセハ實際上必ス左ノ弊害ヲ見ルニ至ラン

(一) 被害者ニ對シテ不利益ナリ 被害者ハ公訴ニ附帶シテ刑事裁判所ニ私訴ヲ提起スルコトヲ得私訴ノ提起ハ民事訴訟法ノ手續ニ依ルモノニアラス又タ訴訟物ノ價額ニ應シテ訴訟印紙ヲ貼用スルモノニアラサルカ故ニ被害者ノ爲メニ大ナル利益アリ殊ニ證據ニ付テモ亦公訴ニ用ユル所ノ證據ヲ採用スルカ故ニ被害者ノ利益タル實ニ計ルヘカラサルモノアリ然ルニ若シ公訴權消滅スルモノトセハ被害者ハ公訴ニ附帶シテ私訴ヲ提起スルコト能ハサルニ至ルヲ以テ其不利益多辯ヲ俟タスシテ明カナリ

(二) 社會ニ對シテ損害アリ 一罪アレハ必ス一刑之ニ伴フハ刑法ノ原則ナリ然ルニ犯罪アリテ之ヲ訴フルコトヲ得ザランカ犯人ハ喜ンテ罪ヲ多クスルニ至ラン數罪中重キ刑ニ付テ判決ヲ經レハ輕キ若クハ等シキ餘罪ハ之ヲ訴フルコトヲ得ストセハ犯人ハ必ス重キ一罪ヲ犯スニ止ラスシテ益々進ンテ多クノ輕キ罪ヲ犯スニ至ラン是レ實ニ社會ニ對シテ損害ヲ與フルニアラスシテ何ソヤ

(三) 被告人ノ爲メニモ亦タ損害アリ 凡ソ犯人ハ其犯罪ニ付テ訴ヲ受ケタルトキハ其訴ニ付テ正當ノ判決ヲ受クルヨリ利益ナルハナシ即チ裁判ニ依リテ以テ自己ノ責任定マルナリ若シ有罪ノ判決ヲ受ケタルトキハ犯人ノ爲メニ不利益ナルカ如シト雖モ又更ニ上訴ニ依リテ以テ無罪ヲ主張スルノ利益アリ若シ又無罪ノ判決ヲ受ケンカ犯人ハ青天白日ノ身トナリテ從來其身ニ圍繞スル所ノ汚名ヲ洗滌スルノ利益ヲ有ス去レハ輕キ若クハ等シキ餘罪ノ發覺アリタル場合ニ於テ其公訴權消滅シテ之ヲ訴フルコトヲ許サストセハ犯人ハ自己ノ汚名ヲ清フスルノ時ナキヲ以テ終身犯罪ノ嫌疑ヲ蒙リテ而シテ終ラントスルニ至ル豈不利益ノ甚シキモノニアラスシテ何ソヤ

以上論スル如ク後發ノ餘罪ノ公訴權消滅ストノ說ハ道理ニ於テモ亦實際ニ於テモ到底正當ナリト謂フヲ得ス然ラハ則チ所謂罪ヲ論セストノ意義果シテ如何是レ輕キ若クハ等シキ餘罪ハ罪トシテ之ヲ審理シ且之ニ相當スル所ノ刑ヲ適用スルモ實際犯人ノ責ヲ定ムル所ノモノハ重キ罪ノ刑ヲ以テスト謂フノ意ナリ之ヲ換言スレハ重キ罪ニ付キ既ニ犯人ノ責任ヲ定メタルヲ以テ其後ニ發シタル輕キ餘罪ノ責任ハ之ヲ重キ罪ノ責任中ニ吸收セラレタルモノト看做スヲ謂フナリ刑法或ハ全ク犯罪ノ責ヲ免スル場合ニ於テモ亦其罪ヲ論セスト記載スルコトアリト雖モ數罪俱發例ノ場合ニ於テハ全ク吸收ノ意義ヲ有スルニ外ナラス何トナレハ後發ノ罪重キトキハ更ニ之ヲ論スト謂フヲ以テ見レハ獨リ其輕キ場合ニ於テ其犯罪ヲ不問ニ付スルノ理由アラムヤ

刑ノ執行ニ關スル場合

第二款 刑ノ執行權ニ關スル場合

一罪ニ付テ一刑ヲ適用スルハ刑罰權ノ原則ナリ故ニ裁判官カ數罪俱發ノ場合ニ於テ各罪ニ付キ各刑ヲ適用スルモ決シテ不法ノ適用ナリト謂フヲ得ス然レトモ刑ノ適用ト刑ノ執行トハ素ト同一ノモノニアラサルヲ以テ縱令數罪ニ對シテ數

刑ヲ適用スルコトアルモ之ヲ執行スルニ付テハ只其重キ刑ノミヲ以テセサルヘカラス若シ夫レ數罪ニ付キ數刑ヲ適用シ而シテ又其數刑ヲ執行スルトセハ是レ全ク純然タル併科主義ニ外ナラサルナリ論者曰ク裁判官ハ唯刑ヲ適用スルノ職權ヲ有スルモノニシテ刑ヲ執行スルノ職權ヲ有スルモノニアラス刑ノ執行權ハ全ク檢事ノ職權ニ屬ス故ニ檢事ハ裁判所ニ於テ數刑ノ適用ヲ爲シタルモ其重キ刑ノミヲ擇ンテ之ヲ執行スヘキナリ之ヲ換言セハ裁判官ハ數罪ノ輕重ニ應ジテ數刑ノ適用ヲ爲スニ止マリ檢事ハ其適用シタル刑ノ重キモノヲ擇ンテ之ヲ執行スルモノナリ是レ所謂重キニ從テ處斷スルト云フノ謂ナリ處斷トハ執行ノ謂ナリト此論敢テ一理ナキニアラスト雖モ檢事ニ於テ裁判官ノ適用シタル刑ノ取捨權ヲ有スト謂フニ至リテハ余輩未タ其理ニ服スルヲ得サルナリ元來檢事ハ只管ニ裁判所ノ言渡即チ其適用シタル刑ノ執行ヲ指揮監督スルノ權ヲ有スルニ過キス決シテ之ヲ取捨スルノ權利ヲ有スルモノニアラサルナリ若シ檢事ニシテ裁判所ノ言渡シタル刑ヲ取捨スルノ權アリトセハ是レ檢事ハ刑ノ執行ニ任スルニアラスシテ寧ロ裁判所ノ判決ヲ左右スルノ權アルモノナリト謂ハサルヘカラス刑



事訴訟法ニ於テハ檢事ニ賦與スルニ刑ノ執行ヲ指揮監督スルノ權ヲ以テセリ未  
 タ嘗テ裁判所ノ判決ヲ左右スルノ大權ヲ以テセサルナリ然ラハ即チ若シ裁判所  
 ニ於テ誤テ犯罪ニ對シテ各刑ヲ言渡シ而シテ一ノ重キニ從テ處斷スルコトヲ明  
 言セサルトキハ檢事ハ其職務トシテ裁判所ノ言渡シタル數刑ヲ執行セサルヘカ  
 ラサルナリ檢事ハ其判決中重キ刑ノミヲ擇ンテ之ヲ執行スルノ權アルモノニア  
 ラサルナリ然レトモ若シ裁判所ニ於テ數罪ニ付テ數刑ヲ言渡シタル場合ニ於テ  
 檢事悉ク之ヲ執行セサルヘカラストセンカ忽チニシテ數罪俱發ノ原則ニ違反ス  
 ルニ至ル蓋シ刑法ハ數罪俱發シタルトキハ一ノ重キニ從テ處斷スヘキコトヲ命  
 セリ然ルニ檢事ハ此規定ニ拘ラス裁判所ノ言渡シタル儘總テノ刑ヲ執行スト言  
 フハ未ダ以テ適當ニ其職務ヲ行フタルモノナリト謂フヲ得サルニ似タリ之ヲ約  
 言セハ檢事ハ裁判所ノ言渡シタル儘ニ執行センカ數罪俱發ノ原則ニ反スルヲ如何  
 セム之ニ反シ判決中ノ重キ刑ノミヲ擇ンテ之ヲ執行センカ其職權ノ範圍外ニ出  
 ツルヲ如何セム此ノ如キ場合ニ於テ實際檢事ハ如何ナル處分ヲ爲スヘキカ是レ  
 刑法ニ於テモ亦刑事訴訟法ニ於テモ一ノ規定ナキ所ニシテ實ニ法律ノ缺典ニ屬

スル所ノ場合ナリ法律ノ缺典アル場合ニ於テハ普通ノ道理ニ照シ法律ノ精神ニ  
 鑑ミ最モ適當ナル所ノ慣例ヲ造ルノ外ナキナリ即チ檢事ハ寧ロ其職權外ニ馳ス  
 ルモ刑法ノ精神ニ背カサルノ方針ヲ採ラサルヘカラスト是ニ於テ乎實際上裁判所  
 ニ於テ數罪ニ付キ數刑ヲ適用シ重キニ從テ處斷スルコトヲ明言セサルトキハ檢  
 事ハ刑法ノ精神ニ鑑ミ唯其重キ刑ノミヲ執行スヘキノミ是レ現在行ハル、所ノ  
 慣例ナリトス

以上ノ論結ニヨレハ甲乙二個ノ裁判所ニ於テ各自ニ判決ヲ爲シ而シテ二個ノ裁  
 判共ニ確定シタルトキハ是レ又其重キ刑ヲ言渡シタル判決ノミヲ執行スレハ可  
 ナリ論者曰ク二個ノ確定裁判アリタルトキハ二個ノ裁判所ニ於テ言渡シタル各  
 刑ヲ併合シ其各判決ニ適用シタル本刑ノ最長期ヲ超ヘサルトキハ二個ノ判決ヲ  
 併セ執行スヘシ例ヘハ甲裁判所ニ於テ竊盜罪ニ付キ確定判決ヲ爲セリ乙裁判所  
 ニ於テモ亦同罪ニ付テ確定判決ヲ爲セリ而シテ甲裁判所ノ刑ハ一年ニシテ乙裁  
 判所ノ刑ハ二年ナリト假定センニ此二刑ヲ併合スルモ三年ニ過キサルナリ而シ  
 テ竊盜ノ本刑ハ四年ヲ以テ最長期ト爲スカ故ニ未ダ竊盜本刑ノ最長期ヲ超ヘタ

リト謂フヘカラス故ニ二個ノ刑ヲ執行スルコトヲ得ヘシ然レトモ二個ノ刑ヲ併合シテ本刑ノ最長期ヲ超ユルトキハ二個ノ判決ヲ併セ執行スルヲ得スト此論甚マ道理ニ適合スルモノナリト謂フヲ得ス檢事ノ職務ハ裁判所ニ於テ言渡シタル判決ヲ執行スルニ在リ若シ檢事ニシテ數罪俱發例ヲ願ミサルトキハ二個ノ確定判決ハ其刑期ノ如何ニ拘ハラス常ニ之ヲ併セ執行スルヲ以テ其職務ヲ盡シタリトス然ルニ數罪俱發例アリテ刑ノ併科ヲ許サ、ル以上ハ其如何ナル場合ニ於テモ二個ノ確定判決ヲ併セ執行スルノ理由ナキヤ明白ナリ故ニ此場合ニ於テモ實際ノ慣例ニ因リ唯其重キ確定判決ヲ執行スルヲ以テ穩當ト爲ス

### 第七章 共犯ノ責任

#### 第一節 總論

共犯トハ二人以上同一ノ犯意及ヒ同一ノ目的ヲ以テ或罪ヲ犯ス場合ヲ謂フ即チ一人ニテ一罪ヲ犯ス場合ト同一ノ犯意同一ノ目的ヲ以テ二人以上共同シテ同一ノ罪ヲ犯シタル場合ナリ故ニ一人ニテ一罪ヲ犯シタル場合モ數人ニテ一罪ヲ犯シタル場合モ犯罪ノ構成上又ハ犯人ノ責任上ニ毫末ノ差異アル謂ハレ無シ去レ

責任ノ追及  
總論

ハ刑法ニ於テ數人共犯ノ責任ヲ論スルニ付テハ一人ノ責任ヲ論スル所ノ原則ヲ適用シ總テ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必要ナキニ似タリ然ルニ刑法ノ規定中故ラニ數人共犯ノ原則ヲ設クル所以ノモノハ果シテ如何ナル理由ノ存スルアルカ其理由ニアリ(一)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テ一罪ヲ犯ス場合ト數人共同シテ一罪ヲ犯ス場合ト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ト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ヘカラサルモノアリ例ヘハ竝ニ強盜アリト假定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カ又社會ノ危害モ亦全ク異ナル所ナシト謂フ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ト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ヘカテサルヤ蓋シ看易キノ道理ナラム(二)刑法ハ犯人カ社會ニ及ホシタル危害ノ程度ヲ標準トシテ犯人ノ責任ヲ定ムルモノナレハ數人ニテ一罪ヲ犯シタルトキハ各人ノ行爲同一ニ出ツヘキモノニアラスシテ或ハ輕キ行爲ヲ行フ者アリ或ハ重キ行爲ヲ行フ者アルヲ以テ若シ一人ノ犯罪モ數人ノ犯罪モ同一ナリトシテ各犯人ニ對シテ同一ノ責任ヲ科セントスレハ輕キ行爲ヲ行フタル者ニ對シテ重キ責任ヲ科シ重キ行爲ヲ行フタル者ニ對シテ輕キ責任ヲ科スルノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ此ノ如キハ豈刑法ノ本旨ニ適フタリト謂フヘケンヤ是ヲ以テ刑法ハ別ニ數人共犯ノ原則ヲ設ケ各犯人カ同一ノ罪ニ付テ行フタル加擔程度ノ大小輕重ニ應シテ各人ノ責任ヲ定メノコトヲ欲セシナリ以上ノ理由ハ以テ刑法カ特ニ數人共犯ノ原則ヲ設ケルニ至リタル所以ヲ知ルニ足ラムカ是ニ於テ乎(第一)加擔行爲ノ程度ヲ定ムルコトヲ要シ(第二)其程度ニ應シテ各犯人ノ資格ヲ定ムルコトヲ要シ(第三)其資格ニ應シテ責任ノ輕重ヲ定ムルコトヲ要スルナリ

第一、加擔行爲ハ之ヲ大別シテ二ト爲ス即チ犯罪ニ直接ナル加擔行爲及ヒ犯罪

ニ間接ナル加擔行爲即チ是ナリ犯罪ノ實行ニ屬スル行爲ヲ以テ直接ノ加擔行爲ト謂ヒ犯罪ニ先チテ或ハ豫備ノ所爲ヲ以テシ或ハ原動力ヲ以テスル行爲ヲ以テ間接ノ加擔行爲ト謂フ

第二、罪人ノ資格ヲ分テテ三ト爲ス曰ク正犯曰ク教唆者曰ク從犯即チ是ナリ此名稱ハ加擔程度ノ差異ヨリ來ルモノナリ即チ犯罪ノ實行ニ屬スル行爲ニ任シタル者ヲ名ケテ正犯ト謂ヒ犯罪ノ原動力ニ任シタル者ヲ名ケテ教唆者ト謂ヒ犯罪ノ豫備行爲ニ屬スル行爲ニ任シタル者ヲ名ケテ從犯ト謂フ

第三、犯人ノ責任ヲ分テテ二ト爲ス正犯又ハ教唆者ノ責任及ヒ從犯ノ責任是ナリ加擔程度ヨリ論スルトキハ正犯ハ直接ニ犯罪ノ實行ニ加擔シタルモノナレハ共犯中主タル責任ヲ負ハサルヘカラス然レトモ間接ニ犯罪行爲ニ加擔シタル教唆者及ヒ從犯ハ共ニ正犯ノ成立ヲ俟テ而シテ後ニ其責ニ任スルモノナレハ從タル責任ヲ負擔スルヲ以テ足レリト爲スニ似タリ然ルニ刑法ハ教唆者ノ所爲ヲ以テ正犯ニ同シキモノト爲セリ是レ正犯ノ成立ハ教唆者ノ原動力ニ因リ教唆者ノ原動力ハ正犯ヲ發セシメタルモノナルヲ以テ此二者ノ責任ヲ同一

視シタルナリ唯從犯ノ責任ハ實ニ從タルモノニ過キサルヲ以テ正犯ヨリ多少  
輕キ責任ヲ負擔スヘキモノナリトセリ之ヲ要スルニ正犯教唆者ノ責任ハ刑法  
上同一ニシテ從犯ノ責任ハ多少輕キモノナリ

然レトモ共犯ノ責任問題ニ付テハ現今獨佛ノ刑法學者大ニ其說ヲ圖ハシメ未  
タ其歸着スル所ヲ知ラサルナリガロオ氏曰ク共犯ノ責任問題ハ至テ困難ニシ  
テ其主義未タ一致セス蓋シ一方ニ於テハ犯罪ノ共助ハ單ニ他人ノ犯罪ニ加擔  
スルノ謂ニアラスシテ正犯ノ爲シタル犯罪ト從犯ノ爲シタル犯罪ハ各犯人ノ  
一身ニ專屬スルモノナリ然レトモ他ノ一方ニ於テ從犯モ尙ホ正犯ノ如ク共同  
ノ犯意ヲ以テ種々ノ行爲ヲ爲シ因テ單一ノ結果ヲ生セシムルニ共同力ヲ致シ  
タルモノナリ即チ從犯正犯共ニ法律違反ノ不可分ノ原因タルモノナリ此ノ如  
ク原因ニ於テ一致アリ而シテ加擔ニ於テ區別アルトキハ則チ行爲ノ連帶アリ  
從テ犯人ノ連帶ヲ生ス然レトモ從犯ノ爲シタル行爲ハ正犯ノ爲セル行爲ニ屬  
スト雖モ各人ノ責任ハ可分ニシテ且獨立ナリ論者曰ク從犯ハ正犯ノ犯罪ヲ借  
リタルモノナリト然レトモ從犯ハ決シテ正犯ノ犯罪ヲ借リタルモノニアラサ

ルナリ故ニ刑法ノ規定上主タル加擔ノ行爲ト從タル加擔ノ行爲ヲ同視スヘキ  
ハ當然ナリト雖モ責任上正犯ト從犯トヲ區別スルモ亦正理ニ適合スト謂ハサ  
ルヘカラスト

獨逸ノ刑法學者ニシテ此說ニ反對スル者二人アリ其一人チビコリウ氏トス其  
說ニ曰ク犯罪ヲ發生セシメタル原因ヨリ觀察スルトキハ犯罪ニ加擔シタル總  
テノ犯人ノ共同力ハ實質上同等ナラサルヘカラス之ヲ換言スレハ各共犯人ノ  
犯罪加擔ノ方法如何ニ拘ハラス其集合力ハ一犯罪ヲ構成スルニ付キ必要ナル  
モノナリ故ニ從犯ニ付キ特別ノ規定ヲ設クルハ全ク成文法ノ構造ニ係ルモノ  
ト謂ハサルヲ得スト

其二チリスト氏トス其說ニ曰ク犯意ノ方ヨリ觀察スレハ正犯ノ責任ト從犯ノ  
責任ハ之ヲ同一視セサルヘカラストガロオ氏之ヲ駁シテ曰ク然レトモ犯罪ノ  
實行上ヨリ觀察シテ各犯人ノ責任ヲ以テ同一ナリト看做スハ是レ事ノ眞理ヲ  
知ラサル者ノ說ナリ余試ニ一例ヲ設ケテ之ヲ論センニ俳優數人集マリテ一演  
劇ヲ爲スアリ其演劇ハ幾多ノ俳優ヲ集合スルニアラサレハ之ヲ演スルコト能

ハスト雖モ(即チ數俳優ノ集合ヲ俟テ初メテ一演劇ヲ爲スモノナリ)各俳優ハ其演劇ニ付テハ各人特定ノ役技アリテ其役技ノ範圍中ニアラサレハ働作ヲ爲スヲ得ス然ルニ一俳優其技ヲ誤リテ演劇一體ノ失策トナルトキハ其失策ハ他ノ總テノ俳優ニモ之ヲ歸セサルヘカラサルカ其共犯ニ於テモ亦然リ各犯人ハ共ニ犯罪ノ害悪ヲ生セシムルニ加擔シタル者ナリ故ニ各犯人ハ各自ニ於テ犯罪ノ責任ヲ負擔セサルヘカラス然レトモ各犯人ハ犯罪全部ニ付キ同一ノ役技ヲ爲ス者ニアラサレハ同一ノ責任ヲ負擔スルモノニアラサルナリト

共犯ノ責任ニ付キ學者ノ論スル所夫レ此ノ如ク異ナレリ現行刑法ノ規定ヨリ之ヲ論スレハガロオ氏ノ議論ヲ以テ正當ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ立法上之ヲ論スルトキハ余ハ寧ロ獨逸派ノ學說ニ左袒セントスル者ナリ余ハ前ニ未遂犯ヲ論スルニ當リ未遂犯ハ主トシテ犯罪ノ意思ヲ罰スヘキモノナルコトヲ論セリ既ニ未遂犯ニ於テ主トシテ犯罪ノ意思ヲ罰スルノ說ヲ爲ス以上ハ共犯論ニ於テモ亦同一ノ主義ニ因テ以テ立論ヲ爲スヘキハ當然ナリ蓋シ共犯者ノ犯罪ノ意思ハ他人ト共ニ犯罪ヲ行フニ在リ而シテ其犯罪行爲ノ幾部ニ加

擔シタル者ナレハ是レ罪ヲ犯スノ意思ヲ以テ犯罪行爲ノ實行ニ着手シタル者ト毫モ異ナル所ナシ未遂犯者ノ責任ト既遂犯者ノ責任相同シトセハ正犯者ノ責任ト從犯者ノ責任モ亦相同シト謂ハサルヘカラサルナリ二人以上同一ノ罪ヲ犯スノ意思ヲ以テ其犯罪ニ着手シ互ニ相幫助シテ而シテ其一罪ヲ完成シタルトキハ其加擔程度同シカラサルモノアリト雖モ犯意ノ程度ニ至テハ同一ナルヲ以テ各共犯人ニ於テ同一ノ責任ヲ負フヘキハ理ノ當然ナリ若シ夫レ加擔行爲ノ程度ニ應シテ各共犯人ノ責ヲ負ハシムヘキモノトセハ未遂犯ノ場合ニ於テモ亦殺人ノ犯意ヲ以テ人ヲ負傷シタルトキハ殺人未遂ヲ以テ之ヲ論セスシテ毆打創傷罪ヲ以テ之ヲ論セサルヘカラス豈此ノ如キ理アラムヤガロオ氏ハ共犯人ヲ以テ之ヲ俳優ニ比セリ事實上ヨリ觀察スルトキハガロオ氏ノ論一理ナキニアラスト雖モ犯意ヨリ論スルトキハ未ダ正鵠ヲ得タリト謂フヘカラ

然レトモ現行刑法ノ規定ハ茲ニ出ツルニアラスシテ共犯人ノ種類ヲ分別シタルハ蓋シガロオ氏ノ如キ論理ニ基クモノナラム歟

犯罪ノ加擔ニ二ノ區別アリ一ハ任意的ノ加擔一ハ必要的ノ加擔即チ是ナリ必要的ノ加擔ハ犯罪ノ構成上多人數ヲ必要トスル場合ヲ謂フモノニシテ有夫姦ノ如キ兇徒嘯聚ノ如キ隱謀罪ノ如キハ皆是レ必要的ノ犯罪加擔ナリ今茲ニ論スル所ハ必要的ノ加擔ニアラスシテ唯任意的ノ加擔ニ在リトス刑法ニ所謂數人共犯トハ此任意的ノ犯罪加擔ヲ指スモノナリ

### 第二節 犯罪ノ加擔

#### 第一款 加擔條件

犯罪ノ加擔條件

現行刑法ニ於テ犯罪ノ加擔ヲ罰スルニ付キ總テノ共犯ニ共通スヘキ條件ニアリ  
(一)有形上ノ條件(二)無形上ノ條件是ナリ

第一、有形上ノ條件 有形上ノ條件トハ犯人自ラ現實其犯罪行為ノ實體ニ力ヲ致シタル場合ヲ謂フ故ニ犯罪ノ實體ニ付キ何等ノ力ヲ致シタルコトナク唯犯罪ノ原動者ト爲リテ其原動力ヲ犯人ニ注入スルノ行為ヲ爲スニ止マルモノハ有形上ノ加擔行為ヲ爲シタリト謂フチ得ス此條件ヨリ生スヘキ結果ニアリ  
第一結果 他人ノ犯罪行為ヲ行フチ見テ之ヲ默過シタル者ハ犯罪ノ加擔者ナ

以テ論スルチ得サルナリ例ハ竊盜アリ群衆ノ中ニ於テ他人ノ物品ヲ掏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ナリ以テ論セラル、モノニアラサルナリ

第二結果 犯罪ヲ行フ者アルチ見テ之ヲ防止セサルトキモ亦犯罪ノ加擔者ナリト看做スチ得サルナリ例ハ犯罪ヲ實行スル者アルチ見テ之ヲ防止スルノ途ヲ知ルト雖モ故ラニ防止セサルノ行為ハ道德上深ク尤ムヘキモノナリト雖モ刑法上之ヲ以テ犯罪ノ加擔者ナリト看做スチ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モ是レ唯德義上命シタル行為ヲ爲サ、ルニ過キスシテ刑法上ノ命令ヲ犯シタルモノニアラサルチ以テナリ若シ又一步ヲ進メ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ダ以テ犯罪ノ加擔アリト謂フチ得サルナリ若シ犯人ヨリ受ケタル財物ハ犯罪ニ關スルモノナルトキハ受贓罪アリト雖モ其財物ニシテ犯人ノ所有物ニ係ルトキハ之ヲ受クルノ原因不正ナリト雖モ其行為ハ敢テ刑法ノ禁スル所ニアラサルチ以テ決シテ加

擔行爲アリト謂フチ得ス

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ヘキモノニアラサルナリ

第二、無形上ノ條件 無形上ノ條件二個アリ(一)犯罪アルヲ知ルコト(二)犯罪ノ意思ヲ有スルコト凡ソ無形上犯罪ニ加擔スルニ付テハ加擔者ハ其加擔スル所ノ行爲ハ犯罪ニシテ而シテ加擔者ハ其犯罪ヲ實行又ハ幫助スルノ意思ヲ有セサルヘカラス然レトモ加擔アレハ必ス共犯人ノ間ニ通謀ヲ要スヘシト謂フニアラサルナリ苟モ加擔者ニシテ犯罪行爲タルコトヲ知リテ之ヲ實行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者ナルカ故ニ共犯人ノ間ニ何等ノ通謀ヲ爲スコト無シト雖モ犯罪ハ共同ノ犯意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犯意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アラスシテ論者ノ想像ニ出テタル所ノ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ダ嘗テ共ニ謀リ云々ト謂フコトヲ言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其罪ヲ犯シ又其罪ヲ犯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約言スレハ犯罪ノ事實タルコトヲ知リ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ト謂フハ互ニ共謀スト謂フノ意ニアラサルナリ例ヘハ暗夜ニ人ヲ毆打スル者アリ余其毆打罪ヲ犯スヲ知リ突然出テ、共ニ其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ダ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ノ事實タルコトヲ知リ又共ニ之ヲ犯サントノ意思ヲ以テ共ニ毆打ヲ爲シタルトキハ余ハ犯罪ノ事實ヲ知リ又犯罪ヲ行フノ意思ヲ以テ之ヲ行フタルモノナレハ有形上ノ條件ト無形上ノ條件ヲ全フシタルモノト謂ハサルヘカラス是ヨリ無

形上ノ條件ノ二者即チ犯罪ノ事實ヲ知ルコト及ヒ其犯罪ヲ行フノ意思ヲ要スルコトヲ分離シテ説明スル所アルヘシ

(二) 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コト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者ハ犯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サルナリ第四百條ニ於テ「現ニ罪ヲ犯シタル者」トアリ又第九條ニハ「重罪輕罪ヲ犯スヲ知テ」トアリ此知ノ一事偶以テ共犯ノ一條件トナスニ足ルヲ知リ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ヘ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ヘキモノナルトキハ則チ其事實ノ成立ノミニ因リテ以テ犯罪ノ事實ヲ知リタル者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舉グルヲ要セサルナリ若シ之ニ反シテ事實ノ性質犯罪ノ事實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

(三) 共犯ヲ以テ論スルニハ必ス犯罪ヲ共ニシ之ヲ教唆シ又ハ之ヲ幫助スルノ意思ヲ有スルコトヲ要ス刑法第四百條ニ曰ク「二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者」トアリ第五條ニハ「人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタリ」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ス」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セ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條ニ於テハ法文上明カ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言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グルトキハ煩雜ニ流ルハノ恐アルヲ以テ一



般ニ犯意ノ語ヲ用非サリシニ過キサレナリ  
 是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  
 ノ意思ヲ以テセサルトキハ是レ犯意ナシ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ヘキノ限ニアラサルナリ共犯ニ最モ必要  
 ニシテ缺クヘカラサル條件ハ則チ總テノ共犯人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)或ハ之ヲ推定スヘキ場合モアレハ又推定スヘカラサ  
 ル場合モアリ例ヘハ甲ヨリ乙ノ犯罪ヲ犯スコトヲ知リ其犯罪ノ實行ニ必要  
 ナル方法ヲ授ケタルトキハ則チ事實上明カニ乙ノ犯意ト甲ノ犯意ハ一定ノ  
 犯罪ニ集合セシコトヲ推定スルニ足レリ又例ヘハ貨幣ヲ偽造スル機械ヲ製  
 作シテ之ヲ所有セリ然レトモ自ラ貨幣ヲ偽造スルノ意思ヲ有スルモノニア  
 ラサリシニ偶々其友人某貨幣ヲ偽造セントノ意思ヲ有シテ之ヲ機械ノ製作人  
 ニ告ク機械ノ製作人ハ其友人カ貨幣ヲ偽造スルモノナルコトヲ知リ其製作

ノ機械ヲ以テ之ヲ其友人ニ與ヘタリ而シテ友人ハ此機械ヲ使用シテ貨幣ヲ  
 偽造セリ此場合ニ於テ機械ノ製作人カ其機械ヲ以テ之ヲ友人ニ與フルノ一  
 事ハ既ニ犯罪ヲ犯スヲ知テ之ヲ幫助スルノ意思アルコトヲ推定スルニ足レ  
 リ何トナレハ其機械ハ實ニ唯一ノ目的ヲ有スルノミニシテ貨幣ヲ偽造スル  
 ノ外他ニ之ヲ使用スヘキ物ニアラサルヲ以テ之ヲ其貨幣ヲ偽造セントスル  
 者ニ與フルハ則チ實ニ其犯罪ヲ幫助セントノ意思ヲ有スルモノナルコト少  
 シモ疑ヲ容レサル所ナレハナリ然レトモ此推定ハ必スシモ反對ノ證據ニ因  
 リテ以テ之ヲ破壊スヘカラスト謂フニアラス若シ甲ハ乙ノ犯罪ヲ犯スヲ知  
 ルト雖モ乙ニ授ケシ方法ハ乙ノ罪ヲ幫助スルノ犯意ヲ有シテ然ルニアラス  
 又乙ト犯罪ヲ共ニスルノ意思ヲ有シタルニアラサルコト明白ナルトキハ則  
 チ縱令甲ハ乙ノ犯罪ヲ知リタルノ事實アリト雖モ其加擔行爲ハ甲ノ犯罪ヲ  
 推定スルニ足ラサルナリ例ヘハ茲ニ博徒アリ屢人ト爭鬪シテ毆打創傷ノ刑  
 ニ處セラレタル者ナリ其知己ノ刀劔商ノ許ニ到リテ一振ノ刀ヲ購求セリ刀  
 劔商ハ其博徒ノ素行ヲ知ルヲ以テ其刀劔購求ノ目的ハ必ス人ト鬪ハントス

ルニ在ルコトヲ知レリ(一步ヲ進メテ博徒ハ刀劔商ニ争鬪ヲ爲スノ目的ヲ有スルコトヲ明言シテモ可ナリ)而シテ博徒ノ需ニ應ジテ一振ノ刀ヲ渡シタリ其明日果シテ博徒ハ大ニ人ト鬪ヒ其刀劔ヲ用井テ以テ數人ヲ斬殺シタリ此場合ニ於テ刀劔商ハ果シテ從犯ヲ以テ論スヘキカ刀劔商ハ固ヨリ博徒ノ犯罪ヲ爲ス者タルコトヲ知レリ然レトモ其賣却セシ刀劔ハ全ク商業上ノ目的ニ出テ之ヲ賣リテ以テ多少ノ利益ヲ獲ント欲スルモノニシテ毫モ博徒ノ殺人犯ヲ幫助セント欲スル者ニアラサルナリ即チ刀劔商ハ刀劔ヲ賣買スルヲ以テ營業ト爲スモノナレハ何人ニ對シテモ其刀劔ヲ賣リテ多少ノ利益ヲ獲レハ則チ可ナリ其刀劔ヲ購求スルノ目的ハ敢テ問フ所ニアラサルナリ然ラハ則チ刀劔商ノ意思ハ未タ博徒ノ意思ト共ニ殺人犯ノ上ニ集合シタルモノナリト謂フヲ得サルナ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トキハ未タ以テ刑法上ノ加擔行爲アリト謂フヲ得ス是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ウセス全ク罪ヲ犯スノ意思ヲ有セザリシト

キハ共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略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爲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ト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竊盜ノ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)竊盜ノ成立ニ共同加擔スト雖モ正犯者ト同一ノ犯意ヲ有セサルトキハ正犯者ト其責任同ウスルモノニアラサルナリ例ヘハ從犯ハ竊盜スル者ナリト信シテ門戸ヲ踰越スル者ヲ見テ之ニ一ノ梯子ヲ貸與セリ然ルニ正犯ハ家宅内ニ侵入シ竊盜ヲ爲サ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ノ責ヲ負フヘシト雖モ決シテ殺人罪ノ共犯人タルノ責ヲ負フヘキ者ニアラサルナリ又例ヘハ婦女ノ逃亡ヲ幫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アラ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ヘキニアラサルナリ(三)數人相謀リテ或一罪ヲ犯サシメントシテ偶、共謀以外ノ罪ヲ犯セリ又或ハ甲ハ乙ヲ教唆シテ或一罪ヲ犯サシメントシテ乙ハ偶、教唆以外ノ罪ヲ犯セ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シタリ又或ハ甲ハ乙ニ對シテ私書ノ偽造ヲ爲スコトヲ教唆シタリ然ルニ乙ハ私書ヲ偽造セスシテ官文書ヲ偽造シタリ又或ハ甲ハ乙ヲ教唆シテ丙ヲ毆打セシメタリ然ルニ乙ハ丙ヲ殺害シタル場合ノ如シ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又例ヘハ甲乙相謀リテ丙ヲ毆打セントス然ルニ甲ハ唯毆打ノ所爲ニ止マラスシテ直チニ丙ヲ殺害セリ此場合ニ於テモ亦甲乙ノ共謀ハ毆打ニ在リテ而シテ甲ノ所爲ハ殺人ナルヲ以テ乙ノ意思ト甲ノ意思ハ未ダ嘗テ合スル所アリト謂フヘカス是故ニ乙ハ甲ノ責任ヲ分ツモノニアラサルナリ(四)過失罪ノ成立ニ共同加擔スル者ハ共犯若ク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キハ過失罪ニ於ケル共犯者ハ意思ノ共通ヲ望ムヘカラサルカ故ニ共犯ノ責任アリト云フヲ得サルナリ然レトモ余ノ論セシ如ク共犯ニハ意思ノ共通ヲ要セストセハ少クモ無意犯ニ付キ數人ノ正犯者アルコトヲ認ムルヲ得ヘ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則チ有意ノ共犯アリト謂フコトヲ得ヘシトセハ同一ノ犯意ナクシテ同一ノ犯罪行爲ニ協力シタルノ事實アラハ則チ無意ノ共犯アリト謂ハサルヘカラサルナリ例ヘハ三人共同シテ往來ニ沿フタル一ノ大木ヲ伐倒サシトシテ偶、通行人ヲ傷ケタリ此場合ニ於テ三人ノ者ハ初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則チ三人協力シテ之ヲ伐リタル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ナリ然レトモ教唆者又ハ從犯ニ付テハ未ダ同日ヲ以テ論スヘカラサルモノアリ例ヘハ一馭者アリ主人ノ命ニ因リ其馭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馱スルノ術ヲ知ラサル者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馱者ノ主人ハ其馱者ニ對シテ馬車ノ疾驅ヲ命令即チ教唆シタリト雖モ疾驅ノ爲メ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馱スルヲ知ラサル者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ア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謂フモノナレハ今馬車ノ主人カ其馱者ヲ教唆スルニ馬車ノ疾驅ヲ以テスルハ未ダ以テ重罪輕罪ヲ教唆シタルモノト謂フヘキニアラサルナリ既ニ重罪輕罪ヲ教唆シタルノ事實ナシトセハ縱令馱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チ知リ豫備ノ所爲ヲ以テ犯罪ヲ幫助シタル者ハトアリ今暴馬ノ所有者ハ其暴馬ヲ以テ之ヲ

馱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チ知リタルナリ而シテ尙ホ暴馬ヲ以テ之ヲ貸與シタルハ則チ所謂豫備ノ所爲ヲ爲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者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者ニアラサルナリ之ヲ要スルニ正犯ニ付テハ無意ノ共犯アリト雖モ教唆者又ハ從犯ニ付テハ無意ノ共犯アルコトナシ唯過失者獨リ其責ニ任スヘキノ

是ヨリ共犯ノ各種即チ(第一)正犯(第二)教唆者(第三)從犯ニ特別ナル條件ヲ論スヘシ

第一項 正犯

道理上ヨリ論スレハ正犯トハ犯罪ノ主動者ヲ謂フ即チ犯人自ラ罪ヲ犯ス意思ヲ以テ犯罪行爲ノ一部又ハ全部ヲ自ラ實行シ又ハ實行セシメ若クハ共同實行スルハ任ニ當ル者ナリ例ヘハ犯人自ラ人ヲ殺スノ意思ヲ以テ自ラ手ヲ下シテ其人

正犯

ヲ殺害シタルトキハ則チ是レ犯人自ラ犯罪ヲ實行シタルモノナリ又犯人自ラ手  
 ナ下シテ殺害ヲ行フコトナク他人ヲ強制シ若クハ錯誤ニ陥ラシメ殆ント其人ヲ  
 器械ノ如クニ使用シ因テ殺害ヲ行ハシメタルトキハ則チ是レ犯人ハ犯罪ヲ實行  
 セシメタルモノナリ若シ又數個ノ犯人同一ノ目的ヲ以テ共ニ同一ノ殺害ヲ實行  
 スルノ任ニ當リタルトキハ則チ是レ共同實行シタルモノナリ其何レノ場合ニ於  
 テモ殺害ノ目的ヲ達シタルトキハ則チ犯罪全部ノ實行ニシテ所謂既遂犯ノ場合  
 ナリ若シ殺害ニ必要ナル方法ヲ行ヒ了リ又ハ其方法ニ着手シテ遂ニ殺害ノ目的  
 ナ達スルコト能ハサルトキハ則チ犯罪一部ノ實行ニシテ所謂未遂犯ノ場合ナリ  
 故ニ正犯ト爲ルニハ必スシモ犯人自ラ手ナ下シテ目的ノ犯罪ヲ實行スルコトヲ  
 要セス又其實行モ必ス其目的ヲ達スルコトヲ要セス苟モ犯人自身ニ於テ罪ヲ犯  
 スノ意ヲ決シ直接間接犯罪行爲ノ主タル元素ノ全部又ハ一部即チ未遂犯ノ程度  
 ニ達スルマテノ行爲ノ實行ニ任シタル時ハ則チ常ニ正犯ナリト謂フヲ得ヘシ此  
 定義ニ因レハ教唆者ハ之ヲ以テ直ニ正犯ナリト看做スヲ得ス何トナレハ教唆者  
 ハ後ニ論スルカ如ク犯罪ノ原動者ニ過キスシテ犯罪ノ實行者ニアラサレハナリ

外

即チ單ニ犯罪ノ意思ヲ以テ之ヲ被教唆者ニ注入シ被教唆者ハ其犯意ヲ承ケ因テ  
 以テ罪ヲ犯ス者ナレハ教唆者ハ毫モ犯罪行爲ヲ實行スルノ任ニ當ル者ニアラサ  
 ルナリ論者或ハ定義ノ第二場合ヲ誤解シテ教唆者モ亦之ヲ含蓄スルモノト爲シ  
 從テ教唆者ヲ以テ正犯ト同視スルモノナリト難スル者アラム然レトモ教唆ノ場  
 合ハ被教唆者ニ於テ教唆者ノ犯意ヲ繼承シ因テ以テ罪ヲ犯ス場合ヲ謂フ之ニ反  
 シ余ノ所謂第二ノ場合ニ於ケル實行セシムルノ語ハ實行者ニ於テ何等ノ犯意ヲ  
 モ有セス唯有形上器械的ノ行爲ヲ爲セル場合ヲ謂フナリ即チ犯罪ノ實行者ニ於  
 テ罪タルノ事實ヲ知ラス又ハ錯誤若クハ強制ニ因テ犯罪行爲ヲ行フタル場合ヲ  
 謂フモノナレハ實行者ノ行爲ニシテ過失罪ノ責任ヲ構成セサル限りハ到底重罪  
 ノ責任モ亦輕罪ノ責任モ之ヲ構成スル者ニアラス從テ教唆者トシテノ責任モ亦  
 之ヲ發生セシムルヲ得サルナリ是レ猶ホ動物ヲ使曠シテ人ヲ傷害セシムルカ如  
 ク又弓銃ヲ使用シテ人ヲ殺傷スルカ如キヲ以テ使曠者其者ヲ以テ正犯ト爲スモ  
 決シテ不當ノ論ニアラサルヘシ歐洲各國ノ刑法ヲ觀ルニ此論理ニ基テ正犯ノ定  
 義ナ下シタル者甚々稀ナリ獨リ和蘭國ノ刑法ニ於テ之カ規定ヲ爲シタルヲ觀ル

ノミ其他ノ刑法ニ於テハ或ハ犯罪ノ既遂犯未遂犯ヲ實行シ或ハ犯罪ノ實行ニ同時且必要ナル共同行為ヲ爲シタル者ヲ以テ獨リ正犯ナリト爲シ人ヲ器械使シテ有形的ニ犯罪行為ヲ行ハシメタル者ヲ以テ正犯ト爲スノ規定ヲ爲サス此主義ヲ採ル所ノ刑法ニ於テハ無論教唆者ヲ以テ正犯ニ列スルコトヲ爲スモノニアラザルナリ又或ハ犯罪行為タルヲ知リ故意ヲ以テ既遂犯又ハ未遂犯ニ屬スル行為ヲ實行シタル者ヲ以テ正犯又ハ共犯ナリト爲ス者アリ此主義ニ於テハ犯罪ノ既遂未遂ノ行為ノ實行ニ任セサル者ハ其犯罪ニ於ケル加擔ノ程度及ヒ方法ノ如何ニ拘ハラス悉ク之ヲ以テ從犯ナリト爲スナリ日本刑法ハ有形上ノ犯罪行為ヲ實行セル者及ヒ犯罪ノ意思ヲ注入シテ犯罪ヲ行ハシメタル者ヲ以テ正犯ト爲シ犯罪ヲ幫助シタル者ヲ以テ從犯ト爲セリ蓋シ正犯ハ犯罪ノ原因ト爲リタル者ヲ謂フカ故ニ教唆者ノ如ク犯罪ノ原動力ト爲リタル者モ亦自ラ犯罪ヲ實行シタル者モ共ニ同一罪ヲ以テ之ヲ論セサルヘカラスト謂フニ在リ然レトモ犯人躬自ラ犯罪ノ意思ヲ發生シ而シテ躬自ラ其犯罪ヲ實行シタルトキハ其犯罪ノ主動者タリト謂フヲ得ヘシト雖モ若シ犯人ハ唯犯罪ノ原動力ヲ起スノミニ止マリ有形上ノ犯

罪行為ハ毫モ之ニ關セサルトキハ是レ未タ犯罪ノ實行ニ與カル所ノ者ニアラザレハ之ヲ目シテ犯罪ノ實行ニ任シタル者ナリト謂フヲ得サルナリ現行刑法ニ於テ教唆者ヲ以テ正犯ナリト爲シタルハ未タ能ク正犯ノ何モノタルヲ解セサルノ罪ニ坐スルモノト謂ハサルヲ得サルナリ元來正犯トハ犯罪ノ全部又ハ一部ノ實行ニ任スル者ヲ謂ヒ教唆者ハ唯犯罪ノ意思ヲ注入スルノ任ニ當リタル者ヲ謂フモノナレハ二者ノ行為全ク同一ナラサルナリ斯ノ如ク二者ノ行為既ニ同一ナラスシテ而シテ二者相同シト爲スハ未タ以テ道理ニ適フ所ノ規定ト謂フヲ得ス新刑法草案ニ於テハ教唆者ヲ以テ正犯ニ準ストセシハ教唆者ハ完全ノ正犯ニアラサルヲ以テナリ刑法第四百四條ニ曰ク二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ皆正犯ト爲シ各自ニ其刑ヲ科ス第五百五條ニ曰ク二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ皆正犯ト爲シ亦正犯ト爲スト是レ刑法ハ正犯中ニ於テ犯罪ノ實行ニ任シタル者モ犯罪ノ意思ヲ注入シテ犯罪ヲ行ハシメタル者モ亦正犯ナリト爲シタルナリ抑モ二人以上現ニ罪ヲ犯シタルトハ果シテ如何ナル意義ヲ有スルモノカ文字上ヨリ之ヲ解釋セハ二人以上同一ノ犯意ヲ以テ現ニ同一ノ犯罪ヲ實行シタル場合

ヲ謂フナリ即チ二人以上ノ犯人ハ猶ホ單獨ニテ一犯罪ヲ行フカ如ク各自ニ其目的トスル犯罪ノ全部又ハ一部ノ實行ニ任シタル者ニアラサレハ以テ正犯ナリト謂フコトヲ得ス所謂實行正犯即チ是ナリ然ルニ犯罪ノ性質ニ從テ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ノ實行ニ與カラサル場合ナシトセス例ヘハ詐欺賭博ノ如シ詐欺賭博犯ハ名ヲ賭博ニ借リテ人ノ財産ヲ騙取スルノ犯罪ナリ初メ被害者ノ職業ニ必要ナル口實ヲ設ケテ被害者ヲ一定ノ場所ニ誘引ス此誘引ノ任務ニ當ル者ハ大抵手代又ハ番頭ノ外形ヲ裝ハサルヘカラス被害者其業務上ノ利益ヲ獲ンコトヲ欲シテ誘引ニ應シテ指定ノ場所ニ到レハ則チ且那ト稱スル者アリテ大ニ被害者ト其業務上ノ取引ヲ爲サムコトヲ議ス反物商ナレハ其反物ノ仕入ヲ注文シ車製造業ナレハ多數ノ車ヲ製造センコトヲ注文スルノ類ナリ取引ノ談判將サニ半ナラントシテ而シテ突然且那ヲ尋ネ來ル客アリ其客多クハ橫濱又ハ其他都會ノ貿易商又ハ生糸商ノ類ト名乗ル所ノ者ナリ其客且那ニ對シテ切ニ貸金ノ催促ヲ爲スヲ以テ例トス且那ハ仕入

ニ必要ナル口實トシテ借金ノ辨濟ヲ爲スヲ拒ム客ハ此場合ニ於テ其貸借ノ原因ハ素ト賭博ニ在ルヲ以テ是ヨリ更ニ賭博ヲ爲シ勝敗ヲ決シテ而シテ貸借ノ計算ヲ爲サムコトヲ主張ス此ニ於テ乎且那ハ其議ヲ承諾シ直チニ賭場ヲ開キ一回ノ勝負ヲ爲ス其勝負ニ於テ且那多クハ勝ヲ制スルナリ然ルニ客ハ且那ニ對シ其勝チタル部分ヲ辨濟スルヲ拒ミ且那ニ於テ客ト同額ノ積金ヲ爲スニアラサレハ負ケタル部分ヲ辨償セサル可シト主張ス是ニ於テ且那ハ持合セノ金不足ナリト謂ヒ先キニ誘引シタル被害者ニ說クニ眼前數百圓ノ勝ヲ制スルト雖モ客ト同額ノ金圓ヲ所持セサルヲ以テ唯取引ノ結了スルマテ見セ金トシテ一時之ヲ備付クルニ付キ暫時被害者ノ所持金ヲ貸サンコトヲ求ム被害者モ現ニ且那カ勝ヲ制スルヲ知リテ一時見セ金トシテ所持金ヲ貸與スルモ損害ヲ受クルノ恐ナシトシテ且那ノ言フカ儘ニ其所持金ヲ以テ見セ金ノ用ニ供ス然ルニ客ノ方ヨリハ其見セ金ヲ觀テ更ニ一勝負ヲ試ミノコトヲ求ム且那モ亦之ニ應シテ勝負ヲ爭ヘハ則チ今度ハ忽チ反對ノ結果ヲ生シ且那ノ大敗ニ歸ス客ハ見セ金トシテ備ヘアル所ノ全額ノ金ヲ持去リテ其踪ヲ晦マスナリ此ノ如キ場合ニ於テ詐欺取財ノ實行ノ

任務ニ當リタルハ且那ト稱シ客ト稱スル二人ノ惡漢ニ過キサルナリ而シテ番頭ト爲リテ初メ被害者ヲ誘出スル任務ニ當リタル者ハ是レ一ノ番頭ニ外ナラサルヲ以テ賭博ノ上ニ付テ一言ノ容喙ヲ許サ、ルナリ若シ此犯罪ヲ以テ第四百四條ノ正文ニ照ストキハ現ニ金ヲ取りタル者ハ實ニ横濱ノ客ニ在ルヲ以テ唯此客ヲ罰スルヲ以テ足レリト爲サ、ルヲ得ス何トナレハ且那モ亦番頭モ共ニ詐欺取財ノ行爲ニ與カリタルモノニアラサレハナリ然レトモ亦且那ト爲リタル者モ手代ト爲リタル者モ是レ畢竟客ト稱スル者ヲシテ見セ金ヲ奪ヒ取ラシムルノ方法手段ト爲リタルモノニシテ若シ且那ハ又番頭無カリセハ到底客ト稱スル者ヲシテ見セ金ヲ奪去スルノ機會ヲ得セシムルコト無カリシナラム去レハ且那ト番頭ハ此犯罪ノ實行ニ付テ必要ノ役技ヲ演セシコト客ト少シモ異ル所ナク唯這般ノ犯罪ヲ構成スルニ付テ各自分業ノ任務ニ當リタルニ過キサレハ事實上且那ト番頭ハ犯罪ノ實行ニ關スルコトナシト雖モ道理上犯罪實行ノ共犯者ヲラサルヘカラサルナリ然ルニ現行刑法ニ於テハ現ニ其罪ヲ犯シタル者ハ云々トアルヲ以テ現ニ財物ヲ騙取スルノ所爲ヲ實行シタル者ニアラサル且那ト番頭ハ決シテ共犯ト謂

フヲ得サルナリ論シテ此ニ至レハ第四百四條ノ規定ハ少シク狹キニ失スルノ嫌ナキ能ハサルナリ故ニ現ニ罪ヲ犯シタリト謂フノ語ニ付テハ實際ノ適用上屢困難ヲ生スルコトアルナリ

又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ノ任ニ當ル者ハ家屋内ニ侵入シテ財物ヲ掠取スル者ノミナリ賊物ヲ運搬シ又ハ見張番ノ任ニ當ル者ハ是レ犯罪ノ實行ヲ補助セル者ナリト雖モ犯罪自體ヲ實行シタル者ナリト謂フヲ得サルナリ然レトモ亦二人ハ犯罪ノ實行ヲ補助シタル者ナレハ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補助スル者ニ限レハナリ故ニ若シ法律ヲ正確ニ解釋スルトキハ則チ賊物ノ運搬者ト見張者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ノ成文ナシト謂ハサルヘカラサルニ至ル然レトモ實際上此ノ如キ者ヲ不問ニ附スルハ刑法ノ旨意ニアラストシテ特ニ刑法ノ解釋ヲ擴充シ否曲解シテ之



ナ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ヘケンヤ

刑法草案ニ於テハ現行刑法ノ規定其宜シキヲ得サルヲ知リ特ニ現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爲セリ(草案第七十七條前二例ニ照スニ草案ノ規定ヲ以テスレハ番頭ト旦那ハ客ト共同シテ詐欺取財ヲ實行シタルモノナルヲ以テ實際財物ヲ取ルノ行爲ヲ行フタル者ニアラスト雖モ客ト爲リタル者ト共同シテ犯罪ヲ實行シタルヲ免レサルナリ何トナレハ客カ被害者ノ金ヲ取りタルハ番頭ト旦那ノ協力以テ之ヲ取ルニ至ラシメタルハナリ又竊盜ニ付テハ被害者ノ門外ニ在リテ贓物ヲ運搬シタルハ是レ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在リ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爲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者ニアラスト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草案ニ於テハ正犯ノ幫助者ヲ以テ從犯ト爲スカ故ニ(草案第

教唆者

七十九條)ノ此見張人ハ從犯ノ責任ヲ負フヘキノミ

第二項 教唆者

教唆罪ハ犯罪ノ意思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因テ以テ罪ヲ犯スニ由テ成立ス即チ教唆者ハ有形上犯罪事實ノ成立ニ關係スル者ニアラスト唯無形上犯罪ノ意思ヲ發起セシメタルニ過キス之ヲ換言スレハ教唆者ハ犯罪ノ意思ヲ有シテ被教唆者ノ身體ニ魅入リ被教唆者ノ身體ヲ籍リテ犯罪ヲ行ハントスル者ナリ刑法第七條ニ於テ教唆者ヲ以テ犯人ノ多數ニ加フルヲ得スト規定セシモ蓋シ教唆者ト被教唆者ノ身體ハ合シテ一ヲ爲ストノ旨趣ヲ明カニセシナリ然ルニ現行刑法ニ於テハ教唆ヲ以テ正犯ト爲ストノ規定ヲ爲セリ(第五條)是レ教唆者ハ犯罪ノ原動力タルヲ以テ其責任正犯ニ同シト謂フニ在リ蓋シ犯罪ノ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五條ニ於テ二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ヲ以テ正犯ト爲ス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

刑法論 犯罪論 犯罪ノ責任 共犯ノ責任 犯罪ノ加擔

ト爲シタルナリ既ニ有形上ノ實行ニ當リタル者ヲ以テ正犯ナリト爲シテ而シテ單ニ無形上ノ實行ニ任シタル者ヲ以テ直チニ正犯ト爲スハ大ニ正犯ノ定義ニ牴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爲サハ則チ是レ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リテハ正犯ニアラサル者ヲ以テ正犯ナリト爲スヲ以テ未ダ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ヘキニアラサルヲ以テ教唆者ハ之ヲ正犯ニ準ストナセリ即チ正犯ト同一ノ責任ニ係ルモノナリトノ旨趣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ヘシ

教唆ニ二ノ種類アリ一個人ニ對スル教唆及ヒ一般ニ對スル教唆即チ是ナリ

第一場合 一個人ニ對スル教唆

刑法百五條ニ曰ク人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯

サシメタル者ハ亦正犯ト爲スト本條ニ因テ之ヲ觀レハ教唆罪ヲ構成スルニ付テハ二個ノ條件ヲ必要トス(一)教唆ハ必ス一定ノ重罪又ハ輕罪ヲ行フコトヲ要ス(二)教唆ニ原因シテ重罪輕罪ノ成立スルコトヲ要ス

第一條件 教唆ノ目的タル犯罪ハ必ス一定スルコトヲ要ス

教唆ノ事タル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繼承シテ重罪輕罪ヲ犯スノ結果ヲ生セシメサルヘカラスルモノナレハ其初メ犯意ヲ注入スルニ當リテ其犯罪ハ必ス一定ノ犯罪ナラサルヘカラスルヤ辯テ俟テ後ニ之ヲ知ラサルナリ何トナレハ犯罪一定セサレハ則チ教唆者ノ意思モ一定セス教唆者ノ意思一定セサレハ被教唆者ノ行ハント欲スル意思モ一定スト謂フヲ得ス其意思一定セサレハ被教唆者ノ犯サント欲スル罪ハ其如何ナル罪ナルヤ得テ而シテ之ヲ知ラサルナリ此ノ如キハ教唆ノ實アリト雖モ到底教唆ニ原因シテ以テ犯罪ヲ行フコトヲ得サルナリ然ラハ則チ教唆アレハ教唆ノ目的ナカルヘカラス教唆ノ目的アレハ則チ一定ノ犯罪

ナカレハカラス是レ教唆ニハ犯罪ノ一定スルチ一條件ナリト爲ス所以ナリ  
 第百八條ニ於テ事ヲ指定シテ犯罪ヲ教唆スル云々ト規定セシハ蓋シ本條件  
 ノ必要ヲ明カニセシモノナリ然レトモ教唆者ハ被教唆者ニ對シテ一定ノ犯  
 罪ヲ教唆スルヲ以テ足レリトス其教唆ノ方法ノ如キハ固ヨリ法律ノ制限ス  
 ル所ニアラサルヲ以テ敢テ之ヲ論スルノ必要ナキナリ故ニ教唆者ハ被教唆  
 者ニ對シテ或ハ復讐ノ念ヲ起サシメ或ハ憤憤ノ情ヲ起サシメ因テ以テ教唆  
 者ノ殺害セントスル所ノ者ヲ殺害セシメタルハ則チ是レ教唆ノ目的ヲ達セ  
 ル者ナリ其他單純ノ教唆ヲ以テシテモ亦依頼ヲ以テシテモ亦金錢ヲ與ヘテ  
 之ヲ誘導シテモ亦若クハ之ヲ強制シテモ其他如何ナル方法ヲ以テシテモ被  
 教唆者ニ於テ教唆者ノ教唆ニ乘シテ而シテ一定ノ重罪輕罪ヲ犯スアレハ茲  
 ニ教唆ノ犯罪成立スルニ至ルモノナリ

第二條件 被教唆者ハ教唆ニ因テ而シテ重罪輕罪ヲ犯シタルコトヲ要ス  
 若シ教唆者被教唆者ヲ教唆スルニ重罪輕罪ヲ犯スヘキコトヲ以テシテ而シテ  
 被教唆者モ亦之ヲ諾シテ犯罪ヲ實行スルニ至ラスシテ而シテ止マハ則チ是

レ教唆ノ事實ハ之アリト雖モ教唆ニ原因スル犯罪アラサルヲ以テ未ダ教唆  
 者ヲ罰スルコトヲ得サルナリ蓋シ教唆者ハ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重罪輕罪ヲ犯サシムルニ至リタルモノハ是レ恰モ  
 教唆者ハ其身體ヲ無形物ト爲シ被教唆者ノ身體ニ入テ而シテ被教唆者ノ身  
 體ヲ借り教唆ノ目的タル犯罪ヲ犯サンコトヲ期シタルモノナレハ教唆ノ目  
 的タル犯罪ノ實行ナキ迄ハ是レ唯教唆者ハ其意思ヲ以テ之ヲ被教唆者ノ身  
 中ニ宿セシメタルニ過キササルカ故ニ被教唆者ノ方ヨリ見レハ僅カニ犯罪ノ  
 意思ヲ包藏スルモノナリト言フヘキノミ犯罪ノ意思ハ刑法之ヲ罰セス故ニ  
 教唆ノ意思ヲ以テ之ヲ人ノ身中ニ宿セシムルニ過キササル行爲モ亦之ヲ罰ス  
 ルハ理由ナキヤ明カナリ是レ我現行刑法第百五條ニ於テ重罪輕罪ヲ犯サシ  
 メタル者ハ云々トアリテ明カニ被教唆者ハ教唆ニ因リテ重罪輕罪ヲ犯スナ  
 必要トセシナリ獨逸刑法ニ於テハ人カ他人ニ對シテ犯罪ノ意思ヲ注入スル  
 ノ所爲ヲ以テ既ニ危險ナリトシ教唆ニ因リテ未ダ目的ノ犯罪ヲ實行スルニ  
 至ラサルモ苟モ教唆ノ事實アル以上ハ直チニ之ヲ罰スルコト、爲セリ或論

者ハ獨逸刑法ノ規則ヲ援用シテ以テ日本刑法ニ於テモ第二條件ヲ要セスシテ而シテ直チニ教唆罪ヲ構成スヘシト論セリ是レ刑法ノ精神ヲ誤ルモノト謂フヘキナリ

以上ハ一個人ニ對スル教唆即チ刑法ノ規定スル所ノ教唆罪ナリ是ヨリ更ニ一般ニ對スル教唆即チ第二ノ場合ヲ論セントス此場合ハ刑法ニ規定スルモ「ニアラスシテ特ニ新聞條例及ヒ出版法ニ於テ之ヲ規定ス

第二場合 一般ニ對スル教唆 刑法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而シテ教唆ノ方法ニ至リテハ毫モ之ヲ制限セサルヲ以テ如何ナル方法ヲ以テスルヲ問ハス苟モ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシムルノ所爲アリタルトキハ固ヨリ本條ノ原則ヲ適用シ之ヲ罰シテ不可ナルナシ是故ニ或ハ演說ニ或ハ新聞ニ或ハ出版其他ノ方法ニ依テ以テ犯罪ヲ教唆シ人ヲシテ教唆ノ目的タル犯罪ヲ行ハシムルニ至リタルトキハ即チ教唆ノ犯罪ヲ構成スルナリ是レ演說新聞出版ハ教唆ノ一方法タルニ過キササルヲ以テナリ然レトモ一般人ニ對シテ爲シタル教唆ヲ罰スルニ付テモ亦二個ノ條件ヲ

必要トス

第一條件 教唆ノ目的タル犯罪ハ必ス一定セサルヘカラス

一般ニ對スル教唆ニ付テモ教唆ノ目的ヲ達スルニハ犯罪ノ種類ヲ一定セサルトキハ一般人ハ如何ナル犯罪ヲ犯スヘキヤヲ知ラサルヲ以テ教唆ヲ爲スト雖モ無論其效ヲ生スルコトナカルヘシ又犯罪ノ種類ヲ定メスシテ漫ニ罪ヲ犯スコトヲ教唆スレハ是レ即チ重罪ヲ教唆シタルカ將タ輕罪ヲ教唆シタルカ抑モ亦違警罪ヲ教唆シタルカ之ヲ知ルヘカラサルカ故ニ縱令其教唆ノ結果ニ因リテ重罪輕罪ヲ犯ス者出ツルト雖モ教唆ノ區域判明セサル限りハ未ダ以テ教唆者ノ責任ヲ問フコトヲ得サルナリ何トナレハ教唆者ノ責任ハ必ス被教唆者ノ行フタル犯罪ノ結果ニ均シキモノニアラサルヲ以テナリ故ニ一般ニ對スル教唆ノ責任ヲ斷スルニ付テハ被教唆者ハ或演說ノ事項中ニ於テ又ハ新聞若クハ出版物ノ記事中ニ於テ一定ノ犯罪ヲ犯スヘキコトヲ教唆シタル演說ヲ聽キ若クハ記事ヲ讀ンテ而シテ之ニ同意シ因テ以テ其演說其新聞ノ教唆セント欲スル所ノ罪ヲ犯シタルノ事實ヲ舉證セサルヘカラサ

ルナリ若シ唯演説者新聞記者ハ犯罪ヲ教唆スルノ意思毫モ之レ無ク或ハ時事ニ感シ或ハ公益ヲ慮カリテ而シテ慷慨悲憤ノ演説ヲ爲シ又ハ記事ヲ掲グルモノヲ見テ之ニ感シテ而シテ爲メニ惡念ヲ發生シ意外ノ犯罪ヲ行フカ如キハ是レ決シテ演説者新聞記者ノ與カリ知ル所ニアラサルナリ何トナレハ演説者新聞記者ハ未ダ嘗テ一定ノ犯罪ヲ犯スヘキノ教唆ヲ爲シタルモノニアラサレハナリ要スルニ演説者新聞記者其他ノ著述家ハ一定ノ犯罪ヲ掲ケテ而シテ公衆ヲシテ之ヲ犯サシムルノ言論記事ヲ公ニシタル場合ニアラサレハ教唆罪ノ責ニ任スヘキノニアラサルナリ

第二條件

一般ニ對スル教唆ハ必ス公然ノ方法ヲ以テセサルヘカラス  
 一個人ニ對スル教唆ニ付テハ或ハ公然ノ方法ヲ以テスル場合モアレハ或ハ秘密ノ方法ヲ以テスル場合モアリ然ルニ一般ニ對スル教唆ニ付キテハ公然ノ方法ヲ以テ教唆罪ヲ構成スル必要條件ナリト爲ス蓋シ一般ニ對シテ爲ス所ノ教唆ハ被教唆者ノ何人タルヲ特定セスシテ凡ソ何人ト雖モ教唆者ノ犯意ニ同意ヲ表スル者ヲ求メントスルニアルカ故ニ公然ノ方法ヲ以テスルニ

アラサレハ到底其目的ヲ達スルコトヲ得サルナリ是故ニ教唆ノ方法ヲ公ニスルニ付テハ或ハ公然ノ場所ニ於テ演説ヲ爲ス可ナリ或ハ公衆ニ對シテ出版物ヲ公賣スル可ナリ或ハ各所ニ貼紙スル可ナリ或ハ大道ニ於テ絶叫スル可ナリ教唆ノ方法ヲ公然ニスルニ付テハ法律上毫モ制限アルコトナシ  
 一個人ニ對スル教唆ハ被教唆者ニ於テ教唆ノ目的タル重罪輕罪ヲ犯スニアラサレハ教唆罪ヲ構成スルモノニアラス之ニ反シ一般ニ對スル教唆ニ付テハ被教唆者ハ必スシモ教唆ノ目的タル犯罪ヲ行フコトヲ要セサルナリ是レ一個人ニ對スル教唆罪ト一般ニ對スル教唆罪トノ間ニ於ケル大ナル區別ナリトス新聞條例又ハ出版法若クハ集會法ニ於テ政府ヲ顛覆シ朝憲ヲ紊亂スルノ事項ヲ掲ケ又ハ演説シタル者ハ之ヲ罰スルノ規定ヲ設ケ又秩序ヲ紊亂シ風俗ヲ壞亂スルノ記事ヲ掲ケ演説ヲ爲シタル者モ亦之ヲ罰スルノ規定ヲ設ケ是レ新聞條例出版法又ハ集會法ニ於テ明カニ教唆ノ文字ヲ記載セスト雖モ決シテ政府ヲ顛覆シ朝憲ヲ紊亂スルノ記事演説其モノヲ以テ直チニ朝憲ヲ紊亂シ政府ヲ顛覆スト謂フニアラス此記事此演説ニ因テ以テ朝憲ヲ紊

亂シ政府ヲ轉覆スル者ヲ出サシムルノ危險ヲ防カントスルノ旨趣ニ外ナラサルナリ即チ朝憲ヲ紊亂シ政府ヲ轉覆スルノ所爲ヲ教唆スルモノナリトシテ之ヲ罰セント欲スルニ在リ果シテ然ラハ一般ニ對スル教唆ニ付テハ被教唆者カ教唆ノ目的タル犯罪ヲ犯スコトナキモ唯教唆ノ事實アレハ即チ直チニ之ヲ罰スルコトヲ得ル場合アリト知ルヘシ

教唆ノ説明ヲ了ルニ臨ンテ大ニ研究スヘキ一問題ヲ掲ケサルヲ得ス曰ク從犯ノ教唆又ハ教唆ノ教唆ハ之ヲ罰スルコトヲ得ル歟

上來論スル所ノモノハ皆正犯ノ教唆ニアラサルモノナシ然レトモ教唆ハ必スシモ正犯ヲ目的トセザレハ之ヲ行フヲ得スト謂フヘカラス或ハ從犯ヲ目的トシ或ハ教唆ヲ目的トシテ之ヲ行フコトヲ得ルナリ例ヘハ余ハ乙ヲ教唆スルニ丙ヲ殺スニ必要ナル毒物ヲ丁ニ與フルコトヲ以テス是レ余ハ丁ノ殺人罪ノ幫助ヲ爲ス乙ノ犯罪即チ從犯ヲ教唆シタルナリ又余ハ甲ヲ教唆スルニ乙ヲ教唆シテ丙ヲ殺スヘキコトヲ以テセリ是レ余ハ甲ノ教唆罪ヲ教唆シタルモノナリ此ノ如ク從犯又ハ教唆者ヲ教唆スル者ハ第二百五條ノ規則ニ因テ以テ之ヲ罰スルコトヲ得ルヤ

第二百五條ヲ觀ルニ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ云々トアリテ其重罪輕罪ハ從犯ト正犯トヲ區別セザルヲ以テ論者屢從犯及ヒ教唆ノ教唆ハ是レ亦重罪輕罪ノ教唆タルヲ免レザルヲ以テ猶ホ正犯ノ教唆ヲ爲シタルカ如ク之ヲ罰スルニ於テ毫無疑ヲ容レサルナリト謂フ者アリ余ヲ以テ之ヲ觀ルニ論者ノ解釋ハ未ダ以テ現行刑法ノ精神ヲ穿テタルモノナリト謂フヲ得サルカ如シ

抑モ教唆罪ハ第二百五條ニ於テ始メテ規定セシ犯罪ニシテ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタルニ因テ成立スル所ノモノナリ去レハ本條ニ所謂重罪輕罪ト此重罪輕罪ヲ犯サシメタル教唆罪トハ全ク別種ノ犯罪ナルコト毫無疑ヲ容レス故ニ教唆ニ因テ刑法各本條ノ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ヲ以テ正犯ナリト爲スト言フトキハ則チ茲ニ所謂正犯ハ刑法各本條ニ規定スル重罪輕罪以外ノ正犯ヲ指スヤ明カナリ之ヲ換言セハ教唆ノ目的ト爲ルヘキ重罪輕罪ノ外ニ於テ之ヲ教唆スルニ因リテ成立スル他ノ重罪輕罪アルヲ觀ルナリ故ニ第二百五條ニ包含スル重罪輕罪ヲ教唆シテ之ヲ犯サシメタルトキハ教唆罪ヲ觀ルヘシト雖モ本條ニ包含セサル他ノ重罪輕罪ヲ教唆シタル者ハ本條ノ教唆罪ヲ以テ罰スヘキモノニアラス

縦令教唆罪トシテ成立シタル犯罪ハ或ハ重罪アリ或ハ輕罪タル場合アリト雖モ是レ第五百五條ニ所謂重罪、輕罪ニ非サルヲ以テ教唆シテ之ヲ犯サシムルモ是レ即チ教唆罪ニアラサルナリ若シ夫レ第五百五條ニ於テ人ヲ教唆シテ重罪、輕罪ヲ犯サシメタル者ハ亦正犯ト爲ストノ規定之ヲシトセハ到底現行刑法ニ於テ教唆罪ナル犯罪ヲ認ムルヲ得サルヘシ果シテ然ラハ教唆罪ハ全ク第五百五條ノ創造ニ係ルモノニシテ其犯罪ハ各本條ニ規定スル重罪、輕罪ヲ犯サシメテ而シテ初メテ成立スルトセハ刑法ハ又別ニ第五百五條ノ正犯ヲ教唆スル者ヲ罰スルノ規定ヲ設クルニアラサルヨリハ教唆ノ教唆罪成立スルノ理由ナシ何トナレハ教唆罪ハ成文ノ規定ヲ俟ツテ成立スル犯罪ナレハナリ之ヲ要スルニ現行刑法ニ於テハ教唆ノ教唆ヲ罰スルノ明文ナキヲ以テ到底之ヲ罰スルヲ得サルナリ

從犯ノ教唆ハ之ヲ罰スルヲ得ル歟 余ハ現行刑法ノ精神ニ於テハ從犯ノ教唆モ亦之ヲ罰スルヲ得スト主張セント欲ス抑モ從犯ハ其主トスル犯罪ノ性質ニ從ヒ或ハ重罪アリ或ハ輕罪タルコトヲ得ヘシ而シテ其重罪、輕罪ハ第五百五條ニ所謂重罪、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ハ教唆ノ教唆罪

ヲ主張スルヨリ立論甚ダ容易ナルニ似タリ然レトモ從犯ノ教唆ヲ罰スヘカラスト論スルニ付テハ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五百五條ヲ觀ルニ「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」トアリ是ニ由テ之ヲ觀レハ若シ第五百五條ニ所謂重罪、輕罪中ニ從犯タル重罪、輕罪ヲモ之ヲ包含スルモノトセ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ヘカテサルノ結果ヲ生スヘシ是レ果シテ如何ナル理由ニ基クカ第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テ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」下是レ其旨意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ヘ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掲ケ教唆者ノ刑ハ正犯ノ刑ヨリ輕クスヘキコトヲ明カニセシナリ今假ニ從犯ヲ教唆シタル者ヲ罰スルヲ得ヘシトセンカ其被教唆者ハ從犯ノ責任ヲ受ケ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抵觸スルニ至ルヘ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ヘカラサルヲ如何セン之ヲ要スルニ從犯ノ教唆モ亦之ヲ罰スルヲ得サルナリ以上從犯及ヒ教唆ノ教唆ニ關スル難問ヲ論定セリ是ヨリ左ノ一二ノ問題ニ付キ之カ講説ヲ試ミントス

教唆ヲ受ケタル者教唆ノ目的タル重罪、輕罪ヲ犯サ、ルトキト雖モ尙ホ教唆者ヲ罰スルニ教唆罪ヲ以テスルコトヲ得ル歟 論者曰ク教唆罪ハ教唆ノ事實アルニ因リテ既ニ犯罪ヲ構成スルモノナレハ縱令被教唆者ニ於テ重罪、輕罪ヲ犯サ、ルモ教唆者ヲ罰スルニ教唆罪ヲ以テスルコトヲ得ヘシト此論大ニ非ナリ若シ刑法

ニ於テ教唆ノ事實ヲ罰スルニ特別ノ刑罰ヲ規定スルアラハ則チ縱令被教唆者ニ於テ重罪、輕罪ヲ犯スコトナキモ教唆罪ヲ構成スルヲ得然レトモ現行刑法ニ於テハ教唆者ヲ罰スルニ被教唆者ト同一ノ刑ヲ以テス然ラハ被教唆者ヲ罰スルノ刑罰ナキ場合ニ於テハ到底教唆者ニ擬スルノ刑罰ヲ發見スヘカラサルハ火ヲ觀ルヨリモ明カナリ且現行刑法第百五條ニ於テハ「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」人ニ對シテ重罪、輕罪ヲ教唆シタル者ハ云々「ト謂ハサルナリ故ニ現行刑法ノ規定ニヨレハ教唆罪ヲ構成スルニハ必ス二條件ヲ要ス(一)重罪、輕罪ヲ教唆スルコトヲ要ス(二)重罪、輕罪ヲ犯スコトヲ要ス此二條件具備スルヲ俟テ而シテ初メテ教唆罪ノ成立ヲ觀ルナリ論者ハ獨逸刑法ニ於テ唯重罪、輕罪ヲ教唆シタル事實ヲ罰スルノ規定アルヲ觀テ之ヲ採テ以テ我刑法ノ規則ヲ解釋セント欲ス是レ實ニ誤謬ノ最モ大ナルモノト謂ハサルヲ得ス獨逸刑法ニ於テハ「重罪、輕罪ヲ教唆シタル者」ハ云々「トアリテ唯犯罪ヲ教唆スルノ事實ヲ以テ既ニ教唆罪ヲ構成スルモノト爲ス我刑法ハ「重罪、輕罪ヲ犯サシメタル者」ハ云々「ト規定シ彼ハ教唆ノ一條件ヲ以テ教唆罪ヲ構成スト爲ス我ハ教唆ニ加フルニ重罪、輕罪ノ成立



アルヲ要スト爲ス二國ノ刑法其規定ヲ異ニスル此ノ如クナルニモ拘ハラヌ其解  
 釋ナ一ニセントスルハ論者ノ杜撰モ亦甚シト謂フヘシ  
 教唆者自カラ犯ス能ハサル犯罪ニシテ之ヲ教唆シテ犯サシメタルトキハ教唆罪  
 ナ構成スヘキ歟 例ヘハ收賄罪ハ官吏ニアラサレハ之ヲ犯スノ資格ヲ有セス官  
 吏ニアラサル者官吏ニ贈ルニ賄賂ヲ以テシタリ是レ教唆者自ラ犯ス能ハサル罪  
 ナ以テ官吏ニ教唆シ之ヲ犯サシメタルモノナリ此場合ニ於テ贈賄者ハ收賄ノ教  
 唆罪ヲ犯シタルモノナリト謂フヘキカ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即チ官吏ハ其職務ヲ  
 汚瀆スルカ故ニ之ヲ罰ス職務ナキ者ハ賄賂ヲ受クルモ汚瀆スル所ノモノナキヲ  
 以テ之ヲ罰セサルナリ贈賄者自ラ賄賂ヲ受クルスラ尙ホ且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  
 ス其制裁ヲ受ケサルヘカラサルナリ今贈賄者ハ自ラ賄賂ヲ贈ルノ權利アリト雖  
 モ賄賂ヲ受ケヘカラサル者ヲシテ賄賂ヲ受ケシムルノ權利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無カルヘシ  
 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ハ即チ官吏ヲシテ  
 賄賂ヲ受ケシメ賄賂ノ方法ニ依テ以テ官吏ヲ教唆シ收賄ノ罪ヲ犯サシメタルモ  
 ノナレハ所謂人ヲ教唆シ輕罪ヲ犯サシメタルモノナルヲ以テ其教唆ノ責ニ任ス  
 ヘキヤ論ヲ俟タサルナリ論者或ハ曰ハン自ラ犯スヘカラサル犯罪ニ付テハ犯罪  
 ナ生スヘキノ理ナシ自ラ有セサルノ犯罪ヲ以テ之ヲ他人ニ注入スルヲ得ヘケン  
 ヤト余曰ク犯罪トハ一定ノ罪ヲ犯スノ意思ナリ我之ヲ有セスト雖モ人ヲシテ此  
 犯罪ヲ起サシムルノ方法ヲ行フトキハ則チ是レ犯罪ノ注入アリタルナリ何ソ夫  
 レ自ラ其犯罪ヲ有スルノ必要アラシヤ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シ

第三項 從犯

從犯ハ共犯ノ一種ナルヲ以テ共犯ノ總則ハ悉ク之カ適用ヲ爲サ、ルヘカラズ即チ前ニ述ヘシ共犯ニ必要ナル有形上ノ原素及ヒ無形上ノ原素ハ必ス之ヲ具備セサルヘカラサルナリ而シテ以下論スル所ハ實ニ從犯ノ構成ニ特別ナル條件ナリトス

現行刑法ニ據レハ從犯ヲ構成スル場合唯一アルノミ即チ正犯ノ實行以前ニ於テ正犯ト爲ルヘキ者ニ對シ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者ハ從犯ト爲シ……」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ヘ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ストハ唯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依テト謂フノ意義ヲ明カニセシナリ是レ從犯ハ唯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ハ犯罪實行後ニ於テハ縱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ヘシ

此ノ如ク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カ

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能ハサル犯罪ナリ是レ素ト或他ノ犯罪ノ實行以前ニ於テ豫備ノ行爲ニ依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ハ必ス其幫助ヲ受ケル他ノ犯罪ヲ要スルヤ多辯ヲ俟テ而シテ後ニ之ヲ知ラサルナリ是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ヘキ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實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全ク吾家屋ニシテ其竊取シタル財物モ亦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具備セサルヲ以テ從犯獨リ成立スルノ道理ナケレハナリ又正犯ノ基本具備シ犯罪ヲ構成スルアルモ其正犯大赦ニ遇フトキハ從犯モ亦其正犯ノ受クヘ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為ヲ一變シテ犯罪ト爲サ、ルモノナルヲ以テ既ニ正犯ニシテ犯罪ト爲ラストスレハ從犯獨リ成立スルノ理ナケレハナリ又或ハ正犯カ時効ニ因リテ公訴ヲ免ル、コトヲ得タリトセハ從犯ノ罪モ亦全ク消滅セサルヘカラス

茲ニ一問題アリ正犯從犯共ニ時効ヲ經過セントスル場合ニ於テ獨リ從犯ノミニ對シテ時効ノ中斷ヲ爲シタリ是ニ於テ乎正犯ノ公訴權ハ時効ニ因テ消滅シタリ此場合ニ於テ從犯ノ公訴權獨リ尙ホ成立スルコトヲ得ル歟 是レ獨リ從犯ノ場合ニ限リ起ル問題ニアラスシテ數人共犯ノ場合ニ在リテモ亦起ル所ノ問題ナリ但從犯ノ場合ニ於テ特別ノ困難ヲ生スルハ從犯ハ正犯ニ附屬シタルモノニシテ主從ノ關係アルヲ以テナリ(本問ハ專テ刑事訴訟法ニ屬スヘキモノナレハ今茲ニ辯論ヲ費サス唯問題ヲ掲クルニ止メム)

然レトモ刑法ノ總則以外ニ於テ特ニ從犯ノ所爲ヲ罰スルノ規定ヲ設ケタルトキハ縱令正犯ノ罪ハ成立セサルモ從犯獨リ成立スルコトアリ但此場合ニ於ケル從犯ハ總則ニ所謂從犯ニアラスシテ實ニ特別罪ヲ構成スルナリ例ヘハ自殺幫助罪ノ如シ自殺ハ刑法ノ禁スル所ニアラス然ルニ刑法第三百二十條ニ於テ「人ヲ教唆シテ自殺セシメ又ハ囑託ヲ受ケテ自殺人ノ爲メニ手ヲ下シタル者ハ……其他自殺ノ補助ヲ爲シタル者ハ一等ヲ減ス」トアリ豫備ノ所爲ヲ以テスルト實行ノ所爲ヲ以テスルトト問ハス苟モ幫助ノ所爲ヲ以テスル以上ハ是レ即チ從犯ノ行爲ナリ若シ豫備ノ所爲ヲ以テセハ是レ總則ノ從犯ト少シモ異ナル所ナシ然レトモ若シ第三百二十條ノ規定無カリセハ主犯ナキ從犯ハ成立スルコト能ハサルカ故ニ縱令豫備ノ所爲ヲ以テ之ヲ幫助スルモ到底從犯ノ成立ヲ見ルコトナシ然ラハ自殺幫助罪ハ其性質從犯ト異ナルナシト雖モ從犯トシテ成立スルモノニアラスシテ特別罪トシテ成立スルモノナリ故ニ從犯ノ規定ヲ適用スヘカラス此外主犯成立セスシテ從犯ノミ獨リ成立スル場合ハ全ク之レアルヲ知ラサルナリ然レトモ何レノ場合ニ在リ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モ主犯トシテ成立スルノ事實アル以上ハ縱令其所爲ニ付キテ未ダ裁判ヲ下スコトナキモ又ハ主犯ハ逃走シテ縛ニ付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ヘキモノニアラス

此ノ如ク從犯ノ罪ハ主犯ニ附屬セサレハ成立スヘカラストセハ從犯ハ常ニ主犯ト其運命ヲ同フスルモノト謂フヲ得ヘシ果シテ然ラハ主犯カ既遂犯ナレハ從犯モ亦既遂犯ナラサルヲ得ス主犯カ未遂犯ナレハ從犯モ亦未遂犯ナラサルヘカラサルカ如ク主犯カ不能犯ナルトキハ從犯モ亦不能犯ニシテ主犯カ中止犯ナルトキハ從犯モ亦中止犯トナルニ似タリ然レトモ此等ノ場合ニ於テ從犯ハ常ニ主犯ト其運命ヲ同フスルモノナリト速斷スヘカラス主犯カ既遂犯未遂犯又ハ不能犯ナルトキハ從犯モ亦既遂犯未遂犯又ハ不能犯ナラサルヘカラスト雖モ主犯ニシテ中止犯ナルトキハ從犯モ亦中止犯ナラサルヘカラサルヤ否ヤト謂フニ至テハ大ニ研究スヘキ問題ナリトス

主犯カ中止犯ニシテ何等ノ結果ヲ生セザリシトキハ從犯獨リ犯罪ノ責ニ任ス

ルノ理ナシ然ルニ若シ主犯カ中止犯ニシテ多少ノ結果ヲ生スルコトアルトキハ從犯ハ則チ主犯ノ結果ニ付テ受ケル所ノ責任ヲ受ケサルヘカラス然リト雖モ從犯ニシテ獨リ犯罪ノ中止ヲ爲シタルトキハ尙ホ主犯ノ犯罪中止ニ於ケルカ如ク其結果ノ生スルト否トハ區別シテ以テ從犯ノ責任ヲ定ムヘキカ之ヲ換言スレハ從犯獨リ中止犯ヲ爲スコトヲ得ヘキ歟

從犯ハ一旦主犯ヲ幫助スルノ意思ヲ以テ豫備ノ所爲ニ依リ之ヲ幫助シタリト雖モ中途ニシテ之ヲ斷念シタリ例ヘハ從犯ハ一旦主犯ノ犯罪ヲ容易ナラシメソカ爲メニ豫備ノ所爲ヲ以テ之ヲ幫助シタリト雖モ中途ニシテ其善事ニアラサルコトヲ悟リ自ラ幫助ノ所爲ヲ中止シ猶ホ進ンテ主犯ノ實行ヲ止メノコトヲ勸告シ且其從犯ハ未ダ勸告ヲ以テ足レリトセス主犯ノ犯罪ヲ告發スルマテニ至レリ是ニ於テカ從犯ノ中止ハ毫モ疑ヲ容レサルニ至レリ若シ主犯カ從犯ノ勸告ヲ容レテ以テ其犯罪ヲ中止シ又ハ從犯ノ告發ニ因リテ以テ犯罪ノ着手ニ至ラスシテ發覺セラレタリトセハ或ハ主犯ノ結果ノ生セサル限り又ハ發覺スルモ着手ニ至ラサル間ハ所謂犯罪ナキヲ以テ從犯ハ責ヲ負フヘキノ理ナシ

然ルニ主犯ハ從犯ノ勸告又ハ告發アルニ拘ハラス遂ニ犯罪ヲ實行シテ其目的ヲ達シタリ此場合ニ於テ從犯カ主犯ヲ幫助スルノ非ヲ悟リ犯罪ノ念ヲ中止シタルハ疑フヘカラサル證據アリト雖モ既ニ主犯ハ犯罪ヲ實行シテ以テ其目的ヲ達シタリトセハ縱令從犯ハ犯罪ノ意思ヲ翻シテ中止ノ實ヲ舉クルモ決シテ從犯ノ責ヲ免レ得ヘキモノニアラス抑モ從犯ハ豫備ノ所爲ニ依テ以テ主犯ヲ幫助スルニヨリ成立スル所ノ犯罪ナリ今從犯ハ既ニ主犯ヲ幫助スルノ意思ヲ以テ豫備ノ所爲ニ因リ現ニ主犯ヲ幫助セルモノナリ然ルニ後ニ至リ從犯ノ中止又ハ告發アルニ拘ハラス主犯ハ犯罪ヲ實行シ其目的ヲ達スルニ至リタルハ是レ從犯カ其主犯ヲ幫助スルノ意思ヲ以テ豫備ノ所爲ヲ爲シタルニ原因セスンハアラス凡ソ從犯ノ成立ハ犯罪實行以前ニ在テ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助スルニ因リ成立スル所ノ犯罪ナリ若シ從犯ニシテ主犯ヲ幫助スルノ意思ヲ以テ其主犯ニ貸スニ豫備ノ所爲ヲ以テセハ從犯ノ所爲ハ其時正ニ結了セリ然レトモ尙ホ主犯カ犯罪ノ實行ヲ爲スト爲サ、ルトニ因テ以テ從犯或ハ成立シ或ハ成立セサルコトアルヲ以テ從犯ノ犯罪ハ未必條件ニ繫レルモノナリ然ル

ニ本問ノ場合ニ於テ主犯ハ果シテ從犯ノ勸告又ハ告發ニ因リテ其犯罪ノ實行ヲ止メタルカ曰ク否ラス其從犯ノ勸告又ハ告發ヲ容レスシテ而シテ其犯罪ノ實行ヲ爲シタルハ是レ從犯ノ成立ニ要スル未必條件ノ到來セシナリ故ニ從犯ハ其責ヲ免ル、コト能ハサルナリ(此論ハ獨リ從犯ノミナラス教唆罪ニ付テモ亦尙ホ然リ)

然レトモ若シ從犯ニシテ尙ホ一步ヲ進メテ力ヲ盡スアラハ或ハ其責ヲ免ル、コトアルヘシ即チ從犯ニシテ其責ノ免ルヘカラサルヲ恐ル、トキハ從犯ハ當ニ主犯ノ犯罪ヲ勸告又ハ告發スルニ止マラス進ンテ主犯ノ犯罪實行ヲ妨害スルニ在リ例ヘハ從犯ハ主犯カ人ヲ殺ス者タルヲ知テ之ニ貸スニ刀ヲ以テシタリ後ニ至リテ從犯其非ヲ悟リ其中止ヲ勸告スルモ聽カス此ニ於テ乎從犯ハ其貸シタル刀ヲ取還シ或ハ主犯ノ殺害ノ所爲ヲ妨害シテ以テ其犯罪ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ至ラシメタルカ如キ場合ニ於テハ從犯ハ全ク其責ヲ免ルルコトヲ得ヘシ若シ告發ニ因テ能ク正犯ノ行爲ヲ妨害スルコトヲ得ハ亦同日ヲ以テ論セサルヘカラサルナリ是レ刑法ノ精神ニ適フ所ノ解釋ナリ第百九條

ニ「重罪、輕罪ヲ犯スコトヲ知テ……」犯罪ヲ容易ナラシメタル者ハ……トアリ故ニ正犯ヲ妨害スルノ事實アレハ從犯ノ條件玆ニ欠缺スルニ至ルヲ以テ到底刑法ノ制裁ヲ受クヘキモノニアラサルナリ

第二條件 主タル犯罪ハ必ス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縱令如何ナル方法ヲ以テ主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テ……」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ダ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モノナラム且ヤ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ヘキモノニアラサルナリ

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ハ即チ第百九條ノ規定スル所ナリ第百九條ニ曰ク「……」

器具ヲ給與シ又ハ誘導指示ニ其他豫備ノ所爲ヲ以テ……ト故ニ現行刑法ノ從犯ヲ罰スルニハ總テノ所爲ニ依テ以テ正犯ヲ幫助スルヲ以テ未ダ足レリトセス必スヤ第百九條ニ規定スル豫備ノ所爲ヲ以テ主犯ヲ幫助スルノ事實ナカラザルヘカラス既ニ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助スルトセハ從犯行爲ノ成立ハ正犯ノ實行以前ニ在ルヘキハ疑ヲ容レズ故ニ若シ正犯ノ實行中又ハ實行後ニ於テ正犯ヲ幫助スル事實アルモ是レ既ニ從犯ノ行爲ヲ脱シタルモノニシテ之ヲ罰スルコトヲ得サルハ多辯ヲ俟テ後ニ之ヲ知テサルナリ

是ヨリ第百九條ノ規定スル從犯ノ加擔方法ヲ講説スヘシ

(1) 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シ又不動産モアルヘシ然レトモ玆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アラサルナリ賭博罪ノ規則中ニ房屋ヲ給與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ヲ給與スルノ規定ヲ設クルノ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リトセハ之ヲ以テ直チニ從犯ト爲スヲ得ヘケレハナリ然ルニ從犯ノ規定アルニ拘ハラヌ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爲スモ不可ナカルヘシ

(2) 誘導指示トハ犯罪ヲ行フニ必要ナル教導ヲ爲スヲ謂フ例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グルカ如キ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

(3) 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ダ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モ犯罪以

前ノ所爲ニシテ而シテ犯罪ノ幫助ト爲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ヲ得ヘシ

此ノ如ク論下セ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スト謂フトキハ其他ハ之ヲ列擧スルノ必要ヲ見サルナリ唯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ヲ恐レテ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箇ノ事實ヲ掲グルニ至リタルナリ故ニ現行刑法ノ文意ヲ解スルニ當リ「豫備ノ所爲例」ハ器具ヲ給與シ若クハ誘導指示スルカ如キ所爲ヲ爲シタルトキハ「ト讀下セバ甚タ明了ナラム

然ルニ論者往々非常ナル曲解ヲ爲スコトアリ曰ク器具ヲ給與シ若クハ誘導指示ストハ豫備ノ例ヲ示シタルモノニアラスト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クハ誘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クハ誘導指示スト謂フ文字ニ至ルマテノ所爲ハ犯罪

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此ノ如キ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則チ豫備ノ所爲タル事例ヲ掲グルニ過キスト爲スカ故ニ現行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是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是ニ由テ之ヲ觀レハ犯罪前ニ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫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幫助シタル者ハ從犯ニアラストセハ事ノ輕キモノハ刑罰ヲ加ヘテ而シテ却テ事ノ重キモノハ何等ノ制裁ヲ加ヘサルニ至ルヘシ豈刑罰ノ權衡ヲ失スルモノト謂ハサルヘ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幫助シタル者ハ其性質ヨルヤ從犯ナリ

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點ノ缺クル所ナキヲ以テ從犯トシテ之ヲ罰セサルヘカラス今犯罪實行前ニ於テスル幫助ノ行爲ハ之ヲ罰スヘシトナシ而シテ其所爲ノ一步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止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幫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芟除スルコトヲ得ヘキ歟



以上從犯ニ必要ナル條件ヲ論述セリ

現行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ハ犯罪ニ付テハ刑罰ヲ加重スト雖モ正犯ト從犯トヲ合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レハ其身體ニ對スル罪ト財產ニ對スル罪トヲ問ハス犯罪ノ實行甚タ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ツ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

乙

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爲サ、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唯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ヘカラス縱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ヘハ自殺罪ノ如シ

此ノ如ク正犯ト從犯トヲ區別スル三箇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此ノ如キ輕重ノ區別ヲ立テサルヘカラスト爲スカ從犯ノ責任ハ常ニ正犯ヨリ輕カラサルヘカラサルヤ

數人共犯ニ於ケル身分上ノ關係

### 第三節 數人共犯ニ於ケル身分上ノ關係

刑法論 犯罪編 犯罪ノ責任 共犯ノ責任 數人共犯ニ於ケル身分上ノ關係

共犯人ノ責任ハ  
一人ノ責任ハ  
罪ノ責任ハ  
免レタキハ  
テトキハ  
他ノ共犯  
者ニ對シ  
テ如何シ  
ルホスヘ  
及乎

### 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

何ナル影響ヲ及ホスヘキ乎

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ヘカラス既ニ各人ニ對シテ各別ノ責任ヲ定ムヘ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ホスヘ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任ヲ免ル、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任ヲ免ル、コトアルモ正犯ハ其影響ヲ受クルモノニアラス大教唆ノ場合ニ於テモ亦同シ教唆者ニシテ犯罪ノ責任ヲ免ル、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任ヲ免ル、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ヘ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、輕罪ヲ犯スニ付キ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任ヲ免ル、コトアリト雖モ他ノ正犯若クハ從犯ハ其利益ヲ受クヘキモノニアラス

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任ヲ免ル、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ヘ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ゼンニ是迄余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ヘカラス苟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責ノ減輕ヲ受クル者アリ或ハ全部ノ責ヲ免ル、者アリ夫レ此ノ如ク犯罪ノ成立ト犯罪ノ責任トハ全ク分離スヘ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セルモノナリセハ其行爲ハ無論犯罪ヲ構成スヘシ既ニ正犯ノ行爲ニシテ犯罪ヲ構成セン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責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ン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セル後ニ死亡ズルカ若シ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シ從犯ヲ罰スルコトヲ得サルニ至ラシ豈此ノ如キ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尙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、モノナリト爲スガ反對論者ノ説ハ未ダ條理ニ適フタルモノナリト謂フヘ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歳未滿者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シ此ノ如ク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ヘカラストセハ被教唆者カ犯罪ノ責任ヲ免ルハ場合ハ殆ン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ヘカラスト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是非ノ辨別ナキ者トシテ無罪ノ判決ヲ爲シタリ又例ヘ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ケ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ヘカラスト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り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裁判ノ錯誤アルコト誠ニ確實ニシテ到底不正ノ裁判タルヲ免レス從テ之カ救済ノ道ヲ講セザルヘカラスト雖モ我刑事訴訟法上之カ救済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ヘ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ヘキモノニアラサレハナリ此ノ如キ場合ニ於テ教唆者ハ果シテ如何ナル責任ヲ負フヘ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則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ヘキハ毫モ疑ヲ容レズ從テ其重罪、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步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ン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アラス實ニ刑法ノ明文ニ據ルモノナリ第六條及ヒ第一百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

別ニ刑ヲ加重スヘキトキハ他ノ正犯、從犯及ヒ教唆者ニ及ホズコトヲ得ス」ト茲ニ注意スヘキハ加重ノ文字ナリ本條ニハ單ニ加重ノ場合ノミテ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ヘキ場合ニ限り此原則ヲ適用スヘ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ス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ダ刑法ノ精神ヲ穿テタルモノト謂フヲ得ス少シク第六條ノ旨意ヲ考究スルトキハ大ニ其偏見タルヲ了得スヘク固ヨリ本條ノ規定ハ完璧ナリト謂フニアラ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ヘ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此ノ如ク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啻ニ加重ノ場合ニ於テ

ノミ然リト謂フノ理アラムヤ必ス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ヘ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ヘシ殊ニ第百十條第  
 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ヘ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  
 加重スヘ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  
 ノ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アラスシ  
 テ從犯ト教唆者ニ適用スヘキ原則ナニ二三ニスルノ理アラソヤ

第二場合 正犯ノ犯罪成立スルトキハ縱令其正犯ニ對シテ公訴ノ執行ヲ停止ス  
 ルモ從犯若ク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是ニ於テ乎犯人ノ何人  
 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リ且其事實明確ナルトキハ此教唆者若  
 クハ從犯ニ對シ公訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ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ヘキモノニアラス

然レトモ親告罪ニ關シテハ少シク區別シテ論セサルヘカラス抑モ親告罪ハ被  
 害者又ハ親屬ノ告訴ヲ待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謗罪ノ如キ此等ノ犯罪ハ其犯罪タルヘキ事實ト雖モ檢  
 事ハ直チニ之ヲ採テ以テ公訴ヲ提起スルコト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  
 アラサルヘシ然ラハ親告罪ニ付テ公訴權ノ停止ハ犯罪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又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テ及ホスヘ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シテ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姉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アラスト斷言スルコトヲ得ヘ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サル共犯人モ亦其責ニ任スルノ理由ナシト謂ハサルヘ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ヘシト言フニ至ル是ニ於テ乎刑法ハ一ノ制限ヲ設ケタリ本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ヘシト謂フニアリ然ラハ則反對論理ニ依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ヘカラス之ヲ換言セハ本條第二項ノ規定アルカ爲メニ親屬ニアラ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サルトキハ竊盜ヲ以テ論ス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、ルヘカラス

抑モ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族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ヘ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セ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ヘシ

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ヘ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因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ヘカラスト既ニ所有權ハ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ヘ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唯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却テ深ク被害者ノ告訴セシテ恨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ヘ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此ノ如



ノ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ス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アラストナセハ財物ヲ分タサル親屬以外ノ共犯人ハ竊盜罪ノ責ニ任セサルノミナラス其教唆者若クハ從犯モ亦毫末ノ制裁ヲ受ケサルヘシ之ニ反シ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ス必ス竊盜罪ノ制裁ヲ受ケサルヘ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アラ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アラサルナリ若シ財物ヲ分タシカ本條第二項ヲ以テ之ヲ論スヘク若シ財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ヘシ論者或ハ曰ハ

ン余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唯無用ノ長物ナリト言フニ過キス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アラサルナリ之ヲ換言セ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アラ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ヘ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ヘキモノニアラス例ハ國事犯ノ豫備又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ルコトアルモ其利益ハ之ヲ(第二百二十六條、第二百二十六條)他ノ共犯人ニ及ホスコトヲ得ス



ニ曰ク正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重スヘ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是ニ由テ之ヲ觀レハ犯罪ノ事實ニ附着スルニ因リ別ニ刑ヲ加重スヘキトキハ即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ヘキハ多辯ヲ俟タス例ヘ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(第三百二十二條)三十日間ノ監禁ヲ爲シタル所爲ハ三等ノ加重ヲ爲サルヘカラス此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ヘ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其犯者一二者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百六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爲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被ルヘ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ヘキモノニアラサルナリ例ヘハ子タルノ身分ヲ有スル者ト子ニアラザ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ハラス死刑ニ處セラルヘシト雖モ子ニアラサル他ノ共謀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ヘ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ヘシ即チ官吏ト官吏ニアラザ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ヘ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ヘ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ヘキ歟果シテ如何ナル責任アルヘキ歟今此問題ヲ決セント欲セハ須ラシ先ツ共謀ノ委託物費消罪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ヘ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ヘ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ヘシトセハ監守盜ノ場合ニ於テ官吏ニアラサル共謀者ハ監守盜ニ處セラレスト雖モ少クモ普通ノ委託物費消罪ニハ處セラレサルヘカラス若シ之ニ反シテ委託ヲ受ケサル者ハ縦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ヘ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クヘキ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ヘ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箇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ガ其物件ヲ

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ヘキニアラ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アラサル者ガ官吏ト共謀シテ收賄ヲ爲シタルトキハ共ニ收賄罪ヲ以テ罰セサルヘ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ガ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テ獨リ受寄者ニアラサル者ヲ罰セントス何ソ夫レ抵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ヘキモノニアラサルナリト但此ノ如キ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

フヘキニアラサルナリ是レ現行刑法ノ缺點ニシテ解釋ヲ以テ補充スヘキ限ニ  
 アラサルナリ改正刑法草案ニ於テハ此缺點ヲ補ヒ稍々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ヘ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ズ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ヘカラス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ヘシ例ヘハ晝間人ノ邸宅ニ侵入スル者ヲ防  
 止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  
 ノ影響ヲ及ホスヘ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

乙

既ニ詳説セシ所ナルヲ以テ今茲ニ重複セズ

今ヤ共犯ノ説明ヲ終ルニ臨ミ尙ホ研究ヲ要スヘキモノアリ第八條ノ規定即チ  
 是ナリ第八條ニ曰ク「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殊ナ  
 ル時ハ左ノ例ニ照シテ教唆者ヲ處斷ス(一)所犯教唆シタル罪ヨリ重キ時ハ止タ其  
 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缺キタル場合ニ於  
 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由テ之ヲ觀レハ教  
 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ヘシ被教唆者ニ於テ教唆者カ教唆シタル罪ヨリ重キ罪  
 ナ犯シタルトキハ教唆者ハ唯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、コトナシ例ヘ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

レハ縱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ニ任スル者ニアラサルナリ第七十七條ニ曰ク「罪ヲ犯スノ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ノミ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アラサレハ成立スルコト能ハサル犯罪ナルヲ以テ唯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等シキヲ以テ教唆者ハ唯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縱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テ之カ説明ヲ爲スヘシ本條ニ於テ「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ノ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モノニアラスシテ唯刑法ノ禁制命令ニ違犯シテ或種ノ行爲ヲ爲セト言フニアリ「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定セサルモノアリ

(一) 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「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ア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ヘキ限ニアラス何トナレハ其犯罪ハ教唆シタル罪ヨリ重キニアラス又輕キニアラスシテ全ク教唆者ノ教唆セサル犯罪ナルヲ以テナリ例ヘハ強盜ヲ教唆セシニ強盜ヲ犯サスシテ強盜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ク此強盜ト放火トハ教唆者ノ教唆セシ犯罪ニアラス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キ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リ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アラスシテ必ス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ヘ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為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セ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殺人罪ノ程度ヲ超ヘテ謀殺ヲ行フタルトキハ即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リ知ラサル所ナルヲ以テ教唆者ハ唯其與リ知ル所ノ部分即チ教唆ノ目的タル犯罪行為ノ範圍内ニ於テ其責ニ任スヘ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

中ニ包含セラル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為ノ程度ヲ一定セザ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為ニ付テハ全部其責ニ任セサルヘ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カ其人ヲ謀殺シタルトキハ縱令教唆者ノ意思ハ故殺ニ在リシト雖モ決シテ謀殺ノ責ヲ辭スルコトヲ得ス又單ニ人ノ財物ヲ取レヨト教唆セシ場合ニ於テ被教唆者強盜ヲ行ヒタルトキハ教唆者モ亦其強盜ノ責ニ任セサルヘ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強盜モ共ニ人ノ財物ヲ取ル行為ノ範圍内ニアレハナリ

〔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犯罪ノ豫備行為ヲ指スニアラスシテ犯罪ノ實行方法ヲ謂フナリ凡ソ犯罪行為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ズ初メヨリ其犯罪ニ附着スル所ノ輕重ナリ例

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常ニ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テハ二者ノ輕重相同シカラサルナリ此ノ如キ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カ程度ヲ制限セザレハ教唆者ハ事ヲ指定スルモ常ニ正犯ノ責ニ任セサルヘ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ズ犯罪實行ノ方法ニ因テ以テ之カ輕重ヲ爲ス場合ヲ謂フナリ例ヘハ盜罪ノ如シ人ノ財物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或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素ト唯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犯罪ノ輕重常ニ同シカラサルナリ此ノ如キ場合ニ於テハ豫メ犯罪ノ方法ヲ定メテ之カ程度ヲ制限セザレハ教唆者ハ屢其犯意外ノ責任ヲ負ハサルヘ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カ實行ニ任セシメタルトハ則チ所謂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依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非シムルノ意思ヲ有セシモノニア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唯其輕キ部分ハ重キ部分ニ包含スルカ故ニ其責ヲ辭スルコトヲ得ス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ザルヘ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ヘカラス即チ民法中ニ之カ規定ヲ設クヘ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行刑法依然トシテ行



ハル、間ハ縦令民法ニ於テ明カ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删除シ親屬ノ關係ハ民法上  
ニ於テモ亦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夫レ或ハ  
總當ヲ得タルモノナラシカ

第一編 刑罰編

第一章 總論

刑罰ナル文字ハ素ト支那語ニシテ歐洲諸國ニ於テ慣用スル刑罰ノ文字ト其意義  
ヲ同フスルモノニアラス歐洲諸國ノ刑法ニ慣用スル刑罰ノ文字ハ其源ヲ羅甸語  
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我國ニ在リテ  
ハ法語ノ根源ヲ探究スルニ違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ヰタル刑罰ノ文字ハ支那語ノ刑罰ニアラサルコトヲ知ラ

サルヘカラス

支那語ニ所謂刑罰ノ刑ノ字ハ素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拔キ之ヲ威嚇シ其  
水ヲ飲ムコトヲ制スルト謂フニ在リト言フ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素ト罰ノ字ニ  
シテ刀罵ニ從フト言フ辭源ヨリ來ル即チ刀ヲ以テ人ヲ罵ルトキハ其人怒テ我ニ  
敵セント欲スルモ我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ズ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ヘカラス而シテ其痛苦ハ或ハ身體ニ對スルア  
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產ニ對スルアリ其最モ  
甚シキモノハ即チ身體ニ對スル痛苦ニシテ死刑ハ其適例ナリ今日我現行刑法ニ  
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  
 夫レ此ノ如ク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  
 ナシテ必ス大痛苦ヲ感セシムルノ效力ヲ生セサルヘカラス犯人ナシテ痛苦ヲ感セ  
 シムルニ付テハ果シテ如何ナル程度ニ於テスヘ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減少セシムルコトヲ努メテ以テ自ラ策  
 ノ得タルモノト爲スアリ論者ノ旨趣固ヨリ嘉スヘ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ヘ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  
 ナ失ヒ痛苦ハ其程度ヲ越エタリ佛國革命ノ時ニ當リ革命ノ着手トシテ巴里ノ監  
 獄ハスナチ一ニ破壞セシカ如キモ亦當時ノ民心大ニ刑罰ノ殘酷ヲ惡ミシノ一證  
 ナリ又我國徳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  
 モ亦大ニ寒心スヘキモノアリ死刑ニシテ火刑アリ磔刑アリ鋸刑アリ斬刑梟首等

ノ刑アリ體刑ニシテ鞭管杖等ノ刑アリテ其殘酷殆ント名狀スヘカラサルモノア  
 リテ今日ニ至リ日ニ月ニ監獄ノ改良ヲ圖リ全ク昔日ノ舊態ヲ一洗シ殆ント將ニ  
 反動ノ弊害ヲ見ントスルニ至レリ想フニ論者ハ事ヲ圖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益人口ノ増加ヲ來シ各人生活ノ困難亦日々ニ急迫  
 ナ加ヘ生存競争ノ結果其那邊ニ底止スルヲ知ラス此ニ於テ乎大ニ貧富ノ懸隔ヲ  
 生シ富者ハ益富ミ貧者ハ益貧シ其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理由ナキニアラサルナリ彼ノ罪ヲ犯ス者其先天的  
 ニ出ツル者ハ暫ク之ヲ措キ誰カ自ラ罪辟ニ陥ルヲ好ン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途ナキヨリ忽チ不良ノ念ヲ起シ遂ニ  
 良民ヲ害スルニ至ルモノ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畏シキニトナ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  
 ルヘシ然ラハ則チ今日犯罪ノ數益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ズ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ヘ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シテ罪惡ヲ犯サントス豈痛歎ニ堪ユヘ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マ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ス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ズシテ徒ラニ名ヲ文明ニ藉リ以テ監獄ノ目的ヲ誤ラントス是レ余カ遽カニ論者ノ説ニ左袒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寛ニ失シ刑罰ノ目的ニ適スヘ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アラ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此ノ如ク犯人ヲシテ痛苦ヲ感セシムルモノナラサルヘカテ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ヘ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箇ノ方法アリ

- (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

此三箇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善良ナリト言フヲ得ヘシ然ルニ輓近一説ヲ爲ス者アリ曰ク刑法ハ唯刑罰ノ性質ヲ規定スレハ可ナリ其長短並ニ分量ノ如キハ是レ決シテ裁判官ノ與リ知ルヘキモノニアラス裁判官カ犯罪ヲ審理スルニ當リテハ唯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アラ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セハ裁判官ハ何ノ標準ニ依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ヘク決シテ犯人ニ適當スル刑罰ナリト謂フヘカラス故ニ裁判官ヲシテ刑ノ長短並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ヘ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ヘ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之ニ反シテ若シ改悛スヘキ者

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此ノ如キ犯人ノ爲人ヲ明カニスルコトハ唯裁判官訊問ニ因リテ看破スヘキモノニアラスシテ少ク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ヘク而シテ其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長キ自由刑ヲ科シ或ハ短キ自由刑ヲ科スヘ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ヘカラス例ヘ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アラ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擇フカ如キコトアラハ患者ノ疾病ハ到底其平癒ヲ期スヘ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ク之ヲ司獄官ニ一任セサルヘ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ス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ノコトヲ望ムモ到底行ル、ノ論ニアラサルナリ試ニ一步ヲ讓リテ自由刑ノ適用ハ之ヲ司獄官ニ一任スヘ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テ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如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ヘカラス  
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ヘシト言フニアラス唯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ヘカ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ヲ區別スヘキモノニアラサルナリ例ヘハ竊

盜罪ハ何人カ之ヲ犯スモ之ニ科スヘキ刑罰ハ常ニ竊盜罪ノ刑罰ナラサルヘカラス但其刑ノ執行ニ至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刑法第十五條乃至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アラサレハ刑ヲ行ハス

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體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ニ任セサルヘカラス他人代リテ其責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ニ任スヘキモノニアラサルナリ或ハ犯人ニ代リテ刑ヲ受ケ或ハ其刑三親九族ニ及フカ如キハ是レ未ダ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值ナキナリ然レトモ罰金ニ關シテハ或ハ論議ヲ挾ムモノナキニアラス曰ク罰金ハ自

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ガ故ニ先人ノ罰金ハ必ス之ヲ辨濟セザルヘ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ヘシ刑ハ一身ニ止ル原則ニ從ヒ必ズ子孫ニ及フヘキモノニアラサルナリ

此性質ヲ具備シタル後チ之ヲ刑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ア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ヘキモノトセリ姪婦ニ關シテモ亦分婉後一百日ヲ

待ツノ制限アリ(第十三條及ヒ第十五條)

(3) 刑罰ハ死刑ヲ除クノ外身體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ニ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待ツニアラ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概論スル所アルヘシ

### 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ン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增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  
之ヲ除去スヘシト云ヒ或ハ死刑ハ之ヲ刑法ニ規定シテ唯其執行ヲ廢止スヘシト  
云ヒ或ハ其執行ヲ廢止セスシテ單ニ之ヲ停止スヘ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  
シ往昔ニ在テハ屢之ヲ行フノ必要ナリシヤ疑ヲ容ルヘ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ヘ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ト同一ノ效  
力ヲ生スヘキ特別ノ刑罰ヲ以テスルヲ得ルトキハ則チ必ス之ヲ適用セサルヘカ  
ラスト謂フヘキニアラサルナリ死刑ハ如何ナル場合ニ於テモ社會ト相離ルヘカ  
ラサルノ關係ヲ有スルモノニアラサルナリト

第二說ニ曰ク若シ死刑ハ正當且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ハ

曰ク凡ソ刑罰ハ社會ニ及ホス危險ノ程度ニ相應セサルヘカラス今人ヲ殺ス者ア  
リトセンニ社會ノ危險之ヨリ大ナルハナシ此危險ヲ防遏センカ爲メニ死刑ヲ行  
フ是レ罪刑相應スルニアラ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ヘシト雖モ之ヲ與フヘキモノ  
ニアラス其與フヘ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ヘシ  
ト言ハ、誰カ復讎主義ノ再演ヲ疑フ者アラシヤ死刑ノ不正不當ナルコト多辯ヲ  
須ヒサルナリト

死刑廢止論ノ概要此ノ如シ余ハ論者ノ說ニ左袒スル者ニアラス聊カ所信ヲ述ヘ  
テ以テ死刑ノ正當且必要ナルコトヲ明カニセントス  
余ハ今日一般ノ學說死刑廢止論ニ傾向スルニ拘ハラス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センニ凡ソ死刑ヲ科ス

へキモノハ社會ニ於テ最モ嫌惡スへキ殘忍ナル者及ヒ貪慾ナル者ニ限ルナリ前者ハ即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產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依テ以テ保護セント欲スル身體財產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モノナレハ其危險ヤ實ニ豫知スへ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唯其罪ノ成ラザ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唯死刑アルノミ

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へキノ業ニアラ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々多キコトヲ知ラハ即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ナリ又或ハ法律上

自由ヲ得ルノ途アリ即チ大赦特赦ノ恩命是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カ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實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ヲモ尙ホ之ヲ保ツへカラザラントス夫レ此ノ如クニシテ而シテ無期徒刑ハ能ク社會ノ危害ヲ防過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徒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へキナリ且死刑ニ代フルニ無期徒刑ヲ以テスへシトナスハ是レ其犯人ヲシテ終身此社會ニ出ツルナカラシメントチ期スルモノナリ社會ノ人ニアラ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へキ犯人ノ増加ヲ來シタルコト甚々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ノトスカール州ハ死



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ク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犯人ニ對シ未タ曾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プリユ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蕪シ五百十八人ノ割合トナレリヒスマルク公ノ意見ニ依リ千八百七十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一國佛蘭西國モ亦死刑ヲ廢止セリ

自由刑

刑罰ニ因ラサル自由ノ剝奪

伊太利ニ於テ死刑廢止後奇帷ノ實例ヲ出セリ同國ナッフ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ノ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以テ死刑廢止論者ノ根據ヲ敗ルニ足ラン以上詳論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ン廢止論者ノ妄亦甚クシ

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レアル者ニ對シテ監禁ノ處分ヲ行フコトヲ得

以上ハ民法若シハ行政法ニ於テ規定スヘ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ヘ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キ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ヲ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ス勾留狀ヲ以テセサルベ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唯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ニ之ヲ設ケ拘留所ハ監獄署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ニ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ヲ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

刑罰ニ因ル自由ノ剝奪

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唯之ニ關スル事項ノ概要ヲ説クニ止メム

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ダ完備セサルヲ以テ裁判ノ進行モ亦大ニ遲滞ヲ極メ一旦獄舎ニ投セラレタル者ハ判決ヲ待タスシテ牢死スル者甚ダ多カリシ畫工堯齋誤テ獄ニ投セラレ後出獄シテ其實況ヲ繪畫ニ寫シ之ヲ世ニ公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劃ヲ定メ僅ニ一坪ニ二三十人ヲ入ラシメ其有様百數ノ大根ヲ以テ之ヲ一小桶ニ鹽漬ニスルニ等シク其慘狀殆ン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ントスルノ傾向アリ犯人ノ減少ヲ望ムモ夫レ得ヘケンヤ

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ヘク又期間ニ於テ其長短ヲ區

別スルコトヲ得ヘ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ナリ而シテ此二個ノ目的ヲ達スルニ付キ適用スヘ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ケテ無期徒刑ト謂フ一ハ國事犯ニ科スヘキモノ之ヲ名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ナリ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、危害ヲ爲スノ途生スルコトナ

自由刑ノ期間

ケレハナリ然レトモ自由刑ノ目的ハ唯之ニ止ラス尙ホ進ン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ヘ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舍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ヘカラスト此說タル一時大ニ勢力ヲ有シ佛國大革命ノ際ノ如キハ此說ヲ採テ以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リ佛國ノ如キ一旦之ヲ廢止シタルニ拘ハラス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箇ノ制度ハ無期刑攻撃者ノ批難ヲ避クルニ於テ餘アリ且無期刑ハ必ス之ヲ存セサルヘカラスト理由アリ若シ死刑廢スヘカラストセンカ無

期刑ナクン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  
 ノ輕重ヲ配量シ重キハ最長期ヲ科シ輕キハ最短期ヲ科スコトヲ得ヘシト雖モ  
 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  
 如何セム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如何セム  
 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他  
 アランヤ無期刑ノ發達シテ止マサル所以ノモノ得テ知ルヘキノミ  
 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  
 ン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ン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是ニ由テ之ヲ觀レハ  
 今日特赦ノ奏效極メテ薄弱ナルコトヲ知リ得ヘク論者ノ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亦酷評ト云ハサルヘカテ

大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  
 ニ之ヲ以テ直チニ特赦自體ノ罪ナリトシ社會ニ寸效ナキ方法ナリト云フニ至  
 テハ余輩論者ノ輕忽ニ驚カスンハアラス今日ノ司獄官ハ大ニ學識ニ長シ經驗  
 ニ富ミタル者ノミナリ以テ之ヲ充タセリト謂フヘキニアラ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被ムランコトヲ企ツル者  
 往々之アルヲ見ルナリ司獄官之ヲ察セスシテ猥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  
 歸セントスルハ抑モ亦誤レルノ甚タシキモノト謂ハサルヘカラス今日特赦假  
 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  
 亦其任用ヲ重ン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均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ヘカラス豈公平ノ刑罰ナリト謂フヘケンヤト是レ

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ヘシトノ觀念ヲ起スヨリ其人ヲ刺撃スルモノハナシ而シテ其刺撃ハ老若ト壯者トニ依リテ異ルモノニアラサルナリ且無期刑ノ目的ハ勞役期間ノ長短ヲ問フモノニアラ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モノト謂ハサルヘカラス

(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ヒ輕禁錮即チ是ナリ此二者ハ共ニ十一日以上五年以下トス但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

乙

ノ刑名ヲ設クルノ必要ナギ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キ二種ノ刑名ヲ定ムルノミ重罪ノ自由刑ヲ懲役ト名ケ有期刑ニ付テ一日以上十五年トナシ輕罪ノ自由刑ヲ拘留ト名ケ一日以上三十日以下トセリ

### 第二項 自由刑ノ制度

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闘ハスル所モ亦爰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、ルヘカラサルモノナレハ必ス犯罪防遏ノ主義ニ出テソヨリハ寧ロ懲戒主義ニ據ラサルヘ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旨趣ニ反セサルコトヲ努メサルヘ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司獄官ニ其人ヲ要スト云フ決シテ故ナキニアラス

有期刑ニ二主義アリ監獄主義及ヒ徒刑主義即チ是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在リ之ニ反シ徒刑

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圖ルヘシト云フニ在リ此二主義ハ各國其探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夙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ヘシ

### 第一、監獄主義

此主義ノ目的ハ雷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シメカ爲メニ囚徒ノ階級ヲ設ケ刑ノ執行中行狀善夏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爲スモノナルカ故ニ屢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努ムルモノ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ナ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其主義ノ善良ナルカ爲メニアラ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ソカ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ヘ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ク容易ニシテ唯不善不良ノ計畫ノミ是レ攻究シテ益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フ他囚ハ皆其下ニ立テテ犯罪實行ノ效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乎一旦罪ヲ犯シ獄

ニ投スルヤ縦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ヘカラス再犯又再犯ヲ重ネ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アラサルナリ雜居主義ノ弊害此ニ至リテ極レリト謂フヘシ論者或ハ曰ハノ監獄内ニハ看守アリ看守長アカ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ント能クスヘキニアラ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 是レ雜居主義ト後ニ論スヘキ獨房主義ノ利弊ヲ折衷シタル主義ナリ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唯此主義ハ囚徒ニ對シテ甚ク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ルノ機會アラシヤ夫レ禽獸スラ尙ホ且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庶幾シト雖モ刑罰ハ素ト痛苦ヲ與フルヲ以テ其目的ト爲スモノナレハ囚徒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

此主義ハ始メテ米國ニユイヨルシニ於テ實行セシ所ニ係ルヲ以テ或ハ之ヲ稱シテニユイヨルシ主義ト云フ今日最も多ク行ハル、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各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爲シ互ニ共通ヲ許サ、ルヲ以テ同國ニ於ケル監獄費ノ巨額ナルハ殆ン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) 獨房主義ハ其初ニ在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爲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唯同囚間ノ隔離ヲ爲スニ止マリ獄吏、教誨師、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獨房ニ在リテ囚徒ハ單獨ノ勞役ニ期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ント完全ニ庶幾キ獄制ナリト稱ス然レトモ茲ニ起ル所ノ問題ハ即チ獨房期間ノ長短ナリ其始ニ當テハ獨房ニ入ルヘ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、リシ後ニ至テ其主義一變シ獨房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見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其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爲シ那威國ニ於テハ四年ト爲シデンマルクニ於テハ三年半ト爲シ獨逸及ヒ埃太利ニ於テハ三年ヲ以テ最長期ト爲セリ

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シ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ン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



囚ニ適當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ヘシトセハ刑罰ノ執行其寬嚴ヲ顛倒スルニ至ルナリ是ニ於テ乎獨房主義ノ執行ニ付キ一ノ方法ヲ案出セリ凡ソ囚徒ハ殆ント精神病者ト異ル所ナシ病者ヲ治スルニハ先ツ癡癲病院ニ入ラシメ病者ノ精神ノ偏長セル所ヲ探テ以テ其發達セサル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テ其方法ハ農業、體操、水上操練等ヲ以テスヘシ佛國メツトレ一懲治場ニ於テハ能ク少年犯人ヲ感化ス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努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ン

其方案ヲ名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ン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セ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ン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此ノ如クシテ英國ハ一方ニ於テ再犯者ヲ内地ヨリ遠ケ他ノ一方ニ於テハ大ニ殖民地ノ開發ヲ圖ルコトヲ努メタリ彼ノ澳太利殖民地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アラ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 囚徒ノ初期九个月間ハ之ヲ獨房ニ入ル此期間行狀善良ナル者ニ對シテハ一个月ヲ減ス若シ之ニ反スルトキハ一个月ヲ増加ス

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ム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  
 爾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、爲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

ニ付テ之ヲ論スヘシ)假出獄ハ未ダ確定ノ出獄ニアラサルヲ以テ特赦ト同一視スヘキモノニアラス獄外ニ於テ自由ニ刑ノ執行ヲ爲スモノト謂フテ可ナラン假出獄ノ制度ハ洵ニ善シ之ヲ濫用セサルニ於テハ大ニ其效ヲ奏スヘシ然レトモ今日我國ノ現狀ニ照シテ之ヲ觀ルニ轉慨然ニ堪ヘサルモノアリ我國ノ法律ニ依レハ獄則謹守ノ事實ヲ以テ假出獄ノ要件ト爲セリ是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ネシテ而シテ屢獄吏ヲ欺ク一旦社會ニ出ツルヤ忽チ假面ヲ脱シ罪ヲ犯シテ而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シ獄則ニ觸レ假出獄ノ恩典ニ浴スル能ハサルコトアリ此ノ如ク前者ハ屢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ノハアラサルナリ假出獄ハ之ヲ用ユル其宜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遂ニ一大弊害ヲ醸スニ至ル其局ニ當ル者慎マサルヘ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

ル原則ヲ舉クレハ左ノ如シ

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ヘシ

第四原則 假出獄ヲ許スニ付テハ囚徒ノ行狀改悛ノ見ルヘキモノナカルヘ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然ルニ此身分録ヲ調製スル者ハ看守ノ職務ナルカ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ヘカラス故ヲ以テ若シ看守其人ヲ得ル時ハ監獄ノ制度大ニ其效ヲ奏スヘシト雖モ事態之ニ反スル時ハ則チ管ニ奏效ヲ見ル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リト云ハサルヘカラス我國從來極メテ獄吏ヲ賤視シ下タスニ牢番ノ名ヲ以テス故ニ有爲ノ士皆之ニ赴クヲ好マズ遂ニ假出獄ノ良法モ惡法ノ誹リヲ招カントスルニ至ル豈慨嘆ニ堪エンヤ余ハ切言ス今日ノ急務看守ノ養成ヨリ緊要ナルバナシト

第五原則 假出獄許否ノ權ヲ有スル者ハ内務省ナリ即チ内務省ハ典獄ノ申請ニ依リ之レヲ與フルモノトス

第六原則 假出獄ハ之ヲ取消スコトヲ得假出獄中更ニ重罪輕罪ヲ犯シタルモノハ直チニ出獄ヲ停止シ出獄日數ハ刑期ニ算入スルコトヲ得サルナリ又期限内更ニ重罪輕罪ヲ犯シタル者ハ爾後假出獄ヲ許サス

第七原則 假出獄中ハ治産ノ禁ヲ解ク假出獄ヲ得タル者自ラ産業ヲ營ムコト能ハサレハ再ヒ罪ヲ犯スノ恐アリ故ニ此種ノ者ヲシテ産業ヲ營マシメンカ爲メ出獄ヲ許ストキハ刑期限内停止セラレタル禁治産ヲ解クモノトス

第八原則 假出獄中出獄者ノ身分ヲ監視スルノ必要アリ其獄内ニ在ルヤ司獄官ハ仔細ニ之ヲ監査スルコトヲ得ヘシト雖モ一旦假出獄ヲ得テ社會ニ相伍スルニ至レハ其監査ノ方法極メテ困難ナラサルヲ得ス是レ實ニ刑法附則ニ於テ特別監視ノ制度ヲ設クルニ至レル所以ナリ

夫レ假出獄ノ制タル犯人ヲシテ漸次改善ニ導キ再犯ヲ防遏スルノ手段トナルノミナラス又監獄費ヲ節減シ人民ノ負擔ヲシテ益輕カラシムルコトヲ目的トス然リト雖モ一朝之ヲ施スノ道ヲ誤ランカ是カ爲メニ刑法ノ威嚴ヲ失墜シ刑罰ノ制裁ヲシテ無效ヲラシム假出獄ハ猶ホ利刀ノ如キカ其使用ノ方法如何ニ依リテ或ハ敵ヲ斬リ或ハ身ヲ損セン之カ適用亦大ニ慮ラサルヘカラス果シテ然ラハ假出獄ノ目的ヲシテ十全ナラシメンニハ如

何ナル條件ヲ要スルヤ左ニ之ヲ説カム

第一條件 假出獄ヲ許スニ付テハ囚徒ノ出獄後善良ノ人民トナルヲ得ヘキ準備ヲ設クルコトヲ要ス

準備トハ何ソヤ曰ク免囚保護會社ノ設立是ナリ此會社ノ設立ナクハ到底假出獄ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルナリ一言此會社ノ必要ナル所以ヲ述ヘントス

凡ソ人ノ罪ヲ犯スヤ必ス之ヲ犯サ、ルヘカラサルノ必要ニ迫リ而シテ後々之ヲ犯スニ至ルモノナリ之ヲ換言スレハ社會ノ信用地ニ墜テ生活ノ途ヲ得ル能ハサルヨリ遂ニ犯罪ヲ行フニ至ルモノナリ夫レ人未タ囚徒タラサル前既ニ社會ノ信用ヲ失フトキハ其一旦投獄セラル、ニ及ヒテハ其信用ノ滅失スル一層甚ダシクシテ縱令假出獄ヲ得テ以テ社會ニ出ツルコトアルモ誰カ之ニ資本ヲ投シテ業ヲ營マシメ或ハ賃金ヲ與ヘテ以テ之ヲ雇フ者アランヤ夫レ此ノ如クニシテ出獄者ハ到底社會ニ伍シ正道ニ就クノ途ヲ得ルコト能ハス遂ニ再ヒ罪ヲ犯スノ止ムヘカラサ

ルモノアルニ至ル是レ實ニ免囚保護會社ノ一日モ無カルヘカラサル所  
 以ナリ生業ヲ得サル免囚者ヲシテ悉ク此會社ニ入ラシメ各其長所ニ從  
 ヒテ之ヲ使役シ以テ出獄者ニ生活ノ途ヲ得セシメンカ焉ソ好シテ罪ヲ  
 犯ス者アラフヤ況ンヤ遷善悔悟ノ道ニアル假出獄者ニ於テオヤ假出獄  
 ノ制度玆ニ至ツテ完備セルモノト謂フヘシ我國未タ多ク此種ノ會社ノ  
 設立ヲ見ル能ハス其假出獄ニ付テ完全ノ結果ヲ收ムル能ハサルモノ故  
 ナキニアラサルナリ

歐洲諸國ニ於テハ到處免囚保護會社ノ設ケアラサルハナシ然レトモ是  
 レ決シテ政府ノ事業トスヘキモノニアラス蓋シ政府ハ犯人ヲ懲罰スル  
 ノ地位ニアリテ會社ハ之ヲ憫恤スルノ地位ニアリ二者相容レサルノ性  
 質ヲ有スルモノナレハナリ

論者或ハ曰ク免囚ニ對シ特別會社ノ下ニ於テ生活ノ途ヲ得セシムルハ  
 洵ニ善シ然レトモ彼ノ道路ニ食ヲ乞フ者ニ對シテ何等ノ保護ヲ與ヘス  
 特別制度ノ設ケヲ爲サ、ルハ抑モ亦權衡ヲ失フモノト云ハサルヘカラ

ス免囚ハ既ニ社會ニ對シ一旦危害ヲ加ヘ刑法ノ罰スル所ト爲リタルモ  
 ノナリ然ルニ尙ホ之ニ對シテハ特別ノ保護ヲ與フルコトヲ爲シ未タ社  
 會ニ對シテ何等ノ危害ヲ加ヘタルコトナキモ居住ナク衣食ナク親子夫  
 妻相別離シ身ニ襁褓ヲ纏ヒ路傍食ヲ求ムル者ニ對シテハ毫厘ノ保護ヲ  
 與フルコトヲ爲サス抑モ地位顛倒ノ極ト云ハスシテ可ナラフヤ善良ニ  
 シテ貧ヲ守ル者ハ之ヲ能ク救フ者ナク不善ニシテ罪ヲ犯ス者ハ特別保  
 護ニ浴スルコトヲ得ルトセハ貧者タルコトヲ欲セスシテ罪人タラフコ  
 トヲ希望スル者ヲ出スナシトセサルナリト論者ノ言實ニ然リ免囚保護  
 會社起ルトキハ則チ必ス貧民救助ノ途モ講セサルヘカラス此ノ如ク一  
 方ニ於テ初犯者ヲ防キ一方ニ於テ再犯ヲ防遏セハ庶幾クハ犯人ノ數ヲ  
 シテ減セシムルコトヲ得ン

第二條件 是レ假出獄者ニ對スル監視ナリ監視ノ制度ハ其特別監視ト普  
 通監視トサ問ハス決シテ完全ナルモノナリト謂フヲ得ス其弊多クシテ  
 而シテ其利少ナキナリ是ヲ以テ改正刑法草案ニ於テハ現行刑法ノ監視

制度ヲ廢シ僅カニ名稱ハ之ヲ保存セルモ其制度ニ至リテハ全ク同一ノモノニアラス抑モ監視ハ其目的再犯ヲ豫防スルニアリ故ニ此目的ヲ達セントスルニハ警察官ヲシテ出獄者ヲ監査セシメサルヘカラス然ルニ現在人口ト警察官ノ員數ヲ比例スルニ東京ニ在テハ人口百ニ對スル警官一人地方ニ在テハ平均人口五百ニ對スル僅カニ警官一人アルノミ此少數ナル警察官ヲ以テ此多數ノ犯人ヲ監視セントス是レ本ニ縁リテ魚ヲ求ムルノ類ノミ監視制度ノ效ナキ知ルヘキノミ又之ヲ實際ニ徵スルニ人ノ罪ヲ犯シ刑ヲ受クルヤ其執行ヲ終レハ則チ法律上敢テ一般人ト異ナル所ナシ然レトモ社會ノ公衆ハ尙ホ彼ヲ以テ罪人トスルコトヲ忘レズ之ト相齒スルヲ喜ハサルナリ然ルニ監視ノ規則アリテ彼ヲ羈束シ警察官ハ時々其家ニ出入シ監視人ハ屢警察署ニ往來セサルヘカラス是ニ於テ世人ハ益其監視人ニ注目シ社交上ノ困難愈甚シキヲ加フ且監視人ハ身體ノ自由ヲ制限セラル、ヲ以テ旅行ヲ爲スニ付キテモ警察署ノ許可ヲ要シ宿泊スルコト付キテモ亦許可ヲ要シ生業上ノ自由ヲ失フコト

甚ク大ナルカ故ニ或ハ再ヒ罪ヲ犯スノ止ムヘカラサルニ至ルナリ然ラハ則チ監視制度ハ犯罪ヲ豫防セントシテ之ヲ設ケ却テ再犯ヲ養成スルノ制度トナル豈一驚ヲ喫セサランヤ監視ノ有害無益ナルコトハ識者ヲ俟テ後チ之ヲ知ラサルナリ

今ヤ監視制度ノ説明ヲ終ルニ臨ミ改正刑法草案ノ規定ニ係ル刑ノ執行猶豫ニ付キ一言セントス

改正刑法草案ニ於テ刑ノ執行猶豫ノ規定ヲ設ク是レ歐洲諸國ノ刑法ニ所謂條件附裁判ト稱スルモノナリ歐洲ニ於テ始メテ此制度ヲ行ヒタルハ白耳義國ナリ實ニ千八百九十年此制度ヲ設ケ初犯ニシテ六個月以下ノ處刑ヲ受ケタル者ハ其刑ノ確定後一定ノ條件ニ從ヒ刑ノ執行ヲ猶豫スルコトヲ許シタリ

刑ノ執行猶豫トハ初犯ニシテ短期ノ刑ニ處セラレタル者ニハ一定ノ條件ニ依リ其刑ノ執行ヲ猶豫シ若シ其條件ニ違ハサルトキハ未ダ刑ヲ科セサルモノト同視スト云フニ在リ初メ司法省ニ於テ此案ノ議ニ上ルヤ委員中

反對者多クシテ容易ニ決セス其説ニ曰ク此制度ハ刑法ノ精神ニ反スルモノニシテ到底之ヲ設クヘカラサルモノナリ何トナレハ罪アレハ爰ニ刑ヲ科シ刑ヲ科スレハ爰ニ之ヲ執行セント欲スレハナリ然ルニ刑ヲ科シテ而シテ之ヲ執行セストセハ初メヨリ之ヲ科セサルノ勝レルニ如カスト是レ一理ナキノ論ニアラサルナリ然レトモ余輩ト感テ同クスル論者ハ曰ク刑ノ執行猶豫ハ絶對的ニ刑ヲ執行セスト謂フニアラス若シ夫レ刑ノ執行猶豫ハ全ク刑ノ執行ヲ爲サスト云フニアラシメハ論者ノ駁論固ヨリ當レリ然レトモ余輩ハ決シテ全然其執行ヲ爲サスト云フニアラスシテ單ニ其執行ヲ猶豫セント云フニアルノミ故ニ縱令一旦刑ノ執行猶豫ヲ受ケタル犯人ト雖モ之ヲ許スノ條件ニ違背センカ直チニ之ヲ取消シ以テ刑ノ執行ヲ爲スコトヲ得去レハ之ヲ以テ刑法ノ精神ニ違背スルモノナリト云フハ非ナリ論者或ハ曰ハソ刑ノ執行猶豫ハ一定ノ期間内再ヒ罪ヲ犯サ、ル時ハ先ニ科シタル刑ハ當然消滅ニ歸スルモノト爲ス然ラハ則チ條件ヲ具備スルニ於テハ全然刑ヲ科セザルト同一ニ歸スルモノナリ是レ刑法ノ精神ニ

反スルモノニアラスシテ何ソヤト余ハ試ニ反對論者ニ問ハン論者ハ現行刑法ニ規定スル假出獄ノ制チ是認スルモノニアラスヤ刑ノ一部ノ執行ハ之ヲ猶豫スルコトニ同意シテ其全部ノ執行ヲ猶豫スルニ至テ反對セントスルハ五十歩百歩ノ笑ヲ來タスナキヲ得ンヤ抑モ假出獄ノ條件ヲ遵守シテ刑ノ執行ヲ免ル、ト執行猶豫ニ依テ刑ノ執行ヲ免ル、ト二者ノ間果シテ如何ノ差異アルカ論者ハ畢竟其一ヲ知リテ未タ其二ヲ知ラサル者ト謂ハサルヲ得ス特ニ假出獄ハ行政處分ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ許シ刑ノ執行猶豫ハ裁判官ノ行爲トシテ之ヲ宣告ス二者決シテ其科ヲ同フシテ論スヘキニアラサルナリ是ニ於テカ改正刑法草案ハ遂ニ此制度ヲ創設スルニ至レリ

刑ノ執行猶豫ヲ率先シテ實行シタル者ハ白耳義國ナリ然レトモ是レ決シテ同國ノ發明ニ係ルモノニアラスシテ往昔之ニ類似ノ制度ヲ行ヒタル國ニ倣フタルナリ米國ニ於テハ夙ニ監獄問題ニ注目シ彼ノ米國獨立戰爭ニ於テ有名ナルフランクリン氏ノ如キハ獨リ農業ニ熱心ナルノミナラス監

獄制度ニ於テモ亦發明シタル所多シ前ニ説明シタルフヒラデルフヒヤ主義ノ如キハ實ニ同氏ノ發明ニ係ル所ノモノナリ米國ニ於テハ嘗テ私宅監禁ノ制度ヲ設ケ大ニ監獄費ノ減少ヲ圖レルコトアリ日本ニ於テモ昔時武士ニハ屏居ヲ命セシコトアリシ東西其揆ヲ同フスルハ奇ト謂フヘシ英國ニ於テハ自由刑ヲ減シ之ニ代フルニ金刑ヲ以テシタリ是レ皆政府ノ支出ヲ減スルノ方法ニアラサルハナシ此等ノ制度一變シテ假出獄ノ制度トナリ假出獄ノ制度又一變シテ刑ノ執行猶豫ノ制度トナリタルナリ

白耳義ニ於テハ刑ノ執行猶豫ノ制ヲ設ケ一方ニハ監獄費ヲ減少スルノ一策ト爲シ他ノ一方ニハ罪惡感染ノ弊害ヲ防シノ方法トセリ然レトモ一利害ハ事物ノ免レサル所ナレハ縱令此制度論理上完全ナリトスルモ之ヲ適用スル其宜シキヲ得サル時ハ則チ大ナル弊害ヲ生スルコトアルヘシ嘗テ聞ク白耳義ニ於テハ稍此制度ヲ濫用セシカ爲メニ微罪ヲ犯スモノ漸ク増加スルニ至レリト余輩又此弊ニ付キ大ニ憂慮スル所アリ刑法改正草案ニ於テハ猶豫ノ許否權ヲ以テ之ヲ判事ノ全權ニ放任セスシテ檢事ノ請求

ヲ俟ツテ始メテ之ヲ決定スルコト、爲セリ

## 第二、徒刑主義

徒刑主義ハ監獄主義ノ制度到底犯人ヲ懲戒スルニ足ラス之ヲ普通人民タラシムルハ望ムヘキノ業ニアラスト爲セルヨリ始メテ發生シタル所ノ一主義ナリ此主義ニ從フトキハ凡ソ一旦罪人タル者ハ縱令眞ニ悔悟シテ善良ノ人ト爲ルモ社會ノ公議ハ之ヲ普通人視セスシテ終生罪人視セントス既ニ普通人ト同等ノ地位ヲ得セシムヘカラストセハ一旦罪ヲ犯シ刑ヲ受ケタル者ハ之ヲ内地ノ獄ニ投セス直チニ殖民地ニ追放スルニ若クハナシ是レ管ニ内地ニ於ケル再犯者ヲ掃蕩スルノ利益アルノミナラス又以テ殖民地ヲ開拓スルノ利益アリ今日歐米諸國ノ殖民地ヲ有スルモノ之カ發達ヲ圖ルニ於テ最モ困難ヲ感スル所ノモノハ土地ノ狹隘ナルニアラスシテ實ニ之ニ要スル人員ノ缺乏ニ在リ此時ニ當リ囚徒ヲ移シテ以テ大ニ之ヲ利用センカ殖民地ノ開發期シテ待ツヘキノミト

余輩ヲ以テ之ヲ見レハ徒刑主義ハ未ダ必スシモ之ニ左袒スルヲ得ス今其弊害



ノ概要ヲ舉レハ第一、殖民地ヲ開拓スルニ付キ其初メニ當リ極惡ノ囚徒ヲ使用スルハ是レ殖民地ニ惡風ヲ胎スノ方法ナリ苟モ自國ノ邦域ヲ造ルニ於テ施スヘキ所ノモノナランヤ第二、徒刑主義ハ囚徒ヲ島地ニ派遣スルニ付キ莫大ノ費用ヲ要スルコト即チ是ナリ而シテ其島地ノ遠隔ナルニ從ヒ其費用益増大ト爲リ恰モ一ノ遠征隊ヲ派遣スルニ同シ而シテ殖民地ヲ開拓スルノ利益ハ以テ此等ノ費用ヲ償フ能ハサルナリ第三、此主義ニ於テハ囚徒ヲ遇スル多少寛大ニシテ自由ヲ與フルコトモ亦之ヲ内地ノ獄舎ニ在ル者ニ比スレハ同日ニシテ而シテ論スヘカラサルモノアルカ故ニ内地ノ獄舎ニ在ル者ハ此利益ヲ得ンコトヲ希ヒ故ラニ重罪ヲ犯シテ徒刑ニ處セラレノコトヲ希フ者ヲ見ルニ至ルアリ此主義夫レ此ノ如ク許多ノ弊害アルヲ以テ先年歐羅巴ニ開キタル監獄會議ニ於テ遂ニ此主義ヲ全廢セリ

以上獄制ノ二主義ニ付テ其概要ヲ述ヘタリ今ヤ進ンテ刑法ニ關スル自由刑ノ執行ニ付テ少シク論述スル所アラントス

### 第三項 自由刑ノ執行方法

自由刑ノ執行方法

刑法ハ各種ノ刑ヲ定メ裁判所之ヲ宣告ス裁判所ハ之ヲ宣告スト雖モ之ヲ執行スルモノニアラス刑ノ適用ト刑ノ執行ハ二者全ク分離シテ之ヲ司ル官署モ亦其管轄ヲ異ニス前者ハ司法權ニ屬シ裁判所之ヲ司ル後者ハ行政權ニ屬シテ内務省之ヲ司ル

刑ノ執行方法ニ關スル問題亦決シテ單一ノモノニアラス或ハ刑ノ執行方法ハ細密ノ規則ヲ設ケテ以テ之ニ準據セシムヘキヤ或ハ政府ノ全權ニ放任スヘキヤ此等ノ問題ニ付テハ其何レニ從フモノトスルモ決シテ極端ニ流ル、コト能ハサルナリ緻密ノ規定ヲ設ケテ以テ執行官ヲ束縛スルモ不可ナル所アリ刑ノ執行ハ各地ノ狀況ニ相應セサルヘカラス例ヘハ九州ノ監獄ト北海道ノ監獄ニ於テ同一ノ執行方法ヲ施スヘカラスルカ如シ又刑ノ執行ハ之ヲ行政官ノ全權ニ放任スヘカラス若シ夫レ刑ノ執行方法ニ關シ何等ノ制限ヲモ設ケスシテ之ヲ行政官ニ放任センカ全國各其執行方法ヲ異ニシ司獄官ノ更迭ハ常ニ其執行方法ヲ變更スルニ至ラム則チ某監獄ニ於テハ囚徒ヲ寬待シ他ノ監獄ニ於テハ之ヲ嚴格ニシ必ス執行上ノ不公平ヲ來タヌノ弊ヲ生スヘシ現行刑法ハ其中庸ヲ採リ細密ニ涉ラス又

放任ニ失セス能ク其原則ヲ規定シ其執行細則ハ之ヲ監獄則ニ讓ルコト、爲セリ」  
刑法ニ規定スル自由刑ノ種類五個アリ(一)徒刑(二)流刑(三)懲役(四)禁獄(五)禁錮是ナリ  
流刑ト禁獄ハ國事犯ニ適用スル所ノモノ其他ハ皆常事犯ニ科スル所ノモノナリ  
余ハ唯常事犯ノ刑ニ付テノミ順次説ク所アラントス

第一、徒刑 徒刑ノ執行方法ハ刑法第十七條ニ規定ス曰ク「徒刑ハ有期無期ヲ分  
タス島地ニ發遣シテ定役ニ服ス」ト故ニ本條ニ依レハ囚徒ハ島地ニ於テ定役ニ  
服セサルヘカラス然レトモ我國ハ日本島ト稱スルモノ、外未ダ一ノ殖民地ヲ  
有セサルカ故ニ囚徒ハ之ヲ島地ニ派遣セシムル能ハス皆内地ニ於テ徒刑ノ執  
行ヲ爲スナリ臺灣琉球及ヒ小笠原島ノ如キ之アリト雖モ囚徒ノ派遣ニ適スヘ  
カラス去レハ刑法ニ於テ本條ヲ設ケタルハ畢竟徒法ノミ

第二、懲役 懲役ノ執行方法ハ第二十二條ニ規定スル所ナリ曰ク「懲役ハ内地ノ  
懲役場ニ入レ定役ニ服ス」ト然レトモ實際ニ於テハ徒刑囚モ之ヲ島地ニ發遣ス  
ルコトナク内地ノ監獄ニ繋留スルモノナレハ毫モ懲役囚ト異ナル所ナキナリ  
第三、禁錮 刑法第二十四條ニ曰ク「禁錮ハ禁錮場ニ留置シ云々」ト然レトモ禁錮

場ト懲役場トハ實際殆ント名義上ノ區別ニ過キス唯集治監ニ於テハ十年以上  
ノ囚徒ヲ拘禁シ地方監獄ニ於テハ十年以下ノ囚徒ヲ拘禁スト云フ別アルノミ」  
刑法ハ法文上徒刑、懲役、禁錮等ノ區別ヲ設ケタリト雖モ實際ニ於テハ殆ント空文  
ニ屬スルモノ多シ現行監獄則ニ於テハ既決監ヲ分チテ二種トナス集治監及ヒ地  
方監獄即チ是ナリ集治監ハ十年以上ノ自由刑ニ處セラレタル徒刑、流刑ヲ拘禁ス  
ル所トシ地方監獄ハ十年以下ノ自由刑ニ處セラレタル者及ヒ徒刑以下ノ婦女ヲ  
拘禁スル所トス集治監ハ國庫ニ於テ其費用ヲ負擔シ地方監獄ハ凡テ地方稅ヲ以  
テ其費用ヲ維持ス夫レ均シク國家ノ囚徒ヲ拘禁スルノ獄舎ニシテ一ハ國庫ノ支  
辨トシ一ハ地方稅ノ負擔スル所トナスカ如キハ抑モ何ノ理由アリテ然ルヤ全國  
ノ監獄費ヲ舉ケテ國庫ノ支辨トナスノ日モ今ヤ遠キニアラス若シ監獄ノ費用ハ  
盡ク國庫ノ負擔スル所トナラハ集治監ト地方監獄トヲ區別スルモ亦其必要ナキ  
ニ至ラム

囚徒ノ勞役ハ大抵生産的ノ目的ヲ有シ政府ノ收入ニ歸スルヲ以テ一般ノ原則ト  
爲ス然レトモ或ハ不生産的ノ勞役ヲ爲サシムル國ナキニアラス英國政府カ香港

ニ於テ有セシ監獄ノ如キハ其一例ナリ蓋シ香港ハ土地狹隘人口夥多ナラサルカ故ニ監獄ニ於テ生産的ノ事業ヲ營ムトキハ香港ノ民業ハ之カ爲メニ壓倒セラルルノ恐アリト謂フ蓋シ監獄ノ事業ハ職工ノ賃錢甚ク低廉ナルカ故ニ監獄ノ製造品ハ民間製造品ヨリモ低廉ニ販賣スルコトヲ得ルカ故ニ或ハ他ノ販路ヲ塞キ遂ニ民業ヲシテ衰頹セシメシコトヲ慮ルナリ

集治監ト地方監獄トナ問ハス囚徒ノ勞役ヨリ生シタル收益ハ如何ニ之ヲ處分スル乎刑法第二十五條之カ規定ヲ爲シテ曰ク「定役ニ服スル囚徒ノ工錢ハ監獄則ニ從ヒ其幾分ヲ獄舎ノ費用ニ供シ其幾分ヲ囚人ニ給與ス」ト此規定ニ付テハ多少ノ攻撃ナキニアラサルナリ凡ソ囚徒ハ其衣食住ニ付テハ皆官ノ支給ヲ受ク是レ既ニ優待ナリ然ルニ尙ホ勞役ニ從事シテ其工錢ノ幾分ヲ所得スルノ權利ヲ有スト云フニ至リテハ實ニ過分ノ極ト謂ハサルヘカラス翻テ之ヲ獄外ノ窮民ニ比スルニ戴星シテ出テ踏月シテ歸リ終日孜々トシテ其業ニ從フモ尙ホ衣食住ノ必需ヲ充タズコト能ハサルニアラスヤ然ルニ囚徒ハ衣食住ノ供給ヲ得テ尙ホ且收益ノ幾分ヲ貯藏スルコトヲ得ルトセハ是レ普通人ヨリ優ル所アリト謂ハサルヘカラ

ス其弊ヤ生存競争ノ苦境ニ堪ユル能ハサル者ヲ喜ンテ罪ヲ犯シ監獄ノ恩惠ニ浴センコトヲ希フニ至ラシム豈恐レサルヘケンヤ

然レトモ少シク眼ヲ轉シ之ヲ經濟上ノ理由ヨリ觀察スルトキハ囚徒ノ増加ハ監獄費ノ増加トナリ監獄費ノ増加ハ人民ノ負擔ヲ重カラシムルノ結果ヲ生ス若シ人民ノ負擔ヲシテ多少輕カラシメンコトヲ欲セハ囚徒ヲシテ其長スル所ニ從ヒ生産的ノ事業ニ從ハシメテ以テ其經費ノ幾分ヲ償ハシムルニ如クハナシ然ルニ囚徒ノ勞役ヲシテ其效果ヲ奏セシメントスルニハ唯鞭撻以テ其目的ヲ達シ得ヘキニアラス鑛山炭坑ノ如キニ至リテハ或ハ之ヲ虐使スルモ不可ナカルヘシト雖モ美術工藝ノ如キ緻密ノ思想巧妙ノ技術ヲ要スル者ニ至リテハ決シテ虐待ノ力以テ其效ヲ收ムルコト能ハサルナリ必スヤ囚徒ノ事業ヲ獎勵スルノ方法ヲ設ケサルヘカラス其途他ナシ則チ其勞役ヨリ生スル收益ノ幾部ヲ以テ之ヲ囚徒ニ給與スルニ在リ故ニ總テノ囚徒ニ對シテ工錢ノ幾分ヲ給與スルノ規定ハ未ダ其可チ見スト雖モ事業ノ種類ニ從テ獎勵ノ方法ヲ設クルハ必スシモ不可ナル所ヲ見ス

監獄事業ニ付テ注意スヘキハ則チ民業ノ妨害ヲ爲サルコトヲ努ムルニ在リ今

日監獄ノ事業ハ漸次改良ヲ加ヘ大ニ其進歩ヲ見ルニ至レリ若シ夫レ監獄ノ事業ニシテ苟モ民業ヲ妨害スルコトアラソカ爲メニ民業ノ廢滅ヲ來タシ其極亦犯人ノ増加ヲ來タスコトアリ

監獄事業ニ二種アリ一ナ官業トシ一ナ請負トス官業ニ於テハ總テ其事業費ハ官盡ク之ヲ負擔シ請負ニ於テハ請負人一切ノ事業費ヲ負擔シ恰モ囚徒ヲ以テ其職工ト爲シ監獄ヲ以テ其工場ト爲スニ在リ二者ノ利弊ニ付テハ大ニ論スヘキモノアリト雖モ他日監獄制度ヲ論究スルノ時ヲ俟ツヘシ

監獄ノ事業ヲシテ民業ヲ凌駕シ良民ヲ害スルコトナカラシメンニハ普通人民ノ製作品ト獄内ノ製作品トノ價額ヲ均一ニスルニ在リ唯監獄ノ製作品ハ多少粗惡タルヲ免レサルヲ以テ比較的之ヲ廉價ニ販賣セハ可ナラン且其販路狹小ナルモノハ之ヲ官業ニ屬セシメ其販路廣大ナルモノハ之ヲ民業ニ屬セシムルトキハ庶幾クハ二者ノ調和ヲ得ルコトヲ希フコ足ラン

終リニ臨ミテ論スヘキ一問題アリ即チ監獄ハ如何ナル所轄ニ屬セシムヘキモノナルヤ我國從來ノ制度ニ於テ監獄ハ之ヲ内務省ノ管轄ニ屬セシメタリ佛國ニ於

テハ之ヲ司法内務海軍ノ三省ニ分屬セシメタリ未決監ハ司法省ニ内地ノ既決監ハ内務省ニ島地ノ監獄ハ海軍省ニ屬セシメタリ此ノ如ク監獄ノ所轄ヲ區分シタルヲ以テ屢各省其意見ヲ異ニシ其弊ヤ刑法ノ精神ニ反シ刑罰ノ目的ニ違背スルコトアルニ至レリト云フ我國ニ於テ監獄ヲ以テ之ヲ内務省ニ屬セシメタルハ果シテ如何ナル理由ニ出テタルヤ之ヲ歴史ニ徵シ又之ヲ必要ニ鑒ミルニ其根據ヲ發見スル能ハス唯外國ニ於テ内務省ニ屬セシメタル實例アルヲ見テ因テ以テ之ニ倣ヒタルニ過キサラナラム凡ソ監獄ハ刑法ノ最終ノ目的ヲ達スル所ナリ刑法ノ目的ハ單ニ刑罰ヲ宣告スルニアラスシテ其刑罰ヲ執行スルニ在リ故ニ刑法善ナリト雖モ執行ノ途其宜シキヲ得サルトキハ刑法ハ遂ニ徒法ニ歸センノミ夫レ此ノ如ク刑法ト監獄トハ相表裏シテ決シテ相離ルヘカラサルモノナレハ監獄ヲ監督スル者モ亦能ク刑法ニ明達スル者ニアラスンハ不可ナリ即チ司法省ヲシテ之ヲ監督ニ任セシムルハ最モ其宜シキニ適シタルモノト云ハサルヘカラス今ヤ刑法ノ改正草案モ既ニ其稿ヲ脱シ而シテ監獄ノ所屬モ亦一變シテ全國ノ監獄ヲ舉ケテ之ヲ司法省ノ管轄ニ屬セシムルニ至リタリ是レ實ニ刑法學ノ一進歩ト謂