

テハ頗フル危険アル所ノモノトス殊ニ此正當防衛ヲ名トシテ惡事ヲ遂ケン
トスル者ナキヲ保ツヘカラサレハナリ是ヲ以テカ我刑法ニ於テモ大ニ注意
ヲ加ヘ其第三百十四條ニ於テ其場合ヲ定メタリ左ノ如シ

日ク身體生命ヲ正當ニ防衛シ已ムコトヲ得サルニ出テ暴行人ヲ殺傷シタル者
ハ自己ノ爲メニシ他人ノ爲メニスルヲ分タス其罪ヲ論セス但不正ノ所爲ニ
因リ自カラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラスト

此條中「已ムコトヲ得サルニ出テ」トノ一句ハ佛語ニテ「子セ、ール」直譯ニテ必要
若クハ必須ト云ヘル一語ヲ意譯シタルモノニテ即チ他ニ救護防衛ノ方法ナ
キ場合タルコトヲ明示スルモノナリ而シテ此條但書ニ云々スル所ノモノハ
未タ他國ノ法律ニ於テ其例ヲ見サル所ナレト此例ハ最モ正當ノ注意ト信ス
ルナリ

今ヨリ正當防衛ノコトハ之レヲ左ノ三點ニ分ツテ説カントス

- (一) 襲撃ノ目的ハ何ニ在ルヲ要スルヤ
- (二) 襲撃ノ所爲ノ性質ハ如何ナルヲ要スルヤ

(三) 正當防衛權ノ限界如何

- (一) 襲撃ノ目的ハ何ニ在ルヲ要スルヤ

凡ソ人ノ最モ緊要トシ最モ貴重トスル所ノモノハ生命、自由、名譽是ナリ故ニ
人ハ是等ノモノヲ保護スル爲メニハ其腕力ヲ以テスルコトヲ得ヘキナリ
例ヘハ生命若クハ自由ヲ害セラレントスル者強姦若クハ節操ヲ汚スヘキ猥
褻ノ所行ヲ試ミントセラレタル婦人ノ如キハ自カラ防衛スルカ爲メニ其腕
力ヲ用ユルヲ得ルカ如キ是ナリ而シテ此腕力ヲ用ユルコトヲ許スハ獨リ自
己ノ生命、自由、名譽ノ爲メノミニアラスシテ他人ノ爲メニスルモ亦之ヲ許セ
ルコトハ本條自己ノ爲メニシ他人ノ爲メニスルヲ別タストアルヲ以テ明カ
ナリ蓋シ羅馬法佛國ノ古法ニ於テハ正當防衛ハ自己ト最近ノ親族ノ外ニ認
許セサリシナリ然レト其後「カドリツク」教ノ主義ニ從ツテ自他親疎ノ別ヲ爲
サハルニ至リシモノナリト云フ

我國ニ於テハ敢テ此宗教ノ主義ヲ採ルト云フニモアラサルヘシト雖ト同類
互ニ防衛スルコトヲ認許シ而シテ彼ノ強制ノ場合ニ於ケル如キ他人ト親族

トノ間ニ於テ區別ヲ爲サ、ルナリ
「人若シ其財産ニ對シテ襲撃ヲ受クルニ當リ所謂正當防衛ノ權利ヲ行フヲ得
ヘキヤ如何」ト

此問題ハ古來頗ル議論アル所トス往昔及ヒ近世ノ刑法學者ニ於テモ其所有
權ヲ防衛スルハ正當防衛ニアラスト主張スル者多シ其說ニ曰ク其場合ニ於
テハ襲撃ヲ受クル目的物ト防衛ノ方法トノ間ニ於テ平均ヲ得サルモノナリ
何トナレハ所有物ハ假令何様貴重ナルモノタルモ人ノ生命ハ更ニ一層貴重
ナルモノナレハナリ故ニ唯其財産ヲ奪ハントスルニ過キサル所ノ人ヲ殺傷
スルヲ許サステニ佛國刑法ニ於テハ自己又ハ他人ノ防衛云々トアルヲ以テ
即チ其身體生命ノミノコトヲ云フヤ明白ナリト云フ此說ヲ主張スル者ハミ
ユ井ヤール、ド、ウーグラン氏カルノー氏及ヒフオースタンエリー氏等ノ諸氏
トス

然レモ亦此說ニ反シテ財産ノ場合ト雖モ其場合ニアリテハ正當防衛トナル
コトアルヘシト論スル者アリ曰ク「財産ニ對スル襲撃ト雖モ時ニ或ハ人ノ生
命ヲ防禦スルノ感情ト殆ント同一ノ感情ヲ起スコトアルヘシ例ヘハ茲ニ一
個ノ商人アリ其財産ノ全額ヲ擧ケテ之ヲ一個ノ手形トナシ而シテ其手形ハ
其持參人ニ支拂フヘキ性質ノモノナルモ當リテ盜賊アリ之ヲ奪フテ逃ケ
去ル場合ノ如キ若シ之ヲ捕ヘテ其手形ヲ取返スニアラサレハ明日ハ破産者
トナリ自己ノ名譽ヲ失ヒ一家親族生活ノ道ヲ失フニ至ラントス然ルニ盜賊
ハ既ニ逃レ之ヲ追フモ及フヘカラサルヲ以テ之ヲ銃殺シタリトセンカ此場
合ニ當リテハ決シテ之ヲ罰スヘキモノト論スルコトヲ得サルナリ反對論者
ハ人ノ生命ハ如何ナル財産ニ比スルモ更ニ一層貴重ナリト云フヲ以テ辨難
スト雖モ此場合ニ於テハ單ニ人ノ生命ト財産トノ比較ヲ以テ論スヘキニア
ラス只其犯人ハ其所爲ヲ行フモ當リテ自由アリシヤ否ヤヲ問フニ在リ而
シテ予輩ハ此場合ニ於テハ犯人ハ其意欲ヨリモ一層強キ強制ニ逢フタル者
ト信スルナリ云々」ト

此說ノ旨意ヲ考フルニ假令佛國刑法第三百二十八條ノ正當防衛中ニ入ラサ
ル者トスルモ第六十四條ノ原則ニ從ツテ之ヲ不論罪中ニ入ルヘキモノナリ

ト云フニ在リ今ヤ我刑法ハ何レノ説ヲ採用シタルヤト云フニ第二説ノ旨意ニ從フタル者ノ如シ即チ其三百十五條ニ於テ明カニ之レカ不論罪タルコトヲ掲載セリ左ノ如シ

第三百十五條ニ曰ク左ノ諸件ニ於テ已ムコトヲ得サルニ出テ人ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ論セス

- 一 財産ニ對シ放火其他暴行ヲ爲ス者ヲ防止スルニ出テタル時
- 二 盜犯ヲ防止シ又ハ盜賊ヲ取還スルニ出テタル時
- 三 夜間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ門戶牆壁ヲ踰越損壞スル者ヲ防止スルニ出テタル時

故ニ我刑法ニ於テハ財産ニ對スル場合ニ於テ正當防衛ノ有無如何ノ問題ハ法律ノ明文ニ於テ判然タルヲ以テ敢テ議論ヲ要セサルナリ

(二) 襲撃ノ所爲ノ性質ハ如何ナルヲ要スルヤ

第三百十四條ノ場合即チ人ノ身體生命ニ關スル場合ニ於テ法律其襲撃ノ性質ヲ指定セス只暴行人ヲ殺傷シタル云々トアリテ暗ニ其襲撃ハ暴行ヲ以テ

シタル者アルコトヲ知ルヘキノミトス然レハ第三百十五條ノ場合ニ於テハ財産ニ對シ放火其他暴行ヲ爲ス者トアリ又夜間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ門戶牆壁ヲ踰越損壞スル者トアリテ其襲撃ノ所爲ノ性質ヲ指定スルナリ然レハ其他ノ暴行ヲ爲スモノト云ヘル如キ汎博ナル語ヲ用ヒタルヲ以テ見レハ是又必竟例示ノ文タルニ過キスシテ此他ノ襲撃ノ方法モ亦包含スヘキナリ左レハ其他ノ暴行ト云ヘル語中ニハ果シテ如何ナル者ヲ包含スルカ蓋シ法律ニ於テ一々之カ性質ヲ定ムルコトハ實際爲シ能ハサル所ナリ故ニ其法律ニ指定セサル所ノモノニ付テハ其襲撃ノ所爲ノ性質防止ノ所爲ヲシテ正當防衛タラシムルニ足ルヘキモノナルヤ否ヤハ裁判所之ヲ審定スルノ權利アルモノトス然レハ裁判所之ヲ審定スルニ付テハ必ラス其襲撃ノ所爲ニ付テハ左ノ二個ノ性質ヲ認ムルヲ要スルナリ

第一 暴行ト稱スルニ足ルヘキ所爲即チ力ヲ以テスル所爲アルコト

第二 其所爲ノ不正タルコト

故ニ彼ノ威迫強迫ノ如キハ假令何程重大ナリト雖モ未タ之ヲ本條ニ所謂暴

行ト爲スニ足ラサルナリ然レモ又若シ其威迫強迫ニシテ即時實行セラルヘキ場合ニ於テハ其危害緊急ナルヲ以テ之ヲ防クニ腕力ヲ以テスルモ亦之ヲ正當ト云ハサルヲ得ス其被害者タラントスル者ハ必ラスシモ其暴行ノ着手アルヲ待ツヲ要セス其故ハ若シ之ヲ待ツキハ只其第一着手ノ爲メニ已ニ防止スルヲ能ハサルニ至ルヘケレハナリ

次ニ其襲撃ノ所爲ハ不正タルヲ要スト云フニ付テハ若シ其襲撃者ノ官吏タルキニシテ法律ヲ執行スルニ抵抗スルキハ音ニ正當防衛タラサルノミナラス別ニ一個ノ罪ヲ爲スコトヲ知ラサルヘカラス然レモ其官吏ノ所爲不法ナル場合ニ於テハ當然之ニ抗抵スルヲ得ルヤ否ヤ此問題ニ付テハ古來頗ル議論アル所ニシテ其說大抵三アリ此問題ハ諸君ノ公務上ニ於テモ稍必要ナラント信スルヲ以テ次回ヲ待ツテ之ヲ講述セントス

○第二十七回 明治十八年十月廿六日

前回ノ終リニ於テ襲撃ノ性質ニ因テ之レニ對スル防止ノ所爲ヲ正當防衛ト

見ルニ足ルヤ否ヤヲ審定スルニハ二個ノ條件ヲ必要トスルヲ即チ第一其襲撃ノ所爲ハ暴行ト稱スルニ足ルヘキモノタルヲ第二其所爲ノ不正タルヲ而シテ此第二ノ要件ニ付キ若シ其襲撃者ノ官吏タルキハ如何ト云フニ付テ種種ノ說アルヲ述タリ依テ本回ハ其三說ヲ說カン

第一說ニ曰ク凡ソ公ケノ權柄ヨリ發スル命令ハ如何程不法ナルモ又其式ニ於テ何程ノ不規則アルモ之レニ抵抗スルハ不正ナリ故ニ權柄ノ命令ハ一旦先ツ之レヲ尊敬シテ之レニ服従スルヲ要ス但シ其不法ノ命令ニ因テ害ヲ被リタルモノハ後ニ之レヲ取消サシムルヲ得ルハ格別ナリ他又其命令ノ執行ニ依テ損害ヲ被リタル者ハ其官吏ニ對シテ損害ノ賠償ヲ要ムルヲ得ヘシ蓋シ其官吏タルノ地位ハ其賠償ヲ擔保スルニ足ルヘキモノナリト是レ第一說ノ大要ナリ

余輩モ亦諸君ト同シク公ケノ權柄即チ官署ニ對シテ充分ノ尊敬ヲ表セシメンコトヲ欲スル者ナリ然レモ其所爲如何程ノ專横ニ涉ルモ何程不法ナルモ尙之ニ服従スヘシト云フニ至ツテハ之レニ服従スルヲ得ス故ニ余輩ハ彼ノ亂

世ニ於テ往々其例ヲ見タル如キ不法ノ逮捕監禁ヲ受ケントスル場合ノ如キニ至テハ之レニ抵抗スルコトヲ許スヘキモノナリト信スルナリ第一説ノ旨意ニ依レハ其損害ヲ蒙ルコトアルモ後ニ之レカ賠償ヲ受クルコトヲ得ヘシト曰フト雖モ其償金ハ何程巨額ナルモ之ヲ以テ不法不正ノ逮捕若クハ繫獄ヨリ生スルコトアルヘキ損害ヲ償ヒ得ヘキモノニアラス況ンヤ此ノ如キ不法不正ノ行ハル、モトニ當リテハ被害者ノ生命モ亦其安全ヲ保ツヘカラサルニ於テオヤ故ニ余輩ハ前述ノ第一説ヲ取ラサル者ナリ

第二説ハ全ク第一説ト反對スルモノナリ其説ニ曰ク凡ソ其命令ノ何タルヲ問ハス苟モ不法タルカ若クハ執行式ノ不規則ナルニ當リテハ腕力ヲ以テ之ニ抵抗スルヲ得ヘシト

此説タル專ラ佛國ニ於テ行ハル、所ノモノニシテ而シテ此説ヲ爲ス者ハ彼千七百九十三年佛國大革命ノ時ニ方リテ布告シタル「デクラ、シヨン、デ、ドロワ、ドロー、ム」即チ直譯シテ人ノ權利ノ布告トモ謂フヘキモノナリ」ノ第十一條ノ主義ヲ取ルモノナリ同條ニ曰ク「凡ソ法律ニ定メタル場合以外ニ於テ法律

ニ定メタル法式ヲ用井スシテ行フタル所爲ハ悉ク之レヲ專横苛逆ノ所爲ト爲ス故ニ此所爲ヲ行ハントスル者ニ對シテハ人皆腕力ヲ以テ攻撃スルノ權アリト」第二説ハ即チ此主義ニ從フモノナリ余輩ハ此説ニモ亦敬服スルコトヲ欲セサルナリ何トナレハ若シ夫レ各人民ニ於テ政府ノ行爲ニ付テ自由ニ爭論スルノ權アリ又不規則ナル所爲ニハ腕力ヲ以テ之ニ抵抗スルノ權アリト爲スニ於テハ政府ヲシテ其職ヲ盡スコト能ハサルニ至ラシメ人民ト官權ノ代理者即チ官吏トノ間ニ於テ爭鬪ノ絶ル間ナキニ至ルヘケレハナリ故ニ余輩ハ此説モ亦取ルニ足ラサルモノト爲ヌ

第三説ニ曰ク「此問題ニ付テハ先ツ其所爲ノ正不正ニ付テ疑アルカ若クハ之レニ耐忍シ得ヘキ場合又ハ其不正タルコトノ顯然タルカ若クハ之レニ耐ルコト能ハサル場合トヲ分別スルコト必要トス而シテ第一ノ場合ニ於テハ一時之ニ服従スルコト要シ第二ノ場合ニ於テハ之ニ服従スルコト要セスシテ却テ之ニ抵抗シ得ヘキナリト」

此説タル第二ノ場合ニ於テハ其抗敵ノ所行ハ即チ以テ正當ノ防衛ト見ルコト

ヲ得ヘシト云フニ歸スルモノナリ蓋シ此說ハバルベークツクト云ヘル人ノ
 主唱シタル所ニシテ前二說ヲ折衷シタル說ナリ余輩ハ寧ロ此說ニ左袒セン
 トスルモノナリ

我刑法第百三十九條ヲ見ルニ曰ク官吏其職務ヲ以テ法律規則ヲ執行シ又ハ
 行政司法官署ノ命令ヲ執行スルニ當リ暴行脅迫ヲ以テ其官吏ニ抗拒シタル
 者ハ云々トアリ此法文ニ依レハ凡ソ官吏ニ抗拒シテ官吏ノ職務ヲ行フヲ妨
 害スル罪アリト爲スニハ其官吏カ職務ヲ以テ法律規則又ハ命令ヲ執行スル
 場合ニ限ルモノトス左レハ我刑法ニ於テモ官吏ニ對スル抵抗ノ所爲ハ其何
 タルヲ問ハス悉ク之レヲ一個ノ罪ト爲スト云フニアラサルヲ見ルヘキナ
 リ右第三說ハ之レヲ純粹ノ論ニ從ツテ論スルキハ或ハ其當ヲ得サルモノタ
 ルヤモ知ルヘカラスト雖ヒ而カモ官權ニ必要ナル命令ト人民ニ必要ナル自
 由トヲ調和シテ其當ヲ得セシムルモノト謂フヘキナリ今其主義ヲ略說セン
 ニ凡ソ社會ノ權柄ニ對シテハ人皆之レニ服從スルヲ要ス然レヒ其所爲ノ不
 正タリ不法タルコトノ確然トシテ且ツ明カナルキニ於テハ道理ニ於テ之レニ

抗敵スルヲ得ヘキナリ

右ニ述フル所ノ如ク第三說ノ旨意ニ從フヘキモノトスルモ尙ホ左ノ問題ヲ
 講究スルヲ必要トス曰ク其所爲ノ不正タルコト顯然ニシテ且ツ之レニ耐ユヘ
 カラサル場合トハ如何ナル場合ヲ云フカ又之レニ反シテ其正不正ノ判然セ
 スシテ之レニ耐ヘ得ヘキ場合トハ如何ナル場合ヲ云フカト即チ是レナリ佛
 國學士トレビュタン氏ハ其命令ノ正當ニシテ之レヲ執行セシメサルヲ得サ
 ルモノト爲スニハ四個ノ要件アリト說ケリ即チ第一其命令ハ管轄ノ官署ヨ
 リ發シタルモノナルコト第二其之ヲ受クヘキモノニ對シテ證明セラル、コト第
 三何レノ法律ニ於テモ其命令セラレタル所爲ヲ禁止セサルコト第四其所爲ハ
 其職務ヲ以テスル公ケノ官吏ニ依テ執行セラル、コト是レナリ

第一其命令ハ管轄ノ官署ヨリ發シタルコト

凡ソ國民ノ權利ヲ保障シテ各其安全ヲ得セシムル所以ノモノハ專ラ公權ノ
 組織構成ニ於テ之レアルモノトス故ニ若シ官吏ニシテ其權限以外ニ出テ法
 律ノ之レニ許サ、ル所ノ命令ヲ下スコトアルキハ人皆之レニ抵抗スルコトヲ得

ヘキナリ定ニ如此場合ニ於テハ其命令ハ公權ノ受托者ヨリ發シタルモノニ
アラスト云フヲ得ヘシ如何トナレハ其官吏ハ如此命令ヲ爲スカ爲メニ法律
上ノ職權ヲ有セサルモノニシテ一個私人ノ命令ニ異ナラサレハナリ

第二其命令ヲ受クヘキ者ニ其命令ヲ證明スルヲ要スルヲ
若シ夫レ單ニ其命令アルヲ口達ノミヲ以テ之レニ服從セシムルニ足レリ
トスルキハ人民ハ官吏ノ爲ス所ニ任スヘキニ至リ官吏ハ亦之レニ由テ非理
ノ所行ヲ爲スニ自由タルヘケレハナリ

第三何レノ法律ニ於テモ其命令セラレタル所爲ヲ禁止セサルヲ

凡ソ公ケノ權柄ハ必竟法律ノ執行ヲ正確ナラシムルニ任スル者ナリ左レハ
法律ニ反スル命令ヲ爲スヲ得サルヤ勿論トス故ニ若シ法律ニ反スル命令
ヲ爲スニ當リテ之ニ服セサルハ即チ法律ニ從フモノニシテ即チ正當ノ所爲
ヲ爲スモノナリ佛國ニ於テモ此旨意ヲ以テ判決シタル裁判ノ事例少カラス
然レモ千八百三十八年六月五日パリ一裁判所ノ判決ニヨレハ其抵抗ヲ以テ
正當ノ所爲ト爲スニハ法律ノ文義殊ニ明白ナル場合タルヲ必要トセリ即

チ若シ法文ノ兩義ニ解シ得ヘキモノニシテ官署ニ於テハ之レヲ許セルモノ
ト解釋シ人民ニ於テハ之レヲ禁止スルモノト解釋シ得ル場合ノ如キハ人民
ハ後チニ裁判所ニ向ツテ其權利ヲ伸暢スルハ格別假リニ其命令ニ服從セサ
ルヲ得ス若シ之レヲ然ラストスルキハ此解釋ノ自由ニ依テ每事觸權ノ爭論
絶ユヘカラサレハナリト

第四其命令ハ相當ノ官吏職務ヲ以テ執行スルヲ要スルヲ

凡ソ命令ノ執行ニ就テ相當ノ官吏之レヲ行フヲ要スルハ猶ホ其命令ヲ發
スルハ相當ノ官署タルヲ要スルト異ナル所ナシ故ニ其執行官ノ資格ナキ者
ノ爲セル執行ハ又管轄違ノ官署ヨリ發シタル命令ノ不法タルト同一ナリ隨
テ之レニ對スル抵抗ノ不正タラサルモ亦同一ナリト知ルヘキナリ然レモ若
シ其命令ニシテ管轄ノ官署ノ違スル所タリ而シテ其職務ヲ以テスル官吏ニ
由テ執行セラル、場合ニ於テハ假リニ其執行官ニ於テ少シク不規則ノ事ア
リトスルモ已ニ其緊要ナル條件ノ具備スルヲ以テ其執行官吏ニ對シテハ腕
力ヲ以テ之ニ抗敵スルヲ許サ、ルナリ此他尙少シク敷衍スヘキモノアリ

ト雖已ニ稍冗長ニ亘リタルノ感アルヲ以テ之ヲ茲ニ止メ今ヨリ本題ニ立
 チ歸リ説ク所アラントス
 凡ソ襲撃ノ果シテ不正タル場合ニ於テハ其襲撃ハ幼者若クハ瘋癲ノ如キ是
 非ノ辨別ナキ者タルモ尙ホ之レニ對シテ抗拒スルヲ許スヘキナリ蓋シ法
 律上正當防衛ノ場合ニ於テハ其襲撃者ノ能力ノ如何ニ關セス凡ソ不正ノ襲
 撃ニ對シテハ之レニ抵抗スルノ全權ヲ認許スルモノナリ茲ニ注意スヘキ一
 事アリ佛國ノ刑法ニ依レハ其襲撃者ハ自己ノ父母タルト雖モ尙ホ之レニ
 抗シテ正當防衛ト爲スヲ得ヘキナリ然レモ我刑法ニ於テハ第三百六十五
 條ニ於テ祖父母父母ニ對シタル殺傷ノ罪ハ特別ノ宥恕及ヒ不論罪ノ例ヲ用
 フルヲ得ス但其犯ス時知ラサル者ハ此限ニ在ラストノ明文アルヲ以テ苟
 モ其祖父母父母タルヲ知ル場合ニ於テハ決シテ正當防衛ノ不論罪ヲ適用
 スルヲ得サルナリ
 或人問フ例ヘハ竊盜ノ現行犯ヲ認メタル所有者之レヲ殺サントスル場合ニ
 當リ盜賊之レヲ防カントシテ却テ其所有者ヲ殺傷シタル場合ノ如キ之レヲ

正當防衛ノ場合ト云フヲ得ヘキカ此問題ノ旨意ヲ略言スレハ抑正當防衛ノ
 權理ナル者ハ此盜賊ノ如キモノモ亦認許スヘキモノナルヤ如何ト云フニ在
 リ若シ此盜賊ハ其罪ヲ避ケンカ爲メニ其所有者ヲ殺傷シタルモノトスルモ
 ハ音ニ其正當防衛ヲラサルノミナラス却ツテ第二百九十六條ノ重罪ヲ犯ス
 者ニシテ正當防衛ノ場合ニアラサルヲ明カナリ然レモ若シ其盜賊ハ免カレ
 ントセサル場合ニ當リテ所有者ハ其盜ヲ試ミタルヲ憤リ之レニ暴行ヲ加ヘ
 ントシタルモノナリトセンカ若シ盜賊ニ於テ威迫ノ所爲ナク又逃レ去ラン
 トセサルニ當リテハ其所有者ニ於テ自ラ裁判スルノ權ナキカ故ニ此場合ニ
 於テハ盜賊ニ於テモ亦其暴行ニ對シテハ正當防衛ノ權アリト謂ハサルヲ得
 ス然レモ如此場合ニ當リテハ其盜賊ト所有者トノ相方ノ行爲明白ニ證明セ
 ラル、トヲ要スルナリ

○第二十八回 明治十八年十月廿九日

前回ニ於テ正當防衛アリトスルニハ其襲撃ノ目的何ニ在ルヲ要スルヤ又襲

撃ノ所爲ノ性質ハ如何ナルヲ要スルヤノ二問題ヲ説了シタリ故ニ本日ハ第三ノ點ヨリ説キ始メントス

(三) 正當防衛權ノ限界如何

凡ソ防衛ノ事タル其必要ナルニ非ルヨリハ之ヲ正當ト爲スヲ得ス社會ハ其人民ヲ防衛スヘキモノナリ故ニ社會自カラ其人民ヲ保護シ能ハサル場合ニ非サレハ人民ノ自カラ防衛スルヲ許サス此場合ニ於テ特ニ之ヲ許スハ必竟社會ノ防衛ヲ特ニコト能ハサルカ故ニ全ク例外ノ場合ト知ルヘシ左レハ必要ト云フコトハ正當防衛ノ基礎タルモノニシテ從ツテ又其權限ノ定度タルモノナリ故ニ一言ニシテ之ヲ云ヘハ防衛ハ其必要ノ時間限内ニ於テシテ始メテ正當ト云フヘキナリ

一 必要ノ時間

若シ夫レ襲撃ノ所爲ノ終リタルトハ即チ之ヲ防衛スルノ必要ナシ故ニ其後ニ爲シタル暴行ハ法律ニ於テモ道德ニ於テモ共ニ禁スル所ノ復讐ト爲ス是レ刑法第三百十五條ニ於テ已ムコトヲ得サルニ出テ人ヲ殺傷シタル者ハ云々

トノ條項アル所以ナリ

二 必要ノ限内

若シ襲撃者ノ勢力ヲ失ヒ已ニ暴害ヲ爲シ能ハサルニ至リシ後ハ之ヲ虐待シ若クハ之ニ對シテ暴行ヲ用ユルコトヲ許サハルナリ只其後ニ於テ之レニ刑罰ヲ科シ得ヘキモノハ獨リ裁判所アルノミトス
或問ニ曰ク若シ被害人ハ逃亡シテ襲撃ヲ免カレ得ヘキ場合ニ當リ暴行ヲ以テ之ニ抵抗シタルカ如キ尙之ヲ正當ト云フヲ得ヘキカト

此問題ノ如キハ實際ニ於テハ恐クハ屢生スル所ノモノニハアラサルヘシ如何トナレハ其被害者ニシテ逃走シタランニハ其安全ヲ得ヘキヲ豫定スルコトハ蓋シ爲シ難キ所ニシテ或ハ之カ爲メ一層其ノ危險ヲ増スコトモ之アルヘキモノナルヲ以テナリ然レモ若シ其逃走ニ因テ果シテ安全ヲ得ヘカリシコト確實ナルトニ於テハ腕力ヲ以テ之ニ抵抗シタル者尙ホ之ヲ正當ト云フヘキヤ否ヤノ問題ヲ起スヲ得ヘシ佛國ノ學者中ニハ往々此場合ニ於テモ尙ホ其防衛ハ正當ナリト答フル者アリ

其説ニ曰ク「防衛ノ事タル道徳ニ於テ許ス所タルノミナラス凡ソ毆打ニ答フ
 ルニ毆打ヲ以テセント欲スルハ人情制シ難キ所ノ感覺ニシテ此間一種無形
 ノ強制アリト云フヲ得ヘシ而シテ其逃ケ去ルト云フコトハ臆怯ノ所爲ナリ臆
 怯ノ所爲ハ實ニ臆怯ナル者ト雖モ尙ホ其外見ニ表ハル、ヲ厭フ所ナリ加之
 逃走ハ以テ敵手ニ勢力ヲ増サシムルコトアリト雖モ銳意ヲ以テスル抗抵ハ
 却ツテ之ヲ恐怖セシメ以テ其暴行ヲ止ムルコトアリト逃走以テ其安全ヲ保ツ
 ヘキヲ得ル時ニ於ケル防衛モ亦之ヲ正當ト爲スヘキナリ」此説ハ專ラトレビ
 タン氏ノ唱フル所ナリト余ハ此説ニ服スルコト能ハサルナリ何トナレハ右
 ノ問題ノ場合ノ如キハ前ニ説キタル必要ナキモノニシテ法文ノ所謂ル已ム
 ヲ得サルニ出テタルモノト信スルコト能ハサレハナリ前説ヲ爲ス者モ同條
 ノ場合ニ於テハ悉ク正當防衛ナリト言ハス蓋シ襲撃者ノ知覺精神ナキ者ト
 ルモハ逃走スルハ或ハ却ツテ人ノ本分ナラント云ヘリ而シテ其理由トスル
 所ヲ聞クニ狂人ヲ恐レテ逃クルハ決シテ之ヲ臆怯ト爲サス又前ニ述ヘタル
 人情制シ難キ所ノ憤怒ノ情ヲ起サシメサルヘケレハナリト

右ノ一説ハ只諸君ノ参考ニ供スルノミ

附言

曩ニ靈智ナキニ原因スル不論罪ヲ講スルニ當リ刑法第八十二條ニ定ムル
 所ノ瘖啞者ノ事ヲ説キ加フルヲ失念シタリ故ニ今一言附言シ置カントス」
 第八十二條ニ曰ク「瘖啞者罪ヲ犯シタル時ハ其罪ヲ論セス但情狀ニ因リ五
 年ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得」ト瘖啞者トハ生來耳ノ聽
 エサル爲メ言語ヲ解スルコト能ハス言語ヲ解スルコト能ハサルカ故ニ自
 カラ言フコトヲ得サルモノナリ此ノ如クナルカ故ニ假令年齢ヲ加フルモ
 父母若クハ師友ノ教育ヲ受クルコトヲ得サルカ故ニ大抵ハ是非ヲ辨スル
 ノ智力ナキモノトス故ニ立法者ハ其年齢如何ニ拘ハラス凡テ十二歳以下
 ノ幼者ト同視シテ其罪ヲ論セサルコトハ爲シタルナリ

以上靈智ナキト自由ナキトニ原因スル不論罪ノ事ヲ説了シタリト信ス然ラ
 ハ此ノ外不論罪トナルヘキ者ハアラサルカト云フニ別ニ我刑法ニ於テ靈智
 アリ且ツ自由アリテ犯シタル者ニシテ猶且ツ不論罪タルヘキ者アリ即チ第

七十七條第一項及ヒ第二項ニ定メタル所ノモノ是ナリ
 其第一項ニ曰ク「罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セス」トアル即チ是ナリ本
 條ニ所謂罪ヲ犯スノ意ナキモノトハ知覺精神ナキモノニアラス又有形若ク
 ハ無形ノ強制ヲ受ケテ自由ナキモノニモアラス靈智自由共ニ有ツテ存スル
 モ只其罪ヲ犯スノ意思ナキ者ヲ云フナリ例ヘハ他人ノ所有品ヲ誤認シテ自
 己ノ所有品ト爲シ之ヲ持去リタル者所有者ノ不在中之ヲ一時借用スルノ意
 ニテ持去リタル者ノ類ニシテ學問上ノ所謂罪情(キユルバビリテ)若クハ罪
 實(レスホンサビリテ)ヲ構成スルニ必要ナル罪スヘキ意思即チ犯意ナキモ
 ノ是レナリ而シテ之ヲ不論罪ト爲ス所以ノモノハ刑罰權ノ基礎タル道德ニ
 背キタル者ニアラサレハナリ
 又第二項ニ所謂罪ト爲ル可キ事實ヲ知ラストハ例ヘハ人ノ妻タルヲ知ラス
 シテ姦通シ又ハ二十年以下ノ幼女タルヲ知ラス之ヲ誘拐シタル類ヲ云フ通
 常ノ和姦ハ法律ノ罰セサル所ナレハ有夫姦ハ之レヲ罰ス蓋シ有夫姦モ一ノ
 和姦ニ過キサルモノナラン然ルニ獨リ之レニ罰アルハ單ニ其夫アルカ故ナ

リ左レハ其婦人ニ夫アリトノ事實ハ其罪ヲ構成スルノ原素トス故ニ其原素
 タルヘキ事實アルコトヲ知ラスシテ姦通シタル者ハ其罪ヲ論セスト定メタ
 ルモノナリ余竊カニ思ラク此第二項ニ定ムル所ノモノハ第一項ニ定ムル所
 ノ罪ヲ犯ス意ナキモノト同一ニ歸スルモノナラント言フ換ヘテ云ヘハ第一
 項ト第二項ノ罪ト成ルヘキ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者トハ之ヲ分別スル
 ヲ要セサルモノナラン何トナレハ第二項ニ所謂罪トナルヘキ事實ヲ知ラ
 サルモノハ罪ヲ犯スノ意ナキモノナラント信スレハナリ
 今若シ茲ニ有夫姦ハ法律ノ罰スル所タルヲ明知スル者ニシテ和姦ヲ爲スニ
 當リ先ツ其夫ノ有無ヲ質スニ姦婦其夫アルヲ語ルキハ彼ノ拒ム所トナラン
 ヲヲ察シ斷然處女ナリト答ヘタルヲ以テ即チ之レト姦通シタル場合ノ如キ
 罪トナルヘキ事實ヲ知ラサルモノト謂ハンヨリハ寧ロ罪ヲ犯ス意ナキモノ
 ト云フヘキモノナラント信スルナリ蓋シ刑法ノ起草者ハ世間或ハ此間ニ於
 テ惑ヲ生スル者アラントコトヲ慮リテ故ラニ之ヲ分別シテ記載シタルモノナ
 ルカ將タ自カラ分別セサルヲ得サルノ理由アリテ然シタルモノナルカ余其

何レタルヲ斷言スルヲ得ス暫ク茲ニ疑ヲ存スルナリ此他第三項第四項並ニ第一項但書例外ノ場合ノ如キハ已ニ世間ノ註解書ニモ解釋スル所ニシテ諸君ノ已ニ詳知セラル、所ナラント信スルヲ以テ茲ニ之ヲ省ク

第二 宥恕減輕ノ事

凡ソ人ノ知覺精神ト自由トハ犯罪ヲ構成スルノ要件タルコト並ニ此ノ二者并ヒ存セサルニ於テハ假令何等ノ證據アルモ其罪ヲ論セス從ツテ之ニ刑罰ヲ科スヘキモノニ非サルハ前數回ニ於テ説キ了レリ(犯意ノナキ者モ亦同シ)今之レニ反シテ知覺精神ト自由ト并ヒ存シテ犯シタルキハ固ヨリ其罪ヲ論シ隨テ之ニ刑罰ヲ科スヘキモノナリ然レモ其犯人ノ惡意ノ度ニ於テハ常ニ同一ナリトセス即チ年齢又ハ自首又ハ被害者ノ挑激其他別段ノ情狀ニ因テ犯人ノ惡意ニ輕重ヲ爲スモノアリ即チ其罪狀ヲ輕減シ從ツテ其刑ヲ輕減スルモノアリ今之レヲ二分ツテ説クヘシ

一 其罪情ヲ輕減スル事實

二 刑ヲ輕減スル事實

第一ノ場合即チ罪情ヲ輕減スル事實ヨリ説キ始メントス罪情ヲ輕減スル事實又分ツテ二ト爲ス曰ク宥恕減輕即チ法定ノ減輕曰ク酌量減輕即チ裁判上ノ減輕是ナリ但此酌量減輕并ニ自首減輕ハ此章各別ニ一節ヲ爲スカ故ニ茲ニハ只其他ノ宥恕減輕ノミヲ説カントス宥恕ハ法律ノ明文ヲ以テ定ムル所ノ事實トス故ニ苟モ其事實アルコトヲ證明セラレタル以上ハ輕減スル者トス故ニ宥恕減輕ニ就テノ裁判官ノ職ハ事實ノ有無ヲ檢證スルニ止マル故ニ若シ其事實存スルキハ必ラスヤ其刑ヲ減セサルヲ得ス(我刑法中二箇ノ例外ヲ除ク)而シテ裁判所ハ他ニ惡ムヘキノ情狀アルヲ以テ宥恕ヲ爲サスト云フヲ得ス之ニ反シテ彼ノ酌量減輕ナルモノハ一ニ裁判官ノ所見ニ委ヌルモノトス故ニ宥恕減輕ノ情狀ニ於ケル如ク豫メ法律ニ明示セル事實ヲ以テ之カ原因ト爲サスシテ被告事件ノ摸樣ニ付キ或ハ犯人ノ情實ニ就テ裁判官ノ認定スル所ノモノヲ以テ之レカ原因トスルモノナリ刑法ニ於テ宥恕スヘキモノト定メタル所ノ事實即チ宥恕ノ原因トナル所ノ者ハ第一、年齢第二、自首減輕第三、挑激其他一種特別ナル二三ノ事實等トス右宥恕ノ事實ノ内年齢ト自

首ニ係ルモノハ一般ノモノトシ挑激其他ノ二三ノモノハ特別ノモノトス

○第二十九回 明治十八年十一月二日

本日ハ年齢ニ原由スル宥恕減輕ヲ説カン

一 年齢ニ原由スル宥恕減輕

凡ソ年齢十二歳ニ滿タサルモノハ之ヲ是非ノ辨別ナクシテ犯シタルモノトシテ其罪ヲ論セサルハ前既ニ之ヲ説ケリ故ニ此年期以下ノ者ニ付テハ宥恕減輕ニ關係ナシ然レモ滿十二歳以上十六歳以下ノ者ニ至リテハ其所爲ノ是非ヲ辨別シタルト否ヤトヲ審按シ辨別ナクシテ犯シタルモハ其罪ヲ論セサルヲ猶ホ十二歳以下ニ於ケルカ如シト雖モ是非ノ辨別アリト審定セラレタル者ニ於テハ即チ其罪ヲ論スヘキモノニシテ已ニ有罪者ト爲ス然レモ尙ホ其十二歳以上丁年以下ノ幼者ニ於テハ所謂年齢ノ故ヲ以テ法律上其罪ヲ宥恕シテ左ノ如ク刑ヲ減輕スルモノトス

一 十二歳以上十六歳以下ニシテ是非ノ辨別アリテ犯シタルモハ其罪ノ

重罪ニ係ルト輕罪ニ係ルトヲ問ハス共ニ本刑ニ二等ヲ減ス

一 滿十六歳以上二十歳未滿ノ者ニハ同シク重罪輕罪ヲ分タス本刑ニ一等ヲ減ス

一 違警罪ニ付テハ單ニ十二歳以上十六歳未滿ノ者ニ於テノミ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減シ滿十六歳以上ノ者ニ於テハ其罪ヲ宥恕スルヲナシ

以上年齢ニ原由スル宥恕減輕ノ大要トス

倍此宥恕減輕ヲ爲ス所以ノ理由如何ト云フニ法律ハ假令其犯人カ是非ヲ辨別シテ犯シタル者トスルモ之ヲ丁年以上ノ罪ヲ犯シタル者ニ比スレハ其過失ノ輕重ヲ知ルニ付テ充分ノ智力ヲ具ヘサルモノト云フニ基クモノナリ佛國ノ學士ホール氏曰ク「法律ニ於テハ其犯人カ假令其事ノ惡事タルヲ明知シテ犯シタルモノトスルモ而カモ尙ホ其過失ニ付テ凡テノ區域ヲ感知シ及ヒ其己レノ受クヘキ刑罰ノ嚴重ナルヲ辨知スルノ地位ニ達セサル者タルノミナラス其年齢ノ幼少ナル其悔悟ヲ望ムヘク又或ハ他日一箇有用ノ人物

ト成ルヲアランモ知ルヘカラス此期望ハ亦以テ多少其犯人ヲ宥恕スルノ原由タルヘキモノナリ是レ年齢ノ幼少ノ故ヲ以テ假令其罪アルモ尙ホ之ヲ宥恕シテ其刑ヲ減スル所以ナリト

佛國ノ刑法ニ於テハ年齢ニ原由スル宥恕ニ付テハ獨リ減輕ノ利益アルノミナラス又其裁判ノ管轄廳ヲ異ニス而シテ又其減輕ノ方法ニ付テハ我刑法ノ如ク重罪輕罪違警罪ニ付テ區別ヲ爲サスシテ重罪ト輕罪トノ間ニ於テ之ヲ分テリ即チ重罪ノ減等ニ付テハ佛國刑法第六十七條ニ於テ其減等ノ原由ヲ定メ輕罪ニ付テハ第六十九條ニ於テ之ヲ定メタリ而シテ違警罪ニ付テハ凡テ減等スルヲナシ又千八百二十四年マテハ十六歳以下ノ幼者ハ單ニ前述ノ刑ノ減等ヲ受クル者ナリシカ千八百二十四年五月廿五日ノ法律ヲ以テ重罪ヲ犯シタル幼者ハ重罪裁判所管轄ニ屬セスシテ輕罪裁判所ノ管轄スル所トナレリ但シ之レニ二個ノ例外ノ場合アリ即チ丁年以上ノ者ノ從犯タリシ時幼者一人ニテ犯シタル罪ノ死刑無期徒刑流刑若クハ囚獄ノ刑ニ當ル時はナリ此二個ノ場合ニ於テハ今日ト雖モ尙ホ重罪裁判所ノ裁判ヲ受クヘキモノ

トス

二 自首減輕

自首減輕モ亦一ノ法律上ノ宥恕トス蓋シ此宥恕ハ歐洲各國ニ於テ未タ其例ヲ見サル所ニシテ元來支那律ヨリ我舊法ニ傳來シ舊律ヨリシテ此新法ニ傳ハリタル所ノモノトス然レモ支那律並ニ我舊律ニ於テハ凡テノ犯罪ニ對シテ自首減輕ヲ許シタルニアラスシテ竊盜其他財産上ノ罪ニ對シテ之ヲ許シタルノミ然ルニ新法ニ於テ之ヲ採用シタル所以ノ理由ニ至テハ舊律ノ理由トスル所ト其旨意相同シカラス如何トナレハ舊律並ニ支那律ニ於テ一種ノ減等ヲ與ヘタル所以ハ特ニ犯人ノ悔悟ヲ賞スルノ一點ニ在リト雖モ新法ニ於テハ獨リ犯人ノ悔悟ヲ賞スルノ旨意ニ止マラスシテ第一罪ヲ犯シテ罰ヲ免カル、ノ弊ヲ免カレ第二人違ニテ冤罪ニ陷ルモノアルノ弊ヲ防ク等ノ利益アルヲ以テ之カ理由ト爲セハナリ此他尙ホ新法ニ於テ自首減輕ヲ設ケタル所以ノ理由ト爲スヘキモノアリ即チ官ニ於テ犯人搜索ノ勞及ヒ費用ヲ省ク、又犯罪ノ後或ハ其罪ヲ掩ヒ其罪ヲ免カレンカ爲メニ再ヒ罪ヲ犯スコト

アルノ恐レナカラシムルヲ即チ是ナリ我刑法ハ自首減輕ヲ分ツテ二種トナ
ス第一謀殺故殺ニ係ル犯罪ト財産ニ對スル犯罪ヲ除クノ外一切ノ犯罪ニ付
テノ自首第二財産ニ對スル罪ニ付テノ自首而シテ第一ノ犯罪ニ付テハ只其
本刑ニ一等ヲ減スルニ過キスト雖ヒ第二ノ自首ニ付テハ一等ノ減等ノ外左
ノ事實アルキハ更ニ減等ヲ與フルモノト爲ス

一 贓物ヲ還給シテ損害ヲ賠償シタルキハ本刑ニ二等ヲ減シ自首ヲ通算
シテ三等ヲ減ス

二 贓物還給損害賠償半數以上ニ及フ者ハ本刑ニ一等ヲ減シ自首減輕ヲ
通算シテ二等ヲ減ス

又財産ニ對スル罪ノ自首ニ付テ異ナル所ハ獨リ減等ノ等數ヲ異ニスルノミ
ナラス別ニ一ノ異ナル點アリ即チ其被害者ニ首服シタル者ヲ以テ官ニ自首
シタル者ト同視スルヲ是レナリ

此他自首ニ付テ必要ナル條項及ヒ其理由ニ付テハ已ニ刑法義解ニ於テ其大
要ヲ示シ其他諸氏ノ註解書ニモ解釋スル所アルヲ以テ茲ニ略ス

右自首ノ本條タル第八十五條ハ之ヲ佛文草案ノ第九十七條ノ條文ニ比スル
ニ彼是大ニ其趣ヲ異ニスレ蓋シ審査委員ニ於テ之ヲ改正シタルモノナラ
ン然レヒ余ヲ以テ之ヲ見レハ此修正ハ寧ロ惡シキ方ニ改メタルモノト信ス
ルナリ故ニ諸君ノ參考ノ爲メ草案原文ノ直譯ヲ示サン

草案第九十七條ニ曰ク「犯人カ自己ニ對シテ一ツノ證據モ出テス若クハ發覺
モセサル前ニ自ラ官ニ首出シ而シテ自ラ捕ニ就キタルキモ尙ホ又法定ノ宥
恕アリ而シテ其刑一等ヲ減セラルヘシ但シ第二篇ニ定メタル若干ノ重罪輕
罪ノ發覺ノ爲メニ與フル所ノ全免ノ宥恕ト相抵觸スルヲナカルヘシト
今之ヲ現行刑法第六十條ニ比照スルニ其改正シタル點左ノ如シ

第一 草案ニ所謂犯人ノ自己ニ對シ一ノ證據モ出テス發覺モセサルノ一
句ニ代ルニ事未タ發覺セサルノ一句ヲ以テシタル事

第二 自ラ首出シ而シテ自ラ捕ニ就キタルキト云フニ代ルニ單ニ官ニ自
首シタル者ノ一句ヲ以テシタル事

第三 第二篇全免ノ宥恕云々ヲ削テ謀殺故殺ニ係ル者ハ自首減輕ノ限ニ

右第一ノ改正即チ事未タ發覺セサル云々ニ付キテハ新法頒布ノ當時頗フル疑義ヲ生シタリ即チ法文ニ所謂事トハ犯罪ノ事件ノ事ナルヤ將タ犯人ノ誰タルコトヲ指スモノナルヤ當時余輩ハ審査委員カ故ラニ事ノ一字ヲ用ヒタルハ必ラス自首減輕適用ノ場合ヲ狭クセントノ旨意ニテ斯クハ改メタルモノナラント信スルト事ノ字ヲ以テ人ノ義ニ解スルノ困難ナルトニ由テ本條ニ所謂事トハ即チ事件ノコトナリト解シタルコトアリ然ルニ審査委員ニ於テハ此ノ如キ旨意ノアルアルニアラスシテ例ノ不文ヲ厭ヒ杜撰ニ事ノ字ニ改メタルコトヲ聞クニ及ンテ始メテ前説ノ非ナルコトヲ悟レリ今日實際ニ於テモ此事ノ字ハ即チ犯人ノ事ヲ指ス者ト解釋スルモノ、如シ然レトモ事ノ字ヲ以テ専ハラ人ヲ指スト云フカ如キハ文字上解スヘカラサルコトナルヲ以テ他年此刑法改正ノ時モアラハ宜シク改正ヲ加フヘキモノナリト信スルナリ

第二 自ヲ捕ニ就キタルモノ一句ヲ削除シテ單ニ官ニ自首シタル者ト改メタルハ想フニ自首ト云ヘハ即チ自ヲ出テ來リテ自ヲ捕ニ就クハ勿論ナリ

トノ旨意ニ出テタルモノナラン歟自首ノ字ニシテ其義アリトセハ即チ可ナリト雖ヒ抑^レ起草者カ故ラニ自カラ捕ニ就キ云々ノ一句ヲ加ヘタル者ハ例ヘハ其身潜伏スルカ遠ク外國ニ逃ケ去リ書面ヲ以テ首出シタル者ヲ除クノ旨意ニ出テタルモノナリ知ラス果シテ自首ノ文字ヲ以テ自ラ是等ノ自首ヲ除ケル者ナルヤ否ヤヲ

第三 第二篇云々ヲ削除シタルニ就テハ固ヨリ大ナル影響ナカルヘシト雖ヒ之ニ代ルニ但書ヲ加ヘ謀殺故殺ニ添ル者ハ自首減輕ノ限ニアラスト爲シタルニ付テハ大ニ草案ト其旨意ヲ異ニス勿論審査委員ニ於テモ此但書ヲ加ヘタルニ付テハ全ク旨意ナキニアラス蓋シ謀殺故殺ノ如キハ多クハ宿怨遺恨ヲ抱クニ原由スル者ナルヲ以テ一旦其宿怨ヲ露ラシ直チニ官ニ自首スルモノハ我一命ヲ失ハスシテ恨アル者ヲ殺スヲ得ルカ故ニ假令重刑ヲ受クルモ自己ノ宿怨ヲ露ラスヲ以テ足レリトスル者アルヲ恐レ之ヲ防カントノ旨意ナルヘシ而シテ此議論ハ草案編纂ノ時ヨリ之レアリシモ遂ニボアソナード氏ノ説ニ勝ツコト能ハスシテ一旦此取除ヲ爲サハルコトニ決

シタルモノナリ而シテ同氏ノ論旨如何ト云フニ曰ク反對論者ノ憂フル所一理ナキニアラスト雖に抑自首減輕ノ法ヲ設クル所以ノ理由アルヤ專ハラ社會ノ二大危險ヲ避クルニ在リ即チ犯人ノ刑ヲ免カレシムルヲ無辜者ヲシテ冤罪ニ陥ラシムルヲ是ナリ左レハ謀殺故殺ノ如キ死刑ニ處スヘキ罪ニ於テモ同シク自首ノ宥恕ヲ與フヘキノミナラス如此重犯人ヲシテ其刑ヲ免レシメ又如此重罪ノ冤罪ヲ蒙ムラシムルハ更ニ重大ノコナルヲ以テ自首ノ宥恕ヲ與ヘテ自首スル者ヲ獎勵スルカ爲メ更ニ一層ノ理由アルモノナリト

ホアソナード氏ノ論旨ノ論理ニ適スルコトハ固ヨリ言ヲ待タス然レニ委員ノ懸念スル所モ亦一理ナキニアラス特ニ已ニ刑法ノ正條ト爲シタル以上ハ如何トモスルコトヲ得スト雖に余ハ右刑法頒布以後其犯人ノ知レサル犯罪ノ内恐ラクハ自首ノ宥恕ヲ與ヘサル謀殺殺犯ノ數其多キニ居ルナラント信スルナリ若シ統計上果シテ自首ノ宥恕ヲ與ヘサル罪ニシテ其犯人ノ知レサル者多シトセハ宜シク本條但書ヲ削除シテ一般ノ犯罪ニ自首ノ宥

恕ヲ及ホサンコトヲ希望スル者ナリ

○第三十回 明治十八年十一月十二日

前回ニハ宥恕減輕ノ第二ノ場合即チ自首減輕ノ事ヲ説キ了リタレハ第三ノ場合即チ挑激ニ原因スル宥恕減輕ノコトニ説キ及ハン

三 挑激ニ原由スル宥恕減輕

今茲ニ題目トスル所ノ挑激若クハ挑發ナル語ハ我刑法ノ明文ニハ見ヘサル所ナレト學理上此宥恕ヲ與フルノ原由ハ即チ被害人ニ於テ始メ他ヲ挑ミ激スルノ所爲アルニ在リ故ニ此ニ此題目ヲ掲ケテ刑法第三編第一章第三節ニ記載スル所ノ宥恕減輕ノ事ヲ説カントス

挑激トハ何ソ佛語ニ所謂プロウオカシオント同義ニシテ「プロウオカシオン」トハ呼ヒ起シ又ハ招キ起スノ義ナリ今之ヲ譯スルニ挑發又ハ挑激ノ文字ヲ以テスルモノニシテ要スルニ結局ノ被害人カ始メ不當ノ所爲ヲ以テ加害者ノ憤怒ヲ起シ即チ激發シタルコトヲ指スモノナリ凡ソ内外古今ノ法律ニ於

テ宥恕ノ一原因ト爲ス所ノモノハ憤怒又ハ畏懼ノ激發スルヨリシテ罪ヲ犯スニ至リタル者タルノ情狀ニ在リ之ヲ虚心平氣ニシテ且ツ何ノ理由モアラサルニ罪ヲ犯サントスル者ニ比スルニ其情甚ハタ輕シ蓋シ人各自ラ其情慾ヲ抑制スルニ足ルヘキ知覺精神ヲ具フルヲ以テ其情慾ヲ制スルニ至ラスシテ罪ヲ犯シタル者ハ罪ナキヲ得ス然レニ其迷ニ情慾ノ爲メニ制セラレシカ如キハ之ヲ猛惡ナル證ト云ハンヨリハ寧ロ其者ノ柔弱ナル證ト云フヘシ左レハ法律ノ此者ニ對シテ憫諒ヲ加フルモ亦之ヲ正當ト謂ハサルヲ得ス是レ其挑激アルヲ以テ宥恕ノ理由ト爲スノ理由トス

我刑法ニ於テハ前述挑激アルヲ以テ宥恕スル場合ハ左ノ三個トス

- 一 自己ノ身體ニ暴行ヲ受クルニ由テ怒ヲ發シ暴行人ヲ殺傷シタル場合
- 二 本夫其妻ノ姦通ヲ覺知シ姦所ニ於テ直チニ姦夫姦婦ヲ殺傷シタル場合
- 三 晝間故ナクシテ人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ門戶牆壁ヲ踰越損壞セントスル者ヲ防止スルニ出テタル時

此他尙ホ毆打シテ互ニ創傷シ其手ヲ下スノ前後ヲ知ル能ハサル場合及ヒ身體財産ヲ防衛スルニ出ツルモ不得已ニアラスシテ害ヲ加ヘタル場合アリト雖レ是レ聊カ其趣ヲ異ニスルモノナルヲ以テ前三個ノ場合ヲ講述シ後之ニ及ハントス

第一ノ場合ハ第三百九條ニ定ムル所ナリ

曰ク自己ノ身體ニ暴行ヲ受クルニ因リ直チニ怒ヲ發シ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ス但不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラ

スト
此條ハ即チ他人ノ暴行ニ因リ殺傷ノ所爲ヲ挑激セラレタル場合ヲ定ムルモノナリ而シテ本條ノ正面ニ當ルカ爲メニハ三個ノ條件アルヲ必要トス

- 第一 暴行アルヲ
- 第二 其暴行ヲ自己ノ身體ニ受クルヲ
- 第三 其暴行ヲ受ケテ直チニ怒ヲ發シタルヲ

佛國刑法第三百二十一條ニ依レハ此他尙ホ其暴行ノ至重ナルヲ必要トセ

リ我刑法ニ於テハ此事ヲ明言セス(蓋シ其暴行ト云フヤ其至重ナルヲ知ルニ足レリト爲シタルモノナランカ然ラサレハ若シ茲ニ至重ノ暴行云々ト記スルキハ或ハ正當防衛ノ場合ト混同センコトヲ恐レタルモノナルヘシ)右三個ノ條件ノ外一般ノ原則ニ由リテ其暴行ノ不正ノモノタルヲ要スルヲ附加スヘキナリ前回ニ於テハ彼ノ襲撃者ノ暴行若シ其被害者ヲシテ防衛ノ位置ニ立タシムルハ全ク其罪ヲ論セサルヲ説ケリ蓋シ此不論罪ノ場合ト本條宥恕ノ場合トノ差別ハ要スルニ其襲撃即チ暴行ノ輕重ニ由テ生スルモノトス故ニ裁判所ハ各事件ニ付キ注意ヲ以テ其被告人ハ其身ノ危害ヲ恐レ他ノ暴行ヲ防衛スルニ出テタル者ナリヤ將タ其身ノ危險ハ敢テ恐ルニ足ラサルモ一時ノ憤怒ニ乘シ若クハ畏懼ノ餘リニ殺傷ヲ以テ之ニ應報シタルモノナルヤヲ探究スルヲ要スルナリ而シテ尙ホ正當防衛ト挑激トニ原由スル宥恕ノ差異ヲ述ヘンニ正當防衛ハ現ニ不當ノ攻撃ヲ防クニ在ルヲ以テ其襲撃ノ終リタルキハ又正當防衛者タルヲナシ之ニ反シテ本條ノ場合ハ必竟情慾ヲ制スルヲ能ハスシテ之ニ從ヒタルニ原由スルモノナレハ苟クモ

精神ノ常ニ復スヘキ時間ヲ過キサル間ニ犯シタル犯罪ニ付テハ假令多少ノ時間ヲ經ルアルモ尙ホ其宥恕ヲ與フルヲ得ルモノトス此論旨ハ佛國ニ於テモ共和第十年大審院ニ於テ採用シタル所ナリ

ホアソナード氏ノ刑法草案注解ニ依レハ稍此説ト異ナルカ如キモノアルヲ以テ茲ニ之ヲ示サントス

(前略) 然レモ該犯此ノ如ク法律上ノ宥恕ヲ受ケ爲メニ頗ル大ニ其刑ヲ減輕セラレンニハ其怒ヲ發シテ直チニ返報ヲ爲セシヲ要スルナリ蓋シ其間辨別スルヲ得ヘキ猶豫アリシナルヘキハ固ヨリ疑ヲ容レサル所ナリト雖モ決シテ其間頗ル長フシテ熟考ノ効ヲ生シ得ルニ足ラザリシヲ要ス此時間ノ長短ハ裁判所ニ於テ之ヲ判定スヘキナリ暴行ヲ受ケタル者若シ先ツ誹毀又ハ凌辱ヲ以テ應答シ然ル後暴行人ニ向テ手ヲ下シタルハ宥恕ノ恩典ヲ許サルハ困難ナルヘシ況ンヤ其者若干ノ離距アルヘキ所へ行キテ兇器ヲ搜索シタルキハ假令其間短フシテ豫シメ謀リタル違ナカルヘキト雖モ無論此恩典ヲ許サルヘカラス此最後ノ場合ニハ謀殺罪ヲ構成スルモノタルヲ以テ

暴行ヲ受ケ怒ヲ發シタルニ付テノ法律上ノ宥恕ノ問題タルヲ得ス
是ヨリ本條中三個ノ條件ヲ説カン

第一 暴行ノ條件トハ例ヘハ毆打創傷制縛監禁ノ如キ所爲アルヲ必要トス
○故ニ最モ恥ツヘク厭フヘキノ惡事ヲ爲シタルモノナリト誣言セラレ重
大ノ威迫ヲ受クルヲアルモ之ヲ以テ挑激ノ暴行アリト云フヲ得サルナリ

第二 其暴行ハ自己ノ身體ニ受クルヲ要ス○故ニ例令何程ノ價額アリトス
ルモ家畜若クハ所有品ニ對スル暴行ハ固ヨリ他人ノ身體ニ對スル暴行ニ
付テモ本條宥恕ノ原由トナサヘルナリ佛文草案ニ依レハ第三百四十四條
ニ於テ他人ノ暴行ヲ受クルヲ目撃シ直チニ怒ヲ發シ暴行人ヲ殺傷シタル
場合ヲ定メタリト雖モ刑法ニ於テハ之ヲ削除シタリ故ニ現行刑法ニ於テ
ハ只裁判官ノ酌量減輕アルヲ望ミ得ヘキノミニシテ宥恕ノ限ニアラス

第三 直チニ怒ヲ發シタルヲ要ス○此條件ニ就テハ已ニホアソナード氏ノ
註解ヲ引テ起草者ノ旨意ヲ示シタリト雖モ余ヲ以テ見レハホアソナード
氏ノ解釋ハ或ハ嚴ニ過クルノ恐ナキ能ハス如何トナレハ同氏ノ所謂暴行

ヲ受ケタル者先ツ誹謗又ハ凌辱ヲ以テ應答シ然ル後暴人ニ向ツテ手ヲ下
シタルモハ宥恕ノ限ニ在ラスト爲スト雖モ若シ其誹謗又ハ凌辱ヲ爲スノ
間ト雖モ其憤怒ノ度ニ於テ最初ヨリ間斷ナク引續キタルモハ此場合ト雖
モ尙ホ宥恕ヲ與フヘキモノ、如シ故ニ余ニ於テハ暴行ヲ受ケテ其場ヲ逃
ケ去リ一旦怒ノ鎮マリタル後カ昨日ニ暴行ヲ受ケタルヲ今日思ヒ出シ
テ再ヒ憤怒ノ念ヲ起シ以テ殺傷ノ念ヲ生シタル者ノ如キハ此條ノ宥恕ノ
限ニアラスト信ス

以上三個ノ條件ノ外暴行ノ不正ナルヲ要スルヲ附言シタリ凡ソ一個ノ人
民ヨリ前ニ述ヘタル如キ暴行ヲ加フルカ如キハ皆其不正ナルヘキハ論ヲ待
タス然レモ官吏ノ職務ヲ執行スルニ當リ擅ニ暴行ヲ爲シタルニ宥恕ヲ適用
スヘキヤ否ヤ疑ナキ能ハス然レモ此問題ニ對シテハ先キニ不論罪ヲ講述ス
ルニ當リ説述シタル所ニ付テ諸君自カラ其答ヲ得ヘシト信スルヲ以テ茲ニ
之ヲ贅セサルナリ

此條但書ニ於テ不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ宥恕ノ限リニア

ラスト爲シタルハ歐洲各國ニ於テモ未タ其例ヲ見サル所ナリト雖ヒ頗フル其當ヲ得タルモノト信スルナリ如何トナレハ本條ノ宥恕ヲ與フル所以ハ他ノ暴行ヲ受ケタルカ爲メナリ然ルヲ其暴行ハ自カラ招キタルモノトスルハ本條ノ宥恕ヲ受クヘキモノハ取リモ直サス第一ノ挑激者ニシテ其暴行ヲ爲シタル者却ツテ本條ノ宥恕ヲ受クヘキ者タルヘケレハナリ

第二ノ場合ハ第三百十一條ニ於テ之ヲ定メタリ曰ク「本夫其妻ノ姦通ヲ覺知シ姦所ニ於テ直チニ姦夫又ハ姦婦ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ス但本夫先ニ姦通ヲ縱容シタル者ハ此限ニ在ラス」ト

此條ニ於テ第一ニ注意スヘキハ本條ノ宥恕ヲ得ヘキ者ハ獨リ本夫ニ在リテ其妻ニアラサルヲ是ナリ而シテ之ヲ其妻ニ及ホサヘルハ獨リ我刑法ノミナラス彼ノ男女同權ヲ以テ主義ト爲ス佛國刑法ノ如キモ亦然リ而シテ學者ノ此說ヲ爲スヲ聞クニ曰ク夫婦ノ間ニ於テ此差別ヲ生スル所以ハ婦ノ姦通ハ夫ノ姦通ニ比スレハ一層甚シキ惡結果ヲ生スヘケレハナリ即チ他姓ノ子ヲ生ムコアルヘキヲ以テナリト然レヒ此理由ハ未タ以テ充分ト爲スヲ得ス如

何トナレハ此宥恕ヲ與フル所以ハ一時制シ難キ憤怒アリト云フニ原因スルモノナレハ自己ノ配偶者カ現ニ姦通スルヲ見テ憤怒スルノ情ニ至リテハ夫婦男女ノ間ニ於テ差別アラサレハナリ右ノ當否ハ暫ク措キ我國ノ風俗ノ如キニ在テハ敢テ之ヲ不當ノ制定トモ謂フヘカラサルモノ、如シ

此他此條ノ要件ハ姦所ニ於テ直チニ殺傷スルニ在リ此ノ解釋ニ付テハポアソナード氏ノ註釋ヲ以テ之レニ代ヘントス

曰ク「本條ノ明文ニ於テ宥恕ヲ爲スニ付キ要スル所ノ條款ニ關シ許多ノ注意ヲ爲スヘキナリ即チ第一、本夫姦所ニ於テ姦夫姦婦ヲ襲フコトヲ要ス故ニ本夫詭書若クハ誠實ナル人ノ密告ニ因リ其婦ノ姦通ノ證ヲ得タルヲ以テハ未タ足レリトセス第二、其姦通ヲ發見シテヨリ報讐ヲ爲スニ至ル間頗ル長クシテ怒ヲ和クルニ至ルノ時間ナキヲ要ス第三、其姦罪ヲ犯シタル婦ハ本夫ノ正妻タルコトヲ要ス故ニ姦ニ關シテハ本夫ハ法律上ノ宥恕ヲ受クルコトヲ得サルヘシ假令民法ニ於テ妾ノ爲メニ或ル適法ノ權利及ヒ特益ヲ與ヘシト雖ヒ是レ其正妻ノ有スル權利及ヒ特益タルニ非サルヘキヤ必セリ

抑、妾ノ契縁タルヤ婚姻ノ契縁ニ比スレハ極メテ破レ易キヲ以テ妾ニハ妻ノ如ク極メテ嚴ナル貞實尊敬ヲ盡スヘキ本分アラサルナリ故ニ本夫ハ其凌辱ヲ感覺スルノ度大ニ輕キモノト推測セラルヘナリ云々ト

○第三十一回 明治十八年十一月十八日

佛蘭西刑法ニ依レハ夫婦同居ノ家屋内ニ於テスル現行犯ノ場合タルヲ要スト雖ヒ我刑法ニ於テハ其場處如何ヲ問ハス只其姦通ヲ確知シ姦處ニ於テ直チニスルヲ必要トス左レハ此條ニ於テモ謀殺ノ場合ヲ包含セスシテ單ニ故殺ノ場合ノミヲ云フモノト解スヘキナリ例ヘハ疾ク其婦ノ姦迫スルヲ確知シ其現行犯ヲ取押ヘテ豫シメ之レヲ殺傷センコトヲ決心シ而シテ其姦通ノ時ヲ望ミ之レヲ殺傷スル者ノ如キ本條宥恕ノ限リニアラサルナリ
第三ノ場合ハ刑法第三百十二條ニ定ムル所トス曰ク「晝間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ門戶墻壁ヲ踰越損壞セントスル者ヲ防止スル爲メ之ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕スト」

此條ノ場合ハ前二條ノ如ク一時ノ憤怒ニ乘シタル場合ニアラスシテ畏懼ノ念ニ因テ殺傷シタル場合ヲ云フナリ此條單ニ晝間ト爲シタルハ夜間ニ此所爲アル場合ハ第三百十五條ニ於テ不論罪ノ場合ト爲シヌレハナリ

以上挑激アルニ原由スル宥恕減輕ノ主タル場合ヲ說了シタルモ此他尙稍其趣ヲ異ニスル宥恕アリ以下之レニ論及セントス

刑法第三百十條ニ曰ク「毆打シテ互ニ創傷シ其手ヲ下スノ先後ヲ知ルコト能ハサル者ハ各其罪ヲ宥恕スルコトヲ得ト」

此條モ亦挑激アルノ故ヲ以テ宥恕ヲ與フルモノナリ凡ソ鬪争ヲ爲ス者ニシテ雙方同一時ニ手ヲ下スコトハ蓋シ稀レナルヘシ必ラスヤ其一方ノ者ニ於テ先ツ手ヲ下シ遂ニ争鬪ニ至ルモノ多カルヘシ本條ノ場合ノ如キ現ニ其最初ノ下手者タルコトヲ目撃シタル証人モナク他ニ之レヲ知ルヘキ事實ナキ場合ニ於テモ必ラスヤ先キニ手ヲ下シタル者即チ挑激者アルヘク從ツテ其宥恕ヲ受クヘキ被激者モ亦之レアルヘキナリ然カモ只其何レカ被激者タルヲ知ルコト能ハサルノミ此場合ニ於テ若シ宥恕ヲ與ヘサルモノトセン乎當然之レ

ヲ受クヘキモノ、爲メニ不幸ヲ來タス若シ又之レヲ雙方ニ與フルトセン手
 宥恕ヲ受クヘカラサル者ニ宥恕ヲ與フルノ不當アルニ至ラン然レハ此不當
 ヲ恐レ當然宥恕スヘキ者ノ不幸ヲ致サンヨリハ寧ロ此不當ヲ冒シ他ノ不幸
 ヲ避クルノ勝レルニハ若カス本條ハ即チ此旨意ニ出タル者ニシテ所謂ル罪
 ノ疑シキハ之レヲ輕クセヨ若クハ寧ロ不經ニ失セヨトノ格言ヲ遵奉シタル
 者ト謂フヘシ但シ本條ノ宥恕ヲ與フルハ下手ノ前後ヲ知ルヲ能ハサル場合
 即チ證人モナク又他ニ其前後ヲ推知スルニ足ルヘキ事實毫モアラサル場合
 ノミニ限ルヘシ故ニボアソナード氏ノ註解ニ云ヘル如ク假令ハ爭鬪者ノ一
 人ハ已ニ其右手ニ於テ其手ヲ用フヘカラサル程ノ重傷ヲ蒙リ他ノ一人ハ頭
 部若クハ腹部ニ於テ右手ヲ以テシタルモノト認ムルニ足ルヘキ創傷ヲ蒙リ
 タル場合ノ如キ即チ其右手ニ創傷ヲ受ケタル者第一ノ下手者タルヲ推知
 シ得ヘシ此場合ニ於テハ本條ノ宥恕ヲ適用スルヲ能ハサルナリ
 又第二ノ場合ハ刑法第三百十六條ニ定ムル所ナリ曰ク「身體財産ヲ防衛スル
 ニ出ルト雖モ已ムヲ得サルニ非スシテ害ヲ暴行人ニ加ヘ又ハ危害已ニ去

リタル後ニ於テ勢ニ乘シ仍ホ害ヲ暴行人ニ加ヘタル者ハ不論罪ノ限ニ在ラ
 ス但情狀ニ因リ第三百十三條ノ例ニ照シ其罪ヲ宥恕スルヲ得ト彼不論罪
 タルヘキ正當防衛ニ於テハ其防衛ノ所爲ノ必要ナル區域及ヒ時間ヲ超過セ
 サランコトヲ要ス故ニ其必要ノ時期ヲ過クレハ即チ已ニ正當防衛ニアラスシ
 テ寧ロ復讐ノ所爲ニ屬スルコトハ已ニ説了シタリ本條定ムル所ノ主眼ハ此復
 讐ノ所爲ノ不論罪ヲサルトコトヲ明示スルニアラスシテ却ツテ其但書ニ於テ
 其宥恕ヲ與フルコトヲ得ル旨ヲ定ムルニ在リト云フヘシ如何トナレハ其已ニ
 正當防衛ヲササル者ノ不論罪ノ限リニアラサルコトハ本條ノ明文ヲ待ツテ然
 ルニアラスシテ自ラ明カナル所ナリ而カモ不得已ニアラスシテ害ヲ加ヘタ
 ル者危害既ニ去リタル後ニ於テ害ヲ加ヘタル者ニ宥恕ヲ與フルヤ否ヤニ付
 テ本條ノ明文ヲ要スル所ナケレハナリ
 右二箇ノ場合ヲ目シテ一種別段ノ宥恕ト稱シタリ蓋シ如此宥恕ハ外國ノ法
 律ニ於テハ未タ其例ヲ見サル所タルノミナラス右ノ宥恕ハ宥恕スルコトヲ得
 ルト有リテ裁判所ノ之レヲ必行スヘキモノニアラス要スルニ之レヲ許スト

許サ、ルトハ裁判官ノ隨意ナレハナリ特ニ第三百十六條ニ於テハ其情狀ニ
 因リト有リテ而シテ其情狀ノ何タルヲ明示セサルヲ以テ其及フ所ニ於テ
 廣狹ノ差異アレハ其性質ニ於テハ彼酌量減輕ノ場合ト毫モ差異ナキモノト
 云フヘキナリ右ノ二條ニ於テ如此宥恕ヲ定メタルノ不當ナル所以及ヒ佛文
 草案ニハ之レヲ命令文ニ記シタル事ハサキニ已ニ説述シタルヲ以テ茲ニ之
 レヲ贅セス但シ草案第三百四十四條ニ於テ獨リ宥恕スルヲ得ルトノ文義ア
 ルハ起草者ノ誤リナルヤ將タ他ニ理由アリテ存スルヤハ之レヲ起草者ニ質
 シテ後之レヲ明言センコトヲ約シタリ而シテ之レヲ起草者ニ質問スルニ先チ
 此頃起草者カ多少ノ補訂ヲ加ヘタル佛文草案并ニ其註解ナル者ヲ一見スル
 ヲ得タルヲ以テ先ツ之ニ就テ或ハ之ヲ改正シタルカ否ヤヲ見タルニ其本文
 ハ依然トシテ舊文ノマヽニ存スルノミナラス舊註解ノ外更ニ左ノ如キ一項
 ヲ加ヘタリ曰ク本條ノ場合ニ於テハ宥恕ハ法律ニ因リテ與ヘラル、者ト云
 ハンヨリハ寧ロ裁判所ノ認定ニ由ルモノナルコトニ注意スヘシ即チ本條ニ於
 テハ宥恕スルコトヲ得ト有リ又情狀ノ全體ニ因テトノ明文アルヲ以テナリ寔

ニ彼ノ己レ直接ニ受クルニアラサル暴行アルヲ好機會トナシ(即チ他人ノ暴
 行ヲ受クル機會ニ乘スルノ義)一己ノ私怨若クハ隱秘スル所ノ嫉妬心ヲ露ラ
 サンカ爲メ又ハ其必要ナキニ一族ノ争鬭ニ参加セントスル者ノ如キハ之レ
 ニ宥恕ヲ與フヘカラサレハナリト是ニ由テ之ヲ見レハ起草者カ此條ニ限り
 聽任文法ヲ用ヒタリシハ一時ノ誤ニアラスシテ故ヲニ此文法ヲ用ヒタルコ
 明カナリ然レモ右註解ニ記スル所ノ理由ニ過キサルモハ余ハ尙ホ之ニ服ス
 ルコト能ハス何トナレハ其起草者カ懸念スル所ノ場合即チ私怨若クハ嫉妬ノ
 念ヲ露ラサントシテ暴行人ヲ殺傷スル如キハ本條ニ所謂ル他人ノ暴行ヲ受
 クルヲ目撃シテ直チニ怒ヲ發シ其暴行ニ敵對シタルモノニアラスシテ必竟
 其機會ニ乘シ自己ノ私怨若クハ嫉妬ノ念ヲ露サント欲スル者ニシテ之レヲ
 例セハ己レ平生憎ム所ノ者ト曾テ知ラサル者ノ争鬭スル機會ニ乘シ其憎ム
 所ノ者ヲ毆打創傷シタルト同一ナレハ假令法律ニ於テ宥恕ストノ命令文法
 ヲ以テスルモ此ノ如キ場合ニ於テハ決シテ宥恕ヲ與フルノ恐レナケレハナ
 リ若シ此理由ヲ以テ宥恕減輕ノ許可ヲ裁判官ノ認定ニ任スヘキモノトセハ

姦通其他ノ場合ニ於テモ悉ク之レヲ聽任法ト爲サヘルヲ得ス余ハ到底此說ニ服スルヲ能ハサルヲ以テ前述ノ理由ヲ述ヘ更ニ之レヲ起草者ニ質シタリ然ルニ起草者ニ於テハ右ノ一條ハ他日草案ヲ再閱スルヲモアラハ之レヲ改正スヘシトノ簡單ナル答ヲ與ヘラレタリ依テ然ラハ其増註ニ加ヘラレタルハ如何トノ事ヲ質シタルニ是レ又強チニ聽任文法ノ理由トシテ加ヘタルモノニアラストノ答ヲ得タレハ即チ此一箇條ノ宥恕スルヲ得トノ文意ハ最早起草者一時ノ錯誤ニ出タル者ト斷定スルヲ得ルナリ而シテ審査修正委員カ此一條アルヲ見テ之レヲ他ノ場合ニ及ホシタルモ法定減輕ト認定減輕トノ區別ヲ知ラサルニ原由シタルモノト云フヘキナリ以上法律上宥恕スル場合及宥恕シ得ヘキ場合ニ於テ宥恕スルヲト定リタル以上ハ刑法第三百十三條ニ於テ減輕セサルヲ得ス而シテ其二等ハ必ラス之レヲ減セサルヲ得ス唯其三等ヲ減スルト否ニ付テ裁判官ノ見ル所ニ任スルノミ

第三 酌量減輕ノ事

酌量減輕ノコトハ刑法第八十九條及ヒ第九十條ニ於テ之レヲ定メタリ第八十九條ニ曰ク「重罪、輕罪、違警罪ヲ分タス所犯情狀原諒スヘキ者ハ酌量シテ本刑ヲ減輕スルヲ得」法律ニ於テ本刑ヲ加重シ又ハ減輕スヘキ者ト雖モ其酌量スヘキ時ハ仍ホ之ヲ減輕スルヲ得ト

又第九十條ニ曰ク「酌量減輕ス可キ者ハ本刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス」ト

刑法定ムル所ノ酌量減輕ノ制ハ新法ノ創設ニ係ル者ナリト雖モ我舊律ニ於テモ庶人犯罪不的決ノ律アリ即チ「凡ソ庶人罪ヲ犯シ過誤、失錯、連累其他不幸ニ出テ事矜憫ス可ク情原諒ス可クシテ的決シ難キ者ハ法ニ依リ贖罪ヲ準ス」トノ明文アリシヲ以テ假令其性質ト方法ニ於テ差異アルモ其情狀ヲ酌量スル所以ニ至リテハ同一ナルヲ以テ已ニ諸君ノ其要旨ヲ知ラル、ノミナラス前數回ノ講義中屢、酌量減輕ニ說キ及ヒタルト本文ノ一讀判然タルトニ由リ茲ニ贅辯ヲ須ルヲ爲サスボアソナード氏註解中稍、酌量ヲ與フヘキ標準ト爲スヘキ一段ヲ拔萃スルニ止メントス

(前略) 是ニ於テ法律宥恕ト酌量減輕トノ差別アリ宥恕ハ法律ノ豫定スル所

ナレハ裁判官ハ唯犯人ノ宥恕スヘキモノタルヲ證明スルノミ之レニ反シテ酌量スヘキ情狀ハ法律之ヲ豫定セス故ニ裁判官タル者自ラ其良心ト知覺トニヨリ犯人カ犯罪ノ際ニ於テ有セシ情狀ヲ見テ其情狀ハ罪惡ノ度ヲ減スルヤ否ヤヲ勘定スルナリ此際裁判官ハ罪人ヲシテ罪ヲ犯スニ至ラシメタル原因ヲ探ラサルヘカラス情欲中ニ恕スヘキ情欲アルヲ察セサルヘカラス又教育或ハ習慣ノ惡シキカ爲メニ道德ヲ敗壞シタル者ヲ恕スルヲ得又時トシテ生來正直ナルヲ見テ一時ノ過失ヲ恕スルヲ得又罪ヲ犯セシ後悔セルモノヲ恕スルヲ得ヘシ且其酌量減輕スヘキハ唯道德上ノ損害少キモノ、ミニ限ラス社會ノ損害少キモノヲ減輕シテ可ナリ例ヘハ盜罪ヲ犯スモ被害者ノ身代巨萬ニシテ之レヲ苦シマサルモ又ハ贓物ノ全部若クハ一部ヲ返還スルモ(自ラ好シテ返還セサルモノナリトモ)裁判官ハ之ヲ以テ酌量減輕ノ情狀トスルヲ得ヘシ又故殺ノ未遂犯罪ニ於テ被害人未タ一點ノ害ヲ蒙ラサルモ裁判官ハ法律ニヨリ二等又ハ三等減輕スル上第百二十三條ヲ見ヨ更ニ酌量減輕ヲ爲スヲ得ヘシ

曩ニ宥恕減輕ノ講義ヲ始ムルニ當リ罪情ヲ減輕スル事實刑ヲ減輕スル事實ノ二ツニ分ツヘシト述タリ然ルニ講述ノ順序其言ノ如ク爲スノ却ツテ弊アルヲ覺リ之レヲ混同シテ説キタレハ茲ニ一言シ置クナリ右ノ區別ニ從フモハ第一罪狀ヲ輕スヘキ事實ノ部ニ於テ宥恕減輕ト酌量減輕トノヲ説キ第二ノ刑ヲ減輕スル事實ノ部ニ於テハ總則ノ自首減輕ト各本條ノ自首減輕ノ事ヲ講スヘキナリ然レモ此ノ如クスルモハ刑法ノ順序ト違フノミナラス法定ノ減輕ト認定ノ減輕トヲ混雜スルニ至ランコトヲ恐レ迷ニ前言ヲ陷マサリシナリ諸君幸ニ之レヲ諒セヨ

○第三十二回 明治十八年十一月十九日

本日ハ刑法第五章再犯加重ノ事ニ説キ及ハントス

第五章 再犯加重

凡ソ各犯罪ニ於ケル本刑ナル者ハ加重セラレ或ハ減輕セララル、コアルモノナルコトハ諸君ノ已ニ知了スル所ナリ而シテ其主タル減輕ノコトハ已ニ説了シ

タルヲ以テ今ヨリ其加重ノ事ヲ説カントス而シテ此加重ニ於テモ彼ノ減輕ニ於ケルカ如ク一般ニ渉ルモノト特別ノ者トノ別アリ然レモ本章ノ題目ニ於テ單ニ再犯加重トアルヲ以テ即チ其一般ノ加重ニ屬スル者ノミヲ説カントス

抑刑法ニ所謂ル加重ニ於テモ彼ノ減輕ニ於ケルカ如ク必ラス其原由ナキヲ得ス然ラハ其原由トハ如何ナル者ヲ云フカ蓋シ其犯罪ノ性質ニ就テハ別ニ變更スヘキモノナキモ立法上其犯罪ノ爲メ其刑罰ニ更ニ一層ノ重キヲ加フヘキノ理由ヲ云フナリ仍ホ言フ代ヘテ云ヘハ事實ノ罪情ハ變スル所ナキモ特ニ其犯人ノ罪情ニ於テ異ナル所アルヲ云フナリ右ノ定義ニ依レハ我刑法中如此加重ノ原由ニシテ其一般ニ渉ルモノハ獨リ再犯加重アルノミトス此他尙ホ特刑ノ加重ノ原由アルノミナラス刑法中刑罰ニ加等スヘキモノ往々ニシテ之レ有リ例ヘハ刑法第三百七十九條ニ定ムル所ノ強盜罪ノ如キ二人以上共ニ犯シタルキト兇器ヲ携帯シタルキト如キ各其刑ニ一等ヲ加フヘキナリ然レモ此等ハ前ニ所謂ル加重ノ原由ト稱スヘキモノニアラスシテ之レ

ヲ加重ノ情狀ト云フヘキモノナリ蓋シ其刑ヲ加フル所以ハ必竟其犯罪ノ事實ニ變更アルカ故ニシテ其犯人ノ一身上ニ付テ加重スルモノニアラサルヲ以テナリ

以上加重ノ原由ト稱スルモノ佛語ニ之レヲ「コーズ、ダグラウハシヨント云ヒ加等ノ情狀ト云フモノ之レヲ「シルコンスタンス、ダグラハシヨント云フ本章規定スル所ノ再犯ノ如キハ加重ノ情狀ト同カラスシテ甲乙全ク同一ノ罪ヲ犯スモ其刑ニ於テハ彼是相同カラサル所ノ者トス蓋シ立法者カ此原由ニ依テ其刑更ニ一層ノ嚴ヲ加ヘタル所以ハ專ラ其犯人ノ一己ノ觀察ニ依テ然ルモノナリ

何ヲカ再犯ト云フヤ曰ク再犯トハ一回罪ヲ犯シテ處刑ヲ受ケタル後再ヒ罪ヲ犯シタルヲ云フナリ然シテ此再犯ノ故ヲ以テ其刑ヲ加重スルノ之レヲ再犯加重ト稱スルナリ而シテ此加重ヲ爲ス所以ノ目的ト其加重ヲ爲スノ正當タルトハ共ニ見易キ所ナリ蓋シ此犯人タル通常ノ刑罰ヲ以テハ未タ之レヲ懲ラスニ足ラサルヲ證明シ而シテ其法律ノ勢力ノ不足ナルヲ確信セ

シムルモノト謂フヘシ於是乎法律ハ其權カヲ以テ之レニ從ハシムルヲ得ル
 カ故ニ之レカ爲メ更ニ一層ノ嚴刑ヲ加ヘ其頑愚ナル心意ヲ矯正スルニ足ル
 ヘキ刑ヲ以テ之レヲ懲罰セント欲スルナリ是レ其再犯者ノ爲メニ其刑ヲ加
 重スル所以ナリ今若シ此論理ヲ推シテ論スルハ初犯ヨリ一犯ヲ加フル毎
 ニ其刑ヲ加重セサルヲ得サルナリ即チ再犯ニ於テ其刑一等ヲ加フルモノト
 セハ其三犯四犯ニ付テハ二等若クハ三等ヲ加フヘキナリ然レモ凡ソ何レノ
 國ノ法律ニ於テモ右純粹ノ論理ニ從ハヌシテ假令幾回ノ犯罪アルモ單ニ其
 刑一等ヲ加フルヲ以テ足レリト爲シ我刑法ニ於テモ又此例ニ倣ヒ其第九十
 八條ニ於テ三犯以上ノ者ト雖モ其加重ノ法ハ再犯ノ例ニ同シト定メタリ斯
 ク内外ノ法律ニ於テ三犯以上常ニ一等ヲ加フルニ止マル者ハ抑亦他ニ理由
 ノ存スルアルナリ

其犯サレタル事實ノ實價即チ其犯罪ノ罪情ニ從ツテ算出シタルモノナリ然
 ラハ則チ犯人ノ大惡如何ナルモ其再犯ノ罪自體ニ於テハ決シテ其性質ヲ變
 セサルナリ即チ其犯罪ノ實價ニ於テハ前後何回ニ及フモ毫モ異ナル所ナシ
 果シテ然ラハ其犯人ノ頑愚改メサルヲ惡ミ之レニ其罪ト權衡ヲ失スヘキ重
 刑ヲ科スルカ如キハ公義ノ許サヘル所ナリ若シ強テ之レヲ毎回加重スルモ
 ノトスルハ彼ノフオースタンエリー氏ノ云ヘル如ク初犯違警罪ニ過キサ
 ル者モ遂ニハ無期徒刑ニ處セサルヲ得サルニ至ルヘキナリ是レ我國ノ模範
 トナシタル外國ニ於テモ三犯以上皆同一トセルモノナリ右ノ原則ヨリシテ
 若シ第一犯ノ刑ト第二犯ノ刑トノ間ニ於テ著シキ輕重アリテ第二犯ノ刑ヲ
 以テ其犯人ヲ懲スニ足ラスト云フヲ得サル程ノ差異アル場合ニ於テハ更ニ
 之レニ加重ヲ爲スノ原由ヲ失ヒ從ツテ之ヲ加重スルノ不當タルニ至ルモノ
 トス我刑法モ亦此論旨ヲ遵奉シタルヲハ後ニ講述スル所アルヘシ

以上説述スル所ノ論理并ニ原則ハ一朝一夕ニシテ得タル所ノモノニアラス
 シテ古來各國ニ於テ漸次改良ヲ加ヘタルノ結果ナリ再犯ノ爲メニ刑ヲ加重

スルハ已ニ羅馬法ニ於テ之レアリキ但シ其方法今日各國ニ於テ行ハルハ所ノ如クナラスシテ再犯ノ爲メ其刑ヲ加重スヘキモノハ前後同種類ノ罪ヲ再犯シタル場合ニ限レリ而カモ當時ノ學者ハ前ニ述ヘタル論理ノ主義ヲ推スニ過キテ第二ノ再犯ニ於テハ第一ノ再犯ニ於ケルヨリモ一層其刑ヲ重クスヘキモノト論定シタリ其他各國古法ノ下ニ在リテハ刑罰ノ制概テ今日ノ如ク精確ナラサルヲ以テ再犯ノ爲メ其刑ヲ加重スル寬嚴ノ如キハ全ク裁判官ノ隨意タリシナリ降リテ稍其方法ヲ明定スル法律若クハ習慣アルニ至リテモ其法例ハ實ニ不當ノ者タリシナリ今其一例ヲ舉クレハ佛國ブールゴールニノ習慣ニ依レハ盜罪ノ再犯ヲ罰スルニ死刑ヲ以テシ又千七百廿四年三月四日ノ布告ニ於テハ盜罪ニ關スル再犯ノ例ヲ定メテ初犯ハ之レヲ管刑ニ處シ再犯ハ之ヲ徒刑ニ處シ三犯ハ之レヲ死刑ニ處スルト爲シタルカ如キ是レナリ

右ノ二例ノ如キ今日ニシテ之レヲ聽クハ實ニ驚クニ堪ヘタルモノアリ然レモ退テ近ク我國舊幕時代ノ事ヲ顧ミレハ僅ニ數年以前ニ在リテモ是等ノ

弊ハ蓋シ枚擧ニ暇アラサルヘシト信スルナリ之レニ引續キテ少シク佛國刑法上ノ再犯ニ關スル沿革ノ事ヲ説カント欲シタレモ稍冗長ニ亘ルノ恐アルヲ以テ之レヲ省キ直チニ左ノ問題ニ論及セントス

曰ク何ヲ以テ再犯ニ於ケル一般ノ要件ト爲スカ如何シテ其要件ノ備ハルヲ證明スルヤト

凡ソ再犯アリトスルニハ第一初犯ノ爲メ刑ノ宣告ヲ受ケ而シテ其裁判ノ確定シタルヲ要シ第二初犯ノ裁判確定ノ後再ヒ罪ヲ犯シタルヲ要スルナリ抑再犯ノ罪ニ對シ其刑ヲ加重スルノ必要ヲ生スル所以ハ一ニ裁判所ヨリ爲シタル最初ノ懲戒ノ無益タリシヲ證アルニ原因スルモノナリ而シテ此懲戒ハ其宣告ノ確定スルニアラサレハ其實行ヲ生シ得ヘキモノニアラス左レハ初犯ノ刑ヲ言渡シタル裁判ハ已ニ何等ノ上訴ヲモ爲シ得ヘカラサルモノナルヲ要スルナリ然ラハ上告期限内ニ於テ再ヒ罪ヲ犯シタル者ノ如キハ如何此場合ニ於テハ其裁判未タ確定ニ至ラサルヲ以テ其限内ニ於テ再ヒ罪ヲ犯スコアルモ未タ再犯アリト謂フヲ得サルナリ然ラハ又彼ノ欠席裁判

ノ場合ノ如キ第二ノ犯罪アルモ之レヲ再犯ト云フヲ得サルカ此場合ニ於テハ犯人若シ再犯ノ爲メニ捕ヘラレ而シテ初犯ノ裁判ニ對シテ之レカ故障ヲ爲シ之レヲ取消サシムルニ至ラサルカ若クハ其再犯ノ時既ニ期滿免除ノ經過シタルモ即チ茲ニ再犯アリト云フヘキナリ

以上初犯ノ裁判ノ確定ニ關スルコトヲ説ケリ然ルニ尙ホ茲ニ一問題ノ提出スヘキモノアリ曰ク「右ニ所謂ル初犯ノ裁判トハ必ラス本國裁判所ノ言渡シタル裁判タルヲ要スルヤ如何ト人或ハ曰ハン「假令外國裁判官ノ言渡シタル裁判ト雖ヒ之レヲ受ケテ尙ホ悔改ゼサルモノハ已ニ再犯ノ加重ヲ受クヘキ理由アル者ナルヲ以テ固ヨリ外國裁判ヲ以テ再犯加重ノ基礎ト爲スニ足ルヘキナリ」ト夫レ然リ然リト雖ヒ抑再犯ニ加重ヲ爲ス所以ハ專ラ通常刑罰ノ不充分ナルコトヲ證シタルニ原由スル者ナリ果シテ然ラハ右問題ノ場合ニ於テハ犯人ハ外國法律ニ依テ言渡サレタル刑罰ヲ蔑視シタルモ然カモ未タ本國ノ法律カ彼レニ對シテ微弱ニ過クルノ證明ヲ爲シタル者ト云フヘカラス左レハ尙モ未タ其證ナキニ當リテ之レニ刑罰ヲ加重スルハ之レヲ不當ト謂ハ

サルヲ得ス而シテ其外國ノ刑ト本國ノ刑ト相異ナラサル場合ニ於テモ亦然リ是レ佛國學者ノ論定スル所ニシテ同國實際ノ判決例ニ於テ適用スル所ナリ我刑法ニ於テハ此事ニ付テ明文ナク又未タ學者ノ說アルコトモ聞カスト雖ヒ余ニ於テハ我國ニ於テモ亦此論理ヲ適用スヘキモノナラント信スルナリ

○第三十三回 明治十八年十一月廿六日

前回ハ外國裁判官ノ言渡シタル裁判ハ之レヲ再犯加重ノ基礎ト爲シ得ヘキヤ否ヤニ論及シテ其局ヲ結ヒタリ本回ニハ此再犯加重ノ爲メニ必要ナル條件即チ第一ノ犯罪ノ處刑ニシテ一タヒ已ニ動カスヘカラサルモノト爲リタル以後ニ生スル變動ニヨリテハ毫モ影響ヲ及ホスコナキコトヲ説カントス

初犯裁判ノ以後ニ生スル所ノ變動トハ例セハ第一犯ノ裁判ニ於テハ輕罪ヲ以テ罰セラレタルモ後ニ法律ノ改正ニヨリテ同一ノ所爲ヲ罪スルニ違警罪ノ刑ヲ以テシ若クハ無罪ト爲シタルカ如キ是レナリ此場合ニ於テハ初犯ノ裁判宣告ハ決シテ之レカ爲メニ消滅セサルナリ故ニ其刑法改正ノ後ニ於テ

再ヒ罪ヲ犯セルキハ第一ノ處刑ハ即チ再犯加重ノ基礎トナルヘキナリ但シ其裁判後ノ變動ニシテ其裁判宣告ヲ取消スヘキカアルキハ格別トス
 右述フル所ノ道理ニ據リ初犯ノ裁判一タヒ確定シタル後ニ於テ恩赦ヲ得復權ヲ許サレ期滿免除ヲ得ルコトアリト雖ヒ再犯加重ニ付テハ毫モ變スル所ナシ蓋シ是等ノ法則タルヤ必覺其宣告ヲナシタル裁判ノ執行ヲ免シ若クハ一タヒ失フタル能力若クハ權力ヲ回復スルモノタルニ過キスシテ決シテ其宣告シタル裁判ヲ消滅スル者ニアラサレハナリ然ルニ茲ニ犯罪ノ事實ト裁判ノ宣告トヲ消滅ニ歸セシムルモノアリ大赦是レナリ大赦ノ目的タルヤ之ヲ受ケタル者ハ嘗テ毫末ノ罪科ナキモノト見做スニ在ルヲ以テナリ故ニ假令裁判確定ノ後ト雖ヒ獨リ大赦ヲ受ケタル者ニ至リテハ後ニ再ヒ罪ヲ犯スコトアルモ之レヲ論スルニ再犯ヲ以テスルコトヲ得ス我刑法第九十七條ニ於テ「大赦ニ因テ免罪ヲ得タル者ハ再ヒ罪ヲ犯スト雖ヒ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得スト定メタルモ此理ニ外ナラス」
 以上説述スル所ノ如クナレハ今若シ裁判官ノ錯誤ニ因リテ言渡サレタル裁

判アリトセンニ尙ホ之レヲ再犯加重ノ基礎ト爲サ、ルヲ得サルヤ如何トノ問題ヲ生スルナリ

此ノ如キ場合ハ實際甚タ稀レナルカ如シト雖ヒ彼ノ法律ニ有名ナル佛國ニ於テスラ尙且ツ往々之レアル所ニシテ現ニ其罪輕罪タルヘキモノニシテ重罪ニ處セラル、者少トセス況ンヤ我國ノ如キ始メテ新法ヲ設ケ始メテ之ヲ實行スルノミナラス其統轄ニ任スル長官ハ所謂ル東洋風ノ英雄豪傑ヲ以テ自ラ任シ之レカ命令ヲ受ケ實行ニ任スル者モ亦識者ヲ以テ自ラ許ス國ニ於テハ齊ニ錯誤ニ由テ此場合ヲ生スルノミナラス或ハ英斷果決等ノ稱ヲ以テ故ラニ前例ニ類スル處斷ヲ爲ス者ナシトセス果シテ然ラハ若シ茲ニ違警罪若クハ無罪タルヘキモノニシテ輕罪ニ處セラレタル者アリトセンニ後再ヒ罪ヲ犯シタル場合ニハ前ノ無實不當ノ裁判ハ之レヲ再犯加重ノ基礎トスヘキヤ否ヤ此問題ハ佛國ニ於テモ生シタルコトアリ之レニ付テ二説アリ其第一説ハ千八百二十五年十二月三十日及千八百三十年九月十六日ノ裁判ヲ以テ其根據ト爲スモノナリ其説ニ曰ク「大審院ハ再犯加重ノ基礎ハ之レヲ犯罪ノ

眞實ノ性質ニ取ルヘキモノニシテ決シテ其裁判官ノ付與シタル名稱ニ係ハルヲ要セスト斷定スルニ就テ躊躇セサリシナリ而シテ其理由タル甚々容易ナリ曰ク本案ノ場合ニ於テハ重罪ニ向ツテノ裁判言渡アルニアラサレハ裁判ヲ成立セサルモノナリ然ラハ茲ニ裁判言渡アリテ之レヲ以テ施體加辱ノ刑ヲ宣告シ恰モ一個ノ重罪ヲ罰スルカ如キ宣告ヲ爲スト雖ヒ而カモ其外見ハ必覺錯誤ニ出テタル者ニシテ其實決シテ重罪ノ有テ存シタルニアラス然ラハ則チ此犯人ハ決シテ再犯者ニアラサルナリト是レ即チ第一說ノ旨趣トスル所ナリ

第二說ニ曰ク第一說ハ之レヲ人情ニ適スル者ト云ヘキモ是レ亦錯誤ニ陷レルノ說ト謂ハサルヲ得ス如何トナレハ已ニ裁判アリ之レヲ重罪ノ爲メニ宣告シ而シテ之レニ施體加辱ノ刑即チ重罪ノ刑ヲ適用シタル以上ハ假令之レニ對シ是レ即チ錯誤ナリ冤罪ナリト呼號スル者アルモ蓋シ其宣告ハ已ニ裁判既決ノ力ヲ得タル者タルコトヲ考察セサル者タレハナリ看ヨ已ニ上告ノ期限ヲ經過シ去リタル後ニ在リテハ決シテ裁判ノ宣告ヲ更改シ能ハサルコト

若シ夫レ之ヲ爲シ得ヘキコト云ハ、何ノ規則カ確定ト稱スヘキモノアラシヤ然レハ第一ノ裁判宣告ハ毫モ之レヲ變更スルコトナクシテ其宣告スル所及ヒ其外觀ノ儘ニ取ラサルヲ得ス但シ此場合ニ於テ之レヲ救済スルノ方法ハ恩赦ヲ請求スルノ一法アルノミト

此說ハ專ラ佛國ノ學者ブラン氏ノ主唱セシ所ナリ余ハ固ヨリ第二說ニ左祖スル者ナリ然レモ前ニ述ヘタル所ノ如ク法律ノ適用上ニ於テ不都合多キ國ニ於テハ寧ロ第一說ノ旨意ニ從フヲ以テ勝レリト信スルナリ故ニ右兩說ノ取舍ニ付テハ茲ニ斷言セシテ諸君ノ撰擇スル所ニ委テントス

以上何ヲ以テ再犯加重ニ關スル一般ノ要件ト爲スカト云ヘル問題ニ付テ説述セリ是レヨリ第二ノ問題即チ如何シテ其要件ノ存在ヲ證明スヘキヤノ問題ニ移ラントス

右説述シ來レル所ノ如ク犯人ニ對シ初犯ノ刑ノ宣告アリテ存スルコトハ實ニ緊要ノコトス左レハ之レカ存在ヲ證明スルハ如何シテ可ナランヤ彼ノ初犯裁判ノ謄本ヲ呈出スルカ如キ最モ其確證タルヘキヤ疑ナシト雖ヒ之レヲ微

スル獨リ此方法アルニ止マリ他ノ證據ハ之レヲ採用スヘカラサルヤ如何是
此問題ノ主眼トス寔ニ再犯ノ加重ヲ爲スニ付テハ初犯ノ處刑ヲ證明スル殊
ニ重要ノ件ナリト雖モ其事實アリシコトヲ證明スルニ過キサルヲ以テ通常證
據トシテ許用セラル、所ノ方法ハ之レヲ採用スヘキナリ而シテ裁判官タル
者ハ其處斷ノ有無ヲ審定スルニ付テハ全權ヲ有スル者ナリ凡ソ國ノ何タル
ヲ問ハス特ニ法制ノ備ハル國ニ在リテ之レカ證據ヲ得易カラシメンカ爲メ
各裁判所ノ書記局ニ於テ各犯罪人ノ姓名簿ヲ存ス佛國ニ於テハ此帳簿ヲ稱
シテ「カシエー、ジュシエール」(既決人名錄)ト云フ蓋シ此帳簿ニ於テ犯罪人ノ
姓名アリ殊ニ其犯人ノ再犯人タルコトヲ自白スル場合ニ於テハ固ヨリ之レヲ
以テ其再犯人タルヲ證明スヘキナリ然レモ犯人自ラ再犯人ナリト白スルノ
ミニテ毫モ他ノ證據アラサルキハ未タ以テ之レヲ再犯者ト斷定スルニ足ラ
サルナリ其故何トナレハ抑、刑罰ハ犯人ノ意思ニ由テ消長スヘキモノニアラ
スシテ法律ノ命スル所ナリ隨テ之レヲ適用スル裁判官ノ職務ハ社會ノ爲メ
ニスルヲ以テ嚴明ノ處斷ヲ要スル者ナリ以下佛國ノ判例ヲ舉ケテ諸君ノ參

考ニ供セン千八百二十八年ノ判例ニ依レハ其犯人ノ監禁セラレタル監獄署
長ノ證明アリテ其犯人ノ之レヲ認メタルキハ之レヲ以テ充分ノ證明アリト
セリ又同年七月十日ノ判例裁判官ハ之レカ爲メニ別段ノ吟味ヲ命令スルノ
權アリトセリ又千八百四十六年二月廿八日ノ判例並千八百六十四年八月廿
五日ノ判例裁判官ノ初犯ノ刑ノ宣告アリタルコトニ付テハ漠然タル確言ヲ以
テ足レリトセス明確ニ其判決ヲ指示スルヲ必要トセリ蓋シ何月何日某裁判
所ノ第何號ノ裁判ト指示スルノ類ヲ云フナラン

右初犯ノ處斷ヲ受ケタルノ證ハ再犯ノ刑ノ處斷前ニ呈出セラル、ヲ要ス若
シ此證ヲシテ再犯處斷ノ後ニ出タリトセンカ檢察官ノ證據ヲ呈出セサルカ
爲メ若クハ其事ヲ知ラサルカ爲メ犯人ノ利益ト爲リテ加重ヲ爲スコトヲ得サ
ルヘン若シ又此證據ハ再犯タルヘキ罪ノ控訴中ニ出タリトセンカ此場合ニ
於テハ檢事ハ之レヲ控訴廳ニ呈出シテ之レニ加重ヲ爲サシムルヲ得ヘク又
控訴裁判宣告ノ後ハ或ハ之ヲ以テ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ヘシト雖モ其已
ニ一旦確定スルニ至ル後ハ遂ニ犯人ノ利益ニ歸シテ加重ヲ爲スヲ得サルナ

以上證據ノ取捨ヲ審定スルノ職權ニ付テハ我國ニ於テハ全ク裁判官ノ任スヘキ所ナリト雖モ彼ノ佛國ノ如キ重罪ノ陪審官ヲ設クル國ニ於テハ法律ノ裁判官ト事實ノ裁判官トノ區別アリテ其何レノ裁判官カ其取捨ヲ審定スヘキモノナルヤノ問題アリテ紛々ノ説アリト雖モ我國ニ於テハ必要ナラサルヲ以テ此ニ之ヲ略スルナリ

○第三十四回 明治十八年十一月三十日

本回ハ再犯加重ノ條例ニ説キ移ラントス我刑法定ムル所ニ依レハ再犯ノ爲メニ加重スヘキ場合ハ總テ四個トス

- 第一 初犯再犯共ニ重罪タルハ
- 第二 初犯重罪再犯輕罪タルハ
- 第三 初犯再犯共ニ輕罪タルハ
- 第四 初犯再犯共ニ違警罪ニシテ一箇年内其裁判所ノ同管轄地内ニ於テ犯

シタルハ

右第一ノ場合ハ第九十一條ニ定ムル所ナリ該條ニ於テ注意スヘキコトハ其重罪ニ該ルトアル重罪ノ刑ニハ無期徒刑ヲ包含セシテ殊ニ有期ノ刑ノミヲ包含スルコト是レナリ(但シ本條ノ重罪ノ刑ニ處ヒラレタルト云フ重罪ノ刑中ニハ死刑并ニ無期徒刑ヲ包含スルナリ)蓋シ單ニ重罪ト稱スルハ死刑無期徒刑及ヒ無期ノ流刑ヲモ包含スヘキ筈ナリト雖モ本條ニ所謂ル重罪ニ該ルトアル重罪刑ノ中ニハ之レヲ包含セシムルコト能ハサルナリ其故何トナレハ第六十六條但書ニ於テ加ヘテ死刑ニ入ルコトヲ得スト定メタルヲ以テナリ勿論立法上ヨリ論スルハ彼佛國ニ定ムル所ノ如ク再犯ノ刑無期徒刑ニ當ルハ加ヘテ死刑ニ入ルヘク無期流刑ハ無期徒刑ニ入ルコトヲ得ヘキモ我刑法ニ於テ加ヘテ死刑ニ入ルノ嚴酷ナルト國事犯ヲ處スルニ通常犯罪ノ刑ヲ以テスルノ不當ナルヲ以テ此方法ニ從ハサルナリ

第二及第三ノ場合ハ第九十二條ニ定ムル所ナリ曰ク(先ニ重罪輕罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯輕罪ニ該ル時ハ本刑ニ一等ヲ加フ)ト本條ニ於テ注意スヘ

キヲハ第一本條ニ所謂ル輕罪ノ刑ニ處セラレタル云々ノ内ニハ罪原ト重罪タルモ減輕ニ因リテ輕罪ノ刑ニ處セラレタル重罪ヲ包含スルヲ第二本條初犯ノ刑ノ重罪タルト輕罪タルトヲ分タスト雖モ其再犯ハ獨リ輕罪ニ當ルキニ限レルヲ以テ先ニ輕罪ニ處セラレタル者ニシテ再犯重罪ニ當ルキハ加重ノ限ニアラサルヲ是レナリ蓋シ其加重ヲ爲サハルハ再犯ノ加重ハ固ト初犯ノ刑ノ不充分ニシテ未タ之レヲ懲スニ足ラストノ推測ニ原由スルモノナルヲ以テ再犯ノ罪自ラ重罪ノ刑ニ當ルキハ此論理ヲ以テ推スヲ能ハサルヲ以テナリ其他輕罪ニ付テハ加重ノ例ヲ異ニシ即チ本刑ノ四分ノ一ヲ以テスルヲ及ヒ輕罪ハ加ヘテ重罪ト爲スヲ得ス但禁錮ノ刑ハ加ヘテ七年ニ及ブヲ得ルニ注意スヘシ是レ第七十條ニ定ムル所ナリ

第四ノ場合ハ第九十三條ニ定ムル所ナリ本條ニ於テ注意スヘキモノハ第一初犯重罪若クハ輕罪ノ刑ニ處セラレタルキハ後ニ違警罪ヲ犯スモ再犯加重ヲ爲ス限ニアラサルヲ第二ニ違警罪ノ再犯加重ヲ爲スニ付テハ其一箇年内ニ在ルト同管轄地内ニ於テ犯シタルトノ二條件ヲ要スルヲ是レナリ其他加

等ノ方法ハ第七十二條ニ付テ見ルヘシ

以上刑法上再犯ノ爲メニ加重スヘキ場合トス而シテ今其再犯ノ爲メ加重セサル場合ヲ略言スヘシ

- 第一 初犯重罪ニ處セラレタル者ニシテ再犯無期徒刑ニ該ルキ
- 第二 初犯重罪若クハ輕罪ニ處セラレタル者ニシテ再犯違警罪タルキ又ハ之レニ反對ノ場合

- 第三 初犯輕罪ニ處セラレタル者ニシテ再犯重罪ニ該ルキ
- 第四 二條件ノ一ヲ缺タル違警罪再犯ノ場合

此他第九十四條ニ定ムル所即チ再犯加重ハ初犯ノ裁判確定後ニアラサレハ之レヲ論スルヲ得サルヲ及ヒ第九十七條ニ定ムル所即チ大赦ニ因テ免罪ヲ得タルキハ再犯ヲ以テ論セサルヲ及ヒ第九十八條ニ定ムル所ノ規則等ニ付テハ前回ノ講義ニ於テ已ニ説了シタレハ此他本章中ノ規則ニシテ未タ論及セサル者ハ第九十五條第九十六條ノ規則アルノミトス

第九十五條ノ定ムル所ハ初犯ノ刑期限内ニ再犯アリシキノ刑ノ執行ノ順序

方法ヲ定ムルニ過キス而カモ多少ノ説明ヲ要スル者ナキニアラスト雖也是亦諸氏ノ註解書ヲ一讀シテ明瞭ナルヘキヲ以テ之レヲ略ス

第九十六條ノ規則即チ陸海軍ノ裁判所ニ於テ判決ヲ經タル者ハ初犯ノ非常律ニ據リ處斷シタル者ノ外再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ストアルカ如キモ前已ニ論究シタルコトアルノミナラス別ニ解釋ヲ要スルモノナキヲ以テ是亦省略セントス但シ此條ノ反對ノ場合即チ初犯刑法ノ罪ニシテ再犯軍律ノ罪ニ當ルルハ如何トノ疑ヲ存スル者ノ如シト雖也是レハ陸海軍ノ法律ニ於テ定ムヘキコトニシテ即チ已ニ陸軍刑法第四十五條海軍刑法第四十二條ニ於テ定メタレハ就テ見ルヘシ此他他ノ法律規則ニ定ムル所ノ罪ト此刑法ニ定ムル所ノ罪トヲ前後再犯シタルト又同シク此再犯加重ノ例ヲ用フヘキヤ如何ノ問題ニ付テハ已ニ明治十四年第七十二號布告ヲ以テ法律規則ヲ犯シタル者ニハ刑法ノ再犯加重及ヒ數罪俱發ノ例ヲ用ヒスト定メタルヲ以テ別ニ説明ヲ要セス只少シク諸君ノ注意ヲ要スル者ハ第五條第二項ノ原則ニ依レハ他ノ法律規則ニ總則ヲ掲ケサレハ此刑法ノ總則ニ從フヘキモノナルヲ以テ他ノ

法律規則ニ於テ特ニ再犯ノ例ヲ定メサルハ此刑法ノ例ニ從フヘキ筈ナリ然ルニ右第七十二號布告ヲ以テ之レカ反對ノ原則ヲ定メタルヲ以テ最早今日ニ在リテハ特ニ刑法再犯ノ例ヲ用フルトノ明文アルニアラサレハ刑法ノ規則ニ從フコトヲ得サルコトナリタルコト是レナリ

○第三十五回 明治十八年 二月十八日

第六章 加減順序

本章ハ僅ニ一箇條ニ過キス然レモ此條ニ就テハ立法者ニ向ツテハ其不注意ノ責ムヘキモノアリ亦之レカ起草者ニシテ余輩ノ教師タルホアソナード氏ニ於テモ聊カ粗漏ノコトナキニアラサルヲ以テ寧ロ此條ノ講義ヲ爲サ、ランコトヲ欲スルナリ然レモ若シ之レヲ講セサルハ余カ本分ヲ欠キ諸君ノ爲メニ盡サ、ルノ恐レアルヲ以テ不得已之レカ講義ヲ爲スヘシ

元來此條ニ定ムル所ノ法則ハ未タ他國ニ於テ其例ヲ見サルナリ然レモ凡ソ何レノ國ヲ問ハス犯罪ノ狀情ニ由リ或ハ刑ヲ加重スヘキモノアリ或ハ減輕

スヘキモノアリ而シテ其狀情一ニ止マラス故ニ其加ヲ先ニスルト減ヲ後ニスルトニ付テハ結局犯人ノ爲メニ大ナル得失ヲ生スルモノアリ是ニ於テ手ボアソナード氏ハ先ツ佛國ノ各裁判所ニ於テ實行スル所ノ例ニ從ヒ我國裁判所ノ判例ヲシテ一轍ニ出テシメンコトヲ欲シ即チ加減順序ノ一章ヲ設ケタリ草案第百十一條即チ是レナリ其文左ノ如シ

犯罪ノ情狀ニ因リ同時ニ加重減輕ノ例ヲ引用ス可キ時ハ左ノ順序ニ從フ可シ

- 一 特別ノ加重
- 二 一般ノ加重
- 三 特別ノ減輕
- 四 一般ノ減輕
- 五 酌量減輕

此文ニ依レハ第一加重ヲ先ニシテ減輕ヲ後ニスルト爲シ而シテ其加重減輕ニ特別ノモノト一般ノモノト並ヒ存スルルキハ其特別ノ加減ヲ先ニシ

テ一般ノ加減ヲ後ニスルト爲セリ是レ蓋シ佛國各裁判所ニ於テ行ハル、所ノ通例ナリト云フ然ルニボアソナード氏ハ右草案脫稿ノ後自ラ之レカ註解ヲ下スニ當リ本條ノ日本ニ於テ實行シ難キコトヲ覺リ即チ其實行シ難キ所以ヲ述ヘ且ツ之レカ改正案ヲ示サレタリ茲ニ其文ヲ一讀セン

(前略) 此草案ヲ起ス時ニ方リテ起草者ハ此方法ノ日本ニハ實行シカタクコトニ注目セサリヤ抑モ其實行シカタク所以ハ日本ノ法佛國ノ律ト加減ノ程度ヲ相異ニスルニヨレリ故ニ同時ニ刑ヲ加重スヘク又減輕スヘキ時第百十一條ニ依レハ第一ニ之ヲ加重シテ第二ニ之ヲ減輕スルナリ此法ヲ佛國ノ律ニ適用スレハ正理ニ合スヘシト雖モ日本ノ法ニ適行スレハ尤モ奇異ナル結果ヲ生スヘシ

例ハハ本刑輕懲役ニ該ルヘキ犯人ニシテ一等ヲ加重スヘク又一等ヲ減輕スヘキモノアラン其刑ニ一等ヲ加フレハ重懲役トナリ更ニ一等ヲ減スレハ元トノ輕懲役トナルヘシ此ノ如ク加減相償ヲ得ハ正理ニ合スト云フヲ得ヘシ然レモ若シ之ニ反シテ先ツ減輕ヨリ始ムレハ輕懲役ハ二年以上

五年以下ノ禁錮トナルヘシ禁錮ヲ加重シテ重罪刑ニ至ルヲ得サルハ日本ノ法ナルカ故ニ其次ニ刑一等ヲ加重スルトモ元トノ輕懲役ニ歸ルヲ得ス唯二年半以上六年三箇月以下ノ禁錮トナルノミ加減ノ順次ヲ變換スルニヨリ此ノ如キ差異ヲ生ス豈正理ニ合スト云フヲ得ンヤ

第百十一條ノ不便ナルハ唯此一事ニ止ラス今一個ノ奇怪ナル結果ヲ生スヘシ請フ之ヲ説カン

例ヘハ四月以上四年以下ノ禁錮ニ一等ヲ加ヘテ一等ヲ減スヘキ場合アラシテ加減各一等ヲ差引キテ本刑ヲ科スレハ正理ニ合スヘシ然ルニ第百十一條ノ規則ヲ實行スレハ此ノ如キコトヲ得ス此場合ニ於テ加重ヲ先キニシテ減輕ヲ後ニスルモ又其反對ノ順次ニ依ルモ同様ノ結果ヲ得ルト雖ヒ加減差引ノ結果タルヘキ本刑ヲ得ス

看ヨ四月以上四年以下ノ刑ニ四分ノ一ヲ加フレハ五月以上五年以下ノ刑トナリ次キニ此刑ヨリ一等ヲ減スレハ三月四分ノ三以上三年四分ノ三以下ノ刑トナルヘシ又之ニ反シテ減輕ヨリ始ムルトモ右ニ同シ即チ先ツ本

刑ヲ減シテ三月以上三年以下ノ刑トナリ次ニ四分ノ一ヲ加ヘテ三月四分ノ三以上三年四分ノ三以下ノ刑トナルヘシ

然ルニ正理ニ依レハ一等ヲ加ヘテ一等ヲ減スヘキ罪人ハ加減相償テ本刑ニ處セサルヘカラス故ニ本條ハ之ヲ改正セサルヲ得ス況ンヤ改正ハ獨リ本條ニ止マラサルヲヤ

余ハ左ノ如ク第百十一條ヲ改正セント欲ス

改正第百十一條

〔犯罪ノ情狀ニ因リ本刑ヲ加重或ハ減輕スヘキ幾多ノ理由アリテ其中ニ特別及一般ノ理由相混スル時ハ先ツ特別ノ理由ヲ適行スヘシ同時ニ加重減輕ノ例ヲ引用スヘキ時ハ先ツ理由ノ種類ヲ考ヘ〔或ハ先ツ類似ノ理由ヲ差引〕加重ノ減輕ノ一等トヲ相償ハシムヘシ〕

以上草案ノ改正案ヲ出シタル理由トシテ述ヘラレタル所ナリ

此改正案ノ文義ヲ略言スレハ第一項ハ同時ニ特別ノ加減ト一般ノ加減ト并ヒ存スルハ特別ヲ先ニシテ一般ヲ後ニスルヲ定メタルニ過キス又第二

項ハ特別ト一般ノ種類ニ從ツテ加減ノ差引ヲ爲スヘシト云フニ過キサルモ
ノ、如シ果シテ然レハ本條ヲ設ケタルノ利益ハ只一箇ノ特別ノ加重ト一箇
若クハ二箇ノ一般ノ減輕アル場合ニ止マルヲ以テ特ニ此場合ニ於テ加重ヲ
先ニスヘシト云フカ如キハ一片ノ違若クハ内訓ヲ以テ各裁判所ニ告知スル
ヲ以テ足ルヘキモノニシテ特ニ刑法中ノ一章ヲ占ムヘキ程ノ箇條トモ思ハ
レス起草者モ此ニ着目シタルモノト見ヘ改正草案註解ニハ第六章加減例ノ
一條ヲ見サルナリ其之レヲ削除セラレタル所以ノ理由ニ至リテハ余之レヲ
知ルヲ得スト雖ヒ恐ラクハ前述ノ理由ニ過サルヘシ我修正委員ニ於テハ
左ノ如ク修正シタリ

刑法第九十九條ニ曰ク「犯罪ノ情狀ニ因リ總則ニ照シ同時ニ本刑ヲ加重減輕
ス可キ時ハ左ノ順序ニ從テ其刑名ヲ定ム但從犯及ヒ未遂犯罪ノ減等其他各
本條ニ記載スル特別ノ加重減輕ハ其加減シタル者ヲ以テ本刑ト爲ス

- 一 再犯加重
- 二 宥恕減輕

三 自首減輕

四 酌量減輕

本條定ムル所ヲ見ルニ修正委員ハ全ク草案ノ舊條ニ從フタルニモアラズ又
改正案ニ從フタルニモアラサルカ如シ思フニ委員ハ右ノ兩案ヲ混同折衷シ
テ之ニ不可思議ナル改正ヲ加ヘタルモノナラント信スルナリ今先ツ本條ノ
主眼トスル所如何ト云フニ總則ニ照シ同時ニ加減スヘキハ本條一二三四
ノ順序ニ從テ加減スヘシト云フニ過キス若シ審査委員ニシテ改正案ノ旨意
ニ從フタリト云ハンカ改正案ニ依レハ同種類ノ加減ハ差引相償ハシムルノ
旨意ナルヲ以テ本條列記スル所ノ何レヲ先ニシテ何レヲ後ニスルモ犯人ニ
於テ毫モ得失ナク之レヲ無用ノ贅文ト謂フテ可ナリ然ラハ草案ノ舊文ニ從
フタルモノナリトセンカ其加減ノ順序相同シカラサルナリ而シテ余カ茲ニ
不可思議ナル修正ヲ加ヘタルモノナリト斷言シテ憚カラサル所以ハ本條第
一項ノ但書ヲ加ヘ即チ其但書中ニ特別ノ加重減輕ト云ヘル語ノ用法ヲ誤リ
タルヲ及ヒ其加減シタルモノヲ以テ本刑ト爲スノ一句ヲ附加シタルヲ是レ

ナリ此事ハ先ニ第六回ノ講義ニ於テ更ニ此條ニ於テ講述センコトヲ約シタルヲ以テ聊カ其不當ナル所以ヲ辨セントス

抑學問上ニ所謂ル特別ノ加重減輕トハ總則中ニ定ムル所ノ再犯加重宥恕減輕ノ如キ一般ノ加減ニ對スル稱ニシテ即チ第三百六十二條第三百六十三條ニ定ムル所ノ罪ニ於ケル加重及ヒ第三百九條以下ニ定ムル所ノ殺傷ニ關スル宥恕減輕ノ如キ特別ノ人特別ノ犯罪ニ適用スル加重減輕ヲ總稱スルモノナリ然ルニ本條但書ニ所謂ル特別トハ此真正ナル特別ノ加減ヲ指スニアラスシテ彼ノ第二百二十五條第一項第二項ノ減等又ハ第三百三十三條ノ減等ノ如キモノヲ指稱スルナリ蓋シ是等ハ其刑ヲ加重シ若クハ減輕スルモノニアラス元來其罪ノ輕クシテ自ラ其刑ニ當ルヘキモノナリ然レモ法文一々其刑名ヲ掲クルノ煩ヲ厭フテ特ニ簡便法ニ從フテ何等ヲ加ヘ何等ヲ減スルト書シタルモノナリ我學友中ニ是等ノ場合ニ於テハ何等ヲ加ヘ或ハ減スト云ハスシテ之レヲ昇シ或ハ降スト云フ方至當ナラント論スル者アリ是レ或ハ然ラズン免ニ角之レヲ稱スルニ特別ノ加重減輕ヲ以テシタルハ頗ル不當ナリト謂

フヘシ此他ハ刑法義解增補第一卷第七十七號以下ヲ参考セラレンコトヲ望ムニ次ニ此但書ニハ從犯及ヒ未遂犯ノ減等其他各本條ニ掲載シタルモノハ其加減シタルモノヲ以テ本刑ト爲スノ一句ヲ加ヘタルニ付テ其不當ナルコトヲ述ヘンニ若シ此但書ニ云ヘルカ如ク特別加重減輕ヲ爲シタルヲ以テ始メテ本刑ト爲ス者トセハ其加減ヲ爲シ終ルニ至ルマテ本刑ナキモノト謂フヘシ果シテ然ラハ此特別ノ加減ヲ爲スノ標準ハ何ニ由テ之レヲ定ムヘキヤ蓋シ其加減ヲ爲スニ付テハ標準ト爲スヘキ本刑ナキモノト云フニ至ラン之レニ加フルニ此加減ノ順序ハ加減何レヲ先ニスヘキヤ毫モ定ムル所ナキナリ想フニ本條ニ所謂ル本刑ノ定マル以前ニ在リテハ各本條ノ本刑ヲ標準ト爲シ其加減ノ順序モ加ヲ先ニシテ減ヲ後ニスルモノナリト雖モ是等ハ必竟草案以來ノ旨意ニ基キテ之レヲ推量スルニ由テ然ルノミ

本條ハ抑草案ノ始メヨリシテ多少ノ不都合アリシモノナレハ一概ニ審査委員ノ罪ヲ責ムルヲ得ス前ニ述ヘタル如ク今日ニ在リテハ已ニ原案者モ之レヲ削除スルニ決心シタル程ノ者ニシテ今日此條ヲ存スルノ利益甚タ稀ニシ

テ却ツテ不都合ヲ生スルコトナキニアラサレハ早晚如此條文ノ刑法ヨリ刪除セラレンコトヲ希望スルナリ其他本條ノ旨意及ヒ其順序ヲ定ムル所以ノ理由ノ如キハ刑法義解其他ニ於テ明カナレハ之レヲ省ク

○第三十六回 明治十八年二月七日

第七章 數罪俱發

先キニ一罪ヲ犯シ已ニ其刑ニ處セラレタル者ニシテ再ヒ一罪ヲ犯シタルハ犯人ノ罪情ヲ重クシ其刑一等ヲ加フルコトハ再犯加重ノ章ニ於テ余輩ノ已ニ講究シタル所ナリ

本章定ムル所ハ稍之ト異ナリ先キニ一罪ヲ犯スモ未タ其判決ヲ經サルニ再ヒ其他ノ罪ヲ犯シタル場合はナリ此場合ニ於テハ之ニ施スニ如何ナル刑罰ヲ以テスヘキヤ是レ此章ニ於テ定ムル所ナリ

今先ツ之ヲ立法上ヨリ論センニ此ニ三說アリ其第一說ハ數罪俱發ノ場合ニ於テハ一ノ重キニ從ツテ處斷シ其最モ重キ一刑ヲ科スヘシト云フニ在リ佛

語ニ之ヲ「システーム」ノン、キミューールト云フ蓋シ刑罰ヲ併科セサル說ノ義ナリ

其說ニ曰ク凡ソ刑罰ナル者ハ其由テ生スル所ノ警戒ヲ以テ犯人ノ再犯ヲ防止スヘキモノナリ然ルニ社會カ其第一ノ犯罪ヲ罰セザリシハ是レ社會ノ懈怠ト云フヘシ而シテ社會ニ此懈怠アリシカ故ニ犯人ヲシテ罪科ヲ數セシムルニ至リタルナリ然レハ社會ニ於テ直チニ第一ノ罪ニ刑罰ヲ科シタランニハ犯人ニ於テ再ヒ犯スコトアラサルヘキ罪ニ向テ刑罰ヲ科スヘカラサルナリト

此說タル未タ當ヲ得タルモノト謂フヘカラス如何トナレハ凡ソ一ノ罪ハ一ノ刑罰ヲ受クヘキヲ當然トス而シテ其最初ノ犯罪ニ對シテ起訴ノ遅延シタルヲ以テハ之レカ再犯トナラサルノ結果ヲ生スルニ過キスシテ未タ之ヲ以テ他ノ罪責ヲ消滅シ而シテ犯人ノ無罪ヲ保ツヘカラサレハナリ第二說ハ併科ノ刑ノ總體ヨリモ輕ク最重ノ刑ヨリモ重キ刑ニ處スヘキナリト此說ノ理由ニ曰ク犯人ハ陸續數多ノ罪ヲ犯シタル者ナリト雖ヒ社會其處罰ヲ怠リタ

ルノ故ヲ以テ稍其罪情ヲ輕減スルモノナリ即チ之ヲ單ニ一罪ヲ犯シタルモノニ比スレハ其情一層重カルヘシト雖ヒ社會ノ懈怠ニ依リテ其犯人ヲ獎勵シタルノ責アレハ之レニ其刑ヲ併科スルハ不當ナリ故ニ其併科ノ刑ト最重ノ刑トノ間ニ於テ其中ヲ取ルヘキナリ

此折衷說ハ稍第一說ト異ナル所アリト雖ヒ而カモ社會ニ懈怠アリト云フニ至リテハ同一ナリ故ニ又第一說ニ於ケルト同一ノ非難ヲ免カレサルナリ然レハ其正ニ真理ニ適合スル方法ハ如何ナル方法ニ在ルカ凡ソ一個ノ犯罪アル毎ニ各別ニ一個ノ過失ヲ成立スルモノナルカ故ニ從ツテ各一ノ刑罰ヲ科スルノ必要アルモノナリ而シテ若シ之ヲ一罪ノ場合ニ於テ真理ニ適スルモノトスルキハ罪ノ集合シタル場合ニモ其犯人ノ罪情ヲ輕減スルノ理由ナキナリ如何トナレハ其過ヲ數スルハ即チ其意思ノ頑陋ニシテ其情一層ノ重キヲ證明スルモノナレハナリト其意蓋シ各犯罪ノ刑ヲ併科スヘシト云フニ在リ之ヲ第三說ノ要旨トス此說ニ依レハ前二說ニ所謂社會ノ懈怠ハ却ツテ犯人ヲシテ自カラ改ムルノ暇ヲ與ヘタルモノナリ然ルニ犯人ハ其罰ナキヲ奇

貨トシテ再三罪ヲ犯スニ至リシモノナレハ決シテ之ヲ寬假スヘキノ道理ナシト云フニ歸ス

此說蓋シ論理ニ適スル者ト謂フヘキナリ然リト雖ヒ此嚴格ナル論理ノ外ニ人情ト稱スルモノアリテ其刑過酷ニ至ルヘキ二三ノ場合ニ於テハ之カ併科ヲ禁止スルナリ例ヘハ死刑ニ當ルヘキ罪ト有期徒刑ニ當ル罪アル場合ニ於テ先ツ有期徒刑ニ處シ而ル後死刑ニ處スルト云フカ如キ殘酷言フニ忍ヒサルモノ是ナリ此他事實上併科スルヲ得サルモノアリ無期徒刑ト懲役禁錮ノ如キ是ナリ

右ノ如キ例外ノ場合ヲ除クノ外ハ併科ノ說最モ刑法ノ主義ニ適合スルモノト信スルナリ蓋シ此說タル之ヲ近代ニ得タルニアラスシテ早ク已ニ羅馬法ニ於テ行ハレタル主義トスルヒアン氏之レカ理由ヲ説明シテ曰ク再度犯罪タル事實ヲ以テ第一ノ罪ノ無罪ヲ保ツヲ能ハサルナリト而シテ佛國二三學者ノ說ク所ニ依レハ同國古法ニ於テモ羅馬ニ於テ行ハレタル所ノ主義ニ從フタリト然ルニ千七百九十一年ノ刑法ニ至リテ始メテ不併科ノ原則ヲ掲

ケテ共和第四年ノ刑法又同一ノ原則ニ從フタリ然レモ其之レヲ併科セサルハ前發ノ罪ノ審理中ニ他ノ犯罪ノ發覺シタルトニシテ而シテ其罪ノ重罪ニ關スルトニ限レリ而シテ其輕罪違警罪ニ付テハ刑ノ併科ノ禁止シタル明文ナカリシナリ佛國現行ノ法ニ於テモ併科ヲ禁止スルノ明文ナシ只治罪法第百六十一條第三百六十五條第三百七十九條ニ於テ一ノ重キ刑ヲ科スヘキ旨ヲ記載シタルニ過キス故ニ同國ノ學者中ニ於テモ或ハ佛國ノ刑法ハ併科ヲ以テ其主義ト爲スモノナリト論スル者アリテ互ニ一理ナキニアラスト雖モ議論冗長ニ渉ルノ恐アルヲ以テ之ヲ略シ直チニ日本刑法ノ事ニ説キ移ラントス

我刑法ハ前述ノ三說中何レノ說ニ從ヒタルモノナルヤト云フニ我刑法ハ第一說ト第三說トヲ併セ用ヒタルモノナリ然レモ其用ユル所ノ輕重廣狹ヨリ論スルキハ寧ロ第一說即チ一ノ重キニ從フヲ以テ數罪俱發ノ原則ト爲スモノト云フヘキナリ蓋シ併科ノ主義ニ從ヒタルハ違警罪ト他ノ特別規則ノ犯罪トニ過キサレハナリ

第百條ニ曰ク「重罪輕罪ヲ犯シ未タ判決ヲ經スニ罪以上俱ニ發シタル時ハ一ノ重キニ從ツテ處斷ス、重罪ノ刑ハ刑期ノ長キ者ヲ以テ重ト爲シ刑期ノ等シキ者ハ定役アル者ヲ以テ重ト爲ス、輕罪ノ刑ハ其所犯情狀最モ重キ者ニ從テ處斷ス」ト

此條ノ解釋ニ付テハ已ニ諸君ノ了知スル所ナラント信スルヲ以テ茲ニ之ヲ省キ單ニ本條ノ中ニ於テ注意スヘキ要點ヲ指示スルニ止メントス

第一、本條ノ第一項○未○タ○判○決○ヲ○經○ス○ノ○一○句○ハ○前○回○ニ○說○述○シ○タル○再○犯○ト○數○罪○俱○發○ト○分○ル○、○所○ナ○ル○ヲ○以○テ○最○モ○注○意○ヲ○要○ス○而○シ○テ○判○決○ヲ○經○ス○ト○ハ○單○ニ○裁○判○宣○告○ヲ○經○ス○ト○ノ○意○ニ○ア○ラ○ス○シ○テ○確○定○裁○判○ヲ○經○ス○ト○ノ○意○ナリ

第二、二罪以上俱ニ發シタルトノ一句ハ或ハ未タ判決ヲ經サル重罪輕罪ノ外ニ二罪アリテ前後三罪併發ノ如ク聞ユルト雖モ其實然ルニアラスニ罪以上ノ語中ニハ所謂未タ判決ヲ經サル重罪輕罪ヲ併セ稱スルモノト知ルヘシ

第三、一ノ重キニ從ツテ處斷ストハ本條ノ文勢ニ依レハ罪ノ重キモノヲ云フカ如シ然レモ重キ刑ニ科スルノ意ニ解セサルヲ得ス而シテ又其刑ノ重キモ

ノトハ各本條ヲ指スニアラス實際適用スル刑ノ重キヲ指スモノタルコト是ナリ例ヘハ加等ノ情狀アル竊盜ノ罪ト宥恕ヲ受クヘキ殺傷ノ罪ノ併發シタルト加等シタル刑ト減輕シタル刑ト比較シテ其重キニ從フノ類是ナリ

第四、第二項ハ重罪刑ノ輕重ヲ判定スルノ標準ヲ定メタルモノナリ而シテ其定ムル所ハ獨リ有期ノ刑ニ止マルヲ以テ無期刑ニ當ルヘキ罪ノ併發ノ場合例ヘハ無期徒刑ト無期流刑ノ場合ニハ如何トノ疑問ナキ能ハス然レハ此場合ニ於テハ所謂定役アルモノヲ以テ重ト爲スノ意ヲ推シ無期徒刑ヲ重ト爲スヘキコト勿論ナリト信ス

第五、第三項ハ輕罪ノ刑ニ付テ定役ノ有無ニ由ラスシテ初犯情狀ノ輕重ヲ計リ其重キニ從フヘキコトヲ云ヘリ蓋シ輕罪ハ重罪ト異ナリ各本條毎ニ其刑期ニ長短アリテ或ハ長期ニ重クシテ短期ニ輕キモノアリ短期ニ重クシテ長期ニ輕キモノアルノミナラス他又罰金ノ有無等ノ別アルヲ以テ輕罪ノ刑ニ付テハ豫シメ一定ノ標準ヲ指示スルコト難シ是レ其初犯ノ情狀最重キモノニ從フテ處斷スト定メタル所以ナリ

右ノ如ク我刑法ハ重罪輕罪ノ俱發ニ付テハ一ノ重刑ニ從ヒ他ノ輕刑ハ所謂混同(コンビュージョン)ニ依テ重刑ノ吞滅スルモノト爲セリ蓋シ此主義タル支那律我舊律及ヒ佛國治罪法ノ主義ヲ取リタルモノナラント雖ヒ歐洲ニ於テハ最初佛國ノ例ニ倣フタル者モ今日ニ至リテハ往々此主義ヲ抛テ前述第三說ノ主義ニ改正スルノ傾キアリ彼ノ白耳義以太利獨逸ノ如キ即チ是レナリ左レハ我草案ノ起草者ニ於テモ右數國ノ例ニ倣ハントシタルモ當時委員ノ多數其說ニ服セサルヲ以テ遂ニ草案第百十二條ノ如ク定メタルナリ然レハ起草者ニ於テハ之ヲ遺憾トシテ最初ノ立案ノ如ク改正セラレンコトヲ希望スルモノ、如シ草案第百十二條ニ曰ク未タ判決ヲ經サル數罪俱發スルルハ各其刑ヲ科スト雖ヒ亦左ノ制限區別ニ從ヒ之ヲ宣告實施スヘシ

- 一 犯人若シ死刑若クハ無期徒刑ニ該ルルハ他ノ主刑ヲ宣告セス
- 二 有期徒刑及ヒ輕重懲役ノ一(若クハ兩懲役)ニ該ルルハ唯其刑期ノ長キモノヲ宣告ス
- 三 二流刑ノ一及ヒ輕重禁獄ノ一(若クハ兩禁獄)ニ該ルルハ唯其刑期ノ長

キモノヲ宣告ス

四 右第二ニ記載スル所ノ常事犯ノ刑ノ一及ヒ第三ニ掲グル所ノ國事犯ノ刑ノ一ニ該リ而シテ其期限ノ同シキハ唯其常事犯ノ刑ヲ宣告ス然レモ若シ法律ノ明文若クハ裁判所ノ所定ニ依テ國事犯ノ刑期長カラサルヲ得サルキハ常事國事兩犯ノ刑ヲ宣告ス但シ此場合ニ於テハ先ツ常事犯ノ刑ヲ執行シ而シテ其期限ハ國事犯ノ刑ニ算入ス可シ

五 同種同期限ノ重罪刑數個ニ該ルキハ此刑ノ最多限ニ處シ其一罪既ニ最多限ニ處スヘキモノナルキハ四分ノ一ヲ加フヘシ

六 重罪刑ト輕罪刑ト違警罪刑トニ該ルキハ唯其最モ重キ刑ヲ宣告ス

七 重禁錮ト輕禁錮トニ該ルキハ兩刑ヲ宣告ス而シテ輕禁錮ノ刑期長キキハ先ツ重禁錮ヲ實行シ其期限ヲ輕禁錮ノ刑ニ算入ス

八 同種ノ數禁錮ノ刑ニ該ルキハ其最寡限ヲ加ヘタル總計ヨリ少ナキ禁錮又最モ重キ最多限ヨリ少ナキ禁錮ヲ宣告スヘカラス(此最多限ニ四分ノ一ヲ加フルヲ得)

九 (輕罪ノ監視及ヒ公權剝奪ノ刑ハ禁錮ト同一ノ制限ニ從ツテ之ヲ併科ス)

十 (罰金禁錮ノ刑各其罪ヲ異ニスルキハ前項ノ制限ニ從ヒ共ニ之ヲ宣告ス)

十一 數個ノ罰金ニ該ルキハ其刑ノ最寡數ヲ加ヘタル總計ヨリ少ナキ罰金又最モ重キ最多數ヨリ多キ罰金ヲ宣告スヘカラス(此最多數ニ四分ノ一ヲ加フルヲ得)

十二 拘留ノ刑ハ輕罪ノ禁錮ト同一ノ制限ニ從ヒ之ヲ併科ス

十三 科料及ヒ特別ノ沒收ハ凡テ之ヲ併科シテ一モ制限ナキモノトス

○第三十七回 明治十八年十二月十日

前回ニ於テハ我刑法ハ數罪俱發ノ場合ニ於テ其重ニ從フト其刑ヲ併科スルトノ兩主義ヲ採用シタリト說ケリ而シテ前回ニ於テハ已ニ其一ノ重キニ從フモノヲ說キ終レリ是レ蓋シ數罪俱發ノ原則トモ云フヘキモノナリ而シテ

今回將ニ講セントスル所ノモノハ數刑併科ノ例ニシテ之レヲ一個ノ例外ノ規則トモ云フヘキモノナリ即チ刑法第百一條ニ定ムル所ノ者是レナリ第百一條ニ違警罪二罪以上俱ニ發シタル時ハ各其刑ヲ科ス若シ重罪又ハ輕罪ト俱ニ發シタル時ハ一ノ重キニ從フト

本條定ムル所ノ併科ノ例ハ獨リ違警罪ノミノ併發シタル場合ニ限ル故ニ草案ノ佛文ニハ唯違警罪ノミノ俱發ノ場合ニ於テハ凡テ刑ヲ併科スルノ義ニ認メタリ然レニ唯違警罪ノミト云フカ如キハ行文稍俗ニ涉ルノ嫌アルヲ以テ若シ重罪又ハ輕罪ト共ニ發スルキハ一ノ重キニ從フト改メタルモノナラ

ン

前回ニモ述ヘタル如ク數罪俱ニ發スルキハ各其刑ヲ科スルヲ以テ最モ論理ニ適スルモノト爲スナリ而シテ我立法者ニ於テモ其然ルヲ詳知シタルナリ然ルヲ尙ホ之レニ從ハサリシモノハ必竟獨リ實際ニ於テ併科シ能ハサル場合アルカ故ニシテ寧ロ之レヲ併科スルキハ嚴酷ニ過キンヲ恐レテ然カセシナリ左レハ本條ニ所謂ル違警罪ノ如キハ其數十ノ多キニ至ルモ敢テ過

酷ニ至ルノ恐レナク他又職業ニ關スル規則ノ類ヲ以テ往々違警罪ノ一ト爲スヲアレハ若シ之レニ併科セサルキハ罪ヲ犯シテ却ツテ利益ヲ得ルニ至リ故ラニ犯ス者ナキヲ保セス是レ此場合ニ於テ獨リ其刑ヲ併科スル所以ナリ以上數罪俱發ノ處斷法ヲ定ムルモノナリ而シテ其所謂ル數罪ハ或ハ之レヲ同時同所ニ於テ犯スヲモアルヘシト雖ヒ多クハ前後其時ヲ異ニシ又ハ其犯所ヲ異ニスルモノナリ加之其罪ハ假令同時同所ニ犯シタルト異時異所ニテ犯シタルトニ拘ハラズ其犯罪發覺ノ時ニ至リテハ必スシモ其同一時タルヲ期スヘカラス啻ニ其同一時ノ發覺ヲ期スヘカラサルノミナラス後罪先ツ發スルヲモアルヘク前罪後ニ發スルヲモアルヘシ而シテ其發覺ノ前後ト刑ノ輕重ニ由テハ實際種々ノ疑ナキヲ能ハス即チ我刑法第百二條ノ設ケアル所以ナリ

第百二條ニ曰ク一罪前ニ發シ已ニ判決ヲ經テ餘罪後ニ發シ其輕ク若クハ等シキ者ハ之ヲ論セス其重キ者ハ更ニ之ヲ論シ前發ノ刑ヲ以テ後發ノ刑ニ通算ス但前發ノ刑罰金科料ニ該リ已ニ納完シタル者ハ第二十七條ノ例ニ照シ

折算シテ後發ノ刑期ニ通算ス若シ前發ノ罪ヲ判決スル時未タ發セサル罪再犯ノ罪ト俱ニ發シタル者ハ其再犯ト比較シ一ノ重キニ從ヒ前發ノ刑ヲ通算セスト

本條第一項定ムル所ニ付テ考究スヘキモノ左ノ如シ

第一 一罪前ニ發シ已ニ判決ヲ經テ餘罪後ニ發シタルモ其後發ノ刑ハ前發ノ刑ヨリモ輕キ也

第二 同上ノ場合ニ於テ後發ノ刑前發ノ刑ト相等シキ也

第三 同上ノ場合ニ於テ後發ノ刑前發ノ刑ヨリ重キ也

右第一ノ場合ニ在リテハ已ニ一ノ重キニ從ツテ處斷セラレタルモノナルヲ以テ假令後發ノ刑ヲ論決スルモ亦如何トモスルヲ得ヌ故ニ此場合ニ於テハ其已ニ宣告セラレタル刑ヲ變更スルヲナシ但シ此場合ニ於テハ其後發ノ罪ニ付テ裁判ヲ與フヘキヤ否ヤノ問題アリ佛蘭西ニ於テハ實際之レヲ裁判スルヲナシ然レモホアソナード氏ハ之レヲ裁判スルヲ至當トシ而シテ法律ニ其事ヲ明記セサリシハ欠典ナレハ刑法治罪法中ニ之レヲ記載スヘシト云

ヘリ蓋シ此ノ如ク其刑ニ影響ナキ場合ニ於テハ裁判スルモ毫モ實際ニ益ナキカ如シ然リト雖モ若シ其後發ノ罪ニ付テ社會未タ其犯人ノ誰タルヲ明知セサルニ於テハ必ラスヤ其犯人ヲ搜索スルヲナラン已ニ之レヲ搜索スルモノトセハ或ハ其罪ノ犯人ナリト誤認シテ無辜ノ者ヲシテ冤罪ニ陥ラシムルヲナキヲ保セス是レ社會ノ爲メニハ大ナル害トス左レハ其罪ヲ裁判シテ其犯人ノ誰タルヲ證明シ以テ其大害ヲ避クルハ之レヲ一大利益ト謂ハサルヲ得ヌ是レ此場合ニ於テモ尙ホ其裁判ヲ爲ヌヲ要スルト云フ所以ナリ我國ニ於テハ未タ確然タル法律ノ明文ナシト雖モ治罪法第一條ノ精神ヨリ推論スルモ之ヲ要スルヲ知ルヘク又實際ニ於テモ之レカ裁判ヲ爲ヌヲナレハ深ク之レヲ論究セサルナリ

第二ノ場合ハ其刑前後相等シキ時ニシテ所謂ルー一ノ重キモノナキ場合トス此場合ハ本條之レヲ第一ノ場合ト同視シ其刑ヲ論決實行セサルモノトセリ刑法草案ニ於テモ亦然リシナリ然ルニ此項増訂ノ草案原文ニハ若シ同一ノ刑ニ當ルルハ裁判所ハ之レヲ其最多限ニ至ラシムルヲ得ノ一句ヲ加ヘズ

蓋シ前發ノ刑ト後發ノ刑(各本條)ト其刑名ニ於テハ相等シキモ前發ニ科シタル刑ハ長期若クハ多數以下ニ在ルキハ後發ノ罪ヲ論スルニ當リ其刑ヲ重クシテ或ハ其幾分ヲ加ヘ又ハ長期多數ニマテ至ラシムルヲ得ルノ義ナリ余ハ固ヨリ數罪俱發ノ例一ノ重キニ從フヲ可トセサルモノナレハ勿論此改正案ヲ賛成スル者ナリト雖モ現行法ニ於テハ實際如何トモ爲ス可能ハス右第一第二ノ場合ハ本條所謂ル其輕ク若クハ等シキモノハ之レヲ論セストアルモノ是レナリ因テ此ニ一言センニ之レヲ論セストハ不論罪ノ場合ニ用ユルモノト其義ヲ異ニス彼ノ不論罪ノ場合ニ論セスト記スルモノハ概テ其罪ナキヲ以テ之レヲ論セストスルモノナレト此場合ニ於テハ固ヨリ其罪アリテ然シテ毫モ宥恕スヘキモノアルニアラス唯其刑ノ混同ニ由テ別ニ其刑ヲ實行セストノ義ニ過キス我刑法中此ノ如キ場合ニ於テ此語ヲ用ユルモノアレハ注意ノ爲メ此ニ一言シ置クナリ

第三ノ場合ハ前二箇ノ場合ト反シ後發ノ刑ノ重キ場合トス然レハ前發ノ刑ハ所謂ル其重キモノニアラサルヲ以テ此場合ニ於テハ後發ノ刑ニ從ハサル

ヲ得サルヲ勿論トス然レモ已ニ處斷ヲ受ケタルモノニ對シテ更ニ後發ノ刑ヲ論述シ新タニ其刑ヲ定ムルモノトスルキハ前已ニ執行セラレタル所ノ刑期ハ之レヲ如何スヘキヤ或ハ其刑ノ時間ノ如何ニ拘ハラヌ更ニ後發ノ刑ノ全部ヲ執行スヘキカ否ヤ若シ此罪ニシテ前發ノ罪ト同時ニ發シタランニハ其一ノ重キニ從ツテ處斷セラルヘキモノナリ然ルニ其罪ノ同時ニ發セサルノ故ヲ以テ其原則ニ反シ其刑ヲ重クスルノ理由ナシ若シ此罪發覺セサルヲ以テ犯人ノ責ニ歸スヘキモノトセハ之レヲ二重ニスルモ固ヨリ可ナリ然レモ道德上若クハ宗教上ヨリ論スルキハイザ知ラス凡ソ己ノ惡ヲ匿スハ人ノ常情ニシテ法律ノ罰スル所ニアラス左レハ殊ニ其罪ヲ發覺セシメサリシハ社會ノ怠慢ト謂フテ可ナリ故ニ其罪同時ニ發セサルノ故ヲ以テ其罪ヲ重クスルヲ得ス是此條ノ法文重キハ更ニ之ヲ論シ前發ノ刑ヲ後發ノ刑ニ通算スト定メタル所以ナリ倍其通算法ハ如何ニ之レヲ定メタル乎刑法ハ重罪輕罪ノ各種ノ刑ノ間ニ於テ毫モ通算法ヲ異ニセス即チ徒刑若クハ重懲役ノ一日モ輕禁獄ノ一日モ同一ト見テ通算スルモノトセリ然レモ是レ論理ニ適スル

モノト謂フヲ得ス徒刑ト云ヒ懲役ト云ヒ又流刑ト云ヒ禁獄ト云ヒ禁錮ト云フカ如キ單ニ其期限ニ長短アルノミニアラシテ各其取扱ヲ異ニスルモノニシテ殊ニ其定役アルモノト定役ナキモノトノ間ニ於テハ實ニ大ナル差別アルモノトス故ニ若シ精密ノ議論ヲ爲スニ於テハ其刑ノ何タルヲ論セス一日ハ則チ一日ニ通算スルハ之レヲ不當ト謂フヘキナリ夫レ然リ然レモ重罪輕罪ノ刑ニ付テ毎刑其輕重ヲ比較スルハ殆ント實際爲シ能ハサルヲナリ是ニ於テカ寧ロ寛大ニ失シテ實際簡便ヲ計ルノ策ニ出タルナリ而シテ彼ノ罰金ト科料ノ如キハ固ヨリ其性質ヲ異ニスルモノナレトモ已ニ第二十七條ニ於テ禁錮ニ代フルノ例ヲ定メタレハ通算法ニ於テモ之レニ依ラサルヲ得ス是レ其本條第一項ノ但書ヲ加ヘタル所以ナリ

以上第一項中ニ包含スル數個ノ場合并ニ其理由ヲ説明シタレハ第二項ニ説キ移ラントス

第二項ハ一種特別ノ場合即チ數罪俱發例ト再犯ノ場合トヲ混同セル場合ノ一ヲ定メタルモノナリ今一例ヲ擧ケテ之レヲ説カンニ茲ニ第一回第二回二

個ノ罪ヲ犯シタル者アランニ其第二回ノ罪先ツ發覺シテ已ニ判決ヲ經テ刑ニ處セラレタル後第三回ノ罪即チ第二回ノ罪ニ對スル再犯ノ罪ヲ犯シ之レカ裁判ヲ爲スニ當リテ先ノ第一回ノ罪ノ發覺シタル場合はレナリ此ノ如キ場合ニ於テハ之レヲ何レノ罪ノ俱發ト爲スヘキヤノ疑問ナキヲ得ス即チ本項ニ於テ之レヲ再犯ノ罪ト比較シ一ノ重キニ從フモノタルヲ明言シタルナリ蓋シ此場合ニ於テ尙ホ前項ノ例ニ從フヘキモノトスルハ奇怪ナル結果ヲ生スルニ至ル少シク左ニ之レヲ辨セン

若シ前項ノ例ニ依レハ此場合ニ於テモ先ツ第二回ノ罪ト俱發ノ例ニ依ルヘキモノナリ然レトモ此第二回ノ罪タルヤ第三回ノ罪ニ對シテハ再犯ノ基礎ト爲リタル罪ナリ左レハ第二回ノ罪ト第一回ノ罪ト俱發ノ例ニ依ルトセンニ若シ後ニ發シタル第一回ノ罪第二回ノ刑ヨリモ輕キハ論ナシト雖モ若シ第一ノ罪ニシテ已ニ處斷ヲ受ケタル第二回ノ刑ヨリモ重キハ即チ第一回ノ罪ノ刑ニ從ハサルヲ得ス此場合ニ於テ此罪ハ第二回ノ罪ト同シク已ニ刑ニ處セラレタルモノトシテ之レヲ第三回ノ罪即チ再犯ノ基礎ト爲スヘキヤ

如何蓋シ第二回ノ罪ハ第三回ノ罪ト共ニ發シタル第一回ノ罪ノ重刑中ニ吞滅セラレタルモノナリ而シテ其第一回ノ罪ハ未タ判決ヲ經サルモノニシテ現ニ第三回ノ罪ト同時ニ發覺シタルモノナレハ之レヲ再犯ト爲スヲ得サルニ至ラン若シ茲ニ再犯ナシトスルキハ第三回ノ罪ト第一回ノ罪トノ俱發ノ例ニ依ラサルヲ得ス若シ夫レ如此スルキハ前ニ再犯アリテ第二第三ノ刑ヲ併科スヘキノミナラス更ニ一等ヲ加フヘキモノナルニ之レヲ變シテ單一ニ個ノ刑ノ殘餘ヲ執行スルニ過サルノ奇怪ヲ來タス是レ其本條第二項ニ於テ「其再犯ト比較シ一ノ重キニ從ヒ前發ノ刑ヲ通算セス」トノ一句ヲ加ヘ以テ再犯ニ對スル加重ノ旨意ヲ保存シタル所以ナリ其他本項ノ適例并ニ通算ヲ許サハル所以ノ如キハ已ニ刑法義解ニ於テ陳述シタレハ參看ヲ乞フ

○第三十八回 明治十九年一月十一日

第八章 數人共犯

彼ノ一箇ノ犯人ニシテ數箇ノ罪ヲ犯スヲアルヲ并ニ之ニ處スルノ法例ノ如

何ハ再犯及ヒ數罪俱發ノ講義ニ於テ說述シタルカ如シ而シテ今ヨリ講究セントスル所ノモノハ前述ノ場合ノ反對ニシテ一箇ノ罪ヲ數人ニテ犯シタル場合はレナリ法律上此場合ヲ稱シテ數人共犯ト云フ寔ニ一箇ノ犯罪ハ數人共同ノ力ニ由テ成ルヲアルモノナリ左レハ立法官タル者ハ此犯罪ノ事實加功スルノ輕重ニ從ツテ各人ノ罪ヲ量定セサルヘカラス諸君モ知ラル、如ク凡ソ一箇ノ犯罪ト稱スルモノニハ數箇ノ段落アリテ而シテ各其責任ノ度ヲ異ニスルモノナリ其所謂段落ノ分解如何ト云フニ内外ノ學者概子之ヲ分ツテ三段トス曰ク罪ノ胚胎(コンセプション)即チ犯罪ノ決心之レヲ其第一段トス曰ク犯罪ノ豫備(アクト、プレバラチーブ)即チ實行ノ豫備若クハ端緒之レヲ其第二段トス曰ク罪ノ決行(エキゼキニション)之レヲ其第三段トス佛國ニ於テ犯罪以後ノ所爲即チ犯人若クハ贓物ノ藏匿ヲ以テ右ノ第三段ノ内ニ入ル、ノ說アレモ我刑法ニ於テハ犯罪後ノ所爲ハ別ニ一箇ノ罪ト爲スヲ以テ茲ニ之レヲ加フルコトヲ得サルナリ倍數人共同シテ一箇ノ罪ヲ犯スニ當リテハ右三段中或ハ其第一段ノ所爲ニ加功シテ第二第三段ノ所爲ニ關セサルモ

ノアリ或ハ又其第二段若クハ第三段ノ所爲ニ干預シテ第一段ノ所爲ニ與カ
 ラサルモノアリテ數人ノ犯人皆同一ナルコト能ハス法律ハ此種々別異アル犯
 人ノ所爲ニ對シテ如何ナル處分ヲ爲スカ我刑法ハ凡ソ其犯罪ニ加功シタル
 犯人ヲ大別シテ正犯從犯ノ二類ト爲ス而シテ正犯トハ其犯罪ノ決行ニ付テ
 有形上直接ニ干預シタルモノヲ云フナリ例セハ甲ノ一人カ他ノ一人ヲ殺殺
 セントスルモ其被害者ノ手足ヲ取りテ自ラ防衛スルコト能ハサラシムル所ノ
 乙者ノ如キ是レナリ又從犯トハ直接ニ犯罪ノ事實ニ加功セサルモ其設備ノ
 所爲(第二段ノ所爲)ニ加功シタルモノヲ云フナリ例セハ盜犯ノ塙壁超越ノ爲
 メ梯子ヲ與ヘ謀殺ノ爲メニ刀劍毒藥ヲ供給スルノ類是レナリ故ニ正犯ニ
 付テハ其人數ノ幾許ナルモ其刑ハ皆同一タルヘキナリ蓋シ其數人ハ同一ノ
 罪ヲ犯シタル者ニシテ前例ノ如ク乙者ハ甲者ノ同時ニ爲シ能ハサルコト爲
 ス者ニシテ其力ヲ合同シテ共同ノ目的ヲ達シ即チ一ノ罪ヲ犯ス所ノモノナ
 リ故ニ其刑ノ同一タルヘキハ勿論ナリト雖モ又其各人間ニ於テ或ル異差ナ
 キニアラス即チ年齡ノ老幼性質ノ強弱若クハ無智ノ事由ニ由テ其責任ヲ減

少スルモノアリ然レモ是等ノ情狀ニ付テハ只裁判官ニ於テ其刑ノ短期長期
 ニ於テ斟酌スルカ若クハ酌量減輕ヲ適用シテ各犯人ノ罪狀ニ平均ヲ得ルニ
 過キスシテ法律ニ於テハ其間ニ差等ヲ設クルコトヲ得サルナリ

右ノ如ク正犯ニ付テハ正當ノ刑ヲ得ルコト甚タ容易ナリト雖モ從犯ニ付テハ
 其刑ヲ施スコト甚タ困難トス蓋シ正犯ハ己レ犯罪ヲ構成スヘキ事實ニ加功シ
 タル者ニシテ即チ其自己ノ所爲ニ對シテ其罰ヲ受クルモノナレハ其犯罪ノ
 刑ヲ受クルハ最も論理ニ適スルモノナリ然レモ彼ノ從犯ノ如キハ全ク之ニ
 反シ各其自己ノ所爲ノ爲メニ罰セラル、モノニアラス其故如何ト云フニ抑、
 從犯ノ所爲タルヤ必竟犯罪ノ設備ヲ爲スニ過キサルモノニシテ獨リ此所爲
 ノミニ付テ云フキハ多クハ法律ノ罰セサル所ナリ左レハ從犯ナルモノハ各、
 自己ノ所爲ノ爲メニ罰セラル、ニアラスシテ他人ノ所爲即チ正犯ノ犯シタ
 ル罪ノ爲メニ罰セラル、モノト云フテ可ナリ然ラハ之レヲ罰スルニハ如何
 ナル刑罰ヲ以テスヘキヤ是レ右ノ論旨ニ由テ自然ニ生シ來ル所ノ問題トス
 此問題ニ付テ尙ホ左ノ問題ヲ生スヘシ

第一 從犯ノ自ラ爲シタル所爲ニ付テ云フキハ法律ノ罰スル所ニアラス然ルニ之ヲ罰スヘキモノトスルハ抑何ノ故ナルヤ又正犯ニ向ツテハ豫備ノ所爲ノ爲メニ罰ナクシテ何故從犯ニ向ツテ之レヲ罰スルヤ此問題ニ答フル所ノ論旨ハ凡ソ一箇ノ所爲ノ罪責アルヤ其所爲ニ由テ生スル所ノ効果如何ニ由テ量定スヘキモノナリ而シテ彼ノ梯子ヲ供給スルカ如キ其所爲ノミニ付テ云フキハ固ヨリ之レヲ罰スヘキモノニアラス然リト雖此所爲ヲ以テ一罪ヲ犯スヲ得セシムル者タルノミナラス其罪ヲ犯スノ情ヲ知ツテ此所爲ヲ爲スモノナリ故ニ從犯ノ惡意ト之レカ設備ヲ爲シタル有害ナル有形ノ所爲アルトノ二元素ノ合同スルキハ即チ之レヲ罰セサルヲ得スト云フニ在リ倍此二元素ノ合同スルキハ之レヲ罰スヘキモノトスルモ此刑ヲ定ムルニ付テハ如何スヘキヤ是レ從犯ヲ罰スルニ付テノ第二ノ問題トス或ル論者曰ク從犯ノ所爲タル只其所爲ノミニ付テ云フキハ罰スヘキモノニアラストスルモ而カモ此從犯ノ所爲ト其罰スヘキ主タル所爲トノ間ニ於テハ所謂ル因果ノ關係アルモノナレハ其罪責ハ其主タル所爲ニ付テ量定スヘ

キモノナリ故ニ宜シク之レヲ正犯ト同刑ニ處スヘキナリト又曰ク從犯ノ惡ムヘキハ之レヲ正犯ニ比シテ少シトセス何トナレハ其情ヲ知テ其罪ヲ犯スノ方法ヲ授ケタルモノナレハ云ハ、巧ミニ最モ危險ナル役目ヲ他人ニ譲リ而シテ其罪ヲ犯シタルモノナレハ其罪正犯ト異ナルヲナシト是レ即チ佛國刑法ノ採用シタル所ノ主義ナリ余輩ハ此說ヲ不可ト爲スモノニシテ從犯ハ正犯ト同一ノ刑ヲ以テ罰スヘキモノニアラスト信スルナリ從犯ハ其犯罪ノ爲メニ共同シテ事ヲ行フヲ承諾シタルモノニハ相違ナシト雖此尙ホ其情ノ稍輕カラサルヲ得サル所以ノ者アリ其故ハ從犯タルモノハ設備ノ所爲ハ爲シタルモ其主タル所爲ニ付テハ或ハ自ラ爲シ能ハサル所ナルヤモ知ルヘカラス或ハ又其現場ニ臨ミタランニハ自ラ之レヲ止メタルヤモ知ルヘカラス之レニ加フルニ從犯ヲ以テ正犯ト同視シ之レト同一ノ處分ヲ爲スヘシト云フカ如キハ立法上得策ノ論ニアラスベツカリヤ氏嘗テ云ヘルヲアリ曰ク若シ法律ニ於テ正犯ヲ罰スルニ從犯ト比シテ更ニ一層ノ重刑ヲ以テスルハ數人ノ共同以テ罪ヲ犯サント考フルモノハ中ニ就テ之レカ決行ニ任スル

者ヲ得サラシムヘシ如何トナレハ其刑罰ノ輕重ノ差別ニ由リ其危險ハ更ラニ大ナルヘケレハナリト寔ニ若シ其正犯ト從犯ト共ニ同一ノ刑ニ當ルトセハ其正犯タランコトヲ避クルノ利益ナキニ由リ一旦希圖シタル所爲ハ果シテ之レヲ犯スニ至ルヘケレハナリ到底從犯ヲ罰スルニ正犯ト同一ニスルノ主義ハ今日ニ於テ行ハルヘキモノニアラスト信スルナリ

○第三十九回 明治十九年一月十四日

前回ニ於テ數人共犯ニ關スル總論ノ大略ヲ述ヘタリ本日ハ茲ニ正犯ノ一ニ説キ及ハントス

第一節 正犯

學理上ニ於テ所謂ル正犯ノ何者タルコトハ已ニ前回ニ於テ其大略ヲ説了シタレハ今ヨリ我刑法定ムル所ノ如何ニ論及セントス
抑我刑法ニ於テ正犯ト爲ス所ノモノニ二種アリ第一二人以上合同シテ現ニ罪ヲ犯ス者即チ前回ニ所謂ル第三段ノ所爲ニ加功シタル者第二人ヲ教唆シ

テ罪ヲ犯サシムルモノ即チ前回ニ所謂ル第一段ノ所爲ニ加功シタルモノ即チ是レナリ此二種ノ正犯ハ刑法第四百條第五百條ニ定ムル所ナリ而シテ此第一ノ正犯ニ付テハ前回説述シタル所ノ外別ニ講述ヲ要スルモノナシ只茲ニ一言スヘキモノハ二人以上合同シテ現ニ罪ヲ犯スノ際其内ノ一人又ハ數人カ臨時ニ他ノ罪ヲ犯シタルトハ他ノ犯人ハ其罪ノ責ニ任セサルコト即チ是レナリ但シ若シ其共同ノ目的タル本罪ニ關係シタル事件ニシテ他ノ犯人モ亦之レヲ豫知シタルトハ其罪ヲ免カル、コトヲ得サルナリ
次ニ教唆者ノ事ニ移ラントス此教唆者ヲ以テ正犯ト爲スト否トニ付テハ古來立法上若クハ學問上ニ於テ大ニ議論アル所トス佛蘭西ノ刑法ニ於テハ教唆者ヲ從犯ト爲セリ蓋シ其之レヲ從犯ト爲スノ論者ノ説ニ依レハ教唆者タルモノハ其犯罪ノ事實ニ付テ有形ノ關係ナク唯前ニ所謂ル第一段ノ所爲即チ無形ナル決心ニ加功シタルニ過サルモノナレハ彼ノ合同シテ現ニ罪ヲ犯ス者ト同視スルコトヲ得スト爲ス佛蘭西ノ刑法ハ蓋シ此旨意ヲ採用シタルモノナリ然レモ同國ノ學者中ニ於テモ往々此説ヲ非トスル者アリ殊ニロシ

フオースタンエリー氏ノ如キハ此説ヲ非難スルノ論者ナリ其論旨ノ大略ヲ云ヘハ曰ク教唆者ハ犯罪ノ發起人ナリ故ニ單一ノ從犯ト爲スヘキモノニアラスシテ即チ其正犯タルヘキナリ抑、犯罪ノ決心ト有形ノ所爲トハ犯罪ノ二元素トモ云ヘキナリ故ニ其犯罪ノ決心ニ付テノ主犯ハ有形ノ所爲ニ付テノ主犯ト其責ヲ同フスヘキナリ啻ニ其罪責ノ同一ナルノミナラス往々一層ノ惡ムヘキモノアリ要スルニ一ハ犯罪ノ思想ヲ與ヘ一ハ之レヲ實行シタルモノニシテ即チ合同シテ罪ヲ犯シタルモノニシテ真正ノ道理ニ於テハ之レヲ正犯ト爲サンコトヲ望ム云々近來ニ至リテハ各國此説ニ左袒スルモノ多シト云フ

我國ニ於テハ舊律以來彼ノ造意者即チ犯罪ノ決心ヲ與ヘタル教唆者ヲ以テ正犯ト爲シ來リタルノミナラス我刑法ノ起草者タルホアソナード氏ニ於テモ前説ト同主義ヲ執ルノ人ナリシヲ以テ遂ニ之レヲ正犯トハ定メラレタルナリ今刑法草案并ニ審査修正案ニ依ルニ詐欺、脅迫、贈與、結約其他故意ヲ以テ教唆シ重罪ヲ犯サシメタルモノハ正犯ト爲ストアリ然ルニ刑法ニハ詐欺

以下云々ノ一句ヲ削除シテ單一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セリ是ニ於テ乎左ノ問題ヲ生スルニ至レリ教唆ヲ爲スニ付テハ草案ニ揭示シタル詐僞以下ノ方法アルヲ必要トセシテ單一助言即チ罪ヲ犯セト教示シタルニ過キサレモノ亦之ヲ教唆者ト云フヘキ乎ホアソナード氏ノ原文草案ニ於テハ其他故意ヲ以テト云ハスシテ其他罪スヘキ手段ヲ以テ云々トアリ日本草案ト稍異ナル所アリト雖モ何レモ要スルニ例示文タルニ過キス故ニ之レヲ以テ犯罪ノ構成ニ必要ノ條件ト爲スニアラス依テ思フニ大凡ソ法律文ニ此類ノ文例アルキハ之レヲ以テ其方法ヲ限書スルモノナルヤ例示文アルニ過キサレヤ若シ之レヲ例示文トスルキハ其區域ハ何レノ所迄及フヘキヤト云フニ付テ往々議論ヲ生スルコトアリ立法者ハ是等ノ事ヲ慮リテ寧ロ之レヲ削除スルノ簡ナルニ如カストシテ此一句ヲ削除シタルモノナラント信スルナリ若シ果シテ此旨意ニ出タルモノトスルキハ立法者ニ於テハ單一ノ助言ヲ爲シタルモノモ亦之レヲ教唆者ト爲スノ旨意ナラヤ如何是レ余輩ノ探究スヘキ所ナリ今其立法者ノ精神如何ヲ探究スルニ

付テハ先ツ其起草者タルホアソナード氏ノ旨意如何ヲ知ルヲ必要トス今同氏ノ註解ヲ一讀セン

「人或ハ問ハン唯助言ヲナシタルモ教唆トスルニ足ル乎ト余ハ答テ然リト云ハン但シ左ノ二件ノ緊要ナル約款ナキヲ得ス一ハ其行爲ノ實行セラレタルヲ要シ一ハ其助言ノ實ニ犯者ヲ挑唆シ決心セシメタルヲ明白ナルヲ要ス人又問ハン挑唆シ且ツ決心セシムルノ二事ヲ兼テサレハ教唆ト爲ス可カラサル乎曰ク唯挑唆ニ止ミタルハ教唆トスルニ足ラス決心セシメタルヲハ此一事ニテ教唆ト云フニ足ルヘシ

人ヲ教唆シテ之ニ罪ヲ行フヲ決心セシムル其手段ハ如何様ナルニ拘ラス此ノ如キ目的ヲ以テ使用シタル時其手段効驗アリテ其目的ヲ達スルヲ得ハ教唆者ハ道德上或ハ智力上ノ正犯ナルヲ以テ正犯トシテ罰スヘシト

右同氏ノ説ニ依レハ單一ノ助言ト雖モ之レヲ受ケタルモノ其助言ニ依テ犯罪ノ意ヲ決定シ而シテ之レヲ實行シタルモ即チ教唆ノ罪アリト云フモノハ如シ

然レモ余ハ一概ニ此論旨ヲ推スルハ或ハ其旨意ヲ誤ルモノナキ能ハサルヲ以テ同氏ノ所謂ルニ條件ノ外ニ其助言者ニ於テ是非共其罪ヲ犯サシメントノ故意アルヲ必要トスルヲ附言スヘキモノナラント信スルナリ其故如何ト云フニ例ヘハ茲ニ甲者アリ乙者ニ向ツテ巧ミニ自己ノ困難ノ情ヲ述フルニ當リ乙者ハ單一左程困難ナレハ人ノ物ニテモ取ルヘシト云フタリトセンカ如此キ助言ハ固ヨリ爲スヘキニアラスト雖モ之レヲ以テ未タ教唆罪アリトハ爲シ難カラント信スルナリ前ニモ述ヘタル如ク佛國ニ於テハ教唆者ヲ以テ正犯トハ爲サスシテ之レヲ從犯ト爲スト雖モ其教唆ニ由リ從犯トスルニハ單一助言ヲ爲スノミヲ以テ足レリトスルヤ否ヤノ問題アリ同國ノ古法ニ於テハ單一ノ助言ヲ以テ即チ從犯タルヘキノ事實トシテ之レヲ罰シタリ然レモ現今ノ法律ニ於テハ單一ノ助言ヲ以テハ未タ從犯ト爲スヘキ教唆アリトスルニ足ラスト論定スルモノ多シ即チ脅迫贈與結約ノ如キ方法ヲ用テ教唆スルヲ待テ始メテ從犯ト爲スニ足ルト云フニ在ルナリ而シテ此論旨ヲ聞クニ曰ク其助言ハ何程ノ惡事タルモ助言ノミニテハ未タ之レヲ罰スル

コヲ得サルノ道理ハ尙ホ犯人自カラ重罪ヲ犯スノ決心アリシモ其決心ノミ
 ニテハ法律未タ之レヲ罰スルコトヲ得サルト同一ナリ蓋シ其助言ニ從フト否
 トノ自由ナルコトハ犯人自ラ爲シタル決心ヲ止ムルト否ト隨意ナルト一般ナ
 リ然レモ若シ脅迫其他ノ方法ヲ用フルニ至リテハ之ヲ以テ多少犯人ノ心意
 ヲ拘束シ其決心ヲ翻スノ妨ケヲ爲スノカアルヲ以テ即チ之レヲ罪スヘキナ
 リト此説ニ由ルハ口頭ヲ以テスル助言ハ何程之レヲ反覆スルモ未タ教唆
 トスルニ足ラスト云フモノ、如シ果シテ然ラハ此説ニモ亦威服スル能ハサ
 ルナリ左レハ我刑法第百五條ノ旨意ヲ解スルニハ如何シテ可ナラン乎

○第四十回 明治十九年 一月廿一日

前回ニ於テハ教唆者ノ正犯タルコトニ付テ單ニ助言ヲ爲シタルモノヲモ教唆
 者ト爲スヘキヤ否ヤニ論及シテ講義ヲ止メタリ依テ本日ハ我刑法第百五條
 ノ意ヲ解スルニハ如何ノ義ニ解スヘキヤニ論及セントス余ハ之ニ付テ喋々
 辨スルコトヲ須ヒスシテ簡單ニ左ノ答ヲ爲サントス曰ク教唆者ノ罪ハ脅迫、贈

與、威權、結約其他被教唆者ヲシテ犯罪ノ意ヲ決定セシムルニ足ルヘキ方法ヲ
 用ヒ而シテ被教唆者其事ヲ實行スルニ由テ成ルモノトスト而シテ其犯罪ノ
 意ヲ決定セシムル方法ト云ヘル内ニハ假令口頭ヲ以テスル助言ト雖モ之レ
 ヲ反覆數回シテ遂ニ決心セシメタル類ヲモ包含スルモノナリ故ニ第百五條
 ノ意義ハ實際ニ於テ右ノ如ク解釋シテ適用スヘキモノナリ
 以上ノ方法ヲ以テ教唆ヲ爲シ被教唆者之レニ從ツテ其罪ヲ犯シタルモハ其
 教唆者ノ害ヲ爲スヤ他真正ノ正犯ト異ナル所ナシ是レ其第百五條ニ於テ人
 ヲ教唆シテ罪ヲ犯サシムル者亦之レヲ正犯ト定メ而シテ之レニ同一ノ刑ヲ
 科スル所以ナリ

然ラハ教唆者ナルモノハ之レヲ何レノ點ヨリ觀察スルモ真正ノ正犯ト毫モ
 異ナル所ナキカ否刑法第百七條ニ定ムル所ノ如ク犯人ノ多數ニ依リ刑ヲ加
 重スヘキハ教唆者ヲ算入シテ多數ト爲サ、ルノ別アリ而シテ斯ク教唆者
 ヲ算入シテ多數ト爲サ、ル所以ノモノハ凡テ犯人ノ多數ニ由リ其刑ヲ加重
 スル所以ノモノハ現ニ罪ヲ犯ス者ノ多數ナルモハ其罪ヲ犯スコト容易ニシテ

其害ハ大ナルヘク又社會若クハ被害者ニ於テ之レヲ防禦スルヲ尤モ困難ナル等ノ理由アルカ故ナリ然ラハ教唆者ノ如キ罪ノ起原ニ關係アリトスルモ加重ノ理由ト爲ス所ノ事實ニ付テハ毫モ關係セサルナリ是レ即チ第七條ノ變例ヲ設ケタル所以ナリ

茲ニ一問題アリ曰ク被教唆者ノ犯シタル罪全ク其性質ヲ異ニスル場合例ヘハ竊盜ヲ教唆シタルニ強姦ヲ犯シタル場合ノ如キ教唆者ハ尙ホ強姦ノ正犯トシテ論スヘキモノナルカ如此全ク異質ノ罪ヲ犯シタル場合ニ於テハ之レヲ教唆者ノ教唆ニ出タルモノト謂フヲ得ス故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ教唆者ノ罪ヲ成立セサルナリ

然ラハ若シ竊盜ヲ教唆シタルニ強姦ヲ犯シ有夫姦ヲ教唆シタルニ強姦ヲ犯シタル場合ハ如何此ノ場合ハ刑法第百八條ニ定メタル所ニシテ同條ニ所謂ル犯人教唆ニ乘シ教唆者ノ指令シタル以外ノ罪ヲ犯シ其現ニ行フ所ノ方法教唆者ノ指示シタルモノト異ナルモノトス故ニ此場合ニハ同條第二項第三項ニ定ムル如ク其初犯教唆シタル罪ヨリ重キハ只其指定シタル罪ニ從ツ

テ刑ヲ科シ其所犯教唆シタルヨリ輕キハ現ニ行フ所ノ罪ニ從ツテ刑ヲ科ス故ニ右二箇ノ場合ニ於テハ教唆者ト正犯者トノ刑罰ヲ異ニスルナリ而シテ第一ノ場合ニ刑ヲ異ニスル所以ハ其害教唆者ノ望ム所ニ超過シタル者ナルヲ以テ教唆以外ノ責任ヲ歸セスシテ其罪ヲ輕クスルナリ又第二ノ場合ニ於テ其刑ヲ異ニスル所以ハ教唆ノ望ム所ノ結果即チ其害ヲ生スルニ至ラザリシヲ以テ只其豫期シタル事實ニ相當シ責任ヲ歸セスシテ現ニ生シタル害丈ケノ責任ヲ負ハシム即チ其罪ヲ輕クスルナリ

此他本條ニ付テノ解釋ノヲハ各種ノ解釋書ニ詳カナレハ之レヲ略ス唯本條ニ於テ諸君ノ注意ヲ要スル所ハ犯人教唆ニ乘シ云々ノ一事トス蓋シ其教唆ニ乘シタルニアラサル場合ハ前ニ所謂ル異質ノ罪ヲ犯シタル場合タルヘキヲ以テ即チ有罪ト無罪ノ分ル、所タルヘケレハナリ

此他正犯ノ身分ニ依リ別ニ刑ヲ加重スヘキハ他ノ正犯從犯及ヒ教唆者ニ及ハサルヲ即チ第六條ニ定ムル所ノ規則ハ後ニ從犯ノ身分ニ關スル規則ヲ講義スルニ臨ンテ俱ニ之レヲ講セントス次回ニハ從犯ノ事ニ説キ及ハ

○第四十一回 明治十九年一月廿八日

刑法第六條ニ曰ク「正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ他ノ正犯從犯及ヒ教唆者ニ及ホスヲ得スト」

本條ヲ一讀シテ直チニ諸君ノ疑ヲ生スヘキモノアリ其所以ハ此條ノ法文ニ依レハ唯正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重スヘキモハ云々トノミアリテ更ニ減輕スヘキモトヲ言ハサルヲ以テナリ蓋シ此條ノ正文ニ就テ其裏面ノ義理ヲ探究スルキハ正犯ノ身分ニ原由スル加重ハ之レヲ他ノ正犯從犯ニ及ホサハルモ其減輕ニ係ルモノハ之レヲ他ノ正犯從犯ニ及スヘキモノト云フニ歸スヘシ果シテ然レハ實際甚タ不都合ナルモノアルヘシ例ヘハ茲ニ十二歳以下ノ幼者ト共ニ罪ヲ犯ス者アランニ其幼者ノ不論罪トナルノ故ヲ以テ他ノ正犯モ亦不論罪タルニ至ルカ如キ是レナリ抑立法ノ精神ニシテ果シテ此減輕ヲ他ノ正犯從犯ニ及ホスノ意ナルヤ將タ立法者ノ不注意ニ由テ之レヲ脱

漏シタルモノナルカ此問題ニ答フルハ増補原文草案ノ正文ヲ示スヲ以テ足レリト信スルナリ

原文草案ノ第廿條舊草案ニテハ第十九條ニ曰ク「罪ノ決行(エキセクシヨシヨシ)ノ情狀ニ因テ生スル加重ハ其正犯又ハ教唆者中ノ二三ノ者ハ此情狀ニ加功セサルキト雖モ現ニ其情狀アルヲ知リ若クハ之レヲ豫知シタルキハ凡テノ正犯及ヒ教唆者ニモ亦之ヲ適用スヘシ

正犯又ハ教唆者ノ一人ニ關スル一身上ノ身分ヨリ生スル加重(減輕又ハ免刑)(エキザンブシヨシ)ハ決シテ他ノ者ニ適用セスト

右草案文ヲ以テ之レヲ刑法ノ條文ニ比スルニ刑法ニ於テハ全ク第一項ノ文ナシ舊草案ニ於テハ第一項ノ文并ニ第二項ノ明文モ之レアリシト雖モ其第二項中ノ(減輕又ハ免刑)ノ一句ハ今回ノ増訂ニ係ルモノナリ左レハ前ノ疑問ハ舊草案ニ於テモ均シク之レヲ免レサル所ナリ而カモ已ニ起草者其人ニ於テ後ニ此一句ヲ追補シタルヲ見レハ舊草案ニ於テ減輕并ニ免刑ノヲ云ハサリシモノハ之レヲ脱漏シタルモノナルヲハ得テ知ルヘキナリ隨テ又刑法

ノ正文ニ於テ單ニ加重ノコトヲ記シテ其他ニ及ハサリシ所以ノ原因モ亦推知シ得ヘキナリ故ニ曰フ刑法第六條ニ於テ減刑及ヒ免刑ノコトヲ記セザリシハ別ニ理由アルニアラスシテ必竟立法者ノ不注意ニ由テ之レヲ脱漏シタルモノナリト

右草案ニ依レハ起草者ノ旨意ハ此一條ニ於テ二種ノ加重ノ場合ヲ定ムルニ在リ第一罪ノ決行ニ關スル情狀即チ事實ヨリ生スル加重第二正犯若クハ教唆者ノ一身ニ關スル身分ヨリ生スル加重是レナリ而シテ此二種ノ加重ハ其理由ニ於テ自ラ異ナル所アルヲ以テ唯其一方ノ事ヲ記シテ他ノ一方ヲ包含セシムルヲ能ハス何トナレハ彼ノ事實ニ關スル加重ノ理由ノ如キハ罪其者ヲ變更スルモノナルヲ以テ其正犯ノ決心ニ加功シタルモノタルト罪ノ決行ニ加功シタルモノタルトニ論ナク又其加功ノ直接ナルト間接ナルトヲ問ハス其加重ハ凡テ正犯ニ及フヘシト雖モ彼ノ一身上ノ身分ニ關スル加重ノ理由ニ至リテハ全ク之ニ反シ只其身分アル者ニ對シテ其罪ヲ重シト爲スノミニシテ他ノ正犯ニ對シテハ毫モ其罪狀ヲ變更スルモノニアラサレハナリ

前述ノ如ク事實ニ關スル加重ノ理由ト身分ニ關スル加重ノ理由ノ間ニ於テハ判然タル區別アリテ殊ニ之レヲ分別スルノ利益アルニ於テハ草案第一項ノ法文ハ最モ必要ナルモノナラント信スルナリ然ルニ審査委員ニ於テ之レヲ削除シテ刑法中其痕跡ヲ留メサルモノハ抑何ノ理由ニ因リテ然ルカ余ハ之レヲ知ルヲ能ハス蓋シ審査官ニ於テハ凡ソ事實ニ關スル加重ノ理由ハ其罪狀ヲ變更スルモノナルヲ以テ凡テノ正犯又ハ教唆者ニ及フヘキハ無論ナレハ敢テ之レカ明文ヲ要セストシテ削除シタルモノナラシカ若シ果シテ然ランニハ是レ起草者ノ用意周到ナルニ心付カスシテ此明文ヲ要スル所以ヲ知ラサリシニ原由スルモノナラン其故如何ト云フニ起草者ニ於テハ彼ノ歐洲諸國ニ於テハ通常ノ情狀ヲ以テ罪ヲ犯サンコトヲ協議シタル正犯中ニ加重ノ情狀ヲ以テ之レヲ犯シタル者アル場合ニ付テ法律上明文ナキヲ以テ現ニ過嚴ノ判決例ヲ致セル所ノ弊害ヲ救ハント欲シ乃チ此第一項ノ法文ヲ以テ其加重ヲ及ホスヘキモノハ獨リ其情狀ヲ知リタルモノニ限ルコトヲ明示シタルモノナレハナリ若シ又我立法者ハ余カ臆測スル所ノ如ク漫ニ之レヲ削除

シタルニアラスシテ彼ノ歐洲諸國殊ニ佛國ノ判決例ニ見ル所ノ如ク其情狀ヲ知ルト否トニ論ナク共ニ其加重ヲ及ボサントスルノ旨意ヲ以テ之レヲ加重シタルモノナランカ若シ然ラハ此無旨意ニテ之ヲ削除シタルノ譏リハ或ハ之レヲ免ルヘキモ其旨意ニ至リテハ固ヨリ之レヲ賞賛スルコト能ハサルナリ今一例ヲ舉ケテ其旨意ノ非ナル所以ヲ説カンニ茲ニ甲乙ノ二人アリ丙ヲ罵詈セント協議シ而シテ之レヲ實行スルニ當リ此二人ハ却テ丙ノ爲メニ罵詈セラレタルカ故ニ乙ハ俄ニ怒ヲ發シ臨時之レヲ毆打セントノ意ヲ生シ即チ丙ヲ毆打ス甲モ亦之ヲ打ツ然ルニ甲ハ最初協議ノ時ヨリシテ先ツ罵詈ヲ以テ丙ノ怒ヲ招キ隨テ之レヲ毆打セントノ豫謀アリシモ之レヲ乙ニ告ケスシテ其同意ヲ得タルモノナリトセンカ右ニ臆定シタル立法者ノ旨意ニ依レハ甲乙均シク豫シメ謀リテ人ヲ毆打シタルモノト爲シ共ニ其刑一等ヲ加ヘサルヲ得ス是レ果シテ眞理ニ適スルモノナルヤ余輩ハ猶ホボアソナード氏ノ定メタル所ヲ以テ最モ宜シキヲ得タルモノト信スルナリ

然レモ刑法第百六條ノ明文ニ於テハ現ニ加重ノ場合ノ一ノミヲ記シテ減刑

又ハ免刑ノ一ヲ記載セサレハ實際正犯ノ身分ニ由リ減刑又免刑ヲ置クヘキモノアルキハ之レヲ奈何スヘキヤ前ニモ論述シタル如ク元來法律ニ此明文ノ記載ナキハ立法者ノ脱漏シタルモノニシテ其精神ニ於テ之レヲ他ニ及ボスノ旨意ニアラサルコトハ第百十條第二項ノ精神ニ付テ見ルモ判然タリ依テ今日實際ニ於テハ假令此明文ナシト雖モ此精神ニ基キテ適用スヘキコト無論タルヘキナリ

其他本條普通ノ解釋ハ諸君ノ已ニ知ル所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ略セントス

○第四十二回 明治十九年一月廿五日

曩ニ凡ソ一箇ノ犯罪ニハ三箇ノ段落アリト云フコトヲ述ヘタリ而シテ其第一段ニ關スル所爲即チ教唆者ノ事第三段ニ屬スル所爲即チ罪ノ決行ニ關スル所爲ノ事ハ第一節ニ於テ已ニ之レヲ説了シタリ依テ今回ヨリ講述セントスル所ノモノハ其第二段ノ所爲即チ犯罪ノ豫備ニ加功シタル者即チ從犯ノ事ニ説キ移ルヘキナリ

第二節 從犯

此從犯ノ事ニ付テハ前ニ共犯ノ總論ヲ爲スニ當リテ略ホ其何物タルヲ説明シタレハ本日ハ直チニ刑法ノ正文ニ付テ講述スヘシ

刑法第九條ニ曰ク重罪輕罪ヲ犯スヨリ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正犯ノ刑ニ一等ヲ減ス但正犯現ニ行フ所ノ罪從犯ノ知ル所ヨリ重キ時ハ止タ其知ル所ノ罪ニ照シ一等ヲ減ス

此條ノ文義并ニ普通ノ解釋ハ諸氏ノ註釋書ニ讓リテ茲ニ之レヲ略ス只本條ノ大意ト其要領ノ緊切ナルモノヲ説クニ止メントス

倍此條ノ旨意ト立法ノ本意ニ論及センニハ暫ク草案ニ據リテ論セサルヲ得ス邦文ノ草案ト原文ノ草案トハ稍異ナル所アルヲ以テ茲ニ原文ノ直譯ヲ示シ而シテ其旨意ニ論及セントス

第二百二十二條 左ノ者ハ重罪輕罪又ハ違警罪ノ從犯若クハ補助者ト見做シ而シテ其犯サレ又ハ試行セラレタル犯罪ノ刑ニ一等ヲ減シタルモノヲ以テ

罰セラルヘシ

一 主タル正犯又ハ正犯ノ一人ニ教示又ハ罪ヲ犯スカ爲メ又ハ之レヲ容易ナラシムル爲メニ供シタル器具若クハ其他ノ方法ヲ給與シ又ハ授與シタル者而シテ其方法ノ實際用ヒラレタル者

二 豫備ノ所爲又ハ必要ニアラサル同時ノ所爲若クハ法律上又ハ職掌上ノ本分ヲ盡サ、ルニ因リテ他人ノ犯罪ノ決行ヲ幫助シ又ハ容易ナラシメタル者

三 重罪輕罪ノ決行ノ後其効果ヲ體カメントスル所爲ヲ以テ犯人ヲ幫助シタル者

四 以上第一及ヒ第二ノ場合ニ於テハ犯罪ノ故意及ヒ豫知アリテ爲シタルヲ必要トシ第三ノ場合ニ於テハ其事由ヲ知リテ爲シタル者タルヲ必要トス

右草案ニハ從犯ヲ分ツテ三種ト爲シタリ而シ其第一種ノ從犯ハ專ラ犯罪以前ノ所爲ニ係リ第二種ノ場合ハ犯罪以前ニ係ルモノト犯罪ト同時ノ所爲ナ

ルモ其決行ニ付テ必要ニアラサルモノトヲ包含ス但シ犯罪ト同時ノ所爲ニシテ其決行ニ必要ナルモノハ第二ノ正犯ノ内ニ入ルモノトス第三ノ場合ハ凡テ犯罪後ノ事ニ係ル右三種ノ從犯ニ付キ聊カ説明ヲ要スルモノアリ先ツ其第一ノ場合ニ付テハ凡テ犯罪以前ノ事ニ係ルモノニシテ教示即チ日本草案ニ所謂ル同謀指示ナルモノアリト雖モ是レハ犯罪ノ意ヲ決定セシムルノ教示ニアラサルコト即チ是レナリ蓋シ此教示ニシテ犯罪ノ意ヲ決セシムルカ爲ニセシモノナルハ是レ即チ教唆ニシテ正犯タリ從犯タルモノニアラサレハナリ

次ニ第二ノ場合ニ於テハ原文増補ノ草案ニ必要ニアラサル同時ノ所爲若クハ職掌上ノ本分ヲ盡サハルニ由リテノ一句ヲ増補シタルヲ以テ之ニ付テ一言ノ説明ヲ要スヘキナリ第一必要ニアラサル同時ノ所爲トハ例ヘハ竊盜ノ場合ニ於テ警察官又ハ其救助人ノ防禦ノ爲メニアラスシテ單ニ見張ヲ爲スモノ、如キヲ云ヒ法律上又ハ職掌上ノ本分ヲ盡サハルモノトハ例セハ竊盜ヲ犯サシメンカ爲メ故ラニ門戸ヲ閉サル門番又ハ故殺ヲ犯サシメンカ爲メ

故ラニ巡行ヲ爲サハル巡查ノ如キヲ云フナリ又第三ノ場合ニ於テ犯罪ノ成効ヲ慥ムル爲メ云々トアルハ例セハ贓物ノ性質ヲ變シ又ハ之レヲ賣却スルカ爲メ之レヲ運搬シタル者又故殺ノ未遂犯ニ當リ被害者ヲ呼號セシメサラシカ爲メ其口ヲ掩フタル他人ノ如キ者ヲ云フナリ以上草案ノ正文并ニ二三ノ説明ヲ爲シタレハ是レヨリ刑法ノ正文ニ立戻リ之レヲ研究セントス

刑法第九條ハ草案ノ如ク從犯ノ種類ヲ分タス草案ニ分ツ所ノ三種ノ從犯ヲ一纏メト爲シ之レヲ一項ノ内ニ記載シタリ而シテ草案ノ第一ノ從犯ハ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示ノ語ヲ以テ之レヲ總轄シ第二種ノ從犯ハ其他豫備ノ所爲ノ云々ヲ以テ指示セリ最初ノ原文草案ニ依レハ此一句ヲ以テ第二ノ從犯ヲ包含セシメ得ヘシト雖モ増補ノ草案ニハ必要ニアラサル同時ノ所爲若クハ法律上又ハ職掌上ノ本分ヲ盡サハルモノ、一句ヲ増補シタルヲ以テ現行ノ刑法ニ於テハ此等ノ者ヲ罰スルコトヲ得ルヤ否ヤ語ヲ換ヘテ云ヘハ此等ノモノハ假令刑法ニ明文ナキモ之レヲ一種ノ從犯トシテ罰スルコトヲ得ヘ

キヤ如何是レ第九條ノ解釋上ニ於テ生スル所ノ一問題トス余ヲ以テ之レヲ見ルニ刑法第九條ノ正文ニ依レハ凡ソ從犯タルニハ何レモ「ボジチーフ」(積極)ノ所爲アルヲ要スルモノ、如ク然リ而シテ「子ガチーフ」(消極)ノ所爲ノ「ハ之レヲ包含セサルモノ、如シ左レハ前例ノ場合ニ於テ彼ノ門戸ヲ閉サ、ル門番巡行ヲ爲サ、ル巡查ノ如キハ現行ノ刑法ニ於テハ之レヲ從犯トシテ罰スルヲ能ハサルモノナラント信スルナリボアソナード氏ニ於テモ蓋シ之レカ明文ヲ要スル者タルニ心付テ之レヲ増補セラレタルモノナラン

第三ノ從犯ハ刑法ニ於テハ之レヲ削除シタリ蓋シ之レヲ不用トシテ削除シタルモノナラン何トナレハ贓物ヲ藏匿スル罪ノ如キハ刑法第三百九十九條ヲ以テ別ニ一箇ノ罪ト爲スヲ以テ彼ノ贓物ノ性質ヲ變換シ又ハ之レヲ賣却センカ爲メニ運搬シタル者ノ如キモ決シテ之レヲ竊盜ノ從犯ト云フヲ得サレハナリ尤モ此等ノ所爲ニ依テ第三百九十九條ノ從犯トナル者ハ或ハ之レアルヘキナリボアソナード氏ハ第三ノ從犯ノ例トシテ故殺未遂犯ノ場合ニ就テ一例ヲ示サレタレヒ思フニ豫シメ犯人ト通謀スルモノニアラスシテ如

此所爲アルヘシトハ想像シ能ハサル所ナリ假令萬一ニ如此者アリトスルモ如此架空ノ想像ヲ以テ別ニ一種ノ從犯ヲ定ムルヲハ宜シキヲ得タル者トハ云ヒ難シ特ニ從犯ノ刑タル其種類ノ何タルヲ問ハス何レモ同一ノ刑ニ處スヘキモノナルヲ以テ我立法者ハ此種別ヲ廢シ且ツ草案ノ末項ヲ削除シタルモノナラント信スルナリ

此條但書ノ「ハ別ニ解釋ヲ用ヒス」テ諸君ノ解知スルヲ得ヘキモノト信スルヲ以テ直チニ從犯ニ關スル要領ヲ略言シテ本日ノ講義ヲ終ラントス

凡ソ從犯ハ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシムルモノニシテ器具ヲ給與シ或ハ誘導指示スル等ノ別アリト雖モ其所爲ハ常ニ犯罪着手ノ前ニ限ルト知ルヘシ若シ犯罪ノ當時直接ニ幫助スルモノハ即チ正犯ニシテ從犯タルヘキモノニアラサルナリ

右ノ説明ニ依レハ前ニ所謂ル犯罪ノ當時單ニ見張リヲ爲スモノ、如キハ之レヲ正犯ト云フヘクシテ從犯ト爲スヘカラス勿論佛國ノ學者社會ニ於テハ之レヲ從犯ト論定スルモノ少シトセスボアソナード氏ノ如キハ草案ノ注釋

ニ依レハ此ノ如キモノモ亦正犯ト爲スノ論旨ノ如クナリシモ今回ノ草案注
 釋ニ於テハ犯罪同時ノ所爲ニ付テハ其必要ナルモノト必要ナラサルモノト
 ヲ區別シ其不必要ニ屬スルモノハ之レヲ從犯ト爲スト論定セラレタリ而シ
 テ彼ノ單ニ見張リヲ爲ス者ノ如キハ犯罪ノ決行ニ不必要ノモノナレハ之レ
 ヲ從犯ト爲スト明言セラレタリ余ハ元來犯罪ノ時犯人ト同意シテ同時ニ犯
 人ノ耳目四支ノ用ヲ爲スモノハ正犯ト爲スノ論者ナリ然レハ其實ヲ云ヘハ
 單一ノ見張ヲ爲ス者ヲ正犯ト爲スニ付テハ少シク不穩當ノ感ナキ能ハサル
 ナリ

此他正犯從犯ノ關係ニ付キ注意スヘキコトハ從犯ニ於テ第百九條ノ方法ヲ授
 ケタルモ正犯ニ於テ其器具方法ヲ使用セサルモ又ハ其誘導指示ニ從ハサル
 モ正犯ノ罪ハ成立スルモ從犯ハ成立セサルナリ又正犯其器具ヲ用使シ又
 ハ其誘導指示ニ從フタルモ雖モ全ク異質ノ罪ヲ犯シ從犯其事實ヲ豫知セ
 サルモ從犯ニ於テ罪ナシトスルナリ

○第四十三回 明治十九年
 二月十五日

前回ニハ第百六條ヲ講シ凡ソ正犯ノ身分ニ原因スル加重減免ハ之レヲ從犯
 ニ及ホサ、ルコトヲ說了セリ本回ニハ從犯ノ身分ニ原因スル加重減免ニ付一
 言セントス

第百十條ニ曰ク「身分ニ因リ刑ヲ加重ス可キ者從犯ト爲ル時ハ其重キニ從テ
 一等ヲ減ス正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減免ス可キ時ト雖モ從犯ノ刑ハ其輕キニ
 從テ減免スルコトヲ得ス」ト

本條ノ第一項ハ例ヘハ子タル身分ヲ有スル者ニシテ其親ヲ故殺スル者ノ從
 犯ト爲リ若クハ官吏タル者ニシテ官文書偽造罪ノ從犯ト爲リタルモ處分
 ヲ定ムルモノナリ乃チ從犯ニシテ子タルノ身分若クハ官吏タルノ身分ヲ有
 スル者ナルモ其正犯ノ受クヘキ刑ヲ定メ之ニ就テ其刑一等ヲ減スルナリ
 此點ニ付テハ佛國刑法ト正ニ相反ス佛國ノ刑法ニ依レハ前ニモ屢々陳述シ
 タル如ク從犯ノ刑ハ常ニ正犯ノ刑ヲ以テ基本ト爲スカ故ニ他人謀殺ノ正犯
 タリ而シテ其被害者ノ子孫タル者之レカ從犯タルモ若クハ常人カ官文書偽

造罪ノ正犯タルキニ官吏之レカ從犯タルキト雖ヒ其從犯ノ身分ニ拘ハラズ
專ラ其正犯タル他人若クハ常人ノ罪ヲ以テ之レヲ論シ從犯ノ身分ニ關スル
加重ヲ用ユルヲ得サルナリ故ニ佛國ニ於テハ實際正犯從犯ノ關係ニ付テ甚
シキ不權衡ヲ生スルコトアルハ已ニ學者ノ論破シタル所ナルヲ以テ我刑法ハ
其例ニ倣ハスシテ本條ノ例ヲ定メタルナリ

第二項ハ正犯ノ身分ニ依リ刑ヲ減免スヘキト雖ヒ之レヲ從犯ニ及ボサハ
ルコトヲ定メタルナリ此事ハ先キニ第六條ヲ講スルニ當リ同條言外ノ問
答ニ付テ已ニ其大意ヲ説述シタレハ茲ニ之レヲ省キ其細目ニ説キ及ハス蓋
シ學期ノ終リニ切迫シテ餘日ナキノ故ヲ以テナリ

第九章 未遂犯罪

大凡ソ法律ニ於テ一箇ノ犯罪トシテ之レニ刑罰ヲ科スルニハ二箇ノ原素ア
ルヲ必要トス曰ク罰スヘキ意思曰ク其意思ヲシテ思想ノ領分ヲ出テシメ而
シテ之レヲ所爲ノ領分内ニ入ラシムルト即チ此意思ヲ實行スル所ノ有形ノ
所爲即チ是レナリ是等ハ諸君ノ已ニ知ル所ナリ然レヒ本章未遂犯ノ事ヲ説

クニ就テハ學理上其意思ト執行トノ間ニ於テ尙ホ之レヲ細別セサルヲ得ス
余ハ佛國學者ノ爲ス所ニ從ヒ之レヲ左ノ如ク分別セントス

第一 犯罪ノ希望

第二 執行ノ決心

第三 豫備ノ所爲

第四 執行ノ端緒

第五 執行ヲ完結シテ其効ヲ生セサル場合

第六 執行ヲ完結シテ其効ヲ生シタル場合

第一 犯罪ノ希望

第二 執行ノ決心

以上二箇ノ場合ハ所謂ル人心内部ノ働キニシテ無形ノ事ニ屬ス而カモ是レ
犯罪ノ一大原素タルモノニシテ其意思ノ罪スヘキモノタルヤ固ヨリ論ヲ待
タズ然レモ大凡ソ文明國ノ法律ニ於テハ概テ之レヲ罰セス而シテ其之レヲ
罰セサル所以ノ理由如何ト曰フニ第一證據ノ得難キト第二有形ノ所爲ナク

シテ未タ社會ニ害ナキヲ即チ是レナリ或論者ハ右犯罪ノ希望決心ヲ罰セサル所以ハ單ニ證據ノ得難キニ在リト云フト雖ヒ之レ未タ盡サ、ルノ説ト云フ可シ如何トナレハ其希望決心ト雖ヒ時トシテ或ハ之レヲ言語ニ發シ或ハ之レヲ書面ト爲シテ其希望決心ノ證據判然タルモノアリ若シ論者ノ説ニ從フキハ此場合ニ於テハ其希望決心ヲ罰セサルニ至ラン故ニ此場合ニ於テ之レヲ罰セサルノ理由ハ單ニ證據ノ得難キカ故ニアラスシテ又未タ其所爲ナク從ツテ社會ニ害ナキカ故ナリ而シテ斯ク惡ムヘキ希望決心ヲ社會ニ害ナキモノトシテ之レヲ不問ニ置ク所以ハ大凡ソ人ノ希望シ若クハ決シタル事ト雖ヒ未タ必ラスシモ之ヲ實行スルモノニアラス或ハ中途ニシテ其望ヲ絶チ或ハ其心ヲ變ヘス者少カラサルノミナラス他又此寛假法ヲ以テ絶望蹊心ヲ獎勵セントスルヲ以テナリ故ニ右第一第二ノ区域内ニ在ル者ハ概シテ之レヲ罰セサルヲ以テ原則トナス但シ其事ノ重大ニシテ立法者ニ於テ單ニ其希望決心アルノミヲ以テ既ニ社會ニ危害アルモノト認定シ特ニ刑名ヲ掲ケタルモノアルハ蓋シ一ノ變則ニ過キサルナリ

第三 豫備ノ所爲

豫備ノ所爲トハ己ニ諸君ノ知ル所ノ如ク攀援ノ爲メニスル梯子謀殺ノ爲ニスル毒藥刀劍放火ノ爲ニスル石油ヲ買入ル、所爲ノ如キ即チ是レナリ蓋シ希望決心ノ後更ニ是等ノ所爲アルニ於テハ其惡意ニ一層ノ正確ヲ加フル事ハ勿論ナリト雖ヒ而カモ未タ執行ノ所爲ヲ始ムルニ至ラサルナリ故ニ法律ニ於テ特別ニ明文ヲ掲グルモノ、外概シテ之レヲ罰セサルヲ以テ原則ト爲ス而シテ其之レヲ罰セサル所以ノ理由ハ前第一第二ノ場合ニ於ケル理由ト同一トス蓋シ是レヲ前二箇ノ場合ニ比スレハ内部ノ働キ即チ無形ノ事ト外部ノ働キ即チ有形ノ所爲トノ別アリテ所謂犯罪ノ完結ニ向テ更ニ一步ヲ進メタル者ト謂フヘシ然レヒ其未タ所欲ヲ果スノ所爲ニ達セサルニ至リテハ前二箇ノ場合ト同一ナルヲ以テナリ

第四 執行ノ端緒

執行ノ端緒トハ佛語ニテ「コンマンスマンデキユセキユシヨント」ト云ヒ日本語ニ譯シテ謀試又ハ試犯ト云フ佛語ノ「タンタチーブ」ノ釋義ニ用ヒタル法語ト

ス故ニ佛蘭西ノ刑法ニ所謂ル「タンタチーブ」トハ我刑法ニ所謂未遂犯トハ大同小異ナルモノトス如何トナレハ佛國ノ「タンタチーブ」ハ學者ノ説ニ從ヘハ執行ノ端緒ニ止マルヘキモノナリト雖ヒ我刑法ニ所謂未遂犯ニハ其執行ノ所爲ヲ遂ケテ而シテ其効ヲ生セサルモノ即チ學者ノ稱シテ無効犯ト爲ス所ノ者モ亦其内ニ包含スヘキ者ナリ佛國刑法第二條ニ於テモ右ニ所謂ル執行ノ端緒ト無効犯トヲ同視シテ等シク「タンタチーブ」ノ内ニ包含セシメタリト雖ヒ是レ其「タンタチーブ」ハ執行ノ端緒ナリト云ヘル解釋ト直チニ相撞着スルヲ以テ已ニ業ニ學者ノ非難スル所ナリ是レハ諸君ノ參考迄ニ一言スルモノニシテ敢テ必要ノ「ニアラス」

倍此執行ノ端緒ハ法律之レヲ罰スヘキ者ナルヤ否ヤ前ニモ云ヘル如ク犯罪ハ惡意即チ道德ノ害ト有形ノ所爲即チ社會ノ危害トノ二者ヲ以テ成ルモノナリ左レハ已ニ惡意アリテ而シテ又其執行ノ端緒アレハ即チ已ニ法律ニ於テ罰スヘキ所爲アルモノナレハ概シテ之ヲ罰スルヲ以テ其原則ト爲スヘキナリ然リト雖ヒ其所爲タルヤ現ニ執行ノ端緒ニ止マル者ナレハ必ラスヤ其

所爲ヲ中止シタル者タラサルヲ得ス然レヒ其所爲ヲ中止スルニ就テハ或ハ犯人ノ自意ニ出ツルモノアルヘク或ハ犯人意外ノ事ニ由テ中止スルモノアルヘシ此ノ二箇ノ場合ニ於テ其處分ニ區別ヲ爲スヲ要セサルヤ此點ニ付テ我刑法定ムル所ハ如何此事ハ後ニ刑法ノ正條並ニ草案原文ニ付テ論定スル所アルヘシ

第五 執行ヲ完結シテ其効ヲ生セサル場合

例ヘハ人ヲ殺サントシテ之レニ發砲シタルニ其彈丸ノ中ラサリシカ又ハ衣服ノ厚キカ爲メニ害ヲ爲スニ至ラサル場合ノ如キ是レナリ學問上如此場合ノ所爲ヲ稱シテ無効犯ト云フ佛語ニ之レヲ「デリー、マンケー」即チ仕損シタル罪ノ義ナリト云フ

茲ニ第五ノ場合ニ似テ而シテ非ナルモノアリ例ヘハ前例ノ如ク人ヲ殺サントシテ之ニ發砲シタルモ其銃ニ彈丸若クハ火藥ナカリシキ又ハ毒藥ト信シテ之レヲ飲マシメタルニ毒藥ニアラサルキ又ハ暗夜ニ人ヲ刺シタルニ其人ハ其以前ニ已ニ死シタル時ノ如キ是レナリ無効犯ノ場合ハ必竟犯人意外ノ

仕損シアリテ其目的ヲ達スルニ至ラサルモノト雖此ノ場合ノ如キハ犯人ノ意思通りニ其所爲ヲ遂クルト雖到底其目的ヲ達スルヲ能ハサルモノナリ是レ其彼是二箇ノ場合ノ相同シカラサル所ナリ學問上此場合ノ所爲ヲ稱シテ不能犯ト云フ佛語ニ之レヲ「デリー、アンボッシーブル」ニ出來ヘカラサル罪ノ義ト云フ

第六 執行ヲ完結シテ其効ヲ生シタル場合

此場合ニ於テハ犯人ハ已ニ其目的ノ所爲ヲ遂ケ被害人ニ於テ其害ヲ生シタル場合ニシテ法律ニ所謂ル犯罪ノ正面ニ當ルモノトス故ニ一旦此場合ニ至リタルキハ其後ノ事實ニ由テ假令其損害ヲ減少シ若クハ之レヲ回復シ終ルト雖此最早其罪ヲ免ル、ヲ能ハス例令ハ未タ公訴ノ起ラサル前ニ在リテ盜品ノ全部ヲ返還シタル竊盜又ハ一旦毒藥ヲ施シテ直チニ消毒法ヲ行フタル毒殺者又ハ始審廷ニ偽證シテ控訴廷ニ於テ之レヲ取消シタル證人ノ如キ皆其罪ヲ免カル、ヲ能ハサルナリ
以上未遂犯罪ニ關スル總論ノ大略トス次回ヨリ刑法及ヒ草案ニ付テ之レカ

細目ニ論及セシ

○第四十四回 明治十九年二月廿二日

前回ニ於テハ未遂犯罪ニ關スル總論ノ大略ヲ述ヘタリ依テ本回ハ刑法ニ定ムル所如何ニ説キ及ハントス

刑法第百十一條罪ヲ犯サンコトヲ謀リ又ハ其豫備ヲ爲スト雖此未タ其事ヲ行ハサル者ハ本條別ニ刑名ヲ記載スルニ非サレハ其刑ヲ科セスト

本條ハ前回ニ説示シタル第一ヨリシテ第三迄ノ場合ヲ定ムル者ニシテ即チ是等ノ場合ニ於テハ罪トシテ之ニ刑ヲ科セサルヲ以テ主眼ト爲スモ傍ラ本條別ニ刑名ヲ記載スル者ハ格別タルコトヲ示スモノトス本條定ムル所ノコトニシテ刑法之レヲ罰セサル所以ノ理由ハ前回已ニ説述シタル所ナルヲ以テ茲ニ之レヲ略シ只其變例ニ由テ別ニ刑名ヲ掲クル者ノ二三ノ例ヲ示サントス
刑法第百廿五條ノ第二項ニ於テ内亂ノ隱謀ヲ爲シ未タ豫備ニ至ラサルモノハ第百廿二條ノ例ニ照シ各二等ヲ減シタル刑ヲ以テ之レヲ罰スルコトヲ定メ

タル如キハ本條ニ所謂ル罪ヲ犯サンコトヲ謀リタル者ニシテ別ニ罪名ヲ記載シタル一例トス又同條第一項ニ於テ兵隊ヲ募集シ又ハ兵器金穀ヲ準備シ其他内亂ノ豫備ヲ爲シタルモノ云々トアリ第百三十三條中其豫備ニ止マル者ハ云々トアリ及ヒ第百八十六條ニ於テ貨幣偽造ノ器械ヲ豫備シテ未タ着手セサル者トアルカ如キハ本條ニ所謂ル其豫備ヲ爲スト雖ヒ未タ其事ヲ行ハサル者ニシテ別ニ罪名ヲ記載シタルモノナリ以上罪ヲ犯サントノ豫備又ハ豫備ノ所爲ヲ罰スルモノハ之レヲ純然タル未遂犯罪トシテ罰スルモノニアラスシテ云ハ、一箇特別ノ犯罪トシテ之レヲ罰スルモノト知ル可シ是レヨリ第百十二條ニ説キ移ラントス

同條ニ曰ク罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖ヒ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減スト本條ハ前回ニ説示シタル第四ノ場合即チ執行ノ端緒アル場合ヲ定ムルモノニシテ蓋シ我刑法ノ未遂犯ノ場合ヲ定ムルモノトス本條定ムル所ノ未遂犯ヲ細別スルハ分ツテ二種ト爲ス即チ犯人意外ノ障礙ニ因テ未タ遂ケサル

モノ及ヒ意外ノ舛錯ニ因テ未タ遂ケサルモノ是ナリ而シテ其障礙ト舛錯トノ差異ノ如キハ諸氏ノ註解書ニモ詳説スル所ニシテ諸君ノ詳知スル所ナリト信スルヲ以テ之レヲ略シ直チニ左ノ問題ニ移ラントス

曰ク本條ノ未遂犯タルヤ其障礙ニ原因スルト舛錯ニ原因スルトノ別アリト雖ヒ而カモ其犯人ノ意外ニ出ルニ至テハ共ニ同一ナリ左レハ我刑法ニ所謂ル未遂犯トハ獨リ犯人ノ意外ノ事情ニ因テ之レヲ中止シタルモノニ限レルカ語ヲ換ヘテ云ヘハ犯人自己ノ意思ニ依テ之レヲ中止シタル者ハ如何ト云フニ歸ス

草案ニ於テハ別ニ一箇條ヲ設ケ此ノ如キ場合ニ於テハ之レヲ未遂犯トシテ罰セスシテ其所爲ニ因テ現ニ生シタル害丈ケノ罪ト爲ス旨ヲ明言シタルヲ以テ右ノ如キ問題ヲ生スルコトナシ然ルニ修正ノ際此一條ヲ削除シタルヲ以テ今日ニ在リテハ抑之レヲ削除シタル立法者ノ旨趣如何ニ就キ疑ナキヲ能ハサルナリ余ノ見ル所ニ依レハ蓋シ立法者ハ現行ノ明文アル以上ハ犯人ノ自ラ其事ヲ中止シタル場合ノ明文ヲ要セストシテ之レヲ削除シタルモノト

信ス其故如何ト云フニ第百十二條ハ所謂ル純然タル未遂犯罪ノ定義ヲ下シタルモノナリ而シテ之レニ犯人ノ意外云々ヲ以テ一要件ト爲スヲ以テ見レハ之レニ反シテ犯人ノ意外ニアラサルモノハ刑法ニ所謂未遂犯罪ニアラサルコトハ之レヲ推知シ得ヘキヲ以テナリ故ニ曰フ右問題ノ場合ノ如キハ已ニ犯罪ニ着手シタルモ自ラ其事ヲ中止シタルモノナルヲ以テ其之レヲ遂ケサルノ原由ハ所謂ル意外ノ障礙若クハ舛錯ニアラサルヲ以テ之レヲ未遂犯ト爲スコト得スト

右ノ如ク犯人自カラ其事ヲ中止シタルモハ法律之ヲ罰セスト雖モ其中止以前ノ所爲ニシテ已ニ一罪ヲ爲スヘキ所爲アルモ固ヨリ之レヲ罰セサルヲ得ス例ヘハ故殺ヲ爲サント欲シテ之レヲ殴打創傷シ而シテ自ラ其事ヲ中止シタルモ如キ之レヲ故殺ノ未遂犯トシテ罰セサルモ殴打創傷ノ罪ハ即チ之レアルノ類ヲ云フナリ

以上前回ニ所謂ル第一ヨリ第四ノ場合トス

第五ノ場合即チ執行ヲ完結シテ而シテ其効ヲ生セザリシ場合

此場合ニ付テハ先ツ我刑法ノ明文中ニ此場合ヲ包含スルヤ否ヤニ付テ疑ナキコト能ハサルナリ而シテ此疑ヲ生スル所以ハ抑刑法ニ所謂ル未タ遂ケサルモノ即チ未遂犯トハ犯人罪ヲ犯スノ所爲ヲ遂ケサル義ナルヤ將タ犯人ノ目的ヲ遂ケサルノ義ナルヤ如何ノ判然セサルニ在リ寔ニ若シ刑法ニ所謂ル未遂トハ其所爲ヲ遂ケサルノ義ナリト云フモハ未遂犯ノ區域ハ其所爲ヲ中止シタルモノニ止マルヘキヲ以テ彼ノ無効犯即チ其所爲ヲ完結シタル者ニ至リテハ之レヲ未遂犯ト云フコト得ス若シ又所謂ル未遂犯トハ犯人ノ目的ヲ遂ケサルノ義ナリト云ハ、未遂犯罪ノ區域ハ即チ第六ノ場合ニ迄及フヘキナリ第百十二條ハ果シテ何レノ義ニ解スヘキモノナルヤ

草案ニ依レハ此場合ニ於テモ亦別ニ一條ヲ設ケ犯人意外ノ事情ニ依テ其効ヲ生セサルモハ即チ之レヲ罰スルノ明文ヲ掲ケ其本刑ノ一等若クハ二等ヲ減シタル刑ヲ以テ之レヲ罰スル旨ヲ定メ而シテ其犯人自ラ其効ヲ生セシメザリシ場合例ヘハ毒藥ヲ飲マシメ直チニ解毒法ヲ施シ其害ヲ生セシメザリシカ如キ場合ハ前ニ所謂ル犯人自ラ其事ヲ中止シタル場合ト同シク現ニ生

シタル害丈ケノ罪ト爲スコトセリ故ニ草案ニ於テハ此第六ノ場合ニ對スル處分判然ナリト雖モ刑法ニ於テハ或ハ前述ノ如キ疑ナキヲ得ス依テ余ハ我刑法ニ所謂ル未遂トハ所爲ノ未遂ナルヤ將タ目的ノ未遂ナルヤヨリ論定セントス

今先ツ學理上若クハ立法上ヨリ云フモハ右二箇ノ場合ハ自ラ分別アルヲ以テ法文ニ於テモ宜シク之レヲ分別スヘキモノト信ス是レホアソナード氏ニ於テ殊更ニ之レカ正條ヲ明記シタル所以ナラン然ルニ我立法者ニ於テハ此區別ヲ認メサリシモノナルヤ又ハ之レヲ區分スルコトヲ要セスト思惟シタルモノナルヤハ知ルコト能ハスト雖モ兎ニ角我刑法ハ右二箇ノ場合ヲ第一百十二條中ニ合記シテ共ニ之レヲ未遂犯ト爲スモノト信スルナリ即チ同條ニ所謂ル障礙ニ依リ未タ遂ケサルモハ其所爲ヲ中止セラレテ遂ケサルモノヲ云ヒ又若クハ其舛錯ニ因リ未タ遂ケサルモノトハ專ラ已ニ其所爲ヲ遂ケタルモ未タ其目的ヲ遂ケサルモノヲ指スモノナラン果シテ然ラハ我刑法ノ未遂犯トハ其所爲ヲ遂ケサルモノト其目的ヲ遂ケサルモノトヲ合セ稱スルモノト

謂ハサルヲ得サルナリ蓋シ無効犯ハ歐洲各國ノ法律多クハ之レヲ既遂犯罪ト同視スト雖モ我刑法ノ起草者ニ於テハ其所爲ニ付テハ既遂ノ犯罪ト別トシト雖モ未タ社會ニ害ナキ故ヲ以テ既遂有害ノ犯罪ト同視スルハ嚴酷ニ過クルノ感ナキ能ハサル而已ナラス若シ之レヲ既遂ノ罪ト同シク罰スルモハ犯人ニ於テハ強テ其害ヲ生セシムルニ利益アルニ至ルヘキヲ以テ却ツテ惡事ヲ勸ムルノ結果ニ至ルモノト論定シ即チ其草案ニ於テ彼ノ他國ノ例ニ倣ハス斷然一等若クハ二等ノ減等ヲ爲スコト定メタルヲ以テ乃チ刑法ニ於テモ之レヲ未遂犯トシテ減等スルコト爲シタルモノナラン
此他前回ニ説示シタル第七ノ場合ニ付テハ別ニ説クヘキコトナケレハ嚮キニ第五ノ場合ヲ説クニ當リテ附言シタル不能犯ノコトニ付テ一言セントス
不能犯トハ前回ニモ云ヘル如ク縱令其犯罪ニ着手シ若クハ其所爲ヲ仕遂ケタルト雖モ事理ニ於テ其目的ヲ遂ケ得ヘカラサルモノナルヲ以テ之レヲ未遂犯ト爲スコト得ス從ツテ之レヲ罰スルコトナシ然レモ若シ其所爲ニ依リ別ニ罪ヲ構成スルコトアルモハ格別トス

第一百十三條ニ説キ及ハントス

同條ニ曰ク「重罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサル者ハ前條ノ例ニ照シテ處斷ス
輕罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサル者ハ本條別ニ記載スルニ非サレハ前條ノ
例ニ照シテ處斷スル」ヲ得ス違警罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサル者ハ其罪
ヲ論セスト

本條ハ未遂犯ニ法律上罰スルモノト罰セサルモノトノ別アルヲ示シタル
ニ過キス第一項ハ重罪ノ未遂犯ハ悉ク之レヲ罰スルヲ定メタルナリ第二
項ハ輕罪ノ未遂犯ハ法律ニ明文アルニアラサレハ之レヲ罰スルヲナキ旨ヲ
定メタルモノナリ現今其法律ノ明文アルモノハ左ノ如シ

- 一 内亂ニ關スル罪
- 一 囚徒逃亡ノ罪
- 一 私ニ軍用ノ銃砲、彈藥ヲ製造スル罪
- 一 往來通信ヲ妨害スル罪
- 一 官印ヲ偽造スル罪

一 私印偽造ノ罪

一 死屍ノ毀棄及ヒ墳墓ヲ發掘スル罪

一 竊盜ノ罪

一 詐偽取財ノ罪

以上刑法中ニ明文アルモノトス其他電信條例第五十八條第六十二條第六十
四條第六十五條ノ罪及ヒ海底電信線保護萬國聯合罰則第一條ノ罪

以上輕罪ニ就テ未遂犯ヲ罰スルノ明文アル者ニシテ第三項ハ違警罪ノ未遂
犯ハ凡テ罰セサルヲ定ムルモノトス

以下尙親屬例ノ一章アレヒ右ハ敢テ學問上ノ解説ヲ要セサルモノト信スル
ヲ以テ之レヲ省キ茲ニ本期ノ刑法講義ノ局ヲ結ハントス

刑法講義錄畢

明治十九年三月 日版權屆
同 年十月 日再版

禁賣買

警官練習所藏版

東京銀座四丁目

御用印行所

博聞社

大日本教育會

27
1
142

圖書

27

1

終