

之ニ因テ以テ其生命ヲ保ツコトヲ得ルモノナレハ此ノ財産ノ侵害ニ對シテ防衛權ヲ許サ、レハ未タ以テ身体生命ノ防衛權ヲ完スルモノナリト謂フ可カラス之ヲ換言スレハ財産ニ對スル防衛權ハ則チ身体ニ對スル防衛權ノ結果ナリト謂フモ敢テ不可ナル所ナシ抑々如何ナル場合ニ於テ財産ニ對スル急迫ノ侵害アリト謂フ乎刑法第三百十五條ハ則チ本問ノ場合ヲ規定スル所ノモノナリ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)財産ニ對シテ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戸牆壁ヲ踰越損壞スル者ヲ防止スルニ出テタル時ト本條ハ單ニ財産ノ侵害ヲ防衛スルノ目的ニ出テタルノミニアラス人ノ家宅安ノ侵害ヲモ之カ防衛ヲ許サント欲スルナリ第三項ノ場合ハ則チ全ク此ノ目的ニ出テタルモノナリ然レトモ財産ノ防衛又ハ家宅安ノ防衛ヲ目的トスルニ在ルヲ

以テ若シ財産ノ侵害又ハ家宅安ノ侵害ヲ防衛スルニ際シ敵人ニ於テ臨時暴行ヲ爲シテ我カ身体生命ヲ危害ニ陥ルラシムルニ當テハ是レ實ニ財産ノ侵害ニ對スル防衛權ニ非スシテ身体生命ニ對スル防衛權ナルヲ以テ本條ノ規則ヲ適用ス可キ場合ニアラス宜シク第三百十四條ノ規定ニ據ル可シ是ヨリ第三百十五條ノ各項ニ付キテ少シク論究スル所アル可シ本條第一號ニ所謂財産トハ如何ナルモノヲ指スヤ凡ソ所有權ノ目的タル物權ハ一毫ト雖トモ之ニ下スニ財産ノ名稱ヲ以テスルヲ得ルカ故ニ若シ本條ニ於ケル財産ヲ解釋スル廣キニ失スルトキハ一葉ノ片紙又ハ一枝ノ草木ニ對シテ放火暴行ノ所爲アルトキハ常ニ防衛權ノ執行ヲ許サ、ル可カラサルニ似タリ然レトモ如斯輕微ノ物件ニ對シ暴行ヲ爲スモノヲ防止スルカ爲メニ暴行人ヲ殺傷スルヲ許スニ至テハ是レ人ノ身体生命ヲ以テ一葉ノ片紙一枝ノ草木ニ同フスルモノナリ是レ豈ニ刑法ノ目的ナラムヤ然ラハ則チ此ニ所謂財産トハ總テノ財産ヲ指スニ非スシテ其財産中ノ重且ツ大ニ

シテ人ノ身体生命ニ代フルニ足ル可キモノナルコトヲ要スト爲スハ蓋シ
 失當ノ解釋ニ非サルヲ信スルナリ其放火其他暴行ヲ爲ス者ヲ防止スルニ
 出テタルトキト謂フテ而シテ殊ニ放火ノ行爲ヲ以テ暴行ノ上ニ置クヲ以
 テ之ヲ觀レハ刑法ノ精神ニ於テ其他ノ暴行トハ放火ニ類似スル所ノ暴行
 ナルコトヲ明ニセント欲スルニ在ルヤ疑ヲ容レサルナリ果シテ放火ハ暴
 行ノ類例ヲ示シタルニ過キサルモノトスレハ放火又ハ之ニ類似スル暴行
 ヲ施ス可キ財産ハ其性質上決シテ輕微ノ財産ニアラスシテ夫ノ放火罪ニ
 規定スル財産及ヒ之ニ類似スル所ノモノヲ指シタル可シ放火罪ノ目的タ
 ル財産及ヒ之ニ類似スル所ノモノ例ヘハ家屋其他之ニ類似スル財産ニ對
 シ放火暴行ヲ受クルニ當テ社會ノ救護ヲ受クルニ違アラサルトキハ甘ン
 シテ之カ消滅ヲ默視セサル可カラサルニ至ル我カ身体ノ領内ノ一部ニ屬
 スル財産ヲ失フテ而シテ之ヲ能ク防禦スルノ權利ヲ有セサルニ於テハ假
 令一方ニ於テ身体ノ防衛權ヲ許スト雖トモ何ニ由テカ身体防衛權ノ執行

ヲ完フスルコトヲ得ンヤ何トナレハ此等重要ノ財産ヲ亡フニ於テハ明日
 ヨリ生活ヲ爲スノ方法ヲ失フヲ以テ若シ他人ノ救助ナカリセハ終ニ餓死
 スルニ至ル可クレハナリ若シ一步ヲ進メ病ンテ而シテ身体ノ自由ヲ得サ
 ル者忽チ其家ヲ燒キ其產ヲ毀ツアラハ何ニ由テ其健康ヲ保存シ其生命ヲ
 完フスルコトヲ得ルカ是レ則チ人ヲ殺スニ直接ノ方法ヲ以テセスシテ而
 シテ間接ノ方法ヲ以テスルモノナレハ身体生命ニ對スル侵害ト毫モ撰フ
 所ナキナリ故ニ本條第一號ニ於テ放火又ハ之ニ等シキ暴行ヲ施スニ足ル
 可キ財産ヲ以テ生命ニ均シキモノナリトシテ防衛權ノ執行ヲ許スニ至リ
 タルナリ

第二號ニ於テハ盜難ヲ防止シ盜賊ヲ取還スルニ出テタル時モ亦防衛權ノ
 執行ヲ認メタリ夫レ第一號ニ於ケル財産ノ放火又ハ之ニ類スル暴行ハ其
 滅盡シテ餘ス所ナキニ至ルヲ以テ防衛權ニ因リテ以テ之ヲ防止スルコト
 ヲ許サ、ルトキハ其結果終ニ生命ヲ失フノ場合ナシトセス然レトモ第二

號ノ場合ニ於テハ是レ一ノ盜難ニ外ナラス盜賊ハ之ヲ逮捕スレハ屢々財產ノ回復ヲ爲スヲ得ルカ故ニ一旦之ヲ失フト雖トモ決シテ滅盡ニ歸シタル財產ナリト謂フ可キ者ニ非サルナリ然ルニ此ノ場合ニ於テモ亦第一號ノ場合ニ於ケルト均シク防衛權ノ執行ヲ許スハ則チ前後ノ理由ニ於テ頗ル抵觸スル所ナキカ曰ク否ラス盜賊ノ損害ハ屢々之ヲ回復シ贓物ハ時々之ヲ返還スルノ途ナキニアラスト雖トモ之レ決シテ常ニ在ル可キコトニ非スシテ偶々在ルノコトナリ偶々在ルノコトハ必成テ期ス可カラス必成テ期ス可カラサル場合ヲ賴ンテ而シテ財產ノ侵害ヲ防クノ道ヲ與ヘサルトキハ若シ之ヲ失フニ於テハ身体生命ヲ完フスル能ハサル場合ニ於テモ亦盜賊ノ奪取ヲ傍觀セサル可カラサルナリ放火其他ノ暴行ニ因テ財產ヲ失フモ亦盜賊ニ因テ財產ヲ失フモ是レ均シク失フナリ既ニ放火暴行ニ因テ之ヲ失フ場合ニ對シテ防衛權ヲ許シタル以上ハ盜賊ニ對シテ之ヲ失ハントスル場合ニ於テ獨リ防衛權ヲ許サルノ理アラザルヤ例ヘハ予ハ一萬

圓ノ貸金ニ因テ生活ヲ爲ス者ナリ若シ此ノ貸金證書ヲ失フニ於テハ予ハ貸金ノ證明ヲ爲ス能ハサルカ故ニ或ハ全ク一萬圓ヲ失フノ禍ヲ見ルコトナシトセス今此一萬圓ノ貸金證書ヲ盜ンテ而シテ去ラントスル者ヲ見テ之ヲ還取スルノ方法ナシトセンカ予ハ忽ニシテ予ノ財產全部ヲ失フテ而シテ終ニ餓死セサル可カラサルニ至ル盜難ノ害豈ニ放火暴行ノ禍ト比較シテ輕重アリト謂ハンヤ是レ本條第二號ニ於テ防衛權ヲ是認シタル所以ナリ佛國ノ刑法ニ於テハ明文ヲ掲ケテ此ノ場合ヲ規定セスト雖トモ判決例ニ於テハ常ニ防衛權ノ成立ヲ認メ學者モ亦敢テ之ヲ批難スル者アラサルナリ獨逸刑法ニ於テハ明カニ此ノ場合ヲ認メタリ

第三號ハ前二號ノ場合ニ同シカラスシテ夜間ノ家宅侵入ヲ防衛スルノ道ヲ開キタル者ナリ夫レ人ノ住所ハ人ノ身體財產ヲ安置スルノ要所ニシテ尙ホ國ノ砲壘城池アルカ如シ國ハ砲壘城池ニ因リテ敵國ノ侵害ヲ防衛スルノ具ト爲シ人ハ其住所ニ因テ身體財產ヲ保有スルノ具ト爲ス然ルニ若

シ他人來テ漫リニ之ヲ侵ス場合ニ於テ吾人社會ノ力ニ因テ以テ之ヲ防衛スルニ違アラサルトキ甘ンシテ其侵害ヲ受ケサル可カラストセンカ是レ前第一號及ヒ第二號ニ於テ許ス所ノ防衛權モ亦殆ント其實行ノ半ヲ失ハントス何トナレハ放火其他ノ暴行又ハ盜賊ヲ行フニ付テハ必ス家宅ノ侵入ヲ以テ第一ノ手段ト爲サ、ル可カラス既ニ放火盜難ヲ防クノ權利ヲ許シテ而シテ之ヲ防クニ最モ必要ナル家宅侵入ノ防止ヲ爲スヲ許サストスルトキハ是レ人ノ病ヲ治セント欲シテ而シテ服藥ヲ禁スルニ異ナラス然レトモ晝間ノ家宅侵入ハ其目的ヲ知ルニ易ク又其防衛ヲ行フニ便ナルカ故ニ社會ノ救護ヲ求ムルニ違アリト云フヲ得サルナリ但シ夜間ニ在リテハ犯人ノ目的ヲ知ルニ難ク又救護ヲ得ル能ハサルノ場合多キカ故ニ其危險實ニ名狀ス可カラサルモノアリ是レ刑法ニ於テ夜間ノ家宅侵入ニ對シテ防衛權ヲ認メタル所以ナリ夫レ家宅侵入ノ危害大ニ恐ル可キヲ知ラハ則チ其夜間ニ於ケル侵害ノ急迫ナルコト知者ヲ俟テ後ニ之ヲ知ラサルナ

第二條件 侵害ハ不正ナルコトヲ要ス

若シ我ニ加フル所ノ侵害ニシテ正當ノ理由ヲ有センカ我ハ此ノ侵害ニ對シテ正當防衛ノ權利ヲ行フヲ得サルナリ例ハ巡査憲兵卒カ令狀ヲ執行スルニ當リテハ假令暴力ヲ用フルモ其執行ヲ受クル者ハ決シテ之ニ抵抗スルノ權ナシ若シ之ニ抵抗スルトキハ忽チニシテ官吏ノ職務抗拒罪ヲ構成スルニ至ル可シ蓋シ此ノ場合ニ於テ巡査憲兵卒ハ法律ノ命令ニ因リ其職務ヲ執行スル者ナレハ其行爲素ヨリ正當ナリ正當ノ行爲ニ對シテ更ニ正當防衛權ノ存スル理由ナケレハナリ又官職ヲ有セサル者ニ於テモ法律上特權ヲ有スル場合ハ同一ノ論定ヲ爲スヲ得例ハ現行犯ノ場合ニ在リテハ普通人モ亦犯人ヲ逮捕スルノ權利ヲ有ス此ノ場合ニ於テ犯人ハ其逮捕ヲ免レント欲シテ防衛權ヲ行フヲ得サルナリ若シ犯人ニ於テ防衛權ヲ行フアレハ是レ則チ重罪、輕罪ヲ免レンカ爲メニ臨時暴行ヲ爲シタルノ

犯罪ヲ構成ス可キナリ

然レトモ若シ我ニ加フル所ノ侵害ニシテ不正ナランカ其何人タルヲ問ハス我ハ之ニ對シテ防衛權ヲ有セサル可カラス例ヘハ巡查憲兵卒無令狀ニテ我ヲ逮捕セントス我ハ現行犯ヲ行フタルモノニアラサル以上無令狀ニテ捕縛セラル、ノ義務ナキヲ以テ假令我ハ他ニ嫌疑ヲ受クルノ理由アリトスルモ巡查憲兵卒ノ逮捕ハ刑法ノ逮捕タラサルヲ以テ我ハ之レニ對シテ當然抗拒スルノ權アリ若シ抗拒シテ尙ホ免ル、可カラサル場合ニ於テハ防衛權ヲ行フヲ以テ此ノ巡查憲兵卒等ヲ殺傷スルモ決シテ不可ナル所ナキナリ何トナレハ吾人ノ生命財産ハ憲法ニ因テ之レヲ保護スレハナリ憲法第二十三條ニ曰ク日本臣民ハ法律ニ因ルニ非スシテ逮捕監禁審問處罰ヲ受クルコトナシト之レニ因テ之ヲ觀レハ巡查憲兵上等卒ハ假令其職務ノ執行ニ出ツルト雖トモ無令狀ニテ人ヲ逮捕スルハ法律ニ因ルノ逮捕ニ非サルヲ以テ不法ノ逮捕タルヤ明白ナリ既ニ不法ノ逮捕タリトスルトキ

ハ吾人ハ此ノ逮捕ニ甘ソスルノ義務ナキヲ以テ之ヲ免レノカ爲メニ行フ所ノ防衛權ハ其正當ナルコト多辨ヲ俟テ後ニ之ヲ知ラサルナリ

第一問 子弟、婦、親、兄、夫ニ對シテ正當防衛ヲ行フノ權利ヲ有スルヤ

佛國刑法第三百二十三條ニ於テ尊屬親ニ對スル殺害ノ罪ハ宥恕セストシ又タ同第三百二十四條ニ於テモ夫カ其婦ヲ殺害シ婦カ其夫ヲ殺害シタルトキハ其罪ヲ宥恕セストアルヲ以テ佛國刑法學者ハ宥恕セスト謂フハ正當防衛權ヲ與ヘスト言フノ謂ニ非スシテ親カ其子ノ生命ヲ奪ハントシ夫カ其婦ヲ殺サントスル場合ニ於テ子又ハ婦ハ親又ハ夫ニ對シテ防衛權ヲ行フコトヲ得ヘシト論セリ然レトモ日本ノ刑法ニ於テハ少シク區別シテ論セサル可カラサルモノアリ刑法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ユルコトヲ得スト果シテ然ラハ子孫ハ刑法第七十五條ヲ除クノ外如何ナル場合ニ於テモ其祖父母父母ニ對シテ防衛權ヲ行フヲ得ルモノニアラサルヤ明白ニシテ別ニ說

明ヲ要セサル所ナリ然レトモ是レ法律ノ成文アルカ故ニ然ルヲ以テ若シ成文ナキ場合ニ於テ必ス反對ノ斷案ヲ下サ、ルヲ得サルナリ即チ兄其弟ノ生命ヲ危フセントスルニ當リテ弟、兄ヲ殺スハ正當防衛ノ權利ヲ執行シタリト言ハサルヲ得ス夫カ其婦ヲ殺サントセシ場合ニ於テ婦カ夫ヲ殺害シタルトキモ亦同一ナリ蓋シ正當防衛ハ各人カ其一身ヲ防衛スル爲メニ法律上得タル所ノ特權ナレハ苟モ法律ニ於テ之ヲ奪フタル者ナキ以上常ニ之ヲ行フヲ得ルハ當然ナレハナリ

第二問 刑罰權成立セサル場合ニ於テモ亦正當防衛權ハ獨リ行ハル可キヤ防衛權ハ一個人カ其生命ヲ保護スル所ノ權利ナレハ苟モ不正ノ侵害アリテ我生命ヲ奪ハントスル者アレハ其人ノ種類如何ニ拘ハラヌ我生命ノ危險ハ常ニ同一ノ狀況ニ在ルヲ以テ我ハ此ノ危險ヲ免ンカ爲メニ常ニ同一ノ防衛權ヲ行フヲ得例ヘハ八歳未滿ノ幼者、知覺精神ノ喪失者ハ刑法上刑罰ノ制裁ヲ受ケ得可キ者ニ非ス故ニ罪ヲ犯シテ逮捕セラレ、トキハ裁

判所ハ之ヲ罰スルノ權利ヲ有セス然レトモ此ノ幼者此ノ狂者不意ニ來リテ我ヲ襲ヒ我カ生命ヲ危フセントスルトキハ我ハ我カ生命ヲ助クルノ權利アルヲ以テ其方法トシテ此ノ幼者此ノ狂者ヲ殺傷スルノ權利ヲ有スルヤ明カナリ或ル論者ハ社會ノ刑罰權ヲキ場合ニ於テハ防衛權獨リ成立スルモノニ非スト説ク者アリ果シテ論者ノ説ク所ノ如クセンカ正當防衛權ヲ行フニ當リテ常ニ其對手人カ果シテ犯罪能力ヲ有スルヤ否ヤヲ検査シテ後ニ防衛權ヲ行ハサル可カラサルニ至ル豈ニ夫レ瞬間死生ヲ決スルノ場合ニ臨ミ對手人ノ何人タルヲ選ムノ暇アラシヤ論者ノ説、迂モ亦甚シト謂ハサルヲ得ス蓋シ論者ハ防衛權ト刑罰權ノ區別ヲ混同スルノ罪ニ座スルノミ

第三問 正當ノ職務ヲ有スル者其職務ヲ執行スルニ當リテ法律上ノ法式又ハ手續ヲ誤リタルトキハ國民ハ其職務ノ執行ニ抵抗スルコトヲ得ルカ

本問ニ就キテハ相反對スル議論ニアリ第一論ニ曰ク苟モ不法ノ職務執行ハ如何ナル場合ニ於テモ國民ハ之ニ甘ンスルノ義務ナシ從テ之ニ抗拒スルノ權利アルヲ以テ已ムヲ得サル場合ニ於テハ正當防衛權ヲ行フコトヲ得ヘシト言フニ在リ第二論ハ曰ク官吏カ其職務ヲ行フニ當リ多少手續上ノ欠點アルヲ口述トシテ之ニ對シテ抗拒スルハ國民ノ權利ニ非サルナリ國民ノ義務ハ官吏ノ職務執行ニ付キ其正當ヲ審査センヨリハ先ツ其義務ノ執行ヲ受クルニ在リ若シ職務ノ執行ニシテ不當ナランカ國民ハ其官吏ヲ相手取り之ヲ裁判所ニ訴ヘテ以テ黑白ヲ決スルヲ得ヘシ又タ損害アルトキハ之カ要求モ爲ヌヲ得ヘシ要スルニ官吏ノ職務ノ執行不正ナリト言フノ理由ハ直チニ以テ社會ノ保護權ヲ要求スルノ暇ナキ場合ナリト認ム可カラサルヲ以テ人民ニ許スニ自ラ裁判スルノ權利ヲ以テスルノ理由ナキカ明カナリ

此ノ二論各一理アリト雖トモ第二ノ論ハ稍々穩當ナルカ如シ若シ手續上

ノ違法アルトキハ暴力ヲ用フルモ尙ホ之ニ對シテ抗拒ヲ爲ヌヲ得ルトセハ官命抗拒罪ハ到底之ヲ構成スルノ場合ナキニ至ラントス殊ニ巡查憲兵卒カ法式ヲ欠キタル令狀ヲ執行スルニ當リ能ク之ニ服從スルモ直チニ生命ヲ失フニ至ル可キモノニ非サレハ危急切迫實ニ已ムヲ得サルノ場合即チ絶對的ニ社會ノ救護ヲ求ムルニ迫ラシト言フ可キノ場合ニ非サルナリ寧ロ一旦令狀ノ執行ヲ甘ンシ徐々ニ令狀ノ非法ヲ尤ムルモ未タ遲シトナス所ニ非サルナリ

第四問 第三百十四條但書ハ如何ナル意義ヲ有スルカ 第三百十四條ニ曰ク「不正ノ行爲ニ因リ暴行ヲ招キタル者ハ此ノ限ニアラス」ト若シ夫レ單ニ字句ニ拘泥シテ本條ノ但書ヲ解釋スルコトヲ爲サハ不正ノ所爲タル其意義至テ汎漠ニシテ殆ント制限ナキヲ以テ總テ正當ノ權利ナクシテ爲シタル所ノ行爲ハ其大小輕重ヲ問ハス悉ク之ヲ以テ不正ノ所爲ナリト言フ可キニ似タリ故ニ我ヨリ彼ニ對シテ其面ニ唾シテ彼ヲ怒ラシ彼我ヲ殺害

セントスルニ當リテハ我ハ彼ニ對シテ不正ノ所爲アルヲ以テ手ヲ拱シテ殺傷ヲ受ケサル可カラズ則チ予ハ彼ノ殺傷ニ對シテ防衛權ヲ有セスト言ハサル可カラズ予ハ果シテ如斯場合ニ於テ防衛權ヲ失フモノナルヤ之ヲ換言スレハ此ニ所謂不正ノ所爲トハ制限ナキ總テノ無權利行爲ヲ言フカ將タ特別ノ意義ヲ有スルカ論者多ク不正ノ所爲ハ制限ナキ總テノ無權利行爲ヲ言フモノナリト論ス予ヲ以テ之ヲ觀ルニ是レ未タ穩當ノ解釋ト言フヲ得ス寧ロ文字ニ拘泥シテ却テ法律ノ精神ヲ失シタルモノニ非サル乎余ハ不正ノ所爲ヲ區別シテ以テ正當防衛ノ行ハル、場合ト其否ラサル場合トヲ明カニセント欲スルナリ(一)我ヨリ出テタル不正ノ所爲ニシテ彼ニ對シ其身體生命ヲ危フスルニ足ラシカ彼ハ其生命ヲ防衛スルノ必要アルヲ以テ我ヲ殺傷スルモ固ヨリ當然ナリ故ニ我ハ彼ノ殺傷ニ對シテ正當防衛權ヲ有スルモノニアラサルナリ(二)我ヨリ出テタル不正行爲ニシテ彼ノ身體生命ヲ危フスルニ足ラサラシカ彼ハ未タ我ニ對シテ殺傷ヲ行フノ權

利ヲ有スルモノニ非サルナリ我ニ對シテ殺傷ノ權利ヲ有セスシテ而シテ之ヲ行フ我固ヨリ彼ニ對シテ防衛權ヲ行ハサルヲ得サルナリ要スルニ我ノ不正行爲カ彼ノ生命ヲ危フスルトキハ我ハ防衛權ヲ失ヒ之ニ反シ我ノ不正行爲ハ彼ノ生命ヲ危フセサルトキハ我ハ常ニ防衛權ヲ有スルナリ是ヨリ論據ヲ擧テ以テ此ノ區別ノ確實ナルコトヲ明カニセシ

(一) 第一ノ場合ニ於テ我ノ暴行ハ彼ノ身體生命ヲ危フセントシタルモノナレハ彼ハ既ニ我ニ對シテ正當防衛權ヲ行フノ地位ニ在ル者ナリ彼レ既ニ正當防衛權ヲ行フノ地位ニ在リ我レ亦タ同時ニ彼ニ對シテ正當防衛權ヲ行フノ地位ヲ占領スルノ理アラムヤ正當防衛權ハ彼我ノ一方ニ於ケルニ非サレハ成立スル所ノモノニアラス彼ニ正當防衛權アレハ我ニ於テ之ヲ失フ可ク我ニ於テ之ヲ有スレハ彼ニ於テ之ヲ有セサル可シ則チ正當防衛權ニ對シテハ正當防衛權ナキナリ第三百十四條但書ハ蓋シ此ノ理ヲ明カニセン爲メニ設ケタルノ規則ニ外ナラサルヲ以テ所謂不正ノ所爲トハ

總テノ無權利行爲ヲ指スニ非ズシテ彼ノ正當防衛權ノ執行ヲ促スニ足ルノ程度ニ在ル行爲ヲ指シタルモノナルコト理ニ於テ明カナリ

(二) 第二ノ場合ニ於テ我ノ暴行カ彼ノ生命ヲ危フセサル場合ニ於テハ我決シテ防衛權ヲ失ハスト爲スノ論據ハ余之ヲ第三百九條ニ採ルモノナリ曰ク「自己ノ身体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」トアリ去レハ自己ノ身体ニ暴行ヲ受クルト雖トモ我若シ其暴行人ヲ殺傷スルトキハ我ハ無罪ノ人タルヲ得可キモノニ非ス必ス刑法ノ制裁ヲ受ケサル可カラサルナリ何トナレハ刑法ハ單ニ我カ罪ヲ宥恕スト言フニ止マリ我カ罪ヲ免除スト言ハサルナリ我ノ所爲既ニ犯罪ヲ構成スル以上ハ彼ハ我カ殺傷ノ所爲ニ對シテ防衛權ヲ行フ能ハサルノ理ナシ第三百十二條ノ場合ニ於テモ亦然リ本夫カ姦夫姦婦ノ姦通ヲ目撃シテ之ヲ殺害セントスルニ當リテ姦夫姦婦ハ本夫ニ對シテ防衛權ヲ行フヲ得ヘシ蓋シ姦通ハ不正ノ所爲タルヲ失ハスト雖トモ姦通ノ責任ハ姦夫

姦婦ノ生命ヲ失ハシムルニ至ル可キモノニ非ス然ルニ本夫姦夫姦婦ノ生命ヲモ奪ハントスルニ付テハ姦夫姦婦ハ固ヨリ手ヲ拱シテ其死ヲ俟ツ可キモノニ非サルカ故ニ其防衛權ヲ行フヲ得ルヤ蓋シ疑ヲ容レサルナリ若シ夫レ正當防衛ノ範圍ヲ逸出スル場合ニ於テハ第三百十六條ニ於テ之カ規定ヲ爲ス是レ法律上ノ宥恕ニ關係スル場合ナルカ故ニ宥恕ノ項ニ於テ更ニ論究スル所アル可シ

余ハ是ヨリ歩ヲ轉シテ減輕ノ場合ヲ論セント欲スルナリ減輕ハ犯人ノ責任ヲ輕フスルノ謂ヒナレハ責任問題ニ次イテ責任減少ノコトヲ論スルハ順序ニ於テ頗ル穩當ヲ得タルモノナリト信スルナリ

責任ノ減輕

第四章 責任ノ減輕

責任減輕ノ原因ハ其數多シト雖トモ之ヲ大別スレハ二種アリ第一法定ノ原因即チ法律ヲ以テ豫メ減輕ノ原因ヲ定メタル場合ニシテ宥恕減輕自首減輕之ニ屬ス第二人爲ノ原因即チ裁判官ノ職權ヲ以テ減輕ヲ爲スコトヲ得ル場合ニシテ酌量減輕之ニ屬ス未遂犯及ヒ從犯ノ減輕ハ二種ノ減輕中ニ併セ論ス可シ

法定上ノ減輕

第一節 法定上ノ減輕

宥恕減輕

第一款 宥恕減輕

第一 宥恕減輕ノ總論 宥恕トハ一定ノ原因アル場合ニ於テ犯罪ノ性質ヲ變更セスシテ犯人ノ責任ヲ減輕ス可キ情狀ヲ謂フ故ニ宥恕減輕ヲ爲

犯罪ノ責任 責任ノ減輕 法定上ノ減輕

スニ付テハ第一犯罪行為ノ成立スルコトヲ要シ第二犯人ノ責任アルコトヲ要ス既ニ犯罪ノ成立アリ又タ犯人ノ責任アリトスルトキハ則チ刑法ノ制裁ヲ免ル、ノ場合ニアラサルヤ朋カナリ宥恕ハ其結果責任ノ減輕ヲ生スルモノナレハ責任ノ成立ナキ場合ニ於テ宥恕獨リ成立スルノ理由ナキナリ今一犯罪成立シテ犯人ノ責任ヲ論スルニ當リ其責任ヲ減輕スルトキハ或ハ犯罪ノ本質重罪ニ對シテ重罪ノ刑ヲ減輕シテ殊ニ輕罪ノ刑ヲ科スルコトアリ或ハ犯罪ノ本質輕罪ニ對シテ輕罪ノ刑ヲ減輕シテ違警罪ノ刑ヲ科スルコトアリ如斯減輕ノ結果刑法定ムル所ノ犯罪ノ性質ニ適合セサル輕キ刑ヲ科スルトキハ是レ犯罪ノ性質ヲ變更スルモノト爲スカ將タ單ニ刑罰ノ減輕ヲ爲シタリト爲スニ過キサカ犯罪ノ性質ヲ變更シテ刑ノ減輕ヲ爲スモ亦タ犯罪ノ性質ヲ變更セシテ刑ノ減輕ヲ爲スモ犯人ニ於テハ常ニ同一ノ結果ヲ見ルニ過キス即チ責任ノ減輕ヲ見ルノミナリ然ラハ如斯問題ヲ研究スルハ畢竟無益ノ業ニ屬スルニ似タリ然レトモ罪質ヲ

變更スルト單ニ刑罰ヲ減輕スルハ犯人ノ責任ニ於テハ常ニ同一ノ結果ヲ見ルト雖モ訴訟手續及時効ノ適用ニ付テ大ナル影響ヲ及ホスコトアルナリ本問題ヲ決スルニ付テハ宜シク後段ニ於テ論定ス可キ酌量減輕ヲ援用セサル可カラズ酌量減輕モ亦裁判上ノ責任減輕法ニシテ刑罰ヲ減輕スルモノナリト雖トモ決シテ犯罪ノ性質ヲ變更スルモノニ非ス元來酌量減輕ハ一ニ之ヲ裁判官ノ職權ニ任シタルモノニシテ法律上一定ノ原因ヲ規定セサルモノナルカ故ニ裁判官ハ常ニ酌量減輕ヲ爲スト爲サ、ルノ自由ヲ有シ則チ裁判官ニシテ減輕ヲ爲スヲ欲セシカ自由ニ減輕ヲ爲スヲ得可ク又裁判官ニシテ減輕ヲ爲スヲ欲セサラシカ減輕ヲ爲ササルヲ得可シ是レ實ニ裁判官ノ感觸ヲ以テ裁斷スル所ノモノニ過キス故ニ情狀ヲ同フスル同性質ノ被告事件ニ就テ甲裁判官ハ酌量減輕ヲ爲スヲ欲セサルカ故ニ犯罪ノ本質ニ相當スル刑ヲ科スルヲ得又乙裁判官ハ酌量減輕ヲ爲スノ理由アリト爲スカ故ニ犯罪ノ本質ニ適合セサル刑罰ヲ科スルヲ得ヘシ例ハ重罪

ノ刑ヲ減輕シテ輕罪ノ刑ヲ科スルヲ得又々輕罪ノ刑ヲ減輕シテ違警罪ノ刑ヲ科スルコトヲ得可シ夫レ如此情狀ヲ同フスル同一性質ノ事件ニシテ或ハ減輕ノ利益ヲ受クルアリ或ハ減輕ノ利益ヲ受ケサル所以ノモノハ是レ必竟酌量減輕ノ性質ハ犯罪ノ性質ヲ變更スルニ足ラスト爲スニ因ルナリ若シ酌量減輕ノ效力能ク犯罪ノ性質ヲ變更スルヲ得ルトセハ裁判官ノ感觸如何ニ因テ以テ漫リニ責任ノ輕重ヲ斷定セシム可キモノト云ハサルヘカラス宥恕減輕ハ法律上豫メ一定ノ原因ヲ設ケ其原因ニ當ル場合ニ於テハ如何ナル犯人ニ對シテモ亦タ如何ナル犯罪ニ對シテモ原則上必ス減輕ヲ爲サ、ル可カラス則チ裁判官ハ宥恕ノ原則ニ遭遇スルニ當リテハ減輕ヲ爲スノ義務ヲ有スルモノナリ故ニ犯罪責任ノ條件ヲ同フスル犯人ニシテ宥恕減輕ノ理由ヲ有セシカ甲裁判所ニ於テモ亦タ乙裁判所ニ於テモ必ス刑ノ減輕ヲ爲サ、ル可カラス如斯宥恕ノ原因アル場合ニ於テ日本全國何レノ裁判所ニ於テモ減輕ヲ爲スノ義務アルヲ以テ論者宥恕減輕ハ單

ニ犯人ノ責任ヲ輕フスルノミニアラスシテ實ニ犯罪ノ性質ヲ變更スルノ力ヲ有スルモノナリト謂フ者アリ然レトモ余ハ全ク論者ノ說ニ反對シ現行刑法ノ規定ニ於テハ宥恕減輕モ亦猶ホ酌量減輕ニ於ケルカ如ク犯罪ノ性質ヲ變更スルモノニ非ラスシテ只責任ノ減輕ヲ爲スニ過キサルモノナリト論セシト欲ス刑法第九十八條ニ曰ク「犯罪ノ情狀ニ因リ總則ニ照ラ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云々」ト本條ニ由テ之ヲ觀レハ犯罪ノ情狀ニ因リ總則ニ照ラシ本刑ヲ加重減輕ス可キ時ハ云々トアリ然ラハ刑法ハ減輕シタルモノヲ以テ本刑トナスニ非ラスシテ減輕セサル以前ニ於テ科ス可キモノヲ以テ本刑トナスナリ而シテ犯罪ノ性質ハ之レニ科ス可キ本刑ニ因テ定マルモノナレハ宥恕減輕ノ場合ニ於テモ犯罪ノ性質ハ宥恕減輕ヲ爲サ、ル以前ニ於テ一定セシナリ宥恕減輕ニ因テ別ニ變更スルモノニ非ラサルナ

リ且ツ從犯及ヒ未遂犯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於テ本刑ト爲ストアリテ加減ニ因テ以テ本刑ヲ定メ隨テ犯罪ノ性質ヲ變更スル場合ヲ特定スル所ヲ以テ之ヲ觀レハ宥恕減輕ニ因テ犯罪ノ性質ヲ變更スルノ效力ヲ生セサルヤ蓋シ明白ナリ

第一注意 本節ニ於テ說カントスル所ノ宥恕減輕自首減輕酌量減輕ハ各本條ニ規定スル刑ノ減輕ノ場合ト混同ス可カラス各本條ニ規定スル刑ノ減輕ノ場合ハ是レ皆前條ヲ受クテ其重複ヲ避クルノ旨意ヲ以テ特ニ何等ヲ減輕スルトノ語ヲ設ケ前條ニ規定スル何年以上何年以下ノ刑ニ處スト言フノ長文ヲ節略シタルニ外ナラサルナリ例之ハ第八十六條ノ場合ノ如シ曰ク「前數條ニ記載シタル貨幣ノ偽造變造既ニ成テ未タ行使セサル者ハ各本刑ニ照シ一等ヲ減輕シ其未タ成ラサル者ハ二等ヲ減輕シ若シ偽造ノ機械ヲ豫備シテ未タ着手セサル者ハ各三等ヲ減輕ス是レ則チ變造シテ未タ行使セサル者ハ前條第二項一年ヨリ四分ノ一ヲ減輕シタル以上三年ヨリ四分

ノ一ヲ減輕シタル以下ノ重禁錮ニ處スト謂フニ等シ
第二注意 刑ノ全免ト犯罪無責任ノ場合ハ之ヲ混同ス可カラス二個ノ場合共ニ犯人ヲシテ全ク刑罰ノ責任ヲ免レシムルノ結果ヲ生スト雖トモ其性質ニ至リテ決シテ之ヲ同一視ス可カラサルナリ今其差異ノ重要ナルモノヲ擧クレハ左ノ如シ

(一) 犯罪無責任ノ場合ニ於テモ刑ノ全免ノ場合ニ於テモ犯罪事實ハ常ニ成立スト雖トモ犯罪無責任ノ場合ニ於テハ犯人ハ犯罪ノ責ヲ受クルノ能力ナキヲ以テ法律上當然刑罰ノ制裁ヲ免ル、モノナリ之ニ反シ刑ノ全免ノ場合ハ犯人ハ犯罪ノ責任ヲ負擔スルノ能力ヲ有スト雖トモ犯人ニ於テ或ル條件ヲ行フタルカ爲メニ特ニ之ニ科スル所ノ刑ノ執行ヲ免スルモノナリ

(二) 犯罪ノ無責任ト刑ノ全免トハ訴訟ノ手續上ニ於テモ亦タ同一ナラス則チ無責任ノ場合ニ於テハ豫審ニ於テ刑事訴訟法第六十條ノ規定ニ由

リ免訴ノ言渡ヲ爲スヲ得可シト雖トモ刑ノ全免ノ場合ニ於テハ必ス公判
判事ニ於テ免刑ノ言渡ヲ爲スモノナリ公判ニ於テハ屢々單ニ本刑ノミヲ
免シ附加刑ハ尙ホ之ヲ科スルノ場合アルナリ

(三) 刑ノ全免ハ法律ノ明文ニ因リテ特ニ規定シタル場合ノ外之カ主張ヲ
爲スヲ許サス之ニ反シ犯罪ノ無責任ハ總テノ犯罪ニ於テ之ヲ援用スルコ
トヲ得ルナリ

刑ノ全免ハ刑ノ執行ノ免除ニ過キサレハ宥恕ノ場合ト同視ス可キモノニ
アラサルナリ世人或ハ刑ノ全免ヲ以テ一ノ宥恕ナリト論スル者ナキニア
ラス然レトモ宥恕ノ場合ハ法律ニ於テ特ニ之カ原因ヲ規定スルモノナレ
ハ其原因以外ニ於テ他ニ又タ宥恕減輕ノ存在スル理由ナク又タ責任ヲ減
スルコト、責任ヲ免スルコトハ是レ又タ同一ニアラサルヲ以テ刑ノ全免
ヲ以テ一ノ宥恕ナリト爲スハ正確ニアラサルナリ

第二 宥恕原因 宥恕ノ原因ヲ分チテ二ト爲ス(一)一般宥恕ノ原因(二)特別

宥恕ノ原因即チ是ナリ

(一) 一般宥恕ノ原因 刑法ニ規定スル一般宥恕ノ原因ハ此場合甚タ少ナ
シ唯年齢ニ基ク宥恕アルノミ年齢ノ問題ハ既ニ之ヲ無責任ノ原因中ニ於
テ論シ年齢ニ原因スル宥恕ノ問題ハ之ヲ宥恕ノ場合ニ於テ論ス可キコト
ヲ約束セリ故ニ余ハ少シク年齢ニ原因スル宥恕ノ問題ニ就キテ論セント
ス

刑法第八十條第二項ニ於テ滿十二歳以上十六歳未滿ノ者ニシテ是非ノ辨
別アリテ罪ヲ犯シタル者ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ストノ規定ヲ
設ケタリ吾刑法ハ滿十二歳以上十六歳未滿ノ時期ヲ以テ疑ノ時期ナリト
爲シ各被告人ニ對シ辨別力ノ發達如何ヲ審査シ其辨別力ナキ者ハ無責任
ナリトシ辨別力ヲ有スル者ハ責任アリト爲ス然レトモ此ノ時期ニ在リテ
ハ假令辨別力ヲ有ストスルモ未タ智能ノ發達十分ナラスシテ辨別力ヲ有
セサル時期ニ近接シテ有スル所ノ辨別力ニ過キサレハ未タ以テ完全ノ發

違アル辨別力ナリト言フ可キモノニアラサルナリ辨別力モ亦タ尙ホ體力ノ如シ體格發育ノ時ニ在ル者ト體力既ニ發育シ終リタルモノトノ間ニ於テハ其力必ス同一ナルモノニアラス十歳ノ童子ハ二十歳ノ壯者ニ當ル可カラサルハ普通ノ原則ナリ智能ノ發育ニ於テモ亦然リ十歳ノ童子ノ智能ハ二十歳ノ壯者ノ智能ニ及ハストセハ十二歳以上十六歳未満ノ者ノ智能モ亦タ十六歳以上二十歳未満ノ者ノ智能ニ及ハスト推定スルハ是レ又タ普通ノ原則ナラソ然ラハ則チ十二歳以上二十歳未満ノ者ニシテ辨別力ヲ有スルトスルモ智能ノ發達未タ不十分ナリトスルトキハ其辨別力モ亦タ未タ十分ノ者ナリト認ムルコトヲ得サルナリ既ニ完全ノ辨別力ヲ有スル者ニ非ストセハ之カ犯罪ノ責任ヲ定ムル必スシモ完全ノ辨別力ヲ有スル者ト同一ニス可カラサルハ蓋シ自然ノ道理ナラム此ノ故ニ法律ハ滿十二歳以上十六歳未満ノ者ニシテ辨別力ヲ有スルアルモ其辨別力ハ不完全ノ辨別力ナリト推定シ之カ責任ヲ輕フセンコトヲ欲セシナリ蓋シ辨別力ヲ

有セサル者ニシテ刑罰ノ制裁ヲ免ル、ヲ得ルトセハ不完全ノ辨別力ヲ有スル者モ亦タ責任ノ減輕ヲ受クルノ道理ナカラサル可カラサルナリ是レ即チ第八十條第二項ニ於テ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ストノ規定ヲ設ケタル所以ナリ

若シ夫レ滿十六歳以上二十歳未満ノ者ニ至リテハ智能漸ク發達シ辨別力モ亦タ大ニ增長スルカ故ニ此ヲ彼ニ比スレハ責任ノ程度自ラ重カラサルヲ得サルナリ故ニ法律ハ第八十條第二項ノ理由ト同一ノ理由ニ因リテ宥恕ヲ爲スト雖トモ其宥恕ノ程度ニ至リテハ之ヲ第二項ト同一ニセサルナリ是レ第八十一條ニ於テ罪ヲ犯ス時滿十六歳以上二十歳ニ滿タサル者ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ストノ規定ヲ設ケタル所以ナリ要スルニ刑法ハ人ノ智能ノ發達ニ就キテハ其標準ヲ年齢ニ採リ十二歳未滿ハ犯罪能力絶無ナリトシ滿十二歳以上十六歳未滿ハ疑ノ時期ニ在ルモノナリトシ其辨別力ヲ有スル者ハ未タ完全ノ者ニアラストシテ其實ヲ輕

クシ満十六歳以上二十歳未滿ノ者ハ智能大ニ發達スト雖トモ尙ホ未タ十分ナル辨別力ヲ有セサル者ト推定シテ完全ノ責任ヲ科スルコトヲ爲サ、
リシナリ

此ノ宥恕ノ原因ハ重罪、輕罪ニ通シテ之ヲ適用スルヲ得ルト雖トモ違警罪ニ付テハ之ヲ適用スルコトヲ得ス第八十三條ニ曰ク「違警罪ハ満十六歳以上二十歳未滿ノ者ト雖トモ其罪ヲ宥恕スルコトヲ得ス」ト蓋シ違警罪ハ多クハ無意犯ナルヲ以テ之ヲ犯スニ付テ辨別力ヲ要スル場合甚タ稀ナリ故ニ違警罪ヲ犯スニ付テハ満二十歳ノ者モ亦タ二十歳未滿ノ者モ能力ノ程度大ニ異ル所ナキヲ以テ刑法ハ満十六歳以上ヲ以テ完全ナル違警罪ノ犯罪能力ヲ有スル者ナリト爲シタルナリ

然レトモ満十二歳以上十六歳未滿ノ者ハ是レ常ニ辨別力ニ付テ疑ノ時期ニ在ル者ナレハ或ハ無意犯ノ場合ニ於テモ普通人ノ注意ス可キコトヲ注意スルノ能力ヲ有セサルノ恐ナシトセス例ヘハ白痴瘋癲ハ辨別力ナキ者

ナリ亦タ注意ノ能力ヲ有セサル者ナリ此故ニ有意犯ニ付テモ責任ナク
レハ無意犯ニ付テモ責任ナキナリ然レトモ満十二歳以上十六歳未滿ノ者ノ辨別力ニ付テハ疑アリト雖トモ注意ノ能力ニ付テハ必スシモ之ナシト斷言スルヲ得ス即チ之ヲ以テ白痴瘋癲者ナリト同視スルヲ得サルカ故ニ刑法ハ唯其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減スル者ナリト爲シタリ是レ第八十三條第二項前段ノ規定アル所以ナリ但シ十二歳未滿ノ者ニ付テハ是レ實ニ白痴瘋癲者ト異ナル所ナキカ故ニ刑法ハ全ク其罪ヲ問ハサル者ト爲シタルナリ

(二) 特別ノ宥恕原因 特別宥恕ノ場合ハ其數甚タ多シ第三百九條、第三百十條、第三百十一條、第三百十二條及ヒ第三百十六條即チ是ナリ
特別宥恕ノ原因モ亦タ許多アルニアラス第一挑發、第二互傷、第三防衛權ノ過度ニ出テス

特別宥恕ノ原因ト一般宥恕ノ原因ハ之ヲ區別スルコト甚タ容易ナリ一般

宥恕ノ原因ハ之ヲ以テ總テノ犯罪ニ適用スルコトヲ得ルト雖トモ特別宥恕ノ原因ハ一般ノ犯罪ニ適用スルコトヲ得ス法律ハ特別宥恕ヲ適用スル場合ヲ制限シテ殺傷犯ニ限ルモノト爲セリ是レ刑法ノ宜シキヲ失スル最モ著大ナル場合トス若シ夫レ宥恕ノ條件ヲ有スル者殺傷以外ノ罪若シハ殺傷ヨリモ輕キ罪ヲ犯シタルトキハ刑法ノ規定スル所ニアラサルヲ以テ犯人ニ對シテ宥恕ノ利益ヲ與フルコトヲ得ス重キ犯罪ニ付テハ宥恕ノ利益ヲ與ヘ輕キ犯罪ニ付テハ宥恕ノ利益ヲ與ヘサルノ理由アルカ又タ身體生命ニ對シテ犯シタル罪ニハ宥恕ノ利益ヲ與ヘテ而シテ財産ニ對シテ犯シタル罪ニハ宥恕ノ理由ナシトスルカ重キ犯罪ニ付テスラ宥恕ヲ與フルトスレハ輕キ犯罪ニ付テ宥恕ヲ與フ可キヤ多言ヲ俟テ後ニ知ラサルナリ然ルニ刑法ノ規定ハ宥恕ヲ以テ之ヲ總テノ犯罪ニ適用スルモノト爲サスシテ而シテ單ニ殺傷ノ場合ニ限ルト爲ス道理ニ於テモ亦タ實際ニ於テモ實ニ法律ノ眞意ヲ發見スルニ苦マヌハアラス

特別宥恕ノ原因ハ左ノ如シ

(一) 挑發 挑發トハ犯人ヲ激怒セシムルノ方法ヲ行フヲ謂フ故ニ挑發ハ其性質トシテ犯人ノ生命身體ヲ危フス可キモノニ非サルヲ以テ挑發ニ對シテ正當防衛權ノ成立スヘキ理由ナシ然レトモ激怒ノ結果殺傷ヲ行フニ至リタルトキハ多少犯人ノ自由ニ於テ欠クル所アルカ故ニ法律ハ犯人ノ責任ヲ宥恕センコトヲ欲シタルナリ

刑法ハ挑發ノ原因ニ付テ之レカ制限ヲ爲セリ即チ暴行、姦通、家宅侵入ヲ以テ其原因ナリトセリ凡ソ此等ノ原因ナキ場合ニ於テハ犯人ハ自ら進メテ罪ヲ犯スヲ欲スルモノニ非ス此原因ノ爲メニ刺激セラレテ殆ント完全ノ自由ナク多少ノ強制ニ迫マラレテ罪ヲ犯スニ至リタルモノナリ此ノ如キ理由ニ因テ宥恕ヲ設クルトセハ則チ挑發ノ程度必ス重大ナラサル可カラス是レ則チ刑法ニ於テ暴行、姦通、家宅侵入ノ場合ヲ限リタル所以ナリ

此ニ注意ヲ要スヘキモノアリ第三百九條ニ直チニ怒ヲ發シ云々第三百十一條ニ「姦所ニ於テ直チニ云々」第三百十六條ニ「勢ニ乘シテ云々」トアリ依此觀之挑發ノ時期ト犯罪ノ時期トノ間多少ノ長時間ヲ經過スレハ挑發モ亦宥恕ノ原因トナルヘカラサルコト即チ是ナリ刑法ハ挑發ヲ受ケタル者ハ多少其自由ニ於テ強制セラル、所アリトシテ犯罪ノ責任ヲ宥恕スルモノナリ即チ挑發ノ當時ニ於テハ憤怒興進シテ吾レ能ク之ヲ制スル能ハスシテ殺傷ヲ行フ場合甚タ少シトセス然ルニ既ニ多少ノ長時間ヲ經過スルトキニハ人ノ憤怒ハ時間ト共ニ消散シ易キモノナルカ故ニ最早其憤怒ヲ制スル能ハスト云フノ時ニアラサルナリ却テ何人モ能ク其憤怒ヲ制スルコトヲ得ヘシ憤怒ヲ制スルコトヲ得ル場合ニ於テ殺傷ヲ行フトキハ是レ挑發ナクシテ人ヲ殺傷スルモノト少シモ異ナル所ナキカ故ニ刑法之レニ宥恕ノ利益ヲ與ヘサルナリ

挑發ニ原因スル宥恕ノ場合三アリ(一)第三百九條ノ場合(二)第三百十一條

ノ場合(三)第三百十二條ノ場合即チ是ナリ以下三箇ノ場合ニ付テ順次説明スヘシ

(第一場合) 第三百九條ニ曰ク「自己ノ身体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アラス」ト本條ヲ分析スレハ宥恕ノ利益ヲ受クルニ付テ四箇ノ條件ヲ充タヌヲ要ス

第一條件 挑發ハ暴行ヲ以テセサル可ラス 故ニ言語文章形容等ヲ以テ吾ニ對シ侮辱ヲ加フルト雖トモ之ヲ以テ暴行ナリト認ム可カラサルカ故ニ宥恕ノ原因ト爲ルヘキモノニ非サルナリ尙ホ一步ヲ進ミ言語文章ヲ以テ我ヲ脅迫スルモ之レ唯無形上ノ脅迫ニ過キササルヲ以テ未タ暴行ナリト云フコトヲ得ス從テ此脅迫モ亦宥恕ノ原因トナラサルナリ然レトモ脅迫ニ付テハ少シク注意シテ論セサル可カラサルモノアリ侮辱ノ場合ニ於テハ手足ノ形容ハ決シテ暴行ノ所爲トナラスト雖トモ脅迫

ノ場合ニ於テハ手足ノ形容ヲ以テ直チニ暴行ナリト看做スコトヲ得ル
アリ例ヘハ拔刀ヲ擬シテ人ヲ殺害セント脅迫スルカ如キハ危害實ニ眼
前ニ逼マリタルモノナルヲ以テ決シテ言語文章ノ脅迫ト同一視スヘキ
モノニ非サルナリ故ニ無形上ノ脅迫ハ決シテ暴行ト看做スヘキ場合ナ
シト雖モ有形上ノ脅迫ハ屢々暴行ト看做サ、ル可カラサルモノアリ然
レトモ其如何ナル場合ニ於テ有形上脅迫ハ果シテ暴行ト看做スヘキヤ
否ヤハ全ク事實ノ問題ニ屬ス

第二條件 暴行ハ自己ノ身体ニ及フヘキコトヲ要ス 若シ夫レ第三者
ニ對シテ暴行ヲ加フルモノアルヲ見テ吾之ヲ殺傷シタリトセシカ吾ハ
宥恕ノ利益ヲ受クルモノニ非サルナリ況ンヤ我飼養スル所ノ愛犬其他
牛馬ノ如キ家畜ニ對シテ暴行ヲ行フ者ニ對スルニ於テオヤ若シ吾愛犬
又ハ牛馬ニ對シテ暴行ヲ加フル者ニ對シテ怒ヲ發シテ之ヲ殺傷センカ刑
法ハ決シテ吾罪ヲ宥恕スルモノニアラサルナリ

然レトモ若シ吾親族ニ對シ我父母妻子ニ對シテ暴行ヲ加フル者アル場
合ニ於テ憤怒ニ乘シテ暴行者ヲ殺傷シタル場合ハ吾身体ニ對シテ暴行
ヲ受クタル場合ヨリモ尙ホ甚タシキモノアリ若シ宥恕ハ憤怒ニ原因ス
ルモノナリトセハ此場合ニ於ケル憤怒ハ吾身体ニ暴行ヲ受クル場合ト
少シモ異ナル所ナシ何人ト雖モ其親族ノ暴行ヲ受クルヲ見テ之ヲ救ヒ
之ヲ防クノ手段ヲ行フハ實ニ性情ノ自然ヨリ發スル所ノモノナリ然ル
ニ此ノ如キ場合モ亦是レ自己ノ身体以外ノモノナリ即チ第三者ナルカ
故ニ宥恕ノ原因ト爲スニ足ラスト爲スハ刑法ノ規定大ニ誤ル所アリト
謂ハサル可カラス

第三條件 暴行ハ不正ナルコトヲ要ス 若シ加害者ニシテ暴行ヲ爲ス
ノ權利ヲ有スル者ナルトキハ被害者ハ其暴行ヲ訴フルノ理由ナキヲ以
テ宥恕ノ利益ヲ受クヘキモノニアラサルナリ例ヘハ巡查憲兵カ其職務
ヲ執行スルニ當リ怒ヲ發シテ之レニ抗拒セハ之レ即チ官命抗拒罪ヲ構

成スルモノナリ若シ尙ホ一步ヲ進ンテ巡查憲兵ヲ毆打創傷スルコトアラハ毆打創傷罪ノ重キニ從テ論スヘキモノナリトス

第四條件 暴行ハ多少重大ナルコトヲ要ス 暴行ハ其種類甚々多シ均シク暴行ナリト云フト雖モ其大小輕重ノ範圍實ニ廣シトス然ラハ則チ第三百九條ニ所謂暴行トハ果シテ如何ナルモノヲ云フカ必ス一定ノ標準ニ依テ以テ暴行ノ程度ヲ示サハルヘカラス然レトモ暴行ノ程度ハ實ニ事實問題ニ屬スルヲ以テ學理上ハ到底之ヲ如何トモスル能ハサルモノナリ唯裁判官ハ暴行ヲ受クル者ノ性質ト暴行ノ程度トヲ酌量シテ普通何人ト雖モ此暴行ヲ以テスレハ必ス怒ヲ發スルニ至ルモノナリトスルニ足ル場合ニ於テハ以テ宥恕ノ原因トナルヘキ暴行アリトス而シテ何人モ能ク怒ヲ發スルニ足ルヘキ暴行アリト云フニ付テハ其暴行固ヨリ多少重大ナルコトヲ要スルハ論ヲ俟タサル所ナリ
以上四箇ノ條件ヲ具備スルトキハ即チ犯人ハ常ニ宥恕ノ利益ヲ受クヘ

例外

キモノトス但此原則ニハ一ニノ例外アルコトヲ忘ル可カラス

第一例外 父母祖父母ニ對スル場合 第三百六十五條ニ曰ク「祖父母父母ニ對スル殺傷ノ罪ハ特別ノ宥恕及ヒ不論罪ノ例ヲ用ユルヲ得ス但其犯ストキ知ラサル者ハ此限ニ在ラス」ト蓋シ子孫ハ父母祖父母ニ對シテ特別ノ義務ヲ有スルカ故ニ其義務ノ結果トシテ祖父母父母ヨリ暴行ヲ受クルモ能ク堪忍シテ妄リニ殺傷ヲ行フヘキモノニ非サルナリ即チ子孫ハ其父母ニ對シテ暴行ニ因リテ發スル憤怒ノ情ヨリモ之レニ殺傷ヲ加フルニ忍ヒサルノ情更ニ切ナリト云フノ理由ヨリ出テタルモノナリ故ニ刑法ハ單ニ子孫ニ對シテハ宥恕ノ利益ヲ與ヘサルノミナラス不論罪ノ利益ヲモ與ヘサルナリ即チ子孫ハ其祖父母父母ニ對シテ正當防衛權ナシ是レ即チ又自己ノ身体ヲ害スルモ寧ロ父母ノ身体ヲ害スルニ忍ヒサルハ子孫ノ至情ナリト云フニ出ツルナリ
第二例外 第三百九條但書ノ場合 曰ク「不正ノ所爲ニヨリ自ラ暴行
犯罪ノ責任 責任ノ減輕 法定上ノ減輕

ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラスト此故ニ我レ先ツ不正ノ所爲ヲ爲シテ
彼レノ怒ヲ發セシメ而シテ彼レ我ニ對シテ暴行ヲ加フルニヨリ我レ
忽チ憤怒ヲ發シテ彼ヲ殺傷シタルトキハ我ハ宥怒ノ利益ヲ受クヘキ
モノニアラス如何トナレハ彼ハ已ニ我ニ對シテ怒ヲ發スルノ原因ヲ
有スルヲ以テ彼レ我ヲ殺傷スルニ於テ已ニ宥怒ヲ受クルノ權利アリ
彼レ已ニ宥怒ヲ受クルノ權利アラハ我ニ於テ宥怒ノ利益ヲ受クヘカ
ラサルヤ明シ

(第二場合) 第三百十一條ニ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怒ス但本夫先ニ姦通ヲ從
容シタル者ハ此限ニ在ラスト本條ヲ説明スルニ先チテ一ノ注意ヲ要ス
ヘキモノアリ即チ本條ニ於テ宥怒ノ利益ヲ受クヘキ者ハ獨リ夫ナリト
ス妻ハ如何ナル場合ニ於テモ宥怒ノ利益ヲ受ルモノニアラサルナリ是
レ甚タ道理ニ適セサル所ノ規則ナリト云ハサルヲ得ス元來夫妻ハ元ト

二身一体ノモノニシテ互ニ聯帶ノ名譽ヲ有ツモノナレハ夫ノ名譽ハ妻
ノ名譽トナリ妻ノ名譽ハ夫ノ名譽トナルモノナリ故ニ夫婦ノ一方
不名譽ヲ爲セハ必ス他ノ不名譽トナルモノナリ此ヲ以テ夫妻ヲ待ツヤ
必ス同等ノ利益ヲ以テセサルヘカラス然ルニ法律ハ獨リ夫ニ限りテ宥
怒ノ利益ヲ與ヘ而シテ妻ニ對シテハ此利益ヲ與フルヲ許サス故ニ妻ニ
シテ本夫ノ姦通ヲ覺知シ其場所ニ於テ直チニ本夫ヲ殺傷スルモ妻ハ宥
怒ノ利益ヲ受クルモノニアラサルナリ論者曰ク法律カ宥怒ノ利益ヲ以
テ獨リ之ヲ夫ニ與ヘテ而シテ之ヲ其妻ニ與ヘサル所以ノモノ大ニ理由
ノ存スルアルナリ妻ノ不義ト夫ノ不義ハ不義ノ結果ニ於テ同一ナラサ
ルモノアリ夫ノ不義ハ其結果血統ヲ紊亂スルノ弊害ヲ生スルコトナシ
ト雖モ妻ノ不義ハ直チニ一家ノ血統ヲ紊亂スルノ虞アリ故ニ血統ノ正
當ヲ失ハサラシコトヲ欲セハ嚴ニ妻ノ姦通ヲ罰スルノ必要アリ殊ニ婦
人ハ其性愛情ヲ分ツコト能ハサルモノナルカ故ニ一方ニ對シテ不義ヲ

爲ストキハ必ス他一方ノ夫ニ對シテ愛情ヲ有スルモノニアラサルナリ
 反之男子ノ愛情ハ偏頗ニ出ツルコト少ナキカ故ニ假令他女ニ對シテ不
 義ヲ爲スモ毫モ夫妻ノ眞情ヲ害スルコトナキモノアリ去レハ血統ノ關
 係ヨリスルモ又愛情ノ方ヨリスルモ男ト女ハ必ス同日ニシテ論スヘカ
 ラサルモノアリ是レ刑法ニ於テ獨リ夫ニ對シテ宥恕ノ利益ヲ與ヘ妻ニ
 對シテ此利益ヲ與ヘサル所以ナリト然レトモ本條ニ於テ規定スル所ノ
 宥恕ハ其原因激怒ノ爲メ多少ノ自由ヲ失フテ罪ヲ犯スモノナリト推定
 シタルニ因ルモノナレハ若シ男女ノ愛情ニ於テ異ナル所ナシトセハ夫
 カ怒ヲ發スヘキ場合ニ於テハ妻モ亦必ス怒ヲ發セサルヘカラサルナリ
 然ルニ夫ノ激怒ハ宥恕ノ理由トナルモノナリトシ而シテ妻ノ激怒ハ宥
 恕ノ理由トナルヘカラストナス抑モ夫ノ激怒ハ多少ノ自由ヲ失フニ至
 リテ而シテ妻ノ激怒ハ毫モ其自由ヲ失フニ足ラストナスカ刑法ノ規定
 條理ヲ誤マル甚タシト云ハサル可カラス殊ニ血統ノ紊亂愛情ノ偏頗ノ

論ハ姦通罪ノ場合ニ於テ之ヲ云フヘクシテ本條ノ場合ニ之ヲ援用スル
 ノ理由ニアラサルナリ

尙ホ一ノ注意スヘキモノアリ本條ノ宥恕ハ獨リ之ヲ本夫ニノミ與ヘタ
 ルモノナレハ本夫ノ父兄又ハ其朋友カ代ツテ姦婦姦夫ヲ殺傷スルモ決
 シテ宥恕ヲ與フルノ限リニアラサルナリ蓋シ本條カ宥恕ヲ設クル所以
 ノモノハ夫妻ノ愛情ヲ以テ基礎トナスモノナレハ夫妻以外ノモノニ於
 テ夫妻ト同一ノ愛情ヲ有スルノ理由アルナシ

本條ノ利益ヲ受クルニ付テハ二條件ヲ充タスヲ要ス

第一條件 姦通ノ現行犯ヲ發見シタル場合ナルコトヲ要ス **第三百十**
一條ニ曰ク姦通ヲ覺知シ姦所ニ於テ云々ト之レ即チ現行犯ノ場合ヲ示
 シタルコト明白ナリ已ニ現行犯ナリトセンカ宜シク現行犯ノ定義ニ從
 ヒ姦通發覺ノ場合ハ之ヲ廣ク解釋セサルヘカラス即チ姦通セルトキ又
 ハ姦通シ了ハリタル際ハ皆之レ現行犯ニ屬スルヲ以テ姦通覺知ノ場合

ナリト云フテ可ナリ而シテ本條ハ姦通ヲ覺知シ姦所ニ於テ云々ト云ヒ而シテ其姦通ノ未遂ト既遂トヲ區別セサルカ故ニ苟モ姦通ノ事實ナリト認定スヘキ證據アレハ即チ可ナリ論者云フアリ若シ夫ニシテ其妻ノ姦通ヲ疑ヒ豫シメ之ヲ殺傷セシコトヲ謀リ故ラニ姦所ニ臨メテ而シテ姦夫姦婦ヲ殺傷シタルトキハ即チ宥恕ノ限ニアラス凡ソ本條ニ依リテ宥恕ヲ得ントスレハ偶然之ヲ覺知シ直チニ之ヲ殺傷シタル場合ナラサルヘカラサルナリト然レトモ之レ大ナル誤ナリ刑法ハ姦通ヲ覺知シ云々ト云フテ而シテ其覺知スル方法ニ付テハ何等ノ區別ヲ爲スコトナシ故ニ吾ヨリ進メテ之ヲ覺知スルモ又ハ偶然覺知スルモ之レ實ニ姦通ノ覺知タルニ過キサルヲ以テ苟モ姦所ニ於テ殺傷ヲ行フタル以上ハ常ニ宥恕ノ利益ヲ受クヘキヤ疑フヘキナシ但姦所以外ニ於テ殺傷ヲ爲スカ如キハ之レ刑法ノ精神ニ非サルナリ

第二條件 殺傷ハ必ス姦所ニ於テセサル可カラズ 姦所トハ宜シク之

ヲ廣義ニ解スヘキナリ佛國刑法ニ規定スル如ク單ニ夫妻同居ノ家宅内ヲ指スモノニ非サルナリ故ニ苟モ姦通ヲ行フノ場所ニ於テスルトキハ其如何ナル場所ニ於テスルモ固ヨリ之ヲ目シテ姦所ナリト云ハサル可カラサルナリ若シ夫レ姦通ヲ發覺シ姦夫姦婦ノ逃ルヲ見テ之ヲ追跡シ姦所以外ニ於テ之ヲ殺傷シタルカ如キハ夫ノ憤情ニ於テハ姦所ニ於ケル場合ト異ナル所ナシト雖トモ刑法ノ條件ニ適合セサルカ故ニ之ニ與アルニ宥恕ノ利益ヲ以テスルヲ得サルナリ

此ニ一言ノ注意スヘキモノアリ即チ第三百十一條ノ但書是ナリ本條ノ但書ハ姦通罪ヲ以テ親告罪トナシタルノ結果ニ出テタルモノニ外ナラス姦通ノ公訴ヲ提起スルニハ必ス夫ノ告訴ヲ要スルカ故ニ公訴ノ起ルト起ラサルハ一ニ本夫ノ意思如何ニ屬ス此場合ニ於テ本夫ハ實ニ公訴提起ノ原働者トナルナリ故ニ夫ニシテ其妻ノ姦通ヲ從容セシカ之レ自ラ夫權ヲ拋棄シタルモノナルカ故ニ後日ニ至テ公訴ヲ提起スルモ其效

ナカルヘシ(第三百五十三條第二項)

姦通ノ從容ハ告訴ノ效力ヲ失ハシムルニ足ルモトスレハ夫カ姦通ヲ從容シタル場合ニ於テ姦夫姦婦ヲ殺傷スル場合ニ於テ宥恕ノ利益ヲ受クヘカラサルヤ明カナリ蓋シ本夫ハ其夫權ヲ拋棄シテ妻ト姦通ヲ縱マ、ニセシメタル者ナリ妻ノ姦通ヲ縱マ、ニセシメタル者其姦通ヲ發見覺知スルト雖トモ固ヨリ怒ヲ發スヘキ理由ナシ怒ヲ發スヘキ理由ナクシテ姦夫姦婦ヲ殺傷スルハ是レ尙ホ普通ノ場合ニ於テ之ヲ宥恕スルト異ルナシ刑法カ姦通從容ノ場合ニ於テ夫ニ對シテ宥恕ノ利益ヲ與ヘサル所以ノ理由知ルヘキノミ

〔第三場合〕

第三百十二條ニ曰ク晝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セントスル者ヲ防止スル爲メニ之ヲ殺傷シタルモノハ之ヲ宥恕スルト夜間ノ家宅侵入ハ第三百十五條第三項ニ於テ正當防衛ノ原因タルコトヲ規定セリ然ルニ晝間ノ家宅侵入ハ正當防衛

ノ原因ト爲サスシテ僅ニ宥恕ノ原因タルニ過キスト爲ス夫レ家宅侵入ハ其夜間ニ於テスルモ亦晝間ニ於テスルモ犯罪ノ性質ニ於テ毫モ異ル所ナシ然ルニ夜間ノ家宅侵入ニ對シテハ防衛權アリトシ晝間ノ家宅侵入ニ對シテハ防衛權ナシトシ同一ノ犯罪ヲ防衛スルニ當リ晝夜ノ區別ニ從テ防衛者ノ權利ヲ區別スルハ果シテ如何ナル理由アリテ然ルヤ蓋シ晝間ノ家宅侵入ハ之ヲ防衛スルノ道甚タ容易ニシテ社會ノ救護ヲ求ムルニ於テ其暇ナシトセス之ニ反シ夜間ニ在リテハ之ヲ防衛スルノ道甚タ困難ニシテ社會ノ救護ヲ求ムル其暇ナキ場合甚タ少シトセス殊ニ夜間ノ家宅侵入ハ犯人ノ目的ヲ知ルニ於テモ亦頗ル困難ナルカ故ニ危害ノ程度一層甚シキヲ加フ是レ晝間ノ家宅侵入ニ對シテハ防衛權ヲ行フノ必要ナキモ夜間ノ家宅侵入ニ對シテハ防衛權ヲ行フコトヲ許サ、ル可カラサルノ理由ナリトス讀者少シク余カ正當防衛ノ場合ニ於テ論セシ所ノモノヲ參照セハ大ニ得ル所アラム

今ヤ特別宥恕ノ場合ヲ終ルニ臨ンテ尙ホ二個ノ注意ヲ要ス可キモノアリ則チ第三百十條及ヒ第三百十六條ノ場合はナリ

(二) 互傷 第三百十條ニ曰ク「毆打シテ互ニ創傷シ其手ヲ下スノ前後ヲ知ルコト能ハサルモノハ各其罪ヲ宥恕スルコトヲ得」ト本條ニ規定スル宥恕ハ如何ナル理由ニ基クモノナルヤ余ハ實ニ本條ノ精神ヲ知ルニ苦マスンハアラサルナリ凡ソ宥恕ヲ爲スノ原因ハ犯人ノ自由ニ於テ多少強制セラレ、所ノモノアリテ其不本意ニ出ツルノ場合多キヲ以テ刑法深ク之ヲ咎ムルコトヲ好マサルニ因ルナリ然ルニ本條ノ場合ニ於テハ犯人ハ雙方共ニ自由ノ強制ニ因リテ罪ヲ犯シタリトスルノ原因アルヲ知ラス唯手ヲ下スノ先後ヲ知ラサルノ故ヲ以テ特ニ宥恕ヲ爲スモノニ似タリ夫レ人互ニ争鬪スル場合ニ於テハ互ニ敵手ヲ斃シテ以テ勝ヲ制セント欲スルモノナリ即チ争鬪ヲ爲スノ初メ雙方ニ於テ各敵人ヲ創傷スルノ意思ヲ有スル者ナレハ一方ハ則チ他方ニ對シテ殺傷ノ意思ヲ有シテ殺傷ノ實ヲ行ヒ他方

ハ又タ一方ニ對シテ創傷ノ意思ヲ有シ創傷ノ實ヲ行フタルモノニ過キス若シ創傷ハ彼方ニノミ止マルトセハ則チ是レ單純ナル毆打創傷罪ナルヲ以テ何等ノ宥恕ヲ與フルノ理由ヲ觀サルナリ若シ我ニ於テ同一ノ創傷ヲ受ケタルカ爲メニ宥恕ノ原因アリトセハ別ニ手ヲ下スノ先後ヲ知ルコト能ハサルニアラサル場合ト雖トモ尙ホ宥恕ノ原因アリト謂ハサル可カラズ然ルニ刑法ノ規定茲ニ出テス唯手ヲ下スノ先後ヲ知ラサル場合ニ限りテ宥恕ノ原因アリトスレハ刑法ハ先後ヲ知ルコト能ハサルノ事實ヲ以テ宥恕ノ原因ナリト爲シタルナリ若シ夫レ手ヲ下スノ先後ヲ知ラサルヲ以テ宥恕ノ原因ト爲スコトヲ得ハ人互ニ竊盜ヲ爲シ被害ノ先後ヲ知ル能ハサルトキハ是レ又タ宥恕ノ原因ナリト爲スコトヲ得ルカ互ニ犯人タリ又タ互ニ被害者タル場合ニ於テハ是レ彼我互ニ獨立シテ二罪ヲ構成シタルモノナレハ其構成ノ時期ハ毫モ責任ニ影響ヲ及ホス可キモノニアラサルナリ畢竟刑法ハ罪ノ疑ハシキハ輕キニ從フ可シトノ古原則ヲ採用シテ本

條ノ規則ヲ設ケタルニ過キス本條ハ到底其理由ナキ所ノ宥恕ヲ規定シタルモノナレハ之ヲ削除ス可キ者ナリ

(三) 防衛過度 第三百十六條ニ曰「身軀財産ヲ防衛スルニ出ルト雖トモ已ムコトヲ得サルニ出ラタルニアラスシテ害ヲ暴行人ニ加ヘ又ハ危害既ニ去リタル後ニ於テ勢ニ乘シ尙ホ害ヲ暴行人ニ加ヘタル場合ニ於テハ不論罪ノ限ニアラス但情狀ニ因リ第三百十三條ノ例ニ照シ其罪ヲ宥恕スルコトヲ得」ト正當防衛ハ已ムヲ得サルノ場合ニ於テ之ヲ行フコトヲ許スモノニシテ實ニ例外ノ場合ニ屬ス故ニ刑法ハ防衛權ノ實行ニ就テハ數ヶノ條件ヲ設ケテ以テ其亂用ヲ豫防シタルナリ 防衛權ノ實行ニ就テ必要ノ條件ヲ設ケ之ヲ全フスルニ由テ初メテ防衛權成立スル者トセハ其條件ヲ全フスルコト能ハサル場合ニ於テハ防衛權ノ成立ナキヤ疑ヲ容レサル所ナリ 既ニ防衛權成立セス創傷ノ犯罪成立セサルノ理由アラソヤ是レ即チ本條ニ於テ防衛權ノ條件ヲ盡サス其程度ヲ超ヘテ而シテ創傷ヲ行フタル者ハ不

自首減輕

論罪ノ限ニアラストノ規定ヲ設ケタル所以ナリ然レトモ本條ノ犯罪ハ其原因防衛權ニ出ツ則チ防衛權ヲ行ハントシテ而シテ之カ實行ヲ過チタルモノナリ夫レ人危急ノ場合ニ處シテ其身体生命ヲ防衛セントスルニ當リテハ平常法律ノ智識ニ富ム者ト雖トモ尙ホ過ナキ能ハス憤懣ノ情猛發シテ是レ能ク制ス能ハサルカ若クハ恐怖ノ念纏綿シテ是レ能ク去ルコト能ハサルトキハ危害既ニ去リタル後ニ於テ尙ホ勢ニ乘スルコト之レナシトセス即チ自由ノ強制ニ因リテ以テ害ヲ暴行人ニ加フル者ナルヲ以テ少シク宥恕ヲ與ヘサル可カラサルモノアリ是レ本條ノ但書アル所以ニシテ此ノ但書ハ頗ル其當ヲ得タルモノト云ハサル可カラス

第二款 自首減輕

自首減輕ハ歐羅巴各國ノ刑法ニ於テ之カ規定ヲ爲シタルモノヲ見ス獨リ明律ニ於テ之カ規定アリ日本刑法ノ自首減輕ノ規定ハ源ヲ明律ニ汲ムモノナリ故ニ自首減輕ノ規則ヲ研究セント欲スル者ハ宜シク明律ヲ繙ク

可シ

犯罪ノ責任 責任ノ減輕 法定上ノ減輕

五八六

我刑法ノ文字ニシテ支那律語ヨリ出テタルモノ極メテ多シ告訴告發自首等ノ語モ亦大低支那律ヨリ來リシモノナリ明律ニ於テ他人ノ罪ヲ官ニ訴フルコトヲ告ト謂ヒ人自ラ其罪ヲ訴フルコトヲ首ト謂フ我刑事訴訟法ニ於テ用ヒタル告訴告發ノ語ハ則チ此ノ告ノ字ヨリ其義ヲ探ルモノニシテ他人ノ罪ヲ訴フルノ謂ヲ云フナリ又々自首ノ文字モ支那律ノ首ノ字ノ義ヲ探リタルモノナリ

明律ニ曰ク凡犯罪未發而自首者免其罪猶徵正賊ト我刑法第八十五條ニ規定スル所ノ規則ハ則チ此ノ明律ヲ探リタルモノナリ曰ク罪ヲ犯シ事未タ發覺セサル前ニ於テ官ニ自首シタル者ハ本刑ニ一等ヲ減ス但謀殺故殺ニ係ル者ハ此ノ限ニ在ラスト本條ノ規定ヲ分析スレハ自首シテ減等ノ利益ヲ得ルニ付テハ二クノ條件ヲ履行セサル可カラス(一)自首ハ事ノ發覺前ニ之ヲ爲サル可カラス故ニ若シ重罪輕罪ニ就テ司法警察官檢察官豫審判事

犯罪地ニ臨檢シテ檢證調書ヲ作りタルカ若クハ被害者犯罪ノ事實ヲ告訴スルカ又ハ第三者其犯罪ヲ告發シタルトキハ未タ犯罪ノ實行者ハ其何人タルコトヲ知ル可カラスト雖トモ自首ノ效アリト言フヲ得ス何トナレハ此ノ場合ニ於ケル自首ハ事ノ發覺後ニ爲シタルモノナルヲ以テナリ刑法ハ特ニ事ト謂ヒ犯人ト謂ハス故ニ犯人ノ發覺前ト雖トモ事既ニ發覺シタル後ナルトキハ則チ自首ノ效ヲ生スルモノニアラサルナリ(二)自首ハ官ニ對シテ之ヲ爲サル可カラス茲ニ所謂官トハ犯罪ノ搜查ニ就テ管轄權ヲ有スル官署ヲ指スナリ即チ檢察司法警察官其他搜查ニ付テ檢事ト同一ノ權ヲ有スル者はナリ故ニ此ノ以外ノ官署ニ對シテ自首ヲ爲スモ何等ノ效ヲ生スルモノニ非ス殊ニ豫審中豫審判事ニ他ノ犯罪事實ヲ自首シ又々公判中公判判事ニ他罪ヲ自首スルカ如キハ是レ又々自首ノ效ヲ生ス可キニアラサルナリ何トナレハ豫審判事モ亦公判判事モ共ニ職權ヲ以テ公訴ヲ受理スルノ資格ヲ有スル者ニアラサレハナリ豫審判事公判判事ハ職

犯罪ノ責任 責任ノ減輕 法定上ノ減輕

五八七

務ノ執行中犯人ノ自首ヲ受ケタルトキハ其調書ヲ作り之ヲ檢事ニ告發スルノミ刑事訴訟法ノ規則此ノ場合ヲ一言セサルヲ以テ實際ニ於テハ此ノ慣例ヲ採レリ

刑法ハ自首ノ效アル場合ニ於テハ本刑ヨリ一等ヲ減スルヲ以テ原則トス然レトモ財産ニ對スル犯罪ニ付テハ別ニ特例ヲ設ク第八十六條ニ曰ク「財産ニ對スル罪ヲ犯シタル者自首シテ其贓物ヲ還給シ損害ヲ賠償シタルトキハ自首減等ノ外尙ホ本刑ニ二等ヲ減ス其全部ヲ償還セスト雖トモ半數以上ヲ還償シタルトキハ一等ヲ減ス」ト此ノ規定モ亦タ明律ニ出ツルモノナリ曰ク若強竊盜詐欺取人財物而事王處首及受人枉法不枉法賊悔過回付還主者與經官司自首同皆得免罪若知人欲告而於財主處首還者亦得減罪二等若シ又タ犯人ハ財産ニ對スル罪ヲ犯シ官司ニ自首セスシテ被害者ニ首服シタルトキハ尙ホ官ニ自首スルト等シク減等ノ利益ヲ受クルモノナリ(第八十七條)

是ヨリ自首ノ效ナキ場合並ニ本則ヲ適用ス可カラサル特別ノ自首ニ付テ一言セシ

第一場合 自首ハ總テノ犯罪ニ對シテ常ニ其效ヲ生ス可キモノニアラス第八十五條但書ニ於テ自首ノ規則ヲ適用ス可カラサル場合ヲ規定セリ曰ク謀殺故殺ニ係ル者ハ自首減輕ノ限ニアラサルナリト刑法ハ何カ故ニ謀殺故殺ニ對シテハ減輕ノ理由ナキモノト爲シタルカ刑法ハ自首ノ規定ヲ設ケ犯罪並ニ犯人ノ發覺ヲ容易ニセシコトヲ欲シタルナリ然ルニ謀殺故殺ノ場合ニ於テ獨リ此ノ原則ヲ適用ス可カラストセハ刑法ハ身體罪ノ輕キ罪ハ其發覺ヲ速ニセシコトヲ求メ而シテ其重キ罪ハ發覺ノ速ナルヲ欲セスト言ハサル可カラサルニ至ル本條ノ但書ハ實ニ條理ヲ轉倒シタルノ規則ナリト言ハサル可カラス蓋シ此ノ規則モ亦タ明律ヲ因襲シタルニ過キサル可シ明律ニ曰ク其損傷於人於物不可賠償事發在逃……並不在自首之律ト即チ明律ニ人ヲ損傷スルヲ以テ自首ノ限ニアラスト爲シタルノ規

則チ探テ直チニ第八十五條ノ例外ト爲シタルモノナリ

第二場合 刑法第二百二十六條及ヒ第三百五十六條ニ於テ自首ノ特例ヲ揭ク第二百二十六條ニ曰ク「此節ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者其事件ノ裁判宣告ニ至ラサル前ニ於テ自首シタル者ハ本刑ヲ免ス」ト是レ偽證罪ヲ犯シタル者ノ爲メニ設ケタル規則ニシテ本條ニ所謂ユル其事件トハ偽證ノ事件ヲ指スニアラスシテ偽證ヲ爲シタル本案事件ヲ指スナリ即チ偽證ノ力ニ由テ以テ是非ヲ決セントスル所ノ事件ヲ謂フ若シ本條ノ意味ハ偽證ノ事實發覺前ニシテ且ツ本案事件ノ裁判前偽證ノ罪ヲ自首スルコトヲ謂フニアリトセハ本條ノ規則ハ殆ント實際上之ヲ用ユルノ道ナクシテ全ク徒法ニ屬セントスルノ恐アリ夫レ偽證ノ事タル偽證ヲ爲ス者ハ能ク判事ヲ欺キ得タリト信スト雖モ判事ハ熟練ノ功ヲ積ム者ナレハ大抵證言ノ眞僞ヲ察知スルノ明識ヲ有シ偽證者ノ未タ悟ラサル以前ニ於テ其偽證者タルコトヲ知り窃カニ之ヲ檢事ニ告發スルアリ而シテ檢事ハ判事ノ告發ヲ

以テ確實ナリトシ直チニ之ヲ裁判所ニ訴フ後ニ至リテ偽證ノ被告ハ偽證ノ所爲ヲ悔悟シ本案事件ノ判決ニ至ラサル前前言ヲ取消サントスルモ事既ニ遲シ偽證事件ハ檢事ノ起訴スル所トナリ犯人ハ其被告人タルコトヲ如何セン

余ハ本條ヲ以テ自首ノ特例ナリトナセリ即チ本條ニ規定スル自首ニ付テハ總則ノ條件ヲ適用スルヲ要セサルナリ總則ニ於テハ事ノ發覺前ト云フヲ以テ一條件トナスト雖モ本條ニ於テハ事ノ發覺前ヲ以テ一條件トナサスシテ特ニ其事件ノ裁判宣告前ト云フヲ以テ一條件トナセリ故ニ偽證罪ニ付テハ假令ヒ事ノ發覺後ニ於テスル自首ナリト雖トモ未タ其事件ノ裁判宣告前ナルトキハ必ス自首ノ效アリト謂ハサル可ラス若シ夫レ本條ノ場合ニ於テモ亦總則ノ條件ヲ適用ス可シトセハ只自首シタル時ハ本刑ヲ免スト記載スレハ則チ可ナリ殊更ニ其事件ノ裁判宣告ニ至ラサル前ト規定スルノ必要ナキナリ且ツ本條ノ精神ニ付テ解釋スルトキハ本條ニ記

載スル自首ノ文字ハ或ハ自白ノ文字ノ誤記ニ出テタルニアラサルカヲ疑フナリ即チ偽證者ニ於テ一旦偽證ヲ爲スト雖トモ偽證ノ目的タル本案事件未タ判決ニ至ラサル以前ニ於テ之カ取消ヲ爲シ即チ證言ノ不實ヲ自白スレハ毫モ本案ノ裁判ヲ爲スニ付テ人ヲ誤ルノ危害ナキヲ以テ初ヨリ偽證ヲ爲サル者ト少シモ異ル所ナシ而シテ尙ホ之ヲ罰スルニ嚴刑ヲ以テセントスルハ是レ實益ナクシテ犯人ヲ罰スルモノナリト謂ハサル可カラズ是レ豈ニ刑法ノ精神ナランヤ若シ本條ノ自首ノ文字ヲ以テ自白ノ誤記ナリトセンカ本條ノ實用ヲ爲ス場合枚舉ニ遑アラサル可シ故ニ余ハ本條ノ規則ヲ以テ自首ノ特例ト爲サント欲スルナリ

第三百五十六條ノ場合ニテモ亦同一ノ解釋ヲ爲サント欲スルナリ曰ク誣告ヲ爲スト雖トモ被告人ノ推問ヲ始メサル前ニ於テ誣告者自首シタル時ハ本刑ヲ免スト故ニ本條ノ條件モ亦總則ノ條件ニ同シカラスシテ被告人ノ推問ヲ始メサル前ト謂フニ在リ即チ推問以前ニ於テ自首スレハ則チ本

刑ヲ免スルナリ

今ヤ終ニ臨ンテ自首ニ付テ減等ヲ爲スノ理由ヲ一言セシ抑々法律ニ於テ自首ヲ爲ス者ニ對シテ減等ヲ爲ス所以ノモノハ是レ特ニ自首者ヲ賞セント欲スルノ意ニ出テタルモノニ非ス人罪ヲ犯シ刑罰ヲ受クルハ犯人當然ノ責務ナリ自ラ官ニ訴フルノ理由ニ由リテ其責ヲ輕クスルノ理アラシヤ刑法ハ社會ノ安寧ヲ保護スルヲ以テ其目的ト爲ス然ルニ茲ニ犯罪アリテ其事未タ發覺セス其犯人未タ逮捕セサルトキハ即チ社會ノ危害其停止スル所ヲ知ラスシテ而シテ萬民枕ヲ高フシテ而シテ眠ムル可カラサルナリ然ラハ則チ刑法カ犯罪ヲ觀テ直チニ之ヲ知ラント欲スルハ實ニ社會ノ危害ヲシテ速ニ消滅ニ致サシメント欲スルナリ於此乎刑法ハ寧ロ刑罰ノ威力ヲ犠牲ニ供スルモ尙ホ犯罪發覺ノ速ナラシメトテ希望シテ止マサルナリ故ニ刑法ハ減刑ヲ餌トシテ犯罪ノ發覺ヲ速ニシタルナリ即チ犯人ヲ賞スルニ非スシテ速ニ社會ノ危害ヲ斷タシメトテ欲ス

ルモノナリ

犯罪ノ責任 責任ノ減輕 法定上ノ減輕

五九四

茲ニ一言ノ注意ヲ要ス可キモノアリ從犯及ヒ未遂犯罪ノ減等ハ刑法之ヲ以テ各本條ニ記載スル特別ノ減輕ト同視ス然レトモ余ハ從犯未遂犯ノ減輕ハ各本條ノ減輕ト其品ヲ同フセス全ク法律上ノ減輕中ニ列記ス可キモノナリト爲スモノナリ蓋シ各本條ニ特記スル減輕ハ是レ唯刑罰ノ條文ヲ略記スルニ過キサルモノニシテ一ノ本刑ヲ爲スモノナリ然ルニ從犯未遂犯ノ減輕ハ減輕ノ基礎ト爲ル可キ本刑アリテ其本刑ヲ減等スルヲ謂フモノナレハ上來論スル所ノ宥恕減輕又ハ自首減輕ト其性質ニ於テ同一ナリト謂ハサル可カラズ即チ裁判官カ義務トシテ爲ス可キ減輕ナレハ之ヲ以テ法律上ノ減輕ナリト爲ス決シテ誤謬ノ議論ニ非サルナリ但シ未遂犯ニ付テハ一等又ハ二等ヲ減ストアリ一等減ヲ以テ法律上ノ減輕トナスハ何人モ非難セサル所ナルヘント雖トモ二等減ニ至リテハ全ク判事ノ全權ニ委ネタルモノナルヲ以テ決シテ法律上ノ減輕ナリト謂フヲ得ス寧ロ裁判

上ノ減輕ト謂フ可キナリ故ニ余ハ未遂犯ノ一等減ヲ以テ法律上ノ減等トナシ二等減ヲ以テ裁判上ノ減等ト爲スナリ

第二節 裁判上ノ減輕

裁判上ノ減輕

裁判上ノ減輕ハ唯一アルノミ即チ酌量減輕是ナリ酌量減輕ハ法律上ノ減輕ト異ナリ裁判官ノ特權ヲ以テ任意ニ行フ所ノ減輕ヲ謂フ法律ハ豫メ減輕ス可キノ場合ニ付テ之カ制限ヲ爲サ、ルヲ以テ裁判官ハ如何ナル犯罪ニ付テモ常ニ減輕ヲ爲スノ自由ヲ有スルモノナリ

抑々刑法ハ法律上ノ減輕ノ外ニ於テ何故ニ裁判上ノ減輕ヲ規定シタルヤ刑法既ニ各本條ニ於テ刑ノ範圍ヲ定メタルヲ以テ裁判官ハ各犯罪ノ情狀ニ應シテ其刑ノ範圍ヲ上下シテ相等ノ刑罰ヲ科スルコトヲ得而シテ其範圍以外ニ於テ尙ホ減輕ヲ要ス可キ場合ハ法律上明ニ之ヲ規定スルヲ以テ此ノ他ニ於テ裁判官ノ自由ニ放任スル減輕ヲ設クルノ必要ナキニ似タリ

犯罪ノ責任 責任ノ減輕 裁判上ノ減輕

五九五

然レトモ是レ決シテ不必要ノ規定ナリト謂フ可キモノニ非サルナリ元來
 刑法ニ於テ刑罰ヲ定ムルヤ犯罪ノ輕重即チ社會ノ蒙ル可キ危害ノ程度ニ
 從テ刑ノ輕重ヲ定ム然ルニ犯罪ノ事實ハ千變萬化ニシテ同一犯罪ト雖ト
 モ大ニ惡ム可キモノアリ又大ニ恕ス可キモノアリ犯罪ノ危害未タ必ス
 シモ同一ニ出ツルモノニ非サルナリ於此乎刑法ハ同一犯罪ニ對スル刑罰
 ニ付テモ豫メ其輕重ノ範圍ヲ設ケ裁判官ヲシテ危害ノ程度犯人ノ性質ニ
 應シテ適當ノ刑ヲ適用スルコトヲ得セシメタリ然ルニ犯罪情狀ノ變化ハ
 屢々法律ノ豫想外ニ出ツルモノアリテ豫定ノ範圍ヲ以テ之ヲ待ツ可カラ
 サルノ場合甚タ多カル可シ試ニ同一犯罪ニシテ最下級ノ刑ヲ以テ之ヲ罰
 ス可キモノアリトセンニ其犯罪ニ付テモ亦タ必スシモ情狀ノ變化ナシト
 謂フ可カラサルヲ以テ若シ最下級ノ刑ノ範圍ヲ脱スルコトヲ得ストセハ
 最下級ノ刑ヲ以テ最下級以下ノ刑ニ相等スルモノヲ罰セサル可カラサル
 ニ至ル刑法既ニ刑ノ範圍ヲ設ケ犯罪ノ情狀ヲ酌量ス可キノ原則ヲ設ケタ

ル以上ハ獨リ最下級以下ノ刑ニ相等スル犯罪ニ付テ之カ情狀ヲ酌重スル
 コトヲ許サ、ルノ理ナシ何トナレハ法律ハ重ク罰ス可キ犯罪ニ付テハ酌
 量ノ利益ヲ與ヘ輕ク罰ス可キ犯罪ニ付テハ其利益ヲ與ヘスト謂フニ至ル
 ナリテナリ於此乎刑法ハ酌量減輕ノ規則ヲ設ケ犯罪ノ情狀大ニ恕ス可キ
 モノアルニ當テハ尙ホ豫定ノ範圍ヲ出テ最下級ノ刑以下ノ刑ヲ以テ之ヲ
 罰スルノ規定ヲ設ケタルナリ酌量減輕ハ即チ各本條ニ規定スル最下級ノ
 刑罰ノ範圍ヲシテ尙ホ一層之ヲ廣カシメタル規則ニ過キササルナリ夫レ
 酌量減輕ハ實ニ刑ノ最下級ノ範圍ヲ廣クシタルモノニ外ナラストセハ法
 律固ヨリ酌量減輕ノ場合ヲ制限スルノ理由ナキヤ多辯ヲ待テ後ニ知ラサ
 ルナリ是レ即チ酌量減輕ノ規則ヲ適用スルニ付テハ一ニ之ヲ裁判官ノ自
 由ニ放任シ何等ノ條件又タ何等ノ制限ヲモ設ケサリシ所以ナリ
 是ヨリ酌量減輕ノ適用ニ付テ二三ノ必要ナル注意ヲ爲ス可シ
 第一注意 酌量減輕ヲ行フニ付テハ判決上別ニ之カ理由ヲ付スルノ必要

ナシ唯裁判官ノ感觸ヲ以テ之ヲ適用スルコトヲ得ヘシ夫レ裁判官ハ刑ノ範圍ヲ上下スルニ付テ其理由ヲ付スルノ義務アルモノニ非ス酌量減輕ヲ以テ刑ノ範圍ヲ廣クシタルモノニ過キストセハ之ヲ適用スルニ當リ其理由ヲ付スルヲ要セサコト説明ヲ要セサルナリ又々酌量減輕ハ犯罪ノ事實ニ對シテ之レヲ行フモノニ非スシテ犯人ノ情狀即チ犯人ノ犯意ノ程度ニ對シテ之レヲ行フモノナレハ其適用ハ必ス可分的ノモノナラサル可カラズ即チ同一犯罪ノ共犯數人アル場合ニ於テ此ノ一人ニ對シテハ酌量減輕ヲ與ヒ他ノ一人ニ對シテハ與ヘサルコトヲ得ルナリ若シ夫レ酌量減輕ハ犯罪ノ事實ニ對シテ行フモノトスレハ其犯罪ニ牽聯スル所ノ總テノ共犯人ハ例外ナク皆此ノ利益ヲ受クサル可カラズ刑法第八十九條ニ重罪輕罪違警罪ヲ分タス所犯情狀原諒ス可キ者ハ云々トアリ故ニ論者屢々所犯ノ文字ヲ誤解シテ犯罪ノ情狀ナリト爲シ酌量減輕ハ之ヲ犯罪ニ適用ス可キモノナリト爲ス者ナキニ非ス酌量減輕ノ本義ヲ誤ル甚タシト謂フ可シ

第二注意 酌量減輕ハ刑ノ宣告ヲ爲スノ職權ヲ有スル判事ニ非サレハ之ヲ行フコトヲ得ス故ニ豫審判事ハ如何ナル場合ニ於テモ酌量減輕ヲ爲スノ權利ヲ有スルモノニ非サルモノナリ元來豫審判事ノ職掌ハ檢事ノ提起シタル公訴ノ當否ヲ審按スルモノニシテ刑ノ適用ヲ議スルモノニ非サルナリ

第三注意 酌量減輕ハ固ト是レ刑ノ範圍ヲ廣クスルノ方法ニ過キサレハ如何ナル場合ニ於テモ決シテ犯罪ノ性質ヲ變更スルノ效力ヲ有スルモノニ非サルナリ故ニ重罪ノ刑ヲ酌量減輕シテ輕罪ノ刑ヲ科スルニ至ルモノ之ヲ以テ輕罪ナリト謂フヲ得ス輕罪ノ刑ヲ酌量減輕シテ違警罪ノ刑ヲ科スルモ其犯罪ヲ以テ違警罪ナリト謂フヲ得サルナリ

第四注意 刑法ハ刑罰ノ最下級ニ付テハ酌量減輕ノ規定ニ因リテ以テ裁判官ヲシテ自由ニ豫定ノ範圍外ニ於テ減輕ノ權ヲ行フコトヲ得セシム然レトモ刑罰ノ上級ニ付テハ裁判官ヲシテ自由ニ豫定ノ範圍ヲ超越シテ重

ク之ヲ罰スルノ權ヲ行フコトヲ得セシメス夫レ犯罪ノ情狀輕キ場合ニ於テ刑ノ範圍ヲ廣クスルノ必要アリトセハ犯罪ノ情狀重キ場合ニ於テモ尙ホ刑ヲ重クスルノ必要之ナシト謂フ可カラス上級刑ト下級刑ニ付テ此ノ二ノ區別アルハ果シテ如何ナル理由ニ基クヤ蓋シ法律カ刑ノ上級ヲ定ムルニ當テハ其上級ニ當ル可キ犯罪ノ總テノ情狀ヲ豫想シテ如何ナル場合アリト雖トモ其上級刑ヨリ重キ刑ヲ以テ之ヲ罰スルノ必要ナシト認メタルナリ即チ上級刑ハ之ヨリ以上ノ刑ヲ科ス可キ犯罪ニモ亦タ之ヲ適用シテ毫モ不可ナル所ナシ社會ハ常ニ上級刑ノ適用ニ因リテ以テ満足スルモノナリト豫想シタルナリ

第五注意 酌量減輕ハ總テノ犯罪ニ付テ之ヲ適用ス故ニ特別ノ宥恕減輕ヲ許サ、ル場合ニ於テモ亦タ尙ホ之ヲ適用ス例ハ祖父母父母ニ對スル罪ニ付テハ特別ノ宥恕減輕ヲ與ヘスト雖トモ酌量減輕ハ之ヲ禁スルモノニ非サルナリ

尙ホ臨終酌量減輕ノ規定ヲ設クル必要ノ如何ニ付一言スル所アラントス酌量減輕ノ規定ハ刑罰ノ範圍愈々狹隘ナルニ從テ愈々之カ適用ヲ爲スノ必要アリ之ニ反シ刑罰ノ範圍益々宏汎ナルニ從テ益々其適用ノ必要ヲ減ス蓋シ刑ノ範圍狹隘ナルトキハ最下級ノ刑ニ係ル犯罪甚々増加シテ而シテ其情狀ノ變化モ亦タ從テ多キヲ加フレハナリ若シ夫レ刑ノ範圍宏汎ナランカ最下級ノ刑殆ント無制限ニ至ル場合アルヲ以テ終ニ酌量減輕ノ必要ヲ見ルコトナシ近年ニ至リ歐洲各國ノ刑法ハ益々刑ノ範圍ヲ宏汎ニシ或ハ刑ノ最下級ヲ一日トシ又ハ最下級ノ刑ヲ設ケサルモノアリ獨逸ノ刑法ニ於テハ有期刑ノ最下級ヲ一日トシ和蘭ノ刑法ニ於テハ有期刑ノ最下級ヲ設ケサル場合多シ吾改正刑法ニ於テハ有期懲役ハ一日以上十五年以下トセリ是レ又タ歐洲近世ノ主義ニ倣フタルモノナリ

若シ如此刑ノ範圍ヲ宏汎ニスルトキハ即チ酌量減輕ノ規則ハ全ク之ヲ設クルノ必要ナキカ如シ酌量減輕ハ果シテ之ヲ廢ス可キ乎曰ク然ラス假令

刑ノ範圍如何ニ廣シト雖トモ尙ホ酌量減輕ヲ設ケサル可カラサルノ理由一アリ

或ル種類ノ犯罪ニ付シテハ最下級ノ刑ヲ制限スルコトアリ例ヘハ有期刑五年以上十五年以下ニ處スト規定スル場合アリ此ノ場合ニ於テ酌量減輕ハ屢々下級ノ刑ノ範圍ヲ廣クスルノ利益アリ又タ或ル場合ニ於テハ酌量減輕ニ因リ刑ノ最上級ヲ減等スルコトアリ例ヘハ死刑ヲ減輕シテ無期刑ト爲シ無期刑ヲ減輕シテ有期刑ト爲シ有期刑十五年ヲ減輕シテ十二年ト爲スカ如シ

第五章 責任ノ加重

犯罪ノ責任ヲ論スルニ付テ最モ困難ヲ感スル所ノモノハ一般ノ責任ニ非スシテ刑法上特別ノ規定ヲ爲シタル場合ニ在リ即チ責任ノ例外又ハ犯罪ノ無責任、責任ノ減輕及ヒ責任ノ加重是ナリ前段既ニ犯罪ノ無責任即チ責任ノ例外並ニ責任ノ減輕ヲ論シタリ是ヨリ進ンテ責任ノ加重ニ付テ論究スル所アル可シ

第一節 總論

犯罪ニ附着スル所ノ事情ニシテ或ハ犯罪ノ事實ヲ重クシ或ハ犯人ノ責任ヲ重クシ隨テ刑罰ノ上ニ大影響ヲ及ホス可キ場合アリ此ノ事情ヲ名クテ刑法上加重ノ情狀ト謂フナリ

刑法ニ於テ刑罰ヲ加重スルニ付テ二場合アリ或ハ總則ニ於テ加重ノ場合ヲ規定スルアリ或ハ各本條ニ於テ之ヲ規定スル場合アリ其何レノ場合タ

ルヲ問ハス裁判官必ス法律ニ定メタル範圍ヲ出テ、漫リニ刑罰ノ加重ヲ爲スノ權利ヲ有スルモノニ非サルナリ減輕ニハ法律上ノ減輕ト裁判上ノ減輕ノ二種アリト雖トモ加重ニハ此ノ二種ノ區別ナシ唯法律上ノ加重アルノミ是故ニ裁判官ハ加重ノ場合ニ於テハ必ス加重ノ義務アルモノトス加重ノ場合ヲ別チテ二ト爲ス(一)犯罪ノ事實ニ附着スル加重(二)犯人ノ身上ニ附着スル加重即チ是ナリ犯罪ノ事實ニ附着スル加重トハ加重ノ情狀犯罪ノ構成條件ニ附着スル場合ヲ謂フ例ヘハ家宅侵入罪ニ於ケル夜間ノ情狀、竊盜罪ニ於ケル門戸牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ震火水災ニ乘スル情狀ノ如キ即チ是ナリ犯人ノ一身ニ附着スル加重トハ加重ノ情狀犯罪ノ構成條件ニ屬セスシテ犯人ノ身分ニ附着スル場合ヲ謂フ例ヘハ再犯又ハ子孫若クハ官吏又ハ二人以上共謀ノ情狀ノ如シ

此ノ二ノ區別ハ唯學理上ノ必要ヨリ出テタル所ノモノニアラスシテ實際上數人共犯ノ場合ニ於テ大ナル實益ヲ生スルアリ犯罪ノ事實ニ附着スル

加重ハ犯罪ノ事實ト相離ル可カラサルモノナルカ故ニ其情狀ハ共犯者ノ一同ニ共通スル者ナリ即共犯者ハ悉ク事實ニ附着スル加重ノ責ヲ共ニスルノ義務アリ之ニ反シ犯人ノ身上ニ附着スル加重ハ唯加重ヲ必要トスル身分ヲ有スル犯人ニ限り加重ノ責任ヲ負擔スルモノニシテ其身分ヲ有セサル共犯人ニ對シテハ毫モ影響ヲ及ホス可キモノニアラス即チ數人共犯ニテ同一ノ犯罪ヲ行フモ其犯人中加重ノ身分ヲ有スル者獨リ加重ノ責任スルモノニシテ其他ハ唯普通ノ刑ヲ受クルノミ

加重ノ場合ヲ區別シテ二ト爲ス一般加重ノ場合及特別加重ノ場合是ナリ

(一) 一般加重トハ總テノ犯罪ニ共通シテ適用スルコトヲ得可キモノニシテ刑法ノ總則中之カ規定ヲ爲ス其場合唯一アルノミ再犯加重即チ是ナリ再犯加重ハ刑法上大ニ論究ヲ要スル所ノモノニシテ實ニ本章ノ主眼ニ屬ス

(二) 特別加重トハ一般ノ犯罪ニ共通セスシテ殊ニ或ル種類ノ犯罪ニノミ適用スル所ノモノヲ謂フ總テノ犯罪ヲ解剖スレハ其構成條件中二種ノ元

素ヲ發見スルコトヲ得可シ第一種ノ元素ハ總テノ犯罪ノ構成條件ニ共通シ第二種ハ各犯罪ニ於テ特有スル所ノ元素ナリ犯罪ニハ單ニ一般ノ構成條件ノミヲ以テ成立スル所ノモノアリ或ハ一般ノ構成條件ノ外ニ別ニ特別ノ構成條件ヲ待ツテ一罪ヲ構成スルコトアリ一般ノ構成條件ノミヲ以テ成立スル犯罪ニ加フルニ特別ノ構成條件ヲ以テスルトキハ刑法上一種ノ特別罪ヲ構成スト雖トモ之ヲ分析スルトキハ即チ單純ノ犯罪ト特別元素ノ二ト爲ル其特別元素ヲ名クテ之ヲ加重ノ情狀トハ謂フモノナリ故ニ刑法中記載スル所ノ犯罪ニ付テ單純ノ犯罪ト加重ノ犯罪トヲ區別セントスルニ付テハ宜シク各犯罪ヲ構成スル元素ノ如何ヲ探求セサル可カラズ即チ各罪ノ基本ヲ構成スル所ノ元素ハ如何ナルモノカ又々各犯罪ノ加重ノ情狀ヲ構成スル所ノ元素ハ如何ナルモノカ此ノ二者ヲ研究スレハ則チ單純犯罪ノ構成ト加重犯罪ノ構成トヲ明カニスルニ足レリ吾刑法ハ此ノ二者ヲ區別スルノ標準ヲ示サスト雖トモ學理上二者ノ標準ヲ知ルコトハ

決シテ困難ニ非サルコトヲ信スルニ足ル凡ソ犯罪ノ基本ヲ構成スル所ノ條件ハ悉ク犯罪ヲ構成スル所ノ要素ナルヲ以テ其一條件ヲ欠クトキハ即チ犯罪ヲ構成セサルニ至ル可ク或ハ他ノ犯罪ヲ構成スルニ至ル可シ加重ノ情狀ヲ爲ス所ノ構成條件ハ是レ犯罪ノ成立上必要欠ク可カラサル所ノモノニアラスシテ唯其犯罪ノ事實ヲ重クシ又ハ犯人ノ責任ヲ重クスル爲メニ必要ナル所ノモノナリ故ニ加重ノ構成條件ハ犯罪ノ構成條件中ヨリ之ヲ分離スルモ尙一犯罪ヲ構成スルヲ失ハスト雖トモ犯罪ノ基本構成條件ハ其一ヲ分離スルトキハ或ハ犯罪ヲ成立セシムルコトヲ得ス或ハ特別ノ犯罪ニ非サレハ之ヲ構成スルニ至ラサルモノナリ今例ヲ擧ケテ此二者ノ區別ヲ明カニス可シ例ヘハ竊盜ノ如シ竊盜罪ノ構成條件ニ二アリ(一)他人ノ所有物タスコト(二)其物件ヲ竊取スルコト即チ是ナリ若シ竊盜罪ニ於テ此二條件中其一ヲ欠クトキハ即チ竊盜罪ヲ構成ス可キモノニアラサルナリ或ハ其物件ハ自己ノ所有物タルカ或ハ其物件ヲ竊取シタルノ事實ナ

キトキハ到底如何ナル犯罪モ構成スルコト能ハス今ヤ二カ條件具備シテ
 單純ノ竊盜罪成立ス然ルニ此竊盜罪ヲ構成スルニ當リ或ハ震火水災ニ乘
 シ或ハ門戸牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開クカ如キ所爲アルトキハ即
 チ是レ單純ノ竊盜罪ニ加フルニ加重構成ノ條件ヲ以テシタルモノニシテ
 犯人ハ普通ノ竊盜ヨリ重キ責任ヲ負擔セサル可カラヌ刑法第三百六十七
 條及ヒ第三百六十八條ニ於テ竊盜ノ特別罪ナリトシテ之ヲ規定スト雖ト
 モ此二條ヲ解剖スルトキハ單純ノ竊盜罪ニ加フルニ震火水災ニ乘スルノ
 事實ヲ以テシ又ハ門戸牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開クノ事實ヲ以テ
 シ此ノ事實成立スルカ爲メニ單純ノ竊盜ニ科スルニ重キ刑罰ヲ以テスル
 ニ至リタリトスレハ其刑罰ノ重キ部分ハ全ク加重ノ狀情ニ科シタルモノ
 ナルコト毫モ疑ヲ容レス然ラハ則チ此ノ二條ニ於テ規定スル所ノ竊盜罪
 ハ特別罪ノ外觀アリト雖トモ其實竊盜ノ加重罪ニ過キサルナリ

[單純竊盜] + [震火水災ニ乘スル事實] 又ハ [門戸牆壁ヲ踰越損壞スル事實] = 第三百六

十七條又ハ第三百六十八條ノ竊盜

故ニ(第三百六十七條又ハ第三百六十八條ノ竊盜) (震火水災ニ乘シ又ハ門

戸牆壁ヲ踰越損壞スル事實) (第三百六十八條ノ單純竊盜) トナルナリ

此ノ式ニ因テ之ヲ觀レハ震火水災ニ乘シ門戸牆壁ヲ踰越損壞スルノ事實
 ハ實ニ加重構成ノ條件ヲ爲スコト毫モ疑ヲ容レス又例ヘハ家宅侵入ノ如
 シ家宅侵入罪ニ於ケル夜間ノ情狀ハ即チ是レ家宅侵入ノ事實ニ附着スル
 加重構成ノ條件ヲ爲スモノナリ家宅侵入ハ夜間ニ於テセスト雖トモ決シ
 テ犯罪ヲ構成スルヲ失ハス然ルニ其夜間ナルカ故ニ重キ刑ヲ科ストセハ
 則チ其刑ノ重キ部分ハ夜間ノ情狀ニ科シタルコト是レ知ル可キ而已
 又例ヘハ殺人罪ノ如シ殺人罪ノ構成條件中最モ必要ナルモノハ殺意ナリ
 若シ殺人罪ニ於テ犯意ノ一條件ヲ欠クアラハ是レ殺人罪ヲ構成スルモノ
 ニアラスシテ僅カニ過失罪ヲ構成スルニ過キス前ニ所謂ユル基本構成ノ
 一條件ヲ欠クトキハ或ハ犯罪ヲ構成セス或ハ他ノ犯罪ヲ構成ス可シト謂

フ所ノモノ即チ是ナリ若シ故意ノ一條件ヲ加フルトキハ全ク一ノ殺人罪ヲ構成スルナリ然ルニ此殺人罪ニ加フルニ更ラニ豫謀ノ一條件ヲ以テスルトキハ犯人ノ犯罪ノ狀情更ラニ重キヲ加ヘテ而シテ犯人ノ責任モ亦タ益々重キヲ加フ此ノ豫謀ハ即チ犯罪ノ構成上必要ナル條件ニ非ス此豫謀ナシト雖トモ決シテ故殺罪ノ構成ヲ爲スヲ妨クサルナリ然ラハ即チ故殺罪ニ加フルニ豫謀ノ事實ヲ以テシタルモノヲ以テ謀殺罪ト爲ストキハ則チ豫謀ノ事實ハ全ク加重構成ノ條件ヲ爲スモノタルヤ明クシ夫レ如斯犯罪ノ基本ヲ構成スル條件ト犯罪ノ加重ヲ構成スル條件トノ區別アリト雖トモ刑法ハ之ヲ區別スルニ付何等ノ標準ヲモ示ス所ナキヲ以テ勢ヒ解釋ノ力ニ因テ以テ之ヲ區別セサル可カラス其方法ハ常ニ各本條ノ罪ニ付テ之ヲ分析シテ第一犯罪ノ基本構成條件ヲ探リ第二加重構成ノ條件ヲ探ルアラハ或ハ誤リナキニ庶幾ンカ

犯罪ノ基本構成條件ト犯罪ノ加重構成條件トノ區別ハ未遂犯ノ場合ニ於

テ大ナル利益ヲ生スルコトアリ犯罪ノ基本構成條件ニ着手セザルトキハ常ニ未遂犯ヲ構成スト雖モ犯罪ノ加重構成條件ニ着手セザルトキハ唯其事實ニ附着スル加重ノ情狀ニ着手シタル場合ニ非サレハ未遂犯ヲ構成ス可キモノニアラサルナリ若シ夫レ犯人ノ身上ニ附着スル加重ノ情狀ノ如キハ其情狀ヲ具フルト雖モ決シテ着手未遂罪ヲ構成スルニ足ラサルナリ

第二節 再犯加重

再犯トハ一罪ノ確定判決後再ヒ罪ヲ犯スコトヲ謂フ再犯ハ元來數罪連犯ノ一種ナリ再犯モ一罪以上ヲ犯スニ非サレハ成立スル所ノモノニ非ス而シテ數罪モ亦タ一罪以上ヲ犯シタル場合ヲ謂フモノナレハ犯罪ノ數ヨリ論スルトキハ再犯ト數罪ハ固ト同一ニシテ之ヲ區別スル所ナキナリ然レトモ數罪ハ未タ確定判決ヲ經サル以前ニ犯シタル一罪以上ヲ謂ヒ再犯ハ確定判決ヲ經タル後更ラニ犯シタル罪ヲ謂フ故ニ二者ノ區別ハ唯確定判

再犯ト數罪トモ

犯罪ノ責任 責任ノ加重 再犯加重

決テ經ルト否ラストニ在テ存スルナリ再犯ヲ論スニ當リテ余ハ二個ノ問題ヲ設ケントス即チ(一)再犯人ノ責任如何(二)再犯者ニ科ス可キ刑罰如何

第一問題 再犯人ノ責任如何

再犯人ハ既ニ確定判決ニ因リテ刑法ノ峻嚴ナルコトヲ知リテ而シテ尙ホ罪ヲ犯スニ至リタル者ナレハ是レ前非ヲ悔悟スルコトヲ知ラス又タ刑罰ノ恐ル可キコトヲ知ラサル者ナレハ通常ノ刑罰ヲ以テ之ニ加フルモ到底再犯者ヲ懲戒スルノ功ヲ奏スルモノニ非ス於此乎再犯者ニ對シテハ或ハ加重シタル刑ヲ以テ之ニ加フルカ或ハ特別ノ刑罰ヲ以テ之ニ臨ムニ非サレハ再犯者ノ續出ヲ防遏スルノ道ヲキナリ凡ソ犯罪人中慣行性ノ犯罪人ヨリ恐ル可キハナシ慣行性ノ罪人ハ慣習上罪ヲ犯スヲ性トシ罪ヲ犯スニ非サレハ到底生活ノ道ヲ得ルコト能ハサル者ナリト信スル者ナリ之ヲ換言スレハ慣行性ノ犯人ハ罪ヲ犯シテ社會ノ安寧ヲ擾亂スルカ爲メニ此ノ世ニ生タリト信スル者ナレハ縱令之ニ科スルニ通常ノ刑ヲ以テスルモ犯

人ハ其刑罰ヲ以テ犯罪營業ノ租稅ヲ拂フニ過キササルモノナリトシテ毫モ刑罰ヲ恐ル、コトヲ知ラス若シ如此犯人ニ對シテモ尙ホ又タ普通ノ刑ヲ用井サル可カラストセハ刑法ノ威力終ニ地ニ墜チテ而シテ社會ノ安寧之ヲ維持スルノ方法ヲ知ラサルナリ再犯人ハ多ク慣行性ノ犯人中ヨリ出ツル者ナレハ此ノ再犯ヲ防遏スルニ付テハ宜シク特別ノ方法ヲ採ラサル可カラス特別ノ方法トハ何ソヤ即チ再犯人ニ對シテハ初犯人ヨリ一層重キ責任ヲ負ハシムルト謂フニ在リ是レ刑法中特ニ再犯加重ノ規定ヲ爲シタル所以ナリ

然ルニ再犯者ニ科スル特別責任ニ付テハ從來之ヲ批難スル者ナキニ非ス或ハ曰ク第一ノ犯罪ニ對シテ既ニ確定判決ヲ經タル後此第一ノ犯罪ヲ理由トシテ第二ノ犯罪ニ付キ刑罰ヲ加重スルハ是レ一事不再理ノ原則ニ違フモノナリ且ツ犯罪ヲ審理スルニハ必ス裁判所ニ繫屬スル所ノ事實其ノモノニ付テ裁判ヲ爲ス可シ其事實以外ニ出テ、裁判ヲ爲スノ權利ナシ然

犯罪ノ責任 責任ノ加重 再犯加重

ルニ再犯ノ場合ニ於テ第一犯罪ヲ取テ以テ第二犯罪ノ加重ノ理由ト爲ス
 ハ之レ未タ嘗テ裁判所ニ繫屬セサル所ノ事實ヲ以テ本案ノ犯罪ヲ裁判セ
 ントスルナリ即チ繫屬事實以外ニ出テ、裁判ヲ爲スモノナリト謂ハサル
 可カラスト此說ハ實ニ再犯加重ノ原則ヲ誤解スルノ過チヨリ出テタルモ
 ノニ外ナラス若シ夫レ第二犯罪ヲ審理スルニ當リ第一犯罪ヲ以テ第二犯
 罪ノ構成條件ノ一ナリトシテ裁判ヲ下ストヒハ則チ確定判決ヲ經タル事
 實ニ付キ再ヒ之ヲ審理スルモノナレハ或ハ一事不再理ノ原則ニ背クモノ
 ナリトモ謂フ可ク或ハ繫屬ノ事實以外ニ出テタル審理ナリトモ謂フヲ得
 可シ然レトモ再犯加重ハ初犯ニ於ケル犯罪事實ノ一部分ヲ以テ之ヲ再犯
 ノ事實ニ加ヘテ以テ故ラニ再犯者ノ責任ヲ重クスルニ非スシテ唯犯人ノ
 身上普通ノ刑罰ヲ恐ル、コトヲ知ラサルカ故ニ之ニ科スルニ特別ナル重キ
 責任ヲ以テスルニ過キス之ヲ換言スレハ再犯人ニ對スル加重ノ理由ハ初
 犯ノ事實アルカ爲メニ非スシテ初犯ノ刑罰ヲ輕ニスルカ爲メナリ即チ事

實上ヨリ論スルトキハ初犯ノ事實ト再犯ノ事實トハ毫モ相關係スル所ノ
 モノニ非スト雖トモ犯人ノ身上ヨリ觀察スルトキハ此ノ犯人ハ刑罰ヲ恐
 ル、コトヲ知ラサル者ナルヲ以テ特ニ之カ責任ヲ重クシタルモノナリ今
 日ニ於テハ再犯加重ノ問題ニ付キ何人モ之ヲ批難スル者アルヲ聞カス唯
 再犯人ニ科スル制裁ノ方法ニ付キ立法上大ニ議論ノ存スルアル而已
 再犯加重ヲ構成スルニハ確定判決後總テノ犯罪ヲ犯スヲ要スルカ將タ或
 ル種類ノ犯罪ヲ犯スヲ要スルカ又タ初犯ト再犯トノ間ニハ一定ノ期間ヲ
 設クルコトヲ要スルカ此ノ二問題ニ付テハ從來ニ主義アリ第一ハ一般再
 犯主義ト種ス此主義ハ初犯ノ確定判決ヲ經タル後ハ如何ナル犯罪ヲ犯ス
 モ常ニ再犯ヲ構成スト謂フニ在リ第二ハ特別再犯主義ト稱ス此主義ニ因
 レハ初犯ノ確定判決後犯ス所ノ罪ハ初犯ノ罪ト同一性質又ハ之ト類似ノ
 犯罪ニ非サレハ再犯ヲ構成セスト謂フ又タ初犯ト再犯ト間ニ於テモ一定
 ノ期間ヲ置キ其期間以内ニ於テスルニ非サレハ假令初犯ト同一又ハ類似

ノ犯罪ヲ爲スニ非サレハ決シテ再犯ヲ構成セスト謂フ蓋シ總テノ犯罪ニハ時効ノ規定アリテ其期間ヲ經過スルトキハ公訴モ消滅シ刑ノ執行モ亦タ消滅スルニ至ル犯罪其モノニ付テハ時効ノ規定ヲ設ケ再犯ニ付テハ時効ノ規定ナシトスルハ之レ刑法ハ重キ場合ヲ寛ニシ輕キ場合ヲ嚴ニスル不條理ノ規定ヲ設クルモノト謂ハサル可カラズ

余ハ是ヨリ以上ニ主義ノ得失ニ付テ少シク論スル所アラントス

特別再犯主義ニ因レハ再犯ハ初犯ト同一性質又ハ同一種類ノ犯罪ニ非サレハ之ヲ構成セス且ツ初犯ト再犯トノ間ニ設ケタル一定ノ期間内ニ於テスルニ非サレハ再犯ヲ構成セスト謂フ故ニ例ヘハ初犯竊盜罪ニシテ再犯毆打創傷罪ナルトキハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス再犯ヲ以テ論スルニハ初犯竊盜罪ニシテ再犯モ亦タ竊盜罪若クハ竊盜罪類似ノ犯罪ナラサル可カラス而シテ其ノ再犯ハ初犯ノ確定判決後ヨリ起算シテ五年若クハ十年ノ間ニ於テ之ヲ犯サル可カラサルナリ一般再犯主義ニ因レハ初犯竊

盜罪ニシテ再犯毆打創傷罪ナルモ尙ホ再犯ヲ構成ス可シ又タ初犯ト再犯トノ間ニハ期間ノ制限ナキカ故ニ何年ノ後ニ於テ再犯ヲ行フモ常ニ再犯ヲ以テ之ヲ論スルナリ之ヲ要スルニ一般再犯主義ニ於テモ亦タ特別再犯主義ニ於テモ初犯ニ付テハ何等ノ制限ナキモ再犯ニ付テハ一般再犯主義ハ犯罪ノ種類ニモ制限ナク又タ再犯ノ期間ニモ制限スル所ナシ之ニ反シ特別再犯主義ニ於テハ犯罪ノ種類ニ於テモ之ヲ制限シ再犯ノ時期ニ於テモ亦タ之ヲ制限ス近世諸國ノ法制ニ於テ屢見ル所ノ者ハ特別再犯主義ニ基ク規定ナリトス特別再犯主義ニ對シテハ多少之ヲ批難スル者ナキニ非ス曰ク凡ソ刑法中記載スル所ノ禁制命令ニ違反スル所ノ行爲ハ是レ業既ニ社會ノ安寧ヲ紊亂シタルモノニアラサルハナキナリ然ルニ一度罪ヲ犯シ社會ノ秩序ヲ紊亂シテ而シテ刑罰ノ制裁ヲ受ク尙ホ再ヒ罪ヲ犯スニ至テハ是レ未タ前非ヲ改ムルコトヲ知ラスシテ刑法ノ制裁ヲ輕ンズルニ出テスンハアラス然ラハ則チ再犯ノ罪ハ其種類ノ如何ニ拘ラス尙モ之ヲ犯

ストキハ刑法ノ禁制命令ニ違反シタルモノニシテ實ニ刑罰ノ峻嚴ヲ恐レサルノ確證ヲ示シタルモノナレハ更ラニ之ニ科スルニ重キ責任ヲ以テスルニ何ノ不可カ之アラシク特別再犯主義ニ於ケルカ如ク再犯ノ罪ニ付テ其種類ヲ選フカ如キハ是レ未タ刑法ノ精神ヲ明ニスルモノト謂フヲ得サルナリ此論大ニ理由アリ然レトモ特別再犯主義ハ浸々乎トシテ進歩シ一般再犯主義ハ漸々其勢力ヲ失フニ至レリ蓋シ其然ル所以ノモノハ唯學理上ノ研究ニ基クニ非スシテ實際上ノ經驗ヨリ來ルナリ凡ソ人ハ必ス其慣ル、所ニ癖スルモノニシテ之ヲ改ムルハ甚タ困難ナリ犯人カ罪ヲ行フモ亦タ然リ犯人ハ屢々其慣行スル所ノ犯罪ヲ行フニ慣レ容易ニ他ノ犯罪ヲ犯スヲ肯ンセサルナリ例ヘハ竊盜罪ニ慣レタル者ハ初犯モ竊盜罪再犯モ亦タ竊盜罪三犯モ亦タ竊盜罪ヲ犯スモノナリ而シテ竊盜ノ目的ニ付テモ亦タ時計ヲ竊ムニ慣ル、者ハ再犯モ三犯モ時計ヲ竊ミ金錢ヲ竊ムニ慣ル、者ハ再犯モ三犯モ金錢ヲ竊取シ土藏ヲ破ル者ハ再犯モ三犯モ土藏ヲ破ル

ナリ歐打創傷罪ニ慣ル、者モ亦タ然リ初犯モ歐打創傷再犯モ歐打創傷三犯四犯歐打創傷ニ非ラサレハ之レヲ犯スヲ知ラサルナリ余ハ日本ニ於テ六犯以上ノ歐打創傷罪ヲ犯シタル者ヲ知り佛國ニ於テ三十六回ノ歐打創傷罪ヲ犯シタル犯人ヲ見タリ夫レ如斯犯人ハ其慣ル、所ニ長シテ其ノ長スル所ニ於テ罪ヲ行フ者ナレハ特別再犯主義ニ於テ同性質ノ犯罪又ハ類似ノ犯罪ヲ行フタル者ノミヲ以テ殊ニ之ヲ再犯トシテ特別ノ刑ヲ科スルトキハ其犯人ノ慣ル、所ノ習慣ヲ打破スルニ足リ犯人一度刑法ノ恐ル可キヲ知ルニ於テハ最早從來ノ慣行犯罪ヲ行フコトヲ止ム可シ從來ノ慣行犯罪ヲ行フヲ止ムルトキハ即チ此ノ犯罪ハ其慣行手段ノ外他ニ技倆ナキヲ以テ容易ニ他ノ犯罪ヲ犯スノ憂ナシ於此乎特別再犯主義ハ實ニ能ク再犯防遏ノ目的ヲ達スルコトヲ得ルナリ是レ特別再犯主義ハ學理上ノ研究ニ基カンヨリハ寧ロ實際ノ經驗ニ出ツル所ノ主義ナリト謂フ所以ナリ現刑法ハ一般再犯主義ヲ探リ新刑法草案ハ特別再犯主義ヲ探レリ余ハ再犯

加重ノ規定ニ付テハ特別再犯主義ヲ以テ最モ實際ニ適切ナルモノナリト
 信スル者ナリ然レトモ特別再犯主義ニシテ再犯ノ罪ヲ制限スルコト甚タ
 狭キニ失スルトキハ即チ或ハ慣行性ノ犯人ヲ逃スノ恐ナシトセサルヲ以
 テ余ハ再犯罪ノ類似ノ罪ヲ廣クセシテ欲スルモノナリ
 一般再犯主義ノ論者ハ特別再犯主義ノ期間制限ニ付テモ亦タ之ヲ批難ス
 ルコトアリ曰ク初犯ノ刑罰ハ時ヲ經ルニ從テ多少其效力ヲ減スルコトア
 ル可シト雖トモ全部ノ效力消滅スルカ如キハ決シテ之レアルノ理ナシ刑
 罰ノ痕跡ハ終身其犯人ニ附着シテ而シテ去ル可カラサルナリ故ニ初犯ノ
 確定判決後再ヒ罪ヲ犯スアラハ其如何ナル時期ニ於テ之ヲ犯スモ再犯加
 重ノ刑ヲ以テ之ニ科セサル可カラス殊ニ一定ノ期間後ハ再犯ヲ以テ論セ
 ストノ規定ヲ設クタリトセンカ再犯ノ制裁如何ニ峻嚴ナリト雖トモ遂ニ
 何等ノ效ヲモ奏スルニ至ラサル可シ何トナレハ犯人ノ最モ狡猾ナル者ハ
 能ク刑罰ノ制裁ヲ免ル、ヲ知ルカ故ニ初犯ノ後一定ノ期間ノ經過スルヲ

俟テ更ニ再犯ヲ犯スニ至ル可クレハナリ然ラハ則チ再犯ヲ構成スルニ付
 キ初犯ト再犯トノ間ニ一定ノ期間ヲ設クルハ是レ社會ノ公益ヲ維持スル
 ノ方法ニ非スシテ寧ロ再犯ヲ奨勵スルノ方法タラスンハアラサルナリト
 然レトモ是レ實ニ机上ノ空論タルヲ免レサルナリ凡ソ罪ヲ犯ス者ハ犯罪
 ノ當時之ヲ犯スノ必要アリテ而シテ初メテ之ヲ犯シ之ヲ犯スノ利益アル
 ヲ見テ而シテ之ヲ犯スニ至ルモノナレハ再犯加重ノ爲メニ故ラニ時間ノ
 經過ヲ俟ツカ如キハ事實上決シテ之ヲ觀ル可キノ場合ニ非サルナリ殊ニ
 慣行性ノ犯人ニ至リテハ犯罪ヲ行フニ非サレハ此ノ社會ニ立ツ能ハス即
 チ犯罪ヲ以テ生活ノ營業ト爲ス者ナレハ一日モ犯罪ヲ行フナキ能ハス如
 此者ニシテ何ソノ能ク再犯ノ規定ヲ恐レテ而シテ期間ノ經過ヲ俟ツノ違
 アランヤ論者ノ所謂コト期間ノ經過ヲ俟テ再犯ヲ行フニ至ル可シトハ架
 空ノ甚シキモノト謂ハサル可カラス若シ夫レ初犯ト再犯ヲ去ル期間ノ如
 何ニ拘ラス常ニ再犯トシテ之ヲ罰スルノ必要アリトセンカ刑法及ヒ刑事

訴訟法ニ於テ時効ノ規定ヲ設クルハ全ク其論據ヲ失フニ至ラン然ルニ刑法及ヒ刑事訴訟法ノ時効ハ社會ノ公益上必要ナリトスル以上ハ獨リ再犯ニ於テ之カ期間ヲ制限セサルノ理由アラシキニ再犯加重ノ爲メニ初犯ニ對スル刑罰ノ效力永久ニ繫屬ス可シトセハ時効ニ因リテ既ニ其效力ヲ失フタル刑罰モ亦タ尙ホ效力ヲ有スト言ハサルヘカラサルニ至ル條理ニ反スル甚シキ規定ナリト謂ハサルヲ得ス故ニ刑法ニ於テ刑罰ニ付テ時効ヲ設クル以上ハ條理上再犯ニ付テモ亦タ一定ノ期間ヲ設クルノ理アルハ多辯ヲ俟テ後之ヲ知ラサルナリ新刑法草案ニ於テ再犯ノ期間ニ付テ十年ト爲シ初犯ノ判決執行後十年ヲ經過シテ更ニ罪ヲ犯ス者ハ再犯ヲ以テ論セストセリ

第二問題 再犯者ニ科ス可キ刑罰如何

再犯者ハ特別ノ責任ヲ有スル者トセハ之ニ科スル所ノ刑罰モ亦タ特別ノモノタル可カラサルヤ明カナリ然レトモ所謂ユル特別ノ刑罰トハ如何ナ

ル刑罰ヲ謂フカ現刑法ニ依レハ再犯者ニ對シテハ本刑ニ一等ヲ加フルヲ以テ原則ナリトシ而シテ三犯以上ノ者モ亦タ加重ノ法ハ再犯ノ例ニ同シトセリ是レ現刑法ハ再犯ノ刑ヲ以テ特別刑ト爲サスシテ單ニ加重ノ刑ト爲シタリ如斯ハ果シテ再犯者ヲ制スルノ良法ナリト謂フヲ得可キ乎宜シク深ク研究ス可キ所ノ問題ナリ

元來再犯者ハ普通ノ刑罰ヲ恐レサル者ナルヲ以テ之ニ科スルニ特別ノ刑罰ヲ以テスルノ必要アルハ古今東西ノ法律ニ於テ能ク認承スル所ナリ我國ニ於テモ新律綱領ハ再犯人ニ對シテ極メテ嚴格ナル方法ヲ採レリ即チ贓十圓以上ノ再犯ハ皆斬ニ處ストアリ歐洲諸國殊ニ佛國ニ於テハ千八百十年以前マテハ再犯者ニ對シテ特別方法ヲ設ケタリ即チ或ハ再犯者ハ之ヲ流刑ニ處シ或ハ左肩ニRノ字ヲ燒付ケタルコトアリシ如斯再犯者ニ對シテハ古來ヨリ特別ノ刑ヲ科スル所以ノモノハ再犯者ノ性質然ラサルヲ得サラシムルノ必要アリテ存スレハナリ蓋シ犯人ノ中ニ於テ最モ恐ル可

キ所ノモノハ刑法ノ制裁ヲ恐レサルノ犯人ニ若クハナシ而シテ再犯人ハ
 刑法ノ制裁ヲ恐レサル所ノ者ナレハ社會ノ大ニ恐ル可キモノハ再犯人ニ
 若クハナキナリ然ルニ現刑法ハ新律綱領又ハ改定律令ノ再犯者ニ對スル
 法律ノ甚タ嚴ニ過キルヲ恐レ之レヲ矯正セント欲シテ佛國ノ現刑法ノ主
 義ヲ採リ再犯者ニ科スルニ特別刑ヲ以テスルコトヲ爲サスシテ却テ加重
 ノ刑ヲ以テシタリ新律綱領改定律令ノ法嚴酷ニ失スルハ宜シク之レヲ矯
 正ス可シト雖トモ之レヲ矯正シテ而シテ却テ寛ニ過キルノ法律ヲ設クル
 ハ抑亦タ矯正ノ道ナリト謂フ可キカ現刑法定定ノ時深ク再犯ニ關スル刑
 罰ノ得失ヲ論究セスシテ漫ニ則テ佛國刑法ニ採リタルハ誤リノ甚シキモ
 ノナリト謂ハサル可カラス佛國ニ於テハ其現行刑法ニ定メタルノ再犯加
 重ノ規則ハ毫モ再犯人ヲ制スルノ效ナキヲ以テ輒近ニ至リテ再犯加重ノ
 規則ヲ改正シ之レニ換フルニ流刑ノ主義ヲ以テシタルハ實際ノ必要已ム
 ヲ得サルモノアリテ存スレハナリ殊ニ再犯ニ科スルニ特別刑ヲ以テセス

シテ單ニ本刑ヨリ一等重キ刑ヲ以テスルハ條理ニ於テ多少抵觸スル所ナ
 キヲ保セス凡ソ再犯ノ罪ハ或ハ初犯ノ罪ヨリ其情狀重キ場合モアリ又タ
 輕キ場合モアルナリ初犯ニ比シテ重キ場合ニ加重ヲ爲スハ理ニ於テ當ル
 ト雖トモ初犯ニ比シテ輕キ場合ニ加重ノ刑ヲ科スルハ大ニ其理ヲ得サル
 ノ恐レアリ然ルニ刑法ハ苟モ再犯ナル以上ハ其犯罪ノ輕重ヲ論セス常ニ
 加重ノ刑ヲ科ス可キモノトセリ初犯ノ罪ハ重クシテ而シテ其刑輕ク再犯
 ノ罪ハ輕クシテ而シテ其刑重シ登ニ夫レ刑ノ權衡ヲ得タルモノト謂フヲ
 得可クンヤ然ラハ則チ刑法ニ於テ加重ヲ爲スノ理由ハ是レ再犯ノ罪ニ對
 シテ加重ノ刑ヲ科スルノ謂ニ非スシテ再犯ヲ行フ犯人ニ對シテ加重ノ責
 任ヲ科セント欲スルニ外ナラス之ヲ換言セハ刑法ハ再犯人ニ對シテハ其
 再犯罪ノ輕重如何ニ拘ラス其責任ヲ加重シテ一等重キ刑ヲ科スルモノナ
 レハ刑法ノ加重ノ方法ハ實ニ犯人ニ對スル特別處分ノ一種ナリト謂ハサ
 ル可カラス果シテ加重ノ方法ヲ以テ特別處分ノ一種ナリトスレハ宜シク

特別處分ノ目的ヲ達スルニ必要ナル方法ヲ設ケサル可カラス即チ或ハ犯人ハ特別處分ノ制裁ニ因リ大ニ改悛ノ實ヲ舉グルカ或ハ犯人ハ再ヒ社會ニ出テ罪ヲ犯スコトヲ得ル能ハサルノ方法ヲ探ラサル可カラサルナリ如斯シテ而シテ初メテ能ク再犯者ノ數ヲ減スルコトヲ得可ク又タ社會ノ安寧ヲ維持スルコトヲ得可キナリ

現刑法ニ於テ再犯者ニ對スル法律ノ制定ヲ誤リタルヨリシテ實際日本社會ニ對シテ弊害ヲ流スコト實ニ尠少ニアラサルナリ再犯ノ數即チ犯罪ノ數益々増加シテ而シテ犯人ノ數益々減スルヲ見ル是レ初犯少フシテ而シテ再犯ノ數多キノ確證ナラスハアラサルナリ再犯ノ數益々多キヲ加フルニ至ルヲ以テ之ヲ觀レハ現刑法ノ一等加重ノ規則何等ノ效ヲモ奏セサルモノタルコト益々明カナリ

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

第一出獄者ノ取締ニ付テハ其方法一ニシテ足ラスト雖トモ經驗上實效ヲ奏セサル場合甚タ多シ殊ニ法律ヲ以テ出獄者ノ取締リヲ爲スカ如キハ法律ト實際ト相背馳シテ而シテ法律却テ害ヲ爲ス場合多シトス例ヘハ監視ノ規則ノ如シ監視規則ハ法律ノ精神敢テ善ナラスト雖トモ其實際ニ於テハ弊害多クシテ殆ント其利益ヲ見サルナリ獨リ近來吾國ニ於テモ漸ク其端緒ヲ開クニ至リタル免囚保護會社ハ少シク發達シテ而シテ多少ノ改良ヲ加フルコトヲ爲サハ或ハ以テ出獄者ノ取締ト爲スニ足ルモノアラシカ然レトモ是レ政府ノ力ヲ以テ爲ス可キノ事業ニ非スシテ全ク民業ニ屬シ而シテ利益ヲ得セシムルノ事業ニ非サルヲ以テ大ニ國家的ノ觀念ヲ有ス

ル者ニ非ルヨリハ莫大ノ資本ヲ投シテ而シテ此ノ業ヲ起サント欲スル者
ナカルヘシ是レ今日ニ至ルマテ何人モ免囚保護會社ノ必要ヲ認ムルト雖
トモ其發達未タ十分ナルニ至ル能ハサル所以ナリ免囚保護ノ問題ハ後日
監獄制度ヲ論スルノ日ニ於テ更ニ研究スル所アル可シ

現行刑法
ノ再犯

第三節 現行刑法ノ再犯

再犯加重
ノ條件

第一款 再犯加重ノ條件

第一條件 初犯ノ裁判確定スルヲ要ス 刑法第九十四條ニ曰ク再犯加重
ハ初犯ノ裁判確定ノ後ニアラサレハ之ヲ論スルコトヲ得スト再犯加重ニ
付テハ何故ニ初犯ノ裁判確定スルヲ要スル乎之ヲ換言スレハ再犯モ數罪
ノ連犯ナリ數罪俱發モ亦タ數罪ノ連犯ナリ然ルニ數罪俱發ニ付テハ確定
判決ノ條件ヲ必要トセス又タ刑ノ加重ヲモ爲サスシテ而シテ獨リ再犯ノ

場合ニ於テ確定判決ヲ經ルヲ要ストシ又タ刑ヲ加重スル所以ノモノハ抑
モ如何ナル理由アリテ存スル乎夫レ連犯者ハ未タ嘗テ一回モ刑罰ノ制裁
ヲ受ケタル者ニ非ラス若シ連犯者ノ未タ數罪ヲ犯サ、ル以前ニ於テ速ニ
之ニ科スルニ刑罰ノ制裁ヲ以テスルアラハ或ハ一罪ヲ犯スノミニテ他ノ
罪ヲ犯スコトヲ爲サ、リシナラム然ラハ其數罪ヲ犯スニ至リタルモノハ
其責獨リ犯人ニ存スルニアラスシテ社會モ又タ速ニ之ヲ罰セサルノ怠慢
ノ罪ヲ免ル、コト能ハサルナリ社會ノ怠慢アルニ拘ハラス重ク數罪ノ連
犯者ヲ罰スルハ條理ノ許サ、ル所ナルヲ以テ刑法ハ之レニ科スルニ加重
ノ刑ヲ以テスルヲ爲サ、ルナリ之ニ反シ再犯者ハ既ニ一度刑罰ノ制裁ヲ
受ケタル者ナレハ能ク社會ノ警告ヲ知りタル者ナリ刑罰ノ威嚴ヲ解シタ
ル者ナリ然リ而シテ尙ホ犯罪ヲ行フトキハ是レ刑罰ノ制裁ヲ恐ル、コト
ヲ知ラサル者ナリト言ハサルヲ得サルナリ社會ノ最モ恐ル可キモノハ刑
罰ノ制裁ヲ恐ル、コトヲ知ラサル犯人ヨリ甚シキハナシ此故ニ刑法再犯

者ニ對シテハ假令再犯ノ情狀ハ初犯ニ比較シテ原諒ス可キモノアリト雖トモ尙ホ且ツ之ニ科スルニ加重ノ刑ヲ以テシテ毫モ假藉スル所ナキナリ加重ノ理由ハ犯人カ刑罰ヲ恐レサルニ在ルモノナリトスレハ再犯加重ニ付テ初犯ノ裁判確定ヲ要スルハ理ノ當然ナリ然レトモ確定判決ヲ經タル者ト刑ノ執行ヲ爲シタル者ハ其間大ナル區別アリ刑ノ執行ヲ爲シタル者ハ刑ノ恐ル可キヲ知ルコトヲ得ルト雖トモ確定判決ヲ經タル者ハ未タ刑ノ痛苦ヲ知ル者ニ非サルナリ然ラハ則チ再犯加重ヲ爲スニハ初犯ニ付テ唯確定判決ヲ經タルノミヲ以テ足レリト爲ス可カラス必ス其刑ノ執行ヲ爲シタルヲ要スルニ似タリ然ルニ刑法ハ再犯加重ヲ爲スニ付テ唯初犯ノ確定判決ヲ經ルヲ以テ足レリト爲スハ果シテ如何ナル理由ニ基キシヤ刑法ノ理由之ヲ知ル甚タ困難ナリト雖トモ刑法ハ確定判決ヲ以テ刑ノ執行ト同視ス可キモノナリト爲シタルナラム蓋シ裁判一旦確定スレハ業已ニ之ヲ動カスニ道ナク犯人ハ必ス其裁判ノ執行ヲ受クルノ義務アルナリ其

義務一度發生スレハ假令未タ之ヲ執行セサルモ犯人ノ心中尙ホ之ヲ執行シタルニ等シキ痛苦ヲ感スルナリ是レ刑法カ確定判決ヲ以テ再犯ノ條件ト爲シタル所以ナリ然レトモ想像ト經驗ハ決シテ同一ノモノニアラス或ハ想像ニ於テハ痛苦ヲ感シテ而シテ經驗ニ至リテハ却テ樂ミヲ覺ユルコトアリ或ハ想像ハ心中樂ム所多クシテ經驗ニ於テ大ナル痛苦ヲ感スルコトアリ今確定判決ニ因テ刑罰執行ノ義務ヲ負擔シタルハ是レ唯刑罰ノ苦シキ想像ヲ爲スニ過キスシテ未タ刑罰ノ苦シキ經驗ヲ爲シタル者ト言フ可カラス既ニ刑罰ノ苦シキヲ經驗シタル者ニ非サル者ニ對シテ之ニ責ムルニ刑罰ノ痛苦ヲ知リタル者ノ任ヲ以テスルハ果シテ條理ニ適合シタル法律ナリト言フコトヲ得ル乎吾輩ハ確ク信ス本條ノ條件ハ頗ル再犯加重ノ理由ニ牴觸スルモノアルコトヲ余ハ刑ノ執行ヲ了リタル者ニ對スルニ非サレハ再犯加重ノ特別刑ヲ以テス可キモノニ非スト言フノ說ヲ爲ス者ナリ

本條ニ規定スル所ノ條件ヲ分拆スレハ細別シテ三ト爲スコトヲ得

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

刑法ノ規定ニ因レハ初犯ノ裁判ハ唯確定スルノミヲ以テ足レリトシ犯人

ハ必ラス其刑ノ一部又ハ全部ノ執行ヲ了ルヲ要スト言フニ非サルナリ蓋シ現刑法ハ確定裁判ノ效力ヲ以テ既ニ能ク犯人ヲ警戒スルニ足ルモノナリト爲セシナリ其結果時効ニ因テ刑ノ執行ヲ免レタル者ニ對シテモ亦タ尙ホ確定判決ヲ經タル者ト等シク再犯加重ヲ適用スルモノナリトシ又タ特赦若クハ復權ニ因リテ以テ或ハ刑ノ執行ヲ免レ或ハ刑ノ結果ヲ回復スルコトアルモ再ヒ罪ヲ犯シタルトキハ再犯加重ノ例ヲ用ユルコトヲ妨ケサルナリ但大赦ハ是レ初犯ノ犯罪事實ヲ變更シテ再犯ト爲サ、ルノ效力ヲ有スルカ故ニ大赦ニ因テ刑ノ執行ヲ免レタル者ハ假令確定判決ノ後ニ於テスト雖トモ再犯加重ノ例ヲ適用スルコトヲ許サ、ルナリ大赦ノ場合ニ於テハ初犯ノ事實ハ初ヨリ刑法ノ禁制命令ニ違背シタルモノニアラスト推定スルナリ

(二) 裁判ハ刑罰ノ宣告ナルコトヲ要ス 刑法第九十一條第九十二條及ヒ第九十三條ニ於テ先ニ重罪、輕罪、違警罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ云々トア

リ然ラハ則チ再犯加重ヲ爲スニハ必ス先ニ一度重罪又ハ輕罪違警罪ノ刑ニ處セラレタル者ナラサル可カラス蓋シ再犯加重ヲ爲スハ初犯ニ科シタル刑罰ヲ恐レサルカ爲メナリト云ハハ初犯ノ裁判ハ必ス刑ノ宣告ナルコトヲ要スルハ自然ノ道理ナリ夫レ再犯加重ヲ爲スニハ初犯ノ裁判ハ必ス刑ノ宣告ナラサル可カラストスレハ十六年未滿ノ者是非ノ辨別ナクシテ罪ヲ犯シ懲治場留置ノ言渡ヲ受ケタル者ハ後ニ至リテ再ヒ罪ヲ犯スコトアルモ之ニ適用スルニ再犯加重ノ規則ヲ以テス可キモノニアラサルナリ蓋シ懲治場留置ハ刑ノ言渡ニアラスシテ唯惡少年ヲ感化スルノ目的ヲ以テ之ヲ行フニ過キサレモノナレハ裁判上ノ行政處分ナリト謂フヲ得可シ若シ夫レ舊法ニ於テ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ハ新法ニ於テ別ニ之ヲ再犯者ト爲スノ規定ヲ設ケサルトキハ舊法時代ノ確定判決ハ新法ノ爲メニハ再犯ノ條件ヲ爲スモノニ非サルナリ蓋シ舊法ニ於テ罰スル所ノモノト新法ニ於テ罰スル所ノモノハ其主義同一ナラス即チ新法ヲ設ケタル所以ノモ

ノハ舊法ノ頼ム可カラサル所ノモノアルヲ以テナリ其頼ム可カラサルノ舊法ニ於テ罰シタルヲ以テ再犯加重ノ理由ト爲スハ是レ法律ヲ改正シタルノ旨趣ニ反スルモノト言ハサル可カラサルナリ

(三) 其裁判ハ必ス日本裁判所ニ於テ之ヲ爲シタルモノナルコトヲ要ス外國裁判所ニ於テ刑ノ言渡ヲ受クルコトアリト雖トモ日本ニ於テハ是レ一個ノ事實ニ過キスシテ日本ノ法律ニ所謂ユル確定判決ノ效力ヲ有スルモノニアラサレハ外國ニ於テ確定判決ヲ經タル後再ヒ罪ヲ犯スコトアルモ吾刑法ノ再犯加重ノ例ヲ適用ス可キモノニアラサルナリ外國裁判所ノ裁判ハ唯其領土内ニ於テ裁判ノ效力ヲ有スルニ過キスシテ外國ニ對シテハ何等ノ效力ナキモノナリ

然レトモ其裁判所ニシテ日本裁判所タラシカ司法裁判所ト特別裁判所トハ再犯加重ノ適用上之ヲ區別スルノ必要ナキナリ司法裁判所ニ於テ刑ノ言渡ヲ受ケタルトキハ再犯加重ノ適用ニ付テ毫モ困難ヲ生スルコトナシ

ト雖トモ軍事裁判所ニ於テ刑ノ言渡ヲ受ケタル場合ニ於テハ其言渡ハ常ニ再犯加重ノ條件ト爲ル可キモノナリト言フヲ得ス宜シク場合ヲ區別シテ之ヲ論セサル可カラス若シ初犯ノ非常律ニ從テ處斷シタルトキハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得可シト雖モ之ニ反シ軍律ヲ以テ處斷シタルトキハ再犯加重ノ條件ト爲スヲ得サルナリ第九十六條ニ曰ク陸海軍裁判所ニ於テ判決ヲ經タル者再ヒ重罪輕罪ヲ犯シタルトキハ初犯ノ非常律ニ從ヒ處斷シタルモノニアラサレハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得スト即チ(第一)犯人ノ身分ニ因テ軍事裁判所ニ於テ犯罪ノ管轄權ヲ有シ而シテ普通刑法ヲ適用シタルトキハ再犯加重ノ原因ト爲ル可シ(第二)陸海軍刑法及ヒ普通刑法ニ於テ共ニ同一ノ規定ヲ設ケ其ノ何レノ刑法ヲ適用スルモ同一ナル場合ニ於テモ若シ軍律ニ從フテ處斷シタルトキハ再犯ノ條件ト爲スヲ得ス之レニ反シ常律ニ從フテ處斷シタルトキハ再犯加重ノ條件ト爲ルヲ得(第三)單ニ陸海軍刑法ニ照ラシテ處斷シタルトキハ如何ナル場合ニ於テモ再犯

加重ヲ以テ論スルコトヲ得サルナリ(第四)陸海軍刑法ノ犯罪ト普通刑法ノ犯罪ト數罪俱發ヲ爲シ其重キニ從テ處斷シタルトキハ宜シク其重キ罪ノ何レノ法律ニ屬スルヤヲ見テ而シテ再犯加重ノ條件ヲ定ムルナリ即チ重キ罪ハ陸海軍刑法ノ犯罪ナルトキハ是レ軍律ニ依テ處斷シタルモノナルヲ以テ再犯加重ノ條件ト爲スヲ得ス是レニ反シ重キ罪ハ普通刑法ノ犯罪ニ屬スルトキハ再犯加重ノ條件ト爲スヲ得
非軍人ト軍人ト共謀シテ陸海軍ノ刑法ニ觸ル可キ犯罪ヲ企テタリ此ノ場合ニ於テ軍人ハ軍事裁判所ニ於テ之ヲ管轄シ非軍人ハ司法裁判所ニ於テ之ヲ管轄ス然レトモ非軍人ノ罪ハ司法刑法ノ違反ニアラスシテ陸海軍刑法ノ違反ニ係ルヲ以テ司法裁判所カ之ヲ罰スルニ付テ普通刑法ヲ以テスルヲ得ス必ス陸海軍刑法ヲ以テセサル可カラス如此場合ニ於テ非軍人カ後ニ再ヒ罪ヲ犯ストキハ再犯加重ヲ以テ論セラルヘキ乎曰ク司法裁判所ニ於テ適用スル所ノ法律ハ普通刑法ニ非スシテ陸海軍刑法ナリト雖トモ

刑法ハ此場合ニ於テ再犯ヲ以テ論スルコトヲ禁シタルモノニ非サルナリ
 第九十六條ハ陸海軍裁判所ニ於テ判決ヲ經タル者再ヒ重罪輕罪ヲ犯シタ
 ルトキハ初犯ノ非常律ニ從ヒ處斷シタルモノニアラサレハ再犯ヲ以テ論
 スルコトヲ得ストセリ是レ明カニ陸海軍裁判所ニ於テ犯罪ノ管轄ヲ爲シ
 タル場合ニ於テハ陸海軍刑法上ノ處斷ハ再犯ノ條件ヲ爲スモノニアラス
 ト言フニ在リ司法裁判所カ陸海軍刑法ヲ適用スル場合ヲ言フニ非サルヲ
 以テ軍事裁判所ニ於テ軍律ヲ以テ處斷シタルトキハ本條ハ之ヲ以テ再犯
 加重ノ條件ト爲スコトヲ許サス然レトモ司法裁判所ニ於テ軍律ヲ適用シ
 タル場合ハ本條ノ規定以外ナルヲ以テ即チ刑法ノ禁制以外ニ在リトス而
 シテ再犯加重ハ一般ノ場合ニ於テ之ヲ爲スヲ以テ原則トシ之ヲ爲サハル
 ヲ以テ例外ト爲ス而シテ司法裁判所カ軍律ヲ適用スルヲ以テ之カ例外ト
 爲シタル規定ヲ設ケタル以上ハ其確定判決ニシテ再犯加重ノ條件タラサ
 ルノ理由ナキヤ多辯ヲ待テ而シテ後ニ之ヲ知ラサルナリ

第二條件 新ナル犯罪アルコトヲ要ス 新ナル犯罪ハ重罪、輕罪、違警罪ニ

通シテ之レヲ言フモノナリ即チ一旦確定裁判ヲ受ケタルモノ再ヒ重罪、輕
 罪、又タハ違警罪ヲ犯ストキハ再犯加重ノ制裁ヲ受ケサル可カラズ然レト
 モ刑法ハ重罪、輕罪ノ再犯ニ付テハ別ニ何等ノ制限ヲ爲サス殆ント同一ノ
 規定ヲ以テ之レヲ俟ツト雖トモ違警罪ノ再犯ニ付テハ時ト場所トニ付テ
 之レカ制限ヲ爲セリ刑法第九十一條及ヒ第九十二條ハ重罪、輕罪ノ再犯ニ
 係カル場合ヲ規定シタルモノナリ此ノ二條ニ因レハ重罪、輕罪ニ付テ再犯
 加重ヲ爲スコキ場合三アリ(第一)先キニ重罪ノ刑ニ處セラレタルモノ再犯
 重罪ヲ犯シタルトキ(第二)先キニ重罪ノ刑ニ處セラレタルモノ再犯輕罪ヲ
 犯シタルトキ(第三)先キニ輕罪ノ刑ニ處セラレタルモノ再犯輕罪ヲ犯シタ
 ルトキ以上三クノ場合ニ於テハ常ニ本刑即チ初犯ノ場合ニ科スヘキ刑ニ
 一等ヲ加ヘタル刑ヲ以テ之レヲ罰スルコト、爲セリ然レトモ初犯輕罪ニ
 シテ再犯重罪ナルトキハ再犯加重ヲ爲スコトヲ許サス蓋シ刑法ノ意輕罪

ノ刑ヲ受ケタル者再ヒ輕罪ヲ犯スニ至テハ其刑罰ノ制裁ヲ顧ミサル者タルコトヲ知ルニ足レリト雖トモ其罪重罪ナルトキハ即チ初犯ノ輕罪ノ刑ニ加重シタルモノヨリ一層重キ重罪ノ刑ヲ科スルヲ以テ此場合ニ於テハ別ニ加重ヲ爲サスト雖トモ重罪ノ刑既ニ加重シタル刑ヨリモ一層大ナル效力ヲ有スルモノナリト言フニ在リ然レトモ道理上ヨリ觀察スルトキハ刑法ノ規定大ニ奇觀ヲ呈スルナキ能ハス即チ刑法ハ先ニ重罪ヲ犯シ再犯重罪ナルトキ又先ニ重罪輕罪ヲ犯シ再犯輕罪ナルトキハ即チ加重ノ制裁ヲ爲ストスレハ是レ再犯ノ罪初犯ニ比シテ輕キ若クハ等シキ場合ニ於テハ之ニ科スルニ加重ノ制裁ヲ以テシ之ニ反シ再犯ノ罪ハ初犯ニ比シテ重キトキハ之ニ科スルニ加重ノ刑ヲ以テセス是レ刑法ハ犯人ニ對シテ初犯ヨリ輕キ若クハ等シキ罪ハ之ヲ犯スコトナキヲ嚴命シ而シテ初犯ヨリ重キ罪ハ之ヲ犯スコトヲ許シタルニ異ナランヤ若シ之ヲ酷論スレハ刑法ハ初犯ヨリ輕キ若クハ等シキ再犯ハ之ヲ犯スコトヲ禁シ而シテ初犯ヨリ重キ

再犯ハ之ヲ獎勵スルニアラサレハ之ヲ默過シタルモノナリト言フヲ得可シ刑法ノ規定豈ニ夫レ條理ニ適合シタリト言フヲ得ンヤ

違警罪ノ再犯ハ第九十三條ニ於テ之ヲ規定ス曰ク先ニ違警罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯違警罪ニ係ルトキハ本刑ニ一等ヲ加フ但一年内再ヒ其違警罪裁判所ノ管轄地内ニ於テ犯シタルトキニアラサレハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得スト本條ニ因テ之ヲ觀レハ違警罪ノ再犯ニハ二ケノ制限アルヲ見ル即チ(第一)再犯ハ初犯ノ確定判決後一年内ニ於テセサル可カラス(第二)再犯ハ同一違警罪裁判所ノ管轄内ニ於テセサル可カラス蓋シ違警罪ハ其性質重要ノ犯罪ニアラサルカ故ニ無制限ニ之レヲ罰スルノ必要ナク亦タ違警罪ノ罪ハ各地方ニ於テ異ル所ノモノナルカ故ニ一度或ル違警罪裁判所ニ於テ違警罪ノ確定裁判ヲ受クルモ亦タ他ノ違警罪裁判所ノ管轄内ニ於テハ違警罪ノ事項ニ屬スルモノタルヲ知ラスシテ過テ之ヲ犯スニ至ルコト

アルヲ以テナリ

第一注意 再犯加重ヲ爲スニ付テハ何レノ場合ニ於テモ左ノ制限ヲ忘ル可カラス**第一制限**重罪ノ刑ヲ加重シテ死刑ニ入ルトキハ之ヲ加重スルコトヲ許サス**第六十六條**但書**第二制限**輕罪ノ刑ヲ加重シテ重罪ノ刑ニ入ルコトヲ得ス**第七十條****第三制限**違警罪ノ刑ヲ加重シテ輕罪ニ入ルコトヲ得ス**第七十條第二項**

第二注意 再犯加重ハ總テノ犯罪ニ通シテ之ヲ爲スヲ原則トスト雖トモ左ノ例外アルコトヲ知ラサル可カラス**第一**囚徒逃走罪**第二**附加刑ノ執行ヲ免レタル罪ノ場合是ナリ刑法第四百十三條ニ曰ク既決ノ囚徒逃走ノ罪ヲ犯スト雖トモ再犯ヲ以テ論セス但刑期限内及ヒ逃走シタル者ハ再犯ヲ以テ論ス**第五十六條**ニ曰ク前二條ノ罪ハ其刑期限内再ヒ犯シタルトキニ非サレハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得スト凡ソ此ノ種類ノ犯罪ハ第一罪ヲ犯シタル後ニアラサレハ之ヲ犯ス能ハサル所ノモノナレハ**第一罪**ハ則

チ**第二罪**ノ基本構成條件ニ外ナラス之ヲ換言スレハ**第二犯罪**ヲ構成スルニハ初メ**第一罪**ヲ犯シタルコトヲ必要ト爲スモノニシテ**第一罪**ナケレハ則チ到底**第二罪**ヲ構成スル能ハサル所ノモノナリ既ニ**第一罪**ヲ以テ**第二罪**ノ基本構成條件トスレハ他ノ一方ニ於テ加重構成ノ條件ト爲スヲ得サルヤ明白ナリ是レ即チ刑法ハ此二ケノ場合ニ於テハ再犯加重ヲ爲サ、ルヲ以テ原則ト爲シ一般ノ再犯加重ノ例外ト爲シタルナリ然レトモ刑法ハ此例外ニ付キ直チニ一條件ヲ設ケタリ即チ刑期限内再ヒ逃走シ又ハ再ヒ附加刑ヲ免レタルトキハ刑法ノ本則ニ因リ再犯加重ノ規則ヲ適用スルナリ刑期限内再ヒ逃走ストノ意義ニ付テハ世人屢々其解釋ヲ誤ルアリ今例ヲ舉ケテ以テ解釋ノ誤謬ヲ明カニセント欲ス例ヘハ明治二十九年一月罪ヲ犯シテ一年ノ處刑ヲ受タタリ其刑ノ執行中二十九年三月ニ逃走シテ又タ其罪ノ處分ヲ受タタリ而シテ同年五月再ヒ逃走セリ此ノ場合ニ於テハ即チ刑ノ執行中二回ノ逃走ヲ爲シタルヲ以テ再犯加重ヲ爲スハ毫モ疑ヲ

容レサルナリ然ルニ此ノ犯人ハ二十九年一月ノ刑期執行中三月ニ一回逃走シテ其逃走罪ノ處分ヲ受ケ遂ニ刑ノ執行ヲ完フシタリ明治三十一年一月ニ至リテ再ヒ罪ヲ犯シ刑罰ノ處分ヲ受ケ其刑ノ執行中同年五月逃走ヲ爲セリ此ノ逃走罪ニ付テ世人屢々誤謬ノ解釋ヲ爲スヲ見ル即チ三十一年五月ノ逃走罪ハ即チ二十九年三月ノ逃走罪ト何等ノ關係ヲ有スルモノニ非ス即チ二十九年三月ノ逃走罪ヲ犯スニアラサレハ三十一年五月ノ逃走罪ヲ犯スヲ得スト云フモノニアラス三十一年五月ノ逃走罪ハ二十九年三月ノ逃走罪ノ結果罪ト云フ可キニアラサルナリ故ニ此ニクノ逃走罪ハ各獨立ノ逃走罪ナルヲ以テ三十一年五月ノ逃走罪ハ二十九年三月ノ逃走罪ニ對シテ再犯加重ヲ爲スモノナリ又タ二十九年一月ノ犯罪ニ對シテモ亦タ再犯加重ヲ爲スモノナリト然レトモ此解釋大ニ刑法ノ精神ヲ誤ルモノナリト言ハサル可カラス刑法第四百三三條ニ於テ其刑期限内再ヒ逃走シタル者ハ再犯ヲ以テ論ストアリ又第五百五十六條ニハ其刑期限内再ヒ犯

タルニアラサレハ再犯ヲ以テ論スルヲ得ストアリ然ラハ則チ刑法ニ所謂ユル其刑期限内トハ犯人カ確定判決ノ執行中又ハ逃走罪ノ刑ノ執行中再ヒ逃走シタル場合ニ於テ初メテ再犯加重ヲ爲スヲ得ルト云フニ在リ故ニ第一ノ犯罪ニ付テ執行ヲ終リタル後更ニ第二ノ罪ヲ犯シ逃走ヲ爲スカ如キハ是レ所謂ユル其刑期限内ト言フ可カラサルヲ以テ刑法ノ明文上再犯加重ヲ爲ス可キモノニアラサルヤ疑ヲ容レサル所ナリ

第三注意 再犯加重ヲ爲スニ付テハ初犯ノ罪質ヲ以テ之カ根據ト爲サスシテ現ニ言渡シタル刑ヲ以テ其根據ト爲ス第九十一條第九十二條及ヒ第九十三條ニ於テ先ニ重罪ノ刑ニ處セラレ又ハ先ニ重罪輕罪ノ刑ニ處セラレ又ハ先ニ違警罪ノ刑ニ處セラレ云々トアリ然ラハ則チ犯罪ノ性質ハ重罪ナルモ現ニ科シタル刑輕罪ノ刑ナルトキハ輕罪ナリト言フヲ得可ク犯罪ノ性質ハ輕罪ナルモ既ニ科シタル處ノ刑違警罪ノ刑ナルトキハ違警罪ナリト言フヲ得可シ故ニ法律上又ハ裁判上ノ減輕ニ因テ重罪ノ刑ヲ減輕

シテ輕罪トシ輕罪ノ刑ヲ減輕シテ違警罪ナリトシタルトキハ其現ニ科シタル所ノ刑ニ因テ以テ再犯ノ條件ト爲ス可キナリ

第四注意 刑期限内一度罪ヲ犯スニ因リ刑ノ宣告ヲ受ケタルトキハ何レノ刑ノ執行ヲ先ニス可キ乎第九十五條之ニ答ヘテ曰ク刑期限内再ヒ罪ヲ犯スニ因リ刑ヲ宣告シタルトキハ先ツ其定役ニ服ス可キモノヲ執行シ定役ニ服セサルモノヲ後ニス若シ初犯再犯俱ニ定役ニ服スル刑ニ係ルトキ又ハ共ニ定役ニ服セサル刑ニ係ルトキハ先ツ其重キモノヲ執行ス罰金科料ニ係ルモノハ順序ニ係ハラス各之ヲ徵收スト例ヘハ先ニ重禁錮ノ刑ニ處セラレ其刑ノ執行中輕禁錮ノ刑ニ係ル可キ罪ヲ犯シタルトキハ同時ニ重禁錮ト輕禁錮ノ二刑ノ抵觸アルヲ見ル此ノ場合ニ於テハ先ツ重禁錮ヲ執行シ後ニ輕禁錮ヲ執行スルナリ若シ先ニ輕禁錮ノ刑ニ處セラレタル者其刑ノ執行中更ニ重禁錮ニ係ル可キ罪ヲ犯シタルトキハ前例ト等シク重禁錮ノ執行ヲ先キニシ輕禁錮ノ刑ノ執行ヲ後ニスルナリ若シ又タ先キニ

犯シタル罪モ重禁錮後ニ犯シタル罪モ亦タ重禁錮ナルトキハ其刑期ノ長キモノヲ先キニ其刑期ノ短キモノヲ後ニス又タ先キニ輕禁錮ノ刑ニ係リ其執行中又タ更ニ輕禁錮ノ刑ニ係ル可キ罪ヲ犯シタルトキモ亦タ同一ナリ即チ刑期ノ長キモノヲ先キニシ刑期ノ短キモノヲ後ニスルナリ

第五注意 再犯加重ト減輕ト同時ニ到着シタルトキハ則チ如何ナル方法ニ因テ以テ加重ト減輕ノ抵觸ヲ免カル、コトヲ得ル乎第九十九條之カ規定ヲ爲シテ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トキハ左ノ順序ニ從テ其刑名ヲ定ム但從犯及ヒ未遂犯ノ減輕其他各本條ニ記載スル特別ノ加重減輕ハ其加減シタルモノヲ以テ本刑トス(一)再犯加重(二)宥恕減輕(三)自首減輕(四)酌量減輕ト是レ即チ第六章加減順序ノ規定ニシテ其適用頗ル困難ナル所ノモノナリ一言本條ニ付キ明確ノ説明ヲ爲シテ以テ世ノ惑ヲ解カント欲スルナリ例ヘハ先キニ重罪ノ刑ニ處セラレタル者再ヒ他ノ重罪ヲ犯シタル然ルニ此者宥恕減輕ノ理由アルヲ以テ多

少ノ減等ヲ受クルノ權利アリ此場合ニ於テ如何ナル方法ニ因テ加重ト減
 輕ノ抵觸ヲ調停スルコトヲ得ル乎第九十九條ノ規則ニ因レハ第一ニ加重
 ナ爲シテ而シテ後チ第二ニ減輕ヲ爲スノ順序ヲ定ム然ラハ加重シタル後
 チ順次減輕ヲ爲スモノナリ故ニ加重シタル後チ減輕シテ其刑輕罪ニ至ル
 トキハ則チ輕罪ノ再犯加重ナリ加重シタル後チ減輕シタル刑重罪ナルト
 キハ則チ是レ重罪ノ再犯加重ナリ之ヲ要スルニ所謂ユル再犯重罪ニ係ル
 トキ云々又タ再犯輕罪ニ係ルトキ云々ノ重罪輕罪ハ是レ犯罪ノ性質ヲ以
 テ定メタル所ノ罪名ニ外ナラサルナリ

再犯證明
ノ方法

第三款 再犯證明ノ方法

再犯ノ恐ル可ク又タ再犯人ノ惡ム可キハ世人ノ既ニ認ムル所ナリ若シ現
 刑法ヲ改正シ之レニ代フルニ新刑法ヲ以テスレハ再犯加重ノ方法一變シ
 テ而シテ犯人ノ責任大ニ重クナルヲ以テ犯人ハ勉メテ再犯者タルノ名稱

ヲ免レノコトヲ考究シ或ハ前科ヲ匿スアリ或ハ僞名ヲ稱スルアリテ遂ニ
 刑法ノ規則ヲシテ徒法ニ屬セシムルノ弊害ヲ生スルニ至ラシム蓋シ再犯
 加重ノ規則益々嚴重ナレハ則チ再犯ヲ免ル、ノ方法モ亦タ益々精密ヲ加
 フルニ至ル可シ然ラハ則チ再犯加重ノ規則ヲ嚴ニスルニ及ンテハ必ス再
 犯ヲ免ル、コトヲ防クノ方法ヲ考究ス可キノ必要ヲ生スルナリ從來吾國
 ノ慣例ニ於テハ再犯ノ證明方法甚々單純ニシテ而シテ再犯加重ノ刑最モ
 寛大ナルニ拘ラス尙ホ再犯ヲ免ル、者多キヲ見ル現今吾國ニ於テ採用ス
 ル所ノ再犯ノ證明ヲ觀ルニ其方法二アリ(一)ハ則チ既決犯罪表ナリ確定裁
 判ヲ經タルトキハ其判決ニ因テ以テ既決犯罪表ナルモノヲ作り之カ判決
 ナ言渡シタル裁判所ニ保管スルナリ故ニ再犯人ニシテ能ク前科ヲ自白セ
 シムルモノナラシメハ前科ヲ科シタル裁判所ニ照會シテ既決犯罪表ヲ求
 ムルトキハ則チ再犯ノ證明至テ容易ナリ然レトモ犯人ノ逮捕ヨリ判決ノ
 言渡マテ長時間ヲ要スル場合ニ於テハ一々各裁判所ニ照會シテ前科表ヲ

求ムルノ困難ヲ見スト雖トモ輕微ノ事件ニシテ或ハ速決ニ付シ或ハ逮捕ノ日ヨリ二三日出テスシテ裁判ヲ爲ス可キ場合ニ於テハ到底裁判所ニ照會シテ前科表ヲ求ムルノ遑アル可カラズ又タ前科表ノ無キ故ヲ以テ漫リニ判決ヲ延期スルノ理由ヲキテ以テ裁判所ハ屢々前科ナキ者トシテ判決ヲ言渡スコト多シ是レ現今ノ前科表唯其裁判所ニ於テ多少ノ證明方法ヲ爲スニ至ルト雖トモ他ノ裁判所ニ對シテハ何等ノ用ヲモ爲サル場合多シ(二)ハ則チ索引ナリ索引トハ確定判決ニ因テ以テ各犯人ノ犯罪表ヲ作リ之ヲ犯人ノ姓名ノいろは順ニ配置シテ犯人新ニ逮捕セラル、毎ニ其姓名ニ付テ以テ之ヲ其表ニ照シ其表中ニ同姓名ヲ見出ストキハ則チ其犯人ハ再犯者ナルコトヲ知ルノ方法ナリ此既決表ハ凡ソ三寸四方許ノ厚キ紙札ヲ以テ之ヲ作り之ニ犯人ノ氏名、年齢、人相、特徴、刑名、言渡ノ年月日、管轄裁判所ヲ記載シ之ヲ犯人ノ氏名ノいろは順ニ依テ一定ノ場所ニ配置シ再犯者ヲ探ル毎ニ其札ノ端ニ下ケアル紐ヲ引イテ之ヲ引キ出スカ故ニ或ハ此

既決犯罪表ニ付スルニ索引ノ名ヲ以テシタルナラム然レトモ余ハ未タ索引ノ名稱ノ因テ出ツル原因ヲ研究セサルカ故ニ深ク之ヲ知ラサルナリ此索引ハ再犯ヲ證明スルニ付テハ極メテ至便ノ方法ナリト雖トモ是レ唯警視廳ニ於テ此方法ヲ用ユルニ過キサカ故ニ東京地方裁判所管内又ハ東京附近ノ管内ノ前科ニ付テハ索引ノ力ニ因テ以テ能ク再犯ノ證明ヲ爲スヲ得ト雖トモ少ク東京ヲ距ル遠キ裁判所ノ前科ノ證明ニ至テハ到底此索引ノ力ニ因ルヲ得ス且ツ索引モ犯人ノ姓名ニ偽リナキトキニ於テハ確實ノ證明方法タルヲ得可キモ犯人カ偽名ヲ稱スルニ及ンテハ到底索引モ亦其用ヲ爲スモノニ非サルナリ要スルニ既決犯罪表並ニ索引ハ犯人カ其姓名ヲ偽ラサルヲ以テ必要條件ト爲スモノナレハ犯人ノ如何ニ因テ以テ或ハ前科ノ證明ノ用ヲ爲シ或ハ前科ノ證明ノ用ヲ爲サ、ルナリ若シ犯人偽名ヲ稱スルニ至テハ到底此二者ノ方法ヲ以テ前科ノ證明ヲ爲スコトハ全ク能クスカラサルノ事業ニ屬ス四五年前ヨリ司法省ニ於テ犯罪人人名

辭書ヲ作レリ此辭書ノ目的ハ全國ノ既決犯罪表ヲ全國ノ裁判所ニ共通セシムルニ在リ其方法ハ即チ全國ノ裁判所ヨリ一定ノ方式ニ從フタル確定判決ノ表ヲ徵收シ犯人ノ姓名ノいろは順ニ從フテ毎年一冊ノ辭書ニ編製シ毎年之ヲ全國ノ各裁判所ニ分配スルナリ故ニ當年ノ前科ニ付テハ全國ノ各裁判所之ヲ知ルコト能ハスト雖トモ前年以上ノ前科ニ付テハ各裁判所ハ此辭書ニ因テ以テ犯人ノ姓名ヲ搜索スレハ忽チニシテ前科ノ證明ヲ爲スヲ得ルナリ此辭書ハ全國ノ既決犯罪表ヲ一括シテ之ヲ全國ノ各裁判所ニ分配シタルモノニ異ナラサルナリ此ノ辭書ハ索引又ハ從前ノ既決犯罪表ノ力ヲ借ルヲ要セスト雖トモ當年即チ辭書編纂以後ノ前科ニ付テ之カ證明ヲ得ル能ハサルハ即チ此辭書ノ弊害ナリ又タ犯人カ其姓名ヲ偽ラサル場合ニ非サレハ辭書ノ目的モ亦之ヲ達スルコト能ハサルヲ以テ其弊害ハ則チ索引又ハ從前ノ既決犯罪表ニ同キナリ若シ夫レ犯人其姓名ヲ偽リ其前科ヲ自白セサル場合ニ於テ猶ホ能ク其犯人ノ前科ヲ證明スルヲ得

ルノ方法ニ至テハ今日未タ之カ發明ヲ爲シタル者アルヲ聞カス然レトモ刑法ハ改正セラレ再犯加重ノ規則ハ嚴酷ナルニ至テハ爾來犯人ノ自白ハ之ヲ望ム可カラサルヲ以テ犯人ノ自白ニ因ラスシテ其前科ヲ證明スルノ方法ヲ考究スルハ即チ刑法改正ニ伴フ所ノ急務ナリトス余前年佛國ニ遊ヒ巴里ノ警視廳ニ於テ新ニ發明シタル前科證明ノ方法ヲ實行スルヲ見タリ其方法ハ則チ犯人ノ自白ニ因ラスシテ而シテ能ク前科ノ證明ヲ得ルニ付キ最モ確實ナル所ノモノナリ今其方法ノ大要ヲ掲ケテ以テ之ヲ讀者ニ示サントス讀者又タ此方法ニ付キ更ニ一步ヲ進ミタル所ノ新案ヲ考出スルニ至ラハ吾國ノ爲メニ著シキ利益トナル可シ

千八百八十五年十一月二十二日羅馬ノ美術館ニ於テ開ク萬國監獄協會ニ於テ佛國政府派出員アルフオンスベルチヨン氏ノ爲シタル演說ノ大要ヲヲ記載ス可シ

骨格特徵

(一) 本問題ノ概論 余輩ハ虚偽ノ身分證書ヲ有スル再犯人ノ認識ヲ爲スニ付キ一種ノ方法ヲ有スルモノナリ

其方法ハ骨格ノ特徴ヲ根據トスルニ在リ即チ検査ニ係ル被告人ノ骨格上ニ付テ必要ナル部分、身丈、中指、足ノ長サ、頭ノ長サ、及ヒ廣サ等ヲ試験スルノ方法ナリ

然レトモ此方法ノ詳細ヲ説クニ先チテ人ノ体格ノ同一ヲ知ルノ問題ニ付テ一言スルノ必要アリ

犯人カ新ナル罪ヲ犯シ裁判所ニ出ツルトキハ必ス先ツ其實名ヲ秘シ初犯ノ人ノ姓名ヲ借リシコトヲ勉ムル者多シ如斯ニシテ能ク再犯ニ科スル所ノ加重刑ヲ免ル、加重 刑ハ各國ニ於テ多少異ル所アリト雖トモ或ハ法律ニ於テ一定ノ重刑ヲ命スルコトアリ或ハ長期短期ノ範圍ヲ設ケテ裁判官ヲシテ適當ナル低度ノ刑ヲ科セシムルアリ殊ニ慣行犯ノ多數ハ他ノ犯罪

又ハ缺席裁判又ハ徴兵令違反ニ付テ捜査ノ目的タル者ナリ之ヲ換言スレハ慣行犯ノ多數ハ其前ニ犯シタル犯罪ニ付テ捜査セラル、モノナリト自信スルノ道理ヲ有スルモノニ非サルハナシ

如斯有様ニテ被告ハ數月間其實實ノ氏名ヲ自白スルヲ爲サスシテ遂ニ他ノ犯罪ノ訴追ヲ免ル、ヲ計ル者其數幾何ナルヲ知ラス

身分帳簿ニ記載シタル氏名ノ現在ハ其氏名ノ實際現存スルコトヲ確實ニスルニ足ルト雖トモ其氏名ノ者ハ果シテ逮捕セラレタル人ノ氏名ニ適合スルヤ否ヤヲ證明スル能ハサルナリ

犯人中ニハ互ニ其姓名ヲ交換スルヲ怠ラサルノミナラス時トシテハ名譽アル人ノ名稱ヲ盜ムコトアルアリ余ハ一例ヲ知ル再犯人カ新ニ逮捕セラレ、ニ當リ其以前ニ其犯人ノ爲メニ窃盜ノ害ニ遭フタル人ノ氏名ヲ詐稱スルヲ憚ラサル者アリ蓋シ此犯人ハ被害者カ認庭ニ於テ證言セシ際能ク其氏名ヲ記憶セシ者ナリ

外國ニ於テ逮捕セラレ又ハ外國人ノ身分ヲ詐稱スル國際犯人ハ如此詐術ヲ用フルニ及ハスシテ容易ニ再犯人ノ身分ヲ蔽フコトヲ得ルナリ凡ソ實際犯人ノ姓名ハ其稱スル所ノモノヲ以テ必然正當ナリト認メラレ他ニ其名稱ヲ調査スルノ方法ヲ有セサルナリ如此場合ニ於テハ各國間既決犯罪表ノ交換ハ顯著ノ進歩ヲ爲スニ相違ナシト雖トモ然レトモ是レ未タ完全ノ方法ト謂フヲ得ス若シ夫レ犯罪ノ營業者ニシテハ常ニ僞名ヲ稱スルノ注意ヲ爲スヲ以テ既決犯罪表ニテハ到底其犯罪ヲ發見スル能ハサル可シ余ハ固ヨリ現今行ハル、所ノ人相書ニ付テ言ヲ爲スモノニアラス現行人相書ニ於テハ顆圓キ方、顔永キ方、眼丸キ方等ノ人相ハ小説ノ領分ニ於テスルニ非サレハ決シテ犯人ノ認識ヲ爲ス可キモノニ非サルナリ唯骨格寸方獨リ能ク以上ノ弊害ヲ防クコトヲ得寫真ハ大ニ人相書ニ勝ルコト多シ然レトモ寫真ハ唯僅ニ一部分ノ目的ヲ達スルモノニ過キス巴里ニ於ケル經驗ニ依レハ十年間警視廳ニ於テ集メタル寫真ノ數十萬ニ及ヘ

リ

一犯人ヲ逮捕スル毎ニ一々此ノ十萬ノ寫真ヲ調査スルコトヲ得ルカ曰ク能ハサル可シ於此乎寫真ハ未タ能ク再犯人調査ノ目的ヲ達ス可キモノニ非ス今後モ亦タ今日迄ノ如ク寫真ヲ以テ再犯人ヲ求メントスレハ最モ狡猾ニシテ最モ重大ナル罪ヲ犯シタル再犯人ハ必ス寫真ノ不完全ヲ利用シテ容易ニ初犯人ノ假裝ヲ爲スコトヲ得可シ警察ノ探偵殊トニ監獄ノ監守ハ多少犯人ノ面貌ヲ知ルト雖トモ是レ實ニ巴里ニ於テスラ一ヶ月平均僅カニ二十人内外ニ過キス然ルニ骨格寸方ノ方法ヲ適用シテ以來實ニ此ノ數事ヲ覆スニ至リ許多ノ犯人ハ最早僞名ヲ稱フルノ無益ナルヲ知り其僞名ヲ捨テタル者多シ現ニ懲治場ノ監守ハ毎月僅ニ三名又ハ四名ノ僞名ヲ認ムルニ過キサルニ至レリ尙ホ今日ト雖トモ僞名ヲ稱スル所ノ犯人ハ久シク巴里ヲ離レテ僞名ヲ稱フルノ特別ノ理由ヲ有スル者ニ限レリ此方法ニ因テ毎月四十人以上ノ

犯罪ノ責任 責任ノ加重 現行刑法ノ再犯
再犯人ヲ發見スルコトヲ得タリ

(二) 此ノ方法ノ組立 是ヨリ新方法ノ組立ニ付テ一言ス可シ
予ハ前ニ一言セシコトアリ骨格ノ寸方ハ必ス各犯人ニ付キ其骨肉各部ノ
長短ヲ計ルニ在リト例ヘハ身丈頭ノ縦及ヒ横足ノ中指ノ長サ等即チ是ナ
リ余ハ此ノ方法ノ應用ヲ明ニスル爲メニ是迄十年間巴里ニ於テ集メタル
十萬ノ寫眞ヲ以テ再犯人ヲ調査スト想像セシニ必ス左ノ如キ結果ヲ生ス
ルヲ見ル可シ例ヘハ茲ニ十萬ノ寫眞アリ先ツ之ヲ男女ニ區別シ即チ一方
ニ於テハ男ノ寫眞ヲ陳列シ一方ニ於テハ女ノ寫眞ヲ陳列シ女ハ男ノ寫眞
ニ比シテ其數甚タ少ナキヲ以テ二萬ト假定シ尙ホ之ニ加フルニ二萬ノ幼
者アリト假定セシニ残り六萬ノ男子中身丈ヲ基本トシテ之ヲ三種ニ區別
ス可シ即チ身丈ノ小ナル者其數大凡二萬人トシ身丈ノ中ナル者大凡二萬
人身丈ノ大ナル者其數又々大凡二萬人ト爲シ今此三種ノ數ヲシテ大低平
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狭カラサル可カラス例ヘハ一メートル六
十二乃至一メートル六十七ニ當ル者ヲ以テ中丈ノ人ト爲シ一メートル六
十八ヨリ二メートルニ至ルマテノ人ヲ以テ身丈ノ大ナル者ト爲シ而シテ
一メートル六十一ヨリ一メートル内外ノ者ヲ以テ身丈ノ小ナル者ト爲ス
此ノ三種ノ區別ハ又々更ニ同一ノ原則ニ從テ之ヲ細別シ此ノ場合ニ於テ
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可シ
身丈ヲ三分シ而シテ尙ホ頭ノ丈ク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
ノ六千若干ニ付頭ノ横ノ寸方ニ因テ之ヲ三種ニ區別スルトキハ下ノ如シ
頭ノ横ノ小ナル者二千頭ノ横ノ中ナル者二千頭ノ横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ラス大ニ變更スルモノナ
犯罪ノ責任 責任ノ加重 現行刑法ノ再犯

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タ其三別シタル各自ニ付テ眼ノ色及ヒ腕ノ寸方ニテ之ヲ區別スルコトヲ得左スレハ頭ノ縦ノ寸方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余ト爲ル尙ホ更ニ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ノ犯人ハ或ハ假定セシ寸方

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シ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可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ノ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ノ人ヲ以テ一「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齢長スルニ及ンテ其身丈ニ付テ一「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シ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可カラサルニ至ルト

如此寸方ノ數字區別ノ境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可ナリ若シ身丈ノ大ナル部分ニ於テ之ヲ得ル能ハザルトキ

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可シ此ノ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ヲ以テスルモ容易ニ之ヲ行フコトヲ得可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ク又寸方ヲ受クル人モ人ヲ誤ラシムルナキヲ期ス可キ正確ノ方法ヲ用ヒサル可カ

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探ル支那律ニ於テ同時ニ數ケ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刑法此ノ規法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ケ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場合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刑法ト同一ナラス後ニ至リテ少シク論スル所アラム今假リニ刑法ノ名稱ニ付テ之レ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

前ニ於テ數ケノ罪ヲ犯シタル場合ヲ謂フ此場合或ハ時ヲ同フ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場合アリ其時ヲ同フ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 二ク以上獨立ノ犯罪アルコトヲ要ス 數罪中ノ各罪ハ必ス獨立シテ成立セサル可カラズ即チ一所爲ニテ一罪ヲ爲スモノ二ク以上成立スルヲ要スルナリ故ニ繼續犯ノ如キ又ハ加重ノ情狀ノ如キハ數罪ノ計算ニ入ル可キモノニアラサルナリ繼續犯ハ一犯罪成立ノ時間他ノ犯罪ニ比較シテ頗ル延長シテ一罪ヲ構成スルモノニシテ其時間如何ニ延長スルモ元ト是レ一所爲ノ延長ニ過キサレハ之レヲ以テ數ケノ罪ノ間斷ナク繼續スルモノト看做ス可キニ非サルナリ又々加重ノ情狀ニ於テモ然リ加重ノ情狀ハ一ノ獨立罪アリテ其罪ノ成立ニ付テ加重ス可キノ情狀即チ其情狀

ノミニテハ一罪ヲ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トモ是レ又々一罪ヲ以テ論ス可キモノニ非サルナリ例ヘハ監禁罪ノ如シ監禁ノ時間幾年月ヲ經過スルモ監禁ハ固ト一所爲ニ外ナラサレハ時間ノ延長ニ因テ以テ數罪ト爲ルノ理由アルナシ又々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ト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罪トノ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可キモノニアラサルヲ以テ數罪ノ場合ト混スルコトナキヲ要ス

第二條件 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ユル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ノ二罪俱ニ發シタルトキ即チ確定判決ナキ以前ニ同時ニ又ハ異時ニ發シタル場合ヲ謂フ元ト再犯ノ場合モ亦數罪俱發ノ場合モ二罪以上ノ成立アル所ヨリ之ヲ觀レハ共ニ同一ナリト雖トモ唯確定判決ヲ經テ後ニ他ノ罪ヲ犯シタルトキハ之ヲ再犯ト謂ヒ確定判決ヲ經スシテ更ニ他ノ罪ヲ犯シタルトキハ之ヲ數罪俱發ト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アリテ存スルナリ

以上二クノ條件ヲ具備シテ初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ク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二所爲アルニアラスト雖トモ其單一行爲ニシテ同時ニ數クノ法律ニ牴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クテ有形上ノ數罪俱發ト謂フ第二ノ場

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クノ犯罪行爲ヲ爲シ數度ニ同一法律又ハ數ク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ト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タ一法律又ハ數法律ニ牴觸スルモノタルコトヲ知ルハ至テ容易ナリト雖ト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ル所爲ヲ爲スコトヲ禁シ又ハ或ル所爲ヲ爲スコトヲ命シ因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又タ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シカ所有權ノ目的タル財物ノ數又ハ其種類如何ニ拘ラス侵害ノ數ハ即チ一度ニ過キサルヲ以テ是レ一罪タルニ過キサルナリ故ニ人ノ家宅内ニ入り一回ニ百圓ノ金時計、衣服ヲ合セテ之レヲ盜ムモ金時計、衣服ハ其屋ノ主人ノ所有權ノ目的タルニ過キサルヲ以テ一度ニシテ此數ク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ルナリ若シ二回又ハ三回ニテ金銭、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トキハ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シ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体ノ危害ヲ保證スルニ在リ故ニ身体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二回ノ危害ヲ與フレハ是レ又タ二回ノ毆打創傷罪ナリ於此論

者人ヲ毆打スルニ當リテ繼續シテ數クノ打撃ヲ加フルトキハ即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則チ數打撃ニシテ數罪ヲ構成ス可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非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可カラス若シ犯人ノ意思ハ被害者ノ身体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体ニ對シテ一ノ大ナル創傷ヲ爲スニ在ルヲ以テ大ナル一打撃ヲ加ヘタルニ等シキナリ人ニ對シテ一寸ノ創傷ヲ負ハシムル爲メ一回ニテ一寸ヲ傷クルモ二回三回ニシテ一寸ノ傷ヲ爲スモ理ニ於テ異ル所アル可カラス若シ之ニ反シ犯人ノ意思カ一ノ創傷ヲ爲スニ非スシテ數打撃ニ因リテ數ク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可シ

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ヲ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トモ是レ又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シク偽造貨幣ヲ製造スルハ少シ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則チ二回ノ侵害ヲ爲シタル者ト謂ハサル可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ク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トモ其發銃ノ結果三人ヲ殺シ他ノ三人ニ

負傷セシメタルトキハ是レ一所爲ニシテ三個ノ殺人既遂罪ト三個ノ殺人未遂罪トヲ發生セシメタルナリ若シ又懷胎ノ婦女ニ對シテ毒藥ヲ服セシメ而シテ死ニ至ラス僅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可キコトヲ疑フ者ナシト雖ト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ス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可キモノト謂ハサルナ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規則アリテ脫稅ノ罪ヲ犯シ一所爲ニシテ二法律ニ觸ル、者ハ又之ニ適用スルニ

數罪俱發ノ原則ヲ以テス可カラストセハ刑法ノ罰金ト證券印稅規則ノ罰金ハ必ス之ヲ併科セサル可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而已ヲ論ス可シト規定シ數罪アリテ數クノ法律ニ觸ル、場合スラ尙ホ且ツ一ノ重キ所爲ニ因テ處斷スト爲ス況ンヤ一所爲ニシテ數個ノ法律ニ觸ル、場合ニ於テ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ヲ謂フノ意ナラム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是レ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可カラス數個ノ法律ニ違反スルハ是レ即チ數罪アリト謂ハサル可カラス故ニ印紙再貼用罪ニ於テモ再貼用ノ所爲ハ單一ナリト雖ト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ク罰スル所ノ法律ヲ適用ス可キ而已刑法第百條ニ所謂ユル一ノ重キニ從テ處斷スル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較セシニ豫メ其輕重ヲ定ムルコトハ到底能ス可キノ業ニ非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非サルナリ例ヘハ一錢印紙ヲ再貼用シタリト假定セシニ刑法ノ規則ニ因リ二圓以上二十圓以下ノ罰金ニ處ス可キヲ以テ輕クモ二圓ノ罰金ヲ科セサルヲ得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相等ス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ノ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可カラス若シ之ニ反シ五圓ノ印紙ヲ再貼用シタリトセシニ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ル而已然ルニ證券印稅

規則ニ照ストキハ五圓ノ二十倍百圓ノ罰金ニ相等スルヲ以テ此場合ニ於テハ證券印稅規則ヲ以テ重シトシ刑法ノ規則ヲ以テ輕シトセサル可カラズ故ニ曰ク印紙再貼用ニ於ケル犯罪ノ輕重ハ全ク事實ノ問題ニ於テ適用ヲ異ニスルヲ以テ豫メ一定ノ原則ニ因リ其輕重ヲ定ムルコトヲ得サルナリ

以上ハ一罪ト數罪トノ標準并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可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ム

再犯加重ハ犯罪自体ニ於テ加重ノ情狀アルカ故ニ之ヲ加重スルニ非スシテ再犯人ノ身分普通ノ刑罰ヲ以テ甘ンス可カラサルカ故ニ加重ノ刑ヲ用ユルナリ於此乎再犯ハ二個ノ結果ヲ生ス

第一結果 再犯ニハ刑罰ヲ併科ス 再犯モ亦一種ノ數罪ニ外ナラス即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ルト是レ數罪俱發ノ場合ニ於テ全ク反對スル所ニシテ數罪俱發ノ場合ニ於テハ數罪ノ内重キ一罪ニ付テ處斷スルヲ以テ原則ナリトス決シテ各罪ニ對シテ刑ヲ併科スルニ非サルナリ

第二結果 再犯ノ場合ニ於テハ刑罰ヲ加重ス 再犯ニ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科スト雖ト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元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從テ未ダ刑罰ノ威嚴ヲ味フタル者ニ非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可キヲ知テ一罪ニシテ而シテ忽チ其犯罪ヲ罷メタル可シトノ推測ヲ爲スコトヲ得既ニ此推測ヲ爲スコトヲ得トセ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可カラスシテ社會ノ懈怠モ亦少シク之ヲ責メサル可カラズ故ニ數罪者ニ對シテハ刑法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可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ニスルコトヲ知ラサル者ナリ普通ノ刑ニ甘ニスルコトヲ知ラサル者ニ對シテハ管ニ刑罰ノ併科ノミニテ安ニス可キニ非ス宜敷普通ノ刑ヨリ重キ刑ヲ以テ罰ス可キノ必要

アルナリ

夫レ再犯者ト數罪者ハ同一ノ原則ヲ以テ之ヲ支配ス可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ユ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左ノ如シ

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則チ數罪ノ場合ニ於テハ數刑ヲ併科スルハ刑法ノ原則ニ適合スルモノナリト謂フヲ得可シト刑法ノ純理ヨリ觀察スレハ一罪ニ付テ一刑ヲ科ス可キヲ以テ數罪ニ對シテ數刑ヲ科スルハ自然ノ結果ナルカ如シ若シ夫レ數罪中其重キ一罪若クハ二罪ニ對シテノミ刑罰ヲ加フ可シトセハ餘罪ハ之カ爲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ニ付テノミ制裁ヲ受クレハ即チ足レルヲ以テ輕キ所爲ハ法律上全ク之ヲ罰セサルニ至ルト謂

フテ得可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アル歟然ニ單ニ重キ一罪ヲ罰スルニ止マルトセハ犯人ハ一罪ヲ犯スモ罰セラレ又數罪ヲ犯スモ同一ニ罰セラル、ヲ以テ寧ロ一罪ニ付テ一刑罰ヲ受クンヨリ數罪ヲ犯シテ一刑罰ヲ受ク他ノ輕キ餘罪ヲ利得スルニ若カストナシ喜ンテ犯罪ノ數ヲ増スニ至ラン是レ即チ犯人ニ獎勵スルニ犯罪ヲ以テスルノ方法ナリト謂ハサル可カラス故ニ併科主義ハ寧ロ刑法ノ純理ニ適シ大ニ犯罪ノ數ヲ減スルノ希望アリト謂フテ得可シ然レトモ併科主義ニ於テハ必ス二個ノ弊害アルヲ免レス

(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罹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可カラサルヲ以テ如此場合ニ

ハ併科主義ヲ適用セント欲スルモ到底爲シ得可キノ業ニ非サルナリ論者或ハ曰ハシ一人ニ對シテ數個ノ死刑ヲ執行スルコトハ實際上能クス可キノ業ニ非サルナリ然レトモ一罪ハ死刑ニ當リ他ノ罪ハ自由刑ニ當ルトキハ初メニ自由刑ヲ執行シ後其終ルヲ俟テ更ニ死刑ヲ執行セハ死刑ト自由刑ノ併科ヲ爲スコトヲ得ルナリト然レトモ是レ又誤レリト謂ハサル可カラス若シ自由刑中無期ノモノアリタルトキハ死セサレハ則チ自由刑ノ執行ヲ了リタルモノト謂フ能ハサルカ故ニ無期ノ自由刑ノ了リヲ知ルニ付テハ必ス其死ヲ見サル可カラス然ラハ無期ノ自由刑ハ死ニ至テ後ニ已ムヲ以テ其後ニ至テハ死刑ヲ執行セントスルモ是レ猶ホ二個ノ死刑ヲ執行スルカ如ク實際上能クス可カラサルナリ故ニ併科主義ハ或ル場合ニ於テハ之カ實行ヲ爲ステ得可シト雖トモ到底總テノ刑罰ニ通シテ之ヲ適用スルコトヲ得可キモノニ非サルナリ

(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シ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可カラサルカ故ニ屢々重大ノ一犯罪ニ科スル刑罰ヨリモ尙ホ重キ罰ヲ科スルノ弊害アリ例ヘハ違警罪ハ犯罪ノ最モ輕キモノナリ勾留十日ノ犯罪ヲ三十度犯シタリトセシ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四百廿五條ノ違警罪目ニ記載スル所ノ犯罪ト罪人隱匿罪ト同一ニシテ論スルノ理アラムヤ又例ヘハ竊盜罪ノ如シ竊盜ノ三十犯アリト假定セヨ假リニ一犯ヲ一年ナリトセハ三十年ノ重禁錮ニ處セサル可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トモ之ニ科スルニ二倍ノ有期徒刑ヲ以テスルノ理アラムヤ是レ豈ニ犯人ニ對スルノ刑酷ニ失シテ而シテ刑法ノ精神ニ反スルモノニ非スシテ何ソヤ若シ立法者ニ於テ豫メ法律ニ因リ重罪、輕罪、違警罪ノ區別ヲ爲サハ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可シト規定シタル以上ハ輕罪ニ對シテ重罪ノ刑ヲ適用スルノ理由ナク違警罪ニ對シテ輕罪ノ刑ヲ適用スルヲ得サルヤ判然ナリ然ルニ之ヲ適用セントスルハ是レ即チ刑法ノ精神ニ反スルモノト謂ハサルヲ得ス

第二吸收主義 吸收主義ハ數罪中最モ重キ所爲ニ對シテ刑ヲ科シ他ノ輕キ所爲ハ盡ク重キ所爲中ニ吸收スルモノナリト謂フニ在リ是レ佛國刑法及ヒ吾現行刑法ノ採用スル所ノ主義ナリトス此主義ニ因レハ併科主義ニ於ケルカ如キ弊害ヲ見ルコトナシト雖ト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ニ付テノミ之ヲ罰シ輕キ所爲ハ悉ク重キ所爲中ニ吸收スルモノナリトシテ之ヲ不問ニ付スルトキハ即チ犯人ハ好シテ數罪ヲ犯スニ至ルノ弊害ヲ生ス即チ犯人ハ一罪ヲ犯シ

テモ罰セラレ數罪ヲ犯シテモ其罰等シキトキハ一罪ノ利益ニ安ンセシヨ
 リハ數罪ヲ犯シテ數個ノ利益ヲ收ムルニ若カスト爲サン是レ法律ハ吸收
 主義ヲ用井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可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 是レ則チ第一ノ併科主義ヲ制限シテ其弊害ヲ防キ數
 罪ノ各所爲ヲ罰シテ而シテ第二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ケノ罪
 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ン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
 ノ刑ヲ以テスルナリ左レハ幾個ノ犯罪成立スルモ之ヲ混一ニシテ特別刑
 ヲ以テスルトキハ即チ各犯罪ノ輕重ニ比例シテ而シテ多少刑罰ノ之ニ伴
 フヲ見ルナリ而シテ其特別刑ハ犯罪ノ輕重ニ應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非ス例ヘハ重罪ト輕罪ノ數罪ヲ犯シタル
 トキハ其重罪ノ重キ刑ヲ以テ標準トシテ其刑ニ加フルニ其刑ノ二分ノ一
 又ハ三分ノ一ノ刑ヲ以テシテ其重罪ノ本刑ニ其本刑ノ二分ノ一又ハ三分
 ノ一ヲ加ヘタル刑ヲ以テ總テノ數罪ヲ罰スルカ故ニ重罪ノ本刑ノ二分ノ
 一若クハ三分ノ一ノ刑ハ是レ他ノ重罪外ノ犯罪ニ科スル所ノ刑ニ外ナラ
 ス而シテ刑法ハ重罪ノ刑ニ加フルニ其刑ノ二分ノ一又ハ三分ノ一ノ刑ヲ
 以テスルコトヲ許ストキハ即チ刑法ハ重罪ノ本刑ニ其二分ノ一又ハ三分
 ノ一ヲ加ヘタル特別刑ヲ制定シタルモノナリト謂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、所ノ刑法殆ント其軌ヲ一ニスト雖トモ獨リ罰金ノ刑ニ至テハ國ニ因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モノハ獨逸、白耳義、和蘭ナリ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可キ刑ニ其刑ノ二分ノ一ヲ加ヘタル特別刑ヲ以テ數罪ノ混一罪ニ

科スルコト、爲セリ此主義ヤ一罪ニ付テ一刑ヲ科ス可シト謂フノ原則ハ能ク之ヲ貫徹セシムルコトヲ得ト雖トモ全ク何等ノ弊害ヲモ之ナシト謂フ可キニ非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可キ刑ニ其刑ノ二分ノ一ヲ加ヘタルモノヲ以テ之ヲ罰ス可シトセハ犯人ハ實ニ數罪ヲ犯スノ不利益ヲ知ルカ故ニ或ハ數罪ヲ獎勵スルノ弊害ハ能ク之ヲ除クコトヲ得可シト雖トモ然レトモ犯人ニシテ數罪ヲ犯シタル場合ニ於テ必ス特別刑ノ重キ刑ニ處セラレ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凡テノ場合ニ於テ生スル所ノ弊害否ヲ寧ロ犯人ノ辯護權ナレハ其陰蔽セシ一罪ヲ發覺セシムルノ技量アル判事ハ數罪アル場合ニ於テ其數罪ヲ發覺セシメサルノ理由之アル可カラサルナリ然ラハ則チ犯罪ノ陰蔽ハ總テノ場合ニ於テ生スル所ノ弊

害ナレハ決シテ特別刑ヨリ生スル所ノ特殊ノ弊害ナリト謂フヲ得サルナリ又論者ハ罰金ノ併科ニ付テ制限ナキヲ以テ或ハ犯人ノ財産ヲ蕩盡スルノ弊害アリト謂フ然レトモ現今吾日本ニ行ハル、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原則ヲ適用スル場合殆ント稀ナリ大抵ノ場合ニ於テハ罰金ノ併科ヲ以テ原則ト爲スモノ、如シ酒造稅則精酒法違反ノ如キニ至テハ一萬圓以上ノ罰金ヲ科スルコト其例甚々尠シトセス然レトモ如此巨額ノ罰金ヲ科スルニモ拘ラス尙ホ且ツ稅則ヲ犯シテ已マサルモノハ罰金ノ高額必スシモ犯人ノ財産ヲ蕩盡スルノ弊害アリト謂フ可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ヲ見ルコトナクハ則チ改正刑法ノ併科主義ヲ勵行スルニ於テモ亦弊害ヲ生スルノ恐れナキヤ知者ヲ俟テ而シテ後ニ之ヲ知ラサルナリ

現行刑法ノ數罪俱發

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(第一)刑罰ニ關スル俱發例ノ適用(第二)ハ犯罪ニ關スル俱發例ノ適用即チ是ナリ

第一款 刑罰ニ關スル俱發例ノ適用

刑罰ニ關スル俱發例ノ適用

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ヨ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可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可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因リ最モ重キ毆打創傷罪ヲ罰ストセハ官吏侮辱罪ニ於ケル附加刑ノ罰金又ハ詐欺取財ニ於ケル附加刑ノ罰金、監視ハ主刑ト共ニ吸收セラル、カ將タ毆打創傷罪ニ附加シテ之ヲ科ス可キカ是ヨリ此二問ニ付テ説明スル所

アラムトス

第一問 如何ナル方法ニ因リテ刑ノ輕重ヲ定ム可キヤ 本問題ヲ決スル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吾刑法ノ原則ニ因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假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可カラス例ヘ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ヶ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ヶ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可キナリ

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も重キモノトシ之ニ次クモノヲ有期刑トス又之ニ次クモノヲ重懲役トス其最も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)獨リ死刑ハ刑ノ最も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も重シト爲スノ規定ヲ設ク可キナリ然ルニ現刑法ニ於テ刑ノ輕重ヲ比較ス可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

單ニ自由刑ニ付テ而已輕重ノ標準ヲ定メタルハ未タ以テ完全ナル規定ナリト謂フ可カラサルナリ第百條第二項ニ曰ク「重罪ノ刑ハ刑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爲スニ至ル可シ元ヨリ死刑ノ自由刑ヨリ重キハ刑ニ規定ヲ用ユルノ必要ナキカ如シト雖トモ刑ノ輕重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、ルハ法律ノ瑕瑾ナリト謂ハサル可カラス

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而已トス從テ輕罪ニ付テハ唯刑期ノ長短ノミヲ以テ刑ノ輕重ヲ定ムルコトヲ得ス若シ刑期ノ長短

ノミニ因リテ以テ刑ノ輕重ヲ定ムルコトヲ爲サハ罰金ノ場合ニ於テハ到底其輕重ヲ知ル可ラサラントス於此乎刑法ハ輕罪ノ輕重ヲ量定スルニ付テ其標準ヲ刑罰ニ探ラスシテ而シテ之ヲ犯罪ノ事實ニ探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」ト因是觀之輕罪ノ刑ハ其禁錮タルト罰金タルヲ問ハス犯罪ノ情狀重シトスルモノヲ以テ之ヲ處斷スルカ故ニ若シ罰金ノ刑ニ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可カラサルノ結果ヲ生ス可シ然レトモ凡ソ人生ノ自由ハ其貴重ナルコト財產ニ比シテ霄壤モ管ナラサルナリ何人モ財產ヲ捨テ、以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、ル可ラス故ニ禁錮ニ係ル罪ト罰金ニ係ル罪ト

俱發シタル場合ニ假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可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、ル可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ヘハ無期徒刑ト無期流刑ニ係ルニク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レ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ナシ」ト故ニ現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忘ル、コトアル可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アルコトアリ想ハサル可カラサルナリ

刑罪ニ付テハ定役ノ有無ニヨリ刑ノ輕重ヲ定メテ而シテ輕重ニ付テハ別ニ此規定ヲ設クス即チ輕重ニ付テハ刑罰ニ因テ以テ其輕重ヲ較ル可カラサルモノアルヲ以テ犯罪ノ情狀ニ因テ以テ之カ輕重ヲ定メタルナリ第百條第三項ニ曰ク「輕罪ノ刑ハ所犯情狀重キモノヲ以テ重シト爲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ヲ以テ重シトシ定役ナキ輕禁錮ヲ以テ輕シトナサ、ル可カ

ラス從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可シ然ルニ刑法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罪ニ付テハ此規定ヲ爲サ、リシハ抑モ常理ニ反スル所ノ規定ニ非サルナキヲ得シ乎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モハ各本條ニ定ムル所ノ刑罰ハ容易ニ其輕重ヲ知ル可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ヘハ竊盜罪ト官吏侮辱罪ト俱發シタルトキハ共ニ重禁錮ノ刑ニ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四百四十一條ニ於テ一年以上四年以下トス若シ竊盜ノ

最モ重キモノト官吏侮辱罪ノ最モ輕キモノト併發シ又ハ竊盜ノ最モ輕キモノト官吏侮辱罪ノ最モ輕キモノト併發シタルトキ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キト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ヲ得ク而シテ官吏侮辱罪ハ一年以下ノ重禁錮ニ處セラル可シ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可シト爲シタルナリ

第二問題 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、ヤ本問題ヲ按スルニ凡ソ裁判官ハ只法律ヲ適用スルノ職權ヲ有スルノミニシテ如何ナル場合ニ於テモ法律ヲ制

定スルノ權利ヲ有スルモノニアラサルナリ數罪俱發ノ場合ニ於テ重キ刑ニ附加刑ヲシテ輕キ刑ニ附加刑アリタルトキ獨リ重キ刑ノミヲ科スルトキハ犯人ハ不當ニ輕キ刑ノ附加刑ヲ免ル、ノ恐ナシトセス然レトモ主刑ニ附加スル附加刑ハ是レ主刑ト附加刑トヲ併セテ不可分ノ一刑ヲ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而已ヲ採リテ之レヲ重キ主刑ニ附加セントスルトキハ即チ裁判官ハ不可分ノ刑ヲ分離シテ一ノ刑罰ヲ制定スルモノナリ是レ裁判官ノ職務外ニ馳スルモノナリ輕キ刑ノ附加刑ハ犯人ニ於テ之ヲ免ル、ヲ得ルハ其主刑ヲ免ル、ノ結果ニ出ツルヲ以テ別ニ不當ニ附加刑ヲ免ル、モノナリト謂フヲ得ス

然レトモ沒收及ヒ徵收處分ニ付テハ前ト同一ニ論ス可カラサルモノアリ刑法第三百三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收ノ處分ハ各本法ニ從フト因是觀之附加刑ハ原則上其主刑ト共ニ吸收セラ

ル可キモノナリト雖モ獨リ沒收及ヒ徵收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收處分ハ主刑ト一致シタル不可分ノ附加刑ニ非スシテ或ル犯罪ニ付テ特科スル所ノ獨立ノ附加刑ナレハ裁判官ハ之ヲ科スルノ場合アレハ假令主刑ニ於テ何等ノ附加刑ナシト雖トモ獨リ沒收徵收ノ附加刑ヲ科スルコトヲ得ルナリ即チ沒收及ヒ徵收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トモ是レ其輕キ犯罪ヲ以テ犯罪ニ非スト爲シ又犯人ヲ以テ其責任ナキモノナリト爲スニ非サルナリ若シ輕キ刑ハ犯罪ニ非ス其犯人ハ責任ナキモノトセハ其犯罪ニ特科ス可キ沒收及ヒ徵收ノ附加刑モ亦之ヲ科スルヲ得サルニ至ル可シ故ニ刑法ハ輕キ犯罪モ亦之ヲ犯罪ナリト斷スト雖ト

モ只之ニ科スル所ノ主刑ヲ免シ輕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

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可キカ重罪輕罪ニ
對シテハ例外ナク此原則ヲ適用ス可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アリテ存スルカ元來
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

ミテ科シテ他ノ輕キ刑ヲ科セサルトキハ犯人ハ屢々違警罪ヲ犯シテ不當
ノ利益ヲ獲ルノ場合は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販賣シ
タル者ハ十錢以上一圓以下ノ科料ニ處セラル可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マルトキハ犯
人ハ一圓ノ科料ニ甘ンシテ而シテ屢々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如此違警罪
ニ付テ吸收主義ヲ探ルトキハ即チ到底禁制命令ノ勵行ヲ期スル可カラサ
ルニ至ルヲ以テ刑法ハ違警罪ニ付テ併科主義ヲ探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、ノ恐ナク又資産ヲ倒破ストノ弊害ヲ
見タルコトナシ但シ併科主義ハ唯々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因リ輕キ違警罪ノ刑ハ輕キ重罪又ハ輕罪ノ刑ニ吸收セラレズンハアラサルナリ

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トモ刑法ニ於テ別段ノ規定ヲ設ケサル限リハ常ニ數罪俱發ノ原則ヲ適用スルコトヲ得可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 或ル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臨時暴行脅迫ヲ加ヘ因テ墮胎ニ至ラシメタル場合凡ソ此

等ノ場合ニ於テ刑法ハ數罪俱發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

第三節 數罪俱發ノ效力

數罪俱發ノ效力ハ之ヲ二段ニ區別シテ論ス可シ

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ヲ同時ニ訴ヘタルトキハ同一裁判所ニ於テ同時ニ之ヲ訴フルコトヲ得可シ數罪ヲ別時ニ訴フルコトアリ即チ既ニ一罪ノ訴アリテ未タ其判決ヲ下サス又ハ其判決確定セサル前更ニ他ノ罪ヲ訴フルコトアリ此場合ニ於テ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

公訴權ニ關スル場合

數罪俱發ノ效力

提起同時ナリト又別時ナリトニヨリ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往々之カ誤解ヲ爲シ同時ニ數罪ヲ訴ヘタルトキニ非サレハ俱發例ノ原則ヲ適用シ又タ併合審理ノ原則ヲ適用スルモノニ非スト信スル者ナキニアラス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論ス然レトモ俱ニ發スルトハ同時ニ發スルトノ意味ニ非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ヲ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百十二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テ判決ヲ經サル以前ノ犯罪ニ屬ス故ニ若シ一罪以

上ニ付テ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判決ヲ經タル犯罪ト判決ヲ經サル犯罪トノ關係ヲ定ムルニ在リ如此判決ノ前後ニ於テ數罪併發シタルトキハ前後ノ數罪ハ特別ニ罰ス可キカ將タ單ニ重キ一罪ニ付テ罰ス可キ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レヲ論セス其重キモノハ之ヲ論シ前發ノ刑ヲ以テ後發ノ罪ニ通算ス」ト因是觀之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リ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而已ヲ執行スルナリ去レハ此場合ニ於テモ刑法ハ第百條ノ原則ヲ貫徹セシメント欲シタルニ過キスト謂フモ敢テ不可ナル所ナシ蓋シ

既ニ判決ヲ經タル罪ト未タ判決ヲ經サル罪トヲ比較シテ其輕キモノハ之ヲ論セスト謂フハ即チ數罪同時又ハ別時ニ併發シタルトキ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タ餘罪重キトキハ更ニ之ヲ罰シテ前發ノ刑ニ通算スルト謂フハ前發ノ罪ニ科シタル刑ト後發ノ重キ罪ニ科シタル輕キ刑トヲ合算シテ前發ノ輕キ刑ヲ引キ去リタル刑ヲ執行スルヲ謂フ即チ前發ノ刑ニ加フルニ後發ノ刑ノ重キ部分ヲ加ヘタルモノヲ執行スルノ謂ナレハ是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ナリトシ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則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異ル所ナキヲ以テ若シ此二罪同時又ハ別時ニ發覺スルコ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刑ニ當ル罪ハ吸收セラル、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タ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者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々前發ノ判決モ既ニ確定シ而シテ後發ノ罪ヲ裁判スルニ當リテ前發ノ罪アルコトヲ知ラスシテ直ニ判決ヲ下シ而シテ其判決又タ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タノ確定判決アルヲ以テ檢事ハ二タ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必ス之レヲ執行セサル可ラサルカ故ニ二タノ判決確定シタルモノアリタルトキハ檢事ハ二タノ判決ニ付テ共ニ之レヲ執行セサル可カラス檢事ハ判決ノ執行ニ任スルモノニシテ之レカ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而シテ後發ノ刑確定シ之レカ爲メニ犯人ハ判決ノ執行ヲ受ケサル可カラスト謂フニ至リテハ甚タ穩當ヲ欠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ヲ得ス之ヲ換言スレハ若シ裁判所ノ注意周到ニシテ餘罪ノ發覺ニシテ前發ノ罪ニ付キ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可キナリ然ルニ裁判所カ前發ノ刑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テ科シタル刑ノ執行ヲ受ケサル可カラスト謂フハ則チ犯人ハ裁判所ノ過失ノ爲ニ不當ノ責任ヲ負ハサル可カラサルニ至ル豈ニ如此ノ理アラムヤ故ニ此ノ如キ場合ニハ裁判所ハ道理以上ノ慣例ヲ設ク檢事ニ於テ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覺シタル數罪ニシテ判決ノ前後ニ於テ發覺シタル

ル場合ヲ規定シタルモノナリ

若シ一罪以上ニ付キ判決ヲ經タル後更ニ罪ヲ犯シ其犯罪ニ付テ公訴起リタル時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可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タ發覺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」ト例ヘハ明治廿七年一月一日ニ甲乙ノ初犯アリ而シテ二月ニ於テ唯タ甲罪ニ付テ而已確定判決ヲ經タリ廿八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廿七年一月ノ乙罪モ發覺セリ此乙罪ハ即チ甲罪ノ餘罪ナリ如此餘罪ハ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之ヲ吸收セラルハニ至ル可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二百二條第一項ノ原則ニヨレハ前發ノ刑ヲ以テ後發ノ刑ニ通算スルヲ以テ原則ト爲スト雖モ餘罪ニシテ再犯ノ刑ト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刑ニ拘ハラス悉ク之ヲ執行スルナリ之ヲ詳言スレハ前發ノ刑ト後發ノ刑トヲ併セ執行スルナリ此規則一見甚タ第二百二條第一項ノ規則ト牴觸スルカ如キ感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ス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タメニ大ナル利益ヲ獲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サル可カラス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

テ輕クスルニ至ルノ結果ヲ生ス豈ニ如此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雖トモ犯人ハ決シテ不當ノ利益ヲ受ク可キニアラス故ニ第二百二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可キモノト爲シタ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則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可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元ヨリ數罪俱發ノ原則ニ牴觸スルノ理由アラサルナリ

刑法ニ於テ屢々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即チ此罪ニ對シテ刑ヲ科スル能ハス既ニ刑ヲ科スルコト能ハストセシカ公訴權ノ目的ヲ失ヒ其結果ハ即チ其罪ヲ處斷スルヲ得サルニ至ル可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タ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タ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クストセシカ十年百年ヲ經過スルモ終ヒニ公訴權ノ消滅スル期ナカル可シ公訴權ノ消滅ハ如此法律ノ規定ヲ要スルモノトセハ刑法第百二條ニ於テ輕キ若クハ等シキ罪ニ付テ其ノ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タ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ラス公訴權發生シ而シテ一旦

發生シタル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ザル以上ハ檢事ハ常ニ公訴權ヲ執行シ裁判所ハ其ノ公訴ニ對シテ判決ヲ爲スノ義務アリ故ニ犯罪同時若クハ別時ニ發覺シタルトキハ同時ニ其ノ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り公訴權消滅スト謂フノ理アラムヤ且ツ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テ輕キ若クハ等シキ罪ノ公訴權ハ消滅スト記載セザルヤ又何ニ由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タ疑ヲ容レサルナリ之ヲ要スルニ餘罪ノ輕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可キ場合ニ於テハ縱令主刑ヲ科ス可キ罪ハ輕キ若クハ等シキモ尙ホ

公訴權ヲ執行スルコトヲ得可シ

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トス

(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ヘ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非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可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而シテ明カナリ

(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犯罪アリテ而シテ之ヲ訴フルコトヲ得サ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ジ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非スシテ何ソヤ

(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トモ又タ更ニ上訴ニ依テ以テ無罪ヲ主張スルノ利益アリ若シ又タ無罪ノ判決ヲ受ケタルトキハ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然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何レノ日カ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

以上論スル如ク後發ノ餘罪ノ公訴權消滅ストノ説ハ道理上ニ於テモ亦タ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ツ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テ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タ其罪ヲ論セスト記載スルコトアリト雖ト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之ヲ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

一犯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元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可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ルナリ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撰ンテ之ヲ執行ス可キナリ之ヲ換言スレハ裁判官ハ數罪ノ輕重ニ應シテ數刑ノ適用ヲ爲スニ止マリ而シテ檢事其適用シタル刑ノ重キモノヲ撰テ

犯罪ノ責任 數罪ノ責任 數罪俱發ノ效力

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當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モノニ過キサルモノニ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裁決ヲ左右スルノ權アルモノナリト謂ハサル可カラズ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則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可カラサルナリ檢事ハ其判決中重キ刑ノミヲ撰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可カラストセシカ忽チニシテ數罪俱發ノ原則ニ違反スルニ至ル可シ刑法ハ嚴ニ數罪俱發シタルトキハ一ノ重キニ從テ處斷ス可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タ以テ適當ニ其職務ヲ行フタルモノナリト謂フヲ得サルナリ之ヲ約言スレハ檢事ハ裁判所ノ言渡ヲ其儘ニテ執行セシ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撰ンテ之ヲ執行セシカ其職權ノ範圍外ニ出ツルヲ如何セム如斯場合ニ於テ實際檢事ハ如何ナル處分ヲ爲ス可キカ是レ刑法ニ於テモ亦刑事訴訟法ニ於テモ一言ノ規定ナキ所ニシテ實ニ法律ノ欠典ナリトスル所ノモノナリ法律ノ欠典アル場合ニ於テハ普通ノ道理ニ照シ法律ノ精神ヲ汲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ルモ刑法ノ精神ニ背カサルノ方針ヲ採ラサル可カラ

ス於此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基キ唯其重キ刑ノミヲ執行ス可キ而已是レ現在行ハル、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俱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可シ例ヘハ甲裁判所ニ於テ竊盜罪ニ付テ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期ハ一年ニシテ乙裁判所ノ刑ハ二年ナリト假定セシニ此二刑ヲ併合スルモ三年ニ過キサ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タ竊盜本刑ノ最長期ヲ超ヘタリト謂フ可カラス故ニ二個ノ刑ヲ執行スルコトヲ得可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此論甚タ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顧ミサルトキハ二個ノ確定判決ハ其刑期ノ如何ニ拘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

共犯ノ責任

第七章 共犯ノ責任

第一節 總論

一人ニテハ一罪ヲ犯スルモ亦一罪ヲ犯スル



共犯トハ二人以上同一ノ意思及ヒ同一ノ目的ヲ以テ或ル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意思同一ノ目的ヲ以テ二人以上連帶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ニ於テモ犯罪ノ構成上又ハ犯罪ノ責任上毫末ノ差異アル謂レナシサレ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ノ共犯人ヲ以テ一人ト看做シ之ニ科スルニ同一ノ刑ヲ以テシテ可ナリ別ニ數人共犯ノ原則ヲ設クルノ必要ナ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

犯罪ノ責任 共犯ノ責任 總論

法カ犯人ノ責任ヲ定ムルヤ常ニ其社會ニ及ホス犯罪危害ノ程度ニ從フモ
 ノナレハ一人ニシテ一罪ヲ犯ス場合ト數人共同シテ一罪ヲ犯ス場合ハ社
 會ニ及ホス犯罪ノ危害同一ナラス則チ同一ノ犯罪ニテモ一人ニテ之ヲ行
 フタル場合ト數人ニテ之ヲ行フタル場合ハ社會ノ危害大ニ異ナル所アリ
 從テ犯人ノ責任モ亦一人ニテ同一ノ罪ヲ犯シタル場合ト數人ニテ同一ノ
 罪ヲ犯シタル場合トハ決シテ同日ヲ以テ論ス可カラサルモノアリ例ヘハ
 竊ニ強盜アリトセシ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
 亦全ク異ル所ナシト爲スカ均シク強盜ノ犯罪ナリト雖トモ一人ニテ強盜
 ヲ行フ場合ト數人ニテ強盜ヲ行フ場合ハ危害ノ程度決シテ同一ナルモノ
 ニアラサルナリ危害ノ程度同一ニアラストセシカ犯人ノ責任モ亦同日ヲ
 以テ論ス可カラサルヤ蓋シ看易キノ道理ナラム(一)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可キモノニアラストシテ或
 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可シ如此ハ豈ニ重
 法ノ本旨ニ適フタリト謂フ可クンヤ此ヲ以テ刑法ハ別ニ數人共犯ノ原則
 ヲ設ク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
 人ノ責任ヲ定メンコトヲ欲セシナリ
 以上ノ理由ハ以テ刑法カ特ニ數人共犯ノ原則ヲ設クルニ至リタル所以ヲ
 知ルニ足ラムカ於此乎(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為即チ是ナリ犯罪ノ實行ニ屬スル行為ヲ以テ直接ノ加擔行為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為ヲ以テ間接ノ加擔行為ト謂フ

第二 罪人ノ資格ヲ分チ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為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為ニ屬スル所爲ニ任シタル者ヲ名ケテ從犯ト謂フ

第三 犯人ノ責任ヲ分チ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行為ニ加擔シタル者ナレハ共犯中主タル責任ヲ負ハサル可カラス然レトモ間接ニ犯罪行為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者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レテ以テ正犯ヨリ多少輕キ責任ヲ負擔ス可キハ理ノ當然ナ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トセリ

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闢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意思ヲ以テ種々ノ行為ニ因リ單一ノ結果ヲ生セシムルニ付テ共同ヲ爲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如此原因ニ於テ一致シテ而シテ加擔ニ於テ區別アルハ即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シタル行爲ニ屬スト雖トモ各人ノ責任ハ可分ニシテ且ツ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可キハ當然ナリト雖ト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可カラスト

獨乙ノ刑法學者ニシテ此說ニ反對スル者二人アリ其一^人ヲビユ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方ハ實質上同等ナラサル可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衆合力ハ一犯罪ヲ構成スルニ付テ必要ナルモノナリ故ニ從犯ニ付テ特別ノ規定ヲ設ク

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^{ナリ}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可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ト謂ハサルヲ得ス余試ニ一例ヲ設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レヲ演スルコト能ハスト雖トモ(即チ數俳優ノ集合ヲ俟テ初メテ一演劇ヲ爲ス者ナリ)各俳優ハ其ノ演劇ニ付テハ各人特定ノ役技アリテ其ノ役技ノ範圍中ニアラサレハ動作ヲ爲スヲ得ス然ルニ一俳優其技ヲ誤リテ演劇全体ノ失策トナルモ其失策ハ他ノ總テノ俳優ノ失策ニ歸セサル可カラスト謂フカ其共犯ニ於テ亦タ然リ各犯人ハ共ニ犯罪ノ惡害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可カラス然レトモ各犯人ノ犯

罪全部ニ付キ同一ノ役技ヲ爲ス者ニアラス從テ同一ノ責任ヲ負擔スルモノニアラサルナリト

共犯ノ責任ニ付テ學者ノ議論夫レ如此分離セリ現刑法ノ規定ヨリ之レヲ論スレハガロオ氏ノ議論ヲ以テ正當ナリト謂ハサル可カラスト雖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祖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可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可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テ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少シモ異ル所ナシ未遂犯者ノ責任ト既遂犯者ノ責任相同シトスレハ正犯者ノ責任ト從犯者ノ責任モ亦相同シト謂ハサル可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事實ノ加擔程度同シカラサルモノアリトスルモ犯意ノ程度ニ至リテハ同一ナルヲ以テ各共犯人ニ於テ同一ノ責任ヲ負フ可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可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可カラサルノ結果ヲ生ス豈ニ如此ノ理アラムヤガロオ氏ハ共犯ノ犯罪ヲ以テ之ヲ一種ノ演劇ニ比較シ共犯人ヲ以テ其演劇ノ俳優ニ比セリ是レ比喩ヲ誤レルモノト云フ可シ一演劇ノ事實ハ複雑ノ所爲ヲ以テ之ヲ構成スルモノニシテ單純ナル一犯罪ト同視ス可キモノニ非サルナリ一演劇ノ事實中ニハ人ヲ殺ス者モアリ人ノ財ヲ奪フ者モアリ泣ク者アリ笑フ者アリ怒ル者アリ喜フ者アリ此數個ノ所爲ヲ演スルニ當リテ各俳優ハ其所爲ノ範圍内ニ於テ而已技術ノ責任ヲ負フハ當然ナリト雖トモ

犯罪ニ於テハ否ラス數個ノ共犯人ハ一罪即チ一所爲ヲ行ハントハ意思ヲ以テ其事ヲ決行シタルモノナレハ各共犯人ノ責ハ元ヨリ不可分ニシテ二三アル可キモノニアラサルナリ

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の加擔即チ是ナリ必要の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の加擔ニ在リトス刑法ニ所謂數人共犯トハ則チ此任意的ノ犯罪加擔ヲ指スモノナリ

犯罪ノ加擔

第二節 犯罪ノ加擔

加擔條件

第一款 加擔條件

現行刑法ニ於テ犯罪ノ加擔ヲ罰スルニ付テハ總テノ犯罪ニ共通ス可キ條件二アリ(一)有形上ノ條件(二)無形上ノ條件是ナリ

第一 加擔行爲ノ有形上ノ條件 加擔行爲ノ有形上ノ條件トハ犯人自ラ現實其犯罪行爲ノ實體ニ付テ力ヲ致シタル場合ノミヲ謂フニアラスシテ法律ニ於テ禁制シタル行爲ニ因テ以テ加擔ノ意思ヲ表明スルニ足ル可キモノアルトキハ皆有形上ノ加擔行爲アリト謂フナリ故ニ加擔行爲ハ唯犯罪ノ實體上ノ執行ニ付テ力ヲ致シタル場合ヲ指ス而已ニアラスシテ犯罪ノ原動者ト爲リテ原動力ヲ犯人ニ注入スルノ行爲モ亦之ヲ包含スルナリ此ノ條件ヨリ生ス可キ結果二アリ

第一結果 他人ノ犯罪行爲ヲ行フヲ見テ之ヲ官廳ニ告發セスシテ其犯罪ノ實行ヲ默過シタル者ハ犯罪ノ加擔者ヲ以テ論スルヲ得サルナリ

犯罪ノ責任 共犯ノ責任 犯罪ノ加擔

例へハ竊盜アリ群衆ノ中ニ於テ他人ノ物品ヲ拘摸セントス余之ヲ目撃シテ之ヲ官署ニ告發セスシテ竊盜ノ實行ヲ默過セリ此場合ニ於テ余ハ竊盜ノ加擔者ヲ以テ論セラル、モノニアラサルナリ

第二結果 犯罪ヲ行フ者アルヲ見テ之ヲ防止ス可クシテ故ラニ之ヲ防止セサルトキモ亦犯罪ノ加擔者ナリト看做スヲ得サルナリ例へハ犯罪ノ實行ヲ容易ナラシムルカ爲メニ其犯罪ヲ防止スルノ途ヲ知ルト雖トモ故ラニ之ヲ防止セサルノ行爲ハ道德上深ク尤ム可キモノナトト雖トモ刑法上之ヲ以テ犯罪ノ加擔者ナリト看做スヲ得サルナリ何トナレハ縱令犯罪ヲ容易ナラシムルノ意思ヲ有シテ之ヲ防止セサルトスルモ是レ唯々德義上爲ス可キノ行爲ヲ爲サ、ルニ過キスシテ刑法上ノ命令ヲ犯シタルモノニ非サルヲ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タ以テ犯罪ノ加擔アリト謂フヲ得サルナリ若シ犯

人ヨリ受ケタル財物其モノニシテ犯罪ニ關スルモノナルトキハ受贖罪アリト雖モ若シ其財物ハ犯人ノ所有物ニ係ルトキハ之ヲ受クルノ原因ハ不正ナリト雖トモ其行爲ハ敢テ刑法ノ禁スル所ニアラサルヲ以テ決シテ加擔行爲アリト謂フヲ得ス
之ヲ要スルニ犯罪ノ實行ヲ默過シ又ハ之ヲ防止セサルノ行爲ハ刑法ノ禁制命令中ニ包含セサルヲ以テ犯罪ヲ構成ス可スヘキモノニアラサルナリ

第二 加擔行爲ノ無形上ノ條件 加擔行爲ノ無形上ノ條件ハ二アリ(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可カラサルナリ蓋シ犯罪ノ加擔ニ付テハ必ス犯罪ヲ要ス可キヲ以テナリ然レトモ加擔アレハ必ス共犯人ノ間ニ通謀ヲ要ス可シト謂フニアラサルナリ苟クモ加擔者ニシ