

和仏法律学校講義録

古賀，廉造

(出版者 / Publisher)

和佛法律學校

(巻 / Volume)

1-28

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

49

(発行年 / Year)

1903-03-24

(明治三十五年十一月四日第三種郵便物認可 毎月廿四日三、五、六、八、十、十一、十二日
三、五、六、八、十、十一、十二日發行)

明治三十六年三月二十四日發行

三十五年度 第一學年ノ二十八

和佛法律學校講義錄

第八拾號

和佛法律學校



第一學年第二十八號目次

刑法總論(自三六九至四五六)

法律學士 古賀 廉 造

雜報

○講師増聘○必要的共同訴訟ト詐害行為○控訴院カ上告審トシテ爲シタル決定ニ對スル抗告○編入試験問題

090
1902
1-1-28



コト能ハサル場合ニ於テモ亦有怨ノ原因ヲ認メサルヘカラス互ニ犯人タリ又互ニ被害者タル場合ニ於テハ是レ彼我互ニ獨立シテ二罪ヲ構成シタルモノナレハ其構成ノ時期ハ毫モ責任ニ影響ヲ及ホスヘキモノニ非サルナリ畢竟刑法ハ罪ノ疑ハシキハ輕キニ從フヘシトノ古原則ヲ採用シテ本條ノ規定ヲ設ケタルニ外ナラス本條ハ理由ナキ有怨ナレム之ヲ削除シテ可ナリ

第二 防衛過度 第三百十六條ニ曰ク身體財産ヲ防衛スルニ出ルト雖モ已ムコトヲ得サルニ出ラタルニ非スシテ害ヲ暴行人ニ加ヘ又ハ危害既ニ去リタル後ニ於テ勢ニ乘シ仍ホ害ヲ暴行人ニ加ヘタル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コトヲ得下正當防衛ハ已ムコトヲ得サルノ場合ニ於テ之ヲ行フコトヲ得ル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付テハ嚴格ノ條件ヲ設ケテ以テ其濫用ヲ豫防セタリ故ニ其條件ヲ履行スルコト能ハサル場合ニ於テハ防衛權ノ成立セサルヤ疑ヲ容レサル所ナリ既ニ防衛權成立セス殺傷ノ犯罪成立セサルノ理由アリヤ是レ即チ本條ニ於テ防衛權ノ條件ヲ盡サスシテ其程度ヲ超ユテ而シテ殺傷

ヲ行ヒタル者ハ不論罪ノ限ニ在ラズ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ヅ即チ防衛權ヲ行ハントシテ而シテ之カ實行ヲ過チタルモノナリ夫レ人危急ノ場合ニ處シテ其身體生命ヲ防衛セントスルニ當リテハ平常法律ノ智識ニ當ル者ト雖モ尙ホ過ナキ能ハス憤懣ノ情發シテ之ヲ能ク制スルコト能ハサルカ若クハ恐怖ノ念纏綿シテ之ヲ能ク去ルコト能ハサルトキハ危害既ニ去リタル後ニ於テ仍ホ勢ニ乘シテ害ヲ暴行人ニ加ラルコトナシトセス此ノ如キ場合ニ於テ其罪ヲ宥恕スヘキハ暴行ヲ受ケタル場合又ハ姦通ヲ發覺シタル場合ト毫モ異ナル所ナシ然ルニ本條但書ニ於テハ此有恕ヲ以テ裁判官ノ自由ニ放任セル結果シテ如何ナル理由アリナ然ルニ我輩ハ此但書ヲ以テ頗ル其當ヲ失シタル規定ナリト謂ハント欲ス

第四章 責任ノ加重

總則ニ規定シタル加重ヲ以テ一般加重ト謂ヒ各條ニ規定シタルモノヲ特別加重ト謂フ一般加重ハ總テハ犯罪ニ共通シテ適用スルコトヲ得ヘキモノニシテ

刑法ノ總則ニ於テ之カ規定ヲ爲ス其場合ハ唯一ナリ再犯加重即チ是ナリ特別加重ハ或種類ノ犯罪ニ適用スルモノニシテ各本條中ニ規定ス然レトモ加重ハ名ノミニシテ實ハ條文ヲ節略シタル特別刑ニ外ナラス即チ一等ヲ加ヘテ本刑ト爲スノ意義ナリ例ヘハ第四百十五條ニ「囚徒三人以上通謀シテ逃走シタル時ハ第四百十二條ノ例ニ照シテ各一等ヲ加フトアリ是レ第四百十二條ノ本刑ニ加フルニ一等重キ刑ヲ以テシタルモノヲ以テ本刑ト爲スト謂フニ過キス各本條ノ加重ハ大抵此例ナリ

減輕ニハ法律上ノ減輕ト裁判上ノ減輕トアリ然レトモ加重ニハ此區別ナシ唯法律上ノ加重アルノミ故ニ裁判所ハ職權ヲ以テ任意ニ加重刑ヲ言渡スコトヲ得ス是レ減輕ノ場合ト異ナル所ニシテ立法者ハ刑ヲ減輕スルノ必要ヲ認め裁判官ニ其特權ヲ付與シ刑ヲ加重スル場合ニハ法律ノ規定ヲ以テ其場合ニ付キ制限ヲ爲シタルナリ然レトモ條理ヨリ謂フトキハ減輕ヲ設ケルノ理由ハ以テ加重ヲ設ケル必要アリト謂フノ論ヲ生スヘシ然ルニ立法者カ事茲ニ出ナサリシハ立法者ノ定メタル最長期ノ刑ハ最重ノ犯罪ヲ豫想シタルニ因ルナリ

第一節 再犯加重ノ必要

再犯トハ一罪以上ノ判決確定後再び犯罪スル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セズ數罪モ亦一罪以上ヲ犯シタル場合ヲ謂フモノナレハ犯罪ノ數ヨリ論スルトキハ再犯ト數罪トハ素ト同一ニシテ之ヲ區別スル所ナキナリ然レトモ數罪ハ未タ確定判決ヲ經サル以前ニ犯シタル一罪以上ヲ謂ヒ再犯ハ確定判決ヲ經タル後更ニ犯シタル罪ヲ謂フ故ニ二者ノ區別ハ唯確定判決ヲ經ルト然ラサルトニ在リテ存ス再犯ヲ論スルニ當リテ予ハ二箇ノ問題ヲ設ケントス

第一問 再犯者ハ如何ナル責任ニ任スヘキカ

再犯者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ニシテ即チ前非ヲ悔悟スルコトヲ知ラス又刑罰ノ恐ルヘ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懲戒ノ功ヲ奏スヘキニ非ス是ニ於テカ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處ムニ非サレハ其續出ヲ防遏スルノ途ナキナリ凡ソ犯罪人ハ慣行性ノ犯罪人ヨリ恐ルヘキハナシ慣行性ノ罪人ハ慣習上罪ヲ犯スラ性トシ罪ヲ犯スニ非サレハ生活ノ途ヲ得ルコト能ハスト信スル者ナリ之ヲ換言スレハ慣行性ノ犯罪人ハ罪ヲ犯シテ國家ノ安寧ヲ紊亂スルカ爲メニ此世ニ生レタリト信スル者ナレハ縱令之ニ科スルニ通常ノ刑ヲ以テスルモ犯罪人ハ其刑罰ヲ以テ犯罪營業ノ租税ヲ拂フニ過キストシテ毫モ刑罰ヲ恐ルルコトヲ知ラス若シ此ノ如キ犯罪人ニ對シテモ猶ホ又普通ノ刑ヲ用フヘシトセンカ刑法ノ威力終ニ地ニ墜チテ而シテ國家ノ安寧之ヲ維持スルノ方法ナキニ至ラン再犯者ハ多ク慣行性ノ犯罪人中ヨリ出ツル者ナレハ此再犯ヲ防遏スルニ付テハ宜シク特別ノ方法ヲ採ラサルヘカラス特別ノ方法トハ何ソヤ即チ再犯者ニ對シテハ初犯者ヨリ一層重キ責任ヲ負ハシムルヘシト謂フニ在リ是レ刑法中特ニ再犯加重ノ規定ヲ設ケタル所以ナリ

然ルニ再犯者ニ科スル特別刑罰ニ付テハ從來之ヲ論難スル者尠カラズ或ハ曰ク第一ノ犯罪ニ對シテ既ニ確定判決ヲ經タル後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犯罪
ヲ審理スルニハ必ス裁判所ニ繫屬スル所ノ事實其モノニ付テ裁判ヲ爲スヘク
其實以外ニ出テ裁判ヲ爲スノ權利ナシ然ルニ再犯ノ場合ニ於テ第一犯罪
ヲ取リテ以テ第二犯罪ノ加重ノ理由ト爲スハ是レ未ダ曾テ裁判所ニ繫屬セザ
ル事實ヲ以テ本案ノ犯罪ヲ裁判セシトスルモノナリ即チ繫屬事實以外ニ於テ
裁判ヲ爲スモノナリト此說ハ實ニ再犯加重ノ原則ヲ誤解スルモノ出タルモ
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爲スコトアラハ則チ確定判決ヲ經タル事實ニ
付キ再犯之ヲ審理スルモノナレハ或ハ一事不再理ノ原則ニ背クト謂フヘク或
ハ繫屬ノ事實以外ニ於ケル審理ナリトモ謂フコトヲ得ヘ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クニ
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ルコトヲ
知ラサルカ故ニ之ニ科スルニ特別ナル重キ制裁ヲ以テスルニ過キス之ヲ換言
スレハ再犯者ニ對スル加重ノ理由ハ初犯ノ事實アルカ爲メニスルニ非スシテ

初犯ノ刑罰ヲ輕蔑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關係スル所ノモノニ非スト雖モ犯人ノ身上ヨリ觀察ス
ルトキハ此犯人ハ刑罰ヲ恐ル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
ルヲ聞カス唯再犯者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
ノミハ新舊ノ異ニ在リトモ其ノ結果ハ再犯者ノ責任ヲ加重スルニ在リ
再犯加重ヲ構成スルニハ確定判決後總テノ犯罪ヲ犯スル要スルカ將タ或種類
ノ犯罪ヲ犯スコトヲ要スルカ又初犯ト再犯トノ間ニハ一定ノ期間ヲ設ケルコ
トヲ要スルカ此二問題ニ付テハ從來ニ主義アリ第一ハ一般再犯主義ト稱ス此
主義ハ初犯ノ確定判決ヲ經タル後ハ如何ナル犯罪ヲ犯スモ常ニ再犯ヲ構成ス
ト謂フニ在リ第二ハ特別再犯主義ト稱ス此主義ニ依レハ初犯ノ確定判決後犯
ス所ノ罪ハ初犯ノ罪ト同一性質又ハ之ト類似ノ犯罪ニ非サレハ再犯ヲ構成セ
スト謂フ又初犯ト再犯トノ間ニ於テモ一定ノ期間ヲ設ケ其期間以內ニ於テス
ルニ非サレハ假令初犯ト同一又ハ類似ノ犯罪ヲ行フモ決シテ再犯ヲ構成セズ

ト謂フ蓋シ總テノ犯罪ニハ時効ノ規定アリテ其期間ヲ經過スルトキハ公訴モ消滅シ刑ノ執行モ亦消滅スルニ至ル犯罪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是レ刑法ハ重キ場合ヲ寬ニシ輕キ場合ヲ嚴ニスル不條理ノ傾向ナキコト能ハス

予ハ此ニ主義ニ付キ少シク其得失ヲ論セント欲スモ、
特別再犯主義ニ依レハ再犯ハ初犯ト同一性質又ハ同一種類ノ犯罪ニ非サレハ之ヲ構成セス且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竊盜罪若クハ竊盜罪類似ノ犯罪ナラサルヘカラス而シテ其再犯ハ初犯ノ確定判決後ヨリ起算シテ五年若クハ十年ノ間ニ於テ之ヲ犯ササルヘカラナルナリ一般再犯主義ニ依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ヘシ又初犯ト再犯トノ間ニハ期間ノ制限ナキカ故ニ何年ノ後ニ於テ再犯ヲ行フモ常ニ再犯ヲ以テ之ヲ論スルナリ之ヲ要スルニ一般再犯主義

ニ於テモ亦特別再犯主義ニ於テモ初犯ニ付テハ何等ノ制限ナキモ再犯ニ付テハ一般再犯主義ハ犯罪ノ種類ニモ制限ナク又再犯ノ期間ニモ制限スル所ナシ之ニ反シ特別再犯主義ニ於テハ犯罪ノ種類ニ於テモ之ヲ制限シ再犯ノ時期ニ於テモ亦之ヲ制限ス近世諸國ノ法制ニ於テ屢見ル所ノモノハ特別再犯主義ニ基ク規定ナリトス特別再犯主義ニ對シテハ多少之ヲ批難スル者ナキニ非ヌ曰ク凡ソ刑法中記載スル所ノ禁制命令ニ違反スル所ノ行為ハ是レ皆國家ノ安寧ヲ紊亂シタルモノニ非サルハナシ然ルニ一タヒ罪ヲ犯シ國家ノ秩序ヲ紊亂シテ而シテ刑罰ノ制裁ヲ受ケ尙ホ再ヒ罪ヲ犯スニ至リタハ是レ亦前非ヲ改ムルコトヲ知ラスシテ刑法ノ制裁ヲ輕スルニ出デスシハ非ス然ラハ則チ再犯ノ罪ハ其種類ノ如何ニ拘ハラス苟モ之ヲ犯ストキハ刑法ノ禁制命令ニ違反シ實ニ刑罰ノ峻嚴ヲ恐レサルノ確證ヲ示シタル者ナレハ更ニ之ニ科スルニ重キ責任ヲ以テスル何ノ不可カ之ヲシテ特別再犯主義ニ於テ再犯ノ罪ヲ種類ヲ選カ如キハ是レ未タ刑法ノ精神ヲ知ル者ト謂フコトヲ得サルナリト此論大ニ理由アリ然レトモ特別再犯主義ハ駁駁乎トシテ進歩シ一般再犯主義ハ漸漸其勢力

ヲ失フニ至レリ蓋シ其然ル所以ハ唯學理上ノ研究ニ基クニ非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辦スル者ニシテ之ヲ改ムルハ甚タ困難ナリ犯人罪ヲ行フモ亦然リ犯人ハ屢其慣行スル所ノ犯罪ヲ行フニ慣ル容易ニ他ノ罪ヲ犯スヲ敢テセサル者ナリ例ヘハ竊盜罪ニ慣ルタル者ハ初犯モ竊盜罪再犯モ亦竊盜罪三犯モ亦竊盜罪ヲ犯ス者ナリ而シテ竊盜ノ目的ニ付テモ亦時計ヲ盜ムニ慣ルル者ハ再犯モ三犯モ時計ヲ盜ミ金錢ヲ盜ムニ慣ルル者ハ再犯モ三犯モ金錢ヲ竊盜スル者ナリ毆打創傷罪ニ慣ルル者モ亦然リ我輩ハ日本ニ於テ六犯以上ノ毆打創傷罪ヲ犯シタル者ヲ見又嘗テ佛國ニ於テ三十六回ノ毆打創傷罪ヲ犯シタル犯人ヲ目撃シタリ夫レ此ノ如ク犯人ハ其慣ルル所ニ長シテ其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ヒタル者ノミヲ以テ特ニ之ヲ再犯トシテ特別ノ刑ヲ科スルトキハ其犯人ノ慣ルル所ノ習慣ヲ打破スルニ足リ犯人一度刑法ノ惡ルヘキコトヲ知ルニ於テハ最早從來ノ慣行犯罪ヲ行フコトヲ止ムベシ從來ノ慣行犯罪ヲ行フコトヲ止ムルトキハ則チ再犯人ハ其慣行手段ノ外他ニ技量ナキヲ

以テ容易ニ他ノ罪ヲ犯スノ憂ナシ是ニ於テカ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クト謂ハンヨリハ寧ロ實際上ノ經驗ニ出ツル所ノ主義ナリト謂フ所以ナリ現行刑法ハ一般再犯主義ヲ採リ刑法改正草案ハ特別再犯主義ヲ採レリ我輩ハ再犯加重ノ規定ニ付テハ特別再犯主義ヲ以テ最も實際ニ適切ナルモノナリト信ス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或ハ慣行性ノ犯人ヲ逸スルノ碍ナシトセサルヲ以テ我輩ハ再犯ノ區域ヲ廣クセンコトヲ欲スル者ナリ

一般再犯主義ノ論者ハ特別再犯主義ノ期間制限ニ付テモ亦之ヲ批難スルコトアリ曰ク初犯ノ刑罰ハ時ヲ經ルニ從ヒテ多少其效力ヲ減スルコトアルヘシト雖モ全部ノ效力消滅スルカ如キハ決シテ之アルノ理ナシ刑罰ノ痕跡ハ終身其犯人ヲ離ルヘキモノニ非サルナリ故ニ初犯ノ確定判決後再ヒ罪ヲ犯スアラハ其如何ナル時期ニ於テ之ヲ犯スモ再犯加重ノ刑ヲ以テ之ヲ罰セサルヘ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タルトキハ再犯ノ制裁如

何ニ峻嚴ナリト雖モ竟ニ何等ノ效ヲモ奏スルニ至ラサルヘシ何トナレハ犯人
最モ狡猾ナル者ハ能ク刑罰ノ制裁ヲ免ルルヲ知ルカ故ニ初犯後一定ノ期間
ヲ經過スルヲ待チテ更ニ再犯ヲ行フニ至ルヘク然レハ則チ再犯ヲ構
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國家ノ公益ヲ維
持スルノ方法ニ非スシテ寧ロ再犯ヲ獎勵スルノ方法タラスンハ非サルナリト
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始メテ之ヲ犯シ之ヲ犯スノ利益アルヲ見テ之ヲ犯ス
ニ至ル者ナレハ再犯加重ノ爲メニ故ラニ時間ヲ經過ヲ待ツカ如キハ事實上決
シテ之ヲ見ルヘ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
フニ非サレハ國家ニ立ツコト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コト能ハス此ノ如キ者ニシテ何ゾ能ク再犯ノ規定ヲ
惡レテ而シテ期間ヲ經過ヲ待ツノ過アラシヤ論者ノ所謂期間ヲ經過ヲ待チテ
再犯ヲ行フニ至ルヘシトハ架空ノ甚シキ説ト謂ハサルヘカラス若シ夫レ初犯
ト再犯トヲ去ル期間ノ如何ニ拘ハラス當ニ再犯トシテ之ヲ罰スルノ必要アリ

トモシカ刑法及ヒ刑事訴訟法ニ於テ時效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效ヲ以テ國家ノ公益上必要ナリトス
ル以上ハ獨リ再犯ニ於テ之カ期限ヲ制限セサルノ理由アラシヤ殊ニ再犯加重
ノ爲メニ初犯ニ對スル刑罰ノ效力永久ニ繫屬スヘシトモハ時效ニ因リテ既ニ
其效力ヲ失ヒタル刑罰モ亦尙ホ效力ヲ有スト謂フコトヲ得ン條理ニ反スル甚
シキ規定ト謂ハサルヲ得ス故ニ刑罰ニ付テ時效ヲ設クル以上ハ條理上再犯ニ
付テモ亦一定ノ期間ヲ設クルノ理由アルハ多辯ヲ俟テテ之ヲ知ラサルナリ刑
法改正草案ニ於テハ再犯ノ期間ヲ以テ十年ト爲シ初犯ノ判決執行又ハ免職後
十年ヲ經過シテ更ニ罪ヲ犯ス者ハ再犯ヲ以テ論セムトセリ再犯ニ對シテ
第二回ニ再犯者ニ對シテハ如何ナル刑罰ヲ科スヘキカニ再犯者ハ特別ノ責任
ヲ有スル者ナレハ之ニ科スル所ノ刑罰モ亦特別ノモノタラサルヘカラス然レ
トモ所謂特別ノ刑罰トハ如何ナル刑罰ヲ謂フカ現行刑法ニ依レハ再犯者ニ對
シテハ本刑ニ一等ヲ加フルヲ以テ原則トシ而シテ三犯以上ノ者モ亦加重ノ法
ハ再犯ノ例ニ同シトセリ是レ現行刑法ハ再犯ノ刑ヲ以テ特別刑ト爲サスレナ

單ニ加重ノ刑ト爲シタルナリ此ノ如キハ果シテ再犯者ヲ制スルノ良法ナリト謂フヲ得ヘキカ宜シク深ク研究スヘ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ヲ科スルニ特別ノ刑罰ヲ以テスルノ必要アルハ東西ノ法律ニ於テ能ク承認スル所ナリ我國ニ於テモ改定律令ハ再犯以上ノ犯人ニ對シテ極メテ嚴格ナル方法ヲ採リ贓金五十圓以上ノ三犯ハ皆終身懲役ニ處ストセリ歐洲諸國殊ニ佛國ニ於テハ千八百十年以前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五ノ字ヲ燒付ケタルコトアリキ此ノ如ク再犯者ニ對シテハ古來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シムルノ必要アリテ存スレハナリ蓋シ犯人中最モ恐ルヘキ者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者ハ刑法ノ制裁ヲ恐レサル所ノ者ナレハ國家ノ大ニ恐ルヘキ者ハ再犯者ニ若クハナキナリ然ルニ現行刑法ハ新律綱領又ハ改定律例ノ再犯者ニ對スル法律ノ甚タ嚴ニ過クルヲ恐レ之ヲ矯正セント欲シテ佛國刑法ノ主義ヲ採リ再犯者ニ科スルニ特別刑ヲ以テスルコトヲ爲サスシテ單ニ加重ノ刑ヲ以テシタリ新

律綱領改定律例ノ法嚴酷ニ失スルハ宜シク之ヲ矯正スヘシト雖モ之ヲ矯正シテ面シテ却テ寬ニ失スルノ法律ヲ設ケルハ抑モ亦矯正ノ途ト謂フヘキカ現行刑法制定ノ時深ク再犯ニ關スル刑罰ノ得失ヲ論究セスシテ漫ニ則テ佛國刑法ニ採リタルハ誤ルノ甚シキモノト謂ハサルハカラス佛國ニ於テ其刑法ニ定メタル再犯加重ノ規則ハ毫モ再犯者ヲ制スルノ效力ナキヲ以テ晩近ニ至リ再犯加重ノ規則ヲ改正シ之ニ換フルニ流刑ノ主義ヲ以テシタルハ實際ノ必要已ムコトヲ得サルモノア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極理ニ於テ多少抵觸スル所ナキヲ保セス凡シ再犯ノ罪ハ或ハ初犯ノ罪ヨリ其情狀重キ場合モアリ又輕キ場合モアルナリ初犯ニ比シテ重キ場合ニ加重ヲ爲スハ理ニ於テ當レリト雖モ初犯ニ比シテ輕キ場合ニ加重ノ刑ヲ科スルハ大ニ其當ヲ得サルノ恐アリ然ルニ刑法ハ荷モ再犯ナル以上ハ其犯罪ノ輕重ヲ論ゼス常ニ加重ノ刑ヲ科スヘキモノトセリ再犯ノ罪ハ輕クシテ而シテ其刑重シ豈夫レ刑ノ權衡ヲ得タルモノト謂フヘクシヤ然ラハ則テ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シト欲スルニ外ナラス之ヲ換言セハ刑法ハ再犯人ニ對シテハ其再犯罪ノ輕重如何ニ拘ハラス其責任ヲ加重シテ一等重キ刑ヲ科スルモノナレバ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ヘ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バ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ヘカラス即チ或ハ犯人ハ特別處分ノ制裁ニ因リ大ニ改悛ノ實ヲ舉クルカ或ハ犯人ハ再ヒ國家ニ出テ罪ヲ犯スコト能ハサルノ方法ヲ探ラサルヘカサルナリ此ノ如クシテ而シテ始メテ能ク再犯者ノ數ヲ減スルコトヲ得ヘク又國家ノ安寧ヲ維持スルニ得ヘシメタルハ實ニ國家ノ利益ニ對シテ弊害ヲ流スコト實ニ尠少ニ非サルナリ即チ再犯ノ數益増加シテ而シテ犯人ノ數益減スルヲ見ル是レ初犯少ウシテ而シテ再犯ノ數多キノ確證ナラスシハ非ス其再犯ノ數益多キヲ加フルニ至ルヲ以テ之ヲ觀レハ現行刑法ノ一等加重ノ規則ハ何等ノ效ヲ奏スルモノニ非サルコト益明カナリ

然レトモ再犯ノ増加ヲ防遏スルニ付テハ當ニ力ヲ再犯ノ規則ノミニ借ルヘカラス再犯ニ對スル刑法ノ規則大ニ完備スト雖モ若シ監獄制度其宜キヲ得サルニ於テハ刑法ノ期スル所ノ目的ヲ達スルコト能ハサルナリ今再犯者ニ對スル特別處分ニ從ヒテ起ル所ノ問題ハ二アリ第一出獄者ニ對シテ如何ナル取締方法ヲ行フヘキカ第二監獄ニ於テハ如何ナル制度ヲ設ケヘキカ即チ是ナリ出獄者取締ニ付テハ其方法一ニシテ足ラスト雖モ經驗上實效ヲ奏セサル場合甚タ多シ殊ニ法律ヲ以テ出獄者ノ取締ヲ爲スカ如キハ法律ト實際ト相背馳シテ而シテ法律却テ害ヲ爲ス場合多シトス例ニハ監視ノ規則ノ如シ監視規則ハ法律ノ精神敢テ盡力ヲナサルニ非スト雖モ其實際ニ於テハ弊害多クシテ殆ト其利益ヲ見ナルナリ獨リ近來我國ニ於テモ漸ク其端緒ヲ開クニ至リタル免囚保護會社ハ少シク發達シテ而シテ多數ノ改良ヲ加フルコトヲ爲サハ或ハ以テ出獄者ノ取締ト爲スニ足ルモノアラシカ然レトモ是レ政府ノ力ヲ以テ爲スヘキノ事業ニ非スシテ全ク民業ニ屬シ且營利事業ニ非ズルヲ以テ大ニ國家的ノ觀念ヲ有スル者ニ非サルヨリハ莫大ノ資本ヲ投シテ而シテ此業ヲ起サント欲ス

ル者ナカルヘシ是レ今日ニ至ルマテ何人モ免囚保護會社ノ必要ヲ認ムルニモ拘ハラス其發達未タ十分ナルニ至ルコト能ハサル所以ナリ免囚保護ノ問題ハ後日監獄制度ヲ論究スルノ際ニ於テ更ニ研究スル所アルヘシ

第二節 再犯加重ノ條件

現行刑法ニ於ケル再犯トハ重輕罪ノ刑ノ言渡確定後更ニ犯シタル重輕罪ヲ謂フ再犯加重トハ再犯人ノ犯シタル罪ニ付キ定メタル本刑ニ一等ヲ加ヘテ處罰スルヲ謂フ再犯加重ニハ二條件アリ
第一條件 初犯ノ裁判確定スルコトヲ要ス
第二條件 再犯ノ裁判確定スルコトヲ要ス
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非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カ之ヲ換言スレハ再犯モ數罪ノ連犯ナリ數罪俱發モ亦數罪ノ連犯ナリ然ルニ數罪俱發ニ付テハ確定判決ノ條件ヲ必要トセス又刑ノ加重ヲ爲サズシテ而レテ獨リ再犯ノ場合ニ於テ確定判決ヲ經ルヲ要ストシ又刑ヲ加重スル所以ノモノハ抑

モ如何ナル理由アリテ存スルカ夫レ連犯者ハ未タ會テ刑罰ノ制裁ヲ受ケタル者ニ非ズ若シ連犯者ノ未タ數罪ヲ犯ササル以前ニ於テ速ニ之ヲ罰スルコトアラハ或ハ一罪ヲ犯スノミニ止マリ他ノ罪ヲ犯スコトナカリシナラシ故ニ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非スシテ國家モ亦速ニ之ヲ罰セサルノ怠慢ヲ免ルルコト能ハス國家ノ怠慢アルニモ拘ハラス重ク數罪ノ連犯者ヲ罰スルハ條理ノ許ササル所ナルヲ以テ刑法ハ之ニ科スルニ加重ノ刑ヲ以テセサルナリ之ニ反シ再犯者ハ既ニ刑罰ノ制裁ヲ受ケタル者ナレハ能ク國家ノ警告ヲ知リタル者ナリ刑罰ノ威嚴ヲ解シタル者ナリ而シテ尙ホ犯罪ヲ行フヲ順ミル所ナキハ是レ刑罰ノ制裁ヲ恐ルルコトヲ知ラサル者ナリ國家ノ最も恐ルヘキ者ハ刑罰ノ制裁ヲ恐ルルコトヲ知ラサル犯人ヨリ甚シキハナシ是故ニ刑法ハ再犯者ニ對シ縱令再犯ノ情狀ハ初犯ニ比シテ原諒スヘキモノアリト雖モ尙ホ且科スルニ加重ノ刑ヲ以テシテ毫モ假借スル所ナキナリ然レトモ確定裁判ヲ經タル者ト刑ノ執行ヲ受ケタル者トハ其間大ナル區別アリ刑ノ執行ヲ受ケタル者ハ刑ノ恐ルヘキヲ知ルト雖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唯初犯ノ判決確定スルノミヲ以テ足レリトセス必ス其刑ノ執行ヲ爲シタルヲ要スルニ似テ然ルニ刑法ハ再犯加重ヲ爲スニ付テ唯初犯ノ判決確定スルヲ以テ足レリトシ其執行ヲ受ルヲ要スト爲ササルハ果シテ如何ナル理由アリテ然ルヤ其理由ヲ知ルコト若ク困難ナリト雖モ刑法ハ確定判決ヲ以テ刑ノ執行ト同視スヘキモノト爲シタルナラン蓋シ判決一旦確定スレハ業ニ既ニ之ヲ動カスニ途ナク犯人ハ必ス其裁判ノ執行ヲ受クルノ義務アリ其義務一度發生スレハ縱令未タ之ヲ執行セサルモ犯人ノ心中尙ホ之ヲ執行シタルト等シキ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ドモ想像ト實際トハ同一ノモノニ非ス或ハ豫想ニ於テハ痛苦ヲ感シテ而シテ實際ニ至リテハ却テ樂ミヲ覺ユルコトアリ或ハ豫想ハ心中樂ム所多クシテ實際ニ於テ大ナル痛苦ヲ感スルコトアリ今確定判決ニ因リテ刑罰執行ノ義務ヲ負擔シタルハ是レ唯刑罰ノ苦シキ豫想ヲ爲スニ過キスシテ未タ刑罰ノ苦シキ實際ヲ爲シタル者ト謂フヘカラス未タ刑罰ノ苦シキ實際ヲ爲シタルコトナキ者ニ對シ責ム

ルニ刑罰ノ痛苦ヲ知リタル者ノ任ヲ以テスルハ果シテ條理ニ適合シタル法律ナリト謂フコトヲ得ルカ我輩ハ信ス本條ノ條件ハ頗ル再犯加重ノ理由ニ抵觸スルコトヲ故ニ我輩ハ刑ノ執行ヲ了リタル者ニ對スルニ非サレバ再犯加重ノ刑ヲ科スヘキモノニ非スト謂フナリ

(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云云トアルヲ以テ別ニ説明ヲ要セス蓋シ初犯ノ裁判未タ確定セスハ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冤訴ノ裁判ヲ爲スコトナシト謂フヘカラス上訴中ハ殆ト裁判前ト異カラサル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罪ヲ犯スコトアルモ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス宜シク數罪俱發ノ例ヲ適用スヘキナリ若シ犯人關席判決ヲ受ケタルトキハ故障ノ期間經過セサル間ハ關席裁判ノ確定ヲ見ルコト能ハサルカ故ニ犯人ハ逃走中何同ノ罪ヲ犯スモ是レ數罪ノ連犯ニ過キスシテ再犯ニ非サルナリ

(二) 裁判ハ刑罰ノ宣告ナルコトヲ要ス 刑法第九十一條第九十二條及ヒ第九十三條ニ於テ先ニ重罪輕罪違警罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ云云トアリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ再犯加重ヲ爲スニハ必ス先ニ一タ重罪輕罪又ハ違警罪ノ刑ニ處セラレタル者ナルコトヲ要ス蓋シ再犯加重ノ目的ハ初犯ニ科シタル刑罰ヲ恐レサル犯人ヲ制裁スルニ在リハ初犯ノ裁判ハ必ス刑罰ノ宣告ナルヘキコト論ヲ埃タス故ニ十六年未滿ニ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タスヘカラス蓋シ懲治場留置ハ刑ノ言渡ニ非スシテ唯惡少年ヲ威化スルノ目的ヲ有スル裁判上ノ行政處分ニ過キサレハナリ又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ヘシトノ特例ヲ設ケサルトキハ舊法時代ノ確定判決ハ新法ノ爲メニハ再犯ノ條件ヲ成スモノニ非サルナリ蓋シ新法ヲ設ケタル所以ノモノハ舊法ノ類ムヘカラサル所ノモノアルヲ以テナリ其類ムヘ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趣旨ニ反スルモノト謂ハサルヘカラサルナリ

(三) 其裁判ハ必ス日本裁判所ニ於テ言渡シタルモノナルコトヲ要ス 外國裁判所ニ於テ刑ノ言渡ヲ受ケタルコトアリト雖モ日本ニ於テ是レ一箇ノ事實ニ過キスシテ日本ノ法律ニ所謂確定判決ノ效力ヲ有スルモノニ非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我刑法ノ再犯加重ノ例ヲ適用スヘキ限ニ在ラサルナリ外國裁判所ノ裁判ハ唯其領土内ニ於テ裁判ノ效力ヲ有スルニ過キスシテ他國ニ對シテハ何等ノ效力ナキモノナリ然レトモ其裁判所ハ司法裁判所ト特別裁判所トヲ區別スルノ必要ナシ司法裁判所ニ於テ再犯加重ノ適用ヲ爲スハ何等ノ困難ヲ見ルコトナシト雖モ軍事裁判所ニ於テ刑ノ言渡ヲ爲シタルモノキハ常律ト軍隊トヲ區別シテ之ヲ論セサルヘカラス刑法第九十六條ニ曰ク陸海軍裁判所ニ於テ判決ヲ經タル者再ヒ重罪輕罪ヲ犯シタル時ハ初犯ノ非常律ニ從ヒ處斷シタル者ニ非サレハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得スト故ニ(一)初犯軍事裁判所ニ於テ管轄シ而シテ普通刑法ヲ適用シテ之ヲ罰シタルトキハ再犯加重ノ原因ト爲ルヘシ(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何レノ刑法ヲ適用スルモ同一ナル場合ニ於テモ唯普通刑

法ヲ適用シテ處斷シタルトキハ限リ再犯加重ノ原因ト爲ルヘシ(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ノ原因ト爲ラス(四)陸海軍刑法ニ犯罪ト普通刑法ノ犯罪ト數罪俱發ヲ爲シ其重キニ從ヒテ處斷シタルトキハ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ヘシ(五)續犯ノ場合ニ於テモ再犯加重ノ原因ト爲ルヘシ(六)非軍人ト軍人ト共謀シテ陸海軍刑法ニ觸ルル罪ヲ犯シタル場合ニ於テモ非軍人ト軍人ト罪ハ陸海軍刑法ニ違反ナルヲ以テ必ズ陸海軍刑法ヲ適用シタルヲ處斷セサルヘカラス此ノ如キ場合ニ於テ非軍人再犯スコトアラバ再犯加重ヲ以テ論スヘキカ我輩ハ再犯加重ノ原因ヲ爲スモノニ非スト論定セシト欲ス第九十六條云云初犯ノ罪常律ニ從ヒ處斷シタル者ニ非ズレハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ト是レ明カニ再犯加重ハ普通刑法ノ罪ヲ再ヒシタル場合ニ限リ之ヲ行フヘキモノナルコトヲ示シタルナリ特ニ再犯加重ノ規定ハ普通刑法中ニ設クル所ノモノナドハ刑法以外ニ於テ之ヲ適用スヘキモノニ非ズル

論

コト論ラ埃タス(七)再犯加重ノ條件ニ關スルニ於テモ我輩ハ事ニ就テ論スルコトヲ欲ス第二條件 新ナル犯罪アルコトヲ要ス(八)再犯加重ノ原因ト爲ルヘシ(九)新ナル犯罪ハ重罪輕罪違警罪ニ通シテ之ヲ言フ即チ一旦確定裁判ヲ受ケタル者再ヒ重罪輕罪又ハ違警罪ヲ犯ストキハ再犯加重ノ制裁ヲ受ケサルヘカラス然レトモ刑法ハ重罪輕罪ノ再犯ニ付テハ何等ノ制限ヲ設ケスト雖モ違警罪ノ再犯ニ付テハ何時ト場所トニ付テ之ヲ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ヲ規定シタルモノナリ其場合三アリ(一)先ニ重罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯重罪ヲ犯シタルトキ(二)先ニ重罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯輕罪ヲ犯シタルトキ(三)先ニ輕罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯輕罪ヲ犯シタルトキハ本刑即チ初犯ニ科スヘキ刑ニ一等ヲ加ヘタル刑ヲ以テ之ヲ罰ス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リテハ多少重キ刑罰ヲ科スルノ必要アリト雖モ其罪重罪ナルトキハ則チ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別ニ加重スルノ必要ナシト云フニ在リ然レト

モ此理由ハ大ニ奇觀ヲ呈ス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則チ加重ノ制裁ヲ科スト謂フニ在ルヲ以テ是レ刑法ハ初犯ヨリ輕キ若クハ等シキ罪ヲ犯ス者ヲ嚴罰シ而シテ却チ初犯ヨリ重キ罪ヲ犯ス者ヲ寬假スルモノナリ此ノ如キ規定豈ニ夫レ條理ニ適合シテツト謂フヲ得ンヤ然レバ其ノ罪ニ一罰ニ限ルハ其ノ理ニ明ニ然ラズ

違警罪ノ再犯ハ第九十三條ニ規定ス曰ク「先ニ違警罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯違警罪ニ係ル時ハ本刑ニ等ヲ加フ但一年內再ヒ其違警罪裁判所ノ管轄地内ニ於テ犯シタル時ニ非サレハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得」(一)下違警罪ノ再犯ニハ二制限アリ(一)再犯ハ初犯ノ確定判決後一年內ニ於テセサルヘカラス(二)再犯ハ同一裁判所ノ管轄内ニ於テセサルヘカラス蓋シ違警罪ハ其性質重要ノ犯罪ニ非サルカ故ニ無制限ニ之ヲ罰スルノ必要ナク又違警罪ノ罪目ハ各地方ニ於テ異ナル所ヲモフナルカ故ニ一タヒ或違警罪裁判所ニ於テ違警罪ヲ確定裁判ヲ受クルモ又他ノ違警罪裁判所ノ管轄内ニ於テ違警罪ヲ犯スコトナシトセズ即ち他ノ違警罪裁判所管轄内ニ於テハ違警罪ノ事項ニ屬スルモノタルヲ知

ラスシテ誤ラ之ヲ犯スニ至ルコトアラハ以テナリ罪ハ尋常並ニ嚴重犯罪セハヤ第一注意 再犯加重ニ付テハ何レノ場合ニ於テモ左ノ制限ヲ忘ルヘカラス(一)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ズ(第六六條但書)(二)輕罪ノ刑ヲ加重シテ重罪ノ刑ニ入ルトヲ得(第七〇條第二項)(三)違警罪ノ刑ヲ加重シテ輕罪ニ入ルトヲ得(第七二條第二項)然レバ其ノ刑ニ至ルニ至ル罪是ナリ刑法第四百三條ニ曰ク「既決ノ囚徒逃走ヲ罪ヲ犯スト雖モ再犯ヲ以テ論セス其刑期限內及ヒ逃走シタル者ハ再犯ヲ以テ論ス第四百五十六條ニ曰ク「前二條ノ罪ハ其刑期限內再ヒ犯シタル時ニ非サレハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得」ト凡ソ此種類ノ犯罪ハ第一罪ヲ犯シタル後ニ非サレハ之ヲ犯スコト能ハサル所ノモノナレハ第一罪ハ則チ第二罪ノ構成條件ニ外ナラス之ヲ換言スレハ第二罪ヲ構成スルニハ初メ第一罪ヲ犯シタルコトヲ要ス第一罪ナケレハ則チ第二罪ヲ構成スルコト能ハサルナリ既ニ第一罪ヲ以テ第二罪ノ構成條件トスル上ハ他ノ一方ニ於テ之ヲ以テ加重條件ト爲スノ理ナシ是レ例外ノ規定

ヲ設クル所以ナリ然レトモ刑法ハ此例外ニ付キ更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期限内ノ意義ニ付テハ世人屢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ケタリ其刑ノ執行中二十九年三月逃走シテ又其罪ノ處
分ヲ受ケタリ而シテ同年五月再ヒ逃走セリ此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ザルナリ然ルニ此
犯人ハ二十九年一月ノ刑期執行中三月一回逃走シテ其逃走罪ノ處分ヲ受ケ遂
ニ刑ノ執行ヲ完ウシタリ明治三十一年一月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逃走罪ニ付キ論者解釋ヲ爲シテ曰ク三十
一年五月ノ逃走罪ハ則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非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非ス三十一一年五月ノ逃走罪ハ二十九年三月ノ逃走罪ノ
結果罪ト謂フヘキモノニ非サルナリ故ニ此二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ヲ成スモノ
ナリ又二十九年一月ノ犯罪ニ對シテモ亦再犯ヲ成スモノナリト然レトモ此解
釋ハ大ニ刑法ノ精神ヲ誤ルモノト謂ハサルヘカラス刑法第四百四十三條ニ其刑
期限内再ヒ逃走シタル者ハ再犯ヲ以テ論ストアリ又第四百五十六條ニハ其刑期
限内再ヒ犯シタル時ニ非サレハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ストアリ然ラハ則
チ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
シタル場合ニ於テ始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其刑期限
内ニ在ラサルヲ以テ刑法ノ明文上再犯加重ヲ爲スヘキモノニ非サルヤ明カナリ
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ズシテ
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ト謂フヘク犯罪ノ性質ハ輕罪ナルモ現ニ科シ

タル刑違警罪ノ刑ナルトキハ違警罪ト謂フヘシ故ニ法律上又ハ裁判上ノ減輕ニ因リテ重罪ノ刑ヲ減輕シテ輕罪ノ刑ヲ減輕シテ違警罪ナリト爲シタルトキハ其現ニ科シタル刑ニ因リテ以テ再犯ノ條件ト爲スヘキナリ

第四注意 刑期限内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ヘキハ第九十五條ニ曰ク刑期限内再ヒ罪ヲ犯スニ因リ刑ヲ宣告シタル時ハ先ツ其定役ニ服スヘキ者ヲ執行シ定役ニ服セタル者ヲ後ニス若シ初犯再犯共ニ定役ニ服スル刑ニ該ル時又ハ共ニ定役ニ服セタル刑ニ係ル時ハ先ツ其重キ者ヲ執行ス罰金科料ニ係ル者ハ順序ニ拘ハラズ各之ヲ徴收ス下例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該ルヘキ罪ヲ犯シタルトキハ同時ニ重禁錮ト輕禁錮トノ二刑ノ抵觸アルヲ見ル此場合ニ於テハ先ツ重禁錮ヲ執行シ後ニ輕禁錮ヲ執行スルナリ若シ先ニ輕禁錮ノ刑ニ處セラレタル者其刑ノ執行中更ニ重禁錮ニ該ルヘキ罪ヲ犯シタルトキハ前例ト等シク重禁錮ノ刑ノ執行ヲ先ニ輕禁錮ノ刑ヲ執行ヲ後ニスルナリ若シ又先ニ犯シタル罪モ重禁錮後ニ犯シタル罪モ亦重禁錮ナルトキハ其刑期ノ長キモノヲ先

ニシ其刑期ノ短キモノヲ後ニス又先ニ輕禁錮ノ刑ニ該リ其刑ノ執行中又更ニ輕禁錮ノ刑ニ該ルヘキ罪ヲ犯シタルトキモ亦同一ナリ

第五注意 再犯加重ト減輕ト同時ニ到著シタルトキハ則チ如何ナル方法ニ因リテ以テ加重ト減輕トノ抵觸ヲ避タルコトヲ得ルカ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ヘ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ス(一)再犯加重(二)有恕減輕(三)自首減輕(四)酌量減輕ト例ヘキ先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有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リテ加重ト減輕トノ抵觸ヲ調停スルコトヲ得ルカ本條ノ規則ニ依レハ最初ニ加重ヲ爲シテ而シテ後減輕ヲ爲スハ順序ナリトス

第三節 再犯證明ノ方法

再犯ノ恐ルヘク又再犯人ノ惡ムヘキハ世人ノ既ニ認ムル所ナリ若シ現行刑法

ヲ改正シ之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爲ルヲ以テ犯人ハ努メテ再犯者タルノ名稱ヲ免レンコトヲ考究シ或ハ前科ヲ匿スアリ或ハ偽名ヲ稱スルアリテ竟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ト蓋シ再犯加重ノ規則益々嚴重ナレハ則チ再犯ヲ免ルルノ方法モ亦益々精密ヲ加フルニ至ルヘシ然ラハ則チ再犯加重ノ規則ヲ嚴ニスルニ及ヒテハ必ス前科ノ隱匿ヲ防クノ方法ヲ考究スルノ必要アリ現今我國ニ於テ採用スル再犯證明ノ方法ニアリハ即チ既決犯罪表ナリ確定裁判ヲ經タルトキハ其判決ニ依リテ以テ既決犯罪表ヲ作り判決ヲ言渡シタル裁判所ニ保管スルナリ故ニ前科ヲ自白セタル再犯者アルトキハ前科ヲ科シタル裁判所ニ照會シテ既決犯罪表ヲ求メ再犯ヲ證明スルコトヲ得然レトモ犯人ノ逮捕ヨリ判決ノ言渡マテ長時間ヲ要セタル輕微ノ事件ニ付テハ或ハ速決ニ付シ或ハ逮捕ノ日ヨリ二三日ヲ出テスシテ裁判ヲ爲スヲ以テ到底各裁判所ニ照會シテ前科表ヲ求ムルノ逸アルヘカラズ又前科調査ニ付キ漫ニ判決ヲ延ハスノ理由ナキヲ以テ裁判所ハ屢前科ナキ者トシテ判決ヲ言渡スコト多シ

蓋

故ニ現今ノ前科表ハ唯其裁判ニ所於テ多少ノ證明方法ヲ爲スニ足ルト雖モ他ノ裁判所ニ對シテハ何等ノ用ヲモ爲ササル場合多シ(二)ハ即チ索引ナリ索引トハ確定判決ニ依リテ以テ各犯人ノ犯罪表ヲ作り之ヲ犯人ノ姓名ノ以テ順ニ配置シテ犯人新ニ逮捕セラレル毎ニ其姓名ニ就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紙ヲ以テ之ヲ作り之ニ犯人ノ氏名年齢人相特徵利名言渡ノ年月日管轄裁判所ヲ記シ之ヲ犯人ノ氏名ノ以テ順ニ依リ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キテ之ヲ引出スカ故ニ或ハ索引ノ名アルナラシ然レトモ我輩ハ未タ索引ノ名稱ノ由ヲ出シタル原因ヲ知ラサルナリ此索引ニ再犯ヲ證明スルニ付テハ極メテ至便ノ方法ナリト雖モ是レ唯監視廳ノ用ニ供スルニ過キサル力故ニ東京地方裁判所管内又ハ東京附近ノ前科ニ付テハ索引ノ力ニ依リテ以テ能ク再犯ヲ證明ヲ爲スコトヲ得ト雖モ少シク東京ヲ距ル處キ裁判所ノ前科ヲ證明モ要リテハ此索引ノ力ニ依ルコトヲ得ス且索引ハ犯人ノ姓名ニ偽ナキトキニ於テハ確實ノ證明方法ナ

ルコトヲ得ヘキモ犯人偽名ヲ稱スルニ及ヒタム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其姓名ヲ偽ラサルヲ以テ必要條
件ト爲スモノナレバ犯人如何ニ因リテ以テ或ハ前科證明ノ用ヲ爲シ或ハ前
科證明ノ用ヲ爲ササルナリ若シ犯人偽名ヲ稱スルニ至リタム此ニ方法ヲ以テ
前科證明ヲ爲スコトニ全ク能クスヘカシタルノ事業ニ屬ス司法省ニ於テ犯罪
人名辭書ヲ作レバ此辭書ノ目的ハ全國ノ既決犯罪表ヲ全國ノ裁判所ニ其通モ
シタ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ヒタル確定判決
ハ表ヲ徵收シ犯人ノ姓名ノいろは順ニ從ヒ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ガ如ク故ニ此辭書ニ依リテ犯人ノ姓名ヲ搜索
スレバ忽ニ以前科ノ證明ヲ爲スコトヲ得此辭書ハ全國ノ既決犯罪表ヲ一掃
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ヲ以テ索引又ハ既決
犯罪表ニ比スレバ大ニ急所アリ雖モ辭書編纂以後即チ當年ノ前科ニ付テ
之カ證明ヲ得ルコト能ハサルハ其缺點ナリ又犯人其姓名ヲ偽ラサル場合ハ非
サレバ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

既決犯罪表ニ同シ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
ニ於テ猶モ能ク其犯人ノ前科ヲ證明スルヲ得ルノ方法ニ至リタム今且未決之
カ證明ヲ爲シタル者アルヲ聞カス然レトモ刑法ハ改正セテ再犯加重ノ規則
ハ嚴酷ナルニ至リタム爾來犯人ノ自由ハ之ヲ望ムヘカラサルヲ以テ犯人其自
白ニ依ラシテ其前科ヲ證明スルノ方法ヲ考究スルハ則チ刑法改正ニ伴フ所
ノ急務ナリ我輩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依ラシテ而シテ能ク
前科ノ證明ヲ得ルニ付キ最モ確實ナルモノナリ今其方法ノ大要ヲ掲ゲテ以テ
之ヲ讀者ニ示サントス讀者又此方法ニ就キ更ニ改良ヲ加ヘタル新案ヲ考出ス
ルニ至ラハ國家ノ爲メニ著シキ利益ト爲ルベシト同一ニ或ハハ問題ニ付テ一
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ホニス、ベルチヨン氏ノ爲シタル演説ノ大要ヲ記載スヘ
シ

資格特徵

刑罰論

第四章 犯罪ノ責任 責任ノ範圍 再犯證明ノ方法

(一) 本問題ノ概論 予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ニ付テ必要ナル部分身式中指足ノ長さ頭ノ長さ及ヒ廣サ等ヲ試驗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體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ヅ其實名ヲ認シ初犯ノ人ノ姓名ヲ借ランコトヲ努ムル者多シ此ノ如クニシテ能ク再犯ニ科スル所ノ加重刑ヲ免ルハ加重刑ハ各國ニ於テ多少異ナル所アリト雖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程度ノ刑ヲ科セシムルコトアリ殊ニ慣行犯ノ多數ハ他ノ犯罪又ハ缺席裁判又ハ徵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ル者ト自信スルノ道理ヲ有スル者ニ非サルハナシ

此ノ如キ有様ニテ被告ハ數月間其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ルコト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コト能ハサルナリ
犯人中ニハ互ニ其姓名ヲ交換スルヲ怠ラサルヲミナラス時トシテハ名譽アル人ノ名稱ヲ盜ムコトアリ予ハ一例ヲ知ル再犯人カ新ニ逮捕セララルニ當リ其以前ニ其犯人ノ爲メニ竊盜ノ害ニ遭ヒタル人ノ氏名ヲ詐欺スルヲ憚ラサル者アリ蓋シ此犯人ハ被害者カ認延ニ於テ證言セシ際能ク其氏名ヲ記名セシ者ナリ
外國ニ於テ逮捕セラレ又ハ外國人ノ身分ヲ詐欺スル國際犯人ハ此ノ如キ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シ國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其名稱ヲ調査スルノ方法ヲ有セサルナリ此ノ如キ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モ然レト雖モ是レ未ダ完全ノ方法ト謂フコトヲ得ズ若シ夫レ犯罪ノ營業者ニ至リテハ常ニ偽名ヲ稱スルヲ注意シ爲シ以テ既決犯罪表ニテハ到底其犯罪ヲ發見スルコト能ハサルハ予ハ固ク認見今行ハルル所ノ人相書ニ付テ爲ス者ニ非ズ現行ノ人相書ニ於テハ顯著方顔永キ方眼九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ヘキモノニ非サルナリ又犯罪ノ種類ニ其影響ヲ與ヘテ骨格ヲ方獨リ能ク以上ノ弊害ヲ防クコトヲ得寫真ハ大衆人相書勝アル骨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バ巴里ニ於テハ經驗ニ依レハ十年間監視廳ニ於テ集メタル寫真ノ數十萬張及ヘテハ一犯人ヲ逮捕スル毎ニ一十萬ノ寫真ヲ調査スルコトヲ得ルカ曰ク能ハサルハ是ニ於テカ寫真ハ未ダ能ク再犯人ヲ求メテ達スルニ非ズ今後モ亦今日ノ如ク寫真ヲ以テ再犯人ヲ求メテ達スルハ最モ狡猾ナル最モ重大ナル罪ヲ犯シタル再犯人ハ必ズ寫真ヲ不完全ヲ利用シテ容易ニ初犯人ノ假裝ヲ爲スコトヲ得シ警察官探偵殊ニ監獄ノ監守ハ多少犯人ノ面貌ヲ知

ト雖モ是レ實ニ巴里ニ於テスル一箇月平均僅ニ二十八人内外通過スル小キ骨格ヲ方獨リ能ク以上ノ弊害ヲ防クコトヲ得寫真ハ大衆人相書勝アル骨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バ巴里ニ於テハ經驗ニ依レハ十年間監視廳ニ於テ集メタル寫真ノ數十萬張及ヘテハ一犯人ヲ逮捕スル毎ニ一十萬ノ寫真ヲ調査スルコトヲ得ルカ曰ク能ハサルハ是ニ於テカ寫真ハ未ダ能ク再犯人ヲ求メテ達スルニ非ズ今後モ亦今日ノ如ク寫真ヲ以テ再犯人ヲ求メテ達スルハ最モ狡猾ナル最モ重大ナル罪ヲ犯シタル再犯人ハ必ズ寫真ヲ不完全ヲ利用シテ容易ニ初犯人ノ假裝ヲ爲スコトヲ得シ警察官探偵殊ニ監獄ノ監守ハ多少犯人ノ面貌ヲ知
ト雖モ是レ實ニ巴里ニ於テスル一箇月平均僅ニ二十八人内外通過スル小キ骨格ヲ方獨リ能ク以上ノ弊害ヲ防クコトヲ得寫真ハ大衆人相書勝アル骨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バ巴里ニ於テハ經驗ニ依レハ十年間監視廳ニ於テ集メタル寫真ノ數十萬張及ヘテハ一犯人ヲ逮捕スル毎ニ一十萬ノ寫真ヲ調査スルコトヲ得ルカ曰ク能ハサルハ是ニ於テカ寫真ハ未ダ能ク再犯人ヲ求メテ達スルニ非ズ今後モ亦今日ノ如ク寫真ヲ以テ再犯人ヲ求メテ達スルハ最モ狡猾ナル最モ重大ナル罪ヲ犯シタル再犯人ハ必ズ寫真ヲ不完全ヲ利用シテ容易ニ初犯人ノ假裝ヲ爲スコトヲ得シ警察官探偵殊ニ監獄ノ監守ハ多少犯人ノ面貌ヲ知
(二) 此方法ノ組織ハ是ヨリ新方法ノ組織ニ付テハ言ハシメ置クハ大衆人相書ヲ計ルニ在リト例ヘハ身丈頭大縦及ヒ横足ノ中指ノ長サ等即チ是ナリ予ハ此方法ノ應用ヲ明カニスル爲メニ是等十一年間巴里ニ於テ集メタル十萬ノ寫真ヲ以テ再犯人ヲ調査スト想像センニ必ズ左ノ如キ結果ヲ生スルヲ見ルハ例ヘハ茲ニ十萬ノ寫真アリ先ツ之ヲ男女ニ區別シ即チ一方ニ於テハ男ヲ寫真ヲ陳列シ一方ニ於テハ女ヲ寫真ヲ陳列シ女ハ男ヲ寫真ニ比シテ其數甚タ少キヲ

以テ二萬ト假定シ尙ホ之ニ加テ二萬人幼者ヲ以テ假定セシメ六萬ノ男子中身丈ヲ基本トシテ之ヲ三種ニ區別スルニ即チ身丈ノ少ナル者其數大凡二萬人トシ身丈中ナル者大凡二萬人トシ身丈大ナル者其數又大凡二萬人ト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大ナル者ヨリモ中ナル者ノ區域狹カラサルヘキヲ爲例ヘテ「メートル」六十二乃至「メートル」六十七ニ當ル者ヲ以テ中実ノ人ト爲シ「メートル」六十八ヨリ「メートル」七十一ニ至ル者ヲ以テ身丈ノ大ナル者ト爲シ而シテ「メートル」六十一ヨリ「メートル」六十九ノ者ヲ以テ身丈ノ小ナル者ト爲ス此三種ノ區別ハ又更ニ同一ノ原則ニ從ヒテ之ヲ細別シ此場合ニ於テハ身丈ノ寸方ニ依テスルヲ更ニ各人ノ頭ノ縦ノ寸方ヲ三種ニ小分スルニ即チ身丈ヲ三分シ而シテ尙ホ頭ノ縦ヲ三分スレハ合計九種ノ區別ト爲ル即チ縦ノ小ナル頭ヲ有スル者ヲ六千若干ト爲シ縦ノ中ナル頭ヲ有スル者ヲ六千若干ト爲シ縦ノ大ナル頭ヲ有スル者ヲ六千若干ト爲シ而シテ更ニ此六千若干ニ付キ頭ノ横ノ寸方ニ依リテ之ヲ三種ニ區別スルトキハ下ノ如ク頭ノ横ノ小ナル者

二千頭ノ横ノ中ナル者二千頭ノ横ノ大ナル者二千若干人ト爲スルニ即チ經驗上許多ノ人民ニ於テハ頭ノ横ハ頭ノ縦ニ拘ハラズ大ニ變更スルモノナリ之ヲ換算スレハ頭ノ縦ニ付テ有スル所ノ寸方ハ之ニ依リテ以テ到底頭ノ横ノ寸方ヲ割出スコトヲ得スルニ即チ「メートル」六十六ノ數ヲ得六百人ト爲シ又其三別ニシタル各自ニ付テハ足ノ長サヲ基礎トシテ尙ホ之ヲ三別シ後又其三別ニシタル各自ニ付テハ腕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依リテ三別スレハ凡ソ六百ノ數ヲ得中指ノ六百ノ數ヲ足ニ依リテ三別スレハ二百ト爲ル更ニ之ヲ腕ニ依リテ三別スレハ六十三餘ト爲ル尙ホ更ニ腕ニ依リテ七ニ區別スレハ九ト爲ル此ノ如キ法ニ依リテ十萬ノ寫眞終ニ五段ノ區別ニ依リテ結局十枚内外ノ小數ニ至ル此ノ如ク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則チ再犯者ヲ發見スルコト極メテ容易ナリ

今試ニ姓名ヲ匿シタル犯人ヲ逮捕シ而シテ此犯人ハ或ハ假定セシ寸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ヘキ所ヲ詮索スルナリ次ニ其人ノ頭ノ縦ヲ度レハ尙ホ寫眞ノ數ヲ減スルニ至ル次ニ其人ノ頭ノ横足ノ長ヲ眼ノ色ヲ調査スレハ容易ニ其人ノ寫眞ノ現在スル場所ヲ知ルコトヲ得然レトモ論者或ハ曰ハシ此區別ノ境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「メートル六十八乃至二メートル六十八ノ身丈ヲ有スル者アリトセヨ若シ此人ヲ以テ「メートル六十八乃至二メートル六十八ノ部分ニ置カントセハ數年ノ後年齡長スルニ及ヒテ其身丈ニ付テ「センチメートルヲ減シ「メートル六十七ニ至ルコトアラン此ノ如キ場合ニ於テハ必ス「メートル六十二乃至「メートル六十四ノ中丈ヲ搜查セサルヘカラサルニ至ルト

此ノ如ク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コト能ハサルトキハ更ニ轉シテ身丈ノ小ナル部分ヲ搜查スルニ於テハ必ス之ヲ得ルコトアルヘ

シ此方法ハ最モ簡便ニシテ最モ迅速ナルモノナリ若シ二分間乃至三分間ヲ費セハ市中ノ巡查ノ智ヲ以テスルモ容易ニ之ヲ行フコトヲ得ヘシ帽子屋ハ其店ニ於テ頭ノ寸方ニ付テ三十二ノ番號ヲ有シ靴屋ハ靴ノ寸方ニ付テ二十ノ番號ヲ有ス然レトモ予ハ三種以上ノ區別ヲ爲ス者ニ非サルナリ即チ大中小是ナリ而シテ寸方ヲ取ルノ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コトナキヲ期スヘキ正確ノ方法ヲ用ヒサルヘカラス

トベルチヨシ「方法ハ各人間ニ於テ變化最モ多クシテ一人ニ於テ變化最モ少キ身體ノ部分ヲ選ヒテ標準ヲ定メサルヘカラス各人間相類似スル部分ニ於テハ特徵ヲ見ルコト困難ナリ一人ニ於テ變化甚シキ部分ヲ選フトキハ年齡ニ依リ寸方ノ錯誤ヲ生スルノ恐アリ氏ハ近來人ノ耳朶ニ就キ此研究ヲ爲スモノノ如シ人ノ耳朶ハ各人間ニ於テ變化最モ多クシテ一人ニ於テ變化最モ少キ部分ナリトス

第五章 加減順序

加重ト減輕ト同時ニ之ヲ適用スヘキ場合ニ於テハ其先後ノ順序如何蓋シ其減輕ヲ先ニシ加重ヲ後ニスルト其加重ヲ先ニシ減輕ヲ後ニスルトハ大ニ其結果ヲ異ニシ隨テ犯人ノ利害ニ大關係ヲ有ス例ヘハ輕懲役ニ該ルヘキ罪ヲ犯シタル者ニ對シ減輕ヲ先ニスレハ二年以上五年以下ノ重禁錮ト爲リ而シテ輕罪ノ刑ハ加ヘテ重罪ノ刑ニスルコトヲ得サルヲ以テ一等ヲ加フルモ二年六箇月以上六年三箇月以下ノ重禁錮ニ過キスト雖モ加重ヲ先ニスレハ先ツ重懲役ニ上リ更ニ減輕シテ輕懲役ニ復スルコトト爲ル又例ヘハ無期徒刑ヲ以テ處罰スヘキ犯人ニ對シ加減ノ兩情狀アリトセンニ其加重ヲ先ニスレハ加ヘテ死刑ニスルコトヲ得サルヲ以テ一等ヲ加フルモ尙ホ無期徒刑ニ止マリ之ニ一等ヲ減シ有期徒刑ニ處セラルヘシト雖モ減輕ヲ先ニシタルトキハ無期徒刑ヨリ二等ヲ減シテ有期徒刑ニ下シ而シテ之ニ一等ヲ加ヘ無期徒刑ヲ以テ處罰スルコトト爲ルカ故ニ減輕加重ノ順序ハ裁判官ノ自由ニ一任セス法律ノ規定ヲ以テ豫メ一定ノ準據ヲ明示セサルヘカラス是レ第九十九條ノ設アル所以ナリ

本條ノ規定ニ曰ク「犯罪ノ情狀ニ因リ總則ニ照シ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)酌量減輕ト

第六章 數罪俱發

數罪俱發ノ名稱ハ之ヲ支那律ニ採リシモノナリ支那律ニ於テハ同時ニ數箇ノ犯罪併發シタルトギハ數罪俱發例トシテ重キニ從ヒテ處斷スルノ規定アリ我刑法ハ此規定ヲ採リ附スルニ此名稱ヲ以テシタリ然レトモ刑法ノ趣旨ハ數箇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他ノ犯罪ト共ニ裁判ヲ爲ス場合ヲ謂フカ故ニ俱發ノ名稱ハ少シク刑法ノ精神ニ適合セサルモノアリ併合罪又ハ單ニ數罪ト云フヲ以テ穩當ト爲ス刑法改正草案ニ於テハ此場合ヲ命名シテ併合罪ト稱セリ(刑法改正草案第五七條乃至第六七條然レトモ其意義全ク現行刑法ト同一ナラス

現行刑法ニ於ケル數罪俱發トハ同一犯人未タ確定判決ヲ經サル前二箇以上ノ

罪ヲ犯シ或ハ時ヲ同シ或ハ時ヲ異ニシテ裁判所ニ訴ヘラレタル場合ヲ謂フ故ニ數罪併發ノ成立ニハ二條件ヲ要ス

第一條件 二箇以上ノ獨立犯罪アルコトヲ要ス 數罪中ノ各罪ハ必ズ獨立シテ成立セサルヘカラス即チ一所爲ニテ一罪ヲ成スモノ二箇以上成立スルコトヲ要ス故ニ繼續犯ノ如キ又ハ加重ノ情狀ノ如キハ數罪ノ計算ニ入ルヘキモノニ非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スト云フニ過キサレハ之ヲ以テ數罪ノ間斷ナク繼續スルモノト看做スヘカラス又加重ノ情狀ニ於テモ亦然リ加重ノ情狀ハ一ノ獨立罪アリテ其罪ノ成立ニ付キ加重スヘキ情狀即チ其情狀ノミニテハ一罪ヲ成スコト能ハサルモ獨立ノ犯罪ニ附著シテ其罪ノ責ヲ重クスルノ原因ト爲ルモノナレハ情狀ノ程度如何ニ重シト雖モ一罪ヲ以テ論スヘ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素ト一所爲ニ外ナラサレハ時間ノ延長ニ因リテ以テ數罪ト爲ルノ理由ナシ又家宅侵入罪ノ如シ門戸踰越ヲ踰越損壞シ又ハ鎖鑰ヲ破壊スルノ事實アルモ是レ家宅侵入ニ附著シテ加重ノ情狀ヲ爲スニ過キス

獨立シテ一罪ヲ成スモノニ非サルナリ 第二條件 確定判決前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再犯ナリ先ニ發シタル一罪ニ付キ未タ確定判決ヲ經サル前更ニ他ノ罪ヲ犯シテ共ニ發覺シタルトキハ數罪併發ナリ故ニ再犯モ數罪併發モ共ニ二罪以上ノ成立ヲ見ルト雖モ唯確定判決ノ有無ニ因リテ二者ノ區別ヲ爲ス其結果左ノ如シ

(一) 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ヲ疑フ所ナシ然レトモ再犯人ハ既ニ初犯ノ場合ニ於テ一度刑ニ處セラレタル者ナリ又再ヒ罪ヲ犯シ面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ヲ併科アルヲ見ルナリ故ニ曰ク再犯人ニハ刑罰ヲ併科スト之ニ反シ數罪併發ノ場合ニ於テハ數罪ノ中重キ一罪ニ付テ處斷スルヲ以テ原則ナリトス

(二) 再犯ノ場合ニ於テハ刑罰ヲ加重ス 再犯ニ於テハ單ニ刑罰ヲ併科スルノミナラス尙ホ本利ニ一等ヲ加ヘテ之ヲ罰スルナリ是レ亦數罪併發ノ場合ニ於

ヲ決シテ見サル所ナリ數罪併發ノ場合ニ於テハ數罪中一ノ重キ罪ニ付テ刑罰ヲ科スト雖モ其重キ罪ニ對シテ別ニ加重ヲ爲スコトアルナシ然レモ其輕キ罪ノ連犯ヲ以テ責任加重ノ原因ト爲ササルハ果シテ適當ノ規定ナルカ抑モ犯人ノ最も恐ルヘキ者ハ一罪ヲ犯シ未タ満足スルコトヲ知ラズシテ而シテ再ヒ罪ヲ犯ス者ニ在リ此類ノ犯人ハ業ニ既ニ犯罪ヲ行フヲ以テ常業ト爲シ其慣習ハ遂ニ第二ノ天性ヲ爲シタル者ナルカ故ニ縱令幾回處罰スルモ其非行ヲ改ムルコトヲ知ル者ニ非サルナリ此ノ如キ慣習性ノ犯人ニ對シテハ普通ノ刑罰ヲ以テ處罰スルモ到底刑罰ノ目的ヲ達スルコト能ハサル者ナレハ宜シク之ニ科スルニ特別ノ刑罰ヲ以テセサルヘカラス然ルニ唯確定判決後ノ犯罪ニ限リ加重ノ刑ヲ以テシ確定判決前ノ犯罪ニ在リテハ加重ノ刑ヲ用ヒサルカ如キハ少クトモ責任加重ノ規定ヲ設クル立法ノ精神ヲ貫徹セサルモノニ非サルナキカ蓋シ再犯加重ノ規定ハ再犯人ノ惡慣習ヲ打破セントノ趣旨ニ出ツ而シテ數罪連犯者モ亦同一ノ惡慣習ヲ有スル者ナレハ數罪併發ノ場合ニ於テモ猶ホ再犯ノ場合ニ於ケルカ如ク刑罰ヲ加重シテ犯人ヲ處罰シ大ニ之ヲ懲罰セサルヘ

カラス刑法ノ規定爰ニ出ラス獨リ再犯人ノ責任ヲ加重シテ數罪連犯者ノ責任ヲ加重セサルハ頗ル失當ト謂フヘシ然レモ其輕キ罪ノ連犯ヲ以テ責任加重ノ原因ト爲ササルハ果シテ適當ノ規定ナルカ抑モ犯人ノ最も恐ルヘキ者ハ一罪ヲ犯シ未タ満足スルコトヲ知ラズシテ而シテ再ヒ罪ヲ犯ス者ニ在リ此類ノ犯人ハ業ニ既ニ犯罪ヲ行フヲ以テ常業ト爲シ其慣習ハ遂ニ第二ノ天性ヲ爲シタル者ナルカ故ニ縱令幾回處罰スルモ其非行ヲ改ムルコトヲ知ル者ニ非サルナリ此ノ如キ慣習性ノ犯人ニ對シテハ普通ノ刑罰ヲ以テ處罰スルモ到底刑罰ノ目的ヲ達スルコト能ハサル者ナレハ宜シク之ニ科スルニ特別ノ刑罰ヲ以テセサルヘカラス然ルニ唯確定判決後ノ犯罪ニ限リ加重ノ刑ヲ以テシ確定判決前ノ犯罪ニ在リテハ加重ノ刑ヲ用ヒサルカ如キハ少クトモ責任加重ノ規定ヲ設クル立法ノ精神ヲ貫徹セサルモノニ非サルナキカ蓋シ再犯加重ノ規定ハ再犯人ノ惡慣習ヲ打破セントノ趣旨ニ出ツ而シテ數罪連犯者モ亦同一ノ惡慣習ヲ有スル者ナレハ數罪併發ノ場合ニ於テモ猶ホ再犯ノ場合ニ於ケルカ如ク刑罰ヲ加重シテ犯人ヲ處罰シ大ニ之ヲ懲罰セサルヘカラス刑法ノ規定爰ニ出ラス獨リ再犯人ノ責任ヲ加重シテ數罪連犯者ノ責任ヲ加重セサルハ頗ル失當ト謂フヘシ然レモ其輕キ罪ノ連犯ヲ以テ責任加重ノ原因ト爲ササルハ果シテ適當ノ規定ナルカ抑モ犯人ノ最も恐ルヘキ者ハ一罪ヲ犯シ未タ満足スルコトヲ知ラズシテ而シテ再ヒ罪ヲ犯ス者ニ在リ此類ノ犯人ハ業ニ既ニ犯罪ヲ行フヲ以テ常業ト爲シ其慣習ハ遂ニ第二ノ天性ヲ爲シタル者ナルカ故ニ縱令幾回處罰スルモ其非行ヲ改ムルコトヲ知ル者ニ非サルナリ此ノ如キ慣習性ノ犯人ニ對シテハ普通ノ刑罰ヲ以テ處罰スルモ到底刑罰ノ目的ヲ達スルコト能ハサル者ナレハ宜シク之ニ科スルニ特別ノ刑罰ヲ以テセサルヘカラス然ルニ唯確定判決後ノ犯罪ニ限リ加重ノ刑ヲ以テシ確定判決前ノ犯罪ニ在リテハ加重ノ刑ヲ用ヒサルカ如キハ少クトモ責任加重ノ規定ヲ設クル立法ノ精神ヲ貫徹セサルモノニ非サルナキカ蓋シ再犯加重ノ規定ハ再犯人ノ惡慣習ヲ打破セントノ趣旨ニ出ツ而シテ數罪連犯者モ亦同一ノ惡慣習ヲ有スル者ナレハ數罪併發ノ場合ニ於テモ猶ホ再犯ノ場合ニ於ケルカ如ク刑罰ヲ加重シテ犯人ヲ處罰シ大ニ之ヲ懲罰セサルヘ

立法者ハ重キ所爲ニ付テハ重刑ヲ科シ輕キ所爲ニ付テハ輕刑ヲ科スルコトヲ豫定セリ然ルニ數罪ニ對シ各刑ヲ科スルトキハ重キ罪ニ科スヘキ刑罰ヨリモ却テ輕キ罪ニ併科スル刑罰ヲ重クスルノ弊害ヲ生スヘシ之ヲ要スルニ我輩ハ各罪ニ付キ刑罰ヲ併科スヘシト言フ者ニ非ス唯特別ノ刑罰ヲ制定シテ普通ノ刑罰ヨリ重ク之ヲ處罰スヘシト言フナリ

第一節 罪數ノ標準

數罪併發ノ規定ヲ研究スルニ付テハ數罪ヲ知ラサルヘカラス數罪ヲ知ルニハ先ツ一罪ヲ知ラサルヘカラス蓋シ數罪ハ二箇以上ノ犯罪ニシテ各、獨立ノ一罪ヲ構成スル所ノモノナリ然レトモ數罪ト一罪トノ間ニ劃然タル境界線ヲ畫スルハ種種ノ場合ニ於テ頗ル困難ヲ感スル所ナシトセス一所爲ニテ常ニ一罪ヲ成シ數箇ノ所爲ニテ常ニ數罪ヲ構成スル場合ニ於テハ困難ナシト雖モ一所爲ニシテ數箇ノ罪名ニ觸レ數箇ノ所爲ニシテ一罪ノミヲ構成スル場合ノ如キハ之ヲ以テ一罪ト爲スヘキカ或ハ數罪ト爲スヘキカ甚タ不明ノ事ニ屬ス此區別

ニ付テハ歐洲刑法學者ノ間ニ於テモ其說ク所ヲ異ニシ其要領ヲ得サルモノアリ我輩ハ試ニ一罪ノ定義ヲ下シテ數罪ノ標準ト爲サント欲ス三回ニモ一、一罪トハ一回法律ノ禁制命令ニ違犯スル所爲ヲ謂フ故ニ犯罪ノ單數ト複數トヲ知ルニハ唯所爲ノ單數ト複數トニ著眼スヘキモノニ非ス宜シテ法律違犯ノ回數ヲ計ルヘキナリ法律違犯ノ數單一ナル場合ヲ一罪ト爲シ數箇ナル場合ヲ數罪ト爲ス例ヘハ今甲者ハ乙者ノ所有ニ屬スル時計書籍紙入ノ三品ヲ竊取シタリト假定センニ甲者ハ一罪ヲ犯シタル者ナリ何トナレハ盜罪ハ人ノ所有權ヲ侵害スルコトヲ禁シタルノ罪ニシテ一度人ノ所有權ヲ侵害センカ一回法律ノ禁制ヲ犯シタルヲ以テ財物ノ數又ハ其種類ノ如何ニ拘ハラス犯罪ハ單一ナリ然レトモ若シ二回又ハ三回ニテ時計書籍又ハ紙入ヲ奪ヒタリトセンカ二回、三回法律ノ禁制ヲ犯シタルヲ以テ是レ二罪若クハ三罪ヲ成スモノナリ故ニ若シ甲者ハ乙丙丁三人ニ屬スル物件ヲ竊取シタリトセンカ其所爲ハ單一ナリト雖モ(一)乙ニ對スル所有權侵害ノ禁制(二)丙ニ對スル所有權侵害ノ禁制(三)丁ニ對スル所有權侵害ノ禁制ヲ犯シタルヲ以テ三箇ノ盜罪ヲ構成ス故ニ共有物ノ竊

取ハ常ニ數罪ヲ構成スルモノナリ。又、身體ニ對スル場合ニ於テモ亦然リ例ハ毆打創傷罪ノ如シ毆打創傷罪ハ人ノ身體ノ侵害ヲ禁スル法律ナリ故ニ身體ニ對シ一回ノ危害ヲ與フレハ是レ一回ノ禁制ヲ犯シタルヲ以テ一回ノ毆打創傷罪ヲ構成ス二回ノ危害ヲ與フレハ是レ二回ノ禁制ヲ犯シタルヲ以テ二回ノ毆打創傷罪ヲ構成ス是ニ於テカ論者人々毆打スルニ當リ繼續シテ數箇ノ打撃ヲ加フルトキハ即チ數回ノ禁制ヲ犯シタルヲ以テ數箇ノ犯罪アリト謂ハサルヘカラス何トナレハ一打撃ニシテ一罪ヲ構成スレハ則チ數打撃ハ數罪ヲ構成スヘシト謂フ然レトモ數打撃ハ必スシモ數箇ノ創傷罪ヲ構成スルモノニ非ス必ス犯人ノ意思ヲ討究シテ後ニ數罪ト一罪トノ區別ヲ爲ササルヘカラス若シ犯人ノ意思ハ被害者ノ身體ニ對シテ一ノ大侵害ヲ加フルニ在ルトキハ數箇ノ打撃ハ其目的被害者ノ身體ニ對シテ一ノ大創傷ヲ爲スニ在ルトキハ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タルモ二回三回ニシテ一寸ノ傷ヲ爲スモ理ニ於テ異ナル所ナシ之ニ反シ犯人ノ意思ハ一ノ創傷ヲ爲スニ

在ラスシテ數打撃ニ因リテ數箇ノ創傷ヲ爲サント欲スルニ在ルトキハ是レ各打撃ハ常ニ一罪ヲ構成スルヲ以テ宜シク數罪アリト謂フヘシ。又、(一)實質上ノ一罪 大審院ノ解釋ニ於テ實質上ノ一罪ナルモノヲ認ム其由リヲ出ツル所ノ本源ハ之ヲ知ルヘカラスト雖モ凡ソ一罪ヲ行フカ爲メニ用フル所ノ方法別ニ一罪ヲ構成スル場合ニ於テ各本條特ニ其處斷法ヲ規定シタルトキハ數罪ノ俱發ニ非スシテ實質上ノ一罪ナリト謂フ蓋シ事實上數箇ノ犯罪アルモ法律上合セテ一罪ト爲シタルモノナリト謂フノ意ナラン刑法第二百六條第二百八十條第二項第二百八十二條第二項第三百五十一條第三百九十條第二項第四百十七條ニ規定スル所ノ場合即チ是ナリ試ニ第三百九十條第二項ニ付テ論セシニ詐欺取財ノ罪ハ詐欺ト取財トノ二條件ヲ以テ成立ス其詐欺ノ方法中ニハ豫メ法律ヲ以テ禁シタルモノアリ又禁セサルモノアリ法律上禁セサル方法ニ依リテ取財ヲ爲セハ是レ單純ナル詐欺取財ニシテ第三百九十條第一項ノ場合ニ屬シ若シ法律上禁シタル方法ニ依リテ取財ヲ爲セハ是レ同條第二項ノ場合ニシテ所謂實質上ノ一罪ヲ構成ス故ニ詐欺取財ノ方法トシテ文書ヲ偽

造行使スレハ詐欺取財ト文書偽造罪トハ各々獨立ノ二罪ヲ構成セス合シテ一罪ヲ成スニ過キサルヲ以テ一旦詐欺取財ノ公訴起リタル以上ハ文書偽造罪ニ付キ別ニ公訴ヲ起ササルモ當然詐欺取財ノ公訴中ニ包含ス若シ文書ヲ偽造スルカ爲メ印章ヲ偽造スルコトアラハ此印章偽造罪モ亦詐欺取財中ニ包含ス即チ文書偽造罪ハ詐欺ノ方法ニシテ詐欺取財罪ト合シテ一罪ヲ成シ而シテ印章偽造罪ハ文書偽造罪ノ方法ナルヲ以テ亦文書偽造罪ニ合シテ一罪ヲ爲ス此ノ如ク印章偽造罪ト文書偽造罪トヲ合シテ一罪ヲ成シ其一罪ト詐欺取財罪トヲ合シテ一罪ヲ爲セハ則チ詐欺取財ノ公訴中ニハ此二罪ヲ包含スルコト自然ノ理數ナリト謂フ我輩ヲ以テ之ヲ觀ルニ實質上ノ一罪ナルモノハ殆ト根據ナキ解釋ニシテ學理上認容スヘカラサル所ノモノタリ假ニ實質上ノ一罪ヲ是認スヘシトスルモ大審院ノ見解ハ頗ル誤レル所アルカ如シ刑法ノ規定中數箇ノ犯罪ヲ合シテ特ニ一罪ヲ構成シタル場合ナキニ非ス第四百十二條第二項ニ規定スル罪ノ如キハ獄具ノ毀壞罪ト囚徒逃走罪トヲ合シテ一罪ト爲シタルモノナリ第三百六十八條ノ場合ノ如キハ脅迫罪ト盜罪トヲ合シテ強盜ノ一罪ト爲シ第

三百七十八條ノ場合ノ如キハ強盜罪ト強盜罪トヲ合シテ一罪ト爲シタルモノナリ其他第二百六十五條第二項第二百八十六條第二項第三百三十九條第三百六十四條第二項ノ場合ニ於テモ亦然リ此ノ如ク本來獨立ノ二罪ヲ合シテ特ニ一罪ト爲シタル場合ニ於テハ犯罪ノ實質ハ法律上數箇ニ非スシテ全ク一箇ナルヲ以テ名クルニ實質上ノ一罪ノ名稱ヲ以テスルモ不可ナルコトナシト雖モ判決例ニ示ス所ノ場合ヲ指シテ實質上ノ一罪ナリト謂フハ或ハ名實矛盾スル所アラサルナキカ判決例ニ示ス所ノ場合ニ於テハ法律ハ必ス云云罪ノ各本條ニ照シ重ルキニ從テ處斷スト規定ス既ニ重キニ從テ處斷スト云フトキハ必ス輕キモノアコトヲ想像スヘキヲ以テ明カニ重キ罪ト輕キ罪ト併發ヲ認メタリト謂ハサヘカラス然ルニ尙ホ之ヲ以テ實質上ノ一罪ト謂フ實ニ法文ヲ經フルノ甚シキ者ナリ法律一ナリト謂ヒテ而シテ人二ナリト謂フ法律白ト謂ヒテ而シテ人黒ト謂フ天下豈ニ此ノ如キノ解釋法アラザヤ故ニ曰ク大審院ノ見解ハ誤レリト其判決例ノ變更ヲ見ル蓋シ遠キニ非サルヘシ

(二) 實體上ノ數罪 同一犯人數箇ノ行爲ヲ爲シ其行爲ハ各同一法律又ハ數箇

ノ法律ニ違背シテ各行爲各罪ヲ構成スル場合ヲ謂フ例ハ一人ヲ殺シタル後其犯跡ヲ蔽ハシカ爲メ火ヲ放チタル場合ノ如シ即チ殺人ノ所爲ハ殺人罪ヲ構成シ放火ノ所爲ハ放火罪ヲ構成ス又甲家ニ入りテ甲ノ所有物ヲ盜ミ乙家ニ入りテ乙ノ所有物ヲ盜ム場合ノ如シ此二所爲ハ共ニ竊盜罪ヲ構成ス若シ夫レノ家宅ニ侵入シテ竊盜ヲ爲スカ如キハ一罪ト爲スカ抑モ又二罪ト爲スカ許多ノ學者ハ之ヲ以テ一罪ナリト爲スト雖モ我輩ハ現行刑法ノ解釋上二罪ヲ以テ論セサルヘカラサルモノナリト信ス刑法第三百六十八條ニ於テ門戶牆壁ヲ踰越損壞シ又ハ鎖鑰ヲ開キ人ノ邸宅倉庫ニ入り竊盜ヲ爲ス所爲ヲ罰ス是レ加重ノ情狀アル家宅侵入罪ト竊盜罪トヲ合シテ一罪ト爲シタルモノナリ若シ家宅侵入罪ハ竊盜ノ必要手段ナルカ故ニ常ニ竊盜罪中ニ吸收スルモノナリト言ハハ則チ特ニ本條ヲ規定シテ其一罪タルコトヲ明言スルノ必要ナカルヘシ既ニ本條ノ規定アル上ハ加重ノ情狀ナキ家宅侵入ノ竊盜ハ二罪ヲ以テ論セサルヘカラス其處罰ニ百六十兩罰金二罪併科ニ百六十兩罰金三罪併科ニ百六十兩罰金ヲ想像上ノ數罪 犯人ノ行ヒタル所爲ハ單一ニシテ數箇ノ法律ニ抵觸シタ

第二節 數罪ノ處分法

ル場合ヲ謂フ例ハ一罪ニ對シテ發砲スルカ如シ發砲ノ所爲ハ單一ナルモ其結果三人ヲ殺シ三人ヲ傷ケタルトキハ是レ一所爲ニシテ三箇ノ殺人既遂罪ト三箇ノ殺人未遂罪トヲ發生セシメタルナリ又懷胎ノ婦女ニ對シテ毒藥ヲ服セシメ面シテ死ニ至ラセシメ胎兒ヲ墮胎セシメタル場合ノ如シ是レ一所爲ニシテ毒殺未遂罪ト墮胎罪トヲ構成ス又印紙再貼用罪ハ如シ印紙再貼用ノ所爲ハ刑法ノ犯罪ヲ構成シ脱税ノ所爲ハ證券印紙稅則ノ違犯ヲ構成ス此ノ如ク一所爲ニシテ數法律ニ觸ルルカ爲メニ數罪ヲ構成スル場合ニ於テハ數罪俱發ノ例ヲ適用シ其法律中重キ刑ヲ定メタル法律ニ照シテ之ヲ罰スヘキノミ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

モノナリト刑法ノ純理ヨリ論スレハ一罪ニ付テ一刑ヲ科スヘキヲ以テ數罪ニ對シテ數刑ヲ科スルハ自然ノ理數ナルカ如シ若シ夫レ數罪中重キ一罪若シハ二罪ニ對シテノミ刑罰ヲ加フルニ止マレハ餘罪ハ之カ爲メニ不當ノ免除ヲ得ルニ至リ其結果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レルヲ以テ寧ロ一罪ニ付テ一刑罰ヲ受ケンヨリ數罪ヲ犯シテ一刑罪ヲ受ケ他ノ輕キ餘罪ヲ利得スルニ若カスト爲シ喜ヒテ犯罪ノ數ヲ増スニ至ラン是レ即チ犯人ヲ獎勵スルニ犯罪ヲ以テスルノ方法ナリ故ニ併科主義ハ寧ロ刑法ノ純理ニ適シ大ニ犯罪ノ數ヲ減スルノ希望アリト謂フヲ得ヘシ然レトモ併科主義ニハ大ナル弊害アリ

第一弊害 併科主義ハ總テノ犯罪ニ通シテ之ヲ適用スルコト能ハサルヲ弊害アリ試ニ數罪中其一罪ハ死刑ニ該ルカ又ハ其數罪ハ俱ニ死刑ニ該ルモノナルトキハ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ヌ又一人ニ對シテ數回ノ死刑ヲ執行スヘカラサルヲ以テ併科主義ハ遂ニ其目的ヲ貫徹スルコト能ハサルナリ或ハ曰ハシ一人ニ對シテ數回ノ死刑ヲ執行スルコトハ

實際上能クスヘキノ業ニ非ストスルモ一罪ハ死刑ニ該リ他ノ罪ハ自由刑ニ該ルトキハ最初自由刑ヲ執行シ後其終ルヲ待チテ更ニ死刑ヲ執行セハ死刑ト自由刑トノ併科ヲ爲スコトヲ得ルナリト然レトモ是レ亦誤レリ若シ自由刑中無期ノモノアリタルトキハ死セザレハ則チ自由刑ノ執行ヲ了ラサルカ故ニ其了ルヲ待チテ死刑ヲ執行セントスルモ是レ猶ホ二箇ノ死刑ヲ執行スルカ如ク實際上能クスヘカラサルナリ故ニ併科主義ハ總テノ刑罰ニ通シテ之ヲ適用スルコトヲ得ヘ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ンカ細微ノ數罪ヲ犯シタル者ニ對シテ數箇ノ刑ヲ科セサルヘカラサルカ故ニ屬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拘留十日ノ犯罪ヲ三十度犯シタリトセンカ是レ三百日ノ輕禁錮ノ刑ヲ受ケタル者ニ同シ而シテ三百日ノ輕禁錮ノ刑罰ハ罪人隱匿罪ニ科スル最長期ノ刑ニ當ルナリ刑法第四百二十五條ノ違警罪目ニ記載スル所ノ犯罪ト罪人隱匿罪ト同一

ニシテ論スルノ理アラシキ又例ヘハ竊盜罪ノ如シ竊盜ノ三十犯アリト假定セ
 假ニ一犯ヲ一年ナリトセハ三十年ノ重禁錮ニ處セサルヘカラズ三十年ノ重
 禁錮ハ有期徒刑ノ二倍ナリ竊盜ノ罪如何ニ重大ナリト雖モ之ニ科スルニ二倍
 ノ有期刑ヲ以テスルノ理アラシキ是レ豈ニ犯人ニ對スルノ刑罰ニ失シテ而シ
 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
 リ重罪輕罪遠輕罪ノ區別ヲ爲ササルトキハ違警罪ニ科スルニ輕罪ノ刑ヲ以テ
 スルモ可ナリ又輕罪ニ科スルニ重罪ノ刑ヲ以テスルモ不可ナル所ナシト雖モ
 既ニ犯罪ヲ區別シテ重罪ニハ重罪ノ刑ヲ適用シ輕罪ニハ輕罪ノ刑ヲ適用シ違
 警罪ニハ違警罪ノ刑ヲ適用スヘシト規定シタル以上ハ輕罪ニ對シテ重罪ノ刑
 ヲ適用スルノ理由ナク違警罪ニ對シテ輕罪ノ刑ヲ適用スルヲ得サルヤ明白ナ
 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
 所爲ハ悉ク重キ所爲中ニ吸收スト云フニ在リ是レ佛國刑法及ヒ我現行刑法ノ

採用スル所ノ主義ナリ此主義ニ依レハ併科主義ノ如キ弊害ナシト雖モ又他ニ
 大ナル弊害アリ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同ニ付スル
 トキハ即チ犯人ハ好ミテ數罪ヲ犯スニ至ルノ弊害ヲ生ス即チ犯人ハ一罪ヲ犯
 シタモ罰セラル數罪ヲ犯シタモ其罰等シキトキハ一罪ノ利益ニ安センヨリハ
 寧ロ數罪ヲ犯シタ數箇ノ利益ヲ收ムルニ若カスト爲サン是レ法律ハ吸收主義
 ヲ用ヒ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
 セン如ク人苟モ罪ヲ犯シテ之ヲ罰スヘシトセハ數罪ノ場合ニ於テ唯其重キ所
 爲ノミヲ問ヒテ其輕キ所爲ヲ問ハサルノ理毫モ之アラサルナリ

第三 制限併科主義 是レ即チ併科主義ヲ制限シテ其弊害ヲ防キ數罪ノ各所
 爲ヲ罰シテ而シテ吸收主義ノ弊害ヲ除キタルモノナリ此主義ハ原則上數箇ノ
 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弊
 害ヲ免レンコトヲ欲シタルナリ即チ數罪ヲ犯シタル者アルトキハ其數罪ヲ混
 一ニシテ特別ノ一罪ト爲シ之ニ科スルニ特別ノ刑ヲ以テセシト欲スルニ在リ

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其數罪ヲ合併シテ之ヲ一罪ナリト看做シ之ニ科スルニ特別ノ刑ヲ以テスルナリ故ニ嚴罰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則チ各犯罪ノ輕重ニ比例シテ而シテ多少刑罰ノ之ニ付テ見ルナリ而シテ其特別刑ハ犯罪ノ輕重ニ應ジテ常ニ變更スルコトヲ得ルカ故ニ決シテ一定ノ刑罰ニ非ス例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之ニ加フルニ其刑ノ二分ノ一又ハ三分ノ一ノ刑ヲ以テシタルモノヲ以テ總テノ數罪ヲ罰スルカ故ニ本刑ノ二分ノ一若クハ三分ノ一ノ刑ハ是レ重罪外ノ犯罪ニ科スル所ノ刑ニ外ナラス裁判官ハ此特別刑ノ範圍ヲ上下シテ刑ノ輕重ヲ定ムルコトヲ得此主義ハ(一)有期刑若クハ罰金刑ニ非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(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ル所ノ刑法殆ト其統ヲ一ニス獨リ罰金ノ刑ニ

至リテハ國ニ依リテ多少ノ制限ヲ爲スモノアリ
現今此主義ヲ採用スル國ハ獨逸白耳義和蘭ナリ刑法草案ニ於テモ亦此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テ草案ノ規定ニ依レハ禁錮以上ノ有期刑ニ付テハ數罪中其重キ所爲ニ科スヘキ刑ニ其刑ノ二分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ヲ爲セリ此主義ヤ一罪ニ付テ一刑ヲ科スヘシト云フノ原則ハ能ク之ヲ貫徹セシムルコトヲ得ト雖モ亦多少ノ弊害ヲ免レス即チ犯人ハ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隱蔽スルノ弊害アリ然レトモ犯罪ヲ隱蔽スルハ是レ犯人ノ性情ニシテ殆ト辯護權ノ一ナリト看テ可ナリ若シ判事ニ於テ犯人ノ隱蔽スル一罪ヲ發覺セシムルノ伎倆ヲ有スルアラハ數罪ノ場合ニ於テ之ヲ發覺セシメタルノ理由アルヘカラサルナリ然ラハ則チ犯罪ノ隱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ス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產ヲ盡盡スルノ弊害アリト曰

然レトモ現今我日本ニ行ハル所ノ刑法以外ノ諸規則ヲ見ルニ罰金刑ニ於テ數罪俱發ノ原則ヲ適用スル場合殆ト稀ナリ大抵罰金ノ併科ヲ以テ原則ト爲スモノノ如シ酒造稅則精酒法違反ノ如キニ至リテハ一萬圓以上ノ罰金ヲ科スルコト其例甚タ尠シトモ此ノ如キ巨額ノ罰金ヲ科スルニモ拘ハラス尙ホ且稅則ヲ犯シテ已マサルモノハ罰金ノ高額必スシモ犯人ノ財産ヲ罄盡スルノ弊害アリト謂フヘカラス經驗上既ニ罰金ノ併科ヲ爲シテ而シテ格別ノ弊害ヲ見ルコトナクハ則チ刑法草案ノ併科主義ヲ勵行スルニ於テモ亦弊害ヲ生スルノ恐ナキヤ知者ヲ俟テテ而シテ後ニ之ヲ知ラサルナリ

第三節 數罪俱發ノ適用

數罪俱發ノ適用ハ之ヲ區別シテ二ト爲ス(一)刑罰ニ關スル俱發例ノ適用(二)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

現行刑法ニ於テハ二罪以上俱ニ發シタルトキハ一ノ重キニ從ヒテ處斷スルニ原則ヲ採レリ此原則ニ付テハ困難ナル二問題アリ(一)現行刑法ニ於テハ如何ナル方法ニ依リ刑ノ輕重ヲ定ムルコトヲ得ヤ(二)重キ一刑ノミヲ科シタルトキハ他ノ犯罪ニ科スヘキ附加刑ハ其主刑ト俱ニ吸收スルモノト爲スカ又ハ主刑ト分離シテ之ヲ重キ刑ニ附加スヘキカ例ヘ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モニ數罪俱發例ニ依リ最モ重キ毆打創傷罪ヲ罰ストスレハ官吏侮辱罪ニ於ケル附加罰金又ハ詐欺取財ニ於ケル附加罰金監視ハ主刑ト共ニ吸收セラレルカ將タ毆打創傷罪ニ附加シテ之ヲ科スヘキカ第一問、如何ナル方法ニ依リテ刑ノ輕重ヲ定ムヘキヤ本問題ヲ決スルハ甚タ容易ニシテ毫モ困難ヲ見ルコトナシ即チ刑ノ輕重ハ刑法ニ定タル刑ノ順序ニ從ヒテ之ヲ知ルコトヲ得刑ノ順序ハ刑法第七條乃至第九條ニ規定ス而シテ加減例第六十七條乃至第七十條ニ於テモ亦刑ノ輕重ヲ知ルコトヲ得即チ我刑法ノ原則ニ依レハ刑ノ輕重ヲ量定スルニハ(一)刑ノ性質ヲ以テシ(二)刑ノ長短ヲ以テス是ニ於テ左ノ二結果ヲ生ス

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モトアリト雖モ刑ノ性質既ニ重罪ノ刑ヲ以テ重シト爲スカ故ニ重罪ノ刑ヲ以テ之ヲ處斷セサルヘカラス例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箇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長期ト比較スレハ竊盜ノ刑ヲ以テ重シト爲ス然レトモ六年三箇月ノ重禁錮ノ刑ヨリ六年ノ輕懲役ハ其性質重キモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ爲替手形偽造罪ヲ以テ重罪ナリトシ之ニ科スルニ輕懲役ノ刑ヲ以テスヘキナリ

第二結果 同性質ノ刑ニ於テハ死刑ヲ除クノ外刑期ノ長キモノヲ以テ重シト爲スカ故ニ重罪ノ自由刑ニ在リテハ無期刑ヲ以テ最モ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モ輕キモノヲ輕懲役トス以上ハ常事犯ノ場合ヲ想像シテ之ヲ論シタルナリ獨リ死刑ハ刑ノ最モ重キモノナルカ故ニ刑ノ輕重ヲ規定スルニ當リテハ宜シク死刑ヲ以テ最モ重シト爲

スノ規定ヲ設クヘキナリ然ルニ現行法ニ於テ刑ノ輕重ヲ比較スヘ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ノミ輕重ノ標準ヲ定メタルハ未タ以テ完全ナル規定ナリト謂フヘ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此規定ニ由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論ヲ爲スコト得ヘシ固ヨリ死刑ノ自由刑ヨリ重キハ別ニ規定ヲ用フルノ必要ナキカ如シト雖モ刑ノ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サルハ法律ノ瑕疵ナリ

ハ獨リ禁錮ノ刑ノミトス隨テ輕罪ニ付テハ唯刑期ノ長短ノミヲ以テ刑ノ輕重ヲ定ムルコトヲ得ス若シ刑期ノ長短ノミニ依リテ以テ刑ノ輕重ヲ定ムルコトヲ爲サハ罰金ノ場合ニ於テハ到底其輕重ヲ知ルヘカラサラントス是ニ於テカ刑法ハ輕罪ノ輕重ヲ量定スルニ付テ其標準ヲ刑罰ヲ採ラヌシテ而シテ之ヲ犯

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」ト是ニ由リテ之ヲ觀レハ輕罪ノ刑ハ其禁錮タルト罰金タルトヲ問ハス犯罪ノ情狀重シトスルモノヲ以テ之ヲ處斷スルカ故ニ若シ罰金ノ刑ニ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ヲ刑ヲ科セザルハカラサルノ結果ヲ生スヘシ然レトモ凡ソ人生ノ自由ハ其貴重ナルモノ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テ以テ自由ヲ買ハントツ求ムルモ自由ヲ棄テテ以テ財產ヲ獲シテ欲スル者アルヲ聞カサルナリ左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サルヘカラス故ニ禁錮ニ該ル罪ト罰金ニ該ル罪ト俱發シタル場合ニ於テ假令禁錮ニ該ル罪ハ其情狀最モ輕クシテ僅ニ最短期十一日ノ刑ヲ科スヘキニ過キスシテ罰金ニ該ル罪ハ其情狀最モ重クシテ最高額二百圓ニ當ルモノナリトスルモ尙ホ禁錮ノ刑ヲ以テ重シト爲ササルヘカラス刑法ハ單ニ輕罪ノ刑ハ其所犯情狀最モ重キモノ從ヒテ處斷スト規定シテ而シテ罰金ノヨトニ付テ一言ノ規定ヲ爲ササルハ是レ亦其現理タルヲ免レサルナリ刑期等シキ刑罰ニ該ル數罪俱發シタル

トキハ如何ナル刑ヲ以テ最モ重キ刑ト爲スカ例ヘハ無期徒刑ト無期流刑ニ該ル二犯罪俱發シタルトキ又ハ重禁錮ト輕禁錮ニ該ル二犯罪俱發シタルトキハ何レノ刑ヲ以テ重シト爲スカ第百條第二項ハ之カ規定ヲ爲シテ曰ク「刑期ノ等シキ者ハ定役アル者ヲ以テ重ト爲スト」故ニ現行刑法ニ於テハ定役アル刑罰ヲ以テ最モ重キ刑罰ナリト看做スナリ然レトモ定役ハ必スシモ犯人ノ爲メニ苦痛ノ原因ヲ爲スモノニ非ス却テ定役ニ從事スルカ爲メ獄中ノ憂苦ヲ忘ルルコトアルヘシ之ニ反シ定役ナキ刑罰ハ犯人ヲシテ常ニ無事ニ苦マシムルヲ以テ實際定役ナキノ刑ハ定役アルノ刑ヨリモ犯人ノ爲メニ重大ナル痛苦ヲ與フルコトアリ想ハサルヘカラサルナリ

又ハ輕罪ノ刑ニ輕重ヲ定メテ而シテ輕重ニ付テハ別ニ此規定ヲ設ケス即チ輕重ニ付テハ刑罰ニ依リテ以テ其輕重ヲ較ルヘカラスルモノアルヲ以テ犯罪ノ情狀ニ依リテ以テ之カ輕重ヲ定メタルナリ第百條第三項ニ曰ク「輕罪ノ刑ハ其所犯情狀最重キ者ニ從テ處斷スト」輕罪ノ刑ノ最モ重キモノヲ以テ禁錮ト爲ス而シテ禁錮ニハ輕禁錮ト重禁錮トノ區別アルカ故ニ重罪ノ

規定第一〇〇條第二項ヲ準用シ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爲ササルヘカラス隨テ刑罰ニ付テ刑ノ輕重ヲ定ムルコト尙ホ重罪ノ場合ノ如クスルヲ得ヘシ我輩ハ輕罪ノ刑ニ付テモ重禁錮ニ該ルモノト輕禁錮ニ該ルモノト俱發シタルトキハ重禁錮ニ該ルモノヲ以テ重シト爲ストノ規定ヲ設クルノ道理アルヲ信スルナリ然レトモ重禁錮ノ刑ニ該ル數罪俱發シ又ハ輕禁錮ニ該ル數罪俱發シタルトキハ各本條ニ定ムル所ノ刑罰ハ容易ニ其輕重ヲ知ルヘカサルモノアルカ故ニ假ニ刑期ノ長短ニ依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其ニ重禁錮ノ刑ニ該ル輕罪ナリ而シテ竊盜ノ刑ハ第三百六十六條ニ於テ二月以上四年以下トス官吏侮辱罪ハ第四百一一條ニ於テ一年以上一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重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トキハ到底刑法ノ規定ニ依リテ其輕重ヲ知ルヲ

得サルナリ竊盜ハ二月以下ノ重禁錮ニ處スルヲ得ヘク而シテ官吏侮辱罪ハ一年以下ノ重禁錮ニ處セラルヘシ此ノ如クモハ則チ官吏侮辱罪重クシテ而シテ竊盜ノ罪輕ク故ニ法律ハ犯罪ノ情狀ヲ斟酌シ其情狀ノ輕重ニ照シ科スル所ノ刑罰ヲ以テ之カ輕重ヲ定ムヘシト爲シタルナリ

第二問 數罪俱發ノ場合ニ於テ一ノ重キ刑ヲ適用スルトキハ輕キ刑ノ附加刑ハ主刑ト共ニ吸收セラルルヤ本問題ヲ按スルニ凡ソ裁判官ハ唯法律ヲ適用スルノ職權ヲ有スルノミニシテ如何ナル場合ニ於テモ法律ヲ制定スルノ權利ヲ有スル者ニ非サルナリ數罪俱發ノ場合ニ於テ重キ刑ニ附加刑ナクシテ輕キ刑ニ附加刑アリタルトキ獨リ重キ刑ノミヲ科スルトキハ犯人ハ不當ニ輕キ刑ノ附加刑ヲ免ルルノ恐アリト雖モ附加刑ハ是レ主刑ト合シテ不可分ノ一刑ヲ成スモノナレハ裁判官ニ於テ漫ニ主刑ト附加刑トヲ分離スルノ權利ヲ有スル者ニ非ス若シ裁判官ニ於テ輕キ刑ノ附加刑ノミヲ採リテ之ヲ重キ主刑ニ附加セシ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者ナリ是レ裁判官ノ職務外ニ馳スルモノナリ犯人ニ於テ輕キ刑ノ附加刑ヲ免ルル

ヲ得ルハ其主刑ヲ免ルルノ結果ニ過キサレハ別ニ不當ニ附加刑ヲ免ルル者ナリト謂フヲ得ス。然レトモ沒收及ヒ徵收處分ニ付テハ同日ニシテ論スヘカラサルモノアリ。刑法第百三條ニ曰ク「數罪俱ニ發シ一ノ重キニ從フ時ト雖モ其沒收及ヒ徵價ノ處分ハ各本法ニ從フ」ト是ニ由リテ之ヲ觀レハ附加刑ハ原則上其主刑ト共ニ吸收セラルル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成ヌ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價處分ハ主刑ト一致シタル不可分ノ附加刑ニ非スシテ或犯罪ニ付テ特科スヘキ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附加刑ナシト雖モ獨リ沒收、徵價ノ附加刑ヲ科スルコトヲ得ルナリ即チ沒收及ヒ徵價ノ附加刑ハ分離シテ重キ主刑ト併科スルコトヲ得ルノ性質ヲ有スルモノナリ。數罪俱發ノ場合ニ於テ一ノ重キ刑ヲ科シ輕キ刑ニ對シテハ其刑ヲ科セスト雖モ是レ其輕キ犯罪ヲ以テ犯罪ニ非スト爲シ又犯人ヲ以テ其責任ナキ者ナリト

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ヘキ沒收及ヒ徵價ノ附加刑モ亦之ヲ科スルノ途ナカラントス輕キ犯罪ハ之ヲ犯罪ナリト爲スト雖モ唯之ニ科スル所ノ主刑ヲ科セサルノミ

第一款 犯罪ニ關スル俱發例ノ適用

如何ナル種類ノ犯罪ニ對シテ數罪俱發ノ原則ヲ適用スヘキカ重罪輕罪ニ對シテハ例外ナク此原則ヲ適用スヘシ是レ第百條ノ規定スル所ニシテ別ニ論スルノ要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ガズトス第百一條ニ曰ク「違警罪ニ罪以上俱ニ發シタル時ハ各其刑ヲ科スト」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アリテ然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依リ一ノ重キ刑ノミヲ科シテ他ノ輕キ刑ヲ科セサルトキハ犯人ハ屢違警罪ヲ犯シテ不當ノ利益ヲ獲ルノ場合ナシトセ

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用ナリ官署
ヨリ價額ヲ定メタル物品ヲ販賣シタル者ハ十圓以上一圓以下ノ科料ニ處セラ
ルヘシ若シ數同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シテ而シテ屬此罪ヲ犯スニ至ラ
ン如何トナレハ十圓ヲ利シテ而シテ一圓ヲ失フモ尙ホ九圓ノ利得アレハナリ
此ノ如ク違警罪ニ付テ吸收主義ヲ採ルトキハ則テ禁制命令ノ履行ハ之ヲ期ス
ヘカラサルニ至ルヲ以テ刑法ハ違警罪ニ付テ併科主義ヲ採ルノ必要ヲ認メタ
リ但併科主義ハ唯違警罪ニ付テ之ヲ行フモノニシテ若シ重罪輕罪違警罪ノ三
罪又ハ重罪ト違警罪若クハ輕罪ト違警罪ト併發スルトキハ一般ノ原則ニ依リ
輕キ違警罪ノ刑ハ之ヲ科セサルナリ

第一注意 數罪俱發ノ原則ハ刑法發布以前ノ他ノ法律ニ規定シタル犯罪ニモ
亦之ヲ適用スルコトヲ得ルヤ刑法以外ノ犯罪ト雖モ刑法ニ於テ別段ハ規定ヲ
設ケサル限ハ常ニ數罪俱發ノ原則ヲ適用スルコトヲ得ヘシト雖モ刑法發布以
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 同時又ハ附帶シテ成立スル或種類ノ犯罪ニ付テ俱發例ノ原則ヲ適
用スルコトヲ許ササル場合アリ例ヘハ刑法第三百八十一條強姦婦女ヲ強姦シ
タル場合第三百八十二條竊盜財ヲ得テ其取違フ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ノ如シ凡ソ此等ノ場合ニ於テハ刑法特ニ數所
爲テ併合シテ一罪ト爲シ之ニ相當スル所ノ一刑ヲ科スルニ止マルナリ

第三節 數罪俱發ノ效力

第一款 公訴權ニ關スル場合

(一) 數罪ハ其判決以前或ハ同時ニ發覺スルコトアリ或ハ別時ニ發覺スルコト
アリ數罪同時ニ發覺シタルトキハ同時ニ同一裁判所ニ於テ之ヲ審理ス數罪ノ
別時ニ發覺シタルトキ即チ先ニ一罪ノ訴アリテ其判決未タ確定セサル前更ニ
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

審理スルヲ以テ原則ナリトス蓋シ併合審理ハ刑事訴訟法ノ原則トスル所ノモノナレハ公訴ノ提起時ヲ同シウスルト又時ヲ異ニスルトニ因リテ以テ原則ノ適用ヲ二三ニスルモノニ非サルナリ然レトモ刑法第百條ニ於テ「三罪以上俱ニ發シタル時」云云トアルヲ以テ世人屬之カ誤解ヲ爲シ同時ニ數罪ヲ斷ヘタルトキニ非サレハ俱發例ヲ適用シ又併合審理ヲ爲スヘキモノニ非スト信スル者アリ論者ハ二罪以上俱ニ發スルト云フヲ以テ同時ニ發覺スルノ意味ナリト解ス然レトモ俱ニ發スルトハ同時ニ發覺スルハ趣旨ニ非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常ニ數罪俱發ノ原則ヲ適用セザルベカラス

(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第百條ハ一罪以上ニ付テ未タ判決ヲ經タル前數罪ノ發覺シタル場合ヲ規定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

條ヲ適用スルヲ得ス是レ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タル犯罪トノ關係ヲ定ムルニ在リ此ノ如ク判決ノ前後ニ於テ數罪併發シタルトキハ前後ノ數罪ハ特別ニ罰スヘキヲ將タ單ニ重キ一罪ニ付テ罰スヘキカ刑法第百二條ニ曰ク「一罪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之ヲ論シ前發ノ刑ヲ以テ後發ノ刑ニ通算スト」是ニ由リテ之ヲ觀レハ判決後ニ餘罪發覺シタルトキハ其餘罪ト判決ヲ經タル罪トノ輕重ヲ較リ若シ餘罪輕キトキハ之ヲ罰セズ餘罪重キトキハ更ニ之ヲ罰シテ前發ノ犯罪ニ科シタル刑ヲ以テ後發ノ犯罪ノ刑ニ通算ス即チ前發ノ刑ニ後發ノ刑ノ重キ部分ヲ加ヘタル刑ヲ執行スルナリ左レハ此場合ニ於テモ刑法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タル罪ト比較シテ其輕キ者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

輕キ罪ヲ論セタルト同一ノ精神ニ出ツルナリ又餘罪重キ下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ニ後發ノ重キ罪ニ科シタル刑ノ重キ部分ヲ合算シテ之ヲ執行スルコトヲ謂フ是レ亦單ニ一ノ重キ刑ヲ執行スルニ外ナラスシテ第百條ノ原則ノ適用タルヲ失ハサルナリ例ヘハ前發ノ刑ハ重禁錮一年ニシテ後發ノ刑ハ重禁錮二年ナリト假定セシニ前發ノ一年ニ加フルニ後發ノ重キ部分即チ一年ヲ以テスレハ結局二年ノ刑ト爲ル此二年ノ刑ハ即チ後發ノ重キ罪ニ科シタル刑ト同シキヲ以テ若シ此二罪同時又ハ別時ニ發覺スルコトアラハ必ス二年ノ重キ刑ノミヲ科シ一年ノ輕キ刑ハ之ヲ科セサル所ナルヘシ蓋シ法律ノ精神ハ數罪ノ發覺アリタルトキハ其時期ノ如何ニ因リ又判決ノ前後ニ因リ犯人ノ責任ヲ異ニスルノ理由ナシト爲シタル者ナリ是レ第百二條ノ規定スル所ニシテ別ニ困難アルコトヲモテ然ルニ實際上屢後發ノ罪ヲ裁判スルニ當リ前發ノ罪ニ付キ確定判決アルコトヲ知ラスシテ直チニ判決ヲ下シ而シテ其判決亦確定スルコトアリ即チ前發ノ罪ニ科シタル判決ト後發ノ罪ニ科シタル判決ト二ツナカラ確定スルコトアリ

此場合ニ於テ檢事ハ二箇ノ確定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トスル所ナリ確定判決ノ原則ヨリ論スレハ判決ノ確定シタルモノハ必ス之ヲ執行セサルヘカラスナルカ故ニ二箇ノ判決確定シタルトキハ檢事ハ二箇ノ判決ヲ併セ執行セサルヘカラス檢事ハ判決ノ執行ニ任スル者ニシテ之ヲ取捨ヲ爲スノ權利ヲ有スル者ニ非サルナリ然レトモ數罪併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確定判決ノアリシコトヲ知ラサルハ是レ裁判所ノ注意到ラサルニ因リ裁判所ノ注意到ラスシテ而シテ後發ノ刑確定シ之カ爲メニ犯人ハ判決ノ執行ヲ受ケサルヘカラスト謂フニ至リテハ甚タ穩當ヲ缺ク所アリ即チ犯人ハ不當ニ刑ノ執行ヲ受ケルノ嫌ナキコト能ハス之ヲ換言スレハ若シ裁判所ノ注意周到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ヘ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リ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ヘ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ヘカラサルニ至ル豈ハ此ノ如キノ理アラシヤ故ニ
此ノ如キ場合ニハ裁判所ハ道理以上ノ慣例ヲ設ケ檢事ニ於テ二箇ノ確定判決
中單ニ重キ刑ノミヲ執行スルモノトセリ然レハ前記ノ如キニ
以上ハ判決以前ニ於テ發生シタル數罪ニシテ判決ノ前後ニ於テ發覺シタル場
合ヲ規定シタルモノナリ
若シ一罪以上ニ付キ確定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
ニ依リテ之ヲ處斷スベキカ刑法第二百二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二十七年一月
一日ニ甲乙ノ初犯アリ而シテ二月ニ於テ唯甲罪ニ付テノミ確定判決ヲ經タリ
二十八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二十七年一月ノ乙罪モ發覺セリ此乙罪ハ即チ甲罪ノ餘罪
ナリ此ノ如ク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ヒ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罰セス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
原則ニ依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
罪ト再犯トヲ比較スル場合ニ於テハ此原則ヲ適用スルコトヲ得ス即チ餘罪ニ
科シタル刑ハ前發ノ刑ト共ニ之ヲ執行スルナリ此規則ハ第二百二條第一項ノ規
則ト抵觸スルカ如キ觀アリト雖モ其實決シテ然ルニ非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ニ前發ノ刑ヲ通算スルニ至ラハ是レ犯人
ハ餘罪ノ發覺ノ爲メニ大ナル利益ヲ得ルニ至ル夫レ再犯ノ罪ノミ發覺スレバ
全部ノ刑ノ執行ヲ受ケサルヘカラス餘罪ト再犯ト同時ニ發覺スルトキハ前發
ノ刑ヲ通算スルノ利益ヲ受ケ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豈ニ此ノ如キノ道理アラシヤ再犯ハ再

犯ナリ縱令餘罪ト俱ニ發覺スト雖モ犯人ハ不當ノ利益ヲ受クヘキニ非ス故ニ
 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前發ノ刑ト其ニ
 之ヲ執行スヘキモノト爲シタルナリ其餘罪ノ刑ヲ解割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仍ホ後發ノ重キ部分ノ刑ハ之ヲ
 執行スルモノナレハ當然執行スヘキ再犯ノ刑ト此餘罪ノ重キ部分ノ刑トヲ併
 セテ之ヲ執行スル固ヨリ數罪併發ノ原則ニ抵觸スルモノニ非サルナリ
 刑法ニ於テ屬其罪ヲ論セストノ法語ヲ用フ是レ果シテ如何ナル意義ヲ有スル
 ヤ論者曰ク後發ノ罪前發ノ罪ヨリ輕ク若クハ等シキトキハ後發ノ罪ニ對シテ
 ハ公訴權消滅スルカ故ニ其罪ヲ處斷スルコトヲ得スト云フノ意ナリ蓋シ公訴
 權ノ目的ハ犯罪ニ對シテ刑ヲ適用スルニ在リ然ルニ後發ノ罪ニシテ刑法上之
 ヲ論セストスルトキハ則チ此罪ニ對シテ刑ヲ科スルコト能ハス既ニ刑ヲ科ス
 ルコト能ハストセンカ公訴權ノ目的ヲ失ヒ其結果ハ即チ其罪ヲ處斷スルヲ得
 サルニ至ルヘシ故ニ曰ク其罪ヲ論セストハ公訴權ノ消滅ヲ謂フモノナリト然

レトモ公訴權ハ法律ノ規定ヲ缺テテ發生シ又法律ノ規定ヲ缺テテ消滅スルモ
 ノナレハ刑事訴訟法ニ規定スル公訴權消滅ノ原因以外ニ於テ又他ニ公訴權ノ
 消滅スル場合アルヲ觀サルナリ例ヘハ時效ハ公訴權消滅ノ一原因ナリ若シ刑
 事訴訟法ニ於テ此規定ヲ設ケストセンカ十年百年ヲ經過スルモ遽ニ公訴權ノ
 消滅スル期ナカルヘシ公訴權ノ消滅ハ此ノ如ク法律ノ規定ヲ要スルモノナレ
 ハ刑法第二百二條ニ於テ輕キ若クハ等シキ罪ニ付テ其罪ヲ論セストノ規定ヲ指
 シテ直チニ公訴權消滅ヲ意味スルモノナリトノ說ハ未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併發ノ場合ヲ以テ公訴權消滅ノ原因中
 ニ列舉セザレハナリ凡ソ犯罪アレハ必ス公訴權發生シ而シテ一旦發生シタル
 公訴權ハ刑事訴訟法ノ規定シタル原因ニ由リ消滅セサル以上ハ檢事ハ常ニ公
 訴權ヲ執行シ裁判所ハ其公訴ニ對シテ判決ヲ爲スノ義務アリ故ニ犯罪同時若
 クハ別時ニ發覺シタルトキハ同時ニ其數罪ニ對シテ公訴ヲ提起スルコトヲ得
 而シテ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
 合ニ限リ公訴權消滅スト謂フノ理アラシヤ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由リテ輕キ若クハ等シキ罪ノ公訴權ハ消滅スト記載セサルヤ又何ニ由リテ其罪ヲ論セスト記載シタルヤ既に其罪ヲ論セスト附テ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疑ヲ容レサルナリ之ヲ要スルニ餘罪ヲ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非ス必要ノ場合就中沒收若クハ徵償ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ經令主刑ヲ科スヘキ罪ハ輕キ若クハ等シキモノ尙ホ公訴權ヲ執行スルコトヲ得ヘシ若シ反對論者ノ說ノ如ク公訴權消滅スルトスレハ實際上左ノ弊害ヲ見ルニ至ル(一)被害者ニ對シテ不利益ナリ被害者ハ公訴ニ附帶シテ刑事裁判所ニ私訴ヲ提起スルノ權アリ私訴ノ提起ハ民事訴訟法ノ手續ニ依ルモノニ非ス又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フル所ノ證據ヲ引用スルカ故ニ被害者ノ利益タル實ニ計ルヘカラサルモノアリ然ルニ若シ公訴權消滅スルモノトセバ被害者ハ公訴ニ附帶シテ私訴ヲ提起スルコト能ハサルヲ以テ其不利益多辯ヲ撰タシテ

而シテ明カナリ(二)國家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ザランカ犯人ハ喜ヒテ罪ヲ屬スルニ至ラン數罪中重キ利ニ付テ判決ヲ經レハ輕キ若クハ等シキ餘罪ハ之ヲ訴フルコトヲ得ストセンカ犯人ハ必ス重キ一罪ヲ犯スニ止マラスシテ益進ミテ多クノ輕キ罪ヲ犯スニ至ラン是レ實ニ國家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タルヨリ利益ナルハナシ即チ裁判ニ依リテ以テ自己ノ責任定マルナリ若シ有罪ノ判決ヲ受ケタルトキハ犯人ノ爲メニ不利益ナルカ如シト雖モ又更ニ上訴ニ依リテ以テ無罪ヲ主張スルノ利益アリ若シ又無罪ノ判決ヲ受ケタルトキハ青天白日ノ身ト爲リテ從來其身ヲ圍繞スル所ノ汚名ヲ洗滌スルノ利益ヲ得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豈ニ不利益ノ甚シキモノニ非スシテ何ソヤ

以上論スル如ク公訴權消滅ノ説ハ道理ニ於テモ又實際ニ於テモ未ダ正當ナリト謂フヲ得ス然ラハ則テ所謂罪ヲ論セストノ意義果シテ如何是レ輕キ若クハ等シキ餘罪ハ罪トシテ之ヲ審理シ且之ニ相當スル所ノ刑ヲ適用スルモ實際犯人ノ責任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其罪ヲ論セスト記載スルコトアリト雖モ數罪併發例ノ場合ニ於テハ全ク吸收ノ意義ヲ有スベキハ然ラズ

第二款 刑ノ執行權ニ關スル場合

一罪ニ付テ一刑ヲ適用スルハ刑法ノ原則ナリ故ニ數罪併發ノ場合ニ於テ各罪ニ付テ各刑ヲ適用スルモ決シテ不法ノ適用ナリト謂フヲ得ス然レトモ刑ノ適用ト刑ノ執行トハ素ト同一ノモノニ非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唯其重キ刑ノミヲ以テセサルヘカ

ス若シ夫レ數罪ニ付テ數刑ヲ適用シ而シテ又其數刑ヲ執行スルトセシカ是レ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シ刑ヲ執行スルノ職權ヲ有スル者ニ非ズ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選ヒテ之ヲ執行スベキナリ是レ所謂重キニ從ヒテ處斷スト云フノ謂ナリ處斷トハ執行ノ謂ナリト此論取テ一理ナキニ非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我輩未ダ其可ヲ知ラサルナリ元來檢事ハ唯當ニ裁判所ノ適用シタル刑ノ執行ヲ指揮監督スルニ過キサル者ニシテ之ヲ取捨スルノ權利ヲ有スル者ニ非サルナリ若シ檢事ハ裁判所ノ言渡シタル刑ヲ取捨スルノ權ヲ有ストセシカ是レ檢事ハ刑ノ執行ニ任スルニ非スシテ寧ロ裁判所ノ裁決ヲ左右スルノ權アル者ナリ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ス未ダ曾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テ若シ裁判所ニ於テ誤テ犯人ニ對シテ各刑ヲ言渡シ而シテハ重キニ從ヒテ處斷スルコトヲ明言セサルトキハ檢事ハ

其職務トシテ裁判所ノ言渡シタル數刑ヲ執行セサルヘカラサルナリ檢事ハ其判決中重キ刑ノミヲ選ヒテ之ヲ執行スルノ權ヲ有スル者ニ非サルナリ然レトモ若シ裁判所ニ於テ數罪ニ付テ數刑ヲ言渡シタル場合ニ於テ檢事悉ク之ヲ執行セサルヘカラストセンカ忽チニシテ數罪俱發ノ原則ニ違反スルニ至ルヘシ刑法ハ嚴ニ數罪俱發シタルトキハ一ノ重キニ從ヒテ處斷スヘキコトヲ命セリ然ルニ檢事ハ此規定ニ拘ハラズ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ヒタル者ナリト謂フヲ得ス之ヲ約言スレハ檢事ハ裁判所ノ言渡ヲ其儘執行センカ數罪俱發ノ原則ニ反スルヲ如何セン之ニ反シ判決中ノ重キ刑ノミヲ選ヒテ之ヲ執行センカ其職權ノ範圍外ニ出ツルヲ如何セン此ノ如キ場合ニ於テ實際檢事ハ如何ナル處分ヲ爲スヘキカ是レ刑法ニ於テモ又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缺典ナリ法律ノ缺典アル場合ニ於テハ普通ノ道理ニ照シ法律ノ精神ヲ汲ミ最モ適當ナル慣例ヲ造ルノ外ナキナリ即チ檢事ハ寧ロ其職權外ニ馳スルモ刑法ノ精神ニ背カサルノ方針ヲ探ラサルヘカラス是ニ於テカ實際上裁判所ニ於テ數罪ニ付

雜 記

○講師増聘 本校ニ於テハ今般新ニ東京地方裁判所判事法學士横田五郎文部省參事官法學士松浦鎮次郎内務省參事官法學博士水野鍊太郎三氏ヲ講師ニ招聘セリ

○必要的共同訴訟ト詐害行為 詐害行為ニ對スル訴訟民法第四二四條ハ民事訴訟法第五十條第一項ニ所謂訴訟ニ係ル權利關係カ合一ニノミ確定ス可キモノ即チ學者ノ所謂必要的共同訴訟ト爲スヘキモノナリヤ否ヤ此問題ニ關シ大審院ハ説明ヲ與ヘテ曰ク若シ本件ハ詐害行為取消請求ト題スル事件ナルヲ以テ權利關係カ合一ニノミ確定スヘキモノト認メ同法第五十條ナル例外ノ規定ヲ適用シタル意義ナレハ其理由ヲ付セサルヘカラス何トナレハ彼ノ人事訴訟ニ於ケル第三者カ婚姻若クハ縁組ノ無効若クハ取消ノ訴ヲ起スニ付キ其夫婦ヲ共同被告ト爲シ又ハ養親子ヲ共同被告ト爲シタル場合ノ如キハ其性質上事件其モノカ權利關係ノ合一ニ確定スヘキモノタルコト固ヨリ論ナシト雖モ

詐害行為ト題スル事件ノ如キハ必スシモ事件其モノカ權利關係ノ合一ニ依
確定スヘキ限リニアラス例ハ債權者カ民法第四百二十四條前段ノ規定ニ依
リ債務者カ債權者ヲ害スルノ目的ニ出タル法律行為ナリトシ債務者及ヒ其
行為ニ因リ利益ヲ受ケタル者若クハ轉得者ヲ共同被告トシテ訴フルモ其利益
ヲ受ケタル者若クハ轉得者カ其行為ノ當時其實ヲ知ラザリシモノト認メラ
ルルトキハ縱シヤ債務者ヲ害スルノ意ニ出タルモノトスルモ斯ル場合ニハ
債務者カ債權者ニ對スル關係ト其他ノ者カ債權者ニ對スル關係トハ同一ナラ
ザレハナリト(大審院明治三十五年一月二十三日第二民事部判決)
○控訴院カ上告審トシテ爲シタル決定ニ對スル抗告 控訴院カ上告裁判所
トシテ審理スル場合ニ於テ訴訟手續ニ付キ決定ヲ爲シタルトキハ之ニ對シテ
大審院ニ抗告スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ從來大審院ニ於テモ解釋ヲ異ニ
シタルコトアル所ナルカ今此問題ニ對スル最近ノ判例ヲ示サンニ曰ク控訴院
カ上告裁判所ノ資格ヲ以テ爲シタル裁判ニ對スル抗告ニ外ナラス然レトモ斯
ノ如キ抗告ハ之ヲ許容スヘキモノニ非ス何トナレハ若之ヲ許容スルトキハ上

告裁判所ノ上ニ更ニ上級裁判所ヲ認ムルニ至リ裁判所構成法ノ規定ニ背反ス
ル結果ヲ來スヲ以テナリト(大審院明治三十六年三月三十一日第三民事部判決)
○編入試験問題 去ル二月十二日より本校ニ於テ舉行シタル第二學年級編
入試験ノ問題左ノ如シ

法學通論 (中村博士)

憲法 (竹井學士)

民法總則 (鈴木學士)

一 純物質ノ性質ヲ略説スヘシ
二 廣義第二章ニ規定スル臣民ノ義務ヲ説明セヨ
三 社團法人ト財團法人トノ區別如何
四 左ニ掲タルモノノ動産ナリヤ不動産ナリヤ
五 同屋內ニ設置シタル石燈籠
六 井ノ水
七 電氣
八 鐵道ノ機車切替

民法總則 自第四章 (塚田學士)
無効ノ行為ト取消シ得ヘキ行為トノ差違ヲ説明スヘシ

民法物權 自第一章 (中山學士)
民法第八十七條ノ主義ヲ説明セシ

共有者ノ權利及義務ヲ說明スヘシ

刑法 總論 (谷野學士)
刑法第二編シテハ權衡(輕重)解釋又ハ比例(比例)ヲ爲スコトヲ得ルヤ

刑罰時期ノ始期及ビ計算法ハ如何

國際公法 (平時) (中村博士)
一 甲乙兩國間ニ西國チ誠スヘシトノ條約ヲ締結セリ此條約ハ有效ナリヤ

國際公法 (戰時) (秋山學士)
一 戰時ニ於テ禁止スル苦戰手段ヲ列舉スヘシ

國際公法 (中立) (國海內ニ於テ戰國國點ヲ食捕レルトキハ其捕獲ハ有效ナリヤ否電由テ附シテ答フヘシ)

經濟學 (松崎學士)
一 資本ノ種類ヲ數ケテ之ヲ説明セシ

二 貨幣供給ト代價トノ關係ヲ簡單ニ記述セシ

三 地代トハ何ノ

右三冊ノ中二冊ヲ選ミテ答フヘシ

法學志林

每月一回十五日發行
校友、生徒、校外生ニ限リ
一冊特價郵稅共金九錢
十冊前金郵稅共金八十錢

第四十一號 (三月十五日發行)

志林

○現行法上鐵道會社、礦山會社其他不動產會社ノ株主タル外國人ノ權能並ニ外國人ニ對スル土地所有ノ禁ヲ撤スル利益ニ付テ

○最近判例批評(其七) 法學博士 梅安次郎

○商人行爲ノ原因(續) 法學博士 岡野敬次郎

○非常大權ノ範圍 法學士 竹井耕一郎

○客觀的ニ正當防衛ノ事由ナキ場合ニ正當防衛アリト信シテ殺シタル者ノ處分 法學博士 谷野重次郎

○指名債權ノ讓渡ト證書ノ引渡ト不引渡ト免職請求權者 法學博士 掛下重次郎

○後見人ノ不正行為及ビ不引渡ト免職請求權者 法學博士 掛下重次郎

判例 ○大審院新判決例 四十八件

雜報 ○ボウツナード氏ノ近況 ○小松宮殿下ノ薨去 ○富井博士ノ名譽教授ト背儀 ○投票

町村ノ取調 ○米國移民制限法 ○小切手納稅 ○教科書事件ノ被告人員及ビ豫審終結ヲ經タル者

記事 ○編入試驗問題 ○演說會 ○校內惡貫大討論會 ○校友會春季大會 ○校友異動 ○寄贈書目

高等科講義錄

每月二回發行
月謝金四拾錢

第五號 (三月十一日發行)

- 司法官ニ付テノ講演 法學士 副島義一
- 民法第百七十九條ニ就テノ講問 法學士 田代律雄
- 擔保ノ性質ニ關スル講演 法學博士 梅謙次郎
- 株主ノ餘金ノ拂込ヲ意リタル場合及ヒ株主總會ノ決議機關ニ關スル說明並ニ推問
- 商行為總則ノ規定ニ就テノ推問
- 實質ノ交互計算及ヒ債名組合ニ付テノ講演並ニ推問 法學士 松本 泰治
- 贈打創傷罪ノ自證及ヒ證據罪ニ付テノ講演 法學博士 岡田朝太郎
- 全民法ニ包摂ノ學說ニ關スル推問 法學博士 鶴見 守義
- 權利結ニ關スル講演 法學士 秋山雅之介
- 國際分譲ノ平和的解決方法ニ付テノ講演 法學博士 高橋作衛
- 民法親屬編答題辭 法學博士 鶴 丈一郎
- 羅馬法 法學博士 田 中 遜
- 編輯 (最近判例要旨彙報)

校外生ニ入學志望者ハ至急申込マル(シ)

發行所 和佛法律學校

(明治二十二年十二月九日內務省許可)

(明治三十五年十一月四日第三種郵便物認可 毎月廿四日五日六日八日十日十一日十二日
十三日十五日十六日十八日廿一日廿三日廿五日廿六日廿七日廿八日廿九日三十日發行)

明治三十六年三月廿三日印刷
明治三十六年三月廿四日發行

(定價金貳拾錢)

東京市牛込區牛込北町十番地

編輯者 萩 原 敬 之

東京市牛込區丸太町三番地

印刷者 小 宮 山 信 好

東京市芝區西ノ久保町十一番地

印刷所 金 子 活 版 所

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 和佛法律學校

指定

(電話番町百七十四番)