

和仏法律学校講義録

鶴見, 守義

(出版者 / Publisher)

和佛法律學校

(巻 / Volume)

3-2

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

128

(発行年 / Year)

1901-04-24

明治三十四年四月廿四日發行

(第參部)

三十四年度乙種講習科用

和佛法律學校講義錄

第貳號

刑法總論

法律學士 鶴見守義



0200

稟告

三十四年度講習生用講義録ハ規則所定ノ通二月ヨリ十一月マテノ間ニ於テ悉皆完了致スヘキハ勿論ニ候ヘトモ印刷上其他ノ都合ニ因リ毎月期日ヲ定メ又ハ定數ノ發行ヲ爲スコト得ヌ且第一部第二部第三部ノ順ニ依リテ發行シ難キ場合有之候故全部ヲ講習スル人ニハ毎月必ス一冊以上ノ配布ヲ爲スヘキモ一部門ヲ講習スル人ニハ場合ニ因リ配布スルコトヲ得サル月モ有之又全部ヲ講習スル人ニ對シテモ第一部第二部第三部ノ順ヲ逐ヒテ配布スルコトヲ得サル場合有之候ニ付此旨豫メ御承知相成度唯豫定期限十一月三十日マテニハ必ス完了スルコトハ斷シテ間違無之候故毎月ノ配布ニ多少アルモ決シテ懸念セラレサル様希望致候也

明治三十四年四月

和佛法律學校

A5e
25
C2

法律學士 鶴見 守義 講述

刑法總論

和佛法律學校發行

刑法總論目次

緒言	一
第一章 法例	八
第二章 刑例	三五
第一節 刑ノ原則	三六
第二節 刑ノ區別	三九
第三節 刑ノ處分	四二
第四節 刑期計算	五八
第五節 期滿免除刑ノ時效	五九
第六節 復權	六〇
第三章 加減例	六二
第四章 不論罪及減輕並ニ刑ノ全免	六三
第一節 不論罪	六三



174405

第二節 刑ノ全免及有恕減輕	九四
第三節 自首減輕	一〇
第四節 酌量減輕	一二
第五章 再犯	一三〇
第六章 加減順序	一四八
第七章 數罪俱發	一五四
第八章 數人共犯	一七六
第九章 未遂犯	二〇七
第十章 親屬例	二一九
餘論	二二二
第一章 緒言	二二二

刑法總論目次 終

刑法總論

法律學士 鶴見 守義 講述

緒言

刑法ヲ廣義ニ解釋スルトキハ刑罰權ノ執行ニ關スル法律ヲ總稱ス故ニ狹義ノ刑法現行刑法ハ勿論刑事訴訟法モ亦包含ス其法律トハ憲法ノ定ムル方式ニ依リテ制定セルモノナリ而シテ廣義ニ於ケル刑法ヲ區分スルトキハ三個ノ事項ヲ包含ス其一ハ犯罪及ヒ刑ニ關スル所ノ規則其二ハ裁判所ノ構成并ニ其職務其三ハ訴訟手續是ナリ

抑モ刑法狹義ハ如何ナルモノナリヤヲ知ラント欲セハ先ツ法ノ性質ヲ明カニセサルヘカラス法トハ各人ノ關係ヲ支配スル規則ノ集合體ヲ謂フ之ヲ換言ス

レハ各人間ノ關係ヨリ生スル權利義務ノ集合ヲ指シテ法トハ謂フナリ故ニ法ハ種種ニ區別スルコトヲ得而シテ其區別ノ中ニ於テ最重要ナルモノハ公法私法ノ區別是ナリ

私法トハ各個人間ノ關係ヲ支配スル規定ヲ謂フ而シテ刑法ハ私法ニ非ス何トナレハ人カ他人ニ對シテ一罪ヲ犯ストキハ其犯罪者ヲ罰スルノ權ハ被害者タル一個人ニ屬スルモノニ非ス然ラハ其刑罰權ハ獨リ國家ニ屬スルモノニシテ一個人ハ損害ヲ受ケタルトキハ私訴ヲ爲スノ權即チ私訴權發生ノ原因ト爲ルノミナリ

公法トハ個人ト國家或ハ國家ト國家トノ關係ヲ規定スルモノヲ謂フ之ヲ大別スルトキハ外部ニ對スル公法内部ニ對スル公法ノ二個ト爲スコトヲ得而シテ外部ニ對スル公法トハ國家ト國家トノ關係ヲ支配スル所ノモノヲ謂フ所謂國際法ニシテ内部ノ公法ニ於ケルカ如ク正確ナルモノニ非ス又此法規ノ違背者ニ對シ嚴格ナル制裁アルニモ非ス唯其制裁ト認ムヘキハ戰爭ノミナリ内部ニ對スル公法ハ國家ト各個人トノ間ノ關係ヲ支配スル所ノモノヲ謂フ故ニ刑

法ノ如キハ即チ此公法ノ一ナリ
刑法ノ目的ハ畢竟刑法其他ノ法律規則ニ違背スル者ニ對シ制裁ヲ設クルモノニシテ其制裁ヲ設クルハ其違背者ニ刑ヲ科スルニ在リ尙ホ制裁タル刑ヲ執行スルニハ必要ナル方法ヲ要スルナリ

凡ソ惡事ヲ爲シタル者ニハ其惡事ノ程度ヲ超過スル刑ヲ科スルコトヲ要ス此事ハ社會在テ以來何レノ時ト何レノ國トハ行ハレ來リタル爭ナキ事實ナリトス故ニ刑罰ハ古昔ヨリ之ヲ認メ社會アレハ必ス刑罰權ヲ有スルモノタリシ而シテ其刑罰權ヲ有スルハ如何ナル理由ニ基キヤ此問題ニ付テハ從來學者間ニ議論アル所ナリ今其重モナル主義ヲ叙述セシ

第一 民約主義 此主義ハ佛國ノ「ルソー」及ヒ「ベッカリヤ」主張セシ所ナリ此主義中ニ於テモ亦種種ニ岐レタリ其一說ハ刑罰權ハ各個人ニ屬スル所ノ防衛權ナリ而シテ其個人カ社會ニ加入シテ其防衛權ヲ讓リタルモノナリト其二說ハ各個人ハ刑ヲ科スル權利アリ而シテ社會ニ加入シテ生活スルカ爲メ其權利ヲ社會ニ讓與シタルモノナリト其三說ハ人ハ法ナクシテ生存スルコトヲ得ス

其法ハ制裁ナクシテハアラス此ノ如キコトヲ知リテ其法ニ背キタルトキハ之ヲ罰スルコトヲ社會ニ許シタルモノナリト言ヘリ
右諸説ニ對シ反駁ヲ加フルハ其一説ハ刑罰權ト防衛權トヲ混同シタルモノナリ
防衛權トハ人ヨリ害ヲ加フルニ當リ之ヲ防禦スルマテハ防衛ナリト雖モ既ニ一旦犯罪ヲ爲シ終リタル後之ヲ罰スルハ防衛ニアラス其二説ハ命令ノ意義ヲ誤リタルニ坐スルモノニシテ各個人間ニ於テハ命令スルノ權利ナシ換言スレハ各個人ハ刑罰權ヲ有スルモノニアラス何トナレハ各個人ノ關係ハ對等ナリ對等ノ權利ヲ有スル者ニ對シ命令スルハ命令タル性質ニ反スレハナリ其三説ハ或ハ罰金ノ如キ財產刑ニ付テハ之ヲ以テ説明スルモ可ナリト雖モ身體刑自由刑ニ付テハ各個人ハ之ヲ受クルコトヲ約束スルコトヲ得ス若シ之ヲ約束シタルトセハ是レ不法ノ行為ニシテ無効タランノミ之ヲ要スルニ以上ノ學說ハ總テ刑罰權ヲ正當トスルニ足ラサル所ノ論ニシテ誤謬タルヲ免レス

第二 道德主義 人ハ正義ヲ守ルノ義務アルカ故ニ其行為ハ道德ニ適フコトヲ要ス若シ正義ニ背反スル者アルトキハ社會ハ刑罰ヲ科スル權アリト爲スノ

主義ナリ今日ニ於テモ惡事ヲ罰スルハ神ノ命令ナリ或ハ神カ社會ニ命令シタルモノナリト宗教家ハ説ケリ

此説モ社會ノ刑罰權ノ執行ニ適合シタル論ニ非ス蓋シ社會ハ道德又ハ神ノ命令等ノ如キハ之ヲ人民ニ命令執行スルノ權利ナシ社會ハ單ニ各個人ノ權利ヲ保護シ自由ヲ擔保スルノ權利アルノミ故ニ刑罰ハ社會ヲ保護シ防衛スルニ必要ナル手段ニシテ刑罰自身ヲ正シクスルカ爲メニ刑罰ヲ設ケタルモノニ非ス社會カ社會ニ對シテ刑罰ヲ正シカラシムルニ在リ道德主義ハ刑罰自ラヲ正シクスルヲ以テ目的ト爲スカ故ニ穩當ナリト云フヲ得ス

第三 實利主義或ハ必要主義トモ謂フ 此主義ニ依レハ刑罰ハ社會ヲ保護シ社會ヲ防衛スル所ノ一方法ナリトス故ニ刑罰ノ正當ナルカ爲メニハ社會ノ目的カ正當ナレハ足レリ社會ノ目的カ正當ナルトキハ刑罰ハ正當ノモノナリトス社會カ各個人ノ權利ニ反スル刑罰ヲ行フトキハ不法ナリト雖モ人ノ權利ニ對シテ危害ヲ加ヘタルトキ之ヲ保護スルニ出テタルトキハ刑罰ハ正當ナリ然レトモ其權利ヲ保護スルカ爲メニ不正ノ事ヲ爲スヘカラス唯權利保護ニ必要

ナル限度ニ於テノミ刑罰ヲ行フコトヲ得實利主義ハ畢竟社會保護ニ必要ナレハ如何ナル刑罰ヲモ行フコトヲ得ルノ主義ナリ
茲ニ附加スヘキハ凡ソ生存スル者ハ他ヨリ侵サレタルトキハ之ニ對シテ自然ノ反動力ヲ生スルモノナリ是ヲ以テ社會ニ對シテ危害ヲ加フルトキハ社會之ヲ罰スルハ自然ノ勢ナリ之ヲ刑罰權ノ基トスト主張スル學說アリ此說モ亦實利主義ト謂フモ可ナリ

第四 折衷主義 此主義ハ佛國ノ「ロシュエ」ノ唱ヘタル所ニシテ刑罰權ノ原理ハ正義ニ基キ其必要ヲ以テ執行ノ範圍ト爲ス此說ヲ分析スレハ刑罰ノ正當ナルニハ二個ノ原素ヲ要ス(一)正義(二)必要是ナリ

善行ニハ善報アリ惡行ニハ惡報アリトノコトハ吾人ノ生レナカラニシテ有スル正義ノ思想ナリ故ニ人ハ自己ノ行爲ニ付テ其責任アルハ必然ニシテ惡行アレハ之ニ懲罰ヲ加フルハ正當且ツ必要ノコトナリトス之ヲ社會上ヨリ論スレハ人ハ社會ヲ成ササレハ生存スルコトヲ得サルハ社會學上ノミナラス哲學上經濟上ニ於ケルモ亦同シ此ノ如ク人ハ社會ヲ離レテ生存スル能ハス又社會モ

人ナクシテ生存スルモノニアラス故ニ社會ハ自己ノ生存ヲ維持シ且ツ之ヲ保護スルノ必要アルモノナリ其維持又ハ保護ニ必要ナルトキハ如何ナル方法ト雖モ之ヲ盡スノ權利アリ其方法ノ一トシテ刑罰權ヲ執行スルモノナリ此ノ如ク必要ハ刑罰權ノ原素ナルモ亦正義ヲ離ルルコトヲ得ス故ニ必要且ツ正義ニ適合スレハ刑罰ハ正當ナルモノナリ若シ必要ト正義ノ二個ヲ原素トセスシテ一方ニ偏スルトキハ大ナル誤ヲ生ス如何トナレハ正義ノミヲ以テ刑罰權ノ基礎ト爲ストキハ法律ト正義トヲ混合シ社會カ人ノ心裡ニマテモ立入リテ刑罰ヲ行フコトナシトセス之ニ反シテ必要ノミヲ以テ唯一ノ原素ト爲ストキハ苟モ社會ニ有害ナルトキハ不正ナラサル行爲ト雖モ之ヲ罰スルコトト爲リ遂ニ社會維持ノ爲メ各人ノ權利ヲ侵害スルニ至ルヘシ左レハ右ノ原則ヨリシテ左ノ結果ヲ生ス

第一 刑法ハ道德上尊敬スヘキ所ノ行爲ヲ罰スルコトヲ得ス
第二 道德ニ依リ命セラレ或ハ禁止セラルヘキ事項ハ刑法ニ於テ命令シ又ハ禁止スルコトヲ得ス故ニ如何ナル不道德ノ行爲モ社會ヲ害セサル以上ハ社會

ハ之ヲ罰スルコトヲ得ス

第三 刑罰ハ正義ト必要トノ範圍内ニ在ルコトヲ要ス

第一章 法 例

犯罪ノ定義及ヒ性質

我刑法上ニ於テハ犯罪ニ付テハ其定義ヲ下サス又歐洲各國ノ刑法ニ於テモ一モ之カ定義ヲ下シタルモノアルヲ見ス唯犯罪ヲ重罪輕罪、違警罪ノ三個ニ區別スルコトハ各國ノ刑法均シク之ヲ認メタリ然レトモ學問上ニ於テ犯罪ノ定義ヲ下スコトハ最も緊要ノコトナリトス故ニ予ハ先ツ犯罪ノ成立ニ必要ナル性質ノ如何ヲ觀察シ而シテ後ニ犯罪ノ定義ヲ下サン其犯罪ノ構成ニ必要ナル性質ニ四個アリ

第一 有形ノ行爲アルコトヲ要ス 刑法上人ノ決意アルノミニテハ未タ犯罪アリト云フヘカラス尤モ罪ヲ犯スノ決意ハ道德上ヨリ見レハ惡事ナルモ未タ罪トシテ之ヲ罰スルコトヲ得ス故ニ法律上罪トシテ之ヲ罰スルニハ其決意カ

進ンテ外部ニ表象セサルヘカラス即チ個人ト國家トノ間又ハ各個人間ノ行爲カ有形ニ現出スルコトヲ要ス行爲トハ罪體ニシテ外形ニ表ハレタル行爲不行爲ヲ稱ス其行爲タルヤ手足ヲ以テ爲スコトニ限ラス口頭若クハ形容ヲ以テ之ヲ爲スモ亦刑法上ノ所謂行爲ナリ例ヘハ官吏侮辱罪ノ如シ又不行爲ハ刑法上或行爲ヲ命シタルニ之ヲ爲ササルモノニシテ例ヘハ出兵要求ノ權アル者ヨリ其ノ請求ヲ受ケ故ナク之ヲ拒ムカ如シ(第一七七條)而シテ刑法上二者共ニ行爲ナルモ進ンテ或事ヲ爲ス所ノ行爲犯最も多シ要スルニ第一ノ性質トシテハ思想及ヒ決心ノミニ止マラスシテ其決意カ必ス外形ニ表ハルルコトヲ要ス

第二 公ノ秩序安寧ヲ維持スルコトヲ以テ目的トシタル法律ニ違背シタル行爲又ハ不行爲タルコトヲ要ス 畢竟スルニ公安ヲ害スル所ノ行爲ハ犯罪ト爲ルヘキ性質ヲ帶フルモノナリ是レ即チ法律ハ國家ニ危害ヲ加フヘキ行爲ヲ禁止シ又ハ不行爲ヲ命令スルモノナレハ各人カ豫メ定メラレタル禁令ヲ犯シ又ハ命セラレタル行爲ヲ履行セサルトキハ其犯罪ヲ構成スルハ至當ノコトナルヲ以テナリ

第三 法律ヲ以テ刑ヲ科セラレタル所ノ行爲又ハ不行爲ナルコトヲ要ス 法律カ刑ト云ヘル制裁ヲ科シタル行爲又ハ不行爲ニ非サレハ犯罪ニ非ス何トナレハ法律上刑ヲ科セタル以外ノ行爲ニ付テハ各人カ之ヲ爲スト爲ササルトハ一ニ其權内ニ在ルヲ以テナリ

第四 法律ノ禁止又ハ命令セタル所ノ行爲ナルモ加害者カ其行爲ニ付キ權利又ハ義務アル場合ニ非サルコトヲ要ス 即チ自己ノ權利義務ノ執行ニ非サルコトヲ要ス例ヘハ正當防衛ノ如キ吾人カ自己ノ生命身體ニ危害ヲ受クルニ當リ之ヲ防衛スルハ天賦自然ノ權利ナリ又職務執行ノ如キ一定ノ公職ヲ有スル者カ上官ノ命令又ハ自己ノ職權内ニ於テ行フヘキハ權利ニシテ且ツ義務アルモノナリ故ニ此等ノ權利義務ノ執行ニ出テタルトキハ其行爲カ犯罪ヲ構成セサルハ理ノ當然ナリ

犯罪ニハ必ス以上四個ノ性質ヲ有スルモノナルヲ以テ犯罪ノ定義モ亦此四個ノ性質ヲ網羅スルコトヲ要ス故ニ犯罪ノ定義ヲ下セハ左ノ如シ

犯罪トハ刑ヲ以テ制裁ト爲シ豫メ法律上命令セ又ハ禁止シタル所爲ニシテ

權利義務ノ執行ニ非サルモノヲ謂フ

凡ソ一ノ犯罪アレハ必ス加害者又ハ被害者アリ犯罪ハ個人ト個人トノ間又ハ個人ト國家トノ間ニ生ズルモノナレハ一個人カ直接ノ被害者タルコトアリ或ハ國家カ直接ノ被害者タルコトアリ前者ハ身體又ハ財産ニ對スル犯罪ノ場合ニシテ後者ハ公安秩序即チ公益ニ關スル犯罪ノ場合ノ如キ是ナリ以下犯罪人(加害者及ヒ被害者ニ付キ詳説セシ

如何ナルモノカ犯罪人(加害者)タルコトヲ得ルカ加害者トシテ法律上犯罪ノ責任ヲ負ハシムルニハ識別心及ヒ自由心ナカルヘカラス識別心トハ事物ノ判斷力ニシテ善惡邪正ヲ辨別スル心意ナリ自由心トハ他力ノ強制ヲ受クルコトナク全ク自己ノ判斷力ニ出ツル心意是ナリ若シ辨別心アルモ自由ヲ欠缺センカ犯罪ノ責任ナシ若シ又自由心アルモ辨別心ニシテ欠缺センカ犯罪ノ責任ナシ此辨別心及ヒ自由心アルモノハ唯人類ノミナリ故ニ犯罪者タルニハ人類ニシテ刑法ハ人類ヲ支配ス人類ニハ自然人(有形人)ト法人無形人トアリ此法人ハ刑法上ノ責任ヲ負ハシムヘキモノナリヤ否ヤ蓋シ法人ハ刑法上制裁ナシ是レ識

別心及ヒ自由心ナキヲ以テナリ又法人ノ行爲ハ即チ法人ノ代表者ノ行爲ナレハ其代表者ヲ罰スルナリ然レトモ場合ニ因リテハ法人カ其代表者ノ犯シタル罪ノ爲メ民事上ノ責任ヲ負フコトアリ

次ニ被害者トハ犯罪ニ因リテ害ヲ受クル者ニシテ加害者タル犯罪人トハ異リテ權利アル者ハ無能力者ト雖モ被害者ト爲ルニ妨ケナシ之ヲ詳言スレハ未成年者白痴者癡癲者ノ如キハ識別心ナキヲ以テ犯罪者タル責任ナキモ被害者タル地位ニ立ツハ敢テ妨ケナシ何故ナレハ苟モ人類ナレハ如何ナル人類ナリト雖モ社會ハ之ヲ保護スルノ義務アルヲ以テ何人ニ危害ヲ加フルモ差別アルノ理ナケレハナリ加之胎兒ト雖モ之ヲ保護ス(墮胎罪ノ如シ)又死者ニ對シテ社會ハ之ヲ保護ス(墳墓發掘ノ罪又ハ死者ヲ誹毀シタルコトカ輕岡ニ出テタルトキノ如シ)故ニ加害者ヨリハ被害者其範圍廣キモノト云フヘシ又被害者ハ有形人ノミナラス無形人モ亦被害者タルコトヲ得ヘシ即チ法人ハ財産上ノ主體ナルヲ以テ權利侵害アリタルトキハ無論被害者ト爲リ得ルヤ明ナリ之ヲ要スルニ苟モ人類タル以上ハ被害者タルコトヲ得ヘシ故ニ人類以外ノモノハ被害者ト

爲ルノ資格ナシ(第四二二條及ヒ第四二三條ノ家畜ヲ殺ス罪ノ如キハ一見其家畜タル動物ヲ保護スルカ如キモ敢テ然ラス其家畜ノ所有者ヲ保護スルノ罪ナリ然ラハ此原則ニ對シテハ一モ例外アルコトナシ)

犯罪ノ種類

犯罪ノ種類ハ其觀察ノ如何ニ因リ種種ニ分類スルコトヲ得ヘシ

第一、犯罪ノ輕重ニ依ル區別 重罪、輕罪、違警罪是ナリ

第二、犯罪ノ内容ニ依ル區別 有意犯、無意犯是ナリ

第三、犯罪ノ外觀ノ點ニ付テノ區別 行爲犯、不行爲犯、未遂犯、既遂犯、不能犯、即時犯、繼續犯、連續犯、現行犯、非現行犯是ナリ

第四、犯罪ノ目的ニ付テノ區別 公益ニ關スル罪、私益ニ關スル罪、國事犯、常事犯是ナリ

第五、犯罪ノ範圍ニ付テノ區別 普通犯、特別犯是ナリ

以下右犯罪ノ區別ニ付テ逐次之ヲ説明スヘシ

第一 犯罪ノ輕重ニ依ル區別

重罪、輕罪違警罪

此區別ハ我刑法第一條ニ於テ認ムル所ナリ餘レトモ此三罪ニ付テハ定義ヲ下
サス然ルニ佛國刑法ニハ一之カ定義ヲ下シ重罪トハ重罪ノ刑ヲ以テ罰スヘ
キ罪ヲ云ヒ輕罪ハ輕罪ノ刑ヲ以テ罰スヘキ罪ヲ云ヒ違警罪ハ違警罪ノ刑ヲ以
テ罰スヘキ罪ヲ云フト爲シタリ畢竟此區別ハ刑ヲ目安トシテ定メタルモノナ
ルヲ以テ穩當ナルモノニ非ストノ學者ノ批難アリ犯罪カ害ヲ加フルノ程度大
ナレハ重罪ニシテ其程度中ナレハ輕罪タリ又其程度小ナレハ違警罪ナリ即チ
罪ハ本ニシテ刑ハ末ナリ然ルニ右ノ區別ハ之ニ反對シ其順序ヲ顛倒ス左レハ
立法者カ刑法ヲ制定スルニハ犯罪ヲ觀テ而シテ後チ刑ヲ定ムヘキモノトス換
言スレハ刑ヲ目安トシテ犯罪ヲ定ムルモノニ非スシテ必ス犯罪ヲ目安トシテ
刑ヲ定ムヘシ是レ正則ナリ

此三罪ヲ區別スル利益ノ重モナルモノヲ舉クレハ(一)訴訟手續上ニ於テ重罪
ハ必ス豫審ヲ經ルコトヲ要ス輕罪ハ輕重難易ニ因リテ豫審ヲ經ルコトアリ然
ラサルコトアリ違警罪ハ全ク豫審ヲ要セス又重罪公判ニハ必ス辯護士ヲ要ス

ルモ輕罪、違警罪ニ付テハ辯護士ヲ附スルハ被告人ノ自由ナリ(二)時効期間ヲ異
ニス公訴ノ時効ハ重罪ハ十年輕罪ハ三年違警罪ハ六個月ナリ又刑ノ時効ハ重
罪ハ十年乃至三十年輕罪ハ七年違警罪ハ一年ナリ(三)數罪俱發ノ適用異ル重罪
輕罪ハ數罪中一ノ重キニ從テ處斷シ違警罪ハ之ヲ併科ス
茲ニ二個ノ問題ヲ掲ケテ之ヲ説明スヘシ

一 此三罪ノ區別ハ起訴ニ依リテ其罪質定マルモノナリヤ將タ又裁判所ノ

言渡ス刑ニ依リテ定マルヤ否ヤ

此問題ニ付キ例解スレハ初メ故殺罪ヲ以テ起訴シ又ハ強盜罪ヲ以テ起訴シタ
ルニ裁判所カ審理ノ上過失殺犯又ハ竊盜犯ナリトスルトキハ裁判所ノ下シタ
ル犯罪ヲ以テ其罪質定マルモノナリ又宥恕減輕未遂犯ノ減輕ハ我刑法ニ於テ
ハ減輕セラレタル刑ヲ以テ本刑ト爲ス是レ法律上ノ減輕ナルカ故ニ重罪ヲ減
輕シテ輕罪ト爲ストキハ其犯罪ハ輕罪ナルヲ以テ罪質ヲ變更ス然ラハ酌量減
輕ハ如何酌量減輕ハ裁判官ノ自由ニ出ツル裁判上ノ減輕ナルカ故ニ重罪ノ刑
ヲ減輕シテ輕罪ノ刑ト爲スモ其罪質ヲ變更スルモノニ非ス

二 此三罪ノ區別ハ刑法上ノ犯罪ニノミ適用スヘキモノナリヤ或ハ又他ノ諸罰則ノ犯罪ニモ適用スヘキモノナリヤ

此區別ハ獨リ刑法上ノ犯罪ノミニ限ラス其他ノ諸罰則ノ犯罪ニモ之ヲ用フルモノナリ何トナレハ犯罪ヲ審理處罰スルハ刑事裁判所ナリ故ニ手續上刑法上ノ犯罪ト其他ノ罰則ニ於ケル犯罪ト區別スルノ必要ナキハ勿論我刑法ノ總則ハ獨リ刑法ノミニ適用スルモノニ非スシテ他ノ諸罰則ニ特別ノ總則ヲ設ケタル限リハ之ヲ適用スヘキモノナルヲ以テナリ(第五條)

第二 犯罪ノ内容ニ付テノ區別

有意犯罪、無意犯罪

犯罪ノ内容トハ外觀ニ表現セシテ犯罪ノ内部即チ犯人ノ意思ノ有無ナリ凡ソ犯罪構成ニハ二個ノ能力ヲ具有スヘキコトハ一般ノ原則タリ一ハ識別心即チ良心ニシテ一ハ自由心是ナリ故ニ刑法上ニ於テ犯罪人ノ意思即チ犯意アルカ爲メニ之ニ刑罰ヲ科ス是レ所謂有意犯罪ニシテ犯罪ノ多數ハ此種ノ犯罪ニ屬ス犯罪人ノ善意即チ犯意ナキニ拘ラス犯罪ヲ構成ス是レ所謂無意犯罪ニシテ

此種ノ犯罪ハ最モ少數ナリ例ヘハ過失犯罪ノ如シ而シテ無意犯罪ハ不正行為ト云フヲ得サルモ社會ニ有害ナルヲ以テ必要ニ基キ之ヲ罰ス故ニ刑罰權基本ノ理由ニ依ルニ非スシテ社會ノ取締權ニ依リテ之ヲ罰スルモノナリ

法律ニ於テ禁制シタル行為ヲ故意ヲ以テ爲シタルトキハ有意犯罪ニシテ無意犯罪ハ過失懈怠ニ因リテ法律ノ禁制ヲ犯スヲ謂フカ故ニ之ヲ概括シテ云ヘハ重罪ニハ全ク無意犯罪アルコトナク輕罪ハ原則トシテ有意犯罪ナルモ或場合ニ例外トシテ無意犯罪過失犯罪アリ違警罪ハ常ニ無意犯罪ナリ然レトモ例外ナキニ非ス

第三 犯罪ノ外觀ニ關スル區別

一 行為犯罪、不行爲犯罪

行為犯罪トハ或行為ヲ爲ス(積極的)ヲ以テ犯罪ヲ構成スルヲ云ヒ不行爲犯罪トハ或行為ヲ爲ササル(消極的)ヲ以テ犯罪ヲ構成スルモノヲ云フ例セハ人ヲ毆打スルカ如キハ行為犯罪ニシテ裁判官カ訴訟ヲ受理シテ故ナク審理セサルカ如キハ不行爲犯罪ナリ此區別ハ學理上爲スヘキ區別ニシテ實際上ニ於テハ別ニ必要ナル區別ニ非ス

二 既遂犯未遂犯

此區別ハ學問上及ヒ實際上ニ於テ最モ緊要ノモノナルカ故ニ後段ニ於テ特ニ之ヲ詳述スヘシ

三 即時犯繼續犯連續犯

即時犯トハ犯罪ノ行為アリタル瞬間ニ成就スル犯罪ヲ云フ此犯罪ノ豫備又ハ實行若クハ結果ニ付テハ多少ノ長キ時間ヲ要スルコトナキニ非サルモ之カ爲メ即時犯タル性質ニ影響ヲ及ボスモノニ非ス例ヘハ重婚罪ノ如キ再婚シタルトキ直チニ成立スルカ故ニ即時犯ニシテ其後長ク同居スルト否トヲ問フニ及ハス繼續犯トハ其犯罪ヲ成就スルニ中斷ナク多少ノ長キ時間ヲ要スル犯罪ヲ云フ故ニ即時犯トハ全ク正反對ナリ例ヘハ不法監禁罪犯罪人藏匿罪ノ如キハ多少時間ノ繼續ヲ必要トスルカ故ニ繼續犯ナリ次ニ數個ノ所爲アルモ犯人ノ意思目的一個ナルトキハ之ヲ連續犯ト云ヒ或ハ之ヲ意思ノ繼續犯トモ云フ例ヘハ或倉庫内ノ物品ヲ得ント欲シテ數度ニ窃取スルカ如キ是ナリ此三個ノ區別ヲ爲スノ利益ハ左ノ如シ

(甲) 繼續犯ハ其時間ノ繼續長キニ從ヒ刑罰ニ加重ヲ來ス第二七八條第三二二條コトアルモ即時犯ニハ之アルコトナシ

(乙) 繼續犯ハ比較的長キ時間ヲ要スルヲ以テ犯罪ノ場所ノ範圍廣マリテ一ノ犯罪ニシテ數箇ノ裁判所ノ管轄ニ跨カルコトアルモ即時犯ニハ之アルコトナシ
(丙) 即時犯ニ付テハ時効期間ノ起算點ハ犯罪ノ日ヨリ起算スレトモ繼續犯ニ付テハ犯罪終了ノ日ヨリ起算ス

四 現行犯非現行犯

現行犯トハ現ニ犯罪ヲ爲シツツアルトキ又ハ現ニ行ヒ終リタル際ニ發覺シタ犯罪ヲ云ヒ非現行犯トハ犯罪ヲ爲テ終リタル後ニ發覺シタル犯罪ヲ云フ畢竟此區別ハ犯罪發覺ノ狀態ニ由リテ爲ス所ノ區別ニシテ現行犯ハ刑事訴訟法第五十六條ニ規定セラレタリ該條中ニ又ハ現ニ行ヒ終リタル際ト云ヘル點ニ付テハ大ニ議論アル所ニシテ實際ノ取扱上ニ於テハ隨分困難ナル場合ヲ生スルコトアルヘシ又同法第五十七條ニ準現行犯ノ場合ヲ規定セリ現行犯ト準現行犯トノ區別ハ一ハ犯罪發覺ノ性質上現行犯ニシテ一ハ法律ノ規定ニ依リ現行犯

ニ準スルモノナルカ故ニ別ニ法律ノ適用上ニ於テ區別ナキナリ右現行犯及ヒ準現行犯以外ノモノハ總テ非現行犯ナリトス此區別ヲ爲ス實益ハ刑事訴訟手續上大ナル差異アリ今其主ナルモノヲ列舉スヘシ

(甲) 現行犯準現行犯モ包含ス以下之ニ同シノ場合ニ於テハ司法警察官巡査憲兵卒ハ勿論何人ト雖モ禁錮以上ノ刑ニ當ルヘキ被告人ヲ逮捕スルコトヲ得ヘシト雖モ非現行犯ノ場合ニ於テハ之ヲ許サス(刑訴第五八條)

(乙) 現行犯ニ付テハ檢事司法警察官ハ犯所ニ臨ミテ豫審判事ニ屬スル一切ノ豫審處分ヲ爲スコトヲ得レトモ非現行犯ニ付テハ然ラス(刑訴第一四四條以下)

(丙) 現行犯ニ付テハ豫審判事ハ檢事ノ起訴ナキモ豫審處分ヲ爲スコトヲ得ルモ非現行犯ニ付テハ此ノ如キコトナシ(刑訴第一四二條)

(丁) 賭博犯ニ付テハ單ニ現行犯ノミヲ罰シ非現行犯ハ之ヲ罰セス(第二六一條)

第四 犯罪ノ目的ニ付テノ區別

一 公益ニ關スル罪私益ニ關スル罪

犯罪ニハ多少公益ヲ害セサルモノナシ然レトモ此區別ハ此ノ如キ廣汎ナル意味ニ基キ爲シタル所ノ區別ニ非スシテ公益ヲ害スルコト最モ重大ナルモノヲ稱シテ公益ニ關スル罪ト云ヒ直接ニ私人ノ利益ヲ害スル犯罪ヲ名ケテ私益ニ關スル罪ト云フ前者ハ刑法第二編ニ於テ規定シ後者ハ第三編ニ於テ規定スル所ナリ

二 常事犯罪國事犯罪

國事犯罪トハ其性質上國事ニ關スル罪ヲ云フ然レトモ國事犯罪ト公益ニ關スル罪ト同一視スヘカラス何トナレハ國事犯罪ハ公益ニ關スル罪ナルモ公益ニ關スル罪ハ單ニ國事犯罪ノミニ非ス而シテ此犯罪ハ刑法第二編第二章第二百一十一條以下ニ詳細ナル規定アリ常事犯罪トハ國事犯罪ニ非サル犯罪ヲ云フ是レ亦私益ニ關スル罪ト同一視スヘカラス如何トナレハ公益ニ關スル罪ノ中ニモ亦私益ニ關スル罪ノ中ニモ常事犯罪アレハナリ此區別ノ結果ハ左ノ如キ差異ヲ生ス

(甲) 國事犯罪ト常事犯罪トハ概シテ之ニ科スヘキ刑ノ性質ヲ異ニス即チ國事犯罪ニハ流刑禁獄輕禁錮ノ刑ヲ科スルモ常事犯罪ニハ徒刑懲役重禁錮ノ刑ヲ科ス然レ

トモ國事犯及ヒ常事犯ニ共通ナル刑ナキニ非ス即チ死刑及輕ヒ禁錮ノ刑ノ如キ是ナリ

(乙) 裁判ノ管轄ヲ異ニス即チ國事犯ノ重罪ニ付テハ大審院カ第一審ニシテ終審トシテ之ヲ管轄ス(裁構第五〇條第二項)然レトモ輕罪以下ノ刑ハ常事犯ト異ナルコトナシ

(丙) 刑法上犯罪ノ實行ニ着手セサレハ之ヲ罰セサルヲ以テ原則トシ常事犯ニハ常ニ此原則ヲ適用スレトモ國事犯ニ付テハ豫備或ハ陰謀ノ所爲ヲモ罰スルコトアリ

(丁) 國事犯ノ刑ハ概シテ常事犯ノ刑ヨリモ重シトス然レトモ刑ノ性質ニ至テハ常事犯ノ刑ヨリモ輕シトス何ナレハ常事犯ノ刑ハ概シテ定役アルモ國事犯ノ刑ニハ常ニ定役ナキヲ以テナリ

國事犯ノ定義ヲ下セハ國事犯トハ國家ノ公安ヲ變更シ又ハ公安ヲ紊亂スルコトヲ以テ其性質又ハ其目的ト爲ス所ノ犯罪ヲ云フ而シテ公安ヲ區別スルトキハ外部ノ公安ト内部ノ公安トアリ外部ニ對スル公安ハ一國ノ獨立又ハ各國ト

ノ和親等ノ如キモノニシテ内部ニ對スル公安ハ其國ノ國體或ハ政府ノ組織等ノ如キモノヲ云フ故ニ刑法ニ於テモ國事犯ヲ二個ニ區別シ内部ノ公安ヲ害スルヲ内亂ニ關スル罪ト爲シ外部ノ公安ヲ害スルヲ外患ニ關スル罪ト爲セリ(第一二一條乃至第一三五條)

第五 犯罪ノ範圍ニ付テノ區別

普通犯特別犯

特別犯トハ陸軍若クハ海軍刑法ヲ以テ處罰スル犯罪ヲ云フ此犯罪ハ軍法會議ニ於テ之ヲ裁判シ且ツ概シテ軍人軍屬ノ犯罪ニ係ルモノナリ然レトモ個人モ亦場合ニ依リ軍法會議ニ於テ之ヲ審判スルコトナキニ非ス此以外ノ犯罪ハ普通犯ナリ

以上ヲ以テ犯罪ノ類別ヲ講了セリ是ヨリ犯罪ノ要素ニ付テ説述スル所アラントス

犯罪ノ要素

犯罪ノ要素ニ四個アリ(一)有形ノ要素(二)無形ノ要素(三)法律要素(四)不正要素是ナリ

リ若シ此要素中ノ一ヲ缺クトキハ犯罪ヲ構成セス而シテ有形ノ要素トハ犯罪ニ加功シタルコトヲ云ヒ無形ノ要素トハ識別心及ヒ自由心ヲ具備シタルコトヲ云フ法律要素トハ法律ニ於テ刑罰ヲ加フル所ノ所爲タルヲ要スルノ謂ニシテ不正要素トハ權利又ハ職務ノ執行ノ如キ正當ノ事由ニ出テサルコトヲ要ス右要素中茲ニハ單ニ法律要素ノ如何ヲ説明シ他ノ要素ニ付テハ便宜上後章ニ譲リ説述スヘシ

法律要素 人ノ所爲ニシテ犯罪ト爲ルニハ其所爲ハ刑法ヲ以テ禁止シ又ハ命令シタルコトヲ要ス是ニ於テカ刑法第二條ノ「法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス」トノ原則ヲ生シタモノナリ此原則ヲ分析スルトキハ法律ノ適用若クハ解釋ニ付テ最モ必要ナル二原則ヲ包含ス

第一原則 立法者カ罪トシテ刑罰ヲ設ケサル以上ハ裁判官ハ之ヲ罪トシテ罰スルコトヲ得ス

第二原則 立法者ハ將來ニ對シテノミ罪トシテ刑罰ヲ設ケルコトヲ得古昔未開ノ時代ニ於テハ裁判官ハ法律ニ遵據スルコトナク自己ノ意見ニ隨ヒ

或ハ罰シ或ハ罰セサルコトハ一ニ自由ナリシモ開明進化ノ今日ニ於テハ刑ヲ科スルニハ適法ナラサルヘカラス故ニ專ラ法律ヲ遵守シ犯罪ノ當時必ス豫メ禁止シ又ハ命令シタル行爲ノ違反者ニ非サレハ之ヲ罰スルコトヲ得ス

法律ニシテ存在スルモ其法律ノ不明不備ナルトキニ始メテ法律ノ解釋ヲ生ス而シテ法律ノ解釋ヲ爲スニ學問上ノ解釋ト公ノ解釋トノ二途アリ學問上ノ解釋ハ學者ノ解釋ニシテ一個ノ私見ニ外ナラス故ニ裁判官ヲ拘束スルノ力ナキナリ次ニ公ノ解釋ハ舊治罪法時代ニハ司法省ノ内訓ヲ以テ法律ノ不明不備ニ付テ解釋ヲ下シ依テ以テ裁判官ニ遵據セシメタルコトアリシモ今日ニ於テハ此ノ如キコトハ不法ニシテ唯裁判官ノ解釋ノ外公ノ解釋ナルモノアルコトナシ然レトモ裁判官ノ解釋ニモ亦制限アリテ將來ニ對シテハ何等ノ效力ナク單ニ其裁判スル事件ニ付テノミ解釋スルモノニシテ一ニ案件ノ解釋ニ過キス此解釋ハ民事ニ付テハ裁判官ハ自由ナルコト明カナリト雖モ刑法ニ付テハ如何刑法モ同シク法律ノ不明ナルトキハ立法者ノ眞意ヲ探究スルコトヲ得故ニ其解釋ニ付テハ或ハ範圍廣キコトアリ又ハ狹隘ナルコトアリ然リト雖モ法律

上明文アルモノハ其法條ニ包含スルモノハ之ヲ適用シ然ラサルモノハ適用スルコトヲ得ス即チ法律ノ不備ハ解釋ヲ以テ補充スルコト能ハス之ヲ要スルニ裁判官ハ法文ノ解釋ヲ名トシ適用スヘカラサルモノヲ適用セ又ハ適用スヘキモノヲ適用セサルコトヲ得ス是ヲ以テ刑法ハ比附援引ノ解釋ハ全ク之ヲ禁ス是レ民事ト刑事ト異ナル所ナリ何トナレハ民事ハ法律ノ不明不備ナル場合ハ條理公道ニ基キ又ハ比附援引ノ解釋ヲ爲スコトヲ許スカ故ナリ

以上ヲ概言スレハ第一或所爲カ法律ニ定メタル所ノ犯罪ヲ構成スルコト第二法律カ其所爲ニ對シ刑ヲ設ケタルコト是レ必要條件ナリ此要件ニシテ備ハラサルトキハ被告ニ對シテ免訴又ハ無罪ノ宣告ヲ爲ササルヘカラス

次ニ法律ノ要素中時ニ關スル刑法ノ適用ヲ講述スヘシ

時ニ關スル刑法ノ適用 法律ハ遡及ノ效力ナシ刑法第三條ハ此原則ニ基キタル規定ナリ該條ニ曰ク「法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得ス」ト刑法モ亦一ノ法律ナルヲ以テ他ノ法律ト同シク頒布ノ時ト廢止ノ時トアルハ言ヲ俟タス抑モ法律カ其效力ヲ有スルハ頒布ト廢止トノ間即チ法律ノ生存中ナリ

トス隨テ裁判所カ其法律ヲ適用スルモ法律ノ生存中ニ在ルコトヲ要ス故ニ頒布及ヒ廢止ノ如何ナルモノナリヤヲ知ルノ必要アリ頒布トハ法律トシテ公布シ其執行力ヲ有セシムルコトヲ謂ヒ廢止トハ新法ヲ制定シテ舊法ヲ廢止シ又ハ或有効期限ヲ定メタルトキニ其期限ノ經過スルヲ謂フ故ニ裁判官ハ現行法ニ依リテ犯罪ノ性質等ヲ定ムルニハ其所爲アリタル以前ニ頒布シタル法律ヲ以テ罪トシテ刑罰ヲ設ケタルモノナラサルヘカラス決シテ其所爲アリタル後ニ頒布シタル法律ハ之ヲ適用スルコトヲ得ス是レ刑罰權ノ基本ヨリ生スル結果ナリ法律ハ遡及ノ效力ナシトハ憲法ノ規定スル所ニ非スシテ裁判官カ法律ヲ適用スルニ當リ遵守スヘキ規定ナルヲ以テ此規定ハ立法者ヲ羈束スルノ效力ナシ左レハ立法者ハ此原則ヲ破リタリト雖モ立法者ノ職權ヲ濫用シタルモノニ非ス立法者ニシテ必要ナリト認ムルトキハ遡及ノ效力アリト爲スモ可ナリ是レ法律解釋ノ部ニ入ルヘキモノニ非ス而シテ法律ニ遡及ノ效力ナシトノ原則ハ法律ヲ改正セシ際ニ困難ナル問題ヲ生ス今社會ノ眼ヨリ觀察スレハ新法ハ舊法ヨリモ比較的善良ナリト云ハサルヲ得ス蓋シ社會ノ進化ニ伴ヒテ法

律モ亦進歩スヘキモノナレハ新法ハ當時ノ社會ノ狀態ニ適合スル法律タルヤ
論ヲ埃タス然ルニ舊法時代ニ於テ犯罪發生シタルトキハ新法頒布ニ由リテ公
益ト私益トノ衝突ヲ來スコトアルヲ以テ新法ヲ制定シタルトキハ之ヲ調和ス
ルノ必要アリ其調和ノ方法ハ或ハ學者ノ批難ヲ免レサルモ法律ハ一ノ便法ヲ
設ケタリ即チ一個人ノ利益ノミニ關スルトキハ公益ノ爲メ私益ヲ犧牲ニ供シ
新法ノ效力ヲ既往ニ遡ラシム之ニ反シテ苟モ一個人ノ權利ニ關スルトキハ新
法ヲ既往ニ遡ラシムルコトヲ得ス是ニ於テカカ刑法第三條第二項ノ規定アル所
以ナリ曰ク「若シ所犯頒布以前ニ在テ未タ判決ヲ經サル者ハ新舊ノ法ヲ比照シ
輕キニ從テ處斷ス」ト此規定ハ之ヲ三段ニ分說セン

第一 罪及ヒ刑ニ關スル新舊兩法ノ衝突

刑法ハ遡及ノ效力ナキヲ原則ト爲スト雖モ或場合ニハ然ラサルコトアリ故ニ
其場合ヲ區別スルコトヲ要ス即チ新法ニ於テ新ニ犯罪ヲ設ケ或ハ舊法ノ刑ヨ
リ重クシタルトキハ新法ハ遡及ノ效力ナシ是レ原則ノ適用上然ラサルヲ得サ
ルナリ之ニ反シテ新法ニ於テ舊法ノ犯罪ト認メタル所爲ヲ無罪ト爲シ又ハ刑

ヲ輕クシタルトキハ新法ハ遡及ノ效力アリト云ハサルヲ得ス蓋シ新法ハ舊法
ノ認メタル犯罪又ハ刑ヲ不當又ハ不必要トシテ改正シタルモノナルカ故ニ縱
令舊法時代ニ生シタル犯罪ト雖モ之ヲ罪トシテ罰シ又ハ重刑ヲ科スルモノト
センカ刑罰權ノ基礎タル正義及ヒ必要ノ二要素ニ適合スルモノト云フヲ得サ
レハナリ

新法ニ於テ刑期ノ長期若クハ短期ノ一方ヲ短縮シ一方ヲ伸長シ或ハ體刑ニ財
產刑ヲ附加セタルカ如キ場合ハ新舊法孰レヲ適用スヘキカ此問題ハ明治十四
年第八十一號布告新舊比照法ニ依レハ明瞭ナリ該規定ハ畢竟スルニ被告人ノ
利益ヲ圖リ其輕キ刑ヲ適用スルコトト爲セリ而シテ別ニ説明ヲ要セスシテ明
カナルヲ以テ左ニ其關係ノ法條ヲ列舉スヘシ

第二條 舊法ノ時期新法主刑ノ刑期內ニ在ルトキハ新法ニ從フ但舊法ノ刑
期ヲ過クルコトヲ得ス

第三條 舊法新法ノ刑共ニ短期長期アルモノハ其短キ者ニ從フ但其長期ノ
短キ者ニ過クルコトヲ得ス

第四條 舊法ノ贖罪收贖若クハ罰金科料ノ金額新法主刑ノ金額内ニ在ル時

ハ新法ニ從フ但舊法ノ金額ニ過クルコトヲ得ス

第五條 舊法新法ノ罰金科料共ニ多數寡數アルモノハ其寡數ノ寡キ者ニ從

フ但其多數ノ寡キ者ニ過クルコトヲ得ス

第六條 舊法ニ於テ單ニ體刑ニ該ル者新法ニ於テ罰金ヲ附加スル時ハ其罰

金ヲ附加セス

新法ニ於テ舊法ノ刑ヲ廢止シタルトキハ未タ判決ヲ經サル事件ニ付テハ新法ヲ適用スルハ論ヲ埃タス又既ニ判決ヲ經ルモ未タ其判決確定セサル場合ニハ控訴審及ヒ上告審ニ於テハ新法ヲ適用セサルヘカラス然ルニ茲ニ注意スヘキ點ハ控訴審ニ於テハ控訴人ヨリ刑ノ廢止ヲ主張セサルモ裁判所ハ職權ヲ以テ裁判スルコトヲ得然レトモ上告審ニ於テハ上告人ヨリ刑ノ廢止ヲ上告ノ理由トシ申立テサルトキハ之ヲ裁判スルコトヲ得然ラハ判決既ニ確定シタルトキハ新法ヲ適用スヘキヤ如何之ヲ理論上ヨリ觀察スレハ縱令既ニ判決確定スルモ新法ノ效力ヲ及ホスヲ以テ至當ト爲スヘシ何トナレハ立法者カ舊法ニ於

テ罪トシテ罰スルモ新法ニ於テ之ヲ罰セサルハ既ニ之ヲ罰スルノ必要ナシトシテ廢止シタルモノナルヲ以テ判決確定ノ前後ニ因リテ新法ノ效力ヲ異ニスルノ理由ナカルヘケレハナリ然リト雖モ之ヲ解釋上ヨリ觀察セハ全ク反對ノ論決テ下ササルヲ得ス何トナレハ法官タル者ハ現行ノ法律ヲ解釋シ之ヲ適用スルノ權利ノミヲ有シ法律ヲ改廢スルノ權ナキカ故ニ縱令條理ニ適セスト雖モ之カ適用ヲ爲ササルコトヲ得ス此ノ如キ不都合ヲ避ケンカ爲メニハ立法者ハ豫メ其方法ヲ定メサルヘカラス

第二 裁判所ノ構成及ヒ訴訟手續ニ關スル新舊兩法ノ衝突

刑法ノ目的ハ犯罪者ヲ罰スルニ在リ然レトモ訴訟手續法ノ目的ハ起訴豫審公判等ノ訴追及ヒ防禦ノ方法ヲ保護シテ實體的眞實ヲ發見スルニ在リ故ニ此等ノ法律ヲ改正スルハ即チ可成の公平ナル方法ヲ以テ其事實ノ眞相ヲ發見センカ爲メニ外ナラス果シテ然ラハ訴訟手續法ノ抵觸シタルトキハ別ニ法律上新法ヲ適用スヘシトノ明文ナキモ之ヲ適用スルハ理ノ當然ナリ凡ソ法式ヲ定ムル法律ヲ適用スルハ社會ノ權利ニシテ又義務ナリ故ニ若シ犯罪人ニシテ舊法

ノ適用ヲ求ムレハ是レ即チ主權ニ服從スルヲ拒ムモノト云フヘシ然レトモ舊法ニ依リテ既ニ或手續ノ開始中ナルトキハ舊法ニ依テ之ヲ終結スルヲ至當トス例ヘハ治罪法ニ於テハ豫審決定ニ對シテ故障ノ申立アリタルトキハ其豫審判事ノ屬スル裁判所ノ會議局ニ於テ裁判スルコトトセリ然ルニ刑事訴訟法ハ豫審終結ニ付テハ抗告ヲ申立ツルコトヲ得ト爲セリ故ニ治罪法改正前ニ右故障ノ申立ヲ爲シ未タ繼續中ニ刑事訴訟ヲ實施スルモ猶ホ豫審ノ故障ハ有效ノモノトシテ裁判セサルヘカラス又治罪法ニハ哀訴又ハ裁判管轄ヲ定ムル訴嫌疑ノ爲メ裁判管轄ヲ移スノ訴ヲ認メタリ故ニ改正ノ當時治罪法ニ依リテ既ニ起シタル訴ハ有效ノモノナリ是レ刑事訴訟法附則第一條第二條ノ規定スル所タリ

第三 時効ニ關スル新舊兩法ノ衝突

時効ハ時ノ經過ニ因リテ生スルモノニシテ公訴及ヒ刑ノ執行ノ消滅原因タリ而シテ時効ニ關シテ舊法ノ規定ヲ改正シタルトキハ新舊兩法孰レヲ適用スヘキヤ時効ニ關スル規定ハ皮相ノ見ヲ以テセハ訴訟手續ノ一部ニ屬スルニ似タ

リ故ニ前述セシ第二ノ場合ト同シク新法ヲ適用スルハ論ヲ埃タサルカ如シ然レトモ之ヲ熟考スルトキハ罪ト刑トノ必要條件ヲ定ムル所ノ法律タルコトヲ知ル蓋シ一定ノ時期ヲ經過スルトキハ罪トシテ罰スルコトヲ得ス故ニ時効ハ犯罪構成條件ノ一ナリト云フコトヲ得ヘク又或期間刑ノ執行ヲ逃レタルトキハ之カ爲メニ刑ノ執行ヲ爲スコトヲ得サルニ至ル左レハ之ヲ訴訟手續ノ一部ト云フヲ得サルヤ明カナリ是ヲ以テ時効ニ付テハ新舊兩法孰レヲ適用スヘキヤニ付テハ從來種種ノ學說アル所ニシテ左ニ其學說ヲ掲クヘシ

第一 舊法ヲ適用スヘシト爲ス說 此說ノ理由トスル所ハ犯罪人或ハ受刑者ハ舊法ノ支配ヲ受クルコトヲ豫想セシモノニシテ新法ニ於テ利益ナルト不利益ナルトハ毫モ之ヲ念頭ニ置カサルモノナルヲ以テ縱令舊法ヲ適用スルモ之ニ對シテ不服ヲ述フルコトナカルヘシト云フニ在リ然レトモ此見解ハ甚タ不都合ナル結果ヲ生スヘシ例ヘハ舊法ニ比シ新法カ時効ノ期間短期ナル場合ニ於テハ舊法時代ノ犯罪者ハ却テ新法時代ノ犯罪者ヨリ後レテ時効ニ罹リ同一ノ犯罪ニシテ前發ノ犯罪ハ未タ時効ニ罹ラサルニモ拘ラス後發ノ犯罪ハ既ニ

時効ニ權ルカ如キコトハ條理ニ適シタルモノト云フコトヲ得ス

第二 新法ヲ適用スヘシト爲ス說 其理由ハ時効ハ元來犯罪人或ハ受刑者ノ利益ノ爲メニ設ケタルモノニ非スシテ社會公益ノ爲メニ設ケタルモノナリ故ニ時効ノ規定ヲ改正シタルトキハ舊法ハ社會ノ現狀ニ適セサル不當ノモノトシテ新法ヲ發布シタリト云ハサルヲ得ス然ラハ犯罪人又ハ受刑者ノ利益如何ヲ問ハス飽クマテ新法ヲ適用セサルヘカラス加之犯罪人又ハ受刑者ハ既得權ヲ有スルモノニ非ス又檢事モ不服ヲ唱フヘキ理由ナシ若シ不服者アリトスレハ被害者ナルヘシ新法カ時効期間ヲ短縮シタルトキハ被害者ハ私訴權ヲ行フコトヲ得サルコトアリ然レトモ時効ハ公益上ノ目的ニ出タルモノナルカ故ニ公益ハ私益ニ勝ツノ原則ニ依リ被害者ノ私益ハ之ヲ犠牲ニ供セサルヘカラス

第三 犯罪人又ハ受刑者ニ利益ナル法律ヲ適用スヘシト爲ス說 即チ新舊法ヲ比照シ時効期間ノ短期ナル法律ヲ適用スヘシト爲スモノニシテ其理由ハ時効ハ犯罪構成ノ必要條件ヲ規定スルカ故ナリト云フニ在リ

第四 新舊兩法ノ下ニ於ケル時ノ經過ニ從ヒ新舊各時効ヲ平均シテ之ヲ適用スト爲ス說 例ヘハ舊法ノ時効ハ十年ニシテ新法ノ時効ハ五年ナリト假定シ舊法時代ニ五年ヲ經過シ新法時代ニ二年六個月ヲ經過シタリトセハ時効ヲ得ルモノト爲スカ如シ

以上ヲ以テ第一條乃至第三條ノ規定ヲ説了セシカ故ニ以下第四條第五條ヲ説述スヘキ順序ナルモ兩條ハ唯特別法ト刑法トノ關係ヲ規定シタルニ過キササルヲ以テ別ニ説明ヲ要セスシテ明瞭ナレハ茲ニ之ヲ省略ス

第二章 刑 例

刑トハ主權者カ公益ノ爲メ判決ヲ以テ犯罪人ナリト宣告セラレタル者ニ對シテ與フル所ノ苦痛ヲ謂フ而シテ刑罰ナル制裁ハ他ノ權利侵害ニ於ケル制裁ト之ヲ混同セサルコトヲ要ス他ノ制裁トハ損害賠償或行爲ノ取消若クハ懲戒處分ノ如キモノニシテ刑トハ全ク其性質ヲ異ニス今其區別ノ結果ヲ舉クレハ左ノ如シ

一 一事不再理即チ一事作ニ付テ再ヒ審判セストノコトハ單ニ刑ニモ適用スヘキ所ノ原則ナリ然レトモ刑ヲ併科スルハ敢テ妨ケナシ例ヘハ主刑ト附加刑トヲ併科スルカ如シ

二 犯罪人死去スルトキハ當然公訴權消滅ス然レトモ損害賠償又ハ或行爲ノ取消ノ如キハ之カ爲メニ消滅スルモノニ非ス之ニ反シ私和擄奪ノ如キハ私訴權ヲ消滅セシムヘキモ公訴權ヲ消滅セシムルモノニ非ス

三 數罪俱發ノ場合ニ於テハ原則トシテ常ニ一ノ重キ刑ノミヲ科シ之ヲ併科セス(違警罪ハ例外)然レトモ民事ニ於テハ數個ノ不法行爲ヲ爲セタルトキハ各行爲ニ對シ總テ制裁ヲ加フルモノトス

第一節 刑ノ原則

刑ノ原則ニ六個アリ以下之ヲ分説スヘシ

第一原則 刑ハ適法ナルコトヲ要ス 刑ハ裁判上ノモノニ非ス又專横ナルモノニモ非ス之ヲ詳言スレハ裁判官又ハ執行官タル者ハ自己ニ刑ヲ創造シ

テ之ヲ科スルコトヲ得ス又專横ニ流ルヘカラス故ニ刑ハ豫メ法律ヲ以テ或犯罪ノ罰トシテ之ヲ指定スルコトヲ要ス之ヲ以テ裁判所ハ法律ノ指定シタル以外ノ刑又ハ既ニ廢止セラレタル刑ヲ宣告スルコトヲ得ス加之法律ヲ以テ定メタル刑ト雖モ法律ノ豫見シタル場合ノ外即チ法律ノ範圍ヲ超エテ適用スルコト能ハス此等ハ總テ刑ハ適法ナルヘシトノ原則ヨリ生スル結果ナリ

刑ヲ科スルハ常ニ必ス一定ノモノニ非ス故ニ法律ヲ以テ細大漏サス詳密ニ刑ノ適用ニ關スル規定ヲ設クルハ至難ノ業ニ屬スルヲ以テ法律ハ刑ノ性質期間數額等ヲ限定スルヲ以テ足レリトシ其他細微ノ點ニ至テハ法律ノ範圍ヲ超エサル限度ニ於テ事實裁判官カ之ヲ定ムルニ放任シタリ

第二原則 刑ハ平等ナルコトヲ要ス 刑ハ均一ニシテ彼此ノ區別アルヘカラス然ルニ往時ニ於テハ此原則ニ背キ同一ノ犯罪行爲ナルモ士族ト平民トノ階級ニ依リテ其刑ニ輕重ノ區別ヲ立テタリ然レトモ現行刑法ニ於テハ犯人ノ如何ニ依リテ刑ニ輕重寬嚴ノ差異アルコトナシ唯實際ニ於テ老若及ヒ婦女子ニ付テハ刑ノ執行方法ヲ異ニスルコトナキニ非スト雖モ右ハ其人相當ノ苦役ニ

服セシメント欲スル法律ノ精神ニシテ刑ハ平等ナリ右ノ原則ノ適用ト云フヲ得ヘキモ該原則ニ違背スルモノナリト云フヲ得ス

第三原則 刑ハ或人ニ固有且ツ個人的ナルコトヲ要ス 刑ハ或人ニ固有ナルコトヲ要スルヲ以テ犯罪ヲ爲シタル者ニ非サレハ刑ヲ科スルコトヲ得ス之ヲ換言スレハ犯罪人ノ相續人又ハ親族等ニ對シ刑ヲ加フルコト能ハサルモノナリ然ルニ昔時ハ戸主罪ヲ犯ストキハ妻子眷屬ニ至ルマテ刑ヲ科シタルコトナキニ非ス是レ明カニ右原則ニ違反スルモノナリ又刑ハ個人的ナルコトハ犯罪者ノ各自ニ對シ刑ヲ科スルトノ謂ヒニシテ例ヘハ共犯者ノ一人ニ對シ他ノ共犯者ノ罪責ニ對スル刑ヲ加フル能ハス必ス各自各別ニ刑ヲ科セサルヘカラスト云フニ在リ畢竟スルニ刑ハ個人的ニ非サレハ刑ヲ設クタル目的ニ反スルヲ以テナリ

第四原則 刑ハ公ニ宣告セラレ且ツ執行セララルコトヲ要ス 刑ヲ公ニ宣告スルコトハ憲法上(第五九條)及ヒ裁判所構成法ニ於テ規定スル所ニシテ一モ之ニ對スル例外アルコトナシ其所以ハ裁判ノ公平無私ナルコトヲ擔保スルニ

出テタルモノナリ刑ノ執行ニ付テハ公ニ執行スルヲ原則ト爲スト雖モ或場合ニ於テハ公安上ノ理由ニ依リ密行スルコトナキニ非ス死刑ノ執行ノ如キ即チ是ナリ

第五原則 刑ハ確定判決ニ依ルニ非サレハ執行スルコトヲ得ス 是レ刑法第五十條ニ刑ハ裁判確定シタル後ニ非サレハ之ヲ執行スルコトヲ得ス(規定セル所ニシテ刑事ニ於テハ上訴ノ期間内及ヒ上訴ノ提起アリタルトキハ刑ノ執行ヲ停止スルモノナリ)

第六原則 刑ハ人ノ自由財産及ヒ權利ヲ剝奪シ或ハ制限スルモ身體ヲ損傷スルコトヲ得ス 刑ハ犯罪人ニ苦痛ヲ與フルヲ以テ其目的トスルカ故ニ自由ヲ束縛シ財産ヲ徵收シ公權ヲ剝奪シ或ハ停止スルコトアルモノノ身體ヲ毀損セサルコトヲ要ス然レトモ茲ニ其一大例外ナキニ非ス死刑即チ是ナリ

第二節 刑ノ區別

第一 重罪刑輕罪刑違警罪刑

犯罪ヲ分チテ重罪輕罪違警罪ノ三個ニ區別スルヲ以テ刑モ亦之ニ伴ヒ重罪刑輕罪刑違警罪刑ノ三個ニ區別セサルヘカラス而シテ重罪刑ハ死刑無期有期徒刑流刑重輕懲役禁獄ノ九種ト爲ス(第七條輕罪刑ハ重輕禁錮罰金ノ三種ト爲シ(第八條又違警罪刑ハ拘留科料ノ二種ト爲セリ(第九條是レ刑ノ輕重ニ依リテ區別シタルモノナリ

第二 主刑及ヒ附加刑

刑法第七條乃至第九條ノ規定スル刑ハ總テ主刑ナリ又第十條ノ規定スル所ハ附加刑ナリ然レトモ禁治産ハ民法施行法ヲ以テ廢止セラレタルヲ以テ附加刑ニ非ス而シテ主刑及ヒ附加刑ノ間ニ二個ノ差異アリ(一)主刑ハ刑ノ直接手段方ニシテ犯罪ノ主タル制裁ナルモ附加刑ハ然ラス(二)主刑ハ判決ヲ以テ宣告スルヲ原則トスレトモ附加刑ニ付テハ宣告スルモノト然ラサルモノトアリ即チ重罪ノ宣告ヲ受ケタルトキハ剝奪公權及ヒ監視ノ刑ハ宣告ヲ待タス當然科セラルモノナリ

第三 常事犯罪ノ刑及ヒ國事犯罪ノ刑

此區別ハ概シテ重罪ノ刑ニ在ルモノナリ刑法第六十七條第六十八條ハ刑ノ加減例ヲ規定シタルモノナリト雖モ此區別ヲ認メタルコト明白ナリ輕罪ニ付テモ國事犯罪ノ刑ハ普通輕禁錮ニシテ常事犯罪ノ刑ハ普通重禁錮ナリトス然レトモ或場合ニ於テハ常事犯罪ニ對シテモ輕禁錮ヲ科スルコトナキニ非ス故ニ輕禁錮ハ常ニ必ス國事犯罪ノ刑ナリト云フヲ得ス而シテ國事犯罪ノ刑ハ常事犯罪ノ刑ニ比シ比較的重シト爲ス然レトモ定役ニ服セサルノ點ニ付テハ常事犯罪ノ刑ヨリ輕シト云ハサルヘカラス又死刑ニ至テハ兩者俱ニ寸毫ノ差アルコトナシ

第四 無期刑及ヒ有期刑

此區別ハ刑ニ期間アルトキ即チ自由刑又ハ權利ヲ剝奪若クハ制限スヘキ刑ニ付テノミ存スル所ノ區別ナリ

第五 身體ニ對スル刑自由ニ對スル權利ニ對スル刑財産ニ對スル刑身體刑ハ死刑ノ一ノミニシテ自由刑ハ無期有期徒刑流刑以下拘留ニ至ル數個アリ又權利ニ關スル刑ハ剝奪公權停止公權監視等ヲ云ヒ財産刑ハ罰金科料沒收追徴ノ如キ即チ是ナリ

第三節 刑ノ處分

第一 身體ニ對スル刑

身體刑ハ直接ニ犯罪人ノ身體ヲ損傷スルヲ以テ其目的トスルモノニシテ野蠻未開ノ時代ニ於テハ此種ノ刑頗ル多カリキ我國ニ於テモ古代ハ磔、火刑ノ如キ慘酷ノ刑ヲ執行シタリキ又新律綱領ニモ炮烙、墨刑、管杖等ヲ認メアリタルモ開明ノ今日ニ於テハ全ク其跡ヲ斷テリ是レ畢竟刑ハ人ノ身體ヲ損傷スルコトヲ得ストノ原則ノ發達ニ由ルモノナリトス我現行刑法モ此原則ヲ採用シタルニ拘ラス尙ホ茲ニ一大例外ヲ爲シ死刑ノ刑ヲ設ケラレタリ

死刑ノ執行方法ニ付テモ古ハ可成犯罪人ニ苦痛ヲ感セシムル方法ヲ採リタルモ今日ニ於テハ單ニ絞首ヲ以テ人ノ生命ヲ絶ツヲ以テ足レリトセリ而シテ死刑ハ實際ニ於テハ何レノ時ト何レノ國トヲ問ハス之ヲ實行シ來リタレトモ之ヲ廢止スヘキヤ否ヤハ今日刑法上ニ於ケル一大疑問タリ

上述ノ如ク古昔ハ死刑ヲ行フ場合極メテ多數ナリシモ今日ニ於テハ其場合漸

漸減少シ來リテ不敬罪、殺親罪、謀殺罪ノ如キ公安ヲ害スル事最モ大ナル罪ニノミ之ヲ科スルコトト爲リタリ故ニ世ノ文明開進ニ趣クニ隨ヒ開化力及ヒ學理ノ發達ニ依リ死刑ハ漸次廢止セララルニ至ルヘシ今學理上死刑ハ果シテ正當ナルヤ否ヤヲ觀察スルニ刑罰權ノ元素ハ正義ニ適フコトト必要トノ二點ニ在ルコトハ已ニ前ニ講述シタルカ如シ左レハ今之ヲ正義ノ點ヨリ觀察スレハ刑ハ犯罪人ノ行ヒタル惡事ヨリモ尙ホ重キコトヲ要スヘシ然ラサレハ刑罰タル制裁モ其懲戒ノ效力ナクシテ遂ニ刑ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ至ルヘケレハナリ而シテ之ヲ推論セハ人ヲ死ニ致シタル者アルトキハ之ニ死刑ヲ科スルハ其刑輕キニ失スト云フヲ得ヘキモ決シテ重キニ失スト云フヲ得ヘカラス故ニ若シ死刑以上ノ刑アラハ之ニ其刑ヲ科スルモ正義ノ點ヨリ之ヲ觀レハ敢テ不當ナリト云フヲ得ス又必要ノ點ヨリ之ヲ論スレハ社會ノ維持上死刑ヲ設クルノ必要アレハ之ヲ設ケテ社會ノ安寧ヲ維持スルハ是レ即チ社會ノ權利ニシテ又社會ノ義務ナリト云ハサルヘカラス例ヘハ殺人犯者ニ對スルモ無期徒刑以下ノ刑ニ非サレハ之ヲ科セサルトキハ此ノ如キ兇行者ヲ頻頻生スヘ

キ恐レアル人情風俗ノ國ニ於テハ社會ノ維持上死刑ヲ設クルノ必要アルハ論ヲ埃タサル所ナリ死刑ハ人ノ生命ヲ斷ツカ故ニ不可ナリトモ自由刑モ亦不可ナリト云ハサルヲ得ス何トナレハ人ノ自由モ亦一ノ權利ニシテ社會ニ生活スル自由ヲ束縛スルト人ノ生命ヲ斷ツトハ其程度ニ於テコソ異ナル所アレハ權ヲ害スルノ點ニ至リテハ別ニ異ナル所ナシ然ルニ自由ヲ束縛スルハ可ナリ生命ヲ斷ツハ不可ナリト云フハ論理ノ一貫シタルモノト云フヲ得サルナリ之ヲ要スルニ各個人ハ社會ニ生活スルノ權利アリテ社會ハ之ヲ保護スルノ義務アリト云ハハ之ヲ保護スルノ必要上兇行者ノ生命ヲ奪フニ於テ何ノ不可カ之アラシ何トナレハ社會ノ保護ヲ妨ケタル兇行者ノ生命カ社會ノ保護スヘキ良民ノ生命ヨリ尊キノ條理ナキヲ以テナリ

死刑ヲ存スルハ正義上ニ於テハ其正當ナルコト一定不變ナリト雖モ必要ノ點ニ於テハ常ニ一定ノモノニ非ス蓋シ社會ノ開明進化ノ程度人情風俗等ノ異ナルニ隨ヒ其要不要ハ異ナルカ故ニ其國情ニ依リテ之ヲ存スルト否トヲ決セサルヘカラス方今開明諸國ニ於テハ死刑廢止論甚タ熾ナリト雖モ未タ全ク之

ヲ廢止スルニ至ラサルナリ

死刑ヲ漸次廢止セントスルニハ茲ニ三個ノ方法アリ(第一法律上死刑ヲ科スル犯罪ノ數ヲ減少スルコト)(第二縱令法律上死刑ヲ科スヘキ犯罪ノ設ケアルモ酌量減輕ノ方法ヲ以テ死刑ヲ減少スルコト)(第三特赦ヲ以テ死刑ノ執行ヲ免除スルコト)是ナリ此等ノ方法ヲ施サハ漸次死刑ノ減少ヲ見ルニ至ラン然レトモ現今ノ社會ノ狀態ヨリ之ヲ觀レハ死刑ヲ全廢スルハ尙ホ早キニ失スルヲ覺フ死刑ノ執行方法ハ刑法第十二條乃至第十六條及ヒ刑法附則第一條乃至第八條ニ詳細規定スル所ニシテ死刑ハ絞首シ且ツ密行ス又司法大臣ノ命令アルニ非サレハ之ヲ執行スルコトヲ得ス大祀令節國祭ノ日ニハ死刑ヲ行フヲ得ス又懷胎ノ婦女ニ對シテハ分娩後一百日ヲ經過スルニ非サレハ之ヲ行フコトヲ得サルモノトス

第二 自由ニ對スル刑

自由刑ハ人ノ自由ヲ剝奪シ依テ以テ苦痛ヲ與フルノ刑ナリ然レトモ一般ニ人ノ自由ヲ奪フモノハ必スシモ刑罰ト云フコトヲ得ス刑罰以外ニ於テ人ノ自由

ヲ剝奪スル場合多數アリ即チ親權ヲ行使スル父母カ未成年ノ子ヲ懲戒スルカ爲メニ懲戒場ニ留置スルコトヲ得民法第八八二條又禁治產者ノ後見人カ親族會議ノ同意ヲ得テ禁治產者ヲ瘋癲病院ニ入レ又ハ私宅ニ監禁スルノ權アリ民法第九二二條或ハ又刑法上ニ於テモ刑ノ性質ヲ有セスシテ人ノ自由ヲ奪フコトアリ未決拘留及ヒ懲治場留置即チ是ナリ未決拘留ハ犯罪者タル嫌疑アル者ノ逃走ヲ防ク爲メ又ハ審問スルカ爲メ未決監ニ拘留スルヲ云ヒ懲治場留置ハ滿八歳以上十二歳以下ノ幼者又ハ十二歳以上十六歳以下ノ幼者カ辨別心ナクシテ罪ヲ犯シタル場合又ハ瘡癰者ノ罪ヲ犯シタルトキハ其情狀ニ因リ或期間懲治場ニ留置スルコトアリ此等ハ皆均シク自由ヲ拘束スルニ在ルモ刑法上所謂自由刑ニ非ス

自由ヲ剝奪スル刑ニハ現行刑法上ニ於テ種種ノ區別アリ是レ刑期ノ有無刑期ノ長短又ハ刑ノ執行方法ニ依リテ其刑名ヲ異ニス以下之ヲ分説スヘシ

一 刑ノ期間 自由ヲ剝奪スル刑ニハ無期及ヒ有期ノ刑アリ其有期刑ノ期間ハ刑法ノ各本條ニ於テ之ヲ特定セリ而シテ裁判官ハ法定期間ノ範圍内ニ於テ

其刑期ヲ定ム無期刑ハ犯人ヲ懲戒スルニ最も適當ナルヘシト雖モ一面ニ於テハ甚タ缺點ノ存スル所アリ何トナレハ終身獄裡ニ在ルヘキ身ナルカ故ニ縱令眞心悔悟スルモ再ヒ出獄スルノ期ヲ得サレハナリ然レトモ其缺點ヲ避クルカ爲メニ特赦假出獄若クハ免幽閉ノ方法ヲ設ケアリ且ツ死刑ハ最も嚴ニ過キ有期刑ハ寛ニ失スルノ缺點アルカ故ニ今日ニ於テハ無期刑ヲ以テ寬嚴其宜キヲ得タル最も適法ノ刑ト云ハサルヲ得ス是ヲ以テ開明國ニ於テハ無期刑ヲ以テ極刑ト爲セリ

二 刑ノ執行方法 自由刑ハ犯罪人ヲ懲戒シ且ツ之ヲ悔悟セシムルヲ以テ其目的ト爲ス而シテ自由刑ヲ執行スル所ハ監獄ナリ然ラハ監獄ハ犯罪人ヲシテ過ヲ改メ善ニ遷ラシムヘキ所ナルモ不良ノ徒ノ集合セル所ナルヲ以テ其制宜シキヲ得サレハ或ハ惡事ノ練習場タラシムルカ如キ結果ヲ生スルコトナキヲ保セス是レ深ク當局者ノ注意セサルヘカラサル所ナリ畢竟スルニ再犯者ノ數ヲ増加セシメサルハ監獄ノ探ルヘキ唯一ノ目的タリ

受刑者ニ對スル刑ノ執行方法ニ二説アリ

刑法總論 刑罰ノ處分

第一説 監獄内ニ於テ執行スル方法 此説ニ從フトキハ再犯者ノ數ヲ減少スルニハ犯罪人ヲ監獄内ニ於テ善良ナラシムルコト及ヒ出獄後社會ニ立テ相當ノ地位ヲ得セシムルコトヲ必要トス然ラハ監獄内ニ於テハ如何ナル方法ニ依レハ犯罪人ヲ懲戒シ且ツ之ヲ善良ナラシムル目的ヲ達スルコトヲ得ヘキヤ今茲ニ其方法ノ重モナルモノヲ列舉センニ其第一ノ方法ハ受刑者ヲシテ晝夜共ニ同房ニ雜居セシムルコト其第二ノ方法ハ晝間ハ同房ニ置キ夜間ハ別房ニ置クコト又其第三ノ方法ハ晝夜共ニ別房ニ置クコト是ナリ然ルニ右第一第二ノ方法ニ依レハ受刑者ハ互ニ相警戒シテ改過遷善ノ效ヲ奏スルカ如キモ實際ニ於テハ惡事ヲ獎勵シ監獄ヲ以テ惡事ノ學校タラシムル感ナキ能ハス然レトモ實際ニ在テハ又右弊害ヲ豫防スルノ方法ナキニ非ス第三方法ニ依ルモ亦缺點ナキ能ハス即チ受刑者ヲ各別房ニ置クニハ多額ノ費用ヲ要シ國家經濟上ニ大ナル影響ヲ及ホスヘク且ツ人ヲ孤立セシメ其交際ヲ絶ツトキハ精神ノ狂亂ヲ來スノ恐レナキニ非ス故ニ此方法モ嚴格ニ執行スルトキハ不利益ノ點ナキニ

第二説 島地ニ發遣シテ執行スル方法 此方法ハ内地ノ再犯者ヲ減少セシム

ルノ效アルモ刑期ノ短キモノニ適用スルトキハ送致日數ノ爲メニ實際刑ヲ執行セシテ終ルコトナシトセス故ニ此方法ハ長期ノ刑ニ非サレハ之ヲ適用スルヲ得サルコトト其經費ノ巨額ヲ要スルコトトノ缺點ナキニ非ス是ヲ以テ現行刑法ハ有期無期ノ徒流刑ニ付テノミ此方法ヲ用非タリ然ルニ第二説ヲ主張スル論者ノ理由トスル所ハ内地ノ安全ト島地ヲ開拓スルノ利益アリト云フニ在ルモ前記缺點アルヲ以テ完全ノ説ナリト云フコトヲ得ス

現行法ニ依レハ徒刑流刑ノ受刑者ノミ島地(北海道ニ發遣シテ刑ヲ執行ス徒刑ハ定役ニ服スルモ流刑ハ然ラス徒刑ノ婦女ハ島地ニ發遣セス懲役禁獄以下ノ刑ハ内地ノ監獄ニ入レ懲役ハ定役ニ服セシメ禁獄ハ唯拘禁スルノミニテ定役ニ服セス又重禁錮ハ定役ニ服スルモ輕禁錮及ヒ拘留ハ定役ニ服スルコトナシ定役ニ服シタル受刑者ニハ其得タル利益ノ幾分ヲ給與ス又定役ニ服セサル受刑者ト雖モ其望ミニ依リテ定役ニ服スルコトヲ許セリ

重罪輕罪ヲ別タス獄則ヲ謹守シ改悛ノ狀アル者ニハ行政處分ニ由リ假出獄ヲ

許スヘシ尤モ多少ノ年月ヲ經過スルコトヲ要ス即チ無期徒刑ハ十五年有期徒
刑以下ハ刑期四分ノ三ヲ經過セサルヘカラス(無期有期ノ流刑ハ第二十一條ノ
免幽閉ノ規定アリ)假出獄ヲ許サレタル者ハ本刑ノ刑期限内ハ特別監視ニ付セ
ラル(刑法附則第三八條乃至第四七條)若シ再ヒ犯罪ヲ爲シタルトキハ假出獄ヲ
取消ス而シテ其出獄中ノ期間ハ刑期ニ算入セス刑期限内更ニ重罪輕罪ヲ犯シ
タルトキハ獄則ヲ遵守シ改悛ノ狀アルモ法律上假出獄ヲ許スコトナシ

(イ) 假出獄ヲ受ケタルハ受刑者ノ利益ニシテ其權利ニ非ス故ニ之ヲ許スト否ト
ハ一ニ行政官ノ意見ニ依ル

(ロ) 假出獄ハ總テ自由ヲ奪フヘキ刑ノ受刑者ニ適用ス拘留及ヒ流刑ハ例外ナ
シ

(ハ) 假出獄ヲ許スニハ或法定期間内受刑者カ刑ノ執行ヲ受ケタルコトヲ要ス
(ニ) 假出獄ハ受刑者カ獄則ヲ遵守シ改悛ノ狀アルコトヲ要ス

(ホ) 假出獄ハ内務司法兩大臣ノ許ス所ナリ

(ヘ) 假出獄ノ許可ハ取消スルコトアリ

(ト) 假出獄ノ取消ヲアリタルトキハ出獄日數ハ刑期ニ算入セシム

(チ) 假出獄中ハ特別監視ニ付ス

第三 權利ニ對スル刑

權利ニ對スル刑ハ之ヲ二種ニ區別ス第一種ハ受刑者ニ或權利ヲ行ハシムルハ
不當ナルカ故ニ其權利ヲ失ハシメ或ハ之ヲ制限ス剝奪公權停止公權ノ刑是ナ
リ第二種ハ再ヒ犯罪ヲ爲スコトヲ豫防スルカ爲メ權利ヲ失ハシメ又ハ之ヲ制
限ス監視ノ刑即チ是ナリ此二種ノ刑ハ共ニ附加刑ニシテ剝奪公權停止公權ハ
(第三一條)重罪ノ刑ヲ受ケタル者ハ別ニ宣告ヲ爲サスシテ終身公權ヲ剝奪ス輕
罪ノ刑ヲ受ケタル者ハ禁錮中又ハ監視中公權ヲ停止ス禁治産モノノ附加刑ナリ
シカ民法施行法第十四條ヲ以テ之ヲ廢止シタリ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ
別ニ宣告ヲ用弗ス各本刑ノ短期三分ノ一ニ等シキ期間監視ニ付ス(第三七條)輕
罪ノ刑ヲ受ケタル者ハ各本條ニ記載シタル場合ニ限り宣告シテ監視ニ付ス(第
三八條)刑法附則第二一條以下其他特別法ニ依リテ宛モ刑ト同シク權利ヲ剝奪

スルコトアリ例へハ重罪輕罪ヲ犯シタル者ハ文武官判事檢事辯護士又ハ巡査看守等ト爲ルコトヲ得サルカ如シ

第四 財産ニ對スル刑

財産刑ハ結局犯罪人ノ財産ヲ減少スルニ在リ而シテ此刑ニ二種アリ一ハ國庫ヲシテ或物ノ所有者タラシムル刑ニシテ一ハ國庫ヲシテ債權者タラシムル刑ナリ前者ハ沒收ノ刑ニシテ後者ハ罰金及ヒ科料追徴ノ刑是ナリ然レトモ私訴ノ目的トスル損害賠償贖物返還トハ全ク其性質ヲ異ニセリ故ニ或權利ノ侵害ノ結果タル制裁ト財産刑ノ性質トノ間ニ區別スヘキモノ三アリ

(一) 財産刑ハ法律ヲ以テ定メサルヘカラス即チ刑法其他罰則ヲ以テ之ヲ規定ス然レトモ損害賠償ノ如キハ法律ノミニ基カスシテ或ハ契約ニ因リテ生スルコトアリ

(二) 財産刑ハ必ス裁判所ニ於テ宣告スルコトヲ要ス然レトモ或權利ノ侵害ノ制裁ハ必スシモ裁判所ノ判決ヲ俟タス

(三) 罰金科料ノ刑ハ或犯罪ノ爲メニ宣告セララルコトヲ要ス民事上ノ過料ハ

犯罪ノ爲メニ宣告セララルモノニ非ス

罰金ノ刑ハ輕罪ノ刑ナルモ科料ハ違警罪ノ刑ナリ又重罪ノ刑ニハ罰金ナシ故ニ罰金ハ挑發ニ基ク犯罪ノ如キ即チ情慾ニ關スル犯罪ニ科スルコトナシ何トナレハ此ノ如キ場合ニ此刑ヲ科スルモ毫モ懲戒ノ效ナケレハナリ是ヲ以テ唯利慾ニ基ク犯罪ニ限リ之ヲ科ス然レトモ本刑ノ效用ハ一般ノ犯罪人ニ均一ナラス蓋シ其犯人ノ貧富ニ依リテ苦痛ノ程度ヲ異ニスレハナリ

罰金ハ二圓以上ニシテ其額ノ多寡ハ總テ各本條ニ於テ之ヲ特定ス科料ハ五錢以上一圓九十五錢以下トス

罰金ハ一ノ刑ナルカ故ニ其結果トシテ茲ニ左ノ規定アリ

(一) 罰金ハ犯罪人ニ固有ノモノナリ故ニ犯人死亡後ニ於テハ相續人及ヒ民事擔當人ニ對シテ之ヲ宣告スルコトヲ得ス又犯罪人數人アリタルトキハ其各自ニ對シテ之ヲ宣告スルコトヲ要ス

(二) 罰金ハ法律ニ明文アルニ非サレハ之ヲ宣告スルコトヲ得ス

(三) 罰金ノ刑ハ他ノ刑ト同シク時効ニ罹ル

(四) 罰金ノ刑ニ付テモ數罪俱發例ヲ適用ス

法定ノ範圍内ニ於テ罰金ノ額ヲ定ムルコトハ事實裁判官ノ職權ニ屬スルモノナリ而シテ罰金ニ付テ利益ヲ受クルハ國庫ナルモ或場合ニハ犯罪ノ告發人若クハ申告人ヲ利スルコトアリ例ヘハ富籤ニ關スル犯罪ヲ告發シタル者ハ罰金ノ半額ヲ給與スルカ如ク(明治十五年富籤法第四條又密輸出入ヲ税關ニ申告スル者ニ沒收シタル貨物ノ代價ノ半額ヲ給スルカ如シ(明治二十三年税關規則第五三條)

罰金ノ徵收方法ハ裁判確定後一個月内ニ納付セシメ若シ納付セサルトキハ罰金一圓ヲ一日ニ折算シ輕禁錮ニ換フ其全額ニ滿數ヲ生シ一圓ニ滿タサルトキト雖モ一日ニ計算ス是レ即チ換刑處分ニシテ檢事ノ請求ニ因リ本案裁判所ノ裁判長之ヲ命スルモノナリ然レトモ罰金ノ額如何ニ多數ナリト雖モ其換刑處分ハ二年ヲ過クルコトヲ得ス又換刑シタル後禁錮限内罰金ヲ納付スルトキハ其納付者ノ受刑者タルト親屬其他ノ者タルト問ハス經過シタル日數ヲ控除シテ禁錮ヲ免ス(第二七條第四二條科料ハ裁判確定ノ日ヨリ十日内ニ完納セシム若シ

完納セサルトキハ罰金ノ例ニ從ヒ拘留ニ換フルモノナリ(第三〇條)

沒收トハ法律ニ於テ定メラレ且ツ犯罪ニ直接關係アル動產物ニ對スル刑ヲ謂フ即チ其物ヲ所有者ヨリ奪ヒ官ノ所有ト爲スモノナリ而シテ沒收スヘキ物件ニ付テハ刑法第四十三條ニ之カ規定アリ

一 法律ニ於テ禁制シタル物件 之ヲ例セハ偽造貨幣偽造證書ノ如キ物ニシテ之ヲ名ケテ應禁物又ハ禁制物ト云フ

二 犯罪ノ用ニ供シタル物件 之ヲ例ヘハ數人ノ爲メ用井タル刀劍或ハ竊盜ヲ爲スカ爲メ用井タル合鍵又ハ梯子ノ如キ物ヲ云フ

三 犯罪ニ因テ得タル物件 之ヲ例セハ竊盜又ハ詐欺取財ニ因テ得タル物件ノ如キ即チ是ナリ

右ハ法律ノ規定ニ依リテ初メテ之ヲ沒收スルコトヲ得ルモノナリ而シテ禁制物ハ何人ノ所有ニ拘ラス之ヲ沒收スルコトヲ得ルモノニシテ犯人ノ所有ニ屬スルトキハ勿論他人ノ所有ニ屬スルトキト雖モ之ヲ沒收スルコトヲ得ヘキ雖モ犯罪ノ用ニ供シ又ハ犯罪ニ因テ得タル物件ハ犯人ノ所有ニ屬スルカ若

タハ所有者ノ何人タルヤ不明ナル場合ニ非サレハ之ヲ沒收スルコトヲ得ス此
差異アル所以ハ禁制物ハ元來其物自體カ社會ニ存在スルコト有害ナルヲ以テ
何人ノ所有ニ屬スルヲ問ハス之ヲ沒收スレトモ犯罪ノ用ニ供シ又ハ犯罪ニ因
テ得タル物件ハ其物自體ハ有害ノモノニ非スレタ之ヲ沒收スルハ犯人ニ苦痛
ヲ與ヘ又ハ不正ノ利得ヲ得セシメサランカ爲メニ外ナラサレハ其物件カ他人
ニ屬シ其所有者カ分明ナル場合ニ於テ之ヲ沒收スルヲ得サルハ當然ノコトナ
ルヲ以テナリ

沒收ノ刑ハ直接其物ヲ沒收スルモノニシテ他物ヲ代ヘテ沒收スルヲ許サス然
レトモ例外トシテ他物ヲ代ヘテ沒收スルコトナキニ非ス例ヘハ稅關法第十二
條ニ於テ不開港ニ外國品ヲ輸入シタルトキハ其貨物ヲ沒收シ若シ販賣シテ其
貨物ナキトキハ其代金ヲ追徵スヘキモノト規定シタルカ如シ又沒收ハ一ノ附
加刑ナルカ故ニ犯罪人ニ對シテノミ之ヲ宣告スヘキモノニシテ其相續人又ハ
民事擔當人ニ對シテ之ヲ宣告スルヲ得サルモノトス

是ヲ以テ刑ノ處分即チ主刑及ヒ附加刑ノ處分ハ之ヲ説了セリ而シテ茲ニ附言ス

ヘキハ刑ニ非スシテ裁判所カ仍ホ宣告スル所ノモノナキニ非ス即チ公訴
裁判費用ノ負擔押收物件ノ還付及ヒ私訴ノ判決是ナリ公訴裁判費用トハ刑事
事件ニ付キ支出シタル費用ニシテ例ヘハ證人鑑定人ノ喚問若クハ通事ヲ用非
タル爲メ要シタル費用ノ如キモノナリ其費用ハ犯人ニ於テ全部又ハ幾分ヲ負
擔スルモノニシテ其負擔額ヲ定ムルハ事實裁判官ノ職權ニ屬スルモノトス(刑
第四五條第四七條刑訴第二〇一條第一項押收物件ノ還付トハ證據ノ爲メ差押
ヘタル物件ヲ其所有者ニ還付スルコトヲ云フ此還付ノ言渡ハ所有者ヨリ請求
セサルモノ之ヲ爲スヘキモノトス刑訴第二〇二條又私訴ノ判決即チ贓物返還又
ハ損害賠償ノ裁判ハ被害者ノ請求ニ因リテ之ヲ爲スモノナリ然レトモ贓物カ
現ニ犯人ノ手ニ在ルトキハ私訴ノ申立ナキモ被害者ニ還付スルノ言渡ヲ爲サ
サルヘカラス何トナレハ被害者ヨリ贓物返還ノ申立ナケレハ之ヲ還付スル能
ハサルモノトセハ勢ヒ之ヲ犯人ニ還付セサルヘカラス然ルトキハ犯人ハ犯罪
ノ目的ヲ達シ不當ノ利得ヲ受クルニ至ラン是レ豈ニ條理ニ適スルモノナラン
ヤ故ニ縱令其申立ナキモ原狀ニ復スル爲メ之ヲ被害者ニ還付スルモノナリ(刑

第四六條乃至第四八條

第四節 刑期計算

刑期ヲ計算スルニハ一日ハ二十四時間ヲ以テシ一月ハ三十日ヲ以テシ一年ハ曆ニ從テ而シテ受刑ノ初日ハ時間ヲ論セス一日ニ算入シ放免ノ日ハ刑期ニ算入セス又刑期ヲ計算スル起算點ハ刑名宣告ノ日ヲ以テシ若シ上訴アリタルトキハ其上訴提起者ノ犯人ナルト檢事ナルトニ依リテ起算點ヲ異ニス即チ犯人ノ爲シタル上訴ニシテ正當ナルトキハ前判決宣告ノ日ヨリ起算シ其上訴不當ナルトキハ上訴ニ付キ判決アリタル日ヨリ起算ス又檢事ヨリ上訴アリタル時ハ其上訴ノ正當ナルト否トヲ問ハス前判決宣告ノ日ヲ以テ其起算點ト爲ス又上訴中保釋責付ヲ得タルトキハ其保釋責付中ノ期間ハ之ヲ刑期ニ算入セス尙ホ刑期內犯人逃走シテ再ヒ逮捕セラレタルトキハ其逃走中ノ日數ヲ控除シ前後ノ受刑ノ日ヲ計算ス故ニ殘餘ノ期間ニ付テハ刑ノ執行ヲ受ケサルヘカラス

第五節 期滿免除刑ノ時効

刑ノ時効ハ之ヲ三段ニ區別シテ説明スヘシ
一 時効ノ範圍 刑ノ時効ハ有形的執行ヲ要スル刑ノミニ適用ス故ニ何等ノ行爲ヲモ加ヘスシテ判決確定スレハ直ニ效力ヲ生スヘキ刑ハ時効ニ係ラス是以テ身體刑自由刑財産刑ノ如キハ有形的ニ之ヲ執行ヲ要スル刑ナルカ故ニ時効ノ適用ヲ受クヘシト雖モ剩餘公權停止公權ノ如キハ判決確定スレハ其效力ヲ生スヘキ刑ナルカ故ニ時効ニ係ルコトナシ又禁制物ノ沒收及ヒ監視ノ刑ハ執行ヲ要スル刑ナルモ是レ例外ニテ時効ニ係ラサルモノトス
二 時効ノ期間 刑ノ時効期間ハ公訴ノ時効期間ヨリモ遙ニ長ク其刑ノ輕重ニ從テ期間ニ差等アリ即チ最長期ヲ三十年トシ最短期ヲ一年トス(第五九條)而シテ時効期間ノ起算點ハ對席判決ニ付テ刑ノ執行ヲ遵レタル日ヨリ起算シ再ヒ逃走シタルトキハ逃走ノ日ヨリ起算ス又關席判決ニ付テハ關席判決宣告ノ日ヨリ起算ス是レ即チ此時ヨリ執行ヲ遵レタルモノト看做スニ由ルナリ

(第六一條)又時効期間ノ延長ハ時効中斷ヲ以テ爲ス其方法ハ檢事カ逮捕狀ヲ發スルヲ以テ足ル而シテ一度時効ヲ中斷セラレタルトキハ其中斷セラレタル時ヨリ以前ノ期間ハ全ク消滅シ其中斷ノ手續終了シタル日ヨリ更ニ新時効ノ進行ヲ始ム然レトモ檢事カ逮捕狀ヲ發スルハ其制限ナキカ故ニ時効中斷ハ幾回之ヲ行フモ敢テ妨ケナキナリ是レ時効ノ制ヲ定メタル法律ノ精神ニ協フモノト云フコトヲ得ス

三 時効ノ效力 刑ノ時効ノ效力ハ特赦ノ效力ト同シキカ故ニ刑ノ執行ヲ免ルルモ刑ヲ受ケシコトハ消滅スルモノニ非スシテ所謂前科附ノモノナレハ再ヒ罪ヲ犯セハ再犯ヲ以テ論セラル又時効ヲ得タル者ハ復讐ヲ受クルコトヲ得ヘシ

第六節 復讐 權

重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ當然終身公權ヲ剝奪セラル然レトモ本刑ノ執行ヲ終了シ真心改悟シタル者ニ向ヒ猶ホ公權ヲ剝奪シ措クノ必要ナカルヘシ故

ニ法律ハ之ヲ回復スルノ道ヲ開キタリ復讐ノ制即チ是ナリ然ルニ既ニ喪失シタル公權ヲ回復スルハ重大ナル事ナルヲ以テ勅裁ニ依ルニ非サレハ之ヲ爲スヲ得ス復讐ハ或法定ノ期間ヲ經過シタル後ニ非サレハ之ヲ許サス即チ本刑ノ執行ヲ終リタル後五個年又時効ニ因リ本刑ノ執行ヲ免レタルトキハ監視ニ付シタル時ヨリ五個年ヲ經過スルコトヲ要ス大赦ニ因リテ刑ヲ免セラレタル者ハ直チニ公權ヲ回復ス特赦ニ因リテ刑ヲ免セラレタル者ハ特赦狀中ニ記載アルトキニ限り公權ヲ復ス

復讐願ヲ爲ス手續ハ公權ヲ剝奪セラレタル者ノ住居地ノ檢事ニ願書ヲ提出シ檢事ハ之ヲ調査シタル上意見書ヲ添ヘ檢事長ニ提出シ檢事長ハ更ニ之ヲ調査シタル上意見書ヲ添ヘ司法大臣ニ提出シ司法大臣ハ其書類ヲ檢閲シ意見書ヲ添ヘテ上奏シ勅裁ヲ仰クモノナリ而シテ裁可アリタルトキハ司法大臣ヨリ檢事長ニ送付シ檢事長ハ願書ヲ提出シタル檢事ニ送致シ檢事ハ其謄本ノ一通ヲ願人ニ下付シ一通ヲ判決ヲ爲シタル裁判所ニ送致スヘシ其裁判所ニ於テハ判決ノ原本ニ之ヲ記入スヘシ若シ復讐願ヲ却下セラレタルトキハ司法大臣ヨリ

検事長ニ検事長ヨリハ願書ヲ提出シタル検事ニ通知スヘシ此場合ニ於テハ更ニ二年半ヲ経過シタル後ニ非サレハ復権願ヲ爲スコトヲ得ス(刑訴第三二四條乃至第三三〇條)

第三章 加減例

加減例ハ重罪刑、輕罪刑、違警罪刑ノ各刑ニ就テ其例ヲ異ニス即チ重罪刑ノ加重減輕ハ普通犯ノ刑ハ死刑、無期徒刑、有期徒刑、重懲役、輕懲役ノ順序ニ依ル又國事犯ノ刑ハ死刑、無期徒刑、有期徒刑、重禁獄、輕禁獄ノ順序ニ依ル故ニ重罪刑ハ一等毎ニ刑名ヲ變更スルモノナリ而シテ重罪刑ニ於テハ死刑以下ノ刑ヲ加重シテ死刑ニ入ルコトヲ許サザルヲ以テ其原則トシ又重罪刑ヲ減等シテ輕罪刑ト爲ストキハ二年以上五年以下ノ重禁錮又ハ輕禁錮ニ處スルヲ以テ其原則トス輕罪刑ノ加減ハ刑期又ハ金額ノ四分ノ一ヲ加フルヲ一等加ト爲シ四分ノ一ヲ減スルヲ一等減ト爲ス然レトモ輕罪ノ刑ヲ加重シテ重罪ノ刑ニ入ルコトヲ許サス唯禁錮ノ刑ハ七年マテ加重スルコトヲ得又禁錮又ハ罰金ノ刑ヲ減盡シタ

ルトキハ拘留又ハ科料ニ處ス(第六六條乃至第七一條)

違警罪刑ノ加減例ハ輕罪刑ト同シク刑期又ハ金額ノ四分ノ一ヲ加減スルヲ以テ一等トス而シテ違警罪刑ヲ加重シテ輕罪刑ニ入ルコトヲ許サス但シ拘留ハ加ヘテ十二日ニ至ルコトヲ得ルモ減シテ一日以下ニ降スコトヲ得スコ料ハ加ヘテ二圓四十錢ニ至ルヲ得ルモ減シテ五錢以下ト爲スコトヲ得ス尙ホ禁錮、拘留ノ加減ニ因テ端數ヲ生シ一日ニ滿タサルトキハ之ヲ除棄ス又附加ノ罰金モ四分ノ一ヲ加減スルヲ以テ一等ト爲シ若シ之ヲ減盡シタルトキハ主刑ノミヲ科ス(第七二條乃至第七四條)

第四章 不論罪及ヒ減輕並ニ刑ノ全免

第一節 不論罪

不論罪トハ犯罪ノ要素ヲ欠缺スルカ爲メ罪トシテ論セサルヲ謂フ既ニ本法第二條ヲ説明スルニ當リ犯罪人ヲ罰スルニハ四個ノ要素即チ有形ノ要素、無形ノ要素、法律ノ要素及ヒ不正ノ要素ヲ必要トスル旨ヲ説述シタリ茲ニ所謂不論罪

ハ右要素中ノ無形ノ要素若クハ不正ノ要素ノ一ヲ欠缺スル場合ナリ而シテ罪ヲ論セスト云ヘハ刑法上此法語ヲ用非タル場合第三百七十七條及ヒ第二百二條ノ場合ノ如シハ總テ不倫罪ナルカ如キモ未ダ直チニ眞ノ不倫罪ト論決スルコトヲ得サルナリ

何人ト雖モ刑法上又ハ民法上ニ於テ有形的不正ノ所爲ニ對シ其行爲者ニ責任ヲ負ハシムルコトヲ得ヘキ場合ニ非サレハ其責任ナシ又責任ヲ生スルニハ必ス罪過ナカルヘカラス此責任又ハ罪過ニ付テハ多少ノ程度アルモノニシテ均一ノモノニ非ス而シテ犯罪ノ要素トハ予輩ノ茲ニ所謂罪過即チ是ナリ此罪過ニ二要件アリ(第一無形上行爲ノ責任ヲ其人ニ負擔セシメ得ルコト(第二)其人カ其行爲ヲ爲スノ權利ヲ有セサルコトヲ要ス故ニ若シ第一ノ要件ヲ缺クトキハ犯罪ヲ構成セサル原因ト爲リ第二ノ要件ヲ缺クトキハ正當ノ事由ト爲リ復タ罪トシテ論スヘキモノニ非ス以下此二要件ニ付キ之ヲ詳述スヘ

第一 犯罪ヲ構成セサル原因

人ノ犯罪者タルニハ必ス犯意アルコトヲ要ス然ラハ犯意トハ如何犯罪ヲ爲サ

ント欲スル所ノ人ノ意圖ヲ云フ之ヲ分析スルトキハ辨別心ト自由心トヲ併右スルコトヲ要ス其辨別心トハ惡事ヲ爲スコトヲ識別スルノ意思ヲ云ヒ自由心トハ何等ノ強制ヲ受クルコトナク全ク自由心ニ依リ惡事ヲ爲スト否トヲ決定スルノ意思ヲ云フ抑モ人ニ智識ナキトキハ自由心ナレハ智識ナケレハ善惡邪正ヲ識別スルノ心意ナク隨テ自由ノ決斷力ナキナリ然レトモ自由心ナクシテ智識ヲ有スルコトアリ即チ他ノ強制ヲ受ケ或行爲ヲ爲ストキハ自由心ナシト雖モ智識有リ得ヘケレハナリ

辨別心ナクシテ爲シタル行爲モ亦自由心ナクシテ爲シタル行爲モ共ニ其責任ヲ生セス隨テ法律ハ罪責ヲ負ハシムルコトヲ得ス故ニ此ノ如キ場合ハ刑法上一一之ヲ明定シタリ左ニ其場合ヲ順次説明セン

一 強制 第七十五條ハ強制ニ關スル規定ニシテ凡ソ抗拒スヘカサル強制ニ遇フトキハ常ニ自由力ヲ失フモノトス而シテ其強制ハ外部ノ自由ヲ奪フコトアリ或ハ又内部ノ自由ヲ奪フコトアリ

外部即チ有形的ノ不可抗力トハ有形的ニ且ツ直接ニ其強制ヲ受クル者ノ身體ニ

及フモノヲ云ヒ人爲又ハ天災地變ヨリ來ルコトアリ之ヲ例セハ強者來リテ弱者ノ手ヲ握リ他人ヲ毆傷セシメタルカ如キハ人爲ニ因ル強制ナリ又火災ニ際シ其允難ヲ避ケンカ爲メニ他人ヲ火中ニ排擠シテ自己ノ身體ヲ全フシタルカ如キハ天災其他意外ノ變ニ因ル強制ナリ

内部即チ無形ノ不可抗力トハ避クヘカラサル危害恐怖ヨリ生スル所ノ一種ノ強制ナリ是レ亦人爲又ハ天災地變ヨリ來ルコトアリ例ヘハ他人ノ物品ヲ竊取セヨ或ハ證書ヲ偽造スヘシ然ラスンハ汝ヲ殺害スト強制スルカ如此場合ハ多少自由心ノ存在スルカ如キ觀アリ何トナレハ自己ノ身體ヲ全フスルカ爲メ罪ヲ犯スカ又ハ身體ニ危害ヲ受クルコトヲ甘シテ罪ヲ犯ササルカ二途ノ一ヲ選擇スルノ餘地アリト云フコトヲ得然レトモ其自由ハ犯罪ノ責任ヲ負ハシムルニ足ルヘキ意思ト云フヲ得ヘキヤ否ヤ是レ消極ニ論決スヘキモノト信ス蓋シ此ノ如キ意思ハ虛心平氣ニ之ヲ爲ス場合トハ大ニ其趣ヲ異ニスレハナリ又無形ノ不可抗力ニ付キ犯罪ノ責任ナキコトハ學者間ノ輿論タル所ナリ

被強制者タル實行者ハ刑法上其罪責ナシト雖モ民事上ニ於テハ場合ニ依リ其責任ヲ負擔セサルヘカラサルコトナシトセス然ルニ其強制者ハ殆ト人ヲ機械ノ如ク使用シタルモノナルヲ以テ全ク自ラ犯罪ヲ實行シタルニ異ナラス隨テ其罪責ヲ免ルルコトヲ得サルハ勿論民事上ノ責任ヲモ免ルルコト能ハス

茲ニ一問題アリ即チ人ノ飢餓ニ迫リ他人ノ衣食ヲ竊取シテ其允難ヲ免レタル場合ハ強制ニ因ル行爲ト云フコトヲ得ルヤ否ヤ此問題ニ付テモ強制説ト非強制説アルヘシト雖モ畢竟事實上ノ問題ニシテ其當時ノ狀況ニ依リテ決セサルヘカラス故ニ例ヘハ孤島ニ漂流シ着ルニ衣ナク喰フニ食ナク已ムヲ得シテ他人ノ衣食ヲ竊取シタルトキハ普通竊盜ノ場合ノ如ク單ニ強慾ヲ逞ウスルノ行爲ト同一ニ論スヘキニ非サレハ強制ト云フヲ得ヘキモ若シ自己ノ怠惰ニ由リ遂ニ飢餓ニ迫リ爲メニ他人ノ衣食ヲ竊取シタルトキハ之ヲ強制ニ因ル行爲ト云フコトヲ得サルヘシ

無形ノ強制即チ天災其他意外ノ事變ニ因リ已ムコトヲ得スシテ罪ヲ犯シタルトキハ自己ノ身體ニ危害ヲ受クル場合ハ勿論猶ホ親屬ニ係ル場合ト雖モ其罪ヲ論セス是レ第七十五條第二項ノ規定スル所ナリ

二 犯意 人ノ犯罪ヲ爲サント欲スル意嚮ヲ犯意ト謂フ而シテ犯意ナクンハ犯罪ト云フヲ得ス隨テ犯罪構成ニハ所爲ト意思トノ二アルコトヲ要ス
罪ヲ犯スノ意思ト單ニ或所爲ノ意思トヲ混同スヘカラス犯罪人カ其行爲ノ不正ナルコトヲ知リナカラ猶ホ之ヲ行ハント欲スル時始メテ罪ヲ犯スノ意思アリト云フコトヲ得然リト雖モ罪ヲ犯スノ意ナキモ全ク其人ニ意思ナシト云フコト能ハス之ヲ例示セハ戲ニ石ヲ投シ又ハ山中ニテ發砲シタル時ハ犯意ハ全ク之ナキモ其投石若クハ發砲ヲ爲スノ意思アルハ必定ナリ之ヲ以テ右所爲ノ結果他人ヲ殺傷シタルコトアリタリト雖モ故殺罪ノ成立スヘキモノニ非ス何トナレハ毫モ人ヲ殺害スルノ意思ナケレハナリ但シ場合ニ依リ疎虞懈怠ニ出テタルモノナルトキハ過失殺傷罪ト爲リ若シ又全ク投石若クハ發砲ノ意思ナキトキハ無論何等ノ犯罪ヲモ構成スヘキモノニ非ス此ノ如ク犯罪タルニハ少クトモ意思ナカルヘカラス又其意思ノ如何ニ依リテ犯罪ヲ異ニス故ニ其罪過ニ付テハ犯罪人ノ意思及ヒ其結果ニ付テ程度ヲ定メサルヘカラス先ツ犯罪人ノ意思ハ普通ノ惡意特別ノ惡意及ヒ實行ニ付テノ惡意ノ三個ニ區別スルコト

ヲ得ヘシ

刑法上罪ヲ犯スノ意思ト其遠因トヲ混淆セサルコトヲ要ス犯罪ノ遠因ハ常ニ犯罪構成ノ要件ト爲ラサルヲ以テ遠因ノ正當タルト不正タルトヲ問フヘキモノニ非ス故ニ人ヲ殺害シタルノ原因ハ復仇ノ爲メ殺害シタルト或ハ強盜ヲ爲サシカ爲メニ殺害シタルトハ毫モ差異ナキナリ然レトモ或場合ニハ遠因モ不正ナルヲ要スルコトアリ即チ貨幣偽造罪ハ單ニ偽造ノミヲ罰スルニ非ス必ス自己ニ之ヲ行使スルノ意思即チ不正ノ目的ヲ要ス若シ美術ヲ研鑽スルノ目的ナランカ貨幣偽造罪ヲ構成セス又特別ナル目的ニ對シテ意思ヲ要スル犯罪アリ若シ其目的ト異ナルトキハ不道德又ハ不正ナルモ之ヲ罰スルコトヲ得ス然レトモ他ノ犯罪ヲ構成スルコトアリ例ヘハ人ヲ死ニ致シタル其結果ノミニテハ之ヲ判斷スルコトヲ得ス其意思ニシテ豫謀ニ出テタルトキハ謀殺ト爲リ若シ毆打スルノ意ナランカ毆打致死ト爲リ又疎虞懈怠ニ出テタルトキハ過失殺傷ト爲リ全ク其意思ナキ時ハ犯罪ト爲ラス
次ニ結果ノ點ヨリ之ヲ觀レハ惡意ハ特定ナルコトアリ不特定ナルコトアリ或

ハ又偶然ナルコトアリ特定ノ惡意ハ犯罪人カ其所爲ノ結果トシテ特定シタル所ノ害ヲ豫見シタルトキハ意思ハ特定ナリ之ニ反シテ不特定ノ惡意ハ犯罪人カ其所爲ノ有害ナル種種ノ結果ヲ豫見シテ孰レヲ得ルモ可ナリトシテ犯罪ヲ爲シタルトキハ意思ハ不特定ナリ又意思ノ偶然ナルトハ一ノ定マリタル害ヲ豫見シタルモ其目的ヲ超過スル所ノ他ノ結果カ生シタルトキハ其意思ハ偶然ナリ例ヘハ妊娠中ノ婦女タルコトヲ知リテ之ヲ毆打シ依テ墮胎セシメタルカ如キ場合ハ墮胎セシムル意ナキモ其責ヲ免ルルコトヲ得ス

或行爲又ハ不行爲ヲ避クル爲メ爲シ得ヘキコトヲ爲ササルトキハ過失アリト云フコトヲ得ヘシ故ニ過失ハ他人ノ權利又ハ社會ノ公益ニ害ヲ與ヘサルカ爲メ智識アル人ノ爲スヘキ注意ヲ怠リタルヲ云フ而シテ過失ニハ二個ノ種類アリ(一)輕過失(二)重過失即チ是ナリ輕過失トハ豫見シ得ヘクシテ其注意ヲ缺キタル過失ニシテ其所爲ヨリ害ノ生スヘキコトハ現ニ豫見セサリシモ其害ノ生スヘキコトヲ豫見シ得ヘキ場合ニ生ス重過失トハ其所爲ヨリ害ノ生スヘキコトヲ豫見シナカラ之ヲ避クル爲メ何等ノ行爲ヲモ爲ササリシ時ニ生スルモ

ノナリ

次ニ惡意ヨリ生スル責任ノ如何ヲ説明センニ特定ノ惡意ノ場合ニ於テハ其結果ノ定マリタル害ニ對シテ責任アルハ當然ナリ即チ某ヲ殺スノ意思ヲ以テ某ヲ殺サハ故殺罪タルヲ免レス不特定ノ惡意ナル場合ニハ其惡意ヨリ生シタル總テノ結果ニ付テ責任アリ例ヘハ衆人群集セル場所ニ向テ發砲シタル時ハ其何人ヲ殺害スルヤ確定セサルモ被害者アルヘキコトハ業ニ既ニ豫見シタルモノト云ハサルヲ得ス故ニ其結果ニ因リ責ヲ負フヘキモノトス偶然ノ惡意ナル場合ニハ其所爲ニ因リ生シタル總テノ結果ニ付テ責任アリ故ニ例ヘハ幼者老疾者ヲ遺棄シ死ニ致シタルトキハ之ヲ殺害スルノ意ナキモ其死ニ付テ責任アリ又懷胎ノ婦女ナルコトヲ知リテ之ヲ毆打シ墮胎ニ至ラシメタルトキハ墮胎セシムルノ意ナキ場合ト雖モ其墮胎ニ付テ責任アルカ如シ過失ノ場合ニ於ケル責任ハ其過失ヨリ生シタル總テノ結果ニ付テ責任アリ故ニ輕過失タルト重過失タルトヲ問ハス

犯罪人カ惡意ナキコトヲ主張スル方法ニ三個アリ

刑法總論 不論罪及減輕罪ニ利ノ全免 不論罪

第一 直接ニ法律ヲ犯スノ意ナキコトヲ證明スルコトヲ得

第二 事實上ノ錯誤アリタルコトヲ證明スルコトヲ得

第三 法律上ノ錯誤アリタルコトヲ證明スルコトヲ得

第一證明 犯罪ノ所爲ヲ爲シタルモ其犯意ナキコトヲ證明スルモノニシテ即チ人ヲ死ニ致シタルノ所爲ヲ認ムルモ其之ヲ殺害スルノ意思ナキコトヲ主張スルモノナリ此場合ハ無罪ナルコトアリ或ハ罪責ヲ變更スルコトアリ或ハ罪責上ニ何等ノ效力ヲ生セサルコトアリ此意思ノ點ニ付キ犯罪ヲ三種ニ區別スルコトヲ得(一)直接ト間接トヲ問ハス又一一般ナルト特別ナルトヲ問ハス犯意アルコトヲ要ス故ニ其意思ナキトキハ法律ハ之ヲ罰セス是レ即チ第七十七條ノ規定アル所以ナリ(二)意思ノ有無ニ從テ罪ニ輕重アルコトアリ即チ人ヲ死ニ致スモ其意思ノ如何ニ因リテ毆打致死ト爲リ故殺ト爲リ或ハ過失殺ト爲ルコトアリ(三)意思ナクシテ之ヲ罰スル所爲アリ第七十七條第一項末段此ノ如ク意思ニ因リ罪責ニ種種ノ變動ヲ生ス故ニ裁判官ハ其意思ヲ審究セサルヘカラス

第二證明 事實上ノ錯誤ニ陷リタルコトヲ證明スルトキハ間接ニ惡意ナキコ

トヲ證明スルコトニ歸着ス例ヘハ有夫姦事件ニ付キ被告人カ姦通ハ爲シタルモ有夫ノ婦ナルコトヲ知ラスシテ之ト姦通シタルコトヲ證スルカ如キ是ナリ此ノ如ク事實上ノ錯誤ニ出タル行爲ハ罪トセサルハ第七十七條第二項ノ規定スル所ナリ又殺親事件ニ付キ被告人カ親ヲ殺シタル事實ハ認ムルモ其親ナルコトヲ知ラス全ク他人ナリト信シテ之ヲ殺害シタルコトヲ證明シタル場合ニ於テハ事實上ノ錯誤ハアルモ殺人罪ハ構成スルモノニシテ此場合ニ於テハ單ニ殺親罪ニ間擬スルコトヲ得サルノミ即チ重キニ從テ論スルヲ得サルノミ是レ第七十七條第三項ノ規定スル所ナリ

第三證明 法律上ノ錯誤トハ畢竟法律ノ誤解ニシテ全ク法律ノ不知又ハ學識ノ不足等ヨリシテ犯罪ヲ構成スルヲ知ラサルヲ云フ然レトモ法律上罪ト爲ルヤ否ヤヲ知ラサルヲ以テ法律上罪ヲ犯スノ意ナシト云フヲ得ス何トナレハ法律ヲ頒布シ一定ノ施行期間ヲ經過シタルトキハ人民ハ皆之ヲ知り且ツ之ヲ遵守スルノ義務アレハナリ故ニ法律ノ錯誤ハ犯罪ノ成立ニ影響アルコトナシ第七十七條第四項

三 知覺精神ノ喪失 第七十八條ハ知覺精神ノ喪失ニ付テ規定セリ此原因ハ犯罪ノ當時又ハ其後ニ生スルコトアリ或ハ又刑ノ言渡後ニ生スルコトアリ右第七十八條ハ犯罪ノ當時知覺精神ノ喪失セル場合ヲ規定シタルモノニシテ其效果ハ罪責ヲ除却スルモノナリ故ニ豫審ニ於テ此原因ヲ發見スルトキハ免訴ノ言渡ヲ爲シ又公判ニ於テ之ヲ發見スルトキハ無罪ノ言渡ヲ爲ス而シテ其知覺精神喪失ノ有無ハ全ク事實問題ニ屬スルヲ以テ上告審ニ於テハ之ヲ審査スルコトヲ得ス

茲ニ普通起ルヘキ一ノ問題アリ他ナシ飲酒ノ結果酒精中毒ノ爲メ所謂酒狂中ニ犯罪ヲ爲シタルトキハ其責任如何ト云フニ在リ此問題ハ一ニ事實ノ問題ニ屬スルヲ以テ犯罪ノ當時眞ニ知覺精神ヲ喪失シタルモノナルヤ否ヤヲ判定スヘキモノナリトス

犯罪後又ハ刑ノ言渡後知覺精神ヲ喪失シタル場合ニ於ケル責任ハ第七十八條ニ包含セスト雖モ犯罪後又ハ刑ノ言渡後知覺精神ヲ喪失シタル者ニ對シテハ刑ノ執行ヲ爲スコトヲ得サルヘシ何トナレハ知覺精神ノ喪失者ニ對シテ刑罰

ヲ加フルモ刑ノ目的ヲ達スル能ハサルヘケレハナリ又被告人カ知覺精神ヲ喪失シタルトキハ之ニ對シテ訊問ヲ爲ス能ハス又辯護權ヲモ行使セシムルコト能ハサルヘキヲ以テ其公訴事件ノ審問ハ知覺精神ノ回復スルニ至ルマテ之ヲ中止セサルヘカラス又上訴ノ期間ノ如キモ知覺精神ヲ喪失シタル者ニ對シテハ其經過ヲ中止セサルヘカラス

四年齡 人ハ生レナカラニシテ智識ヲ有スルモノニ非スシテ其身體ト同シク漸ク逐フテ發達スヘキモノナリ刑法上ニ於ケル犯罪ノ責任ニ付キ人ノ年齡ヲ三期ニ區別スルコトヲ得ヘシ即チ(第一)識別心全ク無キ時期第二識別心有無カ疑ニ屬スル時期第三識別心アル時期是ナリ此區別ハ土地ノ經界ノ如ク嚴格ナルモノナラサルモ略ホ此ノ如キ區別ヲ設クルコトヲ得ヘキモノナリ而シテ刑法上ノ責任即チ能力ノ有無ヲ定ムルニ付テハ茲ニ二個ノ主義アリ第一主義ニ依レハ識別心ノ有無如何ヲ定ムルコトハ一ニ事實裁判官ニ委ヌヘシト云ヒ第二主義ニ依レハ識別心ノ有無ハ法律上之カ推定ヲ下ササルヘカラス即チ年齡ニ依リ其有無ヲ定メサルヘカラスト云フニ在リ現行刑法ハ右第二主義ヲ

採用ノ刑法上ノ責任ニ付キ人ノ一生ヲ四期ニ區別セリ

第一期 十二歳未満 此期ハ人ノ意思即チ智識ナキコトヲ法律上推定スルヲ以テ之ニ對シ反證ヲ舉クルコトヲ許サス然レトモ十二歳未満ノ者モ或期間懲治場ニ留置スルコトヲ得(第七九條)懲治場留置ハ刑罰ノ目的ニ非サルハ勿論懲罰ノ目的ニモ非ス結局其父母又ハ後見人ノ監督教育等ノ不良不完全ナルカ如キ事情アルヲ以テ之ヲ救済シテ善良ナル者ト爲サンカ爲メニ外ナラスシテ其命令ハ裁判官之ヲ爲シ其請求ハ檢事之ヲ爲スモノナリ茲ニ注意スヘキコトハ懲治場留置ヲ命スルニハ必スモ檢事ノ請求アルヲ要セス檢事ノ起訴アルヲ以テ足レリトス懲治場留置ノ言渡ニ對シテハ上訴スルコトヲ許サス又數罪俱發ノ場合ニ於テモ一ノ懲治場留置ヲ命スルノミ又檢事ニ之カ執行ノ指揮ヲ爲ス留置者獄則ヲ遵守シ改悛ノ情アルトキハ假出場ヲ許ス之ヲ許容スル者ハ警視總監北海道廳長官各府縣知事ナリトス其他證票記載事項假出場ノ取消等ハ明治十九年內務省令第二四號ニ定ム此懲治場留置ハ第一期ノミナラス第二期ニ於テモ亦之ヲ命スルコトアリ

第二期 十二歳以上十六歳未満 此時期ニ於テハ裁判官ハ其者ノ識別心ノ有無如何ヲ審査スルコトヲ要ス而シテ其識別心アル者ト認メタルトキハ有罪ノ言渡ヲ爲シ其識別心ナキ者ト認メタルトキハ其罪ヲ論セス(第八〇條)又縱令識別心アルトキト雖モ重罪輕罪ニ付テハ二等ノ有恕減輕ヲ與ヘ違警罪ニ付テハ一等ノ有恕減輕ヲ與フ而シテ此場合ニ於テハ以下ノ二點ニ付キ審査スルコトヲ要ス即チ第一ニ罪責即チ知覺精神ノ喪失ナキヤ否ヤ又ハ犯意若クハ強制ノ有無ヲ審査シ第二ニ識別心ノ有無ヲ査定スルコトヲ要ス識別心ナキノ結果ハ罪責ナキ效力ト同一ニシテ其所爲法律上罪ト爲ラサルモノナリ然レトモ二命スルコトナキモ識別心ナキ被告ニ對シテハ懲治場留置ヲ命スルコトアリ

第三期 十六歳以上二十歳未満 此時期ハ總テ刑法上ノ責任アルモノト推定ス若シ或原因ニ依リテ識別心ナシトスルトキハ被告ヨリ其證明ヲ爲スコトヲ要ス然レトモ此時期ノ被告ニ對シテハ法律上有恕減輕ヲ與ヘタリ

第四期 二十歳以上 法律ハ全ク刑事上ノ責任アルモノト推定シ有恕減輕ノ

原因ヲモ認メス故ニ被告カ實際老疾ニ因リテ知覺精神ヲ喪失シタル者ナルトキハ被告ヨリ其立證ヲ爲スコトヲ要ス唯壯者ト老者トノ間ニハ刑ノ執行ニ付テ體力相當ノ服役ヲ爲サシムル差異アルノミ
尙ホ終リニ一言注意スヘキハ年齡ニ付キ疑アルトキハ檢事ヨリ之カ證明ヲ爲ササルヘカラサルコト是ナリ年齡ハ戶籍ニ依リテ證明スルヲ普通ノ方法ト爲セトモ必ス之ヲ以テ正確ノモノト云フヲ得ス故ニ其他ノ方法ヲ以テ立證スルコトヲ得ヘシ又一步進ミテ年齡ノ證明ヲ爲ストキハ被告人ノ生年月日ノミナラス犯罪ノ日ヲモ證明スルコト必要ナリ

五 瘡腫者 出生ノ當時ヨリ瘡腫者タルコトアリ又ハ出生後瘡腫者ト爲ルコトアリ其孰レタルヲ問ハス刑法ハ第八十二條ヲ以テ之ヲ不論罪ト爲セリ其無責任ナル理由ハ耳アルモ聞ク能ハス口アルモ言フヲ得サル疾者ナルカ故ニ其智識發達セサルヲ以テ法律上之ヲ十二歳以下ノ幼者ト同一視シタルモノナリ然レトモ瘡腫者ノ教育モ大ニ發達シツツアル今日ノ狀態ナルヲ以テ將來或ハ之ヲ改正シテ其識別心ノ有無ニ據リテ其責任ノ有無ヲ定ムルコトト爲ルコトモ

アルヘシ瘡腫者ニ對シテモ幼者ト同シク事情ニ依リ五年間懲治場留置ヲ命スルコトアリ
以上ハ一般ノ不論罪ニシテ此他尙ホ正當ノ事由ニ出テタル不論罪ナキニ非ス以下之ヲ詳説スヘシ

第二 正當ノ事由

抑モ犯罪ト爲ルヘキ所爲ハ法律上人ノ權利ヲ害スルモノナラサルヘカラス然ルニ其行爲者ニシテ權利ヲ有シ若クハ義務ヲ有スルトキハ其所爲縱令外形上ハ犯罪タルヘキ事實ナルモ之ヲ罪トシテ罰スルコトヲ得ス是レ之ヲ正當ノ事由ト云フ此事由ニ二個アリ(一)正當防衛(二)本屬長官ノ命令即チ是ナリ
犯罪者タルヘキ能力ヲ欠缺スルカ爲メ無責任ナル場合ト正當ノ事由アル場合トノ異同ノ點ヲ茲ニ摘記スレハ

同一ナル點

第一 法律上二者共ニ罪ヲ論セス

第二 豫審ニ於テモ二者共ニ之ヲ審査セサルヘカラス

刑法總論 不論罪及減輕並二刑ノ全免 不論罪

第三 二者共ニ判文上其事實ヲ認メサルヘカラス
差違アル點

第一 正當ノ事由ナル場合ニ於テハ其行為者ハ何等ノ責任ナシ然レトモ
罪責ナキ場合ニ於テハ被告ハ刑事上ノ責任ナキモ民事上ノ責任アルコ
トアリ

第二 正當ノ事由アル場合ハ根本的犯罪ト爲ラス故ニ之ニ加功スル者モ
亦罪ト爲ラス罪責ナキ場合ハ然ラスシテ唯罪責ナキ者ノミ無罪ニシテ
他ノ加功者ハ有罪タルヲ免レヌ

第三 正當ノ事由アル場合ニ於テハ其行為ハ正當ナレトモ罪責ナキ場合
ニ於テハ其行為ハ正當ナリト云フヲ得ヌ

一 正當防衛 凡ソ生トシ生ケル者ハ人類タルト獸畜タルト問ハス自己ノ
身體生命ヲ害セラルルニ當リ之ヲ防衛スルハ自然ノ理ナリ而シテ國家ノ生存
スル以上ハ各個人ノ安寧ヲ保護スルハ國家ノ一ノ義務タリ故ニ國家ハ吾人カ
他ヨリ暴行ヲ受ケサランコトヲ豫防シ若シ又暴行者アルトキハ被暴行者ヲ保

護セサルヘカラス然レトモ其危害目前ニ急迫シ到底國家ノ保護ヲ待ツノ邊ナ
キトキハ吾人自ラ其暴行者ニ對抗スルノ權アルハ自然ノ理ナリ故ニ正當防衛
權ハ法律ニ依リテ新ニ付與セラレタルモノニ非スシテ吾人カ天賦固有ノ權利
ナリ而シテ法律ハ唯之ヲ承認シタルニ過キス然レトモ社會ノ漸次進歩發達ス
ルニ隨ヒ各人保護ノ方法モ完備シ正當防衛ヲ行フノ必要ハ減少スヘク法律ノ
適用モ亦極メテ其範圍ヲ縮少スルニ至ルヘシ

現行刑法ハ第三百十四條ニ於テ正當防衛權ヲ認メタリ同條ニ曰ク「身體生命ヲ
正當ニ防衛シ已ムコトヲ得サルニ出テ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ自己ノ爲メニ
シ他人ノ爲メニスルヲ分タス其罪ヲ論セス但不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招
キタル者ハ此限ニ在ラス」此規定ハ甚タ明瞭ニシテ其殺傷シタル事由カ正當
ナルトキハ不論罪ナリ然レトモ實際一ノ行為カ果シテ正當防衛ナリヤ否ヤヲ
判定スルハ頗ル困難ナルモノナリ正當防衛ニ必要ナル條件ヲ講述スルハ其判
定上大ナル利益ナシトセス而シテ其要件ハ之ヲ三個ト爲スコトヲ得ヘシ
第一要件 防衛カ必要ナルコト 防衛ニシテ必要ノ範圍ヲ超エタルトキハ此

要件ヲ缺クヲ以テ正當防衛ニ非ス而シテ防衛力必要ナルコトハ表面上ヨリ觀察シタルモノニシテ其裏面ニハ危害アルコトヲ意味スルモノナリ其危害ノ點ヨリ云ヘハ危害ハ避クヘカラサル所ノモノナルヲ要ス故ニ其結果トシテ豫見得ヘキ所ノ害又ハ未タ全ク成就シテラサル所ノ害或ハ又危害ノ當時或方法ニ依リテ暴行ヲ避クルコトヲ得ヘキ害ヲ受ケテ暴行者ヲ殺傷シタルトキハ正當防衛ト云フコト能ハス之ヲ詳言スレハ豫見シ得ヘキ害トハ例ヘハ決闘ノ如キ場合ニシテ其危害ハ不意ニ出テタルニ非ス必ス當初ヨリ自己ニ豫想シ得ヘキノモノナリ又未タ全ク成就シテラサル所ノ害トハ換言スレハ其危害ハ現在ナルコトヲ要スルモノニシテ危害既ニ去リタルニモ拘ラス暴行者ヲ殺傷スルハ是レ即チ復讐の行爲ナリ或ハ又暴行ヲ避ケ得ヘキ害トハ絶對的即チ暴行者ヲ殺傷スルニ非サレハ其危害ヲ避クルコト能ハサル程度ニ達セサル危害ニシテ例ヘハ泥酔者カ素手ニテ亂暴ヲ爲シ容易ニ之ヲ取押フルコトヲ得ルニ拘ラス刀劍ヲ以テ之ヲ殺傷スルカ如キ其他殺傷ノ行爲ニ出テサルモ別ニ回復ノ途アルトキ即チ其危害ニ依リ受ケヘキ損害ハ後日之ヲ回復スルコトヲ得ルニモ拘ラス

暴行者ヲ殺傷シタルトキハ正當防衛ニ必要ナル範圍ヲ脱出スルモノナリ即チ第三百十四條ニ已ムコトヲ得サルノ語中ニハ此要件ヲ包含スルモノナリ

第二要件 身體ヲ防衛スルニ在ルコトヲ要ス 身體ヲ防衛スルハ自己ノ爲メニスルトキハ勿論他人親族タルト否トヲ問ハスノ爲メニスルモ亦正當防衛タリ而シテ正當防衛タルニハ他人力不正ニ攻撃ヲ加ヘタルコトヲ要ス茲ニ身體ト云ヘルハ甚タ廣義ノ語ニシテ生命自由及ヒ貞操ヲモ包含ス然レトモ名譽ヲ毀損ヒラレ又猥褻ノ所爲ヲ加ヘラレタルカ如キ場合ハ防衛權ヲ有セス何トナレハ此等ノ行爲ニ依リテ損害ヲ受クルモ其損害ハ後日之ヲ回復スルコトヲ得ヘキヲ以テナリ

右ハ人ノ身體ニ對スル正當防衛ナルモ財産ノ侵害者ニ對シテ正當防衛權アリヤ否ヤ此場合ハ第二要件ヲ缺クヲ以テ未タ直チニ正當防衛ト云フコトヲ得ス蓋シ其損害タルヤ之ヲ回復スルコトヲ得ルノ途アレハナリ然レトモ法律ハ財産權侵害者ニ對シ一ノ防止權ヲ認メタリ其詳細ハ後ニ之ヲ説明スヘシ

第三要件 危害ノ不正ナルコトヲ要ス 危害ノ不正ナルコトヲ要件ト爲スカ

故ニ縱令事實上危害ヲ加フルモ其之ヲ加フルハ正當ノ行爲ナルトキハ例ヘハ本屬長官ノ命令ニ依リ職務ヲ執行スル者ニ對シテハ防衛權ナキナリ又權利ナクシテ害ヲ加フル者アルトキハ其加害者ノ何人タルヲ問ハス之ヲ殺傷スルハ正當防衛ナリ其結果トシテ正當防衛權ハ刑罰權ノ行ハレサル點ニマテモ之ヲ行フコトヲ得ルモノナリ即チ十二歳以下ノ幼者又ハ白痴癡癲者ニ對シテハ刑罰ヲ加フルコトヲ得ス然レトモ此等ノ者カ他人ニ危害ヲ加フルトキハ之ニ對シテ防衛權ヲ行フコトヲ得ヘシ是レ畢竟身體ヲ防衛スルニ當リテハ幼者又ハ狂者ノ暴行ト雖モ之ヲ防衛スルコトヲ得サルノ理ナケレハナリ權利ナクシテ害ヲ加フル者アルトキハ其加害者ノ何人タルヲ問ハス之ヲ殺傷スルハ正當防衛ナリト雖モ我刑法上此規則ニ對シ一例外ト爲スヘキモノアリ即チ第三百六十五條ノ規定是ナリ同條ニ云ク「祖父母父母ニ對シタル殺傷罪ハ特別ノ宥恕及ヒ不論罪ノ例ヲ用フルコトヲ得ス但其犯ス時知ラサル者ハ此限ニ在ラス」ト故ニ尊屬親カ卑屬親ニ對シ右三個ノ要件ヲ具備スル暴行ヲ加フル時ト雖モ其卑屬親カ尊屬親ヲ殺傷シタルトキハ正當防衛ト云フコトヲ得ス理論上ヨリ之ヲ

論スレハ正當防衛ノ成立スルハ當然ナリト雖モ忠孝ヲ重ンスル國體上此場合ニ於テ正當防衛權ヲ認ムルハ妥當ナラサルヲ以テ此例外ヲ設ケタルモノナラン

茲ニ二個ノ疑問アリ

第一問 官署ノ不正行爲ニ抗拒スルコトヲ得ルヤ否ヤ

此疑問ハ頗ル困難ノモノナルモ予輩ノ見解ハ官署ノ不正行爲ニ對シテハ抗拒スルコトヲ得サルモノト信ス何トナレハ官署ノ行爲カ果シテ不正ナルカ不正ナラサルカヲ判定スルハ實際困難ナル事項ニ屬ス然ルニ若シ之ニ抗拒スルコトヲ得ルモノトセハ結局臣民ニ於テ官署ノ行爲ノ不正ヲ判定スルニ至リ遂ニ國家ノ公務ヲ澁滞セシムルノ弊害ヲ生スルノ恐レアルヲ以テナリ尤モ時ニ或ハ酷ニ失スル場合ナキニ非サルヘキモ之ニ對シテハ後日之ヲ論爭スルノ途アルカ故ニ全ク救済ノ方法ナシト云フヲ得ス

第二問 危害ヲ加ヘタルニ因リ生スル危害ハ不正ナリヤ否ヤ

他人ニ危害ヲ加ヘタルヲ以テ他人カ之ヲ防禦スルカ爲メ又ハ憤激ニ因リテ自

己ニ危害ヲ加フルトキ之ヲ殺傷シタルハ正當防衛ニ非ス何トナレハ右殺傷ハ自己カ先ニ加ヘントセシ害ノ引續キト謂フヘクシテ其危害ハ自己ノ不正ノ行爲ニ因リ招キタルモノナレハナリ是レ刑法第三百十四條但書ニ「不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス」ト規定セシ所以ナリ而シテ不正ナル語ハ甚タ廣漠ニシテ如何ナル程度ノ不正ノ所爲ヲ指スモノナルヤ其範圍明瞭ナラス刑法上罰スヘキ行爲ノ如キハ勿論不正ノ所爲ト云フヲ得ヘシト雖モ其他ニ尙ホ不正ノ所爲アリヤ予輩ハ其他ニモ尙ホ不正ノ所爲アリト信ス而シテ其不正ナルヤ否ヤハ常識ヲ以テ判定スルノ外途ナカルヘシ

以上ハ第三百十五條ノ正當防衛ナリ然ルニ法律ハ猶ホ此外ニ特別ナル正當防衛ヲ認メタリ即チ第三百十五條ノ規定是ナリ本條ハ極メテ明瞭ナル規定ナルモ其正當防衛ナリヤ否ヤニ付テハ疑ナキニ非ス

本條ハ單ニ財産ニ對シテ正當防衛權ヲ認メタルモノト爲スハ甚シキ誤謬ノ見解ナリ蓋シ其列舉シタル三個ノ事項アルトキハ必ス身體生命ニ危險アリ其危險ノ程度ハ敢テ第三百十四條ノ場合ト相讓ラサルヲ以テ防衛權ヲ認メタル立

法ノ精神ナリト云フヘシ此ノ如ク財産權ヲ保護スル目的ニ非スシテ人ノ身體生命ノ危險ヲ保護スルカ爲メニ正當防衛權ヲ認メタリトセハ第三百十四條ヲ以テ充分ニシテ敢テ本條ヲ設クルノ必要ナキカ如キ觀アルモ決シテ然ラス本條ハ第三百十四條ノ適用ニシテ其之ヲ規定シタル理由ハ正當防衛ニ出ラタルコトヲ主張スルニハ其主張者ニ舉證ノ義務アリ若シ之ヲ立證スル能ハサルトキハ普通ノ殺人犯タリ然ルニ第三百十五條ニ列舉セル三個ノ場合ノ一アルトキハ法律ハ全ク正當防衛ナルコトヲ推定ス故ニ此場合ノ一ヲ舉證スルトキハ他ニ何等ノ立證ヲモ要スルコトナク純然タル正當防衛ト爲スニ足ル而シテ此三個ノ場合ハ制限的ノ規定ニシテ縱令之ニ類似シタル場合アリト雖モ之ヲ比附援引スルコトヲ得サルモノナリ

二 法律ノ執行又ハ本局長官ノ命令 此場合ハ正當事由ノ一ナリ然ルニ或學者ハ之ヲ強制ニ基ク不論罪中ニ包含スルモノトシテ説明セリ然レトモ予ハ之ヲ正當ノ事由ト爲スヲ以テ最モ穩當ナリト信ス法律ノ執行ニ因リ生シタル所爲ハ固ヨリ罪ト爲ルヘキモノニ非サルハ論ヲ埃タヌ刑法草案ニハ此規定アリ

シモ後之ヲ削除セラレタリ

本屬長官ノ命令ニ因リ其職務ヲ執行シタルトキハ不論罪タルヘキコトハ第七十六條ノ規定スル所ニシテ此場合ニ於テハ二個ノ條件ヲ要ス第一本屬長官ノ命令アリタルコト(第二其人ノ職務ニ屬スルコト是ナリ故ニ例ヘハ檢事ノ命令ニ因リ司獄官死刑ノ執行ヲ爲シタルカ如キ又將校ノ命令ニ因リ兵士カ敵兵ヲ攻撃シタルカ如キハ即チ職務ノ執行ナリ此ノ如ク本屬長官ノ命令ニ重大ノ權利ヲ與フル所以ノモノハ畢竟スルニ政治ノ運用ヲ最モ敏活ナラシムルニ在リ即チ下司ハ上司ノ命令ニ服從スヘキ義務アリ然ルニ下司カ其上司ノ命令ノ正不正ヲ判斷シテ然ル後職務ヲ執行スヘキモノトセハ到底規律ヲ全カラシムルコトヲ得ス隨テ國務ヲ滯留スルノ結果ヲ生ス故ニ苟モ命令ノ形式ヲ具ヘタル以上ハ必ス之ヲ遵奉セサルヘカラス

茲ニ注意スヘキハ父カ其子ニ對シ夫カ其妻ニ對シ又ハ雇主カ其傭人ニ對シテ或犯罪ヲ爲スコトヲ命令シ此命令ニ服從シテ犯罪ヲ爲シタリト雖モ犯人ハ其罪責ヲ免ルルコトヲ得ス然レトモ其命令ハ時トシテ抗拒スヘカラサル強制ハ

ルコトアリ其場合ニ於テハ既ニ叙述セシ所ノ抗拒スヘカラサル強制ニ因ル不

論罪タリ

以上一般ノ不論罪ニ付テ講了セシヲ以テ之ヨリ特別ノ不論罪ニ付テ説明スヘシト特別ノ不論罪ハ或種類ノ犯罪ニ限リ不論罪ト爲ルモノナリ茲ニ一言注意スヘキ點ハ予ハ正當防衛ヲ正當ノ事由ト爲シ一般不論罪ノ範圍ニ入レ既ニ説明セシ所ナルモ現行刑法ハ之ヲ特別不論罪中ニ編入セリ而シテ予ノ所謂特別ノ不論罪ノ場合ハ尤モ少數ナリ左ニ之ヲ分説セン

第三百五十三條ノ場合犯罪人又ハ囚徒ノ逃走シタル者及ヒ監視執行中ノ者ナルコトヲ知リ之ヲ藏匿シ若クハ隱避セシメ或ハ又他人ノ爲メニ罪證ト爲ルヘキ物件ヲ隱蔽シタルトキハ一ノ犯罪ヲ構成ス然レトモ其行爲者ニシテ親屬ナルトキハ其罪ヲ論セス畢竟此等ノ行爲ハ親屬ニ對スル愛情ヨリ出タルモノニシテ社會的惡行爲ナルモ本來ハ善行爲ナルカ故ニ法律上ノ義務ト人生自然ノ愛情ト衝突シタル場合ナルヲ以テ法律ハ普通ノ人情ヲ鑑ミ之ヲ不論罪ト爲セ

モノナリ

刑法總論 不論罪及已減輕並ニ刑ノ全免 不論罪

第三百七十七條ノ場合 是レ親屬相盜ノ場合ニシテ祖父母父母夫妻子孫及其配偶者又ハ同居ノ兄弟姉妹間相互ニ其財物ヲ竊取スルモ其罪ヲ論セハ而シテ其法意ハ蓋シ法律上其財物ヲ互ニ使用スルコトヲ許シタルモノト看做スニ在リ是レ近親間ニ生シタル所爲ヲ公表セ且ツ之ヲ罰スルトキハ却テ家内ノ風波ヲ起シ加フルニ不名譽ヲ暴露シ又親ハ子ノ爲メニ匿シ子ハ親ノ爲メニ匿ス普通ノ人情ニ悖ルノミナラス國家ノ公益上ヨリスルモ寧ロ之ヲ穩密ニスルノ優レルニ如カス故ニ之ヲ不論罪ト爲シタルモノナルヘシ然ルニ或論者ハ本條ヲ以テ法律ハ親屬ノ財物ニ付キ共有者ト看做スヲ以テ之ヲ不論罪トセシナリト主張スト雖モ是レ甚シキ謬見ナリト云ハサルヲ得ス何トナレハ共有者ノ一人カ他ノ共有者ノ保管内ニ在ル共有物ヲ竊取シタルトキハ竊盜罪ハ完全ニ成立シ敢テ不論罪ト爲ルノ理由ナケレハナリ

上來説明セシ如ク親屬相盜ハ刑法上不論罪ナリト雖モ民事上ノ回收權及ヒ損害要價權ヲモ喪失セシムルモノニ非ス又法律カ互ニ使用スルコトヲ許シタルモノト看做スノ結果若シ親屬ノ財物ヲ強取シタルトキハ無論強盜罪ハ成立ス

ルモノナリ何トナレハ法律ハ唯竊盜ノ場合ノミ不論罪ト爲シ強盜ノ場合ニハ此ノ如キ規定ナキヲ以テ視ルモ明カナリ又本條但書ニ依レハ他人ト共ニ財物ヲ竊取シタルトキハ其共犯者タル他人ハ單ニ其財物ヲ分割シタルトキノミ竊盜ヲ以テ論シ其然ラサル場合ニ於テハ其罪ヲ論セヌ次ニ從犯者及ヒ親屬相盜ノ財物タルコトヲ知リテ贈與ヲ受ケ若クハ寄藏故買ヲ保シタル者モ右但書ノ規定ニ基キ無罪ナリト論決セサルヘカラス

第三百八十七條ノ場合 遺失物又ハ漂流物ヲ拾得シテ之ヲ隱匿シ若シハ官署ニ申告セス或ハ他人ノ所有地内ニ在ル埋藏物ヲ發掘シ之ヲ隱匿シタルトキハ直チニ一犯罪ヲ構成スヘキハ明カナリ然レトモ若シ此等ノ行爲者ニシテ親屬(第三百七十七條ノ親屬ト同シナルトキハ其罪ヲ論セス而シテ其立法ノ理由ハ前ノ場合ト異ナルコトナシ

第三百九十八條ノ場合ハ是レ詐欺取財及ヒ受寄財物ニ關スル罪ニシテ第三百九十條乃至第三百九十六條ノ各犯罪行爲者ニシテ第三百七十七條ノ親屬ニ係ルトキハ法律ハ其罪ヲ論セス其理由ニ至リテハ親屬相盜ヲ不論罪ト爲スノ理

山ト差違アルコトナシ

以上列舉シタル各場合ハ財産ニ關スル特別ノ不論罪ニシテ要素スルニ之ヲ發カ
ンヨリハ寧ロ秘密ニ付スルヲ以テ一家ノ私益及ヒ社會ノ公益ナリトシタル理由
ニ外ナラス而シテ予ハ以上ノ場合ヲ特別ノ不論罪ト爲シタルモ或論者ハ之ヲ
刑ノ全免ナリト説ケリ我大審院判決例及ヒ佛國刑法モ亦此説ヲ認メタリ然レ
トモ予ハ我刑法ノ解釋トシテハ其當ヲ得タルモノニ非スト信ス何トナレハ刑
法ハ以上ノ各場合ニ於テ總テ罪ヲ論セストノ語ヲ用ヒタリ罪ヲ論セストハ今
特ニ説明スルマデモナク元來其行爲ハ法律上犯罪ヲ構成スヘキモノニ非ス之
ニ反シ刑ノ全免ハ純然犯罪ヲ構成スルモノナルモ法律カ全ク其刑責ヲ免除ス
ルモノナルカ故ニ二者全ク其性質及ヒ結果ノ點ニ付テ其趣キヲ異ニス又第三
百七十七條第二項ニ若シ他人共ニ犯シテ財物ヲ分チタルトキハ竊盜ヲ以テ論
ストノ規定ハ之ヲ刑ノ全免トセハ刑ノ全免ハ唯一人ニ對スル恩惠ニ過キス故
ニ其財物ヲ分チタルト否トヲ問ハス實行共犯ハ勿論從犯及ヒ贓物ノ寄藏故買牙
保者ト雖モ之ヲ問セサルヘカラスナルニ至ル是レ明カニ該規定ニ反スルモノト云

ハサルヘカラス是ヲ以テ予ハ之ヲ不論罪ナリト斷言スル所以ナリ
尙ホ茲ニ附言スヘキコトハ第百二條ノ規定是ナリ其詳細ナルコトハ後ニ讓リ
單ニ一言センニ其輕ク若クハ等シキ者ハ其罪ヲ論セストノ趣旨ハ數罪俱發例
ノ一ノ吸收ニ過キス故ニ其者ハ犯罪人ニシテ其所爲ハ犯罪ナルヲ以テ必ス有
罪ノ判決ヲ爲ササルヘカラス隨テ其者ハ該判決ニ對シテ上訴ヲ爲スノ權アル
モノナリ

上來説明セシ所ヲ以テ特別不論罪ニ關スル點ヲ講了セリ以下特別ノ正當事由
ニ付テ一言スヘシ

特別ノ正當事由ハ學問上ヨリ論スルヲ得ヘキモノニシテ要素スルニ犯罪ノ要素
ヲ欠缺シタルニ過キス例ヘハ他人ノ所有物ナリト信シテ之ヲ竊取シタルニ其
物ハ自己ノ所有物ナリシ場合ノ如キ又ハ他人ノ所有物ナルモ其者ノ承諾ヲ得
テ取得シタル場合ノ如キ事實ニ對シ竊盜罪ノ起訴アリタルトキハ自己ノ所有
物又ハ所有者ノ承諾アリタル事實ハ即チ正當ノ事由ニシテ犯罪構成ノ要素ヲ
具備スルモノニ非ス然レトモ被害者ノ承諾カ犯罪ノ構成ヲ妨クルハ或種ノ犯

罪ニ限ルモノニシテ一般ノ犯罪ニ之ヲ適用スヘキモノニ非ス而シテ其被害者ノ承諾ハ他人ノ權利ヲ侵害セサル範圍内タルコトヲ要シ又公益ヲ害セザルトキニ非サレハ有效ナラス例ヘハ自殺者カ苦悶ノ餘リ生命ヲ絶ツコトヲ依囑シタルニ因リ其依囑ニ應シタルトキハ即チ被害者ノ承諾アリト雖モ自殺幫助罪ノ成立スルカ如シ

第二節 刑ノ全免及七宥恕減輕

刑ノ全免及七宥恕減輕ハ罪質及七犯罪人ノ罪責ヲ除却スルモノニ非スシテ唯刑ノ全部ヲ免除シ或ハ刑ノ一部ヲ減輕スルモノナリ故ニ刑ノ全免ハ犯罪ヲ消滅セスシテ其刑責ヲ全部ヲ消滅セシムルニ外ナラス然ラハ如何ナル場合ニ於テ刑ヲ全免スルヤ左ニ其場合ヲ列舉シテ之ヲ説述スヘシ

一 第二百二十六條ノ場合 内亂ノ豫備又ハ隱謀ヲ爲スト雖モ未タ其事ヲ行ハサル前ニ於テ官ニ自首シタル者ハ本刑ヲ全免ス何故ニ法律ハ之ヲ全免スルカ蓋シ國事犯ハ最モ公益ヲ害スルノ度甚シキヲ以テ成ルヘク害ヲ未發ニ豫防セ

シカ爲メニ此恩惠ヲ付與シテ自首ヲ獎勵スルノ精神ニ出テタルモノナリ

二 第二百九十二條ノ場合 貨幣ヲ偽造變造シ及七輸入收受シタル者未タ行使セサル前ニ於テ官ニ自首シタルトキハ本刑ヲ免ス是レ畢竟此ノ如キ貨幣ヲ行使スルトキハ經濟界ノ信用ヲ擾亂シ隨テ國家ノ公益ヲ害スルコト尠ナラス其他刑ヲ全免スルノ理由ハ前ノ場合ト同一ナルヲ以テ之ヲ略ス

三 第二百二十六條ノ場合 被告人ヲ曲庇又ハ陷害センカ爲メニ偽證ヲ爲シタル者又ハ詐欺ノ鑑定通事ヲ爲シタル者或ハ又賄賂其他ノ方法ニ因リ人ヲシテ偽證又ハ詐欺ノ鑑定通事ヲ爲サシメタル者カ其事件ノ裁判宣告ニ至ラサル前官ニ自首シタルトキハ本刑ヲ全免ス何トナレハ偽證又ハ詐欺ノ鑑定通事ヲ爲シタルトキハ或ハ裁判官ハ之ヲ確信シテ誤謬ノ裁判ヲ爲スコトナキヲ保セス若シ其裁判ニシテ誤謬ナラシカ其結果ハ無辜ヲ罰シ或ハ眞ノ犯罪者ヲシテ刑ヲ免レシムルニ至リ隨テ公安ヲ害シ且ツ裁判ノ信用ヲ維持スルコト能ハス故ニ此弊害ナカラシムコトヲ欲シ且ツ之ヲ除去センカ爲メニ刑ノ全免ヲ與ヘ自首スルコトヲ獎勵シタルモノナリ而シテ自首ハ其自首ヲ爲シタル者一人ノミ

刑ノ全免ナル恩惠ヲ受クルモノナルカ故ニ他ノ自首セサル者ハ何等ノ恩惠ヲ受クルコトナシ是ヲ以テ賄賂其他ノ方法ニ因リ人ヲシテ偽證又ハ詐欺ノ鑑定通事ヲ爲サシメタル場合ニ其偽證者又ハ詐欺ノ鑑定通事ヲ爲シタル者ノミ自首シタルトキハ教唆者タル賄賂贈與者ハ自首ノ效力ヲ受クルモノニ非ス茲ニ注意スヘキハ其偽證シタル事件ノ裁判後ニ至リ自首シタルトキハ其自首ノ效力如何ト云フニ此場合ト雖モ未タ其偽證ノ事實ニシテ發覺セサル前自首シタルモノナラハ一般ノ規定ニ從ヒ自首減輕ノ特典ヲ受クルモノナリ

四 第三百五十六條ノ場合 經告ヲ爲スト雖モ被告人ノ推問ヲ始メサル前經告者自首シタル時ハ本刑ヲ免ス經告ノ所爲ニ因リ被經告者ハ爲メニ刑事ノ被告人ト爲リ裁判所ハ無罪ノ事件ニ付キ審理ヲ爲ス等ノ害アルヲ以テ此ノ如キ害ヲ生セサル前即チ其事件ノ審理ニ着手スル前推問前自首シタルトキハ本刑ヲ免スルモノナリ

五 富籤法第五條ノ場合 富籤ニ關スル罪ヲ犯シタル者自首スルトキハ其刑ヲ全免ス其理由ハ此ノ如キ犯罪ハ成ルヘク其根源ヲ絕テ以テ公安秩序ヲ維持

スルヲ國家ノ任務ト爲スモノナルカ故ニ自首者ニ於テハ以後此犯罪ヲ爲スコトナカルヘシト看做シ刑ノ全免ヲ與ヘタルモノナラン

六 爆發物取締規則第十一條ノ場合 爆發物ノ取締ハ甚タ嚴格ナリ是レ國家ノ生存上私ニ之ヲ製造販賣又ハ輸入スルカ如キハ實ニ危險ナルモノナルカ故ニ可及的其事ヲ行ハサル前自首セシメンカ爲メ刑ヲ全免スルモノナリ

刑ノ全免ト不論罪トノ間ニハ左ノ如キ差異アリ

第一 刑ノ全免ノ場合ニ於テハ犯罪ハ構成スルモ其刑ヲ全部免除スルモノナルモ不論罪ノ場合ニ於テハ犯罪ヲ構成セス隨テ刑責ヲ生スルコトナシ又刑ノ全免ハ法律ニ明文アル場合ニ非サレハ裁判官ハ之ヲ與フルコトヲ得ス然レトモ不論罪ハ法律ニ明文アル場合ハ勿論縱令其明文ナシト雖モ犯罪構成ノ要素ヲ缺ク場合ニ於テハ裁判官ハ之ヲ認メテ以テ無罪ヲ宣渡スコトヲ得

第二 不論罪ノ場合ニ於テハ豫審限リ免訴放免スルコトヲ得ルモ刑ノ全免ノ場合ニ於テハ豫審ニテ免訴放免スルコトヲ得ヘキ場合ト公判ニ移スノ決定

ヲ爲スコトヲ要スヘキ場合アリ即チ本刑ヲ免スルモ監視又ハ沒收ノ刑アルトキハ必ス事件ヲ公判ニ付セサルヘカラス
 次ニ宥恕減輕ニ付テ講述スヘシ宥恕減輕ノ原因ニ二個アリ即チ一ハ犯罪人ノ未成年ナル場合ニシテ一ハ挑發ノ場合はナリ
 第一 未成年 未成年ナルカ爲メ宥恕減輕ヲ與フルハ一般ノ宥恕減輕ナリ而シテ法律ハ未成年ヲ二段ニ區別シ其減輕ノ等數ヲ異ニス
 一 十二歳以上十六歳未満 此期ニ於ケル未成年者カ是非ノ辨別心アリテ重罪輕罪ヲ犯シタルトキハ本刑ヨリ二等ヲ減ス若シ違警罪ヲ犯シタルトキハ是非ノ辨別心ノ有無ヲ問ハス本刑ヨリ一等ヲ減ス
 二 十六歳以上二十歳未満 此時期ニ在ル未成年者カ重罪輕罪ヲ犯シタル時ハ本刑ヨリ一等ヲ減ス違警罪ノ場合ニ於テハ全ク減輕ヲ與ヘス
 右ノ場合ハ法律上ノ減輕ナルヲ以テ裁判官ハ必ス此減等ヲ與ヘサルヘカラス其他情狀酌量スヘキ點アルトキハ酌量減輕ヲ與フルコトヲ得ルハ勿論ナリ
 第二 挑發 此原因ニ依リ宥恕減輕ヲ與フルハ特別ノ宥恕減輕ナリ凡ソ人ヲ

問スルニハ其者カ惡事ヲ爲ス時ニ完全ナル意思ヲ以テ罪ヲ犯シタルコトヲ必要トス故ニ精神喪失中ノ行爲ニ付テハ罪責ナキモノナリ然レトモ其精神喪失ノ狀況ニ達セサル程度ノ意思ヲ以テ罪ヲ犯シタルトキハ完全ノ意思ヲ具有セラル者ノ犯罪ノ刑責ト之ヲ同一視スルハ權衡ヲ得タルモノニ非ス故ニ必ス宥恕減輕ヲ與フルノ必要アリ茲ニ所謂挑發トハ或原因ニ依リ憤怒ヲ生シ依テ其犯罪ヲ爲スニ至リタル現象ヲ謂フナリ而シテ挑發ニ因ル犯罪者ハ完全ノ意思ヲ有スル者ニ非ス又全ク精神ヲ喪失セル者ニモ非ス唯憤怒ヲ生シタル結果精神ヲ錯亂シ其智識ノ幾分ヲ缺如セル者ナリ是レ法律カ挑發ニ因ル犯罪者ニ宥恕減輕ヲ與フル所以ナリ

挑發ハ憤怒ノ因ヲ生スル所ノモノナレハ其挑發ト犯罪トノ間ニ間斷ナキコトヲ要ス何トナレハ憤怒ハ時ノ經過ニ因リ自然消滅スルモノナレハナリ又挑發ニ基ク犯罪者カ宥恕減輕ヲ受クルハ殺傷ニ關スル犯罪ノ場合ニノミ限ル是レ特別宥恕減輕ト云ヘル所以ナリ其宥恕減輕ヲ與フル挑發ノ原因ハ刑法ニ於テ一一之ヲ明定セリ左ニ其場合ヲ分説スヘシ

(一) 第三百九條ノ場合 本條ノ有恕減輕ヲ與フルニ付テハ六個ノ條件ヲ要ス即チ(第一)犯罪人カ怒ヲ發シタルコトヲ要ス(第二)其怒ハ暴行ニ因リテ生シタルコトヲ要ス故ニ他人ノ爲ス暴行カ憤怒ヲ發生セシムルニ足ルヘキ程度ノ暴行ナラサルヘカラス而シテ其程度ノ如何ハ全ク事實ノ問題ニ屬ス(第三)其暴行ハ有形的ナルコトヲ要ス左レハ言語又ハ書面ヲ以テ侮辱又ハ誹毀スルカ如キハ暴行ト云フコトヲ得ス必ス直接ニ身體ニ對シテ暴行ヲ爲ササルヲ得ス然レト脅迫ノ如キモ有形ノ行爲ヲ以テスルトキハ暴行ト云フヘキナリ(第四)其暴行ハ犯罪人ノ身體ニ受クル所ノ暴行ナルコトヲ要ス故ニ若シ他人ノ身體又ハ自己ノ所有財産ニ對シテ暴行ヲ加フル者ヲ殺傷シタルトキハ有恕減輕ノ原因タルコトヲ得ス是レ正當防衛及ヒ第三百十六條ノ場合ト異ナル所ナリ第五暴行ヲ受ケ直チニ怒ヲ發スルコトヲ要ス若シ間斷アルトキハ所謂復讐的ノ行爲ト爲ルカ故ニ謀殺毒殺ヲ爲スカ如キ場合ニ於テハ決シテ有恕減輕ヲ與フヘキモノニ非ス第六暴行ハ不正ナルコトヲ要ス其結果所爲カ表面上暴行タルヘキモ其實正當ノ行爲ニ出テタルモノナルトキハ甘シテ暴行ヲ受ケサルヘカラス例

ヘハ本局長官ノ命令ニ依リ職務ヲ執行スル者ニ對シテ怒ヲ發シ殺傷シタルカ如キ場合ニ於テハ此要件ヲ缺クモノナリ

終リニ注意スヘキハ正當防衛ニ於ケルト同シク自己ノ不正ノ所爲ニ因リ暴行ヲ招キタルトキハ縱令憤怒ヲ生シテ殺傷シタルトスルモ有恕減輕ヲ與フルヲ得ス是レ自己ノ不正ナルヨリ生スル結果ナルヲ以テ其之ヲ與ヘサルハ當然ノ理ナリ

(二) 第三百十條ノ場合 是レ毆打シテ互ニ創傷シ其手下スノ先後ヲ知ルコト能ハサル場合ニシテ此場合ハ孰レカ一方ハ挑發セラレタル者アルカ故ニ其挑發セラレタル者ニハ有恕減輕ヲ與ヘサルヲ得ス然ルニ其孰レカ挑發者ナルカ判然セサルノ故ヲ以テ有恕減輕ヲ與ヘサルハ挑發者ノ利益ヲ減削スルヲ以テ條理ニ適スルモノニ非ス故ニ法律ハ寧ロ雙方トモ此原因ヲ有スルモノト看做シ雙方ニ有恕減輕ヲ與ヘタルモノナリ

(三) 第三百十一條ノ場合 本條ノ有恕減輕ヲ與フルニハ五個ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス(第一)發通カ現行ナルコトヲ要ス現行トハ現行犯ノ意味ニ非ス現

ニ行ヒ又ハ行ヒ終リタル際ハ勿論將ニ姦通セントシツアル場合モ包含ス(第二)姦所ニ於テ殺傷スルコトヲ要ス故ニ殺傷ヲ爲シタル場所ニシテ姦所以外ナルトキハ法律ハ間斷アルモノト看做シ有恕減輕ヲ與ヘス其姦所ナルヤ否ヤヲ判定スルハ事實裁判官ノ職權ニ屬ス(第三)直チニ殺傷シタルコトヲ要ス是レ憤怒ノ消却セサル前ノ所爲タルコトヲ要スルモノニシテ然ラサレハ挑發ニ非サルナリ(第四)姦通シタル妻ハ正當ノ妻タルコトヲ要ス故ニ戸籍面上ノ妻ハ正當ノモノナルハ勿論繼令戸籍簿ニハ登錄セサルモ世人ノ見テ以テ妻タルヘキ者俗ニ所謂内縁ノ妻ノ如キモ正當ノ妻タルヲ妨ケス(第五)本夫カ其姦通ヲ縱容セタルコトヲ要ス斯ル不倫ノコトヲ妻ニ許容セナカラ之ヲ殺傷シタル者ニ有恕減輕ヲ與フルハ有恕減輕ノ本義ニ非サルヲ以テナリ

茲ニ一問題ノ存スルハ本夫カ妻ノ姦通セルヲ疑ヒ之ヲ確メ果シテ事實アルトキハ之ヲ殺害セント欲シ竊ニ身ヲ潛メ之ヲ窺ヒ居リタルニ果シテ姦通ノ事實アリシヲ以テ直チニ姦所ニ於テ姦夫姦婦ヲ殺害シタル時ハ有恕減輕ヲ與フヘキヤ否ヤ是ナリ此問題ニ付キ有恕ヲ與ヘスト主張スル者ノ理由トスル所ハ犯

人ハ直チニ怒ヲ發シ殺害ヲ爲シタルモノニ非スシテ既ニ豫メ之ヲ謀テ殺害シタルモノナレハ有恕減輕ノ條件ヲ缺クモノナリト云ヒ又有恕ヲ與フヘシト主張スル者ノ趣旨ハ第三百十一條ニ於テ單ニ直チニ殺傷云ト規定シ直チニ怒ヲ發シタルコトヲ要スルノ規定ナシ故ニ豫メ知リタルト否トヲ問ハス直チニ姦所ニ於テ殺傷シタルトキハ有恕ヲ與フヘシト云フニ在リ

尙ホ法律ハ本條ハ本夫エノミ有恕減輕ヲ與ヘ妻ニ對シテ之ヲ與ヘサルハ如何ナル理由ニ基キヤ予ハ未タ其適當ナル理由ヲ發見スル能ハス若シ強テ之カ理由ヲ附スレハ亂倫ノ子ヲ生シテ血統ヲ混亂スルコトヲ防止スルカ爲メナラン歟立法上ニ於テハ非難ヲ免レサル所ナラン何トナレハ人ノ憤怒ヲ發スルヤ男女ノ間ニ徑庭アルノ條理ナキヲ以テナリ

(四) 第三百十二條ノ場合 晝間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り又ハ門戶牆壁ヲ踰越損壞セントスル者ヲ防止スルカ爲メ之ヲ殺傷シタル場合ニシテ若シ晝夜間ナルトキハ不論罪トシ晝間ナルトキハ單ニ有恕減輕スルノミナリ此ノ如ク之ヲ區別シタル所以ハ晝間ヨリモ夜間ハ之ヲ防クニ難ク侵スニ易シ隨テ其

危險ハ大ニシテ被害者ノ恐怖心モ遙ニ差等アルカ故ナリ

(五) 第三百十六條ノ場合 同條ニ曰ク「身體財産ヲ防禦スルニ出ルト雖モ已ムコトヲ得サルニ非スシテ害ヲ暴行人ニ加ヘ又ハ危害已ニ去リタル後ニ於テ勢ニ乘シ仍ホ害ヲ暴行人ニ加ヘタル者ハ不論罪ノ限ニ在ラス但情狀ニ因リ第三百十三條ノ例ニ照シ其罪ヲ有恕スルコトヲ得」ト即チ同條ノ場合ハ正當防衛ニ似テ非ナルモノナリ蓋シ正當防衛ハ不論罪ノ章下ニ之ヲ詳論セシ如ク身體生命ヲ防禦シ已ムコトヲ得スシテ其暴行人ヲ殺傷シタル場合ナリト雖モ第三百十六條ノ場合ハ已ムコトヲ得サルニ非スシテ害ヲ暴行人ニ加ヘタル場合又危害已ニ去リタル後勢ニ乘シテ其暴行人ヲ殺傷シ又ハ其危害重大ナラス隨テ之ヲ防クニ必スシモ殺傷ヲ以テスルコトヲ要セサルニ拘ラス怒ニ乘シテ之ヲ殺傷シタルカ如キ場合ニシテ此等ノ場合ニ於テハ正當防衛ノ條件ヲ具備セサルカ故ニ當然普通ノ殺傷罪ヲ以テ論スヘキモノナリ然レトモ法律ハ之ヲ普通ノ刑ニ間フハ稍ト酷ニ失スル場合アリトシ其情狀ニ因リ有恕減輕ヲ與フルコトヲ許セリ例ヘハ暴行ヲ爲ス者アリ而シテ被害者カ其暴行人ヲ打伏セタルニ拘ラ

ス憤怒ノ餘リ偶々懷ニシタル短刀ヲ以テ之ヲ殺シタル場合ノ如シ此ノ如キ場合ハ即チ正當防衛ノ條件ヲ缺カ故ニ第三百十六條ノ規定ナキトキハ普通ノ刑ニ處セラルヘシト雖モ同條ノ規定アルカ故ニ有恕減輕ヲ與ヘラルモノナリ要スルニ暴行ヲ受クルニ方リ之ヲ正當ニ防禦スルコトヲ得ル場合ニ非ス又ハ危害重大ナラスシテ正當防衛ヲ爲スコトヲ要セサル場合ニ人ヲ殺傷シタルトキハ之ニ有恕減輕ヲ與フルニ外ナラス而シテ第三百十六條カ正當防衛ニ非サルモノニ對シテ有恕減輕ヲ與ヘタル理由ハ他ノ有恕減輕ノ場合ト同シタ被暴行者カ怒ヲ發シタルノ結果其知覺精神ノ常態ヲ缺クヲ以テナリ本條ノ身體財産ヲ防禦スルトハ廣キ規定ニシテ自己ノ身體タルト他人ノ身體タルトヲ同ハサルナリ故ニ自己ニ對スル暴行者ヲ殺傷シタル場合ハ勿論他人ノ身體ニ對シテ暴行ヲ加フル者ヲ殺傷シタル場合モ固ヨリ同一ナリトス蓋シ第三百十四條ニハ自己又ハ他人ノ爲メタルコトヲ明言シ本條ニハ之ヲ明言セスト雖モ其精神ニ至リテハ全ク同一ナルカ故ニ其身體財産ノ文詞ハ之ヲ廣義ニ解釋セサルヘカラス

以上ヲ以テ有恕減輕ノ場合ハ之ヲ説明シ終レリ

有恕減輕ノ效力ハ其名ノ示スカ如ク刑ヲ減輕スルニ在リ而シテ如何ナル標準ニ依リテ之ヲ減スルカハ刑法第三百十三條ノ規定スル所ナリ曰ク「前數條ニ記載シタル有恕ヘキ罪ハ各本刑ニ照シ二等又ハ三等ヲ減スト故ニ有恕減輕ハ本刑ヨリ二等又ハ三等ヲ減スルモノナリ減等ノコトハ既ニ加減例ノ章下ニ於テ之ヲ説明セルカ故ニ茲ニ再說セス而シテ其二等ヲ減スヘキカ將タ三等ヲ減スヘキカハ事實裁判官ノ職權内ニ屬スルヲ以テ裁判官ハ事件ノ情況ヲ審案シテ之ヲ決スヘキナリ

有恕減輕ノ效力ニ付キ特ニ注意スヘキハ現行刑法ノ規定ニ依レハ有恕ニ法律上ノ有恕及ヒ裁判上ノ有恕ノ二種アリ而シテ法律上ノ有恕トハ第一ヨリ第四ニ至ルマテノ有恕ニシテ裁判上ノ有恕トハ第五ノ有恕ヲ云フ何故ニ此ノ如キ區別ヲ爲スカ是レ他ナシ第一乃至第四ノ有恕ハ之ヲ第三百十三條ニ規定シ而シテ第五ノ有恕ニ付テハ特ニ第三百十六條ニ於テ「但情狀ニ因リ第三百十三條ノ例ニ照シ其罪ヲ有恕スルコトヲ得」ト規定セリ而シテ情狀ニ因リトアルカ故ニ

經令第三百十六條ニ該當スル事實アリト認ムルモ裁判官ハ必スシモ之ニ有恕ヲ與フルコトヲ要セス之ニ反シ第一乃至第四ノ場合ニ於テハ其事實アリト認メナカラ之ヲ有恕セサルトキハ破毀ノ原因ト爲ル是レ第三百十六條ト第三百十三條トノ異ナル所ナリ

終ニ臨ミ尙ホ一言スヘキコトアリ即チ特別ノ有恕ト特別ノ不論罪トニ關シ刑法第三百六十五條ニ於テ祖父母父母ニ對スル殺傷ノ罪ニ付テハ「特別ノ有恕及ヒ不論罪ノ例ヲ用フルコトヲ得ス」ト規定セリ故ニ父カ子ニ向テ暴行ヲ加ヘ子カ直チニ怒ヲ發シテ父ヲ殺傷シタル場合ニ於テハ有恕減輕ナシ又父子相毆テ父傷ヲ成シ其手下スノ前後ヲ知ラサル場合又ハ第三百十六條ノ場合モ同一ナリ是レ果シテ如何ナル理由ニ因ルカ他ナシ「父ハ父タラスト雖モ子ハ子タラサルヘカラスト」云ヘル東洋ノ道德思想ヨリ出タタルモノニシテ子ハ常ニ父ヲ尊敬セサルヘカラスト故ニ縱令父カ子ニ對シテ不法ノ行爲ヲ爲スモ子ハ決シテ之ニ對シテ敵對スルコトヲ得スト云フニ在リ而シテ第三百六十五條ニ於テハ「特別ノ有恕及ヒ不論罪ノ例ヲ用フルコトヲ得ス」トアルカ故ニ正當防衛ノ場合

ニ於テモ之ヲ防衛スルハ權利ノ實行タルニ拘ラス尊屬親ニ對シテハ之ヲ認メ
 ス是レ皆父カ父タラサル行爲ヲ爲スモ子ハ子タルノ道ヲ守ラサルヘカラスト
 ノ趣意ニ出テタルモノナリト雖モ理論上ニ於テハ正當防衛ハ其行爲カ罪ト爲
 ラサル權利行爲ナルヲ以テ縱令其暴行者カ父ナリトスルモ他ノ場合ト異ナル
 コトナシト謂ハサルヘカラス刑法草案ニハ此場合ニ於テモ正當防衛ノ存スル
 旨ヲ規定セシカ後此ノ如ク變更セラレタリ而シテ「ボアソナード氏ハ大ニ反對
 ヲ試ミシモ日本ニ於テハ特別ノ慣習ノ存スルヲ理由トシテ遂ニ之ヲ變更スル
 コトニ一定シタリ然レトモ其尊屬親タルコトヲ知ラサリ」場合ハ固ヨリ此限
 ニ在ラス

此ニ問題ト爲ルハ正當防衛ヲ除キタル以外ノ不論罪即チ第七十五條以下ノ場
 合ニ付テハ如何或ハ第三百六十五條ニ於テ「不論罪ノ例ヲ用フルコトヲ得ス」ト
 アルカ故ニ祖父母父母ニ對スル犯罪ニ對シテハ一概ニ不論罪ノ例ヲ用フルコ
 トヲ得サルモノノ如シト雖モ予ノ考フル所ニ依レハ不可抗力ノ場合癡癲白痴
 等ノ場合十二歳未満ノ場合等ハ第三百六十五條ノ不論罪中ニハ包含セサルモ

ノト信ス其理由ハ左ノ如シ

第一 第三百六十五條ニ於テハ「特別ノ宥恕及ヒ不論罪ノ例ヲ用フルコトヲ
 得ス」トアリ此特別ノト云ヘル三字ハ獨リ宥恕ニ繁ルノミナラス不論罪ニモ
 繁ルモノナリ故ニ之ヲ特別ノ宥恕及ヒ特別ノ不論罪ノ例ヲ用フルコトヲ得
 スト解セサルヘカラス此ノ如ク解スルトキハ特別ノ不論罪ノ規定ハ祖父母
 父母ニ對スル犯罪ニハ之ヲ適用スルコトヲ得スト雖モ一般ノ不論罪ハ此場
 合ニ於テモ之ヲ適用スルコトヲ得ルモノナリ

第二 第三百六十五條ヲ見ルニ祖父母父母ニ對スル殺傷ノ罪ニ付テハ特別ノ
 宥恕ヲ與ヘスト規定セリ此點ニ付テハ解釋上毫モ疑ヲ容ルヘキ所ナシ而シ
 テ宥恕中ニハ特別ノ宥恕ト一般ノ宥恕トアリテ特別ノ宥恕ハ之ヲ與フルコ
 トヲ得スト雖モ一般ノ宥恕ハ之ヲ與フルコトヲ得ヘキコトハ明白ナリ今十
 六歳以上二十歳未満ノ者カ親ヲ弑シタリト假定セシニ此場合ニ於テハ刑法
 第八十一條ニ依リ宥恕シテ本刑ヨリ一等ヲ減セサルヘカラス此點ニシテ果
 シテ爭フコトヲ得ストセハ十六歳未満ノ者カ同様ノ罪ヲ犯シタル場合ニ於

ヲモ等シク宥恕ヲ與ヘサルヘカラス然ルニ十二歳以下ノ者カ此ノ如キ罪ヲ犯シタル場合ニ於テハ何故ニ不論罪ノ例ヲ用フルコトヲ得サルカ反對論者ノ說ニ從ハンカ門場合ニ於テハ如何ニ幼者ヲ處分スヘキヤ十六歳以上二十歳未満ノ者カ死刑ニ該當スル罪ヲ犯シタルトキハ必ス一等ヲ減シ無期徒刑ニ處シ又十二歳以上十六歳未満ノ者カ之ヲ犯シタルトキハ辨別ヲ有スル場合ニ限リ二等ヲ減シテ有期徒刑ニ處セサルヘカラサルニ十二歳未満ノ者ハ必ス之ヲ死刑ニ處セサルヘカラストセンカ其權衡ヲ失スルヤ大ナリ故ニ十二歳未満ノ一般ノ不論罪ハ第三百六十五條ノ範圍外ナリト謂ハサルヘカラス已ニ此點ニシテ誤謬ナシトモ他ノ一般ノ不論罪ノ場合モ之ト同一ニ論斷セサルヘカラス

第三節 自首減輕

犯罪アリシ場合ニ於テ之ヲ官ニ告クルニ二箇ノ方法アリ一ハ犯罪人以外ノ者ヨリ犯罪アリタルコトヲ告クルコト二ハ犯罪人自ラ罪ヲ犯シタルコトヲ告ク

ルコト是ナリ他人ヨリ犯罪ヲ官ニ告クル場合ハ一ヲ告訴ト云ヒ一ヲ告發ト云フ是レ刑事訴訟法ニ規定スル所ニシテ告訴トハ被害者ヨリ犯罪ヲ官ニ訴フルコトヲ云ヒ告發トハ被害者以外ノ者ヨリ犯罪ヲ官ニ告クルコトヲ云フ刑事訴訟法ノ規定ニ依レハ何人ト雖モ犯罪アリタルコトヲ知リタル者ハ之ヲ官ニ告クルコトヲ得ヘシ而シテ必スシモ犯人ヲ指示スルコトヲ要セス犯罪事實ヲ告クルヲ以テ足レリトス又犯人自ラ其犯罪ヲ官ニ告クル場合アリ之ヲ自首ト云フ我刑法ニ於テハ自首ヲ分チテ純粹ノ自首及ヒ首服トセリ即チ純粹ノ自首トハ自己ノ犯罪ヲ官ニ告クルヲ云ヒ首服トハ其犯罪ヲ被害者ニ告クルヲ云フ自首ノ效力ハ本刑ヨリ一等ヲ減スルモノニシテ其純粹ノ自首タルト首服タルトニ因リテ區別ナシ但シ首服ハ財産ニ關スル犯罪ニ限ル又財産ニ關スル罪ヲ犯シタル者自首又ハ首服ヲ爲シ且ツ其贓物ヲ返還シタルトキハ更ニ一等又ハ二等ヲ減スヘシ

抑モ自首減輕ハ泰西ノ法律ニハ之ヲ見ス我刑法ノ自首減輕ハ明律ヨリ出ラタルモノナリ明律ニ於テハ自首減輕ハ我刑法ノ如ク一般のニアラスシテ或犯

罪ニ限リテ此恩典ヲ與ヘシカ我刑法ハ之ヲ採用スルト同時ニ其規定ヲ擴張シタリ而シテ自首減輕ヲ認ムル理由ハ皮相ノ觀察ヲ以テスルトキハ犯罪人カ眞心悔悟ヲ爲シタルヲ以テ減等ヲ與フルノ趣旨ナルカ如シト雖モ是レ自首減輕ヲ認メタルノ理由ト爲スニ足ラス何トナレハ自首ハ事後ノ行爲ナリ即チ彼ノ宥恕ノ如キハ犯罪當時ニ於テ存スル情狀ナリト雖モ之ニ反シ自首ハ事後即チ犯罪以後ノ行爲ニシテ犯罪ニ何等ノ關係ナシ故ニ事後ノ所爲タル自首ヲ以テ犯罪ニ對スル刑ヲ減スルノ理由ト爲スニ足ラス加之法律ニ於テ一旦自首ノ規定ヲ定メタル以上ハ眞心悔悟ニ出ツルニアラスシテ單ニ減輕ヲ得シカ爲メニ自首スル者ナシトセス故ニ舊時ノ如ク法律ヲ官ノ内部ニ秘シテ發表セサリシ時代ニ於テハ格別今日ノ如ク法律ヲ一般ニ周知セシムル時代ニ於テハ眞心悔悟ヲ以テ自首ヲ設ケタルノ理由ナリト云フヲ得ス然ラハ眞ノ理由ハ如何即チ左ノ如シ

第一 犯罪アル場合ニ於テ其犯人ヲ知ルコトヲ得サルハ社會ニ取リテ非常ノ不利益ナリ何トナレハ若シ其犯人ノ發覺セサルトキハ或ハ之カ爲メニ無辜ヲ罪シ而シテ犯人ヲシテ却テ法網ヲ免レシムルカ如キ結果ヲ生スヘケレハナリ

第二 若シ其犯人ヲ知ルコトヲ得サルトキハ社會ニ取リテ更ニ一ノ不利益アリ即チ其犯人ヲ逮捕スルコトヲ得サルトキハ其犯人ハ社會ニ在リテ更ニ惡事ヲ爲スノ虞アリ

要スルニ之ヲ設ケタルハ眞心悔悟ニ基クニ非スシテ可成的速ニ犯人ヲ發見セントスル法意ニ出テタルモノナリ

自首減輕ヲ設ケタル理由果シテ右ノ如クナリトセハ社會ノ進步ニ伴ヒ次第ニ其必要ヲ減スルヤ明カナリ何トナレハ社會ノ進步ト共ニ警察ノ制度完備シ隨テ犯人ヲ發見スルコト益々容易ナルヘケレハナリ隨テ此ノ如キ理由ニ乏シキ制度ヲ認ムルコトヲ要セサルナリ蓋シ自首ノ制度ハ其源ヲ支那ノ刑律ニ酌ムカ故ニ感服シ難キ所ナキニ非ス

自首減輕ニ要スヘキ條件三個アリ即チ左ノ如シ
第一 事未タ發覺セサル以前ニ於テ自首スルコトヲ要ス 之ヲ平易ニ説明ス

レハ其犯罪ノ露見セサル前ニ自首セサルヘカラスト云フコトナリ故ニ竊盜強盜或ハ毆打創傷罪等ヲ犯シ其犯罪者カ自己ノ犯罪ノ發覺後自首スルモ減輕ヲ與フルコトヲ得ス事未タ發覺セサル前トハ其意義最モ廣ク或ハ犯罪事實ノ世人ニ知レサル前トモ解セラレ隨テ世人カ其犯罪アルコトヲ知ルトキハ自首減輕ヲ與ヘサルカ如ク解セラレサルニモ非スト雖モ此解釋ハ決シテ其當ヲ得タルモノニ非ス畢竟自己カ犯罪人タルコトノ露見セサル以上ハ有效ニ自首ヲ爲スコトヲ許ササルヘカラスト故ニ之ヲ已レノ犯罪人タルコトノ露見セサル前ト解シ事件ノ發覺シタルト否トハ之ヲ問ハサルモノトス

然ラハ其犯罪人ノ誰タルコトヲ世人例ヘハ被害者カ知リタル後其犯罪人自首シタルトキハ減等ヲ與フルコトヲ得サルヤ否ヤ第八十五條ニ依レハ或ハ減等ヲ與フルコトヲ得サルカ如シト雖モ本條ノ精神ハ決シテ然ラズ然ラハ如何ナル場合ヲ發覺ト云フヤ是レ犯罪人タルコトノ官ニ知レタル場合即チ檢事司法警察官等其犯罪ニ付キ搜查權アル者ニ知レタル場合ニ限ルト爲ササルヘカラスト故ニ被害者其他ノ者カ之ヲ知リタルノミニテハ未タ以テ發覺ト云フコト能

ハスト解スルヲ至當トス是レ官ニ於テ犯罪人アルコトヲ速ニ知ランカ爲メニ自首減輕ヲ設ケタルノ理由ニ依リテ觀ルモ右ノ如ク狹隘ニ解スルヲ妥當ナリト云ハサルヘカラスト

第二 官ニ自首スルコトヲ要ス 即チ官ニ對スルコト必要ナリ官トハ如何第八十五條ニ於テハ單ニ官トノミ云ヒテ其意義甚タ廣シト雖モ是レ亦狹ク解スヘキモノニシテ官ナレハ何レニ對スルモ例ヘハ行政官ニ對スルモ可ナリト云フ能ハス畢竟相當ノ官署ニ之ヲ爲ササルヘカラスト然ラハ相當ノ官署トハ如何ナルモノヲ云フヤ自首ヲ受クヘキ相當ノ官署トハ犯罪ノ申告ヲ受クヘキ官ノコトニシテ檢事及ヒ司法警察官又ハ檢事ニ代リテ司法警察官ノ事務ヲ行フ者ヲ云フ何故ニ此ノ如ク狹隘ニ解セサルヘカラスト云フニ自首ヲ爲スニハ之ヲ受クヘキ職權ヲ有スル者ニ對シテ爲スコトヲ要スルヲ以テナリ是レ今日ニ於テハ異論ナキ所タリ故ニ時トシテ犯罪人カ豫審判事ノ面前又ハ裁判所ニ於テ自首スルコトアルモ是レ犯人ノ誤解ニシテ自首ノ恩典ヲ被ルコトヲ得サルナリ

豫審判事ハ通常自首ヲ受クルノ職權ナキコトハ明カナリ然レトモ現行犯ノ處分ヲ爲スニ當リ豫審判事自首ヲ受ケタルトキハ如何此場合ニモ自首減輕ヲ與フルコトヲ得サルヘシト信ス何トナレハ豫審判事カ現行犯ノ場合ニ於テ臨檢等ヲ爲スハ豫審判事トシテ之ヲ爲スニ外ナラスシテ之カ爲メ檢事タルノ資格ヲ得ルモノニ非サレハナリ

第三 犯罪カ謀故殺罪ナラサルコトヲ要ス 現行法ニ於テハ謀殺故殺ニ係ル者ニ付テハ自首減輕ヲ與フルノ限ニ在ラスト規定セリ是レ第三條件ヲ生スル所以ナリ立法上ヨリ論スルトキハ謀故殺ノ罪ニ付テハ殊ニ自首減輕ヲ與フルノ理由存スルモノノ如何トナレハ此等ノ犯罪アリテ其犯人ノ不明ナルハ社會ノ爲メ最モ不利益ナレハナリ即チ其犯人發覺セサル間ハ世人皆恐怖心ヲ懷キ一日モ安ソスルコト能ハス且ツ速ニ其犯人ヲ處罰スルコトヲ得サレハナリ故ニ此點ヨリ觀察スレハ斯ル犯罪ニ付テハ殊更ニ自首減輕ヲ與ヘテ之ヲ處罰スルノ方法ヲ執ラサルヘカラス然レトモ現行法カ之ヲ採用セサリシハ尙ホ他ニ理由ノ存スルモノアレハナリ即チ此等ノ犯罪ハ人ヲ疾妬シ恨ミヲ報スル等

ノ感情ヨリ生スルコト多ク隨テ此等ノ犯罪ヲ犯ス者ハ多クハ自己ノ生命ヲ抛ツモ尙ホ之ヲ遂ケントスル者ナリ故ニ若シ之ニ自首減輕ヲ與フルトキハ死ヲ覺悟スル程ノ者カ自首ノ爲メニ減輕ヲ受ケ其生命ヲ全ウシ得ルヲ以テ此種ノ犯人繼續輩出スルノ虞アリ故ニ法律ハ自首減輕ノ理由ノ幾部存スルニ拘ラス之ニ自首減輕ヲ與ヘサルモノナリ
以上三個ノ條件ヲ具備スルトキハ自首減輕ヲ與ヘカラス而シテ若シ其一ヲ缺如スルトキハ自首ノ形ノミアリテ其實ナキヲ以テ減輕ヲ與フルコトヲ得サルモノトス

現行法ニ依レハ自首ノ效力ハ之ヲ左ノ三個ニ區別スルコトヲ得
第一 自首ノ效力トシテ本刑ニ一等ヲ減ス 一等ヲ減スルコトハ重罪ノ刑ニ付テハ死刑、無期徒刑(無期流刑)、有期徒刑、重懲役(重禁獄)、輕懲役(輕禁獄)ノ區別ニ從ヒ順次其刑名ノ一ヲ降スヲ以テ一等トシ輕罪ニ付テハ刑期ノ四分ノ一ヲ減スルヲ以テ一等トス此一等減ハ自首ノ主タル效力ナリ

第二 自首ノ效力ハ財產ニ對スル罪ヲ犯シテ贓物ヲ全部返還スルカ或ハ全

部損害賠償ヲ爲シタル場合ニハ一等減ノ外尙ホ二等ヲ減シ又贓物ノ半額以上ヲ償還シタル場合ニ於テハ自首減輕ノ一等減ノ外更ニ一等ヲ減スルモノトス

第三 本刑ヲ全免スルコト 此事ハ前ニ刑ノ全免トシテ不論罪ノ場合ニ述ヘタル所ナリ自首全免ハ法律カ定メタル或犯罪ノミニ限リ之ヲ爲スヘキモノニシテ一般ニハ適用スルコトヲ得ス而シテ自首全免ハ前段ニ説明シタル條件ノ外尙ホ其全免ヲ規定スル法律ニ於テ特ニ定メタル條件ヲ具備セサルヘカラスアルコトハ論ヲ俟タサル所ナリ

自首全免ハ諸種ノ法律中ニ其規定アリ今其主ナルモノヲ示セハ刑法第百二十六條第百九十二條第二百二十六條第三百五十六條其他明治十五年第二號布告富籤法爆發物取締罰則第十一條明治二十年勅令第六號北海道水產稅法第十八條同三十二年法律第十七號所得稅法第四十六條同三十二年法律第三十六號特許條例第四十四條同三十二年法律第三十七號意匠條例第十六條同三十二年法律第三十八號商標條例第十五條同二十三年法律第八十七號鎖業條例第八十七

條等即チ是ナリ

此ノ如ク諸罰則中往往自首全免ノコトヲ規定スト雖モ自首全免ハ最モ例外ニ屬スルモノナルコトヲ忘ルヘカラス而シテ此等ノ全免ハ各其法律ニ於テ特ニ規定シタル條件ノ外刑法ニ定メタル自首ノ條件ヲ具備スルコトヲ要スルハ既ニ述ヘタル所ナリ

自首ニ付キ尙ホ注意スヘキハ諸罰則中ニ於テ刑法ノ減輕ヲ與フルノ限ニ在ラスト規定シタルモノアルコト是ナリ即チ此罰則ニ反スル行爲ヲ爲シテ而シテ官ニ自首スルモ減等スルコトヲ得ス今刑法ノ減輕ノ例ヲ用ヒサル旨ヲ規定セ

- ル諸罰則ヲ左ニ示スヘシ
- 明治二十年勅令第七十五號新聞紙條例第三十六條
 - 同三十二年法律第五十四號印紙稅法第十四條
 - 同二十九年法律第三十三號營業稅法第三十五條
 - 同二十一年勅令第四十七號醬油稅則第二十四條
 - 同二十三年法律第八十七號鎖業條例第八十八條

同二十九年法律第三十五號葉煙草專賣法第二十七條

同二十九年法律第二十八號酒造稅法第三十一條

同二十九年法律第三十號混成酒稅法第七條

同二十六年法律第六號取引所稅法第九條

前ニ逃ヘタル如ク犯人カ自己ノ犯罪ヲ官ニ告クルヲ自首ト云フ而シテ首服トハ犯人カ被害者ニ自己ノ犯罪ヲ告クルコトヲ意味ス首服ニ在リテハ自首ト異ナリ財產ニ對スル罪ニ非サレハ減輕スルコトナシ即チ自首ハ如何ナル犯罪ニ對スルモ或例外ヲ除クノ外之ヲ適用スレトモ首服ハ單ニ財產ニ關スル罪ニ限ルモノナリ而シテ首服ノ場合ニ於テモ財產ニ關スル自首ト同シク減輕ヲ爲スモノトス即チ單ニ首服シタルノミナルトキハ一等ヲ減シ又首服シ併セテ贓物ノ全部ヲ返還シタルトキハ一等減ノ外更ニ二等ヲ減シ若シ半額以上ヲ返還シタルトキハ一等減ノ外尙ホ一等ヲ減セサルヘカラス

此場合ニ付テ疑ノ存スルハ首服ハ事ノ發覺ノ前後ヲ問フモノナルヤ否ヤト云フニ在リ例ヘハ或商家ノ雇人其主人ノ金錢ヲ竊取セル場合ニ於テ主人其金錢

ヲ竊取セラレタルコトヲ知リタレトモ未タ其何人タルコトヲ知ラザリシ間ニ雇人其主人ニ首服セハ減等ヲ與フルコト勿論ナリ然ルニ主人ハ已ニ其雇人カ之ヲ竊取シタルコトヲ知レルニ拘ラス雇人ノ首服セハ減等ヲ與フルヤ否ヤ此ニ付テハ兩說アリテ孰レモ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシト雖モ判決例ハ被害ニ發覺シタルト否トハ之ヲ問ハサルモノト爲シタルカ如シ此說ニ依レハ財產ニ關スル罪ヲ犯シテ首服スルハ前例雇人ノ如キ者ノ犯罪ニ多ク見ルモノナルカ故ニ若シ其犯人ヲ主人カ知リタルトキハ減等セストセハ法律ノ精神ヲ貫クコトヲ得サルニ至ル何トナレハ首服ハ犯人ヲ憐ムヨリ生シタル規定ナルヲ以テナリト云フニ在リ

次ニ尙ホ疑アルハ前段ノ場合ニ於テ若シ官カ其犯人ノ何人タルヤヲ知リ既ニ其逮捕ニ着手セリ此時ニ於テ犯人首服セハ減等ヲ與フルヤ否ヤト云フニ在リ此ニ付テモ兩說各主張者アリ其一方ヨリ云フトキハ此場合ニハ減等ヲ與フルコトヲ得ス何トナレハ第八十七條ニ官ニ自首スルト同シク前二等ノ例ニ照シテ處斷スト規定シアリテ首服ノ場合ニモ前二條ノ條件ヲ具備セサルヘカラス

即チ第八十六條ノ場合ニ官ニ發覺シタルトキハ減等ヲ與ヘストセハ第八十七條ノ場合モ亦官ニ於テ知リタルトキハ減等ヲ與ヘスト解スヘキヤ明カナレハナリト其反對ヨリ之ヲ云フトキハ第八十七條ハ何等ノ條件ヲモ規定セサルカ故ニ單ニ財産ニ對スル罪ヲ犯シテ被害者ニ首服セハ之ニ減等ヲ與ヘサルヘカラス前二條ノ例ニ照シテ處斷ストハ單ニ減輕ノ例ヲ示シタルニ過キササルモノニシテ其條件ノ如キハ第八十七條ノ場合ニハ必要ナラサルモノナリト云フニ在リ

第四節 酌量減輕

刑罰ニハ其種類數多アリト雖モ多クノ刑ニ付テハ或ハ禁錮ノ如ク其刑期ヲ定メ又罰金ノ刑ノ如ク其金額ヲ定ム而シテ又刑法上多クハ其刑期若クハ金額ニ付テモ一定ノ範圍ヲ設ケラル是レ畢竟立法者カ各犯罪ニ付キ確固不動ノ刑ヲ設クルコトノ困難ナルカ故ニ犯罪事件ノ種類ニ依リテ之ヲ定メサルヲ得サルヨリ來ルモノナリ何トナレハ各犯罪ニ科スヘキ刑ハ各犯人ノ人ト爲リ其情

狀又ハ贓物ノ多寡ニ依リテ之ヲ異ニセサルヲ得サル場合アルヲ以テナリ而シテ又刑ヲ定ムルコトヲ以テ一ニ裁判官ノ自由ニ委スルトキハ往往不當ノ刑ヲ科スルノ虞ナキヲ保セサルカ故ニ刑ニ一定ノ範圍ヲ設ケテ以テ裁判官ノ認定權ヲ羈束スルモ亦一ノ理由タリ此ノ如ク犯罪ニ對シテ確固タル刑ヲ定メス各犯人ト各犯罪ノ情狀ニ應スヘキ範圍ヲ示セハ尙ホ更ニ酌量減輕ノ制ヲ要セサルカ如シト雖モ決シテ然ラス何トナレハ刑ノ範圍ヲ大體ニ於テ定ムルモ尙ホ各事件ノ模様ニ依リ刑ノ酷ナルコトヲ感スル場合ナシトセサレハナリ例ヘハ強盜罪ハ其刑輕懲役ナリ然レトモ其罪質等シク強盜ナリト雖モ人ヲ脅迫シテ二錢三錢ヲ強取シタル者ノ如キハ之ニ科スルニ輕懲役ヲ以テセンカ其酷ナルコト明カナリ又放火犯ニ於テ人ノ住居シタル家屋ニ放火シタル者ハ死刑ニ處スモ都會ニ於テ之ヲ犯ス者アラハ之ニ對シ死刑ヲ科スルモ或ハ可ナラン然レトモ寒僻ノ地ニ於テ茅屋ニ放火シタル者ト之ヲ比較セハ如何縱令人ノ住居シタル家屋ナリトスルモ之ニ科スルニ死刑ヲ以テスルハ少シク酷ニ失スルノ嫌ナキヲ得ンヤ此ノ如ク刑法上ニ定メタル刑ニ處シ裁判官ニ於テ毫モ之ヲ動スコト

ヲ得サルモノトセハ不當ノ刑ヲ科スルノ弊ナシトセス然レトモ立法上此等ノ點ニ至ルマテ區別シテ相當ノ刑ヲ定ムルコトヲ得ス是ニ於テカ法律ハ酌量減輕ノ例ヲ設ケ裁判官ヲシテ適當ノ刑ヲ定ムルコトヲ得セシメタルモノナリ酌量減輕ハ如何ナル場合ニ於テ之ヲ與フルヤハ各事件ニ付キ決スヘキ事實ノ問題ニシテ豫メ之カ標準ヲ示スコトヲ得スト雖モ被告人ノ人ト爲リ又ハ損害ノ多少ニ依リテ之ヲ與フルコトヲ得ヘシ被告人ノ人ト爲リト云ヘルハ被告人ノ從來ノ品行或ハ悛心悔悟セル狀況アルヤ否ヤ又ハ其家庭ノ模様ニ依リテ之ヲ與フルヲ云フ又損害ノ多少トハ被害ノ額少量ナルトキ或ハ其贓物ノ全部カ被害者ニ戻リタル場合又殺人罪ニ例ヲ取レハ謀殺未遂ニ於テ被害者ニ輕微ナル傷痕ヲモ與ヘサル場合ノ如キヲ云フ而シテ此等ノ事ニ關シテハ法律ニ於テ豫メ明定スル所ナキカ故ニ裁判官カ之ヲ與フルニ方リ判決書ニ於テ其之ヲ與フヘキ事實上ノ理由ヲ明示スルコトヲ要セス隨テ酌量減輕ヲ與ヘナカラ事實ヲ示ササルモ違法ニアラサルカ故ニ上告ノ理由ト爲スコト能ハス是レ前ニ述ベタル宥恕減輕等ト異ナル所ニシテ宥恕減輕ヲ與フルニハ事實ノ中ニ必ス其

理由ヲ明示セサルヘカラス若シ之ヲ示ササルトキハ違法ノ裁判トシテ破毀ヲ免レス之ニ反シテ酌量減輕ノ場合ニ於テハ法條ヲ引用セハ其事實ノ理由ノ如キハ必スシモ之ヲ明示スルヲ要セサルナリ是レ畢竟其理由ヲ掲グルコトハ非常ナル困難ニジテ筆ヲ以テ其理由ヲ示ス能ハサルモ尙ホ一等若クハ二等ヲ減スルヲ適當ナリトスル場合ナシトセス現行法律ノ刑カ犯罪ニ相當セスンテ酌ニ失スル場合ニ於テ裁判官カ酌量減輕ノ方法ヲ以テ其刑ヲ減輕スルコトナシトセス然レトモ是レ固ヨリ實際上之ヲ行フニ過キスシテ決シテ法理ニ適合スルモノニ非サルナリ

酌量減輕ノ制度ハ素ト佛國法ニ起リ佛國法ニ於テモ初ハ輕罪ノ刑ニ付テノミ之ヲ認メタリシカ後遂ニ一般ニ之ヲ適用スルニ至リシナリ而シテ今日ニ於テハ西洋各國ノ法律ニ於テ皆之ヲ認ムルニ至レリ

酌量減輕ト宥恕減輕トハ其性質其效力ノ點ニ付テ相似シ其異ナル所ハ宥恕減輕ハ法律上之ヲ與フヘキ場合ヲ特定シタレトモ酌量減輕ニ付テハ其場合ヲ特定セス又有恕減輕ハ法律上犯人ノ罪責ヲ變更スレトモ酌量減輕ハ其罪責ヲ

變更スルコトナシ又同一事件ニ付キ數人ノ被告アル場合ニ於テモ酌量減輕ハ其中ノ或一人ニ對シテノミ之ヲ與ヘテ他ノ者ニハ之ヲ與ヘサルコトアレトモ宥恕減輕ニ於テハ然ラス即チ二人ノ者カ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トキハ裁判官ハ其一人ニ宥恕ヲ與ヘ他ノ一人ニ之ヲ與ヘスト云フヲ得ス即チ犯人總テニ對シ之ヲ與ヘサルヘカラサルナリ

右ニ違ヘタル酌量減輕ノ性質ヨリシテ茲ニ三個ノ規則ヲ生ス

第一 酌量減輕ハ判文上單ニ法律上ノ理由ヲ附セハ足ルモノニシテ事實上ノ理由ハ之ヲ明示スルコトヲ要セス

第二 酌量減輕ハ事實裁判官ノ職權ニ屬スルモノナリ故ニ其結果トシテ酌量減輕ハ上告裁判所ノ審查スヘキ所ニ非ス又豫審判事ノ調査スヘキモノニモ非サルナリ

第三 酌量減輕ハ罪質ヲ變更セス變更スル所ノモノハ形ノミナリ故ニ本刑カ輕懲役ノ場合ニ於テ裁判官カ酌量シテ一等ヲ減シ重禁錮ノ刑ニ處シタリトスルモ其犯罪ハ依然トシテ重罪ノ性質ヲ有スルヲ以テ若シ其判決ニ對シ控訴シ

タルトキハ控訴裁判所ハ重罪事件トシテ之ヲ取扱ハサルヘカラス

酌量減輕ハ被告人ニ固有ノモノナリ即チ個人的ノ利益ナリ之ヨリシテ右ノ三個ノ結果ヲ生ス

第一 被告人數名アルトキ酌量減輕ノコトハ被告人全體ニ付テ審查スヘキモノニ非ス即チ各被告ニ付テ審查スヘキモノナリ

第二 被告人數名アルトキ一人ニハ酌量減輕ヲ與ヘ他ノ一人ニハ之ヲ與ヘサルコトアリ又同一犯罪ノ被告人ニテモ正犯ニハ之ヲ與ヘス即チ從犯ニノミ之ヲ與フルコトアリ又或ハ其犯罪ニ於テ從犯ニ與ヘスシテ正犯ニノミ之ヲ與フルコトアルヘシ是レ酌量減輕ハ被告人ニ固有ナルモノナレハナリ

第三 一人ニシテ數個ノ犯罪アルトキ或犯罪ニ付テハ酌量減輕ヲ與ヘ或犯罪ニ付テハ之ヲ與ヘサルコトヲ得即チ必スシモ總テノ犯罪ニ對シテ與ヘサルヘカラサルモノニ非ス

酌量減輕ハ重罪輕罪違警罪ヲ問ハス總テノ犯罪ニ對シテ之ヲ與フルコトヲ得ヘシ加之酌量減輕ハ刑法上ノ犯罪ノミナラス其他諸罰則ニ於テ規定スル所ノ

犯罪ニ對シテモ多クハ之ヲ適用スルコトヲ得ヘシ又現行刑法ニ依レハ酌量減輕ハ祖父母父母ニ對スル殺傷ノ罪ノ如キ重大ナルモノニ對シテモ猶ホ之ヲ與フルコトヲ得ルモノトス何トナレハ第三百六十五條ニ於テ祖父母父母ニ對シタル殺傷ノ罪ハ特別ノ宥恕及ヒ不論罪ノ例ヲ用フルコトヲ得スト規定シ特別ノ宥恕及ヒ不論罪ノ例ハ之ヲ適用スルコトヲ得サルコト明カナリト雖モ酌量減輕ニ付テハ刑法上何等ノ禁止の規定存セサルヲ以テナリ

此ノ如ク現行法ニ於テハ酌量減輕ハ多數ノ犯罪ニ對シテ之ヲ與フルコトヲ得ヘシト雖モ之ニ對スル例外ノ場合ナキニ非ス即チ諸罰則ノ中ニ於テ特ニ刑法ノ減輕ノ例ヲ用フルコトヲ得スト明カニ規定セルモノアリ故ニ若シ此等ノ諸罰則ニ反スル罪ヲ犯シタル者アルトキハ之ニ對シテハ酌量減輕ヲ爲スコトヲ得サルナリ而シテ此等ノ諸罰則ハ自首減輕ヲ與ヘタル諸罰則ト同一ナルヲ以テ茲ニ之ヲ再述セス

酌量減輕ハ宥恕減輕ヲ與ヘタル場合ニ於テモ猶ホ之ヲ與フルコトヲ得又法律ニ於テ再犯加重ヲ爲シタル場合ト雖モ亦酌量減輕ヲ爲スコトヲ得ヘシ要スルニ今日ニ於テハ酌量減輕ハ如何ナル犯罪ニ付テモ又如何ナル場合ト雖モ之ヲ與フルコトヲ得ルモノトス

酌量減輕ノ效力ハ刑ヲ減輕スルニ在リ而シテ法律ハ此場合ニハ本刑ヨリ一等又ハ二等ヲ減スルコトヲ許セリ故ニ其一等ヲ減スルト二等ヲ減スルトハ全ク事實裁判官ノ職權ニ屬ス(第九〇條又其減輕ハ法律ニ於テ定メタル所ノ刑ヨリ一等若クハ二等ヲ減スルナリ故ニ本人ニ科スヘキ刑ヲ豫メ定メテ然ル後其刑ヨリ一等若クハ二等ヲ減スルト云フニ非ス是レ他ノ減輕ト雖モ同一ナル所ニシテ各本條ニ定メタル刑ヨリ一等若クハ二等ヲ減スルコトヲ意味スルナリ例ヘハ竊盜罪ニ付テハ第三百六十六條ニ於テ人ノ所有物ヲ竊取シタル者ハ竊盜ノ罪ト爲シ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處セラル故ニ之ヨリ一等ヲ減スルトキハ一月十五日以上三年以下ノ重禁錮ニ處スルモノニシテ裁判官ハ其範圍内ニ於テ現ニ科スヘキ刑ヲ定ムルモノトス

尚ホ茲ニ注意スヘキハ例ヘハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處スト規定スル場合ニ酌量減輕ヲ與フルトキハ裁判官ハ必ス二月以下ノ重禁錮ヲ以テ罰セサル

ヘカラス然ラサレハ酌量減輕ヲ與ヘタル效ナシトシ之ヲ以テ上告ノ理由ト爲
スモノナキニ非ス然レトモ是レ法律ノ希望スル所ニ非サルカ故ニ裁判官ハ必
スシモ右ノ場合ニ於テ二月以下ニ處セサルヘカラスト云フノ理由アルコトナシ
又右ト同シク酌量減輕トシテ二等ヲ減シタルトキハ必ス一等ヲ減シタル刑ノ
最下限ヨリ尙ホ輕キ刑ヲ以テ罰セサルヘカラストシテ上告ノ理由ト爲スモノ
アリト雖モ是レ亦決シテ上告ノ理由ト爲スニ足ラス何トナレハ二等ヲ減スル
トハ之ニ依テ其犯罪ニ科スヘキ刑ノ範圍ヲ定ムルコトニシテ其定メタル範圍
内ニ於テ更ニ刑ヲ定ムルコトハ裁判官ノ自由ナレハ其範圍内ニ於テ刑ヲ定メ
タルヲ以テ違法ナリト云フヲ得サレハナリ

第五章 再犯

單ニ再犯ト云フトキハ犯罪ヲ再ヒ犯シタルモノヲ云フカ如シト雖モ一人カニ
度若クハ三度罪ヲ犯スモ之ヲ以テ再犯ト云フコトヲ得ス此ノ如キハ數罪俱發ト
云フモノナリ此ニ再犯トハ之ト異ナリ一度又ハ數度罪ヲ犯シテ裁判ヲ受ケ其

裁判ノ確定シタル後更ニ一度又ハ數度罪ヲ犯シタルコトヲ云フナリ例ヘハ甲
者明治三十三年十月一日ニ竊盜ヲ犯シ露見セテ十一月一日東京地方裁判所ニ
於テ裁判ヲ受ケ其判決確定セリ然ルニ其判決ノ確定後明治三十四年一月一日
又竊盜ヲ犯セリ此場合ニ於テ三十四年一月一日ノ犯罪ヲ三十三年十一月一日
ニ確定判決ヲ經タル同十月一日ノ罪ニ對シテ再犯ト云フナリ故ニ再犯トハ犯
罪ノ度數ニハ何等ノ關係ナキモノトス

刑法ニ於テハ一度判決ヲ受ケ其裁判確定後又裁判ヲ受ケタルトキ即チ再犯ノ
場合ニハ刑ヲ加重スルノ例ヲ設ケラル此ニ關シテハ立法上種種ノ議論アリト
雖モ現行法ハ一等ヲ加フルコトトセリ其理由ハ一度罪ヲ犯シテ之カ爲メ判決
ヲ受ケ其判決ノ確定シタルニ拘ラス又罪ヲ犯シタル場合ニ於テハ普通ノ刑ヲ
科スルモ其者ニ對シテハ刑罰ノ效ヲ奏セサルヲ以テナリ刑ノ目的ハ人ヲ懲戒
スルニ在リ然ルニ一度刑ヲ受ケタル者再ヒ罪ヲ犯スモ尙ホ之ニ科スルニ尋常
ノ刑ヲ以テセハ其刑ノ目的ヲ達スルコト能ハサルヤ明カナリ故ニ刑ヲ重クシ
テ特別ノ處分ヲ爲シ其者ノ再ヒ惡事ヲ爲ササルコトヲ豫防スルノ趣旨ニ出テ

タルモノナリ

再犯ノ場合ニハ犯人ニ如何ナル刑ヲ科スヘキヤニ付テハ種種ノ議論アリ即チ再犯ハ一等ヲ加重スルノ例ヲ設クルモ再犯者ノ數増加スルハ事實ノ表明スル所ナルヲ以テナリ立法上ニ於テハ之ヲ加重スルニ付テ或ハ再犯者ニシテ悔悟セサル者ハ流刑ニ處シ或ハ終身懲役ニ處スルカ如キ說アリ近來又亞米利加ニ於テ再犯者ハ死刑ニ處スヘシト唱フル者アルニ至レリ蓋シ我現行法ノ如クンハ人ヲシテ再犯タルコトナカラシメント欲スルモ甚タ難カラシ法律ノ希望スル所ハ初犯者ノ再ヒ罪ヲ犯ササルニ在リ即チ一タヒ刑ヲ受ケタル者ハ悛心悔悟スルコトヲ望ムナリ然ラハ法律カ再犯者ニ對シ刑ヲ重クスルノミニテハ決シテ其目的ヲ達スルコトヲ得ス何トナレハ其原因種種アルヘシト雖モ一度罪ヲ犯シテ獄ニ下リタル者ハ出獄後社會ニ立チテ再ヒ舊來ノ地位ニ復サルコト困難ナルカ爲メ其生活ニ苦ミ遂ニ已ムヲ得ス再ヒ罪ヲ犯ササルヲ得サルノ境ニ在ル者多クレハナリ故ニ法律ヲ以テ再犯者ヲ重ク罰セシメヨリ出獄者ヲシテ相當ノ生業ニ就カシムルコトヲ力ムルモ亦社會ノ一ノ義務ナルヘシト信ス

尙ホ立法上ニ於テ再犯加重ハ一般的ニ爲スヘキモノナルヤ或ハ特別のニ爲スモノナルヤノ議論アリ一般的ニ爲ストハ現行法ノ如ク如何ナル犯罪ニテモ苟モ法律ニ觸レテ刑ニ處セラレタル者カ其判決確定後如何ナル罪ニテモ再ヒ之ヲ犯セハ再犯ノ例ヲ以テ處分スルコトヲ云ヒ特別のニ爲ストハ右ノ反對ニテ其犯罪ノ種類ニ依テ刑ヲ加重スルモノニシテ例ヘハ初犯竊盜ナレハ再犯モ亦竊盜ナル場合ニ於テ刑ヲ加重スルカ如ク罪ノ性質ヲ同シウスルカ若クハ類似ノ犯罪ニ付テノミ再犯ノ例ヲ適用シ罪質ヲ異ニスルモノハ幾度之ヲ犯スモ再犯加重ヲ爲ササルコトヲ云フ

一般的再犯加重ヲ主張スル論者ノ說ハ一度法律ニ觸レテ刑ヲ受ケタルトキハ其者ハ法律ニ違反スルノ惡事タルコト及ヒ之カ制裁トシテ苦痛ヲ受ケサルヘカラサルコトヲ知リタルモノト云ハサルヘカラス故ニ再ヒ罪ヲ犯セハ之ヲ加重セサレハ刑ノ目的ヲ達スル能ハスト云フニ在リ是レ一理ナキニ非ス然レトモ再犯加重ヲ特別のニ爲ス者ノ說ニ依レハ一罪ニ付キ罰セラレタル後他ノ罪ヲ犯シタルトスルモ之ヲ以テ前刑懲戒ノ效ナキモノト云フヲ得ス此事タルヤ

前ノ犯罪ト同種類若クハ類似ノ犯罪ヲ爲シタルトキニ於テ始メテ云フコトヲ得ヘシト云フニ外ナラス

次ニ又立法上ノ疑問トシテ再犯加重ヲ爲スニハ前ニ罪ヲ犯シタルトキト後ニ罪ヲ犯シタルトキトノ間ノ年限ヲ問フノ必要アリヤ否ヤ之ヲ換言スレハ再犯加重ヲ爲スニハ前ノ犯罪後或期間内ニ於テ後ノ罪ヲ犯シタルコトヲ要スルヤ否ヤ是レ又現行法ニ於テハ其期間ヲ置クノ必要ナキモノトセリ故ニ前科ノ一年前タルト十年前タルト將タ三十年前タルト問ハス再犯ヲ以テ論スヘキナリ然レトモ其期間ヲ置カサルハ少シク穩カナラサルヘシト信ス何トナレハ一面ニ於テ人タル者ハ一度罰ヲ受クルモ其感覺ハ年ヲ經ルニ從テ消滅スルモノナリ又他ノ一面ヨリ云フトキハ再犯加重ヲ爲スノ目的ハ一度ノ刑ニ懲リサルヲ以テナリ然ラハ其刑ヲ加重スルコトハ前ノ刑ヲ受ケタル當時ナラサルヘカラス二十年三十年ノ間慎ミタル後罪ヲ犯スモ是ヲ以テ前ノ刑ニ懲リサル者ナリト云フハ酷ニ失スルモノト云ハサルヘカラス尙ホ一ノ理由トシテハ如何ナリ國ノ刑法ニ於テモ時効ノ設ケアリ而シテ時効ヲ設ケタルノ理由ハ屢述フルカ

如ク社會ノ遺忘ニ基クモノナリ已ニ此時効ヲ設ケル以上ハ再犯ノ場合ニ於テ初犯ノ事ヲ社會カ何時マモ遺忘セスシテ之ヲ理由ト爲シ再犯加重ヲ爲スハ其權衡ヲ得サルモノナリ故ニ初犯ト再犯トノ間ニハ一定ノ期間ヲ設ケルヲ穩當ナリトス刑法草案ニ於テハ此點ニ付キ期間ヲ設ケ其期間内ニ再ヒ罪ヲ犯セハ之ヲ加重シ期間外ニ於テハ之ヲ加重セサルコトトセリ

再犯加重ヲ爲ス場合ニハ二個ノ犯罪アルコトヲ必要トス二個ノ犯罪トハ以前ニ犯シタル犯罪即チ前科及ヒ新ニ犯シタル犯罪是ナリ而シテ再犯加重ノ例ヲ用フルニハ前科ニ付テ三個ノ條件ヲ必要トス即チ左ノ如シ

第一 初犯ニ對スル裁判ノ確定シタルコトヲ要ス 此事ハ現行刑法第九十四條ニ規定スル所ナリ曰ク「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」而シテ此條件ノ必要ナルコトハ論ヲ俟タス何トナレハ裁判ハ確定セサル間ハ如何ニ變更スルヤ未定ノモノナレハナリ即チ一度刑ノ言渡ヲ受クルモ上訴審ニ於テ無罪ト爲ルコトアリ故ニ控訴上告中又ハ控訴上告ノ期間内ニ於ケル罪アリト雖モ之ヲ以テ再犯加重ヲ爲スヲ得ス又關席判決ノ場合

ニ於テ故障ノ期間中又ハ其審理中ニ於ケル罪ニ付テモ同一ナリトス茲ニ裁判確定ト云フハ其關席判決ノ場合タルト對席判決ノ場合タルトヲ問ハサルコトハ勿論ナリ

此條件ニ付キ注意スヘキコトハ前科ニ對スル判決カ已ニ確定セハ可ナルコト是ナリ故ニ犯人カ刑ノ執行ヲ受ケタルコトヲ必要トセス或ハ再犯加重ヲ爲ス理由ハ刑ヲ受ケタル後尙ホ其苦痛ヲ感セスヲ再ヒ罪ヲ犯スカ爲メニ加重スルモノナレハ刑ノ執行ヲ受ケサル者ニ對シテハ再犯加重ヲ爲スコトヲ得スト云フ者アラン是レ一理ナキニ非スト雖モ現行刑法ニ於テ再犯加重ヲ爲スニハ必スモ刑ノ執行ヲ受ケタルコトヲ要セス故ニ刑ノ時効又ハ特赦アリタルカ爲メ刑ノ執行ヲ受ケサル者ト雖モ再犯加重セラルルモノトス且ツ特赦ノ爲メニ刑ヲ減輕セラレテ重罪ノ刑カ輕罪ノ刑ニ降リタル場合ニ於テモ尙ホ重罪ノ前科者タルコトハ免レサルモノナリ

然レトモ大赦アリタルトキハ前ノ判決ヲ以テ前科ト爲スコトヲ得ス何トナレハ大赦ハ特赦ト異ナリテ刑ヲ消滅セシムルノミナラス其判決ヲモ消滅セシムルモノニシテ總令判決ヲ受クルモ全ク判決ナキト同一ニ歸スルモノナレハナリ(第九七條)

尙ホ茲ニ一言スヘキモノアリ前ニ刑ノ言渡ヲ受ケ其裁判ノ確定後之ニ對シテ再審ノ訴ヲ爲シ其結果判決取消ト爲リタル場合ニモ亦大赦ト同シク其判決ヲ前科トシテ再犯加重ヲ爲スコトヲ得ス此場合ハ大赦ノ場合ヨリモ尙ホ其理由ハ判明ナルヘシ

第二 前ノ裁判ハ刑ノ言渡ナルコトヲ要ス 刑トハ法律上罪トシテ罰スル所ノ所爲ニ對スル懲罰ヲ云フ故ニ前ノ言渡ハ懲治場ノ留置ヲ命シタル場合ノ如キ又ハ商法上ノ過料若クハ或懲戒法ニ於テ罰俸過料ニ處セタル場合ノ如キハ刑ノ言渡ニ非サルヲ以テ再犯加重ノ前科ト爲スコトヲ得ス

此ニ問題ト爲ルハ刑ノ全免ノ場合ニハ再犯加重ノ原因ト爲スコトヲ得ルヤ否ヤト云フニ在リ一般ニ之ヲ云ヘハ無論前科ト爲スコトヲ得ス何トナレハ刑ノ全免アルトキハ刑ノ言渡ヲ受ケサルモノナレハナリ但シ刑ノ全免中ニモ本刑ノミヲ免シテ附加刑ヲ科スルモノアリ此場合ニ其附加刑ノ處分ハ前科ト爲ル

モノナルヤ否ヤ是レ一ノ疑問タリ茲ニハ唯此問題ヲ掲ケテ諸君ノ研究ニ譲ラントス

又法律ヲ以テ刑ノ廢止ヲ爲スコトアリ此場合ニ被告人舊法時代ニ於テ新法ヲ以テ廢止セラレタル罪ヲ犯シ其裁判確定後新法ノ下ニ於テ再ヒ罪ヲ犯シタルトキハ再犯加重ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ此場合ニ於テハ再犯加重ヲ爲ササルヘカラサルモノトス何トナレハ縱令新法ヲ以テ刑ヲ廢止シタルト雖モ舊法時代ニ於テ其罪ヲ犯シテ裁判ヲ受ケ其裁判已ニ確定シタル以上ハ刑ノ言渡タルコトハ疑ナケレハナリ

茲ニ刑ノ言渡ナレトモ前科トシテ再犯加重スルコトヲ得サルモノアリ即チ左ノ如シ

第一ノ例外ハ陸軍或ハ海軍刑法ニ觸レテ裁判ヲ受ケタル者其判決確定後再ヒ罪ヲ犯スモ前ノ陸海軍刑法ノ刑ヲ以テ前科トシ再犯加重ヲ爲スコトヲ得サルコト是ナリ(第九六條然レトモ軍法會議ニ於テ裁判ヲ爲スハ陸海軍刑法ニ違反シタル者ノミニ限ルニ非スシテ普通刑法ニ觸レタル場合ト雖モ尙ホ裁判ヲ爲

スモノナリ故ニ若シ軍法會議ニ於テ竊盜強盜其他普通刑法ヲ以テ處罰スヘキ事件ニ付キ裁判ヲ受ケタル者其裁判確定後再ヒ罪ヲ犯シタルニ依リ裁判ヲ爲ス場合ニ於テハ再犯加重ヲ爲ササルヘカラス

第二ノ例外ハ明治十五年以前ノ諸罰則ニ違反シテ刑ニ處セラレタル者ナリ即チ該罰則ヲ犯シテ刑ニ處セラレタル者其後普通ノ罪ヲ犯シタル場合ニハ前ノ刑ノ言渡ヲ以テ再犯加重ノ前科ト爲スコトヲ得ス諸罰例處斷方第五條ニ曰ク「法律規則ヲ犯シタル者ニハ刑法ノ再犯加重及ヒ數罪俱發ノ例ヲ用ヒス」ト即チ一般ニ再犯加重ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ

第三ノ例外ハ明治十五年以後ノ諸罰則中ニ明文ヲ以テ刑法ノ再犯加重ノ例ヲ用ヒストノ規定アル場合ニハ亦再犯加重ヲ爲スコトヲ得サルコト是ナリ而シテ明治十五年以前ノモノハ一般的ナレトモ明治十五年以後ノモノハ特別のナリ即チ明文ヲ以テ再犯加重ノ例ヲ用ヒスト規定セル諸罰則ニ限ル此明文ヲ掲ケタル諸罰則ハ自首減輕ヲ與ヘサル諸罰則ト尙ホ同一ナレハ重ネテ茲ニ敘述セス

第四ノ例外ハ同種類ノ犯罪ニ付テノ前科ニ非サレハ再犯加重ノ例ヲ用ヒサル
モノニシテ刑法第五百十六條及ヒ第四百三十三條ノ場合ナリ即チ刑法第五百十
四條ニ依リ公權ヲ剝奪セラレ又ハ停止セラレタル者私ニ其權ヲ行ヒタル爲メ
及ヒ第五百十五條ニ依テ監視ニ付セラレタル者其規則ニ違反シタル爲メ又ハ
第四百十二條ニ依リ已決ノ囚徒カ逃走シタル爲メ何レモ刑ニ處セラレタル場
合ニ於テハ縱令前科アルモ其者ニ對シ再犯加重ヲ爲サス何故ニ右ノ場合ニ於
テハ再犯加重ヲ爲ササルヤト云フニ此等ノ犯罪ハ其性質上前ニ犯罪アルコト
當然ニシテ法律ハ其前科アルコトヲ豫見シテ相當ノ刑ヲ定メタルモノナレハ
ナリ故ニ若シ之ヲ再犯加重スルトキハ二重ノ刑ヲ科スルノ結果ト爲リ條理上
許スヘカラサル所ナルヲ以テ此例外ヲ設ケタルナリ然レトモ前科ニシテ同一
刑期限内ノ犯罪ナルトキハ再犯加重ヲ爲スヘキモノトス例ヘハ一年ノ監視ニ
付セラレタル者一月ニ監視規則ニ違反シ爲メニ裁判ヲ受ケ其確定後三月ニ至
リテ再ニ監視規則ヲ犯シタル如キ場合ニ於テハ再犯加重ヲ以テ論スヘキモノ
トス

尙ホ富籤法ニ於テモ他ノ犯罪ノ前科ヲ以テ再犯加重ノ條件ト爲サス唯再犯加
重ヲ爲スヘキハ同法ニ依リテ處分セラレタル場合ニノミ限ルモノトス
茲ニ注意スヘキハ第二及ヒ第三ノ例外タル明治十五年以前ノ諸罰則又ハ明治
十五年以後ノ諸罰則中明文ヲ以テ刑法ノ再犯加重ノ例ヲ用ヒサルコトヲ規定
シタル罰則ニ違反シ已ニ刑ヲ受ケタル者其後竊盜ヲ爲シタル爲メ其竊盜事件
ノ裁判ヲ爲ストキハ前ノ罰則違反ヲ以テ前科トシテ再犯加重ヲ爲スヲ得サル
コト是ナリ此場合ニ於テ再犯加重ヲ爲シタル裁判ナキニ非サレトモ右ハ違法
ノ裁判ト云ハサルヘカラス何トナレハ罰例處斷方第五條若クハ新聞紙條例印
紙法等ノ明文ハ多クハ此法律規則ヲ犯シタル者ニハ刑法ノ再犯加重數罪俱發
ノ例ヲ用ヒストアリテ此等ノ罰則ヲ犯シタル者ニハ其犯罪時ノ前後ヲ問ハス刑
法ノ再犯加重ヲ適用スルコトヲ得ストノ法意ニシテ其犯罪カ前科ト爲リタル
場合ニ於テモ亦再犯加重ヲ爲スヘキモノニ非サルコト明カナレハナリ
次ニ第四ノ例外タル監視規則違反犯罪又ハ囚徒逃走罪ニ因テ處分ヲ受ケ其刑ノ
執行ヲ終リタル後其者カ再ヒ竊盜ヲ犯シタル場合ニ於テ裁判ヲ爲ストキハ裁

判所ハ前ノ監視規則違反又ハ囚徒逃走罪ヲ前科トシテ再犯加重ヲ爲スヤ否ヤト云フニ此場合ニ於テハ再犯加重ヲ以テ論セサルヘカラス其理由ハ要スルニ法文ノ解釋ニ過キス即チ第四百四十三條ニ曰ク「已決ノ囚徒逃走ノ罪ヲ犯スト雖モ再犯ヲ以テ論セス」ト是レ明カニ已決ノ囚徒逃走罪ヲ犯シタルニ方リ之ヲ處分スル場合ニ適用スヘキ規則タルニ過キス又第五百十六條ニ曰ク「前二條ノ罪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」ト故ニ監視違反ノ處分ヲ爲ストキニ適用スヘキ規定タルコト明カニシテ前項ノ場合ト行文上大ニ差異アルヲ以テ監視規則違反又ハ已決囚徒逃走ノ前科アルトキハ再犯加重ヲ爲ササルヘカラス

第三 前科ハ帝國裁判所ニ於テ宣告セラレタル刑ナルコトヲ要ス 此ニ帝國裁判所トハ其普通裁判所タルト特別裁判所タルトヲ問ハサルモノトス故ニ普通裁判所ニ於テ刑ヲ言渡シタルトキハ勿論軍法會議ニ於テ處分シタル場合ト雖モ普通刑法其他ノ諸罰則ニ違反シタルニ因リ刑ヲ言渡シタルトキハ再犯加重ヲ爲スヘキモノトス

第二ノ犯罪即チ現ニ處分ヲ受タル所ノ犯罪ニ付テハ新ナル犯罪アレハ如何ナル場合ト雖モ再犯加重ヲ爲スヤト云フニ決シテ然ラス其犯罪ノ種類ニ依リ之ヲ區別セサルヘカラス即チ左ノ如シ

第一 新ナル犯罪重罪ナルトキハ其前科モ亦重罪ナルコトヲ要ス 故ニ前科カ重罪ナレハ新ナル重罪ニ付テ再犯加重ヲ爲ササルヘカラス例ヘハ謀殺罪ニ於テ數多ノ前科アルモ竊盜官吏侮辱罪等ノ如キ輕罪ナルトキハ之ヲ加重スルコトヲ得ス重罪ニ付テ再犯加重ヲ爲スニハ前科カ強盜看守盜罪ノ如キ重罪ナラサルヘカラス其理由ハ前科如何ニ多キモ總テ輕罪又ハ違警罪ノ如キモノナルトキハ新ナル重罪ニ因リ既ニ重キ刑ヲ受クヘキモノナレハ更ニ之ヲ加重スル必要ナシト云フニ在リ

第二 新ナル犯罪輕罪ナルトキハ其前科ハ輕罪若クハ重罪ナルコトヲ要ス故ニ新ナル犯罪輕罪ニシテ前科違警罪ナルトキハ再犯加重ヲ爲スコトヲ得ス是レ第一ノ場合ニ逃ヘタルト同一ノ理由ニ出テタルモノナリ且ツ此場合ニハ前科ノ重罪ナルトキモ亦加重スルモノトス何トナレハ前ニ重キ刑ヲ受ケタル

ニ拘ラス懲戒ノ効ナキ者ナルヲ以テナリ

第三 新ナル犯罪ノ違警罪ナルトキ再犯加重ヲ爲スニハ更ニ三箇ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス即チ

一 前科ノ違警罪タルコト

二 同一區裁判所ノ管轄地内ニ於テ犯シタルコト

三 一年内ニ新ナル犯罪ヲ犯シタルコト

是ナリ法律ハ違警罪ニ付テハ再犯加重ヲ特別的ニ爲シタルナリ然ラハ此ノ如ク違警罪ニ付キ細密ナル規定ヲ設ケタル理由如何ト云フニ別ニ法律上ノ理由ノ存スルニ非スシテ唯實際上ノ便宜ニ出タルモノトス實際上ノ理由トハ素ト違警罪ハ微罪ニシテ人ノ永ク記憶スルモノニ非ス檢事司法警察官裁判官ノ如キモ此等ノ犯罪ヲ記憶シ得ルモノニ非ス隨テ各犯人ニ付キ一年以上ニマテ遡リ且ツ他ハ管轄地ニ於テ違警罪アルヤ否ヤヲ調査スルコトハ困難ナルヲ以テナリ

再犯ノ效力ハ刑ヲ加重スルニ在リ刑ヲ加重スルニ付キ立法上ヨリ論スレハ種

種ノ方法ヲ設クルコトヲ得ヘキハ既ニ述ヘタル所ナリト雖モ現行刑法ニ於テハ一等ヲ加フルヲ以テ再犯加重ノ方法トセリ而シテ一等トハ前ニ屢述ヘタル如ク重罪ノ刑ニ付テハ刑名ノ順序ニ從ヒ一等級ヲ進ムルヲ云ヒ輕罪ノ刑ニ付テハ刑期若クハ罰金ノ金額四分ノ一ヲ加フルコトヲ云フ

再犯加重ノ效力ハ單ニ本刑ニ一等ヲ加フルニ過キス然レトモ現行諸罰則中特例ヲ設ケタルモノナキニ非ス富籤法ノ如キ是ナリ即チ該法ニ於テ再犯加重ヲ爲ストキハ本刑ノ刑期金額ヲ二倍ニスルモノトス故ニ刑法ノ例ニ從ヘハ四等ヲ加フルノ結果ヲ生スルノミナラス尙ホ初犯ノ時ノ刑期金額ヨリ下ルコトヲ得サルモノトセリ(富籤法第三條)

酌量減輕ハ裁判上ノ減輕ナリ之ニ反シテ再犯加重ハ裁判上ノモノニ非スシテ法律上ノモノナリ故ニ裁判官前科アル者ナルコトヲ認ムルトキハ必ス再犯加重ヲ爲ササルヘカラス若シ之ヲ爲ササルトキハ違法ノ裁判タルコトヲ免レサルモノナリ然レトモ實際再犯加重ヲ爲シ刑ヲ重シスルハ酷ナリト思料シタルトキハ裁判官ハ一面ニ於テ再犯加重ヲ爲シナカラ他ノ一面ニ於テ酌量減輕ヲ

與ヘテ其效力ヲ消滅セシムルコトヲ得ルモノナリ

再犯トハ一度確定判決ヲ經タル後ノ犯罪ヲ云ヒ三犯トハ二度確定判決ヲ經タル後ノ犯罪ヲ云フ而シテ再犯ノ場合ニ刑ヲ加重スルノ一等ナルコトハ第九十一條乃至第九十三條ニ明文アル所ナリ然ラハ三犯以上ノ時ハ如何ニ刑ヲ加重スルヤト云フニ刑法ハ此場合ト雖モ刑ヲ加重スルハ再犯ノ場合ト同シク一等ヲ加フルコトトシタリ(第九八條然レトモ立法論トシテハ議論ノ餘地ハ存スルモノナルヘシ)

茲ニ一ノ疑問アリ即チ再犯加重ハ刑ヲ加重スルニ在ルコトハ明カナリト雖モ其性質如何ト云フニ之ニ付テハ二說アリ第一說ニ依レハ再犯加重ハ犯罪ノ所爲ハ依然トシテ變セサレトモ犯人ノ罪責ヲ變更スルモノナリト云ヒ第二說ニ依レハ再犯加重ハ犯罪ノ性質ニハ何等ノ關係ナク唯犯人ノ人ト爲リニ關係ヲ有シ隨テ此場合ニハ刑ノミヲ重クスルニ過キスト云フモノニシテ是レ學問上ノ一問題ナリ然レトモ予ハ再犯加重ハ犯罪ノ性質マテ變更スルモノニ非サルヘシト信スルモノナリ

茲ニ前科ヲ基礎トシテ犯人ノ刑ヲ加重スルハ不當ナリ何トナレハ前科ヲ理由トシテ刑ヲ加重スルハ一事不再理ノ原則ニ反スルモノナレハナリト論スル者アリ然レトモ再犯加重ハ決シテ一事不再理ノ原則ニ反スルモノニ非ス是レ畢竟一等ヲ加重スルヲ以テ前科ニ對シテ科スルモノナリト信スルカ故ニ此誤解ヲ來スモノナルヘキモ再犯加重ヲ爲スハ決シテ前科ニ對シテ刑ヲ科スルニ非ス其犯人ハ普通ノ刑ヲ以テシテハ懲戒シ得サルモノナルカ故ニ之ニ對シテ刑ノ目的ヲ達センカ爲メ一等ヲ加ヘテ處分セサルヘカラストノ主觀的理由ニ出ナタルニ外ナラサルモノナリ

再犯加重ニ付テ尙ホ講述スヘキハ第九十五條ノ規定ナリ本條ハ刑ノ執行ニ關ス即チ刑期限内ニ罪ヲ犯シタル者例ヘハ竊盜ノ爲メ四年ノ重禁錮ニ處セラレ其執行中再ヒ罪ヲ犯シタル者カ其犯罪ニ付テ判決ヲ受ケタルトキハ之ニ對シテ執行スヘキ所ノ刑ニアリ此場合ニ於テハ先ツ定役ニ服スヘキ者ヲ執行シ定役ニ服セサル者ヲ後ニ執行シ若シ雙方共ニ定役アルトキ若クハ何レモ定役ナキトキハ先ツ其重キ者ヲ執行ス而シテ其輕重ハ刑期ノ長短ニ依リ定ムヘキモ

ノトシタリ要スルニ本條ハ刑罰ノ重キモノヲ先ニ執行スト云フニ外ナラス是レ重キ者ヲ先ニセサレハ再犯ノ爲メ反テ被告人ニ利益ヲ與フルノ結果ヲ生スルコトナシトセサルヲ以テナリ例ハ五十歳ニシテ重懲役十年ニ處セラレタル者服役後直チニ同監ノ囚徒ニ對シ内亂ヲ起サンコトヲ教唆シ被教唆者出獄ノ後其陰謀ヲ生シタル爲メ同人ハ其教唆罪ニ依リ有期流刑十二年ニ處セラレタル場合ニ於テ若シ犯人ニ利益ナル定役ナキ流刑ヲ先ニ執行スルトキハ其審行滿限ニ至ラサル前已ニ六十歳ニ達シ重懲役執行ノトキハ刑法第二十二條及ヒ第十九條ノ規定ニ依リ通常ノ定役ヲ免ルルノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ法律ハ本條ニ於テ刑罰ノ重キモノヲ先ニ執行スルコトトセリ然レトモ罰金料ニ付テハ順序ニ拘ラス共ニ之ヲ執行スルモノトス

第六章 加減順序

刑ヲ加重シ又ハ減輕スルノ原因ニハ種種アリテ此コトニ付テハ既ニ述ヘタル所ナリ而シテ此種種ノ原因ハ單獨ニ發スルコトアリ又併發スルコトアルモノ

ニ付テ併發ノ場合ニ於テハ孰ヲ先ニ加重又ハ減輕シ孰ヲ後ニ加重又ハ減輕スヘキヤノ問題ヲ生ス是レ本章ニ於テ論セント欲スル所ナリ
加重及ヒ減輕ノ原因ハ之ヲ二種ニ分ツコトヲ得ヘシ即チ第一ハ犯罪構成ノ要素ニ影響アリ且ツ犯罪ノ性質ニ關係スル所ノ原因ニシテ第二ハ犯罪事實ノ狀況ニ關係スルモ犯罪ノ性質ヲ變更セサル所ノ原因ナリ
第一ノ犯罪構成ノ要素ニ影響シ且ツ犯罪ノ性質ニ關係スル加重減輕ノ原因トハ例ヘハ竊盜ヲ爲スニ當リ二人以上共謀シテ犯シタルトキハ一等ヲ加フルガ如キ原因ヲ云フ何トナレハ二人共謀シテ竊盜ヲ爲スコトハ一等ヲ加重スヘキ犯罪ノ要素ヲ爲スモノナレハナリ又例ヘハ官印偽造罪ニ於テ官署ノ印ヲ偽造行使シタル者ハ重懲役ナリトス然ルニ官署ノ印ヲ盜用シタル者ハ一等ヲ減輕シテ輕懲役トス是レハ偽造行使ニシテハ盜用ナレハ犯罪自體ノ構成ニ於テ異ナル所アルカ故ナリ次ニ一般ニ未遂犯ノ場合ニ於テハ一等若クハ二等ヲ減ス即チ已遂ト未遂トハ其實事ヲ異ニスレハナリ從犯ノ場合ト雖モ亦同シク犯罪ノ事實自體ニ於テ正犯ト全ク異ナルモノナリ

第二ノ犯罪事實ノ狀況ニ關係ヲ有スルモ犯罪ノ性質ヲ變更セサル加重減輕ノ原因トハ例ヘハ酌量減輕ノ如キ是ナリ酌量減輕ハ如何ナル場合ニ於テモ犯人ノ罪責又ハ犯罪ノ性質ヲ毫モ變更セサルモノニシテ單ニ犯罪ノ狀況ニノミ關係ヲ有スル所ノモノナリ

又加減ノ原因ハ一般ノ加減ト特別ノ加減トニ區別スルコトヲ得ヘシ一般ノ加減トハ如何ナル犯罪タルト如何ナル犯人タルトヲ問ハス總テノ場合ニ適用スル加重又ハ減輕ノ原因ヲ云ヒ特別ノ加減トハ或種類ノ犯罪ニ付テノミ加重ノ原因ト爲リ若クハ減輕ノ原因ト爲ルモノヲ云フ

一般ノ加減ノ例ヲ舉クレハ再犯加重一般ノ宥恕減輕自首減輕酌量減輕從犯未遂犯ノ減輕等是ナリ故ニ此等ノ加重減輕ハ如何ナル犯罪ニ付テモ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ尤モ或例外ナキニ非ス例ヘハ自首減輕ノ如キハ一般ニ適用シ得ヘキモノナレトモ謀故殺罪ニ付テハ之ヲ適用シ得サルカ如キ

特別ノ加減ハ各本條ニ於テ規定スル所ニシテ枚舉ニ遑アラズ而シテ其各場合ニ限リテ加減シ得ルモノトス

加重又ハ減輕ノ數箇ノ原因カ併發シタル場合ニハ如何ナル方法ヲ以テ加重減輕ヲ爲スヤ一ノ原因ノ爲メ一等又ハ二等ヲ加ヘ或ハ一等又ハ二等ヲ減スルカ如キハ何等ノ困難ナシト雖モ同時ニ二以上ノ原因アル場合ニ付テハ法律ヲ以テ其方法ヲ定メ置カサルヘカラス何トナレハ其方法ノ如何ニ依リ被告ニ利害ノ關係アルモノナレハナリ重罪ノ刑ノ如キハ一見利害ノ關係ナキモノノ如シト雖モ決シテ然ラス例ヘハ死刑ノ場合ニ一等ヲ加ヘテ後一等ヲ減スルト一等ヲ減シテ後一等ヲ加フルトハ大ニ異ナル結果ヲ呈スヘシ即チ死刑ハ極刑ナレハ之ニ一等ヲ加フルモ尙ホ死刑ニシテ之ヨリ一等ヲ減セハ無期徒刑若クハ流刑ト爲ルヘシ之ニ反シテ減等ヲ先キニシ死刑ヨリ一等ヲ減シテ無期徒刑若クハ流刑ト爲シ之ニ一等ヲ加フルトキハ死刑ト爲ルヘシ又輕懲役又ハ輕禁獄ノ場合ニ於テモ若シ減輕ヲ先ニセハ其一等減ハ二年以上五年以下ノ輕罪ノ刑ト爲リ之ニ一等ヲ加フルモ二年六月以上六年三月以下ノ輕罪ノ刑タルニ過キス然ルニ加重ヲ先ニセハ之ニ一等ヲ加ヘテ重懲役又ハ重禁獄ト爲リ夫レヨリ一等ヲ減スレハ依然輕懲役又ハ輕禁獄ト爲ルヘシ尙ホ又加重ノ原因數多アル場

合ニ之ヲ併合シテ加フルト各別ニ加フルト減輕ノ原因數多アル場合ニ之ヲ併合シテ減スルト各別ニ減スルトハ其結果同シカラス是レ法律上此等ノ點ニ關シ規定ヲ要スル所以ナリ

現行刑法ノ規定ニ依レハ一般ノ原因ト特別ノ原因ト併發シタル場合ハ特別ノ原因ノ加減ヲ先ニスルモノトセリ故ニ例ヘハ二人共犯ノ竊盜ヲ犯シタル者再犯ナルトキハ二人共犯タル第三百六十九條ノ加重ハ特別ノモノニシテ再犯加重ハ一般ノモノナレハ先ツ二人共犯ノ爲メ一等ヲ加ヘ後チ更ニ再犯加重ノ爲メ一等ヲ加ヘサルヘカラス是レ前ニ述ヘタル如ク特別ノ原因ハ犯罪自體ニ付テ影響アルモノナルカ故ニ加重セラレタル所ノ刑カ即チ本刑ナレハナリ

此ニ注意スヘキハ從犯未遂犯ノ減等ハ素ト一般ノ減輕ナレトモ減輕ノ點ニ付キ法律ハ之ヲ以テ特別ノ減輕ト同一視シタルコト是ナリ其理由ハ從犯未遂犯ノ減等ハ犯罪事實ニ對シテ爲ス所ノ減輕ナレハナリ

次ニ特別ノ加減ノ原因二箇以上併合シタルトキハ如何ト云フニ此場合ニ於テハ通加通減ヲ爲スモノトス通加通減トハ二等三等ヲ通シテ加ヘ又ハ減スルコ

ト云フ故ニ第三百七十九條ノ二人共犯ノ強盜ニシテ兇器ヲ携帯シタルモノナルトキハ加重スヘキ特別ノ原因ニアリ而シテ此場合ニ於テハ一等ヲ加ヘタル後更ニ一等ヲ加フルモノニ非スシテ通シテ二等ヲ加フルモノナリ又銅貨ヲ變造スルノ情ヲ知テ房屋ヲ給與シタルモ變造已ニ成テ未タ行使セサルモノナルトキハ第三百八十五條ノ刑ヨリ減輕スヘキ特別ノ原因ニアリ而シテ此場合ニ於テハ一等ヲ減シタル後更ニ二等ヲ減スルモノニ非スシテ通シテ三等ヲ減スルモノナリ

一般ノ加減ノ原因カ併發シタルトキモ此方法ニ依リ加減スルモノナリ此事タルヤ加減順序ヲ規定シ第九十九條ニ明文ナシト雖モ刑法實施以來實際上ノ採用スル所ノ方法ナリトス

加減順序ニ付テ終リニ注意スヘキハ刑ヲ加重減輕スル場合ト雖モ監視ノ刑ハ加重若クハ減輕セサルコト是ナリ故ニ例ヘハ竊盜ノ刑ハ第三百六十六條及ヒ第三百七十六條ニ依リ二月以上四年以下ノ重禁錮六月以上二年以下ノ監視ナリト雖モ之ヲ加減スルニ當リテハ單ニ重禁錮ノ刑ノミヲ加減シ監視ノ刑ハ之

ヲ加減セス若シ之ヲ加減セハ違法ノ處分ト云フヘキナリ然レトモ附加罰金ハ主刑ト共ニ之ヲ加減セリ是レ第七十四條ニ於テ附加ノ罰金ハ主刑ニ從テ加減シ云云ト規定スル所ニシテ其反對論法ニ依リ附加刑ハ總テ主刑ニ從テ加減セサルモノナルコトヲ知ルニ足ルヘシ何トナレハ附加ノ罰金ノミ本條ニ依リ主刑ト共ニ加減セラルルモノナルヲ以テナリ

第七章 數罪併發

一人ノ者其犯シタル罪ニ付テ一度モ裁判ヲ受クルコトナク數個ノ罪ヲ犯シタルトキハ之ヲ數罪併發ト云フ故ニ甲ナル者アリテ昨年一月ニ竊盜ヲ爲シ二月ニ詐欺取財ヲ犯シ三月ニ毆打創傷罪ヲ行ヒ而モ之ニ付テ一度ノ判決ヲ受ケサルノ狀態ニ在ルトキハ數罪併發トシテ本章ノ規定ヲ適用スヘキモノトス而シテ數罪ハ同時ニ起訴セラルルコトアリ又各別ニ起訴セラルルコトアレトモ共ニ數罪併發ノ例ヲ用フルコトヲ妨ケサルナリ

先ツ數罪併發ニ要スヘキ條件ニ付テ説明スレハ數罪併發ニ付テハ二箇ノ條件

ヲ必要トス

第一 同一ノ者カ少クトモ二箇ノ犯罪ヲ爲シタルコトヲ要ス 故ニ繼續犯ニ付テハ數罪併發例ヲ適用スルコトヲ得ス何トナレハ繼續犯ハ其所爲又ハ意思カ或時間繼續スト雖モ畢竟一罪タルニ外ナラサレハナリ又實質上ノ一罪ノ場合ニ於テモ數罪併發ノ例ヲ用フルコトヲ得ス實質上ノ一罪トハ一ノ所爲ニシテ數箇ノ法條ニ觸ルル場合ヲ云フ例ヘハ證書ヲ偽造シテ詐欺取財ヲ犯シタル場合及ヒ第二百六條第三百二十四條第三百二十五條第三百三十五條ノ場合ノ如キ是ナリ

茲ニ注意スヘキハ私書ヲ偽造スル爲メ私印ヲ偽造又ハ盜用シタルトキハ一罪ナリヤ二罪ナリヤ是ナリ官ノ文書ヲ偽造スル爲メ官印ヲ偽造又ハ盜用シタルトキハ一罪ナルコトハ第二百六條ニ依テ明カナルカ故ニ此場合モ亦一罪ナルカ如シト雖モ刑法ハ之ヲ以テ一罪トセス即チ此場合ニハ第二百六條ノ如キ明文ナキヲ以テ二罪トシテ數罪併發ノ例ヲ適用セサルヘカラス是レ理論上解シ難シト雖モ明文ヲ缺ク結果此ノ如ク解セサルヲ得サルナリ又第二百八十九

條第二項ニ依リ監守盜ヲ爲ス爲メ官ノ文書ヲ増減變更シタルトキハ想像上ノ二罪ナルカ如シト雖モ是レ亦法文ノ解釋上數罪俱發ノ例ヲ適用セサルヘカラス

次ニ獨立シテ犯ストキハ一罪ヲ構成スヘキ所爲ナレトモ他ノ犯罪ト共ニ犯ストキハ單ニ法律上刑ヲ加重スヘキ情狀ト爲ルヘキ所爲ニ付テモ數罪俱發例ヲ用フルコトヲ得ス何トナレハ此場合ニ於テハ其所爲タル他ノ犯罪ノ一部ニシテ單ニ加重ノ原因ト爲ルニ過キサルモノナレハナリ例ヘハ第二百六十八條第三百八十條第三百八十一條第二百八十一條第二百八十二條第二項第四百十條ノ場合ノ如キ是ナリ

此要件ニ付テ尙ホ注意スヘキハ附帶犯ノ場合ニ於テモ亦數罪俱發ノ例ヲ用フル能ハサルコト是ナリ附帶犯ノ場合ニ於テモ犯罪ハ二個以上アリト雖モ此場合ニ在リテハ一人ノ者カ必スシモ二箇以上ノ犯罪ヲ爲シタルコトヲ要スルモノニ非ス數箇ノ犯罪アリテ其犯人ハ各異ナルモ附帶タルコトナキニ非ス然レトモ一人ニテ數多ノ罪ヲ犯シ其附帶犯ナル場合ニ於テハ附帶犯ノ規定モ適用スヘ

タ又數罪俱發ノ例モ適用スヘキモノナリトス

第二 他ノ犯罪ヲ犯ストキニ既ニ或犯罪ニ付テ確定判決ヲ受ケサルコトヲ要ス數罪俱發ノ成立ニハ必ス一人ノ者カ二以上ノ罪ヲ犯シタルコトヲ要ス是レ即チ第一ノ要件ナリ第二要件ハ之ヲ制限シテ其數罪カ總テ確定判決ヲ受ケサルコトヲ必要トスルモノナリ故ニ一人ノ者カ竊盜詐欺取財毆打創傷ノ三罪ヲ犯シタル場合ト雖モ其竊盜ヲ行フトキ既ニ詐欺取財毆打創傷ノ二罪ニ付キ確定判決ヲ經タルモノナルトキハ數罪俱發ニ非スシテ再犯ナリトス故ニ詐欺取財毆打創傷ノ罪ニ對スル刑ヲ受ケサルヘカラサルハ勿論竊盜罪ニ付テハ一等ヲ加重シタル刑ヲ受ケサルヘカラス再犯加重モ數罪俱發モ犯罪ノ數多アルコトハ同一ナレトモ其犯罪中已ニ確定判決ヲ受ケタルモノアルトキハ再犯加重ニシテ其犯罪カ總テ確定判決ヲ經サルトキハ數罪俱發ナリ是レ第二要件ノ必要ナル所以ナリ茲ニ注意スヘキハ或罪ニ付テ既ニ確定判決ヲ受ケタル者其後二箇以上ノ犯罪ヲ爲シタルトキ例ヘハ詐欺取財ニ付キ確定判決ヲ受ケタル後尙ホ官吏侮辱竊盜罪等二箇以上ノ罪ヲ犯シタルトキハ再犯加重及ヒ數罪俱發ノ

例ヲ適用セサルヘカサルコト是ナリ

數罪俱發ハ有形的ニ生スル場合アリ又無形的ニ生スル場合アリ一ヲ實體上ノ數罪俱發ト云ヒ一ヲ想像上ノ數罪俱發ト云フ實體上ノ數罪俱發トハ各所爲カ何レモ犯罪ヲ構成スルトキ即チ獨立セル數箇ノ犯罪アル場合ヲ云フ有形的ノ數罪俱發ニ時ヲ同シラスルモノアリ又時ヲ異ニスルモノアリ其時ヲ異ニスル場合ハ最モ明瞭ニシテ説明スルノ必要ナシ同時ニ發生スル場合ハ例ヘハ殺人罪ヲ犯スニ其使用シタルモノカ一ノ兵器ナル場合ニ於テハ殺人罪ト私ニ兵器ヲ所持シタル罪トノ二罪俱發ナリ又有形的數罪俱發ノ場合ニ其犯罪カ互ニ原因結果タルコトアリ例ヘハ竊盜ヲ爲スノ目的ヲ以テ放火ヲ爲シ且ツ竊盜ヲ有シタルトキノ如シ

次ニ無形的數罪俱發トハ所爲ハ一箇ニシテ數箇ノ犯罪ヲ包含スル場合ナリ例ヘハ一刀ノ下ニ二人ヲ斬殺シ或ハ彈丸一發ノ下ニ三人ヲ射殺シタル場合ノ如シ此等ノ場合ハ數人ヲ殺シタルカ故ニ所謂想像上ノ數罪俱發ニシテ其所爲タル素ト一箇ニ過キス故ニ學理上此場合ニハ數罪俱發例ヲ用フルコトヲ得サルナラス

ヘシト信ス然レトモ裁判例ニ於テハ數罪俱發例ヲ用フルコトト爲レリ其理由トスル所ハ人ノ身體ニ對スル罪ニ付テハ被害者毎ニ一罪ヲ構成スト云フニ外ナラス

次ニ再犯ニ在リテハ第一ノ罪ニ對スル刑ト第二ノ罪ニ對スル刑トハ其ニ之ヲ執行セサルヘカサルナルノミナラス尙ホ第二ノ刑ハ再犯加重ノ爲メ一等ヲ加ヘラルルモノトス然ルニ數罪俱發ノ場合ニ於テハ刑ヲ加重セサルハ勿論刑ヲ併科セサルヲ以テ原則トス數罪俱發ノ場合ニ於テハ犯人ニ對シ如何ナル刑ヲ科スヤトハ立法上ノ一大問題ナリト雖モ被告カ刑ヲ受クルニ付テハ再犯ノ場合ニ比シ差異ナカルヘカサルコトハ論ヲ俟タス此問題ニ付テハ從來二箇ノ極端ナル主義アリ第一說ハ數罪俱發ノ場合ニハ刑ヲ併科スルヲ以テ當然トスト云フモノニシテ犯罪三箇アレハ其三箇ノ罪ニ對スル刑ヲ各別ニ科スヘキモノトス之ヲ併科主義ト云フ第二說ハ數罪中最モ重キ罪ニ對スル刑ヲ科スヘシト云フモノニシテ所謂吸收主義ナリトス而シテ今日尙ホ併科主義ヲ正當ナリトスル論者ナキニ非ス理論上ヨリ云ヘハ併科スルヲ以テ正義ニ適ヘリト云フヲ得ヘキ

カ何トナレハ刑ハ惡事ニ對スル制裁ナレハ其惡事ノ數ニ應シテ之ヲ併科スルハ最も正當ナルカ如クナレハナリ又此說ヲ主張スル論者ハ曰ク若シ併科セザルトキハ一罪ヲ犯シタル者ハ恰モ惡事ヲ行フノ免許狀ヲ受ケタルト同一ニシテ夫レヨリ輕キ罪ナラハ何回之ヲ犯スモ社會ハ之ニ制裁ヲ加フルコト能ハス犯人ハ隨意ニ惡事ヲ行フニ至ルヘシト然レトモ反對ヨリ之ヲ考フレハ併科スルコトハ頗ル酷ナリトス何トナレハ被告人ニシテ十犯乃至二十犯アル場合ニ於テ之ニ對シ一刑ヲ科スルコトトセハ輕罪ノ刑ト雖モ非常ニ重キ刑ト爲リテ或ハ刑ノ性質ヲ變更スルコトナシトセス加之被告人ヲシテ數罪ヲ犯スニ至ラシムルハ一ハ社會ノ怠慢ナルニ因ル然ルニ自己ノ怠慢ヲ以テ被告ニ酷刑ヲ科スルハ不當ナラスヤ且ツ死刑無期刑ノ場合ニ於テハ之ニ他ノ體刑ヲ併科スルコト能ハサルニ非スヤ要スルニ併科主義ハ酷ニ失セリ故ニ併科ハ不可ナリトスルモ吸收シテ一ノ重キ刑ノミヲ科スルモ亦寬ニ失スルノ嫌アルカ故ニ之ヲ折衷スル所ノ說ナキニ非ス

現行刑法ハ原則トシテ吸收主義ヲ採リ數罪中一ノ重キ刑ノミヲ科スルモノト

シ例外トシテ罰金刑ノ如キ輕微ナル刑ニ付テハ併科スルコトナキニ非ス我刑法草案ハ折衷主義ヲ採リ煩雜ナル規定ヲ設ケタリ

現行刑法ハ併科主義ニ依ラスシテ吸收主義ヲ採用シタル結果數多ノ犯罪アルトキハ各犯罪ヲ比較シテ其輕重ヲ定ムルノ必要アリ而シテ重罪ノ刑ハ輕罪又ハ違警罪ノ刑ヨリ重ク輕罪ノ刑ハ違警罪ノ刑ヨリ重キコトハ説明ヲ要セスヲ明カナリ然レトモ種種ノ場合ヲ想像スルトキハ其輕重ヲ知ルニ困難ナル場合少カラス今其一二ノ例ヲ示サンニ例ヘハ竊盜罪ト刑法第二百六條ノ事件ト俱發シタルトキハ如何此場合ニハ數罪併發例ニ依ラスシテ之ヲ併科スヘキカ然ラサレハ孰レヲ重シトスルヤ

次ニ一ハ重罪ニシテ輕微役ニ該ル罪例ヘハ單純ノ強盜ヲ犯シタルモ酌量減輕ヲ爲シ一等ヲ減シテ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處スヘキモノト一ハ二人以上ノ竊盜ニシテ再犯ナルヲ以テ三月十三日以上六年三月以下ノ重禁錮ニ處スヘキモノト俱發シタルトキハ孰レヲ重シトスルヤ即チ罪質ヲ以テ論スヘキヤ刑期ヲ以テ論スヘキヤ其輕重ヲ知ルコト困難ナリ

重罪ニ付テハ刑期ノ長キモノヲ重シトシ刑期ノ同シキモノハ定役アルモノヲ重シトストアルカ故ニ重罪ノ刑ノ間ニ在リテハ第一死刑第二無期徒刑第三無期徒刑第四有期徒刑第五有期流刑第六重懲役第七重禁獄第八輕懲役第九輕禁獄ノ順序ニ從テ其輕重ヲ定ムヘキモノナリ然ラハ死刑ト死刑トノ場合ハ孰レヲ重シトスルヤ此問題ノ起ルハ重罪ニ付テハ刑ヲ標準トシテ其輕重ヲ定メタルカ故ニ罪ヲ同シウスルトキハ如何ト云フニ在リ尙ホ重罪ノ刑ノ中ニテ一ノ犯罪ハ輕懲役六年ニ相當シ一ハ輕禁獄八年ニ相當スルトキハ其孰レヲ重シトスルヤ是レ亦疑ナキ能ハス

次ニ輕罪ノ刑ノ間ニ於テ其輕重ハ如何ニ區別スヘキヤト云フニ所犯情狀最モ重キ者ヲ以テ重シトスト第一〇〇條第二項是レ裁判官ノ認定ニ依ルノ外ナキモノナリ輕罪ノ刑ニ付テハ法律ノ規定此ノ如シト雖モ之ニ付テモ亦疑問ナキニ非ス例ヘハ輕罪ノ刑ニテ一ハ重禁錮一ハ輕禁錮ノ刑ニ該ルトキハ孰レヲ重シトスルヤ定役ノ有無ヲ以テセハ重禁錮ヲ重シトセサルヘカラス又輕罪ニ於テ刑期ノ長短ヲ異ニスル罪俱發セハ孰レヲ重シトスルヤ或ハ附加罰金ノアル

モノトナキモノトノ間ニ於テハ孰レヲ重シトスルヤ又一ハ罰金ノ刑ニシテ一ハ禁錮ノ刑ナル場合ニ於テハ孰レヲ重シトスルヤ例ヘハ刑法第二百三十二條ノ犯罪ト竊盜罪ト俱發シタル場合ニ於テ裁判所カ官職詐稱ノ罪ヲ重シトシテ輕禁錮十五日罰金二圓ニ處シ又氏名詐稱罪ト竊盜罪ト俱發シ裁判所ハ氏名詐稱罪ヲ重シトシテ罰金五圓ニ處セリ此等ノ場合ニ於テ其裁判ハ正當ナル裁判ナルヤ或ハ法律ニ違背セル裁判ナルヤ之ニ付テハ既ニ判決例ノ存スル所ナリ刑法ハ輕罪ノ刑ニ付テハ所犯情狀最モ重キ者ヲ重シトスト規定セタルヲ以テ所犯情狀ノ如何ヲ見ルハ一ニ事實裁判官ノ職權内ニ屬スルモノナリ隨テ其罪ニ對スル刑ノ輕重明瞭ナルトキト雖モ其所犯ノ情狀如何ハ刑ニ依テ定マルモノニ非サルヲ以テ刑ハ如何ニ重キモ裁判官ニ於テ其所犯ノ情狀輕シト認定シタルトキハ如何トモスルコト能ハサルモノナリ

以上數罪俱發ノ要件及ヒ其處分ニ付キ講述セリ是ヨリ數罪俱發例ヲ用フルコトヲ得サル場合ニ付キ説明スヘシ數罪俱發ノ例ヲ用ヒストハ數罪中一ノ重キニ從ハスシテ各罪ニ對スル刑ヲ併科スルコトヲ謂フナリ其例外ノ場合ハ四

アリ

第一例外 違警罪ニ付テハ數罪併發ノ例ヲ用ヒスシテ一其刑ヲ科ス是レ第
百一條ノ規定スル所ナリ但シ違警罪ニシテ重罪又ハ輕罪ト俱發シタルトキハ
數罪俱發例ニ依ルハ勿論ノコトナリトス

第二例外 沒收並ニ徵價處分ハ之ヲ併科ス即チ總テ數罪俱發例ヲ用フヘキ犯
罪ナリト雖モ沒收又ハ徵價處分ハ之ヲ併科スルモノナリ例ヘハ竊盜證書偽造
及ヒ詐欺取財罪ヲ犯シタル者ヲ一ノ重キ竊盜罪ニ從ヒ重禁錮一年監視六月ニ
處分スル場合ニ於テハ竊盜罪ニ用ヒタル器具應禁物タル偽造證書及ヒ詐欺取
財罪ノ用ニ供シタル物件ハ總テ之ヲ沒收スヘキモノトス若シ此場合ニ於テ一
ノ重キニ從フモノトセハ偽造證書及ヒ詐欺取財ノ用ニ供シタル物件ハ之ヲ沒
收スルコトヲ得サルヲ以テ茲ニ第二ノ例外ヲ設ケ總テ之ヲ沒收スルコトト爲
シタルモノナリ各罪ニ付キ要シタル裁判費用ニ付テモ悉ク之ヲ徵收スルモノ
トス(第一〇三條)

茲ニ諸罰則中ニ規定セル追徵ノコトニ關シ一ノ疑問ヲ生ス追徵トハ沒收スヘ

キ物件ヲ犯人カ已ニ賣却シタルカ如キ場合ニ於テ其代金ヲ追徵スルコトヲ謂
フ而シテ茲ニ疑問ト爲ルヘキコトハ此追徵ノ刑ハ之ヲ併科スヘキヤ否ヤト謂
フニ在リ例ヘハ葉煙草專賣法ノ如キハ數罪俱發例ヲ用ヒサル旨ヲ規定セルカ
故ニ別ニ疑ナシト雖モ此ノ如キ規定ナキ税關法ニ背キ竊ニ外國品ヲ輸入シタ
ル者カ其他ニ竊盜詐欺取財罪等ヲ犯シタル場合ニ於テ裁判所カ竊盜ヲ重シト
シテ處分スルモ其外國品カ犯人ノ手ニ現存セハ之ヲ沒收シ得ルコトハ勿論ナ
リト雖モ若シ犯人カ其物品ヲ已ニ他人ニ賣却シタルトキハ其代金ヲ追徵スル
コトヲ得ヘキヤ否ヤ沒收ノ刑ヲ併科スル法律ノ精神ヨリ之ヲ推究スレハ代金
ヲ追徵スルハ沒收ニ代ハルモノナレハ追徵モ亦之ヲ併科セサルヘカラスト論
スル者ナキニ非スト雖モ刑法ハ此ノ如ク比附援引シテ解釋スルコトヲ許ササ
ル制限ノ法律ナルヲ以テ追徵ハ之ヲ併科スルコトヲ得サルモノナリト論セ
サルヘカラスト

第三例外 諸罰則中ニ於テ數罪俱發ノ例ヲ用ヒスト規定セル場合ニハ數罪俱
發例ヲ適用セス而シテ其罰則ハ概ネ刑ノ加重減輕等ノ場合ニ述ヘタル所ト同

一ナルヲ以テ茲ニ之ヲ再述セス今茲ニ前ニ示ササル所ノモノヲ掲ケレハ明治三十年法律第四十六號森林法第五十一條同二十八年法律第十三號古物商取締法第二十一條同二十八年法律第十四號質屋取締規則第二十四條其他明治二十九年法律第十五號航海獎勵法及ヒ同三十年法律第四十五號遠洋漁業獎勵法等ニ於テモ數罪俱發ノ例ヲ用ヒサルモノナリ而シテ其各罰則中ニ規定セル罪ヲ數度犯シタル場合ハ勿論諸罰則ニ規定セル罪ト刑法上ノ罪トヲ犯シタルトキモ亦數罪俱發例ヲ用フルコトヲ得サルモノナリ

第四例外 明治十五年以前ノ諸罰則ノ犯罪ニ付テモ數罪俱發例ヲ用ヒス是レ現行刑法施行ノ當時諸罰則處斷方ヲ以テ此等ノ諸罰則違反ニ付テハ刑法ノ再犯加重數罪俱發等ノ例ヲ適用スルコトヲ得ストノ規定アルニ由ルモノナリ數罪俱發ノ實際ニ現ハルルニ種種ノ場合アリ茲ニ先ツ其場合ヲ分チテ之ヲ説明セシ

第一ノ場合ハ數箇ノ犯罪發覺シ其裁判ヲ同時ニ爲ス場合ニシテ普通ニ最も多キ所ナリ此場合ニ於テハ刑法第百條ニ依リ一ノ重キニ從テ處斷スヘキモノトス

第二ノ場合ハ數罪カ變體ニ發スル場合ナリ例ヘハ或犯人竊盜及ヒ殺人罪ヲ犯シ其中ノ竊盜罪ニ付テノミ昨年十二月中ニ重禁錮一年監視六月ニ處セラレ其後本年ニ至リ殺人罪ノ發覺シタル場合ノ如シ此場合ニ於テハ如何ニ裁判ヲ爲スヘキヤ此場合ニ於テ昨年十二月重禁錮一年監視六月ニ處セラレタル竊盜罪ハ前發ノ罪ニシテ之ニ對スル刑ヲ前發ノ刑ト謂ヒ本年發覺シタル殺人罪ヲ餘罪ト謂フ此ノ如ク數罪カ變體ニ發シタルトキハ規則トシテハ後ノ事件ノ刑前ノ事件ノ刑ヨリ輕キカ或ハ等シキトキハ其罪ヲ論セス之ニ反シテ後ノ事件ノ刑前ノ事件ノ刑ヨリ重キトキハ之ヲ論シテ更ニ刑ノ言渡ヲ爲ササルヘカラス但シ前ノ事件ノ刑ヲ通算スヘキモノトス是レ畢竟吸收主義ノ原則ニ依リタルモノナリ而シテ死刑無期刑ノ場合ト雖モ前發ノ刑ハ必ス之ヲ通算セサルヘカラス是レ甚タ奇怪ナルカ如シト雖モ大赦又ハ特赦ニ因リ本刑ヲ減輕セラレタル場合ニ通算ノ利益ヲ生シ得ヘキヲ以テ故ニ死刑無期刑ニ於テ通算ノ利益ナルトシテ前發ノ刑ヲ通算セサル如キコトアラハ擬律ノ錯誤タルヲ免レサルモノトス

第二ノ場合ニ於テ尙ホ一ノ規則トシテ數罪中ニ於テ餘罪カ再犯ノ罪ト俱ニ發シタルトキハ其再犯ノ罪ト輕重ヲ比較シ一ノ重キニ從テ處斷スヘキモノトス例ヘハ前ニ竊盜及ヒ強盜罪ヲ犯シタル者其竊盜ニ付テハ一昨年十二月ニ於テ重禁錮一年監視六月ニ處セラレタルニ其裁判確定後再ヒ官吏侮辱罪ヲ犯シタリ然ルニ今年ニ至リ前ニ發覺セサル強盜ノ事件ト官吏侮辱罪ト俱發シタルトキハ如何ニ裁判ヲ爲スヘキカ前ニ述ヘタル規則ニ照シ之ヲ處分セハ強盜ノ刑ハ竊盜ノ刑ヨリ重キヲ以テ其重キ強盜ノ刑ヲ科シテ竊盜ノ刑ヲ通算スヘキモノナルモ此場合ニ於テハ再犯ノ官吏侮辱罪ト比較シ一ノ重キニ從テ處斷シ前發ノ刑ヲ通算セサルモノトス是レ被告ノ爲メ非常ニ不利益ナル規定ナリトス」

第二百二條第一項ノ行文ハ穩ナラサル所ナキニ非ス何トナレハ該條ニハ「一罪前ニ發シ已ニ判決ヲ經テ餘罪後ニ發シタルヲ以テ例ヘハ煩雜ナル詐欺取財罪ニ付テノ豫審中被告人カ官吏侮辱又ハ毆打創傷罪ヲ犯シ檢事ヨリ直ニ公判ヲ求メタルノ結果重禁錮一年ニ處スルノ判決ヲ受ケタリトセハ其後詐欺取財罪ノ裁判ヲ爲スニ當リテハ該條ニ依リ之ヲ處分スルコトヲ得サルカ如クナ

レハナリ然レトモ法律ノ精神ハ此ノ如キ場合ニモ亦本條ヲ適用スルニ在ルモノナレハ「發シ」ノ文字ニ重キヲ置クコトヲ得サルナリ畢竟スルニ本條ノ趣旨ハ一罪已ニ判決ヲ受ケ確定シタル後其判決確定前ニ犯シタル罪ノ判決ヲ爲ストキハ其輕キ若クハ等シキモノハ之ヲ論セス其重キトキハ更ニ之ヲ論シテ已ニ確定シタル判決ノ刑ヲ通算スヘシト謂フニ外ナラス

第二百二條第二項ニハ單ニ再犯ノ罪ト俱ニ發シタル者ハ云トアレトモ其再犯ト謂フハ獨リ二度目ノ犯罪ノミヲ指スモノニ非スシテ三犯四犯ト雖モ尙ホ此規定ニ依ルヘキヤ論ヲ俟タス尙ホ茲ニ注意スヘキハ前發ノ刑カ罰金、科料、ニシテ後發ノ刑カ禁錮ナルトキハ如何ニシテ之ヲ通算スルヤト云フニ罰金一圓ヲ禁錮一日ニ折算シテ之ヲ通算スヘキモノトス但シ此通算ヲ爲スニハ既ニ其罰金科料ヲ完納シタルコトヲ要スルモノナリ

本章ヲ終ルニ茲ニ數罪俱發ニ關シテ起ルヘキ種種ノ疑問ヲ掲ケテ之ヲ説明セシト欲ス

第一問題 或者カ竊盜強盜詐欺取財罪ヲ犯シ各罪ニ付キ各別ニ判決ヲ受ケタ

ル場合ニ於テハ其判決ハ如何ニ之ヲ執行スヘキヤ 刑法中之ニ關スル明文ナシト雖モ第百條ノ精神ニ則リ執行上一ノ重キ罪ニ該ル刑ヲ執行スルヲ以テ其當ヲ得タルモノト信ス

第二問題 竊盜強盜詐欺取財毆打創傷罪等數罪ヲ犯シタル者カ竊盜ニ付キ重禁錮一年詐欺取財及ヒ毆打創傷罪ニ付テモ各重禁錮一年ト云フカ如ク各別ニ判決ヲ受ケ其判決確定ノ後強盜ノ罪發シタルトキハ通算スヘキ前發ノ刑ハ何レノ刑ナリヤ 此問題ニ付テハ單ニ竊盜ノ刑ノミヲ通算スヘキモノナリト論スル者ナキニ非スト雖モ此場合ニ於テハ前發ノ刑ノ總テヲ通算スルヲ以テ其當ヲ得タルモノト信ス何トナレハ前記竊盜詐欺取財毆打創傷強盜罪等ニ付テハ同時ニ判決ヲ爲スヘキモノナルモ其發覺セサル爲メ各別ニ裁判ヲ爲シタルモノナレハ吸收主義ノ原則ニ則リ其數罪中一ノ重キモノニ對スヘキ相當ノ刑ヲ執行セサルヘカラサルヲ以テナリ

第三問題 數箇ノ餘罪アルトキハ裁判所ハ如何ナル裁判ヲ爲スヘキヤ 此場合ニ於テハ一罪毎ニ第百二條第一項ニ依リ前發ノ刑ト比較シテ其輕重ヲ定メ

餘罪カ總テ前發ノ罪ヨリ輕キトキハ之ヲ論セス前發ノ罪ヨリ重キモノニ箇以上アルトキハ更ニ第百條ニ依リ一ノ重キニ從テ處斷シ前發ノ刑ヲ通算スヘキモノトス

第四問題ハ例ヘハ竊盜罪ト詐欺取財罪トヲ犯シタル者一昨年中詐欺取財罪ニ付キ重禁錮一年罰金五圓監視六月ノ判決ヲ受ケ其判決確定後再ヒ毆打創傷罪ヲ犯シタルニ因リ昨年中重禁錮六月ノ判決ヲ受ケ其判決確定後今年ニ至リテ詐欺取財罪ヲ犯シタルノ當時ニ犯シタル竊盜罪發覺シタリトセハ此竊盜罪ヲ裁判スルニ當リテハ如何ナル裁判ヲ爲スヘキヤ即チ第百二條第二項ニ依ルヘキヤ或ハ其他ニ依ルヘキモノナリヤ 此問題ニ關シテハ左ノ三說アリ

第一說ニ依レハ此場合ニハ第百二條第二項ニ依ルヘキモノニ非スシテ第一項ニ依ルヘキモノナリ即チ竊盜ヲ詐欺取財罪ト比較シ其輕ク若クハ等シキトキハ之ヲ論セス重キトキハ更ニ之ヲ論シテ詐欺取財罪ノ刑ヲ通算スヘキ何トナレハ第百二條第二項ニハ再犯ノ罪ト俱ニ發シタル者ハ云云トアルヲ以テ該規定ハ再犯ノ罪ト俱ニ發シタル場合ニノミ適用スヘキモノニシテ本問ノ如キ再

犯ノ判決確定後ニ於テハ之ヲ適用スルヲ得サルカ故ニ第一項ノ規定ニ從ヒ之ヲ處分セサルヘカラスレハナリト謂フニ在リ

第二說ニ於テハ之ニ反シテ第二百二條第二項ニ依リ再犯ノ罪ト比較シ其輕タ若クハ等キトキハ之ヲ論セス重キトハ更ニ之ヲ論シテ再犯ノ罪ニ對スル刑ヲ通算セサルヘカラスト其理由ハ餘罪後ニ發シテ重キトキハ之ヲ論シテ前發ノ刑ヲ通算シ其輕タ若クハ等キモノハ之ヲ論セストノ規則ハ數罪併發例ノ一ノ變體ナルカ故ニ單純ナル餘罪ハ第二百二條第一項ニ依ラサルヘカラスト雖モ再犯ノ罪ト共ニ發シタルトキハ餘罪ト再犯ノ罪トノ關係ハ數罪併發ニ外ナラス即チ餘罪ト再犯ノ罪トヲ比較スルコトハ畢竟第百條ノ原則ノ適用ニ外ナラサルカ故ニ再犯ノ判決確定後ニ至リ餘罪カ發覺シタルトキハ則チ再犯ノ罪ノ餘罪ナルヲ以テ之ト比較シテ其處分ヲ爲ササルヘカラスレハナリト謂フニ在リ

第三說ニ於テハ初犯ノ刑ト再犯ノ刑ト合算シタルモノト其輕重ヲ比較シ之カ處分ヲ爲ササルヘカラスト故ニ前例ニ於テハ詐欺取財ト毆打創傷罪トノ刑ヲ合セタル重禁錮一年六月罰金五圓監視六月ト餘罪タル竊盜ノ罪トヲ比較シ其輕

ク若クハ等シキトキハ之ヲ論セス重キトキハ之ヲ論シテ前發ノ刑ヲ通算スルモノトス右ハ畢竟餘罪ニ對シテハ詐欺取財ノ刑モ毆打創傷ノ刑モ共ニ前發ノ刑ナレハ之ヲ合算セテ第二百二條第一項ノ規定ヲ適用セサルヘカラストノ理由ニ基クモノナリ然レトモ此說ハ探ルニ足ラサルカ如シ何トナレハ餘罪カ再犯ノ罪ト俱ニ發シタルトキハ前發ノ刑ハ之ヲ通算セサルモノナルニ其判決後ニ餘罪ノ發シタル爲メ初犯ノ刑ニ至ルマテ之ヲ通算スヘシトノ理由生セサルヲ以テナリ

大審院ノ判決例ニ於テハ從前ハ第二說ヲ採用シタルモ其後第一說ヲ採用スルコトト爲リ今日モ尙ホ此說ヲ採用セリ然レトモ學說トシテハ第一第二說何レヲ可トスヘキヤ一ノ疑問ニ屬ス

第五問 數箇ノ餘罪カ再犯ノ罪ト俱ニ發シタルトキハ如何ニ之ヲ處分スヘキカ 此問題ニ付テハ始ニ先ツ第二百二條第二項ニ照シテ數箇ノ餘罪ト再犯ノ罪トノ輕重ヲ比較シテ一ノ重キニ從テ處斷スヘキモノトス故ニ若シ餘罪カ再犯ノ罪ヨリモ輕キカ若クハ等シキトキハ再犯ノ罪ヲ重シト爲シ之ニ從テ處斷シ

餘罪ノ重キトキハ更ニ第百條ヲ適用シテ餘罪中一ノ重キ罪ヲ以テ處斷セサルヘカラス 第百二條ハ餘罪カ唯一箇ノミ發シタル場合ヲ想像シテ規定シタルモノニシテ數箇ノ餘罪ノ發シタル場合ヲ規定セサルモ理論上當ニ此ノ如ク解釋セサルヘカラス

第六問 餘罪一箇ニシテ再犯ノ罪數箇アルトキハ其處分如何 本問モ亦第五問ト同一ノ論理ニ據リテ決定セサルヘカラス故ニ第百二條第二項ニ依リ先ヲ輕重ヲ比較シ再犯タル數箇ノ犯罪ヨリモ餘罪重キトキハ餘罪ヲ以テ論シ再犯ノ罪重キトキハ再犯ノ罪ニ從ヒ第百條ヲ適用シテ處斷セサルヘカラス

第七問 數箇ノ餘罪中再犯ノ罪ヨリモ重キモノト輕キモノトアリ又再犯中ニ餘罪ヨリモ重キモノト輕キモノトアル場合ニハ如何ニ之ヲ處分スヘキカ 此場合ニ於テモ亦始メニ第百二條ニ依リ輕重ヲ比較シ後更ニ第百條ニ依リ輕重ヲ比較シ一ノ重キニ從ヒ處斷セサルヘカラス

第八問 一人ノ被告人カ數箇ノ犯罪ヲ爲シ其犯罪ニ付テ各別ニ判決ヲ受ケタルトキハ其處分如何 之ニ付キ別ニ何等ノ明文ナシト雖モ執行官ハ第百條ノ

趣旨ニ從ヒ之ヲ處分スヘキモノトス然ルニ若シ數箇ノ犯罪カ第百二條第二項ノ規定ニ依ルヘキ場合ニ於テ初犯ナリトシテ判決ヲ受ケタルトキハ其處分ハ如何ニスヘキヤ

此點ニ付テハ多少ノ議論アルヘキモ執行官ハ總テノ判決ヲ執行セサルヘカラス蓋シ是レ純然タル再犯ナルヲ以テ數罪俱發例ニ依ルヘキモノニ非サルコトハ理ノ當然ナレハナリ

第九問 被告人カ數箇ノ犯罪ヲ爲シタルニ其犯罪ニ付キ同時ニ公訴起リ同時ニ其判決ヲ受ケタルニ其判決中ノ一罪ニ付キ被告ヨリ控訴シタルトキハ如何ニ處分スヘキカ即チ控訴審ハ第百條ニ依ルヘキヤ或ハ又第百二條ニ依ルヘキヤ 此問題ハ甚タ困難ナルモノニシテ其實例モ亦區區ニ出テ一定スル所ナシ今第百條ヲ適用スヘシト爲ス說ト第百二條ニ依ルヘシト爲ス說ノ要領ヲ擧ゲシニ第百二條ニ依ルヘシトノ說ハ第一審ニ於テ數箇ノ犯罪ニ付キ判決ヲ受ケタルニ被告人カ其中ノ一犯罪ニ付キ控訴シタルトキハ他ノ犯罪ニ付テハ第一審ノ判決已ニ確定シ單ニ一罪ニ付テノミ事件カ控訴審ニ繫屬スルヲ以テ數箇

ノ確定シタル判決ノ刑ハ餘罪ノ刑ト通算スヘシト謂フニ在リ之ニ反シテ第百條ニ依ル說ハ第一審判決中縱令一箇ノ犯罪ニ付テ控訴スルモ此場合ニ於テハ判決全部ニ對シ控訴アリタルモノナレハ全部控訴審ニ繫屬スヘキカ故ニ其結果數罪俱發例ヲ適用セサルヘカラスト謂フニ在リ

從來我大審院ノ判決例ニ於テハ第一說ヲ採用シタリシカ明治三十二年四月ノ頃ニ至リ聯合判決ニ於テ第二說即チ第百條適用說ヲ採用スルコトニ變更セラレタリ

第八章 數人共犯

犯罪ハ多クハ一人ニシテ一罪ヲ犯スラ常態トス然レトモ其變態ニテ時トシテハ數人相集リテ一罪ヲ犯スコトアリ此場合ニ加功シタル各犯罪人ニ付テノ責任ハ其數人カ各平等ナルコトアルヘク或ハ又等級アルコトアルヘシ隨テ其刑ニ付テモ輕重ナカルヘカラス故ニ法律ニ於テモ亦特別ノ規定アルコトヲ要ス之ニ於テカ數人共犯例ヲ設ケタリ又學理上ニ於テモ數人共犯ニ付テハ第一犯

罪加功ノ條件第二、犯罪ニ加功シタル所爲ノ區別種類第三、犯罪加功ノ程度ニ相當スヘキ所ノ刑ノ適用ノ三段ニ區別スルコトヲ得ヘシ

右ノ三點ヲ説明スルニ先テ茲ニ一言スヘキハ數人共犯ニ類似シテ然ラサルモノアリ即チ犯罪ノ種類ニ由ルモノ是ナリ例ヘハ兇徒聚衆賭博有夫姦ノ如キハ罪質上數人集合シテ行動スルコトヲ要ス換言スレハ犯罪人ノ數人アルコトハ犯罪ノ要素ナリ然ルニ數人共犯ハ性質上一人ニテ爲シ得ヘキ犯罪ヲ數人ニテ爲ス場合ヲ指稱スルモノナリ

第一 犯罪加功ノ條件 犯罪ニ加功シテ罪ト爲ルニハ左ノ條件ヲ要ス

(一) 有形ノ要素及ヒ無形ノ要素アルコトヲ要ス 此要素カ犯罪ノ成立ニ必要ナルコトハ前段犯罪構成ノ部ニ於テ詳述シタル所ナリ而シテ茲ニ加功ト謂フハ犯罪ノ實行ニ加ハルコトノミヲ謂フニ非ス有形ノ要素タル加功ハ廣義ニ解セサルヘカラス即チ教唆者ノ所爲又ハ從犯者ノ所爲ハ實行者ト共同シテ實行セサルモ有形ノ要素アルモノナリ故ニ積極的行爲ナクシテ犯罪ノ加功アリト謂フコトヲ得ス然レトモ其積極的行爲ハ必スシモ他ノ共犯者ト同一行爲タル

コトヲ要セス。其情ナキハ常ニ知情ナシト謂フコトヲ得ス。然ルニ知情ノ有無ハ必ス判
無形ノ要素ヲ解剖スレハ知情ト意思トヲ包含ス。知情トハ畢竟罪ヲ犯スコトヲ
知リテ而シテ加功スルヲ謂フ意思トハ知情ノミナラス其人ヲシテ罪ヲ犯サシ
ムルノ心意アルコトナリ。是ヲ以テ知情ナキトキハ常ニ意思ナカルヘシ。然レト
モ亦意思ナキトキハ常ニ知情ナシト謂フコトヲ得ス。然ルニ知情ノ有無ハ必ス判
文上ニ表示スルノ必要ナキモ或場合ニハ之ヲ表示スルコトヲ要スルコトアリ
例セハ從犯ノ如キ場合ニハ必ス之ヲ明記スルコトヲ要ス。或ハ又之ヲ明記セサ
ルモ自ラ明カナル場合アルヘシ。例ヘハ實行正犯ノ共犯ノ如キハ即チ情ヲ知リ
テ加功シタル者タルコトハ自ラ明瞭ナリ。尙ホ進ミテ説明スヘキハ知情ノミ
アリテ意思ナキトキハ犯罪ヲ構成セス如何トナレハ知情ノミニテハ犯罪ノ加功
ト謂フコトヲ得サレハナリ。然レトモ實際上ニ於テハ此ノ如キ場合ニハ意思
アリトノ認定ヲ受ルコトアルヘキモ其反對ヲ立證スルコト頗ル難カラシ
實行正犯者ノ意思ト犯罪加功者ノ意思ト合致セサルトキハ其犯罪ハ成立スル
ヤ否ヤ嚴正ニ論スルトキハ其意思カ祖語スルヲ以テ隨テ無形ノ要素ヲ欠缺シ

犯罪ヲ構成セス。ト爲スコト正當ナルヤモ知ルヘカラスト雖モ現行刑法第百八
條ニ於テハ之ヲ加功者トシテ罰セタリ。同條ニ曰ク「犯人教唆ニ乘シ其指定シタ
ル以外ノ罪ヲ犯シ又ハ其現ニ行フ所ノ方法教唆者ノ指定シタル所ト殊ナル時
云云」故ニ縱令教唆者ト被教唆者タル實行正犯者ト意思ノ齟齬シタルトキト
雖モ之ヲ共犯トシテ罰スルコトハ疑ヲ容ルヘカラス。唯其刑責ニ付テノミ特例
ヲ設ケラレタリ。

(二) 犯罪ニ加功シタルコトヲ要ス。若シ或行爲ニ加功シタリト雖モ其行爲ニシ
テ犯罪ト爲ラサル場合ニハ共犯ト爲ルコトナシ尤モ其犯罪ハ法律上罰スルコ
トヲ得ル犯罪ナレハ足レリ。故ニ既遂犯ノ場合ハ勿論未遂犯ノ場合ト雖モ之ヲ
加功シタルトキハ共犯ト爲ル又或特別ノ場合ニ於テハ豫備ノ所爲ト雖モ之ヲ
罰スルコトアリ(第一〇五條第一〇九條)此場合ニ於テ豫備ノ所爲ニ加功シタル
者ハ其犯タリ然ルニ第百五條ノ法文ハ既遂ノ場合ノミヲ規定シタルカ如キ感
アルモ該條ニ重罪輕罪トアルハ既遂ト未遂ト豫備トヲ問ハス苟モ法律上犯罪
行爲ト認メラルモノハ總テ之ヲ包含スルモノト解釋セサルヘカラス。

茲ニ疑問ノ存スルハ教唆者カ教唆後被教唆者ノ犯罪實行以前ニ於テ前非ヲ悔
ヒ其意思ヲ變更シ且ツ其實行ヲ防止スル行爲アリタルトキハ其責任ハ如何ト
謂フニ在リ被教唆者カ實行ニ著手スル前ニ犯意ヲ中止スレハ既ニ犯意ナキモ
ノナルカ故ニ縱令其結果ヲ生スルモ刑責ナシト論スルコトヲ得ルカ如シ然レ
トモ教唆罪ハ被教唆者ニ犯罪ノ決意ヲ爲サシメタルコト即チ主動力ヲ罰スル
モノナルヲ以テ其決意後實行前ニ犯意ヲ翻シ悔悟ノ念ヲ生スルモ既ニ原因ア
リ結果アル以上ハ刑法上之ヲ不問ニ付スルコトヲ得サルヘシ又從犯モ一度豫
備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ノ實行ヲ容易ナラシメタルトキハ其後縱令
實行ヲ防止スル行爲アリトスルモ已ニ業ニ原因結果ノ生シタル場合ニ於テハ
是レ亦其實ヲ免ルルコトヲ得スト論決セサルヲ得ス

(三)加功シタル犯罪カ重罪輕罪タルコトヲ要ス 此點ニ付テハ第五條及ヒ第
百九條ニ於テ明カニ規定スル所ナリ故ニ違警罪ニ付テハ教唆及ヒ從犯ノ罪ハ
成立セス其理由ハ蓋シ違警罪ハ其罪質甚タ輕微ナルモノナレハ之ヲ罰スルノ
必要ナシト認メタルモノナラン

第二 犯罪ニ加功シタル所爲ノ區別 數人カ集合シテ一箇ノ犯罪ヲ爲シタル
トキハ其各犯人ノ行爲ハ同一ナルコトアリ或ハ不同一ナルコトアリ例ヘハ數
人共犯ノ場合ニ一人ハ其犯罪實行ノ手段方法ヲ企圖シ他ノ一人ハ之ヲ實行ス
ルカ如シ故ニ共犯ノ範圍ハ之ヲ定ムルコト頗ル困難ナリ之ヲ以テ或ハ曰ク正
犯ハ犯罪行爲ヲ實行シタル者又ハ直接ニ其實行ニ關係シタル者ナリト之ヲ例
セハ竊盜ノ目的ヲ以テ共犯者中ノ一人ハ他人ノ家屋ヲ毀壞シ(直接ニ其實行ニ
關係シタル者)他ノ一人ハ金品ヲ竊取犯罪ノ實行者(シタルカ如シ或ハ又正犯ハ
犯罪ノ著手又ハ其成立若クハ成就ニ關係スル者ヲ指スト謂ヘル者アリ然ラハ
實行正犯ノ範圍ハ如何ト謂フニ實行正犯ニハ共謀ヲ必要トス然ルニ現行刑法
第四百條ニ二人以上現ニ罪ヲ犯シタル云云トアリテ共謀ハ之ヲ要セサルカ如
キ感アリ如何トナレハ現實犯罪ヲ爲ス時ニ二人以上ナレハ意思ノ共通アル場
合ハ勿論偶然ノ場合ト雖モ俱ニ共犯タルヲ妨ケサルカ如ク法文上解釋シ得ヘ
キヲ以テナリ然レトモ犯意ノ共通ナキニ共犯アルノ條理ナシ蓋シ通謀ナキト
キハ一ノ犯罪ニ非スシテ二箇獨立ノ犯罪ナルヲ以テナリ

教唆、正犯、從犯ノ三箇ニ付キ分説スルニ先チ茲ニ此三者ノ異同ヲ摘示スヘシ

教唆犯ト正犯及ヒ從犯ト同一ナル點ハ次ノ如シ

(イ) 公訴ノ時効ハ起訴豫審又ハ公判ノ手續アリタルニ因リ中斷セラル故ニ時効中斷ノ手續アリタルトキハ其手續ヲ受ケタル被告人ノミナラス他ノ正犯、從犯、教唆者ノ未タ發覺セサルトキト雖モ其中斷ノ效力ヲ及ホスモノナリ(刑事訴訟法第一條)

(ロ) 裁判管轄ニ付テ從犯ハ正犯ヲ管轄スル裁判所ヲ以テ其管轄ト爲ス(刑事訴訟法第二八條)

教唆犯ト正犯ト異ナル點ハ次ノ如シ

(イ) 實行正犯ハ教唆ナキモ成立ス之ニ反シテ教唆罪ハ實行正犯ノ成立シタル場合ニ非サレハ成立スルコトナシ換言スレハ教唆罪ハ獨立シテ成立スルコトヲ得サルモノナリ

(ロ) 實行正犯多數アル場合ニ於テハ法律上刑ヲ加重スレトモ教唆者ハ無形ノ共犯ナレハ之ヲ算入シテ多數ト爲シ刑ヲ加重スルコトヲ得ス

正犯ト從犯トノ異ナル點ハ次ノ如シ

(イ) 正犯ノ罪成立セサレハ從犯ノ罪ハ成立セス之ニ反シテ正犯ノ罪ハ從犯ノ罪成立セサルモ獨立シテ成立スルコトヲ得ヘシ

(ロ) 法律上正犯ノ多數ニ因リテ刑ヲ加重スル場合ト雖モ從犯ヲ算入シテ多數ト爲スコトヲ得ス

(ハ) 從犯ノ受クヘキ刑ハ正犯ノ刑ヨリ一等ヲ減セラル

(一) 教唆 一人カ犯罪ヲ爲サンコトヲ發意シ他ノ一人之ヲ實行シタル場合ニ其發意者カ實行者ニ決意ヲ爲サシメ以テ罪ヲ犯サシメタルヲ教唆罪ト謂フ故ニ教唆者ハ自身ニ犯罪ヲ實行セサルヲ以テ實行者ヨリモ其犯情輕キカ如キ威ナキニ非ス是ヲ以テ佛國刑法ニ於テハ教唆者ヲ以テ從犯ト爲シタリ然レトモ教唆者ハ實際實行正犯ヨリモ犯情重キモノナリ例ヘハ博徒ノ親分カ子分ヲ教唆シテ犯罪ヲ實行セシムルカ如ク普通威權ヲ有スル者ト威權ニ服スル者トノ間ニ教唆ハ行ハルモノナリ故ニ現行刑法ニ於テハ之ヲ正犯ト看做シ同一ニ處分セリ而シテ教唆者ヲ以テ正犯ト爲シタルハ其性質ノ實行正犯ト同一ナリ

トノ法意ニ非スシテ唯其刑責ノミ正犯者ト同一ナラシメタルニ過キス茲ニ教唆罪ノ成立ニ要スル條件ヲ舉クレハ次ノ如シ

(イ)人ヲ教唆シタルコトヲ要ス 總テ犯罪ノ主體ハ人類タルヲ要スルコトハ言フ埃タス故ニ若シ被教唆者カ人類ニ非サレハ教唆罪ヲ構成スルコトナシ然ラハ精神病者即チ白痴癡癲者等ヲ教唆シタルトキハ教唆罪成立スルヤ否ヤハ或ハ之ヲ教唆罪ニ非スシテ實行正犯ナリト論スル者アリト雖モ其犯罪ハ實行者刑法上ニ於テ罪責ナキハ人類ト看做ササルノ故ニ非スセテ他ニ特別ノ理由アリテ然ルモノナリ左レハ實際教唆ヲ受ケタルニ因リ犯罪ヲ實行シタル以上ハ無論人ヲ教唆シタル者ナルカ故ニ教唆罪ハ成立スルモノナリ

教唆ノ方法ニ付テハ佛國刑法ハ之ヲ規定シテ贈與又ハ強迫威嚇シテ爲サシメタル場合ト爲セリ然ルニ我刑法ニハ何等ノ規定アルナシ故ニ言語文章若クハ手似其他如何ナル手段方法ヲ以テ教唆ヲ爲スモ毫モ妨ケナシト謂ハサルヲ得ス然ラハ犯罪ヲ爲スコトヲ注意シタルトキハ教唆罪成立スルヤ否ヤ其注意ノ結果決意シテ犯罪ヲ爲シタルトキハ教唆罪ハ成立スヘシ何トナレハ教唆ノ方

法如何ヲ問ハサルヲ以テ實際注意カ犯罪ノ主動力ヲ爲シタルモノナレハ其教唆罪ヲ構成スルハ勿論ノコトナレハナリ若シ又利行ノ文書若クハ公然ノ演說ニ依リテ隱然教唆ヲ爲シタルトキハ之ヲ教唆罪トシテ罰スルコトヲ得ルハ此問題ハ現行刑法上ニ於テハ頗ル困難ナルモノナリ尤モ出版法、新聞紙條例及ヒ治安警察法等ニ於テ風俗ヲ紊亂シ又ハ秩序ヲ害スヘキ所爲アルトキハ之ヲ處罰スルノ規定アルヘシト雖モ刑法ハ特定ノ人ヨリ特定ノ人ニ對スル教唆ノミヲ規定セルノミナラス刑法草案ニハ利行ノ文書公然ノ演說ニ依リ爲シタル教唆ヲ罰スルノ明文アリタルヲ削除シタルノ點ヨリ觀ルモ教唆罪トシテ之ヲ罰スルコトヲ得サルカ如シ

(ロ)重罪、輕罪ヲ犯サシムルコトヲ要ス 前ニ一言セシ如ク教唆罪ハ重罪、輕罪ヲ教唆シタル場合ニ限リ成立ス故ニ違警罪ニ付テハ教唆罪ナルモノアルコトナシ是レ其罪質ノ輕微ナルカ故ナリ

茲ニ疑問ノ存スルハ教唆者ノ教唆者又ハ從犯ノ從犯ヲ罰スルコトヲ得ルヤ否ヤ第百五條ヲ立論ノ根據トスル者ハ人ヲシテ重罪、輕罪ヲ犯サシメタル者ハ教

唆罪ナリ然ラハ教唆者ノ教唆者モ亦重罪輕罪ヲ教唆セシメタルヲ以テ同シク教唆罪トシテ罰スルコトヲ得ヘク又從犯モ同一ノ論法ニ依リ第百九條ヲ根據トシ從犯ヲ幫助シテ其行爲ヲ容易ナラシメタルトキハ是レ亦從犯トシテ罰スヘキモノト爲セリ然レトモ法律上犯罪ト認ムル所ノ所爲自體ヲ教唆シ又ハ幫助シタル場合ノミヲ教唆又ハ從犯トシテ罰シ本問ノ場合ノ如キハ之ヲ罰セザルコトハボアソナード氏ノ刑法草案ヲ觀ルモ明カナリ尤モ新刑法草案ニ於テハ之ヲ罰スルコトト爲シタリ

(二) 共犯 二人以上共ニ犯罪ヲ爲シタル者ヲ共犯ト謂フ故ニ二人以上ノ者カ直接ニ犯罪ニ加功シタルトキハ共犯タルヤ毫モ疑ナシ然レトモ共犯ハ此ノ如ク狹義ニ解スルコトヲ得ス即チ縱令犯罪行爲ノ自體ニ直接關係セサルモ犯罪實行ト同時ニシテ且ツ分離スルコトヲ得サル所ノ行爲ヲ爲シタルトキモ亦共犯ト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ前ニ例示シタルカ如ク竊盜ヲ爲サンカ爲メニ一人カ門戶牆壁ヲ解放損壞シ他ノ一人ハ金品ヲ竊取シタルトキハ其行爲ハ同一ニ非サルモ共犯ト謂フヘシ何トナレハ其門戶牆壁ヲ解放損壞スルハ竊盜罪

實行ト同時ニシテ且ツ分離スルコトヲ得サル行爲ナレハナリ但シ外觀上ニ於テハ犯罪ノ實行ヲ幫助スルカ如キ行爲ハ從犯ナルカ如キモ敢テ然ラス蓋シ從犯ハ犯罪ノ實行前ニ幫助スル者換言スレハ豫備ノ行爲ヲ以テ犯罪ヲ幫助スルモノナルモ犯罪ノ實行ヲ幫助スルハ犯罪ノ成就ニ缺クヘカラサル必要ノ行爲ナルヲ以テ普通ノ共犯ト謂ハサルヘカラス畢竟スルニ共犯ハ常ニ廣ク觀察セサルヲ得サルナリ

然レトモ右ノ原則ニ付テハ刑法上異例ナキニ非ス今其重ナルモノヲ舉クレハ第三百六條ニ二人以上共ニ人ヲ毆打スルニ當リ自ラ人ヲ傷セスト雖モ幫助シテ傷ヲ成サシメタル者ハ現ニ傷ヲ成シタル者ノ刑ニ一等ヲ減スト規定シ共犯ヲ從犯ト同一ノ地位ニ在ラシメタリ然レトモ其從犯ニ非サルコト明カナリ何トナレハ犯罪ノ實行ヲ幫助シタル者ナレハナリ又前述ノ論法ヲ以テスルトキハ疑モナク共犯タルヘキモ之ニ同一ノ刑罰ヲ科セサルヲ以テ觀レハ共犯ノ一

除外例ト謂フヘキナリ

次ニ第三百二十條ニ於テ人ヲ教唆シテ自殺セシメタル者又ハ囑託ヲ受ケテ自

殺人ノ爲メニ手ヲ下シタル者其他自殺ヲ補助シタル者ヲ罰スルモ元來自殺者ニ對シテ何等ノ犯罪ヲモ構成スヘキモノニ非ス故ニ之ヲ教唆又ハ補助者トシテ罰スルハ妥當ナラサル所アリ立法者ニ於テモ本條ノ犯罪ヲ以テ教唆又ハ共犯ノ罪ヲ構成スルモノト思料シタルモノニハ非ス偶々教唆等ノ文字ヲ用ヒタルニ外ナラサルナリ

又第四百四十六條及ヒ第四百四十七條ニ於テ囚徒逃走者ヲ補助シタル者ニハ逃走者ヨリモ重刑ヲ科シタリ是レ純然タル從犯ナルニ拘ラス茲ニ特例ヲ設ケシハ囚徒カ逃走セント欲スルハ普通ノ人情ニシテ深ク之ヲ咎ムヘカラスト雖モ補助者ハ外部ニ在リテ其逃走ヲ容易ナラシムルヲ以テ社會ノ公安ヲ害スルコト甚シケレハナリ右例外ノ場合ニ於テハ各本條ノ規定ニ從ハサルヘカラスト

(三) 從犯 從犯トハ犯罪豫備ノ所爲ニ加功セタル者ヲ謂フ之ヲ詳言スレハ從犯モ亦犯罪ノ實行ヲ容易ナラシムヘキ行爲ナリト雖モ犯罪實行ノ一部ト謂フコトヲ得シテ實行前ニ於テ準備ノ所爲ヲ以テ犯罪ヲ補助スル者ナリ元來一人カ犯罪ヲ爲スニ當リテハ豫備ノ所爲ハ之ヲ罰セサルヲ以テ原則ト爲ス然レニ

從犯ノ所爲ハ豫備ノ所爲ナルニ拘ラス正犯者カ從犯ノ補助ノ所爲ニ依リ犯罪ヲ爲シタルトキハ從犯ヲ罰シタリ而シテ法律ハ從犯ノ所爲ヲ三箇ニ區別セリ(イ)器具ヲ供與スルコト即チ犯罪實行ニ必要ナル器具ヲ正犯者ニ付與スルニ在リ(ロ)誘導指示スルコト是レ犯罪ノ方法ヲ指示スルモノニシテ此場合ハ教唆罪ト同一ナルカ如シト雖モ一ハ正犯者ハ既ニ犯意ヲ有スルモノハ犯罪ノ決意ヲ爲サシムルノ差アリ(ハ)前二箇ノ所爲ノ外豫備ノ所爲ヲ爲シタルコト故ニ如何ナル所爲ト雖モ豫備ノ所爲ニ依リ犯罪ヲ補助シタリト認ムルニ足ル上ハ從犯ト爲ル第一〇九條此三箇ノ場合ハ孰レノ場合ニ於テモ犯情ヲ知リタルコトヲ要シ猶ホ且ツ犯罪ヲ補助スルノ意思即チ正犯ヲシテ犯罪ヲ遂行セシムルノ意思アルコトヲ要ス

以上陳述セシ所ノ例外ト觀ルヘキモノハ第四百四十六條ノ場合はナリ此場合ハ從犯ノ所爲ナルモ刑法ハ特別ニ一罪トシテ之ヲ罰シタリ如何トナレハ若シ之ヲ普通ノ從犯トセハ囚徒カ逃走セサルトキハ犯罪ヲ構成セサルヲ以テ之ヲ罰スルヲ得サルニ由リ逃走ノ有無ニ拘ラス之ヲ罰センカ爲メ一罪トシタルモノ

ナリ逃走ノ有無ニ拘ラス一罪トシテ之ヲ罰スルハ其所爲公安ニ害アルヲ以テ
ナリ然レトモ逃走者カ逃走ニ際シ殺人或ハ毆打創傷ノ罪等ヲ犯シタルトキハ
器具ヲ給與シ之ヲ幫助シタル者ハ普通ノ從犯ヲ以テ論セサルヘカラス
現行刑法ニ於テハ事後ノ從犯ヲ罰セス事後ノ從犯トハ犯罪後其犯罪ノ發覺ヲ防
キ又ハ犯罪ニ因リテ得タル物件ノ處分ヲ幫助スルカ如キ所爲ヲ謂フ例ヘハ竊
盜犯ノ竊取シタル贖物ノ運搬ヲ助ケタル場合ノ如シ佛國刑法ハ之ヲ從犯トシ
テ罰シ又ボアソトード氏ノ刑法草案ニ於テモ之ヲ罰スルコトト爲シタレトモ
我刑法ニ於テハ之ヲ從犯ト謂フヲ得ス如何トナレハ現行刑法ニ於テハ犯罪實
行前ニ豫備ノ所爲ヲ以テ犯罪ヲ幫助シタルモノニ非サレハ從犯トセサルヲ以
テナリ然ラハ之ヲ正犯ト謂フヲ得ヘキヤ否ヤ犯罪ノ著手ヨリ實行終局マテニ
加功シタルニ非サルヲ以テ實行正犯トモ謂フヲ得サルヤ明カナリ左レハ犯罪
以後ニ幫助スル行爲ハ從犯ニモ非ス又其犯ニモ非サルヲ以テ法律上之ヲ罰ス
ルヲ得ス然レトモ犯罪後其犯罪ニ關係アル行爲ヲ特種ノ罪トシテ之ヲ罰スル
コトナキニ非ス茲ニ其重ナルモノヲ列舉スレハ第五百五十一條ノ犯罪人又ハ逃

走ノ囚徒及ヒ監視ニ付セラレタルコトヲ知リテ之ヲ藏匿シ若クハ隱避シタル
罪第五百五十二條ノ他人ノ罪ヲ免レシメント圖リ其罪證ト爲ルヘキ物件ヲ
隱蔽シタル罪第二百十八條ノ被告人ヲ曲庇スル爲メ偽證シタル罪第三百四十
三條ノ略取誘拐シタル幼者ナルコトヲ知リテ自己ノ家屬僕婢ト爲メ又ハ其他ノ
名稱ヲ以テ之ヲ收受シタル罪第三百九十九條ノ強竊盜ノ贖物ナルコトヲ知リ
テ之ヲ受ケ又ハ寄藏故買シ若クハ牙保シタル罪第四百一條ノ詐欺取財其他ノ
犯罪ニ關セタル物件ナルコトヲ知リテ之ヲ受ケ又ハ寄藏故買シ若クハ牙保シ
タル罪等ノ如キ是ナリ
贖物ニ關シテ一問題ノ存スルハ遺失物ヲ隱匿シタル物ト信シテ之ヲ寄藏シタ
ルニ實際其物ハ竊盜品ナリシトキハ其寄藏者ハ第三百九十九條ニ依リ處罰ス
ルコトヲ得ルヤ否ヤ或者ハ曰ク寄藏者ノ意思ト其事實トハ全ク相違スルヲ以
テ第三百九十九條ヲ適用スルコトヲ得スト之ニ反對スル者ハ曰ク刑法第百八
條ニ依レハ教唆者カ實際知ラザリシ犯罪ヲ被教唆者カ犯シタルトキト雖モ教
唆者ヲ罰スルモノナルカ故ニ本問ノ場合ニ於テモ贖物ナルコトヲ知リテ寄藏

シタル者ナル以上之ヲ遺失物ノ寄藏トシテ之ヲ罰セサルヘカラスト云フニ在リ大審院ノ判決例ニ於テハ此種極説ヲ採用セリ
之ヲ要スルニ事後ノ從犯ハ法律ニ明文アル場合ニ限り之ヲ罰スルモノニシテ其明文ナキトキハ縱令犯罪ニ密著ノ關係アル場合ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス而シテ明文アル場合ト雖モ特種ノ犯罪ニシテ決シテ從犯ニ非ス隨テ從犯ノ規定ヲ適用スルコトヲ得サルモノナリ
第三 犯罪加功ノ程度ニ相當スル刑ノ適用 正犯ニ付テハ各自ニ其刑ヲ科スルヲ以テ刑法上ノ原則ト爲ス各自ニ刑ヲ科スルコト即チ犯罪ノ責任ナルモノハ性質上各犯罪人ニ固有ノモノナレハナリ然リト雖モ敢テ同一ノ刑ヲ科スルト云フノ意義ニ非スシテ其各犯罪人ノ罪惡ノ程度ニ從テ各異ナリタル刑ヲ科スルコトヲ得之ヲ換言スレハ法定ノ刑ヲ超過スルコトヲ得サルモ裁判上ノ刑ハ輕重スルコトヲ得ルモノナリ即チ其犯人中ノ一人ニ對シテハ減等ヲ爲スモ他ノ一人ニ對シテハ之ヲ與ヘサルカ如キ又刑期ノ長短アル場合ニ一人ニハ法定ノ最長期ノ刑ヲ科スルモ他ノ一人ニハ最短期ノ刑ヲ科スルカ如キハ全ク事

實裁判官ノ職權ニ屬ス

教唆者ハ刑法上之ヲ正犯ト看做シ實行正犯ト同一ニ處分スルヲ以テ原則トス故ニ前述正犯ノ刑ニ付テハ說明ト同一ナルヲ以テ再ヒ茲ニ之ヲ贅セス然レトモ此原則ニ付テハ刑法中其例外ナキニ非ス即チ正犯ト教唆者ト其刑責ヲ異ニスルコトアリ例ヘハ第二百一十一條ニ於テ內亂罪ノ教唆者ハ死刑ニ處シ實行犯タル群衆ノ指揮ヲ爲シ其他僞要ノ職務ヲ爲シタル者ヲ無期流刑ニ處スルカ如キ第二百三十七條ニ兇徒聚衆罪ノ教唆者ハ重懲役ニ處スルモ其囑聚ニ應シ煽動ヲ勢ヲ助ケタル者ハ輕懲役ニ處スルカ如キ第二百二十五條ニ賄賂其他ノ方法ヲ以テ人ニ囑託シテ偽證又ハ詐僞ノ鑑定通事ヲ爲サシメタル者ハ偽證ノ例ニ照シテ處分シ總則ノ適用ヲ受クルモノニ非ス故ニ違警罪ノ教唆者ハ罰セサルヲ一般ノ原則ト爲スモ本條ニ依リテ違警罪ニ付キ偽證又ハ詐僞ノ鑑定通事ヲ爲サシメタル教唆者ハ之ヲ罰スルカ如キ又第三百二十條及ヒ第三百二十一條ニ被教唆者タル自殺者ハ之ヲ罰セサルモ其教唆者ハ之ヲ罰スルカ如キ即チ是ナリ」從犯ニ付テハ正犯ノ刑ヨリ一等ヲ減スルヲ以テ原則トス或者ハ之ヲ解釋シテ

曰ク正犯ノ實際言渡サレタル刑ヨリ一等ヲ減スルモノナリト然レトモ其解釋ハ全ク一ノ誤謬ニ屬ス正犯ノ刑ヨリ一等ヲ減スルトハ正犯ニ對スル法定ノ刑ヨリ一等ヲ減スルノ意義ナリ故ニ其結果トシテ實際刑ヲ科スルニ當リテハ從犯ノ刑ハ正犯ノ刑ト同一ナルコトアリ或ハ却テ重キコトアルヘシ故ニ竊盜ノ正犯從犯共ニ重禁錮一年ニ處シ又正犯ヲ重禁錮一年ニ處シナカラ從犯ヲ重禁錮一年六月ニ處スルモ違法ナリト謂フヲ得ス

以上正犯教唆犯從犯ノ刑責ニ付テノ原則ヲ説明セリ以下各共犯人間ノ關係ニ付テ説明スル所アルヘシ

數人共犯中ノ一人カ無罪ト爲リ或ハ一人ノ爲メ刑ヲ加重減輕スヘキ原因アルトキハ他ノ共犯人ニ對シテ如何ナル影響ヲ及ホスヘキヤ是レ頗ル重大ノ問題ナリ凡ソ數人共犯ノ場合ニ於テハ共犯人ノ各自ニ付テ其責任如何ヲ觀察セサルヘカラス左レハ實行正犯ハ無罪ナルモ從犯ハ有罪タルコト在ルヘキハ別ニ枉ムニ足ラス例ヘハ竊盜罪ノ實行正犯タル甲ハ證據不充分ナリトノ理由ヲ以テ無罪ト爲リシモ其竊盜者ハ他ニ必ス何人カ在ルヘク其竊盜ノ事實アリ且ツ

幫助ノ事實アルトキハ無論幫助者ハ從犯トシテ之ヲ罰スルコトヲ得要スルニ共犯人中ノ一人ニ無罪又ハ刑ノ加重減輕ノ原因アルモ他ノ共犯人ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナセ

今共犯人中ノ一人カ無罪タルヘキ事由アルモ他ノ共犯人ニ何等ノ影響ヲ及ホササル場合ヲ細別スレハ三箇アリ

第一 共犯人中ノ一人ニ不論罪ノ原因アルモ他ノ共犯人ニ其利益ヲ被ラシムルコトナシ例ヘハ共犯人中ノ一人カ十二歳未満ナルトキ又ハ白痴癡癲者ナルトキハ無責任ニシテ而シテ他ノ實行正犯ニハ何等ノ影響ナキコトハ毫モ疑ナキ所ナリ然ルニ右ノ者ニ對スル教唆者及ヒ從犯者ニ付テハ如何是レ議論ノ存スル所ニシテ無罪說ヲ主張スル者ハ曰ク元來實行正犯ハ罪トシテ論セサルカ故ニ法律上罪ト爲ラサル行爲ヲ教唆シ又ハ幫助スルモ之ヲ教唆者及ヒ從犯者トシテ罰スルノ論理ナシト然レトモ實行正犯タル幼者白痴癡癲者ノ行爲ハ其者ノ方面ヨリ觀察スレハ犯罪ハ成立セサルモ教唆者及ヒ從犯者ノ方面ヨリ觀察スレハ罪ト爲リ得ヘキ行爲ヲ教唆シ若クハ幫助セタル者ナレハ通常一般ノ人ヲ教

唆シ若クハ幫助シタルト同シク完全ナル犯罪成立スルモノト謂ハサルヲ得
畢竟スルニ幼者白痴癡癡者ノ如キハ特別ノ理由ノ存スルカ故ニ無責任ナルモ
何等ノ理由ナキ教唆者及ヒ從犯者ニ影響ヲ及ボササルハ理ノ當然ナレハナリ
然レトモ右ハ一ノ疑問ニ屬ス

共犯人中ノ一人カ抗拒スヘカラサル強制ニ遇ヒ罪ヲ犯シタル者アリテ無責任
ナルトキト雖モ他ノ共犯者ニハ何等ノ影響ナシ何トナレハ被強制者ニ於テコ
ソ無責任ノ理由アルモ他ノ者ニ付テハ何等ノ理由ナケレハナリ又本屬長官ノ
命令ニ依リ職務執行ノ結果罪ト爲リタルトキ又ハ罪ヲ犯スノ意ナキトキ或ハ
罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラスシテ犯シタルトキハ他ノ共犯者ニ於テ其利益ヲ被
ルコトナシ

次ニ親屬相盜ノ共犯ニ付テハ若シ共犯者タル他人カ財ヲ分チタルトキハ之ヲ
罰スレトモ財ヲ分タサルトキハ之ヲ罰セス是レ第三百七十七條ニ於テ規定ス
ル所ニシテ一點ノ疑ナシ然ラハ其從犯者ハ如何此點ニ付テハ多少ノ議論アル
所ナリト雖モ現行刑法上ニ於テハ無罪ト謂ハサルヲ得ス蓋シ前述ノ如ク實行正

犯ニ於テスラ財ヲ分タサルトキハ之ヲ罰セサルニ由リ從犯ヲ罰セサルコトハ
理ノ當然ナレハナリ然レトモ大審院ノ判決例ニ於テハ有罪說ヲ採用セリ而シ
テ其根據トスル所ハ親屬相盜ハ所謂刑ノ全免ニシテ全ク不論罪ト謂フコトヲ
得ストノ論理ニ基クモノナリ尙ホ其教唆者ニ付テハ從犯ノ場合ト同一ニ決セ
サルヘカラス最後ニ贓物ニ關スル罪第三九九條第四〇一條ノ場合ニ於テモ親
屬相盜ヲ刑ノ全免トシテ立論セハ有罪ナリト雖モ親屬相盜ハ犯罪ヲ構成セス
トノ立論ニ依レハ無罪ナリト論決セサルヘカラス(大審院判決例ニ於テハ有罪
說ヲ採用シタリ)

第二 共犯中ノ一人ニ對シテ公訴ヲ停止シ或ハ公訴ヲ消滅セシムル原因アリ
ト雖モ他ノ共犯人ニ何等ノ影響ヲ及ボスコトナシ即チ公訴ヲ停止スル場合ハ
刑事訴訟法第八十三條ニ規定スル所ニシテ被告人精神錯亂又ハ疾病ニ因リ
裁判所ニ出頭スルコト能ハサルトキハ全權ニ至ルマテ辯論ヲ停止スト雖モ其
事由ナキ共犯人ハ其影響ヲ受クルノ理ナキナリ又公訴消滅ノ原因ハ刑事訴訟
法第六條ニ規定セル所ニシテ其原因中他ノ共犯人ニ影響ヲ及ボスヘキ場合ト

然ラサル場合トアリ被告人ノ死去及ヒ確定判決ハ他ノ共犯人ニ其影響ヲ及ホスコトナシ然レトモ刑ノ廢止大赦時效及ヒ告訴ノ拋棄ハ他ノ共犯人ニ對シテモ同一ノ效果ヲ生スヘキモノトス

茲ニ稍疑義ノ存スルハ共犯人ヲ同一裁判所ニ於テ同時ニ審査スルニ當リ公訴ノ時效ニ釋リタルコトヲ發見シタルトキハ共ニ免訴ノ言渡ヲ爲ササルヘカラス何トナレハ一人ニ對シテ時效ヲ認メ他ノ一人ニ對シテハ之ヲ認メサルカ如キハ頗ル不無理ナルヲ以テナリ然レトモ裁判所ヲ異ニシ又ハ審判ノ時ヲ異ニシ或ハ審級ヲ異ニスルノ結果一人ニ對シテ時效ニ因リ免訴ノ確定判決アルニ拘ラス裁判所其意見ヲ異ニスルトキハ他ノ共犯人ニ對シテ時效ニ釋ラサルモノトシテ裁判ヲ爲スコトヲ得ヘキヤ否ヤト云フニ在リ此ノ如キ場合ニ於テハ後ノ裁判所ハ必ス同一ノ判決ヲ爲スヘキ義務アルモノニ非ス隨テ前ノ確定判決ノ效力即チ既判力ハ後ノ判決ニ影響ヲ及ホスヘキモノニ非ス尤モ判決ニシテ前後相背馳スルハ好マシカラサル所ノ現象ナリト雖モ法律上違法ノ處分ナリト謂フヲ得サルナリ

又親告罪ノ場合ニ共犯人ノ一人ニ對シテ告訴ノ拋棄アリタルトキハ他ノ共犯人ニ對スル影響如何ト云フニ此疑問ニ付テハ多少ノ議論アルヘシ「ボアソナイ」氏ノ如キハ拋棄セサル共犯人ニ付テハ毫モ影響ヲ及ホサスト爲セリ然レトモ予ハ全部ニ影響ヲ及ホスヘキモノト解スルヲ正當ト信ス蓋シ親告罪ハ元來私事ニ關スルコト大ナルヲ以テ之ヲ被害者ノ意思ニ反シテ公ニスルトキハ却テ一家ノ不和ヲ來シ不名譽ヲ生スルカ故ニ之ヲ發カントヨリハ寧ロ秘密ニ付スルヲ以テ公安上其當ヲ得タルモノナリト爲シタルモノニシテ裁判未確定前ニ告訴ヲ拋棄スルハ被害者ニ於テ其實事ヲ不確定ニ終ラシメ且ツ公表セサラシメント欲スルノ意思ニ出テタルモノナルニ拘ラス猶ホ進ミテ之ヲ發クカ如キハ妥當ナリト謂フヲ得ス若シ又被害者ノ意思ニ依リ一人ニ對シテ拋棄ヲ爲シ他ノ一人ニ對シテハ之ヲ爲サスシテ訴追ヲ爲スヲ得ルモノナリトセハ親告罪ヲ設ケタルノ理由ニ背反シ法律ノ精神ニ適合シタルモノト謂フヲ得サルヘシ故ニ告訴ノ拋棄ハ其事件ニ對スルモノニシテ事件全體ニ對シ其效力ヲ生スルモノト謂ハサルヘカラス

第三、共犯人中ノ一人ニ對スル刑ノ全免ハ他ノ共犯人ニ影響ヲ及ボスヘキモノニ非ス刑ノ全免ニ付テハ既ニ詳述セシ如ク其全免ヲ受クヘキ事由アル者ニ對シテハ本刑ヲ免除スルモノナルヲ以テ其事由ナキ他ノ共犯人ニ影響ヲ及ボササルハ論ヲ埃タス

終ニ臨ミ一言スヘキハ不論罪ノ場合ニ於テハ以上講述セシ如ク他ノ共犯人ニ其效力ヲ及ボササレトモ正當防衛ニ於ケル事由ハ他ノ共行者ニ對シテモ猶ホ正當防衛ノ事由アルモノト認メサルヘカラス何トナレハ正當防衛タル事由ハ行爲者ノ如何ニ關セス事實ニ因リテ生スルモノナレハナリ之ヲ詳言スレハ普通ノ殺人犯ハ其所爲自體不法ニシテ犯人ノ一身ニ專屬スル事由ニ因リ不論罪ト爲ルコトアルモ他ノ共犯者ハ不論罪ト爲ルコトナシ之ニ反シ正當防衛ハ元來其所爲自體カ正當ノ所爲ニ外ナラサレハ幾多ノ人カ之ニ加功スルモ其性質ヲ變スルコトナキヲ以テ一人ハ正當防衛者ナリトシ他ノ加功者ハ然ラスト云フカ如キ論理ナキナリ唯注意スヘキハ事實ノ異ナルトキハ同一ニ論決スルヲ得サルコトナリ

刑ノ加重又ハ減輕ノ原因ヲ共犯人中ノ一人ニ對シテ認メタリト雖モ他ノ共犯人ニ對シ其影響ヲ及ボササルコトハ既ニ一言シタル所ナリ然レトモ絕對ニ此ノ如ク論スルコトヲ得ス左ニ加重ノ場合ト減輕ノ場合トヲ區別シテ説明スヘシ

刑ノ加重原因ニ付テハ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得即チ其一ハ罪質上ノ加重原因ニシテ其二ハ對人的加重原因又ハ身分上ノ加重原因ナリ

其一、罪質上ノ加重原因トハ刑ノ加重カ犯罪ノ性質ニ基ク所ノ加重ノ原因ヲ謂フ其重ナル例ヲ掲ケレハ第四百四十五條ノ囚徒三人以上通謀シテ逃走シタルカ如キ第七十一條第二項ニ規定シタル家宅侵入罪ヲ犯シタルカ如キ第二百九條ノ偽證ニ依リ被告人正當ノ刑ヲ免レタルカ如キ第三百二十七條ノ持兇器脅迫罪ノ如キ第三百七十九條ノ二人以上共犯ノ強盜及ヒ持兇器強盜ノ如キ第三百六十九條ノ二人以上共犯ノ竊盜第三百七十條ノ持兇器竊盜ノ如キ場合即チ是ナリ此等ノ加重原因ハ畢竟防クニ難ク犯スニ易ク隨テ社會ノ危險一層甚シキモノニシテ犯罪ノ性質重大ナルニ由リ加重ノ原因ト爲ス之ヲ以テ各共犯人同一ノ責任ヲ負ハサルヘカラサルハ理ノ當然ナリ

右原則ニ對スル例外ノ場合トモ視ルヘキモノアリ即チ第百八條ノ場合はナリ該條ハ教唆者カ竊盜ヲ教唆シタルニ實行正犯者カ強盜ヲ爲シタルカ如キ場合ノ規定ニシテ前述ノ原則ヲ適用スレハ教唆者ハ強盜ノ刑ヲ受ケサルヘカラサルモ是レ頗ル苛酷ニ失スル虞アルヲ以テ唯其知リタル所ノ所爲ニ對スル刑ヲ受ケシメタリ從犯ノ場合モ亦之ト同シ是ヲ以テ觀レハ該條ハ其所爲當時ノ意思即チ無形ノ要素ヲ標準トシテ規定シタルモノナリ尙ホ一步進ミテ實行正犯者間ニ右ノ如キ場合ヲ生シタルトキハ如何ニ之ヲ決スヘキカ例ヘハ二人以上共ニ竊盜ヲ犯スノ目的ヲ以テ一人ハ門戸外ニ見張番ヲ爲シタルニ他ノ一人カ家宅内ニ侵入シ竊盜ヲ爲サスシテ強盜ヲ爲シタルカ如キ場合ニ於テハ如何ニ之ヲ決スヘキヤ此場合ノコトハ法律ニ明文ナキヲ以テ共ニ強盜罪ヲ以テ論セサルヘカラサルモノノ如シ尤モ第百八條ノ規定ト權衡ヲ失スルカ如キ觀ナキニ非サルモ既ニ之ヲ實行正犯ト論定スル以上ハ其強盜罪ノ責任ヲ負フヘキモノト論決スルハ當然ノコトナリ然リト雖モ事實上ニ於テ實行正犯トスヘカラサルトキハ別ニ其刑ヲ科セサルヘカラス

第百八條第一項中ニ指定シタル以外ノ罪ヲ犯シタルハ竊盜罪ヲ教唆シタルニ強盜罪ヲ犯シ銅貨偽造ヲ教唆シタルニ金銀貨ヲ偽造シ私文書偽造ヲ教唆シタルニ官文書ヲ偽造シ毆打創傷ヲ教唆シタルニ故殺罪ヲ爲シタルカ如キコトヲ謂フ又同項中ニ其現ニ行フ所ノ方法教唆者ノ指示シタル所ト殊ナル時トハ幼者老者ヲ市中ニ遺棄スルコトヲ教唆シタルニ被教唆者カ山林原野ニ之ヲ遺棄シタルカ如キ姙娠ノ婦女ヲ藥物ヲ以テ墮胎センコトヲ教唆シタルニ被教唆者カ婦女ヲ毆打シテ墮胎セシメタル場合ノ如シ右二ノ場合ハ全ク關係ナキ犯罪ノ責任ヲ負フカ如キ觀アレトモ立法者ノ眼ヨリ之ヲ觀レハ元來教唆者カ犯罪ヲ教唆スルハ刑法ニ違背ノ行爲ヲ爲スヘシト教唆シタルモノナレハ實行者カ教唆以外ノ犯罪ヲ爲スモ均シク法律違背ノ行爲即チ罪ト爲ルヘキ所爲ヲ行ヒタルトキハ教唆者カ其責任ヲ負フハ當然ナリ若シ然ラストセハ被教唆者カ單ニ法條ヲ異ニスル犯罪ヲ爲シタル場合ニ於テモ教唆者ヲ罰スルコトヲ得サルニ至ラン是レ豈ニ法理ニ適合シタルモノト謂フヲ得ンヤ次ニ實行正犯者カ從犯者ヲ欺キテ甲罪ヲ犯スコトヲ明言セスシテ乙罪ヲ犯スカ爲メナリト稱シ

從犯ノ所爲ヲ爲サシメタルトキト雖モ從犯タルノ行爲ヲ爲シタル者ハ從犯ノ責任ヲ免ルルコトヲ得サルヘシ
第百九條但書ハ前述セシ第百八條第一號ノ規定ト其原理ヲ同シウシ無形ノ要素即チ意思ヲ根據トシテ定メタルモノニシテ單ニ其從犯者自身ノ知リタル刑ヨリ一等ヲ減スルモノナリ然ルニ從犯ニ付テハ第百八條第二號ノ如キ規定ナキニ依リ若シ正犯既ニ行フ所ノ罪從犯ノ知ル所ヨリ輕キトキハ如何ニ之ヲ處分スヘキヤト云フニ此場合ニ於テハ正犯カ現ニ行ヒタル罪ヨリ一等ヲ減セサルヘカラス何トナレハ第百九條第一項ニ正犯ノ刑ニ一等ヲ減スルアルヲ以テナリ

對人的加重ノ原因 即チ身分上ノ加重原因ニシテ唯其原因アル者ノミニ對シテ加重スルニ止マリ他ノ共犯者ニ毫モ影響ヲ及ホスコトナシ其重ナル例ヲ舉タレハ第百九十七條第二項ノ御璽國璽官印記號印章ノ影贋ヲ盗用シタル者カ其監守者ナル場合ノ如キ第二百五條ノ官吏カ其管掌ニ係ル文書ヲ偽造シ又ハ増減變換シテ行使シタル場合ノ如キ第二百十四條第二項ノ屬籍身分氏名ヲ詐稱

シ其他詐僞ノ所爲ヲ以テ免狀鑑札ヲ受クル者アルニ當リ官吏其事情ヲ知リテ免狀鑑札ヲ下付シタル場合ノ如キ第百十五條第二項ノ公務ヲ免ルヘキ爲メ囑託ヲ受ケタル醫師カ其詐僞ノ證書ヲ造リタル場合ノ如キ其他第二百三十九條第三百三十二條第三百三十八條第三百六十二條等ノ如キ場合はナリ

茲ニ附言スヘキハ對人的加重ノ原因ニ非スシテ其身分アルカ爲メニ犯罪ヲ構成スル種類ノ重ナル例ヲ舉クレハ第二百七十三條ノ官吏其管掌ニ係ル法律規則ヲ公布施行セス又ハ他ノ官吏ノ公布施行ヲ妨害シタル罪ノ如キ第二百七十六條ノ官吏擅ニ威權ヲ用ヒ人ヲシテ其權利ナキコトヲ行ハシメ又ハ其爲スヘキ權利ヲ妨害シタル罪ノ如キ其他第二百八十九條第三百六十條ノ如キ場合ハ皆特別ノ身分アルコトヲ犯罪構成ノ要素ト爲スヲ以テ其身分アルニ非サレハ犯罪成立スヘキモノニ非ス此ノ如ク身分ニ因リテ犯罪ヲ構成スル場合ニ於テ其特別ノ身分ヲ有セサル者カ犯罪ニ加功シタルトキハ如何ニ之ヲ處分スヘキカ蓋シ其加功者ニ身分ナキモ苟モ刑法上罰スヘキ行爲ナル以上ハ必ス之ヲ罰セサルヲ得ス例ヘハ委託物費消罪又ハ監守盜(第二八九條第三九五條ノ加功者

ハ受寄者又ハ官吏タル身分ナキノ故ヲ以テ之ヲ不問ニ附スルコト能ハス尤モ其刑罰ニ至リテハ或ハ同一ナルコトアリ或ハ異ナルコトアルヘシ新刑法草案ニ於テハ此場合ハ明カニ共犯ト爲シ毫モ疑ナカラシメタリ
減輕ノ原因ニ付テモ上述セシ加重原因ノ場合ト同シク罪質上ノ減輕ノ原因及ヒ對人的減輕ノ原因ノ二種アリ罪質上ノ減輕ノ原因ハ荷モ其犯罪行爲ニ加功シタル共犯者ハ皆其減輕ノ適用ヲ受クヘキモノニシテ其例ヲ示セハ第三百十二條ノ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之ヲ殺傷シタル場合ノ如キ是ナリ又對人的減輕ノ原因ハ單ニ其原因アル犯人ノミニ對シ其利益ヲ生シ他ノ共犯人ニハ何等ノ利益ヲモ及ホスコトナシ其例ヲ掲クレハ第三百九條ノ自己ノ身體ニ暴行ヲ受ケ直テニ怒ヲ發シ暴行人ヲ殺傷シタルカ如キ第三百十一條ノ本夫カ姦所ニ於テ姦夫若クハ姦婦ヲ殺傷シタルカ如キ其他第八十條、第八十一條、第八十三條、第八十五條、第八十九條ノ如キ是ナリ要スルニ減輕ノ原因モ加重ノ原因ノ法理ト殆ト同一ナルヲ以テ再ヒ之カ説明ヲ要セス

第九章 未遂犯

犯罪ニハ無形ノ要素及ヒ有形ノ要素ヲ必要トス而シテ犯罪アルトキハ首メニ無形ノ要素ヲ生シ然ル後有形ノ要素ヲ生ス或ハ時トシテハ二箇同時ニ生スルコトアリ然レトモ多クハ無形ノ要素ヲ生シ進ミテ有形ノ要素ヲ生スルニハ多少ノ時間ヲ要スルモノナリ換言スレハ畢竟犯罪ノ意思生シテ實行ニ至ルマテニハ多少ノ時間ヲ要シ又種種ノ狀況ヲ生ス尙ホ之ヲ詳言スレハ無形ノ要素ハ犯罪ノ内容ニシテ最先ニ犯罪ノ發意ヲ爲シ次ニ之ヲ決意スルニ在リ又有形ノ要素ニハ犯罪ノ豫備アリ未遂アリ不能アリ又既遂アリ此ノ如ク犯罪ノ成立ニハ種種ノ狀況ヲ呈スルモ犯罪ノ決意豫備不能ハ孰レモ之ヲ不問ニ付シ之ヲ罪トシ罰スルハ未遂ト既遂アルノミナリ
刑法上無形ノ要素タル犯罪ノ發意並ニ決意ノミヲ罰セサル所以ノモノハ蓋シ人ノ心中ニ如何ニ猛惡ナル行爲ヲ爲サントヲ思慮スルモ社會ニ對シテ未タ何等ノ損害ヲモ加ヘタルモノニ非ス即チ人ト人國家ト人トノ關係上ニ於テ損

害ヲ生セサル以上ハ法律ハ之ニ強制又ハ制裁ヲ加フルコトヲ得ス或ハ時トシテ實際一ノ犯罪ヲ實行スルノ決意アルコト明カナルトキハ其危險ナシト謂フヲ得サルヘキモ未タ之カ實行ナキ間ハ確定ノ事實ナリト謂フコトヲ得ス故ニ未タ法律ヲ以テ之ヲ支配スルコト能ハス唯社會ハ他ノ方法ニ依リテ其危害ヲ未發ニ防止スルノ權利アルノミ(第一)一條然ルニ決闘條例明治二十二年法律第三十四號第一條ニ決闘ヲ挑ミタル者又ハ其挑ニ應ジタル者云云アリ又刑法第二百二十五條第二項ニ内亂ノ陰謀ヲ爲シ云云第三百二十六條ニ人ヲ殺サント脅迫シ又ハ人ノ住居シタル家屋ニ放火セント脅迫シタル者云云トノ規定アルハ其決意ヲ罰スルカ如キ觀ナキニ非スト雖モ右ハ孰レモ決意ヲ罰スルノ法意ニ非スシテ其外部ニ表現シタル行爲即チ決闘ヲ挑ミ又ハ之ニ應ジタルコト内亂ノ密議ヲ爲スコト人ヲ脅迫シテ畏怖心ヲ生セシムルコト等ハ既ニ社會ニ危害ヲ生スルヲ以テ其行爲ヲ罰スルモノナリ刑法第一百十一條ニ本條別ニ罪名ヲ記載スルニ非サレハ其刑ヲ科セストアルハ右ノ如キ場合ヲ指示シタルモノナルヘレ

犯罪ノ豫備ト未遂トハ共ニ犯罪ノ有形要素中ニ包含スルモノニシテ犯罪ノ決意ヲ外部ニ發表シ犯罪事實ノ幾分ヲ組成スルモノナリ而シテ未遂ヲ豫備ト區別スルノ利益ハ犯罪ノ實行ニ著手シタルト否トノ點及ヒ豫備ハ之ヲ罰セス未遂ハ之ヲ罰スルヲ以テ原則ト爲スノ點ニ在リテ刑法上之ヲ區別スルハ其緊要ノコトナリト然レトモ何レノ國ノ刑法ニ於テモ此二者ノ區別ノ標準ヲ定メタルコトナシ是レ畢竟豫備其區別ノ標準ヲ確定スルハ至難ノコトニ屬スルヲ以テナリ是ヲ以テ事實裁判官ハ或行爲カ未遂犯ナリヤ否ヤヲ判定スルニハ二箇ノ點ヲ審查セサルヘカラス即チ第一ニ犯罪人カ如何ナル犯罪ヲ爲スノ意思アリシヤヲ最先ニ判斷シ第二ニ其犯罪人ノ爲シタル所爲カ犯罪ノ著手ナリヤ否ヤヲ判定スルヲ要ス而シテ犯スヘキ罪ノ成立ニ直接ノ關係ヲ有スル所爲ヲ爲シ始メタルトキ未遂犯ハ直チニ成立スルモノナリ例ヘハ竊盜ヲ爲サント欲シ合鍵若クハ繩梯子等ヲ所持スルハ豫備ノ所爲ニシテ依リテ以テ門戶牆壁ヲ踰越シ又ハ金品ニ手ヲ觸レタルトキハ未遂犯罪タリ又人ヲ殺サント欲シ刀劍ヲ調達スルハ豫備ノ所爲ニシテ之ヲ以テ他人ニ斯付ケタルトキハ未遂犯罪タ

ルカ如シ
未遂犯ハ例外ノ場合ハ姑ク措キ一般ニ之ヲ罰スルモ之ニ反シテ豫備ハ之ヲ罰セサルヲ原則ト爲スコトハ既ニ述ヘタル所ナリ然レトモ其豫備ヲ罰スル例外ノ場合二三アリ即チ第二百二十五條ニ於テ兵隊ヲ招募シ又ハ兵器金穀ヲ準備シ其他内亂ノ豫備ヲ爲シタル者ハ云云トノ規定アリ是レ内亂ノ陰謀ヲモ罰スルヲ以テ其豫備ヲ罰スルハ勿論ナリ又第三百三十三條ニ於テ外國ニ對シ私ニ戰端ヲ開カントシテ其豫備ニ止マル者ヲ罰シ第二百八十六條第二項ニ於テ貨幣偽造ノ器械ヲ豫備シテ未タ偽造ニ著手セサル者ヲ罰シ又爆發物取締規則第二條ニ於テ治安ヲ妨ケ又ハ人ノ身體財産ヲ害セントスル目的ヲ以テ爆發物ヲ使用セントスルノ際發覺シタル者ハ無期徒刑又ハ有期徒刑ニ處スル旨ヲ規定シ其第十一條ニ至リ第一條ニ記載シタル犯罪ノ豫備陰謀ヲ爲シタル者云云ノ規定アルヲ以テ觀ルモ豫備ヲ罰スルコト明カナリ
或犯罪ノ豫備ニ過キササルモ獨立シタル一ノ犯罪ヲ構成スルモノト認メテ之ヲ罰スルコトアリ其場合ハ例ヘハ人ヲ殺ス目的ヲ以テ軍用ノ銃砲彈藥ヲ所持シ

タルトキハ是レ殺人罪ヨリ觀レハ豫備ニ外ナラサルモ法律ハ軍用ノ銃砲彈藥ヲ所持スルトキハ其目的ノ如何ニ拘ラス之ヲ罰シ(第一六〇條又例ヘハ毒殺スルノ目的ヲ以テ井中又ハ河中ニ毒物ヲ投入シテ水質ヲ變シ又ハ庭敗セシメタル者或ハ又詐欺取財ノ目的ヲ以テ官印ヲ偽造シタルカ如キハ其目的トスル犯罪ヨリ觀レハ豫備ノ所爲ニ過キササルモ之ヲ獨立ノ一罪トシテ罰スルナリ(第二四四條第一九四條乃至第一九六條)
茲ニ注意スヘキハ從犯ノ所爲モ亦一ノ豫備ノ所爲ニ外ナラス然レトモ是レ從犯者ノ方面ヨリ觀レハ豫備ノ所爲ナリト雖モ正犯者カ之ヲ利用シテ犯罪ヲ實行シタルトキハ法律上獨立ノ犯罪ト認メテ之ヲ罰ス故ニ是レ亦一ノ例外ト謂フモ不可ナキナリ
刑法上原則トシテ豫備ノ所爲ヲ罰セサルハ如何ナル理由ニ基クヤ蓋シ其理由ハ(第一)豫備ノ所爲ノミニテハ其所爲ハ果シテ犯罪行為ヲ爲スニ在ルカ或ハ又正當行為ノ爲メナルカ其孰レニ屬スルヤ判斷ナラス隨テ未タ之ヲ以テ惡行ト謂フコトヲ得ス故ニ社會ハ之ヲ罰スル能ハス(第二)若シ犯罪ノ豫備ヲモ罰スル

モノトセハ其豫備ヲ爲シタル者ハ茲ニ之ヲ中止スルモ罰セラレ又進ミテ之ヲ實行スルモ罰セラルルモノナレハ縱令之ヲ中止シタリトモ自己ニ何等ノ利益ナキカ故ニ寧ロ之ヲ遂行スルニ如カストノ念ヲ起シ犯罪ヲ實行スルニ至ルヘケレハナリ

豫備ノ所爲ヨリ進ミテ未遂ト爲リタルトキ之ヲ未遂犯罪トシテ罰スルニハ左ノ三條件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一 犯罪人カ或犯罪ヲ爲スノ意思アリタルコトヲ證明スルヲ要ス例ヘハ刀劍ヲ以テ人ニ負傷セシメタル事實アリトスルモ單ニ其事實ノミニテハ毆打創傷罪ニ過キス(第二九條以下)然ルニ若シ之ヲ殺人罪ノ未遂ト爲サントスルニハ殺意アリシコトヲ證明セサルヘカラス殺意アリテ始メテ殺人罪ノ未遂ト爲スコトヲ得然レトモ有意犯タリトテ必ス未遂犯ノ成立スヘキモノニ非ス若シ其結果ヲ生セサル不能犯ナルトキハ之ヲ罰スルコト能ハサルナリ

未遂犯ニハ右ノ條件ヲ要スルノ結果無意犯ノ場合例ヘハ過失殺傷ノ如キ場合ニハ未遂犯アルコトナシ元來無意犯ハ其文字自ラ示ス如ク犯意ナキヲ以テ性

質上未遂犯ノアルヘキ理ナシ又毆打創傷罪ニハ普通未遂犯ナカルヘシ何トナレハ毆打創傷ハ唯其結果ニ因リ之ヲ罰スルモノニシテ其發生シタル結果ニ付テ刑責アルカ故ニ未遂犯ヲ想像スルコト能ハサルハナリ

第二 或犯罪ヲ爲スノ意思カ著手ト認ムヘキ行爲ニ因リテ表ハレタルコトヲ要ス換言スレハ犯罪ノ著手ト認メ得ヘキ行爲ナカルヘカラス是レ先ニ一言セシ如ク豫備ノ所爲ヨリ進ミテ犯罪ニ著手セサレハ未遂犯ハ成立スヘキ理ナキヲ以テナリ尤モ是レ事實ノ問題ニ屬シ頗ル困難ナルモノナリ

第三 犯罪ノ成就カ犯人ノ意思以外ニ於テ障礙又ハ舛錯ニ因リ妨ケラレタルコトヲ要ス是レ即チ第一百十二條ニ於テ規定セル所ニシテ要スルニ犯罪人カ犯罪ニ著手スルモ自己ノ意思ニテ之ヲ中止シタルトキハ未遂犯ハ成立セス其理由ハ犯人カ如何ナル意思ヲ以テスルモ自己ノ意思ニ因リ犯罪ヲ中止スル動念ヲ獎勵スルカ爲メニ出テタルモノナリ右ノ條件ヲ欠缺スルモ若シ既ニ結果ノ生シタルトキハ其結果ニ付キ別種ノ犯罪ヲ構成スル場合アルヲ以テ此ノ如キ場合ニハ其責ヲ免ルルコトヲ得サルモノナリ

未遂犯ハ其犯罪人ノ目的ヲ達セサル點ハ一ナリト雖モ之ヲ解剖スルトキハ自ラ二箇ニ區別スルコトヲ得第一犯人カ犯罪ヲ爲サントシテ中止セラレタル場合即チ犯人自己ノ意思以外ニ他ヨリ犯罪行爲ヲ中止セラレタルモノニシテ遂ニ實行ヲ達クルコト能ハサリシ場合第二犯罪ノ實行ヲ爲シタルモ其目的ヲ犯人以外ノ行爲ニ因リ達スルコトヲ得サル場合はナリ唯其刑ノ適用ニ付テ多少異ナルコトアルヘキモ均シク未遂犯罪タルニハ妨ケナシ

犯人カ目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ未遂犯タルコトハ疑ナシ然レトモ目的ヲ達セサルヲ以テ未遂犯ノ性質ト謂フコトヲ得ス故ニ法律上或目的ヲ達セサルモ既遂犯ト爲ス場合ナキニ非ス此點ハ前ニ説明シタル如ク實質上犯罪ハ一ナルモ法律上二罪ト爲ス場合ニ生ス例ヘハ詐欺取財ヲ爲スカ爲メニ官文書又ハ私文書ヲ偽造行使シタルカ如キ文書偽造行使ハ詐欺取財ノ手段ニシテ犯人カ詐欺取財ノ目的ヲ達セサルトキハ詐欺取財ハ未遂犯ナリト雖モ其文書偽造行使ハ既遂ナリ又貨幣偽造罪ハ貨幣ノ偽造ヲ終リタルトキハ犯人カ其行爲ノ目的ヲ達スルト否トヲ問ハス貨幣偽造罪ノ既遂ト爲ルモノトス

尙ホ茲ニ一言スヘキハ犯罪人カ或犯罪ノ實行ニ著手シタル後自己ノ意思ヲ以テ犯罪ノ結果ヲ生セザルニ至ラシメタルトキハ之ヲ未遂犯トシテ罰スルコトヲ得ス何トナレハ既ニ陳述セル如ク未遂犯ハ犯罪人ノ意思以外ノ所爲ニ因リテ中止セラレタル場合ナルカ故ナリ然ルニ若シ犯罪人カ自己ノ意思ヲ以テ中止シ且ツ其結果ノ生セサルコトニ力ヲ盡シタルモ遂ニ其結果ヲ生シタルトキハ既遂犯ヲ以テ論セサルヘカラス

未遂犯ニ似テ非ナルモノアリ即チ不能犯ナルモノ是ナリ而シテ不能犯カ未遂犯ニ類似スル點三アリ

- (一) 未遂犯ニモ不能犯ニモ犯罪人カ其犯罪ノ意思アルヘキコトハ同一ナリ
 - (二) 未遂犯モ不能犯モ其犯罪人ノ目的ヲ達セサル點ニ付テハ同一ナリ
 - (三) 未遂犯モ不能犯モ犯罪人カ犯罪ノ實行ニ著手スルコトハ同一ナリ
- 而シテ未遂犯ハ必ス罰スルモ不能犯ハ之ヲ罰セサルコトハ諸國ノ法律ノ認ムル所ナリ然ラハ二者ノ間ニ多少ノ差異ナカルヘカラス不能犯ハ犯罪人カ如何ニ其目的ヲ達セント欲スルモ能ハサルモノニシテ其方法ハ何人カ之ヲ行フモ

其目的ヲ遂行スルコトヲ得サルモ未遂犯ハ之ニ反シテ犯罪人カ或出來事ニ因リテ其目的ヲ達スルコト能ハサルモノニシテ他人カ之ヲ爲セハ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ故ニ一ハ絶對的ニシテ一ハ關係的ナリ然ラハ不能犯ハ何故ニ之ヲ罰セサルカ蓋シ不能犯ハ未タ社會ニ毫モ損害ヲ生セサルモノナレハ畢竟其行爲ナカリシモノト同一ナルカ故ニ其之ヲ咎ムヘキ點ハ單ニ犯罪人カ犯罪ヲ爲スノ意思アルノミナリ而シテ法律上其人ノ意思ノミヲ以テ罰スルコトヲ得サルハ理ノ當然ナリ是レ此二者ニ付テノ大體ノ區別ナリ

不能犯ニ左ノ區別ヲ立ツルコトヲ得即チ目的ニ對スル不能及ヒ犯罪ノ方法ニ對スル不能ニテ目的ニ對スル不能ハ例ヘハ犯罪人カ人ヲ毒殺セント欲シ毒藥ト信シテ無毒藥ヲ調劑シテ服用セシメタルカ如キ又ハ妊娠者ト誤信シテ墮胎ノ方法ヲ盡シタルカ如キ或ハ他人ノ物ト信シテ竊取シタルニ自己ノ所有物ナリシカ如キ或ハ又人ヲ殺サント欲シテ殺人ノ手段方法ヲ施シタルモ其者ハ己ニ死者ナリシカ如キ到底其目的ヲ達スルコトヲ得ス是レ即チ絶對的不能ナリ又例ヘハ甲カ乙ヲ射擊セントシテ乙カ常ニ住スル居室ニ對シ發砲シタルモ

乙ハ他出中ナリシカ爲メ其目的ヲ達セザリシ如キハ均シク不能ナルモ乙カ偶然此時此場所ニ在ラザリシヲ以テ其目的ヲ達セサルモノナルカ故ニ關係的不能ト謂フヘシ次ニ犯罪ノ方法ニ對スル不能ハ例ヘハ人ヲ殺サンカ爲メ發砲シタルモ他人カ己ニ其彈丸ヲ拔キ取リ置キタルカ如キ絶對的不能又長距離ノ場所ニ在ル人ヲ砲撃シテ遂ニ其目的ヲ達セサルトキ(關係的不能)ノ如キ是ナリ未遂ハ如何ナル場合ニ法律上之ヲ罰スルカ刑法ニ依レハ第百十三條ニ於テ重罪ノ未遂犯ハ常ニ之ヲ罰シタリ故ニ法律上特ニ各本條ニ其規定ナキモ當然之ヲ罰スヘキモノニシテ別ニ例外アルコトナシ然レトモ理論上ニ於テハ其例外ヲ設クルコトヲ必要トス例ヘハ第三百條ノ罪ヲ犯サントシテ果ササルトキ之ヲ未遂犯トシテ罰スルコトヲ得スト爲ササルヘカラス何トシテハ該犯罪ハ結果罪ニシテ其意思ヲ標準トシテ罰スルコトヲ得サレハナリ又第百十三條第二項ニ於テ輕罪ノ未遂ハ罰セサルヲ以テ原則トス唯各本條ニ規定アル場合ノミ例外トシテ之ヲ罰スルモノナリ其場合ノ二三ヲ掲クレハ第百七十條、第二百一十一條、第二百六十六條、第三百七十五條、第三百九十七條等はナリ次ニ

違警罪ノ未遂犯ハ絶對ニ之ヲ罰セス全ク重罪ノ未遂犯ト正反對ナリ
上迹ノ如ク輕罪及ヒ違警罪ノ未遂犯ヲ罰セサルハ如何ナル理由ニ基カカ是レ
別ニ深キ理由ノ存スルニ非ス此等ノ罪ヲ遂クレハ既遂ト爲リ若シ之ヲ遂ケサ
ルトキハ別ニ社會ニ害毒ヲ生セサルヲ以テ之ヲ罰スル必要ナシトノ理由ニ基
クモノト云フノ外ナカルヘ
未遂犯ニハ如何ナル刑ヲ科スルヤ刑法ハ第一百十二條ニ於テ既遂犯ヨリ一等又
ハ二等ヲ減スルコトトセリ之ヲ輕減シタル理由ハ最モ親易キノ理ナリ何トナ
レハ未タ危害ハ成就セス隨テ社會カ損害ヲ受クル程度モ亦少ナリ故ニ既遂犯
ト同一ノ刑責ヲ負ハシムル必要ナケレハナリ此ノ如ク既遂犯ヨリ一等又ハ二
等ヲ減スルハ均シク未遂犯ナルモ其犯情ニ於テ常ニ異ナル所アルヲ以テ法律
ハ事實裁判官ノ自由ノ判斷ニ依リテ之ヲ定ムルコトヲ得セシメタルモノナリ
唯注意スヘキハ未遂犯ナレハ必ス減等スヘキモノト速斷スヘカラス法律ハ一
二ノ例外ノ場合ヲ設ケタリ即チ第二百二十四條ニ於テ國事犯ニハ未遂ノ時ニ於
テ本刑ヲ科シ第二百十六條及ヒ第二百十八條ニ於テ天皇三后皇太子若クハ皇族
ニ對シ危害ヲ加ヘタル場合モ亦加ヘントシタル場合モ共ニ同一ノ刑ヲ科シ既
遂ナルト未遂ナルトヲ問ハス又第三百六十二條以下ノ祖父母父母ノ身體ニ對
スル子孫ノ爲シタル犯罪ハ未遂ノ場合ハ第一百十二條ノ適用ヲ受クルモノナレ
トモ右犯罪ハ謀殺罪ヲ除ク外大概普通人ノ刑ヨリ重キヲ以テ減等ヲ爲スモ其
結果ハ普通人ニ對スル既遂ノ刑ヨリ輕カラサルヘシ

第十章 親屬例

親屬例ハ第一百十四條及ヒ第一百五條ノ規定スル所ニシテ別ニ説明ヲ用ヒスシ
テ明瞭ナリ唯茲ニ親屬ト稱スルハ民法ニ所謂親族トハ多少異ナル點アリ即チ
民法ハ第七百二十五條ニ規定シテ六親等内ノ血族及ヒ配偶者並ニ三親等内ノ
姻族ト爲セリ而シテ民法上ノ親等ノ計算ハ第七百二十六條ニ親等ハ親族間ノ
世數ヲ算シテ之ヲ定メ其第二項ニ傍系親ノ親等ヲ定ムルニハ其一人又ハ其配
偶者ヨリ同始祖ニ溯リ其始祖ヨリ他ノ一人ニ下ルマテノ世數ニ依ルトアリ故
ニ直系親等ノ計算ハ自己ノ父母ハ一等親ニシテ祖父母ハ二等親高祖父母ハ三

等親ナリ又自己ノ子ハ一等親ニシテ孫ハ二等親曾孫ハ三等親ナリ次ニ姻族ハ夫ヨリ言ヘハ妻ノ父母ハ一等親兄弟姉妹ハ二等親兄弟姉妹ノ子ハ三等親ニシテ妻ノ祖父母ハ二等親高祖父母ハ三等親ナルヲ以テ妻又ハ夫ノ尊屬親ニ遡リ妻又ハ夫ニ下ル然ラハ從兄弟姉妹間ハ何等親ナリヤ民法ニ依レハ四等親ト爲レリ然ルニ刑法ハ以上所述ノ民法ノ如ク規則のニ之ヲ定メステ一之ヲ列舉セリ故ニ二者ノ間甚シキ差異アリ刑法ハ血族親ハ三等親内ニ止マリ其範圍極メテ狭シ唯第一百五條ニ於テ少シク其範圍ヲ廣メシノミ

茲ニ疑ノ生スヘキハ刑法ノ親屬例ハ民法實施ト共ニ廢止ト爲リタルモノナリヤ否ヤ是ナリ民法施行法ニ於テハ從來ノ法律規則中ノ廢止スヘキモノハ明カニ其旨ヲ規定シ又刑法中ノ廢止スヘキ條項ヲモ明定シタリ然ルニ刑法ノ親屬例ハ其規定アルコトナシ故ニ此疑ヲ生ス此點ニ付テハ予ハ最初一國ノ法律ニ依リ親屬例ハ二重ニ存在スル能ハサルモノト信シタリシモ今ハ之ヲ穩當ニ非ストノ觀念ヲ抱クニ至レリ蓋シ親族ナルモノハ法律ニ依リテ始メテ定マルモノニシテ彼法律ノ下ニハ親族ハ斯ナリ此法律ノ下ニハ親族ハ斯ナリト

シテ彼此法律ノ規定ヲ異ニスルハ立法者ノ適宜ニシテ毫モ妨クルコトナシ尤モ道德上及ヒ社交上ヨリ之ヲ論スレハ六等親ハ勿論何等親ト雖モ苟モ血統ニシテ繼續スレハ親族ト謂フコトヲ得ヘシ唯法律上之ヲ親族ト謂フコトヲ得サルニ過キス或論者ハ民法制定ノ當時立法者ノ遺忘シタル結果ナリト云フト蓋モ敢テ之ヲ立法者ノ疎漏ニ歸スルヲ得ス立法者ハ刑法ニ於テハ極メテ小範圍ノ親族ヲ認ムルノ必要アルモノト認メテ之ヲ廢止セサリシモノト信ス故ニ今日ト雖モ刑法ノ親屬例ハ依然トシテ有效ナリト謂ハサルヘカラス

刑法上親屬タルヤ否ヤヲ知ルノ必要ハ如何ナル點ニ在ルヤ其重ナルモノヲ舉クレハ第五百十一條ノ犯人藏匿若クハ隱避ノ罪及ヒ第五百十二條ノ罪證隱蔽罪ハ犯人ノ親屬ニ係ルトキハ其罪ヲ論セス第三百二十九條ニ脅迫罪ハ被脅迫者又ハ親屬ノ告訴ヲ待テテ其罪ヲ論シ第三百二十八條ニ親屬ニ害ヲ加フヘキ事ヲ脅迫シタルトキモ同シク脅迫罪成立シ第三百五十條ニ猥褻姦淫ノ罪ハ被害者又ハ親屬ノ告訴ヲ待テテ其罪ヲ論シ第三百六十一條及ヒ第三百四十四條ニ略取誘拐罪及ヒ誹毀罪ハ被害者又ハ親屬ノ告訴ヲ以テ其罪ヲ論スルカ如キ

刑法總論 餘論

即チ是ナリ又刑事訴訟法上親屬關係ノ有無如何ヲ決スルニハ刑法ニ依ルヘキモノニシテ其必要ノ一二ヲ舉タレハ證人タル資格ノ有無ノ如キ第一二三條被告ノ呼出狀ハ被告人之ヲ受クルコト能ハサルトキハ同居ノ親屬ニ渡スヘシト爲セルカ如キ是ナリ

餘論

以上ヲ以テ現行刑法總則ノ解釋ハ略シテ了シタリ然レトモ刑法學上全ク論議スヘキ點ナキニ非ス是ヲ以テ其順序ハ前後スルノ嫌アリト雖モ講學上左ニ二三ノ問題ニ付キ説明スル所アルヘシ
刑法ノ範圍ハ如何ナル點ニマテ及ホスヘキヤ此問題ニ付テハ刑ノ效力即チ法律改正ノ場合ハ既ニ説明セシ所ナルヲ以テ茲ニハ唯刑法ハ土地ト人トニ付テハ如何ニ之ヲ適用スヘキヤノ點ヲ研究スヘシ此點ニ付キ現行刑法ニハ何等ノ規定ナキモ草案ニハ之カ規定ヲ爲シタリ然ラハ實際上斯ル場合ヲ生シタルトキハ如何ニ之ヲ決スヘキカ此點ニ付テハ未タ嘗テ實例ナキモ將來ニ於テ極メ

テ必要ノ事ニ屬ス而シテ此問題ハ立法上三箇ノ主義ノ存スルモノナリ

第一主義 刑法ハ屬地法ナルヲ以テ其國ニ住居スル者ハ何レノ國民タルトヲ問ハス其國ノ刑法ヲ適用セサルヘカラスト云フニ在リ故ニ其國人民ハ勿論外國人ト雖モ之ヲ處罰スルモノナリ然レトモ其國以外ニ於テハ何人カ犯罪ヲ爲スモ其刑法ヲ適用スルコトヲ得ス其理由ハ刑法ハ其之ヲ定メタル國ヲ治ムルノ要具ナルカ故ニ犯罪人カ何國人タルトヲ問ハス苟モ其國內ニ犯罪者アレハ其國ノ治安ヲ害セルヲ以テ總テ之カ適用ヲ受ケサルヘカラストノ理論ニ基キタルナリ

第二主義 刑法ハ屬人法ナルヲ以テ日本國民カ何國ニ居住スルモ本國刑法ニ違背スヘキ行爲アリタルトキハ之ヲ適用ス是レ日本人ハ何國ニ行クモ本國刑法ヲ遵奉スルノ義務アリテ畢竟刑法ハ人ニ關スル法律ナリト云フニ在リ

第三主義 刑法ハ屬地法ト屬人法ト雙方ノ性質ヲ兼有スルモノナリト云フニ在リ故ニ一面ヨリ言ヘハ屬地法ニシテ他ノ一面ヨリ言ヘハ屬人法ナリ之ヲ以テ帝國版圖内ニ於テハ日本刑法ハ內國人タルト外國人タルトヲ問ハス日本刑

法ヲ適用ス又外國ニ於テ日本刑法ニ違背スル者アルトキハ日本人ニ限り之ヲ適用セサルヘカラス

第二ノ主義ハ何レノ國モ之ヲ採用シタル所ナシ普通立法例ハ其國內ニ於テ犯罪ヲ爲ス者アレハ其國ノ刑法ヲ以テ罰スルヲ常例トス何トナレハ一國ノ主權ハ其國ヲ治ムルカ爲メ刑法ヲ制定スルモノナレハ荷モ之ヲ罰スル必要アル以上ハ其內國人ト外國人タルト問ハス之ヲ罰セサルヘカラサレハナリ我國ニ於テハ從來外國人ノ犯罪ニ付キ其外國カ日本ニ於テ領事裁判權ヲ有セシヲ以テ我刑法ヲ適用スルコトヲ得サリシモ條約改正ノ實施ト共ニ我刑法ヲ適用スルコト爲レリ

刑法ハ其國主權ノ支配スヘキ版圖內ニ於テハ總テ其效力ヲ及ホシ其內外國人タルヲ區別スルノ要ナシ是レ即チ屬地主義ナリ此點ニ付テハ二箇ニ區別シテ辨明スヘシ

先ツ第一ニ土地ノ版圖ノ如何ヲ觀察シ第二ニ如何ナル犯罪カ我國ノ版圖內ニ犯サレタルモノナリヤヲ説明セント欲ス抑モ一國ノ版圖トハ一國主權ノ及フ

範圍ニシテ單ニ陸地ノミヲ指スニ非ス海上ヲモ包含ス而シテ普通領土ト爲ス外ニ四箇アリ即チ領海船舶占領地領事ニ於テ裁判權ヲ有スル所ノ外國是ナリ以下之ヲ分説スヘシ

(一) 領海 凡ソ海ハ萬國共有ノモノト云フモ可ナリ何トナレハ大海ハ如何ナル國又ハ如何ナル國民ト雖モ支配スルコト能ハサレハナリ換言スレハ各國共通ノ道路ニ異ナラス故ニ日本海又ハ支那海ト云フモ是レ一ノ名稱ニ過キスシテ日本又ハ支那ノ主權ノ及フ範圍ト云フノ意ニ非ス然レトモ刑法ヲ論スルニ當リテハ領海ハ之ヲ例外ト爲ササルヘカラス領海ハ其沿岸國ノ版圖內ト看做スノ必要アリ何トナレハ其國ノ防衛上又ハ刑罰權ノ行使ニ付テ妨ケヲ生スルカ故ナリ而シテ國際公法ニ於テ領海ニ付テハ古昔ハ海岸ヨリ砲九ノ達スル所マテ其國ノ版圖ト爲シタルモ方今ハ干潮ノ時ニ於ケル海水ト陸地トノ接續線ヨリ三海里ノ區域內ヲ以テ領海即チ其國ノ版圖ト爲スコト爲レリ

(二) 船舶 船舶カ上述セシ領海中ニ在ル間ハ其國ノ版圖內ニ在ルモノナレハ船舶內ノ犯罪ハ其國內ノ犯罪ト看ルハ勿論ナリ隨テ其船舶內ニ於ケル船員旅

客等ノ犯罪ハ其國法ニ依リテ處斷ス若シ領海以外即チ公海ニ於テ犯罪ヲ爲シタルトキハ如何公海ハ萬國共通ノ道路ト觀ルヘキモノニシテ何國ニモ屬スルモノニ非ス故ニ此場合ハ其船舶ノ船籍地ノ國法ヲ適用セサルヘカラス是レ船舶ハ其所屬國ノ一部分ヲ爲スモノト看做スカ故ナリ是ヲ以テ其船舶内ノ犯罪者カ何國人タルトヲ問フコトナシ尙ホ一步進ミテ船舶カ外國ノ領海ト稱スヘキ場所ニ入りタルトキ犯罪生シタル場合ハ如何此場合ハ船舶所屬國ノ法律ト其領海所屬國ノ法律トノ衝突ヲ來スカ故ニ國際公法ニ依リテ判定セサルヘカラス而シテ國際公法ニ依レハ船舶ノ種類ニ因リテ其適用ヲ區別ス即チ軍艦ト商船トヲ區別シ軍艦内ノ犯罪ハ軍艦所屬國ノ法律ヲ適用スヘキモノト爲ス是レ軍艦ハ其本國ノ主權ニ屬スルモノナルヲ以テ如何ナル國如何ナル場所ニ於テモ軍艦所屬國ノ領土ノ一部分ト看做スカ故ナリ然レトモ若シ其軍艦内ノ犯罪カ或外國ニ敵對スヘキ性質ノ犯罪ハ軍艦現在地ノ法律ニ從屬スヘキモノナリ蓋シ此ノ如キ場合ハ刑罰權ヨリ然ラシムルモノニ非スシテ一國ノ正當防衛權ノ結果其犯罪ハ一檢舉スヘキモノナリ是レ即チ一例外タリ次ニ商船内ノ

犯罪ニ付テハ元來商船ハ一人ニ屬スルモノニシテ其船舶内ノ取締上ニ付テハ船舶所屬國ノ法律ニ從フヘキコトハ言フ埃タサレトモ他國ノ領海内ニ於ケル商船内ノ犯罪處分方法ハ各國ノ法律一定セス英國法ニ依レハ英國ノ領海内ニ於テ犯罪アリタルトキハ總テ英國裁判所之ヲ裁判スヘキモノトシ其例外ヲ認メス之ニ反シテ佛國法ニ於テハ此場合ニ區別ヲ設ケ左ノ三箇ノ場合ニ於テノミ佛國法ヲ適用ス即チ(イ)商船乗組員以外ノ者ノ犯罪或ハ乗組員以外ノ者ニ對シテ犯罪ヲ爲シタル場合(ロ)乗組員ノ犯罪或ハ乗組員ニ對シテ爲シタル犯罪カ佛國ノ港灣内ノ安寧秩序ヲ害スル場合(ハ)商船内ノ犯罪ニシテ佛國警察權ノ救助ヲ求メタル場合はナリ

(三) 占領地 一國ノ軍隊カ或一國ノ一部ヲ戰爭ニ因リテ占領シタル場所ナリ元來軍隊ハ所屬國ノ主權ノ一部分ナレバ其占領地ハ領土ト同一ナルカ故ニ占領地ニ於ケル犯罪ハ所屬國ノ國法ヲ適用スヘキモノナリ然レトモ占領地ニモ例外アリテ或場合ニハ軍略上局外中立又ハ同盟國ノ一部ヲ占領スルコトアリ此場合ニ於テハ之ヲ區別シ其國ノ承諾上占領シタルトキハ其軍人軍屬ノ犯罪

ノミニ限リ所屬國法ヲ適用シ若シ又其承諾ナクシテ占領シタルトキハ即チ敵國ノ占領ト同一ニ論セサルヘカラス

(四) 領事裁判 領事裁判トハ他國ニ於テ自國人ノ犯罪ヲ爲シタルトキハ總テ自國ヨリ派遣セラレタル領事カ自國ノ刑法ヲ適用シテ裁判スルノ謂ニシテ我國ノ條約改正前ニ於テ外國人カ我國内ニ犯罪ヲ爲シタルトキハ其犯罪者ノ所屬各國ノ領事カ其國ノ法律ヲ適用處斷シタリ現今我國ハ朝鮮及ヒ支那ニ對シ領事裁判權ヲ有スルカ故ニ右兩國内ニ於テ我國民カ犯罪ヲ爲シタルトキハ我國刑法ヲ適用セリ

以上土地ノ版圖ニ付テノ説明ヲ了リタルヲ以テ次ニ如何ナル犯罪カ一國ノ版圖内ニ於テ犯サレタルモノナルヤヲ講セン此問題ハ犯罪者及ヒ被害者ハ何國人タルトヲ問ハス其犯罪ハ一國內ニ於テ實行サレタルモノナリヤ否ヤヲ觀ルコト最モ必要ナリ抑モ犯罪ノ構成ニシテ單純ナル場合ハ敢テ困難ナキモ或犯罪ノ構成ニハ二三ノ行爲ヲ要スルコトアルヲ以テ此ノ如キ場合ニ於テ此問題ヲ研究スルノ要アリ左ニ之ヲ區別シテ説明スヘシ

第一 犯罪カ一國內ニ於テ犯サレタリト認ムルニハ其犯罪カ終始一國ニ於テ爲サレタルコトヲ要セス故ニ犯罪アリタルトキト雖モ其豫備或ハ結果ハ裁判管轄ヲ定ムルノ標準ト爲ラス要スルニ實行ニ關スル行爲アリタル場合ニハ其著手ト成功トヲ問ハス例ヘハ朝鮮國ニ於テ強盜ノ豫備ヲ爲シ我國ニ其實行ヲ爲シタルトキハ強盜罪ハ我國ニ在リタルモノトス又一犯罪行爲カ二國ニ跨ルコトアリ例ヘハ兩國相接近スル場合ニ一國ノ領土内ヨリ他ノ一國ノ領土内ニ在ル者ヲ銃殺シタル如キ場合ニシテ此場合ハ加害者ト被害者トハ所在國ヲ異ニシ而モ犯罪行爲ハ二國ニ在リタルヲ以テ各自國ノ法律ヲ適用スルノ權限アリ又例ヘハ米國ニ在ル者我國ニ於テ刊行ノ文書ヲ以テ我國ニ在ル者ヲ誹毀シタルトキハ其犯罪ニハ我刑法ヲ適用ス何トナレハ誹毀ノ意思ヲ以テ文書ヲ作成スルハ豫備ノ所爲ニ外ナラスシテ誹毀罪ノ成立シタルハ我國ニ在レハナリ以上ノ如ク種種ナル事實問題ヲ生スヘキモ要スルニ犯罪實行アリ又ハ成功アリタル國ノ法律ヲ適用シ若シ實行又ハ成功カ數國ニ在ルトキハ各國共ニ之ヲ處罰スルノ權アリ故ニ一犯罪ニ付キ既ニ一國カ處罰シタルニ拘ラス尙ホ他ノ

國モ亦刑罰權ヲ行フハ毫モ妨タル所ナキナリ
第二 一犯罪ニ關係シタル所ノ數箇ノ行為カ二箇以上ノ國ニ跨リタルモ性質
上分割シ得ヘキモノナルトキハ各國ハ自國ノ版圖内ニ在リタル行為ニ付テノ
ミ裁判權ヲ有ス此場合ハ繼續犯ノ如キ場合ニ生スルモノニシテ此ノ如キ行為
ハ分割スルコトヲ得ルモノナレハ各國ハ裁判權ヲ有スルヤ明カナリ然レトモ
其國ニ生シタル行為ノ部分ニ對シテノミ刑罰權ヲ有スルニ過キス尤モ被告人
ニ對シテハ甚タ不利益ナリト雖モ是レ自ラ招クノ孽ナレハ已ムヲ得サルナリ
第三 二國以上ニ跨ル犯罪行為カ時ト場合ニ因リ分割スルコトヲ得ルモ其集
合ヲ以テ一犯罪ヲ構成スル場合ニ於テハ其一國ノ法律ヲ以テ總テノ行為ニ之
キ處罰スルコトヲ得

刑法ハ既ニ一言セル如ク屬地法ナリトセハ如何ナル結果ヲ生スルヤ畢竟スル
ニ其國ノ版圖内ニ居住スル者ニ限リ其國ノ法律ヲ適用スルノ結果ヲ生ス而シ
テ之ヲ分析スレハ左ノ三箇ト爲ル

(一) 一國ノ版圖内ニ於テハ如何ナル犯罪ニ對シテモ其國ノ法律ノ效力ヲ及ボス

(二) 一國ノ版圖内ニ犯罪アリタルトキハ必ス其國ノ法律ヲ適用シ其犯罪人ノ
何國人タルヲ問フコトナシ

(三) 一國版圖内ノ犯罪ハ內國人ト外國人トニ因リテ訴訟手續又ハ刑ノ適用ヲ
異ニセス

或一國ノ版圖内ニ於テ爲シタル犯罪ハ如何ナル人タルヲ問ハス總テ其國ノ刑
法ヲ適用シテ處罰スルハ一般ノ原則ナリ而シテ此原則ニ對スル例外ハ各國其
發ヲ異ニスルモ概シテ左ノ場合ハ之ヲ例外ト認メタリ

第一 君主 君主國ニ於テハ皇帝又ハ王ト稱スル者ハ之ヲ罰セス何故ニ然ル
ヤ君主ハ主權ヲ有シ其國內ニ於ケル犯罪ニ對シテハ之ヲ處罰スルノ大權ヲ有
シ爲メニ其處罰スヘキ刑法ヲ制定ス故ニ其制定ハ自己ニ適用スヘキ爲メニ非
スシテ臣民ニ對シ適用スヘキカ爲メナレハ縱令君主自身カ刑法ニ觸ルル行為
アルモ之カ適用ヲ受クヘキモノニ非ス然レトモ共和國ノ大統領ハ此限ニ在ラズ
第二 外國ノ君主及ヒ公使公使館官吏並ニ其從者 元來刑法ハ一國內ヲ統括
スル一ノ器具ナルヲ以テ國ト國トノ間ニ關スル場合ニ之ヲ適用スルコトヲ得

ナルナリ蓋シ外國ノ君主ハ國際法上其資格ニ對シ敬意ヲ表スルカ爲メニ所在國ノ裁判權ニ服セシメサル國際慣例ト爲レリ又公使以下ノ者ハ職務ヲ安全ニ執行セシムルカ爲メニ駐在國ノ裁判權ニ服セシメサルナリ公使館ハ不可侵ノ特權ヲ有ス是レ公使ヲシテ職務ノ執行ヲ安全ナラシムル保障ニ出テタルモノナリ若シ此特權ヲ認メサルハ縱令公使其者ニノミ駐在國ノ裁判權ニ服セシメサルモ職務執行ノ安全得テ望ムコト能ハス而シテ此特權ハ治外法權ト相近似スルモ全ク同一ノモノニ非ス何トナレハ若シ不可侵權ヲ治外法權トスルトキハ犯罪人カ公使館ニ逃ケ入リタル場合ハ犯罪人引渡條約ニ依ルニ非サレハ其引渡ヲ受クルコト能ハサルヘケレハナリ外國ニ於テ自國民ノ爲シタル犯罪ニ付テハ總テ犯罪者所屬國ノ刑法ヲ以テ之ヲ罰スルコトヲ得ルヤ是レ亦各國ノ刑法一定スル所ナキモ其犯罪ノ種類ニ付テ罰スルト否トヲ區別ス

(一) 自國民カ外國ニ在リテ本國政府ニ對スル犯罪ハ何國ノ法律モ之ヲ罰スルコトト爲レリ是レ畢竟本國ノ公安秩序ヲ害スルノ一層甚シキモノナレハ之

ヲ不問ニ置タヘカラサレハナリ

(二) 外國ニ於テ其國家ニ對シ又ハ一箇人ニ對シテ爲シタル犯罪ハ之ヲ細別シテ外國ノ國家ニ對スル犯罪ハ犯罪者ノ本國ニ於テ處罰スルノ必要ナシ何トナレハ此ノ如キ犯罪ハ本國ノ治安ヲ害スルコトナケレハナリ故ニ犯罪者カ本國ニ歸來スルモ之ヲ引渡スコトヲ要セス又一箇人ニ對スル犯罪ハ殺人ノ如キ重大ナル場合ノミ之ヲ罰シ過失殺傷ノ如キ其他輕微ノ犯罪ニ付テハ之ヲ罰セス我新刑法草案ニ於テモ右ノ如キ規定ヲ設ケタリ而シテ茲ニ注意スヘキハ外國ニ在リテ犯罪ヲ爲シタルトキハ其犯罪者ニ對シテハ直チニ訴追スルコトナク唯其犯罪者カ本國ニ歸來シタル時始メテ刑事ノ訴追ヲ爲ス何トナレハ若シ犯罪者歸來セサレハ我國ノ治安ヲ害スルコトナケレハナリ故ニ犯罪者ノ歸國ハ一ノ必要條件ト謂ハサルヲ得ス然ルニ或論者ハ曰ク外國ニ在リテ我國ニ對スル犯罪ヲ爲シタル者ハ歸來ヲ待タスシテ訴追ヲ爲ス何トナレハ歸來ノ如何ヲ問フノ必要ナシト然レトモ其實際ノ手續ハ如何ニスルヤハ明瞭ナラス或ハ此場合ハ關府裁判ヲ爲スノ意ナランカ逃亡犯罪人引渡ノ規則ハ此場合ニ適用ス

ルコト能ハサルナリ。茲ニモハ、我國國民ハ、我國カ處罰權ヲ有スルハ、勿論ナ
我國民カ外國ニ於テ犯罪ヲ爲シタルトキハ、我國カ處罰權ヲ有スルハ、勿論ナ
レトモ其外國モ亦此權ヲ有スニ於テカ法律ノ衝突ヲ生スルニ至ル民事事件
ニ付テハ本國法ヲ適用スルヲ原則トスルモ或場合ニハ外國法ヲ適用スルコト
アリ例ヘハ物權ノ訴ニ付テハ我國法ヲ適用スルモ契約ニ付テハ其行爲地法ヲ
適用ス但シ當事者間ニ特約アルトキハ此限ニ在ラス又人事ニ關スル訴ハ概シ
テ訴訟當事者ノ本國法ヲ適用ス然ルニ學者或ハ外國ノ法律ヲ適用スルニ非ス
シテ外國法ヲ事實トシテ裁判スルニ在リト主張スル者アリ然レトモ唯言語ノ
爭アルノミニシテ外國法ヲ適用スルコトアルハ疑ナシ之ニ反シテ刑事事件ニ
付テハ其國裁判所ハ必ス自國法ノミヲ適用シテ外國法ヲ眼中ニ置クコトナシ
是レ各國ニ通シテ認ムル原則ナリ故ニ外國ニ於テ爲シタル犯罪ト雖モ我刑法
ヲ解釋シテ刑ヲ適用スルモ毫モ妨ケナシ是ヲ以テ一犯罪ニ付キ兩國ハ獨立シ
テ裁判權ヲ有スル結果ヲ生ス
外國ニ於テ確定判決ヲ受ケ我國ニ歸來シタルトキハ如何ニ處分スルカ我國裁

判所ノ下シタル判決ニシテ確定判決ト爲リタルトキハ既判力ヲ有スルヲ以テ
一事不再理ノ原則ニ依リ當然免訴セサルヘカラスト雖モ外國裁判所ノ確定判
決ノ效力ニ付テハ三說アリ第一說ハ既判力ハ何國ニ於テモ主張スルコトヲ得
ルカ故ニ外國ノ確定判決ト雖モ之ヲ認メサルヘカラスト云フニ在リ此說ハ或
ハ將來ニ於テハ行ハルコトアルヘキモ今日ニ於テハ之ヲ許サス(諸威國ハ此
說ヲ認ム)第二說ハ確定判決ノ效力ハ同一國且ツ同一ノ法律ニ於テ裁判シタル
場合ニノミ生スルモノナルヲ以テ外國ノ確定判決ハ之ヲ認メス畢竟確定判決
ハ國際公法上之ヲ認メス何トナレハ各國ノ主權ハ各獨立ノモノニシテ縱令一
犯罪ニ付キ既ニ他國ニ於テ處罰スルモ他ノ一國モ亦之ヲ罰スルコトヲ得ルハ
當然ノ結果ナレハナリト第三說ハ外國ノ既判力ヲ認ムルモ其犯人カ執行ヲ逃
レ來リタルトキハ之ヲ所罰スルノ權アリト云フニ在リ予ハ第二說ヲ以テ當
得タルモノト信ス
茲ニ又外國ニ於テ處刑済ノ者本國ニ歸來シタルトキハ其既判力ヲ認メサルモ
其刑ハ之ヲ通算スルモノトシタル國法ナキニ非ス我新刑法草案ノ如キ是ナ

外國裁判所ノ下シタル裁判ハ我國ニ於テ如何ナル效力ヲ有セシムルモノナリヤ此點ニ付テモ民事ト刑事トハ大ニ其趣ヲ異ニス民事ニ付テハ我民事訴訟法ハ明カニ之ヲ認メ強制執行ヲ許ス即チ執行判決ヲ爲スモノナリ而シテ執行判決ハ原判決ノ當否ヲ審理スルニ非スシテ唯其判決ノ確定シタルヤ否ヤ及ヒ其判決ハ執行スルコトヲ得ル場合ナルヤ否ヤ等ヲ審理スルモノナリ(同法第五一四條第五一五條參照)然ルニ刑事裁判ニ付テハ民事ト全ク反對ニシテ絕對ニ之カ執行ヲ許サス是レ國家獨立權ヨリ生スル結果ニシテ刑事ニ付テハ各國裁判ノ手續執行ノ手續等ヲ異ニスルヲ以テ之ヲ其助セス唯其助スル場合ハ外國ノ逃亡犯罪人ヲ逮捕シテ外國ニ引渡スノ一事アルノミナリ故ニ外國ノ刑事判決ハ我國ニ於テ全然其執行力ヲ認メサルヲ以テ何等ノ效力ナキモノトス左レハ其結果トシテ第一內國人カ外國ニ於テ刑事裁判ノ結果公權ヲ剝奪セラレ其他處刑ヨリ生スル無能力者タルモ我國ニ歸來スルトキハ其公權剝奪又ハ無能力ヲ認ムルコトナシ第二外國人ナルトキハ之ヲ區別セテ論スヘキモノトス即チ

裁判ヲ爲シタル國以外ノ國民ナル場合ハ第一ノ場合ト同一ニ論決セサルヘカラス之ニ反シテ判決ヲ爲シタル國ノ人民ナル場合ニ付テハ或學者ハ本國ニ於テ無能力者ト爲ルトキハ其無能力ノ原因ハ其者ニ隨伴スルモノニシテ何國ニ行クモ完全ノ人ニ非スト曰ヘリ是レ一應理アリト雖モ學者ノ輿論ハ全ク之ニ反シ外國主權ノ下ニ在ル間ハ完全ナル能力ヲ有スルコトト爲セリ

外國裁判所ノ下シタル判決ハ再犯加重ノ原因ト爲ルヤ否ヤ是レ再犯加重ノ原因ト爲ラス蓋シ外國裁判所ノ判決ノ效力ハ單ニ其國ニ限ルモノニシテ他國ニ何等ノ影響ヲ及ボササルモノナリ

外國裁判所ノ下シタル私訴判決ノ效力ハ之ヲ二箇ニ區別シテ説明セサルヘカラス即チ(一)ハ民事裁判所ノ下シタル判決ノ效力ニシテ私訴ハ公訴ト其運命ヲ同シウス故ニ此點ヨリ觀察スレハ刑事ト同一ニ論セサルヘカラスアルカ如キモ其性質ハ民事上ノ不法行為ニ基クモノニ外ナラサレハ被告タル者カ何レノ國ニ在リト雖モ確定シタル判決ノ執行ヲ免ルルコトヲ得ス故ニ我國ニ於テハ執行判決ヲ爲シテ執行セシメサルヘカラスト論決セサルヲ得ス(二)ハ刑事裁判所

ノ爲シタル私訴ノ判決ニシテ此判決モ亦同シク元來民事ノ性質ノモノナレハ
執行スルコトヲ許ササルヘカラス要スルニ民事裁判所ノ下シタル判決ト刑事
裁判所ノ下シタル判決トヲ問ハス其執行ヲ補助スヘキモノトス
終ニ附言スヘキハ刑法ノ效力ハ我國ノ版圖内ニ於テハ全然其效力アルコトハ
疑ナキモ若シ犯罪人カ我國版圖内ヲ出テタルトキハ如何一國ノ主權ハ其版圖
内ニ止マルコトハ上述ノ如シ故ニ外國ノ領土内ニ主權ノ及ハサルハ言フ埃タ
ス加之公海上ニ於テハ何レノ國モ主權ヲ及ホスモノニ非ス故ニ我國ニ於テ犯
罪ヲ爲シタル者カ我國ノ領土内ヲ逃レ出テタルトキハ我國ノ司法權並ニ警察
權ハ之ヲ追及スルコトヲ得ス然レトモ右ノ法則ヲ嚴正ニ執行スルトキハ一國
ノ刑罰權ハ不鞏固ト爲リ公安ヲ維持スル能ハサルニ至ルカ故ニ各國條約ヲ締
結シテ犯罪人引渡ノ條約ヲ爲スニ至レリ而シテ犯罪人引渡條約ハ古昔羅馬希
臘時代ニ於テモ之ヲ爲シタルコトアリ然レトモ其趣ヲ異ニシテ常ニ國事犯ノ
ミ之ヲ爲シ非國事犯ノ如キハ之ヲ引渡シタルコトナシ今日ニ於テハ國事犯ハ
引渡スコトナク非國事犯ノ場合ノミ之カ引渡ヲ爲スニ至リ全ク反對ト爲レリ

此引渡ノ事ハ各國法律ヲ以テ之ヲ規定スルニ至リタリ我國ハ明治二十年勅令
第四十二號ヲ以テ之カ規定ヲ爲セリ而シテ引渡ノ性質ハ各條約國相互ニ其法
規ヲ連帶保障スルモノナリ故ニ犯罪人ノ引渡ハ各條約國ノ法律上及ヒ適用上
同一ノ基礎ヲ有セサルヘカラス其同一ノ基礎トハ自國ニ於テモ犯罪ト爲シ他
國ニ於テモ亦犯罪ト爲ス場合ヲ謂フ然レトモ是レ相互ニ其國ノ刑法ヲ以テ外
國ニ於テ犯シタル犯罪人ニ直接適用スルニ非スシテ其者カ我國刑法ノ原則ヲ
侵犯シタル者ナリト云フ意味ナリ故ニ我國ニ於テ不論罪又ハ時効ニ罹リタル
犯罪ニ付テハ犯罪人ヲ引渡スコトヲ要セス
茲ニ疑ノ存スルハ犯罪人ヲ引渡スハ各國相互間ノ自然義務ナリヤ否ヤ之ヲ自
然義務ナリト主張スル者ハ國際法ノ鼻祖タル和蘭ノ「グロチユース」ニシテ其理
由トスル所ハ引渡ヲ求メラレタルニ其引渡ヲ拒ムハ其犯罪人ノ共犯人ト謂フ
ヘシ故ニ請求國ハ戰爭ヲ爲スモ仍ホ之ヲ請求スルノ權利アリト云フニ在リ然
リト雖モ今日ノ學者ハ引渡ノ義務ハ條約ヲ締結シタルヨリ生スル義務ト爲セ
リ隨テ無條約國ハ引渡ヲ請求スル權利アリ又義務アリト謂フコトヲ得ス畢竟

契約ヨリ生スルカ故ニ一箇人ハ容喙ノ權利ナシ尙ホ此條約ハ既往ニ遡ルノ效力アリ即チ條約前ニ逃走シ來リタル犯罪人ト雖モ之ヲ逮捕シ引渡スヘキモノトス

犯罪人引渡ニ關スル要件ヲ掲クレハ四箇アリ

第一條件 逃亡犯罪人カ必ス外國人ナルコトヲ要ス 條約國ハ勿論無條約國ニ國籍ヲ有スル者ト雖モ自國以外ノ人民ハ之ヲ引渡セトモ自國民ハ之ヲ引渡スコトナシ而シテ自國民ヲ引渡ササルノ理由ハ他國ノ要求ニ應スレハ自國ノ主權ヲ害セラルルニ因ル蓋シ犯罪人アルトキハ其國主權ヲ以テ處罰スヘキモノナルニ若シ他國ノ要求ニ應ストスレハ他國ノ主權ヲ以テ自國ノ刑罰權ヲ侵害セラルルヲ以テナリ然レトモ之ヲ學理上ヨリ觀察スレハ非難スヘキノ點ナキニ非ス蓋シ犯罪地ノ裁判所ニ於テ之ヲ裁判スルハ直接犯罪ノ場所ナルヲ以テ審理上最モ便利ナルニ之ヲ引渡ササルハ此原理ニ背反スレハナリ尤モ自國臣民ト雖モ亦引渡ス場合ナキニ非ス前述セシ我勅令第一條ノ末項ニ其例外ノ規定アリ(一)犯罪人引渡條約ニ交互其臣民ヲ引渡スヘキ條款アルトキ是レ各國互

ニ其條約ヲ締結シタルモノナレハ其條約ノ結果之ヲ引渡スヘキハ當然ナリ

(二)引渡條約ニハ交互ノ任意ヲ以テ其國臣民ヲ引渡スコトアルヘキ旨ノ條款アリ且テ請求國ヨリ自國臣民モ引渡スヘキ旨ヲ申出タルトキ是ナリ

尙ホ茲ニ疑問ニ屬スヘキコトハ犯罪人カ逃亡後歸化シタルトキハ之ヲ引渡スヘキヤ否ヤ此問題ニ付テハ二說アリ第一說ハ歸化ノ效ハ遡及ノ效力アルヲ以テ之ヲ引渡スヘキモノニ非ストシ第二說ハ縱令歸化スルモ引渡ササルヘカラス何トナレハ歸化ノ效ハ遡及ノ效力アルモ素ト刑罰ヲ免ルルカ爲メ歸化シタルモノナレハナリト我勅令ニハ何等ノ規定ナシ故ニ實際其實事ヲ生シタル場合ハ如何ニ之ヲ處置スルヤ明カナラス予ヲ以テ之ヲ觀レハ第二說ヲ以テ其當ヲ得タルモノナリト信ス

第二條件 其犯罪カ引渡條約ニ掲ケタル犯罪タルコトヲ要ス 各國間ニ條約ヲ爲シテ其犯罪ノ種類ヲ定ム而シテ各國一般ニ通シテ宗教上ニ關スル犯罪風俗ニ關スル犯罪國事ニ關スル犯罪ハ之ヲ掲ケス何トナレハ此種ノ犯罪ハ各國ノ人情風俗慣習等ニ因リ異ナルヲ以テ同一ニ認ムルコト能ハス故ニ多クハ引

渡犯罪ノ中ニ加フルコトナシ
第三條件 其犯罪カ請求國被請求國ノ法律ニ照シ罰スヘキ行為ナルヲ要ス
既ニ一言シタル如ク同一ノ基礎ト云フコト是ナリ然レトモ國際法ノ發達スル
ニ隨ヒ此ノ如キ條件ヲ要セサルコト爲ルヘシ何トナレハ刑罰權ノ其助ヲ爲
スノ精神ニ反スレハナリ

第四條件 引渡要請國ハ刑罰權ヲ有スル國ナルコトヲ要ス 屬人主義ヲ採ル
ニ於テハ自國人カ外國ニ於テ犯罪ヲ爲シタルトキハ其國ハ刑罰權ヲ有スルモ
其權利ノ發生スルハ犯罪人ノ歸來ヲ待チテ始メテ生スルモノナルヲ以テ犯罪
人ノ歸來ニ先チ其引渡ヲ要求スル能ハサルモノナリ

茲ニ注意スヘキハ犯罪人ノ爲シタル行為ニ付キ我國裁判所モ裁判權ヲ互有ス
ルトキハ如何ニ之ヲ處置スヘキヤ此場合ハ司法大臣ノ意見ニ一任スルコトト
セリ是レ引渡條例第六條ニ規定スル所ナリ尙ホ注意スヘキハ逃亡犯罪人カ我
國ニ於テ他ノ事件ニ付テ審理中又ハ刑ノ執行中ナルトキハ免訴無罪又ハ刑ノ
執行済等ノ上ニ非サレハ引渡スヘキモノニ非ス是レ自然ノ理ニシテ引渡ハ他

國ノ刑罰權ヲ補助スルカ爲メ自國ノ刑罰權ヲ拋棄スルノ理由ナケレハナリ

犯罪人引渡ノ手續ハ各國ノ法律一定セス之ニ三箇ノ主義アリ

第一主義 犯罪人ヲ引渡スヘキモノナルヤ否ヤヲ決定スルハ裁判所ノ裁判ヲ
以テ之ヲ爲ス此主義ハ英國ノ採用スル制度ナリ

第二主義 引渡ヲ爲スヘキヤ否ヤヲ決定スルハ一ニ行政官ノ職權ヲ以テ之ヲ
爲ス歐洲大陸ハ皆此主義ナリ我現行條例モ亦此主義ヲ採レリ

第三主義 引渡ヲ爲スヘキヤ否ヤノ決定ハ裁判所ノ意見ヲ聽キ君主ニ於テ之
ヲ決ス此主義ハ白耳義ノ制度ナリ

我現行ノ手續ハ外國政府ヨリ引渡ノ請求アリタルトキハ其請求書ハ外務大臣
ヨリ司法大臣ニ送り司法大臣ハ各檢察正ニ犯罪人逮捕方ヲ命ス檢察正ハ其命
令ニ因リ逮捕狀ヲ發ス又場合ニ因リテハ假逮捕狀ヲ發ス而シテ其犯罪人ヲ逮
捕シタルルトキハ檢察正ニ引渡シ檢察正ハ司法大臣ニ其旨ヲ上申ス司法大臣
ハ引渡請求書及ヒ附屬書類ヲ檢察正ニ送附シ檢察正ハ之ニ依リテ審問シ人違
ニ非タルコト實際犯罪者ナルコトヲ確メ既決ノ囚徒ナルトキハ人違ナキコト

及ヒ裁判確定セルコトノ認定ヲ終リタル後司法大臣ニ意見ヲ添ヘ具申シ司法大臣ニ於テ引渡ノ當否ヲ決定スヘキコトト爲シタリ
茲ニ問題アルハ二國以上同時ニ引渡ヲ要求シタルトキハ其引渡ハ如何ニスヘキヤ此問題ニハ種種ノ說アリ或ハ其重キ犯罪アリタル國ニ引渡スヘシト曰ヒ或ハ自國ニ最モ近キ國ニ引渡スヘシト曰ヒ又或ハ最初ニ要求シタル國ニ引渡スヘシトノ說ヲ唱フル者アリ我現行條例ハ最後ノ說ニ據レリ又裁判權ヲ互有スル場合ニハ何レノ國ニ引渡スヘキヤ事件ノ異ナル犯罪ニ付キ要求シタル場合ト同シク論決セサルヘカラス

犯罪人引渡ノ效力ハ他ナシ犯罪人ヲ請求國ニ引渡スニ在リ而シテ引渡ヲ受ケタル國ハ之ニ對シ刑罰權ヲ行フモノナリ茲ニ疑ノ生スルハ其裁判所ハ引渡要求書ニ記載シタル犯罪ニ付キ裁判スヘキハ言ヲ俟タス然レトモ其犯罪人カ他ノ犯罪アリタルトキハ之ヲ裁判スルコトヲ得ルヤ否ヤ此點ニ付テハ學說一定セス一說ニ依レハ他ノ犯罪ニ付テハ裁判權ヲ有セス何トナレハ其犯罪人ヲ引渡シタルハ兩國間ノ好意上ヨリ爲シタルモノナレハ其引渡請求書ニ記載セサ

ル犯罪ハ豫想外ノ犯罪ナレハ之ヲ裁判スルコトヲ得サルハ請求國ノ義務ナレハナリト云フニ在リ他ノ一說ニ依レハ請求書ニ記載ナキモ條約中ニ在ルトキハ之ヲ罰スルコトヲ得又請求書ニ記載ナキモ之ヲ豫知シタルトキハ之ヲ記載スルハ容易ノ事ニシテ二箇ノ犯罪アルカ爲メニ引渡サスト云フカ如キ理ナケレハナリ加之再ヒ逃走シ來リタル場合ニ之ヲ請求スルトキハ之ヲ引渡ササルヘカサルヤ勿論ナリ故ニ裁判スルコトヲ得ヘシト云フニ在リ後說ヲ以テ穩當ナリト信ス然レトモ國事犯タリシトキ又ハ條約外ノ犯罪ナリトキハ之ヲ裁判スルコトヲ得ス

外國船舶ノ乗組員逃走シタルトキハ其船舶ノ航海ヲ補助スルカ爲メニ我司法權ヲ以テ逮捕シ引渡スヘキモノナリ此事ニ付テハ明治三十二年法律第六十號ヲ以テ發布シアレトモ其規定ノ説明ハ之ヲ畧ス

刑法總論 終

講習科規則摘要

- 一 乙種講習科ハ講義録ニ依リテ獨習ヲ爲スモノトス
- 一 講習期ハ二月ニ始リ十一月ニ終ル
- 一 講義録ハ各講師擔任ノ部分ヲ一括シテ配布ス
- 一 講習料ハ金拾貳圓トス但三十四年度ニ限リ左ノ一部又ハ二部ヲ講習スルコトヲ得
- 一 第一部(民事、刑事、訴訟法) 金六圓
- 一 第二部(民法、經濟學、政治學) 金四圓
- 一 第三部(刑法、民事訴訟法、行政法、國際私法、國際公法) 金五圓
- 一 右講習料ハ何レモ一ヶ月分以上ヲ分納スルコトヲ得(但入學ノ際ニハ成ルヘシ)
- 一 講習生ハ講義録ニ掲載セル事項ニ付キ質問ヲ爲スコトヲ得但一問毎ニ別紙ニ認メ且一問毎ニ一音信料ヲ添フルコトヲ要ス
- 一 講習料ハ和佛法律學校會計課宛ニテ送付スヘシ但郵券代用ハ一割増ノ事

明治二十二年十二月九日內務省許可

明治三十四年四月廿一日印刷
明治三十四年四月廿四日發行

編輯者
東京市四谷區四谷仲町三丁目廿八番地
小田 幹 治 郎

印刷者
東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地
金子 鐵 五 郎

印刷所
東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地
金子 活 版 所

發行所 司法省
東京市麴町區富士見町六丁目十六番地
和佛法律學校
(電話番町百七十四番)