

10
3
30

現行刑法原論

江木

二

現行刑法原論

東京圖書

分類門

1915/34/1877

現行刑法原論卷之二

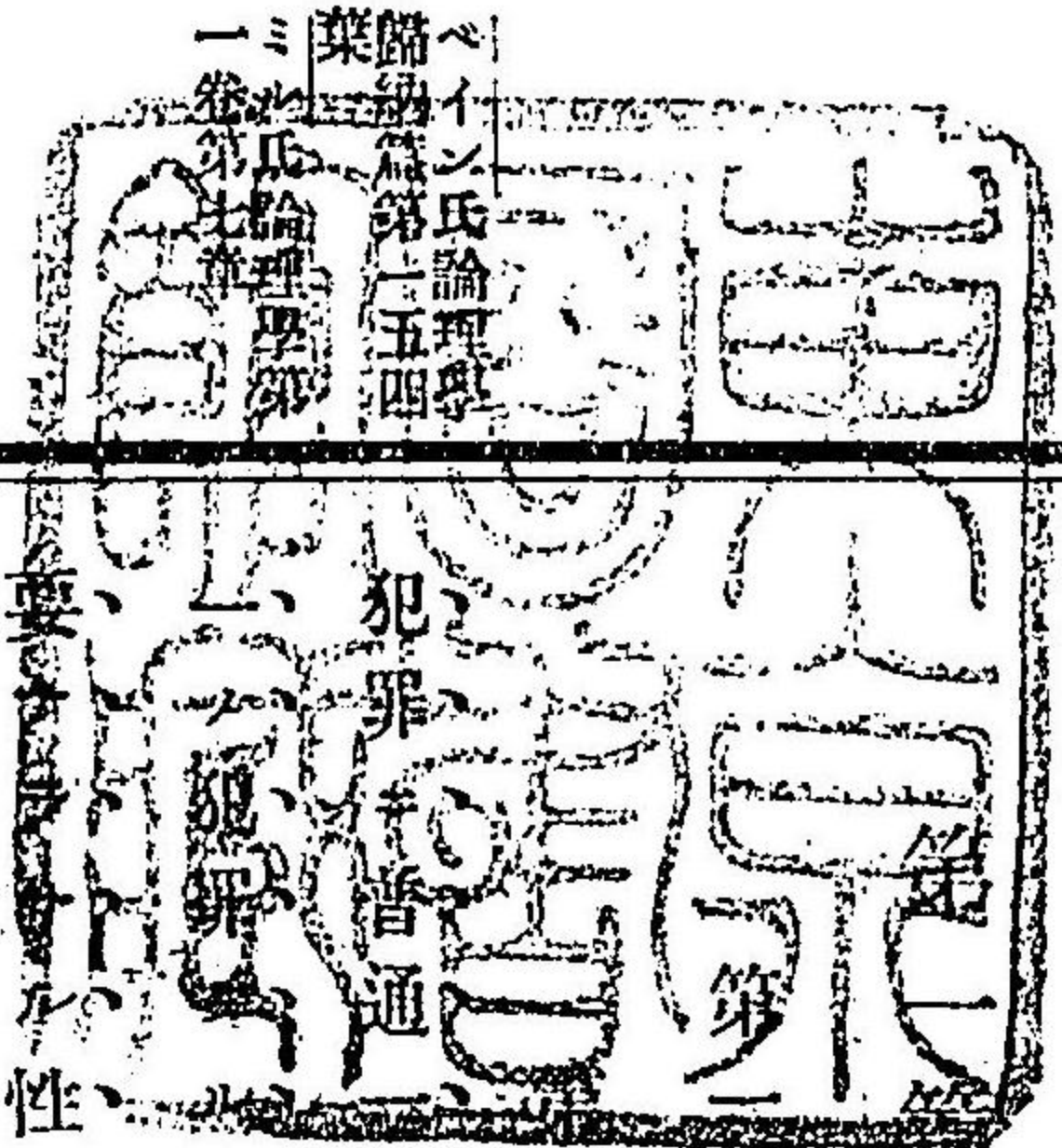
汎論

犯罪

第一章 犯罪ノ定義及ヒ區別

一節 犯罪ノ定義

一、犯罪ノ定義ニハ、
 一般ナル性質ヲ確定スル之ヲ犯罪ノ定義ト謂フ故ニ其ノ定義中ニハ
 必要ナル一切ノ性質ハ悉ク之ヲ包含セシメ又ハ犯罪タルニ必
 要ナル性質ハ毫モ之ヲ交ユルコトナキヲ要ス罪トハ法律ニ於テ罰スヘキ所
 爲ヲ謂フトハ往々學者ノ下シタル犯罪ノ定義ニシテ亦我刑法草案ノ採用セル所
 ナレトモ予テ以テ之ヲ見レハ此定義ハ定義タルノ要件ヲ缺キ仍ホ且無用ノ妄誕



タルヲ免カレヌ

〔第一〕此定義ニ從ヘハ法律ニ於テ罰スルモノニアラサレハ犯罪ニアラストスルモノナレトモ法律ニ於テ犯罪ト認ムルノ所爲ハ法律ニ於テ之ヲ罰セサルモ亦犯罪ナリ罰ヲ以テ犯罪ノ一性質トセルハ必要ナラサル性質ヲ以テ定義中ニ加ヘタルモノト謂ハサルヲ得ス抑モ法律ニ於テ罪ト認メサレハ法律上ノ罪ナキハ明ニシテ法律ナクハ犯罪ナシ〔Nullum Crimen sine lege〕ト云ヘル格言ハ其ノ正鵠ヲ失ハス又法律ニ於テ罰スヘキモノト定メサル所爲ハ之ヲ罰スルコトヲ得サルモ亦明カニシテ法律ナクハ刑罰ナシ〔Nullum poena sine lege〕ト云ヘル格言モ亦確實ニシテ共ニ非難スヘキ點アルヲ見ス然レトモ此二原則ヲ根據トシテ法律ニ於テ罰スルモノニアラサレハ犯罪タルコトヲ得ストスルハ論局ヲ得ントスルハ論理ヲ誤リタルモノト云ハサルヲ得ス予ハ嘗テ刑罰ナクハ犯罪ナシトハ格言原則アルヲ聞カサルナリ苟モ法律ニ於テ或所爲ヲ以テ犯罪ナリト認ムレハ即チ其ノ所爲

ハ犯罪ナレトモ法律ニ於テ同時ニ之ヲ罰スルコトヲ定メサレハ之ヲ犯罪ニアラスト云フコトヲ得ス設例ヘハ期滿免除ヲ得タル犯罪ノ如キハ法律ニ於テ之ヲ罪ト認ムルモ法律自身ハ社會ノ公益上之ヲ以テ却テ罰スヘカラサルモノトセリ親屬間ニ於ケル盜罪ノ如キモ亦此類ナラン法律ハ之ヲ以テ一ノ犯罪トスレトモ又決シテ之ヲ罰スヘキモノトスルコトナシ論者或ハ期滿免除ヲ得タル犯罪モ亦罰スヘキ性質アルモノトスレトモ予ノ言ヲ以テ之ヲ謂ハ、單ニ之ヲ罪トスヘキ性質アルノ所爲ト云フノ意ナルニ過キサルカ如シ刑罰ノ點ヨリ云ハ、予ハ寧ロ之ヲ罰スヘカラサル性質ノ犯罪ナリト云ハ、抑モ法律ハ主權者ノ制定スル所ニシテ法律ハ萬能ナリ何故ニ法律ハ或ル所爲ヲ犯罪ナリト定メ乍ラ同時ニ之ヲ罰セサルコトヲ定メ得サルヤ憲法上刑罰ヲ科セサル犯罪ヲ設クルコトヲ禁シテ立法權ヲ制限スルモノアルニアラスンハ犯罪ハ當然之ニ對スル刑罰ナルヘカラサルモノトスルコトヲ得サルヘシ論者又或ハ刑罰ヲ科セサル犯罪ナルモノヲ

認ムルハ無益ナルヲ稱スルモノアラント雖一ハ所爲ヲ以テ犯罪ナリト定ムルハ關係効果ハ決シテ刑罰ノ一點ニ止マラス諸種ノ法律ハ必スシモ人ノ刑ニ處セラレタルノ一事ヲ以テ刑餘人ノ權利ヲ制限剝奪スルノミナラス縦ヒ刑ニ處セラレストモ罪ヲ犯シタルノ一事ヲ以テ犯者ノ權利ヲ制限剝奪スルコト甚タ多シ其ノ他親族盜ノ竊取シタル贓物ノ如キモ刑法上之ヲ贓物トシテ處分スルカ如キモ亦同一理ナリ。

我刑法カ別ニ犯罪ノ定義ヲ設ケス之ヲ學者ハ議論ニ一任シテ願ミルコトナキハ法律ノ良教師タル名譽ヲ捨テ能ク老鍊ハ立法官タル伎倆ヲ顯ハシタルモノト云フヘシ然ルニ其ノ第一條ニ「法律ニ於テ罰スヘキ罪分テ三種ト爲スト云ヒ罰スヘキ罪」ノ荷ヲ用ヒタルハ曖昧模糊トシテ其ノ意ヲ了スルニ苦ム所ナレトモ予ハ唯タ此條ヲ以テ法律ハ道德上若クハ宗教上ノ罪ヲ罰セサルノ原則ヲ示シタルモノニ過キスト云ハンノミ

ホルツェンドルフ氏法學通論第八四葉

〔第二〕 犯罪アリテ而シテ後法律ノ之ヲ罰スルコトアルヘキハ當然ナレトモ此定義ハ罰スヘキ所爲ヲ罪ト爲スト云ヒ犯罪ノ制裁タル刑罰ヲ以テ犯罪自身ヲ解説セントスルモノナルカ故ニ如何ナル所爲ハ果シテ罰スヘキモノニシテ罪トナルヘキモノナルヤ否ヤヲ明ニスルニ足ラサルナリ今茲ニ人アリ予ニ向ヒ犯罪ハ法律ノ罰スル所タルヲ知レトモ如何ナル所爲ハ果シテ犯罪タルヤ否ヲ問フモノアラント予ハ之ニ答ヘテ犯罪ハ法律ノ罰スル所爲ナリト云ハ、或人ノ疑點ハ果シテ氷解スルコトヲ得ヘキヤ予ハ或人ノ問ヲ以テ直ニ答辭ニ充テタルノミ論理學上之ヲ以問爲答ノ誤謬ト云ヒ問題ニ向テ毫末ノ答辯ヲ與ヘタルモノニアラス定義ニシテ其ノ主眼タル要點ノ何物タルヲ解説スルニ足ラサルモノハ更ニ其ノ定義ヲ下スノ必要ナキモノト云フヘシ故ニ「犯罪ヲ以テ法律ニ於テ罰スヘキ所爲」ト云フカ如キ定義ハ無用ノ妄誕タルヲ免レス

然レトモ上來論述セル所ノ批難ヲ容ル、コト能ハサル犯罪ノ定義ヲ下サント欲

セハ事自ラ立法論ニ涉ラサルヲ得ス。何トナレハ法律ハ如何ナル所爲ヲ以テ罪トナスヘキヤ否ヲ定ムルハ立法上ノ議論ナレハナリ。若シ立法上ノ議論ヲ捨テ單ニ現行法律ニ就キ犯罪ノ何物タルヲ問フモノアラハ予ハ我刑法全篇ノ定ムル所ノ所爲ハ即チ犯罪ナリト答ヘンノミ。若シ又強テ其ノ定義ヲ下サント欲セハ刑法ノ規定ニ違反スル所爲ヲ罪ト云フトカ又ハ犯罪トハ法律ニ於テ犯罪ト認ムル所爲ヲ謂フト云フカ如キ無用ノ定義タルニ過キサルニ至レハナリ。故ニ犯罪ノ定義ハ之ヲ立法上ヨリスルノ外ナシト雖立法上ノ定義モ學者種々ニ之ヲ下シ皆ナ多少ノ批難ヲ免レス。博士ベルネル氏ノ下セル定義ハ輒近學者ノ採用スル所ニシテ又最モ普通ニ行ハル、所ナリ。氏ノ言ニ曰ク犯罪トハ各人ノ社會一般ノ意思ニ反シ公權若クハ私權ヲ破リ又ハ國家ヲ維持スルニ必要ナル風儀若クハ道德ヲ紊ル所ノ不正ナル所爲ヲ云フト然レトモ此定義タル立法ノ作用上如何ナル所爲ヲ犯罪トスヘキカヲ定ムルノ標準タルニ過キス。故ニ此定義ニ該當セサル所爲ヲ以テ犯

ホワートン氏米
國刑法第一卷第
一葉

オルトラン氏刑
法原論第五六七
號乃至第五九〇七
號

ホワートン氏刑
法原論第一五節
及第二〇節

ベルンゲン氏刑
法原論第一卷第
一三二葉

ベルンゲン氏刑
法原論第一二二葉

罪ト定ムルモ既成ノ法律上ニ於テハ仍ホ之ヲ犯罪トセサルヲ得サルナリ

第二節 犯罪ノ種類

我刑法ハ罪ヲ分テテ重罪、輕罪、違警罪ノ三種トス。此區別タル今日文明諸邦ノ概ネ採用スル所ニシテ重罪ハ死刑、徒刑若クハ流刑、懲役及ヒ禁獄ノ刑ノ一ヲ以テ罰シ輕罪ハ禁錮、罰金ノ刑ノ一ヲ以テ罰シ違警罪ハ拘留科料ノ刑ノ一ヲ以テ之ヲ罰ス。故ニ立法官カ法律ニ於テ此三種ノ區分ヲ爲シタルノ理由ハ全ク犯罪カ國家ノ正義ヲ害スル程度ノ大小ニ基キタルモノナルヘシト雖法律制定ノ後ニ至リテハ唯タ重キ刑ヲ以テ罰スルモノハ之ヲ重刑トシ輕キ刑ヲ以テ罰スルモノハ之ヲ輕罪トスルノ外ナカルヘシ。但シ此犯罪ノ區別ハ裁判管轄等刑事訴訟上ノ手續ヲ整理スルノ上ニ於テハ重大ナル法律上ノ差異ヲ立ツルニ於テ又缺クヘカラサル必要ノ理由アルハ勿論ナリ

重罪トハ如何ナル所爲ヲ指シ輕罪トハ如何ナル所爲ヲ云フヘキカ若シ重罪ヲ以

テ重罪ノ刑ヲ以テ罰スルモノトナシ輕罪ヲ以テ罰スルモノトス
 ルトキハ自首輕減宥恕輕減酌量輕減等ヲ爲スヘキ場合ト雖其ノ輕減シタル結果
 ノ刑ヲ以テ其ノ所爲ノ罪名ヲ定メサルヘカラス故ニ本來重罪タルヘキ犯罪ト雖
 判官之ヲ減輕シテ現ニ之ニ科スルニ輕罪ノ刑ヲ以テシタルトキハ該犯ハ即チ一
 ノ輕罪犯ニシテ重罪犯ニアラサルナリ然レトモ酌量輕減ノ情狀アル犯罪ノ如キ
 ハ裁判言渡ノ上ニアラサレハ其ノ罪種ヲ定ムル能ハサルモノトスレハ訴訟法上
 裁判管轄ヲ定ムルコト能ハサルカ如キノ不都合ヲ來ス可シ故ニ未タ判決ヲ經カ
 ル犯罪ニ就テハ重罪ノ刑ヲ以テ罰スヘキモノハ重罪ニシテ輕罪ノ刑ヲ以テ罰ス
 へキモノハ輕罪トスルニハ法律上未タ加重減輕セサル刑ヲ以テ其ノ罪名ヲ定メ
 サルヘカラス但シ刑法第二編以下ノ各條ニ記載セル加重減輕ハ此限リニアラス
 トス蓋シ刑法總則即チ一般ノ加重減輕ト二編以下ノ各條即チ特別ノ加重減輕ト
 ハ大ニ其ノ性質ヲ異ニシ一ハ止テ刑ノ加減ニ過キサルモノハ罪質ヲ變更スルニ

足ル者ナリ設例ヘハ丁年未滿ノ者重罪ヲ犯シ刑法第八十一條ニ依リ一等ヲ減シ
 テ輕罪ノ刑ニ處スルモ重罪ハ尙ホ依然タル重罪ナルモ幼者ノ故ヲ以テ唯其ノ刑
 ヲ減スルモノニシテ其ノ罪ヲ減シタルモノニアラス之ニ反シ内亂罪ニ與シ諸般
 ノ職務ヲ爲シタル者ハ刑法第二百一十一條第三項ニ依リ輕禁獄ニ該ル者ハ重罪ナ
 レトモ其ノ豫備ヲ爲スニ止マル者ハ第二百二十五條ニ依リ各一等ヲ減シ輕禁錮ノ
 刑ニ處スヘキトキハ其ノ罪質ハ輕罪ナリ法律ノ明文ニハ一等ヲ減スト云ヒ恰モ
 刑ヲ減スルノ意タルヲ推測スルコトヲ得ルニ似タレトモ是レ立法官カ逐一其ノ
 刑名ヲ記載スルノ煩勞ヲ避ケ單ニ某某ノ條ニ照シ一等ヲ減スト記載シタルニ過
 キス否ラスハ即チ第二百二十五條ニ於テモ亦第二百一十一條ト等シク極メテ冗長
 ノ法文ヲ設ケサルヘカラサルニ至ルヘケレハナリ蓋シ特別ノ加重減輕ハ皆ナ此
 類ニシテ其ノ實眞ニ本刑ヲ加重減輕シタルモノニアラス但シ殺傷ニ關スル宥恕
 減輕ハ刑法第三編中ニ記載スルモ其ノ性質ハ一般ノ減輕ニ屬セサルヘカラサル

所以ハ各論ニ於テ論述スル所アラフ

第二章 犯罪ノ成立

犯罪ノ成立ヲ論スル方法ニ二様アリ一ハ犯罪ノ成立ニ必要ナル原素ヲ集合スルモノニシテ之ヲ犯罪ノ構成法ト云ヒ一ハ犯罪ノ成立ニ必要ナル原素ヲ離散スルモノニシテ之ヲ犯罪ノ分析法ト云フ然レトモ已ニ犯罪ノ原素ヲ分析スレハ此元素ハ必然犯罪ノ構成ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ予ハ此兩様ノ方法ヲ合セテ之ヲ利用セント欲スルナリ

凡犯罪ハ一ノ所爲タルコトハ前章ニ於テ已ニ論述シタル所ナルカ此所爲ノ外犯罪ハ尙ホ他ニ必要ナル條件ヲ具備スルニアラサレハ成立スルコトナシ即チ(第二)此所爲ヲ行フ所ノ主體即チ犯人(第三)此所爲ヲ受クル所ノ物體即チ被害者(第三)主體ト物體トヲ連結スル所ノ手段アルヲ要ス此三條件中其一ヲ缺クトキハ犯罪ハ決シテ成立スルコトヲ得サルナリ今之ヲ左ノ數節ニ分チテ詳述セン

第一節 犯罪ノ主體、物體及ヒ手段

第一款 犯罪ノ主體

第一段 犯罪ノ主體タルヲ得ヘキ者

犯罪ノ主體即チ犯罪者タルコトヲ得ヘキモノハ唯タ人類ノミニ限レリ人類ト人類ニ非サル動物ノ區域ハ暫ク之ヲ動物學ニ譲リ風伯人畜ヲ斃シ火神家屋ヲ燒クモ罪ニアラス怪物精神ヲ惱マシ禽獸人ヲ傷クルモ亦之ヲ刑法ニ問フコトヲ得ス况ンヤ生ナキ草木金石ノ如キオヤ是レ尤モ見易キノ原理ニシテ何人ト雖敢テ之ヲ疑フモノアラサルヘシ然ルニ予ハ我刑法ハ或ハ生ナキ物體ヲ以テ尙ホ能ク犯罪ノ主體タルヲ得ヘキモノトセルコトナキヤ否ヤヲ疑ハサルヲ得ス即チ第四十三條及ヒ第四十四條ニ依リ法律ニ於テ禁制シタル物體ハ何人ノ所有ヲ問ハス附加刑トシテ之ヲ沒収シ且必ス裁判ニ於テ之ヲ宣告スヘキモノト定メタレトモ犯人ノ所有ニアラサル他人ノ物體ヲ沒収シ犯人ニ向テ之ヲ宣告スルハ謂レナケレ

ハ其ノ裁判ハ必スヤ物件ニ對スル者ヲサルチ得ス物件ヲ以テ犯罪人トスルカ
如キハ法理ノ許サル所ナリ事ハ仍ホ後篇ニ詳述セシ

民法ニ於テハ法律上人ヲ分チテ有形人無形人トスレトモ此區別ハ單ニ民法及ヒ
行政法ノ範圍ニ於テ許容スヘキモノニシテ刑法ノ承認スル所ニアラス刑法問フ
所ハ犯人ハ唯肉體ノ感覺チ有スル有形人ノミニ限レリ國家府縣區郡市町村會社
等ノ如キハ唯無形ナル想像上ノ一個人ノミ此等無形人ハ外觀上無形人タル資格
ヲ以テ罪ヲ犯スモノ、如クナレトモ其ノ實此等ノ無形人ヲ組織スル有形人ノ所
爲タルニ過キカレハ法律ハ唯現ニ犯罪ニ手ヲ下シタル有形人ヲ罰スヘシ設例ハ
ハ警察規則ヲ以テ設ケタル屋上制限ノ如キハ市内一般ノ家屋建築物ノ所有主チ
シテ其ノ義務ヲ負ハシメタルモノニシテ官民共ニ之ヲ遵守セサレハ火災警察ノ
目的ヲ達スルコトヲ得ス故ニ市邑又ハ官署等ニシテ此制限ニ違ヒタル家屋ヲ建
築スルトキハ其ノ市邑官署ニ奉仕スル會計若クハ營繕ノ主務吏員ヲ罰セサルヘ

ホソルトン氏米
七九葉
リツスト氏獨逸
帝國刑法第一〇
〇葉

カラス蓋シ此等ノ官吏ハ長官ノ命令ニ依リ該家屋ヲ建築スルモノナレトモ苟モ
此法律アル以上ハ其ノ法律ヲ知ルノ義務アルヘク又長官ノ命令ヲ執行スルニハ
必ス法律ノ規定ニ從ヒ屋上制限ニ適シタル家屋ヲ建築スルノ義務アルモノナレ
ハナリ

第二段 主體タル犯罪者ノ能力

犯罪ノ主體タルチ得ヘキ能力即チ刑罰ノ責任ヲ負フニ足ルヘキ人ノ能力ハ左ノ
三原素ヨリ成立ス

〔第一〕 自己ニ關スル智覺 即チ自己自身ナル我アルコトヲ知ルノ智識ナリ幼者
ノ如キハ我アルチ知ラス或一箇ノ所爲ハ我ノ爲ス所カ他人ノ爲ス所カチ區別ス
ルコト能ハサルモノナリ

〔第二〕 他人又ハ外物ニ關スル智覺 即チ我ヨリ外ナル事物ノ關係ヲ知ルノ智識
ニシテ或一箇ノ所爲ハ我ノ爲ス所タルチ知ル(即チ自己ニ關スル知覺アリ)ト雖其

ペル子ル氏刑法
論第一二葉

ノ所爲ハ我ヨリ外ナル他人又ハ他物ニ對シテ如何ナル結果ヲ與フルヤ否ヲ知ラサルモノハ他人又ハ外物ニ關スル知覺ナキモノナリ。設例ヘハ刀ヲ振テ人ヲ毆ツハ我レノ所爲ナルコトヲ知ルモ其ノ所爲ハ果シテ如何ナル結果ヲ生スルヤ否ヲ知ラサル幼者ノ如キ是ナリ

〔第三〕是非ヲ辨別スルノ知覺 自己及ヒ他人若クハ外物ニ關スル知識アリト雖其ノ所爲ノ是非善惡ヲ知ラサル場合アリ。設例ヘハ或ル程度ノ未丁年者ノ如キ我レ我カ腕力ヲ用ヰハ此刀ヲ振フコトヲ得ヘク此刀ヲ振テ他人ヲ毆ツトキハ自然ノ理ニ依リ他人ノ身體ヲ傷ケ他人ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生スルコトヲ知ルモ(即チ自己及ヒ他人若クハ他物ニ關スル知覺アルモ)尙ホ他人ヲ傷ケ他人ヲ殺スハ正理ニ反スルヤ否ヲ知ラサルナリ

右ノ三原素ヲ稱シテ知能ト云ヒ犯罪ノ主體即チ犯罪者ニシテ之ヲ具備セルモノヲ犯罪者タルノ能力アルモノト云フ。故ニ三原素中其ノ一ヲ缺クモ尙犯罪不能力

ヒンゲン氏刑
法原論第二卷第
三葉
アリユック氏犯
罪責任論第三十
卷第三八七葉

者ニシテ犯罪ノ責任ヲ負フノ能力ナキモノトス。故ニ犯罪ノ責任ニハ輕重大小ノ度ナクシテ設ヒ一原素ヲ缺クモ全ク犯罪ノ責任アルヘキモノニアラス。我カ刑法ハ十六歳以上二十歳未滿ノ幼者ハ本刑ニ一等ヲ減シテ之ヲ罰スルモ是レ犯罪ノ責任ニ關スル能力ニ程度アルニアラス唯タ年齡ヲ以テ法律上其ノ刑ヲ宥恕スルノ情狀トスルモノニ過キサルナリ

犯罪ノ責任自身ト此責任ヲ負フノ能力トヲ混同スルコトナキヲ要ス。犯罪ノ責任ハ所爲ニ就キ其ノ責任ノ有無ヲ論シ責任ヲ負フヘキ能力ノ有無ハ犯罪者タル人ニ就テ論スルモノナリ。學者往々此二者ヲ同視シ犯罪ノ責任ヲ負ハシムルニハ智識ト自由トヲ以テ其ノ要件トスレトモ智識ノ有無ハ犯人ノ能力有無ノ問題ニ屬シ自由ノ有無ハ所爲ノ存否ノ問題ニ屬ス。但シ自由ト責任トノ關係ニ於テハ仍ホ本章後節ニ於テ詳述スル所アラン

第三段 犯罪主體ノ不能力

ベルトル氏佛
國刑法第十章
ラッセル氏重
罪論一卷第一二
〇葉

第一項 瘋癲及ヒ幼者

瘋癲ハ全ク人類ノ智能ヲ缺クモノナリ。狂者ノ其ノ己レヲ見ルヤ君主タリ耶蘇タ
リ仙人タリ自己ニ關スル智覺アルヘキモノニアラス其ノ監禁セラル、所ノ密室
ハ宮城タリ天上タリ其ノ着クル所ノ短衣ハ大禮服タリ荷衣タリ而シテ其ノ伴フ
所ノ同室患者ハ臣下タリ信者タリ他人若クハ外物ニ關スル智覺アルヘキモノニ
アラス況ンヤ其ノ所爲ノ是非ヲ辨別スルノ智覺ヲヤ犯罪ノ責任ヲ負フノ能力ナ
キヤ明ナリ。然レトモ我刑法ハ單ニ第七十八條ニ於テ罪ヲ犯ス時智覺精神ノ喪失
ニ依リ是非ヲ辨別セサルモノハ其罪ヲ論セスト云ヒ瘋癲者ノ所爲ノ點ヨリ其ノ
罪ヲキコトヲ定メ人ノ能力ノ點ヨリ其ノ不論罪ヲ定ムルコトナキハ稍々學理ニ
違フノ嫌ナキニアラサルモ間發症ノ瘋癲カ精神靜止ノ時ニ於テ罪ヲ犯シタル者
ヲ不問ニ附スル如キコトナカラシメントノ注意ニ出テタルモノニ似タリ。但シ精
神靜止ノ時ニ犯シタル罪ハ之ヲ罰スルコトヲ得ルモ再ヒ精神ノ錯亂ヲ來シタル

ラッセル氏重
罪論第一二四葉
ホロートン氏米
國刑法第一八葉

時ハ其ノ刑ヲ執行シ得ヘキモノニアラス。何トナレハ獄室ヲ以テ宮城ト思惟シ獄
丁ヲ以テ從臣ト思惟スル囚徒ニ對シテ其ノ刑ヲ執行スルモ決シテ刑罰ノ目的ヲ
達シ得ヘキモノニアラサレハナリ

幼者ハ其ノ年齢ニ從ヒ智能發達ノ度ヲ異ニスルカ故ニ我刑法第七十九條乃至第
八十一條ニ於テハ年齢ニ依リ之ヲ分チテ三級トナシ第一ノ幼者ハ十二歳以下第
二ハ十二歳以上十六歳以下第三ハ十六歳以上二十歳以下ト爲ス。而シテ第一ノ幼
者ハ全ク其ノ罪ヲ論セス第二ノ幼者ハ犯時其ノ所爲ノ是非善惡ヲ辨別シタルト
否トチ審案シ辨別ナクシテ犯シタルトキハ其ノ罪ヲ論セス第三ノ幼者ハ全ク犯
罪ノ責任ヲ負ハシムルモ唯々其ノ刑ヲ減輕スルニ止マレリ。故ニ犯罪ノ責任ヲ負
フヘキ能力ノ點ヨリ茲ニ論スヘキハ第一第二ノ幼者ニ在リ

第一ノ幼者ハ全ク智能ヲ缺ク者ナリ。幼者ノ己レヲ稱スルヤ予ナル代名詞ヲ用井
スシテ自ラ直ニ其ノ名ヲ稱シ又ハ一般幼者ヲ稱スルノ普通名辭ヲ用井ルカ如キ

ハ是レ自己ニ關スル智覺ナキノ證ナリ。幼者ノ見聞スル萬種ノ顯象ハ幻境ナリ夢裏ナリ大風ノ人ヲ斃スノ顯象モ兇漢ノ人ヲ殺スノ顯象モ其ノ間敢テ差異アルナシ是レ他人又ハ外物ニ關スル智覺ナキノ證ナリ況ンヤ其ノ所爲ノ是非善惡ヲ識別スルノ智覺ヲ有スルオヤ。是レ我刑法カ第一ノ幼者ヲ以テ全ク犯罪ノ主體タルヘキ能力ナキモノト定メタル所以ナリ

然レトモ第二ノ幼者ニ在リテハ已ニ自己又ハ他人若クハ外物ニ關スル智覺ヲ有シ人ヲ斬レハ之ヲ傷シ物ヲ撲テハ之ヲ破ルコトヲ知レトモ其ノ所爲ノ是非善惡ニ至リテハ或ハ之ヲ知ルコト能ハサルモノナキニ非ス。故ニ我刑法ハ各事件ニ付是非辨別ノ有無ヲ以テ犯罪ノ有無ヲ分ツヘキ標準トセリ

斯ク幼者ハ犯罪ノ主體タルヘキ能力ナキ者ニシテ罪トナルヘキ所爲ヲ行フト雖其ノ所爲ハ大風ノ家屋ヲ斃シ禽獸ノ人ヲ害スルト一般重罪、輕罪、違警罪ヲ問ハス共ニ其ノ責任ナキヤ明ナリ。但シ我刑法(第八十三條)ハ特ニ違警罪ニ限リテ第二ノ

幼者即チ十二歳以上十六歳未滿ノ者ハ是非ノ辨別ナキモ仍ホ其ノ刑ヲ宥恕スルニ止マリ其ノ犯罪ノ責任ヲ負フノ能力アルモノト定メタルニ至リテハ予ハ其ノ理由ヲ發見スルコト能ハサルナリ。論者ハ或ハ云ハン違警罪ハ故意ヲ要セサル犯罪タルヲ以テ幼者ト雖其ノ罪ヲ論セサルヘカラスト違警罪ハ故意アルヲ要セストスル論理ノ誤謬ハ後卷ノ末篇ニ於テ之ヲ論スヘシト雖假リニ一步ヲ譲リ違警罪ハ故意ヲ要セサルモノトスルモ故意ヲ要セサル犯罪ハ必スシモ違警罪ノミニ限ラス輕罪ト雖過失ヲ罰スル場合アルヲ如何セン。又更ニ一步ヲ譲リ假リニ違警罪ハ幼者ト雖其ノ罪ノ問フヘキモノトスルモ此論理ニ從ヘハ第一第二ノ幼者ヲ問ハス共ニ其ノ罪ヲ論セサルヘカラスニ我刑法カ第一ノ幼者及ヒ瘖啞者ニ就テハ違警罪ト雖其ノ罪ヲ問ハサルモノトセルヲ如何セム。予ハ唯々謹テ大家ノ明解ヲ待ツモノナリ

第二項 白痴及ヒ瘖啞者

瘡啞者ハ耳聽ク能ハス口言フ能ハサルモノニシテ智能ノ發達極メテ緩慢ナルモノナレトモ必スシモ犯罪ノ責任ヲ負フノ能力ナキモノニアラス。殊ニ近世瘡啞者教育ノ道モ整備セル邦國ニ於テハ瘡啞者ト雖能ク智能ヲ備具スルモノナキニアラス。然ルニ我刑法ハ此場合ニ於テハ第七十八條ヲ適用セス第八十二條ニ於テ瘡啞者罪ヲ犯シタル時ハ其ノ罪ヲ論セスト云ヒ智能ヲ有スルモノト否トヲ區別スルコトナシ

白痴亦智能發達ノ緩慢ナル者ニシテ其ノ甚シキニ至リテハ自己ニ關スル智能ヲ缺クモノアリト雖概ニ是非ヲ辨別スルノ智能ナキヲ以テ通常トス。我刑法ハ別ニ白痴者ヲ以テ犯罪ノ主體タル能力ナキモノト明定セス各所爲ニ就キ第七十八條ヲ適用スヘキモノト爲シタレハ智覺精神ノ喪失ニ至ラス是非ノ辨別アルモノハ常人ト同一ノ刑ヲ科シ第二ノ幼者ノ場合ニ於ケルカ如キ法律上ノ宥恕ヲ與フルコトナシ

ラッセル氏重
罪論第一卷第一
一三葉

第三項 一時ノ智能ノ喪失ニ基ク不能力

一時ノ憤激ニ依リ行フタル犯罪ハ刑罰宥恕ノ原因タルコトヲ得ヘキモ不論罪ノ限ニアラス然レトモ其ノ甚シキニ至リテハ全ク智能ヲ喪失シ全ク犯罪ノ責任ヲ負シムルコト能ハサルモノナキニアラスト謂フ

睡眠中覺ヘス驚テ罪ヲ犯ス如キハ所謂夢狂ナル者ニシテ往々見聞スル所ナリ。此等犯者ノ動作スル境域ハ眞ノ夢境ニシテ現世界ニアラサルヲ以テ自己及ヒ外物ニ關スル智覺ガキハ明ナリ決シテ犯罪ノ責任ヲ負ハシムヘキモノニアラス

醉狂者ノ犯罪ノ責任ニ就テハ學者ノ議論頗ル數多ニシテ學者或ハ醉狂ヲ全醉半醉等ト分別シ以テ責任ノ有無ヲ定ムルノ標準トスルモノアレトモ我刑法ハ斷然此等ノ區別ヲ用ヰス第七十八條ニ依リ智覺精神ヲ喪失シ是非ノ辨別ナキニ至レル者ハ其ノ罪ヲ論セス故ニ設ヒ罪ヲ犯スニ便宜ナル爲メ大醉シテ其ノ目的タル罪ヲ遂クルモ苟モ精神喪失シテ是非ノ辨別ナキモノニ至テハ敢テ其ノ罪ヲ問フ

ホウルトン氏米
國刑法第三六葉

コトナシ。但シ此場合ニ於テハ精神喪失ノ事實ヲ證明スルコト極メテ困難ナルヘキヲ以テ法官ハ容易ニ無罪ノ宣告ヲ爲サ、ルヘシ

第四項 不能力者ノ處分

犯罪責任ノ不能力ハ其ノ所爲ノ罪トナラサルモノニシテ刑ヲ科スヘキモノナク又從テ刑ノ宥恕スヘキモノナシト雖法律ハ全ク此等不能力者ヲシテ其ノ爲ス所ニ放任シ社會ノ平和ヲ顧ミサルモノニアラス。我刑法ハ情狀ニ依リ滿八歳以上ノ幼者ハ滿十六歳ニ過キサル時間(第七十九條)十二歳以上十六歳未滿ノ幼者ハ滿二十歳ニ滿タサル時間(第八十條)瘖啞者ハ五年ニ過キサル時間(第八十二條)之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得ヘキモノトセリ。但シ此留置ハ敢テ刑ノ性質ヲ帶フルモノニアラス。幼者ノ場合ニ於テハ國家カ父母ニ代テ施ス所ノ強迫教育ニシテ瘖啞者ノ場合ニ於テハ豫防警察ノ目的ニ出テタル行政處分ナリ。

然レトモ我刑法ハ瘋癲白痴及ヒ其ノ他第七十八條ニ該當スル不能力者ニ就テハ

敢テ其ノ處分ヲ定メス。就中瘋癲ノ如キハ之ヲ社會ニ放逸スヘキモノニアラサルヲ以テ法官ハ之ヲ瘋癲院又ハ私宅ニ監禁スヘキコトヲ命セサルヲ得サルカ如クナルハ或ハ缺點ナルカ如シト雖亦決シテ然ラサルモノアリ蓋シ瘋癲ハ瘋癲者タルノ一事ヲ以テ當然之ヲ私宅又ハ病院ニ監禁セサルヲ得サルヲ以テ幼者ノ如ク犯罪ニ相當スヘキ所爲アルヲ待ツテ始メテ留置ノ處分ヲ爲スモノト大ニ其ノ趣ヲ異ニスル所以ナリ。

第二款 犯罪ノ物體

第一段 犯罪物體ノ物理的能力

犯罪ハ物理上之ヲ行フコトヲ得ヘキ物體ニ對スルニアラサレハ成立スルコトヲ得ス。偶像ヲ殺シ人影ヲ斬ラントスルカ如キハ物理上不能ノ物體ニ對スル所爲ニシテ之ヲ稱シテ不能犯(Delictum putativum)ト云ヒ法律ノ罪トセサル所ナリ。故ニ不能犯ナル者ハ其ノ所爲ノ不能ニアラスシテ其ノ物體ノ不能ナリ能ク此區別ヲ了

ベルトール氏刑法論第一八〇葉以下
ハル子ル氏刑法論第一三四葉

知スルニアラサレハ後章ニ至リテ不能犯トフヘイユ、カフ、オッフ、エンス、アツ、ヂ、ン、ブ、ト。缺効犯若クハ未遂犯トテ混同スルニ至ルヘシ加キ藥ト手誤認ノ不能ナリ後章ニ詳論ス

不能犯ハ斯ク罪ト爲ルヘキモノニアラサルヲ以テ各國ノ法律共ニ之ヲ罰スルコトナキモ其ノ所爲ニシテ尙ホ他ノ法律ニ觸ル、トキハ素ヨリ之ヲ不問ニ附スヘキモノニアラス。設例ヘハ人ト誤認シテ偶像ヲ銃撃スルモ殺人ノ罪ナシト雖獵リニ銃砲ヲ放チタル罪ニ至リテハ之ヲ違警罪ニ問フコトヲ得ヘシ

第二段 犯罪物體ノ法律上ノ能力

犯者ヲシテ其ノ犯罪ノ責任ヲ負ハシムルニハ犯罪ノ物體ハ當ニ物理上ノ能力ヲ有スルノミナラス尙ホ法律上ノ能力ヲ帶フルコトヲ要ス。法律上ノ能力トハ即チ其ノ物體ノ權利ノ目的物タルコトノ謂ナリ。語ヲ換ヘテ之ヲ言ハ、犯罪ノ物體ハ他人ノ權利内ニ存スルモノタルコトヲ要スルナリ。所有主ナキ物品ヲ竊取スルモ竊盜ノ罪ヲ構成スルコトナキノ類是レナリ

凡ソ人ノ犯罪物體上ニ有スル權利ニ二様アリ一ハ一般ノ權利ニシテ一ハ特別ノ權利ナリ一般ノ權利トハ國家ノ有スル公權利ヲ指シ特別ノ權利トハ一人ノ有スル私權利ヲ指ス。故ニ犯罪ノ物體ニシテ一般權利ニ係ルトキハ直接又ハ間接ニ國家又ハ社會ニ對スル犯罪ニシテ特別ノ權利ニ係ルトキハ直接ニ各個人ノ權利ヲ破リ財產身體等ニ對スル犯罪ナレトモ其ノ所爲タル素ヨリ法律ノ禁スル所タルヲ以テ如何ナル場合ニ於テモ間接ニハ當然公權利ヲ破ルヘシ

然レトモ風儀宗教ヲ紊ルノ犯罪ニ於テハ特ニ各人各個ノ權利ヲ破ルコトナキヲ以テ國家ノ外之カ被害者タルヘキモノナカルヘシ

斯ク犯罪物體タルモノハ必ス之ニ對スルノ權利者アルヲ要ス。而シテ此權利ナル者ハ人類ノ外之ヲ有スルコト能ハサルヲ以テ天帝、禽獸若クハ草木等ニ對スル犯罪ナシ。刑法ニ所謂財產ニ對スル犯罪トハ其ノ實財產ニ對スルモノニアラスシテ其ノ財產ノ所有者タル人類ニ對スル者ナリ。犯者モ必ス人類ニシテ被害者モ亦必

ス人類ナリ人爲ニ成リタル法律ノ問フ所ハ到底人類ト人類トノ關係タルニ外ナ
 ラサルヲ知ルヘシ。但シ天帝ニ對スル犯罪ト雖國家ハ之ヲ社會ノ德義ヲ紊ルモノ
 トシテ法律上ノ罪ト爲シ又獸類ト雖他人ノ所有物ニ係ルトキハ一般財産ニ對ス
 ル罪ト爲シ或ハ牛馬ヲ逆使スル者ハ社會ノ風儀ヲ害スルモノト爲シ之ヲ法律上
 ノ犯罪トスル場合ノ如キハ素ヨリ此原則ト抵觸スル所ナシ

第三段 犯罪物體ノ法律上ノ不能

犯罪物體ハ法律上權利ノ目的物ヲラサルヘカラサルカ故ニ其物體ニ對スル權利
 者ナキトキハ即チ法律上ニ於ケル能力ナキモノニシテ之ニ對スル犯罪モ亦成立
 スルコトナシ。而シテ此物體上ニ於ケル權利ハ場合ニ依リ其ノ權利者ナル各私人
 若クハ國家(社會ノ代表者)ノ意思ニ從ヒ之ヲ拋棄スルコトヲ得ヘク又危急若クハ
 正當防禦ノ場合ニ於テハ當然此權利ノ消滅ヲ來スヘシ。今左ニ之ヲ分論セン

第一項 各個人ノ棄權ニ基ク不倫罪

ヘル子ル氏刑法
 第一三七條
 メイン氏印度刑
 法註解第七七條
 以下

各個人ナル權利者カ自己ノ意思ヲ以テ犯罪物體上ニ於ケル權利ヲ放棄シタルト
 キハ犯罪ノ物體ハ爲メニ法律上ノ能力ヲ缺クモノニシテ素ヨリ犯罪ノ成立ナシ
 ト雖此棄權ノ場合ト親告罪即チ被告者ノ訴ヲ待テ罰スヘキ犯罪ニ就キ被害者ノ
 意思ヲ以テスル棄權トヲ混同スルコトアルヘカラス。茲ニ論スル所ノ棄權ハ犯罪
 ノ不存ヲ來スモノナルヲ以テ其ノ棄權ハ犯罪前ニ於テ豫メ之ヲ爲スコトヲ要ス
 レトモ親告罪ノ場合ニ於テハ犯罪ノ當時ニ於テハ未タ棄權ナク犯罪既ニ成リテ
 而シテ後ニ告訴ノ權ヲ放棄スルモノニ過キス。一ハ犯罪ノ物體上ノ權利ノ放棄ニ
 シテ其ノ結果ハ罪ノ不存トナリ一ハ告訴權ノ放棄ニシテ犯罪既ニ成立シ其ノ結
 果ハ單ニ刑罰ヲ免カルモノトナル

然ラハ則チ權利者ハ如何ナル場合ヲ問ハス右ノ棄權ヲ爲スコトヲ得ヘキヤ若シ
 果シテ然リトセハ千百ノ犯罪其ノ存不存ハ一ニ私人ノ意思ニ存セサルヲ得ス是
 レ豈ニ刑法ノ許ス所ナランヤ

ヘルシユチル氏
獨逸刑法論第一
卷第四六八葉

「承諾ニ出テタル所爲ハ權利ヲ犯スモノニアラス」[Volenti non fit injuria]トハ羅馬法ノ一原則ナリ。故ニ他人ノ所有物ヲ竊取スルモ奪取ニ付キ豫メ所有者ノ承諾ヲ得タルトキハ縱ヒ其ノ所有權ヲ讓受ケサルモ素ヨリ盜罪ノ成立ナカルヘシ。然レトモ此原則ハ唯三者ノ權利若クハ公ケノ利害ニ關係ナキ權利又ハ人タルノ德義ヲ損スルコトナク自由ニ存廢讓與シ得ヘキ私權利ヲ破リタル場合ニ於テハミ之ヲ適用スルコトヲ得ヘシ。設例ヘハ財産ニ關スル權利ヲ放棄シタル右ノ一例ノ如キハ盜罪ヲ成立セス又承諾ニ出テタル擊劍角力等ハ毆打罪ヲ成立スルコトナキカ如シ。然ルニ今火ヲ放チテ人ノ家ヲ燒燬シ奴隸トシテ人身ノ賣買ヲ爲シ又ハ人ヲ毆打シテ之ヲ死ニ致シタルカ如キ場合ニ於テハ全ク權利者ノ承諾ニ出テタルモノナルモ公安ヲ破リ又ハ人類タルノ道義ヲ紊ルノ所爲タルヲ以テ決シテ之ヲ不問ニ附スルコトヲ得サルナリ。然レトモ斯ノ如キハ是レ立法的議論ナリ。權利ノ拋棄シ得ヘキモノト否ラサルモノトハ法律ハ明文上宜シク之ヲ規定スルコトヲ要ス。

故ニ近世ノ編纂ニ成リタル刑法典ニ於テハ特ニ權利ナクシテ「一句ヲ法文中ニ挿入シテ私人ノ自由ニ拋棄シ得ヘキ權利タルヲ表明セリ。設例ヘハ「權利ナクシテ家宅ニ侵入シタル者ハ云々ノ罪ト爲ス」又「權利ナクシテ人ヲ逮捕監禁シタル者ハ云々ノ罪ト爲ス」ト規定スルノ類ナリ。我幼稚ナル刑法ハ必スシモ一定ノ規準ナシト雖「猥リニ若クハ故ナク」等ノ句ヲ以テ棄權即チ承諾ニ依リ無罪タルヘキ所爲ヲ區別スルコト往々ニシテ之アリ。猥リニ人ヲ監禁ス」ト云ヘルハ監禁ノ承諾ナキヲ示シ「故ナク家屋ニ侵入ス」ト謂ヘルハ承諾ナクシテ家宅ニ侵入スルノ意ヲ示セリ。權利者ノ棄權ニ關スル一般ノ原則ハ右ニ説明シタル所ヲ以テ其大綱ヲ盡シタルモノトスレトモ今茲ニ特ニ論述スヘキ者ハ自殺ニ關スル犯罪ノ存不存如何ノ論議ニ在リ。

國家若クハ他人ハ一人ニ對シテ其ノ生存ヲ強ユルノ權利ナク一人ハ又國家若クハ他人ニ對シテ其ノ生命ヲ保スルノ義務ナシ。故ニ自殺者ハ自己ノ權利ヲ害

印度現行刑法第
三〇九節

スルノ外他ニ國家若クハ他人ノ權利ヲ破ルコトナキモノナルヲ以テ生命權ハ決
シテ賣買讓與スルコト能ハサルモノタルニ關セズ敢テ刑法ノ問フヘキモノニア
ラス又承諾ノ上ニテ自ラ其ノ身ヲ賣ル者ノ如キ買主ノ外ハ罪トシテ之ヲ論スル
コトヲ得ス唯民法上ニ於テ其ノ賣買ヲ無効トスルノ外ナカルヘシ

自殺ハ斯ク他人ノ權利ヲ害スルコトナシト雖德義ヲ破リ公安ヲ害スルノ所爲タ
ルノ點ヨリ刑法ニ於テ或ハ其ノ罪ヲ定メ以テ自殺ノ惡習ヲ禁スルコトヲ得サル
ニアラス現ニ英領印度ニ於テハ自殺ノ未遂ヲ以テ罪トナシ羅馬法ニ於テハ兵士
ノ自殺未遂ヲ罰シタリシト雖其ノ既遂罪ニ至テハ罰金若クハ其ノ他ノ財産刑又
ハ宗教法ニ於テハ破門刑ノミニ止マリ未遂罪ノ外之ヲ罰スルコトヲ得サレハ自
殺ノ所爲ヲ罰スルハ到底公平ヲ得タルモノニアラス且ツ一般自殺者ノ心意精神
ヲ考察スルトキハ統計上十中ノ八九ハ精神錯亂ニ出テタル者ニシテ之ヲ罰スル
コトヲ得サル場合極メテ多シトス是レ刑法カ一般ニ自殺者ヲ罰セサル所以ナリ

シヨイボイフホ
一スダンエリ
兩氏合著佛國刑
法論第三卷第四
一葉以下
ヘル子ル氏刑法
論第一四〇葉
シヨウボイフホ
一スダンエリ
兩氏合著佛國刑
法論第三卷第四
二五葉

ヘルシユ子ル氏
獨逸刑法論第一
卷第四六九葉

自殺ニ加功シテ之ヲ幫助シタル者モ亦犯罪トシテ之ヲ論スルコトヲ得ス何トナ
レハ本來罰ト爲ルヘカラサル所爲タルヲ以テ其ノ加功者モ亦罪トナルヘキ所爲
ヲ行フコトヲ得サレハナリ然レトモ自殺ハ即チ自ラ其ノ生命ヲ亡ホスノ所爲ナ
レハ彼ノ他人カ手ヲ下シテ自殺ヲ行ヒ又ハ自殺ヲ教唆シタル場合ノ如キハ素ヨ
リ殺人罪ニシテ單ニ之ヲ自殺ノ加功ト爲スコトヲ得ス但シ我刑法ハ自殺ノ加功
補助者ト雖尙之ヲ罰スヘキモノト定メタリ其ノ詳ナルコトハ本書第三卷ニ於テ
論述セム

棄權ノ原理ニ關シ尙一ツノ論スヘキアリ即チ承諾ヲ得テ人ヲ殺シタル場合トス
已ニ論スルカ如ク自殺ハ道德ニ反スルノ所爲タルモ自ラ其ノ權ヲ放棄スル者ナ
レハ敢テ刑法ノ罪トシテ論スルモノニアラスト雖生命ハ決シテ之ヲ賣買讓與シ
得ヘキ私權利ニアラサレハ承諾アリト雖人ヲ殺シタル者ニ至リテハ毫モ犯罪ノ
責ヲ免ルコトヲ得サルナリ但シ此場合ニ於テハ唯國家カ人命ヲ保護スルノ權

利ヲ害スルニ止マリ各私人ノ權利ヲ損スルコトナキヲ以テ其ノ刑ニ至リテハ謀殺ト同シク之ヲ論スルコトヲ得ス。我刑法ノ規定如何ニ就テハ之ヲ第三卷ニ讓ルヘシ

第二項 國家ノ棄權ニ基ク不諭罪

國家ノ意思即チ法律自身ヲ以テ放棄シタル權利ハ之ヲ破ルコトヲ得ス蓋シ一ノ所爲ニシテ各個人ノ私權ヲ破ルコトアルモ國家ニ屬スル權利ヲ破ルコトナキトキハ罪トナルヘキモノニアラサルヲ以テ國家ニ於テ自ラ其ノ權利ヲ放棄シタル場合ニ於テモ亦犯罪ノ成立ナシ。設例ヘハ不得已ノ危急又ハ正當防衛ニ出テタル所爲ノ如キハ各私人ノ權利ヲ損スルコトアルモ社會ノ安寧ニ關シテ國家ノ有スヘキ權利ハ國家自ラ之ヲ放棄シタルモノナレハ當然犯罪タルコトヲ得サルナリ。但シ死刑ノ宣告ヲ受ケタル者ニ就テハ國家ハ唯國家ノ適法ナル機關ニ由リテ其ノ生命ヲ奪フコトヲ得ヘキモノニシテ各個人ニシテ猥リニ之ヲ殺スモノ、如キ

オルトラン刑
法原論第四六六
號乃至四八六
ガイフ氏刑法學
第二卷第二一九

ハ素ヨリ殺人犯タルヲ免カレス。故ニ之ニ反シテ法律自身ノ禁セサル所爲ハ設令ヒ各個人ノ私權利ヲ破ルモ國家ノ權利ヲ破ルモノニアラサレハ罪トシテ之ヲ論スルコトヲ得ス況ンヤ國家ノ意思即チ法律ノ命スル所ヲ執行スルニ於テオヤ。我刑法第七十六條ニ曰ク本屬長官ノ命令ニ從ヒ其ノ職務ヲ以テ爲シタル者ハ其ノ罪ヲ論セスト即チ其ノ所爲ノ無罪タルニハ第一本屬長官ノ命令ニ從ヒ第二其ノ職務ヲ以テ爲シタルモノヲラサルヘカラス。設例ヘハ逮捕官吏カ豫審判事ノ命令ニ由リ犯人ヲ捕縛シ兵士カ將官ノ命令ニ從ヒ敵軍ヲ襲撃スル等素ヨリ明白疑フヘキモノナシト雖長官ノ命スル所不當ノ所爲タル場合ニ於テハ頗ル疑義ノ存スル者アリ。先ツ左ニ一二ノ例ヲ示シテ後其ノ論局ヲ結ハシ豫審判事カ逮捕ヲ命令スル所ノ甲某ハ決シテ犯人ナラサルヲ知リ逮捕官吏ニシテ尙之ヲ捕縛センカ豫審判事ハ職權ヲ以テ之ヲ命シ逮捕官吏ハ職務ヲ以テ之ヲ執行ス豈ニ犯罪ヲ以テ逮捕官吏ノ所爲ヲ論スルコトヲ得ンヤ。將官カ襲撃ヲ命ス

ル所ノ山上ノ一軍ハ官軍タルコトヲ知リ。尙之ヲ砲撃スルノ兵士アラソカ將官ハ職務ヲ以テ之ヲ命令シ兵士ハ職務ヲ以テ之ヲ行フ豈罪ノ問フヘキモアラソヤ。蓋シ長官ノ命シタル某甲ハ果シテ犯人ナルヤ否又山上ノ一軍ハ果シテ敵軍ナルヤ否ハ事實ノ問題ニ屬シ長官ノ權内ニ存ス兵士又ハ官吏ハ收テ其ノ當否ヲ争フコトヲ得ス命令ノ不當ヲ知ルト雖苟モ事其ノ職務ニ係ル以上ハ即チ法律ノ命令所ナリ。然レトモ今若シ豫審判事ニシテ逮捕官吏ニ向ヒ違警罪犯ハ盡ク之ヲ捕縛ス可シ又ハ某甲ハ無罪者ナリ故ニ之ヲ逮捕ス可シト命令シ將官ニシテ兵士ニ向ヒ苟モ官軍タラソニハ盡ク之ヲ襲撃ス可シ又ハ彼ノ山上ノ一軍ハ官軍ナリ故ニ之ヲ襲撃ス可シト命令スルコトアラソカ官吏兵士ハ其ノ命令ノ不正ナルヲ知ルト否トヲ問ハス共ニ之ヲ不問ニ附ス可キモノニアラス蓋シ違警罪犯又ハ無罪者ハ本來逮捕スヘキモノナルヤ否又官軍ニ對シテ襲撃ヲ爲スヘキモノナルヤ否ハ法律ノ問題ニ屬シ官吏兵士ハ其ニ知ラサルヘカテサルハ義務アル者ナリ命令

アリソン氏刑法
第六七三條
メイソ氏印度刑
法註解第五六條

ノ正否ヲ知ラスト雖苟モ事不正ニ係ルモハ即チ法律ノ禁スル所ナリ。要スルニ長官ノ命令ノ當否ニシテ法律ノ問題ニ屬スルトキハ之ヲ知ルト否トヲ問ハス事不正ニ係ルモノハ刑法ヲ以テ之ヲ問ヒ事實ノ問題ニ屬スルトキハ之ヲ知ルト否トヲ別タス其ノ罪ヲ論スルコトヲ得ス。然ルニ我刑法ハ單ニ長官ノ命令ニ從ヒ云々ト記載シ法律ト事實ニ係ルモノトヲ分クス更ニ命令ノ當否ヲ問ハサルニ似タリト雖第二ノ條件トシテ職務ヲ以テ爲シタルコトヲ要スルカ故ニ命令ノ當否法律ノ問題ニ屬シ法律ニ於テ之ヲ禁スル場合ハ即チ官吏ノ職務ニアラストシ又其ノ事實ノ問題ニ屬シテ法律ニ於テ之ヲ命スル場合ハ職務ヲ以テ爲シタルモノトナスヘシ故ニ我法文ハ其ノ用キル所ノ文字ヲ異ニスルモ其ノ論局ニ至リテハ上來論述シタル論理ト同一ナリ。如何トナレハ自己ノ職務ノ有無ヲ判定スルハ是又法律ニ屬スル問題ニシテ法律ノ不識ハ以テ其ノ罪ヲ免ル、ノ理由タラス又事實ニ屬スル問題ニ係リ職務ヲ以テ之ヲ行フトキハ命令ノ不正ナルヲ知ル

ト雖是レ法律ノ強ユル所ニシテ其ノ罪ヲ論スヘキモノニアラサレハナリ
 上來論述スル所ノ論理ニ由リ我刑法(第七十六條)ノ精神ハ一言ニシテ能ク之ヲ盡
 スコトヲ得ヘシ即チ該條ハ法律ノ命スル所ハ所爲ハ罪トナラサルコトヲ示スモ
 ノニ過キス受命ノ官吏カ其ノ長官ノ命令法律ニ違ヒ又ハ自己ノ職務ニ屬セス其
 所爲ニシテ罪ト爲ルヘキヤ否ヲ定ムルハ唯其ノ所爲ハ法律ノ命スル所ナルヤ否
 ナ決スルハ一事ニ在リ夫ノ長官ノ命スル所法律ニ反スルコトタルヲ知ルト否ト
 ニ從ヒ犯罪ノ有無ヲ決スルノ標準トスルカ如キ論者ハ未タ人ヲシテ法律規則ヲ
 知ラサルノ故ヲ以テ其ノ罪ヲ免カレシメントスルノ誤見ヲ脱スル能ハサルモノ
 ナリ但シ法律ノ不識及事實ノ不識ニ關スル法理ハ後章ニ於テ之ヲ論述セシ
 第三項 不得已ニ出テタル所爲
 抗拒スヘカラサル強迫又ハ避クヘカラサル天災若クハ意外ノ變ニ遇ヒ身體生命
 ナ保全スル爲メ已ムヲ得スシテ他人ニ屬スル權利ヲ害スル所爲ヲ稱シテ不得已

ヘルシユテ
 獨逸刑法論第一
 卷第四八五葉

ニ出テタル所爲ト云ヒ國家ニ屬スル權利即チ被害者ヲ保護スル國家ノ權利ハ國
 家自ラ之ヲ放棄シ刑法上之ヲ罪トシテ論セサルモノナリ何トナレハ斯ル場合ニ
 際シ自己ノ生命ヲ捨テ他人ノ生命ヲ保全スルハ非常至高ノ德義タルヘキモ國家
 ハ敢テ一般ノ人民ニ向テ仁人君子ノ行ヲ強ユルモノニアラサレハナリ但シ國家
 ハ敢テ不得止ニ出テタル所爲ヲ以テ正理ニ合スルモノトセサルカ故ニ唯其ノ罪
 ナ免除スルニ止マリ加害者ニ與フルニ自己ノ生命ヲ保全シ他人ノ生命ヲ絶ツノ
 權利ヲ以テスルモノニアラサルナリ故ニ不得已ニ出テタル所爲ハ正當防禦ニ出
 テタル所爲ト大ニ其ノ趣ヲ異ニセリ不得已ニ出テタル所爲トテ差異ハ後項ニ詳論スニ出
 設例
 一ハ洋中ノ船舶颶風ニ遇フテ覆没シ甲乙二人ノ乘客僅ニ一人ヲ保スヘキ一片ノ
 木板ヲ爭ヒ各々危難ヲ免レント欲シテ遂ニ乙者ヲ海中ニ沈メテ甲者自ラ其身
 ナ全フシタル場合又ハ甲者アリ乙者ヲ強迫シ丙者ノ財物ヲ強奪スルニアラサレ
 ハ直ニ乙者ヲ殺ス可シト強制シ乙者ハ己ムヲ得スシテ丙者ノ財物ヲ強取シタル

場合ノ如キハ甲者ハ他人ノ權利ヲ害シ自己ノ生命ヲ全フシタルモノニシテ其ノ不正ノ所爲タル明カナリト雖國家ハ至高ノ徳義ヲ以テ甲者ニ強ユルコトヲ得サルモノトナシ國家ハ被害者ヲ保護スルノ權利ヲ棄テ、之ヲ不問ニ附ス

刑法第七十五條ニ曰ク「抗拒スヘカラサル強制ニ遇ヒ其ノ意ニ非ルノ所爲ハ其ノ罪ヲ論セス。天災又ハ意外ノ變ニ因リ避クヘカラサル危難ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出テタル所爲モ亦同シト」蓋シ此法文ハ予ノ茲ニ論セントスル所ノ不得已ニ出テタル所爲ニ關スル法理ヲ包含スルモノナリ。今左ニ之ヲ分析評論セム

一 抗拒スヘカラサル強制トハ帝ニ抵抗スルコト能ハサル有形無限ノ暴力(Vis absoluta)ノミニ止マラス又無形強迫ノ威力(Vis compulsiva)ヲ指ス。法文ノ所謂強制トハ即チ此二者ヲ包含スル意ナルヘケレトモ有形無限ノ暴力ニ係ル場合ハ不得已ニ出テタル所爲ニアラス。設例ヘハ甲者乙者ノ手ヲ執リ強テ丙者ヲ

ベル子ル氏犯罪責任論第一葉及第一二葉
ラッセル氏刑法論第一卷一三九

ホアトン氏米國刑法第二四葉
オルトラン氏刑罰論第三五三號
フオースタン氏刑罰論第三七三號
シエードン氏刑罰論第一二二號

殺シタル如キハ是レ甲者ノ所爲ニシテ乙者ノ所爲ニアラス乙者ハ單ニ甲者カ犯罪ノ器械手段トナリシモノニ過キサルナリ。既ニ乙者ノ所爲ニ非ス之ヲ乙者カ不得已ニ出テタル所爲トスルコトヲ得ス故ニ乙者ハ無罪タルハ不得已ニ出タル所爲タルカ故ニアラスシテ本來乙者ノ所爲タルナルハ故ニ出ツルナリ。此理由ニ基ク所ノ不論罪ハ後段ニ論スヘキモノニシテ茲ニ論スヘキモノニアラストス。之ニ反シテ無形ノ強制即チ強迫ニ遇ヒ又ハ刑法第二項ノ場合ニ於ケル所爲ハ眞ニ乙者カ己ムヲ得スシテ爲シタル者ニ屬ス。故ニ抗拒スヘカラサル有形ノ強制ト無形ノ強制トハ共ニ不論罪ノ源由タルモ其ノ基ク所ノ理由ニ於テハ實ニ霄壤ノ大差アリ。我刑法ハ之ヲ同一ノ法條ニ収メタルモ決シテ此差異ヲ看過スルコトアルヘカラス。又學者徃々本條ノ不論罪ヲ以テ犯罪構成ノ元素ナル自由ヲ缺クニ原因スルモノトナシ有形ノ強制ハ外部即チ身體ノ自由ヲ奪ヒ無形ノ強制ハ内部即チ精神ノ自由ヲ失フモノト説

ケトモ本來自由ナルモノハ犯罪構成ノ元素ニアラス。何トナレハ有形ノ強制ニ出テタル者ハ強制ヲ受ケタル者ノ所爲ニアラサルヲ以テ素ヨリ犯罪ノ責任ヲ負フコトナカルヘキカ故ニ自由ノ必要ヲ説クノ要ナカルヘク又無形ノ強制ニ出テタル者ハ決シテ精神ノ自由ヲ失フタル者ニアラサレハナリ。甲者アリ乙者ニ向テ曰ク汝ニシテ丙カ住居セル家屋ニ放火セスンハ予ハ今汝ヲ斬ラント乙遂ニ火ヲ丙ノ家ニ放テ之ヲ燒燬セリ乙ニシテ苟モ幼者瘋癲等犯罪責任ノ不能力者タルニケラスンハ乙ハ己レヲ知り他ヲ知り又是非曲直ヲ辨知スルノ智能アリ論者尙ホ之ヲ精神ノ自由ヲ缺クモノトスルカ。乙ハ丙家ニ放火スルノ犯罪タルコトヲ知り又己ヲ殺シテ他人ヲ害スルト他人ヲ害シテ己レヲ全フスルト二者其一ヲ擇フノ自由能力ヲ有セリ。但シ乙カ丙ヲ害セントスルノ意ヲ決シタルノ趣旨^{モテ}ニ至リテハ危害ノ己レニ迫ルモノナキ場合ト自ラ異ナル所アルヘキモ犯罪ノ趣旨^{モテ}ノ善惡如何ハ或ハ減刑ノ一理由タ

ベルチル氏刑法論第一二二葉

ルヘキモ以テ不論罪ノ原因トスルニ足ラサルナリ。蓋シ無形ノ強制ハ内部即チ精神ノ自由ヲ奪フモノトスルハ舊時刑法學者ノ主張セル所ニシテ其ノ説既ニ陳腐ニ屬ス近世獨英學士ノ容レサル所ナリ。故ニ斯カル有形ノ強制ニ由リ行フタル所爲ハ既ニ其ノ人ノ所爲ニアラサレハ其ノ無罪タルヘキハ固リ喋々ノ辯ヲ待タサル所。今唯タ茲ニ論スヘキハ無形ノ強制及ヒ天災又ハ意外ノ變ニ依リ不得已ニ出テタル所爲ニ屬スルモノ、ミニ在リ

二、其意ニ非ルノ一句ハ法文ニ明載スル所ナレトモ敢テ過失ニ出テタル所爲設例ヘハ失火ノ如ク家屋ヲ燒毀スルノ意思ナカリシ場合ノ如キモノヲ指スニアラス何トナレハ無形ノ強制ノ場合ニ於テハ充分斯カル意思ノ存在セルモノタルコトハ前項ニ論述スル所ノ如クナレハナリ。蓋シ本條ニ所謂其意ニアラストハ唯之ヲ希望スルノ念ナキコトヲ示シタルニ過キス。設例ヘハ強迫ニ遇ヒ他人ノ家ニ放火スルハ其ノ所爲固リ有意ナレトモ唯不得已ニ出テ、之

チ行フモノニシテ他人ノ家屋ヲ燒キ他人ヲ害スルコトヲ希望スルノ本意ニ非ルナリ。而シテ事苟モ強制ニ出テタル以上ハ斯カル本意ナキハ當然ニシテ「其ノ意ニ非ル」ノ意ハ已ニ強制ノ語中ニ包含セリ素ヨリ特ニ之ヲ明記スルノ必要ナキノミナラス爲メニ却テ理論ノ混雜ヲ生ズルニ至ルヘシ。我刑法草案カ此語ヲ除キタルハ能シ理論ニ合シタリト云フヘシ。但シ我立法官ニシテ特ニ此一句ヲ加ヘタルハ或ハ強制ヲ以テ自由ヲ欲シモノトスル舊刑法學者ノ所說ヲ採用シタル者ニアラサル歟

三、強制ニ無形ナルモノアル以上ハ抗拒ス可ラサル強制ニモ亦無形上抗拒スヘカラサルモノアルヘシト雖疎遠ナル親屬ノ生命若クハ自己ノ僅少ナル財産ニ對シテ他人ノ生命ヲ絶ツ可シトノ強迫ヲ受クル場合ノ如キハ之ヲ抗拒スヘカラサルモノト云フコトヲ得ス。受クル所ノ害ト行ハントスル所ノ害ノ多寡ハ無形上抗拒ス可ラサルモノナルヤ否ヲ識別スルノ標準ナリ。刑法第七十

五條第二項ニ於テハ自己若クハ親屬ノ身體ニ限り第一項ニ於テハ此制限ヲ設ケス又其強制ノ財産ニ及フト生命身體ニ及フト區別スルコトナキヲ以テ往々學者ノ論議ヲ來セリト雖其ノ害ヲ受クル所ノ人ト物ト又強迫又ハ天災ニ際シ其ノ行ハントスル所ノ加害ノ程度ノ如キハ事實ノ問題ニ屬セリ法官ノ着眼スヘキハ唯之ヲ無形上抗拒スヘカラサルモノトスヘキヤ否ヲ一定スルニ在ルノミ

四、第二項ノ場合ハ唯自己若クハ親屬ノ身體ヲ保全スル時ニ限りタルヲ以テ自己ノ財産又ハ他人ノ身體財産ニ就テハ不論罪ノ限ニアラサルヲ知ルヘシ
五、法文ニ天災又ハ意外ノ變ト明記スレトモ意外ノ變トハ如何ナル變災ヲ包含スヘキヤ茲ニ枚擧スルコトヲ得スト雖此場合ハ第一項ノ場合ト異ニシテ智能ナキ物體ヨリスル所ノ有形ナル強制ノミヲ指スモノト知ルヘシ
六、要スルニ以上論スル所ノ強制又ハ變災ハ現在ニシテ避クヘカラサルモノヲ

ルヲ必要トス。現在ナラス又避ケ得ヘキ強制ハ抗拒スヘカラサルモノニアラス又現在ナラサル災變ハ避クヘカラサルモノニアラス是レ法文ニ抗拒スヘカラサル強制ト云ヒ又ハ避クヘカラサル危難ト明言セル所以ナリ

第四 正當防衛ニ出テタル所爲

正當防衛ハ目前ノ不正ナル攻撃ニ對スル防衛ノ所爲ナリ。今正當防禦ト前段ニ論述シタル所爲トノ區別及ヒ差異ヲ示スコト左ノ如シ

一、不得已ニ出テタル所爲ハ各個人ノ權利ヲ害スルモ國家ハ此被害者ヲ保護スヘキ自己ノ權利ヲ棄テ唯罪トシテ之ヲ論セサルニ止マリ他人ヲ害スルノ權利ヲ認ムルコトナキモ正當防衛ノ場合ニ於テハ國家ハ單ニ其權利ヲ放棄スルニ止マラス更ニ不正ノ攻撃ヲ受クル者ニ附與スルニ正當防衛ヲ行フノ權ヲ以テス

二、不得已ニ出テタル所爲ノ場合ニ於テハ加害者被害者共ニ同等ノ地位ニ在ル

ベルツル氏刑法論第一四九葉以下
ラッセル氏重罪論第一卷第八四九葉
シュートンチ氏刑法叢書第一二五葉

ヘルンシュテル氏獨逸刑法論第一卷第四七三葉

モ正當防衛ノ場合ニ於テハ攻撃者ノ所爲ハ必ズ不正ナルコトヲ要ス故ニ正當防衛者ニ對シテ反撃ヲ爲シタルモノハ之ヲ不得已ニ出テタル所爲トシテ不論罪ヲ主張スルコトヲ得ス

三、不得已ニ出テタル所爲ノ場合ニ於テ自己ノ生命ヲ捨テ他人ノ生命ヲ全フスルハ非常至高ノ德義ニシテ仁人君子ノ所爲タルヘキモ正當防衛ノ場合ニ於テ自己ノ權利ヲ捨テ他人ヲシテ其ノ非行ヲ遂ケシムルハ非常極度ノ蠢愚ニシテ呆子痴漢ノ行爲タルヘシ

四、正當防衛權ハ他人ノ爲メニ之ヲ行フコトヲ得ルモ不得已ノ所爲ハ之ヲ行フコトヲ得ス

今一二ノ例ヲ設ケテ前項ノ區別差異ヲ説明センニ甲乙二人海中ニ漂流シ各其ノ生命ヲ保全セント欲シ一小木片ヲ爭ヒ甲遂ニ乙者ヲ溺死セシメタルハ不得已ニ出テタル所爲ニシテ山賊旅人ヲ強迫シ金錢ヲ強奪セントスルニ際シ旅人ニシテ

山賊ヲ殺シタルハ正當防衛ニ出テタル所爲ナリトス。故ニ乙者ノ所爲ハ正ナルモ山賊ノ所爲ハ不正ナルヘク(一)甲者ハ乙者ヲ殺スノ權ナキモ旅人ハ山賊ヲ殺スノ權アルヘク(二)若シ山賊ニシテ旅人ノ攻撃ヲ免ル、ニ道ナク反撃シテ却テ旅人ヲ害シタルトキハ之ヲ不得已ニ出テタル所爲トシテ不論罪トスルコトヲ得サルヘク(三)甲者ニシテ自ラ其ノ生命ヲ捨テ乙者ノ生命ヲ全フシタルトキハ君子ノ行タルヘキモ旅人ニシテ自ラ其ノ生命ヲ捨テ山賊ヲ害スルコトナカリセハ非常ノ愚物タルヘク(四)又他人ニ在リテハ乙者ノ生命ヲ全フシ甲者ヲ殺スノ權ナカルヘキモ山賊ヲ殺シ旅人ヲ救フハ傍觀者ト雖之ヲ爲スコトヲ得ヘシ。但シ不得已ニ出タル所爲ト正當防衛ニ出テタル所爲トノ區別差異ニ至リテハ尙此四者ノミニ止マラスト雖各論ニ於テ論述スル所ノ正當防衛ニ必要ナル條件ノ如何ヲ攻究シテ而シテ後其ノ詳ヲ知ルヘシ。茲ニハ唯々其ノ大要ヲ論スルノミ

第三款 犯罪ノ手段

ベル子ル氏刑法論第一五六葉

犯罪ノ主體(加害者)及ヒ犯罪ノ物體(被害者)アリト雖犯罪ノ手段ニシテ其ノ間ニ介スルモノナクシテハ犯罪ノ實行ヲ見ルコト能ハス故ニ苟モ犯罪ヲ以テ一ノ所爲トシ論スルニハ犯罪ノ手段モ亦犯罪ノ成立ニ必要ナル一條件ナリ。但シ犯罪ノ手段中ニハ犯罪ノ物體又ハ犯罪ノ主體タルコトヲ得ヘキモノヲ包含スレトモ之ヲ手段トシテ論スル場合ニ於テハ唯犯罪ノ主體ニ使用セラレタル器械ト看做スヘシ。犯罪ノ主體又ハ物體ハ仍ホ他ニ存在スヘキモノトス。犯罪ノ手段ハ犯者(主體)ノ意思ニ從テ動作スル所ノ器械ナリ。抑モ意思ナル者ハ本來心裏ノ境界ニ存シ目視ルコトヲ得ス耳聽クコトヲ得ス手足以テ之ニ觸ル、コトヲ得ス故ニ意思ノ外形ニ顯出シテ其ノ作用ヲ爲スニハ無形ノ心裏境ト有形ノ實世界トノ間ニ架セラレタル橋梁アルヲ要ス。此橋梁ハ即チ意思ニ服スル所ノ手段ナリ。而シテ人ノ身軀全體ハ勿論其ノ手足耳目等ハ人ノ生レ乍ラニシテ有スル所ノ天爲ノ器械ニシテ人ハ此等ノ器械ヲ其ノ意思ニ首服セシメ此等ノ手段ヲ以

テ其ノ意思ヲ現界ニ發顯シテ始メテ其ノ目的タル物體ヲ左右スルコトヲ得ルナリ又犯者ハ其ノ手足耳目等生レ乍ラニシテ本來有スル天爲ノ器械ノ外尙ホ人爲ニ依テ得有スヘキ諸種ノ器械ヲ以テ其ノ意思ノ實行ニ使用スルコトヲ得

犯罪ノ手段ハ第一犯罪ノ證明ニ供スヘキモノニシテ茲ニ犯罪ノ手段アレハ其犯罪ノ所爲タル意思ノ存在ヲ推測スルコトヲ得ヘク第二犯罪ノ手段ハ其ノ使用シタル器械ノ種類ニ依リ刑ノ加重減輕ヲ來シ第三犯罪ノ手段ニ種々アリ而シテ其ノ手段ノ如何ハ犯罪ノ準備未遂等ヲ定ムルノ點ニ於テ重要ノ關係ヲ有ス

犯罪ノ手段タル物體モ亦能力ヲ有セサルヘカラス若シ此能力ナキトキハ犯罪ノ手段ハ不能ニ基キタル不能犯トナルヘシ設例ヘハ人ヲ毒殺セント欲シ毒藥ト思惟シテ清水ヲ與ヘタル場合ハ如シ故ニ手段ハ不能ニ基ク不能犯ハ所爲ハ不能ニアルラスシテ手段タル物體自身ハ不能ナリ尙ホ後章未遂罪ヲ論スルノ條下ヲ參照シテ缺効犯若シハ未遂犯トノ區別ヲ了知ス可シ

第二節 犯罪タル所爲

第一款 所爲ト責任トノ關係

第一段 所爲ト責任トノ關係ノ發生

犯人ハ其ノ心裏ニ發生スル意思ヲ以テ意思ナキ手段ニ移ストキハ手段ハ活氣ヲ得テ犯人ノ意思ヲ以テ犯罪ノ物體上ニ實行シ以テ犯者ノ意思ト犯罪ノ事實トヲ連絡セシム此意思ト事實ノ連絡ヲ稱シテ所爲ト云フ故ニ所爲ト事實トハ其ノ間主客ノ區別アリ其ノ事ナ一ニスルモ其ノ見ル所ヲ異ニス今語ヲ換ヘテ之ヲ言ハ

事實トハ人ノ殺サレ家屋ノ燒ケ又ハ内亂ノ起ル等單ニ或出來事ヲ指スモノニシテ風ノ吹キ火ノ燃ヘ氷雪ノ冷ナルト等シク客觀上ノ意義タルニ過キサルモ所爲トハ然ラス人ヲ殺シ家屋ヲ燒毀シ又ハ内亂ヲ起ス等意思ノ實行ニ顯ハル、モノヲ指シ凡テ主觀上ノ意義ヲ有ス故ニ苟モ所爲タル以上ハ其ノ所爲ノ起源タル意思ト事實ト相結合セルモノ、謂ニシテ既ニ所爲ト云ヘハ意思モ事實モ自ラ其

ハル氏原因結果關係論

ノ中ニ包含セラル

犯罪タル所爲中ニハ法律ノ禁スル所ヲ爲シ又法律ノ命スル所ヲ爲サ、ルモノアリ。一、コミツシヨシチ行爲ト云ヒ一、オミツシヨシチ不爲ト云フ而シテ又此等ノ所爲タル故意ニ出ツルモノト故意ニ出テサルモノトアリ其ノ故意ニ出テタル場合ハ後章別ニ論スル所アルヘシト雖不爲即チ爲スヘキコトヲ爲サ、ル所爲モ亦是レ一ノ所爲ニシテ犯罪ノ責任ヲ免ル、コトヲ得ス、但シ此等不爲ノ犯罪タル多クハ國家ノ危害ヲ未然ニ豫防スルノ意ニ出テ利益ヲ増進スルノ目的ニ出ツル者甚タ少シトス。今此種ノ犯罪ヲ分チテ左ノ三種ニ區別スルコトヲ得

一、安寧警察ノ必要ニ出テ、僅少ノ違警罪ヲ認ムル場合アリ。設例ヘハ崩壞セントスル家屋ノ修理ヲ爲サ、ル者危険ノ井溝凹所ニ防圍ヲ爲サ、ル者溝渠下水ヲ浚ハサル者等ノ如シ

二、公ケノ職務又ハ營業タルノ性質ヲ有スルヨリシテ官吏若クハ人民ニ強ユル

スツルム氏行爲
犯不爲犯論第四
八二葉

ニ其ノ義務ノ執行ヲ以テスルコトアリ。設例ヘハ官吏ニシテ法律規則ヲ公布施行セス兵隊ヲ要求スルノ權アル官吏地方ノ騷擾ヲ鎮撫スルノ處分ヲ爲サス又ハ陸海軍ノ委任ヲ受ケ物品ヲ供給スル者交戦ノ際ニ軍備ノ缺乏ヲ致シ其他辯護人醫師技術師等裁判所ノ呼出ニ應セサル等ノ場合是ナリ

三、一般ノ人民ノ義務タルヘキヲ舉行セサル場合アリ。設例ヘハ水火其ノ他ノ變ニ際シ官吏ヨリ防禦ス可キノ求ヲ受ケ傍觀シテ之ヲ肯セサル者ノ如キハ違警罪犯トシテ之ヲ處罰ス、但シ我現行刑法ニ於テハ國事ニ關スル陰謀其ノ他重大ノ犯人アルコトヲ知テ官ニ告ケサルモノ等ヲ罰スルコトナキヲ以テ此種ニ屬スル犯罪極メテ少シトス

上來論述シタル三種ノ所爲ヲ以テ刑法カ不爲ヲ罰スル一般ノ場合ナリトス。而シテ此不爲ヲ罰スルト否トニ就キ學者ノ間古來多少ノ議論アルハ一舉手一投足ノ勞ヲ取レハ事足ルヘキ場合ニ於テ水火震災其ノ他ノ危難ニ陷ラントスル者ヲ救

助セサルノ所爲ヲ以テ犯罪トスヘキヤ否ニ在リ。而シテ此等ノ所爲ヲ以テ單ニ道徳上ノ義務ヲ悉サ、ルモノトナシ法律ニ於テ問フヘキモノニアラストスルハ近世學者ノ定論ナルカ如シト雖我刑法ニ於テハ特ニ仍ホ之ヨリ甚シキモノアルハ刑法第三百四十條ノ犯罪ナリ同條カ自己ノ管守シ又ハ所有ノ地内ニ昏倒スルモノアルヲ知ツテ之ヲ救助セサルノ所爲ニ對シテ輕罪ノ刑ヲ科スルハ刑ノ甚タ酷ナルモノアルニ似タリ。但シ刑法第三百六十四條ニ依テ子孫奉養ヲ缺クノ所爲ヲ罰スルカ如キハ我帝國ノ習慣トシテ敢テ之ヲ非難スルニ足ラサルヘシ

第二段 所爲ト責任トノ關係ノ消滅

所爲ト責任トノ關係ニ就キ前段ニ論述シタル所ヲ以テ推論スルトキハ意思事實及ヒ意思事實ノ連結ノ三者中其ノ一ヲ缺クトキハ所爲ト責任トノ關係ハ自ラ消滅スヘキモノタルコトヲ知ルヘシ。今左ニ此消滅ノ場合ヲ詳論セン

(一)意思ナキ場合

ベル子ル氏刑法論第一六〇葉

刑法第七十七條ニ曰ク罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其ノ罪ヲ論セスト設例ヘハ誤テ落馬シテ通行人ヲ傷ケ火ヲ失シテ人家ニ類燒シタル如キハ素ヨリ人ヲ傷ケ家ヲ燒クノ意ナキ者ナレハ法律ニ於テ一般ニ之ヲ罪トスルコトナシ。故ニ此場合ハ第七十五條ノ抗拒スヘカラサル強制ニ出テタル所爲及ヒ天災ニ因リ避クヘカラサル危難ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身體ヲ保全スルニ出テタル所爲ト混同スルコトナキヲ要ス。何トナレハ強制ニ由リ若クハ天災ニ際シ自己ヲ全フスルト他人ヲ害スルトハ自ラ之ヲ擇フコトヲ得ヘキモノニシテ其ノ所爲ニ就テハ更ニ意思ナキモノニアラサレハナリ。然レトモ抗拒スヘカラサル有形ノ強制即チ暴力(Vis absoluta)ニ出テ又ハ自己ハ生命身體ヲ保全スル爲メニアラスシテ天災等ノ(Vis major natura)強制ニ出テタル所爲ハ罪ヲ犯スノ意思ノ有無ハ扱置キ全ク所爲ニアラサルヲ以テ特ニ刑法上其ノ不論罪タルコトヲ記載スルノ必要ナシ。設例ヘハ甲ナル者強テ子ヲシテ白刃ヲ持タシメ子カ手ヲ拘束シテ乙ヲ殺シ又子カ人力車ニ乗シテ

道路ヲ通行スルニ際シ大風俄ニ吹キ來リテ予カ車ヲ轉覆シ爲メニ通行人ヲ死ニ致シタル場合ノ如キハ決シテ予ノ所爲ニアラサルナリ。故ニ我刑法第七十五條第一項ハ唯抗拒スヘカラサル無形ノ強制ニ出テタル所爲(即意思アル場合)ノミニ適用スルコトヲ得ヘク其ノ有形ノ強制ニ出テタル所爲ハ特ニ刑法ノ規定ヲ要セサルノ不論罪タリ。學者徃々有形ノ強制ヲ以テ第七十五條ノ場合トスルハ法文ニ拘泥シテ學理ノ大本ヲ誤ル者ト云フヘシ然レトモ我刑法第七十七條ハ罪ヲ犯スノ意ナキ云々ト云ヒ當ニ故意ナキ所爲ヲ罪トセサルニ止マラス故意アルモ尙ホ罪ヲ犯スノ意ナキ所爲ニアラサレハ罪ニアラサルモノトセルニ似タレトモ學理上ヨリ論スレハ刑法ノ總則即一般ニ犯罪ノ要素ヲ論スルノ條下ニ於テハ唯々故意ナキ所爲ハ罪ニアラスト規定スルヲ以テ足レリトス而シテ我刑法カ特ニ罪ヲ犯スノ意ト明言シタル所以ノ理由ニ至リテハ後章ニ於テ詳述スル所アラン

(二)事實ノ存在セサル場合

ベル子ル氏同上

意思ノ尙ホ心裏ニ存シテ外形ニ顯出シテ其ノ作用ヲ示サ、ル以上ハ未タ事實ノ存在セサルモノニテ犯罪ノ責任ナキコト明カナリ特ニ説明ヲ要スヘキナシ

(三)意思ト事實トノ連結ヲ缺ク場合

ベル子ル氏同上

刑法第七十七條第二項ニ曰ク罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者ハ其ノ罪ヲ論セス其ノ第三項ニ曰ク罪本重カルヘクシテ犯ス時知ラサル者ハ其ノ重キニ從テ論スルコトヲ得スト是レ意思ト事實ハ連絡ナキノ場合ナリ。意思及事實ニシテ存在スルモ意思ト事實ト連結シテ相應スルコトナクハ犯罪ノ責任ナカルヘシ。設例ヘハ甲ナル者乙女ノ有夫ノ婦タルコトヲ知ラス之ト姦通シタルトキハ甲ハ乙ト姦通スルノ意思アリ且ツ有夫ノ婦ト姦通シタル事實アリト雖甲者ハ乙者ノ有夫ノ婦タルコトヲ知ラサルカ故ニ甲者ノ意思ハ唯乙ナル處女ト通セントスルモノニ過キス意思ト事實ノ連結符合スルコトナキモノニシテ甲ハ犯罪ノ責任ヲ負フコトナカルヘシ。今法文ニ從ヒ本條ノ意義ヲ分析スレハ即チ左ノ數項ニ

歸ス

(イ)本條ノ不論罪ハ罪ヲ構成スル事實ヲ知ラサルモノニシテ法律ヲ知ラサル場
 合ニアラス有夫ノ婦タルコトヲ知ラスシテ之ト姦通スルハ無罪ナルモ有夫
 ノ婦ト姦通スルハ法律ノ許ス所ト思惟シテ犯シタル者ハ事實ノ不識ニアラ
 スシテ法律ノ不識ニ屬シ決シテ之ヲ不問ニ附スヘキモノニアラス刑法第七
 十七條第四項ニハ法律規則ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯スノ意ナシトスルコト
 ヲ得スト明言シタルトモ已ニ第二項ニ於テ事實ノ語ヲ用ヒタルハ此明文ハ
 自ラ不用ニ屬スルニ似タリ然レトモ我カ刑法ノ正文ヨリ論下スルトキハ此
 第四項ハ第二項及ヒ第三項ノ例外ヲ示シタルモノニアラスシテ第一項ハ例
 外ヲ示シタルモノトセルヲ得ス何トナレハ第一項ニ罪ヲ犯スノ意ナキ云々
 ト云ヒ所爲ヲ行フノ意ナキ場合ハミニ限ラス頗ル廣博ナル語ヲ用ヒタルカ
 故ニ法律ヲ識ラスシテ犯シタル場合設例ヘハ有夫ノ婦ニ姦通スルモ法律ノ

禁○止○セ○サ○ル○モ○ト○思○惟○シ○テ○犯○シ○タ○ル○者○ノ○如○キ○モ○亦○罪○ヲ○犯○ス○ノ○意○ナ○キ○モ○ト
 セ○サ○ル○ヲ○得○サ○ル○ニ○至○ル○ヲ○以○テ○特○ニ○之○ヲ○明○言○ス○ル○ノ○必○要○ア○レ○ハ○ナ○リ○學○者○往○々
 第○四○項○ヲ○以○テ○第○二○項○及○第○三○項○ノ○事○實○ノ○不○識○ニ○屬○シ○法○律○ノ○不○識○ニ○屬○セ○サ○ル○所
 以○テ○明○記○ス○ル○モ○ハ○ト○ス○ル○モ○ハ○ア○リ○ト○雖○是○レ○未○タ○學○理○ニ○熟○セ○サ○ル○淺○近○ノ○識○見
 ハ○ミ
 (ロ)事實ノ不識ニ二様アリ一ハ全ク罪トナルヘキ事實ヲ知ラサル場合ニシテ全
 ク犯罪ノ責任ナク一ハ唯罪ノ重カルヘキ事實ヲ知ラサルモノニテ其ノ重キ
 部分ニ就キ犯罪ノ責任ナキモノ是ナリ即チ本條第一項及ヒ第二項ノ明記ス
 ル所ナリ
 (ハ)意思ト事實ト相連結符合セサル場合ト雖怠慢若クハ過失ヲ罰スルコトアル
 ヘキハ前項ニ論述スル所ノ如クナレトモ此怠慢過失ヲ罰スル場合ニ於テハ
 罪トナルヘキ事實ヲモ知ラサルトキト雖亦之レヲ罰スヘキカ設例ヘハ一獵

夫アリ前面ノ山上一頭ノ羊アルヲ認メ之ヲ銃撃シタルニ羊ニアラスシテ單ニ全身羊皮ヲ被リタルノ一狂人ナリシトキハ尙ホ之ヲ過失殺傷罪ニ問フヘキカ子ハ斷シテ此罪ナキモノトスル者ナリ。蓋シ設ヒ過失怠慢ヲ罰スル場合ト雖其ノ事實ヲ識ラサルハ犯者ノ怠慢若クハ過失ニ原因スル者タルコトヲ要ス。即前掲ノ一例ニ於テ全身ニ羊皮ヲ被リタル者ハ何人ト雖之ヲ羊ナリト思惟スルハ當然ナリ其ノ一狂人タルヲ知ラサルハ當然ノコトニシテ敢テ之ヲ怠慢若クハ過失ニ出テタルモノト云フヘカラス

(三)法律ノ正條ニ明記スルコトナキモ茲ニ一言スヘキモノハ所爲ノ錯誤ナリ。抑モ所爲ノ錯誤ハ目的物ノ錯誤ト相對スルノ語ニシテ二者相似テ全ク其ノ性質ヲ異ニセリ。目的物ノ錯誤(Error in Objectio)トハ所爲ノ向フタル目的物ハ其ノ信シタル目的物ヨリ他ノ物體ナリシ場合ヲ云フモノニシテ設例ヘハ甲乙チ銃撃セント欲シ乙ト信シテ丙チ銃撃シタル如キヲ指シ所爲ノ錯誤(Aberratio

Delict)トハ犯者ノ所爲ハ其ノ信スル所ノ目的物ニ向ヒタルモ其ノ方向ヲ誤リ他ノ物體ニ及ヒタル場合ヲ云フモノニシテ甲乙チ銃撃セント欲シ乙ニ向ツテ發砲シタルモ偶然ニシテ乙ノ背後ニ立ナル丙チ銃撃シタル如キヲ指ス而シテ目的物ノ錯誤ハ其ノ目的物全ク犯罪物體タル能力ナキトキハ不能犯ニシテ全ク犯罪ノ責任ナキモ若シ犯罪物體タル能力ヲ具ヘタル者ニ係ルトキハ第七十七條第二項及第三項ノ區別ニ從ヒ處分セサルヲ得ス。設例ヘハ乙ナル有夫ノ婦ニ姦通セリト思惟セシニ丙ナル處女ナリシ場合ハ罪トナルヘキ事實ナキモノニシテ全ク無罪タルヘク又甲其ノ父ナル乙チ銃撃セント欲シ乙ト信シテ丙ナル他人チ銃殺シタルトキハ罪本ト重カルヘクシテ其ノ重キ事實ナキ者ナレハ通常人チ殺スノ罪アルヘキモ親チ殺スノ罪ナカルヘク之ニ反シテ所爲ノ錯誤ニ在リテハ偶然ノ事變犯人ノ意思ト犯罪ノ事實トノ連結ヲ解除シ犯人ノ意外ナル結果ヲ生スルヲ以テ苟モ故意ヲ要スル犯罪ニ

ヘルシユ子ル氏
八獨逸刑法論二六

就○テ○ハ○其○ノ○責○任○ナ○ク○唯○之○ヲ○犯○人○ノ○意○内○ニ○存○シ○タ○ル○物○體○ニ○對○ス○ル○未○遂○犯○ト○爲○
シ○其○ノ○意○外○ニ○發○シ○タ○ル○結○果○ハ○之○ヲ○故○意○ヲ○要○セ○カ○ル○過○失○怠○慢○ノ○罪○ニ○問○フ○ノ○外○
ナ○カ○ル○ヘ○シ○設○例○ハ○甲○乙○ヲ○銃○殺○セ○ン○ト○欲○シ○乙○ニ○向○テ○發○砲○シ○タ○ル○モ○銃○丸○他○物○
ニ○觸○レ○テ○其○ノ○正○路○ヲ○失○シ○誤○テ○丙○ナ○ル○傍○人○ヲ○殺○シ○タ○ル○ト○キ○ハ○甲○ノ○乙○ニ○對○ス○ル○
所○爲○ハ○未○遂○犯○罪○ニ○シ○テ○甲○ノ○丙○ニ○對○ス○ル○所○爲○ハ○過○失○殺○人○罪○ヲ○ル○ヘ○シ○但○シ○既○遂○
犯○及○ヒ○未○遂○犯○ノ○區○別○ニ○就○テ○ハ○後○章○ニ○詳○論○ス

(ホ)所爲ノ結果ハ永遠無極ニシテ際限ナシ今夫レ予ハ充分ノ注意ヲ用井予カ

机○上○ノ○ピ○ス○ト○ル○ヲ○動○カ○シ○タ○リ○ト○セ○ン○カ○此○一○箇○ノ○所○爲○ヨ○リ○シ○テ○ピ○ス○ト○ル○中○ニ○
裝○置○セ○ル○火○藥○ヲ○爆○發○セ○シ○メ○銃○丸○飛○ン○テ○甲○ノ○身○體○ニ○觸○レ○甲○ハ○重○傷○シ○テ○久○シ○ク○
病○床○ニ○臥○シ○テ○遂○ニ○其○ノ○死○ヲ○致○シ○遺○族○爲○メ○ニ○生○計○ニ○苦○ミ○依○テ○甲○ノ○長○子○乙○ノ○醫○
學○修○業○ヲ○中○止○セ○シ○メ○業○未○タ○成○ラ○ス○シ○テ○丙○ナ○ル○患○者○ヲ○診○察○シ○過○テ○丙○ヲ○死○ニ○致○
ス○ノ○結○果○ヲ○發○生○セ○リ○予○カ○不○注○意○ノ○所○爲○ハ○此○丙○者○ヲ○死○ニ○致○シ○タ○ル○ノ○結○果○ニ○就

テリ一氏法律原
論第一七三葉以
下
バル子ル氏刑法
論第一六二葉

キ責任アルヘキヤ其ノ無責任タル言ヲ俟タスト雖予ニシテ若シ白刃ヲ執リ
甲某ヲ兩斷セハ甲ハ忽チ死スルコトナラン人子ヲ目シテ甲ヲ殺スモノトス
レトモ予ハ唯甲ヲ兩斷セルニ過キス甲ハ自ラ死スル者ノミ苟モ天帝ニアラ
ズンハ誰レカ甲ノ生命ヲ奪フコトヲ得ン故ニ甲ノ死ハ唯予カ所爲ノ結果ナ
リ予ハ此結果ニ付テモ亦其ノ責任ナカルヘキヤ予ノ責ヲ免ル、コト能ハサ
ルヤ又多言ヲ待タスシテ明ナリ然ラハ則チ犯者ニシテ其ノ所爲ノ結果ニ責
任ヲ負ハシムルト否トハ如何ナル標準ヲ以テ之ヲ定ムヘキカ曰ク所爲ニ直
接ナル自然ノ結果及ヒ豫メ想像シ得ヘキ直接ノ結果ヲ以テ犯者ノ責任ニ歸
スルニ在リ設例ヘハ人ヲ兩斷シテ其ノ死ヲ來スハ所爲ニ直接ナル自然ノ結
果ニシテ觀客ノ充滿セル劇場ニ放火シ多數人ノ死ヲ來スヘキハ豫メ想像シ
得ヘキ直接ノ結果ナリ事實ト意思トノ結合ヲ缺クモノト云フヘカラス之ニ
反シテ所爲ニ直接ナル自然若クハ豫メ想像シ得ヘカラサル結果ハ其ノ事實

ト犯者ノ意思トノ連結ナキモノニシテ從テ犯罪ノ責任ナシ故ニ過失殺ノ如キニ在リテハ輕少ノ毆打ニ依リ遂ニ被害者ヲ死ニ致スカ如キ重大ノ結果ノ生スルモ法律ハ唯其ノ過失ノミヲ罰シテ犯者ノ意思外ナル結果ヲ問フコトナク結果ノ大小ハ單ニ過失ノ大小ヲ推測スルノ標準タルニ過キサルナリ

上來論述シタル所ハ主觀上ヨリ畧ホ犯意ノ何物タルコトヲ了知セシムルニ足ルヘシト雖客觀上ヨリ之ヲ考察スルトキハ我刑法第七十七條ハ所謂犯意ナルモノハ單ニ或ル事實ノ存在ヲ知ルコトヲ謂フモノニ過キサルナリ其ノ事實トハ即チ該條ニ明示スルカ如ク左ノ四種ノモノヲ謂フ

- 一、法律規則ノ存在ヲ知ル事……………
- 二、或ル事實ノ現存ヲ知ル事……………
- 三、犯狀ヲ重カラシムヘキ事實ノ現存ヲ知ル事……………
- 四、或ル所爲ノ將來ノ結果トシテ發生ヘキ事實ヲ知ル事……………故意

惡意

犯意

右ノ如ク四種ノ事實ヲ悉ク知リツ、行ヒタル所爲ヲ犯意ニ出ツルモノト謂ヒ第四ノ事實ト第二若クハ第三ノ事實トヲ知リツ、行ヒタル所爲ヲ惡意ニ出ツルモノト謂ヒ第四ノ事實ヲ知リツ、行ヒタル所爲ヲ故意ニ出ツルモノト謂フ故ニ我刑法第七十七條ノ所謂罪ヲ犯スノ意トハ法律規則ヲ知ラサル場合ヲモ包含シ人ヲ殺スモ法律ノ禁スル所ニアラスト思惟シテ人ヲ殺スモノハ罪ヲ犯スノ意ナキモノナリ是レ同條ノ末項ニ於テ法律規則ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯スノ意ナシトスルコトヲ得スト明言シ法律規則ハ不識ハ犯意ナキモ犯罪ハ責任ヲ免ルコトヲ得サル旨ヲ規定セル所以ナリ

人タルコトヲ知リテ之ヲ殺シ他人ノ妻タルコトヲ知リテ之ヲ姦スルハ或ル事實ハ既ニ現存セルモノヲ知ルナリ己レノ親タルコトヲ知リテ之ヲ殺シ十二歳以下ノ幼者ナルコトヲ知リテ之ヲ姦スルハ犯狀ヲシテ重カラシムヘキ或ル事實ハ既ニ現存セルモノヲ知ルナリ此等ノ事實ヲ知ラサルトキハ罪ヲ犯スノ意ナキモノ

トナルヘシ第七十七條第二項及ヒ第三項ノ規定スル所即チ是ナリ
 現存セル事實ヲ知り又罪狀ヲ重カラシムヘキ現存セル事實ヲ知り且其ノ所爲ニ
 依リ發生スヘキ將來ノ結果タル事實ヲ知ルトキハ之ヲ惡意ト云フ。人タルコトヲ
 知り之ヲ毆打スルモ其ノ生命ヲ喪失スルノ結果ヲ生スヘキコトヲ知ラサルトキ
 ハ人ヲ殺スモ殺人罪ノ意思ナカルヘシ門戸ニ放火スルモ家屋ヲ燒失スルノ結果
 ナ生スヘキコトヲ知ラサルトキハ家屋ヲ燒燬スルモ放火ノ罪ナカルヘシ
 由是觀之法律上ニ責任ヲ負ハシムヘキ所謂犯意ニ出ツルノ所爲トハ或ル現存セ
 ル事實ヲ知り或ル將來ニ發生スヘキ結果ヲ知りツ、行ヒタル所爲ヲ指示スルモ
 ハナリ。而シテ如何ナル事實ヲ知り如何ナル結果ヲ豫知スレハ如何ナル犯罪ヲ構
 成スルヤ否ハ刑法各條ノ定ムル所ニシテ人タル現存ノ事實ヲ知り其ノ生命ノ喪
 失スルノ結果ヲ生スヘキコトヲ知りツ、或所爲ヲ加フルヲ殺人罪トシ人ノ所有
 物タルコトヲ知り其ノ占有ノ奪取セラル、ノ結果ヲ生スヘキコトヲ知りツ、之

ヲ竊取スルヲ盜罪トスルカ如シ

第二節 所爲ノ狀態

第一段 總說

意思ト事實ト連結符合スルトキハ之ヲ稱シテ故意ニ出テタルモノト云ヒ意思ト
 事實ト連結符合セサルモ注意若クハ謹慎ヲ缺キタルトキハ其ノ所爲ヲ稱シテ過
 意ニ出テタルモノト云フ。故ニ今主觀上即チ所爲ヲ行フ者ヨリ見ルトキハ所爲ニ
 故意及過失ノ二狀態アレトモ若シ客觀上即チ所爲ヲ受クル者ヨリ見ルトキハ所
 爲ニ已ニ遂ケタルモノト未ダ遂ケサルモノトアリ所爲ノ既遂未遂ハ又所爲ノ二
 狀態ナリ一言ニシテ之ヲ云ハ、主觀上所爲ニ故意ト過意トノ區別アルハ恰モ客
 觀上所爲ニ既遂未遂ノ區別アルカ如シ。設例ヘハ茲ニ一ノ殺人ノ所爲アリトセヨ
 犯者ヨリ之ヲ言ハ、此所爲ハ故意ニ出テタルモノ(謀故殺)ト過意ニ出テタルモノ
 (過失殺)トアルヘキモ被害者ヨリ之ヲ云ハ、已ニ殺サレタルモノ(既遂)ト未ダ殺サ

ベルチル氏犯罪責任論第一七九葉以下

深輕重ノ度ハ決心ノ模様如何ニ關スヘキモノトス。抑モ犯者カ其ノ思料ナ一定シテ決心シタルトキハ此決心ハ外形ニ顯出シテ犯罪ヲ實行スル端緒ノ所爲トナルヘシ。而シテ斯カル心裏ノ思料一定シテ決心トナリ決心ヨリ進ミテ端緒ノ行爲ニ至ルニハ或ハ深思熟慮ニ出ツルアリ或ハ一時ノ感動憤激ニ出ツルアリ。其ノ熟慮ニ出テタル決心ヲ豫謀(Premeditation)ト云ヒ一時ノ憤激ニ出テタル決心ヲ感激(imp. etus)ト云フ

(一)豫謀 豫謀トハ唯深思熟慮ニ出テタル決心ヲ指スモノニシテ決心ヨリ所爲ノ着手若クハ實行ニ至ル時日ノ長短ハ豫謀ノ有無ニ關係ナク決心ト實行トノ間久シキカ故ニ必スシモ豫謀アルニアラス短少ナルカ故ニ必スシモ豫謀ナキニアラス時日ノ久シキハ唯豫謀アルノ證據ヲ示スモノニ過キサルナリ。○豫謀ノ有無ハ唯タ犯罪ノ情狀ヲ輕重スルニ過キスト雖殺人罪ニ在リテハ我刑法ハ特ニ之ヲ犯罪ノ一元素トセリ即チ豫メ謀テ人ヲ殺シタル者ハ謀殺ノ罪ト爲シ之ヲ死刑ニ處

シュエードン子一氏刑法攷義第二七葉

スルモ豫謀ナキ者ハ之ヲ故殺ノ罪トシテ無期徒刑ニ處スヘキモノト定メタリ

(二)感激 感激ハ大小甚タ其ノ度ヲ異ニシ其ノ極度ニ達スルヤ或ハ全ク思料決意ヲ失ヒ其ノ刑ヲ全免スルモノアリ或ハ感激殆ント皆無ニシテ豫謀ト同一ノ刑ヲ科スル者アリト雖概スルニ我刑法ニ於テハ身體ニ對スル犯罪ノ外豫謀ト感激トノ差異ヲ以テ別ニ法律上ノ差異ヲ設ケス之ヲ犯罪ノ情狀トシテ法官ノ酌量ニ一任セリ

然レトモ豫謀ト感激トハ二者混同シテ往々其差異ヲ見ルニ難キコト少カラス宜シク左ノ規則ヲ標準トシテ之レカ區別ヲ爲ス可シ

- 一、感激ニ依テ犯罪ヲ決心シタリトモ熟慮シテ其ノ罪ヲ實行シタルトキハ豫謀ニ出テタルモノト爲ス。何トナレハ此場合ニ於テハ犯罪實行ノ熟慮ハ犯罪實行前ニ生シタル感激ヲ消滅セシムレハナリ。設例ヘハ憤怒ニ依リ臨時殺意ヲ生シテ人ヲ殺スモ其ノ之ヲ殺スノ所爲タル殘忍久シキニ涉リ終ニ一勸其ノ

命ヲ絶チタルトキノ如シ

二、深思熟考シテ罪ヲ犯スノ意ヲ決スルモ一時ノ憤激ニ依リ之ヲ實行シタルト
キハ感激ニ出テタルモノト爲ス。何トナレハ此場合ニ於テハ感激ハ實行ノ刺
衝ニシテ其ノ實行ニ至ラシメタルモノハ感激ニ外ナラサレハナリ。設例ハハ
甲熟慮シテ乙ヲ殺シテ舊怨ヲ報ヒント決意セル既ニ久シキトキ偶甲乙ノ爲
メニ感激セラレテ忽チ之ヲ銃殺シタルトキノ如シ

三、既ニ熟慮シテ決意シタル犯罪ノ實行ニ着手シ其ノ實行中感激ヲ發シタルト
キハ其ノ感激ハ必スシモ豫謀ヲ消滅セシムルモノニアラス。設例ハハ甲豫メ
謀リテ乙ヲ殺サント欲シ乙ヲ道ニ要シテ襲撃シタルニ却テ乙ノ反撃ニ依リ
憤怒ヲ發シテ乙ヲ殺シタルトキノ如シ

第三 故意

前段ニ於テ既ニ論シタル如ク故意ハ犯罪ノ結果ヲ生セントスルノ意思ニシテ所

爲チ實行セントノ決心ハ豫謀ニ出ツルト感激ニ出ツルトニ關係スル所ナシ。設例
ハハ人ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ見ントスルハ故意ニシテ其ノ人ヲ斬リ或ハ其ノ人
ヲ毒殺セントシテ之ヲ實行スルノ決心ハ豫謀ニ出ツルモ一時ノ感激ニ出ツルモ
更ニ相關スル所ナカルヘシ。然レトモ故意ナルモノハ敢テ其ノ結果ヲ希望スルノ
意タルコトヲ要セス。昨々其ノ所爲ヨリシテ或ル結果ヲ生スヘキコトヲ知リツ、
之ヲ行フモノハ即チ故意タルモノニ外ナラズトス。設例ハハ人ノ現在スル家屋ニ
放火スルモノハ其ノ意思専ラ家屋ヲ燒燬スルニ在ルヘキモ爲メニ家人ノ死亡ヲ
來スヘキコトアルヘキコトヲ知リツ、之ヲ放火シ人ヲ殺シタルトキハ殺人罪ヲ
ルチ免レス。然レトモ我刑法ニ於テハ現ニ此結果ヲ來スヘキコトヲ知リタル場合
ノミチ以テ故意アルモノトスルニ似タレハ若シ愚人アリ人ヲ兩斷スルモ其ノ死
亡ヲ來スヘキコトヲ知ラスシテ之ヲ殺害シタルトキハ之ヲ故意ナキモノトセザ
ルチ得ス。然レトモ英國法ハ更ニ一步ヲ進メ現ニ或結果ヲ生スルコトヲ知ラサル

モ普通人トシテ之ヲ知ラサルヘカラサル場合及ヒ特ニ之ヲ知ルヘキ義務アルモノニ對シテ仍ホ之ヲ故意ニ出テタルモノト推定ス

學者故意ヲ別チテ左ノ三種トス

(一)必然結果ノ發生ヲ期スル故意ヲ**必定ノ故意**(Dolus determinatus)ト云フ。設例ヘハ甲乙ヲ殺サント欲シ甲銃口ヲ乙ニ向ケ之ヲ放ツトキハ銃丸乙ヲ貫キ必ス其ノ生命ヲ絶ツヘキコトヲ期スル場合ノ如シ

(二)必然結果ノ發生ヲ期セサル故意ヲ**不定ノ故意**(Dolus indeterminatus sive eventualis)ト云フ。設例ヘハ甲銃口ヲ乙ニ向ケ之ヲ放ツトキハ銃丸乙ヲ貫キ或ハ其ノ生命ヲ絶ツコトアルヘシ或ハ銃丸正路ヲ失シテ乙ノ生命ヲ全フスルコトアルヘキコトヲ豫知シ而シテ尙之ヲ放チテ乙ヲ殺シタルトキハ甲ハ不定ノ故意ヲ以テ乙ヲ殺シタルモノナリ

(三)同一ノ所爲ヨリシテ二三ノ結果ヲ生シ得ヘキ場合ニ於テ必然一ノ結果ヲ期シ

必スシモ他ノ結果ヲ期セサルトキハ之ヲ**必定不定併發ノ故意**(Dolus det. et dolus indet.)

ト云フ。設例ヘハ甲銃口ヲ乙ニ向テ之ヲ放ツトキハ銃丸乙ノ身體ヲ貫キ必ス乙ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生スルコトヲ期スレトモ此銃丸ハ或ハ乙ノ身體ヲ通過シ併セテ乙ノ背後ナル丙ヲ貫キ丙ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生スルハ必スシモ期スヘカラスト思惟シテ之ヲ放チタルニ銃丸果シテ乙丙ヲ貫キ二人ノ生命ヲ絶チタルトキハ甲ハ必定及ヒ不定ノ故意ヲ以テ乙丙二人ヲ殺シタルモノナリ

以上掲ケタル故意三種ノ區別ハ學者ノ說ク所ナレトモ三種ノ故意共ニ一ツノ故意ニシテ犯罪ノ構成上更ニ關係スル所ナキヲ以テ學者ノ之ヲ區別スルハ全ク不要ニ屬スルニ似タリト雖不定又ハ併發ノ故意モ法律上尙之ヲ故意トシテ論スヘキモノタルコトヲ注意セシムルニ過キサルナリ

第四 目的

目的ハ犯人カ犯罪タル所爲ノ結果ヨリ得ル所ノ満足ナリ。人ヲ殺シテ警ヲ報シ金

錢ヲ強奪シテ貪慾ヲ飽カシムル等凡テ人心ノ内部ニ存スルモノナレトモ犯罪ノ目的ハ刑法上如何ナル關係ヲ有スルヤ否ヲ知ラント欲セハ先ツ故意ト目的トノ性質上ノ區別ヲ了解スルコトヲ要ス

故意ハ直接ニ所爲ノ結果ヲ見ントスルノ意思ニシテ故意ト結果トハ恰モ合シテ一體ヲ爲スカ如キモノナレハ故意ト結果トハ各人各個ノ心意外ヨリ觀察スルコトヲ得ヘシ語ヲ換ヘテ之ヲ云ハ、故意ハ各人各異ノ性質ナシシテ各人一般ノ性質ヲ帶フレトモ目的ニ在リテハ否ラス縱ヒ同一ノ犯罪ニシテ同一ノ結果ヲ生スルモ其ノ目的ハ各人ニ依リテ各々異ラサルヲ得ス。設例ヘハ故殺罪ハ人ノ生命ヲ絶タントスルノ意思ト人ノ生命ヲ絶ツノ結果トヨリ成立シ此故意ナル者ハ何人ニ於テ此罪ヲ犯スモ人ニ依リテ異ナルコトナキモ其ノ目的ニ至リテハ然ラス讐ヲ復スルカ爲メニスルモノモアラソ金錢ヲ奪フカ爲メニスルモノモアラソ或ハ單ニ快樂ノ爲メニスル者モアラソ目的ニ各人一般ノ性質ナキ以テ見ルーシ。要ス

ルニ故意ハ一般ノ性質ヲ有スルヲ以テ其ノ有無ニ依リテ生スル所ノ關係ハ法律ノ範圍ニ於テ之ヲ一定スルコトヲ得ルモ目的ハ各人各異ノ性質ヲ帶フルヲ以テ其ノ善惡正否ニ依リテ生スル關係ハ道德ノ範圍内ニ屬スヘシ。故ニ故意ノ有無ハ法律上犯罪ノ存否刑ノ輕重ヲ定ムルノ標準タルコトヲ得ヘキモ目的ノ善惡正否ハ法官カ各犯罪ノ情狀ニ就キ法律ニ定メタル刑期内ニ於テ刑ノ輕重ヲ爲スノ標準タルヲ得ルニ過キサルナリ

第五 犯意ノ證明

犯意ノ證明ハ甚タ困難ナルコト少カラス謀殺犯者ト雖容易ニ豫謀及故意アリシコトヲ自白セサルヘシ創傷罪犯ハ必ス一時ノ遊戯ニ出テタル所爲タルコトヲ主張シ竊盜ハ遺失ノ物品ヲ拾得シタルモノト抗論シ僞證罪犯ハ事實ノ虛妄ナルヲ知ラサルコトヲ辯護スヘシ。故ニ法官ハ犯罪ノ手段、目的等所爲全體ノ性質及犯罪ノ日時場處等所爲一般ノ情況ニ依リ惡意ノ有無ヲ決定セサルヘカラス但シ其ノ

證明ノ方法論定ノ規矩ニ至リテハ宜シク證據法ノ法則原理ニ從フコトヲ要ス

第二項 過意(Culpa)

第一 過意總說

過意チリジエンスノ所爲ハ避ケ得ヘキ過誤ニ由リ意外ノ結果ノ生シタル場合ニ發スルモノナリ。過誤ノ避ケ得ヘキモノトハ一般通常ノ注意ヲ用ヰルトキハ此過誤ヲ生スルコトナカリシコトヲ云フ。然レトモ我刑法ハ過意ノ如何ナル程度ヲ限リテ法律上罰スヘキモノト定メタルカ敢テ其ノ境界ノ點ヲ發見スルコト能ハス民事上ノ責任ヲ負フヘキ過意ハ其ノ區域極メテ廣クシテ犯罪ノ責任ヲ負擔セシムヘキ過意ト同一ノ論定ヲ下スコトヲ得ス。故ニ法律上特ニ之ヲ明言スルモノ、外各事件ニ就キ法官ノ判定ニ一任スルノ外ナシト雖其ノ法律ハ如何ナル場合ニ於テ過意ノ罪ヲ問ヒ單ニ之ヲ民法ノ支配ニ任スルコトナキモノト定メタルヤ否ヲ論定セサルヘカラス

ボルトエンドル
フ氏法學必携第
二卷第一七九葉
ハルチル氏刑法
論第一六八葉

一般ノ原則ヨリ云ハ、犯罪ハ必ス故意アルコトヲ豫定スルモノニシテ過意ヲ罰スルハ之ヲ例外ノ場合ト云ハサルヲ得ス。故ニ法律上特ニ之ニ反對スル明文ヲ掲ケサル以上ハ必ス故意ヲ要スル犯罪ト爲シ過意ノ罪ヲ問フコトヲ得ス。今我刑法カ過意ヲ罰スルノ場合ヲ舉シレハ左ノ三種ニ歸ス

- 一、犯罪物體ノ貴重ニシテ怖ルヘキ重大ノ結果ヲ生スル場合即チ危害品及ヒ健康ヲ害スヘキ物品製造ニ關スル罪(第二百五十二條)健康ヲ害スヘキ飲食物及ヒ藥劑ヲ販賣スル罪(第二百五十五條)私ニ醫業ヲ爲スノ罪(第二百五十七條)往來通信ヲ妨害スル罪(第六十八條)及第六十九條)及ヒ其ノ他生命身體ニ關スル過失殺傷ノ罪(第三百十七條乃至第三百十九條)等是ナリ
- 二、官吏又ハ人民ノ特ニ注意ヲ要スル義務ニ關スル場合即チ相當官吏又ハ護送者囚人ニ對シ飲食衣服ヲ屏去シ又ハ水火震災ノ際官吏囚人ノ監禁ヲ解クコトヲ怠リ裁判官檢察官等被告人ニ暴行ヲ加ヘ疾病死傷ニ致サシメタル罪(第

二百八十條乃至第二百八十二條看守又ハ護送者囚徒ノ逃走ヲ覺ラサル罪等
是ナリ

三、安寧警察ノ目的ヲ達スルカ爲メニスル場合即チ過半ノ警察罪是レナリ
右三種ノ犯罪ハ全ク之ヲ過怠ニ出ル者ノミトスルコトヲ得サルモ管ニ故意ニ出
テタル者ノミニ止マラス過怠犯罪ノ場合ヲ包括スルヤ明ナリ我刑法ヲ以テ獨英
ノ刑法ニ比照セハ其ノ過怠ヲ罪スルノ場合稍少ナキニ似タリ就中過怠ニ出テタ
ル證人ノ偽證又ハ獄吏カ過失ニ依リ無罪者ニ對シテ死刑ヲ執行シタル場合ノ如
キハ特ニ公益ノ爲メ注意ヲ要スヘキモノナレトモ管テ此等ノ怠慢ヲ罰スヘキ正
條アルヲ見ス

第二 過怠ノ種類

(一) 疎虞トハ意外ノ結果ノ生スルコトアルヘキコトヲ覺ラサルニアラサルモ充分
ノ注意ヲ用ヰス此結果ヲ來サ、ルヘシト信スル所ノ過怠ヲ云フ。設例ヘハ予ハ射

テリ一氏法律原
論第一九三葉
ヘルチル氏刑法
論第一七〇葉

的ヲ試ミンカ爲メ木片ノ標的ヲ予カ庭園ノ牆壁ニ掲ケ之ニ向テ發射セントスル
ニ際シ予ハ銃丸カ標的及ヒ牆壁ヲ貫キ通行人ヲ殺害スルコトアルヘキヲ知レト
モ予ハ充分ノ調査ヲ爲サス標的及ヒ牆壁ノ堅固ナル銃丸ノ之ヲ貫キ得ヘキモノ
ニアラスト輕信シテ之ヲ行ヒ遂ニ意外ノ結果ヲ來シタル時ハ予ハ疎虞ヲ以テ人
ヲ死ニ致シタルモノナリ

(二) 懈怠トハ不注意ニ依リ全ク意外ノ結果ヲ生スルコトアルヘキコトヲ覺ラサル
所ノ過怠ヲ云フ。設例ヘハ前項射的ノ一例ニ於テ予ハ全ク銃丸ノ牆壁及ヒ標的ヲ
貫キ通行人ヲ害スルコトアルヘキヲ覺ラス意外ノ結果ヲ來シタル場合ノ如シ
疎虞懈怠ハ過怠ノ一種類ナレトモ尙ホ區別ヲ明ニセンカ爲メ更ニ一例ヲ示サン
ニ設例ヘハ甲ナル者散彈ヲ裝置セル獵銃ヲ以テ一狂犬ヲ殺サント欲スルニ際シ
熱心ノ餘乙アリ狂犬ノ傍ニ立ツヲ知ラスシテ乙ヲ殺スハ懈怠ナリ甲若シ乙アリ
狂犬ノ傍ニ立ツコトヲ知ルモ散彈ノ飛散スヘキ距離如何ヲ熟察セス必ズ狂犬ノ

ミチ射テ乙ヲ傷スルコトナキモノト輕信シタルトキハ疎虞ナリ。若シ又之ニ反シ
甲ハ或ハ乙ト狂犬トテ併セテ殺傷スルコトアルヘキコトヲ知リツ、乙ヲ害シタ
ルトキハ故意ニシテ過怠ニアラサルナリ

(三)疎虞及ヒ懈怠ハ同時ニ併發スルコトアリ。設例ヘハ前項ニ掲ケタル場合
ニ於テ甲ハ乙アリ狂犬ノ傍ニ立ツコトヲ知ルモ銃丸ハ單ニ狂犬ノミニ必中シテ
乙ヲ傷スルコトナキモノト輕信シ而シテ乙ヲ害シタルトキハ乙ヲ害シタルノ所
爲ハ疎虞ニ出ツルモノナレトモ若シ更ニ丙ナル者アリ乙ノ傍ニ立ツコトヲ知ラ
スシテ併セテ丙ヲ傷シタルトキハ丙ヲ害スルノ所爲ハ懈怠ニ出ツルモノナリ之
ヲ疎虞懈怠ノ併發ト云フ

第三項 故意及ヒ過怠ノ併發

故意及ヒ過怠ノ併發ニ二様ノ場合アリ。一ハ同一ノ所爲ニ出テ一ハ二三ノ所爲ニ
出ツ。左ニ之ヲ分論セム

ベル子ル氏共犯
論第一二〇葉
同氏犯罪責任論
第二五四葉

ベンジクンク氏
刑法講義要旨第
六六葉
ヘルシユ子ル氏
獨逸刑法論第三
五葉

(一)同一ノ所爲ヨリシテ故意ニ出テタル不正ノ結果ト故意ナキ不正ノ結果ト發生
シタルトキハ之ヲ故意及ヒ過怠ノ併發ト云フ。設例ヘハ婦女ヲ強姦スルノ所爲ハ
故意ニ出テタル犯罪ナルモ依テ婦女ヲ死傷セシメタルトキハ其ノ死傷ハ過怠ニ
出テタル犯罪トス。或ハ古來ノ學者ハ往々之ヲ別種ノ故意トシ意外ノ結果ニ出テ
タル場合ヲ稱シテ間接ノ故意(Dolus indirectus)ト稱シ或ハ又有名ノ學者ニシテ之ヲ
故意ニ基キタル過失(Culpa dolo determinatus)ト稱セシモノアリ今日ニ於テハ斯カル

舊主義ハ實際上理論上共ニ採用スル者ナキニ至レリ

(二)一人ノ犯者二三ノ所爲ヲ行フニ際シ第一ノ所爲ニ於テハ故意ヲ有スルモ終ニ
之ヲ遂クルコトヲ得ス第二ノ所爲ニ就テハ故意ナキモ結局第一ノ故意ニ出テタ
ル結果ヲ生セシ時モ亦故意過怠二者ノ併發トス。設例ヘハ甲ナル者乙者ヲ河岸ニ
伴ヒ白刃ヲ揮テ乙者ニ加ヘ乙者ノ全ク死セルヲ待チ其ノ死體ヲ水中ニ投シテ罪
證ヲ湮滅シタリト思惟セシニ豈ニ料ランヤ乙ハ甲ノ白刃ノ爲メニハ未タ其ノ命

ヲ殞セス水ノ爲メニ溺死シタルコト分明ナリシ場合ノ如キハ第一ノ所爲ハ故意ニ出テタル者ニシテ之ヲ謀殺未遂ト云フヘク第二ノ所爲ハ過怠ニ出テタル者ニシテ之ヲ過失殺人ト云ハサル可ラス。古來ノ學者往々故意過怠二者ノ併發ヲ誤認シ斯カル場合ニ於テハ共同一體ノ故意(Dolus generalis)ナル者アリト主張セシカ此說タル當然自家撞着ノ誤見タルヲ免レス。何トナレハ若シ第二ノ所爲ニシテ唯第一ノ所爲ヲ堅固ナラシムルニ過キサルトキハ第二ノ所爲モ亦素ヨリ必定若クハ不定ノ故意ニ出テタルモノト云ハサルヲ得サレハナリ。設例ヘハ甲者カ乙者ノ死體ヲ水中ニ投シタルハ罪證湮滅ノ爲メニ非スシテ單ニ乙者ヲシテ再生スルコトナカラシムル爲メナリシトキハ故意ナリ之ニ反シ第二ノ所爲ニシテ第一ノ所爲ヲ堅固ナラシムルカ爲メニアラス第一ノ所爲ヲ以テ充分其ノ目的タル結果ヲ得タルモノトスルトキハ第二ノ所爲ヨリ生シタル意外ノ結果ハ過怠ニ出テタルモノニ外ナラス。故意過怠ノ二者ハ本來之ヲ合同シテ單獨ノ一體ヲ爲サシムルコト

能ハサルモノナリ

第三段 既遂犯及ヒ未遂犯

第一項 既遂犯

既遂犯トハ犯罪タル所爲ヲ實行シ了リテ其ノ故意タル結果ヲ生シタルモノヲ謂フ。凡百ノ犯罪必スシモ然ラスト雖一般ヨリ之ヲ云フトキハ故意ニ出テタル結果ノ發生シテ故意ヲ達シタル場合ヲ總括ス。但シ此場合ト雖既遂犯ナルモノハ唯故意ノ實行ヲ達シタルコトヲ謂フモノニシテ犯罪ノ目的ヲ達スルト否トニ關係スルコトナシ

既遂犯ト雖或ル場合ニ於テハ刑ヲ輕減シ又ハ免除スルコトヲ得レトモ素ヨリ不
論罪タルノ場合ナシ。即チ謀殺故殺ヲ除クノ外一般ノ犯罪ニ就テノ自首ハ其ノ刑
ヲ減等シ(刑法第八十五條乃至第八十七條)偽證罪第二百二十六條貨幣偽造(第九
十二條)內亂陰謀(第百廿六條)等ノ場合ニ於テハ其ノ刑ヲ全免ス。仍ホ自首減免ニ關

コーン氏既遂未
遂犯論第一卷第
一八〇葉

スル原理ハ後篇ニ詳論セム

第二項 未遂犯

第一 總說

未遂犯トハ犯罪ノ執行ニ着手スルモ未タ其ノ故意タル結果ニ達セサルモノヲ謂フ。其ノ故意ニ至リテハ既遂ト異ナルコトナキモ其ノ故意ニ符合スル所ノ實効ヲ得サルモノナリ。故ニ故意ニシテ存在セスンハ未遂犯モ亦存在スルコトヲ得サルナリ

我刑法(第百十三條)ニ於テハ重罪ハ盡ク其ノ未遂犯ヲ罰シ違警罪ハ全ク其ノ未遂犯ヲ罰スルコトナク而シテ輕罪ノ未遂罪ニ至リテハ本條特ニ記載シタル場合ニ限リテ之ヲ處罰ス。但シ未遂犯ヲ罰スルニハ何レノ場合ヲ問ハス既遂犯ノ刑ニ照シテ一等又ハ二等ヲ減スヘキモノト定メタリ(第百十二條)

然レトモ國事犯(第百二十一條乃至第百二十四條)ノ如キハ未遂犯罪ノ時ニ於テ本

ナルトラン氏刑
法第九八一葉以
上
コリン氏既遂犯
既遂犯論第一卷
第八〇以下
ツアハリエー氏
未遂犯論第一卷

刑ヲ科シ皇室ニ對シ危害ヲ加ヘントシタル大逆罪第百十六條及ヒ第百十八條内亂ノ豫備陰謀ヲ爲スノ罪(第百二十五條)ノ如キハ未遂犯ハ勿論未タ未遂犯罪ニ至ラサル所爲ヲ以テ本罪トシテ之ヲ罰スルカ故ニ仍ホ更ニ總則ヲ適用シテ其ノ罪ノ未遂犯罪ヲ罰スルコトアルヘシ

第二段 豫備

犯罪ノ意思ノ發生ヨリ犯罪ノ終結ニ至ルマテニハ數多ノ段階アリ先ツ其ノ最初ニ顯出スヘキモノハ豫備ノ所爲ナリトス

本罪アリテ始メテ豫備ノ所爲ナルモノアリ既ニ豫備ト云ヘハ他ニ本罪アルヘキハ當然ナレトモ豫備ト本罪トハ全ク別箇ノ所爲ナリ。豫備ノ所爲ハ毫モ本罪タル所爲ノ一部ヲ構成スルモノニアラス。故ニ法律ハ本罪ニ照シテ豫備ヲ罰スルコトナキチ原則トス。然レトモ法律ハ本罪ヨリ謂ヘハ豫備ノ所爲ナルモノ之ヲ本罪ノ豫備トセスシテ全ク獨立ナル一箇ノ犯罪(Delictus sui generis)トシテ之ヲ罰スルコト少

チヨツブ氏豫備
及未遂區別論

ナカラス。設例へハ甲ナル者乙ヲ殺サンカ爲メニ丙者ノ短銃ヲ竊取シタルトキハ竊取ノ所爲ハ殺人罪ノ豫備ナレトモ毫モ殺人罪ノ所爲ニ加ハリタルモノニアラサレハ法律ハ殺人犯ノ豫備トシテ之ヲ罰セサレトモ他人ノ所有物ヲ竊取シタル所爲ニ至リテ盜罪トシテ之ヲ罰スヘシ又毒物ノ賣買ヲ禁止スルノ法律アルニ關セス甲者乙者ヲ毒殺スルノ目的ヲ以テ之ヲ買取シタルトキハ法律ハ毒殺ノ豫備トシテ之ヲ罰スルコトナシテ毒物販賣規則ノ違反トシテ之ヲ罰スルコトヲ得ヘシ。我刑法第百十一條ニ於テ凡ソ罪ヲ犯サンコトヲ謀リ又ハ其ノ豫備ヲ爲スト雖苟モ未タ犯罪ノ執行ニ着手セサルモノハ其ノ罪ヲ論セスト云ヘルハ即チ此意ナリ。然レトモ法律ハ豫備ノ所爲ヲ罰スルノ必要アルトキ就中犯罪ノ結果重大ニシテ公安ヲ害スルノ恐アルカ如キ場合設例へハ内亂ノ豫備陰謀ハ特ニ各條ノ明文ヲ以テ之ヲ罰スヘキコトヲ規定セリ但シ其ノ刑罰ニ至リテハ之ヲ未遂犯罪ノ例ニ進セサルハ勿論ナリ

第三段 執行ノ着手

執行ノ着手トハ所謂我刑法第百十二條ノ「罪ヲ犯サントシテ既ニ其ノ事ヲ行フ」ト云ヘル一句ヲ指示スルモノニシテ第百十一條ニ「罪ヲ犯サンコトヲ謀リ又ハ其ノ豫備ヲ爲スト」云ヘルハ未タ執行ニ着手セサル以前ノ所爲ヲ云フモノナリ。犯罪ノ手段タル毒物兇器等ヲ買取調製スルカ如キハ豫備ノ範圍ニ屬シ之ヲ用ヰテ犯罪ノ執行ヲ始ムルト又之ヲ中止スルトハ仍ホ一ニ犯者ノ意中ニ存シ他人ノ得テ知ルヘカラサル所ナリ

然レトモ執行ノ着手ト犯罪ノ豫備トノ間ニハ數多ノ所爲アリテ多少ノ段階ヲ爲スカ故ニ宜シク各事實ニ就キ着手ト豫備トノ區別ヲ決定スルコトヲ要ス。設例へハ室内ノ人ヲ殺サンカ爲メ窓戸ヲ開クモ未タ之ヲ謀殺ノ未遂犯トスルコトヲ得サルモ室内ノ品物ヲ竊取スル爲メ之ヲ開カハ十中八九ハ之ヲ以テ盜罪ノ未遂犯トスルコトナルヘシ。論者或ハ此點ニ就テハ反對ノ斷定ヲ下スモノアラント雖斯

ノ如キノ所爲カ果シテ盜罪ヲ構成シ得ヘキヤ否ハ先ツ盜罪ノ所爲ノ如何ナルモ
 ノナルカヲ研究セサルヘカラス予ハ後卷ニ於テ之ヲ詳ニスルコトアラン
 前章ニモ既ニ論定シタルカ如ク犯罪ノ手段若クハ物體ニシテ能力ナキトキハ犯
 罪ノ成立ナシ既ニ犯罪ノ成立ナキトキハ之ニ對スル未遂犯罪モ亦成立スルコト
 ナカルヘシ。人影偶像又ハ死體等生命ナキ物體ヲ殺シ又ハ清水砂糖等犯罪ノ能力
 ナキ手段ヲ用ヰテ人ヲ毒殺セントスルカ如キ不能犯ニ在リテハ之ニ對スル未遂
 犯罪モ亦成立スルコトナシ。何トナレハ本來成立セサル犯罪ハ其ノ執行ニ着手セ
 ントスルモ得ヘカラサレハナリ

故ニ犯罪ノ物體ニ能力アリ犯罪ノ手段ニ能力アルトキハ設ヒ犯罪ノ實効ヲ生セ
 サルモ既ニ之ニ着手スル以上ハ尙ホ未遂犯トシテ之ヲ處分セサルヲ得ス。設例ヘ
 ハ殺サントスル物體ニシテ苟モ人類ナランニハ人ヲ殺スニ足ラサル少量ノ毒藥
 テ用ヰ又ハ發射シタル銃丸ハ堅固ナル甲鎧ノ爲メニ人身ニ進入スルコトヲ得サ

千八百七十八年
 英國刑典章第
 三十二節
 ツアハリエー氏
 未遂未遂犯論第
 一卷第五三三葉

リシ場合ノ如キハ手段タル物體ニ能力ナキモノニアラサルヲ以テ之ヲ未遂犯ト
 セサルヲ得ス何トナレハ此手段ハ所謂絕對的不能體ニアラス相對的即チ他物ト
 比較上ノ不能ナルニ過キサレハナリ。學者往々之ヲ稱シテ相對的ノ不能犯ト稱ス
 レトモ此場合ニ在リテハ未遂犯ニシテ到底不能犯ノ名義ヲ下スコト能ハサルモ
 ノナリ。蓋シ學者カ此說ヲ爲スニ至ル者ハ所謂不能犯ナル者ハ犯罪ノ物體若クハ
 手段自身ニ能力ナキ場合タルヲ知ラス犯罪タル所爲ニ就キ其ノ不能ナルト否ト
 チ論定セントスル誤見ニ出ツルナリ。設例ヘハ甲者乙者ヲ殺サント欲シ乙者ニ向
 テ短銃ヲ放チタルニ銃丸乙者ノ頭上ヲ超過シテ乙者ニ中スルコト能ハサリシト
 キハ何人モ之ヲ以テ未遂犯ト爲スヘク又如何ナル學者モ此斷案ニ對シテ異議ヲ
 容ル、モノナカルヘシ。然ルニ若シ不能犯ヲ以テ到底爲シ能ハサルノ犯罪ト定解
 スル以上ハ甲者ノ所爲モ亦之ヲ不能犯トシテ其罪ヲ問フコト能ハサルノ不都合
 ナ見ルヘシ。何トナレハ銃丸ノ乙者ニ適中セサルハ甲者ノ射着初メヨリ其ノ方向

ヲ誤リ乙者以外ノ物體ヲ狙フタルニ原因スルモノニシテ當初ヨリ、抄着ヲ誤リタル方向ヲ以テ乙者ヲ狙撃セントスルハ到底爲シ能ハサル犯罪ナレハナリ。其他人ヲ毒殺セントシテ毒藥ノ分量不足ナリシ場合ノ如キ初メヨリ分量不足ノ毒藥ヲ以テ人ヲ殺サントスルハ是亦到底爲シ能ハサル不能犯罪ト謂ハサルヲ得サルニ至ルヘシ

犯罪物體ニ能力ナキ場合ノ論理ハ又之ヲ全ク犯罪物體ノ存在セサル場合ニ適用スルコトヲ得。設例ヘハ賊アリ特種ノ寶物ヲ竊取セント欲シテ神殿ニ入ルモ其ノ寶物ハ既ニ他ノ倉庫ニ移シタル爲メ殿中ニ之ヲ捜査スルモ遂ニ得ル所ナシテ去リタルトキノ如キ犯罪物體ニ能力アルモ物體自身ノ存在セサルモノナルヲ以テ犯罪ノ成立ナク從テ又未遂犯罪トシテ之ヲ罰スルコトヲ得サルナリ然レトモ若シ此賊ニシテ寶物ヲ収メタル倉庫ニ入り得ルコト能ハスシテ去リタルトキハ之ヲ未遂犯罪ニ問フコトヲ得ヘシ。又學者ノ常ニ引用セル一例即チ巷賊^スカ金錢ナ

ヘルシニ于ル氏
獨逸刑法論第三
四四集

キ衣囊ニ其手ヲ挿入シタル場合ノ如キモ亦之ト同一理ナリ

第四段 未遂犯ノ種類

豫備ハ未タ犯罪タル所爲ニ着手セサルモノナルヲ以テ未遂犯ヲ構成スルコトナシ。故ニ未遂犯ナルモノハ執行ノ着手ヨリ起ルモノナルヲ以テ着手以後ニ於テハ未遂犯ハ唯二種類アルニ止マレリ。即チ執行ノ着手ニ止マリテ未タ犯罪ノ効果ヲ生セサル者及ヒ既ニ執行ノ行爲ヲ了ルモ仍ホ犯罪ノ効果ヲ生セサル者はナリ一チ着手ノ未遂犯ト謂ヒ一チ缺効ノ未遂犯ト謂フ。我刑法第百十二條ニハ罪ヲ犯サントシテ既ニ其ノ事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障礙若シハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ云々ト記載シ其事ヲ行フト謂ヘル一句中ニハ單ニ着手ニ止マル場合ト執行ヲ了ルモ仍ホ犯罪ノ効果ヲ生セサル場合トヲ混同シ所爲ノ進行ノ度ヨリ二者ノ區別ヲ明言セスト雖犯罪ノ効果ヲ生スルコト能ハサル原因ヲ分ツテ障礙ト舛錯トノ二者ト爲シ未遂犯罪ニ二種ニアルコトヲ認メタリ。故ニ我刑法上ヨリ云フ

トキハ第一種即チ着手ハ未遂犯ヲ障礙ニ基クハ未遂犯ト稱シ第二種即チ缺効ハ未遂犯ヲ舛錯ニ基クハ未遂犯ト稱スルヲ適當トス設例ヘハ甲乙ヲ殺サント欲シ其ノ携フル所ノ白刃ヲ以テ乙者ニ向テ一撃ヲ試ミタルモ丙者傍ニ在リテ甲ヲ扼シタル爲メ甲ハ遂ニ乙ニ其ノ刀ヲ加フルコト能ハサリシ場合ノ如キハ着手ノ未遂ニシテ其ノ所爲(刀ヲ乙ニ加フル所爲)未タ了ラサル者ナリ而シテ丙活ノ所爲ハ即チ障礙ナリ我刑法ヨリ云ハ、障礙ニ依リ未タ遂ケサルモノナリトス然ルニ甲既ニ白刃ヲ乙ニ加フルモ治療宜シキヲ得乙者ハ其ノ生命ヲ全フシタル場合又ハ毒藥ヲ飲マシメラレタル者其ノ毒藥タルヲ知リテ直ニ消毒藥ヲ服シテ死ニ至ラサル場合ノ如キハ犯人ハ執行ノ所爲ヲ了リタルモ仍ホ犯罪ノ効果ヲ生セサルモノニシテ之ヲ缺効ノ未遂犯又ハ單ニ缺効犯ト云フ我刑法ヨリ云ハ、所謂意外ノ舛錯ニ依リ未タ遂ケサルモノナリ

上來論述スル所ノ第一種ノ未遂犯ハ事頗ル單一ニシテ別ニ喋々ノ辯ヲ待タスシ

テ自ラ明ナリ唯タ第二種ノ未遂犯即チ缺効犯ニ至リテハ學者ノ異論少カラスト雖概スルニ左ノ三說ニ歸ス

〔第一說〕凡ソ缺効犯タランニハ犯者ハ犯罪ノ既遂ニ必用ナル所爲方法ハ犯者ノ之ヲ知ルト知ラサルト問ハス皆之ヲ盡シタル後尙ホ効果ヲ生セサルモノタルコトヲ要ストスルニ在リ故ニ此說ニ依ルトキハ缺効ノ原因ニシテ犯人ノ意思ノ未タ及ハサルカ若クハ其ノ執行ノ方法ノ拙劣ナルニ基クトキハ缺効犯ニアラスシテ從テ又之ヲ罰スルコトヲ得サルニ至ルヘシ何トナレハ犯者ハ未タ盡ク犯罪ヲ遂クルニ必要ナル所爲ヲ爲シタルモノニアラサレハナリ譬ヘハ甲乙ヲ殺セシト欲シ其ノ首ヲ縊リシニ腐敗シタル繩綱ヲ以テシタリシ故遂ニ中途ニシテ斷絶シ又ハ甲乙ニ毒藥ヲ飲マシメタルニ毒藥ノ分量僅小ニシテ生命ヲ絶ツニ至ラサル場合ノ如キ未タ堅牢ナル繩綱ヲ用井ス適當ナル分量ノ毒藥ヲ用井サルモノナレハ犯者ハ犯罪ヲ遂クルニ必用ナル方法ヲ盡シ了リタルモノニアラストス故

ニ此説ヲ主張シテ能ク自家撞着ノ誤ナカラシメンニハ遂ニ缺効犯ナルモノナキニ至ルヘシト雖ハノーブルウルテンブルヒバーデン等獨逸諸邦ノ刑法ハ現ニ此説ヲ採用セリ

〔第二説〕ハ凡ソ缺効犯タランニハ犯者カ自ラ罪ヲ遂クルニ必要ナリト信シタル所爲方法ヲ盡シタルコトヲ要ストスルニ在リ。故ニ此説ニ依レハ第一説ノ如ク腐敗シタル繩ヲ以テ人ヲ縊殺セントシ又ハ少量ノ毒藥ヲ用ヰテ毒殺セントシタル場合ヲ以テ不問ニ付スルカ如キ不都合ヲ生スルコトナカルヘシ。現ニサクソン國ニ於テハ此説ヲ採用シタレトモ未タ完全ノ説トスルニ足ラサルナリ。何トナレハ此説ニ於テハ苟モ犯者カ自ラ信シテ罪ヲ遂クルニ足ルヘキモノト思惟スル所爲方法ヲ盡ス以上ハ即チ未遂犯ヲ構成スルニ足ルヘキ者トスルカ故ニ毒藥ヲ以テ人ニ飲マシメ又ハ其ノ食卓上ニ備フル等ノ所爲ヲ爲サス若シ愚カニモ犯者ハ單ニ毒藥ハ其ノ毒殺セントスル者ノ室内ニ放置セルノミニテ能ク之ヲ毒殺スルニ足

ルヘシト思惟セシトキハ尙ホ之ヲ缺効ノ未遂犯トスルコトヲ得ヘケレハナリ。要スルニ此説ノ誤謬タル其ノ適用ノ該博ニ過ルニ在リ

〔第三説〕ハ缺効犯ヲ以テ犯者カ直接ニ犯罪ノ結果ニ對スル所爲ヲ執行シ了ルモ尙ホ其ノ結果ヲ生セサリシモノトスルニ在リ。故ニ此説ハ第一説ノ如ク其ノ所爲執行ノ方法ハ必スシモ巧妙ニシテ犯罪既遂ニ必要タルコトヲ要セス又第二説ノ如ク犯者カ罪ヲ遂クルニ必要ナリト思惟シタルノミヲ以テ足レリトセス唯直接ニ結果ニ對スル所爲ヲ執行シタルコトヲ以テ充分ナリトスル者ナリ。近世學者ノ採用スル所モ亦此説ニ在レトモ我刑法〔第百十二條〕ノ正條ニ於テハ果シテ何レノ説ニ依リタルカ既ニ其ノ事ヲ行フトハ第一説ノ意カ第二説ノ意ナルカ苟モ意外ノ舛錯ト明言シタルカラニハ犯人ノ自ラ必用ト信シタル所爲ヲ行フトキハ之ヲ意外トシテ第二説ヲ採リタルカ舛錯ノ文字ヲ挿入シテ缺効ノ原因ヲ示シタルヨリ推サハ或ハ第三説ニ依リ所爲ハ直ニ犯罪ノ結果ニ對シテ行ヒタルモノト推定シ

タルカ單ニ法文ニ依リテ之ヲ定ムルコト能ハスト雖兎ニ角最モ論理ニ適シタル
第三說ヲ以テ我刑法ニ適用スルヲ穩當ナリトセム

第五段 中止犯

ハル子ル氏刑法
論第一八〇葉
オルトラン氏刑
法原論第九〇

犯人既ニ犯罪ノ執行ニ着手スルモ尙ホ自ラ之ヲ中止シテ目的タル結果ノ發生ヲ
妨止スルコトヲ得之ヲ稱シテ中止犯ト稱スレトモ其ノ中止タルヤ單ニ停止ニ止
マラスシテ全ク其ノ所爲ノ執行ヲ放擲スルコトヲ要ス但シ犯者ニシテ一タヒ其
ノ所爲ノ執行ヲ放擲スルトキハ他日再ヒ同一ノ犯罪ノ行フノ故意アルモ亦中止
犯タルヲ妨ケス
中止犯ハ通常着手ハ未遂犯ノ場合ニ現出スル者ニシテ缺効犯ニ於テハ其ノ行爲
ハ既ニ行ヒ了リタルモノナルヲ以テ之ヲ中止セントスルモ事既ニ晚キニ屬シ之
ヲ中止シ得ヘキ場合甚タ少ナカラシ然レトモ所爲執行ノ結果ニシテ尙ホ中止ス
ルコトヲ得ヘキ場合ニ於テハ之ヲ其ノ自然ノ成リ行キニ一任セス殊更ニ別箇ノ

ハル子ル氏刑法
論第一八四葉

手段ヲ用ヰテ自然ノ結果ノ發生ヲ妨止シ目的タル犯罪ノ結果ヲ生スルコトナカ
ラシメタルトキハ之ヲ缺効犯ノ中止トスルコトヲ得ヘシ設例ハ人ヲ毒殺セシ
ト欲シ既ニ毒藥ヲ服セシメタリトモ更ニ消毒藥ヲ服セシメ遂ニ其ノ生命ヲ保全
セシメタル如キ場合ニシテ犯人自己ノ意思ニ依リ犯罪ヲ中止シタル時ハ缺効犯
ニ係ルト雖モ尙ホ未遂犯罪トシテ其ノ罪ヲ問フコトナシ然レトモ其ノ中止ニ至
ル迄ニ既ニ行ヒ了リタル所爲ハ又之ヲ中止スルニ由ナキヲ以テ之ヲ別種ノ罪ト
シテ罰スルコト當然ナリ設例ハ毒藥ヲ服セシメタル後更ニ消毒藥ヲ用ヰテ其
ノ人ノ生命ヲ保全スルコトヲ得タルトキハ之ヲ毒殺ノ未遂犯ニ問フコトナキモ
健康ヲ害スヘキ物品ヲ施用シテ人ヲ疾苦セシメタルノ罪(第三百七條)ヲ以テ論セ
サルヘカラス
自己ノ意思ヲ以テ犯罪ヲ中止スルトハ自己ノ意外ナル舛錯ニ非ルコトヲ指スモ
ハナルニ過キスシテ犯人カ之ヲ中止シタルノ原因趣旨ノ如何ヲ問フコトナシ故

ニ恐怖心ヨリ之ヲ中止スルモ亦々眞心悔悟ノ念ヨリシテ之ヲ中止スルモ其ノ間更ニ彼此ノ區別ナシ學者往々悔悟ノ念ニ出テタル中止ニアラサレハ中止犯タルコトヲ得サルモノト爲シ現ニ其ノ説ヲ採用セル邦國ナキニアラサルモ我刑法(第百十二條)カ意外ノ障礙若クハ舛錯ト斷言シテ斯カル誤見ヲ排除シタルハ頗ル其ノ當ヲ得タリトス

中止犯ヲ以テ罪トシ論セサルノ理由二様アリ一ハ法律上ノ理由ニシテ一ハ政畧上ノ理由ナリ

凡ソ自己ノ意思ヲ以テ所爲ノ執行ヲ中止スルトキハ其ノ所爲ハ未遂犯タル性質ヲ失ヒ從テ又其罪ヲ問フコトヲ得サルナリ何トナレハ中止犯ノ場合ニ於テハ犯罪ノ故意ハ其ノ幾分ヲ外形ニ顯出スト雖尙ホ未タ其ノ實行セサル部分ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ犯罪未タ了ラサルカ故ニ犯人ニシテ自ラ之ヲ中止スルトキハ犯罪ノ眞意ハ未タ外形ニ顯出スルコトナキ者ナレハナリ是レ法律カ中止犯ヲ不

問ニ附スルノ理由トシテ學者ノ採用スル所ナレトモ沿革史ニ依リ其ノ本源ヲ探究スルトキハ全ク宗教的思想ニ基クモノナルハ予ノ既ニ論述シタル所ナリ犯人カ自ラ其ノ犯罪ノ結果ヲ發生スルコトヲ妨止スル以上ハ可成其ノ結果ヲ妨止スルハ甚タ嘉ミスヘキコトニシテ常ニ法律ノ希望スル所ナリ若シ中止ノ犯罪ト雖モ尙ホ之ヲ罰スヘキモノトセハ凡百ノ犯罪盡ク其ノ惡結果ヲ見サレハ即チ止マサルニ至ルヘシ是レ立法者カ中止犯ノ罪ヲ問ハサル理由ナリ

第三節 既遂犯及ヒ未遂犯ノ併發

一箇ノ犯罪ノ未遂犯ハ別種ナル他ノ犯罪ノ既遂犯タル場合アリ此場合ニ於テハ同一ノ所爲ニシテ一罪ノ未遂トナリ他ノ一罪ノ既遂トナルヘシ之ヲ既遂犯未遂犯ノ想像上ノ併發ト云フ設例ヘハ甲乙ヲ燒殺セント欲シ乙ノ住居スル家屋ニ放火シテ之ヲ燒燬シタルモ乙ヲ燒殺スルコトヲ得サリシ場合ノ如キハ放火罪ノ既遂ト謀殺罪ノ未遂ナリ

然レトモ未遂タル所爲ニシテ既遂犯タル所爲ヲ行フニ必然欲クヘカテサルモノナルトキハ既遂未遂ノ併發ナシ何人ト雖人ノ身體ヲ傷害スルコトナクハ謀故殺ヲ行フコトヲ得サルヘク暴行強迫ヲ用ヰルコトナクハ強姦罪ヲ犯スコトヲ得サルヘシ故ニ謀殺未遂ハ毆打創傷ノ既遂ト謀殺未遂ノ併發ニアラス強姦未遂ハ強迫既遂罪ト強姦未遂罪トノ併發ニアラサルナリ而シテ二罪併發ト否ラサルモノトノ區別ヲ明定スルノ必要ハ後章數罪俱發ヲ論スルノ條下ニ於テ自ラ明了ナラン

第三章 數人共犯

第一節 總說

(一) 共犯トハ數人一致シテ共ニ一罪ニ加効スルモノヲ云フ
 (イ) 囚徒藏匿ノ罪ヲ犯スモノハ其ノ囚徒ト共ニ罪ヲ犯シタル者ニアラサルヲ以テ之ヲ共犯ト云フコトヲ得ス但シ囚徒ノ未タ罪ヲ犯サル以前ニ於テ豫メ之

ハルトール氏佛
 國刑法第二三章
 プリ氏共犯論
 ハルチル氏共犯
 論第一八葉乃至
 第六八葉

ヲ藏匿センコトヲ謀リタルトキハ即チ共犯ニシテ所謂從犯タルヘシ故ニ一般ノ囚徒藏匿罪タル已ニ囚徒ノ犯セル罪ノ了リタル後ニ成立スルモノナレハ他人ニシテ共ニ之ニ加効セントスルモ得ヘカラス囚徒藏匿ノ罪ハ宜シク獨立ナル別罪 (Delictum sui generis) トシテ之ヲ罰スルコトヲ得ルモ之ヲ以テ囚徒ハ犯シタル本罪ハ從犯トスルコトヲ得ス英佛ノ學者ハ往々從犯ヲ二種ニ區分シ一チ事前ノ從犯一チ事後ノ從犯トシ囚徒藏匿罪ノ如キハ理論上之チ事後ノ從犯トスレトモ是レ共犯ナルモノハ犯罪前若クハ犯罪ノ際ニアラサレハ成立スルコト能ハサルノ原理ヲ看過シタルノ誤見ナリ夫ハ囚徒カ未タ其ハ罪ヲ犯サル以前ニ在リテ豫メ之ヲ藏匿センコトヲ諾シ又ハ贖品ヲ陰匿シテ其ノ罪證ヲ湮滅センコトヲ約スルカ如キハ其ハ罪事後ニアラスシテ事前ニ在リ

(ロ) 過失ニ依テ共ニ加効シタル者ハ共同ナキヲ以テ又共犯者ニアラス蓋シ共犯ハ數人一致スルコトヲ要スルカ故ニ苟モ故意ナクハ一致スルコトヲ得サル

ナリ。然レトモ過失罪ニ加功スルハ敢テ爲シ得ヘカヲサレニアラス。設例ヘハ車馬ヲ疾驅センコトヲ教唆シテ過失殺傷罪ヲ犯シメ又不注意ニ銃砲ヲ使用スルコトヲ教唆シテ誤テ人ヲ擊殺シタル等ノ如シ。但シ此場合ニ於テハ教唆自身ハ固リ故意ナキモノニアラス。

(二) 共犯ハ犯罪ノ發起者若シハ幫助者ノ二者ニ過キス即チ或ハ間接又ハ直接ニ犯罪ノ所爲ニ加功シ或ハ唯犯罪ヲ教唆指示シ其ノ實行ヲ他人ニ一任スルモノナリ故ニ共犯ニハ正犯從犯教唆者ノ三種アレトモ我刑法ニ於テハ教唆者ヲ以テ正犯中ニ列シタリ

(三) 我刑法(第四百條)ハ二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ云々ト明言シ數人一致ノ文字ヲ缺クト雖其ノ意ハ之ヲ罪ヲ犯スノ句中ニ包含セシメタルモノ、如シ

第二節 正犯

數人一致シテ共ニ一罪ヲ執行シタルトキハ之ヲ正犯トス

オツベンホツフ
氏刑法第一〇二
葉

(一) 犯罪ハ有形ノ所爲ニ顯ハル、モノナリ。故ニ其ノ所爲執行ノ一部分ニ加功シタルモノト雖尙ホ之ヲ正犯トナス決シテ加功ノ多少如何ヲ問ハサルナリ。而シテ犯罪ニハ或ハ數多ノ所爲ヲ聚合シテ始メテ一罪ヲ成スモノアリ或ハ單ニ一所爲ヲ以テ一罪トスルコト過キサル者アリト雖尙モ犯罪タル所爲ノ一部ニ加功シタルモノハ皆正犯タリ。設例ヘハ強盜罪ニ在リテハ正犯中一人ハ家人ヲ縛シ一人ハ倉庫ヲ搜查シ一人ハ門戸ヲ要シテ外人ノ來襲ヲ防止スル場合ノ如キ各正犯タルヲ免レス。何トナレハ強盜罪ナルモノハ暴行強迫ヲ以テ他人ノ管轄ヲ侵シテ財物ヲ己レノ管轄ニ入ル、ノ所爲ニシテ家人ヲ縛スルモノハ暴行ヲ爲スモノナリ。門戸ヲ守ルモノハ他人ノ管轄ヲ侵スモノナリ。倉庫ヲ搜查セントスルモノハ財物ヲ己レノ管轄ニ入レントスルモノナリ。英國ノ學者ハ往々此區別ヲ爲スニ距離ノ遠近ヲ以テシ尙モ犯人相互ニ救護ヲ爲シ得ヘキ距離内ニ在ル者ハ皆正犯ナリトス。レトモ距離ノ遠近如何ハ犯罪タル所爲ニ加功セシヤ否ヤヲ證明スルノ標準タル

ベル子ル氏刑法論第四二葉

ニ過キサルナリ強姦罪ノ如キモ亦然リ正犯中ノ一人ハ婦女ノ兩手ヲ扼シ一人ハ其ノ兩足ヲ扼シ一人ハ之ヲ姦スル者共ニ正犯タルヲ免レス事ハ仍ホ各論ニ於テ各罪ノ所爲如何ヲ論定シ其ノ性質ヲ明定シタル後ニ於テ自ラ明白ナラシメテ數所爲ヲ聚合シテ一罪ヲ構成スル場合ノ如キニ在リテハ犯人ハ悉ク各所爲ニ着手セサレハ其ノ未遂犯ヲ構成セスト云ヘルカ如キ淺見ヲ以テ容易ニ是非ヲ論定スルコトナキヲ要ス

(二) 正犯トシテ加功セル所爲ハ犯罪ノ着手若クハ執行中ヲササルヘカラス唯タ犯罪ノ豫備ニ加功シタル者ハ從犯タルニ過キサルヘシ故ニ未遂ノ所爲ハ皆正犯ハ所爲タルヲ得ヘキモ豫備ノ所爲ハ唯從犯ノ所爲タルコトヲ得ルニ過キス

(三) 各々之ヲ正犯トナストハ意義明白疑ナキカ如クナレトモ若シ謀殺罪ニ付キ正犯中ノ一人被害者ノ子ナルトキハ其ノ子タルモノ、ミ獨リ親殺シノ罪ヲ犯ス者ニシテ他人ハ唯通常ノ謀殺罪ヲ犯シタルモノナルヘキヤ或ハ他ノ共犯者モ之

ヲ殺親罪トシテ處分セサルヲ得サルヘキヤ此等共犯者ノ身分ニ關スル異同ニ就テハ別ニ之ヲ後段ニ詳論セム

(四) 加功ノ度ハ如何ニ僅少ナルモ苟モ正犯タルニハ其ノ全體ノ所爲ニ對スル責任ヲ負擔セサルヘカラス何トナレハ此犯者ハ既ニ犯者一人ニテモ全犯罪ヲ遂ケントスルモノナレハ偶々他ノ共犯者ノ之ニ加功スルモノアルモ其ノ加功タルヤ犯者各人ヨリ之ヲ見ハ恰モ天然力ノ加功ヲ得タルニ異ラサレハナリ之ヲ共犯ノ責任ニ關スル原理トス此原理ノ適用ハ仍ホ刑事訴訟法上特ニ著大ノ關係アルヲ見ル

第三節 教唆

教唆者ノ責任ニ關シテ理論上ニ三主義アリ

(第一) 客觀主義ニ於テハ犯罪ヲ論スルニ全ク其ノ外形ニ顯出シタル形跡上ニ於テシ敢テ犯者ノ心事如何ヲ問ハサルナリ故ニ此主義ニテハ教唆者ハ犯罪ノ發起

者ニアラス又幫助者ニアラストセリ。何トナレハ苟モ犯罪ノ發起者若クハ幫助者
 タラニハ自ラ其ノ所爲ヲ行ハスハアルヘカラス然ルニ教唆者ニ在テハ毫末
 モ其ノ所爲ニ關係ナク之ニ反シテ教唆ヲ受ケタル者ハ其ノ教唆ニ拘ハラス尙ホ
 自由ニ其ノ所爲ヲ中止スルコトヲ得ヘケレハ實行者ノミ獨リ其ノ責任ニ任スヘキ
 モノナレハナリ

〔第二〕主觀主義ニ於テハ犯罪ヲ以テ全ク犯罪者ノ心事ヨリ觀察シ犯意ハ全ク教唆
 者ノ創始スル所ナレハ教唆者獨リ其ノ責任ヲ負フヘキモノニシテ其ノ教唆ニ依
 リ實行シタル者ハ教唆者ノ器械タルニ過キストスルモノナリ。故ニ此主義ニ從フ
 トキハ幼者ハ勿論壯健有爲ナル大丈夫ト雖尙ホ教唆者ノ犯罪ノ器械ニシテ自斷
 ノ能力ナキモノト論定セサルヘカラサルニ至ルヘシ

〔第三〕折衷主義ハ即チ前兩義ノ折衷ナリ。既ニ論シタルカ如ク客觀主義ニ於テハ
 如何ニ教唆ヲ爲スモノアリトモ苟モ教唆ヲ受クル者ニシテ能力者タラニハ其

ノ所爲ヲ實行スルト否トハ其ノ自由内ニ存スルヲ以テ之ヲ實行スルコトナシ
 ハ即チ可ナリ若シ之ヲ實行スルトキハ即チ其ノ實行者ヲ以テ犯罪トシ敢テ教唆
 者ノ罪ヲ問フノ必要ナシトシ主觀主義ニ於テハ有爲ノ大丈夫ト雖之ヲ不能力ト
 看做シ其ノ罪ヲ犯スヤ教唆者ノ器械タルニ過キサレハ唯教唆者ノ罪ヲ問ヘハ即
 チ足レリトスルモノニシテ二主義各々一理ナキニアラス。故ニ折衷主義ニ於テハ
 前二主義ノ長ヲ採リ其ノ短ヲ捨テントスルモノナレトモ其ノ取捨ニ二様ノ方法
 アリ。第一ハ教唆者ヲハ客觀主義ニ從ヒ其ノ罪ナキモノトナシ實行者ヲハ主觀主
 義ニ從ヒ又罪ナキモノトナシ遂ニ二者共ニ之ヲ罰スルコト能ハサルモノトスル
 ニ在リ。第二ハ之ニ反シ實行者ヲハ客觀主義ニ從テ罪アルモノトナシ教唆者モ亦
 主觀主義ニ從テ罪アルモノトナシ遂ニ二者共ニ之ヲ罰スヘキモノトスルニアリ。
 而シテ所謂折衷主義ナルモノハ第一法ヲ以テ短ヲ採リ却テ長ヲ捨テタルモノト
 ナシ第二法ヲ以テ長ヲ採リ短ヲ捨テタルモノトスレトモ兩法孰レトモ折衷ニシ

テ彼此更ニ其區別アルヲ見ス。然ラハ即チ長短ノ取捨ハ果シテ何物ヲ以テ其ノ標
 準トナスヘキヤ。曰ク教唆ノ方法程度ノ如何ヲ以テ兩主義ヲ結合スルノ關鎖トス
 ルノ外ナキナリ。若シ夫レ教唆ノ方法ニシテ兒戲ニ類シ其ノ度ニシテ僅少ナラン
 カ通常人ヲシテ犯罪ノ決心ヲ爲サシムルニ足ラサルヘシ斯カル犯罪ノ實行者ハ
 獨リ自ラ其ノ責ヲ負フノ外ナカルヘシ。然レトモ苟モ其ノ方法ニシテ贈與契約強
 迫威權等通常人ヲシテ犯罪ノ決心ヲ爲サシメ此決心ニ由リ犯罪ヲ執行シタルト
 キハ教唆者ヲ不問ニ置クコトヲ得ス。獨佛ノ刑法ニ贈與契約強迫又ハ權威其ノ他
 ノ方法ヲ以テ人ヲ教唆シ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ皆正犯ト爲ス。ト云ヘルハ
 明ニ此折衷主義ヲ採リタルコトヲ指示スルモノナレトモ現行刑法(第五條)ニ於
 テハ贈與契約云々ノ文字ヲ削除セリ。然レトモ尙ホ其ノ理ヲ推シテ之ヲ折衷主義
 ニ出テタルモノトスルヲ穩當ノ解釋ナリトセム其ノ條ニ曰ク人ヲ教唆シテ重罪
 輕罪ヲ犯サシメタル者ハ亦正犯ト爲ス。ト

一、教唆者ヲ教唆シタルモノモ、教唆者ニシテ從犯ヲ教唆シタルモノモ亦從犯ナ
 リ。故ニ刑法ハ特ニ人ヲ教唆シ云々ト明記シ教唆ヲ受クルモノハ汎ク正犯從
 犯又ハ教唆者タルヲ問ハサルコトヲ明示セリ。然ルニ論者往々法文ノ「重罪輕
 罪」トハ單ニ直接ニ實行シタル重罪輕罪ノミチ指示スルモノニシテ教唆ノ教
 唆ナルモノナシトスルモノアレトモ教唆ノ所爲モ亦重罪若クハ輕罪タルヘ
 キヲ以テ教唆者ヲ教唆スルモノ亦重罪若クハ輕罪ヲ教唆スルモノタルコト
 ナ知ラハ論者ハ容易ニ自說ノ謬レルヲ了解スルコトヲ得。設例ヘハ甲ナル
 者乙ニ怨恨アリ乙ヲシテ重罪ノ刑ヲ受ケシメント欲スルニ際シ偶々丙ノ丁
 ナ殺スニ意アルヲ聞知シ一計ヲ案出シ甲ハ乙ヲ教唆シ乙ヲシテ丙ヲ教唆セ
 シメ丁ヲ殺サシメタルトキハ乙ノ所爲ハ丙ヲ教唆スルモノニシテ却テ重罪
 タルヘク甲ノ所爲ハ乙ニ重罪ヲ犯スコトヲ教唆シタルモノニシテ又重罪タ
 ルヘシ蓋シ此原理ハ國事犯及ヒ兇徒嘯聚罪等ニ於テ多ク其ノ適用ヲ見ルヘ

シ。但シ從犯ノ從犯ナルモノアルヤ否ハ後ニ至リテ之ヲ論スヘシ

二、一般ニ教唆ヲ罪トスルニハ犯者カ既ニ犯罪ニ着手シタルコトヲ要ス。故ニ從犯ハ教唆ハ從犯カ其ノ正犯ヲ幫助スルノ所爲ニ着手シタルノミヲ以テ之ヲ罰スルコトヲ得ス。必ス正犯カ既ニ其ノ犯罪ニ着手シタルコトヲ必要トス

三、正犯ハ重罪輕罪違警罪ヲ問ハス之ヲ罰スルモ教唆ハ重罪輕罪ニ係ルモノニ限ルハ敢テ特別ノ理由アルニアラス。只タ其ノ輕微タルノ故ニ外ナラスト雖荷モ教唆者ヲ正犯トスル以上ハ法律カ違警罪ニ就テ教唆ヲ問ハサルハ學理上其當ヲ得タルモノニアラサルナリ

四、教唆ハ贈與契約強迫威權等ノ方法ニ出テ犯者ヲシテ犯罪ノ實行ヲ決意セシムルニ足ルヘキモノタルヲ必要トス。此等ノ方法ニ出テサル教唆ハ所謂刑法上ノ教唆ナルモノニアラサルナリ

五、教唆ヲ爲スト雖犯人其ノ教唆ニ從ヒ事ヲ行ハサリシトキハ教唆ノ結果ナキ

カノペンホツ
業
刑法第一一一

モノトシテ其ノ罪ヲ問フコトナシ。但シ集會條例新聞條例其ノ他公安ニ重大ノ關係ヲ有スルモノニ在リテハ別罪トシテ單ニ教唆ハ罪ニ問フ

六、教唆者ハ現ニ其ノ教唆シタル犯罪ノ行ハレタルトキニアラサレハ其ノ責任ナシ。否ラサレハ即チ法律ハ其ノ意思ノミヲ罪スルニ至ルヘケレハナリ。今此場合ヲ分析スレハ則チ左ノ如シ

(イ)正犯ナクシテ又罪スヘキ教唆者ナキコトハ言ヲ待タスシテ明カナリト雖正犯ノ死亡シ若クハ逃亡シタル時ノ如キハ其ノ罪ヲ免ル、コトヲ得ス。教唆者ノ無罪タルニハ正犯ノ所爲ニシテ本來罪トナルヘキモノニアラサルコトヲ要ス

(ロ)不能力者ヲ教唆シテ罪ヲ犯サシメタル場合ニ於テハ其ノ教唆者即チ其犯ナルモノナカルヘシト雖此場合ニ於テハ不能力者ハ只タ他ノ犯罪ノ器械トナリタルモノニシテ不能力者ハ素リ犯罪ノ責任ナキモ器械トシテ之ヲ使用

ハタルモハハ犯者自ラ犯シタル所爲トシテ其ノ責任ヲ負ハサルヘカラス故
ニ我カ刑法ハ重罪ノ教唆ニアラサレハ之ヲ處罰セサルモノタルニ係ハラ
ス苟モ不能力者ノ場合ニ係ルトキハ違警罪ト雖自己獨立ノ犯罪トシテ其ノ
責ヲ負ハシメサルヘカラス論者往々不能力者ヲ教唆スルモノハ亦教唆者タ
ルヲ免レスト主張スルモノアリト雖若シ此說ヲシテ眞ナラシメハ不能力ヲ
教唆シテ違警罪ヲ犯サシメタル場合ニ於テハ何人モ其ノ責任ヲ負フモノナ
キニ至ルヘシ

(ハ)教唆者ノ責任ハ正犯ノ犯罪ノ執行ニ着手シタル時ヨリ生スルカ故ニ正犯
ニシテ犯罪ヲ中止シタルトキハ教唆者ヲ併セテ無罪ト爲スヘク正犯ニシテ
未遂ニ止マルトキハ教唆者モ亦未遂犯タルニ過キサルヘシ

七、苟モ犯罪ヲ教唆シタル以上ハ其ノ實行ニ際シ過誤不熟練等ヨリ他ノ罪又ハ
重キ罪ヲ犯シタルトキト雖教唆者ハ仍ホ該犯罪ニ就テモ其ノ任責ニセサル

ヘカラス何トナレハ被教唆者之ヲ行フモ教唆者自ラ之ヲ行フモ等シク之ヲ
同一體ト看做スヘケレハナリ然レトモ教唆者豫メ犯罪ノ事件執行ノ方法等
ヲ指定シ置キタルトキニ際シ犯人指定以外ノ重キ罪ヲ犯シ又ハ其ノ方法ヲ
異ニシタルトキハ唯其ノ指定シタル罪ニ從テ其ノ刑ヲ科シ若又所犯教唆シ
タル罪ヨリ輕キ時ハ法律ハ意思ノミヲ罰スルコトヲ得サルヲ以テ現ニ行ヒ
タル罪ニ從ヒ其ノ刑ヲ科セサルヘカラス(第百八條)但シ法文ハ犯罪ノ事件ヲ
指定スト云フニ止マリ其ノ犯罪ヨリ自然發生シ得ヘキ結果ノ指定外ナルト
否トナ問ハサルナリ設例ヘハ毆打罪ヲ教唆シタルモノハ其ノ結果タル毆打
殺傷罪ニ對シテモ亦其ノ責ヲ免ル、コトヲ得ス又教唆者ノ指示セル方法ハ
現ニ行フタル方法ト異ルモ事件ノ性質上矛盾スルコトナキ程度迄ハ教唆者
モ亦犯罪ノ責ヲ免ル、コトヲ得ス故ニ教唆者ノ指定シタル方法ニシテ錯誤
ニ依リ他ノ犯罪ヲ爲シ得ヘキモノナルカ又ハ臨機ノ處分トシテ其ノ方法ヲ

行フニ必要ナル罪ヲ犯シ得ヘキモノナルトキハ教唆者ハ其ノ方法ノ指定外ナルノ故ヲ以テ其ノ責ヲ免カル、コトヲ得サルナリ

第四節 從犯

從犯ノ責任ニ就テモ亦三主義アリ

〔第一〕客觀主義ニ於テハ從犯ヲ論スルニ全ク犯罪ノ所爲ニ顯ハレタル形跡上ヨリ考察シ從犯ハ從犯自己ニ獨立ナル故意ヲ以テ從犯タル所爲ヲ行フモノニシテ從犯ハ即チ別種獨立ノ犯罪ナルカ故ニ毫モ正犯ノ行爲ニ關係ナキモノトセリ

〔第二〕主觀主義ニ於テハ全ク犯者ノ心事ヨリ從犯タル犯罪ヲ考察シ從犯ハ即チ正犯タル犯罪ノ所爲ノ第二ノ原因ニシテ正犯從犯共ニ同一ノ所爲ノ原因タルニ外ナラサルモノトセリ

〔第三〕折衷主義ニ於テハ前兩義ヲ折衷スルモノナリ。既ニ論述セルカ如ク客觀主義ニ於テハ正犯カ其ノ犯罪ヲ中止シテ之ヲ實行セサル場合ト雖尙ホ從犯ノ罪ヲ

オツベンホツフ
葉氏刑法第一一九

問ヒ主觀主義ニ於テハ其ノ罪ノ有無ハ正犯ノ犯罪ヲ實行シタルト否トニ從ヒ異ルモ若シ其ノ犯罪ニシテ成立セハ等シク正犯ノ罪ヲ以テ之ヲ論セサルヲ得ス。然ルニ此折衷主義ニ於テハ從犯ノ所爲タル正犯ノ所爲ト異ニシテ主タル犯罪ヲ執行スルノ所爲ニアラストスルモ從犯ニシテ故意ニ依リ其ノ所爲ヲ以テ正犯ノ所爲ノ原因ヲラシメタルトキハ從犯トシテ之ヲ罰スヘキモノトスルニ在リ。刑法第百九條ニ曰ク「重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタル者ハ從犯ト爲シ正犯ノ刑ニ一等ヲ減ス但正犯現ニ行フ所ノ罪從犯ノ知ル所ヨリ重キトキハ唯タ其ノ知ル所ノ罪ニ照シ一等ヲ減ス」ト即チ我刑法ハ此折衷主義ニ基キタルモノナリ。今左ニ之ヲ分析詳説セシ

一、從犯ハ唯正犯ノ從犯ヲ罰スルモノニ止マリ從犯ノ從犯ハ輕微ノ所爲トシテ法律之ヲ罰スルコトナシ。故ニ法文ハ正犯ヲ幫助シ云々ト明記セリ。然ルニ彼

ノ教唆者ノ如キハ前既ニ論述セルカ如ク教唆者ヲ教唆スルモノハ正犯ニシテ從犯ヲ教唆スルモノハ從犯ナレハ法律ニ於テハ當然之ヲ罰セサルヲ得ス是レ教唆ノ條文(第百五條)ニハ人ヲ教唆シ云々ト明言シ正犯ヲ教唆シト明言セサル所以ナリ

二、不能力者ノ惡事ヲ幫助シタルモノハ犯罪ヲ幫助シタルモノニアラサレハ從犯即チ共犯者ヲ以テ之ヲ論スルコトヲ得サルハ教唆ノ場合ト同一理ニ歸セサルヘカラス即チ此場合ニ於テ不能力者ヲ幫助シタルモノハ恰モ天然力ニ加功シ天然力ノ助けニ依リテ自ラ犯罪ノ結果ヲ生セシメタル者ニ異ナラサルカ故ニ自ラ獨立シテ全責任ヲ負擔シ從犯ノ減等ヲ受ケ得ヘキ者ニアラス論者往々反對ノ說ヲ爲シ不能力者ノ所爲ニモ亦從犯アルヘキ者トスレトモ固リ正鵠ヲ得タル者ニアラス試ニ一狂人アリ赤手將ニ人ヲ殺サントスルニ際シ狂人タルヲ知リツ、故ラニ其ノ手ニ刀劍ヲ貸渡シテ之ヲ殺害セシメタ

ル者アラハ是レ天然力ニ刺激ヲ與ヘテ自ラ之ヲ殺シタルモノニアラスシテ何ソヤ不能力者ヲ教唆スルモ幫助スルモ各々同一ナル獨立ノ犯罪ニシテ犯者ハ犯者自身ノ犯罪トシテ獨リ其ノ全部ノ責任ヲ負擔セサルヘカラス

三、從犯ノ所爲ハ正犯タル所爲ニ對シテ毫末モ加功スルコトナシ故ニ正犯ノ所爲中ニハ更ニ從犯ノ所爲ノ一分子ヲモ包含スルコトナシ是レ數人ノ正犯相互ノ關係ト正犯ト從犯トノ關係ヲ異ニスル要點ナリ千百ノ從犯アリト雖正犯ハ所爲ハ毫末ヲ減スルコト能ハサルハ猶ホ千百ノ豫備ヲ爲スモ犯罪執行ハ着手タルコト能ハサルカ如シ我刑法ノ正文ニモ犯罪ヲ容易ナラシメタルモノハ云々ト云ヒ其ノ犯罪ノ所爲ニ加功シタル場合(即チ正犯ト明別シ犯罪ハ所爲ニ至リテハ獨リ正犯ノ爲ス所ニ一任シテ從犯ノ與ル所ニアラストセリ、

四、從犯ノ所爲ハ豫備中ノミナラス犯罪ノ執行中ト雖存在スルコトナキニアラ

ス。然レトモ豫備中ニ屬スルモノハ正犯ニシテ現ニ犯罪ヲ執行シタルトキニ
 アラサレハ從犯タルノ責任ナカルヘク只タ豫備ノ所爲ヲ幫助スルモ正犯ニ
 シテ犯罪ヲ中止シタルトキハ其ノ責任ナシ又執行中ニ屬スルモノハ甚タ僅
 少ニシテ多クハ從犯ノ區域ヲ超ヘ其ノ執行ニ加功スルモノトナリ從ツテ正
 犯ヲ以テ論セラルヘシ

五、從犯ハ正犯ノ所爲ノ犯罪タルコトヲ知ルニアラサレハ其ノ責任ナシ故ニ正
 犯ニシテ從犯ノ知ラサル以外ノ罪ヲ犯シタルトキハ從犯ノ責任ハ止タ之ヲ
 知リタル範圍内ニ過クルコトナカルヘシ

六、正犯ノ刑ニ照シ一等ヲ減ストハ正犯ノ罪ニ相當スル刑ノ意ニシテ正犯ノ現
 ニ受クル所ノ刑ニアラス故ニ犯者ノ現ニ受クル所ハ從犯ノ刑却ツテ正犯ノ
 刑ヨリ重キコトアルヘシ

七、從犯ハ正犯ノ重罪輕罪ヲ犯シタル場合ニ限り之ヲ罰スルモノニシテ違警罪

ニ係ルトキハ之ヲ罰セス但シ從犯ノ受クヘキ刑ハ違警罪ニ止マルモ妨ナシ
 ト雖我刑法ニ於テハ恐クハ此場合ナカラム

第五節 共犯者ノ身分

共犯者中身分ノ異同アリ從ツテ其ノ罪ト刑トヲ異ニスルトキハ之ヲ處分スル方
 法ニ付キ三説アリ

〔第一説〕ハ共犯者中一人ノ身分ハ等シク他ノ共犯ニ及フヘキモノトスルモノナリ。
 親ヲ殺スコトヲ教唆シタル者ハ他人ト雖殺親罪トナシ又再犯者ト共ニ罪ヲ犯シ
 タル者ハ初犯者ト雖再犯ノ加重ヲ受クヘキモノトスルモノナリ

第二説ハ共犯ノ身分ハ各共犯ニ附從スルモノナレハ如何ナル身分ト雖他ノ共犯
 ニ及フヘキモノニアラストスルモノニシテ此説ニ從フトキハ他人ニテ親ヲ殺ス
 コトヲ教唆シタル者ハ通常ノ殺人罪トナリ官吏賄賂ヲ收受シタル罪ヲ教唆シタ
 ル通常人ハ更ニ罪ナキモノトセリ

〔第三說〕ハ身分ノ他ノ共犯者ニ及フモノト否テサルモノトヲ區別スル者ナリ。即チ正犯ノ身分ニ基ク所ノ刑ノ加重減輕ハ他ノ共犯者ニ及ハスト雖正犯ノ身分ノ存否ニシテ罪ノ有無ニ關係シ又ハ他罪即チ別種ノ罪ヲ構成スルトキハ他ノ共犯者ニ及フヘキモノトスルナリ。設例ヘハ官吏收賂ノ罪ハ官吏タルノ身分ニ依リ刑ヲ加重シタルモノニアラス官吏タルノ身分ナクシテハ其ノ罪ハ成立スルコトナク子孫缺奉養ノ罪ハ子孫タルノ身分ニ依リ刑ヲ加重シタルモノニアラス子孫タルノ身分ナクシテハ其ノ犯罪ノ成立スルコトナカルヘク又子タルモノニシテ其ノ親ヲ殺スハ法律上特ニ殺親罪ナルモノヲ設クルヲ以テ其ノ身分ノ存在ハ特ニ一罪ヲ爲スヘシ。故ニ此等ノ場合ニ於テハ正犯ノ身分ハ他ノ教唆者從犯等ニ及フヘシ之ニ反シテ再犯加重ハ單ニ其ノ刑ヲ加重スルモノニシテ再犯タルノ身分ハ罪ノ有無ニ關セス又ハ之カ爲メニ他ノ別罪ヲ構成スルコトナキモノナルカ故ニ正犯ノ身分ヲ以テ他ノ共犯者ニ及ホスコトヲ得サルナリ。是レ我刑法(第六條)カ正犯ノ

ホツベンホツフ
氏刑法第一〇六
業
ジュエーコンエー
氏刑法發義第一
一六葉

身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ云々ト云ヒ身分ノ有無ニシテ犯罪ノ存否ニ關シ又ハ別罪ヲ構成スヘキ場合ヲ除キタル所以ナリ

我刑法ハ單ニ身分ノ加重ニ係ル場合ノミヲ規定シ其ノ減輕ニ係ル場合ヲ明定セスト雖刑ノ加重モ減輕モ等シク他ノ共犯者ニ及フコトナキヤ明ナリ。何トナレハ我刑法第百十條第二項ニ正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減免スヘキ時ト雖從犯ノ刑ハ其ノ輕ニ從ヒ減免スルコトヲ得スト云ヒ正犯ノ身分ノ減免ハ從犯ニ及ハサルコトヲ明ニシ且同條第一項ニ於テモ從犯ノ身分ニ屬スル刑ノ加重アルトキハ從犯獨リ此加重ヲ受ク從犯タルノ故ヲ以テ減等スルニハ其ノ重キニ從ヒ減等スヘキコトヲ規定スレハナリ

第二編 刑罰

第一章 刑制

刑罰ハ犯罪ニ對スル強制ナリ然レトモ犯人ノ心裏ニ存スル意思ハ直ニ之ヲ強制スルコト能ハサルヲ以テ刑罰ハ唯意思ノ外形ニ發顯セルモノヲ強制スルニ過キス。而シテ此強制ノ手段ヲ施スヘキ物體ハ第一意思ノ本源タル生命第二意思ヲ發顯スルノ要具タル身體及ヒ自由第三犯人ノ一身外ニ存スル財產及ヒ名譽ナリ。故ニ刑罰ハ之ヲ適用スヘキ物體ヨリ區別シテ生命刑、身體刑、自由刑、財產刑及ヒ名譽刑ノ五種ト爲スコトヲ得之ヲ五刑ト云フ。然レトモ此五刑中刑罰ノ主眼タル物體ハ自由及ヒ財產ノ兩者ナルヲ以テ自由刑、財產刑ヲ以テ最モ通常ニシテ又稍ヤ良刑ノ性質ヲ帶フルモノト爲ス。蓋シ學者ノ說ク所ニ依レハ所謂良刑ナルモノハ第一正理ニ違ハサルモノナルヲ要シ第二犯人ノ感覺上ニ苦痛ヲ與フヘキモノヲ要シ第三各人ニ平等ノ苦痛ヲ與フルモノタルコトヲ要シ第四罪惡ノ大小ニ從ヒ輕

重ノ差ヲ設クルコトヲ得ヘキモノタルヲ要シ第五分割シ得ヘキモノタルヲ要シ第六犯人ノ一身ニ止マルヘキモノタルヲ要シ第七執行ヲ中止シ得ヘキモノタルヲ要スヘキモノト爲セトモ此等ノ七條件ヲ具備セル刑罰ハ恐クハ之ヲ發見スルコト極メテ難カラシ

國家司法權ノ本務ハ國家ノ正義ヲ維持スルニ在レトモ苟モ國家ノ正義ヲ維持シ得ヘキ限リハ行政ノ便宜國費ノ減少ヲ計畫スルハ所謂司法政畧ノ本旨ナリ。就中刑名ノ數多ニシテ其ノ性質上充分ノ區別ナキカ如キハ徒ラニ刑罰執行ノ費用ヲ増加シ且刑罰ノ目的ヲ達スルノ良法ニアラサルハ學理ノ明定スル所ニシテ又實際ノ經驗ニ基キタル萬國監獄會議ノ議決スル所ナレトモ我刑法ハ實ニ驚クヘキ數多ノ刑名ヲ設ケタリ即チ其ノ第七條乃至第十條ニ於テ合計二十ノ刑名ヲ置キ之ヲ主刑附加刑ニ大別シ又主刑ヲ以テ重罪、輕罪、違警罪ノ三種ニ配當セリ司法ノ政畧其ノ宜シキヲ得タルモノト謂フヘカラス

主刑トハ獨立ニシテ他ノ刑アルヲ待タズシテ適用シ得ヘキ刑ヲ云ヒ附加刑トハ主刑ニ附從スルモノニシテ主刑ト共ニ之ヲ科スルコトヲ得ヘキモノヲ云フ。但シ主刑ハ常ニ宣告シテ之ヲ科シ附加刑ハ法律ニ於テ宣告スルモノト宣告セサルモノトヲ定ム(第六條)

我刑法ニ設ケタル刑名左ノ如シ

○主刑

重罪刑

死刑

徒刑無期又ハ流刑無期

懲役輕重又ハ禁獄輕重

輕罪刑

禁錮輕重

罰金

連警罪刑

拘留

科料

○附加刑

剝奪公權

停止公權

禁治產

監視

罰金

沒收

右ノ外幼者又ハ瘋癲者ノ如キハ懲治場ノ留置ヲ命スルコトアレトモ此留置ハ刑

罰ニアラサルヲ以テ刑名中ニ列スヘキモノニアラス

第二章 死刑

第一節 死刑ノ性質

死刑ハ人ノ生命ヲ絶ツノ刑ナリ。其ノ存廢如何ニ就テハ學者ノ議論紛々トシテ一定スルコトナク或ハ全ク死刑ヲ廢シ又ハ一旦廢止シテ之ヲ再興スルノ邦國アリト雖國事犯者ヲ死刑ニ處スルハ我刑法ノ外他ノ文明諸邦ニ見サル所ナリ

ヘツ、エル氏死
刑沿革誌
ホルツエンドル
フ氏死罪及死刑
論
フオースタンエ
リ、氏佛國刑法
第一卷第五七節
以下

學理上ヨリ死刑ノ性質ヲ考察スレハ前既ニ論シタル良刑ノ條件ハ過半之ヲ缺クモノタルヤ疑ヲ容レヌ就中刑罰ノ目的ハ犯人ヲ改良スルニ在リトスルノ主義ニ於テハ決シテ用ユヘキノ刑ニアラストセリ。然レトモ今茲ニ死刑存廢ノ當否ヲ論セントナレハ能ク一大冊ヲ成スモ足レリトスヘカラサルノミナラス現ニ我刑法ニ於テハ此刑ヲ設ケタルヲ以テ今更之ヲ詳論スルノ要ナシト雖死刑ヲ存スルノ必要ヲ主張スルニハ刑罰ノ反坐タル性質上ヨリシテ或ル極惡ノ犯罪ハ死刑ヲ以

テ之レニ報スルニアラサレハ國家ノ正義ヲ維持スルニ足ラサル所以ヲ證明スルノ外他ニ其ノ方法ナシ。彼ノ死刑論者カ死刑ヲ以テ良民ヲ恐嚇シ犯罪ヲ豫防スルニ缺クヘカラサルモノトスルカ如キハ犯者ヲ以テ他ノ目的ヲ達スルノ手段トスルモノニシテ人生平等ノ原理ニ反スルコト明白ナリ。唯タ國家ノ正義ヲ維持セントスルノ一點ニ於テノミ各人相互ノ間ニ於ケル人生平等ノ原理モ亦始メテ之ヲ打破シ得ヘキナリ

第二節 死刑ノ執行

古昔ハ死刑ニ數種アリ各々其ノ執行ノ方法ヲ異ニセシカ我刑法ニ於テハ死刑ハ唯絞首ノ一法ニ止メタリ。古昔ハ往々死刑ヲ公行シテ衆庶ノ縦覽ヲ許シ又死刑執行ノ時ニ際シ鐘鼓ヲ打テテ之ヲ一般ノ人民ニ報スルノ邦國アリシト雖人民ヲシテ殘忍ニ慣ハシムルノ惡弊ヲ生スヘキモノトシテ我刑法ハ之ヲ密行スヘキモノト定メタリ(第十二條)

死刑ノ裁判確定シタル時ハ原裁判所ノ檢察官ヨリ之ヲ司法大臣ニ上申シ司法大臣ハ特典ヲ與フルニ足ルヘキ理由アリト認ムレハ之ヲ上奏シテ裁可ヲ乞フ其ノ理由ナキト認ムルモノハ直ニ死刑ヲ執行スヘキコトヲ命令ス故ニ此命令アルニアラサレハ死刑ヲ執行スルヲ得ス(第十三條)又此命令アルモ大祀、令節、國祭日ニ在リテハ死刑ヲ行フコトハ法律ノ禁スル所ナリ(第十四條)

死刑ノ宣告ヲ受ケタル婦女懷胎ナル時ハ刑法第十五條ハ死刑ノ執行ヲ停止シ分娩後一百日ヲ經テ始メテ之ヲ行フヘキモノトセリ我刑法カ懷胎ノ婦女ノ死刑ヲ停止スルハ善シ然レトモ産後一百日ヲ待ツニ至リテハ其ノ理由ノ在ル所ヲ知ルニ苦マスンハアラス之ヲ刑ハ一人ニ止マルトノ歐洲流ノ原理ニ求メンカ一百日以内ニ於テ婦女ノ分娩シタルトキト雖仍ホ法律ハ死刑ノ執行ヲ許サ、ルヲ如何セン又之ヲ支那律風ノ法理ニ依リタルモノトナシ一百日ノ期間ハ分娩シタル子カ母乳ヲ離レテ自活ヲ得ルノ成育期トセンカ其子カ一百日以内ニ死亡セル場合

ト雖法律ハ仍ホ死刑ノ執行ヲ許サ、ルヲ如何セン又更ニ一步ヲ進メ我刑法ハ單ニ懷胎ノ婦女ヲ憐ムノ精神ヨリシテ一百日ノ猶豫ヲ與ヘタリトセンカ分娩後一百日ハ生兒カ將ニ發育シテ母子ノ愛情漸ク熟セントスルノ時期ナリ此時ニ於テ法律カ始メテ產婦ノ生命ヲ絶タントスルハ却ツテ母子ヲ憐ムモノトスルヲ得サルヲ如何セン

死刑ハ犯人ノ生命ヲ絶ツモノナリ第十二條ニ死刑ハ絞首スト云ヘルハ唯執行ノ方法ヲ示シタルモノニ過キス故ニ第一、一定ノ時間犯者ヲ絞臺ニ上シテ絞首ヲ行フモ仍ホ其ノ生命ヲ絶ツニ至ラサレハ再三之ヲ絞首スルコトヲ得ヘシ第二、死刑ハ犯者ノ生命ヲ絶テハ則チ足ル敢テ苦痛ヲ犯者ニ與フルハ意アルニアラサレハ其ノ執行ノ方法ハ可成苦痛ヲ與ヘサルモノナリトス米國ニ於ケル電氣刑ノ如キモ亦此意ニ出テタリ第三、一タヒ之ヲ執行シテ其ノ生命ヲ絶タルトキハ敢テ其ノ遺骸ヲ棄毀シ又ハ之ヲ梟首スル等ノ處置ヲ爲スヘキモノニアラス死刑ノ

遺骸ハ親屬故舊請フ者アレハ之ヲ下付スヘキモノトスルモ亦此故ナリ(第十六條)
 但シ式ヲ用ヰテ之ヲ葬ムルコトヲ禁シタルハ單ニ國事犯者ノ如キ盛大ノ式ヲ用
 ヰテ送葬シ爲メニ治安ヲ害スルカ如キコトナカラシメントノ意ニ出テタルモノ
 ニ外ナラサルナリ故ニ此禁ヲ犯スモ別ニ刑法上ノ制裁ヲ附スルコトナク唯之ヲ
 行政官吏ノ制止ニ一任セリ

第三章 身體刑

身體刑トハ直接ニ人ノ身體ニ痛苦ヲ與フルノ刑ニシテ管杖火刑等ノ如キモノヲ
 云フ概テ古代ニ行ハレタル刑ニシテ今日ニ於テハ文明諸邦ノ法律殆ント全ク之
 ヲ廢止セリ夫ノ英國ノ刑法ハ尙ホ笞刑ノ名義ヲ存スルモ實際之ヲ行フコト甚々
 稀ナリ然ルニ學者往々身體刑ト生命刑又ハ自由刑トヲ混同シ死刑懲役禁錮等ノ
 如キモノ亦之ヲ身體ニ及フノ刑トスルモノアレトモ本來死刑ハ生命ヲ奪フノ刑ニ
 シテ身體ニ痛苦ヲ感セシメ又ハ身體ヲ棄毀スル等ノ目的ヲ有スルモノニアラサ

ベル子ル氏刑法
 論第二二八葉

ルハ既ニ論セル所ノ如シ又徒刑懲役ノ如キニ在リテハ囚徒ヲシテ勞役ニ服セシ
 ムルモ此勞役タル決シテ身體ニ對シテ痛苦ヲ感セシムルノ目的ニアラサルナリ
 勞役ノ性質ハ後章ニ詳ニシテ更ニ禁獄ノ如キニ至リテハ毫モ身體ニ對シテ痛苦
 ナ與フルモノニアラス之ヲ獄舎ニ入レテ外圍ヲ鎖ス所以ノモノハ其ノ逃走ヲ豫
 防スルノ方法タルニ過キサルナリ法律ハ奪フ所ノモノハ唯犯人ノ自由ナリ若シ
 他ニ千百ノ囚徒ヲシテ盡ク逃走ノ患ナカラシムルハ方法アラハ敢テ獄舎外圍ノ
 必要アルヲ見ス又其ノ堅牢ナルヲ要セサルナリ獄舎ノ外圍ハ囚徒ノ身體ニ對シ
 テ決シテ痛苦ヲ與フルノ具ニアラス

前既ニ述ヘタル如ク身體刑ハ今日諸國法律ノ既ニ廢止スル所ナリ何トナレハ身
 體刑ハ決シテ正理ニ適フモノニアラサレハナリ第一身體刑ハ或ル一部ノ囚徒ニ
 限リ老幼男女ヲ問ハス共ニ之ヲ科スルコトヲ得サルモノニシテ法律上萬民平等
 ノ原理ヲ破ルナリ第二身體刑ハ破廉耻甚シキ犯者ニ對シテ其ノ効ナク廉耻名譽

ヲ重スル犯者ニ對シテハ却テ其ノ德義ヲ損シ罪ト刑トハ恰モ其ノ權衡ヲ顛倒ス。第三身體刑ハ犯者ヲシテ法律ノ力ヲ以テ強ユル所ノ痛苦タルコトヲ忘却セシメ現ニ其ノ刑ヲ執行スル官吏カ獨斷ヲ以テ其ノ程度ヲ左右スルカ如キノ感ヲ生セシム是レ刑罰ハ法律ノ命スル所ニアラスシテ執行官吏ノ命スル所タラシムルナリ。第四身體刑ハ囚徒ノ健康ヲ害スルコト甚シク其ノ結果ハ遂ニ法律ノ命スル以外ノ刑ヲ科スルト等シキニ至ルヘシ

然レトモ身體上ノ強制ハ獄内ノ規律トシテ囚徒ノ惡行ヲ懲戒スルカ爲メニ適當ノ程度ニ於テ之ヲ利用スルヲ得ヘシ何トナレハ此場合ニ於テハ眞ニ司獄官吏カ其ノ司獄官吏タル一身ノ資格ヲ以テ獄則ヲ嚴守セシムルノ具トスルモノニシテ之ヲ犯者ノ罪惡ニ對シテ法律ノ命スル所ノ刑罰ト同視スヘカラサレハナリ

第四章 自由刑

第一節 主刑

第一款 自由刑ノ性質

自由刑ノ主刑ハ徒刑、流刑、懲役、禁獄、禁錮及ヒ拘留トス而シテ此等ノ刑タル其ノ性質相異ル所ハ第一刑罰ノ期限、第二刑罰ノ場所、第三定役ノ有無ノ三點ニ在リ

〔第一〕徒刑 ハ無期有期ニ分テ有期徒刑ハ十二年以上十五年以下ニシテ共ニ嶋地ニ發遣シテ定役ニ服ス(第十七條)但シ婦女ハ嶋地ニ發遣セス内地ノ懲役場ニ於テ定役ニ服セシム(第十八條)

〔第二〕流刑 モ亦之ヲ無期有期ニ分テ有期徒刑ノ期限ハ有期徒刑ニ同シク嶋地ノ獄ニ幽閉シ定役ニ服セス但シ流刑ハ定役ニ服セサルヲ以テ婦女ト雖仍ホ嶋地ニ發遣ス

〔第三〕懲役 ハ重輕ノ二種ニ分テ重懲役ハ九年以上十一年以下輕懲役ハ六年以上八年以下トシ内地ノ懲役場ニ入レ定役ニ服ス(第二十二條)

〔第四〕禁獄 ハ又重輕二種ニ分テ其ノ期限ハ各々懲役ニ同シク内地ノ獄ニ入レ定

役ニ服セス(第二十三條)

(第五)禁錮 ハ重輕二種ニ分チ共ニ十一日以上五年以下ト爲シ各本條ニ於テ其ノ長短ヲ區別シ重禁錮ハ定役ニ服シ輕禁錮ハ定役ニ服セス(第二十四條)

(第六)拘留 ハ一日以上十日以下ト爲シ各本條ニ於テ其ノ長短ヲ區別シ拘留所ニ留置シ定役ニ服セス(第二十八條)

右ハ我刑法ノ認ムル所ノ各種ノ自由刑ナリ。今尙ホ其ノ差異ノ要點タル場所、期限、及ヒ定役ニ就キ左ニ其ノ性質ヲ評說セン

(第一)場所 ハ先ツ地理上ヨリ嶋地内地ニ區分シ徒刑流刑ハ之ヲ島地ニ發遣スレトモ我日本帝國自身モ亦東洋ノ一嶋ナルノミナラス夫ノ英佛ノ如ク傍ラ植民ノ目的ヲ以テ發遣スヘキ附屬ノ島地又ハ大陸ヲ有スルコトナキヲ以テ法律ノ所謂島地ナル者ハ唯政府ノ指定スル地方タルニ過キササルナリ。次キニ懲役禁獄禁錮ノ如キ等シク内地ニ在ルモ獄舎ノ種類ヨリ各刑ノ場所ヲ異ニスレトモ實際此區別

ヲ設クルコト極メテ難キヲ以テ往々唯其ノ名義ノミヲ異ニスルニ止マルモノナキニアラス

自由刑執行ノ場所ヲ稱シテ監獄ト謂フ。本來法律制度ハ諸國各々固有ノ沿革アリ各々其ノ性質形狀ヲ異ニスト雖今日文明諸邦ノ刑制ニ至リテハ特ニ古來固有ノ特性ヲ捨テ殆ント同一ノ制度ニ歸スルモノ、如シ。蓋シ歐洲諸邦カ古來ノ惡習ヲ去リ治獄ノ改良ヲ企圖スルニハ概ネ二様ノ監獄制度ニ基キタルモノニシテ所謂沈黙法即チオーバーン制度ニ據ラスノハ隔離法即チペンシルバニヤン制度ヲ採用セルモノニ過キササルナリ。抑モ歐洲監獄制度ノ改良ハ有名ナル英人ジョン、ハワード氏カ千七百七十四年始メテ之ニ注目シテ英威兩國監獄實況ト題スル一書ヲ著ハシ遂ニ英國議院カ其ノ意見ヲ採用セルニ起因セリ。次テ米人ベンジャミン、フランクリン氏英國獄務ノ改良主義ヲ米國ニ輸入シテフヒラデルヒヤ監獄改良協會ナルモノヲ起シ千七百七十六年遂ニ其ノ主義ニ從ヒペンシルバニヤノ監獄ヲ

ペル子ル氏刑法論第二〇七葉

千八百四十七年
アルツセル府萬
國監獄會議事錄
千八百五十七年
フランクフオト
府同上

設ケ又新約克州ニ於テモ千八百十九年同シク改良ノ主義ニ基キタル監獄ヲオ
ボーンニ建設セリ是レ後世歐洲諸邦カ採リテ以テ監獄制度ノ模範トスル所ナリ
ベルネル氏カ英米二國ノ制度ハ全歐洲ノ監獄制定ニ向テ一大改革ノ波動ヲ與ヘ
タリト謂ヘルハ眞ニ適當ノ評ナリト謂ツヘシ而シテ英米改良家ノ鑒ニ倣ヒ次キ
ニ監獄制度ノ改良ニ着目セルハ佛人ブリッソー及ヒリアンシール等ニシテ千八百
十九年遂ニ佛國監獄改良協會ノ發起ヲ見ルニ至リタレトモ當時特ニ歐洲ノ注目
スル所ハ活潑ナル改革ヲ實行セル米國ノ制度ニシテ特ニ佛國ハ千八百三十一年
ニボームント及トツクビエノ二氏千八百三十六年ニデーメ及ブルーエノ二氏英國
ハ千八百三十三年ニクロード氏普國ハ千八百三十四年ニユーリウス氏等ヲ
米國ニ派遣シテ其ノ實況ヲ視察セシメタリ其ノ後千八百四十六年ニ萬國監獄會
議ヲフランフオートニ開キ千八百七十八年第五回ノ會議ヲストツクフォルムニ開キ
第六回ハ之ヲ魯京ニ開ケリ就中千八百七十二年倫敦ノ會議ノ如キハ二十餘國ノ

千八百七十二年
倫敦同上
千八百七十八年
ストツクホルム
府同上
ハグロイトロメル
氏著同上沿革誌
第三葉乃至第十
一葉

政府各々官命ヲ以テ委員ヲ派出シ刑制ニ關スル一切ノ要旨ヲ討議セリ其ノ議事
ハ載セテ各會ノ議事錄ニ詳ナリ

〔第二期限〕ハ其ノ長短ニ依リ尤モ刑ノ輕重ヲ區分スルノ要點ヲ占ムルヲ以テ犯
罪ノ度ニ應シテ最モ自由ニ適當ノ刑ヲ定ムルニ足ルヘキ良性質ヲ有スルモノナ
レトモ我立法官ハ未ダ全ク此良性質ヲ利用スルコトナシ何トナレハ拘留ハ一日
以上十日以下禁錮ハ十一日以上五年以下禁獄及ヒ懲役ハ六年以上八年以下又ハ
九年以上十一年以下徒刑流刑ハ十二年以上十五年以下ト其ノ範圍ヲ一定シタル
ヲ以テ犯罪ノ情狀ニ由リ適當ニ七年以上十年以下ノ懲役又ハ十年以上十二年以
下ノ徒流刑等ニ處シ得ヘキ範圍ヲ發見スルコト能ハサレハナリ抑モ期限ハ無極
ナリ期限ニ制限アルヘキ筈ナシト雖我立法官カ自ラ期限ニ制限ヲ設ケテ立法ノ
自由ヲ拘束シ而シテ自ラ罪ト刑トハ權衡ヲ得セシムルコト能ハサルハ不得策ノ
最モ甚シキモノト謂ハサルヲ得ス

〔第三〕定役 ハ刑法上輕重ナシ徒刑モ懲役モ定役ノ度ヲ異ニスルコトナキナリ獄則上或ハ自ラ其ノ輕重アルヘシト雖定役ニ輕重ノ差ヲ立ツルハ到底行ハルヘキモノニアラサルノミナラス予ハ此輕重ヲ立ツルハ却テ學理ニ反シタルモノト判定セサルヲ得サルナリ

定役自身ハ決シテ刑罰ノ目的タル苦痛ヲ包含スルモノニアラス古代ノ學者ハ勞役ノ苦痛ヲ以テ刑罰ノ苦痛ト誤認シ重罪囚ノ如キハ最モ困難ニシテ且嫌惡スヘキ勞役ニ服セシメ以テ重罪囚ニ相當スル苦痛ヲ與ヘ得タルモノトセルハ自由刑ト身體刑トヲ混同シ勞役ヲ以テ直ニ囚徒ノ身體ニ及ホス刑罰ト思惟セルニ原因セルモノナリ我刑法第十九條ハ徒刑ノ囚六十歳ニ滿ツル者ハ通常ノ定役ヲ免シ其ノ體力相當ノ定役ニ服スト云ヒ六十歳未滿ノ者ニ在テハ體力不相當ノ定役ニ服セシムルニ似タリト雖老幼ヲ問ハス體力相當ノ役ニアラサレハ決シテ之ヲ爲サシムルヲ得ス否ラスンハ即チ囚徒ノ健康ヲ害スルニ至ルヘシ蓋シ定役ノ刑

ベル子ル氏刑法論第二一七葉

罰タルハ第一其ノ勞役ノ囚徒ノ自由ニ出テタルモノニアラスシテ法律ノ強迫ニ出テ第二其ノ勞働ノ利益官ニ屬シテ囚徒ニ屬セサルノ兩性質ヲ有スルニ依レリ若シ夫レ勞役ニシテ人々ノ自由ニ出テ又其ノ勞力ノ報酬ハ勞者自ラ之ヲ收メンカ其ノ勞役ノ苦痛ハ如何ニ過大ナルモ決シテ之ヲ刑罰ト謂フコトヲ得サルナリ。監獄ニハ必ス就役就眠ノ時間アリ囚徒ヲシテ如何ニ苦痛ノ定役ニ服セシメント欲スルモ夫ノ社會ノ良民カ寢食ヲ忘レテ業務ニ從事スルノ辛苦ノ大ナルモノアルニ及ハサルナリ定役ノ苦痛ヲ以テ定役ノ刑罰タル性質トスルカ如キハ到底其ノ目的ニ適スヘキ定役ヲ發見スルコト能ハサルノミナラス理論ニ於テモ亦今日學者ノ採ラサル所ナリ然レトモ囚徒ヲ獎勵スルノ目的ヲ以テ囚徒ニ幾分ノ金錢ヲ賞與スルハ獄務行政ノ上ニ於テ缺クヘカテサル方法ナリ唯タ囚人工錢ノ多寡ニ應シテ其幾分ヲ給與スヘキモノト一定スルハ理論上勞役ノ一刑罰タル性質ヲ害スルハミナラス大ニ治獄ノ要旨ヲ誤ルモハト云フ可シ何トナレハ囚徒ニ給與

大、キ、金、錢、ノ、多、少、ハ、工、錢、ノ、多、寡、ニ、基、キ、工、錢、ノ、多、寡、ハ、勞、役、ノ、大、小、多、寡、ニ、從、フ、モ、
 ナ、ル、カ、故、ニ、幼、者、婦、女、ノ、如、キ、終、日、非、常、ノ、勞、役、ニ、服、ス、ル、モ、尙、ホ、丁、壯、ナル、兇、漢、惡、徒、ノ、
 一、舉、手、一、投、足、ノ、勞、役、ニ、勝、ツ、コ、ト、能、ハ、ス、工、錢、ノ、多、少、ハ、囚、徒、ノ、勤、怠、如、何、ニ、拘、ハ、ラ、ス、
 シ、テ、其、ノ、體、力、ノ、強、弱、如、何、ニ、關、シ、幼、者、婦、女、等、ハ、常、ニ、決、シ、テ、勤、勉、ニ、依、リ、テ、勝、ツ、コ、ト、
 能、ハ、サ、ル、不、幸、ヲ、嘗、メ、身、體、強、壯、ナル、囚、徒、ハ、天、然、固、有、ノ、體、力、ニ、依、リ、勤、勉、ヲ、要、セ、ス、シ、
 テ、尙、ホ、大、ナル、利、益、ヲ、收、得、ス、ル、ノ、幸、福、ヲ、享、シ、ル、ニ、至、レ、ハ、ナ、リ、我、刑、法、第、二、十、五、條、ニ、
 於、テ、定、役、ニ、服、ス、ル、囚、人、ノ、工、錢、ハ、監、獄、ノ、規、則、ニ、從、ヒ、其、ノ、幾、分、ヲ、獄、舍、ノ、費、用、ニ、充、テ、
 其、ノ、幾、分、ヲ、囚、人、ニ、給、與、ス、ト、規、定、セ、ル、ハ、敢、テ、其、ノ、理、由、ア、ル、ヲ、發、見、ス、ル、コ、ト、能、ハ、サ、
 ル、ナ、リ

第二款 自由刑ノ執行

自由刑執行ノ方法ハ監獄則ノ規定スル所ナリ予ハ今マ爰ニ之ヲ論述セスト雖左
 ニ治獄ノ要務ニ關スル一二ノ原則ヲ説明セン

第一、治獄ノ必要上囚徒ニ給スルニ上流ノ良民ノ生計ニ比スヘキ衣食ヲ以テスル
 ハ決シテ其ノ當ヲ得タルモノニアラサルモ囚徒ノ衣服食料及ヒ寢室等ハ囚徒ノ
 健康ヲ保全スルニ足ルヘキモノタラサルヘカラス

第二、囚徒ノ精神ノ發達ヲ爲サシメ修身ノ道ヲ了知セシムルニハ教育宗教兩ナカ
 ラ之ヲ輕忽ニ附スヘキモノニアラスト雖宜シク獄制ニ適當ナル方法ヲ用井ルコ
 トヲ要ス

第三、囚徒ノ執ル所ノ定役ノ性質如何ハ司法政策上最モ考究ヲ要スヘキ點タリ抑
 モ監獄ハ營業ノ目的ニ出テタル工場ニアラス自由刑ヲ執行スルノ場所タルヲ
 以テ徒ニ作業ノ利益ヲ謀リ監獄ヲシテ一商社タルノ觀アラシムルハ決シテ治獄
 ノ要ヲ得タルモノニアラス然レトモ全ク利益ナキ定役ヲ執ラシメ毫末モ其ノ利
 益ニ注目セス監獄ヲ以テ恰モ陸海軍ノ事業ト同視スルニ至リテハ亦決シテ策ノ
 得タルモノニアラス就中地方ノ費用ヲ以テ維持スヘキ監獄ノ如キニ在リテハ百

方術ヲ盡シテ毫末ノ利益ヲモ謀ルコトナカラシメントスルハ到底能ク之ヲ實行シ得ヘキモノニアラサルナリ但シ監獄ノ工作事務ヲ以テ良民ノ工作事業ト競争セシムルカ如キハ經濟上大ニ嫌惡ス可キコトニシテ政治家タル者又特ニ茲ニ注意スルコトアルヲ要ス

第三款 假出獄

假出獄ハ英國ノ制限出獄ニ胚胎シテ和蘭ニ發育セルニ起ル今此制度ノ性質原理ヲ論スレハ左ノ數項ニ歸ス

〔第一〕刑罰ハ刑ノ長期短期ノ範圍程度ヲ撰ハサルヘガラサルハ正理ノ命スル所ナリ犯罪ノ種類ニ應シテ此範圍ヲ定ムルハ立法官ノ任ナリ既ニ行ハレタル各犯罪ニ附キ其ノ範圍内ノ程度ヲ定ムルハ法官ノ任ナリ又法官ノ言渡シタル刑ニ附キ現ニ之ヲ實行スヘキ期限ヲ定ムルハ治獄官吏ノ任ナリ故ニ囚徒ノ行狀方正ニシテ改悛ノ狀アル者ハ刑期ノ範圍内ニ於テ其ノ刑期ヲ短縮セサルヘカラス是レ假

ホーン氏假出獄論

出獄ノ制度ノ因テ起ル所ナリ

〔第二〕假出獄ノ處分ハ確定裁判ノ効力ヲ紊亂スルモノニアラス何トナレハ假出獄ノ制度ヲ設ケタル邦國ニ於テハ法官ハ裁判言渡ノ時ニ於テ本犯ノ行狀ニ依リ一定ノ期限後ニ假出獄ノ許可ヲ受クルハ機會アルヘキコトヲ豫知シテ假出獄ノ恩典ヲ包含スル刑罰ヲ言渡シタルモノニ過キサレハナリ語ヲ換ヘテ之ヲ云ハハ假出獄ノ處分ハ法官ノ豫メ判定シタル事項ヲ執行スルモノナリ

〔第三〕假出獄ノ制度ヲ設ケタル邦國ニ於テハ刑期ニ二様ノ時期アルコトヲ認メサルヘカラス第一期ハ未ダ假出獄ヲ得スシテ此恩典ノ希望ハ尙ホ將來ニ屬シ此自由ヲ得ンカ爲メ囚徒ヲシテ其ノ品行ヲ正フスルコトヲ獎勵セシムルモノニシテ第二期ハ既ニ假出獄ヲ得テ其ノ恩典ニ浴スルモ再ヒ品行ヲ亂シテ此恩典ヲ失フノ恐アラシメ以テ囚徒ヲシテ其ノ品行ヲ修メシムルノ時ナリトス

〔第四〕假出獄ノ許可ヲ與フルニハ左ノ成規ニ從フヘキモノトス

(イ)重罪輕罪ノ刑ニ處セラレ刑期限内更ニ重罪輕罪ヲ犯サス無期徒刑ハ十五年
其他ハ刑期四分ノ三ヲ經過シタル後タルヲ要ス。但シ徒刑ノ囚ハ假出獄ヲ許ス
モ仍ホ島地ニ居住セシム(第五十三條第五十四條及ヒ第五十七條)

(ロ)流刑ノ囚及違警罪囚ハ假出獄ヲ許サス。但シ無期流刑ノ囚ハ五年有期流刑ノ
囚ハ三年ヲ經過スレハ行政ノ處分ヲ以テ幽閉ヲ免シ島地ニ居住セシム(第二十
一條及第五十四條)

(ハ)囚徒ハ能ク獄則ヲ謹守シ悛改ノ狀アル者タルヲ要ス否ラスノハ再ヒ公安ヲ
害スルノ患アルヘシ(第五十三條)

(ニ)我刑法ハ假出獄ヲ受クヘキ期限ニ就キ其ノ長短ヲ問ハサルヲ以テ僅ニ數日
ノ期限アルモ尙ホ假出獄ヲ許可スルコトヲ得ヘシ然レトモ斯ノ如キハ實際上
不便甚シキノミナラス短期囚ニ就テモ亦假出獄ヲ許スハ理論ノ得タルモノニ
アラサルナリ。故ニ短期囚ニ在リテハ獄吏ハ既ニ囚徒入獄ノ日ニ於テ豫メ假出

獄、上、官、ニ、上、申、シ、其、ハ、許、ヲ、得、置、キ、刑、期、四、分、ノ、三、ニ、滿、ツ、ル、ヲ、待、テ、直、ニ、之、ヲ、言、渡、
シ、以、テ、假、出、獄、ノ、上、申、ノ、手、續、中、ニ、刑、ノ、殘、期、ノ、經、過、ス、ル、カ、如、キ、不、都、合、ヲ、匡、濟、ス、ル
コト、今、日、往、々、實、際、ニ、見、ル、所、ナ、レ、ト、モ、是、レ、假、出、獄、ノ、本、性、ヲ、害、ス、ル、モノ、ナ、リ、何、ト
ナ、レ、ハ、假、出、獄、ナ、ル、モ、ノ、ハ、刑、ノ、幾、分、ヲ、實、行、シ、タ、ル、後、ニ、於、テ、始、メ、テ、犯、人、ノ、改、悛、ヲ
認、メ、而、シ、テ、後、之、ヲ、行、フ、ヘ、キ、モ、ノ、ナ、ル、ニ、入、獄、ノ、當、日、ニ、於、テ、早、ク、既、ニ、改、悛、ノ、情、ア
リ、ト、ス、ル、ハ、理、論、ノ、抵、觸、ヲ、免、レ、サ、レ、ハ、ナ、リ

(第五)假出獄ノ許可ヲ取消スニハ左ノ成規ニ從フ

(イ)假出獄中更ニ重罪輕罪ヲ犯シタルトキハ出獄ヲ停止スヘキモノトス(第五十
六條)是レ我刑法ノ規定スル所ナレトモ既ニ獄則ヲ護守シ悛改ノ狀アルヲ以テ
假出獄ヲ許可スルノ條件トスル以上ハ出獄ノ停止モ亦全ク行政處分ニ依リ獄
則ヲ守ラス改悛ノ狀ナキトキハ之ヲ行フヘキモノニ似タリ。否ラスノハ恩典ヲ
失ハシムルノ恐ヲ以テ犯人ノ品行ヲ慎マシムルコトヲ得サレハナリ

(ロ)假出獄ヲ停止セラレタル者ニ就テハ出獄中ノ日數ヲ刑期ニ算入セストハ我
 刑法第五十六條ノ規定スル所ナレトモ其ノ成規稍々嚴ニ過クルニ似タリ何ト
 ナレハ我刑法ニ於テハ他邦ノ制度ノ如ク假出獄ヲ爲スニハ本囚ノ承諾ヲ要セ
 ス行政ノ處分ヲ以テ直ニ之ヲ行フカ故ニ司獄官吏ハ其ノ一己ノ意見ヲ以テ假
 出獄ヲ命シ置キ出獄ノ期限既ニ久シキニ涉リテ更ニ假出獄ヲ許スハ價値ナキ
 モハトシテ之ヲ停止シ其ノ出獄中ノ日數ヲ刑期ニ算入セサルトキハ本囚ハ却
 テ假出獄ノ處分ハ爲メニ其ノ不幸ヲ増シタルモノト云ハサルヲ得サレハナリ
 故ニ予ハ假出獄ハ本人ノ承諾ヲ得テ之ヲ許可シ又其ノ停止ハ品行ノ不正ナル
 場合ニハ更ニ重罪輕罪ヲ犯シタルトキ待タスシテ之ヲ行ヒ且其ノ出獄ノ日
 數ヲ刑期ニ算入スルヲ以テ假出獄ノ制度ノ本性ニ適スルモノト思惟スレトモ
 我刑法ハ又我刑法ハ上ニ於テハ甚シク嚴ニ涉リタルモノニアラス何トナレハ
 假出獄ハ本人ノ許可ヲ要セサルモノ之ヲ停止スルニハ管ニ品行ノ不正ナルヲ以

テ足レリトセス必ス重輕罪ヲ犯シタルコトヲ要スレハナリ

第六假出獄許可ノ結果ハ左ノ如シ

(イ)假出獄ヲ與ヘタルトキハ其ノ自由ヲ得タル日數ハ刑期ト等シク其ノ停止ヲ
 受ケサル以上ハ假出獄ノ滿期ト共ニ刑ノ執行ヲ了ヘタルモノトス

(ロ)假出獄ヲ許サレタル者ハ行政ノ處分ヲ以テ治産ノ禁ノ幾分ヲ免スルコトヲ
 得但シ本刑期限内ハ特別監視ニ附セラルヘシ(第五十五條)

第四款 放免囚處分

囚徒放免後、處分ニ二様アリ一ハ國家ハ行政事務ニ屬シ一ハ私人ハ慈惠事業ニ
 屬ス

第一久シク監獄内ノ規則ニ制限セラレタル囚徒ニシテ期滿ヲテ一朝放免セラレ
 、ニ至ラハ急ニ自由ノ境ニ復スルヲ以テ再ヒ罪ヲ犯スノ恐甚タ少シトセス我刑
 法ハ監視ノ制ヲ設ケテ放免囚ノ監督ヲ行フト雖監視ハ一ノ附加刑トシテ之ヲ犯

者ニ科スルモノナレハ其ノ詳細ナルコトハ後章附加刑ヲ論スルノ所ニ於テ之ヲ述ヘン之ヲ國家ノ行政事務ニ屬スル放免囚ノ處分トス

〔第二〕政府ハ監視ノ制ニ依リ放免囚ノ行狀ヲ監督スト雖放免セラレタル囚徒ハ殊ニ生業ヲ得ルニ難キニ拘ハラス未タ其生業ヲ得サレハ忽チ衣食ノ缺乏ヲ來シ飢餓ハ再ヒ放免囚ヲ驅テ獄舎ニ復セシムルハ自然ノ勢ナリ。於是乎英、米、獨、佛、蘭等文明諸邦ニ於テハ數多ナル放免囚救濟會ナルモノアリ慈惠ノ財貨ヲ以テ其ノ費用ヲ維持セリ。英國ノ如キニ在リテハアルベルト親王ヲ其ノ會長ト爲シ王室ノ保護モ亦淺カラス。我國ニ於テモ亦類似ノ協會アルコトヲ傳聞スレトモ能ク其ノ事業ノ性質ヲ了解スルニアラサレハ却ツテ社會ノ害ヲ爲スノ恐アルヘシ。就中志ヲ爰ニ抱ク者宜シク左ノ諸點ニ注目センコトヲ要ス

一、放免囚ニ給スルニ現金又ハ其他衣食ノ料ヲ以テスルハ其ノ當ヲ得ス。協會ハ主トシテ雇人口入ノ業務ヲ以テ其ノ本旨トスルコトヲ要ス

二、故ニ協會々員タルヘキ者ハ農工ノ事業家、製造場主等ト爲シ之ヲ補助スルニ獄吏及ヒ僧侶ノ輩ヲ以テスルコトヲ要ス。官吏學者輩ノ如キハ適當ナル會員ニアラサルナリ

三、放免ノ囚徒ト雖一旦社會ヲ害シ良民ノ負擔トナリシモノナリ。故ニ協會ノ費用ノ如キハ他ニ有益ナル事業ヲ起スニ足ラサル細微ノ金錢ヲ集メテ之ニ充ツルコトヲ要ス。衆人ノ持寄リタル親睦會費小額ノ殘金ニシテ再ヒ之ヲ各人ニ配當スルコト能ハサル金額ノ如キハ最モ此協會費ニ充ツルコト妙ナリ。此協會ヲ起サントセハ先ツ社會中細金ヲ集合スルノ制度ノ確定スルコトヲ要ス。他ノ有益事業ヲ起スト同一ナル徵費ノ方法ハ此會ノ本旨ニ適スルモノニアラサルナリ

第二節 附加刑及其ノ執行

附加ノ自由刑ハ監視トス他國ノ法律ニ於テハ放逐ノ刑ヲ設ケ特ニ外國人ニシテ

之ヲ行フコトヲ得ヘキモノトスレトモ我刑法ニ於テハ監視ノ外附加ノ自由刑ヲ認ムルコトナシ

〔第一〕有期ノ重罪刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヰス各本刑ノ短期三分ノ一ニ等シキ時間監視ニ付シ輕罪ノ刑ニ係ル者ハ各本條ニ記載シタル場合ニ限り附加スヘキモノナルヲ以テ必ス之ヲ宣告ス〔第三十七條及第三十八條〕

〔第二〕附加刑ハ主刑アリテ始メテ之ヲ科スヘキモノニシテ決シテ二刑ヲ併科スルモノニアラサルナリ。故ニ滿期免除ト爲リタル死刑又ハ無期刑又ハ特赦ニ依リ免セラレタル刑等ハ犯罪アルモ既ニ其ノ主刑ナキモノニシテ別ニ監視ヲ附スルノ理由アルナシ附加刑ハ刑ニ附加スルモノナリ罪ニ附加スルモノニアラサルナリ。監視ハ犯者ヲ期滿放免ノ從ニ拘束スルモノナレトモ是レ刑期滿限ノ場合即チ刑ヲ執行シ了リタル後ニ應用スヘク最初ヨリ刑ノ執行ナキ者ニ對シテ監視ヲ附スルモノニアラス否ラスノハ附加ノ刑ニアラスシテ獨立ナル一個ノ刑トナルヘシ。

然ルニ我カ刑法第三十九條ハ何ノ必要ナキニ「死刑及無期刑ノ期滿免除ヲ得タル者ハ別ニ宣告ヲ用ヰス五年間監視ニ附ス」ト云ヘルハ政畧上ニ於テモ學理上ニ於テモ共ニ其ノ當ヲ得タルモノト云フコトヲ得ス。又我刑法ニ於テハ有期重罪刑即チ輕キ刑ニ處セラレタルモノハ特赦ニ依リ免刑トナルモ監視ヲ免レス之ニ反シテ無期重罪刑又ハ死刑即チ重キ刑ニ處セラレ特赦免刑トナリタル者ハ却テ監視ヲ免ル、カ如キ不權衡ノ場合ヲ生ス可シ。但シ監視ノ期滿免除ニ就テハ後篇ニ於テ論述スル所アラン

〔第三〕理論上ヨリスルトキハ〔第一〕監視ノ期限ノ範圍及ヒ之ヲ附加スルト否トハ先ツ法律ニ於テ之ヲ定メ〔第二〕法官ハ各事件ニ付キ監視ヲ附加スヘキ期限ヲ定メ〔第三〕警察官署ヲシテ現ニ實行スヘキ期限ヲ定メシメサルヘカラス。故ニ法官ハ若干ハ年月以内本犯ヲ監視ニ付スルコトヲ得ヘキ旨ヲ言渡シ警察官ハ囚徒放免ノ後ニ至リ在監中ノ行跡如何ヲ考察シ裁判言渡ノ期限ヲ超過セサル時間適當ノ期限

間之ヲ實行スルコトヲ要ス。然ルニ我刑法ニ於テハ法官ハ裁判宣告ノ當時即チ未
 タ囚徒ノ在監中ノ行跡如何ヲ知ラサルノ前ニ於テ監視ノ期限ヲ確定シ警察官ヲ
 シテ各犯者ニ就キ適當ノ執行期限ヲ定メシムルコトヲ許サス行跡善良ニシテ既
 ニ監視ヲ要セサルモノト雖尙ホ裁判宣告ニ於テ定メタル期限間之ヲ執行セサル
 ヘカラサルナリ。然レトモ我刑法モ亦幾分カ此弊害ヲ防止スルノ手段トシテ監視
 假免ノ方法ヲ設ケ情狀ニ因リ行政ノ處分ヲ以テ假ニ監視ヲ免スルコトヲ得ヘキ
 モノトセリ(第四十一條)

〔第四〕監視執行ニ關スル規則ハ刑法附則ニ之ヲ定メタレハ今爰ニ之ヲ詳述セスト
 雖其ノ主タル要點ヲ摘擧スレハ第一、監視ノ期限間ハ警察官吏時宜ニ依リ自由ニ
 其ノ家宅ニ臨檢スルコトヲ得ヘシ第二、監視ニ付セラレタル者ハ一定ノ住處ヲ定
 メ第三、被監視者ハ其ノ旅行ニ附キ警察官署ノ許可ヲ要シ第四、毎月二度所轄ノ警
 察署ニ出頭シテ其ノ謹慎ナルコトヲ表示シ第五、酒宴遊興ノ席ニ集會スルコトヲ

得サルコト等トス

〔第五〕監視ハ被監視者ノ爲メ及ヒ公安ノ爲メ警察官吏カ放免セラレタル囚徒ハ行
 狀ヲ監視スルモノニシテ其ノ規則ハ專テ其ノ行狀ヲ監視スルノ方法ヲ便利ニス
 ルハ目的ニ出テタルモノナラサルヘカラス。故ニ其ノ住所ヲ定メシメ旅行ノ自由
 ナ制限シ又ハ官吏ニ與フルニ家宅搜查ノ自由ヲ以テスル等ノ如キハ尤モ必要ノ
 規則タルヘキモ被監視者ヲシテ或義務ヲ行ハシムルコトヲ以テスル規則ハ往々其
 ノ煩ニ失シテ或ハ被監視者ヲシテ之ヲ實行スルニ難カラシメ或ハ良民中ニ交テ正
 當ノ生計ヲ營ムノ妨害ヲラシムルノ弊ヲ生ス可シ。加之斯ノ如キ規則タル監視ハ
 本性即チ官吏カ唯被監視者ノ行狀ヲ視察スルノ目的ニ反シ被監視者ニ命スルニ
 或所爲ヲ爲スコトヲ以テスルモノニシテ其ノ違犯ハ更ニ一種ノ犯罪ヲ成立セシ
 メ從テ之ヲ罰スルハ必要ヲ見ルニ至ルヘシ。然レトモ監視ハ唯々行政上ノ視察ナ
 ルカ故ニ監視規則ハ執行ハ監視自身ノ執行ニアラス。若シ之ヲ以テ監視自身ハ執

行トスルトキハ監視規則ノ違犯ハ即チ監視ヲ逃ルモハト云ハサルヲ得ス事果
 シテ斯ノ如キニ至ラハ刑罰ニ刑罰ヲ施シ法律ノ制裁ニ付スルニ更ニ一ツハ制裁
 ナリ以テスルモノニシテ刑罰ハ法律終局ノ制裁タル性質ヲ失ヒ所謂法律ノ制裁ナ
 ル者ハ循環終リナキニ至ルヘシ法律ノ制裁ハ宜シク直ニ之ヲ實行シテ結了シ得
 ヘキモノタルコトヲ要ス法律ノ制裁ニ法律ヲ以テスルハ學理ニ適シタルモノニ
 アラサルナリ。我刑法第百五十五條ニハ附加刑ノ執行ヲ通ルハ罪ナルモノヲ設ケ
 タリト雖監視ヲ以テ單ニ官吏ノ視察トシ被監視者ニ或事ヲ命スルモノニアラス
 トスルトキハ此罪ハ決シテ被監者ノ犯シ得ヘキ者ニアラス。仍ホ監視違犯ノ罪及
 ヒ囚徒逃走罪ニ就テハ各論ニ於テ其ノ詳ヲ論述セン

第五編 財産刑

第一章 主刑及其ノ執行

主刑タル財産刑ハ罰金及ヒ科料トス

〔第一〕科料ハ五錢以上一圓九十五錢以下トナシ罰金ハ二圓以上ト爲シ仍ホ各本條
 ニ於テ其ノ多寡ヲ區別ス。而シテ罰金ハ唯其ノ最下點ヲ定メ最上點ヲ定メサルモ
 ノハ罰金ノ上ニハ復タ財産刑ナキヲ以テ科料ト之ヲ區別スルノミニシテ更ニ他
 ノ刑ト其ノ範圍ヲ區別スルノ必要ナク且偽造貨幣ヲ行使シタル者ノ如キハ其ノ
 價額ニ倍ノ罰金ニ處シ其ノ他諸規則等ニ於テモ亦其ノ額ノ不定ナル者甚タ少ナ
 ラカラサルヲ以テナリ(第二十六條及第二十九條)

〔第二〕罰金科料モ亦一ノ刑ナレハ必ス其ノ本人ヲシテ之ヲ上納セシメサルヘカラ
 ス。我刑法カ親屬其ノ他ノ者ヲシテ代之ヲ納ムルコトヲ許スハ敢テ不可ナルニ
 アラサレトモ親屬又ハ他人ノ名義ヲ以テ之ヲ納ムルハ稍學理ニ違カルモノ、如
 シ故ニ我法律ニ於テハ民事上罰金立換請求ノ訴ヲ起スコトヲ明許シ且此訴訟ヲ
 待チテ初メテ刑罰ノ執行ヲ全フシタルモノトスルカ如キハ感覺アルヲ免レス
 〔第三〕罰金科料ノ言渡ハ其ノ言渡シタル確定ノ金額ニ對シ犯者ヲ負債者ノ地位ニ

置キ直ニ國庫ハ金額請求ノ權ヲ取得スヘキモノナリ。我刑法ニ於テハ罰金ハ裁判確定ノ日ヨリ一月内科料ハ十日内ニ納完セシヘキコトヲ定メタレトモ是レ犯者ニ與フルニ敢テ上納猶豫ノ期限ヲ與ヘタルモノニアラスシテ唯々其ノ換刑處分ヲ爲シ得ヘキ期限ヲ定メタルモノニ過キス故ニ一月内又ハ十日内ト雖民事上ノ手續ニ依リテ罰金又ハ科料ヲ徵集シ其ノ資産ナキ者ハ資力限り之ヲ追徵シ尙ホ完納スル能ハサルモノハ一月又ハ十日ノ期限ノ經過ヲ待テ換刑處分ヲ行フコトヲ得ヘキモノトス。學者往々罰金又ハ科料ハ身代限ノ處分ヲ行フコト能ハサルモノトナシ如何ナル富有ノ者ト雖限内ニ納完セサルトキハ直ニ換刑ノ處分ヲ爲スヘキモノトスレトモ是レ法理ノ原則ヲ誤リタルナリ。若シ果シテ論者ノ言ノ如クセハ罰金ヲ納ムルト輕禁錮ニ處セラルトハ犯人ノ隨意ニシテ殊ニ此換刑處分ノ禁錮ハ二年ニ過クルコトヲ得サルヲ以テ巨額ノ罰金ニ在テハ皆換刑處分ヲ望マサルモノナキニ至ルヘシ(第二十七條)

(第三)前述ノ理由ニ依リ既ニ身代限ノ處分ヲ爲シ尙ホ罰金ヲ納完スルコト能ハサルトキハ其ノ金額ハ國家ノ損失ニシテ之ヲ禁錮ニ換フルコトヲ得ス。換刑ノ處分ハ唯々資産アル者ニシテ之ヲ上納セサル場合ノミニ適用スルヲ以テ學理ノ原則トス。然レトモ我刑法カ限内納完セサル者ハ云々ト云ヒ「納完スルコト能ハサル者」ト云ハサルヲ以テ既ニ身代限ノ處分ヲ爲シ限内納完スル能ハサルモノ及ヒ期限後完納セス又ハ完納スル能ハサルモノト雖共ニ換刑ノ處分ヲ爲スコトヲ得ルニ似タリ

右論述スル所ノ第二第三兩項ノ原則ハ學理ニ依リ我刑法ヲ解釋シタルモノナレトモ徒ニ法條ノ文字ニ拘泥シテ其解釋ヲ下ストキハ一月ノ期限内ヲ以テ猶豫ノ期限トシ限内タル以上ハ之カ督促ヲ爲スコトナク又身代限ノ處分ヲ爲スノ手續ヲ行ハス其ノ期限ノ滿ツルヲ待テ直ニ之カ換刑處分ヲ爲スヘキモノトスルコトヲ得ヘキニ似タリ。蓋シ斯ル皮相ノ解釋ヲ以テ至當トスルノ學者モ亦少ナキニ

アラサルヲ以テ我國實際ニ於テハ從來此解釋ヲ用ヰタル場合モ亦少々ニアラサルヘシ

〔第四〕換刑處分ハ一圓又ハ一圓未滿ヲ一日ニ折算シ罰金拘留ノ區別ニ從ヒ裁判確定後一月若クハ十日ヲ經過シタルトキハ何時ト雖之ヲ輕禁錮又ハ拘留ニ換フ但シ我刑法ハ一日一圓ト確定シタルヲ以テ法官ハ情況ニ由リ一圓乃至三圓ヲ以テ一日ニ計算スルノ自由ヲ得サルノミナラス換刑處分ハ二年ニ超ユルコトヲ許サ、ルヲ以テ巨額ノ罰金ハ一日數圓ニ相當スルコト、ナルヘシ〔第二十七條〕

〔第五〕換刑處分ハ刑罰執行上ノ處分ナルヲ以テ更ニ裁判ヲ用ヰス檢察官ノ求ニ因リ裁判官之ヲ命ス若又禁錮若クハ拘留期限内罰金若クハ科料ヲ納メタル者ハ其ノ經過日數ヲ控除シテ禁錮若クハ拘留ヲ免ス〔第二十七條〕

〔第六〕然レトモ換刑處分ニ出ルモ既ニ輕禁錮ニ處セラレタルトキハ其ノ刑ハ則チ輕禁錮ニシテ禁錮ノ刑ニ附屬スル一般ノ結果ヲ及ホスヘシ設例ヘハ監視ハ特別

ニ輕罪ノ刑ニ附加スルヲ以テ換刑處分ニ出テタル禁錮囚ニ及ハサルモ現任ノ官職ヲ失ヒ又公權ヲ停止スルカ如キハ一般ノ結果ナルヲ以テ之ヲ及ホサ、ルヲ得サルカ如シ〔第三十三條及第三十八條〕

第二章 附加刑及其ノ執行

附加刑タル財産刑ハ罰金及ヒ沒收トス。但シ主刑ノ罰金ト附加ノ罰金トハ其ノ性質及ヒ執行上異ル所ナク唯附加ノ罰金ハ輕罪ノ刑ノミニ附加シ且必ス其ノ多寡ヲ定ムルノ差アルノミ。故ニ今爰ニ論スル所ハ專ラ附加刑タル沒收ニ在リ

〔第一〕沒收ハ必ス之ヲ宣告ス但シ法律規則ニ於テ別ニ沒收ノ例ヲ定メタル者ニ在テハ各々其ノ法律規則ニ從ヒ或ハ之ヲ宣告シ或ハ之ヲ宣告セス

〔第二〕法律規則ニ於テ別ニ沒收ノ例ヲ定メタルモノノ外刑法ニ於テハ法律ニ於テ禁制シタル物件及ヒ犯罪ノ用ニ供シ又ハ犯罪ニ依テ得タル物件ヲ沒收スレトモ古代ノ如ク犯罪者ノ一般ノ財産ヲ全沒スルコトナシ

(第三)法律ニ於テ禁制シタル物件トハ法律ニ於テ製造輸入又ハ私有若クハ所持スルコトヲ禁シタル物件ニシテ設例ヘハ彈藥、銃砲、爆裂藥ノ類ヲ指スモノナランナレトモ何レモ之ヲ沒收スルニハ先ツ之ヲ禁制物ト定ムル所ノ法律ナカレハ裁ス。而シテ既ニ此法律アル以上ハ其ノ法律ニ於テ沒收ノ例ヲ定メ其ノ法律ノ制裁トシテ之ヲ處分スヘキモノニシテ別ニ刑法ノ總則ニ於テ之ヲ定ムルノ必要ナシ。且又何人ノ所有ヲ問ハス之ヲ沒收スルカ如キハ到底學理ノ容レサル所ナリ。故ニ今強テ之ヲ刑法總則ニ置キ此總則ニ從ヒ之ヲ處分セントスルトキハ左ノ二點ハ批難アルヲ免レス。

(イ)主刑ト附加刑トハ二者相牽連シ盜罪ノ附加刑トシテ所有主ナキ贓物ヲ沒收シ強盜罪ノ附加刑トシテ其ノ兇器ヲ沒收スルハ或ハ可ナリトスルモ今主刑ト附加刑ト全ク其ノ連絡ヲ缺キ盜罪ノ附加刑トシテ證據品トシテ差押ヘタル彈藥ヲ沒收スルトキハ主刑ト附加刑トハ全ク別個獨立シテ相關係スル所ナキモ

ノナリ。彈藥ノ沒收ハ法律ノ禁令ニ背キタル他罪ノ附加刑タルヘキモ之ヲ盜罪ノ附加刑トスルハ其ノ當ヲ得タルモノニアラス。

(ロ)何人ノ所有ヲ問ハス禁制物ヲ沒收スルハ行政ノ處分ハ兎モ角モ一ハ刑タル性質ヲ失ハシムルモノナリ。蓋シ沒收ハ犯人ノ所有權ヲ剝奪シテ之ヲ國庫ニ沒スルモノナルヘキモ犯人ニ對シ犯人ノ所有ニアラサル物件ヲ沒收スルコトヲ宣告スルモ犯人ノ所有權ヲ剝奪スルモノニアラス。犯人ハ其ノ裁判ハ門違トシテ頓着スルコトナカレハ法官ハ茫然公庭ニ立テ爲ス所ヲ知ラサルヘシ。物件ニ向テ裁判ノ宣告ヲ爲サシカ生ナキ物件ハ犯罪ノ主體タルコトヲ得サルヲ如何セム。公衆ニ向テ之ヲ宣告ヲ爲サシカ其ノ利害ヲ感セサルハ犯人ト異ル所ナキヲ如何セム。故ニ禁制物ノ沒收ハ之ヲ禁制スル法律ハ犯罪トシテ其ノ所有主ニ對シテ宣告スルハ外ナキナリ。若シ夫レ所有主ニアラサル者ニ對シ尙ホ之ヲ沒收センカ所有主ノ不幸是ヨリ大ナル者ナカルヘシ。設例ヘハ茲ニ官許ヲ得テ

彈藥ヲ貯藏スルノ家ニ入り盜アリ之ヲ竊取シタリトセンニ其ノ彈藥ハ禁制ノ物體ナルヲ以テ竊盜ノ附加刑トシテ之ヲ沒收スルコトアルモ犯人ハ自己ノ所有ニアラサレハ毫末モ刑罰タルノ感アルヲ覺ヘス獨リ其ノ所有主ニ在テハ竊盜ノ不幸ニ遭ヒタルカ上ニ尙ホ更ニ其ノ不幸ヲ益スモノナラム。加之所有主ニアラサル犯者ハ權利ヲ害セラル、コトナキモ其ノ裁判ニ對シテ上告スルコトヲ得ヘク之ニ反シテ眞ノ所有主ハ其ノ權利ヲ害セラル、モ尙ホ上告ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルヘシ何人ノ所有ヲ問ハス沒收ノ處分ヲ行フカ如キハ我カ刑法及ヒ意大利刑法草案ノ外他ノ文明諸邦ニ其ノ比ヲ見サルノ特例ナリ。現ニ近世ノ編纂ニ出テタル和蘭刑法ノ如キハ禁制物ノ沒收ハ各法律規則又ハ刑法各條ニ特ニ之ヲ定メ全ク總則中ヨリ之ヲ削除シタルハ大ニ學理ニ適シタルモノト云フヘシ

(ハ)然レトモ禁制物ハ法律カ其ノ所有ヲ罰シ其ノ所有ヲ許サ、ルモノナルカ故

ニ法律上ニ於テハ犯人ニシテ之レカ所有權ヲ有スルモノナカルヘシ(特ニ法律ニ於テ許容シタル場合ヲ除ク)故ニ禁制物ハ特ニ沒收ノ處分ヲ要セス當然國家ノ所有ニ歸スヘキモノタリ法律ハ唯々之ヲ所有シ所持スルコトヲ禁スレハ則チ足レリ敢テ附加刑トシテ之ヲ沒收スルノ必要アルヲ見ス

〔第四〕犯罪ノ用ニ供シタル物件トハ犯罪ノ手段タリシ物件ヲ指ス。凡ソ犯罪ハ犯罪ノ主體、犯罪ノ物體、及犯罪ノ手段ノ三者ヲ具備スルニアラサレハ成立スルコトナク又其ノ手段タルモノハ手足等人體ニ屬スルモノト他ノ物件ナルモノトアルヘキコトハ前篇既ニ之ヲ論シタレトモ附加刑トシテ沒收シ得ヘキモノハ第一其ノ犯罪タル所爲ノ手段トナリ第二其ノ手段ハ人體外ナル物件タラサルヘカラス。故ニ賭博ヲ爲シタル家屋又ハ竊盜カ其ノ逃路ニ便スル爲メニ設ケタル獨木橋ノ如キハ犯罪タル所爲ノ用ニ供シタルモノニアラサレハ之ヲ沒收スルコトヲ得ス又腕ヲ以テ人ヲ毆打シタル者ハ物件ニアラサレハ之ヲ沒收スルコトヲ得ス。學者往

々、罪體ト、罪體ニ、ア、ラ、サ、ル、モ、ハ、ト、ハ、區別ヲ、爲、シ、罪體ハ、犯罪構成ノ、元素ナレハ、之、ヲ、沒收スルコトヲ、得サルモノト、スレトモ、罪體ト、否、ラ、サル、モノト、ノ、區別ヲ、設、ク、ル、ハ、既ニ、陳腐ノ、説ト、シテ、近世學者ノ、容レ、サル、所ナリ、蓋シ、罪體トハ、犯罪ノ、主體物體及ヒ、手段ヲ、指示スルモノニ、シテ、法律カ、犯罪ノ、用ニ、供シタルモノト、シテ、沒收スルモノハ、即チ、此手段タル物體ニ、シテ、即チ、罪體中ノ、一元素ヲ、沒收スルモノニ、過キス、故ニ、唯沒收スヘキ物體ハ、犯罪ノ、手段ト、シテ、其ノ、犯罪タル所爲ニ、用、サ、ル、ヤ、否、ヤ、ヲ、區別スレハ、則チ、足レリト、ス、然レトモ、我カ、刑法ニ、於テハ、違警罪ト、雖一般ニ、其ノ、犯罪ノ、用ニ、供シタルモノヲ、沒收スヘキモノト、定メタルヲ、以テ、往々、附加刑ヲ、シテ、却テ、主刑ヨリ、重大ナラシムルノ、不權衡ヲ、發生セルヨリ、學者附會ノ、論理ヲ、案出シテ、二個ノ、制限ヲ、設ケサルヘカ、ラサルコトヲ、主張セリ、第一ハ、犯罪ノ、用ニ、供シタル物體ト云フ以上ハ、必ス、故意アル犯罪ニ、限ルヘキモノト、シ、違警罪ハ、故意ヲ、要セサル犯罪ナレハ、沒收ノ、例ヲ、適用スルコトヲ、得サルモノト、スルニ、在リ、然レトモ、違警罪

ハ、過、失、ヲ、罰スル、場合多キハ、ミ、ニ、シテ、一般違警罪ニハ、故意ヲ、要セストノ、原則アルヲ、聞カス、又之レアルヘキモノニ、アラサルナリ、第二ハ、犯罪ノ、用ニ、供シタル物體ト、罪體ト、ヲ、區別シ、罪體ハ、決シテ、之ヲ、沒收スヘキモノニ、アラストスルニ、在リ、然レトモ、刑法上、犯罪ノ、用ニ、供シタルモノト、シテ、沒收スヘキハ、罪體ノ、一ナル、犯罪ノ、手段ナリ、設例ヘハ、打網禁止ノ、河水ニ、打網シタルトキハ、其ノ、犯罪ノ、罪體ハ、網ナレハ、之ヲ、沒收スルコトヲ、得スト、雖若シ、捕漁禁制ノ、河水ニ、打網シ、其ノ、魚ヲ、捕ヘタルトキハ、其ノ、網ハ、犯罪ノ、用ニ、供シタル物體ト、シテ、其ノ、網ヲ、沒收スヘク、發砲禁止ノ、場所ニ、於テ、發砲シタルトキハ、其ノ、銃ハ、罪體ナリ、之ヲ、沒收スルコトヲ、得スト、雖鳥獸獵禁止ノ、場所ニ、於テ、銃ヲ、以テ、鳥獸ヲ、捕ヘタルトキハ、其ノ、銃ハ、犯罪ノ、用ニ、供シタルモノナレハ、之ヲ、沒收スルコトヲ、得ヘシ、又此理ヨリ、シテ、推論スルトキハ、車馬通行禁止ノ、場所ニ、馬車ヲ、乘入レタルトキハ、其ノ、馬車ヲ、沒收セサルモ、通行禁止ノ、場所ニ、乘入レタルトキニ、於テ、始メテ、之ヲ、沒收スヘキモノト、スルナリ、然レトモ、此説タ

ル素ヨリ取ルニ足ルヘキモノニアラス若シ此理ヲ推シテ重輕罪ノ適用ニ及ハ、
 必ス自家撞着ノ點アルヲ免レサルヘシ。要スルニ沒收ノ例ヲ違警罪ニ適用セサル
 コトヲ明言セサルハ刑法ノ缺點ナリ又盡ク之ヲ違警罪ニ適用セサルモノトスル
 ハ其ノ當ヲ得ス。現今ノ實際ニ於テハ違警罪ト雖沒收ヲ適用スルヲ理論トシ唯ダ
 現ニ沒收ノ言渡ヲ爲サ、ルヲ通常トスルモノ、如シ故ニ違警罪ト雖時アリ現ニ
 沒收ノ刑ヲ附加スルコトアルナリ

〔第五〕犯罪ニ依テ得タル物件トハ犯罪タル所爲ニ依リ收獲シ又ハ產生シタル確
 定物ヲ指ス。設例ヘハ盜罪ノ贓品、法律ニ反シテ生産シタル諸物品ノ如キ是ナリ。故
 ニ竊取シタル金圓又ハ竊取シタル物件ヲ賣却シテ得タル金圓ハ不確定物タルヘ
 ク又タ其ノ金圓ヲ以テ買取りタル物品ノ如キハ間接ノ所爲ニ依リ得タルモノニ
 シテ犯罪タル所爲ニ依リ得タルモノニアラサレハ共ニ之ヲ沒收スヘキモノニア
 ラス。但シ被害者ノ請求ニ係ル私訴ノ損害賠償ノ要求ニ應スルハ此限ニアラス

〔第六〕犯罪ノ用ニ供シ及ヒ犯罪ニ依テ得タル物件ハ犯人ノ所有ニ係リ又ハ所有主
 ナキ時ノ外之レヲ沒收スルコトヲ得ス此點ニ於テハ我刑法第四十四條ハ能ク學
 理ニ適シタリ又所有主ノ知レサル場合ニ於テハ行政ノ手續ヲ盡シ一定ノ年月ヲ
 經過シタルノ後之ヲ所有主ナキモノト看做シ行政ノ處分ヲ以テ之ヲ沒收シ附加
 刑トシテ之ヲ沒收スヘキモノニアラスト雖我法律ハ之ニ反シ裁判言渡ノ時ニ於
 テ所有主ヲ發見セサルトキハ直ニ沒收ノ言渡ヲ爲シ而シテ後ニ行政ノ手續ヲ爲
 スモノナレハ裁判ノ當時ハ所有主ノ不分明ナル物件ヲ沒收シ相當ノ手續ヲ爲シ
 一定ノ年月ヲ經タルトキ初メテ前裁判ノ正當ナルコトヲ知ルヲ得ヘキノミ
 年二十號丙故ニ此場合ニ於テモ亦犯人ニ對シテ門違ノ裁判ヲ爲スノ批難アルヲ
 免レラス

〔第七〕學者ハ附加刑タル沒收ハ三個ノ性質ヲ有スヘキモノトセリ第一苦痛ヲ感セ
 シムヘキ刑罰タルコトヲ要ス即チ沒收ノ物件ハ犯人ノ所有ヲラサルヘカラス然

レトモ何入ノ所有ヲ問ハス法律ニ於テ禁制シタル物件ヲ沒收シ又所有主ノ知レサル物件ヲ沒收スルカ如キハ犯者ノ爲ニハ馬耳東風ノ裁判ナリ犯者ハ唯蚊蝨ハ前ヲ過ッルノ觀ヲ爲スヘキノミナラス禁制物ハ所有者ナキモノタルヲ以テ當然官沒ニ歸スヘキハ前項ニ於テ既ニ論スル所ノ如シ第二社會ノ爲メニ其ノ危險ヲ豫防スルノ性質ヲ有ス即チ犯罪ノ用ニ供シタル物件ノ如キハ犯者再ヒ其ノ物件ヲ用ヰテ罪ヲ犯スハ危險アルヲ以テ之ヲ沒收スルモノトスルモ此目的ハ決シテ充分ニ之ヲ達スルコトヲ得ス設例ヘハ竊殺ノ用ニ供シタル手拭創傷ニ用ヰタル小刀ノ如キハ勿論強盜ノ用ニ供シタル白刃銃器ト雖一タヒ之ヲ沒收スルモ忽チ亦他ノ器械ヲ獲得スルニ難カラス父母カ赤子ノ遊戯ニ供スル危險物ヲ取立ルノ場合ハ格別犯罪ノ責任アル大人丈夫ニ對シテハ毫末ノ効驗ナキモノト云フヘシ蓋シ此等ノ物品ヲ沒收スルハ理由タル恰モ物件ヲ以テ一個人ト想像シ此物件自身ヲ嫌惡セル野蠻時代ノ思想未タ今日文明國ノ立法官タル人物ノ腦裏ヲ去ラサ

ホームズ氏習慣
法第三章

ルニ依レリ吾人カ彼ノ門扉ヲ鎖サントシテ誤テ指頭ヲ其ノ門ニ夾着セラレ疾聲痛矣ト叫ンテ之ヲ摑打スルハ吾人々類カ禽獸ト等シク有スル所ノ^{インスチンクト}智覺ナリ沒收ノ真意モ亦茲ニ存ス第三沒收ハ犯罪ノ利益ヲシテ犯人ニ獲得セシメサルノ性質ヲ有ス犯罪ニ依テ得タル物件ヲ沒收スルカ如キハ主トシテ此目的アルニ出ツルナリ然レトモ不正ノ所爲ハ所有權ヲ得ルノ方法タルコトヲ得サルハ民法ノ原理ナルヲ以テ犯罪ノ利益ハ刑法ノ規定ヲ待タスシテ犯者ニ歸スヘキモノニアラス犯者ヲシテ利益ヲ得セシメサルノ理由ハ附加刑トシテ之ヲ沒收スルノ理由タルコトヲ得サルナリ由是觀之刑法三種ハ沒收ハ毫モ其ノ理由アルヲ見ス英國刑法カ刑罰上ノ沒收ヲ全廢シ盡ク之ヲ行政上ニ一任セルハ英人ニ固有ナル實驗上ノ結果ナルヘキモ偶然能ク理論ノ完キヲ得タルモノト謂フヘシ

第八物件ニ依リ必スシモ之ヲ沒收スルヲ要セス唯其ノ形狀ヲ變シ又ハ之ヲ破毀スルヲ以テ足レリトスルモノアリ設例ヘハ他人ヨリ偽造貨幣ヲ得テ之ヲ所持ス

ルモ荷モ之ヲ使用セサル限りハ我刑法ノ問フ所ニアラス但シ別ニ布告ヲ以テ之
 ヲ覺ト雖之ヲ不問ニ付スルハ大ニ社會ニ危險ナリト認ムヘキトキハ之ヲ沒收スル
 ハ甚タ酷ニ失シタリト云ハサルヲ得ス如何トナレハ偽造貨幣ヲ受取り之ヲ所持
 スルモ其ノ所持ヲ以テ犯罪トナシ其ノ附加刑トシテ之ヲ沒收シ又ハ裁判宣告ヲ
 用井ス單ニ行政ノ處分ヲ以テ之ヲ沒收スルトキハ其ノ貨幣ハ偽造タリトモ其ノ
 物質ハ一物品トシテ尙ホ幾分ノ價額ヲ有スルヲ以テ其ノ所有主ハ之ヲ他ノ目的
 ニ使用スルコトヲ得ヘシ故ニ此等ノ場合ニ於テハ直ニ之ヲ沒收セスシテ唯之ヲ
 毀壞シテ所有主ニ還付スルヲ適當トスレトモ我刑法ニ於テハ別ニ此方法ヲ定ム
 ルコトナシ

第六章 名譽刑

第一節 名譽刑ノ性質

名譽刑ハ犯者ニ耻辱ヲ與フルモノト或權利ヲ剝奪シ又ハ之ヲ停止スル者トノ二

ハルシユ子ル氏
 獨逸刑法論第一
 八八葉

マイエル氏刑法
 學第三四六葉
 ビンジン氏刑
 法論第一二四葉

種トス。耻辱ヲ與フルモノトハ犯人ノ面部ニ黥墨ヲ施シ頭髮ノ一部ヲ剃落シ又ハ
 市中ヲ引廻ハシ又ハ新聞紙ニ廣告シテ其ノ犯罪ヲ公ケニシ又ハ標札ヲ建テ、其
 ノ犯罪ヲ傍示スル等ヲ云フ。其ノ目的タル專ラ犯者ニ耻辱ヲ與ヘテ道德上其ノ罪
 惡ヲ賠償セシムルノ意ニ外ナラス是レ野蠻社會ノ刑罰ニシテ今日ノ文明諸邦ニ
 行ハルヘキモノニアラス。唯傍示公告ノ刑ハ如キハ實ニ近代ニ至ルマテ其ノ痕跡
 ヲ止メ法制一般ノ體面ヲ汚辱シタル邦國ナキニアラサレトモ今日ハ殆ント全ク
 之ヲ廢止セリ。我刑法ニ於テモ斷然之ヲ廢シテ探ル所ナカリシハ實ニ文明國ノ立
 法官タルニ愧チサル者ト云フヘシ

權利ノ剝奪若クハ停止ハ專ラ文明諸邦ニ行ル、所ナリト雖犯者一身ノ全權ヲ剝
 奪スルノ刑即チ准死ハ既ニ廢滅シテ又今日ニ存スルモノナク唯或權利ヲ剝奪シ
 又ハ之ヲ停止スルニ過キサルナリ。又我刑法ニ於テハ名譽刑ハ唯附加刑トシテ之
 ナ科スルニ過キサルヲ以テ主刑タル名譽刑ヲ認ムルコトナシ即チ剝奪公權停止

公權及ヒ治産禁是レナリ

第二節 剝奪公權及停止公權

〔第一〕剝奪スヘキ公權ハ我刑法第三十一條ニ定ムル所ノ九種ノ權利ニシテ此九種ノ權利ハ之ヲ一族トシテ犯者ニ科シ分割スヘキモノニアラスト然レトモ國事犯者ヨリ政權ヲ剝奪シ強盜犯ヨリ後見人ト爲ルノ權利ヲ剝奪スルハ其ノ事由アリト雖一事件ノ爲メ盡ク此等ノ權利ヲ剝奪スルハ其ノ當ヲ得サルニ似タリ且我刑法ハ剝奪公權ヲ以テ單ニ重罪刑ノミニ科スヘキモノトスレトモ若シ此權ヲ分割シテ科スルコトヲ得ヘキモノトスルトキハ輕罪ノ刑ト雖尙ホ其ノ罪質ニ依リ之ヲ附加スルノ必要アル場合ヲ發見シ得可シ

〔第二〕剝奪スヘキ公權左ノ如シ

一、國民ノ特權 トハ一國民タル資格ヲ以テ特有スル所ノ公權即チ參政ノ權利ヲ謂フ此權利ハ宜シク之ヲ他ノ公權ト區別シテ混同スルコトナキヲ要ス抑モ

シヨウホーゾオ
スターンエリ氏
合著佛國刑法第
八八號

社會ト國家トハ一ハ天爲ニ成リテ一法人タルノ資格ナク一ハ人爲ニ成リテ一法人タルノ資格ヲ有スルモノニシテ二者ノ間自ラ其區別アルナリ所謂國民ノ特權トハ國民カ國家ノ範圍ニ於テ國家ノ一分子トシテ有スル權利ヲ云フモノニシテ社會ノ一員タル資格ヲ以テ有スルモノニアラス社會ノ一員トハ即チ自然ニ成リタル人衆ノ一團集中ノ一分子タルノ義ニシテ當ニ一國ノ臣民タルニ止マラス一國々境ヲ超過シ得ヘキ社會中ノ一人タルヲ云フ設例ヘハ結婚ノ權土地所有ノ權諸種ノ營業權ノ如キハ所謂社會權ナルモノニシテ特ニ一國民ノ有ニ止マルヘキモノニアラス故ニ土地所有權内地往來ノ權ノ如キ我法律ハ外國人ヲシテ之ヲ有スルコトヲ禁スルモ其ノ性質タル社會權タルヲ以テ國民ノ特權トシテ之ヲ剝奪スルコトヲ得ス尙ホ政權及ヒ社會權ノ區別ニ就キテハリヨースレル氏社會行政法緒論ニ最モ明晰ニシテ又最モ快活ナル議論ヲ載ス學者宜シク就テ見ルヘシ

二、官吏ト爲ルノ權 官吏ト爲ルノ權ト國民ノ特權トハ大ニ其ノ性質ヲ異ニセリ。官吏ハ國家ニ役セラレテ其ノ事務ヲ執行スル器械タルモノナレトモ國民ノ特權即チ參政權ハ此等官吏ヲ役スル所ノ國家ノ權ニ參與スルモノナリ。故ニ國會議員ハ官吏ニアラスシテ國權ハ一分子タルヘキモ大臣縣知事ハ如キハ官吏ナリ。是レ外國人ト雖官吏タルコトヲ得ヘキモ國民ノ特權ヲ有スルコト能ハサル所以ナリ。然ルニ學者往々官吏タルノ權ハ國民ノ特權中著大ナルモノナルヲ以テ我カ立法官ハ之ヲ別項ニ特書シタリト云ヒ或ハ又其ノ他諸種ノ説ヲ爲スモノアリト雖皆チ該權利ノ本性ヲ誤リ枝葉ノ妄論ヲ喋々スルモノニ過キス。

三、勳章、年給、位記、貴號、恩給ヲ有スルノ權 此等ノ權利ハ皆人爲ニ出テタル榮譽ノ稱號ニシテ國家ヨリ之ヲ附與シタルモノタルコトヲ要ス。天爵ニ至テハ人爲ノ法律ヲ以テ之ヲ剝奪スルコトヲ得ス。設例ヘハ皇族トハ天皇陛下ノ御一族ヲ指ス所ノ天然ノ事實ニシテ特ニ之ヲ貴號ト云フコトヲ得ス。又私立ノ大學ヨリ

附與セル學位及ヒ外國政府ヨリ附與セル勳章ノ如キハ私人相互ノ間ニ於テ授受セル記號ニシテ其ノ國政府ノ授與セルモノニアラサレハ之ヲ剝奪スルコトナシ。論者或ハ外國ノ勳章ヲ剝奪セサルハ外國ノ主權ヲ重スルニ出ツルト説ケトモ荷モ獨立タル一帝國タランニハ外國ノ法律ハ我帝國内ニ行ハルヘキモノニアラス。故ニ之ヲ剝奪セサルハ其ノ剝奪者ナル國家ノ嘗テ與ヘタルモノニアラス。國家ヨリ之ヲ見レハ私人相互ノ間ニ授受セル章標タルニ過キスシテ殆ント天爵ト撰フ所ナキヲ以テナリ。但シ此等ノ章標ト雖名譽ノ章タルニ相違ナシ又君主ハ名譽ノ淵源ナルモ名譽ノ淵源ハ必スシモ君主ニ限ルヘキモノニアラサルナリ。

四、外國ノ勳章ヲ佩用スルノ權 外國ノ勳章ヲ佩用スルノ權ハ我政府ノ附與スル所タルヲ以テ之ヲ剝奪スルコトヲ得其理由ハ前項ニ同シ。

五、兵籍ニ入ルノ權 兵士ハ官吏ト異ナリ其ノ承諾ヲ待タスシテ兵役ニ服スル

モノニシテ之ヲ純然タル義務ト云フヘキモ一方ヨリ之ヲ見ルトキハ又一ツノ榮譽ナリ。故ニ法律ハ兵籍ニ入ルノ能力ヲ奪ヒ刑餘ノ罪人ヲシテ兵士タルコトヲ得セシメス。

六、事實ヲ陳述スルノ外裁判所ニ於テ證人ト爲ルノ權 刑餘ノ罪人ヲシテ裁判所ニ於テ證人タルコトヲ得セシムルトキハ被告人ヲシテ不快ノ感覺ヲ生セシムルノミナラス一般其ノ陳述ニ信ヲ置クニ足ラストシテ此權ヲ剝奪ス。然レトモ民事ニ在テハ兎モ角刑事ニ在テハ最モ必要ナル一證人ヲ缺クニ至ルヘキモノニシテ學者大ニ之ヲ批難スルモノアリト雖一利一害ハ共ニ免カルヘカラサルモノナレハ予ハ容易ニ其ノ是非ヲ速斷スルコト能ハサルナリ況ンヤ刑餘ノ罪人ト雖單ニ事實ノ參考人トシテ之ヲ聽クコトヲ得ヘキモノナルニ於テオヤ。但シ刑事ノ所謂心證裁判トハ證據ナキモ尙ホ有罪ノ裁判ヲ言渡スコトヲ得ルトノ義ニアラス必ス其ノ心證ヲ引起スルノ情況證據アルコトヲ要ス。設例ヘハ

爰ニ謀殺被告事件アラシキ重罪囚ノ外何人モ被告ノ犯罪ヲ行フヲ目撃シタルモノナキモ被告所有ノ短刀犯罪ノ現場ニ存シタルノ事實ヲ證明スルノ證人アラハ此證人ノ陳述ハ判官ノ心證ヲ引起スルコトヲ得ヘキ情況證據ニシテ判事ハ此一證據ヲ以テ被告ニ謀殺罪アルコトヲ認メ得ヘキカ故ニ其心證ノ參考トシテ重罪囚ノ陳述ヲ聽クコトヲ得ヘシ。然ルニ若シ此短刀ノ被告ノ所有タルコトヲ證明スルノ證人ナキトキハ全ク心證ヲ引起スルニ足ルヘキ證據ナキモノニテ數人ノ重罪囚アリ被告ノ犯罪ヲ目撃セルコトヲ陳述スルモ參考ノ相手トスヘキ證據即チ心證ナキモノトシテ判官ハ決シテ有罪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ス。故ニ重罪囚ヨリ證人タルノ能力ヲ剝奪スルモ事實參考人トスルコトヲ得ヘキヲ以テ全ク實際ノ不便ナキモノトスルハ誤見ナリ。

七、後見人ト爲ルノ權 此權ヲ剝奪スルハ刑餘ノ罪人ニ信ヲ置クニ足ラストスルニ出ツ故ニ親屬ノ許可ヲ得テ子孫ノ爲ニスルハ此限ニアラサルナリ。

八、分散者ノ管財人ト爲リ又ハ會社及共有財産ヲ管理スルノ權 此權ヲ剝奪スルノ理由ハ前項ニ同シ○會社ノ財産ト共有財産トハ自ラ異ル所アリ二者共ニ民事上ノ一法人ナレトモ會社ノ財産ハ一法人タル會社ヲ組織スル者其ノ會社ノ目的ニ從ヒ自由ニ之ヲ處分スルコトヲ得ヘキモ共有財産ニ在テハ然ラス共有財産ハ其ノ財産ノ一團ヲ以テ民事上一個人トスルモノナレハ其ノ管理人ハ財産ヲ處分スルモノニアラスシテ財産カ却テ此管理人ヲ支配スルナリ。設例ヘハ寄附財産ノ如キハ其ノ費途一定シテ決シテ他ニ之ヲ流用スルコトヲ得ス又其ノ財産ハ必ス其ノ目的ニ從ヒ費用セサルヘカラサルモノナルヲ以テ之ヲ管理スル者ハ寄附財産ナル法人即チ無形人ノ意見ニ從フヘシ決シテ自己ノ意見ニ從フコトヲ得ス。我刑法ノ所謂共有財産ナル語ハ此等財産ヲモ包含シ其ノ區域甚大ナリト雖一法人タル資格ヲ有セサル共有財産又ハ組合ノ財産ノ如キハ此限ニアラサルヘシ。何トナレハ一法人タル資格ナキ所ノ共有財産及ヒ組合財

産ノ如キハ一法人ノ所有ニアラスシテ有形ナル天然人カ各自ノ資格ヲ以テ其ノ財産ニ有スル私權ナレハナリ。若シ果シテ否ラストセハ一タヒ重罪ノ刑ニ處セラレタルモノハ他人ト共ニ財産ヲ共有スルコト能ハサルニ至ルヘシ。九、學校長及教師學監ト爲ルノ權 是レ亦前項ノ理由ニ從ヒ公私立ノ校長及ヒ教師學監ト爲ルノ權ヲ剝奪スレトモ敢テ他人ヲ教授スルコトヲ禁スルモノニアラス唯此等ノ地位ヲ占ムルコトヲ禁スルノミ

〔第三〕重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヰス終身公權ヲ剝奪シ禁錮ノ刑ニ處セラレタル者ハ當然現任ノ官職ヲ失ヒ其ノ刑期間公權ヲ行フコトヲ停止ス

〔第三十二條及第三十三條〕
〔第四〕停止公權ハ唯刑期間其ノ公權ヲ行フコトヲ停止スルニ止マレリ。然レトモ既ニ刑罰執行中タル以上ハ法律ノ明文ヲ待タス此等ノ權ヲ停止セラル、ハ分明ニシテ之ヲ行ハントスルモ得ヘカラス。故ニ勳章、年金、貴號ヲ有スルノ權ノ停止ニ就

テハ學者往々諸種ノ説ヲ爲スモノアリト雖特ニ喋々ノ辯ヲ待ツニ足ルヘキモノ
ニアラサルナリ。我刑法ハ此停止公權ヲ以テ刑期滿限後ニ及ホスコトナカリシハ
遺憾ナリ予ハ輕罪ニ處セラレタル者ニ就キ公權ノ停止ヲ放免ノ後ニ及ホスコト
猶ホ監視ニ於ケルト同一ナランコトヲ希望スルモノナリ。但シ輕罪ノ刑ニ於テ監
視ニ付シタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヰス監視ノ期限内公權ヲ行フコトヲ停止スルヲ
以テ監視ヲ附加スル輕罪ニ在テハ殆ント之ヲ刑期滿限ノ後ニ及ホスコト精神アル
ヲ見ルニ足ルヘシ(第三十四條)

第三節 治産禁

(第一)治産禁ハ買賣讓與等ヲ爲スノ私權ヲ行フコトヲ禁止スルモノニシテ若シ之
ヲ行フタルトキハ無効ニ屬ス可シ。然ルニ此等ノ私權ヲ行フコトヲ禁止スルハ甚
タ嚴酷ナルニ似タレトモ唯自ラ財產ヲ治ムルコトヲ禁止スルノミニシテ敢テ其
ノ權ヲ奪フモノニアラス。又此治産禁ハ主刑ノ刑期中ニ止マルヲ以テ法律ノ明文

ナキモ實際之ヲ行フコトヲ得サルナリ

(第二)重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヰス其ノ主刑ノ終ルマテ自ラ財
産ヲ治ムルコトヲ禁止ス。但シ假出獄ヲ許サレ又ハ流刑ノ囚幽閉ヲ免セラレシ者
ハ行政處分ヲ以テ治産ノ禁ノ幾分ヲ免セラル、コトヲ得(第三十六條第三十七條
及ヒ第五十五條)

第七章 刑期計算

第一節 刑期ノ定準

刑法上一月ト稱スルハ三十日ヲ以テシ曆ニ從ヒテ二十八日二十九日三十日若ク
ハ三十一日ヲ以テ一月トスルコトヲ許サス。之ニ反シテ一年ト稱スルハ曆ニ從ヒ
日數ヲ以テ之ヲ計算シ閏年ト平年トヲ區別スルコトヲ許サス(第四十九條)
日數ヲ以テ計算スル刑ニ就テハ我刑法ハ特別ノ方法ヲ定メタリ。即チ受刑ノ初日
ハ時間ヲ論セス一日ニ算入シ放免ノ日ハ刑期中ニ算入セサルモノトセリ(第四十

九條第二項。蓋シ我立法官ハ時ヲ以テ之ヲ計算スルトキハ夜間ニ放免スルカ如キノ恐アルヲ防クノ目的ニ出テタル者ナルヘシト雖此目的ヲ達スルニハ單ニ放免ノ時刻若クハ時限ヲ定ムレハ即チ足レリ斯ル日數計算法アリト雖更ニ放免ノ時刻ヲ定メサレハ其ノ目的ヲ達スルコトヲ得ス。何トナレハ放免ノ日ハ之ヲ刑期ニ算入セサルヲ以テ放免ノ當日ハ午前一時若クハ午後十二時ニ之ヲ放免スルモ毫末モ法律ノ禁スル所ニアラス。故ニ我立法官ハ遂ニ已ムコトヲ得ス監獄則第三十一條ニ於テ之ヲ定メタリ。然レトモ特ニ放免ノ時刻ニ制限ヲ設ケタル以上ハ予ハ一日ヲ以テ二十四時間トシ時間ヲ以テ日數ヲ計算シ且ツ拘留ノ如キ十日ニ出テハ自由刑ハ受刑者ニ便宜ナル時刻ヨリ其ノ執行ヲ始ムルコトヲ希望スル者ナリ。否ラスハ我刑法第四十九條ニ「一日ト稱スルハ二十四時間ヲ以テス」ト云ヘルハ實ニ空文ニシテ法律上毫末ハ關係アルヲ見サルヘシ。

第二節 刑期ノ經過

刑期ハ不變期間ナリ一旦定マリタル刑期ハ他ニ事故アリテ現ニ刑ノ執行ヲ受ケサルモ仍ホ之ヲ刑期間ニ算入セサルヲ得ス。一定ノ期間ハ引繼キタル唯一ノ期間ナリ數次ニ分割シテ數次ニ刑ノ執行ヲ爲シ得ヘキ者ニラス。設例ヘハ今年一月一日ニ於テ一ケ年ノ禁個ニ處セラレタル者ハ來年ノ一月一日ニ於テ放免セラルヘキ權利ヲ有ス。故ニ獄吏ノ過失ニ依リ期滿前ニ囚徒ヲ放免シタルトキハ更ニ其ノ放免中ノ日數ヲ刑期中ヨリ控除シテ刑期ヲ來年ノ一月一日以後ニ延長スルコトヲ得ス。若又放免ノ儘此期限ヲ經過シタルトキハ更ニ之ヲ執行ヲ爲スコトヲ得サルナリ。然レトモ刑ノ不執行カ囚徒ノ過失違反ニ基クトキハ法律ハ明文ヲ以テ其ノ不執行ノ期間ヲ刑期中ニ算入セサル旨ヲ明定セリ。即チ我刑法ニ於テハ假出獄中再ヒ重輕罪ヲ犯シテ假出獄ヲ取消サレタルトキハ其ノ假出獄中ノ日數ヲ計期中ヨリ控除スル場合及ヒ刑期限內逃走シ再ヒ捕ニ就キタルトキ逃走間ノ日數ヲ除キ前後受刑ノ日數ヲ刑期ニ計算スル場合はレナリ(第五十二條及ヒ第五十六

條

未決拘留日數ハ刑期ニ算入スヘキモノナルヤ否ヤニ就テハ學者ノ間多少ノ議論アル所ナリ。抑モ未決拘留日數ノ久キニ渉ルハ最モ嫌惡スヘキ一事ナレトモ其ノ弊害ヲ防止スルハ司法制度ノ改良如何ニ存ス苟モ未決拘留ヲ以テ自由刑トシ又ハ未決囚ヲ以テ犯罪人タルノ推測ヲ下スコトナキ以上ハ未決拘留ハ公義ニ對スル國民一般ノ義務ナリ。然レトモ未決拘留ノ爲メ人民ノ現ニ蒙ル所ノ損害ノ極メテ大ナルハ茲ニ多辯ヲ要セサル明白ノ事實ナリ。數年前ノ事ナリト覺ユ現ニ獨逸ニ於テ一個ノ私立會社ヲ結合シ久シク獄舎ニ拘留セラレ其ノ職業生計ノ道ヲ營ムコト能ハサリシ者ニシテ無罪放免ノ言渡ヲ受ケタルモノニハ相當ノ金錢ヲ惠與センコトヲ企テゲー、エム、スタウト氏ノ如キハ一大富講ヲ起シテ其ノ資金ヲ得ソコトヲ計畫シタレトモ其ノ方法ノ困難ニシテ且官許ヲ得ルコト亦甚タ難キノミナラス此等ノ事タル私人ノ爲スヘキ事業ニアラス當サニ國家政府ノ任スヘキ

モノトナシ遂ニ之ヲ國會ニ建議スルニ至リタレトモ未タ其ノ實行セラレタルヲ聞カサルナリ。此建議ニシテ果シテ理アラハ未決拘留日數ハ之ヲ刑期ニ算入スヘキハ論ヲ俟タスト雖予ハ未決拘留日數ハ決シテ之ヲ刑期ト同視スヘキモノニアラストスル者ナリ。然レトモ我刑法ハ檢察官ハ上訴ニ係ル者及ヒ犯人自ラ上訴シテ其ハ上訴正當ナル時ハ原裁判宣告ノ日ヨリ刑期ヲ起算シ上訴中ノ未決拘留日數ヲ刑期ニ算入スルモトセリ。第五十一條若シ此定規ニシテ果シテ學理ニ適スルモノトセハ無罪放免ノ言渡ヲ受ケタル者ハ政府ニ對シ相當ノ損害賠償ヲ要求スルノ權アルモノトスルハ甚シキニ至ルヘシト雖我刑法ハ敢テ學理ニ基キタルモノニアラス唯被告人ノ利益ト實際ノ便宜トニ依リ此規定ヲ設ケタルモノニ過キサルヘシ。我刑法ノ學理ニ關スル當否ハ之ヲ措キ左ニ其ノ規定如何ヲ見ム

一、犯人自ラ上訴シテ其ノ上訴正當ナル時ハ前判宣告ノ日ヨリ起算シ若シ其ノ上訴不當ナル時ハ後判宣告ノ日ヨリ起算スヘキモノトス。抑モ上訴ハ裁判言渡ノ

確定ヲ妨クル者ニシテ上訴中ハ尙ホ未決拘留アリ故ニ未決拘留ハ刑期ニ算入スヘカラサルハ業ニ既ニ論述シタル如クナレトモ我刑法ハ特ニ一ノ恩惠ヲ設ケ其ノ上訴ノ正當ナル場合ニ限り之ヲ刑期ニ算入スヘキモノト定メタリ。論者往々上訴ノ不當ナル場合ニ於テ此特惠ヲ與ヘサルハ犯人其ノ不當ヲ知ルモ尙ホ上訴ヲ爲シ未決拘留日數ヲ以テ刑期ニ算入スルハ弊アルニ出ツルトスルモハナキニアラスト雖若シ果シテ然ラハ論者ハ上訴中ノ未決拘留日數ヲ刑期ニ算入スルヲ以テ本則トシテ而シテ唯上訴ノ不正ニシテ未決拘留日數ヲ刑期ニ算入スルコトナキ場合ヲ以テ其ノ例外トセサルヘカラサルニ至ラノ學理ニ適シタルモノト云フ可ラス又被告人上訴ノ願下ヲ爲シタルトキハ其ノ願下ヲ爲シタル時ニ於テ其ノ裁判ハ確定ス可シ何トナレハ上訴ノ申立ハ唯裁判確定ノ時間ヲ延滞セシムルニ止マルヘキヲ以テナリ。故ニ上訴ノ願下アリタルトキハ其ノ願下ノ時ヨリ刑期ヲ起算スヘキヲ正當トスレトモ上訴中ノ未決拘留ヲ以テ

刑期ニ算入スルヲ本則トスル論者ニ在テハ前判宣告ノ日ヨリ之ヲ起算スヘキモノトセサルヘカラサルニ至ルヘシ。而シテ論者ハ尙ホ能ク論者ノ目的タル濫訴ノ弊害ヲ防止スルコトヲ得ヘキモノトスルカ○上訴ハ唯裁判ノ確定ヲ妨クルニ止マリ而シテ裁判確定セサルトキハ上訴中ト雖之ヲ未決拘留トスルノ本則ニ基キ附加刑ノミニ對シテ上訴ヲ爲シ其ノ上訴正當ナリシトキト雖刑法ノ規定ニ依リ尙ホ其ノ刑期ハ前判宣告ノ日ヨリ計算ス

二、檢察官ノ上訴ニ係ル者ハ其ノ上訴正當ナルト否トヲ分タス前判宣告ノ日ヨリ起算スルヲ以テ我刑法ノ規定トスレトモ上訴ノ結果ハ單ニ裁判ノ確定ヲ妨クルハ檢察官ノ上訴ニ係ルト否トニ關係スルコトナキヲ以テ未決拘留ヲ以テ刑期中ニ算入スルノ學理ニ適セサルハ既ニ前項ニ述フル所ノ如シ故ニ此規定モ亦之ヲ法律ノ恩惠ニ出テタルモノトスルノ外ナシ

三、上訴中保釋ヲ得又ハ責付セラレタル者ハ未決者ナルモ拘留スルコトナキヲ以

テ刑期ニ算入スヘキ拘留日數ナシ故ニ保釋又ハ責付中ノ日數ヲ刑期ニ算入スルコトヲ得ス

第三節 刑期ノ起算

刑期ノ起算點ヲ定ムルニ就キテハ之ヲ左ノ三種ノ說ニ區別スルコトヲ得

〔第一說〕ハ受刑ノ日ヲ以テ刑期ノ起算點トスルモノナリ。此說ニ從フトキハ縱ヒ裁判ハ確定スルトモ未タ刑ノ執行ニ着手セサル間ハ其ノ日數ヲ刑期ニ算入セサルモノトナルヘシ。然レトモ此說タル既ニ第一節ニ於テ論述シタル所ノ期間計算法ト牴觸スルヲ以テ我刑法ノ採ラサル所ニシテ亦學理ノ能ク此說ヲ保護スヘキモノアルナシ

〔第二說〕ハ裁判宣告ノ日ヲ以テ刑期ノ起算點トスルモノナリ。被告人ニ取リテハ第一說ト全ク異ニシテ大ニ利益ナリト雖此說ニ從フトキハ三日以下ノ拘留ノ刑ノ如キハ遂ニ全ク其ノ執行ヲ見スシテ刑期ハ常ニ經過スルニ至ラン。何トナレハ

刑ハ裁判確定ニ至ラサレハ執行スルコト能ハサルハ刑法第五十條ノ明定スル所ナルヲ以テ裁判宣告ノ時ヨリ刑期ヲ起算スヘキモノトスレハ三日ノ拘留ハ裁判確定以前ニ經過スヘケレハナリ。但シ第五十一條ニハ現ニ刑期ハ刑名宣告ノ日ヨリ起算ス。ト明言スルカ故ニ我刑法ハ或ハ此第二說ヲ採用シタルカ如キノ趣アリト雖該條ハ決シテ一般ニ刑ノ起算點ヲ定メタルモノト謂ハンヨリ未決拘留日數ヲ刑期ニ算入スルコトヲ定メタルモノト謂ハサルヲ得ス。該條カ刑期ハ刑名宣告ノ日ヨリ起算スト云フハ單ニ未決拘留ヲ爲スヘキ刑名ニ就テ之ヲ云フノミ違警罪ノ如キハ素ヨリ此條ニ依ルヘキモノニアラサルナリ

〔第三說〕ハ裁判確定ノ日ヲ以テ刑期ノ起算點トスルモノナリ。抑モ第二說ニ於テハ裁判言渡ノ日ヲ以テ刑期起算點トスレトモ刑ハ裁判確定スルニアラサレハ執行スルコトヲ得サルモノナルニ未タ法律上執行ヲ許サ、ル日數ヲ刑期ニ算入スルモノニシテ其ノ當ヲ得サルヤ固リ當然ナリ。又第一說ハ受刑ノ日ヲ以テ刑期起

算點トスレトモ裁判確定スレハ國家ハ直ニ刑罰執行權ヲ生スルモ國家カ單ニ之ヲ行ハサルノ一事ヲ以テ其ノ責ヲ犯人ニ嫁スルハ亦其ノ當ヲ得タルモノニアラス。故ニ裁判確定シテ國家ノ刑罰執行權ヲ生スル以上ハ國家ハ現ニ之ヲ行フト否トハ問ハス之ヲ刑期ニ算入スヘキハ實ニ正確ヲ得タルモノト云フヘシ。我刑法モ亦一般ノ原則トシテハ當然此第三說ヲ採用セルモノト謂ハサルヲ得サルナリ。

第三編 刑ノ適用

第一章 刑法典ノ體裁

刑法ハ犯罪ノ處分ヲ定ムル所ノ法律ナリ。或ハ之ヲ慣習法ニ一任シテ別ニ法典ヲ設ケサル邦國ナキニアラス。然レトモ刑法ハ一ノ公法ナリ。文明諸邦ニ於テハ概シテ之ヲ法典ニ編成シ法律ノ正條ナクンハ何等ノ所爲ト雖犯罪トシテ之ヲ罰セサルヲ以テ法律ノ原則ト爲ス。是レ「法律ナクンハ犯罪ナク又刑罰ナシ」(Nullum crimen, nullum poenae sine lege)トノ格言ニ基ク所。我刑法第二條ニ「法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖之ヲ罰スルコトヲ得ス」ト明言スルモ亦蓋シ此意ナリ。

刑罰ノ適用ニ關シ法典編纂ノ體裁ニ三種ノ方法アリ。第一ハ法律ノ各條ヲ以テ各犯罪ニ適用ス可キ刑罰ヲ固定シ法官ヲシテ各事件ニ就キ毫モ其ノ刑罰ヲ斟酌スルヲ許サ、ルモノ第二ハ法律ハ唯或所爲ヲ以テ罪トスルコトノミヲ定メ其ノ刑罰ハ全ク之ヲ法官ノ定ムル所ニ一任スルモノ第三ハ各犯罪ニ就テハ唯適用スヘ

ベル子ル氏刑法論第二七二葉
ノオスケン
一氏佛國刑法第一卷第二四號

キ刑罰ノ範圍ヲ定メ其ノ範圍内ニ於テハ法官ヲシテ各事件ニ附キ適當ノ刑罰ヲ定ムルコトヲ許スモノ是レナリ第一ノ方法ハ法律ノ正條ヲ以テ特ニ定ムル刑罰ノ外法官ヲシテ決シテ之ヲ適用スルコト能ハサラシメ法官專斷ノ弊ヲ避ケシムルモ法官ヲ以テ單ニ法律ノ器械トナシ各事件ノ情況ニ應シテ各犯罪者ニ適當ノ刑罰ヲ適用セシムルノ便宜ヲ失シ第二ノ方法ハ法官ヲシテ各事件ノ情況ニ應シテ適當ノ刑罰ヲ施スコトヲ得セシムルモ刑罰ヲシテ全ク法官ノ自由ニ創定スル所ヲラシムルノ大弊アリ第三ノ方法ハ前二方法ヲ折衷シテ中正ヲ得セシメントスルモノナリ然レトモ國情ト時勢トニ由リ或ハ第一方法ニ傾キ或ハ第二方法ニ偏スルコト少カラス我刑法モ亦此第三方法ニ基キタルモノナレトモ刑ノ範圍ノ最重點ト最輕點トヲ併セテ法律ニ於テ之ヲ定メ單ニ最重點ノミヲ定ムルコト英獨法ノ如クナラサルカ故ニ寧ロ之ヲ第一方法ニ傾キ獨逸及ヒ英國法ハ第二方法ニ傾キタルモノト謂フヘシ

第二章 刑法ノ管轄

第一節 時ニ關スル刑法ノ管轄

第一款 刑法ノ頒布

刑法ハ頒布ヲ待テ初メテ了知シ得ヘキ法律ノ狀態ヲ爲シ施行期限ニ至リテ初メテ其ノ効力ヲ生ス此期限ヲ經過スレハ國民ハ法律ヲ知ルト知ラサルトヲ問ハズ直ニ犯罪ノ責任ヲ生ス故ニ犯罪ノ責任ハ毫モ法律ヲ知ルト否トニ關係ナク唯此犯罪ヲ定ムル所ハ法律ハ効力アルト否トニ關係ス學者往々此原理ヲ誤リ法律ノ不識ハ犯罪ノ責ヲ免ルコト能ハストスル原則ヲ以テ人民ハ悉ク法律ヲ了知セリトノ推測ニ出テタルモノトスレトモ現ニ法律ヲ知ラサリシ充分ノ證據アリ以テ此推測ヲ破ルニ足ルヘキモノアルトキハ遂ニ之ヲ犯罪ノ責任ナキモノトセサルニ至ルヘシ又或學者ハ一タヒ法律ヲ頒布シ人民ノ了知スヘキ時限ヲ經過スレハ其ノ法律ヲ適用スヘキモノナルヲ以テ法律ノ不識ハ犯罪ノ責任ヲ免ルコト

フオースタンエ
リー氏佛國刑法
第二二號
エトケル氏法律
不識論

ヲ得サルノ理由トスルモノアレトモ亦誤謬ノ見タルヲ免レス。何トナレハ法律ヲ適用スルニハ必スシモ人民ノ了知スヘキ時限ヲ經過スルヲ要セス設ヒ其ノ時限ハ人民ヲシテ了知セシムルニ足ラサルモ其ノ法律ニシテ効力アラハ直ニ之ヲ適用ス可ク人民ノ之ヲ了知スルト否トハ問ハサレハナリ。現ニ有名ナル保安條例ノ如キハ發布ノ當日ヨリ施行スヘキモノトセラレタリ

第二款 刑法ノ致反効

法律ハ其ノ効チ既往ニ及ホスコトヲ得ストハ法律ノ一原則ナレトモ此原則ハ唯法律ノ解釋ニ屬スル推測ヲ定メタルノミナリ必スシモ既往ニ及ホスノ法律ナキニアラス。此原則ハ唯既得ノ權利ヲ害スル能ハサルコトヲ明示スルニ過キサルヲ以テ民刑訴訟法ノ如キハ却テ舊法ノ下ニ成立ナタル既往ノ事件ヲ審判スルニ新法ヲ以テスルヲ本則トス。故ニ我刑法第三條ハ法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得スト云ヒ犯罪外ニ屬スルモノハ既往ニ及ホサルコトヲ定メサルノ

ベル子ル氏刑法
管轄論第五〇葉
以下

シイゲル氏刑法
致反効論
法原論第四七葉

ミナラス其ノ犯罪ニ係ルモノト雖既ニ舊法ニ依リ處斷セラルヘキ罪ニシテ新法ヨリ重キモノハ新法ヲ既往ニ及ホスヘキコトヲ定メタリ。是レ同條第二項ニ「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」ト云ヘル所以ナリ。今マ左ニ新舊法適用ニ關スル原則ヲ示ス

〔第一〕犯罪ハ其ノ犯時ニ有効ナル法律ニ對シテ其ノ當時ニ成立スヘキモノニシテ、裁判ヲ待チテ始メテ犯罪ノ成立スヘキモノニアラス。裁判ハ唯其ノ犯罪ニ對スル責任ヲ定メテ之ニ一定ノ刑罰ヲ與フルモノニ過キサルナリ。故ニ犯罪トナラサル所爲ニシテ既ニ其ノ所爲ノ終リタル後ニ至リテハ新ニ頒布セル法律ノ違犯トシテ之ヲ罰スルコトヲ得ス。何トナレハ犯者ニ既得ノ權アレハナリ

〔第二〕之ニ反シテ犯時ノ法律ニ照シテ犯罪トナルヘキ所爲ヲ行フタルトキハ其ノ所爲ハ即チ犯罪ニシテ犯罪ハ既ニ成立スルト雖新法ニ於テ之ヲ犯罪ト認メサルトキハ之ヲ罰スルノ必要ナシ。學者往々之ヲ以テ犯罪ノ既得權トスルハ誤レリ。故