



* 0015941000 *

0015941-000

730-402

刑法

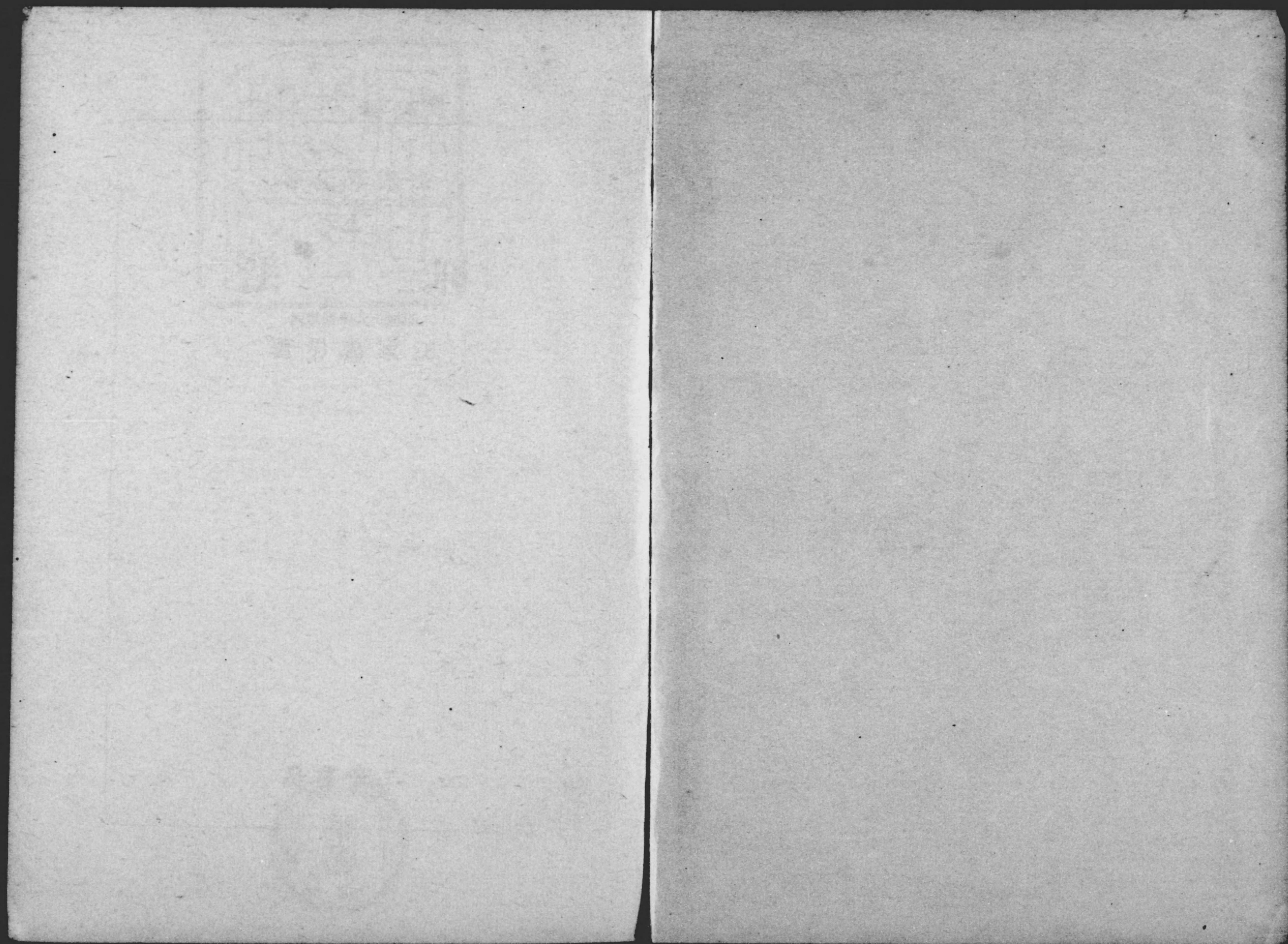
江家義男・著

三笠書房

昭13

ACG

689





法書全集

早稻田大學助教授

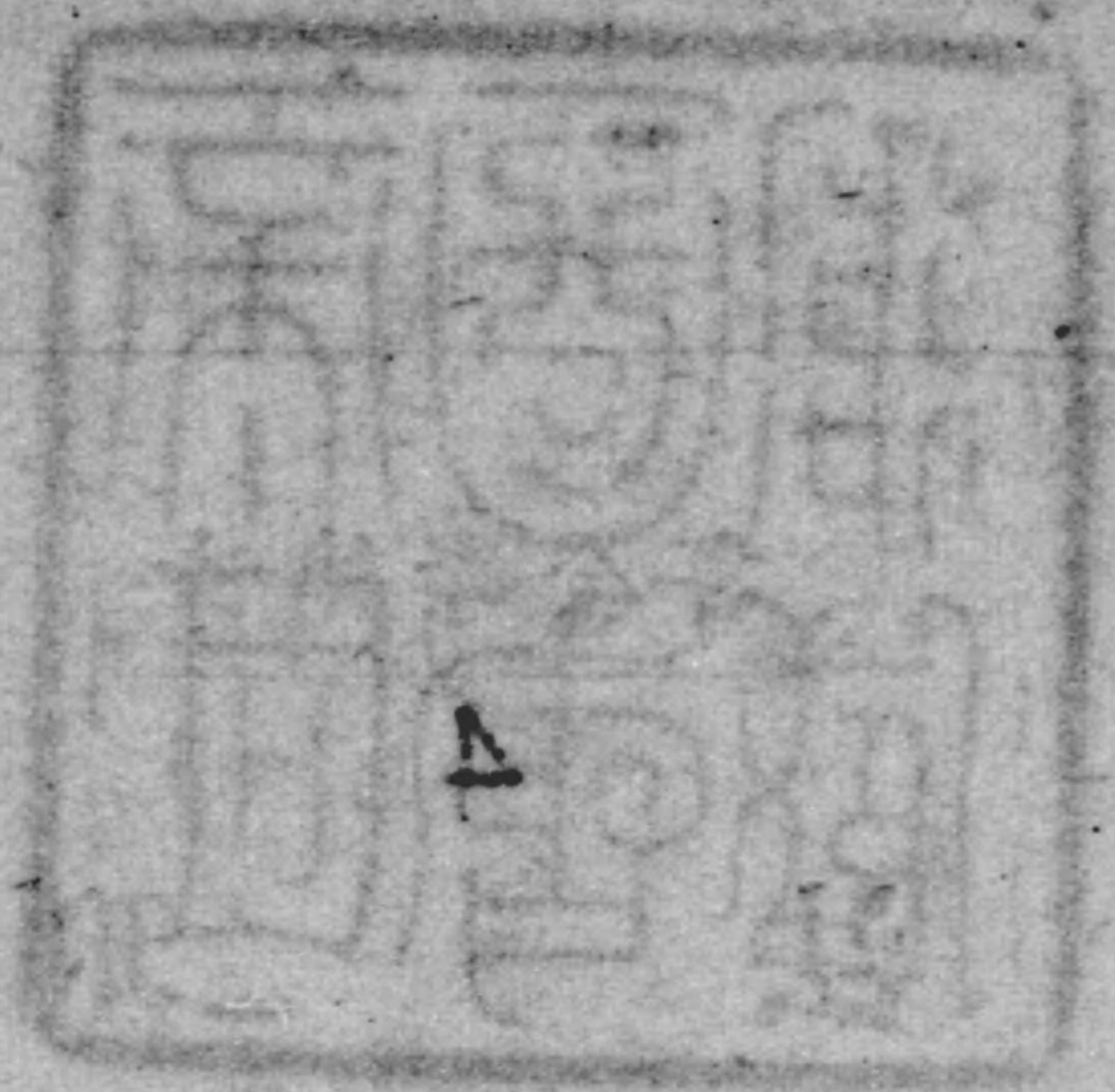
江家義男著



730
402

序

本書は、法律をこれから學ぼうとする初學者に、法律の一部である刑法について、大體の理解を興へようといふのが主眼である。だから、本書において私は、刑法の學理的な深みといふよりは、寧ろ、その常識的な理解といふ方面を考へて、刑法を出来るだけやさしく説くことに努めた。しかし、法律の理解には法律の解釋がつきもので、解釋なしに法律を理解することは出来ないであり、しかも、法律の解釋は、解釋する人々によつて、多少の相違を來すことも避け得られない。そこに、學說上の争といふものが生じ、したがつて、そのいづれが正しいとするかについて、學理的な説明をする必要もあるわけである。殊に現在の刑法學では、犯罪の考へ方について、行爲から生じた實害を重要視する客觀主義と、犯人の意思や性格を重要視する主觀主義とが對立し、又刑罰の考へ方について、刑罰を犯人の教育であるとする教育刑主義と、刑罰を犯罪に對する應報であるとする應報刑主義とが對立し、そのいづれの見地に立つかによつて、刑事立法に對する意見や現行刑法



に關する解釋を異にするのである。そこで、刑法を理解するには、まづ、この學說の對立から理解していかなければならない。本書において私は、この學說の對立を、時代の社會思想と關聯させて一應説明し、更にそれが個々の刑法理論に、どう現れてくるかにも言及した。この點で、本書は、大學で刑法を學ばるる學生諸君にとつても、學習の授けとなり得ることと信ずる。尙ほ、刑法の解釋上重要な點については、我が最高裁判所たる大審院の判例をも引用しておいた。學者の學理的な説明は兎もあれ、實際の裁判では、現行刑法がどう適用されてゐるかを知り得るためである。

昭和十三年十一月三日

早稻田大學法學部研究室において

著者識

目次

第一編 總論

第一章 刑法の概念 三

一、社會と犯罪 二、刑法の意義 三、刑法と個人の自由

第二章 刑法理論 八

四、客觀主義と主觀主義 五、應報主義と目的主義 六、一般豫防主義と特別豫防主義

第三章 罪刑法定主義 三五

七、罪刑法定主義の意義 八、罪刑法定主義の現状 九、我が刑法と罪刑法定主義

第四章 刑法の效力 三三

第一節 土地に關する效力 三三

一〇、基礎理論 一一、我が刑法の效力 一二、外國判決の效力

第二節 時に關する效力 壹

一三、基礎理論 一四、我が刑法の效力

第三節 人に關する效力 毛

一五、國內法上の例外 一六、國際法上の例外

第五章 犯罪の構成要件 六

一七、構成要件の概念 一八、一般構成要件と特別法の犯罪

第六章 犯罪の主體 四

一九、犯罪の主體と刑罰の主體 二〇、法人の犯罪能力

第七章 責任 四

第一節 責任能力 四

二一、責任能力の意義 二二、責任無能力者

第二節 責任條件 四

二三、責任條件の意義 二四、故意 二五、故意と事實の錯誤 二六、
故意と法律の不知 二七、過失

第八章 行爲 六

第一節 基礎理論 六

二八、行爲の意義 二九、作爲と不作爲

第二節 行爲の段階 六

三〇、犯罪意思の表示 三一、豫備 三二、實行の着手 三三、實行の
完了

第九章 違法 六

第一節 基礎理論 六

三四、違法の意義 三五、主觀的違法と客觀的違法 三六、不作爲の違
法性 三七、權利の行使と違法性 三八、違法阻却原因

第二節 法令又は正當の業務に因る行爲 七

三九、法令に因る行爲 四〇、正當の業務に因る行爲

第三節 正當防衛 七五

四一、正當防衛の成立要件 四二、過剰防衛

第四節 緊急避難 七九

四三、緊急避難の成立要件 四四、過剰避難 四五、緊急避難と業務上の義務者

第五節 自救行爲 八二

四六、自救行爲の意義

第六節 被害者の承諾 八三

四七、被害者の承諾に因る犯罪の不成立

第十章 犯罪の未遂 八四

第一節 未遂犯 八四

四八、基礎理論 四九、障礙未遂犯 五〇、中止未遂犯

第二節 不能犯 八六

五一、不能犯の意義 五二、迷信犯と不能犯

第十一章 犯罪の既遂 九一

第一節 因果關係 九一

五三、因果關係の意義 五四、因果關係を定める學說

第二節 犯罪事實の錯誤 九六

五五、犯罪事實の錯誤と犯罪の既遂未遂 五六、犯罪事實の錯誤に関する學說

第十二章 共犯 九八

第一節 基礎理論 九八

五七、共犯の意義 五八、從屬犯の觀念 五九、間接正犯の觀念

第二節 共同正犯 一〇一

六〇、共同正犯の成立要件 六一、共同正犯の處罰

第三節 教唆犯・・・・・・・・・・・・・ 一〇六

六二、教唆犯の成立要件 六三、教唆犯の處罰

第四節 從犯・・・・・・・・・・・・・ 一〇八

六四、從犯の成立要件 六五、從犯の處罰

第五節 共犯と身分・・・・・・・・・・・・・ 一一〇

六六、犯人の身分と犯罪 六七、身分に因り構成する犯罪と共犯
六八、身分に因り刑の輕重ある犯罪と共犯

第十三章 犯罪の複數・・・・・・・・・・・・・ 一一三

第一節 併合罪・・・・・・・・・・・・・ 一一三

六九、併合罪の意義 七〇、併合罪の處分

第二節 處分上の一罪・・・・・・・・・・・・・ 一一四

七一、想像的併合罪 七二、牽連犯 七三、連續犯

第三節 果犯・・・・・・・・・・・・・ 一二六

七四、果犯の意義 七五、果犯加重

第十四章 刑罰・・・・・・・・・・・・・ 一二八

第一節 刑罰の種類及び輕重・・・・・・・・・・・・・ 一二八

七六、刑罰の種類 七七、刑罰の輕重

第二節 刑罰の適用・・・・・・・・・・・・・ 一三〇

七八、刑罰の主體 七九、法定刑と處斷刑 八〇、宣告刑

第三節 刑罰の執行・・・・・・・・・・・・・ 一三三

八一、死刑の執行 八二、自由刑の執行 八三、財産刑の執行
八四、刑の執行猶豫 八五、假出獄及び假出場

第四節 刑罰の消滅・・・・・・・・・・・・・ 一三三

八六、刑罰の消滅の意義 八七、恩赦 八八、刑の時效

第五節 保安處分・・・・・・・・・・・・・ 一三四

八九、保安處分の意義 九〇、刑法改正假案における保安處分

第二編 各論

第一章 國家の存立に對する犯罪 一三七

九一、皇室に對する罪 九二、内亂に關する罪 九三、外患に關する罪

第二章 國家の作用に對する犯罪 一四四

九四、國交に關する罪 九五、公務の執行を妨害する罪 九六、逃走の罪 九七、犯人藏匿及び證據湮滅の罪 九八、偽證の罪 九九、誣告の罪 一〇〇、瀆職の罪

第三章 公共の平穩に對する犯罪 一五五

一〇一、騒擾の罪 一〇二、放火及び失火の罪 一〇三、溢水及び水利に關する罪 一〇四、往來を妨害する罪

第四章 公衆の健康に對する犯罪 一七三

一〇五、阿片煙に關する罪 一〇六、飲料水に關する罪

第五章 公衆の信用に對する犯罪 一七四

一〇七、通貨偽造の罪 一〇八、文書偽造の罪 一〇九、有價證券偽造の罪 一一〇、印章偽造の罪

第六章 風俗及び宗教に對する犯罪 一八九

一一一、猥褻、姦淫及び重婚の罪 一一二、賭博及び官職に關する罪 一一三、禮拜所及び墳墓に關する罪

第七章 個人の生命及び身體に對する犯罪 一九六

一一四、殺人の罪 一一五、傷害の罪 一一六、過失傷害の罪 一一七、墮胎の罪 一一八、遺棄の罪

第八章 個人の自由及び生活の平穩に對する犯罪 二〇五

一一九、住居を侵す罪 一二〇、秘密を侵す罪 一二一、逮捕及び監禁の罪 一二二、脅迫の罪 一二三、略取及び誘拐の罪

第九章 個人の名譽及び信用に對する犯罪 二一六

一二四、名譽に對する罪 一二五、信用及び業務に對する罪

第十章 個人の財産に對する犯罪 三三

第一節 財産犯の基礎理論 三三

一二六、財産犯の種類 一二七、財産犯の客體

第二節 竊盜及び強盜の罪 三三

一二八、竊盜罪 一二九、強盜罪

第三節 詐欺及び恐喝の罪 三六

一三〇、詐欺罪 一三一、誘惑罪 一三二、恐喝罪

第四節 背任及び横領の罪 三四

一三三、背任罪 一三四、横領罪

第五節 贓物に關する罪 三一

一三五、贓物罪

第六節 毀棄及び隱匿の罪 三四

一三六、毀棄罪 一三七、隱匿罪

刑法

第一編 總論

第一章 刑法の概念



犯罪は社會の必然的產物である。どんな時代の、どんな場所の社會においても、社會と元來、社會の平和を亂す者も出て來るであらう。第十七世紀の自然法學者グロテウスやキッ、社會の本性を對立的な、鬭争的なものと見れば、勿論のこと、同じ自然法學者グロテウスやキッ、人間の本性を社會的な、平和的なものと見ても、人間社會に犯罪の發生することを否定し得なかつた。尤も、或る特定の社會において、何

展せしめる爲めに存在するところの、種々な慣習や制度、竝に、その社會における政治的な、社會的な思想などを、よく吟味した上でなければ決定できない。何となれば、社會は常に發展しつつあるもので、或る社會の存立條件は、不斷に變遷し、その中の或るものは、時と共に消滅していくからである。

尤も、今日の文化に達した我々の社會生活から見れば、時代と場所とを超越して、常に犯罪であると考へられるものがある。例へば、殺人、傷害、放火、竊盜、強盜、強姦のやうなものがこれである。かやうな犯罪は、從來、自然犯と名づけられてゐる。この自然犯に對して、例へば、狩獵法に違反して禁止獸を捕獲し、要塞地帯法に違反して要塞地帯で寫眞を撮り、所得税法に違反して脱税した場合のやうに、國家がその政策上、特に刑罰を以つて禁止するが故に、犯罪となるものは法定犯と名づけられてゐる。

二 刑法の意義

刑法は犯罪に對し社會を防衛する爲めに生れた。尤も、社會の平和を維持し、社會を防衛することは、總ての法が持つところの使命であつて、刑法だけが獨占してゐるものでは

ない。しかし、刑法はこの使命を果す爲めに、國家から刑罰といふ手段を特に與へられてゐるのである。刑法が他の法から區別せられるのは、實にこの點にある。では、刑罰とは何か。

現代の法律制度の下では、刑罰は、法違反を理由として、國家が法違反者の法益（法律に依つて保護せられる利益）を剝奪するものである。刑罰は國家が法違反者の法益を剝奪するものであつて、被害者に損害の回復を得せしむるものではない。この點は、民法が規定してゐるところの、不法行爲に對する損害賠償（民七〇九條）と區別せられる重點である。往時の、未だ、法律制度のよく發達してゐなかつた時代には、民事責任と刑事責任との分化がなく、従つて、損害賠償と刑罰との區別もなかつたのであるが、現代の法律制度においては、これが劃然と區別せられるのである。例へば、盜人が他人の物を盗んだ場合に、刑法では、盜人を竊盜罪として十年以下の懲役に處するのであるが（三三五條）、民法では、不法行爲として、被害者から盜人に對して、損害の賠償を請求し得るのである。そうして、この場合に、國家が犯人に刑罰を科することは、被害者が損害賠償を請求するか否かに、全く關係なく行はれるのである。

刑罰は法違反を理由として、國家が法違反者の法益を剝奪するものである。これが、實質的意味での刑罰である。この意味では、懲罰や過料なども、刑罰の概念中に含まれる。しかし、現行刑法の適用上は、刑罰といふ語を形式的意味で用ひ、刑法第九條に規定されてゐるもの、即ち、死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料（以上は主刑）並に、沒收（附加刑）に限られる。これらの刑罰を規定してゐる法規を、廣義の刑法又は總括的に「刑罰法」といふ。これに對して、特に刑法といふ名稱のある法律（明治四十年法律第四五號）を、狹義の刑法、又は單に、「刑法」と呼ぶのである。廣義の刑法に屬するものは、陸軍刑法、海軍刑法、治安維持法、暴力行爲等處罰ニ關スル法律、盜犯等ノ防止及處分ニ關スル法律などの外、多くの警察上の取締法規にある罰則、各種の税法にある罰則など、殆んど枚舉に遑がない。これらの刑罰法を狹義の刑法に對して、「特別刑法」と呼ぶこともある。

三 刑法と個人の自由

刑法は犯罪に對して社會を防衛するものであり、その手段たる刑罰は個人の法益を剝奪

するものである。しかし、個人の法益を極度に剝奪することは、個人の集團たる社會の存立と矛盾することになる。そこで、刑罰と個人の自由との間には、或る調和がなければならぬ。この點から觀察して、刑法には二つの機能があることを知り得るのである。即ち、その一は、犯罪に對し社會を防衛する機能であり、その二は、刑罰に對し個人の自由を保障する機能である。たとへ、反社會的な行爲であつても、刑法が犯罪として規定してゐない以上は、これに對して刑罰を科し得ないのである。この意味で、刑法は犯罪人のマグナカルクであるともいはれるのである。言ひ換へれば、刑法は、犯罪とこれに對する刑罰とを規定するものであるが、それは、單に、犯罪防遏の方法を定めたものではなくして、更に、個人の自由保障の爲めに、國家と個人との法律關係、即ち、個人に對する國家刑罰權の發生條件をも、定めたものであるのである。刑法を制定し、解釋し、適用するには、常に、刑法が持つこの兩面を考へておらねばならない。

第二章 刑法理論

四 客觀主義と主觀主義

刑法が、或る行爲を犯罪とし、これに刑罰を科するには、犯人の行爲から現實に生じたところの害悪、即ち實害に重きをおくべきか、それとも、犯罪を犯さうとする犯人の性格や意思に重きをおくべきか。前の立場は客觀主義といはれ、後の立場は主觀主義といはれており、現代の刑法學における、根本的な、しかも、對立的な理論である。そこで、刑法を學ぶには、まづ、この對立的理論の理解から始らねばならない。

客觀主義は犯罪の重點を實害の發生におくのであるから、實害の發生しない行爲は犯罪としない。假に、犯罪として取扱ふにしても、その刑を軽くするのである。例へば、他人の窓硝子を破壊する意思で投石したが、石が命中しなかつた即ち實害が生じなかつたときは、その行爲を犯罪としない、犯人は無罪である。又例へば、人を殺さうとして毒藥を飲

ましたが、毒の效目がなくて相手が死亡しなかつたとき、即ち殺人の未遂は、殺人の既遂よりも刑を軽くするのである。これに反し、主觀主義は犯罪の重點を犯人の性格や意思におくのであるから、いやしくも、犯人が犯罪を犯す意思で一定の行爲をした以上は、その行爲から實害が発生したと否とに拘らず、その行爲を犯罪とし、又犯罪の未遂も既遂と同様に處罰することになるのである。要するに、客觀主義は實害を中心として、犯罪の成否、大小、並に刑罰の輕重を考へるのであり、主觀主義は意思を中心として、犯罪の成否、大小並に刑罰の輕重を考へるのである。かやうに、刑法を客觀主義的に理解するか、主觀主義的に理解するかといふことは、刑法を制定する場合には勿論、刑法を解釋し適用する場合にも、重大な差異を生ぜしめるのであるが、さて、そのいづれがよいかといふ問題になると、その解決は容易でないのであつて、そこに、學者の意見の相違があり、刑法學における客觀主義學派と主觀主義學派との對立を見せてゐるのである。そこで、我々は、そのいづれがよいかといふことを決定する前に、客觀主義と主觀主義との對立は、どうして生じたのであるか、その社會的理由は何であるか、客觀主義刑法と主觀主義刑法によつて、刑法の機能にどんな相違を來すであらうか、といふことを考へて見る必要がある。そうし

て、その爲めには、刑法學の發展史を一瞥する必要がある。

元來、近代の刑法學は、第十六七世紀頃から歐洲に擡頭したところの、個人主義的自由主義思想を基礎として發達したもので、當時におけるローマ教會と專制國家との壓迫に對し、個人の自由を解放し、これを保障することが、近代刑法學の生れた所以であつたのである。當時ローマ教會の勢力は全歐を風靡し、その獨斷的な教義が人々に強ひられておつたのであるが、第十五世紀頃以來の商業の發達と自然科學の勃興は、個人の自我の覺醒を促し、その結果、ローマ教會の獨斷的な教義に對する抗議が澎湃として起つた。ルーテルの宗教改革がその先鋒である。ところが、ローマ教會はこれらの抗議者を異教徒と目して、單にその宗教的信念が異なるといふ理由だけで、これに苛酷な刑罰を科したのである。更に、近代的國家の成立期における專制國家は、當時、全歐に亘つて勃興した啓蒙運動を阻止する爲めに、啓蒙運動者を單にその思想を懐いてゐるといふ理由だけで、嚴重な刑罰に處したのである。個人主義的自由主義の立場から、かかる刑罰制度に對して抗議が提起されることは當然である。近代刑法學の鼻祖と仰がれるベッカーリヤの著「犯罪と刑罰」は、かやうな情勢の下に生れたのである。彼はこの著書において、刑罰は原則として實害を發生

せしめた行爲のみに科せらるべきで、單なる犯罪意思や、實害の生じない行爲は罰せらるべきではない、と主張した。即ち客觀主義を主張したのである。彼の意圖が、「單なる思想はこれを罰せず」といふ原則を樹立して、刑罰に對し個人の自由を保障せんとするにあつたことは明瞭である。ベッカーリヤのこの主張が、フランス革命を経て一八一〇年ナポレオンの刑法を基礎づけ、又ドイツではカントやヘーゲルなどにより、哲學的に基礎づけられて、第十九世紀における刑法の原理となつたのである。

客觀主義の發生がかやうなものであつたに對し、主觀主義は、第十九世紀末における、犯罪の實證的研究から出發してゐる。當時の歐洲は、著しい財産犯及び性的犯罪の増加と、累犯の激増とに悩まされたのであつた。この犯罪現象は、主として、産業革命によつて産み出されたところの、貧困労働者の増大に起因するのであるが、ともあれ、社會は何とかしてこの犯罪を克服せねばならない。そうして、まづ、犯罪の原因が實證的に研究されることになつたのである。最初に、イタリヤの醫學者ロムプロゾが、多數の犯罪人の頭蓋骨を研究して、犯罪人には普通人と異なるところの、人類學的特徴のあることを發見し、更に進んで、犯罪人の形貌や心理を研究した結果、犯罪人には生理的心理的に、一定の定型

がある、と主張したのである。特に彼の主張で有名なのは生來的犯罪人、即ち一定の犯罪人は先天的に、犯罪人たるの素質を有するといふ學說である。では、かやうな犯罪人定型はどうして生ずるか。彼はこれを、隔世遺傳と變質とに因るものであると説いた。隔世遺傳とは、原始人及び下等動物の性質が、現代の人間に現れるといふことであり、變質とは、アルコール濫用、花柳病その他の外部的な原因によつて、人間の性質が變るといふことである。その後、ロムプローゾの人類學的生物學的研究に續いて、犯罪の社會學的研究がなされるやうになつた。イタリヤの社會學者であり且つ法學者であるフェリーと、ドイツの刑法學者であるリストとが、この研究をなし遂げた。この研究によつて、犯罪は、犯人の個人的素質の外に、社會的環境に支配されて發生するものであることが、明かにされた。例へば、季節、地勢、人口、宗教、經濟状態などが、犯罪の發生に影響を持つのである。かやうな犯罪の實證的研究によつて得られたところの結論はかうである。犯罪は個人的及び社會的條件に因り決定された犯人の悪性が、行爲として外部に現れたものである。従つて、犯罪を防退するには、犯人の性格を重要視し、これを改善すべきである、と。主觀主義の刑法理論はこの結論を基礎とするのである。

さて、かやうに、客觀主義と主觀主義とをその出發點に遡つて觀察するならば、兩者は全く相反する意圖の下に唱へられてゐることが判るであらう。即ち、客觀主義の意圖するところは、個人の自由保障であり、主觀主義の意圖するところは、犯罪に對する社會防衛である。そこで、客觀主義がよいか主觀主義がよいかといふことは、刑法の機能として、個人の自由保障を重要視するか、犯罪の防退を重要視するかといふことで定まるのである。私の考によれば、刑法といふものは、元來が、犯罪に對する社會防衛の使命を持つて生れたものであるから、刑法の機能については、社會防衛の機能が重要視されねばならぬものである。そうして、刑法の社會防衛的機能が重要視されるべきものとすれば、犯罪は主觀主義的に、犯人の性格や意思に重きをおいて考へられねばならぬのである。何となれば、犯人の性格や意思は、犯罪の出發點であり、犯罪はその出發點において防止するのが、最も合理的であり、得策であるからである。客觀主義は實害の發生を犯罪の重點とするのであるが、しかし、我々が、或る結果の實現を目的として行動した場合に、その行爲から豫期した結果が發生するかどうかは、多少とも偶然的である。客觀主義はこの偶然的な事實を犯罪の基礎とするもので、刑法の社會防衛といふ立場から見れば、何等合理的なものを持

たないのである。

ところで、主観主義が實害の発生したかどうかを無視して刑罰を科するといふことについては、かういふ疑念が起ることであらう。それは、主観主義刑法によれば、個人の自由保障はどうなるか、といふことである。これは、しばしば、主観主義學派に對して向けられる攻撃の矢であつて、近代の刑法學が、個人主義的自由主義の温床で育つたものであることを願れば、無理からぬものであるが、しかし、この點については、主観主義學派のもう一つの主張を聽く必要がある。主観主義學派は、犯罪は犯人の反社會的な性格（これを簡単に悪性と呼ぶ）の現れである、と見ることから出發して、更に、刑罰は犯人を教育し、その悪性を改善するものでなければならぬ、と主張するのである。主観主義學派の主張する刑罰は、犯人に苦痛を與へることを目的とするものではなくて、犯人を教育し改善することを目的とするものなのである。主観主義學派は、刑罰を教育的改善的なものにするこゝとによつて、犯人の人格を尊重し、刑罰そのものの中に、個人の自由保障を強調するのである。客観主義學派は犯罪の重點を實害の発生におくことによつて、國家刑罰權の發動を機械的に制限し、個人の自由を保障しようとするのであるが、主観主義學派は刑罰を教育

的改善的ならしめることによつて、刑罰の執行を人道的文化的にし、個人の自由を保障しようとするのである。言ひ換へれば、客観主義學派は犯罪概念の構成に個人の自由保障を盛り込むのであるが、主観主義學派は刑罰概念の構成に個人の自由保障を盛り込むのである。

右のやうに、犯罪理論として客観主義と主観主義とがあるのであるが、その學問的な對立はそれとして、現在の我が刑法は、さてどういふ立場からつくられてゐるか。我が國では、國初から推古天皇の御代頃まで、我が國の固有の刑法が行はれ、その後、支那刑法を模範としたものが長く行はれたのであるが、明治十三年にフランス人のポアソナードといふ人が起草した刑法が制定され、明治十五年一月一日から實施された。これが謂ゆる舊刑法である。舊刑法は一八一〇年のナポレオンの刑法典を模倣したもので、従つて、個人主義的自由主義の立場から、客観主義的色彩の濃厚なものであつた。ところが、舊刑法の施行後間もなくその改正が唱へられ、明治十七年から刑法改正事業が始められて、明治四十年に新刑法が公布され、翌明治四十一年の一月一日から實施されることとなつた。これが現行刑法である。現行刑法は大體においてドイツ刑法を母法とし、これを主観主義の見地

から多少補正したもので、客観主義と主観主義との折衷であるとしてよい。例へば、現行刑法は、原則として、既遂即ち實害の発生したときを罰し、未遂を罰するのは例外である（四四條）。これは客観主義的なものである。しかし他面において、未遂の刑は必ずしも減輕しない、單に減輕し得るに止まつてゐる（四三條）。この點は主観主義的であるのである。尙ほ、大正十年から政府は刑法の改正事業を進めてゐる。大正十五年に臨時法制審議會によつて、「刑法改正ノ綱領」四十項目が決定され、昭和六年には刑法改正起草委員會によつて、「刑法並監獄法調査委員會總會決議及留保條項（刑法總則）」といふものが發表されたが（これを簡單に刑法改正假案と呼ぶ）、この改正事業においては、主観主義の主張が更に多く通されてゐるのである。刑法の社會防衛的任務を重要視する限り、犯罪理論としては主観主義が合理的である。ナチス刑法の改正事業では、これを意思刑法と名づけ、刑法改正の指導原理としてゐるのであり、ソヴェット刑法も主観主義によつて基礎づけられてゐるのである。但し主観主義學派の刑罰理論に對しては、ナチス學者から手強い反對がある。この點は後に述べる。

五 應報主義と目的主義

犯罪を行へば刑罰を科せられる。これは誰でもが知つてゐるところの常識である。しかし、それは何故か、といふことになる、二つの回答がある。一つは、犯罪に對する當然の應報である、惡事に對する當然の報である、といふ回答で、これを應報主義といふ。他は、將來再び犯罪の起らぬやうにする爲めである、といふ回答で、これを目的主義といふ。應報主義は古くからある考で、應報は人間の本能に基くものであるとか、神意に背いた者に對する神罰であるとか説かれ、又、第十九世紀ドイツの刑法學では、犯罪は道德命令に反するもの又は正義に違背するもので、刑罰は道德命令又は正義が要求するところの、當然の反動である、といふことが説かれた。しかし、刑罰は犯罪に對する應報であると單に説くだけでは、刑法の持つ社會防衛の使命を全ふさせることはできない。事實、第十九世紀において、刑法學者が、刑罰は正義の應報であると説いてゐる間に、犯罪はどしどし増加したのである。そこで、第十九世紀末頃から、刑罰は社會防衛の目的で科せられるものである、と説かれるやうになつた。特に主観主義學派からこれが強調されたのである。今

日においては、刑罰が社會防衛の目的で科せられることについて、疑をさしはさむ者は先づないといつてよい。尤も第十九世紀において應報主義が唱へられるについては、唱へられるだけの政治的な社會的な理由があつたのである。それは、客觀主義と同じやうに、第十七世紀以來の個人主義的自由主義を背景とするのである。中世紀の歐洲は、刑罰史上、嚴格刑時代又は威嚇刑時代といはれ、刑罰が非常に苛酷であつた。死刑が刑罰中の主位を占め、甚だ殘酷であり、四つ裂、車輪、火炙、水責、斬首、絞首などが用ひられた。特に、第十七八世紀の專制國家においては、殆んど總ての犯罪が死刑を科せられるものであつた。兎一匹盗んでも死刑に處せられたのである。そこで、個人主義的自由主義思想が盛んとなるにつれ、刑罰の緩和化が唱へられ、刑罰の輕重は犯罪の大小と均衡を保つべきであるとな主張された。この罪刑均衡論は、刑法學の鼻祖ベッカリーヤを始め、當時における殆んど總ての刑法學者について知り得るところである。そうして、この罪刑均衡論が第十九世紀に入つて、應報主義として唱へられたのである。即ち、刑罰は犯罪に對する必然的な應報であるとするによつて、刑罰の輕重と犯罪の大小との間に、或る均衡を保たふとしたのである。客觀主義により、犯罪は實害でなければならぬとし、應報主義により、

刑罰はこの實害と均衡を保つべきであるとするによつて、個人の自由保障が全ふされることになつたのである。従つて、個人主義的自由主義を背景とする刑法學においては、客觀主義と應報主義は車の兩輪のやうに、必然的に結び付くべきものであつた。だから、從來、客觀主義學派といへば、當然に應報主義が豫定され、應報主義を唱へる者は、客觀主義學派に屬する者と考へられたのである。しかし、最近では、この二つが分離されて、別々に主張される傾向がある。

最近、ドイツにおいては、刑法は個人の自由保障といふよりも、社會の防衛といふことを重要視することとなり、その結果、犯罪は主觀主義的に、即ち、犯人の性格や意思に重點をおいて考へられるやうになつたが、しかし、刑罰の性質は應報的なもの、贖罪的なものでなければならぬとせられてゐるのである。但し、ここで、刑罰は應報的、贖罪的なものであるといふのは、第十九世紀の應報主義のやうに、目的主義に對立するものではなくして、主觀主義學派の唱へる教育刑主義に對立するものである。よつて、この問題は次ぎの説明に譲る。

六 一般豫防主義と特別豫防主義

一般豫防主義といふのは、刑罰は社會の一般人を威嚇し戒慎させることによつて、犯罪を豫防しようとするのをいひ、特別豫防主義といふのは、刑罰は犯人そのものを教育し改善することによつて、犯罪を豫防しようとするのをいふ。一般豫防主義によれば、社會の一般人を威嚇する必要上、刑罰は相當に嚴重であり、刑罰は苦痛であることが要求される。歐洲の中世紀や我が徳川時代の刑罰が苛酷なものであつたのは、刑罰のこの一般豫防方面を重要視したからである。又一般豫防主義によれば、他戒の爲めに、犯罪必罰が必要であり、刑罰、特に、死刑の執行を公開するといふことも考へられる。これに對し、特別豫防主義は主觀主義學派の強調するところである。主觀主義によれば、犯人の悪性が行爲となつて外部に現れたものが犯罪であるから、社會から犯罪を驅逐するには、この悪性を持つて犯人を、教育し改善することが、最も効果的な方法として考へられる。犯罪理論としての主觀主義は、かくして、刑罰理論としての教育刑主義と、必然的に結び付くことになるのである。

尤も、前に述べておいたやうに、犯罪理論としては主觀主義を是認しながらも、刑罰理論としては、教育刑主義に反對し、刑罰は應報的なもの、贖罪的なもの、苦痛なもの、なければならぬ、といふ主張が相當に強い。まづ、教育刑を排撃する理由として、教育刑は國家の權威を失はしめる、といふ主張がある。刑罰は軍隊と同じやうに、國家權威のシンボルである。國家は刑罰によつて、社會の一般人に對し、犯人に對し、その權威を示さねばならない。刑罰が犯人の教育であるといふことは、國家の權威を失はしめるものである、といふのである。しかしながら、國家が犯人を教育し改善して、これを再び、社會の正常な生活に適應せしめることが、何故に、國家の權威を失はしめることになるのであらうか。親が子に對する眞の權威は、腕力や大聲で子を恫喝し壓服するよりも、慈心を以て子を教育し、信服せしめることによつて、より克くこれを示し得るのではあるまいか。次に、教育刑主義は一つの空想でしかあり得ない。現在の監獄で犯人を教育し改善するなどは、現實を知らざる机上の空論である、といふ反對説がある。しかしながら、現在の監獄が犯人の教育に適しないものであるならば、これを適當に改良すべきである。現實の缺陷を指摘して、教育刑主義を空想論と評するならば、現實の缺陷をそのままにして、これに安ん

することは、無爲無能論と評されやう。社會の進歩は、現實の缺陷を是正しつつ、理想に向ふところにある。更に、現在の社會には、悪い事をすれば、悪い報がくる、即ち、因果應報といふ道義感念があり、この道義感念が犯罪の防止に役立つてゐることは、否定できない、しかしこの事實から、刑罰は應報的なもの、贖罪的なもの、苦痛なものでなければならぬ、と主張することは、必らずしも、絶對的な正しさを持つものではない。我々の道義感念は、悪い報がくるから悪い事をしない、といふことから、更に、悪い事であるからそれをしない、といふところまで高められねばならぬ。又それが、眞の倫理である、と私は思ふ。刑罰といふ苦痛が科せられるから、犯罪を行はないのではなく、犯罪であるからそれを行はない、といふことが正しいのではあるまいか。我々は、教育によつて、犯人にかやうな道義感念を植付けることが望ましいのである。教育刑主義は常に刑罰の進歩的機能を考えてゐるのである。

それでは、現行刑法の立場はどうであるか。この點についても、現行刑法は折衷的であるといへる。まづ、中間の責任能力者といふものが認められ、心神耗弱者の犯罪については、その刑を減輕することになつてゐる(三九條二項)。これは、刑罰は、犯罪に對する道

義的應報であるといふ考からでてくるのであつて、通常人に對しては通常に刑罰を科して、通常に道義的應報をなし得るが、通常人よりも能力の低い者に對しては、道義的應報も亦輕くなければならない、といふ理由なのである。又現行刑法は責任無能力者といふものを認め、責任無能力者の犯罪には刑を科しないのであるが(三九條以下)、これに對し刑罰以外の社會防衛策が講ぜられてゐない。これも、刑罰は犯罪に對する道義的應報であつて、狂人や小兒に道義的應報を加へることはできない、彼等は無罪である、といふ考だけに立脚してゐるからである。しかし、主觀主義の見地に立つて、犯罪は犯人の悪性の表現であるとすれば、犯罪を犯すやうな狂人や小兒に對しては、たとへ、刑罰といふものを科し得いとしても、別に何等かの對策が講ぜられねばならぬのである。又、これは、次ぎに述べる罪刑法定主義といふことにも關聯するのであるが、現行刑法では、裁判所が被告人に有期の懲役又は禁錮の刑を言渡す場合に、その刑期が幾年又は幾月といふ風に一定してゐるのである。即ち定期刑である。しかし、刑罰は犯人の教育であるといふ考からすれば、刑罰をかやうに限定せず、犯人が教育され改善されるまで、刑罰を繼續することが望ましい。即ち教育刑主義は不定期刑の言渡を望むのである。右は現行刑法の應報刑主義的な一

面であり、教育刑主義的でない點であるが、他面において、現行刑法には多分に教育刑主義的なものがあるのである。例へば、刑の執行猶豫制度（二五條以下）、假出獄制度（二八條以下）、累犯加重制度（五六條以下）、酌量減輕制度（六六條以下）などは、刑罰は、犯人の教育であり改善であるといふ見地に立つてこそ、よくその趣旨を理解し得るのである。更に、近年の刑事立法は益々、犯人の改善といふことに留意してゐるのであつて、大正十一年の少年法は不定期刑を採用し（八〇參照）、昭和六年には假釋放審査規程（司法省訓令）が、昭和八年には行刑累進處遇令（司法省令）が定められたのである。又昭和五年の盜犯等ノ防止及處分ニ關スル法律第二條以下には、強竊盜の常習犯に對しては、刑を加重することが規定されてゐるのである。尙ほ、現に起草されつつある改正刑法では、刑罰の外に保安處分といふものが設けられ（八九參照）、不定期刑が規定され、執行猶豫及び假出獄の要件が、現行刑法よりも寛大となり、刑の種類が増加し、常習犯が一般的に重く罰せられるなど、現行刑法に比べて、主觀主義學派の年來の主張が、更に多く採り入れられてゐるのである。

第三章 罪刑法定主義

七 罪刑法定主義の意義

罪刑法定主義とは、犯罪と刑罰とを豫め法律によつて定めておくといふこと、言ひ換へれば、如何なる行爲が犯罪となり、これに對し、如何なる刑罰が科せられるかを、豫め法律で一定しておくといふことである。而して、ここにいふ法律とは成文法（制定法ともいふ）、即ち、文書に表示して一般に公布した法を指すのである。現代の人々から見れば、犯罪と刑罰とを法律で一定するといふことは、當然のことと思はれるであらう。しかし、第十八九世紀の刑法學においては、罪刑法定主義といふことは、その最も重大な關心事であつたのである。罪刑法定主義に對立するものを、罪刑擅斷主義といふ。封建制度の下における專制國家では、「民は依らしむべし、知らしむべからず」といふのが政治の方針であつた。我が徳川時代における徳川御定書百箇條は、犯罪と刑罰とを定めたものであるが、

しかし、今日の法律のやうに公布されたものではなかつたのである。歐洲においても同様であつて、たとへ、刑法があつたにしても、それは、極く簡単な、不完全なもので、國家の都合により、裁判官の解釋によつて、法律に定められてゐない行爲が犯罪として取扱はれ、刑罰を科せられたのである。そこで、第十八世紀において個人主義的自由主義思想が盛んとなるや、罪刑擅斷主義を廢して罪刑法定主義によるべきことが強調され、やがて罪刑法定主義は刑法の根本原則となつたのである。フランス革命における一七八九年八月二十六日の有名な「人權の宣言」第八條が、罪刑法定主義を法律に明定したものの嚆矢であるといはれてゐる。それには、「何人と雖も、犯罪前に制定し公布したる法律を、適法に適用せらるるに非ざれば、刑罰を科せらるることなし」と定めたのである。

罪刑法定主義の本來の使命は、個人の自由を保障するにある。そこで、罪刑法定主義からは、次ぎのやうな原則が導き出された。

(一) 刑法には慣習法を適用してはならない(慣習法は刑法の淵源とならぬ)。何となれば、慣習法の適用を許すときは、慣習法の存否を決定するのは裁判官であり、従つて、裁判官の擅斷を許容することになるからである。

(二) 刑法には類推解釋を許さない。何となれば、刑法の類推解釋を許すときは、法律が明示しない行爲が、犯罪として處罰されることになるからである。刑法の解釋は、全く文字通りの解釋に制限せられ、若し刑法の解釋について疑義が生じた場合には、被告人の利益に解釋することが要求される。

(三) 刑法の遡及效を許さない(刑法不遡及の原則)。何となれば、若し刑法の遡及效を許すときは、行爲の當時に何等犯罪とならぬものが、行爲後の法律によつて犯罪とせられ、従つて、犯罪と刑罰とを豫め法律で定めるといふ、罪刑法定主義の基礎を覆すことになるからである。尤も、行爲後の法律によつて、行爲の當時に犯罪であつたものが、犯罪でなくなり、或は、その刑罰が軽くなる場合には、刑法の遡及效を許しても、個人の自由を害する虞がないのであるから、かやうな場合には、刑法の效力を遡及させて差支ないものである。

(四) 不定期刑の採用を許さない。何となれば、不定期刑は、犯罪に對する刑罰が不定なのであるから、これ亦、罪刑法定主義の趣旨に反する。尤も、罪刑法定主義を文字通りに徹底させようとするれば、不定期刑の採用が許されなければかりでなく、刑罰の量定につい

て、裁判官の自由裁量を全く認めないことになる。一七九一年のフランス刑法がさうであつた。しかし、これは、刑罰の量定を非常に窮屈なものとし、情狀の軽い犯罪にも重い刑罰を科せざるを得ない場合も生じ、却つて、個人の自由を不當に壓迫する結果が生ずる。そこで、たとへ、罪刑法定主義によつても、裁判官の自由裁量を多少は認めざるを得ない。しかし、その自由裁量の範圍を最小限度に止めることになるのである。

八 罪刑法定主義の現状

右に述べたやうに、罪刑法定主義は、個人の自由保障を使命とするもので、個人主義的自由主義を基礎として立つてゐるのである。そこで、近年のやうに、個人主義的自由主義思想が衰微して、團體主義や全體主義の思想が高揚せられてくると、罪刑法定主義といふことも漸次にその力を失つて、最近では、罪刑法定主義解消の聲さえも聞くやうになつてゐる。又、刑法學における主觀主義理論が、この傾向を強めつつあるのである。前章で述べたやうに、主觀主義の刑法學は、犯罪は犯人の悪性が外部に現れたものと見て、犯人を改善する爲めに教育刑を主張する。そうして、犯人の教育といふ點から觀察するならば、

懲役刑や禁錮刑は、刑期を一定するよりも、刑期を不定のものにして、犯人が改善せられるまで、刑罰を繼續することが望ましい。即ち主觀主義學派は不定期刑の採用を希望する。又主觀主義刑法學によれば、刑罰は犯人の教育であるから、教育を最も有效ならしむるには、犯人の個性、經歷、境遇などによつて刑罰の種類を定め、且つ、その輕重を定める必要がある。この點において、主觀主義學派は、刑の量定について、裁判官の自由裁量の範圍が大であることを希望する。更に又、主觀主義刑法學は、刑法の社會防衛の任務を重要視するから、社會防衛の必要の爲めには、刑法の類推解釋も許されねばならぬと主張するのである。

事實、近年の刑事立法は、罪刑法定主義の諸原則を逐次に廢棄しつつあるのである。まづ、刑法の類推解釋が許されることになつた。一九二七年のソヴェット刑法並に一九三五年のナチス政府の刑法修正法は、類推解釋を爲し得ることを刑法の明文に表してゐる。又不定期刑も最近の刑事立法において採用されてゐる。更に、刑法に慣習法の適用を許さぬといふ原則も、近年、不作爲犯の成立が廣く認められるやうになり、不作爲犯の成立に必要な作爲義務が、慣習法によつても認められる結果、結局、慣習法が刑法の淵源となつ

てゐるのである（三六参照）。かやうに、從來刑法の根本原則とせられた罪刑法定主義も、漸次に解消せられつつあるのであるが、刑法は社會防衛の反面において、個人の自由をも保障すべきものとすれば、最後に罪刑法定主義の孤壘を守るものは、刑法不遑及の原則であらねばならぬ。

九 我が刑法と罪刑法定主義

舊刑法はその第二條に「法律ニ正條ナキモノハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス」と規定し、罪刑法定主義を明文に示したのであるが、現行刑法には右に相當する規定は存在しない。しかし、これは、現行刑法が罪刑法定主義を廢棄したからではなく、我が憲法第二三條のある以上は、刑法で特に規定する必要はないとの理由によるのである。憲法第二三條には、「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非シテ逮捕監禁審問處罰ヲ受クルコトナシ」と規定してゐる。従つて、憲法第二三條に罪刑法定主義の趣旨が表されてゐるのである。又刑法第六條には「犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタルトキハ其輕キモノヲ適用ス」と規定せられてゐる。この規定も罪刑法定主義と關係あることは、既に述べたところによつ

て明かであらう。

かやうに、我が現行刑法も罪刑法定主義の下にあるのであるが、しかし、近年は、我が國でも、罪刑法定主義の諸原則が漸次に廢棄されつつある。既に舊刑法の下において、我が大審院は類推解釋により、竊盜罪について、「物」とは有體物に限られるのではなくして、我々が五官の作用によつてその存在を認識し、且つ管理し得るものは、刑法上の物であるとして、電氣の竊盜罪を認めたのであつた。又昭和九年に北海道漁業取締規則にある「鈎」の意味について、更に同年、水禽保護に關する滋賀縣令の「水禽保護」の意味について、類推解釋を用ひたのである。そうして、近年は、一般の學說も刑法の類推解釋を是認するやうになつてゐる。

第四章 刑法の效力

第一節 土地に関する效力

一〇 基礎理論

刑法は如何なる土地において行はれた犯罪に對して適用せられるか。例へば、日本人がアメリカで竊盜をした場合、或は、アメリカ人がドイツで日本人を殺した場合に、犯人である日本人或はアメリカ人を、日本の刑法で處罰し得るだらうか。これを解決する原則は四つある。

(一) 屬地主義 一國の刑法はその領土内で行はれた犯罪に對して適用があるとするもの。この主義によると、前例の日本人もアメリカ人も日本の刑法では處罰し得ない。

(二) 屬人主義 一國の刑法は自國人の犯罪に對して適用があるとするもの。この主義によると、前例の日本人は日本の刑法で處罰し得るが、アメリカ人は處罰し得ない。

(三) 保護主義 一國の刑法は自國及び自國人の保護に必要な範圍内で、外國における犯罪に對して適用があるとするもの。この主義によれば、前例のアメリカ人も日本の刑法で處罰し得る。

(四) 世界主義 犯罪が人類共通の利益を侵害するものであるときは、犯罪地の如何に拘らず、各國がこれを處罰し得るとするもの。

一一 我が刑法の效力

我が刑法は屬地主義を原則として、これに屬人主義と保護主義を加味してゐるもので、大體次ぎの如くである。

我が刑法は、帝國內で行はれた犯罪である以上、犯人が日本人であると外國人であるとを問はず、適用せられる。尙ほ帝國船舶内は帝國內と同一に取扱はれる(一條)。

犯罪が、皇室に對する罪、内亂の罪、外患に關する罪、通貨偽造の罪などのやうに、重大なものであるときは、犯罪地が外國であつても、犯人が日本人であると外國人であるとを問はず、我が刑法の適用がある(二條)。

日本人が外國で次ぎのやうな犯罪を犯したとき、又は外國人が日本人に對してこの犯罪を犯したときは、我が刑法の適用がある。例へば、放火罪、私文書偽造罪、私印章偽造罪、強姦罪、殺人罪、傷害罪、誘拐罪、竊盜罪、強盜罪など（三條）。

外國で帝國の公務員が、護送の囚人を逃走せしむる罪、公文書偽造罪、瀆職罪を犯したときは、我が刑法の適用がある（四條）。

一二 外國判決の效力

前述のやうに、我が刑法は屬地主義の外に、屬人主義と保護主義とを採用してゐるのであるから、外國で行はれた犯罪の或るものは、外國の刑法の適用があると同時に、我が刑法の適用も受けるわけである。そこで、既に外國で裁判を受けた者、又は裁判を受けて刑の執行を終つた者に對し、我が刑法を適用して更に裁判をし、刑罰を科し得るかが問題となる。我が刑法はこれを次ぎのやうに定めてゐる。外國で確定裁判を受けた者でも、再び處罰して差支ない。但し、犯人が既に外國で言渡された刑罰の、全部又は一部の執行を終つてゐるときは、我が國での刑罰の執行を減輕し、又は免除することができ（五條）。

第二節 時に關する效力

一三 基礎理論

犯罪のあつた時と、その犯罪について裁判をする時との間に、若し刑法が改正になつたならば、その裁判は、犯罪時法即ち舊法によつてすべきか、又は裁判時法即ち新法によつてすべきか。これが刑法の時に關する效力の問題である。學説は行爲時法主義と裁判時法主義とに分かれ、その理由も色々あるが、私は、一方において刑罰の本質を考へ、他方において個人の自由保障を考慮して、解決すべきものであると考へてゐる。

若し刑罰の本質を應報的贖罪的なものであると見るならば、行爲時法主義を原則とすべきである。何となれば、應報は過去の行爲に對する制裁であり、従つて、その行爲の善惡を判断する法律は、行爲時の法律でなければならぬからである。これに反して、刑罰の本質を教育的改善的なものと見るならば、裁判時法主義を原則とすべきである。何となれば、犯人を教育し改善する爲めに、如何なる刑罰を科するのが適當であるかは、刑罰を科する



時の法律即ち裁判時法が最もよく判断し得るからである。しかし、たとへ裁判時法主義をとるにしても、他面において個人の自由保障を考慮して、行爲時法では犯罪でなかつたものを、裁判時法で犯罪として刑罰を科し、又は裁判時法によつて行爲時法よりも重く處罰し得ないものとせねばならない。

一四 我が刑法の效力

現行刑法は時に關する效力について、行爲時法と裁判時法とのいづれを原則とするかを示さずに、ただ、犯罪後の法律によつて、刑罰が變更されたときは、軽い方の刑罰を適用すると定めてゐる（六條）。この規定は刑法を専ら犯人の利益に適用する趣旨である。そこで、この趣旨からすれば、行爲後の法律によつて、行爲當時に犯罪でなかつたものを、犯罪とすることはできないといふ、刑法不遡及の原則が推知されるのである。では、犯罪後の法律によつて刑罰が廢止された場合はどうか。この點については、刑事訴訟法第三一四條及び第三六三條に規定があつて、裁判所は免訴の言渡をなすべきことになつてゐる。但し、法律の施行が短期間に限られてゐる場合は、その法律の實施中の犯罪に對して

は、實施期間の満了後においても、刑罰を科する旨を特に規定してゐる場合がある。例へば、重要産業統制ニ關スル法律（昭和六年法律第四〇號）の附則第三項の如きがそれである。

第三節 人に關する效力

一五 國內法上の例外

刑法は、陸軍刑法や海軍刑法のやうな特別法の適用せられる場合を除き、原則として、土地及び時に關する效力の及ぶ以上は、何人に對しても適用せられるのであるが、しかし、次ぎのやうな例外がある。

憲法第三條は「天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラス」と定めてゐる。これ我が國體上まことに明白なことであつて、刑法の效力は天皇に及ばないのである。次ぎに、攝政はその任に在る間刑事の訴追を受けることがない（攝政令四條）、又帝國議會の議員は、院内で發言した意見について、自らこれを院外に發表しない限りは、刑法上の處罰を受けることがない（憲五二條）。

一六 國際法上の例外

外國の君主、大統領、外交使節、その隨員、軍隊などは、國際法上治外法權を有するから、これらの者に對しては、刑事の訴追をなすことができない。

第五章 犯罪の構成要件

一七 構成要件の概念

犯罪を社會學的に觀察するならば、犯罪とは社會に對し危害を加へる行爲、即ち反社會的な行爲である。刑法が或る行爲を犯罪とするのは、それが實質的に反社會的行爲であるからである。しかし、總ての反社會的行爲が刑法上の犯罪として取扱はれるのではなく、それが一定の要件を備へたときに、始めて、刑法上の犯罪となるのである。犯罪の構成に必要なこの要件には、總ての犯罪に共通な一般構成要件と、特定の犯罪に必要な特別構成

要件とがある。

一般構成要件に屬するものは次ぎの如くである。

(一) 犯罪の主體 近世の法律思想では、犯罪の主體は人に限る(後述第六章)。
(二) 責任(責任能力及び責任條件) 刑法上の犯罪即ち刑罰を科せられる行爲は、責任能力者の行爲であつて、しかも、責任條件即ち故意又は過失に基く行爲でなければならぬ(後述第七章)。

(三) 行爲 犯罪は常に行爲である。たとへ、犯罪を犯す意思があつても、それが何等かの形で、行爲となつて現れない限りは、刑法上の犯罪とならない(後述第八章)。

(四) 違法 犯罪は違法の行爲である。たとへ他人を殺しても、それが正當防衛その他違法性なき行爲であれば、犯罪にならない(後述第九章)。

次に、犯罪の特別構成要件は、各種の犯罪によつて、それぞれ異なるものであつて、刑法の第二編(七三條以下)に規定されてゐる。この特別構成要件は、一面において、或る特定の行爲が一應違法であることを示すと共に、他面において、個人の自由を保障する爲め、刑罰を科すべき行爲を、一定の範圍に限定してゐるものなのである。

一八 一般構成要件と特別法の犯罪

第八條によれば、刑法第一編の總則は、他の法令で刑を定めたものにも適用されるのであるから、右に述べた一般構成要件は、刑法上の犯罪ばかりでなく、特別法上の犯罪にも必要なものである。但し例外として、若しその特別法に、刑法總則の或る規定を適用しないことが示され、又は刑法總則と異なる總則的規定がある場合は、刑法總則はその特別法に適用されない。従つて、その特別法上の犯罪は、右の一般構成要件の或るものを缺いても成立するのである。この點で注意を要するのは、例へば、印紙税法第一四條のやうに、違法阻却原因、責任能力、責任條件（故意過失）などに關する、刑法第二五條以下の適用を排除してゐる場合である。特に、責任條件たる故意又は過失を要件としない犯罪に注意せねばならない。刑法上の犯罪は故意犯が原則であり、例外として過失が罰せられるに過ぎないが、特別法では無過失も罰せられる場合があるのである。

第六章 犯罪の主體

一九 犯罪の主體と刑罰の主體

犯罪の主體とは、犯罪の擔當者即ち犯罪を行ふ者をいふのである。この犯罪の主體と刑罰の主體とを混同してはならない。刑罰の主體とは、刑罰の負擔者即ち刑罰を受ける者のことである。通常は、犯罪の主體は同時に刑罰の主體であるが、税法關係や行政法關係の犯罪では、各主體が別個の人である場合、言ひ換へれば、他人の行爲によつて刑罰を受ける場合がある。例へば、酒造税法第三二條によれば、酒の製造者又は販賣者は、家族や雇人などが、その業務に關してなした税法違反によつて、處罰を受けるのである。

二〇 法人の犯罪能力

犯罪の主體は人に限るのであるが、法律上の人には、自然人と法人とがある。自然人が

行政又は
保身手段
有る

犯罪の主體となることは、問題ないが、法人が犯罪の主體となること、言ひ換へれば、法人に犯罪能力があるか、といふことについては議論がある。なぜ議論になるかといへば、元來法人なるものは、我々の五官で認識し得ない無形の存在であり、しかも、法人は法律の認めた目的の範囲内においてのみ、その存在を許されるものだからである。しかし、他面において、犯罪能力といふことを社會學的に觀察し、これを反社會的活動の能力として考へれば、法人の活動が反社會的な結果を齎らすこともあるのであるから、法人にも犯罪能力があるとせねばならぬのである。では、かやうな理論上の問題は別として、現行刑法の立場はどうであるかといへば、現行刑法は法人の犯罪能力を認めてゐないと見るのが穩當であらう。我が大審院も、法人には犯罪能力がなく、ただ、特に法律が規定を設けてゐる場合にのみ、法人を處罰し得るに過ぎない、としてゐるのである。

特別法では法人を處罰する場合が少くない。その代表的なものは、明治三三年法律第五二號（法人ニ於テ租税及煙草專賣ニ關シ事犯アリタル場合ニ關スル件）である。この法律は、法人の代表者又は従業者が、法人の業務に關して税法違反の行爲をなしたときは、各税法の罰則を法人に適用すると定めてゐる。但し、法人を懲役や禁錮に處することはできない代

りに、法人を三百圓以下の罰金に處すると定めてゐるのである。

第七章 責任

第一節 責任能力

二一 責任能力の意義

前章で述べたやうに、犯罪の主體となり得る者は、現行刑法では自然人であるが、しかし、たとへ自然人の行爲であつても、狂人や小兒の行爲は刑罰を科せられない。それは、狂人や小兒には責任能力といふものがないからである。では責任能力とは何か。責任能力とは社會的事象を正常に理解し得る能力である。或は、善惡を識別し又は事理を辨別して、行爲をなし得る能力といつても大差はない。結局は、通常我々一般人が有する精神状態のことである。刑法上犯罪として刑罰を科せられるのは、この責任能力を有する者の行爲に限られる。

では何故に、刑罰を科する爲めには、犯人に責任能力のあることが必要なのか。その説明としては、犯人を道義的又は規範的に非難する爲めに必要だとする説と、犯人を教育し改善する爲めに必要だとする説がある。前説は、刑罰は應報的贖罪的なものである、との考に基いてゐるのであり、後説は、刑罰は教育的改善的なものである、との考に基いてゐるのである。

二二 責任無能力者

責任能力を持たない者を責任無能力者といふ。但し、現行刑法が規定してゐる責任無能力者の中には、全く刑罰を科せられないところの絶對的責任無能力者と、刑を減輕されるに過ぎないところの相對的責任無能力者、即ち限定責任能力者又は中間責任能力者といはれるものがある。この中間責任能力者といふものは、責任能力は犯人を道義的に非難する爲めに必要であるとの考から出てくるもので、精神状態が通常人よりも劣る者は、それだけ道義的非難が小さくしなければならぬ、といふ理由なのである。しかし、刑罰は犯人の教育であるとの考からするならば、精神状態が劣るから、當然に刑罰が軽くなるといふこと

は、何等意味をなさぬのである。寧ろ、精神状態が通常人より劣るが故に、刑罰を重くする即ち教育の期間を長くするとか、不定期刑を言渡すとかいふことが考へられねばならぬのである。それはともあれ、現行刑法に規定されてゐる責任無能力者は、次ぎの如くである。

(一) 心神喪失者の行爲は罰せられない(三九條一項)。心神喪失者といふのは、精神の障礙によつて、社會的事象を正常に理解する能力を失つた者のことである。次ぎに、心神耗弱者の行爲は刑を減輕される(三九條二項)。心神耗弱者とは、精神障礙の程度が、心神喪失者よりも比較的軽い者をいふのである。いづれも、その精神障礙の生じた原因が何であるかを問はない。

(二) 瘖啞者の行爲は罰せられないか又はその刑を減輕される(四〇條)。瘖啞者とは、聽覺機能と言語機能とを缺く者をいふのである。

(三) 十四歳に満たぬ者の行爲は罰せられない(四一條)。現行刑法には年齢による中間責任能力者はない。しかし少年法によつて、實際上はこれが認められてゐるのである。即ち同法によれば、十八歳未滿の者に對する刑事事件において、保護處分をなすのが相當と

思はれる場合は、検事は事件を少年審判所に送致し、又裁判所は事件を少年審判所に送致する決定をなすのである。尙ほ少年法によれば、十六歳未満の者に對しては、原則として、死刑及び無期刑を科さぬことになつてゐる。

第二節 責任條件

二三 責任條件の意義

刑法第三八條第一項に曰く、「罪ヲ犯ス意ナキ行爲ハ之ヲ罰セス但法律ニ特別ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス」と。罪を犯す意といふのは、學說でいふ故意のことであり（犯意ともいふ）、特別の規定ある場合といふのは、刑法上では、過失を罰する場合を指してゐるのである。この故意と過失とを責任條件といひ、刑法上の犯罪は、必らず、故意か過失かに基く行爲であることを必要とする。但し、前に一言したやうに（一八参照）、特別法の犯罪では、故意も過失も必要としないものがある。

故意や過失を犯罪の要件とする理由についても、刑罰を應報的贖罪的なものとする者は、

故意や過失は、犯人を道義的又は規範的に非難する爲めに必要であると解し、刑罰を教育的改善的なものと見る者は、故意や過失は、犯人の悪性を表はすもので、これにより、刑罰の種類や程度を具體的に決定すべきものと解するのである。

二四 故意

故意とは刑法第三八條に謂ゆる「罪ヲ犯ス意」であるが、罪を犯す意といふのは、犯罪事實の認識といふことなのである。更に又、犯罪事實とは何かといへば、それは、犯罪の構成要件に該當する事實といふことである。ところで、既に説明したやうに（一七参照）、犯罪の構成要件には一般構成要件と特別構成要件とがあり、一般構成要件は更に犯罪の主体、行爲、責任、違法の四つを含んでゐる。しかし、故意の成立に必要なものは、この中、特別構成要件と、それから一般構成要件中の違法要件とである。結局、故意とは「特別構成要件に該當する違法事實の認識」である、といふことになるのである。次にこれを更に詳しく説明する。

（一） 故意は事實の認識であるが、その事實は、まづ、犯罪の特別構成要件に該當して

ある事實でなければならぬ。たとへ、反社會的な事實であつても、それが刑法で犯罪とせられてゐない以上は、故意は成立しない。又、犯罪の特別構成要件が數個ある場合には、その中の一つについて認識を缺いても、故意は成立しない。例へば、公務執行妨害罪（九五條）の故意が成立する爲めには、相手が公務員であること、その公務員が職務の執行中又は將に執行せんとしてゐること、自己が暴行又は脅迫を加へること、これら三つの事實を認識しなければならぬ。この中の一つに對する認識を缺いても、公務執行妨害罪の故意は成立しないのである。

尙ほ、これは稍々難解であると思ふが、事實の認識といふのは、事實をただ物理的事實の儘に認識することではなくして、その事實を法律が規定してゐる概念を以つて認識することである。例へば、猥褻圖畫販賣罪（一七五條）の成立する爲めには、その販賣する圖畫が、猥褻なものであるといふことを知らねばならない。假に、婦女の裸體寫眞を販賣しても、それが裸體寫眞であるとの認識だけあつて、猥褻といふ概念を以つて認識しない以上は、猥褻圖畫に對する認識があるとはいひ得ない。又例へば、要塞地帯であることを知らないで、或る地方の景色を寫眞に撮つたとせよ。この場合に、寫眞を撮つた者は、そこに

山や川や海などのあることは認識してゐる。しかし、そこを要塞地帯といふ概念を以つて認識したのではないから、要塞地帯を故意に寫したものとすることはできないのである。尙ほ、この點に關して、實際に次ぎのやうな事件があつた。狩獵法によれば、狸は或る期間内捕獲が禁じられてゐるのであるが、或る地方の獵師が、その地方で十文字貉といはれる獸を右の期間内に捕獲した。彼は狸の捕獲が禁じられてゐることは知つてゐた。しかし十文字貉は狸ではないから捕獲してもよいと思つたのである。ところが、學問上狸と貉は同一物であつて、狩獵法の狸の中には俗にいふ貉が入つてゐるのである。そこで、その獵師は狸を故意に捕獲したことになるか否かが問題となつた。第一審及び第二審の裁判では、狸捕りの故意があつたものとせられたが、大審院は故意がないものと判決したのである。

(二) 次ぎに、故意は違法事實の認識である。認識した事實が、たとへ特別構成要件に該當する事實であつても、その事實が違法に屬しない事實であるときは、故意があるとはいひ得ない。尤も、普通の場合では、特別構成要件に該當する事實は、同時に違法に屬するのであるが、若し行爲者が、その際に、違法を阻却する原因、例へば、正當防衛又は緊急避難の成立する事實をも、同時に認識した場合には、犯罪事實の認識即ち故意はないわ

けである。この點は、學者の謂ゆる誤想防衛について問題となる。誤想防衛とは、例へば、相手が悪戯に玩具のピストルを差し向けて殺すぞといったのに對し、こちらは、その玩具を眞物のピストルと誤認し、正當防衛の積りで、相手を傷害したやうな場合をいふのである。この場合に、その者は人を傷害する事實、即ち傷害罪の構成要件に該當する事實を認識してゐるが、しかし同時に、誤認とはいへ、正當防衛をなし得る事實を認識してゐるのであるから、故意の傷害罪は成立しないのである（四二参照）。

(三) 故意は認識である。ここにいふ認識とは、或る對象を觀念し、その觀念に基いて「定の決意をすることである。即ち、故意は觀念と決意とを含むところの心理状態である。尤も、故意の性質については、從來二つの對立的な學説がある。一つは觀念主義といはれ、故意は對象を觀念するだけでよいといふ説であり、他は意思主義といはれ、故意は對象を觀念し且つその對象の實現を希望又は認容せねばならぬ、といふ説である。若し、主觀主義的刑法理論に基いて、故意は犯人の惡性を認定する一つの條件であると解するならば、故意は單に犯罪事實を觀念しただけでは足りない。更にその觀念に基いて行動をする決意が生じなければならぬ。しかし必らずしも、犯罪事實の實現を希望し又は認容すること

は必要でないのである。この點について大審院の判例に曰く、「犯意ある行爲とは、自己の意思活動により、罪となるべき事實の發生するに至るべきこと、又はその虞あることを豫見して、その意思活動を敢てするの決意をし、これを實行することをいふ」と。

尙ほ、故意は必らずしも確定的認識であることを要しない。不確定的であつても、いやしくも、犯罪事實に對する認識がある以上は、故意があるとされるのである。この不確定的の故意は、凡そ三つの種類に分けられる。

その一は、擇一的故意である。二つの事實のうち、そのいづれかの發生が確實であると認識した場合、例へば、犬を連れた人に向つて發砲するとき、犬か人かに命中すると認識した場合がこれである。

その二は、概括的故意である。事實の發生を概括的に認識した場合、例へば、暗夜群集に向つて、投石する場合がこれである。

その三は、未必的故意である。事實が發生するかも知れぬと思ひ、敢えて行爲をなす決意をした場合、例へば、相手が死ぬかも知れぬと思ひながらも、短刀で人を刺した場合がこれである。この未必的故意があつたかどうかの問題は、實際の裁判にしばしばでてくる

もので、その認定はなかなかむずかしいのである。尙ほ、未必的故意と次ぎのやうな場合とを區別しなければならぬ。例へば、自動車の運転中、前方に子供が遊んでゐるのを認め、そのまま運轉して行けば、その子供を轢き倒すかも知れぬと一旦は思つたが、まあ大丈夫であらうと思ひ運轉して行つたところ、不幸にして子供を轢き倒した場合である。この場合は、未必的故意ではなくて過失である。學者はこれを「認識ある過失」といつてゐる。未必的故意と認識ある過失との區別については、種々の説明もあるが、私の考では、未必的故意は自己の行爲から或る結果の發生すること、即ち因果關係の成立を、不確定的ながらも肯定してゐる場合であり、認識ある過失はこれを否定してゐる場合であるのである。

二五 故意と事實の錯誤

右に説明したやうに、故意は犯罪事實の認識であつて、犯罪事實とは、犯罪の特別構成要件に該當する違法事實のことである。そこで、この定義から當然に次ぎの點が明かになる。まづ、犯罪の特別構成要件に屬しないところの、犯罪の動機は故意の成立に關係がない。例へば、戀の恨で放火したか、保険金欲しさに放火したかは、放火罪（一〇八條以下）

の故意の成立には關係がない。ただ、裁判のとき刑の量定に影響があるだけである。次ぎに、特別構成要件に該當する事實を認識してゐる以上は、具體的な事實について錯誤があつても、故意が成立する。例へば殺人罪の構成要件は人を殺すことである。だから、犯人が甲を乙と間違へて殺しても、殺人罪となることには違がない。或は、犯人藏匿罪（一〇三條）は、罰金以上の刑に該する罪を犯した者を藏匿することが、その構成要件である。だから、藏匿者が犯人の甲と乙とを間違へても、犯人の氏名や犯罪の種類を知らなくとも、犯人藏匿罪の故意には影響しないのである。では、犯人の認識した事實と實際の事實とが、各々異なる構成要件に該當してゐる場合、例へば、他人であると思つて殺したところが、自分の親であつた場合、或は、他人の犬だと思つて石を投付けたところが、人であつた場合にはどうなるか。この場合にも勿論、犯人には親を殺す意思がなかつたのであるから、犯人を尊屬親殺罪（二〇〇條）で處罰することはできぬし、又、犯人には人に投石する意思がなかつたのであるから、犯人を殺人罪（一九九條）や、傷害罪（二〇四條）などで處罰することはできない。刑法はこの意味を明かにして、第三八條第二項に、「罪本重カル可クシテ犯ストキ知ラサル者ハ其重キニ從テ處斷スルコトヲ得ス」と規定してゐるのである。

しかし右の場合に、犯人を何罪として處罰すべきかについては、相當に議論がある。この點は後に詳述する（五五参照）。

二六 故意と法律の不知

犯罪の動機が故意の成立に關係ないやうに、法律の不知も、原則として、故意の成立に關係がない。犯罪事實を認識してゐる以上は、自己の行爲が、法律で禁止されたものであることを知らなくとも、故意に犯罪を犯したことになるのである。第三八條第三項に曰く、「法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲スコトヲ得ス」と。現代の我が法律制度においては、法律は總てこれを官報に掲載して公布し、一般に知らせてゐるのである。だから、法律を知らなかつたといふ理由で犯罪を犯す意思がなかつたとは言はせないのである。しかし、法律は總て公布されるとはいへ、總ての人が官報を見るわけではなく、又法律の意味を理解することもむずかしい。更に、國家の非常時に際しては、國策上、今まで許してゐたことを急に禁止することもある。そこで、法律を知らなかつたを爲めに犯罪を犯した者の中には、反社會的性格の輕微な者、又は反社會的性格の認められない者があらう。

第三八條第三項の但書に、「情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得」と規定してゐるのは、これがためである。尙ほ立法論としては、刑を免除し得ることも、規定すべきであると思ふ。

かやうに、法律の不知は故意の成立に關係ないのであるが、しかし前に説明したやうに（二四参照）、元來、故意の成立に必要な事實の認識といふのは、或る事實を單に物理的事實のままに認識することではなくて、法律の定めた概念を以つて認識することである。従つて、法律を知らなかつた爲めに、事實の認識を缺くこと、即ち故意の成立しないことがあり得るのである。前に挙げたところの、要塞地帯で寫眞を撮つた例や、狸を捕獲した例がこれを示してゐる。但し右の場合に、法律を知らなかつた點に過失があれば、過失犯として處罰されることがあるのである。

故意と法律の不知との關係については、實は、學者間に非常な議論があるのであつて、右の説明は、私の考へてゐるところを披瀝したものである。一説によれば、故意は犯罪事實の認識の外に、條理違反の認識（これを違法の認識といふ）を必要とし、法律の不知の爲め條理違反の認識を缺くときは、故意が成立しないと説かれてゐる。又他の説によれば、

自然犯と法定犯とが區別せられ（一参照）、自然犯には違法の認識を要しないが、法定犯には違法の認識が必要である、とされてゐる。例へば、狩獵法違反は法定犯であるから、法律上狸と猪は同じ物であることを知らずに捕獲した場合は、狸捕りの故意がないことになる。しかし、大審院はこの學說に反對して、「自然犯たと法定犯たとを問はず、故意犯の成立するには、法律の認識は必要でない」としてゐるのである。

二七 過失

過失とは、自己の行爲に因り或る犯罪事實の發生することを、不注意のため認識しなかつたことをいふ。過失の重點は、行爲者に不注意があつたことである。ところで、不注意とは或る事柄に對して、意思の緊張を缺くことである。但し意思の緊張を缺いたか否かを、行爲者の能力に從つて定めるか、又は普通人の能力に從つて定めるかについて、説が分かれてゐる。前の説を主觀説といひ、後の説を客觀説といふ。この兩説の違は次のやうな場合にでてくる。例へば、元來注意能力の低い粗忽者が、相當注意をしたに拘らず、粗忽で火事を出した場合に、主觀説によれば失火罪（一一六條）にならぬが、客觀説によれば失

火罪に問はれることになるのである。若し、刑罰を以て道義的非難であると考へるならば、過失の有無を主觀説によつて決することも一理あるであらう。何となれば、行爲者が自己の持つ能力に從つて相當に注意したものであるに拘らず、これを道義的に非難することはできないからである。これに反し、刑罰は社會防衛の爲めに科するものであり、刑罰は犯人の改善であると考へるならば、普通人が用ふる程度の注意を缺く者には、その注意能力を向上せしむる爲めに、刑罰を科する必要があらう。

過失の有無は、右に述べたやうに、普通人の注意能力に從つて決定すべきものであるが、個々の具體的な場合に當つて、行爲者が如何なる注意をなすべきかは、行爲者の職業や行爲當時の事情によつて、必らずしも一樣ではない。例へば、醫師が患者の治療をなすときは、一般の醫師がその治療に當つて用ふる注意をなすべきであり、大風の吹き捲くる時は、普通の日よりも火の始末に注意をなすべきである。尙ほ、過失は、當該事情の下において一般に用ひてゐる注意をなせば、豫見することのできる犯罪事實を、かかる注意を用ひなかつた爲め豫見しなかつたことであるから、右の注意をしても、尙ほ且つ、豫見し得ない犯罪事實に對しては、過失といふものはあり得ないのである。

現行刑法では、犯罪の成立は、原則として故意に基くことを必要とし、過失に基く場合を處罰するのは極く例外である。過失犯は法律に特別の規定ある場合に限る。例へば、失火罪（一一六條）、過失の溢水罪（一二二條）、過失の汽車電車艦船顛覆罪（一二九條）、過失傷害罪（二〇九條）、過失致死罪（二一〇條）などである。尙ほ、「結果的加重犯」といふて、或る犯罪を故意に犯し、その結果、或る他の犯罪事實が発生した場合に、刑罰が加重せられるものがある。例へば、傷害致死罪（二〇五條）の如きこれである。この犯罪は、人を傷害する點について故意があり、死亡の點については過失があれば成立するのである。

第八章 行爲

第一節 基礎理論

二八 行爲の意義

刑法上の行爲は、意思決定に基く身體の舉動でなければならぬ。何となれば、身體の舉

動が、意思決定に基づいてなされた場合にのみ、その舉動は、行爲者の性格に關係をもつからである。そこで、意思決定に基づかないところの、生理上の反射的動作や、睡眠中の動作のやうなものは、刑法上の行爲ではなく、同様に、抗拒し得ないところの強制による動作も、刑法上の行爲ではない。だから、例へば、睡眠中に寢呆けて他人の頭を打つても暴行罪（二〇八條）にならぬし、又そのため、たとへ相手が死んでも殺人罪（一九九條）や過失致死罪（二一〇條）にならぬのである。しかし、そういふ動作に至る原因行爲が、故意又は過失に基づくときは犯罪になる。例へば、自分が酒癖の悪いことを知つてゐて、故らに多量の酒を飲んで酩酊し、そして他人を殺傷した場合、或は日頃から居眠をする癖のある母親が、乳兒に授乳する際に、相當の注意をせず、乳房を乳兒に嘔ませたまま添寝したため、乳房で乳兒の鼻口を壓し、これを窒息死に致した場合などがこれである。かやうな場合を、學者は、「原因において自由なる行爲」と名づけてゐる。

二九 作爲と不作爲

行爲は作爲（積極行爲）と不作爲（消極行爲）に分けられる。作爲とは、或る對象に向

つて積極的に働きかける行為のことで、不作爲とは、或る對象に對する消極的な行為のことである。言ひ換へれば、或る状態を自ら作り出す行為が作爲であつて、既に存在する或る状態をその儘に放置する行為が不作爲である。例へば、短銃を發射し又は毒藥を飲まして人を殺すのは作爲であり、溺死せんとする人を救助せず見殺にするのは不作爲である。刑法上の犯罪は作爲で行はれることもあり、不作爲で行はれることもある。但し作爲は、或る状態を自ら作り出すのであるから、その状態が反社會的なものであるときは、作爲は同時に違法性を有するが、不作爲は、或る状態を放置する行為に過ぎないから、それだけでは違法性を有しない。別に違法性の條件が加はらなければならぬ。而してそれは、作爲をなす義務である。即ち、作爲をなす義務ある者が不作爲に出でた場合に、その不作爲は違法となるのである。この作爲義務については後に詳述する（三六参照）。

刑法上の犯罪は、大部分、作爲で行はれることを豫定してゐる。例へば、火を放つ、人を殺す、物を竊取するといふ行為は、通常は作爲である。かやうな犯罪を作爲犯と名づける。これに對し、二三の犯罪は不作爲で行はれることを豫定してゐる。例へば、解散せず（一〇七條）、退去せず（一三〇條）、保護をなさず（二一八條）といふ行為は不作爲である。か

かる犯罪を不作爲犯と名づける。ところが、右の作爲犯でも不作爲によつて行はれることがある。例へば、親が故らに幼兒に食物を與へないで餓死させた場合とか、或は自分の子が溺死せんとするのを知り、しかも容易に救助し得るに拘らず、救助しなかつた場合には、親は殺人罪に問はれるのである。そこで、かやうに作爲犯を不作爲で行ふ場合と、本來の不作爲犯とを區別する爲めに、本來の不作爲犯を純正不作爲犯と稱し、作爲犯を不作爲で行ふ場合を不純正不作爲犯と稱するのである。尙ほ、右のやうに、作爲犯を不作爲で行ひ得るものとすれば、本來の不作爲犯即ち純正不作爲犯を、作爲で行ふ場合も考へられるわけである。例へば、保護義務者が病人を保護しない犯罪（二一八條）は、病人に藥を與へないといふ不作爲で行はれるが、既に與へられてゐる藥を奪ひ取るといふ作爲でも行ひ得るわけである。しかし、この場合については、特に兩者を區別して論ずる必要はない。何となれば、既に不作爲が犯罪となる以上は、作爲が犯罪になることは當然の理であつて、丁度、他人の仕事を手助けしないのが悪いならば、その仕事を邪魔するのは、尙ほ更に悪いのと同じことだからである。だから、この區別については、特別の名稱もないである。

第二節 行爲の段階

三〇 犯罪意思の表示

犯罪は行爲である。單なる犯罪意思そのものは犯罪にならない。或る人を殺してやらうといふ意思があつても、ただそれだけでは絶対に犯罪とならない。その犯罪意思が身體の舉動で外部に表示されて、始めて犯罪となり得るのである。しかも、現行刑法上、犯罪意思の單純な表示が犯罪になるのは、極く例外である。まづ陰謀が、二人以上の犯罪意思の交換によつて成立する犯罪であるが、その罰せられるのは、大危害罪（七三條）、皇族に對する危害罪（七五條）、内亂陰謀罪（七八條）、外患陰謀罪（八八條）、外國に對する私戰陰謀罪（九三條）ぐらいのものである。尤も、殺人や放火などの犯罪意思を特定の人に表示することが、脅迫罪（二二二條）になることがある。

三一 豫備

豫備は犯罪を實行する爲めの準備行爲で、犯罪實行の著手にまで至らない行爲である。例へば、殺人の爲めに毒藥を準備するとか、通貨偽造の爲めに材料や器械を準備する行爲である。豫備が罰せられる場合も少數で、陰謀が罰せられる場合の外に、放火豫備罪（一一三條）、通貨偽造豫備罪（一五三條）、殺人豫備罪（二〇一條）、強盜豫備罪（二三七條）があるに過ぎない。

三二 實行の著手

犯罪の特別構成要件に該當する事實を實現することを、犯罪の實行といふ。そうして、犯罪の實行を開始することを、實行の著手といふのである。現行刑法では、豫備を特に罰する場合を除けば、犯罪は實行の著手があつてから成立する。では如何なる段階の行爲を實行の著手とするか。その定め方はなかなか困難である。尤も、形式的な考へ方からすれば、犯罪の實行とは犯罪の特別構成要件に該當する事實を實現することであるから、實行

の着手とは、犯罪の特別構成要件に該当する事實の一部を實現することである、といふことはできる。しかし、例へば、殺人罪は人の生命を奪ふことであつて、生命の一部といふものはないのであるから、右の考へ方では、殺人罪の着手の時期を定めやうがないのである。そこで、着手の時期を定めるには、實質的な考へ方をしなければならない。ところで、この考へ方にも二つある。一つは、主観説といはれるもので、犯人の意思の方面から觀察して、犯罪を遂行せんとする意思が、確實に認められる行爲のあつたとき、或は、犯罪意思が飛躍的な緊張を示したときが實行の着手であるとす説である。他の一つは、客観説といはれるもので、犯人の行爲が犯罪の實現に對し、近接的な危険性を示したときは、實行の着手があるとす説である。主観説は主観主義學派に屬する人々から唱へられてゐるものであるが、しかし、私は、犯罪意思の確實性や緊張性は、行爲の各段階に應ずる故意の問題、即ち豫備の故意か實行の故意かの問題であると考へるので、着手の時期は客観説によつて定めるのがよいと思ふ。但し客観説によつても、如何なる程度の行爲を、近接的な危険性のある行爲とするかは、各種の犯罪によつて、それぞれ異らざるを得ないのである。次ぎに大審院が認めてゐる二三の例を擧げる。

竊盜罪においては、犯人が目的物を支配するに近接した行爲のあつたとき、又は目的物を物色したときに着手となる。拘捕が電車内で物を盗むやうな場合は、相手の懐中かポケットに手を差入れたときに着手となる。だから、巡查は、その時に拘捕を逮捕しなければならぬ。その前に逮捕しても、竊盜の豫備は罰せられないから、巡查は無駄骨を折ることになる。又家宅に侵入して盗む場合は、家の中に這入つて、盗む物を物色するか、箆笥などに近寄つたときに竊盜の着手となるのである。

放火罪においては、傳火用の材料に火を放ち、傳火の危険が明白である以上は、まだ家屋の一部に傳火しなくとも着手である。

殺人罪において、若し毒物を用ふる場合ならば、毒物を混入した餠頭を相手の家に持参し、それを相手に交付した以上は、その者が餠頭を食べなくとも、殺人の着手である。

三三三 實行の完了

犯人が實行に着手した後においては、犯罪は既遂か未遂かである。謂ゆる「舉動犯」においては、犯人の一定の舉動だけで、犯罪は既遂となる。例へば、公然猥褻罪（一七四條）

は、犯人が公然猥褻の舉動をすれば既遂である。これに對し、或る犯罪は、一定の具體的危険又は實害の發生することが、要件となつてゐる。例へば、第一〇九條第二項及び第一一〇條の放火罪では、公共の危険が發生することを要件としてゐる。これを「具體的危険犯」といふ。又、殺人罪は人の死亡を要件とし、傷害罪は身體の傷害を要件としてゐる。これを「實害犯」又は侵害犯といふ。そこで、具體的危険犯や實害犯が既遂となるためには、犯人の行爲と具體的危険又は實害との間の、因果關係といふことが更に問題となるのである（五三参照）。

第九章 違法

第一節 基礎理論

三四 違法の意義

犯罪は違法の行爲である。特別構成要件に該當する行爲でも、それが同時に違法でなけ

れば犯罪にならない。例へば、殺人行爲は第一九九條に該當する行爲であるが、それが正當防衛の結果であるときは、殺人罪は成立しない。醫師の切解手術が傷害罪（二〇四條）にならぬのも、按摩の揉療治が暴行罪（二〇八條）にならぬのも、その行爲が違法でないからである。言ひ換へれば、刑法の各本條が、一定の行爲に一定の刑罰を科する旨を規定してゐるのは、その行爲が違法に行はれることを條件としてゐるのである。尤も、一般の人が刑法各本條に規定する行爲をなせば、通常は同時に違法となるものである。

では違法とは何か。違法とは法の理念に反することである。或はこれを、條理に反すること、又は、公の秩序善良の風俗に反することである、と説いても同じことである。法は社會生活の利益を保護する規範である。従つて、違法の實體は、社會の利益の侵害、即ち反社會性にある。しかし、反社會的なものの總てが、違法といふ判断を受けるのではない。違法といふ觀念は、常に人の行爲を前提とするのである。だから、例へば、野獸が人を傷害するのも、社會の利益を害する點で反社會的である。しかし、野獸の侵害を指して違法とはいはぬのである。

三五 主観的違法と客観的違法

行爲の違法性は、行爲者の能力や認識を基礎として判断すべきものであるか、それとも、能力や認識に關係なく客観的に判断すべきものであるか。學說上争のあるところである。前の説を主観的違法説といひ、後の説を客観的違法説といふ。現今の通説は客観的違法説であるが、主観的違法説を唱へる人もある。私は、この問題を次ぎのやうに解決し度い。

行爲の違法性は、行爲自體と行爲から生じた結果（具體的危険又は實害）とに分離して考へなければならぬ。何となれば、主観主義刑法理論からすれば、犯罪の重點は犯人の悪性にある（圖参照）。従つて、行爲者が犯罪事實を認識してそれを遂行せんとした以上は、その行爲を違法と判断せねばならぬからであり、しかし、他面において、現行刑法が客観主義刑法理論に立つて、犯罪の重點を實害の發生においてゐる以上は、行爲から生じた結果の違法性（反社會性）も亦、判断せられねばならぬからである。従來の客観的違法説によると、行爲の違法性は、常に、客観的にのみ判断せられるのであるから、行爲から實害又は具體的危険が發生しないときは、その行爲を客観的に違法と判断することはでき

ない。従つて、これを犯罪とするわけにはいかない。例へば、他人に砂糖を飲ました行爲を、客観的に違法と判断することは不可能である。従つて、従來の客観的違法説によれば、行爲者の認識の如何に拘らず、右の行爲は犯罪でないとせねばならぬ筈である。しかしながら、右の場合に、行爲者がその他人を殺す意思で、昇汞を飲ませようとしたところが、間違つて砂糖を飲ましたものとするればどうであらうか。この場合は、殺人の未遂罪である。ところで、未遂罪も犯罪である以上は、その行爲が違法でなければならぬ。而して、具體的危険の發生しない場合でも、尙ほ未遂罪が成立するとすれば、かかる行爲の違法性は行爲者の認識を基礎としてこそ、これを判断し得るものといはねばならぬのである（五一参照）。次ぎに行爲から生じた結果の違法性は、勿論、客観的に判断せられる。即ち、その結果が反社會的なものである以上は、行爲者の能力や認識の如何に拘らず、違法と判断せらるべきである。

右のやうに、行爲の違法性を、行爲自體と行爲から生じた結果との両面から觀察するといふことは、正當防衛の成否や、犯罪の既遂未遂を決定することにも、關係を持つてゐるのである。例へば、甲が乙を殺す考へで發砲した。ところが、偶然にもそのときは、乙が

丙を將に殺さうとしてゐたときで、丙は乙が甲に殺された爲め、乙からの危害を免かれたとする。この場合に、甲の行爲は客觀的には正當防衛（他人の爲めの正當防衛）であるが、しかし甲は殺人の意思でやつたのであるから、その行爲自體はこれを違法と判断し、ただ、行爲から生じた結果は適法の事實であるから、甲を殺人未遂罪に問ふべきである。

三六 不作爲の違法性

既に述べたやうに（二九参照）、不作爲が違法となる爲めには、行爲者に作爲義務のあることが必要である。では、この作爲義務は如何なる場合に生ずるか。まづ、法律の規定によつて生ずることは當然である。例へば、民法第八七九條によつて、親權者は未成年の子を監護する義務がある。又、夫婦や直系血族、兄弟姉妹などは、相互に扶養の義務がある（民七九〇條九五四條）。次ぎに契約によつて義務を負担する。これも別段に説明を要せぬであらう。この外に、最近の學說で、作爲義務の發生する場合として挙げられる主なものが二つある。その一は、自己の作爲によつて、或る事實の發生する危険を生ぜしめた者は、その發生を防止する義務を負ふといふことである。例へば、自動車で人を轢き倒した者は、

それが原因でその人の死亡する危険が生じたときは、その死亡を防止する義務があるのである。その二は、物の占有者又は所有者は、その物から或る事實の發生する危険が生じたときは、その發生を防止する義務を負ふといふことである。例へば、自分の飼犬が人に咬付かうとしたときは、これを防止する義務があるのである。尙ほ慣習法や社會の慣習上、作爲義務の發生する場合もある。

さて、不作爲が犯罪となる爲めには、右のやうな作爲義務ある者が、不作爲に出でたことを要するのであるが、元來、作爲義務の存在は、不作爲の違法要素に過ぎないのであるから、作爲義務に違反したといふだけでは、まだ刑法上の犯罪にはならない。更にそれが、犯罪の特別構成要件に該當することが必要である。ところで純正不作爲犯においては（二九参照）、その構成要件が一定の不作爲を豫定してゐるのであるから、別段に問題を生じないが、不純正不作爲犯においては（二九参照）、作爲犯即ち作爲で行はれることを豫定してゐる犯罪を不作爲で行ふのであるから、如何なる事情の下に、如何なる作爲義務に反することが、不純正不作爲犯となるかが、問題とならざるを得ない。ところが、これは刑法學上の非常な難問であつて、まだ定説といはれるものはないのである。結局、或る不作爲が

不純正不作爲犯となるか否かは、一方において、その作爲義務の内容はどういふものであるか、又法律はどういふ趣旨から、その作爲義務を負はしてゐるかを考へ、他方において、作爲犯を規定してゐる刑法各本條の趣旨を考へ、我々の社會生活上、その不作爲に、作爲と同様な反社會性が認められるか否かによつて、決定すべきものである。

三七 権利の行使と違法性

権利は法律によつて與へられたものであるから、権利の行使が違法でないことは當然である。しかし、権利なるものは、元來、これを與ふることが、社會生活に必要であり、社會の利益であるから、認められるものである。だから、たとへ、法律の形式上は権利を有する者でも、その権利の認められた本旨に反し、單に他人を害する目的で権利を行使するのは、権利の正當な行使ではなくて、権利の濫用である。従つて、その行使は違法となることを免かれない。例へば、繼親が親權を濫用し、懲戒に假託して權子に暴行を加へ、或は他人に害を加へる目的で、ことさらに相手を激怒させ、相手が侵害を加へるのを待つて、正當防衛を理由にしてこれを害するなどは、権利の濫用であつて、その行爲は違法となる

のである。

三八 違法阻却原因

刑法の各本條に該當する行爲は、同時に違法であることが普通である。そこで、刑法は、各本條に規定する行爲に對して一應刑罰を定め、行爲の違法性を否定する原因を別に列擧してゐる。法令又は正當の業務に因る行爲（三五條）、正當防衛（三六條）、緊急避難（三七條）が即ちそれである。これらのものを、違法阻却原因といふのである。尙ほ、刑法には規定されていないけれども、自救行爲や被害者の承諾も、違法阻却の原因となることがある。次ぎに、これらの違法阻却原因をそれぞれ説明する。

第二節 法令又は正當の業務に因る行爲

三九 法令に因る行爲

法令に因る行爲が違法でないのは當然のことであらう。例へば、公務員の職務行爲、親権者や小學校教員の懲戒行爲（民八八二條小學令四七條）、現行犯人の逮捕（刑訴一二五條）などがこれである。

四〇 正當の業務に因る行爲

例へば、醫業、灸術業に因る行爲は違法でない。これも當然のことである。しかしそれは、業務が正當であるからといふよりは、寧ろ、業務として行つてゐる個々の行爲が正當だからである。果してさうだとすれば、業務としてゐなくとも、例へば、素人の療治の如きものも、醫師法その他の取締規則に觸れない以上は、その違法性が阻却せられねばならない。

第三節 正當防衛

四一 正當防衛の成立要件

刑法第三六條第一項に曰く、「急迫不正ノ侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ハ之ヲ罰セス」と。これが正當防衛の規定である。次にこの規定に従つて、正當防衛の成立要件を説明する。

(一) 急迫不正の侵害があること。急迫とは、現在の、さし迫つたといふことである。次に、不正の侵害とは、違法の具體的危険といふことである。實害が生じてしまつてから、それに対する正當防衛といふものはない。例へば、他人が自分の頭を殴らうとしたときは、これに對し正當防衛ができる。しかし、既に殴つてしまつてから殴り返すのは正當防衛ではない。それは復讐である。尤も、一度殴つてから、更に續けて殴らうとした場合は、勿論、それに対して正當防衛ができる。

(二) 自己又は他人の權利を防衛する爲めであること。正當防衛は自己の爲めばかりで



なく、他人の爲めにもできるのである。例へば、友人と散歩してゐるとき、誰かが友人に對して不法の侵害を加へたときは、友人の爲めに正當防衛ができる。

(三) 已むことを得ざるに出でた行爲であること。已むことを得ないといふのは、防衛の爲め必要であつて、しかも、必要の限度を超えないといふことであるが、前にも述べた通り(三七参照)、たとへ權利の行使でも、無制限に許されるものではないから、極く僅少の利益を防衛する爲めに、侵害者の重大な利益を害することは許されない。例へば、たつた一つの柿が盗まれるのを防衛する爲めに、柿盗人を射殺してはならない。防衛は、行爲當時の事情に照して相當と思はれるものでなければならぬのである。尤も、正當防衛は緊急避難と異り、防衛せられる利益と反撃せられる利益とが、均衡を保つことは必ずしも必要でない。例へば、婦女がその貞操に對する侵害を防衛する爲めに、侵害者を殺しても、正當防衛である。

四二 過剰防衛

右に述べた正當防衛の成立要件を缺いた行爲は、たとへ、行爲者が正當防衛の意思でや

つても、その行爲は違法であり、従つて、その刑事責任が問はれなければならない。第三六條第二項は、これを次ぎのやうに規定してゐる。「防衛ノ程度ヲ超エタル行爲ハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得」と。これを過剰防衛といふのである。防衛の程度を超えるといふことには、種々の場合があるのであるが、そのうち、特に問題となる場合が二つある。

その一は、正當防衛に關する法律の意味をよく知らない爲めに、正當防衛として許されないことを許されるものと誤解して、防衛行爲をした場合、例へば、夜中に忍び込んで來た盗人は、直ちに殺しても正當防衛になると信じて、その盗人を殺した場合である。この場合は、法律の不知は故意を阻却しないといふ原則によつて、本來は、刑法第三八條第三項が適用される筈のものであるが(二六参照)、法律の不知が正當防衛に關するときは、第三六條第二項を適用し得ることになるのである。

その二は、或る事實を誤認した爲めに、正當防衛をなし得ない事實に對して、防衛行爲をした場合、例へば、他人が悪戯に玩具のピストルで殺すぞと脅したのを、眞物のピストルと誤認し、防衛の意思で相手を殺した場合である。この場合は、誤想防衛とか錯覺防衛

とかいはれてゐるのであつて、通説によれば、過失犯として處罰せられることになつてゐる（二四参照）。しかし、私は、この場合にも第三六條第二項に該當するものと考へてゐる。

要するに、防衛の程度を超えた場合は、その理由が何であるかを問はず、總て第三六條第二項に該當すべきものである。何となれば、近代國家の法律制度においては、總て侵害に對する救済は國家の手で行ひ、これを個人の手に移すことは例外である。正當防衛と雖も、緊急の状態における已むを得ないところの私力救済である。従つて、正當防衛をする者に對しては、それによつて不當に他人の利益を害することのないやう、慎重な態度をとらす必要があるからである。

尙ほ、正當防衛に關して、盜犯等ノ防止及處分ニ關スル法律に、特別の規定がある。この法律は昭和五年五月に公布されたものであるが、當時、東都に強盜が横行し、説教強盜とかいはれるものが出現して、人々に非常な不安を興へた。それで、強竊盜防止の趣旨で制定されたのである。その第一條には、大體、次ぎのやうなことが規定されてゐる。強盜や竊盜を防止し、又は住居侵入を防止する際に、自己又は他人の生命、身體又は貞操に對する現在の危険を排除する爲め、犯人を殺傷したときは、これを正當防衛として取扱ふ。

又たとへ、右の危険が實際には存在しなかつたとしても、恐怖、驚愕、興奮又は狼狽の結果、現場で犯人を殺傷したときは、これを處罰しない。

第四節 緊急避難

四三 緊急避難の成立要件

緊急避難も正當防衛と同様に、緊急状態における私力救済の一つであるが、正當防衛は權利に對する不正の侵害を排除する爲めに、侵害者に反撃を加へる行爲であるのに對し、緊急避難は權利に對する危険を免かれる爲めに、正當な第三者の利益を害する行爲である。だから、緊急避難においては、避難せんとした利益よりも大なる第三者の利益を害することとは許されない。刑法第三七條第一項は緊急避難を次ぎのやうに規定してゐる。「自己又は他人ノ生命、身體、自由、若クハ財産ニ對スル現在ノ危険ヲ避クル爲メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ハ其行爲ヨリ生シタル害其避ケントシタル害ノ程度ヲ超エサル場合ニ限リ之ヲ罰セス」と。例へば、海難に遭遇した者が、自己の生命を守る爲めに、他人を殺し

てその持つてゐた浮袋を奪ひ取つた場合、或は、道で暴れ馬に遇つた者が、逃げ場がなかつた爲め、他人の店頭に飛び込み、店の品物を毀した場合などが、緊急避難であつて、その者の行爲は殺人罪又は器物損壊罪にならぬのである。

四四 過剰防衛

緊急避難の場合も正當防衛の場合と同様に、避難の程度を超えた行爲は犯罪になる。但し情狀により刑を減輕又は免除することができる(三七條一項)。

四五 緊急避難と業務上の義務者

法律上危険に身を曝すべき義務ある者、例へば、警察官吏や消防夫などは、緊急避難を許されない(三七條二項)。

第五節 自救行爲

四六 自救行爲の意義

自救行爲には、その主なるものとして、二つの場合がある。一つは、物の占有者が、その占有を不法に奪はれたときに自らこれを回復する場合であり、他の一つは、請求権を持つてゐる者が、その請求権の實行を確實にする爲め、自ら適當な保全をする場合である。而して、いづれの場合においても、法律上の手續による救済を待つときは、占有の回復又は請求権の實行が、不能となるか又は著しく困難となる虞がある場合に限り許されるのである。

自救行爲は正當防衛や緊急避難と同様に、緊急状態における私力救済の一つとして、違法阻却原因に數へられてゐる。尤も、自救行爲の適法性については、刑法にも民法にも何等直接の規定といふものはなく、却つて、民法には、占有の侵奪について、占有回復の訴に關する規定があり(民二〇〇)、民事訴訟法には、請求権の實行を保全するについて、假

差押又は假處分に關する規定があつて（民訴七三七條以下）、自救行爲を許さないかのやうに見へるのである。事實、從來はさういふ説が多く、大審院の判例も自救行爲を認めぬことを原則としてゐるのである。しかし、ドイツ民法やスウェーデン民法では、右のやうな自救行爲が適法とされており、最近は我が國の學説もこれを認めるに至つておるのである。我が改正刑法では、請求權を保全する場合の自救行爲について、規定を設けることにしてゐる。私も、自救行爲の適法性を認めるのがよいと思ふのであるが、しかし、その成立要件の定め方には相當の困難があると思ふ。何となれば、若しその要件が寛大であれば、法律秩序を素す危険があり、逆にその要件が嚴格に過ぎれば、自救行爲と正當防衛との區別がなくなり、結局、自救行爲は正當防衛の理論で説明すれば足りることになるからである。事實、自救行爲を正當防衛であると説く學者もあるのである。

第六節 被害者の承諾

四七 被害者の承諾による犯罪の不成立

如何なる場合に、被害者の承諾が犯罪の不成立を來すかは、犯罪の種類によつて異なるのである。一般に公共の利益を害する犯罪においては、被害者の承諾があつても犯罪が成立する。これに對し、個人の利益を害する犯罪においては、被害者の承諾があれば犯罪にならぬことが原則である。特に、被害者の承諾のないことが、犯罪の構成要件になつてゐるもの例へば竊盜罪のやうなものは、被害者の承諾があれば犯罪にならぬことは當然である。しかし、かかる犯罪でなくとも、例へば侮辱罪（二三一條）なども、被害者の承諾があれば犯罪にならない。では傷害罪（二〇四條以下）はどうか。これは、いま刑法學で問題となつてゐるところである。現行刑法は、殺人罪については特に規定を設けて、承諾又は囑託による殺人も、犯罪になることを明かにしてゐる（二〇二條）。これに對し、傷害罪についてはその規定がない。そこで、承諾による傷害は犯罪にならない、といふ説もでてくる

のである。しかし現今の通説は、これを次ぎのやうに解決してゐるのである。承諾による傷害は原則として犯罪にならないが、たとへ被害者の承諾があつても、それが公の秩序善良の風俗に反する場合は傷害罪になる。例へば、損害賠償の代りに、相手の承諾を得てこれを傷害した場合は、傷害罪となるのである。

第十章 犯罪の未遂

第一節 未遂犯

四八 基礎理論

犯罪の實行に着手したが、これを遂げなかつた場合を未遂犯といふ(四三條)。言ひ換へれば、未遂犯とは、犯人が犯罪の實行に着手したが、その犯罪事實が實現しなかつた場合をいふのである。

現行刑法における未遂犯は、右のやうに、犯罪の實行に着手した後に成立するものであ

つて、實行の着手にまで至らない行爲は、これを豫備と稱し、未遂犯と區別するのである。そこで、未遂犯の成立する爲めには、まづ次ぎの要件が備はらなければならない。

(一) 犯人に犯罪實行の故意があること、即ち犯罪事實に對する認識があること(二四參照)。

(二) 犯人が犯罪の實行に着手したこと、即ち犯罪事實の發生する近接的危険のある行爲をなしたこと(三三參照)。

(三) 犯人の認識した犯罪事實が發生しなかつたこと。犯罪事實が發生しなかつた原因には二つある。一つは意外の障礙によつて發生しなかつた場合で、この場合を障礙未遂といふ。他は犯人の意思によつて發生せしめなかつた場合で、この場合を中止未遂又は中止犯といふ。

未遂犯の處罰については、客觀主義刑法理論と主觀主義刑法理論とによつて、その根本的な考へ方に違がある。客觀主義刑法理論は、犯罪の重點を行爲から生じた實害におくから、未遂犯は原則として處罰すべきではなく、たとへ處罰するにしても、既遂犯に比して刑を減輕すべきことになる。これに反し、主觀主義刑法理論は、犯罪の重點を犯人の悪性

におくから、犯人が犯罪の實行に着手した以上は、中止未遂は別として、障礙未遂は既遂と同様に處罰すべきことになる。現行刑法は客觀主義的見地から、未遂犯は特別の規定がある場合に限り處罰することとし（四四條）、又その刑を既遂犯の刑よりも軽くし得ることにしてゐる（四三條）。その「減輕し得る」ことに止め、必らず減輕することにしなかつた點は、現行刑法が主觀主義刑法理論に幾分の讓歩を示したものである。

四九 障礙未遂犯

犯罪が未遂に終つた原因が、意外の障礙である場合を障礙未遂犯といふ。では、意外の障礙とは何であるか。物質的又は外部的障礙、例へば、人を殺さうとして刀を振上げたところ、誰かに腕を抑へられたとか、或は相手がうまく逃げてしまつたやうな場合は、勿論、意外の障礙であるが、その他、我々の常識上、犯罪の完成を通常妨害すべき事情は、意外の障礙であると解するのが適當である。例へば、盗人が逡巡の姿を見て盜むことを止めた場合は、障礙未遂犯である。

障礙未遂犯はその刑を減輕し得る（四三條前）。

五〇 中止未遂犯

犯罪が犯人の意思によつて未遂となつた場合を中止未遂犯といふ。犯人の意思によるといふ意味は、意外の障礙によるといふ意味と相表裏するもので、意外の障礙によらない未遂が、即ち犯人の意思による未遂になるのである。だから、中止未遂犯の成立する爲めには、必らずしも、犯人が悔悟し又は犯罪意思を拋棄することを必要としないのである。

犯人の意思によつて未遂となる場合に二つの態様がある。その一は、犯罪の實行に着手したが、その行爲を途中で止めた場合、例へば、人を殺さうとして刀を振上げたが、意を翻して止めた場合である。その二は、行爲は一旦終了したが、犯人が結果の發生を防止した場合、例へば、人を殺さうとして毒を飲ましたが、その後、犯人が解毒劑を與へて死亡を防止した場合である。後の場合において、結果の防止は、犯人自身の努力でなされたことを要するか否かが問題となつてゐるが、中止未遂犯は犯人の意思を重要視して、特別の取扱をするのであるから、犯人が結果防止の爲め眞摯な努力をした以上は、たとへ犯人と無關係な第三者の手によつて、結果が防止されたときでも、中止未遂犯として取扱ふべき

である。

中止未遂犯は刑を減輕又は免除する(四三條後)。

第二節 不能犯

五一 不能犯の意義

從來一般の學説は、不能犯といふものを認めてゐる。不能犯とは、犯罪の遂行行為が、本來、犯罪を完成する可能性なく、しかも、未遂犯としても取扱ふに足らないものをいふのである。尤も、不能犯といふものを認むるがよいかどうか。又これを認めるとしても、如何なるものを不能犯とするかについては、種々の學説がある。次ぎにその主なるものを挙げる。

(一) 絶對的不能説 この説は、犯罪を完成することが、相對的に不能な場合を未遂犯とし、絶對的に不能な場合を不能犯とする。例へば、銃で人を狙撃したが、狙が不完全で命中しなかつた場合は、相對的不能であつて、未遂犯であるが、死者を生者と誤信して殺

さうとした場合は、絶對的不能であつて、不能犯である。大審院の判例に曰く、「犯人の意思實行が、絶對にその豫見した結果を惹起せしめ得ないときは、未遂犯として論すべきでない」と。

(二) 危險説 この説は、犯人の用ひた手段に對して、通常人が危險を感じる場合は未遂犯であるが、危險を感じない程度の場合は不能犯であるとする。例へば、硫黄の粉末を飲まして人を殺さうとした場合に、硫黄の粉末は毒物ではなく、従つて、これを飲まして人を殺すことは絶對に不能であるが、しかし、通常人は硫黄の粉末が毒物であるかのやうに信じ、これを飲むことに危險を感じるであらう。そこで、危險説によれば未遂犯である。これに反し、砂糖を飲まして人を殺さうとした場合、或は、丑の刻詣で人を祈り殺さうとした場合などは、これに對して通常人は危險を感じないから不能犯となる。尙ほ、この危險を感じるか否かを、犯人が實際に用ひた手段について判断するか、それとも、犯人が用ひようと考えた手段、即ち犯人の認識せる手段について判断するかが問題となつてゐるが、後の説の方が有力である。例へば、昇汞を飲まして人を殺さうとしたところ、犯人が砂糖と昇汞を取り違へて、砂糖を飲ました場合に、犯人の認識せる手段は昇汞であつて、昇汞

は毒物であるから、右の場合は未遂犯となるのである。

(三) 不能犯否定説(主観説) この説は、犯人に犯罪実行の意思即ち故意があり、且つその遂行行為がある以上は、常に未遂犯であるとする。結局、この説は不能犯といふものを認めないのである。

五二 迷信犯と不能犯

元來、不能犯といふ觀念は、客観主義刑法理論の立場から考へられたものである。客観主義刑法理論においては、犯罪の重點は實害にあるから、或る行為が犯罪となる爲めには、行為から實害が生ずるか、又は少くとも、客観的な危険が生ずることが必要である。言ひ換へれば、實害の生じたときを既遂犯とし、危険の生じたときを未遂犯とする、といふ考がでてくるのである。これに對し、主観主義刑法理論の立場からすれば、苟くも、犯罪を實行する意思があり、且つこれを遂行する行為がある以上は、犯人の悪性が外部に現れたのであるから、これを犯罪として取扱ふべきことになるのである。しかし、この立場からしても、丑の刻詣や、或は寫眞に針を突き刺すやうな、迷信の結果、本來何等の危害も加

へ得ない手段を、危害を加へ得ると信じて、その行為をなすのは、謂はば、兒戯に類するもので、刑法上これを犯罪として取扱ふ價値がないと見るべきである。

第十一章 犯罪の既遂

第一節 因果關係

五三 因果關係の意義

因果關係とは、或る行為と或る結果との間に成立すべき、原因結果の關係をいふのである。既に述べたやうに(三三参照)、一定の結果が発生することを構成要件としてゐる犯罪においては、犯人の行為から、一定の結果が発生したときに、始めて犯罪が既遂となる。例へば、殺人罪は人の死亡を構成要件とする犯罪であるから、犯人が人を殺さんとする行為をなし、その行為が原因となつて、人が死亡した場合においてのみ、犯人は殺人既遂罪に問はれるのである。

ところで、如何なる場合に、一定の行爲と一定の結果との間に、因果関係があるとするかは、實際には、なかなか困難なことがあるのである。例へば、甲が乙を殺す積りで、乙の足を斬つたところ、乙は逃げようとして足を滑らし、崖から墜落して死亡した。或は、乙が傷の治療を醫師に依頼したところ、醫師の不注意で傷口から細菌が侵入し、その爲め乙は遂ひに死亡した。果して、甲の行爲は殺人の既遂か、それとも未遂か。

五四 因果関係を定める學說

一定の行爲から一定の結果が発生するには、行爲が唯一の原因力であることは殆んどなく、これに種々の條件が加つて、始めて結果が発生するのである。而してこれらの條件は、行爲の當時に存在するものもあらうし、行爲後に生ずるものもあらう。或は又、他に有力な原因力が存在し、行爲は單に結果の発生を容易ならしむる條件を、提供したに過ぎぬ場合もあらう。そこで、一定の結果に對して、一定の行爲が、如何なる關係に立つとき、その行爲に原因力ありとするかが、因果關係論の重要な課題となるのである。學說は種々あるが、主なものは次ぎの二つである。

(一) 條件說 この説は、總ての條件を平等視し、總ての條件に法律上の原因力を認める。その結果、因果關係を論理的に把握するのである。即ち、その行爲がなかつたならば、その結果は生じなかつたであらう、と考へられる場合には、その行爲とその結果との間に因果關係があるとするのである。前に擧げた例では、若し甲が乙に傷を負はせなかつたならば、乙は足を滑らして墜死しなかつたであらうと考へ得るし、又醫師の治療を受けて死亡することもなかつたであらうと考へ得るから、條件説によれば甲の行爲は殺人既遂である。

(二) 相當因果關係説 この説は、種々の條件中、行爲當時に存在したものと又は行爲當時に豫見し得たものに限り、法律上の原因力を認むるもので、或る行爲と行爲當時の事情から判断し、通常の経過を経て或る結果が発生した場合に、その行爲とその結果との間に因果關係があるとす。即ちこの説によれば、行爲から結果に至るまでの経過が、通常の経過であることが重點である。前に擧げた例では、乙の死亡は、甲が負傷させたことから、通常の経過を経て発生したものでないから、相當因果關係説によれば甲は殺人未遂である。これに反し、若しも乙が負傷による出血多量のために死亡したとすれば、甲は殺人既遂で

ある。

條件説と相當因果關係説との適用を例示する事件としては、東京驛における濱口首相狙撃事件がある。濱口首相は昭和五年十一月に東京驛で佐郷屋某に狙撃されたのであるが、弾丸が首相の下腹部に命中して空腸を損傷し、そこから、空腸内にあつた放線状菌が腹腔内に漏出して、横隔膜や諸臓器を侵した。これは醫學上非常に稀な現象なのであるが、濱口首相はこれが爲め翌六年八月に死亡したのである。さてこの事件に對し、東京地方裁判所は殺人既遂として判決したのであるが、東京控訴院は殺人未遂であると判決したのである。前者は條件説によつて判決し、後者は相當因果關係説によつて判決したものである。

若し刑罰を、道義的應報であると考へるならば、相當因果關係説を採るのがよいであらう。何となれば、或る行爲を道義的に非難する爲めには、その行爲から生じた結果が、我々の日常における經驗上、通常生じ得べきものであることが必要であり、偶然の事情が加つて生じた結果に對して、道義的非難をなすのは不當だからである。これに反し、刑罰を社會防衛の手段として考へ、且つ因果關係を行爲の危險性を判定する意味において考へるならば、條件説に賛成すべきである。何となれば、社會に生起する現象は千差萬別であつ

て、或る行爲から生ずる結果は、常に必らずしも、我々が過去において多く經驗し、將來を豫測し得るやうな経過を辿るものではないからである。要するに、我々の智識によつて、その行爲がなかつたならば、その結果は生じなかつたであらうといふことが、説明できる以上は、その行爲と結果との間に、因果關係の成立を認むべきである。

右の説明は、作爲と結果との間に成立する因果關係の問題であるが、因果關係は不作爲と結果との間にも成立するのである。しかも、それは、不純正不作爲についても純正不作爲についても考へ得るのである。例へば、親がその子の溺死するのを見て救助しなかつたことが、殺人罪の既遂になる爲めには、親の不作爲犯によつてその子が死亡したと、認め得ることが必要であり、又、保護義務者が扶助を要する者に對して、生存に必要な保護をしなかつた爲め、その者が死亡し、第二一九條の犯罪に問はれる爲めには、保護義務者の不作爲によつてその者が死亡したと、認め得ることが必要なのである。

第二節 犯罪事實の錯誤

五五 犯罪事實の錯誤と犯罪の既遂未遂

犯罪事實の錯誤とは、犯人が認識した犯罪事實と、行爲から現に發生した犯罪事實とが、一致しないことをいふのである。或る結果の發生することを構成要件とする犯罪において、その犯罪が既遂となる爲めには、行爲と結果との間に因果關係のあることを要するのであるが、更にもう一つの要件として、犯人が認識した犯罪事實に一致（符合）した犯罪事實の發生することが必要である。例へば、殺人罪が既遂となる爲めには、犯人の認識した犯罪事實が、人の死亡といふ事實であり、且つ犯人の行爲から人の死亡といふ事實が發生しなければならぬ。では、この兩事實が異つた種類の犯罪（構成要件の異なる犯罪）に屬する場合は、犯罪は既遂であるか未遂であるか。この點は既に、故意と事實の錯誤といふ題で、一部分を説明しておいたのであるが（二五參照）、但しそれは、故意の成立に関する問題として論じたに過ぎない。今度はこれを犯罪の既遂未遂の問題として論ずるのである。

五六 犯罪事實の錯誤に関する學說

この問題に関する學說を検討する前に、犯罪が既遂になるのと未遂になるのとは、犯人の刑事責任に如何なる差異が生ずるかといふことを、まづ明瞭にしておく必要がある。これは既に未遂犯の説明で明かになつてゐることであるが、第一に、未遂犯には既遂犯の刑を減輕して適用することができる（四三條）。この意味で、未遂犯の刑事責任は既遂犯のそれよりも輕いのである。第二に、未遂犯は各本條に特に規定がなければ罰せられない（四四條）。右の點を念頭におきつつ、次に、事實の錯誤に関する學說を検討しよう。

（一） 具體的符合說 この說によれば、認識事實と發生事實とが、具體的に一致した場合は既遂犯であるが、然らざる場合は、認識事實の未遂犯と、發生事實の過失犯とを認め、兩罪に第五四條第一項（想像的併合罪）を適用する。例へば、甲を殺さうとし誤つて乙を殺した場合は、甲について殺人未遂罪、乙について過失致死罪（二一〇條）を認め、これに第五四條一項を適用して、重い方の殺人未遂罪で處罰するのである。しかしながら、犯人は人を殺さうとして現に人を殺してゐるに拘らず、これを殺人未遂罪として、刑事責任

を軽くするのは不合理である。

(二) 法定的符合説 この説によれば、認識事實と發生事實とが、法律の規定の上で、即ち特別構成要件において一致してゐれば、既遂犯が成立する。従つて、甲を殺さうとし誤つて乙を殺しても、犯人は殺人既遂罪に問はれる。我が大審院は現在この説をとつてゐる。しかしながら、この説によれば、例へば、他人の器物を損壊しようとし(二六一條)、誤つて人を殺した場合は、器物損壊未遂犯と過失致死罪を認められるが、器物損壊未遂犯の處罰規定がないから、犯人を過失致死罪で處罰するの外なく、その結果、器物を損壊しようとして器物を損壊したときよりも、犯人の刑事責任が軽くなるといふ不合理が生ずるのである。

(三) 抽象的符合説 この説によれば、認識事實と發生事實とが、刑法上の價値は同一一致する限りは、犯罪の種類が何であるかを問はず、その一致する範囲内において、常に既遂の刑事責任を問ふのである。例へば、器物を損壊しようとし誤つて人を殺した場合、器物損壊罪(二六一條)の既遂で處罰し、又器物を損壊せんとし誤つて人を殴打した場合は、暴行罪(二〇八條)の刑を限度として處罰するのである。最近では、多くの學者が、

多少の相違はあるけれども、この説に賛成してゐるのである。

第十二章 共犯

第一節 基礎理論

五七 共犯の意義

共犯とは、二人以上の協力によつて、犯罪を實行することをいふのである。共犯は數人の協力によるものであるから、單獨犯とは異なる犯罪現象を表す。共犯では、各共犯者の悪性が相互に影響しつゝ現れ、その結果、犯罪のやり方が大膽となる。又共犯では行爲の相互的利用、即ち分業作用が行はれて、犯罪の遂行を容易にする。共犯には、かやうな特殊性があるのであるから、共犯に関する刑法理論は、單獨犯のそれとは自ら異るところがなければならぬのである。我が舊刑法では、共犯は數人一罪として理解されてゐた(これを犯罪共同説といふ)。しかし近年の共犯理論では、共犯の右の特殊性に着眼して、共犯と

は犯人が自己の犯罪を行ふに當つて、他人の行爲を利用するものであると説き（これを行爲共同説といふ）。或は、共犯は數人の意思共同體が犯罪を行ふものであると説いてゐるのである（これを共同意思主體説といふ）。

五八 從屬犯の觀念

現行刑法は、數人が協力する形式を三つに分けてゐる。その一は、共同正犯といはれるもので、二人以上が共同して犯罪を實行するものである。その二は、教唆犯といはれるもので、他人を教唆して犯罪を實行せしむるものである。その三は、從犯といはれるもので、他人の犯罪の實行を幫助するものである。この三種の共犯のうち、教唆犯と從犯とは犯人が自ら犯罪を實行するものではなくて、犯罪の實行は他人が行ふのである。そこで、若し客觀主義刑法理論により、犯罪はその實行者、即ち正犯だけが處罰さるべきものとするならば、教唆や幫助は、犯罪の未遂と同じやうに、本來處罰さるべきものではなく、刑法の共犯に関する規定は、刑罰を教唆や幫助にまで、特別に擴張したものであるといふことになり（これを刑罰擴張原因説といふ）、又、教唆犯や從犯は、正犯に從屬して成立し、且

つ處罰される、言ひ換へれば、教唆や幫助が犯罪になる爲めには、被教唆者又は被幫助者が犯罪を實行し、且つ處罰される場合に限る、といふことになるのである。これを從屬性説といふ。而して、從屬性説から教唆犯や從犯のことを從屬犯と呼ぶのである。我が大審院の判例もこの説に從つてゐる。しかしながら、主觀主義刑法理論によれば、教唆犯は教唆といふ行爲により、從犯は幫助といふ行爲によつて、それぞれ犯人の悪性を表現してゐるのであるから、教唆犯も從犯も自己固有の行爲によつて處罰されるものといはねばならない。言ひ換へれば、教唆犯又は從犯は、被教唆者又は被幫助者が處罰される場合であるかと否とに拘らず、處罰されねばならぬといふことになるのである。これを獨立性説といふ。尙ほ、この獨立性説を更に推し進めるならば、被教唆者又は被幫助者が、たとへ犯罪を實行しなくとも、教唆犯又は從犯は處罰されなければならぬ、といふ主張もでてくる。尤も、現行刑法では、教唆犯が成立するには被教唆者が犯罪を實行することを要し（六一條）、從犯は犯罪の實行者（正犯）を幫助することを要するのであるから（六二條）、被教唆者又は被幫助者が犯罪を實行しなかつた場合は、教唆の未遂犯又は從犯の未遂犯として、處罰するといふのである。しかし、この點の主張は、現行刑法の解釋として稍々無理であるかと思

ふ。被教唆者又は被幫助者が犯罪を實行しなくとも、教唆そのもの、幫助そのものを罰する場合については、法律は特にその旨を規定してゐるのである（例へば、爆發物取締罰則四條軍機保護法一六條一七條）。だから、かやうな規定のない場合は、被教唆者又は被幫助者が犯罪を實行しない以上は、教唆犯又は從犯として處罰し得ない、と解するのが穩當であらう。

五九 間接正犯の觀念

從來の刑法學では、單獨犯と共犯との中間のものとして、間接正犯なるものが認められてゐる。間接正犯とは、責任無能力者の行爲又は故意なき行爲を利用して、犯罪を實行した場合をいふのである。例へば、狂人を唆して放火させた場合、或は人を殺す意思で、看護婦に藥であると詐つて毒を渡し、看護婦の手でその毒を病人に飲ませた場合を、間接正犯といふのである。これを特に間接正犯と名づける理由は、責任無能力者の行爲や故意なき行爲を利用した場合は、機械器具を用ひた場合と差異がないから、これを共犯とするとはできない。さりとて、犯人が自ら犯罪を實行したのではないから、單獨犯とも異ると

いふのである。しかし、この考へ方には反對がある。反對説はこうである。共犯とは他人の行爲を利用して犯罪を實行すること、いやしくも、他人の行爲を利用した以上は、被利用者に責任能力がない場合であると、故意がない場合であるとに拘らず、常に共犯が成立する。従つて、間接正犯といふ觀念は無用のものであるといふのである。

私は、後の説明で判るやうに、たとへ、他人の行爲を利用して、共犯とならない場合があると考へてゐるのであるが、しかしその場合を、單獨犯と區別して、特に間接正犯と名づけるかどうかは、單に用語上の便宜問題に過ぎない、と思つてゐる。

第二節 共同正犯

六〇 共同正犯の成立要件

共同正犯とは、二人以上が共同して犯罪を實行することをいふのである（六〇條）。そこで、共同正犯の成立する爲めには、次ぎの要件が必要である。

(一) 二人以上が共同すること。共同者は二人以上で、且つ他人と、事實上、共同行爲

をなし得る者であればよい。必らずしも刑法上の責任能力者であることは必要でない。尤も、一説によれば、共同者は責任能力者でなければならぬと説かれてゐるが、しかし、刑法上の責任無能力者であつても、例へば、殺人狂や竊盜狂などと共同して犯罪を犯すのは、これを共犯として取扱ふべきである。

次に、二人以上が「共同」する爲めには、まづ二人以上が共同の意思で結び付くことが必要である。この共同意思の連絡ある點が、共同正犯の特質である。大審院の判例に曰く、「若し行爲者間に意思の連絡を缺くときは、たとへ、その一人が他の者と共同犯行の意思で、その犯罪に参加したとするも、全員の協力によつて犯罪事實を實行したものとひ得ないのであるから、共同正犯の成立を認めることはできぬものである」と。

右のやうな共同意思の連絡ある數人が、更に、犯罪の實行上重要な行爲をすれば、ここに數人が「共同」したといふことになる。どんな行爲が犯罪の實行に重要なものであるかは、犯罪の種類や行爲當時の事情によつて異なるので、一概にはいへぬが、例へば、詐欺罪ならば、詐欺の手段を謀議し、賭博罪ならば賭博の見張をするなどは、犯罪の實行に重要な行爲である。

(二) 犯罪を實行すること。共同正犯の成立する爲めには、共同者の一人が犯罪を實行しなければならぬ。だが必らずしも、共同者の全部がそれぞれ犯罪の實行をなす必要はない。そのうちの一人が他を代表して實行しても、共同正犯である。大審院の判例はこれを次ぎのやうに説いてゐる。「數人共謀の事實がある以上は、各自が互に他を代表して行爲をなすものであるから、共謀者中の何者が實行するも、共謀者全體の行爲と看做すべきものであつて、共に共同正犯の責を免れ得ないのである」と。尤も、右の見解に對しては反對説がある。反對説によれば、共同正犯が教唆犯又は從犯と異なる點は、共同正犯においては、共同者の各自が實行をなすことにある。而してこのことは第六〇條に「共同シテ犯罪ヲ實行シタル者」とあるによつても明かであると。しかし、私の考によれば、共同正犯と教唆犯又は從犯とが區別せられる重點は、犯罪を實行した點にあるのではなくて、その共同した點にあるのである。共同正犯における「共同」、教唆犯における「教唆」、從犯における「幫助」は、いづれも二人以上の協力ではあるが、しかし別々の協力形式である。共同正犯は共同といふ協力形式で犯罪を實行するものである。従つて、二人以上の間に、共同といふ行爲がある以上は、その中の一人が犯罪を實行すれば、共同正犯となるのである。

六一 共同正犯の處罰

共同正犯の各自は、共同で實現した犯罪事實の全部に對して責任を負ふ。第六〇條に、「皆正犯トス」とあるのはこの意味である。例へば、甲と乙とが共謀の上、甲は丙を殺し、乙は丁を殺さうとしたが未遂に終つたものとするに、若しこれが甲と乙との單獨犯であれば、甲は丙に對する殺人既遂の一罪で、乙は丁に對する殺人未遂の一罪である。しかし、右の例では、甲乙は共同正犯であるから、甲乙いづれも全部の犯罪事實、即ち丙に對する殺人既遂と丁に對する殺人未遂との二罪について、責任を負ふのである。

第三節 教唆犯

六一 教唆犯の成立要件

教唆犯とは、人を教唆して犯罪を實行せしめる犯罪をいふのである(六一條)。教唆犯の特質は人を「教唆」する點にある。教唆とは、犯罪を實行する意思のない者に、その意思

を生ぜしめることである。そこで、教唆犯のことを一名、遺意犯ともいふのである。教唆犯の成立する爲めには次ぎの要件を必要とする。

(一) 人を教唆すること。被教唆者は必らずしも責任能力者である必要はない。事實上、犯罪を實行し得る能力を有すれば足りる。この點は、共同正犯の場合と同様である。教唆は、被教唆者が一定の犯罪を實行する程度に教唆する必要がある、且つその程度に教唆すれば十分である。漫然と、犯罪をせよと唆すのは教唆ではないが、しかし必らずしも、犯罪の被害者や日時場所などを、指摘する必要はないのである。

(二) 被教唆者が犯罪を實行すること。

六三 教唆犯の處罰

教唆犯は正犯に準じて處罰される。正犯に準ずるとは、被教唆者に適用すべき刑を適用するといふことである。但し、教唆者が教唆した犯罪と、被教唆者が實行した犯罪との間に喰違がある場合は、犯罪事實の錯誤に關する理論によつて(五六參照)、教唆者の責任を定めねばならない。

教唆犯を教唆した者も正犯に準ずる（六一條二項）。例へば、甲が乙を教唆し、乙が甲の教唆した犯罪を更に丙に教唆し、丙がその犯罪を實行した場合に、乙は教唆犯として正犯に準ぜられるが、甲も亦正犯に準ぜられるのである。従犯を教唆した者は従犯に準ずる（六二條二項）。

拘留又は科料のみに處せらるべき犯罪の教唆者は、特別の規定がなければ罰せられない（六四條）。特別の規定とは、例へば、警察犯處罰令第四條の如きものを指す。

第四節 従犯

六四 従犯の成立要件

従犯とは正犯を幫助する犯罪をいふのである（六二條）。従犯の成立要件は次ぎの如くである。

(一) 正犯を幫助すること。被幫助者は事實上犯罪を行ふ能力を有すればよい。幫助とは、實行行爲以外の行爲で、正犯の實行行爲に協力することである。但しその行爲が犯罪

の實行上重要なものであるときは、既に述べたやうに、共同正犯となり得るのであるから、従犯は共同正犯とならざる程度の行爲で、正犯に協力した場合に限る。次ぎは、大審院の判例に現れた従犯の例である。他人が賄賂を贈らうとする金銭の不足を知つて、これに金銭を貸與するのは賄賂罪の従犯である。傷害の決意をした者に助言して、その決意を強固ならしむるのは、傷害罪の従犯である。竊盜の意思を有する者に、竊取するに適當なものを指示するのは、竊盜罪の従犯である。

従犯においては、共同正犯の場合と異り、幫助者と正犯との間に、必らずしも、意思の連絡があることを必要としない。正犯が従犯の幫助を知らなくとも、従犯の成立があるのである。

(二) 被幫助者が犯罪を實行すること。

六五 従犯の處罰

従犯の刑は正犯の刑に照して減輕する（六二條二項）。

拘留又は科料のみに處すべき犯罪の従犯は、特別の規定がなければ罰せられない（六四

條)。この點は教唆犯と同じである。

第五節 共犯と身分

六六 犯人の身分と犯罪

通常、犯罪の成立する爲めには、犯人の身分といふことは問題にならない。しかし或る種の犯罪は、犯人に一定の身分があることを構成要件としてゐる。例へば、囚人逃走罪（九七條）における囚人、偽證罪（一六九條）における宣誓した證人、姦通罪（一八三條）における有夫の婦、收賄罪（一九七條）における公務員、横領罪（二五二條）における他人の物の占有者などがそれである。又或る種の犯罪では、犯人の身分が刑の加重原因になつてゐる。例へば、常習賭博罪（一八六條）における賭博常習者、尊屬親殺罪（二〇〇條）における卑屬親、業務上横領罪（二五三條）における業務上の占有者などがそれである。そこで、かやうな犯罪を行ふに當つて、身分のない者が協力した場合に、その身分なき者はどう處罰されるか。

六七 身分により構成する犯罪と共犯

刑法第六五條第一項に曰く、「犯人ノ身分ニ因リ構成ス可キ犯罪行爲ニ加功シタルトキハ其身分ナキ者ト雖モ仍ホ共犯トス」と。例へば、非公務員が公務員と謀議し、その公務員に收賄させたときは、非公務員は收賄罪の共同正犯となる。又、證人でない者が他人を教唆し、宣誓の上虚偽の陳述をさせたときは、偽證罪の教唆犯となるのである。

六八 身分により刑の輕重ある犯罪と共犯

刑法第六五條第二項に曰く、「身分ニ因リ刑ノ輕重アルトキハ其身分ナキ者ニハ通常ノ刑ヲ科ス」と。例へば、子が親を殺す際に、子と協力した普通人は、普通人殺罪（一九九條）の刑によつて處罰されるのである。

第十三章 犯罪の複數

第一節 併合罪

六九 併合罪の意義

併合罪とは、或る犯罪の裁判確定前に犯したところの數罪をいふのである。例へば、一月に甲罪、二月に乙罪、四月に丙罪を犯し、いづれも五月に裁判を受けるとすれば、甲乙丙は併合罪となるのである。では、この併合罪に對しては、如何なる刑罰を科するか。前例で、甲罪は竊盜（十年以下の懲役）、乙罪は強姦（二年以上の有期懲役）、丙罪は殺人（死刑又は無期又は三年以上の懲役）であるとすれば、犯人は如何なる刑を科せられることになるか。

七〇 併合罪の處分

併合罪の處分については三つの主義がある。吸收主義は、數罪の中最も重い刑で處分する。加重主義は、數罪の中最も重い刑に一定の加重をして處分する。併科主義は、數罪の各刑を併合して處分する。現行刑法は右の三つの主義を折衷してゐるのである。

(一) 併合罪中その一罪について、死刑、無期の懲役又は禁錮に處すべきときは、吸收主義による（四六條五一條）。

(二) 併合罪中に二個以上の有期の懲役又は禁錮に處すべき罪があるときは、加重主義による（四七條五一條）。

(三) 罰金、拘留又は科料については、併合主義による（四八條五一條五三條）。

特別法には、併合罪に關する右の規定を適用しない旨を定めてゐる場合がある。例へば酒造法第三一條の如きこれである。かかる場合は、常に併科主義で處分されるのである。ところで、犯罪が一個である、數個であるといふのは、どうして定められるのであるか。これは一見簡單なやうで、實はさうでないのである。學說としては、犯人の決意の個數で

定めようとするもの、行爲の個數によつて定めようとするもの、或は行爲から生じた結果の個數で定めようとするものなどあるが、主觀主義刑法理論からすれば、犯罪の多寡は、犯人の悪性の大小を測定する一つの標準であるから、犯罪の個數は、まづ犯人の意思について定めるのが正しい。そうして、犯人が一個の結果を發生させる意思で行爲をした場合は、一個の犯罪であり、數個の結果を發生させる意思で行爲をした場合は、數個の犯罪であると見るべきである。何となれば、例へば、一人を殺す意思よりも數人を殺す意思の方が、犯人の悪性は大であると見ねばならぬからである。但し、右の標準によつて數個の犯罪であつても、刑法が特に一罪として處罰する場合がある。これを處分上の一罪といふ。次節で説明する。

第二節 處分上の一罪

七一 想像的併合罪

一個の行爲が數個の罪名に觸れた場合を、想像的併合罪と名づける（五四條一項前）。例

へば、一發の彈丸で人を殺し、同時に他人の器物を損壞した場合がこれである。想像的併合罪は數罪の刑罰中、最も重い刑で處罰する。前例では、殺人罪の刑で處罰するのである。

七二 牽連犯

犯罪の手段又は結果たる行爲が、他の罪名に觸れる場合を、牽連犯と名づける（五四條一項後）。例へば、文書を偽造して詐欺をした場合がこれである。

牽連犯は、手段又は結果たる犯罪の刑罰中、重い方の刑で處罰する。前例で、若し偽造した文書が私文書であれば、私文書偽造罪（一五九條）の刑よりも、詐欺罪（二四六條）の刑が重いのであるから、詐欺罪の刑で處罰するのである。

七三 連續犯

連續した數個の行爲が、同一の罪名に觸れる場合を、連續犯と名づける（五五條）。例へば、他人の倉庫から毎日連續して、財物を竊取する場合がそれである。ここに同一の罪名

といふのは、同種の罪名といふぐらひの意味である。だから、竊盜罪と強盜罪とは連続犯になり得る。しかし殺人罪と傷害罪とは連続犯にならない。連続犯は一罪として處罰する。

第三節 累犯

七四 累犯の意義

確定裁判を経た犯罪に對し、その後の犯罪を累犯といふ。累犯は一定の要件の下に、刑を加重される。前者は廣義における累犯であり、後者は狹義における累犯である。刑法第五六條以下に規定する累犯は、狹義の累犯である。

累犯は又これを普通累犯と常習累犯とに分けることができる。常習累犯とは累犯者がその犯罪の常習性を有する場合をいふ。現行刑法は賭博常習罪を認めるに過ぎぬが、盜犯等ノ防止及處分ニ關スル法律は、強竊盜の常習犯を特に重く處罰してゐるのである。

七五 累犯加重

累犯を加重する要件は大體次ぎの如くである(五六條)。

- (一) 前犯と後犯とがいづれも懲役に該ること。
- (二) 前犯の刑の執行を終つてかから、又は執行の免除があつてから、五年内に更に罪を犯したこと。

累犯の罪は、その罪について定めた懲役の、長期の二倍以下とする(五七條)。三犯以上についても同じある(五九條)。

第十四章 刑罰

第一節 刑罰の種類及び輕重

七六 刑罰の種類

刑罰は法違反を理由として、國家が法違反者の法益を剝奪するものであるが、その剝奪する法益の種類に従つて、刑罰を數種に分けることができる。

(一) 生命刑は、法違反者の生命を剝奪する。即ち死刑である。

(二) 身體刑は、法違反者の身體を毀損し又は毆打する。中世紀の歐洲における耳を殺ぎ、舌を抜く刑、徳川時代における笞刑、杖刑又は黥刑などがこれである。

(三) 自由刑は、法違反者の自由を拘束する。懲役、禁錮、拘留、流刑、居住制限などがこれである。

(四) 財産刑は、法違反者の財産を徵收する。罰金、科料、沒收などがこれである。

(五) 名譽刑は、法違反者の公的關係における名譽、例へば、選舉權、位記、勳章などを剝奪する。

現行刑法は生命刑たる死刑、自由刑として懲役、禁錮及び拘留、財産刑として罰金、科料及び沒收を規定する、身體刑としては笞刑が關東州に行はれてゐるに止まる。名譽刑としては、特別法に規定されてゐるものはあるけれども、現行刑法にはない。

現行刑法は刑罰を主刑と附加刑とに區別してゐる。即ち、死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留及び科料を主刑とし、沒收を附加刑とする(九條)。

七七 刑罰の輕重

現行刑法は刑罰の輕重を、次ぎのやうに定めてゐる(一〇條)。

(一) まづ、死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料の順。但し、無期禁錮は有期懲役より重く、有期禁錮の長期が有期懲役の長期の二倍を超ゆるときは、禁錮の方が重い。

(二) 同種の刑は長期の長いもの又は多額の多いものが重く、長期又は多額の同じものは、その短期の長いもの又は寡額の多いものが重い。ここに長期短期といふのは、懲役、禁

細及び拘留に用ひられるもので、例へば、一年以上十年以下の懲役といふ刑なら、十年が長期で一年が短期である。又多額寡額といふのは、罰金や科料に用ひられるもので、例へば、五十圓以上千圓以下の罰金といふ刑なら、千圓が多額で五十圓が寡額である。そこで、例へば私文書偽造罪（一五九條）の刑は三月以上五年以下で、有價證券偽造罪（一六二條）の刑は三月以上十年以下であるから、後者の刑が重い。又、水道損壊罪（一四七條）の刑は一年以上十年以下で、偽證罪（一六九條）の刑は三月以上十年以下であるから、前者の方が重いのである。

（三）二個以上の死刑、又は長期若しくは多額及び短期若しくは寡額の同じ同種の刑は、犯情に依つてその輕重を定める。

第二節 刑罰の適用

七八 刑罰の主體

刑罰の主體即ち刑罰を科せられる者は、原則として、犯罪の主體即ち犯罪を行つた者で

あるが、この原則に對しては例外がある。特別法では、營業者とその家族、雇人、同居人、その他の従業者の行爲について處罰され、營業者が無能力者であるときは、その法定代理人が處罰される場合がある。次に、新聞紙法及び出版法では、新聞又は出版物の署名人、發行人、編輯人、印刷人が處罰される。

七九 法定刑と處斷刑

一定の犯罪に對して法律が抽象的に定めた刑のことを法定刑といふ。刑法各本條に定められてゐる刑罰が、即ち法定刑である。この法定刑に法律上又は裁判上の、加重減輕をしたものが處斷刑となる。刑法で、例へば、未遂犯の刑は減輕することを得とか、従犯の刑は正犯の刑に照して減輕すとかいふ場合は、右の法定刑を減輕して、處斷刑を定めるといふ意味である。裁判所が判決で言渡す刑、即ち宣告刑を軽くするといふ意味でないことに注意され度い。

刑を加重する原因には、既に述べたやうに、併合罪加重と累犯加重とがある。これに對し、刑を減輕する原因には、法律上のものと、裁判上のものがある。

法律上の減輕原因としては、既に述べたやうに、過剰防衛（三六條二項）、過剰避難（三七條一項）、法律の不知（三八條三項）など、まだその外にもあるが、尙ほ「自首」も減輕の理由となる。この自首の要件は次ぎの如くである（四二條）。第一に、犯人が自ら進んで自己の犯罪を捜査機關（検事又は警察官）に告知し、且つ犯人の身體の自由をその處分に一任すること。第二に、告知する犯罪は、未だ官憲に發覺されてないものであること。ここに、「發覺」とは、犯罪事實及び犯人の誰であるかが、發覺することを意味してゐる。だから、犯罪事實が發覺しても犯人が不明であるときは、自首の効力が生ずるのである。尙ほ、親告罪、即ち被害者の告訴を待つて公訴を提起すべき犯罪について、犯人が告訴權者に首服したときは、自首と同様に刑を減輕することができる。

次ぎに、裁判上の減輕は酌量減輕である。第六六條に曰く、「犯罪ノ情狀憫諒ス可キモノハ酌量シテ其刑を減輕スルコトヲ得」と。前述の法律上の加重減輕をする場合でも、更に酌量減輕をすることができるのである（六七條）。

では、右のやうな刑の減輕原因がある場合に、その減輕はどの程度までに行けるか。第六八條以下にそれが規定してあるが、原則は次ぎの如くである。

死刑を減輕するときは、無期又は十年以上の懲役若しくは禁錮とする。

無期の懲役又は禁錮を減輕するときは、七年以上の有期の懲役又は禁錮とする。

有期の懲役又は禁錮を減輕するときは、その刑期の二分の一を減ずる。

罰金を減輕するときは、その金額の二分の一を減ずる。

拘留を減輕するときは、その長期の二分の一を減ずる。

科料を減輕するときは、その多額の二分の一を減ずる。

八〇 宣告刑

前述の法定刑又は處断刑の範圍内で、裁判所が實際に言渡した刑を宣告刑といふ。

現行刑法は宣告刑の量定の仕方については、何等規定をおいてゐない。唯だ、刑事訴訟法に公訴に關して、「犯人ノ性格、年齢及境遇並犯罪ノ情狀及犯罪後ノ情況に因リ訴追ヲ必要トセサルトキハ公訴ヲ提起セサルコトヲ得」とあることから、間接にこれを知り得るのみである。

現行刑法による宣告刑は定期刑である。即ち、裁判所が有期の懲役又は禁錮を宣告する

には、被告人を懲役（又は禁錮）幾年、幾月に處す、といふやうに、刑期を一定して宣告するのである。かやうに宣告刑の刑期を一定するのは、既に述べたやうに、罪刑法定主義の趣旨を貫徹する爲めであるが、しかし、刑罰は犯人を教育改善する手段であるとするならば、刑期を一定せずに宣告して、犯人が改善されるまで刑罰を科する方がよいのである。特に少年又は常習犯人に對して、不定期刑の必要がある。そこで、大正十一年の少年法では、少年に對し、長期三年以上の有期の懲役又は禁錮を以て處斷すべきときは、不定期刑を言渡し得ることにしてゐる。但し少年法の不定期刑は相對的不定期刑といはれるもので、長期と短期とを定めて言渡すのである。例へば、被告人を懲役一年以上五年以下の懲役に處す、といふやうな言渡しするのである。

尙ほ、未決勾留の日數は、その全部又は一部を本刑に算入することができる（二二條）

第三節 刑罰の執行

八一 死刑の執行

死刑は監獄内で絞首して行ふ（一一條一項）。往時の威嚇刑時代には、死刑の執行方法は残酷で且つこれを公開したものであるが、近代に至つてからは、なるべく犯人に苦痛を與へない方法が行はれ、且つ非公開である。我が國の死刑の方法は絞首だけである。尤も、陸海軍刑法では銃殺が用ひられてゐる。諸外國でも絞首が一番多く用ひられてゐる。しかし、ソ聯邦の死刑は常に銃殺である。又ドイツでは絞首の外に斬首が用ひられ、アメリカの二三の州では電氣死刑、瓦斯死刑が用ひられてゐる。

死刑の言渡を受けた者は、その執行あるまで監獄に拘置する（一一條二項）。執行は司法大臣の命令により、且つ命令のあつた日より五日内に行ふのである（刑訴五三八條五四〇條）。若し死刑の言渡を受けた者が、心神喪失者又は懷胎の婦女であるときは、その間は死刑を執行しない（刑訴五四三條）。

八二 自由刑の執行

懲役は無期と有期とに區別され、有期懲役は一月以上十五年以下である（一二條二項）。但しこれを加重するときは二十年、減輕するときは一月以下にすることができ（一四條）。懲役は懲役監に拘置し、定役に服せしむるのである（一二條二項）。

禁錮も無期と有期とに區別され、有期禁錮は一月以上十五年以下である（一三條二項）。但しこれを加重するときは二十年、減輕するときは一月以下にすることができ（一四條）。禁錮は禁錮監に拘置する（一三條二項）。禁錮には定役がない。この點が懲役と異るところである。

拘留は一日以上三十日未満とし、拘留場に拘置する（一六條）。

八三 財産刑の執行

罰金は二十圓以上である。但しこれを減輕するときは、二十圓以下にすることができ（一五條）。

科料は十錢以上二十圓未満である（一七條）。

罰金を完納し能はざる者は一日以上一年以下の期間、又科料を完納し能はざる者は一日以上三十日未満の期間、これを勞役場に留置する（一八條）。勞役場といふのは監獄に附設してあるもので（監獄法八條）、強制的に勞働をさせる場所である。

沒收は次ぎの物に對してなすのである（一九條）。「犯罪行爲を組成した物」例へば、阿片煙に關する犯罪の阿片煙のやうに、犯罪の構成上に必要なものである。「犯罪行爲に供し又は供せんとした物」例へば、殺人の用に供した兇器のやうに、犯罪實行の爲めに利用し、又は利用する爲め準備した物である。「犯罪行爲より生じ又はこれにより得たる物」例へば、通貨偽造によつて生じた偽造通貨、又は強盜によつて取得した財物である。右の物が犯人以外の者に屬しないときに限り、裁判所は沒收の言渡ができるのである（一九條二項）。但し拘留又は科料のみに該る犯罪については、犯罪行爲を組成した物でなければ、原則として沒收ができない（二〇條）。尙ほ、收賄罪（一九七條）については、「追徴」といふものがある。これは賄賂を沒收することができない場合に、それを金錢に換算して價額を徵收するのである。

八四 刑の執行猶豫

刑罰は犯人の改善を目的とするものであるといふ考からすれば、犯罪を犯しても、その後犯人に改悛の状があるときは、刑を執行するよりも寧ろ執行しない方が、刑事政策上妥當な場合があり、又、偶發的原因による初犯者に對しては、單にその將來を戒告すれば足りる場合もあらう。殊に初犯者が監獄内で同囚から悪感化を受ける處があるときは、刑を執行しない方が犯人の爲めでもある。そこで、近年における諸國の刑法は、殆んど皆、執行猶豫の制度を設けてゐるのである。

執行猶豫制度には、條件附有罪判決主義といつて、有罪判決を言渡した後、執行猶豫の期間内に一定の事故がなければ、有罪判決の效力を失はしめる制度と、條件附特赦主義といつて、執行猶豫の期間内に一定の事故がないときは、刑の執行を免除する制度とがある。我が現行刑法の制度は條件附有罪判決主義である。尙ほ、執行猶豫制度の外に宣告猶豫制度といふものがある。これは英米で行はれてゐるもので、有罪判決の言渡を猶豫するのである。即ち、猶豫期間内に一定の事故がないときは、犯人は有罪判決の言渡を受けずに済

むのである。今度、我が國の改正刑法では、執行猶豫制度の外に、この宣告猶豫制度も採用することになつてゐる。

現行刑法において執行猶豫を言渡すには、次ぎの要件が必要である(二五條)。

(一) 二年以下の懲役又は禁錮の言渡を受けた者であること。
(二) 前に禁錮以上の刑に處せられたことのない者であること。但し前に禁錮以上の刑に處せられたことのある者でも、その執行を終り又は執行の免除を得た日から、七年以内に禁錮以上の刑に處せられたことがなければよい。

(三) 執行猶豫を言渡すのが適當であると認むべき情状のある者であること。

執行猶豫は裁判確定の日から、一年以上五年以下の期間内で、裁判所が定めるのである。執行猶豫の言渡を受けた者は、まづ、刑を執行されない。次ぎに、猶豫期間内に執行猶豫の取消を受けないで、その猶豫期間を経過すれば、前に言渡された有罪判決の效力がなくなる(二七條)。即ち、有罪の判決を受けなかつた状態に復するのである。

執行猶豫は次ぎの場合に取消される(二六條)。

(一) 猶豫の期間内に犯罪を行つて、禁錮以上の刑に處せられたとき。

(二) 猶豫の言渡前に犯した他の犯罪について、禁錮以上の刑に處せられたとき。

(三) 猶豫の言渡前に犯罪を犯して禁錮以上の刑に處せられたことのあることが、發覺したとき。但しその執行を終り又は免除を得た日から七年を経過したものは差支ない。

八五 假出獄及び假出場

懲役又は禁錮の執行を受けてゐる者が、執行中に改悛の狀あるときは、條件付で釋放することができる。これを假出獄又は假釋放といふのである。假出獄制度も亦執行猶豫制度と同様に、刑罰は犯人の改善であるといふ見地から設けられてゐるものである。假出獄は行政官廳の處分で行ふもので、次ぎの要件が必要である(二八條)。

(一) 懲役又は禁錮に處せられた者が、無期刑については十年、有期刑については刑期の三分の一を経過したこと。

(二) 改悛の狀があること。

假出獄は次ぎの場合に取消される(二九條)。

(一) 假出獄中に犯罪を犯して、罰金以上の刑に處せられたとき。

(二) 假出獄前に犯した他の犯罪について、罰金以上の刑に處せられたとき。

(三) 假出獄前に他の犯罪について罰金以上の刑に處せられた者で、その刑を執行すべきとき。

(四) 假出獄取締規則に違背したとき。

拘留に處せられた者、又は、罰金や料金を完納し能はざる爲め、勞役場留置を受けた者に對しては、行政官廳は何時でも假出場を許可することが出来る(三〇條)。假出場には、假出獄のやうな、取消處分といふものがない。

第四節 刑罰の消滅

八六 刑罰の消滅の意義

刑罰の消滅とは、刑罰執行権の消滅を意味する。即ち、有罪の確定判決があつた後、その言渡した刑の執行権が消滅することである。この刑罰の消滅といふことと、公訴権の消滅といふことを混同してはならない。公訴権の消滅とは、刑罰請求権の消滅を意味する。

公訴権が消滅するときは、検事は公訴を提起し得ないのである。

刑罰執行権は、受刑者の死亡、刑罰執行の終了、假出獄期間又は執行猶豫期間の満了によつて消滅する外、恩赦並に時効によつて消滅する。

八七 恩赦

恩赦は天皇の大権によつて行はせられる（憲一六條）。大赦、特赦、減刑、復権の四種があつて、その方法及び効力は恩赦令で定つてゐる。

(一) 大赦は勅令で犯罪の種類を定めて行ふ（恩二條）。その効力としては、刑の言渡を受けた者については、その言渡が將來に向つて効力を失ひ、未だ刑の言渡を受けない者については、公訴権が消滅する（恩三條）。

(二) 特赦は刑の言渡を受けた特定の者に對して行ふ（恩四條）。その効力としては、刑の執行を免除する。但し特別の事情があるときは、將來に向つて刑の言渡の効力を失はしむることができる（恩五條）。

(三) 減刑は刑の言渡を受けた者に對し、勅令で犯罪又は刑の種類を定めて行ふか、又

は、刑の言渡を受けた特定の者に對して行ふ（恩六條）。その効力としては、勅令による減刑は原則として將來に向ひ刑を変更し、特定の者に對する減刑は刑の執行を減輕する。但し特別の事情あるときは刑を変更することができる（恩七條）。尙ほ刑の執行猶豫の言渡を受けた者に對しては、減刑と共に猶豫の期間を短縮することができる（恩八條）。

(四) 復権は刑の言渡を受けた爲め法令の定むる資格を喪失し、又は停止せられた者に對し、勅令で要件を定めて行ふか、又は特定の者に對して行ふ。但し刑の執行を終らない者又は執行の免除を得ない者に對しては行ふことができない（恩九條）。復権の効力は、將來に向つて一定の資格を回復せしめる（恩一〇條）。

八八 刑の時効

時効とは、一定期間の経過によつて、法律上特定の効力を生ずることである。刑法には「刑の時効」があり（三二條）。刑事訴訟法には「公訴の時効」がある（刑訴二八一條）。刑の時効は、一定期間の経過によつて、刑の執行を免除する効力が生じ、公訴の時効は、公訴権が消滅する効力を生ずる。時効制度を認める理由は、一定の状態が永續する場合に、そ

の状態を尊重することが、社會の秩序を維持するに適するからである。

刑の時効は、刑の言渡が確定した後、次ぎの期間内、その執行を受けなければ完成する（三三條）。死刑は三十年。無期の懲役又は禁錮は二十年。有期の懲役又は禁錮については、十年以上は十五年、三年以上は十年、三年未滿は五年。罰金は三年。拘留、科料及び沒收は一年。しかし、右の時効は、法令によつて執行を猶豫し、又は執行を停止してゐる間は進行しない（三三條）。これを時効の停止といふ。又、時効は次ぎの場合に中斷される。刑の執行について犯人を逮捕したとき。罰金、科料及び沒收について、その執行行為をなしたとき。右のやうな時効の停止や時効の中斷なしに、時効期間を経過すれば、時効が完成し、犯人はその言渡された刑の執行を免除されるのである。

第五節 保安處分

八九 保安處分の意義

現行刑法は責任無能力者といふものを認めて、これには刑罰を科しないことにしてゐる

が、しかし、責任無能力者でも社會に對し危険を與へる者は、社會防衛の見地から、これに對して適當な社會防衛處分をなさなければならぬ。又酒癖の爲めや労働嫌ひの爲め犯罪を犯す者に對しては、その惡癖を矯正してやる必要があり、又常習犯人に對しても特殊の對策を講ずる必要がある。そこで、最近の刑事立法では、刑罰の外に保安處分といふものを設けるやうになつた。これは全く、主觀主義刑法學派の主張に基くものなのである。保安處分も刑罰と同様に、個人の自由を拘束するものである。故に、保安處分を科するに當つては、社會防衛に偏することなく、社會防衛と共に個人の自由保障をも、十分に考慮せねばならない。保安處分も犯罪のあつたことを前提として科せられねばならない。

九〇 刑法改正假案における保安處分

刑法改正假案は保安處分について、凡そ次ぎのやうな規定を設けてゐる（一二六條以下）。

（一） 監護處分 これは、禁錮以上の刑に該る犯罪を犯した心神障礙者又は瘖啞者に對し行ふもので、監護所に收容して、治療その他監護の爲め必要な處置をする。期間は五年が原則である。

(二) 矯正處分 これは、酩酊又は麻酔の状態で犯罪を犯した飲酒又は麻酔劑使用の習癖者に對し行ふもので、矯正所に收容して、矯正の爲め必要な處置をする。期間は二年である。

(三) 勞作處分 これは、浮浪又は勞動嫌疑の爲め常習として犯罪を犯した者に對し行ふもので、勞作所に收容して、勤勉にして紀律ある習慣を馴致する爲め必要な作業をさせる。期間は三年である。

(四) 豫防處分 これは、懲役の執行終了後釋放せられ、釋放後更に放火、殺人又は強盜をする危険の顯著な者に對し行ふもので、豫防所に收容して、改悛せしめる爲め必要な處置をする。期間は二年である。

右の保安處分は裁判所が言渡すのである。

第二編 各論

第一章 國家の存立に對する犯罪

九一 皇室に對する罪(七三條—七六條)

皇室は我が國家組織の中樞であつて、皇室に對する侵犯は、直接に我が國家の存立を危くするものである。故に刑法はこの犯罪に對しては嚴罰を以て臨むのである。尙ほ、第七三條及び第七五條の犯罪は、大審院の特別管轄に屬してゐる(裁辨五〇條)。

(一) 天皇、太皇太后、皇太后、后皇、皇太子又は皇太孫に對し率り、危害を加へ又は加へんとした者は、死刑に處せられる(七三條)。これを大逆罪又は大危害罪といふ。「危害を加へる」とは、御尊體の生命、身體又は自由に對して、實害又は具體的危険を生ぜしめることで、「危害を加へんとする」とは、危害を加へることを目的とする一切の行爲を

指してゐるのである。従つて、本罪には、陰謀も豫備も、教唆も、幫助も當然に含まれてゐるのである。

(二) 前記の 御尊體、又は神宮若くは皇陵に對し奉り、不敬の行爲をなした者は、三月以上五年以下の懲役に處せられる(七四條)。これを大不敬罪といふ。「神宮」は伊勢大神宮を意味するのであつて、明治神宮、熱田神宮、鹿取神宮等、神宮と呼ばれる神社は多くあるが、刑法の意味する神宮ではない。又、「皇陵」は歴代天皇の御陵の意味であつて、皇后、皇太子その他の御陵を含まないのである。

(三) 皇族に對し奉り、危害を加へた者は死刑に處せられ、危害を加へんとした者は無期懲役に處せられる(七五條)。

(四) 皇族に對し奉り、不敬の行爲をなした者は、二月以上四年以下の懲役に處せられる(七六條)。

九二 内亂に関する罪(七七條—八〇條)

本罪は我が國家組織の基本制度を破壊せんとする犯罪である。本罪も大審院の特別管轄

に屬してゐる。

(一) 朝憲を紊亂することを目的として暴動を起す犯罪を、内亂罪といふ(七七條)。「朝憲を紊亂する」とは、我が國家組織の基本制度を破壊するといふことで、我が國體である萬世一系の皇統を廢絶することは勿論、我が憲法が定めてゐる制度を不法に変更することを意味する。何となれば、現時における我が國家組織の基本制度は、憲法に定められてゐるからである。そこで、例へば、兵役制度(憲二〇條)、私有財産制度(憲二七條)などを破壊する目的で、暴動を起せば内亂罪となるのである。尙ほ、刑法は朝憲紊亂の例として、政府の顛覆と邦土の潛竊とを規定してゐる。「政府を顛覆する」とは、行政組織の中樞である、内閣制度を破壊することである。内閣制度の破壊であつて、個々の内閣を不法に更迭することではない。次に、「邦土を潛竊する」とは、帝國の領土に對する我が統治權の實行を排除することである。

内亂罪の處罰については、刑法は、内亂に關與した程度に應じて、刑に輕重を設けてゐる。まづ、首魁即ち内亂の統率者は死刑又は無期禁錮。次に、謀議に參與した者即ち參謀格の者、又は群衆の指揮をした者は、無期又は三年以上の禁錮。それから、その他諸般

の職務に従事した者、例へば、會計や輔重などの職務に従事した者は、一年以上十年以下の禁錮。最後に、附和隨行しその他單に暴動に干與した者は、三年以下の禁錮である。右のやうに、内亂罪の處罰には懲役がないのである、これは、内亂罪は政治犯であつて、政治的意見の相違から生ずる犯罪である。謂ゆる勝てば官軍負ければ賊軍である。だから、内亂罪には、懲役のやうな、元來、破廉恥罪に科すべき刑罰を科すべきでない、といふ考に基づくのである。しかしながら、内亂罪が國體の變革を目的とする場合を含むとすれば、我が國において、内亂罪は政治犯であるといふ理由から、一律に破廉恥罪ではないと考へるのは誤である、と私は思ふ。

内亂罪の未遂も罰せられる(七七條二項)。ここに未遂といふのは、暴動が未遂に終つたことである。朝憲素亂の目的を果さなかつたことではない。

(二) 内亂の豫備又は陰謀をした者は、一年以上十年以下の禁錮に處せられ(七八條)、兵器金穀などを資給して内亂罪又は内亂豫備陰謀罪を幫助した者は、七年以下の懲役に處せられる(七九條)。いま、大審院で審理中の謂ゆる神兵隊事件は、内亂豫備罪としての被告事件である。内亂豫備陰謀罪又は内亂幫助罪を犯した者が、暴動前に自首すれば、その

刑を免除される(八〇條)。

陸軍刑法第二五條及び海軍刑法第二〇條には、叛亂罪といふのがある。これは、陸海軍軍人が、黨を結んで兵器を執り反亂をなす犯罪で、内亂罪と異り、必らずしも、朝憲素亂の目的あることを必要としないのである。謂ゆる五・一五事件は、この叛亂罪に該當したものである。

尙ほ、治安維持法について一言しておく。同法は、その第一條第一項において、國體を變革することを目的として、結社を組織した者、結社の指導者たる任務に従事した者、結社に加入した者、結社の目的遂行に助力した者を處罰することにし、同條第二項において、私有財産制度を否認することを目的として、結社を組織した者、結社に加入した者、結社の目的遂行に助力した者を處罰することにしてゐる。その刑罰は、第一項の場合は最重の刑が死刑であり、第二項の場合は最重の刑が十年の懲役である。治安維持法は共產主義運動の撲滅を主眼としたものであるが、しかし、必らずしも、それに限られるのではないのである。特に、國體の變革を目的とするものは、それが、どんな社會的思想又は宗教的信念に基づくにせよ、同法に觸れるのである。「國體の變革」といふのは、萬世一系の皇統

を變更又は廢絶することばかりでなく、帝國領土の一部に對し、天皇の統治權の實行を排除することをも意味してゐるのである。だから、朝鮮獨立運動の如きは、國體の變革を目的とするものとして、治安維持法に觸れるのである。

九三 外患に関する罪（八一條—八九條）

本罪は、外國の利益を圖つて帝國に損害を加へるところの、謂はば賣國奴の行爲で、叛逆罪と呼ばれてゐるものである。但し、本罪は帝國と外國との戰爭に關係あるものに限られてゐる。尙ほ本罪は戰時同盟國に對しても成立するのである（八九條）。

（一）外國に通謀して帝國に對し戰端を開かしめ、又は敵國に與して帝國に抗敵した者は、死刑に處せられる（八一條）。

（二）要塞、陣營、艦船その他軍用の場所又は建造物を敵國に交付した者は、死刑に處せられ（八二條一項）、兵器、彈藥その他軍用に供する物を敵國に交付した者は、死刑又は無期懲役に處せられる（同條二項）。又、右の軍用の場所又は物を、敵國を利する爲めに、損壞し又は使用不能にした者は、死刑又は無期懲役に處せられる（八三條）。尙ほ、帝國の

軍用に供してゐないところの兵器、彈藥その他直接戰鬥に供する物を敵國に交付した者は、無期又は三年以上の懲役に處せられる（八四條）。

（三）敵國の爲めに間諜をし、又は敵國の間諜を幫助し、或は、敵國に軍事上の機密を漏泄した者は、死刑又は無期若くは五年以上の懲役に處せられる（八五條）。

（四）以上の外、敵國に軍事上の利益を與へ、又は帝國の軍事上の利益を害した者は、二年以上の有期懲役に處せられる（八六條）。

（五）以上の犯罪は總て未遂も處罰され（八七條）、その豫備又は陰謀をした者は、一年以上十年以下の懲役に處せられる（八八條）。

尙ほ、陸軍刑法、海軍刑法、軍機保護法、要塞地帯法にも、本罪に類似の犯罪が規定されてゐる。

第二章 國家の作用に對する犯罪

九四 國交に關する罪（九〇條—九四條）

本罪は帝國と外國との國際關係の圓滿を害する犯罪である。

(一) 帝國に滞在する外國の君主又は大統領に、暴行又は脅迫を加へた者は、一年以上十年以下の懲役に處せられ、侮辱を加へた者は、三年以下の懲役に處せられる（九〇條）。但し侮辱罪は外國政府の請求を待つて起訴する。ローマ法王はもと君主でなかつたが、一九二九年にバチカン市國が成立してから君主となつた。次ぎに、帝國に派遣せられた外國の使節に、暴行又は脅迫を加へた者は、三年以下の懲役に處せられ、侮辱を加へた者は、二年以下の懲役に處せられる（九一條）。但し侮辱罪は被害者の請求を待つて起訴する。

(二) 外國に對し侮辱を加へる目的で、その國の國旗その他の國章を損壞し、除去し又は汚穢した者は、二年以下の懲役又は二百圓以下の罰金に處せられる（九二條）。但し外國

政府の請求を待つて起訴する。「國旗その他の國章」は、その國の權威を象徴するもので、いづれの國家でも一定の形式で定めてゐるものである。右のうちに、私人の掲揚するものも含むかについては、議論のあるところであるが、私は、たとへ私人の掲揚するものでも、國威を示す爲めに掲揚したものはこれを含むと解してゐる。尙ほ、刑法には、我が國の國旗その他の國章を侮辱する犯罪が規定されてゐない。これは、外國の刑法にその規定があることを期待してゐるのである。

(三) 外國に對し私に戰鬪をする目的で、その豫備又は陰謀をした者は、三月以上五年以下の禁錮に處せられる（九三條）。但し自首した者はその刑を免除される。「私に戰鬪をする」とは、私人が勝手に外國に對して戰争をすることである。

(四) 外國が戰爭中に、帝國の局外中立の命令に違背した者は、三年以下の禁錮又は千圓以下の罰金に處せられる（九四條）。どんな行爲が犯罪になるかは、局外中立の命令がでて見なければ判らない。そこで、かういふ刑罰法のことを、白地刑罰法といふのである。

九五 公務の執行を妨害する罪（九五條九六條）

本罪は公務員の職務を妨害する犯罪で、公務員に暴行脅迫を加へる場合と、公務員の施した封印や差押の標示を損壊し、又は無効ならしめる場合とがある。

『公務員』の意義については第七條に規定がある。即ち、刑法で公務員といふのは、官吏、公吏、法令に依り公務に従事する議員、委員その他の職員を指すのである。要するに、法令に基づいて國家又は公共團體の事務をとる職員は、總て公務員である。その就職の形式が、任命、囑託、選挙その他如何なる方法によるかを問はない。しかし、たとへ、法令に基づいて公務に従事する者であつても、職工、人夫、厨夫のやうな者、又は小使、給仕のやうに各種の雑役に従事する者は、職員ではなく、従つて公務員ではない。

(一) 公務員がその職務を執行するに當り、これに對し暴行又は脅迫を加へた者は、三年以下の懲役又は禁錮に處せられる（九五條一項）。『職務の執行』は、公務員の職務上の一切の行爲を意味してゐる。例へば、巡査が検束の必要ありと認め、泥酔者の承諾を得てこれを所屬官署に同行し、又は巡査が身元調査の爲め、村役場に行つて戸籍簿を閲覧する

などは、巡査の職務行爲である。「暴行又は脅迫」は、いやしくも、公務員に對してなされた以上は、それが直接であると間接であると問はない。しかし、たとへ公務の執行を妨害しても、公務員に暴行又は脅迫を加へない場合、例へば、門戸を閉鎖して公務員の入るのを妨げるやうなのは、本罪を構成しない。尙ほ、公務員の職務執行は、それが一般的権限に基づき一定の形式を備へて、一應、職務の執行として成立しておれば足り、必らずしも、法律上一點の瑕疵なきものであることを、必要としないのである。例へば、巡査が税金の徴收をするのは、その職務執行ではないが、犯人を逮捕する場合は、たとへ巡査の誤認によつて、眞犯人でない者を逮捕しても、それは巡査の職務執行である。

(二) 公務員をして或る處分をなさしめ若くはなさざらしめる爲め、又はその職を辭せしめる爲めに、暴行又は脅迫を加へた者も、前記の犯罪と同一に處罰される（九五條二項）。

(三) 公務員が施した封印又は差押の標示を損壊し、又は無効ならしめた者は、二年以下の懲役又は三百圓以下の罰金に處せられる（九六條）。『封印』とは、物に對し任意の處分を禁止する爲め、その物に施した物件をいふである。必らずしも公務員の印章が捺してあることを必要としない。物を任意に處分することを禁止する意味が、それに現れておれ

ばよいのである。次に「差押の標示」とは、物を強制的に占有し保管する爲めに施した物件をいふのである。單に或る行爲を命じ又は禁止する爲めに施した物件、例へば、通行禁止の標示のやうなものは、差押の標示ではない。尤も、かやうな標示を汚漬又は撤去すれば、警察犯處罰令（二條二六號）で處罰される。右の封印又は差押の標示を「損壞する」とは、これを毀損し又は撤去すること、「無効ならしめる」とは、例へば、封印又は差押の標示がある容器に穴を開けて、内容物を取り出したり、或は、その容器を隠匿又は竊取したりすることである。

九六 逃走の罪（九七條—一〇二條）

國家は犯罪を犯した者その他社會的に危険な者を、一定の手續で拘禁する權能を持つてゐる。本罪はこの拘禁に服従すべき義務ある者が、任意に拘禁から脱し、又は他人がこれを脱せしむる犯罪である。

(一) 既決又は未決の囚人が逃走したときは、一年以下の懲役に處せられる（九七條）。これを單純逃走罪といふ。若し逃走に際して、拘禁場又は械具を損壞し、又は暴行脅迫し

或は二人以上通謀して逃走したときは、三月以上五年以下の懲役に處せられる（九八條）。これを加重逃走罪といふ。尙ほ、この加重逃走罪は、囚人ばかりでなく、勾引狀の執行を受けた者についても成立する。右の「囚人」とは、監獄に拘禁せられてゐる者をいふのであるが、その中で、「既決の囚人」といふのは、確定判決によつて、刑の執行の爲め監獄に拘禁せられてゐる者のこと、「未決の囚人」といふのは、刑事被告人として勾引狀により、監獄に拘禁せられてゐる者のことである。警察署の留置場は、元來は監獄でないものであるが、監獄に代用される場合がある（監獄法一條三項）。又實際においては、殆んど常に代用されてゐる有様である。そこで、かやうに代用された留置場に拘禁中の者も囚人である。尙ほ勞役場も元來監獄ではないが、勞役場留置の者は囚人に準じて考ふべきである。次に「勾引狀の執行を受けた者」といふのは、必らずしも刑事被告人として勾引狀の執行を受けた者に限らないのであつて、例へば、證人が裁判所の召喚に應じない爲め、勾引狀を執行されたやうな場合をも含むのである。又現行犯として逮捕せられ、勾引執行前の者は、勾引狀の執行を受けた者に準じて差支ない。

(二) 法令により拘禁せられた者を奪取した者は、三月以上五年以下の懲役に處せられ

(九九條)、右の被拘禁者を逃走せしめる目的で、逃走を容易ならしめる行爲をした者は、三年以下の懲役(一〇〇條一項)、右の目的で暴行又は脅迫をした者は、三月以上五年以下の懲役に處せられる(一〇〇條二項)。「法令により拘禁せられた者」とは、既決未決の囚人の外、例へば、行政執行法によつて檢束された者、精神病者監護法によつて行政官廳が監置した者などを指してゐるのである。

(三) 法令により拘禁せられた者を看守し又は護送する者が、被拘禁者を逃走せしめたときは、一年以上十年以下の懲役に處せられる(一〇一條)。

以上の犯罪は、總てその未遂も處罰される(一〇二條)。

九七 犯人藏匿及び證憑湮滅の罪(一〇三條—一〇五條)

本罪は刑事司法に關する捜査權の行使を妨害するもので、犯人又は逃走者を藏匿する犯罪と、刑事被告事件の證憑を湮滅する犯罪とである。

(一) 罰金以上の刑に該る罪を犯した者又は拘禁中に逃走した者を、藏匿し又は隠避せしめた者は、二年以下の懲役又は二百圓以下の罰金に處せられる(一〇三條)。これを簡單

に犯人藏匿罪と名づける。「罰金以上の刑に該る罪」とは、法定刑中に罰金以上の刑がある犯罪といふことで、この罪を「犯した者」といふのは、右の犯罪を實際に犯したところの眞犯人の外、眞犯人としての嫌疑を受けてゐる刑事被告人のことである。尤も、犯人は眞犯人でなければならぬ、といふ説もあるが、しかし、眞犯人でなくとも、被疑者として捜査機關が調査中の者、又は被告人として裁判所が取調中の者を、藏匿し又は隠避せしむるのは、捜査權の行使を妨げること明かであるから、本罪を構成すると解釋した方がよいのである。若し犯人が眞犯人であるときは、現にその捜査手續中の者であることを要しない。従つて、親告罪即ち被害者の告訴を待つて檢事が起訴する犯罪、例へば、暴行罪や強姦罪の犯人について、まだ、その告訴がない間でも、本罪を構成し得るのである。次に、「藏匿する」とは、官憲の發見逮捕を妨ぐべき場所を與へることで、「隠避せしめる」とは、藏匿以外の方法で、官憲の發見逮捕を免かれしめることである。その方法が如何なるものであるかを問はない。例へば、逃走者に高飛びさせる爲め旅費や變裝の衣服を與へ、他人の犯罪について、その身代りの爲め、捜査機關に虚偽の申立をし、或は逃走者にその家族の安否や官憲捜査の形勢を知らせるなどは、總て隠避せしめる行爲である。尙ほ本罪を構

成するには、藏匿者は、被藏匿者が法令により拘禁中逃走した者であること、又は罰金以上の刑を科せられる犯罪を犯した者であることを、議論しておれば十分であつて、更に、その者が如何なる法令で拘禁された者であるか、如何なる種類の犯罪を犯した者であるか、如何なる氏名の者であるか、といふやうなことを知つてゐる必要はないのである。

(二) 他人の刑事被告事件に関する證憑を湮滅し、又はこれを偽造變造し、或は、偽造變造した證憑を使用した者は、二年以下の懲役又は二百圓以下の罰金に處せられる(二〇四條)。これを簡単に證憑湮滅罪と名づける。「他人の刑事被告事件」とは、自己以外の者の刑事被告事件といふ意味である。但し、この點について二つの問題がある。その一は、共犯者の事件は自己の事件か他人の事件かといふ問題であるが、その解決はかうである。共犯者の事件に関する證憑は、通常相互に關係を有するのであるが、しかし相互に關係のないものもある。そこで、相互に關係を有する證憑を自己の利益の爲め湮滅するのは、犯罪にならないが、しかし、相互に關係のない證憑を湮滅するのは犯罪になる。その二は、他人を教唆して自己の被告事件に関する證憑を湮滅させた場合は、教唆犯として處罰し得るかといふ問題である。學者の多くは、被告人自身の湮滅行爲が犯罪にならないのである

から、たとへ他人を教唆して湮滅させても、犯罪になる筈がないと主張し、これに對して、大審院の判例は、被告人自身の湮滅行爲は、被告人といふ立場に同情して、法律はこれを放任し得るけれども、他人を教唆してまでも湮滅を圖るが如きは、法律の放任し得る範圍から逸脱したものである、従つて、これを證憑湮滅の教唆犯として處罰する、としてゐるのである。私は大審院の判例に賛成する。この問題を實際の裁判について見るに、裁判所としては、被告人自身の陳述やその提出した證據物には、一應の疑念を持つであらうが、被告人以外の者の陳述やその提出した證據物には、一應それが眞正なものであると信用するのが普通である。従つて、被告人以外の者が證憑を湮滅又は偽造することは、裁判所の審判を誤らせる危険が非常に多いのである。又教唆が犯罪となる重點は、犯罪を實行する意思のない者に、その意思を生ぜしむる點にある(六二参照)。従つて、たとへ自己自身で實行すれば犯罪にならぬことでも、他人を教唆して實行させるのは、犯罪になると解するのがよいのである。次に、刑事被告事件に関する證憑とは何か。「證憑」とは、犯罪の成立又は不成立、犯罪の既遂未遂、共犯、併合罪の如き態様、その他、犯罪の情狀を決定するに役立つところの、一切の材料を意味するのであつて、證據書類や證據物の外、證人

をも含むのである。この證憑を「湮滅する」とは、證憑を滅失せしめること、又はその顯出を妨げる即ち隠匿すること、その他證憑の效力を減少せしむることをいふのである。證人を藏匿し、又はその他の方法でその出頭を妨げるのも湮滅である。次ぎに、「偽造」とは、現存しない證憑を新に作り出すことで、「變造」とは、現存する證憑の效力を變更することである。そして、「偽造變造の證憑を使用する」とは、偽造又は變造された證憑を、裁判所又は捜査機關に提出することである。

(三) 以上の犯罪は、犯人又は逃走者の親族が、犯人又は逃走者の利益の爲めに犯した場合、罰せられない(一〇五條)。これは、親族が犯人又は逃走者を庇護するのは、人情の自然であるから、この人情に對して法律が讓歩したものである。だから、親族であるといふ理由だけで、處罰されないのではなく、犯人又は逃走者の利益の爲めに犯したことが必要なのである。尙ほ次ぎのやうな問題がある。刑事被告人の親族を教唆して、證憑を湮滅させた他人(親族でない者)は、證憑湮滅罪の教唆犯として處罰されるか。大審院の判例では、教唆犯が成立する爲めには、被教唆者の行爲がまづ處罰されることを必要とする(五八參照)。しかるに右の場合には、被教唆者である親族は處罰されないのであるか

ら、これを教唆した他人は教唆犯にならない、といふのである。しかし、教唆犯の成立する爲めには、被教唆者が處罰されることを要するといふのは正しくない。既に述べたやうに(五八參照)、教唆者は教唆といふ行爲によつて、自己固有の刑事責任を負ふのである。だから、教唆した事實が元來犯罪となるべき事實である以上は、被教唆者が特殊な身分上の理由で處罰されない場合でも、その身分のない他人は處罰されなければならない、と解すべきである。

九八 偽證の罪(一六九條—一七一條)

本罪は國家の適正なる審判權の行使を誤らしむるもので、宣誓せる證人が虚偽の陳述をする犯罪、虚偽の陳述宣誓せる鑑定人が虚偽の鑑定をする犯罪、並に、宣誓せる通事^{通事}が虚偽の通譯をする犯罪を含んでゐる。いづれも、法律によつて宣誓をした者が犯す犯罪である。この宣誓は、民事又は刑事の裁判で行はれる外、非訟事件(非訴一〇條)、懲戒事件(刑事懲戒法辨護士法等)、行政事件(特許法商標法等)でも宣誓をさせる場合がある。

(一) 法律により宣誓せる證人が虚偽の陳述をしたときは、三月以上十年以下の懲役に

處せられる(一六九條)。證人の宣誓は、宣誓書によつてなすもので、その文言は、「良心ニ従ヒ眞實ヲ述ヘ何事ヲモ默秘セス又何事ヲモ附加セサルコトヲ誓フ」といふのである。宣誓無資格者(刑訴二〇一條民訴二八九條)が宣誓をした場合に、その證人は本罪の主體となり得るか否かは、問題となつてゐるところであるが、その解決は、宣誓無資格の原因によつて異なる。宣誓無資格の原因が證人の精神障礙にある場合、即ち十六歳未滿の者又は宣誓の本旨を解すること能はざる者は、本罪の主體となり得ないが、その他の原因による場合は、本罪の主體となり得るのである。次に、「虚偽の陳述」とは、證人が自己の記憶と異なる事實を述べることである。元來、證人といふものは、自己が過去に見聞した事實をその儘に述べるもので、自己の意見を述べるものではない。だから、自己の記憶と異なる事實を述べれば、虚偽の陳述をしたことになるのである。尤も、證人が記憶と異なる陳述をしても、それが客觀的事實に一致してゐるときは、偽證罪とすべきでないといふ説もある。しかし、私はこの説に賛成し得ない。證人の供述は審判の證據資料に過ぎないのであつて、その供述が客觀的事實に一致するか否かは、審判者が判定すべきものである。

證人が單純に謬言を拒むときは、謬言拒絶に對する制裁を受け(刑訴二一〇條民訴二八四

條)、宣誓を背じないときも制裁を受ける(刑訴二一〇條民訴二九三條)。しかし本罪とは別のものである。

(二) 法律により宣誓せる鑑定人又は通事、虚偽の鑑定又は通譯をしたときは、偽證罪と同一に處罰される(一七一條)。

以上の犯罪を犯した者が、證言、鑑定又は通譯した事件の裁判確定前に、又は懲戒事件ならば懲戒處分前に、自白したときは、その刑を減輕又は免除され得る(一七〇條)。この「自白」といふのは、自首(四二條)よりも意味が廣いのであつて、自首のやうに、必らずしも、犯人自ら進んで告知することは必要でなく、訊問を受けて告知してもよいのである。

九九 誣告の罪(一七二條一七三條)

本罪は國家の處罰權の適正なる發動を誤らしめるもので、處罰權の發動を惹起すべき虚偽の申告を内容とする犯罪である。尤も、本罪は處罰權の適正なる發動を誤らしめると同時に、被誣告者の法律的地位をも危くするものであるが、しかしこの點は、本罪では第二次的意義を有するに過ぎない。従つて、被誣告者の承諾があつても本罪は成立するのであ

る。

人をして刑事又は懲戒の處分を受けしめる目的で、虚偽の申告をした者は、三月以上十年以下の懲役に處せられる（一七二條）。『人』とは勿論他人を意味する。従つて、自己に對する誣告罪はなく、又被誣告者が虚無人であるときも本罪は成立しない。例へば、強盜に襲はれたといふ狂言の届を警察署にし、その強盜なるものが全く假空の者であつた場合は、誣告罪にならない。尤も、かやうな虚偽の届をすれば、警察犯處罰令（二條二一號）で處罰される。本罪が成立するには、『刑事又は懲戒の處分を受けしめる目的』で、虚偽の申告をすることが必要なのであるが、それは被誣告者に對して、國家の刑罰權又は懲戒權が發動することを意欲して虚偽の申告をするといふ意味であつて、必らずしも、被誣告者が現實に刑罰又は懲戒を受けることを意欲して、虚偽の申告をすることは、必要でないのである。だから、例へば、他人を警察署に一時留置して貰ひ度い爲めに、警察署に對してその者が犯罪を犯したといふ虚偽の申告をしても、誣告罪が成立するのである。『虚偽の申告』とは、眞實なりとの確信がない事實を自ら進んで申告することである。その申告した事實が、偶然、客觀的事實に一致した場合でも誣告罪が成立する。尙ほ、右の申告は、

相當官署、即ち刑事處分に關しては捜査權を有する檢事又は警察官に對して、又懲戒處分に關しては本屬長官その他監督權を有する上官に對して、これをなすことが必要である。誣告をした者が、申告した事件の裁判確定前に、又は懲戒處分前に自白したときは、その刑を減輕又は免除され得る（一七三條）。

一〇〇 濫職の罪（一九三條—一九八條）

本罪は公務の神聖又はその威信を濫すもので、職權濫用罪と賄賂罪とを含んでゐる。職權濫用罪は公務員が、その一般權限内において具體的權限を逸脱し、又はその權限を行使するに當つて、違法の行爲をする犯罪である。新聞紙上に折々傳へられるところの、人權蹂躪問題を惹き起す犯罪である。賄賂罪は、公務の神聖を保持する爲めに定められてゐるもので、收賄罪と贈賄罪との二種がある。この犯罪も新聞紙上で我々に馴染深いものである。刑法における收賄罪は公務員又は仲裁人に限り成立するのであるが、特別法には、公務員でない者についても、收賄罪を規定したものが少くない。近時の立法では收賄罪の主體が、公務員外の者に擴張されていく傾向が強い。やがて實施される筈の新商法では、會

社の取締役や監査役などの收賄罪を規定してゐることに注目すべきである。

(一) 職權濫用罪

公務員がその職權を濫用し、人をして義務なき事を行はしめ、又は行ふべき權利を妨害したときは、六月以下の懲役又は禁錮に處せられる(一九三條)。

裁判、檢察、警察の職務を行ふ者又はこれを補助する者が、その職權を濫用して、人を逮捕又は監禁したときは、六月以上七年以下の懲役又は禁錮に處せられる(一九四條)。又、右の職務を行ふに當つて、暴行又は陵虐の行爲、例へば、衣食を與へないとか、睡眠を甚だしく妨害するとか、或は婦女を辱かしめるやうな行爲をしたときは、三年以下の懲役又は禁錮に處せられ(一九五條)、若しその結果、人を死傷に致したときは、傷害の罪に比較し重きに從つて處罰される(一九六條)。刑法は或る犯罪に對する刑を定めるに當つて、屢々右のやうに、「傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從テ處斷ス」といふ規定を設けてゐる。この規定は結果的加重犯(二七參照)の一つの刑の定め方であつて、その意味はかうである。若しその犯罪の結果、人に傷害を與へたときは、第二〇四條の傷害罪と刑の長期及び短期又は素額を比較して、いづれも重い方の刑で處罰する。例へば、職權を濫用して人を逮捕又

は監禁し、その結果、人を傷害に致したときは、第二〇四條によつて長期を十年の懲役とし、第一九四條によつて短期を六月の禁錮とし、その間で處罰するのである。又、人を死に致したときは、第二〇五條により二年以上の有期懲役で處罰するのである。

(二) 賄賂罪

公務員又は仲裁人がその職務に關して、賄賂を收受し又は要求し若くは約束したときは、三年以下の懲役に處せられる(一九七條前)。これを單純收賄罪と名づける。若し、賄賂の收受、要求又は約束に基いて、不正の行爲をなし又は相當の行爲をなさなかつたときは、一年以上十年以下の懲役に處せられる(同條後)。これを加重收賄罪と呼ぶ。犯罪の主體は公務員又は仲裁人である。公務員の意味は既に述べた通りである(九五參照)。「仲裁人」とは法令により爭議の調停をなす者で、例へば、民事訴訟における仲裁人(民訴七八六條)のやうな者を指すのである。俗にいふ喧嘩の仲裁人のことではない。「賄賂」とは、職務の執行に對する不正の報酬をいふ。この賄賂となり得る利益は物質的なものであると精神的なものであるとを問はない。我々の慾望を満足させ得るところの一切のものを含むのである。故に金錢に評價し得るものは勿論、金錢に評價し得ない男女間の情交、社會上の地

位なども賄賂となり得るのである。尙ほ、かやうな利益が不正の報酬であるか否かは、その利益を受けることによつて、公務の神聖を漬す虞があるか否かといふことで定まるもので、記念品の贈呈や歓迎迎における饗應のやうに、一般に慣習上の儀禮として認められてゐるものは、賄賂にならないのである。單純收賄罪は、右の賄賂を職務に關して收受、要求又は約束すれば、直ちに成立するのである。因つて不正の行爲をすることは、刑が加重される要件に過ぎない。従つて、單純收賄罪の成立する爲めには、必らずしも、一定の職務執行について請託を受ける必要はない。職務の執行前及び執行中は勿論、執行後においても、又當該職務の執行に對し決定權がなくとも、成立し得るのである。

收賄罪によつて收受した賄賂は必らず沒收される。若しその全部又は一部が沒收不能のときは、その價額を追徴される。この規定は、一般の沒收に關する第一九條の特例である。一般の沒收は裁判所が「沒收し得る」のであるが、收賄罪における沒收は必らず沒收し、沒收し能はざるときは、その價額を追徴する點が異なる。これは、收賄者に不正の利益を得せしめない爲めである。「沒收し能はざるとき」とは、賄賂の性質上沒收が本來不能な場合、例へば、饗應の酒食のやうなものと、收受後に不能となつた場合、例へば、賄賂が消

滅したやうな場合である。但し男女の情交のやうに、金錢に換算することのできぬものは、勿論追徴もできないわけである。

公務員又は仲裁人に賄賂を交付、提供又は約束した者は、三年以下の懲役又は三百圓以下の罰金に處せられる（一九八條）。これを贈賄罪といふ。贈賄罪を犯した者が自首すれば、その刑を減輕又は免除され得る（同條二項）

第三章 公共の平穩に對する犯罪

一〇一 騷擾の罪（一〇六條一〇七條）

本罪は多衆の暴力によつて社會の靜謐を害するもので、多衆が聚合して暴行脅迫をなす犯罪と、暴行脅迫をなす爲め聚合した多衆が、官憲の解散命令を三回以上受けて、仍ほ解散しない犯罪とを含む。

前者は、多衆が當初から暴行脅迫をする爲めに聚合したものであることは必らずしも必

要でない。合法の目的で聚合した多衆であつても、暴行脅迫をすれば騒擾罪である。而して、この犯罪を犯した者は、次ぎの區別に従つて處罰される。首魁は一年以上十年以下の懲役又は禁錮。他人を指揮し、又は他人に率先して勢を助けた者は、六月以上七年以下の懲役又は禁錮。附和隨行した者は五十圓以下の罰金（一〇六條）。

次ぎに、官憲の命令を受けて解散せざる犯罪を犯した者は、首魁は三年以下の懲役又は禁錮に處せられ、その他の者は五十圓以下の罰金に處せられる（一〇七條）。

一〇二 放火及び失火の罪（一〇八條—一一八條）

放火罪は火力の不正なる使用によつて、一定の物件を燒燬し、公共の平穩を害する危険を惹起する犯罪である。放火罪は公共危険罪であるから、他人の財物を燒燬せる場合は勿論、自己の財物を燒燬せる場合でも、因つて公共の危険を惹起すれば、成立するのである。放火罪は燒燬せる物件の種類によつて、刑罰を異にしてゐる。

（一）火を放つて、現に人の住居に使用し又は人の現在する、建造物、汽車、電車、艦船若しくは礦坑を燒燬した者は、死刑又は無期若しくは五年以上の懲役に處せられる（一〇八

條）。これは最重の放火罪である。「現に人の住居する」といふのは、現在、犯人以外の者が、起臥飲食の場所として使用してゐる、といふ意味である。一棟の建物が數戸に區劃せられてゐる場合に、その中の一戸でも住居に使用されてゐる以上は、その建物は全體として住居に使用されてゐることになる。「建造物」の意味については、大審院の判例に定義のやうなものがある。それによると、建造物とは、屋蓋を有し、墻壁又は柱材を以て支持せられ、土地に定著し、内部に人の出入し得るものをいふのである。そこで、テント張は建造物ではないが、掘立小屋や物置小屋は、人が内部に出入し得る以上は建造物なのである、次ぎに「燒燬する」とは、火力によつて、建造物などを損壞することであるが、どの程度を以つて燒燬ありとするか、言ひ換へれば、放火罪の既遂の時期は何時かといふことについては、獨立燃燒説と效用喪失説とが對立してゐる。獨立燃燒説は大審院の判例となつてゐるもので、火力が媒介物を離れ、目的物が獨立して燃燒し得るに至つたときに既遂になるといふのである。これに對し、多くの學者は效用喪失説を主張し、目的物が火力によつてその重要部分を損壞せられ、その物固有の效用を喪失したときに、放火罪の既遂になるとしてゐる。私は、いづれの説にも満足できないので、別に一つの標準を立て、火

力による目的物の損壊が、建造物損壊罪（二六〇條）を成立せしめ得る程度に至つたときを、既遂の時期にすべきものと考へてゐる。而してこの標準によれば、放火罪の既遂は、一方において、必らずしも目的物の重要部分を損壊する必要なく、他方において、単に獨立燃焼の程度では不十分である、といふことになるのである。尙ほ本罪においては、放火の目的物が、他人の所有物であると自己の所有物であるとを問はないのである。

(二) 火を放つて、現に人の住居に使用しない又は人の現在しない、建造物、艦船若くは鑛坑を焼燬した者は、一年以上の有期懲役に處せられる（一〇九條一項）。但し放火の目的物が、他人の所有物であるか、又は、自己の所有物であつて、差押を受け、物權を負擔し、賃貸し、若くは保険に付した物である場合に限る（一一五條）。若しそれ以外の自己の所有物であるときは、燒燬によつて公共の危険を生じた場合限り、六月以上七年以下の懲役に處せられるのである（一〇九條二項）。ここに「公共の危険」といふのは、不定又は多數人の生命身體又は財産に害を與へる危険といふことである。但し第一〇八條又は第一〇九條第一項に記載してある物件に害を與へる危険を生ぜしめたときは、たとへ、それが特定且つ一個の場合でも、公共の危険を生ぜしめたことになる。而して、單に危険を與へ

たに止まらず更に第一〇八條又は第一〇九條第一項の物件を燒燬するに至つたときは、延燒罪といつて、三月以上十年以下の懲役に處せられるのである（一一一條一項）。

(三) 放火の目的物が前記以外の物である場合、例へば、自動車、筆筒、衣類のやうな物である場合は、因つて公共の危険を生ぜしめたときに限り、一年以上十年以下の懲役に處せられる（一一〇條一項）、但しその物が自己の所有物で、且つ差押、物權、賃貸、保険に關係のないときは（一一五條）、一年以下の懲役又は百圓以下の罰金に處せられる（一一〇條二項）。尙ほ、この後者の放火罪の結果、第一〇八條又は一〇九條第一項に記載した物に延燒したときは、三年以上十年以下の懲役、それ以外の他人の所有物に延燒したときは、三年以下の懲役に處せられる（一一一條）。

(四) 第一〇八條及び第一〇九條第一項の放火罪は、その未遂も處罰され（一一二條）、豫備をなした者は、二年以下の懲役に處せられる。但し情狀によりその刑を免除され得る（一一三條）。

(五) 以上は放火罪即ち故意に火を放つ犯罪であるが、この外、火災の際鎮火を妨害した者は、一年以上十年以下の懲役に處せられ（一一四條）、又火を失して第一〇八條又は第

一〇九條に記載した物を焼燬し、又は公共の危険を生ぜしめた者は、失火罪として、三百圓以下の罰金に處せられる（一一六條）。

(六) 火藥、汽罐その他激發すべき物を破裂せしめて物を損壞した場合は、放火の例によつて處罰され、それが過失であるときは失火の例によつて處罰される（一一七條）。又、瓦斯、電氣又は蒸氣を、漏出若くは流失せしめ、又はこれを遮斷して、人の生命、身體又は財産に危険を生ぜしめた者は、三年以下の懲役又は百圓以下の罰金に處せられ、若しその結果、人を死傷に致したときは、傷害の罪に比較し重きに從つて處罰される（一一八條）。

一〇三 溢水及び水利に關する罪（一一九條——一二三條）

溢水罪は水力の不正なる使用によつて、公共の平穩を害する犯罪で、放火罪と同じく公共危険罪の一つである。これに對し、水利妨害罪は他人の水利權の行使を妨害する犯罪である。

(一) 溢水せしめて、現に人の住居に使用し又は人の現在する、建造物、汽車、電車若くは鑛坑を浸害した者は、死刑又は無期若くは三年以上の懲役に處せられる（一一九條）。

「溢水せしめる」とは、水の自然力を解放して水を汎濫せしめることで、その水が自然的又は人工的の流水であると貯水であると問はぬのである。「溢水によつて物を『浸害する』とは、水の自然力によつて物を損壞し又はその效用を減損せしめることである。必らずしも流失せしめることを必要としない。住宅ならば、床上に水が上る程度に至れば、浸害である。

(二) 溢水せしめて前記以外の物を浸害し、因つて公共の危険を生ぜしめた者は、一年以上十年以下の懲役に處せられる。但しその物が他人の所有物であるか、又は自己の所有物であつて、差押を受け、物權を負擔し、賃貸し又は保険に付した物である場合に限られる（一二〇條）。

(三) 水害の際水防を妨害した者は一年以上十年以下の懲役に處せられ（一二一條）、過失によつて、第一一九條又は第一二〇條第一項の結果を生ぜしめた者は、三百圓以下の罰金に處せられる（一二二條）。

(四) 堤防を決潰し、水閘を破壊し、その他、水利の妨害となるべき行為又は溢水せしむべき行為をなした者は、二年以下の懲役若くは禁錮又は二百圓以下の罰金に處せられる

(一二三條)。この犯罪は早魃の際に農村で屢々水争として起るものである。この水争の事件においては、誰が水利権を持つてゐるか、又どの程度の水利権であるかといふことを確めねばならない。この水利権の有無及び程度は、法律の規定又はその地方の慣習法で定まるのである。しかし、水利権の有無や程度だけで、水争の一方の行爲を犯罪と即断してはならない。早魃の際は、たとへ水利権を持つておらなくとも、自己の田畑の枯渴を避ける爲めに、緊急避難として(四三参照)、他人の水利権を侵し得ることがあるのである。

一〇四 往來を妨害する罪(一二四條—一二九條)

本罪は公衆の往來を妨害し又はこれに危険を與へる犯罪である。而して、往來は一般の往來と、汽車、電車又は艦船の往來とに分けられてゐる。

(一) 陸路、水路又は橋梁を損壞し又は壅塞して、往來の妨害を生ぜしめた者は、二年以下の懲役又は二百圓以下の罰金に處せられ(一二四條一項)、因つて人を死傷に致したときは、傷害の罪に比較し重きに從つて處罰される(同條二項)。「陸路、水路、橋梁」は公有であると私有であるとを問はない。しかし、公衆の往來するものであることを必要とする。

(二) 鐵道若くはその標識の損壞、その他の方法で、例へば、線路上に妨害物を置いて、汽車又は電車の往來の危険を生ぜしめた者、又は、燈臺若くは浮標の損壞、その他の方法で艦船の往來の危険を生ぜしめた者は、二年以上の有期懲役に處せられる(一二五條)。若しその結果、汽車、電車又は艦船の顛覆又は破壊を致した者は、無期又は三年以上の懲役に處せられ、更にその結果、人を死に致したときは、死刑又は無期懲役に處せられる(一二七條)。

(三) 人の現在する汽車、電車又は艦船を顛覆又は破壊した者は、無期又は三年以上の懲役に處せられ(一二六條一項二項)、その結果、人を死に致したときは死刑又は無期懲役に處せられる(同條三項)。「人の現在する」とは、犯人が顛覆又は破壊に着手したときに人が乗つてゐることである。顛覆又は破壊された瞬間に人の現在することは必要でない。例へば、貨物車の乗員が顛覆の危険を知つて、途中で全部飛び降りてしまつた場合でも、本罪が成立するのである。尙ほ「破壊」は、交通機關としての效用を失はしめ、又は減少せしめる程度のものであることを要する。單に汽車又は電車の窓硝子を毀す程度のもは、

ここにいふ破壊ではない。

以上の犯罪は未遂も處罰される(一二八條)。

(四) 過失によつて汽車、電車又は艦船の往來の危険、或はその顛覆又は破壊を惹起した者は、五百圓以下の罰金に處せられ、若しそれが、その業務に従事する者の過失であるときは、三年以下の禁錮又は千圓以下の罰金に處せられる(一二九條)。

第四章 公衆の健康に對する犯罪

一〇五 阿片煙に關する罪(一二三條——一四一條)

阿片煙の吸食は我々の健康を害し、その風習は公衆の健全な生活を頽廢させるものであるから、我が國では、阿片煙の吸食ばかりでなく、阿片煙吸食用器具の輸入、販賣その他阿片煙の吸食を容易ならしめる一切の行爲を處罰してゐる。阿片煙又は阿片煙吸食の器具を所持してゐるだけで一年以下の懲役に處せられるのである。但し、臺灣や關東州などで

は、阿片煙者の治療に必要な限度で、阿片煙の吸食を許してゐる。

一〇六 飲料水に關する罪(一四二條——一四七條)

本罪は人の飲料に供する淨水を汚穢し又はこれに毒物を混入する犯罪で、一般淨水に對する犯罪と、水道により供給する淨水に對する犯罪とに分けられてゐる。

(一) 人の飲料に供する淨水を汚穢して、これを用ふること能はざるに至らしめた者は、六月以下の懲役又は五十圓以下の罰金に處せられ(一四二條)、これに毒物その他の人の健康を害する物を混入した者は、三年以下の懲役に處せられる(一四四條)。若し右の犯罪を犯し因つて人を死傷に致したときは、傷害の罪に比較し重きに從つて處罰される(一四五條)。「人の飲料に供する淨水」は、自然水であると濾過水であるとを問はない。しかし、不定又は多數人の飲料に供するものに限る。

(二) 水道に由り公衆に供給する飲料の淨水、又はその水源を汚穢して、これを用ふること能はざるに至らしめた者は、六月以上七年以下の懲役に處せられ(一四三條)、因つて人を死傷に致したときは、傷害の罪に比較し重きに從つて處罰される(一四五條)。又、毒

物その他の健康を害する物を混入した者は、二年以上の有期懲役に處せられ、因つて人を死に致したときは、死刑又は無期若しくは五年以上の懲役に處せられる（一四六條）。「水道」は、設備の大小に關係なく、又公有であると私有であることを問はない。

(三) 公衆の飲料に供する淨水の水道を損壞又は塞墜した者は、一年以上十年以下の懲役に處せられる（一四七條）。

第五章 公衆の信用に對する犯罪

一〇七 通貨偽造の罪（一四八條—一五三條）

通貨は經濟取引における媒介の要具であり、現代における貨幣經濟の根幹をなすものである。従つて、偽造の通貨が取引界に流通することは、通貨に對する一般人の信用を害する。先年、偽造の五圓札が現れたときに、我々はこれを經驗したことがある。

「通貨」とは、貨幣、紙幣及び銀行券の總稱である。貨幣は硬貨即ち金貨、銀貨、ニッ

ケル貨、眞鍮貨、青銅貨のことであり、紙幣は政府の發行するもので、本年發行された五拾圓紙幣がそれであり、銀行券は政府の認許によつて、銀行が發行するもので、日本銀行券、臺灣銀行券、朝鮮銀行券などがある。刑法はこの通貨を、日本の通貨と外國の通貨とに分けてゐる。いづれも、日本において流通するものでなければならぬ。而して、日本において流通する以上は、その流通區域が日本の全土であると否とを問はない。但し流通とは強制通用のことであるか、事實上の流通のことであるかが問題となつてゐるが、日本の通貨は、政府がその製造發行權又は認許權をもつてゐる關係上、強制通用力を有するもののみが通貨である。この強制通用力は、金貨と銀行券は無制限、銀貨は拾圓まで、小額紙幣は拾圓まで、ニッケル貨と眞鍮貨は五圓まで、青銅貨は一圓までである。これに對し、外國の通貨は、内國で事實上流通し日本政府の禁止しないものが、刑法でいふ通貨である。尤も、現今は外國爲替管理法で、外國通貨の取得又は處分が禁ぜられてゐるから、外國の通貨が、事實上内國で流通することもないわけである。

(一) 行使の目的で、日本の通貨を偽造又は變造した者は、無期又は三年以上の懲役に處せられ（一四八條一項）、外國の通貨を偽造又は變造した者は、一年以上の有期懲役に處

せられる（一四九條一項）。『偽造』とは、通貨の製造發行權なき者が、眞貨に模擬した物を新に作出することである。模擬は一般人が通常の注意力を以て、眞貨と誤信すべき程度のものであることを要し、且つそれを以て十分とする。眞貨と誤信されない程度の模造、例へば、子供の玩具については、別に通貨及證券模造取締法がある。又例へば、一錢銅貨に銀紙をはつて詐欺をやるのは、通貨の偽造でも偽造通貨の行使でもなく、單純な詐欺罪である。偽造は眞貨と誤信せしめ得る程度のものであれば足り、必らずしも眞貨と同形同質のものを作成する必要はない。例へば、壹圓札を偽造するとき、壹圓を壹圓と書いても、その書き方が壹圓と誤讀する程度のものであれば偽造である。尙ほ通貨と全く異なる形式で通貨のやうな作用を持つものを作るのは、紙幣類似證券取締法の取締を受ける。次に『變造』とは、眞貨の特徴を保存してこれに變更を加へることである。例へば、金貨の内部をとつて鉛をつめ、金銀貨の周邊を削り、或は紙幣、銀行券の番號を變へるなどは變造である。但し、偽造も變造も刑法上の處罰は同一である。

(一) 偽造變造の日本の通貨を行使し、又は行使の目的で人に交付し若くは輸入した者は、日本通貨の偽造と同じく處罰され（一四八條二項）、それが外國の通貨であるときは、

外國通貨の偽造と同じく處罰される（一四九條二項）。『行使』とは通貨を取引上の流通に出すことである。流通に出さずに、單に『見せ金』とするのは行使ではない。

(二) 行使の目的で偽造變造の通貨を收得した者は、三年以下の懲役に處せられる（一五〇條）。收得は有償であると無償であるとを問はぬのである。

以上の犯罪はその未遂も處罰される（一五一條）。

(三) 通貨を收得した後に、それが偽造又は變造のものであることを知つて、これを行使し又は行使の目的で人に交付した者は、一圓以上名價三倍以下の罰金又は科料に處せられる（一五二條）。偽造通貨といふことを知らずに受取つた者が、その損害を免かれる爲めにこれを行使するのは、同情すべき點がある。それで、刑法は特に刑を軽くしたのである。處罰は名價三倍以下の罰金又は科料といふのであるから、例へば、偽造の拾圓札を行使した場合、三十圓以下の罰金に處せられるのである。

(四) 通貨の偽造又は變造の爲め、器械又は原料を準備した者は、三月以上五年以下の懲役に處せられる（一五三條）。

文書は文化の徴象ともいふべきもので、近代の社會生活においては、我々は自己の思想を、文書に記載してその存在を證明し、文書をして思想傳達の重要な役割を演ぜしめてゐる。従つて、文書の眞正を保障することは、近代的取引の安全を確保する所以であり、文書の偽造は、文書に對する一般人の信用を害することになるのである。

(一) 文書の意義

一般に文書といふときは、特定人の具體的思想を表示する物體を意味するのであるが、文書偽造罪における文書は、法律上相當に價値ある思想を表示するものであり、且つその文書に作成名義のあることを必要とする。次ぎにこれを詳説する。

文書は特定人の具體的思想を表示する物體である。具體的思想のない合札や番號札のやうに、單に、その外形が證據力をもつに過ぎぬもの、又は名刺や門札のやうなもの、又は文書ではない。しかし、思想はこれを短縮して表示しても差支ないから、印鑑紙や支拂傳票のやうなものは文書である。次ぎに、思想の表示は多少永続的でなければならぬ。これ文

書の重要性は思想の保存性にあるからである。砂上の文字や板上の水書のやうに、直ちに消滅するものは文書ではない。ところで、思想を表示するには二つの方法がある。一つは、發音的符合即ち文字を用ふる場合で、他は、象形的方法即ち畫を用ふる場合である。刑法は前の場合を「文書」と稱し、後の場合を特に「圖畫」と稱してゐる。だから、文書偽造罪における圖畫は、單純な繪畫のことではなくて、特定人の具體的思想を表示するものであり、廣い意味の文書であることに注意され度い。第一七五條の圖畫とは意味が違ふのである。尙ほ、電信の符號、盲者用の點字、速記の符號などで表示したのも文書である。

右に述べたところは、一般の文書の意味であるが、文書偽造罪を構成し得る文書は、更に、その表示された思想が、法律上相當に價値ある思想でなければならぬ。刑法はこれを私文書の偽造について、「權利、義務又は事實證明ニ關スル文書」といふ語で表してゐる。そこで、權利義務に關する文書については問題ないが、事實證明に關する文書とは何を意味するかが問題となるのである。大審院の判例は、「實生活に交渉を有する事實を證明するに足る文書」と解してゐるが、しかしこれでは、刑法が特に文書の範圍を限局した意味を無くしてしまふ。何となれば、いやしくも、我々が或る思想を文書として表示する