らる可き主刑を以て罪を重輕、違警に區別する說と同一に歸着すと雖も本刑として科せらる可き主刑に依りて罪を重、輕、違警に區別す可しとの明文なき以上は此說も亦此點に於て獨斷的なる譏を免かる可からす。然らは寧ろ其立論を明快にして初より獨斷的の前提を揭けて以て刑法の缺點を明かにするの利便なるに若かんや、乃ち余は斷案を同しくするに拘らす論者と異なりたる論理に依りて重罪輕罪、違警罪を區別し第九十九條の如きは之を解釋の間接の資料と爲すに止む。

罪を重、輕及ひ違警に區別する法制は其源を佛國刑法に發し、同法に所謂「クリーメデリ及ヒコントラバンシヨン」は漸次普魯西、白耳義、洪牙利及ひ獨逸等の刑法に輸入せられたるものにして素と佛國裁判所構成法の重罪裁判所、輕罪裁判所及ひ違警罪裁判所の區別に應當するものなり。我國に於ても舊治罪法は裁判所を重罪輕罪及ひ違警罪の裁判所の三に區別したりと雖も現行裁判所構成法の發布と共に此制度を全廢したり而して我現行刑法上重罪、輕罪及ひ違警罪を區別する實益は概ね左の如し。

第一　裁判所構成法に於ける實益

（イ）重、輕罪に付ては地方裁判所主として第一審の裁判權を有し違警罪に付ては區裁判所第一審の裁判權を有す

（ロ）國事罪及ひ皇族の犯罪にして重罪に屬するものは大審院か初審且つ終審として裁判權を有し輕罪及ひ違警罪に付ては通常の規定に從ふ

（ハ）違警罪に付きては警察官署の即決處分を許し重輕罪に付きては之を許さす

第二　刑事訴訟法に於ける實益

（イ）訴追の時效期間を異にす（刑事訴訟法第八條）

（ロ）重、輕罪に付ては準現行犯を認め違警罪に付ては之を認めす（第五十七條）

（ハ）現行犯人の逮捕を爲す可き理由を異にす（刑事訴訟法第五十八條、第六十條）

（ニ）違警罪に付きては豫審を爲すことを許さす（刑事訴訟法第六十七條）

（ホ）證人となる能力を異にす（刑事訴訟法第百二十四條第五號）

（ヘ）違警罪に付ては現行犯の豫審を爲すことを許さす（刑事訴訟法第百四十二條）

（ト）重罪事件に付ては強制辯護の制度を認む（刑事訴訟法第二百三十七條）

（チ）違警罪に付ては再審の訴を爲すことを許さず（刑事訴訟法第二百一條）

第三　刑法に於ける實益

（イ）條理上刑法の土地に關する效力を異にす（刑法改正草案第四條第五條）

（ロ）年齡に關し犯罪の主躰たる能力を異にす（刑法第百十三條）

（ハ）未遂犯に對する加減を異にす（刑法第九十一條乃至第九十三條及ひ第九十六條）

（ニ）再犯前重の制を異にす（刑法第七十九條乃至第八十三條）

（ホ）違警罪に付きては從犯及ひ數竣犯を認めず（刑法第百五條第百九條）

（ヘ）數罪俱發の際に於ける處斷を異にす（刑法第百一條）

（ト）刑を異にす（刑法第七條乃至第九條）

（チ）罰金又は科料に付ては換刑處分を認む（刑法第二十七條、第三十二條）

（リ）附加刑處分を異にす（刑法第三十一條、第三十九條）

（ヌ）刑の時效期間を異にす（刑法第五條十九條）

（ル）囚徒逃走罪に付き第百四十七條第二項及ひ第百五十條第二項の罪は重罪の刑に處せられたる囚徒に係ることを必要とす

（ヲ）僞證罪に付き刑を異にす（刑法第二百十八條、第二百二十條）

國法上罪を重、輕及ひ違警の三に區別するは上に述へたる如き實益ありと雖も此等の實益は寧ろ刑法上罪の三別主義を採用せる結果として現出せるものなり。犯罪を三別する主義の非難せらるゝこと既に久し而して此主義に對して發生せる主義は犯罪二別主義即ち重罪輕罪の區別を廢止し重罪と違警罪との二種類を認むるもの及ひ一罪主義なり。蓋し重罪輕罪を區別する必要なきことは

第一　罪の重罪なると輕罪なるとに因り未遂犯、數罪俱發其他の場合に於て刑法上取扱を異にする必要ある可しと雖と其取扱を別異にする爲めには必ずしも重罪、輕罪を區別し罪名を二と爲さゝる可からさるにあらす。

第二　近時一般の立法の傾向として範圍の廣濶なる刑を認むるに至れり。而して廣濶なる範圍を有する刑を法定し各罪の情狀に應し罪刑相應當する刑を科せんには寧ろ重輕罪の區別を廢止し罪の重輕に因り刑名又は刑の分量を異にする如き法制を廢止するを可とす。

等の理由に因り明白なる可く、又違警罪を認むる必要あることは違警罪は多く警察上の不法に屬し之を他の罪と同一視することを得さるに因りて明白なる可し。即ち余は犯罪を二別する主義を可なりと信す。而して之を重罪と輕罪との二と爲すか又は重罪と違警罪との二と爲すかは單に文字論に屬し、文字に付ては其孰れに決するも可なりとす。我刑法改正案は第一條に於て「法律に於て罰す可き行爲を重罪及ひ輕罪とす」と規定し所謂犯罪二別主義を採用したるものとす。犯罪二別主義は學說としてはリスト其他多數の獨逸學者に是認せられベルチル、オツト、マイエル、フーゴウ、マイエル、シュルッェ等に非難せられ立法例としては既に和蘭伊太利等に採用せられしと雖も未た英佛獨墺洪其他の諸國には採用せられさるなり。

第十二　親告罪及ひ非親告罪

親告罪とは罪たる行爲を訴追するに法定せる者の告訴あることを要するものにして非親告罪とは通常罪即ち檢事か其職權を以て直に訴追し得へき罪を謂ふ而して告訴の何たるやは上述の如く本編の終末に於て之を詳述す可し。

第十三　現行犯罪及ひ非現行犯罪

刑事訴訟法第五十六條に曰く「現行犯罪とは現に行ひ又は現に行ひ終りたる際に發覺したる罪を謂ふ」と然らは現に行ひ又は現に行ひ終りたる際に發覺したる罪は之を非現行犯罪と謂ひ現に行ひ又は現に行ひ終りたる際に發覺したる罪は之を非現行犯罪と謂ふ可きなり。

然れとも刑事訴訟法は尙ほ第五十七條に於て重罪、輕罪に付き左の場合は現行犯に准すと規定し第一號乃至第三號の場合を列擧せり。然らは同條第一號乃至第三號の場合に該當するときは所謂非現行犯罪と雖も之を現行犯罪に準し法律上同一の取扱を爲す特例を認めたるなり。即ち性質上罪の現行犯なりや又は非現行犯なりやを區別するには唯刑事訴訟法上罪の現行犯なりや又非現行犯なりやを區別するには刑事訴訟法第五十六條の規定に依るを以て足れりと爲すも刑事訴訟法上罪の現行犯なりや又非現行犯なりやを區別するには刑事訴訟法第五十六條及ひ第五十七條の規定を標準と爲さざる可からす。法律上現行犯罪及ひ非現行犯罪を區別する實益は概ね左の如し。

第一　憲法第五十三條に曰く「兩議院の議員は現行犯罪又は內亂外患に關する罪

を除く外會期中其の院の許可なくして逮捕せらるゝことなし」と

第二　刑法第二百六十一條に曰く「財物を賭して現に博奕を爲したる者は」云々と而して賭博罪は現行犯にあらされは之を罰せさること現時一般の通法なり

第三　刑事訴訟法に於ては逮捕又は豫審に付き罪の現行犯なると然らさるとに因りて大に其手續を異にす（刑事訴訟法第五十八條乃至第六十一條及ひ第百四十二條乃至第百四十九條）

第三項　罪の體樣

罪に種々の種類あることは既に述へたる所なり。然れとも罪は其種類の何たるに拘らす皆種々の體樣を有す。罪の體樣とは罪の現出する體樣を謂ひ罪の現出する躰樣は或は其罪を犯す手段が作爲なるとに因りて異なり或は其犯したる罪が未遂なるとに因りて異なり或は其犯さんとしたる罪が可能なるとに因りて異なり或は犯したる罪が一罪なるとに因りて異なり或は其罪を犯したる者一人なるとに因りて異なるとに因りて異なり或は數罪なるとに因りて異なり或は其罪を犯したる者一人なると數人なるとに因りて異なる以下之を分說す可し。

第一目　作爲犯及ひ不作爲犯

作爲不作爲の何たるやは既に述へたるところにして法律上事實を惹起することを罪とする場合即ち作爲罪の場合と事實の發生を防止せさることを罪とする場合即ち不作爲罪との二あることも亦上述したるところなり。茲に作爲犯不作爲犯と云ふは作爲罪不作爲罪の如く罪の種類としての區別にあらす罪の體樣としての區別にあることを謂ふにあらずして罪はその事實を惹起することを罰せらるゝものとの區別あることを謂ふなり。換言すれは罪に事實を惹起することを罰せらるゝものと事實の發生を防止せさりしことを罰せらるゝものなると又は事實の發生を防止せさりしことを罰せらるゝものなるとに因りて之を犯し得へきことを論せす事實を惹起する動作又は事實の發生を防止せさる動作に依りて之を犯し得へきことを謂ふなり。

第一　作爲犯　事實を惹起する動作にのみ依りて犯し得へき罪は只作爲罪即ち法律か事實を惹起することを罰する罪のみなりとす。

一、作爲罪の作爲犯　作爲を以て作爲罪を犯し得へきことは物の本質上當然のことに屬す例へは殺人なる事實を現出せしむるに依りて謀故殺罪を犯す場合の如し。

二　不作爲罪の作爲犯　不作爲罪とは上述の如く事實の發生を防止せさる罪なるを以て若し作爲を嚴格に其防止す可かりし事實を發生せしめたる作爲と解するときは固より何の場合と雖も作爲に依り之を犯し得へきにあらす但し不作爲にも亦間接の正犯あり得へきことに注意す可し。

第二　不作爲犯

一　作爲罪の不作爲犯　不作爲を以て作爲罪を犯し得るや否やは刑法上の一疑問にして學者の見解一途に出すと雖も余は(1)活動を爲す可き法律上の特別義務を有する場合又(2)行爲者か其前に作爲を爲したるに因り之を補綴する他の作爲を爲す可き義務ある場合又は所謂(3)間接の正犯ありたる場合に於ては不作爲を以て作爲罪を犯し得へきことを上述せり。然らは作爲罪の不作爲犯あり得ることは復た茲に之を詳述する必要なしと信す。

二　不作爲罪の不作爲犯　不作爲を以て不作爲罪を犯し得へきことは恰も作爲を以て作爲罪を犯し得へき如く罪自體の本然の性質より判明す可く特に之を詳述する價値なしと信す。

第二目　既遂犯及び未遂犯

所謂過失罪又は結果罪の如き其性質上間接の結果の發生を必要とするものには固より未遂及ひ既遂の二個の躰樣ある可きにあらすと雖も通常罪に在りては或は既遂として現出することある可く或は未遂として現出することある可きなり。

第一　既遂犯　罪の既遂の躰樣は啻に通常罪のみならす又所謂過失罪及ひ結果罪に付きても存在し得へくして罪の既遂とは總ての罪態を實現せしめたることを謂ひ一罪の罪態の何なりやは刑法各本條の規定に依り決定せらる可き問題なるを以て罪の既遂とは如何なる狀況を謂ふやの問題も亦刑法各本條の規定に準據して論定す可く茲に概括的の說明を與ふることを得す。余は既に罪の定義なる章に於て說明したる如く刑法上罪とは原則として其既遂を謂ふものにして又罪は通常既遂の躰樣を有するものなり然らは罪の既遂の何なりやは罪の意義に付きての說明に依りて自ら明かなる可し。

第二　未遂犯　罪の未遂とは罪の既遂に相對する躰樣にして企圖したる直接の結果を惹起し能はさる狀態に外ならす蓋し一罪を遂行するには(1)罪たる行爲

を爲す意思を以て(2)其罪たる行爲と爲す準備を爲し(3)其行爲の實行に着手し(4)其行爲の實行を繼續し遂に(5)一定の直接の結果を生せしむることを要す。而して罪の未遂とは企圖したる直接の結果を惹起し能はさる狀態なりとせは準備を爲したる後實行に着手せす又は實行を繼續せさりし場合の未遂なることとは勿論罪たる行爲を爲す意思を生したる後何等の實行又は準備をも爲さゝりし場合も亦之れを未遂と謂ふ可く外界の障碍に因りて事實を惹起し得さる場合は勿論行爲者自身の障碍に因り之を惹起し能はざりし場合も亦之を未遂と謂ふ可し。然らは廣く罪の未遂と云へは即ち一罪を犯す意思即ち犯意あることと及ひ未た之を遂けさるの謂なりと論決するを以て足れりとし罪を犯す意思を以て多少の動作を爲したるに拘らす之を遂けさりしときは其動作の準備的なりしと又は實行的なりしとを問はす又其遂けさりし原因か外界の障碍なりしと行爲者自身の障碍なりしとを論せす之を罪の未遂と謂ふことを得へしと雖も我刑法上所謂罪の未遂と云ふ可き躰樣即ち未遂犯は斯の如き廣義を有するものにあらすして第百十一條第百十二條及ひ第百十三條の規定に依れは

未遂犯には左の三要件を具備することを必要とするか如し。

一　重罪又は明文を以て未遂を罰す可きものと規定したる輕罪を犯す意思

二　重罪又は明文を以て其未遂を罰す可きものと規定したる輕罪を行ふこと

三　意外の障碍若くは舛錯に因り之を遂けさること

既に然らは未遂にも亦二樣の意義あり即ち一は本然の意義にして廣濶なり他は法定の意義にして狹隘なり。今左に序を逐ひ其要件に付きて詳說し併せて法律上の未遂には何故に其本然の意義より狹隘なる意義を與へさる可からさるかを說明す可し。

第一要件　重罪又は明文を以て其未遂を罰す可きものと規定したる輕罪を犯す意思、未遂と稱する罪の躰樣は前述したる如く唯通常罪に付きてのみ存在するものにして其既に遂けたると未た遂けさるとは行爲者の犯意即ち最初に有したる欲望を標準として之を區別せさる可からす。然らは未遂犯には必す其既遂犯に於けると同一の犯意なかる可からす。然れとも犯意を要する通常罪にも重輕罪及ひ違警罪の區別ありて其何罪を犯す意思を必要と

するやに付きては立法論としては多少の異論なきにあらず。刑法第百十三條に曰く「重罪を犯さんとして未た遂けさる者は前條の例に照して處斷す、輕罪を犯さんとして未た遂けさる者は本條別に記載するに非されは前條の例に照して處斷することを得す、違警罪を犯さんとして未た遂けさる者は非罪を論せす」と我刑法は未遂犯に於ける所謂罪を犯す意思とは單に重罪を犯す意思及ひ輕罪を犯す意思の二を規定し特に輕罪を犯す意思に付きては刑法各本條に於て特別に其未遂を罰すへき旨を定めたる輕罪に關するとを必要とせり。即ち罪の未遂とは其本然の意義に於て廣く重罪輕罪及ひ違警罪を犯す意思ありて之を遂けさるとを謂ふに拘らす刑法は特に其意義を減縮し刑法上の未遂犯とは重罪を犯す意思を以て之を遂けさるとを謂ふものと規定したる輕罪を犯す意思ありて之を遂けさるとを罰すへき旨を定めたる輕罪の外は法律上未遂犯あることを認めさりしなり。換言すれは刑法は重罪及ひ或種の輕罪の外は法律上刑法は公の秩序を維持するを以て目的とす。然らは重罪、輕罪の未遂犯は勿

論違警罪の未遂犯と雖も必要に應して之を處罰せさる可からす然るに我刑法の法制は全く之に反せり。蓋し重罪の未遂は常に之を罪とし輕罪の未遂は刑法各本條に明文あるときに限り之を罪とし違警罪の未遂は全く之を罪と爲さゝる法制は素と佛國刑法及ひ普魯西刑法の採用したる者にして漸次諸國の刑法に採用せられたり。而して其未遂犯を認めたる輕罪は主として財産に對する輕罪にして既に法制自躰か刑法の目的を達するに便ならさるのみならす。身躰其他に對する輕罪の未遂を認めすして主として財産に對する未遂を認むる如き立法の傾向は極めて不妥當なりとの譏を免かる可からす。然らは一罪に付きて未遂犯を認むるや否やは其重罪、輕罪、違警罪たるに論なく寧ろ之を刑法の各本條に於て判斷し重罪と雖も其未遂を罰するとか公の秩序の維持に不便宜ならは之を罰せす違警罪と雖も其未遂を罰するとか公の秩序の維持に必要ならは明文を以て其旨を定むるを可とす刑法改正案第五十六條に「未遂罪を罰する場合は各本條に於て之を定むと規定せるは即ち此趣旨を採用したるに外ならす。論者或は非難して云はん違警罪の

未遂を罰するは酷に失すと。然り違警罪即ち改正案の所謂輕罪の未遂は改正案に於ても事實上之を罰するとなしと雖も他日改正案以外の法律に依る所謂輕罪を規定したる場合に於て其未遂を罰する必要なしと豫斷するは聊か早計に失する嫌なきにあらず。況んや改正案に輕罪の未罰犯は之を罰せずと規定したりとするも改正案は各本條に於ける特別の明文を以て未遂犯を成立せしむる主義を採りたるを以て後日特別法に於て輕罪を規定し其未遂犯を罰す可きものと爲さば「新法は舊法を廢す」なる大則に依りて其特別法は却て適法の法律たる可く輕罪の未遂犯を罰せさる明文を改正案中に置くと雖も遂に何等の實益を見る可からさるに於てをや。千八百六十一年の巴威爾の刑法典は特別の場合に於ては現に違警罪の未遂を罰する旨を定めたる如し。

第二要件　重罪又は明文を以て其未遂を罰す可きものと規定したる輕罪を行ふと　未遂の成立するには必す重罪又は明文を以て其未遂犯を罰す可きものと規定したる輕罪を行ふことを必要とす刑法第百十三條は其行ひたる罪が重罪若くは特定の輕罪たる可き旨を規定し第百十二條は罪を犯さんとして既に其事を行ふ可きことを規定したり。而して其行ひたる罪が重罪若くは法定の輕罪たる可きことは前述第一要件の說明を參照せは明かなる可く茲に之を再說せすと雖も其既に其事を行ふなる語は極めて不精確なる語にして單に其文字上より解すれは其罪を實行する行爲のみならす又其實行の準備を爲す行爲をも包含するものと爲す可き如し。是れ果して正當の解釋と云ふことを得るか。

一、準備行爲を行ふこと、準備行爲とは罪たる行爲と實行の準備に屬するもの詳言すれば犯罪を容易に實行し得へき地位に立たしむる行爲例へは犯罪を實行する手段方法を指示し又は器具を準備する行爲罪を實行する機會を探知する行爲又は罪を實行する目的に出てたる行爲等を謂ふ。刑法は公の秩序の維持を以て其目的と爲すを以て犯罪實行の準備と雖も

苟も公の秩序に害ありとせは之を處罰するに付き何等の障碍あるを見さるのみならす又之を處罰せさる可からさる必要あり。純理より云へは刑法に於て犯罪實行の準備を罰するに三方法あり

イ　罪の實行の準備を一般に處罰する法制　是れ必すしも不當の法制と謂ふ可からすして立法論としては此種の法制を採用し得さるにあらす。然れとも準備行爲は通常外界に何等の實害を生せす且つ依りて犯すへき罪の何たるやを證明するに不充分なるを以て之を處罰せすとするも刑法の目的を達するに難からさるのみならす又之を處罰せさるとき却て刑事政策に適するを以て現時の學說は此方法に依りて犯罪實行の準備を處罰するとを非難し特に之を處罰する必要ある罪に付ては他の方法に依りて之を處罰す可きものとせり。刑法第百十一條に於て「罪を犯さんことを謀り又は其豫備を爲すと雖も未た其事を行はさる者は本條別に刑名を記載するに非されは其刑を科せす」と規定せるは即ち現時の學說及ひ立法例を採用したるものにして單に準備行爲を爲したるに止まる者は法律上未遂犯者と爲さす即ち準備行爲のみを爲したる場合に於ては法律上之を未遂と認めさることを明示したり。刑法は「罪を犯さんことを謀り又は其豫備を爲すと雖も」云々と規定す、罪を犯さんことを謀り即ち學者の所謂隱謀の何なりやに付ては異論なきにあらすと雖も余は多數學者の見解に從ひ二人以上の者の間に成立せる犯行を爲す決意を謂ふと解釋し即ち二人以上の者に依りて犯さる可き罪に付きて現出する行爲の一段階なりと解釋す。然らは隱謀も亦一種の豫備たるに過きすして刑法か豫備以外に特に「罪を犯さんことを謀り」と規定したる眞意を知るに苦しむ。余は豫備とは二人以上の者に依りて犯さる可き罪に付きては當然其間に成立せる犯行の決意をも包含するものと信すと雖も特に刑法か此二者を區別せるを以て余は改正刑法案の用語たる準備なる語を用ゐて此二者を包含せしめたるなり。

ロ　特定の罪に付き其實行の準備を處罰する法制　特定の行爲に付き其準備を處罰する法制は漸次各國の立法例の認むるものにして我刑法も

亦此主義を採れり。此法制に依れは刑法各本條の規定する罪に付き個々に其罪質を査定して公の秩序の維持上其準備を處罰することを可とする罪に付き特例を認め明文を以て其準備を罰する旨を規定せるなり。我刑法第百十六條、第百十八條、第百二十五條及ひ第百八十六等に於ては此方法に依りて準備行爲を處罰したるものにして此方法に依りて準備を處罰し得へきことは第百十一條の定むるところに依りて明かなり。

(ロ)ある罪種に付き其實行の準備を一般に處罰する法制　(イ)の方法は實際上之を採用す可からす(ロ)の方法は刑法の目的を達するに足らす近時世運の進歩するに隨ひ漸次に增加する犯行に關して公の秩序を維持せんには一新方法を案出して罪の準備を處罰せさる可からす。乃ち(イ)及ひ(ロ)の二方法を折衷してある罪種に付き其の實行の準備を一般に處罰する方法を發見せり。此方法は(ロ)の方法の如く刑法各本條に付き其準備を處罰する必要不必要を判斷せすして刑法中の罪を其種類に據りて區別し各罪種に付き其準備を處罰する必要不必要を判斷するものなり。

現行刑法は唯(ロ)の方法を採用するも刑法改正案は(ロ)の方法と共に本號の方法を採用して强盜なる罪種放火なる罪種及ひ謀殺なる罪種に付きては一般に其準備を處罰することゝなせり。同改正案第百卅三條に曰く「第百二十八條及ひ第百二十九條第一項の罪を犯す目的を以て其準備を爲したる者は一年以下の懲役に處す但情狀に因り本刑を免除して監視に付することを得」と同第二百三十七條に曰く「人を殺す目的を以て其準備を爲したる者は一年以下の懲役に處す但情狀に因りて本刑を免除して監視に付することを得」と又同第二百七十四條に曰く「强盜の目的を以て其準備を爲したる者は一年以下の懲役に處す但情狀に依り本刑を免除して監視に付することを得」と。蓋し改正案の立案者は放火强盜殺人の三種の罪に付きては一般に其實行の準備を處罰するにあらすは公の秩序を維持すること難しと爲し之に一年以下の刑を科すると同時に之を酷罰することの妥當さることを認め乃ち情狀に因りては本刑の全部を免除し唯監視に付することを得るものと爲せる如し。

二　實行行爲を行ふこと、罪の實行行爲を行ふにも亦數多の階級あり。(1)實行に着手すること(2)實行を繼續すること及ひ(3)實行を終ること是なり。然らは實行行爲を行ふと雖も未た之を遂けさるに付きても亦數多の場合なかる可からす。

イ　實行を終ると雖も其企圖したる結果を見さりし場合

ロ　實行を繼續したりと雖も其實行を終るに至らす從ふて企圖したる結果を得さりし場合

ハ　實行に着手せりと雖も其實行を繼續せす從ふて企圖したる結果を得さりし場合

我刑法は各國の法制と同しく(イ)(ロ)及ひ(ハ)の場合には共に法律上未遂と爲す可きものと規定せり。刑法第百十二條は單に既に其事を行ふと規定すと雖も其直前の第百十一條に於て準備に止まる場合は法律上之を未遂と爲さゝる旨を明言せる結果直後の第百十二條の曖昧の語句は始めて明確なる意義即ち準備以上の行爲を行ふの意義を有するに至れり。而して準

備以上の行爲とは即ち實行に着手する行爲、實行を繼續する行爲實行を終る行爲を謂ふ。換言すれは實行に着手したる以後の行爲を謂ふに外ならす。此着手以上の行爲のありたるときのみ之を未遂と爲す可へしと爲ず主義は佛國刑法に依り創始せられ獨逸、墺地利、白耳義洪牙利及ひ伊太利刑法の採用する法制なり。

然らは罪の實行に着手すと云ふは如何なることを意味するか實行に着手する行爲とは

イ　コーレルの曰ふ如く犯意を明確に洞察するに足る可へき行爲を謂ふにあらす、

ロ　ベルネル及ひワールブルヒの曰ふ如く希望せる結果を直接に惹起する行爲を謂ふにあらす、

ハ　フオン、バール、ウエヒテル、レーニングの曰ふ如く結果に對して因果關係を有する行爲を謂ふにあらす、

ニ　メルケルの曰ふ如く當該法物を侵害する行爲を謂ふにあらす、

ホ　ッファハリエー、メルケル、リストの曰ふ如く刑を科せられたる動作の一部を構成する行爲を謂ふにあらず、

之を要するに其一般の狀況より觀察して結果を惹起するに缺くへからさる條件と認む可き行爲を謂ふなり。即ち殺人の目的を以て器具を整頓し又は犯地に出向するか如きは準備行爲に屬す是れ人は器具を整頓し又は特定の犯行地に出向せさるも尙ほ他の方法又は他の場所に於て人を殺すことを得へけれはなり。而して人に發砲し若くは人を斬る行爲の如きは實行行爲に屬す。是れ人に對し何等かの攻撃を加ふるにあらずは人を殺害することを得さるへけれはなり。而して着手の行爲とは結果を惹起するに缺く可からさる要件と認む可き行爲を謂ふとの斷按は

イ　複雜罪即ち罪たらさる別個の行爲の集合に因りて成立する罪及ひ罪たる別個の行爲の集合に因りて成立する罪にも適用せらる可く其何れの場合たるを問はす第一の行爲を爲せるときは既に罪の實行に着手したるものと謂ふことを得へし。罪たらさる別個の行爲の集合に因りて成立する罪とは例へは文書僞造罪の如く僞造又は增減變換なる行爲と行使なる行爲に因りて成立するものを謂ひ罪たる別個の行爲に因り成立する罪とは例へは强盜罪の如く暴行脅迫を加ふる行爲と人の動産を奪取する行爲との集合に因りて成立する罪を謂ふ。

ロ　情狀重き特別罪にして其情狀の重き原因は一に行爲者の行爲に基きたるものには罪の實行前其原因か發生したる場合に在りて既に其適用を有す可く、此場合に於ても其情狀を重からしむ可き原因即ちある行爲を爲したるときは之を實行の着手ありたるものと爲すことを得。例へは刑法第三百六十八條の竊盜罪を犯す目的を以て門戶牆壁を踰越損壞する行爲を爲したるとき又は鎖鑰を開く行爲を爲したるときは之を同條の竊盜罪の着手ありたるものとす。

然らは我刑法は結果を惹起するに缺く可からさる要件と認むへき行爲を爲したる後其結果を得さりしときは常に之を罪の未遂と爲し此の種の行爲を繼續すると否と又は之を終りたると否とを問はさるなり。外國の沿革

に於ては着手未遂犯及ひ實行未遂犯の區別を認む實行未遂犯とは行爲者か自ら結果を惹起するに足ると思料したる動作を終りたるに拘らす其結果を得さりしものを謂ふ。例へは行爲者は更に他の動作を爲さすして結果を惹起するを得へしと雖も其結果の發生か不確實なる場合傷害は人を殺害するに足る可きものにして其結果の發生も亦確實なりと雖も被害者は當時尚ほ生存せる場合及ひ殺意を以て加へたる行爲は人を殺害するに足らさるものにして其結果の發生せさることか確實なる場合即ち不奏功の犯行の場合の如し。着手未遂犯とは結果を惹起さんとする動作を終らさるものを謂ふ我刑法も亦第百十二條に於て意外の障碍と意外の弁錯とを區別し着手未遂犯たらしめたる外界の障礙は之を障礙と謂ひ實行未遂犯たらしめたる外界の障礙は之を弁錯と謂ふ如しと雖も着手未遂犯と實行未遂犯との區別には各國の成例の如く法律上何等の實益を認めす即ち二者の區別は或は判事か未遂犯に對し刑を裁量する際に於ける加重減輕の標準たる可しと雖も法律上刑を異にせさる可からさる明文なし。

一要するに第二要件に關する現行法の規定は其趣旨に於ては非難す可き點なしと雖も法文曖昧にして學者をして異說を唱道せしむる餘地なきにあらす。刑法改正案は茲に鑑みるところあり第五十五條に於て「犯罪の實行に着手し之を遂けさる者は云々と明確に規定せり蓋し至當の修正と謂ふ可し。

第三要件　意外の障礙若くは弁錯に因り之を遂けさること　法律上未遂犯を構成するには第三要件として意外の障礙又は弁錯に因り之を遂けさることを必要とす。

一罪を遂けさることを要す、未遂とは既遂に相對する語にして其本質上必す遂けさることを要するや論を俟たす。然れとも罪を遂けさるとは抑も如何なる狀態を謂ふ乎。余は既に第二要件を說明するに當り實行に着手したる後にあらされは法律上の未遂犯なきことを說明し罪を遂けさるに三個の場合則ち(イ)實行に着手せりと雖も之を繼續せさりし場合(ロ)實行を終りたりと雖も其企圖せる

結果を得さりし場合ありと斷定せり。第三要件に於て余か罪を遂けさることを要すと云ふも亦此三個の場合の一に該當することを要すと謂ふに外ならす。而して刑法は未だ遂けさる者と規定す然らは遂け得へき犯行に付きてのみ未遂犯あることを知るに足る可し。蓋し罪を犯す躰樣に絕對不能なるものと可能なるものとの區別あり絕對不能には目的物に關する絕對不能及ひ手段に關する絕對不能の區別ありと雖も目的物又は手段か其本質上當然罪を犯し得さる狀況に在ることを謂ふに外ならす。絕對不能犯及ひ可能犯の何たるやは特別の躰樣として之を詳論す可きを以て余は今單に絕對不能犯は法律上之を未遂犯と謂ふことを得す。則ち絕對不能なる犯行を爲す際其實行を繼續せす又は實行を終了せさる場合若くは不能の犯行なるに因り實行を終ると雖も企圖したる結果を得さりし場合は爾餘の要件か完全に存在すと雖も之を未遂犯として處罰することを得すと云ふに止めんとす。

二　未遂の原因は意外の障礙又は舛錯なることを要す　刑法等百十二條に依れは法律上未遂と認むるには必す意外の障礙又は舛錯に原因する未遂なることを必要とす。意外とは行爲者の意思に原因せさる狀態を謂ひ障礙とは罪の實行中に現出せる妨害を謂ふの意味なりと雖も實行中に現出せる妨害と後に於て現出せる妨害とは法律上何等其效力を異にせす從て法律上二樣の語句を使用せさる可からさる必要なきのみならす。其實行を終りたる後に於て現出せる妨害とは法律上何等其效力を異にせす從て法律上二樣の語句を使用せさる可からさる必要なきのみならす。必要なくして二樣の語句を使用するは決して良好の立法と謂ふ可からす。然らは刑法の要求する要件は換言すれは未遂の原因は行爲者の意思に原因せさる障礙なることを要すと謂ふことを得。廣く未遂の原因たる可き障礙と云へは種々なる種類あり得へし。

イ　目的物又は手段自體に存する障礙　行爲者か犯行に不充分なる手段を擇みたること又は目的物か犯行の場所に在らさりしこと等は犯罪の目的物又は手段自躰に存する障礙にして多くは罪の實行の着手以前より存在す。此種の障礙は學者の所謂相對的不能事由と謂ふものにして

相對的不能なる犯行は絕對的不能の如く全然遂行し得へからさる犯罪にあらす通常一般の場合に在りては之を遂行し得へきに拘らす偶發の事由に因りて遂行し得さるものなるを以て犯行を相對的不能と爲したる偶發の事由は之を一種の障礙と見るに於て何等の妨けなかる可し。而して既に犯行を相對的不能ならしめたる事由を以て障礙の一種なりとせは此事由は上述の如く目的物又は手段自躰に存するものにして其本質上固より行爲者の意思に原因せす。然らは此種の障礙は行爲者の意思に原因せさる障礙と謂はさる可からす。

ロ　目的物に對し手段を適用する際に於て發生する障礙　目的物に對して手段を適用せる際に於て發生せる障礙とは完全なる目的物に對し完全なる手段を以て罪の實行に着手したる以後に於て生するものにして此障礙にも亦二種あり。

甲　行爲者の意思に因りて發生せる障礙　行爲者は罪の實行に着手したるに拘らす自己の意思に因りて之を繼續せさりしこと又は行爲者か罪の實行を終りたるに拘らす自己の意思に因り其結果の發生を防止したること等を謂ふ。此種の障礙は學者の所謂中止犯と稱する一種の未遂の場合に於ける障礙にして其詳細は之を後に論せん。

乙　行爲者の意思に因らすして發生せる障礙　行爲者の意思に因らすして發生せる障礙とは外界の障礙を謂ふに外ならすして亦之を二に區別することを得。

1　人に關する障礙　人に關する障礙とは甲か乙を殺さんとし刀を揮て之を斬らんとするに際し丙の之を妨けたること又は甲か乙を毒殺せんとし飲食物中に毒藥を投し置きたるに乙之を知りて服用せさりし場合の如きを謂ふ。

2　物に關する障礙　物に關する障礙とは甲か乙を殺さんとし刀を揮て之を斬らんとする際其刀身の折れたること又は甲か乙を殺さ

んとし發砲したるに其標的を誤りたること等を謂ふ。

上述の如く未遂の原因たる可き障礙には種々の種類ありと雖も刑法は未遂の原因たる障礙は行爲者の意思に原因せさることを必要とするを以て上述の障礙中(イ)及び(ロ)の乙に說明したるものゝみ法律上の未遂を構成する障礙にはあらさるなり。

(ロ)の甲に記載したる障礙に因り未た罪を遂けさりし場合即ち所謂中止犯の場合は之を未遂の躰樣と爲さゝる可きや又之を未遂の躰樣と爲す可きや。之を未遂の躰樣と爲すとするも特別の明文を以て罪と爲さゝる可きか又は之を罪と爲す可きかに付て異論なき能はす。

イ　中止犯の場合に於ては之を處罰せさる理由を說明して或は(1)其犯意が不充分なる故なりと謂ひ(ミテッルマイエル)或は(2)未遂は行爲者か犯行を中止せさることを條件として處罰せらる可きものなりと謂ひ(ヘルツオッヒ、ビンヂング)或は(3)犯意は

事後に於て抹消せられ若くは其行爲より撤回せられたれはなりと謂ひ(ツァハリエー、ベルチル)或は(4)行爲者に對して犯行を中止せしむる政略なりと謂ふ(リスト、シュルツェ、ゲーヤー)。余は中止犯の場合に於ては之を處罰せさる法制を贊同する者にあらすと雖も若し之を處罰す可からさる理由を說明することを要すとせは寧ろマイエルの說に從ひ中止犯の場合に於ては其行爲に於て何等有形の危險を有せさるのみならす之を生せしめんとする意思か減退せるを以て之を處罰せすとも公の秩序に害なきを以てなりと謂はんと欲す。中止犯の場合に於て之を處罰せさる法制の根據に付ては上述の如く所說紛々たりと雖も歐洲諸國の刑法が沿革上此の法制を認むるは事實なり。而して各國の刑法を通覽するに此法制を採用するものも其規定方法には自ら二個の區別あることを免れす。

甲　積極的に規定する法制　此法制は行爲者の意思に原因せさる障礙に因り未た遂けさるとを以て法律上の未遂の罪態と爲すもの即ち現

行刑法の採用せる者にして普魯西刑法、巴威爾刑法、獨逸刑法第一讀會草案及ひ伊太利刑法も亦此法制を採用せりと信す。

乙　消極的に規定する法制　此法制は法律上の未遂の成立するには其未遂の原因の何たるを論せすと雖も特別の明文を以て行爲者の意思に原因する障礙に因り未た遂けさる場合の未遂に付き其刑を免除するものを謂ひ獨逸刑法及ひ我刑法改正案は此法制を採用せるものなりと信す。

中止犯の場合に於ても之を處罰する法制　此制法は近時漸く刑法界に萠芽を發したるものにして我刑法改正案は此方法を採用せり。蓋し歐洲の立法例に於ては沿革上中止犯は之を罰せさる主義を採れるを以て學者各之を罰せさる理由を附會して說明すと雖も其理由たるや上に述へたる如く一も見る可きものなし。或は有形の危險を防くことを以て條件とせんか中止犯にあらさる未遂も亦概ね有形の危險を生せさるにあらすや。或は犯行の中止を奬勵する政略に出つるものとせんか中止犯のみ濫發する弊害なきにあらす。要するに刑法の目的は公の秩序維持に在るを以て中止犯の如きも之を處罰すると否とは各其場合の事情を參酌して判斷す可く法律上豫め之れを一定し得へきものにあらす。然らは中止犯に對して刑を免除するや之を減輕して處罰するとは一に之を判事の裁量に任し刑法に於ては消極的に規定する法制に依り中止犯の場合に於ては其刑を免除するときと其刑を輕減して處罰する場合との二場合あり得ることを認むるを可なりと信す。外國に於ても從來犯行を中止せる場合と雖も之を處罰する必要を感し一に中止犯の規定に於ては原則として之を處罰せさるに拘らす其中止なる意義を制限して其適用を狹少にせり。例へはハノバー、ヘッセン、ダルムスタット、バーデン、チューリンゲン普魯西ザクセン等の刑法は犯行の終りたる後其結果の發生を防止せる場合は之を犯行の中止と認めすして普通の未遂として之を處罰し、巴威爾、ヘッセン、ダルムスタットの刑法は或は眞正に悔悟して犯行を中止したる場合或は科刑を恐れて中止したる場合にあらされは之を

中止犯と認めずして普通の未遂犯として處罰せり。以て實際上犯行を中止せるときと雖も之を處罰する必要あることを知るに足る可し。

中止犯に關する法制は斯の如く多樣なるに拘らず我現行刑法は中止に因る未遂は之を處罰せさる主義を採り、而して此主義を表示する爲めに積極的の規定方法を採用せり。刑法は犯行の中止に因る未遂は全然處罰せさる主義を採れるを以てたるときと雖も亦之を犯行の中止と謂ふことを得へく從て之を處罰するを得す。

イ　既に其犯行を終りたる後自己の意思に因りて其結果の發生を防止し

ロ　犯行の中止にはホイエルバッハの所謂情狀の重き中止なるものありて其中止の際既に他の既遂犯たる躰樣を有せるものあり。刑法は犯行の中止に因る未遂のみを處罰せさるに止まるを以て其未遂中に包含せらるゝ既遂犯あるときは固より之を處罰せさる可からす。

刑法は積極的に規定するの法制を採用せるを以て

イ　自己の意思に因りて犯行を中止したるときは如何なる場合と雖も之を犯行の中止と爲す可く特に其中止の原因か善意なると惡意なるとを問はす。即ち眞正に悔悟したると又は再擧を謀るに在ると科刑を恐れたるに在るとを問はす。

ロ　犯行の中止に因る未遂は之を法律上の未遂と認めす即ち此種の未遂は其性質上罪たる行爲にあらさるを以て其共犯は之を法律上の共犯と認むること能はす。換言すれは犯行の中止ありたるときは事實上正犯準正犯又は從犯ありと雖も法律上に於ては之を正犯、準正犯又は從犯として處罰することを得す。

以上は刑法の犯行の中止に關する既要なり。刑法の犯行の中止に關する法制は大體に於て非難す可きところなしと雖も少くとも近時の社會の情勢に適せす從て之に依りて刑法の目的を達することを得さるは既に述へたるところなり。

刑法改正案は第五十五條に於て「犯罪の實行に着手し之を遂けさる者は其

刑を減輕することを得但自己の意思に因り之を止めたるときは其刑を減輕又は免除す」と明言し消極的に規定する法制を採りたるのみならず判事の裁量するところに從ひ中止犯を認むる場合と之を認めざる場合との區別ある可き旨を規定せり。余は此修正を以て敢て不當なりと謂ふ者にあらず。唯犯行の中止なる躰樣を表示するに「之を止めたるときは」なる語を用る犯行の中既には既に其實行を終りたる後發生せんとする結果の發生を防止する躰樣ありや否やを正確に斷定せざるを憾とすと雖も余は改正案の立案者は此躰樣をも此語中に包含せしめたるものと信す。然れとも「之を止めたるときは」なる語中に此躰樣をも包含せしめんとするは文字上極めて專橫の處置なりと謂はさることを得す。

罪の未遂には種々の區別あり即ち

イ　着手未遂及ひ實行未遂　此區別は既に說明せるを以て茲に之を再說せす。

ある學者例へは「ツアハリュー」及ひある立法例例へはウルテンベルヒ、伊太利の如きは實行未遂とは罪を遂行するに必要なる動作を終りたるに拘らす之を遂けさるを以て余は「リスト」「ベルチル」「マイエル」等の說に從ひ唯着手未遂及ひ實行未遂の二を認め實行未遂とは其普通の未遂なると又は犯行の中止に因る未遂なるとを論せす總て行爲者か罪を遂行するに必要なる動作を終りたるに拘らす之を遂けさるときは勿論行爲者か犯罪を遂行するに充分なりと思料する動作を終りたるに拘はらす之を遂けさるときをも謂ふものと解す。我刑法は障碍と舛錯とを區別するに拘らす着手未遂と實行未遂との間に何等法律上の區別をなさざるを以て此區別は或は判事か刑を適用するに際し好個の標準たる可しと雖も法律上に於ては何等の價値なきなり。

ロ　單純の未遂及ひ情狀重き未遂　情狀重き罪に付きて說明したるか如く一罪の既遂の躰樣を包含する他罪の未遂を謂ふものにして其既遂の躰樣は他罪の未遂の構成要素たる場合と單に他罪を遂行する爲め

偶然に選擇せられたる手段なる場合との區別あり、曰第一の場合に於ては其未遂か罪たるときは其既遂を處罰せす其未遂か罪たらさるとき例へは中止に因る未遂なるときは之を處罰す可く。第二の場合に於ては常に一罪の未遂犯と他罪の既遂犯との俱發せるものとして之を處罰す。

未遂犯の說明を終るに臨み尙ほ研究す可き問題あり。即ち法律上特に罪の着手又は準備を處罰する罪に付ては未遂犯は成立するや否やなりとす。蓋し現行刑法は違警罪の未遂は全然之を罰せす輕罪の未遂は各本條に明文あるときに限り之れを罰する主義を採るを以て此種の問題は特に罪の着手又は準備を重罪の刑を以て罰したるものの例之現行刑法第百二十四條及ひ第百二十五條等の未遂罪には未遂犯成立するや否やの問題に歸す。刑法第百十三條及ひ第百十三條に依れは重罪を犯さんとして未た遂けさるときは之を未遂犯と爲し其重罪の何たるやは單に其刑か重罪の刑なると否とに因りて決するを以て此種の未遂犯罪と雖も其刑か若し重罪の刑なるときは其未遂犯は即ち重罪にして重罪には必す其未遂犯あり得へきなり。余は解釋論としては法律上特別に罪

の未遂又は準備を處罰したるものと雖其刑にして重罪の刑ならんか更に其未遂犯成立し得へしと謂はんと欲するも立法論としては是れ刑法の一大缺點なりさるや否やを疑ふ者なり。蓋し特別の明文を以て未遂又は準備を處罰するは固より事物の例外に屬するを以て若し此種の罪に對し更に其未遂を未遂犯として處罰せんか除外例を認むる嫌あるのみならす又論理上極めて解し難き問題を生す可きなり。「リスト」、「ベルネル」、「ウエテル」等は此種の罪には未遂罪成立せすと曰ひ「マイエル」、「フランク」、等は未遂罪成立すと曰ふ余は前者を妥當なりと信するものなり。刑法改正案は現行刑法と異なり未遂犯は重罪輕罪を區別せす皆各本條に於ける明文を俟て始めて成立するものと爲せるを以て未遂犯の成立すると否とは一に之を各本條に於ける明文に依りて定めさる可からす。即ち刑法改正案の法制を採用せは全く此種の疑問を生ずることなきなり。

第三目　不能犯

罪の不能とは行爲者の爲したる動作自躰か其企圖したる結果を惹起するに足さ

さりし場合を謂ふ從て間接の結果の發生を俟て罪と爲す可き行爲即ち過失罪及ひ結果罪に付きては事實上罪の不能を生することなきなり。夫の「ミッテルマイエル」が不能犯を絕對的不能と相對的不能の二種に區別するや學者多く其區別を是認すと雖も(1)目的物又は手段に關する本質上の不能なりとするも又目的物又は手段に關する一時的の不能なりとするも若し之を物理上より大觀すれは共に絕對的に遂行すること能はさる犯行と謂ふ可く況んや(2)相對的不能の場合即ち目的物又は手段に關する一時的の事由に因りて罪を遂行し能はさらしむる場合の如きは純然たる外界の障礙に因り罪を遂行する能はさりし場合の一に過きすして所謂未遂犯と異名同物なるものなるに於てをや。二者の區別は刑法の發達と共に漸く之を非難する者多く余も亦不能犯としては此二個の躰樣あることを認めさるを可なりと信す。

余は上述の如く罪の不能とは單に目的物又手段に關する本質上の不能即ち「ミッテルマイエル」の所謂絕對的不能のみを謂ふものと解す。然らは所謂絕對的不能なる犯行は法律上如何なる待遇を受く可きものなりやの問題を生す。

(1)「ベオムガルテン」曰く此場合に於ては眞正の犯意は存在せすと(2)「ホイエルバッハ」「フォン、ローランド」「フォンリスト」曰く此動作又は行爲は之を處罰するに必要なる危險を缺如すと(3)「ゲーヤー」曰く此場合に於ては單に其意思の一部を實現せしめたるものに過きすと(4)「メルケル」曰く此場合に於ては未遂犯の客觀的要素を缺如すと(5)或は曰く此場合に於ては所謂幻夢罪の一種たるに過きすと。學者間に異說なき能すと雖とも公平に之を觀察すれは所謂絕對的不能なる犯行に付きても第一罰すへき意思を實現せしめたることは毫も疑なく第二事心と違ひ其罪を遂行する能はさりしこと亦疑なし。然らは余は「マイエル」等の學說に從ひ絕對不能の犯行ありたる場合と雖も原則として之を罪の未遂と爲さゝるを得す。而して若し之を罪の未遂なりとせは其犯行は多くの場合に於ては罪の實行の着手以上の行爲たるを以て遂に之を法律上の未遂として處罰せさる可からさるに至らん。故に純理より論すれは若し立法者所謂絕對不能の犯行ありたる場合の責任を問はさるものと爲さんと欲せは必すや法文を以て其旨を明示す可く之を明定せさる場合に在りては其本來の性質に從て之を處罰す可きものとするも論理上

正當なる擧措なりと謂はさる可からず。我刑法は不能なる犯行に關する何等の明文を置かす然らは我刑法上絶對的不能なる犯行も亦之を法律上の未遂として處罰す可きものなりや否や蓋し絶對的不能なる犯行を處罰す可きや否やは獨逸に於て既に論議せられたる問題にして近時に至りても獨逸聯邦中のウルデンブルヒ、バノバー、ブランシワイヒ、巴威爾チューリンゲン及ひ索遜等の刑法は明文を以て之を罰す可きものとし、普魯西、獨逸、白耳義、伊太利、英吉利及ひ佛蘭西等に於ては之を罰せさる明文を設け又は之を罰せさる判例を有せりと雖も學說の一般の傾向は之を罰せさるに在るや疑なし。然らは刑法は絶對的不能なる犯行に付きての明文を設けすと雖も其明文を設けさるは之を立法の缺點と爲し此種の犯行を罰せさる主義を採用せりと解釋すること却て事宜に適するものと信す。

刑法改正案も亦此點に付きては現行刑法と同一の非難を免かる可からず是絶對的不能の犯行に關し何等の明文をも規定せされはなり。余は總ての絶對的不能なる犯行を無責任と爲す法制は刑法の目的を達するに便宜ならすと思考する者なり。故に此種の犯行を罪と爲すと否とを判事の裁量に一任する法制を採用し明文を以て其主旨を規定せんことを切望する者なり。或は判事の權限の多大に過くるを非難する者あらん。然れとも法制自躰の可否と判事の適不適とは別問題なり適當なる判事に多大の權限を付與するは寧ろ至當の處置なり單に判事の權限か多大なるもとの一事を以て法制自體を非難するは不可なりとす。

第四目　共犯

第一段　總論

「プリ」「リスト」「クリース」等は曰く共犯は寧ろ行爲者の一種なりと。「ヘルツオッヒ」等は曰く共犯とは他人の罪科に對し責任を負擔する者を謂ふと。然れとも共犯と雖も單に他人の罪科に對してのみ責任を負擔する者にあらずして同時に自己の罪科に對しても責任を負擔する者なり、共犯自體の罪科は固より不完全なる罪科たることを免れずと雖も既に自己の罪科に因り責任を負擔するものとせは共犯を以て單に他人の罪科のみに對して責任を負擔する者と爲す能はざるや明かなり。又行爲者とは自ら罪を實行する者を謂ひ共犯とは他人の犯行に附隨する者即ち他人の犯行と相俟ちて企圖したる結果を惹起す可き行爲を爲す者を謂ふ

を以て共犯は行爲者の一種なりと謂ふは誤れり。要するに共犯とは他人の犯したる罪に對し一種の關係を有する罪の行爲者を謂ふと解するを以て妥當なりとす。

共犯の成立するには概ね左の二條件を要す。

第一　共犯する行爲

所謂共犯する行爲とは他人と共に一定の罪を犯す行爲の義にして既に行爲と云へは必す一定の意思と之に應當する動作及ひ其結果を包含す可きことは前に論述したるところなり。而して余は此條件を說明するに當りても尙ほ之を主觀的及ひ客觀的に之を觀察せんとす。

一　主觀的觀察　共犯の成立するには共犯か一定の意思を有することを必要となすは古來認識せられたる法理にして近時の立法と雖も一方には多少の例外を認むると共に尙ほ此原則を維持せり而して其例外とは例之出版法に於ける編輯人の共犯等を謂ふなり（出版法參照）。然り近時の立法は共犯の成立には共犯か必す一定の意思を具備することを必要とす。然らは共犯は所謂主觀的に觀察して如何なる意思の狀態に在ることを必要とするや。此問題に付きては學者間未た唯一の斷案を得ること能はさる如し。

過失ある意思を以て共犯の動作を爲し其結果を得たるときは共犯は果して成立するや否や。理論上よりすれば一人か過失ある意思に因りて動作を爲し其結果他人をして罪を犯すに至らしめたるときは之を共犯なりと爲すに於て何等の妨けあるを見す。然れとも刑法は上述の如く過失罪は特別の明文ある場合に限り成立する主義を採用したるに拘らす第百四條第百五條及第百九條に依れは過失に因る敎唆犯を罪とする旨の特別の明文なきを以て過失ある意思に因る共犯は法律上之を過失罪と曰ふことを得す、從て此種の共犯を法律上の共犯なりと爲すことを得す。然らは此條件を主觀的に觀察すれは理學上過失ある意思及ひ犯意を包含し得へきに拘らす成法上に於ては過失ある意思は之を包含せすと論斷せさる可からすして犯意に出てたる共犯のみ罪と爲る可き共犯なりと曰ふことを得、但し過

失ある意思を以て過失罪を他人と共犯したるときは或は後述すへき副正犯として論することを妨けさるは勿論なりとす。

共犯を成立せしめむる犯意とは

イ　自己の行爲の概念

ロ　他人の行爲の觀念　他人の行爲の觀念とは他人か犯さんとし又は犯しつゝある罪の概要を知ることを謂ひ若し共犯者か他人の行爲の概要を知らすして共犯したるときは之を法律上の共犯と謂ふことを得す。

ハ　他人の行爲及ひ自己の行爲間には法定の關係ある事實の觀念　法定の關係とは如何。刑法上所謂法定の關係とは三あり共同實行、敎唆及ひ幇助是なり。

1、共同實行　共同實行の何たるやは後に詳述すへしと雖も約言すれは一罪に付き數人の行爲者ある場合を謂ふものにして數人か共同して一罪の實行行爲を爲す關係を謂ふ。刑法第百四條は單に「二人以上現に罪を犯したる者」は云々と規定し數人か共同して爲すことを包含するや否や

に付き疑なきにあらされとも余は共犯の性質及ひ刑法各條の規定より推考して第百四條は共同實行者のみを指稱するものと解釋す。

2、敎唆　敎唆とは他人をして罪を犯す意思を生せしむる關係を謂ふ。

3、幇助　幇助とは他人の犯し又は犯さんとする罪の實行を容易ならしむる關係を謂ふ。

而して共犯は其知りたる法定の關係に付てのみ責任を負擔すへき者なるを以て事實上存在する法定の關係の何たるに拘らす共犯者の知りたる關係に對する責任のみを負擔するなり。故に今事實上共同實行者として活動する者ありと雖も自ら從犯として活動すと思料したるときは其共同實行者は從犯たる責任を負擔するに止まる可し。

二　行者を謂ふ而して既に此種の犯意ありとせはその豫謀なると故意なると又は特定せると不特定なるとを問はす共犯を成立せしむるに足れり。「ガイア」「シュルチエ」「プリ」等は從犯は他人を利益せんとする遠因に出て共同正犯及ひ敎唆犯は自己を利益せんとする遠因に出つと謂ふと雖も遠因の如何は共犯の犯

意には何等の關係あることなし。或は共犯の成立するは行爲者及ひ共犯の通謀あることを要すと謂ひ、又は行爲者か少なくとも共犯に共力せらるゝことを知らさる可からすと云ふ者あれとも余は多數の學說に從ひ上述の三條件あるを以て足れりと信す。

二　客觀的觀察　第一要件を客觀的に觀察すれは共犯する動作及ひ其結果なり。蓋し上述の如く正犯の成立には必す共犯する犯意あることを要すと雖も共犯する犯意あるのみにては未た共犯する行爲ありと云ふこと能はさるは罪の性質上明白の理なり。共犯する動作とは他人の動作に對し法定の關係を有する動作にして其動作の結果とは他人の動作に對し法定の關係を有する事實なり　而して法定の關係の何たるやは上述の如し。例へは他人の殺人動作に對し敎唆なる關係を有する動作は敎唆を爲す動作にして殺人の動作を爲す者か敎唆せられたる事實は敎唆の結果なり。而して其如何なる動作及ひ如何なる結果か共犯を成立せしむるに足るやは各共犯の種類に因りて異なり或は罪の實行の着手以上の動作を必要とし或は其實行の準備の動作にて足るを以て其詳細なる說明は之を共犯の各論に讓るを便なりとす。

然れとも玆に尙ほ研究す可き問題あり即ち共犯か其犯行を中止せる場合の責任如何の問題なりとす。ウルテンブルヒ、ヘッセン、ダルムスタット、巴威爾等の刑法は明文を以て此場合に付き規定すと雖も我刑法は勿論他の刑法に於ても此の場合の規定を設けさるを常とす。「ビルクマイエル」「ヘルツオッヒ」等は曰く共犯か犯行を中止せは所謂中止犯の一たるに過きすして刑法總則の適用を受く可きものなり、即ち總則に於て所謂中止犯を罪たらすとせは其規定に從ひ共犯か犯行を中止せるときも亦之を罪たらすと爲す可しと。「マイエル」「オルスハウセン」は曰く共犯は罪の特種の體樣なるを以て共犯か犯行を中止するときと雖も之を一般の犯行中止と同一視することを得す即ち刑法に於て此種の場合に付き特別の明文を置かさるは法の不備と謂はさる可からす余は後說を是とし刑法に於て共犯か其犯行を中止せる場合を規定せさりしは其不備たるや明かなりと雖も之の純理より考ふれは共犯か其犯行を有效に中止したるときは罪たらすと論決せさる可からす而して有效に中止す

るとは他人の犯行か既遂又は罰す可き未遂の體樣を有するに至ることを妨けたること又は共同實行者なるときは好時期に、敎唆者又は幇助者なるときは全然其犯行に因り他人に及ぼしたる影響を抹消したることを謂ふ。

第二　他人か犯意を要する罪を犯したる事實

此條件は之を(イ)他人が罪を犯したる事實及ひ(ロ)犯意を要する罪を犯したる事實の二段に分ちて之を說明す可し。

(一)他人か罪を犯したる事實　純理より論すれは共犯の成立するには必すしも現に共犯せる罪の成立することを要せすと雖も刑法は特に罪を犯したる者(刑法第百四條)、重輕罪を犯したる者(刑法第百五條)、又は犯罪を容易ならしめたる者(刑法第百九條)と規定し法律上の共犯は其共犯せる罪か成立するにあらすは成立せさる旨を定めたり。而して他人か犯したるは必す罪ならさる可からす。故に犯罪の主體たること能はさる者かある行爲を爲したるときと雖も其行爲は罪と謂ふ可からさるを以て其共犯は之を共犯と謂はす寧ろ自ら一種の機械を使用して犯行を爲したるものと爲し間接の正犯たる責任を負擔せしむ可きなり。故に正當防衞其他不論罪の原因たる可き事由あるときと雖も法律上其罪を罪と爲すこと能はさるを以て其共犯は之を共犯と謂ふこと能はす。又一人か自殺又は自ら其身體を傷害したるときと雖も自殺又は自己の身體の傷害は成法上罪たらさる行爲なるを以て其共犯者は成法上別段の規定なき限りは(刑法第百七十八條第三百二十條第三百二十一條)之を共犯として處罰することを得す。要するに他人の爲したる行爲か罪たらさる限りは其の行爲當然罪たらさるものなると又は特に罪を適用行爲と爲すものなるとを問はす其行爲に付き共犯は成立せさるものとす。正當なる防衞行爲(刑法第三百十六條に所謂防禦度の場合は此限にあらず)職務行爲及ひ懲戒行爲に共犯なきことは概ね學說の一致する所なりと雖も權利衝突の場合に於ける行爲に付き共犯の成立するや否やに付ては尙ほ多少の異論なきにあらす。自殺に付ても「コーレル」の如きは其敎唆は承諾者を殺害したると同一視すと雖も余は之を採らす。

上に述へたる所に依れは他人の犯したる行爲は罪たることを必要とす。然れとも罪には既遂及ひ未遂の體樣あり然らは罪を犯したることを要すとす

るも其罪は既遂ならさる可からさるや又は未遂にても不可なきやを論定せさる可からす。蓋し罪の既遂を以て罪と爲すは固より疑を容れすとも雖上述せる如く法律は特別の明文を以てある場合に於ける罪の未遂を罪と爲す旨を規定したり。然らは罪の未遂と雖も其法定の條件を具備する限りは固より之を一個の罪と爲さゝる可からさるを以て他人か罪を犯すとは必すしも既に罪を遂けたる場合のみを謂ふにあらすして法定の要件を備へたる未遂をも包含するなり。他人か犯行の中止を爲したるときは其未遂は法定の條件を具備せさる未遂なるを以て固より罪を犯したりと謂ふことを得す從て此場合には法律上の共犯なきものとす。

二他人が犯意を要する罪を犯したる事實　純理より言へは過失に因り他人に法定の影響を及し他人をして罪を犯さしめたるときも亦之を共犯と謂ふを得へしと雖も成法上に於ては之を共犯と爲さす共犯の成立するには必す犯意に因りて他人に法定の影響を及ほすことを必要とするとは既に第一條件の下に於て述へたるところなり茲に犯意を要する罪を犯したることを必要とするは共犯は因り法定の影響を受けたる他人に付きて謂ふものなりと雖も亦同一の筆法を以て之を說明することを得。即ち純乎たる理論より論すれは他人か過失罪を犯したる場合と雖も其他の條件を具備するときは共犯は成立すと言ふことを得へきも成法上に於ては之れを共犯と見す成法上共犯の成立するには他人か必す犯意を要する罪を犯したることを必要とし過失犯罪を犯意に因り共犯したるものは或は間接正犯として所罰せらるゝことあるのみ。「ウヒテル」、「オルスハウゼン」等は過失罪に共犯あることを主張すと雖も「リスト」、「マイエル」、「ベルチル」等多數の學者は余と同一の論決を爲せり。

上述の如く共犯は共犯する行爲及ひ他人か犯意を要する罪を犯したる事實の二條件を以て成立すと雖も事物の性質上自ら例外なき能はすして此二條件を具備すと雖も尚ほ共犯の成立せさる場合あり。

一　刑法上一人か他人に對してある行爲を爲すことを禁止する場合に於ては其他人は之を共犯を以て論す可からす。例之刑法第三百四十一條及ひ第三百四

十二條は幼者を略取し又は誘拐して自ら藏匿し若くは他人に交付する罪を規定したるものなるを以て其略取又は誘拐せられたる幼者は縱令上述の條件を具備する場合と雖も之を共犯と爲すことを得す。又刑法第二百五十九條は猥褻の物品を公然販賣したる者を所罰する法規なるを以て之を購買したる者は縱令上述の共犯の條件を具備する場合と雖も之を共犯と爲すことを得す。其他第三百四十六條及ひ第三百四十七條の罪に付き猥褻の所爲を加へられたる者は如何なる場合と雖も之を共犯と謂ふことを得す。

二　刑法規か特別に共犯する行爲のみを處罰し主たる行爲は之を處罰せさる場合に於ては其主たる行爲者は共犯を以て論す可からす。例之第百四十八條は囚徒の逃走を幇助したる看守又は護送者の行爲のみを罰する法規なるを以て其事實上の主たる行爲者即ち囚徒は縱令其看守者又は護送者に對し共犯の成立條件を具備したる場合と雖も之を共犯と爲すことを得す。又第三百五十二條十二歳未滿の男女の淫行を媒合したる者を處罰する法規なるを以て其事實上の主たる行爲者即ち淫行を爲したる十六歳未滿の男女は其媒合者に對し共犯の成立條件を具備したる場合と雖も之を共犯と爲すことを得す。

而して其草案理由書に曰く數人か共犯したる可罰行爲は行爲者の資格又は身分關係の異るに從ひ各個の共犯に對し其法律上の性質を異にし其性質を異にするを以て其輕重を異にするとを得へし例之第三者か尊屬親殺害罪を共犯したる場合の如し其行爲は第三者に對しては單純なる殺人罪なりと雖も行爲者に對しては情狀重き殺人罪たる可し、本案は此種の場合に於て各共犯は爾餘の共犯に存する特別の資格又は身分關係の如何を區別せす其行爲に對し適用す可き法律に依り科刑せらる可きものと爲したりと。而して本來の解釋に付きては異說なきにあらずと雖もマイエル、ベルチル等の見解に依れは獨逸刑法は身分を罪體とする場合を二に區別し一は罪を構成する罪體たる犯の成立條件を具備する場合と雖も之を共犯と爲すことを得す。

身分を罪體とする罪を共犯したる場合に於て其共犯中の一人又は數人のみか法定の身分を有したるときは他の共犯に對し如何なる處分を爲す可きや。獨逸刑法第五十條に曰く「本法に於て犯行者の資格又は身分關係に因り刑を加重又は減輕したるときは其特別事由の責任は之を行爲者又は其事由の存する共犯（共同正犯、敎唆者、從犯）に歸せしむ可し」と。

場合と爲し他を刑を加重又は減輕する罪體たる場合と爲し後者に付きては特別の身分を有する者のみ各自に其責を負ふ可く前者に付きては身分の有無を問はず共犯は均しく其責を負ふ可きものと爲すもの如し。蓋し學說上此種の共犯を處するには數多の方法あり。

一　行爲者又は共犯の身分に因る責任は凡て之を行爲者又は爾餘の共犯に及ぼす法制　例之卑屬親たる身分を有する者の爲したる尊屬親殺害罪の共犯たる責任を歸し公務員たる者か犯したる公務上の罪の從犯たる責任を歸す可きものと爲すなり。此學說を唱ふる者は例へは「ビルクマイヤー」「メルケル」等なり。

二　行爲者又は共犯の身分に因る責任は凡て之を行爲者又は爾余の共犯に及ぼさざる法制例之尊屬親殺害罪の敎唆者には通常の殺人犯の責任を負擔せしめ公務上の罪の敎唆者には何等の責任をも負擔せしめさるものにして「コーレル」等の唱ふるところなり。

三　折衷的法制

イ　行爲者又は共犯の身分に因る責任は適度に之を行爲者又は爾餘の共犯に及ぼす可しとする說、此說は「マイエル」の主張するところにして行爲者又は共犯の身分に因る場合は全部之を他に及ぼすとするは非なり又全部之を他に及ぼさすとする說も亦非なり宜しく之を適度に行爲者又は爾餘の共犯に及ぼす可し例へ公務員にあらさる者か公務上の罪を共犯したる場合（共同正犯は此限にあらす）又軍人にあらさる者か軍事上の罪を共犯したる場合は宜く之を無罪とす可く公務員たらさる者か公務上の罪にして同時に又通常罪たる罪を共犯したる場合即ち監守盜を共犯したる場合の如きは宜しく其刑の範圍内に於て通常の受寄物費消罪の共犯に比較し更に重き刑を科す可しと謂ふに在り。

ロ　行爲者の身分に因る責任は之を凡ての共犯に及ぼし共犯の身分に因る責任は凡て之を行爲者又は爾餘の共犯に及ぼさずと爲す說　此說は「リスト」の唱導するものにして畢竟共犯の附屬的性質より打算したるものたるに過きす。

ハ　行爲者又は共犯の身分に因る責任は身分に因りて構成す可き罪に付きて

は之を行爲者又は爾餘の共犯に及ぼし身分に因り刑を加重又は減輕す可き罪に付ては之を行爲者には爾餘の共犯に及ぼさすと爲す法制　例之公務上の罪に付きては公務員たらさる共犯は之を公務上の罪の犯行者と爲し尊屬親殺害罪に付ては卑屬親たる身分を有せさる共犯は唯通常の殺人罪の共犯と爲すなり。

上述せる數多の方法中三のハの折衷說は獨逸刑法の採用するところにして又實に我刑法改正案の採用したるものなり。同案第七十七條に曰く「犯人の身分に因り構成す可き罪を共に犯したるときは其身分なき者と雖も仍ほ共犯とす身分に因り特に刑の輕重あるときは其身分なき者には通常の刑を科す」と。而して刑法改正案參考書に曰く「本條第一項は新に設けたる規定なり現行法に於ては此場合に關する規定なき爲めに學說二に分れ一は之を以て共犯にあらすと爲せとも改正案は第二の主義を採り身分なき者か身分ある者と共に身分に因りて構成す可き罪を犯したるときは之を共犯と爲すこととせり第二項は現行刑法第百六條及ひ第百十一條と同一の規定にして現行法には減輕の場合に關する規定不備なるを以て之を補充したるのみなり」と。余も亦此說を便宜且つ妥當なるものと信すと雖も而かも何故に身分に因りて構成す可き罪に付きては其身分なき者を以て共犯と爲さゝる可からさるや又何故に身分に因りて刑を輕重す可き罪に付きては其身分なき者に對し通常の刑を科せさる可からさるやを知ること能はす。要するに此種の規定は寧ろ實際上の必要又は便宜に根據するものにして純理を以て之を說明し得へきものにあらすと信す。

現行刑法第百六條及ひ第百十條に於ては左の三事項を規定せり。

一　正犯の身分に因り刑を加重す可きときは他の正犯及ひ敎唆者に及ほすことを得す（刑法第百六條）。

二　正犯の身分に因り刑を減免す可きときは從犯に及ほすことを得す（刑法第百十條第二項）。

三　從犯の身分に因り刑を加重す可きときは從犯の刑を加重す（刑法第百十條第一項）。

規定の不備斯の如く甚しきを以て現行法上左の疑問を生す可し。

1　正犯の身分に因り刑を減免す可きときは他の正犯及ひ敎唆犯に及ほすこと

を得るや、現行法は正犯の身分に因り刑を減免す可きときは唯從犯に之れを及ほすとを得すと云ふのみにして（刑法第百十條第二項）果して他の正犯及ひ敎唆者に及ほす可きやを明定せす。論者或は曰く第百六條に所謂「刑を加重す可き時」なる語中には共に刑の減輕をも包含すと、然り立法論としては刑を加重減輕する場合は共に正犯從犯及ひ敎唆者に及ほさゝるを可とするも刑の加重なる語中に刑の加重及ひ減輕を包含すとの解釋は甚た專横なりと謂はさる可からす、余は寧ろ之を現行法の缺點として指摘するを可なりと信す。或は其實際に不便なるを難する者あらん、然れとも法規の不便を救濟して實際に適せしむるは法規の解釋を統一する一國至高法院の職務にして學者の關するところにあらさるなり。

2 從犯の身分に因りて刑を加重減輕す可きときは他の正犯從犯又は敎唆者に及ほさゝるや、刑法第百十條第一項には「身分に因り刑を加重す可き者從犯と爲る時は其重きに從て一等を減す」と規定すと雖も是れ從犯には其刑を加重す可きことを示したるに止まり他の正犯從犯又は敎唆犯に之を及ほすや否やを定めたるものにあらす、況んや從犯の身分に因りて刑を減輕す可き場合に付ては何等の規定をも設けさるに於てをや。

3 敎唆者の身分に因り刑を加重減輕すへきときは他の正犯從犯又は敎唆犯に及ほさゝるや、此疑問も亦何等の明文なきに因り之を釋義することを得す。刑法立法者敎唆犯者を一の正犯なりとし敎唆犯に付き第百六條を適用せしむる趣旨なりしとするも尙ほ前揭(1)に於て述へたる缺點あることを免れす。

4 犯行者の身分に因りて構成す可き罪を共に犯したるときは其身分なき者は之を其罪の共犯とするや否や 刑法は此點に付きても亦何等の規定を置かす從て學者種々の異論を唱ふと雖も余は此點に付きては現行法の解釋としても尙ほ之を共犯とすと斷定するとを得へしと信す。蓋し上述の如く獨逸刑法に於ても其正文は唯加重減輕の場合のみを豫想すと雖も之を豫想するを以て罪を構成する要件たる場合には成文の規定と反對の處分を爲すへきこと明白なり。我現行法の豫想するところは加重減輕す可き場合のみに在りて此場合に在りては主として之を共犯に及ほさゝる趣旨を現定せるを以て罪を構成する

要件たる場合は之を共犯に及ぼす主旨なりと解釋するに苦きます。大審院の判例も亦此見解を採用せる如し。

要するに此種の問題に付ては規定の不備なる丈けそれ丈け現行刑法の解釋上如何なる異論をも主張することを得へしと雖も如何なる奇説異論をも主張し得る場合には寧ろ理論上及ひ實際上最も妥當なる説を主張するを便宜なりとす。而して刑法改正案の法制即ち獨逸刑法の法制は理論上竝に實際上最も妥當なるを以て現行法の解釋としても亦改正案の趣旨を採るとを可なりとす、而してその之を採用する理由の如きは立法論上斯の如く解せさる可からすと謂ふを以て足れり。此説を維持する理由は固より鞏固なりと謂ふを得すと雖も之を駁撃するに足る可き鞏固なる論據もなきことも亦疑を容れす。

罪を構成する身分又は刑を加減する身分とは例之卑屬親たる身分、公務員たる身分軍人たる身分を謂ひ刑法に於いて罪を構成せしむる要件又は刑を加重又は減輕する要件たる身分を謂ふなり。從來我刑法學者は犯行者の年齢、犯數又は治外法權を享有するや否や等も亦一種の身分なりと解釋したりと雖も此種の事由は寧ろ人に關する特別の事由即ち犯行者の年齢又は犯數若くは治外法權を有するに因り刑に輕重あるときは其事由なき者にも其輕き刑又は重き刑を科す可きや。曰く大に然らす。蓋し此種の事由はマイエル等の所謂純たる人的事由にして其本質上唯其事由の存する者のみに適用す可きこと明瞭なり。然らは此種の事由に因りて刑に輕重あるときと雖も尚ほ其事由なき者には通常の刑を科せさる可からるなり。

「資格又は身分關係に因り」と規定し我刑法の所謂身分と謂ふ語に比して廣義なるにも拘らす尚ほ「マイエル」、「オルスハウゼン」の如きは此種の事由は人の資格又は身分關係にあらさるを知る可し。身分なる語を斯の如く狹義に解すとせは人に關する特

共犯には共犯あり得へきや否や今場合を分ちて之を研究す可し。

一　共同正犯には共犯あり得へきこと論を俟たす。共同正犯に共同正犯あり得へきや　共同正犯に教唆者及ひ從犯あり得へきや否やは尚ほ疑似の餘地ありと雖も余は共同正犯を教唆し又は幇助したる者は之を其共犯と爲す可きもの

と信す。

二　敎唆者には共犯あり得へきや　敎唆者の共同正犯は之を敎唆者として處罰す可きことは一點の疑似なし。然れとも敎唆者の從犯又は敎唆者は之を從犯又は敎唆者として處罰す可きや。余は此種の場合に於ては從犯又は敎唆者を間接の從犯又は敎唆者として處罰し得へしと信すと雖も異論なきにあらす。刑法改正案第七十三條第二項に於ては「敎唆者を敎唆したる者亦同し」と規定す即ち敎唆者の敎唆者は敎唆者たる資格を以て之を正犯に準せんとせり。余は寧ろ「リスト」「マイエル」等の所說に從ひ此規定を改めて敎唆者を敎唆したる者は之を直接の敎唆者に準すと爲さんことを希望するものなり。

三　從犯には共犯あり得へきや　從犯の共同正犯は從犯として之を罰す可く從犯の敎唆者又は從犯は二の場合に於て述へたると同しく之を間接の敎唆者又は從犯として處罰す可きものとす。刑法改正案は第七十四條第二項に於て從犯を敎唆したる者は從犯に準すと規定すと雖も恐らくは是れ無用の文字ならん。

一人か一個の罪に付き數個の共犯行爲に因りて共犯したるときは之を一個の共犯行爲と爲す可く一人か一個の共犯行爲に因り數個の罪を共犯したるときは之を數個の共犯の觀想的保存と爲す可し而して觀想的保存の何たるやは之を後に詳述す。

第二段　共同實行

共同實行に廣狹の二義あり廣義の共同實行とは數人か個々に動作を爲して結果を發生せしむる場合をも包含す可しと雖も成法上の共同實行即ち狹義の共同實行とは數人か共同して動作を爲し以て結果を發せしめたる場合のみを謂ひ、刑法第百四條に「二人以上現に罪を犯したる者は皆正犯と爲し各自に其刑を科す」とは此意に外ならす。共同實行者は普通の行爲者と異なり罪の實行の全部を行ふ者にあらす、是れ數人か共同して一罪を實行するものなれはなり。共同實行者は一罪の從犯と異なり其共同して爲す動作は必す罪の實行の着手以上の動作ならさる可からす、是れ他人の罪の實行を幇助するものにあらされはなり。然れとも苟も數人か共同して罪の實行以上の着手を爲したるときは豫謀の結果共同したる

と又は罪の實行の際突然に共同したるとを問はず之を共同實行者なりと謂ふ可く又苟も數人中の一人か罪の實行の着手以上の動作を爲す際之れを他の動作に合同せしめたるときは直ちに共同實行者なりと爲す可く「オルスハウゼン」「ボルシエルト」「メルケル」其他多數の學者の曰ふ如く其數人中に通謀あることを必要とせす又はある學者の謂ふ如く其の一人か他人の行爲に依り共力せらるゝことを知ることを必要とせす。

共同實行は重罪及ひ輕罪のみならす違警罪に付きても亦成立するものにして原則としては總ての罪に付きて成立することを得へしと雖も尚ほ一二の例外なきに能はす。

一　不作爲罪　不作爲罪即ち法律か一定の事實の發生を防止せさることを處罰したる罪に付きては共同實行は成立せす、蓋し數人共同して若し不作爲罪を犯したりとせんか其數人は寧ろ獨立して個々其不作爲罪を犯したる者と謂ふ可く之を共同して犯したる者と見る可からされはなり。

二　過失罪　過失罪を共同實行したる者は不作爲罪の共同實行者の如く寧ろ別個の獨立の行爲者と認むへきものなり。

マイエルの如きは猥褻姦淫は事實上は犯人に依り犯すへからさる罪なりとし從ふて之を例外と爲すと雖も予は猥褻にも姦淫にも同實行者ありと信す。

共同實行も亦共犯の一躰樣なり、然らは余か共犯の總論に述へたる共犯の成立要件を具備するにあらすんは共同實行は存在するとなし。共犯の成立要件とは(一)共犯する行爲あること及ひ(二)他人か犯意を要する罪を犯したることの二なりと雖も其第二の要件は共同正犯の成立要件として特に說明することを要せさるを以て今唯其第一要件即ち共同實行者の共犯する行爲の意義如何を說明するに止めんとす。

共犯する行爲の何たるやは總論に於て述へたる如く共同正犯の條件としても之を主觀及ひ客觀の二方面より觀察すれは犯意なり、犯意のみか共犯する行爲の共同正犯の共犯行爲を主觀的に觀察するを便なりとす。

主觀的意義たるものにして過失ある意思に因りて共犯する行爲を爲すことを得す。

一　過失ある意思　共犯總論に於て述へたる如く過失ある意思に因り他人の犯行に共力したるときは理論上之を共犯なりと謂ひ得さるにあらすと雖も成法上之れを共犯と爲さす。共同正犯も共犯の一種なりとせは過失ある意思に因りては成法上共同正犯となること能はさることも亦明かなり。余は過失ある意思に因りては成法上所謂共犯する行爲を爲すことを得す即ち成法上共同實行者たることを得すと謂ふのみ、敢て過失ある意思に因りて數人か一個の結果を發生せしむる共同原由を爲す場合なしと謂ふ者にあらす。此場合は「リスト」の所謂過失に因る副正犯ある場合にして此種類の行爲者は之を共同正犯とせすして之を個々獨立せる行爲者を以て見る可きものなり。

二　犯意　犯意は共同實行者の共犯する行爲の唯一の主觀的要件にして共同實行者の犯意は

1　自己の爲さんとする行爲の觀念

2　他人の爲さんとする行爲の觀念

3　自己の行爲は他人の爲さんとする行爲を共同實行するものなる事實の觀念を包含す可し。

共同實行者の共犯する行爲を客觀的に觀すれは犯意を要する罪の實行の着手以上の行爲なり。學說上より論すれは共同實行者に付きては主觀主義と客觀主義との區別あり。1主觀主義に在りては共同實行の成立には唯共犯する犯意あることのみを必要とし共犯する動作は其の何たるを論せすと爲し2客觀主義に在りては共同實行者の成立には必ず共犯する犯意と共犯する動作とを必要とし且つ其動作は幇助的の動作なる可からすして少くとも實行の着手以上のものならさる可からすと爲すなり。客觀主義は「ヘルシユヰル」「ベルネル」「リスト」「ヤンカ」等の唱ふるところにして獨逸刑法は勿論我刑法も亦之を採用せるもの、如し。然らは罪の實行の着手以上の行爲とは如何なる行爲なりやと云ふに是れ各本條に記載せる罪に就き個々に觀察せさる可からさる問題なれとも其大體の說明は罪の未遂の說明中に論したるものと同一なり即ち一般の性質より觀察して結果を惹起するに付き缺く可からさる要件と認む可き行爲を謂ふものにして所謂複雜罪に付きては其第一の行爲を爲すことを謂ひ、所謂情狀重き特別罪にして其情狀

を重くする原因は一に行爲者の行爲に基くものに付きては其原因か罪の實行後に發生せる場合なると否らさる場合なるとを問はす其情狀を重からしめたる行爲を爲すことを謂ふ。

共同實行者は之を「リスト」の所謂副正犯又は同時正犯と混同す可からす。共同實行は苟くも罪の實行の着手以上の行爲なれは縱令輕微若くは必要ならさる行爲なりとするも成立す可しと雖も同時正犯は結果を發生せしむる完全なる要件たるたき行爲あるにあらすんは成立せさるものとす。

第三段　敎唆

敎唆とは他人をして犯行を爲す意思を生せしむることを謂ひ理論上其犯行か重罪なると輕罪なるとを問はす又は他人か事實上其決心に原因して犯行を爲したると否とを論せすして成立し得へしと雖も成法上敎唆犯の成立するには尙ほ種々なる法定要件を具備せさるへからす。或は敎唆とは人を敎唆する罪なりと謂ふ者あり。然れとも人を敎唆する罪には概ね二樣の區別あり、曰く所謂敎唆罪、曰く敎唆犯是なり。所謂敎唆罪とは法律か特に明文を以て敎唆の行爲を處罰するもの例之刑法第二百二十五條の人に囑託して僞證又は詐僞の鑑定通事を爲さしめたる罪第三百二十條の人を敎唆して自殺せしめたる罪第三百二十一條の自己の利を圖り人を敎唆して自殺せしめたる罪第三百三十三條の懷胎の婦女を威逼し又は誑騙して墮胎せしめたる罪の如きは共犯の一種なる敎唆犯にあらすして全く獨立なる一罪なり。敎唆犯とは單に刑法總則の適用に依り個々の明文を俟たすして成立する罪なり。余は共犯たる敎唆犯を說明せんとする者にして敎唆罪に付き說明する者にあらす。故に左に述ふる所は唯敎唆犯のみに適用す可きものと知る可し。

敎唆者は行爲者にあらす又精神上の發頭人にもあらす故に論理上敎唆自體の未遂は之を處罰することを得す。敎唆者は單純に他人の犯行に附隨する者にあらす故に論理上正犯の行爲のみに因りて敎唆者の責任を決することを得す。敎唆者か單純なる附隨者と異なるは自己の行爲を以て協力する點に存し敎唆者か行爲者又は發頭人と異なるは結果を惹起せんとする意思あるに拘らす自ら其結果を惹起する直接の動作を爲さゝる點に在りとす。

敎唆犯の成立要件は共犯總論に述へたる如く他人をして重罪又は輕罪を犯す意思を生せしむる行爲及ひ他人か犯意を要する重罪又は輕罪を犯したる事實の二なり。

一　他人をして重罪又は輕罪を犯す意思を生せしむる行爲

イ　主觀的觀察　敎唆者は他人即ち被敎唆者をして重罪又は輕罪を犯す意思を生せしむる意思を有することを要す。敎唆は共犯總論に於て概論したる如く理論上過失ある意思に因りても亦之を爲すことを得へく巴威爾千八百十三年の刑法の如きは之を法律上の敎唆犯として處罰す　雖も我刑法上に於ては之を敎唆犯とせす。敎唆者に必要なる犯意は自己の動作に因り被敎唆者をして一定の重罪又は輕罪を犯す意思を　せしむ可き事實の自覺に因りて成立す即ち(1)自己の行爲の觀念(2)他人の行爲の觀念及ひ(3)自己の行爲は人をして一定の重罪又は輕罪を犯す意思を生せしむ可きものなる事實の觀念に因りて成立す。而して其犯意か一定の人を敎唆するに在ると一團の人衆を敎唆するに在るとを問はす又犯行に着手せんことを敎唆するに在ると既に實行に着手せる犯行の繼續を敎唆するに在るとを論せす。

ロ　客觀的觀察　敎唆者は他人即ち被敎唆者をして重罪又は輕罪を犯す意思を生せしむる動作を爲し其動作の結果被敎唆者は重罪又は輕罪を犯す意思を生せさる可からす。若し此種の動作なく又は此種の結果なしとせんか法律上の敎唆犯は成立することなし。蓋し純理より論すれは此場合と雖も若し一人か他人に對し敎唆の實行の着手以上の行爲を爲したるときは敎唆の未遂として處罰す可き如しと雖も上述の如く共犯の一般の性質は一種異樣の行爲者にして且つ一種異樣の附隨者なるを以て敎重犯も法律上他人か其敎唆せられたる重罪又は輕罪を犯したる時期に於て始めて其敎唆の巳遂と爲る可く他人か其重罪又は輕罪の實行の着手以上に屬する行爲を爲したる爲る可きものとす。

所謂被敎唆者をして重罪又は輕罪を犯すの意思を生せしむる動作とは何そや。獨逸刑法第四十八條に曰く「何人と雖も贈與又は約諾に依り又は强迫に

依り、威權又は暴力の濫用に依り故意を以て錯誤に陷れ又は錯誤を增進せしむるに依り又は其他の手段に依り他人をして可罰行爲を犯さしめたる者は敎唆者として之れに科刑す」と。我刑法は敎唆の動作を例示せすと雖も獨逸刑法の例示する如き手段は悉く敎唆の動作たるものと信す即ち敎唆の動作は或は强制手段或は詐欺の手段に依りて成立す可しと雖も强制する動作に依して若し他人をして有形、無形の自由を失はしめ若くは權利衝突の場合即ち所謂危急狀況に立たしむるに至り又は詐欺する動作にして若し他人をして重要なる錯誤に陷らしむるに至らは是れ間接正犯の動作なる可くして敎唆の動作にあらさることは勿論なりとす。

所謂他人即ち被敎唆者は必す犯罪の主躰能力を有する者ならさる可からす。「オルスハウゼン」等の如き多少の異說者なきにあらされとも犯罪の主躰能力なき者を敎唆して人を殺さしめたりとせは恰も刀劍を以て人を殺したると同しく犯罪の主躰能力なき者も刀劍も共に一種の道具即ち犯行の用に供せられたる物たるに過きさるを以て「マイエル」「リスト」「グーヤー」の如きは犯罪の

主躰能力なき者に對しては法律上の敎唆を爲す能はすして此種の者を敎唆して罪を犯さしめたる者は所謂間接正犯即ち間接行爲者として之を所罰す可きものと爲せり。

二　他人か犯意を要する重罪又は輕罪を犯したる事實　刑法第百五條に曰く「人を敎唆して重罪、輕罪を犯さしめたる者は云々」と。然らは敎唆者か法律上の敎唆者たるには他人か犯意を要する罪を犯したることを必要とするのみならす尙ほ其罪は重罪又は輕罪なる可くして違警罪なる可からず。蓋し敎唆は被敎唆者か敎唆せられたる罪を犯したるにあらすは之を法律上の敎唆犯と爲す可からさるや否やの問題は爾來論爭せらるるものにして敎唆者を以て精神的發頭人と爲す論者及ひ多數の獨逸聯邦の刑法は敎唆の行爲あらは之を法律上敎唆犯として處罰する旨を定め英吉利法は所謂無效の敎唆即ち敎唆行爲のみを常に獨立の　罪として處罰せりと雖も予は理論上原則としては此法制を認むることを否認するのみならす刑法は重罪、輕罪を犯さしめたる者と明記するを以て吾刑法の解釋論としては全然此法制を辯護する餘地なしと信す。故に敎

唆の結果とは被教唆者に對して犯行を爲す意思を生せしむることなりと雖も此結果は被教唆者か全然罪を遂行したる場合又は法律上の未遂犯たる可き程度まて遂行したる場合に於てのみ之を處罰す可きものとす。然れとも上述せるところは只刑法上の元則のみ立法者にして若し之に反對する規定を設くるを必要なりとせは明文を以て其旨を規定することを妨さるは勿論なり。

教唆犯の成立するには他人か犯意を要する重罪又は輕罪を犯したるは教唆者の行爲に原因したることを必要とす即ち教唆犯の成立するには教唆者は原因にして被教唆者の犯意は其結果なることを要す。若し然らは予は教唆犯の成立に付き左の二斷案を得へし。

イ　教唆の動作ありたる場合と雖も被教唆者の犯意の發生原因たらさるときは教犯唆は成立せす　教唆の動作ありたる場合に於ても被唆教者の犯意の發生原因たらさる場合二あり。一は全然何等の關係をも有せさる場合にして一は原因たらすと雖も多少被教唆者の犯意を增進せしめたる場合是なり。

第一の場合は例之既に甲を殺害せんと決意したる者に對し甲を殺害せんことを教唆とを教唆する場合の如く教唆と被教唆者の犯行とは全然無關係なるを以て之を法律上の教唆と曰ふことを得す。

第二の場合は例之既に甲を殺害せんと決意したりと雖も尙ほ多少躊躇する者に對し甲を殺害せんことを教唆したる場合の如く教唆は被教唆者の犯行の原因たらすと雖も時に其犯行を幇助する作用を有せさるにあらさるを以て若し此作用を有したりとせは之を從犯として處罰す可く此作用を有せすとすれは全然無罪たる可きなり。

教唆の動作は被教唆者の犯意を生せしむる原因たりと雖も被教唆者の犯行は教唆せし犯行に比し輕重又は多寡の差異あるときは其教唆したる罪の教唆犯又は現被教唆者の行ひたる罪の教唆犯のみ成立す。此場合は所謂被教唆者の過剰の犯行と曰ふものにして過剰の犯行なるや否やを決するには常に教唆の意義に依る可く決して教唆の言辭に依る可からず。被教唆者か若し教唆者の教唆したる罪より數量に於て多數なる罪を犯したるとき又は性質に於て重き罪を犯したるときは教唆者は其教唆したる罪の分量又は性

質に於てのみ教唆者たる可く被教唆者若し數量に於て少數の罪を犯したるとき又は性質に於て輕き罪を犯したるときは教唆者が爲したる多數の罪又は重き罪に對する教唆は當然少數の罪又は輕き罪に對する教唆を包含す可きを以て教唆者は被教唆者が現に行ひたる罪の分量又は性質に於てのみ教唆者たる可し。而して目的物の錯誤又は行爲の不奏功の場合に於ては上述の一般の元則に從ひ或は罪あり又は罪なしとせさる可からす。刑法第百八條は此場合に付き規定す。而して其趣旨に至りては毫も間然す可きところなしと雖も其用語は極めて不當なることを免かれす。

1「事」を指定して犯罪を教唆するに當り」事、を、指、定、し、と云ふは蓋し事を指定せさる教唆即ち漠然たる犯行の教唆に相對せしむる意なる可しと雖も此場合に於て教唆犯の成立不成立を決する標的は事を指定し又は指定せさることに在らすして犯行は教唆に原因せしや否やに在り。換言すれは事を指定して教唆を爲したる場合に於て犯人指定以外の罪を犯し又は指定以外の方法を援用したるときは是れ犯行と教唆とに原因結果の關係を

缺如するを以て教唆犯成立せさるなり。然らは刑法の「事を指定し」なる語句は全然無用に屬すと信す。

2 教唆に乘し乘しと曰はゝ被教唆者の犯行か教唆したる犯行より輕き場合を除外せしやの疑なき能はさるのみならす教唆に乘して本條の行爲を爲したると否とは其責任に何等の關係なく只教唆に原因せる犯行なることを必要とするのみ。而して教唆に原因せる犯行なくは教唆犯成立せさることは教唆犯一般の元則なりとせは此語句も亦不用なりと曰はさる可からす

3 云々の罪に從ふて刑を科すにあらすして教唆犯を成立せしむるなり。刑法の語句に拘泥して解釋せは所犯教唆したる罪より重きとき又は輕きときと雖も其全部を教唆なる一種の罪と爲すに拘らす其一部に對してのみ刑を科するやの疑似なき能はす。

要するに刑法第百八條は文辭上瑕疵多きのみならす上述の如く明文なしと雖も一般教唆の本質上當然判明すへき事項に屬し現に獨逸刑法其他歐洲諸

國の刑法には概ね此種の規定なしと雖も吾刑法第百八條の規定の趣旨に依りて活動す。然らは刑法に於ても全部本條を削除することを可とする如し。刑法改正案は此の意味を以て別に第百八條に相當する規定を置かさりしなり。

第四段　幇助

幇助とは他人の犯行を容易にする作用を曰ひ刑法はある種の幇助を以て一種の共犯行爲と爲し第百九條に之を規定したり。而して教唆に付き述へたる如く所謂罪の幇助を罰するにも二樣の主義あり。一は一罪の從犯として之を罰するものにして此主義に付きては以下に之を說明せんとするところなり一は獨立の一罪として一罪の幇助の行爲を罰するもの例之刑法第百二十七條又は第百四十六條の罪の如し。一は刑法上明に之を從犯と曰ひ一は學說上或は幇助罪若くは他人の犯行に付て準備罪と曰ふ可きものなるを以て二者の區別は教唆犯及ひ所謂教唆罪の區別の如く難解ならすと雖も區別の必要に至りては全然教唆の場合に同し。

從犯助なる幇助犯の成立要件は重罪又は輕罪に屬する他人の犯行を容易ならしむ可き行爲及ひ他人か犯意を要する重罪又は輕罪を犯したる事實の二なり。

一　重罪又は輕罪に屬する他人の犯行を容易ならしむ可き行爲

イ　主觀的觀察　從犯は幇助を爲す犯意あることを要す。幇助を爲す犯意とは他人の一定の犯行を幇助する意思即ち(1)自己の行爲の觀念(2)他人の行爲の觀念及ひ(3)他人の行爲は自己の行爲に依り幇助せらる可き事實の觀念を曰ふなり。

ロ　客觀的觀察　從犯の成立するには被幇助者の重罪又は輕罪に屬する犯行を幇助する動作を爲し其動作の結果其犯行に付き事實上被幇助者を幇助したることを要し上述の動作又は結果なけんか成法上或は事實上從犯は成立せず。所謂他人の犯行を幇助する動作とは刑法第百九條に依れは器具を給與し又は誘導指示し其他豫備の行爲を以て犯行を容易ならしめたる者と曰ふ。獨逸刑法に依れは思慮又は行爲を以て幇助を爲したる者と曰ふ。然らは吾刑法に所謂器具を給與する動作は獨逸刑法に所謂行爲を以てする動作

に該當す可く吾刑法に所謂誘導指示する動作は獨逸刑法に所謂思慮を以て
する動作に該當す可く要するに幇助の動作は廣く肉躰上の動作及ひ精神上
の動作を包含するものと曰ふ可しと雖も然れとも肉躰上及ひ精神上の動作とい
曰はゝ是れ動作の全躰を云ふものにして以て幇助の動作の何たるやを了解
せしむるに足らす。然らは幇助の動作とは正犯の犯行の準備的動作に限定
す可きや否や。「リスト」の如きは必す準備的動作なることを必要とすと斷定
すと雖も予は上述の如く共犯は只た其知りたる自己の行爲及ひ他人の行爲
間の關係に付てのみ責任を負擔す可きものなりと斷定せしを以て勢ひ幇助
の動作を準備的動作に限定する能はす。即ち幇助の動作は

1 通常の場合に於ては準備的動作より成立し

2 特別の場合即ち從犯か自己の行爲は他人の犯行に對し幇助關係を有す
と自覺したりし場合に於ては實行的動作に依りても亦成立す、但し此場合
と雖も其實行的動作か其性質上罪の主たる動作なりしときは此限に在ら
す。

此斷定の結果は從犯の動作も準備的及ひ實行的の動作より成立し得へく從
つて共同實行犯の動作と異るは只共同實行犯の動作は準備的動作より成立
し能はさる點に在るのみ。而して近時多數の立法例は客觀的部面に於ては
共同實行犯及ひ從犯間に何等の區別をも認めざる傾向を呈するに至りたり。
その特に顯著なるものを一千八百九十八年の那威國刑法草案とす。同法第
五十八條に曰く數人罰す可き目的に共力したる場合に於て各個人の加功か
主として他の關係者に從屬したることに依り惹起せられたるとき又は他の
關係者との比較上輕微なる效用を有したるときは云々と是れ全然共同實行
犯と從犯との區別を認めさるものに外ならす。若し然らは吾刑法か明文上
其他豫備の所爲を以て正犯を幇助し云々と規定するは近世の立法の傾向と
背馳する觀念を採用したるものにして聊か膠柱の嫌なき能はす。刑法改正
案は第七十四條に於て正犯を幇助したる者は從犯とすと規定す、蓋し明文に
於ては幇助する動作を必要とすることのみを定め幇助する動作の何たるや
は全然學說に一任せるなり。

二　他人か犯意を要する重罪又は輕罪を犯したる事實　從犯も亦教唆犯の如く

1　他人か犯意を要する重罪又は輕罪を犯したることを要す。故に違警罪に屬する他人の犯行又は他人の過失犯行を幇助したる者は法律上之を從犯なりとせす又は重罪又は輕罪に屬する他人の犯行を幇助したる者と雖も其他人か全然之を遂行し又は法律上罰す可き未遂の程度まて之を遂行するにあらすは法律上之を從犯なりとせす。

2　他人か犯したる重罪又は輕罪は幇助に依り事實上幇助せられたることを要することは教唆犯に付き説明せしものと同理なり。故に

イ　事實上幇助したるときにあらすは法律上從犯は成立せす

ロ　事實上幇助したりと雖も被幇助正犯の犯行か幇助せんとしたる犯行に比し輕重又は多寡の差異ある時は其幇助せんとしたる罪の從犯又は現に被幇助者の行ひたる罪の從犯のみ成立す。刑法第百九條但書には正犯現に行ふところの罪從犯の知るところより重き時は止た其知るところの罪に照し一等を減すと。或は教唆犯に付きての同第百八條第二號の如き規

定を缺如するやの疑なき能はすと雖も第百九條は正犯の刑に一等を減するを以て正犯現に行ふところの罪從犯の知るところより輕きときは即ち正犯の刑亦從ふて輕く此輕き罪より一等を減したるものは即ち從犯の刑にして從犯に付きては第百八條第二號の如き規定を必要とせさるなり。刑法改正案は教唆犯に付き説明せし理由に因り從犯に付きても全く刑法第百九條但書の如き規定及ひ第百八條第二號に該當する如き規定を設けざりしなり。

從犯は種々に之を區利することを得。

一　多大の幇助及ひ輕微の幇助

二　肉躰的幇助及ひ精神的幇助

三　事前的幇助及ひ同時的幇助　事前的及ひ同時的幇助とは幇助か犯行前に行はれたると否らさるとに因りて區別す。學者或は事後從犯なる名目を用ひて犯行後の幇助即ち贓物に關する罪、罪人藏匿の罪等を表はすことなきにあらすと雖も予は共犯一般の性質は事前の共犯なりと稱するを以て事後從犯も亦之

を從犯の一種と爲すことを躊躇したり。

四　積極的幇助及ひ消極的幇助

第五款　餘論

共犯に極似すと雖も而かも共犯にあらさるもの四あり。所謂副正犯、所謂必要的共犯、所謂事後共犯及び所謂犯行團躰員是れなり。

第一　副正犯　副正犯は寧ろ多數正犯と稱さるに依りて明確に其意義を表示せしむることを得べし。副正犯即ち多數正犯とは他人と協力して犯行を爲したる行爲者にして法律上其他人に對し共同實行の關係を認め難き者を曰ふ。故に副正犯と共同實行犯とは他人と協力して犯行をなす行爲者なる點に於ては全然同一なりと雖も行爲者が自己の行爲及ひ他人の行爲間には共同實行の關係ある事實を觀念したるや否やの點に於て區別す。例之共同實行する觀念よりして同時に同一人を傷害したる罪人又は過失罪たる行爲を實行したる罪人の如きは副正犯なりとす。

第二　必要的共犯　必要的共犯とは其性質上罪人に依り犯され可き罪例之內亂罪、兇徒聚集罪、三人以上の囚徒逃走罪其他の行爲者を曰ひ、所謂普通の共犯即ち任意的共犯に相對するものなりと雖も必要的共犯は畢竟共同實行者に過きざるを以て此區別は只沿革上の價値を有するに過ぎず。

第三　事後共犯　事後共犯とは罪の成立後之を幇助する者を曰ふ。蓋し事後共犯を以て共犯の一種と爲すべきや否やは共犯の定義如何に依りて決す可き問題にして共犯に付き如何なる定義を附するも學者の自由なり。故に今之を共犯と爲す見解の是非を速斷し難しと雖も予は上述の如き共犯の成立するには共犯する行爲及ひ他人が犯意を要する罪を犯したる事實を必要とすと前提したるを以て他人が犯したる罪に對し事後に於て加功する行爲の如きは解釋上之を共犯と曰ひ能はざるや明瞭なりとす。マイエル、ベルナル、メルケル等は罪人藏匿罪、罪證湮滅罪及ひ賍物に關する罪を所謂庇護罪と稱し事後共犯として共犯の一種として刑法總則に於て其說明を試みたり。予は事後共犯を以て共犯の一種と爲す見解には到底贊同することに躊躇せさる能はずと雖も事後共犯を以て總則の範圍に屬するものとし一般に事後共犯を所罰する必要なきや

否やは早晩刑法界の一大問題たる可しと信す。蓋し一般の罪に付き一般に犯行前の共犯を處罰する必要あることは何人と雖も爭ひ難きところにして一般の罪に付き犯行前に於て加功すると一般の罪に付き犯行後に於て加功するとは、其行爲の上より觀察して果して何等の區別ありとかする。犯行に對する助力は凡て公の秩序を害する行爲なり。然らは事前の助力にして若し罰せさるべからすとせば事後の助力も亦之を罰せさるべからず。豈にその助力を爲す時期の事前なると事後なるとに因りて其必要を二にする理あらんや。予は犯行後の助力即ち庇護罪も亦一般に之を罪とする法制を歡迎せんとす。今假に罪の成立後犯人に對して罪の成果を確保し又は犯人をして其科刑を免れしむめ其他犯人を庇護したる者は事後從犯とすと規定し之に一定の刑を規定したりとせんか然らは單に罪人藏匿罪、罪證湮滅罪又は贓物に關する罪に付き特別の規定を設くる必要なきのみならず其適用は甚大に開張し犯行の檢擧及び審理上又は犯行に因る損害の回復上頗る利便を感すべきなり。

第四　犯行團躰員　犯行團躰に一定の罪を犯すことを目的とするもの例之掏摸を爲すことを目的とするものあり獨逸刑法學者は是を「コムプロツト」と曰ふ又は不定の罪を犯すことを目的とするものあり獨逸刑法學者は之を「バンド」と曰ふ。犯行團躰は屢は共犯を生する動機と爲るものなりと雖も此團躰に屬する事を以て直に之を共犯なりと速斷することを得すして各個の場合に付き尚ほ共犯の要件の有無を判定せさる可からす。刑法は總則としては犯行團躰に付き何等の規定をも設けすと雖も各本條に於ては二人以上なる故を以て刑を加重し又は多衆の集團ある故を以て始めて罪を成立せしむることあり。罪の成立條件たるは例之第百二十一條の內亂罪、第百三十六條の兇徒嘯集罪等にして、刑の加重の條件たるは例之第百七十一條及ひ第百七十二條の家宅侵入罪第三百六十九條の竊盜罪及ひ第三百七十九條第一號の强盜罪等にして犯行者の二人以上なりと曰ふには刑法第百七條に於て數唆者を算入せさる旨を定めたり。刑法改正案は各本條の刑の範圍を擴張したる結果二人以上なる故を以て刑を加重する必要を減却したるを以て犯行團躰の存在するも敢て刑を加重せす從ふて刑法第百七條の如き規定をも不用なりとし刑の輕重は法定の範圍內に於

て一に判事の裁量するところに一任したり。予は改正案か二人以上の故を以て刑を加重する法制を認めさりしことを可ならすと思料すと雖も尚ほ上述の如き救濟あり判事にして若し適任ならは予の憂亦杞憂に過きさる可きを以て尚ほ之を忍ふ可し只一般に犯行團躰に加入する行爲を罪と爲ささりしはそも何の故たるやを解するに苦しみ改正案中有數の缺點ならさるなきやを疑ふ。蓋し掏摸の犯行團躰の如きは吾國に於て最も屢は見るところにして此團躰ある爲め盜罪は日に益其の多きを加ふ。若し立法者にして少なくとも此種の犯行團躰員に對し別段の犯行なきときと雖も之に輕微の刑を科すとせんか團躰は其存在を失ひ親分なる者消滅して實地の犯行者たる子分なる者も亦從ふて霧消せん。バイエルン、ウルテンベルヒ、ブランシュワイヒ、ヘッセン、ダルムスダット、バーテン、チューリンゲン、サハセン等の刑法は一般に犯行團躰員を所罰したりと曰ふ。

第五目　連續犯

連續犯とは行爲者か連續して同一罪の罪態を實現せしむ可き數個の行爲を爲したることを曰ふ。連續してとは多くの場合に於ては其數個の行爲か各相互に直前直後の關係を有することを曰ふと雖も、直前直後の關係を有することは必すしも其要件たるにあらすして要は其罪種の本旨に應當する時的關係を有するに在り。同一罪の罪態とは(1)同一の罪種例之內亂罪、皇室に對する罪、家宅侵入罪又は毆打創傷罪等の罪態を曰ひ必らすしも罪たる行爲。例之晝間の家宅侵入行爲又は癈篤疾に致したる傷害行爲等の同一なることを要せさるのみならす、法律に於ても其第三百四十二條及ひ第三百四十七條等に於ては單に猥褻の所行と曰ひ、第百八十二條乃至百八十五條に於ては單に僞造又は變造と曰ひ、猥褻の所行又は僞造變造の語句中には其躰樣を異にする數多の行爲を包含せしむるなり。(2)同一種の法物例之身躰、財產又は風俗等を傷害し又は危殆にするものを曰ひ必らすしも同一の目的物即ち人又は物を傷害し又は危殆にするとを要せす、盖し連續犯の成立に關し二樣の見解あり。第一主觀主義者は犯行の方法及ひ傷害せられ又は危殆にせらるる法物の同一なることを要件とする外尚ほ或は決心の一個(ベルテルスパウゼン)なることを必要とし。第二客觀主

義者は主として結果の同一なることを必要とせり（メルケル、シュワルチェ、フランク）と雖も此等の見解は皆非にして「リスト」「ヤンカ」「レーニング」「マイヤー」等は上述の見解即ち連續犯は同一種の行爲か數個ある場合に於て成立すとの見解を採用せり。連續犯は同一種の數個の行爲なり、然らは其行爲中情狀重きものありたるときは如何にす可きや。例之數多の竊盜行爲を犯したる場合に於て其中の一竊盜行爲は二人以上にて犯されたるものなるときは或は之を連續犯と認むるや連續犯と認むとするも普通の竊盜行爲の連續犯と認む可きか、或は情狀重き竊盜行爲の連續犯は此情狀重き竊盜行爲ありたるときに於て成立し通常の竊盜罪の連續犯及ひ情狀重き竊盜罪の數罪俱發を以て論す可しと曰ふ者なきにあらすと雖も「マイヤー」「ドーチョー」「ビンヂング」等の見解に從へは其全部の行爲を情狀重き竊盜罪の連續犯と爲す可きなり最も妥當の見解ならんか。

連續犯は罪の一躰樣にして罪の一種類にあらす、乃ち總ての罪は之を連續して犯し得へしと雖も所謂過失罪に付きては連續犯あり得るや否やは少なくとも法界の疑問なり、「ベルチル」「ベルシュチル」等は過失罪に連續犯なしと思ふへルチルの獨逸刑法敎科書に曰ふ連續犯の觀念は之を過失罪に擴張す可からす。若し一個の過失ある行爲にして數多の傷害を惹起したりとせんか是れ只一行爲あるに過きす、而して過失罪の連續犯を一行爲と爲さんには敢て連續犯の觀念を援用する必要なしと。然れとも「ビンヂンク」「マイヤー」其他多數の碩學は多く此見解に反對し過失に因る犯行も必らすしも連續せる過失罪として現出することなきにあらすと曰へり、現に「ダルムスタット」刑法「ベーデン」刑法の如きは連續犯の觀念を過失犯に適用せりと曰ふ予は後說を可とす。

連續犯は一行爲なりや又は數多の行爲なりや予は連續犯とは行爲者か連續して同一罪の罪態を實現せしむへき數個の行爲を爲したる場合を曰ふと定義せり。蓋し罪とは法律に於て禁令する行爲なり、然らは如何に輕微の罪なりと雖も一度其罪を犯さは是れ一行爲たる可く如何に直前直後の關係を有して同一罪を犯したりとするも是れ遂に二個の行爲たる可きこと殆んと疑似の餘地なし。主觀主義者は決心又は犯意の一個なることを連續犯成立の要素とするを以て或は之を

同一の意思に基つく數多の動作なりと斷定して一行爲なりと論する者なきにあらさる可しと雖も近時進歩せる法理は連續犯の成立に決心又は犯意の一個たることを必要とせるさるを以て從て之を一行爲なりとするの誤謬なること亦辯を俟たす。「ベルチル」の如きも連續犯は數個の「アクト」(所行とも譯せんか)より成ると曰ひ、「リスト」は之を行爲數個ありて而かも罪一個なる場合の一に算入し、「マイエル」も亦明瞭に別異の數個の行爲なりと曰へり。既に連續犯を以て數多の行爲より成るものとせは何か故に之を數罪として所罰せさるや、予は單に歐洲の法界に於ける沿革以外に何等所罰す可からさる理由あるを見す。予は連續犯と雖も苟くも其行爲數個なりとせんか之を數罪として所罰すること刑法上の元則なりと思量す、而して數罪として所罰すること刑法上の原則なりとせは明文を以て之を一罪として處斷する旨を規定するにあらすは當然之を數罪として處斷す可きなり。吾刑法は連續犯に付き何等の規定を設けす乃ち予は吾刑法上連續犯は之を數罪として處斷すべきものなりと信す。然りと雖も連續犯の如きはよし之を數罪と するも數罪俱發例若くは併合例の適用に因り要するに一罪の刑又は一個の刑のみに處せらるべきものにして其數罪は其罪態に於て同一なるのみならす其犯行の日時も相互に近接せるを以て之を法律上一罪と見ることを便宜なりとす。故に獨逸刑法も第七十四條に於て獨立したる數個の行爲に依り數度同一の重罪又は輕罪を犯し之に因て數多の有期自由刑に處せらる可き者には其の處せらる可き刑中最重のものを加重したる併合刑を言渡す可しと規定し、墺地利刑法草案、和蘭刑法草案、那威刑法草案等多數の立法例も亦た同一の規定を設けたるのみならす、學說としても未た一人の連續犯を數罪として所斷す可きものと論斷したる者あるを見す、然らは立法論としては連續犯を一罪として處斷することを可とす可き如し、故に吾刑法學者も立法論上の斷定を直に吾刑法の解釋論と爲し何等の明文なきに拘はらす連續犯は一罪として處斷す可きものなりと論斷して之を疑はさる者多しと雖も其誤謬なることは既に上述せるところなり。刑法改正案は是に見るところあり現行刑法の缺點を修正し第六十七條に於て連續したる數個の行爲にして同一の罪名に觸るるときは一罪として之を處斷すと明定し、其行爲は數個なること、其本質上は數罪なること及ひ法律上特に一罪として處斷すること

を明確にしたり。

第四項　罪の個數

或學者例之「ビンヂング」の如きは罪は法律違反なりと斷定し從ふて法律違反の度數を以て罪の個數を定めんとすると雖も「リスト」の如きは此說を評して曰く若し此種の論理を採用せんか一人二個の國籍を有せは之を二人と看做さざるを得さるに至らん誤謬明瞭にして眞面目に之を辯駁する價値なしと。予亦多數の學說に從ひ之を採らす、予は罪は行爲なりと信す、然らは罪の個數を明確にせんには必ら す行爲を標的と爲ささる可からす。

行爲とは意思に因り動作を爲し動作に因りて事實を惹起したる狀態を曰ふ、詳言すれは意思に原因し且つ應當せる事實を曰ふ、然らは行爲の個數は主として其意思の個數に依りて決すべし。

(一) 一個の意思を以てある事實を惹起したる場合に於て

(イ) 動作一個にして且つ其結果一個なるときは例之一刀にて一人を殺し又は一個の動產を窃取したるときにして一個の行爲の

み存在すること固より論を俟たす。

(ロ) 動作一個なりと雖も其結果數個なるときは假令一個の窃盜の動作に依り數人の所有動產を窃取し又は一語を發したるに依りて數人を誹毀したるときにして此場合も亦一個の行爲のみ存在すと曰ふ可きや疑なし。

(ハ) 動作數個なりと雖も其結果一個なるときは假令數多の傷害を加へて一人を殺し又は數語を發したるに因りて一人を誹毀したる場合にして是れ亦通常一個の行爲のみ存在すと見る可きなり。

(二) 數個の意思を以てある事實を惹起したる場合に於ては數個の動作ある可く又數個の結果ある可し乃ち通常數個の行爲ありとするものなり。

然れとも意思の個數、動作の數個又は結果の個數の如きはそも何に依りて決す可きやの問題に至りては是れ深奥なる法律哲學上の問題に屬す。其研究は最も趣味多きものにして予亦多少の見解を有せさるにあらすと雖も今は之を省畧す、要するに意思動作又は結果の個數の如きは姑らく之を普通の思想即ち常識を以て判定して可なり。

斯くの如く行爲には一個又は數個の區別あり罪の個數は行爲を標準として定むべきものなりとせば一個の行爲は何個の罪を爲すものなりや又數個の行爲は何個の行爲を爲すものなりやに區別して說明するを便宜なりとす。

第一　一個の行爲と罪の個數

一個の行爲が何個の罪を爲すものなるやは其行爲か何個の罪名に觸るるやに依りて自ら其說明を異にせさることを得す。

(一)　一個の罪名に觸るる場合、一個の行爲にして一個の罪名に觸るるものは是れ事物の本然の狀態にして固より一個の罪たること固より疑なし。

(二)　二個以上の罪名に觸るる場合、一個の行爲にして二個以上の罪名に觸るる場合に二樣の區別あり。

(イ)　學者の所謂法律の競合と稱する場合にして一罪名に觸るる一罪とす此場合を尙ほ區別して左の三と爲すことを得。

(1)　普通法規及ひ特別法規に觸るる一個の行爲ある場合に於ては特別法規に觸るる一罪と爲す。

行爲は同時に第三百五十八條の罪名及ひ第百十七條　罪名に觸るることある可しと雖も第百十七條は特別法規第三百五十八條は普通法規なるを以て之を特別法規なる第百十七條に觸るる天皇に對する不敬罪のみに問ふものとす而して同時に第二百十條第二項の罪名及ひ第二百十五條の罪名に觸るる一個の行爲に付きても亦同理なりとす。

(2)　罪の既遂を罰する罪名及ひ其罪の未遂又は準備を罰する罪名に觸るる一個の行爲ある場合に於ては既遂を罰する罪名に觸るる一罪とす。一罪の既遂の躰樣中には常に其未遂又は準備の躰樣をも包むものとす。然らは第百二十一條の內亂罪の如きは同時に第百二十一條第百二十四條及ひ第百二十五條等の罪名に觸るるものなりと雖も之を只其既遂を罰する罪名即ち第百二十一條の罪名に觸るる一罪と爲す可きや明白なり。

(3)　共同行爲者、敎唆者若くは幇助者の二以上を以て論す可き一個の行爲ありたる場合に於ては完全に其行爲に應當する罪態を包含する罪名

に觸るる一罪とす。

(ロ) 學者の所謂觀想的俱發の場合　此場合も亦之を二樣に區別す可し。

(1) 同種の罪の觀想的俱發の場合　即ち行爲か各同一の法規に觸るる場合、例之一語を發したるに因り數人を誹毀したる場合に於ては其法規を只一回のみ適用して其法規違背の一罪と爲す可きものとす。

(2) 別種の觀想的俱發の場合　即ち行爲か別種の法律に觸るる場合にして例之證書に無效の印紙を貼用したる行爲の如し、一方には刑法第百九十九條の印紙再貼用罪に觸れ他方には印紙稅法の無印紙證書行使罪と觸る、此場合に於ても其法規の輕重即ち法規の規定したる刑の重輕を比較し其重き刑を科したる法規に觸るる一罪とす可きは條理上自明の事に屬す。

第二　數個の行爲と罪の個數

(一) 一個の罪名に觸るる場合　數個の行爲にして一個の罪名に觸るる場合は刑法上例外の場合に屬すと雖も尙ほ其數勘なしと曰ふ可からす、此等の場合に於ては行爲の數個なるに拘はらす之を一罪とす可きものとす。

(イ) 連續犯　上述せしを以て省略す。

(ロ) 複雜罪　複雜罪とは上述の如く法律上別種の法物に對する二個以上の犯行を罪態とするものにして例之強盜罪は取財行爲及ひ暴行又は脅迫の行爲の二行爲より成立し、强姦罪は姦淫の行爲と暴行又は脅迫の行爲の二行爲より成立し、文書僞造は僞造等の行爲と行使の行爲の二行爲にして成立するなり。

(ハ) 情狀重き特別罪　情狀重き特別罪とは鎖鑰を開きて犯したる窃盜罪の如し此場合に於ても概ね二行爲に因り一罪を成立せしむるものとす。

(ニ) 各本條に於て業、常業又は常習其他語句の本質上當然數多の行爲を要す可き旨を規定したる罪例之刑法第二百三十七條阿片煙の製造又は販賣罪、第二百五十三條の健康を害す可き物品の販賣罪、第二百五十六條の醫業を爲す罪等の如し。

(二) 二個以上の罪名に觸るゝ場合

數個の行爲にして二個以上の罪名に觸るゝときは原則として數罪を現出するものにして學者之を所謂現實的俱發の場合と稱す。現實的俱發とは觀想的俱發の如く又之を同種の罪の現實的俱發及ひ別種の罪の現實的俱發に區別す可く、其同種の罪の現實的俱發の場合は通常之を同一罪を反復する場合と曰ふなり。然り數個の行爲にして二個以上の罪名に觸るゝときは數罪を現出することを原則とすと雖も亦多少の除外例なき能はず。

（イ）二個以上の罪名に觸るゝ數個の行爲ありと雖も其一行爲を爲すに付きては必らず他の行爲を爲すことを要す可き場合——換言すれは一行爲及ひ此行爲の構成要件たる數個の行爲ある場合を曰ひ、此場合に於ては例外として只其の一行爲のみを罪とし之を一罪とす。例之屋内窃盜の場合に於ては、窃取の行爲及ひ家宅侵入の行爲を生す可しと雖も其家宅侵入の行爲は常に屋内に於ける窃取行爲の構成要件たるを以て只屋内窃盜の行爲のみを罪として之を一罪と爲す可きなり。

（ロ）二個以上の罪名に觸るゝ數個の行爲ありと雖も其一行爲を爲すに付ては他の行爲を爲すことを普通とす可き場合　例之第三百六十八條の鎖鑰盜の罪を犯すには必らずしも鎖鑰を毀壞することを要せすと雖も鎖鑰を開くには通常鎖鑰を毀壞することと多きを以て鎖鑰を毀壞して窃盜罪を犯したる者は之を財物毀棄罪及ひ鎖鑰盜の二罪を犯したる者とせす單に鎖鑰盜に付きてのみ其責任を論するなり。

予は理論に依り上來一個の行爲又は數個の行爲と罪の個數との關係如何を論したり。然れとも罪の個數に關する問題の如きは(一)罪は行爲なりや、又は法律違反なりやの先決問題に依りて異なり、(二)罪は行爲なりとの說を採るも如何なる行爲は一個にして如何なる行爲は數個なりやの先決問題に依りて異なる。「ビンヂング」の如きは罪は法規違反なりとの前提に據り立論するを以て罪の個數は之を法規違背の個數に依りて決す。「ヘルシユテル」、「フォンブリ」の如きは所謂觀想的俱發の場合に於ては數個の行爲ありとの前提に據るを以て全く觀想的及ひ現實的俱發の區別を無視す。「リスト」の如きは觀想的俱發の場合に於ては其罪一個なりとの前提に據るを以て之を法律の競合の一場合たるに過きすとなし、「マイエル」は觀

想的俱發の場合に於ては性質上數罪を包含すとの前提に據るを以て觀想的俱發の場合あり得ることを論ず、其他種々の異說ありて罪の個數問題は實に刑法上有數の一大疑點あり。予は主として「リスト」の所說を緯とし其他「ベルチル」「マイヤー」等の所說を經として上述の說明を與へたるなり。現行刑法は罪の個數行爲の個數等に付きては全然何等の規定をも設けず、從ふて罪の個數問題は只學理に從ひてのみ解釋す可きことゝ爲り學者間に紛々たる異說を生するに至れり。刑法改正案は爰に鑑みるところあり第六十六條第一項及ひ第六十七條の規定を設け罪の個數問題を解決す可き多少の根據を與へたり。第六十六條第一項には一個の行爲にして數個の罪名に觸れ又は犯罪の手段若くは結果たる行爲にして他の罪名に觸るときは其最も重き刑を以て處斷すと規定し、又第六十七條には連續したる數個の行爲にして同一の罪名に觸るときは一罪として之を處斷すと規定す。其最も重き刑を以て處斷すとの語は果して一罪として處斷する意なるや否やに疑似なき能はすと雖も若し一罪として處斷する意なりと解せは刑法改正案は罪の個數に付き左の事項を明定せるものと曰ふ可し。

(一) 一個の行爲にして數個の罪名に觸るるものはその所謂法律の競合の場合なると、又は所謂觀想的俱發の場合なるとを論せず總て之を一罪とすること。

(二) 犯罪の結果たる行爲にして他の罪名に觸るるものも亦之を一罪とすること、犯罪の結果たる行爲にして他の罪名に觸るるものとはそも如何なる行爲を曰ふや辭句妥當ならすして其意を解し難しと雖も刑法改正案の基礎たる所謂司法省案第七十條第一項に於ては一個の行爲又は牽連したる行爲にして數個の罪名に觸れたるものは云々と規定す、然らは刑法改正案の所謂犯罪の結果たる行爲とは例之窃盜犯人其贓物を冒認販賣したる行爲の如きを曰ふなる可し。

(三) 犯罪の手段たる行爲にして他の罪名に觸るるもの亦之を一罪とす、犯罪の手段たる行爲として他の罪名に觸るるものとは予か(一)二個以上の罪名に觸るる數個の行爲ありと雖も其一行爲を爲すに付きては必らす他の行爲を爲すとを要す可き場合及ひ(二)他の行爲を普通とす可き場合として說明したる行爲を曰ふ。此等の行爲は共に一犯行の手段たる行爲にして他の罪名に觸るるものなるを以て一罪と爲す可きなり。

(四) 一罪の連續犯は之を一罪と爲すこと

刑法改正案は複雜罪、情狀重き特別罪及ひ各本條の用語の本質上數多の行爲を要す可き旨を規定したる罪を一罪とすること、又は數個の行爲にして數個の罪名に觸るるものを數罪とすることを規定せすと雖も是れ寧ろ事物の本質上自明の事に屬するを以て明文を不用とせしに過きさる可し。然らは改正刑法案の罪の個數に關する主義は大躰に於て予の信する理論上の斷案と一致するものと曰ふ可きか。

第五項　罪の成立の日時及ひ場所

刑法は一定の時に關する效力を有し又一定の土地に關する效力を有す、是を以て罪の成立の日時及ひ罪の成立の場所を明確にするにあらすは遂に刑法の適用を爲し能はさるに至る可く、或は刑法の適用を誤まるに至る可し。今罪の成立の日時及ひ場所を研究するに付き之を總論と各論との二部に區別し罪の一般の成立の日時及ひ場所及ひ罪の各種樣に付きての成立の日時及ひ場所を論定することを便なりとす。

行爲の客觀的部面は上述の如く動作及ひ結果の二より成るものとす。故に罪の成立の日時及ひ場所は元則として罪たる動作及ひ結果の發生したる日時及ひ場所なることは些の疑似あるなし、然れとも動作と結果とは必らすしも日時及ひ場所を異にして發生することなきにあらすして時に或は其日時を異にし又は其場所を同しくして發生するものにあらすや。此場合は學者の所謂隔地罪と稱するものにして果して何の日時又は何の場所に於て成立せるものと爲す可きやに付き疑點を生す可し所謂隔地罪に付き成立の日時及ひ場所を定むるには從來五個の主義あり。

(一) 動作の發生せる日時及ひ場所に依りて定むべしと爲す說、此說は「ヘルシュテル」「ヤンカ」「マイエル」「フォンローラント」「シューチエ」「ウエヒデル」其他多數の國際私法學者の主張するものなり。

(二) 結果の發生せる日時及ひ場所に依りて定む可しと爲す說、此說は「フォンリスト」「メルケル」「ビンヂング」「ベルチル」等の主張するものなり。

(三) 所謂中間效力を生したる日時及ひ場所に依りて定むべしと爲す說、所謂中間效力とは動作より直接に生したる效力、即ち直後の效力にして一人に對し死す可き傷害を加へたる場合に於ては其結果即ち其人の死したることを曰ふにあらすして其中間の效力即ち其人の傷害せられたることを言ふ、而して此說は「ヒッペル」「ベッツ」等の主張するものにして第二說の一變躰たるに外ならす。

(四) 動作又は結果の發生したる日時及ひ場所に依りて定むべしと爲す說、此說は「ビンヂング」「オルスハウセン」等の主張するところなり。

(五) 動作及ひ結果を一物視して其動作及ひ結果の發生したる各日時及ひ各場所を罪の成立の日時及ひ場所と爲す說、此說は「ビンヂング」の主張するものにして若し東京より信書を以て倫敦に在る者を誹毀したりとせんか、其信書は當然横濱長崎香港其他を經過すべきを以て、東京及ひ倫敦は勿論其他の經過地は即ち成立の場所にして、其輕過したる日時は即ち罪の成立の日時なりと曰はさる可からすと雖も「ビンヂング」も此場合を例外と爲し此斷定を爲す勇氣を缺如す、又以て此說の眞價を批判し難からす。

上述の五主義は各其躰樣を異にすと雖も其重點は一に或は動作を標的とするとは或は結果を標的とするとの區別に外ならす。蓋し刑法上行爲の種樣を定むるは主として其結果に依るものなるを見れは或は結果を標的と爲すべきか如く刑法上罪の本質は主として其動作に在り。其結果は單に第二次に位すべきものなるを見れは或は動作を標的と爲す可き如しと雖も予は寧ろ後說を以て事實上及ひ理論上妥當なりと信す。而して動作が發生せる日時及ひ場所に依り罪の成立の日時及ひ場所を定むべしとの元則は(一)單に犯意を要する罪のみならす過失罪にも之を適用し得へく(二)單に作爲罪のみならす不作爲罪にも之を適用し得へし。即ち凡ての罪に此元則を適用して罪には凡て其動作の發生したる日時の法律を適用し、其動作の發生したる國家の法律を適用すべきなり。

現行刑法は罪の成立の日時及ひ場所に付き何等の規定を設けず、刑法改正案亦然りと雖も現行刑事訴訟法及び刑事訴訟法改正案には共に間接に罪に成立の日時を規定したり。刑事訴訟法第十條には公訴私訴の時效は犯罪の日より其期間を起算す、但繼續犯罪に付きては其最終の日より起算すと規定し刑事訴訟法案第二

百二條には時效期間は犯罪行爲の終りたる日より起算すと規定す。此等の條項は共に時效の起算點を定めたるものなりと雖も時效は罪の成立したる日時後始めて進行すべく罪未た成立せすして時效の進行す可き理なし。然らは此種の條項は或は間接に罪の成立の日時を定めたるものと曰ふことを得べし、若し上述の條項にして果して間接に罪の成立の日時を定めしものとせは現行刑事訴訟法は罪は其行爲の日時に於て成立するものと爲し、刑事訴訟法改正案は其行爲の終りたる日時に於て成立するものと爲す如しと雖も其行爲の日若くは行爲の終りたる日と曰ふ語は共に不明確にして尙ほ行爲の日とは如何、行爲を終りたる日とは如何の疑問を殘留す。然らは此疑問は更に學理に依り之を予か上述せる如く解釋するとするも何等の障礙あることを見さるなり。

第二各論

（イ）未遂犯の成立の日時及ひ場所　未遂犯は之を法律上罰すべきものと爲す動作即ち着手以上の未遂の動作ありたる日時及ひ場所に於て成立するものとす。

（ロ）共犯の成立の日時及ひ場所　共同實行犯は例外として其共同實行する罪の成立せる日時及ひ場所に於て成立し、敎唆犯及ひ幇助犯も亦例外として其敎唆又は幇助したる罪の成立せる日時及ひ場所に於て成立するものとす。而して共犯に付きては一般の元則の例外を認む可きことは既に共犯論に於て詳述せるところなり。

（ハ）其他の罪又は其他の罪の躰樣に付きては各元則を適用して其成立の日時及ひ場所を確定す可く特に個々に付き說明する必要なしと信す。

第二款　違法

第一項　總論

ベルチル氏は犯罪編を四章に區分し第一章に於ては罪の概念及ひ區別を說き第二章に於ては罪の主躰物躰及ひ手段を說き、第三章に於ては罪たる行爲を說き、第四章に於ては罪に對する干與を說きたり。而して第二章を更に三段として第一段に主躰を、第二段に物躰を、第三段に手段を說明せり。氏の見解に從へは罪の物躰は必らす物理上及ひ法律上一定の性質を具有せざる可からすして罪の物躰たるに必要なる物理上一定の性質とは物理上罪の物躰たり得へきことを曰ひ、罪の

物躰たるに必要なる法律上一定の性質とは人に隨伴したる人的效用を有すると
を曰ふ。蓋し物躰は人にあらす從ふて何等の權利をも有することなし、故に主躰
たる人は物躰を占有し使用し若くは之を毀滅することを得へし。然らは主躰た
る人か物躰に對し如何なる行爲を爲したりとするも之を罪なりと曰ふ能はさる
可し、換言すれは責任能力を有する人か物躰に對して爲したる行爲を罪と爲さん
には物躰は必らす二個の性質即ち上述せる物理上及ひ法律上一定の性質を具有
せさる可からす、物理上一定の性質に付きては今之を論せす。物躰か法律上一定
の性質を有するには即ち物か法律界裡に到來して上述の人的效用を有するには
意思を其物躰中に滲入せしむることを必要とし、物躰中に意思を滲入せしめたる
ときは物躰は始めて人界に誘致せられ始めて權利の極印を捺せらるるを以て罪
の眞正の物躰は物躰の內容たる意思即ち權利なりと曰ふ。斯の如く氏は罪の物
躰たるには此の二樣の性質を必須とするを以て今若し物中に存する意思又は權
利にして廢棄せられたりとせんか其物躰に對する傷害は復之を罪と曰ふ能はさ
るべし。氏は更に曰く權利は各個人の意思に依り又は國家の意思に依り形成せ
らるるものなるを以て或場合に於ては各個人の意思に依り、又は國家の意思に依
り更に之を廢棄することを得へし、而して此廢棄は尙ほ危急の狀況又は危急防衞
に依りても亦之を爲すことを得へし、故に予は左の四個の細別を爲さゝる可からす。

一、權限を有する個人の意思に依る權利の廢棄、
二、國家の意思に依る權利の廢棄、
三、危急狀況、
四、危急防衞、

而して行爲の違法たらさるに至るは即ち正當原由の存する所以にして正當原由
は責任無能力の原由と共に罪責除却原由を爲すものなりと。然らはヘルチル氏
は罪は違法たることを要せすと雖も罪の物躰は法律上一定の性質を有す可きも
のとなす如し。
リスト氏は犯罪編を二に區分し第一に罪の概念を說き、第二に罪の現出の形式を
說く、而して其罪の概念を說くや之を四個の觀察點より論究したり。即ち罪を第
一段に於ては行爲たる點より、第二段に於ては違法行爲たる點より、第三段に於

は有責行爲たる點より、第四段には刑す可き不正たる點より觀察して詳細に之を陳辯したり。而して其違法行爲たる點より罪を觀察するや、先つ罪の概念たる違法を論究して曰く。罪は私法上の不法行爲の如く違法の不正なり。即ち形式より曰へは國家的法規即ち法律的秩序に關する命令又は制禁の違背にして、實質より曰へば國家的法現に依り法律上保護せらるる利益に對する攻撃なり。第一罪は其通常現出する形式に於ては法物の傷害即ち人類生存上の利益にして法律的秩序上保護せらるるものの傷害なり。第二法律的秩序は特定の條件を付して特定の限界に於て法物の危害をも亦制禁す。第三法物の傷害及び危害以外尚ほ警察的不正あり、警察的不正とは一定の行爲を爲すときは通常法物の危害を生ず可きを以て國家的規制に依り之を制禁したるに拘はらず此規則に遵由せざりしものを曰ひ、敢て其行爲か個々の場合に於て必す此一般の要件に應當するや否やを論せす。然れとも法物の傷害、危害又は警察的不正等法律上保護せらるる利益と雖も法律上行爲者に對し此攻撃を爲す特別の權利を許與したる場合に於ては例外として之を攻撃することを得へし。各法律的秩序の如何なる部面に於て此許

與を宣告したるやは刑法上何等の影響あるものにあらす、苟くも許與の宣言ありとせは罪の概念は違法たる事實と共に消失し從ふて可罰權も亦消失すべし。故に罪の違法に關する法理は例外として違法を消失せしむる原由の敘述に外ならすして現行法の承認せる違法の除却原由は之を左の四に區分することを得と。

一　權利、義務、國家の承認したる利益の保持、(イ)自助、(ロ)危急狀況

二　法律に依り保護せらるる業務の實行、

三　被害者の同意、

四　行爲者自躰の法物に對する攻撃、

即ち「リスト」氏は罪とは法律的秩序を危害する不正にして國家か刑を制裁とするものを曰ひ、不正とはその刑事上の不正即ち罪たると又は私法上の不法行爲たるとを論せす凡て有責且つ違法の行爲なりと爲したるを以て違法行爲なることを以て罪の成立要件と爲せるものなり。

「マイエル」氏は刑法は可罰權の條件及ひ可罰權自躰の二を論す可きものとなし、可罰權の條件を別ちて第一、罪第二、可罰權の爾餘の條件の二と爲し、其罪を說述する

や之を意思及ひ行爲の二方面より觀察し、行爲の方面より罪を觀察しては(イ)、行爲自躰(ロ)、行爲の遂行又は未遂の法理(ハ)、行爲の獨立又は干與の法理(ニ)、行爲の違法又は罪責除却原由の法理を論したり。而して氏は其罪責除却原由の法理を論して曰く如何なる行爲なりと雖も常に罪たる行爲なりと曰ふ可きものなく却て之を正當の行爲たらしむる事情を有することを得へし。此事情は刑の除却事由即ち例之時效の如く罪責の存在するに拘らす科せられたる刑を消失せしむる事由と區別して之を罪責除却事由と稱するものなり。蓋し眞正の罪責除却事由とは他の場合に在りては刑す可き行爲たるに拘らす其行爲に對する可罰權を消失せしむる事由のみを曰ふものなるを以て左に掲くる事由は眞正の罪責除却事由にあらす。

一　行爲者の爲したる傷害は被害者か法律上當然之を受く可きものなりしこと、

二　行爲者自躰に對する行爲なりしこと、

三　被害者の同意ありたること、

四　官廳的許可特に警察的許可ありたること、

之に反して左に掲くる事由は眞正の罪責除却事由なりと。

一　職務權限、

二　公の役務、

三　一般國民の權限の實行、

四　法律上承認したる懲戒權又は規律

五　法律上承認したる業務、

六　法律上拘束力を有する命令、

七　法律の保護したる自助、

八　危急防衛及ひ危急狀況、

即ち「マイエル」氏は違法ならさることを以て罪を構成する要件の一たる行爲の要件となしたるなり。

「ベルネル」「リスト」「マイエル」は近時獨逸刑法界に於ける有數の大家にして、而して罪と違法との關係に付き其見るところを異にする斯の如く予等淺學は殆んとその

何れに適從す可きやを知るに苦しむ。然れとも予は罪の主躰と客躰とを明確に區分し此主躰及ひ客躰間に於てのみ犯罪あり得へきことを說きたり、即ち客躰とは犯罪の受動者なりとするを以て「ベルネル」氏の見解に從ひ違法ならさることを罪の物躰の一性質と爲すこと能はす。「リスト」氏の見解と「マイエル」氏の見解とは稍其軌を同しくし違法を以て罪の成立要件と爲すは即ち一なりと雖も「リスト」氏は之を行爲なること、有責行爲なること、及ひ刑す可き不正なることの要件と相對せしめ「マイエル」氏は罪の一要件たる行爲の成立要件として之を行爲自躰行爲の遂行及ひ行爲の獨立と並稱せしめたり。二氏の見解は敢て予の從來の所說と背馳するものにあらす從つて其の何れに適從すとするも論理上より曰へは些の不都合あるを見ず、然れとも予は若し爲し得へくは尙ほ論理的の分類に從ひて罪と違法との關係如何を明確にせんと欲す。蓋し違法を以て罪自躰の要件となし又は行爲の要件となすは理に於て可ならさるにあらすと雖も尙ほ不論理の非難を免かるること能はす。夫れ罪とは人の行爲なり、違法とは人の行爲に附隨する一種の事情なり精確に立論すれは行爲たる罪か違法を要件とすと曰ひ又は罪の一要素たる行爲か違法を要件とすと曰ふは多少の語弊なきにあらさる可し。予は此等の通說に從ふことを快なりとせす罪を廣狹の二義に區別し試に廣義の罪を犯罪と命名し狹義の罪を單に罪と命名し罪とは單に一定の行爲を曰ふものとし、犯罪とは違法の罪即ち違法の一定の行爲を曰ふものとし、犯罪と稱する行爲及ひ違法と稱する事由より成立すと斷定せり。是れ本節に於ける第一款に罪の何たるやを說明し第二款に違法の何たるやを說明せんとする所以なり。

違法とは「リスト」の曰ふ如く法律的秩序に關する命令又は制禁に背戻することを曰ふ、然らは如何なる罪は違法なる行爲にして如何なる罪は違法ならさる行爲なるやは國家の全斑の法規より之を論定せさる可からす。而して國家は其秩序維持上任意に罪を規定し得る如く秩序維持に不必要ならは任意に罪を正當行爲と規定することを得へし今罪を小別して現行の法規上如何なる罪は違法の罪即ち犯罪たるや如何なる罪は違法ならさる罪即ち正當行爲たるやを明確にせんとす。國家は秩序維持の必要に應し臣民の或種の行爲は之を罪と爲し刑を科して之を禁令す而して刑法の範圍に於ては概ね不文法規を認めさるを以て凡そ罪たる行

爲を爲せし者は皆之を法律に違背したる者と曰ふことを得へし。故に元則として曰へは罪は明文を以て違法なりとせらるることを規定したる場合にあらすは之を違法ならさる罪として其罪責を除却せらるることなかる可し。明文を以て違法ならさることを規定したる場合とは一方に刑法に於て一行爲を罪と規定すると共に一方に刑法其他の法律に於て同一の行爲を爲す義務又は權利を認めたる場合を曰ふ。蓋し立法論上より曰へは國法上爲さざる可からさる行爲又は爲し得へき行爲にして同時に爲す可からさる行爲ある可きなし。國法に於て一行爲を爲さざる可からさるもの即ち義務行爲又は爲し得へきもの即ち權利行爲と規定したりとせは如何なる場合と雖も國家は其行爲を罪として之を禁壓し得へきにあらすと雖も、國家社會の實際に於ては同時に同一の行爲を命令し許可すると共に之を制禁することなきにあらす、例之人を傷害する行爲は刑法上制禁するものなりと雖も醫師の業を營む者にありては人を傷害する行爲は國法上之を命令するものなり。斯くの如き場合に在りては刑法の規定は當然其效力を失ひ其行爲者は何の場合と雖も之を刑することを得ずと爲さざる可からさるは固より言を俟たす。上述の如く刑法に規定したる罪にして同時に刑法其他の法律に於て臣民の爲ささる可からさる義務行爲又は爲すことを得へき權利行爲たらば其罪は之を違法なりと曰ふ可からすして從ふて之を國法上罰す可き廣義の罪即ち犯罪と曰ふ可からさるものとす。罪を義務行爲又は權利行爲たらしむることは學者の所謂罪責の除却を曰ふものにして罪を義務行爲又は權利行爲たらしむる事由は學者の所謂罪責除却事由と曰ふものなり。今違法の何たるやを說明するに當り例外の現象たる罪責の除却の場合を詳說せは其元則なる罪にして且つ違法なるものは自ら判明す可しと信す。

第一項　罪責の除却

罪責の除却とは罪を廣義の罪として論す可からさることを曰ふ換言すれは罪か違法ならさること即ち罪を犯すことか義務又は權利なることを曰ふ。然らは罪責の除却にも二樣の區別ある可し、一は罪たる行爲を爲すことか義務なりしに因るものにして一は罪たる行爲を爲すことか權利なりしに因るもの是なり。

第一目　罪たる行爲を爲すことか義務なり

第二節　職務に因る罪責の除却

義務とは法律上一定の行爲を爲さざる可からざることを曰ひ之を爲さざるときは必らず一定の制裁を科せらる可きものなり、故に罪たる行爲を爲すとか義務なりしに因る、罪責の除却とは罪たる行爲を爲すとか權利なりしに因る、罪責の除却に比し一層優勝の地歩を占むるものにして罪たる行爲を行爲すとか義務なる場合に於ては罪たる行爲を爲す權利を有するのみならず之を爲さされは國法上一定の制裁を科せらる可し。然らは此場合に於て其罪責を除却せらるるは固より事物の當然なりとす、此種の除却に屬するものは公務に因る罪責除却なり。

公務とは廣く國家に關する事務を曰ふものにして官吏たる身分を有するに因り生する公務即ち職務及ひ特殊の資格を有するに因り生する公務即ち狹義の公務の區別あり。今便宜の爲め公務に因る罪責の除却を職務に因るものと狹義の公務に因るものとの二に區別して之を說明す可し。

第一段　職務に因る罪責の除却

國家は統治の必要上幾多の官職を設け各官吏に分任して之を執行せしむ、立法事務あり、司法事務あり又は行政事務あり。此等の事務執行を命せられたる官吏は一般の法律及ひ服務規律を遵奉して其任務を遂行する權利と義務とを有す、然らは官吏か其職務を以て爲したる行爲はよし刑法上の罪なりしとするも之を違法なりと曰ふ能はさるを以て其責罪を歸せしむ可からさるや明瞭なり。職務は國家か統治の必要上便宜法律を以て規定する所にして固より千差萬別なり、乃ち如何なる職務を行ふ際罪を行ふとありやを說盡する能はすと雖も勾引、勾留、逮捕、家宅捜索、物件差押、刑の執行、死躰解剖、墳墓發堀等警察官吏、檢事及ひ判事に屬する職務强制履行を命する行政警察官吏の職務、軍人に屬する職務、憲兵に屬する職務、監獄官吏に屬する職務等を行ふ際には概ね所謂罪を行ふものと曰ふとを得へし。」官吏に上級及ひ下級の區別あり其職務の範圍内に於ては相互に命令服從の關係を有す、下級官吏と雖も其の職務を以て爲したる行爲に付きては固より其罪責を有せさること論を俟たす。然れとも上級監督官吏の命令に依り職務外に於て爲したる行爲の責任如何に付きては古來學者間に異說あるところなり、蓋し職務の範圍如何は下級官吏の定む可き事項にあらすして全然上級官吏の裁量す可きも

のに屬す。今下級官吏は事實上自己の職務外の行爲なることを知悉すと雖も適法に命令權を有する上級官吏にして之を爲さんことを命令せりとせは下級官吏は其命令に從ひ之を遂行せさる可からす、是れ上級官吏の命令に依る下級官吏の行爲の罪責問題を生する所以なり。佛蘭西刑法第三百二十四條は人を殺死する行爲に付きては命令を以て罪責除却事由と規定し、「バイエルン」「ハノバー」及ひ「ヘッセン」等の刑法は明文を以て命令は罪責除却事由たらさる旨を規定し、「チューリンゲン」刑法は命令は刑の減輕事由なりと規定し、獨り成例の區々たるのみならず學說も亦歸一せす。「ベルチル」氏は命令を二に區別し一を依法の命令とし他を違法の命令として、依法命令は常に罪責除却事由たらす、下級官吏その違法の命令たることを知らさりし場合に於てのみ例外として罪責を除却すと論したり。思ふに「ベルチル」氏の所謂依法の命令の場合に於ては下級官吏か其の職務外に屬する行爲を爲す場合を生せすして從て寧ろ下級官吏の職務に因る行爲の效力として其罪責を除却すへく之を上級官吏の命令の效力として論究するは不當なり、その所謂違法の命令の場合に於ても元則として之れを罪責除却事由たらずと爲す可からさるは敢て論を俟たす。然らは尙ほ殘留する疑問は違法の命令の效力として罪責を除却せしむ可き場合如何なりとす。「ベルチル」氏は下級官吏か其命令の違法なることを知らさりし場合のみ其命令に因る行爲の罪責を除却すと斷定すと雖も、命令の違法なることを知ると否とは犯意に因る行爲なりや又は過失に因る行爲なりやに關するものにして罪責除却の問題には何等の影響を及ほす可きものにあらす。進歩したる法理に依れは違法の命令は下級官吏か其命令者に對し絶對の服從關係を有する場合に於てのみ罪責除却事由たりと爲す如し。「マイエル」氏曰く法律上拘束力ある命令は眞正の罪責除却事由たり、然れとも法律は例外としてのみ命令に對し絶對の拘束力を付與するを以て其事由は極めて狹少の範圍に於てのみ適用を有すと。「リスト」氏曰く上級官吏の下級官吏に對する命令は法律的秩序上命令に對し絶對の拘束力を承認したる範圍に於てのみ命令に據り爲したる行爲を違法ならさるものとすと。乃ち予も亦此學說に從ひ違法の命令は軍人、警察官等の如く其上級官吏に對し絶對に服從す可き者に付きてのみ罪責除却事由なりと曰はんとす。論者或

は曰はん然らは絶對の服從關係を有せさる下級官吏か違法の命令に從ひ職務外の行爲を爲したる時は其罪責を歸す可きかと、然り其罪責を歸す可きなり、下級官吏は其地位下級なりと雖も尙ほ官吏たるを失はす刑法上に於ては一個人すら尙ほ法律規則を知るものと推定せらる（第七七、第四項）、況んや苟くも官吏たる者に於てをや。其命令か違法なるや否の如きは法律問題に屬するを以て當然之を知らさる可からす、知らさる可からさるに拘はらす違法の命令を遂行したりとせば事實其違法たることを知らさりしとするも其罪責を除却するは不理なり、且つ不當なり、之に罪責を歸するも夫れ何の不可あらんや。然り予は上述の如く違法の命令に從ひ職務外の行爲を爲したるときは其罪を歸す可きものと論斷せり。然れとも此場合に於ても尙ほ刑法第七十七條第二項及ひ第七十五條第二項の規定の適用あることを遺忘す可からす、即ち違法の命令に依り絶對服從を有せさる者の爲したる行爲と雖も下級官吏か其命令の違法たる可き事實を知らさりしときは第七十七條第二項を適用して犯意なき行爲と爲す可く、下級官吏か自己又は親屬の身を防衛する必要上其命令を遂行せさる可からさりしとき、即ち危急狀況に在りしときは、第七十五條第二項を適用して其罪責を除却す可きなり而して危急狀況の何たるやは之を後述す可し。

刑法第七十六條に曰く「本屬長官の命令に從ひ其職務を以て爲したる者は其罪を論せす」と、其規定不備且つ不當にして合理的の解釋を爲し難しと雖も其眞意は第一本屬長官の命令なること第二、職務を以て罪を行ふことの二條件を具備するときは其行爲を違法ならすとし其罪責を除却すと曰ふに在る可し。蓋し職務を以て爲すとは職務內の行爲を指示する意なる可く既に職務を以て爲したる行爲ならば其本屬長官の命令に依ると否とは罪責の除却に何等の關係なきなり。職務を以て爲すの語を職務と思意して爲すと解せは事實上職務外の行爲なりし場合に於て常に之を罪責除却事由と爲すこと能はさるは既に上述せるところなり。その何れの解釋を採用すとするも決して合理的の立法なりと曰ふこと能はす。

上述の如く職務を以て爲す行爲の如きは公法上之を正當と認むるものにして、敢て刑法の規定を俟ちて始めて其罪責を除却するものにあらす、例之檢事か現行犯の場合に於て犯人を勾留する行爲の如きは刑法上之を違法ならすとする何等の

明文なしと雖も刑事訴訟法上の規定に依り其罪責を除却せらるるなり。若し然らは本屬長官の命令に從ひ其職務上爲したる行爲の如き他の法律即ち官制等に於て之を是認するもの必ちすしも刑法第七十六條の規定を俟ちて其罪責を除却するものにあらす。況んや職務を以ての語を職務上の行爲と信し職務外の行爲を爲すことと解するとすれは不當に且つ不必要に上級官吏の命令の效力を認むるものにして到底現時の實際に適應せさる法制たることを免かれさるに於てや。之を要するに刑法第七十六條の規定は下級官吏の職務外の行爲に對する命令の效力を定めたるものとすれは不當の立法なりと曰ふ可く、下級官吏の職務上の行爲に對する命令の效力を定めたるものとすれは不要の規定若くは不備の規定と曰ふ可し。予は寧ろ(一)本條を削除するか若くは(二)職務及ひ業務に因る罪責除却及ひ權利を以て罪を行ふ場合の罪責除却を一括して明にして且つ簡なる規定を置かんことを望む。獨逸刑法の如きは危急權の外罪責除却事由は一に之を刑法以外の法律規定に一任し別に吾第七十六條の如き規定を設けす即ち第一の見解に從ひたるなり。刑法の改正案は第四十五條に於て規定して曰く法令又は正

當の業務に因り爲したる行爲は之を罰せすと、即ち第二の見解に從ひ刑法又は他の法律に於て特別の規定あるを以て足れりとせす特に此該博なる規定を置きて更に法意の在るところを明確に爲したるものとす。

第二段　公務に因る罪責の除却

狹義の公務とは上述の如く職務以外の公務を曰ふ、然らは公務に因る罪責の除却とは極めて廣き範圍に亘るものにして凡て特殊の資格を有するに因り國法上國家に關する事務の一部を遂行する者其の遂行の際に爲したる行爲はよし刑法上の罪なりとするも之を違法の罪と曰ふ能はさることを曰ふ。公務に種々あり、鑑定人たる公務、證人たる公務、自治躰の吏員たる公務、一般國民に屬する公務等は其主要なるものにして其公務の執行に際しては屢々刑法上の罪を行ふものとす。夫の證人か證言を爲す際人の惡事醜行を摘發したる場合の如きは公務を行ふに因り罪を行ふ一事例なり。斯の如き場合に於ては其行爲は罪なりと雖も、違法ならさるを以て行爲者は其罪責を除却せらるるものとす。

第一目　罪たる行爲を爲すことか權利たり

第二目　法令に因る罪責の除却

權利とは法律上ある行爲を爲し得へきことを曰ひ之を爲すときは必らす法定の保護を受くるものなり。然らは一方に於て國家か一行爲を爲さは之に一定の保護を與ふる意思を表示せりとせはよし其行爲は刑法の規定する罪なりとするも其罪責を除却せさる可からさるは固より論を俟たす。此種の除却に屬するものは業務權に因る除却、懲戒權に因る除却及ひ危急權に因る除却なりとす。

第一段　業務權に因る罪責の除却

業務權とはある業務を營むに因りて生する權利にして法律に依り承認せられたる業務即ち正當の業務を營む者に歸屬す。罪責を除却する業務權は多種多樣にして豫め爰に之を列擧し難しと雖も其主要のものを擧れは概ね左の如し。

第一　醫師の業務權、

醫師病者を治するに當りては或は其身躰を傷害するとなきにあらす然れとも苟くも其傷害にして疾病の治療に必須なるものならんか是れ其正當なる業務權を行使するもの固より其罪責を除却せられさる可からす從來醫師の傷害行爲の罪責を論する者皆罪責を除却せらると斷定すと雖もその斷定を推理する方法を異にし概ね之を三樣の別異の見解に區別することを得。

第一種の見解　醫師の傷害行爲は身躰傷害即ち毆打創傷にあらす是れ(イ)傷害する犯意を欠缺すれはなり(スストース)、是れ治療行爲は客觀的部面に於ても健康の傷害又は虐遇と差異あれはなり(フランク、ビンヂング)。

第二種の見解　醫師の傷害行爲は固より身躰傷害たりと雖も被害者の承諾に依り之を違法ならさるものとす。

第三種の見解　醫師の傷害行爲は違法にあらす是れ治癒の目的に出つる行爲は科學上の法則に遵由する限界内に於ては國家の承認を得たれはなり。

第一種の見解は目的と犯意とを混同し若くは目的と手段とを混同したるものにして固より不當なり。第二種及ひ第三種の見解は共に論理的の見解たる可しと雖も多數の場合に於ては被害者の承諾なしと雖も尚ほ治療行爲を違法ならすと爲さゝる可からさるを以て予は寧ろ第三の見解を採り業務權の適用に

より治療行爲の罪責を除却せんとするなり。

醫師の業務權を理由として罪責を除却するは必らずしも病者に對する傷害行爲のみならず、或は病者以外の人に對することあり、例之懷胎の婦女の生命を保全する爲め其胎兒を殺傷する場合又は人躰を傷害して醫學上の實驗を爲す場合の如し。正當に醫業を營む者は善に病者を治癒する行爲を爲す業務權を有するのみならず、其研究の手段として人の死躰を解剖し時には生ける人躰に對しても多少の實驗行爲を爲す業務權を有す。解剖其他此種の行爲を爲したる場合に於ては其罪責なきや勿論なり、夫の胎兒の殺傷の場合は獨逸にては之を「ベルホラチオン」と稱し醫師の業務權の適用に依り其罪責を除却す可きや否やに異論なき能はず。蓋し「ベルホラチオン」の場合は多く母の生命を保護せんには其胎兒を殺傷せさる可からす、胎兒の生命を保護せんには其母の生命を失はさる可からさる場合換言すれは危急狀況の場合なるを以て若し危急狀況の規定にして精微なるものならんか危急狀況權の適用に依り其罪責を除却す可しと雖も第七十五條第二項の如き不完全の規定を有する吾刑法の解釋としては

醫師の業務權の一適用と爲ささる可からさる如し。刑法改正案第四十七條に於ては他人の生命若くは身躰に對する現在の危難を避くる爲め已むことを得さるに出てたる行爲は一定の條件を具備するときに限り其罪を論せさる旨を規定したるを以て所謂「ベルホラチオン」の場合も亦危急狀況の一個の場合と曰ふを得へく其改正は極めて妥當なるものと果斷す。人或は曰はん「ベルホラチオン」の場合に危急狀況權を適用すると業務權を適用するとに如何の差異あるやと、業務權を適用するは事已むを得さるに出つる窮策なるを以て危急の際醫師の手術を仰くに暇なく醫師ならさる者「ベルホラチオン」を行なひたる場合の如きは何等の業務權を有せさるを以て其罪責ありと曰はさるを得す然れとも是れ豈に法の眞意ならんや。今若し危急狀況權の規定にして完美すること刑法改正案の如くならんか苟くも「ベルホラチオン」の場合ならんか其行爲者の醫師たると否らさるとを問はす危急狀況權の適用に依り其罪責を除却することを得へし。

第二　角力業者の業務權

角力業者は力を角して勝敗を爭ふ者なり、或は其結果として敵手を殺傷することなきにあらす然れとも私に角力を爲す者に付きては姑らく之を論せす、苟くも法律に依り承認せられたる正當の業務として角力を爲す者は角力の結果より罪を行ふに至りしとするも之を違法なりとは曰ふこと能はす、從つて其罪責を除却せらるるものとす。學者或は角力者の罪責除却を以て被害者の承諾に因ると爲す者あり被害者の承諾の罪に及ほす效力は之を後述す可しと雖も各人の身躰權、生命權の如きは私人の有效に抛棄し得さるものなるのみならす承諾の罪に及ほす效力は罪責除却にあらすして罪の不成立なるを以て予は此種の見解を不論理なるものと思斷す。

角力業者の行爲は業務權に因り其罪責を除却せらる。然れ共私に角力を爲したる者の行爲の責任如何、盖し多少の異論なきにあらさる可しと雖も予は其の罪責を除却す可きものにあらすと信す。夫れ人の生命權、身躰權は私人の抛棄し得へきものにあらす從つて敵手の承諾に因りては其罪責を左右し得へからす。然れとも此種の角力者か正當の業務として之を爲したる者にあらさるを以て業務權に因りては其罪責を除却すること能はす。要するに其罪を成立せしめさる事由又は其罪責を除却する事由を存せさるを以て當然其罪責ある者と曰ふ可く犯意を以て之を爲したりとすれは犯意に因る罪の罪責を歸す可き は勿論若し過失に因り之を爲したりとするも過失に因る罪の罪責を歸す可きなり。

其三　擊劒業者の業務權角力業者に付きての說明に同し。

第二段　懲戒權に因る罪責の除却

所謂懲戒權とは廣く監督の作用たる權利を曰ふ、故に懲戒權に因る罪責除却の場合を列擧せんには洽く現時の行政法律を通觀して其權利を明確にせさる可からすと雖も今之を省略す。法律の承認せる主要の懲戒權を擧くれは例之親權上級官吏の懲戒權司獄官吏の囚人懲戒權等の如し。

第三段　一般の國民權に因る罪責の除却

此種の除却の場合も個々の行政法律の規定の實際に依りて決す可き問題なりと雖も其主要の事例は例之現行犯人の逮捕權に因る除却等の如し。

第四段　危急權に因る罪責の除却

危急の際危險を避くる爲め爲したる行爲はよし刑法に規定せる罪なりとするも國法上其罪責を除却するを常とす、而して刑法は二樣の危急權を承認し危急狀況行爲及ひ危急防衞行爲は常に違法ならさるものとして其罪責を除却す。危急防衞は急迫不正の侵害に對する防衞行爲なるを以てその危急權たるや些の疑似なし。然れとも危急狀況行爲は要するに他人の權利に對する行爲なるを以て通說に因れは之を違法の行爲と爲し違法の行爲と爲すを以て之を危急權の行使と爲さざる如し。「フランク」氏は曰く危急狀況は民法上危急狀況として承認せられたる範圍に於てのみ消極的の罪態たる如し、故に古來の一疑問たる危急權なるもののありや否やは民法上より論すれは然りと答へさるを得す然れとも此疑問は刑法上の危急狀況にして同時に民法上の意義に於ける危急狀況ならさるもの例之破船の際一人か船板より他人を水中に逐斥したる場合又は自身他人に對し加へたる損害が其脅迫せられたる身躰上輕微の損害に比照し價値多大なる場合に於ては尙ほ殘留す可し。危急權の問題は精確に之を分解すれは行爲は適法なるや又は之に刑を科せさるに拘はらす違法なりやの問題たり、而して既に民法上違法ならさる危急狀況の場合を明示したる以上は他は之を違法なりと曰ふ外なかる可しと、即ち「フランク」氏は危急狀況は民法上に於ても之を認むるにあらすは危急權を生せしむるものにあらす其行爲に對しては只刑を科せさるのみ之を違法を除却したる犯罪とは曰ふ可からすと爲すなり。「オルスハウセン」(第五十四條註六)の見解亦概ね「フランク」に同し。「ベルチル」氏は立法論として說きて曰く危急狀況に因る不科刑は歸責無能力に因る不科刑と大に其性質を異にす事物の本質より立論すれは危急狀況に因る不科刑は常に同一の元則に依據せすして却て時に單純の免責に依ることあり、時に危急權に依ることあり乃ち之を二の場合に區別せさる可からす。第一、危急に陷りたる者其危急を救濟する爲め他人の權利を犧牲に供することなくして却て自己の權利を其毀損に任したるは道義心に出てたるものと曰ふ可き場合に於ては其道義たるや信に異常の程度に達したるものと曰はさる可からず。今人あり他人の生命を犧牲に供して自己の生命又は其一眼を救ひたりとせよ此場合に於て他人の權利を犧牲に供してたる擧措は固より

不正なりと雖も國家は科刑に付きては至極の道義を要求し能はさるを以て之を免責す。第二危急に陷りたる者其危急を救濟する爲め他人の權利を犧牲に供することなくして却て自己の權利を其毀損に任したるは事物關係の正當の理解なきに出てたるものと曰ふ可き場合に於てはその他人の權利を犧牲に供せさりしは之を異常の道義と曰ふことを得すして寧ろ異常の愚鈍なりと曰はさる可からす、例之飢餓に死せんとする者他人の食物を奪取せりとす此場合に於ては不科刑は免責に因るにあらす危急權に因るなり。或は曰ふ權利に對しては權利ある可きに非すと否なり凡ての權利は相對的性質を有するものにして團躰的狀況即ち合理的共同生存の許容する範圍内に於てなる條件を付せられたれはなりと、即ち「ベルチル」氏は立法論として二樣の危急狀況を區別し他人の權利を侵害せさるは至極の道義なる可き場合に於ては其不科刑は免責に原因しその至極の愚鈍なる可き場合に於ては其不科刑は危急權に原因すと爲す(?)如し。「マイエル」氏の如きは危急狀況行爲は常に行爲者の權利なり、然れとも又同時に又他人の權利に對する侵害なり、而して此觀念は決して相互に矛盾するものにあらすと曰ひ、「リスト」の

如きは危急狀況行爲は適法にもあらす又違法にもあらすと曰ふ。要するに之を權利と爲す者は危急狀況を罪責除却事由となし之を權利ならすと爲す者は單に之を刑の除却事由と爲すなり。而して「フランク」の見解は民法上承認せられたる行爲にあらすは凡て適法ならすと曰ふに於て誤謬あり。民法と曰ひ刑法と曰ふに於て共に國家的法律なり、民法に於て正面的に保護せられさる行爲なりと雖も刑法其他の法律に於て裡面的に惡報を科せさる旨を定めたるときは之を適法行爲と爲し之を權利と爲すに於て何の不可かこれ有らんや。「ベルチル」氏の見解は區別の限界曖昧たるのみならす立論突飛にして解釋論としては全然何等の裨益なし。予は寧ろ通說に背反して危急狀況行爲は權利行爲なりとの說を主張せんとす。蓋し上述の如く刑法に於て其罪を論せさる旨を定めたる以上は國民は之を爲す權利あり之を爲したるときと雖も刑法に依り所斷せらるるなき保障を享有するなり。然らは之を國法上保護せらるる行爲即ち權利と爲すに於て何の障害かあらんや、而して一度之を權利即ち適法行爲と爲したる以上は「マイエル」「リスト」等の如く更に之を他人の權利の侵害なり又は違法行爲なりと云ふは一種の權利を

創始するに外ならずして「マイエル」の曰ふ如く或は矛盾せる觀念にはあらざる可しと雖も國法上妥當の見解とは曰ふ可からざるなり。而して「マイエル」「リスト」「ベルナル」其他の學者か一方に之を權利と爲し何か故に更に他方に於て之を權利ならさる如く説明せんとするやは又別に重要の理由の存するあり。其理由の正否は後述す可しと雖も予は斯の如く危急狀況行爲を一の權利と爲すを以て爰に之を危急權の一適用として危急防衞行爲と共に説明せんとするなり。

刑法か危急狀況權を規定したるや否やは從來刑法上の一大爭點にして積極説消極説共に多少の根據を有せさるにあらすと雖も予は第七十五條第二項は危急狀況行爲を規定したるものと思斷す。刑法は殺傷に關する不論罪の事由としてのみ危急防衞を認むと雖も其不當の立法たることは既に一般學者の熟知するところなり。故に予は理論に遵據し刑法第七十五條第二項、第三百十四條、第三百十五條の規定を危急權に因る罪責除却の適用として左に之を説明せんとす。

第一　危急狀況

刑法は第七十五條第二項を以て危急狀況に於ける權利を規定せり、即ち危急狀況に於て爲したる行爲はよし刑法上の罪なりしときと雖も其罪責を除却す可き旨を規定せり。蓋し危急狀況行爲を以て罪責なきものと爲すは異論なきところなりと雖も其罪責を除却せしむる理由に至りては或は此場合に於ては法律的秩序か廢棄せられたるに因るとなし、或は自身自己を保持する義務を有するに因るとなし或は行爲者は常に歸責無能力なれはなりと爲し、或は危急狀況行爲は權利を傷害するものなりと雖も法律を傷害するものにあらされはなりと爲し、或は刑法の目的は此合場に於ては消失すと爲し、或は小なる法物は大なる法物に優ることを得されはなりと爲し、異説百出殆んと際限あるを見す。「マイエル」曰ふ危急狀況の法律上の根據は各法物の相對的價値を有することにあり各法物は或は比較的に重大なる法物或は行爲者に近接する法物に優ることを得すとの條件の下に其價値を有するを以て自己の法物の爲め他人の法物にして自己の法物より劣等なるものを犧牲に供したる者は之を罰すること得すと以て危急狀況の法律上の根據如何を知るに足る可し。

危急狀況に付き研究す可き問題は二あり一は危急狀況の意義如何にして二は危

急狀行爲の範圍如何なり。

一は危急狀況の意義、二は危急狀さる危難に遇ひ自己若しくは親屬の身躰を防衛する必要ある場合を曰ふ。即ち自己若くは親屬の身躰に對し避く可からさる危險を生したる場合を曰ふ。然らは危急狀況の何たるやを知らんには(1)危險とは何そ(2)避く可からさる危險とは何そを論究せさる可からす。

(イ)危險　危險とは吾人の常用する語句にして其の意義も亦た極めて明確なる如しと雖とも精確に立言すれは極めて難解の語句なりと曰はさるを得す。蓋し危險とは傷害の發生及ひ傷害の不發生間に存する一種の狀態にして未た傷害を發生せさる狀態なるは固より一點の疑似なしと雖とも全然傷害を發生せしめ能はさる狀態にあらす。是を以て危險の觀念には如何なる程度に於て傷害を發生せしむる力を包含するやは學者間の問題たるなり。或は危險に客觀的危險と主觀的危險との區別あり。客觀的危險とは傷害の發生し得る可能性を曰ふ、主觀的危險とは傷害の發生する虞を曰ふと爲す者あり(ベルナウ)極めて適切なる見解と曰ふ可し。此種の見解に從へは危險とは主觀的及ひ客觀的の觀察に依りて傷害を生せしむ可き狀態ならさる可からす「リスト」曰く、危險とは個々の場合に於て動作の當時現存したる事情若くは否らすと雖とも行爲者の知了したる事情より公平に判斷して傷害の發生か可能にして且つ正當に之に配慮したる狀況を曰ふと、正當に之に配慮したる狀況とは所謂主觀的の危險にして可能の狀況とは所謂客觀的の危險に外ならす。

(ロ)避く可からさる危險　危險を避く可からさる場合とは危險に遇ひたる者か其際爲したる行爲以外に其狀況を脫離する手段を有せさりし場合を曰ふ。精確に避く可からすの語句を解釋せんには之を時、及ひ土地の二點より判定せさる可からす時の點より觀察して避く可からさる危險と云ふは現在の危險を曰ふなり。土地の點より觀察して避く可からさる危險と曰ふは直接の危險なり、然らは避く可からさる危險とは現在又は直接の危險を曰ふものと

解す可し。刑法は明文を以て其危險を生する原因を限定して天災又は意外の變と爲せり。蓋し天災とは人爲以外の事故を曰ひ、意外の變とは豫定せさりし人爲的事故を曰ふなる可しと雖も豫知せる人爲的事故に因りては多くの場合に於て危險を生せさるを以て危險を生する原因は寧ろ之を問はさるものと解して不可なきのみならす立法論としては之を限定せさることを可とす。

(ハ)自己若くは親屬の生命又は身躰に對する危險　生命又は身躰に對する危險とは身躰に對し傷害を生す可き狀況を曰ふ、即ち殺死傷害又は直接に自由を剝奪せらる可き狀況を曰ふ。而して親屬とは刑法第百十四條及ひ第百十五條の規定するところにして之れを概約すれは其の高祖父母、養高祖父母、曾祖父母、養曾祖父母、祖父母、養祖父母、父母、養父母、繼父母、嫡母及ひ子、庶子曾孫、外孫、玄孫及ひ此等の者の配偶者。其兄弟姉妹異父母兄弟姉妹及ひ此等の者の配偶者、此等の者の子、及ひ其配偶者。其父母、養父母、繼父母嫡母の兄弟、姉妹及ひ其配偶者及此等の者の子。配偶者の高祖父母、養高祖父母、曾祖父母、養曾祖父

母、祖父母、養祖父母、父母、繼父母、嫡母及ひ配偶者の兄弟姉妹、異父母兄弟姉妹及ひ此等の者の配偶者及ひ此等の者の子。配偶者の父母、養父母、繼父母、嫡母の兄弟姉妹なりとす。

要するに刑法は自己若くは親屬の生命身躰に對し避く可からさる危險を生したる場合のみを危急狀況と曰ふなり。獨逸刑法は第五十四條に於て規定して曰く「危急防衛の場合にあらすと雖も罪責なくして爾餘の方法に依り避く可からさる危急狀況に陷り行爲者若くは其親族の身躰又は生命に對する現在の危險を免かるる爲め行爲を爲したるときは可罰行爲は成立せす」と。即ち大躰に於て吾刑法の規定に同しと雖も其危險を自己若くは其親族に關する危險に限り、且つ單に生命、身躰のみに對する危險に限るは一般獨逸刑法學者の非難するところにして此非難は移して以て直に吾刑法に對する非難と爲すことを得。蓋し危急狀況に於て危急權を認むる以上は其危急を單に自己又は親屬に關する場合に限り又は生命身躰のみに對する場合に限る根據なきなり。刑法改正案は一般の法理に鑒み實際の必要を顧みて自己若く他人に對する生命身躰自

由又は財産に對する危險に因りても危急狀況權を行使し得へき旨を規定したり。同案第四十七條第一項に曰く「自己又は他人の生命、身躰、自由若くは財産に對する現在の危難を避くる爲め已むことを得さるに出てたる行爲」は云々と修正の可否は固より辯を俟たすして知ることを得へし。

刑法第七十五條第二項は絕對の規定にして一の除外例を認めす。然らは業務上生命及ひ身躰に對する危險を冒す可き特別義務を有する者も亦危急狀況に藉口して其罪責を除却せらる可きや、例之軍人の如き又は水夫の如き業務上特別義務を有する者にして一般の人民と同しく苟くも生命又は身躰の危險に際せんか直に危急狀況權を行使して罪を行ふことを得るものとせは其の國法か刑法以外に於て其業務の性質上特別の義務を負はしめたる實益は何の日にか克く之を收むるを得んや。故に此種の特別義務者に對し危急狀況權に關する規定を適用せさるは近時學者の異論なきところにして獨逸刑法第五十四條の如き刑法上此種の者は危急狀況權を有せさる旨を明定せすと雖も「リスト」、「フランク」、「オルスハウセン」、「マイエル」、「ベルチル」等は例へは軍事刑法、水夫規則等の特別法上權利義務を命したる規定の間接の效果として此例外を認むることに一致せり。予は吾刑法上の解釋としても尙ほ上述せる獨逸刑法の解釋を採用するも何等の不可なしと信し、吾刑法に於ても軍人等の如く特別法上特別義務を命したる者は當然第七十五條第二項の規定の適用を受けさる者と斷す。刑法改正案は此等の不完全なる立法を摸倣することを不快なりとし第四十七條第二項に於て前項の規定は業務上特別の義務ある者には之を適用せすと規定して法の眞意を明確に爲したり。

二　危急狀況行爲の範圍　刑法第七十五條第二項は危急狀況行爲の範圍を規定して曰く自己若くは親屬の身躰を防衞するに出てたる行爲は其罪を論せすと。即ち刑法の所謂危急狀況行爲の範圍は自己若くは親屬の身躰を防衞する爲めに行爲を爲したるや否やに依りて定まる可きものとす、換言すれは危急狀況行爲とは危急狀況を脫離する目的を以て爲したる凡ての行爲を曰ふなり。然らは

(イ)行爲の客躰か危險を生せしめたる者なると其他の無關係者なるとを論せす、

(ロ)行爲か重罪なると輕罪なると將た又違警罪なるとを論せす、
(ハ)行爲か公權を害すると私權を害するとを論せす(オルスハウセン第五十四條註六の一)、

苟くも其行爲を爲したる目的にして自己又は親屬をして危急狀況を脫離せしむることに在りしとすれは其行爲は凡て之を危急狀況行爲として其罪責を除却せらるものとす。夫れ然り是を以て刑法は危急狀況に付きては所謂法物の考量を爲すことなし、換言すれは危急狀況行爲に依りて傷害する法物は危險を感したる法物に比照し同等又は同等以上のものたることを得へきなり(フランク第五十四條註二)。

然れとも是れ果して好個の立法と曰ふことを得へきや「マイエル」は曰く若し危急狀況にして單に自己若くは親屬の身躰又は生命に對する危險なりとせは尙ほ可なり。若し法理の歸一するところに從ひ之を廣く自己若くは他人の生命、身躰、自由、財產等に開張すとせは危急狀況に於て傷害する法物は迫害せられたる法物に對し不權衡なるものなる可からすと。「ビイチング」の見解亦然り「ヘルシュテル」は比較上輕微の法物の傷害のみを許すこと妥當なる可しと雖も同等の法物或は比較上格外に重要ならさる法物の傷害を許すも亦不當ならさる可しと曰へり。然らは刑法か危急防衞に對し危險との比較上一定の制限を付せさるは其不備と曰ふ可きか或は曰く危急の際已むことを得すして危急狀況行爲を爲す何そ論者の所謂法物の考量を爲す餘裕あらんや。論者の言は人に難きを强ゆるものにして危急狀況に付き一個の權利を認めたるに拘はらす其權利の範圍を不明ならしめ權利を權利として平意に之を行使し能はさらしむるに過きすと、多少の眞理を含まさるにあらすと雖も思ふに國家か危急狀況權を認むるは事已むなきに出つる特例のみ。既に特例なりとすれは臣民は此特例より生する權利の全部を剝奪せらるるも固より其附與を强請する辭を有せす、若し此危急狀況權の基本たる性質の何たるを知らは多少其の權利の範圍曖昧なりとするも固より全部其權利を有せさると何れそや。飜て其傷害せらるる法物を有する者より觀察せよ自己に一點の過誤なきなり、自己に一點の責務なきなり只他人か危急に際したりと曰ふ一個外界の事實の爲め無限に其法物を

傷害せらるることありとすれは其不幸何そ必らすしも多言を要せんや。危急狀況行爲を爲す者も其情憐む可し、危急狀況行爲の爲め傷害せらるる者に至りては其情尙ほ更に憐む可きなり、然らは多少の制限を危急狀況行爲に付するも何の不可なきのみならす之を付せさるは權利を尊重する文明國の法制たるに適せさるものとす。若しそれ尙ほ行爲者の罪情を憐む可きものとせんか例之不權衡の場合に其刑を免除し又は減輕する法制を認むれは可なるにあらすや。予は上述の理由に據り危急狀況行爲に付きては法物の考量を爲す可きものと信す、故に此點に於ても亦刑法改正案の改正を歡迎せさることを得す。刑法改正案第四十七條に曰く「上略其行爲より生したる害其避けんとしたる害の程度を超えさるときに限り之を罰せす、但其程度を超えたるときと雖も情狀に因り其刑を減輕することを得」と。只危急狀況行爲其程度を超えたる場合に於て其刑を免除することを得る規定を置かさりしは予の妥當ならすと思料するところなり。

予は危急狀況に付きての說明を終はれり、然れとも他に尙ほ二三附隨の問題を殘留せり、今元則を適用して簡明に其斷定を示す可し。

二　危急狀況行爲の不當行使不當に危急狀況權を行使する場合に二個の區別あり。第一は危急狀況ならさる場合に於て罪を行ふたる場合、第二は危急狀況行爲其法定の範圍を超えたる場合に於て罪を行ふたる場合、第二は危急狀況第一の場合に於ては危急狀況ならさることを知りたるときは固より其罪責を歸すべきや論なし。危急狀況なりと誤信したるとき即ち所謂夢幻的危急狀況の場合と雖も過失罪に付きては常に其罪責を負擔せしめ、犯意を要する罪に付きては危急狀況の事實に付き錯誤なきときに限り其罪責を負擔せしむるものとす。要するに此場合に於ては刑法一般の元則に從ひ其罪責を定むべきなり。

第二の場合に於ても刑法の解釋としては第一場合と同しく一般の元則に從ひ其程度を超えたることを知りたると否とを區別して斷定を下たすべきなり、是れ第七十五條第二項は程度を超えたる場合に付き何等の特別規定をも設けされはなり。然れとも是れ只刑法の解釋論なり立法論としては予は各國

の現行成例に從ひ此場合に付き多少の特例を認めんことを切望す、蓋し人は感情の動物なり其權利として一行爲を爲すに際してや意氣大に昂ありて遂に其正當の範圍を超ゆるに至るは其通弊とす。危急狀況に付きても亦然り、危急狀況に在る者自己若くは親屬の生命身躰を防衞するに必要の行爲を爲すに際し遂に之に不必要なる行爲を爲すこと敢て少なからずして程度を超えたる行爲なることを知りて爲したる場合と雖も其情大に憐むべきものあり、故に近時各國の成例は特例を設け其範圍を超えたるときは其刑を減輕又は免除する旨を規定せり。刑法は所謂法物の考量の制を採らず苟くも危險を除去するに必要ならは凡ての行爲を爲すことを認めたるを以て此特例なしと雖も只之を學理的の法制と曰ふ能はさるのみ。實際上に於ては大なる困難なし。刑法改正案は上述の如く所謂法物の考量制を採用したるを以て此種の特例を設けされは單に學理上の非難を受くるのみならす又實際上の害弊を生す可きなり、故に同案は第四十七條但書に規定して曰く「但其程度を超えたるときと雖も情狀に因り其刑を減輕することを得」と、其刑を免除することを得るものとせさりし可否は既に上述したるところなりと信す。

二　危急狀況行爲の共犯　危急狀況行爲に共犯あり得へきや否やには極めて明白の問題たり。予は上述の如く危急狀況に於ては危急權を生するものとし危急權を以て違法除却即ち罪責除却の原因と爲せり。然らは危急狀況行爲は全然罪たらさるものなるを以て罪たらさる行爲に刑法上の共犯あるへき理由なきなり、故に曰く危急狀況行爲に罰すへき共犯なしと。此說を貫徹すれは刑法は自己若くは親屬に對し危險あるにあらすは危急狀況を生することなしと規定すと雖も共同實行者敎唆者又は幇助者として他人の危急狀況行爲に加功し得へく刑法か不當に自己及ひ親屬に對する危險に限定したる惡結果を救濟するを得へし。危急狀況行爲に共犯なしと爲すは上述の如く之を權利と爲す學說當然の結果にして「マイエル」「リスト」等は予と同一の斷案を下たせること勿論なりと雖も「オルスハウセン」「フランク」の如き危急狀況行爲と雖も民法に規定なきものは違法にして只其刑を除却せらるるのみと爲す者も亦種々の理由を付して危急狀況行爲には共犯なしと論したり（フランク第五十四註二）。予は此問

題に對する斷案より見るも「フランク」其他の一般學者か何か故に危急狀況行爲を特定の場合に於ては權利ならすと曰ふやを解するに苦しむ。

三　危急狀況行爲に對する危急權、危急狀況行爲は上述の如く一個の權利なり。然らは其行爲に因り他人を傷害する者は權利の行使にして決して不正に他人の權利を侵害するものにあらす、然らは危害狀況行爲に依り更に危急に際したる者は危急狀況權を有し、危急防衞權を有せす。危急狀況權を有する理由は第七十五條第二項の規定する危急狀況の條件を具備すれはなり、危急防衞權を有せさるは其受けたる傷害を不正の侵害と曰ふ能はす從ふて正當に防衞すと曰ふ能はされはなり、然れとも此見解は現時一般の通說に反することに注意すべし。「フランク」「オルスハウセン」の如きは上述の如く危急狀況行爲は特定の場合の外行爲者の權利にあらすと前提するを以て當然の結果として其特定の場合以外に於ては之に對し危急防衞權を生すべしと曰ふなり。「マイエル」の如き危急狀況行爲は行爲者の權利なりと論する者も其權利行爲は同時に他人の權利の侵害なりとの理由を以て危急狀況行爲に對しては危急防衞權を生すと斷定

せり。蓋し此危急狀況行爲に對し危急防衞權を認めさるは一見不利不當なる觀あるを以て「マイエル」の如きは故らに自己の信する元則に例外を認め「オルスハウセン」「フランク」の如きは危急狀況行爲を特定の場合以外に於ては違法なりと曰ふにあらさるか。予は危急狀況行爲を爲す者も自己に何等直接の責務なし、然らは其行爲は人の行爲と曰はんよりは寧ろ一種の事變と曰ふへく之に迫害せらるる第二の危急權者は事變の爲め迫害せられたる場合と同しく只危急狀況權を行使するに甘んせさるへからすと思意するを以て斷乎として通說に反し危急狀況行爲に對しては危急防衞權なしと斷定し斷定を信するを以て危急狀況行爲を一個の權利と見て而かも「マイエル」等の如く不當に其例外を認むる煩なきなり。

四　天皇、三后、皇太子、皇族及ひ自己の祖父母、父母に對する危急狀況權、天皇、三皇、皇太子、皇族に對し危害を加へんとする者若くは不敬の所爲ある者は第百十六條乃至第百十九條に於て常人に對し同一行爲を爲したる者より重き刑を科したりと雖も危急狀況權は之を刑法總則に規定するを以て當然此等の

高貴に對しても行使し得るものと云はさるを得す、祖父母父母に對しても亦同し(第三百六十二條乃至第三百六十四條)。

第二、危急防衛

危急防衛は被攻擊者の權利なり、危急の際攻擊を受けたる權利を自衞する一の權利なり。或は危急防衛の法律上の根據を說明して(1)、攻擊者は其攻擊に依り自己を無權利と爲すに出つと曰ひ(2)、又攻擊に依り法律秩序自躰消失するに出つと曰ひ(3)、被攻擊者は此場合に於て歸責無能力たるに出つと曰ひ(4)、被攻擊者は危急狀況に立つ者なるに出つと曰ふと雖も皆完備せる見解とは曰ふ可からす。

危急防衛の性質にして若し攻擊を受けたる權利を自衞する權利なりとせは立法論上被攻擊者の行爲の範圍を限定す可からさるや固より論なし。攻擊を受けたる權利の防衞に必要ならは攻擊者を殺傷し得へきは勿論或は之れを監禁し制縛し或は之を侮辱し誹毀し或は其財產權を傷害し得へきものとす、即ち危急防衞に關する規定は刑法の總則に屬す可き性質を有し廣く生命權、身躰權、自由、名譽權、財產權等直接私權を傷害する行爲に對しては勿論直接公權を傷害する行爲に對しても之を適用す可きなり。各國の近時の成例は多く此制を採用すと雖も吾刑法は之を單に殺傷に關する不論罪の事由と認めたり(刑法第三編第一章第三節參照)。其可否は爾來刑法學者の一齊に辯論するところにして今爰に之を詳說する價値なしと信す、刑法改正案は近時の法理を採用し第一編總則第三章犯罪不成立及ひ刑の減免中に之を犯罪の不成立の事由として規定せり。

一、危急防衞の意義　吾刑法の認めたる危急防衞に四種あり一、は第三百十四條に規定するもの二、は第三百十五條第一號に規定するもの三、は同條第二號に規定するもの四、は同條第三號に規定するもの是なり。

(1)刑法第三百十四條の危急防衞、刑法第三百十四條に曰く「身躰を正當に防衞し已むことを得さるに出て暴行人を殺傷したる者は自己の爲めにし他人の爲めにするを分たす其罪を論せす但不正の所爲に因り自ら暴行を招きたる者は此限に在らす」と然らは刑法の所謂危急防衞の狀況を生するには(イ)攻擊を受くること、(ロ)不正の攻擊を受くること、(ハ)罪責なきこと及ひ(ニ)已むことを得さることを要す。

(イ)攻撃を受くること、攻撃とは約言すれは傷害又は危害を生ぜしむる方法を汎稱するものにして攻撃を受くることは一人か其法物を傷害せられ又は危殆にせられんとする地位にあることを曰ふなり。然れとも危急防衛の狀況を構成す可き攻撃は斯くの如く廣義を有するものにあらすして刑法は明文を以て極めて狹隘に之を限定せり。刑法の制限を擧くれは、

(a)身躰又は生命に對する攻撃なること、身躰又は生命に對する攻撃とは例之殺死傷害、自由剝奪、遺棄、拐取等の行爲を曰ふ。刑法は第三百十四條に於て攻撃を身躰又は生命に對する行爲に限定すと雖も名譽又は公權に對する攻撃は何か故に之を防衛することを得さるや之を故らに區別する理由なし。近時の成例は凡ての權利に對する攻撃を危急防衛の目的と爲す如し。刑法改正案第四十五條に曰く自己又は他人の權利を防衛する爲め云々と是れ此法制を採用したるに外ならす。

(b)自己又は他人に對する攻撃なること、刑法は啻に身躰又は生命に對する攻撃のみを防衛し得るものと規定すと雖も攻撃せらるる身躰權又は

は生命權か自己に屬するものなると又は他人に屬するものなるとを問はず他人の身躰權又は生命權を防衛する場合は學者の所謂危急救助と曰ふものにして他人とは廣く自己以外の自然人及ひ法人を指稱すと雖も、刑法は他人の危急救助を爲し得へき法物は單に生命權又は身躰權の みなりと爲すを以て身躰又は生命權を有せさる法人の如きは事實上危急救助の場合を生することなきなり。

(ロ)違法の攻撃を受くること、違法の攻撃とは罪責除却事由の存せさる犯罪（）に依る攻撃を曰ふものにして刑法か第三百十四條に於て正當に防衛しと曰ふは此謂に外ならす。予は「マイヤー」等の見解を採り違法の攻撃を解して罪責除却事由の存せさる犯罪に依る攻撃なりとす、故に歸責無能力者の攻撃又は獸類の攻撃に對しては危急狀況權を生すと雖も、危急防衛權を生せすと斷定すと雖も、近時多くの學者例之「リスト」「フランク」「オルスハウセン」等は違法の攻撃とは所謂違法の攻撃にして敢て罪たることを要せすと解するを以て、其前提の當然の結果として歸責無能力者の攻撃又は獸類の攻

撃に對しても危急防衛權を生ず可しと曰へり。刑法の明文漠としてその何れの見解を採らざる可らざるやを明示せず從ふて學者は自由に其前提を撰擇する餘地を有す。余は一方に於て罪たらさる違法の攻撃に對しても危急防衛權を生し如何なる行爲を爲すも罪責なしと爲すを妥當ならすとし、一方に於て禽獸の攻撃に對する危急防衛權を生ずることの滑稽なるを思ひ、一般學者の通說を排斥して「マイエル」等の見解を採用せしなり。

(八)罪責なきこと　刑法第三百十四條但書に曰ふ「但不正の所爲に因り自ら暴行を招きたる者は此限にあらす」と、是等危急防衛の狀況を生するには其狀況に在る者に罪責なきことを要する旨を明確に爲したるものとす。罪即ち所謂不正行爲とは犯意に因る罪又は過失に因る罪を包含するものにして犯意に因る罪又は過失に因る罪を行ふに依り他人をして違法の攻撃を加ふるに至らしめたる者は如何なる場合と雖も危急防衛權(危急救助權を含む)を有することなきなり。然れとも立法上より之を論すれは罪責ある場合に於ては危急防衛權は全然成立することなしと爲すは果して當を得たるものなりや否やを疑はさるを得す。夫れ違法の攻撃は違法の攻撃なりよし其攻撃を受くるに至りたる原因は自己の違法不正の行爲なりしとするも違法の攻撃は依然として違法の攻撃なり。今違法の攻撃に對し危急防衛權を認むとすれは其攻撃は自己の違法不正の行爲に原因せしものなると然らさるとを區別するを必要なし。獨逸刑法は危急防衛權に付きては罪責なきことを其要件と爲さすと雖も危急狀況權に付きては明文上無罪責なることを要求せり。而して急危狀況權に付きて此條件を要求することの不可なるは既に已に一般獨逸學者の斷定せるところ況んや吾刑法の如く危急狀況權に付きては此要件を必要とせすして危急防衛權に付き此要件を必要とする如き法制に於てをや、その立法上不可なるは多言を要せさるなり。刑法改正案は(第四十六條)全然此種の要件を不要なりとし急迫不正の侵害に至りたる原因の何たるやを區別せす凡て危急防衛權の行使を許すことと爲したり。

(二)已むことを得さること、已むことを得すとは危急防衛行爲を行ふ以外に

此狀況を離脫する方法を有せさる場合を曰ふものにして、夫の危急狀況に於ける所謂避く可からすと曰ふに應當し、且つ殆んと同一の意義を有する如し、乃ち危急狀況に付き說明したる如く此場合の攻擊は現在にして且つ直接ならさる可からす。

(2)刑法第三百十五條第一號に規定する危急防衞、刑法第三百十五條第一號に曰ふ財產に對し放火其他暴行を爲す者を防止せんとし已むことを得さるに出て人を殺傷したる者は其罪を論せすと。即ち財產に對する危急防衞權を認めたるものに外ならす。

財產に對する危急防衞の成立するには(イ)、自己又は他人の財產に對し攻擊を受くること及ひ(ハ)、已むことを得さることを必要とす。

(イ)自己又は他人の財產に對し攻擊なること、財產に對する攻擊には危急救助權を生す可きや否やは明文上之を明示せすと雖も其規定の全旨趣より推理するときは危急救助を爲し得すと爲す可き根據あるを見す、即ち危急防衞を行ふ場合に於ては其攻擊の何たるやは第三百十四條に規定する強盜、事後強盜、昏醉強盜、人質強盜、加重逃走、加重收賄、加重枉法收賄、放火其他の暴行」と曰ふと雖も其法意は違法の攻擊を曰ふに在ること固より疑似の餘地なし。

(ロ)違法の攻擊なること、違法の攻擊なるときにして罪責除却事由の存せさる罪を曰ふなり。然れとも財產に對して行ひ得へき罪は竊取、奪取、騙取等の所持の剝奪、物の毀損又は傷害(水火に依る毀損傷害をも含む)等に過きさるを以て刑法は「放火其他の暴行」と曰ふと雖も其法意は違法の攻擊を曰ふに在ること固より疑似の餘地なし。

(ハ)已むことを得さること、此要件は第百十五條に付き說明したるところにして要するに危急防衞行爲を行ふ外此種の狀況を離脫することを得さる場合を曰ふものとす。

(3)刑法第三百十五條第二號に規定する危急防衞、刑法第三百十五條第二號に規定して曰く「盜犯を防止し又は盜贓を取還せんとし已むことを得さるに出て人を殺傷したる者は其罪を論せす」と即ち此種の危急防衞の成立するには(1)盜犯を防止せんとすること又は盜贓を取還せんとすること(2)已むことを

得さることを必要とす。盜犯とは單に强盜、竊盜のみを指稱して盜贓とは單に强盜、竊盜に依り取得せる贓物を指稱す。蓋し盜犯の行はるるとき又は盜贓の奪取せられたるときは即ち現在違法の攻擊を受くるときにして、此場合に於て已むことを得すして危急防衞行爲を爲したる者は其罪を論せらるゝことなきなり。

(4)刑法第三百十五條第三號に規定する危急防衞、刑法第三百十五條第三號に規定して曰く「夜間故なく人の住居したる邸宅に入り若くは門戸墻壁を踰越、損壞する者を防止せんとし已むことを得すして人を殺傷したる者は其罪を論せす」と。即ち此種の危急防衞は(1)、夜間人の住居したる邸宅に入る者あること又は夜間門戸墻壁を踰越〔損壞〕する者あること(2)、違法の侵入又は踰越、損壞なること(3)、已むことを得さることを必要とす。而して此等の要件の何たるやは上來の說明を參酌して自ら知悉し得へしと信す。

斯くの如く刑法は煩鎖なる規定を設け危急防衞權を生す可き場合を定むと雖も要するに其危急防衞權を生す可き攻擊を自己又は他人の生命權又は身躰權(第三百十五條第一號及び第二號)及ひ家宅保安權(第三百十五條第二號)に對するものに限定したるのみならす其用語も亦法律的明確を缺く如し到底不當の立法たるを免かれす。刑法改正案は廣く輓近の成例と學說とを參酌し第四十七條に於て規定して曰く「急迫不正の侵害に對し自己又は他人の權利を防衞する爲め已むことを得さるに出てたる行爲は云々」と。即ち危急防衞權は(1)、自己又は他人の法物に對し攻擊を受くること(2)、不正の攻擊なること(3)、急迫の攻擊にして已むことを得さることの要件を具備する場合に於て生するものと爲したり。即ち危急防衞權を生す可き場合を一層開張し此等の場合に共通する一般の要件を規定したるものとす。

二―危急防衞權の範圍、刑法第三百十四條に曰く「暴行人を殺傷したる者は其罪を論せす」と第三百十五條に曰く「人を殺傷したる者は其罪を論せす」と曰ふ。單に人を殺傷したる者はと曰ふときは單に攻擊者のみならす第三者をも包含す可しと雖も刑法の主義は第三百十五條の場合に於ても暴行者盜者踰越者、損壞者等のみを意味する者と解せさる可からす。然らは刑法の承認する危急防衞

行爲の範圍は單に攻擊者の生命を絕ち又は身躰を傷害することにして。

(1)攻擊者以外の者に對する行爲は之を危急防衞行爲と爲さす此點に於ては單に危急狀況行爲の範圍に比照し其權衡を失するのみならす國法上危急防衞權を認むる趣旨を貫徹せす。

(2)自由剝奪、名譽毀損、財產の毀損又は傷害等の行爲は暴行者に對しても之を爲すことを得す。予は何か故に殺傷のみを許し此種の行爲を禁したるやを解するに苦しむ。

(3)公權に關する行爲に付ては危急防衞の際之を爲したるときと雖も罪責を除却せらるゝことなし、是れ亦危急防衞行爲の範圍に比照し其權衡を得さるのみならす危急防衞權を認めたる趣旨を貫徹し能はさるものなり。

刑法改正案第四十七條は已むとを得さるに出てたる行爲は之れを罰せすと規定す。即ち上述せる刑法の缺點を修正し苟くも危急防衞權を生したりとするも即ち公權に關する罪なると私權に關する罪なるは如何なる罪を行ひしとするも公權に關する罪なると、攻擊者の權利に對すると、第三者の權利に對すると、身躰權、生命權に對すると名譽權、自由、財產權に對するとを區別せす全然其行爲の罪責を除却するものと爲す。是れ獨逸刑法其他進步せる晩近の刑法の皆採用したる主義に外ならす。

危急防衞の說明を了はるに臨み尙ほ二三附隨の問題を攻究せさる可からす(1)、危急防衞は同時に危急狀況なりや(2)、危急防衞行爲の不當行使(3)、天皇、三后、皇太子、皇族に危急防衞權を生す可きや及ひ祖父母、父母に對する危急防衞權を生す可きや是なり。

一、危急防衞は同時に危急狀況なりや換言すれは危急防衞權を有する者は同時に危急狀況權を有するや、二者は其要件を異にする別種の危急權なり、故に危急防衞權を有する者は同時に危急狀況權を有すとは速斷す可からす。然れとも若し同時に此二樣の危急權の要件を具備する者ありとせんか二者共に權利にして當然その何れの權利を行使す可きやの選擇權を有す可きなり。

二、危急防衞權の不當行使、危急防衞權の不當行使とは危急狀況權の不當行使と

同しく之を危急防衛權なき場合に危急防衛行爲を爲したる場合及ひ危急防衛行爲其程度を超過したる場合に區別して論せさる可からす。第一の場合に於ては危急狀況に說明せる如く一般の理論に因り斷定す可きものなるを以て今爰に之を論せす。第二の場合に於ては刑法第三百十六條の規定を適用せさる可からす。刑法第三百十六條の規定は一般宥恕減輕の事由に關するものにして罪責除却事由にあらさるを以て其說明は之を刑罰論に讓る。

三、天皇、三后、皇太子、皇族若くは祖父母、父母に對し危急防衛權を生す

皇太子、皇族若くは祖父母、父母に對しては如何なる場合と雖も危急防衛權を生せす。然とも其危急防衛權を生せさる理由に至りては二者大に其趣きを異にす。刑法第三百六十五條に曰ふ祖父母、父母に對したる殺傷の罪は特別の宥恕及不論罪の例を用ふるとを得す、而して危急防衛權の行使に因る罪責除却は所謂刑法の殺傷に關する不論罪の場合に該當するを以て祖父母、父母に對しては事實上危急防衛權を行使したる場合なりとするも其罪責を除却せらるゝとなし、即ち此場合の危急防衛行爲は其權利に非さるなり、故に祖父母、父母に對しては危急防衛權を生せさるなり。刑法は常人の生命身躰に對する罪と天皇、三后、皇太子、皇族の生命身躰に對する罪とを別個に規定し、其天皇、三后、皇太子、皇族の生命身躰に對する罪即ち危害を加へ又は加へんとする罪に就きては第三百十四條第三百十五條の如き規定なく、第三百十四條、第三百十五條は單に常人の殺傷に關する不論罪の事由を規定せるに過きす、乃ち天皇、三后、皇太子、皇族に對しては危急防衛權を生することなしと曰はさるへからさるかしと雖も恐くは刑法の眞意に背馳する觀念なるへし。

第三項　補論

罪責除却事由の說明を終はるに臨み尙補論として傷害の同意の刑法上の效力如何及ひ自己の法物に對する傷害の刑法上の效力如何を攻究せさる可からす。「リスト」の如きは法物の所屬者其法物の傷害に同意したること及ひ法物所屬者自躰其法物を傷害したる特定の場合に限り違法除却事由即ち犯罪不成立の事由と爲し、「ベルチル」の如きは人が自ら其權利を廢棄し得る場合及ひ人か權利の廢棄を他人に許與し得る場合は之を權利者の意思に依る權利の廢棄の場合と爲し、此場合

に於ては罪の物躰は其能力を缺如するものと說明せりと雖も「マイエル」の如きは行爲者自躰に對する行爲及び被害者の承諾は眞正の罪責除却事由にあらすと明言し。「オルスハウセン」の如きは法物の唯一の所屬者自躰の傷害及び他人の法物に之を解すれは全然法規に牴觸せさるを以て之を違法ならすと爲す可きなり。故に其罪責なきこと及び其の刑を科せられさることは特殊の明文を竢ちて後然るにあらすと曰へり。蓋し刑法に於ては罪は原則として他人の法物に對するもの唯一の所屬者の同意を得て爲したる傷害は只外觀上法規に觸るる如きも精確のとし常に人を殺し「人を毆打創傷し人を殺傷し、人の住居したる邸宅又は人の看守したる建造物に入り、人を逮捕し人を監禁し、人を死に致し、人を死傷に致し、人を脅迫し、人の所有物を窃取し、人を誣告し、人を誹毀し等の語句を用ひて他人の法物に對することを各本條に規定する罪の罪態と爲せり。然らは法物の所屬者自躰か此等の罪を行ひたるときは是れ罪の全然成立せさる場合にして罪責除却の場合にあらす。既に所屬者自躰此等の罪を行ふときに於て其罪成立せすとせは此等の罪を行ふことをも得へきなり、乃ち同意及ひ法物の所

屬者自躰に對する行爲の刑法上の效力如何の問題は各本條の罪態に關する問題にして罪責除却に關する問題にあらす。乃ち予は「マイエル」「オルスハウセン」等の見解に從ひ此等の問題は全然之を刑法各論に於ける研究に讓るとを可なりとせり。

第二章　科刑

刑の意義及ひ其性質は已に緒論に於て之を說明せり。故に予は科刑篇を說明するに當り之を三節に區分し第一節に科刑の主躰の何たるやを、第二節に科刑の客躰の何たるやを第三節に科刑の作用の何たるやを說かんとす。然れとも吾刑法は各國現行の成例に模倣し刑法典中に多少の刑の執行に關する大則を揭出す。故に予は純理上刑の執行に關する規定は全部之を刑事訴訟法若くは獨立の一法典中に規定す可きものと信すと雖も、別に一節を附置し餘論と題して專ら刑の執行に關する規定にして刑法典中に存するものを論述せんとす。

第一節　刑科の主躰

科刑の主躰は即ち科刑者にして所謂科刑權を有する者に外ならす。刑は緒論に於て說明したる如く懲戒罰にあらす民事上の制裁にあらす、秩序罰にあらす、又は執行罰にあらすして科刑權は少なくとも現時に於ては專ら國家社會の主權者に歸屬す。然らは予か爰に科刑の主躰と曰ふもの實に國家の主權者を曰ふに外ならす。

然れとも國家万般の政務は一に國家の主權者の一身に歸屬するを以て主權者は國家統治の實際に於ては多種多樣の機關を設けて各政務を分掌せしむ。科刑事務即ち刑事司法事務に付きても亦然り。主權者は科刑權の唯一絶對の主躰なりと雖も國家統治の實際に於ては其全部の事務を擧けて刑事裁判所なる一統治機關に一任せり。

然らは科刑の主躰は何なりやの問題には二樣の解釋を與ふることを得即ち(1)法理上より論すれは科刑の主躰は只國家の主權者のみなりとす、(2)實際上より論すれは科刑の主躰は國家の統治機關たる裁判所なりとす。而して裁判所の構成如何は裁判所構成法の規定するところなりと雖も今之を詳悉せす。

第二節　科刑の客躰

科刑の客躰とは刑を科せらるゝ者を曰ふ。然れとも罪なくは即ち刑なし故に科刑の客躰とは特別の規定例之酒造稅法第三十二條其他ある場合を除く外同時に罪を犯したる者なり、而して罪を犯したる者とは即ち犯罪の客躰に對し一定の罪を行ふたる犯罪主躰にして罪責除却事由を有せざる者なり、罪責の除却事由を有

せさる者の何たるやは實に刑法犯罪篇に於て攻究す可き問題にして予は前章に於て之を詳悉したりと信す。

第三節　科刑の作用

科刑の主躰及ひ科刑の客躰間に生ずる關係は之を科刑の作用と曰ふ。科刑の作用とは斯くの如く科刑の主躰か科刑の客躰に對し刑なる惡報を蒙らしむる關係即ち作用を曰ふものなるを以て其意義を明確にせんには刑自躰に關する法制と刑の裁量に關する法制とを詳述せさる可からす、故に予は本節を二款に區分し第一に刑制を說き第二に刑の裁量制を說かんとす。

第一款　刑制

第一項　總論

刑とは犯罪者に科する苦痛を曰ふ、故に苟くも犯罪者に苦痛を感せしむる方法なるに拘はらす、立法論としては條理に背戻せさる方法をのみ採用することを可とす。今立法論として犯罪者には如何なる苦痛を科することを可とす可きやを略述せんとす。

(一)、科刑の客躰以外の者を痛苦せしめて以て間接に科刑の客躰を痛苦せしむる方法、例之古代各國に於て採用せられたる緣坐の制の如し。此方法は一方には科刑の客躰を痛苦せしむ效果ある可しと雖も亦一方には無辜を痛苦せしむる弊を生ず、其條理に反するは固より言を待たす。故に近時進步せる刑法は全然此種の方法を刑として採用することなし、或は財產刑は累を一般家族に及ほすものにして稍や上述の方法に近邇する嫌ありと曰ふ者あり家族中の一人其財產を減少する結果或は擧家窮境に立つことなきにしもあらさる可しと雖も是れ其間接の結果のみ、財產刑か直接科刑の客躰の全家族を痛苦せしむるものとは曰ふ可からす。

(二)、直接科刑の客躰を痛苦せしむる方法、此方法は直接犯罪者を痛苦せしむるものにして精確に觀察すれは更に之を數多の方法に區分することを得。

(イ)科刑の客躰の生命を毀損する方法即ち生命刑、生命刑は科刑の客躰に對する至極の痛苦なりと雖も其原理に適合するや否やに就きては種々の異論あり。蓋し生命を毀損するにも種々の手段あり、梟磔等の如き手段に依り生命を毀損するは進歩せる法理上容認す可からさること固より論なしと雖も現時多數の刑法の如く單に絞又は斬等の手段に依る生命刑も又條理に反すと極論する者あり。此の意義に於ける死刑廢止論も亦多少の根據を有せさるにあらす、然れとも死刑廢止論は國際問題にあらす國家問題なり、即ち一國の現時の狀勢に鑒みて其可否を斷す可きものなり。予は爰に死刑廢止論及ひ死刑存置論の大要をも掲出する餘暇を有せすと雖も要するに少なくとも吾現時の狀況に於ては死刑を存置する必要ありと斷信す。

(ロ)科刑の客躰の身躰を毀損する方法即ち所謂身躰刑、身躰刑も亦古來頻繁に行はれたる刑種なりと雖も近時に至りては科刑の客躰の身躰に永久消す可からさる痕跡を殘留せしむること及ひ慘酷に過くること等の點より一般に條理に反するものと思斷せられ漸次之を廢止して今や開明諸國の刑法に於ては全然其痕跡をも見すと斷言することを得へし。然れとも生命刑も亦身躰刑の一種なり少なりとも身躰刑と其性質を同しくするものなり、而して身躰刑は條理に反すとして全然之を廢止し生命刑亦之を條理に反すとするに拘はらす尙ほ之を存置するは畢竟理論を以て解す可からさる現象にして專ら便宜に根據すと曰はさるを得す。

(ハ)科刑の客躰の自由を剝奪する方法則ち自由刑、人は種々の自由を有す人の有する凡ての自由を剝奪するは不能に屬すと雖も其一部の剝奪即ち制限を爲すを以て重大の痛苦を感せしむ可きものとす。現時一般に採用せらるゝ自由刑とは主として居住の自由等の剝奪にして換言すれは人の自由の一部の剝奪即ち制限なり、自由刑は比較的近時の發達に係かると雖も其性質上慘虐ならす且つ分割し得る等種々の長所を有するを以て夙に一般法理に是認せられ突嗟に各國の刑法に採用せられて現時に至りては自由刑は刑中の主要なるものと爲り且つ最も頻繁なる適用を有するものと爲りたり。

(ニ)科刑の客躰の名譽を毀損する方法即ち名譽刑又は能力刑　名譽は人の最も

重んずるもの若し之を毀損せられたる者の痛苦は果して如何ぞや。名譽を毀損するは科刑の客躰に痛苦を感せしむると共に條理にも反せさるものなり、此種の刑は古來より行はれさりしにあらすと雖も生命刑又は身躰刑の盛に行はれたる結果名譽刑を科したるは少なくとも稀有の場合に過ぎさりしなり。

(ホ)科刑の客躰の財產を毀損する方法即ち財產刑　財產刑は古來行はれたる刑にして條理上之を非難す可きなし、故に現時各國の成例は自由刑及ひ財產刑を以て事實上主要なる刑種と爲し刑法中自由刑又は財產刑若くは自由刑及ひ財產刑を科したる罪其大半を占むる如し。

第二項　現行刑法の刑制

現行刑法の認むる刑は第七條乃至第十條に於て之を定む今之を種々の觀察點より彙類して刑制の大要を說明せんとす。

第一目的物に依る區別

一、生命刑　現行法は生命を毀損する刑を認め之を死刑と稱す(第七條第一號)。

二、自由刑　現行法は自由を剝奪する刑を認め之を(第七條第二號)左の十種とす。

(イ)徒刑(第七條及び第三號)　徒刑に有期及ひ無期の區別あり、有期徒刑とは一定の期間其自由を剝奪するものにして其期間は十二年以上五十年以下と爲す共に定役を科し男子は之を島地に發遣し女子は之を內地の懲役場へ拘置す(第十七條第二項)。

(ロ)流刑(第七條及び第四號)　流刑にも亦有期及ひ無期の區別あり、有期流刑に付きては其期間は十二年以下と爲す共に島地に發遣せらると雖も定役に服せす(第二十一項)。

(ハ)重懲役(第七條第六號)　重懲役の期間は九年以上十一年以下と爲し懲役場に拘置し定役を科す(第二十一項前段)。

(ニ)輕懲役(第七條第七號)　輕懲役の期間は六年以上八年以下と爲し懲役場に拘置し定役を科す(第二十二條後段)。

(ホ)重禁獄(第七條第八號)　重禁獄の期間は九年以上十一年以下と爲し內地の獄に拘置し定役を科せす(第二十三條前段)。

(ヘ)輕禁獄(第七條第九號)　輕禁獄の期間は六年以上八年以下と爲し內地の獄に拘置し定

役を科せす（第二十三條後段）。

(ト) 重禁錮（第八條一號）

(チ) 輕禁錮（第八條二號）

前揭重禁錮及ひ輕禁錮の期間は共に十二日以上五年以下と爲し尙ほ刑法各本條に於て立法者は此期間内に於て特別の期間を定めたり、共に禁錮場に拘置し重禁錮は定役を科し輕禁錮は定役を科せす（第二十四項）。

(リ) 拘留（第九條一號）拘留の期間は一日以上十日以下と爲し尙ほ刑法各本條に於て立法者は此期間内に於て特別の期間を定めたり拘留は拘留場に於て之を執行せしめ定役を科せす（第二十八條）。

(ヌ) 監視（第十條四號）監視の何たるやは之を刑法附則第二十一條に規定す、同條に依れは監視とは科刑の客躰か主刑の執行を終はりたる後仍ほ其將來を檢束する爲め警察官吏をして其行狀を監視せしむるものなり、而して監視の効果は同附則第二十七條及ひ第二十八條の規定するところにして第一被監視人に一定の義務。即ち

(1) 毎月二度所轄の警察署に到り其謹愼なることを表し監視票を出だし官吏の認印を受け若し疾病又は已むことを得さる事故ありて警察署に到ること能はさるときは其事由を屈出つ可き義務。

(2) 酒宴遊興の席に會し又は群集の場所に參會せさる義務。

(3) 事故ありて其住居を移轉せんとするときは警察署に申請し其許可を受く可き義務。

(4) 擅に他の地方に旅行せず若し已むことを得さる事故あるときは其事由を警察署に具申し許可を受く可き義務。

を負はしめ警察官吏に一定の權利即ち監視の期間内時宜に因り被監視人の家宅に臨檢する權利を附與するものとす。監視の期間は(1)或は刑法各本條に明定せる期間内に於て判事か特に之を定むる場合あり（第三十八條）(2)或は各本刑の短期三分の一に當たる期間なることあり（第三十七條）(3)或は五年間なることあり（第三十九條）。

三、名譽刑　名譽を毀損する刑は現行刑法上之を剝奪公權（第十條一號）及ひ停止公權（第十

條第二號）と稱す。所謂公權の何たるやは第三十一條に於て之を定む。即ち

第一　國民の特權、
第二　官吏と爲る權、
第三　勳章年金位記貴號恩給を有する權、
第四　外國の勳章を佩用する權、
第五　兵籍に入る權、
第六　裁判所に於て證人と爲る權、但し單に事實を陳述するは此限に在らず、
第七　後見人と爲る權、但親屬の許可を得て子孫の爲めにするときは此限に在らず、

第八　分散者の管財人と爲り又は會社及び共有財産を管理する權、
第九　學校長及び教師學監と爲る權、
にして剝奪公權とは終身前揭の公權を行ふことを停止し、且つ若し其當時官職を有したるものを曰ふ（第三十條）。

とは主刑の期間内前揭の公權を行ふことを停止し、且つ若し其當時官職を有したる者ならは同時に其官職をも失はしむるものを曰ふ（第三十條）。

（イ）罰金（第八條第三號及び第十條第五號）　罰金には後述の如く主刑たる罰金及び附加刑たる罰金の區別ありて稍や其躰樣を異にす。第一種の罰金の金額は二圓以上と定むと雖も刑法各本條に於て其金額を降下せさる範圍内に於て或は其多額を又は其寡額を若くは其多額及び寡額を規定せること勘なからす（第二十六條）。第二種の罰の金額には別に法定の範圍を規定せすして常に之を刑法の各本條に於て定むるものとす。

（ロ）科料（第九條第二號）　科料の金額は五錢以上一圓九十五錢以下と爲すと雖も其金額の範圍内に於て立法者は刑法各本條に於て特別の多額寡額を定めたり（第十一條）。

（ハ）沒收（第十條第六號）　沒收は單に刑法總則のみならす刑法各本條又は刑法以外の法律にも之を規定すと雖も單に刑法總則に規定したるもののみに付きて論すれは之を三種に區別することを得。

（一）法律に於て禁制したる物件の沒收（第四十三條第一號）　法律に於て禁制したる物件の何なりやは法律上直接に之を明定することなしと雖も思ふに法律に於て所

四、財産刑　現行刑法上財産を毀損する刑は概ね三種あり。

有又は所持を禁したる物件、例之阿片煙及ひ阿片煙吸食の器具を曰ふ意なる可し（刑法改正案第二十五條第一項參照）。學者或は之を以て法律に其所有又は所持を禁したる物件のみならす又製造、輸入、販賣等を禁したる物件をも包含すと曰ふ者あり。而して大審院も爾來此見解を採用する如し刑法の明文漠然たるを以て敢て斯くの如き解釋を爲し難しとせすと雖も、法律上所有又は所持を禁せすして輸入、製造又は販賣のみを禁したる物件例之健康を害す可き飲食物及ひ藥劑又は僞造に係かる貨幣印顆及ひ文書、猥褻の圖畫、冊子等の如きは禁制物として常に之を沒收すること理に於て然かる可からさるを以て上述の見解を採用することを妥當なりとせり。

法律に於て禁制したる物件は何人の所有を問はす之を沒收す（第四十四條前段）。何人の所有たるを問はすして沒收するを以て此種の沒收には刑の性質を有するもの及ひ否らさるものゝ區別あり。

(a)刑の性質を有する沒收　此種の沒收は科刑の客躰か事實上所持したる禁制物を沒收する手續を曰ふ。

(d)刑の性質を有せさる沒收　此種の沒收は科刑の客躰以外の者が事實上所持したる禁制物を沒收する手續を曰ふ、蓋し刑は其本質上必らす一種の痛苦ならさる可からさるに拘はらす科刑の客躰以外の者の所有又は所持したる禁制物の沒收は科刑の客躰に對し何等の痛苦をも與ふる能はす從つて之を刑と曰ふに躊躇せさることを得されはなり。

刑法の解釋上沒收に付き此二樣の區別なかる可からさるに拘はらす、刑法は此種の沒收を一樣に一の刑なりと規定せり。刑法改正案も亦概ね然り、然れとも科刑の客躰以外の者の所有又は所持したる禁制物の沒收を刑なりと曰ふことの不當なるは論を待たさるところ予は立法論としては科刑の客躰の所有又は所持したる禁制物の沒收のみを刑と爲し否らさる禁制物の沒收は一に之を行政處分に委せんことを可なりと信す。

(二)犯罪の用に供したる物件及ひ犯罪に因て得たる物件。犯罪の用に供したる物件とは學者の所謂供用物と稱するものにして、直接犯行の手段として使用したる物件例之殺人の用に供したる刀劍若くは銃器等を曰ふ。犯罪に因て

得たる物件とは學者の所謂因得物と稱するものにして犯行の直接の結果として所持する物件例之僞造貨幣の行使に因り買取たる物品等を曰ふ。此種物件の沒收は「供したる」及び「得たる」等の語句か指示する如く犯意に依る罪のみに付き生す可きものにして重輕罪と雖も過失に出てたる犯行なりしときは之を爲すことを得す。違警罪と雖も犯意に依る犯行なりしときは之を爲すことを得へきなり。而して第四十四條後段によれは此種の物件は犯罪人の所有に係り又は所有主なきときの外之を沒收することを得すと規定す、即ち此種の物件は何人の所有したるときと雖も之を沒收することなく只科刑の客躰の所有物件なるとき又は無主の物件なるときのみ之を沒收することを得、故に此種の沒收にも亦刑の性質を有するもの及び刑の性質を有せさるものゝ區別ある可し。

(a) 刑の性質を有するもの　科刑の客躰の所有に屬する供用物又は因得物を沒收する手續を曰ふ。

(b) 刑の性質を有せさるもの　所有者なき供用物又は因得物を沒收する手續を曰ふ、何か故に刑の性質を有せさるやは禁制物に付き論したるところなり。供用物及ひ因得物に付きても所有主なき物件の沒收は寧ろ行政處分に依りて之を爲すことを可とすと雖も刑法及ひ刑法改正案は便宜を主とし所有主なき物の沒收亦一の刑なりとせり不理なり。

第二、罪の輕重に依る區別

一、重罪の刑(第七十條)。(一)常事犯罪の刑(第六十條)(イ)死刑(ロ)無期徒刑(ハ)有期徒刑(ニ)重懲役(ホ)輕懲役(ヘ)剝奪公權(ト)停止公權(チ)監視(リ)附加刑たる罰金(ヌ)沒收。(二)國事犯罪の刑(第六十八條)(イ)死刑(ロ)無期流刑(ハ)有期流刑(ニ)重禁獄(ホ)輕禁獄(ヘ)剝奪公權(ト)停止公權(チ)監視(リ)沒收。(解釋論としては附加刑たる罰金も亦重罪の附加刑たることを得へしと雖も現行法上重罪に對して附加刑たる罰金を科したる法條なし)。

二、輕罪の刑(第八十條)。(イ)重禁錮(ロ)輕禁錮(ハ)主刑たる罰金(ニ)剝奪公權(ホ)停止公權(ヘ)監視(ト)附加刑たる罰金(チ)沒收。

三、違警罪の刑(第九十條)。(イ)拘留(ロ)科料(ハ)沒收。解釋論としては剝奪公權、停止公權、

監視附加刑たる罰金亦違警罪の刑たりと雖も事實上違警罪に付ては此種の附加刑を科したる場合なし。

第三、主刑及び附加刑

一、主刑(第七條第九條第八條)(イ)死刑(ロ)無期徒刑(ハ)有期徒刑(ニ)無期流刑(ホ)有期流刑(ヘ)重懲役(ト)輕懲役(チ)重禁獄(リ)輕禁獄(ヌ)重禁錮(ル)輕禁錮(ヲ)主刑たる罰金(ワ)拘留(カ)科料

二、附加刑(第十條)(イ)剝奪公權(ロ)停止公權(ハ)監視(ニ)附加刑たる罰金(ホ)沒收。

一、宣告を要する刑と要不要に依る區別

一、宣告を要する刑

(イ)常に宣告を要する刑

(一)主刑(第六條第三項)(1)死刑(2)無期徒刑(3)有期徒刑(4)無期流刑(5)有期流刑(6)重懲役(7)輕懲役(8)重禁獄(9)輕禁獄(10)重禁錮(11)輕禁錮(12)主刑たる罰金(13)科料。

(二)附加刑(第六條第三項)附加刑たる罰金(第四十條第二項)沒收(第四十條第三項)。

(ロ)時に宣告を要する刑(第六條第二項)監視(第三十條第八條)、監視は輕罪の刑に附加したる場合に限り之を宣告す。

二、宣告を要せざる刑

(イ)常に宣告を要せざる刑　附加刑(第六條第二項)

(1)剝奪公權(第三十條第二條)剝奪公權は宣告を用ひずして之を重罪の刑に處せられたる者に科す。

(2)停止公權(第三十三條第三十四條)停止公權は宣告を用ひずして之を(1)禁錮に處せられたる者(2)輕罪の刑に付き監視に付したる者及び(3)主刑を免し只だ監視に付したる者に科す。

(ロ)時に宣告を要せざる刑　監視は宣告を用ひずして重罪の刑に處せられたる者に對し各本刑の三分の一に等しき期間(第三十條第七條)死刑及び有期徒刑か滿期免除を得たる者に對し五年間(第三十條第九條)之を科す。

以上は現行刑法に於ける刑制の大要なり現行の刑制は種々の點に於て不理不當なるを免かれず、今左に現行の刑制の不理不當なる點を列擧し傍ら刑法改正案の修正規定を說明せんとす。

第一、現行の刑制に於ては必要なくして數多　刑名を認めたり。現行法に在りて

は主刑たる自由刑として無期徒流刑、有期徒流刑、重輕懲役、重輕禁獄、重輕禁刑、拘留等約十一種の刑名を認めたり。然れとも其區別の要點に至りては僅に(1)刑期に長短の差あること(2)定役の有無の差異あることの二點に過きす、若し區別の要點にして只此二點に止まるものとすれは自由刑は無期有期の定役刑及ひ無期有期の無定役刑の刑名を認むるを以て足る必要なくして數多の自由刑名を認むるは徒らに實際の適用を冗煩するのみなり。刑法改正案は第九條に於て主刑たる自由刑を三種に區分し、先つ重罪の主刑として懲役及ひ禁錮を認めたり。懲役は無期又は一日以上十五年に亘る定役刑、禁錮は無期又は一日以上十五年に亘る無定役刑、拘留は一日以上一ヶ月に亘る無定役刑なるを以て拘留なる特殊の刑名を認めたる根據が尚ほ薄弱なるを免かれすと雖も現行刑法に比照して一大改善を爲したるものと曰はさるを得す。而して此點か現行刑法を改正する有力なる動機となりしことは緒論に於て既に說明したるところなりと信す。

第二、監視の效果を刑法に規定せす且つ其效果冗煩に過く。監視の效果は何か故に之を刑法中に置く可からさるか、恐らくは刑法の立法者は監視の效果に關する規定を監視の執行に關する規定と思料たりしなる可しと雖も其斷定の誤謬なることは識者を俟ちて後に之を知らさるなり。況んや監視の目的は刑法附則第二十一條に曰ふ如く犯罪者の將來を檢束する爲め警察官吏をして其行狀を監視せしむるに在りと雖も現行刑法の如く冗煩なる義務を負擔せしむるは一方に於て犯罪者の社會的信用を減損せしむること勘少ならすして或は却つて自暴自棄せしむる結果を生し遂に監視の目的と相背馳する恐ある可きにあらすや。監視制度の改善も亦一般當局者の希望せしところなり。刑法改正案は第二十一條に監視の效果を規定して、

(1)犯罪地及ひ被害者所在地の警察官廳は被監視人に對し其管轄地の全部又は一部に住居し又は立入るを禁することを得。

(2)必要なる場合に於ては警察官は何時にても被監視人の住居に就き捜索及ひ物件差押を爲すことを得。

と爲す或は以て刻下の弊害を匡正するに足らんか。

第三、禁制物件はその何人に屬するを問はす之を沒收す可きものと爲したるは不當なり。何人に屬するを問はす禁制物件は凡て之を沒收すと規定すれは其事件の科刑の客躰とは何等の關係なき場合或は全く何等の科刑の客躰もなき場合に於ても沒收なる附加刑を科せさる可からすして一方には刑の性質に背戻し一方には人の行爲のみを罰する刑法の主義に違反せり。刑法改正案は第二十四條第三項に於て物件の沒收は其物件犯人以外の者に屬せさるときに限ると規定す、即ち其物件無主物なりし場合に於て之を沒收する點に付きては尙ほ首肯するに躊躇すと雖も現行法の如く廣く何人の所有に屬するを問はすと爲ささりしは聊か理論に近邇せしものと曰ふことを得へきか。

第四、供用物及ひ因得物は常に之を沒收す可しと爲すは便宜にあらす。禁制物に付きては其沒收を强制す可きや論を俟たすと雖も供用物及ひ因得物の如きは必らす之を沒收せさる可からさる性質を有するにあらすしてある場合に於ては却て之を沒收せさることを便宜なりとす。現行刑法は供用物及ひ因得物の沒收も亦之を强制するを以て沒收せさることを便宜とする場合に於ても尙ほ之を沒收せさる可からす、不當と曰ふ可し。刑法改正案は第二十四條第一項に於て禁制物を必らす沒收す可きものとし同第二項に於て供用物及ひ因得物は之を沒收することを得るものと規定したり。

第五、主刑の輕重を定めたる規定を缺如せり。刑法は單に主刑を列記するに止まり其輕重を定めたる規定を缺如す只僅に第百條第二項及第三項に於て重罪の刑は刑期の長きものを重しと爲し其刑期の等しきは定役あるものを重しと爲し、重罪の主刑は其所犯の情狀の重きものを重しと爲す趣旨を暗喩すと雖も尙ほ死刑と自由刑との輕重の刑期を同しくする定役刑若くは無定役刑の輕重等に疑似なき能はす、況んや此等の規定は特に數罪俱發處分に付き適用を有する者と曰ふ可く之を以て刑法上主刑の輕重に關する一般規定と爲す根據頗る薄弱なるに於ておや。之を以て刑法上主刑の輕重を比照す可き場合に於ては實際其措置に窮することなきにあらす、或は曰ふ刑法第七條第八條第九條に於て主刑を列記したる順序は即ち主刑の輕重を示めすものにして、そは第六十七條乃至第七十二條に於ける刑の加減に關する規定に依るも之を知るに難からすと。立法論

としては或は論者の言の如く解するを可とせん、然れとも解釋論としては主刑記載の順序又は主刑加減の順序を以て其輕重を區別する標準とは爲し難きを如何にせん、況んや一歩を讓りて解釋上此斷定を得へしとするも同種の主刑に就きてはその何れを重しとす可きや又は同種の主刑にして同一の刑期又は同一の金額なるものはその何れを重しとす可きやに疑似を存するに於ておや。要するに刑法か主刑の輕重を定むる明文を置かさりしは立法の不備なりと曰はさる可からす。刑法改正案は主として現行の判例に遵由し第十條に於て明かに主刑の輕重を定む、曰く主刑の輕重は前條（第九條）記載の順序（死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料）に依る但有期禁錮の長期、有期懲役の長期の二倍を超ゆるときは禁錮を以て重しとす。同種の刑は長期の長きもの又は多額の多きものを以て重しとす、二個以上の死刑又は長期若くは多額の同しき同種の刑は犯情に依り其輕重を定むと。

其他現行刑制の欠點少なからすと雖も今は只其最なるものを擧くるに止めたり、乞ふ刑法改正案の規定と刑法の規定とを對照せよ或は現行刑制の不備を詳知するに難からさらん。

第二款　刑の規定制

刑法か科刑の客躰に對する刑を規定する方法に種々あり先つ之を一個の刑種の規定制及ひ數個の刑種の規定制に區別して說明せんとす。

第一項　一個の刑種の規定制

刑法か一個の刑種を規定する制度にも種々あり或は絶對特定刑種を規定することとあり、或は相對特定刑種を規定することあり。

第一目　絶對特定刑種を規定したる場合

刑法は時に絶對特定刑種を規定することあり。然れとも犯罪者の犯情は常に同一ならす罪の躰樣も亦常に同一ならす、犯情を異にして躰樣を同しくせさる罪を犯す各種の犯罪者に對し絶對特定刑を科するに眞正に犯罪を鎭壓し豫防して以て公の秩序を維持する所以にあらす。絶對特定刑を規定する制度の非難せらるや日既に久矣、吾刑法の立法者亦爰に鑑みるところあり絶對特定刑を規定する主義を採るに躊躇したりと雖も死刑、無期徒流刑、剝奪公權、停止公權及ひ沒收等の

刑種に在りては其刑種の本質上之を不特定刑と爲し能はさるを以て此等の刑種を規定したる場合に於ては同時に絕對特定刑を科したると同一の結果を生するに至りしなり是れ固より一般の理論に背馳すと雖も其弊害を生するに至るは主として刑制自躰の不當に因由するもの亦已むなきなり故に外國の立法と雖も例外として此規定制を採用したり。

第二目　相對特定刑を規定したる場合

相對特定刑とは一定の範圍を有する刑種を曰ふものにして無期徒流刑以外の自由刑及び財產刑を曰ふ、此等の刑種は其本質上一定の範圍を有するを以て判事は其刑の範圍內に於ては自由に刑を裁量することを得へきなり。無期徒流刑以外の自由刑とは(一)、有期徒刑(二)、有期流刑(三)、重懲役(四)、輕懲役(五)、重禁獄(六)、輕禁獄(七)、重禁錮(八)、輕禁錮(九)、拘留(十)、監視を曰ひ。財產刑とは(一)、罰金(二)、科料(三)、附加の罰金を曰ふ。

監視は其性質上絕對特定刑にあらすと雖も時に法律を以て其監視期間を特定し判事をして期間の裁量を爲さしめさる場合あり。第三十七條に曰く「重罪の刑に處せられたる者は別に宣告を用ひす各本刑の短期三分の一に等しき時間監視に付す」と第三十九條に曰く「死刑及ひ無期刑の滿期免除を得たる者は別に宣告を用ひす五年間監視に付す」と。然らは上述の二場合に於ては監視の期間は既に法律上本刑の短期三分の一の時間又は五年間と法定せらるるを以て此場合に於ては監視も絕對特定刑なりと曰ふことを得へし。

第二項　數個の刑種の規定制

第一目　擇一的に規定したる場合

刑法は數個の刑種を規定するに當り其數個の刑種中より其一又は二を選擇せしむることあり例之第二百四十六條の罪を犯したる者には一月以上一年以下の輕禁錮又は二十圓以上二百圓以下の罰金の一を、第二百四十八條の罪を犯したる者には十五日以上六月以下の輕禁錮又は十圓以上百圓以下の罰金の一を、第二百四十九條の罪を犯したる者には十一日以上二月以下の輕禁錮又は五圓以上五十圓以下の罰金の一を選擇して科す可き如し。數個の刑種を擇一的に規定する制は刑法典上寧ろ例外に屬するを以て此種の規定を設けしは上述の條項以外僅に第

四百十八條第四百十九條、第四百二十一條第四百二十五條乃至第四百二十八條等なりとす。

第二目　併科的に規定したる場合

第一段　強制併科的に規定したる場合

刑法は數個の刑種を規定するに當り之を併科せしめんとすることあり、多くは是れ主刑に附加刑を併科せんとする場合にして例之第百十六條の罪を犯したる者には死刑及び六ケ月以上二年以下の監視（第百十條二）及び剝奪公權（第三十一條）とを併科し、第百十七條の罪を犯したる者には重禁錮二十圓以上二百圓以下の罰金及び六月以上二年以下の監視（第百十條二）及び剝奪公權を併科する如し。而して刑法か絕對併科を規定するにも或は各罪に併科す可き附加刑を規定することあり或は數罪に通し又は一罪種に通して併科す可き附加刑を規定することあり（例之第百三十五條）、或は總則に於て其本質當然併科す可き附加刑を規定することあり（例之第一條三）。

第二段　任意併科的に規定したる場合

吾刑法典に於ては數個の刑を任意的に併科する制を採らす第三百十條に於ては毆打して互に創傷し其手を下すの先後を知ること能はさる者は各其の罪を宥恕することを得と規定し、第三百十六條但書に於ては但情狀に因り第三百十三條の例に照らし其罪を宥恕することを得と規定し、各本刑に照し二等又は三等を減する權限を承認すと雖も嚴格の意義に於ては刑の規定とは曰ふ可からす乃ち刑法典は刑の規定制としては任意併科制を認めさりしものと曰ふを得へし。然れとも任意併科制は多種多樣の犯情に應し的確なる刑を科するに付き最も妥當の方法なるを以て近時各國の成例は漸く此制を輸入せんとする傾向を生したり。刑法改正案は刑法典の舊態を襲踏せす比較的多大に此法制を採用したり例之同案第九十條に於て第八十條乃至第八十九條の刑に對し任意的に公權剝奪を併科することを得へしと爲し、若し其刑有期懲役なるときは更に任意的に監視を併科することを得へしと爲したり。其他同案に於ては凡て附加刑は主として判事か任意的に之を主刑に併科し得へきものと爲したる如し。

第三款　刑の裁量

第一項　總論