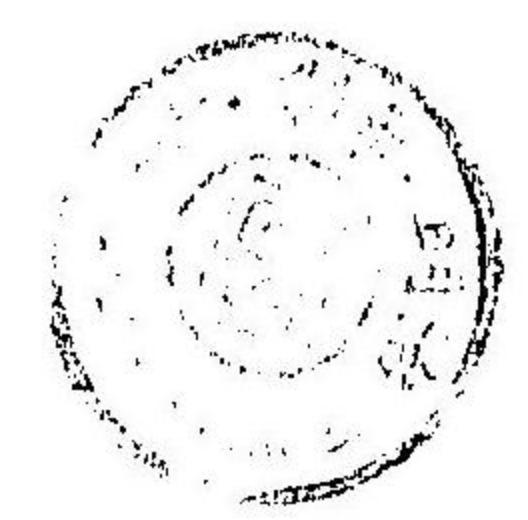




法學士手島兵次  
法學士小疇傳  
共述

刑法各論 完

東京專門學校出版部藏版





# 刑法各論目次

## 結論

第一章 總論と各論との關係

第二章 各論の分類

第二編 公益に關する重罪輕罪

第一章 皇室に對する罪

第一節 危害罪

第二節 不敬罪

第二章 國事に關する罪

第一節 内亂に關する罪

第一款 内亂罪

第一項 特別要素

第二項 未遂豫備陰謀及自首

一頁 一 二 五 五 六 四 〇 二 二 三 三 三 七



第三項	内亂罪の處分	四五
第二款	集會所給與の罪	五三
第三款	内亂罪と競合せる常事犯	五五
第二節	外患に關する罪	五八
第一款	帝國の存立を害する罪	五八
第一項	本國に背叛する罪	六〇
第二項	敵國に内應する罪	七〇
第二款	列國の和親を害する罪	八〇
第一項	外國に對し私に戰端を開く罪	八二
第二項	局外中立の布告に違背したる罪	八四
<b>第三章 靜謐を害する罪</b>		
第一節	兇徒聚集の罪	八七
第一項	暴動を謀りたる罪	八九
第一段	本罪の成立要件	八九

第二段	本罪の處分方法	九二
第二項	暴動を爲したる罪	九二
第一段	本罪の成立要件	九二
第二段	本罪の處分	九四
第三項	暴動の際人を殺死し若くは家屋船舶倉庫等を燒毀したる罪	九六
第一段	本罪の成立要素	九七
第二段	本罪の處分	一〇〇
第二節	官吏の職務を行ふを妨害する罪	一〇二
第一款	官吏の職務執行を妨害する罪	一〇二
第一項	第三百三十九條第一項の罪	一〇三
第一段	本罪の成立要件	一〇三
第二段	第三百三十九條第一項の處分	一一一
第二項	第三百三十九條第二項の罪	一一一



第一段 本罪の成立要件 一一二

第二段 第三百三十九條第二項の罪の處分 一一四

第三項 第四百十條の罪 一一四

第一段 第四百十條の罪の成立要件 一一四

第二段 本罪の處分 一一四

第二款 官吏の職務に對する侮辱罪 一一七

第一項 本罪の成立要件 一一七

第三節 囚徒逃走の罪及び罪人を藏匿する罪 一二一

第一款 囚徒の逃走する罪 一二一

第一項 單純なる囚徒の逃走罪 一二一

第二項 復雜なる囚徒逃走罪の成立要件 一二五

第三項 單純及び復雜なる囚徒逃走罪の處分 一二六

第二款 囚徒を逃走せしめたる罪 一二八

第一項 監督の職責なき者の犯したる場合 一二九

第一段 暴行脅迫に依らざる場合 一二九

第二段 暴行脅迫に依る場合 一三一

第二項 監督の職責ある者の犯したる場合 一三二

第一段 犯意を以て囚徒を逃走せしめたる場合 一三二

第二段 懈怠に依り囚徒を逃走せしめたる場合 一三二

第三款 犯罪を庇護するの罪 一三三

第一項 第三百五十一條の罪 一三三

第二項 第三百五十二條の罪 一三七

第三項 以上二個の罪の處分 一四〇

第四節 附加刑の執行を逃るゝ罪 一四一

第一項 第三百五十四條の罪 一四一

第二項 第三百五十五條の罪 一四四

第五節 私に軍用の銃砲彈藥を製造し及び所有する罪 一四七

第六節 往來通信を妨害する罪 一五二



第一款	往來を妨害する罪	一五二
第一項	道路橋梁等を損壞する罪	一五二
第二項	汽車を妨害する罪	一五四
第三項	船舶を妨害する罪	一五七
第二款	通信を妨害する罪	一五八
第一項	郵便を妨害する罪	一五八
第二項	電信を妨害する罪	一六〇
第七節	人の住所を侵す罪	一六一
第八節	官の封印を破棄する罪	一六九
第九節	公務を行ふを拒む罪	一七四
第一款	出兵の要求に應ぜざる罪	一七五
第二款	徴兵を忌避する罪	一七八
第三款	解剖分析鑑定又は證言を肯せざる罪	一七八
第四款	傳染病を検査し又は消滅の方法を陳述すると	一八八

を肯せざる罪

第四章 信用を害する罪

第一節	貨幣を偽造する罪	一九三
第一項	内國通用の金銀貨及び紙幣を偽造し又は變造して行使する罪	一九三
第二項	内國に於て通用する外國の金銀貨を偽造又は變造して行使する罪	一九八
第三項	官許を得て發行する内外國銀行の紙幣を偽造又は變造して行使する罪	二〇〇
第四項	内國通用の銅貨を偽造又は變造して行使する罪	二〇二
第五項	貨幣の偽造又は變造行使未遂以下の所爲	二〇三
第六項	行使の目的を以て貨幣を偽造又は變造する情を知て雇を受けたる職工及び職工の	



補助を爲して雜役に供したる者の處分 二〇七

第七項 行使の目的を以て貨幣を偽造又は變造するの情を知て房屋を給與したる者の處分 二一二

第八項 行使する目的を以て偽造、變造の貨幣を内國に輸入する罪 二一三

第九項 行使するの目的を以て偽造、變造の情を知て其貨幣を取受する罪 二一四

第十項 貨幣を取受するの後に於て偽造又は變造なることを知て之を行使する罪 二一九

第二節 官印を偽造する罪 二二一

第一款 官印を偽造し又は偽印を使用する罪 二二一

第二款 官印の影蹟を盜用する罪 二二九

第三款 各種の印紙界紙及び郵便切手を偽造、變造又は使用する罪 二三三

第四款 各種の印紙及び郵便切手を再び使用する罪 二三六

第五款 本節に共通の規定 二三八

第三節 官の文書を偽造する罪 三三九

第一項 證書を偽造し又は増減變換する罪及び證書を毀棄する罪 二四〇

第二項 官の文書を偽造し又増減變換して行使する罪及び官の保管する文書を毀棄する罪 二四三

第三項 官吏其管掌に係る文書を偽造し又は増減變換して行使する罪及び官吏其管掌に係る文書を毀棄する罪 二五一

第四項 官の文書を偽造するに因て官印を偽造し又は盜用する罪 二五六

第五項 本節に共通の規定 二五七

第四節 私印私書を偽造する罪 二五七



第一項 私書を偽造し又増減變換して行使する罪 二五七

第二項 私印を偽造して行使する罪及び私の印影を盗用する罪 二六六

第三項 本節に共通の規定 二六八

第五節 免狀鑑札及疾病證書を偽造する罪 二六九

第一項 官の免狀鑑札及疾病證書を偽造又は増減變換して行使する罪 二六九

第二項 詐偽の所爲を以て免狀鑑札を受くる罪及び官吏情を知て其免狀鑑札を下附したる罪 二七一

第三項 醫師囑託を受けて詐偽の疾病證書を造りたる罪 二七二

第六節 詐偽の罪 二七三

第一款 刑事に關する偽證の罪 二七四

第一項 本罪の成立要件 二七四

第二項 本罪の處分 二七九

第二款 民事商事又は行政裁判に關する偽證の罪 二八二

第三款 詐偽の鑑定又は通事を爲す罪 二八三

第四款 人に囑託して偽證又は詐偽の鑑定通事を爲さしめたる罪 二八四

第五款 本節に共通の規定 二八五

第七節 度量衡を偽造する罪 二八六

第八節 身分を詐稱する罪 二八九

第九節 公選の投標を偽造する罪 二九一

刑法各論目次完

刑法各論。目次



# 刑法各論

法學士 手島兵次郎 講述

## 緒論

### 第一章 總論と各論との關係

刑法の眼目は罪と刑とを示すに在り、詳しく言へば罰すべき所爲は如何なるものにして之に科するに如何なる刑を以てするかを示すに在り、故に古代法制には皆犯罪の種類を列記し之に科する刑罰を併示するを以て足れりとせるものゝ如し。如此法制は文化の度尙未だ低くして處罰事項の僅少なりし時代には頗る適切なりしも、社會の組織漸次複雑を來し犯罪の種類非常に増加するに及びて彼此の間共通の規定を設くべきもの多々簇生するに至り、其共通規定は相集まりて總則となれり。現時各文明國の法典を繙くに何れも皆先づ總則ありて次に各種の犯行を掲載せざるはなし、故に刑法學者も概ね刑法を講ずるに當りては之を二大卷別して總論と各論とに分ち、總論の部に於ては各種の犯罪に共通なる要素を論究し



各論の部に於ては各種の犯罪に特別なる要素を講評するを常とせり。されは刑法々理の本源を尋ね犯罪の概括的觀念を窺知する爲めには總論の研究固より必要なれども處罰事項の構成如何を考へ各犯行の分析的觀念を知得する爲めには各論研究の必要亦敢て譲る所なきを感す。即ち總論と各論とは立法上將た法理上犯罪組成の要件を知るに於て輪補翼助の關係ある者にして兩々相待つにあらざれば決して完全なる應用を爲す能はざることを知るべきなり。而して我刑法典中右の各論の部に相當するものは第二編以下の各條にして本日より講述せんとする所のもの即ち是なり。

## 第二章 各論の分類

我刑法は犯罪を分て重罪、輕罪、違警罪の三種とせり(第一條)故に此順序により各論の分類を三大別すへきか一見至當なるか如しと雖、元此三種の區別たる其標準とする所は罪質を基本とせるものに非ずして、一に刑の輕重如何により定めたるものなることは(第七條乃至第九條)總論講義に於て既に諸君の知る所ならむ。刑の輕重のみにより各種の犯行を編別規定せんか同性質の犯行も其遂行程度の如何

により或は重罪となり、或は輕罪となることあるを以て各編に重複記載を爲さるへからざるの恐あり。例へは一毆打創傷も其結果被害者を篤疾に致せば重罪となり、癡疾に致せば輕罪となるか如し。此重複規定を避けんか爲め我刑法は其母法たる佛法典に倣ひ重罪と輕罪とを打て一類と爲し、更に區別の標準を損害を及ぼす利益の種類如何に依り羅馬法傳來の公罪私罪の區別を採用し(草案第二百七十二號)第二編に公益に關する重罪、輕罪。第三編に私益に關する即ち身軀財産に關する重罪、輕罪とし。次に第四編に違警罪を規定し以て重複錯雜を免れんとせり。されは我刑法の分類は之を圖に顯はせば

重罪輕罪  
公益に關するもの  
私益に關するもの

各論即ち各犯行  
違警罪

となり。犯行を二大別して一を重罪、輕罪と爲し之に對向して他を違警罪と爲し、重罪、輕罪を二分して公益に關するものと私益に關するものと爲し、而して違警罪



に於ては罪質如何は更に分類せず。只刑の大なるものより逐次刑の小なるものを刻記せり故に我法典の分類は一面犯行の性質により他面刑罰の大小により編制せるものと謂つべきなり。

右の如く二大分類を爲すは獨り日佛法典のみならず他の外國法典於ても畧同一にして獨乙白耳義は重罪輕罪と違警罪とに分ち。和蘭伊太利は重罪輕罪を單に犯罪と稱し之に對して違警罪を設けたるの差あるも大要敢て異ならざるの制度とす。

重罪輕罪を打て一類と爲すは其目的一に重複規定を避くるに在るを以て實際の便宜上止むを得ざるものとするも之を細別して公益私益に關する區別を更に立つるは果して何等の必要ありや。蓋し此區別の標準とする所は公益關係の罪は直接に國家の利益を侵害し、私益關係の罪は直接に個人の利益を侵害すと云ふにありて往時公益罪のみか固有の刑罰を意味して公訴權發生の原因となり、私益罪は被害者にのみ訴追の權を有せしめし時代には立法上此區別を嚴乎確定ならしむること緊要なりしか、法理進歩の現今犯罪は總て社會の生存安寧を害するの行

爲なりと説明し、訴權は擧て社會の代表者に於て之を行ふに至りては法制上右の區別を持續設定するの要は本來之あるを見ず。况んや一切の犯罪に對し劃然公私の分界を立てんとせば往々にして其公たると私たるとに取捨困難なるものを生じ徒らに紛議の種子たるを免れず。且又實際の便宜より論するも如此區別は適用上何等の價值あるを見されは刑法第二編第三編は通して重罪輕罪と爲し國家と犯罪との關係上輕重大小を量りて順次罪名を起し列叙するを至當の法制なりと考ふるなり。

## 第二編 公益に關する重罪輕罪

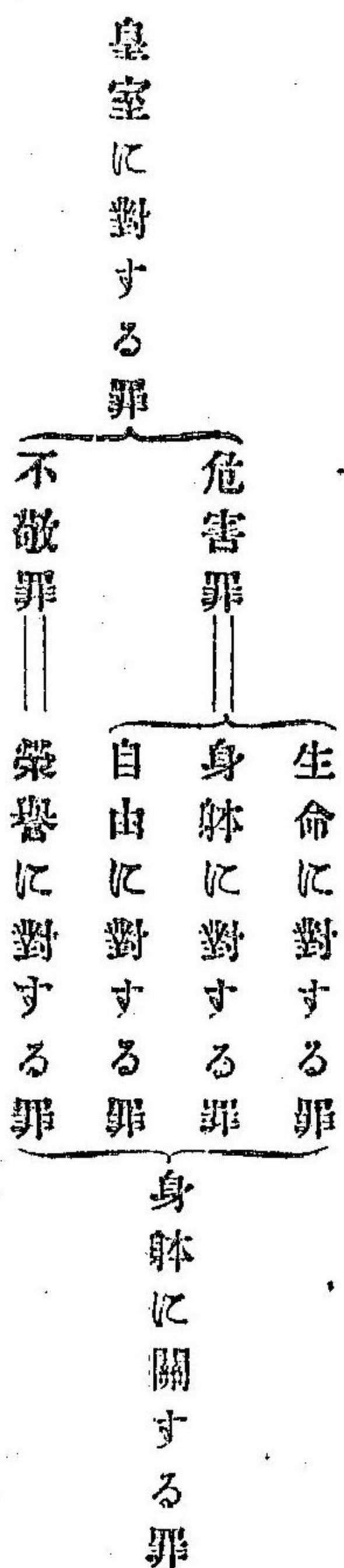
### 第一章 皇室に對する罪

本章皇室に對する罪は第百十六條乃至第百二十條の五條より成立ち其規定全條の内容を約言すれば天皇以下各皇族の身體に對する罪にして、皇室の財産に對する罪は之を包含せず。然るに表題に皇室に對するものとせるは其意極めて汎博に失するの嫌あれども、既に佛文章案の表題に身體に對するの語存在せしに拘はらず現行法文に之を採用せざりしを以て見れば蓋し是立法者深意の存するあり



て然るものにして眞實意義を言顯はすに適當なる用語は却て露骨人目を惹くを恐れしものならむか。

右に述ふる如く本章規定の内容は専ら身體に關するものなり、身體に關するものは之を解剖すれば生命、身體、自由、榮譽に關するものなれども前掲理由に基つき、法文には此等用語を避け各條を通して唯危害と不敬の文字を使用せり。故に本章を講説するに當りては規定事項を二大別して危害罪と不敬罪との二節と爲し、節を逐ふて各罪成立の特別要素を説明せんとす。然れども諸君か本章の意義を正確に知らむとせらるゝには須らく法文用語と之に對する實質被害と如何なる權衡を保つものなるかを知ることがを要す。之を圖により對照すれば左の如し



### 第一節 危害罪

本罪關係の法文は第百十六條と第百十八條にして二ヶの法條は犯罪の客體を異にするに從ひ刑罰に多少輕重の差あれども危害の一事に至りては其意義程度を同ふするものあるを以て之を通して一の危害罪と名つけんとす、而して本罪成立の特別要素は分て左の二とす。

第一。犯罪の客體は天皇、三后、皇太子又は皇族なることを要す。

(一) 天皇 とは現に我大日本帝國の統治權を總攬し給ふ所の君主陛下を稱し奉る(憲法第四條)。昔時我國制は太上天皇を仰きしことあるも皇室典範第十條により自今之に想及することなし。

(二) 三后 とは太皇太后、皇太后、皇后の三陛下を稱し奉る(皇室典範第十七條)。尙之を細説すれば皇后とは皇室典範第十六條により后位に立たせ給ひし御方を稱し、皇太后とは先帝の皇后を稱し、太皇太后とは先々帝の皇后を稱す。

(三) 皇太子とは皇室典範第十六條により儲嗣 立たせ給ふ所の皇子殿下を稱し奉る(皇室典範第十五條)。

(四) 皇族 とは皇室典範第三十條によれば太皇太后、皇太后、皇后、皇太子の外に皇



太子妃、皇太孫、皇太孫妃、親王、親王妃、內親王、王、王妃、女王、の九殿下を併稱すれども、刑法は右の三后及び皇太子に付ては本章中別に規定せるを以て茲に所謂皇族とは自ら前掲九殿下を稱し奉るものとす。

第二。犯罪の所爲は危害を加へ又は加へんとしたることを要す。

危害の文字は我刑法の用例によれば第二百五十條、第三百十六條等何れも人の身体を損傷する場合を意味す。財産に損害を被らしむる所爲は毀棄、損壞、毀壞等の語を使用し物品を危害せりとの用例あることなし。佛文草按には陛下殿下の身体に對する諸種の重罪、輕罪とあるに參して危害とは事の身体に關するものたることは殆んど疑を容れず。然れども身体の語は廣き意味に於ては財産に對する語にして刑法第三編の表題の如き即ち是なり。狹き意味に於ては生命、自由、榮譽と併立するの稱たり、故に茲に所謂危害は身体に關すとは之を廣義の身体に對するものとするか、將た狹義の身体に對するものとするかを按ずるに本章中別に不敬罪なるものありて榮譽に對する部分を規定せるを以て見れば廣義の身体中右の榮譽を取除きたる部分に對するものと解せざるべから

す。換言すれば狹義の身体以外に生命と自由とに對する加害の所爲を總稱するものとす。尙之を加害行爲により例說すれば生命に對しては謀殺故殺あり、身体に對しては殴打創傷あり、自由に對しては逮捕監禁あるか如し。本章は陛下殿下に對する此等加害行爲を一括して危害と特稱し、加害の態様如何により罪名を區別せず。之を詳言すれば常人の身体に對する罪(第三編身体の部)にありては犯人の意思か生命に對するか、身体に對するか、將た自由に對するかにより罪名の稱呼を異にすれども、本章特定の御方の生命、身体、自由に對する犯罪は一視同罪盡く之を危害の語中に包含せしむるにあり。故に御乗の車馬より引き下せし行爲あるときは犯人の意思結局殺害を行はんか爲めなると、將た單に負傷せしむるに止まるか爲めなるとは特に之を定むるの必要なく直ちに危害を加へしものとして論すべきなり。

條文によれば「危害を加へ又は加へんとしたる者は」とありて行爲を二段に區別せり、前段「危害を加へ」とは一定の害を實行し了りしことを言ふものなれば既遂の犯罪を指すものたることは些の説明を要せずして明かなるも、後段「加へんと



したる者とは果して如何なる行爲を言ふや是大に説明を要するの點とす。凡そ犯罪の成立するには犯人の意中先づ決する所あり決心確立して而して後外部行爲に表顯す其外部に表顯する行爲即ち身体の行働は之を分て豫備の所爲着手の所爲實行の所爲の三段に區別して論すべきものなることは諸君の既に知る所ならむ。又犯人二人以上あるときは豫備の所爲以前に於て互に謀議相談を遂ぐることも即ち陰謀なるもの存することあり。如此犯罪は決心より實行に至るまで幾多の階段あれども着手後の所爲にあらされは處罰することを得ざるを以て刑法普通の原則とす(第百十二條)。然れども或種類の大罪に對しては例外として豫備の所爲と陰謀とを罰することあり(第百十一條)而して本章危害罪は右の例外に恰當するものと解釋せざるべからず。何となれば若し普通原則により着手の所爲に應當する未遂犯罪のみに限定處罰せんとするの法意ならむには重罪の未遂は第百十二條第百十三條により自ら刑の定まるものある故に危害を加へんとしたる者との記載は元來之を特筆するの要なく若し未遂罪を既遂罪と同刑又は普通減等例よりも重く罰するか爲めなりとせむか

用語は「危害を加へんとして未だ遂げざる者は」と記するにあらされは用例上語義を爲さしればなり。故に汎博に「危害を加へんとしたる者は」と云ふときは未遂罪に止らず第百十一條に所謂罪を犯さんことを謀り又は豫備の所爲を爲すと雖未だ其事を行はざる者をも包含せざるものと解するを相當とす。又之を事態に照して考ふるも本罪の如く一天萬乘の君主陛下を始めとして臣民仰望の中心たる各皇族に對する犯罪は國家の公安を維持するに於て尋常一様視すべからざるものあるを以て右の例外規定を之に適用するは極めて其必要あるを見る。

豫備の所爲と陰謀とは「危害を加へんとしたる」の語中に包含せしめて之を罰すべきものたるは既に論ずるか如し尙講究を要する點は犯罪の起頭たる決心をも之に包含せしむべきや否やの問題是なり。法文用語の該博なる之を包含せしむるも敢て差支なきか如き觀あるも刑法の原則は如此廣義解釋を許さざるなり。蓋し決心は犯人意中の状態にして特に法文の明示する所なしと雖犯行之に伴ふなくんは之を犯罪として處罰することを得ざるは其刑法全部に通



する一大原則とす。故に犯人の言語又は文章により決心の存在如何に明確なる場合と雖轉じて犯行に化成するを認めざる限りは刑を加ふるを得ず、されは法文用語は自ら此原則の適用により其範圍を縮小せられ決心に及ぼすことを得ざるものと解すべきなり。

決心既に罰すべからずとせば何故に陰謀を罰するや換言せば決心と陰謀とは如何なる異同ありや是頗る重要な問題とす。之れか解説に關しては學者間二説あり、或學者は決心と陰謀とは共に犯人意中の状態にして犯人の數か一人なると二人以上なるとの外異なる所なしとし、或學者は決心は犯人意中の状態なれども陰謀は豫備の一種にして犯人心外の行爲なりとせり。予は前説を可なりと信ず、案するに陰謀とは二人以上犯罪の企圖を謀議協定するに在りて其状態たる甲乙二人の個々に付て仔細に觀察すれば決心以外に未だ何等の犯行準備ありと謂ふを得ず。若し強て準備ありと謂へば恐らくは我心事を他人に語りし結果同意者を得たるを指すに外ならん、然れども人は犯具にあらす縱令甲乙間我命して彼從ふの約ありと雖是只犯人優勢なりと言ふに過されは之を

以て心外行爲ありとの後説は甚だ當らざるを覺ゆ。故に決心と謂ひ、陰謀と謂ふも共に是犯人意中の状態たるに止まるを以て陰謀は其本體決心に外ならざるなり。均くし決心なるも孤火保ち難くして集火焰上するの道理よりして陰謀は危険なり、危険則ち實害ありと認め法律は決心不可罰の大原則を絶對無限に適用せず、偶此種の如き大罪に對して例外を認許するのみ。要するに危害を加へんとしたるの語は決心の一場合即ち陰謀を包含する者と解すべきなり。最後に一言すべきことは陰謀の申込は陰謀と同視すべきか、將た普通決心と同視すべきかに在り。草案には明かに之をも罰するの條項ありき、隨て刑法學者中現行法の注釋として罰すべき部分に論入するものあれども、刑法第百十一條には罪を犯さんことを謀り云々とあり而して此條規は決心不可罰の原則の例外に屬するを以て最も嚴密に解釋せざるべからず。從て未だ相手方の承諾なき單一の申込は二人以上の連絡なきもの即ち單獨決心の域内に在るものなれば陰謀と同視して包含解釋を及すことを得ず。

以上にて危害罪の特別要素を説明し了れり右の要素を具備したる所爲は天皇三



后、皇太子に對しては加へたると加へんとしたるとに論なく死刑に當り(第百十六條)各皇族に對しては加へたるときは死刑なれども加へんとしたるときは無期徒刑に問はる(第百十八條)。

### 第二節 不敬罪

本罪關係の法文は第百十七條、第百十九條の二ヶ條にして是亦犯罪の客體を異にするに從ひ其處分に多少輕重の差あれども不敬の一事に至りては共通要素と認めべきものあるを以て二條を合せ一の不敬罪として説明せんとす而して本罪特別の構成要素は分て左の二とす。

第一、犯罪の客體は天皇、三后、皇太子、皇族又は皇陵なることを要す、

(一) 天皇、三后、皇太子、皇族の如何は前節説明する所と異なるなきを以て茲に之を再ひせず。

(二) 皇陵とは御歴代の天皇の御墳墓を云ふ之に付ては他に二説あり、其一は天皇、三后、皇太子の御墳墓を稱するものとし、其二は右の外各皇族の御墳墓をも稱するものとせり。然れども其字義より觀るに皇は陵の形容詞にして『天皇の』と

讀まざるを得されは自ら二説の如く範圍廣からざるを知るべきなり。

第二、犯罪の所爲は不敬の所爲たることを要す、

不敬の所爲とは如何ん、吾人常用の語を假りて之を説明すれば皇室の御方に對する榮譽毀損の行爲なり。皇室典範第十七條、第十八條によれば天皇、三后は陛下と敬稱し奉り、皇太子以下各皇族は殿下と敬稱し奉る。如此皇室の尊嚴は普通敬禮を以て論す可らざるを示す、從て此尊嚴を冒瀆するの所爲は盡く皆不敬罪となる、而して之れか認定は一に裁判官に在りと謂はざる可らず。何となれば法文は不敬となるべき所爲は如何なる種類の所爲なるかを明示せず、又其方法の如何に付ては寸言だも規定する所なければなり。故に常人間に於て名譽毀損の行爲たる罵詈、嘲弄、侮辱、誹毀の如きは言ふ迄もなく、其他の所爲と雖苟も敬稱に伴ふべき尊嚴を傷くるに足ると認め得べきものは大小輕重を問はず皆本罪を成立せしむ。又其方法は獨り言語文章に止らず畫圖、偶像、雜劇の作爲若しくは御肖像、御寫眞を破棄、燒燬するか如き動作よりも成立す皇陵に對して發掘は勿論汚穢、毀損等を包含す。



草案には陛下殿下の其面前に於てすると、御面前に於てせざるにより刑に輕重あり。又御面前たると、御面前たらざるとに論なく總て公然たること即ち他人の目前に於てすることを要件とせり。現行法文は單に不敬の所爲ある者はと規定し、何等の區別制限を爲さざるか故に右等刑の輕重なきは勿論公衆の目前に行はれたると否とを問ふを要せず、隨て誹毀の文書を作りて已一人之を誦讀するか如き亦不敬の所爲ありとして論するを得べきなり。不敬の所爲は積極的なることを要するや、將又消極的なるも成立するや、草案の如く誹毀、侮辱、罵詈の三種行爲に限定するときは自ら積極的行爲たることを要するものなりと説明せざるを得ざるも、現行法文には所爲自體に制限なきを以て廣く消極的行爲をも包含するものと解釋せざるを得ず。例せば車駕通行に際し故意に脱帽せず普通臣民たるの敬禮を缺くか如きは不敬の所爲ありとして論するを得べきなり。

法文には不敬の所爲ある者はとあり、此語漠然として其適用の範圍廣且大なることは前説明の如し、然れども危害罪の筆鋒の如く不敬を加へんとしたる者は

どの規定あるにあらず。於是乎一讀未遂犯以下の所爲は之あるも罰せざるか如く見ゆるも、元或行爲か不敬なるや否やは既に顯はれたる形狀を指して之に判定上命名するものなれば、既存の事實外に加へて判斷すへからざる性質のものなり。故に犯人未來の行動を斟酌論定すへきにあらざれば、從て未遂犯以下の成立する場合を想像するを得ざるものと信す。

以上にて不敬罪の特別要素を講了せり、右の要素を具備するときには天皇、三后、皇太子及び皇陵に對する場合は三月以上五年以下の重禁錮に處し、二十圓以上二百圓以下の罰金を附加す(第十七條)。皇族に對する場合は二月以上四年以下の重禁錮に處し、十圓以上百圓以下の罰金を附加す(第十九條)。

右に述ふる所を以て本章皇室に對する罪の成文解釋の概要を盡せりと信す、以下餘論として本章に關する一二の論點を紹介し、簡單に卑見を示さんとす。餘論の一。皇室に對する罪は國事犯なりや否や

皇室に對する全部の罪を擧げて國事犯と爲すは沿革上野蠻時代に於て或種族の利益を害せし罪を特別懲刑に處せし場合に於て其形跡あるを認め得らるゝ



も刑法思想の稍進化せる專政時代に於ては之あるを認めず只皇室中君主にのみ對する罪を國事犯とせり。此思想の起因する所は君主は即ち國家、國家は即ち君主なりと云ふ主義に基づき君主に對する罪は嚴罰處分を施すに在り、故に刑法學者中今尙天皇に對する犯罪を以て國事犯と爲す者往々にしてあり。然れども我刑法は其刑制に於て將た其編制に於て到底之を國事犯なりと論ずるを得ざるへし。何となれば(一)刑法六七、六八、六九の三條は國事犯に關し當行すへき特別刑を常事犯と區別して制定しあり而して第百十七條天皇に對する不敬罪は重禁錮にして解釋上常事犯に當行すへき刑たるを以てなり(二)我刑法は内亂外患に關する罪を包括して之に國事に關する罪の名を冠せしとは第二章表題に徴して明かなればなり。以上の所論は犯人か單に自己の惡感私怨に因り君主に危害を加へ若くは不敬を爲せし場合には毫も疑を生せされとも政府變風の目的として君主に大危害を加へし場合即ち朝憲紊亂の捷徑として事茲に及ひたる場合は如何此の場合には刑法第百二十三條の國事犯を構成せざる乎。草案者は之を説明して曰く苟くも君主の身體に對して一點加害の行動あり

らむか國事犯は變轉して第一章の罪となる此場合に際しては犯罪の方法は犯罪の目的よりも一層罪科を値ひすと。此言たる國事犯罪を寛大處分(死刑廢止)すへしとの刑制論より側面的に註釋したるの嫌あれども天皇に對する罪と國事犯罪とは混同若くは牽連せざるの立法趣旨たることを推知するに餘りあり。約言すれば君主に對する罪は犯人の目的那邊に在るを問はず政治に因するも私恣に因するも等しく危害不敬の罪たるに於て異なる所なきものとす、故に至尊に對する犯罪は如何なる場合於ても我刑法に於ては國事犯たることなしと信す。

餘論の二。前代の天皇及皇族に對し不敬の所爲ありし場合に尙刑法第百十七條第百十九條を適用し得るや。

曰く適用なし其理由は他なし前二條の法文は皆在位の天皇現在の皇族を指し奉るの用語にして前代の天皇及皇族を包含せしむる能はず。之を常人榮譽に對する誹毀罪の場合(死者に對しても犯罪成立す)に比較して考ふるときは甚しき權衡を失するものと謂つへし。是に於てか學者間或は刑法第三百五十九條



を適用して處断すべしと主張し或は直に前三條を適用して可なりと唱道し議論區々たりと確正文以外に引援すべからざるは刑法原理の然らしむる所にし  
て權衡如何に失するあるも亦止むを得ざるなり故に我輩は敢て茲に詳論せず  
良新刑法が日ならず右の欠點を補充し來らむことを希望するのみ。

## 第二章 國事に關する罪

國事に關する罪は分て内亂に關する罪と外患に關する罪との二とす普通之を畧  
稱して國事犯と云ふ 但し其國事犯の用語に付ては我刑法學者間本章に規定す  
る犯罪其他の一切の政治上の犯罪を網羅して之に命名せるものと特に本章の場  
合に專用せるものとの二派あるか如し。於是乎國事犯の性質を論するに當りて  
も自ら廣狹の別を生じ恰も定義に二種あるか如きの觀なきに非ず。即ち前者は  
國事犯とは政治上の秩序を害する罪なりと説き後者は國事犯とは政治上の秩序  
を害する罪の一部なりと論せり。其由來する所を考ふるに佛文草案には内亂に  
關する罪を第二章とし外患に關する罪を第三章とし別に總稱的命稱を法規の上  
に表示せず只ボ氏説明書に此二罪を政事犯罪(les crimes et délits politiques)と總稱し

あり而して確定法文には内亂罪と外患罪の二つを併合して一章と爲し之に冠す  
るに國事に關する罪の名を以てせり。故に刑法定當時は國事に關するとは草案  
說明と相待て politiques の意義なりとし泰西諸學者の犯罪區別上所謂政治犯(Leht  
politique)と同義なりと解し國事犯と謂へは直ちに政治上の犯罪一切を包含して  
定義を下すの時代を生し國事犯の外に政治犯なき狀況なりしか其後明治十九年  
日米犯罪人引渡條約の發布あり翌二十年逃亡犯罪人引渡條例の發布あり此等發  
布令には政治上の犯罪の語あり而して此政治上の犯罪の語は決して本章の罪の  
みを言ふに非ざることは何人も首肯する所にして其結果國事犯は政治犯中の一  
部なること明了となり。從て定義も一變せざるを得ざるに至れり用語の沿革如  
此なるを以て今日國事犯の定義を試みんとせば先づ以て其内容の如何を定め而  
る後に於てせざる可らず我輩は其内容を本章の場合に專用するものとし。  
國事犯とは内亂外患に關する政治上の犯罪なり。  
と言ふを以て穩當なるへしと信す之を細説すれば左の如し。

(一) 國事犯は政治上の犯罪なり。即ち國家の政治的秩序を破壞紊亂する性質の犯



罪にして其結果として國事犯人は國際條約上犯罪人引渡しに例外に屬す(日米犯罪人引渡條約第四條、逃亡犯罪人引渡條約第三條參照)。

(二) 國事犯は内亂外患に關する犯罪なり。前段説明の如く國事犯は政治上の犯罪なれども政治上の犯罪は盡く國事犯なりと云ふを得ず、政治的秩序は小は新聞紙條例、出版法、集會政社法、選舉法等により維持せられ。大は政府の組織、政權の配合、邦土の安全、列國の和親等より保全せらる。此等の秩序を變亂する行爲は皆政治上の犯罪にして内亂外患は就中右の大秩序に關するものなり、故に國事犯は政治上の犯罪の最も主要部分たるに相違なきも其全部にあらすして其一部なりと謂つべきなり。

### 第一節 内亂に關する罪

内亂に關する罪は刑法第二百一十一條乃至第二百二十八條の八ヶ條に規定しありて其規定全部の内容は大體三個の事項に分つを得へし。依て本節を三款に分ち第一款には内亂罪、第二款には集會所給與の罪、第三款には内亂と競合せる常事犯を説明せむ。

### 第一款 内亂罪

内亂罪は本來幾種類も之あるべき筈ならされども我刑法は第二百一十一條乃至第二百二十三條の三ヶ條に於いて純粹の内亂罪と内亂豫備の或場合と内亂に準する或場合とを各條獨立に規定し以て其成立の態様各異なる所あるを示せり。故に法律規定の上に於ては三種類の内亂罪ありと見做して説明するを便宜とす、仍て予は本款を説明するに當り先づ第一項に特別要素と題し之を甲乙丙の三種類に分ち各内亂罪の成立要件を論じ、次に第二項に於て内亂罪の未遂、豫備、陰謀、自首に關することを説き、終りに第三項として其處分の概要を述べんとす。

#### 第一項 特別要素

特別要素は之を甲乙丙の三種類に分ち甲種は刑法第二百一十一條の罪、乙種は第二百二條の罪、丙種は第二百二十三條罪を論せんとす。

以上各種の特別要素を分説するに先たし茲に一言諸君の注意を惹起し置かざる可らざる事柄は内亂罪は普通一般の犯罪と異なりて甲乙丙の三種何れも其犯罪の要素中に決心の理由即ち遠因を主眼要素とせることは是なり。前掲三ヶ條を關



讀するに或は何々を目的と爲し或は何々の目的を以てと規定しありて何れも一定の目的とする所を舉示せり此目的とするとは犯人の意中或結果を得むとの希望あるを指すものにして即ち外形行為に先たつ決心の理由なり。此決心の理由は一般犯罪の成立には必要ならざるも總則第七十七條により犯意あれば足る内亂罪に在りては心内要素の重大條件として常に法律に舉示する目的の存在することを要す。蓋し内亂罪は其外形動作より觀察すれば大體多數人民の暴動に外ならされは若し目的の如何を論せずとせば兇徒聚衆の罪と異なる所なく之を國事犯とし將た政治上の犯罪なりとして特別の待遇と規定とを設くるの要なきに歸すればなり。而して法律の舉示する一定の目的は各條其記載例を異にすれども敢て大差あるにあらざることには以下各種の特別要素を説明するに當りて自ら了解せらるべし。

甲種内亂罪

第二百一十一條に曰く政府を顛覆し又は邦土を僭竊し其他朝憲を紊亂することを目的と爲し内亂を起したる者は」と本條の罪は二個の特別要素を有す。曰く心

外要素として暴動を爲すこと曰く心内要素として朝憲紊亂の目的あること是なり。

第一。暴動を爲すことを要す

從來多數の學者は法文に「内亂を起したる者は」とある語を採り來りて本條の罪の成立一要件として内亂を起したることを要すと説明するを常とせしか内亂の語は第二百二十二條以下各條の用例に照せば語中自ら朝憲紊亂の目的あることを包含せる意味に使用しありて其の結果心内要素を併示するの嫌なきにあらず。於是乎其の外形實態のみを舉示せむと苦心せる學者は第二百二十三條に兵を擧ぐるに至らずと雖」とあるに參し本條の心外要素として兵を擧ぐることを要すと説明せるものあり着眼頗る機巧にして敢て非難すへき點なし。之を佛文草案に遡て見るに内國戰爭、沸騰武裝的暴動とありて三個の事態を舉示せり、國際公法學者の説く所によれば右の内國の戰爭と沸騰若しくは暴動とは事態非常に輕重の差違あり然れども一國內の人民か徒黨を組み敵と味方に分れて互に干戈を以て勝敗を争ふの意義に至りては三者共通の性質を有するか



如し暴動には無形暴動即ち官權濫用により不法命令を布く場合を含ましむる學說あれども我が刑法には於て如此場合は第二百七十六條に該當す。而して我が刑法の内亂は處斷例に於て多數黨與の在るべきことを想定するも果して幾許の人数以上を要するやは毫も言及するの所なし故は小は口數十百人に止まることあるべく大は千万人以上なる場合もあらむ。又戰鬪の器具に於ても何等明示する所あるにあらす故に單に劍戟弓槍なる場合あるべく銃砲彈丸を兼ね用ゆる場合もあらむ。尙又鬪争地域に付ても何等制限する所なし故に市郡町村に止まるも將た奥羽九州に渉るも均しく同罪たりと謂はざる可からず要するに國內に起る争亂は其の目的朝憲紊亂に在る以上は大小輕重の差別なく法律は之を内亂と稱するものと解釋するを得へければ國際關係に於て事態の如何によりて之を戰爭と名つくべきか將た沸騰若しくは暴動と名つくべきかは本罪外形要素を説明するに當りて深く之れを穿鑿するの要あるを認めず只其の通有性なる多數腕力沙汰あるや否やを見るを必要とす。果して然りとせば内亂罪の心外要素なるものは主として戰鬪状態を指すものにして兵員

其物を指すに非ず隊伍の進軍は戰鬪開始の行爲として入れて論ずるを得べきに止まるのみ。之を其被害の點即ち狼藉の態度より客觀的に言顯はさんどせば新刑法草案に使用せる暴動を爲すの文字最も其適當なるを覺え之れを稱して兵を擧ぐると云ふは加害の状態より主觀的に言顯はしたるの差あるのみならず兵員其物を指すやの嫌あり。既に第二百二十一條の明文中其外形要素を言顯はしすに適當の語を見出す能はずとせば必しも第二百二十三條中の文字を假り來りて之を説くの要なく直ちに事態に最も適切なる文字を使用して可なりと信す。是其我輩が新刑法案の未だ確定力なき今日現行刑法内亂罪の心外要素として暴動を爲すことを要すと掲げたる所以なり。

## 第二。朝憲紊亂の目的あることを要す。

暴動は戰鬪状態にして此状態は博徒間に於ても演ずることあり内亂罪たるや否やは其旗色に於て法律指定の目的なくむはある可らず。法文には政府を轉覆し又は邦土を僭竊することを著例として一般に朝憲紊亂を目的と爲すことを要する旨を掲げあり。朝憲紊亂とは法學上の用語として別に定義あるを聞



かすも雖ども内亂罪は國事犯の一部にして、國事犯は政治犯の一種たる性質より研究し來れば政治上の秩序を破壊變更するの義なるべきことは論を待たざる所にして、而して政治上の秩序は憲法に於て擁護せらるべきものなれば究極朝憲紊亂とは憲法を破壊變更するの意なりと謂ふべきなり。故に法文例示の外に皇位繼承の順序を變ずるか如き、代議制度を廢して君主專政と爲すか如き、國教を一にして信教の自由を廢するか如き、皆朝憲紊亂と名づくべきものにして法文の例示は其最も顯著なるものを舉示せるに過ぎず。

政府を轉覆するとは、我皇朝を變更するの意にして君主政體を共和政體に改造するは勿論万世一系の皇統を排して他人を皇位に擁す場合をも包含す。邦土を僭竊するとは日本の國土若しくは屬地の一部を押領するの謂にして換言すれば土地の一部より天皇の主權を斥けて獨立するを云ふ、之を前段政府の轉覆に比すれば彼は統治の主體を一變して此は統治の一部作用を奪ふの差違ありて存す。

以上二要素を具備するものは即ち是純粹の内亂罪にして以下説く所は乙丙共に之を基本として實害上稍同視すべきものありとして規定せるに過ぎざれば内亂罪の本質如何を問ふときは此甲種の外なきことを知るべきなり。

#### 乙種内亂罪

第二百二十二條に曰く、内亂を起すの目的を以て兵器、彈藥、船舶、金穀其他軍備の物品を劫掠したる者は……と、本條の罪の成立するには二箇の特別要素あり曰く心外要素として軍備の物品を劫掠したること曰く心内要素として内亂を起すの目的を以てせむること是なり。

第一。軍備の物品を劫掠したることを要す。

劫掠とは強取の義なり、即ち暴行脅迫により奪取するを謂ふ。

軍備の物品とは汎く陸海軍の戰備品を云ふものにして、兵器、彈藥、船舶、金穀は只法律の例示たるに過ぎず、被服車馬の如き亦其類なるべし。而して其所謂軍備の物品とは政府の所有若しくは所持に係るとを要するや、將た又一私人の所有若しくは所持なるも可なるやに付ては現行法の文面は草案の政府所屬の……附語ありしに比して甚だ曖昧たるの觀なきにあらずと雖、本條の罪は其の本質



戦闘開始前の所爲なるに拘らず之を戦闘開始後の所爲と同刑に處したる理由を推究して考察すれば自ら官有物を掠奪するものなることを知るに足るものなり。若し夫一私人の所有物を掠奪する者あらむ乎其所爲單純なる強盜罪を以て問擬すれば足る多くも之れか爲め内亂罪の豫備を俱發するに過ぎざるべし。蓋し犯人は之に由て以て自己の勢焰を増大ならしめたりと云ふに過ぎされはなり。之に反して官有物を劫掠したる場合には獨り賊勢有力となるのみならず之れか爲め官軍の戦闘準備を減殺し其結果勝敗の地位を轉倒せしむるの虞あるを以て假令ひ未だ戦闘の開始なきも國家を危険に瀕せしむる點に於ては既發内亂と撰ふ所なければなり。是其刑罰上同一に處したる理由にして草案の説明亦右に外ならされは解釋としては官有物と見るを妥當なりと信す。要するに軍備の物品とは軍備に供すべき物品との義ならずして軍備に供せられたる物品なりとの意に讀むべきなり。

第二。内亂を起すの目的を以てせることを要す。

内亂とは前段甲種内亂罪の場合に説明せるか如く一に暴動を爲し、二に朝憲系

亂の目的に出つることの二要素を具備せる犯罪を云ふ、何者の目的を問はざる内亂との義にあらざるなり。草案には前條の内亂を起すの目的を以てと記載しありし故に意義頗る明瞭なりしか、正文には之を削除しある爲め多少の疑惑を惹起せしむるの觀あれども現行法は獨り第二百二十二條のみならず第二百二十五條以下第二百二十八條に至る各條何れも「内亂」の二字を獨立使用しありて語中自ら朝憲紊亂の目的に關するものなることを表白せるに徴すれば茲に所謂内亂を起すとの法律用語は第二百二十一條の罪を他日に起すの決心ある場合を謂ふにありべきこと明白なり。又其之れを國事關係の一法條としたる點并ひに之を既發内亂と同刑に處したる點等より見るも其の法意を推知し得べし。

以上の如く乙種内亂罪は其心外要素より論すれば既に政府に抗敵したるものなれども其心内要素より見れば他日内亂を起すの準備に出でしものにして其程度は甲種内亂罪の未遂ともならざるか故に之れを規定上既發内亂と同視同刑と爲したるは純理に反するの嫌尠からずと雖、現行法は戊辰の戦役を去ること遠からず。西南戦争後問もなく制定せられしを以て當時此種の犯罪に關して頗る峻嚴



の態度を取り萬一を豫防するの必要より如此規定を見るに至りしものならむ。

丙種内亂罪

第二百二十三條に曰く政府を變亂するの目的を以て人を謀殺したる者は兵を擧ぐるに至らずと雖も内亂と同しく論し……と本條の罪の成立するには之か特別要素に或學者は三個ありとし。

- 一、政府を變亂するの目的あること
- 二、人を謀殺したること
- 三、兵を擧ぐる豫備又は陰謀あること

を要すと説き。或學者は二個要素あれば足る前掲列記中第三の部分は不必要なりと説けり。予は先づ何人も異議なき第一第二の要素を簡略に説明し終りに第三要素の果して犯罪成立上之を要件とすべき否やを附言せむとす。

第一。政府を變亂するの目的あることを要す。政府を變亂するとは内閣員の變動を起し又は政府の政治方針を一變せしむるか如きを謂ふものにして之を甲種内亂罪の例示たる政府轉覆の語に比すれば

輕重相異なる所あり。即ち政府顛覆に在りては根本的に統治の主幹を一變するを意味し政府變亂に在りては統治機關を害して施政上の變動を來さしむるを謂ふものにして事態頗る大小の差あり然れとも第二百二十一條に所謂朝憲紊亂の語中に包含せらるべき一場合たる點に於ては彼此異同あることなし。只政府顛覆の場合には機鼓堂々兵を擧げて天下に呼號し人心爲めに恟々たるの觀あり政府變亂の場合には一例を擧ぐれば一人若しくは數人の同類劍銃を携へ暗夜人なきに乗して一二當路者を謀殺するに止まるの差ありて存す。

政府を變亂するの目的ある所爲は朝憲紊亂の一場合たることは右に説明するか如しと雖之か爲め第二百二十三條は朝憲紊亂の目的を以て人を謀殺したる者は……と記載あると同一に解釋して可なるや換言せば政府顛覆又は邦土僭竊の目的を以て内閣員を謀殺せる場合は如何此場合にも均しく本條の適用ありや否やの問題是なり。或學者は之に答へて理論上第二百二十三條に問はざるを得ずと斷定せり而して其理由とする所は事態輕小なる政府變亂の目的を以てする謀殺を既發内亂に問ふを得れば一層多く國事に關し情狀重きを加ふる政



府顛覆邦土僭竊の目的に出てたる場合に該條を適用する能はざるの理あらむやと云ふに在れとも第二百二十三條の罪は其本質内亂罪たるにあらず。一の謀殺行爲なれとも規定上内亂と同じく論するに過ぎされは擬制たるに外ならず、擬制を比附引援して法文以外の場合に及ぼすは刑罰法の解釋としては断して許さざる所にして權衡上問はざるの不可を唱ふるは稍聽くを得べき論旨ならむも之を理論上問はざるを得すと断定せるは蓋し早計たるを免れざるなり。且又事の實際に照して考ふるに政府を顛覆し邦土を僭竊するか如き大目的は一二閣員を謀殺したるのみにては決して其目的を達し得られざるものにして、必然多數暴動を要すべきものなれば必竟本問題は架空の提案にして第二百二十三條の想像以外の問題なりと論し去るの優れるに如かすと考ふるなり。

第二。人を謀殺したることを要す  
凡そ殺人犯には殺意の急劇事に觸れて即座に起りしものと利害の得失を計考し殺害の方法場所等を選択するの餘裕ある豫謀に起りしものと別あり前者は之を故殺と名つけ後者は之を謀殺と名づく。法文には「謀殺したる者は」と

るにより故殺したる場合を含まざるの義は明かなりとす、只法文に「人を……」とある爲め普通刑法の用例語として男女老少を問はず一般に有形人を謀殺すれば直ちに本條の罪を成立せしむるか如きに見ゆるも、本條の場合には其人の生死は國政の消長に關する重要な人物たるの義なることは犯人の目的、政變希望に在りて殺害は其手段たるに止まるの性質よりして自ら論定制限せざるを得ず。隨て政治上何等の關係なき人物は勿論假令政治家の稱あるも之を失ふの結果當然政府の變亂を來すに足るべき人物にあらずれば成立せず、而して其果して政府變亂を來すに足るべき人物なるや否やを定むるは事實承審官の任務にして茲に豫め一定するを得ず。

以上二要素を具備すれば第二百二十三條の罪の成立するものとするは普通の議論にして我等も亦之に加ふべきものなしと信す。然るに法文に「兵を擧ぐるに至らずと雖云々」との語あるよりして或學者は第三の成立條件として兵を擧ぐるの豫備又は陰謀あることを要すと爲し、其理由として豫備陰謀も存せず一人單獨に政府變亂の目的を以て人を謀殺したる場合迄か本條の犯罪となるとせば(一)條文の



兵を擧ぐるに至らず (一)の語は全く無用に歸せむ、(二)内亂豫備の所爲あり且つ政府に抗敵の所爲ありて初めて内亂の既發に準したる前條と權衡を失すと言へり。之に反對せる學者は曰く本條の主眼は内亂の或場合を規定するにあらすして謀殺の或場合即ち政治觀念に原因する謀殺を規定するに在り、故に其牀様に於て戰爭行爲と謀殺行爲との大差あれとも其結果朝憲紊亂を來すは同じきものあるを以て内亂に準するに過ぎず、故に一人若しくは數人にて謀殺行爲を行ふも其之に依て法律が防かんとする政府變亂の結果を生したる以上は當然本條により處斷せざる可らず、何そ之に加ふるに更に擧兵の豫備又は陰謀あるを要するの理あらむやと、駁し得て當れりと謂ふべし。蓋し此反對論者は我國裁判例の夙に示す所にして之を刑法制定の當時我國に起りし事變倒大久保公紀尾井阪の難に徴するも容易に立法の精神を知るに足るべし、要するに兵を擧ぐるに至らずと雖とも法文の語は内亂と同じく論する理由を書添へたる蛇足文にして内亂にあらすと雖と書せるに均しきものと解すべきか。

〔裁判例〕 政府を變亂する目的を以て人を謀殺したる所爲(一二三)は其罪質單純

の謀殺たるに外ならず唯其目的政府を變亂するに在るを以て特に内亂と同じく論するのみ。而して本條(一二五)は第二百一一條及第二百二二條の豫備又は陰謀を罰するの規定たるに過ぎず、隨て政府を變亂するの目的を以て人を謀殺するの豫備を爲したる所爲は本條(一二五)に擬律するを得ず(明治二十八年十二月二十七日)。

### 第二項 未遂、豫備、陰謀及自首

内亂罪の事變一度起るあらむか國內爲めに動亂し生命財産を損すること夥しく其害の大なることは天災地變も畜ならざる場合多し。是を以て法律は嚴視苛察して之を萌芽未だ出でざるに防止せむと欲し、第二百二十四條以下第二百二十六條の三條を以て未遂は勿論普通原則として罰せざる豫備陰謀の場合迄に及ぼし、之れと同時に特例を以て犯人の自首を獎勵せり左に各場合に付畧説せむ。

#### 第一 未遂

第二百二十四條には「前三條の罪は未遂犯の時に於て乃ち本刑を科す」とあり。一讀未遂を罰して既遂を罰せざるかの語氣に見へ、且草案者か其理由説明中内亂の罪



は一勝ては官軍、負ければ賊——にて未遂の時にあらずむは罰するを得ずとの旨趣を掲げし爲め益然るかの如く見ゆるも這は目的即遠因の遂行と、所爲の遂行とを混同したる議論にして之を甲種内亂罪に付て觀察せむか、朝憲紊亂の目的を以て外形行爲の實行たる戦闘を爲せば未だ勝敗の局を見ざるも此處に忽ち既遂ありと見るべきか相當にして、一定の目的其自身の遂行を待て始めて既遂あるにあらざるなり、故に本條は未遂を罰して既遂を罰せずとの意にあらすして未遂を既遂と同刑に處するの法意なりと解し、乃ちの文字は「仍ほ」と讀まざる可らずとの注釋は頗る當を得たるものと信す。

未遂犯は通常既遂犯の刑より一等若しくは二等を減輕するを原則とす(第一百十二條)。内亂罪は未遂既遂同刑にして此間何の差別なく處分するを以て深く其異同を研究するの要なし、只豫備を罰する點よりして豫備と未遂の區別即ち内亂の既發と未發とを識別する上に於て未遂とは如何なる場合を云ふかを各種内亂罪に付き一言し置かむとす。即ち甲種内亂罪に在りては隊伍の編制成り今將に發足して戦闘開始の途に就かむとする時意外の障礙の爲めに遂げ得ざりし場合を云

ひ、乙種内亂罪に在りては軍備品の所在に就き劫掠に着手せる際意外の障礙の爲め遂げ得ざりし場合を云ひ、丙種内亂罪に在りては政府變亂の結果を來すべき人物の謀殺に着手せる時意外の障礙の爲め遂げ得ざりし場合を云ふ。

## 第二 豫備

内亂罪の豫備は第二百二十五條第一項の例示する所によれば兵隊を招募し又は兵器金穀を準備するを云ふ。法條外の例としては海陸の測量軍備品の調査等あり事苟くも内亂を起すに必要なりと思料せらるゝ所爲は皆豫備に包含せしむるを得へし。

内亂の豫備を爲すに當り其手段として他の罪名に觸るゝ所爲あるとき、例へば金穀を準備するに當り之を強取、騙取若しくは竊取するか如き(軍備品を除く)、兵隊を招募するに當り官職詐稱若しくは官の文書を偽造行使するか如き、之を一罪として罰すへきか、將た内亂豫備罪と他罪との二罪俱發に問ふへきかは從來學者間の見解一定せず。按するに一個行爲の手段か他の罪名に觸るゝものは學者普通に之れを想像上の數罪俱發と爲し、其の結果適用上一罪たるものなりと説けとも、彼の



刑法第三百九十條第二項の文書偽造に因る詐欺取財の如き法律が重きに從て罰すと明言する場合に或は然らむ斯の如き明言なき場合は寧ろ常に二罪俱發即ち第百條を適用處斷すべきものにして一般に一個行爲の手段か他の罪名に觸るゝときは想像上の數罪俱發にして一罪なりと論斷するを得ず。翻て内亂豫備の場合に關する法條を通讀するに内亂實行前に於ては犯罪を重きに從て論すべき規定なきを以て當然二罪俱發に問ふべきものならむと考ふるなり。然るに尙或學者は前掲例示の各場合を論斷するに當り想像上の數罪俱發なるか故に一罪なりともせず、只單に斯の如き場合には常に一罪の外成立せざるものと主張し、其説例として内亂に至らざる間に一私人の金錢米穀を強取するか如き事あらは純然たる強盜罪なりとせり。蓋し其理由とする所は内亂既發に至らざる間の所爲は遠因の如何によりて國事犯、非國事犯の別を立つる能はずと云ふに在らむも金穀強取の所爲が強盜罪たるか爲めに之を手段として發生したる内亂豫備の所爲は何故に不問に付して可なるや。本問題の求めむとする答は内亂の豫備を爲すに當り其手段が不適法なりし場合を如何に處分すべきかに在り、強盜の所爲あり

て未だ内亂豫備を爲さざる場合の處分如何を問ふに非ざるなり。故に此種の論者が強盜罪に因て獲たる金穀を蓄積し以て内亂の豫備を爲したる場合に初めて國事犯、非國事犯の俱發と成ると説くか如きは始めより別個二所爲の相前後して續發したるものと想定して而る後に下せる斷案にして事態一所爲なるも其手段か別に他の罪名に觸るゝ場合たるに留意せざる誤謬の見解なりと謂はざる可らず。

### 第三 陰謀

法律が内亂の大害を未發に防かむとするの用意に外形舉動たる豫備の所爲に止らず、犯人意中状態の一場合なる陰謀に迄及ぼし第百二十五條第二項に内亂の陰謀を爲し未だ豫備に至らざる者は云々と規定せり。

陰謀とは先回皇室に對する危害罪の場合に述べしか如く二人以上犯罪の企圖を謀議協定するに在りて、約言すれば犯人優勢なることを意味し、犯罪の進行の程度より論すれば其本體、決心に外ならざるものを云ふ。而して何故に決心か二人以上に連絡すれば之を罰するや、其理由は先回説く所と異なるなきを以て敢て此處に之を詳説せず。



陰謀の申込即ち内亂罪を犯さむことを甲より乙に謀りて未だ之を諾せざる場合は是亦草案には之を罰するとの規定あれども乙の應せざる限りは甲一人の決心に止り乙に何等咎むべき點なきは勿論甲一人と雖之を罰せむ乎其理由決心の吐露を罪とするに至るべく自ら陰謀を罰するの理由を逸脱せざるを得ず。由之觀之陰謀の申込なるものは未だ陰謀を成さざるの謂にして未だ成らざるの陰謀は明文なき限りは之を處罰するを得ざるや明かなり。

#### 第四 自首

自首に關する通則は第八十五條以下に規定しあり、此通則外別に特例あるべきことは第八十八條の豫想する所なり。第二百二十六條の如きは即ち其特例に屬すべき規定にして同條に曰く内亂の豫備又は陰謀を爲すと雖未だ其事を行はざる前に自首したる者は云々と。即ち本條は内亂の豫備陰謀に關し一種の特例たる自首の存することを示すものにして之れが特別條件は分て左の二とす。

第一條件。未だ其事を行はざる前なることを要す。

事とは既發内亂を云ふ事を行はざる前とは内亂實行に入らざる以前との義に

して暴動に着手せざる間に於てと云ふに同し。故に内亂の陰謀既に成熟し又は豫備既に終了するも毫も着手行爲あらざる以前尙適切に言へば未遂の状況に進まざる間は特例自首の效あることを規定せるものなり、特例自首の效とは普通自首は本刑に一二等を減輕するものなれども第八十五條以下本條に於ては本刑全免の恩典あるを云ふ。

犯人の自首若し事を行ふの後なりせば如何詳言すれば軍旗一度ひ動きて兵員既に歩を進むるの後又は軍備品所在の地に臨み劫掠に着手したる後に於ては如何此場合に於ては縱令ひ官未だ其事を覺知せざる前なりと雖本條の特典に浴せしむることを得ず。然らば則ち其自首なるものは些の効果なきやと云ふに普通自首として總則第八十五條以下に照し減輕の恩典あるべきものと信す。

第二條件。官に自首したることを要す。  
官とは刑事訴訟法上犯罪捜査の任務ある吏員若くは官署を云ふ其主要なる者は檢事及び司法警察官なり。

自首とは犯人自身其罪狀を陳述して刑罰に首服するの謂にして此處に所謂自



首と總則に所謂自首とは毫も其成立を異にする所なし。故に(一)犯人其罪狀を自ら進んで陳述するものならざる可らず。萬一事實に相違する陳述を爲さば不實自首として效力なきものとす。(二)自己を逮捕し得る位置に置かざる可らず。罪狀の陳述は或は代人をして爲さしめ自ら出頭せざるも效あらむなれども此場合には其居所を一定して官の處分を待たざる可らず居所一定せず官をして其搜索に従事せしむるも可なりとせば自首なるものは單に官をして犯人の誰某たることを知らしむるに過ぎずして犯人首服の實なればなり。(三)官の未だ事を覺知せざる前ならざる可らず。自首に尊ぶ所は事後迅速に官の處分を受くるに在り、悠々日時を經過して事既に官に發覺せば瞬時官をして犯人捜査に着手せしむるの累あるを以て此累あらしめたる以上は自首は唯た自白と異ならざるの結果あるに過ぎず。

以上の二要件を具備すれば第二百二十六條の特例自首を完成す。學者或は本條に事未だ官に發覺せざる前なる文字なきを以て是即ち第八十五條普通自首に對する特別自首の特徴なりと爲し、前掲第二條件中の(三)なる自首成立の要素を缺くも

可なりと説く者あれども本條の特例たる唯一特徴は普通自首の減輕例を用ひず、本刑全免の大恩典を利用して内亂を未發に防遏せむとするに外ならざるものにして自首例の性質を一變し官に發覺するも官の逮捕を未だ受けざる前なれば可なりとして一に自ら進んで縛に就くことのみを獎勵するにあらざるなり。自首の本性は犯人自ら官の知らざる事を陳述し出るに在りて之に由て官の益する所趣からさらしめむことを期するに在り、若し自ら進んで縛に就くことのみを以て本條自首の唯一本領とせば缺席判決後に至り逮捕狀の執行を受くるに先たち犯人自ら首服せば之に對しても尙均しく本條恩典を與へざる可らざる奇怪の論決を見るに陥らむ論者以て如何と爲す。

### 第三項 内亂罪の處分

#### 第一 甲種内亂罪の處分

内亂罪中甲種内亂罪即第二百二十一條の罪は千万人を振起し天下を騒亂するの概ある場合なれば犯罪本然の性質として多數人員の結隊組織あるべきものなれば其組織に於て上長下役指揮被指揮の關係ありて均しく内亂罪人たるも其執る所



の職務の地位如何により大に其罪狀に輕重の差あるを免れず。是に於てか法律は其罪狀輕重により之れか處分を數多の階段に區分し内亂加效の程度に伴ひ刑罰を寬嚴にせしむと欲し左の四階級を設定せり。

一、首魁及び教唆者は死刑に處す。

二、群集の指揮を爲し其他樞要の職務を爲したる者は無期流刑に處し其情輕き者は有期流刑に處す。

三、兵器、金穀を資給し又は諸般の職務を爲したる者は重禁獄に處し其情輕き者は輕禁獄に處す。

四、教唆に乗して附和隨行し又は指揮を受けて雜役に供したる者は二年以上五年以下の輕禁錮に處す。

第一階級。首魁及び教唆者。(イ)首魁とは内亂の張本人にして反軍全隊を指揮引卒する者を云ふ。内亂の大害は獨り此者の非望に原因するものにして其罪狀最も重しとす。是其法律か刑の最極點たる死刑を以て之に問擬する所以なり。而して張本人は必しも一人たるに限るにわらず、合議共同して指揮引卒の任に當

る場合は數人皆均しく首魁なりとす。(ロ)教唆者とは朝憲紊亂を目的とせる暴動を爲すへきことを使喚して以て起さしめたる煽動者を云ふ。内亂大害の因て起りし源泉にして其罪狀内亂を起せし張本人と毫も擇ふ所なきを以て法律は首魁同様是亦死刑に處することとせり。抑も教唆者か犯罪實行者と同刑に處せらるべきことは既に總則に於て規定する所にして茲に之を明言するの要なきものとす、必竟無用の贅文にして立法の杜撰と謂はざる可らず。彼の或學者か茲に所謂教唆者とは獨り首魁の教唆たるに止らず、汎く第二百二十一條の二號三號四號に列擧する所爲の教唆をも指したるものとせされは法律か特に教唆を規定せる趣意を解し難しとせるは文理解釋上洵に然るものあり。然れども其結果内亂既に起りたる後微々一兵卒の加效を教唆せしか如き者をも尙且死刑に處せざるを得ざるに想ひ到らば論斷の理由として刑罰の當不當は措て問はざるものとなり、餘りに實際の罪責と違かる迂論に歸するを免れざるを以て我輩は單に無用の贅文として如斯解釋を採らざるなり。

第二階級。樞要の職務を爲したる者。樞要の職務とは法律は群集の指揮を爲し



たる者即首魁の羽翬となりて隊長の任に當りし者を例示するの外他を言ふ所なきも凡そ軍務なるものは參謀司令兵站運輸醫務會計等の輔佐分任ありて始めて完備するものにして之れか長たる者は其職務の樞要なること兵員の行動を指揮する者と相比するを得む。即ち相比するを得と雖彼の能く戦ひ能く計り能く給すへき三役隊長參謀兵站の如き其位地自ら他に比して優るものなきにわらず是に於てか法律は更に第二階を輕重二段に細別して其位地重き者は無期流刑に處し其位地輕き者は有期流刑に處することとせり。

第三階級。兵器金穀を資給し又は諸般の職務を爲したる者。(イ)兵器金穀を資給したる者とは身自ら内亂軍の戦闘員たらずして唯た之に給與するに兵器糧食を以てし軍資の補充を計りて内亂を助成せし者を云ふ、即ち内亂幫助の所爲にして其性質正犯たるにわらずして從犯たり。之を以て内亂を起したる者は左の例に従ひ處斷すとの一例として掲けたるは是又立法杜撰の譏りあるを免れざる所とす而して其處分に於ては重禁獄に處するを常とするも資給僅少にして其罪輕き者は輕禁獄に處せらる。(ロ)諸般の職務を爲したる者とは卒伍の上

に立ち上長の指揮を受けて軍務を處辨する役員を謂ふ、其所屬部務により又は其位地の高下により一律を以て擬し難きものあるを以て是亦法律は二段に細別し、位地上の情狀重き者は重禁獄として其輕き者は輕禁獄とせり。

第四階級。教唆に乗し附和隨行し又は指揮を受けて雜役に供したる者。前者は兵卒、後者は雇員軍夫の類を謂ひ、何れも内亂軍中の最下級者にして其位地上の罪狀は頗る輕微なるを以て法律は別に段別せず、只二年以上五年以下の重禁獄と爲し其範圍内に於て各人に對し相當の刑期を言渡すの餘地わらしめり。

## 第二 乙種内亂罪の處分

乙種内亂罪は其本質既發内亂にわらざるを以て到底甲種内亂罪の如く多人數ある可らざるにより自ら甲種内亂罪の如く四階級に分ち更に之を二段別する迄の必要なきは敢て言を待たず、第二百二十二條は官に抗敵するの所爲あるか爲め内亂豫備の所爲を内亂既發に準したる結果、刑例を全然同一と定めたるに過ぎされは只能ふ限り之に準則して處分すれば可なるを以て敢て詳説せず。

## 第三 丙種内亂罪の處分



第二百二十三條には「内亂と同じく論し其教唆者及び下手者を死刑に處すとあり、此内亂と同じく論する理由は先きにも述へし如く政府變亂の果を生ずるは朝憲紊亂の一場合なるを以て然るものにして謀殺と暴動とは天壤雲ならざる差ありて此點により類似同論するの所以にあらざるなり。故に茲に所謂同じく論しとは寧ろ是其本質の内亂にあらざることを表白するの語辭たるを證するに足ると言ふも過言にあらざるを以て其處斷例が全然甲種内亂罪と異ならざるを得ざるは理の賅易きものありて存す、故に法律が其教唆者及び下手者を死刑に處すと記するの外敢て他を言はざるものは此他に特別處分すべき階級上の犯人なきを意味するものと解せざる可らず。但し第二百二十四條には「前三條の罪は云々」との語ありて明かに丙種内亂罪に對する處分例ありと雖、這は普通未遂犯例に依らざるを言ふに過ぎずして既遂犯中の階級上の段別にあらざるは謀殺の補助を爲すか如きは普通總則の從犯を以て論すべきものにして之を第二百二十一條の三號幫助例によりて處分することを得ず、從て又首魁、指揮、樞要の職務に當りたる者、雜兵等の階級例を適用することなきものとす。法文に所謂下手者とは實行者の義にし

て謀殺行爲に直接從事したる者を云ふ、數人共謀の上一人抜劍して首を刎ね他は其被害者の手足を捕へて殺害に便ならしめたるか如きは同じく下手者たるを免れず、謀殺の擧を贊して刀劍を授けし者の如きは普通一般の從犯なりとす。

#### 第四 未遂、豫備、陰謀、自首の處分

(一) 未遂の處分。に付ては第二百二十四條に「前三條の罪は未遂犯の時、於て乃ち本刑を科すとあるを以て甲、乙、丙の三種内亂罪皆何れも未遂の場合には普通減等例を用ひす。第二百二十一條以下各既遂の本刑を適用處斷すべきものにして蓋し是を大罪を嚴罰して一步も假借せざるの意を示すに過ぎざるのみ、既遂犯なきの故を以て未遂犯に本刑を科すとの意にあらざるなり。

(二) 豫備陰謀の處分。に付ては第二百五條第一項に「内亂の豫備を爲したる者は第二百二十一條の例に照し各一等を減す、同條第二項に「内亂の陰謀を爲し未だ豫備に至らざる者は各二等を減す」とあるにより第二百二十一條の罰例四階級に總則國事に關する罪の加減例(第六十八條第六十九條第二項)を施し試みなは容易に算出し得へし。



本條豫備陰謀を罰するの規定は甲乙丙の三種内亂罪に通して適用し得るや否や。先づ甲種内亂に付ては世に固より異論なき所なるも乙種内亂罪に付ては聊か異論あり、即ち乙種内亂罪は法律の規定に於てこそ内亂既發たれ其の本質は内亂豫備の一場合たるものなれば之に對する豫備陰謀ありとせば自ら豫備の豫備陰謀あるを認むることとなり、甲種内亂罪との比較に於て過酷たるを免れすと云ふに在り。然れども法律は乙種内亂罪を甲種内亂罪の豫備たるか故に同刑に處したるに非ずして豫備として罰するの輕きに失するものありと爲し、之を擬制上内亂と同視したるものなれば自ら其豫備陰謀をも罰すべき價值あることは論を待たざる所なりと思考す。之に反して丙種内亂罪に在りては其豫備陰謀に本條を擬律することを得ず、何となれば同罪は其本質全然内亂にあらざるを以て犯人間に數多の階級ある可らざること、又之に對する處分例は第二百二十三條に特別規定あること、並ひに第二百五條及び第二百二十六條の二ヶ條は共に「内亂の豫備陰謀は云々」と記載しありて此内亂の二字は暴動關係のものたることを示すに參して看れば自ら其適用なきものなるべきを知るに足

れり。前に掲げしことある裁判例要旨の下半も亦之に同じきを見る其結果として丙種内亂罪の豫備陰謀は總則第一百一一條に照し無罪たるべきものなり。

(三) 自首の處分。に付ては法律は第二百二十六條に「本刑を免し六月以上三年以下の監視に付すと規定し自首を特別に獎勵せむか爲め本刑全免の恩典を與ふる旨を規定せるものなり。而るに附加刑の監視を尙存し置きしものは他なし是其犯人か進むて自首するあるも果して其自首は信實にして改悛の情ありや否や疑ひなき能はず表面に自首反正を示し置き官をして深く檢察せさらしめ暗裏却て更に大事を企つるの虞なきを保せされはなり。

## 第二款 集會所給與の罪

第二百二十七條に曰く「内亂の情を知て犯人に集會所を給與したる者は二年以上五年以下の輕禁錮に處すと、本條は内亂の罪に關する一種の幫助罪なり。既に第二百一十一條の第三號に於て兵器金穀を資給したる幫助罪に付ては一般從犯の規定に依らざるを示し、今又特に從犯の一種を本條に規定するものは彼と此との間罪狀多少の輕重ありて同刑に處し難きものありと認めたるに由る而して本條の罪



の成立するには左の二個の特別要素あり。

第一。内亂の情を知りて給與することを要す。

(イ)内亂の情を知るとは朝憲紊亂の目的を以て暴動を爲すの目的なることを知悉し且つ此舉の爲め入用ありて或は謀議の場所に充て或は兵隊屯集の場所に充つる等内亂軍の用に供するものなることを知て而して後給與したることを要す。故に一旦給與の後彼等の歸る所を開き始めて内亂たることを知りしか如き場合には本罪の成立なし。又苟くも情を知る以上は自ら進んで給與したると他人の誘導に因て給與したるとを問ふを要せず。(ロ)給與するとは普通貸與する場合多かるべきも讓渡も亦含蓄す而して貸與讓渡共に之に因て自己を利したるや否やは敢て區別するの要なきものなれば其有償たると無償たるとは成立上何等の影響なし。

第二。犯人に集會所を給與したることを要す。

(イ)犯人とは内亂犯人總てを指すものにして首魁たると樞要の職務を執りたる者と將た其他の者たるとを區別せざるなり。(ロ)給與の目的物は集會所たらし

る可らず集會所とは普通家屋邸宅の類ならむも法律は特に制限する所なきを以て田畑山林若しくは船舶の如きを給與する場合も包含するなるべし。以上二要素を具備すれば二年以上五年以下の輕禁錮に該る其首魁に給與したると以下の犯人に給與したるとは刑期範圍内に於て裁判官の宜しく斟酌處分すべきものにして法律上は同刑なりとす。

### 第三款 内亂と競合せる常事犯

第二百二十八條に曰く内亂に乗して人の身財財産に對し内亂の目的に關せざる重罪輕罪を犯したる者は通常の刑に照し重きに從て處斷すと。

本條規定の要旨は内亂の際之れと混同若しくは牽連して起りたる諸般の犯罪を如何に處置すべきかを定めしものなり。抑も内亂は多數人の暴動なれば勢の奔馳する所必ず殺傷燒毀掠奪等非常の狼藉を極むべきは豫め期せざる可らずと雖内亂既に發すれば發後犯人の所爲に皆其内亂を爲すの意思即ち目的に伴ふものなりとして盡く之を國事犯なりと謂ふことを得す。何となれば其所爲自財より之を觀察して戰鬪行爲と目する能はざるもの即ち強姦賭博の如き事を國事犯中



に吸収せしむるを得ざることを明かなるものあればなり。故に均しく殺傷なるも敵の戦闘力を弱むる爲めに敵兵を銃撃斬殺するの所爲は犯罪の目的に適合せる必要行爲なれども濫りに民家に闖入し敵の兵員外たる婦女老幼を殺戮する如きは内亂の目的に關する行爲なりと謂ふを得ず。燒毀掠奪に於ても亦然り敵の屯營に火を放て其根據を失はしむるか如き其糧食を掠めて兵站の途を絶つか如きは皆是戦闘自然の行働なるも民人の資財を奪ひ其家を燒拂ふか如きは決して之を内亂の目的に關する行爲なりと謂ふを得ず。要するに目的に考へ所爲に察して戦闘行爲たるや否やを定め其戦闘行爲なるものは國事犯罪にして其然らざるものは常事犯罪とせざる可らず。

以上の標準により兩者を區別し常事犯罪中内亂に乗して起りしものゝみは之を本條により想像上の數罪俱發として輕重比照の上重きに從て論し内亂に乗して起りしものと認め難きものは第百條により普通俱發例を適用すべきものとす。是其本條冒頭に内亂に乗してと規定し内亂前後の犯罪に關せざるを示すと同時に内亂と牽連せる常事犯のみを處斷するの法意なるを示すに由る。

以上第二章第一節内亂罪の大要を講了せり終りに臨み頃日議會に提出せられたる刑法改正案の如何に現行法に改變修正を試みつゝあるか其重要なる二三點を左に摘示せむ其理由并ひに之れか批評を試みなは研究上大に益する所あるべきも現行法の如何を説くさへ尙且講座時間の足らざるを感ずる今日比較研究を爲さむことは到底此講義の許さざる所なるを以て刑法か未來に於て如何に改善の途に就くべきか即ち現行法の非點を知るに足るべき點のみを列擧するに止めんとす。

第一點。新法案は現行法第二百二十二條第二百二十三條の規定を刪除せり其結果内亂を起すの目的を以て官有物件を劫掠したる所爲は其本然の性質に立戻り内亂の豫備となり。政府變亂の目的を以て人を謀殺したる所爲は是亦本然の性質に復し普通謀殺の罪となるならむ其改正や不可なし。

第二點。教唆者處分を總則に譲り幫助者規定を正犯處分例中より分離せり是眞に學理上當然の排列なり。

第三點。自首免刑の恩典を擴張して豫備陰謀の外に幫助罪にも與へたり政策上



權衡上共に至當の制とす。

第四點。國事犯と常事犯の競合せる場合の規定を刪除せり是新法案は一般に想像上の數罪具發を吸收して一の重きに問ふの總則規定を設けしに由るものにして各別に之を罰するの意にあらざるなり。

## 第二節 外患に關する罪

外患に關する罪とは帝國の外部安寧を害する罪にして第二百二十九條乃至第三百十四條の六ヶ條に規定しありて其規定全体を大別分類すれば帝國の存立を害する罪と列國の和親を害する罪との二種となる。依て此種別に從ひ本節を二款に分て説明せんとす。

### 第一款 帝國の存立を害する罪

凡そ一國の存立なるものは國民舉て其國を愛するの熱誠あるを待て始めて全ふし得べきものにして若し夫れ國民に此熱誠なく外人と提携して本國に仇する者あらむ乎邦土の安全一日も得て期し難きものあり。是に於てか法律は此等不義賣國の徒を糺さむか爲め第二百二十九條以下第三百三十二條の規定を設けたり。此

四ヶ條は犯人帝國に對して不忠の意思ある場合にして其意思實行の結果は何れも帝國生存の安危を胚胎するものなれば予は之を總稱して帝國の存立を害する罪なりと曰はんとす。尤も政事犯は一般に國家の存立を傷くる性質あるを以て特に外患罪中的一部分に對するに此名を以てするは聊か當らざるやの觀なきにあらすと雖も政治犯中内亂は元國內人間の争鬭にして勝敗何れに歸するも國民の存亡を意味せず。之に反して外戰なるものは一國運命の消長を賭するが常にして我國人にして之を起し若しくは助けて之を長せしむる所の犯罪は其結果直接に我帝國の存亡に關するものなり。是其我輩が單に背叛罪と名つけずして帝國の存立を害する罪なりと題し以て第二節中被害の客體の帝國にあらすして直接外國なる第三百三十三條第三百三十四條の規定と相對峙して被害の點を分類基本として排列せむとするに在り。而して本題に屬する四ヶ法條中第二百二十九條は犯人身親ら公然外人と提携する形ある場合を規定し第三百三十條以下三條は犯人身を潜めて陰然外人を援助するの態ある場合を規定せるものにして其行働上の差違よりして論すれば前者は本國に背叛するものにして後者は敵國に内應する



ものとの別ありて存す。故に本題は更に項別して第一項に本國に背叛する罪第二項に敵國に内應する罪として説明せむとす。

### 第一項 本國に背叛する罪

第二百二十九條に曰く「外國に與して本國に抗敵し又は外國と交戦中同盟國に抗敵し其他本國に背叛して敵兵に附屬したる者は死刑に處す」と。

本條は概して之を言へば日本國人が外國と提携して直接に日本國に對し抗敵する所爲を規定せるものにして其所爲に三場合あることを想定せり。一に曰く外國に與して本國に抗敵する罪、二に曰く外國と交戦中同盟國に抗敵する罪、三に曰く其他本國に背叛して敵兵に附屬する罪、是なり。而して其處分に於ては三場合とも皆之に擬するに死刑を以てし格別に説明を要すへき點なきを以て以下只各場合の犯罪成立上の特別要素のみを列舉説述せむとす。

#### 第一場合 外國に與して本國に抗敵する罪

此場合に於ける犯罪成立の特別要素は分て三とす曰く一に日本人たるの身分を有すること、二に外國に與すること、三に本國に抗敵すること、是なり。

#### 第一。日本人たるの身分を有することを要す、

(イ)日本人とは日本國に國籍を有する者を謂ふ故に日本國に生るゝ者と雖未だ歸化手續を経ずして單に日本國內に生活する者は日本人なりと謂ふを得ず。之に反して日本國に生れず又日本國內に生活せざる者と雖日本國に國籍を有する者は日本人なりとす。其詳細は國籍法に就て參觀すへし。(ロ)何故に本罪の成立上日本人たるの身分を有することを要するやは此身分あるか爲め其本國に對する忠節義務を生し之を缺くに於て罪科を構成すればなり。(ハ)法案の文面には特に日本人云々の記載なしと雖其所爲として本國に抗敵することを言明する以上は本國人の前提なくしては言得へからざるの理なるを以て自ら日本人たることを要するの意義明了なりとす。外國人が日本國に抗敵するは寧ろ其自國に忠なることあるへきも日本國に對して不忠の責めあるへきの理は當然附着せず。

#### 第二。外國に與したることを要す、

(イ)外國とは日本以外に存立する自主國の義にして單に外人なれば可なりとの



謂にあらず。故に外人にして其國政府の認許なく又は無所屬浮浪の外人により形成せられたる軍隊等は茲に所謂外國の語中に包含せしむることを得ず。佛國に於ては海賊に關する千八百二十五年四月十日發布の法律第三條及第七條に同國刑法第七十五條(背叛罪)を適用施行すれども我國に於ては何等の規定なければ類似の論決を下す場合なきものとす。(ロ)與するとは身を外國軍に投するか又は之れど軍隊の動作を連合する等汎く敵國と進退を共にせむことを盟約するを謂ふものにして事實裁判官の認定に委すべき問題に屬す。

第三。本國に抗敵したることを要す。

(イ)本國とは日本國の義にして(ロ)抗敵とは佛文章按に所謂「」に對して兵器を弄するに該當し、即ち兵器を執て日本軍に敵對する所爲を謂ふ此要素の解釋に關しては多少の議論あり。即ち日本軍に敵對するとは實際に戦闘を爲したることを要する平將又實際に戦闘を爲さるるも戦闘するの意思ありて外國軍に投したるのみを以て足る乎此疑問は佛國刑法第七十五條佛蘭西に對して兵器を弄したる者」とある場合に生ずると同様の問題なりとす。該國に於ては

此等疑義を一定する爲めに千八百九十九年四月六日發布の行政命令を以て嚴格に其解釋を下したり曰く佛蘭西と抗戰する國の軍役に服したる者、敵國の指揮官の免狀を携帶して佛國の境界又は敵國內に於て逮捕せられたる者、外國の軍役中に在て此國と佛蘭西との間に抗戰の始まりたる時に於て佛蘭西に歸國する爲め其軍役を離脱せざる者、外國の軍役中に在て佛蘭西より呼戻の命を受けながら兩國の間に戰爭の始まりたる際に於て歸戻せざる者は之を佛蘭西に對して兵器を弄したる者と看做すべしと。是に於て同國刑法學者は普通實際の戦闘を爲さるるも可なりとするの論者多きもフォスマン、エリッガー、ロ氏等は以上の解釋は命令に過ぎずして固より法律の威力なければ佛刑法第七十五條は必しも如此解釋するを要せず、直接に佛國に對して兵器を弄せしこと、即ち實際に戦闘を爲せしことを要する旨を説明せり。我國に於ては如何別に佛國の如く官權解釋の據るべきものなきのみか單に敵國に投する者をも含ましむるときは本條第三の場合の罪と重複したる規定となるに至るべきを以て第一場合の本國に抗敵するとは實際に戦闘したることを要するものと解釋すべきを至



當なりと信ず。少なくとも戦争を爲すの姿勢を具備することを要すべきなり。

尤も本條第三の場合に外國と戦争中に係る場合なれば未だ戦争に至らざる以前に於て他日戦闘するの意思ありて外國に投したる者は規定上重複することなければ此等の者は如何に論すべきやの疑を殘さざるにあらす。予は信ず如此戦時にあらざる時單に外國に附屬したる者は其態度の戦闘開始に入るを待て第一場合の罪の未遂として之を罰し得るの外間擬すべきの途なしと。是即ち本來内亂にも優るべき本條の罪の如きに法律が豫備と陰謀とを罰せざる環瑾あるに坐するものにして其の不忠如何に惡むべきものあるも現行法の註釋としては直ちに犯罪として罰するを得ざるなり。

以上三要素を具備すれば第二百二十九條第一場合の罪を完成す終りに一言すべきことは次の第二第三の場合と趣を異にする顯著の一點は彼に在りては交戦中の出來事なるも此に在りては法文は單に外國に與して本國に抗敵しとのみあるを以て未だ開戦の事實も布告もなき以前に於て外國軍隊に加はり(加はりしのみは罪とならざるも)我軍艦城塞等に襲撃を試みたる時は直ちに本罪を成立せしむることとなり。

#### 第二場合 外國と交戦中同盟國に抗敵する罪

此場合に於ける犯罪成立上の特別要素は分て三とす、曰く一に日本人たるの身分を有すること、二に外國と交戦中なること、三に同盟國に抗敵したること是なり。

第一。日本人たるの身分を有することを要す。

此點は前段場合に示せし所と異なるなきを以て其説明を省略す。

第二。外國と交戦中なることを要す。

(イ)外國の何者なるかは是亦前に説明せるか如し。(ロ)外國と交戦中とは國交上の平和關係破裂して戦争關係となりし後を云ふ此平和關係が變して戦争關係となる時期即ち平時、戦時の分界は何に據て之を定むべき乎是大に諸君の知るを要する論點なりとす。

我國法に於ては明治十五年發布の布告第三十七號に凡そ法律規則中戦時と稱するは外患又は内亂あるに際し布告を以て定むるものとすとあり。故に一見して戦時なるものは布告を以て公示するものにして實際の敵對行為ありしや



否やは措て問ふの要なきか如し。又往時の國際慣例によれば甲乙兩國實戦に着手するに先たちて開戦の時期を其相手國に通知し之を國內人民に布告するを以て常例とせしか故に交戦中とは右の通知若しくは布告に基つて開戦時期後の謂なりしか近時發達せる國際慣例によれば通知布告は固より開戦時期を知るの標準たるに相違なきも其通知若しくは布告の以前に於て實際兩國敵對の所爲ありしならば此所爲以後を以て戦時と看做せり。故に現今國際法上戦時の如何を知るべき標準は第一開戦布告後第二兩國敵對後の二時期を併せて採用するに在りされは交戦中と見るべきや否やは右の標準に則り裁判官の認否を決すべき事實問題なりとす。

平時戦時の別を知るは右の二標準によるべきものなることは現今法學者間に異議なき所とす。只茲に注意し置かむと欲する事柄は之を刑法上に適用するに當りては右の二標準中其何れの分に據りしかにより犯人の責任に大なる差違を來すを免れざることは是なり。詳言すれば開戦令發布後の犯行ならむには固より當然交戦中の所爲として之を罰すべきものにして犯人が開戦令の發布

あることを知ると知らざるとに拘らざるなり。蓋し是法の不識を許さるに由る。之に反して實際兩國敵對の所爲ありて後未だ開戦令の發布なき以前に於ける犯行ならむには犯人に於て實際兩國敵對の所爲あることを知れる場合には有罪となるべきも若し之を知らざる場合には無罪たるへし。但し第三百十三條の罪たるべきことは自ら別問題とす。

### 第三。同盟國に抗敵したることを要す。

(イ) 抗敵の何ものたるかは是亦先に説明せるか如し。(ロ) 同盟國とは攻守同盟の條約を締結したる外國を云ふ今一層詳しく言へば日本と敵を同ふして動作する所の與國を謂ふなり。更に約言すれば戦時同盟國の義なり彼の商工業上の利益を共にする爲めに起る非戦時同盟國は茲に所謂同盟國にあらざるなり。是蓋し戦時に於ける同盟國は日本國と同心一體安危を共にする者なるか故に之に抗敵するは即ち日本國に抗敵すると利害關係上毫も異なる所なきに由る非戦時同盟國は如此重大關係を有せざるか故に之に抗敵するは我日本國に抗敵するものと同視するの價値なきものとす。只其抗敵の結果か我國と被抗敵



國との間に私親を缺くの原因となるは免る可らざることなるを以て第三百三十三條の私に戦端を開きたる者として罰すへきは勿論とす。

第三場合 本國に背叛して敵兵に附屬する罪

此場合に於ける犯罪は前の第一第二場合と同じく本國に背叛するものにして其性質同一なるも少しく差違ある點は前二場合は特定せる方法即ち干戈を執て抗敵するに在りしか此第三場合の罪は特定せる方法なきに在り。又注意すへき點は敵兵に附屬するは即ち本國に背叛する所以にして法の文面に其他本國に背叛してとある數文字は必竟敵兵附屬の形容語たるに過ぎざるのみ。本罪の成立する特別要素は分て三とす。曰く一に日本人たる身分を有すること二に敵兵に附屬したること三に交戦中たること是なり。

第一。日本人たる身分を有することを要す。

本國に背く罪に在りては其主幹の日本人たるへきことは言を俟たず其詳細は第一場合に述ふる如し。

第二。敵兵に附屬したることを要す。

(イ) 敵兵とは敵の一兵卒を云ふにあらすして敵軍との義なり日本軍と相對敵する外國軍を云ふ。(ロ) 附屬するとは佛語(enrolment)にして即ち列入する若しくは身を投するの義にして先きに背叛罪の第一場合の説明中に援用する佛國行政命令第二條に列記したる者の如き即ち是なり。法律は單に附屬すと謂ふに止まるを以て附屬後其執る所の職務如何は敢て問ふの要なし。故に兵たり將たり將た又兵站運輸に従事すると軍器製造に従事するとの區別なく苟くも身を敵軍に投して其利便の勞を辨する者は勿論何等の軍務に従事せざる時と雖も本罪に該當す。

第三。交戦中たることを要す。

其説明は先きに述へし所と同一なるを以て之を再ひするの要なきも法文に交戦中の文字なきに拘らす此條件を要するものとせざるを得ざる理由を一言せむとす。即ち本罪は第二要素に示すか如く敵軍ありて我國人の之に投入したる場合なれば事態固より兩國軍隊の相敵對する場合を想像するものにして彼我兩國の戦争關係ある最中の出中事なることを知るに足るを以てなり。



## 第二項 敵國に内應する罪

敵國に内應する罪とは第三百三十條乃至第三百三十二條の三ヶ條の犯罪總てを包括して下したる名稱にして其外人に組して本國に仇する點に於ては第一項本國に背叛する罪と敢て異なる所なきも先きにも述へしか如く身を外國軍に投して而して後我本國を害するも身本國を去らずして力を外國軍に假すとの彼此區別あるか爲めに來る分類にして背叛を比較理由として其異同を示せば彼は公然たる背叛にして此は陰然たる背叛なり。若し又其内容特質を擧げて内應罪の如何なるものなるかを説き示さむとせば新刑法案に言ふか如く敵國に軍事上の利益を與へ若しくは帝國の軍事上の利益を害する犯罪なりと謂ふを以て可なりとす。而して此項に屬する罪は三ヶ條を通して六場合ありとす。即ち左の如し

- 一、 敵兵を入國せしめたる罪 (第三百三十條上半)
- 二、 軍用物を交付したる罪 (第三百三十條下半)
- 三、 軍機を漏洩したる罪 (第三百三十一條一項上半)
- 四、 要害を通知したる罪 (第三百三十一條一項下半)

五、 敵國の間諜を補助する罪 (第三百三十一條二項)

六、 軍備を缺乏せしめたる罪 (第三百三十二條)

以下右の各場合を説明するに先たち各場合に共通なる特別要素の二個あることを示し豫しめ一括して茲に掲げ置き再三之を繰返して擧ぐるの勞を省かむとす。即ち二個の共通要素とは左の如し

第一。日本人たるの身分あることを要す、

第二。交戦中の所爲たることを要す、

右の二要素中第二の交戦中の所爲たることを要すへきは各三條何れも交戦中若しくは交戦の際又は敵國云々の文字ありて概して開戦後の所爲を罰するものとせる法意に基き出るものにして諸學者の一致する所とす。之に反して第一要素の日本人たることを要する點に付ては右列擧の第一場合より第五場合に至る迄に關しては是又學者の一致する所にして第三百三十條第三百三十一條の法文中に「本國云々の文字歴然掲記しあるに徴して明かなりとす。只獨り第六場合たる軍備を缺乏せしめたる罪即ち第二百二十二條に在りては條中本國云々の文字なきか爲



め此の場合に限り日本人たることを要せず。我國在留の外國人にも適用せざる可からずと説く者なきにあらざると雖我輩は同一性質なる六場合の犯罪か其中五個の場合に日本人たることを要し其中一個の場合に日本人たることを要せずの特段なる理由を發見する能はざるを以て論者の如く斯く除外するを得ざるなり。其詳説は本節の終りに餘論として述ぶることとし此處には前掲三要素は各六個の場合に皆具有すべきものとし。且其説明は前項中に述べし所と異ならざるを以て一切之を省き更に二要素外に各場合か特有する所の第三以下の要素のみを示さむとす。

#### 第一場合 敵兵を入國せしめたる罪

第三百三十條の上半に曰く交戦中敵兵を誘導して本國管内に入らしめ……たる者は死刑に處す。

此場合の罪の成立するには先きに示せし二要素の外に

第三として 敵兵を誘導して本國管内に入らしめたることを要す。

(イ)誘導するとは汎く言へば便利を與ふるの義にして普通案内の意味なれとも

上陸地點に舢舨橋を作り悪路峻崖を修繕開通して敵兵の侵入を容易ならしめたるか如きも含むなるへし。(ロ)本國管内とは領土領海を併せ稱するの語にして尙ほ日本の領域内と云ふに同じ。佛文草案第四百十九條には「日本及同盟國の領土にとありて同盟國に侵入せしめし場合をも規定しありしに拘らず本條に之を削除しあるは何の意ありて然りしか分明ならず。若し犯人の身日本國內に在りて始めて爲し得るの所爲なるを以て同盟國に想ひ及ぼすことを得ずとの義ならむには次の第二場合に於ても亦然らざるを得ざる筈なるに彼に同盟國ありて此に同盟國なきは歩調の整はざる立法と謂ふべし。

#### 第二場合 軍用物を交付したる罪

第三百三十條下半に曰く本國及び同盟國の都府城塞又は兵器彈藥船艦其他軍事に關する土地家屋物件を敵兵に交付したる者は死刑に處すと。

此場合の罪の成立するには先きに示せし二要素の外に

第三として 日本及び同盟國の軍事に關する土地家屋物件を敵兵に交付することを要す。



(イ) 軍事に關するとは軍用に供しあるを謂ふものにして法文に都府、城塞、兵器、彈藥、船艦とあるは軍事に關する土地、家屋、物件の例示たるに過ぎずして瀛車、電車、鐵道、電線、倉庫、造兵廠等枚舉に違あらず。(ロ) 交付するとは引渡すとの義にして從て此等の物を毀棄損壞することを包含せず別に此等行為に制裁なきは是正に法の缺點たるへし。

此場合の罪は陸軍刑法第五十三條、海軍刑法第五十九條にも規定しありて何れを適用すへきやは日本人中身を軍人軍屬の籍に置く者は軍律に照され其他の日本人は普通刑法に照して處斷す。但し敵前軍中、臨戰地、合圍地に於て犯せる時は軍人軍屬にあらざる者と雖軍律を適用する事は陸軍刑法第十三條、海軍刑法第四條に見ゆ。

### 第三場合 軍機を漏洩したる罪

第三百三十一條第一項前半に曰く「本國及び同盟國の軍律機密を敵國に漏洩し……たる者は無期流刑に處す」と。

此の場合の罪の成立するには先きに示せし二個要素の外に尙

第三として 本國併ひに同盟國の軍情機密を敵國に漏洩したることを要す。

(イ) 軍情機密とは事の未だ公とならざる軍政事項に關する秘密を謂ふものにして兵員募集の多寡、戰爭開始の方畧等を謂ふ。(ロ) 漏洩とは次の第四場合に所謂通知と其實異なる所なし、只通知事項の秘密に屬するものなる故に特に之に對しては漏洩と云ひ以て次の秘密外の事なるも敵の非常便宜となるへきものを報道せる場合と用語を同ふせさりしに過ぎず。

此機密漏洩は職務上之を知る者と探知上之を知る者との間には本來罪狀大に異なる所あり從て佛國刑法には此機密に付公然委任を受けたる者又は別段委任を受けざるも其職務上之を知る者の漏洩せしことを要する旨を掲げあれども我國に於ては何等指定する所なきを以て人の官私を區別せず廣く日本人一般に適用すへきものなりと信す。

### 第四場合 要害を通知する罪

第三百三十一條第一項後半に曰く「兵隊屯集の要地又は道路の險夷を敵國に通知したる者に無期流刑に處す」と。



此場合の罪の成立するには先きに示せし二個要素の外に、  
第三として 本國及同盟國の兵隊屯集の要地又は道路の險夷を敵國に通知することを要す。

是味方の要害の場所及之に通ずる道路の善惡を報知するものにして皆天然自然に存在する事柄にして概して論ずれば地形の一語を以て盡くすを得べし前に軍政上の秘密と異なりて公然たる事實なれども敵國の之を熟知するは戦鬪上利便尠からざる所なきにあらざる、是其法律が秘密漏洩と同視したる所以ならむ。

第五場合 敵國の間諜を補助する罪

第三百三十一條第二項に曰く「敵國の間諜を誘導して本國管内に入らしめ若しくは之を藏匿したる者亦同し」と。

此の場合の罪の成立するには先きに示せし二個要素の外に、  
第三として 敵國の間諜を入國せしめ又は之を藏匿することを要す。

(イ) 間諜とは日本國の内情形勢を伺察する者を謂ふ之を誘導して本國に入らし

めたるに於て本罪成立す、茲にも亦同盟國を併せて規定せざる立法の缺點あり。  
(ロ) 藏匿するとは發見を妨ぐる一切の所爲を言ふものにして犯人其住所に之を潜伏せしむるか或は之を他の場所に潜伏せしむるかは固より之を區別するに及ばず容貌服裝を變せしめて他人の觀破を防ぎし場合をも包含す。

或學者は此第三要素の外に尙第四に「敵國の間諜は外國人たることを要すと説き、若し日本人ならむには其日本人は既に敵國に附屬したる罪人なるか故に之を藏匿するは刑法第百五十一條の犯罪人藏匿若しくは隱避の罪たるへし」と辯明せり。予は斷して其然らざるを信す何となれば若し其説の如くせば犯人の爲せる罪惡其物は均しく敵國の間諜を補助せる同一程度のものたるに拘らず其間諜が若し日本人なるときは刑法第百五十一條により一年以下の輕禁錮に處せられ若し外國人なるときは本條により無期徒刑に處せらるゝの大差違を來し、同一加害に對して非常懸隔の刑罰を適用する奇怪の論決を見るに立至るへければなり。されは本條に所謂敵國の間諜とは敵國の臣民たるを敵國以外の外國人たると將た日本人たるとは措て問はざるの規定なるへしと考ふるなり。試みに同一規定なる



佛國刑法第八十三條の間謀藏匿罪に關する學者の解釋を參看するに法律に區別なきを以て一般に間謀たる敵人、外國人、佛國人を藏匿せる場合なりとせり(フオスタン、エリー)刑律實用第五百五十一號探て以て我國法解釋の資と爲すに足るものありと考ふ。

第六場合 軍備を缺乏せしめたる罪

第三百三十二條に曰く、陸海軍より委任を受け物品を供給し及び工作を爲す者交戦の際敵兵に通牒し、又は其賄賂を收受して命令に違背し軍備の缺乏を致したる時は有期流刑に處すと。

此場合の罪の成立するには先きに示せし二個要素の外に尙四個の特別要素あり、曰く、三に陸海軍より委任を受けたる者なること、四に物品を供給し及び工作を爲す者たること、五に敵國に通牒し又は其賄賂を收受したること、六に命令に違背し軍備を缺乏せしめたること是なり。

第三 陸海軍より委任を受けたる者なることを要す、

委任者か陸海軍にあらすして單に一個人たる資格により契約せし場合には本

條の罪を成立せしめず、又委任者に使役せらる者の如き委任を受けたる者と云ふを得ず。

第四 物品を供給し及び工作を爲す者たることを要す、

(イ)物品供給とあり故に物品なるも單に之を運搬するか如きは此類に入らず、給供なるも人夫の供給の如きは包含せず。(ロ)工作を爲す者とは一見大工、左官、土方等工事に従事する者の總てを指すか如きも前段要素により自ら此等の下輩を包含せず工作擔任の責ある者を云ふ。

第五 敵國に通謀し又は其賄賂を收受したることを要す、

故に單に怠慢又は不注意に出づる場合を云ふにあらず通謀して敵國を利し收賄して自己を利する不忠敗徳に原因する行爲なることを要するの義なり。

第六 命令に違背し軍備を缺乏せしめたることを要す、

受任事項を故意に果さしめるは即ち命令違背の行爲なり此點のみに於て既に處罪を加ふべき不忠の罪惡ありとすへきは立法論として大に價值あるものなり、故に佛文章按には假令ひ軍備缺乏を惹起せざるも契約の不履行のみをも罪す



るの規定ありしか現行法は之に加ふるに軍備の缺乏を來したる時は……と書  
添へしを以て命令違背か直接罪科を構成するにあらすして軍備缺乏の結果を  
生ずるに於て始めて本罪を完全に成立せしむるものと解釋せざるを得ざるも  
のと信す、

以上にて第一款各項各場合の罪の特別要素を講了せり其處分に至ては深く説明  
すへきの要を見されは之を省略す。

## 第二款 列國の和親を害する罪

現行刑法に於ける外患罪の内容は其一部に於ては直接被害の客體か我帝國なる  
ことあり他の一部に於ては直接被害の客體か外國なることあり而して其被害の  
客體か外國なる場合は第三百三十三條及び第三百三十四條の二ヶ條にして予は之を  
總稱して列國の和親を害する罪なりと曰ひ以て被害の客體か帝國なる場合に相  
對峙せしめむとす。然れども此分類は一に現行法規の排列上外患罪の内容を大  
觀して之を二類に分別したる迄にして躡て第三百三十三條第三百三十四條の規定事  
項其體か外患罪と稱するの至當なるへきや否やに至りては學者間固より異論の

存する所とす之を以て外患罪中に入れて論ず可らずとするの論者は別に分離獨  
立せしめて以て國際法上の罪若くは國交に關する罪として規定せざる可らずと  
爲せり。佛文草案は此論旨に従ひ立案せるものなりしか我立法者は編纂の際之  
を改めて外患罪中に入るゝに至れり茲に於てか或學者は國事犯の一部とせる現  
行法の解釋として前二條の罪は外患の誘引を形成する罪として説くの至當なる  
旨を主張し以て其本性質を言顯はさしむることに勉むれども予は現行法の外患  
罪か包括する所の内容規定を被害客體の如何により分類して論ずればとて強ち  
立法者の意に反するものたることを悟る能はざるなり何となれば列國の和親を  
害する罪として視れば其結果直ちに國事犯罪たることを失するものなりとの法  
規上論據あることを發見せされはなり。若しも法規に拘らず列國の和親を害す  
る罪は外患罪たること能はずとの論旨に出づるものならむには遡て外患罪其物  
も亦國事犯なるや否やを疑はざるを得ざるに至るへし何となれば前項に講述せ  
るか如く外患罪の總ての場合の罪は護國義務に背反するを標的として所對する  
ものにして國事犯の特性たる經世濟民の意に出てしとの正大なる志操必しも附



着するものと解し難きものあればなり。

本款列國の和親を害する罪は分て二とす曰く外國に對し私に戰端を開く罪曰く局外中立の命令に違背する罪是なり以下項を追ふて説明せむ。

第一項 外國に對し私に戰端を開く罪

第三百三十三條に曰く「外國に對し私に戰端を開きたる者は有期流刑に處す其豫備に止まる者は一等又は二等を減す」と。

本條の罪の成立するには三個の特別要素あり曰く犯人は日本人たるの身分あること、曰く外國に對すること、曰く私に戰端を開きたること是なり。

第一、犯人は日本人たるの身分あることを要す、

此要素は本條中本國云々の文字なき爲め或學者は必要ならずと爲し第三百三十二條の罪と同じく我國在留の外國人にも適用すべきものなりと説く者あれども、我輩は曩きに軍備缺乏罪に關して一言せるか如く他の多くの外患罪の場合に必要にして其中一二の場合に必要ならざる特段の理由あることを發見せざるを以て法文面に本國云々の文字なくとも此要素の必然具備せざる可らざる

ものと信す尙其詳は後の餘論の部に於て再言せんとす。

第二、外國に對することを要す、

外國とは日本以外に存立する自主獨立の國を指すものにして單に外國人なれば可なりとの謂にあらず外國政府に對するものならざる可らず、故に外國人にして其國政府の認許なく、又は無所屬浮浪の外人により形成せられたる軍隊等は茲に所謂外國の語中に包含せず、其詳細は前に説明せる本國に背叛する罪の第一場合を參觀すへし。

第三、私に戰端を開きたることを要す、

(イ) 私にとは政府の許可なくしてとの義なり、宣戰媾和の大權は獨り天皇に在るべきものなれば如何に外國の我國に對する措置其當を得ざるものありと雖私人の濫りに之を討伐懲るを許さざるものなり。(ロ) 戰端を開くとは戰闘を開始するの謂なり、學者中戰端の端の一字に深く拘泥して戰闘の端緒を開始するの義に解し従て戰闘開始の未遂犯を罰するの法意なりと論ずるものあればとも、若し此如解するときは法文に其豫備を罰するは未遂犯の豫備を罰するこ



とくなり論結の奇怪に陥るのみならず、既遂犯は措て問はさるの法文たるに歸すべきを以て、戦端とは個人と外國との戦闘を指稱したる一種の熟語と看做し、國と國との間の戦闘と異なる場合否寧ろ國と國との戦闘を惹起せしむるも計り難き關係ある戦闘の場合に使用せるに外ならずと解すべきものと信す。

以上の三要素を具備すれば茲に第三百三十三條の罪を完成す之に觸るゝ者は法文に示すか如く有期流刑に處せられ單に豫備に止まる者は一等又は二等を減すとあり然らば則ち既遂と豫備との中間に立つ未遂犯は如何に處分せらるべきか本節中特に規定する所なきを以て總則第一百十二條第一百十三條に照し既遂の刑より一等又は二等を減せざるを得ざるべし。果して然らむには本罪の未遂と豫備とは法律の適用を異にするに拘らず其結果同刑に處せらるゝの不都合あるものにして是正に法の缺點たるべし。

第二項 局外中立の布告に違背したる罪

第三百三十四條に曰く、外國交戦の際本國に於て局外中立を布告したるとき其布告に違背したる者は六月以上三年以下の輕禁錮に處し十圓以上百圓以下の罰金を

附加すと。

本罪の成立する特別要素は分て四とす曰く犯人は日本人たる身分を有すること、曰く外國交戦の際なること、曰く局外中立の布告あること、曰く局外中立の布告に違背すること是なり。

第一、犯人は日本人たるの身分あることを要す、

其必要なることは法文中本國云々の文字あるによりて明かにして而して其日本如何は前に説明せるか如し。

第二、外國交戦の際なることを要す、

日本國が局外中立の地位を取るとは日本以外の外國に於て甲國と乙國とか開戦せる場合に其何れの國にも加擔せざる状態を云ふものにして局外中立あれは茲に外國交戦なかるへからすと雖外國交戦なければ局外中立の要もなきものなれば局外中立の原因事實として先づ以て法律は「外國交戦の際云々」と規定せる所以なり。

普通外國交戦と謂へば右に掲ぐるか如く日本以外甲乙二國の戦闘なれとも一



外國中に甲黨乙黨ありて互に干戈を執て相争ふ場合に於て其國以外の諸國は國際慣例上之を外國戰爭と看做す。

第三、局外中立の布告あることを要す、

局外中立は事實上政府の方針たる場合と雖本罪を構成するには必ず其布告なかるへからず蓋し外交政策は多くは秘密にして普通臣民に在りては果して局外中立を守るべき者なるや否やは法律又は命令の發布を待たされは得て推知し難ければなり是其本條中「本國に於て局外中立を布告したるとき」と明定する所以なり。故に一度ひ中立の布告あらむか臣民は之を識らざるか爲め發布後の所爲に付罪責なきの抗辯を爲すを得ず又其反對に布告以前の所爲は事實中立に害ある場合と雖違犯の責あることなし。

第四、局外中立の布告に違背せることを要す、

局外中立の布告は其發布の方法に二様あり様式の異なるに従ひ人民遵守の範域に多少の差あるを免れず。(一)は局外中立を守るべき旨の概括的布告にして如何なる所爲か中立違背となるや否やは一に國際法の原則によりて決せざる

可らざるもの(二)は中立布告と同時に附屬法を以て中立違背となるべき所爲を列記若くは例示するものにして國民は此列記若くは例示を遵守するの外責なきもの是なり。幸に注意ある立法者は必ず此後段様式の發布方法を探るべきならむ若し然らずして前段様式の發布方法を探りし場合には交戦國の一方に兵員を送り又は兵器船艦を給與するか如きを始めとして逐一國際法の中立違背と認むる所爲を遵守せざる可らず。是果して國民一般の知識に於て堪へ得べきや否なや現んや國際法學者間に於ても糧食若くは石炭を供給するか如き類々として起るべき現象に對して異議尙未だ決せざるものある今日に於て國民如何んぞ堪へ得へけんや發布様式の二個何れを利とし何れを害とするか深く論ずるを俟たずして自ら明かなるものあらむ。

### 第三章 靜謐を害する罪

本章靜謐を害する罪とは佛文草案第二編第四章公の平和に對する重罪輕罪に該當するものにして本章には第一節兇徒聚衆の罪、第二節官吏の職務を行ふを妨害する罪、第三節囚徒逃走の罪及び囚人を藏匿する罪、第四節附加刑の執行を遁るゝ



の罪、第五節私に軍用の銃砲彈藥を製造し及ひ所有する罪、第六節往來通信を妨害する罪、第七節人の住所を侵す罪、第八節官の封印を破棄する罪、第九節公務を行ふを拒むの罪を包含すと雖も以上の内第一節兇徒聚集の罪、第五節私に軍用の銃砲彈藥を製造し及ひ所有する罪、第六節往來通信を妨害する罪、第七節人の住所を侵す罪の如きは何れも民心を擾亂し以て一般公衆をして其堵に安すること能はざらしむるの所爲即ち靜謐を害するの所爲と云ふことを得へきも其他の罪即ち第二節官吏の職務を行ふを妨害する罪、第三節囚徒逃走の罪及ひ罪人を藏匿するの罪、第四節附加刑の執行を遁るゝの罪、第八節官の封印を破棄するの罪、第九節公務を行ふを拒む罪は何れも公権を侵害するの所爲なりと雖とも之を以て特に靜謐を害するの結果を生ずるものと云ふことを得ず、故に此等の罪に付ては別に公権を侵害する罪と云ふ章を設けて之を總轄するを可とす。亦本章靜謐を害する罪の内に更に放火、失火の罪及ひ秘密を侵す罪を加へ之を總轄規定するを可とす、此の如く本章規定する所の罪は靜謐を害する罪と云ふ總名目を冠しては一面に於て廣きに失し一面に於ては狭きに失すと雖とも暫らく現行刑法規定の順序に従

ひ本章各節に規定する犯罪を順序説明せんと欲す。

第一節 兇徒聚集の罪

茲に兇徒聚集と云ふは彼の博徒浮浪の徒の如き當初より良民を以て目せられざるの輩を聚集したるの謂にあらずして暴動の目的を以て多衆が相集りたる状態を謂ふの義なり。故に平素は良民を以て目せらるゝものも苟くも暴動の目的を以て相集まるときは之を目して兇徒と云ふへく決して當初より兇徒と稱すへきは特別の種族あるにあらざることと注意せざるへからず。

第一項 暴動を謀りたる罪

第一段 本罪の成立要件

第三百三十六條に曰く、兇徒多衆を嚙聚して暴動を謀り官吏の説諭を受くると雖とも仍ほ解散せざる者首魁及ひ教唆者は三月以上三年以下の重禁錮に處す、附和隨行したる者は二圓以上五圓以下の罰金に處す、即ち本罪の成立要件を擧ぐれば左の如し。

第一 多衆嚙集したること



第二、暴動を謀りたること。

第三、官吏の説諭を受くるも仍ほ解散せざることを要す。

以上各要件に付て説明すれば左の如し。

第一要件 多衆嘯集したることを要す

法文には兇徒多衆を嘯集してとあるも兇徒とは其嘯集の目的か暴動を爲すにありて依り附する所の名稱なれば法文に暴動を謀りとある以上は兇徒なる文字は無用に歸するものなり而して法文には多衆嘯集しとありて其人数に付て豫め制限を設けざるか故に其果して多衆なるや否やは事實裁判官の判定に任すべきものとす。

第二要件 暴動を謀りたることを要す

(一) 暴動とは次條第三百三十七條に説明するか如く官廳に喧鬧し官吏に強逼し又は村市を騷擾するか如き其他總て社會を喧嘩騷擾するの謂にして俗に百性一揆と稱する如きものは其著例なるものとす。(二) 謀るとは陰謀は勿論豫備着手未遂をも尚ほ之を包含するものと云はざるべからず而して本條は次條に比して着手

未遂以下の程度にあるも敢て次條に記載する犯罪の着手未遂豫備陰謀として之を處罰するにわらず別に獨立の罪として之を處罰するものなりとす。

第三要件 官吏の説諭を受くるも仍ほ解散せざることを要す

(一) 法文には單に官吏とあるも本條の罪は官吏の説諭に服せざるに依り成立するものなれば其官吏とは此暴動を慰撫鎮制すべきの職權あるものに限るべきや明らかならず即ち治安警察の任にある官吏たることを要す例へば府縣知事郡區長警察官の如きは其著例なるものとす。(二) 官吏の説諭に服せざることを要する所以は此等暴動を謀るの所爲は其結果は必ずしも大ならずと云ふべからざるも此等は一時の感情に激せられて附和雷動するに過ぎず彼の國事犯の如く深謀遠慮あるものにわらず只た暴動の目的あるも未だ暴動を爲すに至らざるものなれば之を説諭して解散せしむるときは速に良民に復する所の者なり故に官吏の説諭に服せず尚ほ剛腹執拗にして解散を背せざる者をのみ處罰することゝなしたるなり(終りに法文には單に官吏とあるも明治二十三年法律第百號に依り刑法中官吏に關する規定は公吏に準用することゝなりたるか故に公吏にして此等暴



動を慰撫鎮壓すへき職責あるもの例へは市町村長の説諭を受けて仍ほ解散せざる場合に於ても本罪を構成するものとす。

### 第二段 本罪の處分方法

本罪の成立には多衆嘯集することを要するか故に本罪の特性として本罪の主体は多衆の團結たること勿論なりとす。隨て其加擔者の責任に付ても刑法第二百一一條の如く之を數段に分て各階級に付て其刑罰を異にすることとせり。即ち(一)首魁及び教唆者を三月以上三年以下の重禁錮に處し(二)附和隨行したるものを二圓以上五圓以下の罰金に處す。

### 第二項 暴動を爲したる罪

#### 第一段 本罪の成立要件

第三百三十七條に曰く兇徒多衆を嘯集して官廳に喧鬧し官吏に強逼し又は村市を騷擾し其他暴動を爲したる者首魁及び教唆者は重懲役に處す。其嘯聚に應じ煽動にて勢を助けたる者は輕懲役に處し其情輕き者は一等を減す。附和隨行したる者は二圓以上二十圓以下の罰金に處す。即ち本條の成立要件を擧ぐれば左の

如し

第一、多衆嘯集したること、

第二、暴動を爲したること、

以上各要件に付て説明すれば左の如し。

第一要件 多衆嘯集したることを要す 本要件に付ては第一項暴動を謀りたる罪の部に於て説明したる所と異なるなきを以て之を省略す。

第二要件 暴動を爲したることを要す

暴動の何物たることも又前項に於て説明したる所なるを以て爰には法文が明示せる二三の例に付きて説明するに止むべし。(一)官廳に喧鬧しとは多人數連合して各省各府縣廳郡役所裁判所警察署其他の官廳に押寄せて喧囂騒動するを云ひ。(二)官吏に強逼するとは多人數集合して強ひて官吏に對し或事項を請願するを云ふ而して其請願の事項が至當なると否とは問はざる所なり。(三)村市を騷擾すとは一村一市の民をして其堵に安する能はざらしむるを謂ふ。而して府市を騷擾するの原因に付ては法律は別に之が制限を設けざるを以て例へは凶歳に際し救



恤を促かす爲め多人數連合して村内の各富豪の門に喧鬧し或は大旱に際し水利を争ふ爲め一村の民か連合して他村に押寄せたるか如き何れも本要件に該當するものとす(終りに法文には官廳とありて公署に付ては明文を設けずと雖も市町村役場に喧鬧するか如きは暴動の一種と認め得べきを以て本罪を以て處罰することを得るものなり)。

### 第二段 本罪の處分

本罪も又多衆の犯人あることを要するか故に其刑罰も又各加擔者の階級に應じて一様ならず。即ち(一)首魁及び教唆者は重懲役に處す、(二)其嘯聚に應じ煽動して勢を助けたるものは輕懲役に處し其情輕き者は一等を減す、(三)附和隨行したる者は二圓以上二十圓以下の罰金に處す以上は刑法第二百一十一條の罪の處分に關する説明と對照して意義自から明らかなるを以て別に説明せず終りに臨んで前條及び本條の罪に未遂犯ありや否やの問題を決せんと欲す。

第一前條即ち第三百三十六條は官吏の説諭を受けて解散すると否とに依て成立不成立を決するものにして官吏の説諭に服せざるときは直に本罪を構成し固より

未遂犯の場合あるへからざるものとす。

第二本條即ち第三百三十七條に未遂犯ありや否やに付きては從來學者間に議論ある點なりとす。或は本罪に未遂犯全くなしと謂ひ、或は本罪の未遂犯たる場合あるへきも官吏の説諭に依る未遂犯のみは第三百三十六條規定の結果無罪たるへしと謂ひ、或は第三百三十六條は本條の豫備以下の所爲に止まるものにして苟くも着手以上に進むときは官吏の説諭の有無に關せず本條の罪に既遂又は未遂を構成すと云ひ、諸説其の概を一にせずと雖も吾輩の信する所に依れば本條は犯人に於て暴動を爲したるときに限り本罪を構成し若し暴動を爲すに至らざるときは總て第三百三十六條に依り官吏の説諭を受けなから仍ほ解散せざるに依て初めて處罰せらるべきものとす、即ち第三百三十七條には全く未遂犯なしとす。何となれば第三百三十七條の罪を犯したる首魁及び教唆者及び嘯聚に應じ煽動して勢を助けたる者の内情の重きものは何れも重罪の刑に該るべきを以て本罪に未遂犯ありとせば總則第一百十二條第一百十三條に依り之か未遂は當然處罰せざるへからざるに反し其嘯聚に應じ煽動の勢を助けたる者の内情の輕き者及び附和隨行者の刑



罰は何れも輕罪の刑なるを以て其未遂犯は法に明文なき以上は之を處罰することを得ず(第百十三條參照)。而して本條の未遂犯を認むるの結果前條第百三十六條の所爲は暴動の豫備以下に止まるものと解せざるへからず隨て暴動の豫備以下の程度に止まる間に於て官吏の説諭を受けて解散せざるときは第百三十六條を以て處罰せらるへきも既に豫備以上の程度に達したるときは官吏の説諭の有無に拘はらず當然第百三十七條の既遂又は未遂を以て論することとなり而かも其嘯聚に應じ煽動して其勢を助けたる者の内情の輕き者及び附和隨行したる者は例令官吏の説諭を受け解散せずと雖も其未遂に止まるときは到底之を處罰するとを得ざるの結果を生し第百三十六條に比して極めて不權衡なる結論を生ずるの止むを得ざるに至るへし。依之觀是以上の場合も等しく第百三十六條を以て處罰すへく第百三十七條は暴動の既遂のみに適用せらるへきものと解せざるへからず。

第三項 暴動の際人を殺死し若くは家屋、船舶、倉庫等を燒燬したる罪

第一段 本罪の成立要件

第百三十八條に曰く暴動の際人を殺死し若くは家屋、船舶、倉庫等を燒燬したる時は現に手を下し及び火を放つ者を死刑に處す、首魁及び教唆者情を知て制せざるもの亦同じ即ち本罪の成立要件を擧ぐれば左の如し。

第一、暴動の際たること、

第二、人を殺死し若くは家屋、船舶、倉庫等を燒燬したること、

以上各要件に付て説明すれば左の如し。

第一要件 暴動の際とは暴動を爲すに當りと云ふの義にして詳言すれば暴動に與りたる者か暴動の勢に乗じて殺死燒燬等を爲したることを謂ふものにして暴動に與らざる者か暴動の際に當りて此等の所爲を爲すか又は假令暴動者なるも暴動の終りたる後に他人を殺死するか如き場合は之を包含せざるものとす。

第二要件 人を殺死し若くは家屋、船舶、倉庫等を燒燬したることを要す

(二) 法文には人を殺死しとありて其殺害か豫謀に出でたると故意に出でたるとを區別せざるを以て謀殺、故殺共に包含せらるゝや明らかなりとす、然れとも過失



殺毆打致死の如き何れも犯人に於て人を殺すの意志なかりし者は元より人を殺死したりと云ふことを得へからざるのみならず、過失殺の如き罰金刑なるに偶々暴動の際に該りたるの理由を以て直に死刑に處分するか如きは刑罰の不權衡も亦甚たしと云はざるへからず、故に此等は本要件中に包含せざるや勿論なりとす。

(二)家屋、船舶、倉庫等を燒燬しとありて法律は家屋に人の住居したると否と倉庫に物件を藏したると否と船舶に人を乗せたと否とを區別せざるを以て等しく本要件中に包含せらるゝものとす。而して法文に等とあるは燒燬の目的物は必ずしも家屋、船舶、倉庫に限らず其他之に類似するものと云ふの義にして其果して此等と類似するや否やは各場合に付て決すべき問題なりとす、例へば家屋倉庫以外の建造物及び馬車、瀟車の如きも時としては此の條件中に包含せらるゝものとす。反之田野に推積したる枯草を燒き或は微小なる家屋小屋を燒燬するか如きは本要件を充たすものと云ふへからざるなり、蓋し等なる文字は其界限一定せず從て適用上往々不明の場合を生ずべきを以て立法上此の文字は可成避くることを要す。

(三)燒燬とは目的物たる家屋、倉庫、船舶等か火の爲めに其原形の大部分を失ひ

たることを意味す而して燒燬も又殺死と同一理由に依り失火の場合を包含せざるものとす。

終りに一の問題を決せんと欲す、即ち暴動の際人を毆打創傷したる者の處分如何蓋し本條には殺人、放火の場合を規定して毆打創傷又は器物毀損の場合を規定せざるを以て此等の行爲は暴動罪中に吸收せらるべきものなりや將た數罪俱發として處分せらるべきものなりやとの問題は徒來學者間に議論ある所なりと雖も吾輩は反對説あるにも拘はらず此等の場合に於ては數罪俱發説を採るものなり。何となれば暴動とは社會を喧囂騒動するの所爲にして其の手段たるや千差万別或は人を毆打し或は之れを殺死し或は建造物に放火し器物を棄毀する等種々あるへしと雖も此れ等は何れも暴動行爲の必要條件にあらず、假令此れ等の所爲なしと雖も暴動たることを得るものとす。例へば官廳に喧鬧し官吏に強逼し村市を騷擾するか如き暴動には毆打、殺人、放火、器物毀損は必要避くへからざるの所爲にあらず、既に此等の所爲か暴動罪の構成要件にあらず以上は暴動の際と雖も此等の所爲ある毎に暴動罪の外に更に別罪を構成し數罪俱發を以て論す



へきや敢て疑を容るへからざる所なりとす。加之反對説に従ふときは第三百三十七條の附和隨行者は人を毆打し篤疾に致したるときと雖も同條に依り二圓以上二十圓以下の罰金に處せらるゝに止り、反之普通の場合に於ては此等加害者は第三百二條第一項に依り輕懲役に處せらるへし。此の如く犯すに易き暴動の際には却て其平時に比して其刑罰の非常に輕きか如き刑罰の不權衡を生ずるに至るへし立法者常に此の如き矛盾の法を制定するものならんや。

### 第三段 本罪の處分

第三百三十八條に曰く「云々現に手を下し及び火を放つ者を死刑に處す首魁及び教唆者情を知りて制せざる者亦同し」即ち本罪の處分は左の如し。

(一)現に手を下し及び火を放つ者を死刑に處す、之れ普通殺人又は放火よりも重く處罰するものとす。蓋し普通の場合に於ては人を故殺したる者は無期徒刑に處し人の住居せざる家屋に放火したる者は無期徒刑に、人を乗載せざる船舶等に放火したる者は重懲役に處せらるるに拘はらず暴動の際し此等の行爲ありたるときは總て死刑に處する所以は暴動の際に在ては此等の行爲は犯すに易く防ぐに

難く犯人の背徳加害の點普通の場合に於けるよりも重大なるか故なり。而して法文には現に手を下し云々とあるを以て假令暴動に與みするも殺人放火の實行に與みせざる者には本條を適用せず、而して暴動に與みしたる者の内數人共同して殺死、放火を爲したるときは本條並に總則共犯の規定を適用せざるへからざるものとす。

(二)首魁及び教唆者情を知て制止せざる者亦同し 首魁及び教唆者とは暴動の首魁及び教唆者を謂ふものにして本條の殺人、放火の首魁及び教唆者を謂ふにあらず。蓋し此等の犯人は別に本條第二項の規定を要せずして總則共犯の例に従ひ當然死刑に該るべきを以てなり。而して本項に所謂首魁及び教唆者か死刑に處せらるるには(イ)部下の者か人を殺死し若くは家屋、船舶、倉庫等を燒燬するの情を知ること、(ロ)其情を知て之を制せざること、蓋し首魁及び教唆者其情を知り之を制せざるときに於て現に殺死、放火を爲したる者と同一の刑を科する所以は首魁、教唆者は暴動の指揮又は原動となりたるものにして、其暴動に與みする配下とは密接の關係あるを以て其の配下の行爲に付て直接責任を負はざること、し以て暴



勳の害の大ならざることとを期するにあり。然れとも首魁、教唆者に於て配下の者か殺死、放火を爲すの情を知らざりしとき、又は假令其情を知るも之を制止し得ざりしときは是か責任を負はしむべき理由なきを以て此の場合に於ては單に暴動の首魁、教唆者として第三百三十七條の適用を受くるのみとす。

## 第二節 官吏の職務を行ふを妨害する罪

本節は第三百三十九條乃至第四百四十一條の三ヶ條を包含す。而して法律は此等三ヶ條規定の場合を總稱して官吏の職務を行ふを妨害する罪と云ふ標題を冠すと雖も其規定する事項を検するに一は官吏の職務執行を抗拒し若くは官吏をして其爲すへからざる事件を行はしむる罪と、他は官吏の職務に對する侮辱の罪にして之を總稱して官吏の職務を行ふを妨害する罪と稱するは頗る當を失するの感あり、故に吾輩は便宜上本節を(一)官吏の職務執行を妨害する罪(二)官吏の職務に對する侮辱罪の二款に分て之を説明せんと欲す。

### 第一款 官吏の職務執行を妨害する罪

本款の罪は第三百三十九條、第四百四十條に規定する所にして各條何れも官吏の職務

執行を保護するの主旨に出でたるものなり、而して第三百三十九條第一項は官吏の職務執行に抗拒する場合、第二項は官吏の爲すへからざる事件を爲さしめたる場合、第四百四十條は第三百三十九條第一項又は第二項の罪を犯し因て官吏を毆傷したる場合を規定するものなり。

### 第一項 第三百三十九條第一項の罪

#### 第一段 本罪の成立要件

第三百三十九條第一項に曰く、官吏其職務を以て法律規則を執行し又は行政、司法、官署の命令を執行するに當り暴行脅迫を以て其官吏に抗拒したる者は四月以上四年以下の重禁錮に處し五圓以上五拾圓以下の罰金を附加すと即ち本條の成立要件を擧ぐれば左の如し。

第一、暴行脅迫を以て抗拒したること

第二、其抗拒は一人か官吏に對して爲したること、

第三、官吏の職務執行中其職務に對して抗拒したること、

以上各要件を説明すれば左の如し。



第一要件、暴行脅迫を以て抗拒したる所爲あることを要す

(一)抗拒とは一の力か他の力に對し積極的に相争ふの状態を謂ふ、抗拒とは積極的行爲たることを要するか故に單に官吏の訊問に對して答辯せず、官吏の命する行爲を履行せざるか如き官吏の逮捕を遁るゝ爲め遁逃するか如き何れも消極的行爲に屬するものは爰に所謂抗拒の條件に該當せざるものとす。(二)抗拒の手段は暴行脅迫に依ることを要す、(イ)暴行とは物に對すると人に對するとを問はず總て不正に腕力を用ふることを意味するも法文には其官吏に對し云々とあるを以て爰に所謂暴行とは人に對す暴行に限るものと解せざるべからず。而して法文には暴行の程度に付ては之れか制限を設けざるか如しと雖とも次條第四百十條に於て因て官吏を毆傷したるもの云々と規定し創傷疾病死に至らしむるの暴行は爰に包含せざるものと解せざるべからず。暴行は人に對するものたることを要するか故に假令官吏の職務執行を妨害する目的を以て豫め門戸を閉鎖し又は渡川に供すへき船舶を隠匿し又は新たに溝渠を設くるか如き何れも物に對する暴行なるを以て本條件に該當せざるものとす。又暴行たることを要するか故に偽

計詐術を以て官吏を欺罔し其職務執行を妨害するも本罪を構成せず、又暴行は人に對するとを要すと雖とも必ずしも直接に人に對するとを要せず間接に人に對する場合に於ても本條件を充たすに於て缺くる所なし。故に例へば官吏の職務執行に對し直接に其の身體を拘束せずと雖も其乘馬を倒し以て其進退を遅緩ならしむるか如き或は官吏か開かんとする戸扉を内部より押へて入らしめざるか如き何れも物を介して間接に人に對するものなりと雖も本罪を構成するに妨くる所なきなり。(ロ)脅迫とは手段の如何を問はず總へて人の心理に恐怖の念を惹起さしむべき行爲を云ひ、法文には脅迫の程度に付きては何等の制限を設けずと雖も爰に所謂脅迫とは單に目を瞋からし肩を張るか如き言語若くは姿勢を兇惡になすか如き輕微なる脅迫を意味するにあらず、官吏の身體に對し現に暴行を加へんとするの危害切迫の状態を示す所の重大なる脅迫に限るものと解すべきなり。

第二要件、抗拒は一私人か官吏に對して爲したることを要す

(二)抗拒は一私人の資格に於て爲されたることを要す。蓋し法文には此の點に付



きて何等の規定する所なしと雖も公権の執行に抗拒すとは公権の執行に對して不正の腕力脅迫を弄することを意味するものなるか故に其暴行脅迫は公権の執行權を有せざるもの即ち私人たる資格に於ける行爲たることを要するや明らかなりとす。故に例へは同一の債務者に對して同時に二人以上の執達吏か財産差押を爲すに當り職務上の競争よりして自然此一方か他方に對して其職務の執行を妨害するか如き結果を生ずることあるへしと雖も各自職務の執行を爲すものにして互に相抗拒するの意思なきのみならず各自の職權を行使するものなれば結局本罪を構成せざるものとす。然れとも假令官吏たる身分あるものと雖も一旦職務の範圍を脱して他の官吏の職務執行に抗拒したるときは本罪を構成するに缺くる所なし、故に例へは甲の巡査か現行犯人を逮捕せんとするに際し乙巡査か甲巡査の手を捕へ又は之を抱き止め以て犯人の逮捕を妨害したる如きは當然本罪を構成するものとす。(二)官吏對して抗拒したることを要す、法文には「法律規則を執行し又は行政司法の命令を執行するに當り」其官吏に云々とあるを以て爰に所謂官吏とは一般の官吏を總稱するにあらずして官吏中特に法律規則命

令を執行する所の官吏即ち執行官吏のみを指示するものとす、例之、司法警察官、巡査、憲兵卒、執達吏、收稅吏、稅關吏、看守等の如き是に屬す、故に單に下級官吏に對して命令を發し下級官吏をして之を執行せしむる所の上級の官吏は之に包含せざるものとす。次に法文には單に官吏とのみあるも明治二十三年法律第百號に依れば刑法中官吏に關する規定は公吏に準用することゝなれるか故に公吏として法律規則を執行し又は司法行政官署の命令を執行する所の者に對しても又抗拒罪を構成するものとす、即ち公證人、市町村長、市參事會議員其他市の吏員の如き皆之に屬す。執行官吏、公吏の保助員として官吏、公吏の職務執行に干與するものに對しても猶本罪を構成し得るや否やと云ふに蓋し此等の者は執行官吏の機械として其職務の執行を補助するものなれば此等のものに對する暴行脅迫は即ち官吏に對する暴行脅迫と云ふとを得べきなり。然れとも單に法律の規定に基き官吏の職務執行に立會ふのみにて別に其執行の補助に與らざる者例へは刑事訴訟法第九十二條第二項第百四條に規定する豫審處分に關する立會人に對しては本罪を構成せざること勿論なりとす。



第三要件、抗拒は官吏の職務執行中其職務に對して爲したることを要す

法文に「官吏其職務を以て法律規則を執行し又は司法行政官署の命令を執行するに當り」とあるは即ち本條件を言顯はすものにして(一)法律規則を執行すとは例へば巡查憲兵卒が現行犯人を逮捕し又は豫審判事か家宅搜索を爲すか如きを云ひ、司法行政官署の命令を執行すとは巡查憲兵卒が拘引狀又は勾留狀を執行するか如き又は收税官吏が府縣知事の命令を奉して農工商の帳簿を調査するか如き場合を謂ふなり。(二)職務の執行中たることを要するか故に假令執行官たる身分あるものと雖も職務の執行中にあらざりしときは本罪を構成せず例へば休暇を得て公權執行に従事せざるべき如し。(三)職務の執行に對することを要するか故に假令執行中と雖も其官吏、公吏私用を辨するに當り其私用を妨害したるか如きは本罪を構成せざるものとす。

終りに本罪の成立に要する犯意に付て一言すれば固より犯人に於て以上三個の事實を知りてこれを決行するの意思あることを要するや勿論なりとす、即ち官吏の職務執行に抗拒するの意思あることを要するか故に假令官吏の職務執行中な

ることを知るも犯人に於て特に其職務の執行に抗拒するの意思なく單に其官吏に對する私怨を酬ひんか爲めに之を毆傷すと雖も本罪を構成せざるものとす。

第三要件中に所謂職務の執行とは官吏の適法なる職務執行と云ふの義にして若し官吏の行爲にして不適法ならんか固より職務の執行と云ふことを得ざるや明らかなりとす、而して其行爲が果して適法なる職務の執行たるや否やを決すべき標準は左の如し。

第一、官吏の行爲が自己の一般の權限内に屬すること。

第二、官吏が其權限を行使するに付て法律が請求する所の法定の條件を具備すること。

第三、官吏が其權限を行使するに付き法律が請求する所の主要なる手續に違背せざること。

例へば巡查憲兵卒は刑事訴訟法第五十八條に依り現行犯人を逮捕するの權限を有す、而して此の權限を行使するに付ては同條の規定に依り次の條件を具備することを要す。即ち(イ)巡查憲兵卒が自己の職務を行ふに當り、(ロ)重罪又は禁錮以上



の刑に該るべき輕罪の現行犯ありたることを知り、(ハ)其現行犯とは同法第五十六條第五十七條に規定する場合に該當することを要す。亦豫審判事は同法第四百條に依り家宅搜索の權限を有す、而して此の權限を行使する爲めには同條の規定に依り(イ)其搜索の場所は被告人の住所又は事實を證明すべき物件を藏匿する疑ある者の住居たること、(ロ)搜索の際には被告人又は物件を藏匿する者若し其住居に在らざるときは同居の親族若し其在らざるときは市町村長の立會あること、(ニ)其搜索は日出後日没前たることを要するか如き是れなり。而して以上の條件は何れも絶對的に(客觀的に)具備することを要し假令官吏に於て此等の條件を具備することを誤信すとも其の事實に於て以上の條件を缺くときは之れを以て適法なる職務の執行と謂ふことを得ず、從て之に對する抗拒は職務に對する抗拒にあらざるを以て本罪を構成せざるものとす。然れとも法律が官吏に對して其自由なる裁量を允許したる區域に付ては一私人は毫も喙を容るゝことを得ざるものとす、例へば豫審判事は日出後日没前なれば何時にても家宅搜索を爲し得るを以て午前に於て之を行ふと午後之を行ふとは豫審判事の任意に決すべき事柄にして私人は自己の便不便を理由として之に抗拒することを得ざるか故に之に抗拒するときは本罪を構成するものとす。

第二段 第三百三十九條第一項の處分

本罪を犯したる者は四月以上四年以下の重禁錮に處し五圓以上五十圓以下の罰金を附加す。

終りに一の注意すべきは本罪即ち第三百三十九條第一項の罪を犯す爲めに犯人が官吏に對して刑法第三百二十七條以下に規定する脅迫の行爲又は同法第四百二十五條第九號に規定する毆打の行爲あるときは何れも以上各法條に該當するか、脅迫罪又は毆打罪と第三百三十九條第一項の官吏抗拒罪の數罪俱發なりとして處分すべきや否やと云ふに本問の場合に於ては單一なる第三百三十九條第一項の罪なりとして處分すべきものとす。何となれば本問の場合に於ける脅迫又は毆打と云ふ行爲は法律が第三百三十九條第一項の罪の構成要件として規定するものなれば以上の行爲は總て本罪の行爲中に吸收せらるゝものと云はざるへからず。

第二項 第三百三十九條第二項の罪



## 第一段 本罪の成立要件

一一一

第三百三十九條第二項に曰く「暴行脅迫を以て官吏の爲すへからざる事件を行はしめたる者亦同じ即ち本罪の成立要件を擧ぐれば左の如し。

第一、暴行脅迫を以て爲したること。

第二、官吏の爲すへからざる事件を行はしめたること。

以上の各要件を説明すれば左の如し。

第一要件、暴行脅迫を以て爲したることを要す。本條件に付ては前項に於て説明したる所と異同なきを以て爰には之を説明を省略すへし。

第二要件、官吏の爲すへからざる事件を行はしめたることを要す。

(一) 官吏とは如何なる官吏を指示するやと云ふに法文には單に其官吏とありて前項の如く法律規則命令を執行する官吏たることを明記せずと雖も法文の排置上直に前段を受けて其官吏とあるを以て其とは前段に所謂法律規則を執行し又は行政司法官署の命令を執行するに當り暴行脅迫を以て其官吏に云々とある官吏即ち執行官吏を代稱するの名詞にして前項に所謂官吏と同一に解すへきもの

なりとす、而して法文には前項の如く其執行官が職務の執行中たることを要せざるか故に其官吏に對する暴行脅迫は官吏の職務執行中に於けると否とは本罪の構成には關係なきものとす。(二) 官吏の爲すへからざる事件とは官吏の資格に於て爲すへからざる執行處分換言すれば不適法なる執行行為と云ふの義なり、故に假令官吏の執行行為にして他人の暴行脅迫に依て強制せられたるものなりとするも苟くも其執行行為にして適法なる以上は毆打罪か脅迫罪又は兇徒聚衆罪の如き他罪を構成するは格別本罪を構成することなきものとす。(三) 行はしめたることを要するか故に假令官吏に對して暴行脅迫を加ふるも其官吏にして其爲すへからざる處分を行はざりしときは本罪の既遂にあらず、而して本罪の未遂は之を罰すへき明文なきか故に無罪たるへし。終りに本罪の構成には官吏の爲すへからざる事件を行はしめたることを要するか故に若し官吏に對し暴行脅迫を以て爲すへき處分を爲さしめ、職務の執行中以外に於てたる場合は之を不問に付することゝなるへし此の點は現行刑法の欠點と云はざるへからず。



### 第二段 第三百三十九條第二項の罪の處分

本罪を犯したる者は前項の罪を犯したると等しく四月以上四年以下の重禁錮に處し五圓以上五十圓以下の罰金を附加す。

### 第三項 第四百四十條の罪

#### 第一段 第四百四十條の罪の成立要件

第四百四十條に曰く前條の罪を犯し因て官吏を毆傷したる者は毆打創傷の各本條に照し一等を加へ重きに從て處斷すと即ち本罪の成立要件を擧ぐれば左の如し。

第一、第三百三十九條第一項又は第二項の罪を犯したること、

第二、暴行の結果官吏を毆打したること、

以上第一、第二の要件に付ては別に説明すべきことなきを以て之を省畧す蓋し本條は第三百三十九條の罪と毆打創傷罪との二罪俱發として規定したるにあらすして第三百三十九條の罪の構成要件たる暴行が官吏を創傷せしめたる場合を獨立の一罪として規定したるものなり。

### 第二段 本罪の處分

本罪を犯したる者は第三百三十九條の罪に科すべき刑と毆打創傷の各本條に規定する刑に一等を加へたるものと對照し其内重きものを以て本刑とするものなり、而して刑罰の輕重比較の方法に付ては既に總則に於て説明し了りたるを以て之を省畧す。

終りに一の注意すへきは第四百四十條は官吏を毆傷したる場合を規定すと雖も官吏を故殺したる場合に付きては何等の規定を設けず從て此の場合に付ては或は單純なる故殺罪を構成すと云ひ(第二百九十四條)或は第二百九十六條に規定する殺人罪なりと云ひ或は第三百三十九條と第二百九十四條の故殺罪との二罪俱發なりと云ひ諸説其の軌を一にせずと雖も吾輩の信する所に依れば本問は單純なる故殺罪第二百九十四條なりと判定すべきものとす。何となれば(一)第三百三十九條の罪の成立に要する暴行は官吏を創傷せしむるに至らざる輕微なる暴行たることを要す而して本問の暴行は官吏を殺害したるものなれば第三百三十九條の罪を構成せざるや明らかなりとす。(二)第二百九十六條の殺人罪は重罪輕罪を犯すに便利なるか爲め又は已に犯したる罪責を免るゝか爲め人を故殺したることを要



す、故に同罪の成立するには少くとも故殺と云ふ行爲より獨立して更に他の重罪又は輕罪の存在又は存在し得る場合たる事を要す。而して本問の場合に於ては第三百三十九條の罪の成立し得ることは既に説明せしか如し、從つて第三百三十九條の罪を犯すに便利なる爲め又は已に犯して其罪責を免かるゝ爲め人を故殺したる者と云ふことを得ず。(三)第三百九十四條の故殺罪の成立には第二百九十六條の場合を除く外は殺人決意の原因如何を問はざるか故に結局本問の場合には第二百九十四條の適用を受けざるべからざるものとす。

然れとも法律、規則、命令の執行を拒むため官吏を故殺するか如きは多くは第二百九十六條に所謂重罪、輕罪を犯さんか爲めか或は已に犯したる重罪、輕罪を免れんか爲めなるべし、例へば重罪の現行犯人か巡査の逮捕を免れんか爲めに其巡査を故殺するか如き或は重罪、非現行犯人か令狀の執行を免れんか爲めに執行巡査を故殺するか如き皆其罪責を免れんか爲めに官吏を故殺したるものなり、此の如き場合に於ては第二百九十六條の罪を構成すること勿論なりとす。反之證據物件を藏匿する嫌疑を以て豫審判事より家宅搜索を受けたる場合に於て實際罪

證物件を藏匿せざるも單に豫審判事の搜索處分を憤り之を故殺したる場合に於ては第二百九十六條に該當せざるを以て第二百九十四條の單純なる故殺罪を以て處斷せざるべからざるものとす。若し夫れ既に第三百三十九條、第四百十條の罪を犯したるに因り巡査より捕縛せられんとするに當り之を免るゝか爲めに其巡査を故殺するときは第二百九十六條を適用處斷すべきや勿論なりとす。

### 第二款 官吏の職務に對する侮辱罪

第四百十一條に曰く、官吏の職務に對し其目前に於て形容若くは言語を以て侮辱したるものは一月以上一年以下の重禁錮に處し五圓以上五十圓以下の罰金を附加す其目的に非すと雖も判行の文書、圖畫又は公然の演説を以て侮辱したる者亦同じ、即ち本條は官吏の職務上の品格尊嚴を保護するの目的に出でたるものにして單に官吏と云ふ身分を有するものゝ名譽を保護するの主旨にあらず而して本罪の成立要件及び處分を説明すれば左の如し。

### 第一項 本罪の成立要件

本罪の成立要件を擧ぐれば左の如し



第一、官吏の職務に對すること、

第二、法律の定めたる方法に依り侮辱したること、

以上の要件を説明すれば左の如し。

第一要件、官吏の職務に對することを要す

法文には官吏の職務に對し侮辱したるものとあるを以て侮辱は官吏の職務上の品格尊嚴を毀損するの行為たらざる可らず、而して官吏の尊嚴を毀損するには官吏か其職務の執行中にあるときと否らざるときとに區別を立てて論ぜざるべからず。

(一) 官吏の職務執行中 此の場合に於ては侮辱の材料たる事項は官吏の職務に率連すると否とは問ふ限りにあらず、何となれば此の場合に於ては官吏に對する個人的侮辱は直ちに官吏の職務上の尊嚴に對する侮辱と云ふことを得へければなり。故に例へば判事か審問をなすに當り其判事の私行上の惡事を摘發し之を侮辱すると、或は判事は本件に付ては不公平なり彼は本件に關して賄賂を受けたるものなりと主張し之を侮辱するとを問はず總て官吏の職務に對する侮辱と云ふことを得へきなり。

(二) 官吏の職務執行中ならざるとき 此の場合に於ては侮辱の材料か必ず官吏の職務に率連するものたることを要す、何となれば此の場合に於ては官吏に對する個人的侮辱は未だ以て其官吏の職務尊嚴を毀損したりと云ふことを得されはなり、故に例へば判事の職にある人に對し酒宴の席上に於て其人の私行上の非行を摘發し之れを侮辱するも本罪を構成せず。

第二要件、法律に規定したる方法を以て侮辱したることを要す

法律は官吏の職務に對する侮辱を二個の場合に區別せり即ち一、官吏の目前に於てする場合、二、官吏の目前にあざる場合は是れなり。

(一) 官吏の目前に於てする場合 法文に目前とあるを以て官吏と面相接したる場合を指示するか如しと雖も此の如く解するときは其官吏の背後にありたりとき又は僅に戸を隔て、室外にありたりるとき又は電話にて相對話する如き場合を包含せざることとなり大に不權衡の結果を生ずべきを以て此に所謂「目前」とは現在といふ義にして視力應力の達すべき範圍内に現在することを云ふものなりと



解せざる可からず。而して目前の場合に於ては法律は其侮辱の方法は形容又は言辭に依るべきことを規定せり、(イ)形容とは暴行と異なり身振若くは容體と云ふの義なり例へば手を以て人を打ち足を以て人を蹴るの眞似をなすか如きを云ふ、(ロ)言辭とは總て口頭より發する音聲と云ふの義にして必ずしも一定の意味を有することを要せず、故に例へば馬鹿痴漢と云ふか如きは勿論口笛を吹くか如きも又之を包含するものとす。

(二) 目前に於てせざる場合 此の場合に於ては法律に刊行の文章圖書又は公然の演説を以て侮辱することを要すと規定せり、(イ)刊行の文章圖書とは原稿を機械的に複寫して許多の文書圖書を公衆に配布するを云ふ、(ロ)公然の演説とは公衆に聽聞せしむるの目的に出でたる談話を云ふ。

以上法律は目前の場合と否らざる場合とに於て侮辱の方法を制限せるか故に其他の方法に於ては本罪を構成せざるものとす。

次に侮辱とは官吏の職務上の尊嚴を毀損する不敬の行爲にして其結果は不敬の行爲を犯人以外のものか知るか又は知り得るの程度に達したるときに於て成立

す(侮辱を受けたる官吏たると否とを問はざるなり)。而して誹毀は侮辱の一方法にして法律は侮辱の種類に付て何等の制限をも設けざるを以て苟くも(一)(二)の場合に列記したる方法に依り侮辱と認むべき行爲あるときは本罪を構成すべきものなり。

### 第三節 囚徒逃走の罪及び罪人を藏匿する罪

本節は第四百四十二條乃至第五百五十三條の十二ヶ條を包含す、而して其規定する所の犯罪を大別すれば第一、囚徒の逃走する罪、第二、囚徒を逃走せしむる罪、第三、罪人を隠避する罪是なり。

#### 第一款 囚徒の逃走する罪

法律は囚徒の逃走罪を分て(一)單純なるもの(二)複雑なるものとせり。

##### 第一項 單純なる囚徒の逃走罪

本罪は第四百四十二條第一項及び第四百四十四條に規定する所なり、第四百四十二條第一項に曰く、已決の囚徒逃走したるものは三月以上三年以下の重禁錮に處す、第四百四十四條に曰く、未決の囚徒入監中逃走したるものは第四百四十二條の例に同じ即



ち本罪の成立要件を擧ぐれば左の如し。

第一、犯人は已決又は未決の囚徒たることを要す。

第二、逃走の行爲あることを要す。

以上各要件を説明すること左の如し。

第一要件、犯人は已決又は未決の囚徒たることを要す。

囚徒とは刑罰執行の爲め(已決囚)又は刑事訴訟手續執行のため(未決囚)現に獄舎に拘禁せらるゝ所の身分を有するものを指示するものにして(一)刑罰執行のため拘禁せらるゝものたることを要するが故に彼の懲治場留置處分又は精神病者留置處分のため一定の場所に拘禁せられたるものゝ如き刑罰の執行に屬せざるものは爰に所謂囚徒にあらず、然れども彼の主刑満期の後引取人なきが爲めに獄舎に於て監視の執行を受くるものゝ如きは純然たる刑罰の執行に屬するを以て囚徒たるべきなり。(二)現に獄舎に拘禁せらるゝ所の身分あるものたることを要するか故に苟くも適當の手續に依り一度獄舎の拘禁を解かれたるものは囚徒と云ふことを得ず、故に例へば已決囚に在ては假出獄中のもの未決囚にあつては保釋責

付中のものゝ如きは囚徒にあらず。然れども苟くも現に獄舎に拘禁せらるる所の身分を有する以上は假令獄舎外にありと雖も囚徒たるに缺くる所なし、例へば已決の囚徒か外役中逃走し又は未決囚か本罪被告事件の審問を受けるかため獄舎より裁判所に護送せらるゝ途上に於て逃走するも本罪を構成すべきものとす。反之現行犯人として逮捕せられたるもの又は令狀の執行に依り逮捕せられたるものか正當手續に依り未だ獄舎に拘禁せられざる以前に於て逃走するときは未だ囚徒たるの身分を取得せざるか、故に囚徒逃走罪を構成せず(監獄則第一條第六條參照)。

第二要件、逃走の所爲あることを要す。

逃走とは囚徒を拘禁監督する公力の區域を不法に離脱するを云ふ、而して其果して既遂たるや果た未遂たるやは其拘禁監督力の區域を脱したるや否やにより決すべき事實問題なりと雖も脱獄の場合に於ては通常獄舎外に出てたるを以て既遂たるべく、獄外に於ける逃走の場合に於ては實際當該官吏の腕力を以て拘禁する能はざる地位に迄逃走したるときを以て既遂となすべきなり。而して其方法



は千差萬別敢て法律を以て豫め限定することを得ずと雖も若し第四百四十二條第二項に規定する方法に依るときは單純なる囚徒逃走罪にあらずして複雑なる囚徒逃走罪を構成するものとす。

囚徒逃走罪に關する刑法規定の沿革を閱するに本罪の規定は羅馬法に基因するものにして羅馬帝政時代に於ては囚徒自身の逃走及び他人が囚徒を逃走せしめたる場合も共に之を所罰し特に囚徒を看守する官吏が故意に囚徒を逃走せしめたるときは該犯人の受くべき刑に反座せしむるの制を取りしか其後獨乙帝國刑法に於ては反座の制を廢し特別の刑を科することとし又囚徒自身が單に逃走したる場合に之を處刑せざることとなしたり。其理由とする所は囚徒は常に其自由を拘束せらるゝ身にして此の拘束を脱し自由の地位に復せんことを欲するは人類自然の性情なり故に其逃走を防止するには看守の方法を嚴密にするの外なく之を囚徒に責むるは酷に失するのみならず又其必要なしと云ふにあり。而して刑法一般の傾向は囚徒自身の逃走は處罰すべきものにあらざるとするが如し蓋し逃走の際暴行脅迫を加へ又は徒黨を結合するか如きは特別の理由に依て之を

處罰するは勿論なりとす。

## 第二項 複雑なる囚徒逃走罪の成立要件

複雑なる囚徒逃走罪は第四百四十二條第二項及び第四百四十四條に規定する所に於て已決未決の囚徒に共通のものとする。

第四百四十四條に曰く未決の囚徒入監中逃走したるものは第四百四十二條の例に同じ但原犯の罪を判決する時に於て數罪俱發の例に照して處斷す第四百四十二條第二項に曰く若し獄舎獄具を毀壞し又は暴行脅迫をなして逃走したるものは三月以上三年以下の重禁錮に處す而して本罪の成立要件を擧ぐれば左の如し。

第一、犯人は已決又は未決の囚徒たること

第二、逃走の所爲あること

第三、逃走の手段としては獄舎獄具を毀壞し又は暴行脅迫を爲したること  
第一第二の要件は第一項に説明したると異なるなきを以て之を省略す。

第三要件逃走の手段として獄舎獄具を毀壞し又は暴行脅迫をなしたることを要す



(二) 獄舎とは一時たると永久たるとを問はず法律上囚徒を拘禁する爲めに供給せられたる建造物を總稱し現行法の下に於ては集治監留監地方監獄拘留場留置場懲治場の六種の監舎を總稱す(監獄則第一條)。(三) 獄具とは監獄に於て特に囚人を拘禁又は懲罰するの用に供せられたるものを總稱す例へは鉄索連鎖の如き是なり而て彼の獄衣食器作業用のものは之を包含せず。(三) 暴行と云ふは人に對する暴行を指示すること脅迫とは人に對して暴行を加ふへしとの脅迫を指示することは官吏抗拒罪の部に於て説明したると異なるなし。(四) 逃走の手段としたることを要するか故に連鎖の儘にて二人の囚徒か逃走を遂げたる後に於て之を毀壞するも本罪を構成せざるものとす。

### 第三項 單純及び複雑なる囚徒逃走罪の處分

單純なる囚徒逃走罪の處分に付ては第四百四十二條第一項及び第四百四十四條に規定する如く一月以上六月以下の重禁錮に處し複雑なる囚徒逃走罪の處分に付ては第四百四十二條第二項及び第四百四十四條に規定するか如く三月以上三年以下の重禁錮に處す而て以上二種の逃走罪の場合に於て若し囚人三人以上通謀し逃走

したるときは第四百四十二條の例に照し各一等を加重す。

第四百四十二條に曰く「已決の囚徒逃走の罪を犯すと雖も再犯を以て論せず其刑期限内再び逃走したるものは再犯を以て論す即ち已決の囚徒逃走罪の場合に於ては其犯罪の構成要件として已に有罪の確定判決を受けたるものたることを要するか故に本罪の成立するときは必ず前に確定の判決を受けたる犯罪に對して再犯の關係にあること勿論なりとす從て總則第九十一條に依り一等を加重すへきか如しと雖も此れ犯罪の構成要件たる事實を更に分離し刑罰加重の情狀とするものにして一個の所爲を二重に處罰するの結果を生ずるを以て此の場合に於ては再犯加重の例に依らざることとなしたり。然れとも若し確定判決に依り執行せらるへき刑期限内に於て再び逃走したるときは第一次の逃走罪と第二次の逃走罪とは各獨立して純然たる再犯の性質を有するを以て此の場合に於ては總則再犯の例に依り刑罰を加重すへきものとす而して其の三犯以上の場合に於ては總則第九十八條の例に依り一等を加重すへきこと當然なりとす。此れ第四百四十二條の規定ある所以にして同等の已決囚か既に確定判決を受たる犯罪と其の刑



期内に於ける逃走罪との關係を規定したるに止る從て逃走罪と他の獨立なる逃走罪との關係又は或犯罪の刑期服役中に於ける逃走罪との關係は固より純然たる再犯の關係にして第四百四十三條前段に規定する場合に於けるか如く一個の所爲を二重に所罰するの結果を生ぜざるを以て總則再犯加重の例に依るべきこと勿論なりとす。

第四百四十四條末段に曰く但し原犯の罪を判決するときに於て數罪俱發の例に照して處斷すと即ち未決囚徒に對する原犯の刑事被告事件か有罪なるときは逃走罪と同時に數罪俱發の例に依り處斷すへし若し原犯にして無罪なる時は單に逃走罪のみを以て處罰すへきことを規定したるものにして此の以外に於て更に何等の意味をも有せざるものとす。

第四百四十九條に曰く前數條に記載したる輕罪を犯さんとして未だ遂げざる者は未遂犯の例に照して處斷す即ち本罪は未遂犯をも處罰するものとす。

### 第二款 囚徒を逃走せしめたる罪

囚徒を逃走せしめたる罪に付て法律は(一)監督の職責あるものゝ犯したる場合と

(二)監督の職責なきものか犯したる場合に區別し前者に付ては懈怠に依り囚徒を逃走せしめたる場合にも猶之を處罰することとせり。

#### 第一項 監督の職責なき者の犯したる場合

此の場合には第四百四十六條第四百四十七條に規定する所にして第四百四十六條は暴行脅迫に依らざる場合を規定し第四百四十七條は暴行脅迫に依る場合を規定す。

##### 第一段 暴行脅迫に依らざる場合

第四百四十六條に曰く囚徒を逃走せしむる爲め兇器其他の器具を給與し又は逃走の方法を指示したる者は三月以上三年以下の重禁錮に處し二回以上二十回以下の罰金を附加す因て囚徒の逃走を致したるときは一等を加ふ。

即ち本罪の構成要件を擧ぐれば左の如し。

第一、囚徒を逃走せしむる爲めたること。

第二、兇器其他の器具を給與し又は逃走の方法を指示したること  
以上各要件を説明すること左の如し。

第一要件中囚徒とは已決未決囚を包含すること及び逃走の何ものたることは前



款に於て既に説明したるを以て之を省略す而て苟も囚徒を逃走せしむるの目的に出でたる以上は其逃走の目的を達せしめたる否とは本罪の成立には問ふ所にあらずるなり。

(二)此に所謂兇器とは狭義に於ける兇器即ち攻撃又は防禦の方法として人の生命身體を毀損する目的を以て製造せられ而かも其目的を達するに適合する所の器具を總稱す例へはピストル、刀劍の類是なり猶此の點に就ては後詳述する所あるへし。(三)其他の器具とは兇器以外の器具にして逃走の用に充つることを得べきのを總稱す例へは合鍵、銀、釘、梯子の類是れなり。(三)逃走の方法を指示すとは逃走に付ての手段方法機會等を指導するの意にして其の方法は言語に依ると文章形容によるとは敢て問ふ所にあらずるなり。(四)而して苟くも以上の所爲あるときは直に本犯を構成すべく之を受けたる囚徒に於て利用すると否とは問ふ所にあらずるなり。本罪の處分方法は第四百四十六條末段に記載するか如く三年以上三年以下の重禁錮に處し二圓以上二十圓以下の罰金を附加す、因て囚徒逃走を遂げたるときは一等を加ふべきものとす。而して本罪は囚徒か逃走する罪の從犯

にあらずして全く獨立の一罪たり故に總則第九條從犯の例に依り處斷すべきものにあらず

## 第二段 暴行脅迫に依る場合

第四百四十七條に曰く囚徒を劫奪し又は暴行脅迫を以て囚徒の逃走を助けたる者は一年以上五年以下の重禁錮に處し五圓以上五十圓以下の罰金を附加す、若し重罪の刑に處せられたる囚徒に係る時は輕懲役に處す、即ち本罪の成立要件を擧ぐれば左の如し。

囚徒を劫奪し又は暴行脅迫を以て囚徒の逃走を助けたること。

(一) 劫奪とは他人に暴行脅迫を加へて人を奪取することを意味す、

(二) 暴行脅迫の何たることは第三章第二節に説明したり、

(三) 前段の劫奪とあるに對照して法文に所謂助けたるものとは囚徒の逃走を遂げしめたることを意味するものと解すべきなり、

本罪の處分は第四百四十七條第一項末段及び第二項に規定する所にして一年以上五年以下の重禁錮に處し五圓以上五十圓以下の罰金を附加す、若し重罪の刑に處



せられたる囚徒を逃走せしめたるときは輕懲役に處す。  
未遂は之を處罰す(第四百十九條)。

第二項 監督の職責ある者の犯したる場合

此の場合に付ては法律は犯意ある場合と懈怠の場合とに區別し第四百十八條は犯意ある場合を規定し第五百十號は懈怠に因る場合を規定せり。

第一段 犯意を以て囚徒を逃走せしめたる

場合

第四百十八條に曰く「囚徒を看守し又は護送する者囚徒を逃走せしめたる時は亦前條の例に同じ」即ち本罪の成立要件を擧ぐれば左の如し。

第一、犯人は囚徒を看守し又は護送する者たること、

第二、自己の看守又は護送する囚徒を逃走せしめたること、

本罪の處分は第四百十八條の例に同じ、又未遂を罰す(第四百十九條)。

第二段 懈怠に依り囚徒を逃走せしめたる

場合

第五百十條に曰く「看守又は護送者其懈怠に因り囚徒の逃走を覺らざりしときは二回以上二十回以下の罰金に處す、若し重罪の刑に處せられたる囚徒に係る時は三回以上三十回以下の罰金に處す」即ち本罪の成立要件を擧ぐれば左の如し。

第一、懈怠に依ること(不注意に依ること)、

第二、犯人は看守又は護送者たること、

第三、囚徒をして逃走せしめたること、

本條の處分は第五百十號第一項末段及び第二項に記載するか如し。

第三款 犯罪を庇護するの罪

本款に所謂犯罪を庇護する罪は第五百五十一條乃至第五百五十三條に規定する處にして第五百五十一條に於ては罪人を藏匿若しくは隠避する罪を規定し第五百五十二條には罪證を隠蔽する罪を規定す。而して以上二々の犯罪は何れも罪人に對して幫助を與ふるものなりと雖も其所爲が犯罪の成立以後に屬し其犯の例に依る可からざるを以て特に一罪として爰に規定せる所以なり。

第一項 第五百五十一條の罪



第五百五十一條に曰く、犯罪人又は逃走の囚徒及び監視に附せられたるものなることを知て之を藏匿し若くは隠避せしめたるものは十一日以上一年以下の輕禁錮に處し二回以上二十回以下の罰金を附加す若し重罪の刑に處せられたる囚徒に係る時は一等を加ふ即ち本罪の成立要件を擧ぐれば左の如し。

第一、藏匿若くは隠避せしむる所爲あること、

第二、藏匿又は隠避の目的たる人は犯罪人又は逃走の囚徒又は監視に付せられたるものたること、

第三、犯罪人又は逃走の囚徒及び監視に付せられたる者なることを知つて特に之を藏匿し若くは隠避せしむるの意思あること、

第一要件 藏匿又は隠避せしむるの所爲あることを要す、

(一) 藏匿とは佛文章案第百八十五條に所謂匿れ場所を與ふとあるに相當し犯人に對して隠避即ち發見を避くる場所を給與するの義なり。而して場所の如何に付ては法律は何等の制限を設けざるを以て家屋、倉庫又は船舶、馬車等總て之を包含するものとす。然れとも場所を給與するを要するか故に其服裝を變せしむる

ため衣服を給與するのみにては藏匿と云ふことを得ず。(二) 隠避せしむるとは同草案に所謂隠避を幫助したるものとあるに相當し犯人が潜伏即ち發見を避けんとする行爲を幫助する義なり、而して其幫助の方法に就ては法律は何等の制限を設けざるを以て犯人に潜伏すへき場所又は方法を教示し或は潜伏に要する費用又は衣服を給與するか如き總て之を包含するものとす。然れとも一人は犯人の潜伏を告發すへき法律上の義務なきが故に其潜伏を知りながら單に之を官に告げざるか如きは本罪を構成すへきにあらず、而して被疵護者に於ても庇護を受くる事實を知ると否とは問ふ所にあらず。

第二要件 藏匿若くは隠避せしめたるものは犯罪人又は逃走の囚徒若くは監視に付せられたるものなることを要す。

(一) 法文に所謂犯罪人とは法律が犯罪として處罰すへき行爲を爲したる者にして逃走の囚徒及び監視規則違反者以外のものを總稱す。而して法律は廣く犯罪人と稱して犯罪加重して輕罪違警罪たることを區別せざるを以て罰金の罰に當るへき輕罪又は違警罪の現行犯人にして其氏名住處分明ならざるか又は逃走の恐



あるもの、如き十八條刑訴法第五 苟も其所在か官に發覺することの必要なる場合に於ては凡て之を包含するものす。次に正犯たると教唆者たるとは之を問はざるなり。次に本條は犯罪者に對して有罪の判決を與へ之を執行することとを確實ならしむるか爲めに設けられたる規定なれば其犯人は未だ公訴時効又は刑の執行時効に罹らざるものたることを要す。然れども親告罪の場合に於ける告訴の有無は問ふ所にあらざるなり。(二)逃走の囚徒とは已決及び未決囚の逃走したるものを包含す、而して囚徒及び逃走の何ものたることは第一款に於て説明したるを以て此には省略す。(三)監視に付せられたるものとは同草案一八五に所謂監視を受けたるものとあるに相當し監視規則違反の犯人を指示するものなり。

第三要件 犯罪人又は逃走の囚徒若しくは監視に付せられたるものたることを知りて故さらに之を藏匿若しくは隠避せしむるの意思あることを要す。

(二) 法文に知つてとあるは法律が犯罪として處罰する所の行爲をなしたるものたることを知るを以て足れりとす、而して犯人が行ひたる所の各犯罪に付ては之

を如ることを要せず。又逃走の囚徒なること若しくは監視規則に違反する行爲ありたるものなることを知りてと云ふの義にして若し此等の事實を知らずして之を藏匿せしむるも本罪を構成せざるものとす。(二)故らに藏匿又は隠避せしむる意思あることを要するか故に單に饑寒を救助するために衣服を給與するか如きは本罪を構成せざるものとす。

終りに一言すべきは本罪は他人の犯罪を庇護するの罪にして犯人自ら到底本罪を犯すことを得ざるものとす、故に犯人、他人を教唆して自己を藏匿せしむるも本罪の教唆を以て論ずることを得ざるなり。然れども共犯者の一人か他の共犯者を藏匿隠避せしむるときは罪を構成するものとす何となれば本罪は獨立の定犯にして共犯者も亦藏匿者より見れば一の犯人たるに相違なければなり。

第二項 第一百五十一條の罪

第一百五十二條に曰く他人の罪を免れしめんことを圖り其罪證と爲る可き物件を隠蔽したる者は十一日以上六月以下の輕禁錮に處し二圓以上二十圓以下の罰金を附加す即ち本罪の特別成立要件を擧ぐれば左の如し。



第一、隠蔽したる所爲あること、

第二、隠蔽の目的物は他人の犯罪に關する罪證たるべき物件なること、

第三、他人の犯罪に對する刑責を免れしむるの遠因に出てたること、  
以上各要件を説明すれば左の如し。

第一要件 隠蔽したる所爲あること、

隠蔽とは廣く發見を避くるの所爲にして其方法に付ては法律は何等の制限を設けざるを以て單に其所在を不明ならしむると或は之を滅盡するとを問はず總て本條件に該當するものとす。

第二要件 隠蔽の目的物は他人の犯罪に關する罪證たるべき物件なること

(一) 他人の犯罪に關することによする故に犯人か自己の犯罪に付て其罪證を隠蔽するも本罪を構成せず。蓋し犯人自己の罪責を免れんとするは人性の至情にして敢て法律を以て防止すべき限りにあらざればなり、但し共犯罪の一人か他の共犯者の責任を免れしむる爲め其共犯罪事實を立證すべき物件を隠蔽するときは本者を構成するものとす。

(二) 犯罪とあるは法律上犯罪として處罰すべき行爲を指示するものにして親告罪の場合に於て告訴の有無は問ふ所にあらず。罪證となるべき物件たることを要するか故に犯罪の痕跡を失はしむるの所爲例へは被服器具に點したる血痕又は地上に印したる足跡を拭ひ去るか如きは犯罪の罪證を妨くること至大なりと雖も本條件に該當せざるを以て現行刑法の下に於ては到底處罰すべき途なきものとす。

第三要件 他人の犯罪に關する刑責を免れしめんとするの遠因に出てたることを要す

(一) 法文に他人の罪を免れしむるとあるは結局其犯罪に伴ふ刑罰を免れしめんとするの義にして換言すれば有罪の判決又は重き刑の判決を免れしめんとするの目的に出でたることを意味す。(二) 他人の罪責を免れしめんとするの目的に出でたることを要するか故に假令他人の罪證たるべき物件を棄毀消滅せしむることあるも其原因にして單に排除の目的に出でたるか如きは本罪を構成せず。

終りに一言すべきは元來第五百一一條及び第五百五十二條の罪は共に犯人の刑罰



を免れしむるの目的を以て犯人以外のものか之に幫助を與ふるの行爲を處罰し以て犯罪必罰の目的を全ふせんとしたるものなれば其幫助の方法に付ては右二條に列記する方法に制限せずして法文には廣く犯人を庇護するものと規定し犯人の藏匿は勿論犯罪告發の妨害犯行の痕跡洗除官廳を欺罔すること犯人に代て刑罰を負擔すること等しく之を處罰することと爲さるへからず此の點は現行刑法の缺點なりとす。

以上二條に規定する犯罪は何れも獨立の一罪たるを以て其庇護せらるゝ犯罪の親告罪たる否とに拘はらず其罪は敢て親告を要せざるものとす。

### 第三項 以上二箇の罪の處分

第五十一條の罪を犯したる者は十一日以上一年以下の輕禁錮に處し二圓以上二十圓以下の罰金を附加す若し重罪の刑に處せられたる囚徒に係るときは一等を加ふ。

第五十二條の罪を犯したる者は十一日以上六月以下の輕禁錮に處し二圓以上二十圓以下の罰金を附加す。

然れとも以上二條の犯罪にして犯人の親屬に當るものゝ犯罪を庇護するの所爲は之を處罰せず第四百五十三條、第四百五十四條、第四百五十五條。蓋し親屬の犯罪を庇護せんとするの情は犯人か自己の犯罪を庇護せんとの情に比して相撰ふ所なきを以てなり。

## 第四節 附加刑の執行を遁るゝ罪

### 第一項 第五百五十四條の罪

第五百五十四條に曰く公權を剝奪せられ又は公權を停止せられたる者私に其權を行ひたる時は一月以上一年以下の重禁錮に處し二圓以上十圓以下の罰金を附加す即ち本罪の成立要件を擧ぐれば左の如し。

第一、公權を剝奪せられ又は公權を停止せられたる者たること。

第二、私に其權を行ひたること。

以上各要件を説明すれば左の如し。

第一要件 公權を剝奪せられ又は公權を停止せられたる者たることを要す。剝奪公權及停止公權は何れも重罪の刑又は禁錮の刑に處せられたるものに當然科すへき附加刑にして其公權の何物たることは刑法第三十一條に列記する所なり



即ち左の如し。

- 一、國民の特權。
- 二、官吏となるの權。
- 三、勳章、年金、位記、貴號、恩給を有するの權。
- 四、外國の勳章を佩用するの權。
- 五、兵籍に入るの權。
- 六、裁判所に於て證人と爲るの權、但し單に事實を陳述するは此限に在らず、
- 七、後見人と爲るの權、但親屬の許可を得て子孫の爲めにするは此限に在らず、
- 八、分散者の管財人と爲り又は會社及共有財産を管理するの權。
- 九、學校長及び教師學監と爲るの權。

右第三十二條、第三十三條參照

第二要件 私に其權を行ひたることを要す、法文に私にとあるは佛文草案第九十二條に所謂偽て禁止ある公權の一部又は數多を行ふ者云々とあるに相當し、積極的詐偽の行爲あるたることを意味す。故に例へば剽奪公權者にして別に詐偽

の手段なく單に官廳の任命に依て仕官し又は勳章の下賜を受け或は裁判所に於て裁判官の命に依り宣誓して證人となり或は市町村長の通知に依り議員の投票を爲したるか如き何れも自から進んで他を欺罔し其權を行ひたるにあらざるか故に本罪を構成せず。反之仕官の履歴書に公權剽奪者にあらざることの特記し又は裁判所に於て判事の訊問に對し公權剽奪者たることを掩蔽し嘗て此の如き處刑を受けたることなしと答へ證言を爲したるか如きは何れも詐欺の行爲ありたるか故に本罪を構成するものとす。

本罪の刑罰は本條の罪を犯したる者は一月以上一年以下の重禁錮に處し二圓以上十圓以下の罰金を附加す。

終りに本條の規定は立法論としては之を削除するを至當とす。蓋し公權を剽奪せられ又は停止せられたる者か公權の執行を望むに猶ほ處刑者か身體の自由を希望すると一般人性の至情にして之を制止するに刑罰と云ふ制裁を以てするは難きを人に強ゆるものにして刑罰の目的に適合せざるや論を待たざる所なり、故に宜しく國家は自から此等の處刑者を監視し此等附加刑の執行を遁るゝものな



きことを務むるに止めざるべからず。

### 第二項 第五百五十五條の罪

第五百五十五條に曰く「監視に附せられたる者其規則に違背したる時は十五日以上六月以下の重禁錮に處す即ち本罪の成立要件を擧ぐれば左の如し。

第一、監視に附せられたる者たること、

第二、其規則に違背したること、

以上各要件を説明すれば左の如し。

第一要件 監視に附せられたる者たることを要す。監視には普通監視及び特別監視の二種あり。(一)普通監視とは重罪の刑に處せられたるものに對し又は輕罪の刑に處せらるゝものにして各本條特に記載ある場合に限り科する所の附加刑の一種にして刑法第三十七條乃至第四十條參照乃。(二)特別監視とは重罪輕罪の刑に處せられたる者か假出獄を許されたる場合に於て本刑の期限内特別に科する所の監視なり而して特別被監視人の遵奉すべき規則は普通被監視人の奉すべき規則と異なる所あり刑法附則第七十四條參照。法文には單に監視とありて普通監視たるに特別監視たる

とを區別せざるが故に二者何れをも包含するものと解せざるべからず。一部の論者は曰く「我刑法の用例上特別監視に付ては常に特別てう文字を冠すると本節の表題には附加刑の執行を遁るゝものとありて特別監視は附加刑の一種にあらざるを以て本條に監視とあるは特別監視を包含せざるものなりと解せざるべからずと。然れども我現行刑法の表題は論者が主張するか如く常に必ずしも各條規定の事實を網羅するにあらざると若し本條の監視なる語の中に特別監視を包含せすとせば刑法附則中特別監視に關する第四十三條第四十四條の規定は全く無制裁となりて獨り普通監視規則のみか刑罰なる制裁を以て勵行せらるゝに止まり其權衡を失するや言を待たざるなり。以上の理由により本條の監視なる語中には特別監視をも包含するものと解すべきなり。

第二要件 其規則に違背したることを要す。被監視者の遵奉すべき規則は刑法附則に於て之を定む(一)普通監視に付ては全法第二十九條第三十條第二項に(二)特別監視に付ては同法第四十四條に規定する所なり右條文參照。

監視規則中被監視人に行爲を命じたる場に於て被監視人か其行爲を怠りたる場



合に於ける犯罪地は法律か其行爲の履行を要求したる場所に存するものとす換言すれば監視規則違反と云ふ現象の發生したる場所を以て犯罪地とす。故に例へば刑法附則第三十條の第二項の規定に反して乙地に旅行したる被監視人か施行期間内に監視執行地たる甲地に歸り來らざる場合に於ては其監視規則違反の犯罪地は乙地にあらすして甲地にありとす。

本罪の刑罰本罪を犯したるものは十五日以上六月以下の重禁錮に處す。

第二百五十六條に曰く前二條の罪は其刑期限内再犯したる時に非らされは再犯を以て論ずることを得すと本條は第四百十三條已決の囚徒逃走罪に付ての再犯處分規定と同一旨主に出てたるものにして更に説明するの必要なきを以て之を省畧す。

終りに一言すへきは監視規定たるや再犯豫防の手段として元より必要なりと雖も其監視の方法か嚴密に過るときは受刑者は過度なる自由束縛の爲め營業の自由を失ひ官廳の嚴格なる監視により世人よりは刑餘の人として常に嫌忌せらるゝの結果遂に生計の途を失ひ止むを得ず再犯罪を犯すに至り却て監視の目的

に反する害悪を生ずべきを以て立法者たる者は宜しく此點に鑑み之れか監視の方法は寛嚴宜しきを得ざるへからす。而して本罪も又前條第五百十四條の罪と同しく之を處罰することは刑罰の目的に適合せざるを以て立法論としては本條を削除し國家は自から行政處分に依り違反者を出さざることを務むるに止めざるへからす。

### 第五節 私に軍用の銃礮彈藥を製造し及ひ所有する罪

本節の規定を設けたる理由は蓋し民間に於て自由に軍用の銃礮彈藥其他破裂質の物品を製造輸入販賣若くは所持せしむるときは其供給を仰きて暴動又は内亂あるに際して賊の戰鬥力を強大にし官軍の戰鬥力に至大の妨害を與ふるの危険あるを以てなり。

第二百五十七條に曰く官命を受けず又は官許を得ずして陸海軍の用に供する銃礮彈藥其他破裂質の物品を製造したる者は二月以上二年以下の重禁錮に處し二十圓以上二百圓以下の罰金を附加す其之を輸入したる者亦同し前項の物品を私に



販賣したる者は一月以上一年以下の重禁錮に處し十圓以上百圓以下の罰金を附加す。

第六十條に曰く、第五十七條に記載したる物品を私に所有したるものは二圓以上二十圓以下の罰金に處す、即ち之が構成條件を擧ぐれば左の如し。

第一、官命を受けず又は官許を得ざることを要す。

第二、陸海軍の用に供する銃礮彈藥其他破裂質の物品たることを要す。

第三、製造輸入販賣若くは所有することを要す。

以上各要件を説明すれば左の如し。

第一要件 官命を受けず又は官許を得ざることを要す、官が陸海軍の用に供する銃礮彈藥其他破裂質の物品を製造輸入販賣若くは所有することを一私人に命ずる場合に付ては別に之が規定の存するものなしと雖も之を許可するに付ては明治五年一月第二十八號布告、銃礮取締規則及ひ明治十七年十二月第三十一號布告、火藥取締規則の存するを以て宜しく參照すべきなり。

第二要件 陸海軍の用に供する銃礮彈藥其他破裂質の物品たることを要す而し

て此等の物件が果して陸海軍の用に供せらるべきものなりや否やは各場合に於て決すべき事實問題にして軍用に供せらるべきものなるときは本條を適用し、若し(一)軍用に供せられざる銃砲なるときは明治五年一月布告第二十八號銃砲取締規則同年九月布告第二百八十二號銃砲取締規則違反者處分法及ひ明治十四年第七十二號布告諸罰例處斷法第三條に依り處分すべく、(二)軍用に供せられざる彈藥及ひ破裂質の物品に付ては明治十七年十二月布告第三十一號火藥取締規則第二十五條に依り本節の規定を適用すべきなり。

第三要件 製造輸入販賣若くは所有したることを要す、法文に販賣とあるは廣義に解すべく單に商品として賣買する場合にのみ適用すべきにあらざるなり。所有とある所持の場合をも包含すること勿論なりとす但し強竊盜詐欺取財の結果此等の物件を所持するは此等犯罪の當然の結果に過ぎざるを以て特に本罪を構成せず強竊盜又は詐欺取財の一罪として處罰すべきや勿論なりとす。

第一百五十八條に曰く、前條の罪を犯すと雖も職工又は雇人にして止た正犯の使令に供したる者は各本刑に照し二等を減す、本條を一見するときは正犯の使令に供



したるもの云々とあるを以て本條の罪は前條の罪の從犯たるか如き觀ありと雖も其實本條の罪は前條の罪の從犯にあらずして一個の正犯なりとす何となれば此は本條に規定する職工雇人は何れも前條第五百五十七條の罪の實行を爲に加効したるものにして其行動の他の正犯の使令指圖に依ると否との差異あるのみなり。而して本條特に之か規定を設けたる所以のものは本條は總則正犯の例外を示したるものにして此等の職工雇人は正犯たるに相違なきも他の正犯者の使令に基き行動するものにして其目的は多くは單に賃銀を得んとするにあるものなれば其背徳加害の程度は使令者たる正犯に比しては稍、輕きものと云はさるへからず從て其責任に付ても總則正犯の例に依らず特に例外規定を設けて各本刑に二等を減することゝなしたるなり。要之何れも正犯たるを失はさるか故に之を幫助するものは總則從犯の例に照し前條又は本條の刑より各一等を減して處斷すべきものとす。

終りに注意すへきは前條及本條の罪は他の犯罪の構成條件中に吸收せらるゝ場合あること是なり今其場合を擧ぐれば左の如し。

第一、第二百二十五條に「兵隊を招募し又は兵器金穀を準備し其他内亂の豫備を爲したる者は云々と規定し第三百三十三條に「外國に對し私に戰端を開きたるものは云々其豫備に止まるものは云々と規定しあるを以て此等犯罪構成條件中には軍用の銃砲彈藥等を製造輸入所持することを包含するものたること勿論なるを以て本節の犯罪行爲にして若し此等の犯罪の目的に出でたるときは本節の犯罪行爲は此等犯罪中に吸收せらるゝものとす。

第二、破裂質の物品中特に棉火藥、ナイトロソリセリン、ダイナマイト、雷汞の如き爆發物製造輸入所持又は注文をなしたる者の目的の治安を妨げ又は人の身體財産を害せんとするに在るときは明治十七年十二月布告第三十二號爆發物取締罰則第三條に因り重懲役に處せらるへく、又此の如き目的に在らざること證明する能はざるときは同罰則第六條に因り二年以上五年以下の重禁錮に處し二十圓以上二百圓以下の罰金を附加せらるゝものとす。

本節の罪の處分方法に付ては以上述ふる所の外更に説明の必要なきを以て之を省察す只注意すへきは本節の罪は未遂と雖も之れを處罰し第九條參照第五百五十七



條に記載したる物品の製造に供したる器械にして單に其用に供すべきものは何人の所有を問はず之を沒收す第百六十條參照。

### 第六節 往來通信を妨害する罪

往來通信の便不便は一國政治上經濟上又は社交上至大の關係を有し之か機關は實に文明の最大利器たること敢て多言を要せず從て之か妨害を試みるものは社會に對する背徳加害の點又大なりと云ふべし。故に國家は此等の所爲に對して刑罰なる制裁を附し依て以て之か安全を保護せらるへからず之れ本節の設けある所以なりとす。

#### 第一款 往來を妨害する罪

本節に規定する犯罪中往來を妨害する罪に該るものは第百六十二條の道路橋梁等を損壞する場合第百六十五條の瀟車を妨害する場合第百六十六條の船舶を妨害する場合是れなり。

#### 第一項 道路橋梁等を損壞する罪

第百六十二條に曰く道路橋梁、河溝、港埠を損壞して往來を妨害したるものは二月

以上二年以下の重禁錮に處し二圓以上二十圓以下の罰金を附加す即ち本罪の成立要件を擧げれば左の如し。

第一、道路橋梁、河溝、港埠の一に關すること。

第二、損壞の所爲を以て往來の妨害手段に充てたること。

第三、往來を妨害したること。

以上各要件を説明すれば左の如し。

第一要件 道路橋梁、河溝、港埠の一に關することを要す。法文には道路、橋梁、河溝、港埠と制限的に列記せられたるを以て此等以外の場合に關するときは之を處罰することを得ず。然れとも立法論としては此等以外の場所と雖も之を損壞して往來の妨害を爲す時は之を處罰するの必要は此等列記の場所に關する場合と毫も異なることなし例へば渡船場の階板或は足場を損壞するか如き是なり。

第二要件 損壞の所爲を以て手段に充てたる場合ならざるへからず、法文には明に損壞とあるか故に其他の手段に出たるときは本罪を構成せず。然れとも立法論としては損壞以外の手段に依り往來の妨害を爲したると雖も之を處罰する



の必要は敢て損壊の場合と異なるの理なし。例へ道路橋梁に大石を置き或は大木を横へ其他危険物を推積して以て往來を妨害したるときは或は詐欺の制札を立て、以て往來を妨ぐるか如き現行刑法の下に於ては到底之を處罰することを得ざるものとす。

第三要件 往來を妨害したること、法文に往來を妨害したるものとあるは實際往來妨害の禍を受けたるものあることを要せしめて單に往來妨害となるべき事實の存するものあることを意味す。蓋し本罪は往來の安全を保護するの規定なれば假令現實に妨害に逢ひたるものなしと雖も事實妨害となるべき状況の存するときは明らかに往來安全は毀損せられたるものと云はざるべからず。

終りに犯意に付て一言すれば本罪の構成には第六十五條第六十六條の罪の如く特に往來を妨害するの意思あることを要せず、第一要件たる事實を知り損壊の結果往來の妨害となるべき現象を呈すべきことを豫想したるを以て足れりとす。

### 第二項 瀛車を妨害する罪

第六十五條に曰く「瀛車の往來を妨害する爲め鐵道及び其標識を損壊し其他危険なる障礙を爲したる者は重懲役に處す」と即ち本罪の成立要件を擧ぐれば左の如し。

第一、瀛車の往來を妨害するの爲めたること。

第二、鐵道及び其標識を損壊し其他危険なる障礙を爲したること。

以上各要件を説明すれば左の如し。

第一要件瀛車の往來を妨害するの爲めたることを要す。法文には瀛車の往來を妨害するの爲め云々とあるを以て犯人に於て特に瀛車の往來を妨害すると云ふ希望あることを要す。之れ前項の犯罪と其意思の點に於て大に相違する所なりとす。從て假令第二要件記載の所爲ありたりと雖も犯人に於て往來妨害と云ふ結果の發生を希望したるにあらざるとき例へば單に疏水の目的を以て鐵道を破壊するか如きは到底本罪を構成せざるものとす然れとも立法論としては本罪に限り前項の罪と異り犯人に於て往來妨害と云ふ特別の意思あることを必要とするの理由なきのみならず、此の如き特別の希望を必要とするは極めて不當なりと云



はさるへからず。

第二要件、鐵道及び其標識を損壞し其他危險なる障礙を爲したることを要す、次條第百六十六條船舶の往來を妨害する罪に付ては詐偽の標識を點示したるものはとあるに反し本條には此の如き明文なきを以て鐵道に關し詐偽の標識を點示したるときは本條を以て處罰することを得るや否やと云ふに或論者は本問の場合に本條に所謂危險なる障礙中に包含せらるゝものなりと論結するも法文に障礙とあるは大木大石を横たゆるか如き現實的障害を意味し單に詐偽の標識を點示するか如き無形的妨害を意味せざるものとす從て本問の場合は法文に處罰の正條なきを以て不問に附せざるへからず。然れども此の如き所爲は漁車の往來に至大の危險を與ふるの恐あるを以て之れを不問に付したるは現行刑法の缺點と云はさるへからず。

猶ほ鐵道に關する犯罪に付ては刑法第百六十五條の外に明治五年五月第百四十六號布告鐵道略則及び明治六年三月第百一號布告鐵道犯罪罰則明治十六年二月第二十三號布告に規定する所あるを以て參照せらるへし。但し二ヶの特別法は

刑法以前に頒布實施せられたるものなるか故に明治十四年十二月第七十二號布告諸罰例處斷方第六條に因り右二法中罰例ありと雖も刑法に正條あるものは刑法に付て處斷し刑法に正條なき場合に限り右特別法に依て處斷すへきものとす。刑法第百六十九條に曰く、第百六十五條第百六十六條の罪を犯し因て漁車を顛覆し又は船舶を覆没したる時は無期徒刑に處し人を死に致したるときは死刑に處す。

### 第三項 船舶を妨害する罪

第百六十六條に曰く、船舶の往來を妨害するため燈臺浮標其他の航海の安寧を保護する標識を損壞し又は詐偽の標識を點示したる者は亦前條に同じ即ち本罪の構成要件を擧ぐれば左の如し。

第一、船舶の往來を妨害する爲めたること。

第二、燈臺浮標其他航海の安寧を保護する標識を損壞し又は詐偽の標識を點示したること。

以上の要件中、第二要件に付ては前項第一要件に付て説明したる處と異なる所



なきを以て省略す、本條に於ても往來を妨害すと云ふ特別の希望を必要としたるは現行法の缺點なりとす、第二要件中法文には航海の安寧を保護する標識を損壞し云々とありて廣く航行と記載せざりしは缺點なりとす。

第百六十六條の罪を犯し因て船舶を顛覆したる時は無期徒刑に處し人を死に致したるときは死刑に處す(第百六十條九條參照)。

猶ほ船舶往來を妨害するの意なくして航路標識又は水路測量標識を損壞する所爲に付ては明治二十年十月第六十七號勅令航路標識條例及び明治二十三年五月第三十八號法律水路測量標識條例に罰則を規定しあるを以て參照すへし。

### 第二款 通信を妨害する罪

本節の罪犯中通信の妨害に關するものは第百六十三條及び第百六十四條の二條なりとす。

#### 第一項 郵便を妨害する罪

第百六十三條に曰く詐僞又は威力を以て郵便を妨害し若くは之を阻止したる者は亦前條に同じ即ち本罪の構成要件を擧ぐれば左の如し。

第一、偽計又は威力を用ひたること、

第二、郵便を妨害し若くは之を阻止したること、

以上各要件を説明すれば左の如し。

第一要件偽計又は威力を用ひたることを要す 偽計とは道路破壊せり橋梁流失せり通行すること能はず杯と詐僞の言語を吐きて以て郵便脚夫をして迂路を取らしむるか如きを云ひ威力とは暴行脅迫を以て郵便脚夫の通行を妨げ以て郵便事務をして遅延滯滞せしむるを云ふ。而して本條は其手段を偽計又は威力に限り次條電信を妨害する罪の如く器械を損壞したる場合を規定せざるか故に郵便馬車を顛覆し又は郵便函を毀壞して以て郵便の妨害を爲すも本罪を構成せざるものとす此れ現行刑法の缺點なりとす。

第二要件に付ては別に説明するの必要を認めざるを以て之を省略す唯た注意すへきは現に郵便を妨害又は阻止したる結果の發生を必要とせず唯た此等の結果を生ずへき危険の状態を呈するを以て足るものとす。

本罪の成立に付ては犯人に就て特に郵便を妨害するの希望を有することを要せ



す唯此等結果の發生か自己の行爲より發生すべきことを豫想しなから之を決行すれば足れりとする而して其決行の遠因如何は問ふ處にあらす故に例へば郵便馬車の爲めに泥土を懸けられたるを憤り駁者の過失を咎めんと欲して暴力を以て之を引止むるか如きも又本罪を構成するものとす。但し正權限に基く行爲は犯罪を構成せざるを以て重罪又は禁錮の刑に該るべき輕罪の現行犯人たる郵便脚夫を逮捕したるか如きは本罪を構成せざるものとす。猶ほ郵便に關する犯罪に付ては明治十五年十二月第五十九號布告郵便條例其他特別法に規定する所あるを以て就て參照すべし。

### 第二項 電信を妨害する罪

第六十四條に曰く「電信の器械柱木を損壞し又は條線を切斷して電氣を不通に致したるものは三月以上三年以下の重禁錮に處し五圓以上五十圓以下の罰金を附加す若し器械柱木條線を損壞して電信の妨害を爲すと雖も不通に至らざる時は一等を減す。」

本條は前條に反して其電信妨害の手段は電信器具を破壊したるに止まり前條の

如く偽計又は威力を用ひて電信妨害の手段とする場合を規定せざるは缺點なりとす其他前項に於て説明したる所と大差なきを以て省略す。

刑罰に付ては現に電信を不通になしたる場合と然らざる場合とを區別し刑の重輕を異にしたるも何れも電信妨害罪の所爲たるや明らかなりとす。

猶ほ電信に關する犯罪に付ては明治十八年五月第八號布告電信條例に規定する所あるを以て參照すべし。

電話に付ては刑法に何等規定する所なきを以て特別法に於て之か罰則を設けざるべからず。

### 第七節 人の住所を侵す罪

第七十一條に曰く「晝間故なく人の住居したる邸宅又は人の看守したる建造物に入りたる者は十一日以上六月以下の重禁錮に處す。若し左に記載したる所爲ある時は一等を加ふ。」

- 一、 門戸牆壁を踰越損壞し又は鎖鑰を開きて入りたる時、
- 二、 兇器其他犯罪の用に供すべき物品を携帯して入りたる時、



三、暴行を爲して入りたる時  
四、二人以上にて入りたる時

第七十二條に曰く、夜間故なく人の住居したる邸宅又は人の看守したる建造物に入りたる者は一月以上一年以下の重罰に處す若し前條に記載したる加重をへき所爲ある時は一等を加ふ。

第七十三條に曰く、故なく皇居、禁苑、離宮、行在所及び皇陵内に入りたる者は前二條の例に照し各一等を加ふ。

即ち本節規定する所の罪の構成要件を擧ぐれば左の如し。

第一、侵入の所爲あること。

第二、法律の列記したる場所に限ること。

第三、故なくして侵入したること。

以上各要件を説明すれば左の如し。

第一要件 侵入の所爲あること。

注文には單に入りたるものとありて一旦正権限に依り邸宅其他の場所に入りたる

るの後に於て管理権者の督促あるにも拘はず尙ほ止まりて去らざる場合を規定せざるか故に此場合は解釋論としては不問に付せざるへからず。然れども管理権者の意思に反して侵入すると其督促に應ぜずして尙ほ止まるとは邸宅其他の場所の平和を破る點に於て差異なきを以て後の場合も前の場合と等しく之を處罰するの規定を設けざるへからず是れ現行刑法の缺點なりと。

第二要件 法律が列記したる場所に限ることす。

刑法は第七十一條乃至第七十三條に於て本罪の目的となすへき場所を限定せり即ち左の如し。

一、人の住居したる邸宅 人の住居したる邸宅とは場所を區分すると否と又は一時たると永久たるとを問はず苟も人間が秩序ある夜間の安眠を取る所にして而して藩壁を以て廻らされたる建造物を總稱す而して苟も住居に供せられたるものたる以上は縱令犯人侵入の當時に於て偶、邸宅内に人の存在せざることあるも本罪を構成するに缺くる所なし。反之若し住居に供せられたるものにあらずる時は犯人侵入の當時偶、人の存在することあるも本罪を構成せざるものとす。例



へは偶、空家に家主が求合せたるに際し又は空屋修繕のため大工左官等が求合せたるに際し他人が之に侵入するも本罪を構成せず但し違警罪を構成することあるへし(第四百二十五條)。次に荷も藩壁を以て廻らされたる建造物の一部たる以上は其庭園に侵入するも亦本罪を構成するものとす而して法律は邸宅と謂ひて船舶に付ては規定せざるが故に人の住居する船舶内に侵入するも罪とならず等しく人の住居にして船舶に限り法律が平和の保護を與へざるは現行刑法の欠點なりと云はざるへからず。

二、人の看守したる建造物、人の看守したる建造物とは人の住居したる邸宅以外の建造物(例へば學校、博物館、裁判所、官衙の類)にして人の看守したるものなり。

三、皇居、禁苑、離宮、行在所及び皇陵、皇陵とは天皇の御墳墓に限ることは既に説明したる所にして其他は説明する要なきを以て之を省略す。

第三要件故なくして入りたることを要す。

法文に故なくしてとあるは邸宅其他に入るの權限なくしてと云ふの義なり、換言すれば邸宅其他の管理權者の意思に反してと云ふの義なり但し別に法律に於て

之が侵入權を認められたるときは此限にあらす(例へば豫審判事の家事搜查權、令狀執行、警察處分として一定の場合に於て官吏公而して荷も此管理權者の意思に反して邸宅其他に侵入の權限を認めたる場合多し)而して荷も此管理權者の意思に反して邸宅其他に侵入したるときは直に本罪を構成し其侵入の遠因如何に付ては敢て問ふところにあらず。蓋し刑法が本罪を認めたる立法の主旨は邸宅其他の場所に於ける管理權者の自由なる管理權を確保するものにして専ら在住者の身體又は財産を保護するの主旨にあらざるを以て管理權者の意思に反し、又は權限なくして之に侵入し以て其管理權を侵害する以上は即ち本罪を構成するものとす。故に例へば一時の睡眠を取る爲に無断にて他人の住宅に侵入するか如き或は強ひて談話を求むるため家内に侵入するか如き何れも他に罪を犯すの目的なしと雖も本罪を構成するものとす。

以上述ぶるか如く本罪の構成には邸宅其他の管理權を侵害することを要するか故に苟も其管理權者の承諾を得たるときは管理權の侵害と云ふ事實なく從ひて本罪を構成せざるものとす、故に今左に如何なる者か此等管理權を有するかを説明せんと欲す。







主旨に鑑み單に踰ゆるの場合のみならず潜る場合をも之を包含するものと一般に解釋せり、又鎖、鑰に付ても廣く戸締と解し錠前に限らざるを以て現行一般の解釋とす。

(四) 兇器其他犯罪の用に供すへき物品を携帶して入りたるるとき 兇器とは攻撃防禦の方法として人の生命若くは身體を毀傷する爲めに製造せられ且つ之が目的に適合する所の器具を總稱す例へは刀劍、銃砲、鎗の如き是なり(性質上の稱)。而して兇器携帶の故を以て特に其刑を加重する理由は犯人に於て容易に之を使用し得るの危険あるを以てなり、されは犯人に於て豫め之を使用するの意思あると否とに關せず苟も犯人に於て此等兇器を携帶するの事實を覺知すれば足るものとす、且つ被害者に於て之か事實を知ると否とは問ふ所にあらざるなり。犯罪の用に供すへき物品とは第三編以下に規定する身體又は財産に對する罪を犯すの用に供するの目的に出で且つ其目的に適合する所の物品を云ふ。

(六) 暴行を爲して入りたるるとき 暴行とは人に對する不法の腕力なることは

既に述べたるか如し。

(三) 二人以上にて入りたるるとき 此場合に於ける刑罰加重の理由は二人以上共力するときは侵入に容易なるか故なり、從て彼の嬰兒の如き到底共力の効果を奏せざるものは此二人以上にて入りたるものとして數ふことを得ざるなり。

### 第八節 官の封印を破棄する罪

凡そ國家か法律規則若くは司法行政官署の命令を執行するに當り人民の家屋物件を保管し家屋倉庫の内に人の出入することを禁止し書類其他物件の使用、錯亂紛失、盜奪等を豫防するの必要を生すへし。此時に當て一々之に看守者を付し現實に之を保管すること到底其手數と費用とに堪へざるを以て近來文明の諸國に於ては普く之を封印と云ふ方法に依頼し法律上特別の制裁を付して其破棄を禁止し以て簡易なる物品保管の方法を取るに至れり。而して封印を破棄するの行爲は現行刑法に於ける如く靜謐を害するの罪と謂ふよりは寧ろ公權を侵害する罪の一種として之か規定を設くるを至當なりとす。



封印破棄に關しては現行刑法は第七十四條乃至第七十六條に於て之を規定を設けたり即ち左の如し。

第七十四條に曰く「官署の處分に因り特別に家屋、倉庫其他の物件に施したる封印を破棄したる者は二月以上二年以下の重禁錮に處す、若し看守者自ら犯したる時は一等を加ふ。」

第七十五條に曰く「官の封印を破棄して其物件を盜取し又は毀壞したる者は盜罪及び毀棄の各本條に照し重きに從て處斷す。」

第七十六條に曰く「看守者其懈怠に因り封印を破棄し又は其物件を盜取毀壞する犯人あることを覺らざる時は二圓以上二十圓以下の罰金に處す。」

封印破棄罪の構成要件を擧ぐれば左の如し。

第一、家屋、倉庫其他の物件に施したる封印を破棄する所爲あること、

第二、其封印は官署の處分に因り特別に施されたるものたること、

以上各要件を説明すれば左の如し。

一、要件家屋、倉庫其他の物件に施したる封印を破棄する所爲あることを要す

法文に破棄とあるは現行刑法草案第二百三條に所謂破棄又は除棄したる者云々とあるを節約したるものにして封印を破棄する場合と封印を取除く場合とを包含するものと解せざるへからず。此の如く現行刑法は單に破棄とのみ規定し封印を破棄することなくして封印の施されたる效力を無効ならしむる場合を規定せざるか故に例へば門戸に封印を施して其出入を禁止したるに拘はらず封印の施されざる他の窓口より家宅内に侵入するか如き或は漁船に封印を施して其使用を禁止したるに拘はらず封印の儘之を使用出漁したるか如きは現行刑法の解釋論としては何れも不問に付せざるへからず（明治三十年二八九號）。然れとも立法論としては此等の場合も封印破棄と等しく處罰することゝなさざるへからず、其他封印を汚損して其效力を無効ならしむる場合に付きて規定せざるは缺點なりとす。次に法文には單に封印とのみありて彼の財産差押方法として付する所の標目等に付ては何等の規定を設けざるを以て假令差押の標示を破棄若くは無効ならしむるも罪とならず是れ又現行刑法の缺點なりとす。要之現行刑法に於て本罪を構成するには封印を破棄するの事實あれば足るか故に封印を施された



る物件を破壊又は轉匿、脱漏するに至らすと雖も苟も封印破棄の事實あれば爰に本罪を構成するものとす。反之假令其物件を破壊又は轉匿、脱漏するも封印を破棄せざる以上は本罪を構成せざるものとす。

第二要件其封印は官署の處分に因り特別に施されたるものなるを要す。(一)法文には官署の處分に因りとあるも刑法中官署に關する規定公署にも適用すべきを以て(明治二十三年法律第二十號)公署の處分に依り施されたる封印も等しく本條の保護を受くるものなり。從て之を破棄すれば本罪を構成す。(二)官署(公署)の處分に依り特別に施されたる者とは官署公署の特別處分に依りと謂ふの義にして例へば執達吏か財産差押の爲に施す所の封印又は稅務官吏か酒造稅法違犯の場合に於て酒類に施す封印の如きを云ふ、此の如く特別處分に依り施されたる封印たるを要するか故に單に一の官署より他の官署に發する書狀に施されたる封緘又は單に便宜の爲め官署の倉庫に施されたる封印の如きは一私人か自己の私信又は財産に封印を施すと一般敢て官署公署の特別處分と云ふことを得ざるを以て此等の封印は本條の保護を受けず隨て之を破棄するも本罪を構成せず。次に注意す。

きは右官署、公署の特別處分は元より法律上認許せられたるものならざるべからず。隨て假令官署、公署か特別處分として施したる封印なりと雖も其特別處分にして官署、公署の權限に屬せざるものなるときは之を破棄するも罪とならず。本罪の處分に付ては法律は封印看守の職責あるものと然らざるものとを區別し之か規定を設けたり即ち左の如し。

(一)封印看守の職責なき者、看守の職責なき者に付ては特に封印を破棄する意思ある場合に限り之を處罰することとし。(イ)單に封印を破棄したる場合に於ては第七十四條第一項に依り一月以上二年以下の重禁錮に處し若し(ロ)封印破棄の外に更に該物件を盜取又は破壊したる場合に於ては第七十五條に依り第七十四條第一項の封印破棄罪と盜罪及び物品毀壞罪との各本條の刑に照し重き刑に從ふて處斷することとし。而して此場合は數罪俱發にあらずして第七十六條の規定に基き一罪を構成するものと解せざるべからず。

(二)看守の職責ある者、看守の職責ある者に付ては犯意ある場合と過失の場合とを問はず之を處罰することとし。(イ)犯意ある場合に於ては第七十四條第



二項第七十五條に依り看守の職責なき者の刑に各一等を加へ(ρ)過失の場合に於ては第七十六條に依り二圓以上二十圓以下の罰金に處す、而して第七十六條の規定に付ては之を二様に解することを得へし。(1)は、看守者の其懈怠に依り自ら封印の破棄を致したるとき及び其物件を盜取、毀壞する犯人あることを覺らざるとき、斯く解するときは封印を破棄する犯人あるに當り看守者懈怠に依り之を覺らざる場合は無罪と決せざるへからず。(2)は、看守者懈怠に依り封印を破壊する犯人あることを覺らざるとき又は其物件を盜取、毀壞する犯人あることを覺らざる時、斯く解するときには看守者自身に於て懈怠に依り封印を破棄したる場合は之を處罰することを得ず。以上何れに解するも完全なる規定と云ふことを得ずと雖も行文の態勢上最後の解釋以て至當なりとす。

### 第九節 公務を行ふを拒む罪

本節に公務を行ふを拒むとあるは國家公共の役務に従事することを拒むと云ふの義にして本節は第七十七條乃至第八十一條を包含す。今其規定する罪の種類を擧ぐれば(一)出兵の要求に應せざるの罪、(二)徴兵を忌避する罪、(三)解剖分析鑑

定又は謾言を拒む罪、(四)傳染病を檢査し又は消滅方法の陳述を肯せざる罪にして、其内出兵の要求に應せざる罪は公共の役務に従事することを拒むと謂はんよりは寧ろ官吏其職務を怠るものにして第九章官吏瀆職の罪、第一節官吏公益を害する罪の内に規定するを至當なりとす、然れとも暫らく現行刑法規定の順序に基き本節の罪を説明すれば左の如し。

#### 第一款 出兵の要求に應せざる罪

第七十七條に曰く、陸海軍の將校たる者出兵を要求する權ある官署より其要求を受け、故なくして之を肯せざる時は二月以上二年以下の輕禁錮に處し五圓以上五十圓以下の罰金を附加す、即ち本罪の構成要件を擧ぐれば左の如し。

第一、陸海軍の將校、出兵を要求する權ある官署より其要求を受けたること、

第二、故なくして其要求を肯せざること

以上各要件を説明すれば左の如し。

第一要件、陸海軍將校出兵を要求する權ある官署より其要求を受けたることを要す。出兵を要求する權ある官署とは何そや、換言すれば如何なる官署か出兵を要



求する權を有するや否やは別に法規の定むる所に依て決すべき問題にして例へは明治二十四年七月勅令第百一十一號北海道廳官制第十條に「長官は非常急變の場合に臨み兵力を要し又は警護の爲め兵備を要する時は師團長及び屯田兵司令官に移牒し出兵を請ふことを得」と規定しあり。明治二十六年十月勅令第百六十三號地方官々制第九條に「知事は非常急變の場合に臨み兵力を要し又は警護の爲め兵備を要するときは師團長又は旅團長に移牒して出兵を請ふことを得」と規定しあり。明治十四年第八十二號達第一條に「裁判官、檢察官、治罪法に従ひ検査及び物件差押其他職務を行ふに當り必要な時は警察署又は憲兵屯營に照會して巡查又は憲兵卒を使用することを得、但し時機緊急なる時は直ちに之を使用する事を得、第二條に「前條の場合に於て事緊急必要に涉る時は直ちに銃臺又は分營に照會して兵力を要求することを得」と規定しありて以上各條に規定せる場合に於ては北海道長知事、裁判官、檢察官は所定の官衙に向て出兵の要求を爲すことを得るなり。但し此に注意すべきは以上の出兵要求權は其正當なる職務の執行を保護する爲めならざるへからず、故に例へは檢事は非現行犯の搜查處分としては公力を用ゆ

ることを得ざるに拘はらず、妄に他人の家宅内を搜查檢證する爲め出兵を要求するか如きは元より不當の要求たるを免れず、隨て此要求に對しては應ずるの義務なきものとす。法文に陸海軍の將校とあるは以上摘示したるか如く別に法規に依り他の官署より出兵の要求を受け之に應ずべき義務あるものを指示す、例へは師團長、屯田兵司令官、旅團長、銃臺の長又は分營の長等の如し、而して下級の將校か上級將校の出兵命令に服せざる場合は本條規定の場合に屬せざることは法文に其要求を受けと記載し命令の場合と區別せるに依りて明らかなりとす、但し此場合に付ては陸軍刑法第六十六條以下海軍刑法第八十六條以下の抗命罪を以て論ずべきなり。

第二要件故なくして其要求に應せざることを要す、法文に故なくとあるは之を拒むに正當の理由なくしてと云ふの義なり。例へは知事か非常急變に際し出兵を要求するに當り師團長又は旅團長に移牒する代りに屯田兵司令官に出兵を要求したるか如き或は抗拒すへからざる天災の爲め事實上出兵の要求に應ずる能はざる場合の如き法規上の理由又は事實上の理由に依り出兵の要求を拒む正當の



理由あるときは假令其請求に應せざるも本罪を構成せざるものとす。  
 本罪の處分、本罪を犯したるものは二月以上二年以下の輕禁錮に處し五圓以上五十圓以下の罰金を附加す。此の如く本罪は非國事犯なるに拘はらず國事犯の刑と等しく定役を科せざる所の輕禁錮の刑に處する所以は本罪は彼の屈辱の要素を含み破廉耻の罪質を有するものと其性質を異にするを以てならん。

### 第二款 徵兵を忌避する罪

刑法第七十八條に曰く陸海軍の徵兵に編入せらる可き者身體を毀傷して疾病を作為し其他詐偽の所爲を以て免役を圖りたる時は一月以上一年以下の重禁錮に處し三圓以上三十圓以下の罰金を附加す。若し他人に囑託し其氏名を詐稱し代て徵募に應せしめたる者亦同じ其囑託を受けて徵募に應したる者は第二百三十一條の例に照して處斷す。

徵兵令第三十一條に曰く兵役を免かれんか爲め逃亡し又は潜匿し若くは身體を毀傷し疾病を作為し其他詐偽の所爲を用ひたる者は一月以上一年以下の重禁錮に處し三圓以上三十圓以下の罰金を附加す以上二个の法條を對照するに刑法第

百七十八條第一項の規定は徵兵令第三十一條の規定中に包含せらるものとす。蓋し(一)刑法には陸海軍の徵兵に編入せらるべき者との語ありて徵兵令には斯る語を缺くと雖も同令には兵役を免かれんか爲め云々と規定しあるに依て觀れば等しく此條件を要するや明らかなりとす。(二)刑法には身體を毀傷して疾病を作為しと言ひ以て一個の連續行爲を掲げ徵兵令には身體を毀傷し疾病を作為しと言て二個の獨立行爲を掲ぐるも刑法の疾病と云ふ語の内には廣く創傷と疾病とを含み徵兵令の疾病と云ふ語の内には創傷を含まず之を毀傷と云ふ語の内に含ませたる迄にして結局同一の事項を規定するものと解すべきなり。要之徵兵令第三十一條は刑法第七十八條第一項に規定せる事項の外に逃亡又は潜匿の場合を加へて規定したるものにして且つ刑法以後に頒布せられたる特別法なるに依り特別法は普通法に優るとの原則に依り刑法第七十八條第一項の規定は其適用を失ひたるものと斷定せざるべからず故に本條第一項の説明に代ふるに徵兵令第三十一條の規定を説明すべし。



毀傷し疾病を作為し其他詐欺の所爲を用ひたる者は一月以上一年以下の重禁錮に處し三圓以上三十圓の罰金を附加す即ち本罪の構成要件を擧ぐれば左の如し。

第一、犯罪の主體は陸海軍の徴兵に編入せらる可き者たること、

第二、逃亡又は潜匿若しくは身體を毀傷し疾病を作為し其他詐偽の所爲あること、

第三、兵役を免かれんとするの遠因(目的)に出でたること、

以上各要件を説明すれば左の如し。

第一要件 犯罪の主體は陸海軍の徴兵に編入せらる可き者あることを要す 本條は徴兵忌避の所爲を處罰するの規定なれば本罪の主體は徴兵に編入せらるべき者たることを要するや明了なりとす。從て(一)既に徵募に依り兵籍に入りたる者は本罪の主體たることを得ず(現役兵が免役を謀る場合に付ては陸軍刑法第八章第廿二年勅令第四百四十四號陸軍豫備後備下士兵卒服役條例第十八條參照)。(二)癩疾不具者の如き徴兵検査規則に照し兵役に堪へざる者(徴兵検査規則第十九條及ひ徵兵検査規則第二條參照)又は女子又は四十歳以上の男子又は特別の身分若しくは事情に因り徴兵の検査を要せずして當初

より徴兵に編入せらる可からざる者は本罪の主體たることを得ず。而して其果して如何なるものか徴兵に編入せらるべきやは徴兵令其他特別法の定むる所に依りて決すべき問題なりとす。

第二要件 逃亡又は潜匿若しくは身體を毀傷し疾病を詐爲し其他詐欺の所爲あることを要す。逃亡とは私かに從來の居所を去て其踪跡を不明ならしむるを謂ひ、潜匿とは從來の居所を去ると否とに拘はらず身體の所在を隠すの謂ひにして何れも自己の所在を不明にし以て官の發覺を妨ぐるの所爲なり。身體を毀傷しとは眼を抉り耳を削り手足を折傷し若しくは藥物を服して疾病を醸し爲めに兵役に堪へざるに至らしむるか如き身體の外部又は内部に損害を與ふるの義なり。其他詐偽の所爲を用ゆるとは偽て瘡癩、白癩、癲狂、夜盲、盲聾、啞等の状態を裝ふか如き凡て人をして錯誤に陥らしむるの所爲を用ゆるの義なり。但し以上の所爲は何れも兵役の一部又は全部を免るゝに足るの性質を具備するものたらざるへからず。故に假令身體を毀傷し疾病を作為し其他詐偽の所爲を用ゆるも僅かに足の小指を切り若しくは輕症の感冒に罹るか如き何れも免役の効果を發生すべき性質



を有せざるに依り不能犯の理由を以て不問に附すべきなり。但し全然免役の効果を發生せすとも徴集を延期すべき性質を具備するとき又は甲種の合格を妨げて乙種の合格たらしむる性質を有するもの又は現役たるべきを轉して國民兵役たらしむるの結果を生すべき性質を有する所爲は本罪を構成する者とす。終りに一の注意すべきは本罪は何れの時に於て成立するや即ち本罪の成立時期に關する問題はなり例へば來年度に於て徴兵適令となるべき者が免役の目的を以て今年手足を切斷するときには本罪は即時に成立するや或は明年徴兵適令の時に至て始めて成立するやと云ふに本罪は徴兵適令の時期に至て始めて成立するものとす。蓋し本罪は徴兵を忌避する罪にして假令第二要件記載の所爲ありと雖も徴兵適令に達する以前に死亡し若くは其後特別の出來事に因り當然徴兵資格を亡失して到底徴兵に編入せらる可からざる者となることあるべきを以て徴兵適令に達せざる以前に於ては未だ以て確實に免役を謀りたりと云ふことを得されはなり。

第三要件 兵役を免かれんとするの違因(目的)あることを要す 免役の目的ある

ことを要するか故に免役以外の目的例へば負債の辨濟を免れ豪俠を示し又は救恤を乞はんか爲め等の目的に出でたるとき又は過失に出でたるときは本罪を構成せざるものとす。

本罪の處分 本罪を犯したる者には一月以上一年以下の重禁錮に處し三十圓以上三十圓以下の罰金を附加す。

次に刑法第七十八條第二項に曰く若し他人に囑託して其氏名を詐稱し代て徴募に應せしめたる者亦同じ其囑託を受けて徴募に應したる者は第二百三十一條の例に照して處斷す。即ち本項は(イ)他人をして代て徴募に應せしめたる所爲と、(ロ)他人に代て徴募に應したる所爲とを區別して規定せり、以上二ヶの所爲に付て説明す。

(イ) 他人をして代りて徴募に應せしめたる所爲、此構成要件を擧ぐれば左の如し。

第一、犯罪の主體は徴募に應すべきものたること、

第二、他人に囑託し氏名を詐稱し代て徴募に應せしめたること、



第三、兵役を免かれんと目的に出でたること、

以上各要件を説明すれば左の如し。

第一要件 徴募に應ずべきものたることを要す 本罪は犯人に於て自己に代り他人をして應募せしむるの行爲にして自から此資格なきものは他人をして代て應募せしむるの要なきが故に犯人に於て本要件を具備することは本罪の構成に欠くへからざるや明かなりとす。而して法文に徴募とあるは如何なる意義を有するやと云ふに明治二十二年二月二十五日勅令第十三號徴兵事務條例を案するに徴募とは既に身體検査に合格したるものに對し抽籤を行ひ實際徴兵に編入するの義にして検査は單に徴募の準備に過ぎざるに依て見れば本罪の主體たる者は既に徴兵の検査に合格し抽籤の上將に新兵に編入せられんとするの状況に在る者たることを要するものとす。

第二要件 他人に囑託し氏名を詐稱し代て徴募に應せしめたることを要す 徴募に應せしむるとは必ずしも事實兵役に服せしむることを要せず、當該官廳に出頭して本人の氏名を詐稱するも亦徴募に應ずるの所爲たるか故に囑託を受けた

る者に於て前掲の所爲あるときは直ちに本罪を構成するものとす。

第三要件 兵役を免れんと目的に出でたること 本要件に付ては特に説明の必要を認めざるを以て省略す。

(甲) 他人の囑託を受け代て徴募に應したる所爲、其構成要件を擧ぐれば左の如し。

第一、徴募に應ずべき者より囑託を受けたること、

第二、代て徴募に應したるの所爲あること、

以上各要件に付ては別に説明の必要なきに依り之を省略す。

處分(イ)の所爲ありたる者に對しては普通の徴兵忌避と同しく一月以上一年以下の重禁錮に處し三圓以上三十圓以下の罰金を附加す。(ロ)の所爲ありたる者に對しては第二百三十一條の例に照し二圓以上二十圓以下の罰金を科す、蓋し囑託を受けて徴募に應ずるの所爲は他人に囑託して徴募に應せしむる所爲に比して罪質稍々輕きが故に其刑も又之を輕からしめたるものならん。而して(イ)の所爲は法文に明示なくとも第七十八條第一項又は徴兵令第三十一條に所謂詐僞の所爲ありたるものとして當然處罰せらるべきに拘はらず特に第二項に於て之が規