15-347
W2-18490/22
38-64

法論綱全

法科大學教授
日本法學博士 富井政章講述

明治廿二年七月出版
寶文館發兌

刑法論綱

例言

余刑法を講述すること此ゝ年あり今や其通則ゝ係る一部の要領を筆記し頻りゝ之を世に公けふせんことを勸むる者あるゝ依り研究の爲めと思ひ其甚た不完全なるを顧みすして遂ふ右筆記ふ幾許の修正を加へ以て之を出版することを諾せり若本書ゝして此科を修むる同學生に寸益する所あらハ講述者の幸榮實に之に過きさるなり

明治廿二年六月

講者識

刑法論綱目次

緒論　廿一丁

第一篇　刑法ノ効力

第一章　刑法第二條ノ解　仝丁

第二章　時ニ關スル刑法ノ効力　廿五丁

第三章　處及人ニ關スル刑法ノ効力　三十八丁　五十三丁

第二篇　犯罪

第一章　犯罪ノ定義及其要素　仝丁

第二章　犯罪ノ類別　五十九丁

第三章　犯罪ノ決意豫備及未遂　八十六丁

第一節　決意　仝丁

第二節　豫備及其未遂トノ分界　八十八丁

第三節　未遂犯ノ要素及其種類　百　丁
第四節　未遂犯ノ處分　百十四丁
第五節　未遂犯ト既遂犯トノ分界　百廿三丁
第六節　缺効犯ト不能犯ノ別　百廿六丁
第四章　犯罪責任及不論罪　百卅五丁
第一節　總論　仝　丁
第二節　犯罪責任ト年齡トノ干係　百四十四丁
第三節　癲狂者及瘖啞者　百五十四丁
第四節　强迫ニ基ク不論罪　百五十八丁
第五節　犯罪責任ト職務トノ干係　百六十九丁
第六節　犯意及過失罪　百七十五丁
第七節　不論罪ト宥恕トノ別　百九十六丁

第五章　正當防衛　二百壹丁
第一節　正當防衛ノ性質　仝　丁
第二節　正當防衛ニ必要ナル條件　二百七丁
第六章　數人共犯　二百卅三丁
第一節　總論　仝　丁
第二節　正犯　二百四十丁
第三節　從犯　二百六十四丁
第三篇　刑罰　二百七十五丁
第一章　刑例　仝　丁
第一節　總論　仝　丁
第二節　刑名　二百八十七丁
第三節　主刑處分　二百九十三丁

第四節　假出獄　三百十九丁
第五節　附加刑處分　三百廿四丁
第六節　刑期計算　三百四十四丁
第二章　刑ノ適用　三百五十丁
第一節　總論　全　丁
第二節　再犯加重　三百五十七丁
第三節　宥恕減輕　三百七十四丁
第四節　自首減輕　三百七十六丁
第五節　酌量減輕　三百八十三丁
第六節　加減例　三百八十六丁
第七節　數罪俱發處分　四百　六丁
第三章　刑ノ消滅　四百三十丁

第一節　總論　全　丁
第二節　犯人ノ死去　四百卅三丁
第三節　大赦　四百卅五丁
第四節　特赦　四百三十九丁
第五節　復權　四百四十三丁
第六節　期滿免除　四百五十丁

W2 18490/22

明治文庫

刑法論綱

法學博士 富井政章講述

緒論

刑事法律ノ區分

凡ソ刑事ニ關スル法律（Droit criminel）ハ他ノ一般ノ法律ト同ジク其活用ニ缺ク可カラサル三ノ部分ヲ包含ス第一ハ罪刑ノ條目ヲ定ムル部分ニシテ之ヲ名ケテ（precepte）ト云フ第二ハ其條則ノ適用ヲ任トスル官署ノ組織及權限ヲ定ムル部分ニシテ之ヲ名ケテ（juridiction）ト云フ第三ハ犯罪ヲ証明シ刑ヲ適用スル爲ニ履行ス可キ手續ヲ定ムル部分

刑法ト治罪法トノ關係及分界

ニシテ之ヲ名ケテ(procedure)ト云フ

刑法(Droit pénal)トハ右第一ノ部分即チ犯罪ト刑罰トノ條目ヲ定ムル法律ヲ云フモノトス然ルニ犯罪ト爲ルヘキ所爲ト之ニ科ス可キ刑罰トヲ定メタルノミヲ以テハ恰モ運轉セサル機械ト同シク實際全ク其用ヲ成サス必スヤ其執行ノ要具タル裁判所ノ構成管轄幷ニ訴訟手續ヲ定ムル法律ナカル可カラス是即チ治罪法ノ設ケアル所以ナリ故ニ治罪法ハ本則ヲ定ムル法ニ對スル外式執行ヲ定ムル法ニ屬ス此二者ノ關係ハ猶ホ恰モ民法ト訴訟法トノ關係ニ於ケル如ク互ニ相須テ其用ヲ爲シ寸時モ分離ス可カラサルモノトス

刑法ハ公法ニ屬ス

法律ハ通常之ヲ大別シテ公法私法ノ二トス憲法行政法ノ

刑法ハ制裁法ト名クヘキ者ナルヤ

如キハ公法ニ屬シ民法訴訟法商法ノ於キハ私法ニ屬ス刑法治罪法ハ其何レニ屬スルヤト云フニ公法ノ一部タルヿ論ヲ俟タス何トナレハ其目的トスル所一私人相互ノ關係ヲ規定スルニ非スシテ犯人ト社會トノ關係ヲ定ムル者ナレハナリ

刑法ハ刑罰ヲ以テ法律ノ禁令又ハ命令ヲ制裁スル者ナルニ依リ學者往々之ヲ名ケテ制裁法ト曰ヘリ即チ他ノ總テノ法律ハ刑法中ニ其制裁ヲ有スル者ニシテ刑法ハ畢竟一般法律ノ一面ニ過キスト云フノ意義ナリ然ルニ此見解タルヤ汎キニ過キテ誤レリ固ヨリ民法商法行政法等ノ中ニハ刑罰ヲ制裁トスル規則ナキニ非スト雖モ多クハ右法律ニ特別ノ制裁ヲ固有シ其制裁ノミヲ以テ足レリトス即チ

刑法上ノ制裁ハ民法上ノ制裁ト其起因ヲ異ニセサルヤ

取消、賠償、差押、公賣等ノ如キ是ナリ故ニ刑法治罪法ハ他ノ法律ト全ク別物ニシテ其固有ノ條則ノミヲ制裁スル者タルヿヲ誤解ス可カラス(オルトラン氏著比較刑法講義緒言第八十一頁ガロー氏刑法提要終版第九節參看)

又刑法上ノ制裁ハ夫ノ契約取消損害賠償等民法上ノ制裁トハ全ク其起因ヲ異ニスル者トス卽チ民法上ノ制裁ハ一私人ノ權利ヲ侵犯シタルニ起リ刑罰ハ一私人ニ損害ノ有無ヲ問ハス立法者ヲ認メテ社會ノ安寧秩序ヲ傷害スル所爲ニ起因スル者トス故ニ其被害者ノ如何ニ依リ或ハ獨リ民法上又ハ刑法上ノ制裁ノミ生スルヿアリ或ハ又此二種ノ制裁並ヒ生スルヿアリ其侵犯スル法律ノ種類ニ依テ各制裁ヲ異ニスルヿ斯ノ如シ是公犯私犯ノ分界ニシテ近

社會刑罰權ノ基礎

世法律ハ決シテ此二者ヲ混同セサルナリ

凡ソ一國ノ刑法ヲ制定スルニハ必スヤ其根據ト爲ルヘキ一定ノ主義ナカル可カラス其一定ノ主義ニ基キ以テ犯罪ト爲ルヘキ所爲ト其之ニ科ス可キ刑罰ノ種類輕重ヲ定ムヘキナリ然リ而シテ其如何ナル主義ヲ採用ス可キヤニ至テハ古來ノ學者各々其說ク所ヲ異ニシ今日ニ至リ未タ一定ノ確論ナキカ如シ是卽チ佛國學者ノ所謂社會刑罰權ノ基本如何ト云フノ論題ナリ

此重大ナル論題ニ關シテ各國法理學者ノ說ヲ列擧シ其當否ヲ評論スルハ頗ル有益ナルヘシト雖モ此論題タル主トシテ法理學ニ屬シ特ニ一大冊ヲ成スモ能ク其全局ヲ說了スルヿ難シトス我現行刑法ヲ說クヲ主眼トスル本書ニ之

ヲ論究スルハ其地位ヲ得サルヲ以テ之ヲ省キ唯數言身見ヲ述ヘ以テ此緒言ノ局ヲ結ハントス

刑法沿革ノ順序ニ付テハ諸學者ノ說殆ト一定セリ卽チ上古未開ノ時代ニ在テハ復讐主義ノ一般ニ行ハレタルヿハ疑ナキ事實トス社會ノ結合漸ク固キヲ加ルニ從ヒ其安寧秩序ヲ維持スルノ最大要務タルヿヲ感スルト同時ニ復讐主義ノ其目的ヲ達スルニ適當ナラサルヲ悟リ漸次社會ノ狀況ニ應シテ其安寧秩序ヲ保持スルノ方法ヲ實施シタルヿハ又顯然タル刑法史上ノ事迹トス其沿革ノ順序ハ既ニ諸學者ノ著書ニ詳ナルヲ以テ之ヲ論セス(オルトラン氏刑法原論第二篇第一章シヤフウオー及フオーストン、エリー刑法第一章第二節以下ガロー氏刑法緒言第三篇)

唯注意ス可キ一事ハ古代ニ遡ルニ從ヒ刑罰ノ一般ニ嚴酷ナルニ在リ然レトモ此事實ヲ一目シテ其是非得失ヲ判斷セントスルハ大ニ誤レリ蓋シ法律制度ハ社會狀態ノ反射ナリ今日ニ殘酷野蠻ト稱スル刑ト雖モ其行ハレタル當時ニ在テハ多ク殘酷ニ過クルノ刑ニ非ス社會ノ團結鞏固ナラサル時世ニ在テハ嚴重ナル刑罰ヲ以テスルニ非サレハ其生存秩序ヲ維持スルニ足ラス現ニ文明ト稱スル今日ニ行ハルヽ刑罰ト雖モ更ニ數倍開化シタル後ノ時代ニ適合セサル者必ス多カルヘク後世ヨリ其時代ニ比ヘテ之ヲ見レハ往々慘酷ニ過キ社會ヲ維持スルニ必要ナラサル者少ナシトセサルヘシ此變化ノ妙理ハ現今爭フ可カラサルニ至リタル進化主義ニ非サレハ確實ニ之ヲ說明スルヿ能ハ

刑法ハ社會ノ秩序安寧ヲ維持スルノ要具

刑罰ノ限界

サルナリ

要スルニ刑法ハ一國社會ノ秩序安寧ヲ維持スルノ要具ニ外ナラス社會先ツ平穩ナラス內ヨリ其秩序安寧ヲ害スルヿヲ得ハ如何シテ其獨立ト進歩ヲ望ム可ケンヤ又如何シテ各人ノ權利自由ヲ語ルニ暇アランヤ於是乎刑罰ト稱スル最大有力ナル制裁ヲ設ケ以テ其秩序安寧ヲ害スル者ヲ懲罰セサルヲ得ス故ニ其目的ヲ達スルニ已ムヲ得サルノ範圍內ニ在テハ如何ナル嚴刑ヲ設クルモ刑罰ノ本旨ニ反スル者ニ非ラス故ニ又寸分ト雖モ其必要ノ區域ヲ超エ刑罰ヲ名トシテ擅ニ人生幸福ノ成素タル生命自由財產其他ノ權利ヲ剝奪スルヲ容サス辭ヲ換ヘテ言ヘハ立法者ハ常ニ其社會ノ秩序安寧ヲ維持スルノ必要ヲ只度トシテ法律

絕對正理思想ノ根據ナキヿ

刑法變遷ノ理

現今社會

ヲ制定セサル可カラス彼ノ絕對正理ト稱スル萬世不朽ノ大則ヲ以テ刑罰權ノ基礎トスルハ大謬見ト謂ハサルヲ得ス此社會外ニ正理ナク社會ノ秩序安寧ヲ維持スルノ區域內ニ在テ能ク其目的ヲ達スル刑法ヲ以テ正理ニ適スル者ト云フ可キナリ

然ルニ社會ハ活物ナリ其生存ノ條件常ニ變遷シテ窮リナキ者トス從テ其生存ヲ維持スルノ方策亦常ニ時世ト共ニ變遷セサルヲ得ス唯刑法ハ彼凡百ノ行政規則ノ如ク各地ノ便宜ニ從ヒ頻々其原則ヲ變更スルヿナキノミ刑法ニ關シテ殊ニ空論ノ汎ク行ハルヽハ多少此差異ニ起因スルモノニハ非サル乎

今日ノ社會ハ全ク往時ノ社會ト異ナリ其結合ヲ維持スル

生存ノ要件

刑罰寛ニ向フノ理由

近世刑法進歩ノ現象

悛改主義ノ折衷

ニ殺伐野蠻ナル刑ヲ必要トセス今日ノ社會ハ主トシテ一個人ノ發達ヲ以テ其獨立及進歩ノ要件トス然リ而シテ其發達ヲ補成スルニハ權利ヲ重ンセサル可カラス社會ヲ維持スルノ必要外ニ刑罰ヲ名トシテ縱ニ之ヲ奪フヿアルヿ於テハ却テ社會生存ノ基礎ヲ脆弱ニシ文化ヲ補成スルノ本旨ニ逆行ス可シ是卽チ近世開明諸國ノ法典ニ於テ刑罰ヲ愼ミ其適用上ニ擅斷ヲ容サヽル所以ナリ

各國刑法ハ殊ニ此數十年間ニ於テ非常ニ進歩ノ速力ヲ加ヘ全ク其体面ヲ一變セリ其灼然タル證據ハ卽チ文明國一般ニ完全ナル法典ノ行ハルヽニ至リタルヿナリ殊ニ其精神上ニ於テ最モ注目ス可キ一點ハ悛改主義ノ折衷ニシテ刑罰ノ目的トスル所唯一ニ犯人ヲ懲苦セシムルニ在ラス

又一方ニ於テハ可成其悛改悔悟ノ途ヲ開キ之ヲ善道ニ復ヘスノ策ヲ設クルヿヲ力メサルハナシ是獨リ其一人ノ利益ノ爲メニ非ス又主トシテ國家ノ利益ナリ蓋刑法ノ作用ハ恰モ患者ニ施用スル醫師ノ療法ト異ナラス卽チ其患者ハ社會ニシテ病ハ犯罪ナリ而シテ刑罰ハ之ヲ治愈スルノ藥品ニ外ナラス比喩中レルヤ知ラスト雖モ醫家ノ辭ヲ假テ之ヲ言ヘハ悛改復善ハ根治療法ニシテ懲罰ハ姑息療法ニ過キス姑息療法ト雖モ一時ノ急ヲ救フ爲ニ固ヨリ施用セサル可カラスト雖モ之ヲ以テ足レリトスルハ決シテ遠大ノ計ニ非ス於是乎近時頻リニ獄制ヲ改良シ假出獄工錢給與等悛改ヲ奬勵スルノ策ヲ設クルヿ少ナシトセス其懲罰ノ精神ニ出ヲタル者ニ非サルヿ一目瞭然ト云フ可キナリ

進歩ニ綽々餘地アリ

然レトモ又一方ヨリ觀察ヲ下サハ現行一般ノ刑法ハ尚將來ニ於テ進歩ニ綽々餘地アル者トス一例ヲ示サンニ再犯加重法ノ如キハ即チ謬見中ノ太甚シキ者ト謂ハサル可カラス近來佛國ノ如キニ於テ非常ニ再犯者ノ數ヲ增加シ議院、學會、新聞紙、雜誌等至ル所トシテ其弊害ヲ救治スルノ策ヲ講究セサルナキハ畢竟再犯ヲ以テ單ニ刑罰加重ノ原由ト認メタルニ起因スルモノニシテ即チ姑息療法ヲ以テ足レリトシタルニ外ナラス現今佛國屈指ノ學者タルセルセイ氏ハ其最近著法學原論中刑法ト題スル篇ニ於テ「癲狂者ハ恰モ虎狼ノ如ク累犯者ハ狐ニ同シ」ト曰ヘリ實ニ卓言ト謂フ可シ本書中ニモ詳述スル如ク再犯ハ決シテ單純ナル刑罰加重ノ原由ト目ス可キモノニ非ス必スヤ社會ニ危

悛改ノ目的ナキ徒ハ其累犯ヲ制止スルニ足ル可キ果斷ノ策ヲ設クルヲ要ス

險ナル一種特別ノ狀態トシテ之カ刑罰ヲ定メサル可カラス其刑罰ハ即チ可成罪癖ヲ救治スルノ効力ヲ具ヘ到底悛改復善ノ望ナキ徒ハ斷然社會ヨリ之ヲ遠ケ更ニ累犯スル能ハサラシムルヲ必要トス

以上略述スル所ヲ以テ刑法ノ本旨幷ニ其將來進歩ノ方針何レニ在ルヤノ一班ヲ窺知スルヲ得ヘキ歟

第一編　刑法ノ効力

第一章　刑法第二條ノ解

關罪要正條

刑法ハ犯罪ト刑罰ノ條目ヲ定ムル法律ナリ故ニ一旦此法律ヲ制定シテ其犯罪ト爲ルヘキ所爲ノ何タルヲ明示スル以上ハ何等ノ所爲ト雖ヒ律ニ正條ナキ者ハ判官ニ於テ之ヲ罰スルヿヲ得サルハ論ヲ俟タス此原則ハ我刑法第二條ニ之ヲ揭示セリ是レ法律ニ明言セスシテ疑ナキ原則ナリトハ雖ヒ大文字ヲ以テ之ヲ刑典ノ始メニ記載スルハ亦全

刑制ノ一大改革

ク無用ニ非ス其理由二アリ何レモ我立法者ノ腦裡ニ存セシモノト考フ

第一ハ刑法ノ一大變革ヲ示スニ在リ其然ル所以ハ古來一般ニ擅斷主義ノ刑罰制度行ハレ判官隨意ニ刑罰ヲ定メタルモノニシテ其弊害ヤ實ニ名狀スヘカラサルノ極ニ達セリ佛國大革命ノ際遂ニ此弊習ヲ全廢シ律ニ正條ナキ所爲ハ之ヲ罰スルヲ許サヽルノ大則ヲ掲示セリ此時ヨリ歐洲各國此大則ヲ採用シ今日ニ至テハ文明國中一般ニ其實行ヲ見ルヿトナレリ我邦ニ於テモ此原則ヲ確定シタルハ實ニ現行法典ヲ以テ始メトス其吾人ノ權利ヲ貴重スルノ主意ヲ明カニシ比附援引ノ宿弊ヲ掃除スル爲メニハ典首ニ此原則ヲ掲載スルヿ亦全ク無用ニ非サルナリ

刑法ハ民法ト其解釋ヲ異ニス

類似解釋ヲ許サス

第二ニハ裁判官ノ爲ニ刑法ト民法ト全ク其解釋法ヲ異ニスルヿヲ示スノ實益アリ則チ民法ニ於テハ類似推究法ト稱シテ律ニ明文ナキ場合ニハ類似ノ場合ヲ規定スル條文ニ基テ法律ノ精神ヲ探究シ以テ判決ヲ下スヿヲ得ヘシ獨リ裁判官ニ其職權アルノミナラス民事ニ於テハ律ニ正條ノ有無ヲ問ハス原被間ニ曲直ノ判決ヲ下スヲ職務トス其正條ナキヲ理由トシテ原告ノ訟求ヲ却下スルヲ許サス而シテ其明文ヲ欠ク場合ニ確實ナル判決ヲ下スノ方法ハ即チ主トシテ右類似解釋法ナリトス反之刑事ニ於テハ假令ヒ何ホト有力ナル類似的ノ理由アリト認定スルモ律ニ正條ナキ場合ニハ有罪ノ判決ヲ下スヲ得ス

刑法ニモ論理的ノ

然リト雖モ此一點ニ付テ誤解スヘカラサルヿアリ凡ソ法

解釋ヲ要ス

律ヲ解釋スルノ必要ハ其條文ノ多少不明ナルヨリ起リ解釋トハ畢竟其不明ナル意義ヲ明ニスルヲ以テ目的トス故ニ刑法ニ於テモ解釋ハ獨リ之ヲ禁セサルノミナラス文、法、的ノ解釋ヲ以テ其適用ノ範圍ヲ定ムルヿ能ハサル場合ニハ論理的ノ解釋ヲ行ヒ編纂錄說明書等ニ依テ立法者ノ精神ヲ考究シ以テ有罪ノ判決ヲ下スヲ得ヘシ故ニ著書判決錄ノ如キモ亦時トシテハ有力ナル參考ノ要具トナルヿアリ本條ニ許サヽル所ハ唯類似解釋ノ方法ノミ

尙更解釋ヲ禁セス

又刑法ト雖モ理由ノ一層有力ナル同性ノ場合ニ其條文ノ適用ヲ敷衍スルヿヲ禁止セス之ヲ稱シテ尙更解釋ト名ク (a fortiori) 一例ヲ示セハ此ニ或道路橋梁ヲ修繕スル間人力車ノ通行ヲ禁スルノ規則アリトスヘシ其獨リ人力車トアルヲ奇貨トシ馬車ニテ通行スルヲ許サス是他ナシ其禁令ノ理由更ニ其力ヲ加ルヲ以テナリ尤モ民法ニ非サルニ依リ此解釋ヲ行フニ當テハ最モ愼マサル可カラス其場合ト條文ノ存スル場合ト寸分性質ヲ異ニスル所アルカ又ハ禁令ノ理由其力ヲ加ヘサルヿ明白ナルニ於テハ右ノ解釋法ヲ用ユルヲ許サス

刑法ハ何レノ日ヨリ

第二章　時ニ關スル刑法ノ効力

刑法ハ一般ノ法律ト同シク其頒布ヲ以テ之ヲ人民ニ告示

リ其効力ヲ生スルヤ

シ施行期限ニ至テ實際之ヲ施行ス(明治十九年勅令第一號參看)此期日ヲ始メトシ更ニ法律ヲ以テ廢止セサル間ハ完全ノ効力ヲ有スルモノトス故ニ犯罪ノ責任ハ實際法律ヲ知ルト否トニ關係セス唯其法律ノ効力有無ニ關係ス(刑法第七十七條末項)

刑法ノ廢止

刑法ノ廢止ハ新ニ法律ヲ發シテ之ヲ明言スルヿアリ又暗默ニ其効ヲ生スルヿアリ暗默ノ廢止ハ同一ノ場合ニ付キ新舊二法ノ相牴觸シテ容レサル場合ニ成ルモノトス其新法ノ出テタルヲ以テ立法者ノ意思卽チ舊法ヲ廢スルニ在ルヲ知ルヘキナリ但法律ノ久シク行ハレサルノミヲ以テ暗默ノ廢止ト看做スヿヲ得ス要スルニ裁判官ハ正式ヲ履テ頒布シ未タ廢セラレサル成

文法ニ基キ判決ス可キモノトス然ルニ此原則タルヤ犯罪當時ノ法律變セサル場合ニ於テハ其適用上ニ困難ヲ來スヿナシト雖モ裁判ノ日迄ニ新法ヲ發シ以テ犯罪當時ノ法律ヲ變更スルヿナシトセス此場合ニ於テ新舊法何レヲ適用スヘキヤ

新舊法何レヲ適用スヘキヤ

刑法ト治罪法ニ依テ區別スルヿ

此論題ハ一般ニ之ヲ判決スルヲ得ス何トナレハ其法律ノ犯罪又ハ刑罰ニ關スルト裁判管轄訴訟手續等ニ關スルトニ依テ全ク判決ヲ異ニスヘケレハナリ

管轄手續又ハ執行等ニ關スル法律ハ既往ニ遡テ其効ヲ生ス詳細ハ治罪法ニ屬スルヲ以テ之ヲ略ス(治罪法第五條及第二十七條)期滿免除ノ期限又ハ其他ノ條件ヲ變スル法律ニ付テハ議論ナキニ非スト雖モ刑事期滿免除ハ公益ニ基

シテ理由トシテ直ニ新法ヲ適用スルノ説最モ勢力ヲ有セリ(ウイレー氏著刑法第六十四頁ガローー氏刑法第八十九節)

此論題モ亦治罪法ニ跨リ且實用多カラサルヲ以テ之ヲ畧シ左ニ專ラ犯罪又ハ刑罰ニ關スル新舊法抵觸ノ一ヲ論セシトス

刑法第三條

刑法第三條　法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスヿヲ得ス

若シ所犯頒布以前ニ在テ未タ判決ヲ經サル者ハ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷ス

刑法不遡既往ノ原則

本條ニ據レハ刑法ハ獨リ將來ニ其効ヲ生シ既往ニ遡リ頒布以前ニ係ル犯罪ニ之ヲ適用スルヲ得ス此原則ハ新法ノ舊法ヨリモ輕キ場合ニ於テハ第二項ニ掲クル制限アリト

其適用ノ場合

雖モ舊法ニ重キヲ加ル場合ニ於テハ其適用全キモノトス故ニ新法ヲ以テ舊法ニ罰セサル所爲ヲ罪トスルカ又ハ舊法ノ刑ヲ加重シタル場合ニ於テハ舊法ニ從ヒ無罪又ハ輕キ舊法ノ刑ヲ言渡サヽル可カラス是卽チ本條第一項ノ適用トス

原則ノ理由

此原則ノ根基トスル所ハ凡ソ犯罪ハ其犯時ニ行ハルヽ法律ニ對シテ其當時ニ成立スル者トス故ニ其法律ニ於テ犯罪ト爲ラサル所爲ニシテ既ニ其所爲ノ了リタル後ニ至リ新ニ法律ヲ發シテ之ヲ罰スルモ新法ニ違背スル罪ト云フヲ得ス犯人ハ其犯時ノ法律ニ依テ所分セラルヽノ權利ヲ得タル者ナリ尤モ法律ノ力ヲ以テ既往ニ遡テ權利ヲ奪フヿヲ得サルニ非スト雖モ社會ニ其必要ナキ限リハ文明國

ノ法律ニ於テ之ヲ爲スヲ屑トセサ然ルニ通常斯カル必要ナキヲ以テ一旦認メタル權利ヲ貴重スルノ主義ニ基キ解釋上ノ原則トシテ既往ニ遡ラサルヲ示シタルノミ佛國革命時代ノ憲法及ヒ米國法ニ於テハ法律不遡既往ノ原則ヲ以テ憲法上ノ原則ト定メタルヲ以テ立法者ト雖モ之ニ逆背スルヲ得スト雖モ佛國刑法及我現行刑法ニ於テハ司法解釋上ノ原則ニ過キサルヲ以テ立法者ヲ檢束スルノ力ヲ有セス但實際既往ノ所爲ヲ罰スル法律ヲ設クルヲハ萬々之ナキヲ信スルナリ

判官ニ解釋ノ方針ヲ示スニ過キス

本條ノ原則ヲ明言スルハ無益ニ非ス

本條第一項ノ原則ハ明文ヲ要セサルニ似タリト雖モ各國刑法ニ殆ト之ヲ記載セサル者無シ其理由ハ若此條文ナキ時ハ新法ハ舊法ニ優ルノ格言ニ基キ可成新法ヲ全キニ適用スルヲ以テ立法者ノ本意ナリトシ遂ニ其度ヲ超ヘテ頒布以前ノ所爲ニマテ適用スルノ恐アレハナリ若此恐レナケレハ原理上「律ニ正條ナキ者ハ之ヲ罰スルヲ得ス」ト云フ第二條ノ明文ヲ以テ足ルヘク特ニ本條第一項ヲ設クルノ必要アラサルナリ

第三條第二項其適用ノ場合

不遡既往ノ原則ニハ一大制限アリ本條第二項ニ之ヲ掲ク即チ新法頒布以前ニ在テ未タ判決ヲ經サル犯罪ハ新舊法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷スト云フヲナリ其適用ハ新法ヲ以テ舊法ニ罪ト定メタル所爲ヲ罪トセス又ハ刑罰ヲ輕クシ又ハ宥恕ヲ與ヘ又ハ公訴ノ實行ヲ許サヽルヽノ場合ニ生スルモノトス

制限ノ理由

此制限ハ法律ノ恩典ニシテ既ニ社會ニ必要ナキ刑ハ可成

之ヲ適用セシメサルノ主意ニ出テタル者トス學者往々新法ノ頒布ト同時ニ犯人ニ既得權ヲ生ストスルハ誤レリ既ニ犯時ノ法律ニ於テ罪ト爲リタル者ヲ罰セサルハ例外ニシテ恩典ト云フノ外ナシ而シテ其恩典ヲ設ケタルハ舊法ヲ適用スルノ必用ナキニ由ルト云フノ外ナキナリ

本條第二項ニ輕キニ從テ處斷ストアレトモ其所謂輕キ者ハ何ニ因テ之ヲ知ルヘキヤ明治十四年十二月第八十一號ノ布告ニ比照法ノ定メアリト雖モ其目的ハ主トシテ現行法典ト新律綱領及改定律例トノ比照法ヲ示スニ在リシヲ以テ當時法律變更ノ際ニ於テハ多少其實用アリシヿ疑フ可キニ非ス然レトモ今日ニ於テハ殆ド既ニ其適用ナキヲ以テ此現行法ニ基キ其將來ニ頒布セラルヘキ法律トノ輕

重ヲ比照スルノ方法ヲ示サヽル可カラス

現行刑法ハ其第七條乃至第九條ニ重罪輕罪及違警罪ノ刑ヲ列記シ同時ニ其輕重ノ順序ヲ示セリ故ニ此順序ニ基キ以テ新舊法ノ輕重ヲ知ルノ外ナキナリ

新舊ノ二法共ニ同一ノ刑ニシテ唯其長期ト短期トニ於テ輕重ヲ異ニシ各一面ハ重ク一面ハ輕キヿ無シトセス例ヘハ茲ニ十二年以上十五年以下ノ徒刑ヲ以テ罰スル重罪アリ(第十七條)新法ヲ以テ其所爲ヲ罰スルニ十年以上十八年以下ノ有期徒刑ヲ以テシタル場合ニ於テハ新舊法何レヲ以テ輕シトス可キヤ此問題ニ付テハ數多ノ說アリ左ノ二說ハ我刑法解釋上ニ於テモ最モ勢力ヲ有ス可シ

第一說ニ於テハ新舊二法各其重キ所ヲ捨テ輕キ所ヲ取リ

十年以上十五年以下ノ刑ニ處スヘキ者トス此説ハ本條ノ文面ニ反セリ何トナレハ新舊法何レモ之ヲ適用スルニ非スシテ一種ノ刑ヲ新設スルモノナレハナリ但草案ニハ「新法中ノ寛ナル條文ハ直ニ之ヲ適用スヘシ」トアリタルヲ以テ此説ヲ採用シタルヿ明ナリ(草案第三條二項及其註解)

第二説ハ前例ノ場合ニ於テ舊法ヲ輕シトスト何トナレハ裁判官ハ十五年ノ最長期ヲ超ユルヿヲ得サレハナリ尤モ新法ニ從ヘハ十年ニ下ルヿアリト雖モ是全ク裁判官ノ權内ニ在ルヿニシテ必ス下ラサル可カラサルモノニ非ス故ニ舊法ニ於テ十五年以上ノ刑ヲ言渡サレサルハ被告ノ權利ニシテ新法上十年ニ下ルハ唯其希望ニ過キス舊法ノ輕キ所ト新法ノ輕キ所ト其性質ヲ異ニスルヿ如是故ニ現今大

半ノ學者ハ此第二説ヲ主唱シ唯最長期ノ高低ノミヲ見テ新舊二法ノ輕重ヲ定ムヘキモノトセリ(ベルトール氏刑法第百七十二頁ガロー氏同第八十四節)此説批難ス可キ所ナキニ非スト雖モ完全ナル説ヲ發見セサルヲ以テ姑ク之ニ從フ

二回法律ノ改リタル場合

右新舊二法ノ輕重ヲ説ケリ今若シ法律ノ改正相繼キ犯罪ノ日ヨリ裁判迄ニ三ノ法律行ハレタリト假定スヘシ例ヘハ死刑ヲ改メテ有期徒刑ト爲シ更ニ無期徒刑ヲ以テ之ニ代ヘタリトセヨ此場合ニ於テ何レヲ適用スヘキヤ余ハ其最モ輕キ第二ノ刑ヲ科スルヲ以テ至當トス是畢竟本條第二項ノ適用ニ過キサルナリ

本條ニ所謂判決ト

本條第二項ノ明文ニ依レハ輕キ新法ニ從テ處斷スルニハ

ハ何ナル判決ヲ云フヤ

立法上ノ論題

所犯頒布以前ニ在テ未タ判決ヲ經サル者タルヿヲ要ス立法者ハ唯判決ト記載シ其如何ナル判決タルヿヲ明言セサルヨリ議論ヲ生セリト雖モ最早上訴ニ依テ改正セラルヽヿナキ確定裁判ヲ云フモノト信ス故ニ控訴中ハ勿論上告中ニ新法ノ出テタル場合ニ於テモ新法ノ効力アラシメサルヿ可カラス即チ大審院ニ於テ原裁判ヲ破毀シタル時ハ其被告事件ノ送付ヲ受ケタル裁判所ニ於テ事實ヲ覆審シ新法ノ刑ヲ言渡ス可ク原裁判ヲ認定シタル時ハ被告事件ヲ其裁判所ニ還附シ更ニ新法ノ刑ヲ言渡サシムルヿヲ要ス

(ガロー氏刑法第八十五節及附言參看)

余惟フニ立法論トシテハ裁判確定シタル後ト雖モ未タ刑ノ執行ヲ終ヘサル内ハ輕キ新法ヲ適用セシムルヿニ定ムルヲ至當ナリト信ス既ニ此法典ノ明文ニ之ヲ許サヽル以上ハ將來新法ヲ頒布セラルヽニ當テ特ニ一條ヲ附加シ裁判確定以前ノ犯罪ニモ其効力アルヘキヿヲ記載スルヲ以テ足レリトス佛國ニハ其例ナキニ非ス其理由アルハ新法ヲ以テ刑ヲ廢シ又ハ之ヲ輕クシタル所以ハ畢竟其嚴ニ失シ社會ニ必要ナキ者ト認メタルカ故ナリ社會ニ必要ナキ刑ヲ執行スルハ刑罰ノ本旨ニ非ス故ニ伊太利刑法草案ノ如キニ於テハ裁判確定ノ後ト雖モ新法ノ刑ヲ執行ス可キモノト定メタリ我刑法草案ニモ「右判決ヲ經サル云々」ノ制限ヲ掲ケス新法ノ輕キ所ハ直ニ之ヲ適用ス可シト曰ヒ(草案第三條)又新法ノ頒布ヲ以テ刑罰消滅ノ原因ト定メ(同第六十八條第四項)タルヲ以テ同一ノ精神タリシヿヲ知ルヘ

シ現行法ニ於テハ唯特赦ヲ施スノ一策アルノミ

第三章　處並ニ人ニ關スル刑法ノ効力

一國ノ刑法ハ其國内ニ限リ効力ヲ有スル者ナルヤ又ハ外地ニマテ其効力ヲ及ホスヿアリヤ國内ニ於テモ其効力全カラサルヿナキヤ是レ處ニ關スル刑法ノ効力如何ノ問題ナリ

刑法ハ内國人ニ對シテノミ其効力ヲ有スル者ナルヤ又ハ之ニ反シ外國人ニモ之ヲ適用スルヿヲ得ヘキヤ是レ其人

處ト人ニ關スル刑法ノ効力ニ付キ三ノ主義アリ

ニ關スル効力如何ノ問題ナリ

此二大問題ニ關シテハ左ニ列擧スル三ノ主義アリ

(一)屬地主義　刑法ハ内外人ニ區別ナク總テ國内ニ住スル者ニ之ヲ適用スヘク外國ニ在ル者ニ對シテハ全ク其効力ナキモノトス

(二)屬人主義　刑法ハ犯地ニ區別ナク内國人ニハ之ヲ適用シ外國人ニ對シテハ全ク其効力ナキ者トス

(三)折衷主義　刑法ハ内外人ニ區別ナク總テ國内ニ罪ヲ犯シタル者ニハ之ヲ適用シ外國ニ於テ犯シタル罪ト雖モ或場合ニハ之ヲ罰スルヿヲ得ルモノトス

右三主義中第一ノ主義ハ英米國ニ行ハルト云フ第二ノ主義ハ一國トシテ之ヲ實行スル者ナシ第三ノ主義ハ即チ今

日佛國ヲ始メ(佛國民法第三條同治罪法第五條以下)歐洲一般ニ行ハルヽモノトス但其外國ニ於テ生シタル犯罪ヲ罰スル場合ト條件トニ付キ各國其法律ヲ異ニスル所アルノミ

草案ニハ如何ナル主義ヲ採用セシヤ

我刑法草案ニモ亦此折衷主義ニ基キ處ト人ニ關スル刑法ノ効力ヲ定メタリト雖モ(草案第四條以下)修正ノ際ニ刪除セラレ現行法典ニハ全ク之ニ關スル條文ヲ見ス是蓋シ我邦ニ於テハ現在治外法權ノ行ハルヽニ依リ右草案ノ條文ヲ適用スヘキ場合ヲ生セストノ主意ニ出テタルモノナルヘシ然ルニ本邦ト治外法權ノ條約ナキ國ノ人民我國内ニ於テ罪ヲ犯スヿナシトセス又日本人ニシテ外國ニ於テ罪ヲ犯スヿ少ナカラス外國人ト雖モ外國ニ於テ日本國ノ安

刪除ノ理由

現行法ノ欠點

寧ヲ害スルヿナキヲ必セス是等ノ場合ニ於テハ如何處分スヘキヤ歐洲一般ニ行ハルヽ原則ヲ以テ判決ノ基礎トスヘキヤ是レ今日ニ在テ頗ル困難ナル問題トス

治外法權

夫レ刑法ハ一國社會ノ安寧ヲ維持スルノ要具ナリ故ニ苟モ其國内ニ於テ犯シタル罪ハ犯人ノ民籍如何ヲ問ハス自國ノ法律ヲ以テ之ヲ罰スルヲ得ヘキハ當然トス是獨立國固有ノ大權ナリ治外法權ハ即チ此通則ニ對スル例外ニシテ制度風俗宗教等ノ深ク相異ナルニ起リ遂ニ弱國ニ對シテ威力ヲ恣ニスルノ一大兇器ト爲ルニ至レリ

外國公使ノ特權

治外法權ニ關係ナクシテ現ニ住スル國ノ刑法ニ服從セサル者アリ外國公使即チ是ナリ蓋シ外國公使ハ其本國ヲ代表スル者ナリ獨立國互相ノ間ニハ防衛權アルモ刑罰權ア

ルヿナシ且夫レ公使ニシテ其任地ノ裁判ニ服從スヘキ者トセハ搜索其他ノ處分ヲ以テ外交上ノ機密ヲ泄ラサレ遂ニ公使ノ任ヲ全フスル能ハサルヘシ但此特例ノ性質及其區域ニ付テハ大ニ議論アリト雖モ主トシテ國際法上ノ問題ナルヲ以テ之ヲ畧ス

領地ノ區域

右二個ノ特例ヲ除クノ外ハ刑法ハ總テ國土ニ住スル者ヲ支配スルヲ原則トス而シテ茲ニ所謂國土トハ獨リ國境內ノ陸地ヲノミ云フニアラスシテ軍艦港灣領海(領海トハ海岸ヨリ砲丸ノ最モ遠ク達スル界線マテヲ云フ)等ノ者ヲモ包含スルモノトス

以下草案ニ基キ外國ニ於テ日本人又ハ外國人ノ犯シタル罪及ヒ日本國內ニ於テ外國人ノ犯シタル罪ノ處分法ヲ畧

刑法第四十五條 治罪法第九

述セントス思フニ外國政府トノ間ニ條約改正行ハレ治外法權ノ撤去ヲ見ルノ日遠キニ非サルヘキヲ以テ今ヨリ此問題ヲ研究スルヿ無用ニハ非サルヘシ現ニ我治罪法ヲ閲スルニ左ノ條文アリ

外國ニ在テ犯シタル罪日本國ノ法律ニ依リ處斷スヘキ者ニシテ內地ニ於テ被告人ヲ逮捕シタル時ハ逮捕ノ地ノ裁判所ヲ以テ其管轄ナリトス云々(治罪法第四十五條)

本條ノ目的ハ唯管轄裁判所ヲ定ムルニ在リト雖モ亦以テ刑法ハ獨リ土地ニ屬セス外國ニ於テ犯シタル罪ニモ之ヲ適用スルヿアルヲ知ルヘシ而シテ其所謂日本國ノ法律ニ依リ所斷スヘキ罪如何ト云フニ刑法ニ全ク其規定ナキヲ以テ假令ヒ現行法ノ効力ヲ有セサル者トスルモ草案ノ條

文ヲ説明スルヿ肝要ナリトス又佛國其他ノ國ノ現行法ト大ニ相異ナル所ナキナリ(千八百六十六年六月二十七日ノ法律ヲ以テ改正シタル佛國治罪法第五條以下參看)

草案第四條　日本人外國ニ於テ日本國ノ安寧ニ關シ又ハ日本ノ貨幣及ヒ貨幣ニ代用スル銀行ノ證券ヲ僞造變造シ若クハ國璽官印記號極印ヲ僞造スル重罪輕罪ヲ犯シタル者ハ日本ノ法律ニ依テ處斷ス

若其罪ヲ犯シタル外國ニ於テ既ニ確定裁判ヲ受ケタル者ハ再ヒ之ヲ裁判スルヿナシ

本條第一項ハ説明ヲ要スル所ナシ第二項ハ列國交互ノ利益上ヨリ起リタル現行國際法ノ慣例ヲ適用シタルモノニ過キス

草案第四條ノ解

第五條　日本人外國ニ於テ前條ニ記載スル外ノ重罪輕罪ヲ犯シタル時ハ左ノ條件ノ具備スルニ非サレハ日本ノ法律ニ依テ處斷スルヲ得ス

(一)罪ヲ犯シタル國ニ於テ未タ裁判ヲ受ケサルヿ

(二)犯人隨意ニ日本國ニ歸來シタルカ又ハ外國政府ヨリ其引渡ヲ得タルヿ

(三)日本ノ法律ニ罰スル罪犯地ノ法律ニ於テモ重罪又ハ輕罪ト爲ルヿ

(四)被害者又ハ外國政府ヨリ日本政府ニ告訴告發ヲ爲シタルヿ

(五)外國政府ヨリ大赦ヲ受ケサルヿ

(六)外國ノ法律ニ照シ未タ公訴ノ期滿免除ヲ得サルヿ

草案第五條ノ解

本條ニ記載スル第一ノ條件ハ前條ニ於ケルト其理由相異ナル所ナシ第二ノ條件ハ畢竟犯人ノ本國ニ歸住セサル内ハ未タ刑罰ヲ要スル迄ノ害ナシト云フニ在リ此條件ハ佛國及ヒ白耳義法律ニハ之ヲ掲示セリト雖モ(佛國治罪法第五條白耳義刑法第十二條)獨逸和蘭墺地利等ノ刑法ニハ之ヲ見ス第三ノ條件ハ犯地ノ法律ニ罰セサル所爲ハ本國ニ歸リ再ヒ之ヲ犯スノ危險ナキニ基クモノトス畢竟其法律ニ罰セサルニ依リ之ヲ行ヒタルモノナリ若本國ニ歸リ法律ニ之ヲ罰スルヿヲ知テハ犯罪者ト爲ラサルヘシ第四ノ條件ハ無根ノ報道風評等ニ基キ輕卒ニ公訴ヲ起スノ弊ヲ防クニ在リ國家ノ安寧ニ直接ノ害ナキ限リハ告訴告發ヲ俟テ起訴スルモ敢テ晩シトセス第五及ヒ第六ノ條件ハ主

草案第六條ノ解

明治二十年勅令第

タル被害國ニ於テ既ニ公訴ス可カラサル者ヲ罰スルハ嚴ニ失シ社會ニ必要ナシトノ主意ニ在リ但佛國法ニハ唯「罪ヲ犯シタル國ノ法律ニモ罰スル所爲」ト記シ「其國ニ於テ尙罰スルヿヲ得ヘキ所爲」ト記セサルヲ以テ大赦又ハ期滿免除ノ場合ニ於テモ自國ノ法律ヲ以テ罰スルヿヲ得ヘシ(ガロー氏第百十七節附言)

第六條　日本政府ハ何ナル場合ニ於テモ處刑ノ爲ニ其臣民ヲ外國ニ引渡スヿナシ

逃亡犯罪人引渡ノヿハ主トシテ國際法ニ屬スルヲ以テ此ニ之ヲ詳述スルヲ得ス唯本條ヲ說明スルニ必要ナル點ヲ述ヘンニ今日國際上一般ノ慣例トシテ犯罪人ノ引渡ヲ要求セラレタル國ハ其自國ノ臣民ヲ引渡サス(明治十九年十

月六日日米犯罪人引渡條例第七條)本條ハ畢竟此一般ノ慣例ヲ適用シタル者ニ過キス但其當否如何ハ別ノ論題ナリ

現ニ英國政府ハ近年自ラ卒先シテ此慣習ヲ一掃セントシ假令ヒ他國政府ニ於テ其臣民ノ引渡ヲ拒絶スルモ英國ハ自國ノ臣民ヲ引渡スヘキヿニ決シ曩ニ千八百七十八年西班牙國トノ條約ヲ以テ其實行ノ端緒ヲ啓ケリ

第七條　外國人日本國管内ニ於テ罪ヲ犯シタル時ハ日本ノ法律ニ依テ處斷ス

本條ハ治外法權ノ行ハル、今日ニ在テハ其實効ナキ者トス我刑法起草者ハ他日刑法條文ノ順序ヲ變動スルノ不都合ヲ省クト條約外國ノ人民ニ對スル効力ヲ示スタメニ本條ヲ掲ケ其施行期限ハ追テ條約ヲ以テ之ヲ定ムヘキヿヲ布

告スヘシト曰ヘリ(草案同條註釋)然レトモ其說遂ニ行ハレスシテ第四條以下悉皆刪除トナレリ

第八條　外國人外國ニ在テ第四條ニ記載スル罪ヲ犯シタル時ハ第五條ニ掲クル第一及第二條件ノ具備スル場合ニ於テ日本ノ法律ニ依テ處斷ス

本條ハ特ニ說明ヲ要スルヿナシ日本國ノ安寧ヲ維持スルニハ敢テ犯人ノ民籍如何ヲ問フニ暇アラサルナリ

本條ハ外國人カ直接ニ日本國ノ安寧ニ害アル罪ヲ犯シタル場合ニ限リ適用スヘキ者ニシテ日本人民ニ對スル重罪輕罪ハ假令ヒ其犯人タル外國人日本國ニ來航スルモ日本ノ法律ヲ以テ之ヲ罰スルヲ得スル日本政府ハ唯外國政府ノ要求ニ應シ之レカ引渡ヲ爲スカ又ハ治安ニ害アリト認ム

ルトキハ之ヲ放逐スルヿヲ得ルノミ但其犯罪ニ依リ損害ヲ受ケタル者民事裁判所ニ賠償ヲ訟求スルハ此限ニ非ス(佛民法第十四條參看)

被害者ハ日本人タルヲ要セス

蓋ニ說明シタル草案第五條ハ犯者ノ日本人タルヲ要スト雖モ被害者ノ日本人タルヲ要セス是他ナシ其主旨タル外國ニ於テ被害者ト爲リタル日本人ヲ保護スルニ非スシテ日本國內ニ再犯ノ害ヲ防止スルニ在レハナリ(佛國治罪法新第五條參看)

日本刑法ハ外國ニ在ル日本人ヲ保護スルノ要ナシ

是ニ由テ之ヲ觀レハ日本法律ハ全ク外國ニ在ル日本人ヲ保護セサルニ似タリト雖モ其實之ヲ保護スルノ必要ナシトス何トナレハ犯罪ハ犯地ニ主トシテ其害ヲ生スルニ依リ日本人ハ其地ニ於テ告訴スルヲ得ヘケレハナリ

日本人外國ニ於テ違警罪ヲ犯ストモ日本ノ法律ニ依リ之ヲ處斷スルヿナシ是レ一般ノ通則ナリ但接境國交互ノ便宜上特ニ法律又ハ條約ヲ以テ外地ニ犯シタル違警罪ヲ罰スルノ例ナキニ非ス(佛國千八百六十六年ノ法律第二條獨逸刑法第六條墺國刑法草案第五條白耳義國千八百七十八年四月十七日ノ法律第九條參看)

犯罪トハ何ソ

形體的定義

第二編　犯罪

第一章　犯罪ノ定義及其要素

犯罪トハ刑罰ナル制裁ヲ有スル法律ハ命令又ハ禁令ニ反スル所爲ヲ云フ

此定義ハ形體上ヨリ犯罪ノ何タルヿヲ示スニ止リ其實質ヲ表彰スル者ニ非ス逐次刑法ノ條文ヲ讀了スルニ非サレハ其果シテ何ナル所爲ノ犯罪タルヿヲ知ルヲ得ス假令ヒ現行法律ニ定ムル犯罪ノ何々タルヿヲ知ルモ本ト何ナル

性質ヲ具有スル所爲ノ犯罪タルヲ示サス是此種ノ定義ニ免カル可カラサル弊ニシテ以テ學理上ノ定義ト爲スニ足ラサル所以ナリ

實質的定義

然リト雖モ犯罪實質上ノ定義ニモ亦固有ノ弊害ナキ能ハス卽チ犯罪ノ實質如何ニ付テハ學者各々其說ヲ異ニシ完全無缺ノ定義ヲ得ルヿ頗ル困難ナリトス例ヘハ近時佛國刑法ノ泰斗ト仰カルヽオルトラン氏ノ如キハ絕對正理ナルモノヲ以テ社會刑罰權ノ主礎トシ其主義ニ基テ犯罪ノ定義ヲ下シ犯罪トハ「絕對正理ヲ傷ケ云々」ト曰ヘリ(同氏刑法第五百八十九節)又刑法ヲ以テ社會ノ秩序安寧ヲ維持スルノ要具ト見ル說ニ依レハ犯罪トハ畢竟社會ノ秩序安寧ヲ害スル所爲卽チ社會ノ秩序安寧ヲ維持スルニ刑罰ヲ制

裁トシテ禁令又ハ命令スルノ必要ナル所爲ト定義スルヲ得ヘシ緖言ニ述ヘタル如ク余ハ此說ニ同意スル者ナリ

佛國革命時代ノ刑法ニハ此實質的定義ト形體的定義トヲ折衷シ犯罪トハ「社會ノ秩序安寧ヲ維持スルノ目的ヲ以テ法律ニ禁止スルヿヲ爲シ又ハ命令スルヿヲ爲サヽルヿヲ云フ」ト曰ヘリ(共和四年刑法第一條)現今各國ノ刑法ハ實用ヲ主旨トシ犯罪ノ定義ヲ揭ケタルヲ見ス

犯罪ハ法律ニ罰スル所爲ト定義スヘ

之ヲ要スルニ形體的定義ハ低ニ失シテ犯罪ノ本質ヲ表彰スルニ足ラスト雖モ明瞭ニシテ議論ヲ生セサルノ利益アリ實際家ノ爲メニハ此種ノ定義ヲ以テ充分ナリトス

或學者ハ犯罪ヲ定義シテ「法律ニ罰スル所爲」ト曰ヘリ此定義ハ其當ヲ失フモノトス何トナレハ犯罪ハ悉皆法律ニ之

ヤ

ヲ罰スル者ニ非サレハナリ卽チ彼ノ自首又ハ宥恕全免ノ如キハ獨リ刑罰ヲ科セサルニ止リ罪ヲ消滅セシムル者ニ非ス刑法第百二十六條第百五十三條及第三百七十七條ノ如キハ卽チ其適例ナリトス(第百二十六條末項ニ監視ニ付スルノ明文アリト雖モ是專ラ警察豫防ノ處置ニ止リ純然タル刑罰ノ性質ヲ有スル者ト解ス可カラス)

犯罪ノ要素

犯罪ノ要素ニ二種アリ其一ハ一般ノ犯罪ヲ構成スルニ缺ク可カラサルモノヲ云ヒ又一ハ各犯罪ニ必要ナルモノヲ云フ今近ク之ヲ人ニ喩ヘテ言ヘハ恰モ各人ニ姓ト名ノ二アルカ如シ卽チ犯罪ト云フハ姓ニシテ謀故殺强竊盜詐欺取財放火等ハ其名ニ外ナラス

一般犯罪ノ要素

犯罪一般ノ要素ヲ說クニ數多ノ方法アリ今此ニ逐一之ヲ

詳論スルノ實益ヲ見ス唯其最モ簡明ト認ムル者ヲ示スニ止ムヘシ

犯罪ハ刑法ニ反スル所爲ナリ所爲トハ意思ノ事實ニ顯ハレタルヲ云フ故ニ犯罪ヲ分析スレハ必ス人ニ屬スルノ原素ト事實ニ屬スル原素ヲ包含ス於是乎佛國多數ノ學者ハ犯罪ノ要素ヲ大別シテ外形內部ノ二トセリ外形ノ要素トハ客觀上犯罪タル所爲自テニ具ハラサル可カラサル條件ヲ云フ卽チ犯罪ハ總テ企謀決心等心裏ノ働キヲ過キ罪體ト爲ルニ足ルヘキ外形ノ行爲タルヲヲ必要トス而シテ其實行ハ如何ナル程度ニ達シテ始メテ罪ト爲ルヘキヤ又其實行ノ狀態ニ種別ナキヤ狀態ニ種別アルヨリシテ處分ニ差異ヲ生スルヲナキヤ此等ノ問題ハ右外形ノ要素中ニ於

外形ノ要素

テ論究スヘキ者トス余ハ後ノ第三章ニ至リテ之ヲ詳述スヘシ

内部ノ要素

内部ノ要素トハ之ト異ナリ主觀上犯罪者ニ具ハラサル可カラサル要件ヲ云フ即チ人ヲ目シテ犯罪者ト爲シ其所爲ノ責ニ任セシムルニハ何ナル條件ヲ要スルヤト云フノ問題ナリ詳細ハ第四章ニ之ヲ論スヘシ但第五章中ニ説ク正當防衛ハ内部ノ要素ヲ缺ク所爲ト異ナリ其實行者ノ何人タルヲ問ハス所爲自ラ二罪ト爲ラサルモノトス故ニ或學者ハ右内外二要素ノ外ニ不正ノ要素ナル者ヲ加ヘ正當防衛ノ如キ權利ノ實行ニ非サルヲ以テ犯罪成立ノ一要件トセリ（カロー氏刑法第三頁）

各犯罪ノ要素

各犯罪ノ要素ハ刑法第二編以下ニ渉ルヲ以テ之ヲ論セス

何レモ各犯罪ニ依テ異ナリ例ヘハ竊盜ニハ他人ノ所有物タルヿ及竊取ノ事實等ヲ要シ詐欺取財ニハ欺罔騙取ノ事實ヲ要スル如キ何レモ右ニ述ヘタル一般犯罪ノ要素ヲ具備スル外ニ特別ノ要素ヨリ成ルモノトス又竊盜强姦等ニハ被害者ノ不同意ヲ必要トス是全ク特例ニシテ一般ノ犯罪ハ社會ニ害アリト認メタルノミヲ以テ之ヲ罰シ敢テ被害者ノ承諾有無ヲ問ハサルナリ

第二章　犯罪ノ類別

犯罪ハ其視點ノ異ナルニ從ヒ種々ニ之ヲ區別スルヲ得ヘシ然レトモ其區別中ニ於テ實際最モ肝要ナル者ハ其輕重ノ點ヨリ定メタル重罪輕罪違警罪ノ區別トス故ニ余ハ第一ニ此區別ヲ說キ次ニ其他ノ區別ヲ畧述セントス

(一) 重罪輕罪違警罪

刑法第一條

此犯罪ノ區別ハ其實用頗ル大ナルヲ以テ刑法第一條ニ之ヲ掲示セリ然ルニ同條ニハ法律ニ罰スル罪別テ重罪輕罪違警罪トスト記載スルニ止リ其所謂重罪輕罪違警罪ノ何者タルヲ示サス唯第七條以下ニ重罪輕罪違警罪ノ主刑ヲ掲クルノミ故ニ現行法ヲ說クニ方テハ重罪トハ其第七條

刑ヲ見テ罪ノ輕重ヲ知ルヘシ

駁說

ニ列記スル刑ヲ以テ罰スル罪輕罪トハ其第八條ノ刑ヲ以テ罰スル罪違警罪トハ其第九條ノ刑ヲ以テ罰スル罪ト云フノ外ナシ換言セハ刑ヲ見テ罪ノ輕重ヲ知ルノ制トス是レ各國刑法ノ例ニ倣ヒタル者ナリト雖モ又或學者ハ此制ヲ以テ本末ヲ顚倒シ論理ニ反スル者ト云ヘリ(ロシー氏刑法第一卷五十四頁)

此攻擊ハ全ク其當ヲ失ヘリ立法者ハ全ク最初ニ各犯罪ノ輕重ヲ定メ然ル後之ニ科スヘキ刑ヲ定メタルモノトス然リ而シテ其事ヲ了ルヤ裁判官ニ一箇ノ便法ヲ授ケ條文ニ指定スル刑ニ依リ各犯罪ノ輕重ヲ知ルヿヲ得セシメタルノミ蓋シ刑法ハ簡明ニシテ且實際ニ便利ナルヲ貴シトス若各犯罪ニ付キ逐一其重罪輕罪又ハ違警罪タルヲ示ス可

キ者トセハ其煩雜實ニ名狀ス可キニ非サルヘシ是卽チ各國刑法ニ其方法ヲ採用セサル所以ナリ

右犯罪ノ區別ハ管轄裁判所幷ニ訴訟手續ヲ知ルノ點ニ於テ大ナル實用アリトス卽チ重罪ヲ裁判スルニハ重罪裁判所アリ輕罪ニハ輕罪裁判所アリ違警罪ニハ違警罪裁判所アリ唯刑法ニ指定スル刑ヲ一目シテ管轄裁判所ヲ知ルヲ得ヘシ之ニ反シ民事訴訟ヲ起スニ方テハ性質上ノ管轄卽チ司法裁判ノ管轄ナルヤ又ハ行政裁判ニ屬スヘキヤ司法裁判ノ所轄トシテ民事裁判所ニ起訴スヘキヤ又ハ商事裁判所ニ起訴スヘキヤヲ知ルニ困ムコト往々之アリ又同等ノ裁判所中ニ於テ彼ノ何レノ地ノ裁判所ヲ以テ管轄トス可キヤト云フ地ニ關スル管轄裁判所ヲ定ムルニ付テモ民事ニ比スレハ困難少ナシトス(治罪法第四十條以下佛國訴訟法第五十九條參看)

刑事裁判所ノ數ニ付テモ罪ノ重キ者ハ其數自ラ少ナキヲ以テ裁判所モ亦多數ナルヲ要セス然レトモ其訴訟手續ハ須ク鄭重ヲ旨トセサル可カラス之ニ反シ輕キ罪ハ其犯數自ラ多キヲ以テ裁判所モ亦多數ナラサルヲ得ス之ニ代ヘテ其訴訟手續ハ專ラ簡便ト迅速ヲ必要トス是亦本條ノ區別ニ基キ之ヲ定ムルノ外ナキナリ

現今法典中深ク其細微ノ部分ニ入ルニ從ヒ益々右區別ノ實用濶ク且大ナルヲ覺ユルナリ總テ犯罪ノ處分又ハ治罪ノ方法ヲ定ムルニ方リ罪ノ輕重ヲ參考スルノ必要アルトキハ必ス刑法第一條ノ區別ヲ以テ其基本トセサルハ無シ余

ハ茲ニ其場合ヲ列擧セス以下逐次ニ之ヲ詳述スルノ機會アルヘシ然レトモ今其最モ重要ナル者ヲ擧タレハ未遂犯ノ處分(第百十三條)數罪俱發ノ處分(第百條及第百一條)數人共犯ノ處分(第百五條及第百九條)再犯加重(第九十一條以下)宥恕減輕(第八十條以下)外國ニ生シタル犯罪ノ處分(前編第三章參看)等何レモ本條ノ區別ニ基カサル者ナシ其他治罪法中ニ於テモ公訴期滿免除ノ期限(第十一條)豫審處分第百十三條以下)等ニ關シテ大ナル實用ヲ見ルヘシ

重罪輕罪又ハ違警罪ハ本刑ニ依テ之ヲ知ルヤ又ハ減輕シタル刑

刑法第一條ニ於テ尙ホ論究セサル可カラサル問題一アリ曰ク重罪輕罪又ハ違警罪ハ專ラ刑名ニ依テ之ヲ知ルヘキヲ右ニ述ヘタル如シト雖モ其所謂刑名ハ各條ニ記載スル本刑ヲ云フ者ナルヤ又ハ實際言渡シタル刑ヲ云フ者ナルヤ此論題ハ主トシテ重罪ヲ犯シタル者宥恕又ハ自首減輕ニ依リ輕罪ノ刑ヲ言渡サレタル場合ニ於テ其實用ヲ見ルモノトス輕罪ノ刑ハ加ヘテ重罪ニ入ルヲ得ス又違警罪ノ刑ハ加ヘテ輕罪ニ入ルヲ得サルヲ以テ(第七十條及第七十二條)加重ノ場合ニハ全ク實用ナキ者ト云フヘシ

宥恕ハ罪名ヲ變スルノ効力ヲ有スルヤ

(余)惟フニ刑法第一條ハ本題ノ判決ヲ包含セリ即チ「法律ニ罰スヘキ罪云々」トアルヲ是ナリ然ルニ宥恕減輕ハ酌量減輕ト異ナリ法律ニ定ムル者ナルニ依リ宥恕減輕シタル刑ヲ以テ罰スル罪ハ即チ法律ニ罰スル罪ト謂ハサル可カラス我刑法ニハ時トシテハ「宥恕スルヲ得」ト記載シ恰モ酌量減輕ト同一視シタル如キ條文ナキニ非スト雖モ(第三百十條及第三百十六條)是唯失言ニ過キス大半ノ條文ニハ「宥

恕ス」トアルヲ以テ其本質ヲ知ルニ足ルヘシ又右宥恕スルヿヲ得トアル場合ニ適用スヘキ減等ノ區域ヲ定ムル第三百十三條ニハ「三等又ハ三等ヲ減ス」トアリ故ニ二等ハ法律上必ス減輕セサル可カラス之ヲ以テ見レハ右ノ如キ區々タル文字ニ拘泥シテ宥恕ニ罪名ヲ變更スルノ効力ナシト云フヿヲ許サヽルナリ

然リト雖モ有力ナル學者中ニ於テ本刑ニ依ルヘシトノ說ヲ主唱スル者少ナシトセス現ニ我刑法起草者ハ即チ其一人ニシテ從犯又ハ未遂犯ハ減等ト雖モ重罪ノ性質ヲ變更スルノ効力ナキ者トセラレタリ(草案第百四十八節)然ルニ從犯又ハ未遂犯ノ減等ニ關シテハ其說ノ行ハレサリシヿ第九十九條ヲ見テ明ナリ

問題ノ實用

本論題ノ實用ハ裁判管轄公訴期滿免除ノ期限其他ノ點ニ於テ存ス即チ例ヘハ明治十六年中ニ宥恕シテ輕罪ノ刑ヲ科スヘキ重罪ヲ犯シタル者ニ對シテ當明治二十二年ニ公訴ヲ起スヿヲ得ヘキヤ否ヤ是畢竟右論題ノ判決如何ニ在ルヘシ

(二) 行犯不行犯

行犯不行犯ノ解

刑法ハ刑罰ヲ制裁トシテ或事ヲ禁スルカ又ハ命スルノ二ヲ出テス其禁スル所爲ヲ行フ之ヲ行犯ト云ヒ其命スル所爲ヲ行ハサル之ヲ不行犯ト云フ

區別ノ實用

此區別ハ現行刑法適用上ニ於テハ其實用ナシト雖モ理論

行犯ハ不行犯ヨリモ其數ノ多キヿ

上一言スヘキヿアリ夫レハ行犯ノ不行犯ヨリモ其數ノ多キヿナリ其然ル所以ハ蓋シ人ノ社會ニ在ルヤ各々他人ノ權利ヲ侵害ス可カラサル消極的ノ義務ヲ負ヒ其義務ニ違背スルニ於テハ民法又ハ刑法上ノ制裁ヲ免カレスト雖モ此消極的ノ義務ヲ破ラサル上ニ進ンテ或事ヲ爲サヽルヲ得サルキハ自由人タルノ身分ヲ減殺スルモノナルヲ以テ契約ノ如キ自ラ作リタル義務ノ原因ヲ除ケハ通常道德上ノ務メニ止リ法律ニ命令スルヿ極メテ稀ナリ刑法ニ於テモ右消極的ノ義務ニ背キ事ヲ行フテ社會ノ秩序安寧ヲ害スル場合ハ頗ル多シト雖モ事ヲ行ハサルカ爲ニ社會ニ害ヲ生スル場合ハ僅々トス是卽チ各國ノ刑法中ニ禁令ノ數ハ必ス命令ノ數ヲ超ヘ從テ行犯ハ不行犯ヨリモ遙カニ多

不行犯ハ行犯ヨリ一般ニ輕キヿ

キ所以ナリ

又不行犯ハ多少懈怠ヨリ起ルモノニシテ行犯ノ如ク進ンテ事ヲ行ヒ法律ヲ侵犯スル者ニ比スレハ其情一般ニ輕シトス故ニ我刑法ニ於テモ不行犯ノ刑ハ一般ニ輕キナリ(第二百七十七條第二百八十一條第二百八十三條參看)

卽成犯及繼續犯ノ解

(三) 卽成犯繼續犯

卽成犯トハ一擧シテ直ニ結了スル罪ヲ云フ謀殺、歐打創傷、詐欺取財、放火等卽チ是ナリ繼續犯トハ之ニ反シテ直ニ所爲ヲ結了セスシテ尙多少ノ時間其所爲ノ繼續スル者ヲ云フ例ヘハ監禁罪(第二百七十八條及第三百二十二條)其他

第百五十一條第百六十條第百八十八條第二百二十九條第二百三十二條第二百四十二條第二百五十九條等ニ掲クル罪ノ如キヲ云フ

即成犯ト繼續犯ハ何ニ由テ之ヲ區別スルヤ

即成犯ト繼續犯ヲ識別スルニハ法律ニ示ス各犯罪ノ定義ニ依ラサルヲ得ス(即成犯ノ結果ト繼續犯トヲ混同スヲカラス)例ヘハ竊盜罪ノ如キハ他人ノ所有物ヲ竊取シタルノミヲ以テ成立シ寸時間ト雖モ其物件ヲ己レノ手ニ留置スルヲ要セサルニ依リ(第三百六十六條)其即成犯タルヿ疑ヲ容レス又夫ノ重婚罪ノ如キモ配偶者アル者重ネテ婚姻ヲ爲シタルノミヲ以テ成立シ瞬時間ト雖モ同居スルヲ要セサルニ依リ(第三百五十四條)同シク即成犯ニ列スヘキモノトス

此區別ハ行犯ノ細別ニ非ス

連續犯

即成犯ト繼續犯ノ別ハ行犯ノ細別ニ似タリト雖モ不行犯ニモ通用スヘキ者トス即チ例ヘハ證人トシテ陳述ヲ命セラレタル者其日時ニ出廷セサル如キ(第百八十條治罪法第百八十三條)ハ即成不行犯トス之ニ反シ官吏不正ノ監禁ヲ解クヲ怠リ又ハ之ヲ告發セサル如キハ(第二百八十一條)繼續不行犯タルヘシ

右ニ説明スル繼續犯ト少シク性質ヲ異ニスル一種ノ繼續犯アリ即チ始終間斷ナク事實ノ繼續スルニ非スシテ時ヲ隔テ數々同一ノヿヲ行フ者是ナリ形迹上即成犯ノ重複ニ外ナラスト雖モ其性質ヲ分析スレハ畢竟單一ノ目的ヲ數度ニ達セントシタル者ナルヲ以テ法律上之ヲ認メテ一罪トス則チ例ヘハ樣下ニ在ル酒樽悉皆ヲ盜マントト欲シテ每

夜一樽ヲ持出シ數回ニ其目的ヲ達シタル如キ是ナリ其他刑法第二百五十三條及第二百五十四條ニ記載スル罪ノ如キモ亦其性質ヲ有スルヿ多カルヘシ但實際ニ於テ一罪ト見ルヘキヤ又ハ數罪ト見ルヘキヤヲ判決スルヿノ難キ場合ナキニ非ス是全ク事實論タルヘシ要スルニ其前示繼續犯ト相異ナル點ハ外形上繼續ナキニ在リ故ニ通常之ヲ名ケテ無形ノ繼續犯ト云フ余ハ寧ロ之ヲ連續犯ト名クルヲ至當ト考フ

區別ノ實用

即成犯ト繼續犯(又ハ連續犯)ヲ區別スルノ實用ハ(一)公訴期滿免除ノ期限ヲ起算スルノ點ヲ異ニスルヿ即チ繼續犯ハ其所爲ヲ了リタルノ日ヨリ之ヲ起算ス(二)繼續犯ハ其繼續時間ノ長短ニ依リ刑ノ輕重ヲ異ニスルヿアリ(第二百七十八條)(三)繼續犯ハ犯地ヲ異ニスル場合ニ於テ其適用スヘキ刑法ヲ定ムルノ問題ヲ生ス又起訴豫審及公判上ニ管轄爭ヲ生スルヿ無シトセス

慣行犯ト連續犯ノ差異

(四) 單一犯慣行犯

單一犯トハ一回事ヲ行ヒタルノミヲ以テ罪ト爲ルモノヲ云フ慣行犯トハ之ニ反シ數回同一ノ事ヲ慣行シタルニ由テ罪ト爲ル者ヲ云フ故ニ前述連續犯ト相似タル所アリ然レトモ連續犯ハ其分子タル所爲各々罪ト爲ルヘキ者ナリト雖モ慣行犯ハ少クトモ二回以上其所爲ヲ行フニ非サレハ罪ト爲ラサルモノトス

慣行犯ノ例

我刑法ニ於テハ慣行犯ノ例甚タ少シトス唯僅ニ或事ヲ業トシ又ハ平常行ヒタルニ依リ罪ト爲ル者ニ限リ慣行犯ノ名ヲ下スヿヲ得ヘキ歟マ例ヲ示セハ私ニ醫業ヲ爲ス罪ノ如キ是ナリ(第二百五十六條)其他第四百二十五條十二項及第四百二十八條九項ニモ其例アリ佛國刑法ニハ高利貸ヲ慣行スルヲ以テ罪トセリ

區別ノ實用

此區別ノ實用又三アリ(一)慣行犯ハ卽チ其文字ニ現出スル如ク少クトモ二回以上事ヲ行フヲ必要トス其數ハ法律ニ之ヲ一定セス唯事實ニ於テ慣行ト云フヿヲ得ルヤ否ヤヲ定ムヘキノミ被害者ハ二人以上タルヲ要セス(二)犯地ノ一ナラサル場合ニ適用スヘキ刑法及ヒ裁判管轄ヲ定ムルノ困難ヲ生スルヿアリ(三)期滿免除ノ期限ハ其慣行犯ヲ構成

スル最終所爲ノ日ヨリ起算ス故ニ實際其起算點ヲ確定スルヿ頗ル困難ナルヘシ

(五) 現行犯、非現行犯

現行犯ノ定義

此區別ハ純然タル犯罪ノ區別ト云フヲ得ス其理由ハ總テ犯罪ハ其實行ノ當時ニ在テハ現行犯ニシテ其時ヲ經過スレハ非現行犯タリ如何ナル犯罪ト雖モ順次ニ此二段落ヲ經過スル者トス然レトモ其現ニ行フ際ニ發覺シタルヤ否ヤニ付テハ治罪ノ方法上ニ關係ナキ能ハス是卽チ此區別ノ起リタル所以ニシテ其詳細ハ治罪法ニ之ヲ定ム

現行犯ノ定義ハ治罪法第百條ニ之ヲ示セリ曰ク「現行犯罪

トハ現ニ行ヒ又ハ現ニ行ヒ終リタル際ニ發覺シタル罪ヲ謂フ」ト而シテ其第百一條ニハ現行犯ニ准スル三個ノ場合ヲ列記セリ故ニ此二條ニ記載セサル罪ハ擧テ非現行犯トス然ルニ明治十四年九月二十日第四十六號ノ布告ヲ以テ「擧動犯人ト思料ス可キ者ハ當分ノ內現行犯罪ニ准シ處分スルヿヲ得」ト定メタリ此漠然タル律令ノ行ハル、間ハ確乎タル現行犯ノ定義ヲ示スヿヲ得ス

現行犯ト非現行犯ヲ區別スルノ實用ハ主トシテ犯罪ノ搜査及豫審ノ點ニ於テ存ス(治罪法第百二條第百五條第二百三條第二百五條)刑法中ニモ現行犯ニ非サレハ罰セサル者アリ(第二百六十一條)

我刑法ハ羅馬法ニ於テ特ニ現行盜罪ヲ重ク罰シタル如キ

現行犯タルノ故ヲ以テ刑ヲ加重スルヿナシ

或犯罪ニ限リ現ニ行フ犯罪ニ挑發セラレタルニ依リ其罪ヲ宥恕スルヿアリ第三百九條及第三百十一條ノ場合是ナリ

犯意ノ有無

區別ノ實用

(六) 有意犯、無意犯

此區別ハ以上列擧スル區別ト異ナリ犯罪ノ成跡上ヨリ立テタル者ニ非スシテ犯人ノ頭中犯意ノ有無ニ其本ヲ汲ム者トス有意犯トハ卽チ其成立ニ犯意ヲ要スル者ヲ云ヒ無意犯トハ其有無ニ關係ナク刑法各條ニ指定スル所爲ヲ行ヒタルノ一事ヲ以テ罪ト爲ル者ヲ云フ是又區別ノ實用ト

犯罪ハ通常有意犯ニシテ無意犯ハ例外トス(第七十七條)詳細ハ第四章ニ於テ之ヲ説明スヘシ

此區別ノ實用ハ前ニ示スヘキ所ノ一ニ歸スト雖モ立法ノ原理ニ遡テ考ルトキハ太タ肝要ナル區別タルヿヲ知ルヘシ其然ル所以ハ刑法中ニ重罪輕罪ト違警罪トヲ區別シテ其處分ヲ異ニスル場合少ナシトセス是唯其罪ノ輕重相異ナルニ原因スルニ似タリト雖モ又一ハ有意犯無意犯ト云フノ點ニ於テ深ク性質ヲ異ニスルニ原因スルモノトス後ニ再犯加重ヲ説クニ當リ殊ニ此言ノ虛ナラサルヲ發明スルヲ得ヘシ

(七) 公益ニ關スル罪、身體財産ニ對スル罪

犯罪ハ又其物體上ヨリ區別シテ之ヲ公益ニ關スル罪ト身體財産ニ對スル罪ノ二トス(佛國刑法ニ於テハ公事ニ對スル罪一私人ニ對スル罪ト云フ)公益ニ關スル罪ハ我刑法第二編ニ之ヲ定メ身體財産ニ對スル罪ハ其第三編ニ之ヲ定ム

犯罪ハ一トシテ社會ノ安全ヲ害セサルハナシ故ニ此點ヨリ言ヘハ犯罪ハ擧テ公益ニ對スル罪ト云フヲ得ヘシ然レトモ其中ニ於テ直接ニ社會ヲ害スル者ト一私人ノ權利ヲ害スル者トノ二アリ是卽チ右區別ノ起リタル所以ニシテ

別ニ確乎タル理由ノ存スルモノニ非ス

(八) 尋常犯國事犯

國事犯ハ公益ニ關スル罪ト混同セス

此區別モ亦犯罪物體上ノ區別ナリト雖モ前示ノ區別トハ異ナリ國事犯ハ公益ニ關スル罪ノ一種ニ過キス公益ニ關スル罪ハ必スシモ皆國事犯ニ非ス刑法第二編第三章以下ノ罪ハ擧テ公益ニ關スル罪ナリト雖モ其國事犯タル者ハ殆ト稀ナリトス

國事犯トハ何ナル罪ヲ云フヤ

國事犯トハ刑法第二編第二章ニ掲クル國事ニ關スル罪ノ外第二百三十三條以下ニ記載スル罪ノ如キヲ云フ其他出版條例集會條例爆發物取締規則等ニ反スル罪モ亦往々國事犯ト爲ルヿアリ凡テ政治ニ關スル國家ノ秩序ヲ擾サントスル所爲ハ假令ヒ兵力ヲ以テ政府ニ抗抵セサルモ其國事犯タルヿ疑ナ容レス

區別ノ實用

國事犯ト常事犯ヲ區別スルニ付テハ左ニ列記スル三ノ實用アリ

(一) 刑罰ヲ異ニスルヿ　即チ死刑ヲ除クノ外ハ常事犯ノ刑ハ徒刑懲役重輕禁錮ニシテ國事犯ノ刑ハ流刑禁獄輕禁錮トス(第六十七條及第六十八條)而シテ國事犯ノ刑ニハ服役ナシ(第二十條第二十三條及第二十四條)其代リニ輕禁錮ニ所スル場合ト自首全免ノ場合ニマテ監視ニ付スルヿアリ(第百二十六條及第百三十五條)常事犯ト國事犯トノ處分上ニ此等ノ差異アル所以ハ畢竟國事犯タル一方ニ於テハ蔑

耻ヲ破ルヿ淺ク又一方ニ於テハ國家ノ休戚安危ニ重大ナル關係ヲ生スルトノ二ニ在リ故ニ力役ノ賤苦ヲ嘗メシメスシテ社會ヨリ遠ケ又ハ行政監督ニ因テ再擧ヲ圖ルヿヲ得セシメサルヲ以テ公平且得策トス

佛國其他數多ノ國ニ於テハ國事犯ニ死刑ヲ全廢シタルニ依リ右區別ノ實用頗ル大ナリトス我刑法起草者ボアソナード氏モ亦國事犯ニ此刑ヲ科スルヲ以テ不當トセラレタリ(草案第百三十四條以下及註解)然レトモ其說行ハレスシテ遂ニ死刑ヲ存スルニ至レリ是蓋シ我邦現今ノ國情ニ於テ尙此刑ヲ必要ト認ノラレタルニ由ルモノトス

(二)管轄裁判所ヲ異ニス　常事犯ノ重罪ハ重罪裁判所ニ於テ之ヲ裁判シ(治罪法第七十條)國事犯ノ重罪ハ高等法院ニ於テ之ヲ裁判ス(治罪法第八十三條)

三)逃亡犯罪人ハ處分ヲ異ニス　國事犯ハ一般ノ慣例トシテ其逃亡犯人ヲ外國政府ニ引渡スヿナシ(明治十九年十月六日米犯罪人引渡條約第四條明治二十年勅令第四十二號逃亡犯罪人引渡條例第三條)

此區別モ亦重罪輕罪ノ細別ニ過キス

(九)普通犯、特別犯

特別犯トハ何ソ

犯罪ハ又其區域ノ黙ヨリ之ヲ普通犯ト特別犯ニ區別ス所謂特別犯ノ何タルヲ示サハ他ハ總テ普通犯ト知ルヘシ

特別犯ニ二種アリ其一ハ或特別ナル職務若クハ身分ヲ有

スル者ニ對スル禁令ニ背キタル罪ヲ云フ此種ノ犯罪中ニ於テ其最モ重要ナル者ハ軍事犯ナリトス(第四條)又一ハ特別法即チ出版條例新聞紙條例集會條例銃獵取締規則等ニ反スル罪ヲ云フ(第五條)

區別ノ實用

此區別ノ實用ハアリ(一)刑罰ノ適用ヲ異ニスルヿ即チ特別犯ニハ此刑法ニ揭クル總則ヲ適用セサルヿアリ(刑法第五條及第九十六條昨明治二十一年十二月公布特許條例第四十二條同意匠條例第二十七條同商標條例第二十六條參看)(二)管轄裁判所ヲ異ニスルヿ即チ軍事犯ノ如キ是ナリ

(十) 附帶犯、非附帶犯

附帶犯トハ何ソ

附帶犯トハ互ニ密接ノ關係ヲ有スル數罪ヲ犯シタルヲ云フ治罪法第三十九條ニ其三個ノ場合ヲ列擧セリ

附帶犯ハ起訴ヲ俟タス本訴ヲ受理シタル裁判所ニ於テ之ヲ裁判スルヿヲ得(治罪法第二百七十六條)又附帶犯ハ刑罰加重ノ原因ト爲ルヿアリ(第三百八十一條)是此區別ノ實用トス

既遂犯ト未遂犯ノ別

以上列擧スル犯罪ノ類別外ニ尙一ノ區別アリ既遂犯ト未遂犯ノ區別即チ是也此區別ハ理論上且實際上ニ於テ頗ル肝要ナルヲ以テ左ニ章ヲ分テ之ヲ詳論セントス

刑法第百十一條決意ヲ罰セサル理由

第三章　犯罪ノ決意豫備及未遂

第一節　決意

罪ヲ犯サンコトヲ謀リ又ハ其企ヲ實行スルヿニ決心シタルノミヲ以テハ未タ罪ト爲ラサルヲ原則トス(第百十一條)其理由ハ人心內部ノ働キハ之ヲ證明スルヿ難シト云フニ非ス自白書面其他顯然タル證憑ノ存在スル場合ニ於テモ之ヲ罰スルヲ許サヽルナリ決心ヲ罰セサル眞正ノ理由ハ未タ社會ニ一定ノ害ナキニ在リ從テ之ヲ罰スルノ必要ナシ

必要ナキニ罰スルハ刑罰ノ本旨ニ非サルナリ尤モ罪ヲ犯スノ決心事實ニ於テ明白ナル時ハ社會ニ危險ナシトセス然レトモ其危險ヲ未發ニ防止スルハ行政警察ノ職掌ニシテ未タ刑法ノ關渉スヘキ所ニ非ス刑法上敢テ之ヲ罰セントスルニハ文明社會ニ最モ嫌忌ス可キ抑壓手段ヲ行ハサルヲ得ス公益上ヨリ言フモ自止ノ門戸ヲ鎖サヽル爲メ之ヲ罰セサルヲ以テ得策トスヘシ

歐洲現行ノ刑法中唯魯西亞刑法ニ於テ言語書面等ニ形ハレタル犯罪ノ決心ヲ罰スルノ條文アリ(同國刑法第百十一條)

我刑法第百二十五條ニ內亂ノ陰謀ヲ罰スルハ右原則ニ對スルノ例外ニ非ス其理由ハ內亂ノ陰謀トハ佛語「コンプロ

豫備ト實行ノ大別

ノ譯語ニシテ一人ノ腦裡ニ埋伏スル決心ヲ言フニ非ス二人以上ノ者ノ間ニ議決シタル陰謀ヲ指スモノニシテ卽チ一罪ヲ組成スルニ足ル外形ノ害アルニ依テ之ヲ罰スル者トス(草案第百四十條第一項佛國刑法第八十九條第五項參看)

第二節　豫備及其未遂トノ分界

法律ハ犯罪ノ決心ヲ罰セサル「前節ニ述ヘタルカ如シ犯罪ハ必ス外部ニ顯出スル所爲タル」ヲ必要トス是卽チ犯罪外形ノ要素又ハ罪體ト稱スル所ノ者ナリ外形ノ所爲ト雖モ一般ニ罪ト爲ル者ニ非ス刑法一般ノ原

豫備ヲ罰セサル理由

則トシテ豫備ノ所爲ト實行ノ所爲トヲ區別セサル可カラス

豫備ノ所爲トハ例ヘハ人ヲ殺スノ目的ヲ以テ銃砲刀劍又ハ毒藥ヲ買入ルヽ如キ所爲ヲ云フ刑法ハ豫備トシテ此等ノ所爲ヲ罰セス(第百十一條)或學者ハ其理由トシテ曰ク豫備ノ所爲ハ其犯罪ノ目的ヲ表彰セス銃砲ヲ買入レタルノミヲ以テハ銃獵ニ之ヲ用ユルノ意ナルヤ知ル可カラス刀劍ヲ買入レタルハ室ヲ飾ルノ目的ニ出ルヿアリ毒藥ト雖モ藥品ニ之ヲ使用スルヿナシトセス故ニ其之ヲ買入レタルノ所爲ノミヲ以テハ何等ノ用ニ供スルノ意思ナルヤヲ判然スル能ハス是レ法律ニ之ヲ罪トシテ罰セサル所以ナリト此說誤レリ素ヨリ目的ノ判然セサルハ豫備ヲ罰セサ

ル一理由ナリト雖モ未タ以テ其主タル理由ト爲スニ足ラス何トナレハ自白其他確實ナル證憑ノ存スル場合ニ於テモ之ヲ罰スルヲ得サレハナリ然ラハ其眞正ノ理由ハ如何曰ク豫備ノ所爲ハ未タ其目的トスル犯罪ト直接ノ關係ヲ有セス豫備トシテハ未タ社會ニ一定ノ害ナシ一定ノ害ナキニ之ヲ罰スルハ刑罰ノ本旨ニ非サルノミナラス却テ其目的トスル犯罪ノ實行ヲ招クノ不得策ナルカ故ナリ

豫備ヲ罰スル場合

此理由ニ依リ又豫備ヲ罰セサル原則ニ制限ナカル可カラサルヿヲ知ルヘシ即チ事ハ重大ニ係リ豫備ノミヲ以テ直ニ社會ニ害ヲ生スル者ハ之ヲ罰セサルヲ得ス是即チ皇室ニ對スル罪、內亂及ヒ外患ニ關スル罪幷ニ貨幣偽造罪ノ豫備ヲ罰スル所以ナリ（第百十六條第百二十五條第百三十三

條及第百八十六條第二項）殊ニ內亂ノ豫備ノ如キハ其實行ニ着手スルヲ俟テ之ヲ處分スルノ暇ナキ者トス俗ニ曰ク（勝テハ官軍負ケレハ賊）ト若其未遂ニシテ偶々効ヲ生スルヿアラハ最早之ヲ罰セントスルモ能ハス是即チ前ニ說明スル如ク內亂ノ陰謀ト雖モ之ヲ罰スル所以ナリ

又一ノ注意ス可キヿハ犯人ノ意中豫備ノ所爲ト雖モ特別罪トシテ之ヲ罰スルヿアリ例ヘハ軍用ノ銃砲彈藥ヲ私用スル罪ノ如キ是ナリ又從犯トシテ之ヲ罰スルヿアリ（第百九條）此等ノ場合ヲ目シテ豫備ヲ罰セサル原則ノ例外ト謂解ス可カラス

豫備ト實行ハ如何シテ之ヲ區別スル

豫備ト實行ヲ明ニ區別スルノ必要ナルヿ論ヲ俟タス何トナレハ即チ豫備ハ之ヲ罰セス實行ニ着手シテ始メテ罪ト

事實問題ト法律問題ヲ區別スルノ必要

ヤ

爲ルモノナレハナリ(第百十一條)然ルニ法律ニハ其區別ノ標準ヲ示サヽルヲ以テ實際頗ル困難ナキ能ハス各犯罪ノ性質ト情態トニ依テ其分界ヲ定メサルヲ得サルナリ

近比有名ナル學者ノ說ト佛國最近ノ判決例ニ基キ右ノ區別ニ關スル法理ヲ示サンニ凡ソ豫備ト實行ヲ識別スルニハ裁判官ニ於テ必ス二ノ點ヲ判斷セサル可カラス其第一ノ點ハ被告ハ何罪ヲ犯スノ意思ナリシヤヲ定ムルニ在リ此一點ハ全ク事實論ニシテ別ニ說明スルヲ要セス第二ノ點ハ其意思ヲ以テ行ヒタル所爲ハ實行ノ端緒卽チ我刑法第百十一條ニ所謂事ヲ行フノ所爲ナルヤ否ヤヲ定ムルニ在リ此一點ハ純然タル法律上ノ論題トス余惟フニ豫備ト未遂ノ分界ニ關シテ太甚シキ誤說ノ一般ニ行ハルヽハ畢

法律問題トシテ豫備ト實行ヲ識別スルノ方法

竟此二點ヲ區別スルヿノ明カナラサルニ原因スル者トス故ニ此重要ナル論題ニ付キ左ニ少シク說明スル所アラントス

豫備ノ所爲ヲ罰セサル所以ハ曩ニ述ヘタル如ク畢竟其目的トスル犯罪ト直接ノ關係ナキニ在リ犯罪ノ一部分ト認ムルニ足ラサルニ在リ夫レ然リ故ニ或一ノ罪ヲ犯スノ意思ヲ以テ或一ノ所爲ヲ行ヒタルノ事實証明セラレタリトシテ其所爲ノ未タ豫備ニ過キサルヤ又ハ既ニ未遂犯ト爲リタルヤヲ判定スルニハ其目的トシタル犯罪ト對照シテ之ト直接且分離ス可カラサルノ關係ヲ有スル者ナルヤ否ヤヲ見ルヲ以テ眼目トセサル可カラス未タ其犯罪ト直接且必然ノ關係ナキ者ハ豫備ニ止リ既ニ其一部分ヲ成ス者

ハ實行ノ所爲卽チ未遂犯トス

茲ニ所謂犯罪ト直接又ハ不可分ノ關係ナル語ニ付テ誤解ス可カラサルヿアリ直接ノ關係トハ犯罪タル所爲自ラニ着手シタルヿヲ要スルノ義ニ非ス卽チ例ヘハ竊盜ノ未遂犯ヲ成スニハ其盜取セントスル物品ニ手ヲ着クルヲ必要トセス又謀故殺ノ未遂犯ヲ成スニハ必スシモ一刀ヲ加フヲ要セス唯其目的トシタル犯罪ノ實行ニ着手シタルヿヲ要スルノミ未遂犯トハ獨リ法律ニ定ムル犯罪ヲ構成スル所爲自ラノ實行ニ着手シタルノミヲ云フニ非ス卽チ其實行ニハ未タ達セス左レハトテ豫備ノ度ハ之ヲ超過シタル別ノ所爲ニ因テ實行ニ着手シタルヲ云フ此區別ハ極メテ纖蜜ニ渉リ之ヲ分析スルヿ往々

困難ナルヿアリト雖モ未遂犯ノ本義ヲ明定スルニハ最モ肝要ナル一點ト信スルナリ佛國刑法ニハ犯罪實行ハ端緒ナル語アリ(佛國刑法第二條草案第百二十五條)能ク未遂犯ノ性質ヲ表彰スルモノト云フヘシ

今茲ニ一二ノ例ヲ以テ右原則ノ適用ヲ示サンニ例ヘハ毒藥ヲ買入ルヽノ所爲ハ未タ豫備ニ過キサルヿ論ヲ俟タスト雖モ一旦之ヲ飲食物ニ混和シタルニ於テハ既ニ疑ナキニ非ス佛國大審院ハ其所爲ヲ以テ毒殺ノ未遂ニ問フヿニ判決セリ(千八百七十四年十二月十七日ノ判決)是又有名ナルロシー氏及ガロー氏ノ說ナリ(同氏刑法第二卷第二百九十九頁)ガロー氏同第百十四節)余ハウィレー氏ト共ニ此說ニ反對スル者ナリ(同氏刑法第九十八節)飲食物ニ混和シタル

ノミヲ以テハ銃殺ノ目的ヲ以テ彈藥ヲ詰込ムノ所爲ト異ナテス手ヲ下シテ之ヲ服用スルノ位地ニ置キ始メテ實行ノ所爲ト爲ルヘシ又窃盗ノ目的ヲ以テ門戸墻壁ヲ踰越シ鎖鑰ヲ開テ邸内ニ入リタルノミヲ以テ窃盗ノ未遂ト爲ルヤニ付テハ大ニ議論アリフ、エリー氏及ベルトール氏ノ如キハ未遂犯ニ非スト曰ヘリ(フ、エリー氏刑法第一卷第二百五十六節ベルトール氏同第二百二十一頁)然レトモ佛國大審院ハ未遂犯ニ問フヿニ判決セリ(千八百七十九年五月一日)ウイレー氏及ガロー氏ハ此判決ヲ以テ其當ヲ得タル者トセリ(ウィレー氏刑法第九十八節ガロー氏同第百十四節)我刑法ニ於テモ門戸墻壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キ邸宅倉庫ニ入リタルノ事實ヲ以テ窃盗罪實行ノ端緒ト認メ

タルヿ其條文ヲ見テ之ヲ知ルニ足ルヘシ(第三百六十八條)是實ニ當然ノヿニシテ銃砲刀劍ヲ買入ル、如キ目的ヲ辨解スルノ方法多キ所爲トハ全ク其性質ヲ異ニスルモノト云フヘシ我刑法起草者ボアソナード氏モ亦窃盗ノ未遂ニ問ハサル可カラスト明言セラレタリ(草案第百二十五條註釋)

又人ノ家屋ヲ燒燬セントシテ其結果ノ必然生スヘキ狀態ニ柴草其他燃ヘ易キ物質ヲ配置シタル者ハ放火ノ未遂犯タルヿ疑フ可キニ非ス(佛國大審院千八百六十一年七月二十日ノ判決)

以上列擧スル二三ノ例ヲ以テモ豫備ト實行トヲ區別スルノ往々困難ナルヿヲ窺知スルニ足ルヘシ裁判官ハ深ク事

事實定マリテ其豫備又ハ未遂タルヲ

決スルハ法律上ノ問題タリ

實ニ注意シ如何ナル罪ヲ犯スノ意思ヲ以テ如何ナル所爲ヲ行ヒタルヤヲ明ニセサル可カラス然レトモ一旦此事實ノ點ヲ明ニシタル以上ハ其行ヒタル所爲ノ豫備タルト未遂タルトヲ定ムルハ全ク法律上ノ問題タルヿヲ誤解ス可カラス我刑法ヲ說ク者多クハ豫備ト着手ノ區別ヲ以テ單純ナル事實論トスト雖モ太甚シキ謬見ト謂ハサルヲ得ス素ヨリ豫審又ハ公判ニ於テ被告ハ何ナル罪ヲ犯サントシテ何ナル所爲ヲ行ヒタルヤ(卽チ例ヘハ竊盜ノ意思ヲ以テ門戶牆壁ヲ踰越シタルヤ否ヤ)ヲ定ムルハ事實論ニシテ判官ノ全權內ニ在ルヘシ然レトモ一旦其全權ヲ以テ認定シタル事實ヲ誤テ豫備又ハ實行ト判決シタルニ於テハ其裁判ノ法律ニ違背シタルノ理由ヲ以テ上告ヲ爲スヲ得ヘク

又其理由ヲ以テ之ヲ破毀スルヲ得ヘシ本來大審院ノ職權ハ裁判官カ其全權ヲ以テ認定シタル事實ヨリ生セシメタル法律上ノ結果ノ當否ヲ審査スルニ在リ法律ニハ固ヨリ未遂犯ヲ組成スル實行ノ所爲ノ何タルヲ指定セスト雖モ實行ノ所爲ヲ要スルヿハ疑ナキ一點トス既ニ實行ノ所爲ヲ要ストスレハ裁判上認定シタル事實ニ誤テ實行ノ名稱ヲ附與スルカ又ハ附與セサルハ法律ニ違背スルモノト謂ハサルヲ得サルナリ(ブランシユ氏刑法第一卷第十二節ウイレー氏同第九十八頁ガロー氏同第百十四節參看)フ、エリー氏及ル、セリユ氏ハ數十年前ニ遡ル古キ判決例ヲ引證トシテ佛國判決例ハ豫備ト着手ノ分界ヲ定ムルヲ以テ全ク事實論ト認ムルヿニ一定セリト曰ヘリ(フ、エリー氏刑法第

一卷第二百六十七節ル、セリエ氏犯罪論第一卷第二十九節）是全ク事實ヲ誤解シタルノ說ニシテ佛國大審院ハ嘗テ右原則ノ確實ナルヿヲ認ムルニ躊躇シタルヿアリト雖モ近來ハ其主義一定シテ殆ト動カサルヿトナレリ殊ニ前示放火ニ關スル千八百六十一年ノ判決及毒殺ニ關スル千八百七十四年ノ判決ノ如キハ最モ其顯著ナル証據ナリト云フヘシ

以上豫備ト未遂トノ分界ヲ說明シタルヲ以テ是ヨリ未遂犯ニ論及セントス

第三節　未遂犯ノ要素及其種類

未遂犯ニ要スル三條件

未遂犯ノ成立スルニハ左ニ列擧スル三個ノ條件ノ具ハルヲ必要トス（ガロー氏刑法第百十六節參看）

（一）或罪ヲ犯サントシタルノ證據アルヿ　此條件ノ必要ナルヿハ我刑法第百十二條ニ「罪ヲ犯サントシテ」トアルヲ以テ之ヲ知ルヘシ前節ニ述ヘタル如ク豫備ト未遂トヲ區別スルニハ先ツ此事實ノ點ヲ判定セサル可カラス此條件ヲ要スルノ結果トシテ未遂犯ニハ無意犯ナキヿヲ知ルヘシ既遂犯中ニハ過失殺傷又ハ失火ノ如キ犯意ナキ所爲ニシテ罪ト爲ル者アリト雖モ過失殺傷又ハ失火ノ未遂犯ナル者ハ之ナシトス

實行ノ端緒

（二）右犯罪ノ意思實行ノ端緒ニ表出シタルヿ　此條件モ亦前ニ之ヲ詳述シタルヲ以テ之ヲ畧ス

意外ノ障礙若ケハ舛錯

着手未遂犯ト缺効犯ノ別

(三)意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因テ遂ケサリシ者ト舛錯ニ因テ遂ケサル者トノ別ニ付テハ少シク説明ヲ要スルヿアリ左ニ之ヲ述ヘン

凡ソ犯罪ヲ遂ケサル所爲ニ二種アリ一ハ事ニ着手スト雖モ意外ノ障礙ニ因リ之ヲ遂クルニ至ラサル者ヲ云フ即チ例ヘハ之ヲ殺サントシテ將ニ發砲セントスル所ヲ巡査ニ捕ヘラレタル如キ是ナリ之ヲ稱シテ着手未遂犯ト云フ又一ハ既ニ着手ハ度ヲ超ヘ犯罪ヲ遂クルニ必要ナル所爲方法ヲ盡シタルモ意外ノ原因ヨリシテ其目的トシタル効果ノ生セサリシ者ヲ云フ即チ例ヘハ人ヲ殺サントシテ發砲シタルニ方法ノ拙ナルヨリシテ中ラサリシ場合ノ如キ是ナリ學者ハ之ヲ稱シテ缺効犯ト日ヘリ

佛國刑法第二條ニ着手未遂犯ト缺効犯トヲ合セテ其所分ヲ定メタリ我刑法草案ニモ此二種ノ未遂犯ヲ區別シ着手未遂ハ其第百二十五條ニ之ヲ規定シ缺効犯ハ其第百二十六條ニ之ヲ規定セリ此區別ハ現行刑法第百十二條ニ移リタルヤ否ヤ是未遂犯ニ關シテ最モ明ニセサル可カラサル一點ナリト考フ

通常學者ノ説ク所ニ依レハ本條ニ所謂意外ノ障礙ニ因テ遂ケサル者トハ即チ着手未遂犯ヲ指シ舛錯ニ因テ遂ケサル者トハ缺効犯ヲ云フモノトス是全ク本條ノ精神タルヿ疑ヲ容レス但字義上ヨリ見解ヲ下ス時ハ障礙ト舛錯ハ着手ト缺効ノ別ニ關係ナク舛錯トハ唯自己ノ仕損シヨリ遂ケサル者ヲ云ヒ意外ノ障礙トハ着手缺効ニ別ナク仕損シ

ニ非サル總テノ外因ヨリ遂ケサル者ヲ示スニ適當スル語ナルヘシ即チ列ヘハ殺意ヲ以テ毒物ヲ飲マシメタルニ偶々消毒物ヲ飲テ死セサリシ場合ノ如キハ其毒殺ノ缺効犯タルヿ疑ヲ容レスト雖モ升錯ニ因テ遂ケサル者ト云フハ果シテ其當ヲ得タル者ナルヤ是レ疑ヲ挿ムヲ得ヘキ點ナリト雖モ立法者ハ必ス草案ノ順序ヲ履ミ着手未遂犯ト缺効犯ノヿヲ云フノ意ナリシヲ信スルナリ

右何レノ解釋ニ從フモ實際刑ノ適用上ニ於テハ議論ノ實用ナキモノトス(第百十二條未文)

未遂犯ナル語ハ着手未遂ニノミ適當スヘシト雖モ本條ニハ着手未遂ト缺効ヲ併稱シテ「未タ遂ケサル」者トアルヲ以テ以下未遂犯ト云ヘハ此二者ヲ包含スル者ト解スヘシ

自己ノ意思ヲ以テ中止スルヿヲ得

自止ノ原因ヲ問ハス

意外ノ障礙又ハ舛錯ニ因テ遂ケサルヿヲ要スル以上ハ其障礙又ハ舛錯無キ内ニ犯人自己ノ意思ヲ以テ犯罪ノ實行ヲ中止シタル時ハ未遂犯ト爲ラサルヿ明ナリ(佛國刑法第二條白耳義刑法第五十一條獨逸刑法第四十六條亦同)是畢竟自止ヲ促スノ目的ニ出テタルモノトス社會ハ事ノ未タ遂ケサルニ罰シテ之ヲ遂クルノ念ヲ起サシムルヨリハ寧ロ不問ニ附シテ可成害ヲ未發ニ防止スルヲ得策トス、

意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因テ遂ケサリシヤ否ヤヲ定ムルハ全ク事實論トス唯一ノ注意ス可キハ自止ノ原因如何ハ之ヲ問フヲ要セス一般ニ未遂犯ノ條件ヲ缺ク者トシテ豫審ト公判ニ別ナク免訴又ハ無罪ノ言渡ヲ爲サヽル可カラス(治罪法第二百二十四條)其眞心悔悟ニ出テタルト畏懼ニ

出テタルトヲ問ハス(故ニ或學者ノ說ニ中止犯ヲ罰セサルハ悔悟ヲ促スノ目的ニ出テタルモノトスルハ誤レリ)又斷然犯罪ノ企ヲ廢棄シタルト一時其實行ヲ見合セタルトヲ區別セサルナリ

左ニ二三ノ例ヲ擧ケ以テ自止ノ効力有無ヲ論定セントス

(一)人ヲ銃殺セントシテ發砲シタルニ誤テ中ラサルカ又ハ負傷セシメタルニ過キサル場合ニ於テハ既ニ實行ノ所爲ヲ盡シ意外ノ原因ヨリ其結果ノ生セサル者ナレハ缺効犯ノ二大要件具ハレリ故ニ假令ヒ眞心悔悟シテ再ヒ發砲スルノ念ヲ絶ツモ既ニ晩シトス此場合ニ付テハ殆ト異論ヲ主唱スル者アルヲ聞カサルナリ

(二)人ヲ殺サントシテ斬付ケ其未タ死ニ至ラサル間ニ忽

然悔悟ノ情ヲ發シ自ラ實行ヲ中止シタル場合ハ如何草案ニ於テハ飽迄自止ヲ促スノ政策上ヨリ「既ニ實行ノ所爲ヲ盡シタル後ト雖モ犯人自己ノ意思ヲ以テ其効果ヲ生セシメサル時ハ唯實際ニ生シタル結果ニ付テ罰ス」トノ條文アリタリ(草案第百二十七條)故ニ當ニセヨ否ニセヨ明文ノ存在スルニ於テハ本問ノ如キハ之ヲ謀故殺ノ未遂犯ニ問フヲ得ス唯創傷シタル場合ニ於テ其結果ヲ罰スヘキノミ然ルニ此草案ノ條文ハ刪除セラレタリ余ハ固ヨリ其刪除ノ理由ヲ知ラスト雖モ何ニセヨ刪除セラレテ現行法中ニ存セサル以上ハ一般原則ノ適用トシテ謀故殺ノ未遂ヲ以テ論セサル可カラス又結果タル創傷ヲ罰スルヲ得サル者ト信ス然ルニ現今我邦十中八九

ノ學者ハ恰モ右草案條文ノ現存スルト同シク殺人ノ未遂ニ問ハスシテ結果ヲ罰スヘキノ説ヲ主唱セリ是大謬見ニシテ起草者ト雖モ右條文ノ採用セラレサリシ現行法ノ解釋トシテハ斯カル見解ヲ下スヲ以テ不當トセラルヘキヤ必セリ闡ク現行刑法ノ改正近キニ在リト然ラハ右草案第百二十七條ハ法律ノ効力ヲ有スル正條ト爲ルヘキヲ信ス其日ニ至ラハ大半解釋者ノ説ニ從フヘシト雖モ現行法ノ解釋トシテハ余ハ斷然舛錯ニ因テ殺人ノ効ヲ缺キタル所爲トシ第百十二條ニ擬スルニ躕躇セサルナリ

余ノ理由トスル所ハ極メテ簡單ナリ卽チ殺意ヲ以テ手ヲ下シ(二刀二刀ヲ以テハ死ニ致サヽルノ意思事實ニ於

テ確然タルトキハ格別)實行ノ手段ヲ盡シタルニ唯自己ノ仕損シ卽チ意外ノ舛錯ニ因テ遂ケサル者ナルニ依リ缺効犯ノ要素ハ悉皆具備セリ換言スレハ現行刑法第百十二條ニ所謂既ニ事ヲ行ヒ意外ノ舛錯ニ因テ遂ケサル者ナリ然ルニ尙之ヲ未遂トシテ罰セサルニハ可成自止悔悟ノ途ヲ塞カサルノ策畧トシテ右草案第百二十七條ノ如キ特別ノ明文ナカル可カラス余ハ全ク前示第一問ノ發砲シタル中ラサル場合ト擬律ヲ異ニスルノ理由ヲ發見セサルナリ

又現ニ殺意ヲ以テ行ヒタル所爲ヲ毆打創傷罪ニ問ハントスルハ犯意ナキ所爲ヲ罰スヘカラサル原則(第七十七條第一項)ニ反スル駁擊ヲ免ルヽヲ得ス若毆打創傷スル

ノ意ナキ所爲ヲ歐打創傷ニ問フニ妨ナキモノトセハ前示草案第百二十七條ヲ設ケテ特ニ結果ヲ罰スヘキヿヲ明言スルヲ要セス畢竟歐打創傷罪ニ關スル條文ヲ適用スルニハ殺意ヲ以テ行ヒタルニ非サルヿヲ要スレハコソ起草者ハ特ニ右明文ヲ設クルヲ必要トシタルモノナリ或論者ハ右草案第百二十七條ヲ刪除セラレタルヲ以テ結果ヲ罰スルニハ明文ヲ要セス」トノ主意ニ出テタル者トスレトモ是全ク無據ノ斷言ニ過キス確實ナル編纂ノ如キ者ナキ以上ハ恣ニ原則ニ反スル判斷ヲ以テ立法者ノ意思ト曰フヲ許サヽルナリ

此理由ニ依リ原理上歐打創傷ニ問フヿ能ハサレハコソ缺効犯ニ非ストスル論者中ニ於テモ遂ニ無罪說ヲ主唱

為例ト行家カ
異ルヤ毒ヲ与ヘカ
ラ事ニ死セシメ
一ノ行為ノミナラスヤ
必ラス初犯ナリ

スル者ヲ生スルニ至リタル所以ニシテ實ニ避クル能ハサルヿト云フヘキナリ

(三)毒殺ノ目的ヲ以テ毒藥ヲ施用シ未タ死ニ至ラサル內ニ消毒藥ヲ施用シタル場合ハ前問ト大ニ相似テ異ナリ我刑法ノ擬律上ニ於テハ意外ノ障礙幷錯共ニ之ナキヲ以テ未遂犯ニ非ストス但第三百七條ニ記載スル健康ヲ害ス可キ物品ヲ施用シテ人ヲ疾苦セシメタル罪ニ問フヘキヤ否ヤノ点ニ於テハ前問ノ場合ニ於テ歐打創傷罪ニ問フ可キヤト同シク議論ノ一点ナリ現時我法律社會ニ勢力ヲ縱ニスル結果ヲ罰スルノ說ニ於テハ固ヨリ同條ニ擬スルニ躊躇セスト雖モ全ク前問ノ場合ニ於ケルト同一ノ理由ニ基キ草案第百二十七條ノ如キ明文ナキ

以上ハ疾苦罪ヲ以テ論ス可カラス卽チ刑法第三百七條ハ殺意ナクシテ行ヒタル場合ニ適用ス可キ條文トス(草案第三百四十條及註釋)サレハコソ起草者ハ特ニ右條文ヲ設ケ以テ健康ヲ害スル罪ニ問フヘキヿヲ示スノ必要ヲ感シタルモノナリ然ルニ其條文ニシテ刪除セラレタリトスル以上ハ其刪除ノ理由如何ヲ問ハス原理上第三百七條ニ擬スルヲ得ス仍テ本問ハ無罪ト判決スルノ外ナキナリ

余一己ノ謬見ナルヤ知ラスト雖モ法理究明ノ爲メ敢テ世上ノ學者ニ質サント欲スルヿハ右毒藥ヲ施用スル如キ所爲ヲ罪トシテ論セサルハ固ヨリ不都合ナルヘシト雖モ其不都合ヲ避クルノ方法トシテ草案ニ定ムル如キ結果ヲ罰スルハ果シテ學理ノ許ス所ナルヤ余ハ此点ニ於テ甚タ疑フ所ナキ能ハス元來毒藥ヲ施用スル所爲ハ如キハ結果ノ如何ヲ問ハス其所爲ヲ以テ既ニ一罪ヲ組成スルニ足ル危險有害ノ者タルヲ信ス(尙其外ニ健康ヲ害スル等ノ結果アル時ハ過失トシテ刑ヲ加重スルモ可ナリ現ニ我刑法第二百九十九條等ニモ其例アルニ非ス ヤ)故ニ其毒藥施用ノ點ヲ主トシテ之ヲ罰スヘシ然ルニ此方法ヲ棄テ無意ノ結果ヲ罰セントスルハ學理ニ悖戻スルモノニハ非サル歟

以上列擧スル一二ノ例ヲ以テ我刑法第百十二條ニ所謂意外ノ隙礙若クハ舛錯ニ因テ遂ケサル者ノ何タルヿヲ窺知スルニ足ルヘキ歟

着手未遂ト欲効犯ノ輕重

以上説明シタル如ク我刑法第百十二條ハ着手未遂犯ト欲効犯トヲ混合シテ未遂犯ト名ケ且何レモ本刑ニ一等又ハ二等ヲ減ストセリ然レトモ此二者ヲ分拆スル時ハ大ニ其輕重ヲ異ニスル所ナキ能ハス固ヨリ犯罪ヲ遂ケサル點ハ同一ナリト雖モ其遂ケサルノ原因ハ全ク相異ナリ即チ一ハ犯罪ノ實行ニ着手シタルニ止リ未タ之ヲ遂クルニ必要ナル所爲ヲ盡サス之ニ反シテ又一ハ其所爲ヲ盡シ唯意外ノ妨碍ニ遇フテ効果ヲ欲キタルニ過キス故ニ欲効犯ハ實ニ行ノ所爲ヲ盡スマテ犯意ヲ變セサリシ者ナリト雖モ着手

第四節　未遂犯ノ處分

犯ハ之ニ反シ意外ノ障礙ニ接セサル内ハ何時自己ノ意思ヲ以テ實行ヲ中止スルヤ知ル可カラス是即チ其欲効犯ヨリモ一般ニ輕キ所アリトス

然リト雖モ歐洲過半ノ國ノ刑法ニハ着手未遂犯ト欲効犯トヲ區別セス之ヲ罰スルニ全ク同一ノ刑ヲ以テセリ(佛國刑法第二條白耳義同第五十二條獨逸同第四十三條及第四十四條)獨リ亜西亜刑法及伊太利刑法草案ニハ此區別ヲ明ニシ且實際處分ヲ異ニスルヿヲ得セシメタリ即チ魯西亜刑法ニ於テハ何レモ本刑ニ一等乃至三等ヲ減ストセリ又伊太利刑法草案ニ於テハ欲効犯ハ本刑ニ一等ヲ減ストシ着手未遂犯ハ二等又ハ三等ヲ減ストセリ(第七十一條及第七十二條)我刑法草案ハ殆ト此例ニ倣ヒ着手未遂犯ハ本刑

ニ二等又ハ三等ヲ減ストシ(第百二十五條)欲効犯ハ一等又ハ二等ヲ減ストセリ(第百二十六條)然ルニ現行刑法ハ之ニ倣ハスシテ何レモ本刑ニ一等又ハ二等ヲ減ストセリ(第百十二條)余ハ其草案ヲ採用セサリシ所以ヲ知ラスト雖モ又必スシモ現行法ニ定ムル所ヲ以テ不當ト云フ可カラス其理由ハ先ツ一等又ハ二等ヲ減ストアルヲ以テ其範圍内ニ於テハ刑ヲ輕重スルヿ自在ナル可シ是卽チ前示魯西亞刑法ト同一ノ仕組ナリ又一歩ヲ進メテ考フル時ハ欲効犯ハ擧テ着手未遂犯ヨリモ重キ者ト斷言スルヲ得ス欲効犯ト雖モ細ニ其欲効ノ原由ヲ分拆スル時ハ或ハ良心ニ咎ムル所アリテ手ノ振ヒタル等ニ原因スル所ナキヲ必セス又着手未遂犯ト雖モ寸分ノ感ヒナク今ヤ手ヲ下サントスル所

欲効犯ト既遂犯ノ輕重

ヲ捕ヘラレタル如キ場合ニ於テハ實際殆ト欲効犯ト輕重ノ差異アルヲ見ス其他欲効犯ノ場合ニモ可成刑ヲ輕クシ再ヒ手ヲ下スノ念ヲ絶タシムルヲ得策トス思フニ立法者ハ此等ノ理由ニ基キ意外ノ障礙ニ因テ遂ケサル者ト幷錯ニ因テ遂ケサル者トノ間ニ動ス可カラサル刑ノ差別ヲ設ケラレサルモノナル歟

欲効犯ハ又既遂犯ヨリモ其刑ヲ輕クセサル可カラサル者ナルヤ輕クセサル可カラサル者ナリトシテ其理由ハ何如是レ刑法學理上ノ一論題ナリト考フ我刑法ハ他國一般ノ例ニ倣ヒ左ニ述ル如ク一等又ハ二等之ヲ輕クセリ佛獨大半ノ學者ハ欲効犯ハ害(mal)ヲ生セサルヲ以テ其理由トス ト雖モ實ニ心服シ難キ說ト謂ハサルヲ得ス固ヨリ欲効犯

ハ通常一私人ニ損害ヲ生セス故ニ私訴ノ根基ハ之ヲ飲ク
コト多カルヘシト雖モ其所爲ヨリ社會ニ生スル害ハ果シテ
輕重ヲ異ニスルヤ余ハ敢テ寸分ノ差ナキヲ信ス蓋シ彙ニ
詳述シタルカ如ク飲効犯トハ始終犯意ヲ變セスシテ實行
ノ所爲ヲ盡シタル者ヲ云フ其結果ヲ飲キタルハ意外ノ出
來事ニ過キス之カ爲ニ罪ヲ輕シトスルハ原理ノ許サヽル
所ナリ刑法上ノ害トハ民法ニ所謂損害ト異ナリ社會ノ秩
序安寧ニ對スル害ヲ云フ者トス然ルニ社會ノ秩序安寧ニ
對スル害ハ一私人ニ對スル有形害迹ノ有無ニ關セス其犯
罪ヲ遂ケントシテ之ヲ遂クルニ不足ナキ手段ヲ盡シタル
以上ハ社會ノ安全ヲ維持スル爲メ之ヲ罰スルノ必要ナル
コトハ結果ノ生シタル場合ト毫モ其度ヲ異ニスルコトナシ犯

人ノ罪從テ其責任ハ全ク同一ナラサルヲ得サルナリフオ
ースタン、エリー及ウイレーノ二氏ハ飲効犯ヲ輕シトスル
一般ノ學者ノ說ニ反對セリト雖モ(フ、エリー氏刑法第一卷
第二百五十二節及第二百五十三節ウイレー氏同第百五頁)
右ニ述ル所ト大ニ論據ヲ異ニスルヲ以テ敢テ臭見ヲ吐露
シテ識者ニ質サント欲ス
然リト雖モ余ハ決シテ飲効犯ヲ罰スルニ既遂犯ノ刑ヲ以
テスヘシト曰フニ非ス唯實害ナキヲ理由トシテ其處分ヲ
輕クスルノ說ヲ不當トスル而已曩ニモ言ヘル如ク飲効犯
ハ其飲効ヲ來シタル原因中ニ往々酌量スヘキ情狀ヲ包含
スルコアリ又飲効ノ後ニ至テ忽然前非ヲ悔ヒ哀憐ノ情ヲ
發シテ救助ニ手ヲ盡スノコトナシトセス法律ニハ卽チ其改

心ヲ生シ易カラシメ再ヒ手ヲ下スノ念ヲ絶ツニ導クノ策
畧トシテ刑一等又ハ二等ヲ減シ恐ルヘキ死刑若クハ無期
徒刑ニ處セサルヘキヿヲ示スハ或ハ不當ニ非スト考ルナ
リ

重罪ノ未遂

未遂犯ハ總テ本刑ニ一等又ハ二等ヲ減スル者ニ非ス重罪
ノ未遂ハ此例ニ照シテ處斷スト雖モ輕罪ノ未遂ハ本條別
ニ記載スルニ非サレハ之ヲ罰セス又違警罪ノ未遂ハ總テ
其罪ヲ論セス(第百十三條佛國刑法第三條獨逸刑法第四十
三條)

輕罪ノ未遂ハ何故ニ通常之ヲ罰セサルヤ

輕罪ノ未遂ヲ罰セス何ソヤ一般學者ノ說ニ依レハ其
理由二アリ其一ハ輕罪ハ重罪ニ比スレハ其罪過カニ輕微
ナルヲ以テ其未遂ヲマテ罰スルノ必要ナシト云フニ在リ

(ガロー氏刑法第百二十二節)此理由ハ全ク價値ナキ者トス
何トナレハ罪輕ケレハ其割合ニ輕ク罰スルヲ當然トス全
ク罰セサルハ其當ヲ得サレハナリ第二ノ理由ハ輕罪ノ未
遂ハ多ク刑罰ヲ科スルニ足ル丈ケノ確乎タル性質ヲ具ヘ
スト云フニ在リ即チ歐打創傷不正ノ監禁家宅侵入罪ノ如
キ是ナリ又誹毀脅迫僞証等ノ未遂ハ之ヲ想像スルヿサヘ
モ能ハス唯竊盜又ハ詐欺取財ノ未遂ノ如キ顯然其目的ヲ
表彰スル者ニ限リ特ニ之ヲ罰スルヲ得ヘシト我刑法起草
者ハ即チ此第二ノ理由ヲ採用セラレタルモノナリ(草案第
百二十九條及註釋)此理由ハ第一ノ理由ニ比スレハ過カニ
價値アルヿ疑ヲ容レスト雖モ通則トシテ輕罪ノ未遂ヲ罰
セサルノ理由ト爲ス迄ノ力ヲ有スルヤニ至テハ疑ナキ能

ハス歐打創傷監禁家宅侵入罪等ノ未遂ハ之ヲ証明スルヿ多クハ困難ナルヘシト雖モ證憑不充分ナル場合ニハ無罪ニ判決スレハ可ナリ證明スルヿノ往々困難ナルカ爲ニ一般ニ之ヲ罰セストスルハ重罪ノ場合ト權衡ヲ失スルヿ甚シト云フヘキナリ(オルトラン氏刑法原論第千貳十九節參看)

逆警罪ノ未遂ヲ罰セサルハ全ク其罪ノ至テ輕微ナルニ因ルモノトス

右重罪輕罪又ハ逆警罪ニ依リ其未遂ノ所分ヲ異ニスルハ即チ刑法第一條ニ掲クル區別ノ一大實用ナリトス

未遂犯ト已遂犯ヲ區別スルノ實用

區別ノ標準

第五節　未遂犯ト既遂犯トノ分界

未遂犯ト既遂犯ノ分界ヲ明ニスルノ必要ハ主トシテ前示刑ヲ異ニスルト(第百十二條)未遂犯ハ之ヲ罰セサルヿアルト(第百十三條)ノ二點ニ於テ存ス故ニ以下簡單ニ其分界ヲ示サントス

凡ソ犯罪ノ既遂ト爲リタルヤ又ハ未遂中ナルヤヲ識別スルニハ犯人ニ於テ其目的トシタル害迹ノ生シタルト否トヲ問ハスシテ專ラ法律ニ示ス各犯罪ノ定義ニ注目スルヲ肝要トス即チ其目的ヲ達スル爲ニ實行シタル所爲ニシテ法律ニ指定スル犯罪ノ要素ヲ全備スレハ既遂犯ヲ以テ論

未遂中ハ自止スルヿヲ得

犯人ノ目的トシタル害迹ノ生スルヲ俟タスシテ罪ト爲ルヘキ所爲

スヘク其要素ヲ缺ク者ハ未遂犯タルニ過キス夫レモ意外ノ障礙若クハ舛錯ニ由テ遂ケサルノ事實ナキ内ハ自止シテ無罪ト爲スヲ得ヘシ

刑法ヲ通觀スルニ立法者ハ三種ノ犯罪ヲ大別セリ其何レノ種類ニ屬スルヤヲ見テ以テ其既遂犯タルト未遂中ナルトヲ分別スルヲ得ヘシ

(一)法律ハ多クノ場合ニ於テ或一定ノ所爲ヲ實行シタル、ノミヲ以テ罪トスルヿアリ犯人ヨリ言ヘハ其所爲タル或目的ヲ達スルノ手段ニ過キスト雖ヒ法律上犯人ノ目的トシタル害迹ノ生否ヲ問ハス唯其罪ト定メタル所爲ヲ行ヒタルヲ以テ既遂犯トス即チ例ヘハ貨幣偽造又ハ竊盜罪ノ如キ是ナリ貨幣偽造ハ偽造ヲ目的トセスシテ行使ヲ目的ト

スヘシレトモ立法者ハ其偽造ノミヲ以テ社會ニ害アリトシ一罪トシテ之ヲ罰セリ(第百八十六條)故ニ一旦偽造ノ事實アル以上ハ假令直ニ其偽造シタル貨幣ヲ毀棄スルモ罪ヲ消滅セシムルヿ能ハス(唯証憑不充分ノ爲メニ多クハ無罪ト爲ルヘキノミ)窃盜ノ如キモ亦然リ一旦他人ノ所有物ヲ窃取シタル以上ハ(第三百六十六條)假令ヒ眞心悔悟シテ其物品ヲ返還スルモ窃盜罪ヲ消滅セシムルニ由ナク唯酌量減輕ト自首減輕(第八十六條)ヲ得ルヿアルニ過キス

獨逸刑法ニハ犯罪ノ未タ發覺セサル内ニ犯人自己ノ所爲ヲ以テ事實ヲ舊ニ復セシメタル時ハ其罪ヲ論セストノ條文アリ(獨逸刑法第四十六條第二項)便宜上ヨリ言ヘハ適當ノ法律ト云フヘシ

結果ノ生スルニ因テ罪ト爲ル者

(二)第二種ノ犯罪ハ犯人ノ直接ニ目的トシタル害迹ノ生スルニ依テ罪ト爲ル者ヲ云フ即チ謀故殺墮胎ノ如キ是ナリ故ニ此種ノ罪ハ其目的トスル結果ノ未タ生セサル内ハ未遂中ニシテ意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因テ遂ケサル者ニ非サレハ之ヲ罰スルヲ得ス

第六節　欽効犯ト不能犯ノ別

欽効犯ト不能犯ト類似スル點

茲ニ欽効犯ト相似テ混同ス可カラサル者アリ不能犯即チ是ナリ其欽効犯ト類似スル所ハ犯人ニ於テ其力ノ能スル丈ケノ方法ヲ盡シテ結果ノ生セサルニ在リ然レトモ其結果ノ生セサリシ原由ヲ探究スル時ハ深ク欽効犯ト實質ヲ

差異

異ニスル所アリ即チ不能犯ハ欽効犯ト異ナリ其目的トシタル結果ノ生セサリシハ意外ノ舛錯ニ原由スル者ニ非スシテ物理上生スル能ハサルニ由ルモノトス故ニ其到底人力ヲ以テ遂クル能ハサル犯罪ノ手段トシタル所爲ハ之ヲ目シテ罪ヲ行フノ所爲(第百十三條)ト云フヲ得ス果シテ罪ヲ行フノ所爲ニ非ストスレハ其遺存スルモノハ唯企謀又ハ決意ノミ然ルニ決意ハ罪ト爲ラサルヿ刑法ノ原則ナルヲ以テ不能犯ハ結局罪ト爲ル可キ者ニ非サルヿヲ知ルヘシ草案ニハ此事ヲ明言セリト雖モ(草案第百二十八條)明文ヲ要セサルヿナルヲ以テ之ヲ刪除セラレタリ此原則ニ對シテハ敢テ異論ヲ唱ル者ナシト雖モ其適用上果シテ何ナル所爲ヲ以テ不能犯トス可キヤニ至テハ何レ

不能犯ヲ罰セサル理由

ノ國ノ刑法ニモ其明文ナシ學說亦一定セサル所ナキ能ハス今其問題ノ生スル數多ノ場合ヲ分析スルニ犯罪ノ不能(眞實又ハ皮相)ハ或ハ其物體ニ起因スルヿアリ或ハ其手段ヨリ來ルヿアリ而シテ又其各種ノ內ニ絕對的ニ係ル者ト相對的ニ係ル者アリ故ニ左ニ其四個ノ場合ヲ區別シテ論セントス

物體ヨリ來ル絕對的不能

(一)犯罪ノ物體ニ原因スル絕對的ノ不能トハ其物體ハ全ク存在セサルカ又ハ犯罪ニ必要ナル性質ヲ具ヘサルヲ云フ即チ例ヘハ懷胎セサル婦ニ墮胎藥ヲ服セシメ人影死屍ニ發砲シ已レニ所有スル物件ヲ竊取セントスル如キハ犯罪ニ其物體ヲ欠クヲ以テ絕對的ノ不能トス此場合ニ於テ犯罪ノ成立セサルヿニ付テハ著書判決共ニ一定スルトコロ

物體ヨリ來ル相對的不能

ナリ

(二)犯罪ノ物體ニ原因スル相對的ノ不能トハ其物體存在セサルニ非スト雖モ犯人ハ存在スト思惟シタル場所ニ嘗テ存在セサルカ又ハ既ニ其處ニ存在セサルヲ云フ此不能犯ノ適例二アリ其一ハ某者ヲ殺サントシテ其平常在居スル室ニ發砲シタルニ偶々其室ニ在ラサリシ場合トス此場合ニ於テ數年前ニ佛國シヤンペリー控訴院ハ故殺ノ未遂犯ト爲ラスト判決シタルニ(千八百七十七年一月二十日ノ判決)大審院ハ檢事長ノ意見ニ反シテ原裁判ヲ破毀セリ(七十七年四月十二日)又一例ハ竊盜ノ目的ヲ以テ敎堂ノ投錢箱ヲ開キタルニ偶々空虛ナリシ場合トス此場合ニ於テモ佛國大審院ハ竊盜ノ缺効犯タルヿニ判決セリ(七十六年十一

月四日)

此二種ノ不能犯ニ付テハ議論ナキニ非スオルトラン氏ノ如キハ右大審院ト共ニ未遂犯ニ問フヲ至當トセリ(同氏刑法原論第千二節及第千二十七節同附言)

余ハガロー氏ト共ニ反對說ヲ採ル者ナリ(ガロー氏刑法第百十八節)其理由ハ假令ヒ絕對的ノ不能ト異ナリ犯罪ノ物體天地間ニ存在スルモ犯罪ノ生スル能ハサル處ニ存在スル以上ハ其不能ノ點ニ於テハ全ク一ナリ到底人力ヲ以テ犯罪ヲ生セシムル能ハサル場合ト云ハサルヲ得スヒ

手段ヨリ來リ絕對的不能

(三)犯罪ノ手段ニ原因スル絕對的ノ不能トハ其手段ヲ以テハ何人ト雖モ犯罪ヲ生セシムル能ハサルヲ云フ即チ例ヘハ人ヲ銃殺スルノ目的ヲ以テ發砲シタルニ他ニ情ヲ知ル

者アリテ竊ニ彈藥ヲ除キ置キタル場合ノ如キ又人ヲ毒殺セントシテ誤テ無毒ノ藥物若クハ到底人ヲ死ニ致スニ足ラサル少量ノ毒藥ヲ飲マシメタル場合ノ如キ是ナリ此等ノ場合ニ付テモ其不能犯タルヿヲ異議スル者ナキニ非ス

ト雖モ到底人力ヲ以テ犯罪ヲ遂クル能ハサル手段トスレハ不能ノ所爲ト云フノ外ナキヲ信ス最ニ詳述シタル如ク缺効犯ヲ組成スルニハ犯罪ヲ遂クルニ必要ナル所爲ヲ盡シタルヲ要ス(草案第百二十六條)唯必要ト思惟シタル所爲ヲ盡シタルヲ以テ足レリトセサルナリ

立法論ナレトモ唯一言セント欲スルヿハ假令ヒ其實施シタル方法ハ犯罪ヲ遂クル能ハサルモ人心ニ畏懼ノ念ヲ生セシメ社會公同ノ安全ニ害アルノ點ヲ以テ別ニ一罪トス

ナ之ヲ罰スルハ法理ノ許サヽル所ニ非ス此一點ハ最ニ詳述シタルヲ以テ之ヲ畧ス(第百十二頁參看)

草案ニハ缺効犯ノ場合ト同シク不能ノ方法ト雖モ結果ヲ罰スルノ條文アリ(第百二十八條第二項)故ニ前例少量ノ毒藥ヲ施用シタル場合ニ於テ健康ヲ害シ疾苦セシメタルノ結果アル時ハ第三百七條ヲ以テ罰スルヿヲ得セシメタリ然ルニ其條文ハ刪除セラレタルヲ以テ最ニ說明シタル理由ニ因リ無罪ニ決ス可キニ似タリ(同頁參看)

前例無毒ノ藥物又ハ少量ノ毒藥ヲ施用シタル場合ト異ナリ毒藥ヲ施用シタルニ其之ヲ混和シタル飲食物ノ爲ニ消毒セラレテ毒殺ノ目的ヲ達セサリシ場合ニ於テハ判決ヲ異ニセサル可カラサルニ似タリ此場合ニ於テ被害ハ全ク

手段ヨリ來ル相對的不能

犯罪ヲ遂ルニ不足ナキ手段ヲ盡シ唯意外ノ原因ヨリ其効果ヲ妨止セラレタル者ナルヲ以テ飲効犯ニ擬スルヲ至當ト考フ即チ毒藥ヲ飲マサレタル者自ラ消毒劑ヲ服用シタル場合ト相異ナラサルヘシ

故ニ又殺意ヲ以テ毒物ヲ飲マシメタル者ハ被害者未タ其毒ニ中テ死セサル內ニ第三者ニ故殺セラレタリトスルモ毒殺ノ缺効犯タルヘシ

(四)犯罪ノ手段ニ原因スル相對的ノ不能トハ其施用シタル手段ハ犯罪ヲ遂クルノ性質ヲ有セサルニ非スト雖モ犯人其施用ノ道ニ瞑キヨリシテ犯罪ヲ遂クル能ハサルヲ云フ即チ例ヘハ人ニ向テ發砲セントシタルニ火藥ノ用法ニ未熟ナル爲メ又ハ距離遠キ爲メ(遠キニ過クルヿ甚ケレハ

對的ノ不能ト爲ルヘシ是事實論トス)其目的ヲ達セサル場合ノ如キ卽チ是ナリ

要スルニ不能犯トハ實際施用シタル方法ヲ以テハ何人ト雖モ法律ニ指定スル如キノ犯罪ヲ遂クル能ハサル者ヲ云フ故ニ刑法學者ノ所謂絕對的ノ不能ト相對的ノ不能トノ別ハ缺効犯ト不能犯ヲ識別スルノ標準ト爲スニ足ラサルモノトス(右ニ述ヘタル如ク佛國大審院ハ此區別ニ重キヲ置クノ傾キアリ)右ニ列記シタル四個ノ場合中ニ於テ其第一乃至第三卽チ犯罪ノ物體ヨリ來ル不能(絕對ト相對ニ別ナク)ト其手段ニ原因スル絕對的ノ不能ハ擧テ犯罪ノ成立ヲ妨クルモノトス之ニ反シ犯罪ヲ遂クルニ不足ナキ手段ヲ施シ唯未熟仕傷ヒ等意外ノ原因ヨリシテ之ヲ遂クル能ハサル者ハ未遂犯タルヘシ(ガロー氏第百十八節參看)

第四章　犯罪責任及不論罪

第一節　總論

前章ニ於テハ客觀的ニ犯罪所爲ノ何タルヿヲ說明セリ本章ニ於テハ主觀的ニ犯罪者ニ具ハラサル可カラサル要件ヲ論究セントス辭ヲ換ヘテ言ヘハ犯罪ノ主體卽チ犯罪者タルヲ得ヘキ者ノヿ犯罪者ノ責任並ニ我刑法ニ所謂不論罪ノヿヲ述フヘシ蓋シ主體ノ能力ト云ヒ責任ト云ヒ不論

無形人ハ犯罪者タルヿヲ得ルヤ

罪ト云ヒ何レモ唯觀點ノ異ナルニ起リタル名稱ノ差異ニシテ其歸旨毫モ相逕庭スル者ニ非サルナリ

犯罪者タルヲ得ヘキ者ハ人ニ限ルヿ論ヲ俟タスト雖モ法律上所謂人ニ二種アリ肉體人ノ外民法商法又ハ行政法ニ無形人(一名法人ト云フ)ト稱スル者アリ國、府、縣、市、郡、町、村、又ハ會社銀行等卽チ其例トス蓋シ民法商法又ハ行政法ニ此等ノ團體ヲ以テ人ト認ムルハ畢竟擬制(fiction)ニシテ其目的ハ唯之ヲシテ其分素タル各人ト別ニ財産上ノ權利義務ヲ有セシムルニ在リ故ニ刑法ニハ全ク關係ナキ者トス刑法上ヨリ言ヘハ無形人ハ身體精神共ニ之ヲ缺ク者ナルヲ以テ犯罪ト爲ルヘキ所爲ヲ實行スルヲ得サル者ト云フヘシ

本論ハ固ヨリ無形人ヲ代表スル者(郡長社長ノ如キ)其代表者ノ資格ヲ以テ罪ヲ犯シタル場合ニ無形人ノ財産中ヨリ罰金科料ヲ納完セシムルヿヲ得ヘキヤノ一點ニ在リ(身體ナキヲ以テ生命又ハ自由ヲ剝奪スル刑ハ之ヲ實行スル能ハサルヿ明白ナリ)然レトモ右ニ言フ法律上無形人ナル者ヲ創定シタル所以ノ區域外ニ在テハ代表者ノ所爲ハ其名義ノ如何ヲ問ハス無形人ノ所爲ニ非ス法律一般ノ原則トシテ各々他人ノ所爲ニ付キ責任ヲ負フヿナキヲ以テ罰金科料ト雖モ無形人ニ之ヲ科スルヲ得ス必スヤ其無形人ヲ代表若クハ組織スル各人ニ對シテ刑ヲ宣告セサル可カラス(但佛國ニ於テハ違警罪ニ關シテ此原則ニ反スル判決例アリ)

無形人ヲ代表スル者其名義ヲ以テ罪ヲ犯スモ無形人ニ刑法上ノ責任ナキヿハ論ヲ俟タスト雖モ被害者ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任セサル可カラサルヤノ問題ヲ生ス此問題ハ專ラ民法上ノ責任ヲ定ムルニ在ルヲ以テ右刑法上ノ問題トハ大ニ其性質ヲ異ニスル所アリ蓋シ民法上ノ責任ト雖モ己レニ過失ナキ場合ニ生スル者ニ非サレハ無形人ニ對シテ賠償ヲ要求スルニハ原告被害者ニ於テ(一)代表者ノ名義ヲ以テ行ヒタル所爲ニ因リ害ヲ受ケタルヿ(二)代表者ノ選任自由ナリシヿ(其場合ニ於テコソ任ニ適セサル者ニ信用ヲ置キタルノ過失アリト云フヲ得ヘシ)ヲ証明セサル可カラス此二點ヲ証明スルヿヲ得テ始メテ無形人ノ財産中ヨリ償金ヲ拂ハシムルヿヲ

犯罪者ハ人タルヲ要ストノ原則ニ例外ナシ

得ヘシ但此論題ハ民法商法ニ屬スルヲ以テ此ニ之ヲ詳述スルヲ得ス

犯罪者タルヲ得ヘキ者ハ獨リ人類ニ限ルトハ全ク例外ナキ原則トス然ルニ或學者ハ我現行刑法第四十五條ニ「法律ニ於テ禁制シタル物件ハ何人ノ所有ヲ問ハス之ヲ沒收ス」トアルヲ見テ沒收ハ財産刑ナレハ犯人ニ對シ其所有ニ非サル物件ヲ沒收スルヿアル可カラス故ニ其裁判ハ必ス物件ニ對スル者タルヘシト曰ヘリ余ハ少シク意見ヲ異ニスル者ナリ若沒收ハ如何ナル場合ニ於テモ財産刑タルノ性質ヲ有ストスレハ論者ノ說至當ナリト雖モ沒收ハ罰金ト異ナリ總テノ場合ニ刑罰ノ性質ヲ有スル者ニ非ス右法律ニ於テ禁制シタル物件ヲ沒收スル場合ニハ警察處分ノ性

質ヲ有スル者トス故ニ其占有者及ヒ所有者ノ何人タルヲ問ハスシテ之ヲ剝奪ス我刑法(第九條)ニ之ヲ名ケテ沒收ト云ヒタルハ其當ヲ得スト雖モ何人ノ所有ヲ問ハストアルヲ以テ即チ其行政上ノ處分タルヿヲ知ルヘシ何ニセヨ物件ニ對シテ裁判ヲ宣告スルヿハ萬々之ナキナリ

犯罪ノ責任ヲ生スルニ缺ク可カラサル三條件

凡ソ人ヲ犯罪者トシテ其責ニ任セシムルニハ唯外形上刑法ニ指定スル所爲ヲ行ヒタルヲ以テ足レリトセス尚其主體クル者ニ三個ノ條件ノ具ハルヿヲ要ス曰ク(一)辨別(二)自由(三)犯意即チ是也我刑法上一般ノ不論罪トハ即チ此三條件ノ一ヲ缺ク所爲ヲ云フモノトス(草案註釋第百六十一節)

第七十八條以下ニハ辨別知覺ヲ缺クニ原因スル不論罪ヲ定メ第七十五條及第七十六條ニハ自由ヲ缺クニ原因スル

不論罪ヲ定メ第七十七條ニハ犯意ヲ缺クニ原因スル不論罪ヲ定メタリ

辨別及自由

右三條件中ニ於テ辨別ト自由ハ總テノ犯罪ニ缺ク可カラサル要素トス重罪輕罪違警罪ニ別ナク又有意犯ト無意犯トヲ問ハサルナリ然リ而シテ辨別力ヲ缺ク者ハ又從テ非ヲ擇ンテ行フノ自由ヲ有セスト雖モ辨別力ヲ有スル者ニシテ往々强迫ノ爲ニ精神ノ自由ヲ喪失スルヿナシトセス

犯意

是此ニ要素ヲ別物ト見サル可カラサル所以ナリ

犯罪ニ犯意ヲ要スルノ原則ニハ例外アリ過失罪及ヒ違警罪即チ是ナリ且此原則ハ民法上ノ責任ニ關スル原則ト大ニ相異ナル所アルモノトス即チ民法ニ於テ違約又ハ私犯ノ責任ヲ生スルニハ他人ノ權利ヲ侵害スルノ故意(刑法ノ

不論罪ノ解

犯意ニ相當スル者)アルヲ要セス其過失若クハ不注意ニ出テタルヲ以テ足レリトス唯故意ノ有無ニ由テ損害賠償ノ額ヲ異ニスルノミ(佛國民法第千百五十條第千百五十一條第千三百八十二條草案第三百九十條及第四百五條)是ヲ以テ民法上ノ責任ヲ生スルヨリモ犯罪ノ責任ヲ生スルノ條件一層嚴重ナルヿヲ知ルヘキナリ

我刑法ハ右三條件ノ一ヲ缺ク所爲ヲ以テ不論罪トスト雖モ所謂不論罪ナル語ノ意義ヲ誤解ス可カラス文法上ヨリ解釋セハ不論罪トハ罪ヲ論セスト云フト同シク卽チ罪アレトモ之ヲ問ハサル意義ノ如シト雖ヒ其實大ニ相異ナリ不論罪トハ罪トシテ論セスト云フヿニシテ文法ニ背カサルヲ欲セハ寧ロ不罪論ト云フヘキモノナリ學理上ヨリ言

犯罪責任ノ基礎

ヘハ責任ナキニ基ク無罪ト云フヲ可トス辭ヲ換ヘテ言ヘハ犯罪者ニ具ハラサル可カラサル犯罪ノ要素ヲ缺キタル所爲ト云フヲ得ヘシ

尙一言ス可キハ犯罪責任ノ基礎ナリ右辨別自由又ハ犯意ヲ缺ク所爲ヲ以テ不論罪トシタル所以ハ畢竟社會ノ安全ヲ維持スルニ之ヲ罰スルノ必要ナキニ在リ抑モ犯罪者ヲ罰スルハ主トシテ刑罰ヲ恐レテ再犯スルヿナカラシメ且世人ヲ警戒シテ其轍ヲ履ムヿナカラシムルヲ目的トス是非ヲ辨別セサル幼者若クハ瘋癲者抗拒ス可カラサル驅制ニ逢ヒタル者又ハ犯意ナキ者ヲ罰セサルモ其法律上罪ヲ問ハサルヲ奇貨トシテ再犯スルノ恐レナク又世人ハ其無罪ト爲リタルヲ見テ其例ニ倣フノ危險アルヿナシ若シ之

アリトセハ卽チ辨別自由又ハ犯意ヲ欲クニ非サルヲ以テ其責任ヲ免ガルヽヿヲ得サルヤ論ヲ俟タス幼年者ハ唯之ヲ懲治場ニ留置シテ其惡習ヲ矯正スルヲ以テ足ルヘク癲狂者ノ如キモ行政上其累犯ヲ防止スルヲ以テ足レリトス犯罪人トシテ之ヲ罰スルノ必要ナキナリ

人世ニ三期アリ

第二節　犯罪責任ト年齡トノ關係

人間ノ一生涯ハ刑法上之ヲ三大時期ニ區別スルヲ得ヘシ第一期ハ辨別智能ノ未タ發達セサル年間ヲ云ヒ第二期ハ其既ニ發達シタルヤ否ヤ判然セス各場合ニ付テ決セサル可カラサル年間ヲ云ヒ第三期ハ其發達シタルヿ確實ニシテ偶生ノ原因ニ依リ之ヲ喪失シタルヿヲ證明スルニ非サレハ犯罪ノ責任ヲ免カルヽヿヲ得サル年間ヲ云フ

三期ノ分界ヲ定メルノ困難

人類ハ各必ス此三時期ヲ經過スル者タルヿハ否ム可カラサル事實ナリト雖モ立法者ニ取テ至難ノ事業ハ其分界ヲ定ムルヿナリ又一般ニ誤リナク之ヲ定メントスルハ是レ到底人力ヲ以テ能ハサル一點トス其故ハ他ニ非ス人間精神ノ發達ハ其肉體ノ成長ト同シク漸ヲ以テ生スルモノナルニ依リ全ク其進度ヲ分識スルニ由ナケレハナリ殊ニ其發達ノ度ハ處ニ因テ異ナリ又人ニ因テ異ナル所アルヲ免カレス然レトモ法律ニハ必ス如何ニカ之ヲ定メサルヲ得ス於是乎立法上左ニ列記スル三ノ方法アリ

第一ノ方法ハ辨別力有無ノ問題ヲ以テ全ク事實論トシ被

拾束法

告人ノ年齢如何ヲ問ハス實際ニ生スル各場合ニ就キ裁判官ヲシテ其有無ヲ審査セシメ以テ有罪無罪ノ決判ヲ下サシムルヲ云フ此方法ニ免カル可カラサル批難ハ現ニ何人ニモ辨別ナキ年間ト其全備シタルヿノ確實ナル年間アルニ全ク何等ノ區別ヲモ設ケスシテ判官ノ專擅ニ放任スルニ在リ

第二ノ方法ハ法律ニ反證ヲ許サヽル一定ノ推測ヲ設ケ判官ヲシテ之ニ默從セシムルノ制ヲ云フ故ニ其法律ニ分界ト定メタル年齢ニ未タ達セサル者ハ實際辨別力ノ有無ヲ問ハス擧テ其罪ヲ論セサルモノトス之ニ反シテ其年齢ヲ超ヘタル者ハ假令精神ノ發達衆ニ後レタルヿノ確證アルモ年齢上犯罪ノ責ヲ免カルヽヿ能ハサルモノトス故ニ此

折衷法

我刑法ハ幼年者ヲ如何ニ區別シタルヤ

十二歳未滿ノ者

法律ハ判官ノ專擅ヲ避クルノ利益ニ代ヘテ屢々事實ト矛盾スルノ弊アルヲ免カレス

第三ノ方法ハ前示二法ノ極弊ヲ去リ其中ヲ取リタル者ニシテ即チ現今各國ニ行ハルヽ所ナリ但其組織ノ細目ニ至テハ多少差異ナキ能ハス余ハ左ニ主トシテ我刑法ニ定ムル所ヲ述フヘシ

我刑法ハ草案ニ基キ滿二十歳ヲ以テ全丁年ト定メ其年齢未滿ノ者ハ之ヲ左ノ三期ニ分別セリ

第一期ハ十二歳未滿ノ者ニシテ法律ニハ全ク其罪ヲ論セス(第七十九條)是レ一ハ其年齢ニ達セサル者ハ一般ニ辨別ヲ欠クト又一ハ其父母ノ教育監督宜キヲ得サルニ因ルモノトス故ニ法律ニ之ヲ罰シテ其生涯ヲ汚スヨリハ寧ロ愍

懲治場ニ留置スル目的

ソテ之ヲ善ニ復スルヲ以テ得策トス是卽チ本條ニ滿八歲以上ノ者ハ情狀ニ因リ滿十六歲ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルヿアルヘシト定メタル所以ナリ滿八歲以上ト制限シタルヲ以テ見レハ此第一期ヲ細別シテ又二期トスルヲ得ヘシト雖モ懲治場ニ留置スルハ刑罰ニ非スシテ一ノ保護法ニ過キス其主要トスル全無責任ノ點全ク同一ナルヲ以テ此區別ヲ立テサル方却テ明瞭トス

懲治場ニ留置スルノ時間ハ犯罪ノ輕重ニ依テ相異ナルヘシ唯其期限滿十六歲ヲ超ユルヿヲ許サス立法者ハ情狀ニ因リ懲治場ニ留置スルヿヲ得ト定メ以テ裁判官ヲシテ實際便宜ニ決スルヿヲ得セシメタリ若親戚友人中ノ信任スヘキ者幼者ノ教育監督ヲ引受ケンヿヲ申出タルトキハ本條

滿十二歲以上十六歲未滿ノ者

ノ處置ヲ命スルノ必要ナカルヘシ又父母ト雖モ實際ニ責ムヘキ所ナキ場合ニハ之ニ遺附シテ家庭ノ敎訓ヲ受ケシムルヲ當然トス佛國ノ如キニ於テハ近來幼年者ヲ感化スルノ事業大ニ開ケ其功績實ニ少ナシトセス是レ寔ニ文明ノ一大美擧ト云フヘシ國家ノ將來ハ一ニ幼者ノ手中ニ在リ之ヲ善良ノ民ト爲スト爲サヽルハ唯其誘導法ノ如何ニ在ルノミ當局者ハ深ク此ニ注意セサル可カラサルナリ

第二期ハ滿十二歲以上十六歲未滿ノ四年間トス此年齡ノ幼者ハ其所爲是非ヲ辨別シタルト否トヲ審案シ辨別ナクシテ犯シタル者ハ十二歲未滿ノ者ト同シク其罪ヲ論セス唯其前第一期ト相異ナル所ハ反證ヲ拒ム確定推測ノ設ケナキニ在リ但此場合ニ於テモ滿二十歲ニ過キサル時間之

ヲ懲治場ニ留置スルヿヲ得(第八十條一項)其必要ハ前期ノ場合ヨリモ更ニ多カルヘシ

辨別アリテ犯シタル者ト認ムル時ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ス(同條二項)但草案ニハ二等又ハ三等ヲ減スト セリ(草案第九十三條二項)

滿十六歳以上二十歳未滿ノ者

第三期ハ滿十六歳以上二十歳未滿ノ四年間トス此年間ノ幼者ハ前ノ場合ト異ナリ必ス其犯罪ノ責任ヲ免カルヽヲ得ス然レヒ又必ス其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス(第八十一條)但此場合ニ於テモ草案ニハ一等又ハ二等ヲ減スト セリ(草案第九十四條)

佛國刑法トノ差異

右幼者ノ年齢ヲ數段ニ分テ其責任ノ有無ト輕重ヲ定ムルハ現行獨逸其他ノ刑法ニ見ル所ナリ獨リ佛國刑法ニ

反証ヲ許サヽル無責任ノ年限ヲ定メス滿十六歳ヲ丁年トシ其年齢未滿ノ者ハ反證ノ擧カル迄ハ辨別ナクシテ犯シタル者ト定メ滿十六歳以上ノ者ハ之ニ反シ辨別力ヲ失ヒタルヿヲ証明スル迄ハ責任ヲ免カレサル者トス但十二歳未滿ノ者ニ對シテ辨別アリタルヿノ反證アル時ハ其罪ヲ宥恕ス

此法律ハ一般學者ノ批難スル所ナリト雖ヒ實際我刑法ニ定ムル所ト差異ナキヲ信ス其故ハ實際辨別ナキ幼者ニ對シテ公訴ヲ實行シタルノ實例ハ未タ嘗テ之アルヲ聞カス假令萬一斯カル實例ノ生スルヿアルモ寛ニ傾々佛國裁判所ニ於テ刑ヲ言渡ス如キヿハ萬々之アル可カラサルナリ然ラハ推測ノ力ヲ以テ到底定ムルヿ能ハサ

ル分界ヲ定ムルヨリモ或ハ却テ其當ヲ得タル者ニハ非サル歟(ガロー氏第百二十八節參看)

年齢ノ區別ニ付キ尚一ノ注意ス可キハ刑法上丁年ノ民法上丁年ヨリモ早ク至ルヿナリ(我刑法上ノ丁年ハ民法上ノ丁年ト異ナラズトスルモ滿二十年ハ全丁年ニシテ右ニ説明シタル如ク其年齢ニ達セサル内ハ學テ無責任ト云フニ非ス民法上一般ニ未丁年中ノ所爲ヲ取消トスルト相異ナル所アリ)通常學者ハ其理由トシテ是非善惡ヲ識別スルノ能力ハ利害得失ヲ判斷スルノ能力ヨリモ疾クニ發達スルニ因ルモノト曰ヘリ(ガロー氏第百二十八節末項)社會ノ秩序安全ヲ維持スルヲ以テ刑律ノ本旨トスル説ヨリ言ヘハ刑法上ノ責任ハ精神ノ發達全キヲ

俟ツニ暇ナシト云フ可キモノナル歟

以上説明スル所ハ重罪、輕罪、違警罪ニ適用ス可ク違警罪ニハ適用ス可カラサル者トス違警罪ハ重罪輕罪ト異ナリ滿十六歲以上二十歲ニ滿サル者ト雖モ其罪ヲ宥恕スルヿヲ得ス又滿十二歲以上十六歲ニ滿サル者ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス但十二歲ニ滿サル者ハ全ク其罪ヲ論セス(第八十三條草案第九十六條參看)其理由ハ違警罪ハ便宜上ヨリ害迹ヲ罰スル無意犯ナリト云フニ在リト雖モ余ハ此區別ヲ以テ當ヲ得タルモノトスルヲ得ス何トナレハ一旦辨別力ノ存スルヲ以テ責任ノ要件ト定メタル以上ハ犯罪ノ輕重ト種類ニ依テ結果ヲ異ニスルノ謂レアラサレハナリ

年齢ノ一ニ關シテ尚一言スヘキヿアリ法律ハ幼者ニ對

シテハ辨別ヲ欲クノ推測ヲ設ケタリト雖モ老年者ニ對シテハ同一ノ推測ヲ設クルヿナシ其所以ハ高齢ニ達シタル者ニシテ精神ノ衰ヘサル者少ナシトセス又壯年ノ者ト雖モ疾病不攝生等ノ爲ニ智覺ヲ失フヿ往々之アリ到底事實ニ依リ罪ヲ犯ス時ニ智覺精神ノ存セシヤ否ヤヲ見ルノ外ナキナリ

犯時ニ辨別ナキヲ要ス

第三節　癲狂者及瘖啞者

癲狂者ヲ以テ不論罪トスルニハ罪ヲ犯ス時ニ智覺精神ノ喪失シタルヲ必要トス(第七十八條)其以後ニ發狂シタル者ニ對シテハ唯裁判言渡又ハ其執行ヲ停止スルニ過キス

精神病ノ種類ニ區別ナシ

精神ノ錯亂ニハ白痴癲狂疾夢狂醉狂等數多ノ狀態アリト雖モ立法者ハ凡テ此等ノ區別ヲ設ケス唯智覺精神ノ喪失ニ因リ是非ヲ辨別セサル者ハ其罪ヲ論セストセリ故ニ裁判官ハ事實ニ依テ判決スルノ外ナシ裁判醫學ノ効用ハ即チ此場合ニ顯ハルヽモノトス

醉狂者

精神錯亂ノ一種タル醉狂ニ付テハ一言ヲ要スルヿアリ醉狂ニモ亦種々ノ狀態區別アリ或ハ人ニ誘ハレテ醉狂ニ至ル者アリ或ハ自ラ求メテ醉狂ニ至ル者アリ其公然危險ナル者ハ特ニ法律規則ヲ設ケテ之ヲ制スルノ例アリ(佛國千八百七十三年一月二十三日ノ法令)又一時偶々醉狂スル者ト醉狂ヲ常トスル者アリ酩酊スレハ罪ト爲ル所爲ヲ行フノ癖アルヿヲ知テ醉酩スル者アリ其情狀種々ナリト雖モ

醉狂者中ニ責任ヲ免カレサル者ナキヤ

我刑法ハ何等ノ區別ヲモ設ケス唯犯時ニ知覺精神ヲ喪失シタルヤ否ヤヲ見ルヘキノミ(第七十八條)故ニ醉狂中ノ所爲ハ必スシモ擧テ不論罪ナリト謂フヲ得ス

唯一種ノ醉狂者ハ我刑法上ニ於テモ必ス犯罪ノ責任ヲ免カルヽヿヲ得サルモノト信ス即チ犯罪ヲ實行スルノ鋭氣ヲ酒力ニ取ラシメ醉酗シタル者ナリ此種ノ醉狂者ハ辨別ヲ欲シ者ニ非ス其最初目的トシタル犯罪ヲ實行シタルハ即チ知覺精神ノ全滅セサル確證ト云フヘシ(ガロー氏第百四十一節末項)草案ハ此點ニ付テ明文アリ(草案第九十一條第二項)之ヲ刪除セラレタル所以ハ反對ニ決スルノ精神ニ非ス唯犯罪ヲ目的トセスシテ醉酗シタル者ノ所爲ハ必然不論罪ト解スル者アルヲ恐レタルニ過キスト云フ(草案

瘖啞者ヲ處分スルニ三ノ方法アリ

佛獨墨ノ刑法

白耳義及伊太利刑法

註釋第百七十一節參看)伊太利刑法草案ニモ右醉狂者ノ所爲ヲ罰スルノ條文アリ(第六十四條)魯西亞刑法ノ如キハ却テ一層其刑ヲ重クセリ

瘖啞者ハ瘖啞者タルノ一事ヲ以テ必スシモ辨別力ヲ欠ク者ニ非ス故ニ佛國刑法ノ如キハ瘖啞者ノ所爲ヲ以テ不論罪トセス對審中ニ其説明ヲ聞クノ方法ヲ定メタリ(佛國治罪法第三百三十二條及第三百三十三條)唯裁判官ニ於テ實際辨別アリシヤ否ヤヲ審案シテ判決ヲ下スヘキノミ(獨逸刑法第五十八條墨西亞刑法第九十八條亦同)

又或國ノ刑法ハ瘖瘂者ヲ保護スル爲メ辨別ヲ欠クノ推測ヲ設ケ反證ナキ内ハ犯罪ノ責任ナキ者トセリ(白耳義刑法第七十六條伊太利刑法草案第四十四條及第六十九條)故ニ

我刑法第八十二條

此法律ニ於テハ瘖啞者ハ我刑法ニ定ムル第二期ノ幼者(滿十二歲以上十六歲以下)ト其地位ヲ異ニセス余惟フニ瘖啞者ヲ保護スルニハ此法律ヲ以テ充分ナリトス殊ニ近來言語ニ代ヘ瘖啞者ヲ教育スルノ途開クルニ從ヒ益々一般ニ辨別力ヲ欠ク者ト斷言スル能ハサルナリ然ルニ我刑法ハ草案ニ基キ瘖啞者ヲ以テ十二歲未滿ノ幼者ト同視シ全ク其罪ヲ論セサルヿト定メタリ唯情狀ニ因リ五年ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルヿヲ得ルノミ(第八十二條)

第四節　强迫ニ基ク不論罪

草案第九十條ハ罪ヲ犯スノ自由ナキ所爲ハ其罪ヲ論セスト原則ヲ揭ケ其原則ノ適用トシテ三個ノ場合ヲ列記セリ其第一及第二ノ場合ハ現行刑法第七十五條ト爲リ第三ノ場合ハ第七十六條ト爲レリ左ニ先ツ第七十五條ノ場合ヨリ說明スヘシ

第七十五條　抗拒ス可カラサル强制ニ遇ヒ其意ニ非サルノ所爲ハ其罪ヲ論セス

天災又ハ意外ノ變ニ因リ避ク可カラサル危難ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出テタル所爲亦同シ

人類固有ノ性トシテ各自己ノ安全幸福ヲ欲セサル者ナシ自己ノ安全幸福ヲ拋テモ他人ヲ害セスト云フハ仁人君子ノ行ニシテ普通一般ノ者ニ望ム可キ行ニ非ス法律ハ却テ

強制ニ二種ナキヤ

普通一般ノ人情ニ基キ普通一般ノ人民ノ爲ニ設ケタルモノナルヲ以テ仁人君子ノ行ヲ強ユルヿヲ得ス是卽チ本條ニ記載スル不論罪ノ由テ起ル所以ナリ

抗拒ス可カラサル強制ニ二種アリ其一ハ直ニ肉體上ニ腕力ヲ施スヲ云フ卽チ手ヲ執テ人ヲ殺傷セシメ又ハ僞造證書ニ捺印セシムル如キ是ナリ又一ハ害ヲ受ケシメント脅迫シテ犯罪タル所爲ヲ行ハシムルヲ云フ卽チ例ヘハ某者ヲ殺スニ非サレハ汝ヲ殺ス可シト言フ如キ是ナリ本條第一項ハ汎ク此二種ノ強制ヲ包含スルカ如シト雖モ(草案第九十條ニハ抗拒ス可カラサル身體上ハ強制又ハ脅迫ト明言セリ)理論上其見解ヲ下スヲ許サス其然ル所以ハ右腕力上ノ暴行ヲ受ケタル場合ニ於テ罪ト爲ル可キヿヲ行ヒタ

本條第一項ハ唯脅迫ノ場合ニ適用ス可キモノトス

ルハ被強制者ノ所爲ニ非ス被強制者ハ唯強制者ノ器械ト爲リタルノミ強制者獨リ其犯罪ヲ行ヒタルモノトス故ニ此場合ニ於テ被強制者ニ罪ナキハ通常學者ノ所謂自由ヲ欲キタルニ原因スルニ非ス全ク其所爲ナキニ原由スルモノナレハ犯罪ノ責任ナキヿ敢テ明文ヲ俟タサルナリ

本條第一項ハ專ラ脅迫卽チ精神ノ自由ヲ欲ク場合ニ適用ス可キモノトス固ヨリ此場合ニ於テ被迫者ハ己レヲ捨テ人ヲ救フト人ヲ害シテ己レヲ全フスルトノ二中其一ヲ撰擇スルノ自由ヲ有セサルニ非ス故ニ或學者ハ被迫者ニ精神ノ自由ヲ欲クトスルヲ以テ不當トセリ余ハ此點ニ於テ喋々議論スルノ實用ヲ見ス既ニ法文ニ抗拒ス可カラサル強制ニ出テタル所爲ハ其罪ヲ論セスト明言シタル以上ハ

抗拒ス可カラサル強制トハ何ナル程迫ヲ云フヤ

結果ニ異ナル所ナシ然レトモ抗拒ス可カラサル強制トアルヲ以テ見レハ精神ノ自由ヲ失ハシムル者トシテ不可ナカルヘシ素ヨリ被迫者ハ己レヲ害スルト他人ヲ害スルトノ一ヲ擇フノ自由ヲ有セサルニ非スト雖モ其自由ノ範圍狹キニ過キ普通一般ノ者ニ取テハ殆ト之ヲ喪失シタルト相異ナラサルナリ

立法者ハ抗拒ス可カラサル強制ノ何タルヿヲ示サヽルニ依リ事實裁判官ニ於テ其條件ノ具ハルヤ否ヤヲ決ス可キモノトス故ニ強制者ハ必スシモ人ヲ殺スヘシト強迫シタルヲ要セス又命ニ從ハサルニ於テハ殺スヘシト強迫シタルヲモ要セス創傷強姦監禁放火等一トシテ強迫ト爲ラサル者ナシ又命ヲ拒ムニ於テハ被迫者自身ニ其害ヲ受ケシ

メントスルヲ要セス其親戚朋友ニ害ヲ受ケシメントスル場合ニ於テモ被迫者ニ取テハ充分ニ強迫ト爲ルヿアリ唯其害ノ著大ニシテ且目前ニ切迫シタルヿヲ要スルノミ然ラサレハ抗拒ス可カラサル強制ト云フ能ハサルナリ裁判官ハ深ク事實ニ着目シテ判決ヲ下サヽル可カラス唯一般ニ其實行シタル犯罪ト受ケントシタル害トノ輕重ヲ比ヘテ判決セントスルトキハ往々本條ノ主旨ニ反スルヿアルヘシ必スヤ被迫者ノ年齡體質身分其他凡百ノ情狀ヲ考究シ以テ其強制ノ抗拒ス可カラサル者ナリシヤ否ヤヲ判斷セサル可カラス又強制セラレタルヿ確實ナルモ其責任ヲ全免スル迄ニ精神ノ自由ヲ失ヒタル者ニ非スト認ムル場合ニハ酌量減輕ヲ與ヘ以テ實際嚴ニ過クルヿナカラシムル

民法中ニ本條ノ不論罪ト類似スル者ナルヤ

ヲ必要トス

右抗拒ス可カラサル强制ニ基ク不論罪ハ民法ニ定ムル强迫ニ原因スル契約ノ取消ト大ニ相似タル所アリ(佛國民法第千百十一條以下)詳細ハ拙著契約法講義ニ之ヲ説ケリ(契約法講義第百四頁以下)

本條第一項ノ解釋ニ付キ尙一言スヘキハ其文面ニ「其意ニ非サルノ所爲」トアル「ナリ」此語義ニ付テハ大ニ議論アルカ如シト雖モ余ハ別段深キ意義ナキモノト考フ草案第九十條ノ首項ニ自由ヲ欲クノ所爲トアリシヲ刪除セラレタルヨリ右ノ語ヲ代用セラレタル者ニ過キス其必用ハ全ク之ヲ見サルナリ

以上述ル所ヲ以テ本條第一項ノ不論罪ヲ説明セリ以下其

本條第二項

本項ノ不論罪ハ自己若クハ親戚ノ身體ヲ防衛スルニ出テタル所爲ニ限ル自己若クハ親屬ニ

第二項ニ論及セントス

茲ニ航海中ノ一船アリ瘴霧ニ遮ラレテ巖石ト衝キ又ハ颶風ニ遇テ覆沒セリ此際ニ甲乙二人ノ乘客僅ニ其一人ヲ維持スヘキ一片ノ板ヲ爭ヒ甲ノ腕力强クシテ遂ニ乙ヲ沈メ以テ其一身ヲ全セリ是卽チ草案註釋ニ例示スル本條第二項ノ適用ヲ生スヘキ場合トス

本項ニハ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出テタル所爲トアリ故ニ親屬ハ其遠近ニ別ナク總テ之ヲ包含スルモノト解スヘシ故ニ又朋友恩人等ノ身體ヲ防衛シタル場合ニハ本項ヲ適用ス可カラサルモノトス然ラハ此場合ト自己若クハ親屬ノ財產ヲ防衛シタル場合ニ於テ裁判官ハ必ス有罪ノ判決ヲ下サヽル可カラサルヤ

非サル者ノ身體又ハ自己若クハ親族ノ財産ヲ防衛スルニ出テタル所爲ハ必ス罪ト爲ルヘキヤ

此問題ニ付テハ必然二説ヲ生スヘシ即チ第一説ハ本條第一項ヲ以テ人爲ニ原因スル强制ノ場合ヲ規定シ、第二項ハ其天災ニ原因スル場合ヲ規定スルモノト解釋シ、第二項ノ場合ニ自己若クハ親屬ノ財産又ハ恩人朋友ノ身體(財産ハ勿論)ヲ防衛スルニ出テタル所爲ハ不論罪ニ非ストスヘシ、第二説ハ之ニ反シ第一項ヲ以テ一般ノ原則ヲ掲ケタルモノトシ、第二項ハ事實審案ヲ許サヽル法律ノ推定ニ依リ當然不論罪ト爲ルヘキ場合ヲ定メタルモノト解スヘシ、故ニ前例ノ場合ハ第二項ニ依リ當然不論罪ト爲ルヿヲ得サルモ第一項ニ依リ不論罪ト爲ルヿヲ得ヘシ

余ハ此第二説ヲ以テ解釋上當ヲ得タル者ト考フ其理由ハ草案ノ註釋ニ起草者自ラ本條議決ノ際其原案(草案第九十

立法上ノ批難

條)ニ修正ヲ加ヘラレタル點ヲ示シ其修正ニ拘ハラス本條第一項ハ一般ノ原則ヲ掲クル者ナルヲ以テ自己若クハ親屬ニ非サル者ノ身體ヲ防衛シタル場合ニモ之ヲ適用スルヲ得ヘシト記載セラレタルヲ以テ明ナリトス(草案註釋第百六十八節)

然リト雖モ立法上其果シテ當ヲ得タルヤニ付テハ聊カ異見ナキ能ハス蓋シ親屬間ト雖モ其關係冷淡ヲ極メ師友恩人ニ劣ルノ例往々之アリ然ルニ唯骨肉ノ關係アルヲ基トシテ一般ニ其身體ヲ防衛スルニ出テタル所爲ヲ罪トセサルハ了解スル能ハサル所ナリ

佛國民法ニモ契約取消ノ原由ト爲ルヘキ强迫ニ關シテ之ト同一ノ規定アルヲ以テ余ハ嘗テ其當ヲ得サル所以ヲ論

シタルヿアリ(佛民法第千百十三條拙著契約法講義第百十頁參看)

防衛ニ出テタル所爲ニ制限ナシ

右ニ説明スル如ク本條第二項ハ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出テタル所爲ニ限ルヿヲ明言スト雖モ其所爲ノ何タルヿハ全ク之ヲ示サス故ニ其身體生命ニ對スルト財産ニ對スルトニ區別アル可カラス例ヘハ火災其他ノ危難ヲ避クル爲ニ隣家ノ墻壁ヲ破壞シタル場合ハ論ヲ俟タス草案ニ依レハ飢渴ニ迫リ他人ノ食物ヲ盜食シタル場合ト雖モ不論罪ト爲ルヿアルヘシ(草案註釋第百六十八節末項)

刑法第七十六條

本條ニ定ムル不論罪ノ根基

第五節　犯罪責任ト職務トノ關係

刑法第七十六條ニ曰ク「本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ爲シタル者ハ其罪ヲ論セス」ト

草案ニハ本條ノ不論罪ヲ以テ又自由ヲ欠クニ基ク者トセリト雖モ(草案第九十條末項及註釋)元來官吏タル者ハ其本屬長官ノ命令ヲ執行スヘキヲ職務トス官吏ノ身分ヲ有シナカラ長官ト意見ヲ異ニスル毎ニ其命令ヲ執行セサルヿヲ得ルモノトスレハ政綱紊レ遂ニ法律ノ施行ヲ見ル能ハサルヘシ夫レ然リ故ニ其本屬長官ノ命令ニ從ハシムルニハ其命令ノ當否ヲ問ハス職務ヲ以テ之ヲ執行シタル者ヲ

責ムルヲ得ス若一方ニ於テハ職務トシテ長官ノ命令ニ默從スヘシト云ヒ又一方ニ於テハ不當ト認ムル命令ヲ執行ス可カラスト云フハ自家撞着ノ太甚シキモノトス本條ハ即チ主トシテ此原則ト離ル可カラサル無責任ト其範圍ヲ定メ命令ヲ執行シタル從屬官吏ノ罪ヲ問ハスシテ其命令ヲ下シタル長官ノ責任ヲ明ニスルノ本旨ニ外ナラスト信スルナリ

本條ノ適用ニ必要

故ニ本條ノ不論罪ハ佛國法律派學者ノ所謂自由ヲ飲クニ基ク者トスルモ前條ニ記載スル不論罪トハ大ニ其性質ヲ異ニスル所アルヲ知ルヘシ故ニ余ハ別條ニ之ヲ規定セラレタルヲ贊成スルナリ

右原則ニ依リ本條ヲ適用スルニハ左ノ二條件ノ具ハルヲ必要トス

(一)本屬長官ノ命令

(二)職務上ノ所爲

故ニ本條ニ依リ犯罪ノ責任ヲ免カルヽニハ長官ハ其職權ヲ以テ命令ヲ發シ命令ヲ受ケタル者ハ其職務トシテ之ニ從ハサル可カラサル場合タルヿヲ要ス例ヘハ陸海軍將官カ司法警察官ニ命令シ又ハ司法長官カ軍卒ニ命令シタル如キ場合ニ於テハ本條ヲ適用ス可カラサルコト論ヲ俟タス

本條ハ法律ニ背反セサル長官ノ命令ヲ執行シタル場合ニ適用ナキ者トス即チ逮捕官吏カ豫審判事ノ命令ニ依リ犯人ヲ捕縛シ軍卒カ司令官ノ命令ヲ奉シテ賊軍ヲ砲擊スル

本條ハ法律ニ適スル命令ヲ執行シタル場合ニ必要ナル條件

也其適用アリヤ

本條ヲ適用ス可キ場合如何

如キハ獨リ不論罪ニ非ス正々堂々タル權利上ノ所爲ニシテ正當防衛ト其性質ヲ異ニセサルナリ

然ラハ本條ハ果シテ何ナル場合ニ之ヲ適用ス可キヤ此點ニ於テハ學者其說ヲ異ニシ草案註釋ニモ確乎タル說明ヲ見ス佛國刑法ニハ法律ニ反セサル正當官府ノ命令ヲ執行シタル者ハ無罪トスト曰フニ止リ(佛國刑法第三百二十七條)論點トスル背法ノ命令ヲ執行シタル場合ニ付テハ一般ノ規則ナク唯或場合ニ付キ刑ヲ科セサルノ明文アルノミ(佛國刑法第百十四條及第百九十條)故ニ其他ノ場合ニ於テ如何判決ス可キヤニ付テハ今日ニ至リ未タ一定ノ說アラサルナリ

余惟フニ本條ハ長官ノ命令ヲ受ケタル者ニ於テ其命令ノ

本條適用ノ限界

當否ニ疑念ヲ抱キ又ハ其事實ニ反スルヿヲ知テ之ヲ執行シタル場合ニ適用ス可キモノトス卽チ例ヘハ逮捕官吏ニ於テ無罪ト認ムル者ヲ捕縛スルヿヲ命令セラレ兵士ニ於テ官軍ト思惟スル軍隊ニ向テ發砲スルノ號令ヲ受ケタル場合ノ如キ是ナリ此場合ニ於テ命令ヲ受ケタル者ノ意見事實ナリトスルモ法律ハ長官ノ命令ヲ重トシ其配下ノ意見ヲ以テ之ヲ左右スルヲ許サヽルナリ

然レトモ本條ノ適用ニハ一ノ制限ナカル可カラス其制限トハ他ニ非ス命令ノ法律ニ反スルヲ知テ之ヲ執行シタル場合ニ適用ス可カラサルヿナリ卽チ例ヘハ逮捕官吏カ豫審判事ノ命令ニ從ヒ令狀ナクシテ人ヲ捕縛シ軍卒カ士官ノ命令ヲ奉シテ街上ニ顯官ヲ銃殺シ又ハ人民ノ群集スル處

ニ向テ發砲シタル如キ何レモ一目其命令ノ法律ニ反スル者タルヿヲ知リ又ハ知ラサル可カラサルニ敢テ之ヲ執行シタル者ナルヲ以テ其責ヲ免カルヽヲ得ス抑モ此等ノ所爲ハ前例ノ場合ト大ニ異ナリ本條ニ所謂職務ヲ以テ行ヒタル者ト云フヿ能ハス逮捕官吏ノ職務ハ唯妄リニ人ヲ逮捕スルニ非ス必スヤ法律ニ定ムル手續ヲ履ンテ其任ヲ全フセサル可カラス軍卒ト雖モ亦然リ唯將官ノ命令トサヘアレハ如何ナル人又如何ナル處ニ向テ發砲スルモ職務ノ實行ト云フヿヲ得ス必スヤ戰時ト平時トニ於テ其默奉ス可キ命令ノ何タルヿヲ知ラサル可カラサルナリ

佛國學者ハ畢竟右ノ區別ニ其論據ヲ取ラサルヲ以テ今日ニ至リ未タ一定ノ確說ナキモノト信スルナリ但文官ニ關シテハ右論旨ニ向テ顯然反對ヲ主唱スル者ナシト雖モ軍人ニ關シテハ其上士官ノ號令ニ默從スヘキノ嚴律ニ束縛セラルヽヲ論據トシテ往々異論ヲ吐ク者アリトス（フヽヱリー氏刑法第一卷第三百七十八節參看）

第六節　犯意及過失罪

犯意ノ解

犯意ノ意ハ原語ノ（intention）ニシテ（intention）トハ（in tendere）ナル語ヨリ起リ或目的ニ意思ヲ向ハシムルノ義ナリ故ニ犯意（intention criminelle）トハ其字面ニ表ハル如ク罪ト爲ルヘキ所爲ヲ行フノ意志ヲ云フ者トス即チ例ヘハ謀故殺タルヿヲ知テ之ヲ行ハントス欲スル是ナリ

犯意ハ加害ノ意ト解ス可カラス

犯意ハ犯罪事實ノ因テ生シタル所爲ヲ行フノ意思(volonte)ト混同ス可カラス例ヘハ銃獵ニ過テ樵夫ヲ殺シ戲レニ瓦石ヲ投ケテ人ヲ傷ケタル場合ニ於テ其殺傷ノ由テ生シタル發砲又ハ瓦石ヲ投クルノ所爲ハ固ヨリ意ヲ以テ之ヲ行ヒタルニ相違ナシト雖モ人ヲ殺傷スルノ意思即チ犯意ハ之ヲ欲ケリ殺傷ハ唯其所爲ヨリ生シタル意外ノ結果ニ過キス

學者中ニ往々犯意ヲ釋義シテ害ヲ生スルノ意思ト曰フ者ナキニ非スト雖モ此定義ハ謀故殺毆打創傷墮胎ノ如キ犯人ノ目的トシタル害ノ生スルニ依テ成立スル罪ニ對シテハ一理ナキニ非スト雖モ僞造又ハ竊盜ノ如キ害迹ノ生スルヲ俟タス其所爲ヲ行ヒタルノミヲ以テ成立スル罪ニ對

シテハ穩當ナラス元來僞造竊盜等ノ罪ヲ犯サントスル者ハ人ニ害ヲ加ルヲ目的トスルヨリモ寧ロ己レニ不法ノ利ヲ獲ルヲ目的トスル者トス又一歩ヲ進メ內亂ヲ起サントスル者ノ如キハ決シテ社會ニ害ヲ生スルノ意思ナク其目的トスル所ハ却テ害ヲ除ヒテ世ヲ益セントスルニ在リ然レトモ其直接ノ意思即チ犯意ハ刑法ニ罪ト定ムル處爲ヲ行ハントスルニ在ルヲ以テ犯意ナキ者ト云フヲ得ス之ヲ以テ見レハ凡ソ定義ヲ下スニ方テハ深ク用語ヲ愼マサル可カラサルヿ知ルヘシ

謀故殺毆打創傷墮胎等ノ罪ト雖モ一私人ニ害ヲ加ヘントスル意志ノ有無ハ民法上ノ問題ニシテ損害要償ヲ目的トスル私訴ノ生スルヤ如何ニ關係アルノミ刑法上犯罪ノ成

否如何ノ論題ニハ關係アラサルナリ草案ニハ「犯罪又ハ害ヲ加フルノ意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セス」ト記載セリ(草案第八十九條)修正ノ際ニ其「又ハ害ヲ加ル」ノ數字ヲ刪除セラレ現行第七十七條ニハ單ニ「罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セス」トアルノミ是レ頗ヲ省キ頗ル其當ヲ得タルモノト云フヘシ要スルニ其然ル所以ハ犯罪ト爲ルヘキ所爲ヲ行ハントスルノ意思卽チ犯意ニシテ別ニ害ヲ生セシムル意思ノ有無ヲ問ハサルナリ

犯意ト犯因ノ別

犯意ハ又之ヲ犯罪ニ決心シタル原因(motifs)ト混同スヘカラス例ヘハ殺人罪ハ場合ニ於テ犯意ハ卽チ殺意ト異ナラス然レトモ其殺意ヲ起スニ至リタル所以ハ犯人ノ心裏ニ埋伏シテ判然セサルヿ往々之アリ或ハ復讐ノ念ヨリ起ルヿ

アリ或ハ利慾嫉妬ニ原因スルヿアリ或ハ國家人民ノ利益ヲ目的トスルヿアリ其類千差萬別或ハ憐ム可キ者アリ或ハ憎ム可キ者アリ時代ニ依テハ又道德上大ニ賞ス可キ者アリ(大石眞雄ノ如キハ其適例ナリ)是卽チ犯罪ノ原因ニシテ犯意ノ如クニ一定シタル者ニ非ス之ヲ喩ヘテ言ヘハ恰モ契約ノ遠因ト寸分相異ナル所ナシ遠因ノ契約ノ成立ニ影響セサルト同シク(拙著契約法講義第百一頁參看)犯罪ノ原因モ亦其成立ニ全ク必要ナラサルモノトス唯裁判官ニ於テ其憫諒ス可キ者ナルヤ否ヤヲ考査シテ酌量減輕ヲ與フヘキノミ

犯意ノ有無ハ如何ヲ之ヲ知ルヤ

犯意ノ有無ヲ決スルハ固ヨリ事實論ナリト雖モ法律ニ指定スル各犯罪ノ定義ト要素ニ注目スルヲ最モ必要トス例

犯罪ニ犯意ヲ要スル理由

過失罪

ヘハ窃盗ハ他人ノ所有物ヲ竊取スルノ所爲ヲ云フモノナルヲ以テ(第三百六十六條)所有者ノ承諾ナキニ其物件ヲ已レノ有トスルノ意思ナカル可カラス或ハ之ヲ自己ノ所有物ト混同シ或ハ又一時借用スルノ目的ヲ以テ之ヲ取リタル如キ場合ニ於テハ犯意ナキニ因テ竊盗罪ハ成立セサルモノトス

犯罪ニ犯意ヲ要スル所以ハ他ナシ犯意ナキノ所爲ハ犯罪ノ所爲ニ非ス其所爲ニ非サル事實ヲ罪トシテ之ヲ責ムルハ社會ニ必要ナキナリ過失罪ハ即チ此原則ニ對スル變例ニシテ畢竟巨害ヲ未發ニ防止スルニ注意ノ足ラサルヲ責ムルモノトス故ニ過失罪ハ犯罪ニ犯意ヲ要スル原則ニ對スル例外ナリト雖モ社會ノ安全ヲ維持スルノ要具タル刑法ノ本旨ニ反スル者ニ非サルナリ刑法第七十七條第一項末文ニ「但法律規則ニ於テ別ニ罪ヲ定メタル者ハ此限ニ在ラス」トアルハ即チ過失罪ノ場合ヲ云フモノトス草案註釋

第百六十三節

過失ノ証明

我刑法ニ定ムル過失罪ハ主トシテ過失殺傷及ヒ失火ノ如キ場合ヲ云フモノトス(第三百十七條以下及第四百九條)即チ銃獵ニ過テ人ヲ殺傷シ又ハ道路ニ車ヲ馳セラシテ通行人ヲ仆シタル如キ自己一時ノ便利ヲ先ニシテ重大ナル害ヲ生セシメタルノ過失ヲ免カレス故ニ法律ハ其豫防ニ尋常ノ注意ヲ欠キタルヲ罪トシテ之ヲ罰セリ

過失罪ハ其過失ヲ罪トスルモノナレハ若犯人ニ實際過失ノ責ムヘキナク全力ヲ用ヒテ尚ホ害ノ生スルヲ豫防スル

ヿ能ハサリシ時ハ犯罪ノ責任ナキヿ論ヲ俟タス此一點ハ前示刑法ノ條文ニ疎虞懈怠又ハ失火ト記載シタルヲ以テ瞭然タリ是レ尙恰モ民法ニ於テ(一)豫知シタル損害ト(二)豫知スルヲ得タル(又ハ豫知セサルヲ得サリシ)損害ト(三)豫知スル能ハサリシ損害トヲ區別シ其故意過失又ハ天災ニ原因スルノ如何ニ依テ賠償責任ノ有無ト輕重ヲ定メタルト其理ヲ異ニセサルナリ(佛國民法第千百四十八條及千百五十條拙著契約法講義第二百九頁以下參看)但其過失ニ出テタルト否トハ事實ニ於テ判決スルノ外ナシトス

違警罪ハ犯意ノ有無ヲ問ハス法律ニ指定スル事實ノ生シタルノミヲ以テ之ヲ罰スルヲ通則トス(草案註釋第百六十三節標目ガロー氏刑法第百四十八節)理論上ヨリ言ヘハ過

失罪ヲ外ニシテハ犯意ナキ所爲ヲ罪トスルハ其當ヲ得サルニ似タリ違警罪ハ刑法ニ反スル罪ト云フヨリモ寧ロ警察規則ニ反スル所爲トシテ警察上ノ處分ヲ行フモノト云フヲ至當トス但現行刑法ニ於テハ或ハ土地ノ法律ヲ知ラサルヲ過失トシテ之ヲ罪ト定メタルモノト云フヲ得ヘキ歟

違警罪ニ二種アリ一ハ全國普通ノ違警罪ニシテ又一ハ各地方ニ特別ナル違警罪ナリトス(第四百三十條)其全國普通ノ者ハ刑法第四編ニ之ヲ揭示シタルヲ以テ一目瞭然タルニ依リ少ク意ヲ用ユル者ハ其罪ニ陷ルノ恐レナシ又之ニ陷ルトモ過失罪トシテ之ヲ罰スルニ不都合ナカルヘシト雖モ第二種ノ違警罪ハ之ト異ナリ全ク各地

方ノ便宜ニ基キ之ヲ定ムル者ナルヲ以テ朝令暮改地ニ依テ其寛嚴ヲ異ニシ太甚シキニ至テハ僅ニ一線ヲ隔テヽ甲地ニ禁セサル所爲ヲ乙地ニ禁スルヿナシトセス若土地ノ法律ヲ知ラサルヲ過失トシテ犯意ノ有無ヲ問ハス一般ニ之ヲ罰スルモノトセハ必スヤ各地方ニ於テ便宜ノ方法ヲ設ケ以テ其違警罪ノ條目ヲ掲示セサル可カラス其掲示ノ方法偏カラサルニ於テハ敎ヘサル民ヲ罔スルヿトナリ其弊ヤ實ニ少ナシトセス夫レ然リ故ニ違警罪裁判官ハ唯一ニ背則ノ事實有否ヲ見ス又傍ラ違警罪目掲示ノ方法ニ着目シ其方法ノ宜シキヲ得サリシカ爲メ實際過失ヲ責ムルヿノ難キ場合ニ於テハ酌量減輕ヲ與ルニ吝ナル可カラス

犯意以外ノ結果ヲ生シタル場合

要スルニ我刑法上重罪ハ總テ有意犯トス輕罪ニハ前示過失ヲ罰スルノ例外アリ違警罪ハ無意犯タルヲ通則トス犯意ニ關シテ尙論究セサル可カラサル一ノ問題アリ卽チ實際犯サントシタル所爲ヨリ意外ノ結果ヲ生シタル場合ニ於テ責任ノ輕重ヲ定ムルヿナリ此場合ニ於テ其意外ノ結果ニ對シテハ一般ニ責任ナシト曰フヘキニ似タリト雖モ余ハ一ノ區別ヲ爲スヿヲ必要ト考フ卽チ其意外ノ結果ノ生スルヿヲ豫知スルヲ得ヘク又豫知セサル可カラサル場合ニ於テハ責任ニ重キヲ加ルノ危險ヲ冒シテ行ヒタルモノト云ハサルヲ得ス卽チ例ヘハ家屋ニ放火シテ人ヲ死ニ致シタル場合ニ於テ殺意ナキヿヲ證明スルモ其責任ヲ免カルヽヿヲ得サルヘシ(第四百二條)又右結果ヲ豫知セサ

リシヿヲ必スシモ免カル能ハサル場合ニ於テモ法律上一般ニ其結果ノ生シタルノ故ヲ以テ刑ヲ加重スルヿアリ即チ歐打創傷因テ死ニ致シタル場合ノ如キ是ナリ(第二百九十九條第三百二十四條第三百三十一條第三百三十五條第三百三十九條第三百五十一條)此等ノ場合ニ於テ其加重ニ對スル丈ケハ事實ハ之ヲ過失罪ト認メタル者ト云フハ外ニ學理ニ反セサル説明ノ方法ヲ見サルナリ

第七十七條第二項以下

以上述ル所ヲ以テ刑法第七十七條第一項及其例外ヲ説明セリ是ヨリ同條第二項以下ニ論及セントス其條文ハ左ノ如シ

罪ト爲ル可キ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者ハ其罪ヲ論セス

罪本重カル可クシテ犯ス時知ラサル者ハ其重キニ從テ論スルヿヲ得ス

法律規則ヲ知ラサルヲ以テ犯スノ意ナシト爲スヿヲ得ス

罪ト爲ル可キ事實ヲ知ラスシテ犯シタルトハ例ヘハ有夫ノ婦タルヿヲ知ラスシテ之ト密通又ハ結婚シタル如キヲ云フ故ニ罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラサリシヿヲ證明スル者ハ卽チ犯意ナカリシヿヲ證明スル者ナリ本條第二項ハ曩ニ説明シタル第一項中ニ自ラ含蓄スルモノト云フヲ得ヘシ

罪ト爲ル可キ事實ヲ知ラサル場合

第七十七條第二項

然ラハ本條第二項ハ全ク第一項ヲ複言シタル者ニ過キサ

第一項ノ複言ニ過キサルヤ

ルヤ余惟フニ此二項ハ抗辨ノ點ニ於テ少シク適用ヲ異ニスル所アルカ如シ即チ右例ノ直接ノ抗辨トシテ證明スルヿハ即チ有夫ノ婦タリシ事實ヲ知ラサリシヿナリ姦通又ハ重婚罪ヲ犯スノ意ナキヿハ畢意間接ニ證明セラルヽモノトス之ニ反シ銃獵ニ過テ人ヲ殺シタル如キハ其事實ノ罪ト爲ルヘキヿヲ知ラサリシ者ニ非ス全ク其生スヘキノ事實ヲ知ラサリシ者ナリ故ニ此場合ニ於テハ直接ニ犯意ナキヿヲ證明セサル可カラス銃獵ノ場合ニ於テモ人ヲ猪ト誤解シテ之ヲ銃殺スルハ罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラサリシ者ナリ但人ト猪ヲ混同スル如キハ過失ノ太甚シキモノナルヲ以テ通常ハ過失罪ト爲ルヘキヿ勿論トス

右犯意ナキヿヲ抗辨スルノ直接又ハ間接ナルヿアルハ唯

罪本重キヲ知ラサル場合

皮相上ノ差異ニ過キス然レトモ余ハ此一點ヲ外ニシテ本條第一項及第二項ヲ區別シテ之ヲ記載スルノ實用ヲ見サルナリ但右ニ述ル所ハ草案其他ノ書ニ之ヲ見サルヲ以テ果シテ其立法上ノ理由ナリシヤヲ知ラス或ハ寧ロ罪ト爲ル可キ事實又ハ罪本重キ事實ヲ知ラサル場合ト第四項ニ所謂法律ヲ知ラサル場合トノ區別ヲ明ニスルノ主意ニ出テタルモノト云フ可キニ似タリ

本條第三項ニ所謂罪本重キヲ知ラサルトハ例ヘハ暗夜ニ他人ト誤解シテ祖父母父母ヲ殺傷シタル如キヲ云フ(第三百六十二條以下)是畢竟其重キ點ニ付テハ罪ト爲ル可キ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者ナレハ其責任ナキヤ疑フ可キニ非サルナリ

獨逸刑法ニハ「罪ト爲ル可キ事實又ハ罪本重キヲ知ラサリシ」懈怠若クハ不注意ニ原因スルトキハ不論罪ノ限ニ非ス」トノ明文アリ(獨國刑法第五十九條末項)我刑法第七十七條第二項及第三項ニハ此制限ヲ掲ケスト雖モ曩キニ説明シタル過失罪ニ關スル法理ヲ適用スルヿヲ得ヘキハ論ヲ俟タス卽チ各本條ニ於テ特ニ過失罪トシテ罰スル者ハ不論罪ノ限ニ非サルモノト云フヘシ故ニ犯意ナキノ所爲ヲ過失罪トシテ罰スルニハ特ニ明文ヲ要スルノ法理ヲ適用セサル可カラス然ルニ前示有夫ノ婦タルヿヲ知ラスシテ之ト密通又ハ婚姻シ祖父母父母タルヿヲ知ラスシテ之ヲ殺傷シタル場合ノ如キハ特ニ過失罪トシテ論スルノ條文ナキヲ以テ假令ヒ其事實ヲ知ラサリシハ懈怠若クハ不注意

ノ結果ナリトスルモ本條第二項及第三項ニ依テ不論罪ト決セサルヲ得ス蓋シ其己レト密通又ハ結婚スル者ニ夫アルヿヲ知ラサルカ如キハ通常過失ト云ハサル可カラス祖父母父母タルヿヲ知ラスシテ殺傷シタル者モ亦然リ千歲一遇ノ場合ニ非サレハ祖父母又ハ父母タルヿヲ知ラサル如キハ恕ス可カラサル者ト謂ハサルヲ得ス然ルニ之ヲ過失罪トシテ罰セサルハ抑モ何ソヤ畢竟其事實ノ稀有ナルヲ以テ實際弊害ヲ見サルノミ是蓋シ我現行刑法ニ於テ過失罪トシテ罰スルノ狹キニ過クル所以ニシテ立法上重大ナル批難ヲ免ルヽヿヲ得サル一點ト信スルナリ他日刑法ヲ改正セラルヽソ日ニ於テ若本條第二項ノ終リニ前示獨逸刑法ニ掲クル如キ制限ヲ附記セラルヽヿヲ得ハ右ニ擧クル如

キ不都合ヲ實際ニ見ルヿナカルヘシ

以上罪ト爲ル可キ事實ヲ知ラスシテ犯シタル場合ヲ說明セリ是ヨリ法律ヲ知ラスシテ犯シタル場合ヲ畧述セントス

法律ヲ知ラサル場合

法律アルヿヲ知ラサル者ハ固ヨリ其法律ヲ犯スノ意思ナシ然レトモ刑法ニ罪トスル所ノ所爲ハ其意思ノ表彰ニ非ス法律(知ルト否トヲ問ハス)ニ罪ト定メタルヿヲ行ハントスルノ意思卽チ責任ノ一條件ト爲ルモノナリ故ニ法律ヲ知ラス從テ之ヲ犯スノ意ナキヲ理由トシテ犯罪ノ責ヲ免カルヽヲ得ス是卽チ本條第四項ニ定ムル所ナリ

本條第四項ノ基本及其適用ノ範圍

或學者ハ法律ヲ知ラサルノ故ヲ以テ犯罪ノ責任ヲ免カルヽヿヲ許サヽルノ理由トシテ一般人民ハ法律ヲ知ルトノ推測ニ出テタル者トシ從テ反證ヲ擧テ其推測ヲ覆ヘシ責任ヲ免カルヽヿヲ得ヘシト曰ヘリ(ド、バストレ氏刑法第二卷第百三十六頁ル、セリエ氏同第一卷第百二十六節)是全ク謬見取ルニ足ラサル說ト云ハサル可カラス其然ル所以ハ一旦正式ヲ履テ公布シタル法律ハ各民ニ之ヲ知ル可キノ義務アリ卽チ之ヲ知ルト知ラサルトハ各自ノ利害ノ關係スルヿニシテ法律ノ與リ知ル所ニ非ス若夫レ法律ヲ知ラサルヲ口實トシテ責任ヲ免カルヽヿヲ得ルモノトセハ其弊害タル實ニ底止スル所ヲ知ラス常ニ之ヲ知リタルヤ否ヤノ事實論ヲ生シ法律ハ一日トシテ全キヲ行ハルヽヿ能ハサルヘシ是卽チ法律規則ヲ知ラサルヲ以テ犯意ナキト同視シ犯罪ノ責任ヲ免カルヽヿヲ許サヽル所以ナリ