

第二款 未遂犯

五二丁

第三章 犯罪ノ時、場所、人

一一二丁

第一節 犯罪ノ時

同 丁

第一款 犯罪及ヒ刑罰ニ關スル新舊二法ノ抵觸

一一三丁

第二款 裁判所構成管轄又ハ訴訟手續ニ關スル新舊二法ノ抵觸

一二九丁

第三款 刑事時効ニ關スル新舊二法ノ抵觸

一三三丁

第二節 犯罪ノ場所及ヒ人

一三八丁

第一款 總論

同 丁

第二款 犯罪ノ場所

一四二丁

第三款 犯罪ノ人

一五四丁

第一項 日本領土内ニ在ル人ニ關スル場合

同 丁

第二項 日本領土外ニ在ル人ニ關スル場合

一五八丁

第四款 法律及ヒ裁判權ノ抵觸

一六五丁

第一項 法律ノ抵觸

同 丁

第二項 裁判權ノ抵觸

一六六丁

第五款 犯罪人引渡法

一六九丁

第一項 犯罪人引渡法ノ原理

一七〇丁

第二項 犯罪人引渡ニ關スル條件

一七四丁

第三項 犯罪人引渡ニ關スル手續

一八一丁

第四項 引渡ノ效果

一八五丁

第二卷 犯罪ノ責任

一八七丁

第一章 犯罪ノ主動者及ヒ受動者

同 丁

第一節 犯罪ノ主動者

一八八丁

第二節 犯罪ノ受動者

一八九丁

第二章 責任ノ原則

一九二丁

第三章 責任ノ例外

第一節 犯罪ノ無能力

第一款 強制

第二款 犯罪ノ無意思

第一項 犯罪ノ意思

第二項 犯罪ノ無意思

第三款 精神ノ喪失

第一項 犯罪ノ當時精神ノ喪失セル場合

第二項 刑ノ執行中精神ノ喪失セル場合

第四款 年齢

第二節 權利ノ執行

第一款 總論

第二款 職務執行

第三款 正當防衛

四

一九八丁

同 丁

二〇二丁

二一〇丁

同 丁

二二六丁

二四四丁

同 丁

二六八丁

二六九丁

二七九丁

同 丁

二八五丁

二八八丁

第四章 責任ノ減輕

第一節 法定上ノ減輕

第一款 宥恕減輕

第二款 自首減輕

第二節 裁判上ノ減輕

第五章 責任加重

第一節 總論

第二節 再犯加重

第三節 現行刑法ノ再犯

第一款 再犯加重ノ條件

第二款 再犯證明ノ方法

第六章 數罪ノ責任

同 丁

二九〇丁

三〇四丁

同 丁

同 丁

三二九丁

三三七丁

三四三丁

同 丁

三五〇丁

三六四丁

同 丁

三八一丁

三九三丁

五

第一節 總論	同 丁	六
第二節 現行刑法ノ數罪俱發	同 丁	
第一款 刑罰ニ關スル俱發罪ノ適用	同 丁	
第二款 犯罪ニ關スル俱發例ノ適用	同 丁	
第三節 數罪俱發ノ效力	同 丁	
第一款 公訴權ニ關スル場合	同 丁	
第二款 刑ノ執行權ニ關スル場合	同 丁	
第七章 共犯ノ責任	同 丁	
第一節 總論	同 丁	
第二節 犯罪ノ加擔	同 丁	
第一款 加擔條件	同 丁	
第一項 正犯	同 丁	
第二項 教唆者	同 丁	
第三項 從犯	同 丁	
	四八八丁	
	四七一丁	
	四六一丁	
	四四八丁	
	四四〇丁	
	四三六丁	
	四二五丁	
	四二二丁	
	四一三丁	
	四一〇丁	

第三節 數人共犯ニ於ケル身分上ノ關係	五〇三丁
第一款 共犯中ノ一人カ犯罪ノ責任ヲ免レタ ルトキハ他ノ共犯者ニ對シテ如何ナル 影響ヲ及ホスヘキ乎	五〇四丁
第二款 共犯人中加重若クハ減輕ノ理由ヲ有 スル者アルトキハ其他ノ共犯人ニ對 シテ如何ナル影響ヲ及ホスヘキ乎	五二一丁
第二章 刑罰編	五三四丁
第一章 總論	同 丁
第二章 主刑	五四五丁
第一節 死刑	同 丁
第二節 自由刑	五五一丁
第一款 刑罰ニ因ラサル自由ノ剝奪	同 丁

第二款	刑罰ニ因ル自由ノ剝奪	五五二丁
第一項	自由刑ノ期間	五五四丁
第二項	自由刑ノ制度	五五九丁
第三項	自由刑ノ執行方法	五八二丁
第三章	附加刑	五九〇丁
第一節	自由上ノ附加刑(監視)	同 丁
第二節	權利上ノ附加刑(剝奪公權及ヒ停止公權)	五九二丁
第三節	財産上ノ附加刑	六〇二丁
第一款	罰金附科料	同 丁
第二款	沒收	六〇六丁
第四章	刑期計算	六一五丁
第五章	期滿免除	六二五丁
第一節	總論	同 丁
第二節	刑ノ執行ノ期滿免除	六二九丁

第一款	期滿免除ノ區域	同 丁
第二款	期滿免除ノ期間	六三四丁

刑法汎論



法律學士 古賀 廉造 講義
卒業生 湯淺啓次郎 編輯

緒言
日本刑法
沿革大意

第一章 日本刑法ノ沿革大意

刑法ハ社會ノ犯罪ヲ撲滅スルノ目的ヲ以テ制定セラレタル法律ナリ社會ノ犯罪トハ社會ノ生存ヲ妨害スル凡百ノ所爲ヲ云フ抑モ人カ社會ヲ成スノ目的ハ此社會ノ集合力ニ依テ以テ各人ノ安寧ヲ維持セントスルニ在リ故ニ若シ犯罪ナルモノアリテ社會ノ生存ヲ害シ安寧ヲ破ラントスルトキハ社會ノ集合力ニ因テ之ヲ撲滅スルノ途ヲ謀ラサルヘカラス刑法ハ此犯罪ヲ撲滅スルノ目的ヲ以テ制定セラレタルモノニシテ實ニ社會生存ノ要具タリ

刑法ノ必要夫レ斯ノ如クナルカ故ニ古今東西苟モ國ヲ成スモノ未ダ曾テ刑法ノ

制定ヲ爲サ、ル者ナシ我國ニ於テモ上古中世ハ暫ク之ヲ措キ徳川時代ニ至テ徳川氏百ヶ條ナル法律ヲ制定シ之ニ由テ幕府管内ノ犯罪ヲ處罰シ又各諸侯ニ於テハ別ニ各藩ノ刑法ヲ制定シテ各其領地内ノ犯罪ヲ處罰セリ故ニ當時ニ在テハ領主ノ異ナルニ從ヒ各地方ノ刑法ヲ異ニシ寛嚴一轍ニ出ツルコト能ハサリキ徳川氏滅ヒ王政復古スルニ及ヒテ政令一途ニ出テ日本全土ニ一定ノ法律ヲ頒布スルノ必要ヲ生シ徳川氏百ヶ條及ヒ各藩ノ刑法ハ復タ其用ヲ爲サ、ルニ至レリ然レトモ刑法ノ制定ハ一日モ之ヲ緩カセニスヘカラサルカ故ニ更ニ明清ノ律ニ基ツキ日本刑法ヲ制定セリ之ヲ新律綱領トス後此新律綱領ヲ改正シテ改定律令ヲ制定セリ此刑法ハ實ニ現行刑法實施ノ前日迄施行セラレタルモノナリ後明治三四年ノ頃我政府ハ佛國ノ六法(所謂佛國ノ六法トハ刑法、民事訴訟法、民法、商法及ヒ山林法ヲ云フ)ヲ翻譯シ始メテ外國法律ノ完備セルニ驚キ未明ノ夢漸ク茲ニ醒ントセリ此時ニ際シ政府ノ法律顧問トシテ雇聘セル佛國人ボソナード氏ハ我國未ダ刑法ト刑事訴訟法トノ區別ヲ爲サス犯罪糾斷ノ方法トシテ拷問ノ制ヲ採用セルヲ見テ頻リニ我刑法ノ不完全ヲ唱ヘ之カ改正ヲ迫レリ曰ク若シ政府ニシテ此刑法ノ改正ヲ斷行スルニア

ラサレハ余ハ速ニ去ルヘシ一日モ斯ル野蠻國ニ滯留スルヲ屑トセスト是ニ於テ政府ハ大ニ刑法改正ノ必要ヲ覺リ遂ニ歐洲ノ原則ニ基ツク所ノ刑法ヲ制定セシコトヲ決意シボソナード氏ニ命スルニ刑法草案ノ起稿ヲ以テセリボソナード氏ハ佛國刑法ノ主旨ニ範リ其最モ非難ノ存スル點ヲ修正シテ日本刑法草案ヲ作り之ヲ時ノ政府ニ提出セリ政府ハ其草案ヲ翻譯シテ之ヲ元老院ノ審議ニ付シ元老院ニ於テ多少ノ修正ヲ加ヘテ確定草案ト爲シ遂ニ明治十三年之ヲ全國ニ頒布シ同十五年一月ヨリ實施スルニ至レリ之ヲ現行刑法トス

斯ノ如ク現行刑法ハ固ト佛國人カ佛國ノ刑法ニ基ツキテ起草シタル原案ヨリ成リタルモノニシテ元老院ニ於テ多少ノ修正ヲ加ヘタリト雖モ其本質ニ至テハ尙ホ全ク佛國刑法ノ寫本タルニ過キス若シ夫レ現行刑法中往々文字ノ解シ難キモノアルハ是レ一ハ支那律ノ文字ヲ採リタルト他ハ文章ノ體裁ヲ裝フタルトニ職由セスンハアラス故ニ夫ノ現行刑法ノ字句ニ就キ深ク其是非ヲ研究シ異同ヲ喋々スルカ如キ余ノ採ラサル所ナリ

現行刑法ハ佛國刑法ヲ母法トシテ生出シタル子法ナルコト夫レ斯ノ如シ故ニ佛

國刑法ニシテ非常ニ完備ナル法律ナラシメハ子法タル我刑法モ亦大ニ稱賛スルニ足ルモノアラム之ニ反シ佛國刑法ニシテ不完備ノモノナラシメハ我刑法モ亦非難ノ伴フモノアルハ數ノ免カレサル所ナリ佛國刑法ハ果シテ完全無缺ノ法律ト云フコトヲ得ヘキヤ今佛國刑法ノ沿革ヲ見ルニ佛國刑法ハ十八世紀末ニ制定セラレタルモノニシテ今ヲ距ルコト遠ク百三十四年以前ノ時代ニ屬ス爾テ佛國今日ノ狀態ヲ觀ルニ文化大ニ進ミ風俗亦多少ノ變遷ヲ來シテ之ヲ百年以前ノ當時ニ比スレハ全ク其面目ヲ一新セルノ感アリ然ルニ百年以前ニ制定セラレタル刑法ヲ以テ現時ノ佛國ニ臨マントス勢ヒ犯罪ノ種類及ヒ方法等ヲ異ニシ犯人ノ智識ハ遙カニ法律ヲ凌キ到底犯罪撲滅ノ目的ヲ達スヘカラサルヤ知ルヘシ是ニ於テ乎佛國ハ五十年以來屢單行律ヲ制定シテ刑法ノ或部分ヲ改正シ以テ其足ラサルヲ補ヒ誤レルヲ正シ漸ク社會ノ現狀ニ伴フテ其目的ヲ遂行スルコトヲ期セリ從テ現今ノ刑法ハ昔日ノ刑法ト大ニ其面目ヲ異ニスルモノアリ斯ノ如ク佛國刑法ハ本國ニ於テスラ尙ホ且其威信ヲ失墜セリ既ニ其本國ニ於テ威信ヲ失墜シタル所ノ佛國刑法ヲ基本トシテ制定シタル現行刑法ハ我國ヲ支配スルニ付キ如

何ナル結果ヲ惹起シタルヤ惜哉統計學ノ發達不充分ナル我國ニ於テ未タ其正確ナル所ヲ證スルコト難シト雖モ余證多年職ニ司法ニ在ル者ノ見ル所ヲ以テスレハ爾來犯罪ノ數ハ益々増加シテ社會ノ安寧ハ益々破壞セルコトヲ斷言スルヲ憚ラサルナリ現行刑法ノ實施ニシテ果シテ斯ノ如キ結果ヲ生シタリトセハ夫ノ新律綱領、改定律令ヲ廢止シ文明國タル佛國刑法ノ趣旨ニ則リ以テ現行刑法ヲ制定シタル目的果シテ那邊ニ在ルカ之ヲ知ルニ苦マスンハアラス夫レ刑法ハ社會ノ犯罪ヲ撲滅スルヲ以テ目的トス是故ニ少ナクトモ其改正アル毎ニ犯罪減少ノ結果ヲ期セサルヘカラス若シ此結果ヲ生スルコト能ハスンハ縱令如何ニ完備セル刑法ト雖モ之ヲ良法ト云フコト能ハス之ニ反シ刑法カ能ク犯罪減少ノ效果ヲ生スルヲ得ハ其基ツク所縱令支那其他ノ未開國ノ法律ニ在ルモ決シテ良法タルニ愧チサルナリ現行刑法發布ノ當時我立法者ハ漫ニ文明ノ主義ニ心醉シテ我國現在ノ狀態ヲ察セス直チニ現行刑法ヲ制定シタルハ早計ニ失スルノ非難ヲ免カル、コト能ハサルヘシ

加之佛國刑法ハ佛國革命以前ニ於ケル殘酷ナル刑法ノ反動ニ因テ制定セラレタ

ルモゴナリ故ニ其規定寛大ニ失スルモノ甚ク少ナカラス然ルニ我國ハ徳川氏ノ時代ニ於テ唯全國統一ノ法律ヲ缺キタルニ止マリ社會ノ秩序ハ自ラ整然タルモノアリテ決シテ歐洲ノ中古時代ニ行ハレタルカ如キ野蠻ノ法律ト日チ同ウシテ語ルヘカラス佛國ト我國トハ元來其國情ヲ異ニシタルニ拘ハラズ佛國革命以前ノ反動力ニ因テ成立シタル刑法ヲ以テ之ヲ我國ニ實施ス其效果ノ見ルヘカラスルヤ知ルヘキノミ現今世ノ學者若クハ監獄家ト稱スル者頻リニ犯罪人ヲ優遇スルニ勉ムルヲ以テ刑法進步ノ域ニ向フモノト信セリ然レトモ此說ハ百數十年以前刑法ノ殘酷ヲ極メタル當時ニ於テコソ一顧ノ價值アリタレ現今進化シタル社會ニ於テ唱導スヘキモノニアラサルナリ

現行刑法ハ既ニ其基礎ニ於テ又其結果ニ於テ特ムヘカラサルコト斯ノ如クナルヲ以テ司法省ニ於テモ大ニ鑑ムル所アリ明治二十五年一月刑法改正審査委員ヲ設ケテ現行刑法ノ改正ニ着手シ二十八年十二月ニ至リ四年ノ星霜ヲ經テ改正草案ヲ脱稿セリ該草案ハ現行刑法ノ規定ニ比スレハ刑罰ノ範圍頗ル廣キモノアリ此草案ハ議會ノ決議ヲ經テ早晚現行刑法ニ代リ我國ニ實施セラレントス然リ而

シテ右草案ノ主義ニシテ現行刑法ト同一ナラシメハ現行刑法ノ規定ヲ研究シ其理想ヲ以テ草案ニ對スルモ非常ノ困難ヲ感スルコトナカルヘシ然レトモ草案ハ現行法ト全然其主義ヲ異ニスルカ故ニ屢々一方ノ學理ヲ以テ他方ヲ推スコト能ハサル場合アルヘシ又草案ハ我國從來ノ經驗ニ基ツキ實際ノ必要ヲ本トナシタルモノナルカ故ニ徒ラニ外國刑法ノ法理ノミヲ以テ之ニ及ホスヘカラサルモノアリ幸ニ余モ亦起草者ノ一員タルヲ以テ編纂ノ當初ヨリ之ニ參與シ其精神ヲ知ルニ於テ多少ノ便宜ヲ得タリ故ニ刑法ノ講義中機ヲ見テ草案ノ規定ヲ參照スルノ勞ヲ採ルヘシ而シテ今現行刑法ヲ改メテ新刑法ヲ制定セサルヘカラサル所以ノモノ即チ現行刑法ノ不完全ナル所及ヒ改正草案ノ必要ナル所ノ二點ヲ明カニスルニ付テハ先ツ現行刑法ハ如何ナル主義ニ則リテ制定セラレタルモノナリヤ又改正草案ハ何レノ主義ヲ採用シタルヤ之ヲ説明セサルヘカラス此二主義ノ出ツル所必ス其淵源ナクンハアラス既ニ其淵源ニ付キニ主義ノ差異ヲ明ラカニセハ現行法律ノ主義ヲ知ルコト誠ニ易々タルノミ

刑法ノ主義ヲ大別シテ二トナス舊學派ノ主義及ヒ新學派ノ主義即チ是ナリ舊學

八
派ハ刑法學起リテヨリ以來今日ニ至ルマテ廣ク歐洲諸國ニ行ハレ延テ我國ニ迄
傳播セシ所ノモノニシテ其勢力殆ト全世界ヲ壓倒セリ其論據トスル所多クハ理
論ニ偏スルモノアルカ故ニ之ヲ名ツケテ純理派トハ謂フナリ新學派ハ舊學派ニ
反對シテ起リタル最近ノ學派ニシテ漸ク三十年以來ノ發明ニ係リ其發達日尙ホ
淺キヲ以テ未タ全歐洲ニ普ネカラス從テ日本ニ於テ之ヲ唱導スル者甚タ擧ナシ
其論スル所社會ノ實益又ハ實際ノ經驗ニ基ツクカ故ニ實利派又ハ經驗派ノ名稱
アルナリ余ハ深ク實利派ノ學ヲ信ス大ニ之ヲ主張シテ而シテ從來我國ニ行ハル
ル刑法ノ學說ヲ一新シ依テ以テ我國ノ公益ヲ補フ所アラント欲スルナリ孟子曰
ク生於其言害於其政ト刑法ノ如キ社會ノ秩序ヲ維持スルノ法律ニシテ一旦其主
義ヲ誤タシカ如何ナル金葉玉條モ何ノ益ヲ爲スコトカ之アラム唯其益ヲ爲サ、
ルノミナラス偶々以テ社會ノ害ヲ爲スニ足ル余ノ實利派ヲ信スルニ至ル蓋シ偶
然ニアラサルナリ但我現行刑法ハ舊主義ニ基キテ制定セラレタルモノナレハ俄
カニ新主義ニ因テ之カ説明ヲ爲シ難キ所アラム然レトモ法律ノ研究ハ克ク其精
神ヲ穿ツヲ以テ目的トナス故ニ新學派ニ照ラシテ現行刑法ノ不完全ナリトスル

所ノモノヲ詮索シ之ヲ論難スルハ寧ロ保護的ニ之ヲ編綴シテ附會ノ說ヲ爲スヨ
リモ優レル所アラム舊派ニ於テハ犯罪ノ原因ヲ以テ一ニ之ヲ犯人ノ心術ニ歸シ
其心術ヲ治スルヲ以テ目的トナス夫レ犯人ノ心術正廉ナレハ即チ犯罪ノ念慮ヲ
生スルノ理ナク犯罪ノ念慮生セサレハ則チ犯罪ノ事實出ツルノ時ナシ犯罪ノ事
實出テサレハ則チ社會ノ秩序整然トシテ而シテ國家安泰ナリ故ニ犯人ヲ罰スル
ハ犯人其者ヲ惡ムニアラスシテ犯人ノ心術ヲ惡ミテナリ即チ刑罰ノ目的ハ犯人
ヲ懲戒シテ邪曲ノ念ヲ斷タシメントスルニ在リ犯人ヲ感化シテ正路ニ導クニア
リ若シ刑法ニシテ此目的ヲ誤リテ而シテ刑罰ヲ設ケンカ其刑罰ハ即チ不正不義
ノ刑罰ナリトス人ヲ正サントスレハ先ツ己ヲ正サ、ルヘカラス犯人ヲ正路ニ導
クノ刑罰ニシテ自ラ不正不義ノ性質ヲ有ス豈ニ刑罰ノ本旨ナラムヤ社會ニ於テ
刑罰權ヲ有スルハ其自存權ヲ防衛スルニ在リト雖モ社會ノ刑罰權ハ決シテ懲戒
權ノ範圍ヲ脱スヘキモノニアラサルナリト是レ刑罰權ヲ以テ正義ニ配セントス
ルモノニシテ所謂正義派ノ論トリ

新主義ニ於テ論スル所ハ罪ヲ犯ス者ハ犯人其者ニ在リト謂フト雖モ犯罪ノ原因

ハ必スシモ犯人ノ心術ノミニ歸スヘカラス氣候ニ原因スルモノアリ社會ニ原因
 スルモノアリ又犯人ノ一身ニ原因スルモノアルナリ而シテ其一身ニ原因スル心
 術ト雖モ是レ又必ス正路ニ導クコトヲ期スヘキモノニアラス凡ソ犯人中ニハ懲
 治スヘキ心術ヲ有スルモノアリ又懲治スヘカラス心術ヲ有スルモノアリ懲治
 スヘキ心術ヲ有スル者ニ對シテハ懲戒的ノ刑罰ヲ用ヒテ大ニ其功ヲ奏スト雖モ
 懲治スヘカラス心術ヲ有スル者ニ對シテハ懲戒的ノ刑罰ヲ用ユルモ到底何等
 ノ功ヲ奏スヘキニアラサルナリ然ルニ舊派論者ハ總テノ犯人ヲ同一視シテ之ニ
 臨ムニ同性質ノ刑罰ヲ以テセントスルハ即チ誤レリト謂フヘキノミ元來刑罰權
 ハ社會カ其自存ヲ全クスルカ爲メニ有スル防衛權ニ外ナラサレハ其防衛ノ目的
 ヲ達スルニ適切ナル方法ヲ以テスヘシ徒ラニ犯人ヲ懲戒スルノ趣旨ニ止マルヘ
 カラサルナリト

以上新舊二學派ノ要旨ヲ論セリ是ヨリ各學派ノ結果ニ付キ一言スヘシ
 第一結果 舊主義ニ在テハ一般犯人ヲ以テ同一種類ノ者ト看做スカ故ニ之ニ對
 シテ刑罰ヲ適用スルニモ唯犯罪ノ輕重ヲ量定スルノミニシテ犯人ノ身上如何ハ

措テ問フ所ニアラサルナリ現行刑法ニ於ケル重罪輕罪違警罪ノ區別モ亦犯罪事
 實ノ輕重ニ應シテ刑罰ノ適用ヲ爲サントノ目的ニ過キサルナリ新主義ニ於テハ
 之ニ反シ犯人ノ種類ヲ區別シテ刑罰ノ適用ヲ異ニスヘシトナス即チ犯人ニシテ
 先天的犯罪ノ血統ヲ稟有シテ犯罪ヲ行フカ爲メニ此世ニ生レ來タリシ者所謂遺
 傳性ノ犯人又ハ此世ニ生レテ以來朝夕惡事ノミヲ見聞シテ遂ニ犯罪ニ感染シタ
 ル者所謂慣習性ノ犯人ハ刑法ノ畏ルヘキコトヲ知ルモノニアラサルヲ以テ之ニ
 對シテ懲戒的ノ刑罰ヲ科スルモ遂ニ其目的ヲ達スヘキニアラス必スヤ遮斷的ノ
 刑罰ヲ用ザルコトヲ必要トスルナリ是故ニ其行フ所ノ犯罪ハ縱令輕微ナルモ之
 ヲ罰スルコト重カラサルヘカラス之ニ反シ其性善良ノ徒ナルモ偶々或機會ニ誤
 マラレテ罪ヲ犯スコトアリ所謂偶發性ノ犯人是ナリ此犯人ハ犯罪ノ血統ヲ稟有
 スル者ニアラス又其慣習アル者ニアラス一時ノ機會ニ制セラレテ偶然罪ヲ犯ス
 ニ至リタル者ナレハ未ダ刑罰其身ニ及ハサルモ忽チニシテ悔悟ノ心ヲ起シ竊カ
 ニ其過チヲ再ヒセザランコトヲ誓フ者ナリ此等ノ犯人ニ對シテハ嚴刑ヲ用ユル
 ノ必要ナキカ故ニ縱令其犯ス所ノ罪ハ重大ナルモ之ヲ罰スルコト輕カラサルヘ

カラサルナリ之ヲ要スルニ舊主義ニ於テハ犯罪ノ事實ニ因リテ以テ犯罪ノ責任ヲ定ムルノ標準トナシ新主義ニ於テハ犯人ノ性質ニ因リ犯罪ノ責任ヲ定ムルノ標準トナスナリ

第二結果 舊主義ニ於テハ深ク犯人ノ心術ヲ惡ムカ故ニ是非ノ辨別ナキ者ノ犯罪ハ大ニ之ヲ恕シ甚シキニ至リテハ全ク其罪ヲ問ハサルコトアリ例ヘハ精神喪失者カ罪ヲ犯シタル場合ノ如シ之ニ反シ新主義ニ於テハ甚ク社會ノ危害ヲ悞ルルカ故ニ苟モ危害ノ存スル所ニハ必ス防衛權ヲ行ハント欲ス其精神喪失者ナルト否トハ之ヲ區別セサルナリ

刑罰權ノ基本

第一章 刑罰權ノ基本

凡ソ生存ヲ得テ此世ニ在ル者ハ一トシテ其生存ノ爲メニ競争セサルモノナク苟モ其生存ヲ侵害スル者アルトキハ必スヤ直接若クハ間接ノ方法ヲ以テ之カ防禦ヲ爲スハ即チ有生物カ其生存ヲ保全スルカ爲メニ受ケタル自然ノ大法ナリ角アル者ハ觸ル、ヲ以テ防衛ニ備ヘ齒アル者ハ噛ムヲ以テ防衛ニ充テ毒アル者ハ刺スホ以テ防衛ス或ハ群集シテ以テ相防衛シ或ハ孤獨ニシテ自ラ防衛ス斯ノ如ク防

衛ノ方法タル動物ノ性質ニ從テ相同シカラサルモノアリト雖モ其生存ヲ全クセントスルノ目的ニ至テハ即チ皆同一轍ニ出ツ

人ノ生存此世ニ受クルヤ生存ノ目的ヲ達セシコトヲ欲セサルモノナシ此生存ノ目的ヲ達セントシテ其欲スル所ヲ得サランカ必ス相争フ争ヘハ則チ大ハ小ヲ凌キ強ハ弱ヲ害スルニ至ルハ當然ナリ強大ナル者カ弱小ナルモノヲ害シテ而シテ之ヲ制スルノ途ナクシハ則チ小弱ハ居ルニ所ナク喰フニ食ナク遂ニ其生存ヲ全ウスルコトヲ得サルニ至ルヘシ動物ニシテ尙ホ且防衛ノ具ヲ備エテ其生存ヲ保全スルノ途ヲ知ル然ルニ人類ニ於テ獨リ此途ヲ知ラス弱小ナル者常ニ強大ナル者ニ制セラレ、モノトセンカ萬物ノ靈長タルノ價值夫レ何處ニカ在ル蓋シ人類ニハ角ナク牙ナク又蹄ナシ故ニ孤立シテ生存ヲ全ウスルコト到底其能クスヘカラサルノ業ナルヲ知ル是ニ於テ乎社會ヲ組織シ其共同力ニ依テ以テ生存上ノ侵害ヲ防衛センコトヲ欲セシナリ既ニ社會ヲ以テ人類生存ノ侵害ヲ防衛スルノ要具ナリトセバ一日モ社會存在セサレハ防衛ノ途ナク從テ人類生存ノ目的ヲ達スヘカラサルナリ凡ソ人類ノ社會ニ於ケル状態ハ恰モ魚類ノ水中ニ游泳スルカ如

若シ堤防ヲ破壊シテ水ヲ涸サンカ魚類ハ忽チニシテ死ス魚類ノ生活ヲ全クセ
 ント欲セハ必スヤ其堤防ノ破壊ヲ防衛セサルヘカヲサルナリ若シ社會ノ破壊ヲ
 爲セントスル者アラシカ之カ防衛ノ途ヲ講スルニアラサレハ到底人類ノ生活ヲ
 維持スルコト能ハス蓋シ社會ヲ防衛スルハ即チ各人ノ生存ヲ防衛スルノ途ニ外
 ナラサレハナリ

社會生存ノ侵害ニ二種アリ一チ内部ノ侵害トシ一チ外部ノ侵害ト爲ス從テ此侵
 害防衛ノ方法モ亦二種アリ一チ刑罰トシ一チ兵力ト爲ス内部ノ侵害即チ犯罪ニ
 對シテハ刑罰ヲ以テ之ヲ防衛シ外部ノ侵害即チ敵ノ襲撃ニ對シテハ兵力ヲ以テ
 之ヲ防衛ス斯ノ如ク刑罰ト兵力トハ各其使用ノ途ヲ異ニスト雖モ社會ノ侵害ヲ
 防衛スルノ目的ニ至テハ即チ一ナリ

夫レ敵ト相對スルヤ其一方必ス滅亡セサレハ止マス我敗レテ亡フルニアラサレ
 ハ我必ス彼ヲ亡ホシテ後チニ止マントス犯罪ノ社會ニ於ケル亦然リ二者ノ性質
 氷炭相容ルヘキモノニアラス社會ハ人類ノ爲メニ生存スルノ必要アリ而シテ犯
 罪ハ其生存ヲ害セントス故ニ社會ノ生存ヲシテ全カラシメント欲セハ必ス犯罪

ノ侵害ヲ防衛セサルヘカヲス刑罰權ハ即チ社會カ犯罪ノ侵害ヲ防衛スルカ爲メ
 ニ有スル所ノ權利ナリ而シテ各個人ハ其生存ニ對スル侵害ヲ防衛スルノ權利ヲ
 有シ社會ヲ以テ之ヲ防衛スルノ要具ナリトナスカ故ニ社會カ其生存ヲ侵害スル
 犯罪ヲ防衛スルノ權ハ各個人カ其生存ニ對スル侵害ヲ防衛スルノ權利ニ外ナラ
 ス若シ夫レ各人カ有スル防衛權ヲ以テ其自然ニ受ケタル正當ノ權利ナリトセハ
 此正當ノ權利ニ基ツク所ノ社會ノ防衛權モ亦正當ノモノタルコト素ヨリ疑ナ容
 レサルナリ

論者曰ク刑罰權ハ之ヲ防衛權ト同一視スヘカラス防衛權ハ將來ノ危害ニ對シテ
 之ヲ用ユヘク刑罰權ハ過去ノ危害ニ對シテ之ヲ行フモノナリ今敵軍ノ襲撃ヲ知
 テ之ヲ防禦シ犯罪ノ發生ヲ見テ之ヲ防遏スルハ即チ一私人カ急迫ノ侵害ニ遭遇
 シテ之ヲ防衛スルト毫モ異ナル所ナシト雖モ既ニ行ヒ終リタル犯罪ヲ罰スルハ
 是レ將來ノ危害ヲ豫防スルニアラスシテ過去ノ危害ニ對シテ復酬ヲ行フモノニ
 過キサルナリト論者ノ説ク所一理ナキニアラス然レトモ是レ一チ知リテ未タ其
 ニチ知ラサルノ偏見タルヲ免レス論者ハ既ニ行ヒ終リタル犯罪ヲ罰スルヲ以テ

單ニ過去ノ危害ニ對スル復酬ニ過キスト爲スカ過去ノ危害ヲ罰スルハ其危害ヲ生セシメタル者ヲシテ再ヒ危害ヲ生セシメサルノ效ヲ奏スルコトナシトスルカ又既ニ危害ヲ生セシメタル犯人ノ所爲ニ倣ハントスル者ヲシテ其將ニ行ハントスル危害ヲ豫防スルノ途ニアラスト爲スカ夫レ防衛トハ自存ヲ計ルノ謂ニシテ社會ノ防衛トハ社會ノ生存ヲ計ルコトヲ云フモノナレハ防衛權ハ實ニ自存權ト同一ニシテ唯其名ヲ異ニスルノミ果シテ社會ノ自存ハ刑罰權ニ依ルニアラサレハ之ヲ全ウスルコトヲ得ストセハ刑罰權ハ即チ社會ノ自存權ニシテ自存權ハ防衛權ナル以上刑罰權ヲ指シテ防衛權ト云フモ其不可ナルノ理ヲ發見スルコトヲ得サルナリ

論者又曰ク防衛權ハ急迫ノ侵害ニ對シテ之ヲ行フモノニシテ將來ノ侵害ヲ豫想シテ之ヲ行フモノニアラス若シ路傍ノ人ヲ見テ將來我ヲ侵害セントスル者ナリト豫想シ直チニ刀ヲ振ヒテ之ヲ殺害スル者アラソカ誰カ其殺害ヲ以テ正當防衛ノ所爲ナリト云フ者アラソヤト是レ論者ハ一個人ノ侵害ト社會ノ侵害トヲ混同スル者ナリ抑モ一個人ニ對スル侵害ハ恰モ秋天ノ時雨ノ如ク時在テ來リ時在テ

NO

來ラサルカ故ニ其來ル時ヲ待チテ直チニ之ニ應シテ防衛權ヲ行フコトヲ得ヘシ之ニ反シ社會ニ對スル侵害ハ大海ノ波濤ノ如ク其起伏間斷アルノ時ナク縱令一隅ニ於テ沈靜ノ狀ヲ呈スル日モ他ノ一隅ニ於テハ必ス岩ヲ嘯ミ磯ヲ打ツノ怒濤アルナキヲ保セス故ニ之ヲ大局ヨリ觀察スレハ其侵害ハ常ニ急迫ノ狀況ニ在リト云フコトヲ得ヘシ其侵害ニシテ既ニ急迫ノ狀況ニ在リトセンカ之ニ對シテ防衛權ヲ行フ何ノ不可カ之アラソヤ

要スルニ刑罰ハ唯犯罪其者ヲ罰スルノ目的ノミヲ以テ之ヲ行フモノニアラス同一ノ人ヲシテ罪ヲ再ヒスルコトナカラシメ又之ニ倣フ者ナカラシメントノ趣旨ヲ以テ事ヲ未發ニ防止セントスルニ在リ刑罰ハ實ニ此等將來又ハ現在ノ危害ヲ防衛スルモノニシテ之ヲ防衛權ト云フ素ヨリ當然ノコトノミ
論者又曰ク刑罰權ヲ以テ防衛權ト爲スノ果シテ當チ得タリトセンカ社會ハ名チ防衛ニ借リ如何ナル行爲ニ對シテモ總テ防衛權ヲ使用スルコトヲ得ルニ至ラム是レ社會ノ爲メニ安全ヲ計ラント欲シテ却テ危險ヲ招クモノナリト此論ハ正義派ノ主張ニ係ルモノニシテ刑罰權ノ濫用ヲ防止スルニ付キ最モ力アルモノナリ

然レトモ刑罰權ヲ以テ社會ノ防衛權ナリト云フト雖モ是レ決シテ無制限ニ其防衛權ヲ行フヲ言フノ謂ヒニアラス凡ソ防衛權ヲ行フニハ之ヲ行フノ必要アリテ而シテ後之ヲ行フモノナリ夫ノ一個人ノ防衛權ハ其身體生命ヲ救フニ必要ナル場合ニアラサレハ之ヲ行使スルコトヲ得ス其社會ノ防衛權モ亦之ニ同シ其之ヲ用ヰルニアラサレハ其生存ヲ全ウスルヲ得サル場合ニアラサレハ之ヲ行フコトヲ許サ、ルナリ人若シ其身體生命ノ未ク危害ニ陥ラサルニ先テ人ヲ殺傷スル者アラソカ誰カ之ヲ以テ防衛權ヲ執行セリト云フ者アラソク社會ニ於テモ亦然リ社會ノ生存ヲ害セサル行爲ニ對シ其行爲者ヲ罰センカ最早其防衛權ノ範圍ヲ超脱シタルモノニシテ所謂防衛權ヲ以テ之ヲ視ルヘカラサルヤ素ヨリ多辯ヲ俟タサルナリ今社會ニ於テ防衛權ヲ必要トスル程度ハ如何ナル標準ニ因テ之ヲ定ムヘキ乎社會カ防衛權ヲ行フニ付テハ必ス社會ノ權利ヲ以テ之カ標準ト爲サ、ルヘカラス若シ此世ニ生存スル者ハ唯我一人ニ過キスト假定センカ社會ヲ組織スルノ必要ヲ見ス其社會ヲ組織スルニ至ル所以ノモノハ畢竟各人互ニ生存ノ自由ヲ有シ互ニ衝突ヲ免レス從テ互ニ相保護スルノ途ナクソハ到底其生存ヲ全ウス

ルコト能ハサレハナリ蓋シ人ハ自ラ生存ヲ欲シテ而シテ其途ヲ求ム之ヲ求メテ而シテ相讓ルナキトキハ即チ生存競争ノ修羅場ヲ生シ弱肉強食禽獸ト徑庭ナキニ至ル是ニ於テ乎人ハ集テ社會ヲ組織シ各人ノ生存ヲ全ウスルノ目的ヲ以テ權利義務ノ關係ヲ生セシム即チ社會ノ事物ヲ二分シテ我得ヘキ領分ト彼ノ有ヘシキ領分ト爲シ其經界ヲ明劃ニシテ互ニ相侵スコトナカラシム而シテ我得ヘキ領分ハ之名ケテ權利ト云ヒ彼ノ有スヘキ領分ニシテ我侵スヘカラサルモノハ之ヲ稱シテ義務ト云フ故ニ我ニ於テ有スヘキ領分アレハ即チ我ハ之ヲ守ルノ權利アリ又彼ハ之ヲ侵サ、ルノ義務アリ此權利義務ノ關係ハ即チ吾人ノ生存ヲ達セシメシメカ爲コ設ケタル所ノモノニシテ社會ノ集合力ヲ以テスルニアラサレハ之カ維持ヲ爲ス能ハサルナリ然ラハ則チ社會ノ集合力ハ各人カ有スル領分ノ侵害ヲ防遏スルコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ此目的ヲ外ニシテハ他ニ防衛權若クハ刑罰權ノ存在スヘキ理由ナキナリ既ニ社會ノ防衛權ハ各人ノ權利ノ侵害ヲ防遏スルヲ以テ其目的ト爲ス以上凡百ノ行爲ニ對シテ防衛權ノ目的ト爲ルモノト否ラサルモノトキ區別スルハ毫モ困難ヲ感セサルナリ即チ苟モ各人ノ所爲ニ

シテ權利侵害ノ性質ヲ有センカ社會ハ之ニ對シテ防衛權ヲ行フコトヲ躊躇セズ之ニ反シテ人ノ行爲カ權利ヲ侵害スルモノニアラサルトキハ社會ハ如何ナル場合ニ於テモ決シテ刑罰權ヲ行フノ權利ヲ有スルコトナシ故ニ豫メ百般ノ行爲中權利ノ侵害ト爲ルヘキモノヲ擇テ之ヲ刑法ニ規定シ其範圍内ノ行爲ヲ限テ之ヲ禁制シタルモノナリ從テ其以外ノ行爲ニ付テハ決シテ刑法ノ制裁ヲ加フヘキモノニアラス是レ即チ刑法第二條ニ於テ刑法ニ正條ナキモノハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得スト規定スル所以ナリ斯ノ如ク社會ノ防衛權ハ之ヲ行フノ範圍明ナル以上ハ論者ノ主張スル所ハ杞人ノ憂ニ過キサルヘシ

論者又曰ク若シ人ノ權利ヲ侵害スルノ行爲ハ悉ク社會ノ防衛權ヲ以テ之ヲ罰スヘシト爲サハ道德上稱シテ善ト爲シ義ト爲ス行爲ニ付テモ人ノ權利ヲ侵害スル以上ハ亦之ヲ罰セサルヘカラサルニ至ル若シ夫レ善行ト雖モ社會ヲ害スルモノト認メラル、以上ハ皆之ヲ罰セラル、モノト爲サンカ刑法ハ或ハ人ノ道義ノ範圍内ニ侵入シテ却テ德義ヲ罰スルノ弊害ナキヤト此論亦採ルニ足ラス苟モ社會ニ存スル權利ヲ害スルノ性質ヲ有スル行爲ハ德義上稱シテ善美ナリト爲スヲ得

ス社會ハ之ヲ罰シテ毫モ假借スル所アルモノニアラス社會ノ權利ヲ害スルモ尙ホ其行爲ハ道德上善ナリ美ナリト云フ是レ未ダ道德ノ何タルヲ知ラサルノ罪ニ座スルノミ道德ハ或一部ニ對スルノ道德ニアラス社會全般ニ通スルノ道德ナラサルヘカラス良シヤ一人ニ對シテ善行ナリト見ルヘキモノモ社會ニ對シテ不善ナランカ其之ヲ名ケテ道德ニ適フモノト云フヘカラス試ニ之ヲ例證センニ茲ニ人アリ其父病ニ臥スモ藥餌ヲ給スルノ資ニ乏シ其子親子ノ至情ニ絆タサレ之ヲ默視スルニ忍ヒス他人ノ金錢ヲ奪ヒテ父ノ病ヲ救ハンコトヲ企圖セリ親ヲ思フノ念慮措ク能ハス百方之カ救治ノ策ヲ求ムルハ即チ子トシテ將ニ有スヘキ道德心ナリ然レトモ他人ノ金錢ヲ奪フノ所爲ハ所謂人ノ權利ヲ害スルモノニシテ道德ニ適フモノニアラス今ヤ此孝子ノ心ヲ探究スルニ誠ニ憫ムヘク其行爲タルヤ偏ニ親ノ病ヲ救ハントスルニ出テ毫モ自カラ私スルノ慾心ヲ抱キタルモノニアラスト雖モ既ニ人ノ權利ヲ害シタル以上ハ刑法上竊盜罪ノ刑罰ヲ受ケサルヘカラス斯ノ如ク行爲者ノ心及ヒ其目的ニ於テハ實ニ道德心ニ基ツキタルモノナリト雖モ其行爲ニシテ社會ノ權利ヲ害スルニ至テハ法律ハ決シテ之ヲ恕スヘキニ

アラス廣シ道徳下謂フトキハ各人各個ニ付キ善美ナリト爲スモノニアラス世界全般ニ對シテ瑕疵ナキ善良ノ行爲ナラサルヘカラス果シテ然ラハ刑法ニ於テ罰スル所ノモノハ總テ社會ノ權利ヲ害スルノ行爲ニシテ不道徳ノ性質ヲ備フルモノニ在リ論者ノ云フカ如ク刑法ハ道徳行爲ヲモ蹂躪スルモノニアラサルナリ

第一 犯罪編

第一卷 犯罪ノ事實

第一章 犯罪ノ定義

抑モ犯罪ノ定義ニ付テハ諸國ノ刑法學者皆其見解ヲ異ニシ一轍ニ出テス而シテ未タ完全ナルモノアルヲ見ス左ニ掲クルノ所ノ定義ハ全ク余ノ信スル所ノモノニ係レリ其不完全ナルコトハ論ヲ俟タサルナリ

犯罪トハ刑罰ノ制裁アル法律ニ因リ禁制又ハ命令シタル事項ニ違反スル行爲ヲ云フ

今此定義ヲ分拆スレハ三條件ヲ發見ス即チ左ノ如シ

第一條件 刑罰ノ制裁アル法律ナルコトヲ要ス 多數ノ法律中ニハ刑罰ノ制裁

アルモノト其否ラサルモノトノ二種アリ刑罰ノ制裁ナキ法律ニ違反スルモ犯罪ト爲ルヘキモノニアラス然ラハ如何ナル法律カ果シテ刑罰ノ制裁アルヘキモノナリヤ此問題ヲ決スルニハ須ラク刑罰ノ何タルヤヲ説明セサルヘカラス然レトモ刑罰ノコトニ付テハ別ニ刑罰編ニ於テ之ヲ詳述スヘキカ故ニ茲ニハ唯刑罰ノ何モノタルヤチ一言スルニ止メントス刑罰トハ法律カ禁制命令シタル所爲ニ違反シタル者ニ對シテ裁判所カ科スヘキ苦痛ヲ云フ約言スレハ罪ヲ犯シタル者ニ對シ裁判所カ言渡ス所ノ苦痛之ヲ名ケテ刑罰ト稱スルナリ此刑罰ノ制裁アル法律ニ違反スル場合ニ於テ始メテ犯罪成立ノ一要素ヲ充スモノナリ

抑モ多數ノ法律ハ一トシテ虛文徒法タラシムルノ目的ヲ以テ制定セラル、モノナク皆社會ノ公安ヲ維持スルノ趣旨ニ出テサルハナシ然レトモ其法律ハ悉ク國民ノ準則ヲ規定スルモノニアラス或一部ノ者ハ之ヲ遵奉スルヲ要セザルモノアリ或ハ之ニ違背スルモ其制裁トシテハ僅カニ其行爲ノ無効ヲ見ルニ止マルモノアリ此等ノ法律多クハ民事商事ニ關スル法律ニ屬ス

法律ヲ犯シテ刑罰ノ制裁ヲ受ケサルヘカラサルモノハ獨リ刑法ノ性質ヲ有スル法律ニ限ル然ラハ刑法ノ性質ヲ有スル法律トハ如何此點ニ付テモ議論一途ニ出テス解釋區々トナル余ノ見ル所ヲ以テスレハ刑罰ノ性質ヲ有スル法律トハ民事商事ニ關スル法律ト刑事ニ關スル法律トヲ問ハス苟モ法律ノ違反者ニ對シテ裁判所ヨリ苦痛ヲ科スヘキモノナルトキハ總テ刑罰ノ性質ヲ有スル法律ナリト謂フ故ニ例ヘハ民法ニ於テ法人ノ組織ニ關スル規定中一定ノ期間内ニ登記ヲ爲サ、ルトキハ其代表者ヲ處罰スルカ如キ又民事及ヒ刑事ノ訴訟ニ於テ證人トシテ召喚セラレタル者カ故ナク出廷ヲ拒ミタルトキハ罰金ヲ言渡ス規定ノ如キ其他法典以外ノ諸規則ニ於テモ亦種々ノ刑罰ヲ設ケタルモノアリ是レ皆裁判所カ法律ノ違背者ニ對シテ科ス所ノ痛苦ナルカ故ニ刑罰ノ性質ヲ有スル法律ナリト云ハサルヘカラサルナリ

犯則者ニ對シテ刑罰ノ性質ヲ有スル法律ヲ適用スルニ付テハ裁判所ノ種類如何ヲ問フノ必要ナシ民事裁判所ニ於テスルモ又商事裁判所ニ於テスルモ其性質ハ常ニ刑法ノ性質ヲ有スト云ハサルヘカラス從テ余ノ論ニ依レハ刑罰ノ種

類ハ身體ニ關スルモノト自由ニ關スルモノト又財産ニ關スルモノトヲ問ハス苟モ處罰ノ性質ヲ以テ多少ノ苦痛ヲ犯人ニ加フルモノハ皆刑罰ヲ科スルモノナリト云フナリ但茲ニ一ノ注意ヲ要スヘキハ懲戒法ノ適用ナリ懲戒法ハ是レ亦制裁アル法律ニシテ之ニ違反スルトキハ懲戒處分ハ忽チ違反者ノ頭下ニ落ツ例ヘハ辯護士懲戒法又ハ判事懲戒法ノ如シ故ニ法律ノ禁制命令ニ違反スル行為ヨリ見ルモ又違反者ニ加ヘラル、苦痛ヨリスルモ懲戒法違反ハ尙ホ之ヲ犯罪ト云フヘキニ似タリ然レトモ此違反ハ之ヲ犯罪ト稱スヘキモノニアラス其理由三アリ

- (一) 懲戒法ハ刑法ト其目的ヲ異ニス 刑法ノ性質ヲ有スル總テノ法律ハ社會全般ノ安寧ヲ維持スルヲ目的トス之ニ反シ懲戒法ハ社會全般ノ安寧ヲ維持スルコトヲ目的トセス唯或職務ノ執行ヲ確實ナラシムルコトヲ目的トス
- (二) 制裁ヲ異ニス 懲戒法ノ制裁ニ付キ判事懲戒法ト辯護士懲戒法トハ多少ノ差異アリト雖モ譴責、罰俸、轉勤及ヒ除名、職務執行ノ停止等ニシテ刑法ニ規定スルカ如キ身體ノ自由、名譽若クハ財産上ノ刑トハ全ク其性質ヲ異ニスル

(三) 證據ノ取捨ヲ異ニス 裁判官カ犯人ニ對シテ刑罰ヲ科スルニハ之ヲ處罰スルニ必要ナル有形ノ證據ヲ有セサルヘカラス裁判官ハ推測ヲ以テ猥リニ人ヲ罰スルノ權ナシ然ルニ懲戒裁判ニ於テハ必スシモ有形ノ證據ヲ有スルコトヲ要セス唯事實ヲ推測スルニ足ルヘキ徵憑アレハ則チ足ルナリ

第二條件 豫メ禁制命令シタル事項ナルコトヲ要ス 人ノ行爲ハ固ト自由ニシテ何等ノ羈束ヲ受ケサルヲ以テ原則トス若シ地球上生息スル者ハ唯我一人ナランカ其意ノ欲スル所ヲ行フテ何人モ之ヲ禁シ之ヲ制スル者ナカルヘシ然レトモ數多ノ人民集合シテ各獨立ノ生活ヲ爲スニ當テハ我モ生活セサルヘカラス彼モ亦生活セサルヘカラス是ニ於テ乎生活上ノ競争ヲ生ス之ヲ生存競争ト云フ此生存競争ノ社會ニ於テ各人ヲシテ其欲スル所ノ自由ニ從ハシメシカ弱肉強食人類社會ハ忽チニシテ破壊スヘキコト理ノ明ナル所ナリ若シ社會ノ破壊ヲ防カント欲セハ必ス整然タル秩序ヲ設ケテ我ニ於テ爲スヘキモノト彼ニ於テ爲スヘキモノトヲ區別シ又我ニ於テモ彼ニ在テモ爲スヘカラサルモノヲ

分劃スルコトヲ要ス是レ法律上人ノ自由ヲ制限スル所以ニシテ社會ノ秩序ヲ維持スルカ爲メノ途ナリ此各人ノ守ルヘキ行爲ノ區劃ハ即チ權利義務ノ關係ヲ生スルノ始メナリ

斯ノ如ク法律上各人ノ權利義務ノ關係ヲ定メラル、ニ依リ吾人ハ始メテ自己ノ物ト他人ノ物トヲ區別シ相侵サ、ルノ義務ヲ生ス是ニ由テ之ヲ觀レハ法律ノ禁制命令ヲ以テ人ノ自由ヲ制限セントスルニハ必ス豫メ一定ノ約束ヲ爲シ又一定ノ境界ヲ設クルヲ要スルモノニシテ明ニ此境界ヲ定メテ始メテ自由ノ制限トナルナリ蓋シ何等禁令ナキ範圍ニ付テハ人ハ自然ノ原則ニ從ヒ自由ニ其行動ヲ爲スコトヲ妨ケサレハナリ

第三條件 其事項ニ違反スルノ所爲アルコトヲ要ス 此場合ハ更ニ分テ二ト爲ス即チ一ハ禁制ノ所爲ニ違反スルモノニシテ他ノ一ハ命令ノ所爲ニ違反スルモノナリ前者ハ之ヲ作爲ノ行爲ト云ヒ後者ハ之ヲ不作爲ノ行爲ト云フ例ハ刑法ニ於テ自己ノ邸宅内ニ老者若クハ幼者ノ遺棄アルトキハ之ヲ扶助スヘシ若シ之ヲ扶助スルコトヲ得サルトキハ官署ニ申告スヘシトノ規定アリ此命令

ニ違反スル行為ハ即チ不作爲ノ行為ナリ又人ノ財物ハ之ヲ奪取スヘカラスルノ規定アリ此禁制ニ違反スル行為ハ即チ作爲ノ行為ナリトス
 作爲、不作爲ノ行為ハ或ハ進テ爲シ又ハ爲サ、ルノ行為ナルカ故ニ皆外形ニ表見スル事實ナラサルヘカラス人ノ胸中ニ埋藏スル間ハ縱令言語又ハ文章ヲ以テ之ヲ世ニ公ニスルモ之ヲ以テ作爲、不作爲ノ行為ト云フヘカラスナリ蓋シ刑法ハ社會ノ安寧秩序ヲ維持スル目的ニ出ツル法律ナルカ故ニ人ノ胸臆ニ藏シテ表白セサル意思ハ未タ其安寧秩序ヲ敗ラサルモノニシテ決シテ之ヲ罰スルノ必要ヲ見サルナリ

作爲ノ行為ハ進テ法律ノ禁制シタル行為ヲ爲スモノナルカ故ニ社會ニ表白セラレタル形跡ヲ見ルニ難カラス之ニ反シ不作爲ノ行為ハ命令セラレタル行為ヲ漫然看過スルニ在ルカ故ニ社會ニ表白スルノ形跡甚タ明ナラス是ニ於テ乎人或ハ不作爲ノ行為ハ社會ニ表白セサルモ尙ホ之ヲ罰スルコトヲ得ヘント論スル者アリ然レトモ是レ大ナル誤解ナリ不作爲ノ行為ト雖モ唯其表白ノ形跡ヲ觀察スルノ點ニ於テ作爲ノ行為ト異ナルニミニシテ行為ノ社會ニ表白スル

ノ事實アルニ至テハ共ニ與ニ異ナル所ナシ例ヘハ幼者ノ遺棄セラレタルヲ見テ之ヲ扶助セス若クハ之ヲ官署ニ申告セサルトキハ遺棄ノ狀態依然トシテ社會ニ存シ社會ハ能ク我不作爲ノ所爲ノ形跡ヲ見ルナリ

以上ハ犯罪ヲ構成スルニ必要ナル條件ニシテ其一ヲ缺クトキハ則チ犯罪成立スルヲ得サルナリ而シテ此條件ハ刑法ノ研究上最モ必要ノモノナルカ故ニ深ク腦裡ニ記憶スルコトヲ要ス

佛國刑法學者ガローム氏ハ此他ニ於テ更ニ一要件ヲ加ヘ權利ノ執行ニ屬セサル行為ナルコトヲ要スト云ヘリ然レトモ此條件ノ不必要ナルハ多辯ヲ俟タスシテ明瞭ナリ上來論述セル如ク人ハ自由ナルヲ原則トス唯法律ノ禁制又ハ命令シタル範圍内ニ於テノミ其自由ヲ失フニ過キス故ニ其自由ヲ失ヒシ者カ之ヲ侵セハ茲ニ犯罪ヲ構成スルモノニシテ其範圍以外ニ於テハ人ハ依然トシテ原則ニ依リ自由ノ行動ヲ爲スノ權利アリ故ニ其權利ヲ執行セシ場合ニ於テ犯罪ヲ構成スルノ理由ナシ日本及ヒ佛國ノ刑法ニ於テ共ニ正當防衛ノ規定アリ又本屬長官ノ命令ニ因ル職務ノ執行ハ罪トナラストノ規定アリ此規定ニ依リ殺人其他犯罪ノ外形

アル行爲ヲ爲シ得ルモ此等ノ行爲ハ人ノ權利ノ執行ニ屬スルヲ以テ犯罪トナラ
 スガロ一氏ノ要件ハ此等ノ場合ヲ指稱スルノ意ナルヘシ然リト雖モ正當防衛ハ
 法律カ爲スヘシト命令セルモノニシテ本屬長官ノ命令ニ因ル職務ノ執行モ亦同
 シク法律ノ命令ニ從フ行爲ニ外ナラス而シテ法律ノ命令ニ從ヒ爲シタル行爲カ
 犯罪ヲ構成セサルハ理ノ當然ニシテ特ニ之ヲ以テ一ノ條件ト爲スノ必要ナシ
 論者或ハ定義中ニ犯人ノ意思ヲ掲ケ之ヲ犯罪ノ要件ト爲ス者アリ總テ禁制命令
 ニ違反スル行爲ハ單ニ其違反セシ事實ノミヲ以テ足レリト爲スヘキニアラス必
 ス其違反スル意思アルコトヲ要ス若シ夫レ罪ヲ犯スノ意ナキ行爲ハ罪ト爲ラス
 ト云フニアラスヤ然ラハ則チ是レ犯人ノ責任ト犯罪ノ構成トヲ混同セルモノニ
 シテ探ルニ足ラサル論ナリ蓋シ犯罪ハ一ノ事實ニシテ法律ノ設ケタル疆界線ヲ
 超ユルニ於テ成立スル所ノモノナリ其之ヲ超エタル人ノ何人タルヤハ措テ問フ
 所ニアラス犯罪一旦成立シタル後其犯人ノ責任ヲ論スルニ當テ意思ノ問題ヲ生
 ス若シ其犯人ニシテ自由ノ意思ナカリシトキハ其責任ナシト云フニ過キス即チ
 人ニ關スルモノト事實ニ關スルモノトハ嚴ニ之カ區別ヲ爲スヘシ犯罪ノ定義ハ

犯罪ノ區
 別
 犯罪ノ區
 別

單ニ犯罪ノ事實ヲ問フモノニシテ意思即チ人ニ關スルモノハ措テ問フ所ニアラ
 ス然ルニ之ヲ以テ定義中ニ加ヘシトスルハ是レ寧ロ犯罪ノ定義其者ノ範圍ヲ知
 悉セサルノ過ニ坐スルノミ

第二章 犯罪ノ區別

第一節 犯罪輕重ノ區別

刑法ニ於テ重罪、輕罪、違警罪ノ區別ヲ設ク此區別ハ唯名稱ノ區別ニ過キスシテ其
 孰レチ重罪ト曰ヒ孰レチ輕罪ト曰ヒ又孰レチ違警罪ト曰フカ其定義ニ至リテハ
 刑法ハ一言ノ之ニ及フコトナシ唯重罪ノ刑ヲ科スヘキ罪ヲ名ケテ重罪ト曰ヒ輕
 罪ノ刑ヲ科スヘキ罪ヲ名ケテ輕罪ト曰ヒ違警罪ノ刑ヲ科スヘキ罪ヲ名ケテ違警
 罪ト曰フノミ故ニ犯罪ノ輕重ヲ知ルコハ必ス先ツ刑罰ノ輕重ヲ見サルヘカラサ
 ルナリ然ラハ則チ刑法ハ何故ニ三種ニ區別ヲ設ケテ而シテ其定義ヲ下スコトチ
 爲サ、リシヤ蓋シ三種ノ犯罪ニ付キ一々ニ之カ定義ヲ下スハ實際ニ於テ困難ナ
 ルノミナラス又其必要ヲ見サル故ナリ若シ各種ノ罪質ニ付キ之カ定義ヲ下スヘ
 シトセハ到底僅少ノ文辭ヲ以テ總テノ犯罪ノ性質ヲ表明スルコト能ハサルカ故

ニ必スヤ刑法ノ各本條ニ規定スル所ノモノヲ採リ重罪ノ刑ヲ以テ罰スヘキモノ
 輕罪ノ刑ヲ以テ罰スヘキモノ又違輕罪ノ刑ヲ以テ罰スヘキモノ、事實ヲ列舉シ
 テ是レ重罪ナリ是レ輕罪ナリ又是レ違警罪ナリト曰フノ外ナシ果シテ然ラハ各
 本條ニ規定スル所ノモノト何ソソ擇フ所アラシヤ唯疎密ノ差アルノミ各國刑法
 ニ於テモ未ダ曾テ此定義ヲ下シタル者ナキハ畢竟定義ヲ下スノ困難ナルニ職由
 セスンハアラサルナリ然レトモ縱令如何ナル困難アリトスルモ實際ノ必要上之
 ナ下サ、ルヘカラストセハ或ハ之ヲ下スコトヲ得サルニアラサルヘシ然ルニ實
 際ニ於テハ全ク斯ノ如キ困難ナル定義ヲ下スノ必要アルヲ見サルナリ蓋シ犯罪
 ノ輕重ヲ知ルニハ刑罰ノ輕重ニ依ル可シトスレハ其重罪ヲリ輕罪ヲリ又違警罪
 タルヲ見ルニハ各本條ノ規定ヲ一讀スレハ可ナリ例ヘハ各本條ニ於テ人ヲ殺ス
 者ハ無期徒刑ニ處ストノ規定アレハ無期徒刑ハ重罪ノ刑ナルヲ以テ殺人罪ハ是
 レ重罪ナルコトヲ知ルヘシ又人ノ所有物ヲ竊取スル者ハ二月以上四年以下ノ重
 禁錮ニ處ストノ規定アレハ重禁錮ハ輕罪ノ刑ナルヲ以テ竊盜罪ハ是レ輕罪ナル
 コトヲ知ルヘシ違警罪ニ付テモ亦同シ故ニ刑法ニ於テ各種ノ犯罪ニ付キ一々之

カ定義ヲ下スコトナキモ裁判官ハ各本條ノ規定ニ照シテ容易ニ各犯罪ノ性質ヲ
 知ルコトヲ得ヘシ是レ其定義ヲ下スノ必要ナシトスル所以ナリ

刑法ニ於テハ原則上重罪ノ刑ヲ科スヘキモノヲ以テ重罪トシ輕罪又ハ違警罪ノ
 刑ヲ科スヘキモノヲ以テ輕罪又ハ違警罪トナスモ此刑罰ハ屢減輕スルコトアル
 ニ因リ減輕ノ結果重罪ノ刑ヲ科スヘキ犯罪ニ對シテ輕罪ノ刑ヲ科スルコトアリ
 例ヘハ毆打致死罪ハ重罪ノ刑ヲ以テ罰スヘキ重罪ナリ然ルニ重罪ノ刑ヲ減輕シ
 テ之ニ科スルニ輕罪ノ刑ヲ以テスルコトアリ若シ刑法ノ原則ニ照シテ之ヲ論セ
 ハ此場合ニ於テハ毆打致死罪ハ輕罪ノ刑ヲ科スルニ因リ輕罪ナリト謂フヘシ斯
 ノ如ク犯罪ノ本質素ト重罪ノ刑ヲ科スヘキモノヲ減輕シテ輕罪ノ刑ヲ科シタル
 トキハ其犯罪ヲ以テ重罪ナリトスヘキカ將タ輕罪ナリトスヘキカ此問題ハ後日
 更テニ深ク研究スルノ時アルヲ以テ唯茲ニ一言スルニ止マランノミ
 此問題ヲ決定スルニハ刑法第九十九條ノ規定ニ依ルヲ要ス該條ノ規定ニ依ルハ
 「……同時ニ本刑ヲ加重減輕スヘキ時ハ左ノ順序ニ從テ其刑名ヲ定ム但從犯及ヒ
 未遂犯ノ減等……ハ其加減シタル者ヲ以テ本刑ト爲ス」トアリ其所謂順序ハ一、再

犯加重二、宥恕減輕三、自首減輕四、酌量減輕ト爲セリ此規則ハ本來刑罰ノ加減順序ヲ定メシモノニシテ本問ノ爲メニ設ケタルニアラス法文ニハ「同時ニ本刑ヲ加重減輕スヘキ時云々」トアリ而シテ本問ハ唯減輕ノ場合ノミニ繫レリ然レトモ減輕ノミノ場合ニ於テモ刑法ノ精神ヲ知ルコト決シテ難キニアラサルナリ即チ加重ノ事ヲ措キ減輕ノミニ付テ該條ヲ見レハ該條ハ本刑ヲ減輕スレハ其減輕セサルモノニ依リ刑名ヲ定ム云々トノ規則タリ從テ宥恕減輕ニ因リ重罪ノ刑ヲ減輕シテ輕罪ノ刑ト爲セシ場合其他自首又ハ酌量ニ因リ減輕セル場合ニ於テモ總テ其減輕セシ刑名ヲ以テ本刑ト爲スモノニアラス之ヲ換言スレハ刑法ノ各本條ニ於テ重罪ノ刑ヲ以テ罰スヘシト規定シタル犯罪ハ重罪ノ刑カ即チ其本刑ニシテ之ヲ減輕シテ輕罪ノ刑ヲ科スルモ是レ唯重罪タル犯罪ニ輕罪ノ刑ヲ科スト云フニ過キスシテ決シテ重罪タル犯罪カ一變シテ輕罪タル犯罪ト爲リシモノト謂フヘキニアラサルナリ犯罪ノ性質ハ一旦各本條ニ於テ之ヲ規定シ再ヒ之ヲ變更スルコトヲ許サス唯減等ノ結果ニ因リテ之ニ科スル刑罰ノミ變更シ重罪ノ刑カ變更シテ輕罪ノ刑ト爲リ輕罪ノ刑カ變更シテ違警罪ノ刑ト爲ルニ過キス但從犯又ハ

ハ未遂犯ノ場合ニ於テハ初メヨリ本刑ヲ有セスシテ未遂犯ハ既遂犯ニ準シ從犯ハ正犯ニ準シテ減輕スルモノナレハ其減輕セル刑カ即チ本刑ト爲ルナリ故ニ本來重罪タル犯罪モ其從犯又ハ未遂犯タルカ爲ニ減輕シテ輕罪ノ刑ヲ科セシトキハ是レ其從犯未遂犯ハ重罪ニアラスシテ輕罪ナリ

佛國刑法ニ於テハ我刑法第九十九條ノ如キ規定ナシ故ニ論者ハ減輕ノ場合ヲ二別シ法律上ノ減輕ハ犯罪ノ性質ヲ變更シ裁判上ノ減輕ハ犯罪ノ性質ヲ變更セサルモノトセリ法律上ノ減輕トハ法律カ裁判官ニ對シテ減輕ヲ命令シ裁判官ハ義務トシテ減輕セサルヘカラサル場合ヲ謂フ宥恕減輕及ヒ自首減輕即チ是ナリ裁判上ノ減輕トハ法律カ裁判官ニ減輕ノ權利ヲ賦與セシモノニシテ裁判官ハ減輕ヲ爲サ、ルノ自由アル場合ヲ謂フ酌量減輕即チ是ナリ我日本國ノ刑法ヲ說ク者モ亦動モスレハ此解釋ニ雷同スルモ是レ甚シキ誤謬ナリト謂フヘシ之ヨリ立法論ニ入り現行刑法ノ爲シタル重罪、輕罪及ヒ違警罪ノ區別ハ果シテ之ヲ設クルノ必要アルヤ否ヤニ付キ論究スル所アラム蓋シ違警罪ハ犯罪中稍、特殊ノ性質ヲ有スルモノナルヲ以テ刑法ノ規定ニ於テ此罪質ヲ設クルハ最モ必要ニ

シテ何人モ之ヲ非難セスト雖モ重罪ト輕罪トハ其性質全ク同一ニシテ殆ト區別
 ナ爲スノ理由ヲ知ルニ困シム

現今各國ニ行ハル、刑法ヲ見ルニ我現行法ノ如ク犯罪ノ種類ヲ三別シテ重罪、輕
 罪及ヒ違警罪ト爲シタル刑法ヲ用フル者ハ佛、獨、伊其他佛法系ノ諸國ニ屬シ又重
 罪、輕罪ノ區別ヲ廢シ唯犯罪ト違警罪トノ二種ト爲シタル刑法ヲ行フ者ハ和蘭ナ
 リ我邦ノ改正刑法草案ハ此和蘭刑法ノ主義ヲ採リ現行法ニ於ケル重罪、輕罪ノ區
 別ヲ廢シテ單ニ之ヲ重罪トシ其違警罪ヲ改メテ輕罪トセリ故ニ此草案ハ重罪、輕
 罪ノ名稱ハ舊ニ依リテ之ヲ襲用セルモ其所謂重罪ハ現行法ニ於ケル重罪ト輕罪
 トヲ混同シ其所謂輕罪ハ現行法ノ違警罪ノ別名ニ過キス蓋シ現行法ノ區別ハ學
 理上毫モ根據ナキ區別タルノミナラス實際上亦其區別ノ必要ヲ認メサルナリ以
 下第一、學理上ヨリ第二、實際上ヨリ其區別ノ不必要ナル所以ヲ説カン

第一、學理上ヨリ之ヲ論セムニ刑法カ重罪、輕罪ヲ區別スルニ方リテハ如何ナル
 標準ヲ取り以テ此區別ヲ爲セシヤ此問題ヲ研究スレハ刑法ノ區別ハ殆ト其理
 由ナキコトヲ知ルヲ得ム先ツ其區別ノ標準トシテ假リニ二三ヲ想像スヘシ

(一) 刑法ハ犯罪ノ目的ヲ標準トシテ重罪、輕罪ノ區別ヲナスコトヲ得即チ或ハ
 財産ニ對スル犯罪ハ皆之ヲ輕罪ナリトシ身體、生命ニ對スル犯罪ハ皆之ヲ重
 罪ナリトスルヲ得ヘシ蓋シ財産ハ之ヲ身體、生命ニ比スレハ甚タ重要ナラサ
 ルモノナルヲ以テ之ニ對スル危害ハ財産ニ對スル危害ヨリモ小ナリ身體生
 命ニ對スル危害ハ財産ニ對スル危害ヨリモ大ナリト謂フコトヲ得ヘシ現行
 刑法ハ果シテ此標準ヲ採リシヤ曰ク然ラス現行刑法ノ規定ヲ見ルニ或ハ財
 産ニ對スル犯罪中ニ重罪ノ規定アリ又輕罪ノ規定アリ又身體、生命ニ對スル
 犯罪中ニモ重罪ノ規定アリ輕罪ノ規定アリ然ラハ即チ現行刑法ハ人ノ身體
 生命ヲ重シ財産ヲ輕シテ重罪、輕罪ノ區別ヲ設ケシニアラサルコト明カナ
 リ

(二) 刑法ハ被害者ノ損害ヲ標準トシテ重罪、輕罪ノ區別ヲ爲スコトヲ得即チ被
 害者ノ被ムリタル損害カ大ナルトキハ其財産ニ對スルト身體生命ニ對スル
 トヲ問ハス之ヲ以テ重罪ナリト爲シ又被害者ノ被ムリタル損害カ小ナルト
 キハ亦常ニ輕罪ナリト爲スコトヲ得ヘシ現行刑法ノ主義ハ甚タ複雜ナルヲ

以テ或ハ被害者ノ損害ノ程度ヲ標準トシテ罪ノ輕重ヲ定メタルモノアリ或ハ被害ノ損害ハ全ク之ヲ顧ミスシテ罪ノ輕重ヲ定メタルモノアリ故ニ現行刑法ハ被害者ノ損害大ナルカ故ニ必スシモ重罪ナリト爲スニアラス又被害者ノ損害小ナルカ故ニ必スシモ輕罪ナリト爲スニアラス蓋シ假リニ被害者ノ損害ノミナリテ犯罪ノ輕重ヲ定ムルノ標準ト爲セハ或ハ古代ニ行ハレタリシ復讐主義ヲ再演スルノ恐アルニ因リ絶對ニ此標準ヲ採ルヘキニアラスト爲セシナリ古代ノ刑法ニ於テハ全ク損害ノ程度ニ依リテ以テ刑罰ヲ定メタルモノアリ例ヘハ人ノ一指ヲ折レハ其罰モ亦一指ヲ折り人ノ一目ヲ瞎セハ其罰モ亦一目ヲ瞎ス是レ損害ト刑罰トハ全ク相匹敵セサルヘカラストシテ刑罰ヲ以テ一ノ復讐手段ト爲セシニ出ツ現行刑法ハ多少此復讐主義ノ趣旨ヲ採ラサルニモアラス例ヘハ不法監禁罪ノ場合ニ於ケルカ如ク又毆打創傷罪ノ場合ニ於ケルカ如シ不法監禁罪ニ於テハ監禁ノ日數十日ヲ超ユル毎ニ刑一等ヲ加フト爲セリ故ニ監禁ノ日數ノ長キニ應シ其刑モ亦重ク恰モ損害ノ程度ニ應シ刑罰ノ輕重ヲ定ムルナリ毆打創傷罪ニ於テモ亦然リ單純ノ

毆打ハ違警罪ヲ以テ罰シ毆打創傷シテ疾病休業ニ至ラシメサル者ハ輕罪ノ輕キ刑ヲ以テ罰シ又創傷シテ二十日以上ノ疾病休業ニ至ラシメタル者ハ輕罪ノ重キ刑ヲ以テ罰シ若シ夫レ人ノ一目ヲ瞎シ四肢ヲ折り其他癱篤疾ニ致シタル者ハ重罪ノ刑ヲ以テ罰シ殊ニ死ニ致シタル者ハ更ニ重キ刑ヲ以テ罰ストノ規定ヲ設ケタリ此等ノ規定ハ全ク被害者ノ損害ノ程度ヲ標準トシテ罪ノ輕重ヲ定メタルモノニシテ其主旨殆ト古代ノ復讐主義ヲ採リタルモノト謂ハサルヲ得ス然レトモ現行刑法ハ又常ニ此主義ヲ採リ此主義ニ依リテ以テ罪ノ輕重ヲ定ムルコトヲ欲セス或場合ニ於テハ被害者ノ損害ノ程度ハ全ク之ヲ顧ミスシテ社會一般ノ危害ノ程度ヲ以テ罪ノ輕重ヲ定ムルノ標準ト爲セル規定アリ例ヘハ未遂犯ノ如キ是ナリ未遂犯ハ後ニ至リ詳ニ研究スヘキ問題ナルヲ以テ茲ニ深ク説明スルコトヲ爲サ、ルモ要スルニ未遂犯ナルモノハ被害者ノ損害ノ程度ヲ標準トシテ之ヲ規定シタルモノニアラス被害者ハ犯罪ニ依テ何等ノ損害ヲ受ルコトナキ場合ニ於テモ亦之ヲ罰スルコトヲ得ル規定ナルヲ以テ其被害者ノ損害ノ程度ヲ顧ミサルモノナルコト

ハ多辯ヲ要セス例ハ短銃ヲ執テ人ヲ狙撃シタルニ誤テ命中セサル場合ニ於テ殺人未遂罪ナルコトハ何人モ疑ヲ容レサル所ナリ然ルニ被害者ヲ顧ミレハ何ノ負傷モナク何等ノ損害モナシ又一步ヲ進メテ被害者ハ此狙撃ニ因リテ負傷セリト假定セヨ此場合ニ於テモ刑法ハ殺人未遂罪ヲ以テ之ヲ論スルナリ然レトモ被害者ハ死セス僅ニ負傷スルノミ若シ夫レ損害ノ程度ヲ以テ罪ノ輕重ヲ定ムルノ原則ヲ貫徹セハ被害者カ微傷ヲモ負ハサル場合ニ於テ殺人未遂罪ナリトシテ其刑ヲ科スルノ理由ナシ又被害者カ僅ニ負傷シタル場合ニ於テモ殺人未遂罪ヲ以テ罰スルノ理由ナシ然ラハ則チ現行刑法ハ或ハ被害者ノ損害ノ程度ヲ標準トシテ罪ノ輕重ヲ定ムルコトアリ或ハ社會ノ危害ノ程度ヲ標準トシテ罪ノ輕重ヲ定ムルコトアリ到底一原則ヲ以テ刑法全部ノ規定ヲ支配セルモノニアラサルコトハ之ヲ知ルニ難カラス此故ニ現行刑法ハ重罪輕罪ノ區別ヲ爲スニ方リテ必スシモ被害者ノ損害ノ輕重ヲ標準トセシモノニアラス又必スシモ社會ノ危害ノ輕重ヲ標準トセシモノニアラス然ラハ則チ第三ノ假想ニ依ル歟

(三) 犯罪ニ二種アリ或ハ被害者ノ告訴ヲ俟タスシテ其公訴ヲ提起スヘキ犯罪アリ或ハ被害者又ハ其親屬ノ告訴ヲ俟テ始メテ其公訴ヲ提起スヘキ犯罪アリ此被害者又ハ其親屬ノ告訴ヲ俟テ公訴ヲ提起スヘキ種類ニ屬スル犯罪ヲ名ケテ親告罪ト曰フ親告罪ハ如何ナル場合ニ於テモ被害者又ハ其親屬ノ告訴ヲキニ於テハ縱令檢察官又ハ警察官ニ於テ犯罪アルコトヲ目撃スルモ自ら進ンテ之カ公訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノナリ故ニ親告罪ノ種類ニ屬スル犯罪ハ全ク一個人ノ私權ニ屬スル犯罪ナリト看做スヘキモノナリ一個人ハ其私權ニ付キ之ヲ處分スルノ權利アリ自己ノ財產ハ之ヲ賣却シ拋棄シ又ハ毀壞スルコトヲ得テ何人ヨリモ之ニ干涉ヲ受ルコトナシ又人ニ對シテ債權ヲ有スル者ハ其債權ヲ請求スルト然ラサルノ自由ヲ有シ何人モ之ニ干涉スルナシ而シテ親告罪モ亦殆ト此私權ノ執行ト異ナル所ナキナリ被害者ニ於テ犯罪トシテ之ヲ罰セント欲セハ之ヲ告訴スヘシ之ヲ罰スルコトヲ欲セサレハ之ヲ告訴セサルヘシ即チ之ヲ告訴スルト否トハ一ニ被害者ノ一身ニ專屬シテ何人モ此被害者ノ權利ヲ動カスコトヲ得ス而シテ被害者ノ告訴ナ

クシハ檢事モ亦公訴ヲ提起シ得ストセハ被害者ハ此犯罪ニ付キ殆ト刑罰權ヲ有スト謂フモ不可ナシトス故ニ親告罪ノ種類ニ屬スル犯罪ハ若シ英法ノ語ヲ假リテ之ヲ説明スルコトヲ許サハ之名ケテ私罪ト曰フモ可ナラン其他ノ犯罪ハ之ニ反シ總テ社會ノ公益ヲ害スル性質ヲ有スルモノナリト看做サレタル所ノモノナルカ故ニ社會ハ檢事ト稱スル原告官ヲ設ケテ進テ此犯罪ヲ訴ヘ之ヲ罰センコトヲ欲ス檢事カ之ヲ訴フルノ權限ヲ有スルハ是レ社會一般ニ代リテ訴ノ權利ヲ行フモノナルカ故ニ檢事カ犯罪ニ對シテ起ス所ノ訴ハ之名ケテ公訴ト曰フ蓋シ檢事ノ訴ハ檢事一個人ノ訴ニアラスシテ社會一般ノ代表者トシテ起ス訴ナレハナリ私ノ訴ニアラスシテ公ノ訴ナレハナリ夫レ親告罪ハ一個人ノ私益ヲ保護スルカ爲メニ之ヲ設ケ其他ノ犯罪ハ社會ノ公益ヲ保護スルカ爲メニ之ヲ設ケタルモノトスレハ一個人ノ私益ハ小ニシテ社會ノ公益ハ大ナルヲ以テ一個人ノ私益ニ關スル犯罪ハ其性質ノ如何ニ拘ハラス盡ク之ヲ以テ輕罪ナリト爲スコトヲ得ヘク而シテ社會ノ公益ニ關スル犯罪ハ亦其性質ノ如何ニ拘ハラス盡ク之ヲ以テ重罪ナリト爲

スコトヲ得ヘキナリ然ルニ現行刑法ノ規定ヲ見レハ親告罪タル犯罪ニモ輕罪アリ重罪アリ例ヘハ強姦罪ハ親告罪ナルモ之ヲ罰スルニ重罪ノ刑ヲ以テス而シテ其他ノ犯罪中ニモ亦重罪アリ輕罪アリ是ニ於テ乎現行刑法ハ公益ノ犯罪ト私益ノ犯罪トヲ標準トシテ重罪輕罪ノ區別ヲ爲シタルモノニアラスト斷言シテ不可ナルヲ見ス

論シテ茲ニ至レハ現行刑法ハ第一ノ假想ニ據リシモノニアラス第二ノ假想ニ據リシモノニアラス又第三ノ假想ニ據リシモノニアラス果シテ然ラハ現行刑法ノ區別ハ如何ナル標準ニ據リシモノナルヤ予輩カ想像ノ及フ所ニアラス故ニ刑法ノ理論上現行刑法ノ區別ハ何等ノ根據ナキ區別ナリト明言スルモ決シテ不當ニアラサルヘシ

第二、實際上ヨリ論スルモ亦此區別ノ無益ナルコトヲ主張スルヲ得ヘシ管ニ無益ナルノミナラス却テ害ト爲ルヘキ場合アリ蓋シ現行刑法カ重罪ト輕罪トヲ區別スルノ目的ハ重罪ニ對シテハ重罪ノ刑ヲ科シ輕罪ニ對シテハ輕罪ノ刑ヲ科セント欲スルニ在リ即チ重罪ニハ重キ刑ヲ科シテ犯人ノ苦痛ヲ多クシ且長

クセント欲シ輕罪ニハ輕キ刑ヲ科シテ犯人ノ苦痛ヲ少クシ且短クセント欲スルニ在リ故ニ重罪ノ刑ト云ヒ輕罪ノ刑ト云フモ其執行ノ方法ニ於テ苦痛ノ程度ヲ異ニスルニアラサレハ其區別モ亦全ク徒法ト云ハソノミ今現行刑法ノ規定ヲ見ルニ重罪ノ主刑ハ第七條ニ規定ス其數九種アリ輕罪ノ主刑ハ第八條ニ規定ス其數三種アリ第七條ニ於ケル九種ノ刑ニ付テハ一々其執行方法ノ規定アリ死刑ノ執行方法ニ付テハ暫ク措テ之ヲ論セス無期徒刑以下ニ付テ其執行方法ノ如何ヲ見ル第十七條ニ徒刑ハ無期有期ヲ分タス島地ニ派遣シ定役ニ服ス……………云々トアリ監獄則ハ果シテ此規定ニ基キ實際島地ニ派遣スルカ現行監獄則ハ監獄ヲ大別シテ二種ト爲シ十年以上ノ囚徒ヲ置クヘキ監獄ヲ集治監ト云ヒ其數全國ニ五個所アリ又十年以下ノ囚徒ヲ置クヘキ監獄ヲ地方監獄ト曰ヒ其數各府縣ニ付キ一個所ナリ而シテ其他ニ於テ徒刑囚ヲ派遣スヘキ島地ノ監獄ナルモノ無シ往時ハ八丈島小笠原島ニ囚徒ヲ發遣セシコトアリシモ此等ノ島地ハ近來文化大ニ開ク復囚徒ヲ派遣スルニ適セス故ニ刑法ノ規定ハ全ク徒法ト爲リ了レリ是レ當ニ徒刑ニ於テノミ然ルニアラス流刑禁獄等國事

犯ニ關スル刑ノ執行ハ暫ク之ヲ除クトスルモ重懲役、輕懲役ノ執行方法モ亦刑法ニ規定スル所ノモノニ同シカラス實際ニ於ケル執行方法ヲ觀レハ唯拘禁ノ場所ヲ異ニシ其期間ノ長短ヲ異ニスルニ止マリ決シテ多種ノ執行方法アルニアラサルナリ且夫レ重罪ノ刑ト輕罪ノ刑ハ其名稱ニ於テモ異ナレハ又其性質ニ於テモ亦異ナリ重罪刑ノ最モ輕キハ輕懲役ニシテ輕罪刑ノ最モ重キハ重禁錮ヲリ現行刑法ノ規定ニ依レハ二者ノ執行方法ハ全ク之ヲ異ニセサルヘカラス第二十二條ニ懲役ハ内地ノ懲役場ニ入レ定役ニ服ス……………云々トアリ而シテ第二十四條ニ禁錮ハ禁錮場ニ留置シ重禁錮ハ定役ニ服シ……………云々トアリ此法文ニ依レハ懲役囚ハ懲役場ニ禁錮囚ハ禁錮場ニ入ルヘキモノニシテ留置ノ場所相異ナラサルヘカラス然ルニ其實ヲ見レハ二者共ニ同シク地方監獄ニ留置スルニ過キス殊ニ其服役ノ方法モ亦二者殆ト共通ノモノナリ故ニ二者ハ其名稱ニ於テ異ナル所アリト雖モ實際ハ全ク同一ナリ諸君或ハ曰ハソ懲役ハ刑期長ク六年以上十一年ニシテ禁錮ハ刑期短ク十一日以上五年以下ナリ刑期長短大ニ異ナルニアラスヤト然レトモ是レ亦必スシモ然ラサルナリ懲役ノ

最モ輕キハ六年コシテ而シテ禁錮ノ最モ重キハ七年ニ至ルコトヲ得(第七十條)
 即チ重罪ノ刑ハ輕クシテ輕罪ノ刑ハ却テ重キコトアリ此ノ如キ奇觀ヲ呈シテ
 モ尙ホ重罪輕罪ヲ區別スルノ必要アリト爲スカ此區別ノ必要ナキコト益々明確
 ナリト謂フヘシ更ニ一步ヲ進メテ之ヲ論スレハ重罪ト輕罪トヲ區別セルカ爲
 メ實際上屢不權衡ナル刑罰ヲ科セサルヲ得サル場合ヲ生スルコトアリ現行刑
 法ノ規定ニ依レハ社會ノ危害ノ小ナル場合ニ於テ却テ重キ重罪ノ刑ヲ科セサ
 ルヘカラサル場合アリ又社會ノ危害ノ大ナル場合ニ於テ却テ輕キ輕罪ノ刑ヲ
 科セサルヘカラサル場合アリ斯ノ如キ結果ヲ生スルハ畢竟重罪、輕罪ヲ區別シ
 タルニ原由セスンハアラス今簡單ニ重罪、輕罪ノ區別ヨリ生スル弊害ニ付キ一
 言センニ重罪犯ニシテ實際重罪ノ刑ヲ科スルニ足ラサルモノアリ又輕罪犯ニ
 シテ實際輕罪ノ刑ヲ科スルハ輕キニ失スルモノアリ例ヘハ官文書ノ一文字ヲ
 變造スル行爲ト十萬圓ノ借用證書ヲ偽造スル行爲トハ其情ニ於テ前者ノ輕ク
 シテ後者ノ重キヲ知ル然レトモ今日ノ刑法ニ於テハ前者ハ重罪ノ刑ニ處セラ
 レサルヘカラスシテ而シテ後者ハ輕罪ノ刑ニ處セラル、ヲ以テ足レリトス又

半錢銅貨ヲ變造シテ二十錢銀貨ト爲スノ所爲ト詐欺賭博ノ方法ヲ以テ數千圓
 ノ財物ヲ騙取スルノ所爲ハ其情ニ於テ前者ハ輕クシテ後者ハ重キナリ然レト
 モ刑法ハ前者ヲ罰スルニ重罪ノ刑ヲ以テシ後者ヲ罰スルニ輕罪ノ刑ヲ以テス
 又人ヲ脅迫シテ一圓ヲ強取スルノ所爲ト土藏ヲ破壊シテ數萬圓ノ古金銀貨ヲ
 竊取スルノ所爲モ亦其情ニ於テ前者輕ク後者重シトス然レトモ刑法ハ重罪ノ
 刑ヲ以テ前者ヲ罰シ輕罪ノ刑ヲ以テ後者ヲ罰ス此ノ如キ例ハ實ニ枚舉スルニ
 遑アラス斯ノ如ク犯罪ノ事實ト刑罰トノ權衡其宜シキヲ得サルニ至ルハ畢竟
 重罪、輕罪ノ區別アルニ因ル

第二節 犯罪成立上ノ區別

犯罪ノ成立ニ付テハ其成立ノ狀態異ナルニ從ヒ解釋上種々ノ名稱アリ即時犯、繼
 續犯、未遂犯、既遂犯等ノ名稱即チ是ナリ其他或ハ單行犯、慣行犯ノ名稱ヲ有スル犯
 罪アレトモ日本刑法ニ於テハ此名稱ニ相當スル犯罪ナシ又解釋上連續犯ト稱ス
 ヘキモノアリ此名稱ハ犯罪成立ノ狀態ヲ指示セルモノニアラスシテ唯々罪數ノ重
 複セルモノヲ指示スルモノナレハ罪名トシテ之ヲ掲クルノ必要ナシ其他又犯人

ノ責任上ヨリ下シタル名稱アリ正犯、從犯ノ區別即チ是ナリ次ニ刑事訴訟法ノ規定ニ於テ犯罪發覺ノ狀態ニ付キ法律上ノ名稱ヲ下シタルモノアリ現行犯、非現行犯又ハ付帶犯即チ是ナリ此等ハ刑事訴訟上ノ區別ニ係ルヲ以テ茲ニ之ヲ論セズ此外刑法ニ於テ犯罪ノ目的上ヨリ設ケタル名稱アリ國事犯、常事犯即チ是ナリ然レトモ若シ犯罪ノ目的上ヨリ罪名ノ區別ヲナストキハ凡ソ各本條ニ規定セル總テノ犯罪ハ皆特別ノ目的ヲ有スルモノナルニ因リ獨リ國事犯ト常事犯トノ區別ノミナラス各本條ニ於ケル各犯罪ニ付テモ亦一々其區別ヲ爲サ、ルヘカラス故ニ此國事犯、常事犯ノ區別モ亦必要ノ區別ト爲スヲ得ス唯タ現行刑法ニ於テ論スヘキ必要ノ區別ハ二アルニ過キヌ即時犯ト繼續犯及ヒ未遂犯ト既遂犯即チ是ナリ而シテ正犯、從犯ノ區別ハ犯人ノ責任上ニ關スル區別ナルヲ以テ後段責任論ノ部ニ之ヲ述フヘシ

即時犯及
繼續犯

第一款 即時犯及ヒ繼續犯

第一、即時犯 即時犯トハ或行爲ノ成就スルヤ直チニ一犯罪ヲ構成スヘキモノヲ云フ凡ソ犯罪ナルモノハ刑法ノ規則ヲ犯ス所爲ヲ云フモノナルヲ以テ刑法

ノ規則ヲ犯スノ所爲ヲ爲シテ其所爲ヲ爲シ終レハ之ト同時ニ一ノ犯罪カ成立スルトキ之ヲ名ケテ即時犯ト云フ例ハ人ヲ殺スノ所爲ノ如シ又物ヲ盜ム所爲ノ如シ人ヲ殺スノ事實ヲ行ヒ終レハ茲ニ殺人罪成立シ物ヲ盜ムノ事實ヲ成就スレハ茲ニ竊盜罪成立ス殺人罪ト云ヒ竊盜罪ト云ヒ之ヲ犯スニ付テ必要ナル準備又ハ此犯罪ヲ行フノ時間ハ如何ニ延長スルモ犯罪成立ノ上ニ於テ何等ノ影響ヲモ及ホスモノニアラス故ニ人ヲ謀殺セントシテ一週間ノ準備ヲ爲シ二日間ヲ以テ殺害行爲ヲ終了セリトスルモ是レ殺害行爲カ一週間及ヒ二日間繼續シタリト云フヘキニアラス此殺害行爲ハ殺害者カ死去セルトキ其處ニ於テ成立スルモノナレハ準備及ヒ實行ノ時間ハ成立ノ上ニ影響スル所ナシ之ヲ要スルニ即時犯ハ犯罪ノ實行カ終ルト同時ニ成立スル所ノ犯罪ヲ云フナリ

第二、繼續犯 繼續犯トハ犯罪ノ成立シテ以來同一ノ狀態ヲ以テ多少ノ時間繼續スルモノヲ云フ是レ犯罪ノ實行ニ付テ長キ時間ヲ要シタルヲ云フニアラスシテ犯罪ノ實行ヲ終レル後尙ホ其成立セシ時ノ狀態ヲ以テ多少長キ時間繼續スルモノヲ云フ成立ノ繼續ト實行ノ繼續トハ決シテ混一スヘカラス例ハ不

法監禁罪ノ如シ又勳章記章借用罪ノ如シ不法監禁罪ハ監禁ヲ行ヘハ茲ニ犯罪成立スルモ其監禁ヲ終レル後監禁ノ儘ニ擱置シトキハ則チ曩キノ監禁ノ状態ニテ監禁罪ハ長ク繼續スルナリ即チ監禁ノ事實ノ存在スル間ハ犯罪ハ終了セサルナリ之ヲ繼續犯トス故ニ解釋上即時犯ト繼續犯トノ區別ヲ知ラント欲セハ各犯罪ニ付テ其成立要件ヲ討究シ其成立スルヤ否ヤ直チニ終了スルカ又ハ成立シテ尙ホ同一ノ状態ニテ長ク繼續スルカヲ詳ニセハ茲ニ其區別ヲ知ルヲ得ヘシ殺人罪ノ如キ竊盜罪ノ如キハ即時犯ニシテ監禁罪ノ如キ勳章記章借用罪ノ如キハ其繼續犯ナルコトヲ知ルハ最モ容易ナリト雖モ或種類ノ犯罪ニ至リテハ繼續犯ニ似テ而カモ全ク即時犯ノ種類ニ屬スルモノアリ例ヘハ重婚罪ノ如シ重婚罪ハ第一ノ婚姻未ク解消セスシテ第二ノ婚姻ヲ爲ストキ始メテ成立スル所ノ罪ナリ然レトモ夫婦ノ關係ハ長ク繼續スル者ナルニ因リ重婚罪モ亦其關係ト共ニ繼續スルモノナリト信スル者アリ是レ大ニ誤レリ重婚罪ノ成立ハ同時ニ二ノ婚姻ヲ爲スニアリ故ニ曩ニ一婚姻ヲ爲シテ後ニ又第二ノ婚姻ニ付キ儀式ヲ舉行セハ茲ニ第二ノ婚姻成立ス而シテ儀式ノ舉行ハ長ク繼續ス

ル性質ノ者ニ非サルヲ以テ其儀式ノ終リタルトキハ即チ婚姻ノ成立シタルトキニシテ婚姻ハ成立シタルトキハ即チ重婚罪ノ成立シタル時ナリ故ニ重婚罪モ亦即時犯ナリト云フヘシ爾來其状態ノ繼續スルハ是レ婚姻ニ因テ生スル結果ニ過キス有夫姦モ亦同シ又或届出ヲ怠ルノ罪モ亦同シ或届出ヲ爲スノ義務ニシテ其義務ヲ欠クトキハ即チ犯罪ノ成立スル時ナルヲ以テ此義務ヲ欠クノ状態カ多少繼續スルコトアルモ尙ホ即時犯タルヲ失ハス要スルニ繼續犯ハ犯罪ノ成立カ多少ノ時間繼續スルモノヲ云フ

即時犯ト繼續犯トヲ區別スルニ付テハ二三ノ利益アリ

- (一) 刑ノ適用ニ付テ利益アリ即時犯ハ犯罪ノ成立繼續セサルヲ以テ犯罪成立上ニ付テハ加重ノ原因ナシ之ニ反シ繼續犯ハ犯罪ノ成立繼續スル時間ノ長短ニ從テ刑ノ適用ヲ異ニス又例ヘハ不法監禁罪ノ如シ不法監禁ノ日數十日ヲ過シル毎ニ一等ヲ加フルモノニシテ百日ヲ過シレハ十等ヲ加フ
- (二) 公訴時効ノ起算點ニ付キ利益アリ即時犯ハ其犯罪行為ノ終チ告ケシ日ヨリ時効ヲ起算シ繼續犯ハ繼續ノ状態カ止ミタル日ヨリ之ヲ起算ス

(三) 舊法ニ於テ罰セサル所爲ニシテ新法ニ於テ之ヲ罰スルトキハ繼續犯ニ付テハ假令同一ノ事實ナルモ舊法時代ノ繼續行爲ハ之ヲ罰セスシテ新法時代ニ入リテ尙ホ繼續シタル行爲ハ之ヲ罰セサルヘカラス即時犯ハ之ニ異ナリ其犯罪ハ舊法時代ニ於テ終ルヲ以テ新法ノ規定ニ依リ之ヲ罰スルコトヲ得ス

第二款 未遂犯

未遂犯

未遂犯ハ刑法ノ規定中最困難ナル問題ナリ若シ刑法ノ研究ヲ爲スモノニシテ未遂犯ヲ了解シ得タリト云フモノアレハ其人ハ既ニ刑法ヲ知ルモノナリト云フテ可ナリ

未遂犯ヲ研究スルニ付テハ其研究ニ必要ナル種々ノ法語アリ先ツ其法語ヲ列舉シ順次之ヲ説明スルヲ以テ最モ了得ニ便益ナリト信ス

凡ソ如何ナル所爲ト雖モ之ヲ行フニハ必ス之ヲ行フノ意思ヲ以テシ又準備ヲ以テシ然ル後ニ之カ實行ヲ爲スヘク其實行ニ方リテ或ハ功ヲ奏スル場合アリ或ハ功ヲ奏セサル場合アリ犯罪ニ於テモ亦同シ其功ヲ奏セル場合ニ既遂犯ト云ヒ功

四三

ヲ奏セサル場合ニ未遂犯ト云フ第一犯人カ罪ヲ犯スノ考ヲ起ストキ之ヲ名ケテ犯罪ノ發意ト云ヒ第二其犯罪ノ發意ヲ事實ニスルカ爲ニ必要ナル準備ヲ爲ストキハ之ヲ名ケテ犯罪ノ豫備ト云ヒ豫備既ニ成リテ犯罪ノ事實ニ進行スルトキハ之ヲ名ケテ犯罪ノ着手ト云ヒ着手ヨリ進ンテ其犯罪ヲ行ヒ終ルマテ之ヲ名ケテ犯罪ノ實行ト云フ犯罪ノ實行ヲ終ラスシテ犯人意外ノ妨ヲ受ケ之ヲ止メタル場合ヲ名ケテ着手未遂犯ト云ヒ實行ヲ終リテ其目的ヲ達スル能ハサリシ場合ハ之ヲ名ケテ缺效犯ト云フ若シ夫レ犯人カ意思ノ妨ヲ受ケスシテ自ラ止ミタル場合ハ之ヲ名ケテ犯罪ノ中止ト云フ又犯人ノ目的トスル所ノモノ若クハ其用ユル所ノ手段ニ於テ犯罪ヲ構成スルニ足ラサル場合ハ之ヲ名ケテ不能犯ト云フ以上數個ノ名稱ハ是レ皆刑法ノ明文上ヨリ出テタル名稱ニアラスシテ解釋上便宜ニ從フテ下シタル名稱ニ過キス而シテ以上ノ順序ニ依リ未遂犯ノ各場合ヲ論セハ或ハ了解ニ容易ナルアララン然レトモ此各場合ニハ皆難問ノ横ハルアレハ妄ニ之ヲ速了シ去ルヲ得ス諸君宜シク潜心討究自ラ悟ル所アルヘシ

本論ニ入ルニ先チ一言注意スヘキモノアリ刑法ハ元則上犯罪ノ意思ト犯罪ノ事

實ト全ク一致シタル場合ニ於テスルニアラサレハ一ノ既遂犯アリト云ハサルナリ然ルニ犯罪ノ意思ト犯罪ノ事實ト一致セスシテ尙ホ刑罰ノ制裁ヲ科スヘキ場合ニアリ是レ即チ例外ノ規定ナリ第一犯罪ノ意思ナクシテ唯タ犯罪ノ事實ノミ成立シタル場合アリ之ヲ名ケテ過失罪ト云フ刑法ハ過失罪ニ付テハ犯人ノ意思ノ如何ヲ問フコトナク唯事實ノ成立ノミニ付キ之ヲ罰スルナリ第二犯罪ノ事實ハ不完全ナルモ犯罪ノ意思ハ充分ニ成立シタル場合アリ此場合ヲ名ケテ未遂犯ト云フ未遂犯ハ犯罪ノ意思ト犯罪ノ事實ト全ク一致セス犯罪ノ意思ハ一尺ニシテ犯罪ノ事實ハ一寸若クハ五寸ナル場合ニ於テ刑法ハ尙ホ一尺ノ事實アルモノ、如クニ之ヲ罰スル規則ナリ此場合ニ於テ刑法ハ全ク其重キヲ意思ニ置キ事實ニ置カサルナリ之ニ反シテ過失罪ノ場合ニ於テハ其重キヲ事實ニ置キ意思ニ置カサルナリ此正反對ナル二個ノ場合ハ共ニ刑法元則ノ例外ヲ成ス從來過失罪ノ例外ナルコトハ何人モ能ク之ヲ論セシモ未遂犯ノ例外ナルコトハ未ダ曾テ之ヲ論シタルモノアルヲ聞カス從テ未遂犯モ亦元則ノ適用ニ過キスト爲カ故ニ許多ノ場合ニ於テ屢解クヘカラサルノ難問ヲ生スルニ至ル然レトモ羅馬時代ニ於

テモ既ニ既遂犯ト未遂犯トノ區別アリテ羅馬刑法ニ於テ規定セル所ノ未遂罪ハ犯人ノ意思ヲ罰スヘキ規定ナリト爲セリ今日各國ノ刑法ニ於テ既遂犯未遂犯ノ區別アルモ是レ畢竟羅馬刑法ノ因襲ニ外ナラス已ニ羅馬刑法ノ因襲ナリトナサハ今日ノ刑法ニ於テ規定スル未遂犯ハ羅馬刑法ノ精神ヲ繼承シテ同シク犯人ノ意思ヲ罰セント欲スルモノナルヤ明ケシ若シ夫レ羅馬以來今日マテノ各國刑法ニ於ケル未遂犯ノ規定ハ或時代ニ於テ多少沿革ノ變遷アリトノ證據アラハ暫ク措キ苟モ然ラサル以上ハ今日ノ未遂犯モ羅馬刑法ノ未遂犯モ其性質ニ於テハ差異アル所ナシト云ハサルヘカラス故ニ余ハ法律ノ淵源ニ溯リテ未遂犯ハ犯罪ノ意思ヲ罰スルノ規則ナリト斷言セント欲スルナリ余ハ獨リ恠ム世ノ刑法學者ハ何故ニ今日マテ此未遂犯カ刑法ノ例外タルコトヲ論セサリシヤチ唯タ和蘭ノ刑法學者スウインデレン氏ノ著書中ニ過失罪ハ重キヲ事實ニ置キ未遂罪ハ重キヲ意思ニ置クトノ一言アルヲ見ルノミ亦以テ余ノ見解ノ根據ナキニアラサルヲ徴スルニ足ラン余カ未遂罪ヲ論スルハ此見解ニ因ルヲ以テ必スヤ世人ノ所論ト同シカラサル所ノモノアルヲ免レス

第一、犯罪ノ發意

犯罪ノ發意トハ罪ヲ犯サントスル決心ヲ云フ從來世人ハ犯罪ノ發意ト犯罪ノ決心トニ付キ多少ノ區別ヲ爲シタリ余ハ其區別ニ從フテ欲セス二者ヲ以テ全ク同一ナリト看做ス者ナリ發意ト云ヒ決心ト云フモ之ヲ心理學上ニ照ストキハ多少ノ區別ナキニアラス然レトモ人ノ發意ト決心トノ區別ハ人ノ考慮ノ程度ニ付テ下シタル名稱ニ過キササルナリ殊ニ歐洲哲學ノ文字ト支那哲學ノ文字ハ相似タル所ノモノナキニ非スト雖モ彼ニ云フ所ノ意義ト我ニ云フ所ノ意義ト我ニ云フ所ノ意義未タ必ス全ク同一ナリト謂フヲ得サルヘシ歐洲文字ノ意トハ心ノ向フ所ヲ云ヒ而シテ支那文字ニテハ心ノ向フ所之ヲ志ト云フ故ニ歐洲文字ノ意ハ支那文字ノ志ニ同シ斯ノ如ク東西其字義ヲ異ニスルアレハ到底精微ナル哲學ニ入りテ之カ區別ヲ爲スコト能ハサルヘシ況ンヤ法律學上之カ區別ヲ爲スノ必要ナキニ於テオヤ抑モ人ノ意思ハ何ニ因リテ發生スルヤ其因リテ發生スル所以ニ付テハ少シク之ヲ知ラサルヘカラス人カ此世ニ生活スルニ付テハ我身體ヲ圍繞スル所ノ外物アリ獨リ我身體ニ近接シテ圍繞スルノミナラス我眼ノ達スル所我カ耳

ノ及フ所ノ遠キニ於テモ亦我身體ヲ圍繞ス而シテ此外物ハ間斷ナク我身體ヲ刺撃シ寒冷ノ空氣アレハ我レ寒冷ヲ感シ温熱ノ空氣アレハ我レ温熱ヲ感シ聲アレハ之ヲ聞キ色アレハ之ヲ視香アレハ嗅ク凡ソ外物一トシテ我身體ヲ刺撃セサルモノナシ而シテ其刺撃ハ悉ク我精神ニ感通ス人ノ五官ト精神トノ間ニハ一定ノ連絡アリテ精神ハ其中央ニ位シ五官ハ外圍ヲ守ル其狀宛モ電話交換局ノ電線ニ於ケルカ如シ電線ニ觸ル、所ノモノハ傳ハリテ交換局ニ達シ五官ニ觸ル、所ノモノハ集マリテ精神ニ感ス而シテ其精神ニ感スル所ノモノ止マリテ觀念トナリ其觀念ノ必要ヲ充サントスルトキ發スル所ノモノ之ヲ名ツケ意思ト云フ例ニハ寒冷ヲ感スレハ之ヲ防キテ暖氣ヲ得ント欲シ又温熱ヲ感スレハ之ヲ防キテ涼氣ヲ得ント欲スルナリ其慾望ニシテ犯罪ニ向フ時ハ之ヲ名ケテ犯意ト云フナリ即チ人ヲ怨ミテ其怨ヲ晴サンカ爲メニ之ヲ殺スノ意思ヲ起シ寒ヲ防クニ衣服ナキカ爲ニ人ノ衣服ヲ竊取セントスルノ意思ヲ起スノ類ナリ意思ハ或事ヲ爲サント欲シテ其目的ヲ達セントスル最初ノ考ニ外ナラサレハ必ス其得ント欲スル目的ニ對シテ一定セサルヘカラス故ニ或罪ヲ犯サント欲スル場合ニ於テモ其犯サン

トスル犯罪ニ對シテ一定スヘキモノクルコト論ヲ俟タサル所ナリ既ニ犯罪ニ對シテ一定スヘキモノナリトセハ之ヲ以テ決心ト同意義ナリト云フモ毫モ不可ナル所ヲ見ス若シ夫レ漠然刑法ノ罪ヲ犯サントスルノ考ヲ起ス如キハ是レ唯未定ノ意思ニシテ未ダ以テ犯罪ノ發意アリト云フモノニアラサルナリ犯罪ノ發意ハ一定ノ犯罪ニ對シテ發シ總テノ犯罪ハ犯罪ノ發意アリシ後ニ於テ成立ス發意ナケレハ元則上犯罪ハ成立セス然ラハ犯罪ノ發意ハ犯罪ノ構成上最モ必要ニシテ犯罪ノ根源ナリ是ヲ以テ刑法ハ大ニ此發意ヲ惡ム即チ犯罪ノ發意ハ總テノ犯罪ヲ生スル根源ナレハ其危險ナルコト之ヨリ甚シキモノアラス故ニ若シ刑法ハ犯罪ノ發意ノ場合ニ之ヲ防遏スルコトヲ得ルアラハ所謂禍ヲ未萌ニ防クモノニシテ社會ノ犯罪ハ其痕跡ヲ斷ツニ至ルヘシ知ラス刑法ハ果シテ人ノ犯罪ノ發意ヲ防遏スルコトヲ得ルヤ

犯罪ノ意思ハ刑法之ヲ罰セサルヲ以テ元則トス而シテ此元則ハ刑法ノ明文上既ニ一定セルモノナルヲ以テ法律論トシテハ毫厘ノ疑ヲ容レス然レトモ立法上ヨリ觀察スレハ犯罪ノ意思ヲ罰セサルノ元則ハ果シテ如何ナル理由ニ基クヤ少シ

ク之ヲ研究セサルヘカラス

或論者ハ其理由ヲ説テ曰ク犯罪ノ意思ハ犯人ノ胸中ニ埋伏セルモノニシテ毫モ外部ニ發表セルモノニアラス從テ犯罪ノ意思ヲ包藏スルモノナルヤ否ヤ之カ證據ヲ舉グルニ於テ甚ク困難ナルノミナラス實際ニ犯罪ノ意思ヲ有スルノ證據ヲ得ルコトハ殆ト不能ノ業ニ屬スト蓋シ意思ハ無形ノモノナルヲ以テ其立證ノ困難ナルハ實ニ論者ノ説ノ如シ論者ノ之ニ依リテ刑法ハ之ヲ罰スルコトヲ爲サスト云フハ決シテ一理ナキノ論ニアラサルナリ然レトモ果シテ證據ヲ舉グルノ困難ナルカ故ニ之ヲ罰セスト云ハ、證據舉カリシ場合ニ於テハ必ス之ヲ罰スヘシト云ハサルヘカラス若シ犯人カ犯罪ノ意思ヲ有スルコトヲ自白シ又ハ犯罪ノ意思ヲ書面ニ記載シテ之ヲ他人ニ示シ以テ其犯罪ノ意思アル事實ヲ十分ニ證明シタルトキハ刑法ハ之ヲ罰スルカ曰ク然ラス此場合モ亦刑法ハ之ヲ罰セス然ラハ刑法カ之ヲ罰セサル理由ハ立證ノ困難ナルカ故ニアラスシテ必スヤ他ノ理由アルニ因ラサルヘカラス即チ刑法カ犯罪ノ意思ヲ罰セスト規定シタル理ハ一ハ刑罰權ノ理由ニ基キ一ハ人ノ意思ノ變化窮マリナキニ因ル

抑モ刑罰權ハ社會ノ生存ヲ維持セシムカ爲ニ之ヲ行フモノナリ即チ社會ノ生存權ニ對スル危害ノ防衛スルノ要具ナリ既ニ社會ノ生存權ヲ防衛スルノ要具ナリトスレハ社會ノ生存ニ對シテ生シタル危害現存スル場合ニアラサレハ此刑罰權ヲ行フヘキモノニアラス社會ニ於テ何等ノ危害ナク生存權ハ能ク維持セラレアル場合ニ於テ決シテ刑罰權ノ執行ヲ許スモノニアラサルナリ社會ハ素ト人ノ集合體ヨリ成ル所ノ秩序アル状態ヲ云フ人ハ各々生存スルノ必要アルニ付テハ必ス其生存ノ途ヲ求メサルヘカラス而シテ生存ノ途ハ各人皆之ヲ得ント欲スルモノナルニ因リ忽ニシテ生存ノ競争ヲ生ス此場合ニ於テ各人各々自ラ有スル所ノ區域ヲ守ルノ方法ナクシハ弱肉強食社會ノ秩序ハ忽チ破壊スルニ至ル故ニ法律ハ我カ爲スヘキモノト爲スヘカラサルモノトノ分界ヲ定テ其爲スヘキ所ハ之ヲ爲シ爲スヘカラサル所ハ之ヲ爲ス勿レト命シタリ我カ爲スヘキ區域ヲ名ケテ權利ト云ヒ爲スヘカラサル區域ヲ名ケテ義務ト云フ此權利義務ノ關係ノ素ル、コトナキ状態ヲ指シテ社會ノ秩序ト云フ社會ノ秩序十分鞏固ナレハ刑法其他何等ノ法律モ之ヲ用ユルヲ要セス世ハ堯季ノ世トナルナリ然ルニ社會ニハ此權利義務

ノ關係ヲ願サルモノアリ此關係ヲ維持スルコトヲ欲セサルモノアリ凡ソ這般ノ關係ヲ破壊セントシ又此關係ヲ破壊スルモノハ即チ所謂犯罪ナリ此犯罪ナルモノヲ撲滅セサルヘカラス之ヲ撲滅スルカ爲ニ刑罰權ヲ行フナリ故ニ刑罰權ハ社會ノ秩序即チ權利義務ノ關係ヲ破壊スルモノアルトキニ於テセサレハ之ヲ用ルコトヲ得ス未ダ此關係ヲ破壊スルコトヲ爲サル場合ニ於テ刑罰權ヲ用キントスルモ之ヲ用フルノ途ナク又之ヲ用フルノ理ナシ然ルニ犯罪ノ意思ハ犯人ノ胸中ニ潜伏シテ未ダ社會ニ現ハレサルモノナリ故ニ社會ノ權利義務ノ關係ヲ破壊セルモノニアラス又破壊シ得ヘキモノニアラス犯罪ノ意思ト社會ノ秩序トハ何等ノ關係ナシ此關係ナキモノニ付キ刑罰權ヲ行フノ理アラムヤ一言以テ之ヲ云ヘハ刑罰權ハ其性質トシテ犯罪ノ意思ニ及フモノニアラサルナリ且夫レ人ノ意思トハ如何ナルモノナリヤ人ノ意思ハ人カ其身體ヲ圍繞スル所ノ外物ノ刺撃ニ因リ受ケタル感觸ヨリ來ル所ノモノニシテ此感觸ヨリ更ニ外部ニ向テ事ヲサントスル考慮ヲ云フ故ニ人ノ意思ハ其性質我ニ關係セスシテ發生スルモノナリ諸君試ニ諸君ノ一身ニ付テ自ラ經驗セヨ諸君ハ忽ニシテ意思ノ獨

立セルコトヲ發見スヘシ振鐸一聲諸君倉皇トシテ此講堂ニ入ルヤ諸君ノ意思ハ誠實ニ予ノ講義ヲ聽クニ在ルヘシ然レトモ之ヲ聽クノ間其意思ハ漸々ニ變遷シ倦氣ノ稍動クヤ烟ヲ喫セントスルノ意思ヲ生シ冷氣ノ稍迫ルヤ衣ヲ襲ハントスルノ意思ヲ生シ飢渴ノ情稍萌スヤ茶飯ヲ喚ハントスルノ意思ヲ生スヘシ即チ外部ノ刺撃カ其勢力ヲ加フルニ隨ヒ諸君ノ意思ハ益々變動スヘシ人ノ意思ハ斯ノ如ク我ニ拘ラス獨立シテ發生スルモノナレハ極メテ變動シ易ク而シテ我レ能ク之ヲ制止スル能ハサルナリ犯罪ノ意思モ亦同シ我カ怨ヲ懷クノ人アリ之ニ對シテ其怨ヲ報セントスルノ意思一タヒ起レルトキハ若シ之ヲ報ビテ之ヲ殺セハ國法ニ觸レテ我モ亦死セサルヘカラサルノ恐アルヲ以テ之ヲ止メントスルノ意思即チ刑法ヲ犯サ、ルヘシトノ意思亦起リ此二個ノ意思相闘フテ前者勝ヲ制セハ我ヲ制シテ罪ヲ犯スニ至ル且夫レ意思ハ俄ニ發生シ俄ニ消滅ス例ヘハ他ニ毆打サレテ苦痛ヲ感スルトキハ他ヲ殺スノ意思發生ス既ニシテ其苦痛去レハ他ヲ殺スノ自己ニ不利ナルヲ思ヒテ其意思忽チ消滅ス既ニシテ怨氣再ヒ動ケハ之ヲ殺スノ意思復發生ス一日一刻ノ間其幾變遷スルヤ知ラサルナリ街上ヲ散步シテ商

舖ノ店頭ニ於ケル美麗ノ物品ヲ見ルヤ忽チニシテ之ヲ取ラントスルノ意思ヲ生シ既ニ法律ヲ恐レ之ヲ中止スルノ意思ヲ生ス是レ時トシテハ賢人君子ト雖モ免ル、能ハサル所ノモノタリ唯賢人君子ニハ至大至剛ノ意思アリテ犯罪ノ意思ヲ制スルノミ其他常人ニ至リテハ朝ニ犯罪ノ意思アリテ夕ニ其意思ナク其變遷極マリ無シ然ルニ尙ホ犯罪ノ意思ヲ罰センカ一タヒ人ヲ殺スノ意思アリトシテ逮捕セラレテ裁判所ノ門ニ臨ムトキハ既ニ人ヲ殺スノ意思ナクシテ却テ人ヲ援ハントスル仁慈ノ意思ヲ生ス裁判官ハ果シテ尙ホ之ヲ罰スヘキカ若シ苟モ一タヒ犯罪ノ意思起レハ爾後其意思消滅スルモ尙ホ之ヲ罰スヘシトセハ社會ノ人十中ノ九ハ皆之ヲ罰スヘキニ至ラシ故ニ曰ク意思ハ其性質變遷極マリナキヲ以テ刑法ハ之ニ對シテ刑罰ヲ行フコト能ハスト犯罪ノ意思ヲ罰セサルハ以上二個ノ理由ヲ以テ判明スヘシ之ヨリ刑法ノ規定ニ付キ二三ノ疑問アル場合ヲ論セン刑法ハ絶對ニ犯罪ノ意思ヲ罰セサルモノナリ然ルニ刑法ノ規定ニシテ犯罪ノ意思ヲ罰セントスルニ似タル場合アリ

其一ハ即チ脅迫罪ナリ脅迫罪ハ是レ犯罪ノ意思ヲ罰スルモノニアラスヤトノ疑

ヲ生スルコトアリ蓋シ脅迫罪ハ脅迫ノ手段ト爲シタル事實ヲ行ハスシテ唯其意思ヲ發表スルニ止マル犯罪ナリ刑法第三百二十六條ニ曰ク「人ヲ殺サント脅迫シ又ハ人ノ住居シタル家屋ニ放火セント脅迫シタル者ハ」云々ト即チ人ヲ殺サントシ又ハ火ヲ放タントスル意思ヲ發表スルモノニ外ナラスシテ犯罪ノ意思ノ自白ト何ノ異ナル所アラソ予ハ汝ヲ殺サント云フモノ予ハ汝ヲ殺スノ意思アリト云フモ其意義全ク相同シキナリ果シテ然ラハ脅迫罪ハ犯罪ノ意思ノ發表ニシテ其意思ヲ罰スルモノニアラサルナキヤ此疑問ヲ解スルニハ少シク脅迫罪ノ性質ヲ知レハ則チ可ナリ脅迫罪ハ脅迫ノ方法ト爲リタル犯罪行爲ノ意思ヲ罰セントスルモノニアラス即チ人ヲ殺シ火ヲ放タントスル意思ヲ罰スルモノニアラサルナリ脅迫者ハ固ヨリ人ヲ殺シ火ヲ放ツノ意思ヲ有スルモノニアラス之ヲ有セスシテ恰モ之ヲ有スルカ如キ狀ヲ裝ヒ而シテ脅迫ヲ受クル者ニ危悞ノ念ヲ發生セシムルモノナリ刑法ハ此殺人放火ノ所爲ヲ行フノ狀ヲ裝ヒ人ニ危悞ノ念ヲ發生セシムルノ行爲ヲ以テ社會ノ安寧ヲ害スルモノナリト爲シタリ故ニ之ヲ罰スルナリ故ニ脅迫罪ノ意思ハ人ヲ脅迫シテ危悞ノ念ヲ發生セシメント欲スルニ在リ

殺人放火ノ語ハ其危悞ノ念ヲ發生セシメントスル方法ニ過キス此殺人放火ヲ爲ス狀ヲ裝フコトヲ方法トシテ危悞ノ念ヲ發生セシムレハ茲ニ始メテ脅迫罪成立スルモノニシテ決シテ殺人放火ノ意思ヲ發表セルモノヲ罰スルニアラス
其二ハ刑法ニ於テ陰謀ヲ罰スル場合ナリ國事犯ノ陰謀即チ是ナリ陰謀ハ未タ犯罪ノ事實ニ着手セサル前ニ於テ其犯罪ヲ爲サントスル企畫ニ過キスシテ豫備以前ニ成立スル所ノモノナリ故ニ犯罪實行ノ順序ヨリ觀レハ陰謀ハ全ク犯罪ノ發意ノ區域ノ中ニ置クヘキモノニ似タリ然ラハ則チ國事犯ニ付テハ唯國事犯ヲ行フノ意思アレハ直チニ之ヲ罰スルト謂フカ即チ刑法ハ例外ヲ設ケシモノナルヤ陰謀ノ語ハ意義少シク不明ニ屬ス然レトモ卑近ニ之ヲ解釋スレハ國事犯ヲ行ハントスルノ意思アル者二人以上互ニ其意思ヲ交通シタル場合ヲ指稱セルモノナラン二人以上國事犯ヲ行ハントスル意思ヲ交通スルトキハ其意思ノ蔓延スルヤ倏チニ無數ノ人ニ及フヘキヲ以テ此二人以上カ國事犯ヲ行ハントスル意思ノ交通ハ社會ノ爲メ非常ノ危險アリ國事犯其者ヨリ論スレハ未タ事實ト爲ラスシテ僅ニ意思ノミニ止マルト雖モ社會ヨリ之ヲ觀レハ國事犯ヲ行フノ目的ヲ以テ之

ヲ行フノ協議ヲ爲スコトハ既ニ社會ノ上ニ多少ノ危害ヲ及ホシタルモノナリ即チ互ニ其意思ヲ交通スル所爲其者カ即チ社會ノ危害ト爲ルモノナリ故ニ刑法ハ其意思ヲ交通スルノ所爲其者ヲ罰スルモノニシテ交通ハ即チ社會ニ顯ハレタル事實ナリ刑法ノ罰セント欲スル所ノモノハ即チ此事實ニ在リ之ヲ要スルニ犯罪ノ意思ハ刑法之ヲ罰スルモノニアラス此原則ニハ例外アルコトナシ

第二、犯罪ノ豫備

犯罪ノ豫備トハ犯罪ノ意思一定シテ之ヲ事實ト爲サンカ爲メニ行フ所ノ準備即チ犯罪事實ノ實行ニ必要ナル準備ナリ犯罪ノ意思一タヒ發生シテ其決心ヲ翻スコト無ケレハ必ス之ヲ事實ト爲サ、ルヲ得ス其意思ノ命スル所ニ隨ヒ社會ノ秩序ヲ紊スノ所爲ヲ行ハサルヲ得ス意思ノ命令ノ下ニ立テ多少ノ奔走ヲ爲サ、ルヲ得ス然レトモ意思ノ命令ヲ奉シテ社會ノ秩序ヲ紊スニハ必スヤ之ニ必要ナル手段ヲ求メサルヘカラス凡ソ何事ヲ行フニモ之ヲ行フノ手段ナシハ到底其目的ヲ達シ得ヘキニアラス而シテ犯罪ノ命令ヲ奉シテ社會ノ秩序ヲ紊スカ爲メニ

用フル必要ノ手段ト爲ルヘキモノヲ備フルコト是レ即チ犯罪ノ豫備ナリ故ニ犯罪ノ豫備ハ外部ニ表白シタル事實ニシテ已ニ社會トノ關係ヲ發生シタル所ノモノナリ犯罪ノ意思ハ犯人ノ胸中ニ潜伏セルモノニシテ之ヲ罰セサルモ犯罪ノ豫備ハ意思ノ命令ヲ奉シテ社會ノ秩序ヲ紊サントスル目的ニ向テ進行ヲ始メシモノナレハ既ニ一ノ事實ト爲リテ而シテ社會ト關係ヲ保ツニ至レリ豫備ノ事實ニシテ果シテ社會ト關係アラシカ他日之ニ原因シテ社會ノ秩序ヲ紊スノ結果ヲ生スヘキモノナルヲ以テ宜シク刑罰權ヲ用ヰテ以テ其事實ヲ罰スルコト却テ禍ヲ未萌ニ防クノ良策ナラン刑法ハ果シテ此犯罪ノ豫備ヲ罰スルモノナリヤ曰ク刑法ハ犯罪ノ豫備セ亦之ヲ罰セサルヲ以テ原則ト爲シ而シテ此原則ニモ亦例外ヲ設ケザリキ

刑法ハ何ニ因リテ犯罪ノ豫備ヲ罰セサルヤ之ニ付テモ亦或學者ハ犯罪ノ豫備ヲ罰スルコトハ實際不可ナルニアラスモ唯舉證ノ困難ナルカ爲メニ之ヲ罰スルコトヲ得サルナリト云ヘリ然レトモ刑法カ犯罪ノ豫備ヲ罰セサルハ是レ亦舉證ノ困難ヲ以テ其理由ト爲スニアラス意思ノ場合ニ於テ論セシ如ク若シ舉證ノ困

難ヲ以テ其理由ナリトセハ確實ノ證明ヲ得タル場合ニ於テハ必ス之ヲ罰セサル
 ヘカラサルニ至ル然ルニ刑法ハ如何ナル確證アルモ尙ホ之ヲ罰セサルナリ其之
 ナ罰セサルニ於テハ實際多少ノ弊害アルニ拘ハラズ毫モ顧ミル所ナキハ則チ舉
 證ノ困難ナルカ爲メニアラスシテ他ニ精確ノ理由ナクンハアラサルナリ其理由
 果シテ如何

刑法ニ於テ犯罪ノ豫備ヲ罰セサル所以ノモノハ犯罪ノ豫備ハ社會ニ於テ危険ナ
 ル行爲ト爲スニ足ラザルカ故ナリ社會ニ於テ危険ナリト爲ス所ノ行爲ハ行爲其
 モノ、性質カ社會ノ危害ト爲スニ足ルヘキモノナラサルヘカラス行爲其モノ、
 性質ハ社會ニ對シテ何等ノ危害ヲモ生スルモノニアラスシテ唯後日危害ノ媒介
 ナ爲スヘシトノ豫想ヲ以テ之レヲ罰スルニ至リテハ是レ恰モ人民ノ或部分ハ後
 來罪ヲ犯スモノナリト豫想シテ之ヲ罰スルト毫モ異ナル所無シ斯ノ如キハ決シ
 テ防衛權ノ趣旨ニ適フモノナリト謂フヘカラス犯罪ノ豫備其者ハ多クノ場合ニ
 於テ社會ノ生存上ニ必要ナル行爲ニ屬ス人民ハ此行爲ヲ爲シテ以テ却テ生活ノ
 必要ヲ充タスコト多シ人ノ生活ニ必要ナル行爲カ後日罪ト爲ルノ恐アリト云フ

ノ豫想ヲ以テ之ヲ罰セントスルコトハ三尺ノ童子モ尙ホ其不可ヲ知ルナリ例ヘ
 ハ刀劔商ノ如シ又銃砲彈藥商ノ如シ刀劔商カ刀劔ヲ賣買スルハ即チ刀劔商ノ生
 活ノ必要ノ爲メニ之ヲ爲スナリ刀劔ノ賣買ニ因リテ得タル利益ヲ生活ニ供セ
 トスルアリ銃砲彈藥商モ亦然リ此故ニ法律ハ公ニ刀劔ノ賣買ヲモ之ヲ爲スコト
 ナ許シ又銃砲彈藥ノ賣買ヲモ之ヲ禁スルコト無シ然ルニ今罪ヲ犯サントスル者
 アリテ刀劔商ニ就キテ刀劔ヲ買ヒ又ハ銃砲彈藥商ニ就キテ銃砲彈藥ヲ買フ刀劔
 商銃砲彈藥商モ亦其刀劔銃砲彈藥ヲ販賣スルコト本來ノ目的ナルヲ以テ何人來
 リテ之ヲ買フモ之ヲ賣ラサルコトヲ得ス故ニ殺人ノ目的ヲ以テ刀劔又ハ銃砲彈
 藥ヲ來リ買フ者アルモ亦之ヲ賣ルノ權利アリテ何人モ之ヲ禁スルコトヲ得ス若
 シ此刀劔又ハ此銃砲彈藥ヲ以テ後日人ヲ殺スノ用ニ供セントスル者ナリトセハ
 此刀劔此銃砲彈藥ハ實ニ危険ナル物品ナリト謂ハサルヲ得ス初ヨリ刀劔商銃砲
 彈藥商カ之ヲ賣ルコト無カリセハ此犯人ハ刀劔モ銃砲彈藥モ我有ト爲スコト能
 ハサリシナリ隨テ殺害行爲ヲモ之ヲ行フコト能ハサリシナリト推測スルコトヲ
 得ヘシ故ニ犯人ノ目的ヨリ觀察スレハ刀劔銃砲彈藥ノ賣買ハ社會ニ於テ恰モ危

險ノ行爲ナルカ如ク思ハル、ト雖モ人カ刀劔ヲ買ヒ銃砲彈藥ヲ買フハ必スシモ
 罪ヲ犯サントノ趣旨ニノミ出ツルニアラス刀劔ハ之ヲ愛翫セシカ爲メニ買フコ
 トアリ又ハ護身ノ具ト爲サシカ爲メニ買フコトアリ銃砲彈藥亦然リ銃獵ノ用ニ
 供センカ爲メ買フコトアリ又ハ護身ノ具ト爲サシカ爲メニ買フコトアリ若シ夫レ
 刀劔銃砲彈藥ヲ買フノ目的カ護身又ハ玩弄ノ用ニ供スルニ有リトセハ刀劔ノ賣
 買銃砲彈藥ノ賣買ハ毫モ社會ノ爲メ危險ノ行爲ナリト謂フ可キ所ノモノ無シ均
 シシ是レ刀劔銃砲彈藥ノ賣買ナリト謂フ者ノ目的如何ヲ追究セスモテ單ニ此
 刀劔銃砲彈藥ノ賣買ノミヲ觀察セハ此賣買ハ果シテ社會ニ危險ナル行爲ナリト云
 フコトヲ得ルヤ若シ性質上社會ノ危險ヲ爲スモノナリト云ハ、殺人罪ノ爲メニ
 買フモ危險ナリ又護身ノ爲メニ買フモ亦危險ナリト謂ハサル可カラズ然レトモ
 刀劔銃砲彈藥ノ賣買ハ賣買其モノ、性質ニ付テ觀察スレハ毫モ此危險ナキノミ
 ナラス社會ノ營業ニ屬スルノミニシテ人ノ生活ノ助ヲ爲ス行爲ナリ凡ソ犯罪ノ
 豫備行爲ハ斯ノ如ク行爲其モノ、性質ハ寧ロ社會ノ必要上爲サ、ル可カラサル
 モノニシテ毫モ社會ノ爲メニ危險ヲ生スル性質ヲ有セサルカ故ニ社會ハ此行爲

ニ因テ其生存ヲ害セラル、コト無シ既ニ生存ヲ害セラル、コト無シトセハ到底
 刑罰權ヲ以テ之ニ臨ムコトヲ得サルヤ明ケシ刑罰權ハ社會生存權ノ害セラレサ
 ル以前ニ之ヲ行フヘキモノニアラス是レ即チ犯罪ノ豫備ヲ罰セサル理由ナリ然
 レトモ若シ豫備ノ行爲其モノニシテ社會ノ危害ヲ爲スニ足ルヘキモノアラハ刑
 法ハ必ス之ヲ罰スルコトニ躊躇セス此場合ニ於テハ刑法ハ唯犯罪ノ豫備トシテ
 之ヲ罰スルニアラスシテ豫備行爲其モノヲ以テ社會ノ危害ヲ爲ス一犯罪ナリト
 シテ之ヲ罰スルナリ而シテ此場合ハ刑法上二個アリ
 一ハ國事犯ノ場合ニシテ刑法第百二十五條ニ於テ規定シ二ハ貨幣偽造罪ノ場合
 ニシテ刑法第百八十六條第二項ニ於テ規定ス此二條ニハ共ニ豫備ノ語アリ第百
 二十五條ニ曰ク「兵隊ヲ招集シ又ハ兵器金鞵ヲ豫備シ其他内亂ノ豫備ヲ爲シタル
 者ハ……」ト第百八十六條第二項ニ曰ク「若シ偽造ノ器械ヲ豫備シテ未ダ着手セサ
 ル者ハ……」ト即チ二者共ニ明ニ犯罪ノ豫備ヲ罰スト規定シタリ
 然レトモ兵隊ヲ招募シ兵器金鞵ヲ準備スルノ行爲ハ既ニ社會ノ人心ヲ騷擾セシ
 ムルニ十分ナル所ノモノアルカ故ニ其行爲其モノ、ミニテ正ニ一犯罪ヲ構成ス

ルニ足り之ヲ禁セスシテ止ムヘキニアラス又貨幣偽造ノ器械ハ其目的單一ニシテ貨幣ヲ偽造スルノ一事ヲ除キ他ノ目的ヲ有スルモノアラス即チ此器械ハ貨幣ヲ偽造スルカ爲メニ製作セシモノナレハ貨幣ヲ偽造スルノ外他ニ此器械ヲ用フルノ所ナシ然ラハ則チ此器械ハ其性質上犯罪ヲ唯一ノ目的トスルモノナルヲ以テ何人ト雖モ其危険ヲ疑フ者アラサルヘシ故ニ豫備行爲ノ性質カ犯罪ヲ以テ唯一ノ目的トスルトキハ其行爲其モノニ於テ既ニ社會ノ人心ヲ畏怖セシムルニ足リ刑法ハ之ヲ罰シテ毫モ假借スル所ナシ即チ刑法ハ此社會ノ安寧ヲ紊サントスルノ性質アルモノハ盡ク之ヲ撲滅セント欲ス彼ノ内亂ノ豫備貨幣偽造ノ豫備ハ共ニ危害ノ性質アリテ其成立スルヤ直チニ人心ヲ畏怖セシムルヲ以テ之ニ對シテハ十分ニ防衛權ヲ行ハサルヘカラス約言スレハ刑法カ此二者ヲ罰スルハ犯罪ノ豫備ヲ罰スルニアラスシテ豫備行爲其モノ、成立カ既ニ社會ノ危害タル犯罪ヲ爲セルモノアルヲ以テナリ此例ハ必スシモ之ヲ内亂ノ豫備ト貨幣偽造ノ豫備トニ求ムルヲ要セス他ニ亦若許ヲ發見スルニ難カラス例ヘハ文書偽造罪印章偽造罪ノ如シ文書印章ノ偽造ハ他人ニ對スル詐欺取財ノ豫備タルヤ疑ヲ容レズ然

レトモ刑法ハ之ヲ罰ス家宅侵入罪モ亦他ノ犯罪ノ豫備ニ過キス然レトモ刑法ハ之ヲ罰ス而ルニ此等ノ犯罪ニ付テハ其豫備ノ明文ナキヲ以テ世人其處罰ヲ恠マスシテ内亂罪及ヒ貨幣偽造罪ニハ明文上豫備ノ語アルヨリ論者屢之ヲ以テ刑法カ犯罪ノ豫備ヲ罰セサル原則ノ例外ナリト爲セリ蓋シ誤見ノ甚シキモノナリ

第三、犯罪ノ着手

犯罪ノ着手トハ如何ナル場合ヲ謂フヤ人ト犯罪トアリテ其人カ其犯罪ニ對シ如何ナル所爲ヲ爲サハ茲ニ犯罪ノ着手アリト云フコトヲ得ル乎犯罪ノ着手トハ犯罪ノ豫備ヲ終ハリタル後犯罪事實ノ一部ヲ行フコトヲ謂フ之ヲ換言スレハ刑法ニ於テ明カニ禁制又ハ命令シタル行爲ノ一部ニ違反スルノ所爲之ヲ名ケテ犯罪ノ着手ナリト謂フ故ニ犯罪ノ着手ヲ知ラント欲セハ先ツ犯罪ノ構成條件ヲ知ラサルヘカラス犯罪ノ構成條件ヲ知ルニハ先ツ各犯罪ノ解剖ヲ爲サ、ルヘカラス各犯罪ノ解剖ヲ爲スコトハ刑法ノ各本條ニ依リ其規定スル所ノモノヲ一々列舉シテ解剖セサレハ犯罪全部ノ解剖ヲ爲スヲ得ス各本條規定ノ犯罪ハ常ニ其構成條件ヲ同シウスルモノニアラス即チ甲犯罪ノ構成條件ト乙犯罪ノ構成條件トハ

決シテ相同シキモノニアラサルナリ既ニ各犯罪ノ構成條件ハ各犯罪ニ於テ同一ナラストセハ總テノ犯罪ニ共通スル所ノ構成條件ヲ掲クルコトハ到底能クスヘカラサルノ事業ナリ然レトモ予ハ所謂犯罪ノ構成條件ニ付テ之ヲ解剖スルノ方法ヲ擧ケテ以テ諸君ニ示サント欲ス是レ固ヨリ總テノ犯罪ノ解剖ニ用フヘキ完全無缺ナル方法ナリト謂フニアラス唯多少ノ便ヲ爲スヘシト謂フニ過キス蓋シ犯罪ノ着手ヲ論スル者各其見解ヲ異ニシ或ハ犯罪ノ構成條件ノ全部ニ着手スルヲ要スト爲スモノアリ或ハ犯罪ノ構成條件ノ一部ニ着手スレハ可ナリトナスモノアリ余ハ第二説ニ賛成スルモノナリ然レトモ論者ハ二説其何レタルニ別ナク未タ嘗テ犯罪構成條件ノ何タルコトヲ示シタルモノアルヲ聞カス是ニ於テカ條件ノ全部ト云ヒ一部ト云フモ其果シテ如何ナル事實ヲ指スヤ明カナラス構成條件其者モ亦如何ナル事實ヲ指スヤ明カナラサルナリ抑構成條件トハ如何ナルモノヲ云フカ是レ固ヨリ各犯罪ニ付キテ同一ナラサルヲ以テ一概ニ論スヘカラスト雖モ余ハ試ミニ一二ノ犯罪ヲ取り以テ其構成條件ノ如何ヲ解剖セント欲スルナリ即チ左ノ如シ

ニ

三

(イ) 犯罪ノ構成條件

- (一) 犯罪ノ成立ニ關スル條件
 - (二) 犯罪ノ加重ニ關スル條件
 - (ロ) 犯罪ノ成立ニ關スル條件
 - (一) 犯人ノ身分ニ關スル條件
 - (二) 犯罪ノ事實ニ關スル條件
 - (ハ) 犯人ノ身分ニ關スル條件
 - (ニ) 法律ニ禁制スル所ノ條件
 - (三) 法律ニ禁制セザル所ノ條件
- 以上ノ解剖ニ基キ犯罪ノ着手ヲ定義スレハ左ノ如シ
- 犯罪ノ着手トハ犯罪ノ成立又ハ加重條件ニシテ犯人ノ身分ニ屬セス且法律ノ禁制スル所ノ條件ニ着手スル場合ヲ云フ
- (二) 犯人ノ身分ニ關スル條件
- 犯人ノ身分ニ關スル條件ハ犯罪ノ成立ニ付テモ犯罪ノ加重ニ付キテモ決シテ

犯罪ノ着手ヲ爲スモノニアラス人ノ身分ハ或ハ自然ニ因リ或ハ法律ニ因リテ之ヲ得ルモノニシテ如何ナル場合ニ於テモ法律ハ或身分ヲ有スルコトヲ禁制スルコトナシ法律ニ禁制セサル身分ヲ有スト云フノ一事カ犯罪ノ着手トナルノ理ナキヤ火ヲ賭ルヨリモ明カナリ例ハ官吏收賄罪ノ如シ其成立ヲ分析スレハ第一官吏ノ身分ヲ有スルコトヲ要シ第二賄賂ヲ收受スルコトヲ要ス此二條件ヲ具ヘテ而シテ始メテ官吏收賄罪成立ス收賄罪ハ元ト官吏カ其職務ヲ汚辱スルノ犯罪ナルカ故ニ官吏ニアラスモノハ如何ナル賄賂ヲ收受スルモ收賄罪ヲ構成スルモノニアラス(議院法ノ規定ハ格別ナリ)然ラハ則チ收賄罪ハ官吏ノ身分ナケレハ成立セサルモノナルヲ以テ官吏ノ身分ハ犯罪ノ成立ニ必要缺クヘカラサルノ條件ナリ然レトモ此身分ヲ有スルコトハ法律ノ禁制セサル所ノモノナルカ故ニ余カ官吏ノ身分ヲ有スルノ事實アルモ未タ收賄罪ノ着手ヲナシタルモノナリト云フヲ得ス又例ハ子孫其父母祖父母ニ對シテ奉養ヲ欠クトキハ奉養ヲ缺クノ罪アリ奉養ヲ缺クノ罪ヲ分析スレハ第一奉養ヲナスモノハ子孫ナルヲ要シ第二奉養ヲ受クルモノカ父母祖父母ナルヲ要ス第三奉養

ヲ缺クノ事實アルヲ要ス此三條件ハ子孫カ其父母祖父母ニ對スル奉養ヲ缺ク罪ノ成立上必要欠クヘカラサルモノニシテ其一ナケレハ則チ犯罪成立セス故ニ兄ニ對シテ奉養ヲ缺クノ犯罪成立セス隣家ノ父老ニ對シテ奉養ヲ缺クモ罰セラル、コト、ナシ然レトモ子孫ノ身分ハ是レ亦法律ノ禁制スル所ニアラサルカ故ニ此處分ヲ有スルモ未タ犯罪ノ着手アリト斷定スルコトヲ得ス犯罪ノ加重ニ關シテモ亦然リ例ハ監守盜ノ如シ官吏カ其監守スル金穀物件ヲ費消スルトキハ監守盜ノ罪アリ監守盜ハ元來官吏カ其職務上官ヨリ受ケタル委託物ノ費消罪ナリ故ニ通常人ニシテ此物ヲ費消セハ單純ナル委託物費消罪ヲ構成スルニ過キサレモ官吏ナルカ故ニ監守盜罪ヲ構成ス然ラハ監守盜ノ罪ハ委託物費消罪ノ加重罪ナリト云フテ不可ナル所ナシ即チ官吏ノ身分カ偶々委託物費消罪ヲ加重シテ重罪トナシタルナリ故ニ官吏ノ身分ハ委託物費消罪ノ加重條件アリト雖モ是レ亦前例ト均シク官吏タル身分ハ法律ノ禁制セサル所ナレハ其身分ヲ有スル爲メ監守盜罪ノ着手アリト云フコトヲ得ス子孫カ其父母祖父母ヲ故殺シタル場合亦同シ子孫ニアラサル者カ他人ヲ故殺セハ無期徒刑

刑ニ過キス子孫カ其父母祖父母ヲ故殺セハ死刑ニ處セラル是レ亦子孫タル身分カ加重ノ情狀ヲ爲スモノト云テ可ナリ然レトモ此身分ヲ有スルモ亦犯罪ノ着手アリト云フコトヲ得ス

再犯ノ身分ニ付テモ亦然リ即チ一タヒ罪ヲ犯シテ刑罰ヲ受ケ而シテ後ニ至リ再ヒ罪ヲ犯ストキハ之ヲ名ケテ再犯ト云ヒ特ニ本刑ヲ加重ス然レトモ再犯者ノ身分ハ之ヲ有スルカ故ニ直チニ犯罪ノ着手アリト云フヘキモノニアラス總テ犯人ノ身分ニ關スル條件ハ其犯罪ノ成立條件ナルト犯罪ノ加重條件ナルトヲ問ハス其身分ヲ有スルノ一事實カ犯罪ノ着手ト爲ルヘキ場合ハ全ク絶無ナリト謂テ可ナリ

(二) 犯罪ノ事實ニ關スル條件

犯罪ノ事實ニ關スル條件トハ犯人ノ身分ヲ措テ唯犯罪ノ事實即チ犯人カ爲シタル行爲ニ付キ之カ分析ヲ爲シタルモノヲ云フ犯罪ノ事實モ亦犯罪ノ成立ニ關スルモノアリ犯罪ノ加重ニ關スルモノアリ犯罪ノ成立ニ關スル條件ハ其一ナクレハ到底一犯罪ノ成立ヲ見ルコト能ハサルモノ即チ犯罪ト名クヘキ事實

ヲ組成スルニ必要缺クヘカラサル所ノ條件ヲ云フ此條件ニ付テハ犯人ノ身分如何ニ拘ハラズ唯其行ヒタル所爲其者ニ付テ之カ解剖ヲ爲シタルモノナルコトヲ忘ルヘカラス例ヘハ文書偽造罪ノ如シ文書偽造罪ハ二個ノ條件ヲ以テ成立ス第一文書ノ偽造アルコトヲ要シ第二其文書ノ行使アルコトヲ要ス故ニ文書ノ偽造ノミ了テ行使ノ事實ナケレハ偽造罪成立セズ文書ノ行使ノミアリテ偽造ノ事實ナキトキモ亦同シク偽造罪成立セズ然レトモ此文書偽造罪ノ條件ヲ了解スルニハ先ツ文書偽造罪ヲ犯ス人ニ付キ之カ區別ヲ爲シテ論セサルヘカラス文書偽造罪ハ或ハ同一ノ人ニシテ偽造且行使ヲ爲ス場合アリ或ハ偽造ト行使ハ其人ヲ異ニスルコトアリ即チ偽造シタル者ハ行使シタル者ニアラスシテ行使シタル者ハ又偽造シタル者ニアラサル場合アリ刑法ノ規則ヲ見ルニ「文書ヲ偽造シテ行使シタル者……」トアリ「偽造シテ」ノ語ハ之ヲ改メ書スルトキハ「文書ヲ偽造シ且行使シタル者」ノ意義アルヘク即チ偽造ト行使トノ二者ヲ聯結セシメタル語ナリ故ニ刑法ハ偽造且行使ヲ禁スルモノニシテ同一ノ人カ偽造シテ且行使スルコトヲ禁シタルモノナリ然ラハ即チ文書偽造罪ニハ偽造ト

行使ノ二條件ヲ要シ此二條件ハ共ニ刑法ノ禁スル所ノモノナレハ若シ一人ニシテ偽造ノ所爲ノミチ行ヘハ是レ即チ法律ノ禁シタル所ノモノチ行ヒシモノナルチ以テ直チニ犯罪ノ着手アリト云フコトヲ得即チ文書ヲ偽造行使スルノ意思チ以テ偽造ノミチ爲シタルトキハ其偽造ノミノ事實カ犯罪ノ着手ト爲ルナリ若シ之ニ反シ偽造ト行使ト其人チ異ニシタル場合ニ於テハ之チ同日ニ論スルコトヲ得ス即チ一人ハ偽造ノ所爲ニ任シ他ノ一人ハ行使ノ事實ニ當リタルトキハ未タ偽造罪着手アリト云フコトヲ得ス例ヘハ甲者ハ行使スルノ意思チ有セスシテ一萬圓ノ預リ證書ヲ偽造シタリ其證書ハ實ニ草稿ニ過キス若クハ習字ヲ爲セシニ過キサリシ是レ刑法ノ禁セサル所ナリ然ルニ乙者アリ此甲者ノ作りシ證書ヲ拾ヒ之チ預リ主ニ對シテ行使シタリ此場合ニ於テ甲者ハ行使ノ意思ナクシテ偽造セルチ以テ偽造罪ノ責ナク乙者モ亦自ラ偽造セルコトナク唯偽造ノ文書ヲ行使セルモノナルチ以テ偽造罪ノ責ナクシテ唯詐欺取財罪ヲ構成スルノミ而シテ其犯罪ノ用ニ供シタル預證書ハ實ニ詐欺取財ノ豫備ニ過キササルナリ斯ノ如ク文書ノ偽造者ト行使者トチ異ニスルトキハ刑法ハ文

書偽造ナリトシテ之チ罰スルモノニアラサルナリ故ニ縱令偽造ノ一條件又ハ行使ノ一條件ノミチ行フモ未タ文書偽造罪ノ着手アリト云フチ得ス唯詐欺取財ノ豫備タルノミ
以上ハ犯罪ノ成立ニ關スル條件ナリ是ヨリ犯罪ノ加重ニ關スル條件ニ付テ一言スヘシ

犯罪ノ事實ニ關スル條件中犯罪ノ加重ニ屬スルモノハ是レ犯罪ノ成立上ニ毫釐ノ影響チ及ホス所ノモノニアラス唯犯罪ノ責任チ重クスルニ必要ナル條件ナリ之チ換言スレハ加重條件ハ之チ缺クモ決シテ犯罪ノ成立チ妨クルモノニアラス唯既ニ成立シタル犯罪ノ情狀チ重クスルニ過キス斯ノ如ク犯罪ノ成立ニ關セスシテ犯罪ノ情狀チ重クスル條件之チ名ケテ加重條件ト云フ此加重條件ハ或ハ法律ニ於テ之チ禁スルモノアリ或ハ之チ禁セサルモノアリ而シテ其禁スル所ノモノハ或ハ犯罪ヲ行フ方法ニ於テスルコトアリ或ハ犯罪ヲ行フ時ニ於テスルコトアリ又或ハ犯罪ヲ行フ場所ニ於テスルコトアリ

(イ) 犯罪ヲ行フニ付キ法律ハ特ニ或方法ヲ用ヰルコトヲ禁ス是レ法律ハ唯犯

罪成立ヲ禁スルノミナラス尙ホ其犯罪ノ成立ニ付テ用ヰル所ノ方法ヲモ之
 ナ禁スルナリ故ニ加重ノ情狀アル場合ニ於テハ刑法ハ同時ニ二個ノ禁制ヲ
 爲スモノナリト云フコトヲ得是ヲ以テ犯罪ノ成立ニ付テモ罰アレハ又其方
 法ニ付テモ罰アリ例ヘハ竊盜罪ノ如シ竊盜罪ノ成立條件ハ二アリ他人ノ物
 ナルコト及ヒ之ヲ盜ムコト即チ是ナリ此二條件ヲ完ウスレハ即チ玆ニ竊盜
 罪成立ス其竊盜罪ハ刑法第二百六十六條ニ於テ二月以上四年以下ノ重禁錮
 ナ以テ之ヲ罰ス然ルニ刑法ハ竊盜ヲ爲スニ付キ或方法ヲ以テスル者アレハ
 特ニ其方法ヲモ禁セントスル場合アリ例ヘハ第三百六十八條ノ規定ノ如ク
 同條ニ於テ門戶牆壁ヲ踰越損壞シ又ハ鎖鑰ヲ開キテ邸宅倉庫ニ入り竊盜ヲ
 爲シタル者ハ六月以上五年以下ノ重禁錮ニ處ストアリ此規定モ亦是レ一ノ
 竊盜罪ニ過キス然ルニ門戶牆壁ヲ踰越損壞スルノ方法ヲ用ヰ又ハ鎖鑰ヲ開
 クノ方法ヲ用ヰテ竊盜ヲ爲シタルトキハ通常ノ竊盜ヨリモ其刑期ニ於テ四
 月以上一年以下ノ重キヲ加フルコトアリ是レ門戶牆壁ヲ踰越損壞シ又ハ鎖
 鑰ヲ開クコトヲ罰スルノ目的ニ外ナラス之ヲ換言スレハ刑法ハ此四月以上

一年以下ノ刑ヲ以テ門戶牆壁ヲ踰越損壞シ鎖鑰ヲ開クノ方法ヲ禁セントス
 ルナリ刑法カ斯ノ如ク犯罪ノ方法ニ付キ特ニ之ヲ罰セントスル場合ニ於テ
 若シ犯人カ此方法ニ着手スレハ此方法ハ犯罪ノ成立條件ニ關スルコトナシ
 ト雖モ尙ホ犯罪ノ着手アリト云フコトヲ得如何トナレハ此方法モ亦是レ犯
 罪ノ事實ニ關スルモノニシテ而シテ刑法ノ禁スル所ノモノナレハナリ

(B) 犯罪ノ時ニ關スル加重ノ條件ヲ述ヘム例ヘハ監禁罪ノ如シ擅ニ人ヲ逮捕
 シ又ハ私宅ニ監禁シタル者ハ十一日以上二月以下ノ重禁錮ニ處ス此監禁罪
 ノ成立條件ハ二アリ一ハ人タルコト二ハ之ヲ私宅ニ監禁スルコトナリ即チ
 人ヲ私宅ニ監禁スレハ一ノ犯罪成立ス然ルニ監禁ノ日數カ十日ヲ過クル毎
 ニ一等ヲ加フルモノタルヲ以テ監禁スルコト十日ヲ過クレハ一等即チ四分
 ノ一ヲ加ヘ十三日以上二月二十五日以下ヲ以テ罰スルコト、爲リ日數ノ漸
 ク増加スル毎ニ刑モ亦漸ク加重ス此四分ノ一ノ刑ハ後ノ十日ノ増加スルヲ
 禁シタルモノナリト云ハサルヘカラス即チ時ノ増加カ犯罪ノ加重條件タル
 ナリ唯此場合ニ於テ時ノ増加ハ犯罪ノ成立後ニ於テセザレハ之ヲ見ルコト

能ハサルヲ以テ此場合ニハ到底時ノ増加ヲ以テ犯罪ノ着手ナリト云フコトヲ得ス即チ此場合ノ加重ノ性狀ハ之ヲ行フモ犯罪ノ着手ト爲ラサルナリ

(ハ) 場所ニ關スル加重ノ條件ヲ論セム刑法ハ或犯罪ヲ行フニ當リ特ニ或場所ノミニ於テスルコトヲ禁スルアリ尙ホ前例ノ竊盜ニ付キ之ヲ説カンニ刑法第三百六十七條ニ於テ(水火震災其他ノ變ニ乘シテノミ)竊盜ヲ爲ス者ハ六月以上五年以下ノ重禁錮ニ處ストアリ即チ水火震災アル場合ニ於テ竊盜ヲ爲セハ普通ノ竊盜罪ヨリモ四月以上一年以下ノ重キ刑ヲ以テ罰スルナリ然ラハ此四月以上一年以下ノ加重刑ハ即チ場所ヲ禁シタル例ナリト云フヘシ此場所モ亦是レ刑法ノ禁スル所ナルニ因リ此場所ニ入ルノ事實ノミニシテ直チニ犯罪ノ着手ト云フコトヲ得ヘシ唯此場合ニ於ケル犯罪ノ着手即チ禁制ノ場所ニ入ルル事實ニシテ竊盜ノ着手アリト云フニハ必ス明確ニシテ疑ヲ容レサル證據アルヲ要ス例ヘハ竊盜ノ意思ヲ以テ其場所ニ入りタル事實ヲ自白シタルトキハ其場所ニ入りタル一事ノミニテ直チニ竊盜罪ノ着手アリトシテ之ヲ罰スルコトヲ得恰モ方法ニ關スル場合ニ於テ門戶牆壁ヲ踰越毀

壞セルノミニシテ竊盜罪ノ着手アリト云フカ如シ

以上犯罪ノ構成條件ヲ分析シテ其成立ニ關スル條件加重ニ關スル條件及ヒ身分ニ關スル條件ト爲シテ立論セシ所ハ單ニ此等ノ條件ヲ了知スルヲ以テ常ニ能ク犯罪ノ着手ヲ判別シ得ヘシト云フニアラス即チ僅カニ構成條件ヲ分析シ得ル限リ之ヲ分析セシニ過キス決シテ總テノ場合ニ於テ之ヲ適用スルコトヲ得ヘシト云フニアラス蓋シ斯ノ如ク構成條件ヲ分析スルモ總テノ犯罪ノ着手ヲ判別シ難キハ其構成條件ハ各犯罪ニ於テ異ナレハナリ例ヘハ茲ニ人ヲ殺スト假定シ若シハ他人ノ物ヲ竊盜スルト假定セヨ刀劍ヲ用非テ人ヲ殺ス場合ニ其刀劍ヲ手ニスルハ犯罪ノ豫備ニ過キスシテ未ダ着手ト云フヲ得ス刀劍ヲ携ヘテ敵前ニ立ツモ亦着手ト云フヲ得ス然ラハ則チ刀ヲ上ケタルトキハ如何刀ヲ下セル瞬間ハ如何刀ト敵ノ身體トノ距離若干ニ及ヘハ之ヲ着手ト云フヘキカ他人ノ物ヲ竊盜スルモ亦然リ其物ヲ盜ラントシテ手ヲ動カセハ如何其物ニ手ヲ觸ルレハ如何其物ト手ハ如何ナル態度ニ至レハ之ヲ着手ト云フヘキカ前後幾瞬ノ間ニ一線ヲ畫シテ其着手ト否トノ限界ヲ標識スルコト殆ト能フヘキ業ニアラス故ニ上來ノ所論ハ

單ニ其一般ヲ示スノミ深ク重キヲ置クニアラサルナリ
第四 犯罪ノ實行

犯罪ニ着手シテ以來何等ノ障礙ナク犯人ハ其犯サント欲スル所ノ目的ヲ達スルニ必要ナル行爲ヲ行ヒ終リタルトキハ則チ犯罪ノ實行其全キヲ告ク所謂既遂犯アリ例ヘハ人ヲ殺ス目的ヲ達セントシテ其人ヲ殺シ終リタルトキハ則チ殺人罪ノ實行ヲ全フシタルナリ然ルニ犯罪ハ或ハ其着手ノ時ニ於テ蹉跌スルコトアリ或ハ實行ノ終リニ於テ誤ルコトアリテ犯人ハ遂ニ其目的ヲ達スル能ハサル場合アリ犯人ハ犯罪ニ着手シテ蹉跌スル場合モ亦犯人カ實行ノ終リニ於テ誤ル場合モ其目的ヲ達スル能ハサルハ同一ニシテ之ヲ未遂犯ト云フ未遂犯ハ刑法第百十二條ニ於テ之ヲ規定ス犯人罪ヲ犯サントシテ既ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ依リ其目的ヲ達スルコト能ハサル場合ヲ云フ此定義ニヨレハ現行刑法ノ所謂未遂犯ハ犯人ニ於テ既ニ犯罪ニ着手シタル後意外ノ障礙又ハ舛錯ニ依リテ其事ヲ遂ケサルモノナルカ故ニ第一、犯人ハ必ス犯罪ノ着手以上ノ行爲ヲ爲スコトヲ要ス第二、其意思ニ反スル障礙、舛錯ニ遭遇スルコトヲ要シ第三、障

碍又ハ舛錯ニ因リテ犯罪ノ目的ヲ達セサルコトヲ要ス此三條件ヲ具ヘテ而シテ始メテ未遂犯ヲ見ルニ至ル

第一條件 犯人ハ必ス犯罪ノ着手以上ノ行爲ヲ爲スコトヲ要ス法文中(既ニ其事ヲ行フト雖モ)ト記セルカ故ニ其事ノ一部ヲ行ヘル場合モ其事ノ全部ヲ行ヘル場合モ共ニ其内ニ包含ス從テ犯罪ノ着手モ犯罪ノ實行モ共ニ此語中ニ包含ス是ニ於テカ此(其事ヲ行フト)ノ一語ハ之ヲ二ツノ場合ニ區別スルコトヲ得ルナリ即チ犯罪事實ノ一部ヲ行フテ誤マレル場合ト其全部ヲ行フテ誤マレル場合トニ區別スヘキナリ其一部ヲ行フテ誤マレル場合ハ解釋上之ヲ着手未遂犯ト云ヒ全部ヲ行フテ誤マレル場合ハ缺效犯ト謂フ此二説ハ全ク法文ノ意味ニヨリ解釋上ヨリ下シタル名稱ニ外ナラス
如何ナル場合ニ於テ着手未遂犯アリト云ヒ又如何ナル場合ニ於テ缺效犯アリト云フカ均シク未遂犯ノ性質ヲ失ハサル犯罪モ解釋上既ニ此區別ヲナシタル以上ハ即チ其標準ヲ求ムルノ必要アリ其必要ハ當ニ解釋ヲ明ニスルノミナラス中止犯ノ場合ニ於テ又多少ノ利益アルヲ見ルナリ

若シ刑法ニ規定スル總テノ犯罪ニ於テ犯人其目的ヲ達シタルトキニアラサレハ既遂犯アリト云ハス又犯人其目的ヲ達セサルトキニアラサレハ未遂犯ナリト云フコトヲ得ストセハ既遂犯トノ區別ヲ知ルコト甚ク容易ナルヘシト雖モ然レトモ刑法ノ規定屢々此標準ニ出テサルコトアリ刑法ノ規定中犯人カ或事實ヲ行フテ未タ其目的ヲ達スルニ至ラサルモ尙ホ既遂犯アリトナス場合アリ或ハ其目的ヲ達スルニアラサレハ既遂犯ヲ認メサル場合アリ

第一ノ場合 犯人カ犯罪ノ一部ノ事實ヲ行ヒ未タ其目的ヲ達スルニ至ラサルモ既ニ既遂犯ヲ認ムルモノアリ例ヘハ第一百十六條ノ場合ノ如シ第一百十六條ニ於テ天皇后皇太子ニ對シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ處スト規定シ單ニ危害ヲ加ヘントシタルトキ即チ犯人カ危害ヲ加ヘントシテ其目的ヲ達セサルトキニ於テモ唯其加ヘントシタル事實アレハ其現ニ加ヘタル事實ナキモ尙ホ一罪ヲ構成スルモノトシテ之ヲ罰シタリ約言スレハ單ニ危害ヲ加ヘントシタルトキ即チ未タ其目的ヲ達セサルニ拘ハラズ既遂犯アルモノトナスナリ

第一百八十六條モ亦之ニ同シ此規定ニヨレハ貨幣ノ偽造既ニ成リテ未タ行使セサルモノ又ハ偽造ノ未タ成ラサル者及ヒ偽造ノ器械準備セルニ止マル者モ亦一罪ヲ構成セルモノトシテ之ヲ罰ス蓋シ此犯人ハ其目的タル貨幣ヲ偽造シテ之ヲ行使セントスルニアルヘシ然ルニ刑法ハ偽造モ終ラズ又行使モ爲サ、ルモ既ニ完全ナル一罪トシテ之ヲ罰ス特ニ偽造器械ヲ準備シタルモノニテモ亦之ヲ既遂犯トナス此規定ハ皆犯人ノ目的ニ於テ毫モ達スルコトナキモ既遂犯アリトシテ罰スルナリ

以上二條ノ規定ニヨリテ之ヲ見レハ刑法ハ犯人カ其目的ヲ達セサルモ或行爲ノ實行ヲ以テ直チニ既遂犯アリトナスナリ然ラハ既遂犯ハ必スシモ其目的ヲ達セサレハ成立セスト論斷スヘカラサルモノナリ

第二ノ場合 然レトモ亦他ノ規定ヲ見レハ刑法ハ斯ノ如ク或所爲ノ成立ノミヲ以テ既遂犯アリトナス殺人カ其目的ヲ達シタル場合ニ限り既遂犯ヲ認ムルモノアリ例ヘハ竊盜罪ノ如シ竊盜罪ニ於テハ他人ノ所有物ヲ取り終リタルノ事實ナケレハ既遂犯ニアラス之ヲ取ラントシテ手ヲ其物ニ觸ルモ未

タ犯人ノ占有ニ置ク能ハサルトキハ既遂犯アリトナスヘカラス又殺人罪ノ如シ人ヲ殺サントスル所爲ハ未タ殺人罪ノ既遂犯タルコト能ハス之ヲ殺スニ必要ナル手段ヲ施シ由テ以テ被害者ヲ死ニ致スニ至ラサレハ既遂犯アリトセサルナリ

是ニ由テ之ヲ觀レハ刑法ハ或ハ犯人カ其目的ヲ達セサルモ或所爲ノ成立スルノミチ以テ既遂犯アリトナシ或ハ其所爲ノ成立ノミナラス必ス其目的ヲ達セサレハ既遂犯ナシトナスカ故ニ既遂犯未遂犯ノ區別ハ犯人カ其目的ヲ達スルト否トニアラサルヤ明カナリ然ラハ則チ此區別ヲ知ルニハ果シテ如何ナル標準アルカ

既遂犯未遂犯トチ區別スルニハ必ス各犯罪ノ成立條件ヲ知ラサルヘカラス或ル所爲ノ成立ノミチ以テ既遂犯アリトスル場合ニ於テハ目的ヲ達スルト否ラサルトハ犯罪ノ構成條件トナルモノニアラス之ニ反シテ犯人カ其目的ヲ達スルニアラサレハ既遂犯ナシトスル場合ニ於テハ犯罪ノ目的ヲ達スルコトヲ以テ其構成條件トナス故ニ各犯罪ニ付テ此犯罪ハ其目的ヲ達スルコトヲ必要ト

ナスヤ否ヤノ區別ヲ明カニスルコトヲ要ス此區別ヲ明カニセサルトキハ既遂犯ト未遂犯トノ區別ハ之ヲ知ルコト能ハサルナリ例ヘハ貨幣偽造罪ノ如キニ於テ唯着手ノ所爲カ既ニ既遂犯ヲ構成スルカ故ニ之ヲ中止シ又ハ障礙ヲ受クルモ犯罪ノ構成上何等ノ影響ナシ既遂犯トナリ了ルヘシ然レトモ缺効犯ノ場合ニ於テハ既ニ着手以上ノ所爲ヲ行ヒ了リテ其目的ヲ達セサルモノナルカ故ニ缺効犯ニ關シテ其目的ヲ達セサルモ尙ホ既遂犯ノ成立ヲ見ル場合ハ刑法ノ規定中之ヲ發見スルコト能ハス之ヲ換言スレハ着手未遂ノ場合ニ於テ着手ノ事實ノミニテ既ニ既遂犯アリト云フ場合アレトモ缺効犯ノ場合ニ於テ其目的ヲ達スルニアラサレハ既遂犯アリト云フコトヲ得ス即チ其目的ヲ達セサルニ至リテハ二者同一ナリト雖モ着手未遂ニハ目的ヲ達セサルモ既遂犯タル場合アリ缺効犯ニハ其目的ヲ達セサレハ決シテ既遂犯タル場合ナシ此區別ハ能ク注意セサル可カラス

第二條伴 犯人ノ意ニ反スル障礙又ハ舛錯ニ遇フコトヲ要ス犯人ハ充分其目的ヲ達セントスル意思アルモ其意思ニ反シテ障礙又ハ舛錯ニ遇フテ之ヲ達スル

コト能ハサルナリ所謂障碍又ハ舛錯トハ何ソヤ此二語ハ多少其意味ヲ異ニス
 ルモ余ハ餘リ重キヲ之ニ置クコトヲ要セスト信シ事實ノ觀察如何ニヨリ或ハ
 障碍ノ語ヲ下シ或ハ舛錯ノ語ヲ下スモノニシテ單ニ舛錯ニ過キスト云フモ可
 ナリ例ヘハ犯人ハ人ヲ銃殺セントシ而シテ其銃ヲ發射セリ然ルニ銃丸偶々目
 的人ニ命中セスシテ其前ノ樹木ニ中レリ此事實ニ舛錯及ヒ障碍ノ語ヲ適用ス
 レハ二者全ク同一ニ歸ス若シ樹木ニ中レルカ爲ニ殺害ヲ免レタリトセハ則チ
 樹木ノ障碍ニヨリ目的ヲ達セザリシナリ然レトモ犯人ヨリ之ヲ見レハ犯人ノ
 狙撃ヲ誤マラサレハ實ニ其人ヲ殺セシナリ即チ其人ヲ殺サスシテ樹木ヲ射シ
 ハ其狙撃ヲ誤マリシナリ犯人ノ意思ニ反スル舛錯ニヨリ命中シ得ザリシナリ
 同一ノ事實ニシテ犯人ヨリスレハ狙撃ノ舛錯ト謂フヘク被害者ヨリ見レハ意
 外ノ障碍ト云フヘシ然レトモ之レ即チ舛錯ト云ヒ障碍ト云フモ實ハ二種ノ場
 合アルニアラサルナリ

世人動モスレハ障碍ト舛錯トヲ區別シテ誤解シ障碍ハ着手未遂犯ノ場合ニノ
 ミ存シ舛錯ハ缺效犯ノ場合ニノミ存スト云フヲ聞ク然レトモ前例ノ如ク人ヲ

銃殺セントシテ發射シ終リタルトキハ之レ缺效犯ノ場合ナリ然ルニ其命中チ
 誤リシハ樹木ノ障碍アリシ爲メナリトス缺效犯ノ場合ニモ亦障碍ノ事實アル
 コトヲ知ルヘシ又着手未遂犯ノ場合ニ於テモ亦舛錯ヲ見ルコトアリ例ヘハ前
 例ノ如ク銃ニ依リテ以テ人ヲ殺サントシ既ニ其人ニ對シテ銃ヲ擬シタリト雖
 モ其銃ニ引金ナカリシカ爲メ之ヲ果タサ、リシ是レ實ニ一ノ舛錯ニ外ナラス
 然ラハ則チ舛錯ト障碍トハ大差ナク何ニヨリテ之ヲ區別スルノ必要アルカ余
 ハ殆ント之ヲ發見スルコトヲ能ハス
 此條件ハ犯人意外ノ舛錯又ハ障碍ニアリ故ニ若シ意外ニアラスシテ任意ニ犯
 罪ヲ中止セハ未タ未遂犯ニアラズ學者此等ノ場合ヲ指シテ中止犯ト云フ中止
 犯ノ場合モ現行刑法上別ニ規定ヲケレハ一ニ理論ニ依リ之ヲ論決セサルヘカ
 ラス
 中止犯ハ犯人自カラ犯罪ノ行爲ヲ中止セシ場合ヲ云フ犯罪ニ着手セシモ未タ
 何等ノ效果ヲモ生セスシテ其所爲ヲ中止セハ全ク其罪ナシ然レトモ若シ犯罪
 ニ着手シテ之ニヨリ多少效果ヲ生シ而シテ後其行爲ヲ中止セハ其效果ノミハ

刑法論 犯罪論 犯罪ノ事實 犯罪ノ區別 犯罪成立上ノ區別

之ヲ罰セサルヘカラス然ラズンハ人ヲ殺サントシテ其一手一足ヲ切りテ中止
 スルモ尙ホ罰スヘカラストスヘク果シテ然ラハ現ニ人ヲ害シテ尙ホ罰セラレ
 サルニ至ル論者或ハ曰ク此場合ハ殺人ノ意思アリテ毆打傷殺罪ノ結果アリ而
 シテ犯人ハ全ク毆打傷殺ノ意思アリシニアラス故ニ之ヲ罰セハ意思ナキ所爲
 ナ罰スルモノタラント然レトモ犯人カ人ヲ殺サントスルニハ先ツ毆打等ノ所
 爲ヲナサ、ルヘカラス殺人罪ノ中ニハ毆打ノ所爲ヲモ包含スルモノナリ故ニ
 殺人ノ意思中ニハ當然毆打ノ意思ヲモ包含セサルヘカラス然ラハ則チ毆打ノ
 意思アリテ其效果ヲ生セシモノニシテ復讐ノ之ヲ罰スルヲ怪マン中止犯ハ又
 缺效犯トシテ罰スヘキコトアリ例ヘハ人ヲ銃殺セントシテ命中セサルニ及ヒ
 自カラス之ヲ中止シタリ是レ中止犯ニアラス實ニ缺效犯タリ故ニ縱令中止ス
 ルモ其中止以前ニ於テ既ニ缺效犯アルヲ以テ此場合ハ尙ホ之ヲ罰セサルヘカ
 ラス

第三條件

障礙又ハ舛錯ニヨリ犯罪ノ目的ヲ達セサルコトヲ要ス是レ法文所謂
 「未タ遂ケサル」ノ語ヨリ出ツ未タ遂ケストハ犯人カ未タ目的ヲ達セサルコトナ

云フ然ラハ則チ未タ目的ヲ達セストハ如何ナルコトヲ云フヤ是ニ至リテ犯人
 ノ意思ナルモノヲ明カニセサルヘカラス其事ヲ遂ケストハ犯人其希望スル所
 ノ目的ヲ達セサルコトヲ云フ世人犯罪ノ目的ト犯罪ノ理由トヲ混シテ之ヲ同
 一ノモノナリト信スル者アリ是レ大ナル誤謬ナリ宜シク犯罪ノ目的ト云フ意
 義ヲ分明ニスヘシ

犯人カ罪ヲ犯スニ當リテハ罪ヲ犯スニ直接ナル原因アリ又間接ナル原因アリ
 犯罪ニ直接ナル原因トハ刑法ノ禁制命令スル事項ニ違犯セントスルノ意思ヲ
 云フ刑法ノ規則ヲ破ラントスルノ意思即チ是ナリ例ヘハ殺人罪ハ刑法ノ禁制
 スル所ナリ其刑法ノ禁制スル所ノモノニ違反セント欲シテ而シテ殺人罪ヲ犯
 シタルトキハ則チ是レ殺人ノ意思ハ殺人罪ニ直接ナル原因ヲ爲スナリ

犯罪ニ間接ナル原因トハ其犯罪ヲ行フニ至リタル所以ノ理由ヲ云フ即チ人ヲ
 殺ス意思ノ起ルハ其因テ起ル所以ノ原因ナカルヘカラス其原因ヲ名ツケテ犯
 罪ニ間接ナル原因ト云フ例ヘハ人ヲ殺スノ決心ヲ爲スニハ其決心ノ因リテ起
 ル理由ナカルヘカラス或ハ其人ヲ殺シテ財物ヲ奪ハントスルカ或ハ父母ノ仇

ヲ報セントスルニアルカ又或ハ自己ノ恨ヲ露サントスルニアルカ斯ノ如キ犯罪ノ意思ノ因リテ生スル所ノ理由トナルモノヲ名ツケテ犯罪ニ間接ナル原因ナリト云フ

直接ノ原因ハ犯人ノ責任上ニ大ナル影響ヲ及ホシ間接ノ原因ハ犯人ノ責任上ニ大ナル影響ヲ及ホスコトナシ即チ犯罪ノ直接ノ原因ナカリシトキハ原則上犯人ハ全ク犯罪ノ責任ヲ免レ得ルモノナリ(例外ニアラス)之ニ反シテ間接ノ原因ハ全ク是レナキモ原則上決シテ犯人ノ責任ヲ免スル場合ナシ或ハ時ニ宥恕ノ理由トナルニ過キス此直接ノ原因ハ刑法ノ明文上之ヲ名ツケテ犯罪ノ意思ト云フ又學術上ノ語トシテ惡意若クハ故意ト云フ惡意ト云ヒ犯罪ト云ヒ又ハ犯罪ノ意思ト云ヒ其名稱異ナルト雖モ其犯罪ニ直接ノ原因ヲ指スニ至リテハ同一ナリ世人屢直接ノ原因ト間接ノ原因トヲ混シ之ヲ同一ノモノト誤解スルカ爲メニ犯罪ノ意思ノ因リテ起ル所ノ理由ヲ指シテ或ハ故意ト云ヒ或ハ惡意ト名ツクルコトアリ從テ犯罪意思ノ因リテ起ル所ノ理由トシテ正當ノモノナルトキハ惡意ナシト云ヒ又故意ナシト云フ之ニ反シテ犯罪ノ意思ノ因リテ

起ル所ノ理由ニシテ正當ナラサルトキハ茲ニ始メテ惡意アリト云ヒ又故意アリト云フ例ハ竊盜ヲ爲スモノアリ其竊盜ハ他人ノ財物ヲ得テ以テ毫釐モ自ラ利スルノ意思アルニアラス之ヲ以テ大ニ人ヲ利シ世ヲ益セント欲ス此場合ニ於テ竊盜ノ理由ハ自己ノ利益ノ爲メニスルニアラスシテ他人ノ利益ノ爲メニスルニアルヲ以テ惡意アル竊盜ニアラスト云フモノアリ其竊盜ノ意思ノ因リテ起ル所ノ理由カ正當ナルカ爲メニ其竊盜カ果シテ惡意ナキモノトセハ人ヲ殺スニ付キテモ正當防禦以外ニ於テ正當ノ理由ニアラハ是レ亦惡意ナキノ殺人罪ナリト云ハサルヘカラスルニ至ル斯ノ如キ解釋ハ畢竟犯罪ノ直接ノ原因ト間接ノ原因トヲ識別セサル誤ヨリ出スルモノナリ本條ニ於テ其事ヲ遂ケサルトキト云フハ犯人カ希望セシ犯罪ノ間接ノ目的ヲ達シ得サル場合ヲ謂フニアラスシテ犯人カ希望セシ犯罪ノ直接ノ目的ヲ達シ得サル場合ヲ云フ即チ犯人カ有スル犯意中ニ含蓄スル事實ヲ爲シ遂ケサルヲ云フ故ニ苟モ犯人ニシテ其有スル犯意ニ相當ナル事實ヲ行ヒ畢ラハ其犯罪ニ因リ犯人ハ何等ノ利益ヲモ收ムルコト能ハサルモ最早犯罪ハ既遂ナリト云ハサルヘカラス例ヘハ強

盜カ人ニ對シテ暴行強迫ヲ加ヘテ財物ヲ取リシ事實アレハ之ヲ取リシ後ニ意
外ノ舛錯又ハ障礙ニ因リ之ヲ棄ルニ至リ又ハ之ヲ取戻サル、ニ至ルモ尙ホ強
盜既遂タルヲ免レス如何トナレハ其得タル財物ハ彼カ利得セント欲スル所ノ
モノニシテ所謂犯罪ノ間接ノ目的ニ過キサレハナリ犯罪ノ間接ノ目的ヲ達セ
ントスルニ當リ意外ノ障礙又ハ舛錯アルモ毫モ犯罪ノ構成ニ影響ヲ及ホスモ
ノニアラス此解釋ノ誤ハ屢々文書偽造及官吏侮辱等ノ場合ニ於テ之ヲ見ルコ
トアリ果シテ何人ノ説ニ出テシカ其根據ヲ知ラサルモ文書偽造罪ハ必ス人ヲ
害シ我ヲ利スルノ目的ナカルヘカラストノ解釋ヲ爲ス者アリ而シテ裁判官モ
亦此解釋ヲ信シテ判決スル者アリ佛國刑法註釋ニハ實ニ人ヲ害シ我ヲ利スル
コトヲ一條件ト爲セル事佛國刑法ニ於テハ或ハ然ランモ我刑法ニ於テハ則チ
然ラス日本刑法ヨリ之ヲ見レハ人ヲ害シ我ヲ利スルハ間接ノ目的ニ過キス直
接ノ目的ハ文書ノ偽造行使ニ在リ苟モ其偽造行使ヲ爲セハ人ヲ害スルト否ト
又我ヲ利スルト否トハ措テ問フ所ニアラサルナリ官吏侮辱罪ニ付テモ亦然リ
頃者米國ニ於テ日本海軍士官カ軍艦製造ノ事ニ關シテ醜聞アリト記載シタル

新聞紙アリ其新聞紙ハ官吏侮辱罪ニ係ルモノトシテ訴追セラレタリ然ルニ東
京控訴院ニ於テハ之ヲ無罪ナリト判決セリ其理由トスル所ヲ聞クニ新聞紙ハ
官吏ノ名譽ヲ害スルノ意思ナク專ラ公益ヲ思フニ出テ毫モ惡意ナシト云フニ
在リ是レ亦直接ノ目的ト間接ノ目的トヲ混スルモノ、ミ故ニ大審院ハ擬律ノ
錯誤アリトシテ原裁判ヲ破毀シ更ニ之ヲ侮辱罪ニ處シタリ要スルニ其事ヲ遂
ケサルトハ犯人ノ希望スル犯罪ノ直接ノ目的ヲ遂ケサルコトヲ謂ヒ間接ノ目
的ヲ遂クルト否トハ毫モ關スル所ニアラス

第五、不能犯

不能犯モ亦現行刑法ノ明文上規定セル罪名ニアラス未遂犯ノ種類中ニ於テ下シ
タル解釋上ノ名稱ニ外ナラス蓋シ不能犯ハ最モ缺效犯ト相似タル所ノ性質アリ
故ニ不能犯ハ缺效犯ノ一種ニシテ而シテ刑罰ノ制裁ヲ受ケサル所ノ事實ナリト
云フモ不可ナキニ似タリ佛國刑法學者ハ不能犯ノ定義ヲ下シテ曰ク犯罪ノ目的
上ヨリスルモ又犯罪ノ方法上ヨリスルモ獨リ犯人ノミ犯罪ノ目的ヲ達スルコト
能ハサルニアラス同一ノ場合ニ於テ同一ノ條件ヲ以テスルトキハ何人ト雖モ犯

罪ノ目的ヲ達スルコト能ハスト云フトキハ則チ着手未遂犯ニモアラス又缺效犯ニモアラスシテ所謂不能犯ナルモノナリト此定義ニ依レハ不能犯ニ二種アリ第一ハ目的上ノ不能犯第二ハ方法上ノ不能犯是ナリ

(一) 目的上ノ不能犯 此不能犯ヲ區別シテ二ト爲ス一ハ絶對的不能犯ニシテ一ハ相對的不能犯ナリ絶對的不能犯トハ或ハ犯罪ノ目的物全ク成立セサルカ或ハ其目的物カ犯罪ノ成立ニ必要ナル資格ヲ有セサルノ場合ヲ言フ例ヘハ懷胎セサル婦女ニ對シテ墮胎藥ヲ吞マシメタル場合、殺人ノ目的ヲ以テ死屍ヲ斬リタル場合、他人ノ所有物ナリト信シテ自己ノ物件ヲ竊取シタル場合ノ如シ第一第二ノ場合ハ犯罪ノ目的物全ク成立セサル場合ニシテ第三ノ場合ハ犯罪ノ成立ニ必要ナル資格ヲ有セサル場合ナリ相對的不能犯トハ犯罪ノ目的物ハ實際上現存スルモ犯罪ノ當時犯人カ之アリト信セシ場所ニ於テ存在セサリシ場合ヲ謂フ例ヘハ犯人ハ其殺害セント欲スル人ノ乘リタル馬車ナリト信シテ之ニ對シ發銃シタルニ被害者ハ其車中ニ在ラサリシ場合又ハ竊盜カ寺院ノ賽錢函ヨリ賽錢ヲ竊取セントセシニ其函ハ空虛ナリシ場合ノ如シ此二場合ニ於テ犯

罪ノ目的物ハ實際存在セサルニアラサルカ故ニ犯人ニ於テ少シク注意シテ其所在ヲ探究スルコトアラハ或ハ犯罪ノ目的ヲ達スルニ至リシナラム之ヲ相對的不能犯ト謂フ

(二) 方法上ノ不能犯 此不能犯ニモ亦絶對的不能犯ト相對的不能犯トノ區別アリ絶對的不能犯トハ犯罪ノ實行ニ供シタル所ノ方法カ其性質上犯罪ヲ實行スルニ足ルヘカラサル場合ヲ謂フ例ヘハ彈丸ヲ裝置セサル銃ヲ以テ人ヲ銃殺セシトシタル場合、毒藥ナリト信シテ砂糖ヲ以テ人ヲ毒殺セントシタル場合ノ如シ此種ノ場合ニ於テ犯人カ採ル所ノ方法ハ到底其目的トスル犯罪ノ實行ヲ全ウスルニ足ルモノニアラス相對的不能犯トハ犯人カ採ル所ノ方法ハ其性質上充分犯罪ヲ實行スルニ足ルヘキモノナリト雖モ犯人意外ノ事變ニ制セラレテ其目的ヲ達スルコト能ハサル場合ヲ謂フ例ヘハ彈丸裝置ノ銃ヲ以テ人ヲ銃殺セントセシニ銃身破損シテ其用ヲ爲サス又ハ發火セスシテ殺害ノ目的ヲ達スルコト能ハサリシ場合又ハ犯人ニ於テ發銃シタルモ距離遠隔ニ失シテ目的ノ人ヲ仆シ能ハサリシ場合又ハ犯人銃砲ヲ使用スルノ方法ヲ知ラサリシ場合ノ

如シ凡ソ此等ノ場合ニ於テ犯罪ノ方法ハ能ク犯人ヲシテ犯罪ノ目的ヲ達セシムルニ足ルト雖モ犯人カ之ヲ使用スル方法ノ宜シキヲ失シタルカ爲メ遂ニ其用ヲ爲スニ至ラザリシナリ

以上四種ノ不能犯ハ共ニ犯罪ノ目的ヲ達スルコト能ハサルモノナリト雖モ未ダ之ヲ以テ不能犯ト未遂犯トヲ區別スルノ標準ト爲スニ足ラス相對的不能犯ハ其目的ニ於ケルモ又其方法ニ於テスルモ多クハ犯人ノ注意周到ナラスシテ且ツ其手段拙劣ナルカ爲メニ犯罪ノ功ヲ奏スルニ至ラザリシモノナレハ所謂犯人意外ノ障礙又ハ舛錯ニ因リテ犯罪ノ目的ヲ達スルコトヲ得ザリシモノニシテ未遂犯ノ構成條件ヲ具備シテ餘アリ之ニ反シテ絕對的不能犯ハ其目的ニ於テスルモ亦其方法ニ於テスルモ多クハ犯罪成立ノ要件ヲ缺クモノナルカ故ニ犯人ニ於テハ何等ノ障礙ヲ被ムルコトナク又何等ノ舛錯ヲ爲スコトナキモ到底其目的トスル所ノ犯罪ヲ行フコトヲ得サルモノニシテ犯罪成立ノ要件ヲ缺クモノナリ然ラハ則チ不能犯ノ標準ヲ定ムルニ付テハ目的上ノ不能犯ト方法上ノ不能犯トノ區別ヲ爲スヲ須キス唯タ犯人ノ達セント欲シタル犯罪ノ結果ハ犯人獨リ之ヲ收ムル

コト能ハサルノミナラス其他何人ト雖モ之ヲ收ムルコト能ハサル場合ナレハ則チ不能犯ナリト謂フコトヲ得ヘシ

以上佛國刑法家カ不能犯ニ付キ説明スル所ノ概略ナリ余ハ此論ニ左祖スルコト能ハス更ニ余ノ所信ヲ述ヘテ以テ之ヲ諸君ニ告ケント欲ス然レトモ余ハ決シテ余ノ説ヲ以テ之ヲ諸君ニ強ヒント欲スル者ニアラス採否ノ自由ハ一ニ諸君ニ在ルヲ以テ諸君ハ其信スル所ニ從フテ可ナリ

學者カ不能犯ヲ區別シテ四種ト爲シタルハ其根據ニ於テ誤レル所アルヲ知ラサルヘカラス目的上ノ不能犯ト方法上ノ不能犯トノ區別ハ暫ク措キ此二種ノ不能犯ニ付キ相對絶對ノ區別ヲ爲シタルハ誤解ノ最モ甚シキモノナリ其所謂相對的不能犯ハ目的ニ關スル場合ニ於テモ又方法ニ關スル場合ニ於テモ固ヨリ行フヘカラサル事實ヲ謂フニアラス唯犯人カ之ヲ行フ途其宜シキヲ失シタルカ爲ニ犯罪ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ過ス事實其者ノ性質ハ決シテ行ハル、能ハサルモノニアラスシテ而シテ唯犯人ノ失策ニ因リテ行ハレサルニ至レルモノナレハ之ニ付スルニ不能犯ノ名稱ヲ以テスヘカラサルヤ明ナリ若シ斯ノ如キ場合

ニ於テモ尙ホ不能犯ノ名稱ヲ付スヘクハ則チ總テノ未遂犯ニハ悉ク不能犯ノ名稱ヲ付セサルヘカラサルニ至ルヘシ抑モ不能犯トハ之ヲ未遂犯ト區別セシカ爲メニ特ニ下シタル名稱ナリ然ルニ普通ノ未遂犯ヲ指シテ不能犯ナリト云フトキハ則チ其區別果シテ安クニカ在ルカ故ニ思フ相對的不能犯ハ其目的ニ關スルモノト方法ニ關スルモノトヲ問ハス刑法ノ解釋上之ヲ是認スヘキニアラサルナリ故ニ全ク解釋上相對的不能犯ト稱スル語ヲ用ヰルコトヲ欲セサルナリ

次ニ絶對的不能犯ハ其目的ヨリスルモ其方法ヨリスルモ絶對ニ行フヘカラサル場合ヲ指シテ之ヲ云ヘルナリ人事上果シテ行フヘカラサル事業アリトスレハ犯罪モ亦之ヲ行フヘカラサルモノアルヘキハ明ナリ既ニ犯罪トシテ行フヘカラサル事實アレハ此事實ニ命スルニ不能犯ヲ以テスルモ亦不可ナカルヘシ然レトモ此事實ハ人事ノ上ニ於テ行フヘカラサルモノナリ又行フヘカラサルノ犯罪ナリトスレハ斯ノ如キ事實ハ事實ニアラス又犯罪ニアラサルヲ以テ行フヘカラサル犯罪ヲ指シテ行ハサル犯罪ナリト解スルハ其當ヲ得タル言ニアラス唯慣用上ノ便宜ノ爲メ此語ヲ採用スヘキノミ

人事ノ上ニ於テ行フヘカラサル其事實又ハ犯罪トハ如何ナルモノヲ指スカ若シ吾人ノ最モ非難セサル所ノ例ヲ採リテ云ハ、孟子ニ所謂泰山ヲ挾テ北海ヲ超ユルコトノ如キハ到底人事ニ於テ爲スヘカラサルコトヲラン泰山ヲ挾テ北海ヲ超ユルノ事實ハ是レ實際上行ハレサル事實ノ譬喩ニ過キサレハ直チニ此譬喩ヲ根據トシテ不能犯ノ問題ヲ決定スヘカラス

犯罪ニ付テ斯ノ如キ譬喩ヲ適用スヘキ場合アルカ余想フニ犯人カ罪ヲ犯スノ意思ヲ有シテ而シテ其罪ヲ犯サンコトヲ企ツルニ方リテハ必ス一定ノ目的ナカルヘカラス犯人若シ何等ノ目的ヲモ有セスシテ罪ヲ犯サンコトヲ企ツルコトヲ得トセハ是レ刑法以外ノ罪ヲ犯スモノニシテ刑法ノ罪ヲ犯スモノニアラス刑法ハ或ル事實ヲ禁制命令スル法律ニシテ之ニ違反スル時ニ於テ始メテ犯罪アリ之ニ違犯スルノ事項ナクシテ而シテ之ニ違反スルノ意思獨リ存在スルノ理ナシ然ラハ犯人ニ於テ目的ヲ有セスシテ罪ヲ犯サンコトヲ望ムハ全クナキモノヲ得ント欲スルモノニシテ實ニ實行ノミナラス意思ヲモ之ニ有スルコトヲ得サルヘシ犯罪ノ構成ニハ常ニ二ノ原則ヲ必要トス犯罪ノ主働者及ヒ受働者即チ是レナリ

主働者トハ犯罪ヲ行フ人ニシテ受働者トハ犯罪ノ目的ト爲ルモノ即チ被害者ヲ謂フ此二者相待ツニアラサレハ如何ナル場合ニ於テモ犯罪ヲ到底成立セサルナリ試ニ日本ハ無人島ニシテ余一人ノミナリトセヨ余ハ如何ナル犯罪ヲ行ハント欲スルモ到底其目的ヲ達スヘカラス對手人ナクシテ余獨リ犯罪ヲ行フコトヲ得ヘキノ理ナシ例ヘハ相撲ノ如シ相撲ハ相手アリテ始メテ成立シ單獨ノ力士ノミニテハ成立スヘキモノニアラス犯罪モ又之ニ同シ犯人ト之ニ對スル社會人トナカルヘカラス

犯罪ノ目的ナクシテ犯罪ヲ行ハントスル者ハ行フヘカラス事實ヲ行フモノニシテ行ハサル犯罪即チ寧ロ犯罪ニアラサルモノヲ行ハントスルモノナリ故ニ懷胎ノ婦女ト信シテ墮胎藥ヲ服サシメタルトキハ墮胎ノ目的成立セサルヲ以テ其罪モ亦成立セス又死者ヲ斬ルモ死者ハ再ヒ殺スヘカラスシテ其目的ナキカ爲メ殺人罪ヲ成立セス是ヲ以テ犯罪ノ目的ノ缺如スル場合ニ在テ其目的ニ對シテ犯罪ヲ行ハントスルトキハ即チ行フヘカラス事業ニ屬スルヲ以テ犯罪ト名ルコトナシ解釋上之ヲ名ケテ不能犯ト謂フ

三三

犯罪ノ目的ノ缺如ト目的物ノ缺如トハ之ヲ混合スヘカラス目的物カ屢缺如スルコト有ルモ蓋シ犯罪ノ構成ニ影響ヲ及ホスモノニアラス余ハ犯罪ノ目的ハ人ナリト云ヘリ蓋シ人ハ自ラ生存セントシテ社會ヲ造リ財產ヲ有ス故ニ社會ノ組織財產ノ保護皆私人ノ爲ナラサルハナシ故ニ人ノ存在スル間ハ犯罪成立スルモ其人存在セサルトキハ犯罪成立スヘカラス即チ無人島ニ或財產ノ遺留セルモ余ハ自由ニ之ヲ處分シ得ヘシ此場合ニ於テ余ハ實ニ其王ナリ然ラハ則チ財產ニ對スル侵害者ヲ罰スルハ財產ヲ保護スルニアラス其所有者ヲ保護スルニ在ルヤ明ナリ故ニ人ノ權利ノ目的ト爲ラサル空氣、光線及ヒ水ノ如キハ何人モ自由ニ之ヲ使用スルモ決シテ犯罪ヲ構成セス斯ノ如ク財產ニ對シテ侵害ヲ加フルコトヲ禁制スルハ其財產ヲ保護スルモノニアラスシテ其財產ニ付キ權利ヲ有スル人ヲ保護スルモノナルヲ以テ苟モ其人ノ存在スル以上ハ其人ノ財產ヲ侵掠セントシテ得ルコト能ハサルモ竊盜ノ犯罪成立セサルヘカラス例ヘハ路上ニ於テ或人ノ金錢ヲ有スルヲ信シテ手ヲ其懷裏ニ入レシニ一錢無カリシトキハ不能犯ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ是レ所有物ヲ掠奪シ以テ之ヲ所有スル人ノ權利ヲ侵害セ

ントスルモノナレハ其財物カ犯人ノ手ニ觸ル、ト觸レサルトハ犯罪ノ構成ニ影響スル所ナシ斯ノ如キハ其人ハ偶金錢ヲ所持セザリシノミニシテ犯人ノ不注意即チ意外ノ錯誤ノミ一ノ竊盜未遂犯ニ外ナラス要スルニ犯罪ノ目的ハ人ニシテ人ノ存在スル以上ハ縱令目的物ノ欠如アルモ犯罪ノ構成ヲ妨ケス
 若シ夫レ犯罪ノ方法ニ原由シテ犯罪ノ事實ヲ行フコト能ハサル場合ノ如キハ其方法ハ如何ニ拙劣不充分ナリトスルモ又決シテ犯罪ノ構成ヲ妨クルコトナシ方法ニ關スル不能犯ハ刑法上之ヲ認ムルコトヲ得ス如何ナル方法ヲ以テスルモ其方法ノ爲メ犯罪ヲ行フ能ハサリシトキハ玆ニ未遂犯アリトス
 犯罪ノ方法ノ拙劣又ハ不充分ナル場合ニ於テ人多ク意外ノ舛錯又ハ錯誤アリトシテ之ヲ未遂犯トス然ルニ方法カ絶對ニ罪ヲ犯スニ足ルヘカラサルトキハ人之ヲ方法ニ關スル不能犯ト云フ例ヘハ一本ノ線香ヲ以テ人ヲ撲殺セントシ又ハ富士山頂ヨリ御殿場驛ニアル人ヲ銃殺セントスルモ到底行ハルヘカラス更ニ極端ノ例ヲ取レハ咒文ヲ作りテ人ヲ觸リ之ヲ殺サントスルモ亦行ハルヘカラス凡ソ斯ル方法ヲ以テ人ヲ殺サントスルモノアレハ方法上行フヘカラサルモノヲ用井

シモノニシテ所謂不能犯ナリ如何ナル人モ亦如何ナル場合ニ於テモ此方法ヲ以テシテハ犯罪ノ目的ヲ達スヘカラストナセリ是レ一理ナキニアラサルモ余ハ其例ヲ取ルノ方法ノ宜キヲ失セルモノト謂ハント欲ス一本ノ線香ヲ以テ人ヲ撲殺セントスルハ未タ人ヲ撲殺スルノ方法ヲ用井タルモノト云フヘカラス一本ノ線香ヲ以テ人ヲ撲ツハ未タ撲タサルト毫モ異ナル所ナシ而シテ未タ人ヲ撲タスシテ之ヲ以テ人ヲ撲殺セルモノト云フヘカラス他ノ二例モ亦少シク考慮セハ直ニ其是ト趣キチ一ニスルヲ知ラン殊ニ咒文ヲ作りテ人ヲ殺スヘシト信スルハ羽翼ナクシテ空中飛翔シ得ヘシト信スルカ如シ故ニ諸例皆未タ人ヲ殺スノ方法ヲ行ハサルモノト云フヘク未タ方法ヲ行ハサルモノヲ不能犯ト云ハ、方法ナクシテ不能犯アリト云フヘキカ蓋シ此等ハ意思ノ發表ヲナサントシテ未タ何等ノ方法ヲモ行ハサルモノナルヲ以テ根底ヨリ犯罪ノ事實ナシ從テ不能犯ナシト論結セサルヘカラス
 水ニ溺死セシメントシテ反テ之ヲ救撻シ家ヲ燒カントシテ反テ水ヲ注クカ如キハ現ニ或行爲ヲ爲セルモノナリ然レトモ其行爲ハ犯罪ノ方法ニ反スル行爲ナリ

狂人ニアラサルヨリハ誰カ此行爲ヲ用ヰテ而シテ犯罪事實ヲ行フモノナリト云フモノアラシヤ故ニ是レ亦犯罪ノ方法ノ行ハレタル事實ト謂フヘカラス

余ノ所論ニ對スル最モ強キ反對論ハ砂糖ヲ以テ毒殺セントスル行爲ニ關スル議論ナリ毒藥ナリト信シ人ヲ殺サントシテ誤テ砂糖ヲ服セシメタルモ固ヨリ其效ナシ此場合ハ之ヲ未遂犯ト云フヘキカ將タ不能犯ト云フヘキカ論者ハ其意思タル人ヲ殺スニアルモ其方法トシテ用ヰタル砂糖ハ毒藥ニアラスシテ絶對ニ其效ナキ砂糖ナルヲ以テ是レ即チ方法上ノ不能犯ナリト謂ヘリ余ハ尙ホ之ヲ未遂犯ナリト斷定ス今少シク例ヲ換ヘ人ヲ毒殺セントシテ「モルヒネ」ヲ服用セシメシニ服用者反テ之カ爲メニ其宿痼アル喘息病全癒シタリトセハ是レ其人ヲ害セスシテ反テ利シタルモノナリ然レトモ何人モ之ヲ毒殺未遂犯ト云ハサルモノアラサルヘシ充分ナル分量ヲ用ヰテ人ヲ毒殺セハ謀殺罪アリト云ヒ不充分ノ分量ヲ用ヰシトキハ即チ謀殺未遂犯アリト云フ然ラハ則チ一尺ノ程度ヲ要スル場合ニ於テ五寸ヲ用ヰ三寸ヲ用ヰ一寸若クハ一分ヲ用ユルモ皆未遂犯アリト云ハサルヘカラス而シテ一分ヲ用ヰシ場合ニ於テ其毫釐ノ害ヲモナサ、ルハ尙ホ砂糖ノ毒

藥ヲラサル場合ト異ナル所アルヘカラス若シ毒藥ノ一部ヲ用ヰテ全ク害ナキモ尙ホ未遂犯タルヲ得ハ砂糖ヲ用ヰテ全ク害ナキ場合ニ於テ殊ニ不能犯ナリト云フハ是レ果シテ何ノ理由ニ基キテ然ルカ

論者又余ニ反對スルモノアリ人ヲ銃殺セントシテ遠距離ヨリ發砲セシメ爲メニ彈丸到達セストセン此場合ニ於テ或ハ方法上ノ不能犯トナリ或ハ然ラサル場合トチ區別セサルヘカラス凡ソ何人ト雖モ又如何ナル銃器ヲ用ユルモ到底彈丸ノ到達スヘカラサルトキハ之ヲ以テ方法ヲ行ハサルモノトシ方法上ノ不能犯アリト云フヘシ之ニ反シ其方法ハ或ハ犯罪ノ目的ニ達シ得ヘキ場合ニ於テ之ヲ達スルコトヲ得サルトキハ之ヲ以テ未遂犯ト云フヘシ銃丸ノ到達スヘキ距離ニ於テ發射シ而シテ其銃丸到達セサルモ是レ不能犯ト爲スヘカラス要スルニ此等ハ事實上ノ問題ニシテ一定ノ論決ヲ下スコトヲ得ス然ルニ人ヲ銃殺セントシテ近距離ニ於テ發銃シタルニ偶々銃内空虚ニシテ彈丸ナカリシトキハ之ヲ以テ未タ人ヲ射ルノ方法ヲ盡シタルモノニアラス從テ不能犯アリト論スルモノアリ然レトモ若シ發銃ノ音響ニ因リテ其對手人ハ驚死セリトセンカ此場合ニ於テハ殺人犯

アリト云フサルヘカラス何トナレハ殺害ノ目的ヲ以テ其人ニ對シテ發銃シ而シテ其人死ニ至リタルトキハ銃丸ニ因リテ死スルモ銃聲ニ因リテ死スルモ殺害ノ目的ヲ達シタルハ一ナレハナリ元來犯人ノ目的ハ人ヲ殺スニアリテ銃器ハ其手段ニ供シタルノミ而シテ其人果シテ死セハ則チ犯人目的ヲ既ニ充分ニ之ヲ達セシナリ如何ナル方法ニ因ルモ犯人ノ行爲ニ因リ其目的トスル所ノ人死セリトセハ其犯人ハ決シテ責任ヲ免ル、コトヲ得ス故ニ彈丸アリト信シテ發銃セシニ空銃ナリシトスルモ未遂犯アリ若シ對手人ハ之カ爲メニ死ニ至ラハ既遂犯ナリト云フヘシ其死セルトキニ既遂犯アリトセハ死セサルトキニ於テ未遂犯アルヤ固ヨリ當然ノミ

之ヲ要スルニ苟モ犯罪ヲ行フニ足ルヘキ方法ヲ行ヘハ縱令其方法ニシテ拙劣ナルモ亦錯誤アルモ方法ノ拙劣又ハ錯誤ハ不能犯トナラスシテ必ス未遂犯ヲ構成スルモノナリ

犯罪ノ時、場所、犯人

第三章 犯罪ノ時、場所、人

第一節 犯罪ノ時

犯罪ハ法律ニ禁制命令シタル事項ニ違犯スルノ所爲ヲ云フ故ニ其禁制命令以外ニ於テ犯罪ノ存在スルノ理由ナク又其以前ニ於テ犯罪ノ成立スヘキ道理ナシ是ニ於テ乎刑法ハ犯罪ノ時ニ付キ二原則ヲ掲ク

第一原則 法律ニ成條ナキ所爲ハ之ヲ罰セス

此原則ハ裁セテ現行刑法第二條ニ在リ元來犯罪ハ法律ノ禁制命令シタル事項ニ違犯スルノ所爲ヲ云フモノナレハ苟モ禁制命令ナカラシカ之ニ違犯セル途ナキニ因リ禁制命令以外ニ於テハ各人皆自由ノ行爲ヲナスノ權利ヲ有スヘシ縱令其自由行爲ハ厭惡スヘキモノアリトスルモ之ヲ目シテ犯罪ナリト云フコトヲ得ス既ニ犯罪ハ法律ノ禁制命令ニ違反スル所爲ヲ謂フモノナリトスレハ法律ナケレハ犯罪ナシト云フノ原理ハ自ラ明確ニシテ必スシモ法律ノ明文ヲ俟テ始メテ之ヲ知ラサルナリ故ニ刑法第二條ノ規定ハ全ク無用ノ長物ト謂フモ不可ナキナリ試ミニ本條ナシト假定セヨ裁判官ハ法律ノ明文以外ニ馳セテ妄ニ人ヲ罰スルコトヲ得ル歟何人モ之ヲ想像スルヲ得サルヘシ蓋シ人ノ性ハ自由ナリ唯法律ノ制限スル所アルカ故ニ多少之ヲ失フニ至ル其失フ所ニ於テ

尙ホ自由ノ行爲ヲナセハ則チ法律ノ違反即チ犯罪アリト謂フナリ故ニ自由ハ人生自然ノ原則ニシテ制限ハ法律命令ノ例外ナリ例外ハ法律ヲ俟チテ而シテ後ニ行ハル、モノナレハ法律以外ニ於テ自由ノ制限アルコトナシ自由ノ制限ナクシテ而シテ犯罪行爲獨リ成立スルノ理ナシ今假ニ自由ノ制限以外ニ於テ自由ノ行爲ヲナスモノアルヲ見テ其行爲ハ當時ノ政府ニ反對スルモノナリ其行爲ハ社會ニ害アルモノナリトシテ之ヲ罰スルコトヲ得ルモノトセハ吾人ハ一日モ枕ヲ高フシテ而シテ眠ルコトヲ得ス刑法ノ講義ハ治安ノ妨害ナリトシテ之ヲ罰ス公道ノ遊歩ハ通行ノ妨害ナリトシテ之ヲ罰スルトセハ一日ノ三食ハ國家ノ不經濟ナリトシテ之ヲ罰スルトセハ誰カ安全ノ生活ヲナスコトヲ得ヘキヤ然ラハ則チ人ハ唯法律ノ禁制命令シタル事項ニ違反スルコトヲ慎ムヘキノミ從テ禁制命令ノ範圍外ニ於テハ何等ノ行爲ヲナスモ全ク其自由ナリ其自由ノ範圍内ニ於テナシタル行爲ヲ以テ犯罪ナリトシテ之ヲ罰スルコトハ禁制命令ノ違反ヲ罰スル刑法ノ原則ニ反スルコト甚シ故ニ第二條ノ規定ハ之ヲ設クルノ必要ナシ若シ本條ナカリセハ違法ノ處罰ヲ禁スルコトヲ得スト謂ハ

ハ不論罪又ハ輕減ノ場合ニ於テモ亦本條ト反對ノ規定ヲ要スヘシト謂ハサルヘカラス即チ法律ニ正條ナキトキハ不論罪又ハ輕減ヲナスコトヲ得ストノ規定ヲ設ケサルヘカラスナルニ至ラム
論者曰ク法律以外ニ於テ人ヲ罰スヘカラスルコトハ本條ノ規定ナキモ之ヲ知ルヲ得ヘシト雖モ本條ハ別ニ刑法ノ解釋上ニ付キ多少ノ必要ヲ見ルナリ即チ法律ニ正條ナキ所爲ハ之ヲ罰セスト云フトキハ法律ノ正條ハ之ヲ比附援引シテ解釋スルノ不可ナルコトヲ示スニ足ル即チ刑法ノ解釋ニ比附援引ヲ許サストノ原則ハ實ニ第二條ノ規定ヨリ出ツ故ニ本條ハ解釋上ノ必要ヲ爲スコト大ナリト此論ハ一理ナキニアラス然レトモ是レ畢竟事ノ大ナル場合ニ於テハ法律ノ明文ヲ要セサルモ事ノ小ナル場合ニ於テハ却テ之ヲ要スト云フニ歸着ス既ニ正條以外ニ於テハ如何ナル所爲ト唯モ之ヲ罰スルコトヲ得ストセハ其正條ヲ比附援引シテ解釋スルコトヲ許サ、ルハ固ヨリ當然ノコトノミ
犯罪ハ必ス刑法ノ明文ヲ俟テ成立スト謂フニ付テハ刑法定制ノ時期又其廢止時期ヲ知ルノ必要アリ

(二) 刑法ノ制定 刑法ノ制定ハ他ノ法律ノ制定ノ如ク今日ニ於テハ帝國議會ノ協賛ト天皇ノ裁可トヲ以テ始メテ完成ス帝國議會ノ協賛ト天皇ノ裁可トハ法律ノ制定ニ必要ナル二條件ニシテ其一ヲ缺クトキハ則チ如何ナル法律ト雖モ成立スルモノニアラサルナリ然レトモ法律ハ唯制定シタルノミニテハ何等ノ效力ヲ有スルモノニアラス法律ハ唯其生命ヲ得タルト云フニ過キスシテ毫モ活動ヲ爲スヘキモノニアラス此法律ヲシテ活動ヲナサシムルニ付テハ公布ノ手續ヲ行ハサルヘカラス法律公布トハ制定シタル法律ヲ日本全國ニ施行セントスルノ儀式ニシテ天皇ノ大權ニ屬シ天皇自ラ之ヲ爲ス而シテ法律一タヒ公布スレハ茲ニ始メテ全國ニ向ツテ活動ヲナスナリ然レトモ公布ハ宮中ノ一儀式ニシテ國民ハ未タ公布式ノ行ハレシヤ否ヤヲ知ルコト能ハサルヲ以テ公布後更ニ此法律ノ公布アリタルコトヲ全國民ニ告知スルノ必要アリ全國人民ハ縱令法律ノ公布アリテ既ニ執行力ヲ有スルノ場合ニ至リテモ尙ホ未タ此法律ヲ遵守スルノ義務ヲ有スルモノニアラス其之ヲ遵守スル義務ヲ生スルニ至ルハ公布ノ告知期間ヲ經過シタル後ニア

リトス一旦公布ノ告知期間ヲ經過スレハ其公布ヲ知ルト知ラサルトニ拘ハラス皆此法律ヲ遵守スルノ義務ヲ負フヘシ公布ノ手續ハ明治十九年二月勅令第一號ヲ以テ之ヲ規定ス公文式即チ是ナリ此規定ニヨレハ法律ノ公布ハ官報ニ登載シテ之ヲ告示シ官報到着ノ翌日ヨリ七日ヲ經過スレハ其法律ヲ遵守スヘキ義務ヲ生ス官報ノ到着期間ハ中央政府ヲ距ル里程ノ遠近ニ從ヒテ異ナルモノナレハ法律ノ實行ハ日本全國同時ニ於テスルコト能ハス中央政府ニ近キ府縣ハ官報ノ到着早キカ故コ早ク公布ヲ知り中央政府ニ遠キ府縣ハ官報ノ到着遅キカ故ニ遅ク公布ヲ知ルノ理ナリ其到着期日ハ別ニ勅令ヲ以テ之ヲ定メタリ例ヘハ東京附近ノ諸縣ハ即日官報ノ到着スルヲ以テ其翌日ヨリ起算シ鹿兒島ノ如キハ五日後ニアラサレハ官報ノ到着ナキヲ以テ第六日目ヨリ起算シ島嶼ハ一定ノ里數毎ニ一日ヲ加フル等ノ規定アリ要スルニ一法律出ツレハ之ヲ官報ニ掲ケテ全國ニ其公布アリシコトヲ知ラシム官報ハ全國同時ニ到着スルモノニアラサルヲ以テ日本全國中ニ於テモ或府縣ニ在ル人民ハ既ニ其法律ヲ遵守スル義務ヲ有スルニ拘ハラス他ノ府縣ニ

在ル人民ハ未タ其義務ヲ負ハサルノ結果ヲ生スルコトハ毫モ恠トナスニ足
ラサルナリ新法例ハ此弊害ヲ改正シテ公布後二十日ヲ經過スレハ全國同時
ニ遵守ノ義務ヲ生スヘシト爲シタリ

(二) 法律ノ廢止 法律ノ廢止ハ必ス二ノ方法ニ因ルモノトス明示ノ廢止及ヒ
默示ノ廢止即チ是ナリ此方法ノ外ニ決シテ法律ノ廢止アル場合アルコトナ
シ法律ノ規定中ニハ屢無用ノ規定ヲ設クルコトアリテ數十百年ヲ經過スル
モ遂ニ其適用ヲ見サルコトアリ然レトモ一旦制定セラレタル以上ハ其法律
中幾部ノ規定カ縱合實際上數十百年適用サレスト雖モ決シテ之カ爲メニ廢
止ニ歸シタリト云フコトヲ得ス蓋シ法律ノ不適用ハ廢止ヲ推測スルモノニ
アラサルナリ明示ノ廢止トハ一ノ法律ヲ設ケテ明カニ他ノ法律ヲ廢止スル
場合ヲ謂ヒ暗黙ノ廢止トハ彼此ノ二法律相抵觸シテ一ハ他ヲ廢止シタルモ
ノナリト推測スヘキ場合ヲ謂フ其場合凡ソ三ツアリ第一同一事項ニ付二個
ノ一般法タルトキハ舊法ハ常ニ新法ニ因テ廢止セラレタルモノト推定ス第
二新法ハ一般法ニシテ舊法ハ特別法タリ然ルニ新設ノ一般法ハ舊法ノ規定

セシ事項ヲ目的トスルモノニアラサルトキハ其特別舊法ハ依然トシテ存在
ス若シ之ニ反シ特別舊法ニシテ新設ノ一般法ニ抵觸スル規定アルトキハ舊
法ハ全ク廢止セラレタルモノト推定ス第三新舊法特別ノ二法存在スルトキ
ハ其新法ニ抵觸スル部分ニ於テ舊法ハ廢止セラレタルモノト推定ス蓋シ新
舊ノ二法律同時ニ成立スルトキハ新法ハ常ニ舊法ニ優ルヘシトノ原則ヲ適
用スヘキモノナリ

第二原則 法律ハ既往ニ溯ルノ效ヲ有セス

此原則ハ第一原則ノ適用ニ過キス第一原則ニ於テ正條ナキ所爲ハ之ヲ罰セス
トノ理由ヲ認メタル以上ハ其所爲以後ニ制定シタル法律ヲ以テ之ヲ其以前即
チ法律ナキ時代ノ所爲ニ及ホスコトヲ得サルハ自然ノ條理ナリ若シ爾後ノ法
律ヲ以テ之ヲ以前ノ所爲ニ及ホスコトヲ得トセハ是レ正ニ正條ナキ所爲ヲ罰
スルモノニシテ忽チ第一原則ニ抵觸スヘシ
本原則ハ刑法第三條ニ於テ之ヲ規定ス然レトモ本條ハ第二條ノ適用ニ過キス
シテ既ニ第二條ノ規定ヲ設クルノ必要ナキヲ知ラハ本條ノ規定モ亦殆ント其

用ナキコトハ多辯ヲ要セサルナリ試ミニ第三條ノ規定ナシトセヨ果シテ後日ノ法律ヲ以テ前日ノ所爲ヲ罰スルコトヲ得ルカ昨年ハ未ダ法律ヲ制定セラレサリキ故ニ吾人ハ自由ノ行爲ヲ爲スノ權利ヲ有シクリシモ今年法律ヲ制定シテ以テ自由ノ行爲ヲ制限セリ故ニ今年以後ハ吾人ハ其制限ヲ超ユルコトヲ得スト雖モ昨年ハ未ダ何等ノ制限ナキヲ以テ自由ニ行爲ヲ爲スノ權利アリタルナリ今年ノ法律ヲ以テ此權利行爲ヲ罰セントス道理上果シテ之ヲ許スヘキカ若シ夫レ正條ヲ設ケサレハ無辜ヲ罰スルノ危険アリト云ハ、其反對ノ場合ニ於テ正條アルモ之ヲ適用セサルノ危険ナキヲ保スヘカラスト謂フコトヲ得ヘシ之ヲ要スルニ刑法ハ正條以外ニ於テ人ヲ罰セストノ原理ヲ認メタル以上ハ其結果トシテ法律以前ニ爲シタル行爲ヲ罰スルコトヲ得サルハ炳焉明瞭ニシテ特條ヲ待ツノ必要ナキナリ

然レトモ本條第二項ノ規定ハ實ニ例外ノ法律ニ屬シ大ニ之ヲ設クルノ必要アリ法律ハ原則上其制定以後ニアラサレハ何等ノ效力ヲモ之ヲ有スルモノニアラス故ニ新法ヲシテ既往ニ溯ホルノ效力ヲ生セシムルニハ必ス特別ノ規定ヲ

三六

設ケサルヘカラス抑刑法ハ何故ニ此例外法ヲ設ケタリヤ之ヲ詳言スレハ新舊ノ二法ヲ比較シ舊法重クシテ新法輕キトキハ何故ニ新法ヲ適用シテ以テ舊法時代ノ犯罪ヲ罰スルコトヲ得ルカ是法律ハ最モ新ナルモノヲ以テ善良ナルモノナリト爲スニ因ル元來法律ハ之ヲ制定スル當時ノ必要ニ由テ之ヲ制定スルモノナレハ昨年ノ非ハ必ス今年ノ非ニアラス昨年ハ罰スルノ必要アル所爲モ今年ハ却テ之ヲ罰セサルノ必要ナシトセス此場合ニ於テ尙ホ昨年ノ法律ヲ適用シテ今年ノ所爲ヲ罰セントスルハ之レ新法制定ノ趣旨ニ反スルコト甚クシ今年ノ法律ハ實ニ現在ノ社會ヲ治ムルニ必要ナルカ故ニ之ヲ制定セリ昨年ノ社會ヲ治ムルカ爲メニ制定セシモノニアラサルナリ試ニ其所爲ハ今年始メテ發生セシトセハ或ハ輕ク罰スルコトアリ或ハ全ク罰セサルコトアルヘシ然シ其所爲偶々昨年ノ發生ニ係ルノ故ヲ以テ尙ホ昨年ノ法律ヲ適用シテ重ク之ヲ罰スル必要アリト云フカ刑法ハ社會ノ安寧ヲ妨害スルモノヲ防クノ法律ナリ縱令昨年ハ社會安寧ヲ妨害スルノ所爲ナリト雖モ今年既ニ其性質ヲ失フニ至リテハ犯罪ニアラサルナリ犯罪ニアラサル所爲ニ對シテ防衛權ヲ行フ理由果

シテ何處ニアルカ然ラハ則チ今年ノ所爲ニ對シテ輕キ新法ヲ適用スルハ社會ノ必要上否刑罰權ノ原則上實ニ止ヲ得サルノ例外ト云フヘキノミ
夫レ斯ノ如ク新法ノ輕キモノハ既往ニ溯リテ之ヲ適用スルコトヲ得トセハ社會ノ必要アル場合ニ於テハ新法ノ重キモノモ又之ヲ溯ラシメテ以テ舊法時代ノ所爲ニ適用スルコトヲ得セシメサルヘカラス立法者果シテ此權利ヲ有スルカ我憲法ニ於テハ立法者ニ命スルニ如何ナル場合ニ於テモ新法ヲ溯ラシメテ之ヲ其以前ノ所爲ニ適用スルコトヲ許サストノ規定ヲナシタルコトナシ故ニ立法者ハ社會ノ必要上已ムヲ得サル場合ニ於テハ何時ニテモ既往ニ遡ルノ法律ヲ制定スル權利ヲ有スヘシ但重キ新法ヲ制定シ之ヲシテ既往ニ遡ルノ效力ヲ有セシムルトキハ其影響スル所非常ニ大ナルモノナルヲ以テ宜シク社會ノ利害ヲ比較シ既往ニ遡ラシムルノ利益ハ既往ニ遡ラシメサルノ利益ヨリ大ナル場合ニアラサレハ到底此ノ如キ異常ナル法律ヲ制定スルコトヲ許サ、ルナリ

第一款 犯罪及ヒ刑罰ニ關スル新舊二法ノ

抵觸

犯罪及ヒ刑罰ニ關シテ新舊二個ノ法律アリテ而モ犯罪ノ當時ニ於テハ舊法行ハレ判決當時ニ於テハ新法行ハレル時ハ果シテ何レノ法律ヲ適用スヘキカ
原則上新法ハ既往ニ遡ルコトヲ許サス故ニ新法發布ノ以前ニ於ケル犯罪ニ對シテハ新法ノ適用ヲ爲スコトヲ得ス即チ舊法ニ於テ罰セサル所爲ニ付テ新法ハ之ヲ罰シ又舊法ハ輕ク罰シタルノ所爲ニ付テ新法ハ重ク罰スルノ場合ノ如キ即チ是ナリ

抑モ舊法ニ於テ罰セサル所爲ハ當時ノ人民之ヲ行フノ權利ヲ有シタルモノナリ然ルニ後日ニ至リ新法ヲ制定シ之ヲ既往ニ遡ホラシメ以テ舊法ノ行爲ヲ罰スルコトヲ得ルトセハ是レ人民カ既ニ得タルノ權利ヲ蹂躪スルモノニアラスシテ何ソヤ新法ニ於テ其刑ヲ重クシタル場合ニ於テモ亦然リ其重キ部分ノ適用ニ付テハ尙ホ舊法ノ罰セサル行爲ヲ罰スルト同一ノ論理ニ歸着ス故ニ曰ク新法ニ於テ舊法ノ罰セサル行爲ヲ罰シ又舊法ノ輕キ刑ヲ重クシタル場合ニハ決シテ新法ヲ適用シテ既往ニ遡ホラシムルコトヲ得スト

此原則ニ對シテハ例外ノ規定アリ即チ新法ノ規定舊法ノ規定ニ比較シテ寬恕ナ

ル時ハ舊法時代ノ行爲ニ付テモ尙ホ新法ヲ適用スルコトヲ得ルナリ凡ソ舊法ニ於テ或所爲ヲ認メテ以テ犯罪ナリトシ之ヲ罰スル所以ノモノハ當時之ヲ罰スルノ必要アリシニ由ル然ルニ新法此犯罪ヲ廢シタルハ社會既ニ之ヲ罰スルノ必要ヲ見サルニ基シモノナリ既ニ社會ノ見テ以テ罰スルノ必要ナシトスル所ノ所爲ニシテ尙ホ之ヲ罰スルノ理由アルカ刑法ノ目的ハ犯人ヲ懲シテ以テ再犯ニ陷非ルコトナカラシメ世人ニ示例シテ其犯スナキコトヲ警戒スルニ在リ然ルニ新法ニ於テ廢シタル所爲ハ爾來正當ノ行爲タルヲ以テ犯人ノ爲スノ權利ヲ有シ世人之ヲ行フノ能力ヲ有ス隨テ之ヲ懲ラシ之ヲ戒ムヘキノ必要ナシ既ニ刑法所罰ノ目的ニ於テ缺クル所アリ何ソ夫レ之ヲ罰スルノ理由アラシヤ且新法其刑ヲ輕カラシメタル場合ノ如キモ亦同一ニシテ社會ハ其重刑ヲ科スルノ要ナシトシタルモノナレハ其不必要ナル重刑ヲ以テ之ヲ犯人ニ科スルノ理由ナキヤ知ルヘキノミ

新舊二法ノ輕重ヲ知ルニハ如何ナル標準ニ依ルヘキカ

(イ) 新法カ舊法ノ犯罪ヲ廢止シタル時ハ是レ新法ノ輕キ場合ナリ管ニ犯罪ヲ廢止シタル場合ノミナラス人ノ身分ニ依リ之ヲ罰セストシ又ハ之ニ宥恕ヲ與ヘ

四〇

タル時ノ如キモ亦新法ヲ輕シトス

(ロ) 新法ニ於テ舊法ノ刑ヲ輕減シタルトキハ新法ノ輕キコト明白別ニ説明ヲ俟タス

(ハ) 舊法、新法共ニ其刑ノ性質同一ニシテ而モ其長期ト短期トヲ異ニスル場合例ヘハ舊法ハ有期徒刑ヲ十年以上二十五年以下トシ新法ハ十二年以上二十年以下トナシタル時ハ二法中何レヲ以テ輕シトナスカ斯ノ如キ場合ニ於テハ新法ヲ以テ輕シトナス即チ新舊二法中唯長期ヲ比較シテ其長キモノヲ重シトナスヘシ蓋シ犯人カ舊法ノ短期十年ヲ以テ罰セラル、ヘシトスルハ單ニ是レ其希望タルニ過キス而モ長期二十五年ヲ以テ罰セラルモ亦決シテ不服ヲ唱フルヲ得ス然ルニ新法ニ於テハ犯人カ罰セラレシコトヲ希望スル短期ハ舊法ニ比シテ重シト雖モ其長期ニ至リテハ決シテ二十年ヲ過クルコトヲ許サス即チ短期ニ於テハ輕重期スヘカラスト雖モ長期ハ以テ確乎トシテ其輕重ヲ定ムヘシ是レ余カ其長期ニ依リテ以テ新舊二法ノ輕重ヲ定ムヘシト云フ所以ナリ二法中ノ一擇一刑アル場合ニ於テモ亦同シ即チ禁錮又ハ罰金ニ處スト規定シタル場

合ニ於テモ其禁錮ノ長期重キトキハ之ヲ以テ重キ刑トナス罰金ノ刑ハ禁錮ノ短期ノ最モ短キモノト看做スナリ或ハ説ヲ爲シテ言フ者アリ曰ク斯ノ如キ場合ニハ新法ノ長期ト舊法ノ短期トヲ以テ其刑ヲ定ムヘシト然レトモ之レ所謂新舊二法ヲ比較シ其輕キニ從フモノニアラスシテ新ニ一種ノ刑ヲ創設スルモノト云ハサルヘカラス裁判官猥リニ法律ヲ制定スルノ權利ヲ有スル者ナランヤ

(三) 新法ニ於テ舊法ノ罪名ヲ變更シタル場合例ヘハ舊法ハ常事犯トナシ新法ハ國事犯トナシタル場合ノ如シ斯ノ如キ場合ニ於テハ刑罰ノ長キモノヲ以テ重シトス若シ夫レ新舊二法ニシテ其刑期等シトセシカ即チ定役アルモノヲ以テ重シトセサルヘカラス(刑法百條第二項)今之ヲ犯人ノ一方ヨリ觀察スルトキハ其刑期ノ長短定役ノ有無ニ關セス國事犯ヲ以テ罰セラル、コトヲ好ムヤ亦知ルヘカラスト雖モ是レ犯人ノ私情ノミ法律上之ヲ見レハ其罪名ニ依テ輕重ノ差異アルコトナケン故ニ尙ホ前説ニ從ハサルヘカラス

(ホ) 新舊二法中各其一部ハ犯人ニ利益ニシテ一部ハ不利益ナル場合例之舊法ハ

罰金ノ刑ヲ以テ之ヲ罰スルモ數罪俱發ノ例ニ從ハストセリ新法ハ禁錮ノ刑ヲ以テ之ヲ罰シ數罪俱發ノ例ニ從フコトヲ許シタリ斯ノ如キ場合ニ於テハ舊法ヲ以テ輕シトス凡ソ刑罰ニハ生命、身體、自由、名譽、財産ニ關スル數種ノ刑アリテ就中最モ輕シト認ム可キモノヲ財産刑トナス蓋シ身體ノ貴重ナル財産ノ上位スルコト疑フ可カラサレハナリ故ニ罰金ヲ併科スル所ニ付テハ舊法重キカ如シト雖モ新法ノ禁錮ヨリ輕キコト明白ナリ論者又新法及ヒ舊法ヲ混同シ罰金ヲ科シテ數罪俱發例ヲ適用スヘシト主張スルモノアリ然レトモ是レ裁判官ヲシテ一新刑ヲ創設セシムルノ論者タルヲ免レズ

(ハ) 新舊二法其刑ノ執行方法ヲ異ニスル場合例ヘハ舊法ハ執行時間ヲ十時間トシ新法ハ十二時間トナシタル如キ是ナリ凡ソ刑法ノ例外法ハ刑ヲ適用スルニ付テ之ヲ設ケタルモノニシテ其刑ヲ執行スルカ爲メニ之ヲ設ケタルモノニアラス然ラハ則チ此例外法ハ一旦刑ヲ科シタル後ニ於テ適用スヘキモノニアラス既ニ新法ニ依リ處罰セタル以上ハ假令新法ノ舊法ニ比シテ執行方法嚴ナリト雖モ尙ホ新法ニ從ハサルヘカラス然レトモ其執行方法ト共ニ刑ノ性質ヲ變

更シタル時ハ則チ尙ホ例外法ノ適用ヲ爲サ、ルヘカラス例ヘハ重禁錮ヲ改メテ流刑トナシタル場合ノ如キ即チ是ナリ

爰ニ研究ヲ要スヘキ一問題アリ曰ク犯人ハ如何ナル時期ニ至ルマテ新舊二法對比ノ利益ヲ受クヘキヤ新法ノ發布ハ裁判確定後ニアリトセンカ此場合ニ於テ刑ノ適用上毫モ影響ヲ及スコトナキヤ疑ヲ容レス若シ裁判未確定中ニアリトセンカ必ス新法舊法對比ノ適用ヲ受ケサルヘカラサルナリ論者或ハ言ハン第一審第二審ノ繫屬中新法ノ發布アリタル時ニ於テハ素ヨリ然リ然レトモ上告審繫屬中新法發布アリタリトセンカ對比ノ適用ヲ爲スヘキノ場合ニアラス何トナレハ第一審第二審ハ共ニ新法發布以前ニ於テ其管轄ヲ脱シタルモノナレハ法律ノ適用ヲ誤リタルモノニアラス隨テ破毀ノ原因タルコトヲ得サレハナリト然レトモ余ハ尙ホ擬律ノ錯誤アリトシテ之ヲ破毀スルコトヲ得ヘシト信ス凡ソ上告審ニ於テハ現在ノ法律ニ照ラシテ事實裁判ノ爲シタル判決ノ當否ヲ議スルモノナレハ今日新法ノ行ハレル時代ニ當リテ舊法ノ擬律ヲ以テ適法ナリト見ルヘカラサルヤ明カナレハナリ又舊法ノ刑ノ適用既ニ不必要トナリタル場合ニ於テハ其刑ノ

執行モ亦不必要タルヘキハ理ノ當然ナリ故ニ判決確定後ニ至リテ新法ヲ發布アリタルトキハ其刑ノ執行ヲモ爲スヘカラサルニ似タリ然レトモ確定判決ハ之ヲ動カスコトヲ得サルヲ以テ亦如何トモ爲スヘカラス斯ノ如キ場合ニ於テハ其救濟ノ方法トシテ只特赦ノ一事アルノミ

第二款 裁判所構成、管轄又ハ訴訟手續ニ關スル
新舊二法ノ牴觸

茲ニ犯罪アリテ其未タ確定判決ヲ經サルニ先ダチ裁判所ノ構成、管轄又ハ訴訟手續ニ關シテ法律ノ改正アリタルトキハ新舊二法律中何レヲ適用スヘキカ凡ソ法律既往ニ遡ホラサルノ原則ハ實體法ノ原則ニシテ手續法ノ原則ニアラス故ニ此等ノ法律變更ノ場合ニ於テハ此原則ノ適用ナキモノトス刑法ノ目的ハ實ニ罪ヲ犯シタル者ニ對シテ刑罰ノ制裁ヲ加フルニアリ刑事訴訟法ノ目的ハ事實ノ真相ヲ得テ以テ被告ノ責任ヲ明ニセントスルニアリ故ニ刑事訴訟法ハ一方ニ於テハ社會ノ公益ヲ保護シ他ノ一方ニ於テハ被告人ノ私益ヲ救護スルモノナリ而ルニ新法ハ必ス舊法ニ比シテ社會ヲ保護シ一私人ヲ救護スルニ於テ勝レル所アルモ

裁判所
管轄又
手續ニ
關スル
新舊二
法ノ牴
觸

ノナレハ社會ニ於テモ亦被告人ニ於テモ新法ノ適用ヲ受クルニ於テ毫モ異議ヲ述フル所ナカルヘシ是レ手續法ニ付テハ既往ニ遡ホラサルノ原則ニ從ハサル所以ナリ

或論者曰ク刑法ヲ既往ニ遡ラシムルハ被告人ノ既得權ヲ害スルヲ以テ之ヲ許スヘカラス然レトモ手續法ニ至テハ之ヲ既往ニ遡ラシムルモ敢テ被告人ノ既得權ヲ害スルコトナキヲ以テ既往ニ遡ホラサルノ原則ニ從ハシムルヲ要セスト然レトモ余ハ此說ニ服スル能ハス凡ソ新法ノ效力ヲ有スルハ其公布以後ニアリ假令手續法ナリト雖モ決シテ其公布以前ニ遡ホリテ其效力ヲ有スヘキノ謂レナキナリ世ノ學者カ見テ以テ手續法ノ效力既往ニ遡ホルトナスハ畢竟其觀察ノ方法ヲ誤レルニ坐スルノミ學者ハ手續法ヲ以テ其公布以前ノ犯罪ニ適用スルヲ目シテ直ニ既往ニ遡ホルモノトナスト雖モ之ヲ審理上ヨリ觀察スル時ハ決シテ既往ニ遡ホルモノニアラサルナリ何トナレハ犯罪其者ハ新法ノ公布以前ニアリタリト雖モ未ク確定判決ヲ經タルニアラス其犯罪ノ審理ハ降りテ新法ノ適用時代ニ來リタルモノナレハ爾來新法ノ適用ヲ爲ス固ヨリ當然ノミ現在ノ事實ハ現在ノ法律

ノ支配ヲ受ケサルヘカラス縱令犯罪ハ新法ノ公布以前ニ發生セシモノナリト雖モ其審理ハ現在ノ事實ニアラサルハナシ而シテ現在ノ法律ハ是レ新法ナレハ之ヲ適用スル豈夫レ既往ニ遡ホルモノナリト云フヲ得ンヤ若シ新法ハ既往ニ遡ホルモノナリトセンカ舊法時代ノ審理ハ盡ク之ヲ無効ナリトスルノ結果ヲ生スヘシ蓋シ舊法時代ノ審理ヲ擧ケテ盡ク之ヲ無効トナスニアラサレハ新法ヲ既往ニ遡ホラシムルノ必要ヲ見サレハナリ世又斯ノ如キ道理アラフヤ要スルニ余ノ見ル所ヲ以テスレハ形式上ノ法律ニ改正アリト雖モ新舊二法ノ牴觸ヲ見ルノ場合決シテ之アルコトナシ

然レトモ管轄問題ニ付テハ多少其適用ヲ斟酌セサルヘカラスモノアリ今左ニ此問題ニ關シテ說シ所アラントス

(一) 舊法ニ於テハ區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件アリ新法ハ之ヲ以テ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルモノトセリ此場合ニ於テハ何レヲ其管轄裁判所トナスヘキヤ第一論者曰ク管轄ニ關スル法律ハ公益ニ影響スルコト大ナルヲ以テ被告人ノ私益ノ爲メニ猥リニ之ヲ左右スルコトヲ得ス故ニ新法ニ定ムル所ノ管轄裁判

所ニ從ハサルヘカラスト第二論者曰ク被告人自然ノ管轄裁判所ハ犯罪ノ當時被告人ヲ管轄セル裁判所ナリ故ニ犯罪以後ニ於テハ管轄ノ變更アリト雖モ尙ホ舊法ニ依テ其管轄ヲ定メサルヘカラスト余ハ素ヨリ第一論者ニ左袒スルモノナリ然レトモ實際ニ於テハ嚴重ニ第一説ノ適用ヲ爲スヘカラサル場合アリ縱令舊法ノ下ニ於テ區裁判所ハ其管轄事件ニ付キ判決ヲ下シ其未タ確定セサルニ先タチ管轄變更ノ新法出テ其事件ヲ擧ケテ地方裁判所ノ管轄ニ屬セシメタリトセンカ若シ夫レ此場合ニ於テ新法ヲ適用スヘシトセハ被告人及ヒ檢事ハ控訴權ヲ失ハサルヘカラストナレハ新法ハ其事件ヲ以テ地方裁判所ノ管轄ニ屬セシメタルカ故ニ本件ノ第一審裁判所タルヲ得ヘシト雖モ之カ控訴ヲ受クルコトヲ得サルヘク而シテ控訴院ハ地方裁判所ノ第一審ニ對スル控訴ニアラサレハ之ヲ受理セス故ニ舊法時代未タ其判決ヲ經サル者ハ新法ニ從ハシメ舊法ニ依リ既ニ本案ノ判決ヲ經タル事件ニ付テハ別ニ例外法ヲ設ケテ以テ控訴ノ道ヲ開通セシメサルヘカラスト

(二) 舊法ノ下ニ管轄權ヲ有スル裁判所ハ新法ノ發布ニヨリ廢止セラレタリ此場

刑事時効
ニ關スル
新舊二法
ノ抵觸

合ニ於テ其審理中ノ事件ニ付テハ絶對的舊法ノ適用ヲ爲スコトヲ得サルヤ多辯ヲ俟タス何トナレハ訴訟審理ノ程度奈邊ニ達スト雖モ其裁判所ハ既ニ社會ニ成立セサルモノナレハ獨リ裁判權ノミ存在スヘキ謂レナケレハナリ然レトモ亦之ヲ以テ直チニ新法ノ管轄裁判所ニ移スコトヲ得サルヘシ何トナレハ一裁判所ハ他ノ裁判ノ審理ヲ繼受スルノ權ナケレハナリ故ニ斯ノ如キ場合ニハ特別法ヲ制定シ之ニ因テ以テ管轄ヲ定ムルノ外他ニ方法ナカルヘシ

第三款 刑事時効ニ關スル新舊二法ノ抵觸

刑事時効トハ時日ノ經過ニヨリ公訴權又ハ判決執行權ノ消滅スル方法ヲ云フ刑事ノ時効ニ二種アリ一ハ犯罪ヨリ生スル公訴權ノ消滅ニシテ一ハ判決言渡ヨリ生スル執行權ノ消滅ナリ所謂刑ノ期滿免除即チ是ナリ此二者ノ時効ヲ設クルノ理由ハ共ニ同一ニ出ツルモノトス學者ハ其理由ヲ社會ノ遺忘ニ採リ余ハ之ヲ社會ノ不必要ニ採ルモノナリ其詳細ノ如キハ後段説ク所アラントス時効ノ期間ニ關シ新舊ノ二法其規定ヲ異ニスル時ハ何レノ法律ヲ適用スヘキカ本問題ヲ決スルニ付テハ先ツ時効ニ關スル法律ノ性質如何ヲ研究スルコトヲ要

刑法汎論 犯罪論 犯罪ノ事實 犯罪ノ時、場所、人 犯罪ノ時

ス時効ノ法律ハ實體法ナルヤ將タ形式法ナルヤ今之チ一方ヨリ觀察スレハ時効ノ法律ハ形式上ノ法律ナルカ如シ何トナレハ時効ハ犯罪ノ訴追又ハ刑ノ執行ニ關スル條件ノ規定ニ過キサレハナリ然レトモ亦之チ他ノ一方ヨリ見ルトキハ實體法ノ性質ヲ有スルニ似タリ何トナレハ時効ハ犯罪ノ消滅又ハ刑ノ消滅ノ原因ナレハナリ是ニ於テカ議論百出セリ

第一說 此說ニ於テハ公訴ノ時効ニ付テハ犯罪當時刑ノ時効ニ付テハ裁判宣告當時ノ法律ヲ適用スヘシト云フニアリ其理由ニ曰ク凡ソ犯人ノ責任ヲ定ムルハ犯罪當時ノ法律ニ由ルヘク此法律以外ニ於テ特別ノ責任ヲ負擔セシムヘキモノニアラス既ニ犯罪當時ノ法律ニ由テ其責任ヲ定ムヘシトセハ犯罪ノ消滅ニ關スル公訴ノ時効ハ犯人ノ責任問題ニ屬スルモノナレハ犯罪當時ノ法律ニ由ルヘキヤ蓋シ明ナリ刑ノ時効ニ付テモ亦然リ刑ノ時効ハ執行權消滅ニ關スル問題ニシテ而モ其執行權ハ刑ノ宣告アリテ初メテ定マルモノナレハ其宣告當時ノ法律ヲ適用スヘキヤ亦知ルヘキノミト
然レトモ是レ稍不條理ノ傾向ナキニアラス何トナレハ舊法ノ時効期間新法ノ

時効期間ニ比シテ長キ場合ニ於テハ舊法ノ適用上大ナル抵觸ヲ來タサ、ルヲ得サレハナリ例ヘハ舊法ハ其時効期間ヲ十年トナシタリ而シテ犯人ハ逃レテ既ニ八年ノ星霜ヲ經過シタルニ當リ新法出テ、其時効期間ヲ短縮シテ五年トナシタリ若シ第一說ニ從ヒ尙ホ舊法ヲ適用スヘシトセハ新法發布後尙ホ二年ノ經過ヲ俟タサルヘカラス然ルニ新法ハ十年ノ期間ヲ以テ不必要ナリトシ之レヲ短縮シテ五年トナシタルモノナリ然ラハ則チ舊法ノ適用ハ社會カ認メテ以テ不必要ナリトシテ之ヲ行フチ欲セサル所ノモノヲ行フモノト云ハサルヘカラス是レ余カ第一說ヲ以テ不條理ノ傾向アリト云フ所以ナリ故ニ新法ニ於テ舊法ノ時効期間ヲ短縮シタル場合ニ當リテハ新法ヲ適用スルヲ以テ可ナリトス

第二說 是レ全ク前說ニ反シ公訴ノ時効ト刑ノ時効トヲ問ハス常ニ新法ヲ適用スヘシト謂フニアリ其理由ニ曰ク凡ソ法律ハ社會ノ利益ヲ増進スルノ目的ヲ以テ制定スルモノナレハ新法ノ舊法ニ比シテ大ニ勝レル所アルハ理ノ當然ナリ其劣レルモノヲ棄テ而シテ勝レルモノヲ採リ之ヲ適用スル固ヨリ其不可ナ

見サルナリ況ンヤ新法ヲシテ既往ニ遡ホチシムルモ犯人ノ既得權ヲ害セサルニ於テオヤ犯人ノ方ヨリ論スルモ犯人カ新法ノ時代ニ至ルマテ潜匿又ハ逃亡シテ公訴ノ提起又ハ刑ノ執行ヲ免レタルハ其ノ權利ナリト謂フヘキモノニアラス管ニ其權利ナリト謂フヘカラサルノミナラス實ニ社會ノ公義務ヲ免レタルモノナリ時効ノ經過後ニ至リテ罰セラル、ナキノ權利ヲ得ルト雖モ其期間ノ經過中ハ是レ唯一ノ希望ヲ有スト謂フニ過キズ希望ニハ失望ノ相伴フモノニシテ之レヲ侵スモ決シテ權利ヲ害スルモノナリト云フヘカラス況ンヤ犯人一己ノ私益ノ爲メニ社會一般ノ公益ヲ狂クル能ハサルニ於テオヤ檢事ノ方ヨリ觀察スルモ亦然リ檢事ハ社會ノ代表者トシテ公訴ヲ提起スルモノナレハ社會ノ欲スル所ノ新法ヲ適用スルニ於テ毫モ其權利ヲ侵害セラレタルモノナリト云フヲ得サルナリト

余ハ第二説ヲ採ル者ナリ然ルニ論者第二説ヲ非難シテ曰フ者アリ曰ク現行刑法ニ因レハ公訴私訴ノ時効期間ハ共ニ同一ナリ故ヲ以テ被害者ノ損害回復ヲ求ムルニ付テハ常ニ公訴期間ノ如何ヲ顧ミサルヘカラス今新法ニ於テ時効期間ヲ短

縮シタリトセンニ公訴時効ノ經過ト共ニ私訴モ亦消滅スル者ナレハ是レ舊法ニ因リテ私訴ヲ提起セント欲セシ被害者ノ豫想ニ反シ其ノ既得權ヲ害スルモノナリト然レトモ余ハ此弊害アリトスルモ尙ホ第二説ニ左袒セサルヲ得サルノ理由アルヲ信ス請フ少シク之ヲ陳ヘン

(一) 刑事訴訟法ニ於テ公訴私訴ノ時効期間同一ニシタルハ被害者ヲ保護スルノ旨趣ニアラスシテ社會ノ公益ヲ保護セントスルニアリ既ニ然リトセハ何人ト雖トモ一個人ノ私益ノ爲メニ社會ノ公益ヲ害スルヲ得ス故ニ公益私益ノ相抵觸スルトキハ私益ヲ捨テ以テ公益ニ從ハサルヘカラサルヤ亦當然ナリトス

(二) 私訴ニ付キ被害者カ既得權ヲ害セラル、ト云フハ唯新法ノ時効期間ヲ短縮シタル場合ニ限り若シ新法ニ於テ其時効期間ヲ延長シタルトキハ被害者ハ社會ト共ニ利益ヲ受クルモノナリ故ニ新法ノ適用ハ絶對的ニ被害者ヲ害スルモノニアラス是レ余カ第二説ヲ固持スル所以ナリ

第三説 此説ハ新舊二法ヲ比較シ以テ被告人ニ利益ナル法律ヲ適用スヘシト云

フニアリ然レトモ時効ノ規則ハ被告人ノ爲メニ之ヲ設クルニアラスシテ社會
ノ爲メニ設クルモノタルコトヲ想像セハ蓋シ思ヒ半ニ過クルモノアラン

第二節 犯罪ノ場所及ヒ人

犯罪ノ場所及ヒ人ニ關スル問題ハ國際刑法ニ屬シ其關係スル所最モ廣大ニシテ
且ツ最モ緊要ナリ特ニ現行刑法ハ此問題ニ關シテ一言ノ規定ヲ爲シタルモノナ
キヲ以テ解釋上大ニ其不足ヲ補ハサルヘカラサルモノアリ

第一款 總論

抑モ刑法ハ如何ナル土地ニ於テ又如何ナル人ニ對シテ行ハルヘキモノナルヤ此
問題ニ付キ所說多シト雖モ先ツ其主要ナルモノヲ舉クレハ左ノ如シ

第一、屬地主義 此主義ニ於テハ刑法ハ一國ノ領土内ニアラサレハ效力ヲ有
セス故ニ其領土内ニ在リテ罪ヲ犯シタル者ハ其國籍ノ如何ヲ問ハス必ス其國
ノ刑法ヲ適用スヘシト雖モ其領土外ニ於ケル犯罪ニ對シテハ之ヲ適用スルコ
トヲ得スト云フニアリ

第二、屬人主義 此主義ニ因レハ刑法ハ一國主權ノ作用ナルカ故ニ其國民ニ

對シテハ内國ニ在ル者ト外國ニ在ル者トヲ問ハス常ニ之ヲ適用ス可シト雖モ
外國人ニ對シテハ其國民ニアラサルヲ以テ其國權ノ之レニ及フヘキノ謂レナ
ク故ニ内國ニ在ル時ト雖モ之ニ適用スルヲ得ス況ンヤ外國ニ在ル場合ニ於テ
オヤ

第三、折衷主義 此主義ハ第一及ヒ第二ノ主義ヲ折衷シタルモノニシテ刑法
ハ其國ノ領土内ニ於テハ内外國人ヲ問ハス之ヲ適用シ且ツ其國民ニ對シテハ
縱令外國ニ在リト雖モ尙ホ追隨シテ之ヲ適用スヘシト云フニアリ

以上ノ三主義中第二ハ殆ント論スルノ價值ナシ元來刑法ノ目的ハ實ニ其國ノ安
寧秩序ヲ保護スルニアリ然ルニ安寧秩序ヲ紊亂シタル者内國人ナル時ハ之ヲ罰
スルコトヲ得外國人ナルトキハ其紊亂スルニ放任シテ之ヲ罰スルヲ得ストセハ
何レノ日カ刑法ノ目的ヲ達スルヲ得ン其價值ナキノ論タル蓋シ知ルヘキノミ第
一説ニ至リテハ多少採ルヘキモノアリト雖モ亦非難アルヲ免レス何トナレハ其
國ノ領土内ノ犯罪ハ内外國人ヲ問ハス之ヲ罰スヘシトナスカ故ニ其領土内ニ起
レル犯罪ニ付キテハ之カ防禦ヲ施スコトヲ得ヘシト雖モ其領土外ニ於テスル犯

罪ニ對シテハ到底本國ノ主權ヲ行フニ道ナカラントス凡ソ犯人カ罪ヲ犯ス必ラ
 スシモ内國ニ於テセサルヘカラサルニアラス若シ領土外ニ於テ罪ヲ犯ストキハ
 能ク内國刑法ノ制裁ヲ免レルコトヲ得ルトセハ國內ノ惡徒ハ皆海ニ陸ニ國境ヲ
 出テ外國ニ行キ罪ヲ犯スニ至ラン而シテ犯人ノ歸來ルヤ其本國ノ刑罰之ヲ待ツ
 モノナシト云フニ至リテハ罪ヲ外邦ニ得タル者皆逃レテ本國ニ至リ本國ヲ以テ
 安樂土トナスモ遂ニ如何トモ爲スヘカラサラントス我日本ノ如ク四面海ヲ環ラ
 スノ島國ニ於テハ其弊ヲ蒙ムルコト著大ナラスト雖モ歐洲諸邦ノ如ク僅カニ一
 帶水一嶺峰ヲ以テ國境ヲナスノ大陸ニ至リテハ其弊ノ甚シキ一層大ナル者アラ
 ノ況ンヤ此種ノ如キ犯人ハ特ニ之ヲ懲ス嚴ナルニアラスンハ益々其悍惡殘毒ノ
 禍害ヲ發達セシメ内國ニ於テモ亦罪ヲ犯スノ危險アルノ恐レアルニ於テオヤ故
 ニ刑法ノ適用ハ決シテ其犯罪地ノ内外國タルヲ問フヘキモノニアラサルヤ明カ
 ナリ隨テ屬地主義ノ不完全ナルコトモ亦知ルヘキノミ第三說ノ折衷主義ニ至リ
 テハ屬地屬人ノ兩主義ヲ包含スルカ故ニ其說大ニ見ルヘキモノアリト雖モ是レ
 未ダ刑法ノ精神ヲ貫徹セシムルニ足ルヘキノ說ニアラサルナリ蓋シ此主義ニ於

五

テハ内國ニ在リテ罪ヲ犯シタル場合ヲ罰スルコトヲ得ルト雖モ外國人カ外國ニ
 在リテ日本國又ハ日本人ニ對シテ罪ヲ犯シタル場合ニ付テハ之カ制裁ヲ加フル
 コトヲ得ス若シ此等ノ場合ニ於テ尙ホ之ヲ罰スルコトヲ得ストセンカ刑法ノ目
 的ハ到底之ヲ完全ニ達スルコトヲ得ヘシト云フヲ得ス故ニ余ハ第三說ノ折衷主
 義ニ服スル能ハサルナリ寧ロ第四說ニ從ハントス物上主義又ハ保護主義即チ是
 ナリ

五七

第四、保護主義 此主義ハ元來「ナルトラン」氏ノ唱道セシ所ニシテ晚近獨逸刑
 法學者モ亦大ニ之ニ賛同ス其目的最モ廣ク刑法ノ主權ヲ及ホサント欲スルニ
 アリ即チ刑法ハ内國ニ於テ犯シタル罪ニ付テハ内外人ノ區別ナク之ヲ適用シ
 又外國人ニ於テ犯シタル罪ニ付テモ内國ノ自體又ハ内國人民ニ對スル場合ニ
 於テハ矢張内國人外國人トヲ論セス常ニ之ヲ適用スヘシト謂フニアリ新刑法
 草案ハ此主義ヲ採用セリ草案第五條ニ曰ク「法律ハ内外國人帝國外ニ於テ帝國
 又ハ帝國人ニ對シ犯シタル重罪ニ付テモ亦之ヲ適用ス」ト元來刑法ノ目的ハ一
 國ノ安寧ヲ維持セント欲スルニ外ナラス然ラハ則チ内國ニ於テ罪ヲ犯ス者ハ

其内國人タルト外國人タルトヲ問ハス共ニ内國ノ安寧ヲ妨害スル者ナレハ内國ノ刑法ヲ適用シテ之ヲ罰スヘキハ當然ナリ屬地主義ノ論據モ亦蓋シ此ニ在リトス然レトモ刑法ノ主權只内國ニ限ラル、モノトセハ外國ニ在リテ内國ノ安寧ヲ妨害シ又外國ニ在ル我人民ノ安寧ヲ妨害スル者アルモ克ク之ヲ禦クニ道ナカラントス許多ノ外國各其刑法ヲ有スト雖モ其刑法固ヨリ我刑法ト同一ナルモノニアラサレハ我内國又ハ我人民ヲ保護スルニ於テ充分ノ效力ヲ備フル者ナリト謂フコトヲ得ス況ンヤ蠻俗未タ一國ノ體面ヲ具フル能ハス法律ノ何物タルヲ解セサルノ土地ニ於テチヤ斯ノ如キ場合ニ於テハ或ハ犯罪人引渡條約ノ方法ニ依リ或ハ征蠻ノ方法ニ依リ宜シク其犯罪人ヲシテ我内國ニ來ラシメ因テ以テ之ヲ罰スヘキナリ是ニ於テカ刑法ハ克ク我國ノ治安ヲ維持シ又克ク我國民ノ安寧ヲ保護スルノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ

第二款 犯罪ノ場所

犯罪ノ場所ニ關スル刑法ノ原則ヲ解クニ當リ余ハ左ノ二問題ニ區別シテ之ヲ論セントス

第一問題 日本刑法ハ如何ナル土地ニ其效力ヲ及ボスヘキヤ

日本刑法ハ日本國ノ安寧秩序ヲ維持スルヲ以テ其目的トナスモノナレハ日本全土ニ於テ其效力ヲ及ボスヘキヤ敢テ多言ヲ要セサルナリ然レトモ當ニ日本國內ノ犯罪ヲ罰スルノミヲ以テ未タ刑法ノ能事了レリト云フヘカラス故ニ犯罪ニシテ假令外國ニ起レルモノト雖モ日本國ニ對シテ危害ヲ加フルモノハ尙ホ日本刑法ヲ適用スヘキモノナリ何トナレハ日本國ノ安寧秩序ヲ維持スルノ目的ヲ有スル刑法ニシテ其安寧秩序ヲ紊亂セラレテ尙ホ之ニ甘セサルヘカラスルノ理由ナケレハナリ是レ余ノ前陳セシ保護主義ノ由テ生スル所以ナリ今ヤ日本現刑法ニ於テハ國外ノ犯罪ニ關シテ何等ノ規定ヲ設クル所ナキヲ以テ解釋上敢テ刑法ノ主權ヲ擴充スヘカラスト雖モ立法上之ヲ觀察スレハ其必ス斯ノ如クナラサルヘカラスアルモノアルヲ信スルナリ實ニ改正刑法草案ハ之ニ關シテ明文ヲ設ケタリ抑々日本領土トハ果シテ如何ナルモノヲ謂フ乎法律上國ノ領土ヲ觀察スル時ハ單ニ地理上日本國ヲ組織スル所ノ土地ノミヲ謂フニアラス苟クモ日本國主權ノ及フ所ハ其何處タルヲ問ハス之ヲ日本領土ト稱ス今左ニ日本領土ト看做スヘキ

者ヲ列記セン

(一) 日本領海 國際公法ノ原則上海ハ萬國公共ノ通路ニシテ各國平等ニ之ヲ用
ユルコトヲ得即チ海ハ各國ニ通シテ自由ナリ此原則タル第一海洋ニ對シテハ
何レノ國モ間斷ナク其主權ヲ行フコトヲ得サルト第二各國ハ海洋ニヨルニア
ラスンハ交通ノ便ヲ得ル能ハサルヨリ來リタル者ナリ然レトモ此原則ニ對シ
テハ一國ノ必要上多少ノ例外ヲ認メサルヘカラス蓋シ一國ノ海邊尙ホ之ヲ萬
國公共ノ者ナリトシテ之ヲ其自由ニ供センガ以テ其國ノ防禦ヲ固フスルノ道
ニアラス況ンヤ其近海ニアリテハ何時ト雖モ間斷ナク其主權ヲ行フコトヲ得
レハナリ領海問題是ニ於テ生ス從來領海トハ其國ニ於テ使用スル砲彈ノ達着
距離ヲ以テ其境界トナセリ故ニ彈力ノ強弱ハ領海ノ廣狹ヲ異ニスルノ結果ヲ
生シ各國ノ領海未ダ曾テ一定セザリシ後チニ至リ此原則ヲ改メ各國ノ領海ハ
其海岸ヲ去ルコト三海里ヲ以テ其境トナセリ輒近ニ至リ巴里國際法會議ニ於
テ三海里ヲ改メテ六海里トナセリ

(二) 船舶 國際法ニヨレハ各國ノ船舶ハ其領土ナリト看做スカ故ニ日本船舶ハ

其商船タルト軍艦タルトチ問ハス均シク之レヲ日本領土ト看做スチ得隨テ其
船舶内ニ於ケル犯罪ニ對シテハ日本刑法ヲ適用スルヲ以テ原則トス然レトモ
此原則ヲ適用スルニ於テ軍艦ニ付テハ何等ノ例外ヲ見スト雖モ商船ニ付テハ
其内國領海又ハ公海ニアル場合ト其外國領海ニ在ル場合トニヨリ多少差異ナ
キ能ハス今左ノ區別ニ就テ説明スル所アラントス

一、船舶カ其内國領海又ハ公海ニ在ル場合 船舶カ其内國領海ニアル場合ニ付
テハ毫モ疑ナ容ル、ノ餘地ナシ當然其國ノ刑法ヲ適用シテ可ナリ其公海ニ
在ル場合ニ於テハ何レノ國ノ主權ノ支配ヲモ受クヘキモノニアラサルヲ以
テ例外ナク船舶所屬國ノ刑法ヲ適用スヘキモノナリ

二、船舶ノ外國領海ニ在ル場合 船舶カ外國領海ニ在ル場合ニ於テハ二國ノ間
ニ於テ主權ノ抵觸ヲ見サルヘカラス即チ領地内ノ犯罪ハ其國主權ノ支配ヲ
受クヘキハ當然ナリ然ルニ船舶ハ其屬スル國ノ領地ノ一部ナリト看做スト
キハ其所屬國ノ主權之ニ及ハサルヘカラス然テハ如何ニ之ヲ處理スヘキカ
國際公法ノ原則ニヨレハ二個ノ區別ヲナスヲ要ス

(イ) 商船ハ縦令本國國旗ヲ掲クト雖トモ素是レ一個人又ハ一私法人ノ所有物ニ過キス既ニ一私人ノ所有物タル以上其外國主權ノ領地内ニアルノ間ニ於テハ尙ホ一私人カ其所在地ノ法律ニ服從セサルヘカラサルカ如ク其船舶モ亦其國ノ法律ニ服從セサルヘカラサルヤ當然ナリ然レトセ此原則ノ適用ニ付テハ各國其例ヲ異ニス英國ニ於テハ領海ハ其國領土ノ一部ナリトノ原則ヲ嚴守シ領海内ニ於ケル船舶ノ犯罪ニ對シテハ内外人ノ區別ナク盡ク英國法律ヲ適用スヘシトセリ佛國ニ於テハ之ニ異ナリ唯三個ノ場合ノミ佛國法權ヲ及ホスヘシトセリ即チ(一)船員ニアラサル者ノ犯罪又ハ船員ニアラサル者ニ對スル犯罪ナルトキ(二)船舶内ノ犯罪ニシテ其碇泊地ノ公安ヲ害スルトキ(三)船舶碇泊地ノ官廳ヨリ救護ノ請求アリタルトキ以上ノ場合ノ外ニ於テハ外國船舶ニ對シテ治外法權ヲ認メ佛國モ亦外國ニ在ル本國ノ船舶ニ對シテ同等ノ權利ヲ得ノコトヲ欲スル者ナリ二國探ル所ノ慣例各利弊ノ存スルモノアルヘシト雖モ余ハ寧ロ佛國ノ慣例ニ從フノ却テ實際ニ便ナルヲ信スル者ナリ

(ロ) 軍艦ニ付テハ全ク反對ノ論決ヲ與ヘサルヘカラス抑モ軍艦ハ其國防禦ノ用ニ供スルモノニシテ内地ノ砲壘ト毫モ擇フ所ナシ去レハ我領地内ニ於テハ外國主權ノ侵入ヲ許スヘキノ理由之ナキヲ以テ軍艦内ノ犯罪ニ對シテハ決シテ其碇泊地ノ法律ヲ適用スヘキモノニアラス實ニ刑法ハ命令的ノ性質ヲ有スルモノナレハ治者ト被治者ノ關係ヲ有スル者ノ間ニアラサレハ得テ行ハルヘキニアラス隨テ平等ノ權利ヲ有スル者ノ間ニ於テ之ヲ行フコトヲ得ス國ハ各々自主獨立ノ權ヲ有シテ互ニ相侵スコトヲ許ササレハ如何ナル場合ニ於テモ一國ハ他ノ一國ニ對シテ其主權即チ命令的ノ法律ヲ行フコトヲ得ス互ニ平等權ヲ有スル國ト國トノ關係ニ於テハ唯防禦權ノアルノミ決シテ刑罰權ノ存スルモノニアラス故ニ軍艦内ノ犯罪ニ對シテハ其繫泊港ノ刑法ヲ適用スルノ限リニアラス若シ軍艦ニシテ碇泊港ノ治安ヲ紊亂セシムルカ如キ行爲アランカ其國ハ之ニ對シテ唯防禦權ヲ行フヲ得ルノミ決シテ刑罰權ヲ行フヲ得ス

(三) 外國ニ於ケル遠征軍隊 外國ニ在ル軍隊ハ尙ホ軍艦ト同シク本國ノ一部ト

看做スヘキモノナリ即チ我軍隊ノ外國ニ在ルヤ我國權ヲ行ヒ我國威ヲ振ハン
ト欲スル者ナレハ外國ノ裁判權ヲシテ我軍隊ニ侵入セシムヘキニアラス之ヲ
以テ平時若シクハ戰時ニ於テ我軍隊カ占領セシ外國領地ハ刑法ノ適用上我カ
領土ナリト看做シ我國刑法ノ適用ヲ爲スヘキヤ當然ナリ蓋シ戰鬪ニ原因スル
占領ハ占領シタル一部ニ於テ敵國主權ノ執行ヲ遮斷スレハナリ

(四) 治外法權ノ行ハレル外國 凡ソ獨立國ハ其領土全部ニ於テ統治權ヲ有スル
カ故ニ其領土内ニ於ケル總テノ犯罪ニ對シテ内外人ノ區別ナク常ニ自國ノ法
律ヲ適用スルヲ以テ獨立國ノ本色トス然ルニ他ノ外國ニ對シテ特ニ其國人民
ノ犯罪ニ限り自國ノ裁判權ヲ行ハスシテ外國ノ裁判權ニ依ルコトヲ許スノ條
約ヲ締結スルトキハ之ヲ名ケテ治外法權ト謂フ治外法權ノ行ハレル國ニ於テ
ハ外國政府ハ大抵其派遣ノ領事廳ニ與フルニ特別ノ裁判權ヲ以テシ其所屬人
民ノ犯罪ニ付テ特ニ裁判權ヲ行ハシム現今歐洲諸國ノ政府カ我日本ニ於テ行
フ所ノ領事裁判又我政府カ清國又ハ朝鮮ニ於テ行フ所ノ領事裁判ハ其適例ナ
リ斯ノ如キ治外法權ハ一國ト他ノ國トノ間ニ締結シタル條約ヨリ生スル特權

ニ外ナラサレハ此特權ヲ有スル外國ハ此特權ニ從フ國ヲ目シテ自國ノ領土ナ
リト看做スコトヲ得ス蓋シ其特權ハ單ニ自國人民ノミニ制限セラレ決シテ他
ノ人民ニ及ホスコトヲ得サレハナリ故ニ治外法權ハ刑法上ノ領土問題ト謂ハ
ンヨリ寧ロ一國カ他ノ國ノ領土内ニ於テ有スル特權ナリト謂ハソノミ

第二問題 如何ナル場合ニ於テ日本國領土内ノ犯罪アリト謂フ乎

本問題ノ生スルハ大抵犯罪カ日本領土ト外國領土トノ間ニ跨カリテ成立シタル
場合或ハ犯罪カ外國ニ於テ起レル場合ニアリトス元來刑法ノ目的ハ國家ノ安寧
秩序ヲ維持スルニアレハ縱令其犯罪カ日本領土外ニ於テ發生スト雖モ苟モ日本
ノ安寧ヲ妨害スルニ於テハ尙ホ我刑法ヲ適用セサルヘカラサルモノアリ又其犯
罪カ日本國ト外國トノ間ニ交渉スル場合ニ於テモ亦其犯罪全部ニ付キ我刑法ノ
適用ヲ要スヘキ場合アリ日本領土外ノ犯罪ニ付テハ我現行刑法ハ何等ノ規定ヲ
設ケサルカ故ニ之ヲ適用スルノ道ナシト雖トモ日本國ト外國間ノ交渉犯罪ニ付
テハ解釋上大ニ我現行刑法ヲ適用スルノ道ナシトセス本問題ノ目的ハ全ク此第
二場合ニ屬スル事項ヲ研究スルニアリ

本問題ヲ論決スルニハ如何ナル標準ヲ探ルヘキ乎犯人ノ身分ヲ以テ其標準トナ
 スヘキ乎抑々又被害者ノ身分ヲ以テスヘキ乎是レ皆否ラズ之ヲ決スルノ標準ハ
 他ナシ犯罪實行地ノ何處ニ屬スルヤヲ知レハ即チ可ナリ若シ夫レ犯罪ノ性質單
 純ニシテ其全部ノ執行盡ク日本領土内ニ於テ完結スルモノナルトキハ別ニ困難
 ノ問題ヲ生スルコトナシ然レトモ犯罪ノ性質復雜ニシテ其執行二國以上ニ跨レ
 ル場合ニ至リテハ大ニ困難ヲ生セサルヲ得ス或ハ二國ニ牽連スルノ外見アリテ
 一國ノ領地内ニ實行シタルニ過キサルモノアリ或ハ實際二國以上ニ牽連スルモ
 ノアリ之レヲ論スルニ付テハ三個ノ場合ヲ區別スルコトヲ要ス

第一場合 犯罪カ日本領土内ニ於テ發生シタルト云ハシニハ必スシモ其犯罪ノ
 全部カ日本領土内ニ於テ結了スルコトヲ要セズ唯其構成條件ノ一ヲ實行シタ
 ルヲ以テ足レリトス例ヘハ佛國ニ於テ其犯罪ヲ準備シ又續テ米國ニ於テ之ヲ
 準備スルモ刑法ハ犯罪ノ豫備ヲ罰セサルヲ以テ原則トナスカ故ニ米國佛國ハ
 其犯罪ノ管轄地ナリト云フコトヲ得ス然レトモ佛國又ハ米國ニ於テ犯罪構成
 ノ一條件ニ着手スルニ至ラハ佛國又ハ米國ハ其犯罪ニ付テ管轄權ヲ有セサル

ヘカラス而シテ犯罪ノ結果ニ至リテハ其何地ニ於テ生スルモ敢テ之ヲ問フノ
 必要アラサルナリ今左ニ其一二ノ例ヲ掲ケン

第一例 今我國ト露國ト相接觸スルノ土地アリト假想シ其疆上ニ於テ露國領
 土内ヨリ發砲シテ日本領土内ノ者ヲ銃殺シタリトセンカ此場合ニ於テ適用
 スヘキ刑法ハ日本刑法ナルカ將タ露國刑法カ元來殺人罪ハ一ノ結果犯ナル
 チ以テ殺害ノ事實ハ其犯罪構成ノ必要條件ナリ今日本領土内ニ於テ殺害ノ
 事實ヲ生シタル以上是レ實ニ日本領土内ノ犯罪ナルヲ以テ宜シク日本刑法
 チ以テ之ヲ罰スヘシ而シテ其事實ノ相反セル場合ニ於テモ亦同一ノ論決チ
 下マサルヘカラス未遂犯ノ場合ニ於テモ亦然リ蓋シ被害者ノ幸不幸ハ未
 遂犯ノ構成上毫モ影響ヲ及ホスコトナキヲ以テ其斷定ニ於テ毫モ異ルノ理
 ナシ

第二例 在佛ノ佛國人日本ノ新聞紙ニ投書シテ日本總理大臣ヲ侮辱シタリト
 センカ此レ亦前例ト同一ノ斷定チ下サルヘカラス凡ソ新聞上ノ侮辱罪ハ
 公示ノ所爲ヲ以テ犯罪構成ノ一條件トナス而シテ此條件ハ正サニ日本ニ於

ヲ實行セラレタルモノナレハ我刑法ヲ以テ之ヲ罰スヘキヤ當然ナリ

第三例 墨其哥人其本國ヨリ在橫濱ノ日本商人ニ對シテ偽造證券ヲ發送シ金
 錢ヲ詐取シタルトセンカ此場合ニ於テモ亦同一ノ斷定ヲ下タスコトヲ得何
 トナレハ縱令ヒ證券偽造地ハ墨其哥ナリト雖トモ詐欺取財ノ構成條件タル
 詐取ノ事實ハ日本領土橫濱ニ起レルモノナレハナリ

第二場合 分離スルコトヲ得ヘキ數箇ノ所爲ヲ湊合シテ一犯罪ヲ構成スル場合
 ニ於テ一部ノ所爲ハ日本領土内ニ於テ之ヲ行ヒ他ノ一部ハ外國領土内ニ於テ
 之ヲ實行シタルトキモ亦同一ノ標準ヲ以テ論決ヲ下タスコトヲ得例ヘハ(一)繼
 續犯ノ如シ我國ニ於テモ不法監禁罪ヲ犯シ又他ノ國ニ於テモ亦不法監禁罪ヲ
 犯シタルトキハ我國ノ刑法ハ我國ニ於テ犯シタル監禁罪ニ適用セラルヘシ罪
 人藏匿罪勳章借用罪ノ如キモ亦然リ(二)若シ夫レ我國ニ於ケル執行ノ行爲ハ繼
 續シテ外國ニ至リ或ハ加重ノ情狀ヲ構成シ或ハ犯罪ノ性質ヲ變更スルニ至ラ
 ハ如何此場合ニ於テ我國ノ裁判官ハ其加重ノ情狀又ハ罪質變更ノ事實ニ付テ
 モ亦尙ホ我刑法ヲ適用スヘキナリ

第三場合 分離スヘカラサル數箇ノ行爲ヲ湊合シテ一犯罪ヲ構成スル場合ニ於

テハ時ト場所トノ關係ニ因リ其行爲分レテ日本及ヒ外國間ニ跨カルコトアリ
 ト雖モ其犯罪ヲ構成スル主タル所爲ノ執行地ノ裁判所ニ於テ犯罪全部ノ管轄
 權ヲ有ス故ニ

(一)其犯罪ノ構成上主タル所爲ノ執行地ハ日本領土内ニ在リトセンカ外國ニ在
 リテ此犯罪ニ加功シタル者ハ其日本人ナルト外國人ナルトヲ問ハス皆日本法
 律ニ從テ之ヲ處斷スヘシ

(二)犯罪ノ執行地ハ外國領土内ニ在リトセンカ日本ニ在リテ此犯罪ニ加擔シタ
 ル者ハ其日本人ナルト外國人ナルトヲ論セス盡ク外國法律ニ從テ之ヲ罰セザ
 ルヘカラス例ヘハ在桑港ノ米國人在橫濱ノ日本人ヲ教唆スルニ謀殺又ハ偽造
 罪ヲ犯スノ事ヲ以テス日本人ニ應シ日本ニ於テ殺人罪又ハ偽造罪ヲ犯シタ
 リト假定センニ日本裁判所ハ日本人ノ犯罪ニ付管轄權ヲ有スルハ勿論教唆者
 タル米國人ニ對シテモ亦審判ノ權利ヲ有ス蓋シ此犯罪ニ關スル諸般ノ加擔行
 爲ハ其性質不可分ノモノシテ單ニ日本ニ於テノミ執行シタル殺人又ハ偽造ノ一

罪ヲ構成スルニ過キサルモノナレハ尙ホ日本ニ於テ諸般ノ加擔行爲爲罪ヲ行ヒタル場合ノ如ク外國ニ於ケル總テノ加擔行爲ニ付テ裁判權ヲ有スヘキヤ明カナリ之ニ反シ在横濱ノ日本人米國人ヲ殺害シテ在桑港ノ佛國人ヲ殺害セシム此場合ニ於テ米國政府ハ單ニ其殺人犯罪者ヲ罰スルノ權利ヲ有スルノミナラス犯罪ノ教唆者タル在横濱ノ日本人ヲモ亦併セテ之ヲ罰スルノ權利ヲ有ス既ニ桑港ニ於テ犯罪ノ主要行爲ヲ行ヒタルトキハ之ニ牽連シテ分ツヘカラサル諸般ノ行爲ハ盡ク之ヲ主要行爲ニ併合セシメサルヘカラス(佛國刑法學者ベルトール)

第三款 犯罪ノ人

第一項 日本領土内ニ在ル人ニ關スル場合

凡ソ何人ト雖モ日本領土内ニ在リテ日本刑法ヲ犯シタル者ハ日本法律ニ從テ處罰ヲ受ケサルヘカラス是レ刑法ノ原則ナリ然ルニ内國公法又ハ國際法ノ關係ヨリシテ嚴格ニ此原則ノ適用ヲ爲スコトヲ許サ、ル者アリ

第一、内國公法ヨリ出ツル例外

(イ) 天皇 憲法第三條ニ曰ク天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラスト抑々憲法何ヲ以

犯罪ノ人
日本領土
内ニ在ル
人ニ關ス
ル場合

テ此條文ヲ掲クルニ至リシカ是レ實ニ憲法問題ノ範圍ニ屬スルヲ以テ余輩深ク爰ニ之ヲ研究スルコトヲ欲セス唯其大要ヲ一言センノミ夫レ 天皇ハ一國統治權ノ總攬者ニシテ立法行法二大權ノ由テ出ツル原動機タリ若シ立君國ニ於テ一日 天皇ノ缺位ヲ見ンカ原動機息ンテ而シテ百政ノ綱紀忽テ弛緩セントス今 天皇ヲシテ尙ホ一般人民ニ於ケルカ如ク國事犯又ハ常事犯ニ付テ刑法上ノ責メニ任セシメントスルトキハ行法權ノ獨立ハ容易ニ司法權ノ爲メニ蹂躪セラレテ而シテ政府ノ權力遂ニハ之ヲ施スノ道ナカラントス特ニ 天皇ハ行法權ノ元首タル以上其一部ニ過キサル司法權亦天皇ノ握有スル所ノモノカラサルヘカラス 天皇其握有スル所ノ司法權ヲ以テ之ヲ其躬ニ及ホストセハ是レ我ヲ以テ我ニ加フルモノニシテ實ニ相容レサルノ牴觸ナリト謂ハサルヘカラス是レ内國ノ犯罪ニ付テ全ク責任ナキ場合ナリ

(ロ) 帝國議會議員 帝國憲法五十二條ニ曰ク兩議院ノ議員ハ議院ニ於テ發言シタル意見及ヒ表決ニ付テ責任ヲ負フ事ナシ云々ト故ニ兩院ノ議員カ議院内ニ於テ發言又ハ表決シタル事項ニシテ縱令刑法上ノ犯罪行爲ニ涉ルコトアリト

スルモ議院外ニ於テ刑法ノ責任ヲ負フコトナシ蓋シ議員ハ國政ノ審議ニ與ルモノナレハ屢々政府ノ失政ヲ擧ケ辯難攻撃スルノ已ムヘカラサル場合之ナシトセス若シ夫レ此等ノ場合ニ於テ其議論ノ一言一句政府ヲ侮辱シ官吏ヲ罵詈訛タリトジテ盡ク之ヲ咎メ直ニ捕テ以テ獄ニ下スカ如キコトアリトセンカ議員ハ遂ニ言論ノ自由ヲ失ヒ甚シキニ至リテハ唯政府ノ鼻息ヲ窺フニ汲々トシテ其議員タル職務ヲ完フスルコト能ハサルノミナラス或ハ其職務ヲ汚辱スルノ行爲ヲ爲シテ尙ホ願ミルニ違アラザラントス要ハ議員ヲシテ其職務ノ執行ヲ全フセシメンカ爲メニ設ケタル所ノ例外ナリ是レ議院内ニ於ケル言論上ノ犯罪ニ付キ其責任ヲ免ル、ノ場合ナリトス

第二、國際公法ヨリ出ツル例外

(イ) 外國君主 各國ノ君主外國ニ旅行スルトキハ其目的ノ那邊ニアルヲ問ハス其外國ニ於テ刑法上不可侵ノ特權ヲ有スルハ國際公法ノ通慣ナリ蓋シ外國君主ハ其本國ノ元首ニシテ其本國ヲ代表スルモノナレハ其資格ニ於テ又其權利ニ於テ我國君主ト同等タリ既ニ我君主ト同等タル以上之ニ加フルニ命令的ノ

性質アル刑法ノ制裁ヲ以テスヘカラサルヤ多辯ヲ俟タス

(ロ) 外國使臣 國際公法ノ原則トシテ外國ノ使臣ハ勿論苟モ外交官ノ名稱ヲ有スル者ハ其派遣國ノ法律ニ服従スヘキモノニアラス今國際公法ニ於テ此原則ヲ認ムルニ至リシ所以ノ理由ヲ考フルニ其理由ニアリ(一)外國使臣ハ其本國政府ヨリ使命ノ委任ヲ受ケ其權限内ニ於テ本國ヲ代表スル者ナレハ命令的ノ刑法ヲ以テ彼レニ加ルヘキノ理ナシ若シ彼レニ於テ我國ノ治安ヲ妨害スルノ行爲アラハ本國政府ニ通牒シテ其處分ヲ求メンノミ獨立ノ二國間ニ於テハ防衛權ノ存スルアルモ刑罰權ノ存スルコトアラス是レ外國使臣ニ對シテ日本刑法ヲ適用スヘカラサル理由ノ一ナリ(二)外國使臣ノ獨立權ハ實ニ其職務ノ執行ニ關シテ充分ナル擔保ヲナス者ナリ若シ其犯罪ニ對シテ刑罰權ヲ行フコトヲ得ルトセハ審理ノ必要上或ハ家宅搜索ヲ爲スノ已ムヲ得サル場合ヲ生スルコトアラシク隨テ外交上ノ秘密ヲ發キ之ヲ願サルニ至ラン今試ミニ被派遣國ニ於テ外國使臣ヲ罰スルコトヲ得ルトセンカ被派遣國ハ屢々名ヲ犯罪ノ嫌疑ニ藉リ使臣ノ身體ヲ拘束シ公使館ノ檢査ヲ爲シ外國使臣ノ職務ヲシテ一日モ安然ト

シテ之ヲ執行スルコトヲ得ル能ハサラシメントス是レ外國使臣ニ對シテ我法
權ヲ行フヘカラサル理由ニナリ

第一注意 刑法上不可侵ノ原則ハ外國使臣ニ從屬スル總テノ官吏ニ對シテ之
ヲ適用スト雖モ領事ニ對シテハ之ヲ適用セス領事ハ外交官ノ一タルニ外ナ
ラスト雖モ其職務ハ唯本國ノ爲メニ商業工業其他諸般ノ事務ヲ視察シテ之
ヲ本國ニ報告スルニ過キサル者ニシテ毫モ本國政府ヲ代表スルノ性質ヲ有
セサルモノナリ然レトモ近年ニ至リ國際法ハ益々刑法上不可侵ノ原則ヲ擴
張シ領事ニ對シテモ亦慣例上使臣ト同一ノ保護ヲ與フルノ傾向ヲ生セリ

第二注意 外國使臣ノ隨行員ニシテ其職務ノ執行ニ關係ナキ者ニ至リテハ不
可侵ノ原則ヲ適用スヘキ限リニアラサルニ似タリ然レトモ是レ亦國際法ノ
慣例トシテ使臣ノ家族モ亦此原則ノ利益ヲ受クルコト、ナレリ蓋シ家族ノ
犯罪ニ付テモ尙ホ使臣ノ犯罪ニ於ケルト同一ノ結果ヲ生スルコトアルヘキ
ヲ以テナリ

第一項 日本領土外ニ在ル人ニ關スル場合

日本領土
外ニ在
ル人ニ
關スル
場合

日本刑法ハ日本領土外ニ於テ犯シタル罪ニ對シテ之ヲ適用スルコトヲ得ル乎本
問ノ意義ハ則チ一國政府ハ其領土内ニ在リテ領土外ノ犯罪ヲ罰スルノ權利ヲ有
セサルヤ否ヤト言フニアリ之ヲ換言スレハ元來犯罪ヲ罰スルノ權ハ其犯罪發生
地ノ政府ニ屬スルモノナリ然レトモ或場合ニ於テハ犯罪發生地以外ノ主權者モ
亦此犯罪ヲ罰スルノ大權ヲ有スルカ抑モ之ヲ有セサル乎

本問ヲ決スルニハ少シク刑罰權ノ基本ニ遡リテ之ヲ論セサルヘカラス余曩キニ
刑罰權ヲ説キ社會ト犯罪ハ兩立スヘキモノニアラス社會ハ常ニ生存スルノ必要
アリテ犯罪ハ其生存ヲ妨害スルヲ目的トス故ニ社會ニ於テ其生存ヲ維持セント
欲セハ必ス犯罪ノ侵害ヲ防禦セサルヘカラス此防禦ヲ名ツケテ刑罰權ト謂フト
論セリ夫レ斯ノ如キ刑罰權ハ社會ノ生存ヲ計ルヲ以テ其目的トナスモノナレハ
一國領土外ニ於テ犯シタル罪ニシテ毫モ我國ノ利害ニ影響ヲ及ホスコトナキト
キハ是レ我國ノ生存權ヲ害スル者ニアラザルヲ以テ我國ハ此ノ犯罪ニ對シテ刑
罰權ヲ行フノ理由ナシ然レトモ其犯罪ニシテ尙モ我國ノ治安ヲ害シ我國民ノ損
害ヲ生スルノ性質ヲ有セシカ縱令ヒ外國ニ於テスルモ我國ハ此犯罪ニ對シテ我

刑罰權ヲ行ハサルヘカラス今試ミニ外國ニ在リテ我國所屬ノ邦土ヲ借竊セント
ノ隱謀ヲ企テ又ハ外國ニ在留スル日本人ヲ殺害シタル外國人アリト假定セヨ斯
ノ如キ場合ニ於テ我國ノ治安ハ未ダ危難ニ迫マリタリト謂フヘカラサル乎我國
ノ社會ハ未ダ其生存ヲ害セラレタルモノナリト謂フヘカラサル乎蓋シ刑罰權ノ
原則ハ斯ノ如キ犯罪ニ對シテ本國ノ刑罰權ヲ適用スル理由ヲ確認スルモノナリ
然ラハ則チ各國カ其領土外ニ於テ行フタル犯罪ヲ罰スルノ大權ハ是レ刑罰權ノ
基本ニ關スル原則ノ例外ヨリ出ツルニアラスシテ寧ロ其原則ノ適用ニ外ナラス
外國ニ於テ行フタル犯罪ヲ區別シテ三場合トナス第一、我國ニ對シテ行フタル領
土外ノ犯罪第二、他國ニ對シテ行フタル領土外ノ犯罪第三、一私人ニ對シテ行フタ
ル領土外ノ犯罪即チ是ナリ

第一、我國ニ對シテ行フタル領土外ノ犯罪 我國ニ對スル犯罪トハ國家ノ成立
其モノヲ害スルノ目的ヲ有スル犯罪ヲ云フ例ヘハ我國内政外交ノ平安ヲ妨害
セントスルノ罪我國公有ノ財産ヲ損失セシメントスルノ罪我國ノ國憲ヲ紊亂
セントスルノ罪凡ソ此等ノ犯罪ハ直接ニ我カ社會ノ中心ヲ衝キ其根本ヲ搖カ

サントスルノ目的ヲ有スルモノナレハ我國國家ノ危急是レヨリ大ナルハ無シ我
國家ハ其安寧秩序ヲ維持スルカ爲メニハ此等ノ犯罪ヲ撲滅スルノ大權ヲ有ス
ルヤ敢テ多辯ヲ俟タサルナリ

第二、他國ニ對シテ行フタル領土外ノ犯罪 此種ノ犯罪ニ對シテ我刑罰權ヲ行
フニ付テハ宜シク場合ヲ區別シテ論セサルヘカラス即チ其被害國ハ我國ノ同
盟國ナルカ將タ否ラサルカヲ區別セサルヘカラス若シ我國ノ同盟國ニシテ之
ニ對スル犯罪ハ間接我國ノ治安ヲ妨害スルノ性質ヲ有スルトキハ我國ハ自衛
ノ必要アルヲ以テ我國ノ刑罰權ヲ執行シテ之ヲ罰セサルヘカラス若シ之ニ反
シ被害國ハ我國ト何等ノ關係ヲ有セサル者ナルトキハ他國ニ對スル犯罪ハ毫
モ我國ノ治安ニ影響ヲ及ホスモノニアラス隨テ我刑罰權ヲ行フノ必要ナカル
ヘシ

第三、一私人ニ對シテ行フタル領土外ノ犯罪 此犯罪ニ付テモ亦區別ヲ爲スチ
要ス即チ其一私人ハ外國人ナルカ將タ我國国民ナルカ若シ其被害者ハ外國人ナ
ルトキハ我國ノ法律ヲ以テ之ヲ保護スルノ必要ナキカ故ニ我國ノ刑罰權ヲ行

フノ理由ナシ之ニ反シ其被害者ハ我國ノ人民ナルトキハ我國ハ其所在地ニ付テ之ヲ保護スルノ義務アリ即チ我國ハ我國民ノ安寧ヲ維持スルノ權利アルヲ以テ我國ノ刑罰權ヲ執行スヘキハ當然ナリ

若シ事例ヲ轉倒シテ日本人本邦領土外ニ於テ一私人ニ對シ重大ノ罪權ニ因テチ犯シタルトキハ其被害者ノ日本人タルト又外國人タルトニ拘ハラヌ我刑罰此犯罪ヲ罰セサルヘカラス例ヘハ外國ニ於テ犯シタル放火、溢水、強姦、其他生命、身體、財產ニ對スル罪ノ如シ蓋シ此等ノ犯罪ハ唯其國ノ刑法ニ於テノミ之ヲ犯罪トナスニアラス我國ノ刑法ニ於テモ亦之ヲ犯罪ナリト認ム既ニ其犯人タルヲ知リ措テ而シテ之ヲ問ハヌンハ我國ノ安寧夫レ何ニ由テ之ヲ維持スルコトヲ得ンカ若シ夫レ外國人ニ在リテハ我國ノ法律ヲ犯サ、ル限リハ未ダ以テ我國ノ安寧ヲ害シタリト謂フヘカラス隨テ我刑罰權ヲ及ホスコトヲ得サルナリ即チ日本人ハ日本法律ニ服從スルノ義務アルカ故ニ日本法律ニ於テ認メテ以テ犯罪ナリトスル所ノ行爲ヲ行フタルトキハ日本政府ハ被害國ニ對シテ其犯罪人ノ引渡シヲ請求スルコトヲ得ルナリ夫レ斯ノ如シ刑罰權カ日本領土外ニ

於テ罪ヲ犯シタル日本人ニ及フ所以ノモノハ我國民ハ我國ニ永住スル權利ヲ有スル者ナレハ之ヲ國境外ニ追放スルヲ得ヌ之ヲ追放セスシテ而シテ良民ト生活ヲ共ニセシメントセハ何ノ日カ社會ノ安寧ヲ維持スルコトヲ得ヌ之ニ反シテ外人國ニ於テハ日本法律ニ服從スルノ義務ナキヲ以テ外國ニ於テ日本法律ノ認メテ以テ犯罪行爲トナス所ノモノヲ行フト雖モ我國ハ犯罪國ニ對シテ其犯人ノ引渡シヲ請求スルノ理由モナケレハ又之ヲ罰スルノ必要モ之ナキナリ

外國ニ於テ此種ノ重罪ヲ犯シタル者我領土内ニ來タリテ潛匿スル場合ニ於テハ其日本人ナルト外國人ナルトヲ問ハス常ニ我刑罰權ヲ行フテ之ヲ罰スルコトヲ得ル乎論者曰ク此種ノ犯罪人ハ猶ホ毒蛇ノ如シ其棲息スル處ニ於テ毒害ヲ恣マニスルノ性質ヲ有スル者ナレハ唯其現在ノ一事既ニ其國ノ危險ヲ發生スルニ足レリ國ノ危險ヲ防禦スルノ目的ヲ有スル法律ニシテ其威力カ此種ノ犯罪人ニ及ホスコトヲ得スト言ハ、一國ノ治安何ニ由テ而シテ之ヲ維持セントスル哉我國ニ於テ刑罰權ヲ行フノ權利ヲ有スルヤ毫モ疑チ容レスト

日本人ニ付テハ誠ニ疑ヲ容レスト雖モ外國人ニ付テハ同日ニシテ論スヘカ
 サル者アリ此種ノ外國人我國ニ來タルニ於テハ危險ハ即チ危險ナリト雖モ未
 タ必スシモ刑罰權ヲ行フヲ要セスシテ我國ノ危險ヲ救護スルノ方法アリ他ナ
 シ我國ハ之ヲ帝國境外ニ追放スル權チ有スルナリ此外國人ハ日本領土外ニ於
 テ日本國又ハ日本國民ニ關係ナキ罪チ犯シタルニ過キサル者ナレハ未ダ日本
 ノ法律チ犯シタル者ナリト謂フチ得ス我國ノ禁制命令ニ違反セサル者ニ對シ
 テ我刑罰權チ行フノ理由アルナシ其現在ノ一事チ以テ我國ニ害アリトモ若シ此
 國ハ單ニ我危險ヲ救フニ必要ナル方法チ行ヘハ則チ可ナリ然レトモ若シ此
 國人ハ我國民ニ對シテ重大ノ罪チ犯シタルコトアラハ如何引渡又ハ追放ノ方
 法ノミチ以テ我國民ノ權利チ保護スルニ足レリトスル乎凡ソ一國政府ハ其國
 境外ニ於テモ亦尚ホ其國民チ保護スルノ義務アリ公使館チ設ケ領事館チ置ク
 蓋シ其目的ニ外ナラサルヘシ外國ニ在リテスラ尚ホ且ツ我國民ノ利益チ保護
 スルコトヲ務ム況ヤ外國ニ於ケル我國民ニ對シテ重大ノ罪チ犯シタル者來タ
 リテ我國ニ潜匿スル者ニ於テオヤ其危害ノ切迫ナル更ニ一層チ加ヘクリ斯ノ

如キ場合ニ於テ我刑罰權ハ此犯罪人ニ及フ無クシテ可ナランヤ

法律及
 裁判權
 及
 抵觸
 ノ
 權

第四款 法律及ヒ裁判權ノ抵觸

外國ニ於テ犯シタル罪ニシテ日本刑法ニ於テモ之チ罰スルコトヲ得又外國刑法
 ニ於テモ亦之レチ罰スルコトヲ得ルトスル時ハ此犯人ハ二國以上ノ刑法及ヒ裁
 判權ニ服從セサルヘカラサルニ至ル是ニ於テ乎二國間法律及ヒ裁判權ノ執行ニ
 付抵觸チ生スルコトアリ今ヤ進ンテ此抵觸問題ニ付テ研究スル所アラントス

第一項 法律ノ抵觸

法律
 及
 抵觸
 ノ
 權

日本人又ハ外國人外國ニ於テ罪チ犯シタリ今日日本ニ於テ之チ罰セントスルトキ
 ハ日本刑法チ適用スヘキカ將タ外國刑法ニ從フヘキ乎本問チ決スルニ付テハ左
 ノ區別チ爲スヲ要ス即チ
 (イ) 外國ニ於テ行フタル所爲其國ノ法律ニ於テハ之チ罪トセス獨リ日本ノ法律
 ニ於テノミ之レチ罪トスルトキハ日本刑法チ以テ之レチ罰ス
 (ロ) 外國ニ於テ行フタル所爲其國ノ法律ニ於テハ之チ罪トスルモ我刑法ニ於テ
 之チ罰セザルトキハ外國刑法チ適用シテ之チ罰スルコトヲ得ス

(ハ) 外國ニ於テ行フタル所爲日本及外國刑法ニ於テ之ヲ罪トスルトキハ日本及
ヒ外國ハ各其本國刑法ヲ適用シテ之レヲ罰スルコトヲ得

裁判權ノ
抵觸

第二項 裁判權ノ抵觸

外國人日本ニ於テ罪ヲ犯シ又ハ日本人外國ニ於テ罪ヲ犯シタルトキハ二國ノ裁
判所ニ於テ同一事件ノ管轄權ヲ有スルコトアリ斯ノ如キ場合ニ於テ其犯人巳ニ
一國裁判所ノ確定判決ヲ受ケタル時ハ他國ニ於テ再々ヒ之ニ對シテ公訴ヲ提起
スルコトヲ得ル乎本國ニ付キ立法上三個ノ主義アリ

第一主義 此主義ニ因レハ凡ソ如何ナル場合ニ於テモ同一犯罪ニ付キ再度同一
犯人ヲ罰スルコトヲ得スト云フニアリ理由ニ曰ク凡ソ確定判決ナルモノハ其
之レヲ爲シタル裁判所ノ何國ニ屬スルヲ問ハス當然公訴權ヲ消滅セシムルノ
效力ヲ有ス是ヲ以テ一旦確定判決ヲ經タルトキハ其犯人ハ何國ニ逃走ズルモ
最早公訴權ノ目的タルヲ得ス而シテ其犯人又ハ被害者ノ分限何國籍ニ屬スル
ト其判決ノ有罪ナルト無罪ナルト又ハ刑ノ執行ヲ終ルト否ラサルトハ敢テ問
フヘキノ必要アラサルナリ要スルニ確定判決ヲ經タルノ一事ハ以テ犯人ノ保

障タルヘシ

第二主義 此主義ヲ採ル者ハ曰ク凡ソ確定判決ノ效力ハ同一國同一法律ニ基ッ
ク判決ニ於テ初メテ之ヲ認ムルコトヲ得ヘキモノナレハ縱令内國及ヒ外國ニ
於テ前後同一事件ニ付キ同一犯人ニ對シ處罰スルコトアルモ決シテ一事不再
理ノ原則ニ背戻スルモノニアラス若シ否ラストモハ外國ノ確定判決ハ我國ニ
於テ效力ヲ有シ其極我主權ヲ侵害スルノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ唯少シシ實
際上ノ注意ヲ要スヘキモノハ則チ一旦外國ニ於テ確定判決ヲ經テ既ニ刑ノ執
行ヲ受ケタル者ニ對シ再ヒ責罰ヲ加フルトキハ屢々殘酷ニ涉ルノ恐アルヲ以
テ斯ノ如キ場合ニアリテハ宜シク減輕免除ノ方法ヲ用ヒ其弊害ヲ救フヘキナ
リト是レ刑法草案ニ於テ採ル所ノ主義ナリ

第三折衷主義 此主義ヲ唱フル者ハ曰ク二國ノ法律ニ觸レタル場合ニ於テ既ニ
外國裁判ヲ受ケタル時ハ我國ニ於テモ多少ノ區別ニ從ヒ外國裁判ノ或部分ヲ
認メサルヘカラス凡ソ内國ニ於テ外國ノ犯罪ヲ訴フルヲ要スル所以ノモノハ
其犯罪行爲ヲ不問ニ付セサラシメンカ爲メナリ今犯罪地ノ裁判官ハ其犯人ニ

對シテ刑ノ宣告ヲ爲シ而シテ既ニ其刑ノ執行ヲ終ハリタリトセハ刑法ノ目的達シテ而シテ公訴權消滅ス公訴權消滅シテ而シテ尙ホ之ヲ罰セントスル是レ何ソ無辜ヲ罰スルニ異ナル所アラシヤ然レトモ若シ外國刑法ニシテ未タ能ク其犯人ヲ懲罰スルニ足ラサル所アル時ハ即チ更ニ自國ノ刑法ヲ適用シテ之ヲ罰スルモ亦不可ナル所ナシ蓋シ此犯罪ニ對シテ我刑罰權ヲ行ハサル所以ノモトハ唯我ニ於テ之ヲ罰スルノ必要ヲ見サレハナリ故ニ若シ我ニ於テ之ヲ罰スルノ必要アルトキハ我固ヨリ之ヲ罰スルノ權利ヲ有ス例ヘハ一國ノ領土内ニ於テ犯シタル罪ニシテ他國ノ公安又ハ信用ニ對シテ直接ノ害ヲ及ホシタルトキ又ハ一國ノ裁判所ニ於テ刑ノ宣告ヲ受ケタル犯人其刑ヲ執行セスシテ他國ニ逃亡シタルトキノ如シ是レ佛國刑法ニ於テ採用スル所ノ主義ナリトス終リニ臨ミテ一言スヘキモノアリ日本人外國ニ於テ罪ヲ犯シ逃亡シテ日本ニ歸ラサルトキハ我刑事訴訟法ノ手續ニ從ヒ之ニ對シテ缺席判決ヲ爲スヲ得ルト雖モ外國人外國ニ於テ罪ヲ犯シ我國ニ歸來セサルトキハ之ヲ逮捕スルコトヲ得ス又缺席裁判ヲ爲スコトヲ得ス隨ツテ我刑罰權ヲ行フノ道ナキニ歸ス是

ニ於テカ日本人及外國人カ外國ニ於テ罪ヲ犯シ或ハ犯罪國ニ潜伏スルカ或ハ他ノ外國ニ逃走シタルトキハ我國ハ直チニ其犯人所在國ニ侵入シテ之ヲ逮捕スルコトヲ得サルカ故ニ我國ニ於テ其犯人ヲ逮捕スルノ方法ヲ有セサルヘカラス即チ其方法ハ彼國政府ニ請求シテ其犯人ノ引渡シヲ受クルニアリ犯人ノ引渡ニ付キ各國間行ハレル所ノ慣例之ヲ名ケテ犯罪人引渡法ト云ヒ一國ト一國ノ間ニ於テ互ニ引渡ノ履行ヲ確實ニセンカ爲メニ特ニ締結スル所ノ條約之ヲ名ケテ犯罪人引渡條約ト云ヒ其引渡シニ關シテ我國ニ於テ定メタル手續キヲ名ケテ逃亡犯罪人引渡條例ト謂フ(二十年八月勅令第四十二號)犯罪人引渡條約ニ付テハ明治十九年十一月日米間ニ締結セル犯罪人引渡條約ヲ參看スヘシ

第五款 犯罪人引渡法

各國ノ主權ハ其國境外ニ及フヘキモノニアラス是レ故ニ國境外ニ於テ罪ヲ犯シ又ハ國境内ニ於テ罪ヲ犯シ國境外ニ逃亡スル者アルトキハ我主權之ニ及フ能ハス我法律之ヲ制スル能ハサルヲ以テ其犯罪ノ何人ノ手ニ成ルモ我法律ハ之ヲ罰スルコト能ハサルニ至ル然レトモ刑法ノ效力ヲシテ單ニ國境内ニ止ラシメシカ

外國ニ於ケル犯罪又ハ逃亡ニ巧ナル犯人ハ到底之ヲ罰スルコトヲ得ス遂ニ自國ノ安寧ヲ侵害セラル、モ袖手傍觀セサルヘカラス是レ豈刑法ノ旨趣ニ適フモノナランヤ是ニ於テ乎國際法上一慣例ヲ設クルニ至レリ之ヲ名ツケテ犯罪人引渡法ト謂フ

犯罪人引渡法トハ外國ニ於テ罪ヲ犯シ又ハ內國ニ於テ罪ヲ犯シ外國ニ逃亡シタル者アル場合ニ於テ被害國ヨリ犯罪人ノ所在國ニ對シテ之カ引渡シテ請求シタルトキ被請求國ニ於テ之カ引渡シテ爲スノ行爲ヲ云フ此行爲ハ國ト國トノ關係ヨリ生スル所ノモノナルヲ以テ其性質上勿論國際法ノ一部ニ屬スヘシ

第一項 犯罪人引渡法ノ原理

凡ソ罪ヲ犯シ逃レテ外國ニ走リタル者ハ常ニ刑罰ノ制裁ヲ免ル、コトヲ得ルトセハ或ハ犯人ハ其本國ニ在リテ罪ヲ犯シ屢々外國ニ逃走スヘシ或ハ犯人ハ外國ニ在リテ自國又ハ第三國ニ對シテ罪ヲ犯スヘシ斯ノ如クニシテ止マサレハ國內ノ犯罪ハ之ヲ能ク罰スルコトアルモ國外ノ犯罪ハ之ヲ能ク制スヘカラスシテ一國ノ治安ハ遂ニ之ヲ維持ス犯カラサルニ至ラン然ラハ則チ甲國ノ犯罪人逃レテ

犯罪人引渡法ノ原理

乙國ニ到リ乙國ノ犯罪人逃レテ甲國ニ入りタル場合ニ於テハ甲乙二國互ニ其犯罪人ヲ逮捕シ之ヲ犯罪地ノ裁判所ニ引渡シ因テ犯人ヲシテ法網ヲ免ル、能ハサラシムルハ是レ唯一國ノ利益タルノミナラス實ニ各國共通ノ公益ナリ夫レ刑法ノ目的ハ犯罪ノ撲滅ヲ計ルニアルコト各國其揆チ一ニス一國ニ於テ他國ノ共助ヲ藉ルニアラサレハ完全ニ自國ノ刑法ノ目的ヲ達スル能ハサル場合ニハ他ノ國モ亦外國ノ共助ヲ必要トナスナリ斯ノ如ク互ニ共助ヲ藉ルノ必要アリトスレハ假令各國間何等ノ條約之ナシト雖モ各國カ互ニ外國犯人ヲ逮捕シテ其請求國ニ引渡タスハ世界共通ノ公義ナリト謂ハサルヲ得ス若シ此公義ニ背キ天下逃亡ノ賊徒ヲ入レテ之ニ與ルニ安樂土ヲ以テスル者アラハ是レ實ニ盜賊國ノミ要スルニ犯罪人引渡法ノ原理ハ各國カ其刑法ノ目的ヲ達センカ爲ニ互ニ共助ノ義務ヲ盡スノ必要ヨリ生ス今日ニ至リテ各國互ニ其必要ヲ感シ特ニ條約ヲ締結シテ此共助ノ執行ヲ確實ニスルニ至レリ所謂犯罪引渡條約ナル者ハ是レ唯各國共通ノ道理ヲ寫シテ之ヲ明文トナシタルニ過キス犯罪人引渡法ハ各國間其條約ヲ締結シタル後ニ於テ初テ行ハレタル者ニアラサルナリ

犯罪人引渡ノ請求ヲ受ケタル國ハ必ス其請求ニ應スヘキノ義務アリヤ本問題ニ付テハ二主義アリ

第一主義 此主義ニヨレハ如何ナル場合ト雖モ犯罪人引渡ノ請求ヲ受ケタル國ハ必ス其請求ニ應セサルヘカラサル義務アリ何トナレハ是レ國際法ノ命スル義務ナレハナリト此論タル古ノ國際法學者ノ採レル所ナリト雖モ今日ニ於テハ既ニ行ハレサルモノナリ

第二主義 此主義ニ於テハ二個ノ區別ヲナシ或ハ被請求國ハ必ス請求ニ應セサルヘカラサルノ義務アリトシ或ハ之ニ應セサルノ權利アルモノトナスナリ若シ請求國及ヒ被請求國間ニ於テ犯罪人引渡條約ノ成立スルトキハ被請求國ハ其條約ニ本キ必ス其請求ニ應セサルヘカラス之ニ反シ引渡條約ノ成立セサルトキハ被請求國ハ請求國ノ請求ニ應セサルト自由權ヲ有ス

現今一般ニ行ハル、所ノ引渡シニ關スル實際ノ手續三種アリ第一條約ヲ以テ引渡方法ヲ規定スルモノ第二自國法律ヲ以テ引渡方法ヲ規定スルモノ第三慣習ニ從フモノ即チ是ナリ條約ヲ以テ引渡方法ヲ定ムルモノハ各國其憲法ノ規定ニ基

ツシモノナレハ其條件ニ至リテハ各國多少ノ差異アルヲ免レヌ而シテ其條約ニ明文アルノ犯人ニ關シテハ引渡ノ請求アルトキハ必ス之ニ應セサルヘカラサルノ義務アリ然レトモ此義務アルカ爲メニ條約以外ノ犯人ヲ引渡スノ權利ヲ妨クルモノニアラス其條約以外ノモノニ付テハ之ヲ引渡スト否トハ被請求國ノ自由ニアルモノトス蓋シ條約以外ノ犯人ト雖モ之ヲ其自然ノ裁判官ニ引渡スハ一國ノ權利ニシテ何人モ此權利ノ執行ヲ妨クル者アルヘカラス故ニ引渡條約締結以前ニ於テ行フタル犯罪人ニ對シテモ尙ホ後日ノ引渡條約ヲ適用スルコトヲ得之ヲ換言スレハ引渡條約ハ既往ニ溯ホリテ其效力ヲ生スルモノナリ自國ノ法律ヲ以テ引渡方法ヲ規定スルモノニ於テハ法律ノ明文ニ規定スル犯罪ニアラサレハ之ヲ引渡ヲ得ス又他國ト罪人引渡條約ヲ締結スル場合ニ於テハ其法律ノ範圍内ニ於テスルニアラサレハ其條約ヲ結フコトヲ得サルモノナリ若シ夫レ條約ナク又法律ナキ場合ニ於テハ引渡ノ條件ハ一ニ各國其採ル所ノ慣習ニ從フモノナリ

犯罪人ハ引渡ノ不法ヲ理由トシテ引渡執行ニ付キ其事件ノ繫屬裁判所ニ對シテ

引渡シノ無効ヲ主張スルコトヲ得ル乎曰ク此場合ニ於テハ其引渡處分ノ如何ニ不法ナリト雖モ犯人ハ之ニ對シテ異議ヲ申立ツルコトヲ得サルノミナラス裁判所ニ於テモ亦引渡シノ有效無効ヲ審判スルノ權利ヲ有セス何トナレハ凡ソ犯人引渡法ハ犯人ト一國政府トノ關係ヲ規定スルモノニアラスシテ國ト國トノ關係ヲ規定スルモノナリ若シ國ト國トノ間ノ行爲ニ對シ一國裁判所ハ之レカ制裁ヲ加フルノ權利ヲ有ストセハ是レ裁判權ハ行政權ヲ蹂躪スルモノト云ハサルヘカラス

第二項 犯罪人引渡ニ關スル條件

犯罪人引渡ニ關スル條件

犯罪人引渡法ハ犯罪及ヒ犯人ノ二者ヲ目的トスルモノナレハ其條件ヲ論スルニ付テモ亦其犯罪ニ關スル條件ト犯人ニ關スル條件トヲ區別スルヲ要ス

第一場合 犯人ニ關スル條件 凡ソ罪ヲ犯シテ一國ノ領土内ニ逃走スル者ハ其何人タルヲ問ハス引渡ノ目的トナルヲ以テ原則ナリトス然レトモ國際法ニ於テハ左ノ二例外ヲ認メタリ

(一) 奴隸ノ逃走シタルトキ 奴隸ニシテ自由ヲ回復スルカ或ハ主人國ニ於テ

犯シタル罪ニ付キ刑ノ制裁テ免レルノ目的ヲ以テ逃走シタル場合ニ於テハ之レカ引渡ヲ請求スルモ決シテ之ニ應スルノ義務ナキモノナリ蓋シ奴隸ハ今日文明諸國ノ等シク承認セサル所ノモノ又等シク之カ撲滅ニ務ムル所ノモノナリ然ルニ之カ引渡ヲ爲シテ再ヒ奴隸ヲラシメントスルカ如キ實ニ世界ノ公敵タリト云フモ敢テ不可ナキナリ

(二) 目的ノ犯人ハ被請求國ノ人民ナルトキ 引渡ノ目的タル犯人ハ或ハ請求國ノ人民タルアリ或ハ第三國ノ國籍ヲ有スルアリ或ハ被請求國ノ國民タルコトアリ第一第二ノ場合ニ於テハ別ニ困難ヲ生スルコトナシト雖モ第三ノ場合ニ於テハ大ニ然ラサルモノアルヲ見ル若シ其犯人ハ被請求國ノ人民ニ屬スルトキハ被請求國ハ尙其引渡シニ應スルノ義務アル乎若シ本國法律又ハ條約ニ於テ自國人民ニ關スル場合ヲ規定シ或ハ引渡シノ請求ニ應スヘキモノニアラストナシタルトキハ之ニ依リテ以テ引渡シノ請求ヲ拒絕スルコトヲ得ヘシ或ハ之ニ反シ引渡シノ請求ニ應スヘシトナシタルトキハ其條約ヲ履行シテ引渡シヲ爲サルヘカラス若シ法律ノ規定ナク又條約ノ明文ナ

キ場合ニ於テハ宜シク其國ノ慣例ニ從フヘシ即チ慣例ニ於テ自國人民ノ引渡シテ許シタルトキハ引渡シノ請求ニ應スヘク若シ又否ラサルトキハ其請求ニ應スヘカラス

我現行法律(明治二十年八月三日勅令第四十二號)ニ依レハ第一條第三項ニ於テ左ノ規定アリ曰ク逃亡犯罪人ト稱スルハ締約國ノ管轄内ニ於テ犯シタル引渡犯罪ニ付告訴、告發ヲ受ケ若シハ有罪ノ宣告ヲ受ケタル帝國臣民外ハ人ニシテ帝國ノ管轄内ニ逃避シタル者又ハ逃避シタルノ嫌疑若シクハ逃避セントスルノ嫌疑アル者ヲ謂フ但シ左ノ場合ニ於テハ帝國臣民ヲ包含ス第一、帝國ト請求國トノ犯罪人引渡條約ニ交互其臣民ノ引渡シテ爲スヘキ條款アルトキ第二、犯罪人引渡條約ニ交互ノ任意ヲ以テ其臣民ノ引渡請求ニ應スルコトアルヘキ旨ノ條款アリ且ツ請求國ニ於テ同様ノ場合ニハ自國ノ臣民ヲ引渡スヘキ旨ヲ申出テタルトキト斯ノ如ク法律ノ明文瞭然タルトキハ疑義ヲ生スルコトナシ即チ原則上我政府ハ我國民ノ引渡請求ニハ應セサルノ權利ヲ有シ例外ニ於テ唯二個ノ場合ニ限り其請求ニ應スルノ義務アリ但シ第二ノ場合ニ於テハ我國ハ常ニ引渡シニ應スルノ義務

務アリト謂フニアラス是レ相互引渡シニ應スルト應セサルノ自由權ヲ有スル場合ナレハ唯彼レニ於テ同一ノ場合ニハ我國ニ酬ユルニ同一ノ義務ヲ以テスヘシトノ明言ヲ爲シタル場合ニ限り我國ハ彼國ニ對シテ其ノ請求ニ應スルノ義務アルノミ

然レトモ此ノ勅令ハ締約國間ニアラサレハ之ヲ適用スルコトヲ得サルカ故ニ締約國以外ニ於テ犯罪人引渡ニ關スル問題起ルコトアラハ我國ハ如何ナル原則ニ由リテ此問題ヲ決セントスル乎

今日歐洲各國ニ於テ探ル所ノ慣例ヲ看ルニ自國人民ノ引渡請求ニ對シテハ之ニ應セサルヲ以テ原則トナスモノ、如シ特ニ何レノ國ノ法律ニ於テモ自國人民ノ引渡請求ニ對シテハ之ニ應セストノ明文ヲ掲ケサルモノナキニ至レリ故ニ實際ニ於テハ本問ノ決定ニ付キ殆ト困難ヲ感スルコトナシ即チ締約國以外ヨリ我國民ノ引渡請求ヲ爲シタルトキハ我國ハ斷然之ヲ拒絕スルコトヲ得ルナリ然レトモ現今ノ國際慣例並ニ各國法制ハ理論上果シテ克ク刑法ノ精神ヲ貫徹スヘキモノナリト謂フヘキ乎我輩決シテ之ヲ信スル能ハサルナリ抑々刑事ニ付犯

罪ノ管轄權ヲ有スル者ハ必ズ犯罪地ノ裁判所ナラサルヘカラスルコトハ別ニ多辯ヲ用ユルノ必要ナシ犯罪ノ發生ニ付キ最モ損害ヲ蒙ルタル者ハ其犯罪地ニシテ之ヲ罰スルニ付キ最モ其必要ヲ感スル所ノ者モ亦此犯罪地ニアリ而シテ犯罪事實ノ發見證據ノ蒐集ニ付キ最モ克ク其目的ヲ達スルニ適當ナリトスル者ハ犯罪地ヨリ便ナルハナシ然ラハ則チ訴訟ノ審理上ヨリスルモ又刑法ノ目的上ヨリスルモ犯罪地ノ裁判所ハ其犯罪ヲ管轄スルニ付キ最モ適當ナル者ナリ然ルニ一國政府ヨリ其領土内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ノ引渡ヲ請求スルニ當リテ被請求國ハ之ニ應スルノ義務ナシト謂フハ果シテ如何ナル理由アリテ存スル乎被請求國ハ請求國ヨリモ克ク其犯罪事實ヲ知り克ク其證據ヲ檢舉スルノ能力アリトスル乎將タ被請求國ノ刑法ハ請求國ノ刑法ヨリモ克ク其犯罪ヲ罰スルニ適切ナリトナス乎抑々又被請求國ハ外國ニ於テ罪ヲ犯シタル者ヲ保護シテ之レニ對シテ隱遁所ヲ與フルノ特權ヲ有スル者ナリト謂フ乎若シ其國ヲ信用セサルカ爲メニ自國人民ノ引渡ヲ拒絕スト謂ハ、是レ我ハ其國ニ對シテ半信半疑ノ交際ヲ爲ス者ニシテ實ニ國際條理ニ背戾スル者ト謂ハサルヘカラス故ニ我輩ハ理論上苟モ

犯罪人引渡條約ヲ締結スル以上ハ内外人ノ區別ナク其引渡シニ應スルノ原則ヲ採ルヘキ者ナリト信スルナリ
 自國人民ヲ以テ引渡法ノ目的トナスヘカラストノ主義ハ犯人ノ國籍變更ノ場合ニ於テ非常ノ困難ヲ生スルコトアリ例ヘハ日本婦人罪ヲ犯シ佛國ニ逃走シ而シテ佛國人ト婚姻シ全ク日本人タルノ分限ヲ喪失セリ此場合ニ於テ日本政府ヨリ其婦人ノ引渡ヲ請求シタルトキハ佛國ハ之ヲ以テ自國人民ナリトシテ日本ノ請求ヲ拒絕スルコトヲ得ル乎此婦人罪ヲ犯スノ當時ニ於テハ未タ日本ノ國民分限ヲ喪失シタル者ニアラサルヲ以テ佛國裁判所ノ管轄權ニ服從スヘキモノニアラス然レトモ引渡請求ノ今日ニ當リテハ既ニ佛國人タリ佛國政府ハ我日本ノ請求ヲ拒絕スルノ權アル乎又獨逸人罪ヲ犯シテ日本ニ逃避セリ此犯人ハ日本國民ノ分限ヲ取得シテ而シテ引渡ノ災害ヲ免ル、コトヲ得ル乎本問ヲ決スルニハ二個ノ方法アリ一ハ國民分限ノ變更ハ既往ニ遡ルモノナリトシ其逃避國ノ裁判所ヲシテ其管轄權ヲ有セシムヘシ即チ自國人民カ外國ニ於テ罪ヲ犯シ歸來シタル場合ト同視シ之ヲ自國ニ於テ罰スルモノトナスニアリ是レ獨逸刑法ニ於テ採ル所

ノ主義ナリ(第四條)ニハ犯罪以後ニ於ケル國民分限ノ變更ハ之ヲ願ミス引渡ノ目的トナスヲ得ルト云フニアリ是レ許多ノ國ニ於テ條約上規定セシ所ノ主義ナリトス

第二場合 犯罪ニ關スル條件 凡ソ引渡ノ目的トナルヘキ犯罪ハ其性質必ス重大ナルヲ要スルカ故ニ大底各國締結スル所ノ條約中ニ於テ其犯罪ノ種類ヲ列舉スルヲ以テ通例トス明治十九年十二月中日米間ニ締結シタル條約ヲ見ルニ引渡ノ目的トナルヘキ犯罪凡ソ十四種ヲ列記ス而シテ其犯罪タル悉ク重大ナルモノニ屬ス例ヘハ殺人強盜貨幣偽造罪等ノ如シ(委託金費消罪ハ最初ノ條約中ニハ之レヲ掲ケタルモ後改正シテ之ヲ刪除セリ然レトモ實際財產ニ對スル犯罪中被害ノ大ナル殆ト委託金費消罪ニ及フモノハアラス寧ロ強竊盜ニ勝ルアルモ決シテ劣ルコトナシト謂フモ敢テ不可ナル所ナシ方今文明ノ進歩ト共ニ交通ノ便益大ニ開ケタルカ爲メ各國ノ銀行會社員等屢々此犯罪ヲ犯シ外國ニ逃亡スル者其數甚ク多シ然ルニ條約中特ニ此犯罪ヲ刪除スルニ至リシハ及輩其理由ヲ知ルニ苦シムナリ本條約ハ初メ五十弗以上ノ竊盜ノ一項ヲ存セシ

モ後改メテ強盜トナセリ)凡ソ重要ノ犯罪ハ本條約ニ於テ之ヲ必スシモ列記スト雖モ獨リ國事犯ニ付テハ如何ナル場合ニ於テモ之カ引渡シヲ爲サ、ルヲ以テ各國共通ノ慣例トス又軍事犯ニ於テモ亦然リ然レトモ軍艦ヨリ脱走セシ水兵ニ付テハ引渡ノ方法ニ由ラス領事ヨリ直チニ地方廳ニ照會シ其警察ノ力ヲ藉リテ以テ之ヲ艦内ニ引致スルノ慣例ヲ採レリ蓋シ實際上ノ必要止ムヲ得サルモアレハナリ從來行ハレタル國際法ノ慣例ニヨレハ引渡ノ目的タル犯罪ハ相互ノ刑法ニ於テ共ニ之ヲ罰スルノ規定アルモノニ限ルトセリ然レトモ凡ソ人ノ引渡ヲ要求スル所以ノモノハ請求國ノ刑法ヲ犯シタルニ由ルモノニシテ敢テ相互ニ處罰スル犯罪ナラサルヘカラストノ制限ヲ設クルノ謂レアルヲ知ラス我輩ハ早晚此慣例ノ廢棄ニ至ルノ期アルコトヲ信シテ疑ハサルナリ

第三項 犯罪人引渡ニ關スル手續

犯罪人引渡ノ執行手續ニ付テハ三種ノ方法アリ

第一英國主義 英國ニ於テハ犯罪人引渡ノ請求アルトキハ先ツ司法官ヲシテ其請求ノ當否ヲ審議セシム司法官ニ於テ引渡ノ請求ニ應スヘキモノナリト決定

犯罪人引渡ニ關スル手續

シタルトキハ行政官ニ於テ其引渡ノ執行ニ任スルモノナリ

第二佛國主義 此主義ハ獨リ佛國ニ於テノミ行ハル、ニアラス歐洲大陸諸邦ニ於テモ亦能ク行ハル、所ノモナリ佛國ニ於テ犯罪人引渡ノ請求ヲ受ケタルトキハ行政官ニ於テ直チニ之ヲ決定シ敢テ其請求ノ當否ヲ審議スルコトヲ爲サ、ルナリ外務大臣先ツ其請求ヲ受理シテ之ヲ司法大臣ニ回送ス司法大臣ハ犯罪人處在地ノ檢事ニ命令シテ之レカ逮捕ヲ爲サシム檢事其犯罪人ヲ逮捕スレハ一應訊問シテ其人違ナキヤ否ヤヲ確實ニシ之ヲ調書ニ記載シテ意見書ト共ニ之ヲ檢事長ニ送付スレハ檢事長ハ之ヲ司法大臣ニ送達ス司法大臣ハ一切ノ記録ヲ檢閱シタル後引渡ノ勅令案ヲ具シ之ヲ大統領ニ奏請シテ其裁判ヲ求ム

我引渡條例ニ定ムル所ノ手續モ亦殆ト佛國主義ニ同シ第十二條ニ曰ク外務大臣引渡請求書ニ接シ犯罪人引渡條約ノ條款ノ適合シタリト思量スルトキハ該請求書ニ關係書類ヲ添ヘ之ヲ司法大臣ニ送付スヘシ司法大臣ハ本條ノ請求ニ接シ妥當ノ事由アル請求ト思料スルトキハ逃亡犯罪人ノ所在又ハ其到着スヘ

五

シト認ムル地ノ檢事ニ命シ逮捕狀ヲ發セシムト第十四條ニ曰ク請求ニ係ル逃亡犯罪人ヲ逮捕シ若クハ假逮捕シタルトキハ其逮捕狀ヲ發シタル檢事又ハ之レヲ逮捕シタル地ノ檢事ニ引渡スヘシ檢事ハ逃亡犯罪人ノ逮捕ノ顛末ヲ直チニ司法大臣ニ具申スヘシ司法大臣檢事ノ具申ニ接シタルトキ引渡請求書アレハ其寫及附屬書類ヲ速カニ該檢事ニ送付スヘシ云々ト第十六條ニ曰ク檢事被告人ノ訊問ヲ結了シタルトキハ訊問書ニ其處分法ニ關スル意見書ヲ添ヘ之ヲ司法大臣ニ具申ス可シ云々司法大臣該檢事ノ具申ニ接シタルトキハ引渡狀ヲ發スルカ又ハ逮捕シタル者ヲ釋放スヘシト第二十條ニ曰ク逮捕シタル者ヲ釋放シ又ハ引渡狀ヲ發シタルトキハ司法大臣ハ引渡請求書及ヒ附屬書類ニ其執行シタル手續及其理由ノ畧記ヲ添ヘ之ヲ外務大臣ニ返付ス可シト第二十一條ニ曰ク引渡狀ヲ發シタル後何人ヲモ一月以上留置スルコトヲ得ス但シ此期限内ニ之ヲ帝國外ニ引取ラサルトキハ請求國相當官吏ニ於テ正當ノ事由ヲ示スニ非ラサレハ釋放スヘシト

第三、白耳義主義 白耳義國ニ於テ犯罪人引渡ニ付キ一種ノ折衷主義ヲ採用ス是

レ千八百七十四年三月十五日ノ法律ニ規定スル所ナリ白耳義政府引渡ノ請求
 ナ受ケタルトキハ一應其請求ヲ審議シタル上之ヲ裁判所ニ交付ス裁判所ハ其
 犯罪人ニ對シテ或ハ逮捕狀ヲ發シ或ハ請求國ヨリ送付シタル判決書ヲ執行セ
 シム被告人此逮捕狀又ハ判決書ノ執行ニ因リ逮捕セラレタルトキハ一名ノ補
 佐人ト共ニ控訴院ノ重罪取調局ニ出廷ス辯論ヲ公開シ檢事長ノ意見ヲ聽キタ
 ル上控訴院ハ其引渡ニ關シテ意見ヲ定メ之ヲ政府ニ報告ス政府ハ控訴院ノ意
 見ニ從ヒ引渡ノ許否ヲ決定スルナリ但シ其政府ハ如何ナル場合ニ於テモ控訴
 院ノ意見ニ拘束セラル、ノ義務ナシ

此主義ニ於テハ引渡ノ請求ヲ許否スルノ權利ヲ以テ主權ノ一部ナリト看做シ
 一ニ之ヲ君主ノ特有ニ歸セシメ君主此權利ヲ行フニ付テハ必ス裁判所ノ意見
 ナ徵セサルヘカラサルモノトセリ但シ裁判所ハ只引渡ニ關スル條件ノ履行セ
 ラレタルヤ否ヤニ付キ其意見ヲ陳スルノミニシテ決シテ引渡目的ノ犯罪人ノ
 罪責ニ付テ一言ヲ爲スノ權利ヲ有セス

引渡ノ請求ヲ許否スルニ當リテハ屢々其請求ノ當否ニ付キ之ヲ審議ヲ要スヘキ

引渡ノ效

場合アリ例ヘハ請求目的ノ犯罪人ハ國事犯人ニハアラサルカ或ハ被告人ハ既ニ
 時効ノ利益ヲ得タル者ニハアラサル乎凡ソ此等ノ問題ヲ決スルニ付テハ宜シク
 裁判所ノ判決ヲ俟ツヘシ然ルニ歐洲諸邦ニ於テ採ル所ノ主義未ダ一途ニ出テサ
 ルモノアリ佛國ニ於テハ行政官全權ヲ以テ本問題ヲ決スヘシトシ瑞西國ニ於テ
 ハ逃亡犯罪人ヨリ引渡ノ不當ヲ主張スルトキハ行政官ハ本問ノ管轄ヲ脱シテ之
 ナ司法官ニ移託スヘシトセリ司法官ハ全權ヲ以テ之ヲ審理シ引渡請求ノ當否ニ
 付キ確定ノ判決ヲ爲ス一旦確定判決ノアリタル上ハ行政官ハ只之レカ執行ノ任
 ニ當ルノミ即チ行政官ハ裁判所ノ判決ニ拘束セラル、モノナリ

第四項 引渡ノ效果

請求國ニ於テ犯罪人ノ引渡ヲ受ケタルトキハ之ヲ本國ニ引致シテ其管轄裁判所
 ニ引渡スノ手續ヲ爲サ、ルヘカラス爾來裁判所ハ引渡請求書ニ基ツキ其範圍内
 ニ於テ犯罪人ヲ審判スルノ權利ヲ有ス其法則二個アリ
 第一法則 犯罪人ノ引渡ハ兩國間ノ契約上ニテ之ヲ實行シタルトキハ其契約ニ
 掲ケタル條款ハ單ニ當事者國即チ犯罪人引渡ノ契約ヲ締結シタル兩國ノ政府

ニ於テ之ヲ遵奉スルノ義務アルノミナラス此犯罪人ヲ審判スルノ權アル管轄
 裁判所ニ於テモ亦之ヲ遵奉セサルヘカラス是ニ於テカ管轄裁判所ハ引渡契約
 ニ定メタル條件ニ從フニアラサレハ引渡犯罪人ヲ審判スルノ權利ヲ有セス
 第二法則 引渡サレタル犯罪人ハ引渡請求ノ目的トナリタル犯罪事項ニ關スル
 ニアラサレハ對審裁判ニテ審問ヲ受クルコトナシ又刑罰ヲ受クルコトナシ引
 渡請求ノ事項以外ニ係ル犯罪ニ付テハ請求國ニ現。在。セサルモノト看做サルル
 ナリ

此二法則ノ適用ニ付キ三場合ヲ區別ス

第一場合 引渡ノ目的タル犯罪人ハ外國ニ於テ逮捕セラレタル後引渡手續ノ違
 法ナルニ拘ハラヌ管轄裁判所ニ引渡サル、ノ承諾ヲ爲スコトヲ得
 此場合ニ於テ犯罪人ハ引渡手續ノ違法ニ對シテ不服ヲ主張スルノ權利ヲ拋棄
 シタル者ナルカ故ニ全ク自由ノ發意ニテ其身ヲ管轄裁判所ニ委ネタルモ
 ノナリト看做スナリ故ニ犯人ハ如何ナル場合ニ於テモ引渡契約ニ定メタル條
 件ノ不履行ニ對シテ異議ヲ主張スルノ權ヲ有スルモノニアラス

外

第二場合 適法ニ引渡サレタル犯人ハ其被告事件審問ノ前後ニ於テ引渡契約ニ
 掲ケタル犯罪ト他ノ犯罪トヲ區別セス其一身ニ關スル總テノ犯罪事件ニ付キ
 對審裁判ヲ受ケンコトヲ承諾シタリ

此場合ニ於テモ被告人ノ承諾ハ引渡條款ノ制限條件ヲ消滅セシムルノ效力ヲ
 有ス蓋シ引渡條款ニ掲ケサル犯罪事項ニ付テハ犯人ハ尙ホ請求國ノ領土外ニ
 在ルモノナリトナスノ假想ハ犯人カ自由任意ノ承諾ニテ引渡條款以外ニ係ル
 犯罪事項ノ對審裁判ヲ受クルコトヲ甘諾スルニ因リテ息ムヘケレハナリ

第三場合 引渡サレタル犯人ハ引渡條款ニ留保スル犯罪事項ニ付テハ對審裁判
 ナ受クルコトヲ承諾セス此場合ニ於テ引渡條款ノ制限的解釋ハ一種ノ原則ト
 ナリ裁判所ニ於テモ之レニ違背スルヲ得ス

第二卷 犯罪ノ責任

第一章 犯罪ノ主動者及受驗者

刑法ノ禁制命令ハ人類社會ニ於テスルニアラサレハ行ハルヘキモノニアラス然
 レトモ社會ノ人類ハ盡ク禁制命令ヲ犯スコトヲ得ルト雖モ必スシモ之レカ責任

犯罪ノ責任
 犯罪ノ主動者及受驗者

刑法汎論 犯罪編 犯罪ノ責任 犯罪ノ主動者及受驗者 犯罪ノ主動者

ヲ負フヘキモノニアラス人類中犯罪ノ責任ヲ負フノ能力ヲ有スル者之ヲ名ケテ
犯罪主働者ト謂ヒ犯罪ノ損害ヲ受クヘキ者之ヲ稱シテ犯罪ノ受働者ト謂フ

犯罪ノ主
働者

第一節 犯罪ノ主働者

刑法ノ禁制命令ニ違犯シテ而シテ之カ責任ヲ負フ者ハ必ス智識ト自由ノ二要素
ヲ具ヘタルコトヲ要ス智識ナク自由ナキ者ノ爲シタル所爲ハ未ダ以テ刑法上ノ
責任ヲ生セシムルニ足ラス故ニ智識ト自由ノ二要素ヲ有スル者獨リ克ク犯罪ノ
主働者タルコトヲ得ルナリ

人ニ二種アリ有形上ノ人及ヒ無形上ノ人即チ是ナリ有形上ノ人ハ造化ノ自然力
ニ因リテ生出シ其生存ノ目的ヲ達センカ爲メニ社會ヲ組織シ法律ヲ制定スル所
ノ者タリ之ニ反シ無形上ノ人ハ法律ノ假想ニ因リテ創設セラレ社會ノ公益ヲ裨
補スルノ目的ヲ有スル者ニ外ナラス例之ハ國縣郡市町村又ハ民商事會社ノ如シ
二者生存ノ目的夫レ如斯ク異ナルヲ以テ之ヲ觀レハ有形人ハ刑法ノ制裁ヲ受ク
ルノ資格ヲ有スルモ無形人ハ決シテ刑法上ノ責任ヲ負擔スルノ能力ヲ有スル者
ニアラス只無形人ヲ組織スル人員ノ犯罪ニ付民事上ノ責任ニ任スルコトアルノミ

蓋シ國ニ於テモ町村ニ於テモ又民商事會社ニ於テモ無形上ノ人ハ自ラ活動スル
能ハサルカ故ニ其法律上ノ生活ヲ爲スニ付テハ必ス有形上ノ人ヲ以テ其代表者
ト爲サルヘカラス例之ハ國ニハ君主アリ會社ニハ社長アリ市町村ニハ市長町
長村長アルカ如シ無形人已ニ活動スル能ハス代表者ノ供助ヲ必要ナリトスルト
キハ無形人自ラ犯罪ヲ行フノ能力ヲ有スル者ニアラス其之ヲ行フ者ハ必ス其代
表者ニアラサレハ則チ其職員ナルカ故ニ無形人ノ代表者無形人ノ名義ヲ以テ罪
ヲ犯スコトアルモ責任ノ歸スル所ハ則チ無形人其物ニアラスシテ代表者其人ニ
在リトス之ヲ要スルニ無形人ハ犯罪ノ實行ニ付テハ單ニ自ラ活動スルノ資格ヲ
有セサルノミナラス法律上生存スル者ナリト看做スコトヲ得ス故ニ無形人ノ名
義ニ關スル犯罪ハ是レ無形人ノ犯罪ニアラスシテ其代表者又ハ其職員ノ犯罪ナ
ルコトヲ知ルヘシ但無形人ハ財産權ヲ有スルカ故ニ其生存上必要行爲ノ結果ニ
付テハ民事擔當人トナリテ損害賠償ノ責任ニ任スルコトアリ猶ホ無形人ノ名義ニ
係ル普通債務ノ辨濟ヲ爲スカ如シ

犯罪ノ受
働者

第二節 犯罪ノ受働者

刑法汎論 犯罪編 犯罪ノ責任 犯罪ノ主働者及受働者 犯罪ノ受働者