

入
七

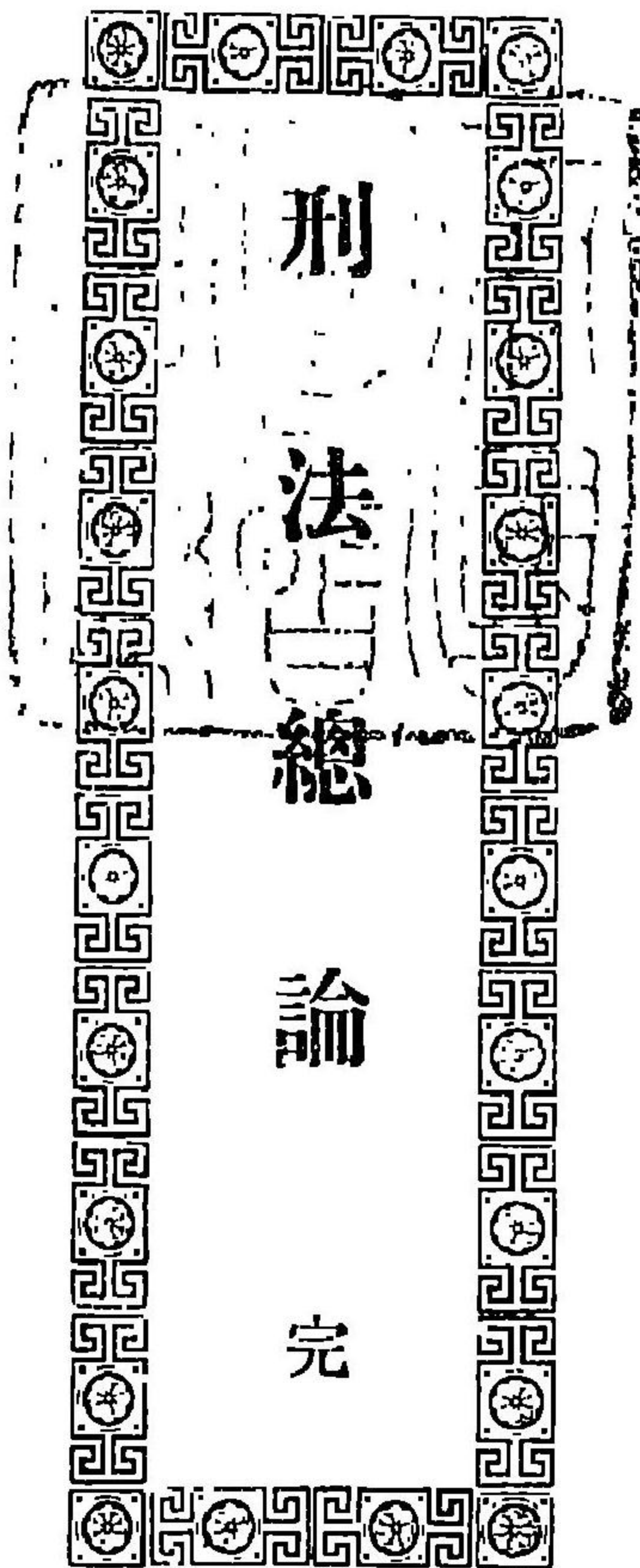
日本法律學子校
廿年慶法學講義

刑法總論

元

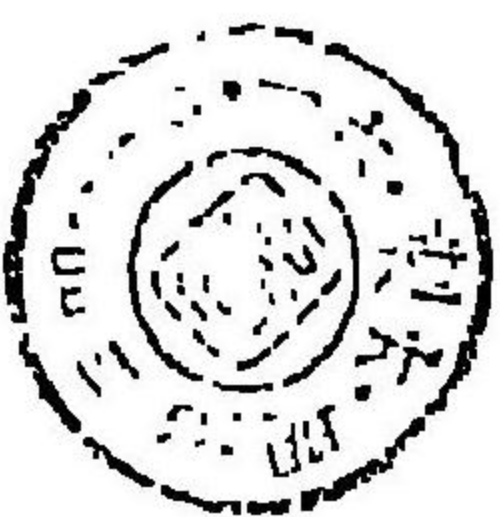
法學士 石渡 敬一 講述

刑法總論 完



司法大臣指定
文部大臣認定

日本法律學校發行



刑法總論

目次

刑法ノ定義	一丁
刑法學ノ範圍	同丁
刑法ノ成立	同丁
時ニ關スル刑法ノ效力	七丁
土地ニ關スル刑法ノ效力	一七丁
人ニ關スル刑法ノ效力	三七丁
刑事法ノ解釋及類推法(所謂比附援引)	三九丁
犯罪ノ定義	四七丁
刑法上責任ノ能力	五七丁
犯意及ヒ過失	六九丁
犯罪ノ原因結果	九七丁

既遂犯未遂犯
數人共犯
犯罪不成立ノ原因

一〇二丁
一一七丁
一四〇丁

刑法總論(目次)終

刑法

法學士 石渡敏一 講述

刑法ノ定義

刑法ハ罰スヘキ行爲(犯罪)ト罰則(刑)トヲ規定シタル國ノ法律ナリ故ニ法律ハ國家ニ罰スヘキ行爲ヲ定メ之カ制裁トシテ刑罰ヲ科スルノ權能アルコトヲ豫定ス國家ハ如何ナル權利ニ依リ犯人ヲ罰スルコトヲ得ルヤハ學問上ノ一大問題ナリ歴史上ニ於テハ國家ニ此權能アルノ事實ハ明カナリ即チ社會ノ必要ニ應スヘキ手段トシテ之ヲ承認セルハ明ナリ國家ハ此豫定ノ權能即チ必要ニ基キ刑法ヲ制定シ犯人ヲ處罰スルヲ得ルモノトス
前述ノ如ク刑法ハ治者被治者間ノ關係ヲ規定スル法律即チ國家統治權ノ一作用ヲ規定シタルモノナルカ故ニ刑法ハ公法ノ一部ナリ

刑法 刑法ノ定義

刑法學ノ範圍

法律學トシテノ刑法學ハ過去并ニ現在ノ法律ノ意義ヲ知り其大原則ヲ發見シ順序能ク之ヲ排列スルニ在リ而シテ其目的トスル所ハ未來ノ法律ノ制定及ヒ現在刑法ノ實際上ノ適用ヲ助クルニ在リ故ニ法律學トシテノ刑法學中ニハ哲學又ハ犯罪學等ヲ包含セス

如何ナル所爲ヲ以テ犯罪トスヘキカ又如何ナル刑カ犯罪ヲ撲滅スルニ最良ノ手段ナルカノ點ヨリ刑法ヲ研究セントセハ哲學モ必要ナリ醫學モ亦參照セサルヘカラス殊ニ統計上社會學上ヨリ之ヲ研究スルノ必要アラン然レトモ法律家トシテ法律ノ點ヨリ刑法學ヲ研究スルモノハ其範圍ヲ法律ノ點ニ限ラサルヘカラス於是乎刑法學ノ範圍ハ前述セル所ニ外ナラサルヲ知ルヘシ

刑法ノ成立

法律學トシテノ刑法學ノ目的タルモノハ刑法即チ狹義ノ刑法並ニ刑事ノ法律其他ノ刑事法ナリ如何ナルモノヲ以テ刑法トナスヤニ付テハ國法ニ從テ觀察セサルヘカラス現今我國ニ於テ刑法トシテノ成立ニハ左ノ三條件ヲ具備スルヲ要ス

- 一、 法律制定ノ權利ヲ有スル者ヨリ發布セラレタルコト
- 二、 式ニ依リ公布セラレタルコト
- 三、 明文法ナルコト

刑法第二條並ヒニ明治十九年勅令第一號公文式參照

第一、 刑法ヲ制定シ得ヘキ權利者ハ現今ノ法制上左ノ如シ

一、 天皇陛下

天皇陛下ハ勅令ヲ以テ刑法ヲ發布スルコトアリ又議會ノ協賛ヲ經テ制定セラル、コトアルモ刑法タルノ效力ニ付テ二者ノ間ニ差異アルコトナシ

二、 行政官廳

明治二十三年九月勅令第二百八號ニ依レハ各省大臣ハ法律ヲ以テ特ニ規定シタル場合ヲ除クノ外其發スル所ノ省令ヲ以テ犯罪ヲ定メ二十五圓以内ノ罰金若クハ二十五日以下ノ禁錮ノ罰則ヲ附スルコトヲ得又地方長官及ヒ警視總監ハ其發スル所ノ命令ヲ以テ犯罪ヲ定メ十圓以内ノ罰金若クハ拘留ノ罰則ヲ附スルコトヲ得トアリ又刑法第四百三十條ニ依リ地方行政官廳ハ違

懲罪目ヲ定ムルコトヲ得トアルヲ以テ行政官廳モ亦刑法ヲ制定シ得ヘキ權利者ニシテ此以外ニ權利者ナシ

第二、式ニ依リテ公布セラレタルコト

刑法ハ明治十九年二月勅令第一號公文式ニ依テ公布セラレ始メテ其效力ヲ有ス此勅令ハ法律勅令並ヒニ中央行政廳ノ命令ヲ發布スルノ方式ヲ規定スルモノニシテ地方廳ヨリ發スル命令ノ公文式ニアラス地方廳ヨリ發スル命令ニ付テハ明治二十六年十月勅令第九十九號ニ依リ各地方ニ於テ定メタル公文式ニ依リ效力ヲ生ス

第三、明文法ナルコト

刑法ハ必ス明文ヲ以テ規定セラレサルヘカラス刑法第二條ニ曰ク法律ニ正條ナキモノハ何等ノ行爲ト雖モ罰スルコトヲ得スト既ニ述ヘタル如ク刑法ハ犯罪ト罰則トヲ規定シタル法律ナルカ故ニ明文法ナラサルヘカラスヤ勿論ナリ而シテ明文法ニハ左ノ條件ヲ具備スルヲ要ス

一、禁令、命令

二、罰則

一、禁令、命令

刑法ニハ必ス禁令、命令ヲ包含スルモノナリ法文ニハ往々他人ノ物ヲ竊取スルトキハ云々ノ刑ニ處シ人ヲ殺傷シタルトキハ云々ノ刑ニ處スト云ヒ又遺棄セラレタル幼者アルヲ知テ之ヲ扶助セサル者ハ云々ノ刑ニ處ストアルノミナルヲ以テ別ニ禁令、命令ノ規定ナキカ如シト雖モ他人ノ物ヲ竊取スルトキハ云々ノ刑ニ處シ人ヲ殺傷シタルモノハ云々ノ刑ニ處ストアルハ其裏面ニ於テ他人ノ物ヲ竊取スヘカラス人ヲ殺傷スヘカラストノ禁令ヲ規定シタルモノニシテ遺棄セラレタル幼者アルヲ知テ之ヲ扶助セサル者ハ云々ノ刑ニ處ストアルハ其裏面ニ遺棄セラレタル幼者アルトキハ之ヲ扶助スヘシト命令シタルモノナリ如此總テ刑法ニハ禁令、命令アリ而シテ之ニ違反スルノ所爲ヲ犯罪ト稱スルナリ左レハ刑法ニハ必ス禁令、命令ナカルヘカラス

二、罰則

次ニ刑法ニ必要ナルハ罰則ナリ禁令、命令ヲ有スル法律ニシテ罰則ヲ有スル

モノハ刑法ニシテ然ラサルモノハ刑法ト云フコトヲ得ス而シテ法律ニ所謂罰則ト稱スルモノハ如何ナルモノニテモ法律違犯ノ制裁ハ刑法ノ所謂罰則ナルカト云フニ刑法タルニ要スル罰則ハ普通刑法第七條乃至第十條ニ掲ケタル刑名並ニ明治十四年十二月布告第八十一號新舊比照例ニ該當スル刑名ヲ掲ケタル規定ナラサルヘカラス此以外ニ刑法ノ所謂刑罰アルコトナシ從テ此以外ノ刑名ヲ規定シタル法律アルモ之ヲ以テ刑法ト稱スルコトヲ得サルナリ例ヘハ形式ノ上ヨリセハ明治六年ノ銃砲取締規則ハ刑法ナルカ如シ然レトモ其罰則トシテ五十錢以下ノ過料ニ處スト云ヘル過料ナル刑ハ十四年十二月ノ新舊法比照例ニ依ルモ亦今日ノ刑法ニ於ケルモ刑ニ非サルヲ以テ之ニ違反スルモ犯罪トシテ論スルコトヲ得サルナリ

之ニ反シ刑法第七條乃至第十條ノ刑名ヲ有スルモ尙ホ普通ノ刑法ト云フヲ得サルモノアリ所謂軍律即チ陸海軍刑法是レナリ(刑法第四條參照)

右ニ述ヘタルカ如ク軍律ニアラスシテ以上ノ條件ヲ具ヘタルモノナラサレハ刑法(狹義)ノ刑法並ヒニ其他ノ刑事法ト云フコトヲ得ス從テ犯罪ト稱スルハ此刑法

ニ違背シタル所爲ニシテ此刑法以外ニ犯罪ナキナリ

時ニ關スル刑法ノ效力

第一 刑法ノ效力ハ他ノ普通法律ニ於ケルト同ク實施ニ因テ生シ廢止ニ依テ消滅ス而シテ此期間内ニ生シタル事件ニハ總テ當時ノ刑法ヲ適用ス現行法ニ從ヘハ刑法ノ實施ノ期及ヒ廢止ノ期ハ左ノ如シ

一 實施ノ期

法律勅令又ハ中央官廳ヨリ發シタル刑法並ニ其他ノ刑事法ハ官報ヲ以テ公布シ(イ)法律ハ公布ノ日ヨリ起算シ滿二十日ヲ以テ施行期限トス勅令省令ハ官報各府縣到達日數後七日ヲ以テ實施ノ期トシ北海道沖繩縣其他ノ島地ハ既ニ道廳又ハ縣廳若クハ所轄郡役所ニ官報到達シタル翌日ヨリ起算シ七日ノ後ヲ以テ實施ノ期トス(ロ)法律中特ニ實施ノ日ヲ掲ケタルトキハ其日ヨリ效力ヲ生ス各地方官廳ヨリ發スル刑事法ハ各地方廳令ノ定ムル公布方法ニ依リ公布シタル後七日ヲ以テ實施ノ日ト爲シ島地ニ在テハ既ニ島廳若クハ郡役所又ハ町村役場ニ到達シタル日ヨリ起算シ七日ヲ以テ實施ノ期トス

二 廢止ノ期

(イ) 明民法ニ依ル場合

廢止ノ期ニシテ明民法ニ依ル場合ハ實施ノ場合ト同一ノ形式ニ依リ法例並ニ公文式ニ從ヒ前ニ述ヘタル一定ノ期日ヲ經過シタルトキヲ以テ廢止ノ期トス即チ法律勅令又ハ中央官廳ヨリ發シタル廢止法ハ法例及公文式ニ依リ地方官廳ヨリ發シタルモノハ地方ノ公布方法ニ依リ其期日ヲ經過シタルトキヲ以テ廢止ノ期トスルナリ

(ロ) 解釋ニ出ツル場合

立法者カ既定ノ法律ヲ改廢スルニ當リ直接ニ其改廢スヘキ法律ヲ指示スルノ繁ヲ避ケ新法ニ矛盾セサル從來ノ法律ハ總テ遵由ノ效ヲ有ストノ規定ヲ設ケ之ニ矛盾スル者ハ廢止タルヘキコトヲ裏面ヨリ示スコトアリカハ、ル場合ハ從來ノ法律中如何ナルモノハ新法ニ矛盾スルヤ否ヤハ解釋者ノ判斷ニ委セラレタルモノニシテ實際家ハ一々從來ノ各法律ト新法トヲ比照シテ矛盾スルヤ否ヤヲ解釋シ以テ廢止ノ法律ヲ決定セサルヘカラス帝國憲法第七

十六條ノ如キハ此適例ナリ

(ハ) 習慣ニ依ル場合

現行刑法第二條ニ法律ニ正條ナキモノハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ストアリ故ニ罰スヘキ所爲タルコハ必ス明民法アルヲ要シ習慣ニ依リテ或犯罪ノ種類ヲ生セシムルコトナキハ明カナリ即チ刑法ノ制定ハ必ス明文法ヲ以テスヘキコトヲ示シタルモノナリ然レトモ刑法ノ廢止ニ付テハ此規定ノ及フ限りニアラス刑法ヲ廢止スルニハ明民法ヲ以テスルヲ要スルカ或ハ習慣ニ依ルモ尙ホ廢止シ得ルヤニ付テハ何等ノ規定ナキヲ以テ習慣ニ依テ刑法ヲ廢止スルヲ得ト云フモ不可ナシト信ス如此場合ハ實際甚々稀有ナルヘシト雖モ立法機關ノ停止セラル、場合ニ於テ歐洲ニハ往々此例ナキニ非ス

第二 舊法ヲ廢止シ新法ヲ實施スル場合ニ於テ舊法當時ニ犯シタル犯罪新法實施後ニ至リ發覺スルコトアリ此場合ニハ往々新法ニ依テ罰スヘキカ將タ舊法ニ依テ處斷スヘキカノ問題ヲ生ス是ニ付キ二三ノ異說アリ

第一說 舊法時代ニ犯シタル犯罪ハ假令新法實施後ニ至リ發覺スルモ舊法ニ依テ罰セサルヘカラス夫レ犯罪ハ犯罪當時ノ法律ニ違背スルノ所爲ナリ故ニ舊法ニ違背セルモノハ舊法ニ依テ處罰セラル、ノ既得權アリト言フヘジ然ルニ新法ヲ以テ罰スルトキハ之レ未タ行ハレサル法律ヲ以テ論スルモノニシテ其當ヲ得ス

第二說 立法者カ舊法ヲ不必要ナリトシテ廢止シ新法ヲ以テ之ニ代ヘタル以上ハ所犯舊法時代ニアリト雖モ新法ヲ以テ處斷セサルヘカラス舊法時代ノ犯罪ハ舊法ニ依テ處斷セラル、既得權アリト云フ說ハ所謂社會契約說ヨリスルニアラサレハ説明スル能ハス社會契約說ノ無稽ナル今日既ニ論スルノ價值ヲ有セス

第三說 舊法ヲ以テ處斷スルノ不當ナルハ第二說ノ如シ理論上ヨリセハ新法ヲ以テ罰スルヲ至當トス然レトモ總テ新法ニヨリ處斷スヘキモノトセハ犯罪人ニ對シテ甚タ苛酷ニ失スルノ場合ナシトセス故ニ舊法ト新法トヲ比照シ何レニテモ輕キ法ニ從テ罰スルヲ至當トス

右三說中第三ノ折衷說ハ我現行刑法ノ採用スル所ナリ刑法第三條第二項ノ規定是レナリ

第三、刑法第三條第二項ニ曰ク

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

ト此規定ニ於テ(一)所犯頒布以前トハ如何(二)未タ判決ヲ經ストハ如何(三)新舊法ノ比照ハ如何及ヒ(四)新舊法ノ輕重如何ニ分テ説明スヘシ

一、所犯頒布以前

所犯頒布以前ニ就テハ左ノ三箇ノ場合ヲ想像シ得ヘシ

イ、所犯舊法時代ニ在リテ新法頒布後ニ發覺シタルトキ

ロ、所犯舊法時代ニ在リテ舊法時代ニ發覺シタルモ未タ判決ヲ經ス新法頒布後マテ繼續スルトキ

ハ、所犯舊法時代ニ在リ而シテ舊法時代ニ判決ヲ受ケ及ヒ裁判確定シタルトキ

二、未タ判決ヲ經ス

未タ判決ヲ經ストスルカ故ニ舊法時代ノ犯罪ニシテ右ニ掲ケタル(イ)(ロ)ノ場合ノミ新舊法ヲ比照シテ論スヘキモノニ屬シ(ハ)ノ場合ハ既ニ確定判決ヲ得タルモノナレハ假令新法頒布セラレ、モ此判決ヲ變更スルモノニアラス從テ刑ノ時効ニ付テハ全然新法ノ支配ヲ受ケ新法ニ依リ起算スヘキモノトス然レトモ所犯新法頒布以前ニ在リテ未タ確定判決ヲ經サル(イ)及ヒ(ロ)ノ場合ノ如キハ其事件タル第一審ニ繫屬スルト第二審ニ繫屬ストナ問ハス新舊法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷スヘキナリ若シ上告審ニ繫屬中ナルトキハ法律ノ適用ノミナラハ上告審ニ於テモ尙ホ新舊法ヲ比照シテ處斷スヘキモノトス

三、新舊法ノ比照

(イ) 普通ノ場合ハ舊刑事法ヲ廢シ之ニ代フルニ新刑事法ヲ以テス此場合ニ於テハ新舊何レノ刑法ニテモ輕キモノニ依リ處斷ス

新舊法ノ比照ハ單ニ新舊二法ヲ比照スル場合ノミナラス或犯罪事件ノ裁判確定スルマテ法律ニ再三變更アリシトキハ此三法ニ就テ比照スヘキモ

ノトス

(ロ) 法律ニ有効期限ヲ定メタルモノアリ其期限到來シ當然此法律ノ廢止トナル場合ニハ新ニ法律ヲ發シタルニアラサルヲ以テ此場合ニハ比照スヘキ新舊法ナシ故ニ此法律ノ有効期限内ニ犯シタル犯罪ハ期限到來シ法律廢止ノ後ニ發覺スルモ輕キニ從テ處斷スルヲ得ス

(ハ) 法律トシテ常ニ存スルモ其實施及廢止ノ時期ハ他ノ法律命令ニ依リ之ヲ定ムルモノアリ例ヘハ明治十五年六月二十三日布告第三十一號虎列刺病流行地方ヨリ來ル船舶検査規則ノ如キモノ之レナリ同規則第五條ニ依レハ同規則實施ノ始期及終期並ヒニ其場所ニ就テハ其都度內務大臣之ヲ指定ストアリ此施行期日ヲ定ムル內務大臣ノ指令ハ此規則ヲ實施スル法令ニシテ之カ終期ヲ定ムル指令ハ此實施ストノ舊法ヲ廢止スルトコロノ新法ナリ故ニ此規則ノ實施中ニ犯シタル犯罪ニシテ廢止後ニ發覺シタルトキハ刑法第三條ノ所謂新舊法比照ノ規定ニ依リ輕キニ從テ處斷スヘキモノトス即チ後ノ指令ハ法律廢止ノ效力ヲ有スル故ニ比照上輕キニ從テ

無罪ト決セサルヲ得ス

十四

(三) 刑法ノモノ、變更ニアラサルモ他ノ法律ニ變更ヲ來タシ從テ其效力ヲ刑法ニ及ホスコトアリ如此場合ハ刑法ノ所謂新舊法ニアラサル故相比例照シテ處斷スルヲ得ス例ハ明治二十三年一月マテハ區戸長ハ官吏トシテ取扱ハレシモ同一月ヨリ市町村制實施セラレタルカ爲メ市町村長ハ單ニ公吏トナレリ然ルニ全年十月四日法律第百號ヲ以テ全年十一月一日以降ハ刑法中ノ官廳、官署ニ關スル規定ハ公署ニ官吏ニ關スル條項ハ公吏ニ適用シ官印、官文書、免狀、鑑札ニ關スル條項ハ公署ノ印、文書及ヒ免狀、鑑札ニ適用スト規定セリ故ニ二十三年一月以前ニ區戸長カ職務上爲シタル文書ノ偽造ハ刑法上、官文書偽造ナリト雖モ全一月ヨリ全十一月一日ノ間ニ爲シタル文書ノ偽造ハ官文書偽造ニアラス十一月一日ヨリハ法律第百號ノ規定ニ依リ復タ官文書偽造ナリ此場合ニ於テ二十三年一月前ニ區戸長ノ爲シタル官文書偽造ハ全一月ヨリ十一月迄ノ間若クハ十一月一日以後ニ至リテ發覺シタルトキハ中間ノ時期即チ明治二十三年一月ヨリ全十一月一

日迄ハ區戸長ノ身分ハ官吏ニアラサルカ故ニ官文書偽造ニアラス即チ新舊法比照ニ依リ官文書偽造罪ヲ以テ問フコトヲ得サルカ如ク見ユ然レトモ刑法ノ所謂新舊法ハ刑事法ヲ指シタルモノニシテ刑事法ノ内容ヲ變スル其他ノ法律ヲ云フニアラス故ニ右場合ニ於テ二十三年一月前ニ區戸長ノ爲シタル官文書偽造カ全年一月ヨリ十一月マテノ間又ハ十一月一日以後ニ至リテ發覺スルモ官文書偽造ヲ以テ處斷スヘキモノトス是ト同シク例ハ現行刑法ノ下ニ竊盜ヲ爲シ今後人事法ノ改正ニ依リ身分上ノ變更ヲ來タシ竊盜罪ニ該ラサルニ至ルモ前キノ竊盜罪カ發覺シタルトキハ尙ホ竊盜ヲ以テ問フヘキモノナリ

四 新舊法ノ輕重

(イ) 新舊法ノ刑ノ種類ノ同一ナル場合ニハ刑期ノ長短及定役ノ有無ヲ以テ輕重ヲ區別スルノ標準トス現行刑法ハ如何ナル刑ハ如何ナル刑ヨリ重キカノ標準ヲ示サス數罪俱發ノ場合ヲ規定セル第百條ニ依レハ重罪ノ刑ハ刑期ノ長キ者ヲ以テ重シト爲シ刑期ノ均シキ者ハ定役アル者ヲ以テ重シ

ト爲ストアリ此規定ハ新舊法ノ輕重ヲ區別スル場合ニモ亦適用スヘキモノトス然レトモ輕罪並ヒニ違警罪ニ付テハ其輕重ヲ定ムヘキ標準ナシ同條第三項ニ於テ輕罪ノ刑ハ其所犯情狀最モ重キ者ニ從テ處斷ストアルモ情狀ノ重キモノトハ解釋上犯情ノ重キモノナルカ故ニ果シテ如何ナルモノヲ以テ重シトスルヤハ法律上不明ナリ此二罪ニ付テモ重罪ト同シク自由刑ニ付テハ刑期ノ長キモノヲ重シトシ刑期ノ等シキモノハ定役アルモノヲ重シトスルヲ至當トス罰金科料ハ自由刑ヨリ輕シ又其多寡ニ依テ輕重ノ區別ヲ爲スヘキナリ

罪質ノ異ナルモノニ付テハ唯々刑期ノ長短定役ノ有無ノミヲ以テ其輕重ヲ定ムルコトヲ得ス職權罪ト親告罪トヲ比スレハ假令親告罪ノ刑期ハ職權罪ノ刑期ヨリ長キモノニ在テモ尙ホ職權罪ヲ以テ重シトセサルヘガラズ同シク職權罪又ハ親告罪ナラハ前述ノ如ク刑期ノ長短定役ノ有無ニ依リテ區別スヘキナリ

(ロ) 刑ノ種類ノ異ナルモノ、輕重ニ付テハ特別ノ法律ヲ以テ其標準ヲ定メサルヘカラス現行刑法以前ノ犯罪ト現行刑法ノ犯罪ノ輕重ニ付テハ刑ノ種類異ナルヲ以テ明治十四年十二月布告第八十一號新舊比照例ニ其ノ輕重ヲ定メサルヘカラス

土地ニ關スル刑法ノ效力

刑法ハ土地ニ關シテ如何ナル範圍マテ其效力ヲ及ボスヤ刑法モ亦他ノ法律ト同シク我主權ノ及フ區域内ニハ總テ有效ナリ故ニ特別ノ法律又ハ條約等ニ依リテ例ヲ設ケサル以上ハ左ノ區域内ニ起リタル犯罪ハ總テ我刑法ニ據リ處斷セラルヘキモノトス

一、領土内

領土内ノ犯罪ハ犯罪ノ内外人ヲ問ハス總テ我刑法ニヨリ處斷ス

二、領海内

領海内トハ海岸ヨリ三海里内ノ海洋ヲ云フ

三、條約ニヨリ我國カ治外法權ヲ有スル外國ノ領土

現行條約ニ依レハ支那及朝鮮ニ於テ治外法權ヲ有ス故ニ此兩國ニ於テ我邦

刑法 土地ニ關スル刑法ノ效力

人ノ犯シタル犯罪ハ我刑法ニ據テ處斷セラルヘシ

四、公海ニ於ケル我船舶内

公海ニ於ケル我船舶内ノ犯罪ハ内外人共ニ我刑法ニ依テ處斷ス

五、外國ノ領土内ニ駐在スル我軍隊又ハ外國ノ領海内ニ碇泊スル我軍艦内

右ニ列舉シタル範圍内ニハ全ク我刑法ノ效力ヲ及ホシ此範圍内ノ犯罪ハ總テ我刑法ニヨリ處斷スヘキコトハ學說既ニ一定シ別ニ異論ナシト雖モ内國人カ治外法權ヲ有セサル外國ニ於テ内國ノ法物ニ對シテ犯罪ヲ行ヒタルカ又ハ外國ノ法物ニ對シテ犯罪ヲ行ヒタルトキ又外國人カ外國ニ於テ我刑法ヲ犯シタルトキ我刑法ハ如何ニ效力ヲ有スルヤ即チ我刑法ヲ以テ處斷シ得ルヤ否ヤニ付テハ學說未ダ一定セス而シテ此問題ヲ決スルニ當リ立法上ノ基礎トナルヘキ數箇ノ學說アリ左ニ之ヲ略説スヘシ

第一、屬地主義

英語ニ「タルトリアル、プリンスプル」ト云フ領土主義トノ意ナリ此説ニ依レハ領土内即チ其國主權ノ行ハル、區域ニ於ケル犯罪ハ犯人ノ内外ヲ問ハス總テ内

國ノ刑法ニヨリ處罰スルモ領土外即チ外國ニ於ケル犯罪ハ假令内外國人ノ之ヲ犯スモ或特別ノ場合ノ外内國刑法ヲ以テ論スルヲ得スト云フニアリ即チ刑法ノ效力ハ國內ニ限り外國ニ及ハストノ主義ニシテ刑法ノ效力ヲ土地ノ方面ヨリ觀察シ刑法ハ土地ニ屬シテ人ニ屬セストナスモノナリ現ニ英米法律ハ此主義ヲ採用セリ

第二、屬人主義

原語ニ「ベルンナル、プリンシプル」ト云フ純粹ノ屬人主義ニ依レハ刑法ノ效力ハ常ニ人ニ屬スルモノトナシ内國人ノ犯罪ニハ犯罪地ノ内國タルト外國タルトヲ問ハス總テ内國ノ刑法ヲ適用シ外國人ノ犯罪ニハ内外國何レノ地ニ生スルモ一切内國ノ刑法ヲ適用セスト云フ前述屬地主義ニ正反對スルモノナリ然トモ現今ノ所謂屬人主義ハ屬地主義ヲ折衷シタルモノナリ曰ク外國人ノ内國ニ於ケル犯罪ニハ内國刑法ヲ適用シ其外國ニ於ケル犯罪ニハ之ヲ適用セス之ニ反シ内國人ノ犯罪ニハ所犯内外國何レノ地ニアルモ全然内國刑法ヲ適用スヘシト即チ外國人ニ關スル一半ハ屬地主義ヲ採リ内國人ニ關スル一半ハ屬人主

義ヲ採レルモノナリ其説ニ以爲ラシ屬地主義ノ如ク内國人ノ外國ニ於ケル犯罪ヲ不問ニ付スヘシトセハ内國人外國ニ於テ犯罪ヲ行ヒ内國ニ逃ケ歸ルコトアラシク而カモ刑ヲ受クルコトナキニ依リ外國ヲ犯罪ノ場所トシ内國ハ始メト其逃避所トナルヘク一國ノ體面ヲ傷クルコト大ナルヲ以テ宜シク内國人カ外國ニ於テ犯シタル犯罪ニモ内國刑法ヲ適用セサルヘカラスト云フニアリ此主義ハ佛國學者ノ始唱スル所ニシテ現ニ佛國法ハ之ヲ採用セリ(佛國治罪法第五條)佛國法律ハ右折衷主義ヲ採リタリト雖モ幾分ノ制限ヲ置ケリ其治罪法ニ依レハ佛法ニ於テ重罪ト認ムル犯罪ヲ佛人カ佛領外ニ於テ犯セハ總テ之ヲ裁判ス然レトモ佛法ニ於テ輕罪ト認ムルモノヲ佛人カ佛領外ニ於テ犯ストキハ犯罪地ノ國法ニ於テ之ヲ處罰セサレハ佛國ニ於テモ亦之ヲ罰セス而シテ佛領外ニ於テ犯シタル違警罪ハ全ク之ヲ問ハサルコト、セリ之ニ倣ヒタル獨乙法ハ刑法第四條第三號ニ於テ獨乙人カ外國ニ於テ犯シタル犯罪ハ重罪、輕罪ヲ問ハス犯罪地ノ法律ニ於テ罰スルモノニアラサレハ獨乙刑法ニ於テモ亦之ヲ問ハス而シテ獨乙人ノ外國ニ於テ犯シタル違警罪ハ特別法又ハ條約ニ依ルニアラサ

レハ全ク之ヲ問ハサルコト、セリ

第三 保護主義

原語ニ「リアル、プリンシパル」ト稱ス此主義ノ基礎トスル所ハ一國ノ生存ヲ保護スト云フ點ニ存ス屬地主義ニ依レハ刑法ノ效力ハ單ニ内國ニ止リ外國ニ於ケル犯罪ニ付テハ唯リ外國人ノ犯罪ノミナラス内國人ノ犯罪ヲモ内國ノ刑法ヲ以テ處罰スルヲ得ス又屬人主義即チ折衷主義ハ内國人ノ犯罪ハ犯罪地ノ内外ヲ問ハス總テ内國刑法ヲ以テ處罰ストノ點ハ屬地主義ニ一步ヲ進メタルモノナリト雖モ抑モ法律ハ國家生存ノ必要ヨリ制定セラルルモノトセハ國家ノ生存ニ危害アル場合若シハ其體面ヲ損スル場合ニハ如何ナル場所ニ於ケルト人ノ内外トヲ問ハス必要上總テ我法律ヲ以テ之ヲ論シ國家ノ生存ヲ保護シ體面ヲ全フセサルヘカラスト故ニ荷モ一國ノ生存ニ害アルカ又ハ其體面ヲ損傷スルカ總テ一國ノ法物ニ危害ヲ及ホスノ所爲ハ内外國何レノ地ニ於テ之ヲ行フモ又其犯人ノ内國人タルト外國人タルトヲ問ハス悉ク内國法ヲ以テ之ヲ處斷セサルヘカラスト是レ此保護主義ノ主張スル所ナリ此説ハ獨逸ニ於テ盛ニ行ハレ

刑法 土地ニ關スル刑法ノ效力

亦同國法律ノ採用スル所トナレリ(獨乙刑法 第四條)

然レトモ獨逸刑法ハ内外國ニ於ケル内外國人ノ獨逸國人又ハ獨逸國ニ對スル總テノ犯罪ヲ罰スト云フニアラスシテ獨逸國若クハ其聯邦ノ一ニ對スル國事犯罪又ハ貨幣偽造罪ヲ罰スルニ過キス其他ノ犯罪ニ付キテハ未タ此主義ヲ採用スルニ至ラス

第四 世界主義

此說ニ依レハ犯罪ヲ以テ彼ノ「バナルス」ノ如ク世界各國ノ舉テ共ニ惡ムヘキ病源ト看做シ之ヲ撲滅スルニハ各國共同刑罰ノ手段ヲ取り何レノ國ニ於テ何レノ國ノ人ノ行ヒタル所爲ト雖モ各國各自國ノ法律ニ依テ之ヲ處罰スヘシト云フニアリ此主義ハ現今或學者間ニ唱フルニ止マリ未タ之ヲ一國ノ刑法ニ採用セラレタルコトアルヲ聞カス明治十八年布告萬國海底電線罰則ハ殆ント此主義的ノ法律ナリト云フヘシ

以上ノ四主義ハ内外國人カ内外國ニ於テ内外國ノ法物ニ對シ犯罪ヲ行ヒタルトキハ內國刑法ハ如何ニ適用サレ得ルカノ問題ニ對スル學說ナリ翻テ我刑法ニ付

テ觀察スレハ此問題ニ對シテハ右四主義中何レヲ採用セシヤヲ見ルヘキ何等ノ規定ナシ然レトモ此ノ問題ハ架空ノモノニアラスシテ今ヤ事實上最モ研究ヲ要スル點ニ屬ス左ニ我刑法ハ何レノ主義ニ依テ其ノ效力ヲ定ムヘキカヲ略述スヘシ
或ハ曰ク我刑法草案ニ依レハ之ニ關シ數个條ノ條文ヲ設ケ明カニ屬人主義ヲ採用セリ或事情ニ依リ立法者ハ其條文ヲ刪除セシト雖モ其精神ハ尙遺存スルモノト見サルヘカラス由之觀之ハ我刑法ハ屬人主義ヲ採用シタルモノト言フヘシ
若シ屬人主義ヲ採用シタルモノトセハ內國人ノ外國ニ於ケル犯罪ハ重罪輕罪違警罪ノ區別ナシ總テ內國法ヲ適用スヘキヤ又ハ佛國法若クハ獨逸法ノ如キ制限ノ下ニ內國法ヲ適用スヘキヤ無政府ノ土地又ハ無人島コハ我刑法ノ效力及フヤ否ヤ等ノ疑問ヲ生スヘシ現行刑法草案ニ依レハ外國ニ於テ爲シタル或種ノ犯罪ハ之ヲ罰スルモ其他ノ重罪輕罪ニ付テハ之ヲ犯シタル國ノ法律ニ於テ重罪輕罪タルモノニ非レハ之ヲ罰セス又違警罪ハ全ク之ヲ罰セズトセリ故ニ無政府ノ土地若クハ無人島ニ於ケル犯罪ハ或種ノモノハ之ヲ罰スルモ一般ノ重罪輕罪及ヒ

違警罪ハ之ヲ罰セストノ論結ヲ下スヲ得ヘシ(草案第五條参照)

右ノ説ハ我國多數學者ノ唱フル所ニシテ我大審院モ亦此説ヲ採ルト雖モ余ハ以下ノ理由ニ依リ之ニ同意スル能ハス(一)現行刑法草案ノ起草者タル「ボアソナード」氏ハ佛國刑法ノ主義ヲ取テ直チニ我刑法ノ主義ト爲サント企テタリシモ立法者ハ此主義ニ基ク刑法ノ條項ヲ刪除セリ而シテ其刪除ノ理由ノ知レサル今日ニ在テハ只ク現行法ノ條規ニ依テ之ヲ解釋スルノ外ナシ現行法ノ條規ニ此主義ノ明文ナキ以上ハ現行法ハ此主義ニ據リタルモノト云フハ論據ナキ言ナリ若シ空漠ニ現行法ハ屬人主義ヲ採用セリト云フヲ得ヘクンハ保護主義ニ據レリトモ言フヲ得ヘク又世界主義ニ據レリトモ云フヲ得ヘク條文ハ刪除セラレタルモ其精神ハ存スト云フハ理由ナキ不當ノ言ナリ佛國法ノ屬人主義ハ明ニ法律ノ規定ヨリ生スルモノニシテ漠然論據ナキノ説ニ非ラサルナリ且ツ佛國ニ於テ同法制定ニ際シ議院ニ於テ種々議論ノ未漸ク之ヲ採用スルニ至リシモノニシテ未タ必スシモ此主義ノミテ以テ條理ニ適シタルモノト云フヘカラス左レハ一ノ理論トシテハ格別法文ノ解釋トシテ我刑法ハ當然此主義ニ依リタルモノト論決スルヲ得サ

ルナリ(二)或者ノ言ノ如ク草案ノ主義ハ如此ナリシテ以テ現行刑法ニハ此規定ナキモ尙ホ草案ノ主義ニ據リ決定スヘシト云フハ刑法ニ於テ最モ厭フヘキ比附援引ヲ爲スモノナリ

蓋シ屬人主義ヲ主張スル者ハ此主義ヲ以テ刑法ニ附着シタルモノトシ特ニ之ヲ規定スル必要ナキモノト認メタルモノ、如シ然レトモ前述ノ如ク之レ謂ハレナキコトナリ屬地主義ハ他ノ法律ト同シク刑法ニ於テモ當然ノ原則ニシテ更ニ疑ヲ容レスト雖モ世界主義保護主義又ハ屬人主義等ニ至テハ之ヲ採用セル明文ナキ以上ハ之ニ依リタルヤ否ヤハ不明ナリ故ニ現行刑法ニ於テ何等ノ規定ナキ今日ニ於テハ我刑法ハ屬地主義ヲ採リタルモノト決定スルヲ至當トス

犯罪地

屬人主義ト屬地主義ニ依ルトテ問ハス犯罪地ノ内外ヲ決定スルハ重要ノ問題ナリ此問題ニ付テハ凡ソ三説アリ

第一説 犯人カ犯罪ヲ完結スル當時現在セル土地ハ犯罪地ナリ

法律ニ於テ斯ク斯クノコトヲ爲スヘシ又ハ爲スヘカラスト禁令若クハ命令ス

ルハ人ノ所爲ヲ目的トスルモノナリ此命令禁令ニ違背スルノ所爲アリテ始メテ犯罪ヲ構成ス故ニ犯罪地トハ犯罪行爲ノ結了當時犯人ノ現在シタル土地即チ犯罪ノ完結シタル土地ナリ

第二説 犯罪ノ結果ノ生シタル地ヲ以テ犯罪地トス

法律ニ於テ或ハ禁令シ或ハ命令スルハ人ノ生命、身體若ハ財産等或ル物ノ保護ヲ爲スカ爲メナリ故ニ法律ノ禁令、命令ノ目的ハ人ノ所爲ニアラスシテ法律ノ保護スル物ナリ故ニ人ノ所爲ニ依テ或保護物カ毀損セラレタルトキハ毀損セラレタル保護物ノ存在スル土地即チ犯罪ノ結果ノ生シタル地ヲ以テ犯罪地ト爲サ、ルヘカラス

第三説 以上二説ノ中間ニ立ツモノナリ此説ニヨレハ第一説ノ如ク犯罪ノ完結シタル土地ヲ以テ犯罪地トスルモ又第二説ノ如ク犯罪ノ結果ノ生シタル土地ヲ以テ犯罪地トスルモ共ニ不可ナリ犯罪ノ一部ニテモ關係セル土地ヲ以テ犯罪地トナサ、ルヘカラス例ヘハ詐欺取財ノ場合ニ於テ甲國ニテ詐欺ノ所爲ヲ爲シ乙國ニテ金員ヲ騙取シタリトセハ甲乙何レノ國ニ於テ之ヲ罰スルモ妨ケ

ケナシ詐欺取財ハ詐欺及ヒ取財ノ二要素ヨリ成立スルモノナリ而シテ其犯罪成立要素ノ間ニハ大小輕重ノ差別ヲ付スル能ハサルヲ以テ甲國コテモ又乙國コテモ其犯罪全部ヲ罰スルコトヲ得ヘキモノトス畢竟第一説ハ人ノ所爲ニ重キヲ置キ第二説ハ保護物ニ重キヲ置キ共ニ其中庸ヲ得サルモノナリ

外國ノ立法例ヲ見ルニ從來此問題ニ付キ法文ニ規定シタルモノ甚タ稀レナリシカ近來ノ刑法草案ニハ往々之ヲ規定スルモノアリ瑞西及諾威ノ刑法草案ハ此點ニ付キ第三説ヲ採用セリ而シテ學問上ニ於テハ第一説最モ多ク行ハレ第二説ヲ主張スルモノ比較的少數ナリ法律ノ目的ハ物ヲ保護スルニアリト稱シ或ハ人ノ所爲ヲ禁令、命令スルニアリト云フハ之レ一方ニ偏シタル説ナリ法律ノ目的物ヲ保護スルト同時ニ人ノ或行爲ヲ禁止シ又ハ命令スルモノナルカ故ニ第三説ハ最モ穩當ニシテ實際上便利ナリ然レトモ此説ヲ主張スルニ就テハ犯罪ト犯罪ノ豫備トヲ區別セサルヘカラス犯罪ノ豫備ハ之ヲ罰セサル以上ハ假令內國ニ於テ犯罪ノ豫備ニ着手スルモノ內國ニ於テ之ヲ罰スル能ハス內國ニ於テ犯人カ犯罪條件ノ一ニ着手シ若ハ犯罪條件ノ一ヲ實行シタル場合ニ始メテ內國法ヲ以テ之ヲ問

フコトヲ得ルモノトス例ハ甲ナル外國人乙ナル同國人ヲ我國ニ於テ教唆シ外國ニ於テ他ノ外國人ヲ殺害シタル場合ニ於テハ我刑法ニ於テ教唆者一ノ獨立罪トセス又教唆ノ所爲ハ殺人罪ノ要素ニ非ルカ故ニ教唆者タル甲者ヲ我刑法ニヨリ處分スルヲ得サルカ如シ要スルニ日本ニ於テ或犯罪ヲ罰セントスルニハ犯人ハ內國ニ於テ犯罪ヲ構成スル法定條件ノ一ニ着手シタルノ事實アルヲ必要トス犯罪ノ法定條件ノ何タルヤハ各條ニ於テ之ヲ論セン

犯罪人引渡

內國ニ於テ犯罪ヲ爲シタル後犯人外國ニ逃亡シ又外國人外國ニ在テ我法律ヲ犯シタル場合ニ於テ之ヲ處罰セントセハ犯人ノ在在スル外國ニ人ヲ派遣シ之ヲ逮捕セシメサル可カラス然レトモ外國ハ其獨立權ヲ侵害スルノ所爲ナリトシテ之ヲ逮捕ヲ拒絕スルヤ必然ナリ強イテ之ヲ逮捕セントセハ或ハ戰端ヲ開クニ至ルモ知ルヘカラス國際公法上外國ノ領土内ニ於テ裁判權ヲ執行スルコトヲ得サルモノトスルハ此理由ニ因ルモノナリ然ラハ或法律違犯ノ犯人ヲ處罰スルコトハ全ク放棄セサルヘカラサルカ國ノ治安ヲ保護シ國家ノ體面ヲ維持セントセハ犯

三〇

人ハ之ヲ罰スルノ必要アリ且ツ現今各國ノ交通日ニ頻繁ナルニ隨ヒ犯人ノ來往從テ多ク而シテ之ヲ罰スルヲ得サルハ各國共ニ大ナル不便ヲ感スル所ナルヲ以テ遂ニ國際條約ヲ締結シ各國互ニ犯人ノ引渡ヲ爲スニ至レリ

國際條約ニ依ラサルモ內國ニ逃走シ來リタル外國ノ犯人又ハ內國ヨリ外國ニ逃走シタル內國ノ犯人ヲ互ニ引渡スノ義務アリヤ否ヤニ就テハ學問上議論アリ余輩ノ信スル所ニヨレハ逃走犯人ヲ請求國ニ引渡スヘキ義務アリヤ否ヤニ就テハ好意上引渡スハ格別ナリト雖モ國ト國トノ間ニ在テハ決シテ之ヲ引渡ス法律上ノ義務アルコトナシ然ルニ往々國際間ニ逃走犯人ヲ條約ニ依ラスシテ引渡ノ義務アリト論スルモノアリト雖モ如何ナル犯罪ヲ引渡スヘキカ如何ナル手續ニヨリ引渡スヘキカ全ク不明ナルノミナラス一國ハ他ノ一國ニ引渡ヲ強ユルノ權利ハ獨立國間ニ存スヘキ理由ナシ故ニ條約ニヨラサレハ內國ハ外國ノ請求アルモ逃走犯人ヲ引渡ス義務ヲ生セス即チ犯人引渡ノ義務ヲ負フ場合ハ犯人引渡條約ノ存スル場合ニ限り引渡スヘキ犯罪ノ種類及其犯人ハ皆條約ノ條項ニ依ルヘキモノナリ現今我國ト外國トノ間ニハ亞米利加合衆國ノ外此條約ナキヲ以テ何レ

ノ國ヨリ犯人引渡ノ請求ヲ受クルモ之ヲ引渡スヘキ義務アルコトナシ
我國カ米國ト此條約ヲ締結シタルハ明治十九年十月ニシテ之ヲ日米犯人引渡條
約ト稱ス此條約ニ依レハ引渡スヘキ犯罪人ノ種類ハ甚々狹隘ナリ

- 一、犯罪地ハ條約國內ナルコトヲ要ス故ニ日本政府ヨリ米國政府ニ引渡ヲ求メ
得ヘキ犯人ハ日本國內ニ於テ犯罪ヲ爲シタルモノナルヲ要シ又米國政府カ
我政府ニ引渡ヲ請求シ得ヘキ犯人ハ亞米利加ノ法律ノ行ハル、領土內ニ於
テ犯罪ヲ爲シタルモノナラサルヘカラス日本人カ支那若クハ歐羅巴ニ於テ
犯罪ヲ爲シタルトキ即チ第三國ニ於テ犯罪ヲ爲シタル者カ米國ニ逃走スル
モ我國ヨリ米國ニ對シ之カ引渡ヲ請求スルコトヲ得ス
- 二、引渡スヘキ犯罪ハ其大要ヲ舉クレハ殺人罪、貨幣偽造、變造罪、放火罪、強姦罪、詐
欺取財罪等ニ制限セリ如此引渡スヘキ犯罪ヲ列舉シタルカ故ニ此以外ノ犯
罪ハ互ニ引渡サ、ル趣旨ナルコト明カナリ
- 三、引渡ノ特例ト云フヘキハ政治上ノ犯罪及內國人ノ外國ニ於ケル犯罪ナリト
ス

此例外ハ何レノ國ノ犯人引渡條約ニモ之ヲ規定セリ其理由左ノ如シ

(イ) 內國人ヲ他國ニ引渡サ、ル理由

內國人ヲ他國ニ引渡サ、ル理由ニ付テハ判明ナラスト雖モ歐洲大陸諸國ハ
皆此主義ヲ採リ英米兩國ハ之ニ反シ引渡スコトヲ以テ主義トス然レトモ英
米兩國ハ大陸諸國ト條約ヲ締結スルニ當テハ實際內國人ヲ引渡サ、ルコト
トセリ蓋シ英米ノ考フル所ニヨレハ大陸諸國ニ於テ其內國人ヲ引渡サスト
スルヲ以テ我モ亦之ヲ引渡サス若シ對手國ニ於テ之ヲ引渡サハ我モ亦之ヲ
引渡スヘシ即チ他國ハ其國人ヲ引渡サ、ルニ我獨リ之ヲ引渡スハ權衡ヲ得
スト云フニアリ

然ルニ歐洲大陸諸國ニ於テ內國人ヲ引渡サ、ルノ理由ハ之ト異ナリ若シ內
國人ヲ外國ニ引渡ストキハ訴訟上充分ニ辯護權ヲ行フコト能ハス從テ訴訟
上種々ノ不利益ヲ被ルニ至ラン國民ニ不幸ヲ感セシムルヨリハ寧ロ內國ニ
於テ正當ニ裁判シ相當ノ刑ニ處スルハ國家ノ義務ナリトシ屬人主義ヲ採用
スルモノナリ此說ハ一理アルモ外國ノ司法制度ヲ信用セサル結果ニシテ支

那朝鮮ノ如キ司法制度ノ不完全ナル國ニ對シテハ理由アリト雖モ殆ント同一ナル法律ヲ有スル國ノ司法制度ニ對シテハ其理由ナシ英米ノ法律ハ寧ロ寛大ナル說ヲ採ルモノト云フヘシ此點ニ付キ日米條約ハ原則トシテ内國人ハ引渡サストスルモ又都合ニヨリテハ引渡スコトアルヘシトセリ理論上矛盾スルモ便利ナル規定ト云フ可シ

(ロ) 政治上ノ犯罪ヲ引渡サ、ル理由

政治上ノ犯罪中ニハ純粹ノ政治犯ト準政治犯ノ二種アリ準政治犯ヲ亦二種ニ區別ス例ヘハ内亂ノ場合ニ強盜ヲ爲シ又ハ強姦スルカ如シ之レ純粹ノ政治犯ニアラサルモ尙ホ政治犯ノ内ニ包含セシム又政治上ノ犯罪ヲ行フカ爲メニ普通ノ犯罪ヲ行フ場合例ヘハ軍用金ヲ集ムル爲メニ強盜殺人ヲ爲スカ如シ是等ノ所爲ハ普通ノ犯罪ナルモ其意思ハ政治上ニ關スルカ故ニ猶ホ之ヲ政治上ノ犯罪トナシタルモノナリ

政治上ノ犯罪ヲ引渡サ、ル理由ハ歷史上ヨリ見ルトキハ却テ政治犯ハ引渡サ、ルヲ以テ原則トシ政治犯以外ノ犯罪ハ之レヲ引渡スコトナカリシナリ唯ダ

強國ハ弱國ニ對シ某ノ犯人ヲ引渡サンコトヲ請求スルトキ之レニ反抗セントスル場合ノ外ハ弱國ハ常ニ其ノ請求ニ應セリ然ルニ政治上ノ犯人ハ引渡サスト云フ現行引渡條約ノ基本ヲ作りタルハ千八百三十二年ノ佛國ト瑞西國ト締結セル犯人引渡條約ナリト是ヨリ曩キ佛國政府ハ伊國政府ニ欺カレ政治上ノ犯人ヲ普通ノ犯人トシテ引渡シタルコトアリ爰ニ於テ佛國ハ大ニ怒リ以來政治上ノ犯人ハ其引渡ヲ受ケス又之ヲ引渡サ、ルコト、セリ是レ現今犯人引渡條約上ノ慣例ノ起源トス而シテ此慣例ヲ各國ニ於テ採用スルニ至リタル原因ハ種々アルヘシト雖モ其重ナルモノハ一千八百四十八年前歐洲ハ埃國ノ「メツテルニツ」ヲ中心トシ歷史上所謂反動政策行ハレ又一方ニ於テハ民權論盛ニ行ハレ各國共ニ政治上ノ犯罪ハ非常ニ増加セリ當時英國ト白耳義トハ政治上犯人ノ避難所トナリタルニ一千八百四十八年以後民權論遂ニ勝ヲ制シ昨日ノ逃亡犯人ハ今日ノ大統領トナリ或ハ宰相トナルニ至レリ於是カ政治上ノ犯人ハ引渡スヘキモノニアラストノ感念ヲ生セリ而シテ學問上逃走ノ政治犯人ハ引渡サストノ理由ヲ説明スル者モ明カニ此事

實ヲ認ムルカ如シ左ニ其理由ヲ擧ケン
 第一説ニ曰ク政治上ノ犯人ハ今日犯罪人ナルモ明日政權ヲ握ルヤモ圖ルヘ
 カラス然ルニ之ヲ本國ニ引渡シ翌日此者カ政權ヲ掌握スルニ至ラハ國際上
 ノ平和ヲ維持スルニ於テ甚タ害アリ故ニ政治上ノ犯人ハ引渡スヘキモノニ
 非スト然レトモ此説ハ未タ其當ヲ得サルカ如シ假令右ノ如キ事實アリトス
 ルモ犯人ヲ引渡スニ於テ何等妨ケアルモノニアラス且ツ如此事實ハ常ニ皆
 然ルニアラスシテ殆ソト稀有ノ事ニ屬ス之ヲ以テ引渡サ、ルノ理由ト爲ス
 ハ其當ヲ得タリト云フヘカラス
 第二説ハ結果ハ同一ナルモ其理由ハ異レリ犯人ヲ引渡ス趣旨ハ何レノ國ニ
 於テモ皆憎ムヘキ犯罪ト認ムルモノニ制限シ其以外ノ者ニ就テハ引渡ヲ必
 要トセス政治上ノ犯罪ハ犯罪地ノ國ニ於テハ之ヲ罰スル價值アルヘキモ其
 他ノ國ニ在テハ憎ムヘキ犯罪ト云フヘカラス而シテ憎ムヘキ犯罪ヲ限リ引
 渡ヲ爲ス以上ハ其以外ノ犯罪ハ引渡サ、ルカ當然ナリト云フニアリ
 此説ハ一理アリト雖モ政治上ノ犯罪ヲ憎ムヘキ犯罪ニアラストセルハ歴史

上ノ理由ニ依ルモノニ外ナラス且ツ政治上ノ犯罪ハ引渡サスト云フ明文ヲ
 條約ニ掲クル理由トナルコトナシ
 故ニ政治上ノ犯罪ヲ引渡サスト云フ理由ハ十九世紀ニ於ケル民權論發達ノ
 歷史上ノ事實ニ基クモノト言ハサルヘカラス
 政治上ノ犯罪ハ引渡サ、ルヲ以テ原則トスルモ之ニ制限ヲ付セントスルノ
 説アリ此説ハ君主並ヒニ皇族ニ對スル犯罪ニ就テハ如何ナル場合ニ於テモ
 政治上ノ犯罪ト看做サスト云フニアリ此説ハ白耳義ヨリ起リ同國カ他國ト
 條約ヲ締結スル時ハ常ニ此説ニ基キタル規定ヲ設ク是ト全ク反對ナルハ英
 國ニシテ他國ト條約ヲ結フニ當リテ常ニ此規定ヲ掲クルヲ避ケ猶ホ白耳義
 ト條約スルニ就テモ固ク之ヲ排斥セリ佛蘭西獨乙魯西亞ハ此説ヲ取レリ
 日米犯人引渡條約ニハ此説ニ基ク條項ナキモ將來歐洲大陸諸國ト條約ヲ締
 結スルニ當リテハ必ス此説ニ基ク規定ヲ見ルニ至ルヘシト思考ス
 次ニ或犯罪ハ政治上ノ犯罪ナリヤ否ヤ又引渡スヘキ犯罪ナリヤ否ヤハ引渡請求
 國ノ法律ニヨリ論スヘキカ又ハ被請求國ノ法律ニヨリテ決定スヘキヤノ問題ナ

生ス一方ニ於テ政治上ノ犯罪ト認ムルモ他國ニ於テ政治犯ト認メサルコトアリ
又均シク殺人罪ナルモ日本ノ法律ト英米ノ法律ノ異ナルヨリ一方ニ於テ之ヲ謀
殺ナリトシ一方ニ於テ之ヲ毆打創傷ト認ムルコトアルヨリ引渡ヲ爲スヘキヤ否
ヤニ付キ往々議論ヲ生スル所ナリ此點ニ付テハ多數ハ被請求國ノ法律ニヨリ判
斷スルコト、ナリ居レリ

現行條約ニハ特ニ明文ナキモ理論上請求國ハ犯人ニ對シ請求ノ當時刑罰權ヲ有
スルコトヲ必要トスルコト之レナリ然レトモ請求國カ犯人ニ對シ事實刑罰權ヲ
有スルヤ否ヤモ亦請求國ト被請求國トノ間ニ於テ爭ヲ生スルカ故ニ條約ヲ以テ
多ク之レヲ規定ス此規定ニ依レハ請求國カ刑罰權ヲ有スルヤ否ヤハ被請求國ノ
法律ニヨリテ之レヲ決定スト云フニアリ然レトモ請求國被請求國共ニ屬地主義
ヲ採ルトキハ左マテ困難ナルコトナシト雖モ被請求國ハ屬地主義ヲ取り請求國
ハ屬人主義ヲ採ルトキハ請求國ニ於テ犯人ニ對シ刑罰權ヲ有スル場合ト雖モ被
請求國ニ於テ請求國ハ犯人ニ對シ刑罰權ナシト認メラル、ニ至ルヘシ又最モ議
論ノ多キモノハ時効ノ問題ナリ若シ條約ニ特別ナル規定ナキトキハ被請求國ノ

法律ニ依ル外已ムヲ得サルモノト信ス

右ノ外外國ヨリ犯人ノ引渡ヲ受ケタルトキ内國ハ引渡原因以外ノ犯罪ニ付如何
ニ裁判スヘキヤノ問題アルモ此等ハ刑事訴訟法ニ於テ論スルヲ至當トスルカ故
ニ茲ニ之ヲ省ク

逃亡船員ノ引渡

現行條約並ニ法律ハ一種簡單ナル逃亡船員ノ引渡手續ヲ認メタリ此手續ニヨレ
ハ外國艦船乗組ノ水兵及ヒ水火夫カ内國ニ於テ脱船シ又ハ逃亡シタルトキ又内
國ノ艦船乗組水兵及ヒ水火夫カ外國ニ於テ脱船シ又ハ逃亡シタルトキハ請求ニ
ヨリ互ニ引渡ノ義務アルモノトス

人ニ關スル刑法ノ效力

日本ノ法律ノ行ハル、範圍内ニ於テハ總テノ人ニ對シ我刑法ヲ適用スルコトヲ
得ルモノトス然レトモ之ニハ左ノ例外アリ

一、天皇陛下

陛下ハ日本國ノ最上權ヲ有シ命令權ノ主體ナリ故ニ自ラ發シタル法令ニ自ラ

羈束セラル、コトナシ

二、帝國議會ノ議員

帝國議會ノ議員ハ議院内ニ於テ爲シタル發言表決ニ付キ責任ヲ有セス蓋シ此事タル歴史上ヨリ來リタルモノニシテ英國ニ起源セリ初メ英國ニ於テ議員ノ議會ニ於テ爲シタル發言表決ニ付テハ政府ニ對シテ無責任ナリトノコトナリシカ遂ニ何レニ對シテモ全ク責任ナキコト、ナレリ然レトモ議員自ラ其言論演說ヲ刊行シテ弘布シタルトキハ之ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘカラス(憲法第五十二條)然レトモ意見若クハ表決以外ノ行爲例ヘハ毆打其他ノ行爲ニ付テハ責任アルコト勿論ナリトス或ハ議員ノ特權ニ對シテハ今少シク狹隘ナル解釋ヲ爲スヘキモノナリトノ說ヲ爲スモノアリ此說ニヨレハ政府ニ對スル言論ニ付テハ其責ナシトスルモ議員間ノ罵詈ノ如キハ宜シク罰スヘキモノナリト云ヘリ余輩ハ此說ヲ至當ナリト信ス

三、本邦ニ滞在スル外國ノ主權者及大統領又ハ在留ノ外國公使及ヒ此等ノ者ノ從者眷族但シ內國人ノ從者ハ此限ニアラス

外國ノ元首ハ其元首タルノ資格ニ於テ旅行若クハ滞在スル場合ニハ一切其地ノ法權ニ服従スルモノニアラス之レ國際法上ニ於ケル特權ナリ而シテ此特權ハ其從者ニモ及フモノトス

在留ノ外國公使並ニ其ノ眷族從者モ亦國際法上在留國ノ法權ヨリ特免セラル或ハ之ヲ稱シテ國際法上治外法權ト云フ攝政モ亦元首ト同シク治外法權ヲ有ス

四、外國軍隊及ヒ外國軍艦

平時ニ在リテハ外國ノ軍隊並ニ軍艦内ニ在テハ我法律ニ服従セサルモノトス然レトモ軍隊若クハ軍艦ノ一員其軍隊又ハ軍艦ヲ離レテ犯罪ヲ爲シタルトキハ內國法ヲ以テ處分ス特權ハ軍隊軍艦内ニ行ハル、モノニシテ其人ニ屬スルモノニ非ス

一、解釋 刑事法ノ解釋及ヒ類推法 (所謂比附援引)

已ニ述ヘタルカ如ク現今ニ在テハ刑事法ハ凡テ明文法ナラサルヘカラス(刑法第

二條故ニ習慣法ニ依リテ罰スルコトヲ得ス又明文法ヲ擴メテ處罰スルコトヲ得
 且又明文法ニヨリ罰ス可キ犯罪ト雖モ明文以外ノ刑ヲ科スルコトヲ得ス然ル
 ニ現行刑事法ハ可成數多ノ問題ヲ決定センカ爲メニ制定シタルモノナルモ其形
 體頗ル簡單ニシテ或一ノ事實問題ヲ決スルニ當リ法文ニヨリ直チニ之ヲ斷定シ
 得ル場合ト熟慮ヲ要スル場合トアリ於是乎刑事法ノ解釋ヲ生ス
 刑事法ノ解釋トハ法ノ意義ヲ知ルニアリ即チ法文中ニ決セラレタル問題ニ付正
 當ナル解釋ヲ求ムルモノナリ

刑事法ノ解釋ニ付テハ左ノ諸點ヲ注意スルヲ要ス

(一) 法律ノ意義ハ法文ノ意味ニ依ルヘシ立法者ノ意見ヲ問フヲ要セス獨乙刑
 法第七十條第四號第五號ニ刑ノ時効ノ起算法ヲ規定シテ二年以下ノ禁錮及
 ヒ懲役ノ時効ハ五ヶ年五年以下二年マテノ禁錮懲役ハ十年トセリ其ノ結果
 トシテ二年ノ禁錮ハ五年ノ時効ニモ十年ノ時効ニモ入ルコトナルニ至レ
 リ之レ獨逸刑法ノ有名ナル欠點ナリ又同刑法第百二條ニ獨乙人カ内國又ハ
 外國ニ在リテ外國ノ君主若クハ外國ニ對シテ犯罪ヲ爲ストキハ若シ内國ノ

君主ニ對シテ犯シタルナラバ之ヲ國事犯ト爲ストキニ限リ云々ノ刑ニ處ス
 ト規定セリ然ルニ此際最モ重キ刑ヲ規定セル條項ノ第八十條ヲ脱セリ其結
 果トシテ外國ノ君主ニ對スル謀殺罪ニテモ五年以下ノ刑ニ處セラル、ニ過
 キス蓋シ是等ノ錯誤ハ一ハ草案ニ於テ一ハ議會ニ於テ新ナル條項ヲ挿入シ
 タルニ拘ラス之ト全時ニ或條項ヲ加フルコトヲ爲サ、ルニ因ルモノトス是
 等ハ法律ノ不明瞭若クハ不備ノ最モ著名ナルモノ、一ニシテ我法律ニモ此
 例ナキニアラテス銃砲取締規則ノ過料ナル刑ニ就テハ明治十四年ノ新舊比照
 例ヲ制定スル場合ニ立法者ハ之ヲ見落シタルモノニシテ立法者ノ意見ノ如
 シ法律ハ成立セサリシナリ然レトモ一旦法律トシテ發布セラレタル以上ハ
 只タ法文ノ意味ニ從テ解釋スルノ外ナク立法者ノ意見如何ニ拘ラス法律ノ
 意見ヲ尋求セサルヘカラサルナリ

(二) 法文ノ意味ハ文法上ノ意味ト法律上ノ術語及ヒ理論トニ依テ解釋スルヲ
 要ス

普通ノ文字ハ普通ノ意味ニ解釋スルハ至當ナルモ法律學上特別ニ使用スル

文字即チ法律上特別ノ意味ヲ有セシメタル文字アリ假ハ竊盜受寄物費消
ノ如キ文字ハ普通ノ意味ニスレハ甚ダ簡單ナル意義ヲ有スルニ過キスト雖
モ法律上ヨリ言フトキハ一ノ法律語トシテ特別ノ意義ヲ有ス此ノ如キモノ
ハ其特別ナル意義ニ依テ解釋セサルヘカラス

(三) 法律ノ文字ハ當ニ使用シタル文字ニノミ拘泥セス使用セラレタル他ノ場
所ニ比照シテ解釋セサルヘカラス

例ヘハ冒認罪トハ他人ノ物ヲ賣ルノ所爲ナリ然ルニ他人ノ物ヲ賣却スルノ
所爲ハ或ハ受托物費消罪ト論シ得ヘシ又他人ノ物ヲ我物ナリトシテ賣却セ
ハ是レ即チ詐欺取財ナリ此三者ハ如何ナル點ニ於テ區別スヘキヤ受寄物費
消罪ハ自己カ正當ニ占有スル他人ノ動産不動産ヲ不法ニ費消シテ成立スル
犯罪ナリ故ニ自己ノ占有内ニアル他人ノ物ヲ賣却スルモ冒認罪ト云フヘカ
ラス冒認ノ場合ハ自己カ占有セサル物ニ限ルト云ハサルヘカラス又詐欺取
財トノ區別ニ就テハ他人ノ物ヲ自己ノ物ナリトシ賣却スル場合ニハ第三者
ヲ欺罔スル點ハ冒認罪モ詐欺取財罪モ同一ナリ或ハ不動産ノ場合ニハ冒認

ト詐欺取財ト區別アルカ如シト雖モ其他ニ於テハ更ニ異ナル所ナキカ如シ
然ラハ如何ナル點ヲ以テ區別スヘキカ詐欺取財ハ詐欺ノ手段ヲ用ヰテ他人
ノ物ヲ不法ニ騙取スルノ所爲ナルモ冒認罪ハ自己ノ占有内ニ存セサル他人
ノ物ヲ自己ノ物トシテ販賣交換シ又ハ抵當典物ト爲ズノ所爲ヲ云フ如此種
々ノ場合ヲ比照シテ其意義ヲ決定スヘキモノトス

(四) 法律草案ノ理由書又ハ議會ノ議事録ハ法律ノ成立セル以前ニ於ケル草案
ノ意見ニシテ既ニ成立シタル法律ノ意見ニ非ス法律カ其法律中ニ包含セシ
メル文字ニ依テ解釋セサルヘカラス故ニ其使用セントスルノ意見ハ總テ文
字ニ表示セルヲ以テ法律ノ意義ハ往々立法ノ當時ニ於テ全ク豫見セサル事
實モ亦其法律ノ解釋ニ依テ決定セラルヘナリ

二 類推

刑事法ノ解釋ハ前述ノ如ク刑事法ノ意義ヲ知ルニアリテ或問題ニ付キ法文中既
ニ決定セル答案ヲ或特別ナル事實ニ適用セントスルニアリ之ニ反シ刑事法ノ類
推(比附援引)ハ法文中未決定ノ問題ナルモ裁判上並ニ執行上ノ必要ヨリ其問題ノ

答案ヲ法文ニ求ムルノ方法ナリ

從來法律ノ類推ニ二種アリトシ(一)法理上ノ類推(二)法文上ノ類推トセリ法理上ノ類推トハ法律全體ノ意思ヲ推測シ之ヲ類推シテ法文ノ不足ヲ補充フノ方法ニシテ法文上ノ類推トハ法文ノ或規定ヲ取リテ他ノ法文ノ不足ヲ補充セントスル方法ナリ二者其方法ヲ異ニスルモ歸スル所ハ一定ノ原則ヨリ之カ適用トナルヘキ規定ヲ發見シ若クハ法文ノ或規定ヨリ一定ノ原則ヲ發見シ之ヲ或場合ニ適用セントスルモノナリ此二種ノ類推ハ民法上ニ於テハ特ニ類推ヲ許スノ明文ナキモ此二種ノ類推カ民法ニ於テ適用セラル、コトニ付キ疑ヲ容ル、者ナシ蓋シ其理由ハ羅馬法以來沿革ノ事實ニ因ルモノナリ之ニ反シ刑事法ニ於テハ法律ナケレハ刑罰ナシトノ諺ニ基キ學問上並ニ立法上刑事法ニ類推ヲ許サストノ說一定セルカ如シ我現行刑法モ亦其二條ニ於テ同一ノ原則ヲ採用シタリ其理由ハ裁判官ナシテ我儘ナル裁判ヲ爲サシメザルニアリトス然レトモ普通ノ解釋者ノ如ク刑法第二條ヲ以テ一切ノ類推ヲ許サ、ルノ根據トスルハ不當ナリト信フ余輩ノ考フル所ニ因レハ刑法第二條ヲ分解スルトキハ其禁令ハ左ノ三種ノ類推ヲ禁スルニ止

マルモノトス

(一) 裁判官犯罪ノ種類ヲ隨意ニ設クルコト

(二) 裁判官刑ノ種類ヲ新設スルコト

(三) 裁判官刑ノ加重減輕ノ情狀ヲ新設スルコト

右三種以外ノ類推ハ刑法第二條ノ直接ニ禁止スル所ニアラス故ニ現行刑法ヨリ論スレハ刑事法上一切ノ類推ヲ許サストノ說ハ正當ニアラス裁判官ハ擅ニ不論罪ノ原因ヲ増加シ刑ノ減輕ノ原因ヲ設ケ若クハ親告罪ノ原因ヲ増加スルカ如キハ法律ニ於テ禁止ノ明文ナシト雖モ不論罪若クハ刑ノ減輕ノ原因ヲ設クルハ立法者ノ事業ニシテ裁判官ノ任務ニアラス故ニ裁判官ハ法律ノ規定以外ニ不論罪ノ原因刑ノ減輕ノ原因ヲ認ムルヲ得ス即チ是等ノ場合ニ類推ヲ爲スコトヲ得サルナリ然レトモ以上論スル所ハ刑法上全ク類推ヲ許サ、ル旨意ニアラス法文ノ欠點ヨリ裁判官裁判ヲ爲スコトヲ得サルカ又ハ執行官執行ヲ爲スコト能ハサル場合ニ於テハ裁判官ハ類推ニ因テ裁判シ執行官ハ類推ニヨリ執行ノ方法ヲ求メサルヘカラス此點ハ法律ノ禁スル所ニアラスト信ス例ヘハ刑法第五十一條刑期

計算ノ規定ニ於テ上訴ノ場合ニ於ケル刑期ノ起算點ニ付キ列記スルモ上訴中未
 拘留ノ場合ニ於ケル起算點ニ付何等ノ規定ナシ上訴中未拘留ノ者ニ付起算點ヲ
 要セサレハ格別之レヲ要スルモノトセハ法文ノ欠點ヲ補フ途ヲ求メサルヘカラ
 ス故ニ實際家ハ第五十一條第三ノ上訴中保釋責付ヲ得タル者ノ刑期ノ起算法ヲ
 類推シテ之ヲ未拘留者ノ場合ニモ準用ス又死刑無期刑ノ言渡ヲ受ケ期滿免除ヲ
 得タル者ノ監視ノ起算點ニ付法文ノ規定ヲ欠ケリ第四十條ニ監視ノ期限ハ主刑
 ノ終リタル日ヨリ起算ストノ規定アルモ此規定中ニハ刑ノ期滿免除ヲ得タル場
 合ヲ包含セサルハ明カナリ然レトモ期滿免除ヲ得タル場合モ尙ホ監視執行ニ付
 テ其起算點ヲ知ルノ必要アルカ故ニ第四十條ヲ類推シテ此場合ニ準用セサルヘ
 カラス又刑法第四十九條ニハ年月日ノ計算ヲ規定スルモ此計算法ハ刑期ノ計算
 法ニシテ解釋上期滿免除ノ年月日ノ計算ニ適用スルヲ得ス然レトモ必要上此規
 定ヲ類推シテ期滿免除ノ年月日ノ計算ニモ準用セサルヘカラス又刑法第百八條
 ハ被教唆者カ教唆ノ範圍ヲ超越シタル場合ノ責任ヲ規定ス此規定ハ實行正犯及
 ヒ從犯間ニモ類推シテ準用セサルヘカラスト信ス

要スルニ刑法ニ於テ類推ヲ禁スルルハ(一)刑ノ種類刑ノ加重ノ原因並ニ犯罪ノ種
 類ヲ擅ニ設クルコト(二)不論罪ノ原因又ハ刑ノ減輕ノ原因ヲ擅ニ設クルコトナリ
 其他ノ點ニ付テノ類推ハ必スシモ法律ノ禁スル所ニ非ラス

犯罪ノ定義

犯罪ノ定義ニ二種アリ一ハ犯罪一般ニ就テノ定義ニシテ一ハ各罪ニ就テノ定義
 ナリ各罪ノ定義ハ各本條ニ於テ述フヘキモノナルヲ以テ茲ニ述ヘス犯罪一般ニ
 就テノ定義ハ左ノ如シ

犯罪ハ法律ニ於テ罰スル法物毀損ノ不法ノ所爲ナリ

故ニ犯罪ニ必要ナル條件ハ左ノ如シ

- (一) 法律ニ於テ罰スル所爲ナルコト
- (二) 不法ニシテ法物毀損ノ所爲ナルコト
- (三) 所爲ナルコト

以下各條件ニ付キ説述ス可シ

- (一) 法律ニ於テ罰スル所爲ナルコト

犯罪ハ法律ニ於テ罰スル所爲ナラサルヘカラス犯罪ト他ノ不法ノ所爲トノ差ハ實ニ此點ニアリ民法上ニモ亦所謂不法行爲アルモ之ヲ稱シテ直チニ犯罪ト言ハサル所以ノモノハ刑法ニ於テ之レヲ犯罪トシテ罰セサルカ故ナリ換言スレハ不法ノ所爲ノ内ニ於テ刑法上之ヲ罰スルト否トニ因リ犯罪トナリ又ハ普通ノ不法ノ所爲トナルノ差異ヲ生ス而シテ均シク法律上不法ノ所爲ニシテ一ハ之ヲ罰シ一ハ之ヲ罰セサルハ所爲ノ性質上ノ區別ニ基クニアラスシテ或不法ノ所爲ニ對スル立法者ノ立法當時ノ觀念ニ外ナラス立法者ハ或不法ノ所爲ヲ以テ世ノ治安ヲ紊シ法律上ノ秩序ヲ害スルモノトナシ法律上ノ秩序ヲ維持スルニ刑法上ノ制裁ヲ加フルヲ必要ナリトシテ刑法上ノ制裁ヲ科シテ之ヲ禁止シ若クハ之ヲ命令スルトキハ犯罪トナルナリ故ニ民法上ノ不法ノ所爲ト刑法上ノ不法ノ所爲トハ其性質ニ於テ差異アルニアラサルヲ以テ其區別ニ就テハ万世不易ノ標準アルコトナシ即チ時代ニヨリ場所ニヨリテ一ノ所爲ニ對スル立法者ノ觀念ヲ異ニス例ヘハ羅馬ハ昔時竊盜ヲ以テ犯罪トセサリシモ現今ハ純然タル犯罪トシ又我現行刑法ハ阿片ノ吸食ヲ以テ一ノ犯罪トスルモ外國

刑法ハ此所爲ヲ以テ犯罪トセス故ニ犯罪ト犯罪ニアラサル不法ノ所爲トハ其性質上一定ノ標準ナシ

現行法上犯罪ト犯罪ニ非サル不法ノ所爲トハ罰則トシテ刑法上ノ刑ヲ科スルト否トニヨリ之ヲ區別セサルヘカラス即チ犯罪タルニハ刑法第七條第八條第九條第十條ニ掲ケタル刑名アルコトヲ要ス若シ是ヨリ以外ノ制裁アルモ所謂刑法上ノ刑ニアラサルカ故ニ其所爲ハ刑法上ノ犯罪ニアラサルナリ

(二) 不法ニシテ法物毀損ノ所爲ナルコト
 刑事法ハ一定ノ法物保護ノ爲メニ立法者ノ發スル禁令命令ナリ人ヲ殺セハ死刑ニ處ス他人ノ所有物ヲ竊取スレハ禁錮ノ刑ニ處ストノ規定ハ其裏面ニ於テ他人ヲ殺スヘカラス他人ノ所有物ヲ竊取スヘカラストノ禁令ヲ當然包含セラレ又失火罪ノ内ニハ人ノ家屋物品ヲ燒失セサル様注意スヘシトノ命令ヲ包含スルモノトス此禁令命令ニ違背スルハ則チ不法ナリ然ルニ以上ノ如キ禁令命令ハ明文上存在セサルヲ以テ刑法中禁令命令ナキモノト解釋シ法律ニ違背ノ所爲ヲ爲スモ不法ニアラスト論スル者アルモ是レ禁令命令ノ何タルヲ知ラザ

ル誤ナリ

(三) 所爲ナルコト

刑法ニ使用スル所爲ナル文字ニハ二様ノ意味アリ一ハ人間ノ動作ヲ稱シ一ハ人間ノ動作ト之レカ結果トナ併稱ス余ハ第一ノ意味ニ於テ所爲ナル文字ヲ用ユルヲ適當ト認ムルカ故ニ此意味ニ於テ所爲ナル文字ヲ使用シ之レヲ論述スヘシ

法律上所爲ハ人ノ動作ノ全部ヲ稱ズルニアラスシテ意思ハ、働キ、ニ基ケルハ、動作ナリ意思ノ働キニ基カサル動作ハ法律上所爲ト稱セス一ノ出來事ナリ此意義ニ於ケル所爲ハ管ニ刑事法上ノミナラス他ノ法律ニ於テモ一般ニ慣用セラレ、所ナリ

左ノ場合ハ意思ニ基カサル動作ナルヲ以テ刑法上所爲トナスコトヲ得ス

(イ) 外形上ノ強制ニ基ク人ノ動作

外形上ノ強制ハ人爲ニ出ツルト天然力ニ因ルトナ問ハス

(ロ) 人ノ智覺ナキ場合ニ於ケル動作

例ニハ狂水病發生中ニ爲シタル所爲ノ如シ

(ハ) 智覺ナキ人ノ動作

例ニハ燒火箸ノ前ニ自然ト手ヲ引キ去ル動作ノ如シ
所爲ヲ分テ爲スノ所爲及ヒ爲サ、ルノ所爲ノ二種トス意思ニ基ク動作ナレハ爲スノ所爲ト不爲ノ所爲トナ問ハス總テ之ヲ所爲ト稱ス

犯罪ノ區別

犯罪ヲ以テ刑法違背ノ所爲ナリトセハ犯罪ハ一ニシテ敢テ數種ノ區別ナシト雖モ立法上及ヒ學術上或目的ヲ違スルニ便宜ナル爲メ犯罪ニ區別ヲ設クルコトアリ左ニ其一ニ二ノモノヲ掲ヘシ

第一、政治犯、非政治犯

政治犯ト非政治犯トノ區別ニ付キ二説アリ第一説ハ犯人ノ意思ヨリ區別ヲ立テ犯罪ノ目的政治上ノ變革ヲ爲スニ在ルトキハ殺人強盜ノ所爲ヲ行フモ尙ホ之レヲ政治犯ナリト稱シ第二説ハ犯罪ノ目的物ヨリ區別シ法律上保護サルベキ物ニシテ國ノ成立ニ關スルモノナルトキ例ニハ政府ヲ顛覆シ邦土ヲ潛竊ス

刑法 犯罪ノ定義

ル誤ナリ

(三) 所爲ナルコト

刑法ニ使用スル所爲ナル文字ニハ二様ノ意味アリ一ハ人間ノ動作ヲ稱シ一ハ人間ノ動作ト之レカ結果トナ併稱ス余ハ第一ノ意味ニ於テ所爲ナル文字ヲ用ユルヲ適當ト認ムルカ故ニ此意味ニ於テ所爲ナル文字ヲ使用シ之レヲ論述スヘシ

法律上所爲ハ人ノ動作ノ全部ヲ稱スルニアラスシテ意思ノ働キニ基ケル人ノ動作ナリ意思ノ働キニ基カサル動作ハ法律上所爲ト稱セス一ノ出來事ナリ此意義ニ於ケル所爲ハ管ニ刑事法上ノミナラス他ノ法律ニ於テモ一般ニ慣用セラレ、所ナリ

左ノ場合ハ意思ニ基カサル動作ナルヲ以テ刑法上所爲トナスコトヲ得ズ

(イ) 外形上ノ強制ニ基ク人ノ動作

外形上ノ強制ハ人爲ニ出ツルト天然力ニ因ルトナ間ハス

(ロ) 人ノ智覺ナキ場合ニ於ケル動作

例ハ狂水病發生中ニ爲シタル所爲ノ如シ
(ハ) 智覺ナキ人ノ動作

例ハ燒火箸ノ前ニ自然ト手ヲ引キ去ル動作ノ如シ
所爲ヲ分テ爲スノ所爲及ヒ爲サ、ルノ所爲ノ二種トス意思ニ基ク動作ナレハ爲スノ所爲ト不爲ノ所爲トナ間ハス總テ之ヲ所爲ト稱ス

犯罪ノ區別

犯罪ヲ以テ刑法違背ノ所爲ナリトセハ犯罪ハ一ニシテ敢テ數種ノ區別ヲシト雖モ立法上及ヒ學術上或目的ヲ違スルニ便宜ナル爲メ犯罪ニ區別ヲ設クルコトアリ左ニ其二ノモノヲ掲ヘシ

第一 政治犯、非政治犯

政治犯ト非政治犯トノ區別ニ付キ二説アリ第一説ハ犯人ノ意思ヨリ區別ヲ立テ犯罪ノ目的政治上ノ變革ヲ爲スニ在ルトキハ殺人強盜ノ所爲ヲ行フモ尙ホ之レヲ政治犯ナリト稱シ第二説ハ犯罪ノ目的物ヨリ區別シ法律上保護サルベキ物ニシテ國ノ成立ニ關スルモノナルトキ例ハ政府ヲ顛覆シ邦土ヲ潛竊シ

其他朝憲ヲ紊亂スル場合ニ於テノミ之ヲ政治犯ナリト稱スヘキモノナリト云フニアリ現行法ノ法文ヨリ論スレハ第二説ヲ可トス唯タ犯罪人引渡條例ニ於テ政治上ノ犯罪人ハ引渡サ、ルチ原則トシテ政治犯トハ如何ナルモノヲ指スカニ付條例中明文ナキヲ以テ實際家ハ第一説ニ基キ政治犯ナリヤ否ヤヲ定ムルカ如シ政治犯非政治犯ノ區別ハ犯人引渡條約ニ於テ必要アリト雖モ其他ノ場合ニ於テ實用ナシ

第二、職權罪、親告罪

親告罪トハ被害者ノ告訴ヲ待テ論スヘキ罪ニシテ例ハ現行刑法ノ脅迫罪第三百二十六條乃至第三百二十九條猥褻姦淫ノ罪第三百四十六條乃至第三百五十條誹毀罪第三百五十八條乃至第三百六十一條牛馬外家畜殺罪第四百三十二條等ノ如シ職權罪ハ被害者ノ告訴ヲ待タズシテ檢事直チニ公訴ヲ提起シ得ヘキ犯罪ナリ例ハ現行刑法ノ竊盜罪第三百六十六條強盜罪第三百七十八條又ハ殺人罪第二百九十二條乃至第二百九十八條等ノ如シ蓋シ此區別ヲ設ケタル所以ハ犯罪ハ被害者ヲ害シ併セテ國家ノ保護スル法物ヲ毀損スル惡所爲ナル

カ故ニ國家ハ當然之ヲ處分スヘキモノナリト雖モ被害者ノ一家ノ醜汚ヲ世間ニ公ニシテ被害者ノ名譽ト一家族ノ快樂ヲ破壞スルコトアルカ爲メ又事件ノ輕微ナルカ爲メニ被害者ノ告訴ナキニ國家自ラ進ノテ之ヲ罰スルノ必要ヲ認メサルニ依ル而シテ此區別モ其時代ノ觀念ニ因テ異ナルモノニシテ昔時職權罪ナリシモノモ今日親告罪タルモノアリ又場所ニ依リテ親告罪ノ種類ヲ異ニス例ハハ墮土利ノ如キハ全ク之ヲ認メサルカ如シ

此區別ハ刑事訴訟法ニ大關係ヲ有スルモ刑法上ニ於テハ犯罪ヲ職權罪ト親告罪トノ二種ニ區別スル實用ヲ認メス

第三、結果犯、意思犯

結果犯トハ犯人ノ意思ノ如何ヲ問ハス生シタル結果ニ依テ其刑ヲ加重スル罪ヲ云フ例ハ毆打創傷罪ノ如シ第三百條第三百一條此場合ニ於テハ創傷ノ結果ニ因テ其刑ヲ科シ犯人ノ意思ノ有無ヲ問フコトナシ意思犯トハ犯罪ノ總テノ結果ニ付キ意思ノ存在ヲ必要トスル犯罪ナリ例ハ殺人ノ如シ此場合ニ於テハ總テノ結果ニ付テ犯意アルコトヲ要ス

此區別モ亦犯罪ヲ區別スルノ標準ト爲ス價值ヲ有スルモノト認ムルコトヲ得

第四、毀損罪、豫防罪

毀損罪及ヒ豫防罪ノ區別ヲ爲スモノアリ毀損罪トハ法律毀損ノ罪ナリ例ハ人ヲ殺シ財物ヲ竊取スル等ノ如キ是レナリ豫防罪トハ生シ得ヘキ害ヲ豫防スル爲メニ或所爲ヲ犯罪トスル場合ナリ例ハ幼者老若ヲ遺棄スル罪ハ身體生命ノ危害ヲ豫防スル爲メニ設ケタル犯罪ナリ又街道ニ馬車ヲ馳驅スヘカラスト云フ禁令アルニ拘ラス之ヲ馳驅スル所爲ヲ犯罪トスルハ一般ノ危険ヲ豫防スルカ爲メナリ

此區別モ亦刑法上罪ノ區別ノ標準トスル價值ヲ認メス

第五、罪ノ輕重ニ因ル區別

犯罪其モノニ就テハ初メヨリ輕重ノ區別ヲ爲スコト難シ然レトモ實際上ノ便益ノ爲メニ刑ノ輕重ニ因テ罪ノ輕重ノ區別ヲ爲サントスルハ此區別ノ大主點ナリ此區別ハ元來佛蘭西刑法ニ起リ我刑法亦之ヲ襲用シ刑法第一條ニ凡ソ法

律ニ於テ罰スヘキ罪ヲ別テ三種ト爲ス 一、重罪 二、輕罪 三、違警罪ト規定シ

第七條ニハ重罪ノ輕重ヲ定メ 一、死刑 二、無期徒刑 三、有期徒刑 四、無期流

刑五、有期流刑 六、重懲役 七、輕懲役 八、重禁獄 九、輕禁獄トシ第八條ニ輕

罪ノ輕重ヲ定メ、一、重禁錮 二、輕禁錮 三、罰金トシテ第九條ニ違警罪ノ輕重ヲ定

メ一、拘留 二、料科トセリ

然ルニ刑ノ輕重ノ區別ハ實際犯人ニ科スル所ノ刑ニ依ルカ又別法文ニ記載セ

ル刑ニ依ルカノ問題ニ付キ二說アリ

第一說ニ依レハ法律ノ各本條ニ規定シタル刑ニシテ刑法第七條ニ該當スルモ

ノナラハ重罪トシ第八條ニ該當スルモノナルトキハ輕罪トシ第九條ニ該當ス

ルモノハ違警罪トスト云フニアリ

第二說ニ依レハ法律ノ各本條ニ掲ケタル刑ヲ刑法第九十九條ニ依リ加減シ其

ノ加減シタル刑ヲ第七條第八條第九條ニ照ラシテ重罪、輕罪、違警罪ヲ區別スヘ

キモノナリトシ即チ總則ニ因リ刑ヲ加減スル場合ハ第一說ト同一ノ結果ヲ生

スルモ從犯及未遂犯其ノ他各本條ニ記載スル特別ノ加重減輕ハ其加重減輕シ

タルモノヲ以テ本刑トナシ之ヲ第七條第八條第九條ニ照ラシ重罪、輕罪、違警罪ノ區別ヲ爲スヘキモノナリト云フモノナリ
 實際ノ慣例ハ第二說ニ傾クモノ、如シ然レトモ此說ハ穩當ニ非スト信ス刑事訴訟法上ヨリ言ヘハ重罪、輕罪、違警罪ニ依テ裁判所ノ事物ノ管轄ヲ異ニシ又公訴ノ時効モ重罪、輕罪、違警罪ニ依テ區別アリ同一ノ犯罪ハ同一ノ裁判所ニ於テ管轄シ同一ノ時効ヲ得ルヲ以テ訴訟上ノ原則トナセトモ第二說ニ依ルトキハ同一ノ犯罪ニシテ裁判所ノ管轄ヲ異ニシ又時効期間ヲ同フセサル場合ヲ生スルコトアルヘシ是レ甚ダ不當ナル理論ノ結果ト云フヘシ
 重罪、輕罪、違警罪ノ區別ヲ爲シタル所以ハ刑法上ニ於テハ重罪、輕罪、違警罪ノ區別ニ依リ附加刑ノ處分ヲ異ニシ又刑ノ執行ノ方法及ヒ其場所ヲ異ニスルカ爲メナリ又刑事訴訟法ニ於テハ重罪、輕罪、違警罪ニ依テ裁判所ノ組織ヲ異ニスル便益アルカ爲メナリ治罪法ニ於テハ重罪ハ重罪裁判所、輕罪ハ輕罪裁判所、違警罪ハ違警罪裁判所ト各其管轄ヲ異ニセルカ故ニ此三種ノ區別ハ實際有益ナル區別ナルコト明カナリシモ今ヤ裁判所構成法第十六條、第二十七條及ヒ第五十

條ニ依リ大審院ノ特別權限ニ屬スルモノ、外ハ第一審ノ刑事裁判所ハ區裁判所及ヒ地方裁判所ノミニシテ區裁判所ハ輕罪ノ一部ト違警罪トヲ管轄シ他ノ輕罪及ヒ重罪ハ總テ地方裁判所之ヲ管轄スルカ故ニ現行刑事訴訟法ニ於テハ重罪、輕罪、違警罪ノ區別ハ殆ント實用ナキニ至レリ又執行ノ場所ニ就テモ重罪、輕罪、違警罪ニ依テ多少ノ差異ナキニ非スト雖モ徒刑ト云ヒ懲役ト云ヒ禁錮ト云フモ實際ニ於テ同一場所ニ於テ執行スルカ故ニ實際上刑ノ執行上ニ於テハ罪ヲ三種ニ區別スルノ用ナシ故ニ刑ノ輕重ニ因テ罪ヲ區別スルコトノ實用アルハ之ヲ認ムルモ罪ヲ三種ニ區別スルノ理由ハ之ヲ認ムルコトヲ得ス故ニ裁判所ノ組織及ヒ刑ノ執行場ヨリ觀察スレハ罪ヲ二種ニ區別スルヲ至當ナリト信ス

刑法上責任ノ能力

刑法上責任者トシテ所罰スルニハ犯罪ノ所爲結果及ヒ犯意アルヲ要スルノミナラス亦タ犯罪ノ當時一定ノ精神上ノ狀態アルヲ必要トス此ノ精神上ノ狀態ナキトキハ刑法上不能力者トシテ犯人ニ刑法上ノ責任ヲ負ハシムルコトナ

刑法上責任ノ基本トナル精神上ノ状態ハ是非ノ辨別ノ自由及ヒ事ヲ決行スルニ付判断ノ自由ナリ此二條件中其一ヲ欠クトキハ刑法上犯人ニ責任ヲ負ハシムルコトナキモノトス刑法ニ於テ幼者狂者ノ所爲ヲ犯罪トシテ罰セサルハ是非ノ辨別心ナキニ基キ強制又ハ長官ノ命令ニ因ル所爲ヲ犯罪ト爲サ、ルハ事ヲ決行スルニ付キ判断ノ自由ヲ欠クカ故ナリ

以上ノ如ク刑法上ニ於テハ從來犯人カ爲スヘカラサルコトヲ知リ得ヘキ場合ニ於テ自由ナル判断ヲ以テ之ヲ決行シ又ハ爲スヘキコトナルヲ知リ得ヘキ場合ニ自由ナル判断ヲ以テ之ヲ爲サ、ルカ爲メ其制裁トシテ犯人ニ刑法ノ刑罰ヲ科スル價值アルモノトシテ所謂刑法上ノ責任能力ナルモノヲ定メタルモノナリ然ルニ近來ニ至リ社會學者出テ刑法上責任ノ能力ニハ犯人ノ一定ノ精神上ノ状態ヲ必要トセス國家ハ其ノ生存ニ害アリトシテ一犯罪ヲ罰スルカ故ニ所謂犯罪責任ノ能力ハ犯人ノ精神上ノ状態ニ求ムルヲ要セス如何ナル犯人ト雖モ社會ニ害アル所爲ヲ爲スモノハ總テ犯罪能力者ト言ハサルヲ得ス即チ刑法上刑罰ヲ科スル價

值アル犯人ナリト云ヘリ然レトモ少ナクモ現行法ノ解釋トシテハ此ノ說ヲ採ル能ハス此說ニ依レハ幼者狂者ノ犯罪ト雖モ尙ホ之ヲ罰スル必要アリト言ハサルヲ得ス然ルニ現行法ハ全ク此思想トハ反對ナル方向ヲ取レリ又此說ヲ學問上ヨリ見ルモ當ヲ得タルモノト認ムル能ハス苟モ國家ノ成立ニ害アルモノハ總テ之ヲ罰スル價值アルモノトセハ人間ノ所爲ノミナラス鳥獸又ハ天然力モ之ヲ罰セサルヘカラサル結果ヲ生スヘシ故ニ社會學派ノ責任論ハ之ヲ認ムル能ハス

現行刑法上凡テノ人ヲ責任能力者トシテ規定シ例外ハ特ニ之ヲ刑法ニ掲ケタリ故ニ此以外ニ刑法上責任ノ不能力者ナシ左ニ刑法上例外トスル所ノ責任不能力者ノ場合ヲ舉クヘシ

(一) 法人

法人トハ法律上便宜ノ爲メニ人ト見做シタルモノニシテ例ヘハ日本銀行、日本郵船株式會社又ハ市町村ノ團體ノ如シ是等無形人ハ罪ヲ犯スコトヲ得ルヤ否ヤコ付キ或ハ法人ト雖モ其代表者タル社員ヲ以テ罪ヲ犯スコトヲ得ヘシト論スルモノアリ然レトモ法人ハ上述ノ如ク法律ノ擬制ニ過キスシテ法人其モノ

ハ身體アルニアラス意思アルニアラサルカ故ニ犯罪ヲ實行スルヲ得ス故ニ又
他人ヲシテ犯罪ヲ爲サシメントスルモ法人ノ犯罪タル能ハサルナリ之ヲ以テ
社員ハ會社ヲ代表シテ犯罪ヲ行フト云フハ非ナリ是レ社員自ラノ犯罪ニシテ
會社ハ犯罪者ニアラサルナリ然レトモ現今ニ於テハ實際ノ必要ヨリ無形人ヲ
モ尙ホ有形人ノ如ク罰セントスルノ説ヲ生スルニ至レリ

(二) 幼者

智能ノ發育意思發達ノ度ハ年齢ノ進度ニ伴フチ普通ノ理トス故ニ幼者ハ未ダ
智能發育セス世間ト自己トノ關係ヲ辨別セス意思ノ發達不完全ナルハ一般ナ
リ然レトモ如何ナル年齢ニ達セハ如何ナル度マテ智能意思ノ働キアルヤ之ヲ
明析スルコト能ハサルカ故ニ各國刑法其規定チ一ニセス
佛國刑法第六十六條ニ依レハ十六歳以下ノ未成年者ト雖モ是非ノ辨別心アリ
テ犯罪ヲ爲シタリト認メラルハトキハ犯罪人トシテ刑法上ノ責任ヲ負ハシム
我現行刑法ハ幼者ヲ四階級ニ分チ第一期ヲ八歳未滿ノ者トシ全ク辨知心ヲ有
セサルモノトシテ無能力者トシ第二期ヲ八歳以上十二歳未滿ノ者トシ情狀ニ

因リテハ滿十六歳ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得第七十九條
第三期ヲ十二歳以上十六歳未滿トシ其所爲是非ヲ辨別シタルト否トヲ審案シ
辨別アリテ犯シタルトキハ之ヲ犯罪トシ辨別ナクシテ犯シタルトキハ其罪ヲ
論セス但情狀ニヨリ滿二十歳ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得
(第八十條)若シ辨別アリテ犯シタルトキハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ス
是非ノ辨別ノ有無ヲ以テ幼者ノ罪ヲ斷スルノ標準トナスハ立法上並ヒニ解釋
上大ニ注意スヘキコトナリ立法上ヨリ論スレハ幼者ト成年者トノ區別ハ是非
ノ辨別ノミニ非ス然ルニ是ノミニチ以テ幼者ノ罪ヲ斷スル標準トスルハ不當ナ
リ故ニ此區別ヲ廢スルヲ可トス又解釋上ヨリ論スレハ事實是非ノ辨別ノ有無
ヲ以テ幼者ノ罪ヲ斷スルノ標準トスルハ不當ナル場合ヲ生スルコトアリ例ヘ
ハ幼者ニ對シ盜ムコトハ善事カ惡事カト問ハ、必ス惡事ト言ハン之ヲ以テ直
チニ是非ノ辨別アリタルモノトセハ此節ニ擧ケタル幼者ノ不論罪ハ全ク其效
ナキニ至ラン幼者ニ最モ欠クル所ハ其慾望ヲ制スル智力即チ慾望ノ自制力ニ
シテ不論罪ヲ設クルニ至リタル所以モ亦之カ爲メナリ

第四期ハ十六歳以上二十歳未滿ノ者トシ犯罪ノ責任ヲ負ハシムト雖モ尙ホ又意思ノ薄弱ヲ免レサルヲ以テ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス(第八十一條)以上幼者ヲ四期ニ區別シ刑法ニ之ヲ規定セリト雖モ此規定ハ果シテ實際ノ事情ニ適スルヤ否ヤハ余之ヲ疑フ

(三) 瘖啞者

瘖啞者罪ヲ犯スモ其罪ヲ論セス(第八十二條)其理由ハ物ヲ聽キ言語ヲ發スルハ智能ヲ開發スル重要ナル機管ナリ瘖啞者ハ此重要ナル部分ヲ欠損スルヲ以テ智識發達セス從テ是非ヲ辨別スルノ能力ヲ欠クモノナリ此ノ如キ者ニ通常人ト同シク其所爲ヲ責罰スルハ不當ナリト云フニ基ケリ然ルニ近來之ヲ非難スルノ說ヲ生ス曰ク從來瘖啞者ヲ教育スルノ途殆ント之レナク世人亦顧ミルモノナカリシヲ以テ智識ヲ發達セシムル能ハス從テ之ニ對シ刑法上ノ制裁ヲ加フルノ不當ナルハ固ヨリ然リシト雖モ今ヤ世ノ進歩スルニ從テ瘖啞者ヲ教育スルノ途開ケ殆ント普通人ト同シク智育德育共ニ授クルノ困難ナラサルニ至レリ然ラバ今日ニ於テハ全ク瘖啞者ヲ不論罪トスルハ

理由ナシ智力發達シ是非ノ辨別ヲナシ得ル所ノ瘖啞者ハ普通人ト同シク處罰セサルヘカラス之レニ反シ全ク是非ノ辨別ナキ瘖啞者ハ不論罪トナスヘキナリ智識發達シ是非ノ辨別アリヤ否ヤハ裁判官ノ判斷ニ委シテ可ナリト之レ理由ナキ說ニアラス

瘖啞者ヲ不論罪トスルノ規定ハ現今各國ノ刑法殆ント同一ニ出ツト雖モ瘖啞者ヲ教育スルノ途益進歩スルニ於テハ將來立法上此規定ニ變更ヲ來スヘキヤ必セリ

瘖啞者罪ヲ犯スモ之ヲ處罰スルコトナシト雖モ放任スルトキハ危險ナル場合ナキニ非ス故ニ此ノ如キ場合ヲ慮リ情狀ニ因リテハ五年ニ過サル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得ルコト、セリ(第八十二條末段)違警罪ニ付テハ瘖啞者ハ全ク其罪ヲ論セス(第八十三條二項)

(四) 精神ノ喪失ニ因テ是非ヲ辨別セサル者

前諸項ニ掲ケタル場合ハ絶對不能力者ノ場合ナリ本項ニ說シ所ノモノハ元來不能力者ニアラサレトモ或場合ニ於テ不能力者トナルモノナリ之ヲ稱シテ或

ハ身體アルニアラス意思アルニアラサルカ故ニ犯罪ヲ實行スルヲ得ス故ニ又他人ヲシテ犯罪ヲ爲サシメントスルモ法人ノ犯罪タル能ハサルナリ之ヲ以テ社員ハ會社ヲ代表シテ犯罪ヲ行フト云フハ非ナリ是レ社員自ラノ犯罪ニシテ會社ハ犯罪者ニアラサルナリ然レトモ現今ニ於テハ實際ノ必要ヨリ無形人ヲモ尙ホ有形人ノ如ク罰セントスルノ説ヲ生スルニ至レリ

(二) 幼者

智能ノ發育意思發達ノ度ハ年齢ノ進度ニ伴フテ普通ノ理トス故ニ幼者ハ未ダ智能發育セス世間ト自己トノ關係ヲ辨別セス意思ノ發達不完全ナルハ一般ナリ然レトモ如何ナル年齢ニ達セハ如何ナル度マテ智能意思ノ働キアルヤ之ヲ明析スルコト能ハサルカ故ニ各國刑法其規定ナニセス
佛國刑法第六十六條ニ依レハ十六歳以下ノ未成年者ト雖モ是非ノ辨別心アリテ犯罪ヲ爲シタリト認メラル、トキハ犯罪人トシテ刑法上ノ責任ヲ負ハシム我現行刑法ハ幼者ヲ四階級ニ分チ第一期ヲ八歳未滿ノ者トシ全ク辨別心ヲ有セサルモノトシテ無能力者トシ第二期ヲ八歳以上十二歳未滿ノ者トシ情狀ニ

七〇

因リテハ滿十六歳ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得(第七十九條第三期ヲ十二歳以上十六歳未滿トシ其所爲是非ヲ辨別シタルト否トシ審案シ辨別アリテ犯シタルトキハ之ヲ犯罪トシ辨別ナクシテ犯シタルトキハ其罪ヲ論セス但情狀ニヨリ滿二十歳ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得(第八十條)若シ辨別アリテ犯シタルトキハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ス是非ノ辨別ノ有無ヲ以テ幼者ノ罪ヲ斷スルノ標準トナスハ立法上並ヒニ解釋上大ニ注意スヘキコトナリ立法上ヨリ論スレハ幼者ト成年者トノ區別ハ是非ノ辨別ノミニ非ス然ルニ是ノミニヲ以テ幼者ノ罪ヲ斷スル標準トスルハ不當ナリ故ニ此區別ヲ廢スルヲ可トス又解釋上ヨリ論スレハ事實是非ノ辨別ノ有無ヲ以テ幼者ノ罪ヲ斷スルノ標準トスルハ不當ナル場合ヲ生スルコトアリ例ヘハ幼者ニ對シ盜ムコトハ善事カ惡事カト問ハ、必ス惡事ト言ハノ之ヲ以テ直チニ是非ノ辨別アリタルモノトセハ此節ニ擧ケタル幼者ノ不論罪ハ全ク其效ナキニ至ラン幼者ニ最モ欠ケル所ハ其慾望ヲ制スル智力即チ慾望ノ自制力ニシテ不論罪ヲ設クルニ至リタル所以モ亦之カ爲メナリ

第四期ハ十六歳以上二十歳未滿ノ者トシ犯罪ノ責任ヲ負ハシムト雖モ尙ホ又意思ノ薄弱ヲ免レサルヲ以テ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス(第八十一條)以上幼者ヲ四期ニ區別シ刑法ニ之ヲ規定セリト雖モ此規定ハ果シテ實際ノ事情ニ適スルヤ否ヤハ余之ヲ疑フ

(三) 瘖啞者

瘖啞者罪ヲ犯スモ其罪ヲ論セス(第八十二條)其理由ハ物ヲ聽キ言語ヲ發スルハ智能ヲ開發スル重要ナル機管ナリ瘖啞者ハ此重要ナル部分ヲ欠損スルヲ以テ智識發達セス從テ是非ヲ辨別スルノ能力ヲ欠クモノナリ此ノ如キ者ニ通常人ト同シク其所爲ヲ責罰スルハ不當ナリト云フニ基ケリ然ルニ近來之ヲ非難スルノ說ヲ生ス曰ク從來瘖啞者ヲ教育スルノ途殆ント之レナク世人亦顧ミルモノナカルシヲ以テ智識ヲ發達セシムル能ハス從テ之ニ對シ刑法上ノ制裁ヲ加フルノ不當ナルハ固ヨリ然リシト雖モ今ヤ世ノ進歩スルニ從テ瘖啞者ヲ教育スルノ途開ケ殆ント普通人ト同シク智育德育共ニ授クルノ困難ナラサルニ至レリ然ラバ今日ニ於テハ全ク瘖啞者ヲ不論罪トスルハ

理由ナシ智力發達シ是非ノ辨別ヲナシ得ル所ノ瘖啞者ハ普通人ト同シク處罰セサルヘカラス之レニ反シ全ク是非ノ辨別ナキ瘖啞者ハ不論罪トナスヘキナリ智識發達シ是非ノ辨別アリヤ否ヤハ裁判官ノ判斷ニ委シテ可ナリト之レ理由ナキ說ニアラス

瘖啞者ヲ不論罪トスルノ規定ハ現今各國ノ刑法殆ント同一ニ出ツト雖モ瘖啞者ヲ教育スルノ途益進歩スルニ於テハ將來立法上此規定ニ變更ヲ來スヘキヤ必セリ

瘖啞者罪ヲ犯スモ之ヲ處罰スルコトナシト雖モ放任スルトキハ危險ナル場合ナキニ非ス故ニ此ノ如キ場合ヲ慮リ情狀ニ因リテハ五年ニ過サル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得ルコト、セリ(第八十二條末段)違警罪ニ付テハ瘖啞者ハ全ク其罪ヲ論セス(第八十三條二項)

(四) 精神ノ喪失ニ因テ是非ヲ辨別セサル者

前諸項ニ掲ゲタル場合ハ絶對不能力者ノ場合ナリ本項ニ説ク所ノモノハ元來不能力者ニアラサレトモ或場合ニ於テ不能力者トナルモノナリ之ヲ稱シテ或

ハ相對的不能力ト云フ

(イ) 夢中ノ犯罪

夢中ノ犯罪モ亦罪ヲ犯ストキ智覺精神ノ喪失ニ依テ是非ノ辨別ナキモノノ所爲ノ一ナリ智覺精神アル者ノ所爲トハ自己ノ智力ノ判斷ト意思ノ主裁トニ依テ外形ニ顯ハル、動作ナリト雖モ夢中ノ所爲ハ智力ノ判斷意思ノ主裁外ノ動作ナルカ故ニ犯罪所爲アルモ刑法上之ヲ問ハサルナリ

夢中ニ於ケル犯罪所爲ノ二三ノ例ヲ舉グレハ嘗テ獨乙ニ於テ或伯爵夫人其愛子ノ誕生日ヲ祝セントテ彼ノ地ニ在テ最モ珍重スル雁ヲ購ハシメ置ケルニ其夜半ニ至リ夫人ハ突然臥榻ヲ下リ庖丁ヲ持テ來リテ愛子ノ咽喉ヲ刺セリ依テ檢事ノ起訴スル所トナリタルカ夫人ノ言ニヨレハ全ク雁ヲ料理スル考ナリシト云フ我國ニモ亦下ノ如キ實例アリ東北ノ或邊陲ノ地ナルカ二人ノ樵夫陸シケニ酒ヲ飲ミ居リ遂ニ二人共爐邊ニ醉臥セリ此時其ノ一人ノ妹戶外ニアリシカ暫クシテ室内ニ悲鳴ノ聲ヲ聞キ何事ナラント至リ見レハコハシモ如何ニ兄ハ他ノ樵夫ヲ撲殺シタル形跡アリテ尙ホ爐傍ニ横臥シ居レ

リ驚テ兄ヲ起シタルニ兄ハ此有様ニ驚キア、大變ナリ人殺チ爲シタリト戶外ニ駈出シ警察署ニ自首シナカラ玆ニ又二日間熟睡シ其醒ムルニ及ント自分ハ何故ニ警察署ニ在ルヤ更ニ知ラザリシト云フ又一例ハ或者其妻カ自分ヲ嫌忌スルモノト考ヒ常ニ之ヲ愛ヘリ一日親戚ノ宅ニ至リ大ニ飲酒シ其處ニ寢ネタルニ睡眠中寧ラ妻ヲ殺スニ若カスト考ヒ深更ニ歸宅シ其妻ヲ殺サントシタルカ家人ノ爲メニ止メラレ初メテ氣付キシト云フ是等ノ實例ハ夢中ニ於ケル身體ノ動作ニシテ犯罪ノ事實アルモ夢中ノ犯罪トシテ刑法上罰スルコトヲ得ズ

(ロ) 狂醉中ノ犯罪

狂醉ノ上犯罪ヲ爲シタル場合ハ酩酊ノ程度ニ從テ或ハ之ヲ不論罪トシ或ハ之ヲ處罰セリ通常飲酒ノ爲メニ精神ニ異狀ヲ呈スルハ人皆實驗スル所ニシテ又或程度ヲ超過スレハ遂ニハ智覺精神ヲ喪失スルニ至ルコトアルモ亦敢テ珍シカラス泥酔スルモ智覺精神ヲ喪失スルニ至ラザレハ不論罪ノ限リニアラス只タ智覺精神ヲ喪失シ犯罪ヲ爲セシトキハ不論罪トナルガリ然レト

モ果シテ智覺精神ヲ喪失セシヤ否ヤハ事實上之ヲ判定スルコト容易ナラス
殊ニ多クハ醉ノ醒メタル後ニ於テ鑑定スルカ故ニ殆ト犯罪當時ノ情況ヲ確
斷スルコト難シトス然レトモ之レ事實上ノ困難ニシテ法律上ノ困難ニ非ル
ナリ

或論者ハ泥酔ノ爲メニ智覺精神ヲ喪失シタル場合ヲ分テ二トシ一ハ過失ニ
ヨリ泥酔シ智覺精神ヲ喪失シタル場合ニシテ過失犯ヲ以テ論スヘキモノト
ナシ一ハ酒ヲ飲メハ智覺精神ヲ喪失ストノコトヲ知リナカラ飲酒泥酔ノ上
智覺精神ヲ喪失シ而シテ犯罪ヲ爲シタル場合ニシテ即チ自己ノ身體ヲ利用
シテ犯罪ヲ爲シタルモノナルカ故ニ之ヲ有意ノ犯罪トシテ論スヘキモノト
リトセリ第二ノ場合ハ自己ノ身體ヲ利用シ犯罪ヲ爲スモノナルカ故ニ有意
犯トシテ處罰スヘキハ勿論ナリト雖モ過失ニヨリ飲酒シ智覺精神ヲ喪失シ
タル場合ハ之ヲ過失犯トシテ問フハ其當ヲ得ス何トナレハ犯罪當時智覺精
神ヲ喪失セルモノナラハ當然第七十八條ニ因テ論スヘキモノナレハナリ

(ハ) 精神病中ノ犯罪

精神病者ノ犯罪ハ精神病ニヨリ智覺精神ヲ喪失シ即チ智力欠乏シ意思ノ自
由ナキ程度ニ至ラサレハ之ヲ不論罪トセス而シテ其病勢ノ程度ニ就テハ裁
判官ハ宜シク醫師ノ鑑定ヲ參酌シテ判斷スルヲ至當トス
精神病者ニ關シ現行刑法上ノ說明ハ右ノ如クナリト雖モ醫學上ヨリ精神病
ノ定義ヲ下ストキハ法律上ノ觀察トハ甚ク異ナレリ或ハ曰ク精神病ニモ疾
病ノ爲メニ感情ノ狂スルモノアリ智力ノ發働ノ狂スルモノナリ又意思ノ働
キノ狂スルモノアリ疾病ニヨリ智力ノ發働ノ狂シタル者ニ就テハ智覺精神
ノ喪失是非ノ辨別ヲ欠キタルモノト稱スルコトヲ得ヘキモ感情ノ働キカ狂
シタル者ニ就テハ智覺精神ノ喪失是非ノ辨別ナキモノトハ言フコトヲ得ス
且精神病モ他ノ病氣ノ如ク度合ノ問題ニシテ恰モ普通ノ病氣ニ在テ人ノ健
康體ト否ラサルモノトノ區別ヲ立テ得サルカ如ク精神ノ健康體ト精神ノ病
體トハ劃然區別シ得ルモノニアラス然ラハ刑法上ニ於テ智覺精神ノ喪失是
非ノ辨別ナキコトヲ以テ不論罪ノ標準トスルハ其當ヲ得タルモノニアラス
ト是レ一應至當ノ說ナリ醫學上ノ理論モ刑法上參酌スルノ必要アリト雖モ

精神病者ノ刑法上ノ責任問題ハ唯リ醫學上ノ理論ニ依テ斷定スル能ハス心理學並ヒニ醫學及ヒ法律學ノ三面ヨリ觀察シテ其責任ヲ決セサルヘカラス蓋シ醫學上ニ於テモ心理學上ニ於テモ或事實迄ハ證明ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ其以上一步ヲ進メハ所謂想像ノ範圍ニ屬シ即チ假設的トナリ學問上ノ爭ニ歸スルノミ故ニ精神病者ノ所爲ニ付キ刑法上ノ責任問題ニ付テハ單ニ醫學上ニノミ重キヲ措ク能ハサルモノトス

精神病ノ中ニ所謂道德狂ナルモノヲ入ル、者アリ道德狂ノ說ハ英吉利ヨリ起リ學問上ニ於テハ何レノ國ニ於テモ「モラル、インサニ」ノ名稱ヲ用ユ道德狂トハ他ノ點ニ付テハ普通人ト異ナルナキモ只モ道德上ノ觀念ハ甚々薄弱ナルカ若クハ全ク道德上ノ考ナキモノヲ云フ事實上道德狂モ亦之ヲ認ムルヲ至當トスト雖モ現行法ニ於テハ智覺精神ノ喪失ニヨリ是非ノ辨別ナキ者ノ所爲ニアラサレハ不論罪トスルヲ得サルカ故ニ單ニ道德狂者トシテ其犯罪所爲ヲ刑法上不論罪トナスコトヲ得ス

(三) 白痴

白痴ト精神病トハ結果ニ於テ異ナル處ナシト雖モ學問上ニ於テハ區別アリ精神病トハ前述ノ如ク病氣ニ因テ感情ノ働キヲ失ヒ、智力ノ活動カ止息シ又ハ意思ノ働キヲ止ムルモノヲ稱シ白痴トハ先天的即チ性來感情ノ働キナシ智力ノ働キヲ欠キ若クハ意思ノ働キヲ欠損スルモノヲ云フ即チ病氣ニ依ルト性來ニヨルトノ差アルナリ

白痴ニ就テモ現行法上ヨリ言ヘハ犯罪ノ當時智覺精神ノ喪失ニヨツテ是非ノ辨別ナキモノニアラサレハ其犯罪行為ハ不論罪ノ限リニアラス

(五) 被強制者

他ノ強制ヲ受ケテ爲シタルノ所爲ハ強制ニヨリ意思ノ働キヲ欠クヲ以テ外形上ノ強制ニ依ルト心神上ニ及ホス強制ニ依ルトチ問ハス刑法上之ヲ不論罪トス(第七十五條一項二項例)ハ證書ニ捺印スルコトヲ強制セラレ手ヲ取り捺印セシメラレタルカ如キ又兇器ヲ以テ脅迫セラレ竊盜ヲ爲シタル場合ノ如シ

犯意及過失

第一、犯意

刑法 犯意及過失

人アリ犯罪トナルヘキ所爲ヲ行ヒタリトテ直チニ刑法上ノ責任アリト云フヘカ
 ラス所爲ト犯罪ノ事實ト原因結果ノ關係ヲ要スル外尙ホ其所爲タル一定ノ意思
 ノ働キニ基クニアラサレハ之ヲ犯罪トシテ處罪スルコトヲ得サルモノトス犯罪
 ニハ一定ノ意思ノ働キヲ必要トスルコトハ現行刑法全篇ヲ通スル骨子ニシテ根
 底ヨリ現行法ノ組織ヲ變スルニアラサレハ意思問題ヲ度外ニ置クコト能ハス左
 レハ刑法ノ上ニ在テハ犯意ノ講究ハ最モ必要ニシテ且ツ困難ナル問題ナリ
 刑法上意思ノ働キハ二大別セラルル犯意及ヒ過失是レナリ先ツ初メニ犯意ヲ述ヘ
 後チ過失ニ就キ説明スヘシ

犯意トハ犯罪ノ法定條件タル事實ヲ知テ之ヲ實行セんとスル意思ノ働キナリ
 犯罪ノ法定條件トハ刑法第二篇以下各本條ニ規定スル所ノ犯罪ノ成立要素ニシ
 テ各犯罪ニ就テ各別ニ之ヲ論定セサルヘカラサルヲ以テ一概ニ之ヲ述フルコト
 難シ第三百六十六條竊盜ノ例ヲ以テ之ヲ示セハ竊盜罪ノ法定條件トハ(一)他人ノ
 所有物タルコト(二)他人ノ占有内ヨリ物ヲ取り離スコト(三)自己若クハ他人ノ
 占有内ニ移スコト是レナリ

右ノ如キ法定ノ條件タル事實ヲ知テ之ヲ實行スルノ意思ノ働カ所謂犯意ナルモ
 ノニシテ刑法上責任ヲ生スルニハ是ヨリ以外ノ事實ヲ知ルヲ必要トセス即チ犯
 人ニ於テ竊盜ハ道德上惡事ナルト云フコトヲ知ルノ要ナク又法律上禁止サレタ
 ルモノナルヲ知ルヲ要セス又竊盜ヲ犯ストキハ如何ナル刑罰ニ處セラル、カチ
 知ル必要ナシ

學問上ヨリ意思ノ働カ成立スル順序ヲ説明セハ左ノ如シ

- (一) 苦ヲ避ケ樂ニ就カントスルハ人間普通ノ性情ナリ是即チ感情ナリ
- (二) 苦ヲ避ケ樂ニ就カントスルニハ已往ノ經驗ニ因テ其ノ手段トシテ或事實
 ヲ豫想ス即チ腦中ニ未來ノ或事實ヲ畫クナリ此未來ノ事實ハ或ハ一個ノ場
 合モアルヘク或ハ數個ノ場合モアルヘシ

- (三) 次ニ豫想ノ事實ニ就テ取捨撰擇ノ問題ヲ生シ智力ノ働キニヨリ道德ノ觀
 念ニ準據シテ腦中ニ豫想スル所ノ事實ハ果シテ其企望ヲ達スヘキヤ又之ヲ
 實行スルニヨリテ生スル所ノ苦痛ハ之ヲ爲サ、ルノ苦ニ勝ラサルヤ等ヲ判
 斷シ意思之カ主宰トナリ豫想ノ事實ヲ實行スヘキヤ否ヤヲ決定ス之ヲ名ケ

ヲ未ダ適當ノ言語ヲ見出サ、レトモ假リニ決意ト稱ス或ハ又是認ト云フモ可ナリ

(四) 決意ノ内容タル豫想カ所爲トナリ外形ニ顯ハル、ニハ尙ホ一ノ意思ノ働キヲ必要トス即チ決意ノ内容タル豫想ノ事實ヲ實行スル爲メ神經ニ命令ヲ傳ヘテ身體ニ或動作ヲ爲サシメ又ハ爲サシメサル所ノ意思ノ働キナリ之ヲ稱シテ決心ト云フ

(決意ト云ヒ決心ト云フモ普通殆ト同一ノ意味ニシテ誤解ヲ來シ易ク適當ナル語ニアラスト雖モ今暫ク之ヲ用ユ) 豫想ノ事實ノ實行ヲ決定シ而シテ之ヲ實行スル所ノ意思ノ働キハ決心ナルカ故ニ決心ハ實行ト同時ニ顯ハレ實行ナクシテハ決心ナキナリ此故ニ決意ハ之ヲ顯スゴトヲ得ルモ決心ハ之ヲ顯シ又之ヲ取消スゴトヲ得スルモ決心ハ之ヲ顯シレタル意思ト決心ニ基ク人ノ身體ノ動作ニヨリ外形ニ顯ハレタル事實ト符合シタルトキハ此動作ヲ有意ノ所爲ト云ヒ決心ノ内容タル意思ニシテ犯罪條件タル事實ヲ實行セントスルニアルトキハ此決心ニ基ク人ノ身

體ノ動作ニ因リ外形ニ顯ハレタル事實ト符合シタルトキハ其意思ヲ犯意ト云フ又其身體ノ動作ヲ犯意アルノ所爲ト云ヒ外形ニ顯ハレタル事實ヲ犯意ニ基ク犯罪事實ト云フ而シテ如何ナル程度ヲテ決心内ノ意思ト外形ニ顯ハレタル所爲ト事實ト符合スルコトヲ要スルカハ困難ナル問題ナリ例ニハ他人ノ所有スル或物品ヲ竊取セントシ之ヲ竊取シタルトキハ意思ト事實ト符合セルコトハ疑ナキモ百圓ヲ竊取セントシテ案外ニモ二百圓ヲ竊取シタルトキハ犯人ノ意思ヨリ觀察セハ無論意思ト事實ト符合セサルモノナリ然レトモ法律ハ法定ノ犯罪條件タル事實ノミチ眼中ニ置クカ故ニ其他ノ事實ト符合スルト否トハ法律上之ヲ穿鑿スル必要ナシ

(五) 豫想スル未來ノ犯罪事實ハ必ス智覺アル犯罪事實ナリト雖モ所爲ニヨリ外形ニ顯ハレタル豫想ノ犯罪事實ハ必スシモ犯意アル犯罪事實ナリト云フコトヲ得ス何トナレハ決心ノ内容トナラサル犯罪事實ハ假令所爲ニヨリ外形ニ顯ハル、モ犯意アル犯罪事實ニアラス而シテ豫想スル未來ノ犯罪事實ハ必スシモ決心ノ内容タルモノニアラサレハナリ即チ實行セントスル決心

ノ内容ヲテサル豫想ノ犯罪事實ハ智覺ナキニアラスト雖モ犯意アル犯罪事實ト云フコトヲ得ス例ヘハ丙者甲ナル者ヲ銃殺セントセリ乙者丙ノ傍ニ立テリ發砲センカ或ハ乙者ニ中ルヲ豫想セリト雖モ十分注意ヲ加ヘ戒心以テ乙者ニ中ラサルヲ期シ發砲セリ然ルニ不幸ニシテ乙者ヲ斃セシト云フ假例ニ於テ或ハ乙者ニ中ルコトアリトノ豫想ハ自己ニ智覺アルノ事實ナリ然レトモ乙者ニ中ラサル様注意シテ爲シタルモノナルカ故ニ乙者ヲ斃シタルノ事實ハ丙者カ殺人ノ決心ノ内容トナラサルモノナリ故ニ乙者ヲ殺シタル事實ニ就テハ犯意アル殺人罪ニアラスシ過失罪ナリトス

然ルニ獨乙ノ學者「リスト」ノ説ニ依レハ犯人カ腦中ニ或未來ノ事實ヲ描クトキハ其事實ニ就テハ智覺アルモノトス其豫想ニ自己ノ身體上ノ動作ヲ結ヒ付ケ犯罪タル結果ヲ生セシムルトキハ所謂犯意アル犯罪事實ナリト云ヘハ此説ハ法定ノ犯罪條件タル事實ヲ實行セントスル決心ヲ必要トセザルモノナリ故ニ前例ニ於テ乙者ニ對スル丙ノ所爲ハ犯意アル殺人罪ト論結セザルヘカラス又例ヘハ竊盜ニ入り物ヲ搜索スル爲メ「マツチ」ヲ付ケタルニ其殘リ

カ火事ニ至ルコトアルカモ知レサレト多分ソト云フコトナカルヘシト信シ其儘ニ爲シ置キタルニ其家ヲ燒失スルニ至リシトセハ是放火罪ナリト論セサルヲ得ス

此「リスト」ノ説ヲ豫想説ト稱シ前説ヲ意思説ト云フ兩説ハ其根本ニ於テ主張ヲ異ニスルカ爲メ結果ニ於テ大ナル差異ヲ生ス豫想説ノ論スル所ハ人カ或行爲ヲ爲スハ總テ事實ノ豫想ニ基クモノナリ即チ智力ノ働キニ因ルモノニシテ意思ノ働キハ唯智力ノ命令ニ從テ人ノ身體ノ動作ヲ爲ス一ノ機關ニ過キス豫想ノ事實ノ撰擇及ヒ實行ノ準備等ニ就テハ意思ハ之ニ與ラス全ク智力ノ主宰スル所ナリトシ自由意思説ヲ非認スルモノナリ既ニ自由意思説ヲ認メサル以上ハ如此論スルモ不當ニアラス前ニ述ヘタルカ如ク意思説ハ人カ苦ヲ避ケ樂ニ就カントシテ或事實ヲ豫想スルトキハ智力ニ依テ其事實ノ善惡利害ヲ攻究シ意思之カ主裁トナリ之ヲ撰擇決定シ其結果神經ニ命令ヲ傳ヘテ人ノ動作ヲ惹キ起スト論スルモ豫想説ハ然ラハ意思ハ左程ノ働キアルモノニアラス豫想ノ事實ニ就テ其利害得失ヲ攻究シ且ツ之ヲ撰擇決定ナ

爲スハ全ク智力ノ働キニ屬シ意思ハ智力ノ命令ニ從テ神經ニ命令ヲ傳フル
 一ノ機關ニ過キス其以外ニ意思ノ働ク餘地アルモノニアラスト説クモノナ
 リ要スルニ一ハ意思ニ重キヲ置キ一ハ智力ニ重キヲ置クモノニシテ意思説
 ニヨレハ意思ノ働ク範圍ハ非常ニ廣カリシモ豫想説ハ之ヲ狹隘ニシ智力ノ
 働ク範圍ヲ擴ノ之ヲ以テ殆ント從來意思ノ働キト稱セルモノニ代ヘントス
 ルモノナリ然レトモ我現行刑法ノ解釋トシテハ自由意思説ヲ至當トスルカ
 故ニ余ハ此豫想説ニ左袒スル能ハス

以上ヲ以テ犯意ノ成立スル順序並ヒニ犯意ノ性質及ヒ學說ノアル所ヲ大略説明
 セリ説ク所實ニ其一班ニ過キスト雖モ大意ハ之ヲ知了スルニ足ルヘシト信ス
 ニハ犯意ノ證明ニ付テニ言セン
 犯罪事實ニ付キ犯意ノ存在ハ推測ヲ許サス各事件ニ付キ犯意ノ有無ハ裁判官之
 ナ判斷セサルヘカラサルナリ之レ一般ノ原則ナリ然レトモ法律ハ此ノ場合ニ於
 テ特ニ犯意ノ存在ヲ推測スルコトアリ例ヘハ船舶法ニ於テ船主ニ對シテ船舶ヲ
 沒收スル場合ノ如キ新聞紙例中犯罪ニ付キ編輯人ヲ罰スル場合ニ於テハ犯意ノ

推測ヲ許セリ此ノ如キ特例ノ外法律ハ原則トシテ犯意アリトスル推測ヲ許サス
 故ニ裁判官ハ各事件ニ依テ犯意ノ有無ヲ判定セサルヘカラサルナリ
 犯意ト最モ混同シ易クシテ區別スヘキモノハ犯罪ノ目的原因ナリ犯罪ノ目的原
 因トハ復讐ノ爲メニ人ヲ殺傷シ空腹ノ爲メニ人ノ食ヲ盜取スルカ如キ空腹ヲ滿
 タサンカ爲メ若クハ親ノ仇ヲ復スルカ爲メ等ハ學問上之ヲ犯罪ノ目的原因ト云
 フ此犯罪ノ目的原因ハ犯罪ノ法定條件トハ更ニ關係ナク犯意トハ全ク別種ノモ
 ノナリトス故ニ法律上ニ於テハ如何ニ其目的ハ善良ナルモ法律ニ違背スル所爲
 ナルトキハ之ヲ罰ス唯テ犯罪ノ目的原因ハ裁判ヲ爲スニ當リ裁判官カ其職權内
 ニ於テ刑ヲ加減スルノ參考トナルノミ然レトモ左ノ場合ニ於テハ法律ハ特ニ犯
 罪ノ原因目的ヲ犯罪成立ノ條件トシ刑ノ加重ノ情狀トシ又ハ宥恕、不論罪ノ原因
 トセリ

(一) 法律ニ於テ犯罪ノ原因目的ヲ犯罪成立ノ必要條件トシタル場合
 刑法第二百一十一條ノ所謂國事犯ノ場合ニハ政府ヲ顛覆シ又ハ邦土ヲ僭竊シ
 其他朝憲ヲ紊亂スルコトヲ目的ト爲シ云々トアルヲ以テ唯テ兵器ヲ取テ暴

動ヲ起スモ直チニ内亂罪トナラス即チ内亂罪タルコトハ邦土ヲ借竊スルノ目的アルカ政府ヲ顛覆スルノ目的アルカ又ハ朝憲ヲ紊亂スル目的アルチ必要トス又第二百十八條第二十條ノ偽證罪ノ場合ニハ犯人ヲ曲庇スル爲メニスルカ又ハ犯人ヲ陷害スルノ目的ヲ要シ之ヲ以テ偽證罪ノ成立要素トセリ故ニ自己ノ犯罪ヲ免ル、爲メニ偽證スルモ刑法上犯罪トシテ問フコトヲ得ス又刑法第四百十三條ノ決水罪ノ場合ニモ他人ノ便益ヲ損シ若クハ自己ノ便益ヲ圖ル爲メ云々トアルカ故ニ提防決潰ノ所爲アルノミニテハ決水罪トラス之ニ加フルニ自己ノ便益ヲ圖リ又ハ他人ノ便益ヲ損スルノ目的アルチ要スルナリ

(二) 法律ニ於テ犯罪原因目的ヲ加重ノ情狀ト爲シタル場合
 刑法第三百三條ノ毆打創傷ノ場合ニハ一ノ犯罪ヲ爲スニ便利ナルカ爲メニ他人ヲ毆打シ又ハ既ニ犯シタル罪ヲ免ル、カ爲メニ他人ヲ毆打スル等一定ノ目的ヲ刑ノ加重ノ情狀トセリ又三百二十一條ノ自殺幫助ノ場合ニハ自己ノ利益ヲ圖ルコトヲ目的トスルチ加重ノ情狀トセリ

(三) 犯罪ノ目的原因以テ宥恕不論罪ノ原因トシタル場合

不論罪ノ場合ハ第三百十五條ノ財物ニ對スル正當防禦家宅侵入ニ對スル正當防禦ノ場合等

宥恕ノ場合ハ第三百十二條ノ住宅内ノ侵入者ヲ防シノ場合是ナリ

犯罪ノ目的原因ノ説明ハ右ニテ略述セルチ以テ以下犯罪ノ種類ニ付テ説述スヘシ

犯罪ノ種類

犯罪ノ外形ニ顯ハレタル狀態ヨリ觀察スルトキハ或事實ニ付キ犯罪ノ有無ハ大ニ疑問ニ屬スル場合尠カラス而シテ或事實ニ付キ犯罪ノ有無ヲ説明スル爲メニ學問上ニ於テ犯罪ヲ形體上ヨリ區別シテ假リニ犯罪ノ種類ト稱セリ其種類左ノ如シ

(一) 豫謀アル犯罪ト豫謀ナキ犯罪

豫謀アル犯罪ト豫謀ナキ犯罪ノ區別ニ基キ法律ハ故殺ト謀殺トチ區別シ單純毆打ト豫謀毆打トチ區別セリ殺人ノ豫謀又ハ毆打ノ豫謀トハ如何ナルモ

ノナルカ一説ニ犯罪ヲ實行スルニ豫メ思慮ヲ運ラヌ場合アリ此場合ニハ豫謀アリト云ヘリ故ニ思慮ヲ運ラヌ時間ノ長短ニヨリ謀故殺ヲ區別シ思慮スル時間ノ長キトキハ謀殺ニシテ短キトキハ故殺ナリ毆打ニ付テモ亦同一ノ區別ヲ爲セリ此説ハ一理ナキニアラサレトモ幾分又ハ幾時間ヲ以テ長キ時間ナリト云フヘキヤ又幾時間以下ハ短キ時間ナリト云フヘキヤ如何ニ時間ヲ區域シテ豫謀ト否トナ區別スヘキヤ一ノ標準アルナシ故ニ時ノ長短ノミヲ以テ豫謀ノ有無ヲ區別スル能ハサルナリ第二説トシテ感激ノ有無ヲ以テ豫謀ノ有無ヲ區別スル標準ト爲サントスルモノアリ感激トハ喜怒哀樂悲憂等其何ニアルヲ問ハス情ノ感激スル狀況ナリ而シテ人ヲ毆打シ人ヲ殺傷スル場合ハ殆ント感激アラサルナク是等ノ犯罪ハ何レカ情ノ感激ニ基カサルモノアラシ然ラハ感激ノ有無ヲ以テ豫謀ノ有無ヲ區別スル標準トスルハ未ダ密ナルモノト云フ能ハス然ラハ如何ナルモノヲ以テ豫謀ノ有無ヲ區別スヘキヤ第三説ニ曰ク犯罪實行ノ手段方法ニ就キ熟慮ヲ爲シ其熟慮アル手方法ヲ實行シタルトキハ豫謀ノ犯意ナリ即チ殺人罪又ハ毆打罪ニ於テ其實

行ノ手段方法ヲ熟慮シ其熟慮シタル手段方法ヲ以テ殺人又ハ毆打ヲ實行シタルトキハ謀殺罪又ハ豫謀毆打罪ナリ豫謀アル犯意ト豫防ナキ犯意トハ此點ヲ以テ區別スヘキナリト余ハ此説ヲ以テ可ナリトスルモノナリ

(二) 目的物確定ノ犯意ト目的物不確定ノ犯意

目的物確定ノ犯意トハ行ハントスル犯罪ノ確定セル場合ナリ例ヘハ人ヲ殺サントシ又ハ物ヲ竊取セントスル場合ノ如シ目的物不確定ノ犯意トハ事實爲サントスル犯罪ノ不確定ノ場合トス例ヘハ犯人カ小刀ヲ以テ他人ニ切附ケントセシモ毆打ヲ爲サントノ意カ又ハ殺人スルノ意カ豫メ一定セサル場合ノ如シ此場合ニハ生シタル結果ニ付キ犯意アリシモノト言ハサルヘカラス何トナレハ毆打又ハ殺人ノ意ハ不定ナリシモ生スヘキ結果ヲ豫メ認ムルノ決心ナリトセサルヘカラサレハナリ

(三) 二中擇一ノ犯意

例ヘハ殺人或ハ毆打ヲ爲サントスル意思アル場合ニシテ殺人及毆打共ニ之ヲ行ハントスルニアラス此場合ニ於テモ亦生シタル結果ニ從テ犯意ヲ認メ

生セザリシ結果ニ就テハ犯意アリシコトヲ認メテ隨テ之ニ對シ刑法上ノ責任ヲ負ハシメサルモノトス

(四) 未必ノ犯意

未必ノ犯意トハ例ヲ以テ之ヲ示セハ獵者アリ樹上ノ鳥ヲ打ダントシテ鐵砲ヲ擬シタルニ樹下ニ人アリ彈丸或ハ此者ニ中ルヤモ知レス其時ハ已ムナシト覺悟シ發砲セルニ果シテ其者ヲ斃シタル場合ニ於テ獵者ハ此樹下ノ人ニ對シ殺人意思アリト言ハサルヘカラス何トナレハ獵者ハ彈丸ノ他人ニ中ルコトアルヲ豫想シ而カモ之ヲ避クルノ方法ヲ取ラスシテ發砲シタルモノナルカ故ニ殺人ノ豫想ハ決心ノ内容トナリタルモノナレハナリ

第二 過失ニ基ク犯罪

爲スヘキ注意ヲ怠リタルニ因リテ法律上罪トシ罰ス可キ結果ヲ生シタルトキハ過失ニ基ク犯罪ト云フ

法律ハ一定ノ法物ノ毀損ヲ禁令スルノミナラス又法物ヲ毀損セサルヘキ注意ヲ用ユルコトヲ命令スルモノアリ然ルニ此注意ヲ用非サル爲ノ罪トナルヘキ結果

ヲ生シタルトキ所謂過失犯アリトス故ニ過失犯ハ常ニ不爲ノ所爲ニ基クモノト云フヲ得ス爲ス所爲ニシテ過失ニ基ク犯罪アルハ固ヨリナリ

過失犯ハ人ノ智力ノ及ハサル點ヲ罰スルモノニアラス意思ノ働キノ欠缺ヲ罰スルモノナリ故ニ過失犯モ亦犯意罪ト同シク意思ヲ罰スルモノトス即チ注意ヲ用ユルトキハ犯罪ノ結果ヲ生セサルヘキニ注意ヲ用ヒサルカ爲メニ此結果ヲ生セシメタリトシ其不注意ノ點ヲ罰スルモノニシテ犯意罪ノ場合ニハ犯人カ犯罪ヲ實行スル爲メニ意思ヲ働カシメタリトシテ之ヲ罰シ過失ニ基ク犯罪ノ場合ハ犯罪トナルヘキ結果ヲ生セシメサルヤウ意思ヲ働カスヘキニ其意思ヲ働カセサル故ニ之ヲ罰スルモノトス

過失ト犯意又ハ無意トノ區別

(一) 過失ト犯意トノ區別

犯意ニ基ク犯罪ハ法定ノ犯罪條件タル事實ヲ實行セントスル意思ノ働キノ基キ豫期シタル結果ノ生シタル場合ニシテ過失ニ基ク犯罪ハ法定ノ犯罪條件タル事實ヲ實行スルノ意思ナクシテ其結果ノ生シタル場合ナリ即チ犯意

ノ有無ヲ以テ過失罪ト故意罪トノ區別ヲ爲スモノトス

(三) 過失ト無意トノ區別

犯意ナキノ點ハ過失無意共ニ同一ナリト雖モ過失ニ基ク犯罪ニハ左ノ條件ヲ必要トス

(イ) 犯人ハ用ユヘキ注意ヲ用ヒサルコト

(ロ) 若シ犯人カ注意ヲ用ユレハ罪トナルヘキ結果ヲ生セサルコト

無意ノ場合ハ右ノ如キ條件ヲ必要トセス即チ無意ノ場合ニハ過失アルコトナキナリ故ニ過失ト無意トノ區別ハ過失ノ有無ニ依ルモノトス

過失犯ニハ右ニ述ヘタル二條件ヲ必要トスル點ニ付テハ別ニ異論ナキモ第一ノ條件タル注意ヲ用ヒサルコト、云フ點ニ付テハ種々ノ議論アリ蓋シ如何ナル程度ノ注意ヲ用ユレハ犯罪トナルヘキ結果ヲ生スルモ不注意ノ責ヲ免ル、コトヲ得ルヤ是レ其用ユヘキ注意ノ程度ヲ規定セサルヨリ起ル問題ナリトス而シテ法律ハ此規定ヲ設ケサル所以ノモノハ之ヲ規定スルノ困難ナルニ由ル故ニ之ヲ實際ト學理トニ一任セリ於是カ用ユヘキ注意ノ程度ヲ一定スル標準ニ付キ數説

ヲ生ス先ツ其重ナルモノ二三ヲ掲グレハ左ノ如シ

第一説 通常人ノ用ユル注意ノ程度ヲ標準トス

其説ニ曰ク通常人ノ注意ヲ用ヅテ尙ホ犯罪ノ結果ヲ生シタル場合ハ之ヲ過失ノ犯罪ト云フヲ得ス是ヨリ以上ノ注意ヲ普通一般人ニ求ムルハ是レ難キヲ責ムルモノニシテ苛酷ト云ハサルヘカラスト此説ハ羅馬法ヨリ出テ、英吉利法及歐洲大陸諸國ノ法律ニ普及セルモノナリ殊ニ英法ニ於テハ此原則ハ唯リ刑法ノミナラス民法ノ上ニモ適用セラル

第二説 用ユヘキ注意ハ犯人各別ニ就テ其程度ヲ定メサルヘカラス

其説ニ曰ク

他人ノ用ユヘキ程度ノ注意ヲ用ユルコトヲ犯人ニ望ムハ不當ナリ又第一説ノ如ク通常人ノ用ユヘキ程度ノ注意ヲ用ユルコトヲ一般ニ望ムモ刑法上ノ犯人ニハ假令不能力者ニアラサルモ通常人ニ比シ其智力ノ程度極メテ低キ者アリ隨テ通常人ノ用ユル程度ノ注意ヲ此等ノ者ニ對シテ望ムハ寧ロ苛酷ニ失ス故ニ注意ノ程度ノ標準ハ各犯人各別ニ就テ觀察セサルヘカラス即チ其人ノ地位

貧富智識ノ程度等ヲ參酌シテ其用ユヘキ注意ノ程度ヲ定メ又犯罪ノ時及場所ニ應シテ之ヲ決セサルヘカラスト余ハ此第二說ヲ至當トスルモノナリ然ルニ茲ニ亦第三說アリ

第三說 注意ヲ缺クノ點即チ注意ノ程度ノ標準ニ就テハ第一說至當ニシテ第二說其當ヲ得タルモノニアラス然レトモ豫知シ得ラルヘキ結果ヲ豫知セサル點ニ付テハ犯人ノ心神上ノ能力ヲ參酌シテ注意ノ程度ヲ決スルヲ要スト

第三說ハ前二說ヲ折衷セントスルニアリ要スルニ此折衷說ハ過失ニ由ル犯罪ヲ意思ノ働キノミニ基ク所爲ナリトセスシテ亦能力ニ基ク所爲ト見做スモノナリ即チ豫知シ得ラルヘキ結果ヲ豫知セサリシコトハ意思ノ働ニ屬セスシテ能力ノ働ニ屬スルモノトシ犯人ノ能力ヲモ參酌セサルヘカラスト云フノ說ナリ結果ハ第二說ニ近キモ立論ハ全ク異レリ犯意ト云ヒ過失ト云フモ畢竟意思ノ積極消極ノ働キナリトノ說ヲ取ルトキハ第三說ニ同意ヲ表スル能ハス過失犯ヲ罰スルニハ特別ノ規定ヲ必要トス

刑法第七十七條ニ罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セス但シ法律規則ニ特別ノ

規定アルトキハ此限ニ非ストアリ故ニ刑事ノ法律ニ於テ犯罪トシテ罰スルハ犯意ニ基ク犯罪ノミニシテ其他ノ場合ニ就テハ特別ニ規定スルモノニアラサレハ之ヲ罰セス而シテ刑法中此特別ノ規定ヲ設ケタル場合ハ過失ニ基ク犯罪ノミニシテ其他ノ場合ニ就テハ何等ノ規定アルナシ然レトモ他ノ刑事法中ニハ犯意ニ基ク犯罪ハ勿論過失ノ有無ヲ問ハス即チ無意ノ犯罪ヲモ尙ホ犯罪トシテ罰スル場合アリ

刑法中過失ニ基ク犯罪ヲ規定シタル場合ハ囚徒逃走ノ罪(第五百十條)過失殺ノ罪(第一百七七條)過失傷ノ罪(第三百十八條)第三百十九條)失火罪(第四百九條)過失ニ依テ水害ヲ起シタル罪(第四百十四條)等ナリ

違警罪ハ犯意ヲ要セストノ說ヲ爲スモノアリト雖モ是レ誤レリ各條ニ就テ觀察スルトキハ違警罪中ニモ犯意ヲ要セサル場合ノ規定ナキニアラスト雖モ一般ニ論スルトキハ刑法ノ總則ハ違警罪ニモ亦適用セラルヘキモノナルカ故ニ一般ニ違警罪ハ犯意ヲ要セスト云フ能ハス

右ノ外刑法中特ニ結果ヲ罰スル場合ヲ規定セルモノアリ例ヘハ第二百八十一條

ニ水火震災ノ際官吏囚人ノ監禁ヲ解クコトヲ怠リ因テ死傷ニ致シタル者ハ云々トアリ又第二百九十九條ニ人ヲ毆打創傷シ因テ死ニ致シタルモノハ云々トアリ是等ノ場合ニ於テハ犯意ニ基クテ過失ニ因ルトヲ問ハス所爲ト犯罪トナルヘキ結果ト原因結果ノ關係ヲ有スルトキハ之ヲ犯罪トシ罰スルモノニシテ犯意ノ有無ヲ以テ犯罪ノ成否ヲ區別スルノ標準トナスモノニアラサルナリ

過失ニ基クテ犯罪ヲ罰スル場合ハ以上掲グル場合ニ過キス何カ故ニ刑法ニ於テ過失犯ノ場合ヲ僅々ノ規定ニ止メタルカ又過失犯ヲ罰スルニ犯意ニ基クテ犯罪ニ比シテ輕ク罰スルヤ其理由左ノ如シ

(一)刑法ニ於テ多ク過失ニ基クテ犯罪ノ場合ヲ規定セサル所以ハ其結果ノ恐ルヘキモノアルニ因ル若シ夫レ刑法中許多ノ過失ニ基クテ犯罪ノ場合ヲ規定センカ人ノ所爲ヲ拘束シテ殆ノト日常自由ノ働キヲ爲ス能ハサルニ至ラン於是カ法律ハ重大ナル結果ヲ生スル場合ニ限り過失ニ因ル犯罪ヲ罰スルモノトセリ

(二)犯意ニ基クテ犯罪ニ比シテ過失ニ基クテ犯罪ヲ輕ク罰スルノ理由ハ過失犯ハ比

較的ニ損害ノ大ナラサルコト及ヒ現行法ハ前述セルカ如ク意思ノ點ニ重キヲ置キ又人ノ自由ナル働キニ重キヲ置ケルモノニシテ意思ノ働キノ點ヨリ觀察スレハ犯意罪ト過失罪トハ非常ナル懸隔ヲ有スルカ故ニ刑法ハ過失罪ヲ犯意罪ニ比シテ輕ク罰スルモノナリ

過失ノ種類

犯意ノ種類ト同シク過失ニ種類アルヘキ理由ナシト雖モ唯ダ不注意ノ外形ニ顯ハレタル形狀ヨリ學問上研究ニ便利ナルカ爲メ種類ヲ立ツルモノナリ左ノ如シ

(一)犯罪トナルヘキ結果ニ付キ智覺アルモ不注意ニ因リ或行爲ヲ行ヒ爲メニ犯罪ノ結果ヲ生シタル場合 例へハ鳥ヲ射撃セントシテ發砲スルニ當リ其傍ニ農夫ノ耕作スルコトヲ知ルモ銃丸ハ農夫ニ中ルコトナカルヘシト信シ發砲シタルニ不幸ニシテ農夫ヲ銃殺シタル場合ノ如シ

(二)結果ニ付キ全ク智覺ナク不注意ニ基キ犯罪トナルヘキ結果ヲ生セシメタル場合 此場合ハ自己ノ所爲ニ付キ全ク原因結果ノ關係ヲ知ラサルモノナリ例へハ庭前ニ於テ室内銃ヲ弄シ居リシニ其彈丸飛ンテ庭外ノ通行人ヲ傷ケ

タル場合ノ如シ

或ハ曰ク以上二個ノ場合ハ刑法第三百十七條ニ該當スルモノナリ即チ本條ニ所謂疎虞トハ右第一ノ場合ヲ指シ懈怠トハ第二ノ場合ヲ云フモノナリト然レトモ同條ニハ疎虞懈怠又ハ規則習慣ヲ遵守セス過失ニ因テ人ヲ死ニ致シタル者云々トアリテ疎虞懈怠外ニ尙ホ一ノ過失ノ場合ヲ認メタルヲ以テ論者ノ説ハ其當ヲ得タルモノニアラス

第三 事實ノ不知

事實ノ不知トハ行爲者ノ意思ニ錯誤アリ此錯誤ニ因テ犯罪ノ成立ニ必要ナル事實又ハ加重ノ情狀トナルヘキ事實ニ智覺ナキ場合ヲ云フ法律ハ此場合ヲ不論罪トセリ(第七十七條二項三項)

事實ノ不知ヲ説明スルニ當リ便宜ノ爲メ犯罪ノ成立並ニ刑ノ加重ノ原因ニ關スル不知ト犯罪不成立ノ原因ニ關スル不知トヲ區別スルヲ可トス

(一) 犯罪ノ成立ニ必要ナル事實ノ不知及ヒ刑ノ加重ニ必要ナル事實ノ不知

(イ) 犯罪ノ成立ニ必要ナル事實即チ法定條件トナル事實ニ關スル不知ノ場

合

例ヘハ竊盜罪ハ他人ノ所有物ヲ他人ノ物ト知リツ、竊取スルヲ犯罪ノ成立ニ必要ナル條件トス故ニ自己ノ物ト信シテ他人ノ所有物ヲ持歸リタルカ如キ又ハ有夫姦罪ノ場合ニ他人ノ妻タル事實ヲ知ラスシテ是ト姦通シタルカ如キハ犯罪ノ成立ニ必要ナル法定條件ヲ知ラサルモノナリ

(ロ) 刑ノ加重ニ必要ナル事實ノ不知

此場合ハ例ヘハ第三百六十三條ニヨレハ子孫其祖父母父母ヲ毆打スルトキハ普通ノ毆打罪ニ比シテ二等ヲ加重ストアリ然ルニ犯罪ノ當時犯人ハ其祖父母又ハ父母タルコトヲ知ラスシテ毆打セリ此場合ニハ所謂加重ノ情狀トナル事實ヲ知ラサルモノナリ

法律ノ犯罪條件又ハ刑ノ加重ノ條件トナルヘキ事實ノ不知ト區別スヘキモノハ所謂目的物ノ錯誤ノ場合之レナリ例ヘハ丙ハ甲ヲ殺サントシテ乙ヲ甲ト誤認シ乙ヲ殺害セリ此場合ハ事實ノ錯誤ニアラスシテ目的物ノ錯誤ナリ目的物ノ錯誤ハ犯罪ノ成立ニ必要ナル事實若クハ加重ノ情狀トナルヘキ事

實ニ智覺ナキモノニアラサルカ故ニ普通ノ殺人罪トシテ論スヘキモノトス
 然レトモ本問ニ就テハ或ハ無罪ナリト主張スルモノアリ謀殺又ハ故殺ノ論
 ハ或場合ニ於テ生シ得ヘキ議論ナルヘシト雖モ無罪ト説クニ至テハ更ニ其
 理アルヲ見サルナリ法律ニ於テ殺人ヲ禁止スルハ或特定ノ人間ヲ殺スヘカ
 ラストノ意ニアラス一般ニ人間ヲ殺害スヘカラスト云フノ意ナリ即チ甲若
 クハ乙ヲ殺スヘカラスト云フニ非スシテ何人ヲモ殺害スヘカラスト云フニ
 アリ左レハ丙ハ乙ヲ殺ス意アルニアラサリシト云フモ無罪ヲ主張スルノ理
 由トナラス此場合ニ於テ犯罪ノ原因目的ハ事實ト符合セサリシト雖モ犯意
 ナシト云フヘカラス犯意アリ之ヲ實行シ其結果ヲ生シタリトセハ其結果ノ
 責任ハ行爲者之ヲ負擔スヘキハ勿論ナリ尙ホ少シク例ヲ變シテ説明セハ例
 ヘハ丙ハ甲ヲ殺害セント決心シ或日甲乙同行スルニ當リ丙ハ乙ヲ甲ナリト
 誤認シ狙ヲ定メテ乙ニ發砲セリ然ルニ彈丸ハ甲ニ中タリタリトセハ如何ニ
 丙ヲ處斷スヘキヤ此事實ニ於テハ丙ハ目的タル甲ヲ殺サントシタルニアラ
 サルモ案外甲ニ命中セシモノナルカ故ニ甲ニ對シテハ過失ニ因ル犯罪トシ

二六

テ論シ乙ニ對シテハ謀殺未遂罪ヲ以テ擬セサルヲ得ス又少シク例ヲ更ヘン
 ニ丙者甲者ヲ殺サントシテ發砲シタルニ甲ニ中ラスシテ傍ニ立ツ所ノ乙ニ
 中リシトセハ甲ニ對シテハ謀殺未遂罪トナリ乙ニ對シテハ過失罪トナルモ
 ノトス此等ヲ以テ事實ノ不知トシテ不論罪トナスヘキモノニアラサルナリ」
 (二) 犯罪ノ不成立トナルヘキ事實ノ不知

例ヘハ他人カ不法ニ自己ニ對シ危害ヲ加フルモノト誤認シ正常防衛ナリト
 シテ他人ヲ殺傷シタルニ其實他人ノ加ヘントシタル危険ト云フハ一ノ惡戯
 ニ出テタル場合ノ如キ又長官ノ命令ナリト信シテ或犯罪トナルヘキ所爲ヲ
 行ヒタルニ其實長官ノ命令アラサリシ場合ノ如シ此等ノ場合モ亦犯罪事實
 ノ不知ナリト雖モ若シ其不知ハ過失ニ基クトキハ過失罪トシテ論スヘキモ
 ノトス或ハ犯罪ノ不成立トナルヘキ事實ノ不知ハ之ヲ認メスト云フノ説ア
 ルモ不當ナリ

事實ノ不知ヲ不論罪トスルノ理由如何
 事實ノ不知ヲ不論罪トスルノ理由ニ就キニ説アリ

第一說 事實ノ不知ハ法律カ認メタル獨立ナル一ノ不論罪ノ原因ナリ故ニ事實ノ不知ノ場合ニハ犯意ノ有無ヲ問ハス又過失ノ有無ヲ問ハス總テ之ヲ不論罪ト爲スヘキナリ

第二說 事實ノ不知ハ一ノ獨立ナル不論罪ノ原因ニアラスシテ犯意ナキ場合ノ例示ナリ故ニ過失ノ場合ニハ之ヲ犯罪トシテ論セサルヘカラス此點ニ就キ現行法ノ規定ハ頗ル曖昧ナリ事實ノ不知ヲ第七十七條ノ第二項ニ規定セル點ヨリ見レハ犯意ナキ場合ノ例示ノ如シ又單ニ第二項ノミニ就テ之ヲ見レハ獨立ナル不論罪ノ一原因ニシテ過失ニ基クト雖モ事實ノ不知ノ場合ハ之ヲ罪トシテ論スルヲ得サルニ似タリ然レトモ理論上ヨリセハ事實ノ不知ヲ一個獨立ナル不論罪ノ原因トスル理由ナシ故ニ事實ノ不知ノ場合ハ犯意ナキ所爲ノ一ノ例示ナリト云ハサルヲ得ス即チ第二說ヲ以テ至當ナリト信ス

第四 法律ノ不知
犯罪事實ノ不知ト法律ノ不知トハ之ヲ區別セサルヘカラス第七十七條第四項ニ曰ク「法律規則ヲ知ラサルヲ以テ犯ス」ノ意ナシト爲スコトヲ得ス」ト故ニ法律ノ不

知ト事實ノ不知トハ其效力ニ於テ非常ナル相違アリトス法律ノ不知ノ場合トハ例ヘハ我カ法律ノ禁令ヲ知ラサル外國人カ我國内ニ於テ阿片烟ヲ吸食スルカ如キ又博奕公行ノ國ノ住民カ日本ニ來リ日本ノ法律ニテハ博奕ハ禁止セラル、モノタルヲ知ラスシテ博奕ヲ爲スカ如シ是等ノ場合ニハ法律不知ノ理由ヲ以テ之ヲ寬假スルコトナク犯罪トシテ之ヲ處罰セサルヘカラス法律ノ不知ハ犯罪責任ヲ免レシメサル理由ハ蓋シ一ノ政策ニ基クト云フヨリ外ナシ犯人ヲ罰スルハ其所爲カ社會ノ秩序ヲ紊ルカ故ニ此秩序ヲ維持センカ爲メナリ故ニ犯人ニ自己ノ所爲ノ罰セラル、ト否トナ知ラシムル必要ナシ犯人カ刑法ニ於テ所罰セラル、所爲タルヲ知ルト否トニ拘ハラズ法律ニ違反スルノ所爲アレハ之ヲ罰スルモノトス

法律不知ノ區域ハ如何
前述ノ如ク第七十七條第四項ニハ法律規則ヲ知ラサルヲ以テ犯スノ意ナシト爲スコトヲ得ストアルカ茲ニ所謂法律規則ノ意味ハ凡テノ法律規則ヲ指スカ如ク極メテ廣汎ナル意ニモ解釋シ得ルカ如シ然レトモ刑法上使用スル所ノ法律規則

ト云ヘルハ刑事法ノミチ指シタルモノト爲サ、ルヘカラス又事實ニ於テモ他ノ法律ノ不知ノ場合チモ亦刑法上犯意アリトスルハ不當ナリ例ヘハ民法上ノ相續ノ規定チ知ラスシテ他人ノ物チ自己ノ所有物ト爲シタル場合ニ於テ法律ノ不知ハ犯意ナシト爲スコトヲ得ストノ理由チ以テ竊盜若クハ冒認罪チ以テ論スヘキヤ否ヤ民法上ノ不知ハ刑法上ヨリ論スレハ即チ犯意チ欠ク場合ナルチ以テ刑法第七十七條ニ所謂法律ノ不知ノ意義外ニアルモノト云フヘシ又山林ノ境界不明確ナル場合ニ法律上他人ノ境界内ニ屬スル樹木チ我境界内ノモノト信シ伐採セル場合モ亦前例ト同シク第七十七條第四項チ適用スル能ハス以上論スルカ如ク第七十七條第四項ノ法律規則チ知ラサルチ以テト云ヘルハ刑事ノ法律チ指シタルモノニシテ他ノ法律ノ不知ノ場合ハ此條ノ包含スル所ニアラス民法商法其他法律ノ不知ノ場合ハ刑法上一ノ事實ノ不知ニシテ第七十七條第二項ニ依テ不論罪タルヘキモノトス

刑事ノ法律ノ不知チ以テ犯意ナシト云フコトヲ得スト云ヘル原則ハ至當ニシテ非難スヘキナシト雖モ刑事法上所罰セラルヘキ所爲ナリト知リナカラ犯ス者ト

全ク違法ノ所爲タルチ知ラスシテ犯ス者ト同一ニ論スルハ權衡チ得タルモノト云フヘカラス殊ニ内國人ト外國人トチ間ハス同一ニ處斷スヘシト云フニ至テハ豈ニ過酷ナラスト云フチ得ノヤ法律ノ存在チ知ラスシテ犯シタル所爲ハ輕減ノ理由アリトシ外國ノ刑法草案ニハ法律ノ不知チ刑ノ減輕ノ情狀中ニ規定スルモノアリ

犯罪ノ原因結果

犯罪ノ原因結果ノ關係チ論スルハ刑法上重要ニシテ而カモ至難ノ問題ナリ例ヘハ人チ殺サントシテ戶外ニ誘拐シタルニ偶然落雷シテ其ノ目的タル人ハ死セリ又人アリ屢々葡萄酒ノ盜飲セラル、チ憤リ酒中ニ毒チ投シテ置キタルニ下婢ハ常ノ如ク之チ盜飲シテ倒死セリ又賊チ防カントシテ陷穽チ設ケ置キタルニ盜ハ之ニ落チテ死セリ又毆打ノ爲メニ負傷シタル被害者カ醫師ニ其治療チ託シタルニ醫師ハ施術チ誤リ且ツ被害者ノ不養生ナルカ爲メ死亡シタリトセンカ是等數箇ノ假例ニ於テ死ノ結果ニ對シ其原因ハ何レニアルヤ原因結果ノ理由ニ依テ決スヘキ所ナリ

哲學上ヨリ言フトキハ或一ノ結果ヲ生スルニ就テ效力ヲ與ヘタルモノハ總テ之
 カ原因ト云ハサルヘカラス然レトモ物ノ原因ヲ追究スルトキハ原因ニ原因アリ
 其原因ニ亦原因アリテ到底確然之ヲ一定シ得ヘキモノニアラス法律上所謂原因
 ナルモノハ此ノ如キ廣漠ナル範圍ニ求ムヘカラスシテ唯タ之ヲ證據立テ得ルモ
 ノニ止メサルヘカラサルナリ而シテ刑法ハ人ノ犯罪所爲ヲ罰スルモノナリ故ニ
 犯罪ノ原因ハ之ヲ人ノ所爲ニ求メサルヘカラス哲學上ニ於ケル原因結果ノ理由
 ハ直チニ刑法上ノ準則ト爲スコトヲ得サルナリ
 犯罪ノ原因ハ人ノ所爲ナルコトヲ要スル點ニ付テハ異論ナキ所ナリ人ノ如何ナ
 ル所爲ヲ以テ犯罪ノ原因トナスヘキモノナルヤニ付テハ許多ノ學說アリ其重ナ
 ルモノヲ左ニ述フヘシ

第一說

或結果ノ原因トハ其結果ヲ生スルニ付キ十分ナル所爲ナラサルヘカラス茲ニ
 毒殺セラレタル者アリ死屍ヲ解剖シタルニ醫師ノ鑑定ニヨレハ胃中ニ毒藥ノ
 痕跡アリ此毒ノ爲メニ炭ヲ起シ依テ死セルモノト認メタリ然ルニ裁判所ハ胃

ヲ解剖シタルノミコテハ未ダ以テ腦ノ關係ヲ知ルヘカラスルヲ以テ毒藥ハ死
 ノ唯一ノ原因ナルヤ否ヤハ不明ナリトシテ無罪ノ判決ヲ與ヘタリ蓋シ此判決
 ノ如キハ此說ニ基キタルモノト云フヘシ然レトモ此說ニ所謂結果ヲ生スルニ
 付キ其唯一ノ原因ナルヘキ十分ノ所爲ナルモノハ殆ント確認シ得ヘキモノニ
 アラス例ヘハ死ニ瀕セル病人ノ咽喉ヲ扼シテ之ヲ殺シタル者アリトセシカ此
 說ニ因ルトキハ死ノ唯一ノ原因ハ犯人ノ所爲ノミニ非ス犯人ノ所爲外ニ病氣
 ナル原因アリ故ニ殺人罪ヲ以テ論スヘカラサルカ如シ此論結ノ不當ナルハ多
 辯ヲ要セスシテ明ナリ
 蓋シ或一ノ結果ヲ生スルニ付キテハ人ノ所爲ノミコテハ未ダ完全ノモノニ非
 ス天然力其他數多ノ原因相集リテ一ノ結果ヲ生スルナリ然ルニ此說ノ如ク結
 果ヲ生スルニ付テ唯一ノ原因トナルヘキ十分ナル所爲ニ非レハ原因トスルコ
 トヲ得スト云フハ至當ノ言ニアラストシ現今ニ在テハ學說上最早價值ナキモ
 ノトナレリ

第二說

或結果ヲ生スルニ足ルヘキ所爲ハ總テ其結果ノ原因ナリ故ニ數個ノ所爲ニ依
リ一ノ結果生スレハ其數箇ノ所爲ハ各々其結果ノ原因ナリ
例ヘハ前例ノ死ニ瀕スル病人ヲ殺害シタル場合ハ病氣モ死ノ一原因ニシテ犯
人ノ所爲モ亦死ノ原因ナリ又先キニ掲ケタル毆打ノ例ニ付テ言ハ、毆打ノ所
爲モ死ノ一原因ニシテ醫師ノ施術ヲ誤リタルノ所爲モ一原因ナリ被害者ノ不
養生モ亦死因ナリト云フヘシ既ニ述ヘタルカ如ク一ノ結果ハ數多ノ原因ニ因
テ生スルモノナレハ其ノ結果ヲ生セシメタル總テノ原因ハ皆其結果ノ原因ト
言ハサルヘカラス而シテ此場合ニ於ケル責任ヲ論スルトキハ被害者ノ不養生
モ一ノ死因ナリト雖モ被害者ハ刑法上ノ責任ヲ負フヘキモノニ非ス醫師カ施
術ヲ誤リタルノ所爲ハ死ノ一原因ナルカ故ニ醫師ハ過失殺ノ責任アリ又毆打
者ハ毆打致死ノ責任アリト云フヘシ要スルニ此說ハ或所爲ヲカリセハ或結果
ハ生セサルヘシトノ斷定ヲ得ヘキモノハ總テ原因ナリト云フニアリ
此說ハ理論上不當ニ非ルヘシト雖モ刑法上ニ之ヲ適用スルハ未タ其可ナルヲ
信スル能ハス且ツ夫レ一ノ犯罪事實ニ對シ斯ノ如ク數個ノ原因ヲ求メ一々其

ノ責任ヲ問フハ場合ニヨリ治安ヲ害スルニ至ルヘク實行上不穩當ノ說ト云ハ
サルヘカラス

第三說

第三說中ニ亦二說アリ其一ハ數個ノ原因中ヨリ或所爲ヲ撰擇シ之ヲ以テ其結
果ノ原因トナサントスルノ說ニシテ其之ヲ撰擇スルノ標準ハ數個ノ所爲中其
最モ主要ナルモノ即チ其結果ニ付テ最モ重ナル原因ヲ爲ス所ノ所爲ヲ取テ其
原因トサナントスルニアリ此說ハ理論上至當ナリト雖モ其主要ナルヤ否ヤヲ
定ムルハ裁判官ノ判斷ニ依ルノ外ナク而シテ之ヲ區別スルノ標準ハ實際ニ於
テ甚タ困難ナリ

其第二說ハ結果ヲ生セシメタル數個ノ所爲中時ノ點ニ於テ最後ノ所爲ヲ以テ
其結果ノ原因トスルモノナリ例ヘハ堤防ニ水ノ充滿スルヤ是ニ僅少ノ水ヲ加
フルモ直チニ堤防ヲ決壊スヘシ此場合ニ於テ最後ニ加ハリタル水ハ堤防ヲ決
壊スルノ力アリト云フコトヲ得ルカ如ク數個ノ所爲中最後ノ所爲ハ結果ノ原
因ナリト解明セリ

以上ノ第一説ヲ先キニ掲ケタル數個ノ例ニ適用セハ人ヲ殺サントシ戶外ニ誘引シタルニ目的人ハ落雷ノ爲メニ死シタル場合ハ第一説ニヨレハ其者ノ目的ヲ達シタルモ死ノ原因ハ落雷ナリト云フヘク第二説ニヨレハ雷モ死ノ原因ナレトモ誘引シタルモノモ亦死ノ原因ナリ第三説ニヨレハ落雷ハ原因ナリト云フニ歸ス可シ又之ヲ葡萄酒ノ例ニ適用セハ第二説ニ依ルトキハ死ヲ與ヘタル所爲ハ總テ原因ナリトスルヲ以テ毒藥ヲ投シタル主人モ又盜飲セル下婢モ共ニ原因タルヘク第三説ニヨレハ死ノ重要ナル原因ハ盜飲セルカ故ニ主人ニ責任ナク盜飲セル下婢ハ自殺シタリト云フニ歸スヘシ又竊盜ノ例ニ適用スルモ亦之ニ全シ

右諸説中今日何レニ據ルヘキヤ未タ一定スル所ナシト雖モ第三説中第二ノ説ハ實際ニ於テ適當ナルカ如シ

既遂犯、未遂犯

犯罪ニハ犯意アリ且ツ之ヲ實行スルノ所爲アルヲ要スルコトハ前ニ述ヘタリ而シテ其實行ノ程度ニシテ法定ノ犯罪條件ヲ完成シタルトキハ之ヲ既遂犯ト稱シ犯罪條件ノ一部ニ着手スル所爲ナルトキハ之ヲ未遂犯ト云フ故ニ既遂犯ト未遂

犯トハ程度上ノ差ニシテ性質上ノ區別ニアラス

第一 既遂犯

既遂犯トハ犯人カ法律ニ定メタル犯罪條件ノ全部ヲ實行シタル場合ヲ云フ例ヘハ竊盜罪ニ於テ他人ノ物ヲ竊取シ殺人罪ニ於テ人ヲ殺スカ如シ然レトモ左ノ點ニ注意スルヲ要ス

- (一) 犯罪條件ノ完成ト被告人ノ目的ノ成就トハ區別セサルヘカラス例ヘハ竊盜ノ場合ニ於テ犯人ヨリ言ヘハ盜品ヲ自己ノ手中ニ入ル、ノミナラス之ヲ使用スルヲ目的トス然ルニ法律上ヨリ言フトキハ他人ノ物品ヲ他人ノ占有ヨリ自己ノ占有ニ移スヤ否ヤ竊盜罪ハ完成ス故ニ直チニ之ヲ取還セラル、トキハ犯人ノ目的ハ達セサルモ法律ノ條件ハ完成シタルモノト云フヘシ

- (二) 犯罪條件ヲ完成スルニ至ラサル所爲ナルモ法律ハ特ニ既遂犯トシテ罰スル場合アリ

例ヘハ國事犯ヲ犯サントスル者ノ爲メニ自己ノ家屋ヲ密會ニ供シタル所

爲ハ豫備ノ所爲ナリト雖モ法律ハ之ヲ既遂犯トシテ罰スルカ如シ

第二 未遂犯

未遂犯トハ犯人犯罪ノ條件ノ實行ニ着手シタルモ其意思ニ反シテ既遂ニ至ラサル場合ヲ云フ

未遂犯ニハ左ノ條件アルコトヲ必要トス

- (一) 犯意アルコト
 - (二) 外形ニ顯ハレタル事實アルコト
 - (三) 犯罪ノ端緒ニ達シタル事實アルコト
 - (四) 犯人意外ノ障礙ニヨリ既遂ニ至ラサルコト
- 左ニ之ヲ説明スヘシ

(一) 犯意アルコト

刑法第十二條ニ曰ク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ヨリ未タ遂ケサルトキハ云々ト本條ニ罪ヲ犯サントシテト云ヘルハ即チ犯意ヲ要スルコトヲ表明セルモノナリ故ニ過失犯ニ未遂犯

ナキハ明カナリトス何トナレハ過失犯ハ偶然犯罪ノ事實ヲ起シタルモノニシテ犯意アラサレハナリ

(二) 外形ニ顯ハレタル事實アルコト

(イ) 犯意アルモ事實トシテ外形ニ顯ハル、ニ非レハ現今ノ法制上之ヲ罰スルコトナシ獨逸ノ諺ニ考ノミハ租稅ヲ要セスト云フコトアリ例令人ヲ殺シ國ヲ覆ス考ヲ抱クモ唯考ノミニテハ之ヲ罰セス其考ヲ外形ニ發シ事實トナリ始メテ刑事ノ制裁ヲ科スルモノトス

(ロ) 犯意カ外形ニ發シ事實トナルモ總テ未遂犯ナリト断定スルコトヲ得ス外形ニ顯ハレ事實トナルモ未遂犯ニ達セサルコトアリ豫備ノ所爲又全ク未遂犯ト同一ノ程度ニ至ルモ之ヲ犯罪トシ間ハサルコトアリ不能犯故ニ未遂犯タルニハ犯意カ外形ニ發シ事實トナルノミナラス尙ホ他ノ條件アルコトヲ必要トス第三ノ條件是ナリ

(三) 犯罪端緒ニ達シタル事實アルコト

未遂犯タルニハ犯意カ外形ニ發シ犯罪ノ端緒ニ達シタル事實アルコトヲ要

ス換言スレハ所爲ハ犯罪ノ端緒ニ達スルニアラサレハ未遂犯トナルコトナシ刑法第百十一條ニ曰ク罪ヲ犯サンコトヲ謀リ又ハ其豫備ヲ爲スト雖モ未ダ其事ヲ行ハサルモノハ本條別ニ刑名ヲ記載スルニアラサレハ其刑ヲ科セスト即チ未遂ニ到ラサルノ所爲ヲ豫備ト爲シ特別ノ規定アラサレハ之レヲ罰セス而シテ如何ナル所爲ヲ豫備トシ如何ナル所爲ヲ未遂トスルヤハ法律上別ニ規定ナキヲ以テ學理上ヨリ之ヲ判斷セサルヘカラス例ヘハ人ヲ毒殺セント決意シ毒藥ヲ購入シ之ヲ他人ノ飲物中ニ混入シテ食セシメタル場合ニ於テ毒ヲ購入シタルハ毒殺罪ノ豫備ノ所爲ナリヤ又ハ未遂ニ達シタル所爲ナリヤ之ヲ判斷スルニハ毒ヲ購入シタル所爲ハ犯罪ノ端緒ニ着手シタルモノナルヤ否ヤニ依テ決定セサルヘカラス豫備ノ所爲トハ犯罪ヲ容易ナラシムル所爲ニシテ例ヘハ犯罪ニ利用スヘキ手段機械ノ準備探偵發見ノ豫防、犯罪ノ利益ヲ確實ナラシムルノ所爲ノ如シ未遂犯トナル所爲ハ犯罪ノ條件タル事實ヲ當然生スヘキ必要ナル所爲ニシテ前例ニ就テ言ハ、毒藥ヲ飲食物ニ混入シ他人ニ之ヲ供シタル所爲ノ如シ然レトモ種々ノ事實ニ就キ此區

別ヲ適用スルニ當リテハ頗ル困難ナル場合アリ畢竟豫備ト云ヒ未遂ト云フモ已遂未遂ノ區別ト同シ性質上ノ區別アルニアラスシテ程度上ノ差異ナリ故ニ或學者ハ此區別ハ恰モ人カ旅行スル場合ニ何レカ旅行ノ端緒カ何レカ旅行ノ用意カ殆ント區別シ難キニ似タリト云ヘリ

(四) 犯罪ノ端緒ニ達シタル事實アルモ犯人意外ノ障礙舛錯ニヨリ既遂ニ至ラサルコト

犯人意外ノ障礙ニヨリ既遂ニ至ラサル場合ハ例ヘハ人ヲ殺サントシテ刀ヲ振り上ケタルニ鴨居ニ當リ其目的ヲ達スルコトヲ得サリシカ如キ又意外ノ舛錯ニヨリ既遂ニ至ラサル場合トハ犯人ノ爲スヘキ所爲ハ全部之ヲ實行シタルモ尙ホ其目的ヲ達セサル場合ハ人ヲ銃殺セントシテ發砲シタルニ彈丸外レテ目的者ニ的中セザリシ場合ノ如シ是等ノ場合ハ共ニ未遂犯ナリ未遂犯ト區別スヘキモノハ中止犯ト不能犯ナリ以下之ヲ講述スヘシ

第三 中止犯

中止犯ノ未遂犯ニ異ナル所ハ犯人カ意外ノ障礙又ハ舛錯ニ因ルニアラス

シテ任意ニ因リ犯罪ヲ既遂ニ至ラシメサルニアリ
 中止犯ハ事實ノ上ヨリ觀察シテ之ヲ二箇ノ場合ニ區別スルコトヲ得一ハ
 犯罪ノ端緒ニ達シタル事實アルモ既遂ニ至ル前即チ未遂中ニ犯罪ヲ中止
 シタル場合ニハ既遂ノ犯罪ノ效果ヲ消滅セシメタル場合はナリ
 (一) 未遂中犯罪ヲ中止シタル場合

例ヘハ他人ノ家ニ入り物ヲ竊取セントスルニ際シ其所爲不良ナルコトヲ
 悔悟シ之ヲ中止シタル場合ノ如キハ未遂中任意ニ犯罪ヲ中止シタル場合
 ニシテ明カニ未遂犯ト分別シ得ト雖トモ今若シ巡查ノ靴音ヲ聞キタルカ
 爲メニ又ハ戸締嚴ニシテ逆テモ開シコトヲ得スト爲シ其所爲ヲ中止シタ
 ルトキハ所謂任意中止犯ナリヤ將タ意外ノ障礙ニヨル未遂犯ナリヤ或ハ
 日ク之ヲ斬ル時刀カ墮居ニ當リ斬ルコトヲ得サリシ場合ハ明カニ外形ノ
 意外ノ障礙ナリ竊盜ヲ爲スニ當リ巡查ノ靴音ヲ聞キ又ハ家人カ目ヲ醒マ
 セシ爲メ其所爲ヲ中止シタル場合ハ犯人ノ心神上ニ及ホス意外ノ障礙ナ
 リ共ニ未遂犯ヲ以テ論スヘキモノナリト然ルニ之ヲ駁スル者ノ説ニ曰ク

第一説チ一貫スルトキハ真心悔悟ノ上任意ニ中止シタル場合ニアラサレ
 ハ中止犯ナシト論セサルヲ得ス又犯罪ヲ爲スニ當リ之ヲ實行ズルトキハ
 法律上非常ナル罰ヲ受クルニ至ルヘシトノ畏怖心ヨリ中止シタルモノモ
 亦意外ノ障礙ニヨル未遂犯ナリト言ハサルヲ得サルニ至ルヘシ甚ダ不當
 ノ結果ヲ生ス中止犯トハ他ノ障礙ニ因ラス自己ノ意思ニ因リ中止シタル
 モノニシテ中止ノ原因ハ其ノ何タルヲ問ハサルナリト余ハ後ノ説ヲ以テ
 可ナリト信ス

(二) 既遂犯ノ效果ヲ消滅セシムル場合

例ヘハ放火ノ場合ニ火ヲ附ケテ直チニ消シ止メタルカ如キ竊盜ノ場合ニ
 一度竊取シタル物ヲ直チニ返還シタルカ如キハ既遂犯ノ效果ヲ消滅セシ
 ムル場合ナリ而シテ此場合ハ(一)ノ場合トハ甚ダ差異アリ放火罪ハ放火シ
 タル時ニ犯罪成立シ竊盜罪ハ他人ノ物品ヲ竊取シタルトキニ成立ス已ニ
 犯罪成立シタル以上ハ假令其效果ヲ消滅セシムルモ犯罪ヲ消滅スルヲ得
 ス故ニ此場合ハ中止犯ト云フヲ得ス然レトモ中止犯ト同一ニ論スルハ一説

中止犯(一)ノ場合ノ處分ニ付キ議論アリ中止犯ハ既遂犯ニモアラス又未遂犯トモ言フヲ得サル故如何ニ之ヲ處分スヘキヤ或ハ中途犯ヲ以テ未遂犯ト同一ニ論セントスルノ說アレトモ我刑法ニ於テハ如此論定スルヲ得ス獨乙刑法ニハ明カニ中止犯ノ場合ヲ未遂犯トシテ論スルノ規定アルカ故ニ之ヲ未遂犯ト同一ニ論スルハ勿論ナリト雖トモ之ヲ以テ直チニ我刑法ヲ解釋スルハ非ナリ現行法上何等ノ規定ナキヲ以テ中止犯ノ場合ハ其結果ニ依テ論スルヲ至當トス例ヘハ人ヲ毒殺セントシテ毒ヲ飲マシメタルモ其大罪ニシテ畏ルベキヲ考ヘ直チニ消毒藥ヲ與ヘテ結果ヲ防止シタル場合ノ如キハ毒殺ノ既遂ニアラス又未遂トモ云フヘカラス然レトモ無罪トモナスヘカラス故ニ若シ毒藥ノ爲メニ身體ヲ毀傷シ又ハ健康ヲ害シタルトキハ其點ヲ以テ之ヲ罪スルヨリ外ナシ

第四 不能犯

未遂犯ニ似テ非ナルモノハ所謂不能犯ナリ不能犯ハ已ニ犯罪ノ端緒ニ達シタル所爲アルモ性質上罪トナル能ハサルモノヲ云フ例ヘハ人ノ囊中ニ手ヲ入レ

テ金ヲ竊取セントシタルニ其金ナカリシカ如キ又ハ人ヲ毒殺セントシテ毒藥ト信シ砂糖水ヲ與ヘタルカ如キ是ナリ一ハ竊盜ノ目的物存在セス一ハ毒殺ノ手段不能ニシテ初メヨリ犯罪ノ結果ヲ生セサルコト明カナリ如此場合ヲ稱シテ學理上不能犯ト云フ

刑法上不能犯ヲ認ムルヤ否ヤニ付テハ學說上並ニ實際上種々ノ議論アリニハ不能犯ヲ罰スルヤ否ヤニ付法律上何等ノ規定ナキヲ以テ不能犯ナルモノヲ認ムルヲ得スト論シ一ハ立法者カ不能犯ニ付キ規定ヲ設ケサル所以ハ敢テ不能犯ヲ否認シタルニアラスシテ此問題タル至難ノモノナルカ故ニ自ラ之ヲ決定スルヲ避ケ學說及裁判所ニ一任シタルモノナリ故ニ事實ノ發生スルアラハ裁判官タルモノ宜シク之ヲ決定セサルヘカラスト説ケリ余ハ後説ヲ至當ナリト信ス

不能犯ノ種類

不能犯ヲ分テ絕對的不能犯及關係的不能犯トス

(一) 絕對的不能犯ヲ復々目的物ニ付テノ不能犯ト手段ニ付テノ不能犯トニ區

別目的物ニ付テノ不能犯トハ例ヘハ人ト信シ石地藏ヲ斬リタル場合ノ如シ此場合ハ殺人罪ノ目的物ハ不能ナリ故ニ罪トナラサルコト明カナリ手段ニ付テノ不能犯トハ人ヲ毒殺セントシテ少量ノ砂糖水ヲ與ヘタルカ如キ又銃殺セントシテ玉込セサル銃ヲ發シタルカ如キ又或ハ人ヲ殺サントシテ呪咀スルカ如シ

(二) 關係的不能犯モ亦目的物ニ付テノ不能犯ト手段ニ付テノ不能犯トニ區別ス目的物ニ付テノ不能犯トハ例ヘハ人ヲ殺サントシ其者ノ部屋ニ向テ發砲シタルニ其際部屋ニ居ラサリシ場合ノ如シ手段ニ付テノ不能犯トハ人ヲ毒殺セントシテ毒ヲ與ヘタルニ被害者ハ身體非常ニ強壯ニシテ通常ノ分量ニテハキ、メナリ即チ其者ニ對シテハ毒カ少量ナル爲メ殺害ノ結果ヲ生セサリシ場合ノ如シ

不能犯說ヲ認ムル者ノ間ニ於テハ種々ノ議論アリ或者ハ絶體的不能犯ヲ認ムルモ關係的不能犯ヲ認メスト云ヒ或者ハ全然不能犯ヲ認ムヘシト云ヘリ關係的不能犯ヲ認メサル說ニヨレハ前例ニ於テ若シ人カ其部屋ニ居リシナラハ

殺スコトヲ得又今少シ毒ノ分量カ多カリシナラハ毒殺スルヲ得タリシト云フカ如キハ是レ唯々時間ノ差又ハ分量ノ多少ニ過キス即チ犯人ノ手段ノ拙ナルカ又ハ錯誤ノ爲メニ目的ヲ達セサルモノト同一ナリ果シテ然ラハ未遂犯ト如何ニ區別スヘキヤ如此不能ナル意味ヲ廣ムルニ於テハ殆ント未遂犯ト區別ナキニ至ラント云フニアリ然レトモ結果ノ發生セサル理由ハ絶對的不能犯ト異ナル所ナキヲ以テ既ニ絶對的不能犯ヲ認ムル以上ハ又關係的不能犯ヲ認メサルヘカラス全然不能犯ヲ認メストノ說ニヨレハ凡ソ不能ト云フトキハ未遂犯ハ如何ナル場合ニ於テモ不能ナラサルハナカルヘシ例ヘハ人ヲ斬ラントスルニ當リ及チ鴨居ニ當テ人ヲ斬ルコトヲ得サリシカ如キ犯人ヨリ見レハ意外ノ障礙ナルヘキモ神ノ眼ヨリ見ルトキハ其ノ然ラサルヲ得サル因由存スヘシ又他人ノ家ニ入り竊盜セントスルニ際シ巡查ノ巡行ニ遭遇セリト云フモ銃殺セントシテ發砲シタルニ打テ損シタリト云フモ犯人ヨリ見レハ意外ノ障礙又ハ舛錯ナルヘキモ巡行ノ時刻ナルヲ知ラサリシ犯人ノ不覺モ打テ方ノ拙劣ナルカ爲メ目的ヲ達スル能ハサリシハ初メヨリ定マルモノナリ換言スレハ是亦不能ノ場合ナリト言ハサルヘカ

テス果シテ然ラハ遂ニ未遂犯ナキニ至ラン若シ夫レ不能犯ナルモノヲ認ムルトセハ未遂犯ノ場合ハ凡ソ不能犯タラサルヘカラス即チ全部不能犯トナスヘキカ又全部未遂犯トナスヘキヤノ問題ニシテ余輩ハ不能犯ナルモノヲ認ムルコトヲ得スト云フニアリ

右ノ說一理ナキニ非スト雖モ此ノ說ハ唯タ結果ノ點ヨリ觀察シタルモノナリ未遂犯モ不能犯モ共ニ已遂犯ノ結果ヲ發生セサル場合ナルコトハ異ナル所ナシト雖モ犯人ノ所爲ニ付テ觀レハ甚タ相違スル所アリ不能犯ノ場合ハ初メヨリ絶對的ニ犯罪ノ結果ヲ發生スルコト能ハサル場合ニシテ例ヘハ毒藥ト信シ砂糖水ヲ與ヘタルカ如キ性質上到底人ヲ殺スコト能ハサル所爲ナリ故ニ犯罪ノ端緒ニ着手アリト云フヲ得ス未遂犯ノ場合ハ之レニ反シ其所爲ハ已遂ニ達スルコトヲ得ヘキ性質ヲ有スルモ特別ノ支障ニ依リ其目的ヲ達スル能ハサル場合ナリ所爲其モノハ已遂ニ至ルヘキ性質ヲ有スルモ唯タ特別ナル外物ノ支障ニ因リ其目的ヲ達スルコトヲ得サルニ過キササルヲ以テ不能犯ノ場合ト未遂犯ノ場合トハ其區別瞭然タリ

第五 未遂犯ノ種類

刑法第百十二條ニヨレハ障礙ニ因ル未遂ト舛錯ニ因ル未遂トノ區別ヲ爲セリ已ニ述ヘタルカ如ク障礙ニ因ル未遂トハ犯人カ犯罪ノ實行ニ着手シタルモ他物ノ爲メコ妨ケラレテ其目的ヲ達セザリシ場合ニシテ舛錯ニヨル未遂トハ犯人所爲ヲ實行シ終リタルモ其結果ナカリシ場合ヲ云フ學說上第一ノ場合ヲ着手ノ未遂犯ト稱シ第二ノ場合ヲ缺效ノ未遂犯ト云ヘリ

法文ニハ此二個ノ區別ヲ爲スモ此二場合ノ異ナル點ハ唯タ度合ノ差異即チ犯罪トナル所爲ヲ全部實行セシヤ一部實行セシヤノ別ヲ有スルニ止リ性質上二者ノ間ニ何等ノ差別アルニアラス蓋シ此區別ヲ爲シタルハ佛國刑法ヲ襲蹈シタルモノナリ佛國刑法ニハ此二者ノ間ニ刑ヲ異ニシ缺效ノ未遂犯ハ着手ノ未遂犯ヨリ其刑ヲ重クセリ故ニ佛國ニテハ此二者ヲ區別スルノ實用アルモ我刑法ニ於テハ刑ニ何等ノ差異ナキヲ以テ之ヲ區別スルノ理由ナシ

第六 未遂犯ノ刑

刑法第百十二條ニ依レハ未遂犯ハ已遂犯ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ストアリ何故

ニ已遂犯ヨリ減等スルカニ就テハ種々ノ説アリ或ハ未遂ノ處爲ハ多少社會ニ危
 險アルニヨリ罰スルモ已遂ニ比シテ何分カ危険少ナキ故已遂犯ヨリ其刑ヲ減輕
 スト説ク者アリ然レトモ危険ノ多少ハ以テ此標準ト爲スニ足ラス又一説ニヨレ
 ハ全部ノ惡行爲ハ其一部モ亦惡行爲ナリト然レトモ茲ニ謂フ所ノ惡行爲ナルモ
 ノハ法律上ノ非行ノミナラス道德上ノ非行モ亦包含スルノ語ナルヲ以テ未タ正
 確ノ言ニ非ス法律上ヨリ論スルトキハ已遂犯ヲ罰スルト同一ノ理由ニ出ツト謂
 フヲ以テ適當ナルヘシ已遂犯ハ社會ノ法物ヲ毀損スルノ所爲ナルカ故ニ之ヲ罰
 スヘキモノトセハ法物ニ害ヲ加フル所爲ハ法物ノ一部又ハ全部ヲ毀損スルニ拘
 ハラス同シク罰スルノ理由アリ只タ未遂ノ所爲ハ犯罪全部ヲ遂行シタルニアラ
 サルヲ以テ已遂犯ニ比シ輕ク罰スルヲ至當トス換言スレハ法律ハ云々ノ所爲ヲ
 行ヒタル者ハ某ノ刑ニ處スト規定セリ然ラハ其所爲ヲ全部行ハサル者ノ刑ヲ輕
 減スルハ當然ノ結果ト云ハサルヘカラス
 刑法ニ依レハ重罪ノ未遂犯ハ總テ之ヲ罰シ輕罪ハ各本條ニ特ニ記載シタル場合
 ノ外之ヲ罰セス違警罪ノ未遂ハ全ク罰セサルコトトセリ蓋シ輕微ノ犯罪ナルカ

爲メナリ

數人共犯

第一、共犯總論

罪ハ一人ニテ犯スコトアリ數人ニテ犯スコトアリ一人ニテ罪ヲ犯セシトキハ其
 者唯リ犯罪責任ヲ負擔スヘキモノナルカ故ニ其處分ニ付キ別ニ困難ナル問題ヲ
 生スルコトナシト雖モ數人ニテ罪ヲ犯シタル場合ニハ其數人ノ間犯罪責任ニ付
 キ立法上並ニ裁判上幾多ノ問題ヲ生ス

數人ニテ罪ヲ犯スモ數人共犯トナラサル場合アリ即チ(一)數人ニテ數罪ヲ犯シタ
 ル場合ニ數人個々獨立シテ一罪ヲ犯シタルトキハ共犯トナルコトナシ例ヘハ賊
 アリ或家ニ侵入シテ竊盜ヲ爲セリ之ト同時ニ他ノ賊モ亦同一ノ家ニ侵入シテ竊
 盜ヲ爲シ又毆打ノ場合ニ一人カ毆打シタルニ二三ノ野彌馬被害者ヲ毆打シタル
 カ如キハ數人ノ間意思ノ共通ナク唯タ偶然同時ニ犯罪ヲ爲シタルニ過キス故ニ
 犯罪ハ個々別々ニ一罪ヲ構成シ共犯ノ關係ヲ生スルコトナシ(二)數人ニテ一罪ヲ
 犯スモ數人共犯トナラサル場合アリ所謂必要上ノ共犯ノ場合ナリ例ヘハ有夫姦

ノ如キ兇徒聚集罪ノ如キハ一人ニテ成立スヘキ犯罪ニアラス此等ノ犯罪ノ成立ハ數人ヲ必要トスルモノニシテ所謂共犯ニアラサルナリ我刑法ノ總則ニ規定スル共犯ハ一罪ヲ犯スニ付キ數人間ニ特別ナル意思ノ聯絡アリ此意思ノ聯絡ニ依リ數人ニテ一罪ヲ犯シタル場合ヲ云フ即チ數人共犯トハ數人特別ナル意思ノ連絡ニ依リ一罪ヲ犯シタル場合ヲ云フナリ

共犯タルニハ如何ナル程度マテ意思ノ聯絡ヲ要スルヤ現行刑法ハ共犯ノ種類ニ依テ意思ノ聯絡ノ程度ヲ異ニセリ第四百四條ニ曰ク二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ皆正犯ト爲シ各自ニ其刑ヲ科スト二人以上現ニ罪ヲ犯スト云フカ故ニ明示タルト默示タルトチ問ハス必ス數人ノ間ニ共同ノ意思ノ成立ヲ要ス然ルニ第五百條ニ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ト規定シ第九條ニハ重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタル者ハ從犯トナシ云々ト規定スルノミ故ニ教唆者ハ他人ヲシテ犯罪ヲ犯サシムルノ決心ヲ以テ教唆ノ所爲ヲ爲セハ足り必スシモ實行者ニ於テ其教唆セラルコトヲ知ルヲ要セス又從犯ハ他人カ犯罪ヲ實行スルモノナルコトヲ知リ之ヲ幫助スルノ所爲ヲ爲セハ足り

必スシモ正犯者カ從犯者ニ幫助セラルコトヲ知ルノ必要ナシ要スルニ正犯ニハ共同ノ意思アルコトハ犯罪ノ成立要素トスルモ教唆罪又ハ從犯ニハ共同ノ意思アルコトヲ必要トセサルナリ然レトモ此點ニ就テハ異說アリ其一說ニヨレハ正犯ノミナラス教唆及ヒ從犯ニモ意思ノ通謀ヲ必要トスト然レトモ此說ハ法文上何等ノ據ル所ナキヲ以テ我刑法ノ解釋トシテハ其當ヲ得タルモノニアラス第二說ハ第一說ト正反對ニシテ雷ニ教唆者從犯ニ意思ノ通謀ヲ必要トセサルノミナラス共同正犯ニモ亦之レアルヲ要セスト是レ極端ニ走りタル說ニシテ且ツ又法文上別ニ據ル所ナキヲ以テ現行刑法ノ解釋トシテハ其當ヲ得タルモノニアラスト云ハサルヲ得ス

(一) 共犯ノ種類

刑法ハ共犯ヲ分チテ正犯教唆者及ヒ從犯ノ三種トセリ正犯ハ犯罪ノ實行者ニシテ教唆ハ他人ヲシテ犯罪ヲ實行スルノ決心ヲ起サシムル者ナリ或ハ之ヲ犯罪ノ造意者又ハ犯罪ノ心神上ノ正犯ト云フ而シテ從犯ハ他人ノ犯罪ヲ幫助スル者ヲ云フ

(二) 身分ニ因リ罪ノ成立スル場合又ハ刑ノ加重減輕アル場合ニ共犯者間ノ關係
身分ニ因リ罪ノ成立スル場合トハ官吏收賄罪ノ如ク官吏タル身分アルニ因リテ
罪ノ成立スル場合ニシテ又身分ニ因リ刑ノ加重セラル、場合ハ殺親罪ノ如ク子
タル身分ニ因リ刑ヲ加重スル場合ヲ云フ又身分ニ因リ刑ノ輕減セラル、場合ト
ハ犯人ノ幼年者タル爲メ刑ヲ減輕スル場合ヲ云フ

(イ) 共犯中ノ一人ニ身分ニヨリ罪ノ成立スル原因アル場合

身分ニ因リ犯罪成立スル場合ニ身分ナキ他ノ共犯者ニモ其效力ヲ及ホスヤ否ヤ
即身分ナキ者ニ對シテハ犯罪成立スルヤ否ヤ是ニ付キ三説アリ

第一説 身分ナキ者ト雖モ身分アル者ト同一ニ論セサルヘカラスト

第百六條ノ規定ニハ正犯ノ身分ヨリ別ニ刑ヲ加重スヘキトキハ他ノ正犯、教唆
者、從犯ニ及ホスコトヲ得ストアリ然レトモ身分ニ因リ罪ノ成立スル場合ニ就
テハ刑法中何等ノ規定ナシ故ニ身分アル者ト身分ナキ者ト共犯ナル場合ニ於
テハ第百四條ノ二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ皆正犯トナストノ規定ニ基キ
身分ナキ者モ亦身分アルモノト同一ニ論セサルヘカラスト

第二説 身分ナキ者ハ身分アルモノト同一ニ論スルヲ得ス

法律ハ身分アルカ爲メニ其犯人ヲ罰ス故ニ身分ナキ者ヲ之ト同一ニスヘキ理
由ナシ第百六條ニ身分ニ由ル加重ノ場合ノミヲ特ニ規定シタル所以ノモノハ
身分ニ因リ罪ノ成立スル場合ニハ身分ナキ者身分アル者ト共犯トナルモ其效
力ヲ及ホスモノニアラサルコトハ當然ナルカ爲メナリ左スレハ若シ法律ニシ
テ身分ナキ者ニ對シテモ猶ホ犯罪ヲ成立セシメントセハ特ニ明文ヲ以テ規定
セサルヘカラスト

第三説 共犯者中身分ナキ者ハ共ニ正犯タルヲ得サルモ教唆者及從犯タルコト
ヲ得

身分ヲ要素トスル犯罪ハ其身分アル者ニアラサレハ之ヲ犯スコトヲ得ス故ニ
數人ノ共同正犯アル場合ニ於テ身分アル者ハ罰セラルヘキモ身分ナキモノハ
犯罪構成ノ要素ヲ缺クテ以テ正犯トシテ處斷スルコトヲ得サルヤ明カナリ然
レトモ教唆者、從犯ハ是ニ異リ第百五條ニハ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメ
タル者ハ亦正犯トストアリ又第百九條ニハ重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ云々正

犯ヲ補助シ犯罪ヲ容ナラシメタル者ハ云々ト規定スルヲ以テ何人ト雖トモ唆
教者若クハ從犯トナルニ妨ケナシ即チ身分ナキ者ト雖トモ身分ヲ要スル犯罪
ノ教唆者從犯タルヲ得ルモノトス之レ法文ノ解釋上當然ノ結論ナリト

(ロ) 共犯中ノ一人ニ身分ニヨリ刑ノ加重減輕ノ理由ノ存スル場合

共犯一人ノ身分ニ因ル加重減輕ノ原因ハ他ノ共犯者ニ影響ヲ及ホスヤ否ヤ
此問題ハ種々ノ場合ニ區別シテ觀察スルヲ要ス

(一) 實行正犯者間ニ犯ノ加重減輕ノ原因タル身分ヲ有スル者アル場合例ハ
甲乙兩人ニテ甲ノ親ヲ殺シタル場合又丁年以上ノ者ト二十歳以下ノ幼者ト
共ニ他人ヲ毆打シタル場合ノ如シ

(二) 實行正犯ト教唆者トノ間ニ刑ノ加重減輕ノ原因タル身分ヲ有スル者アル
場合例ハ正犯ノミニ刑ヲ加重減輕スヘキ原因アル場合又ハ教唆者ノミニ
刑ヲ加重減輕スヘキ原因アル場合ノ如シ

(三) 實行正犯ト從犯トノ間ニ刑ノ加重減輕ノ原因タル身分ヲ有スル者アル場
合例ハ正犯ノミニ刑ヲ加重減輕スヘキ原因アル場合又ハ從犯ノミニ刑ヲ加

重減輕スヘキ原因アル場合ノ如シ

以上三個ノ場合ヲ概論センニ(一)正犯ノ身分ニヨリ刑ヲ加重スヘキトキ他ノ共
犯者ニ如何ニ影響スルヤヨ就テハ第六六條ニ之ヲ規定ス目ノ正犯ノ身分ニ因
リ別ニ刑ヲ加重スヘキ時ハ他ノ正犯從犯及ヒ教唆者ニ及ホスコトヲ得スト故
ニ正犯ノ身分ニ加重スヘキ原因アルモ他ノ正犯從犯及教唆者ハ加重シタル刑
ニヨリ處斷スヘキモノニアラス(二)正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減輕スヘキトキハ只
タ第十條二項ニ正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減輕スヘキ時ト雖トモ從犯ノ刑ハ其
輕キニ從テ減免スルコトヲ得スト爲シ從犯ニ付テノミ規定シ(三)正犯ト正犯及
正犯ト教唆者トノ關係ニ就キ何等ノ規定ナシ然レトモ法理ニヨリテ之ヲ論セ
ハ加重ノ原因ノ效力ヲ他ノ共犯者ニ及ホサ、ルト同一理ニ基キ正犯ノ身分ニ
ヨリ刑ヲ減免スヘキトキハ他ノ正犯教唆者ニ及ホスコトヲ得スト言ハサルヘ
カラス何トナレハ身分ニ因テ刑ヲ加重減輕スルハ其人ノ身分ニ存スル理由ニ
シテ此身分ヲ有セサル他人ノ刑ヲ加重減輕スルノ謂ハレナケレハナリ(四)從犯
ノ身分ニ因リ刑ヲ加重スヘキ場合ニ就テハ第十條第一項ニ之ヲ規定ス曰ク

身分ニ因リ刑ヲ加重スヘキ者從犯トナルトキハ其重キニ從テ一等ヲ減スト爲シ(五)從犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減輕スル場合又(六)教唆者ノ身分ニ因リ刑ヲ加重減輕スル場合ニ付キ何等ノ規定ナシ共犯者中一人ノ身分ニ因ル刑ノ加重減輕ハ身分ヲ有スル者獨リ加重減輕セラレ身分ヲ有セサル者ニ其效力ヲ及ホスヘキ理由ナキヲ以テ自己ノ親ヲ殺セト教唆シタル教唆者ハ殺親罪ヲ以テ論シ自己ノ家ニ放火セヨト教唆シタル教唆者ハ自己ノ家ニ放火シタル者トシテ論セサルヘカラス然レトモ自己ノ家ニ放火スル者ヲ幫助シタル從犯ハ他人ノ家ニ放火シタル罪ニ從テ論セサルヘカラス要スルニ第六百六條ノ規定ハ不備ナリ

(三) 共犯ノ責任

共犯者ハ共同犯罪ノ範圍内ニ於テ責任ヲ有シ其範圍外ニ就テハ責任ヲ有セス共同犯罪ノ責任ノ範圍ハ明示ト默諾トヲ問ハス共同者間ノ共同ノ意思ニ依リ定マルモノナリ左ニ正犯教唆者及從犯ニ區別シテ之ヲ論ス可シ

一、正犯 實行者間ニ在テハ其共同意思ノ範圍内ニ於テ其責任ヲ共擔セサルヘカラス而シテ其共同意思ハ犯罪實行前ニ通謀スルヲ必要トセサルヲ以テ

默示ノ場合モアリ得ヘシ例ヘハ竊盜ヲ爲サンコトヲ通謀シタルニ其一人強盜ニ變シタルカ如キ或ハ強盜ノ一人強盜ヲ爲シタルカ如キ其舉動等ニヨリ強盜又ハ強姦ニ付テモ共同ノ意思アリシコトヲ知り得ヘキトキハ默示ニ依リ共同意思成立セルカ故共同實行者ノ一人共同ノ意思ノ全部ヲ實行セハ他ノ共同實行者ハ共同ノ意思ノ一部ヲ實行スルモ犯罪全部ノ責任ヲ負ハサルヘカラス共同ノ意思ハ何レマテアリシヤ實際ニ於テ之ヲ定ムルコト甚ク困難ナル場合アルヘシト雖モ法律ハ事實ノ判斷ヲ裁判官ニ一任セリ

二、教唆者 教唆ニハ正犯ト意思ノ共謀ヲ爲サス只タ教唆者ニ他人ヲシテ或罪ヲ犯セシムルノ意思ト之カ實行者アレハ可ナリ故ニ教唆者ノ教唆ニ因リ實行セル犯罪ノ程度ニ準シテ其責任ヲ負ハサルヘカラス第八條ハ此意味ノ全部ヲ規定セスシテ幾部ヲ規定セリ曰ク事ヲ指定シテ犯罪ヲ教唆スルニ當リ犯人教唆ニ乘シ其指定シタル以外ノ罪ヲ犯シ又ハ現ニ行フ所ノ方法教唆者ノ指示シタル所ト殊ナル時ハ左ノ例ニ照シテ教唆者ヲ處斷ス(二)所犯教唆シタル罪ヨリ重キトキハ止メ其指定シタル罪ニ從テ刑ヲ科ス(二)所犯教唆

シタル罪ヨリ輕キ時ハ現ニ行フ所ノ罪ニ從テ刑ヲ科スト然レトモ正犯ニシテ教唆者ノ教唆シタル事項ヲ全部實行セザルトキハ亦教唆者ヲ論スルコトヲ得サルヘシ

三、從犯、從犯ノ責任ノ程度モ亦教唆ト同一ナラサルヘカラス然ルニ第百九條第二項ハ此意味ノ一部ヲ規定セリ曰ク但シ正犯現ニ行フ所ノ罪從犯ノ知ル所ヨリ重キトキハ止マ其知ル所ノ罪ニ照シ一等ヲ減スト然レトモ正犯現ニ行フ所ノ罪從犯ノ知ル所ヨリ輕キ時ハ從犯ノ知ル所ノ罪ニ照シテ一等ヲ減スヘキヤ將テ正犯現ニ行フ所ノ罪ニ照シテ一等ヲ減スヘキヤ第百九條ハ此點ニ付テ規定ヲ缺クト雖モ此場合ハ第百八條第二項ト同一ナラサルヘカラス

共犯ノ一人カ同時ニ實行正犯トナリ又從犯トナリ又ハ教唆者トナルコトアリ例ヘハ甲ハ乙ヲ殺サントコトヲ丙ニ教唆シ丙ハ之ヲ實行スルニ當リ甲モ共ニ之ヲ實行シタルトキハ甲ハ丙ヲ殺害シタル實行正犯ニシテ又丙ニ對シテ教唆者タリ又甲ハ丙ト共謀シテ乙ヲ殺害スルニ當リ甲ハ乙ニ刀ヲ貸與シ又

二九

ハ殺害ノ方法ヲ指示スル等幫助ノ所爲ヲ爲シタルトキハ甲ハ正犯ト從犯トノ所爲ヲ爲シタルモノナリ此ノ如キ場合ニ於テハ二罪ヲ以テ問フヘキヤ又ハ一罪ヲ以テ處斷スヘキヤノ問題ヲ生ス此場合ハ大ハ小ヲ兼ヌルノ理論ニヨリ正犯ノ所爲ノ内ニ從犯、教唆者ノ所爲共ニ包含セラル、モノト論スルヲ可トス

第二 共犯各論

總論ニ於テ述ヘタルカ如ク共犯ヲ分テ三種トス正犯、從犯、教唆者是ナリ先ツ正犯ヨリ述フヘシ

(一) 正犯

正犯ヲ分テ二種トナスコトヲ得ヘシ單獨ノ實行正犯及共同ノ實行正犯是ナリ(甲) 單獨ノ實行正犯

單獨ノ實行正犯トハ一人ニテ法定ノ犯罪條件タル事實ヲ全部實行シタル者ヲ云フ之ヲ共犯中ニ論スルハ不適當ノ感ナキニアラスト雖トモ他ノ共犯ト關連スル場合アルヲ以テ茲ニ之ヲ説明スルハ無用ニアラス

左ノ場合ニ於テハ亦單獨ノ實行正犯トス

(イ) 天然力ヲ使用シテ罪ヲ犯シタル場合

(ロ) 動物ヲ使用シテ罪ヲ犯シタル場合

(ハ) 不能力者ヲ使用シテ犯罪ヲ爲シタル場合 此場合ニ於テハ不能力者ト共ニ犯罪ヲ實行スルモ之ヲ教唆シテ實行セシムルモ又其實行ヲ幫助スルモ比シク不能力者ナ一ノ機械ト爲スモノナルカ故自ラ實行正犯ノ責任ヲ負ハサルヘカラス

(ニ) 能力者ヲ錯誤ニ陥レ又ハ脅迫シテ罪ヲ犯サシメタル場合 此場合モ前項ト全シク脅迫者又ハ錯誤ニ陥レタル者自ラ實行正犯ノ責ヲ負ハサルヘカラス

(乙) 共同ノ實行正犯
共同正犯トハ他人ト共同シテ犯罪ヲ實行スル者ヲ云フ單獨ノ實行正犯ト共同正犯ト異ナル點ハ一ハ一人ニテ犯罪ノ總テノ所爲ヲ實行シ一ハ他人ト共ニ犯罪ヲ實行スルニアリ

(イ) 共同正犯ノ意思

共同正犯ノ意思ニハ他ノ正犯者カ實行セントスル犯罪ニ付キ智覺アリ且ツ他人ノ所爲ト自己ノ所爲ヲ連結シテ犯罪ヲ實行セントスルノ意思アルヲ要ス即チ二人以上ノ者共同シテ犯罪ヲ實行セントスルノ意思アルニ依リ共同正犯トナル若シ此意思ナキトキハ各犯人ノ所爲ハ個々獨立ニシテ各別ノ犯罪ヲ成立スヘシ理論上ヨリ論スレハ過失罪ニモ尙ホ共同正犯アリト雖モ現行刑法ハ之ヲ有意ノ犯罪ノミニ制限セリ

共同正犯タルニハ其犯罪ニ付共犯間ニ通謀アルヲ要スルヤ否ヤハ一ノ問題ナリト雖トモ通謀ノ有無ハ共同正犯タルニ關係ナシ然トモ明示タルト默示タルトチ間ハ他人ノ犯罪ニ付知覺アリ且ツ他人ノ所爲ト自己ノ所爲ヲ連結シテ共同ノ目的タル犯罪ヲ實行セントスルノ意思アルコトヲ必要トス

(ロ) 共同正犯ノ所爲

共同正犯ノ所爲ハ各犯人ノ所爲犯罪ノ端緒以上ニ着手アルコトヲ要ス然レトモ此點ニ就テハ左ノ數説アリ

主観説

主觀說ニヨレハ共同正犯タルニハ必スシモ各正犯カ犯罪ヲ實行スルヲ要セス
 只數人間ニ共通ノ意思アリ且ツ其意思ニシテ實行セラルレハ共犯中假令犯罪
 ナ實行セサル者アルモ尙ホ之ヲ正犯トナサ、ルヘカラス此關係ハ恰モ組合員
 間ノ關係ノ如シ組合員一人ノ爲シタル行爲ハ組合員全體ヲ代表スルカ故他組
 合員ハ之ニ依テ權利ヲ得義務ヲ負フト同シ共犯者ノ一人カ他ノ共犯者ノ意
 思ヲ代表シ之ヲ實行シタルトキハ此意思ノ成立ニ與リタル者ハ亦之ヲ實行シ
 タル者ト云フヘキナリト此說タル有力ナリト雖トモ共犯者中二人カ犯罪ヲ實
 行シタルトキハ他ノ同謀者モ亦之ヲ實行シタル者ト看做スト云フハ法律上犯
 罪行爲ヲ推定スルモノニシテ刑法上特ニ明示ヲ要スルモノナリ然ルニ法文ニ
 明示ナシ且ツ第四百四條ニハ二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ正犯ト爲シ各自ニ
 其刑ヲ科ストアリ茲ニ所謂現ニトハ實際犯罪ヲ行ヒタル者ヲ指示スルモノニ
 シテ實行セサル者ヲ實行シタル者ト推定スルコトハ此規定ト相容レス故ニ主
 觀說モ完全ナル學說ト云フコトヲ得ス

客觀說

客觀說ニモ二說アリ其ノ第一說ハ犯罪ニ必要ナル所爲ヲ爲シタル者ハ皆共同
 正犯ナリト云フニアリ此說モ亦前記ニ讓ラス有力ニシテ佛國ノ刑法大家「オル
 トラン」氏ハ此說ヲ採レリ又我國ニ於テモ多數ノ學者并ヒニ裁判例ハ之ニ傾ク
 モノ、如シ而シテ何チカ犯罪ニ必要ナル所爲ト云フヤニ就テハ裁判官ノ判斷
 ニ任スルトノ外ナシ云ヘリ

然ルニ一人ハ犯罪ヲ實行シ一人ハ之ヲ幫助スル場合ニ於テハ何レノ所爲モ犯
 罪成立ニ必要ナルヘシ故ニ此說ニ依レハ所謂從犯ハ總テ正犯タルニ至ルヘク
 且ツ全ク犯罪ノ成立ハ不必要ナル所爲ナレハ從犯トシテ罰スル價值ナカルヘ
 シ犯罪成立ニ必要ナル所爲ナルト否トニ依テ共同正犯ナルヤ否ヤノ區別ヲ爲
 スハ漠然タルヲ免レヌ客觀說ノ第二說ハ共犯間ニ共同ノ意思アリ而シテ各共
 犯ノ所爲法定ノ犯罪條件ノ一部ニ達シタルトキ即チ犯罪ノ端緒ニ着手シタル
 トキ總テ之ヲ正犯ナリト云フニアリ故ニ共犯中ノ一犯人ノ所爲犯罪ノ端緒ニ
 達セサルトキハ之ヲ正犯トシテ罰スルコトヲ得ス例ヘハ甲乙共謀シテ丙ヲ殺
 サントシ甲ハ丙ノ逃走ヲ妨ケントシテ側ラニ立チ乙ハ刀ヲ以テ斬殺シタル場

合ニ於テ甲ハ正犯ナリヤ從犯ナリヤノ問題ヲ生ス之ヲ決スルニハ甲カ丙ノ逃走ヲ妨ケントシテ側ニ立ツノ所爲ハ殺人罪ヲ構成スル法定條件ノ一部ナリヤ否ヤヲ決セサルヘカラス蓋シ斯ノ如キ所爲ハ殺人罪ノ法定條件ノ一部ニアラサルヲ以テ此說ニ依ルトキハ甲ハ正犯ニアラスシテ犯罪ヲ幫助スルノ所爲即チ從犯ナリト言ハサルヘカラス又甲乙竊盜ノ共謀ヲ爲シ甲ハ家屋内ニ入りテ物品ヲ盜取シ乙ハ屋外ニ在テ見張ヲ爲シタル場合ニ於テ乙ノ所爲ハ正犯ナリヤ否ヤ見張ノ所爲ハ竊盜罪ヲ構成スル犯罪條件ニアラス故ニ正犯ニアラスシテ從犯ナリト論スヘキナリ今之ヲ主觀說ニ據テ判斷スルトキハ丙ノ逃走ヲ妨クルノ所爲又ハ見張ノ所爲ハ共謀ノ意思ノ結果ニシテ他人カ其意思ヲ實行スレハ共ニ正犯ナリト決スヘシ又客觀說ノ第一說ニ據テ判斷スルトキハ丙ノ逃走ヲ妨クル所爲ハ殺人ニ必要ナル所爲ナリ又見張番ハ竊盜ヲ保護スルニ必要ナル故ニ正犯ナリト決セサルヘカラス

(二) 教唆者

教唆トハ犯罪實行ノ決心ヲ他人ニ起サシムルノ所爲ヲ云フ即チ教唆者ハ實行

者ニ犯罪ヲ爲スノ原因ヲ與ヘタル者ニシテ實行者ハ此原因ニ依リ犯罪ノ決心ヲ爲スニ至リタル者ナリ換言スレハ教唆者ハ實行者ニ決心ノ端緒ヲ與ヘタルモノナリ故ニ實行者ハ自由ナル判斷ニ由リ決心シタルモノト云ハサルヘカラス若シ教唆者ニシテ脅迫ヲ用井又ハ強制シテ犯罪ヲ實行セシメタルトキハ實行者ハ教唆者ノ器械ニシテ教唆者即チ實行者ナリ或ハ教唆ハ犯罪ノ根本ニシテ實行者ハ其器械ナリト論シ或ハ教唆者ハ造意者ナリ即チ之チ一ノ犯罪ニ付キ觀察スレハ教唆者ハ犯意ニシテ實行者ハ所爲ナリト說シ者アリト雖モ是等ノ說ハ實行者チ一ノ器械ト看做シ自由ニ決心ヲ爲スノ能力ナキ者ト認メタルモノニシテ共ニ謬說タルチ免カレス

(イ) 教唆ノ意思

教唆ノ意思ハ他人チシテ犯罪ヲ實行セシメントスルニアリ而シテ其意思ハ實行者ニ因リ必ズ實行セラル、コトヲ知ルノ要ナシ例ヘハ甲ハ乙チ教唆シテ丙チ殺サシメントスルニ當リ乙ハ必ズ之ヲ實行スルコトヲ信スルノ必要ナシ之ヲ實行スルヤ否ヤ半信半疑ノ場合ニ於テモ尙ホ甲ハ教唆者ナリ

理論ヨリ論スレハ過失ニヨル教唆モアリ得ヘシト雖モ我刑法ニ於テハ有意ノ場合ノミニ制限セリ未來ノ犯罪ノミナラス既行ノ犯罪ヲ繼續スル場合ニモ亦教唆罪成立ス例ヘハ監禁十日ノ後ニ至リ教唆シテ之ヲ二十日乃至三十日ニ至ラシムル場合テモ教唆罪ハ成立スヘシ然レトモ既遂ノ犯罪ニ付テハ教唆ナキノミナラス既ニ實行者ノ所爲ニシテ中止スルヲ得サル程度ニ達シタルトキハ最早教唆罪成立スルノ餘地ナシ

(ロ) 教唆ノ所爲

教唆ノ所爲ハ他人ヲシテ犯罪ヲ實行セシメントスル意思ヲ表示スル所爲ナリ故ニ或ハ利益ヲ與ヘントシ或ハ不利益ヲ被ラシメントスル所爲モ亦教唆ノ手段トナル我刑法ニハ教唆ノ手段ニ付キ規定スル所ナキモ外國ノ刑法ニハ往々之ヲ明記スルモノアリ然レトモ其手段タルヤ殆ント記載シ盡スヘキニアラサルヲ以テ寧ロ我刑法ノ如ク手段ノ何タルヲ明記セサルヲ至當トス然レトモ若シ他人ニ脅迫ヲ加ヘ又ハ詐術ヲ用テ錯誤ニ陥ラシメ以テ犯罪ヲ實行セシメタルトキハ脅迫者詐術者ハ教唆者ニアラスシテ寧ロ實行正犯

ナリ然レトモ犯罪ノ原因ニ付キ他人ヲ錯誤ニ陥ラシメ犯罪ヲ實行セシメタルトキハ教唆罪成立シ實行者ハ正犯ナリ此二個ノ場合ヲ混同セザラントトシテ要ス

(三) 從犯

從犯トハ他人ノ犯罪ヲ幫助スルノ所爲ヲ云フ

(イ) 從犯ノ意思

從犯ノ意思ハ他人ノ犯罪ニ付テ智覺アルヲ要シ又他人ノ犯罪ヲ幫助スル所爲ニ付テ意思アルヲ必要トス然レトモ實行者ハ幫助ノ所爲ヲ知ルヲ必要トセス即チ共謀ヲ要セザルナリ第九條ニモ重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ云々正犯ヲ幫助シ云々ト云フモ此意ニ外ナラス
理論上ヨリ言フトキハ過失ニ因ル從犯モ亦ナキニアラス然レトモ現行法ハ之ヲ有意ノ場合ノミニ制限セリ

(ロ) 從犯ノ所爲

從犯ノ所爲ハ他人ノ犯罪ヲ幫助スルノ所爲ナリ幫助ノ所爲ハ正犯ノ場合ニ

述タル三個ノ説ニヨリテ各其定義ヲ異ニス
 主觀説ニヨルトキハ正犯ト從犯トノ區別ハ意思ニ依テ定マルモノトス自己
 ノ犯罪トシテ之ニ加効シタル場合ニハ正犯ニシテ他人ノ犯罪ナリトシテ加
 効シタルトキハ從犯ナリ先キニ述ヘタル如ク正犯ハ恰モ組合員ノ如クナリ
 トセハ從犯ハ組合員ニ使用セラル、雇人ノ如シ正犯ハ自己ノ爲メニ働キ從
 犯ハ他人ノ爲メニ働ク者ナリト云フニアリ然レトモ自己ノ犯罪トシテ働ク
 トキハ正犯ニシテ他人ノ犯罪トシテ働クトキハ從犯ナリトノ區別ハ甚タ漠
 然ナリ

第一客觀説ニヨルトキハ犯罪ノ構成ニ必要ナラサル所爲ヲ爲ス者ハ從犯ニ
 シテ必要ナル所爲ヲ爲ス者ハ正犯ナリト云フニアリ然レトモ正犯ノ場合ニ
 モ一言セルカ如ク犯罪ニ必要ナル所爲ハ從犯ニタモナルコトヲ得ス故ニ
 此區別モ亦當ヲ得タルモノト云フヘカラス
 第二客觀説ニヨレハ犯罪ノ條件タル所爲ノ端緒ニ着手セル所爲ヲ爲シタル
 者ハ正犯ニシテ犯罪ノ端緒ニ達セサル所爲ヲ爲シタル者ハ從犯ナリト云フ

ニアリ余輩ハ此説ヲ至當ト信ス

或説ニヨレハ第九條ニ重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ器具ヲ給與シ又ハ誘導
 指示シ其他豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメ云々トアル
 ナリテ從犯ノ所爲ハ正犯ノ所爲カ豫備中ニアル間ニ之ヲ幫助シタル所爲ナ
 リト説ク者アリ即チ本條ニ所謂豫備ナル文字ヲ未遂犯ニ對スル豫備ト同一
 ニ解釋スル者ナリ然レトモ比シク幫助ノ所爲ニシテ一ハ正犯ノ犯罪豫備中
 ニ加効スルヲ以テ從犯トナシ一ハ正犯ノ犯罪實行中ニ加効スルヲ以テ正犯
 ナリト云フハ時ノ點ニ因テ所爲ノ價格ヲ變スルモノニシテ至當ノ説ト云フ
 ヘカラス

第九條ノ豫備ノ所爲トハ犯罪ノ端緒ニ達セサル所爲ヲ云フモノニシテ犯
 罪ノ端緒ニ達セサル所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助スルトキハ從犯トナスト云フ意
 味ニ外ナラス器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シト云フハ豫備ノ所爲ノ例示ニ過
 キス

次ニ教唆ノ教唆從犯ノ教唆、教唆ノ從犯、從犯ノ場合ヲ想像シ得ヘシ是等ノ

犯罪ハ成立スルヤ否ヤニ付キ左ニ區別シテ之ヲ説明スヘシ

一 教唆ノ教唆、從犯ノ教唆

第百五條ニハ人ヲ教唆シテ重罪又ハ輕罪ヲ犯サシメタルモノハ亦正犯トナ
ストアリ本條ハ實行者ヲ教唆スル場合ノミヲ規定シ教唆ノ教唆若シハ從犯
ノ教唆ヲ認ムル法文ナシ故ニ我刑法ニ於テハ教唆ノ教唆及從犯ノ教唆ハ犯
罪タラサルモノト言ハサルヘカラス勿論第一ノ教唆ニシテ間接ニ實行者ヲ
シテ犯罪ヲ決心セシムルニ至リタルトキハ實行者ノ教唆トシテ罰セラルヘ
キモ教唆ノ教唆トシテ刑法上ノ責ヲ負フヘキモノニアラサルナリ
或ハ教唆者ノ教唆モ亦他人ニ重罪輕罪ヲ犯サシムル者ナルヲ以テ刑法ノ所
謂教唆者ナリト云フ說アルモ刑法第百五條ノ重罪輕罪ヲ犯ス者トハ實行正
犯ヲ指示スルモノナリト云フヲ至當トス故ニ此說ハ不當ナリ

二 教唆ノ從犯ノ從犯

第百九條ニ其他豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ云々トアリ正犯ヲ幫助シ云
々トハ實行正犯ヲ幫助シ云々ト解釋スルヲ至當トスルカ故法律上教唆ノ從

犯、從犯ノ從犯ナルモノ、存セサルハ明カナリ

現行法ハ違警罪ニハ教唆者及從犯ヲ認メス蓋シ犯罪ノ甚々輕微ナルカ爲メ之カ
教唆者、從犯ヲ罰スル必要ヲ認メサリシモノナラン

教唆者又ハ從犯ニ中止犯アリヤ否ヤノ問題ニ付テハ刑法中何等ノ明文ナシ蓋シ
一度他人ヲ教唆シ又ハ他人ニ豫備ノ所爲ヲ以テ幫助シタル以上實行者カ其所爲
ヲ止メサルトキハ中止ノ效力ナキモノトス故ニ假令教唆者又ハ從犯ハ其所爲ヲ
中止スル旨ヲ正犯ニ通知スルモ正犯ノ罪ノ成立ニハ教唆者又ハ從犯ノ所爲ニ付
キ正犯ニ通知スルコトヲ要セサルヲ以テ何等ノ影響ヲ生セス

第四共犯ノ刑

(イ) 第百四條ニヨレハ正犯ハ各自ニ其刑ヲ科ストアルヲ以テ實行正犯ハ皆同一
ノ刑ヲ以テ處斷ス同一ノ刑トハ同一刑期ト云フニアラス同一ノ刑名及ヒ同一
ノ刑期ノ範圍内ニ於テ處斷スヘキコトヲ謂フナリ故ニ例ヘハ一月以上三月以
下ノ刑期ノ範圍内ニ於テ或ハ情狀ニヨリ一月ニ處セラル、者モアルヘシ又二
月ニ處セラル、者モアルヘシ唯々其範圍ヲ超越シ或ハ刑ノ種類ヲ異ニスルヲ

得サルノミ

(ロ) 教唆者ハ第五條ニヨリ正犯ト爲ストアルヲ以テ其刑モ亦正犯ト同一ナリ
(ハ) 從犯ハ第九條ニヨリ正犯ノ刑ニ一等ヲ減ストアリ此減等ハ法律上ノ減輕ナルカ故ニ必ス減輕セサルヘカラス或ハ從犯ノ減等ヲ非トスルノ說アリ曰ク從犯ト雖トモ既ニ犯意アリ又犯罪ヲ幫助加功シタルモノナルカ故ニ減輕ノ必要ナシト然レトモ或所爲ヲ爲シタル者ハ云々ノ刑ニ處スト規定スル以上ハ其ヨリ輕キ所爲ヲ實行シタル者ヲ輕ク罰スルコトハ當然ナリ恰モ既遂犯ニ比シテ未遂犯ヲ輕ク罰スルト同一ノ理由ナリ

犯罪不成立ノ原因

法律ニ於テ罰スヘキ所爲ヲ爲シタルモノハ如何ナル場合ヲ問ハス何人ヲ論セス總テ之ヲ犯罪トシテ所罰スヘキモノナリヤ種々ノ事情ヨリ之カ例外ヲ認ムルノ必要アリ而シテ此事情ハ一家ノ保安ヨリ來リ或ハ公益ノ爲メニ生シ又ハ道德ノ爲メニ發生スルモノナリ即チ子弟ヲ教育スル爲メニ懲戒權ノ當然ノ行爲ナルコトアリ正當防禦ノ爲メニ權利ノ行爲ナルコトアリ又ハ本屬長官ノ命令ニヨル義

務ノ執行ナルコトアリ要スルニ犯罪不成立ノ原因ハ權利ノ行使ヨリ出テ又ハ義務ノ執行ヨリ生ス而シテ此等ノ場合ハ總テ法文ノ規定ニ基カサルヘカラス現行刑法中犯罪不成立ノ場合左ノ如シ

第一、正當防禦

正當防禦ハ現行刑法ニ於テ單ニ殺傷ニ關スル不論罪トシテ第三編ニ之ヲ規定セリ然レトモ是レ其當ヲ得タルモノニアラス蓋シ正當防禦ノ所爲ハ不法ノ所爲ナラサルノミナラス權利ノ行使ニシテ寧ロ合法的行爲ナリトス然ラハ唯タ殺傷ニ關スル場合ニ於テノミ不論罪タルヘキモノニアラスシテ一般ノ場合ニ犯罪不成立ノ原因タルヘキモノナリ故ニ刑法ノ編纂上總則中ノ犯罪不成立ノ原因中ニ規定スルヲ至當トス

正當防禦ノ定義

正當防禦トハ危急不法ノ暴行ニ對シテ自己若クハ他人ノ身體財產又ハ家宅ノ安寧ヲ防禦スル爲メニ已ムコトヲ得スシテ行ヒタル行爲ヲ云フ

此定義ニ於テ明カナルカ如ク正當防禦ニハ身體生命ニ對スル場合財產ニ對ス

ル場合及ヒ家宅ノ安寧ニ對スル場合ノ別アリ先ツ第一ノ場合ヨリ論述スヘシ
一、身體生命ニ對スル正當防衛

此正當防衛權ノ要素ヲ掲ケレハ左ノ如シ

(イ) 身體生命ニ對スル正當防衛權ノ目的物ハ人ノ身體生命ナリ

殺人ノ場合ニ於ケル人ノ生命毆打創傷ノ場合ニ於ケル人ノ身體ハ現行法上
當然正當防衛ノ目的物タルコト明カナリ(第三百十四條乃至第三百十六條)

人ノ身體ノ運動ノ自由又ハ強姦等ニ對スル暴行ニ就テ正當防衛權ヲ生スル
ヤ否ヤノ問題ハ一疑問ニ屬スト雖モ第三百十四條ニハ身體生命ヲ正當ニ防
衛シ云々ト規定スルヲ以テ自由ニ對スル暴行ハ即チ人ノ身體ノ運動ノ自由

ヲ束縛スルモノニシテ身體ニ對スル暴行ノ内ニ包含シ又強姦ナルモノハ一
部暴行強迫ヲ身體ニ加フルモノナルカ故ニ此等ノ場合ニ於テモ亦正當防衛
ノ權ヲ生スヘク換言スレハ自由並ニ強姦ノ場合ニ於ケル身體モ亦正當防衛
ノ目的物タルコトヲ得ルモノト爲サ、ルヘカラス次ニ名譽ニ對シテ不法ノ
暴行ヲ受ケタル場合例ヘハ罵詈譏諷ヲ爲シタルモノニ對シ防衛權アリヤ否

ヤ現行刑法ニヨレハ名譽ニ對スル不法ノ暴行ニ對シテハ正當防衛權ヲ認メ
ス然レトモ外國ノ刑法ニハ名譽ニ對シテモ亦防衛權アルヲ規定スルモノア
リ

(ロ) 人ノ身體生命ニ對シ暴行アルコトヲ要ス

(ニ) 暴行ハ人ノ所爲ナルコトヲ要ス

人類ノ暴行ニ對スルニアラサレハ正當防衛權ヲ生セス鳥獸木石等ノ危險
襲撃ニ對シテハ正當防衛ノ權利ナシ暴行ナル文字ハ人間ノ或不法ノ所爲
ヲ意味スルナリ

人間ノ爲シタル暴行ナラゾニハ總テ之ニ對シテ防衛權ヲ生スルヤ例ヘハ
幼者若クハ狂人ノ暴行ニ對シテ正當防衛權アリヤ否ヤ是レ議論ノアル所
ナリ或ハ曰ク幼者狂人ノ如キハ刑法上不能力者ニシテ其所爲ハ風雨電雷
木石鳥獸ノ危險襲撃ニ異ナラス故ニ幼者狂人ノ不法ノ暴行ニ對シテハ正
當防衛權ヲ生セスト此說一應理由ナキニアラスト雖モ此說ニ依ルトキハ
暴行ヲ受クル者ハ暴行者カ刑法上不能力者ナリヤ否ヤ狂人ナリヤ否ヤチ

判別セサルヘカラス然レトモ危急ノ際斯ノ如キ猶豫アルモノニ非ス被暴行者ニ此責任ヲ負擔セシメントスルハ難キヲ責ムモノニシテ不當ナリ故ニ刑法上能力者タルト否トニ拘ラス人間ノ暴行ニ對シテハ總テ正當防衛權ヲ生スト解スルヲ至當トス

(3) 不法ノ暴行ナルヲ要ス

正當防衛權ハ不法ノ暴行ニ對シテ行フコトヲ得ルモノニシテ正當ノ暴行ニ對シテハ決シテ防衛權ヲ生スルモノニアラス正當ナル暴行トハ語弊ナキニアラサレトモ法律ニヨレル行爲ヲ指稱スルナリ即チ法律ニ依ル行爲ナルトキハ例令暴行ナルモ之ニ對シテ正當防衛權ヲ生セス例ヘハ巡查カ令狀ヲ帶シ犯人ヲ逮捕スルハ是レ法律ニ因ル行爲ナリ故ニ之ニ對シテ防衛ヲ名トシテ抗拒スル能ハス是レ甚々單簡ナル場合ナリト雖モ其際ニ於テハ錯雜ノ問題ヲ生スルコトアルヘシ
法律ニ因レル所爲ニ對シテ正當防衛權ヲ生セサルハ前述ノ如シト雖モ若シ一步法律ノ命スル所ノ範圍ヲ超越スルトキハ其超越スル點ニ就テハ不

六

法ノ暴行ナルカ故ニ之ニ對シテ防衛權ヲ生スト言ハサルヘカラス例ヘハ夜中ニハ人ノ家宅内ニ立チ入り逮捕スルコトヲ得サルハ刑事訴訟法ノ明示スル所ナリ令狀ヲ帶スル巡查ハ其令狀ニ依テ人ヲ逮捕スルハ正當ノ所爲ナリト雖モ若シ夜中承諾ヲ得サルニ家宅内ニ立チ入り人ヲ逮捕シタルトキハ既ニ法律ニ因レル範圍ヲ超脱セルモノニシテ此場合ニ於テハ正當防衛ヲ以テ抗拒スルヲ得ルニ至ルヘシ實際警察權ノ範圍ニ就テハ往々法律上ノ行爲ナリヤ否ヤノ問題ヲ生シ之ニ對スル正當防衛權ノ有無ハ甚々不明ナル場合アリ或ハ形式上職服ヲ着シ職務ヲ執行スルトキハ例令其職務ヲ超越スルモノニ對シテ正當防衛權ヲ行フコトヲ得スト論スルモノアリ例ヘハ巡查ハ官服ヲ着シ職務ノ執行中ナルトキハ其職務外ニ涉ルコトアルモノニ對シテ抵抗スルヲ得スト云フモノナリ然レトモ余ハ此說ニ服スル能ハス形式上職服ヲ着シ職務執行中ニアルモノ其正當行爲ノ範圍ヲ超越スルトキハ是レ不法ノ暴行ナリ不法ノ暴行ニ對シテハ正當防衛權ヲ生スヘキハ勿論ナリ故ニ防衛權ヲ生スルニハ實質ニ於テ尙ホ其職務權限内

刑法 犯罪不成立ノ原因

ニ於ケル行爲タルヲ要ス而シテ暴行ノ不法ナリヤ否ヤハ法律ニ據ル行爲ナリヤ否ヤニ依テ區別スヘキモノトス

(は) 不法ノ暴行ハ現在ナルヲ要ス

正當防衛權ハ現在ノ不法ノ暴行ニ對シテ生スルモノナリ故ニ過去若シハ未來ノ暴行ニ對シテハ此權利ナキモノトス危害カ生命身體ニ相迫マレル内ハ危害ノ現在ナルモノナリト雖モ若シ余ノ言ヲ聽カスンハ明日汝ヲ襲撃セント云フカ如キハ危害ノ未來ニ屬スルモノナリ又昨夜襲撃セラレタル復讐ヲ爲サントスルカ如キハ危害ノ過去ニ屬スルモノナリ過去若シハ未來ノ暴行ハ危急相迫レル危害ニアラス之ニ對シテ正當防衛ノ權利ヲ生スルコトナシ

以上述フル所ノ條件ヲ具備スルトキハ茲ニ正當防衛權ヲ生シ因テ人ヲ殺傷スルモ犯罪ト爲ラサルナリ

正當防衛權ノ程度及範圍

正當防衛權ハ暴行者ニ對シテ行ウ所ノ權利ナリ故ニ第三者ニ對シテ防衛ノ權

ヲ生セス

暴行者ニ對スル正當防衛權ハ自己ノ身體生命ヲ防衛スルニ足ル範圍ヲ出ツル能ハス又其程度ハ法律ノ保護スル丈ケノ點ニ止マルモノトス蓋シ正當防衛ハ法律ノ保護スヘキ場合ニ之ヲ私人ノ自衛ニ委スルモノナルカ故ニ法律カ保護スルニ足ル丈ケノモノナラハ如何ナル處分ト雖モ法律ハ之ヲ正當ノ權利トスルモノナリ

或ハ曰ク不法ノ暴行ト正當防衛權ノ實行トハ鈞合ヲ得サルヘカラスト例ヘハ暴行者ハ手ヲ斬リ又ハ足ヲ折ラントスル場合ニ之ニ對スル正當防衛ハ同シク手ヲ斬リ又ハ足ヲ折ルノ手段ニ止メサルヘカラスト云フニアリ然レトモ防衛權ノ生スルハ攻撃ヲ受クル所ノ者ヲ保護スルノ目的ニ基クカ故ニ之ヲ保護スルニハ暴行者ノ暴行ヲ排斥スルニ足ルノ手段ヲ必要トス而シテ之ヲ防衛スルハ手足ヲ斬折スルノ所爲ニ對シテ人ヲ殺傷スルノ已ムヘカラサル必要アルコトアラシ故ニ暴行者ノ暴行ト正當防衛權ノ實行ト鈞合ヲ得サルヘカラスト云フノ説ハ非ナリ

又說ヲ爲スモノアリ曰ク正當防衛權トハ自己ノ身體生命ヲ保護ズルニ必要ナル丈ケ之ヲ許シタルモノナルカ故ニ若シ攻撃ヲ受クル者ニシテ暴行ヲ避ケ得ルノ途アリシナラハ例ヘハ逃ケ得ヘキ場合ナリシナラハ之ヲ逃避セサルヘカラス逃避スルノ餘地ナク進退殆ント谷マルノ時ニアラスンハ此權利ヲ生セサルモノトスト或場合ニハ逃避スルノ手段モ亦身體生命ヲ保護スル一ノ方法ナルヘシト雖モ暴行者ニ抵抗シ其暴行ヲ撲滅スルノ手段ニ出ツルモ亦身體生命ヲ保護スル一ノ方法ナリ既ニ法律ノ保護ヲ受クル能ハサル場合ニ於テ自衛ノ手段ヲ私人ニ委シタリトセハ其自衛ノ手段ハ如何ナル方法ニ出ツルモ妨ケアルヘキ理由ナシ然ルニ逃ケ得ラル、場合ニハ逃ルヲ要ジ逃ケ得ラレサルニ至リテ始メテ防衛權アリト云フハ是レ防衛ノ一ノ方法ヲ見タルモノニ過キヌシテ理論上正當ノ說ト言フコトヲ得ス然レトモ此學說ハ勢力アリ且實際家ノ間ニ之ヲ採ルモノ多ク判決例モ亦是ニ依リタルモノアリ

次ニ不正ノ所爲ニヨリ自ラ暴行ヲ招キタルトキハ正當防衛權アリヤ否ヤノ問題ニ付キ說述スヘシ

一〇

第三百十四條但書ニ曰ク不正ノ所爲ニヨリ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限リニアラスト即チ不法ノ攻撃ヲ受クルモ其暴行ハ自ラ不正ノ所爲ニヨリ招キタルモノナルトキハ之ニ對シテ正當防衛權ヲ生セストノ意ナリ茲ニ所謂不正ノ所爲トハ法律ニ合セサル所爲即チ不合法ノ所爲ト云フコトナリ此不合法ナル所爲ニヨリ自ラ暴行ヲ招キタルトキハ此暴行ニ對シテ防衛權ヲ生セス例ヘハ人ヲ嘲弄シテ憤怒セシメ攻撃シ來ルヲ奇貨トシ正當防衛ナリトシテ之ヲ殺傷スルハ法律ノ許サ、ル所ナリ然レトモ不正ノ所爲ニヨリ暴行ヲ招キタルヤ否ヤ往々實際ニ於テ區別シ難キ場合アリ債主ハ數度督促スルモ返金セサル爲メ憤怒ヲ發シ談判ノ爲メ負債主ノ家ニ闖入シタリトセンカ此場合ニ負債主ハ正當防衛ヲ名トシ債主ノ闖入ヲ拒マンカ爲メ已ムヲ得サル場合ニハ殺傷ノ行爲ニ出ツモ可ナリヤ又本夫カ姦所ニ於テ姦夫姦婦ヲ斬殺セントスルニ際シ姦夫ハ本夫ニ對シ正當防衛權ヲ有スルヤ否ヤ等即チ是等ノ場合ニ於テ暴行ヲ受クル者ノ爲シタル不法ノ所爲ハ正當防衛權ヲ喪失スルヤ否ヤノ問題ニ付キ議論アル所ナリ

以上論スル所ハ自己ノ身體生命ヲ防衛スル場合ナリ第三百十四條ニヨレハ他人ノ身體生命ヲ防衛スルニ出テタル場合モ亦正當防衛權アリト認メ之ヲ不論罪トセリ蓋シ其理由トスル所ハ法律ノ目的ハ法律ノ秩序ヲ維持スルニアリ故ニ荷モ不法ニ其秩序ヲ紊亂スルモノアラシカ法律ハ直チニ法ヲ以テ之ヲ問フハ勿論ナリト雖モ專危急ニシテ法律自ラ之ヲ保護スルニ隙ナキ場合ニ於テハ何人ト雖モ法律ノ秩序ヲ維持センカ爲メニ其權力ヲ行フコトヲ得ルモノト認メ第三者ノ生命身體ニ暴行ヲ受クルニ當リ其危害ヲ防衛スル爲メニ亦正當防衛權ヲ行フコトヲ得ルモノトセルナリ

二 財産ニ對スル正當防衛

財産ニ對スル正當防衛權ノ條件ハ左ノ如シ

(イ) 此正當防衛權ノ目的物ハ財産ナリ (第三百十五條一號二號)
或ハ財産ニ對スル正當防衛權ナシト論スルモノアリ其說ニヨレハ第三百十五條第一號ニハ財産ニ對シ放火其他暴行ヲ爲ス者ヲ防止スルニ出テタルトキトアリ又第二號ニハ盜犯ヲ防止シ又ハ盜賊ヲ取還スルニ出タルトキトア

ルモ之ヲ以テ財産ニ對スル正當防衛ノ規定ナリト云フヲ得ス是レ寧ロ第三百十四條身體ニ對スル正當防衛ノ例外ト解釋スルヲ至當トス又理論上ヨリスルモ財産ニ對スル暴行ニ就テハ起訴ノ手續ニヨリ之ヲ救済スルノ途アルヲ以テ防衛ノ權利ナ一私人ニ與フル必要ナシ故ニ第三百十五條ヲ以テ財産ニ對スル正當防衛ノ場合ヲ規定セルモノト爲スハ非ナリト然レトモ余ハ此說ニ贊成スル能ハス第三百十五條第一號ニハ財産ニ對シ放火其他暴行ヲ爲ス者ヲ防止スルニ出テタルトキトアル故ニ其防止ノ目的ハ財産ニアルコト明ナリ又同條第二號ニ盜犯ヲ防止シ又ハ盜賊ヲ取還スルニ出テタルトキトアリ是亦財産保護ノ目的ニ外ナラス然ラハ財産モ亦正當防衛ノ目的物ニシテ換言スレハ財産ニ對スル正當防衛權アリト云フヲ以テ現行法上至當ナリト信ス

(ロ) 財産ニ對シ暴行ノ行爲アルコトヲ要ス
財産ニ對スル暴行トハ財産ノ破毀消耗又ハ掠奪等ノ所爲ナリ而シテ暴行ハ不法ノモノタルヲ要ス正當ノ暴行ニ對シテハ正當防衛權ヲ生セザルコトハ

身體生命ニ對スル正當防衛權ノ場合ニ詳述セシ所ニ同シ

財産ニ對スル正當防衛權ト身體生命ニ對スル正當防衛權ト異ナル點二アリ

(一) 身體生命ニ對スル正當防衛權ノ場合ニハ不正ノ所爲ニヨリ自ラ暴行ヲ招キタルトキハ正當防衛權ヲ得ルノ限リニ非ラストアル(第三百十四條但書)モ財産ニ對スル防衛權ノ場合ニハ此規定ナシ又身體生命ニ對スル防衛權ハ他人ノ爲メニ之ヲ行フコトヲ得ル規定ナルモ財産ニ對スル防衛權ハ他人ノ爲メニ之ヲ行フコトヲ認メス何カ故ニ身體生命ニ對スル場合ト財産ニ對スル場合トニヨリ此區別ヲ設ケタルヤ其理由ヲ發見スル能ハスト雖モ立法上斯ク規定スルカ故ニ斯ク論セサルヲ得スト云フノ外ナシ

(二) 身體生命ニ對スル防衛權ヲ生スルニハ暴行ハ現在ナルコトヲ必要トセリ然レトモ財産ニ對スル防衛ノ場合ニハ暴行ノ現在ナル場合ハ勿論盜罪ノ場合ニ在テハ過去又ハ未來ノ暴行ニ對シテモ亦防衛權ヲ認ム何トナレハ第三百十五條第二號ニ盜犯ヲ防止シトアルハ未來ノ暴行ニシテ又ハ盜賊ヲ取還スルニ出テタルトキトアルハ過去ノ暴行ナレハナリ蓋シ此規定ハ人情ヲ斟酌セルニ基クモノナラン

以上ノ要件ヲ具備スルトキハ財産ニ對シテモ亦正當防衛權生スルモノトス防衛權ノ方向並ヒニ範圍ニ就テハ身體生命ニ對スル正當防衛ニ於テ論スル所ヲ參照スヘシ

三 邸宅ノ安寧ニ對スル正當防衛

邸宅ノ安寧ニ對スル正當防衛權ヲ生スルニ必要ナル條件左ノ如シ

(イ) 此正當防衛權ノ目的物ハ住居ノ安寧ナリ住居ノ安寧ハ法律上保護スヘキモノナリトシテ憲法上保護ノ規定アリ刑法ニ於テ邸宅ノ安寧ニ對スル侵害ニ付キ正當防衛權ヲ認メタルハ至當ソコト、云フヘシ然レトモ刑法ハ邸宅ノ安寧ヲ侵害スル總テノ場合ニ付キ正當防衛權ヲ認メテ單ニ夜間ニ於ケル邸宅ノ侵入ニ此權利ヲ認メタルニ過キス晝夜ノ區別ニヨリ正當防衛權ノ有無ヲ異ニセルハ其何ノ理由ニ出テタルヤヲ知ラズ
第三百十五條第二號ニハ人ノ住居スル邸宅ト規定スルカ故ニ船舶ノ侵入ニ對シテハ正當防衛權ヲ生セサルモノト解釋セサルヘカラス

(ロ) 暴行アルコトヲ要ス

暴行ハ夜間人ノ住居スル邸宅ノ安寧ヲ害スルノ所爲ナリ法文ニハ夜間故ナ
シ人ノ住居シタル邸宅ニ入り又ハ門戸牆壁ヲ踰越損壞スル者云々ト規定セ
リ

(一) 暴行ハ不法ナルコトヲ要ス故ニ正當ナル暴行ニ對シ防衛權ヲ生セス

(二) 暴行ハ現在ナルコトヲ要ス即チ現ニ邸宅ニ侵入シ又ハ現ニ門戸牆壁ヲ
踰越損壞スルノ所爲アルコト必要ニシテ過去若クハ未來ノ侵入踰越損壞
等ニ對シテハ此權利ヲ生セス

以上ノ條件具備スルトキハ家宅ノ安寧ニ對スル正當防衛權ヲ生スルモノトス
防衛權ノ方向並ヒニ其程度範圍ハ身體生命ニ對スル正當防衛ノ場合ト同シク自ラ不正
スヘシ此正當防衛ノ場合モ亦財產ニ對スル正當防衛ノ場合ト同シク自ラ不正
ノ所爲ニヨリ暴行ヲ招キタルトキハ正當防衛權ヲ得ルノ限リニアラサルコト
ノ規定ナク又他人ノ爲メニ防衛ヲ爲スコトヲ得ヘキ規定ナシ然レトモ權利者
ノ家族雇人ノ如キハ元來他人ニ對シ其邸宅ノ安寧ヲ保護スルノ權ヲ有スル者

ナルカ故ニ權利者タル主人ト同シク防衛權ヲ有スト云フ可シ

以上ヲ以テ正當防衛ニ關スル大略ヲ述ヘ了レリ終リニ臨ンテ正當防衛ノ區域ヲ
脱シタル場合ニ就テ一言セントス正當防衛ノ區域ヲ脱スル場合ニ二アリ

(一) 時ノ點ヨリ區域ヲ脱スル場合 前述ノ如ク過去及ヒ未來ノ暴行ニ對シテハ
正當防衛權ヲ生セス然ルニ危害已ニ去リタル後若クハ未來ニ於テ危害ノ恐レア
リト云フ場合ニ其者ヲ殺傷シタルトキノ如キハ是レ時ノ點ヨリ正當防衛ノ區域
ヲ脱スルモノナリ

(二) 所爲ノ點ヨリ正當防衛ノ區域ヲ脱スル場合 身體生命又ハ財產カ已ニ危害
ヲ離レ安全ノ地位ニアルニ拘ラス尙ホ暴行者ヲ殺傷シタルトキノ如キ是レナリ而
シテ是等區域ヲ脱スル場合ニモ有意ノ場合ト無意ノ場合トアルヘシ元來正當防
衛ニ出テタル殺傷ノ所爲ハ不論罪ナリト雖モ(第三百十四條及第三百十五條)正當
防衛ノ區域ヲ脱シタル所爲ニ就テハ不論罪ノ限ニアラストシ法律ハ唯々其刑ヲ減
輕スルニ過キス(第三百十六條)故ニ有意ニ正當防衛ノ區域ヲ脱シタルトキハ普通
ノ殺人罪若クハ毆打創傷罪ニ因テ論セサルヘカラス而シテ若シ無意ニ正當防衛

ノ區域ヲ脱シタル所爲ニシテ過失ニ出テタルモノナルトキハ過失罪ヲ以テ論シ
尙ホ法律ハ宥恕スルコトヲ裁判官ニ委セリ然レトモ過失ナキトキハ第三百十六
條ノ規定アルニ拘ラス尙ホ無罪トセサルヘカラス

第二 強制又ハ危難ニ對スル防衛

一、強制ニ對スル防衛

刑法第七十五條第一項ニ抗拒スヘカラサル強制ニ遇ヒ其意ニ非サルノ所爲
ハ其罪ヲ論セストアリ是レ強制ニ因ル不論罪ノ場合ニシテ強制ニ對シ自己
ノ身體ヲ防衛スルニ出テタル所爲ハ刑法ニ觸ル、モ處罰スルコトナキヲ規
定セルモノナリ

強制ニ對スル防衛ノ所爲ニシテ不論罪タルニハ左ノ條件ヲ要ス

(甲) 強制ニ因ル不論罪ノ條件

(イ) 身體又ハ精神ニ強制ヲ受クルコトヲ要ス
法文ニ抗拒スヘカラサル強制トアルカ故ニ被強制者ノ身體又ハ精神ニ對
スル強制ナラサルヘカラス即チ強制ハ身體生命若クハ自由ニ對スル暴行

脅迫ニシテ名譽又ハ財産ニ對スル暴行脅迫ハ本條ノ所謂強制ノ内ニ包含
セサルモノト言ハサルヘカラス

(ロ) 強制ハ人ノ所爲ナルコトヲ要ス

天災ニ依テ自己ノ身體生命ニ危難アルモ第七十五條第一項即チ強制ニ對
スル防衛ナリト云フコトヲ得ス又暴行脅迫ハ抗拒スヘカラサル強制タル
ヲ要スルカ故ニ暴行者ニ於テ暴行脅迫ヲ加ヘントスルノ意思アルコトヲ
必要トス是レ同條第二項意外ノ變ノ場合ト異ル所ナリ同第一項ハ他人ニ
強制ヲ加ヘ犯罪トナルヘキ所爲ヲ行ハシムル場合ノ規定ニシテ例ヘハ甲
カ乙ヲ脅迫シテ竊盜ヲ爲サシメ或ハ偽造證書ヲ作成セシムル等精神ニ強
制ヲ加ヘテ他人ニ犯罪ヲ犯サシムル場合ナリ

(ハ) 暴行脅迫ハ被強制者ノ身體又ハ精神ノ自由ヲ奪フニ足ルモノナルコ
トヲ必要トス

暴行脅迫ヲ加フルモ身體又ハ精神ノ自由ヲ奪フニ足ラサルトキハ犯罪行
爲ヲ取捨選擇スルノ自由アルカ故ニ之ヲ不論罪ト爲スノ限りニ非ス又其

暴行脅迫ハ現在身體生命ニ危險ノ急迫スル場合ニ非レハ未ダ避クヘカラサル強制ト云フヲ得サルヲ以テ此場合ニ爲シタル犯罪ノ所爲ハ不論罪トシテ論スルコトヲ得ス

自己以外ノ者ノ受クル強制ニ對シ其防衛ノ爲メニ爲シタル所爲ハ猶ホ不論罪ヲ以テ論スヘキヤ否ヤニ付キ第一項ノ場合ニ問題アリト雖モ第二項ノ如ク自己若クハ親屬トノ規定ナキヲ以テ見レハ自己以外ノ者ノ受クル暴行脅迫ニシテ自己ニ對スル強制トナルニアラサレハ第三者ノ受クル強制ニ對シ行ヒタル所爲ハ不論罪ト爲スコトヲ得スト論セサルヘカラス然レトモ若シ自己以外ノ者ノ受クル暴行脅迫ニシテ延イテ自己ニ對スル強制トナル場合ニ於テハ其行爲タルヤ不論罪ナリ例ヘハ共ニ竊盜ヲ爲サ、レハ其子ヲ殺サントテ刀ヲ愛子ノ胸ニ擬シ脅迫セラレタルガ爲メ竊盜ヲ爲シタル場合ノ如キハ所謂抗拒スヘカラサル強制ニ因ル不論罪ナリトス」
(三) 暴行脅迫ハ被強制者カ犯罪ヲ爲スヨリ他ニ之ヲ遁ル、ノ方法ナキコトヲ要ス

強制ヲ受クルモ他ニ之ヲ避ケ得ヘキ方法アルニ拘ラス犯罪ノ所爲ニ出テタルトキハ之ヲ不論罪ト爲スコトヲ得ス強制ハ現在ニシテ且ツ間斷ナシ身體又ハ精神ノ自由ヲ奪フノ程度ナルヲ要スルナリ以上ノ條件アルトキハ被強制者ハ自己ノ身體生命ヲ防衛スル爲メニ如何ナル所爲ヲ爲スモ法律ハ之ヲ不論罪トナスモノナリ

(乙) 強制ニ對スル防衛ノ方向

防衛ノ方向即チ被強制者ノ所爲ノ方向ハ不正ノ暴行者即チ強制者ニ對スルニ非スシテ正當ナル第三者ニ對シテ之ヲ行フモノナリ

(丙) 強制ニ對スル防衛ノ範圍

防衛ノ範圍ハ強制者ノ強制ノ及フ範圍内ニ限ル其範圍外ニ出ツルトキハ其所爲ハ不論罪タルヲ得ス

(丁) 強制ニ對スル防衛ノ所爲ヲ不論罪トナスノ理由

此防衛ヲ認ムル理由ハ他人カ意思ノ選擇ノ自由ヲ欠クニ基ク即チ犯罪ヲ爲スカ又ハ自己ノ身體ヲ犠牲ニ供スルカ一ヲ選ムヨリ他ニ自由ナキカ故

ニ法律ハ此ノ如キ場合ニ爲シタル所爲ヲ處罰スルノ價值ナシト認メ、タルモノニシテ畢竟犯罪トナルヘキ所爲ヲ爲シタル者ハ他人ノ一ノ器械タルニ過キス不論罪ト爲スノ理由アリト云フヘシ

他人ヨリ外形上ノ脅迫ヲ受ケタル場合例ヘハ手ヲ取りテ偽造證書ニ捺印セシムル場合ノ如キハ被強制者ノ所爲ニ非ス即チ此場合ニハ意思ノ働キナク又所爲ナキカ故ニ本條ノ強制ニ因ル不論罪ニ非スシテ第七十七條ヲ以テ爲スヘキモノトス

二、危難ニ對スル防衛

危難ニ對スル防衛ハ第七十五條第二項ニ規定スル所ナリ曰ク天災又ハ意外ノ變ニ因リ避クヘ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タル所爲亦同シト危難ニ對スル防衛ノ不論罪タルニハ左ノ條件ヲ要ス

(甲) 危難ニ對スル防衛ノ條件

(イ) 天災又ハ意外ノ變ナルコト

天災トハ暴風、地震ノ如キ天然的災害ヲ指シ意外ノ變トハ重ニ人爲ニ關ス

ル場合ヲ云フ例ヘハ他人カ刀ヲ振テ突然顯ハレタルカ如キ又出火ノ場合ノ如シ而シテ防衛ヲ爲ス者ニ意外ノモノハ皆意外ノ變ナリ

意外ノ變アルカ故ニ豫メ危難アルコトヲ知り之ヲ利用シテ爲シタル所爲ハ不論罪トナスヲ得ス例ヘハ天候ノ險惡ナルコトヲ豫見シ故ラニ船ヲ出シテ海上ニ乗出シ難船スルニ當リ二人ヲ支フルニ足ラストシ他ノ一人ヲ排除シテ溺死セシメタル場合ノ如キハ第七十五條第二項ヲ以テ不論罪ト爲スコトヲ得サルヘシ

(ロ) 自己若クハ親屬ノ身體ニ危難アルヲ要ス

身體ノ内ニハ生命ハ勿論毆打創傷罪ノ目的タル身體及自由ニ對スル犯罪ノ目的タル身體モ亦包含ス故ニ強姦セラレントスル危難ニ遭遇セル場合ニ之ヲ防衛センカ爲メ他人ニ加ヘタル犯罪ハ之ヲ不論罪トセサルヘカラス然レトモ身體トノミ限定セルカ故ニ名譽又ハ財産ニ對スル危難ニ對シテハ第七十五條第二項ヲ適用スルヲ得ス

親屬トハ刑法第一百四條ノ規定ニ依ル法律ハ明カニ自己又ハ親屬ノ身體

ヲ防衛スルニ出テタルトキ云々ト規定スルカ故ニ親屬以外ニハ如何ニ親近ノモノタルモ本項ノ適用ナシ是レ完全ノ規定ト言フヲ得ス遠キ親類ヨリ近キ他人ト云ヘルカ如ク親友間ノ如キ又師弟間ノ如キ寧ロ親屬ヨリモ情愛密ニシテ義理ノ近キ者ノ間ニ在テハ其危険ヲ救ハンカ爲ニ防衛ニ出テタル所爲ヲ不論罪ト爲スノ必要アルヘシ

(ハ) 自己若クハ親屬ノ身體ニ及ホス危険ハ現在ニシテ避クヘカラサルモノタルヲ要ス

自己若クハ親屬ノ身體ニ及ホス危険ハ避クヘカラサルモノナルヲ要スルカ故ニ現在ノ危険ナルコトヲ要スルハ明カナリ即チ過去若クハ未來ノ危険ニ對シテハ此防衛ヲ行フコトヲ得ス

又現在ノ危険ノ場合ニ在テモ之ヲ避ク得ヘキトキハ此防衛ノ行爲ヲ不論トナスコトヲ得ス此點ハ正當防衛ト大ニ差異アル所ナリ正當防衛ノ場合ニハ他人ノ不法ノ暴行ニ對シ自己若クハ第三者ノ身體ヲ防衛スル必要アルカ故ニ危険ノ避ク得ヘキモノナルト否トチ間ハス此暴行ヲ排斥シ生命

身體ヲ防衛スル必要ナル手段ハ其如何ナルモノチ間ハス爲シ得ヘシト雖モ第七十五條第二項ニ於ケル危険ニ對スル防衛ノ場合ハ正當ナル第三者ニ對シテ危害ヲ及ホスモノナルヲ以テ防衛ニ出テタル所爲ヲ不論罪トナスノ範圍ハ極メテ狹隘ニシ此所爲ヲ爲スニ非レハ他ニ危険ヲ免ル、途ナキ場合ニ限リタルモノナリ

以上ノ條件ヲ有スルトキハ法律ハ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出テタル所爲ハ假令法律ニ違反スルモ之ヲ罪トシテ論セサルモノトス

(乙) 危険ニ對スル防衛ノ方向

第七十五條第二項ノ防衛ト正當防衛トハ其方向ヲ異ニス正當防衛ハ不法ノ暴行者ニ對シテ爲ス行爲ナレトモ第七十五條第二項ノ防衛ハ正當ナル第三者ニ對シテ爲ス行爲ナリ故ニ正當防衛ノ場合ニハ不法ノ暴行者ニ正當防衛權ヲ生セスト雖モ第七十五條第二項ノ場合ハ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出テタル所爲ハ其所爲ヲ受クル所ノ第三者ヨリ見レハ不法ノ暴行ナルカ故ニ第三者ハ是ニ對シテ正當防衛權ヲ有スルモノトス

(丙) 危難ニ對スル防衛ノ範圍

防衛ノ範圍ハ正當防衛ノ場合ニ論シタルカ如ク自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ必要ナル範圍内ナルヲ要シ其以外ニ出ツルコトヲ得ス正當防衛ノ場合ニハ範圍ヲ脱シタルトキハ其刑ヲ輕減スルコトヲ得トアルモ第七十五條ノ場合ニハ此等ノ規定ナキカ故ニ範圍ヲ脱シタル所爲ハ之ヲ普通ノ犯罪トシテ論スル外ナシ

(丁) 危難ニ對スル防衛ヲ認ムル理由

此規定ハ歷史上ノ理由ニ基クモノナリ遠ク羅馬法時代ノ法律ニハ乞食ノ竊盜ヲ不論罪ト認メタリ蓋シ其ノ理由ハ所謂必要ハ法律ヲ知ラスト云ヘル語ニ出ツ之ヲ適用シテ難破船ノ場合ニ二人ヲ支ユルニ足ラサル一ノ板子ヲ二人ノ者爭フニ當リ一人ハ其生存ノ爲メニ他ノ者ヲ押シ退クルコトヲ得トスルニ至レリ是等ノ場合ハ理論上ヨリ觀察スレハ權利ト權利トノ衝突生命ト生命トノ衝突ニシテ他人ノ物ヲ竊取セサレハ自己ノ生命ヲ保存スル能ハス他人ノ生命ヲ絶ツニアラサレハ自己ノ生命ヲ保存スルコ

トヲ得サル場合ニハ他人ノ財産若クハ他人ノ生命ヲ犠牲ニ供シ自己ノ生命ヲ保存スルノ已ムコトヲ得サルヲ法律ハ認メタルモノナリ即チ二人ノ生命ヲ喪失スルヨリハ寧ロ一人ヲ殺スモ他ノ一人ヲ保存スルヲ利益ナリト法律ハ認定シタルモノナリ

學說上一ノ生命ヲ保存センカ爲メニ他ノ生命若クハ財産ヲ犠牲ニ供スルコトヲ得ヘキモ財産保護ノ爲メ生命ヲ犠牲ニ供スルコトヲ得スト論スルモノアリ然レトモ現行法ハ犠牲ニ供スヘキ物ト保存スヘキ物トノ權衡ニ付キ何等ノ規定ナキヲ以テ解釋上此說ヲ採ル能ハス

此防禦ノ行爲ヲ不論罪トスルハ各人ノ利己主義ヲ認メタルカ如ク一見奇異ノ觀アルモ從來我國ニ於テ或場合ニ之ヲ認ムルノ慣例アリ例ヘハ出火ノ場合ニ自己ノ家財ヲ取出サンカ爲メニ他人ノ財産ヲ破壊シ又ハ場合ニヨリテハ人ノ身體ニ危害ヲ加フルモ法律ハ之ヲ顧サルコトアリ又消防夫ノ如キハ危難ヲ受クルモノニアラサルモ人ノ家屋ヲ破壊シテ法律ハ尙ホ之ヲ問ハサルナリ

(戊) 第七十五條第二項ノ例外ニ屬スル者

刑法第七十五條第二項ニ因リ危難ニ對スル防衛ノ所爲ハ一般ニ不論罪タルヘシト雖モ他ノ法律命令ニ依リ自己若クハ親屬ノ身體ニ危難アル場合ト雖モ是ニ對シテ防衛行爲ヲ行フコトヲ得サルモノアリ例ヘハ船員法及ヒ海軍刑法ニヨレハ船長又ハ艦長ハ難船ノ場合ニ自己ニ避クヘカテサル危難アルモ此危難ヲ免レ其身ヲ全フスルヲ理由トシテ他人ヲ殺傷スルヲ得ス即チ此場合ニハ第七十五條第二項ヲ適用シテ不論罪トナスコトヲ得サルナリ陸海軍士官ノ戰場ニ於ケル巡查消防夫ノ火事場ニ於ケルカ如キ亦此類ナリ

(己) 第七十五條第一項ト第二項トノ區別

第七十五條第一項及ヒ第二項ヲ合シテ一ノ規定トナシ得サルニアラスト雖モ第二項ハ第一項ノ適用ナリト論スルハ不當ナリ第一項ハ他人ヲ強制シテ犯罪ヲ爲サシムル場合ニシテ他人ヲ利用シテ犯罪ヲ爲サントスルモノナリ故ニ第二項ノ意外ノ變ノ意味ヲ廣義ニ解スルトキハ第一項ハ寧ロ

第二項ニ包含スト云フモ可ナラン故ニ第二項ヲ以テ第一項ノ適用ナリトスルハ顛倒セル議論ナリ唯タ第一項ト第二項トノ區別ハ他人ヨリ犯罪ニ利用セラルト否トニ過キス

第三 本屬長官ノ命令

本屬長官ノ命令ニヨリ爲シタル所爲ヲ不論罪トスルニハ左ノ條件ヲ必要トス

(一) 命令者ト所爲者トノ間ニハ長官ト屬僚トノ關係アルヲ要ス

長官ト屬僚トノ關係ハ刑法ニ於テ決セラルヘキモノニアラス他ノ法律命令ニ依テ定マルモノナリ即チ他ノ法律命令ニ依テ命令ヲ發スル者ト命令ニ服從スヘキ義務アル者トノ關係アルヲ要ス長官ト屬僚トノ關係ニハ二様ノ別アリ即チ間接ノ長官ト屬僚トノ關係及ヒ直接ノ長官ト屬僚トノ關係是ナリ間接ノ長官ハ多少高等ノ地位ニアル官吏ニシテ直接ノ長官トハ其命令ニ服スヘキ直接ノ長官ナリ刑法第七十六條ニハ本屬長官トアルカ故ニ直接ノ長官即チ其命令ニ服從スヘキ長官ナルコトヲ要ス

(二) 命令ハ本屬長官カ其職權内ニ於テ發シタルモノナルヲ要ス

本屬長官ノ發スル命令ニ職務上ノモノアリ又職務外ノモノアリ職務外ニ發シタル命令ハ本屬長官ノ關係アルモ其職權内ニ於テ發スルモノニアラサルカ故ニ屬僚ニ對シテ羈束スルノ效力ナシ故ニ刑法上屬僚ノ爲シタル所爲ヲ不論罪トスルニ足ラス或ハ說ヲ爲スモノアリ曰ク本屬長官ノ發シタル命令ハ其屬僚タルモノ總テ是ニ服從スル義務アリ若シ長官ノ職權内ノ命令ニ服從スルノ義務アルモ職權外ノ命令ニハ服從スルニキ義務ナシト云フトキハ屬僚ハ常ニ長官ノ命令ハ其職權内ニ於テ發シタルモノナルヤ否ヤヲ審査スルニ至リ殆ント屬僚ハ長官ノ地位ニ立ツカ如ク長官ト屬僚ト事々衝突シ從テ事務ノ澁滯ヲ生セン是レ長官ト屬僚トノ性質ニ反スルモノナリ故ニ屬僚ハ長官ノ命只タ是レ從フノ義務アルモノナリト然レトモ此說ハ不當ナリ蓋シ屬僚カ長官ノ命令ニ服從スル場合ト雖モ長官ノ器械トナルニ非ス其職務ニ因テ長官ニ服從シ事務ヲ行フモノナリ即チ本屬長官ノ命令ニヨリ爲シタル所爲ヲ不論罪トナス所以ノモノハ其職務ヲ執行シタルカ故ニ外ナラス故ニ職權外ノ命令ナルコトヲ知リナカラ犯罪所爲ヲ爲シタルトキハ長官ト屬僚

五

トハ共犯ニシテ長官ノ命令ヲ理由トシテ不論罪ヲ主張スルヲ得サルナリ又或ハ職權外ノ命令ヲ發スル場合ハ長官ニアラス屬僚ハ之ニ服從スルノ義務ナシト論スルモノアリ然レトモ此說ハ極端ニ奔リタルモノナリ職權外ノ命令ト雖モ屬僚ハ之ニ從フニキ義務アル場合モアルナリ例ヘハ軍人ノ如キ是レナリ故ニ職權外ノ命令ハ直チニ長官トシテノ命令ニアラスト斷言スルコトヲ得ス

(三) 長官ノ命令ハ屬僚カ其職務内ニ於テ爲スニキ事項ナルコトヲ要ス屬僚ノ爲スニキ職務ハ法律又ハ命令ニヨリ定マリ又場合ニ依テハ長官ノ命令ニヨリ定マルコトアリ長官ノ命令ニヨリ定マルトキハ長官ノ命令ハ總テ僚屬ノ職務内ナリト言フコトヲ得ヘキモ其他ノ場合ハ法律命令ノ規定ニ依テ其職權ノ範圍ヲシテ長官ノ命令ハ職權内ニ於テ發シ又屬僚ノ職務内ニ屬スルモノナルトキハ此命令ニ從テ爲シタル所爲ハ不論罪タルモノトス

第四 被害者ノ承諾

處分權内ノ行爲ハ罪トナラス即チ自己所有ノ財産ハ自由ニ處分シ得ヘク又自

刑法 犯罪不成立ノ原因

己ノ生命身體ハ之ヲ毀傷スルモ法律上關セサル所ナリ然レトモ法律ハ他ノ目的ヨリ特別ニ之ヲ罰スルノ規定ヲ設クルコトアリ現行刑法第七十八條ニ陸海軍ノ徵兵ニ編入セラルヘキ者身體ヲ毀傷シテ疾病ヲ作爲シ云々トアルカ如キ又第四百二條放火ノ場合ノ如キ此例ナリ

自殺ハ自ラ其生命ヲ絶ツモノニシテ自殺已遂ニ至ラハ已ニ罰スヘキ主體ナキヲ以テ事實上罰スルヲ得サルハ明カナリト雖モ自殺未遂ノ場合ニ於テハ古昔羅馬ノ如キハ一國民ヲ失フテ理由トシテ以テ罰セリ又他ノ歐洲ニ於テモ近代迄ハ身體ハ神ノ與フル所ノモノトナシ猥リニ殺傷スル者ヲ所罰セリ然レトモ現今一般ニ自ラ爲シタル殺傷ハ之ヲ所罰スルコトナク只タ之ヲ幫助シタル者ヲ罰スルニ過キス而シテ之ヲ罰スルハ亦歷史上ヨリ來レルモノナリ

自ラ爲シ得ルコトハ他人ヲシテ亦之ヲ爲サシメ得ルハ當然ニシテ自ラ爲スモ罪トナラサルモノハ他人ヲシテ代テ之ヲ爲サシムルモ罪トナラサルコト明カナリ但シ法律ニ於テ或目的ノ爲メ他人カ代テ之ヲ爲ストキ之ヲ罰スル場合ハ此限ニアラス故ニ被害者ノ任意ノ合意アルトキハ犯罪ヲ不成立ニ至ラシムル

六

七

モノナリト云フニシテ而シテ被害者ノ任意ハ犯罪前ナルヲ必要トシ犯罪後ノ承諾若クハ不任意ノ合意ハ犯罪ヲ不成立トナスモノニアラス

被害者ノ合意アルトキハ一般ニ犯罪ヲ不成立ナラシムルコト右ニ述ヘタルカ如シト雖モ合意ハ何レマテ不法ノ行爲ヲ取消スヤハ頗ル困難ナル問題ナリ以下犯罪ノ種類ニ依リ各別ニ之ヲ説述スニシ

(イ) 財産ニ對スル犯罪ノ場合

刑法第三百六十六條以下財産ニ對スル罪ノ場合ニ於テハ合意アルトキハ總テ此犯罪ハ成立セサルヤ否ヤ所謂財産トハ民法上ヨリ定マルモノニシテ所有者ノ意思ニヨリ賣買讓與スルコトヲ得ルモノトス合意ニヨリ其處分權ヲ他人ニ委シタルトキハ之ヲ他ニ轉賣シ又ハ破毀シ消耗スルモ犯罪ヲ成立スルモノニアラス然レトモ其手段ノ公益ヲ害スルカ如キ場合ニ於テハ公益ヲ害スルノ點ヨリ之ヲ處罰スルコトアリ例ヘハ自分ノ家ニ放火スルモ尙ホ放火罪ヲ構成スルト同シク被害者ノ承諾ヲ得テ其家ニ放火スルトキハ放火罪ヲ以テ論スヘキカ如シ

(ロ) 榮譽ニ對スル犯罪ノ場合

刑法第三百五十八條ニ惡事醜行ヲ摘發シテ人ヲ誹毀シタルモノハ事實ノ有無ヲ問ハス左ノ例ニ照ラシテ處斷ス、一公然ノ演說ヲ以テ人ヲ誹毀シタルモノ、二文書圖書ヲ公布シ又ハ雜劇偶像ヲ作爲シテ人ヲ誹毀シタルモノ云々トアリ被害者ノ承諾ヲ得テ公然ノ演說又ハ書類圖書ヲ公布シ若シハ雜劇偶像ヲ作爲シテ人ヲ誹毀シタルトキハ如何合意ニヨリ不法ノ行爲ハ消滅シタリトシ罪トナラサルヤ否ヤ蓋シ誹毀罪ノ目的ハ人ノ榮譽ナリ榮譽ハ其人ニ附着スルモノニシテ之ヲ放棄セント欲セハ自由ニ放棄シ得ル所ノモノナリ故ニ自分ヲ誹毀スルコトノ承諾ヲ與ヘタルトキハ誹毀罪ヲ成立セサルモノト言ハサルヘカラス誹毀ノ罪ハ被害者又ハ死者ノ親屬ノ告訴ヲ待テ始メテ其罪ヲ論スルモノニシテ此罪ニ付テハ私和ヲ許セリ事後ノ私和ヲ以テ其罪ヲ消滅スルヲ得ルナラハ事前ノ合意ハ其罪ヲ成立セサルコト勿論ナリト云フヘシ

然レトモ侮辱罪ハ均シク榮譽ニ對スル罪ナルモ合意ニ依テ不法行爲ヲ取消

スコト能ハス何トナレハ官吏ハ私ノ意見ヲ以テ其榮譽ヲ放棄スルコト能ハサレハナリ

(ハ) 家宅侵入罪ノ場合

家宅侵入罪ハ刑法第七十一條以下ニ於テ規定ス第七十一條ニハ晝間故ナク云々ト規定シ第七十二條ニハ夜間故ナク云々トアル故ナクトハ權利ナクト云フ意ニシテ家内ノ者ノ合意ヲ得レハ故ナキニアラヌ權利アツテ入ルモノナリ故ニ合意アレハ家宅侵入罪ヲ成立セス

(ニ) 身體ニ對スル罪ノ場合

身體ニ對スル罪ノ内ニハ生命ニ對スルモノアリ身體ニ對スルモノアリ自由ニ對スルモノアリ

生命ニ對スル犯罪ハ被害者ノ合意アルモ其不法ヲ消スニ足ラサルハ法文ノ明示スル所ナリ第三百二十條ニ人ヲ教唆シテ自殺セシメ又ハ囑托ヲ受ケテ自殺人ノ爲メニ手ヲ下シタル者ハ六月以上二年以下ノ輕禁錮ニ處シ十圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス其他自殺ノ幫助ヲ爲シタル者ハ一等ヲ減スト

刑法 犯罪不成立ノ原因

アルハ即チ合意アルモ尙ホ其罪ハ成立スルモノナルコトヲ規定セルモノナ
 リ
 右ノ如ク生命ニ對スル罪ニ付テハ合意ハ無効ナルコト法文上明カナレトモ
 身體ニ對スル罪ニ付テハ議論アル所ナリ或ハ曰ク民法上身體ハ買賣讓與ノ
 目的物タル能ハス故ニ何人ト雖モ他人ニ自己ノ身體ヲ傷害セシムルノ權利
 ナ附與スルヲ得ス從テ若シ人ノ身體ヲ傷害スルノ行為アラハ假令合意アル
 モ犯罪ヲ以テ論セサルヘカラスト然ルニ是ニ反スルノ説ニヨレハ身體ニ對
 スル罪ニ就テハ合意アルモ尙ホ其罪ヲ成立ストノ規定アルヲ見ス然ラハ一
 般ノ原則ニ依テ合意アレハ犯罪ヲ成立スルモノニアラスト論セサルヲ得ス
 例ヘハ柔術擊劍角方ノ如シト余ハ此説ヲ採ルモノナリ身體ハ成程不融通物
 ナリト雖モ自ラ爲スコトヲ得ルノ所爲ハ他人ヲシテ之ヲ爲サシムルモ法律
 ノ特ニ禁セサル限リハ犯罪タラサルモノトス人ノ自由モ亦不融通物ナリ然
 ルニ法文ニハ恣マコ人ヲ監禁シタルモノハ云々ト規定シ合意アレハ自由
 ニ對スル罪ノ一ナル監禁ヲ成立セサルモノナルヲ暗ニ示シタルモノナリ

〇

故ニ余ハ身體ニ對スル罪ニ付テモ同意アレハ其罪ヲ成立セサルモノト信
 ス

次ニ第三百三十六條以下遺棄ノ罪ニ付テハ合意ハ其罪ヲ成立セシメサルヤ
 否ヤ法文ノ解釋上合意ハ此犯罪ヲ不成立ナラシムルモノニアラス何トナレ
 ハ第三百四十條ニハ自己ノ所有地又ハ看守スヘキ地内ニ遺棄セラレタル幼
 者老疾者アルコトヲ知テ之ヲ扶助セス又ハ官署ニ申告セサル者ハ云々トア
 リテ當ニ看過スルモ尙ホ犯罪トシテ罰セラル、ナリ是ヨリ進ンテ遺棄ノ所
 爲ニ付テハ合意アリタリトテ犯罪ヲ不成立ナラシムル能ハス即チ此遺棄罪
 ハ被害者ノ意思如何ニ拘ラス遺棄其モノ、所爲ヲ罰スルモノニシテ被害者
 ノ合意ハ犯罪ノ成立ニ關係ナキモノナリ

第五、職業ノ權

醫者ハ匙加減ヲ以テ人ヲ殺スト然ルニ醫藥ニ依テ人ヲ殺傷スルモ殺人罪トシ
 テ法廷ニ告訴セラルコトナシ或人此理由ヲ説明シテ曰ク醫術業ノ免許ヲ受
 クルニ當リ人ヲ治療スルニ際シテハ時ニ殺傷スルモ可ナリトノ條件ヲ附シ許

シタルモノト見ルヘキナリト又是ニ反スルノ説ニ曰ク古昔ニ在テハ今ノ所謂
免許ナルモノナシ而カモ人ヲ殺傷スルモ尙ホ之ヲ不問ニ付シタリシハ如何ト
然レトモ古昔ニ在テ形式上免許ナル名ナキモ其實アリシモノナラン此駭撃ハ
正鵠ヲ得タルモノニアラサルカ如シ

醫師ノ其術ヲ施スヤ通常人ニ對シテハ其同意ヲ得サルヘカラスト雖モ幼者、白
痴癡癲者等ニ對シテハ其合意ヲ得サルモ治術ヲ施スコトヲ得ヘシ之レ其職業
ニ附帶スル所ノ權利ヨリ生スルモノナリ然レトモ若シ不適例ナル施術醫學上
未ダ一般ニ認メラレタルモノヲ用ヰテ人ヲ殺傷シタルトキハ假令病者ノ同意
アルモ刑法上殺傷罪ノ責ヲ免ルルコトヲ得ス又過失ニ依テ殺傷ノ結果ヲ生シ
タル場合ハ過失殺傷罪タルヘキモノトス

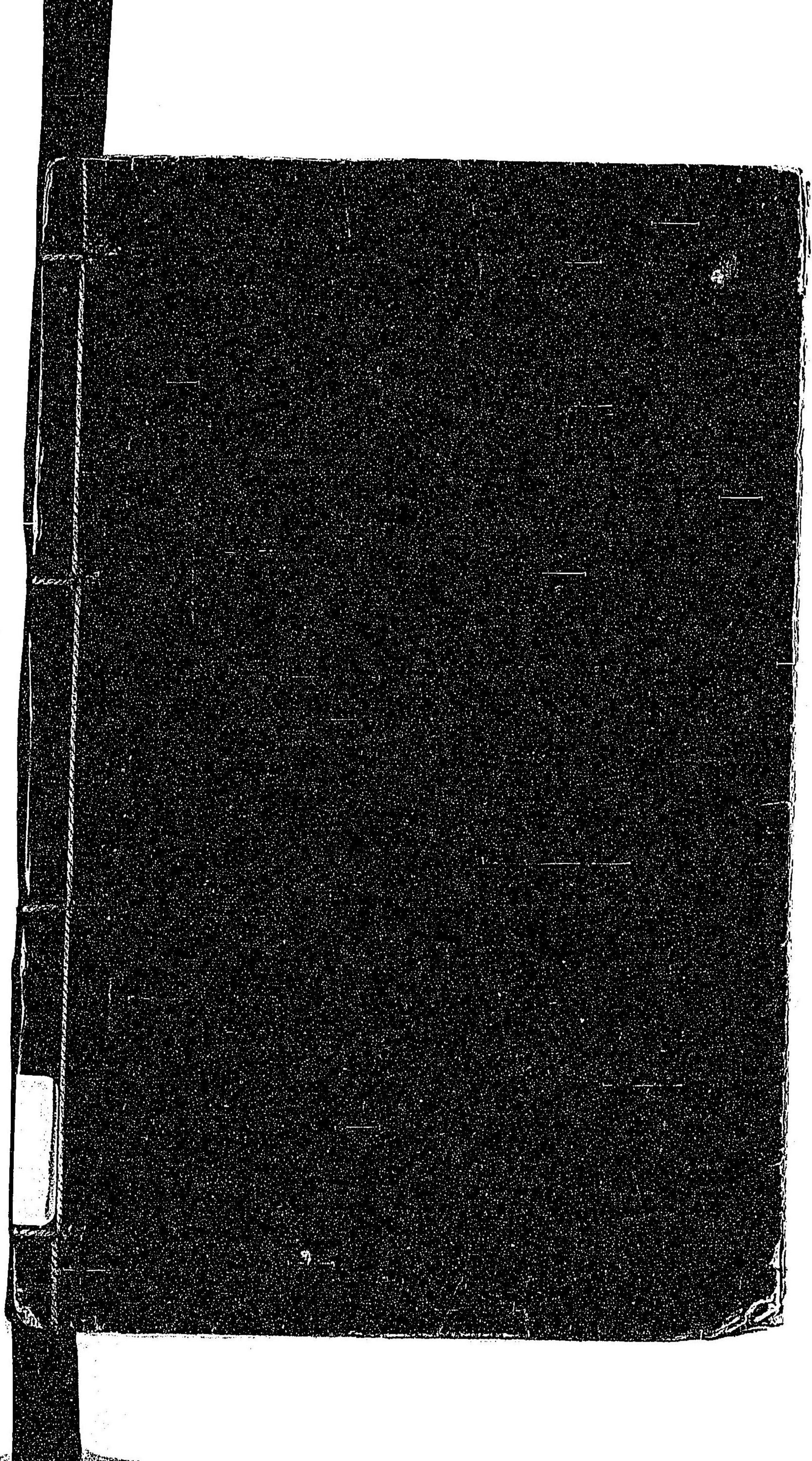
第六、懲戒權

師父ハ其子弟ヲ毆打スルコトアルモ罪ニ至ラサルハ是レ懲戒權ニ基クモノナ
リ
以上ヲ以テ犯罪ヲ不成立ニ至ラシムル原因ヲ講了セリ前章ハ犯罪成立ノ積極的

原因ナリトセハ本章ハ犯罪成立ノ消極的條件ナリト云フ可シ

入
1/2

法
言
諸
事
一





日本法律学
要平尾正
刑法總論

035769-000-7

ス-7口

刑法總論

石渡 敏一/述

M34?

BBP-0355

