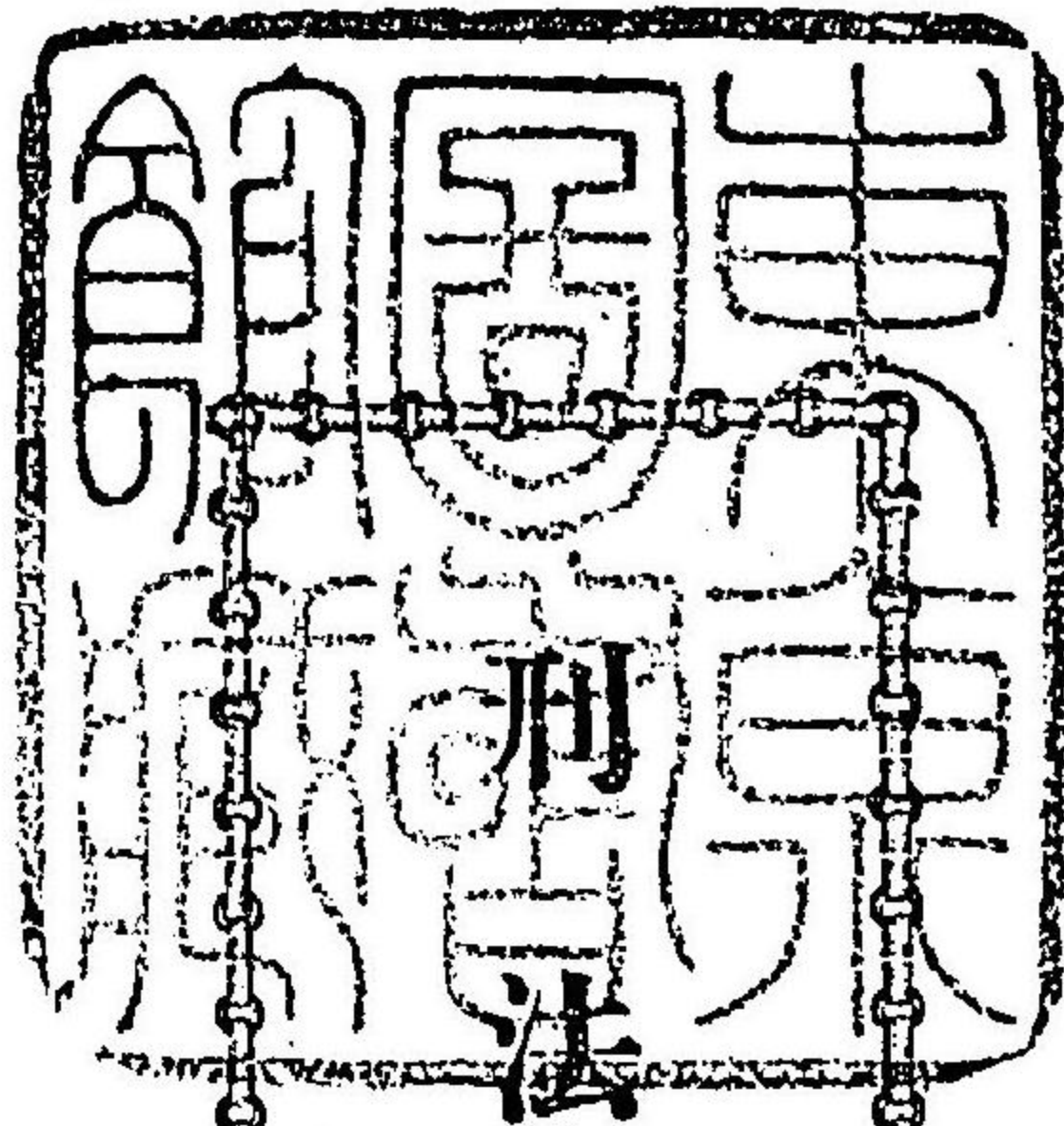


法學士 江木 衷講述



刑罰法
(汎論之部)

(完)



發行所 東京法學院

刑法(汎論之部)目次

緒言	一丁
刑罰權ノ主義	四丁
刑法ノ沿革	三一丁
犯罪	六五丁
犯罪ノ定義	六六丁
犯罪ノ區別	七二丁
犯罪ノ成立	八〇丁
犯罪ノ主体	八一丁
犯罪ノ物体	九四丁
犯罪ノ手段	一二二丁
所爲ト責任トノ關係	一二四丁
所爲ト責任トノ關係ノ消滅	一二七丁
所爲ノ情態	一三〇丁

犯意	一三二丁
過怠	一三八丁
故意ト過怠ノ混合	一四〇丁
既遂犯	一四二丁
未遂犯	一四三丁
未遂犯ノ種類	一五〇丁
既遂犯ト未遂犯ノ混合セル場合	一五九丁
數人共犯	一六〇丁
正犯	一六三丁
教唆	一六七丁
從犯	一七三丁
共犯者身分上ノ關係	一七七丁
刑制總論	一七九丁
刑罰ノ手段	一八二丁

生命刑	一八五丁
身体刑	一九二丁
自由刑	一九四丁
假出獄	二〇三丁
囚徒放免後ノ處分	二〇八丁
附加刑及執行	二〇九丁
財産刑	二一五丁
主刑及執行	全丁
附加財産刑及執行	二二〇丁
名譽刑	二三二丁
刑期計算法	二四二丁
刑ノ適用及消滅	二四八丁
刑法ノ性質	全丁
時ニ關スル刑法ノ管轄	二五二丁

刑ノ消滅

處ニ關スル刑法ノ管轄	二七七丁
人ニ關スル刑法ノ管轄	二九〇丁
事ニ關スル刑法ノ管轄	二九六丁
刑ノ加重減輕	三〇〇丁
加減例	三〇二丁
宥恕減輕	三一三丁
自首減輕	三一五丁
酌量減輕	三二〇丁
再犯加重	三二一丁
執行順序	三二七丁
數罪俱發	三二八丁
反覆罪	三四二丁
加減順序	三四五丁
	三四六丁

四

八八

總論

犯人ノ死去	三四八丁
期滿免除	三五〇丁

全 丁

恩典

總說	全 丁
大赦	三五七丁
特赦	三五九丁
復讐	三六〇丁

刑法(汎論之部)目次終

刑法(汎論之部)目次

五

刑法(汎論之部)

刑法(汎論之部)

法學士 江木 衷講義
卒業生 依田 弘編輯

緒言

抑モ刑法ヲ講述スルノ方法一ニシテ足ラス或ハ逐條ノ講義ヲナスモノアリ或ハ
學理的順序ニ依リ講述ヲナスモノアリ然レトモ諸子ヲシテ最モ能ク刑法理論ノ
肯綮ヲ理解セシメ實地應用ノ妙ヲ得セシメント欲セハ寧ロ逐條ノ講義ヲ捨テ、
學理的ノ講義ヲナスニ如カサルナリ若シ夫レ逐條講義ノ方法ヨリ單ニ云々ノ
場合ニハ云々スヘシ斯々ノ場合ニハ斯々ナリトノ假例ノミヲ示シ敢テ理論ノ鋭
刀ヲ以テ之ヲ兩斷スルコトヲ知ラサルモノニ至リテハ或ハ却テ其概念ヲ生セシ
ムルニ容易ナルヘキモ深ク法理ノ存スル所ヲ知ラシメ又能ク實地應用ノ能ヲ得
セシムルコト能ハサルヘシ例ヘハ豫メ謀リテ白刃ヲ以テ人ヲ切殺シタルモノハ
謀殺犯ナリ、鐵拳ヲ振テ人ヲ毆ツモノハ毆打罪ナリト解スルカ如キハ是唯普通人

刑法(汎論之部)

ノ思想ノミ未タ以テ法理上謀殺犯ノ本性ヲ説明シ毆打罪ノ本質ヲ宣明シ得タル
モノトナスヘカラス諸子モ亦之ヲ聽テ法理ノ肯綮ヲ理解スルコト能ハス若シ實
際上或場合ニ遭遇シ或事件ヲ裁斷スルニ至ラハ呆然其爲ス所ヲ知ラサルニ終ラ
ンノミ此ノ如キハ是レ決シテ刑法ヲ講究スル所以ノ途ニ非サルナリ故ニ苟モ諸
子ヲシテ内能ク法理ノ肯綮ヲ理解セシメ外能ク實地應用ノ能ヲ得セシメ事ニ當
テ逡巡躊躇スルノ憂ナカラシメント欲セハ必スヤ學理上ヨリ刑法ノ何モノナル
ヤヲ論シ犯罪ノ何モノナルヤヲ説カサル可ラサルナリ然ルニ之レヲ是レ務メス
單ニ逐條ノ講義ヲナスコト、セン乎往々議論ノ重複ヲ來タシ從テ之ヲ理解スル
コト甚タ煩雜ニシテ其極途ニ諸子ヲシテ假例ノ小天地ニ局踞セシメ恰モ數學上
百ヲ十六分スルコトヲ學ンテ而シテ之ヲ十七分スルコトヲ悟ルコト能ハサルト
一般到底實地應用ノ能ヲ得ルコト能ハサルヘシ今ヤ我邦法律ノ思想大ニ發達シ
刑法ノ學又大ニ進歩シ夫ノ白刃ヲ以テ人ヲ切殺シタルモノハ謀殺犯ナリ、鐵拳ヲ
振テ人ヲ毆ツモノハ毆打罪ナリト云フカ如キ一般普通ノ漠然タル思想ハ素人ト
雖モ尙ホ能ク之ヲ知ル故ニ苟モ本院ヲシテ諸子ニ刑法ヲ教授シタリト公言スル

ヲ憚ラス諸子モ亦刑法ヲ學得シタリト披露スルニ於テ憚ル所ナカラシメント欲
セハ豈ニ啻ニ此ノ如キ一般普通ノ漠然タル思想ヲ得ルヲ以テ足レリトナスヘケ
ンヤ必ス刑法ヲ教授シタリト披露スルニ於テ憚ルナキノ價值ナカル
ヘカラサルナリ今ヨリ四五年前マテハ法律ノ思想未タ發達セス刑法ノ學又未タ
進歩セサリシヲ以テ一般普通ノ概念ヲ得ハ即チ足レリト雖モ今日ニ在テハ決シ
テ之ヲ以テ止ムヘキニアラサルナリ故ニ余ハ寧ろ逐條ノ講義ヲ捨テ高尙ナル學
理的ノ講述ニヨリ諸子ヲシテ可成的刑法理論ノ肯綮ヲ理解セシメ實地應用ノ能
ヲ得セシメ一ハ以テ本院ノ爲メニ刑法ヲ教授シタリト公言スルコトヲ憚ラヌ一
ハ以テ諸子ノ爲メニ刑法ヲ學得シタリト披露スルニ憚ル所ナカラシメント欲ス
諸子夫レ之ヲ體シテ敢テ或ハ怠ル勿レ
余ハ理論上ヨリ現行刑法ヲ講述スルニ方リテ之ヲ汎論ト各論トノ二部ニ區別シ
汎論ニ於テハ現行刑法ノ總則ニ付キ專ラ總般ノ犯罪ニ普通ナル原理原則ヲ講説
シ各論ニ於テハ刑法第二編以下ノ各罪ニ付テ其構成、要素、刑罰ノ如何ヲ宣明スル
アラント欲ス而シテ今ヤ講歩ヲ進メテ汎論ニ入ルニ先タチ暫ク歩ヲ茲ニ止メテ

以テ之カ講究ヲ費サ、ルヘカラサルモノアリ何ソヤ刑法ノ沿革及刑罰權ノ主義即チ之ナリ是蓋シ刑法ヲ講究スルニ於テ頗ル必要ナルノミナラス而カモ又重大ノ關係ヲ有スルモノナレハナリ此等ノ講究ヲ以テ無益トスルハ其理論カ實際ニ如何ナル結果ヲ及ホスカヲ知ラサルノ輩ノミ若シ夫レ序次ノ上ヨリ論スレハ宜シク先ツ刑法ノ沿革ヨリ講述スヘキカ當然ナルカ如シト雖モ元來刑法沿革ノ論タル小コシテハ日本刑法ノ沿革事蹟ヨリ大ニシテハ宇内各國刑法ノ沿革事蹟ヲ探究スルモノニシテ素ト是一般刑法ノ法理ニ關スル沿革史ナルヲ以テ豫メ先ツ國家刑罰權ノ主義如何ヲ稔知スルニ非スンハ諸子或ハ了解シ易カラサル所アラシ故ニ余ハ寧ロ序次ノ如何ヲ顧ミス直チニ講歩ヲ轉シテ國家刑罰權ノ主義ヨリ講述セン

刑罰權ノ主義

國家ハ何故ニ犯人ニ對シテ至嚴至重ノ刑罰ヲ應當スルノ權ヲ有スル乎犯罪ト刑罰トノ權衡ハ如何ニシテ之ヲ定ムヘキ乎等ノ問題ハ則チ是レ國家刑罰權ノ主義ヲ論スルニ於テ應サニ宣明スヘキノ要目ナリトス而シテ古往今來碩學鴻儒ノ國

刑罰權ノ主義

家刑罰權ノ主義ヲ論議スルモノ其說區々ニシテ容易ニ判定スヘカラスト雖モ今暫ク學理上ヨリ之ヲ鑑別シ今日學者間ニ行ハル、國家刑罰權ノ主義ヲ大別スレハ三大主義トナル即チ

- 第一 相對主義 (Relative theories.)
- 第二 絕對主義 (Absolute theories.)
- 第三 折衷主義 (Combined theories.)

是レナリ凡ソ此等刑罰權ノ主義ハ常ニ國法学ノ思想ト相伴隨スルモノニシテ國法学上國家ハ如何ナルモノナルヤトノ觀念ニ基キ此觀念一タヒ定テ而シテ後チ國家刑罰權ノ主義如何ヲ論定スヘキモノトス何トナレハ刑法ハ素ト是レ一國ノ法律ニシテ國家ノ目的ニ從ヒ其主義ヲ共ニスルモノナレハナリ之ヲ要スルニ國家刑罰權ノ主義ノ別レテ三大主義トナル所以ノモノハ全ク國家ニ關スル國法学上ノ觀念ノ相異ナルニ起因スルモノトス請フ先ツ相對主義ヨリ順次刑罰權ノ主義如何ヲ宣明セン

第一、相對主義 相對主義ハ十八世紀ノ末十九世紀ノ初メニ於テ唱道セラレタ

主義 相對

刑法(汎論之部)

ル主義ニシテ此主義ニ於テハ國家ハ各人各個ノ安寧幸福ヲ保護増進スルカ爲メニ起リタル所ノ制度ナリトナシ遂ニ此國法學上ノ思想ヲ及ホシテ刑法ニモ亦之ヲ適用シ刑罰ハ國家ノ安寧ヲ増進シ人民ノ幸福ヲ保護スルモノニシテ刑罰ノ目的ハ刑罰以外ニ在テ存シ他ノ目的ヲ達スルノ手段タルニ過キサルモノナリト説ケリ而シテ今此主義ニヨレハ刑罰ニハ此ノ如ク夫レ一定ノ目的アリト雖モ其目的トスル所二三ニシテ足ラサルナリ故ニ其目的ノ異同ニヨリ此主義ヲ別ツテ左ノ七小主義トナス

脅嚇主義

(甲) 脅嚇主義 此主義ニ依レハ國家カ犯人ヲ處罰スル所以ノモノハ他一般ノ良民ヲ脅嚇シテ以テ惡事ノ企圖ヲ防遏スルニアリトナセリ故ニ此主義ニ於テハ刑罰ハ可成の殘酷ナルヲ要スルノミナラス又之ヲ公行セサルヘカラサルナリ何トナレハ刑罰殘酷ナラス又之ヲ公行セシムルハ以テ他人ヲ脅嚇セシムル所以ノ目的ヲ全フスルコト能ハサレハナリ要約以テ此主義ノ原理ヲ略言スレハ犯人ヲ以テ他一般ノ良民ヲ脅嚇スルノ手段トナシ刑罰ハ犯人其人ノ爲メニ犯人ヲ罰スルモノニアラスシテ寧ロ他一般良民ノ犠牲トシテ犯人ヲ

處罰スルモノトス然レトモ此主義ハ古來ノ沿革事蹟ニ徴スレハ決シテ其目的ヲ達スルコト能ハサルナリ抑モ刑罰ヲ公行スレハ人皆ナ殘忍ニ馴レ酷薄ニ染ミテ遂ニハ之ヲ恐レサルニ至ル且ツ夫ノ刑罰ヲ殘酷ニナストキハ實際之上ヲ執行スルコト能ハサルノミナラス假令ヒ犯人ノ顯出スルコトアルモ人皆ナ忍ンテ之ヲ發キ犯人ヲシテ殘忍酷薄ナル刑辟ニ陥ラシムルコト能ハス遂ニ犯人ヲ隱蔽シテ國家ノ安寧ヲ紊亂スルニ至ルヘク裁判官モ又惻怛ノ情ニ絆サレ百万羅織法網ヲ弛メテ犯人ヲ無罪ヲラシムルニ至ラン古來ノ實歴既ニ此ノ如シ脅嚇主義ノ目的ヲ達スルノ難キ多言ノ待タスシテ明白ナラ

改良主義

(乙) 改良主義 此主義ニ依レハ刑罰ハ犯人自身ヲ改良シテ改過遷善ノ効ヲ生セシムルヲ目的トナスモノナリト云フニアリ然レトモ此主義モ亦到底之ヲ實行スル能ハサルモノアリ何トナレハ殘忍酷薄ナル刑罰ヲ科スルモ尙ホ且ツ改良スヘカラス幾度刑辟ヲ受クルモ尙ホ且ツ遷善ノ途ヲ開カサル頑惡兇險ノ徒ニ至リテハ終生之ヲ牢獄ノ裡ニ繋クカ若クハ之ヲ殺戮スルニアラス

ハ之ヲ罰スルコト能ハサルヘケレハナリ此ノ如クナレハ國家ノ安寧ヲ害シ
人民ノ幸福ヲ亂ルコト夫レ幾何ソヤ且ツ夫レ改過遷善ノコトタル全ク受刑
者其人ノ性質如何ニヨリテ其効果ヲ異ニスルモノナレハ此主義ニ於テハ刑
罰ノ輕重ハ罪質ノ大小如何ニヨルニアラズシテ寧ロ犯人ノ性質如何ニヨル
ニ至リ到底刑罰ト犯罪トノ權衡ヲ維持スルノ標準ヲ定ムルコト能ハサルコ
ト明白ナリ

防衛主義

(丙)

防衛主義 此主義ニ於テハ刑罰ハ國家ノ有スル正當防衛權ノ實行ナリトセ
リ凡ソ人故ナシ我ニ暴行ヲ加フルモノアレハ我之ヲ毆チ我レ之ヲ殺スモ可
ナリ是實ニ吾人カ刑法上明カニ享有スル所ノ正當防衛權ナリトス國家ノ刑
罰權亦タ猶ホ此ノ如シ凡ソ一國內ニ犯人ノ顯出スルアレハ是即チ國家ノ生
存ヲ危フスルモノニシテ人ノ暴行ヲ加フルト一般ナリ故ニ國家ハ刑法ヲ制
定シテ刑罰ヲ犯人ニ應當スルモノナリト説ケリ即チ之ヲ要言スレハ國家ハ
國家自身ノ生存ヲ全フスルカ爲メニ刑罰權ヲ有スルモノナリト然レトモ正
當防衛ノ權ハ危害ノ未タ去ラサルニ際シテ之ヲ行フコトヲ得ヘキモ危害既

去テ又暴行ノ恐ナキトキハ決シテ之ヲ行フコト能ハサルナリ國家ノ刑罰權
ハ果シテ危害ノ未タ去ラサルニ際シテ之ヲ行フモノナル乎否ナ危害全ク去
リテ又暴行ノ恐ナキニ之ヲ行フモノナレハ國家ノ刑罰權ハ決シテ正當防衛
權ト曰フ同フシテ論スヘカラス若シ夫レ國家ノ刑罰權ヲ以テ正當防衛權ニ
基クモノトシテ論斷スルコトアランカ事既ニ時機ヲ失シテ正當防衛權ノ本
性ヲ失墜スルモノナリ此主義ノ如キハ到底理論ノ正鵠ヲ得タルモノト謂フ
コトヲ得サルナリ

豫防主義

(丁)

豫防主義 此主義ハ獨逸聯邦中ノ一國ナルヘッス州刑法ノ大家フオン、グロ
ールマン氏ノ主唱セル所ナリ氏ノ言ニ曰ク犯罪ハ國法ヲ破滅スル所ノ不正
ノ所爲ニシテ而カモ又再犯ノ憂アルモノナリ是ヲ以テ國家ハ之カ再犯ヲ防
遏スルカ爲メニ刑罰ヲ執行セサルヘカラスト此主義ニヨレハ到底再犯ノ慮
ナキモノハ假令ヒ如何ナル大罪兇惡ト雖モ尙ホ且ツ之ヲ處罰スルノ必要ナ
キノミナラス事既ニ終リ罪既ニ其効ヲ奏セル既遂犯ヲ罰スルカ如キハ決シ
テ之ヲ豫防ナリトナス能ハス例ヘハ茲ニ虎列刺病患者アルニ當リテ之カ消

毒ノ法ヲ盡シテ以テ其病毒ノ染延ヲ防遏スルハ實ニ是豫防ノ効用アルモノナリト雖モ患者既ニ死シ病毒其餘蘗ヲ逞フスルノ後ニ於テ之カ消毒ノ法ヲ施スモ夫レ將タ何ノ効カアル之ト等シク犯罪ノ未タ行ハレサル以前ニ於テハ充分之ヲ豫防スルノ必要アルヘキモ一旦犯罪ノ起生シタル後ニアリテハ亦敢テ之ヲ豫防スルノ必要アルヲ見ス且ツ其君父ノ仇ヲ報スルカ爲メハ人ヲ殺スモノ、如キハ不俱戴天ノ復讐心ヨリ激發シ來リタルモノナルヲ以テ或特別ノ事情アルニアラサレハ決シテ再犯ノ慮アルモノニアラス故ニ之ヲ罰シテ再犯ヲ豫防スルノ必要ナカルヘシ茲ニ到テ乎億萬無數ノ犯罪竟ニ之ヲ罰スルコト能ハサルニ終ラン其弊害ノ太甚シキ敢テ喋々ヲ要セサルヘシ此主義ノ理論ニ背馳スルヤ炳々トシテ火ヲ賭ルヨリモ明カナリ

制心主義

(戊)

制心主義 此主義ニ依レハ刑罰ハ人心ニ檢制ヲ加フルモノナリ故ニ凡テ法律ヲ制シ刑罰ヲ設クルニハ必スヤ其苦痛ハ犯罪ノ結果ニヨリテ獲得スル所ノ利益ヨリモ重且大ナラサルヘカラス若シ夫レ刑罰ノ苦痛ヲシテ犯罪ノ利益ヨリモ重且大ナラシメハ犯人人心ニ刑罰ノ苦痛ト犯罪ノ利益トノ比較撰定

シテ刑罰ヲ被ルノ不利益ナルヲ覺リ遂ニハ犯罪ヲナサ、ルニ至ルヘシト然レトモ之ヲ駁スルモノ曰ク人ノ罪ヲ犯スヤ豈ニ敢テ勘定心ヨリナスモノナランヤ大概皆ナ或ル隱密ノ考案ニ出ツルモノナリ故ニ犯人カ罪ヲ犯スノ前ニ先ツ其心中刑罰ノ苦痛ト犯罪ノ利益トヲ比較勘定シ犯罪ニヨリテ得ル所ノ利益刑罰ノ苦痛ヨリモ大ナレハ即チ之ヲ決行シ犯罪ニヨリテ得ル所ノ利益刑罰ノ苦痛ヲ償フニ足ラサレハ即チ之ヲ斷念スト説クカ如キハ抑モ又實際ヲ察セサル迂濶ノ陳説タルヲ免レスト此説素ヨリ理ナキニアラスト雖モ今暫ク觀點ヲ轉シテ裏面ヨリ之ヲ探究スルトキハ此主義モ又敢テ無稽ノ妄論ナリトシテ唾棄スヘカラサルナリ試ニ思ヘ上等社會ノ人々カ慾情ヲ制シテ他人ノ財産ヲ竊取セス怨恨ヲ忍ンテ仇敵ヲ殺害セサル所以ノモノハ固ト是レ吾人天賦ノ徳性ニヨルト雖モ抑又刑罰ノ苦痛ヲ恐ル、カ故ニシテ要スルニ犯罪ノ利益ハ寧ロ刑罰ノ苦痛ヲ償フニ足ラストノ勘定心ニ制セラル、ニヨルノミ故ニ若シ百圓ヲ竊取スルモノヲ罰スルニ一圓ノ科料ヲ以テスルトセンカ吾人何ヲ苦ンテカ貪慾ノ情ヲ抑ヘテ梁上ノ君子トナルヲ厭ハンヤ此

ノ如クソハ滔々ツル天下億萬ノ蒼生盡ク梁上ノ君子トナリテ而シテ悔ヒサルヘシ依是觀之此主義ハ未タ以テ刑罰權ノ主義トスルニ足ラスト雖モ刑罰ト犯罪トノ權衡ヲ維持スルノ標準ヲ定ムルニ於テ又幾分ノ理由ナキニアラサルヘシ

警戒主義

(己)警戒主義 此主義ハ獨逸ノ碩儒パウエル氏ノ主唱スル所ナリ氏ノ言ニ曰ク凡ソ國家カ犯罪ヲ禁遏スル所以ノ方法ニ三アリ曰ク教育曰ク警察曰ク刑罰是ナリ抑モ國家ハ教育ヲ施シテ以テ民人ノ智徳ヲ進メ善心ヲ養テ而シテ惡念ヲ滅セシメンコトヲ是務メ教育ノ力能ク民人ノ惡念ヲ滅セシムルコト能ハスシテ將サニ惡行ヲナサントスルニ方リテヤ國家ハ即チ警察ノ威力ニヨリテ之ヲ抑遏スルコトヲ務ム然レトモ教育ノ力其効ナクソハ警察ノ威力尙ホ之ヲ抑遏スルコト能ハスシテ遂ニ惡行ヲナシ犯罪ヲ行フニ至ラハ國家ハ即チ刑罰ノ強力ニヨリテ之ヲ禁遏スルモノトス之ヲ要スルニ刑罰ハ國家カ教育警察ノ力ヲ以テ禁治スルコト能ハサルトキニ方リテ執行スル所ノ最終ノ手段ナリト故ニ此主義ニ於テハ刑罰ヲ以テ教育警察ト同一視スルモノニシ

民約主義

(庚)

テ脅嚇主義ト等シリ理論ニ適セサルノ臆說タルヲ免レス

民約主義 諸子モ既ニ知ル如ク此主義ハ佛國ノ碩學ルソー氏等ノ唱道セル所ニシテ一時大ニ社會ヲ震動シタリシモ今ヤ將サニ學理社會ノ丐兒トナリテ僅カニ其生ヲ保ツノミ今此主義ニヨレハ國家ノ成立ヲ民人各自ノ約束ニ歸シ刑罰モ又其約束ノ一項トナシ凡ソ犯罪ヲ行フモノハ兇惡ノ徒ナルヲ以テ國家ハ刑罰ヲ設定シテ以テ此等兇惡ノ徒ヲ處罰スルコトヲ約束セルモノナリト說ケリ然レトモ此說タルヤ荒唐無稽ノ臆說ノミ素ヨリ取ルニ足ラサルナリ若シ夫レ數歩ヲ讓テ假リニ吾人々類カ國家ヲ組成スルノ當初此ノ如キ約束ヲ締結シタルノ實アリトセハ國家カ刑罰權ヲ有スルヤ否ヤハ敢テ論議スルノ必要ナシ唯其レ此ノ如キ約束ハ果シテ有効ナルヤ否ヤヲ決スレハ即チ足レリ然レトモ凡ソ此ノ如キ約束ハ素ヨリ不正無効ノモノナルノミナラス又タ決シテ有ル間敷キコトナレハ此約束アリタルカ故ニ國家ニ刑罰權アリト云フヘカラス宜ナル哉獨逸ノ學士フヒテー氏ハ其說ノ非ナルヲ悟リ之カ修正ヲ爲シテ曰ク國家カ刑罰ヲ行フヘシトノ約束ハ不正ナルヲ以テ

或ハ無効ナルヘキモ國家ハ直接ニ犯罪者ヲ處罰スヘシトノ約束ヲ結ビタルニアラスシテ唯單ニ各人相約シテ國家ヲ成スニ際シ各人敢テ犯罪ヲナサルヘシ若シ之ヲナスモノアルトキハ之ヲ除名スヘシト約束セシニ過キス故ニ國家ハ各人ニ對シテ刑罰ノ應當ヲナスコト能ハサルモ約束上犯人ヲ捕テ之ヲ社會ノ外ニ除名スルヲ得ヘシ而シテ吾人々類ハ古哲アリストール氏ノ言ヒシ如ク性來社交的ノ動物ナルヲ以テ若シ一旦吾人々類ヨリ除名セラレトセハ死スルノ外又タ他ニ途ナカルヘシ然レトモ瑣少ノ犯罪ヲ爲シタルノ故ヲ以テ犯人ヲ死ニ陥ラシムルカ如キハ酷モ亦太甚シキヨリ代ユルニ刑罰ヲ以テセルモノナリト此說タルヤ今日學者ノ嘲笑唾棄スル所ニシテ素ヨリ理論ニ適セサルノ空論ナリ何トナレハ國家ノ約束上ヨリ成立セルモノニアラサルコトハ歷史上灼然タル事蹟ナレハナリ

以上相對主義ヲ説明シ盡シタルヲ以テ以下更ニ其反對ナル絕對主義ニ付キテ講究スル所アラン

第二、絕對主義 絕對主義モ亦國法學上ノ思想ヲ及ホシテ刑法ニ適用シタルモ

二、絕對主義

ノナリ故ニ今此主義ノ精神如何ヲ知悉セント欲セハ須ラク先ツ此主義ヲ主唱スル所ノ學者輩ハ國法學上國家成立ノ理論ニ關シ果シテ如何ナル感念ヲ有スルモノナルヤヲ探究セサルヘカラサルナリ而シテ此主義ヲ主唱スル所ノ學者輩カ國法學上國家成立ノ理論ニ關シテ有スル所ノ思想ニヨレハ國家ハ決シテローソト氏等ノ民約說ノ如ク人民相互ノ約束ニナリタル人爲ノ制度ニアラスシテ吾人々類カ天ニ稟ケタル固有ノ本性ヨリシテ成立セルモノニシテ所謂是道德上ノ必要ヨリ發生シ來レル所ノ制度ナリ夫レ此ノ如ク國家ハ道德上ノ必要ニヨリ吾人天賦ノ本性ニヨリ發生シ來レルモノナルヲ以テ國家ハ敢テ民人ノ安寧幸福ヲ保護増進スルコトヲノミ是務ムヘキモノニアラス國家ハ國家自身ニ於テ自ラ生存スルノ理アツテ而シテ生存スルモノナリ故ニ決シテ民人ノ安寧幸福ヲ保護増進スルノ義務アルモノニアラスト學者遂ニ此國法學上ノ理論ヲ刑法ニ應用シテ曰ク國家ノ成立既ニ道德上ノ必要ニヨルモノナリトセハ刑罰モ又然ラサルヲ得ヌ抑モ國家カ刑罰ノ權ヲ執行スル所以ノモノハ素ト是道德上ノ必要ニヨリテ然ルモノニシテ敢テ民人ノ安寧幸福ヲ保護増進スル所以ノ手段ニアラサルナリト即チ

之ヲ要言スレハ刑罰ハ決シテ他ノ目的ヲ達スルノ手段方法ニアラスシテ刑罰ノ目的ハ刑罰以內ニ在テ存シ又他ニ達スヘキノ目的アルニアラサルナリト云フニアリ一言以テ之ヲ蔽ヘハ刑罰ハ正義ナリト云フニ外ナラス而シテ絶對主義又分レテ二小主義トナル

治癒主義

(甲) 治癒主義 此主義ニ於テハ犯罪ハ國家ヲ傷害スルノ病毒ニシテ刑罰ハ即チ其病毒ヲ治癒スルノ藥石ナリト云フニアリ

反坐主義

(乙) 反坐主義 此主義ノ論據トスル所ハ善行ヲナスモノニハ善報アリ惡事ヲナスモノニハ惡報アリテ因果應報ハ正サニ是レ天下ノ通理ナレハ刑罰モ又犯罪ノ應報ナリト云フニアリ蓋シ此主義ハ獨逸ノ碩學カント氏ノ唱道セシ所ナリ今氏ノ說ニヨレハ善惡應報ハ人性自然ノ常理ニシテ夫ノ國家ノ主義ニ反シテ犯罪ヲナスカ如キハ實ニ不正不義ノ所爲ナレハ宜シク刑罰ナル惡報ヲ應當シテ以テ犯罪ニ應報スルハ誠ニ天下ノ通理ニ適シ人性自然ノ常理ニ合スルノ制ナリト然レトモ反坐主義ニモ亦種々ノ區別アリテ或ハ心情上ヨリ因果應報ノ理ヲ說クモアリ或ハ形骸上ヨリ因果應報ノ理ヲ論スルモノアリ

リ而シテ其心情上ヨリ論スルモノ、說ニヨレハ惡意アルカ故ニ應報スルニ刑罰ヲ以テス刑罰ハ惡意ニ反坐スト此說ニヨレハ刑罰ハ其害惡ノ所爲ノ大輕重ニヨルニアラスシテ單ニ犯人心裡ノ惡念如何ニヨラサルヘカラス故ニ到底刑罰ト犯罪トノ權衡ヲ保維スル能ハサルヘシ加之犯人頑愚兇惡ニシテ改心スルノ途ヲ知ラサルトキハ到底之ニ應報スルノ刑罰アルナク遂ニ反坐ノ主義ヲ全フスルコト能ハサルヘシ之ニ反シツアツハリエー氏ノ如キハ形骸上ヨリ論スルモノナリ其說ニヨレハ總テ犯罪ハ他人ノ身体自由ヲ傷害スルモノナレハ之カ應報トシテ犯人ノ身体自由ヲ傷害セサルヘカラスト然レトモ此說ニヨルトキハ刑罰ノ輕重ハ犯人ノ意思如何ヲ顧ミス單ニ害惡ノ結果ノ大小如何ニ依ルモノナレハ其所爲ノ過失ニ出テタルト豫謀ニ出テタルトニ論ナク苟モ其害惡ノ結果ニシテ同一ナル以上ハ之レニ應當スルニ同一ノ刑罰ヲ以テセサルヘカラス加之ナラス若シ此主義ニヨルトキハ未遂犯ノ如キハ遂ニ之ヲ罰スヘカラサルニ終ラン何トナレハ未遂犯ハ毫モ形骸上ノ害惡ヲ生スルモノニアラス良シ害惡ヲ生スルコトアリトスルモ輕微ニシ

テ之ヲ罰スルノ必要ヲ觀サレハナリ豈ニ奇怪ナラスヤヘーゲル氏ハ亦一派ノ説ヲナシテ曰ク法律ナルモノハ社會一般ノ意思ノ外形ニ顯表セルモノニシテ犯罪ヲ行フモノハ即チ此社會一般ノ意思ニ背反スルモノナリ故ニ犯人ヲ罰シテ以テ其法律ノ破滅スヘカラサルヲ表示スルモノナリト要スルニ氏ハ犯罪ヲ以テ法律ノ拒否(Negation of the law)ナリトナシ而シテ刑罰ヲ以テ法律ノ拒否ノ拒否(Negation of the negation of the law)ナリトナセリ即チ是四十五度ノ光線ハ必スヤ四十五度ノ角度ヲ以テ反對スルモノナリト云フト一般其理ヲ共ニスルモノニシテ反坐主義中粹ノ最モ粹ナルモノナリ

以上絶對主義ノ何モノタルヤヲ宣明シタルヲ以テ以下折衷主義ニ移リテ刑罰權ノ主義如何ヲ講究セン

三、折衷主義

第三、折衷主義 折衷主義ハ絶對主義ト相對主義トヲ協合和同セルモノナリ己ニ論スルカ如ク絶對主義ハ正義ヲ基トシ相對主義ハ社會ノ利益ヲ礎トナセル者ナルヲ以テ折衷主義ハ即チ一方ニ於テハ國家ノ正義ト他方ニ於テハ社會ノ利益トヲ協合和同セルモノナリ今此主義ノ國家成立ノ理論ニ關スル感念ニヨレハ國

家ハ素ヨリ人爲ノ制度ニアラスト雖モ而カモ又民人各自ノ爲メニ成立セル所ノ制度ナリ故ニ絶對主義ニ偏スヘカラス又相對主義ニ倚ルヘカラス宜シク之ヲ折衷スヘシト而シテ其之ヲ折衷スルニ當リテハ國家ノ正義ト社會ノ利益トヲ平等均一ニ協合和同スルコトヲ得サルナリ何トナレハ此兩者ハ往々相背馳スルコトアリテ國家ノ正義ハ即チ社會ノ利益ナリ社會ノ利益ハ即チ國家ノ正義ナリト云フコトヲ得サレハナリ故ニ此主義ハ亦分レテ三トナル(甲)國家ノ正義ト社會ノ利益トハ同一ナリトノ主義(乙)社會ノ利益ヲ基礎トシ之ヲ保護スルコトヲ目的トナシ可成的國家ノ正義ヲ守ルヘシトノ主義(丙)國家ノ正義ヲ基礎トナシ傍ラ社會ノ利益ヲ計ルヘシトノ主義即チ是ナリ而シテ(甲)ノ主義ハ今日既ニ行ハレス(乙)ノ主義ハ佛蘭西大革命ノ時代ヨリ今世期ノ半ハマテ行ハレ(丙)ノ主義ハ今世ノ發明ニ係ル新規ノ主義ニシテ今世ノ學者多クハ皆ナ此主義ヲ唱道スルモノ、如シ故ニ又茲ニ少シク(丙)ノ主義ニ付キテ詳細ノ講究ヲ費サント欲ス

(丙)ノ主義ハ絶對主義ヲ基礎トシ相對主義ヲ採リタルモノニシテ凡ソ犯罪ハ國家ノ正義ニ背反スルモノナリ而シテ國家ノ正義ヲ保護スルモノハ即チ刑罰ナレハ

刑罰ニハ必スヤ反坐ノ性質ヲ欲如スヘカラス抑モ反坐トハ惡行ニ報フルニ惡報ヲ以テスルノ謂ニシテ今之ヲ有形物ニ喩フレハ刑罰ニ反坐ノ性質アルハ夫レ猶ホ水ニ流動ノ性質アルカ如キ乎然レトモ反坐ノ性質ハ刑罰ノ苦痛ノ程度ニヨリテ異ナルモノナリ例ヘハ温度ハ其量ニ關スルト等シク或ル他物ノ定量ニ從フモノナリ水温度ヲ加フレハ即チ蒸發氣トナリテ浮氣体ニ化シ又其温度ヲ減スレハ氷塊トナリテ固形体ニ變スルト一般刑罰モ又其苦痛ノ定量ニヨリテ反坐ノ性質ヲ保有スルモノトス例ヘハ豆大ノ犯罪ニ應當スルニ豆大ノ刑罰ヲ以テシ地球大ノ犯罪ニ應當スルニ地球大ノ刑罰ヲ以テスルカ如キアラハ是全ク反坐ノ性質ヲ失ヒタルモノニシテ地球大ノ刑罰ヲ以テスルカ如キアラハ是全ク反坐ノ性質ヲ失ヒタルモノニシテ刑罰ノ刑罰タル所以ヲ損シ寧ロ復讎ト變スルモノナリ又若シ反之地球大ノ犯罪ニ應當スルニ豆大ノ刑罰ヲ以テスルカ如キアラハ人皆ナ之レヲ行フヲ彈ラス刑罰アルモ遂ニ刑罰ノ効ヲ奏セサルニ至ランニツノ者共ニ反坐ノ性質ヲ保有スル所以ノモノニアラサルナリ刑罰ナルモノハ必スヤ一定ノ苦痛ノ度ヲ守ラサルヘ

一六一

カラス凡ソ有形ノ物無形ノ事皆ナ然ラサルハナシ吝嗇ハ人ノ賤行ナリ節儉ハ人ノ美德ナリ然トモ節儉少シク其度ヲ進ムレハ即チ吝嗇トナリ節儉少シク其度ヲ弛ムレハ即チ驕奢トナル故ニ其節儉ノ節儉タル所以ヲ失ハヌ美德ノ美德タル所以ヲ誤ラサルハ是唯金錢出納ノ或程度ニ關係スルモノトス刑罰ノ苦痛モ亦之ト一般ナリトス果シテ然ラハ折衷主義ニ於テ能ク刑罰ヲシテ反坐ノ性質ヲ失ハシメス兼テ又社會ノ利益ヲ保護スルヲ得セシムルノ方法ハ如何セハ即チ可ナルヤ假令ヘハ水ハ流動体ナルカ故ニ水ノ本質ヲ保ツモノナレハ之ニ温度ヲ加ヘテ或定度ヲ超ユヘカラス節儉ハ金錢ノ出納其宜シキニ適スルカ故ナレハ又必ス守ルヘキノ範圍ナカルヘカラス刑罰モ夫レ猶ホ此ノ如シ例ヘハ五寸大ノ犯罪ヲ行フタルモノニ科スルニ九寸大ノ刑罰ヲ以テスルモ猶ホ未タ反坐ノ性質ヲ失ハヌ又之ニ科スルニ三寸大ノ刑罰ヲ以テスルモ尙ホ且ツ反坐ノ性質ヲ失ハヌンハ即チ三寸以上九寸以下ノ刑罰ハ五寸大ノ犯罪ニ對スル刑罰ノ範圍ニシテ尙モ此範圍内ニ於テハ能ク其反坐ノ性質ヲ失ハヌシテ兼テ又社會ノ利益ヲ計ルコトヲ得ヘキコト宛モ水ハ華氏ノ寒暖計三十二度ヨリ二百十二度ノ間ニ上下スルモ水ノ

流動体タル所以ヲ失ハサルト一般ナリ我邦刑法モ此主義ニ則レルモノニシテ例
 へハ夫ノ窃盜ノ如キハ之ヲ三月以上四年以下ノ重禁錮ニ處スルモノトシ二月以
 上四年以下ノ範圍内ニ上下シテ能ク反坐ノ性質ヲ保有シ兼テ又社會ノ利益ヲ
 計ルモノトス故ニ初犯ハ處スルニ輕刑ヲ以テシ再犯ハ罰スルニ重刑ヲ以テスル
 コトヲ得ヘシ然レトモ我邦刑法ノ所謂折衷主義ナルモノハ近世學者ノ陳說腐論
 ナリトシテ嘲笑唾棄シタル誤謬ノ主義ヲ拾収シ來レルモノニシテ即チ是國家ノ
 正義ト社會ノ利益トヲ平等均一ニ折衷セントスルモノナレハ其極途ニ刑罰ト犯
 罪トノ權衡ヲ保維スルノ標準ヲ定ムルコト能ハサルニ至レリ故ニ今試ニ我刑典
 ヲ繕テ熟案スレハ或ハ相對主義ニヨレルカ如キモノアリ或ハ絶對主義ニ則レル
 カ如キモノアリテ吾人ヲシテ我刑法ハ果シテ能ク折衷主義ヲ採用セルモノナル
 ヤ否ヤヲ疑ハシムルモノアリ例へハ總則ニハ再犯ヲ加重スルノ條規アルヲ以テ
 若シ窃盜犯再犯ニ係ルモノハ一等ヲ加ヘテ二月半以上五年以下ノ重禁錮ニ處セ
 ラルヘシ然レトモ窃盜罪ニ對スル刑罰ハ二月以上四年以下ノ範圍内ニ上下シテ
 始メテ能ク其反坐ノ性質ヲ失ハス兼テ又社會ノ利益ヲ計ルコトヲ得ヘシト雖モ

若シ夫レ再犯ノ故ヲ以テ刑一等ヲ加ヘテ二月半以上五年以下ノ重禁錮ニ處スル
 モノトセハ是即チ反坐ノ性質ヲ失フモノニシテ窃盜罪ニ對スル刑罰ノ刑罰タル
 所以ヲ損スルモノナリト云ハサルヲ得ス故ニ再犯加重ハ社會ノ利益ヲ計ルヲ知
 テ而シテ刑罰ヲシテ反坐ノ性質ヲ失ハシムルモノナレハ近世學者ノ頌贊スル折
 衷主義ニ適スルモノニアラサルヤ明カナリ酌量減輕ノ如キモ亦然リ特ニ夫ノ死
 刑ノ如キニ至リテハ反坐ノ性質上決シテ範圍ヲ設クヘキモノニアラス社會ノ利
 益上ヨリ觀ルトキハ死刑ト雖モ或ハ之カ範圍ヲ設クルヲ至當ナリトナスヘキモ
 國家ノ正義上ヨリ察スレハ死刑ハ決シテ之カ範圍ヲ設クルヲ得サルナリ何トナ
 レハ若シ死刑ニ範圍ヲ設クルコトアレハ忽チ反坐ノ性質ヲ失ヒ刑罰ノ刑罰タル
 所以ヲ損スルニ至レハナリ然ルニ怪ムヘシ我刑法ハ死刑ニモ尙ホ酌量減輕ノ法
 規ヲ適用シテ刑二等ヲ減シ有期徒刑ニ處スルヲ許セリ故ニ我刑法ノ所謂死刑ナ
 ルモノハ範圍ヲ許サ、ル反坐ノ性質ヲ失却シ去テ其實死刑以下有期徒刑以上ノ
 刑ニ變セルモノナリ然レトモ死刑ト無期徒刑トノ懸隔豈ニ唯タ刑一等ノ差ノミ
 ニシテ而シテ止マンヤ實ニ天淵モ畜ナラサルナリ況ンヤ有期徒刑トノ懸隔ニ於

テヲヤ我刑法ノ所謂死刑ナルモノハ其實綽々餘裕アル範圍ノ廣大ナル刑罰ナリト云フヘシ今若シ我刑法ノ起草者ヲシテ單ニ死刑ニ處スト録スルヲ止メテ其實際ニ行フ所ノ刑名ヲ列記シ死刑無期徒刑若クハ有期徒刑ニ處スト記セシメハ人孰レカ喫驚セサルモノアラシヤ我刑法ノ死刑ハ其實此ノ如キモ唯其減輕ノ範圍ヲ總則中ニ隱蔽シテ而シテ顯ハサルノミ然レトモ近世刑法ノ理論ヨリ之ヲ論スレハ死刑ハ反坐性質上決シテ範圍ヲ許スヘキモノニアラス上來所陳ノ事由ヨリシテ之ヲ察スルニ我刑法ハ近世學者カ陳說腐論ナリトシテ嘲笑唾棄シタル誤謬ノ主義ヲ拾取シ來リタルモノニシテ國家ノ正義ト社會ノ利益トヲ平等均一ニ協合同セントスルモノナレハ之ヲ目シテ折衷主義ト云ハンヨリハ寧ロ之ヲ混同主義ト云フコト相當ナラン此等ノ事ニ關シテハ余カ嘗テ法理精華ノ紙上ニ論述セル所ヲ茲ニ掲ケテ諸君ノ參考ニ供セン

凡テ法律ヲ編纂スルニハ必ス一定ノ主義ニ基キ已ニ編纂製造セラレタル法律ニハ又タ必ス一定ノ主義アリトスル學理カ果シテ其正確ヲ失セサル以上ハ我カ刑法モ亦此例外タルヘキ特別ノ資格アルヘカラス此ノ世ニ生レ出テタル時

代ハ兎モ角苟クモ十九世紀ノ末代ニ呼吸シタル我カ立法官ノ智識ハ如何テ此原理ヲ看過スルコトノアルヘキ容易ニ近世ノ折衷主義ヲ採用シテ現行刑法ヲ制定シタルコトハ世ニ隠レナキ公評ナリ然レトモ斯ク既ニ制定セラレタル現行刑法ヲ通覽スルトキハ此折衷主義ナル者ハ果シテ何レノ所ニカ顯出シ何レノ所ニカ其効ヲ奏シタル霧裡ノ風景肉眼ノ能ク及フ所ニアラサル耶將タ空中ハ樓閣眞ニ其物ナキ耶今ヤ已ニ立法官ノ真意如何ヲ知ルニ由ナシト雖モ立法官カ多少參照ノ用ニ供シタリト覺シキ草案者カ平常ノ意見ニ至リテハ全ク近世折衷主義ノ眞理ヲ誤解シタルモノト云ハサルヲ得ス草案者ハ刑法ノ眞主義ハ近世ノ折衷主義說ニ在ルヘキコトヲ認メ乍ラ折衷主義中最モ古代ノ陳腐論ヲ唱道シ折衷主義ヲ解シテ純正利益兩主義ヲ參酌シ道德上ノ本務ト社會上ノ本務トニ併セテ反對スヘキ所爲ヲ以テ犯罪トシテ之ニ刑罰ヲ科スヘキモノトセリ蓋シ此舊說タル互ニ相反對シテ共ニ協合スルコトヲ得ヘカラサル社會ノ利益ト道德上ノ正義トヲ折衷セントスルモノニシテ到底爲シ得ヘカラサル架空ノ希望ナリ若シ又強テ之ヲ混合スルモ二者相互ノ協合一致ヲ欠キ其結果ハ終

ニ猫ニ非ス又虎ナラサルノ無主義タルニ歸スヘキノミ草案者自身ノ意見ニ依ルモ亦此二者ハ性質上共ニ對比スヘカラス又タ共ニ秤量シ得ヘカラスシテ常ニ適當ノ平均ヲ得ルコト能ハサルモノトナシ此說ノ適當ニ實行シ得ヘカラサル事實ヲ自認セリ

草案者カ唱道セル折衷主義ノ根據ハ其薄弱ナルコト斯ノ如ク其曖昧タル斯ノ如シ若シ其主義ニ從ヒ法典ヲ創立スルコトアリト假想セヨ罪ト刑トノ權衡ハ果シテ如何ナル標準ニ據リテ其宜シキヲ得ヘキコトヲ望ムヘキヤ木ニ縁リテ魚ヲ求ムルノ比ニ非サルヘシ然レトモ草案者ノ趣旨ヲ是レ奉戴シ夢郷ニ飲食シテ實世界ヲ知ラサル腦天器ハ之カ辯護ニ任シテ云ハン法律上道德ヲ害スル大ナルモノハ併セテ社會ヲ害スルコト大ナルヘク道德ヲ害スルコト小ナルモノハ亦社會ヲ害スルノ度モ小ナルヘシト蓋シ此論タル古昔アツベツク氏ノ主張シタル所ナレトモ折衷主義ノ論者ニ取リテハ自家撞着ノ說タルヲ免レス何トナレハ此論旨ニ從ヘハ利益正義ハ同一物タルヘキヲ以テ折衷スヘキ二個以上ノ原素アルコトヲ得サレハナリ

斯ク陳腐ノ折衷說ハ折衷シ得ヘカラサル二個ノ標準ヲ置キ以テ罪ト刑トノ權衡ヲ定メントスルモノナルカ故ニ罪刑二者ノ平均ヲ得ントスルハ到底希望シ得ヘキモノニアラス然レトモ近世ノ折衷主義ニ從ヒ罪刑二者ノ權衡ヲ得セシムルノ方法ヲ説明セント欲セハ余ハ先ツ折衷主義ノ何物タルニ論及セサルヲ得ス

近世折衷主義ノ原理ハ刑法汎論ニ於テ江木衷一君然リ同書ノ著者タル資格ニ於テ江木衷君ノ己ニ論述セラレタル所ナリ此主義ニ於テハ罪刑ノ權衡ヲ保スルニ正義利益二個ノ標準ヲ設ケス正義ヲ以テ刑罰ノ基本トナシ正義ノ範圍内ニ於テ社會ノ利益ヲ計畫保全セントスルニ在リ抑モ刑罰ハ犯罪ノ應報ニシテ犯罪ニシテ犯罪ニ相當スヘキ刑罰アルヘキハ古來動スヘカラサル反坐ノ原則ナリ曰大ノ惡事ニハ曰大ノ應報アルヘキ眼玉大ノ惡事ニハ眼玉大ノ應報アルヘシ故ニ反坐ハ刑罰ノ性質(Quality)ニシテ刑罰ノ苦痛ハ其分量(Quantity)タルニ過キスト雖モ刑罰ノ反坐タル性質ハ其分量ノ如何ニ關係シ其性質上ノ存在(Qualitative Existence)ハ一定ノ分量ニ關係スルヲ以テ若シ其定量ニ過不足アルトキハ其存

在ハ全ク消滅スルカ若クハ他物ニ變化スヘシ設例ヘハ水ナル一物ハ方圓ノ器ニ從フヘキ流動ノ性質アルヲ以テ水タレトモ其水タルノ性質ハ溫度ノ分量ト關係シ溫度ノ過不及ハ水ヲ變シテ氣體若クハ氷ナル固形体ニ變セシムルト同シク若シ刑罰ノ分量即チ苦痛ニシテ過大ナルトキハ眼玉大ノ惡事ニ曰大ノ應報ヲ爲スモノニシテ刑罰ハ反坐タルノ性質ヲ變シテ全ク復讎トナルヘク又其分量ニシテ輕少ナラハ曰大ノ惡事ニ眼玉大ノ應報ヲ爲スモノニシテ刑罰ノ性質ハ化シテ放縱トナルヘシ然レトモ此定量ハ自ラ其範圍ヲ有シ三十二度ヨリ二百十二度ノ間ニ於ケル溫度ノ多少ハ流動体タル水ヲシテ他ノ性質ニ變セシムルニ足ラス江戸ツ子ノ洗湯ト文明人ノ「バツ」トハ各々其嗜好ヲ異ニスルモ共ニ方圓ノ器ニ從フヘキ流動体タリ刑法モ亦然リ或ル一定ノ範圍ヲ超ヘサル以上ハ刑罰ヲシテ反坐ノ性質ヲ失ハシムヘキモノニアラス所謂近世ノ折衷主義ナルモノハ此定量ノ範圍内ニ於テ社會ノ利益ヲ計畫シ而シテ尙刑罰ヲシテ反坐タルノ性質ヲ失ハシメサルニ在リ是レ近世ノ刑法ニ於テハ刑罰ニ期限又ハ金額ノ範圍ヲ設ケ其範圍内ニ於ケル期限ノ長短金額ノ多少ハ刑罰ノ反坐タ

ル性質ヲ失ハシムルモノニアラストスル所以ナリ故ニ死刑ノ如キ範圍ヲ許サル刑罰ハ全ク正義上ノ反坐ニシテ極メテ重大ナル犯罪ニアラサレハ之ヲ科スルコトヲ得ス苟モ正義ニシテ許サ、ル限リハ社會ノ利益ノミヲ目的トシタル犯罪ニ應報スルニ此重刑ヲ以テスヘキモノニアラス

現行刑法ニ於テ刑罰ニ範圍ヲ設ケタルハ能ク近世ノ折衷主義ニ適スル所アルカ如シト雖モ總則ニ於テ酌量減輕ノ法ヲ設ケ又再犯加重ノ法ヲ置キ萬種ノ犯罪ニ對シテ一等又ハ二等ヲ減輕シ一等ヲ加フルコトヲ許容シタルハ根底ヨリ折衷主義ノ原理ヲ暗殺シ刑罰ヲシテ反坐ノ性質ヲ失ハシメタルモノニアラサルヤ否ヲ疑ハシム刑法第二百九十二條ニ豫謀テ人ヲ殺シタルモノハ謀殺ノ罪ト爲シ死刑ニ處スト云ヒ第三百六十六條ニ人ノ所有物ヲ竊取シタルモノハ竊盜ノ罪ト爲シ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處スト云ヘルハ外見上能ク反坐ノ性質ヲ有スルニ似タレトモ他ニ酌量減輕ノ法アルコトヲ知ラハ取モ直サス謀殺罪ハ死刑無期徒刑若クハ有期徒刑ニ處スト云ヒ竊盜罪ハ一年以上二年以下若クハ四年以下ノ重禁錮ニ處スト云ヘルト同一ナリ反坐ノ性質ヲ失ハサ

ル者ト云フコトヲ得ヘキヤ、眼玉大ノ惡事ニ豆大以上白大以下ノ苦痛ヲ應報スルノ感ナキコト能ハス再犯加重ノ法モ亦然リ已ニ刑法各條ニ於テ反坐ノ性質ヲ超過セサル刑罰ノ範圍ヲ設ケ乍ラ總則ニ於テ一般ニ加重ノ法ヲ設クルハ定量外ニ於テ社會ノ利益ヲ計畫スルモノアルニ似タリ然レトモ現行刑法ノ全体ニ就テ考察スルトキハ正義ノ範圍ヲ超ヘ刑罰ノ反坐タル性質如何ヲ問ハス全ク社會上ノ利益ヲ害スルノ程度ニ從ヒ之ヲ處スルニ死刑若クハ無期徒刑ノ重刑(設例ヘハ放火罪ノ死刑、貨幣偽造罪ノ無期徒刑)ヲ以テスルモノアルカ故ニ酌量減輕ノ法ト相待テ始メテ刑罰ノ反坐タル性質ヲ見ルニ至ルカ如キモノナキニアラス但シ如何ニ社會ノ利益ノミニ注目スルモ再犯ノ故ヲ以テ加重シテ死刑ニ處スルハ反坐ノ性質ニ適スルモノニアラサルヲ以テ我刑法カ此制限ヲ設ケタルハ立法官ノ良心自ラ折衷主義ヲ離ル、コト能ハサリシモノト謂フヘシ、有名ナル法學博士フイエルバツハ氏ノ立案ニ係ルモ刑罰減等法ハ常ヲ得スシテ罪ト刑トノ權衡ヲ失シタルバヨリヤ刑法ハ立法學上ノ注意ヲ引起スヘキ史上ハ一大事跡タリ社會一般ノ意思タルヘキ法律ハ社會一般ノ必要ヨリ漸成シ

一七〇

來ラサルヲ得スフイ氏ハ偏見遂ニ國家千載ノ大計ヲ誤ル恐ルヘキ哉

刑法ノ沿革

刑法ノ沿革ヲ探究スルニハ先ツ之ヲ一般刑法ノ沿革ト日本刑法ノ沿革トノ二ニ區別シテ講述スルヲ要ス

第一 一般刑法ノ沿革 一般刑法ノ沿革トハ取りモ直サス沿革法理論ノ一部ニシテ一般刑法ノ沿革ニ伴ヒ發達シ來リタル理論ヲ論究スルモノナレトモ東洋刑法ノ事蹟ハ徵證スヘキモノ極メテ僅少ナルヲ以テ余ハ今之ヲ歐州諸國刑法ノ沿革事蹟ニ徵シテ講述スヘシ諸子之ヲ諒セヨ

今ヤ一般刑法ノ沿革ヲ探究スルニ先タチ一言以テ沿革ノ何モノナルヤヲ宣明セサルヘカラス抑モ刑法ノ沿革トシ云ヘハ即チ刑法ノ創生ヨリ以來易世累代進歩發達シ來リタル事蹟ヲ指スモノニシテ進歩ナク發達ナキ刑法ニハ探究スヘキノ事蹟ナキヲ以テ決シテ沿革ナルモノ、存スヘキモノニアラス諸子試ミニ其身ヲ省ミヨ諸子ノ尙ホ櫛椹ノ中ニ瓜々セルヨリ以來月ヲ累ネ年ヲ追フテ達育進歩シ以テ今日ノ壯丁ニ至レルモノナレハ諸子ノ既往ハ或ハ哭スヘク或ハ笑フヘク或ハ

刑法(汎論之部)

刑法ノ沿革

悲ムヘク或ハ喜フヘク幾多無數ノ事蹟アリシヤ知ルヘシ然レトモ若シ眼ヲ轉シテ此校庭ニ在ル所ノ一大石ヲ觀レハ元ト是一種ノ無機物ニシテ發達進步ノ機能ヲ缺クモノナルヲ以テ數千萬年敢テ其色ヲ變セス其形ヲ異ニセス又其處在ヲ移サズシテ依然今日ニ存在スルニアラスヤ太陽ノ如キモ亦然リ太古鴻荒ノ時ヨリ今日文明ノ代ニ至ルマテ朝ニハ東ニ出テ、夕ニハ西ニ没シ日々其運行ヲ均フシ未タ曾テ西ニ出テ、東ニ没シ南ニ顯ハレテ北ニ隱レシコトアルヲ聞カサルナリ是ニ由テ之レヲ觀ルモ發達進步セル事蹟ナキモノニハ決シテ沿革ノ存スルモノニアラサルヤ爛々トシテ火ヲ賭ルヨリモ明ケシ故ニ當代ノ史家言ヘルコトアリ曰ク歴史ハ吾人々生ノ發達進步シタル事蹟ヲ録スルモノニシテ發達進步セサル人類ニ歴史アルコトナシト一般刑法ノ沿革又其數ヲ脱スル能ハス太古ヨリ以降今世ニ至ルマテ年ヲ經テ追フテ發達進步シタル事蹟アリテ始メテ探究スヘキノ沿革アルヘキモ太古以降今日ニ至ルマテ頑然舊ニ依テ發達進步セサル永久不變ノ岩石的刑法ニ至リテハ決シテ探究スヘキノ沿革アルモノニアラス知ルヘシ刑法發達ノ原始ハ即チ刑法沿革ノ原始ナルコトヲ

太古鴻荒ノ時ニ遡リテ一般刑法ノ沿革如何ヲ探究スルニ蓋シ太古ノ刑法ナルモノハ全ク宗教ノ思想ト相混合シテ分離スヘカラサルノ姿狀ヲ呈セリ當時世人ノ思想ニヨレハ刑法ハ神明ノ命令ニシテ刑罰ハ神明ノ責罰ナリト想像セルモノ、如シ故ニ太古ノ刑法ニハ決シテ發達進步ナク從テ探究スヘキノ沿革アルモノアラサルナリ何トナレハ若シ之ヲシモ發達進步スヘシ沿革事蹟ノ存スルアルヘシト云ハ、即チ是取りモ直サス神明ニ發達進步アリ神法ニ沿革アリト説クト一般ナレハナリ已ニ神明ニ沿革ナシ神明ノ支配ヲ受ケ神法ノ配下ニ立ツ所ノ民種ニ至リテハ神命惟從フヘキノミニシテ決シテ發達進步アルモノニアラス果シテ然ラハ古ヨリ今ニ至ルマテ發達進步シテ止ムコトナク沿革事蹟ノ徴スヘキアル刑法ハ如何ナル性質ノ刑法ニシテ又如何ナル沿革ヲ有スルモノナルヤヲ探討スルニ遡リ古昔ニ遡リテ之カ踪蹟ヲ追究スレハ蓋シ以下三個ノ主義ニ基キタルモノ、ミ能ク發達進步セルモノ、如シ即チ(一)復讐主義(二)公益主義(三)正理主義是ナリ而シテ此三主義ニ基キタル刑法ハ業ニ既ニ法律ト宗教トノ分離シタル以後ニ起レルモノニシテ宗教的不變ノ性質ヲ脱シテ漸ク發達進步ノ途ニ就キタルモノト

復讐主義

ス乞フ以下逐次之ヲ宣明セシム

(一)復讐主義 抑モ復讐トハ自己ノ受ケタル權利ノ傷害ヲ回復シテ以テ其感覺ヲ満足セシムルノ謂ニシテ素ヨリ野蠻鹵莽ノ風習タルヲ免レスト雖モ是蓋シ吾人々類ノ性情ノミ亦己ムヲ得サルナリ然レトモ此主義ニ基キタル刑法ニ於テハ太古鴻荒時代ニ行ハレタル神命の刑法ノ餘弊ヲ脱シテ早ヤ既ニ發達進歩スルノ萌芽アリタルモノナリ而シテ其然ル所以ノモノハ元來復讐ノ思想タルヤ必ス各人各個ノ權利ヲ尊重スルノ意思アルニ依テ生スルモノナレハナリ既ニ各人各個ノ權利ヲ尊重スルノ意思アリトセハ其主義亦タ獨立自由ノ原素ヲ有スヘク既ニ各人各個ノ獨立自由ノ原素アリトセハ亦必ス發達進歩ノコトナカレハカラス然レトモ復讐ノコトタル固ト自己ノ情慾ヲ満足スルヲ以テ目的トナスモノナレハ之ヲ満足スルカ爲メ各人各個カ施ス所ノ刑罰ハ必スシモ其犯罪ト權衡ヲ保維スル能ハサルモノナリ即チ之ヲ換言スレハ自己ノ受ケタル權利ノ傷害ト之ニ向テ復讐ヲ行フ所ノ權利トハ時ニ或ハ同一ナラサルコトアリ故ニ國家ハ私人ヨリ復讐ノ權ヲ沒收シ遂ニ刑法ナルモノヲ設ケ生命ヲ取り

一七五

タルモノハ生命一手ヲ切リタルモノハ一手ヲ切ル等ノ法ヲ規定スルニ至レリ是蓋シ各人各個ノ放恣專擅ナル復讐ノ情ヲ牽制シタル第一ノ制限ナリシカ其後ニ及ンテ此主義再ヒ變シテ贖罪ノ制度ヲ生シ金錢財物ノ代償ヲ以テ復讐ノ業ニ代ヘ總般ノ犯罪多クハ皆贖フニ金錢財物ノ代償ヲ以テスルニ至レリ而シテ此贖罪制度ノ行ハレタル當時ニ在リテハ民人ノ生命身體ニ附スルニ幾等ノ代償ヲ以テシ人ノ貴賤ニヨリテ其代償ヲ異ニセリ例ヘハ奴隸ノ一手ヲ斬ルモノハ科スルニ贖金幾干ヲ以テシ貴族ノ一指ヲ斬ルモノハ科スルニ贖金幾干ヲ以テスル類ノ如シ故ニ贖罪ノ制度ヲ設ケタル刑法ハ必ス復讐主義ヨリ湧出シ來リタルモノナリト知ルヘシ

公益主義

(二)公益主義 此主義ニ於テハ凡ソ犯罪ナルモノハ社會公共ノ利益ヲ害スルモノナレハ犯罪ヲナスモノニ對シテ刑罰ヲ科スル所以ノモノモ全ク其社會ハ公益ヲ保護スルモノナリトナシ大ニ社會公共ヲ尊重セリ而シテ此主義ニ基ケル刑法ノ發達進歩スヘキ要素ヨリ明白ノ事由ナリトス

正理主義

(三)正理主義 此主義ハ以上二主義ニ比スレハ大ニ發達進歩シタルモノナリ抑モ

刑法(汎論之部)

社會ノ漸次發達進歩シテ國家ナルモノヲ生スルニ及ンテハ國家ハ必ズ獨立自存ノ意思ヲ有ス而シテ犯罪ナルモノハ此國家ノ有スル獨立自存ノ意思ヲ害スルモノナレハ之ニ對シテ刑罰ヲ科スルハ蓋シ國家ノ正理ニ基クモノナリト云フニアリ

以上三主義ニ基キタル刑法ハ發達進歩セルモノニシテ沿革事蹟ノ探究スヘキモノアリ故ニ余ハ是ヨリ更ニ講歩ヲ轉シテ其沿革ヲ探討スヘシ而シテ今之カ探討ヲナスニ付キテハ又之ヲ第一期上古第二期中世第三期近世ノ三時期ニ區別シテ宣明セサルヘカラサルナリ

第一期

第一期上古 上古刑法ハ果シテ如何ナル邦國ニ存在セルモノナルヤヲ知ラント欲セハ先ツ豫メ上古世界ハ果シテ如何ナルモノナリシヤヲ知ラサルヘカラス抑モ上古ノ所謂世界ナルモノハ今日ノ如ク世界全般ニ亘リシモノニアラスシテ其範圍頗ル狭少ナリシモノナリ即チ東洋ニ在リテハ印度ペルシヤノ二邦ノミ西洋ニ在リテハ希臘羅馬ノ兩國ノミ其他今日ノ所謂世界ノ文明邦國ナリト稱セラル、モノ當時尙ホ未タ歴史ニ顯出セサルモノナリシヲ以テ上古ノ所

謂歴史ナルモノモ亦僅カニ此等數國ノ沿革事蹟ヲ録スルニ過キササルナリ今ヤ退テ一般刑法ノ沿革ヲ此等數國ノ歴史ニ徴シテ察スルニ東洋ノ刑法ハ古ヨリ西洋ノ刑法トハ大ニ其主義ヲ異ニシタルモノアリ即チ

東洋ニ在リテハ宗教ト刑法トヲ相混同シテ分離スルコト能ハサリシヲ以テ民人決シテ獨立自由ノ意思ナク神命惟從フノミ故ニ東洋ノ刑法ハ宗教ノ外又他ニ一私人ノ權利ト國家ノ權利トノ二アルヲ度外視シテ顧ミサルモノナリ試ミニ思ヘ印度ノ「マニユ」法典ノ如キハ之ヲ神授ノ法典ナリト崇拜シ「マホメット」宗ノ「コーラン」ノ如キ同シク是經典ニシテ兼テ又其國ノ法典ナルニアラスヤ夫レ此ノ如ク東洋諸國ノ刑法ハ今代尙ホ「マホメット」宗ノ經典兼法典ナル「コーラン」ノ一篇ニ基クモノナルヲ以テ毫モ發達進歩ノ蹟アルヲ看サルナリ然ルニ一タヒウラルノ山嶺ヲ越ヘテ西洋ニ至リ希臘羅馬ノ兩國ヲ觀察スレハ上古ノ世早ヤ既ニ漸次宗教ト法律トノ分離ヲ生シ頗ル法律ノ真相ヲ呈シタルモノ、如シ看ル可シ希臘ノ如キ羅馬ノ如キ兩國共ニ宗教ト分離シテ別ニ刑法ノ一篇ヲ制定セシコトアルヲ然レトモ此兩國又各其主義ヲ異ニシタルモノア

リ希臘ニ於テハ重キヲ國家ノ權利ニ置キテ一私人ノ權利アルヲ願ミス凡百ノ事擧テ之ヲ國法學上ヨリ論定シタリシカ羅馬ハ全ク表裏相反シ特ニ重キヲ一私人ノ權利ニ置キテ國家ノ權利ヲ後ニセリ即チ之ヲ詳言スレハ希臘ニ於テ凡百ノ事ヲ論スル悉ク之ヲ國家ノ上ヨリ觀察シテ一私人ノ權利如何ニ着眼セス苟モ其國民人ノ有セル權利ハ彼是ノ別ナク悉ク皆ナ公權利即チ公義務タルニ過キサリシナリ看ヨ夫ノ上古史上ニ赫々タル威名ヲ留メタルスパルタ國ノ政史ヲ看ヨ諸子或ハ思半ハニ過クルモノアルヘシ抑モスパルタハ希臘州中ノ一小國ナリシニアラスヤ而シテ其全國恰モ兵營ノ如ク民人悉ク兵士ナラサルハナキノ國狀ナリシヲ以テ希臘子弟ノ教育總テ武人的ノ教育ヲ取り兵士ニ獨立ノ意思ヲ許サ、ルト一般希臘人民ハ一人トシテ獨立意思ヲ有スルモノアラサリシ國勢既ニ此ノ如シトセハ其犯人ヲ罰スル所以果シテ如何ナル思想ヲ以テセルモノナルヤヲ探究スルニ蓋シ夫ノ鎮臺ニ於テ兵士ヲ殺害スルモノアレハ即チ是取リモ直サス鎮臺ニ必要ナル一個ノ武器ヲ損傷シタルト一般ナリトノ思想ヲ推シテ之ヲ國法ニ適用シ苟モ希臘人民ヲ殺スモノハ是即チ國家ノ防禦

ニ必要ナル一武器ヲ損傷シタルモノナリトシ之ヲ罰セシニ過キササルナリ之ヲ要スルニ上古希臘人民ノ狀態タルヤ教育ハ既ニ述ヘタルカ如ク全ク武人的教育ヲシテ恰モ武器製造法ノ如ク又彼ノ「ソムナシスム」ノ學校ノ如キハ恰モ武器製造所ト一般ナリシナリ管ニ教育ノコトノミナラス食事ノ如キモ亦然リ各人各自ニ食スルニアテスシテ希臘國民擧テ一所ニ會食セシモノナリシ之ヲ以テ希臘人民ニハ毫モ獨立自由ノ意思ナク只單ニ國家ノ用ニ供スル一個ノ機械タルニ過キサリシナリ

然ルニ羅馬ハ之ニ反シテ大ニ一私人ノ權利ヲ重シシ國家、宗教ノコト全ク之ヲ輕微視セシカ此思想遂ニ及ホシテ刑法ノ原理ニ關入シ犯人ハ各自獨立自由ノ意思ヲ以テ犯罪ヲ行フモノナリトナシ之ヲ罰スル又犯人ノ意思上ヨリ觀察シ從テ其刑罰ノ輕重ヲ定ムルニ當リテモ其意思ノ善惡如何ヲ基トシ善惡ノ跡蹟ノ大小如何ヲ問ハサリシモノ、如シ故ニ苟モ惡意ヲ以テ犯罪ヲ行フモノアレハ假令ヒ其結果ハ豆大ノ輕微ナルニ過キササルモ尙ホ且ツ之ヲ嚴罰シ善意ニ出ツルモノナルトキハ棒大ノ善惡ヲ生スルモ敢テ之ヲ罰セサルニ終レリ即チ之

ヲ約言スレハ惡意アルノ犯罪ハ其害小ナリト雖モ尙ホ且ツ之ヲ嚴罰シ過失犯
ハ其害極メテ大ナルモ敢テ之ヲ嚴罰セス共和政体ノ頃ニ在リテハ多クハ之ヲ
無罪視シタルモノニシテ今ノ如ク犯罪ニ未遂既遂ノ區別ヲ設ケス害惡ノ大小
ハ全ク之ヲ度外視セルモノナリ而シテ此思想ハ實ニ羅馬全土ニ蔓延セルノミ
ナラス遠ク及ホシテ佛國ノ刑典ニ浸人シ又流レテ我邦刑法ノ規定トナリ我邦
ニ於テハ未遂犯ハ既遂犯ニ照シテ僅カニ刑一等若クハ二等ヲ減スルニ過キサ
ルナリ然レトモ未遂犯ノ既遂犯ヲ隔離スルノ遠キ豈ニ實ニ涇渭ノ差アルノミ
ナランヤ實ニ霄壤モ管ナラサルナリ

要約以テ上古刑法ノ沿革ヲ概言スレハ東洋ニ在リテハ印度、ペルシヤノ二邦共
ニ天權ヲ基トシ西洋ニ在リテハ希臘羅馬ノ兩國各其主義ヲ異ニシ希臘ニ於テ
ハ國權ヲ尊崇シ羅馬ニ於テハ一人ノ權利ヲ尊重シタルヲ以テ觀レハ上古ノ
時代第一期ハ即チ刑法論上、天權、國權、私權ノ三權鼎立ヲナセルノ時代ナリト評
シテ可ナリ

第二期

(第二期)中世 此時期ハ「クライスト」宗主義ト日耳曼主義トノ紛争ヲ以テ始マリ又

一八〇

其紛争ヲ以テ終レリ依テ今其頭末ヲ詳述セシニ抑モ此「クライスト」宗主義ハ固
ト歐洲ノ南方ニ起リ羅馬法王ノカ首領トナリテ宗教ヲ代表シ日耳曼主義ハ歐
洲ノ北部ナル日耳曼ノ深林中ニ起リ羅馬帝王ノカ張本トナリテ國家ヲ代表シ
以テ互ニ其勢力ヲ全世界ニ得ンコトヲ争ヒタリ夫レ此ノ如ク此兩主義ハ時ヲ
同フシテ歐洲ノ南北ニ並起シタルモノ、如シト雖モ然レトモ是レ全ク然ルニ
アラス其實唯日耳曼主義ノ北方ニ隆起セルノミニ過キササルナリ史ヲ案スルニ
當時羅馬帝國ノ國勢タルヤ宗教心漸ク滅スルニ垂ントシ道德地ヲ拂ッテ絶シ
今ヤ將サニ孤城落日ノ悲境ニ陥ラントスルニ際シ偶々日耳曼主義ノ北方ニ隆
起スルアリ羅馬帝國ノ虛ニ乘シテ府外ノ城郭ヲ破リ其勢ヒ宛モ破竹ノ如ク遂
ニ府内ニ闖入シテ羅馬帝國ノ權ヲ簒ヒ羅馬固有ノ制度ヲ敗滅シ秩序全ク亂レ
安寧得テ期スヘカラサル紛争ヲ惹起シ其極歐洲全土ヲ驅テ暗黒時代(Dark age)
ノ慘域ニ陥ラシメタリ中世史上史家常ニ北狄犯ニ羅馬ト録スルハ即是レナリ
夫レ此ノ如ク「クライスト」宗主義ト日耳曼主義トハ咫尺モ分カヌ暗黒世界ノ中
ニ在テ亂撃争擾止マル所ヲ知ラサルノ有様ヲ呈セシカ其後未タ幾ナラスヨテ

其劍光芒火ハ一轉シテ忽チ燦然タル光輝ト變シ暗黒世界ヲ照シテ漸ク文明ノ明域ニ近ツカシメ紛争漸ク止ンデ而シテ光輝益々加ハリ遂ニ歐洲全土ヲシテ再ヒ赫々タル文明ノ明光ヲ仰クヲ得セシムルニ至レリ故ニ史家常ニ今代ノ文明ヲ稱シテ暗黒時代ノ賚ナリト云ヘリ蓋シ故ナキニアラサルナリ而シテ今夫レ法理ノ眼光ヨリシテ此兩主義ノ差異ヲ觀察スレハ「クライスト」宗主義ハ宗教ヲ代表シテ天權ヲ尊ヒ日耳曼主義ハ國家ヲ代表シテ人權ヲ重ンシ其主義氷炭相容レザルヲ以テ遂ニ固結シテ紛争トナリ爭擾漸ク收テ遂ニ文明ノ光輝ヲ發スルニ至レリ故ニ中世ノ時代ハ即チ刑法論上天權人權兩立ノ時代ナリト評シテ可ナラン「クライスト」宗主義ト日耳曼主義トノ差異既ニ紛争ヲ來タスノ甚シキコト此ノ如シトセハ此兩主義ノ本旨ハ各國ノ刑法上果シテ如何ナル影響ヲ及ホシタルヤヲ探討スルニ蓋シ又タ大ニ見ルヘキノ差別アリテ隱然相對峙シテ刑法理論ノ根柢ヲナセルモノ、如シ即チ「クライスト」宗主義ニ在テハ犯罪ヲ以テ神意ニ背戾スル所ノ兇惡ニシテ刑罰ハ之ヲ改良スルノ手段ナリトナセリ故ニ此主義ニ則レル所ノ刑法ニ於テハ夫ノ羅馬法ニ於ケルカ如ク未タ其害惡

ヲ生セサル所ノ未遂犯ト雖モ苟モ惡意ノ存在スルアレハ必ス之ヲ嚴罰シテ毫モ假借スル所ナシ故ニ其餘派流レテ近世刑法ノ原理トナリ犯罪ニハ多クハ皆惡意ノ存在ヲ必要トナスニ至レリ試ミニ思ヘ夫ノ近世刑法ニ著明ナル「犯罪ハ故意若クハ惡意ヲ要ス」ト云ヘル原理ノ如キ「刑罰ハ犯人ヲ懲戒スルモノニアラス」テ其惡念ヲ改良スルモノナリト云ヘル原理ノ如キ一トシテ此主義ノ本旨ニ出テサルモノナキヲ且ツ夫レ古代ニ在テハ犯罪人ヲ遇スルコト殘忍苛酷至ラサル所ナキノ弊アリシカ此主義漸ク勢力ヲ逞フスルニ及ンテ稍ヤ其弊害ヲ掃蕩シ犯罪人ヲ待ツコト頗ル寛大ナルニ至レリ特ニ余輩後世ノ民衆カ此主義ニ向テ感謝セサルヘカラサルモノアリ即チ此主義ニ於テ始メテ萬民同等ノ權利ヲ認メタルコト是ナリ抑モ此主義ニ在テハ神意ニ依テ事ノ是非曲直ヲ裁斷セルモノナルヲ以テ貴賤貧富ノ別ナク一視同仁海内ノ民衆ヲ舉テ皆同等ノ權利ヲ有スルモノナリトナシ之ヲ裁斷セルモノナルヲ以テ夫ノ有名ナル萬民同等ノ原理モ亦全ク此主義ヨリ法律上ニ及ホシタル所ノ思想ナリトス反之日耳曼主義ニ在テハ單ニ外形上ノ所爲ニノミ干涉シ敢テ其内部ノ意思ヲ探究セス

蓋シ勇猛ナル日耳曼人種ニ取リテハ毫モ怪ムヘキコトニハアラサルナリ而シテ此主義ニ於テハ單ニ犯罪ノ結果タル損害ノ大小ヲ以テ刑罰ノ輕重ヲ定ムルノ標準トナシ犯罪人ノ意思如何ニ至リテハ敢テ之ヲ顧ミルコトナカリシ故ニ此主義ニヨルキニ意思ナキ過失犯ト雖モ苟モ其損害ノ重大ナル以上ハ之ヲ處スルニ嚴刑ヲ以テシ未遂犯ノ如キハ假令惡意ノ存在スルアルモ或ハ其損害ノ少ナキカ或ハ全ク生セサルヲ以テ之ヲ不問ニ付シ若クハ之ヲ處スルニ刑罰ヲ以テセサルハカラサルカ如キ奇怪ナル結果ヲ呈スルニ至レリ然レトモ此主義ノ本旨今尙ホ刑法ノ理論トナリテ凡ソ犯罪ハ外形上ノ所爲タルヲ要シ刑法ハ外形上損害ノ賠償ヲナスニ過キストノ原理ヲ觀ルニ至レリ

夫レ此ノ如ク兩主義ノ紛争久シク結ンテ解ケス互ニ争闘止ムコトナカリシカ社會ノ進歩ト共ニ其争擾漸ク平穩ニ歸シ遂ニ近世期トナレリ

第三期

(第三期)近世 前述セルカ如ク中世時代ニ於テハ「クライスト」宗主義ト日耳曼主義トノ二者相對峙シテ各虎視狼據ノ勢ヲ呈シ「クライスト」宗主義ハ宗教ヲ代表シテ心界ヲ支配スルニ止マラス併セテ外界ヲ支配セント欲シ日耳曼主義ハ國家

ヲ代表シテ外界ヲ支配スルノミナラス併セテ心界ヲ支配セント欲シ双々相降ラサリシヲ以テ觀レハ此兩主義ノ紛争ハ即チ是宗教ト國家トノ紛争ナルヤ明ケシ試ミニ歴史ヲ繙テルニテハ宗教大革命ノ事蹟ヲ觀ヨ此革命ハ之ヲ一見スレハ宗教上ノ變亂タルニ過キササルカ如シト雖モ深ク其淵源ヲ討究スレハ其由テ起ル所豈ニ僅ニ宗教上ノ變亂ノミニシテ己マンヤ實ニ國家ト宗教トノ一大争亂ナリト言ハサルヘカラス故ニ此争亂平穩ニ歸シ其結果遂ニ國家ト宗教トノ分離ヲ來ヌシ宗教主義ハ心界ヲ支配シ國家ハ外界ヲ支配スルモノナリトナスニ至リ其間井然トシテ紊ルヘカナサルノ區別ヲ生セリ是ヲ以テ近世ニ在テハ刑法ノ理論モ亦此兩主義ヲ折衷シ惡意アリテ外形ニ顯出シタル所爲ハ之ヲ犯罪トナシ刑罰ノ責任ヲ賦當スルニハ意思ト行爲トノ二者ヲ具備スルヲ要スルコト、ハナレリ是實ニ兩主義ノ調和ニ成レル結果ナリトス然レトモ其後十七世紀ノ頃ニ及ヒテモ學者尙ホ宗教熱心ノ餘リ「クライスト」宗主義ヲ執ルモノ頗ル多ク夫ノグロシアス、ホツベン、ホツフ等ノ諸氏ハ性法論ヲ主張シテ頻リニ自然法ノ純理ヲ唱道シタリシカ之ニ反シテ理論派ニハボルテール、ベツカリヤ

等ノ諸氏輩出シ其所論各相異ナレリ而シテ此等諸氏ノ主義或ハ離レ或ハ合シテ既ニ前ニ述ヘタル所ノ諸種ノ主義トナリ獨逸ニハ純正主義ヲ執ルモノアリ佛ニハ公益主義ヲ執ルモノアリシカ其極途ニ折衷主義トナレリ然ルニ其後此等ノ諸主義ニ反對シテ沿革法理派ヲ生シ歐洲ノ碩學舌ヲ焦シ筆ヲ禿シテ唱道駁撃臻ラサル所ナカリシカ現今ニ至リテハ遂ニ理論沿革相待ツテ行ハルヘキモノニシテ分離スヘカラサルコト、ナリテ其紛争ヲ終ルニ至レリ故ニ近世ノ時勢ハ終始調和々々ノ聲ヲ以テ終リタルモノニシテ今若シ刑法論上此時代ヲ評スレハ調和折衷ノ時代トモ言フヘキモノナランカ

之ヲ要スルニ一般刑法ノ沿革ハ蓋シ上古ハ各國獨立ノ時代ニシテ中世ハ國家宗敎紛争ノ時代トナリ漸ク近世ノ時代ニ至リ始メテ調和折衷ノ主義ヲ採ルニ至レルモノトス

日本刑法ノ沿革

第三、日本刑法ノ沿革 今夫レ日本刑法ノ沿革ヲ講述スルニ方リテモ可成的一般刑法ノ沿革上ヨリ論述セン前ニ述ヘタルカ如ク刑法ハ國家ノ主義ト相隨伴スルモノナレハ日本刑法ノ沿革モ亦日本政治ノ變遷ト共ニ其運命ヲ同フスヘキモ

第一期

ノナルカ故ニ政治變遷ノ上ヨリ刑法沿革ノ時期ヲ區別スヘシ即チ(第一期)日本刑法ノ起源ヨリ大寶律令制定ノ時代ニ至ルマテ(第二期)大寶律令制定ノ時代ヨリ藤原氏政權ヲ失スルノ時代ニ至ルマテ(第三期)封建尙武ノ時代ヨリ徳川氏執政ノ時代ニ至ルマテ(第四期)王政復古時代ヨリ明治ノ近代ニ至ルマテ

(第一期)日本刑法ノ起源ヨリ大寶律令制定ノ時代ニ至ルマテ日本刑法ノ淵源ハ遙カニ鴻荒神代ノ頃ニアルヲ以テ漠焉トシテ別ニ書契ノ徵證スヘキモノナシト雖モ顧フニ又是一般刑法ノ沿革ト共ニ同一ノ方向ニ向テ發達シタルモノナルヘシ而シテ此刑法ノ起源ヨリ大寶律令制定ノ時代ニ至ルマテヨ汎稱シテ日本刑法沿革ノ第一期トナスト雖モ其間歲月ヲ經ルノ久シキ幾多無數ノ變遷アリシモノナラン今暫ク太古ノ時代ニ溯リテ日本刑法ノ沿革事蹟ヲ探究スルニ抑モ我邦太古人民ノ思想ニヨレハ凡ソ人性ハ善良ナルモノニシテ苟モ此人性ヲ變改スルニアラサレハ人タルモノハ決シテ罪惡ヲ企圖シテ刑事上ノ罪人トナルコト能ハサルモノナリトナセリ辭ヲ換ヘテ之ヲ言ヘハ我邦太古ノ人民

ハ一般ニ人タルモノハ惡事ヲ爲サ、ルニアラス爲ス能ハサルモノナリト思惟セリ故ニ太古ニ在テハ人ニシテ罪惡ヲ行フカ如キハ實ニ有ル間敷コト、ナシタルモノナラン然レトモ不幸ニシテ罪惡ヲ行フノ徒腫ヲ接シテ絶ヘサリシヲ以テ人々之ヲ目シテ人ニアラスシテ惡魔ノ所行ニ出ツルモノトナシ苟モ罪惡ヲ行フモノアレハ其人ハ人ニアラスシテ惡魔ナリトナセリ夫ノ神書ニ所謂「ヤリマガツヒ」ノ神「オマガツヒ」ノ神等種々ノ魔神アリテ此等太古善良順朴ナル人民ヲ驅テ惡道ニ誘引シ遂ニ之ヲシテ罪惡ヲ行ハシムルニ至レリトノコトハ吾人ノ了知スル所ナリ夫レ此ノ如ク太古ニ在テ罪惡ヲ行フモノハ魔神ノ誘引ニ出ツルモノナリトセシト雖モ又一方ニ在テハ「カンナオビ」ノ神及ヒ「大ナオビ」ノ神等ノ善神アリテ魔神ノ爲メニ惡道ニ誘致セラレタル人民ヲ援ケ出シテ之レヲ善道ニ導キ惡魔ノ爲メニ墮入ラレテ惡道ノ中ニ彷徨シタル魔人ヲ變シテ再ヒ善良ノ民タラシムルニ至リ人始メテ惡念ヲ抑制スルノ良心ヲ有スルコトヲ得ルモノトナセリ故ニ太古ノ時代ニ在テハ好シヤ惡事ヲ行フタルモノアリトナスモ今代ニ於ケルカ如ク之ヲ罰スルニ生命刑、身体刑等ノ刑罰ヲ以テセルモ

ノニアラスシテ其刑罰トモ稱スヘキ制裁ハ單ニ其魔人トナリタルモノ、所有シタル財産ヲ擧ケテ不潔物トナシ人々皆ナ魔殿ノ門口ナリト信シタリシ淵瀾廻波ノ中ニ投入スルニ過キサリキ而シテ其之ヲ水中ニ投入スルトキハ今マテ穢レタル身モ忽チ清淨潔白ノ身トナルモノトナシ之ヲ稱シテ「穢ト云ヘリ」然レトモ時勢漸ク開ケ人智ノ進歩スルニ從テ經濟ノ思想大ニ發達スルニ至リ貴重ナル財産ヲ擧ケテ只ニ罪惡ヲ行フタリトノ一點ヲ以テ無殘々々之ヲ水中ニ投入シ河底ノ腐藻タラシムルハ頗ル無益ノ業ナリトノ感念ヲ生シ之ヲ水中ニ投入スルノ代リニ其被害者ニ償與スルコト、ハナレリ夫レ斯ノ如ク太古刑法ノ有様タルヤ全ク宗教上ノ思想ヲ以テ浸染セラレ魔人トナルモ善人トナルモ一ニ之ヲ神明ノ所行トナセシモノ、如シ刑法既ニ然リ故ニ其之ヲ運用スル所ノ治罪法ノ如キモ其主義トスル所全ク之ト等シク一トシテ宗教ノ臭氣ヲ帶ヒサルモノナカリシ夫ノ太古「クガダチ」ト名ケテ犯罪人ヲシテ熱湯中ニ手指ヲ没入セシメ其爛焦スルト否トニヨリテ犯罪ノ有無ヲ決セラルカ如キ以テ看ルヘキナリ是蓋シ神明ハ正直ナルモノヲ保護スト云ヘル原則

ニ基キ若シ犯罪人ニシテ正直ノ者ナラハ神明必ス之ヲ救護シ其手指ヲ爛焦セシムル事ナシトハ妄想ヨリ生セシモノナリ惟フニ若シ此法ヲシテ今代ノ社會ニ行フアラシメハ民衆舉テ犯罪人タラサルハナク悉ク鐵窓ノ下ニ呻吟セサルヘカラサルノ慘狀ニ至ルヘシ何トナレハ是生理學上免ルヘカラサルノ結果ナレハナリ由是觀之太古刑法上ノコト一トシテ宗教上ノ思想ニ基カサルハナク神明ノ賞罰ハ共ニ相離ルヘカラサルモノナルコト亦知ルヘキナリ

若シ夫レ日本刑法ヲシテ此ノ如キ境遇ニ沈淪停滯シテ止マシメハ必ラスヤ進歩發達ノ蹟ナク沿革ノ以テ徵スヘキモノアラザリシナルヘキモ幸ニシテ此境遇ニ在リナカラ自然ニ宗教ト分離シ神明ニ信依スルノ念ヲ減シ不知不識ノ間獨立ノ萌芽ヲ生セルモノ、如シ願フニ此ノコトタル歐洲諸國古來未ダ曾テ有ラサル所ノ事蹟ニシテ日本刑法ノ進歩發達ヲ致シタル一ニ此萌芽ヲ存セルアルヲ以テナリ抑モ歐洲諸國刑法ノ沿革事蹟ニ無クシテ而シテ僅カニ日本刑法ノ沿革事蹟ニノミ存セシ所ノ獨立ノ萌芽トハ果シテ如何ナルモノナルヤヲ探討スルニ蓋シ(一)前項所陳ノ板ナルモノヲ以テ無益ノ業トナシ犯罪人ノ財產ヲ

舉ケテ河中ニ投入スルヲ廢マ之レヲ被害者ニ償與スルコトヲナセシハ是レ全ク宗教上ノ思想ヲ棄テ神明ノ賞罰ヲ想ホス單ニ計算的ノ經濟思想ニ基キタルモノニシテ當時早ヤ既ニ損害賠償ノ思想ヲ發生セシモノナリ(三)我邦太古刑法上ノ犯罪ニ二種ノ區別ヲナセリ曰ク天罪曰ク國罪是ナリ此區別タルヤ是レ刑法ノ獨立ヲ致スニ關シ與テ大ニカアリシモノナルヤ明カナリ而シテ今茲ニ天罪國罪ノ何モノナルヤ一言センニ例ハハ神社佛閣等ヲ毀損スルノ所爲ヲ以テ之ヲ天罪トナシ竊盜殺人等ノ所爲ヲ以テ之ヲ國罪トナシ二者ノ間截然紊ルヘカラサルノ區別ヲ存セリ又(三)太古ノ社會ニ於テハ刑事ヲ以テ兵事ト其揆ヲ一ニシ刑ヲ以テ兵ノ一種トナシタルカ故ニ苟モ兵事ト宗教ト相離ル、ニ於テハ勢ヒ刑罰モ亦神明ト分離セサルヘカラサルニ至ルヘシ太古我邦ノ社會ニ於テ此三思想ノ存スルアリシヲ以テ爲メニ漸ク刑法ノ進歩發達ヲ致シ幸ニ宗教上ノ思想ニ制縛セラレ神明ノ賞罰ニ檢束セラレテ「スタシヨナリ」(不動不進)ノ境遇ニ沈淪停滯スルヲ免ル、ヲ得タリ

我邦太古ノ刑法ハ以上ノ思想ニヨリテ漸ク宗教ノ牽制ヲ脱シテ進歩發達ノ途

ニ就キ繼體天皇ノ第三十四年(西曆五百三十年)ニ至リテハ頗ル太古刑法ノ面目ヲ一洗シテ神明裁判ノ制度ヲ全廢シ宗教上ノ思想ヲシテ敢テ刑法ノ版圖ヲ浸漸セシメタルニ至リ始メテ生命、身体、財産等ノ諸刑ヲ觀ルヲ得タリシモ深ク當時刑法ノ主義ヲ探究スレハ今代ノ刑法トハ大ニ其趣又異ニセルモノニシテ察スルニ當時ノ刑法タルヤ全ク夫ノ復讐主義ニ基キタルモノナルヘシ當時尙ホ盛ニ贖罪制度ノ行ハレシヲ以テ知ルヘキナリ蓋シ此贖罪ノ制度ハ初メ其源ヲ復讐主義ニ發スルモノナルコト及其進化變遷ノ序次ノ如キハ余既ニ之ヲ一般刑法ノ沿革ニ於テ講述シ盡シタルハ今又茲ニ贅セス

然レトモ降テ推古天皇ノ朝ニ及ヒテハ法律大ニ進歩シ夫ノ成文律ノ如キ我邦果シテ何レノ朝ニ於テ始メテ其体裁ヲ具ヘタルヤヲ詳ニセスト雖モ惟フニ又此天皇ノ御宇ニ在リシモノナラン試ニ思ヘ太古我邦刑法ノ不完全ナル時代ニ於テ稍々法律ノ姿ヲ具ヘ成文律ノ体裁ヲ有セルモノハ即チ此天皇ノ治世ニ於テ聖德太子ノ制定頒布シタル憲法十七箇條ノ法令ニアラスヤ蓋シ此法令タルヤ法律ト道德トノ混同ヲ致シ今代ヨリシテ之レヲ觀レハ素ヨリ批難スヘキ

三六

三七

ノ點多ク到底法律ト稱スヘキノ價值アルモノニアラス却テ之ヲ道德法ト稱スルノ其當ヲ得ルニ庶幾キカ如キアリト雖モ溯テ當時ノ時勢當時ノ國情ヨリ之ヲ評スレハ之ヲ完美ノ法律ナリト言ハサルヲ得サルナリ其後幾ナラスシテ推古天皇即位二十八年ニ於テ眞個ノ法律ヲ發布セラレタリト雖モ其規定スル所多クハ皆忠信孝悌ノ道ニ關シ君ニハ忠ヲ盡シ親ニハ孝ヲ致スヘシ等ノ小説的法規ノミニシテ人若シ之ニ反スルモノアルモ其制裁タルヤ全ク法律的ノ性質ヲ有セス唯タ不忠不義不孝不悌ノ汚名ヲ蒙ルニ止マレリ然ルニ其後年所ヲ經ルコト六十有餘年我邦上古中興ノ主ト號ハレタル天智天皇ノ朝ニ在テハ立法上大ニ其面目ヲ一新シ法律規則燦然トシテ今代ニ餘光ヲ遺セルモノアリ天皇曾テ藤原鎌足ニ命シテ我邦古來ノ習慣格式ヲ檢校シテ之ヲ蒐集シ以テ近江朝ノ大寶律ヲ篇纂セシメヨリ上古刑法ノ天地爲メニ新タニ光彩ヲ推發シ夫ノ有名ナル大寶律令ノ如キモ又實ニ其餘光ヲ受ケタルモノナリト云フヘシ然レトモ惜ムシクハ其後戰亂ノ變兵燹ノ災遂ニ其錄ヲ沒シテ今其全般ヲ知ルコト能ハス幾カニ之ヲ古書舊契ノ間ニ散見スルヲ得ルノミ

第二期の大寶律令制定ノ時代ヨリ藤原氏政權ヲ失スルノ時代ニ至ルマテ 此時期ハ我邦刑法ノ沿革上最モ記憶スヘク最モ注意スヘキ顯著ナル時期ニシテ稍ヤ法律タルノ名稱ヲ下スコトヲ得ヘキ法典ノ編纂セラレタル時代ナリ夫ノ所謂文武天皇ノ大寶律令トテ今代ニ至ルマテ相承ケ相傳ヘテ尙ホ其光輝ヲ失ハサル所ニ成典ハ即チ此時期ノ編纂ニ成レルモシテ蓋シ此法典編纂ノヨダシ實ニ壯大無朽ノ業ニシテ空前絶後ノ偉蹟ナレハ余ハ之ヲ我邦ノギヤスナニヤン帝ナリト讚賞スルモ決シテ其實ニ違フコトナキヲ知ナリ天皇位ニ即キ未タ幾ナラスニテ藤原不比等ニ敕シ大寶律令ヲ編纂セシムニ不比等敕ヲ奉シ我邦古來ノ習慣格式ヲ檢校蒐集シテ一大成典ヲナセ以テ雖トモ其基礎トナス所ニ重モニ隋法及ヒ唐律ヲ摹倣シ來リタルモノナリトテ蓋シ當時ニ在テハ隋唐兩國ノ制度深ク我邦ニ浸染シ制度文物ヨリ器具服裝等ニ至ルマテ盡ク隋唐兩國ノ國風ニ倣ヒタルコトニシアレハ法律ノ模倣モ亦是時勢ノ然ラシムル所已ムヲ得サルコト、云フヘシ抑モ此大寶律令ナルモノハ其名稱ノ既ニ表示スルカ如ク律令トシテ二部ニ別カレ律ニ在テハ主トシテ刑事ニ關スル事項ヲ規定

三八

三九

シ令ニ在テハ重モニ行政ニ關スル事項ヲ規定セリ而シテ又此律令トテ各々十款トシ律ヲ分テ十二章トナシ令ヲ分テ三十章トナセリ然レトモ諸子ノ既ニ知レルカ如ク大寶律令中刑事ニ關スル所ノ律ノ部ニハ今日全ク缺クルモシテ只行政ニ關スル所ノ令ノ部ノミ完備全傳シテ夫ハ有名ナル令義解ノ如キ解釋書ノ坊間ニ行ハル、モノアリテ後世我邦行政上ノ組織多クハ皆此令ノ所定ヨリ湧出シ來レルモノ、如シ余今茲ニ此律令ノ詳細ニ就キ講述スルヲ欲セスト雖モ然レトモ大寶律令ノ主義精神ニ至リテハ能ク之ヲ考察セサルヘカラサルナリ史ヲ案シ經ニ考フルニ我邦當時國家ノ主義トスル所ハ神祇、天皇、尊屬親及高等官ノ四者ヲ以テ國家成立ノ必要元素ナリトナセルヲ以テ法律ノ如キモ亦此四者ヲ保護スルコトニノミ是汲々トシ平民ノ如キハ殆ンド之ヲ度外ニ措テ顧ミサルノ有様ナリシ今夫レ大寶律令カ此四者ヲ保護セル所以ハ感念ヲ考察セシニ第一、上古ハ法律宗教混淆ノ餘弊未タ全ク脱却シ去ラサリシヲ以テ神祇ノ如キハ嚴密ニ之ヲ保護シ令ノ卷首ニ於テ神祇章ナルモノヲ置キ神祇ニ對スル罪事ハ之ヲ酷刑嚴罰ニ處スルコト、ナセリ第二、天皇ハ神權ヲ稟承シ玉

ヘルモノナレハ管ニ國家ノ元首タルノミナラス兼子テ又宗教ノ上長ナリトシ
 厚ク之ヲ保護シ若シ之ヲ犯スモノアレハ嚴刑ヲ以テ之ヲ處斷シ敢テ假貸スル
 所ナカリキ今日帝國憲法上天皇ハ神聖ニシテ犯スヘカラストノ法條ハ蓋シ其
 主義ノ幾分ヲ茲ニ掬ミタルモノナリトス第三、尊屬親ヲ保護スルコト亦頗ル優
 渥ニシテ不幸不悌ノモノヲ罰スルコト甚タ嚴酷ナリハ是全ク我邦古來ノ習
 慣ノ然ラシムル所ニシテ今日ノ刑法上尙ホ且ツ其弊ヲ留ムルモノアリ遠ク古
 昔社會ノ有様ヲ察スルニ子孫ハ宛モ祖父母父母ノ所有物ノ如ク取扱ハレテ毫
 モ獨立ノ資格ナカリシモノナリシカ此習慣ハ漸次社會ノ思想上ヨリ滅却シ去
 ルニ至レリ惟フニ今日ノ如ク進化發達シタル現行刑法ニ在テ尙ホ甚タシク父
 母ヲ保護スル所以ノモノハ之ヲ佛獨法律ヨリ傳承シ來リタルモノニアラスシ
 テ全ク是大寶律令ノ所定ニ摸倣シタルモノナラン蓋シ現行刑法上祖父母父母
 ニ對スル罪ヲ犯スモノアルトキハ常ニ刑一等ヲ加重スルノミナラス祖父母父
 母ヲ殺害シタルモノニ至リテハ故殺ハ勿論毆打殺ノ如キモ尙ホ且ツ之ヲ死刑
 ニ處シテ憐マサルニ至リテハ抑モ亦苛酷ナリト言ハサルヲ得サルナリ豈ニ管

ニ然ルノミナランヤ更ニ一步ヲ進メテ苛酷ノ域ニ陥リ祖父母父母ニ對シテハ
 子孫、正當防衛ノ權利ヲ實行スルコト能ハサルモノトナセリ從テ宥恕減輕ノ理
 由ノ如キハ勿論之ヲ主張スルコトヲ得ス元來正當防衛ノ權利ノ如キハ吾人固
 有ノ權利ニシテ危害ノ將サニ其身ヲ亡ホサントスルアレハ必ス之ヲ實行シテ
 其身ヲ全フスヘキモノトナシ若シ之ヲ行ハスシテ其身ヲ失フモノアレハ人之
 ヲ稱シテ呆子ナリ間拔ナリ頓馬ナリ愚漢ナリトナスニ拘ハラズ祖父母父母ニ
 對シテハ決シテ之ヲ實行スルコト能ハストナスニ至リテハ余ノ淺學菲才ナル
 敢テ其理ヲ解スルコト能ハサルナリ若シ夫レ此規定ニヨリテ極論スルトキハ
 祖父母父母子孫ニ對シテ暴行ヲナスコトアルモ子孫ハ唯々諾々順々焉トシテ
 殺サル、ノ義務アリ祖父母、父母子孫ノ婦妻ヲ醜シムルコトアルモ子孫ハ唯其
 爲ス所ニ是任スルノ義務アリト言ハサルヲ得サルヘシ吾人子孫タルモノ、不
 幸豈又大ナラスヤ然レトモ現行刑法ハ素ト是レ吾人ノ祖先タリ祖父タリ父タ
 ルモノ、制定シタルモノナレハ是レ亦致シ方ナキ次第ナリト諦ムルノ外アラ
 サルナリ第四、當時法律ノ着眼セル所ノ人ハ高等官ノ一類ニ限り平民ノ如キハ

全ク之ヲ法律ノ範圍外ニ放逐シテ殆ント之ヲ人類視セザリシ今其然ル所以ヲ察スルニ蓋シ當時朝廷ハ藤原氏ノ族ニアラサレハ出入スルコト能ハサルカ如ク藤原氏威光赫々ノ時代ナリシヲ以テ藤原氏自カラ法律ヲ制定スルニ及ンテハ必ラス自ラ其威光ヲ失ハス其一族ヲ保護セント欲シタリシカハ勢ヒ高等官ヲ保護セサルヘカラサルノ有様ニ立チ至レリ故ニ當時法律カ斯メ如ク厚ク高等官ヲ保護セル所以ノモノハ究竟我田ニ水ヲ引クヲ利己主義ヨリ出ツルモノニシテ大寶律令ノ眼中決シテ萬民同等ノ真理アルコトナシ而シテ其餘毒遺傳相承ケテ今日ニ及ヒ尙官尊民卑ノ弊患アルハ蓋シ識者ノ悲ム所ナリ

夫レ此ノ如ク大寶律令ノ主義精神トナス所ハ頗ル近世刑法ノ真理ナリトシ原則ナリトナス所ノ主義精神ニ背馳スルモノ多シト雖モ然レトモ今其全体上ヨリ觀察スルトキハ体裁排置ノ完全優美ナルコト恐クハ同時代ニ於ケル歐洲諸國ノ法典ニ比スルモ萬々耻ツル所ナキノミナラス却テ大ニ誇ルニ足ルモノアリト信ス惟フニ當時歐人ヲシテ我國社會ノ有様ヲ觀セシメハ必スヤ喫驚セザルモノナカリシナラン然ルニ其後漸次時世ノ變遷シテ藤原氏ノ威權益々衰フ

ルニ及ンテハ又能ク此法律ヲ執行スルコト能ハサルニ至リ亂賊四方ニ蜂起シ強奸天下ニ横行セントスルモノアルニ及ヒ藤原氏ノ威力能ク之ヲ戡定スル能ハス遂ニ峻刑酷罰ヲ設ケテ此等ノ犯罪ヲ防遏スルノ必要ヲ生セリ彼レ源光國氏カ大日本史中ニ亂國以重典爲主義ト録セルハ蓋シ當時ノ謂ナリ是ヲ以テ延暦年間ニハ延暦式ナルモノヲ設ケ檢非違使ヲシテ刑罰ノ事ヲ司トラシメ貞觀年間ニハ貞觀格式アリ延喜年間ニハ延喜格式アリテ此等ノ法律悉ク皆藤原氏威權衰頹ノ時ニ方リ之ヲ救治スルカ爲メニ制定シタルモノニシテ其主義トスル所ハ所謂恐嚇主義ニ基キタルモノナレトモ此主義ノ目的ヲ達スルコト能ハサルモノナルコトハ前既ニ述ヘタルカ如クナルヲ以テ藤原氏モ又遂ニ之ヲ實行スルコトヲ得シテ強賊隙ヲ窺ヒ惡徒天下ニ横行シテ到底典章ノ成文ノミニテハ之ヲ禁制スルコト能ハス其極遂ニ武斷政治ヲ生シ我邦刑法ノ沿革上第三期ノ世トハナレリ

(第三期) 封建尙武ノ時代ヨリ徳川氏執政ノ時代ニ至ルマテ 一般ニ此時期ヲ批評シ去ルトキハ即チ之ヲ封建時代ナリト汎稱スルコトヲ得ヘシト雖モ然レト

モ今之ヲ精細ニ觀察セント欲セハ宜シク之ヲ(甲)戰國時代(乙)徳川氏ノ治世ノ二期ニ分クサルヘカラス何トナレハ其兩期ノ間刑法ノ主義精神ニ於テ又多少ノ異同アレハナリ

(甲)戰國時代 藤原氏ノ實權頓ミニ衰フルニ及ンテヤ政權漸ク將門ノ手ニ歸シ武斷以テ天下ヲ統御シタレトモ其間源平北條織田豐臣ノ諸氏交々鹿ヲ逐フテ天下ハ遂ニ何人ノ手ニ落ツルヲ知ラス彼レ徳川家康氏ノ出テ、天下ヲ統一スルニ至ルマテハ干戈相交ハリ劔戟相接シテ天下又一日ノ寧日ナカリシハ世俗ノ所謂軍談時代ノ勢態ナリトス而シテ當時刑法トシテ存在セル所ノモノハ即チ夫ノ大寶律令ナリシト雖モ悲ヒ哉當時之ヲ實行スルノ人才ニ乏シカリシヲ以テ大寶律令ノ主義精神ハ終ニ之ヲ天下ニ表白スルコト能ハス日本全土ノ諸侯皆其領内ニ在テ勝手氣儘ニ苛酷ナル法律ヲ定メ嚴峻ナル刑罰ヲ設ケテ彼是其法ヲ異ニシ甲乙其刑ヲ同フセサリシカハ其狀宛カモ法律有テ而シテ法律無キカ如クナシリ是蓋シ封建制度ノ然ラシムル所ニシテ勢己ムヲ得サルナリ今此時代ニ於テ制定セラレタル法律ヲ舉クレハ北條氏ノ時代ニハ貞永式目五十一

條ヲ制定シ又後醍醐天皇ノ朝ニ於テハ聽斷所ナルモノヲ設置シテ法律ノ實行ヲ務メタリト雖モ唯僅カニ武人兵士ノ權力ヲ減殺スルノ寸効ヲ奏シタルノミニシテ敢テ顯著ナル實効ヲ致タスコト能ハサリシ其他建武十四年ニハ建武式目ノ制定アリタリト雖モ應仁以後戰亂益々劇烈ナリシヲ以テ一トシテ成典文物ノ觀ルヘキモノナク殆ント暗黒世界ノ現相ヲ呈セリ隨テ此時代ノ末期タリシ應仁以後ノ時世ハ日本刑法沿革ノ上ニ於テ殆ント關係ナキモノト云フヘシ抑モ戰國時代ニ於ケル立國ノ主義及法律制度ノ精神ヲ探究スルニ蓋シ當時宛カモ我邦封建制度ノ隆行セルトキナリシヲ以テ日本全土ノ中又幾多ノ諸小國ヲ生シ其勢態殆ント夫ノ希臘ノ古昔武ヲ以テ立チタルスバルタ國ト一般武ヲ以テ立國ノ主義トシテ教育ノ如キ又夫ノ武人教育ヲ用ユルニ至レリ夫レ此ノ如クナリシヲ以テ當時ノ法律又唯武士アルヲ知テ而シテ一私人アルヲ知ラス宛カモ武器ヲ保護スルノ精神ヲ以テ只管士族ヲ保護スルコトヲノミ是勉メタリ故ニ當時頗ル苛酷ナル法律嚴峻ナル刑罰ナキニアラサリシモ彼レ士族即チ武人ノ一族ニ至リテハ全ク特別ノ保護ヲ受ケタルコト猶ホ古昔スバルタノ武

人ニ於ケルト一般ナリシハ史乘ニ徵シテ知ルヘキナリ

(乙) 德川氏ノ治世 然レトモ德川家康ノ出テ、天下ヲ統一セシヨリ以後兵亂頓
 ミニ戡定セラレ天下泰平四海靜穩ナルコト三百年其間文事學業漸ク起リ法律
 ノ學亦稍ヤ人ノ知ル所トナレリ特ニ夫ノ明律ノ法理ヲ講究スルノ徒多キヲ致
 シ寛保二年遂ニ百ヶ條ナル法律ヲ制定スルニ至レリ是實ニ西曆一千七百四十
 一年ノ事ナリトス而シテ此所謂德川氏ノ百ヶ條ナルモノハ今猶ホ存在スルヲ
 以テ諸子若シ其條規刑罰ノ如何ヲ知ラント欲セハ研學ノ餘閑就テ一讀セラル
 ヘシ

抑モ德川氏ノ百ヶ條ハ封建戰國時代ノ後ヲ承ケテ武斷主義尙ホ未タ全ク掃蕩
 シ去ルコト能ハサリシト雖モ德川氏施政主義ノ爲メ大ニ減殺セラレタルヲ觀
 ル惟フニ當時天下泰平四海靜穩又兵亂ノコトナキヲ以テ德川氏ノ施政全ク治
 安主義ヲ是本トシ可成一私人ノ進歩發達ヲ妨碍スルコトヲ目的トナスニ至レ
 リ現ニ一私人ニ大艦巨舶ノ製造ヲ禁止シタルカ如キ外國貿易ヲ嚴禁シタルカ
 如キハ策全ク此主義ニ根本セルモノニシテ蓋シ是德川氏施政ノ主義ヨリ流出

シ來レル所ノ自然ノ結果ナレハ亦已ムヲ得サルノ政略ナリ

(第四期) 王政復古ノ時代ヨリ明治ノ近代ニ至ルマテ 維新以來王政復古ノ實効
 ヲ奏セシヨリ以來我邦社會騁モ及ハサルヲ大長足ノ進歩ヲナシ刑法ノ上又新
 タニ一大乾坤ヲ開キ明治四年ニ新律綱領ノ制定ヲ觀ルニ至レリ然レトモ此法
 稍ヤ峻酷ニ失スルノ弊ナキ能ハサリシヲ以テ遂ニ同六年ニ及ンテ改定律令ナ
 ルモノヲ發布シ頗ル新律綱領ノ弊所ヲ改ムルヲ得タリ而シテ今此新律綱領改
 定律令ノ兩法ヲ觀ルニ其法規多クハ皆ナ明法清律ヲ基トシ大寶律令ヲ礎トナ
 シテ折衷ヲ試ミタルモノニシテ當時ニ在テハ稍ヤ完備セルモノナリシト雖モ
 到底我邦社會ノ進歩ト相伴隨スルコト能ハサリシヲ以テ終ニ同十五年又新タ
 ニ現行刑法ヲ制定セサルヘカラサルニ至レリ蓋シ現行刑法ハ舊法ノ諸法トハ
 大ニ其趣ヲ異ニシ當時我邦既ニ歐米諸國トノ交通漸ク頻劇ナリシヲ以テ其基
 礎トスル所モ亦明清律若クハ大寶律令ニアラスシテ泰西文明諸國ノ法理ニヨ
 リテ編纂セルモノナリ請フ左ニ現行刑法ノ淵源タリ母法タル所ノ歐米諸國ニ
 於ケル現行刑法ノ編纂セラレタル時代ヲ示サム即チ

佛蘭西ハ一千八百十二年ニ始メテ法典ヲ編纂シ一千八百三十二年及同六十三年ノ兩度ニ改正ヲ加ヘタルトモ其主義精神ニ至リテハ前後敢テ變更セル所ナシ

英吉利ハ唯一片ノ習慣法アルノミニシテ別ニ成文法ノ觀ルヘキモノナシ然レトモ千八百六十一年條例ヲ以テ刑事ニ關スル規則ヲ定メ又其後千八百七十八年及同七十九年ニ至リテ英國議院ニ於テ始メテ刑法草案ヲ編纂セリ

獨逸ハ千八百七十年ニ現行刑法ヲ制定セリ

亞米利加ハ諸州各其法律ヲ異ニスト雖モルイヨニヤ及紐育ノ二州ニ於テハ千八百八十年ニ現行刑法ヲ制定セリ

日耳義ハ千八百六十七年ニ佛蘭西刑法ニ摹倣シテ現行刑法ヲ制定セリ

伊太利ハ千八百五十九年以來サルジニヤ及サンマリヤノ兩州ニ於テ特別法ノ行ハルバアリシト雖モ終ニ新刑法草案ヲ編纂スルニ至レリ

魯西亞ハ千八百六十九年以來現行刑法ヲ制定シタリ

以上ニ述ヘタルカ如ク歐米諸國ニ於テモ現行刑法ノ制定アリタルハ實ニ近代

四八

ノコトナリトス而シテ我現行刑法ハ以上諸國ノ刑法中果シテ何レノ國ノ刑法ヲ基礎トナシタルモノナルヤヲ玩索スルニ蓋シ其制定ノ時期最モ舊キ佛蘭西刑法ニ根本セルモノナルヲ以テ我現行刑法ノ制定ハ實ニ明治十五年ノ近キニ在ルニモ拘ハラズ其主義理論ニ至リテハ實カニ佛蘭西古代ノ刑法ヨリ胚胎シ來レルモノナレハ現行刑法ノ理論或ハ近世學者ノ嘲笑唾棄シタル陳說腐論ヲ拾取シタルノ跡アルハ亦敢テ怪ムニ足ラサルナリ

上來講述シタル所ヲ以テ國家刑罰權ノ主義及刑法沿革ノ序次等總テ刑法ノ本論ヲ講スルニ先ダテ豫メ會得セサルヘカラサル事項ハ略ホ之ヲ宣明シ得タリト信スルヲ以テ此ヨリハ講述更ニ一步ヲ進メ愈々刑法ノ本論ニ入リテ講述ノ勞ヲ執ラント欲ス而シテ刑法ヲ論スルノ序次素ヨリ少ナキニアラスト雖モ余ハ第一犯罪第二刑罰第三刑ノ適用及消滅ノ三段落ニ區別シテ講述スルヲ以テ最モ序次ノ當ヲ得タルノミナラス尙ホ能ク講究ノ便宜ニ適シタルモノト信スルカ故ニ以下此ノ序次ヲ逐テ著々講述ノ步ヲ進メント欲ス

犯罪

刑法(汎論之部)

犯罪ノ定義

犯罪トハ法律上果シテ如何ナル所爲ヲ云フモノナルヤニ付キテハ古來碩學鴻儒ノ間議論紛々トシテ歸スル所ナキニモ拘ハラズ我刑法立案者ハ此困難錯綜ナル問案ヲ論定スルニ一刀兩斷ノ勇ヲ以テシ其刑法草案ニ於テ犯罪ノ定義ヲ與ヘ「犯罪トハ法律上罰スヘキ所爲ヲ云フ」ト云ヘルハ誠ニ余ノ歎驚シテ措ク能ハサル所ナリ若シ夫レ犯罪ノ定義ヲ下シテ法律上罰スヘキ所爲ナリト云フカ如キ不完全ナル定義ヲ與フルハ蓋シ不用ノ贅疣タルニ過キサレハ寧ロ當初ヨリ斷然之カ定義ヲ與ヘサルノ優レルアルニ若カサルヘシ宜ナル哉我刑法審査委員カ其審査ヲナスニ際シ全ク此定義ヲ刪除シテ之ヲ現行刑法ノ條規ニ載セサルヤ能ク文明國ノ立法官タル技能ヲ示サレタルモノニシテ卓見トヤ云ハン明識トヤ云ハン實ニ嘉スヘキノ御手柄ナリ今夫レ刑法草案ノ定義ハ既ニ去テ其跡ナシ之カ完全不完全ヲ議スル敢テ差シタル必要モナカルヘケレハ余モ亦深ク之カ論難ヲ致スヲ欲セスト雖モ第一此ノ如キ犯罪ノ定義ヲ刑法ノ正條文上ニ掲規スヘキモノトセハ即チ法律ハ果シテ如何ナルモノナルヤ刑法ハ如何ナル法律ノ種類ナリヤ等ノ事

項ニ至ルマテ又等シク一々之ヲ刑法ノ正條文上ニ掲載セサルヘカラサルヘシ果シテ然ラハ刑法ナルモノハ遂ニ夫ノ法理學ト一般殆ント軒輊スル所ナキニ終ラシテ天下豈ニ此ノ如キノ理アラシヤ而シテ此ノ如キ定義ヲ下スモノ豈ニ啻ニ我刑法立案者ノミニシテ止マンヤ世上或ハ碩學ノ名ヲ博シ鴻儒ノ譽ヲ有スル學者先輩ノ力擧ニ倣フテ喋々斯ル定義ヲ唱道スルアルハ實ニ余ノ憫笑ニ堪ヘサル所ナリ然レトモ此定義タルヤ本來虛妄不要ノ二條件ヲ完備シ居ルコトニシアレハ漸ク方サニ其勢力ヲ失墜シテ今ヤ殆ント法理ノ論場外ニ唾棄セラレントスルモ亦故ナキニアラサルヘシ請フ試ミニ此定義ノ虛妄ナル所以ヲ宣明セン

若シ夫レ此定義ノ虛妄ナル所以ヲ宣明セント欲セハ先ツ此定義ノ因テ立ツ所ノ根本ナル原理ヲ玩索セサルヘカラス往古羅馬ノ時代ヨリ刑法上ニ大格言ノ存スルモノアリ即チ其一ハ「法律ナクンハ犯罪ナシ」(Nullum crimen sine lege)ト云ヘル格言ニシテ是素ヨリ正確明白又疑フヘキニアラス苟モ法律ヲ以テ斯々ノ所爲ハ犯罪ナリトノコトヲ規定セサル以上ハ決シテ犯罪アルコトナキハ識者ヲ俟テ而シテ後知ラサルナリ其二ハ「法律ナクンハ刑罰ナシ」(Nullum poena sine lege)ト云ヘル格言

ニシテ此格言モ亦至理至明毫モ間然スヘキ所ナシ以上二個ノ格言共ニ能ク法理ニ適合スルモノナルコト素ヨリ疑フヘキニアラスト雖モ然レトモ今若シ論理學上ノ論法ヲ以テ此二格言ヲ前提(Premis)トナシ單刀直入的ニ法律ニ於テ罰スル所爲ニアラサレハ犯罪タルコトヲ得ストノ論決ヲ與ヘ「刑罰ナクンハ犯罪ナシ」トノ自家製造ノ格言ヲ設クルモノアラハ實ニ是誤謬ノ太甚タシキモノト云フヘシ若シ萬一此ノ如キ論決ヲ得ヘシトスルモ其論決ヤ全ク論理學ノ理論ニ乖戾シタル誤謬ノ論決ナレハ素ヨリ採ルニ足ラサルナリ苟モ一旦法律ニ於テ或所爲ヲ以テ犯罪ナリトナシタル以上ハ宜シク其所爲自身ニ就テ犯罪タルヤ否ヤヲ定ムヘキモノニシテ決シテ其刑罰ヲ科スルト否トニヨリテ犯罪ナルヤ否ヤヲ別ツヘキモノニアラスト今試ミニ法律上刑罰ヲ科スルトコトナキモ尙ホ犯罪タルモノ、一二ヲ擧ケテ之ヲ證論セン抑モ夫ノ期滿免除ヲ得タル犯罪ノ如キ或ハ親屬相盜ノ罪ノ如キ皆ナ是法律上犯罪ト認ムル所ノ所爲タルニハ相違ナキモ期滿免除ノ場合ニ於テハ數多ノ星霜ヲ經過セルヨリ自然證憑ノ湮滅ヲ來タシ若シ之ヲ裁斷スルトキハ或ハ誤判認決ナキ能ハサルヲ以テ苟モ規定ノ歲月ヲ經過シタルトキハ公訴

五二

五三

ヲ提起シテ求刑スヘカラストナシ親屬相盜ノ場合ニ於テモ又敢テ法律上盜罪ノ成立セサルニアラサルモ一家ノ秩序安寧ヲ保護スル等其他數多ノ理由ヨリシテ唯之ニ刑罰ヲ科セサルノミ二者素ヨリ犯罪タルコト明カナリト雖モ法律自身或ハ他ノ理由ヨリシテ之ニ刑罰ヲ科スヘカラストナセルニ過キス論者極メテ迂回ナル理由ヲ製造シ出スニアラストハ之ヲシモ尙ホ罰スヘキ罪ナリト云フヲ得サルヘシ苟モ法律上犯罪タルノ性質アル以上ハ假令ヒ實際ニ於テハ刑罰ヲ科スルコトナキモ之カ爲メ決シテ犯罪ノ犯罪タル所以ノ性質ヲ失却シ去ルモノニアラスト是余カ此定義ヲ以テ虛妄ナリトナス所以ナリ然ラハ即チ何ゆ故ニ此定義ヲ以テ不要ノ贅疣ナリトナスヤノ問案ハ講述ノ序次ニ於テ應サニ宣明セサルヘカラサルナリ若シ夫レ此定義ニ從ヒ法律上罰スヘキ所爲ヲ以テ罪トナストセンカ犯罪ニ科スヘキ制裁タル刑罰ヲ藉リテ以テ犯罪自身ヲ解釋セントスルモノナレハ毫モ如何ナル所爲ハ果シテ法律上罰スヘキモノニシテ犯罪トナルヘキモノナルヤ否ヤヲ宣明シ得タルモノニアラサルヘシ若シ人アリ來リ問テ曰ク「犯罪ハ法律ノ罰スヘキモノナルコトハ余輩既ニ命ヲ聞クヲ

得たり請ふ如何ナル所爲ハ果シテ法律ノ所謂犯罪トシ罰スルモノナルヤヲ解説セヨト之ニ答ヘテ犯罪ハ法律ノ罰スル所爲ナリト云フモノアラハ以テ其人ノ問ニ答ヘ得タルモノトナスヲ得ヘキカ是恰モ我刑法ノ各條ニ記載スルモノハ盡ク皆犯罪ナリト答フルト一般論理學上所謂以問爲答ノ誤謬ニ陥リタルモノニシテ毫モ其人ノ問ヲ解シテ犯罪ノ性質如何ヲ説明シタルモノニアラサルナリ今試ミニ卑近ナル一例ヲ示シテ此定義ノ不完全ナル所以ヲ證論セン例ハ慈母其子ヲ懲戒スルカ爲メ惡戯ヲナストキハ點灸スヘシト云ハ、則チ可ナリ然レトモ是ヲ以テ其子ノ爲シタル事柄ノ如何ヲ顧ミス苟モ慈母ノ點灸スル事柄ハ悉ク皆其子ノ惡戯ナリト云フニ至テハ余未タ其可ナルヲ知ラサルナリ何トナレハ假令ヒ慈母カ點灸シタレハトテ其子ノ爲シタル事柄必ラスシモ惡戯ナラサルコトアリ又好シ其子惡戯ヲ爲シタレハトテ慈母必ラスシモ點灸セサルコトアリテ畢竟慈母ノ其子ニ點灸スルト否トハ全ク其時々慈母ノ機嫌如何ニ在ルコトナレハナリ之ト等シク犯罪アレハ十中八九ハ必ラス刑罰ヲ科セラル、モノナレトモ又時トシテ或他ノ理由ヨリシテ之カ刑罰ヲ科セサルコトモアレハ強チ國家ノ刑罰ヲ科セ

サル所爲ハ決シテ犯罪ニアラズトハ云フヘカラサルナリ是余カ此定義ヲ以テ不要ノ贅疣ナリトナス所以ナリ然ラハ如何ンカ犯罪ノ定義ヲ下サハ即チ前述ノ批難ヲ免ル、コトヲ得ルヤト云フニ蓋シ完全ナル犯罪ノ定義ヲ與ヘント欲セハ到底現行刑法ノ解釋論ニテハ下スコトヲ得ス必ラスヤ勢ヒ立法論ニ涉リテ論議セサルヘカラサルモノアリ若シ夫レ強テ現行刑法上ヨリ犯罪ノ何モノタルヤヲ論定セントナラハ我刑法全編ニ通シテ掲載スル所ノ所爲ハ悉ク皆犯罪ナリト云フノ外余ハ又他ニ適當ナル定義ヲ發見スルコト能ハサルナリ故ニ稍ヤ立法論ニ涉ルノ嫌ナキニシモアラスト雖モ暫ク獨乙ノ碩學ベルネル氏ノ與ヘタル定義ヲ舉ケテ之ヲ諸子ニ示サン蓋シ氏ノ定義タルヤ近世諸學者ヲ採用スル所ニシテ而カモ又一般ニ行ハル、モノナレハナリ今其言ニ曰ク

犯罪トハ各人カ社會一般ノ意思ニ反シ公權若クハ私權ヲ破リ又ハ國家ヲ維持スルニ必要ナル風儀若クハ道德ヲ紊亂スル所ノ不正ナル所爲ヲ云フ

ト若シ夫レ氏ノ定義ニ依テ之ヲ察スルニ犯罪トハ各個人カ各個特別ノ意思ヲ以テ社會一般人民ノ有スル意思ニ反シ其各自カ有スル所ノ意思カ外形上ニ發顯シ

來リテ以テ國家ノ有スル公權利若クハ一人ノ有スル私權利ヲ破リ又ハ國家カ其安寧秩序ヲ保護スルニ必要ナリトナス所ノ風儀若クハ道德ニ背戾スルノ所爲ヲ云フモノ、如シ尙ホ此定義ヲ一層明晰ナラシムルカ爲メニ一例ヲ擧ケテ之ヲ證論セシニ何故ニ他人ノ所有權ヲ犯スコトカ竊盜ナル犯罪ヲ組成スルカト云フニ社會一般人民ハ互ニ各自ノ所有權ヲ尊重シテ之ヲ犯スナカラシムコトヲ是勉メ之ヲ犯スモノ、如キハ尤モ嫌惡スヘキ所爲ナリト思惟スルニモ拘ハラズ茲ニ一ノ兇徒アリテ他人ノ所有物ヲ竊取スルアルトキハ取りモ直サス兇徒一己ノ意思ヲ以テ社會全般人民ノ抱有スル意思ヲ犯スモノナリト云ハサルヘカラス尤モ其兇徒カ單ニ他人ノ所有物ヲ竊取セントスル内部ノ意思ノミニ止マリ未タ外形上ニ發顯スルコトナカラシメハ敢テ犯罪タルノ名稱ヲ下スコト能ハスト雖モ苟モ一旦其意思ノ外形上ニ發顯シテ一人ノ權利即チ所有權ヲ奪却シ去ルノ蹟アルトキハ之ヲ犯罪ナリトナサ、ルヘカラス諸子若シ詳細ノコトヲ知ラント欲セハ研學ノ餘閑拙著刑法汎論ヲ參讀スヘシ

別犯罪ノ區

第二章 犯罪ノ區別

現行刑法ニ於テハ犯罪ヲ區別シテ重罪、輕罪、違警罪ノ三種トナセリ蓋シ此區別タルヤ普通一般ノ區別ニシテ敢テ我賢明ナル立法官ノ新發明ニ成レルモノニアラス歐洲文明諸國ノ共ニ採用スル所ナリ而シテ重罪、輕罪、違警罪ノ三種ハ果シテ如何ナル標準ニヨリテ之ヲ區別スルヤト云フニ重罪ハ即チ死刑、徒刑若クハ流刑、懲役若クハ禁獄ノ五刑中孰レカ其一ヲ以テ罰セラル、犯罪ヲ云ヒ違警罪ハ即チ禁錮罰金ノ二刑中孰レカ其一ヲ以テ罰セラル、犯罪ヲ云ヒ違警罪ハ即チ拘留、科料ノ兩刑中孰レカ其一ヲ以テ處斷セラル、犯罪ヲ云フニ外ナラス然レトモ刑法上當初犯罪ヲ區別シテ重罪、輕罪、違警罪ノ三種トナシタル所以ノ標準ハ立法官ノ意思ヲ以テ犯罪タル所爲其者ノ性質上ヨリ之カ輕重大小ヲ比較シ依テ得タル輕重ノ度ニ從テ之カ區別ヲ爲シタルモノニシテ決シテ初メヨリ刑罰ノ輕重ニヨリテ犯罪ノ輕重ヲ定メタルモノニアラサルヘシ悲イ哉余未タ吸附煙草ノ烟ト化シテ我賢明ナル立法官ノ胸中ヲ探察シ來ル能ナク又其胸中ヲ推斷スルヲ得ヘキステレトコツア「ナキヲ以テ其果シテ我賢明老練ナル立法官ハ犯罪タルヘキ所爲其者ノ如何ナル性質上ノ輕重ヲ標準トシテ斯ノ如ク犯罪ヲ重罪、輕罪、違警罪ノ三種ニ

區別シタルモノナルヤヲ知ルコト能ハサルナリ故ニ苟モ立法官ノ意思カ外形上ニ發顯シテ現行刑法ノ正條トナリ重大ナル犯罪ニハ重大ナル刑罰ヲ賦當シ輕小ナル犯罪ニハ輕小ナル刑罰ヲ賦當シ且ツ尙ホ輕微ナル犯罪ニハ輕微ナル刑罰ヲ賦當スルモノナリト規定シタル以上ハ其結果タル刑罰ノ輕重大小ニ依テ其原因タル法官ノ意思ヲ略ホ推知スルヨリ外又他ニ方法ヲ存スルナカルルシ夫レ此ノ如ク犯罪ノ區別タルヤニ立法官ノ意思次第ニテ成ルモノナリトセハ立法官ノ存意如何ニヨリテハ或ハ犯罪ヲ五種トナシ或ハ之ヲ七種トナシ八種トナシ九種十種トナスモ素ヨリ勝手タルヘキニ我賢明老練ナル立法官ニシテ殊更ニ犯罪ヲ重罪、輕罪、違警罪ノ三種ニ止メタルハ果シテ如何ナル理由ヲ存スルアツテ然ルモノナルヤト云フニ蓋シ其區別タルヤ刑法其者ノ上ニ在テ之ヲ觀ルトキハ素ヨリ差シタル必要ノ在ルアルニハアラサレトモ暫ク其治罪法上ヨリ之ヲ觀ルトキハ裁判所ノ構成管轄等ノ諸手續ヲ整理スルノ途ニ於テ大ニ其必要ヲ感スルモノナリ若シ夫レ重罪タルト將テ違警罪タルト問ハス混同一視共ニ之ヲ同一階等ノ裁判所ニ於テ審理裁判スルコト、ナサンカ或輕微ナル犯罪ニ

就キテハ其手續大ニ鄭重ニ失シ煩雜ニ流ル、ノ恐アルヘク又或重大ナル犯罪ニ就テハ其手續頗ル疎略ニ失シ放寬ニ流ル、ノ弊アルヲ免レサルヘシ是ヲ以テ此恐ナク此弊ナカラシメント欲セハ必ラスヤ其罪質ノ輕重大小ニ從テ之ヲ審理裁判スル所ノ裁判所ノ構成管轄及訴訟手續等ヲ異ニセサルヘカラス例ヘハ夫ノ殺人罪ノ如キ重大ナル事件ニ付キテハ堂々タル重罪法廷ノ白洲ニ引キ出シ威儀嚴然ト列席セラル、裁判官ノ面前ニ於テ之ヲ審理裁斷スルノ必要モアルヘシト雖モ夫ノ薪一束ヲ竊取シタルモノ又ハ燒芋一本ヲ食ヒ逃ケシタルモノ、如キコソコソ泥棒ヲ處斷スルニ方リテハ賢明ナル籠月ノ松舍先生ノ面前ニ於テ山田檢事ノ論告ヲ煩ハスヲ要セス高等官試驗及第者タルホヤ、ノ判事試補又ハ檢事試補ニテ事足ルヘシ然ルニ若シ之ヲモ松の舍先生並ニ山田檢事ヲ煩ハサルヘカラストセハ豈ニ當ニ勿体ナキノミナラシヤ或ハ却テ手續鄭重ニ失シ煩雜ニ流レテ裁判遲滯ノ弊害ヲ來タシ數多ノ時日ト費用トヲ浪費スルノ恐レ有ルヘシ是我刑事訴訟法ニ於テ重罪、輕罪、違警罪ノ區別ニ對シテ重罪裁判所、輕罪裁判所及違警罪裁判所ノ區別ヲ設ケタル所以ナリ

前述セルカ如ク犯罪ノ輕重ヲ知ルニハ必ラス其犯罪ニ賦當スヘキ刑罰ノ輕重ニヨリテ之ヲ知ルノ外ナシト雖モ茲ニ又一ノ疑フヘキモノアリ即チ同一ナル重罪輕罪ニテモ法律上ノ減等ニヨリテハ重罪ノ刑ヲ以テ罰スヘキモノニ輕罪ノ刑ヲ科シ輕罪ノ刑ヲ以テ處斷スヘキモノニ違警罪ノ刑ヲ科スルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テハ其犯罪ノ輕重ヲ定ムルニ方リテ其未タ法律上ノ減等ヲ行ハサル以前ニ科スヘキ刑名ヲ以テ其罪名ヲ付スルカ將タ其既ニ法律上ノ減等ヲナシタル以後ニ科スヘキ刑名ヲ以テ其罪名ヲ付スルカノコト是ナリ若シ夫以此ノ如キ場合ニ於テ其既ニ減輕シタル結果ノ刑ヲ以テ其所爲ノ罪名ヲ付スヘキモノトセハ頗ル便宜ナルカ如シト雖モ然レトモ是決シテ實際ニ行フヘカラサル說ナリト云ハサルヘカラス何トナレハ酌量減輕ノ情狀アル犯罪ノ如キハ之ヲ審理裁斷シタル後ニアラサレハ其管轄裁判所ヲ定ムルコト能ハサルモノナレハナリ故ニ今其一般ノ原則ナリトセラル、所ノモノヲ舉クレハ法律上未タ加重減輕セラレサル以前ニ適用スヘキ犯罪ニ依テ以テ其所爲ノ罪名ヲ定ムヘキモノトナセリ然レトモ原則アレハ例外アリトヤラニテ此原則ニモ亦一ノ例外アリ即チ特別ノ加重減輕

ヲ禁ハ其既ニ加重減輕シタル結果ノ刑名ヲ以テ其所爲ノ罪名ヲ付スヘキモノトナセリ而シテ一般ノ加重減輕トハ刑法ノ總則中ニ規定シアル所ノ再犯加重自首減輕宥恕減輕酌量減輕ヲ云フモノニシテ特別ノ加重減輕トハ刑法第二篇以下ノ各條ニ記載セラル、所ノ加重減輕ヲ云フモノナリ
果シテ然ラハ何カ故ニ一般ノ加重減輕ト特別ノ加重減輕トハ其罪名ノ定ムルニ前述セルカ如キ差異ヲ生スルヤト云フニ蓋シ一般ノ加重減輕ニマレ將タ特別ノ加重減輕ニマレ兩者共ニ本刑ヲ加重減輕スルニハ相違ナキモ其加重減輕ヲナス所以ノ趣旨ニ至テハ兩者大ニ其性質ヲ異ニシ一ハ只其刑罰ヲ加減スルニ過キサルモノハ全ク其罪質ヲ變更スルノ差異アルモノナリ例ヘハ未丁年者カ重罪ヲ犯シタルトキハ刑法第八十一條ノ規定ニ因テ刑一等ヲ減セラレ輕罪ノ刑ヲ以テ罰セラルヘキモノナレトモ其未丁年者ノ所爲タル本來重罪犯タルニハ相違ナカルヘシ年齢ノ長幼ハ決シテ犯罪ノ性質ヲ變更セシムルノカナキモノナリ故ニ此場合ニ於テハ唯其未丁年者タルノ故ヲ以テ本來重罪犯ニ科スヘキ刑罰ヲ減輕シタルモノニシテ決シテ重罪ヲ變シテ輕罪タラシメシモノニハアラサルナリ之ニ反

シテ刑法第二編以下ニ記載セル所ノ加重減輕ニ至リテハ全ク其性質ヲ異ニシ體ニ其刑罰ヲ減輕スルノミナラス更ニ進ンテ其罪質ヲ變更セシムルモノナリ今試ニ刑法第二百一十一條ニ規定スル國事犯ノ場合ヲ觀察シ來レハ首魁及教唆者ハ死刑ニ處ス群集ノ指揮ヲ爲シ其他樞要ノ職務ヲ爲シタル者ハ云々等其國事犯ニ關係セル度ノ輕重大小ニ從テ一々之ニ適用スヘキ刑名ヲ定メタリト雖モ降テ第一百十五條ヲ通讀セハ單ニ兵隊ヲ召募シ又ハ兵器金穀ヲ準備シ其他内亂ノ豫備ヲ爲シタル者ハ第二百一十一條ノ例ニ照シ各一等ヲ減ストアリ又其第二項ニハ内亂ノ隱謀ヲ爲シ未タ豫備ニ至ラサルモノハ各二等ヲ減ストアリテ恰モ第二百一十一條ニ規定スル所ノ刑罰ヲ減輕スルカ如キ傾向アリト雖モ然レトモ是唯立法者カ逐一其刑名ヲ記載スルノ煩雜ヲ避ケテ斯ク某々ノ條ニ照シテ一等又ハ二等ヲ減スト記載シタルモノニシテ全ク文法上ノ省略法タルニ過キサルナリ若シ夫レ然ラズンハ第二百二十五條ノ場合ニ於テモ亦第二百一十一條ト同シク國事犯ニ關係セル度ノ輕重大小ニ從テ首魁及教唆者ハ何々ノ刑ヲ科スヘシ群集ノ指揮ヲ爲シ其他樞要ノ職務ヲ爲シタルモノハ何々ノ刑ヲ科スヘシ等ノ如キ長々シキ法文ヲ再記

セサルヘカラサルニ至ラン果シテ此ノ如クンハ立官法ノ煩雜條文ノ錯綜得テ名狀スヘカラサルヘシ此他尙ホ刑法第二編以下ノ各條ニ於テ屢々前條ノ本刑ニ照シテ一等若クハ二等ヲ減ス等ノ法文アルハ皆是第二百二十五條ノ場合ト同一理ニシテ敢テ本刑ヲ加重減輕スルモノニアラス其實全ク罪質ヲ變更セシムルモノナリトス

而シテ此二者ノ外又一種ノ奇異ナルモノアリ即チ從犯未遂犯ノ減輕是ナリ蓋シ從犯トハ正犯ヲ補助シタルモノニシテ未遂犯トハ其目的ヲ全フセサルモノナレハ之ヲ減輕スル素ヨリ失當ノ規定ニアラサルヘシ而シテ從犯未遂犯ノ減輕モ亦夫ノ特別ノ加重減輕ト等シク其既ニ減輕シタル結果ノ刑ニヨリテ其罪名ヲ定メサルヘカラス抑モ從犯未遂犯ノ減輕ハ所謂一般ノ減輕ナルニモ拘ハラス法律ハ其既ニ減輕シタル結果ノ刑ニヨリテ其罪名ヲ定ムヘキモノナリトナセルハ何ソヤ元來此兩者タルヤ正犯既遂犯トハ全ク其性質ヲ異ニスルモノナリ例ヘハ茲ニ竊盜犯者アリ之ヲ審理セシ後其犯者ノ未丁年者タリシコト判然スルトキハ法律ハ刑一等ヲ減スヘキモ其竊盜罪タル所以ノ性質ニ於テ以テ決シテ差異アルコトナ

カルヘシ然ルニ今窃盜ヲ大カントスルモノナルコトヲ知リツ、之ニ其用ニ供スヘキ梯子ヲ貸與スルモノアリトセンカ是其窃盜ノ所爲トハ全ク其性質ヲ異ニスルモノナルコト甚タ明カナリ夫ノ自首スルト否トノ如キ丁年ナルト否トノ如キハ毫モ其犯罪ノ性質ヲ變更スルモノニアラスト雖モ然レトモ正犯ト從犯既遂犯ト未遂犯トノ如キハ其所爲ニ於テ全ク性質ヲ異ニスルアルヲ以テ從テ又其罪質ニ異同ヲ來タスモノナリ

以上ノ論旨ヲ摘説スレハ要スルニ一般ノ加重減輕ハ其未タ加重減輕セサル以前ノ刑名ヲ以テ其罪名ヲ定メ特別ノ加重減輕及從犯未遂犯ノ減輕ハ其既ニ加重減輕シタル結果ノ刑ニ依テ其罪名ヲ定ムヘキモノトス

第三章 犯罪ノ成立

立 犯罪ノ成

凡ソ犯罪ハ一ノ所爲タルコトハ已ニ之ヲ論述シタル所ナリ而シテ其犯罪ノ成立スルヤ恰モ空中ニ樓閣ヲ畫クカ如ク漠然タルモノニアラスト必ス其所爲自身ノ外ニ具備セサルヘカラザル必要ナル條件アリテ存ス即第一主体第二物体第三手段ノ三者是レナリ所爲ハ何者ナルヤハ後ニ至リテ論スヘキモ茲ニ此等ノ三者

犯罪ノ主体

第五節 犯罪ノ主体

ニ付キ論センニ犯罪ノ主体トハ犯罪ヲ爲スノ主人即犯人ヲ云フモノニシテ例ヘハ竊盜ヲ爲ス者強盜ヲ爲ス者ノ如シ犯罪ノ物体トハ其所爲ヲ受クル所ノ物体即チ被害者ヲ云フモノニシテ例ヘハ竊盜セラレハモノ強姦セラレハモノ放火セラレハモノ、如キ是レナリ犯罪ノ手段トハ主体ノ物体ニ向テ施ス所ノ手段ニシテ例ヘハ拳ヲ振フテ人ヲ毆打スルトキハ其手ハ即チ手段ナルカ如シ

犯罪ノ主体ハ犯罪ノ成立ニ必要缺クヘカラサルコトハ固ヨリ言フ俟タズシテ明ナリ然ラバ如何ナルモノカ犯罪ノ主体タルコトヲ得ヘキヤト云フニ唯生命アル人類ニ限レリ「かみ」人ヲ嚙ミ地震家屋ヲ倒シ雷公人ヲ殺スモ此等ハ皆裁判所ニ呼出シテ審問スルコト能ハサルヲ以テ此ノ如キ天然力若クハ動物ノ所爲ハ皆之ヲ刑法ニ問フコト能ハス併シナカラ動物ト雖モ猿ノ如ク甚タ人間ニ類似スルモノアリ人間ト雖モ人三化七殆シト動物ト區別シ難キカ如キモノアリテ其人間タルト動物タルトノ區域ハ一朝之ヲ辨明スルコト能ハサルヲ以テ暫ク之ヲ動物學ノ研究ニ任シ置キテ只茲ニ注意スヘキコトハ諸君ガ法學通論ヲ讀メハ法律上人ヲ

分ツテ二トナス有形人無形人はナリトアルハ併シナカラ有形人無形人ノ區別
 ハ民法及ヒ行政法上ノ區別ニシテ刑法ニ所謂人トハ必ス生命ヲ具備セル感覺ア
 ル人ナラサルヘカラス民法及ヒ行政法上ニ於テハ場合ニ依リテハ府縣市町村等
 ノ如キモノヲ以テ假リニ之レヲ一己人ト看做シテ取扱フノ必要アレトモ刑法ニ
 テハ決シテ斯ノ如キ必要アラサルナリ何トナレハ會社若クハ官廳等カ犯罪ヲ行
 フ如キ外觀アルコト往々之レアリテ就中其罰金ヲ科スルカ如キハ恰モ會社若ク
 ハ官廳ヲ罰スルカ如ク疑フベキニ似タリト雖モ其實ハ此等ノ者ヲ罰スルニアラ
 ス會社若クハ官廳ハ必ス常ニ有形人アリテ其事務ヲ行フカ故ニ其人ヲ罰スルニ
 過キヲ又外形上ヨリ見レハ會社ハ詐欺ヲ行フコトヲ得ルカ如キモ是ハ其會社ヲ
 組織セル社員カ詐欺ヲ行フタルモノニシテ即チ其犯人場合ナリ故ニ其事ニ與リ
 タル何ノ某ト云フ社員タル有形人ヲ罰スルモノナレハナリ然ルニ說ヲ爲スモノ
 アリテ曰ク會社ハ鐵窓ノ中ニ繫クコトハ實際爲スヘカラサルコトニテ既ニ其命
 ヲ聞クコトヲ得テ感服シタレトモ罰金ニ至リテハ之ヲ會社ニ科スルモ不可ナカ
 ルヘント是レ其一ヲ知テ其二ヲ知ラサルモノト云ハサルヘカラス若シ會社ニ罰

金ヲ科スルコトヲ得ルモノトセハ會社カ其罰金ヲ不納シタルトキハ之ヲ如何ニ
 之ヲ處分スヘキヤ凡ソ罰金ハ之ヲ納メサルトキハ換刑處分ヲ爲スヘキモノトス
 ル以上ハ會社ト雖モ之ヲ納メサルニ當ツテハ換刑處分ヲ爲サハルヘカラサルコ
 ト勿論ナリ然ルニ實際之ヲ爲スコト能ハサルハ言フ俟タスシテ明カナリ是レ罰
 金刑タルト其他ノ自由刑タルトヲ問ハス等シク有形人ノ外罰スルコトヲ得スト
 云フ所以ナリ又東京ニテハ屋上制限アリテ火災豫防等ノ爲ニ葺屋ヲ造ルコトヲ
 禁止シ若シ此ヲ犯スモノアルトキハ罰金ヲ科スヘントノ規則アリ然ルニ警察署
 若クハ司法省等ニテ此規則ニ背キタルトキハ何人ヲ罰スヘキヤハ屢起リタル問
 題ナリ然ルニ司法省若クハ警察署等ハ官制ニ依リテ其事務ヲ執行スル會計主務
 官アレハ此者コソ即チ其犯罪タル所爲ニ與リタルモノナレハ之ヲ罰スヘキナリ
 然ルニ大臣ハ之ヲ監督スルノ權アリテ之ヲ命令セルカ故ニ大臣ヲ罰スヘキニ然
 ラスシテ其命令ニ依リテ働キタル會計主務官ヲ罰スルハ如何ト云フニ大臣ノ命
 令ハ法律ノ範圍内ニ於テ爲シタルモノト看做サハルヘカラサルナリ尤モ大臣ノ
 命令ニシテ法律ニ背反シタルコト判然タル場合ニ於テハ責アルコト勿論ナリ

要約以テ以上ノ論旨ヲ再述センニ犯罪ノ主体ハ生活人タルコトヲ要シ有形人無形人ノ區別ハ民法及ヒ行政法上ノ區別ニシテ刑法ニ於テハ之ヲ説クノ必要ナシト云フニアリ果シテ然ラハ生活人タル以上ハ如何ナルモノニテモ犯罪ノ主体トナルコトヲ得ルヤト云フニ然ラス主体トナル能力アルモノニアラサレハ不可ナリ然ラハ更ニ進ンテ如何ナルモノカ犯罪ノ主体タルニ合格スルコトヲ得ルヤ反對ヨリ之ヲ云ヘニ犯罪ヲ爲スコト能ハサルモノ即チ泥棒スル能ハサルモノナリヤト云フニ其能力ハ左ノ三原素ヨリ成ル

第一 自己ニ關スル知覺即チ自己ノ存在ヲ知ルノ能力 己レヲ知ルノ感覺アル人ナラサルヘカラス彼ノ赤兒ノ如キ我アルヲ知ラサル者ハ犯罪ヲ爲スノ能力ナシ其玩具タル人形ヲ指シテ「ぼうや」ト云ヒ自己ヲ指シテ「ぼうや」ト云フカ如キハ是其證ナリ

第二 他人又ハ外物ニ關スル知覺即自己ト外界的事物トノ關係ヲ知ルノ能力 先ツ自己アルヲ知テ而シテ後他人及ヒ他物ノ存スルアルヲ知ラサルヘカラス即チ己自ト他人又ハ他物トノ關係ヲ知ルノ能力ナカルヘカラス拳ヲ以テ人ヲ

毆打シ又ハ刀劍ヲ以テ人ヲ打ツハ己レノ所爲ナルコトヲ知ルト雖モ併シナカラ人ヲ毆打セハ之ヲ害シ人ヲ切レハ出血スルコト及ヒ死スルコトノ如キニ至ツテハ更ニ之ヲ知ラス是即チ己レヨリ以外ノ關係ヲ知ラサルモノニテ本項ニ所謂能力ヲ缺如スルモノト謂フヘキナリ

第三 是非ヲ辨別スルノ知覺 或所爲ハ自己ノ爲シタル所爲ニシテ且ツ其所爲ハ外界的ノ他人又ハ他物ニ對シテ或結果ヲ生スヘキコトヲ知ルノミナラス尙ホ其生シタル結果ハ善爲ナリヤ惡爲ナリヤヲモ辨別スルノ知識ナカルヘカラス例ヘハ幼者ノ如キハ刀ヲ振り上クルハ自己ノ所爲ニシテ且ツ其刀ヲ他人ニ加フルトキハ自然ノ理ニヨリテ他人ノ身体ヲ傷ケ他人ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生スヘキコトヲ知ルモ其他人ヲ傷ケ又ハ他人ヲ殺スノ所爲ハ果シテ善爲ナリヤ將タ惡意ナルヤヲ知ラサルカ如シ

以上三要素ヲ稱シテ智能ト云ヒ若シ此三要素中其一ノ缺グトキハ決シテ犯罪ノ主体トナルコトヲ得サルナリ故ニ犯罪人ト雖モ明リニ輕蔑スヘキニアラス苟モ堂々タル一個ノ人間ニアラサレハ犯罪ノ主人公タルコトヲ得ス夫ノ白痴瘋癲等

ノ如キモノニ至リテハ犯罪ヲナスノ能力アルコトナシ然ラハ即チ刑法上ニ於テハ如何ナルモノヲ以テ此三要素ヲ具備セサル所ノ不能力者トナスヤト云フニ蓋シ左ノ如シ

(一) 瘋癲人 此瘋癲人ナルモノハ前項所陳ノ犯罪能力ニ必要ナル三要素中一モ具備スルコトナケレハ從テ刑罰ノ責任ヲ負擔スルノ理由ナシ故ニ瘋癲人ハ人ヲ殺スモ物ヲ竊ムモ放火ヲ爲スモ之ヲ罰スルコトヲ得ス余未ダ曾テ瘋癲人トナリタルコトナケレハ自ラ其境遇ヲ知ラスト雖モ暫ク外部ヨリ瘋癲人自身ヲ觀ルトキハ自ラ大王ナリ仙人ナリ耶蘇ナリト思惟シ毫モ自己ニ關スル智覺ナキモノ、如シ曾テ己レヲ以テ加藤清正ナリト思惟セル瘋癲人アリシニ其坐スル所ノ臥床ハ馬ナリ其居ル所ノ室ハ蔚山ナリ又一女アリ頻リニ袖ヲ振フテ舞フモノ、如シ是レ自ラ靜御前ヲ氣取りテ舞ヲナスノ意想ナリ總テ此等ノ者ハ自己ニ關スル智覺ヲ喪失スルノミナラス亦タ外物ニ關スル智覺ヲモ喪失スルモノナリ即チ其ノ監禁セラル、處ノ四疊半ハ宮城タリ雲上タリ其着スル處ノ襖衣ハ錦繡タリ綾羅タリ焉ンソ能ク其ノ所爲ノ是非善惡ヲ識別スルノ智覺ア

ランヤ我刑法第七十八條ニ於テモ瘋癲人ノ罰スヘカラサルコトヲ規定セリ尤モ同條ニ於テハ單ニ罪ヲ犯ストキ智覺精神ノ喪失ニ依リ是非ヲ辨別セサルモノハ其罪ヲ論セストアルヲ以テ之ヲ皮相視シ去ルトキハ瘋癲人ハ宛カモ此條文中ニ包含セラレザルモノ、如シト雖モ蓋シ立法者ノ精神ハ瘋癲人ノ所爲上ヨリ觀察シ來リテ其罪ナキコトヲ明カニセルモノナリ故ニ人ノ能力上ヨリ其不論罪ナルコトヲ定メラレザルハ稍ヤ學理ニ背馳スルノ嫌ナキニアラスト雖モ然レトモ又此ノ如ク條文ヲ漠然ト書スルトキハ間發症ノ瘋癲人カ精神靜止ノ時ニ當テ犯シタルモノヲ不問ニ附シ去ルカ如キ不便ナク實地適用上大ニ其便益ヲ感スヘキナリ

(二) 幼者 我刑法ニ於テハ幼者ノ年齢ヲ三時期ニ區分シ第一期ノ幼者ハ十二歳以下第二期ノ幼者ハ十二歳以上十六歳以下第三期ノ幼者ハ十六歳以上二十歳以下ナリトス而シテ第一期ノ幼者ノ爲シタル所爲ハ全ク犯罪トナラサレトモ(第七十九條)第二期ノ幼者ノ爲シタル所爲ハ時ニ或ハ犯罪トナルコトアリ時ニ或ハ犯罪トナラサルコトアリテ一定セス且ツ若シ犯罪トナルコトアルモ通常

ノ刑ヲ科スルニアラスシテ宥恕刑一等ヲ減シテ之ヲ處罰スルモノトス(第八十條第三期ノ幼者ノ爲シタル所爲ハ必ス犯罪トナルヘシト雖モ常ニ本刑ニ一等ヲ減スルモノトス(第八十一條)即チ之ヲ換言スレハ第三期ノ幼者ハ犯罪ノ主体トナルノ能力ヲ具備セサルニアラスト雖モ他ノ理由ヨリシテ本刑ヲ輕減スルニ過キサルナリ故ニ犯罪ノ責任ヲ負擔スヘキ能力ノ點ヨリ論スルトキハ唯第一第二兩期ノ幼者ノミ眞ニ犯罪ノ能力ヲ缺如スルモノト云フヘシ

第一ノ幼者ハ全ク自己ニ關スル知覺ナキモノナリ是幼者カ己ヲ呼フニ自己ノ名ヲ稱セスシテ單ニ「ぼう」ト稱スルヲ見テ知ルヘキナリ然ノミナラス幼者ノ常ニ見聞スル世界万様ノ現象ハ夢幻ノ境域ナルヲ以テ其自己ノナシタル所爲ノ結果如何ヲ知ルノ外物ニ關スル知覺ナキモノトス故ニ強盜カ人ヲ殺スモ大木倒レテ人ヲ殺スモ又自己カ人ヲ殺スモ毫モ其間ニ區別アルコトナシ從テ其自己ノ爲シタル所爲ノ是非善惡ヲ識別スルノ能ナキコト素ヨリ論スルヲ須ササルナリ

之ニ反シテ第二期ノ幼者ハ自己ニ關スル知覺アリ又外物ニ關スル知覺アリテ刀

四六

四七

ヲ揮テ人ヲ斬レハ人爲メニ死シ自己ノ手ヲ以テ物ヲ撲テハ物爲メニ破ル、ヲ知ルモ倍テ其人ヲ殺シタル所爲若クハ物ヲ破壊シタル所爲ハ善ナリヤ惡ナリヤ是ナリヤ非ナリヤニ至リテハ或ハ之ヲ識別シ或ハ之ヲ識別セサルモノアルヲ以テ法律上其果シテ是非善惡ヲ識別シタルヤ否ヤヲ審案シテ有罪無罪ヲ判斷スルコトハハナセリ

夫レ如此幼者ハ犯罪ノ主体トナルノ資格ナキ以上ハ如何ナル犯罪ヲ爲スト雖モ決シテ其責ニ任スヘキ者ニアラサル等ナルニ我刑法ニ於テハ不思議ニモ犯罪ノ種類ニ付テ幼者ノ責任ノ有無如何ヲ定メテ即チ我刑法第八十三條ニ於テ特ニ違警罪ニ限り第二期ノ幼者ハ假令ヒ實際是非善惡ヲ識別スルノ能力ナキモノト雖モ尙ホ其刑ヲ宥恕スルニ止マリ其犯罪ノ責任アルモノト定メタル是ナリ或學者ハ說ヲ爲シテ曰ク違警罪ハ故意ヲ要セサルヲ以テ幼者ト雖モ尙ホ其犯罪ノ責任ヲ宥恕セラル、コト能ハサルナリト夫レ然リ豈ニ夫レ然ランヤ余熟々違警罪ニ關スル條規ヲ閱讀スルニ過失ト雖モ尙ホ其所爲ヲ罰スルノ正條アルヲ觀ス好シ一步ヲ讓リテ之アルト假定スルモ故意ヲ要セサル犯罪ハ何

ノソ必スシモ違警罪ノミニ限ランヤ然ルニ殊更ニ違警罪ニ限リタルハ余ノ淺劣能ク其理由ヲ發見スルコト能ハサルナリ若シ假ニ學者ノ說ヲ以テ穩當ナリトスルトキハ第一第二ノ幼者ヲ問ハス共ニ皆犯罪ノ責任アリトナスヘキ筈ナルニ我刑法ニ於テハ第一ノ幼者及瘡癩者ヲ例外トシテ違警罪ニ付キ責任ナキモノトナシタルハ是亦理由ヲ發見スルコト能ハサルナリ

(三) 白痴 白痴トハ智識發達ノ緩漫不充分ナルモノヲ指稱スルニ相違ナキモ今若シ明カニ之レカ定義ヲ下サントセハ頗ル困難ノ業ナリトス然レトモ醫學上ヨリ之カ定義ヲ下ストキハ一二三四マテヲ數ヘ得ルモ其他ノ數ヲ數フルコト能ハサルモノハ白痴ナリト云ヘリ今其定義ノ當否ハ暫ク之ヲ措キ其果シテ白痴ナルヤ否ヤヲ知ルハ蓋シ「コンモンセンズ」ニ依ルノ外是アラサルヘシ而シテ此白痴モ亦タ犯罪ノ責任ニ付キハ治外法權ヲ有スル不能力者ニシテ如何ナル所爲ヲ行フモ決シテ責任ヲ負フコトナシ尤モ我刑法ニ於テハ別ニ白痴ヲ以テ不能力者トナスノ規定ナシト雖モ白痴ノ爲シタル各所爲ニ付キ第七十八條ヲ適用スルモノナルコト明白ナリトス

(四) 瘡癩者 瘡癩者トハ口言フコト能ハス耳聽クコトヲ能クセサル者ニシテ從テ智識ノ發達極メテ緩漫ニ是非善惡ヲ辨別スルノ能力ナキモノナレハ總テ犯罪ノ責任ヲ宥免セラルヘキモノトス然レトモ社會ノ漸ク進步スルニ從テ瘡癩者ヲ教育スルノ方法モ整備スルヲ以テ我刑法第八十二條ノ如ク單ニ瘡癩者罪ヲ犯シタルトキハ其罪ヲ論セスト況定シテ其智能ノ有無如何ヲ問ハサルカ如キコトアラハ恐クハ是非善惡ヲ辨別シ得ヘキ瘡癩者ヲシテ知リナカラ法網ヲ逃レシメ社會ノ弊害ヲ來タスコト蓋シ鮮少ニアルサルナリ
前述セシ不能力者ハ何レモ性來ヨリ犯罪ノ主体トナルヘキ資格ナキモノニシテ是ヨリ述ヘント欲スル所ノモノハ一時ノ智能ノ喪失ニ基ツク不能力者ナリ此場合ハ一寸考フレハ假令人カ火ノ如ク憤怒シタリトテ其火ヲ如クトハ一ノ形容詞ニ過キスシテ決シテ人カ火ノ如ク憤怒スル能ハス從テ其所爲ハ不論罪トナルモノニ非サルナリ然レトモ其甚シキニ至リテハ或ハ全ク智能ヲ喪失シテ犯罪ノ責任ナキコトモアルヘシ
又睡眠中覺ヘス罪ヲ犯スカ如キ所謂夢狂ナルモノハ自己及外物ニ關スル智覺ナ

キヤ明カナリトス何トナレハ是等夢狂者ノ動作スル境域ハ夢ノ世界ニアリテ現世界ニアラサルカ故ニ從テ我現世界ニ適用スル法律ノ支配スヘキモノニ非サレハナリ

醉狂者ノ犯罪ノ責任ニ付キテハ數多ノ學說アルカ中ニモ或學者ハ醉狂者ヲ大醉半醉四分醉三分醉等其醉加減ノ如何ニ依リテ犯罪責任ノ有無ヲ定メントシタレトモ我立法者ハ斷然是等ノ區別ヲ用ヰス現行刑法第七十八條ヲ設ケテ其醉度ノ如何ニ關係ナク單ニ其罪ヲ犯ス當時ニ智覺精神ヲ有セシヤ否ヤヲ審案シテ其有罪無罪ヲ判定スルコト、ナシタリ故ニ今罪ヲ犯スニ便利ナルカ爲メニ故ラニ大醉シテ其目的タル罪ヲ犯シタル場合ト雖モ實際其罪ヲ犯シタル當時ニ智覺精神ヲ喪失シタルトキハ一モ二モナク之ヲ無罪トセサルヘカラス然レトモ其罪ヲ犯ス當時ニ於テ果シテ智覺精神ヲ喪失スルトキハ恐ラクハ決シテ初メ豫謀シタルカス當時ニ於テ果シテ智覺精神ヲ喪失スルトキハ恐ラクハ決シテ初メ豫謀シタルカス如ク犯罪事件ヲ行フコト能ハサラン故ニ其罪ヲ犯シタル當時ニ智覺精神ヲ喪失シタルヤ否ヤヲ決スルハ裁判官ノ任ナリトス然レトモ此ノ如ク全ク裁判官ノ認定ニ放任スルモ一利一害ナラン何トナレハ好酒連裁判官ハ自分共カ實地酩酊シ

テ前後不覺トナリシ覺ユアルヲ以テ其醉狂者ヲ目シテ犯罪ノ當時ニ智覺精神ヲ喪失シタリト見做スモ汁粉若クハ牡丹餅連裁判官ハ自分ニ酩酊シテ前後不覺トナリシ覺ユナキヲ以テ醉狂者ヲ目シテ決シテ犯罪ノ當時ニ智覺精神ヲ喪失シタルモトハ見做サ、ルカ如キ恐ララン

然ラハ前述ノ如キ犯罪ノ責任大キ不能力者ハ犯罪免許ニシテ如何ナル惡事ヲ働キテ社會ノ安寧秩序ヲ紊亂スルモ之ヲ顧慮スルコトナク全ク其爲ス所ニ放任スルキト云フニ決シテ然ラス之ニハ又相當ノ處分法アリテ其處分法トハ滿八歳以上ノ幼者ハ滿十六歳ニ過キササル時間(第七十九條)十二歳以上十六歳以下ノ幼者ハ滿二十歳ヲ滿廿四時間(第八十條)瘡癩者ハ五年ニ過キササル時間(第八十二條)之ヲ懲治場ニ留置スルコトハナレリ然レトモ是等ノ人タル素ト犯罪無責任ナレハ之ニ刑罰ヲ科スル論理ナケルハ其留置ハ決シテ刑罰ノ性質ヲ有スルモノニアラサルナリ則チ幼者ノ場合ニハ國家カ父母ニ代リテ強迫教育ヲ施ス者ニシテ瘡癩者ノ場合ニハ豫防警察ノ目的止ヨリ出ツル行政處分ナリトス然レトモ我刑法ハ第七十八條ニ該當スヘキ瘋癲白痴等ノ如キ不能力者ニ付キテハ毫モ其處分ヲ定メサ

犯罪ノ物

犯罪ノ物体

レトモ社會ニ暴レ廻ハル瘋癲人ヲ無罪放免トシテ之ヲ社會ニ放逸スルノ理由ナ
ケレハ此等ハ行政處分ニ放任シタルモノナルヘシ
前段ニ於テハ犯罪ノ主体ニ能力ヲ必要トスルコトヲ説キタリ之ト同シタ犯罪ノ
物体モ亦能力ナケレハ犯罪成立スルコトナシ而シテ犯罪物体ノ能力ニニアリ曰
ク物理上ノ能力曰ク法律上ノ能力是ナリ
物理上ノ能力トハ物理上充分犯罪タルノ所爲ヲ受テ得ルタケル能力ヲ有スルコ
トニシテ即チ人ヲ殺スニハ生命ナカルヘカラス物ヲ盜ムニハ物体ナカルヘカラ
ス故ニ若シ生命ハキ偶像ニ切り掛ケ又ハ無一物ノ倉庫ニ推シ入ルトモ個ハ到底
物理上切殺シ若クハ盜取ル能ハサルモノニシテ所謂犯罪物体ニ能力ナキ場合ナ
リ而シテ此ノ如キ不能力ノ物体ニ向テ犯罪ヲ試ミルモノ之ヲ不能犯ト云フ學者
多クハ所爲ノ不能ノ場合ヲ以テ不能犯ト稱スレトモ元來不能犯トハ到底爲スヘ
カラサル所爲ヲ稱スルモノニシテ則チ偶像ニ向テ發砲シ人影ヲ切り掛ケル如キ
ヲ云ヒ彼ノ所爲ノ不能即チ犯罪ノ物体トナリ得ヘキ人ニ向テ發砲シタルモ彈藥

五三

不足ナル爲メ若クハ砲術不熟練ナルカ爲メ其目的ヲ達セサル如キハ不能犯ニア
ラスシテ未遂犯ナリトス尙ホ詳細ノコトハ未遂犯ヲ講述スルトキニ譲リ此ニハ
詳論セサルナリ

法律上ノ能力トハ犯罪物体ハ必ズ權利ノ目的物トナリ居ラサルヘカラサルコト
ヲ云フモノニシテ即チ犯罪物体ハ他人ノ權利内ニ存在スルコトヲ要スル下云フ
ニアリ例ヘハ人ガ或ル物件上ニ所有權ヲ有スル場合ニ於テ其物件ヲ盜取シタル
トキハ他人ノ權利ヲ破ルコト、ナリ無論犯罪タルヘキモ若シ其人カ所有權ヲ拋
棄シタル場合ニ於テ物件ヲ盜取スルモ其物件ハ最早權利ノ目的物トナリ居ラサ
ルヲ以テ之ヲ盜取スルモ權利ヲ破ルコト、ナラス從テ犯罪ヲ構成スルコトナシ
然ラハ如何ナルモノヲ指シテ刑法上ノ權利ト云フヤ是ハ既ニ犯罪ノ定義ヲ下セ
シ場合ニ於テ示セシ如ク公權私權是ナリ而シテ犯罪トハ此二權利ノ一ヲ破リタ
ル場合ヲ云フ私權利ヲ破リタルトキハ財產若クハ身体ニ對スル犯罪ヲ構成スル
ヲ以テ間接ニ國家ノ權利即チ公權ヲ破リタルモノナリ然レトモ私權ヲ犯シタリ
トテ必ズシモ公權ヲ害シタリト云フヘカラス則チ私犯法ニ規定スル總テノ非行

ノ如シ之ト同シク公權ヲ犯シタリトテ必スシモ私權ヲ破ルモノニアラス即チ彼風儀若クハ道德ニ關スル犯罪ノ如キハ公權ヲ害スルモ決シテ私權ヲ害スルコトナカルヘシ試ニ見ヨ神殿佛閣ニ向テ不敬ノ所爲ヲナシ若クハ夫婦道路ニ於テ公然猥褻ノ所行ヲナス如キハ無論國家ノ宗教風儀ヲ害スルニハ相違ナキモ決シテ一私人ノ權ニハ利害ノ影響ヲ及ボサルナリ之ヲ要スルニ犯罪ノ物体ナルモノハ必ス之ニ對スル權利ナカルヘカラサルモノトス而シテ其權利ヲ有スルモノハ必ス人間ニ限ルモノナレハ從テ天帝若クハ禽獸草木ニ對シテ犯罪アルコトナシ既ニ講述シタルカ如ク犯罪ノ物体ハ物理上ノ能力ノ外法律上ノ能力即チ公權私權ノ目的物タラサルヘカラサルヤ明カナリトス然レトモ此物体上ニ於ケル公私ノ權利ハ場合ニヨリテ其所有者タル各私人若クハ國家ノ意思ニヨリテ之ヲ拋棄スルコトヲ得ヘシ既ニ拋棄シタル以上ハ最早其犯罪物体上ニ於ケル法律上ノ能力ヲ失スルヲ以テ假令如何ニ物理上ノ能力アルニモセヨ決シテ犯罪ヲ成立セシムルコトナシ而シテ是等棄權ノ場合ヲ講述スルニハ之ヲ二ツニ區別セサルヘカラス則チ第一各私人ノ棄權ニ出ツル不論罪第二國家ノ棄權ニ出ツル不論罪是ナリ

第一 各私人ノ棄權ニ出ツル不論罪 例ヘハ彼ノ運動會ニ於テ擊劍若クハ相撲ヲ行フニ當リ人ヲ毆打シ若クハ創傷セシムルモ決シテ毆打創傷ヲ以テ罰スルコトヲ得ス何トナレハ此ノ如キ場合ニ於テ對手人ハ其身體安固ノ權ヲ拋棄スルモノナレハ所謂法律上ノ能力ヲ具有セサルモノナレハナリ又他人ノ承諾ヲ得テ其物件ヲ取り去リタル所爲カ犯罪トナラサルモ其理相同シ是レ羅馬法ニ所謂「承諾ニ出テタル所爲ハ權利ヲ害スルモノニ非ス」トノ原則ヲ適用シタルモノナリ然ラハ如何ナル權利ニテモ各私人ハ勝手ニ之ヲ拋棄スルコトヲ得ルヤト云フニ決シテ然ラス彼ノ人ヲ殺シ若クハ家屋ニ放火シ人身ヲ賣買スルカ如キ行爲ハ假令對手人ノ承諾ニ出ツルト雖モ決シテ犯罪タルノ責任ヲ免ル、コトナシ然ラハ則チ各私人カ拋棄シ得ヘキ權利ト否トノ標準ハ如何ナル點ニ因リテ定ムルヤト云フニコハ第三者ノ權利ヲ害セス國家ノ風儀若クハ道義ヲ害スルコトナクシテ自由ニ賣買讓與シ得ヘキ權利ニ限り適用スルモノト知ラサルヘカラス即チ彼ノ家ヲ燒クカ如キ人ヲ殺スカ如キ所爲ハヨシヤ對手人ノ承諾上ヨリ出ツルトスルモ社會ノ公安國家ノ道義ヲ害スルヲ以テ此ノ如キ生命權財產權ハ拋棄スルコトヲ得サ

ルナリ彼ノ近世ノ一問題タル決闘ノ如キモ生命權ヲ自由ニ拋棄スル能ハサルノ理由ヨリシテ矢張り一種ノ殺人罪タルニハ相違ナカルヘキナリ

茲ニ注意スヘキコトハ各私人カ自己ノ意思ヲ以テ犯罪物体上ニ於ケル權利ヲ放棄シタル場合ト被害者ノ告訴ヲ待チテ受理スヘキ犯罪ニ付キ被害者自己ノ意思ヲ以テ告訴權ヲ拋棄シタル場合トノ差異是ナリ即チ第一犯罪物体上ノ權利ノ拋棄ハ犯罪前ニナスヘキモノニシテ其拋棄ノ結果ハ犯罪ノ不存トナリ決シテ犯罪ヲ成立セシムルコトナシ然レドモ第二ノ告訴權ノ拋棄ハ犯罪成立後ニ至リ單ニ其犯罪ヲ裁判所ヘ告訴スルコトヲ止ムルノミニシテ其拋棄ノ結果ハ犯罪ノ不存ニアラスジテ刑罰ノ全免ノミ

尙ホ此ニ一言注意スヘキコトハ自殺ハ純理上果シテ犯罪トナルヤ否ヤノコト是ナリ既ニ前ニ述ヘタル如ク人ノ生命權ハ自由自在ニ他人ニ賣買讓與スルコトヲ得サルモ國家若クハ他人ハ吾人ニ向テ此社會ニ生存スルコトヲ強ユルノ權利ナク亦吾人ハ國家若クハ他人ニ對シテ此社會ニ生存スルノ義務ヲ負擔スルモノニ非サレハ自殺者ハ自分ノ權利ヲ害スルノ外他ニ國家若クハ他人ノ權利ヲ害スル

五六

五七

コトナケレハ決シテ刑法ニ問フヘキ所爲ニアラサルヤ明カナリトス然レトモ自殺ナルモノハ素ト社會ノ道義ヲ紊リ國家ノ公安ヲ害スルモノナレハ政路上之ヲ罰シテ自殺ノ弊害ヲ除去スルモ是亦刑事上ノ政略ナルヘキナリ去レハニヤ西洋諸國ニ於テハ宗教上ヨリ立論シ生命ハ天帝ヨリ下賜セラレタルモノナレハ吾人々類ハ隨意ニ生命ヲ左右シ得ヘキモノニアラス然ルニ自殺者ノ如キハ自分ニ生命ヲ處分スルモノニシテ天帝ヲ汚スコト甚シキモノナレハ之ヲ罰セサルヘカラスト又刑法沿革史ヲ講述シタル場合ニ論述セシカ如ク憲法ハ吾人々類ヲ見テ其國ノ人民ト見做サスマテ國家ノ一分子ト見做スモノナレハ取りモ直サス自殺者ハ一國ノ一分子ヲ滅シ國力ヲ衰頽セシムルカ如キ傾向ヲ生スルモノナレハ之ヲ罰セサルヘカラスト主唱スル國アリ然レトモ自殺者ヲ罰スヘシトノ主義ヲ採用スル國ニ於テモ單ニ自殺未遂ヲ罰スルニミシテ既ニ非望ヲ遂ケタル者ハ之ヲ罰セント欲スルモ最早死屍ナルヲ以テ刑法ノ關スル所ニアラサルナリ故ニ印度刑法ハ自殺未遂ヲ以テ犯罪ナリト認メ羅馬法ニ於テモ兵士ノ自殺未遂ヲ以テ犯罪ナリトシ之ヲ罰スルト雖モ其既遂ニ至テハ最早刑罰ヲ科スヘキ物体ナキヲ以テ

罰金若クハ其他ノ財産刑又ハ宗教法ニ於テハ破門刑位ヲ以テ之ヲ罰スルニ止マ
 ルヘシ何カ兇モテレ純理上ヨリ立論スルトキハ自殺ハ國家若クハ他人ノ權利ヲ
 傷害スル者ニアラサレハ決シテ之ヲ罰スルコトヲ得サルナリ既ニ自殺夫レ自身
 ニ付キ犯罪タラサル以上ハ從テ其加功者ニ於テモ罪アルコトナカルヘシ何トナ
 レハ從犯ハ正犯カ罪アレハコソ罪トナルヘキニ其主タル正犯ニ於テ罪ナキ以上
 ハ其從タル從犯ニ於テ罪アルヘキ道理ナクハナリ然レトモ自殺トハ自ラ其生
 命ヲ絶ツノ所爲ナレハ彼ノ他人カ手ヲ下シテ自殺ヲ助ケ又ハ自殺ヲ教唆シタル
 場合ノ如キハ素ヨリ純然タル一ノ殺人罪ニシテ本人ノ承諾アリタルカ爲メ其性
 質ヲ變更スルコトナシ然ルニ我刑法ニ於テ自殺ノ教唆者若クハ加功者ヲ通常ノ
 殺人罪ヨリ非常ニ寛罰シ其他ノ補助者ヲ嚴罰セシハ決シテ純理ニ適スルモノニ
 アラサルナリ尙ホ詳細ハ刑法各論ノ部ニ讓ル

第二 國家ノ棄權ニ出ル不論罪 此場合ノ不論罪ヲ論スルニハ之ヲ三個ニ區別
 シテ講述セント欲ス第一國家カ公權ヲ放棄スルノミナラス尙ホ他人ノ權利ヲ
 侵害スルコトヲ命令シタル場合第二國家カ公權ヲ放棄シタル場合第三只タニ國

五六

家カ公權ヲ放棄シタルノミナラス犯罪ノ權利ヲ對手人ニ附與シタル場合はナリ
 以下順ヲ逐フテ此等不論罪ノ場合ヲ開陳セン

第一 國家カ公權ヲ放棄スルノミナラス尙ホ他人ノ權利ヲ侵害スルコトヲ命令シ
 タル場合 此場合ハ通常ハ犯罪トナルヘキ所爲ナレトモ故ラニ法律上ヨリ命シ
 タルモノナレハ單ニ其所爲ハ犯罪トナラサルノミナラス却テ義務トシテ行ハサ
 ルベカラサル所爲ナリ例ヘハ彼ノ人ヲ殺シ若クハ人ヲ逮捕スル如キハ人ノ生命
 權身體自由權ヲ侵害スル重大ナル犯罪ナレトモ獄丁カ死刑ヲ執行シ巡查カ犯罪
 人ヲ逮捕スル如キハ正ニ職務上行フヘキ義務ニシテ敢テ犯罪タル所爲ニ非サル
 ノミナラス實ニ嘉ミスヘキノ行爲ナリ此場合ハ我刑法第七十六條ニ規定セラレ
 タリ曰ク本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ爲シタル者ハ其ノ罪ヲ論セス然
 レトモ本條ニヨリテ其所爲ノ無罪タルニハ二個ノ元素ヲ必要トナスモノ、如シ
 第一本屬長官ノ命令ナルコト第二自分ノ職務上爲シタルコト是ナリ例ヘハ巡查
 カ豫審判事ノ命令ニヨリテ強盜犯ヲ逮捕シ兵隊カ將校ノ指揮ニ從テ敵軍ヲ攻撃
 スルカ如キハ以上ノ二元素ヲ具備スルヲ以テ其屬官ハ犯罪ノ責任ナキコト明白

ナリト雖モ若シ其本屬長官ノ命令カ越權其他不正ノモノナルトキハ其命令ヲ行
 フタル屬官ノ責任如何ニ付テハ頗ル困難ナル問題ヲ生スヘキナリ今茲ニ二二ノ
 假例ヲ舉ケテ之ヲ説明センニ巡查カ豫審判事ヨリ何ノ某ハ竊盜犯ナレハ之ヲ逮
 捕スヘシトノ命令ヲ受ケタル場合ニ於テ巡查ハ其實何ノ某ハ竊盜犯人ニ非サル
 コトヲ知ルト雖モ長官ノ命令ナルヲ以テ止ムヲ得ス之ヲ逮捕シタリ然ルニ果タ
 シテ何ノ某ハ竊盜犯人ニ非サルコト明カナルトキハ巡查ニ犯罪ノ責任アリヤ否
 ヤト云フニ豫審判事ハ職務ヲ以テ之ヲ命シ巡查ハ職務ヲ以テ之ヲ執行シタルモ
 一夫レハ巡查ニ犯罪ノ責任ヲ負ハシムルコト能ハサルヘシ又兵士ハ將校ノ攻撃
 ヲ命スル一群ノ軍隊ハ正ニ官軍タルコトヲ知ルモ將校ノ指揮ナルヲ以テ之ヲ攻
 撃シタリ此場合ニ於テモ將校ハ職務ヲ以テ之ヲ命シ兵士ハ職務ヲ以テ之ヲ攻撃
 シタルモノナレハ是亦責ヲ兵士ニ歸スルコト能ハサルナリ然レトモ今少シク例
 ヲ變シテ豫審判事カ巡查ニ命シテ何ノ某ハ違警罪ノ犯人ナルヲ以テ之ヲ逮捕ス
 ヘシ或ハ何ノ某ハ無罪ナルヲ以テ之ヲ捕縛スヘシト命シ又將校ニシテ兵士ニ向
 ヒ荷モ官軍タランニハ悉ク壓殺スヘシ今彼ノ山上ニ見ユル一群ノ兵士ハ官軍ナ

ルヲ以テ砲撃スヘシト命令シタル場合ニ於テ巡查若クハ兵士カ其命令ニ應シテ
 違警罪犯ヲ逮捕シ若クハ官軍ヲ砲撃シタルトキハ決シテ之レヲ不問ニ附スヘキ
 モノニ非サルナリ然ラハ何故ニ前例ト後例トニ付キテハ屬官ノ責任ニ此ノ如キ
 差異ヲ生スルヤト云フニ彼ノ前例ニ於テ豫審判事カ逮捕ヲ命シタル石川五右衛
 門カ果シテ犯人ナリヤ否ヤヲ定ムルハ全ク本屬長官ノ權内ニ屬スルヲ以テ兵士
 若クハ巡查ハ其當否ヲ爭フコトヲ得ス假令ヒ其本屬長官ノ事實認定カ其當ヲ失
 スルコトヲ知ルモ苟モ其命令サレタル事項カ自分ノ職務ニ該當スルトキハ是法
 律ノ命スル所ナルヲ以テ其事實ノ當否ヲ探索スヘキ義務ナケレハナリ之ニ反シ
 テ後例ノ豫審判事ノ逮捕ヲ命シタル違警罪犯人若クハ無罪人ハ元來逮捕スヘキ
 モノナリヤ否ヤ亦將校ノ攻撃セヨト命シタル官軍ハ果シテ攻撃スヘキモノナリ
 ヤ否ヤハ法律上ノ問題ニ屬スルヲ以テ巡查若クハ兵士ハ固ト熟知スヘキ筈ノモ
 ノナレハ好シヤ巡查若クハ兵士ハ實際法律ノ規定ヲ知ラスシテ誠意ニ違警罪人
 ヲ逮捕シ若クハ官軍ヲ攻撃スルモ罪ナキモノト信シタルニモセヨ法律ノ不識ハ
 其罪ヲ許サストノ原則アルヲ以テ其犯罪ノ責任ヲ免ル、コトヲ得サルナリ之ヲ

要スルニ本屬長官ノ命令ノ當否カ法律上ノ見解ニ屬スルトキハ屬官其法律ヲ知ルト否ヤトヲ問ハス苟モ屬官ノ爲シタル行爲カ不法ナルトキハ之ヲ犯罪トシ若シ本屬長官ノ命令ノ當否カ事實上ノ見解ニ屬スルトキハ屬官眞ノ事實ヲ知ルヤ否ヤトヲ問ハス苟モ職務ヲ以テ執行シタル以上ハ之ヲ犯罪トセサルモノトス

第二國家カ公權ヲ放棄シタル場合 此場合ハ日本刑法第七十五條ニ規定セラル、所ニシテ第七十五條ニ曰ク「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」又第二項ニ曰ク「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体ヲ防衛スルニ出タル所爲亦同シ」トアルヲ以テ此ノ如キ已ムヲ得サル危急ノ場合ニ於テハ假令ヒ人ノ生命ヲ絶チ身体ヲ傷クルト雖モ國家ハ被害者ヲ保護スルノ公權ヲ放棄シテ犯罪トスルコトナシ今一例ヲ舉クレハ難波ノ際ニ一人アリ一片ノ木板ヲ見出シ之ニ援テ僅カニ波浪ノ間ニ浮沈セシニ他ノ一人之ヲ認メテ己ノ生命ヲ保持セント欲シ其木板ヲ奪却シタルニ最初木板ニ憑リシ一人ハ遂ニ溺死シタリト云フ場合ノ如キハ素ヨリ各私人ノ權利ヲ毀傷シタルモノナレハ罪トナルヘキ道理ナレトモ此ノ如キ場合ニ於テハ國家ハ

兼テ被害者ヲ保護セシ所ノ公權ヲ放棄シタルヲ以テ公權ヲ破ルコトナク隨テ犯罪成立スルコトナシ然ラハ何故ニ國家ハ此ノ如キ場合ニ於テ兼テ被害者ヲ保護スル所ノ公權ヲ放棄スルヤト云フニ此ノ如キ場合ニ在テハ他人ヲ殺スニ非サレハ自分ノ生命ヲ全フスルコトヲ得サル危急存亡ノ秋ニシテ他人ヲ害シ自分ヲ全フスルハ人情ノ常ニシテ自ラ命ヲ損シテ他人ノ生命ヲ全フスルハ君子ノ所爲ニシテ實ニ嘉ミスヘキコトナレトモ之ヲ通常人ニハ望ムヘカラサレハナリ加之ナラス刑法ハ固ト通常人ノ行爲ヲ規定シタルモノナレハ仁人君子ノ所爲ヲ通常一般人ニ要ムルハ所謂難キヲ人ニ責ムルモノニシテ到底其目的ヲ達スルコト覺束ナカルヘシ故ニ此ノ如キ已ムヲ得サルニ出テタル所爲ハ決シテ正理ニ適合スルカ故ニ無罪トスルニハアラスシテ唯國家ハ通常一般ノ人情ヲ酌量シテ被害者保護權ヲ放棄シタルニ過キサレハ夫ノ正當防衛ノ不論罪トハ大ニ其理由ヲ異ニスルモノナリ抑モ正當防衛ノ不論罪ハ唯ニ國家カ被害者ヲ保護スル權利ヲ放棄スルノミナラス尙ホ行害者ニ向テ一ノ權利ヲ附與スルモノナレハ行害者ハ權利ノ執行ヲナシタルモノナリ之ニ反シテ己ムヲ得サルニ出テタル所爲ハ正當權利ノ

執行ニ非スシテ唯或他ノ理由ヨリシテ其所爲ヲ不問ニ附スルニ過キス
 是ヨリ日本刑法第七十五條ヲ基礎トシテ講述セント欲ス該條ノ強制ニハ二種アリ第一有形の強制第二無形の強制是ナリ第一ノ場合ハ梅ヶ谷ノ如キ臂力人ニ勝レタルモノカ余ノ手ヲ握リテ無理ニ人ヲ殴打セシムルカ如キ場合ヲ云ヒ第二ノ場合ハ汝某ヲ殺サスソハ余汝ヲ殺サント脅迫サル、如キヲ云フ而シテ第一有形の強制ハ決シテ余カ今述フル已ムヲ得サルノ所爲トハ云フヘカラス何トナレハ梅ヶ谷ノ臂力ニハ到底余ノ腕力ノ及ハサル所ナレハ假令ヒ實際ハ余ノ手ヲ以テ人ヲ殴打スルモ其實余ハ唯梅ヶ谷カ犯罪ヲナスノ一機械タルニ過キスシテ決シテ余自身ノ所爲ニアラサレハ余ニ犯罪ノ責任ナキヤ明々タリ然レトモ第二無形の強制ニ付キテハ余ハ某ヲ殺サスシハ自分カ殺サル、恐レノアルヲ以テ其危難ヲ免カレン爲メ己ムヲ得スシテ人ヲ殺シタルモノナレハ其殺人ノ所爲ハ余ノ所爲ト云フコトヲ得ヘシ
 此ノ如ク第七十五條ノ強制ニハ無形ノ強制ト有形ノ強制トノ區別アルモ其不論罪タルヤ二者共ニ同一ナリ然レトモ其不論罪ノ理由ニ至リテハ二者大ニ異ナル

所アリ即一ハ國家ノ棄權ヨリ不論罪トナルモ一ハ當初ヨリ所爲ナキヲ以テ犯罪成立スルコトナシ
 或論者ハ曰ク犯罪ニハ自由ヲ要ス自由ナケレハ犯罪アルコトナシトノ理論ヨリシテ右ノ有形の強制ハ外部ノ自由ヲ欠クモノトシ無形の強制ハ内部ノ自由ヲ欠クモノトシテ犯罪ノ責任ナシト喋々スレトモ之レ決シテ正鵠ヲ得タルモノト云フヘカラス第一ノ場合ハ單ニ犯罪人ノ機械トナリテ使用サレタルニ過キサレハ何ソツ外部ノ自由如何ヲ喋々スルノ必要アラン若シ之ヲシテ犯罪責任如何ヲ喋々スルトキハ彼ノ人ヲ殴打シタル杖人ヲ殺シタル刀ヲモ其責任如何ヲ論ゼサルヘカラスナルニ至ラン又第二ノ場合ハ行害者ノ所爲ナルヲ以テ少シク論議スヘキ所アルモ之ヲ以テ内部ノ自由ヲ失シタルモノト云フヘカラス何トナレハ今汝某ヲ殺サスシハ余汝ヲ殺サント脅迫スルモノアランニ此場合ニ於テ被脅迫者ハ某ヲ殺スカ若クハ自ラ命ヲ損スルカノ兩者其一ヲ擇フノ自由アルヲ以テ決シテ内部ノ自由ナシトハ云フヘカラスフオースタンエリト氏モ亦第二ノ如キ場合ハ内部ノ自由ヲ失フヲ以テ不論罪ナリト主張セリ然レトモ氏モ多少此點ニ付キ

テハ疑アリト見ヘ此ノ如キ場合ハ幾分ノ自由ヲ失フタルモノトセリ此ノ如ク幾分ノ自由ヲ失ヘルナリトノ曖昧タル理由ヲ以テ罪ヲ斷スルハ社會ニ取リテ不幸千万ト云フヘシ之ヲ要スルニ己ムヲ得サル所爲ノ不論罪トナルハ敢テ意思ハ有無ニ關セスシテ國家カ被害者ヲ保護スル權利ヲ放棄スルヲ以テナリ

次ニ第七十五條中ニ其意ニ非サル所爲云々トアルハ唯タ本意ニ非サルトノ意味ニシテ決シテ意思大キク謂ニ非サルナリ夫レ強制ニ此ノ如ク有形無形ノ區別アルト同シク抗拒スヘカラサル事柄ニ付キテモ亦區別ナカラサルヘカラス而シテ彼ノ疎遠ナル親屬ニ對シ又些細ナル財産ニ加害スルゴトヲ以テ脅迫スルガ如キハ決シテ抗拒スヘカラサルモノト云フヘカラス茲ニ假例ヲ舉クレハ汝某ヲ殺サレハ汝ノ疎遠ノ親屬某ヲ害スヘシ汝ノ衣服ヲ剥キ取ルヘシト云フカ如キハ未タ以テ抗拒スヘカラサル所爲トハ云フヘカラス故ニ果シテ抗拒スヘカラサルヤ否ヤヲ定メント欲セハ勢自分カ受クル害ト自分カ他ニ向テ爲サントスル害ノ輕重大小ヲ考量シテ決セサルヘラス

又第七十五條第二項ニ於テハ自己若クハ親屬ノ身体ヲ防衛スルノ所爲ニ限ル

ノ制限アルモ其一項ニハ此ノ如キ制限ナキヲ以テ見レハ第一項ハ單ニ自己ニ關スル場合ノミニ限ルカ如キモ其實決シテ然ラス假令ヒ親屬ニ係ルモノト雖モ其親屬タルヤ近親ニシテ無形上ニ抗拒スヘカラサルノ害ヲ被ラントスル場合ニ於テ爲シタル所爲ハ之ヲ己ムヲ得サル所爲ト見テ可ナリ然レトモ親屬トテモ疎遠ナル從兄弟ノ如キモノ、身体ニ關スルトキハ敢テ抗拒スヘカラサルモノト爲スコトヲ得ス故ニ此問題ヲ決スルニハ宜シク親屬ノ親疎ニ依テ其責任ヲ定メサルヘカラサルナリ又第七十五條第二項ニハ天災又ハ意外ノ變ニヨリ避クベカラサル危難ニ逢ヒ自己若クハ親屬ノ身体ヲ防衛スルニ出テタル所爲ト云ル文字アリテ單ニ身体ノ防衛ニ限リタルゴトニシテ決シテ本項ハ自己ト雖モ財産ニ關シタルゴトニハ適用スルゴトヲ得サルナリ

第三國家カ公權ヲ放棄シタルノミナラス犯權ノ權利ヲ對手人ニ附與シタル場合此場合ハ正當防衛ニ出テタル所爲ヲ稱スルモノニシテ其詳細ノコトハ刑法各論ニ於テ講述スルコト、ナシ茲ニハ己ムヲ得サルニ出テタル所爲ト正當防衛ニ出テタル所爲トノ區別ニ付キ一言セント欲ス

第一己ムヲ得サルニ出タル所爲ト正當防衛ニ出タル所爲トヲ問ハス孰レモ皆各私人ノ權利ヲ傷害スルニハ相違ナキモ己ムヲ得サルニ出タル所爲ハ唯タ國家カ各私人ヲ保護スル權利ヲ放棄シタル迄ニシテ敢テ一方ヲ殺スル權利ヲ附與スルコトハナケレトモ正當防衛ノ場合ハ國家カ被害者ヲ保護スルノ權利ヲ放棄スルト同時ニ人ヲ殺スル權ヲ附與スルモノナリ

第二己ムヲ得サルニ出テタル所爲ハ爲害者被害者共ニ正當ニシテ孰レヲ正トシ孰レヲ不正トスルコトヲ得サレトモ正當防衛ノ場合ニ於テハ一方ハ必ス正當ニシテ他方ハ必ス不正ナラサルヘカラス之ヲ換言スレハ攻撃ヲ爲スモノ、所爲ハ不正ナルヘク之ヲ防衛スルモノ、所爲ハ正當ナルヘキナリ

第三正當防衛ノ場合ニ於テハ攻撃者如何ニ危急ノ位地ニ陥ルモ防衛權ヲ行フ者ニ對シテ再防衛權ヲ生セスト雖モ己ムヲ得サルニ出タル所爲ニ付キテハ爲害者ト雖モ急迫ノ場合ニ際シタルトキハ防衛權ヲ生ス例ヘハ山賊カ旅人ヲ攜帶スル金錢ヲ奪却セントスルニ際シ旅人其難ヲ免レンカ爲メニ山賊ヲ斬リ殺スハ正當ノ所爲ナレトモ山賊カ其危害ヲ避ケント欲シテ旅人ヲ殺害ス

ルカ如キハ決シテ正當防衛ニハ非サルナリ何トナレハ山賊ハ自己ノ不正ノ所爲ヨリシテ危難ヲ招キタルモノナレハナリ之ニ反シテ前例難破ノ場合ニ於テ他ノ一人ヲ排シテ自分ノ生命ヲ保持セント試ミタル爲害者ト雖モ被害者ヨリノ抵抗ニヨリ危急ノ場合ニ陥リタルトキハ尙ホ防衛權ヲ行フコトヲ得ヘシ

第四己ムル得サルニ出タル所爲ハ單ニ自己ヲ身体ヲ保護スルニ止マリ決シテ他人ヲ殺スコトヲ許サス故ニ若シ自己ノ生命ヲ捨テ、他人ノ生命ヲ助クルハ非常至高ノ徳義ニシテ實ニ君子身ヲ殺シテ仁ヲ爲スノ願揚ヲ受クヘケレトモ正當防衛ノ場合ニ於テハ自分ニ防衛權ヲ有スルニモ拘ハラズ之ヲ放棄シテ他人ノ非行ヲ甘受スルアラハ抑モ卑劣頑愚ノ極度ト云フヘキナリ
以上論述シタル所ハ唯立法上之ヲ區別シタルノ理由ヲ示スノミ而シテ尙ホ一ノ異ナリタル點アリ即チ正當防衛ハ他人ノ害惡ヲ被ラントスルヲ見テ之ヲ救助セシムル爲メ不正ノ攻撃ヲ防衛スルコトヲ得ヘキモ己ムヲ得サルニ出タル所爲ハ其者一身ニ限リ一切他人ニ適用スルコトヲ得サル是ナリ

犯罪ノ手段

犯罪ノ手段ハ他ノ要素ト共ニ犯罪成立ニ必要ナルモノニシテ例令ヒ一方ニハ犯罪ノ主体アリ他方ニハ犯罪ノ物体アリト雖モ其間ニ介シ連絡ヲ通スルノ犯罪手段アルニ非サレハ決シテ犯罪成立スルコトナシ例ヘハ今余此机上ニアル「コップ」ヲ竊取セントスル場合ニ於テ犯罪ノ主体タル余アリ又犯罪物体タル「コップ」アレトモ單ニ之ノミニテハ犯罪成立スルコトナシ必スヤ其「コップ」ヲ取ルノ所爲即手段ナカラサルヘカラス而シテ手段トハ如何ナルモノヲ稱スルヤト云フニ犯罪者ノ意思ニ隨テ動ク所ノ機械ナリ然レトモ人ノ意思ナルモノハ頭腦中ニ鬱結スルモノナレハ如何ニ外面ヨリ之ヲ洞察セント欲スルモ得ヘカラス今余ハ此「コップ」ヲ水ヲ呑マント欲スルノ意思アルモ諸君ハ之ヲ知ルコト能ハサルヘシ故ニ其胸中ニ有スル所ノ意思ヲ外形ニ顯ハシ他人ニ之ヲ感知セシメント欲セハ須ラク其間ニ媒介スルモノナカルヘカラス而シテ此媒介者ハ如何ナルモノナリヤト云フニ手段即是ナリ故ニ手段ハ意思ヲ幽界ヨリ導キテ明界ニ出ラシムルノ橋梁ニシテ此橋梁ナクンバ何ヲ以テカ意思ヲ外形ニ表白シ他人ニ感知セシムルコトヲ得ンヤ即チ手

段トハ心ノ世界ヨリ現世界ニ渡スノ一ノ橋梁ト云フヘキナリ果シテ手段ハ此ノ如キモノナリトセハ世間諸多ノ物件ハ悉ク犯罪ノ手段トナルノミナラス吾人ノ有スル四肢五官モ同シク犯罪ノ手段ト爲ルコトヲ得ヘシ故ニ此机及「コップ」カ犯罪ノ手段トナルノミナラス彼ノ集會條例ニ以テ書生ハ政談演説ヲ聞クヘカラストノ規定アリシニ書生カソレヲモ事トセムシテ嚶鳴派ノ政談演説ヲ聽聞シタルトキハ耳ハ犯罪ノ手段トナルモノナリ又人ヲ譏謗誹讖シタルトキハ口ハ犯罪ノ手段ニ用セラレタルモノナリ其他手足身軀等モ犯罪ノ手段トナルコトヲ得ヘシ而シテ此等ノ手段ハ犯罪ヲナシ遂クルノ能力ヲ有セサルヘカラス故ニ聾者ハ政談演説ヲ聽聞シタルノ犯罪ノ手段トナルコトヲ得サルヘク聾者ハ之ヲ譏謗誹讖スル犯罪ノ手段トナラサル可シ然レトモ其手段タルヘキモノ、能力ハ之ヲ使用スルトキハ果シテ希望ヲ遂クルニ充分ナリヤ否ヤヲ極ムルヲ要セス尙ホ之ヲ換言スレハ其結果ヲ得ルニ充分ナル能力ヲ要スト云フニハ非ラサルナリ例ヘハ人ヲ毒殺セント欲シテ砂糖水ヲ與ヘ又人ヲ監禁センカ爲ニ燈心ヲ以テ捕縛セントスルカ如キハ勿論犯罪手段ニ能力ナキヲ以テ犯罪成立スルコトナシ之ニ反シテ

犯罪手段ニ能力アルトキハ假令ヒ其手段ニヨリテ遂ケントスル結果ハ充分生セサルモ尙ホ犯罪ハ成立スルモノトス故ニ今人ヲ毆殺セント欲シテ備ムル所ノ毒物カ少量ナルカ爲ニ其人死セサルモ素ト其毒物タルヤ人ヲ殺スニ足ルノ性質ヲ有スルモノナレハ假令ヒ實際ハ其毒物ハ効果ヲ生スルコトナキモ尙ホ犯罪手段ニハ能力アルモノト認ム又毒氣ニ中リタルヲ覺リ直ニ消毒藥ヲ服シテ横死ヲ免レタル場合ノ如キハ假令ヒ毒殺ノ結果ナシト雖モ尙未遂犯ヲ以テ論シ無罪ト爲サハルモノトス此故ニ犯罪ノ手段ニ能力ナキトキハ犯罪ノ成立セサルヤ明カナリ以上ニテ犯罪成立ニ必要ナル三元素ヲ講了シタルヲ以テ之ヨリ所爲自身ノコトニ付キテ少シク講述スル所アラントス

所爲ト責任トノ關係

所爲ト責任トノ關係

凡ソ所爲トハ犯人ノ心中ニ發生スル所ノ意思ト其意思ノ向フ事實ト相連絡スル有様ヲ稱スルモノナレハ所爲トハ手段ニヨリテ意思ヲ事實ニ連絡セシムルノ謂ナリ故ニ所爲ト云フ以上ハ必ス意思事實二者ノ連絡ナカラサルヘカラス故ニ皮相上ヨリ觀察スルトキハ所爲ト事實トハ同一物セルカ如キ感アルモ之ハ決シテ

然ラス彼ノ人カ殺害セラレテ血ヲ流シ女カ強姦セラレテ顔ニ紅ヲ流シ其他風カ吹クトカ雪ガ降ルトカ云フ如キハ是レ皆ナ事實ナリ何トナレハ是等ノコトタルヤ主体ニ關係ナク只タ他ヨリ傍觀スルノ有様ヲ言ヒ顯ハスニ過キサレハ之ヲ所爲トハ云フヘカラス然レトモ其殺人若クハ強姦ノコトヲ犯罪人ノ上ヨリ觀察シテ余カ人ヲ殺シ女ヲ強姦セシト云フトキハ余カ人ヲ殺シ若クハ強姦セント欲スル意思ト其殺人若クハ強姦ノ事實トカ符合スルヲ以テ主觀上ヨリシテ所爲ト稱スルコトヲ得ヘシ是レ意思ノ根源タル人ノ方ヨリ觀察スル所ノ稱呼ナリ然レトモ此場合ト雖モ客觀上ヨリ見テ人カ殺サレタリ女カ強姦サレタリト云フトキハ一ノ事實トナルヘキナリ之ヲ要スルニ所爲ト事實トハ同物異名ニシテ唯觀察スル方向ノ差異ニヨリテ名稱ヲ異ニスル而已

前述ノ如ク犯罪ノ意思ト事實トノ連絡スル場合即チ所爲ナルモノアルトキハ必スヤ其所爲ノ結果ヲ負擔スル所ノ責任者ナカラサルヘカラス而シテ其責任ヲ生スルニハ第一意思第二事實第三意思及事實ノ連絡ヲ要ス何トナレハ責任トハ或ル事實ニ一個ノ意思ヲ賦當スルコトナレハ一ノ事實アレハ其事實タル何人ノ意

思ニ出テシヤヲ審査シ果シテ事實ト意思トノ連絡アル場合ニ於テ之カ責任ヲ負
 擔セシメサルヘカラス
 犯罪ノ所爲ニハ法律ノ禁止スル所ヲ爲スモノ即行爲ト法律ヲ命令スル所ヲ爲サ
 ルモノ即不爲トシテナリ而シテ行爲不爲ニモ亦故意ニ出ツルモノト否ラサル
 モノトニアリ其故意ニ出ツル場合ハ後日詳述スルコト、ナシテ之ヲ略シ茲ニ
 ハ不爲ニシテ我刑法上罰スルキ場合ヲ講述セン
 第一安寧警察ノ必要上ヨリ違警罪トシテ罰スル場合 將ニ破壊セントスル家屋
 ノヲ修理セサルモノ危険ノ井溝凹處ニ標識ヲナサルモノ下水ヲ掃除セサル
 モノ、如シ
 第二公ノ職務其他職業上ノ性質ヨリシテ官吏若クハ人民ニ義務ヲ賦加スル場合
 官吏其職務ニ係リテ發布スヘキ規則ヲ懈怠ニヨリテ發布セス又巡查人民ヨ
 リ犯罪人アルヲ訴テ受ケナカラ之ヲ逮捕セサルカ如キハ所謂公職務ヨリシ
 テ義務執行ヲ強ヒラル、例ニシテ其職業上ノ性質ヨリシテ人民ニ義務執行
 強ヒラル、場合ハ陸海軍ノ用達人ニシテ物品ヲ調達セサルカ如キ醫師鑑

所爲ト責任ノ消滅

定人ノ裁判所ヨリ出廷ヲ命セラレタルニ出廷セサル場合ノ如シ
 第三一般人民タルノ義務ヲ執行セサル場合 水火其他變災ノ際官吏ヨリ防禦ス
 ヘキノ命令ヲ受ケナカラ袖手傍觀シテ之ニ應セサルカ如キ是ナリ我刑法ニハ
 罰スヘキノ條項アラサレトモ外國ニハ國事ニ關スル隱謀ヲ知リナカラ之ヲ
 告ケサルモノヲ罰スルコトアリ

所爲ト責任トノ關係ノ消滅

既ニ前述セシカ如ク犯罪ノ責任ヲ生スルニハ意思事實及ヒ意思ト事實ノ連絡ナ
 カラサルベカラス故ニ若シ三者ノ中其一ヲ欠クトキハ所爲ト責任トノ關係消滅
 スルモノトス以下此場合ヲ三個ニ分チテ講述セン
 第一意思ナキ場合 之ハ日本刑法第七十七條第一項ニ該當スルモノニシテ第
 七十七條第一項ニ曰ク「罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セス」トアリ例ハ爰ニ人
 アリ馬ニ跨リテ市街ヲ通行スル際誤マリテ落馬シ通行人ヲ傷クルカ如キ或ハ突
 然手ヲ振りタルニ此「ランブ」ヲ倒シ遂ニ學校カ燒ケタル如キ場合ハ何レモ人ヲ傷
 ケ家ヲ燒カント欲スル意思ナキヲ以テ傷人若クハ失火ノ所爲ニ對シテ責任ヲ負

フコトナシ然レトモ茲ニ注意スヘキハ此場合ト前述セシ第七十五條ノ場合ト混
 合セサルコト是ナリ即チ第七十七條ノ場合ニ於ケル所爲ニハ全ク意思ナシト雖
 モ第七十五條ニ規定スル場合ハ既ニ前回ニ於テ講述シタルカ如ク自カラ動不動
 ヲ撰擇スルノ自由ヲ有スルモノナレハ決シテ其ノ所爲ニ意思ナシトハ云フヘカ
 ラス然レトモ第七十五條ノ中ニテモ抗拒スヘカラサル有形ノ強制ニ遇セ又自己
 ノ身体ヲ保全スルニアラスシテ天災其他ノ變異ニヨリテ爲シタル所爲ハ其意思
 ナキヤ明白ナルヲ以テ此等ハ當然第七十七條中ニ含蓄スルモノト云フモ不可ナ
 キナリ故ニ第七十五條ハ充分意思アル場合ニ適用スヘキ箇條ニシテ若シ意思ナ
 キトキハ第七十七條第一項ノ範圍内ニ入ルモノナリ然ルニ前回ニ述ヘタル如ク
 或ル學者ハ有形ノ強制ヲ以テ外部ノ自由ヲ失スルモノトシ第七十五條ノ範圍内
 ニ入レテ論セントスルモノアレトモ之ハ餘リ法文ニ拘泥シ學理ヲ知ラサルヨリ
 生スルノ誤謬ナリ依テ余ハ有形強制ノ場合ハ第七十五條ニ於テ説クヨリハ寧ロ
 第七十七條ノ意思ナキ所爲ハ其罪ヲ論セストアル所ニ於テ講述スルヲ以テ適當
 ナリト信ス

第二 事實ノ存在セサル場合 今例ヲ以テ之ヲ説明スレハ人ヲ殺サント欲スル
 意思物ヲ盜マント欲スル意思アリト雖モ其意思カ外形ニ發顯シテ事實トナラサ
 ル以上ハ決シテ犯罪成立スルコトナシ何トナレハ如何ニ惡念兇思ヲ胸間ニ包藏
 スルト雖モ之ハ無形ノコトニシテ法律ノ關スル所ニ非サレハナリ

第三 意思ト事實ト連絡セサル場合 之ハ日本刑法第七十七條第二項第三項ニ
 規定セラル、所ニシテ第二項ニ曰ク「罪トナルヘキ事實ヲ知ラスシテ犯シタルモ
 ノハ其罪ヲ論セス」ト又第三項ニ曰ク「罪本ト重カルヘクシテ犯ストキ知ラサルモ
 ノハ其重キニ從ツテ論スルコトヲ得ス」ト是レ何レモ意思ト事實ト連絡セサル場
 合ヲ規定スルモノナリ例ヘハ余某女ハ人ノ妻君ナルコトヲ知ラスシテ未婚女ナ
 リト信シ之ト通シタルトキハ勿論姦通ノ事實ハアレトモ余ハ決シテ姦通スルノ
 意思ナク和姦スルノ積リナリ之ニ反シテ某女ハ人ノ妻君ナルコトヲ知ルモ其艶
 麗ナルヲ以テ寧ロ有夫姦罪ヲ犯スモ情ヲ通スルニ若カスト決心シテ某女ト姦セ
 シニ其實某女ハ某氏ノ令嬢ナリシトキハ余ニハ充分姦通ノ意思アレトモ姦通ノ
 事實ナケレハ此等ノ場合ハ總テ意思ト事實ト連絡セサルヲ以テ犯罪ノ責任ヲ生

スルコトナシ又甲者兼テ某ニ怨恨アルヲ以テ之ヲ殺サント欲シ一夜路ニ要シテ之ヲ殺害セシ後チ熟々之ヲ見レハ其殺害サレタルモノハ某ニハアラテ自分ノ父ナリシトキモ甲者ハ素ヨリ父ヲ殺害スルノ意思ナキヲ以テ殺親罪ノ重刑ヲ加フルコトヲ得サルヘシ是又意思ト事實ト連絡セサル一例ナリ

之ヨリ日本刑法ノ規定ニ付キテ少シク論スル所アラント欲ス我刑法第七十七條ハ實ニ大切ナル條項ニシテ學者間ノ議論モ紛々トシテ歸着スル所ヲ知ラス從テ當今世ニ行ハル、刑法註釋家ニハ彼レ是レ議論少カラサレトモ未タ以テ正鵠ヲ得タルモノナシ

借第七十七條ノ規定如何ヲ見ルニ蓋シ四項ニ分レタリ先ツ第一項ニ於テハ「罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セス」トスルヲ以テ意思ナキ場合ハ勿論第二項第三項ノ如キ意思ト事實ト連絡ヲ缺キタル場合ニ於テモ素ヨリ罪ヲ犯スノ意思ナキヲ以テ第一項ニ包含スルモノト云ハサルヘカラス然レトモ余案スルニ第七十七條ノ罪ヲ犯スノ意ナキ云々トハ故意ナキ者ト解スル方穩當ナラント信ス何トナレハ凡ソ刑法ノ汎論則チ總則ニ於テハ一般ニ犯罪ノ成立ヲ論スヘキ者ニシテ特

別ナル犯罪ノ成立ニ關シテ論スヘキ者ニ非ス而シテ此第七十七條ハ總則ニ屬スル者ナルヲ以テ勿論一般犯罪ノ成立ニ付キテ規定セシ者ナレハ罪ヲ犯ス意ナキ云々ト云ヘハ一般犯罪ノ成立ニ必要ナル故意ト稱スルハ尤モ解釋ノ妙ヲ得タル者ト思ハル又々第七十七條第一項ニ但シ法律規則ニ於テ別ニ罪ヲ定メタル者ハ此限リニアラスト規定セラレタリ此場合ハ素ヨリ過失罪ノトキナレハ故意ノ存在スルコトナキヤ明カナリ故ニ此第一項ノ罪ヲ犯ス意ナキ云々ヲ余ノ如ク故意ナキ云々ト解釋スル時ハ但シ以下ハ非常ニ有用ナル文字トナルヘケレトモ正條ノ如ク罪ヲ犯ス意ト解スル時ハ恐ラクハ不用ノ法條タランノミ何トナレハ罪ヲ犯スノ意ナケレハ從テ故意ノアルヘキ道理ナケレハ豈ニ殊更ニ故意ナキ過失罪ノ例外ヲ設クル必要ヲ見サレハナリ因是觀之第七十七條ノ罪ヲ犯ス意ナキ云々ヲ故意ナキ所爲ト解スルハ尤モ正當ナル解釋法タルコトヲ證スルニ足ラン然レトモ我刑法カ殊更ニ罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ト規定シタルハ強チ無理ナラヌコトアリソハ一般犯罪ノ成立ニ必要ナル故意ノミニテハ或ハ犯罪成立セサル場合アラソコトヲ豫想スルノ餘リ杞憂ニモ總則ニ規定スル範圍ヲ脱シテ刑法ノ各論即

チ第二篇以下ニ記載スル特別犯罪ノ成立ニ必要ナル元素ヲモ併セテ記載シタルモノト思ハル實ニ取越苦勞ト云ハサルヲ得ス茲ニ例ヲ擧ケテ之ヲ示サンニ甲者乙者ノ家ニ到リ或ル書籍ヲ持チ歸レリ然レトモ甲者ハ固ヨリ友人ノ間柄ナルヲ以テ一時借用スルノ意思ニテ斷リナク持チ歸リシモノナレハ敢テ乙者ノ占有ヲ失ハシムルノ意思アルニアラス此場合ニ於テハ故意ハ存在スルモ罪ヲ犯スノ意思ナキヲ以テ竊盜罪成立セサルヘシ何トナレハ竊盜罪ニハ占有ヲ失ハシムルノ意思必要ナルニ甲者ハ占有ヲ奪却スル意思無ケレハナリ此ノ如ク單ニ故意ノミニテハ犯罪成立セサルコトアルヲ以テ終ニ總則即汎論ニ於テ罪ヲ犯ス意ナキノ文字ヲ加入スルニ至レリ然レトモ竊盜罪ニ付キテ占有ヲ失ハシムル意思即チ特別ノ犯罪ニ必要ナル惡意ヲ規定スルハ各論ノ部ニ於テスヘキモノニシテ汎論ニ於テ論スヘキモノニ非ス若シ特別ノ犯罪ニ必要ナル條件ヲモ汎論ノ部ニ於テ規定スヘキモノトセハ刑法ノ各論ニ屬スル各種ノ犯罪ニ必要ナル條件ハ總テ汎論ノ部ニ於テモ規定セサルヘカラサルニ至ラン豈愚ナラスヤ是レ余ノ第七十七條ノ罪ヲ犯ス意ナキノ所爲云々ヲ故意ナキ所爲云々ト解釋スル所以ナリ

犯意ノ解

尙ホ茲ニ一言スヘキコトハ罪ヲ犯スノ意即犯意ニハ如何ナル事柄ヲ含蓄スルヤト云フニ犯意ト云フ區域内ニハ左記ノ數項ヲ含蓄スルモノ、如シ

- 第一 未來ノ結果タル事實ヲ知ルコト
- 第二 現在ノ事實ヲ知ルコト
- 第三 現在ノ重カルヘキ事實ヲ知ルコト
- 第四 法律規則ヲ知ルコト

右四項ノ場合ヲ例ヲ以テ證明センニ此ノ「コッパ」ヲ以テ人頭ニ抛ケ付クルトキハ傷ヲ負ハシムルコトヲ知ルハ即チ第一未來ノ結果タル事實ヲ知ルモノニシテ此ノ「コッパ」ノ向フ所ハ正ニ人頭ナルコトヲ知ルハ第二現在ノ事實ヲ知ルモノニシテ此「コッパ」ノ向フ人頭ハ父ノ頭ナルコトヲ知ルハ即第三ノ現在ノ重カルヘキ事實ヲ知ルモノナリ而シテ此等ノ事柄カ法律ニ反スルヲ知ルハ即チ第四法律規則ヲ知ルモノナリ以上述ヘタル四項ノ事柄ヲ知ルハ所謂ル犯意ナリ然ラハ犯意トハ心ノ有様ヲ云フモノニシテ罪ヲ犯スノ意ナリ而シテ第一項ノミヲ知ルトキハ之ヲ故意ト云ヒ第一第二第三ヲ併セテ知ルトキハ之ヲ惡意ト云フ然ルニ或學者ハ

此ノ如キ意味ニ解セスシテ故意ヲ以テ惡意ト解釋スルモノアレトモソハ故意ト
 惡意トヲ混合シタル誤説ト云ハサルヲ得ス而シテ右ノ第一第二第三ヲ併セテ知
 ルトキハ何時ニテモ犯罪成立スルモノニシテ若シ其中一ニテモ欠クルトキハ決
 シテ犯罪成立スルコトナシ然レトモ第四項ニ至リテハ知ト不知トヲ問ハス以上
 ノ三項ヲ知ルトキハ犯罪成立スルモノトス我刑法ニ於テハ第七十七條第四項ニ
 於テ法律規則ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯スノ意ナシト爲スコトヲ得スト記載アル
 ヲ以テ恰モ第二項第三項ノ事實ヲ識ラサル例外ノ如ク見ヘ現ニ我國刑法學者ニ
 於テモ之ヲ例外ト見做スモノアレトモ第四項ハ決シテ第二項第三項ノ例外ニ非
 スシテ第一項ノ例外ヲ示シタルモノナリ何トナレハ第一項ニハ漠然罪ヲ犯スノ
 意ナキ所爲トアルヲ以テ法律ヲ知ラサルモ亦罪ヲ犯ス意ナキモノナレハ之ヲ第
 一項ノ範圍ニ入レサルヘカラス例ヘハ他人ノ妻ト姦通スルモ法律ノ罰スル所ニ
 アラスト思ヒ之ト通シタルトキハ固ヨリ罪ヲ犯スノ意ナキ所爲ナレハ第一項ニ
 テ不論罪トナサ、ルヲ得サルニ至ラン此ノ如キ奇怪ノ結果ヲ生スルヲ以テ此第
 四項ヲ設ケ法律ノ不識ハ不論罪ノ限リニ非スト定メタリ右ノ如ク第四項ハ第一

所爲ノ錯
 誤ト目的
 ノ錯誤

項ノ例外ニシテ決シテ第三項第三項ニ關係ヲ有スルモノニハ非サルナリ
 尙ホ現在ノ事實ヲ知ラサル場合ニ付キテ區別スヘキ點ハ目的物ノ錯誤ト所爲ノ
 錯誤トノ二ナリ而シテ目的物ノ錯誤トハ罪ヲ犯サントスル物体カ犯者ノ信シタ
 ルモノヨリ他ノ物体タリシ場合ナリ例ヘハ甲者ナリト思ヒテ殺害セシニ其實被
 害者ハ甲者ニ非スシテ乙者ナリシ場合ノ如シ所爲ノ錯誤トハ犯罪ヲナサントス
 ル物体ハ最初自分カ思惟シタル物体ニ相違ナキモ其方向ヲ誤リ他ノ物体ニ及ヒ
 タル場合ヲ云フ例ヘハ甲者乙者ヲ狙撃セント欲シ之ニ向テ發砲セシモ其狙撃ハ
 外レテ丙者ヲ銃殺シタルカ如シ
 目的物ノ錯誤ハ其犯罪ノ目的タル物体ニ能力アルヤ否ヤニ關シ更ラニ區別セサ
 ルヘカラス若シ其目的タル物体ニ能力アルトキハ勿論犯罪ハ成立シテ決シテ不
 能犯トナルヘキモノニアラス然レトモ其目的タル物体ニシテ殺傷等ノ能力アル
 モ或ル特種ナル犯罪ニ付テ能力ナキトキハ第七十七條第二項第三項ノ區別ニ從
 ヒ不論罪ノ原因トナルモノナリ例ヘハ愛ニ甲者アリ乙ノ妻ト姦通セント欲シ已
 ニ其事ヲ遂ケタリシニ豈ニ圖ラン其女ハ乙ノ妻ニアラスシテ娘ナリシ如キハ例

令姦通ノ意思アルモ姦通ノ事實ナキヲ以テ犯罪ハ成立スルコトナシ然レトモ其娘ハ犯罪能力ヲ有スル物体ナレトモ姦通罪ニ付テハ有夫ノ婦ニアラサレハ犯罪成立セサルヲ以テ甲ハ不論罪トナルヘキナリ又甲者アリ自分ノ親ヲ殺サント欲シ誤テ己レノ子ヲ殺シタル如キ場合ハ甲ハ固ヨリ殺親ノ意思アレトモ事實殺親ノ罪ヲ犯シタルニアラサルヲ以テ通常ノ殺人罪ヲ以テ論セサルヘカラス是亦目的物ノ錯誤ノ一例ナリ所爲ノ錯誤トハ偶然ノ事實來リテ犯人ノ意思ト事實ノ間ノ關係ヲ妨害シ爲メニ犯人ノ意思ヨリ他ノ結果ヲ生セシメタル如キ場合ヲ云フ而シテ此場合ニ於テハ未遂犯ト過失罪トノ二罪ヲ生スヘシ今例ヲ以テ之ヲ述フレハ余ハ甲者ヲ狙撃シタリシニ其狙ヒ誤リテ乙者ヲ殺シタル場合ニ於テ其狙ヒノ誤リタルハ全ク余ノ所爲ノ錯誤ヨリ意思ト事實トノ關係ヲ破リ爲メニ乙ノ死去ヲ來シタルモノナリ即チ余カ甲者ヲ銃殺セント欲シ其意思ヲ果サ、ルハ取リモ直サス甲者ニ對スル未遂罪ニシテ彈丸流レテ乙者ヲ殺シタルハ全ク余ノ過失ナレハ過失罪ヲ以テ罰スヘキモノトス

五〇
五一

所爲ト責
任ノ程度

ヲ以テ之レヨリ吾人カ所爲ノ結果ニ付キ負フヘキ責任ノ程度如何ヲ論セント欲ス
抑モ所爲ノ結果ハ永遠無極ニシテ際限ナキコト恰モ日月ノ運行ヲ算スルニ等シキモノナリ今例ヲ以テ之ヲ説カンニ此ノ机上ニ彈丸ヲ裝入セル小銃アリシニ余ノ如キ疎忽者カ之ニ觸レタリト假定センニ其觸レタル單一ノ所爲ヨリシテ鈎機ノ落ル結果ヲ生シ次ニ火藥爆發シ次ニ彈丸飛行シ人ニ中ル等ノ結果ヲ生シ又タ其負傷セシ人ハ出血ノ爲メ病床ニ臥シ遂ニ死去シタリ而シテ此人ハ己レノ得ル所ノ收得金ヲ以テ其子ヲ醫學校ニ入レ醫術ヲ學ハシメタリシニ其人ノ死去セシ爲メ其子ハ學資ヲ得ル能スシテ退學セリ其退校ノ後其子ハ己ノ生計ヲ維持セン爲メ未熟ト雖モ醫業ヲ開キ施術ヲナシタリシニ誤テ人ノ手ヲ切斷シ爲メニ其人ヲ死ニ致シタリ於是乎又タ過失殺傷ノ一罪ヲ生セシメタリ而シテ又タ其被害者カ人ノ親タルモノナルトキハ之カ爲ニ亦種々ノ結果ヲ生スルニ至ルヘク僅カ一
所爲ノ結果ハ順次循環シテ際限ナカルヘキナリ然レトモ此ノ如ク醫師トナリタルモノ、過失ノ責任マテモ負フヘキヤ否ヤノ點ニ至リテハ實ニ極端ノ論ト云ハ

サルヘカラス故ニ吾人カ自分ノ爲シタル所爲ニ付キ負フヘキ責任ノ區域ハ豫メ之ヲ定メサルヘカラス而シテ今日マテノ定論ニヨレハ豫シメ想像シ得ヘキ直接ハ結果即チ其所爲ヨリ必然生シ得ヘキモノ、ミニ付テ責任アルコト、ナレリ故ニ前例ノ如ク縱令當初小銃ニ觸レタル一所爲ヨリ種々ノ結果ヲ生出スルコトアルモ其レカ爲メニ未熟ノ醫師カ誤テ人ノ手ヲ切ルニ至ラシムル如キ結果ハ決シテ想像シ得ヘキ直接ノ結果ニハアラスシテ却テ其醫師コソ自己ノ過失ニヨリテ人ヲ死ニ致シタルモノニシテ其結果ハ豫シメ知り得ヘキモノ即チ其行爲ヨリ必然生スヘキ結果ナリト謂フヘシ又譬ヘハ劇場ニ人ノ群集セルコトヲ知リツ、之ニ放火スルモノ、如キハ劇場ヲ烏有ニ歸シ併セテ観客ヲ燦死セシムルコトハ豫シメ知り得ヘキ結果ナレハ無論責任ヲ負ハサルヘカラス然レトモ豫メ知り難キ結果即チ偶然生スル結果ニ付テハ責任ヲ負擔スルコトナシ故ニ前述セル醫師カ自己ノ技術ノ未熟ニ因テ人ヲ死ニ致シタルハ最初机上ノ小銃ニ觸レタル所爲ヨリ必然生スヘキ結果ニハアラスナルナリ又人ノ体ヲ柔カニ撫テタリシニ其人死セシ如キ或ハ二人對談ノ際一人頓死シタル如キハ固ヨリ豫想シ得ヘキ結果ニアラ

サレハ責任ヲ負擔スヘキ限ニアラス故ニ縱令過失ニ出ツル所爲ト雖モ直接ノ結果ニアラスレハ其責ニ任スルコトナシ以上論述スル所ヲ以テ所爲ト責任ノ關係ノ結果即チ其所爲ヨリ必然生シ得ヘキモノ、ミニ付テ責任アルコト、ナレリ故ニ前例ノ如ク縱令當初小銃ニ觸レタル一所爲ヨリ種々ノ結果ヲ生出スルコトアルモ其レカ爲メニ未熟ノ醫師カ誤テ人ノ手ヲ切ルニ至ラシムル如キ結果ハ決シテ想像シ得ヘキ直接ノ結果ニハアラスシテ却テ其醫師コソ自己ノ過失ニヨリテ人ヲ死ニ致シタルモノニシテ其結果ハ豫シメ知り得ヘキモノ即チ其所爲ヨリ必然生スヘキ結果ナリト謂フヘシ又譬ヘハ劇場ニ人ノ群集セルコトヲ知リツ、之ニ放火スルモノ、如キハ劇場ヲ烏有ニ歸シ併セテ観客ヲ燦死セシムルコトハ豫シメ知り得ヘキ結果ナレハ無論責任ヲ負ハサルヘカラス然レトモ豫メ知り難キ結果即チ偶然生スル結果ニ付テハ責任ヲ負擔スルコトナシ故ニ前述セル醫師カ自己ノ技術ノ未熟ニ因テ人ヲ死ニ致シタルハ最初机上ノ小銃ニ觸レタル所爲ヨリ必然生スヘキ結果ニハアラスナルナリ又人ノ体ヲ柔カニ撫テタリシニ其人死セシ如キ或ハ二人對談ノ際一人頓死シタル如キハ固ヨリ豫想シ得ヘキ結果ニアラ

サレハ責任ヲ負擔スヘキ限ニアラス故ニ縱令過失ニ出ツル所爲ト雖モ直接ノ結果ニアラサレハ其責ニ任スルコトナシ以上論述スル所ヲ以テ所爲ト責任ノ關係ノ消滅ノ場合ヲ講了セシヲ以テ之ヨリ所爲ノ情態ヲ講述セン

所爲ノ情態

意思ト事實ト連絡シタル場合之ヲ稱シテ故意ニ出テタル所爲ト云ヒ而シテ意思ト事實ト連絡セサル場合即チ己ムヲ得サルニ出ツルカ或ハ不注意ニ出テタル所爲ハ之ヲ稱シテ過意ト云フ故ニ自己ノ心中ヨリ觀察スルトキハ所爲ニハ過意ト故意トノ二個アリト云フヘク而シテ之カ所爲ヲ受クル者ヨリ觀察スルトキハ已遂ト未遂トノ區別ヲ生スヘキナリ犯人ノ心中ヨリ觀テ故意若クハ過意ノ所爲ト其之ヲ受クル人ヨリ觀テ已遂未遂トナルモノトハ常ニ其比例ヲナスモノナリ今殺人ノ所爲ヲ以テ之ヲ例解センニ同シグ人ヲ殺害シタル所爲ニテモ故意ニ出タル場合ニハ謀殺若クハ故殺トナリ過意ナリシトキハ過失殺トナル者トス然レトモ其被害者ノ方ヨリ之ヲ見レハ已ニ殺害セラレタル場合ト負傷セルモ未タ死ニ至ラサル場合トアリテ已遂未遂ノ區別ヲ生スルモノナリ畢竟スルニ故意ノ所

五五

爲ト云ヒ過意ノ所爲ト云フハ主觀上ヨリ論下シタルモノニシテ已遂ト云ヒ未遂ト云フハ客觀上ヨリ論下セルモノトス

犯意

犯意

抑モ犯意ノコトハ甚タ必要ニシテ且ツ困難ナルヲ以テ諸君注意アリテ聽講アリタシ凡ソ人ノ意思ニハ必ラス各々欲スル所ノ希望アリ此希望ニ因テ意思ヲ動かシ以テ其必要ヲ満足セントスル所ノ有様ヲ稱シテ欲望トハ云フ而シテ其欲望トハ犯罪ノ旨趣及ヒ目的トナルモノナリ例ヘハ君父ノ仇ヲ報セント欲シ或ハ貨財ヲ獲得シ飽食暖衣以テ一世ヲ過キント欲スルカ如キハ皆ナ是レ人ノ意思ニシテ此意思ヲ満足セントスル所ノモノハ即チ欲望ニシテ犯罪ノ趣旨トナルモノナリ然リ而シテ犯人其意思ヲ轉シテ人ノ貨財ヲ奪ヒ又ハ人ノ生命ヲ絶タントスルカ如キ結果ヲ生スヘキ方法ニ向クルトキハコレ所謂故意ナリ故ニ故意トハ結果ヲ目サス所ノ所爲ナリト云フヘシ即チ其意思タル結果ニ向テ來レハ之レ故意ナルヲ以テ故意トハ直ニ結果ニ對スルノ語ナリ今此故意ニシテ更ニ一步ヲ進メ外形ニ發顯シ得ヘキ所爲ニ對スル意思ナルトキハ之レヲ稱シテ決心ト云フ例ヘハ人

ノ生命ヲ絶チ或ハ人ノ金錢ヲ奪ハント欲スルノ意思アルトキハ之レ即チ故意ニシテ已ニ此意思アリテ以テ之ヲ斬殺センカ或ハ之ヲ毒殺センカ竊盜ヲ働カンカ詐僞取財ヲ爲サンカト種々ノ工夫ヲ凝ラシ竟ニ何レニカ其方法ヲ定ムルコトハ之レ決心ナリ故ニ人ノ心中ヨリ先ツ順序ヲ立ツルトキハ第一犯罪ノ旨趣及目的第二故意第三決心トナルナリ而シテ其外形ニ發顯シタル所ヨリ之ヲ見レハ右ノ順序ニ溯リテ第一決心第二故意第三目的及旨趣トナルモノナリ以下此ノ順序ニ從ヒ一々論述セントス

決心

第一 決心 決心トハ故意ノ實行ニ直接ナル原因ヲ爲スモノニシテ其決意ノ深淺輕重ノ度ハ決心ノ模様ニヨリテ異ナルモノナリ而シテ犯人ノ決心外形ニ發顯スルトキハ犯罪ヲ實行スル端緒ノ所爲トナルモノトス然レトモ心中ノ想豫定マリテ決心トナリ彌々實行ノ端緒ニ至ルマテニハ種々ノ段落アルモノニシテ或ハ深思熟考シテ初メテ實行スルアリ或ハ同シ故意ナルモ斬殺センカ將タ毒殺センカト其心ニ兩端ヲ抱キ斷然一ノ方法ヲ定ムルハ決心ナリ而シテ此ノ決心ノ所爲トナリテ發顯スルニハ豫謀ト一時ノ感激ニ出ツルモノトノ區別アリ之ヨリ此區

五六
五七

豫謀

別ヲ述ヘンニ

(甲) 豫謀 豫謀トハ深思熟考ニ出テタル決心ヲ云フモノナリ此ノ決心ニシテ犯罪ノ所爲ニ着手スル迄ニハ或ハ長キ歲月ヲ經過スルモノアリ或ハ否ラサルモノアレトモ歲月ノ長短ハ未タ以テ豫謀ノ有無ヲ決スルニ關係アルコトナク決心ト着手トノ間ニ於ケル歲月ハ縱令幾多ノ星霜ヲ經ルモ豫謀トナス可ラサルコトアリ之ニ反シ其經過セル歲月ハ甚々短キモ之ヲ以テ豫謀ニアラスト一刀兩斷ス可ラサルモノアリ何トナレハ許多ノ年月ヲ經過スル間ニハ初メ謀リタルコトヲ中止シ更ニ其決心ヲ爲シタルモノナルヤ否ヤハ決シテ速斷シ得ヘキモノニアラサレハナリ然リト雖モ經過スル歲月ノ長久ナルハ豫謀ノ證據トナルコトアリ蓋シ豫謀ノ有無ハ罪ノ成立不成立ニ關係ナシト雖モ罪科ノ輕重ヲ定ムルニ至テハ大ニ關係ヲ有シ同シク人ヲ殺スモ謀殺トナルコトアリ故殺トナルコトアリ皆ナ之レ豫謀ノ有無ニ依ルモノナレハ斯ノ如キ場合ヲ決スルニハ殊ニ必要ナル一原素ナリトス

感激

(乙) 一時ノ感激 感激ニハ種々ノ程度アリ其甚シキニ至リテハ全ク意思ナキニ

至リ以テ不論罪トナル場合アリ一概ニ論了スヘカラサルナリ然レトモ普通ノ場
合ニ於テハ感激ハ罪ノ成立ニ關係ヲ有スルモノニ非ス而シテ身体ニ對スル罪ニ
在テハ感激ニ出テタルト豫謀ニ出テタルトニヨリ自ラ其罪情ニ顯著ナル輕重ア
ルニモ拘ハラヌ混淆錯雜シテ頗ル其分界ニ苦ム場合アリ故ニ之ヲ決スル三個ノ
規則ヲ左ニ掲ケン

(甲) 一時ノ感激ニ依リテ犯罪ノ決心ヲ爲スモ熟慮シテ之ヲ實行スルニ於テハ豫
謀トナルナリ此場合ニ於テハヨシヤ其決心タル感激ニ出テタルモノナルニモ
セヨ犯罪ニ着手スルニ際シ深思熟考シテ實行シタルモノナルハ前ニ生シタル
感激ハ其ノ熟慮ニヨリ消滅スルモノトス例ヘハ人ヲ殺スノ意思ハ縱令感激ニ
因リ生シタリトスルモ其人ヲ殺スノ方法殘忍酷虐ヲ極ムルカ如キハ之レ豫謀
ニ出テル者ト謂ハサル可ラス何トナレハ殺意ハ感激ニヨリ生シタルモノナル
モ殘酷ナル所爲ヲナシテ之ヲ殺ス間ニハ自ラ深思熟慮スルノ餘地アルヘケレ
ハナリ

(乙) 深思熟考シテ犯罪ニ意ヲ決スルモ一時ノ感激ニヨリ行ヒタル所爲ハ却テ感

激ニ出テタルモノトス何トナレハ斯ノ如キ場合ニ於テハ一時ノ感激カ罪ヲ犯
スノ刺激ヲ與ヘタルモノナレハナリ詳説スレハ縱令決心スルモ之ヲ實行セザ
ルコトハ往々アル事ニシテ已ニ決心セル所爲ヲ實行シタルハ一時ノ感激實ニ
之カ原因トナルコトアリ例ヘハ甲アリ常ニ以爲ラク乙ハ自己ノ君父ノ仇ナリ
俱ニ天ヲ戴ク可ラス冀クハ之ヲ殺シテ君父ノ怨ヲ九泉ノ下ニ慰メント不斷其
策ヲ案シテ己ム時ナカリシニ一日乙ノ爲メニ非常ニ辱メラレ憤激昂終ニ乙
ヲ殺害セシモ是レ豫シメ謀テ殺シタルモノトシテ論スルコトヲ得ス何トナレ
ハ甲ノ殺意ヲ生シ其手ヲ下シタルハ一時ノ感激ノ之ヲシテ然ラシメタルモノ
ナレハナリ

(丙) 熟慮シテ決意スルモ其實行中ニ感激ヲ發シタル場合例ヘハ甲者深思熟慮ノ
上乙ヲ山中ニ於テ要撃セント欲シ埋伏シテ候チ居タリシニ甲ノ考案通り果シ
テ乙ハ其山中ヲ過キシテ以テ突然起テ之ヲ襲撃セリ乙大ニ怒リ其手段ノ卑劣
ナルヲ責メ之ヲ罵詈シテ止マヌ甲聞テ乍チ激昂シ無我夢中ニ乙ヲ殺シタル場
合ノ如キハ之ヲ處スルニ一定ノ規則ナク只各場合ノ事實ニ付判断スルヨリ他

故意

ニ手段ナシ、故ニ感激ノ其實行中ニ發シタルアレハトテ必スシモ熟慮セル決意ヲ消滅セシムルモノニアラス

第二 故意 學者故意ヲ三箇ニ區別セリ左ニ之ヲ舉示セン

(甲) 必然ノ結果ノ發生ヲ期スル所ノ故意例ヘハ余カ彈丸ヲ裝置シタル小銃ヲ取リ甲ヲ狙ヒテ發砲シ若シ的中セハ甲ハ生命ヲ失フヤ疑ナシト思惟スル場合ノ如キ是ナリ

(乙) 不定ノ故意言ヒ換ユレハ必然發生スヘキ結果ヲ期セサル所ノ故意ニシテ例ヘハ甲乙中孰レカ其一人ヲ殺サント欲シ二人ヲ狙テ發銃シタルニ甲乙何レカ一人ニ當リタル場合ノ如キ是ナリ

(丙) 混交ノ故意即チ一ノ所爲ヨリ二三ノ結果ヲ生スル場合ニシテ其一ノ結果ハ必然期シ得ルモ其餘ノ結果ハ期スルコト能ハサルモノヲ云フ斯ノ如ク學者ハ故意ヲ三段ニ分チ論述スルモ實際ニ臨ミテハ餘リ利益アルニアラス只タ故意ハ如何ナル範圍ニ擴張セルモノナルカヲ知ルヲ得ヘキノ旨

趣旨及目的

第三 趣旨及目的 トハ犯人其犯罪ノ結果トシテ得ル所ノ満足ヲ云

フ例ヘハ人ヲ殺シテ仇ヲ報シ金ヲ奪フテ慾ヲ遂クルカ如シ今故意ト目的トノ異なるナル點ヲ示サンニ目的ニハ各人各異ノ性質アレトモ各人一般ノ性質ナシ之ニ反シテ故意ハ各人同一ノ性質ヲ有スルモノトス

故意トハ結果ヲ欲望スル所ノ意思ナレハ何人モ同一ナルモノナリ故ニ各人一般ニ之ヲ論スルコトヲ得ヘキモ目的ハ各人各異ノモノナルカ故ニ各人一般ニ之ヲ論スルヲ得ス例ヘハ故殺罪ナルモノハ人ノ生命ヲ絶ツ所ノ事實ト殺サントスル意思トアリテ其罪ヲ組成スルモノナレハ其結果ト意思トハ之ヲ何人ニモ適用スルヲ得ルモノニシテ其二者アレハ皆是故殺罪タルヘシ之ニ反シテ目的ニ至リテハ各其思フ所ヲ異ニシ或ハ仇ヲ報ヒント欲スルアリ或ハ金ヲ得ント欲スルアリ而シテ同シク金錢ヲ竊取スルニモ父母ノ飢餓ニ迫リ死ニ瀕スルヲ見ルニ忍ヒス偏ニ奉養ノ孝心ニ出ツルモノアリ又或ハ貪婪ノ情慾制スル能ハスシテ其情慾ヲ遂ケシカ爲ニ遂ニ不義ヲ働クモノアリ要スルニ目的及ヒ趣旨ハ千種萬様ニシテ各人同一ナルコト能ハスサレハ故意ハ法律上ヨリ其有無ヲ定ムルコトヲ得ヘキモ目的ハ全ク道德上ノ問題ニ屬スルモノニシテ法律上之ヲ定ムルコトヲ得ス而

シテ目的ノ善惡邪正ハ法官カ各犯罪ニ付法定ノ刑期內ニ於テ刑ノ輕重ヲ爲スコトヲ得ルニ過キサルナリ

過怠

過怠

過怠ノ所爲トハ避ケ得可キ過失ニヨリテ意外ノ結果ヲ惹起シタル場合ヲ云フ過怠ノ避ケ得ヘキ者トハ通常一般ノ注意ヲ用ユレハ決シテ斯ノ如キ結果ヲ生スルコト無キ場合ナリ而シテ如何ナル場合ニ於テ刑法ハ過怠ヲ罰スルヤト云フニ一般ノ犯罪成立ノ原因ニハ故意ヲ要スルヲ以テ刑法上過怠ヲ罰スルハ例外トス故ニ特ニ明文アルニ非サレハ之ヲ罰セサルナリ我刑法ニ於テモ過怠ヲ三ツニ區別シテ之ヲ罰スルノ明文ヲ掲ケタリ

第一犯罪ノ物体甚タ貴重ニシテ恐ルヘキ重大ノ結果ヲ生スル場合例ヘハ人ノ健康ヲ害スヘキ飲食物或ハ藥劑品等ヲ販賣シタル場合或ハ人ノ生命ニ關スル場合若クハ往來通信ニ關スル場合等はナリ

第二官吏若クハ人民ニ於テ特ニ注意セサル可ラサル義務アル場合例ヘハ相當官吏囚人ヲ護送スル際ニ逃走セシメ又火災水難ニ際シテ之ヲ獄舎ヨリ出サ、

ル場合ノ如シ

第三安寧警察ノ目的ヲ達スル爲メ過怠ヲ罰スル場合即チ過半ノ違警罪ハ皆ナ是ナリ

疎虞

過怠ノ種類ニ二種アリ以下順次之ヲ論述セン

第一 疎虞 疎虞トハ意外ノ結果ノ生スヘキコトヲ知ラサルニハアラサレトモ充分ノ注意ヲ用キスシテ斯ノ如キ結果ハ敢テ生セサルヘシト信シテ爲シタル過怠ヲ云フ例ヘハ射的ヲ爲スニ方リ通常ノ木片ノ標的ナレハ彈丸或ハ貫通スルコトアルモ此ノ標的ハ堅固ナレハ決シテ彈丸ノ之ヲ貫ヌキ人ヲ害スルノ恐レナカルヘシト充分ノ調査ヲ爲サスシテ輕信シ以テ之ヲ街道ニ面セル自宅ノ垣牆ニ懸ケテ發銃セシニ銃丸其標的ヲ貫キ通行セル人ヲ負傷セシメタル場合ノ如シ

第二 解怠 解怠トハ不注意ニ由テ全ク意外ノ結果ヲ生スヘキコトヲ識ラサリシ所ノ過怠ヲ云フ例ヘハ射的ヲ爲ス者射場ニ損所アルコトヲ知ラスシテ發銃セシニ射場ニ損所アリシカ爲メ彈丸流レテ外ニ出テ通行人ヲ負傷セシメタル場合ノ如シ

然レトモ疎虞ト懈怠トハ極メテ混交シ易キモノアリ例ヘハ甲者銃ヲ捉リ乙ノ傍ニアル犬ヲ狙撃セントスルニ際シ甲ハ彈丸ノ流ル、コトアラハ或ハ乙ニ中ルコトアルヤモ計ラレスト敢テ心附カサルニアラサレトモ我カ此技ニ巧ミナル決シテ如斯誤リヲ生スルコトナシト輕信シテ以テ發砲セル場合ニ於テ犬ニ中ラステ反テ乙ニ中リタルカ如キハ是レ疎虞ナリ然レトモ乙ノ傍ニ丙者ノ在ルコトヲ知ラスシテ其犬ヲ狙撃セシニ案外犬ノ傍ニハ丙者アリテ流丸ノ爲メ此丙者ヲ害セシ場合ノ如キハ之ヲ懈怠ト云ハサル可カラス

故意ト過意ノ混合

故意ト過意ノ混合

故意ト過意ト混合スル場合二種アリ曰ク同一ノ所爲ニヨリ混合スル場合曰ク二
三ノ所爲ニヨリ混合スル場合はナリ
第一 同一ノ所爲ヨリシテ故意ニ出テタル不正ノ結果ト故意ナキモ尙ホ豫見シ得ヘキ不正ノ結果ト發生シタルトキハ之ヲ稱シテ故意及過意ノ混合トハ云フナリ例ヘハ強姦シタル婦人ノ死シタル場合ニ其婦女ヲ強姦セントスルノ所爲ハ故意ニ出テタルニ相違ナシト雖モ之カ爲メ婦女ヲ負傷セシメ遂ニ死ニ致シタル所

爲ハ即チ過失ニ出テタルモノト云ハサル可ラサルカ如シ古ノ學者ハ或ハ之ヲ一種ノ故意トシテ間接ノ故意ト稱シ又有名ナル碩學フオイエルバツハ氏ノ如キハ之ヲ故意ニ基キタル過失ト稱シタリ然レトモ今日ニ於テハ最早此ノ如キ理論ハ行ハレサルナリ

第二 一ノ犯罪人ニシテ二三ノ所爲ヲ行フトキ第一ノ所爲ハ故意ニ出テタルモ其功ヲ奏スルコト能ハス第二ノ所爲ニシテ初メテ之ヲ遂ケタルトキ其第二ノ所爲ニハ故意ナカリシモ結局故意アリシト同一ノ結果ヲ生スル場合例ヘハ甲アッ乙ヲ謀殺セント欲シ之ヲ橋上ニ要セシニ會々乙者ノ來レルヲ以テ甲撃テ之ヲ仆シ全ク絶命シタルモノト信シ其死骸ヲ隱匿センカ爲メ之ヲ河中ニ投棄セリ然ルニ乙ハ昏倒シテ命脈未タ絶タサルニ甲ハ已ニ死セリト誤信シテ河中ヘ投シタルカ爲メ溺死シタルモノナルニ於テハ第一ノ所爲即チ橋上ニテ乙ヲ要撃セルハ無論故意ナレトモ其意ヲ遂クルヲ得ザリシ何トナレハ乙ハ昏倒シタルニ過キサレヲ以テナリ然レトモ甲其死骸ヲ隱匿センカ爲メ水中ニ投シタル第二ノ所爲ニヨリ初メテ第一ノ故意ノ結果ヲ生シタルモノトス此ノ如キ場合ニ於テハ甲ノ第一

ノ所爲ハ謀殺未遂犯ニシテ第二ノ所爲ハ過失殺トナルヘシ或ル學者ハ此ノ場合ヲ論シテ曰ク之レ故意ト過意ト混交セルモノニアラズ共同ニ体ノ故意ナリト是レ實ニ擅着ノ甚キモノト云フヘシ何トナレハ其第二ノ所爲タル第一ノ所爲ヲ貫徹セシムル爲メ尙水中ニ投シタルモノナラハ故意ナリト云フコトヲ得ヘキモ第一ノ所爲ニテ充分ナル結果ヲ生シタル者ナリト思惟シテ第二ノ所爲ヲ行フタルモノナレハ之レ過失ニシテ故意トハナラサルモノナレハナリ

既遂犯

既遂犯

既遂犯トハ犯罪タルヘキ所爲ヲ實行シ既ニ其結果ヲ生シタルモノヲ云フ之ヲ換言スレハ故意ニ出テタル結果ノ發生シテ其故意ヲ達シタル所ノモノヲ云フナリ然レトモ既遂犯ナルモノハ實際故意ノ實行ヲ仕遂クルニ於テハ即チ之ヲ以テ足レリトシ犯罪ノ目的ヲ充分ニ達シタルト否トニ至テハ固ヨリ關係スル所ニアラサルナリ是ヲ以テ既遂犯ナルモノハ既遂犯タルノ故ヲ以テ法律上別ニ刑ヲ減免スルノ原因トナルコトナク總テ普通ニ規定セル所ノ刑罰ヲ科スルモノトス夫レ此ノ如ク既遂犯ハ刑ヲ輕重スルノ原因トナルコトナキヲ以テ其不論罪ナキヤ固

未遂犯

ヨリ多言ヲ俟タサルナリ然リト雖モ謀殺故殺ヲ除キタル其餘ノ犯罪即チ内亂隱謀、偽證、貨幣偽造罪等ニ就テハ自首ニ依リ或ハ其刑ヲ全免シ或ハ減等スルコトナキニシモアラサルナリ

未遂犯

未遂犯トハ犯罪ノ實行ニ着手スルモ未タ結局ニ至ラサル所ノモノヲ云フ故ニ故意アル點ニ至リテハ未遂犯ト云ヒ既遂犯ト云ヒ更ニ異同アルコトナシト雖モ一ハ其結果故意ニ符合スルモノニシテ一ハ未タ之カ結果ニ達セサルモノナリ之ヲ要スルニ兩者ノ間ニハ唯タ故意ニ符合スル結果ヲ得ルト否ラサルトノ區別アリテ存スルノミ是故ニ未遂犯ナルモノハ既遂犯ト同シク必ス故意ヲ要スル所ノ犯罪タルヤ明カナリ我刑法ニ於テハ重罪ノ未遂犯ハ總テ之ヲ罰シ輕罪ノ未遂犯ハ法律ニ於テ罰スルモノト否トヲ區別シ其明文アルモノ、ミヲ罰シ明文ナキモノハ一切之ヲ問バス又違警罪ニ至テハ全ク之ヲ罰セサルコト、定メタリ而シテ皇室ニ對スル罪及國事ニ關スル罪ノ如キハ其未遂犯ニモ尙本刑ヲ科シ殊ニ國事ニ關スル罪ニ在テハ其未遂犯ヲ罰スルコト既遂犯ト同シキノミナラス未タ未遂犯

ニ至ラサル豫備ノ手段ヲモ罰スルモノトセリ故ニ是等ノ點ニ至リテハ敢テ刑法ノ總則ヲ適用スルノ必要ナク只各條ニ就キ其罪タルヤ否ヲ判定シ之ヲ所斷セサル可ラサルナリ

以上講述セル所ハ未遂犯ノ概略タルニ過キサレハ之レヨリ順序ヲ追フテ之ヲ詳論スヘシ

第一 豫備 犯罪ノ意思最初ニ心中ニ發生シタルヨリ之カ終局ヲ結フニ至ル迄其間ニハ若干ノ段階アリ第一ヲ豫備ノ所爲ト云フ而シテ其犯罪ノ所爲トハ全ク別物ナルコトニ注意セサル可ラス若シ夫レ豫備ノ所爲ハ全ク異ナリタルモノタルニ係ラス他ノ所爲即チ犯罪ニ關係シテ始メテ發顯スルモノナリ

豫備ノ所爲ト犯罪ノ所爲トハ固ヨリ同一ナルモノニアラサルコト前段已ニ講述セル所ノ如シ而シテ犯罪ノ所爲即チ主タル所爲ニ關係ナクシテ法律上豫備ノ所爲ヲ一個ノ別罪ト看做シ之ヲ罰スルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テハ其豫備ノ所爲ヲ以テ主タル犯罪ノ所爲ニ附隨スル所ノ罪トセスシテ豫備自身ヲ以テ全ク獨立シタル一ノ犯罪ト看做サル可ラス尙之ヲ換言スレハ此ノ如キ所爲ハ豫備ニ

似テ其實豫備ノ所爲ニアラサルナリ例ヘハ余人ヲ銃殺センカ爲メ他人ノ小銃ヲ盜ミタル場合ニ於テ余ノ意思タルヤ固ト人ヲ殺サントスルニ在ルヲ以テ其小銃ヲ盜ミタル所爲ハ豫備ノ所爲ニ外ナラスト雖モ之ヲ法律ニ照ラシ其罪ヲ論スルニ至リテハ矢張り竊盜犯ヲ以テ所斷スヘキモノニシテ決シテ謀殺豫備ノ所爲トシテ罰スヘキモノニアラス其理由タルヤ實ニ簡單ニシテ明白ナレハ茲ニ喋々スルヲ要セサルヘシ

之レト同シク毒藥ノ賣買ヲ禁スル法律アリトセハ人ヲ毒殺センカ爲メ毒藥ヲ買取ルモノアラハタトヒ未タ其毒藥ヲ使用シテ人ヲ殺スニ至ラスト雖モ法律ハ之ヲ不問ニ置カス之ヲ罰スルニハ毒殺豫備ノ所爲トシテ罰セスシテ法律ノ禁制ヲ犯シタル點ニヨリ全ク一個獨立ノ別罪トシテ罰スルナリ何トナレハ彼ノ小銃ヲ盜ミ取り又毒藥ヲ購求シタルハ全ク人ヲ殺スノ意思ニ出テシモノトスルモ人ヲ殺スニハ必スシモ小銃若クハ毒藥ヲ使用スルニ限ラス他ノ機具物品ヲ以テスルモ充分殺害シ得ヘケレハナリ是ヲ以テ我刑法第百十一條ニ罪ヲ犯サレコトヲ謀リ又其豫備ヲ爲スト雖モ未タ其事ヲ行ハサルモノハ本條別ニ罪名ヲ記載スルモ

ノニアラサレハ其刑ヲ科セス」下規定セラレタリ是即罪ヲ犯サンコトヲ謀ルモ未
 タ實行セサルトキハ或ハ是等ノ者ニ科スルニ別ニ規定スル所ノ刑ヲ以テスルコ
 トアルヘキモ豫備ノ所爲トシテ處斷ス可ラサルコトヲ示シタルモノトス
 豫備ノ所爲ヲ行フト雖モ未タ犯罪ノ所爲ヲ執行セサルモノハ之ヲ未遂犯トシテ
 罰スルコトヲ得ス若シ其所爲タルヤ他ノ刑名ニ觸ル、モノナルトキハ別段ナル
 モ豫備ノ所爲トシテ罰スルコトヲ得サルハ已ニ陳ヘタルカ如シト雖モ立法官ニ
 於テ豫備ノ所爲ヲ以テ一個ノ別罪トシテ罰スル場合少シトセス例ヘハ我刑法ハ
 内亂ノ場合ニ豫備ノ所爲ヲ罰スルカ如キハ隨分著シキモノトス
 第二 實行ノ着手 我刑法第百十二條ニ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因リ未タ遂ケサルトキハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ
 一等又ハ二等ヲ減ス」下規定セリ本條中其事ヲ行フト雖モ云云トハ實行ノ着手即
 犯罪ノ執行ニ着手シタルコトヲ示スモノナリ故ニ第百十一條ノ場合ノ如ク未タ
 犯罪ノ事實明カナラサルモノハタトヒ罪ヲ犯サンコトヲ謀リ又其豫備ヲ爲スト
 雖モコハコレ未タ執行ニ着手セサル以前ノコトナレハ直ニ之ヲ以テ犯罪ト爲ス

コト能ハサルヤ論ヲ待タサルヘシ從テ斯ル豫備ノ所爲ハ犯罪ノ範圍外ニアルモ
 ノト謂ハサル可ラス而シテ所謂實行ノ着手ナルモノハ犯罪ノ所爲ノ一部ニ入ル
 ヘキモノニシテ此實行ノ着手カ犯罪ノ所爲タル範圍内ニ屬センニハ必ス直接ニ
 犯罪ノ結果ヲ生シ得ヘキモノナラサル可ラス故ニ間接ノ所爲ニテハ未タ以テ犯
 罪ノ所爲ノ一部分ト看做スコトヲ得ス例ヘハ人ヲ毒殺セント欲シ毒藥ヲ其者ノ
 平生食スル處ノ膳部ニ配合スルトキハタトヒ其膳部ヲ食スルニ至ラスト雖モ之
 レ犯罪ノ執行ニ着手シタルナリ然レトモ其膳部ヲ二三丁モ離レタル所ニ置キタ
 リトテ毫モ危險ナキヲ以テ未タ犯罪ノ範圍内ニ入ルヘキモノニアラス
 茲ニ尙諸君ノ注意ヲ促サント欲スルモノアリソハ他ニアラス犯罪ノ着手ト豫備
 トノ間ニハ多少ノ段階アルヲ以テ或ル所爲カ犯罪ノ着手ナリヤ將タ豫備ナルヤ
 ハ各々其事件ニ就キ之ヲ判斷セサル可ラサルコト是ナリ例ヘハ一室内ニ在ル處
 ノ人ヲ殺サンカ爲メ門戸ヲ開クモノアリトモ未タ以テ謀殺ノ未遂犯ト云フ可ラ
 ス然レトモ若シ其人タル竊盜ヲ爲スノ意ヲ以テ余カ寢室ノ窓戸ヲ開クトキハ之
 ヲ竊盜ノ未遂犯トシテ罰スルコトヲ得ヘシ此ノ如ク犯罪ノ着手ト豫備トノ區別

ハ犯罪ノ性質犯人ノ意思等ニヨリテ異ルモノナレハ豫メ確定ノ規則ヲ設ケ之カ
 區別ヲ爲スコト能ハサルナリ
 以上陳ヘタルカ如ク犯罪ノ手段及物体ニ能力ナキ時ハ犯罪成立セサルヲ以テ此
 場合ニ於テハ固ヨリ未遂犯ノ成立スヘキ理由アラサルナリ例ヘハ石地藏ヲ殺サ
 ントシ人影ヲ斬ラントシ珈琲ヲ備メテ人ヲ毒殺セントスルカ如キ元來犯罪ノ成立
 ス可ラサル不能犯ナルヲ以テ固ヨリ未遂犯ノ成立スヘキ理由アルコトナシ何ト
 ナレハ全ク犯罪ノ成立セサル所爲ニ其犯罪ノ一部分タル未遂犯テフ一罪ノ成立
 スヘキ道理ナケレハナリ之ニ反シテ犯罪ノ手段及ヒ物体ニ能力アル時ハ假令實
 際ニハ犯罪ノ實効ヲ生セサルモ尙未遂犯トシテ之ヲ處分スルコトヲ得ヘシ例ヘ
 ハ人ヲ殺サント欲シ毒藥ヲ盛リシニ其分量少クシテ効驗ナカリシ時ノ如ク或ハ
 人ヲ銃射シタルニ其人堅牢ナル甲冑ヲ着ケタリシカ爲メ銃丸体ヲ徹サ、リシカ
 如ク假令毒藥ノ分量少キニ過キ或ハ堅牢ナル甲冑ニ妨ケラレ其意ヲ果タサ、リ
 シ時モ犯罪ノ手段トシテ使用セル毒藥其物自身ニハ充分人ヲ殺スノ能力アリ又
 銃丸其物自身ニハ充分人ヲ殺スノ能力アリ且ツ犯罪ノ物体タルモノハ生命アル

人類タルトキハ勿論罪ヲ犯サレ得ヘキ能力アルヲ以テ尙之ヲ未遂犯トシテ罰ス
 ヘク無罪ヲ以テ論ス可カラサルナリ
 然ルニ學者斯ノ場合ヲ指シテ不能犯ナリト謂ヘリ殊ニ知ラス通常人ニシテ能力
 アル手段ヲ用キ能力アル物体ニ對シテ施セル罪惡ハ犯罪ノ原素ヲ具備スルヲ以
 テ假令ヒ其目的ヲ達セサリシモ尙ホ未遂犯ヲ以テ罰スルコトヲ彼等ハ敢テ犯罪
 ノ手段及物体ノ能力ノ有無ヲ論究セスシテ單ニ所爲ノ點ヨリ論下シテ不能犯ト
 爲スモノナリ實ニ淺見皮相ノ論ト謂フヘキノミ余ハ飽マテモ之ヲ未遂犯トシテ
 論スルノ學理ニ適合スルコトヲ知レリ何トナレハ犯罪ノ手段及物体ニ能力アル
 以上ハタトヒ充分ニ其効果ヲ生セサルモ純然タル未遂犯ナレハナリ
 又或學者ハ不能犯ヲ絕對的ノ不能犯ト相對的ノ不能犯トニ區別スルモノアリ固
 ヨリ犯罪ノ手段ハ之ヲ絕對的ト相對的トニ區別シ得可ラサルニアラスト雖モ不
 能犯ト云フニ至テハ抑モ誤レリト謂ハサル可カラス何トナレハ尙モ不能犯ナル
 以上ハ敢テ絕對的相對的ノ區別ヲ要スルノ理アラサレハナリ蓋學者ノ相對的ノ
 不能犯トハ余カ茲ニ論スル所ノ未遂犯ヲ指スニ外ナラス

右犯罪物体ニ能力ナキ場合ノ論理ハ移シテ以テ犯罪物体ナキ場合ニモ亦之ヲ適用スルヲ得ヘシ例ヘハ人アリ三種ノ神器ヲ奪ハントシテ宮殿ニ忍ヒ入りタルニ折悪シク其宮殿ニ三種ノ神器ノ在ラザリシ場合ニハ之ヲ未遂犯トスルコトヲ得ス之レニ反シテ其盜賊ハ現ニ三種ノ神器ヲ納メアル土藏ニ忍ヒ入りタルモ之ヲ發見スル能ハサルカ爲メ終ニ竊取スルコトヲ得シテ逃レ去リタル場合ニハ未遂犯トシテ罰スヘキモノトス何トナレハ此場合ニ於テハ其犯罪ノ物体现存セザリシニアラス只之ヲ發見スルコト能ハザリシカ爲ニ盜ニ得ザリシニ過キサレハナリ又學者ノ毎ニ引例トナセル彼拘摸ノ場合モ之レト同シ理由ニテ人ノ懷中セル物品ヲ奪ハンカ爲メニ手ヲ入レテ其懷中ヲ探リタルニ一物モアラザリシ場合ニハ之ヲ未遂犯ト謂フコトヲ得ス之ニ反シテ苟モ物品ノ懷中ニ現存セシ場合ニ於テハ仮令ヒ之ヲ得ルコト能ハザリシト雖モ尙未遂犯トシテ罰スヘキモノニシテ被害者ノ知ルト知ラサルトハ敢テ問フ所ニアラサルナリ

未遂犯ノ種類

未遂犯ノ種類

前ニ講述セシカ如ク豫備ヲ以テ未遂犯ノ第一着トスルハ昔時行ハレタル陳腐ノ

說ニシテ今日ニ於テハ探ルニ足ラス然ラハ未遂犯トハ如何ナルモノヲ稱スルヤト云フニ未遂犯トハ犯罪所爲ノ實行ニ着手セシヨリ始マルモノナリ是ヲ以テ既ニ前ニモ論述セルカ如ク未遂犯ニハ二種アリテ一ハ犯罪ノ着手ニ止リ未タ効果ヲ生セサルモノ一ハ犯罪ノ所爲ヲ實行スルモ尙犯罪ノ効果ヲ生セサルモノ是ナリ而シテ前者ヲ着手ノ未遂犯ト云ヒ後者ヲ實行ノ未遂犯ト云フ

我刑法第百十二條ニ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因リ未タ遂ケサルトキハ既ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ストアリテ其條文中ニ事ヲ行フト雖モトアルハ單ニ着手ニ止ル場合及ヒ實行ヲ終ヘタル場合ヲモ併稱シタルモノナリ故ニ我刑法ニ所謂事ヲ行フト雖モ云々ト規定シテ其事ヲ行フ所爲ノ程度ヨリ之カ區別ヲ立テ其文中ニ二種ノ未遂犯アルコトヲ認メタルカ如シ即チ我刑法ニ據テ之ヲ區別スレハ一ヲ障礙ニ基ク未遂犯トシ一ヲ舛錯ニ基ク未遂犯トシテ見ルコトヲ得ヘシ今學理上ヨリ論スルトキハ障礙ハ着手ノ未遂犯ニ該當シ舛錯ハ實行ノ未遂犯ニ該當ス我刑法ハ所爲ノ程度ヨリ區別ヲ爲サスシテ之カ原因ヨリ區別ヲ立テタル者ナリ而シテ障礙トハ着手シ

ヲ未タ遂ケサリシ者ヲ云ヒ舛錯トハ實行スルモ尙其効果ヲ見ル能ハサリシモノ
 ヲ指スモノトス例ヘハ甲者アリ乙者ヲ殺サント欲シ其携フ所ノ刀ヲ抜キ將サニ
 乙者ノ頭上ニ加ヘントシタルニ偶々傍ラニ丙者アリテ甲者ノ手ヲ捕ヘタルカ爲
 メ遂ニ乙者ヲ殺スコト能ハサリシガ如キハ障礙ノ場合ニシテ即着手ノ未遂ナリ
 之レト異リ甲者ハ思フカ儘ニ乙者ヲ斬リ伏セタリシニ乙者ハ案外死セサリシ場
 合ハ舛錯ニシテ其所爲ノ實行ヲ終ルモ猶ホ之ヲ以テ未遂犯トナスモノニシテ所
 謂實行ノ未遂犯ナリ今學理上ヨリ論究スルトキハ第一種ノ場合ハ純然タル未遂
 犯ニシテ第二種ニ屬スルモノハ其實缺効犯ナレトモ未遂犯ノ一種ト爲スモノナ
 リ而シテ第一種ニ屬スル未遂犯ハ論スル迄モ無シト雖モ第二種ニ屬スル缺効犯
 ノ場合ハ學者中議論區々ニシテ随分ヤカマシケレトモ要スルニ左ノ三說ニ歸ス
 ルカ如シ

第一說 ハ犯罪ノ缺効犯トナルニハ犯罪ヲ遂クルニ必要ナル所爲方法ヲ盡シタ
 ル後ナラサルヘカラス而シテ其所爲方法トハ犯人ニ於テ之レヲ知ルト知ラサル
 トト問ハス唯其所爲ヲ終リタルコトヲ要スルモノナリト故ニ此說ニヨルトキハ

三五

自己ノ思料足ラズ珈琲ヲ飲マシテ人ヲ殺スニ足ルト信シ之ヲ實行シタリシニ其
 手段ノ拙劣ニシテ何等ノ効果ヲモ生セサリシトキハ之レ缺効犯ニアラスト謂ハ
 サル可ラス何トナレハ犯者ハ輕卒ニシテ用意周到ナラサリシカ爲メ其所爲ヲ行
 フタリト雖モ之カ結果ヲ生スルニ必要ナル所爲ヲ盡シタルニアラサレハナリ例
 ヘハ人ヲ絞殺センカ爲メ繩ヲ以テ首ヲ緊縊シタルニ其繩脆弱ニシテ切斷シ又人
 ヲ毒殺センカ爲メ毒藥ヲ侷メタルニ毒藥ノ分量足ラスシテ其目的ヲ達スル能ハ
 サリシ場合ノ如キハ之レ未遂犯ニシテ缺効犯ニアラサルナリ何トナレハ人ヲ殺
 スニ足ル強繩ヲ用ヰス又人命ヲ斷ツニ足ル毒藥ヲ盛ラサリシモノナルヲ以テ犯
 罪ヲ遂クルニ必要ナル所爲ヲ用ヒサリシカ故ナリト斯ク論シ去ルニ於テハ到底
 缺効犯ナルモノ存在セサルヘシ然レトモハンプルダウルデンブルグノ刑法ニ於
 テハ嘗テ此說ヲ採用シタルコトアリシ

第二說 ニヨレハ凡ソ缺効犯タランニハ犯罪ヲ行フニ當リ自カラ必要ナル所爲
 ナリト信シテ之レヲ爲サハ可ナリト此說ニ從ハ、只犯人自身カ罪ヲ犯スニ充分
 ナリト思料シテ行フトキハ夫レニテ充分ナリト云フニアレハ前例ニ於ケル人ヲ

縊殺セント欲シテ使用シタル其繩タルヤ既ニ腐朽シテ實際人ヲ殺スニ足ラサル
 モ其毒殺センカ爲メ備メタル毒藥ノ分量僅少ニシテ到底人命ヲ絶ツニ足ラサル
 場合ニテモ苟モ犯人自ラ犯罪ヲ行フニ充分ナリト思料シテ之ヲ使用シタルニ於
 テハ則犯罪タリト云ハサル可ラス若シ此說ニ據ルトキハ第一說ノ如キ甚タシキ
 不都合ナリト雖モ尙奇怪ナル結果ヲ生スルコトアルヘシ何トナレハ毒害ヲ爲サ
 シカ爲メ將サニ食セントスル所ノ食卓上ニ毒藥ヲ盛りタルモ之レヲ食セサルト
 キハ則缺効犯タルヘキモ若シ犯人ニシテ何レ他日來テ食スルナルヘシト信シテ
 毒藥ヲ床下ニ入レ置キタル場合モ尙未遂犯トシテ罰セサル可ラサルニ至ラシ豈
 ニ迂々謂ハサルヲ得ンヤ然レトモ此說大ニ世ノ信用ヲ得一時ハサキソソ國ニモ
 之ヲ採用シタルコトアリ

第三說 ハ第一第二說トハ大ニ異リ敢テ犯罪ノ手段カ功妙ナルヲ要セス又犯人
 自ラ罪ヲ犯スニ必要ナル行爲ナリト信シタルヤ否ヲ問フコトナク唯犯人カ直接
 ニ犯罪タル結果ニ對シテ所爲ヲ執行シ終レバ充分ナリトスルモハナリ此說ハ實ニ
 簡單ニシテ深奥ナル學理ニヨリ未遂犯ヲ論スルモノニシテ近世學者ノ採用スル

所ノ說ナリ今此說ニヨルトキハ犯人カ犯罪ヲ遂クルニ必要ナル方法ヲ盡シタル
 ヤ否ヲ問ヘス又犯人カ犯罪ヲ爲スニ當リ必要ナル所爲ナリト自ラ信シタルヤ否
 ヲ論セス唯其犯罪タル結果ヲ生スヘキ所爲ニ對シテ直接ニ關係スル所爲ヲ實行
 スレハ其犯罪タル結果ヲ生スルヤ否ヤヲ論セス未遂犯トシテ罰スルモノトス
 我刑法第百十二條中ニ只「事ヲ行フ」トノミアリテ果シテ第一說ニ據リタルヤ第二
 說ニ據リタルヤ將タ第三說ニ據リタルヤ頗ル曖昧ニシテ妄リニ之ヲ速斷スルコ
 ト能ハスト雖モ續テ「犯人意外ノ舛錯」云々ト云フ文字アルニヨリテ之カ考案ヲ下
 ストキハ或ハ我刑法ハ第二說ヲ採用シタルモノ、如ク見ユレトモ徒ニ文字ニ拘
 泥シテ見解ヲ下ストキハ法律ノ正鵠ヲ得ルニ難カラシ然レトモ夫ノ舛錯ト云フ
 文字ヲ深く玩味スルトキハ犯罪ノ結果ニ直接ニ關係セル所爲ヲ實行スル際誤テ
 遂ケサリシモノトモ見ルコトヲ得ヘシ去レハ我刑法ハ第三說ニ據リタルモノナ
 ラシカ

中止犯

茲ニ又未遂犯ニアラス缺効犯ニモアラス一種特別ノ中止犯ナルモノアリ即犯人
 ニ於テ一旦犯罪所爲ノ實行ニ着手セシモ犯人自ラ之ヲ中止シテ其目的タル結果

ノ發生ヲ防止スル場合ヲ云フ故ニ中止犯ナルモノハ只一時執行ヲ中止シタルノ
 ミニテハ未タ以テ足レリトセス必スヤ全ク所爲ノ實行ヲ拋棄セサル可カラス然
 シナカラ一度執行ヲ中止シタル以上ハ後日再ヒ之ヲ爲サント欲スル故意アルモ
 敢テ中止犯タルニ妨ケナキモノトス例ヘハ今盜ヲナサント欲シ深夜某家ニ侵入
 セシモ人ノ覺知セシ様子アリシヲ以テ或ハ露見センコトヲ恐レ驟然其實行ヲ中
 止シ何レ後日好機會ヲ得テ大ニ爲ス所アラント欲シテ歸リ去リタルカ如キハ猶
 中止犯タルヲ得ヘシ故ニ中止犯トハ通常其着手セシ所ノ所爲ノ未遂ナル場合ニ
 現出スルモノナレトモ缺効犯ハ既ニ其所爲ヲ行ヒ終リタルモノナレハ最早中止
 スヘキ所爲ナキヲ以テ如何ニ之ヲ中止セント欲スルモ爲シ得ヘカラザルモノト
 ス例ヘハ刀ヲ以テ人ヲ斬リ痛ク之ヲ傷ケタル後ニ於テハ假令ヒ其殺害ヲ中止セ
 ント欲スト雖モ能ハサルヘシ何トナレハ其負傷者ハ自然ノ結果トシテ鬼籍ニ上
 ルヘキハ理ノ當然ナレハナリ
 然リト雖モ缺効犯ノ場合ニ於テモ尙中止スルコトヲ得ヘキ場合ナキニシモアラ
 ス即若シ犯罪ノ結果カ未タ發生セサル場合ニハ之ヲ中止スルコトヲ得ヘシ尤モ

五八

此場合ハ所爲ノ自然ノ結果ニ放任セス別ニ或所爲ヲ施シ將サニ生セントスル結
 果ノ發生ヲ防止セサル可カラサルモノトス例ヘハ人ヲ毒殺セント欲シ既ニ毒藥
 ヲ飲用セシメタルモ未タ効果ノ生セサル中更ラニ別箇ノ手段トシテ消毒藥ヲ與
 ヘ見事犯罪ノ結果ヲ防止シタルトキハ中止犯トナルモノナリ然レトモ中止ニ至
 ルマテニ生シタル所爲ノ結果ニ付テハ不問ニ附スルヲ得ス刑法ノ規定ニ照シテ
 別罪ニ問フヘキナリ
 尙茲ニ一言セサル可ラサルコトハ夫ノ犯罪ヲ中止スルトハ自己以外ノ舛錯等ニ
 ヨリテ中止スルニアラサレハ充分ニシテ決シテ犯人カ中止シタル目的趣旨ノ如
 何ヲ問フニ及ハサルモノトス故ニ犯人刑罰ヲ恐レテ中止スルモ或ハ真心悔悟シ
 テ中止スルモ或ハ他日大ニ爲ス所アラントシテ中止スルモ苟モ犯罪タル所爲ヲ
 全ク拋棄スルニ於テハ中止犯タルヘキモノナリ然ルニ中止犯ヲ罰セサルハ犯人
 ノ真心悔悟シテ良心ニ立戻リタルカ故ニ罰セサルモノトスル學者無キニシモア
 ラス此輩ハ未タ刑罰ノ何タルヲ解セサルモノト謂ハサルヲ得ス
 今我刑法ハ何故ニ中止犯ヲ罰セサルカト云フニ其第一百十二條ニ意外ノ障礙若ク

ハ舛錯云々トアルヲ以テ見レハ我刑法ノ中止犯ヲ罰セサルハ固ヨリ犯人ノ悔悟シテ良心ニ復シタルカ故ニアラサルヲ知ルヘシ何トナレハ犯人ノ中止シタルハ顧慮スル所アリテ中止シタルモ或ハ良心ニ咎メテ中止スルニ至リタルモ心意ハ固ト体外ニ顯レサレハ知ルヲ得サルヘケレハナリ然ラハ何故ニ中止犯ヲ罰セサルヤト云フニ學者ノ議論ヲ見ルニ蓋シニ理由アルモノ、如シ

第一 法理上ノ理由 凡ソ中止犯ノ場合ニ於テハ犯人カ有スル犯意ノ幾分ハ犯罪ノ着手ニヨリテ外形ニ顯ハル、ト雖モ未タ實行セサル部分即外形ニ顯ハレサル意思ハ取消シ得ヘケレハ犯人ニシテ既ニ着手セシ犯罪タル所爲ヲ中止スルトキハ犯人心中心ニ在ル真心ハ未タ充分外形ニ發露シタルモノト謂フヲ得サレハ法律ハ自由ニ之ヲ取消スコトヲ得セシメシモノナリ

第二 政略上ノ理由 犯人一旦犯罪ニ着手スト雖モ中途ヨリ意思ヲ變シテ犯罪ヲ中止スルコトハ誠ニ嘉ニスヘキ事柄ニシテ常ニ法律ノ希望シテ止マサル所ノモノナリ然ルニ中止犯ヲモ全刑ヲ以テ罰スルコト、セハ犯人偶々良心起リテ之

ヲ中止スルモ一旦着手シタル以上ハ最早刑ヲ免ル、能ハサルモノトセハ寧ロ所爲ヲ實行シ終ラントスルニ至ラノ事果シテ斯ノ如クシハ法律ハ犯人ヲ減少スルニアラスシテ却テ罪人ヲ増加スルニ至ラシサレハニヤ我刑法ハ中止犯ヲ罰スルコトナキモノ、如シ昔時分テシテ於テハ唯着手未遂ノ中止犯ノミヲ以テ無罪トシ缺効犯ノ中止ハ其刑ヲ減スルニ止メタリ又數人共犯ニ係ル中止犯ハ假令共犯者中一人ノ中止ニ係ル場合ト雖モ尙他ノ共犯者ヲ罰スルコトナシ是レ共犯トハ數人一体ノ共同ニ出タルモノニシテ其中一人ノ中止或ハ進取ハ其全体ヲ左右スルニ足ルヘキモノトスル原則ニ基キタル結果ナリ

既遂未遂ノ混合

既遂犯ト未遂犯ノ混合セル場合

一個ノ犯罪ヲ未遂犯ハ時トシテ別種ナル他ノ犯罪ノ既遂犯トナルコトアリ斯ノ如キ場合ニ於テハ同一ノ所爲ニシテ一方ニ在テハ未遂犯トナリ他方ニ在テハ既遂犯トナルモノアリ之ヲ稱シテ既遂未遂ノ質体的ノ混同ト云フ例ヘハ乙者甲者ヲ燒キ殺サント欲シテ甲者ノ家ニ放火シタルニ甲者之ヲ豫知シテ疾ニ逃レ去リ

犯人之ヲ知ラシメ甲者ノ其中ニ在ルモノト信シテ放火シタル場合ハ放火ノ既遂罪ト謀殺ノ未遂罪ト二罪成立スヘシ何トナレハ凡ソ人ヲ殺サンニハ必スモ火ヲ放ツコト必要欠ク可ラサルモノニアラス其他ニ方法少カラサレハナリ然レトモ若シ其既遂犯タル所爲ニシテ未遂犯ヲ行フニ必要欠ク可カラサルモノナルトキハ想像上ノ俱發ニシテ既遂未遂ノ混合ナキモノトス之レト同シク強姦ノ場合ニ於テモ強姦ヲ爲サントスルニハ必ラスヤ多少ノ暴力ヲ用非サル可ラス故ニ犯人強姦ヲ爲ス能ハサリシ場合モ強姦未遂ト脅迫既遂ノ二罪俱發スルモノニ非ス

數人共犯

數人共犯

抑モ犯罪ハ一人ニテ犯スコトアリ又數人共同シテ犯スコトアリテ種々一様ナラス一人ニテ罪ヲ犯ス場合ニハ普通刑法ノ規定ヲ適用シテ可ナリト雖モ數人共同シテ罪ヲ犯シタル場合ニ於テハ豫メ法律ヲ以テ數人共犯トハ如何ナル場合ヲ指スカ又數人カ其犯罪ニ付キテ責任如何ヲモ定メサル可カラス是我刑法ニ數人共犯ノ規定アル所以ナリ共犯トハ數人ニ致シテ共ニ同一罪ニ加功スルモノヲ云フ此定義ニ付キ注意スヘキ要點ハ

第一 囚徒藏匿罪トシテ場合ニ於テハ其囚徒ト之ヲ藏匿シタル者トハ共ニ罪ヲ犯シタル者ニアラサルニヨリ之ヲ數人共犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス然レトモ若シ其囚徒カ罪ヲ犯ス前ニ於テ犯罪ノ發覺スルアラハ余之ヲ藏匿シテ逮捕ノ憂ヲ免カレンシムヘシト約諾スルカ如ク豫メ謀テ藏匿スルカ如キハ取りモ直サス共犯ニシテ其藏匿者ハ犯罪ノ從犯トナルヘシ例ヘハ盜賊予カ家ニ來リ頻リニ救助ヲ乞フニヨリ予之ヲ憐ミ藏匿スルモ予ハ共犯ヲ以テ論セラル、コトナカルヘシ何トナレハタトヒ囚徒ヲ藏匿スルモ已ニ犯罪ヲ終リタル後ノコトナレハ敢テ囚徒ノ犯罪ニ對シテ加功シタル者ニアラサレハナリ故ニ囚徒藏匿罪ナルモノハ獨立ノ一罪トシテ之レヲ罰スルモ亦他ノ罪トシテ罰スルモノハ立法者ノ適宜ナレトモ決シテ囚徒ト共犯ヲ以テ論ス可ラサルモノトス然ルニ英佛ノ學者ハ從犯ヲ事前ノ從犯ト事後ノ從犯トノ二者ニ區別シ現ニ囚徒藏匿罪ノ如キハ事後ノ從犯トナセリ是ハニ理論ヲ誤リタル者ト謂ハサルヲ得ス何トナレハ前定義ニモ示セルカ如ク共犯ナルモノハ犯罪ノ當時互ニ一致共同シテ共ニ同一ノ罪事ニ加功シタル者ト謂ナレハ必スヤ犯罪ノ前ニ於テ加功シタルコトヲ必要トス事後ニ在テハ事

既ニ晚キニ属シ假令ヒ其犯罪ニ加功セント欲スルモ加功シ能ハサルナリ
 第二 過失ニ依テ加功シタル者 ハ共犯ニアラス何トナレハ過失罪ナルモノハ
 固ト無意ノ所爲ナレハ共同一致スルノ理由ナケレハナリ然レトモ過失罪ニ加功
 スルコトハ敢テ爲シ難キニアラス例ヘハ茲ニ甲者アリ馬丁ヲ教唆シテ馬車ヲ疾
 行セシメタルニ誤テ通行人ヲ殺傷シタルカ如キ又銃砲ヲ所持スル者ヲ教唆シテ
 發砲セシメタルニ砲丸他人ニ的中シタルカ如キハ孰レモ過失ニ加功シタル者ニ
 シテ其教唆者ノ意思タル過失ニ依テ生シタル結果ハ之ヲ欲シタルニアラスト雖
 モ之ヲ教唆シタル爲メ他人ヲ負傷セシメタルモノナレハ過失罪ノ共犯者タルコ
 トヲ免レサルモノトス

右ハ共犯ノ意義ニ就キ注意ヲ要スル點ヲ述ヘシカ次ニ講述スヘキハ共犯トハ犯
 罪ヲ惹起シタルモノヲ云フカ將タ犯罪ヲ幫助シタルモノヲ云フカ之ヲ換言セハ
 共犯トハ直接ニ犯罪ニ加功シタル者ナラサルヘカラサル乎將タ間接ニ加功シタ
 ルモノニテモ可ナルヤト云フニ共犯タルニハ直接ニ犯罪ニ加功シタルト間接タ
 ルヲ問ハス苟モ共同一致シテ同一犯罪ヲ企テタルトキハ共犯ヲ以テ論スヘキモ

ノトス故ニ犯罪ノ發起者ノ如キ單ニ無形上ノミニテ相一致シ有形上ノ實行ハ一
 コ之ヲ他人ニ放任スルモ尙共犯ナリトス是ヲ以テ共犯ニハ有形上無形上ノ區別
 アルコトヲ知ルヘキナリ

終リニ臨テ注意スヘキハ我刑法第百十四條ニ二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ正
 犯トナシ各自ニ其刑ヲ科ストノミアリテ一致云々ノ文字アルコトナシ之レヲ歐
 文ニ翻譯スルニ方リテハ毎ニ一致云々ノ文字ヲ加フルナリ然レトモ該條ノ成文
 ニヨルトキハ單ニ「罪ヲ犯ス」ト云ヘル文字中ニ二人以上一致シテ爲ス者ハ云々ノ
 意味ヲ包含セシメタル者ナラン歟凡ソ法律ハ其文章ノ簡單明瞭ヲ尙フヨリ斯ク
 規定シタル者ナルヘケレトモ我刑法ノ如キハ餘リ簡ニ失シ往々明瞭ヲ缺ク所ア
 リテ之レカ解釋ニ苦ムモノ少カラサルナリ

正犯

數人一致シテ共ニ一罪ヲ實行スルトキハ各自正犯ヲ以テ論スヘキモノトス抑モ
 犯罪ナルモノハ素ト意思ノ外形ニ顯出シタル所爲ナルニヨリ假令ヒ其所爲ノ實
 行ニ付キ唯タ其一部分ノミニ加功シタルトキト雖モ尙之ヲ正犯トナスヘシ是故

ニ尙モ犯罪タル所爲ノ實行ニ着手スルモノハ凡テ之ヲ正犯ト見做シ決シテ其犯罪ニ加功スル度ノ輕重多少ヲ問ハサルモノトス然レトモ一罪ニシテ幾多ノ所爲ヨリ成立スルモノアリ又單一ナル所爲ヨリ成立スルモノモアレハ宜シク之カ區別ヲナサ、ル可ラス例ヘハ強盜罪ニ於テ一人ハ家人ヲ縛シ一人ハ箠笞ヨリ衣類ヲ奪ヒ取り又一人ハ戶外ニ徘徊シテ人ノ來襲ニ備ルカ如キハ各自別個ノ所爲ヲナス者ナレトモ是唯其役目ヲ分擔シタルニ過キスシテ共ニ同一ノ犯罪ニ加功シタル者ナレハ等シク強盜ノ正犯ト謂ハサルヲ得ス英國ノ學者ハ正犯ヲ區別スルニ前例ノ如キ場合ニ於テハ犯人相互ノ距離ノ遠近ヲ以テシ尙モ犯人相互ニ救援ヲ爲シ得ヘキノ距離内ニ在ルトキハ總テ之ヲ正犯トセリ然レトモ距離ノ遠近如何ハ其犯罪タル所爲ニ加功シ得ルヤ否ヤヲ證明スルノ標準タルニ過キサレハ假令犯人相互ニ救援ヲ爲シ得ヘキ距離内ニアリト雖モ之ヲ以テ直チニ正犯ト爲スコト能ハサルヘシ此ノ如キ場合ニ於テハ唯其犯罪ニ加功シタリトノ推測ヲ惹起セシムルニ過キサレノミ之ニ反シテ數人ニテ婦女ヲ強姦スルニ當リ甲者ハ婦女ノ兩手ヲ捉ヘ乙者ハ其兩足ヲ抑ヘ丙者ハ之ヲ強姦シタル場合ニ於テ唯皮相上ヨ

リ之ヲ觀察スルトキハ強姦罪ヲ犯シタルモノハ單ニ丙者一人ニシテ甲者及ヒ乙者ハ全ク丙者ヲ援助シタル從犯ノ如キモ是レ決シテ然ルニアラサス甲乙丙三人共各正犯ヲ以テ論スヘキモノトス何トカレハ固ト強姦罪ナルモノハ婦女ニ對シ暴行脅迫ヲ加フルコトヲ要スルハ勿論ナレトモ敢テ婦女ノ身体ヲ侵害スルコトヲ罰スルニアラサス之レヲ罰スル主要ノ點ハ獸心ヲ以テ婦女ノ貞操ヲ破ルニアリ故ニ只婦女ノ局部ニ觸ル、ノ所爲トスル論者ハ或ハ從犯ト論スルモノアランモ知レサレトモ尙モ婦女ノ貞操ヲ破ルニ於テハ其局部タルト手足タルトニ論ナク等シク強姦ヲ以テ論スヘキモノトス然ルニ昔時ニ在テハ強姦罪ヲ以テ單ニ婦女ノ局部ヲ侵スハ暴行ナリト誤解セリ現ニ今日ニ於テモ尙此說ヲ主張スル學者ナキニアラサ然レトモ是レ既ニ陳腐ノ說ニシテ探ルニ足ラザルナリ

又共犯者ノ加功セル所爲ハ犯罪ノ着手若クハ實行中ナラサル可ラス即犯罪ノ着手又ハ實行中ニ於テ加功シタル者ニアラサレハ共犯ヲ以テ論スルコトヲ得テ故ニ只タ犯罪ノ豫備中ニ於テ犯罪ノ用ニ供スル器具ヲ給與シタルカ如キハ直接ニ犯罪ノ所爲ニ加功シタルモノニアラサレハ未タ以テ共犯トナスコトヲ得ス要ス

ルニ斯ノ如キ所爲ハ從犯ヲ以テ論スルヨリ外ニ途ナカル可シ
 以上講述シタル所ニヨリテ考フレハ正犯從犯ノ區別ハ單ニ其犯罪ニ着手シタル
 カ或ハ實行中ニ加功シタルカ或ハ犯罪ノ豫備中ニ加功シタルカノ差異アルノミ
 而シテ其着手又ハ實行中ニ加功シタル所爲ノ正犯ヲシテハ其加功ノ程度ハ如
 何ニ輕微ナリト雖モ苟モ加功シタル事實ニシテ存スル以上ハ等シク正犯ヲ以テ
 論スヘキモノトス詳シク言ヘハ如何ニ輕微ノ加功ト雖モ其犯罪ノ全体ニ對スル
 責任ヲ負ハサルヲ得スト云フニアリ蓋シ其理由タルヤ犯罪ヲ爲サンニハ一人ト
 雖モ能ク其全部ヲ仕遂ケ得ルモノナレハ偶々他人來テ之ニ加功スルコトアルモ
 各共犯者ニ取テハ更ラニ何等ノ影響ナク恰モ天然力ノ助勢ヲ得タルト同一ナル
 ヲ以テナリ

終リニ臨テ一言セサル可ラサルコトハ我刑法第一百四條ニ二人以上現ニ罪ヲ犯シ
 タル者ハ皆正犯ト爲シ云々ト規定セリ故ニ該法文ニヨリテ解釋スルトキハ假令
 共犯者ノ身分ニ於テ異同アル場合ト雖モ其刑名ニ至リテハ差異ナク等シク正犯
 ヲ以テ論スルモノニシテ只其共犯者ノ一人カ特別ノ身分ヲ有スルトキ其刑ヲ加

教唆

重スルノミ例ヘハ甲者其親ヲ殺害スルニ當リ乙者之ニ加功シタルトキハ甲者ハ
 殺親ノ罪ヲ以テ論セラレ一般ノ殺人罪ニ比シテ其刑ヲ加重スルモ乙者ハ斯ル身
 分ナキヲ以テ通常ノ殺人罪ヲ以テ罰セラル、ノ差アルノミ決シテ甲乙共ニ正犯
 タルニハ差異アルコトナシ尙共犯者ノ身分ノ異同ニ關シテハ他ニ詳論スル所ア
 ルヘシ

教唆

教唆者ヲ正犯トナシ之ニ責任ヲ負ハシムルニ三主義アリ

- 第一 客觀主義
- 第二 主觀主義
- 第三 折衷主義

第一 客觀主義 トハ犯罪ノ全ク外形的ニ顯ハレタル形跡上ヨリ教唆者ノ責任
 ヲ論スルモノニシテ決シテ犯者ノ心術如何ヲ問ハサルモノトス是ヲ以テ教唆者
 ハ犯罪ノ發起者ニアラス又幫助者ニアラサレハ之ヲ有罪トシテ罰スルヲ得スト
 云フニ在リ何トナレハ苟モ犯罪ノ發起者ナルニハ自ラ進テ其犯罪トナルヘキ所

爲ヲ實行セサル可ラス然ルニ教唆者ハ秋毫モ犯罪タル所爲ニ關係スルコトナク被教唆者ハ教唆ノ有無ニ拘ハラズ自由ニ其所爲ヲ中止シ若クハ實行スルコトヲ得ヘキモノナレハナリ

第二 主觀主義 トハ全ク犯人ノ心術上ヨリ觀察ヲ下スモノニシテ此主義ニヨルトキハ犯意ハ全ク教唆者ノ作爲スル所ニシテ被教唆者ハ命令ニ從ヒ或ル犯罪トナルヘキ所爲ヲナシタル迄ニシテ其犯罪ノ原因ハ全ク教唆者自身ニアルモノナレハ被教唆者ハ單ニ教唆者カ犯罪ヲ爲スノ機械トナリタルニ過キサルノミ既ニ被教唆者ヲ以テ器具視スル以上ハ其惡意ナキヤ勿論ナレハ之ヲ罰スルコト能ハサルヘシ然ルニ尙之ヲ罰スルモノトセハ彼ノ犯罪ノ用ニ供シタル銃砲刀劍等モ尙且之ヲ罰セサルヲ得サルニ至ラン故ニ此主義ニヨルトキハ幼者瘋癲白痴等ノ如キハ勿論強壯活潑ナル有爲ノ大丈夫ト雖モ尙教唆者カ犯罪ヲ爲ス機械タルニ過キスシテ自斷ノ能力ナキモノト論定セサル可ラサルニ至ラン

第三 折衷主義 トハ第一第二ノ二主義ヲ兩ナカラ採用シ其長ヲ採リ短ヲ捨テタル者ナリ即客觀主義ニ依レハ被教唆者ハ教唆者ノ指示ニ從ヒ之ヲ行フト否ト

ハ自己ノ隨意ニシテタトヒ教唆セラレトモ自己ニ於テ欲セサルコトナレハ強テ之レヲ行ハサルモ可ナリ然ルニ尙之ヲ執行スルニ於テハ犯罪タルヲ免カレササルナリ即之ヲ換言セハ苟クモ被教唆者ニシテ能力者タル以上ハ教唆ヲ受クルト否トニ拘ラス自己ニ判斷力ヲ有スヘキヲ以テ一旦犯罪タル所爲ヲ決行シタルトキハ之ヲ罰スト云フニ在リ又主觀主義ニ於テハ前段己ニ講述セル如ク活潑有爲ノ大丈夫ト雖モ之ヲ不問ニ附スルカ如キ不都合アレハ二主義トモニ一理ナキニアラスト雖モ各一方ニ偏スル者ニシテ到底完全ノモノニアラス是レ折衷主義ノ說起ル所以ナリ今折衷主義トハ如何ナル者ヲ指サヤト云フニ此主義ハ前段客觀主義ト主觀主義トノ長ヲ採リ短ヲ捨テタル者ナリ而シテ其取捨ニ二個ノ方法アリ即第一方法ニヨレハ教唆者ヲ客觀主義ニ從ヒ罪ナキ者トナシ執行者ヲ主觀主義ニ從ヒ又罪ナキモノトナスニ在リテ教唆者被教唆者共ニ罰スルコトヲ得ス之ニ反シテ第二方法ニヨレハ執行者ヲ客觀主義ニヨリテ罪アルモノトナシ教唆者ヲ主觀主義ニヨリテ罪アル者トナシ二者共ニ之ヲ罰スヘキモノトスルニ在リ而シテ折衷主義ハ第一方法ヲ以テ短ヲ採リ却テ長ヲ捨テタル者トシ第二方法ヲ以

テ長ヲ採リ短ヲ捨テタル者トナセトモ要スルニ兩法トモ折衷ニシテ二者トモニ區別ナキモノトス然ラハ則其長短ノ區別ハ果シテ何レニアルヤ之カ標準ヲ立テサル可ラス而シテ其標準ハ相互ノ間ヲ結合スルニハ如何ナル教唆ニテモ皆以テ罪アリトスルニアラス其教唆タルヤ贈與契約脅迫威權等ノ如キ通常人ヲシテ犯罪ヲ決心セシムルニ足ル丈ケノ事情ナカルヘカラス詳シク云ヘハ通常人カ其教唆ニヨリ犯罪ヲ決行スヘキモノト見做シ得ル程度ノモノナルトキハ教唆者被教唆者共ニ罰セラルヘキモノトス而シテ斯ク教唆者ノ所爲タルヤ其教唆ヨリシテ被教唆者ニ犯罪タル所爲ヲ實行スルコトヲ決心セシムルニ足ルヘキモノト雖モ單ニ決心セシムルニ足ルノミノ故ヲ以テ教唆者ヲ罰スルコトヲ得ス必スヤ被教唆者カ教唆ニヨリ或ル行爲ヲ實行シタルトキ始メテ教唆者ニ犯罪ノ責任ヲ生スルモノトス

我刑法第百五條ニ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ云々トアルノミニシテ草案ノ贈與契約云々ノ文字ヲ删除セリ然レトモ該法文ノ精神タル贈與契約脅迫威權等ニヨリ通常人ヲシテ犯罪ノ決心ヲ爲サシムルニ足ル程ノ事柄ナラサ

レハ教唆者ヲ以テ論セサルカ如シ即該條ハ折衷主義ニ基キタル者ノ如ク思ハル、ナリ今該條ニ就キ注意ヲ要スル點ヲ講述セシムルニ其人ヲ教唆シ云々トハ果シテ如何ナル人ヲ教唆シタル者ヲ云フカ單ニ人ヲ教唆シ云々トアルノミニテハ正犯從犯及教唆者ヲ教唆シタルモノモ亦教唆者ナリト謂ハサルヲ得ス詳シク云ハ、從犯ヲ教唆シタル者ハ從犯ニシテ教唆者ヲ教唆シタル者モ亦教唆者ナリトス故ニ此場合ニ於テハ教唆者二人アレントモ其教唆者ハ孰レモ數人共犯トシテ各々其罪ヲ問フヘキナリ而シテ教唆者ヲ罰スルニハ必ス被教唆者タルモノ其教唆ニヨリテ犯罪ニ着手セシモノナラサル可ラス若シ從犯ヲ教唆スルモ根原タル正犯ニシテ犯罪ニ着手セサルトキハ從犯ヲ教唆スルモノ及教唆者ヲ教唆スル者ノ犯罪ハ成立セサルナリ又正犯ニシテ未遂犯ナルトキハ教唆者及其教唆者モ亦未遂犯ナリトス其理由タル被教唆者ニシテ其犯罪タル所爲ヲ實行セサルニ尙教唆者ヲ罰スルニ於テハ法律ハ遂ニ人ノ意思ヲ罰スルニ至ルヘケレハナリ然レトモ新聞條例集會政社法其他公安ニ重大ナル關係ヲ有スルモノニ至リテハ別罪トシテ教唆者ノ罪ヲ問フコトアリ又我刑法ニ於テ教唆者ヲ罰スルハ重罪輕罪ニ止リ違警罪

ハ之ヲ罰セザルナリ

以上講述セルカ如ク正犯ノ犯罪成立セザルトキハ教唆者ノ犯罪モ亦成立セザルコト明ナリト雖モ正犯者ノ死亡逃亡若クハ不能力ナル場合ノ如キハ教唆者其罪ヲ免レ得ヘキニアラス故ニ教唆者ノ無罪トナルニハ正犯ノ所爲ニシテ本來罪トナルヘキモノニアラサル場合タルヲ要ス但シ不能力者教唆ニ乘シ犯罪ヲ爲シタルトキハ其教唆者ハ正犯ヲ以テ論セラルヘシ何トナレハ不能力者ハ素ト犯罪ノ主体タルコトヲ得サルヲ以テ唯教唆者ノ器械タルニ過キサレハナリ

又苟モ或犯罪ヲ教唆シタル以上ハ假令正犯者ノ事ヲ行フニ當リ過誤不熟練等ヨリシテ他ノ犯罪ヲ爲シタル時ト雖モ教唆者ハ尙ホ之レヨリ生スル結果ニ對シ責任ヲ負ハサル可ラス何トナレハ正犯者カ教唆ニ乘シ事ヲ行フモ教唆者自ラ之ヲ行フモ共ニ同一体ト見做スヘキモノナリ然レトモ教唆者豫メ犯罪事件ニ付キ其執行方法等ヲ示シ置キタルニ正犯者其指定外ノ罪ヲ犯シタルトキハ前段ト同一ノ法理ヲ以テ論スルヲ得ス此場合ニ於テハ兇ニ被教唆者ノ實行シタル所爲若クハ方法ト教唆者ノ教唆シタル事柄ト其輕重ヲ比較シ以テ教唆者ノ責任ヲ定メサ

從犯

ル可ラス即所犯教唆者ノ指示シタル罪ヨリ重ク或ハ其方法ヲ異ニシタルトキハ唯其指示シタル罪ニ從テ刑ヲ科シ又所犯教唆シタル罪ヨリ輕キトキハ現ニ行フ所ノ罪ニ從テ刑ヲ科スヘキモノトス是レ我刑法第四百條ノ規定スル所ニシテ其理由タルヤ蓋シ法律ハ未タ曾テ外形ニ發露セサル意思ヲ罰スルモノニアラサルヲ以テ若シ正犯ノ罪教唆シタル所ヨリ輕キトキハ唯正犯ノ犯シタル罪ト同一ノ刑ヲ科スルモノトス

斯ノ如ク被教唆者ニシテ指定外ノ所爲ヲ行フタル場合ニハ教唆者ノ責任ハ被教唆者ト同等若クハ輕キコトアリト雖モ若シ其教唆ノ事柄ヨリ自然生シ得ヘキ結果ナルトキハ教唆者モ亦其責ニ任セサルヘカラス是レ法文ニ唯タ犯罪ヲ指定シ云々トノミ掲ケタル所以ナリ例ヘハ毆打ヲ教唆シ其結果遂ニ死ニ致スコトアルモ教唆者ハ毆打致死罪タル責任ヲ免ル、能ハサルナリ

從犯

從犯ノ責任ニ就テモ亦三個ノ主義アリ即左ノ如シ

第二 客觀主義

刑法(刑論之部)

第二 主觀主義

第三 折衷主義

第一 客觀主義 ニヨレハ犯罪ヲ外形ニ露ハレタル外形上ヨリ論スルモノニシテ正犯ト從犯ト各々一個獨立ノ犯罪ト爲シ從犯ハ毫モ正犯ノ所爲ニ關係ナキモノトスルニアリ

第二 主觀主義 ハ客觀主義ニ反シ犯人ノ心中ヨリ之ヲ論究スル者ニシテ從犯ヲ以テ正犯ノ所爲ノ第二ノ原因トナシ正犯及從犯ハ等シク同一ノ所爲ノ原因タルニ外ナラスト云フニアリ

前二主義孰レモ妥當ナルモノニアラス何トナレハ第一客觀主義ニヨルトキハ正犯者カ其犯罪トナルヘキ所爲ヲ實行セサリシトキト雖モ尙從犯ノ罪ヲ問ハサル可ラサルヲ以テ正犯ハ刑事上ノ責任ナキニ從犯者ヲ罰セサルヲ得サルノ不公平アレハナリ

又第二ノ主觀主義ニヨルトキハ正犯者ニ於テ犯罪タル所爲ヲ實行セハ從犯者モ罪アリ實行セザレハ罪ナク從犯ノ罪ノ有無ハ正犯ノ罪ノ有無ニ從フト云フ

ニアリ一見スレハ不可ナキカ如ク思ハルレトモ若シ此主義ニヨルトキハ一旦犯罪成立セシトキハ正犯ト從犯ト區別立タサルヲ以テ共ニ同一ノ刑ヲ科セサルヲ得サルニヨリ正犯ト從犯ト刑ノ權衡ヲ失スルニ至ラン是ニ於テカ折衷主義ナルモノ起ル

第三 折衷主義 ニヨレハ從犯ノ所爲タル全ク正犯ノ所爲ト區別シ主タル犯罪ヲ實行スルノ所爲ニハアラサレトモ正犯ヲ助ルノ意思ヲ以テ正犯ノ所爲ノ原因トラシメタルトキハ之ヲ從犯トナシ其犯罪ノ實際ニ實行セラレシヤ否ニヨリテ其罪ノ有無ヲ定ムト云フニ在リ

我刑法第九條ニ曰ク「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タル者ハ從犯ト爲シ正犯ノ刑ニ一等ヲ減ス但正犯現ニ行フ所ノ罪從犯ノ知ル所ヨリ重キ時ハ止テ其知ル所ノ罪ニ照シ一等ヲ減ス」ト是即折衷主義ニ基キタル者ナリ今之ヲ分析センニ已ニ教唆者ノ場合ニ於テ説明シタル如ク教唆者ノ場合ニ於テハ啻ニ正犯ヲ教唆シタル者ノミナラス教唆者ヲ教唆シタル者モ罰セラルヘシ然ルニ從犯ハ唯正犯

ニ對スル從犯ハミテ罰シ從犯ノ從犯ハ罰セサルモノトス何トナレハ刑法第五百
 條ニハ人ヲ教唆シタル者ハ云々ト記載シ第九條ニハ正犯ヲ幫助シ云々ト記載
 アルヲ以テナリ而シテ從犯ノ從犯ヲ罰セサル所以ハ違警罪ノ教唆者ヲ罰セサル
 ト同一ニシテ正犯トノ關係薄キカ故ナリ

又從犯ノ所爲ハ正犯ノ所爲ニ對シテ少シモ加功スルゴトナキヲ以テ正犯ノ所爲
 中ニハ從犯ノ所爲ノ分子ハ含有セサルモノトス是レ正犯數人間相互ノ關係ト正
 犯ト從犯トノ關係ヲ異ニスル要點ナリ例ヘハ正犯人ヲ殺害セントスルニ際シ或
 ハ之ニ刀劍ヲ與ヘ或ハ銃砲ヲ與ヘ或ハ殺害ノ方法ヲ指示シ其他種々ナル豫備ノ
 所爲ヲナシ之ヲ幫助スルモノアルモ苟モ直接ニ犯罪ニ加功シ正犯ニ助力スルニ
 アラサレハ從犯ノ所爲ハ正犯ノ所爲ニ影響無カルヘシ

又從犯ハ正犯カ犯罪ヲ爲スノ情ヲ知テ之ヲ補助シタル者タルコトヲ要スルモノ
 ナリ故ニ其情ヲ知ラスシテ偶然爲シタル助力ハ刑法上問フヘキモノニアラス
 レトモ正犯ニシテ從犯ノ知ラサル罪ヲ犯シタルトキハ只其知ル所ノ所爲ニ對シ
 テニ刑ヲ科スルノミ

共犯者身
 分上ノ關
 係

又正犯ノ刑ニ照ラシ一等ヲ減ス下ハ正犯ノ所爲ニ相當スル刑罰ト云フ意義ニシ
 テ正犯ノ現ニ受クル所ノ刑罰ト云フ意味ニアラサレハ時トシテ從犯ノ刑却テ正
 犯ノ刑ヨリ重キコトアルヘシ又從犯タランニハ腕力ヲ以テ補助スルノミナラス
 器具ヲ給與シ又ハ犯罪ヲ誘導指示スル等苟モ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ補助シタ
 ルモノハ皆從犯ナリトス

共犯者身分上ノ關係

共犯者ノ身分同一ナラサルトキ之ヲ處分スル方法ニ三說アリ

第一說 ハ共犯者ノ身分ハ他ノ共犯者ニ及フト云フニ在リ今此說ニ從ヘハ親ヲ
 殺スコトヲ教唆シタルトキハタトヒ教唆者ハ全ク縁故ナキ人ト雖モ尙ホ殺親罪
 トナリ再犯者ト共ニ罪ヲ犯シタルトキハ初犯ト雖モ再犯ヲ以テ論スト云フニ在
 リ

第二說 ハ共犯者ノ身分ハ各共犯者ニ伴隨スルモノナレハタトヒ如何ナル身分
 ト雖モ決シテ他ノ共犯者ニ及フヘキモノニアラスト云フニ在リ例ヘハ子ヲ教唆
 シテ其父ヲ殺サシメタルトキハ子タルノ身分アルヲ以テ殺親罪ニ問ハルヘ

キモ其身分ハ教唆者ニ及ハサルヲ以テ教唆者ハ通常ノ殺人罪ニヨリテ罰セラレ
 ノミ又官吏ヲ教唆シテ賄賂ヲ收受セシメタルモノハ擅職罪ナカルヘシ何トナ
 レハ擅職罪ナルモノハ官吏タルノ身分アリテ始メテ犯罪成立スヘキニ官吏タル
 身分ナキモノハ犯罪ノ主体タル能ハサルハナリ
 第三説 ハ共犯者ノ身分カ他ノ共犯者ニ及フモノト否ラサルモノトヲ區別シ若
 シ正犯ノ身分ニヨリ刑ヲ加重減輕スル場合ハ他ノ共犯者ニ及ハスト雖モ正犯ノ
 身分ノ存否ニヨリ罪ノ有無ニ關係アルトキハ他ノ共犯者ニ及フト云フニ在リ例
 ヘハ官吏賄賂收受ノ罪子孫奉養ヲ缺ク罪ノ如キハ子タルノ身分アルカ爲メ犯罪
 成立スルモノニシテ其身分ニヨリテ刑ヲ加重減輕シタルモノニアラザレハ他ノ
 共犯者ニモ及フヘキ者トス之レニ反シテ殺親罪ノ如キハ子タル身分ナキモ通常
 ノ殺人罪ハ成立スヘキモノナレトモ特ニ子タル身分アルヲ以テ刑ヲ加重シタル
 モノナルカ故ニ他ノ共犯者ニ及ハサルモノトス
 我刑法第六六條ニ正犯ノ身分ニヨリ別ニ刑ヲ加重スヘキトキハ三云々ト規定セリ
 其意蓋シ犯罪ノ存否ニ關スル場合ヲ除キタルモノナラン而シテ第六六條ニハ單

五二

ニ身分ニヨリ刑ヲ加重スヘキ場合ノミヲ規定シ其輕減スヘキ場合ヲ規定セザレ
 トモ加重減輕トモニ共犯者ニ及ハサルヤ學理上明ナリ何トナレハ其第一百十條第
 二項ニ「正犯ノ身分ニヨリ刑ヲ減免スヘキトキト雖モ從犯ノ刑ハ其輕キニ從ヒ減
 免スルコトヲ得ス」ト云ヒ正犯ノ身分ハ從犯ニ及ハサルコトヲ明ニシ又第一項ニ
 「モ」身分ニヨリ刑ヲ加重スヘキモノ從犯トナルトキハ其重キニ從テ一等ヲ減ス」ト
 規定シタルハナリ

上來講述スル所ヲ略言セハ犯罪ニハ所爲無カルヘカラサレハ勿論犯罪ノ主体物
 体及ヒ手段ノ三條件ヲ具備シ且ツ犯罪ノ能力アルコトヲ必要トス若シ其條件ニ
 能力ナキトキハ犯罪成立スルコト能ハサルナリ而シテ其物体ニ物理上ノ能力ナ
 キ場合ヲ不能犯ト云ヒ三條件ニ能力アルモ其目的ヲ達スルコト能ハサル場合ヲ
 敵効犯ト云ヒ敵効犯ノ原因意外ノ障礙若クハ舛錯ニ基クモノヲ未遂犯ト稱シ未
 遂已遂ヲ問ハス數人一致シテ共ニ加功シタルモノヲ共犯ト稱シ是等ノ犯罪ヲ幫
 助シタルモノヲ從犯ト云フ

法律制度ハ各國各々固有ノ沿革アリテ其性質形狀ヲ異ニスト雖モ今日文明諸國ノ刑制ニ至リテハ古來固有ノ特制ヲ捨テ殆ント同一ノ制度ニ歸スルモノ、如シテ歐洲諸國古來ノ惡制ヲ去リ監獄ノ改良ヲ企圖スルニ二様アリ一ハ所謂沈黙法ニシテ他ハ離隔法ナリ

千七百七十四年英人ジョン・ハワード氏初メテ獄制改良ニ注目シ英威兩國監獄實況ト題スル書ヲ著ハシ遂ニ英國議院カ其意見ヲ採用ヒシヨリ次テ米人ベンジャミン・フランクリン氏ハ英國獄務改良主義ヲ米國ニ輸入シフヒラデルヒヤ監獄改良協會ナルモノヲ起シ千七百六十六年遂ニ其主義ニ從ヒペンシルバニアノ監獄ヲ設ケ又タ千八百十九年新約克州ニ於テモ同シク改良主義ノ監獄ヲオーボーンニ設ケタリ是レ後世監獄制度改良ノ模範タリベルネル氏評シテ英米兩國ノ制度ハ全歐洲制度ニ對シテ一大改革ノ波動ヲ與ヘタリト云ヘリ適評ト謂フヘシ
英米改良ノ嚆ニ倣ヒ獄制ノ改良ニ注目セシモノハ佛人フリッソー及ヒリアンクル等ニシテ千八百十九年遂ニ佛國監獄改良協會ヲ起シタリ其後千八百四十六年遂ニ萬國監獄會議ヲフランクフォートニ開キ千八百七十八年第五回ノ會議ヲラストン

クフオルトニ開キ第六回ハ魯京ニ開キ就中千八百七十二年倫敦會議ノ如キハ二十餘國ノ政府各々官命ヲ以テ委員ヲ派出シ刑制ニ關スル要旨ヲ討議セシメタリ英米ノ改良制度ノ一タヒ全歐ニ傳播セシヨリ歐洲ノ學士等大ニ其刑制ノ學理ニ注目シ從テ學術上ノ著書モ世ニ出タリ今最モ學者ノ採用スル學說ニヨリ最モ良刑ノ性質ナルモノヲ舉クレハ

- 第一、 刑罰ハ正理ニ違フコトアル可ラス
 - 第二、 刑罰ハ感覺ニ觸ルヘキ痛苦ヲラサル可ラス
 - 第三、 刑罰ハ成ルヘク各人平等ヲラサル可ラス
 - 第四、 刑罰ハ罪惡ノ大小ニ從ヒ輕重アルヘキモノナルヲ要ス
 - 第五、 刑罰ハ成ルヘク分割シ得ヘキモノタルヲ要ス
 - 第六、 刑罰ハ成ルヘク犯者ノ一身ニ止ルモノタルヲ要ス
 - 第七、 刑罰ハ成ルヘク其執行ヲ中止シ得ヘキモノタルヲ要ス
- 右ノ七條件ヲ以テ其刑ノ性質トスレトモ恐クハ此性質ヲ盡ク具備スルモノアラザルヘキ殊ニ第三ノ刑罰ハ各人平等ニ科セザル可ラズト云フカ如キハ實際企及

段 刑罰ノ手

シ得ヘキ業ニ於テモ此等ノ條件ハ望ムヘクシテ到底行フ能ハザル學理上ノ議論ナレシ...

刑罰ノ手段

刑罰バ犯者ノ意思ニ反對シテ執行スル強制ナレトモ犯人ノ心裏ニ存スル意思ハ直ニ之ヲ強制スル能ハサルヲ以テ其外形ニ發顯セルモノニ對シテ施スヨリ外ナカルヘシ而シテ此強制ヲ施スヘキ物体ハ...

第一、意思ノ本源タルヘキ生命

第二、外形ニ意思ヲ表彰スルニ必要ナルモノ即身体

第三、犯人ノ一身外ニアルモノ即財産及ヒ名譽

更ラニ是等ノ刑罰ヲ適用スヘキ物体ニ付テ區別スルトキハ

第一、生命刑

第二、身体刑

第三、自由刑

第四、財産刑

第五、名譽刑

トナル之ヲ稱シテ五刑ト云フ蓋シ刑罰ノ主眼タル物体ハ自由及財産ノ兩者ナルヲ以テ自由刑財産刑ヲ以テ最モ適當ナル刑トス

刑名ノ多數ニシテ其性質上充分ノ區別ナキハ徒ラニ刑罰執行ノ費用ヲ増シ刑罰ノ目的ヲ達スル良法ニアラサルコトハ學理ノ許ス所ニシテ又々實際ノ經驗ニ基キタル万国監獄會議ノ議決スル所ナレトモ我刑法ハ實ニ懲クヘキ數多ノ刑名ヲ設ケタリ其第七條乃至第十條ニ於テ合計二十ノ刑名ヲ置キ之ヲ主刑附加刑ニ大別シ又主刑ヲ以テ重罪輕罪違警罪ノ三種ニ配當ス

主刑トハ獨立シテ適用シ得ヘキ刑ヲ云ヒ附加刑トハ主刑ニ附從スルモノニシテ主刑ト共ニ之ヲ科スヘキモノヲ云フ但シ主刑ハ宣告シテ之ヲ科シ附加刑ハ法律ニ於テ宣告スルモノト宣告セサルモノトアリ(第六條)

○主刑ニ規定レタル刑名左ノ如シ

重罪

- 一、死刑
 - 二、無期徒刑
 - 三、有期徒刑
 - 四、無期徒刑
 - 五、有期徒刑
 - 六、重懲役
 - 七、輕懲役
 - 八、重禁獄
 - 九、輕禁獄
- 是レナリ而シテ四、五、八、九ハ共ニ國事犯ニ科スヘキモノナリ
- 輕罪
- 一、重禁錮
 - 二、輕禁錮
 - 三、罰金

- 違警罪
- 一、拘留
- 二、科料

○附加刑

- 一、剝奪公權
- 二、停止公權
- 三、禁治產
- 四、監視
- 五、罰金
- 六、沒收

尙ホ此他幼者及瘋癲者ノ犯シタル罪科ニ就テハ別ニ制裁ヲ加フルコトナシ尤モ懲治場ニ留置スルノ制アルモ是レ固ヨリ刑罰ニアラスシテ司法行政ノ處分ナシハ刑名中ニ入ルヘキニアラス

死刑ノ性質

刑法(汎論之部)

死刑ハ廢止スヘキカ果タ存スヘキカニ就テハ古昔ヨリ學者ノ議論紛々トシテ何レカ是何レカ非ナル容易ニ其黑白ヲ別チ能ハサルモノ、如シ此存廢論ニ就テハ余モ亦意見ナキニシモアラサレトモ一朝一夕ノ能ク盡スヘキニアラサレハ遺憾ナカラ後ノ機會ニ讓リ茲ニハ簡單ニ其性質ヲ一言シテ止ムヘシ

サテ死刑ノ性質ヲ學理上ヨリ觀察スレハ前已ニ述ヘタルカ如キ良刑ノ性質ノ過半ハ無キモノ、如シ就中刑罰ノ目的ハ犯人ヲ改良スルニ在リトスル主義ニ於テハ最モ許容ス可ラサル刑罰ト謂ハサルヲ得ス加之死刑ハ多ク野蠻ノ臭氣ノ未タ全ク脱却セサル諸國ニ行ハル、ヲ見レハ存廢ノ可否敢テ判斷シ難キニアラス殊ニ國事犯ヲ死刑ニ處スルカ如キハ我刑法ノ外他ノ文明國ニ見ル能ハサル特例ナリ然リト雖モ未タ國ニ死刑ノ存スル以上ハ之ニ對シテ何トカ説ヲ作りテ解釋ヲ下サ、ルヲ得ス死刑廢止ヲ主張スル論説ハ極メテ夥多ナルニ關セス死刑ヲ存セサルヘカラストスル論理ハ唯刑罰ノ目的ハ犯罪ヲ豫防シ良民ヲ威嚇スル精神ニ出ルモノト一黜ニ歸スヘシ何トナレハ一タヒ其生命ヲ絶ツ以上ハ其犯人ノ心神ヲ改良スルコト能ハサレハナリ是ニ依テ之レヲ觀レハ死刑ヲ存スル理由トス

死刑ノ執行

死刑ノ執行

ル所ハ即チ犯人ヲ以テ一ノ器械ト爲シタルモノニシテ人生平等ノ原理ニ背反スルモノ、如シ併シナセテ人生平等ノ原理ハ各人相互ノ間ニハ行ハルヘキモ國家ト一私人トノ間ニ行ハルヘキモノニアラス是レ死刑ノ尙ホ今日ニ存スル所以ナリ

古昔ニ於テハ死刑ニ數種アリテ各其執行ノ方法ヲ異ニセリ我刑法ハ第十二條ニ於テ死刑ハ絞首ス「ト定メ敢テ他ノ方法ヲ用非ルコトナシ又國ニヨリテハ公ニ之レヲ執行シ衆庶ノ縱覽ヲ許ス處ナキニアラサレトモ我現行刑法ハ第十二條ニ但シ規則ニ定ムル所ノ官吏臨檢シ獄内ニ於テ之ヲ行フ「ト規定シタルニ據テ見レハ衆庶ノ縱覽ヲ許サ、ルヤ明ナリ蓋シ其主意トスル所ハ殘忍ノ風習ヲ避クルニ於テランカ又或國ニ於テハ死刑ハ獄内ニ於テ密行スルモ其刑ヲ執行スルニ當リ鐘鼓ヲ鳴ラシテ之ヲ一般人民ニ報告スル處モアリ此點ニ付テハ學者ノ議論區々ニシテ隨分喧カマシケレトモ茲ニ之ヲ論スルノ必要モ時間モナケレハ敢テ之カ論辯ヲ爲サハルヘシ

死刑ノ裁判確定スルトキハ原裁判所ノ檢事ヨリ之ヲ司法大臣ニ具申シ司法大臣ハ特典ヲ與フルニ足ルヘキ理由アリト認ムレハ之ヲ上奏シテ裁可ヲ乞ヒ其理由ヲキモノト認ムルトキハ直ニ死刑ヲ執行スヘキコトヲ命令ス苟モ此命令アルコトアラサレハ我刑法ニ於テハ死刑ヲ執行スルコトヲ得スト定メタリ蓋シ司法大臣ノ命令ヲ乞フ所爲ノモノハ死刑ハ一度之ヲ行フ以上ハ復タ救フヘカラサル刑罰ナレハ之ヲ鄭重ニナシタルモノナランヨシ又此命令アルモ大祀令節國祭日ニハ死刑ノ執行ヲ禁セリ(第十四條)

尙ホ一ノ注意セサルヘカラサルコトハ我刑法第十五條ニ(死刑ノ宣告ヲ受ケタル婦女懐胎ナル時ハ其執行ヲ停止シ分娩後一百日ヲ經ルニアラサレハ刑ヲ行ハス)トアリコレ如何ナル理由ニヨリテ然ルカ只タ正文ノミニテハ充分ナル理由ヲ發見スルニ苦マサルヲ得ス學者ノ說ニヨレハ刑ハ一身ニ止マルトノ主意ヨリ出テタルモノナリト云ヘリ蓋シ此理由ハ佛國刑法ニ適用シ得ヘキモ之ヲ採テ直チニ我刑法ニ適用スルヲ得サルヘシ何トナレハ本條果シテ刑ハ一身ニ止マルトノ趣意ナラシメハ分娩後直チニ執行シテ可ナルヘシ然ルニ尙ホ一ノ日ノ猶豫ヲ爲ス

所以ノモノハ何ソヤ又或論者ハ婦女ノ兒子ヲ産出スルカ爲ニ血氣ノ不整ヲ來シ普通健康ノ者ト同一視スル能ハス故ニ百日ノ猶豫ヲ與ヘテ健康ニ復セシムルニ在リト果シテ此說ノ如クナラシメシカ尋常ノ身体ニ復スル後直チニ執行シテ可ナリ何ソ更ラニ百日ト云フ長キ日子ヲ俟ツヲ要セン況シテ百日經過スルモ通常ノ健康ニ復セサルトキハ如何セン愚モ亦甚クシ又或學者ノ如キハ赤子ハ大概百日間乳養セハ見事生長シ得ルモノナルヲ以テ分娩後百日間乳養セシメントノ慈愛心ニ出テタルモノナリト論スル者アレトモ之ヲ以テ其理山トナスニ於テハ生子若シ百日ヲ經過セサル内ニ死去スラハ其百日ヲ俟タス直ニ刑ヲ執行シテ可ナルヘシ是亦正當ノ解釋トハ云フヲ得サルナリ故ニ余ハ曰ク我國ハ幾分カ支那國ノ遺傳ヲ享ケ母子共ニ憫ムトノ精神ニ出テタル外ナラスト

終リニ及ンテ一言以テ諸君ノ注意ヲ惹起スヘキコトハ我刑法第十二條ニ單ニ死刑ハ絞首スト規定シアルハ是唯死刑執行ノ方法ヲ示シタル迄ノコトニシテ決シテ死刑ノ性質如何ヲ示シタルモノニ非ス然ルニ世ノ學者間々絞首トアルヲ死刑ナリト誤解スル者アリ之レ宜シク諸君ニ於テモ注意セサル可ラサル要點ナリ

抑モ死刑トハ犯者ノ生命ヲ絶ツノ謂ヲ曰フモノニシテ其第十二條ニ絞首ストアルハ其生命ヲ絶ツニ如何ナル方法ヲ以テスルヤト云フコトヲ示シタルニ過キサルヲ以テ一度犯者ヲ絞臺ニ上ホセ其備ヘアル所ノ器械ヲ以テ之ヲ縊ルモ未ダ死ニ至ラサルトキハ再三再四之ヲ絞首シ其生命ヲ絶チテ後チ止ムヘキナリ又死刑ハ只人ノ生命ヲ絶ツヲ以テ目的ト爲スニアレハ犯者ノ遺骸ニ關係ナカルヘシ去レハニヤ我刑法第十三條ニ死刑ノ遺骸ハ親族故舊請フ者アレハ之ヲ下付ス但シ式ヲ用ヒテ葬ムルコトヲ許サストアリ是レ即犯罪人ノ遺體ニハ敢テ關係ナキコトヲ示スモノナリ然レトモ其下附スヘキモノヲ親族故舊ノミニ限リタル理由如何ハ唯法文ヲ一讀シタルノミニテハ知リ難シト雖モ其下附スト記載シアルヲ以テ考フレハ親族故舊ノ他ニ之ヲ下附スルコトヲ禁シタルモノニハアラサルナラシ又式ヲ用ヒテ葬ムルコトヲ許サスト云フ理由ニ至リテハ愈々余ノ解スル能ハサル所ノモノナリ恐ラクハ是レ國事犯者ノ如キモノヲ埋葬スルニ方リ棺槨ヲ美ニシ旗旒ヲ綴ヘシ整々堂々行列ヲ裝ヒテ之ヲ葬ムルニ於テハ爲メニ人心ヲ動搖セシメ治安ヲ妨害センコトヲ憂ヒ政略上之ヲ禁レタルモノナランカ然レトモ此

ノ如キ些細ノ事ハ警察規則ニ規定スレハ充分ニシテ更ラニ此刑法ニ之ヲ掲クル必要アラサルヘシ
ヨシ又假令此禁ヲ犯シ式ヲ用ヒテ葬ムルモノアルモ別ニ刑法上ノ制裁ナカルヘク唯行政官吏ノ制止ニ止マルヘシ

身体刑

身体刑トハ直接ニ人ノ身体ニ苦痛ヲ與フル所ノ刑罰ヲ謂フモノニシテ管杖火刑等ノ如キモノ是レナリ固ト是等ノ刑罰ハ古代大ニ行ハレタリシモ今日ノ文明社會ノ法律ニ於テハ此刑ハ殆ント廢止セララル、ニ至レリ尤モ英國ノ刑法ニハ尙ホ管刑ノ名稱存在スト雖モコハ之レ唯名義上存スルノミニシテ實際ニ行フコトハ絶テコレアラサルナリ然ルニ學者中往々身体刑ト死刑自由刑トヲ混合シテ論スルモノナキコシモアラス必竟是等ノ論者ハ未ダ死刑ノ如何ナルモノナルヤヲ熟知セサルヨリ遂ニ死刑モ懲役モ禁獄モ皆同シク身体ニ及フ刑ナリト誤解スルニ至リシナラン元來死刑ナルモノハ單ニ生命ヲ奪フノ目的ニ出ツルモノニシテ決シテ身体ニ苦痛ヲ與ヘ又身体ヲ傷害スル目的ヲ有スルモノニアラサレハ死刑執