

講法會編纂

勝本
博士
刑法
講話

東京

巖松堂書店發兌

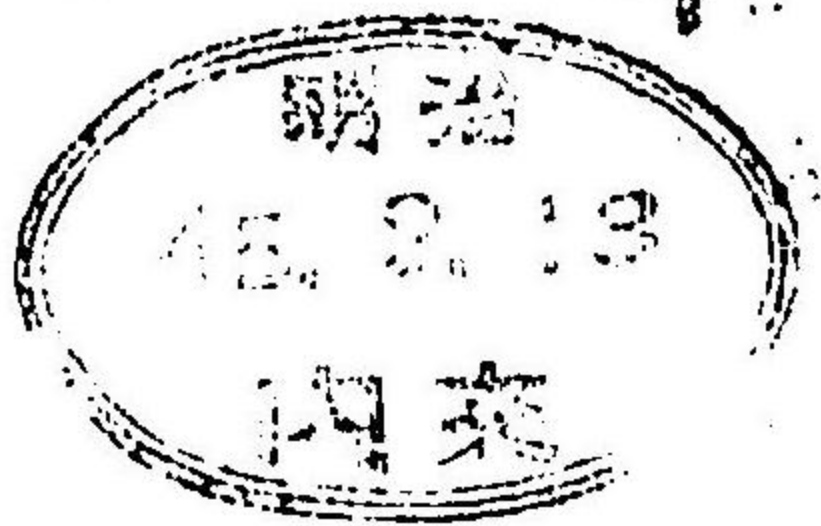
ト工62-30

336-817

例言

本書は雑誌法學針誌に連載せられたる勝本博士の改正刑法講話を合本したるものなり

本講話は明治四十一年の春に始まりて明治四十四年十二月に終りたるものなり故に其前半の小部分に就ては時恰も現行刑法の確定公布後にして而も其實施以前に係り爲めに書中の言辭或は舊刑法を指して現行刑法と呼び或は現行刑法を指して改正刑法と呼びたるが如きもの無きに非ず讀者豫め之を諒知し其辭に由て其意を誤らざらんことを望む



編纂者識す

目次

緒論	1
本論	25
第一編 刑事法令ノ適用	25
第一章 法律ノ正條	25
第二章 時ニ關スル刑罰法ノ適用	27
第三章 人所及ヒ物ニ關スル刑罰法ノ適用	37
第二編 犯罪論	61
第一章 法人ハ犯人ノ主體タルコトヲ得ルヤ	61
第二章 心神喪失者ノ行爲ハ之ヲ罰セス	76
第三章 行爲ノ不法タルコトヲ阻却スル場合	89
第一項 法令又ハ正當ノ業務ニ依ル行爲	89
第二項 正當防衛	97
第三項 緊急狀態	101
第四項 行爲ノ不法ヲ阻却スル其他ノ場合	118
第四章 併合罪	124
第一項 同一犯人カ二個以上ノ獨立シタル罪ヲ犯シタルコトヲ要ス	126
第二項 所謂二個以上ノ犯罪ハ確定判決ヲ受クル前ニ犯サレタルモノナルコトヲ要ス	132
餘論	145
第五章 共犯	162
第一節 共犯ノ意義	163
第二節 各共犯ノ種類	177
第一項 正犯	179
第二項 教唆犯	185
第三項 從犯	193
第三節 共犯ノ處分	196
第六章 累犯	201

第一節 累犯關係ヲ認ムヘキ條件	二〇三
第二節 累犯ノ處分	二〇七
第三編 刑罰論	二一〇
第一章 一般刑罰制度ニ關スル原則	二一〇
第二章 沒收	二一四
第三章 刑罰ノ加減順序	二一七
第四章 執行猶豫	二一九
第五章 刑罰ノ消滅	二二七

改正刑法講話

法學博士 勝本勘三郎先生講話

伊東定吉 速記

緒言

佐藤學士並に三浦君より新刑法の大體を説明して呉れとの御依頼がありましたによつて、法學針誌の讀者に改正刑法の趣旨の存するところ、殊に現行刑法と著しく違つて居る點に就て其大要を御話することを承諾致しました。聞く所に依れば法學針誌の讀者は多數あるに拘らず初歩の人も澤山あるやうに伺つて居るからして、多少特別の専門の智識を持たねば解らぬやうな所は成るべく避けて極肝要な點だけを平易に話をすることに止めやうと考へる。従つて此講義に於ては深遠なる理論若くは學理と云ふやうなことは述べない覺悟であるからして豫め之を含み置かるゝことを讀者に希望致します。尙ほ次に一言注意すべきは始めより終りに至る迄「システム」を立て、學理的に分類して悉く説明すること、説明するのが講義の普通であるが、舊刑法と同じやうな點は最早別に説明する必要がない、即

も舊刑法の註釋書若くは講義した書物等が澤山あるから、其點は既に讀者が知られたものとして之を省き最も著しく變つたと思ふ點のみに付て飛びくゝに説明して行く考へである。

先づ講義に入る前に冒頭として刑法の改正を促したる原因とも見るべき極めて重大なる事項に付て一言説明して置かうと考へる。現行刑法は人の知る如く明治十五年一月一日より施行せられたが此は彼の佛人ポアンナード氏の手依て起草せられたものであつて、其全篇一言にて之を掩へば殆んど佛蘭西刑法の模寫に外ならぬのである。現行刑法前の刑律例へば新律綱領、改定律令等に比すれば其進歩せること霄壤も管ならずと雖も、現行刑法施行以來犯罪數は依然として減少せざるのみならず却て増加するの傾あり刑政の目的を達して居るや否やは甚だ疑はしいのである。ソコで既に明治二十六七年の頃より司法部内に於ては之れが改正の企ありて現に三十八年に至つては殆んど改正刑法の基礎とも見るべき草案が出来たのである。其の後當局者は此改正草案に屢々修正を試み、若は又時の議會に提出して只管其通過に努力せしも、種々な故障に妨げられて遂に目的を達し得なかつたのである。昨年四五月頃よりして更に法律取調委員なるもの選定せら

れ該委員の手に於て舊草案を土臺として、審議を盡された結果、昨年十二月末に至りて漸く脱稿を告げて、本年に入り上下兩院を無事に通過し遂に公布せらるゝに至つた譯である。所で現行刑法が今日の社會の事情に適せず、即ち刑政の目的を達せぬと云ふ事は實に犯罪統計の上から見ても極めて明かであつて、此改正の必要なることは管に日本のみならず、我刑法の母法たる佛蘭西刑法に於ても夙に其必要を認められて居る。所で茲に最注意すべき點は近來に至つて現行刑法の立法の基礎となる學理と著しく異りたる否寧ろ正反對とも云ふべき學說が漸く勃興して勢力を得るに至り同時に諸國の刑法の改正を促すことになつたことである。抑も刑律と云ふものは何れの國に於ても極めて古いもので社會あれば茲に刑法あると云ふことを認むる程に古い法律で、民法商法の如き近來漸く備つたものとは全く其撰を異にする譯である。されば其研究に於ても民法商法よりも古るからうとは何人も一應想像する所であるが、事實は全く之れに反して民法商法の研究に後れ頗る輓近の研究に係るものである。即ち始めて研究せられたのは一千七百六十四年と見て宜いので伊太利國ミランのベツカリヤと云ふ哲學並に經濟學を研究する學者が當年僅か二十六歳の弱齡を以て「犯罪及刑罰」と題する書物を著

し法學の方面より刑法の學理を論述したのである。其大體を曰へば當時の有様は丁度我邦に於ける徳川時代と同じことで在つて、詰り別に刑法に對する學理とか學說杯と言ふことを考へるものでなく當時の主權者の任意で思ひの儘に法律は作られたものであつて、要するに主權者の都合の宜いやうに出來た極めて慘酷なる不都合千萬な法律であつたのである。ベツカリヤは甚だ之れを見て不當なりと遂に自己の意見を公けにすることになつたのであるが、此「犯罪及刑罰」と云ふ書物は極めて有名なる書物なるに拘らず、誠にチサイ書物であつて漸く半紙四ツ割位の紙數も僅々百二三十頁と云ふ實に簡單なものであるが、其當時に於ては其説が嶄新で極めて道理に適し且其文章頗る流麗であつたが爲め、伊太利に於ても暫時の間に三十三版を重ねる始末で、又他國に於ても皆夫々其國の詞に翻譯されたのである。此書物は今言ふ通り丁度伊太利の徳川時代とも云ふべき頃に發行されたものである。今若し我徳川時代に斯る學理に適つた書物が發行されたと假定すれば其當時の裁判官は必ず之に反抗の態度を取つたに相違あるまい。伊太利に於ても左様であつた。先輩古老の輩はベツカリヤに對して皆反抗の態度を取り甚だしきは其の書物を以て國家の秩序を紊亂すと謂ふた位だ。元來ベツカリヤ自身は

此書物を公けにする積りではなかつたのであるが、友人に勤められて止むなく出版した譯である。故に其當時の一般の刑法には非常に反した考であつたことは明白である。夫で此書物の内容は何うであるかと云ふと詰り其當時は人の知る如く佛蘭西革命の時代にして、自由主義は熾に鼓吹せられルソーの民約論などが大に持て囃されたのである。ベツカリヤも亦ルソーの民約論崇拜家で在つたから即ち其學說の基本が自由とか公平とか謂ふ上に存したのである。又其當時の哲學は一般の唯心派精神派の哲學であつて詰り人は萬物の靈長である、身體と精神とは別物であると云ふやうな考へは其時分旺んに行れた。矢張りベツカリヤも其亞流を汲んで此學說を鼓吹した。又其當時は我徳川時代の如く刑罰は非常に慘酷で拷問杯が行はれたのであるから、個人の利益と云ふとも幾らか顧みなければならぬ。何うしても人道に適つた刑法を見たいと云ふ希望よりして人道といふことを熾に主張したのである。要約して言ふとベツカリヤは正義とか公平とか自由とか人道とか云ふやふなものゝ上に其學說を押樹てたので、ソコで右に云ふ如く一部古老の先輩のものには大に排斥せられた次第である。併し一般の人からは寧ろ非常に歡迎せられ、遂に當時の即ち法律家、刑法を學ぶものよりして其學說を尊奉せ

らるゝことになつた結果、革命の際佛蘭西刑法を制定するに當り同氏の學說を根據とすることになつた。即ち佛蘭西刑法の土臺となつたものは矢張り此ベツカリヤの書いた所の「犯罪及刑罰論」である。我が刑法は即ち其佛蘭西刑法に眞似て出来たのであるから、矢張り此ベツカリヤの正義、人道、公平と云ふことの楯に據つて出来て居る法律である。夫で此法律の採つた主義を更に要約して話をすると先づ以て正義、人道、公平と云ふ點から話さねばならぬ。即ち精神派の哲學の根據又公平とか云ふ考へから社會の人萬人悉く皆な似寄つたものであつて、一定の年齢例へば十五とか十六とか云ふ年齢に達すれば良心良能と云ふものを備へて是非善惡を判斷し、善を選び惡を避けると云ふ自由をもつものである。そこで此自由を持つて居るに拘らず敢て善を避け惡を選んでするので有から、其責任は所謂汝に出づる者は汝に歸するであつて當然負ふべきものである。犯罪を罰するの根據は自由意思に存すると云ふことになるのである。斯の如く犯人總て平等であるとしたのであるからして、人に依つて處分を異にすると云ふことはないのである。人が平等なれば犯罪も同じものであつて、若し刑を異にすべきものあらば其は犯罪其ものゝ異なる時に限るのである。要するに刑法法典と云ふものは何う云ふ風に作るかと云

ふと犯罪の目を掲げてサウして同一の罪を犯したのものには一樣の刑を課する例へば人を殺したのものには死刑に處する、物を窃んだものは懲役に處するとか云ふが如く一定の刑を定めたことになるので、苟くも人を殺したものであるなら何人が殺しても同じ刑、物を窃んだなれば何人が盗んでも同じ刑を課し、只其犯罪行為が違つて居るならば犯人が同一でも刑は夫々違つて來ると云ふやうな譯になるのである。故に刑罰法の規定は殆ど字引の如きもので、何盡あるものは何と云ふ意味の字かと其盡に當る所を引き出せば直に出で來ると同様、に何と云ふ罪に對する刑罰は如何なるものであるかは人に依つて考へる必要はない、直ちに法典を繙いて見れば其處に明かに書いてある、如何なる罪を如何なる刑に處すべきものであるかと云ふことが始めよりキチンと判つて居る、夫れだからして大體に於て如何なる犯罪に對し如何なる刑を盛るかの標準は人は變つても變らないのである。其標準に従ひ課すべき刑罰は定まり其刑罰を執行するが故に、刑を執行し終つたなれば之を受けた犯罪人は縱令改心をしなくても出獄を命ずる、又改心して明に入獄の必要ないものでも犯罪あらば一定の刑罰を課して其儘牢に入れて置くと云ふことになる、元より多少取除けの規定がないではない、例へば再犯の爲に刑を

加重するとか、或は刑罰の執行を受け或る一定の期間を過ぐれば假りに出獄をさせるると云ふやうな多少の取除けはありますが、先づ大體の趣旨に於て、犯罪の區別に依つて權衡を保たせて、重き罪に該るべきものには重き刑を科し、輕るき罪に當てべきものには輕き刑を科する、而して尙ほ其上に昔の刑法は全體に苛酷であつた。ソコでベツカリヤは之に對して其刑罰の苛酷に過ぎることを喧ましく述べ大に世人の同情を得たものである。故に佛蘭西刑法制定以後に作られた諸國の刑法は昔の如く嚴に失しては惡るいと云ふ意味から作られたものであるから、却つて寛に流れ過ぎたと云ふ弊がある。夫で曩きにも云ふ通り我現行刑法施行以來舊刑法とは餘程進歩した刑法を施行して居るので大いに刑政の目的を達する積りであつた。ところが豫想は之に反してチヨットも刑政の目的は達せぬ、犯罪は減らずして寧ろ段々増加する傾がある。此事は當に日本のみならず、諸外國に於ても此通りであるから、諸外國は如何にしたなれば此事の改善が出来るものであるかと云ふことの研究に苦心をして居つた所が茲に又同じく伊太利のロンブローと云ふ學者が、現在伊太利のトリノーと云ふ所の醫科大學の教授で法醫及精神病の講座を受持つて居らるゝのであるが、此人が詰り犯罪人は一面は氣違として見るこ

とが出来ると考へたのである。是は同氏が法醫學上始終犯罪及犯罪人と云ふものに接近する機會が多かつた爲め深く研究した結果であります。

元來醫學は生物學の一派であるから、醫學者たるロンブロー氏は彼の生物學のオースリチー(泰斗)たるダルウキン氏の進化論に其流を汲み、其影響を受けたる物質論者たることは別に怪むに足らないのである。即ち誰も知る如くダルウキンの進化論は吾人は猿から進化して來たものであると説くので、又物質派の學說に於ては肉體と精神とは各別に存在せず、肉體から精神が湧き出るので、一言にて之を掩へば精神は肉體の影響に過ぎないのである。身體と云ふ物質の原則があつて其上に精神が現れるのであるから、精神と肉體とが別に違ふのではない、肉體が原因で之に精神が現はるゝと説明するである。サウ云ふことをダルウキンの學說に於ては主張する。ロンブローも此說に服する人であり、即ち同氏はダルウキンの學說を抱持し、犯罪人は是迄の一向人と云ふことに注意せずして詰り罪を犯すと云ふことは精神に曲つたところがあるから之に懲戒を加へたなれば癒る譯である、と云ふことで、肉體には全く注意して居らなかつたのであるが、之が大に間違ひであると考へ、犯罪は別に精神が原因となるにあらずして全く肉體が原因で

ある、依つて肉體を調査すれば其犯罪の原因が判かると云ふことから、犯罪人の人相骨相と云ふやうなことに注意して居つたのである。其當時偶然にも伊太利に大悪人が在つて之がロンブローの研究の基になつた。此大悪人は強盜殺人強姦と云うやうに澤山な刑を犯したもので、遂に刑場の露と消えたのをロンブローが解剖して研究したところが普通の人でない所の頭骸骨を持つて居た、即ち人の持つて居らぬ特徴を備へて居つた爲めに犯罪人は普通人に比すると何處か違つて居ると云ふ特徴を見出した。茲に於てか段々歩を進めて犯罪人は別の人相體格を備へて居るから斯う云ふものに向つて何等の區別もなく一樣に刑を科すのは間違である。恰も片目や跛は幾等治療しても癒らぬと同じで、犯罪人は如何に懲戒苦痛を加へても最早天然自然の斯う云ふ不具の人間であるから到底癒すことは出来ぬ。従來刑法は之を知らぬ爲めに何遍か同じことを繰返し而かも犯罪人が殖へてならぬと言ふて居つたので、畢竟する所病氣の本源を知らずして濫りに投薬して居つた爲に斯る無駄な手續を繰返し居つたものであると考へ、之よりして此ロンブローは段々歩を進めて研究して見ると、案の如く、自分の思ふ如く殺人罪には殺人罪の特徴があり、強盜は強盜、姦盜には姦盜、姦通罪には姦通罪の特徴がある。

と云ふことを發見した。茲に於てか澤山な實驗と澤山な古來よりの參考材料に依つて(參考材料は昔の書物とか今日の人類學者の研究とか云ふやうなものなり)夫で千八百七十六年に「犯罪人」と云ふ書物を著した。新を喜び奇に走るのは即ち普通の人情で、是迄はサウ云ふことは些つとも思つて居らぬのに初めてロンブローの「犯罪人」と云ふ書物が著れて犯罪人は何人でも直ちに罪を犯すと云ふ如きことはない、普通の人と違つて居る、夫々犯罪人は別の人種であつて、マア言はゞ一種の性であると云ふやうなことを言ふたので、何う云ふ人相のものは何う云ふ犯罪を犯すと云ふが如く、稍針小棒大に主張したのである。勿論ロンブローは法螺を吹く積りでもなかつたらうが所謂其發見を幾分か誇大に述べ、世間の人は翁然として一時は此説に傾いたのである。其後具眼の士が慎重の態度を以て調べた爲めに、後に云ふ如く其重なる主張は多少消されて來たのである。兎も角ロンブローの主張は天地の原則と因果の原則の二つから組立てられたのである、即ち因果の原則より言へば、人の意思は自由のものであると昔の學説では云ふて居るが、意思は決して自由でない不自由である。天地萬物は皆因果の原則に據り、拘束せられて居るのである。世人は己れの意味は、自己の自由になるものと考へ、吾人の行爲は

皆此自由の意思より湧き出たものであるから、其責任は汝に出て汝に歸るといふ様に思ふて居る。併し夫は皮想の見解である。例へば暑い爲めに涼みに行かうとか或は寒い爲めに着物を着やうとか云ふ様に、寒いとか暑いとか云ふことが行爲の原因となることがある。行かう着やうといふ此意思は元々暑い寒いといふことから餘議なくせられて起つたもので、謂はば自由から起る所の不自由である。斯様に吾人の意思は因果の原則に支配せられて居るものである。即ち己れの自由意思は人の信するが如き自由自在のものでなくして、反對に不自由である。夫故に犯罪人の意思と云ふものは何處から始つたかと云ふことを見るに先づ手近い所から見れば、其人の肉體から起つて居る。其肉體は祖先の遺傳を受けて居る。又其人の棲息して居る社會の状況に依つて違つて居る。日本のやうな島國では餘り大きいことは考へぬやうなもので、或は上流社會に生れて居る人は始終上等のことを學び、下流社會は始終博奕や泥棒とか云ふやうな悪しきことのみ覺へる。即ち世の風化を蒙るものである。其他祖先の氣性を受繼ぐことがある。風雨とか氣候とか、土地の模様とか云ふやうなものに影響を蒙むることがある。要するに吾人の意思の發生をせしむる原因は、第一に吾人に存し、第二は社會に存し、第三は祖先の氣性に存する

ものであるから、犯罪の撲滅を謀らんとするには、此三つの原因に遡りて研究するにあらざれば其効果を奏することは六づかしい。昔の釋迦、孔子の教では性善説即ち人の性は善なりと云ふ。成る程現在の吾々社會から言へば性善と云ふことに言へるやうにも考へられる。併乍ら夫は今日の如き文明の社會に於て始めて考へ付くのであつて、孔子の時代に於ては今日のやうに智識が進んで居らぬから、人の性は善なるかの如くに考へたのは間違である。廣く世界全般に通じて云へば優等な開明の人種と云ふものは餘り多くない。即ち西洋諸國及び東洋の日本支那朝鮮とか云ふ開明國を除くの外は野蠻國で、亞弗利加の内地の如き、南洋の如き、實に朦昧野蠻の人種である。斯かる朦昧野蠻の人種に至ては人であるか、動物であるか區別がつかない。形こそ人であるが生活の状態等より見たれば人とは見られぬ。昔の人は猿の進化で、現に未だ猿の尾を残して居る人間すら居るのである。是等の人間になつて見れば殆んど獸と違はない。斯の如きものを見れば到底性善説を主張する譯に行かない。性善派は即ちサウ云ふ譯で智識が限局されて居つたのである。文明の人許り見て居つた爲めに詰り本統の理屈に反した一般に通せざる理論を唱へたのである。これは日本國の狭い人種に就て考へて見ても直に分かる。成る程日本

人種は大體を通じて云へば殆んど同じ様な性質を備へて居つて別に著しく違ふやうなことはないが、中には氣違ひがあると同じく、多くの人間の中には著しく吾々と異つたものがあることは又争ふ可らざる事實であるからである。此點に付ては遺傳と云ふことを考へる必要がある。夫の病氣の遺傳の如く犯罪性も父から子に傳はり、子から孫に傳はるやうに遺傳して來ることもある。場合に依ては二三段飛んで、即ち桂馬飛びに遺傳することがある。桂馬飛に飛んで行くのは古るい祖先の遺傳と云ふことも言へるのである。所で此犯罪人なるものは考へて見ると其性質が全く猛獸毒蛇と同じ様なものである。されば其祖先が野蠻人種であつた頃の性質を遺傳して居るのであると云へるのである。元來吾人の今日ある所以は初めから斯の如く開化してある譯ではなく、長い歳月を経幾萬年の歳月を重ねて茲に至つたので、吾人は文明社會の人間の如く考へて居るが昔は野蠻人種であつたと云ふことは矢張り今日の行爲の上に自ら現れて來る。即ち吾人が一旦法律の埒を取つた場合の行爲、例へば日露戰爭の如き、日清戰爭と云ひ、亞米利加の排日問題の如き、或は佛蘭西がモロッコを攻むるが如き行爲は、全く猛獸毒蛇と同じ行爲で、若し各國の法律以上に法律があつたならば、悉く處罰を受けなければならぬ。本來云

へば殺人者、くは強盜の行爲と同じことである。要するに法律を去れば吾々は直ちに野蠻性を現はすものである。故にロンブローソは斯る野蠻性は詰り先祖の遺傳で祖先から譲り受けるのである。彼の犯罪人は吾人と異つて祖先の狀態に進化して居るのであると主張し、夫で先づ犯罪人を色々の種類に區別し、先天的犯罪人即ち先天的に生れた時より人相骨格からサウ云ふ性質を備へた犯罪狂或は道徳狂或は色情狂とか名くべき或る犯罪事件に付て氣違ひになるものと平素は何事もなくて泥棒をすると云ふことに付て犯罪を爲し、或は色情と云ふこと丈に付て狂氣するの類(或は感情的犯罪人即ち感情的に一時の憤怒より人を毆打し殺害するが如き)偶發的犯罪人或は習慣的犯罪人と云ふ風に分ける。偶發的犯罪人と云ふのは曾て罪を犯す著るしき素因があると云ふ譯でなく所謂出來心で罪を犯すに至つたと云ふもので、言はゞ犯罪の初發である。其の次ぎの習慣的犯罪人と云ふのは偶發的犯罪人の漫性になつたもので、詰り偶發的犯罪人の處分が宜しくなく漫性になつて先天的犯罪人と殆んど選ばぬと云ふやうなもの。斯う云ふ風に犯罪人は分けることが出来る。其内先天的犯罪人であるとか、或は犯罪狂であるとか、或は習慣的犯罪人であるとか云ふものに付ては、特別の取扱を要する普通の刑を科して一

定の時間牢獄に投じ其時間を経過せば直ぐ出してやると云ふことでは恰かも病人を入院せしめながら、病氣が癒らぬのに出してやると同じことで到底刑政の目的を達することは出来ぬのである。犯罪人は謂はゞ毒草であるから社會より之を離隔すべきもので、其内到底改善の出来ぬものは社會より全く刈り取つて仕舞ふべきものである。或は改悛の望ありホンの一時の間違であつて別に犯罪人と認むべきものでないものは所謂病院に入れて特別の處分を施すと云ふことにしなければならぬ。舊來通りの方法では全く不可である、此偶發的犯罪人は特に注意を要するので若し注意を怠れば段々犯罪人は多くなる元來眞の犯罪人は多く此偶發的犯罪人の變化したものであるから最も注意を要するのであります。從來は罪を犯せば直ちに牢獄に投じ只罪の大小輕重に依つて罪を科すると云ふに過ぎなんだ。これは大きな間違ひで、或る犯罪人に對しては刑を科したるよりも、科せぬ方が利益であることがあるから、斯る犯人には刑を科せぬと云ふことにせねばならぬ。又人に依りて別に重く罰せぬと行かぬと思ふものは、他の人より一層重き刑を科するやうにしなければならぬ。之れを要するに從來の刑法制度はマルで犯罪と云ふもの而已に付て考へ、人と云ふことを度外に措いたのである、これは大きな間違

といふべきである。是からは犯罪と人と、之に對する特別の處分に着目し、又他の一方に於ては法典と云ふものと相駢んで裁判官若しくは司獄官の活動に俟たなければならぬのである。尙ほ解るやうに言へば元來犯罪を犯したものに對して刑を科する爲めに法典と云ふものが設けられたので、所謂此法典なるものは其法典を作つた時に最も適當と信じて其時の事情に當るやうに其時の人が作つて置いたのであつて、其法典は後になれば即ち一日でも二日でも經過すれば夫は最早活動しない死法即ち死んで生きて居らぬものとなるのは通例である。夫が即ち何年も生き延びて行つて常に活動して居る此社會に適用するのは恰かも死んだものが活きたものを支配すると同じ様なことになるのである。是れは甚だおかしな話である、本來犯罪は人に據て犯さるゝが故に徹頭徹尾人と云ふものを忘却してはならぬ。人の犯す犯罪、之に對する處分、此關係を定むるのは刑法典の役目であるから法典と云ふものは只其一時丈け間に合ふやうなではいけぬ、更らに廣く後々までも用ゐられる丈けの性質のものでなければならぬ。若し法典を杓子定木に定めて置けば必ず一時限りに生命を失ふて仕舞ふのであるから、之に十分の餘裕を設けて置くのが必要である。法典のみ獨行して適用される事は出来ぬので、必ずや裁判

官若くは司獄官の手に依り運用さるゝことになるものなれば、法典は唯大綱のみを規定して伸縮自在の餘裕を存すべく、裁判官、司獄官は其餘裕を利用し之に生命を與ふるに依つて始て鑿きに云ふたやうな死んだものが活きたものに對して命令するやうな弊がなく、極適切なる刑を犯人に向つて施すことが出来るのである。従つて従來は一も二もなく法律と云ふものに、たよつて獨り之に信賴して居つたのであるが、今後は法律の役目を減少して其役目の幾分を裂いて裁判官、司獄官に與へて即ち相待つて昔の法律にある役目を盡させることになるのである。以上はロンブローニ一派の説にして、ロンブローニ並に其弟子のフェルソ、ガロハロー氏等の説を參酌して述べたのである。右の學説はベツカリヤの學説に對して新しき學説と云ふよりも、全くベツカリヤの正反對の學説でベツカリヤは根本が精神派の説であるから、自由意思と云ふものを責任の基礎に置き更に公平と云ふ立場により犯罪と刑罰との權衡を論じたものである。然るにロンブローニ派の學説は物質派の學説を根據とし、意思の自由を排斥するが故に犯罪責任の根據は自由意思に在りとはせぬのである。同時に人を平等のものとし、千差萬別のものとし、人に依り刑を異にすべきものとなすが故に課すべき刑罰は刑法に一定せず寧ろ個

々の場合に應じ犯人に適當した刑を科すべきものにして、一樣に總ての人に向つて同じ刑を科すると云ふことは刑政上の本旨に悖るといふのである。即ちベツカリヤの學説は舊派の學説で之に對するロンブローニの一派は新派である。新派の學説は右云ふ如く大體に於て尤も學理に適ひ動かす可からざるものであるやうに見えるのであるが、彼のロンブローニが尤も力を入れて説明して居る犯罪人は或る特殊の骨相若くは人相を有す即ち先天的に犯罪人であると云ふやうな見解は彼の普通所謂人相と云ふことに付て未だ定まつた學説のないと均しく、矢張り甚だ疑はしきものである。元より哲學の根據に立ち因果律の上につて説明をしたものなれば學説其ものは正當なりと信するも、其應用に至つて甚だ穩かならぬことがあるのである。即ち例へば手の長いものは泥棒であるとか、髮の毛の黒い人は人殺しであると云ふが如きことは眞面目には受取られぬのである。此點に付ては多年監獄若くは裁判事務に當つて居るものはロンブローニの説に同意するもの或は無きにしてもあらず、されども一般に於ては確乎たる學説として採用されて居ないのである。此點を除き其他の點例へば意思は自由でない、或は人の意思は原因結果の原則に支配せられて居る、即ち個人の原因、社會の原因、自然の原因とに依つ

て起るものであるから、犯罪撲滅の策を講ずる爲めには先づ此犯罪の原因と云ふものに遡つて之を講究する方法を講せなければならぬと云ふことに付ては學說が一致して居る。近來例へば獨逸のリスト、和蘭のハメル、白耳義のプリンス其他有力なる學者の組織した萬國刑法協會杯に屬する學者の多數はロンブローの「人相學、骨相學」と云ふやうな點を除いた外の點、殊に犯罪社會學と云ふことに重きを置いて研究して居る。即ち今日に於ては之れが刑法學派の折衷若しくは第三派と認められて居るのである。

現今刑法の改正に付ては皆此第三派の學說を根據とする傾きがある。我が刑法改正の起りも又此世界の趨勢に倅る氣遣はないのであるからして、第三派の學說を參酌して立案することに注意したものと信するのである。左れば此度の刑法は右に云ふ如く世界の趨勢に倅らず第三派の學說を參酌し之を重もなる基本として改正せらるゝに至つたものであると云ふことに假定するならば、舊刑法即ち現行刑法が新派若しくは第三派の學說に對照して不都合なる點を改正せられたものを見るべきものである。ソコで舊刑法即ち現行刑法中第三派の學說に適はない點はドシナ點であるかと云ふならば、先づ以つて各犯罪に對して刑罰の範圍が餘りに狹

きに過ぎて裁判官の自由を束縛した傾きがある。即ち此點に向つて著しく改正を加へられたのである。次は科刑の伸縮の點に於ても元は加重若しくは酌量減輕と言ふ如く誠に僅かな範圍に止つて居るので、例へば再犯加重は何犯に至ても僅かに一等を加へるに過ぎない。酌量減輕も一等若しくは二等と言ふやうな譯で、其範圍も甚だ狭いのであつたが此點に付ても十分に伸縮の自由を與へて輕減すべきものは裁判官の見る所に従つて著しく之を減等し、加ふべきものも又見る所に従つて著しく刑を倍加し、以て懲戒遷善の目的を達することが出来る様にしたのである。尙ほ之れに附け加へて現行刑法の制度の下に於ては犯罪人を只許す即ち假りに免刑すると云ふことは無いことになつてあるが裁判官に刑の加減に付き十分なる自由を與ふるやうにすれば其趣旨に倅ふて、刑を科するよりも科せざる方が却つて利益である。即ち刑政の目的を達するに適當であると認めらるゝ場合には故らに刑を免除する。即ち一時其刑を免除する。彼の明治三十八年の法律第七十號の如く執行猶豫の規定を設けらるべきものである。又同じ趣旨に基いて又容赦の處分をする必要がある。此容赦の處分と云ふことに付ては諸國の學者實際家が最も苦心する點である。蓋し犯罪は總ての職業と同じことであつて中年忽然として起

り來るべきものでなく、矢張り幼年の時より段々習熟して犯罪人といふ様な特別の者になるのであるから犯罪人の多くは一度は幼年犯人である。併し此等幼年者は教ふべく刑す可からざるものなりとし、現今刑を加へず教育を施した方が尤も適當と考へらるゝことになつて居る。現在の刑法は十二歳以上のもので辨別があれば悉く刑すると云ふことになつて居るけれども、一般諸國の學者、實際家の主張する傾向に徴すれば、矢張り此點もモット範圍を擴めて多くは刑を科せずして教育を施すと云ふことにすべきもので、此方法に依つて著しく犯罪人を減少すると云ふ考を持たねばならぬと思ふ。尙ほ同じやうな考で亞米利加等には幼年囚に對する不定期監獄と云ふものが在つて、即ち或る幼年の犯罪人に對して不定期刑を科して其改善を待つて初めて出獄を命ずると云ふ様なことをする制度を採つて居るのであるが、我邦に於ても矢張り此新派の第三派の學說に據つて行くなれば之れも亦必要な一ツの處分法であつて、執行猶豫杯と同じく實行すべき性質のものである。先づ第三派との對照上是非改正を要すると云ふ著しき點は今擧げた各點に外ならぬのである。此外更に現行法自身が三派の學說杯に拘らず丁度三派の學說に依つて或る點を改正したる當然の結果として、又改善を要すべき點があら

う、三派の改正をした當然の結果として改正を要すべきは犯罪の目である。犯罪の目は現行法では種々に分れて居る、併乍ら最早裁判官をして刑を科するに廣き自由を存せしむると云ふことであつたなれば、大體に犯罪は皆之を一括して例へば十年以下とか二十年以下とか云ふやうに廣く刑を定めて置くことが出来るのである。で此結果彼の刑罰の罪名を節略することが當然出來なければならぬ。次に現行法特別の欠點としては、之を解釋して見れば不都合を感ずる所もある。又中には一ツで足るべきものが二ツに分割されて居るやうなものもある。又刑罰の中に規定することを要しないもの、特別の法に之を規定し或は全く民法に委ねて差支ないやうなものもあるやうであるから、此點に對して改正を要し。更に行刑の方法杯に付ては色々細かい規定があつて不便であり又場合に依つては刑事訴訟法の中に規定して置くことと云ふやうなことも幾らもある。其他刑罰の目が餘り多きに過ぎ例へば徒刑とか流刑とか又は懲役ぢやの、禁獄ぢやの、禁錮ぢやの、と云ふやうなわけで甚だ煩はしき名前丈け澤山あつて之が爲め益する所は少しもなく唯、徒に手續を繁雜にする丈けであるから無用有害と言はなければならぬ。夫で之を減ずる必要がある。次に現行刑法定定の頃より已に同法の欠點と見做

されて居つた點がある、其内著しきものは國際刑法に關するもの即ち涉外問題例へば内國に於て外國人が罪を犯した者、外國に於て内國人が罪を犯した場合、外國に於て帝國又は帝國人に對する罪を犯した場合、内國人が外國に於て或る一定の重き罪を犯したる場合と云ふやまな罪はポアンナード氏の草案中には大體乍ら規定されて在つたのであるが治外法權の行はれて居る際には必要ないとして削られて仕舞つたのである。治外法權の爲めに内國に於て外國人が罪を犯した場合に於ては我刑法で之を處罰することが出來ないが、外國に於て日本人が罪を犯し或は内國に於ても條約國以外の人民が罪を犯し、又は外國に於て條約國外のものが日本帝國若は帝國臣民に對して罪を犯した場合の如きは、治外法權の存在如何に拘らず罰せらるべき性質のものであつたが治外法權の爲めに締約外國臣民は處罰することが出來ぬと云ふ理由の下に全部削除せられ、甚だ適用に困るやうな始末になつた、現在に困るのは外國人が我邦の内亂外患に干與するも罰することが出來ないことである。此度の改正により此欠漏を補はれたのである。尙ほ此外に種々改正せられた點があるのであるが、夫は各節目に入つてお話しすることゝしやう。

本論

第一編 刑事法令の適用

第一章 法律の正條

文化の未だ發達せない古代に於ては法規と云ふものはないから如何なるものは犯罪で其犯罪には如何なる刑罰を科すべきやと云ふことは其國の首長とか或は裁判官の專擅に任して在つたのである。後段々と社會が進むに従つて刑律が制定せらるゝに至ても尙ほ其刑律は例示的で、一般の罪名や刑罰を示すに止まり、唯之を標準として刑罰を判斷し又縱令法律には正條なくとも類似の條項があるときは夫を比附援引して刑罰を科することの自由を裁判官に與へて居た。此の如きは吾人の生命財産は一に裁判官の愛憎好惡によつて如何様にもせらるゝことゝなり誠に危険千萬なることで、よし裁判官は公平實直なる人であつたにしたら所で裁判官即ち立法者であるから其守る所の主義によりて甲の裁判官の有罪とする事も乙の裁判官は無罪とするやと云ふ様なことが出來て、逆も裁判の公平と云ふことは保たれない。又一方人民の方から見ても如何なることは罪になるのか如何なる

罪には何程の刑を科せらるゝとか云ふことを豫め承知して居らぬと折角罪に
なるまいと信じて行ふたことも處罰せらるゝと云ふことになる。逆も安じて業を
營むことは出来ないことになる。ソコで罪及刑罰は豫め法律を以て之を明示し、法
律に豫見したる行爲に非すんば之を罪とすべからざると同時に法律に明示した
る刑に非されば之を科すべからずとの考へが起つた。即ち此原則を認めて之を始
めて明文に掲げたのは千七百八十九年八月二十六日の佛國憲法議會の人權の宣
言で其後の佛國法律は勿論何れの國に於ても此原則を認めて或は憲法に或は刑
法に之を明言するに至つたので、我現行刑法第二條に「法律に正條なきものは何等
の所爲と雖ども之を罰することを得ず」と在るも此原則を掲げたるものである。法
律に正條があれば夫で詰り夫自身正條以外に於ては處罰をしないと云ふことを
明かにして居るので、別に正條が無ければ罰せないと云ふことを書く必要はない
のであります。茲に於てか現行法から之を省いたのである。然れば舊刑法即ち現行
刑法に明文を置いたのは何う云ふ譯であるかと云ふと右に説明した如く昔は比
附援引を許して黙つて罰したによつて今日の現行法も或は比附援引を許すかと
云ふ疑が起るゝら其疑を解んが爲めに煩を厭はずして註釋を加へたに過ぎぬの

である。斯う云ふ譯で改正刑法は此第二條を取去つなければども之が爲めに現行法
との間に何等の差違もないので結局無用の法條を削つたに過ぎぬのである。

第二章 時に關する刑罰法の適用

凡て法律は特別の例外を設けざる限りは其頒布から廢止に至る迄効力を持つも
のであるから刑法も其間に於て現はれたる犯罪事實を支配すると云ふのが原則
であつて其の未だ頒布せられざる以前の犯罪を支配すると云ふことはない筈で
ある。夫故に特に法律を設けて「法律は頒布以前に係る犯罪に及ぼすことを得ず」と
云ふ明文を置く必要がない。然るに我が現行法に斯う云ふ明文を掲げたこと云ふ
ことは一方に於て單に刑法第二條に於て法律に正條なきものは之を罰せずと云
ふときは果して其法律は犯罪當時の法律を言ふのであるか將た裁判當時の法律
を云ふのであるかと云ふことに就て或は疑の起ることがあるかも知れんに依つ
て犯罪當時の法律であると云ふことを明かにし他の一方に於ては第三條の二項
に於て一の例外を設けて居る。即ち法律は既往に遡つてはならぬと云ふのが原則
であるが時とすれば遡ることがあるといふ一の例外を規定したので其の枕言葉
に置くの必要があるからである。併乍ら右に説明するが如く法律は頒布せられて

から廢止せらるゝ迄の間効力を持って其間に起つた所の犯罪事實を支配するのであると云ふことが原則であつて見れば之に悖つた例外があれば特に明記するの必要があるけれども例外がない以上は敢て之を明記するの必要がない。即ち此現行法第三條第一項の如き規定を設ける必要がないのです。

又現行法第三條第一項は第二項の枕言葉をなして居る是亦斯う云ふ制限がなくとも明かに分ることであり得ます。故らに此明文を置くの必要がないから改正法には現行刑法第三條の第一項に係る分を削つて之れに代ふるに第六條を以つてしたのである依て其第六條と現行法の第三條の二項と云ふものを對照して其差違を明かにして之を説明せんと欲する。ソコで現行法の明文は「若し所犯頒布以前に在つて未だ判決を経ざるものは新舊の法に比照し輕きに從つて處斷す」と云ふことになりて居る。サウして之に對し改正刑法は「犯罪後の法律に因り刑の變更ありたるときは其輕きものを適用す」とある。ソコで現行法の明文中「未だ判決を経ざる者」と云ふ文字に就きましては從來多少議論があつたのであるが遂に確定判決と云ふことに學説は一致して仕舞つて今日では疑ひのないことになつてある。之を確定判決と致ししますると云ふと、詰り犯罪後新法が頒布せられて、サウして其新法

が輕るい場合、或は新法が重き場合に於て既に判決を経た以上は之を更正するところが出來ぬのであつて判決を経ざる場合に於て新舊の法を比照して其輕きに從つてと云ふことになつて來る。所で此判決を経即ち確定判決云々のことは改正法には削除されてあるによつて茲に一つの疑を生ずる。抑も此規程と云ふものは後にも説明する如く國家の利益と被告人の利害關係と云ふことを斟酌し新法を須ふると云ふことは寧ろ國家の利益でもあり又被告人の利益でもあると云ふことからして出來たのである。サウして見ると假令判決が確定して仕舞つても猶新法を適用して該判決の執行を變更すると云ふことは即ち國家の利益であり、又同時に被告人の利益でもあると思ふ。現に外國に於ては既に執行即ち確定判決を経て刑の執行中にあるものと雖ども場合に依つては更らに執行を變更すると云ふことすら書いた例があるのである。サウして見ると改正刑法が茲に現行刑法に倣はず即ち「未だ判決を経ず」なる文字を挿入せずして單に「犯罪後の法律に因り刑の變更ありたる時は其輕きものを適用す」と云ふことにして置いた所に依て見る。或は此確定判決以前は勿論の話、假令確定判決を経た後と雖ども或は原判決を取消して、サウして輕るき法律を適用するものであると云ふが如き疑が起るかも

知れん、併乍ら此疑は無用である抑も現行法に於て未だ判決を経ざるものに限つて新舊の法を比照すると云ふことにしたのは判決の威信と云ふものを保つ必要があるからで判決の威信を保つと云ふことは今日に於ても今尙は昔の如く必要であるのである。理論から言へば右に云ふが如く假令判決のあつた後に於ても新法を適用し曩きの刑の執行を變更するに宜いやうに考へらるゝが併し新刑法の五條杯に據つて之を見ると云ふと矢張り確定判決と云ふことに就て多少重きを置いて居るやうに見ゆるのである。要するに此判決の威信を保たなければならぬと云ふことは随分重き條件であつて、之に反した考を持つ即ち現行刑法と違つた意見を有するものであつたら、之を法文に明記するのが順序であるのである。之を明記せざる以上は改正法又現行法の如く矢張り新舊の法を比照し輕きに從つて處斷し得ると云ふことは結局判決を経ざる場合たることを要するものと信せらるゝのである。サウして見ると此點に於て現行法と改正案の間に於ては「未だ判決を経ざる云々」の文字はあるなしに拘らず全く同一であると云はなければならぬ。次に現行法に於ては「新舊の法を比照し輕きに從つて處斷す」と云ふことになつて居る。此點に付ては一時議論が沸騰したことがある。即ち所謂舊法は犯罪當時

のもので新法は裁判當時の法律從つて若しも犯罪後に新法が二回改正せられた場合即ち二回出でたる場合に於ては中間に介在する法律も共に比照すべきものであるや否やと云ふ問題である。ソコで或る人は舊法は勿論之を比照すべきものであるけれども中間に頒布せられた即ち犯罪の後裁判當時以前に頒布せられたる法律と云ふものは國家が不都合なる法律と考へて改正したるものであるからして之を中に入れてサウして比照すべき性質のものではないのである。要するに新法と舊法と言へば犯罪時の法律と裁判當時の法律と二つのみを比較して判決すべきものであると主張した。併乍ら此説は惡いのであつて、詰り此犯罪當時の法律は勿論其以後幾つ法律が改正になつても悉く之を比照すべき筈の者である。何故ならば犯罪のあつた結果は直ちに法律に依つて處罰せらるべき筈のものである。本來犯罪當時の法律に依つて處罰せらるべきものが偶然の事柄に依つて訴追せられずして法律が改正に至つたのである。即ち何時の時代でも即ち犯罪があれば同時に之を訴追し之を處罰し得るのである。だからして中間の法律なるもの即ち犯罪の後裁判當時以前に頒布せられた法律と雖も、又一體に適用せらるべき性質のものである。之は適用せられなかつたと云ふものは畢竟偶然である。と云ふこ

とは或は又國家の體面司法警察の體面に關するやうにもなる其犯罪人を逮捕することが出来なかつたかも知れぬのである。サウして見ると云ふと國家の不行届と云ふものである。不行届の爲めに犯人が其法律に依つて處斷せらるべきものが處斷せられなかつた。サウ云ふ偶然の出來事の爲めに之を後に適用せぬと云ふことになれば即ち此被告人は故なく法律を適用せられないと云ふことになつて來る。デあるからして詰り裁判後幾多の法律が變更になつても皆變更になつたわけ夫れ丈け比照して其内の尤も輕い法律を適用處斷すべき筈のものである。サウして見ると茲に「新舊の法を比照す」と書く「犯罪後に法律が變つて刑の變更ありたるとき」と書くとは全く同じことであつて些つとも相違を見出さぬ。夫で唯一ヶ所違ふと思ふ事は舊法即ち現行は「新舊の法を比照し其輕い方に據ると云ふことになつて居り改正法は「犯罪後の法律に因り刑の變更ありたるときは其輕きものを適用す」と云ふことには刑の適用す」と云ふことになつて居ることである。即ち所謂輕いと云ふことは刑のあるにも又ないのにも通ずる詞であるが第六條の規定に依つて見ると「法律に因り刑の變更ありたるときは其輕きものを適用す」とあつて何時も處罰する場合のみを指して處罰せぬ場合は含んでないかの如き疑がある。併し此點に於ても處罰

する場合ですら既に輕いのである。況んや處罰せぬ場合は當然と云ふことになるのである。詰り文字の使ひ方がマズかつたと云ふことは出來るが意味に於ては違ひが生ずると云ふことには考へられぬのである。デあるから之を要するに犯罪後の法律に因り刑の變更ありたる時は其輕きものを適用す。要するに現行法第三條第二項の所犯頒布以前に在つて未だ判決を経ざるものは新舊の法を比照し輕きに從つて處斷すと云ふことゝ毫末の差異を見出さぬのである。只文字の修正改竄があつたと云ふに過ぎぬのである。此講義に於ては先づ現行刑法は一通り知つて居るものと思ふて少くとも各法條の解釋に於ては知つて居るものとして、サウして講義をして行きますから此現行法と改正法とが毫末の差異がない點に付ては説明を省く積りであります。ソコで新舊の法を比照し其判決を経ざるものが若所犯頒布以前にあれば其輕きものを適用すと云ふことに付ては此現行法が發布せられたとき明治十四年十二月に公布せられました新舊法比照例と云ふやうな者が矢張り此改正法に對しても施行法として規定せられねばならぬ譯で之れがなければ新舊法何れが輕いか重いかと云ふ比較が見悪くいのであります。何づれ此點に付ては新舊法比照法と云ふものが出るものと確く信ずるのである。去

も乍ら其比照例を用ふる場合は單に此改正法と改正法以前に存した所の法令との間に於て適用せらるゝのみならず尙ほ改正法夫自身に於ても改正法第十條に於て之を規定して居る。即ち其第十條に「主刑の輕重は前條記載の順序に依るとあつて第九條を見れば死刑懲役禁錮罰金拘留科料と云ふ順序になつて居る。然るに其但書に「但無期禁錮と有期懲役とは禁錮を以て重しとし有期禁錮の長期有期懲役の長期の二倍を超ゆるときは禁錮を以て重しとす」とあり現行法第百條第二號には「重罪の刑は刑期の長さものを以て重と爲し刑期の等しきものは定役あるものを以て重と爲す」とあるから大體に於て全く同一である。

次に第十條の末項に一つ奇怪なる規定が設けられてある。即ち二個以上の死刑又は長期若しくは多額及び短期若しくは寡額の同じき同種の刑は犯情に依り其輕重を定む」と云ふことになつて居る。抑も第十條の規定は詰り刑の輕重を明かにする規定である。然るに此犯情に依ると云ふと、同じ刑の内に即ち輕重があり、而して其輕重は犯情に依るといふことになつて居る。同じ刑と云へば論理の上から云ふと同じものである。同じものである以上は個個輕重なく全く同じもので些つとも其間に違ひがない。同じである」と云ふより仕方がないのであります。然るに之に對して法

律は同じのが違ふと云ふことを云ふて居るのは沒常識であると云はなければならぬ。而かも之を定むるに犯情を以て決すると云ふやうなことは殆んど意味を爲さぬと言ふて宜いのである。即ち刑の輕重は犯罪の輕重と云ふものに因て定まるので、刑の輕重は即ち夫れ自身が犯罪の輕重を明かにするのである。然るに之に據つて犯情に依る杯と云ふ犯罪の重いものは夫自身に刑も重くなければならぬ。犯罪は刑を離れて考へることは出來ぬ筈のものである。然るに刑を離れて特に犯情に依ると云ふやうなことは奇怪千萬なので、是は畢竟するに現行法第百條第三號の規定に倣つて出來たものである。其規定の精神に付ては自分は多少異論を持つて居るのであるが、從來は同一の刑なる場合に於て犯情に依つて其刑の輕重を定むる規程があつて、恰かも本條第三號と同じ意味のものであるかの如く解釋せられて居る。ソコで即ち改正法の立法者が此百條の第三號を取つて來て茲に移したのである。何が爲めにソコなことを云ふの窮策に陥つたかと云ふと、現行法の數罪俱發と云ふものに對應する併合罪即ち數件數個凝固致しましたる場合に於ては其内の重いものを定めて之を目安として、サウして之に依つて刑を定むるやうになる。チユット重い輕いのが分らない。目安の定め所がないから止むを得ず何れか

の一つ目安を定める所を拵へなければならぬ。ソコで本來同一の刑であつて其間に輕重のある可からざる筈なるに拘らず、斯う云ふ無理な規定を設けるに至つたのである。

以上を以つて時に關する刑罰法の適用に關する説明を終つたのである。尙ほ之れに對する練習の爲めに一つか二つ問題を出して置かう。之れは原則さへ分れば決して適用にマヽ付くべき筈はないのであるが、實に學生のみならず立派な裁判官にして往々此原則を忘れて誤解をすることがある故に茲に其注意の爲めに問題を擧げて練習を希望しやうと思ふ。

(一) 舊法より新法に跨りたる連續若しくは繼續して犯したる犯罪ありて新法若し舊法より輕きときは如何に處分すべきか

即ち舊法の時代から連續若しくは繼續して居る夫で新法が舊法より輕いといふときは如何に處分するか即ち此連續犯繼續犯の問題に引つ掛つた問題である。

(二) 舊法の時代より新法の時代に涉つて習慣犯罪を犯したる場合に於ては如何に處分すべきか區別の設くべきものがあれば區別を立て説明を與ふべし。
夫は私に醫業を行ふと云ふやうな犯罪で夫を現行法の下に於て二罪並行か夫ら

又改正法になりて一度行ふたと假定すれば其三つを集めて夫で一つの犯罪として新刑法に依りて處斷するか或は二つに分けて仕舞つて舊法では二つでマヽ慣習と云ふことにし新法では一つであつて夫れも慣習であるとし二罪として刑を課すべきのであるかと云ふ疑がある。此問題は詰り慣習と云ふものは最後のものに依つて其事が慣習であるや否やと云ふことを判斷するのであります。最後の行爲を捉らへて慣習なりとして新法を適用し舊法を適用せぬことにするか兎に角疑問になるのである。之れは少しく研究すれば直にわかることであるが前にも云ふた様に裁判官でさへ住々誤つた解釋をするものも見受けるから諸君の練習の爲めに説明を與へざることにして茲には之を省いて置く。

第三章 人、處及び物に關する刑罰法の適用

刑法の適用せらるゝは如何なる人で又其處はドヽ云ふ範圍まで適用せられ又た如何なる行爲に對して之を適用せらるゝかと云ふことに付ては從來種々なる主義がある。先づ第一に

屬人主義

昔時或酋長の下に其酋長と血族同姓の者が集合して一團體を作り、或獵や牧畜を業としたる原始時代では一定の住所と云ふものはなくて、東西直

北只足の向ふがまゝに水草を追ふて移轉し、今日の如く人と土地と云ふ様な觀念は更になく、只單に人と人の觀念ばかりで在つたが故に其當時の法律は其法律の屬する團體の人に對しては假令如何なる土地に居るとも必ず之を適用せらるるが若しも其團體の人でないならば假令其團體の在る處に在留しても決して適用せらるゝことはない之が屬人主義と云ふので、此主義は近世如何なる國でも採用して居るものはありません次は

屬地主義 文化漸く進み田畑を耕作して五穀を取ることを知つてから一定の土地に定着するの必要を感じ茲に至つて社會團體は昔の様に單に人と人の觀念に止まらず更に進んで人と土地と云ふ觀念が起つて來たソコで或る主權を有する團體が定着して居る土地に住で居る者は其團體の者なれば勿論縱令其團體に屬せない者でも其土地に在住する限りは必ず其團體の法律に服従せねばならぬ若し又其團體に屬する者でも其土地に在住せないときは其團體の法律の支配は受けないので之が屬地主義と云ふので此主義は近世何れの國に於ても其規定の基本に於て認容しては居るが國境以外の犯罪は凡て之を支配することか出來ないと云ふは甚だ宜しからざることでであると云ふことで純粹に此主義を認め

て居る國は一つもないのである、第三は

折衷主義 此主義は屬地主義を基本とし之に屬人主義を加味したもので、

「凡そ刑法は犯人の國籍如何を問はず、國境内に於て行はれたる總ての犯罪に適用せられ、内國人の犯したる或る犯罪に付ては外國に於て行はれたる犯罪にも亦適用せらるべきものだ」と云ふのであるが此主義に據るときは外國人が外國で行ふた犯罪にも亦之を處罰するの必要ある場合に之を支配することが出來ぬと云ふ不都合があるので此主義も前者と同じく之を純粹に採用して居る國は甚だ稀れな第四は

自衛主義 領土内の犯罪は犯人の國籍如何を問はず皆之を支配するの點は屬地主義であるけれども、犯罪地の如何を問はずと云ふのが其異なる所で、即ち一國社會の安寧秩序を害する所爲は犯人の國籍と犯罪地の如何とを問はず國家自衛の存立を防衛せんが爲め悉く之を支配す」と云ふのが自衛主義(基本に於て屬地主義を採る可なり)で近世多數諸國の刑法は概ね皆此主義を採用して居る、其次第五は

世界主義 此主義は自衛主義の尙は一層擴張せられたるもので、屬地主義を根本とし、領土内の犯罪は犯人の國籍を論せず皆之を支配するの外更に犯人の國

籍並に犯罪地の如何を問はず國家の安寧秩序を害する行爲は凡て之を支配すべきものとすのみならず、凡そ犯罪中道徳に反したる自然上の犯罪は何れの處に於ても犯罪として排斥せざるべからざると同時に、昔時國と國とが利害關係を異にするに至りたる重なる理由の一たる所謂國境は、鐵道、汽船、電信等交通機關の發達と共に殆んど有名無實となり、今日に於ては隣國の犯罪は同時に亦之を自國の犯罪と見做すことを得べきが故に、正義と必要とに基き外國人が外國に於て外國又は外國人に對して犯したるものと雖も、自然上の犯罪(殺人、盜取、強姦等)に關するものは皆之を處罰せざるべからず」と云ふのである。國際關係が日を追ふて相接近し親和するに従ふて犯罪はベストや其他の疫病と同様に海に恐るべき惡むべきであるから、世界各國は相聯合して之が勦滅に従事せざるべからずとの思想漸次發達せんとする傾向があるのを見れば、將來に於ては諸國の刑法は皆此主義を採用することになるのであらうと考へるが、現今では未だ學說にも立法にも此主義を採つて居るものは甚だ尠く、何れの國に於ても前に述べたる自衛主義の上に於て法律を作つて居るのである。

凡そ國家なるものは土地と人民との團體よりして形造られたるものであつて其國主權なるものは其土地の上に於ては彼れは罰し是は罰せぬと云ふ様に取捨し得るべき性質のものでないこと云ふことを原則とするのである。依て本國領内(一依第一項)に於ける所の犯罪は其大小輕重を問はず總て之を處斷すると云ふことを先づ原則として居る(改正刑法第一條)然るに之に付て國境以外の犯罪は自衛主義と云ふものに由りて支配するのであつて其國境以外の犯罪にして自衛に關するものは悉く支配する筈であるけれども、極めて輕き犯罪は國家に對して多少の利害關係あるとしても、之を自衛せなければならぬ程の必要を見出さぬからして、國境以内に於ける犯罪は大小輕重其人の如何を問はず悉く罰することに於て居るが、一步國境を跨ぐとソ一せずして或る犯罪に限りて處罰するの必要即ち自衛に必要なるや否やと云ふことを標準とし之に依て或る特殊の犯罪だけを處罰することに於て居る。ソコで以て詰り國境以内と國境以外に於て處罰せらるべき人及び犯罪に就て大なる相違を生ずる譯である。茲に於て乎先づ標準として國境として見らるべきものはドンナものであると云ふこと、國家の一部として見らるべきものは、一云ふものかと云ふこと、即ち國內と國外との區別を明かにするの必要が生ずることである。之に就て國家は土地と人民との結合より成り立つて居るもの、即ち吾

人々類は團體を爲してソ一して一定の土地に定着し其上に主權の行はれて居る土地が領土であると云へば議論もなく直に考へつく様であるが併し此所謂國家なるものは必ずしも陸地に限らずして陸地以外に涉ることがある而かも夫は陸地と同様に取扱はれることがある之は皆其國際法の原則から割出して來るのである。先づ第一は

領海。凡て海に二種ある一を公海と云ひ他を領海と云ふ公海(大洋)は空氣とか太陽とか云ふもの様に各國の共有物で何れの國の版圖にも屬して居らぬから若し其上で犯罪が行はれた場合は屬地主義に依つて或る一國々家の版圖内に於て行はれるものとするは出來ぬが之に反して領海は其國の陸地を防衛するに必要なる場所で國際法上沿岸の陸地に屬して之と共に一國の版圖を形作つて居るものとして居るから此領海内の犯罪は領海内の刑法に依て支配せらるることとなつて居る然らば領海と公海とはソ一して之を區別するかと云ふに或は陸地より砲彈の到達する所までを領海とするものもあり或は四海里迄とするものもあるが一般は三海里と云ふことにして居る要するに陸地から防禦し得る間防禦線内と云ふことで三海里と極めたのは陸地から防ぎ得るが爲めで即ち防

禦線内に屬するが爲めに三海里と極めたのである所が今日は武器が大變進んで中には八海里も九海里も到達する大砲の發明がある爲めに最早今日は三海里は餘り狭ま過ぎると云ふので國際協會の會議では六海里と云ふことになつた。其次

第二は

船舶。船舶は原則として船舶所屬國の陸地の延長せられたるものと見做さるゝことになつて居るから公海に於ける船舶内で行はれた犯罪は其船舶の船籍の在る國の刑法に支配せらるべきものであるけれども若し他國の領海内に入つたときは其船舶が軍艦であると商船であるとに依りて異なる。(一)軍艦。右に述べたる如く船舶は悉く陸地の延長と見做さるゝのみならず軍艦は其國の主權の一部を代表するもので一國主權は他國の主權に服従するの理由がないからして縱令他國の領海内に入つても其上で行はれた犯罪は軍艦の本國法の支配を受くべきもので決して領海國の法律を適用せらるゝことはないのである。(二)商船。商船は軍艦の如く一國主權を代表するものではないからして若し他國の領海内に入つたときは何れの國法に従ふべきものであるかと云ふことに付き種々な見解がある(イ)英國の如きは何れの國の商船でも苟も自國の領海内に止まる間は英國の法律

に服従すべきものであると主張し。(一)佛國其他の國の如きは犯罪が乗組員以外の者から乗組員人に對して行はれ、又は乗組員人より乗組員人以外の者に對して行はれ、或は此等でなくとも其犯罪が港灣の安寧を害したるとき若くは船舶から特に其港務廳の保護救助を求めたる等の場合を除く外は、相互主義により若し他國に於て自國の商船を陸地の延長として自國の主權を尊敬するならば、自國も他國の商船に對して亦同一の尊敬を拂ふべしとして居る(改正刑法第一條第二項參照次に第三は

軍隊が他國の國境内に在る場合　軍隊は一國主權を代表するものであるから、軍隊内の犯罪は軍隊が屬する國の法律に従ふもので、決して在留國の法律を適用せらるゝものではないが、之に付ては(一)戰時、一國軍隊が他國の領土を占領したる場合と、(二)平時、一國の軍隊が他國の領土内に駐在する場合、假令は甲國の軍隊が第三國に達する爲め道を乙國に借りたる場合とに區別して、先づ第一の場合では軍隊は他國の領土を占領すると同時に其上に主權を行ふものであるから、軍隊の屬する國の法律は常に其軍隊に屬する軍人が犯した罪ばかりでなく、其占領區域に於て犯されたる凡ての犯罪を支配することであるが、之に反して第二

の場合には軍隊が一國主權其ものと同一に見做さるゝは、軍隊として結集したる團體で以て犯されたるものと見做すべき所屬軍人の犯罪は、軍隊所屬國の法律によりて支配せられるが、其他の犯罪即ち其駐在區域内に於ける普通の犯罪は、駐在國の法律に従はねばならぬことである

以上を以て一國々土内に於ける犯罪は、其犯人の何人たるを問はず、又其大小輕重を問はず悉く之を支配するものであると同時に、所謂一國々家と云ふものが何所までの範圍を含んで居るかと云ふことを説明し終つた次に原則としては一國々内の中に於ける總ての犯罪は皆處罰すべきものであるけれども、之に對して左の如き例外があるから、之を列擧して説明を加へやう

一 天皇　天皇は主權者であつて立法の淵源である法律以上に在らせらるゝが故に獨り刑法のみならず一切の法律に支配せられ給ふの理はない憲法第三條に「天皇は神聖にして侵すべからず」とは此事を明らかにしたもので、天皇は刑法上何等の責任をも負はせらるゝことはないのである

二 友邦の首長　友邦の首長は亦我國の天皇と同じく他國の主權者であつて刑法は主權者が被治者に對する命令であるからして、被治者でない他國の主權者

は之に支配せらるゝの道理はない従つて友邦の首長は我國に在留せらるゝ間と雖も決して刑法上の責を負はるゝことはない

三友邦の使臣

信認せられて我國に在留する友邦の使臣は不可侵と不羈獨立の權を有し其身體及び職務の爲め使用する一切の物件は在留國の法權に支配せらるゝことはないからして在留國の法律に對しては刑事上の責任を負はぬのであると云ふものは (一) 信認せられて在留する外國の使臣は其派遣せられた國を代表するものであるからして一國主權は他國の主權に服従するの道理がないのみならず (二) 若しも在留國の法權に服従するものとしたときは在留國は犯罪を名として其家宅を捜査し其人を逮捕するの結果秘密を要すべき使臣の職務は之を全うすることが出来ぬ様になるからして此特權は全權大使特命全權公使代理大使辦理公使代理公使は勿論參事官書記官大使館附武官公使館附武官交際官其他試補翻譯官書記生に至るまで苟も外交官の名を以て總括せらるゝ外國使臣の團員たるべき者は皆之を有することであるされど之は其家族や大使館公使館等の敷地には及ばぬが故に家族又は從者の犯したる罪及び公使館(大使館、公使館とす下之に依り)に於て使臣の團員以外の者の犯罪は其使臣の在留國の刑法に従ふべき

ものである茲に公使館内に於ける使臣の團員以外の者の犯罪は在留國の刑法に従ふべきものであると云ふたに付て之が爲めに直ちに下の如く解釋してはならぬ即ち公使館に於ける犯罪は在留國の刑法に従ふべきものであるから何時でも之に闖入して犯罪人を逮捕し得ると云ふことに考へてはならぬ公使館内に於ける犯罪は在留國の刑法に従ふと云ふことは其公使館と云ふものが外國と一所でないこと云ふことを意味するのであつて内國の一部の公使館内に於ける犯罪は日本國土内に於て犯したるものと同一であると云ふことを明かにするのであります乍併發さにも説明する如く使臣の團員は皆不羈獨立不可侵の權を以て居るかとして其身體は勿論其携帶の物品とても濫りに之に對し刑事上の處分を施すことは出来ぬのである従つて公使館も亦此使臣團員の住まふ所であるから之も亦侵すべからざるものである凡て犯罪は國の内て犯したものは之を支配するが乍併犯罪を支配するからと云ふて濫りに夫れに侵入することは使臣の不可侵を侵すことになるから濫りに之に侵入を許さぬのである依つて詰り若し犯罪人が公使館に潛伏して居ると云ふ様な場合であれば其犯罪人は日本刑法の支配を受けざる筈のもので素より處罰すべきもので又逮捕すべきものである併し乍ら先づ大

使公使等に請求して即ち許可を得て而して這入らなければならぬ、斯くすれば正しいのである。若しソレせぬと方法が間違つて居る爲めに國法に觸れると云ふこととなるのである。去り乍ら此公使館は外國と違つて日本國內であると云ふことは若し之が外國であれば罪人の引渡と云ふことを請求しなければならぬが、日本國內であるからソレ云ふ請求をする必要はない、之が即ち公使館と云ふもの、性質であつて、要するに大使や公使の住まふ所であつて之を侵すと云ふことになれば即ち大使公使の不羈獨立不可侵の權限を侵すことになるが故に濫りに侵すことは出來ぬ、併し乍ら其公使館は外國ではなく日本國であるから其公使館に於て行はれた所の犯罪は日本國法が支配するのであつて即ち之を處分することが出来るのであつて、外國と違ふから引渡を求むると云ふことはないのであるが、今云ふ通り不可侵であるから許可を得てソレして之に侵入することを要するのであり、ます、アスから全然不可侵權を害すると云ふことは出來ぬ、但事若し緊急を要することであつて寸時も猶豫ならぬと云ふ場合であれば例へば犯人が今刀を振上げて被害者を斬り掛けて居ると云ふ様な事情であつて之を請求して許可を請ふの暇が少しもないと云ふ様な場合には、必要の時には法律なしと云ふ原則がある

から許可を得ずして侵入しても決して差支はなく其行爲は至當とせらるゝのである。要するに公使館は外國と思ふてはならぬ、併しソレナラと謂つて濫りに之に侵入することはならぬ、次に。

四友邦の首長の親族　友邦の首長の親族は其國の主權でもなく又代表者でもないから、是等の者が内國に在留するときには我國法の支配を受くべきは理論であるが、國際上の敬禮又は習慣に於ては首長又は使臣と同様に在留國の法權には從はぬことゝなつて居る、其次は

五貴衆兩議院の議員　之は憲法第五十二條に「兩議院の議員は議院に於て發言したる意見及び表決に付院外に於て責を負ふことなし云々」と、又同第五十三條に「兩議院の議員は現行犯罪又は内亂外患に關する犯罪を除く外會期中其の院の許諾なくして逮捕せらるゝことなし」とある、之は共に參政權を行使するの自由を保護せんとする理由よりして刑事法令の適用を制限したる特別の例外に屬するものであるから、之は最も嚴正に解釋せねばならぬものである。

以上を以て國境内に於ける犯罪でも場合に依ては之を支配しないと云ふ例外のあることを説明したから、是れより國境外に於て刑法は如何なる犯罪を支配す

るかど云ふことを説明する。此國境外に於て如何なる犯罪を支配するかと云ふことは前きに説明した如く、此目安と云ふもの即ち標準が自衛上即ち國の安寧秩序に害があると云ふこと、の爲めに之を必要とするのであります。所謂安寧秩序を害すると云ふ場合は、或は日本國に對して行はれた場合、或は日本の人民に對して犯されたる場合、若しくは日本の人民が犯した様な場合、而して是等の犯罪は何れも多少重大の犯罪なることを要する、夫であるから大抵何れの國でも多くは國の利害に關係を及ぼすと云ふことは少なくとも、其犯罪が多少重き罪に限り、極めて輕微の犯罪は之を度外に置くこと云ふことになつて居る所、此改正刑法も此目安に據て居るやうに見ゆる、即ち第一は帝國に對する罪、即ち改正法第二條及び第四條に於て規定するのであつて、此第四條が特に第二條と分離して規定されて居ると云ふことに付ては、之は第二條は凡て純乎なる帝國に對する罪と云ふことが云へるが、第四條になると必ずしも帝國に對する罪と云ふことは云へぬ、帝國々民が帝國に對する罪と、一人に對する罪と云ふ場合があるから、ソコで之を一所に包括すると云ふことは六ヶ敷い故に之を別にしたのであるけれども、或る見方から見れば畢竟公務員が犯

した罪とあるから、帝國の威信若しくは國權に關すると云ふ考へから之を第二條と一所に帝國に對する犯罪と考へても差支ないのである。夫れ故に我輩は之を法規の上に帝國に對する罪として包括して掲げて置いた方が宜しき様に考へる。第二は帝國臣民の犯したる多少重大なる犯罪及び外國人が帝國臣民に對して同一なる多少重大なる犯罪。之は即ち第三條の規定に入るべきものであります。之を要するに此第二條、第三條、第四條は元其大體に於てホアソナー氏の草案にも規定されてあつたのであるが、其當時日本に治外法權が行はれて居つた爲めに削除することになつた爲め現行法は之を書いてないのであるが、改正法は此欠點を補ふために此第二條、第三條、第四條を設けたのである。此規定を設ける始めに當つて我輩は右述ふるが如く、或は帝國に對する罪、帝國人に對する罪と云ふ様な風に概括的に規定する積りであつたのであるが、夫れでは所謂帝國に對する罪と云ふものは如何なる範圍を以て云ふか、帝國人に對する罪は如何なる範圍を以て云ふかと云ふことが明白ならぬ爲めに——どう云ふものが帝國かと云へば帝國は國土と臣民とを以つて出來て居るのであるから、國土が帝國であれば帝國臣民も同時に帝國に對する範圍である、ソコで如何なるものを以て帝國に對する範圍

か如何なるものを以つて帝國人に對する範圍かと云ふことが明白に分らぬ糺し彼の所謂公けの罪、私の罪——公罪、私罪と云ふが如き、即ち直接に生存權を犯す犯罪は帝國に對する犯罪で公罪、直接に一人の利益を害する犯罪は私罪と云ふことにした所で又所謂直接間接と云ふ區別も畢竟程度の區別にある。夫で著しきものに付ては此直接間接と云ふことが明らかに分る場合もあるけれども助ともすると直接間接と云ふことは甚だ不明白になる場合があるのであります。即ち場合に依つては兩方相半ばして跨つて居るものも随分あるのである例へば第四條の或犯罪即ち公務員が人民に對する所の犯罪は曩きに云ふ如く之を帝國に對する犯罪とも見へ、同時に私人に對する犯罪とも見ることが出来る。斯の如く包括的に書くと云ふことは大層條文を簡單にして見易くなるのではあるけれども一面に於ては他の解釋に色々の疑義を生じて甚だ面倒であるが爲めに遂に今度は悉く列挙すると云ふことに議が定つて遂に之を列挙することになつて來たのである。此列挙と云ふことも詰り二つの方法があつて單に犯罪と云ふ方の方面から列挙するのと一方は刑罰と云ふ方から列挙するのと兩方あると思ふ。夫で私の考へを云へば又斯う云ふ列挙は洵に明白ではあるが助ともすると重大なる犯罪を漏

らすの虞れがあるから即ち罰すべき犯罪であるに拘はらず規定に漏れた爲めに罰せられぬと云ふ様な不都合を見出すからして願くば改正法の全體の主題に基いて此點に就ては幾等か曖昧な點も出来るかも知れぬが裁判官或は檢察官其人の智識に一任すると云ふことにしてサウして大體を規定すると云ふことにして欲しきものと自分は考へるのである。此點に就ては素より反對があるに違ひないけれども刑法全體の趣旨を見て行くと云ふと之れから後にも説明する如く、此刑の範圍も非常に擴めて裁判官の權利は充分に廣ふしてあつて總て裁判官に一任して居る傾が見へるに唯此點だけが任すことが出来ないといふことは洵に不思議に考へる。是れ程信任が出来る裁判官なれば此裁判官に一任して置た所であり不都合はあるまいと自分は考へる。即ち帝國に對する犯罪も帝國人に對する犯罪も帝國人が犯したる犯罪もと云ふ様に概括的に書いて其上を纏めるのに何程の刑罰以上に該るべきを處斷すると斯う云ふ風にして置たならば其範圍が廣くなつて罰すべき罪が漏れると云ふ様な虞れはなく而かも一面に於ては何程の刑罰以上と定めるときは微罪は罰せぬことゝなつて夫れでスツカリ纏つて行く事になる。其罰する罪質に付ては幾少の疑ひが起る場合もあらうが夫れは裁判官に

一任してやつたならば左のみ不都合のことではないと思ふのであります。現に改正法に列擧してある各條を伺ふに、尙ほ罰すべき犯罪で列擧に漏れて居るものが澤山ある様に見受ける。今試みに其二三を擧ぐれば、阿片に關する罪の如き之も場合に依ては随分重く處罰せらるゝので、即ち七年以下又は十年以下の懲役と云ふことになつて居るのであるが、之は外國で行ふた場合は處罰せぬことになつて居る抑も阿片の害の如きは人に附着するので場所に附着するのではない、外國に於て飲む習慣を附けたものは内國に歸りても飲む様になるのであるから、阿片の吸食を禁ずる趣旨から云へば外國に於ても防ぐ様にして内國に歸つても飲まぬ様にせねばならぬ、外國に於て吸食の習慣を付けて歸つたものに對して、直ちに之を處罰すると云ふことは酷ではなからうか、畢竟するに之は帝國の風俗に關すると考へるから處罰するの必要がある。次に又第四百十三條、第四百十六條、第四百十七條の犯罪の如き、此百四十三條は水道に依り公衆に供給する飲料の淨水又は其水源を汚穢し因て之を用ゐること能はざるに至らしめたる者は六月以上七年以上の懲役に處すとあるが、之も外國に於ては罰せられぬ、朝鮮や滿洲は別にして、亞米利加邊りは實に日本の大きな殖民地が出来て、ソコに多くの日本人が集つて居る

其日本村と云ふ様な場所の飲料水たる其水源を穢す所の犯罪を犯して、ソ一して日本へ逃げ來れば日本では處罰しない犯罪は日本人に對する犯罪で即ち日本人の水道を穢したのであるから六月以上七年以下の刑に處斷すべき筈であるが日本へ逃れ歸ると處罰せないことになつて居るが之も漏れて居る一つである、殊に第四百十七條の如きは其最も酷だしいもので一年以上十年以下に處すべきものであるが之も亦洩れて居る、此外信書の秘密に關する罪、自殺補助罪等の如き尙ほ其他に調べ來れば其洩れて居る條項は甚だ澤山である、要するに兎に角帝國に對するとか帝國人に對して日本人が犯したる罪とか云ふ様に概括的に掲げて、又其罪も多少重大なる犯罪即ち何年以上とか或は何月以上とか或は何圓以上の罰金とか懲役とか云ふものに處すべき犯罪を罰すると云ふことにしたなれば甚しい不都合はないと自分は考へる、改正法の規定は大變抜けて居る所が多いが詰り餘り編纂を急ぎた爲めに斯う云ふ缺點を仕出來したものである、以上を以て法律が外國に於て犯したる犯罪を支配する場合を説明したのである之に次で尙ほ一つの日本が或外國に對する特別の取除があります、何う云ふことかと云ふと即ち清韓兩國に對する日本の治外法權である、此治外法權は日本の國

法が自衛の必要上特に外國に行はれると云ふ譯けではなくつて之は即ち大體は原則上一國一家の内に於て罪を犯したるものは其國の法律に依つて處斷すべしべき筈のものであるけれども兩國著しく風俗習慣を異にして居るか一方の國が他の一方の國よりか甚だ進むで居る場合には茲に治外法權と云ふものを認める様になる日本が清韓兩國に向つて治外法權を持つて居るのは兩國の風俗習慣を異にし日本が兩國よりも數等上にあるが爲めからであります即ち之は若し之が一國々土の内で罪を犯したからと云ふて法律の原則に依つて野蠻國の法律の適用を受けると云ふことになつては甚だ迷惑する譯であるからソコで外國の法律に換へるに日本の法律を用ゐる即ち日本の治外法權であつて日本の法律に依りて處斷せらるゝと云ふことに極めた之に依りて即ち此清韓兩國なるものは兩國に於て罪を犯したる日本人は猶ほ日本國內に於て罪を犯したるが如く處斷せらるゝのである併し乍ら凡そ犯罪には大別して二つの犯罪と爲す自然上の犯罪と政治組織に基く犯罪である之は國に依つて違ふのである例へば韓國に於て韓國の君主若しくは貨幣又は官印官文書等皆重要なるもの貴重なるもので之に對しては十分なる敬意を拂ふべきものである即ち之に對する罪を犯せば普通の犯罪

より重く罰する即ち一人に對するよりは重く罰すると云ふことにすべきものである所が兩國の風俗習慣を異にすると云ふことに依つて治外法權を持つて居る結果日本の刑法を其儘適用することになつて其國即ち在留國清韓兩國の政治上の組織から特に區別せらるゝ所の區別を度外に於て顧みぬと云ふ結果か惹起つて來るのである現に之に就て屢々不都合なことを惹き起して來るのである依つて此點は能く注意すべきことだらうと思ふ抑も治外法權は右に云ふ如く兩國普通の習慣を異にして據なく文明國の法律を適用するので外國の法律を蹂躪すると云ふのではないソコで若し治外法權を得て本國の法律を使ふことになつたならば政治上の組織からして特に區別を要すべき點に付ては特別の明文を設けてサツして或は清韓兩國に於ける所の政治上の理由に依る區別例へば天皇であるとか官文書であるとか或は官印であるとか云ふものに對しては特別の規定を設けて置かぬと國交上非常な妨げを來すことがある從來爲めに其國の法律が弱肉強食と云ふ様な評を受けることがある我改正刑法が此點に注意を施して居らぬのは残念なことゝ自分は考へる

以上を以て外國に對する適用の範圍を説明したのである之に附け加へて尙ほ少

しく説明したいのは即ち右に説明した一部分即ち刑事國際問題に關係して居るもの二三を説明して置かうと思ふ即ち第一は外國裁判所の判決は日本の判決に如何なる影響を及ぼすやと云ふのである外國裁判所の判決は豈う云ふ風な影響を及ぼすかと云ふことは夫れは犯罪人引渡及び犯罪人の逐放である先づ

第一に外國裁判所の犯罪は日本の裁判に如何なる影響を持つべきかと云ふに凡そ一國の主權は相互に獨立して居るものであるから其事の行はれた所の裁判はド―しても獨立して居るので相互に影響すると云ふことはない筈である彼の一事不再理と云ふやうな事柄は詰り同一主權の下に於て云ふべきことで主權を異にしたる場合に付云ふべきことでないのであります併し乍ら曩きにも説明したるが如く詰り近來は國と國との境が相接近して殆ど境はないかの如くなつた從つて國の境は一國內に於ける行政上の區別に過ぎぬ位に接近して來て居り又兩國の風俗習慣と云ふことも相似て來て居るのであるからして甲國に於ける所の裁判と云ふものも乙國に於ける裁判と大きな違ひは生ぜぬので多くの違ひを生ぜぬとすれば一國の國家に於て下したる裁判は他の國に影響を持たしめず他の國が斟酌する様にして大なる不都合を生ぜぬのでありますソコで原則の一

事は再理せずと云ふことは原則として一國國家の主權の下に於て云ふべきことであるが今日は擴張して兩國主權の下に適用すると云ふことに矢張り傾て來て居るのである夫れで即ち改正法第五條に「外國に於て確定判決を受けたるものと雖も同一行為に付ては更に裁判することを妨げず但犯人既に外國に於て言渡したる刑の全部又は一部の執行を受けたるときは刑の執行を輕減又は免除することを得」と書いてあつて即ち一般の傾向に従つたものである次に

第二は追放權である追放權のことは別に法律を以て規定したる國もあるが我國には未だ此の法律がないから唯行政處分として便宜之を行ふて居るの居ある追放權と云ふことは外國人を我國境外に追放することと之を追放する者に大別して二種ある一は外國に於て罪を犯したる外國人が我國に在留して居る場合に其犯人の引渡を爲すべきときは之を引渡し若し又其犯罪は我國に於て處罰すべきものである場合は我國で之を處罰するのであるが我國で處罰することも出來ず又其本國へ引渡すことも出來ないと云ふ様な場合には此犯人を國境外へ追放すること今一つは外人が我國に在留して屢々犯罪を犯し其都度處罰した所が更に改悛の見込がないと云ふ様な厄介者は内國に在留を許す譯けには行か

ないから之も亦國境外へ追放のである。要するに斯の如きは之を我國に留むるときは國家の安寧秩序を害するの恐れありとして今日文明諸國に於ては何れも皆此等の危險物を國境外へ追放することとして居る次に

第三は犯人引渡。である前屢々説明したる如く一國主權の實行は其國の領土内に限られ居るから縱令國外に於ける犯罪をも處罰すると云ふ規定があつても直接に外國に在る犯罪人を逮捕して處罰することは出來ないのである。ソコで外國が處罰を要する犯人にして我國は之を罰する權利のないもの又は外國に在留する者で我國は之が處罰を要するも外國は之を罰する權利がないと云ふ場合に其外國に在るが爲め逮捕し處罰することが出來ないとしたならば犯人は遂に故なく責罰を免るゝの結果を生じ國家は遂に刑政の目的を達することを得ざることとなる。之を以て近世文明諸國に於ては或は條約を以て或は慣習に依つて犯罪人引渡要求の權利及び要求に應ずる義務あることを認むるを通例として居る。されども (一)犯人は其現在國の人民なるとき (二)政事上の犯罪人 (三)輕微なる犯罪若しくは引渡を爲す國の法律に於て處罰せざる所爲に關する者等は之を引渡さるるを原則とす。明治二十年八月勅令第四十二號逃亡犯罪人引渡條令明治

三十九年十月日米犯罪人引渡條約參照

第二編 犯罪論

第一編は現行法と改正法との關係に於いて條文が著しく違つて居るから之に就ては全部説明した方が宜しと考へて總べて之を説明したのである。併乍ら此犯罪論中に於ては改正刑法と現行刑法との關係に於て格別違つた所がないので従つて悉く説明する必要はないから唯其著しく違つた所若しくは從來問題となつて居る點のみを説明して果して立派に改正せられて居るや否や又如何に解釋すべきものであるかと云ふことを御話しやうと思ふ。

第一 法人は犯罪の主體たることを得るや (犯罪の主體論)

法人は犯罪の主體たることを得るや否やと云ふことに就ては學者の間に議論が別れて居つて歸着するところを知らぬのである。ソコで之に對する消極論を主張する人は法人は吾人肉體を有する所謂人とは全く別物であつて之れと同視する

ことが出来ぬ成る程名前は法人と云ふ名前を持つて居るのであるけれども夫れは即ち民法上經濟上の必要からサウ云ふものを法人としてサウして之をして權利若くは義務と云ふものを有せしむるやうにしたのであつて、商事若くは民事の會社又は所謂財團法人例へば學校であるとか、寺であるとか、或は養育院であるとか云ふやうなものは皆我々人の如く實在して居るのではない、反言すれば經濟上の理由からして即ち是等に財産を持たし若くは取引を爲し、契約を爲し、訴を受け訴を起すことが出来ること云ふやうな必要があつて、ソコで吾人人類と同じやうに見て權利の主體と見做し之れに人と名けるのであつて、要するに法律が特に之を人と見做すのであつて眞にサウ云ふものがあつて夫を人とすると云ふものでも何でもないのである、別に吾人を離れて存在しては居らぬのであるが夫を法律が擬制したのである、法律が擬制即ちシクシヨンに依つて擬らへて人と見做したのである、夫故に其法人が爲したりと認めらるゝやうな犯罪行爲と云ふものは實は法人其人がするのでなく、否な其ものは出来なひのであつて、法人の名に於ひて爲したりと稱する人が法人の名の下に隠れてサウして罪を犯すのであつて、其實際に罪を犯す人は法人の代理者とか理事とか役人とか云ふ法人の代理者と稱するものが犯すのである、故に法人は犯罪の能力はなひのであつて即ち罪を犯した其人が犯罪を犯したのである、だからして法人の名の下に於ひて罪を犯したりと稱する其人を處罰するより仕方がない、之が即ち消極論である、

之に反して積極論を主張するものは、法人は吾人と異り存在して居らぬものであるが、經濟上の理由よりして民法に於て法律が特に之を人と見做す、即ちもど無ひものであるが特に法律に依つて拵けられたものであると云ふのは之れは根本の感念に於ひて誤つたものである、幾等法律が力があつてもマルでなひのを作る、即ち空中に樓閣を作り出すと云ふことは出来ぬのであるから、茲に法人と云ふものゝ夫れ自體を觀察して見ると決して彼等一般のものゝ主張するが如きマルで空なるもの、セロで丸るでないこと云ふものではなくて何か存在して居るので、其存在して居ると云ふことに付ては先づ第一に一番見易ひのは即ち國家と云ふものを見る、能く解かる、國家は吾人人類とは違つて居るのである、違つて居るのであるけれども吾人人類の以外には何れもなひと云ふのではないので、吾人の存在と俱に國家の存在と云ふことを認むる、而して其國家なるものが條約を取結び、又は戰爭をする、と云ふことがある、夫で其條約なり、戰爭なりと云ふものは決して個人が戰爭した

り若くは條約をするのではない、即ち國家夫れ自體は條約をし戰爭をするに云ふことは誰れも之を認めぬのであるが、併乍ら現に國家は戰爭をもし條約をも締結するのではないか、テ國家既に斯の如く存在して居ると云ふことに付て争ひがなひと云ふ以上は即ち之れと同一なる民事會社商事會社又は其他の法人は肉體を有する吾人と同じやうに實在して居ると言はなければならぬ、要するに國家が存在して居ると同様に法人も亦存在して居ると言はなければならぬ、成る程所謂法人は吾人々類の如く物に觸れ手に觸れると云ふ譯には行かぬのであつて物質を備へては居らぬのである、併乍ら物質がないからと云ふて夫で存在して居らぬと云ふことは言へぬ、例へば吾人の精神の如き吾人と云ふ人、我れと云ふものが肉體の爲めに存在して居ると俱に肉體の外に不可侵のものがあつて即ち我れと云ふことを認めて居る、又肉體の増減に拘らず精神は存在して居ると云ふことは認められる、之れと同じく假令ば茲に學校又は聯隊と云ふものがある、學校なるものは必ずしも職員又は學生若くは建物と云ふものと同じではなくして元より是等のものが學校として形に現れずとも之れが無くても學校と云ふことは言へるのであつて又其學生職員若くは學校の建物の増減變換に依つて大きくなつたり、小ひ

さくなつたりすることはあつても學校は同じである、又聯隊を形造るには兵卒士官其他武器若くは兵營と云ふものがあつて即ち之れに依つて聯隊と云ふのである、併乍ら是等兵卒なり士官の増減若くは建築の増築又は減少に依つて其聯隊と云ふものゝ變化を來すと云ふことはあつても聯隊としては何處迄も存在して居る譯のものである、サウして見ると物に觸れ手に觸れぬから、ものが存在せぬと云ふことは言へぬので吾人即ち我れと云ふものゝ存在と同じことに、又是等無形のものゝ存在と云ふことも認むることが出来る、テあるからして法人が實在すると云ふことに就ては最早疑ひを入れることが出来ぬ譯である、此點に於ひて即ち消極論者の元來法人はなきものを法律が拵へて之れを人としたのであると云ふのは即ち此根蒂が既に全く古き考へに基ひて居るので全く間違つて居るのである、テ既に之があるに致すと法人は罪を犯すことが出来るや否やと云ふことに移つて行かなければならぬ、ソコで之れが罪を犯すことが出来るかと云ふと先づ以つて是等のものが法人として存在する所の目的に適ふたる行爲を行ふことの出来ることと云ふことは毫末も疑ひを容るゝ所がなひ、現に法人は先づ財産を有し、義務を負ひ又は契約を取結び、訴へを受け若くは訴へを起すと云ふことが出来るのであ

る、又國家に對しても相當の法律規則に服従し若くは營業を爲すと云ふことになれば營業税も又納めると云ふことになる然るに唯り犯罪行爲のみ之れが出来ぬと云ふことは何うしてもない、テ右等の行爲をさすに就て法人は吾人と同じものと見て同じ権利の主體として行動して居るので既に吾人と同じやうな此権利の主體として斯う云ふ行動が出来れば犯罪も亦吾人と同じやうに之を爲すことが出来なければならぬので唯り犯罪のみ出来ぬと云ふことは何うしても了解が出来ぬのである、或は反對論者は成る程法人は營業を爲し契約を取結び或は訴へを爲し或は訴へを受け税金を納めると云ふやうなことをする併乍ら夫は法律が法人として認められる目的の範圍に於て行はれる行爲であつて法律は法人が其目的の範圍に於て行ふことを法人の行爲とするのであつて法人が目的以外のことをするなれば法人の行爲とは普通云はぬのである例へば織物會社と云ふやうなものが茲に「ホテル」を始めるとか或は演劇の興業をするとしても夫は決して織物會社の行爲とは認むることが出来ぬ、して見れば法人の行爲と認むるのは其設立の目的の範圍に於ける行爲を認むるので夫れ以外に於ては法人の行爲と認むることは出来ぬ、今翻つて犯罪の行爲を見るに法人の目的に適ふて居らぬ、寧ろ

目的の上から言へば法人の爲し能はざる事柄に屬するので従つて法人は罪を犯すと云ふことは出来ぬのであると言はなければならぬと云ふものがあるかも知れぬ、成る程此説は一應理屈のあるやうに聞へるのである併乍ら此議論から押し通して行くと假令目的に適ふ所の行爲としても之に關係する犯罪の起らぬと云ふことはないのである例へば法人の業務に就ての契約を取結ぶに當り法律に反したことがある、假令ば印紙の不足があるとか或は業務を營むに就ては税を納めなければならぬ、其税に就きまして法規の税を納めなむと云ふことがあつたと致しますると此場合に於て其目的其ものに關係したことに付ひて生ずるところの犯罪と云ふものがある、元より吾人と雖も法人が人殺しをするとは考へない、又法人が強姦をするとも考へない、サウ云ふ法人の成り立ちと丸るで駈け離れたやうなことが出来るとは一寸も信せぬのである、所謂吾人が研究せんとする問題は何づれも目的に關聯した問題であるのであります、夫で問題に關聯して居ることである以上は其目的自體であつて又之は犯し得るものであると信するのであります、夫で反對論者が目的に關しなむもの、例を引ひて例へば織物會社が見世物演劇の興業をするると云ふことは織物會社の行爲と認められぬと云ふ點を拾つ

て來て犯罪の目的に反して居るから犯すことが出来ぬと云ふことは之は大きに誤つて居るのであります。之れは頭で以て犯罪を全く法人の業務の以外に置ひてあると斯う云ふ考へが起るが右云ふやうな關係して居る犯罪は幾らもあると云ふことを思へばチヨツとも疑は起らぬ。假令反對論者の説即ち目的の上にてのみ能力を持つて居ると云ふ説を採りましても犯罪を犯すと云ふ論を立てなければならぬ。然るに犯罪は犯せぬと云ふことになれば假令目的に適つたものでも犯罪にはならぬと云ふことになるので之れでは即ち法人は利益を得ることは出来なければぬ。損失はせぬとか或は善ひことは行つても罪は犯すことは出来ぬと云ふやうな勝手な論結に歸着することになるのである。反對論者の説に依れば法人の犯したりと認むべき犯罪は法人自ら犯したるのでなくして其實法人を代表して居るところの理事其他の役員が法人の名の下に於て個人的に罪を犯すのであると斯う云ふのである。若し法人が罪を犯すことが出来ぬと云ふことになれば斯う云ふ議論に至らなければならぬか知らぬが併し乍ら法人が平常業務を執り行ひまするに當りましては法人自ら之を行ふに非らずして其理事者若しくは其他の役員が之を行ふのである。此理事若しくは役員が悪いと云ふことに付ては理事若

しくは役員自己の行爲ではなくして法人の行爲とするのである。夫で此點に付ては反對論者に於いても異議がないので即ち此場合を理事者若しくは役員と云ふものが自らの行爲とせずして代表して居るところの會社即ち法人の機關となつて働くので此點は反對論者も争はぬのである。己に之れが機關であると教しませると法人の目的に關聯して起つて來る犯罪も又此理事者若しくは代理者と云ふものが機關となつて罪を犯すと云ふことになるのであつて即ち犯罪以外の行爲が機關として行ふと同じく此犯罪も又機關として行つたのであるから法人の犯罪とならなければならぬのである。元來法人の犯罪に關する問題は極めて困難なるもので双方各々一通りの根據を持つて居るのです。何づれを正しとすべきものであるかと云ふ問題を決する前に先づ此れは解釋問題であると云ふことを注意するの必要がある。

次に法人は實在して居るか否やと云ふことに就て議論あり消極論者は法人は唯法律の擬制によりて始めて存在するもので實在して居らぬと云ふ點を根據に置き所謂法人は單に規定に據つて作られたもので本來何にもないもので即ちセハである。セハは意思又は行爲能力ある筈はないから當然罪を犯すと云ふ事はない

のであつて法人が罪を犯すと云ふことは取りも直さず法人の代表者たるものが、法人の名の下に於いて罪を犯すものであると斯う云ふ風に言ふて居る併乍ら法人は法の規定に依つて作られたもので本來全く虚無であると云ふことは何うしても言へぬのである此點に於ては積極者の主張するやうな説が正しいと考へる即ち第一は肉體を備へて居るから物に觸れ眼に觸れ五管に觸れる物がなければ夫でないといふ考へらるゝけれども其實積極論者の主張する如く即ち所謂擱へることは出来ぬけれども精神の存在に由つて吾人即ち自我の存在を認め得るが如く矢張り此法人と云ふものゝ實在するとは到底争ふ可からざることゝ考へます故に此點に於ては積極論を正しとしなければならぬ然らば刑法上に於ても積極論者の主張の如く犯罪能力あるものであるかどうか既に述ぶるが如く實在して居つて而かも民法上は吾人即ち自然人と同じく權利の主體となり義務を負ふことが出来ることになつて居ると致しますれば當然犯罪も亦犯し得るものと云はなければ理論一貫せざる様に思はる併乍ら此點に付ては我が刑法の主義と云ふものと彼是照し合して考へ見なければならぬ我が刑法の主義を見ると先づ一面に於て肉體を備へたる自然人を單位として見るやうである即ち罪を犯し得るも

のは吾人の如く肉體を備へるものに限る其他を認めて居らぬ様である現に共犯の規定を見ると明かである凡そ共犯と云ふものは言はゞ犯罪に付ての會社組織と同じやうなもので若し刑法が法人としての犯罪と云ふものがあると云ふことを認めてあるなれば共犯者は取りも直さず犯罪の會社であるのであるから夫等が罪を犯した場合に於ては犯罪會社と云ふものが犯したとして共犯者各自の外別に誰か罪を犯したものがあると云ふことを認めなければならぬ所が法律はサウ云ふことは些つとも認めて居らぬので同時に二人以上俱に罪を犯したものは各自に刑を科すると云ふことを規定するに過ぎないサウして見ると云ふと我が刑法に於ては團體の犯罪と云ふものは認めて居らぬと言はなければならぬ其のみならず又一面に於て現行法七十七條即ち改正法の三十八條罪を犯すの行爲は之を罰すとあつて表面から説明致しますると其行爲が罪たることを知る即ち其行爲が刑法第二編以下所謂犯罪を構成すべき事實たることを知つて之を行つたものは即ち罪を犯すの意あつて犯すものは犯罪人である假令夫が他人に協議し若くは他人を代理したと致しましても夫は犯罪を犯すに至つた緣由と云ふことに過ぎぬので之が爲めに犯罪人たるの責めを免れることは出来ぬのである夫で要

するに學問上の言葉即ち一言にて云へば詰り我が刑法の主義に於ては犯罪は代理^①することを得ずと云ふことになつて居るのである既に犯罪は代理することを得ぬと云ふことになつて居るが今法人が罪を犯す場合を見るに罪を犯すと云ふことは何人が犯すかと云ふに直接に罪を犯すものは即ち所謂法人を代表することか或は代理するとか云ふ個人である其實自然人が罪を犯すことになるのである今翻つて積極論の主張を見まするに積極論に於きましては民法上法人は權利を得義務を負ふとが出来て而して夫は即ち之を代表するところの理事若くは他の役員に依つて行ふのである此場合に於て理事者若くは他の役員は法人夫れ自身の行ふたものである此場合に於て理事者其他の役員と云ふものは法人の機關である言はゞ個人が或る行爲を爲しますに就きまして肉體は自我と云ふものの命令に依る機關として働くと同じことである即ち法人は其機械に依つて業務を行ふからして法律上は即ち法人が行つた行爲とするのであるサウする之に對する犯罪に就いても法人は此機械に依つて罪を犯したものと云ふことが言はれるではないか併乍ら右に云ふが如く現實に罪を犯した理事若くは役員は機械ではないのであつて自ら罪を犯すことを知つて居るのである即ち自ら罪を犯す

ことを知らぬといふのは癡癡白痴幼者と云ふ者又は之を知つて居つても他人から暴行脅迫を加へらるゝか若は詐欺に陥れられて居つたと云ふやうな場合に限るのである今法人を代表して犯罪行爲を爲すところの理事其他の者如何なるものでも其爲したる所の状態は眞きに説明する如く其行爲は犯罪であると云ふことを自覺して居るのである自覺して居る以上は之は機械であると云ふとは何うしても言はれぬのである機械と云ふとは矛盾して居るのである既に自覺して居る以上は機械ではない機械でないとすると即ち自ら犯すのであつて法人が之れに依つて罪を犯したと云ふことは何しても言へぬことになつて來なければならぬ管に機械にあらざるのみならず假令暫く之を代理と見做しても代理と云ふことも又其民法に於きましては或は之を言ふことが出来ましても刑法に於ては犯罪の代理と云ふことは許さぬのである斯うして考へて見ると先づ第一點に於て罪を犯すものは自ら犯罪者であると云ふこと犯罪者にして機械でないと云ふこと夫から又一面法人の犯罪を認めると云ふことにすれば何うしても實際に行つたものは恰かも個人の肉體に於ける如き關係を有するものでなければならぬ所が實際の上には法人自身は犯罪行爲を知つて居ると言ひ得ることは出来ませぬ

假りに代理をしても犯罪は代理を許さぬことになつて居るから何うしても刑法の原則に於ては法人が罪を犯したと云ふことは認むることが出来ぬのである之に依つて解釋の上からは何うしても法人は理事其他の役員に據つて罪を犯したと云ふことは出来ぬので簡単に言へば法人は犯罪の能力を有せずと斷言せなければならぬ依つて我輩は此點に於ては消極論を贊成をする。乍併ら以上は詰り法律解釋の議論で現行法の法理に依つて説明したのである。立法の問題としては全く別論であつて立法は一面に於て萬能であるけれども他の一面に於ては事宜に據らなければならぬ。即ち社會の便宜に依る刑法は治國平天下を目的としたものであるから此目的に依つて適宜に法制を作つて行かなければならぬ。近頃の實業で言ふと即ち刑事政策と云ふものに依て行かなければならぬ。刑事政策に依て考へて見ると云ふと今日一般の社會の狀態と云ふものは昔時とは大變進つた。昔しに於きましては總べて此社會の事情が簡單であつて大抵の事柄が個人本位で團體に依つて仕事をすると云ふやうなことはなかつたのであるが段々經濟上の事情が進んで参りました。是又追々に分業と云ふことが出来、同時に、又此共同して仕事を舉げると云ふことが段々出来て来る。今日は競争を専らにし同時に力を集

合せしむると云ふことが一般社會の傾向になつて來て居る。夫で例へば一つの事業をすると致しましても少なき資本より澤山の資本と云ふことになる。又何か目論見を立てるにしても少數の人の集まるよりも多數の人の集まることにして居る。其方が効力が著しきものである。効力が著しく目的を達するに容易の爲めに段々社會は昔の個人單位と云ふことを改めてサウして團體單位と云ふことに進みつゝある。此團體單位と云ふ状態は今後益々盛んになつて來て假令個人單位と云ふものがなくならぬに致しても大部分は此團體單位と云ふものになつて仕舞ふ傾向あり。テ見れば法律殊に刑法は社會の狀態と云ふものと始終相伴ふて行かんければならぬから今此社會は右に言ふ如く團體單位と云ふものが段々進みつゝある所が現行刑法の如き殊に改正案の如きも矢張り昔の古い時代から其儘裂ひ來つて居る所の個人單位と云ふ基礎に據つて居る。故に社會の進歩と云ふ上から見れば後れたる規定と考へます。今日からの法律は段々其團體單位と云ふものを認めて之を處罰すると云ふことにしなければならぬ。素より現行の法律に於きましても一二特別法には團體を罰すると云ふやうな規定を設けたものがある。若くは之れに類似したものがある。例へば電信法四十二條或は明治三十三年法律第

五十二號明治三十七年内務省令第一號の如き即ち團體を罰すると云ふ規定を設けてある。乍併ら今後の社會狀態を鑑みれば刑法の一般規定として團體の犯罪を罰すると云ふやうな規定を設けることが必要と考へる。サツして團體の犯罪を罰すると云ふことにすると個人は何うなるか。即ち團體に伴ふて團體の機關若くは代理者となつて働いた個人は何うなるか。云ふと之も全く打ち捨てる譯には行かぬ自分の考へから云へば團體を罰すると俱に是等個人も同時に處分を施すと云ふことにしたら宜からう。之れを要するに改正刑法に於ても此團體單位と云ふものを認めて團體の犯罪即ち廣く法人が罪を犯し得ると云ふことを一般規則として認めなかつたことは聊か時代後れの考へを持って居るのであります。今後尙は刑法の改正を必要とする場合には斯う云ふやうな項目を入れることの必要なることを私は考へて居ります。

第二 心神喪失者の行爲は之を罰せず (第三十九條)

此規定は現行法七十八條の規定即ち「罪を犯す時知覺精神の喪失に因て是非を辨別せざる者は其罪を論せず」と云ふ規定を修正したものである。ソコで罪を犯す時知覺精神の喪失に因て是非を辨別せざる者と云ふ規定と、改正刑法の規定と何處

が違ふかと云ふと事實の上に於ては即ち實際の適用の上に於ては大した相違はないのであります。が學問上理論の上から考へて見て何うも此舊法即ち現行刑法の規定は宜しきを得ないものである。ソコで此改正の必要と云ふことになつた然らば何處の點が悪るいかと云ふと、先づ以て其條文を見ると云ふと「是非を辨別せざるもの」と書いてある。即ち我が現行法の趣旨は是非の辨別あるや否やと云ふことを以つて責任のあるなしを別つの標準として居るのである。即ち八十條に於ては「是非を辨別したると否とを審案し辨別なくして犯したる時は其罪を論せず」としてある。之は年齢の爲めに是非を辨別せざる場合を書いたので、七十八條即ち本文の場合は知覺精神の喪失の爲めに是非を辨別せざる場合を書いて居るのである。要するに七十八條と八十條との區別は是非を辨別せざるに至るの原因に依つて區別したので、歸着する所是非を辨別するや否やを責任の有無を別つの標準にして居ると云ふことになるのである。即ち現行法は是非の辨別と云ふことに依つて責任の有無を別つの標準として居るのである。が待乍ら之は一面に於て他の條項に於て自ら之を否認して居る。換言すれば此原則を破つて居るに拘らず他の一面に於て新しき學理に適はぬのである。即ち先づ第一に自ら他の條項に於て此標

率を破つて居ると云ふことに付きましては八十三條の規定である。違警罪は満十
六歳以上二十歳に満ざる者と雖も其罪を宥恕することを得ず。満十二歳以上十六
歳に満ざる者は其罪を宥恕して本刑に一等を減す。とあつて此規定に依れば違警
罪に就ては是非の辨別ありや否やと云ふことを以つて責任の標準として居らぬ
のである。即ち違警罪は罪質の上に於て悖徳加害と云ふ唯害を加へると云ふ丈け
の話で、違警罪は悖徳加害の行爲の取締法と云ふ丈けの話で例へば左側を通行す
べしと云ふか、此土手登る可からずと云ふやうに制止し禁じたと雖ども分らなけれ
ば左側の通行は出来ぬのである。又土手に登ることが出来ぬと云ふことも直ちに
判断が出来ぬのである。之は即ち其時其場所に於て國家が便宜上其行政の取締の
上から定むる所のものである。違警罪と云ふものは形式違反の罪である。若し若
し頭から知らぬければ犯罪は構成せぬものである。是れは殆ど云ふを待たぬ例へ
ば土手に登る可からずと云ふも若し土手に擔ぎ上げられたとか、或は左側通行す
べからずと云ふことに付て左りと右と云ふことが分らなかつた場合即ち所謂其
犯罪行爲が分らぬと云ふ場合其犯罪行爲を知らぬと云ふ場合は之は違警罪と雖
ども罪は構成せぬのは勿論であるが併し之を知つた以上は夫は左側通行である

と云ふことを知つて居る土手に上る可からずといふとや左りを通るのでない
と云ふことを知つて居る以上は夫れ丈けで當然法律に違反する意見である。か
いとか善行爲とか悪行爲であるとか云ふやうなことは問題に置く必要がないの
である。之が違警罪の本旨である。違警罪は夫が知れさへすれば宜い従つて懲罰が
懲戒的刑罰で其人が道徳違反の人であるが故に道徳上罪がある従つて其人に精
神的懲戒を必要とする。と云ふ主旨よりして懲戒的の刑を加へると云ふ譯では
ない。唯サウ云ふ取締の法規である。右に向けどか左りに向けどか云ふ規定を設け
れば右なら右左りなら左りを通つたら夫れで宜いのである。之は即ち右に向け
と云ふ所を左りに向くと云ふやうなことも聖人君子と雖も遇つて違へることが
ある。又小供と雖ども幸ひにして其軌道を外づさずに行く可からざる右には行か
ぬと云ふとはあり得べきである。之は道徳と云ふやうな範圍は全く離れた問題で
形式違反で即ち行爲丈けで罪を作る行爲丈けで犯罪と認むるのである。今日野蠻
人民に對する取締法例へば臺灣の土人に對する取締法の如きは中には其事が宜
いと考へて居るものも現にある。併乍ら善い悪いものと云ふとは教へることが
出来ぬのであつて夫よりは寧ろ違反として罰金でも科するとか或は懲役にでも

やると云ふ位の苦痛を與ふると夫で宜いので形式的の罪を犯さぬやうにせしむるのである根本的の指導をなすと云ふことは出来ない即ちサウ云ふ野蠻人に對しては形丈けで壓さへて行くべきものである違警罪と云ふものは敢て野蠻人に對する譯ではないが形式違反の行爲で知つて行つたと云ふとになれば夫れ丈で宜しいので罪は十分に成り立つて居る辨別の有無と云ふことは違警罪に付ては全く明文の上にも要求してないのみならず又理屈から云ふても全く別なものである故に法律は違警罪の上には辨別の有無と云ふことは打消して居るのであるサウして見れば七十八條に廣く罪を犯す時知覺精神の喪失に因て是非を辨別せざるものは其罪を論せずと規定したのは實に矛盾して居ると云はねばならぬ次に又此是非の辨別と云ふとに付て近來幼者の處分に關しまして一般に今日まで刑法の舊式的立法の立て方では是非の辨別があるや否やと云ふとを標準として辨別があつて犯したと云ふことになれば罰しサウでなければ罰しないと云ふことにして辨別の有無に依つて處罰するか否やと云ふことが標準にして居つたのであるけれども幼者例へば我が刑法に依つて之を言へば十二歳以上の者であるが此十二歳以上の者にして假令辨別があると致しましても其辨別する頭の悪

るいものは心神俱に十分の發育を遂げて居る大人とは是非を辨別すると云ふ其辨別の程度が大變違つて居るのである唯押しなべて善し惡しを知つて居りさへすれば夫が善い行であるとか惡い行ひであるとか夫れさへ知つて居れば大人も幼者も同じやうに考へて居るのであるけれども夫は大きな間違ひで其是非の辨別と云ふ丈けの關係は同じでも即ち黒いものなら黒い白いものなら白いと認むることは大人と幼者の關係に於ては違ひはないにしても其判斷の根原と云ふものが違つて居る一方は開發して居る頭即ち能く發達して居る頭能く教育をして居る頭である又一方は不熟の頭サウして教育が不十分であるから惡いことをしても其者の考へは吾人の考へて居ることとは大いに違ふ所があるのである夫で斯の如き心神の發達せぬ頭の發達せぬものと發達したものとは根底が違つて居るものを吾人の判斷と同じやうにして責任の有無を別つのは間違つて居ると云はねばならぬ殊に又幼者に就ては他に説明する機會あると思ひまするが即ち幼者自身の責任と同時に國家の責任と云ふことも考へなければならぬのである幼者が罪を犯すに至ると云ふことは素より幼者自身にも責めがあるのであるが又一方に於ては國家が之に對して十分の取締其他教育を施して居らなかつた

と云ふことが又一つの原因となるのである故に今では此幼者の責任年齢は非常に上に高めてサウして大抵なものは皆之を犯罪とせんと云ふことにして居る之れを要するに幼者に關する責任國家が責任を分つかと云ふことは別と致しましても是非の辨別と云ふことに就ては幼者に關し甚だマツイのである。して見れば七十八條の是非の辨別と云ふことは異議があるのみならず又條文の規定の上からも斯う云ふことが言へる。知覺精神の喪失に因つて是非を辨別せざる者とあるから知覺精神が喪失しても是非を辨別する者は處分すると云ふことが出来る。又立法者の考へ通りに讀んで往つて見ましても是非を辨別せざる理由は知覺精神の存する場合と斯う云ふことであります。が斯う云ふ風に讀んで行くに致しましても辨別と云ふことは結果であつて知覺精神と云ふことは原因である。知覺精神の喪失と云ふことがあつたなれば是非の辨別を要する者がいない。知覺精神の喪失があれば夫れでモウ後とは當然出て來る問題で言はなくて善ひことであるのです。夫で知覺精神の喪失で宜いのです。是非の辨別と云ふことは知覺精神の喪失の内に當然含まれて居るのである。サウして見れば餘計な文字が這入つて居ると云ふことになる。之を要するに違警罪の八十三條の規定に依つて全く此標準

を打ち毀はされて居る而已ならず知覺精神の喪失と云へば事態是非の辨別をしなむと云ふことを含んで居るなれば更らに歌つてあるのは重複して居ると云ふことになる。兎に角是非を辨別せざるものと云ふことは之は無用有害の文字と言はなければならぬ。次に知覺精神の喪失とあります。が之は詰り其適用に於いて或る理窟として誤らぬのであつて所謂瘋癲白痴等の場合を意味するのである。其他酒に酔つて前後不覺であると云ふことも此内に含まれて居ることは何人も疑を懐かぬのであります。乍ら學問上の理窟に於いては瘋癲白痴若くは酒に酔ひ潰れて居る所のもは必ず知覺精神を失つて居るか否やと云ふことは心理學上の大問題であつて疑ふべきことである。デ或は其内にも所謂眞に知覺精神と云ふものゝないと言ふものがあるかも知れぬ。併乍ら自分の信する所に依ります。と今日一般に知覺精神の喪失して居ると云ふものは大部分例へば瘋癲白痴と云ふやうなものでも知覺精神の喪失して居ると云ふものはないのである。知覺精神はあるが其知覺精神が錯誤して居る。迷ふて居ると云ふのであつて即ち見當違ひの知覺を持つて居る見當違ひの知覺精神で知覺精神はあることはあるが丸るで筋違ひである。間違つて居ると云ふに過ぎない。素より立法者の考では間違つた精

神所謂間違つた知覺は無いと同じである。元と健全なる知覺のないものは則ち知覺精神を喪失したものであると云ふ意味であることは疑はないのであるが、併し此儘では何うしても瘋癲白痴は知覺のないものであると云ふことにならないのであるからして此知覺精神の喪失と云ふことは何うしても穩當を缺くのである。何か一つ變へなければならぬ之を要するに此知覺精神の喪失と言へば先づ以つて此立法者の考へは健全なる知覺精神の喪失と云ふ意味であらうけれども此儘に讀んで行くとサウは讀めぬのである。サウして多くの場合に於いて瘋癲白痴者は精神のないのではない。在つても只迷ふて居る錯迷して居ると云ふに過ぎない。知覺精神があるや否やは心理上の問題で之を決定しなければならぬと云ふことは随分困難なる問題であるからして斯う云ふやうな文字を使ふのは甚だ宜しくない。何うしても改めなければならぬ。ソコで斯く説明し來ると此條文は何處も宜い處を見出さぬ。何うしても存し置くべき所を見出さぬ爲めにソコで全部改めるの必要が起つて先づ第一に案が成つて來たのでありするが先づ最初に定められた案と致しましては精神障害に因る行爲は之を罰せず、「精神耗弱者の行爲は其刑を輕減す」と云ふことになつたのである。ソコで其精神障害に因る行爲とした

のは結果の上から言はずして原因の上で客觀的に説明し來つたので刑の上から説明したのである。心理上に立入つて精神が喪失して居るや否やと云ふやうなものは之を見ることは面倒な問題で而かも又所謂眞に喪失と云ふことは言ひ得られぬ場合がないのであるからソコで精神障害即ち健全なる理解力の存する所に故障がある。換言すれば精神に病氣其他缺損を持て居ると云ふことにした精神學者の上から考へて夫は知覺があるか何うかは分らぬが、兎に角精神病學者の云ふ所の精神と云ふもの即ち吾人が持て居る所の理解力に障害を持つて居るか否やといふ風に客觀的に故障の存在した爲めに其結果は何うなるかといふ風に定めたのです。故障があるや否やと云ふことに依つて故障があれば當然人の健全なる精神状態と違ふのであるから其行爲は即ち無罪とすると云ふ考へである。即ち客觀的に規定を立てる考へからして精神障害と云ふことにやつた。夫で要するに此精神障害と云ふのは精神病學者の考へを入れて同病學者の所謂精神と云ふ意味に基いて精神障害と書いて來たのである。所が第二號に更に「精神耗弱者」の行爲は其刑を輕減す」と云ふことがある。此精神耗弱者と云ふものは何う云ふものかと云ふと人に依つては精神障害と別けるものがあるが、理窟の上から言ふと同じもので

あると説く醫者がある。即ち精神耗弱も此精神障害の一種であつて精神障害と云へば精神耗弱は其内に這入るのである。夫を耗弱と分けて來たのは甚だ宜しくない。いで斯うして分けてあれば或は解釋の上では耗弱と言へば障害の内の程度の低いもの障害と云へば眞に障害の程度の高いものと見られぬことはないけれども字句の上に於いては甚だ穩當でない。云ふ非難がある。然らば精神障害の一句にして仕舞ふか。と云ふに精神障害の一句にして其下へ其行爲は之を罰せず其の刑を輕減すと云ふことに換へなければならぬ。サウすると瘋癲白痴は皆無罪とする。と云ふ立法者の考へが行なはれぬことになる。即ち裁判官の專擅に任せて置くことになるから所謂精神障害の程度の強いものでも或は其刑を輕減するに過ぎぬと云ふことも生じて來らぬとも限らない。ソコで何うしても之を區別するの必要が生ずるけれどもサテ區別するとすれば右のやうな非難があり唯程度の差異に過ぎぬのであつて性質上區別すべからざるものである。甚だ此點に困つたのである。が次ぎに民法の規定中第七條に心神喪失と云ふことがあり又第十一條に心神耗弱と云ふことが書いてある。ソコで同じ性質であつて唯其差異は刑法と民法と云ふことに過ぎぬから從來ある所の民法の文字其儘を以て來る方が宜い。

である。彼れと之れと區別すると云ふのは甚だ宜しくないから兎に角民法の心神喪失心神耗弱と云ふ熟語があるのであるから之に依つて書き換へることに今の如く改つたのであります。併乍ら此改正の趣旨に依つて見れば全く從來の苦心と云ふものは水の泡になつて仕舞ふのである。蓋し七十八條の規定が惡いので改正しなければならぬと云ふのは眞に説明する如き知覺精神の喪失と云ふ點、詰り心理的に判斷して即ち結果の上から精神が喪失して居ると斯う判斷する所が其判斷が極めて六づかしいと同時に多くのものは眞に知覺精神の喪失と云へば唯知覺精神が完全でない。と云ふことに考へる。茲に於て知覺精神の喪失とするのは不都合と云ふので苦心の結果客觀的に前述の通りに改めたのである。精神と云ふものは吾人の理解力の據つて出る所の中心である。其精神に故障のあるものは斯う云ふ風にして置いて果して精神が丸で理解力がないか。或はあるかと云ふやうな心理上の問題には立入らぬことにしたのである。所が此第二號の精神耗弱者と云ふから障害者と云ふものゝ間の區別が六づかしいと云ふ議論があつた爲めに遂ひに此全體を打ち毀はして心神喪失、心神耗弱と云ふことにしたので斯うなつて見れば改正法も又舊どの知覺精神の如く心理的に書かれたので而して事實心神の

喪失と云ふことではない場合が多いのである。之れで詰り舊との七十八條に歸つた心持がする折角の改正であるがソコで民法の熟語も違つて來ると云ふとが一つの理由ではありはするけれども民法が己に間違つて居るのである。民法の書き方が實に悪いのである。サッして今度は刑法を改正するのに民法に斯うであるかと云ふて徒らに倣ふたのは甚だ宜しきを得なかつたので夫で是れは詰り文字の上の争ひであるが實際の適用の上に於ては之に付て餘り議論の起ることはいでより癡癩白痴は精神がないから此内に含まぬと云ふやうなことはないのであるから假令斯う書いて在ても七十八條の規定と同じく妨げがなかつたのであるから改正刑法の條文に於て敢て適用に妨げを生ずると云ふやうなことは萬々ないのである。依つて畢竟するに言葉の争ひに歸着する尙是から規程の上の當否を一つ研究して見やうと思ふと云ふのは此第二號の「心神耗弱者の行爲は其刑を輕減す」とあるが是は從來學者の間に大變議論のある點である。心神耗弱者の行爲は其刑を輕減す」と云ふ規程に考へて見ると心神耗弱者と云ふものは既に精神障害の程度の低いので畢竟するに精神障害に外ならぬものである。既に精神に障害ありとすれば其程度は低いにしてる夫は既に此健全なる能力を持たぬものである。

から其ものが罪を犯すとすれば刑を輕減するに止めて刑を科するのは見當違ひではないかと云ふことは言へる。故に夫は精神障害も程度が違ふから之れに對する所の治療法と云ふものが強い薬りと弱い薬りの差異を生じませう。併乍ら一方程度の強いものは其罪で程度の低いものは有罪と云ふことは何うも可笑しなもので、やうに考へる。同じ條文で程度の問題で性質が違ふて居らぬと云ふことは既に精神病學者が言ふて居るのである。シテ見れば之は同じ取扱ひにしてサウして唯程度の上に於て多少の取扱の程度を異にするると云ふことになるべきもので一ツは有罪一ツは無罪と云ふことは可笑しなものであると思ふ。此點は自分も尙は研究すべき問題として疑問に描きたいものと考へる。

第三 行爲の不法たることを阻却する場合

今回は行爲の不法たることを阻却する場合 即ち(一)法令又は正當の事務に因る行爲 (二)正當防衛又は緊急防衛と云ふ (三)緊急状態 (四)其他行爲の不法を阻却する場合即ち自助權の執行及被害者の承諾と云ふことに就て説明致します。

(一) 法令又は正當の業務に因る行爲

這是舊刑法の七十六條を修正したものであつて七十六條の規定に付ては從來二つの意見がある。一つの説は本屬長官の正當なる命令に従つて正當に其職務を執行したること即ち(1)命令者は本屬長官であると云ふこと、(2)其命令が本屬長官の職務内に屬して居ると云ふこと、及び(3)之を執行するものに於て之を執行するの職務を持って居る事と云ふ此三つの條件を完全に満たした場合約言すれば本屬長官の正當の命令に因り正當に職務を執行した行爲は罪を構成せぬと云ふのであつて本來明文がなくても宜いのであるが事を明白にする爲め之を規定したに止ると云ふ説と他の一説は是は實にサウ云ふ場合に止らず更に進んで假令本屬長官の命令が違法であつても凡て下官たるものは本屬長官の命令に従つて職務を執行すべきものであつて濫りに其命令の正當不正當と云ふことに就て臆を容るゝことを許さぬものである。蓋し一般行政上の組織は上長官より下下官に至る迄漸次階級を以て一體を成すものであるから長官は下官に命令するの權を有し下官は之に服従するの義務を負ふて居るのである。恰かも長官が下官に對する有様は頭腦が手足に對するが如く一舉一動は意の如くなると云ふことでなければ行政機關の運動は澁滯することになるであらう。即ち一と口に言へば詰り長官

下官の間と云ふものは絕對に服従の義務を持つて居るものである。併乍ら一面より見れば長官とても常に正當なる命令を發すると云ふものでなく偶には間違ふた命令を發することがないとも限らぬ。而して若し間違つた命令であること、下官が知らず之を行つた場合には格別としても若し知りつゝ之を行ふと云ふことであつたならば假令長官の命令と雖ども法律に違反した行爲であつて若し夫れが犯罪と云ふことであれば下官は知つて犯罪行爲を行つたと云ふことに歸着するから詰り犯罪者であると云ふことは免がれぬ結果となる。今茲に一例を擧げて見るならば或る法律上の問題に就て長官が或る意見を持つて甲と解釋して命令を發した場合に下官は其解釋は違法であつて長官の解釋通りに行へば犯罪を構成することになる之は乙と解釋することを要す従つて長官の命令は行ふ可からざるものであると云ふことに解釋することがある。夫で此場合に於て下官は本屬長官の命令を違法なりとして之を拒むことが出来るか何うか若し之れを拒むとすれば疑きに云つた本屬長官の命令に従はねばならぬと云ふ一ツの行政上の服務規律に觸れることとなる。併乍ら他の一面に若し上官の命令に従へば茲に知り乍ら罪を犯すと云ふことになるのである。サウすると云ふと詰り此場合に於て

は長官の命令に從へば服務紀律に從ふと云ふことになつて服務紀律の上からは都合は宜しいのであるが他の一面に於て其命令が違法であることの爲めに犯罪を構成すると云ふことになるので即ち進んで服務紀律に從はんと欲すれば之に依つて懲戒處分を受ける處はないが一面犯罪人となるの處がある又退ひて罪を犯さざらんと欲すれば下官は長官の命令に從はんならぬと云ふ行政上の服務紀律があつて之れに依つて懲戒處分を受けなければならぬと云ふことになるのである此場合に於て下官は如何なる態度を取つて宜いか其針路に迷ふのであらう一應の解釋としては成る程服務紀律の上から言へば下官は上官の命令に從はなければならぬことになつては居るけれども夫は法律に違反せざる範圍に於て從ふを要すると云ふのであつて若し夫れが法律に違反すると云ふことであつたなれば必ずしも服従することを要さぬのである換言すれば罪を犯して迄も從はなければならぬと云ふものではないのであると云へないこともないのである故に若し茲に明文を設けて置かぬなれば或は右の如き解釋が行れるかも知れぬ若し斯の如き解釋が行れると云ふことになれば茲に於て此服務紀律は殆んど反古同然と云ふことになつて仕舞のである何となれば下官も亦長官と同じく一樣に

法律解釋の權能を持つて居ると云ふことになつて詰り長官の一言一動總て此法律に違反して居るとか或は違反して居らぬと云ふやうなことを下官が吟味して而して其命令に從ふと從はざるを決定すると云ふことになるの結果下官は上官の命令に從ふと云ふよりは寧ろ上官は下官の監督を受けると云ふやうな譯になつて行政上の秩序と云ふ者は全く維持することは出来なくなつて仕舞ふ茲に於て乎行政上の秩序を維持し服務紀律をして有効ならしむると云ふことの爲めには反言すれば行政機關の運動を圓滑にすることの爲めには苟くも長官の命令である時には假令下官に於て違法なりと思料したる場合に於ても尙は服従すべきのであつて下官は其行爲の正當不正當と云ふことに付て喙を容るゝの餘地を有たぬのである下官は詰り上官の命令に絶対的服従を要するのであつて之れが爲めに假令法律に觸るゝも犯罪は構成せぬのであると云ふことを明かにする爲めに此規定を設けたのである要するに一面服務紀律と云ふものがあり他の一面には犯罪と云ふ者があつて適從する所が明かでない加之普通の解釋に依れば假令服務紀律に反しても犯罪は犯されぬと云ふことになるの處れがあるからして茲に此規定を設け以て以上の如き場合に於ては服務紀律を遵守すべく假令法律に

觸れ犯罪となる場合と雖も長官の命令に従つて行へたるものならば違法でない
と云ふことを茲に明かにしたのであると云ふ説と此二つあるのである。扱て何れ
の説が正しいかといふに今草案杯の沿革から解釋して行くと第一の解釋が正當
のやうに考へらるゝのであるが第一の解釋にすれば全く之は明文を要せぬこと
になるのであるからして寧ろ沿革には背ひても第二の解釋に従つて有効に解釋
する方が宜ひかも知れぬのであつて恐らく實際に臨んだなれば矢張り第二の解
釋を取ることになるやうに思はれる。要するに此規定は從來議論のある規定であ
るからして改正の際には此點を明かにして詰り第二の解釋通りに直して置くこ
とが何うも必要であると思ふのである。ソコで今度の規定を見ると云ふと「法令又
は正當の業務に因り爲したる行爲は之を罰せず」とある。所謂此法令と云ふことは
法律又は命令と云ふことであつて法律の中には法律勅令其他一般の規則を含ん
で居るのは勿論のこと又本局長官の命令と云ふやうなものも茲に含まれて居る
のである。次に正當の業務と云ふは醫者の外科手術とか或は擗劍柔術按摩鍼灸術
の類を意味するのであつて之を要するに改正刑法の規定は之を舊刑法の規程と
比較して見ると云ふと法律規則に據る行爲及び正當の業務に因る行爲と云ふこ

とが新に追加せられたと云ふことになつて居るのである。ソコで此追加せられた
と云ふことの點即ち法律規則に依り及び正當の業務に因る行爲の無罪と云ふこ
との點に付て吾輩の見る所に依ればコンナことは明文を待たずして明白なる事
柄である。法律に従へたる行爲又は正當なる行爲が反對の側からして犯罪を爲し
て居るとか不正であるとか云ふ者はソノ方面から考へても出て來ぬのである。成
る程伊太利其他二三の國の法律には斯う云ふ風の規定がないではないが如何に
考へても全く無用の規定である。自分考へる。若し此規定が法律に因る行爲
又は正當の業務と云ふことはドンナものであるかと云ふ註釋であるとするれば或
は必要かも知れぬ。ケレドモ其註釋は茲にはしてないのであつて詰り法律に據つ
た行爲が正當であつて正當の業務に因る行爲も亦正當であると云ふに過ぎない
から夫は要するに正當なることは正當なりと云ふに外ならぬのである。左すれば
如何に考へても斯う云ふ規定が入用であるとは思われぬのである。夫で自分は全
くこれは舊規定の事項に蛇足を加へたものと言はなければならぬと信するので
ある。而して其殘る所は即ち命令の點であるが此點は寧ろ元の規定よりも粗末に
なつて居るのである。元の規定に於ては兎に角本局長官の命令に従つて爲したる

行爲の罪たるや否やと云ふことが書いてあつて議論にはなつて居つても若し幸ひに前述した第二の解釋を取つて行くなれば寧ろ疑ひを絶つた規定となつて大に有益なものと思ふところが改正刑法に於ては單に命令に因る行爲と云ふことになつて居つて實に舊刑法に對する問題を解決せざるのみならず夫よりもモウ一層簡單に書かれてあるから尠くとも元の規定と同じことで依然として問題は毫も解決せられて居らぬことになるのである故に吾輩を以て之を見ると此三十五條の規定は法律又は正當の業務に因る規定は云々と云ふやうなことは之を除き假りに斯る規定を設けるとならば舊法七十六條の規定を並きに述べたる第二の解釋の通りに讀めるやうに改めることにて満足し又之を以て十分なりとすべきものである之れを要するに此度の改正は只二三他國の法令を真似たと云ふ丈けで舊規定の問題を其儘にして更らに蛇足を加へたと云ふことの外別に採り所がないのである尙ほ附け加へて右の正當の業務と云ふのは右に言ふた如く醫者の外科手術擊劍柔術相撲鍼灸等の類を指すのであるが業務と云ふ文字は幾らか狭ひやうな心持がするのである蓋し醫業とか鍼灸術とか云ふやうなものに就ては業務と云ふことは言へるが擊劍柔術相撲の如きは業とするものとせざるもの

とがあるサウすると其業とせざるものは或は違法であると云ふやうな疑が起る虞れがあるが立法の主旨は決してサウ云ふ積りではない斯るものも含むのである即ち通常の意味の業務と云ふにあらすして詰り廣く違法にあらざる行爲と云ふのであるからもつと適當なる文字に改めることが必要と思ふ蓋し此點に就ては立法者は全く注意をしなかつたと云ふのではない寧ろ適當なる文字が見付からぬ爲めに止むを得ず業務と書いたんであるやうに見ゆる夫で我輩は行爲と書いては少しく言葉が盡してないやうに思ふから此文字に換へて或は正當の作業とでも言ふたら幾分か立法上の主旨に適ひはせぬかと思ふ要するに業務と云ふと之を日常の課業とする事柄のやうに見えて法令又は習慣上一般に正當と見做さるゝ總ての作業を含むやうには見えない虞れがあるから適當に改正することを要するやうに思ふ。

(二) 正當防衛

此規定は舊の三百十四條三百十五條殊に主として三百十四條に該當する三百十四條は「身體生命を正當に防衛し」と書いてあつて身體生命に對する防衛たるこ

とを要す其法條の位置は第三編第一章身體に對する罪の第三節中に置かれて所謂殺傷に關する特別不論罪のものとしてある併し乍ら裏面から言へば正當防衛は單に身體生命に對する防衛に限らず總て加害者に對する反對の侵害を含むべきものである従つて該規定の位置は殺傷のみに對する特別不論罪として殺傷罪にのみ附加せずして一般の犯罪に適用せらるべき總則の中に運び來るべきものである茲に於て乎改正刑法は之を總則の中に掲げた次第で這は今日一般の學說並に立法に據つたのであつて至當なる改正である進んで舊規定と新規定を對照して見るに舊規定に於ては殺傷に關する特別不論罪の規定となつて居つたが爲に特に法律は暴行人を殺傷したるものは云々と云ひ恰かも殺傷の場合のみに限り用ひらるゝ如く規定してあつたが併し殺傷ですらも尙ほ之を行ふことが出来る況んや其他の行爲は當然であると云ふことで唯り殺傷に限らず防衛の爲めには一般に如何なることも出來ると云ふことに解することが出來又實際も斯く解釋適用せられたのである故に正當防衛には暴行人を殺傷したるものはといふことは必要ないとして單に防衛するに出でたる行爲と云へばそれで十分である是れ則ち改正刑法が此點に付て廣く自己又は他人の權利を防衛するため已むことを

得ざるに出でたる行爲と規定した所以である次に「身體生命を防衛」とあつて防衛の目的たる法益は身體生命に限り(財産に付ては第三百十五條特別の場合のみ)之を有するも理論上其他の法益と雖ども又同一に防衛せらるゝことを得べきものたるが故に法律は更らに之を擴張することを要す法律が自己又は他人の權利と廣く規定したるは又此理由に基くのである舊規定に於ては尙ほ其他不正の所爲に因り自ら暴行を招きたるものは此限にあらずとあるので不正行爲に依つて他人の暴行を惹き起すに至りたるもの例へば本夫の攻撃を受けたる姦夫姦婦は正當防衛の權利なきものとせしが斯は學術上議論のある可きものにして我が改正刑法に於ては反對の意見を取り假令不正の行爲に依り暴行を招きたるものと雖ども正當防衛權を失はざるものとした以上列擧したる各點を除くの外舊刑法と新刑法の規定は大體に於て大差なきのみならず正當防衛の規定は從來一般の人の悉知するところなるが故に其他に於ては改めて之を説明するの點を見出さざるが故に餘は之を省略致しまず唯一點舊規定と同一なるにも拘らず學說の岐るべき處あるものあるが故に此點を説明致しませう并は他にあらず新刑法第三十六條「權利を防衛する爲め止むことを得ざるに出でたる行爲」云々の點である此止むことを得ざ

るに出でたるとは如何なる意味を有するか此文字は或は之を客観的の意味に見
即ち「自己又は他人の権利を防衛するに必要ある行爲」即ち権利防衛の爲めに止む
可からざる行爲例を擧げて之を言へば假令防衛せらるべき権利よりも不釣合に
重大なる利益を傷害するも権利防衛の爲めに必要ある場合に於ては止むを得ざ
るものとして之を爲すことを得と云ふの義に解することを得又斯の如く説明す
るものある可しと雖ども茲に止むを得ざる行爲と云ふは元調査委員の提出せら
れたる原案中にはなかりしを新に挿入せられたるものであつて其之を挿入し
る意見は假令権利防衛の爲めなりとは言へながら餘りに不釣合に重大なる傷害
を加へても尙ほ且つ之を爲すことを得と云ふことにしては其弊害の大なる者あ
りと認めたるが故である即ち主観的の必要を感じたる場合例へば或る法益を防衛
する爲めには或る行爲を爲すことを要するも防衛権を行ふ者に於て他人の重大
なる法益を侵害して迄も防衛するの必要を認めざる場合に於ては防衛すること
を許さず反言すれば心理上防衛するの必要に迫られたる場合に限り之を爲すこ
とを得とするの必要ありと認めたるが故に茲に止むを得ざるに出でたる云々の
文字を加へたものである尙例を以て云へば左關前にぬぎ捨ある古下駄を盗み去

らんとするものありたる場合に於て之を防衛するには左關前の盗兒を銃殺する
ことを必要とするも主観的よりすれば古下駄の持主は盗兒を殺害して迄も其所
有権の侵害を防禦せざる可からずと云ふ心理的の必要に迫られ居らざる時は防
衛することを得ざるも蓋し斯の如き場合に於て之を許すなれば僅かなる障害の
爲めに貴重なる生命を破壊せしむるの権利を與ふると云ふことになつて社會政
策上喜ぶべきことならざるが故に斯の如き場合は正當防衛を許すべきものにあ
らずと認めたるに依り斯る文字を挿入したのである左れば茲に所謂止むことを
得すと云ふことは主観的の必要に迫られた場合と云ふ意味に讀むべきである若
し夫れ之を客観的に讀むと云ふことにするなれば此文字は全く蛇足となつて無
くても敢て差支ないものとならねばならぬからである

✓(三) 緊急状態

即ち三十七條、此條は舊刑法の七十五條に該當する條であつて舊刑法七十五條
も亦從來其解釋に就ては種々議論のあるものであつて先づ大別して言へば二つ
に分つことが出来るのであつて第一説は第一項「抗拒す可からざる強制に遇ひ其

意に非ざるの所爲は其罪を論せず」と云ふのは例へば他人が自己の手を取つて第三者を撲たしめたるとか、或は甲なるものが乙なるものに對して若し丙なるものを殺さなければ汝の命を取ると云ふて脅迫したが爲めに茲に乙は丙の命を取らねば甲の爲めに殺さるゝと云ふことになるからしてソコで據なく甲の命令に従つて丙を殺したと云ふやうな譯で甲の責任は別として兎に角乙が甲の脅迫の爲め止むを得ずして丙を殺したと云ふ場合と、即ち他から強制せられたる爲め據らなく其本意にあらざることを犯したる場合は罪は構成しないと云ふのであつて第二項は「天災又は意外の變に因り避く可からざる危難に遇ひ自己若くは親族の身體を防衛するに出たる所爲亦同じ」と云ふのは斯の如き危急の場合に於て自己若くは親族の身體を防衛する爲めに爲したる行爲は固より何等他人からして強制せられ據らなく犯したと云ふ場合とは幾らか違つて居るのであるけれども、事情が同じやうに認めることが出来るのであるからソコで之れに準じて若し危急の場合であると云ふ事と夫から身體を防衛する爲めであると云ふことと、其身體は自己若くは親族の身體に關するのであると云ふ場合に於ては前の場合即ち抗拒すべからざる強制に遇ひ其意に非ずして犯したる場合と同じやうな取扱を

受けるのであつて即ち無罪であると云ふことを茲に掲げてあるのである之が第一説と、第二説は第一項は所謂心理的必要に迫られて據らなく犯した總ての行爲は皆無罪であると云ふことを誓かれて居るのである、ソコで第二項は當然其内に含まれるのであるから特に法律が明文を設け其無罪たることを明かにしたのであつて明文を設けた所以と云ふものは詰り斯う云ふやうな條件即ち危急の場合であると云ふことと、身體を防衛する爲めと云ふことと、及び其身體が自己若くは親族の身體に關することである、と云ふ此三つの條件を具備したる場合に於ては果して第一項に入るべきものであるか否かと云ふ審査を俟たず其條件が完備されれば即ち第一項と同じく無罪とすると云ふことを規定したものであつて之は要するに第一項は詰り心理的必要に迫られて犯したる總ての行爲が無罪だと云ふことの原則を擧げたので第二項は其或る場合の適用を示し條文に掲ぐるが如き條件を満たした場合に於ては果して心理的必要に迫られたるや否やと云ふ審査を用ひずして無罪とすると云ふことであつて、併し詰めて言へば實は第一項丈で十分なのであるが立法者は尙ほ親切に第二項を掲げて其適用を明かにしたのであるからして假令第二項に該當しないものでも之に似寄つた

合衆は矢張り第一項の原則上皆無罪となるべきものである。此二つの解釋に付てドナテが正しひかと言へば第一の解釋が正しひのであるが若しサウ云ふ第一の解釋に依て行くと第二項と全く同様に見做すべき場合でも此條件を充たして居らぬ爲めに第一項にも入らず第二項にも入らずと云ふことになつて詰り有罪とならねばならぬと云ふものが出来たのである。例へば假令天災又は意外の變とは言ひ乍ら他人の財産を防衛する爲め否假令夫が自分の財産と雖も之を防衛する爲めに行ふた行爲が法律に示したる條件に當符らぬ故に有罪になると云ふことになる。即ち極適切な例を擧げて話をすれば例へば自己の家屋が方さに焼けんとする場合に於て之を消し止めんが爲めに他人を突き飛ばし之に負傷せしめて火事場に赴いたと云ふやうな場合に於ては事情は第二項と同じやうに取扱つても宜いのである。けれどもが明文に漏れて居るからして有罪とならなければならぬのである。併乍ら之は右に言ふ通り甚だ無理屈なる結果を惹き起すことになるからして今日は一般に第二説に據ると云ふことを便宜とし凡て心理的必要に因り止むを得ずして犯したる行爲は皆無罪とすべきものであると云ふことに學説は傾いて居る。ソコで正しくは無ひけれども之に據ることが便宜であるからして

第二説に據るとしたところでもマダ法律の規定は之れで完全と云ふ譯には行かぬのである。蓋し只第二説に由る廣き解釋を取つたところで法律の無罪とする云ふ點は單に心理的必要に迫られて犯したる行爲の總てが無罪なりと云ふ許りで即ち主觀的據るなき事情の爲めに犯したる場合のみが無罪と云ふのみであつて客觀的必要の爲めに犯したる行爲は之れに依ては無罪となることが出来ぬのである。客觀的必要に依つて犯したる行爲と云ふものは何う云ふものであるかと云ふなれば即ち例へば茲に河中に溺れんとするものがある場合に其傍らを通り掛つたものが之れを助けんが爲めに路傍に生へて居るところの他人の竹藪の竹を伐つてサウして其竹を延ばして之を助けてやると云ふが如き又はソコに繋いである他人の船を無斷に使つてサウして其溺れんとする者を助けんとしたる場合の如き又は難産であつて抛つて置けば兒も親も助からぬソコで親を助けやうと云ふと兒を殺さなければならぬ兒を助けやうとすると親を殺さなければならぬと云ふやうな場合に於て詰りドナテを助けるかと云ふ場合になつて居る。其ドナテを助けると云ふ事に就て例へば親を助ける爲に兒を殺すと云ふやうな行爲の如き之れ皆客觀的必要に據る行爲である。併乍ら之れは孰れも其行爲を爲すもの

即ち溺死者を助けるとか或は妊娠して居る母親を助けるとか云ふものゝ方面より考へて見れば其助けるものは何等心理若くは主観的の必要に迫られて居るのではない、即ち之を助けなければならぬと云ふ事情に迫られて居ると云ふことの所以である、唯之を助けるのである、其人から見れば助けると云ふことが客観的の事情からして必要であると云ふ丈けである、即ち社會一般の利益勘定から考へて見て人の命を助ける爲めに竹藪の竹を伐つて盗むと云ふが如きは咎むべからざる事柄であつて寧ろ夫は必要な事柄であると云ふことが出来、又母親を助けるが爲めには胎児を殺すと云ふことも是れも亦た即ち社會の事情から見てサウ云ふ事柄が必要であると云ふに過ぎぬのであるからして舊刑法の七十五條に依て無罪とすると云ふ譯には行かぬのである、去り乍ら立法上之れを有罪とすべきものであるか否やと言へば何人も斯の如き行爲は無罪とすべきものであつて現に是れ迄斯の如き行爲は幾らも社會に起つて居るのみならず何人も其無罪たることを疑はぬと云ふことは明白はあるけれども之れは畢竟する所唯吾人が一般の理性に訴へて無罪と思ふ丈けであつて法律の上から言へば決して無罪ではないのである、ソコで詰り一と口に言へば舊刑法は此點を脱漏して居るのであつて刑法

の改正に就ては先づ第一に之れを一つ改正することが必要である、ソコで新刑法の第三十七條即ち本條を按ずるに、自己又は他人の生命、身體自由若くは財産に對する現在の危難を避くる爲め止むことを得ざるに出でたる行爲は其行爲より生じたる害其避けんとしたる害の程度を超へざる場合に限り之を罰せずとあつて其規程は我輩の見る所に依れば獨逸民法第九百〇四條と同じく全然客観的の規定であつて法益が自己に屬すると他人に屬するとを問はず凡そ大なる法益に對する緊急の危難を避くる爲め小なる法益を害したる場合に於ては之を罰せずと云ふの規定であるからして右舊刑法に漏れて居る場合即ち客観的の必要に依つて犯したる場合を無罪とすると云ふことになつて居つて舊刑法の欠點は全く之れに依つて補はれて居る併乍ら右にも説明する如く舊刑法は全く主観的の方面から書かれて居る之れに反し新刑法は客観的の方面より書かれて居るものであるからして主観客観兩方の方面から見ても一致する場合に於ても無罪であるが其一致せざる場合即ち主観方面より見て必要に迫られて居る、併乍ら客観的方面から見ても之れを必要と見ることが出来ぬやうな場合に於ては新刑法に依れば明文に漏れて居るからして即ち有罪と云ふことにしなければならぬ、否新刑

法には「但其程度を超えたる行爲は情狀に因り其刑を輕減又は免除することを得」と書いてあるからして少くとも僅かに但書に依つて或は無罪となると云ふ丈けに止つて規定の正面に依つて原則上無罪と云ふ譯には行かぬことになる。併乍ら我輩の見る所に依ると云ふと舊刑法が餘り主觀的に傾いて缺點を存すると同じ、新刑法に於ても單に客觀的方面を以つて主觀的方面のものは僅かに但書に依つて或は其刑を輕減又は免除するに過ぎないと云ふと又一方に偏したる規定であつて宜しきを得ぬものであると思ふ。我輩の見るところに依ると云ふと客觀的方面に就ての行爲も素より無罪となるべきものであるけれども主觀的の必要に基いて犯したる行爲も又無罪とすると云ふことが至當であると考へる。夫は後の説明に依つても自から分かるのであるが一寸茲に一例を擧げて見るならば例へば自己の百圓を救はんが爲めに他人の千圓の價あるものを沒滅せしめた場合の如き客觀的方面より見れば成る程千圓と百圓であるからして百圓の爲めに千圓を失ふと云ふことは不都合のやうに考へるのであるけれども併乍ら自己の百圓と他人の千圓と云ふことの上から見れば犯人が之を助けるの必要と云ふものは百圓に存して千圓にはないと云はなければならぬ。若し其百圓がなければ後に

於て重大なる損を受けると云ふやうなことがある場合に於ては千圓と百圓で本來客觀的から云へば百圓の利益を助ける爲めに千圓の利益を犠牲に供するとは出来ぬ筈であるけれども斯う云ふ場合には主觀的事情の必要に依つて止むを得ざるものとして無罪とすべきものゝやうに考へられる尙ほ例を以つて説明せん。に自己の腕一本と他人の命と云ふことに付ても矢張り同じやうなことが言へるのであつて固より腕一本と命とを比較すれば生命の方が重いのであるからして腕の爲めに生命を犠牲に供すると云ふことは自己と云ふものを除いて考へれば當然不都合であると云はなければならぬ。併ながら行爲者の方面から考へて見れば人の命の亡失よりも自己の腕の亡失の方が寧ろ重大視すべく斯の如き場合に於ては往々にして他人の生命を犠牲に供すると云ふこともあるべきものであつて又止むを得ざることであらうと思ふ。然るに此場合に於て新刑法の如く僅かに其刑を輕減免除するに止ると云ふことは規定の正面に當るべき場合即ち客觀的重大なる法益を救ふが爲めに輕微なる法益を犠牲に供したる場合は當然無罪と爲ると云ふとに比較して些か權衡を失ふて居る處れがあるではあるまいか。我輩の見る所は客觀主觀と云ふことは詰り一つのものゝ二個の方面を示したのであ

つて規定の完全を期すれば客観主観双方の點を斟酌すべきものである。單に主観的の方面にのみ注意あるとか或は客観的の方面にのみ重きを置くとか云ふのは片手落にして宜しきを得ぬものである。之を要するに舊刑法は主観的方面のみに傾き、新刑法は客観的方面にのみ傾いて居るが此兩方面を調和したる規定を設けると云ふと尤も宜しきを得たるやうに思はる。ソコで法律の規定としては主観客観何づれを原則としても宜しいが其原則の傍ら例へば原則を主観的とするなれば同時に客観的の必要に因る場合も又無罪たることを得ると云ふやうなことに規定するか或は現行法のやうに客観的の方面を主とするなれば之れに對して主観的の必要に因る場合も斟酌して無罪とすることが出來ると云ふことに規定するのが相當のやうに思はる。

以上を以つて我輩は舊刑法と新刑法との異同を明かにし其缺點を指摘したやうに思ふが
此より尙は新刑法の規定に就て其解釋上重要な點を一言しやうと思ふ。即ち先づ第一點に於て第三十七條が第三十六條の「自己又は他人の権利」と云ふが如く一切の権利を防衛する爲めとは書かずして権利の數を制限し「自己又は他人の生命

身體自由若くは財産」と列挙して規定したることの當否を研究するに、抑も第三十七條に列挙したる法益は第三十六條の法益よりも狭いのである。即ち第三十六條の法益は一切の権利が防衛の目的になつて居るのであるが第三十七條では同條に列挙したる権利のみが防衛の目的となることが出來るのである。即ち双方の規定を對照するに第三十六條では一切の権利が防衛の目的となるからして名譽も亦た當然防衛の目的となることが出來るのであるが第三十七條の緊急状態に於ては名譽は之れを除外したるが故に防衛の目的とはならぬのである。同條に列挙するところのものは生命、身體自由若くは財産と云ふので殆んど總ての権利を掲げあるに拘らず名譽は茲に列挙する権利と比較し毫も軽重なきに尙之を除去したるは如何なる理由の存するに因るか。自分の考へる所に依れば名譽の権利は敢て同條に列挙の権利と比較して軽いからと云ふ譯ではなくして寧ろ名譽に對する緊急状態と云ふやうな場合は事實ある可からざるものと思料し之を除いたに外ならぬ。成る程事實の上から云ふと名譽の防衛を必要とする緊急状態と云ふやうなもの之を見出すことは甚だ困難であるかも知れぬが無理に之を考へれば随分なひとも言へぬのであつて若し萬が一にも斯様な場合起り得るものとすれ

ば之を除いて規定したることは缺點になるのである。假令斯る場合が全然起ることないとした所が之れを書き加へて置いて何等不都合を見出さぬのであるからして自分の考へでは矢張り前條即ち第三十六條と一所に「自己又は他人の権利と書いて宜いのであつて一々列挙するには及ばぬと思ふ」之が第一點である。

次に第二點に於て説明すべきは三十七條中「其行爲より生じたる害其避けんとしたる害の程度を超えざる場合に限り無罪即ち先づ法益を比較するを要すると云ふ事になつて居ることである。抑も害の大小輕重と云ふことは何に依つて之を知ることが出来るか是れ第一の問題で又其比較は誰れがするか是れ即ち第二の問題である。先づ第一の問題より研究せんに人に依つては次の如く論ずるものがある。之れは同條に列挙するが如き權利を防衛せんが爲に犯したる犯罪が無罪たるを規定したとである即ち一面には法益の侵害ある他の一面には犯罪と云ふものがあつて而して其犯罪より生ずる實と云ふものは詰り犯罪に對する刑罰の大小輕重と云ふものに依つて知り得べきものであるからして犯罪に對する刑罰の大小と夫れと防衛せんとするところの法益と云ふものとを比較する、反言すれば刑罰は人の法益を侵害するものであるからして刑罰に依つて害せらるゝところの

法益と云ふものと防衛せんとするところの法益と云ふものとを比較し之に依つて其大小輕重を知る事が出来る。併し是れは大なる誤りである。と云ふのは刑罰は成る程法益の視奪には違ひないが其法益と云ふものは總ての法益を含んで居らぬのである。刑罰として視奪せらるべき法益なるものは生命身體自由若くは財産等に限られて居つて人の肉體は勿論一の法益である。を毀損すると云ふが如き刑罰もなければ又人の貞操即ち一の法益である。を害すると云ふが如き刑罰もなければ、さうして見ると云ふと例へば腕一本を失ふ場合の如く身體の毀傷に付て防衛するが爲めに現行法の自由刑に該るべき罪を犯したる場合に於ては人の身體の自由と云ふものと夫と腕を一本失ふと云ふことはドツチが重いかと云ふと判定が出来ぬことになるのである。詰り一言にて之を掩へば三十七條に列挙する法益の範圍は極めて大ききひが刑罰に依つて侵害せらるべき法益は其範圍が極めて狭いのであつて従つて彼れと是れとを比較すると云ふことは甚だ六づかしいのである。之れのみを見ても既に其説の誤つて居ることは解かる。尙右の誤りを認むると同時に又凡て刑罰なるものは人に依つて科せらるゝものであつて必ずしも害惡の大小に依つて刑が重いと云ふ譯ではかない。なして此點からも又刑

罰と防衛せらるゝ法益と云ふものゝ比較は出来ぬやうに見ゆるが尙は一步を進めて之を考ふるに彼の法條に記載してあるところの刑罰は皆一面被害の大小を観察し害の大なるものには刑の大なるものを加へると云ふことになつて居るかゝして矢張り刑の大小と犯罪の大小従つて侵害せらるゝところの法益の大小を知ると云ふことが出来る。と云ふことを主張し之れに依つて或る限度迄は犯罪に科したる刑の大小に因つて法益の大小を推斷することが出来る。即ち刑を標準として被害の輕重大小を判斷することが出来る。と主張するものもあるかも知れぬが矢張り何處迄も間違であると言はなければならぬ。と云ふのは成る程罪が重ければ刑が重いと云ふことは先づ一般の場合ではあるが併作ら必ずしもサウとは限らぬのである。蓋し國法が犯罪に對して刑を加へると云ふことは罪が重い故に重い刑を加へると云ふ場合許りではないので言を換へて之を云へば刑が重ければ其犯された罪が何時でも重いと之ふことは出来ぬのである。罪が重い故に刑の重いものもあり又然らざるものもある例へば殺人傷害の罪等は或は害が大なる故に刑が大なりと云ふことは言へぬことでもないが窃盜罪の如きは必ずしも刑の大小に依らずして寧ろ之を防衛するの必要上比較的に重い刑を科せられて居るのである。で之を要するに刑は詰り一般若くは特別の犯罪を豫防する爲めに設くるのであつて刑の大小輕重は常に之を標準に割出して來るのである。因りて生ずる害の大小を見て科刑を輕重すると云ふことは從來の刑法は或はサウであつても今後の刑法殊に改正刑法に於ては到底主張の出來ない事柄である。此點に着眼して見れば刑の大小なるものは害の大小と云ふことには寧ろ關係を持たぬと云ふ方が宜しいので更に言ひ換へれば刑は一般豫防特別豫防の目的を達するが爲めに科するものであつて之を達することが出来るなれば假令犯罪に因つて生じたる害は大きくとも其之に科する刑は必ずしも大なるを要しない。一般又は特別の豫防の目的を達することが出来さぬすれば夫で宜しいのであつて前述の通り刑の輕重は偏へに之れに基くのである。犯罪の大小は多少の参考となる。と云ふ丈のことであつて罪大なるが故に刑が大なりとか罪小なるが爲めに刑が小でなければならぬと云ふ必要はない。要するに刑罰の性質なるものは論者の言ふが如き犯罪の大小に關係のあるものではないのである。と云ふことが正當の理論である。

(假令實際に於ては犯罪の大小に着目することがあつて理論の上ではサウ云ふことは言へぬのである) サウして見れば刑の大小輕重を基礎として之れに依つて法益の大小輕重を比較すると云ふが如きは新しい刑

罰思想に反して居るのであつて採用することは出来ぬと言はなければならぬ然らば何に依つて此法益の大小輕重を比較するかと言ふと詰り夫は普通の取引觀念に依つて判断するの外はないのである。ソコで普通の觀念に依つて判断するとしても其判断は甚だ六づかしいのである。先づ第一に同種類の法益の大小輕重と云ふことは一般に言へばマア見易いのであるけれども種類の異つて居る法益相互の間に於ては何れが大きい小さいかを判別することが頗る困難である。否な同じ法益の間でも事情に依つては又其間の輕重大小を知ることが困難なる場合がある。例を擧げて言へば先づ身體に付て生命と肉體とを較ぶれば生命の方が肉體よりも重く、又肉體の中でも腕一本と指一本と比較すれば腕は指よりも重いと云ふとは普通の觀念に訴へて直ぐ判かる。又財産に就て之を見れば萬金は千金よりも千金は百金よりも重いと云ふことも直ちに分かるのである。併乍ら身體と財産はドチヲが重いか即ち指一本と一億の金とはドツチが重いかと云ふことになつたならば甚だ疑問ではあるまいか否な指一本と百圓の金と云ふことに付ても何れが重きや到底分り悪くい事柄である。又法益の同一なるものゝ間に於ても生命と貞操と云ふが如き只淡泊に一つのものを比較したならば元より生命の

方が貞操よりも重いと云ふことは言へるが知れませぬが社會の普通の習慣と云ふものも照らし合せて見、又其貞操を害せらるゝ婦女其人の位階と云ふものを考へて見たならば貞操必ずしも生命よりも輕るいと云ふことは言へぬ場合が幾らも出て来るだらうと思ふ。否な普通の婦女の貞操と云ふやうなものは今日の感情から見れば生命と同じやうに見ても宜しいと言はなければならぬと思ふ。要するに法益の比較の問題は極めて困難であつて單に客觀的其もの丈けに就て考へても右の通りの問題が生ずるのであるから更らに社會の事情若くは個人の事情と云ふやうなことを彼れ是れ交じりて考へると一層紛糾して来る譯である。又假りに法益其もの丈けの比較と云ふことは出来るとして更らに此問題と個人の事情何れに依つて判断するかと云ふ問題が之れに關聯して起つて来るものに付ては或は社會一般の觀念に基いて判断すると云ふものもあらうし、又個人の事情を交へて判断しなければならぬと云ふものもあらうが吾輩は矢張り双方の事情を交へて判断しなければならぬのではあるまいかと考へて居る。次に第二の問題としてソコなら誰がコソナものを判断するかと云へば之れに付ては行爲者其人が判断すると云ふことも出来、又裁判官が判断すると云ふことも出来るが行爲者を標準

とすると云ふことになれば事實の上に於ては行爲者の判断は違つて居つても行爲者が若し第三十七條に該るべき場合即ち其行爲より生じたる害其避けんとしたる程度を超ぬものと思つて行つた場合は無罪であるか否やと云ふ問題が起つて寧ろ無罪であると思はなければならぬことになる。であるからして吾輩の見所では之は裁判官の位置からして判断すべきもので假令行爲者が何と思ふて行つても夫れには斟酌なく裁判官が社會的個人的事情を斟酌して、サウして法益の大小と云ふことを考へなければならぬと考へるのである。

(四) 行爲の不法を阻却する其他の場合

此場合を分ちて自助権の執行と被害者の承諾との二者に大別する。先づ自助権の執行と云ふことに付て申せば獨逸民法の貳百貳拾九條には自助権の目的を以て物を奪取し破壊し若くは傷害する者認容せざるべからざる(債權者に於て)行爲に對する債務者の抵抗を排除する者の行爲は其筋の救助を適當の時に得ること能はず且つ即時の處分を爲さざる時は請求の實行を不能ならしめ若しは著しく困難ならしむる危険ある場合に限り不法にあらずとの規程があるが日本の民法其他商法等にはサウ云ふ規程はない従つて刑法にも勿論ないのである唯一つ舊

刑法の三百十五條に盜賊の取還と云ふ者がある。之は自助権の執行に係つて居るのであるが新刑法に於ては之れに關する規程すらも設けぬと云ふことになつて居る。夫で自分は之れが一つの缺點であると思へたからして正當防衛の脇に所謂自助権の執行の一つであるところの盜賊の取還に基く必要なる行爲と云ふものを正當防衛の條項中に或は第二項としていも書き加へて置くを必要と思へたからして此發議をした所が多少の賛成あるに拘らず遂に採用せられなかつたのである。ソコで自分の考へでは全然之は缺點であると思ふのであるけれども或る一派の學者は盜賊取還に就ては特に明文がなくても正當防衛の條文で無罪とすることが出来ると思ふのである。若し正當防衛の規程に依つて無罪とすることが出来れば甚だ仕合であるけれども少しく何うも其點は議論の種になると云ふことを深く信するのである。其他の場合の自助権の執行に就ても刑法上全く規程を缺いて居る實際の問題になつて來れば何づれ無罪と云ふことにするかも知れぬけれども自分が自分の考へでは矢張り明文が必要ではあるまいかと信するのである。次は被害者の承諾即ち犯罪と承諾と云ふことであるが承諾に依つて犯罪をなくすることの出来ぬことは極めて明白である。かゝして茲に被害者の承諾若くは犯

罪消滅と云ふことは承諾に依つて犯罪がなくなることがある。詰り承諾は犯罪を阻却することを惹き起すことはなからうと云ふ。詳しく言へば既に成り立つた犯罪が承諾に依つて消へるものであると云ふやうに考へてはならぬのであつて、詰り承諾があれば犯罪の成立を妨げると云ふ場合は何う云ふ場合であるかと云ふ問題の意味に見なければならぬ。夫故に當然の結果として詰り承諾し得べからざる場合又は承諾のないと云ふことが犯罪を構成するやうになつて居るが此場合に於ては勿論問題にならぬのである。例へば偽造貨幣を作るとか或は阿片の吸食とか云ふが如き、頭で承諾と云ふことは之れに依て犯罪を阻却することを得ざることは極めて明白なる事柄で、又次には承諾があれば罪とならぬが承諾のないと云ふことが犯罪構成の要件になつて居るものがある。例へば家宅侵入罪であるとか侵害の秘密を犯す罪とか強姦罪であるとか云ふが如きは皆承諾のないと云ふことが即ち犯罪を構成する重なる理由になつて居るので依つて是等の犯罪は承諾があれば當然其罪は形造らぬことは疑を容れぬことである。サウして見れば此問題は詰り要するに此二つの場合の外詰り行爲者自身が爲したる場合に於て罪を構成しない或る場合に於て承諾に依つて其行爲を他人に行はしめたる場合は

は罪を構成するや否やと云ふ問題に歸着するのであつて例へて見ると云ふと他人をして自己の器物を破壊せしむるとか、或は他人をして自己の身體を傷害せしむる行爲の如き自ら之を行へば何づれも皆無罪の行爲であつて問題にならぬのである。若し他人が承諾を得て之を行ふた場合に於ては罪を構成するや否やと云ふことになるのである。之に付て承諾を得て他人の器物を毀壞すると云ふが如きことは本人自身が之を毀すと同じことであつて罪を構成しないものであると云ふことに考へて格別深い疑を起さぬ。又實際問題にならぬのであるが身體に關するものに付ては即ち問題になるのである。實例を擧げて見れば曾て斯う云ふ問題がある。即ち罪を犯したるものが人相を變へて逮捕を免るゝが爲めに其顔面の一部例へば耳若くは鼻の如きところをば友達に頼んで毀損して貰つたことがある。斯う云ふ場合に於て實際の問題として罪を構成するや否やと云ふ問題が起つた。之に就て議論は二派に岐かれ或る者はコンナ場合には承諾は犯罪を阻却せぬのである。矢張り假令承諾あるに依つても身體を毀傷したる罪は罪として成り立つと云ふ説と、他は承諾があれば即ち犯罪は此場合に於てなくなるものである。犯罪の成立を妨げる者であると云ふので、第一の理由とするところは成る程自分が身

體を毀傷することになれば夫は罪を構成せぬのである。恰かも性質は同じことであるけれども人の身體を他人が毀傷すると云ふことは之は國法の禁止するところであつて公安に害のあるべき行爲であるから之は罰せなければならぬのである。凡そ犯罪と云ふものは仮令承諾があつたとしても之れに依つて滅却せらるゝと云ふ性質のものではなひ従つて此場合に於ては犯罪を構成するのである。所が第二の説を主張するものは成る程人の身體を毀傷すると云ふことは公安に害があると云へば云ふことが出来る。併乍ら公安に害ありとして罰すべき場合は別に處分がある例へば徴兵を忌避する爲めに身體を毀傷すると云ふが如き場合は本人は勿論頼まれた者も徴兵忌避罪として罰せらるべきことになつて居る。之れに依つて此點に付ては公安を維持すると云ふことにならる。而已ならず若し之れが罪があるのであるなれば別に彼の自殺幫助に關する條の如き丸るで矛盾することになる。蓋し自殺幫助の規定を見るに勿論公安と云ふことを見て夫で規定されて居るなれば其處罰たるや普通の傷害罪よりも輕いのである。即ち普通の傷害罪は十年以下の懲役であるに拘はらず自殺幫助の場合は七年を出でなひのである。ヤウして見ると云ふと承諾を得て人の身體を毀傷したものであつたなれば十年以下の

懲役に處することが出来るのであるが人の承諾を得て自殺を幫助したるものは七年以下の懲役に止ると云ふことになつてしまふ。一つは人の生命に關し他は人の身體に關するのである。生命に關するものは身體に關するものよりも重くなければならぬに拘らず此場合に於ては却つて身體に關するものゝ方が重く處罰することが出来る。と云ふことになつて來るのである。之れは甚だ權衡を失したことになるのであると主張するのである。所が尙ほ之れに對しては第一説を主張するものは成る程普通の考なればヤウ云ふ風な説明が出來て如何にも矛盾して居るやうに見えるのである。併乍ら身體傷害の場合は十年としてゐるのは勿論承諾を得ないものがあるのである。承諾を得ずして人の身體を毀傷するものと承諾を得て人の生命を絶つものと比較したなればドイツが重いか分らぬのであつて寧ろ普通の常識から言へば承諾を得て人の生命を絶つものゝ方が承諾を得ずして人の身體を毀傷するものよりも重いと言はなければならぬのである。ヤウして見れば法律の規定が十年以下と云ふことになつて又自殺幫助の方は七年以下となつて居つたところで何等矛盾するところはないのである。詳しく之れを言へば一つは十年になつて居つて一つは七年以下になつて居るが裁判官の手心で十年以下

の處分を用ふる場合は承諾を得ない場合は重く處罰し承諾のある場合は輕らく處罰して詰り自殺幇助の場合より輕くすると云ふことに注意をして居れば茲に矛盾を來すと云ふことはなひのである。故に他の自殺幇助の場合が七年以下である。身體傷害の場合は十年以下である。云ふだけを一いつて直ちに承諾に依つて身體を毀傷するものを處罰するときは傷害罪の規定と自殺幇助罪の規定と矛盾を來す結果を生ずると云ふことに論ずることは出來ぬのである。此二説の主張に就て成る程第一説のやうな説明も出來ぬではないけれどもが自分の考では舊刑法の規定の沿革の上から考へて見ても改正刑法自體の上から考へて極平易に考へれば第二説が正しくはあるまひかと考へる。併し此點は舊刑法の下に於ては明かに第二説でなければならぬと信するのであるけれどもが新刑法の下に於ては兎に角議論の種となるべきものと信する。

第四 併合罪

之れは舊刑法の數罪俱發と云ふ條に當る併合罪と云ふと罪を二つ以上集めた罪と云ふので何か特別の罪を規定したものとやうに見えるのであるが、夫は詰り罰

がサウ見えるるので實際はサウ云ふ意味ではなひのである。矢張之は罪の併合と云ふことで併合した罪と云ふのではなくして罪が併合すると云ふのであるからして詰り罪の競合することで舊刑法の數罪俱發と云ふことゝ實質に於ては寸毫の差異がなひのである。然らば何故に之を併合罪と改めたかと云ふと元は數罪俱發と云ふことになつて居つたけれども其實質から言へば數罪が俱に裁判上に表はれ來ると云ふ意味ではなくして確定判決以前に犯したる數罪と云ふことで詰り數罪俱發の規定は之れに關する條文が書ひてあるので夫故に數罪であるからと云ふて數罪俱發と云ふことにするのは少し名實相適はぬのである。事實よりは狹ひので確定判決以前に顯はれたる犯罪を併せて處分すると云ふ主旨の規定であつて必ずしも裁判上に同時に顯はれ來る犯罪に限らぬのである。サウして見ると云ふと罪の競合とか若くは併合即ち確定判決以前に犯された罪は併合と云ふのが尤も相當と考へる。であるからして此度は更に書き替へたものであつて、サウなつて見ると理屈から云ふと罪の併合とか競合とか云ふ標題にしなければならぬのである。併乍ら罪の競合若くは併合と云ふやうな言葉であると云ふと如何にも翻譯語のやうであつて文字の言葉の調子が惡るひのであるから、ソコで之を併合

罪としたのである。恰かも未遂罪としてあるが之は畢竟未遂罪でなくして未遂犯である。即ち未遂罪と云ふ罪があるにあらずして罪の未遂であると云ふのであるから未遂犯と云ふか若くは罪の未遂と言はなければならぬのであるが、矢張り之れも如何にも翻譯した言葉のやうに見へて體裁が宜しくないから、ソコで之を未遂罪としたので併合罪と云ふ名稱も之と同一理由である。要するに舊刑法の數罪俱發と同じものであると考へることが必要である。

併て併合罪とは同一の犯人が確定判決を受ける前に犯したる二個以上の犯罪を云ふのであつて、即ち(一)同一の犯人が二個以上の獨立したる罪を犯したること、(二)所謂二個以上の犯罪は確定判決を受ける前に犯されたるものなることを要するのである。

第一、同一犯人が二個以上の獨立したる罪を犯したることを要す。

同一犯人が二個以上の罪を犯したることを要するが故にたとへ主觀的には多數の犯罪が成立するも客觀的には多數の犯人が共同して一個の罪を犯したるに過ぎないものは共犯であつて併合罪ではない之が即ち共犯と併合罪との岐るゝ所

である。二個以上の獨立したる犯罪あることを要するが故に假令外觀上は二個の犯罪あるが如きも其實一個の犯罪あるに過ぎないものは同一犯人の數罪ではないのである。然らば一罪と數罪とは何を標準として區別するかと云ふに

(甲)左の場合に於ては外觀上は數個の犯罪ある様に見ゆるも其實一個の犯罪あるに過ぎないと學説は一致して居る即ち

(一)或行爲が外觀上多數の法律に觸るゝも一の法律適用が他の法律適用を排除する場合

(イ)特別法と普通法とが競合したる場合。此場合に於ては特別法は普通法に

優るとの原則に依り特別法のみ適用せられて普通法の適用は受けぬ例へば刑法第二百六十四條詐欺取財の規定と同第四百四十八條以下貨幣偽造罪の規定、刑法第二百五十四條以下一般官私文書の偽造に係る規定と同第五百十九條又は第六十條の規定、刑法第二百二十條私權監禁に關する規定と同第二百三十六條の規定

(ろ)充實法と補足法とが競合したる場合。此場合も亦即ち充實法は補足法を排除すとの原則に依り充實法の法條のみに該るべき一罪を構成するに過

ぎぬ例へば豫備の行爲が進んで未遂に至りたるときは未遂に關する規定のみが適用せられ未遂の行爲が既遂に至つたときは既遂に關する規定のみが適用せられ教唆又は從犯の行爲と正犯の行爲とが競合したる場合は正犯に關する規定のみを適用せらる

(は)複法と單法とが競合したる場合、此場合に於ては複法は單法を包含するが故に複法のみ適用せらる、今爰に我輩が複法と云ふ中には二つのものを包含して居る即ち一は或他の場合よりも多くの要素を含有する行爲に對する規定と、二は法律が二個の犯罪を併合して一罪としたる規定とである第一の複法と單法と競合したる場合は例へば刑法第七十七條以下の規定と同身體財産に對する重罪輕罪の規定刑法第二百二十七條の規定と同第二百二十五條の規定刑法第八十一條の規定と同第七十六條以下の規定等の競合の如し第二の複法と單法と競合したる場合は例へば刑法第二百四十條又は第二百四十一條の規定と同第二百五條又は第七十七條第七十八條と第二百三十六條の規定等の競合の如きである

(に)或行爲を規定したる法律が當然其行爲より生ずる後の結果を豫見する場

合 此場合に於ては後の行爲は前に犯したる罪自體として別に何等の罪を構成しない例へば刑法第九十九條以下所謂謀殺殺を行ひたる者が犯跡を蔽はんが爲め被害者の死屍を毀棄し因て第九十條に觸れたる場合又は刑法第二百三十五條以下強盜盜詐欺取財罪等を犯したる者が其贓品を販賣交換又は抵當典物とし因て同第二百四十六條所謂冒認罪を犯し又は毀棄して同第二百六十條に觸れたる場合の如し死體又は器物毀棄等後の罪は謀殺殺又は強盜盜詐欺取財罪等の前の罪ソレ自體として別に罪は構成しないのである

(二)犯罪行爲の性質上法律が數多の犯罪行爲あるべきことを豫見したる場合

此場合も亦二つの場合に分つことが出来る即ち一は例へば賭博、狼狽、姦通、貨幣偽造行使等の如く法律が其用語上犯罪が幾度も繰返して出来るものたることを豫見する場合他は例へば私擅監禁、勳章僭用等の繼續犯及び私に醫業を爲す罪、古物商取締法第二條又は質屋取締法第一條に違反したる行爲即ち所謂常行犯若くは職業犯等の如し此等は行爲が時を以て繼續又は反覆せらるゝことが犯罪當然の性質たるもので其繼續又は反覆したる犯罪は包括的

に一罪を構成するに過ぎないのである

(三) 連続犯の場合 此連続犯と云ふのは之を分解する時は多数の犯罪はあるも互ひに相連続して居るが爲めに包括的に一つの犯罪を構成して居ると認むべき場合を言ふのである併乍ら其如何なる條件が備つたならば多数の犯罪が包括的に一つの犯罪と認めらるべきものであるかと云ふに付ては極めて困難なる問題であつて各説紛々として歸一するところを知らぬのであるが一派の説明で先づ穩當なるものと信せらるゝものに依つて言へば客觀的には其行爲が相類似し又は其場所が相接近して居るが爲めに包括して一つの行爲と見ることが出来、又主觀的にも犯人が之れを一つの意思を以つて行ふ場合斯う云ふ場合に於ては即ち之を連続犯と云ふことに言ふて居る尙は細かひことに付ては六ツかしひ學説もあるがそれは特別の研究に譲る方が相當であるから茲には説明を省く

(乙) 然れど左の場合に於ては犯罪行爲は一個であるか數個であるかと云ふことに付て學説區々に別れ今尙は一決しない

(一) 一個の行爲が同時に二個以上の結果を生じたる場合 之を例へば一つの彈

丸で同時に數人を殺傷したとか又は一言の演説で同時に多數の人を侮辱したと云ふ様な場合

(二) 一個の行爲が二個以上の法條に觸るゝにも拘らず何れの法條も其全部を包含せざる場合 之を例へば官私の文書を偽造し又は變造して財物を詐取したる場合又は公衆の面前に於て婦女を強姦したる場合の如し

先づ第一の場合に付ては犯罪の個數を定むるに付て之を行爲から見る主義と結果から見る主義とある即ち行爲主義と結果主義の二つある行爲主義を論ずるものは結果の數の如何に拘らず行爲が一つであるならば何時でも犯罪は一つであると云ふ、又結果主義のものは行爲の數の如何に拘らず換言すれば行爲は一個であれども結果が數個である場合に於ては即ち數罪なりと主張する。余も亦此説を採る次に第二の場合に付ては先づ第一に一つの法條に觸れたる方面が他の法條に觸れたる方面に對する手段たる關係を有する場合と然らざる場合とを分ち手段たりし場合は更に之を普通的手段たりし場合と然らざる場合とに分ち普通的手段たりし場合に於ては目的たる行爲夫れ自體の中に包含せらるゝものと見るが故に此場合に於ては單に目的たる行爲一罪を構成する

に過ぎずとし其他の場合即ち普通の手段にあらざる場合又は二個の方面が偶然分離すべからざる有様に於いて對立する場合に於ては解決極めて困難で特別の明文ある以上は特別の條項に抵觸したる丈け夫れ丈け多くの犯罪を構成すと決すべきものと考へらる

第二 所謂二個以上の犯罪は確定判決を受くる前に

犯されたるものたることを要す

二個以上の犯罪は何れも既に確定判決を受くる前に犯されたるものなることを要するが故に其内何れか確定判決を受けたる場合に於ては爰に所謂同一犯人の犯罪でなくして後に説明する再犯の問題に屬することになる即ち確定判決ありたるや否やは本問題と再犯の問題との触るゝ所である
以上余は併合罪の意義に關する説明を了つたから以下進んで併合罪の處分に關する規定を説明せんとす

處分に關する規定を説明するに先ち尙ほ説明の順序として茲に併合罪に關する立法の主義を一言して置かうと思ふ此主義は凡そ併科主義、吸收主義、折衷主義の

三つになつて居る

第一、併科主義

併科主義とは犯されたる犯罪の數だけそれだけ多くの刑罰を併科すると云ふ主義で、凡そ一つの犯罪あれば必ず茲に一つの制裁があるものであるから多數の罪が犯されるときには犯されたる丈け多數の刑を科すべきは當前である併乍ら其犯された犯罪の數丈け之を科すと云ふことは實際に於て不能なる場合がある例へば二個以上の死刑、無期徒刑と云ふやうなものである又假令事實不能でなくとも死刑と自由刑とを併せ科すると云ふことは事宜に反す否な是等の場合は皆な特殊の場合であるから例外として除外するものとしても此主義の實行と云ふことは甚だ慘酷なる結果を惹き起すのである即ち僅か許りの禁錮以上に當るべき罪と雖ども其刑を併科すれば爲めに終身犯人をして刑に服せしむると云ふやうな結果を惹き起すことがある又罰金と雖ども多數の罰金を併せ科すると云ふことになれば犯罪人の財産を全滅せしむると云ふやうなことになるのであるテあるから此主義は實際に行ふと云ふことは出來ぬ

第二、吸收主義

吸收主義と云ふことは犯人が犯したる多數の罪に科すべき或刑罰中或一つのものを以て他のものを吸収せしむるの主義である此主義は個

人を懲戒すると云ふ點に於ては最も能く刑罰の本旨に適して居るが其他の點に於ては不都合なる所がある即ち若し刑罰を以て個人的懲戒を目的とするものとするならば多數の刑罰中最も重きものを以て懲戒せば之よりも更に輕きものを以て懲戒するの必要がないから此點に於ては此主義は能く刑罰の本旨に適して居るされど凡そ刑罰は必ずしも單に罪を犯したる個人を懲戒するばかりを以て唯一の目的として居るものではなく更に他の一面に於ては未だ罪を犯さざるものに對し一般に刑の恐るべきものであると云ふことを知らしめ犯罪を未發に妨ぐことを以て又一つの目的として居るのだ之に加ふるに此主義の如く犯したる數多の犯罪の中で最も重きものに科すべき刑のみを科するに止むるときは或一の重き罪を犯したるものは爾後は之よりも輕き罪を犯すも全く無責任となるかち或意味に於ては犯罪を獎勵するの結果となり社會の秩序を害することになる果せるかな此主義を採用せる諸國の刑法殊に我國の如き本年九月迄行はれて居た刑法は此主義を採つて居たから年々犯罪の増加を見毫も刑罰の目的を達することが出来なかつた

第三、折衷主義。前の二主義を折衷するものであつて其内或は併科主義を基

礎として之れに吸收主義を加味するもの或は之を反對に配合するものがある此主義は理論及實際に於て能く刑罰の目的を完ふすることあるが故に近來一般の立法は皆之を採用するの傾きがあつて現に新刑法は此主義を採用して居るのであつて吾輩の見る所に依れば併科主義を基礎とし吸收主義を加味したる折衷主義のやうに見ゆるのである

以上吾輩は數罪俱發の條文に關する立法の三主義を略述したので之れから各條文の規定に依つて説明を試みやうと思ふ

(一) 併合罪中其一罪に付き死刑に處すべきとき(第四十六條第一項)

此場合にては法條を除くの外は他の刑を科せぬと云ふことになつて居るで他の刑を科せなひと云ふことは既に死刑を科すべきものに自由刑を科するとか又は財産刑を科すると云ふやうなことになるときは甚だ酷に過ぎるからソコで單に死刑に處することになるのである之を要するに刑罰中最終の刑を以て處斷する場合であるから他の刑を科せなひと云ふことにするのであつて所謂文明の趣旨に適ふて居るのである然らば沒收は如何と云ふに此沒收に就ては之れは尙ほ其沒收と云ふことに就て説明する場合に於て特に詳論する通り沒收は素より刑罰

であるけれども其主もなる性質は行政處分の性質を持つて居るのである。即ち犯罪人に對して苦痛を與ふると云ふ犯罪人に對して法益を剝奪すると云ふよりは寧ろ再犯を防ぎ公安を維持すると云ふやうな目的に出で、居るのであるからしてソコで之れを併せて科すると云ふことになるので沒收の場合には他にもあるのであるが同じことであるから其他は之れに倣ふことが必要である。

(二) 併合罪中一罪に付無期懲役禁錮に處すべきとき(第四十六條第二項)

で此場合に於ては罰金科料及び沒收を除くの外他の刑を科せぬと云ふことになつて居る。沒收を併科すると云ふとは右に説明すると同じ理由である。罰金科料に付ては刑法の主義では罰金科料は原則上併科主義を取つて居るのであつて成るべくは徵收すると云ふ主義を取つて居るのである。夫故に此場合に於ても尙ほ之を併科すると云ふことになつて居る。併作ら他の自由刑は既に無期の懲役禁錮と云ふものであるので重ねて他の主刑を科すると云ふことは無意味となるからである。尙ほ罰金科料の點に於て若し此場合に於て罰金は成るべく之を徵收することが主義と云ふことで併科するならば死刑の場合に於ても罰金科料は之を取ることが出来るのであるから矢張併り科しても宜さうなものである。若し死刑の場

合に併科出来ぬと云ふなれば此場合に於ても既に終身刑に處するのであるから同じく併科することが出来ぬと云ふことが言へるやうにあるけれども立法者の考へは死刑の場合には刑の最終であつて之れ以上尙ほ負擔を科すると云ふことは階に過ぎる文明的でなひから此總ての刑は沒收を除くの外は科せぬと云ふことになつて居る。本場合に於ては彼れよりは輕るひ刑であるから罰金科料を附け加へたところで敢て文明の思想に反すると云ふ程酷にはならぬものであるから夫で之を科したと云ふ思ふ。尙ほ此項に付ては立法者が一つ規定を置ひて居るのである。夫は無期の懲役又は禁錮に處すべき時は他の刑を科せずと云ふことになつて居るが然らば無期の懲役が幾つもあつた場合若くは無期の懲役と無期の禁錮とあつた場合には何れを科するのであるか、皆科するのであるか、或は其内の一つを科するのであるかと云ふと立法者の考へは第四十七條、第四十九條等の規定に依つて詰り其中の一番重ひもの一つを科する積りであるやうに見えるのであるけれども、併作ら何處にも重ひものを科すると云ふ意味は之れに表はれて居らぬのである。他の規定に付ては皆重ひものを一つ科するとか、或は併科するとか云ふことが書いてあるが之に限つて何れを科すると云ふこと

が書いて居らぬのである、であるからして第十條には重ひ輕るひは何う云ふ場合が重ひと云ふか、何う云ふ場合が輕るひと云ふことを定めて居るけれども茲に重ひのを科すのか輕るひのを科すのかと云ふことに付ては何等規定がないか上何れを科すのか甚だ不明である、之は蓋し立法の缺點で詰り十條の規定に依つて其中の重いもの、一つを選んで科するの趣意であると解釋せねばならぬ(一)限る云ふことは書いてない重ひもの一つと科す云ふことは付て分らぬことになる

(三) 併合罪中二個以上の有期懲役又は禁錮に處す可き罪あるとき(第四十七條) 此場合に於ては其最も重き罪に定めたる刑の長期の半數を加へたるものを以つて長期とす但各罪に付定めたる刑の長期を合算したるものに超ゆることを得ずと云ふことになつて居る、夫故に例へば十年の有期の懲役と五年の有期の懲役とが併合したる場合に於ては其最も重き罪に定めたる刑即ち十年に其長期の半を加へたるもの即ち十五年を以て併合罪の長期とすべきものである、乍併此場合に於て例を變へて二年の懲役に該る罪と十年の懲役に當る罪と競合したる場合に於ては其最も重き罪に定めたる刑は十年であつて夫に半を加ゆると十五年になる筈である、併乍ら但書に於て各罪に付定めたる刑期の長期を合算したる

ものに超ゆることを得ずとありて合算したるものは十二年に過ぎざるが故に此場合に於ては十二年以上に處罰することは出來ないことになるのである、長期と云ふことに付ては明文が明かに之れを定めて居るからして何等疑問を生せぬのであるけれども、然らば短期は何づれに依るのであるかと云ふことに付ては一つの疑問であるかのやうに考へられる、即ち例へば一年以上十年以下の懲役六ヶ月以上五年以下の懲役と云ふものが競合したる場合に於て長期は十五年と云ふことがあるのであるが短期は一年であるか將た六ヶ月であるか、換言すれば本場合に於ては六ヶ月以上十年以下と云ふ範圍に於て處罰すべきものであるか、果た一年以上十年以下の範圍に於て處罰すべきものであるかと云ふことが一つの疑問である、此點に就て短期が書いてないものであるからして、短期が書いてないものであつてザット二つの刑が併合して長期が定めらるゝと云ふことになるのであるから一寸考へると六ヶ月以上十五年以下の範圍に於て處罰するに云ふことが至當のやうに考へらるゝが自分の考では此場合に於て若し一年以上十年以下の主刑のみを犯したなれば一年以上以下に下だることは出來ぬのである然るに本場合に於て六ヶ月迄下げると云ふことが出來るとなれば一ツ一年以上

十年以下の犯罪を犯したる場合は一年以下に下げることが出来ぬに拘らず之に加へて更に六ヶ月以上に當るべき罪を犯したる爲めに輕らく罰せらるゝと云ふことになるのである、之は明かに立法の主旨に反する譯であるから此場合は何うしても一年以上十五年以下の範圍に於て處罰すると云ふことにしなければならぬ要するに反對の見解に據るときは重ひ罪の上更らに輕るひ罪を犯したる故に却つて重ひ罪一ツ犯したよりは輕らく罰せらるゝと云ふことゝなるのである、之は立法の主旨に反する結果を有するのである、

(四) 罰金と他の刑と併合したる場合(第四十八條)

此場合に於ては第四十六條の第一項の場合即ち死刑に處すべき場合を除くの外は總べて併科すると云ふことになつて居る、之は前きにも説明したる通り詰り成るべく罰金は徴收する金刑は成るべく徴收すると云ふ趣旨に據つて居るのである、

次は併合罪中二個以上の罰金ありたる場合、此場合に於ては茲に之を罰せずして罰金の合算額以下に於て處罰すると云ふことになつて居るのである併乍ら我々の見るところに依ると此場合に於ても第三の場合に於て説明したると同じく

寡額は各罰金刑の内一番高き寡額を有する刑の寡額を以て其寡額とす(四十八條)

(五) 併合罪中重き罪に沒收なくして他の罪に沒收ある時(第四十九條)

此場合に於ては併合罪の刑以下に拘らず常に其沒收は附加せらるべきものとす二個以上の沒收ありたる場合此場合に於ては之を併科する、之れは前きに四十六條第一項に於て説明したると同じき主義であるから別に説明を要しない、

(六) 拘留又は科料と他の刑と併合したる場合(第五十三條)

此場合に於ては第四十六條の場合即ち第一第二の場合を除くの外之を併科する之を併科するに於ける譯は拘留科料と云ふものは禁錮懲役等の重き犯罪又は罪人に科せらるべき刑にあらずして單純なる行政取締違反の罪に對する刑にして刑罰の性質が一般普通の犯罪に對する懲役若くは禁錮杯と異なるが故に他の懲役若くは禁錮を科する場合にも尙は之を併せ科すると云ふことになるのである、

詰り科せらるゝ罪質が違ふから刑の性質が違つて居る禁錮じやの罰金じやの或は懲役とか云ふやうなものは幾らか犯罪人を懲らすと云ふ刑であるからカウ云ふ風の惡い性質の刑を科するので拘留科料は一體に多く行政取締違反と云ふやうな極輕微な犯罪に科するので從て犯罪人と云ふものが敢て懲戒を要

すべきものでない、丁度民事の賠償のやうなもので懲戒して何處までも矯め直すと云ふのとは違つて居る、或る一般の爲めに又は人に對して科せらるべきものでなくしてホンの行政取締上科せらるべきものと性質が違つて居る、夫故に他の刑と併せ科すると云ふことにする、併乍ら死刑若くは無期禁錮懲役に處すると云ふ場合即ち四十六條の場合に於ては尙ほ之れの以外に性質が違ふからと云ふて拘留料を科すると云ふことは酷にもあり聊か滑稽に失するるので夫故に此場合は之を止めて仕舞ふと云ふことにして居るのである(無期に懲役と拘留料の場合と御話したのであるが科料丈けに就ては四十六條の第二項の取除けがあるから詰り問題は五十三條と四十六條の場合と廣く書いてあるけれど科料と無期懲役禁錮と云ふものは四十六條第二項の規定に依つて併科せらるべきことになつて居るのでありますから此四十六條の場合に廣く書いてありますから其方から除外せらるべき性質のものであります)

以上を以て罪が併合したる場合に於ては如何なる刑を科すべきものであるかと云ふことの一般の規定を説明し終つたのである、尙ほ此外法律は左の適用に關する二三の問題を決して居る、

第一併合罪に付處断せられたるものが或る時期に於て大赦を受けたる場合に於ては如何に處分すべきか、

此場合は大赦を受けたる罪を除きたる罪餘の罪に付詰り之を定むると云ふこと

になつて居る、之れを定むる手續は刑事訴訟法に於て更らに定めらるゝものと考へる、

此場合と似て居る他の場合が一つある、即ち夫は再審の場合である、若し併合罪に付て處断せられたるものが或る罪に付再審の結果無罪と云ふことになつた場合に於ては如何に處分すべきか、矢張同一に決定せらるべきものと考へる、然るに法律は之に關する規定を缺いて居る、果して之れは缺點であるか否やと云ふに之は此場合に於ては詰り併合罪の内的一部分が再審に當ると云ふことであつて再審は判決が全部に涉るのであるから詰り前の判決を取消すと云ふ結果を惹き起すので、前の判決を取消すと云ふ結果を惹き起すと當然新なる判決をしなければならぬと云ふことになるのでありますから此規定がなくとも自かち是等に併合罪の規定を適用しなければならぬと云ふことにならぬから之は明立を置かなかつたので敢て缺點ではないことになる、

第二併合罪中既に裁判を経たる罪と未だ裁判を経ざる罪とがあつた場合(第五十條)此の場合に於ては數罪俱發して居らぬのであるから併合罪の規定には事實據ることが出来なかつた場合である、ソコで然らば何うするかと云ふに法律は此の

場合に於ては舊規定の餘罪云々の例に倣はずして更ちに未だ裁判を経ざる罪丈
けに就て裁判をすると云ふことになる、本來併合罪として一所に纏めて處分す
べき犯罪たるに拘はらず茲に別々に刑を科すると云ふことになつて二つ獨立し
たる犯罪が成り立つのである、其結果は當然二つともに執行すると云ふことに
ならなければならぬのである、所でカウ云ふことになると即ち併合罪の趣旨に
反することになるのであるから茲に法律は五十一條の規程を設けて之を救済し
て居る、即ち五十一條の規程に於ては斯の如く之れは二個以上の裁判が併合罪
の各罪に付定められたる時は其刑を併せて執行す、但し曩きに説明したる併合
罪の規定に基き死刑を執行すべき時は沒收を除くの外他の刑を執行せず無期の
懲役又は禁錮を執行すべき時は罰金、科料及沒收を除くの外他の刑を執行せず
有期の懲役又は禁錮の執行は其尤も重き罪に付定めたる刑の長期に其半數を加
へたるものに超ゆることを得ずと規定し以つて數個の犯罪が同時に裁判せられ
併合罪として處分せらるべき場合と同一の結果に歸着せしむることとせり、以
上を以て所謂獨立したる數個の犯罪が併合したる場合の處分を説明したのであ
ります、尙ほ此外法律は前きに掲げたる甲の一つに甲の二三及び乙の場合換言

すれば一個の行爲が數個の罪名に觸れ又は犯罪の手段又は結果たる行爲が他の
罪名に觸れたる時又は連續犯等の場合に於ては已に前きに説明したる如く其行
爲が一罪たるや二罪たるやと云ふことに就て問題を生ずべく又此場合に於て他
の所謂二個以上の犯罪が競合したる場合の併合罪と同一に處分すべきや否やと
云ふことに付て問題を生ずべきが故に法律は之を解決せんが爲めに行爲主義を
採り五十四條五十五條の規定を設け沒收を併科するの外連續犯の場合に於ては
之を一罪とし他の場合に於ては其尤も重き刑一つを科すべきこととせり、

餘論

終に臨み前述(三)の場合に付一言批評して置く、抑も本規定は伊太利、和蘭等の
外國の立法例に據りたるものであつて他國にも其例もあるものであるから敢て否
認する程ではない、けれども併乍ら我輩の見るところを以つてすれば斯う云
ふ風な規定よりは寧ろ此等は凡て原則は之を併科すると云ふことに定めて置く
方が宜しいと思ふ、カウすると云ふと或は刑期が酷く長くなるやうなことが
あらうけれども其點に就ては第十四條の規定の懲役又は禁錮は二十年に至るこ
とを得ずと云ふことになつて居るから詰り之れで制限が出来ることになる依つ

て詰り併科すると云ふことにしてサウして其制限は二十年を出でないと云ふことにすれば宜しいと考へる、サウ云ふことにしなければ本規定のやうな規定であること云ふと之れは故なくして犯罪に對して或は極刑を加へたり、或は輕き刑を加へると云ふことになること云ふのは例へば此規定に依つて見れば十年に當るべき罪と五年に當るべき罪とを犯すと云ふ場合に於ては十五年に至ることが出来るので併し乍ら十年と五年の罪が幾つ重なつても矢張り同じ結果になるのである即ち十年が十あり、五年が十ある場合でも長期十年短期五年であるから詰り十五年を出でないと云ふことになる、詰り十年一ツ十五年一ツのものと、夫から十年及五年の刑を澤山犯したものと同じ處斷、同じ長期と云ふことになるのである、之は自分の考へでは甚だ權衡を失して居るのであるから原則としては詰り總て併科すると云ふことにしてサウして最長期は或は二十年を出づることを得ないと云ふことにして置けば犯しどくであること云ふやうなことは先づ少なくなつて来る、依つて自分の考へでは先づ原則としては併科することにして置いてサウして十四條の適用に依つて之を制限すると云ふことにして置いたら能くはあるまいかと思ふ、

以上を以て併合罪の説明は極大略ながら了つた譯である、さうして先きにも説明する如く改正刑法第五十四條と同第五十五條とは先きに説明したる所に因り自ら了解せらるゝ積りであつたのであるが就中第五十四條に就ては段疑義を挾む者があるやうであるからして尙ほ追加として第五十四條の規定を説明して置かうと考へる

で第五十四條には一個の行爲にして數個の罪名に觸れ又は犯罪の手段若くは結果たる行爲にして他の罪名に觸るゝ時は其最も重き刑を以て處斷す云々とある此條文に就て疑義の生すべき點は

(甲)一個の行爲にして數個の罪名に觸るゝこと、(ロ)又は犯罪の手段が他の罪名に觸れ(ハ)若くは犯罪の結果たる行爲が他の罪名に觸るゝと云ふのは如何なることを云ふものなるか、又此三つの場合の各關係如何と云ふこと、

(乙)此第五十四條の規定は一罪を規定したるものであるか、將又二罪を規定したるものであるか

といふことの二點である、先づ第一の點即ち甲の點より説明せんに

「二個の行爲にして數個の罪名に觸れるといふのは時又は場所との關係に於て

通常一所爲又は一行爲と見做さるべき行爲が數個の法條に規定したる犯罪を形作る場合をいふものにして例へば一個の彈丸を以て數人を殺し若くは一人を殺し他の者を傷け更に之に依て人の器物を破壊したといふが如き場合をいふものであつて一個の行爲が個々獨立の法條に違反したといふことを要するのである是に就て特に注意を要すべき點は、例へば舊刑法の第七十八條と徵兵令第卅一條の規定との如く同一なる徵兵忌避の行爲が甲の法律と乙の法律に規定せられてある場合の如く徵兵忌避の行爲は此所謂一個の行爲にして數個の罪名に觸れといふものに相當するが如く考へる者があるけれども之は先きに説明した通り普通法と特別法の關係又は充實法と補充法との關係の如く二個の法條が個々別々に存在するするのでなくして一の法條が他の法條を吸収して居るのであつて即ち要するに一個の法條だけ残るので即ち右の例に由り之を云ふならば懲兵令と普通刑法とは徵兵令の方は特別法であるからして普通法たる刑法の條文は特別法の爲めに打消されて居るのであるから犯人の行爲は單に徵兵令といふ特別法に觸れて居るばかりであつて刑法の條文には觸れないことになるので其形は恰かも未遂犯が程度を進めると既遂犯に成るのであつて既遂犯は未遂犯を食

むと同じことである、故に數個の罪名に觸れるといふことに就て單に條文があるからして數個の罪名に觸れると思ふてはいかぬので其條文が果して各々獨立の位地を保つて居るや否やといふ事を研究して各々獨立の位地を有つて居る數個の法條に觸れた場合に於て始めて茲に所謂數個の罪名に觸れたといふことが出来るのであるからして此點は最も注意を要するのである、併しながら尙ほ此問題は時によると少し困難なる場合があつて學者の間に争ひのあるものがある、即ち通常危険犯罪は實害犯の中に吸収せらるゝといふのであつて例へば右に挙げたる如く未遂の行爲は既遂の行爲に吸収せらるゝことになるのであるが、警察令違反の行爲と刑法違反の行爲と競合して來ることがある、即ち例へば京極の群衆の場所に(京極は京都の最も繁華なる所なり)車馬を曳入ることならぬといふことになつて居る夫は畢竟する所危険があるからで、其所へ車馬を曳入てさうして茲に過失殺傷を起したといふ場合に於ては諸り車馬を曳入過失殺傷を起したといふ事は一方に於て警察違反の行爲であつて他の一方に於て過失殺傷の行爲である、其所で此場合に於ては警察違反の行爲と過失殺傷の行爲と二つの法條に觸れるのである、即ち第五十四條に當るとすべき者

であるか將た爾うでなくして單に過失殺傷の條のみに當るのであるか即ち危険犯といふ者は實害犯の中に吸収せらるゝのであつて爾ういふ場合も亦詰り一罪に外ならぬのであるかといふことに就ては學者の間に議論があるのであつて多少面倒なるものである、併しながら我輩は通説に依り此場合は過失犯のみを構成するといふ方が正しくはあるまいかと思はれるのである從て第五十四條の適用を受けない場合と思ふ、尙ほ之は第五十四條の適用といふ譯ではないけれども併しながら詰り同じやうな場合であつて議論のある場合であるから一言附加して置く、例へば一面に於て行政罰即ち過料に當るべき行爲と刑法上の處分を要すべき行爲とが併合することがある、此場合に於て二つ違犯の行爲が成立つものとするならば行政官廳は過料に處すと言ひ渡し他の一面に於ては司法官廳に於ても亦其上に刑法上の刑罰を科するといふことが出来ることになる、若し爾うでなくして詰り此場合に於ても危険犯は實害犯に吸収せらるゝといふ同一の論法が用ひらるゝのであるならば單に刑法違犯の行爲のみを論して行政官廳は過料を言渡すといふことが出来ないと言はなければならぬのであるが是が即ち六ヶしい問題で先きの場合よりも尙ほ一層議論が分れて居るやうである、

「口犯罪手段が他の罪名に觸れる時、犯罪といふは如何なるものであるか之に就ても亦往々にして誤解を惹起することがある、犯罪といふものは犯人が目的として居る所の結果即ち既遂を指すのであるといふやうに見て行くといふと其結果を發生せしむる爲めに用ひたる手段は直接間接を問はず皆手段といふことに考へられるのである、其所で例へば窃盜罪に於て物を取るといふこと即ち他人の財物を自己の占有に入れて了ふといふこと即ち犯人の目的を以て犯罪とするといふことになれば之を取る爲めに雨戸をコチ開け若くは錠前を振切るといふことも亦手段といふことに成つて來るのである、之に反して犯罪といふのは犯罪構成要件に當るべきものは總て犯罪といふなれば總て犯罪の手段といふものは要件に關係の無いものを謂はなければならぬことになつて來るので例へば窃盜罪に就て合鍵を買ふて來るとか或は細梯子をこしらへるといふが如き窃盜罪の構成に關係無きものゝみを手段とし右に言ふが如く錠前を振切り又は雨戸をコチ開けるとかの如き窃盜罪構成の條件の一部を形作るものは手段でない従つて茲に擧げる犯罪の手段といふ中には含まぬと謂はなければならぬのである、人殺の場合に於て若し人を死に致し人の生命を取るといふ事即ち既遂を犯罪とす

れば殺す爲めに行はれる所の總ての行爲を手段とするといふことになつて殺す爲めに刀で斬付るといふのも手段である、又毒を吞ませるといふのも手段である、人を殺す爲めに家の中に侵入するといふ事も亦一つの手段であると謂へるのである、若し爾うで無くして人殺しといふことは人を殺す行爲であつて殺すに必要な行爲は人殺しものである、手段でないといふなれば人を殺す爲めに刀を買ふて來るとか或は毒藥を買求める醫者の證明書を偽造して毒を買ふといふやうな事が即ち犯罪の手段である、といふことに謂はなければならぬのである、言葉自身の上から云ふと犯罪の手段といふは犯罪其者以外即ち犯罪構成要件の外に存する者と謂はなければならぬのであるが立法の意味合は寧ろ第一の意味合であつて即ち窃盜と云へば人の物を取る事が窃盜である人殺しと云へば人の命を取るといふ事が人殺である之に必要な所の着手以上の行爲は元々犯罪としては其中に含まれてあるのぢやけれども之を以て手段と考へて居る様に思はれる、なせなれば此條文の規定の仕方と云のは詰り後にも話をする如く必然伴ふて來る行爲であつて第四十七條第五十一條との場合の如く犯人が重ねて犯す場合即ち時又は場所を異にして犯されたる二つの罪で無く必要生すべき一つの罪のやうにあるからして重ねて二つの罪を犯した者として處罰するの必要を認めない、故に唯だ其犯罪の中で一番重いものだけ捕へて處罰するのであるからして必要伴つて來る所の手段でなければならぬと謂はなければならぬ、従つて此手段といふことは犯罪に直接且必然の關係を有つ行爲即ち着手謂はな行爲を以て犯罪を遂げる爲めに行はれる所の方法手段を指すのであると以上のければならぬ従つて先きの例で人の家宅に侵入して窃盜をするといふ場合又は人の器物の錠前を振切て爾うして窃盜をするといふやうな場合に於ては其家宅に侵入といふことが既に窃盜に着手の行爲である又は錠前を振切るといふ事が窃盜着手の行爲であるけれども即ち犯罪既遂といふ事に就ては之が直接且つ必要の手段となつて居るのであるからして之を法律は茲に手段と見て居る、で此場合に於て其手段其ものが特に他の法條に觸れない場合は別であるけれども若し法律に觸れるとすれば詰り茲に孰れか重い方に依て處斷するといふことを要するといふことにして居るので即ち右の例に於て家宅侵入の行爲は即ち別に一罪を形作る、又錠前を振切る行爲も別に一罪を形作つて其所で其中の孰れか重いものに依るといふ事にして居るのである、人殺の例に就ても同じ事であつて刀で

の罪のやうにあるからして重ねて二つの罪を犯した者として處罰するの必要を認めない、故に唯だ其犯罪の中で一番重いものだけ捕へて處罰するのであるからして必要伴つて來る所の手段でなければならぬと謂はなければならぬ、従つて此手段といふことは犯罪に直接且必然の關係を有つ行爲即ち着手謂はな行爲を以て犯罪を遂げる爲めに行はれる所の方法手段を指すのであると以上のければならぬ従つて先きの例で人の家宅に侵入して窃盜をするといふ場合又は人の器物の錠前を振切て爾うして窃盜をするといふやうな場合に於ては其家宅に侵入といふことが既に窃盜に着手の行爲である又は錠前を振切るといふ事が窃盜着手の行爲であるけれども即ち犯罪既遂といふ事に就ては之が直接且つ必要の手段となつて居るのであるからして之を法律は茲に手段と見て居る、で此場合に於て其手段其ものが特に他の法條に觸れない場合は別であるけれども若し法律に觸れるとすれば詰り茲に孰れか重い方に依て處斷するといふことを要するといふことにして居るので即ち右の例に於て家宅侵入の行爲は即ち別に一罪を形作る、又錠前を振切る行爲も別に一罪を形作つて其所で其中の孰れか重いものに依るといふ事にして居るのである、人殺の例に就ても同じ事であつて刀で

人を殺し若くば毒藥を以て人を殺すといふ事に於て刀で切付け若くば毒藥を飲ますといふ事は夫れ自身殺人の行爲であつて分離は出來ぬ筈であるが法條の意味合では殺人は既遂を以て犯罪として即ち切付る毒を飲ませるといふことは手段であるといふ風に考へて居る、従つて之が別の條に觸れたといふ事であつたなれば又更に其中の孰れか重い刑に依り處斷するといふことにするのである、夫で直接且つ必然の關係を持つ行爲でなければ手段といふことは出來ぬからして其以前例へば殺人の場合に毒を以て殺すといふ場合に於て毒を買ふ爲めに醫師の證明書を偽造して爾うして毒を買ふのも手段であるけれどもが直接且つ必然の必要手段といふとは出來ぬので犯罪の既遂に直接且つ必然の手段といふとは出來ぬ、人殺又は窃盜の行爲と別個の行爲であつて即ち先づ醫師の證明書を偽造し毒藥を買求めて爾うして更らに人を殺すといふ別の行爲を行ふのであるから此場合は當然起るべき關係を有つて居る手段といふことは云へぬのであるから時又は場所を異にして別々の行爲を行つたので即ち之は二つ重ねて罪を繰返したと見ることが出来るからして重く罰すべき場合に當るのである、窃盜の場合に於て合鍵を買ふたり又は繩梯子をこしらへるといふことは手段であるけ

れども是等は窃盜に直接且つ必然の行爲で無いからして法律の所謂手段といふには當らぬのである、(家宅に侵入して窃盜する場合に家宅侵入は窃盜の手段であるけれども普通の手段であるから窃盜罪に吸收せらるゝので法律の所謂手段に非ずといふ學説があるが確かに誤つた説である)

「犯罪の結果たる行爲が他の罪名に觸れたる時、之も亦結果といふ事に就て犯罪其ものを遂げたる事を結果といふ風に見て行くといふとは犯罪夫自身であつて、例へば人を殺す場合に於て刀を振上げて人を殺した。窃盜の場合に於て錠前を振切て物を取つた。其取つたとか或は殺したとか若くは取つたといふ事を結果と見るといふことにするといふと爾うすると此場合の犯罪は何であるかといふ事になつて來るので犯罪は之を結果とすれば犯罪は錠前を振切るとか或は刀を振上るといふ事に見なければならぬのである、併しながら夫は既に先に説明する如く手段に屬して居る、であるからして爰の所謂犯罪といふとは犯罪を遂げた後の犯罪といふことは窃盜若くは殺人即ち他人の物を盗み若くは人を殺した其事が犯罪であつて、夫で結果と云へば其後に別に生ずる所のものを云ふ事にしなければならぬ、爾うないといふと此場合は手段の場合と違つて犯罪其も

の、中には含んで居らぬものといふことになる犯罪から離れて直接と間接とを問はず皆總て結果と謂はなければならぬのである、法律の精神は先きにも云ふ如く主たる行爲は別の行爲でなくして主たる行爲は必然發生する所の行爲であるからして犯人が新たなる意思を以て特に犯すものと云ふことは出来ぬのであつて恰かも一つの犯罪若くは一つの行爲であるかの如くに見ることが出来るからして罪は二つあつても其中の重いものにより處分するといふ事になつて居るのであるからして結果といふ事に就てもひどく離れて居る結果といふものは譬へ犯罪の結果としても皆含むといふ譯に行かぬので矢張り手段といふ事は既逐たる犯罪に直接且つ必然の關係あるものを謂ふのであるといふを云ふのと同じく結果に就ても此犯罪からして當然若くは普通直接に生じ得べき結果をいふのであると謂はなければならぬので、例へば通帳を盗んで夫で銀行を欺き又は偽造の文書を作つて金錢を詐取したといふやうな事は窃盜を終つた後の行爲で別の行爲であるけれども通帳を盗だといふ窃盜に於て目的を達するには其通帳を使用しなければならぬといふ事で使用するには爾ういふ手段を盡さなければならぬといふのであつて斯ういふ直接且つ必要若くは普通のもの指して居る

しとなければならぬ、例へば盗んだ金で以て毒を買ふて今度人を殺した、素より盗だ金を以て毒を買ふたのであるからして殺人は詰り金を盗だ結果に相違ない、併しながら金を盗んだ事柄からして當然若くは必然に生じて来る行爲で無いので全く關係の絶へた別の行爲と見なければならぬからして斯いふのは結果といふ中に含めることは出来ぬ、殺人の例で云ふて見ると例へば人を殺した其所で此死骸の始末に困り、打捨て置けば或は犯罪が發覺するかも知れぬといふので或は其死體の皮を剥いで何人か判らぬやうにして置く、若くは川の中に蹴込で了つたといふやうな事がある、是は殺人といふ行爲からして直接又は當然又は普通に發生する所の事柄で殺人と分離して考へることの出来ぬ行爲であるからして之は結果といふ事に成るのであるが、人を殺して其結果として其の有品を奪ひ取るといふが如きは殺人といふ事から當然伴つて来る行爲でないので更に断たなる行爲が行れたと見なければならぬのである、夫故に之は茲に所謂結果といふことは出来ぬのである、以上を以てイロハ三つの場合を説明したのであつて自ら其關係は解る譯であるが尙ほ是等イロハ相互の關係を明かに了解する爲めに其異同を一言して置かうと思ふ、

イとロ及びハとの關係、イの規定によつて見ると一個の行爲が數個の罪に觸れるといふのであつて、一個の行爲といふ單に一舉動といふのみで無くして詰り時と場所との關係に於て常識に依り一つの所爲と見做さるゝものは茲に所謂一つの行爲であつて其中には單純なるものもあるし又多少複雑のものもあると其所で例へば人を殺す爲めに人の家宅に侵入し夫で人を殺したといふ事も家宅に侵入するといふことゝ人を殺すといふ二つの行爲でなくして一行爲と見ることが出来るのである、爾うすると此場合に於て一個の行爲が數個の罪に觸るゝといふ風に見らるゝのであるが、若し爾ういふ風にすれば先きに説明したる犯罪の手段が他の罪名に觸れるといふのと混同して來るやうになるのである故に此ロとの關係上數個の罪名に觸れるといふ中には行爲が他の罪名に觸れるといふ場合を除かなければならぬ、

ロとハの關係、ロの場合に於て犯罪は右に云ふ如く犯罪の既遂手段は着手其之を遂ぐるに必要な行爲を意味し犯罪の結果たる行爲は右手段の場合と異り犯罪の後に生じたる別個の犯罪にして其間明かなる區別あるものとす

イとハとの關係、通俗に犯罪の結果といふ語を以て犯罪其ものを指すことあり

例へば窃盜罪に於て物の領有、殺人罪に於て被害者の死亡を犯罪の結果といふこと茲に犯罪の結果といふは此意味に非ず、窃盜又は殺人といふ犯罪其ものを生じたる別個の行爲たり従つて一發の彈丸を以て數人を殺傷したる場合他の罪者に觸れるといふに非ずして一個の行爲が數個の罪名に觸れたる場合と混同せざることを要す

追加 一個の行爲にして數個の罪名に觸れるとある數個の意味に付て或は異りたる數個の罪名あることを要するものにして同一罪者の場合に於ては此條に當らず従つて例へば一個の彈丸を以て數人を殺害したる場合の如きは一個の罪名に觸るゝものなるが故に此場合に入らずといふ者あれども誤りとす、

一に此五十四條の規定が一罪であるか二罪であるかといふ事に付ては甚だ争ひがあるのである、四十七條五十一條には二個以上の罪となつて居つて此場合に於ては爾ういふことが書いて無いからして一罪と見るので、詰り之は罪が一つであるか二つであるかといふ區別に付て行爲主義と結果主義とあるが其中の行爲主義を取つたものといふことに説明するのが一般の説であるやうに見へる、夫ならば自分の考へる所では此五十四條の規定の中一個の犯罪であるといふこ

とは何處にも明言して居らぬのみならず他の罪名に觸れるといふことが書いてあるからして他の罪名に觸れるとか或は數個の罪名に觸れるといふことになつて罪が幾つあるかといふ、法律の法條に幾つ觸れて居るかといふ事から見分けて行かなければならぬやうに思ふ、此場合は詰り處分は先きの場合と異つて居るが五十四條は矢張り二個の犯罪があるかのやうに見ることが好くはあるまいかと思ふ、詰り此問題は餘程むつかしい問題であるけれども先づ罪の發生する場合を三つに分けることが出来るので即ち二つ重ねて起る場合がある又單獨に一つの發生する場合がある、で中間に屬するものは即ち一つの行爲が二個以上の法條に觸れるといふのである、で初めの二つ重ねて發生する場合に二罪であるといふことは疑ひない、同時に最後の場合一罪であるといふことも疑ひない中間のものに付て詰り疑ひが起るのである、之は双方に説が立つことになつて行爲主義から行けば行爲が一つだから犯罪が一つである又結果主義から云へば結果が二つであれば行爲が二つであると言ひ得るが吾輩は犯罪が幾つあるかといふことは結果の方から言ふ方が正しいやうに考へる、爾うして此法律の上から云へば何處にも反對論者を助けるだけの根拠は無いので法律の分け方は詰

り右の種類に付て詰り二つ繰返さるゝ場合に於ては之は本來言ふと一つ／＼罰すべきものであるけれども夫では少し重きに過ぎるといふ所から其中の重いものに幾分の刑を加へたものを以て二つの處分をするといふことにしたので詰り之は繰返さるゝ場合だから特に二つ處分する意味合のものであるけれども五十四條の場合には罪があつた所で特に繰返すといふ事は無くて詰り必然普通に起つて來るので特に犯罪行爲を爲したといふ事情でないのであるから之は唯だ其中の重いものだけ處罰して好いといふことにしたので詰り處分の上からして此犯罪の意思が重ねて罪を犯すといふことで無いからして二つであるけれども重ねて犯した場合と同じ處分をすべきことにはならぬといふので此規定を設けたのである、さればとて之を直ぐ一罪であるといふことは云ひ悪いやうに思はれる、其證據には數個の罪名に觸れ又は他の罪名に觸れといふ事であつて其最も重き罪によつて處斷するといふのであるからして一つの罪とすれば別に一つの刑を設くべき筈の所爾うでなくして二つの罪を見て其中の重きものによつて行かうといふのだから此場合には罪が二つ成立つて居るといふことに見た方が何うも正しくはあるまいかと思はれるので、要するに此點の一罪二罪論といふものは

諳り行爲主義と結果主義で、條文の規定だけでは孰れを取て居るか、反對論者の方から云へば一個の行爲にして云々其重き刑を以て處斷すとあるから五十四條は四十七條五十一條の場合と別にして之は行爲主義であるといふのであるけれども我輩の方から論を立て、行けば之は繰返された場合であるから其所で四十七條五十一條と別の處分をして居るから之が爲めに直ちに一つの犯罪と見られぬ否な先きにも云ふ通り罪名が數個に觸れとあつて爾うして現に其重き刑を以て處斷すとある重い刑を以て處斷すと云へば諳り罪が二個の成立を見なければ其重い刑と云へぬことになる故に法律は此條により犯罪が一つであると見ることの斷言が出来ぬのみならず寧ろ反對に二つ犯罪が成立つて居るので之を處分するだけが重ねて犯した場合と違ふに過ぎないと云ひ得られるなり。

第五 共 犯

共犯の規定亦文字の上のみから見て行けば改正刑法と舊刑法とは大分違つた所があるので全然其規程が違つて居るかの如く見られるやうであるけれども其實質の上から云へば全く同一であつて、要するに改正刑法は舊刑法の規程の字句

を修正したといふに過ぎないと見て宜いのである、からして舊刑法の規定を知る以上は改正刑法の規定に付ては特に説明すべきものは無いのであるが共犯の規定は由來重要な規定であつて舊刑法に於ても随分議論のある場所であるからして舊刑法の規定と大差なきに拘らず改正刑法に付て更に一般の説明を試み尙ほ舊刑法の修正せられたる點を指摘し其理由を簡短に述べて置かうと考へる、そこで此共犯は共犯の意義、共犯の種類、共犯の處分と分類して説明しやう、

第一節 共犯の意義

共犯とは二人以上の者が相共同して或定まりたる罪を犯すことをいふので、其共同して罪を犯す者を共犯者といふのである、

(イ)二人以上の者が共同して或定りたる罪を犯すことを要するが故に、定まらざる即ち特定せざる罪を犯す爲めに組織せられたる犯罪組合又は單に特定の罪を犯さんことを數人が相集つて相談するといふが如きは所謂陰謀にして未だ罪に成らざるものは共犯に非ず、

(ロ)又二人以上の者が共同して罪を犯すこと即ち罪は二人以上の者が共同して發

生せしめたる結果であるといふことが必要である、即ち二人の集合したる行為が原因と成て其結果一の犯罪が発生したといふことを要するからして犯罪が成立てしまつた後に其目的に加擔するといふが如き即ち贓物に關する罪又は犯罪が遂行した後に犯罪人をして其處罰を免れしめんが爲めに之を隠匿し又は其罪證と成るべき物件を燬滅せしむるが如き行為は犯罪の原因結果といふことゝ分離したる行為即ち關係なき行為であるからして共犯といふことは出來ぬのである(昔の刑法は最近の伊太利新派の刑法論と同じく専ら主觀的であつたが故に是等のものまでも或は事後從犯といふが如き名を附て共犯の一人に數へて置たことがあつて各犯人の罪を犯すの目的又は遠因から云へば總て皆同一組合の犯罪人と見ることが出来るからして之を共犯として處分するといふことが寧ろ刑事政策には或は協つて居るかも知らんのであるが解釋論としては其等の者を共犯の中に數へることは決して出來ぬのである)

爾ほ茲に共犯の意義に付て二つの學説があつて、或は共犯とは「犯罪を合同するものである」といふ者があり或は「行為を合同する」といふ者がある、犯罪を合同するといふことは茲に定義するが如く二人以上の者が或定まりたる一つの罪を合同し

て犯すのであつて、其合同して犯すといふ罪は共犯者互に共通して居らねばならぬのであるが、行為合同説といふのは共犯の行為即ち意思に基く身體の運動が合同して居れば犯罪は必ずしも合同することを要せぬと云ふのである、語を換へて之を言へば各自の犯罪は夫々別個の犯罪であつても之を犯すに付て行為即ち身體の運動が相共同して居れば即ち夫で共犯といふことが出来るのである而して此主義孰れが宜いかと云へば後の方が宜いのであつて新刑法は此主義によつて居るのであると主張する學者があるけれども之は大なる誤である、我輩の知る所を以てすれば昔より今日に至るまで行為のみの合同を以て共犯とするといふことを主張した者は少くとも外國には無いやうであつて之は要するに共犯の定義に關する學説と、處分に關する學説とを混同したから斯ういふ風な學説があるかの如く信するに至つたのであつて、全然錯誤に基くものと信するのである、即ち我輩の觀る所によれば共犯は皆犯罪を合同するものである、で行為のみを合同するといふ共犯といふものがあらう道理が無いのである、なせなれば共に犯すといふのである、何を犯すかと云へば犯罪を犯すのである、共にするとは何を共にするかと云へば即ち犯罪を共にするのである、其共にすると

いふ以上は犯罪は共通しなければ犯罪を共にするといふことは云へない筈のものである、行爲のみが合同したばかりで直に共犯といふことが出来るのであつたならば甲は強盜をするつもり乙は強姦をするつもりで行爲を合同した場合に於て、甲は強盜で乙は強姦犯人であるにも拘らず之を共犯といふことになつて從來孰れの學說に於ても斯の如きものを犯罪が共通する點に於て共犯とする場合は格別全然違つて居る點までも共犯とするといふ學說若くは立法のあるといふことは我輩曾て之を知らぬのである、只だ近來に至つて伊太利新學派又は第三派即ちリスト一派の學者が共犯の處分に關して從來何れの立法に於ても大抵皆共犯の種類を分けて或は正犯從犯又は教唆者といふが如くして從犯教唆者は正犯に對して從たる位地に在るものであるからして從犯、教唆者は直接犯罪の結果を發生せしむるものでない、即ち犯罪の結果に向て原因を爲すものでなくして正犯に加擔して犯罪の結果に對し條件を形造るものに過ぎない即ち正犯の犯罪に附隨して成立つ所のものであつて其處分に於ては正犯に從屬せしめて或は正犯と其處分を異にするといふことにして居るのであるが本來の理窟から云へば犯罪は正犯獨り之を發生せしめたもので無くして教唆又は從犯も正犯と共に

之を發生せしめたものであつて、正犯が結果たる犯罪に對する原因たると同時に教唆又は從犯も亦同一原因であつて其間に區別を設くべき理由は無いのである、均しく皆結果たる犯罪に對する原因を與へて居るのであるからして全然同一の處分をしなければならぬのである、唯だ若し其間に處分を異にする必要があるとするなれば之は正犯でも教唆又は從犯でも皆其個人を視、個人の位地如何に依て刑罰を異にすることを要するのみである、換言すれば原則としては總ての共犯皆結果に對する原因を與へた者で、正犯が教唆又は從犯の補助を受けた譯でもなければ又は教唆若くは從犯は正犯を補助して罪を犯さしめたといふ譯で無いので或は正犯といふ手段に依り或は教唆といふ手段に依り或は從犯といふ手段に依り自個の犯罪を他人と共同して犯したる者に外ならぬのであつて各自が夫々獨立の犯罪者である、唯だ此罪を犯すが爲めに行爲を合同したに過ぎぬのである、であるからして其處分は各自各別獨立しなければならぬのである、といふことを云て居つた。我輩も之は洵に至當なる説であると信して居つて立法論としては從來も此説を鼓吹して居る譯である、併しながら之は要するに處分に關する説明であつて共犯の意義の問題には關係の無いものである、其

犯の意義としては總ての犯人が一つの犯罪に共同するといふの外はないのであつて行爲さへ合同すれば犯罪は別でも共犯であるといふやうなことは謂ふことは出来ぬのである、即ち苟くも共犯であると云ふ以上は客觀的に共犯者が同一である、即ち窃盜なり殺人なり皆同一犯罪に向て共犯者の行爲が合同して居らなければならぬので甲は窃盜犯だ乙は強盜犯であると云ふやうなことは共犯としては見ることの出来ぬのである、唯だ責任論としては他人の罪に加工するとか或は他人に幫助せられるとかいふ意味でなくて各自、自己の罪を犯す者、即ち窃盜であるなれば甲も自己の罪として窃盜罪を犯しても自己の罪として窃盜罪を犯すといふことであつて恰も今日の會社法人等の事務に關與して法人の目的を遂行する理事其他の職員の如く共同して法人の職務を行ひ自己は單に法人を助けたと云ふに過ぎないので自己の事務を爲すのでないと云ふが如きものでは無いので、皆夫々自己が罪を犯すのである即ち犯罪は共同するけれども責任は自己の罪を自ら犯すのであるからして各自各別に負ふべきものである、要するに罪の種類の問題でなくして他人の罪は自分の罪といふ問題である、だから是は共犯の意義に關する問題でなくして各自の責任に關する問題である此責任に

關する問題は管に新刑法のみならず舊刑法に於ても或場合に付ては多數一般諸國の立法と同じく是を明言して居るので即ち舊法第百四條には二人以上現に罪を犯したる者は皆正犯となし各自に其刑を科すとあつて之は犯罪が違つて居ると云ふ意味でないので犯罪の種類は共同したる犯罪は皆一緒である、但し各自各別に自己の罪として犯すものであるからして其所で責任の上に於て各自其刑を科すといふことになつて割合を以て罰せられぬといふことになつた、唯だ伊太利新學派の學說も從來の立法との違つて居る點は從犯教唆等に付ていある、で斯の如き始末であつて伊太利新派及び第三派の主張する所は共犯の定義に關する問題に付ては從來の立法と異なる所はないので又あるべき筈が無いのである唯だ是に對する處分に就て從來の立法は或共犯者は他人の爲めに罪を犯す自己の罪を犯すのでは無いのであるといふやうにして居つたからして、之を改めて自己の爲めに罪を犯すものと見て行くが至當であるといふことに論じたに外ならぬのである、然るに右の如く是を共犯の定義に關する議論であるかの如く者へ共犯の定義に付て二個の學說があつて犯罪合同説と行爲合同説があるといふが如き、詰り斯の如き學說の意義を誤解したるより出たるものであつて全然誤

であるとしなければならぬ、再言すれば共犯の定義の説明に付ては斯の如き二説あるといふことにはすべきもので無いので、處分に付て種々の説がある即ち他人と共に犯罪を合同し自己の犯罪として犯すもので無いからして他人の處分に從つて己れも罰せられるといふ説と、然らずして他人と共に自己の罪を犯すものであるから個々別々に責任を負ふべきものであるといふ説との二つであるべきものである、

右の如く共犯は二人以上の者が合同して一つの罪を犯すことを謂ふものであつて其合同して罪を犯すといふことは又一つの行爲であるからして他の犯罪行爲と同じく行爲であるといふ以上は心素と體素が必要である、

第一體素 犯罪行爲に加工すること即ち結果たる犯罪に對する原因を爲したる所の身體の動止あることを要す、故に單に犯罪を傍觀して居つたといふが如き何等結果の發生に原因を與へざる場合に於ては共犯といふことが出來ぬ、併しながら苟くも結果に對する原因を與へたといふ身體の動止がある以上は其積極であると消極であると將た又有形であると無形であるとは措て問ふ二

第二心素 結果の發生の原因に寄與したる身體の動止が共犯の行爲とせらるゝ爲めには其者に於て身體の動止によりて發生する所の結果と云ふものが犯罪であると云ふことを知ること、同時に他人と共に之を犯すの意思を要すること即ち他人と共に之を犯すことを知ると云ふことを要す、先づ犯罪の情を知ると云ふことを要するが故に、殺人犯人であるといふ事を知らずして是に毒藥を賣つてやつたり或は窃盜犯者であると云ふことを知らずして是に合鍵を與へるといふが如き行爲は共犯の行爲と云ふことは出來ぬ、次に共に犯す意思あることが必要であるからして暴行脅迫を受けたるが爲めに已むを得ずして僕婢が強盜に金錢の在場所を示したるが如きは縱令強盜たることを知て居ても共に犯すと云ふ意思が無いからして共犯を以て論ずることは出來ぬ、是と同じく偶然又は誤て犯罪に加工したる場合例へば門番が門を閉ることを忘れ若くは怠りたるが爲めに盜人の忍入ると云ふことを容易にしたる場合の如きも此要素即ち共に罪を犯すといふ要素を缺くからして共犯といふことは出來ぬ、是で先づ此點は一樣の説明は了つたのであるが尙ほ此説に付て特に注意すべき二つの點がある即ち先づ

「第一は 共に犯すの意思といふことは共犯者甲乙相互に意思を共通させて居ること即ち意思が交叉して居ると云ふことが必要であるか、將た單に兩方が知り合つて居るといふだけで充分であるか、又兩方が知らないでも一方が知つて居れば知つて居る者に對しては即ち共犯といふことが出来るかといふ問題である、此問題に付て本來共犯と云ふものは數人の者が意思の共通により合同して自然人と異りたる大なる一つの人になつて爾うして一つの罪を犯すのであつて詰り意思の共通と云ふことにより肉體の聯絡が出来て一人と成て罪を犯すと云ふのであるから本來の意味合から言へば總ての犯人相互ひに意思を共通して居ると云ふことが必要であると云はなければならぬのである、併しながら若し斯ういふ議論から行くと云ふと彼の從犯の如き正犯を幫助して罪を犯したる場合に於て往々正犯が從犯あることを知らぬ場合があるのである、此場合に於ては意思の共通が無い爲めに從犯でないと云ふことにしなければならぬ、爾うすれば無罪とすると云ふ譯に行かんで詰り單獨に罪を犯したる者即ち正犯を利用して罪を犯したる者と云はなければならぬのである、併しながら若し之を以て正犯を利用して罪を犯したる者も亦單獨の正犯とい

ふことにすると云ふ事は、斯の如き場合が随分尠からぬといふ事に徴しても立法者の意思でないといふことは明かであると思ふので、立法者の意思は斯の如き者も矢張り所謂從犯といふことに考へて居らうと思ふ、若し之を從犯と云ふことであつて例へ正犯が從犯あることを知らぬでも從犯さへ正犯あることを知て是を幫助すれば從犯といふことが出来ることであつたならば他人が知らぬと云ふことは從犯としての共犯の要件でなくして己れが他人の罪に加工することを知らぬと云ふことが從犯としての共犯の要件であるといふなければならぬのである、即ち他人と共に犯すの意思がある爲めに從犯たる共犯として處分せらるゝと云ふことに觀なければならぬ若し爾ういふ風であつたならば此場合に於ては自分さへ知て居れば他人が知つて居ても知らないでも矢張り共犯と云ふことになるのであるからして正犯に付ても例へ他の正犯が知らなくても自分さへ他の正犯と共に犯したと云ふことを知つて居たならば矢張り其罪の共犯として處分して宜いと云ふことに往かなければならぬやうに思はれるので、獨り正犯のみ同じ共犯者たる從犯の場合と異にするべき理由は無いやうに考へられる、若し爾ういふ事にして往けば共犯者たる爲

めには互に意思の交叉することは必要でない否な双方が知り合ふと云ふことも必要でない單に他人と共に罪を犯すと云ふことを知て居れば知て居る者だけに付て共犯として處分するものが出来るやうに考へるのである、但し此點は議論の岐るゝ點であつて或は從犯に付ては明文があるし又議論上爾ういふ風に解釋するが至當であるけれども先きに説明した如く共犯といふものは意思の共通により肉體の合同といふものが出来ると思ふのであるから正犯の場合合は少くとも此原則に違ふことは出来ぬのであつて他人が罪を犯すことを知つたのみで意思の共通の無い正犯は共犯とすることは出来ない、單に他の正犯と同じく又獨立したる正犯として取扱ふべきものであるといふ事を云ふ者もあるのであつて、一應理窟のあるものと認めらる、けれども我輩は右の證明の如く單に共犯の意思さへあれば其者に就て共犯を認むると云ふ事にして往て其者だけに於て他人の行爲を其者の行爲と見做すと云ふやうにして論じて往きたいと思ふ、

「第二の問題」是は過失犯に共犯あるやと云ふ問題で、右に擧げたる要素に依て見ると犯罪たることを知り且つ共に犯すといふことを知るといふ事が必要である然るに過失犯といふものは行爲者自身に於て罪たることを知らずして法益侵害の結果を發生せしむるのである、單獨に行つてすら己に其人が犯罪たる事を知らぬのである、ソウして見れば之を知て犯すと云ふ事は到底出来得べきもので無いやうに見へるのである、茲に於てか此に就ては種々の學説があつて右の如き理由を以て之を解決せんと欲する者は絶対に如何なる場合でも過失犯には共犯なしと云のである、併しながら或一派の學者は我輩と共に過失犯にも共犯があると云ふのである、其理由如何と云ふに、成程皮相の見解を以て觀れば過失犯なるものは右に言ふが如く單獨に犯す場合でも犯人自身は其行爲が罪であるか否やを知らぬのであるからして罪たることを知て他人と共に犯すと云ふことは出来ぬやうに見へる、併しながら結果即ち法益侵害の結果を犯すと云ふことを知らぬといふことは夫は犯罪の性質である、犯罪行爲の方法に關係を有せぬのである、有意犯の場合でも合同するといふことは結果を惹起す行爲に或認識を以て合同すると云ふことであつて必ずしも結果の發生にまでも共同したる知覺のあると云ふ事を要せないのである、と云ふのは傷害罪に付て見ても分る傷害罪の結果と云ふものは犯人に於て豫知することが出来ぬ譯で

ある而かも是に共犯の在ると云ふことは總ての學說並に立法に付て先づ異義の無い點である。爾うして見るならば結果は知らなくても結果を發生すべき行為に合同して居つたならば共犯と云ふことは出來るのであるからして過失の場合でも其結果は知ることには出來ぬが行為に合同しさへすれば共犯と云ふことが出來ると云はなければならぬ。而して過失の場合に於て結果を發生せしむる身體の動止と云ふものは各自は是に付て知覺のあるものであつて此知覺ある行為は是に付て意思を合同せしむることが出來るからして此合同したる行為からして結果を生ずれば即ち共同して過失を犯したるものと云ふことが出來ると云ふ者がある併し過失犯に共犯のあることを認むる者の中に又學說が種々に分れて居て單に正犯のみ共犯ありと云ふ者があり、教唆若くは從犯にも又共犯があると云ふ者もあるが我輩は最後の說即ち正犯、教唆者、從犯總てに付て共犯があると云ふことを主張したいと思ふのである。但し通說に於ては共犯に過失無しとして居るのであつて我輩が共犯を認むべき過失犯の場合に於て通說に於ては犯人の加工したる行為の如何に拘らず總て獨立して過失犯を犯したるもの故に例へば二人の者が一つの籠を擔いて往て其籠を人に當てた爲

めに又は二人の者が山の上から大きな石を轉がして爲めに人を負傷せしめた場合に於て通說に依れば各自單獨に石を轉がして人を負傷せしめたこととするのであるが我輩の說によれば二人の者が共犯として人に負傷せしめたといふことに成るのである。

第二節 各共犯の種類

共犯は或は犯罪の種類。の如何共犯が犯罪に加工する時の如何犯罪に加工したる行為の如何等により種々に分類することを得。

(一) 犯罪の種類による分類。犯罪の種類によりて之を區別すれば共犯は之を殺人、窃盜、強盜、詐欺、取財、其他多數の犯罪の如く犯人の一方面より集合して結果を發生せしむる集合的共犯と、他は官吏收賄罪、贓物寄藏罪、重婚罪、姦通罪等の如く犯人が二個の方面より會合して結果を發生せしむる會合的共犯との二に分ち更に之を各々内亂罪、兇徒嘯衆罪、賭博罪、官吏收賄罪、贓物寄藏罪等の如く犯罪に加工する者二人以上なることが必要なる者即ち必要的共犯と他の多くの犯罪の如くに之に加工する者が二人以上なることを要せざるもの即ち任意的共犯の二つ

に分つことが出来る(學者によりては會合的共犯と必要的共犯とを同視するも
 のあるも余は犯罪行爲を知覺して加工する者二人以上あることを要する場合
 のみを必要的共犯とせり)

(三)犯罪に加工する時による分類、時によりて之を區別するは(イ)教唆者の如く犯
 罪前の共犯即ち事前の共犯と(ロ)我刑法に所謂正犯及び或種の從犯の如く犯罪
 當時に於ける共犯即ち事中の共犯と(ハ)罪人藏匿罪贓物寄藏罪の如く犯罪後に
 行はるゝ共犯即ち事後の共犯の三に分つことが出来る(通常此區別は從犯の區
 別に用ゐるものなるも余は之を一般共犯の區別とせり、又事後從犯は眞に所謂
 共犯にあらず隨て前に説明したるが如く除外すべきものなるものなるも時に
 よりて區別するものは通常之を數ふるを以て例とするが故に茲に掲げること
 とせり)

(三)犯罪に加工する行爲による分類、加工行爲の如何により之を區別すれば(イ)各
 本條記載する所の犯罪其ものを實演する正犯と(ロ)之を實演せしめたる教唆犯
 と(ハ)正犯を幫助して犯罪を容易ならしめたる從犯との三に分つことを得
 右に述ぶる三つの中法律は第三の分類により其處分を定むるが故に余は此第三

の分類によつて左に各共犯を説明すべし

第一項 正 犯

第六十條に曰く二人以上共同して犯罪を實行したる者は皆正犯とすと此條は二
 人以上共同して同一の行爲を行ひたる者は各自其行爲に付て全責任を負ふべき
 者即ち單獨に行ひたる場合と同じく全責任を負ふといふ共同行爲者の責任に關
 する一般の原則と犯罪を實行したる者は正犯たるべしといふ定義との二つを合
 せて一條として掲げたるものであつて正犯の定義の中に責任に關する一般の
 原則を掲げて置たといふことは共犯の中正犯は其標本とも爲るべきものである
 からである犯罪を實行したる者を正犯とすとあるが故に法律に所謂正犯とは法
 律が各本條に記載したる犯罪構成條件の全部又は一部を行ひたる者即ち客觀的
 犯罪其ものを行ひたる者であつて例へば竊盜罪に於て所有者と同一の實力を獲
 得せんと欲するの意思を以て竊かに他人の物を自己の所持監督内に運び入るゝ
 者と共に物を運移する行爲に従事したる者殺人罪に於て被害者を捕へ置て是を
 慘殺せしめたる者は是等の加工を受けたる者と共に正犯たるは勿論強盜若くは

強姦罪に於て盜取又は姦淫の行爲は是を行ふても、其の構成條件の一部である暴行脅迫を行ひたる者は姦淫若くは盜取の行爲を行ひたる者と共に正犯たるべきものとす。

犯罪實行其ものは必ずしも手又は足を以てすることを要せぬのである。棍棒、銃、劍、其他の器具若くは獸類を使用するも又犯罪を實行するものである。従つて幼者、癡、癩、白痴等引責能力を有せざる者を使用し又は引責能力を有する者と雖ども暴行若くは脅迫を加へて之を強制し又は是を欺きて錯誤に陥らしめ若くは錯誤に陥ることを防ぐの義務あるにも拘らず之を防かず却つて其錯誤を利用し依つて罪を犯さしめたる者も又後に所謂教唆者に非ずして茲に所謂正犯である。別に被利用者に於て過失犯者たるを妨げざる場合あり但し是等の場合に於ては直接犯罪を行ひたる者は先きに所謂器具、獸類等通常人の用に供せらるべき者に非ず通常は犯罪の主體たるべき人従つて眞の正犯は恰も教唆者の如き位地に立つが故に學者は特に之を間接正犯、即ち人を介して間接に罪を行ふ所の正犯と云ふて居る。右に説明せるが如く間接正犯の場合に於ては所謂直接の實行者は正犯の器具にして器具の行爲は正犯の行爲であるが故に正犯者の性質又は程度例へば其時其

場所若くは未遂既遂中止等は皆器具の行爲を標準として定む可ものである。但し地點に付ては異説あり又他人を器具として罪を犯す者は即ち間接正犯なるが故に必ずしも教唆の位地に立つ事を要せず器具たるべき者と共同に其行爲を補助し若くは之をして實行の行爲を補助せしむるも器具たるべきもの、間接正犯とす。間接正犯の有無に關する問題に付き例へば竊盜罪に於て他人の物を不正に竊有せんと欲するの意思あることを要するが如く、犯罪が特定の故意ある事を要する場合に於て教唆者たる間接正犯は之を有するも器具として利用せられたる者に於て是を缺如する時はフランク一派の學者は疑ひを挾むも予は通説に従つて間接正犯の存在を認むべきものと信ず。又身分無き者身分ある者を利用し依て身分により構成すべき罪を行はしめたるときは其罪の間接正犯を以て論ずる事を得べきかと云ふ問題に付て又議論が二派に岐かるゝも我輩は收賄又は姦通罪等身分に依て構成すべき罪は直接の行爲者たる身分を有する者に於て或は官職を濫すとか又は本夫以外の男子と通せんと欲するの意思即ち貞操を破るの意思あるによりて始めて構成するものであつて之を缺如する時は收賄又は姦通なる罪を構成することが出来ないからして間接に是に關與したる者も亦是等の罪を發

せしめたりと云ふ事が出来ぬからして従つて間接正犯を以て論ずる事を得ざるものと信するのである併しながら此理屈からして強姦は男子に非ずんば之を行ふ事が得ざるものなるが故に例へば婦女が白痴の男子を教唆して他の婦女を強姦せしめたりと云ふ場合に於て其婦女は強姦罪の間接正犯に非ずと信するのは誤りである何となれば此場合は前の場合と全然區別する事を要するものであつて前の場合に於ては直接行爲者に於て罪を犯さうと云ふ意思がなければ所謂官職を濫し又は貞操を破るといふ犯罪があると云ふ事が出来ないのである故に間接正犯者に若し此の意思が無つたならば其罪の成立を妨げるといふことに成るけれども本問題に於ては強姦は白痴癡癪乃至幼者が行つても矢張り強姦であつて婦女の之を行ふことが出来ないと云ふ事は單に之を行ふべき所の器械を具へぬといふのみである然らば例へば婦女即ち此器械を持たぬ者であつても此器械を持って居る白痴癡癪其他の者を利用して他の婦女を強姦せしめたならば恰も毒殺するには毒を用ゐなければ是を行ふことが出来からして是を有せざる者は毒殺を行ふことが出来ぬのであるが毒物を持って居る癡癪白痴を教唆して之を用ゐて他人を殺害せしめた時は毒物を用ゐて人を殺害したる間接正犯として何等疑ひ

を挾むべき所無きと同じく強姦の間接正犯たることは明かである
正犯が二人以上ある時は之を共同正犯といふ此場合に於て各共同正犯は同一犯罪事實を構成する所の行爲を實行するといふ行爲と之を實行する其意思とあることを要するといふことは前に説明したる共犯の意義に於て之を知ることが出来るのであるが疑ひを生ずる處あるが故に尙ほ此點に付て説明をする先づ客觀的行爲の點に於て縱令他人と共に同一犯罪を構成する行爲を共同して實行することを通謀しても未だ犯罪事實を構成すべき行爲を實行しないものは共同正犯といふとは出来ぬ併しながら既に他人と共に犯罪行爲を構成すべき行爲を實行したる者は例へば甲は暴行を加へ乙は竊取したと云ふが如き各自犯罪行爲の一部分たるべき行爲を分擔したるに過ぎない場合でも之を例へば共同して家の中に忍び入り甲は衣類乙は金錢を竊取するが如き各自夫自身單獨に全部の犯罪を構成すべき行爲をなしたる場合でも共同正犯たるべき者と信する次には主觀たる意思の點に付て他人と共に罪を犯さんとの意思即ち犯罪の認識即ち犯罪を知るといふとは必ずしも犯罪實行の前に無ければならぬといふとは無いのである例へば甲は乙を強姦せんとして之を縛したるの情を知り甲と共に乙女を強姦し

たる丙は甲と共に乙女を強姦するの意思ある者であつて所謂承繼的共同正犯たる者とす而して尙更に此點に付て意思共通の範圍と同時に共同的責任の範圍を形造るものであるからして意思共通の範圍を越へた點に於ては共同正犯と認むることが出来ぬ例へば甲は乙の身體を傷けやうとして之を打つ場合に於て甲と共に乙を打て居る丙は更に之に乗じて乙の所持品を盗取したる場合の如き甲は傷害の罪に付ては丙と共同の正犯であるけれども乙の所持品を盗取したるに付ては共同正犯ならざるものとす併しながら各正犯の行爲が意思共通の範圍を出でざるに拘らず或結果を發生したる場合例へば右の例に於て丙は乙を打て之を死に致したる場合に於て甲も亦共に乙を死に致したる者として丙と共に共同正犯とならなければならぬ終りに未遂既遂の點に付て既に着手以上の行爲を爲したる者即ち犯罪構成條件の全部又は一部を實行したる者は縱令既遂たる結果の發生に何等影響を與へざるも之を發生せしめたる他の者と共に既遂に對する共同正犯たるべきものにして例へば甲乙相謀り丙を殺さんとし二人白刃を抜いて之に迫り甲先づ一刀を加へたるに乙の更に之を斬らんとするの際丙は既に死したる場合に於て乙は甲と共に殺人既遂の共同正犯たるべきものとす。

第二項 教唆犯

教唆犯の何ものたることは第六十一條に掲てある即ち人を教唆して犯罪を實行せしめたる者は正犯に準ず、教唆者を教唆したる者亦同じ是に依て觀れば教唆犯といふは他人をして犯罪を實行することを決意せしめたる者を謂ふものであつて之を構成する爲めには先づ第一に他人をして犯罪を實行することを決意せしめ依て之を實行せしめたる行爲のあること、次には他人をして犯罪を實行することを決意せしめ依て之を實行せしむるの意思あること、終りには之に依て他人が犯罪を實行したる結果あることの三つの要素を必要とする、即ち右の要素を説明せんと欲す、先づ第一に他人をして犯罪を實行すること、決意せしめ、依て、之を實行せしめたるの行爲あることを要す。此點に付て佛蘭西其他二三の立法例に於ては贈與、依頼、勧誘、忠告、脅迫、權力又は威力の濫用及び欺瞞等法律の定めたる特別の行爲を以て犯罪を教唆することを要し、其他の場合に於ては教唆の行爲あることを認めざる者あれども我が國に於ては舊法に於ても又は新法に於ても曾て此制限を設けな

らして如何なる方法により教唆しても苟くも教唆の行爲と認むべきものがあつたならば即ち教唆犯たるに於て何等瑕瑾を見出さぬのである併しながら教唆といふことは是に依り他人をして罪を犯さんことを決意せしめたるものであるからして他人をして犯罪の決意を爲さしむるだけの力を以て居るものでなければならぬのである換言すれば教唆者の行爲が原因となり依て他人が犯罪を決意したること即ち教唆者の行爲と他人の犯罪との間に於て因果の關係があることが必要である故に通常の場合に於ては彼の單に意見を陳述したるに過ぎざる者犯人に於て若し之に依りて他人を教唆せんと欲し他人に於ても亦之に依て罪を犯すことを決意したるの事實があつた場合は格別としては縱令他人に於て犯罪の意思を決定するも之に依て犯罪の意思を定めるといふことを認めることが出来ぬからして特別の犯罪たる場合は格別教唆犯といふことは出来ぬのである脅迫又は欺瞞が教唆たるに止まつて間接正犯の行爲たらざるが爲めには所謂間接正犯といふものは先きにも説明する如く他人を器械として使用したる場合に於て存在するものであるからして先づ第一に脅迫に就ては他人をして其自由の意思を失はしむるほどに強き程度のものにあらざることを要し詐欺に於ては犯

罪其者の上に存し依て生じたる錯誤は犯罪の意思を阻却するに至らざることを要す(犯罪の上に存すると然らざるとの區別は例へば甲は乙なる者を殺さんと欲し丙なる獵人に乙を指してあれは野猪であるからして撃てと命じ丙は之を信じ撃つた所が豈圖らんや猪で無くして人即ち乙であつた場合に於て丙即ち乙を殺害することを教唆せられたる人は乙といふ人を殺す罪其ものを教唆されたのでなく即ち丙は甲の詐欺に依り猪を殺すものと信じ誤て乙を殺したのであつて甲の詐欺は殺人といふ犯罪行爲其もの上に存して居るからして此場合に於ては甲の詐欺に依て生じたる丙の錯誤といふものは犯罪の行爲即ち殺人の行爲を阻却するものである之に反して例へば甲が乙を殺さんと欲し丙に對して若し汝が乙を殺すなれば百圓を遣るといふて欺き丙は百圓貰ふものなりと思ふて爾うして乙を殺して見た所が百圓遣るといふのは詐りであつて即ち此場合に於て丙が乙を殺したといふことは百圓遣るといふ事を信じて殺したのである若し百圓が乙を殺したのであるならば初めより殺すつもりは無いのである併しながら其所謂錯誤といふことは犯罪を爲すに付ての動機若くは遠因の上のみ錯誤が存して居るといふだけであつて乙を殺すことであるといふ事の上には何等の錯誤はな

いのである。換言すれば丙に於ても前の例の丙の場合と異り乙を殺すといふ事を
知て居るのである。故に此場合は錯誤は犯罪其ものゝ上に存して居らぬので犯罪
の遠因に存して居るのであるからして丙の錯誤は乙を殺す犯罪の意思といふも
のを阻却することにはならぬ。従つて此場合は甲は教唆者であつて丙は被教唆者
となるのである。先きの場合甲は間接正犯といふので丙は器械として使はれた
者であるといふに過ぎぬ。

第二他人をして犯罪を實行すること、を、決、意、せ、し、め、依、て、之、を、實、行、す、る、の、意、思、あ、る、
と、が、必、要、で、あ、る、。即ち之を分拆すれば先づ第一に他人の實行する行爲といふも
のは犯罪であるといふことを知るといふこと、次に自己の行爲に基き他人が犯
罪の意思を起し之を實行するといふ事を知ることが必要である。であるからして
例之は自己の物であるからして自己の所有物である。従つて之を盗み取ても犯罪
にならぬと考へて誤つて他人の物を盗み取らしめたるが如き又は他人の所有物
を奪取することであるといふこと即ち其行爲は窃盜であるといふことは知ても
教唆する人の行爲が原因となり之に基て他人が財物を盗み取る意思を起し之を
實行することを知らぬといふ時は縱令犯罪を實行したる者に於て教唆者と認め

らるべき者の行爲に刺激せられ之が爲めに犯罪の意思を決し之を實行するに至
りても教唆の意思があるといふ事は出来ぬのである。

第三犯人即ち教唆者の行爲に基いて、他人が犯罪を實行したる結果のあるといふ
ことが必要である。即ち之を分拆すれば先づ一人他人が罪を犯したることを要する
が故に自殺又は習慣犯罪の要素たることを得べき一部の行爲の如き獨立の罪を
形造らざるものに係るときは特別犯罪たるは格別教唆犯たることを得ず二人他人
に於て罪を犯したる結果あることを必要とするが故に他人の罪を教唆したるに
過ぎざる時又更に一步を進め他人をして罪を犯さんことを決意せしめたるに於
て未だ被教唆者に於て之を實行せざる時尙更に一步を進め正犯に於て其決意を
實行しても其行爲が未だ罪として罰せらるゝ程度に達せざる時又は既に達して
も大赦ありたるが爲めに犯罪たるの性質を失つてしまつた時は教唆犯といふこ
とは出来ぬのである。併しながら既に一面に於て罪を教唆し他の一面に於て被教
唆者が之を實行し且つ其行爲が罪として罰せらるゝ程度に達したる時は必ずし
も既遂たることを要しない未遂中止を含む乃至豫備又は陰謀に止まる場合でも
教唆犯を構成すべし別に正犯が其身分上に専屬する特別の理由に因て實際處罰

を受ると否との事は教唆犯の成立には何等關係をもたぬものである。尙次に教唆者の行爲と被教唆者の犯意従つて之に依りて生したる犯罪との間に因果の關係あること即ち教唆の行爲ありたるが爲めに被教唆者が犯罪の意思を起し之を實行するに至りたることを要するが故に教唆の行爲以前既に被教唆者に於て罪を犯さんとの決意をもつて居つたときは教唆者の行爲は或は後に所謂従犯の行爲たるべきもの教唆の行爲と視ることは出来ぬ併しながら苟くも教唆者の行爲ありたるが爲めに被教唆者に於て全く犯罪其ものを想像しなかつたといふことを要せないのである故に被教唆者に於て例令は若し千圓を與へたならば何の罪を犯すべしといふことを申出で教唆者が之を承諾して千圓を與へたる場合に於ても教唆の行爲あるといふことが出来るのである。

終りに教唆者の行爲と被教唆者の決意従つて其實行との間に因果の關係があるとするならば原因は必ずしも結果に對する唯一の條件たる事を要せざるが故に例令は甲乙が同時に又は前後して金千圓を與へんことを申出で丙實行者に於て合計貳千圓を得たるが爲め始めて決心したる場合に於ても甲乙共に教唆者たる

べきものとする以上を以て吾輩は教唆の構成條件を説明するのである尙此外に教唆に關係したる問題は甚だ多いのであるが委しく説明するといふことは寧ろ此講義の目的で無いからして重要なるもの一二を示すならば

第一は教唆者の教唆したる所と被教唆者の行ひたる所と齟齬したる場合に於て被教唆者の行ひたる罪が教唆者に及す所の影響はどんなものであるか此に付ては場合を擧て説明することが必要である

(イ)被教唆者が教唆者の教唆したる罪と全然關係の無き別の罪を犯したる時例之竊盜を教唆したるに被教唆者が殺人を犯したるが如き此場合は教唆者と被教唆者との間に於て何等關係は無いからして教唆者は被教唆者の行ひたる殺人罪に付ては責任を負はざるものである

(F)被教唆者が教唆に乗じて教唆者の指定したる罪の範圍を超越し更に重き罪を犯したる場合例之竊盜を教唆したるに被教唆者は強盜を爲したるが如き場合此場合に於ては教唆者は其指定したる限度に於て責任を負ふべきものとする即ち竊盜罪の教唆者として責任を負ふべきものとする

(G)右と反對に被教唆者は教唆者の指定したる罪の範圍に於て更に輕き罪を犯し

たる場合、例之右と正反對に教唆者が強盜を教唆したるに被教唆者は竊盜を行ひたるが如き此場合に於ては教唆者は被教唆者が現に行ひたる罪に付て責を負ふべきものであるから被教唆者の行ひたる罪即ち竊盜罪に付て責を負ふべきものである。

(三)被教唆者の行ひたる方法と教唆者の指定したる方法とは同一では無くても結果が同一なるが爲めに事實上教唆の意思を阻却せない場合、例之教唆者が竊取の方法により財物を奪取すべきことを教唆したるに被教唆者が詐欺の方法により財物を騙取したる場合、此場合に於ては教唆者は被教唆者の行爲に付て全責任を負ふべきものであつて詐欺取財の教唆犯として責任を負ふべき者である。

(ホ)法律が或行爲より通常生じ得べき結果なるが爲めに其生じたる場合に於て別個の犯罪とせず單に刑を加重したる場合、例之傷害罪の結果たる如き場合である。此場合に於ては斯の如き結果の生すべき事のあるべき罪を教唆したのであるからして教唆者は被教唆者と共に其生じたる結果により責任を負ふべきものとす。

(ハ)被教唆者が行ひたる事が教唆者の意思と齟齬して居ても法律上の價値は全然同一である即ち犯罪の性質及び其輕重に何等の差違を生ぜざる場合、此場合に於ては教唆關係に何等影響を及ぼさざるものとす、例之被教唆者が指定したる時又は場所と異なる時又は場所は於て犯罪を實行し又は法律上價値を異にせざる目的物を誤りたる場合のやうなものである(例之甲の時計を盗むといふに乙の時計を盗みたる場合の如きこと)

第二教唆犯たるが爲には被教唆者を特定し又は犯罪を特定することを要するものであるか否や一般には反對に決定せられたるが吾輩は積極論を執らんと欲する者である。

第三項 從犯

從犯の何ものたるやに付ては第六十二條の規定即ち「正犯を幫助したる者は從犯とす」とある、即ち從犯を構成するには左の二の要素を必要とする。

- (一)正犯即ち犯罪の實行者を幫助したる行爲あること
- (二)正犯を幫助するの意思あること