

76-1307

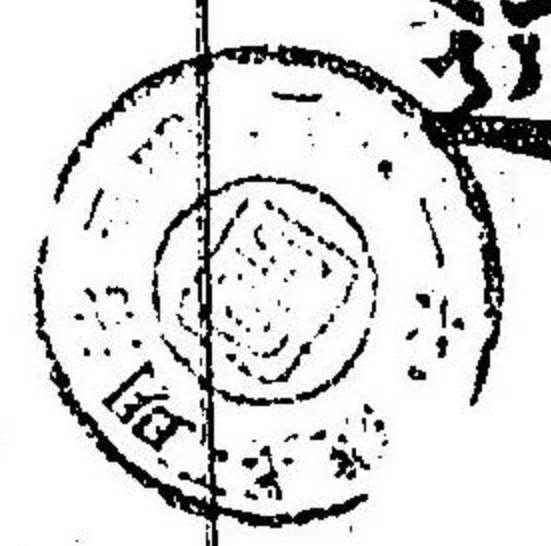
大審院檢事
法律學士

古賀廉造先生講述

增補
訂正
五版

刑法新論

總論
之部



東京 中野書店出版

第二版ノ叙

嚮キニ書肆東華堂余カ刑法ノ講義録ヲ編次シ余ニ之ヲ公行センコトヲ請ヒシニ請ヒ急ニシテ之ヲ改竄スルニ違アラス余頗ル以テ遺憾トセリ蓋シ余カ講義筆記ハ四五年以前ニ成ルモノニシテ爾來日夕學理ニ取節シ實際ニ挈矩シテ觀念ヲ變更シ論旨ヲ修正セシ所少シトセス今マ第二版公行ノ機ニ際シ訂正潤削ヲ加ヘ再ヒ大方ノ垂教ヲ乞フ看官余ヲ以テ孟浪ニ學ヲ講ス

ル者ニ非ストセハ余ノ幸慶何ヲ以テ之レニ尙ヘン

明治三十二年六月

古賀廉造識

謹告

本書ハ余ガ講義筆記ヲ蒐集セシモノナリ一部ノ刑法講義僅カニ一年ヲ以テ終了セシト雖モ其間筆者ノ更代セシハ殆ント其幾人ナルヲ記セス而ノ其人各々邦文ニ於テ其技能ヲ同セサルト余ガ拙文其闕漏ヲ補綴シタルノ故トヲ以テ通篇ノ文章其均一ヲ闕キ恰モ濫縷ヲ集拾シ以テ一寛博ヲ製作セシガ如キ

ノ觀アルハ掩フ可ラス看官文ヲ以テ意ヲ害
スルコト無ンバ幸甚

明治三十一年八月二十日

古賀廉造識

本書の印行既に成るを告ぐるに至り學校余に一言を卷
首に書さんことを索む余更らに縷々するの煩を避け嚮
きに同校講談會に於て演述せし所の速記録を以て之れ
に付し以て編首の辯言に代ふ

八月廿日

古賀廉造識

和佛法律學校に於ける講談（明治卅一年四月卅日）

私は今日の講演者ではなかつたのであります、今日十一時半頃本校の事務員が私の役所へ来て申しますには、梅君と志田君に差支か出来て、出席を断はられまして、豫定の講演者が減じましたから、私に何か饒舌つて呉れよとのことでありました、何時から始まるのかと尋ねたれば、一時からであると申しました、如何に脳髓の秩序が善き人でも、中々急に準備が整ふ者ではござりませぬ（拍手）ゆへ止むことを得ず断はりました、然る所が、どうも夫では、今日折角の大会が、甚だ淋しくなるから、嘘でも何んでも、口から出任せの出放題にて宜しき故、何か饒舌つて呉よと、事務員より懇々の頼みてありました、粗雑な演説で善いと云ふ

程ならば、やつて見るも苦しからずと言つて、引受けましたのが、丁度十二時頃でありました、斯様に時間が切迫しては、逆も演題を選ぶの暇もなく、何を絞りに出したら善からんかと、先づ家に歸り考へて見やうと思つて、宅に歸り、玄關より上りて見たら、折悪しく來客か待受て居て、只今迄應接をして居ましたる中に、不圖私は考へましたるは、少しく遅くあつたら、諸君も御歸りになつて仕舞うに相違おし、さうしたら此方からの違約てあく、諸君の御違約であれば、私に取りては幸であると思つて、（笑）此處へ来て見ますると、また諸君は御歸りにならぬと言ふので、どうと、今日の苦役を逃れ得ずして、無考案の出放題を遣らなければ成らぬ次第になりました、（笑）右の次第ゆへ、是れより御話申上ぐる事柄も、諸君の清聴を汚す程の價值はないのであります、先刻

横田君勝本君の御話があつたさうですが、孰つれも刑法専門家のことであれば、多分刑法の御話があつたであらうと思ひますから、私は何か刑法以外のことを御話去申したいが、責めて一晩も猶豫があれば、少しく面白い國際問題に付て、意見の箇處某々を次第して、御話しを致すことが出來た、併し何分にも準備か出來ませぬ故、即座の御話には、矢張り私が平生職務として取扱つて居る刑法のことに付て、一言述るより外には途なしと思ひます、(拍手)併し乍ら、今此處に御話を致す事柄は、改正刑法草案の講義にはありませぬ、又現行刑法の規則を捕らへて悪口を致すのもありませぬ、少しく殊と變はりし事項を御話し申します、(謹聽)是迄刑法の學問は少しく輕蔑せられて居りまして、法律學者として刑法を研究する者は、多く末班に列する譯てありました、法

律家の面目として、研究する所の目的は、常に民法にあることとてこざりました、其沿革を申せば、羅馬の學者か法律家として名を揚げた者は、大抵民法家であつて刑法は其傍に半分遊ひ仕事として研究をして居つたと云ふ有様であつた故に、民法の理屈は羅馬以來、今日に至る迄、非常に發達して理屈の上にも理屈を究むると云ふことは、法律學者の務めとあして居つたが、刑法にあつては、誰も之を深く研究する者は無かつた、寧ろ刑法を研究する者は學者の耻辱のやうに思つて居たから、今日の學者でも自分には刑法を知らぬと云ふことを以て、名譽として居るものさへある、然れども刑法を知らぬと云ふことを以て、法律家の名譽と爲せる觀念は、理窟の許さゝる所てありましよう、然るに、近年に至りて、刑法の學問、漸く發達して、現今は刑法學の上に於て、二つ

の學派が起つて來ました、其一の學派は、最早久しく行はれたる所でありますが、今一つの學派は、稍く四五十年以來、殊に二十年來、非常の勢を以て發達して參りました、頗りに舊學派に對して、戰爭を挑みます、其戰爭の結果は、法律の上に今後如何なる變遷を來たすか、豫め之を測り知ることには出來ませぬが、先づ趨勢に因て之を觀れば、舊來の刑法は、漸次變はつて來て新學派に因據する規條が、段々増加して參りました、私は其變遷沿革の概畧を御話し致さうと云ふ考へてござりまするか、如何なる表題かと御尋あれば、單に刑法に於ける新舊學派の戰爭とも謂て可ならん歟と存します、

刑法學未だ發達せざる時代に於て、一派の學問を開いた人がござります、其名を『ベツカリヤー』と申し、伊太利人にして有名の學

者でござります、此人『犯罪及刑罰』と云ふ書を著はし、始めて世人をして刑法學の必要を知らしめました、其著書は、僅々小冊子に過ぎざるも、其中に包含する所の意義は、極めて高大深遠にして、總て理論を以て根據として居るものでござりまして、當時之を讀む者、初めて刑法と云ふ者は、實に大切なる法律である、と云ふことを悟りました、爾來其說大に廣かりて、伊太利國は言ふに及ばず、漸次歐羅巴の北部に進入しまして、歐羅巴全洲中、殆んど此の『ベツカリヤー』主義を遵奉せざる者無き程に至りました、成程今日此人の著書を讀んで見ましても、大に取る可き所もあり、又賛稱すへき所もござります、此『ベツカリヤー』の開創したる學派を名づけて、純理派若くは舊派と稱します、今日より四五十年以前に出來た刑法の著書に論してある説は、大底源を『ベツカリヤ

八
』に汲まない者は一つもござりませぬ然るに此『ベツカリヤー』と云ふ人は、非常に鋭敏なる脳髓を持ち居つた人に見へまして、只刑法の學問に付き、其必要を知らしめた斗りてなく、又刑法の基本と爲る可き原理を教へました、即ち刑法は社會の防禦法である、社會の危険を防ぐ法律であると云ふことを言出したのである、然れども初めて刑法の性質を説き出したのであるから、書中論ずる所、多少錯雜を免れざる所のものあり、刑法は防禦法だと云つたならば、其防禦法の原則を以て理論を貫徹せしむれば大に宜しかつたならんに、それを貫徹せしむることを爲さずして、防禦法の原則に多少の制限を設けて見たり、或は防禦法には正義を配せねはからぬと云ひ、或は實利を加へねばからぬ杯と云ふて、種々の配劑を爲しました、其配劑したる結果を擧げて見

九
れは、其配劑の元素と、防衛法の元素との間に、多少牴觸する所あるを免れず、然れども、元來卓識なる學者でありますから、其論述したる所は、牴觸の點あるに拘はらず、其配劑したる原素を一つ一つに分析すれば、更に數多の原則を生ずるに至つたのである、即ち後人、或は『ベツカリヤー』が防衛主義に因り、或は其配劑したる正義若くは實利に因り、各、分離して特異の主義を立つるに至りました、是に於てか、刑法は單純なる防衛主義に基づくと説く者あり、或は實利主義に基づくと論ずる者あり、或は又正義主義に則ると説く者あり、或は改良主義に出つと唱ふる者あり、そこで純理學派中にも刑法の主義が幾つも出來るに至りましたが、其源は『ベツカリヤー』より出て、其末は分れて數派と爲り、歐羅巴全土に廣がりて、遂に日本に迄來たる様に爲りたるあり、今日迄諸君

も我々も刑法を學ぶ者が研究したる所の原則と云ふ者は『ベツ
カリヤー』か百年以前に唱道せし議論に基くものでござります、
然るに、近年に至つて、此『ベツカリヤー』派即ち純理派の反對學派
が起つて來た、此學派を名つけて實利派又は經驗派と云ふ、此の
派の元祖も亦矢張り伊太利人でありまして、名を『ロンブロソウ』
と謂ふ、法醫學者でござります、此人は罪人の罪を犯す者は、是れ
必ずしも罪を犯す時に於て之を犯すにあらずして、其天性罪を
犯すの分子を備へて居る者であると云ふことを言ひ出たしま
した、ろこて其犯罪分子のあると云ふことを研究するが爲めに、
此人は犯罪にて殺された人の舍利首を二千も三千も集めて、其
頭顱の骨相に付て、種々の研究を爲しまして、遂に人間の或種類
の脳髓には生れながらにして、犯罪を行ふに必要な分子を包

舎去居るものであると云ふことを發見しました、此人は元來、刑
法學者ではなく、醫者であつたからして、其學問の由て出づる所
は、全く經驗にありまして、犯罪人と云ふ者は、必ず普通人とは違
つて居る所のものがなければならぬと云ふとを考へ付まして、
其後數多の監獄を視察して、罪人の總ての種類に付き、餘程深く
研究した處が、罪人と云ふ者は、普通人と果して違つた特徴を有
つて居ることを發見し、其特徴は之を天然に得て、脳髓の組織に
存して居るもので、犯罪人には必ず犯罪脳髓と云ふ者を持つて居
るものであると云ふことを言出したのである、從來の純理派に
於ては總て罪を犯す者は、只其人の心の間違て、或は利慾に導か
れ、或は情慾に制せられて、罪を犯すに至る者である、若し少しく
心さへ持ち直したらば、罪人とやらぬのであらうと、必ず其人の

心を攻めることを務めました。然るに『ロンプロッソー』氏に於ては、人の心を攻めることは、之を第二着にして、其心の由て起る原因があるてあらう。既に人間の身体の組織に於て異なる所ありとすれば、其心に正と不正あることは誠に當然なり。脳髓の組織の不完全あるとを尤めずして、獨り心の不正を尤むるは、抑々末ありと謂ふにあり。此學派を名けて犯罪骨相學と謂ひ、又は經驗學とも言ふ。此學派、一旦興起して以來、又此學派に因て研究を爲す者か漸く出來て、今度は骨相學以外に就て實際上、經驗上、罪を犯すに付ては、必ず其原因となる可きものがあければからぬと云ふ考を起した者がある。古來より今日に至る迄、罪を犯す者は其人單獨の所爲に出づるものだから、其人さへ正しければ決して犯罪は發生せぬ者なりと何人も信じて居りたるが、人が罪を犯

すの順序を詳密に考究すれば、其人か罪を犯すに至る所以は、此世の中に、非常の有力ある原因がなければならぬと言ふて、犯罪の原因を犯人其者に付て、之を求むることを爲さずして、之を社會中に發見せんことを務むるの學派が出來ました。其學派を名づけて犯罪社會學と云ひます。彼の犯罪骨相學と云ひ、又犯罪社會學と云ふ學派は、實に輓近の新學にして、此派に屬する刑法家は、犯罪を研究するに付ては、犯罪其ものを目的とせずして、其の犯罪を誘起したる原因に付て、深く之れが探究をなさんと欲するにあり。輓近まで世の中に行はれて居たる刑法と云ふ者は、多くは此の『ベツカリヤー』主義に據て成つて居たが、此の三十年以來の刑法は、多くは實利派の主義に本ついて出來て居る故に、純理派と實利派とは、各々如何なる性質のものであるかと云ふこ

とを、先づ以て了知した上てなければ、今日各國に行はれて居る刑法上の主義を知ることには到底出来ぬことである。元來刑法が社會に對して及ぼす効力は、醫學が社會に對して及ぼす効力と能く相似て居る。前世紀の終り頃にては、醫者が人の病を治するには、先づ疾病其の者の上に付てのみ研究をなして居つた。故に熱病に罹つた者がある時には、何人の身体に付ても同一の原則を適用して、此熱病を治すると云ふことを努めた。又肺病に於ても肺病其ものを攻撃するの目的であつたから、何人の身體に固着する肺病でも、總て同一の原則を以て之れを攻撃したのである。然るに、現世紀の始まり頃から、斯の如く病其ものを無形上に想像して、之れを攻撃する方法は、未だ以て其療治方法にあらずと云ふことを發見した。抑も病と云ふ者は、人間の身

体に固着して居るものであるによりて、先づ身體の研究をした後ち初めて、其身體から病を去るの方法を行なはなければならぬと云ふ論理に歸したからして、同じく熱病を煩らうものがあるつても、甲の人に對する施術は、乙の人に適せず、乙の人に對する施術は、甲の人に適せず、甚しきに至りては、甲乙全く反對の方法を以て治療の効を奏することかあると云ふ。諸君中、醫學の研究をあされたる人があつたら、必らず其様を御經驗があらうと思ふ。若し熱病其ものを以て攻撃の目的としたならば、熱病は同じものであるから同じ藥、同じ方法を以てするてなければならぬ。然れども、人間其者を治すると云ふに付ては、此人間の健康に適當する所の攻め道具を用ひなければならぬ。さうすれば、人間の身體は、各人に於て異なるから、各人に向つて同一の方法を以て

此病を治すると云ふことは出来まい、犯罪の征伐も、亦殆んど此理に同じ、純理派の説に於ては、無形上に犯罪其ものを想像して常に犯罪攻撃をして此犯罪を滅了させようと云ふ考を持つて居つた、而して其犯罪を無くさうとするには、如何なる方法を以てするかと言へば、刑罰と云ふものを設けて、之を以て他人を懲らしめて、さうして之れを善人に引直すと云ふのである、丁度病人に藥を投じて、其病を去て健康に復するのと同じ道理である、犯人に刑罰を加へるのは、其人の悪るい考を止めさせて、之れを善い考へに引き直すと云ふ趣意である、此趣意を主張する學派を名けて、改良主義と云ふ、改良主義と云ふも、實は純理派中の一派に外ならぬのである、

若し此主義にして、何等の弊害を生ずることなくんば即ち可なり

然るに其の弊害は直ちに監獄に及ぼして來た、既に刑法か改良主義であつて見れば、監獄も亦其主義に基づき、從て罪囚を改良するの手段を取らなければならぬと云ふので、滅法界に犯人を可憐がると云ふことになつた、獄舎も改良するか善い、食物も善くするが善い、衣服も清潔にするが善い、病氣になりたらば、藥其他滋養物を與へて以て治療を爲すが善いと云ふて、恰も此罪人を取扱ふに、賓客の待遇を以てするが如くになつた、其原因と云ふ者は、改良主義の誤認より來たのである、若し犯人を改良するが爲めに、一層叮嚀に監獄を築かなければならぬ、可成叮嚀に囚人を取扱はなければならぬと云ふならば、罪囚は常に監獄に溢れて、而して其極たるや、國家は破産せなければならぬと云ふ場合に至る、純理派中には此様な趣意に基いて、以て今日まで

の刑法を作りし者もあるかり
 然るに實利派の方では、刑法は決して左様なるものではない、社
 會全体中に、社會の組織を害する者があつては、社會の力に頼て
 發達して行かんとする人間の道を畢竟破壊するのであるから、
 此犯罪と云ふものは、成るべく之れを防ぎ止めなければならぬ、
 犯罪は社會の公敵である、と云ふ所以も、亦た此犯罪は、常に社會
 の組織を害しやうと云ふ仕業をするからであります、そこで、社會
 の方からは、成る可く此犯罪を防禦して、社會の害を少なくしや
 うと云ふことを務めるものであることは、丁度敵軍が襲撃をし
 た場合に於て、我れも亦軍隊を以て之れを防ぐのと同じことと
 ある、刑罰と云ふものは、元社會を防禦する具であるから、之れに
 下たすに、社會の防衛權と云ふ名を以てすることも出來たので

あります、故に犯罪防衛の道、苟も行はれて行けば宜しいのであ
 る、其の防衛の道と謂ふは、最前云ふ通り、醫者と同じであつて、人
 か罪を犯すは、人自身の一身上に處する事情もあれば、又た其の
 人を圍繞する社會の事情もある、左すれば、百人同一の罪を犯す
 者があつても、罪を犯すの原因に至つては、各人に於て皆な異あ
 らなければならぬ、果して罪を犯すの原因、各人に於て異なるこ
 と、恰かも各人が其の病を受くるの原因を異にするのと同じこと
 とである、と云ふ道理を承認せば、此の病を治するに付き、各人の
 健康と病氣の原因とを知らなければならぬと同じき道理にて、
 此の犯罪を治するにも、各人の身柄と社會の狀況とを探究し、因
 て以て、初めて此犯罪を防禦するの道を得るものなり、決して刑
 法ばかりが頼みになるものでない、と云ふ、是れまで純理派は、犯

罪其のもの而已に注意したから、犯罪の伏する處は如何なる事情あるを問はず、何人に對しても、常に同一の方法を用ゐて、攻撃したのである、實利派は之れに反し、同一の犯罪でありても、各犯人に於て事情を異にする者だから、其の事情を異にする所に從つて、攻撃の方法を一にせぬのである、純理派と實利派の分かるゝ所は、實に僅かの趣意の差異に過ぎざるが如きも、實際法律を作る上に於ては、所謂毫釐之差、千里之謬とあつて來たのである、實利派の刑法に於ては、凡そ刑罰を科する上に付ても、同一の犯罪に對して、同一の刑罰を科することは、出來ないと云ふ結果を生ず、例之は爰に窃盜あり、其窃盜は窃盜をなすのが慣習の如くなつて、窃盜を爲さゞれば、生活が出來ないと信じて居る者である、此種の窃盜に對して、刑罰を適用するのと、一時の不覺より

偶ま誤つて窃盜の罪を犯したる者に對して、刑罰を科するのとは、決して同一に出つ可きものにあらず、同一の犯人に對しても、刑罰を科するの程度必ず異ならなければならぬとすれば、同一の犯罪に付て定むる處の刑罰の範圍は、最も之を廣くせねばならぬと云ふの結果を生ず、各犯人に適當する刑罰を科するに、刑罰の範圍廣きに過ぐるに若くはなきなり、又監獄に於て、此の刑罰を執行するに付ても、其の執行方法は、必ず各囚人に付て異なる處の制度を設けなければならぬ、乃ち或る囚人に付ては、寛大の執行方法を取り、或囚人に付ては、嚴酷なる執行方法を用ひなければならぬ、或る犯人は、内地に置くとが出來ぬので、島地に送るものもあり、或る犯人は、活かして置くとが出來ぬので、殺して仕舞はなければならぬものもあると謂ふ譯なり、今日の改正

刑法草案も、此新主義に因りて成立したるものにつき、刑罰の範圍の如きは、現行刑法に比して、大に廣くしてあるから、世間では餘り範圍が廣きに過ぐるから、我國には不適當なりとまでに申す人もこれある由に聞き及びぬ、其廣き所以を論究せずして、徒らに適不適を言ふ位なれば、多分舊派先生の言ならんと思ひます、然かし改正刑法草案は、昔の醫者の流義の如く、同じ病であるならば、同一の藥を盛つて、之を治すると云ふ主義でなくして、各人の健康に應ずる藥を盛らんと云ふの目的を以て、廣い範圍の刑罰を設けて、さうして、各犯人に相當する刑罰を科して往かると云ふので出來て居る、斯く論じたならば、改正刑法草案に於ける刑の範圍の廣いのは、成程其理由なきに非らずと、諸君も首肯せらるゝならむと思ふ、然るに此刑法は如何なる新主義を以て

出來ても、之れが執行を司とる監獄に於て、此草案に適當する執行方法を探て呉れなければ、何の役にも立つものではない、即ち刑法は、各犯人に對し適當なる藥を與へ様と云ふことになつて居るのに、其監獄即ち犯人の看護人が違つた仕事をしたならば、到底刑法の目的を達することは出來ぬのである以上は、此の刑法と同一の主義を有する監獄を作らなければならぬ、然るに監獄は未だそこ迄に進まない、矢張り昔日の御醫者の流義であつて、總ての囚人に對して、同一の方法を以て療治を爲すと云ふ有様である、此れ大きに不都合であると思ふ、

刑罰は元と國の治安を維持するが爲めに、之を設けたるものであるとすれば、刑罰の目的は、成る可く社會に對して犯罪の損害を減少せしむる様にするに云ふことを努めなければならぬ、

社會に對して、此損害の少なくなるやうにするには、是れも病と同様に、未だ病の流行しない前に、之を豫防するが必要である。然るに病氣に付て衛生論を爲す人は、澤山ありますが、犯罪に付て衛生論を爲す人は、未だ曾て聞いたことはない、刑罰さへあれば、犯罪は克く之を撲滅することが出来るかと言へば、中々左様でない、凡そ一犯罪の生ずるにも、其因て起る原因、種々雜多の材料がありまして、其材料が集まりて、初めて犯罪が出来るのであります。犯罪の起る原因、即ち犯罪のバチルスを、すつかり除き去ることを努めなければ、刑法の目的は之を達する事が出来ぬ、只刑法を設け、刑罰を科しさへすれば、社會の犯罪を防衛するに十分なる者であると思ふのは、大なる間違である、犯罪のバチルスとはどう云ふものか、又どう云ふ方法を用ひたならば、犯罪の

衛生が出来るか、此犯罪衛生論を爲す學派は、則ち實利學派の最も重もある部分である、先づ犯罪の因て起る原因、犯罪衛生法の目的となる所の者を言ひませうならば、殆んど際限はござりませぬ、社會に有りど有らゆる所の事物、空氣から、土地から、家屋から、火から、水から、皆犯罪の原素と成り得可きものである、若し數千倍の顯微鏡を以て、社會を眺めて見たならば、全社會殆んどバチルスで充満され、恐ろしくて一日も安心して居ることは出来なくなり、富士山の絶頂へても往つて生活をしなければならぬと云ふことにあります、(喝采)但我々は生れ乍らにして、此バチルスの中に居て、バチルス中に生長して居るから、もう慣れ切つて仕舞つて、(喝采)何にも恐ろしくなくなり、斯う云ふものであるから、仕方がないと明らめた、然れどもまた、退いて考へて見れば、さ

う云ふものでないと云ふことを言出したのが此實利學派である。試みに考へて見ると、空氣が冷めたくなると盜賊が多くなる、空氣が暖かになると殺人罪が多くなる、此頃も氣候の熱き故か毎日殺人罪の出ない新聞はありませぬ、又經濟社會の關係からも、教育の關係からも、諸藝人の關係からも、飲食物の關係からも、總て此世の中に於て社會を爲して居る事物は有りど有らゆる、皆な犯罪の原因を爲さないと云ふ者は殆どない、うこて、昔は唯々其事實を見て、此れは斯くある者と而已心得て、曾て其の原因に付て研究をしませなかつた、其例を申せば、伊太利ては毎年平均に殺人罪の數が七千から八千、佛蘭西は伊太利よりは餘程人口が多いけれども、犯罪の數は八百から九百にある、うれから英吉利は殆ど佛蘭西と人口が同じ様であつて、殺人の數か三百か

ら四百位の平均になつて居る、うれから、西班牙は、人口は佛蘭西より餘程少ないが、犯人の數は四千五千、殆ど伊太利に等しき有様になつて居る、總て暖かい國に於て殺人の多いと云ふことは、是れは經驗上掩はれない、何ぜに斯の如く歐羅巴各國に於て殆ど一國の如き風土を爲して居る内て、伊太利と西班牙が斯の如く殺人罪の數が多いのであるか、何ぜ佛蘭西と英吉利は其犯罪の數が少ないのであるかと云ふ問題に付ては、是迄誰も研究したものはない、只人殺しが多いから多いのだと云ふに過ぎなかつた、何ぞ知らん、此空氣と云ふものが、非常に犯罪の原因を爲して居ると云ふとを、此空氣と云ふ者が、犯罪の原因を爲すと云ふことを知つたならば、多少此犯罪のバチルスを除き得る道を講究しなければならぬ、勿論、天候に屬することは、人事て以て容易

に之を變動することは難くして、夏を冬にすることも、冬を夏にすることも出来ぬ、是れは到底望むことは出来ないが、然し暖かい空氣が、人の犯罪の氣を養成するものであると云ふ理由が分つたならば、之を豫防する方法を講ずることが出来て、空氣の暖かい爲めに起る犯罪を防ぐことも出来るであらうと思ふ、次に最も注意するに易いものがある、夫れは教育と云ふ者が餘程犯罪の原因を爲すものであります、無教育者が罪を犯すと云ふとは、刑法學者が能く言ふ所なれども、無教育者より却て教育ある者が多く罪を犯すと云ふに至りては、少しく驚かむければならぬ、殊に政治上の犯罪は、教育のある人に最多い、今日社會黨とか、共產黨とか、虚無黨とか云ふて、政治問題又は社會問題に屬する黨派は、矢張り教育の結果である、教育の結果から犯罪の原因を

作つたのである、(喝采)芝居と云ふ者は、教育の助けを爲すと云ふので、今日も大家先生方が芝居の改良と云ふとを唱へて居らるゝ、是れは社會の爲めに賀す可きことであります、芝居の人心を感激せしむる効力中、其激烈なるものは、犯罪の原因を爲すに足る者である、其他講釋、物語、俗歌の類は皆犯罪の原因を爲し得るの力を有せぬ者はない、例へば講釋師が義盜の話を爲すを聞いて、其歸り道に義盜を眞似て窃盜を爲したる者あるに至る、(喝采)俗歌でも同様であつて昔し二上り新内と云ふ者が流行つた時に、吉原に情死が多かつたと云ふことである、歌一つでも犯罪の原因を爲すのである、其他何んでも、箇でも、皆犯罪の原因を作らぬものはない、芝居斗りが教育の助けを爲すからと言つて改良して、其他の芝居に類似した効力のあるものを改良しなければ

ば、是れは跛足の改良と言はなければならぬ、それがら最も恐るしきものは此の新聞です、新聞杯が犯罪の原因を爲し、犯罪の誘導者と爲ると申しては、諸君は必ず驚かるゝならん、近年に至つて取締が少しく寛に過ぎた爲めに、新聞屋が犯罪者を作ることをはじめた、今日新聞紙上に犯罪の事柄を記載せぬ日は、殆んど稀なり、之を記載する方が新聞の賣れが良いからである、試みに御覽なさい、大和に八人斬がある、新聞に精しく書立る、若くはオ茶の水の事件があると記載すれば、何人も争ふて之を見る、此の大和の八人斬のあつた後に、氣を附けて見れば、諸方に二人斬、三人斬、四人斬、と云ふ者が續々出たと云ふ新聞を見たでは無いか、思ふに世間には罪を犯したいと充分に考へて居る者が澤山ある、なれ共、多少の事情に制せられて、其斷行を爲し切らぬのである、

人心維危、道心維微と云ふ様な理屈で、僅かに髮の毛一本を以て、千鈞の重きを釣つたよりも危うき良心を有つ人が澤山ある、其所へ八人斬と云ふ事件が新聞に出るを見て、其人大に奮發して以爲らく、人も斯の如きことをするなら、已れも一番やつて見よう、何も猶豫することはないと言つて、やり出すのである、(喝采)人心の危うきこと斯くの如し、一度心の糸が切れると、一つ切れ、二つ切れ、三つ切れ、社會の綱と云ふ者が、次第に緩むのであるから、一事件が起ると、それが一の導火線となつて總ての犯罪の心を誘導し、寧ろ之を奨励する、(喝采)で、今日世の中に、犯罪が澤山殖へたと云ふ者は、新聞屋と云ふものが、餘程原因を爲して居るのである、夫故に、少しく新聞屋に注意をしないと、新聞は社會に對して如何なる害を興へるか測られぬと思ふ、(喝采)斯の如

き類にして、諸君の御注意になる可き所の廉を擧げて御話しす
 れば、逆で一席の講演にて喋り盡す可きものでないから、先づ大
 抵の所で止めて置きませうが、兎も角も、此社會と云ふ者は、社會
 自らが則ち犯罪のバチルスを製造したものである、罪を犯し
 た者があつた時に、昔の如くに、其罪が悪るいからと言つて、犯罪
 のみを責めて之を制するには、刑法斗りを頼みにして、刑罰さへ
 科すれば、うれて、人間が善くなるのだと云ふ考へては、到底今日
 は役に立たぬと云ふことが、分つて來たであらうと思ふ
 ろここで、今後刑法の目的、即ち此防衛權を發達させんには、先づ社
 會全体の犯罪の衛生と云ふ者を講究し、うれから此犯罪か各人
 に附着して社會の害を爲すのでありますから、各人に付て此犯
 罪の療治をしなければならぬ、然れども其犯罪の施術をするに

付ても、到底刑罰を以て其病を治することは充分でない、又中に
 は、刑罰を以て犯罪の病を治することの出来る者もある、其治せ
 られない者に付て、尙ほ改良主義を行はんとするのは、泰山を挾
 みて北海を越えると同じで、到底出来るない相談である、只改良の
 出来る人間に對しては、目的相應の方便を以て之を改良し、改良
 の出来ぬ者には、別手段を施すが良いのである、凡そ是等のは、
 即ち監獄の最も重なる目的であつて、どう云ふ種類の人間が
 改良するに適するか、どう云ふ種類の人間が改良するに適す可
 らざるかを鑑別しおければならぬ、それを鑑別するは、監獄の役
 人であるからして、其役人の人選法には、大に注意を加へねばな
 らぬ、然らば監獄問題の如きも、獨り監獄の有形物を改良する斗
 てなくして、役人其者から、もう一つ、改良しなければならぬので

ある。

以上述べた所の御話は、皆近年の發達に掛る實利學派の議論でありまして、其實利學派の中にも、理論派から觀察するときには大に攻撃を受ける所のものもありました。が、先づ實際社會の平和を保つと云ふ方から言ふたならば、今後の刑法と云ふ者は必ず實利派の占有することにならうかと云ふ考へであります。られて實利派の目的とする所を終りに臨んで一言して置かうと思ひます。

不憫を憐むは人の常性であるからして、假令ひ罪を犯しても其黻黷として裁判所に出る有様を見ては、誰れも之を憐れまぬ者はない。此の憐憫の心が總ての改良主義の原則となつて來た。昔中古時代に於きましては、孰れの國も世界殆ど同一でござりま

して、殘酷なる刑法を拵へて居つた。即ち犯罪の害よりも尙ほ甚だしき刑法を用ひて人を窘めて居つた。其刑罰が甚だ殘酷に過ぎたが爲めに、先刻言ふた『ベツカリヤー』と云ふ人が、是れはいかぬ。刑罰と云ふ者は、防衛の目的に外ならぬのであるから、其の目的を達すれば善いではないかと云ふ議論が行はれて來た。今度は其の反動が來て、成る可く寛大なる刑法を用ひやうと云ふことになつて仕舞つた。甚だしきに至つては、罪の疑はしきは輕きに從へ杯と云ふことになつた。疑はしき罪を輕く罰せられて堪るものではない、疑はしければ罪がないのだ、何んとも箇ても罪が分らなかつたときは、輕くして置けば善いと云ふので、刑罰と云ふものは、輕くするのが一の名物と云ふことになつて仕舞つた。(喝采)只罪人が憫れつばいから、刑罰が輕くなつたと云ふ斗り

でない、『ベツカリヤー』派の主義は、古の残酷の刑に反對して寛大に刑を科した方が刑罰の目的を達すると云ふことになつたのである、然し是れはどうも、中古時代の残酷の刑罰の行はれて居つた時代には適切であつたが、今日に於て此議論をするのは、全く不適切と言はなければならぬ、世の中に善い事をすれば、善い報がなければならぬ、惡いことをすれば、惡い報がなければならぬ、と云ふことは、誰も覺悟の前である、然るに罪を犯して社會の害を爲した、人を殺した、人の家を燃した、人の財を奪つたと云ふ人間に對して、社會が之に憫れみを加へると云ふのは、是れは餘程間違つた考へと言はなければならぬ、此間違つた考へが、矢張り監獄改良論の一つになつて居つて、其弊は罪人になつた方が善いと云ふ者を生ずるに至つた、現に今日は、さう云ふ罪人が殖

へて來た、歐羅巴に斯う云ふ話がある、或る兵隊が士官を殺した、何ぞ殺したと言つた所が、怨みのある所ではない、大恩人であり、ますが、私は生活に不自由な者であるから、此隊を出た所が、十分の生活が出来ない、夫故此士官を殺したら、監獄で衣食することが出来やふ、囚人たる幸福を得んが爲めに、私は、恩人の士官を殺したと云ふ話がある、是等は罪人を能く取扱はうと云ふことを努めて、さうして、善良なる貧民の生活如何を省みざる結果である、夫ればかりではない、刑法の規則中にも、犯罪憐憫之義を記載してある、例へば大赦とか、特赦とか、云ふとがある、罪人の身に取ては、有難いことであるが、我々の方には、古人も赦者、小人之幸、君子之不幸と云ふたるが如く、此二つ共有難くないと思ふ、罪人の方は之が爲に、放免となり、又た一等か二等輕減の恩典を受ける

から、嬉しきに違ひないけれども、罪人と云ふ者は、私共から見れば、獅子とか、虎とか、云ふ猛獸と同じく、之を鐵柵に入れて圍ふてあるから、少しも悪むるいことをしないが、若し此鐵柵を斷つたならば、此虎や獅子が、忽ち人民に災害を與へるに違ひない、して見ると、大赦特赦の結果も、飛んでもないことにならうと思ふ、(喝采) 私は、何分にも、此罪人と云ふ者は、悪むるいことをしたのでありますから、何處迄も憎まねばならぬと思ふ、只其人を憎むのではない、社會の善良ある人間が可愛いからである、其可愛い善良なる人間を害し、此社會に禍したる者であるから、再び禍をすることの出来ない程に、之を苦しめたならば、初めて刑罰の目的を達することが出来やうと云ふ考へを持って居る、(喝采)是れは獨り私の考へる斗りではない、徳川八代將軍は中々の明君であつた、曾て

自分の近習の者に、馬喰町の牢屋を見せにやつた事がある、當時探偵に最も有名なる坂上金十郎と申す人に探偵を命じたるに、金十郎は、八十日斗り牢内に居たる後ち、出獄して早速將軍に見へて、牢屋の有様を逐一言上して、今後は、御慈悲を以て、もう少し、牢屋の取締を寛大にしたきものであると申しました、將軍は如何にも良いことを言ふて呉れた、今後は慈悲を以て一層牢屋を嚴酷にしてやらうと申されました、慈悲で牢屋を嚴酷にすると云ふとは甚た可笑しい様な言なれ共、私より之を見れば、中々豪氣い一言でござります、此囚人と云ふ者は、良民に對して害を與たものであるから、成る可く嚴酷にした方が、良民に情が加はるのである、即ち良民に對して慈悲あるが故に、犯人に對して嚴酷なりと言ふの意味である、此一言は、實に實利學者の説と暗に符

合してあることであつて、私は今に於て此言を服膺して居る、喝采私は今後益々日本に於ても、實利派の主義を擴張し、又監獄を作るに付ても、此實利派の主義に依て、之を作つて矢張り八代將軍の明言の如く、慈悲を以て益々罪人を窘めてやらうと思ふ、喝采今日は甚だ出鱈目で、言葉に於ても、順序も何もありません、甚だ諸君の清聴を汚しました、(喝采)

刑法新論目次

叙論

第一章	刑法ノ因革	一
第二章	犯罪ノ原因	一五
第三章	刑罰權	二五
第一編	犯罪	四一
第一卷	犯罪ノ事實	四一
第一章	犯罪ノ定義	四一
第二章	犯罪ノ區別	五三
第一節	犯罪輕重ノ區別	五三
第二節	犯罪成立上ノ區別	七三
第一款	即時犯及繼續犯	七五
第二款	未遂犯	七九

目次

第一段	犯罪ノ發意	八四
第二段	犯罪ノ豫備	九六
第三段	犯罪ノ實行	一〇四
第一項	着手未遂犯	一〇八
第二項	缺效犯	一一四
第三項	不能犯	一二〇
第四項	中止犯	一二九
第三章 犯罪ノ時、場所、人		
第一節	犯罪ノ時	一二三
第一款	犯罪及刑罰ニ關スル新舊二法ノ牴觸	一二五
第二款	裁判所構成管轄又ハ訴訟手續ニ關スル新舊二法ノ牴觸	一二三
第三款	刑事時効ニ關スル新舊二法ノ牴觸	一二八

目次

第二節	犯罪ノ場所及人	一二四
第一款	總論	一二四
第二款	犯罪ノ場所	一二五
第三款	犯罪ノ人	一二六
第一項	日本領土内ニ在ル人ニ關スル場合	一二八
第二項	日本領土外ニ在ル人ニ關スル場合	二七五
第四款	法律及裁判權ノ牴觸	二九〇
第一項	法律ノ牴觸	二九一
第二項	裁判權ノ牴觸	二九二
第五款	犯罪人引渡法	二九六
第一項	犯罪人引渡法ノ原理	二九八
第二項	犯罪人引渡ニ關スル條件	三〇五
第三項	犯罪人引渡ニ關スル手續	三一五

第四項 引渡ノ效果……………三二〇

第二卷 犯罪ノ責任……………三三三

第一章 犯罪ノ主体及客体……………三三一

第一節 犯罪ノ主体……………三三一

第二節 犯罪ノ客体……………三三四

第二章 責任ノ原則……………三四一

第三章 原則ノ適用……………三五二

第一節 犯罪ノ無能力……………三五二

第一款 強制……………三五四

第二款 犯罪ノ無意思……………三六五

第一項 犯罪ノ意思……………三六五

第二項 犯罪ノ無意思……………三八六

第三款 精神ノ喪失……………四一八

第一項 犯罪ノ當時精神ノ喪失セル場合……………四一九

第一 醉狂者……………四八一

第二 瘡啞者……………四八四

第三 夢中生活……………四八八

第四 魔醉中ノ行爲……………四九〇

第二項 刑ノ執行中精神ノ喪失セル場合……………四九一

第四款 年齢……………四九四

第二節 權利ノ執行……………五〇六

第一款 總論……………五〇六

第二款 職務執行……………五一四

第三款 正當防衛……………五一九

第一項 正當防衛ノ總論……………五一九

第二項 正當防衛ノ條件……………五二二

第四章 責任ノ減輕……………五四三

第一節 法定上ノ減輕……………五四三

第一款 宥恕減輕……………五四三

第二款 自首減輕……………五七五

第二節 裁判上ノ減輕酌量減輕……………五八五

五九三

第五章 責任ノ加重……………五九三

第一節 總論……………五九三

第二款 再犯加重……………六〇一

第一問題 再犯人ノ責任如何……………六〇二

第二問題 再犯者ニ科スヘキ刑罰如何……………六一二

第三節 現行刑法ノ再犯……………六一八

第一款 再犯加重ノ條件……………六一八

第二款 再犯證明ノ方法……………六三八

第六章 數罪ノ責任……………六五三

第一節 總論……………六五三

第二節 現行刑法ノ數罪俱發……………六七八

第一款 刑罰ニ關スル俱發例ノ適用……………六七八

第二款 犯罪ニ關スル俱發例ノ適用……………六八九

第三節 數罪俱發ノ效力……………六九二

第一款 公訴權ニ關スル場合……………六九二

第二款 刑ノ執行權ニ關スル場合……………七〇六

第七章 共犯ノ責任……………七一一

第一節 總論……………七一一

第二節 犯罪ノ加擔……………七二〇

第一款 加擔條件……………七二〇

第一項 正犯……………七三六

第二項 教唆者……………七四七

第三項 從犯……………七六六

第三節 數人共犯ニ於ケル身分上ノ關係……………七八四

第一問題 共犯中ノ一人カ犯罪ノ責任ヲ免カレタル時ハ他ノ共犯者ニ對シテ如何ナル影響ヲ及ボス可キカ……………七八四

第二問題 共犯人中加重若シクハ減輕ノ理由ヲ有スル者アルトキハ其他ノ共犯人ニ對シテ如何ナル影響ヲ及ボスヘキカ……………八〇三

第二編 刑罰……………八一九

第一章 總論……………八一九

第二章 主刑……………八三三

第一節 死刑……………八三三

第二節 自由刑……………八四〇

第一款 刑罰ニ因ラサル自由ノ剝奪……………八四〇

第二款 刑罰ニ因ル自由ノ剝奪……………八四一

第一項 自由刑ノ期間……………八四三

第二項 自由刑ノ制度……………八四九

第一 監獄主義……………八五〇

第二 徒刑主義……………八七二

第三項 自由刑ノ執行方法……………八七四

第三章 附加刑……………八八五

第一節 自由上ノ附加刑……………八八五

第一款 監視……………八八五

第二節 權利上ノ附加刑……………八八八

目次……………九

單 款 公權ノ剝奪及停止…………… 八八八

第三節 財産上ノ附加刑…………… 八九九

第一款 罰金附科料…………… 八九九

第二款 沒收…………… 九〇四

第四章 刑期計算…………… 九一五

第五章 期滿免除…………… 九二七

第一節 總論…………… 九二七

第二節 刑ノ執行ノ期滿免除…………… 九三二

第一款 期滿免除ノ區域…………… 九三二

第二款 期滿免除ノ期間…………… 九三七

刑法新論目次畢

刑 法 新 論

叙 論

第一章 刑法ノ因革

人ハ聚合体ノ力ニ依ルニ非サレハ其生存ノ途ヲ全フスル能ハス人ノ聚合体ヲ名クテ社會ト云フ社會安全ナレハ則チ各人ノ生存安全ニシテ社會危險ナレハ則チ各人ノ生存モ亦危險ト爲ラサルヲ得ス然ルニ社會ニハ犯罪ナルモノアリテ能ク其ノ安寧秩序ヲ防害セントス故ニ社會ノ安全ヲ保タントスルニハ必ス此犯罪ヲ蠲滅スルノ方法ヲ執ラサル可カラス其方法之ヲ名クテ刑罰ト謂フナリ

古賀廉造講述

刑罰ハ社會ノ安全ヲ防害スル犯罪ヲ撲滅スルカ爲メニ用ユル所ノ方法ニシテ古ヨリ今ニ至ルマテ世界何レノ國ト雖モ苟モ社會ノ組織アル所ニ於テハ一トシテ刑罰ノ設ナキモノアルヲ聞カサルナリ我カ日本國ニ於テモ亦古來刑罰ノ設ケアリシコトハ日本古代法典ニ載スル所ノ諸律令ヲ見テ其梗概ヲ知ルニ足ラム降テ德川時代ニ至リ所謂ユル德川百箇條ナルモノアリテ幕府管内ニ於ケル總テノ犯罪ハ總テ此法典ニ依リテ罰スルコト、ナシ其他各藩諸侯ニ於テモ亦各別ノ刑法アリテ各々其藩内ニ於ケル犯罪ヲ罰シタリキ德川政府既ニ倒レテ維新政府ト爲ルニ迨ヒ從來ノ封建制度ヲ廢シテ統一主義ヲ行フニ當リ國家ノ急務トシテ最モ先キニ着手ス可キノ必要ヲ感シタル所ノモノハ實ニ刑法ノ一致ニ在リシナリ然レトモ刑法ノ制定ハ如何ニ不完全ナルモノヲ以テスルモ一朝一夕ノ事業ヲ以テ能クス可キモノニ非ス是ニ於テ明治ノ初年假刑律ナルモノヲ設ケ之ニ依リテ以テ犯罪ヲ罰シタルコトアリシ明治三年ノ比明律及ヒ日本舊來ノ刑法ヲ

參酌シテ始メテ日本全國ニ行ハル、刑法ヲ制定シタリ之ヲ名ケテ新律綱領ト云フ新律綱領ハ殆ント明律ノ摸寫ニ過キサル法律ニシテ甚タ不完全ナルヲ以テ六年之ヲ改正シ更ニ改定律例ヲ作りタリ此改定律例ハ新律綱領ノ弊害ヲ革メシモノニシテ頗ル日本當時ノ現狀ニ適當シタルモノトシテ恰モ現行刑法實施ノ時マテ行ハレタリ是ヨリ先キ明治三四年ノ交日本ニ於テ始メテ佛國六法ヲ翻譯セルコトアリ日本人ハ始メテ外國法律ヲ觀テ實ニ其整然タルニ驚キ當時ノ司法卿江藤新平氏ハ大ニ日本民法制定ノ必要ヲ説キ頻リニ政府ニ迫レリ又氏ハ佛國刑法ノ改定律例ニ比シ遙ニ完美ナルコトヲ知リ更ラニ歐洲主義ノ刑法ヲ設ケルノ志ヲ有セリ然レトモ氏ハ不幸國事ニ倒レ遂ニ其目的ヲ達セスシテ逝ケリ其後大木伯出テ司法卿ト爲ルヤ佛國法律大家ポワンナード氏ヲ雇聘シ氏ヲ以テ法律ノ顧問ト爲セリ氏日本ニ渡來シテ裁判所ノ實況ヲ視察シ拷問制度ノ行ハル、ヲ觀テ大ニ驚キ非常ニ之ヲ攻撃シ一刻モ速ニ之ヲ全廢シテ且ツ刑法ヲ改正ス

ルノ必要ヲ論シタリ當時司法省ニ於テハ能ク裁判制度ノ不完全ナルコトヲ熟知セルヨリ議忽チニシテ行ハレボフンナード氏乃チ政府ノ命ヲ承ケテ自ラ起草者ト爲リ日本刑法治罪法ノ二法ヲ起草シテ之ヲ政府ニ呈出セリ政府ハ之ヲ翻譯シテ元老院ニ送リ其審議ヲ經タリ元老院ニハ明律學者尙ホ多クボフンナード氏ノ草案ヲ審議シテ多少修正スル所アリ其決議確定スルニ及テ明治十三年一旦之ヲ世ニ公ニシ越エテ十五年一月始メテ之ヲ實施シタリ是レ即チ今日ノ刑法ニシテ諸君カ是ヨリ將サニ研究セントスル法律ナリ

現行刑法ハ佛人ボフンナード氏ノ起草セル所ノモノニシテ日本人ハ唯多少ノ修正ヲ爲シタルニ過キス故ニ現行刑法ハ十中八九マテ佛國刑法ノ精神ヲ採リシモノト云フテ不可ナル所ナシ凡ソ一國ノ法律ハ其國ノ風土人情慣習ニ適當スルモノニ非サレハ其用ヲ爲サ、ルモノナルコトハ何人モ稔知セル所ナリ然ルニ佛國刑法ノ精神ヲ以テ編成セル刑法ヲ以テ直チニ

之ヲ日本國ニ行ヒタルハ極メテ大膽ノ政策ニシテ今日ヨリ之ヲ考フレハ其危險實ニ測ル可カラサリシ其非常ノ弊害ヲ生スルコトナクシテ今日マテ吾人ノ生命財産ヲ保護スルコトヲ得タルハ誠ニ僥倖ノミ當時若シ日本人中ニ刑法學者アリテ外國法律ト日本法律トヲ參酌シ能ク日本ニ適切ナル所ノ法律ヲ制定スルモノアリシナラハ日本ノ犯罪ハ此十五年間ニ於テ今日ヨリモ好ク之ヲ退治スルヲ得タリシナルヘシ予ハ實ニ現行刑法ハ其力能ク日本ノ犯罪ヲ撲滅シ又ハ之ヲ減少スルノ功ヲ奏スルニ足ルヤ否ヤニ付テ多少ノ疑ナキ能ハサルノミナラス却テ此現行刑法ハ其實施以來今日ニ至ルマテ日本ノ犯罪ヲ増加シタルノ傾キアルコトヲ信セシム佛國刑法ハ佛國革命時代ニ於テ制定セラレタルモノニ係リ其以前ニ於ケル佛國ノ刑法ハ未タ多少ノ殘酷ヲ免レサリシ其殘酷ナル刑法ハ革命當時ノ人民ヲ治ムルニ適當ナラサルモノトシテ別ニ今日ノ現行法タル佛國刑法ヲ制定シタリシナリ故ニ佛國今日ノ現行刑法ハ革命以前ノ殘酷ナル刑法ノ反

動力ニ因リテ成リシモノナレハ其寛容ノ傾キヲ有セシハ當時ノ趨勢上然ラサルヲ得サルナリ是ヲ以テ刑法其者ニ付テ之ヲ觀察スレハ誠ニ寛容ニ失シタル刑法ナリト云フヲ得ヘシ今日ニ至リ此刑法ヲ以テ佛國ノ民度ニ適セサル所ノモノ多シト爲シ十數年來着々現行刑法ニ付キ一部改正ヲ爲シ或ハ監視ノ制度ヲ改ムルアリ或ハ刑ノ執行ヲ猶豫スルアリ其他必要ノ改正ヲ爲セルモノ徃々ニシテ是レアリ此佛國刑法ハ則チ日本刑法ノ母法ニシテ而シテ其母法既ニ佛國ノ社會ヲ治ムルノ力ヲ有セサルニ拘ハラステ日本ハ却テ其儘之ヲ採リテ以テ實地ニ行フタルナリ夫レ改定律例ノ果シテ日本人民ニ適當セサルヤ否ヤニ付キ未タ深ク之ヲ研究セスシテ唯タ佛國刑法ノ外形上完美ナルモノヲ見以テ直チニ之ヲ日本ニ實施シタルモノハ非常ナル刑法ノ急變ト云ハサルヲ得ス而シテ其急變ノ弊害ハ之ヲ犯罪ノ増加ニ歸着セスンハアラサルナリ如何トナレハ改定律例ニ定ムル所ノ刑罰ハ至テ嚴ニシテ而シテ現行刑法ノ刑罰ハ甚タ寛ニ流レタレハナリ德

川時代ニ於テハ贖金十圓以上ノ竊盜犯ハ斬ニ處ストノ刑ヲ設ケ改定律令ニ於テハ贖金五十圓以上ノ竊盜三犯ハ終身懲役ニ處ストセリ然ルニ現行刑法ニ於テハ竊盜ノ再犯以上ハ僅ニ一等ヲ加フルニ過キスシテ其本刑ハ二月以上四年以下ノ重禁錮タルノミ然ラハ則チ徳川時代ニ於テハ十圓以上ノ竊盜ハ其生命ヲ賭セサル可カラス改定律令ニ於テハ五十圓以上ノ竊盜三犯ハ終身ノ自由ヲ失ハサル可カラサリシ現行刑法ノ時代ニ於テハ幾何犯ニテモ四年ニ一等ヲ加フルノミ其最モ重キモ七年ノ重禁錮ヲ超ヘルヲ得ス此比較ヨリ論セハ今日ニ於テハ少クモ財産ニ對スル犯罪ハ必ス明治十五年以前ヨリモ非常ニ増加セルモノト斷言シ得ヘシ夫レ刑法ハ犯罪ヲ撲滅スルノ力ヲ有シ少クモ之ヲ減少スルノ效ヲ奏セサル可カラス然ルニ現行刑法出テ而シテ犯罪愈々増殖セリトセハ是レ刑法ノ本旨ニ反スルモノナリト云ハサル可カラス予ノ實驗上ヨリ觀察スルモ現行刑法ハ今日ニ在テ總テノ犯罪ヲ抑制スルニ付其威力頗ル薄弱ナルモノアルコトヲ信

昨來三月
以法律草案
更ニテ以テ
調査會ニ附
ナリテ今中
ナリテ今中

スルナリ特ニ再犯ノ數益々増加スルヲ見レハ何人ト雖トモ余ノ言ノ妄ナ
ラサルヲ知ラシ現行刑法ヲ改正スルノ必要夫レ如斯ク切迫スルヲ以テ司
法省ニ於テハ明治二十五年一月始メテ刑法改正審査委員ヲ設ク刑法ノ改
正ニ從事セシメ荏苒茲ニ四年ヲ經即チ二十八年十二月ニ至リテ全ク其稿
ヲ脱セリ其良否如何ハ暫ラク之ヲ措キ一朝之ヲ帝國議會ニ提出シ幸ニシ
テ議會ノ協賛ヲ經ルニ至ラハ世ハ實ニ新刑法ノ時代トナル可シ今ノ時ニ
當リ豫メ新刑法草案ハ如何ナル主義ニ因リテ制定セラレ又現行刑法ハ如
何ナル瑕瑾アリテ廢棄セラル可キヤ此大問題ニ付テ特ニ研究スル所アル
ニ非サレハ他日或ハ盜ヲ捕ヘテ索ヲ綯スルノ感ヲ生センモ亦タ未タ知ル
可ラス是レ余カ刑法攻究者ノ爲メニ本法ノ講述ヲ爲ス所以ナリ然レトモ
余ハ主トシテ新刑法草案ノ解説ヲ爲ス者ニ非ス又專ラ現行刑法ノ説明ニ
任スル者ニ非ス余ノ目的ハ實ニ左ノ三事項ニ在リ

一 現行刑法ノ不備ヲ舉クルコト
不備トハ刑法上當サニ規定スヘクシテ

而シテ其規定ヲ脱漏シタル場合ヲ謂フナリ

二 現行刑法ノ瑕瑾ヲ鳴ラスコト
瑕瑾トハ刑法上其規定アリト雖トモ不
完全ニシテ實際ノ用ヲ爲サス又ハ害ヲ爲ス可キ場合ヲ謂フナリ

三 解釋上ノ誤謬ヲ摘示スルコト
解釋上ノ誤謬トハ刑法學者又ハ實際家
ニ於テ或ハ外國刑法ノ註釋ニ固執シテ我刑法ノ見解ヲ誣ユルアリ(學者
ニ多シ)或ハ刑法ノ字句ニ拘泥シテ其精神ヲ看破セサルアリテ(實際家ニ
多シ)大ニ實際ノ適用ヲ誤ル場合ヲ謂フナリ

以上三事項ノ目的ヲ達スルニ付テハ從來傳播セシ刑法學者ノ論說ニ據ル
ヲ以テ足レリトナスニ非ス又輒近歐洲諸邦ニ行ハル、所ノ新主義ヲ採ル
ヲ以テ充分ナリトナスニ非ス余カ十有餘年間專ラ刑事ノ職務ニ從事シテ
經驗上多少得タル所ノモノヲ以テ之ヲ茲ニ試ミント欲ス故ニ之ニ題シテ
刑法新論ト謂フ蓋シ其說ク所ノ議論多クハ自家ノ本領ヨリ出テ多少刑法
ノ面目ヲ新ニスル所ノモノアリト信スレハナリ

今ヤ本論ニ入ルニ先チテ二三ノ注意ヲ要ス可キモノアリ
一 刑法ハ經驗上ニ基ツク所ノ實際學ナリ單純ナル論理學ニ非ラサルナ
リ即チ其目的ハ社會ノ安寧秩序ヲ維持スルニ在リテ存ス故ニ刑法ニシテ
苟モ社會ノ安寧秩序ヲ維持スルノ力ヲ有センカ假令多少理論ニ背馳スル
コトアルモ未タ以テ不長ノ刑法ナリト謂フ可カラス若シ之レニ反シ社會
ノ安寧秩序ヲ維持スルニ足ラサルカ精巧ヲ極メ微妙ヲ盡シタル法律ナ
リト雖トモ未タ以テ眞刑法ナリト稱ス可カラス世ノ刑法學者往々妄想ニ
據テ以テ刑法ヲ是非シ空理ニ因テ以テ刑法ヲ論難シ其實際社會ニ及ホス
所ノ利害得失如何ノ問題ニ至リテハ忙乎トシテ能ク之ヲ研究スルモノナ
シ是レ實ニ今日ノ通弊ナリ余カ本論ヲ講スルヤ務メテ机上ノ空論ヲ排擧
シ大ニ社會ノ利害上ヨリ觀察ヲ下タサント欲ス即チ現行刑法力現在ノ社
會ニ對シテ果シテ如何ナル效果ヲ奏セシヤ又此刑法ハ今日ニ於ケル我日
本ノ安寧秩序ヲ維持スルニ付充分ナル防禦力ヲ有スルモノナルヤ否ヤヲ

觀察セント欲スルナリ故ニ余カ現行刑法ノ不備瑕瑾誤ヲ摘舉スルモ亦
必ス實際上ノ觀察ニ據ラスンハアラス
二 犯罪ハ社會ノ公敵ナリ犯人ハ良民ノ虎狼ナリ政府ヲ顛覆シ邦土ヲ潛
竊シテ國家ノ基礎ヲ破壞セントスルモノハ犯罪ナリ人ノ身体ヲ殺傷シ人
ノ財産ヲ奪掠シテ社會ノ安寧ヲ殘害スルモノモ亦犯罪ナリ犯罪ノ恐ル
可キ夫レ斯クノ如ク犯人ノ惡ム可キ夫レ斯クノ如クニシテ而シテ社會ハ
却テ此犯罪ヲ保護シ此犯人ヲ憐憫シテ或ハ刑事訴訟法ニ於テ或ハ監獄則
ニ於テ此犯人ノ利益ヲ計ルコトニ汲々タラサルハナシ甚シキニ至リテハ
判事ニ於テモ檢事ニ於テモ亦犯罪人ニ不利シテ社會ヲ保護スルノ觀念ヲ
失忘シ寧ロ社會ヲ損害シテ犯罪人ヲ救護セント欲スルノ傾向アリ嗚呼何
ソ夫レ事理ヲ顛倒スルノ甚シキヤ方今ノ急務ハ從來ノ舊慣ヲ一洗シテ人
民ノ迷惑ヲ覺醒スルニアリ余不肖ヲ顧ミス竊カニ此大任ニ當ランコトヲ
期ス故ニ刑法ノ研究ニ於テ其講說スル所極メテ犯罪人ノ不利益ヲ謀ルノ

精神ニ出ツルモノ多シ余ノ資性殘酷犯罪人ヲ憐ムノ情ニ於テ缺損スル所アリテ然ルニ非ス又職務ノ性質余ヲシテ特ニ犯罪人ヲ惡視スルノ習慣ヲ養成セシメテ然ルニ非ス之ヲ社會ノ公益ニ鑑ミ之ヲ人民ノ休戚ニ考ヘ實ニ止ムヲ得サルノ理由アリテ存スルナリ即チ犯人ヲシテ罪ヲ犯スノ不利ニシテ正業ニ就クノ利益アルコトヲ知ラシメント欲スルナリ若シ夫レ余ヲ以テ徒ラニ奇論ヲ好ミ異說ヲ喜フノ偏見論者ナリト憶斷スルコト勿ンハ即チ可ナリ

三 犯罪ノ輕重ヲ定メ犯罪ノ情狀ヲ量ルニ付世未タ一定ノ標準ヲ有セス大抵犯罪ノ結果如何ニ付テ其輕重ヲ定メ其情狀ヲ量ルコトヲ爲ス是ニ於テカ犯罪ノ情狀元ト輕カル可クシテ而シテ重刑之レニ伴フアリ犯罪ノ情狀元ト重カル可クシテ而シテ輕刑之レニ隨フアリ刑ノ權衡斯クノ如ク其宜シキヲ失シテ而シテ刑法ノ威信忽チ地ニ落チ姦猾ノ徒ヲシテ豫メ刑罰ノ輕重ヲ計リ其罪ヲ犯スニ至ラシム豈ニ慨歎ニ堪ユ可クンヤ凡ソ犯罪ノ

輕重ハ社會ノ蒙ルル危害ノ程度ニ因テ之ヲ定メサル可カラス危害ノ程度ハ犯人ノ心術ニ付テ之ヲ量ラサル可カラス心術トハ何ソ廉耻慈愛ノ心即チ是ナリ犯人ノ心ニ於テ已ニ廉耻ト慈愛ノ二良心ヲ缺キタラソカ犯罪ノ結果小ナリト雖トモ其危害甚タ大ニシテ而シテ最モ恐ル、可キ所ノモノトス犯人未タ廉耻ト慈愛ノ二良心ヲ失ハサランカ犯罪ノ結果大ナリト雖トモ其危害甚タ小ニシテ而シテ深ク憂トスルニ足ラサルナリ蓋シ廉耻慈愛ノ心ハ人生凡百ノ行爲ヲ支配スルノ要素ニシテ此二良心ヲ有スル者未ダ曾テ犯罪行爲ニ與ミスルモノアルヲ聞カス然ラハ則チ廉耻慈愛ノ心ハ偶々以テ犯罪ノ輕重ヲ定メ危害ノ程度ヲ量ルノ標準トナスニ足ル可シ余ノ刑法ヲ說ク常ニ犯人ノ心術上ヨリ觀察シテ危害ノ程度ヲ量ルノ方針ヲ取ル者ナリ徒ラニ犯罪ノ結果ニ付テ犯人ノ責任ヲ定メントスルモノニ非サルナリ

第二章 犯罪ノ原因

刑法ノ目的タルヤ犯罪ヲ撲滅シテ社會ノ安寧ヲ維持スルニ在リ是ニ於テ刑法ハ豫メ社會ノ妨害ト爲ルヘキ事實ヲ一定シテ之レニ附スルニ犯罪ノ名稱ヲ以テシ其犯罪ヲ撲滅スルニ付更ニ一定ノ手段ヲ設ケ之レニ與フルニ刑罰ノ名目ヲ以テセリ故ニ刑法學ノ目的ハ只犯罪ノ條件ヲ充タスニ付テハ如何ナル行爲アルヲ要スルヤ又其犯罪行爲ニ對シテハ如何ナル刑罰ヲ科スヘキカヲ研究スルニ止マルモノトス其如何ナル所爲ヲ以テ社會ノ安寧ヲ妨害スルニ足ルヘキモノト爲スカ又其所爲ヲ撲滅スルニ付テハ如何ナル方法ヲ以テスヘキカ即チ犯罪ト爲ルヘキ所爲ヲ定メ又之ヲ撲滅スルノ方法ヲ講スルハ是レ刑法學ノ範圍外ニシテ全ク犯罪學ノ管轄ニ屬ス犯罪學モ亦同シク其目的社會ノ犯罪ヲ撲滅スルニ在リ然レトモ犯罪學ハ刑法學ノ如ク只犯罪ト刑罰ヲ研究スルニ止マラス(一)或ル種ノ犯罪ハ如何

ナル原因ニ山リテ發生スルモノナルカ(二)已ニ其原因明確ナラハ如何ナル手段ヲ以テ之ヲ撲滅スヘキカヲ研究スルヲ以テ其特色ナリトス此ノ如キ深遠廣渺ノ問題ハ咄嗟ノ間ニ於テ得テ研究スヘキモノニ非ス故ニ或ハ此學ヲ以テ社會學ノ一種ナリト謂フ者アリ之ヲ要スルニ犯罪學ハ刑法ニ於テ規定シタル犯罪ハ如何ナル原因ニ山リテ發生スルカ又其制裁ナリトスル刑罰ハ果シテ其犯罪ヲ撲滅スルノ具ト爲スニ足ルヘキヤ否ヤヲ研究スルニ在リ故ニ刑法學ノ研究ニ從事セント欲セハ先ツ心ヲ犯罪學ニ注カサル可カラス

犯罪學上犯罪ノ原因ト爲ルヘキ要素ヲ掲クレハ其主要ナルモノ三箇アリ左ノ如シ

第一氣候 氣候ハ犯罪ノ發生ニ付テ關係ヲ有スルコト甚タ多シ氣候ノ變動スルニ從テ發生スヘキ犯罪ノ種類ヲ異ニス今日歐洲諸國ノ統計表ニ依レハ人命犯ノ最モ多ク行ハル、氣節ハ夏季ニ在リテ竊盜罪ノ最モ多ク行

ハル、氣節ハ冬季ニ在リトス此統計ハ蓋シ正確ナラン予輩ノ實驗スル所モ亦大抵然リトス然レトモ氣候ノ原因ヨリ發生スル犯罪ハ殆ント之ヲ撲滅スルノ手段アルヲ知ラス何トナレハ天候ハ人爲ノ得テ如何トモスヘキモノニ非サレハナリ唯竊盜罪ニ付テハ全ク其豫防法ナキニ非ス冬季ニ至テ貧民ノ爲メニ特ニ一種ノ事業ヲ起スコト即チ是ナリ

第二社會情態 社會ノ情態ニシテ犯罪ノ發生ニ影響ヲ及ホスコトハ實ニ著大ナルモノトス人口ノ繁殖、教育ノ良否、政治思想ノ冷熱、農作ノ豊凶、商業ノ盛衰、飲食物ノ性質、例ヘハアルコウル質ノ飲料ニ需要多キ地方ハ過激ノ犯罪多キカ如シ社會ノ情態中特ニ新聞紙ノ發行ハ最モ著シキモノナリ今殺人罪ノ詳報ヲ記シタル新聞紙ノ發行アラシカ數日ノ後必ス又殺人罪ノ發生スルヲ見ル蓋シ偶マ殺人ノ慾望アリト雖トモ内良心ニ制セラレテ之レカ決行ヲ爲ス能ハサル場合多シ然ルニ一旦其犯罪ノ詳報アラシカ類ヲ求ムルノ情忽チ導火線ト爲リテ刺激ヲ加ヘ遂ニ犯罪ヲ斷行スルニ至ルモ

ノナリ此等ノ原因ヨリ發生スル犯罪ノ豫防法ハ一ニ行政上ノ監督如何ニ存ス

第三、犯人ノ身上。犯人ノ身上ヨリ發生スル犯罪ノ原因三アリ(一)遺傳性、ニ因ル犯罪(二)慣行性、ニ因ル犯罪(三)偶發性、ニ因ル犯罪是レナリ遺傳性ノ犯罪ハ先天的犯罪ノ血統ヲ稟ケタル犯人ヲ謂フ慣行性ノ犯罪トハ犯罪ノ習慣遂ニ性ヲ爲スニ至リタルモノニシテ之ヲ救フニ由ナキコト殆ント遺傳性ノ犯罪ニ異ナラス唯獨リ偶發性ノ犯罪ニ至リテハ全ク一時偶發ノ不良心ヨリ生シタルモノナルヲ以テ之ヲ救治セハ改過遷善ノ效殊ニ著シキモノナリ
犯人ノ身上ヨリ生スル犯罪ノ原因夫レ如斯異ナルヲ以テ今之ヲ防衛上ヨリ觀察スルトキハ二個ノ區別ヲ爲スコトヲ得(一)可治ノ犯人(二)不可治ノ犯人是ナリ遺傳性及ヒ慣行性ノ犯人ハ不可治ノ者ニ屬シ偶發性ノ犯人ハ可治ノ者ニ屬ス不可治ノ犯人ハ之ヲ社會ヨリ遮斷シテ容易ニ良民ト相交ハ

ルコトヲ得サラシメ可治ノ犯人ハ之ヲ改悛セシメテ速ニ良民ト相交ハルノ榮譽ヲ得セシメサル可カラス是ニ於テカ刑法カ犯人ヲ待ツニ不可治ノ者ニ對シテハ遮斷主義ヲ採リ可治ノ者ニ對シテハ懲戒主義ヲ行ハサル可カラス

犯罪ノ原因判明シテ而シテ後犯罪撲滅ノ方法ヲ講ス可シ然レトモ犯罪撲滅ノ方法ハ犯罪學中又別ニ一派ヲ爲ス監獄問題即チ是ナリ監獄問題ハ今爰ニ研究スルノ場合ニ非サレハ暫ラク之ヲ措キ唯第三ノ原因即チ犯人ノ身上ヨリ生スル所ノ犯罪ニ付テ特ニ一言セン

近年法醫學ニ於テ人ノ骨相ニ因テ以テ犯人ノ種別ヲ定ムヘシトノ説ヲ爲ス者アリ此論ノ主唱者ハ伊太利ノ法醫學家ロソフ氏トス氏ハ先天的犯罪人ニハ腦樞ノ組織上ニ著シキ變体アリ又骨格ノ上ニモ異狀アルモノト爲シ特ニ之レヲ證明センカ爲メニ犯罪人ノ枯骨ヲ發掘スルコト殆ント二千有餘然ルニ有名ナル罪人ノ骨格組織ハ常ニ普通人ト異ニシテ或ハ

或ル一部ニ於テ欠損スル所アリ或ハ或ル一部ニ於テ特ニ發達スル所アリテ大ニ骨格組織ノ平均ヲ失スルモノアリト論セリ此論果シテ正當ナリトセシカ現在此種ノ骨格ヲ備フル人類ハ常ニ罪ヲ犯スニ適當ナルカ故ニ其未タ罪ヲ犯サ、ルニ先チテ速ニ之ヲ社會以外ニ追放シ因テ以テ社會ノ安寧秩序ヲ維持スルヲ得ヘシト謂フノ結果ヲ生スルニ至ラン然レトモ是レ實際行ハルヘキ議論ニ非ス元來造化ノ妙巧ハ實ニ神變不測ニシテ或ハ一手三足ノ人類ヲ出タスコトアリ或ハ二頭一身ノ赤子ヲ生マシムルコトアリ況ンヤ骨格ノ組織ニ於テオヤ造化ノ欲スル所千態萬狀豈ニ只二千ノ骨ノミナランヤ而カモ一々犯罪ノ特性ヲ有スト謂フニ至テハ同氏ノ説未タ必シモ信ヲ置クニ足ラサルナリ

然レトモ世實ニ遺傳性ノ犯罪人ナキニ非ス又慣行性ノ犯罪人ニ乏シカラス此種類ノ犯人カ社會ヲ毒害スルノ甚シキ實ニ名狀ス可カラス若シ完全有效ノ方法ヲ以テ盡ク之ヲ撲滅スルヲ得ハ社會ノ幸福之ニ過キタルモノ

ナク其民枕ヲ高フシテ眠ムルコトヲ得ン

遺傳性ノ犯罪人又ハ慣行性ノ犯罪人ハ予未タ之ヲ法醫學ニ就テ研究セスト雖モ實驗上ニ於テ屢見聞スル所ナリ即チ再犯者又ハ數罪連犯者ノ如キハ其適例ナリ此種ノ犯罪ヲ撲滅スルニ付テハ刑法上多少有效ノ法則ヲ設クサル可カラス然ルニ現行刑法ニ於テハ果シテ能ク此等ノ犯罪人ヲ撲滅スルニ付キ特殊ノ方法ヲ規定シタルモノアリヤ再犯者ニ付テハ刑一等級加ヘ數罪連犯者ニ對シテハ一ノ重キニ從テ處斷スルノ規定アリト雖モ是偶々刑法ノ威力ナキヲ證スルニ足ルノミ蓋シ犯罪人ハ一罪ヲ犯スモ罰セラレ二罪ヲ犯スモ罰セラレ罰ハ一ナリ數罪ヲ犯スノ愈レルニ如カストノ觀念ヲ起スニ至ラン何トナレハ再犯者ハ遺傳性又ハ慣行性ノ犯人ナレハ刑ニ一等級加フルト雖トモ未タ懲戒ノ效ヲ奏スルニ足ラス數罪連犯者ヲ處斷スルニ一ノ重キニ從フハ却テ數罪ヲ犯スコトヲ獎勵スルニ等シクレハナリ是レ豈ニ刑法ノ精神ナランヤ改正刑法草案ハ深ク此處ニ注意シ稍

々適切ナル方法ヲ設クタリ後日諸君此意ヲ以テ改正刑法ヲ一讀セハ思ヒ
半ニ過キルモノアラシ偶發性ノ犯罪ニ付テモ亦現行法ノ規則ハ未タ其宜
シキヲ得タルモノニ非ス不可治ノ犯罪人ニ對シテハ最モ峻嚴ナル遮斷法
ヲ用フヘシト雖トモ可治ノ犯罪人ニ對シテハ最モ寛大ナル改良方法ヲ用
ヒサル可カラス抑モ偶發性ノ犯罪人ハ一時ノ眩惑ヨリ罪ヲ犯スニ至リタ
ルモノナレハ未タ必シモ廉耻慈愛ノ二良心ヲ失フタルモノニ非ス故ニ若
シ之レヲ治スルニ適當ノ改良方法ヲ以テセハ充分懲戒ノ目的ヲ達シ更ニ
善良ノ人民タラシムルコトヲ得ヘシ現行刑法ニ於テハ此種ノ犯罪人ヲ待
ツノ特別法ナク全ク之ヲ不可治ノ犯罪人ト同一視セリ予ヲ以テ之ヲ觀レ
ハ刑法ハ此種ノ犯罪人ニ對シテハ頗ル寛大ナル改良方法ヲ用ヒサル可カ
ラス是レ予ハ決シテ此種ノ犯罪人ニ對シテ殊更ニ憐憫ノ情ヲ有スルモノ
ニ非ス唯此等ノ犯罪人ニ對シテハ嚴法ヲ用フヨリハ寧ロ寬典ヲ施スノ實
益多キヲ知レハナリ蓋シ是等ノ犯罪人ハ元來不良ノ徒ニ非サルカ故ニ一

且裁判官ノ面前ニ出テ其審問ヲ受ケタルトキハ忽チニシテ懲戒ノ效アリ
必シモ嚴罰ヲ科スルノ要ナシ此犯人未タ罪ヲ犯サ、ルヤ此社會ニ於テ多
少ノ信用ヲ有セシ者ナリ其一朝思慮足ラスシテ恥ツヘキノ罪惡ヲ犯シ忽
チ獄裏ニ投セラル、ニ至テハ從來ノ信用全ク地ニ墮チ他日獄ヲ出テ再ヒ
社會ニ立タント欲スルモ社會ノ良民之レト伍セス其結果遂ニ正當ノ職業
ヲ得ル能ハスシテ再ヒ罪ヲ犯スノ已ムヲ得サルニ至ル者多シ斯ノ如キハ
犯罪ヲ撲滅セント欲シテ却テ犯罪ヲ増殖スルモノナリ是レ豈ニ刑法ノ目
的ナランヤ改正刑法ハ大ニ茲ニ見ル所アリテ此種ノ犯人ノ爲メニ特別規
則ヲ設クタリ刑ハ執行猶豫即チ是レナリ刑ノ執行猶豫トハ犯罪人ニ對シ
テ先ツ正當ノ刑ヲ言渡スモ或ル條件ヲ設ケテ暫ラク其執行ヲ停止スルコ
トヲ謂フ即チ一定ノ期間内再ヒ罪ヲ犯セハ再犯ト共ニ前刑ノ執行ヲ命シ
若シ再ヒ罪ヲ犯サ、レハ其刑ノ執行ヲ免除シテ未タ嘗テ刑罰ヲ受ケサル
モノト同視スルコト是ナリ

第三章 刑罰權

社會ノ生存維持ニ付刑罰權ノ必要ナルコトハ何人モ克ク是認スル所ナリ
彼ノ犯罪人ハ一種ノ精神病者ナルヲ以テ其罪責ヲ免ス可シトノ説ヲ爲ス
論者ト雖トモ尙ホ刑罰權ノ必要ヲ認メ社會ノ生存ヲ維持スル限リハ其妨
害ニ對スル防禦法ナカル可カラストセリ蓋シ時ノ古今ヲ問ハス國ノ東西
ヲ分タス苟モ社會ヲ組織スル人民ニシテ刑罰權ノ實行ヲ爲サ、ルモノナ
キヲ見ルモ亦刑罰權ノ社會組織ノ要素タル確證トナスニ足ラン左レハ刑
罰權ノ必要ニ付テハ別ニ異論ナキ所ナリト雖トモ唯其必要ノ由テ生スル
原因ニ至リテハ議論百出衆說紛々未タ一定スル所ヲ知ラサルナリ今試ミ
ニ其重要ナル主義ヲ列舉センニ第一、契約主義トス此主義ニ於テ刑罰權ハ
社會人民ノ合意上ヨリ發生シタルモノナリト云フ即チ或ハ刑罰權ハ一箇
人カ社會ニ加入スルニ際シ社會ニ對シテ讓與シタル固有ノ防禦權ニ外ナ

ラストナスアリ或ハ刑罰權ハ社會ノ組織上ニ必要ナル凡百ノ法律ヲ侵ス勿ラシメンカ爲メ人民相約シテ社會ニ付與シタルニ制裁法ニ過キストナスアリ第^二實利主義トス此主義ニ於テ刑罰權ハ單ニ社會ノ必要ヨリ生スト云フ即チ刑罰ハ威嚇賠償ノ方法ニシテ只社會ノ秩序ヲ維持スルニ必要ナルカ爲メニ之ヲ用フルカ故ニ正當ナリト云フニアリ第^三道德主義トス此主義ニ於テ刑罰權ハ人ノ道德ヨリ生スト云フ即チ人ニ惡行アレハ刑罰之レニ伴フニ非サレハ遂ニ其惡行ヲ消滅セシムルコトヲ得ス所謂刑罰ハ德義ノ制裁ナリトナスノ說ナリ第^四折衷主義トス此主義ニ於テ刑罰權ハ正義ヨリ出テ實利ヲ以テ度トスト云フ即チ刑罰ハ人ノ惡行ヲ消滅セシムルノ方法ナリト雖トモ只社會ニ於テ之ヲ用フルノ利益ヲ有スル場合ニ限リ正當ナリト云フニアリ此等ノ主義ニ付一々之レカ研究ヲ爲ストキハ各一得一失ノ論ス可キモノアルヘシト雖トモ是レ實ニ學者ノ空論タルヲ免レサルヲ以テ余ハ敢テ之レカ批評ヲ下スコトヲ爲サス只刑罰權ノ基本ニ

フエリ
ルノ論
チ

付テ一言セント欲スルナリ蓋シ刑罰權ノ基本明カナラサレハ即チ刑罰ノ必要及ヒ其必要ノ程度ヲ知ルニ由ナクレハナリ凡^ソ生^ヲ得^テ此世ニ在ル者ハ一物トシテ其生存ノ爲メニ競争セスト謂フコト莫シ苟モ其生存ヲ侵害スル者アレハ必スヤ直接若クハ間接ノ方法ニ因テ以テ之カ防禦ヲ爲スハ則チ有生者カ其生存ヲ保全スルカ爲メニ之ヲ稟受シタル自然ノ大法ナリ彼ノ角アル者ハ觸格ヲ以テ防禦ニ備ヘ距アル者ハ蹴撃ヲ以テ防禦ニ供シ牙アル者ハ嚙噬ヲ以テ防禦ニ充テ毒アル者ハ刺蝮ヲ以テシ眺アル者ハ蹠蹠ヲ以テシ或ハ群集シテ以テ相防衛シ或ハ孤獨ニシテ自ラ防衛スルアリ其防衛ノ方法タル進守群獨ノ差各々同シカラサルハ動物ノ稟性ニ因リ然ルアリト雖モ其生存ヲ保全セントスルノ目的ニ至テハ則チ其揆一ナリ人生レテ此世ニ在ルヤ必ス生存ノ目的ヲ達センコトヲ欲ス生存ノ目的ヲ達セントシテ而シテ其欲スル所ヲ得サレハ則チ必ス争フ争ヘハ則チ大ハ

小ヲ凌キ強ハ弱ヲ害ス強大ノ弱小ヲ凌害シテ而シテ之ヲ能ク制止スルノ道ナクハ則チ小弱ハ居ルニ所ナク喰フニ食ナク遂ニ其生存ヲ全フスル能ハサルニ至ル動物尙ホ且ツ防衛ノ具ヲ備エテ其生存ヲ保全スルノ道ヲ知ル而シテ人類ニ在リテハ則チ弱小常ニ強大ノ爲メニ制セラレテ之ヲ能ク防衛スルノ道ヲ知ラスト謂ハ、誰レカ人類ヲ以テ動物ノ首位ニ置ク者アラシヤ然レトモ人類ニハ角距ノ鋭ナク又爪牙ノ利ナシ孤立シテ而シテ生存ノ侵害ヲ防衛スルハ其至難ノ業ナルヲ知ル是ニ於テ平社會ヲ組織シ其協同戮力ニ依テ以テ生存ノ侵害ヲ防衛センコトヲ欲スルナリ苟モ社會ヲ以テ人類カ賴テ以テ其生存ノ侵害ヲ防衛スルノ要具ナリトナセハ一日社會存セサルハ是レ防衛ノ道ナキナリ防衛ノ道ナクハ人類ハ生存何ニ賴テ以テ之ヲ能ク全フセントスル乎夫レ社會ハ人類ノ洋々トシテ遊息スル湖沼ナリ若シ此組織ヲ侵害スルモノアレハ是レ猶ホ其堤塘ヲ穿壞スルカ如キナリ必ス力ヲ盡シテ以テ之レカ防衛ヲ努メサルヘカラス蓋シ社會

ヲ防衛スルハ是レ人各々其生存ヲ防衛スルノ道ナレハナリ
 社會生存ノ侵害ニ二種アリ一チ内部ノ侵害トシ一チ外部ノ侵害ト爲ス從ツテ此侵害防衛ノ方法モ亦二種アリ一チ刑罰トシ一チ兵力ト爲ス内部ノ侵害即チ犯罪ニ對シテハ刑罰ヲ以テ之レヲ防衛シ外部ノ侵害即チ敵ノ襲撃ニ對シテハ兵力ヲ以テ之レヲ防衛ス斯ノ如ク刑罰ト兵力トハ各々其使用ノ途ヲ異ニスト雖トモ社會ノ侵害ヲ防衛スルノ目的ニ至テハ即チ一ナリ
 夫レ敵ト相對スルヤ其一方必ス滅亡セサレハ止マス我敗レテ亡フルニアラサレハ我必ス彼ヲ亡ホシテ後チニ止マントス犯罪ノ社會ニ於ケル亦然リ二者ノ性質氷炭相容ルヘキモノニアラス社會ハ人類ノ爲メニ生存スルノ必要アリ而シテ犯罪ハ其生存ヲ害セントス故ニ社會ノ生存ヲシテ全カラシメント欲セハ必ス犯罪ノ侵害ヲ防衛セサルヘカラス刑罰權ハ即チ社會カ犯罪ノ侵害ヲ防衛スルカ爲メニ有スル所ノ權利ナリ而シテ各個人ハ

其生存ニ對スル侵害ヲ防衛スルノ權利ヲ有シ社會ヲ以テ防衛ノ要具ナリトナスカ故ニ社會カ其生存ヲ侵害スル犯罪ヲ防衛スルノ權ハ各個人カ其生存ニ對スル侵害ヲ防衛スルノ權利ニ外ナラス若シ夫レ各人カ有スル防衛權ヲ以テ其自然ニ受ケタル正當ノ權利ナリトセハ此正當ノ權利ニ基ツク所ノ社會ノ防衛權モ亦正當ノモノタルコト素ヨリ疑ヲ容レサルナリ論者曰ク刑罰權ハ之ヲ防衛權ト同一視スヘカラス防衛權ハ將來ノ危害ニ對シテ之ヲ用フヘシ刑罰權ハ過去ノ危害ニ對シテ之ヲ行フモノナリ今敵軍ノ襲撃ヲ知テ之ヲ防禦シ犯罪ノ發生ヲ見テ之ヲ防遏スルハ即チ一私人カ急迫ノ侵害ニ遭遇シテ之ヲ防衛スルト毫モ異ナル所ナシ然レトモ我生命已ニ亡ヒ我財産已ニ奪ハレタル後ニ至リテ此犯罪ヲ罰スルハ是レ將來ノ危害ヲ豫防スルニアラスシテ過去ノ危害ニ對シテ復讐ヲ行フモノニ過キサルナリ上論者ノ説ク所一理ナキニアラス然レトモ是レ一ヲ知リテ未タ其二ヲ知ラサルノ偏見タルヲ免レス論者ハ既ニ行ヒ終リタル犯罪ヲ罰

スルヲ以テ單ニ過去ノ危害ニ對スル復讐ニ過キスト爲スカ過去ノ危害ヲ罰スルハ其危害ヲ生セシメタル者ヲシテ再ヒ危害ヲ生セシメサルノ效ヲ奏スルコトナシトスルカ又既ニ危害ヲ生セシメタル犯人ノ所爲ニ倣ハントスル者ヲシテ其將ニ行ハントスル危害ヲ豫防スルノ途ニアラスト爲スカ今犯人ハ人ヲ殺シ又ハ火ヲ放テリト假定セヨ既ニ殺サレタル者ハ再ヒ活カス可カラス既ニ燒燼セル家屋ハ之ヲ舊ニ復ス可カラス故ニ死者ノ爲メ又燒燼ノ家屋ノ爲メ防衛ヲ行フノ必要ナキコトハ三尺ノ童子ト雖モ能ク之ヲ知ル然レトモ人ヲ殺シ火ヲ放テル者ニ對シテ尙ホ刑罰ヲ科スル所以ノモノハ彼カ再ヒ人ヲ殺シ火ヲ放ツノ危害ヲ防カント欲シ又彼ニ倣フテ人ヲ殺シ火ヲ放ツノ危害ヲ爲ス者アルヲ防カント欲スルノミ試ミニ刑法ナシトセヨ人ヲ殺シ火ヲ放ツ者アルモ誰カ得テ之ヲ制セム故ニ一タヒ人ヲ殺シタル者ハ再ヒ人ヲ殺スヘク又三タヒ人ヲ殺スヘク一タヒ火ヲ放チタル者ハ再ヒ火ヲ放ツヘク又三タヒ火ヲ放ツヘシ而シテ幾タヒ人

ヲ殺シ幾ダヒ火ヲ放ツモ之ヲ制スル者ナクンハ余ト雖モ或ハ之ヲ行ハシ
或ハ之ヲ再三セン獨リ余カ之ヲ再三スルノミナラス余ト感テ同フスルモ
ノ亦余ノ所爲ヲ學ヒ殺人放火ノ犯罪ヲ再三スルニ至ラン此ノ如ク日本全
國殺人放火ノ犯罪熾ニ行ハレテ而シテ社會ノ安寧ハ果シテ能ク之ヲ維
持スルコトヲ得ル歟吾人ハ果シテ能ク一日モ枕ヲ高クスルコトヲ得ル歟
今日吾人カ多少枕ヲ高クスルコトヲ得ル所以ノモノハ是レ全ク刑法ノ德
ニ依ラスンハアラス即チ刑罰ノ力ニ依リテ以テ一タヒ人ヲ殺シタル者ヲ
制裁シ一タヒ火ヲ放チタル者ヲ制裁スルニ因リ現ニ殺人放火ノ罪ヲ犯シ
タル者ハ其所爲ヲ再ヒスル能ハサルノ地位ニ立チ又之ニ倣ハントスル者
ハ之ニ因リテ獨リ自ラ戒ムルニ至ル畢竟此社會ニ於テ犯罪ノ増殖其著シ
キヲ加ヘサル所以ノモノ是レ皆過去ノ犯罪ヲ罰シテ將來ノ犯罪ヲ豫防ス
ルノ結果ニ歸セスンハアラス刑法ノ目的果シテ茲ニ在リトセハ刑法ハ一
個人ノ有スル防衛權ト等シク現在又ハ將來ニ對シテ危害ノ防衛ヲ爲スモ

ノナルコト毫モ疑ヲ容レサルナリ且ツ夫レ防衛トハ自存ヲ計ルノ謂ヒニ
シテ社會ノ防衛ハ社會ノ生存ヲ計ルコトヲ云フモノナレハ防衛權ハ實ニ
自存權ト同一ニシテ唯其名ヲ異ニスルノミ果シテ社會ノ自存ハ刑罰權ニ
依ルニアラサレハ之ヲ全ウスルコトヲ得ストセハ刑罰權ハ即チ社會ノ自
存權ニシテ自存權ハ防衛權ナルヲ以テ刑罰權ヲ指シテ防衛權ト云フモ其
不可ナルノ理ヲ發見スルコトヲ得サルナリ

論者又曰ク防衛權ハ急迫ノ侵害ニ對シテ之ヲ行フモノニシテ將來ノ侵害
ヲ豫想シテ之ヲ行フモノニアラス若シ路傍ノ人ヲ見テ將來我ヲ侵害セン
トスル者ナリト豫想シ直チニ刀ヲ振ヒテ之ヲ殺害スル者アラシカ誰カ其
殺害ヲ以テ正當防衛ノ所爲ナリト云フ者アラシヤト是レ論者ハ一個人ノ
侵害ト社會ノ侵害トヲ混同スル者ナリ抑モ一個人ニ對スル侵害ハ恰モ秋
天ノ時雨ノ如ク時在テ來リ時在テ來ラサルカ故ニ其來ル時ヲ待チテ直チ
ニ之ニ應シテ防衛權ヲ行フコトヲ得ヘシ之ニ反シ社會ニ對スル侵害ハ大

海ノ波濤ノ如シ澎湃起伏間斷アルコトナク縱令汪洋靜恬ノ觀アルノ日モ東西南北ノ一邊ハ必ス涯ヲ嚙ミ磯ヲ拍ツノ怒浪アルナキヲ保セス故ニ之ヲ大局ヨリ觀察スレハ其侵害ハ常ニ急迫ノ狀況ニ在リト云フコトヲ得ヘシ其侵害ニシテ既ニ急迫ノ狀況ニ在リトセンカ之ニ對シテ防衛權ヲ行フ何ノ不可カ之アラシヤ

要スルニ刑罰ハ唯犯罪其者ヲ罰スルノ目的ノミヲ以テ之ヲ行フモノニアラス同一ノ人ヲシテ罪ヲ再ヒスルコトナカラシメ又之ニ倣フ者ナカラシメントノ趣旨ヲ以テ事ヲ未發ニ防止セントスルニ在リ刑罰ハ實ニ此等將來又ハ現在ノ危害ヲ防衛スルモノニシテ之ヲ防衛權ト云フ固ヨリ當然ノコトノミ

論者又曰ク刑罰權ヲ以テ防衛權ト爲スノ果シテ當テ得タリトセンカ社會ハ名ヲ防衛ニ藉リ如何ナル行爲ニ對シテモ刑罰權ヲ行ヒ因テ以テ人ノ權利ヲ害シ人ノ德義ヲ傷フノ弊害ヲ見ルニ至ラム是レ社會ノ爲メニ安全ヲ

計ラント欲シテ却テ危險ヲ招クモノナリト此論ハ正義派ノ主張ニ係ルモノニシテ刑罰權ノ濫用ヲ防止スルニ付キ最モ力アルモノナリ然レトモ刑罰權ヲ以テ社會ノ防衛權ナリト云フモ是レ決シテ無制限ニ其防衛權ヲ行フヲ言フノ謂ヒニアラス凡ソ防衛權ヲ行フニハ之ヲ行フノ必要アリテ而シテ後之ヲ行フモノナリ夫ノ一個人ノ防衛權ハ其身體生命ヲ救フニ必要ナル場合ニアラサレハ之ヲ使用スルコトヲ得ス其社會ノ防衛權モ亦之ニ同シ其之ヲ用フルニアラサレハ其生存ヲ全フスルヲ得サル場合ニアラサレハ之ヲ行フコトヲ許サ、ルナリ人若シ其身體生命未タ危害ニ陥ラサルルニ先チテ人ヲ殺傷スル者アラシカ誰カ之ヲ以テ防衛權ヲ執行セリト云フ者アラシ社會ニ於テモ亦然リ社會ノ生存ヲ害セサル行爲ニ對シ其行爲者ヲ罰センカ最早其防衛權ノ範圍ヲ超越シタルモノニシテ所謂防衛權ヲ以テ之レヲ視ルヘカラサルヤ固ヨリ多辯ヲ俟タス必スヤ其制限ナクンハアラサルナリ何ヲカ防衛權ノ制限ト云フ曰ク社會ハ其有スル權利以上ノ

モノヲ行フノ權利ヲ有スルモノニ非サルカ故ニ社會ノ防衛權ハ社會ノ權利ヲ以テ之レヲ制限スルナリ元來人カ社會ヲ組織スルノ目的ハ各人ノ生存ヲ全フスルニ在リ人若シ社會ノ組織ヲ成サ、ラソカ生存競争ノ結果弱肉強食各々自ラ其生命ヲ全フスルコト能ハサルニ至ル是ニ於テ乎人カ此世ニ在テ生存スルニ付テハ何人モ能ク其生存ヲ全フスル所以ノ道ヲ謀ラサル可カラサルノ思想ヲ起シ各人カ其生存ニ必要ナル權利義務ノ關係ヲ定メ各人ヲシテ能ク其權利ヲ行ヒ其義務ヲ盡クスノ途ヲ得セシメシコトヲ欲シタリ權利トハ各人カ其生存ノ必要ヲ充タスニ付テ自ラ行フコトヲ得ルノ能力ナリ義務トハ各人カ自ラ爲スコトヲ戒ムル能力ノ制限ナリ即チ各人ハ其生活ニ付テ之ニ必要ナル總テノ行爲ヲ行フノ能力ヲ有スト雖モ總テノ能力ヲ行フテ之ヲ制限スル所ナケレハ他人ノ能力ト相抵觸スルニ至ルカ故ニ其抵觸ヲ避ケンカ爲メ各人ノ有スル能力ノ上ニ多少ノ制限ヲ設ケタリ其制限ヲ名ツケテ義務ト云フ各人ハ各々一區ノ領域ヲ占有シ

其領域内ニ於テハ自由ノ行動ヲ爲スコトヲ得ルモ一步モ其領域以外ニ出ツルコトヲ許サス政ニ予ハ自由ノ權ヲ以テ予ノ領域ヲ守リ他人ノ之ヲ侵害スルコトヲ許サス又他人ノ領域ヲ侵害スルコトヲ爲サ、ルナリ如斯各人ヲシテ自ラ行フコトヲ得ヘキモノト其得ヘカラサルモノトノ分界ヲ明ニシテ之ニ由ラシムル所ノモノハ即チ社會ノ力即チ法律命令ノ力ニ在リ蓋シ人カ社會ヲ設ケシハ各人ヲシテ此權利ノ領域ニ安ンセシメシカ爲メ又義務ノ分界ヲ超エサラシメンカ爲メナリ即チ社會ハ各人ヲ強制シテ其本領ヲ出ツルコト無ラシムルヲ以テ其目的トナシ他ニ何等ノ目的ヲ有スルコト無シ社會ハ此目的ヲ達セムカ爲メ一ノ無形人ト爲リテ人民ノ上ニ至大ノ權力ヲ行フモノナリ一旦權利義務ノ關係定マレハ予ノ所有權ニ屬スル物ハ何人モ之ヲ奪フ能ハス予モ亦他人ノ所有權ニ屬スルモノハ之ヲ奪フ能ハス人皆自己ノ權利ヲ行ヒ自己ノ義務ヲ盡クシテ各其安ニスル所ヲ知ラハ社會ハ實ニ安寧ナリ然ルニ此堅牢ナル社會ノ組織ニ對シテ破

境ヲ加ヘントスル者アリ他人ノ權利ヲ侵ス者アリ自己ノ義務ヲ行フコト
 ヲ欲セサル者アリ是ニ於テ社會ハ之ヲ強制シ之ニ對シテ制裁ヲ加ント欲
 スルナリ此制裁ヲ名クテ刑罰權ト謂フ故ニ社會ハ如何ナル侵害ニ對シテ
 モ無制限ニ刑罰權ヲ行フノ必要ナク又之ヲ行フノ理ナシ社會ノ強制力ハ
 此權利義務ヲシテ各其所ヲ得セシムルニ止マリ此以上ニ出ツルコト能ハ
 ス若シ社會ハ名ヲ侵害ニ藉リ其權利以上ノ事ヲ行ヒ些細ノ侵害ニ對シテ
 至大ノ強制ヲ行ヒ一微物ノ竊取ニ對シテ其人ノ生命ヲ奪フカ如キコトヲ
 爲サハ是レ社會ハ權利義務ノ關係ヲシテ其所ヲ得セシムルニ非スシテ却
 テ之ヲ蹂躪スルモノナリ世或ハ此ノ如キ立法者ヲ出スコト無キヲ保セサ
 ルヘシ然レトモ其立法者ハ則チ社會ノ侵害者ニシテ決シテ社會ノ保護者
 ニ非ラサルナリ天定テ而シテ後チ人ニ勝ツ假令一時社會ノ軌道ヲ脱スル
 ノ立法者ヲ出タスコトアルモ何レノ日ニカ常道ニ復歸スルノ時ナカラ
 ヤ社會カ防衛權ヲ行使スルハ各人ノ權利義務ヲシテ其所ヲ得シムルニ止

マルノミ其程度ヲ超ヘテ而シテ之ヲ行フコトヲ得ルモノニ非ラサルナリ
 故ニ論者カ防衛權ノ名稱ヲ以テ不正不義ノ刑罰權ヲ行フニ至ルノ恐アリ
 ト云フハ道理上之ヲ承認スルコトヲ得ス若シ論者ノ説ノ如ク社會ハ其有
 スル權利以外ニ於テ尙ホ權力ヲ行フコトアリトセハ是レ社會ハ既ニ開黒
 時代トナリ了ラントスルノ時ナリ
 若シ夫レ防衛權ハ道德ヲ傷フノ弊害ヲ生ス可シト謂フノ論ニ至リテハ是
 レ道德ノ定義ニ付キ見解ヲ下ス其宜シキヲ得サルノ弊ニ坐セスンハアラ
 サルナリ道德ハ相對的ノモノニ非ス必ス絶對的ノモノタラサル可ラス社
 會ノ或部分ニ對シテハ道德タルモ他ノ部分ニ對シテハ不道德タルモノハ
 則チ之ヲ真正ノ道德ト云フヲ得ス真正ノ道德ハ一個人ニ對シテモ道德タ
 リ社會ニ對シテモ亦道德タルヘシ一個人ニ對シテ道德タルノ外觀アルモ
 社會ニ對シテ其安寧ヲ侵害スルモノハ社會ニ對スル不道德タルヲ以テ其
 行爲ハ真正ノ道德ニ非ス茲ニ人アリ老母病ニ臥スルモ窮困ニシテ之ヲ看

護スル所以ノ道ヲ知ラス然レトモ拱手傍觀スルニ忍ヒス乃チ他人ノ財物ヲ竊取シテ以テ其看護ヲ盡クセリトセヨ其心ヲ問ハ、實ニ老母ノ垂死ヲ坐視スルニ忍ヒサル至孝ノ誠情ニ出ツルナリ然レトモ其孝道ヲ全フセムカ爲メニ他人ノ財物ヲ竊取スレハ直チニ社會ノ安寧ヲ害スルモノタリ孝道ノ爲メニハ社會ノ安寧ヲ害スルノ權利アル歟何人モ之ヲ是認スル能ハサルヘシ然ラハ則チ一方ニ於テ社會ノ安寧ヲ害スルノ行爲ハ他ノ一方ニ於テ道德ノ行爲タル可キモノニ非ラス即チ一個人ニ對シテ道德タルモノハ必ス社會ニ對シテモ亦道德タラサル可カラズ社會ノ安寧ヲ害スル行爲ハ必ス一個人ニ對シテモ亦不道德タルヘシ是ヲ以テ刑罰權ハ防衛權ナリト云フモ未タ曾テ道德ヲ毀損スルノ害アルヲ知ラサルナリ

第一編 犯罪

第一卷 犯罪ノ事實

第一章 犯罪ノ定義

犯罪ノ定義ハ學者其說ヲ一ニセス管ニ其採ル所ノ主義同シカラサルカ故ニ異ナルノミニ非ラスシテ同主義ノ學者ノ間ニ在リテモ亦多少ノ異同ナキ能ハス余ハ殆ト其採擇ニ苦メリ故ニ余ハ余ノ素論ニ依リ自ラ定義ヲ下タスコト左ノ如クセント欲スルナリ是レ亦批難ヲ免レサルヘシト雖モ余ハ之ヲ以テ其ノ正鵠ニ庶幾スルモノナリト信ス

犯罪トハ刑罰ノ制裁アル法律ニ依リ豫メ禁制又ハ命令シタル事項ニ違反スル行爲ヲ謂フ

此定義ヲ説明スルニハ之ヲ分析シテ三要件ト爲スヘシ

自家ノ素論

犯罪ノ定義

第一要件 刑罰ノ制裁アル法律アルコトヲ要ス
法律ノ目的ハ一國ノ安寧秩序ヲ維持スルニ在リ然レトモ總テノ法律盡ク同一ノ目的ヲ有スルモノニ非ス或ハ國家ノ公益ヲ維持スルヲ目的トスルモノアリ或ハ一個人ノ私益ヲ保護スルヲ目的トスルモノアリ一個人ノ私益ヲ保護スル法律ハ之ニ違背スルモノ何等ノ制裁ナシ即チ一個人ハ其私權ヲ拋棄シ得ルヲ以テ私益ニ關スル法律ノ保護ヲ受ケサルコトヲ得ヘシ此種ノ法律ハ主トシテ民法ヲ推ス而シテ國家ノ公益ヲ維持スル法律ニ至テハ何人ト雖モ之ニ違背スルコトヲ許サス若シ之ニ違背スル時ハ其制裁二種アリ一ハ違背ノ所爲ヲ無効トスルニアリ一ハ其所爲ヲ行ヒシ者ヲ處罰スルニアリ而シテ犯罪構成ノ一要件タル法律ハ即チ此刑罰ノ制裁アル法律ナラサルヘカラス此種ノ法律ハ必スシモ刑法ニ於テス可キモノニ非ラズ刑法以外ノ法律ニシテ尙ホ之ニ違背スルトキハ刑罰ノ制裁ヲ科スルコトヲ規定セルモノ尠カラス諸稅則及ヒ取締ニ關スル規則即チ是ナリ刑事

訴訟法、民事訴訟法等ニモ亦刑罰ノ制裁ヲ設ケタル規定アリ證人ノ召喚ヲ受ケテ故ナク出廷セサル者ニ罰金ヲ科スル規定ノ如キ又商法ニ於テ法人ノ組織ヲ爲ササル可カラサル者ニシテ法人ノ届出ヲ爲ササル場合ニ於テ其届出ノ怠慢ヲ處罰スル規定ノ如キ即チ是ナリ凡ソ此ノ如ク或事項ニ違背スルトキハ其制裁トシテ刑罰ヲ科スルノ規定ヲ設ケタル場合ハ其刑罰ノ身體自由ニ關スルモノト將タ財産ニ關スルモノトヲ問ハス皆之ヲ指シテ刑罰ノ制裁アリト謂ヒ而シテ其制裁ハ刑事裁判所ニ於テ之ヲ科スルト民事裁判所ニ於テ之ヲ科スルトヲ問フコト無シ但タ其制裁ハ刑法ニ規定スル刑罰ナルコトヲ要スルノミ刑法ニ規定セサル制裁ハ之ヲ以テ刑罰ナリト謂フコトヲ得ス故ニ懲戒法ノ如キハ刑罰ニ非ラサルナリ懲戒法ニ二種アリ裁判官ニ關スル懲戒法及ヒ辯護士ニ關スル懲戒法即チ是ナリ此懲戒法ハ豫メ制裁ヲ設ケ或事項ニ違反スルトキ則チ之ヲ罰スルヲ目的トスル法律ナリ故ニ其性質ハ恰モ刑罰ノ制裁アル法律ニ似タル所多シ然レト

モ懲戒法ノ處分ハ刑法ニ規定シタル刑罰中ノモノニ非ラス特ニ其刑罰ト同シカラサル所ノモノ三アリ(一)其目的ニ於テ異ナリ即チ懲戒法ノ目的ハ或業務ノ執行ヲ確實ニスルニ在リ故ニ其業務ニ任スル者ニ於テ其業務ヲ執行スル爲メニ命セラレタル特別ノ義務ヲ盡クサル場合ニ限り始メテ此懲戒法ノ制裁ヲ受クルニ至ルモノナリ一般人民カ一般ノ法律命令ニ違背スル場合ト全ク其趣ヲ異ニス(二)其性質ニ於テ異ナリ即チ普通ノ刑罰ハ人ノ財産名譽自由身體ニ對シテ痛苦ヲ與フルノ性質ヲ有シ懲戒法ノ制裁ハ唯タ其業務ノ執行ニ必要ナル程度ニ止マル之ヲ輕クシテハ譴責之ヲ重クシテハ除名若クハ免官ニ過キス(三)其證據方法ニ於テ異ナリ即チ普通刑事ノ裁判ニ於テハ必ス法律上有效トスル證據ヲ具ルヲ要シ所謂確實ナル證據ノ存スルニ非サレハ有罪無罪ヲ決スルコトヲ得ス之ニ反シ懲戒法ニ依ル處分ハ確實ノ證據ヲ要セス探證方法ニ付何等ノ制限ナク或事實アルコトヲ推測スルニ足ル可キモノアレハ直チニ其制裁ヲ科スルコトヲ得

ヘシ

第二要件 禁制又ハ命令ノ事項アルコトヲ要ス

人ノ行爲ハ自由ヲ以テ其本然トナス若シ法律ニ於テ之カ制限ヲ爲スコト無クシハ如何ナル行爲ヲ爲スモ決シテ之ヲ咎ムルコトヲ得ス然ルニ法律ハ此自由ヲ制限シテ或ハ爲ス勿レト禁制シ或ハ爲スヘシト命令スルコトアリ法律カ爲ス勿レト禁制シタルトキハ人ノ行爲ハ其禁制ノ範圍内ニ於テハ全ク自由ヲ失ヒタルモノナリ法律カ爲スヘシト命令シタルトキモ亦人ノ行爲ハ其命令ノ範圍内ニ於テハ全ク自由ヲ失ヒタルモノナリ即チ禁制ノ場合ニハ進ムコトヲ得ス命令ノ場合ニハ進マサルコトヲ得ス孰レモ自己ノ意思ニ反シテ爲サント欲スル所ヲ慎ミ爲スヲ欲セサル所ヲ爲スヘク此ノ範圍内ニ於テハ人ハ自由ナシト謂フヘシ此ノ如ク人ノ行爲ニ付キ一種ノ疆界線ヲ劃シテ其線ヲ越ユルコトヲ謂サラシム此規定ハ即チ所謂禁制又ハ命令ノ事項ナリ故ニ若シ法律ニ於テ刑罰ノ制裁ヲ設ク豫メ禁制

又ハ命令ノ事項ヲ定メサレハ人ハ如何ナル禁制ヲ犯スコトヲ得サル歟又如何ナル命令ニ従ハサルコトヲ得サル歟之ヲ知ルニ山ナク隨テ之ニ對シテ刑罰ノ制裁ヲ科スルヲ得サル可シ即チ制裁ヲ科スルコトヲ得ルハ豫メ禁制又ハ命令ノ範圍ヲ設ケ其範圍ニ於テスルニ非サレハ自由ノ行爲ヲ爲スヲ得スト定メタルカ爲ナリ

第三要件 其事項ニ違反スル行爲アルコトヲ要ス

其事項ニ違反スル行爲トハ必ス外部即チ社會ニ表白シタルモノナラサル可カラス蓋シ犯罪ハ社會ノ安寧秩序ヲ妨害スルカ爲メニ之ヲ處罰スルモノナリ既ニ然ラハ此違反ノ行爲ハ必ス社會ニ影響ヲ及ホス所ノモノナラサル可カラス其行爲カ未タ社會ニ對シテ何等ノ影響ヲ及ホサ、ルモノ之ヲ換言セハ尙ホ人ノ意思中ニ在リテ未タ行爲トシテ外部ニ出テサルモノハ假令違反ノ行爲ナリトスルモ未タ曾テ社會ニ何等ノ關係アラサルヲ以テ社會ハ之ニ對シテ處罰ノ權利ヲ有セス即チ侵害ノ事實ナキ以上ハ防衛

權ヲ行フノ理ナキナリ故ニ違反ノ行爲ハ必ス外部ニ表白シタルモノナラサル可カラス違反ノ行爲ニ二種アリ一ハ作爲ノ犯罪一ハ不作爲ノ犯罪即チ是ナリ作爲ノ犯罪トハ我レ自ラ進ンテ法律ノ禁制シタル事項ヲ爲スコトヲ謂ヒ不作爲ノ犯罪トハ我レ自ラ退キテ法律ノ命令シタル事項ヲ爲ササルコトヲ謂フ例ヘハ刑法カ人ノ生命ヲ保護セント欲シテ人ヲ殺ス勿レト禁制シ人ノ財産ヲ安固ニセント欲シテ人ノ財物ヲ奪取スル勿レト禁制セルニ其禁制ニ従ハス自ラ進ンテ人ヲ殺シ人ノ財物ヲ奪フトキハ是レ自ラ進ミテ其事項ヲ爲スニ因リ罪ヲ爲スモノニシテ所謂ル作爲ノ犯罪タリ刑法ノ規則中最モ多キヲ占メタル犯罪ハ概ネ此作爲ノ犯罪ニ非サルハ無シ又例ハ刑法カ自己ノ所有地内ニ老者幼者ノ遺棄セラレタル者アラハ之ヲ扶助シ又ハ官署ニ申告スヘシト命令セルニ其命令ニ従ハス坐視傍觀シテ扶助又ハ申告ヲ爲ササルカ如キ又刑法カ父母祖父母ヲ奉養スヘシト命令セルニ其命令ニ従ハス奉養ヲ缺キタルカ如キハ是レ自ラ其事項ヲ爲サ

サルニ因リテ罪ヲ爲スモノニシテ所謂ル不作爲ノ犯罪タリ然レトモ不作爲ノ犯罪ハ刑法ノ規則中之ヲ見ルコト甚タ拙ク此二例ノ外ハ殆ント之ヲ見ス元來不作爲ノ犯罪ハ爲スヘキ事項ヲ爲サ、ルモノナルヲ以テ一見或ハ毫モ社會ニ表白シタル行爲ニ非サルカ如シ凡ソ何事モ我レ之ヲ行フニ因リ始メテ之ヲ行フタル痕迹ヲ社會ニ印スルモノニシテ我ニ於テ何ノ行フ所ナクハ社會ニ其痕迹ヲ見ルノ理ナシ故ニ作爲ノ犯罪ハ常ニ必ス社會ニ表白スルモノタリト雖モ不作爲ノ犯罪ハ殆ント社會ニ其痕迹ナク之ヲ社會ニ表白シタルモノト云フ可カラサルカ如シ然リト雖モ是レ唯々觀察ノ方法ヲ異ニスルノミ不作爲ノ犯罪ハ犯人ニ就テ之ヲ觀レハ其ノ何事ヲモ爲サ、ルニ因リ社會ニ表白スルモノ無キニ似タリト雖モ其事項其モノヨリ觀レハ犯人カ之ヲ爲サ、リシ行爲アルコト顯然タリ前例ニ示スカ如ク予ノ所有地内ニ老者幼者ノ遺棄セラレタル者アル場合ニ於テ予之ヲ扶助セス官署ニ申告セサルトキハ其老者幼者ハ依然トシテ予ノ所有地内ニ

存在スヘク其存在スルハ即チ予カ爲スヘキノ事項ヲ爲サ、ル痕迹ニシテ其事實ハ社會ニ表白スヘシ尊屬親ニ對スル奉養ヲ缺ク場合モ亦同シク其尊屬親カ飢渴ニ困シム事實ハ即チ不作爲ノ犯罪ノ痕迹ナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ不作爲ノ犯罪ト雖モ常ニ社會ニ表白シ社會ニ關係ヲ有スルコトハ作爲ノ犯罪ト些少ノ異ナル所アラズ即チ作爲ノ犯罪ト不作爲ノ犯罪トハ其性質ニ於テ多少ノ相異アリト雖モ其ノ社會ニ表白シテ法律ノ禁制又ハ命令シタル事項ニ違反スル行爲ナルコトハ二者全ク同一ナリ

以上三要件ハ總テノ犯罪ヲ構成スル必要原素ナリ佛國刑法學者カロー氏ハ此他別ニ一要件ヲ加ヘ權利ノ執行ニ屬セサル行爲ナルコトヲ要スト云ヘリ然レトモ此條件ノ不必要ナルコトハ多辯ヲ竣タス上來論述セル如ク人ハ自由ナルヲ原則トシ唯々法律ノ禁制又ハ命令ノ範圍内ニ於テ進止ス可キノミ故ニ其進止ス可キ場合ニ於テ進止セサレハ茲ニ犯罪ヲ構成スルモノニシテ其範圍以外ニ於テハ人ハ依然自由ノ權利アリ其權利ヲ執行セ

シ場合ニ於テ犯罪ヲ構成スルノ理ナシ日本及ヒ佛國ノ刑法ニ於テモ其ニ
 正當防衛ノ規定アリ又本屬長官ノ命令ニ因ル職務ノ執行ハ罪ト爲ラスト
 ノ規定アリ此規定ニ依リ殺人其他犯罪ノ外形アル行爲ヲ爲シ得ルモ此等
 ノ行爲ハ人ノ權利ノ執行ニ屬スルヲ以テ犯罪ト爲ラスカロー氏ノ要件ハ
 此等ノ場合ヲ指稱スルノ意ナルヘシ然レトモ正當防衛ハ法律力爲スヘ
 シト命令セルモノニシテ本屬長官ノ命令ニ因ル職務ノ執行モ亦法律ノ命
 令ニ從フ行爲ニ外ナラス而シテ法律ノ命令ニ從フ行爲カ犯罪ト爲ラサル
 ハ當然ニシテ特ニ之ヲ以テ一條件トナスノ必要ナシ
 論者或ハ定義中ニ犯人ノ意思ヲ擧ケ之ヲ犯罪ノ要件ト爲ス者アリ總テ禁
 制命令ニ違反スル行爲ハ單ニ其違反セシ事實ノミヲ以テ足レリトナス可
 キニ非ラス必ス其違反スル意思アルコトヲ要ス若シ夫レ罪ヲ犯ス意ナキ
 ノ所爲ハ罪ト爲ラスト云フニ非ラスヤト是レ犯人ノ責任ト犯罪ノ構成ト
 ナ混同セルモノニシテ探ルニ足ラサル論ナリ蓋シ犯罪ハ一ノ事實ニシテ

法律ノ設ケタル疆界線ヲ超ユルニ於テ成立スル所ノモノナリ其之ヲ超ヘ
 タル人ノ何人タルヤハ措テ問フ所ニ非ス犯罪一旦成立シタル後其犯人ノ
 責任ヲ論スルニ當リテ意思ノ問題ヲ生ス若シ其犯人ニシテ自由ノ意思ナ
 カリシトキハ其責任ナシト云フニ過キス即チ人ニ關スルモノト事實ニ關
 スルモノトハ嚴ニ之カ區別ヲ爲スヘシ犯罪ノ定義ハ單ニ犯罪ノ事實ヲ問
 フモノニシテ意思即チ人ニ關スルモノハ措テ問フ所ニ非ス然ルニ之ヲ以
 テ定義中ニ加ヘントスルハ是レ寧ロ犯罪ノ定義其モノ、範圍ヲ詳悉セザ
 ルノ過ニ坐スルノミ

第二章 犯罪ノ區別

第一節 犯罪輕重ノ區別

刑法ニ於テ重罪、輕罪、違警罪ノ區別ヲ設ケタリ此區別ハ唯々名稱ノ區別ニ過キスシテ其ノ孰レヲ重罪ト云ヒ孰レヲ輕罪ト云ヒ又孰レヲ違警罪ト云フカ其定義ニ至リテハ刑法一言ノ之ニ及フコト無シ唯々重罪ノ刑ヲ科スヘキ罪ヲ名ケテ重罪ト云ヒ輕罪ノ刑ヲ科スヘキ罪ヲ名ケテ輕罪ト云ヒ又違警罪ノ刑ヲ科スヘキ罪ヲ名ケテ違警罪ト云フノミ故ニ犯罪ノ輕重ヲ知ルニハ必ス先ツ刑罰ノ輕重ヲ見サルヘカラサルナリ然ラハ即チ刑法ハ何故ニ三種ノ區別ヲ設ケテ而シテ其定義ヲ下スコトヲ爲サ、リシヤ蓋シ三種ノ犯罪ニ付一々之カ定義ヲ下スハ實際困難ナルノミナラス又其必要ヲ見サルニ因リテナリ若シ各種ノ罪質ニ付之カ定義ヲ下ストセハ到底僅少

ノ文辭ヲ以テ總テノ犯罪ノ性質ヲ明示スルコト能ハサルカ故ニ必スヤ刑法ノ各本條ニ規定スル所ノモノヲ採リ重罪ノ刑ヲ以テ罰スヘキモノノ輕罪ノ刑ヲ以テ罰スヘキモノ又違警罪ノ刑ヲ以テ罰スヘキモノノ事實ヲ列舉シテ是レ重罪ナリ是レ輕罪ナリ又是レ違警罪ナリト云フノ外ナシ果シテ然ラハ則チ各本條ニ規定スル所ノモノト何ソノ擇フ所アラシヤ只疎密ノ差アルノミ各國刑法ニ於テモ未タ曾テ此定義ヲ下シタルモノナキハ畢竟定義ヲ下スノ困難ナルニ職山セスンハ非サルナリ然レトモ假令如何ナル困難アリトスルモ實際ノ必要上之ヲ下サ、ル可カラザルモノアレハ或ハ之ヲ下タスコトヲ得サルニ非サルヘシ然ルニ實際ニ於テハ全シ此ノ如キ困難ナル定義ヲ下スノ必要アルヲ見サルナリ蓋シ犯罪ノ輕重ヲ知ルニハ刑罰ノ輕重ニ依ル可シトスレハ其ノ重罪タリ輕罪タリ又違警罪タルヲ見ルニハ各本條ノ規定ヲ一讀スレハ則チ可ナリ例ヘハ各本條ニ於テ人ヲ殺ス者ハ無期徒刑ニ處ストノ規定アレハ無期徒刑ハ重罪ノ刑ナルヲ以テ殺

人罪ハ是レ重罪ナルコトヲ知ルヘク又人ノ所有物ヲ竊取スル者ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處ストノ規定アレハ重禁錮ハ輕罪ノ刑ナルヲ以テ竊盜罪ハ是レ輕罪ナルコトヲ知ルヘク違警罪ニ付テモ亦同シ故ニ刑法ニ於テ各種ノ犯罪ニ付一々之カ定義ヲ下スコト無キモ裁判官ハ各本條ノ規定ニ照シテ容易ニ各犯罪ノ性質ヲ知ルコトヲ得ヘシ是レ其定義ヲ下スノ必要ナシトスル所以ナリ

刑法ニ於テハ原則上重罪ノ刑ヲ科スヘキモノヲ以テ重罪トシ輕罪又ハ違警罪ノ刑ヲ科スヘキモノヲ以テ輕罪又ハ違警罪ト爲スモ此刑罰ハ屢減輕スルコトアルニ因リ減輕ノ結果重罪ノ刑ヲ科スヘキ犯罪ニ對シテ輕罪ノ刑ヲ科スルコトアリ例ヘハ毆打致死罪ハ重罪ノ刑ヲ以テ罰ス可キ重罪ナリ然ルニ重罪ノ刑ヲ減輕シテ之ニ科スルニ輕罪ノ刑ヲ以テスルコトアリ若シ刑法ノ原則ニ照シテ之ヲ論セハ此場合ニ於テハ毆打致死罪ハ輕罪ノ刑ヲ科スルニ因リ輕罪ナリト云フ可シ此ノ如ク犯罪ノ本質素ト重罪ノ刑

ヲ科スヘキモノヲ減輕シテ輕罪ノ刑ヲ科シタルトキハ其犯罪ヲ以テ重罪ナリトス可キ歟將タ輕罪ナリトス可キ歟此問題ハ後日更ラニ深ク研究スルノ時アルヲ以テ唯茲ニ一言スルニ止マラシム

此問題ヲ決定スルニハ刑法第九十九條ノ規定ニ依ルヲ要ス該條ノ規定ニ依レハ「……同時ニ本刑ヲ加重減輕ス可キ時ハ左ノ順序ニ從テ其刑名ヲ定ム但從犯及ヒ未遂犯罪ノ減等……ハ其加減シタル者ヲ以テ本刑ト爲ストアリ其所謂「順序」ハ一「再犯加重」二「宥恕減輕」三「自首減輕」四「酌量減輕」ト爲セリ此規則ハ本來刑罰ノ加減順序ヲ定メシモノニシテ本問ノ爲メニ設ケタルモノニ非ス法文ニハ「同時ニ本刑ヲ加重減輕ス可キ時」云々トアリ而シテ本問ハ只減輕ノ場合ノミニ係レリ然レトモ減輕ノミノ場合ニ於テモ刑法ノ精神ヲ知ルコトハ決シテ難キニ非ラサルナリ即チ加重ノ事ヲ措キ減輕ノミニ付テ該條ヲ見レハ該條ハ本刑ヲ減輕スレハ其減輕セルモノニ依リ刑名ヲ定ム云々トノ規則タリ隨テ宥恕減輕ニ依リ重罪ノ刑ヲ減輕シテ輕罪

ノ刑ト爲セシ場合其他自首又ハ酌量ニ依リ減輕セル場合ニ於テモ總テ其減輕セシ刑名ヲ以テ本刑ト爲ス者ニ非ス之ヲ換言スレハ刑法ノ各本條ニ於テ重罪ノ刑ヲ以テ罰ス可シト規定シタル犯罪ハ重罪ノ刑カ則チ其本刑ニシテ之ヲ減輕シテ輕罪ノ刑ヲ科スルモ是レ唯タ重罪タル犯罪ニ輕罪ノ刑ヲ科スト云フニ過キスシテ決シテ重罪タル犯罪カ一變シテ輕罪タル犯罪ト爲リシモノト云フ可キニ非ラサルナリ犯罪ノ性質ハ一旦各本條ニ於テ之ヲ規定シ再タヒ之ヲ變更スルコトヲ許サス唯タ減等ノ結果ニ因リテ之ニ科スル刑罰ノミ變更シ重罪ノ刑カ變更シテ輕罪ノ刑トナリ輕罪ノ刑變更シテ違警罪ノ刑ト爲ルニ過キス但從犯又ハ未遂犯ノ場合ニ於テハ初メヨリ本刑ヲ有セスシテ未遂犯ハ既遂犯ニ準シ從犯ハ正犯ニ準シテ減輕スルモノナレハ其減輕セル刑カ即チ本刑ト爲ルナリ故ニ本來重罪タル犯罪モ其從犯又ハ未遂犯タルカ爲メニ減輕シテ輕罪ノ刑ヲ科セシトキハ是レ其從犯未遂犯ハ重罪ニ非スシテ輕罪ナリ

佛國刑法ニ於テハ我刑法第九十九條ノ如キ規定ナシ故ニ論者ハ減輕ノ場合ヲ二別シ法律上ノ減輕ハ犯罪ノ性質ヲ變更シ裁判上ノ減輕ハ犯罪ノ性質ヲ變更セサルモノト爲セリ法律上ノ減輕トハ法律カ裁判官ニ對シテ減輕ノ命令ヲ爲シ裁判官ハ義務トシテ減輕セサルヲ得サル場合ヲ云フ宥恕減輕及ヒ自首減輕即チ是ナリ裁判上ノ減輕トハ法律カ裁判官ニ減輕ノ權利ヲ賦與セシモノニシテ裁判官ハ減輕ヲ爲スト爲サ、ルノ自由アル場合ヲ云フ酌量減輕即チ是ナリ我日本刑法ヲ説ク者モ亦動モスレハ此解釋ニ雷同スル者ナキニ非ラス是レ甚タシキ誤謬ナリト謂フ可シ

是ヨリ立法論ニ入り現行刑法ノ爲シタル重罪輕罪及ヒ違警罪ノ區別ハ果シテ之ヲ設クルノ必要アルヤ否ヤニ付論究スル所アラム蓋シ違警罪ハ犯罪中稍特殊ノ性質ヲ有スルモノナルヲ以テ刑法ノ規定ニ於テ此罪質ヲ設クルハ最モ必要ニシテ何人モ之ヲ非難セスト雖トモ重罪ト輕罪トハ其性質全ク同一ニシテ殆ント之カ區別ヲ爲スノ理由ヲ知ルニ困シム

現今各國ニ行ハル、刑法ヲ見ルニ我現行法ノ如ク犯罪ノ種類ヲ三別シテ重罪輕罪及ヒ違警罪ト爲シタル刑法ヲ用ユルモノハ佛獨伊其他佛法系ノ諸國ニ屬シ又重罪輕罪ノ區別ヲ廢シ唯タ犯罪ト違警罪トノ二種ト爲シタル刑法ヲ行フモノハ和蘭ナリ我邦ノ改正刑法草案ハ和蘭刑法ノ主義ヲ採リ現行法ニ於ケル重罪輕罪ノ區別ヲ廢シテ單ニ之ヲ重罪トシ其ノ違警罪ヲ改メテ輕罪トセリ故ニ此草案ハ重罪ト輕罪ノ名稱ハ舊ニ依リテ之ヲ襲用セルモ其ノ所謂重罪ハ現行法ノ重罪輕罪トテ混同シ其ノ所謂輕罪ハ現行法ノ違警罪ノ別名ニ過キス蓋シ現行法ノ區別ハ學理上毫モ根據ナキ區別タルノミナラス實際上亦其區別ノ必要ヲ認メサルナリ以下第一學理上ヨリ第二實際上ヨリ其區別ノ不必要ナル所以ヲ説カン

第一 學理上ヨリ之ヲ論セムニ刑法カ重罪輕罪ヲ區別スルニ當リテハ如何ナル標準ヲ取リテ以テ此區別ヲ爲セシヤ此問題ヲ研究スレハ刑法ノ區別ハ殆ント其理由ナキコトヲ知ルヲ得ン先ツ其區別ノ標準トシテ假リニ

二三ヲ想像スヘシ

(一) 刑法ハ犯罪ノ目的ヲ標準トシテ重罪、輕罪ノ區別ヲ爲スコトヲ得即チ或ハ財産ニ對スル犯罪ハ皆之ヲ輕罪ナリトシ生命、身體ニ對スル犯罪ハ皆之ヲ重罪ナリトスルヲ得ヘシ蓋シ財産ハ之ヲ生命、身體ニ比スレハ甚ク重要ナラサルモノナルヲ以テ之ニ對スル危害ハ生命、身體ニ對スル危害ヨリモ小ナリ生命、身體ニ對スル危害ハ財産ニ對スル危害ヨリモ大ナリト云フコトヲ得可シ現行刑法ハ果シテ此標準ヲ取リシヤ曰ク然ラス現行刑法ノ規定ヲ見ルニ或ハ財産ニ對スル犯罪中ニ重罪ノ規定アリ又輕罪ノ規定アリ又生命、身體ニ對スル犯罪中ニモ重罪ノ規定アリ輕罪ノ規定アリ然ラハ則チ我現行刑法ハ人ノ生命、身體ヲ重シ財産ヲ輕シテ重罪、輕罪ノ區別ヲ設ケシニ非サルコト明確ナリ

(二) 刑法ハ被害者ノ損害ヲ標準トシテ重罪、輕罪ノ區別ヲ爲スコトヲ得即チ被害者ノ被ムリタル損害大ナルトキハ其財産ニ對スルト身體、生命ニ對ス

ルトヲ問ハス之レヲ以テ重罪ナリト爲シ又被害者ノ被ムリタル損害小ナルトキハ亦常ニ之レヲ以テ輕罪ナリト爲スコトヲ得ヘシ現行刑法ノ義ハ甚ク複雑ナルヲ以テ或ハ被害者ノ損害ノ程度ヲ標準トシテ罪ノ輕重ヲ定メタルモノアリ或ハ被害者ノ損害ハ全ク之ヲ顧ミスシテ罪ノ輕重ヲ定メタルモノアリ故ニ現行刑法ハ被害者ノ損害大ナルカ故ニ必スシモ重罪ナリト爲スニ非ス又被害者ノ損害小ナルカ故ニ必スシモ輕罪ナリト爲スニ非ス蓋シ被害者ノ損害ノミヲ以テ犯罪ノ輕重ヲ定ムルノ標準ト爲セハ或ハ古代ニ行ハレタリシ復讐主義ヲ再演スルノ恐アルニ因リ絶對ニ此標準ヲ取ルヘキニ非スト爲セシナリ古代ノ刑法ニ於テハ全ク損害ノ程度ニ依リテ以テ刑罰ヲ定メタルモノアリ例ヘハ人ノ一指ヲ折レハ其罰モ亦一指ヲ折リ人ノ一目ヲ瞎セハ其罰モ亦一目ヲ瞎ス是レ損害ト刑罰トハ全ク相匹敵セサル可カラストシテ刑罰ヲ以テ一ノ復讐手段ト爲セシニ出ツ現行刑法ハ多少此復讐主義ノ趣旨ヲ採ラサルニモ非ス例ヘハ不法監禁罪ノ場

合ニ於ケル如ク又毆打創傷罪ノ場合ニ於ケルカ如シ不法監禁罪ニ於テハ
 監禁ノ日數十日ヲ超ユル毎ニ刑一等ヲ加フト爲セリ故ニ監禁ノ日數長キ
 ニ應シ其刑モ亦重ク恰モ損害ノ程度ニ應シテ刑罰ノ輕重ヲ定ムルカ如キ
 ナリ毆打創傷罪ニ於テモ亦然リ單純ノ毆打ハ違警罪ヲ以テ罰シ毆打創傷
 シテ疾病休業ニ至ラサルモノハ輕罪ノ輕キ刑ヲ以テ罰シ又創傷シテ二十
 日以上ノ疾病休業ニ至リタル者ハ輕罪ノ重キ刑ヲ以テ罰シ若シ夫レ人ノ
 一目ヲ瞎シ四肢ヲ折リ其他廢篤疾ニ致シタルモノハ重罪ノ刑ヲ以テ罰シ
 殊ニ死ニ致シタルモノハ更ニ重キ刑ヲ以テ罰ストノ規定ヲ設クタリ此等
 ノ規定ハ全ク被害者ノ損害ノ程度ヲ標準トシテ罪ノ輕重ヲ定メタルモノ
 ニシテ其主旨殆ント古代ノ復讐主義ヲ採リタルモノト謂ハサルヲ得ス然
 レトモ現行刑法ハ亦常ニ此主義ヲ執リ此主義ニ依リテ以テ罪ノ輕重ヲ定
 ムルコトヲ爲スヲ欲セス或場合ニ於テハ被害者ノ損害ノ程度ハ全ク之ヲ
 顧ミスシテ社會一般ノ危害ノ程度ヲ以テ罪ノ輕重ヲ定ムルノ標準ト爲セ

ル規定アリ例ヘハ未遂犯ノ如キ是ナリ未遂犯ハ被害者ノ損害ノ程度ヲ標
 準トシテ之ヲ規定シタルモノニ非ス被害者ハ犯罪ニ因リテ何等ノ損害ヲ
 モ受クルコト無キ場合ニ方テモ亦之ヲ罰スルコトヲ得ル規定ナルヲ以テ
 其ノ被害者ノ損害ノ程度ヲ顧ミサルモノナルコトハ多辯ヲ要セス例ヘハ
 短銃ヲ執テ人ヲ狙撃シタルニ誤テ命中セス此場合ニ於テ殺人未遂罪アル
 コトハ何人モ疑ヲ容シサル所ナリ然ルニ被害者ヲ顧ミレハ何ノ負傷ナシ
 何ノ損害ナシ假リニ一步ヲ進メテ被害者ハ此狙撃ノ爲メニ負傷セリトス
 ルモ刑法ハ尙ホ殺人未遂罪ヲ以テ之ヲ論スルナリ然レトモ被害者ハ死セ
 ス僅ニ負傷スルノミ若シ夫レ損害ノ程度ヲ以テ罪ノ輕重ヲ定ムルノ原則
 ヲ貫徹セハ被害者カ微傷タモ負ハサル場合ニ於テ殺人未遂罪アリトシテ
 其刑ヲ科スルノ理由ナシ又被害者カ僅ニ負傷シタル場合ニ於テモ殺人未
 遂罪ヲ以テ之ヲ罰スルノ理由ナシ然ラハ則チ現行刑法ハ或ハ被害者ノ損
 害ノ程度ヲ標準トシテ罪ノ輕重ヲ定ムルコトアリ或ハ社會ノ危害ノ程度

ヲ標準トシテ罪ノ輕重ヲ定ムルコトアリ到底一原則ヲ以テ刑法全部ノ規定ヲ支配セルモノニ非サルコトハ之ヲ知ルニ難カラス此故ニ現行刑法ハ重罪輕罪ノ區別ヲ爲スニ方リテ必スシモ被害者ノ損害ノ輕重ヲ標準トセシモノニ非ス又必スシモ社會ノ危害ノ輕重ヲ標準トセシモノニ非ス然ラハ則チ第三ノ假想ニ依ル歟

(三)犯罪ニ二種アリ或ハ被害者ノ告訴ヲ俟タスシテ其公訴ヲ提起スヘキ犯罪アリ或ハ被害者又ハ其親屬ノ告訴ヲ待テ始メテ其公訴ヲ提起スヘキ犯罪アリ此被害者又ハ其親屬ノ告訴ヲ待テ公訴ヲ提起スヘキ種類ニ屬スル犯罪ヲ名ケテ親告罪ト云フ親告罪ハ如何ナル場合ニ於テモ被害者又ハ其親屬ノ告訴ヲキニ於テハ假令檢察事又ハ警察官ニ於テ犯罪アルコトヲ目撃スルモ自ラ進ンテ之カ告訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノナリ去レハ親告罪ノ種類ニ屬スル犯罪ハ全ク一個人ノ私權ニ屬スル犯罪ナリト看做スヘキモノナリ一個人ハ其私權ニ付之ヲ處分スル權利アリ自己ノ財産ハ之ヲ

賣却シ拋棄シ又ハ毀壞スルコトヲ得何人モ之ニ干涉スルヲ得ス又人ニ對シテ債權ヲ有スル者ハ其債權ヲ請求スルト否ラサルノ自由權ヲ有シ何人モ之ニ干涉スルヲ得ス而シテ親告罪モ亦殆ント此私權ノ執行ト異ナル所ナキナリ被害者ニ於テ犯罪トシテ之ヲ罰セント欲セハ之ヲ告訴スヘク被害者ニ於テ之ヲ罰スルコトヲ欲セサレハ之ヲ告訴セサルヘシ即チ告訴スルト否トハ一ニ被害者ノ一身ニ專屬シテ何人モ此被害者ノ權利ヲ動カスコトヲ得ス而シテ被害者ノ告訴ナクハ檢察事モ亦公訴ヲ提起スルコトヲ得ストセハ被害者ハ此犯罪ニ付殆ント刑罰權ヲ有スト云フモ決シテ過言ニ非ス故ニ親告罪ノ種類ニ屬スル犯罪ハ若シ英法ノ語ヲ假リテ之ヲ説明スルコトヲ許サハ之ヲ名ケテ私犯ト云フモ可ナラン其他ノ犯罪ハ之ニ反シ總テ社會ノ公益ヲ害スル性質ヲ有スルモノナリト看做サレタル所ノモノナルカ故ニ社會ハ檢察事ト稱スル原告官ヲ置キ進ンテ此犯罪ヲ訴ヘ之ヲ罰セントコトヲ欲ス檢察事力之ヲ訴フルノ權限ヲ有スルハ是レ社會一般ニ代

ハリテ訴ノ權利ヲ行フモノナルカ故ニ檢事カ犯罪ニ對シテ起ス所ノ訴ハ之ヲ名ケテ公訴ト謂フ蓋シ檢事ノ訴ハ檢事一己ノ訴ニ非スシテ社會一般ノ代表者トシテ起ス訴ナレハナリ私ノ訴ニ非スシテ公ノ訴ナレハナリ夫レ親告罪ハ一個人ノ私益ヲ保護スルカ爲メニ之ヲ設ク其他ノ犯罪ハ社會ノ公益ヲ保護スルカ爲メニ之ヲ設クタルモノナレハ一個人ノ私益ハ小ニシテ社會ノ公益ハ大ナルヲ以テ一個人ノ私益ニ關スル犯罪ハ其性質ノ如何ニ拘ハラズ盡ク之ヲ以テ輕罪ナリト爲スコトヲ得ヘク而シテ社會ノ公益ニ關スル犯罪ハ是レ亦其性質ノ如何ニ拘ハラズ盡ク之ヲ以テ重罪ト爲スコトヲ得ヘキナリ然ルニ現行刑法ノ規定ヲ觀レハ親告罪ノ中ニモ輕罪アリ又重罪アリ強姦罪ハ親告罪ニシテ重罪ノ刑ヲ以テ罰ス而シテ其他ノ犯罪中ニモ重罪アリ又輕罪アリ是ニ於テ乎現行刑法ハ此公益ノ犯罪ト私益ノ犯罪トヲ標準トシテ以テ重罪輕罪ノ區別ヲ爲セルモノニ非スト斷言シテ不可ナル所ナシ

論シテ茲ニ至レハ現行刑法ハ第一ノ假想ニ依リシモノニ非ス第二ノ假想ニ依リシモノニ非ス又第三ノ假想ニ依リシモノニ非ス果シテ然ラハ現行刑法ノ區別ハ如何ナル標準ニ依リシヤ是レ余輩カ想像ノ及フ所ニ非ス故ニ現行刑法ノ區別ハ理論上何等ノ根據ナキモノナリト宣告スルニ彼ハ上訴ノ途ヲ有セザルヘシ

第二 實際上ヨリ論スルモ亦此區別ノ無益タルコトヲ主張スルヲ得ヘシ管ニ無益ナルノミナラス却テ有害ト爲ルヘキ場合アリ蓋シ現行刑法カ重罪ト輕罪トヲ區別スルノ目的ハ重罪ニ對シテハ重罪ノ刑ヲ科シ輕罪ニ對シテハ輕罪ノ刑ヲ科セント欲スルニ在リ即チ重罪ニハ重キ刑ヲ科シテ犯人ノ苦痛ヲ多クシ且長クセント欲シ輕罪ニハ輕キ刑ヲ科シテ犯人ノ苦痛ヲ少クシ且短クセント欲スルニ在リ故ニ重罪ノ刑ト云ヒ輕罪ノ刑ト云フモ其執行ノ方法ニ於テ苦痛ノ程度ヲ異ニスルニ非サレハ其區別モ亦全ク徒法トナランノミ今現行刑法ノ規定ヲ見ルニ重罪ノ主刑ハ第七條ニ

規定ス其數九種アリ輕罪ノ主刑ハ第八條ニ規定ス其數三種アリ第七條ニ於ケル九種ノ刑ニ付テハ一々其執行方法ノ規定アリ死刑ノ執行方法ニ付テハ暫ラク之ヲ措キ無期徒刑以下ニ付テ其執行方法ノ如何ヲ見ムニ第十七條ニ徒刑ハ無期有期ヲ分タス島地ニ發遣シ定役ニ服ス……云々トアリ監獄則ハ果シテ此規定ニ基キ實際島地ニ發遣スル乎現行監獄則ハ監獄ヲ大別シテ二種ト爲シ徒刑流刑及舊法懲役終身ニ處セラレタル囚徒ヲ置クヘキ監獄ヲ集治監ト云ヒ其數全國ニ五個所アリ又拘留以上懲役以下ノ囚徒ヲ置クヘキ監獄ヲ地方監獄ト云ヒ其數各府縣ニ一個所ナリ而シテ其他ニ於テ徒刑囚ヲ發遣スヘキ島地ノ獄監ナルモノ無シ往時ハ八丈島小笠原島ニ囚徒ヲ發遣セシコトアリシモ此等ノ島地ハ近來文化大ニ開ク復囚徒ヲ發遣スルニ適セス故ニ刑法ノ規定ハ全ク徒法ト爲リ了レリ是レ管ニ徒刑ニ於テノミ然ルニアラス重懲役輕懲役ノ執行方法モ亦刑法ニ規定スル所ノモノニ同シカラス實際ノ執行方ヲ觀レハ唯々拘禁ノ場所ヲ異ニシ

其期間ノ長短ヲ異ニスルニ止マリ決シテ多種ノ執行方法アルニ非サルナリ且夫レ重罪ノ刑ト輕罪ノ刑ハ其名稱ニ於テモ異ナレハ又其性質ニ於テモ亦異ナリ重罪刑ノ最モ輕キハ輕懲役ニシテ輕罪刑ノ最モ重キモノハ重禁錮ナリ現行刑法ノ規定ニ依レハ二者ノ執行方法ハ全ク之ヲ異ニセサル可カラス第二十二條ニ懲役ハ内地ノ懲役場ニ入レ定役ニ服ス……云々トアリ而シテ第二十四條ニ禁錮ハ禁錮場ニ留置シ重禁錮ハ定役ニ服シ……云々トアリ此法文ニ因レハ懲役囚ハ懲役場ニ禁錮囚ハ禁錮場ニ入ル可キモノニシテ留置ノ場所相異ナラサルヘカラス然ルニ其實ヲ見レハ二者共ニ同シク地方監獄ニ留置スルニ過キス殊ニ其服役ノ方法モ亦二者殆ト共通ノモノナリ故ニ二者ハ其名稱ニ於テ異ナル所アリト雖モ實際ハ全ク同一ナリ世人或ハ曰ハム懲役ハ刑期長ク六年以上十一年以下ニシテ禁錮ハ刑期短ク十一日以上五年以下ナリ刑期ノ長短大ニ異ナルニ非ラスヤト然レトモ是レ亦必スシモ然ラサルナリ懲役ノ最モ輕キハ六年ニシテ而シテ

禁錮ノ最モ重キハ七年ニ至ルコトヲ得第七十條 即チ重罪ノ刑ハ輕クシテ輕罪ノ刑ハ却テ重キコトアリ此ノ如キ奇觀ヲ呈シテモ尙ホ重罪輕罪ヲ區別スルノ必要アリトナス乎此區別ノ必要ナキコト益明確ナリ更ニ一步ヲ進メテ重罪輕罪ノ區別ヨリ生スル弊害ニ付キ一言セシニ實際上刑罰ノ不權衡ヲ生スルコトアリ凡ソ社會ノ危害小ナル場合ニ於テハ輕キ刑罰ヲ科セサル可カラズ社會ノ危害大ナル場合ニ於テハ重キ刑罰ヲ科セサル可カラサルナリ然ルニ重罪輕罪ヲ區別シタルカ爲ニ實際重罪ノ刑ヲ科スルニ足ラサル犯罪ニ對シテ重罪ノ刑ヲ科スルコトアリ又實際重罪ノ刑ヲ科スルモ尙ホ輕キニ失スル犯罪ニ對シテ輕罪ノ刑ヲ科スルコトアリ例ヘハ官文書ノ一文字ヲ變造スル行爲ト十萬圓ノ借用證書ヲ偽造スル行爲トハ其情ニ於テ前者ノ輕クシテ後者ノ重キヲ知ル然レトモ今日ノ刑法ニ於テハ前者ハ重罪ノ刑ニ處セラレサル可カラズシテ而シテ後者ハ輕罪ノ刑ニ處セラレルヲ以テ足レリトス又半錢銅貨ヲ以テ二十錢銀貨ヲ偽造スルノ所

爲ト詐欺賭博ノ方法ヲ以テ數千圓ノ財物ヲ騙取スルノ所爲ハ其情ニ於テ前者ハ輕クシテ後者ハ重シ然レトモ刑法ハ前者ヲ罰スルニ重罪ノ刑ヲ以テシ後者ヲ罰スルニ輕罪ノ刑ヲ以テス近年政府ニ於テ通貨及證券摸造取締法ヲ設ケタルハ畢竟此不權衡ヲ認メ之ヲ醫セントスルノ目的ニ外ナラス(明治二十八年法律第二十八號)然レトモ偽造貨幣ト摸造紙幣ハ只其製作ノ巧拙ヲ異ニスルノミニシテ其眞紙幣ノ摸擬タルヤ同一ナリ然ルニ一方ニ於テハ刑法ノ偽造罪ヲ設ケ又他ノ一方ニ於テハ摸造紙幣ノ刑ヲ定ム是レ明ニ刑法一部ノ威信ヲ失墜セシノ確證ニアラスシテ何ソヤ又人ヲ脅迫シテ一圓ヲ強取スルノ所爲ト土藏ヲ破壞シテ數萬ノ古金銀貨ヲ竊取スルノ所爲モ亦其情ニ於テ前者輕ク後者重シトス然レトモ刑法ハ重罪ノ刑ヲ以テ前者ヲ罰シ輕罪ノ刑ヲ以テ後者ヲ罰スルコトヲ爲ス凡此類ノ例證ハ實ニ枚擧ニ遑アラス此ノ如ク犯罪ノ事實ト刑罰トノ權衡其ノ宜シキヲ得サルニ至ルハ畢竟重罪輕罪ノ區別アルニ因ル

注意 現行刑法ニ於テ重罪輕罪ヲ區別シタルニ付實際加何ナル利益アル

一 訴訟手續ニ付差異アリ 重罪事件ニ付テハ必ス豫審ヲ要ス是レ一般ノ原則ナリ然レトモ例外ナキニアラス之レニ反シ輕罪事件ニ付テハ其輕重難易ニ因リ或ハ豫審ヲ要スルモノアリ或ハ之レヲ要セサルモノアリ又違警罪ニ付テハ決シテ豫審ヲ要スルコトナシ公判手續ニ付テモ亦差異アリ即チ重罪事件ニ付テハ公判判事ハ公判ヲ開クニ先チ受命判事ヲシテ之レカ下調ヲ爲サシメサルヘカラス又必ス辯護士ヲ附セサル可カラス輕罪事件ニ付テハ此ノ如ク下調ヲ爲スノ必要ナク又辯護士ヲ附スルハ被告人ノ自由ニ任ス

二 再罪加重ニ付差異アリ 先ニ重罪ノ刑ニ處セラレタルモノ再犯重罪輕罪ニ該ルカ或ハ先ニ輕罪ノ刑ニ處セラレタルモノ再犯輕罪ニ該ルトキハ再犯加重トシテ一等ヲ加フ之レニ反シ先ニ輕罪ノ刑ニ處セラレタルモノ

ノ再犯重罪又ハ違警罪ニ該ルカ或ハ先ニ重罪ノ刑ニ處セラレタルモノ再犯違警罪ニ該ルモ決シテ再犯加重ノ例ヲ用ヒス又違警罪ニ付テハ一年內ニ同一裁判所ノ管轄内ニ於テ再ヒ違警罪ヲ犯シタルトキニ非ラサレハ再犯ヲ以テ論スルコトナシ(第九十一條乃至第九十三條)

三 時効ノ期間ニ付差異アリ 公訴ノ時効ハ重罪ニ付キテハ十年輕罪ニ付テハ三年違警罪ニ付テハ六ヶ月ナリ(刑事訴訟法第八條)又刑ノ時効ハ重罪ニ付テハ十年乃至三十年輕罪ハ七年違警罪ハ一年ナリ(刑法第五十九條)

第二節 犯罪成立上ノ區別

犯罪ノ成立ニ付テハ其成立ノ狀態異ナルニ從ヒ解釋上種々ノ名稱アリ即時犯繼續犯未遂犯既遂犯等ノ名稱即チ是ナリ其他或ハ單行犯慣行犯ノ名稱ヲ有スル犯罪アレトモ日本刑法ニ於テハ此名稱ニ相當スル犯罪ナシ又解釋上連續犯ト稱スヘキモノアリ此名稱ハ犯罪成立ノ狀態ヲ指示セルモ

ノニ非スシテ唯タ罪數ノ重複セルモノヲ指示スルモノナレハ罪名トシテ之ヲ揭クルノ必要ナシ其他又罪人ノ責任上ヨリ下シタル名稱アリ正犯從犯ノ區別即チ是ナリ次ニ犯罪發覺ノ狀態ニ付キ法律上ノ名稱ヲ下シタル者アリ現行犯非現行犯又ハ付帶犯即チ是ナリ此等ハ刑事訴訟上ノ區別ニ係ルヲ以テ茲ニ之ヲ論セス此外刑法ニ於テ犯罪ノ目的上ヨリ設ケタル名稱アリ國事犯常事犯即チ是ナリ然レトモ若シ犯罪ノ目的上ヨリ罪名ノ區別ヲ爲ストキハ凡ソ各本條ニ規定セル總テノ犯罪ハ皆特別ノ目的ヲ有スルモノナルニ因リ獨リ國事犯ト常事犯トノ區別ノミナラス各本條ニ於ケル各犯罪ニ付テモ亦一々其區別ヲ爲サル可カラス故ニ此國事犯常事犯ノ區別モ亦必要ノ區別ト爲ステ得ス唯タ現行刑法ニ於テ論スヘキ必要ノ區別ハ二アルニ過キス即時犯ト繼續犯及ヒ未遂犯ト既遂犯即チ是ナリ而シテ正犯從犯ノ區別ハ犯人ノ責任上ニ關スル區別ナルヲ以テ後段責任論ノ部ニ之ヲ述フヘシ

第一款 即時犯及ヒ繼續犯

第一、即時犯 即時犯トハ或行爲ノ成就スルヤ直チニ一犯罪ヲ構成スヘキモノヲ謂フルソ犯罪ナルモノハ刑法ノ規則ヲ犯ス所爲ヲ云フモノナルヲ以テ刑法ノ規則ヲ犯スノ所爲ヲ行フテ之ヲ行ヒ畢レハ此ト同時ニ一ノ犯罪カ成立スル場合之ヲ名ケテ即時犯ト云フ例ヘハ人ヲ殺スノ所爲ノ如シ又物ヲ盜ムノ所爲ノ如シ人ヲ殺スノ事實ヲ行ヒ了ハレハ茲ニ殺人罪成立シ物ヲ盜ムノ事實成就スレハ茲ニ竊盜罪成立ス殺人罪ト云ヒ竊盜罪ト云フ之ヲ犯スニ付キ必要ナル準備又ハ此犯罪ヲ行フノ時間ハ如何ニ延長スルモ犯罪成立ノ上ニ於テ何等ノ影響ヲモ及ボスモノニ非ス故ニ人ヲ謀殺セントシテ一週間ノ準備ヲ爲シ二日間ヲ以テ殺害行爲ヲ終了セリトスルモ是レ殺害行爲カ其一週間及ヒ二日間繼續シタリト云フヘキニ非ス此殺害行爲ハ被害者カ死去セルトキハ其處ニ於テ成立スルモノナレハ準備

及ヒ實行ノ時間ハ成立ノ上ニ影響セル所ナシ之ヲ要スルニ即時犯ハ犯罪ノ實行終ハルト同時ニ成立スル所ノ犯罪ヲ謂フナリ
第二、繼續犯 繼續犯トハ犯罪ノ成立シテ以來同一ノ状態ヲ以テ多少ノ時間繼續スルモノヲ謂フ是レ犯罪ノ實行ニ付テ長キ時間ヲ要シタルヲ云フニ非スシテ犯罪ノ實行ヲ終ハレル後尙ホ其成立セシ時ノ状態ヲ以テ多少長キ時間繼續スルモノヲ云フ成立ノ繼續ト實行ノ繼續トハ決シテ混一スヘカラス例ヘハ不法監禁罪ノ如シ又勸章、記章、僭用罪ノ如シ不法監禁ヲ行ヘハ茲ニ犯罪成立スルモ其監禁ヲ終レル後監禁ノ儘ニ擱置クトキハ則チ曩キノ監禁ノ状態ニテ監禁罪ハ長ク繼續スルナリ即チ監禁ノ事實ノ存在スル間ハ犯罪ハ終了セサルナリ之ヲ繼續犯ト爲ス故ニ解釋上即時犯ト繼續犯トノ區別ヲ知ラント欲セハ各犯罪ニ付其成立ノ要件ヲ討究シ其成立ハ直チニ終ヲ告クルモノ歟又其成立ハ尙ホ同一ノ状態ニテ長ク繼續スルモノ歟ヲ詳ニセハ茲ニ其區別ヲ知ルコトヲ得ヘシ殺人罪ノ如キ竊盜罪

ノ如キハ即時犯ニシテ監禁罪ノ如キ勸章、記章、僭用罪ノ如キハ其ノ繼續犯ナルコトヲ知ルハ最モ容易ナリ然レトモ或種類ノ犯罪ニ至リテハ能ク繼續犯ニ似テ而カモ全ク即時犯ノ種類ニ屬スルモノアリ例ヘハ重婚罪ノ如シ重婚罪ハ第一ノ婚姻未タ解消セスシテ第二ノ婚姻ヲ爲ストキ始メテ成立スル所ノ罪ナリ然レトモ夫婦ノ關係ハ長ク繼續スルモノナルニ因リ重婚罪モ亦其關係ト共ニ繼續スルモノナリト信スル者アリ是レ大ニ誤レリ重婚罪ノ成立ハ同時ニ二ノ婚姻ヲ爲スニ在リ故ニ曩ニ一婚姻ヲ爲シテ後ニ又第二ノ婚姻ニ付儀式ヲ舉行セハ茲ニ第二ノ婚姻ハ成立ス而シテ儀式ノ舉行ハ長ク繼續スル性質ノモノニ非サルヲ以テ其儀式ノ終ハレルトキハ則チ婚姻ノ成立シタルトキニシテ婚姻ノ成立シタルトキハ則チ重婚罪ノ成立シタルトキナリ故ニ重婚罪モ亦即時犯ナリト云フヘシ爾來其状態ノ繼續スルハ是レ婚姻ノ結果ニ過キス有夫姦モ亦同シ又或届出ヲ怠ル罪モ亦同シ或届出ヲ爲スノ義務ニシテ其義務ヲ缺クトキハ則チ犯罪ノ成立

スルトキナルヲ以テ此義務ヲ缺クノ状態多少繼續スルコトアルモ尙ホ即時犯タルヲ失ハス要スルニ繼續犯ハ犯罪ノ成立力多少ノ時間繼續スルモノヲ謂フ

即時犯ト繼續犯トヲ區別スルニ付ハ二三ノ利益アリ

- (一) 刑ノ適用ニ付テ利益アリ即時犯ハ犯罪ノ成立繼續セサルヲ以テ犯罪成立上ニ付加重ノ原因ナシ之ニ反シ繼續犯ハ犯罪ノ成立繼續スル時間ノ長短ニ從テ刑ノ適用ヲ異ニス例ヘハ不法監禁罪ノ如シ不法監禁罪ノ日數十日ヲ過クル毎ニ一等ヲ加フルモノニシテ百日ヲ過クレハ十等ヲ加フ
- (二) 公訴時効ノ起算點ニ付キ利益アリ即時犯ハ其犯罪行為ノ終ヲ告クシ日ヨリ時効ヲ起算シ繼續犯ハ繼續ノ状態止ミタル日ヨリ之ヲ起算ス
- (三) 舊法ニ於テ罰セサル所爲ニシテ新法ニ於テ之ヲ罰スルトキハ繼續犯ニ付テハ假令同一ノ事實ナルモ舊法時代ノ繼續行為ハ之ヲ罰セスシテ新法時代ニ入りテ尙ホ繼續シタル行為ハ之ヲ罰セサル可カラズ即時犯ハ之

ニ異ナリ其犯罪ハ舊法時代ニ於テ終ハルヲ以テ新法ノ規定ニ依リ之ヲ罰スルコトヲ得ス

第二款 未遂犯

刑法ニ於ケル事實上ノ錯誤ニ二種アリ罪ヲ犯スノ意思ヲ有セスシテ爲シタル事實上ノ錯誤及ヒ罪ヲ犯スノ意思ヲ有シテ爲シタル事實上ノ錯誤即チ是ナリ犯意ナキ事實上ノ錯誤ハ刑法第七十七條第二項ノ場合ニ屬シ犯意アル事實上ノ錯誤ハ刑法第一百十二條ノ場合ニ係リ實ニ本論ニ於テ研究セント欲スル所ノ目的ナリ

凡ソ如何ナル犯罪ト雖モ之ヲ行フニハ必ス之ヲ行フノ意思アリ準備アリテ而シテ後之レカ實行ヲ爲スニ至ルヘシ其實行ニ至ルニ及テ或ハ事實上ノ錯誤ヲ爲スコトアリ或ハ事實上ノ錯誤ヲ爲サ、ルコトアリ事實上ノ錯誤ナキ場合ヲ指シテ既遂犯ト謂ヒ事實上ノ錯誤アル場合ヲ稱シテ未遂犯

ト謂フ今事實上ノ錯誤ヲ生シテ未遂犯ヲ構成スルニ至ル順序ヲ擧クレハ即チ第一犯人カ一定ノ罪ヲ犯スノ考ヲ爲ストキ之ヲ名クテ犯罪ノ發意ト云ヒ第二其犯罪ノ發意ヲ實行スルカ爲メニ必要ナル準備ヲ爲ストキハ之ヲ名クテ犯罪ノ豫備ト云フ豫備既ニ成リテ犯罪ノ事實ニ進行シ之ヲ行ヒ畢ルマテ之ヲ名クテ犯罪ノ實行ト云フ犯罪ノ實行ヲ終ハラスシテ犯人意外ノ錯誤ヲ爲シテ之ヲ止メタル場合之ヲ名クテ着手未遂犯ト云ヒ犯罪ノ實行ヲ終ハリテ其目的ヲ達スルコト能ハサリシ場合之ヲ名クテ缺效未遂犯ト云フ若シ夫レ犯人カ意外ノ錯誤ヲ爲スニ非ラスシテ自ラ其犯罪ヲ中止シタル場合之ヲ名クテ中止犯ト云フ又犯人ノ目的トスル所ノモノ若クハ其用フル所ノ方法ニ於テ犯罪ヲ構成スルニ足ラサル場合之ヲ名クテ不能犯ト云フ此數個ノ名稱ハ是レ皆刑法ノ明文上ヨリ出テタルモノニ非スシテ解釋上學者ノ創造セシモノタルニ過キス然レトモ何レノ場合ニ於テモ皆難問ノ横ハルモノアルカ故ニ本論ノ研究上其順序ヲ定ムルコト左ノ

如クセントス

- 第一段 犯罪ノ發意
- 第二段 犯罪ノ豫備
- 第三段 犯罪ノ實行
- 第一項 着手未遂
- 第二項 缺效未遂
- 第三項 不能犯
- 第四項 中止犯

本論ニ入ルニ先チ一言注意スヘキモノアリ刑法ハ原則上犯罪ノ意思ト犯罪ノ事實ト全ク一致シタル場合ニ於テスルニ非ラサレハ既遂犯アリト言ハサルナリ然ルニ犯罪ノ意思ト犯罪ノ事實ト一致セスシテ而シテ尙ホ刑罰ノ制裁ヲ科スヘキ場合ニアリ是レ例外ノ場合ニ屬ス第一犯罪ノ意思ナクシテ唯タ犯罪ノ事實ノミ成立シタル場合之ヲ名クテ過失罪ト云フ刑法

ハ過失罪ニ付テハ犯人ノ意思如何ヲ問フコトナク唯タ事實ノ成立ノミニ付之ヲ罰スルナリ第二犯罪ノ事實ハ不完全ナルモ犯罪ノ意思ハ充分ニ成立シタル場合之ヲ名クテ未遂犯ト云フ未遂犯ハ犯罪ノ意思ト犯罪ノ事實ト全ク一致セス犯罪ノ意思ハ一尺ニシテ犯罪ノ事實ハ一寸若クハ五寸ナル場合ニ於テ刑法ハ尙ホ一尺ノ事實アルモノトシテ之ヲ罰スル場合ナリ此場合ニ於テ刑法ハ全ク其重キヲ意思ニ置キテ事實ニ置カサルナリ之ニ反シ過失罪ノ場合ニ於テハ其重キヲ事實ニ置キテ意思ニ置カサルナリ此二者ハ共ニ刑法ノ例外ヲ成ス從來過失罪ノ例外ナルコトハ何人モ能ク之ヲ論セシモ未遂罪ノ例外ナルコトハ未タ曾テ之ヲ論シタル者アルヲ聞カス隨テ未遂罪モ亦原則ノ適用ニ過キストナスカ故ニ許多ノ場合ニ於テ屢解クヘカラサルノ難問ヲ生スルニ至ル然レトモ羅馬時代ニ於テモ己ニ既遂犯ト未遂犯ノ區別アリテ羅馬刑法ニ於テ規定セル所ノ未遂罪ハ明カニ犯人ノ意思ヲ罰スヘキ規則ナリトセリ今日各國ノ刑法ニ於テ既遂犯未遂

犯ノ區別アルモ是レ畢竟羅馬刑法ノ因襲ニ外ナラス既ニ羅馬刑法ノ因襲ナリトセハ今日ノ刑法ニ於テ規定スル未遂犯ハ羅馬刑法ノ精神ヲ承繼シテ同シク犯人ノ意思ヲ罰セント欲スルモノナルヤ明クシ若シ夫レ羅馬以來今日ニ至リ各國刑法ニ於ケル未遂犯ノ主義ハ時ト共ニ變遷シタルコトアリト言ハ、則余又何ヲカ言ハン然レトモ苟モ然ラサル以上ハ今日ノ未遂犯モ羅馬刑法ノ未遂犯モ其性質ニ於テハ毫厘ノ差異アル所ナシト云ハサル可カラス故ニ余ハ法律ノ淵源ニ溯リテ未遂犯ハ主トシテ犯罪ノ意思ヲ罰セントスルノ規則ナリト斷言セント欲スルナリ余ハ獨リ恠ム世ノ刑法學者ハ何故ニ今日マテ此未遂犯カ刑法ノ例外タルコトヲ論セサリシヤヲ獨リ和蘭ノ刑法學者スウインデレン氏ニ於テ過失罪ハ重キヲ事實ニ置キ未遂罪ハ重キヲ意思ニ置クトノ一言セシヲ見ルノミ亦以テ予ノ見解ノ根據ナキニ非サルヲ徵スルニ足ラン予カ未遂罪ヲ論スルハ此見解ニ因ルヲ以テ必スヤ世人ノ所論ト同シカラサル所ノモノアルヲ免レス

第一段 犯罪ノ發意

犯罪ノ發意トハ犯人一定ノ罪ヲ犯サント欲シテ將ニ之ヲ行ハントスル決心ヲ云フ從來世人ハ犯罪ノ發意ト犯罪ノ決心トニ付キ多少ノ區別ヲ爲シタリ予ハ其區別ニ從フテ欲セス二者ヲ以テ全ク同一ナリト看做ス者ナリ發意ト云ヒ決心ト云フ之ヲ心理學上ニ照ストキハ多少ノ區別ナキニ非ス然レトモ人ノ發意ト決心ノ區別ハ人ノ考慮ノ程度ニ付下シタル名稱ニ過キルサナリ殊ニ歐洲哲學ノ文字ト支那哲學ノ文字ハ相似タル所ノモノナキニ非スト雖モ彼ニ云フ所ノ意義ト我ニ云フ所ノ意義未タ必ス全ク同一ナリト謂フ可カラサルモノアリ歐洲文字ノ意トハ心ノ向フ所ヲ謂ヒ而シテ支那文字ニテハ心ノ向フ所之ヲ志ト謂フ故ニ歐洲文字ノ意ハ支那文字ノ志ニ同シ如斯東西其字義ヲ異ニスルアレハ到底精微ナル哲學ニ入りテ之カ區別ヲ爲スコト能ハサル可シ況ンヤ法律學上之カ區別ヲ爲スノ必要ナキニ於テテヤ抑人ノ意思ハ何ニ因リテ發生スルヤ其因テ發生スル所以

此ハ一段ノ心理學ニシテハ
 中心モルニシテハ
 所ニ見ルニシテハ
 余所ニ見ルニシテハ
 精神之ニシテハ
 精餘之ニシテハ
 者論之ニシテハ
 探者論之ニシテハ

ニ付テハ少シク之ヲ知ラサル可カラズ人カ斯世ニ生活スルニ付テハ我カ身体ヲ圍繞スル所ノ外物アリ獨リ我カ身体ニ近接シテ圍繞スルノミナラス我カ目ノ達スル所我カ耳ノ及フ所ニ於テモ亦我カ身体ヲ圍繞ス而シテ此外物ハ間斷ナク我カ身体ヲ刺撃シ寒冷ノ空氣アレハ我ニ寒冷ヲ感シ温熱ノ空氣アレハ我ニ温熱ヲ感シ聲アレハ聞キ色アレハ視香アレハ嗅ク凡ソ外物一ツトシテ我カ身体ヲ刺撃セサルモノ無シ而シテ其刺撃ハ盡ク入りテ我カ精神ニ感通ス之ヲ感觸ト謂フ人ノ五官ト精神トノ間ニハ一定ノ連絡アリテ精神ハ其中央ニ位シ五官ハ外圍ヲ守ル其狀宛モ電話交換局ノ電線ニ於ケルカ如シ電線ニ觸ル、所ノモノハ傳ハリテ交換局ニ達シ五官ニ觸ル、所ノモノハ聚マリテ精神ニ感ス而シテ其精神ニ感スル所ノモノ止マリテ觀念トナリ其觀念ノ必要ヲ充タサントスルトキ發スル所ノモノ之ヲ欲向ト謂フ其欲向ノ欲スル所ニシテ將サニ遂クントスルニ至リタルトキ茲ニ意思アリト謂フ故ニ意思ハ欲向ノ目的明畫ニシテ其欲スル

結果ト之ヲ遂クルノ方法トテ明識シタルモノヲ謂フ例ハ寒冷ヲ感スレハ之ヲ防キテ暖氣ヲ得ント欲シ温熱ヲ感スレハ之ヲ防キテ冷氣ヲ得ント欲スルノ類ナリ其欲向ニシテ犯罪ニ向フトキハ茲ニ犯罪ノ意思アリト謂フナリ即チ人ニ對シテ怨ヲ露サンカ爲メニ之ヲ殺スノ意思ヲ起シ寒ヲ防クカ爲メニ人ノ衣服ヲ竊取セントスルノ意思ヲ起スノ類ナリ意思ハ或事ヲ爲サント欲シテ其目的ヲ達セントスル最初ノ考ニ外ナラサレハ必ス其得ント欲スル目的ニ對シテ一定セサル可ラス故ニ或罪ヲ犯サント欲スル場合ニ於テモ其犯サントスル犯罪ニ對シテ一定ス可キモノタルコト論ヲ俟タサル所ナリ既ニ犯罪ニ對シテ一定ス可キモノナリトセハ之ヲ名クテ決心ナリト謂フモ毫モ不可ナル所ヲ見ス若シ夫レ漠然刑法ノ罪ヲ犯サントスルノ考ヲ起スカ如キハ是レ只未定ノ意思ニシテ未タ以テ犯罪ノ發意ナリト謂フ可キモノニ非サルナリ犯罪ノ發意ハ一定ノ犯罪ニ對シテ發シ總テノ犯罪ハ犯罪ノ發意アリシ後ニ於テ成立ス發意ナクハ原則上犯

罪ハ成立セス然ラハ犯罪ノ發意ハ犯罪ノ構成上最モ必要ニシテ犯罪ノ根源ナリ是ヲ以テ刑法ハ大ニ此發意ヲ惡ム即チ犯罪ノ發意ハ總テノ犯罪ヲ生スル根源ナレハ其危險ナルコト之ヨリ甚シキモノアララハ故ニ若シ刑法ハ犯罪ノ發意ノ場合ニ之ヲ防遏スルコトヲ得ルアラハ所謂禍ヲ未萌ニ防クモノニシテ社會ノ犯罪ハ其痕跡ヲ斷ツニ至ルヘシ知ラス刑法ハ果シテ犯罪ノ發意ヲ防遏スルコトヲ得ルヤ

犯罪ノ意思ハ刑法之ヲ罰セサルヲ以テ原則トス而シテ此原則ハ刑法ノ明文上既ニ一定セルモノナルヲ以テ法律論トシテハ毫釐ノ疑ヲ容レス然レトモ立法上ヨリ觀察スレハ犯罪ノ意思ヲ罰セサルノ原則ハ果シテ如何ナル理由ニ基クヤ少シク之ヲ研究セサル可カラズ
或論者ハ其理由ヲ説テ曰ク犯罪ノ意思ハ犯人ノ胸中ニ埋伏セルモノニシテ毫モ外部ニ發表スルモノニ非ス隨テ犯罪ノ意思ヲ包藏スルモノナルヤ否ヤ之カ證據ヲ舉クルニ於テ甚タ困難ナルノミナラス實際其證據ヲ得ル

是レコト
ナリ
ハ
氏ノ

コトハ殆ント不能ノ業ニ屬ス故ニ罰セスト蓋シ意思ハ無形ノモノナルヲ以テ其立證ノ困難ナルハ實ニ論者ノ言ノ如シ論者力之ニ依テ刑法ハ之ヲ罰スルコトヲ爲サスト云フハ決シテ一理ナキノ論ニ非サルナリ然レトモ若シ果シテ證據ヲ擧クルノ困難ナルカ故ニ之ヲ罰セスト云ハ、其證據ヲ擧ケタル場合ニ於テハ必ス之ヲ罰スヘシト謂ハサル可カラス若シ犯人カ犯罪ノ意思ヲ有スルコトヲ自白シ又ハ犯罪ノ意思ヲ書面ニ記載シテ之ヲ他人ニ示シ以テ其犯罪ノ意思アル事實ヲ十分ニ證明シタルトキハ刑法之ヲ罰スル歟曰ク然ラス此場合モ亦刑法ハ之ヲ罰セス然ラハ則チ刑法力之ヲ罰セサルハ證據ノ擧ラサルカ爲メニ非スシテ必スヤ他ノ理由ノ爲メナラサル可カラス即チ刑法カ犯罪ノ意思ヲ罰セスト爲シタルハ一ハ刑罰權ノ理由ニ基キ一ハ人ノ意思ノ變化極マリ無キニ據ル抑刑罰權ハ社會ノ生存ヲ維持セシカ爲ニ之ヲ行フモノナリ即チ社會ノ生存權ニ對スル危害ヲ防衛スルノ要具ナリ既ニ社會ノ生存權ヲ防衛スルノ

要具ナリトセハ社會ノ生存ニ對シテ生シタル危害現在スル場合ニ非サレハ此刑罰權ヲ行フヘキモノニ非ス社會ニ於テ何等ノ危害ナク生存權ハ能ク維持セラレタル場合ニ於テ決シテ刑罰權ノ執行ヲ許スヘキニ非サルナリ社會ハ元ト人ノ集合体ヨリ成ル所ノ秩序アル状態ヲ謂フ人ハ各生存スルノ必要アルニ付必ス其生存ノ途ヲ求メサル可カラス而シテ生存ノ途ハ各人皆之ヲ得ント欲スルモノナルニ因リ忽ニシテ生存ノ競争ヲ生ス此場合ニ於テ各人各自ラ有スル所ノ區域ヲ守ルノ方法ナクハ弱肉強食社會ノ秩序ハ忽チ破壊スルニ至ル故ニ法律ハ我カ爲スヘキモノト我カ爲スヘキカラサルモノトノ分界ヲ定メテ我カ爲スヘキ所ハ之ヲ爲シ我カ爲スヘキラサル所ハ之ヲ爲ス可カラスト命シタリ我カ爲スヘキ區域ヲ名ケテ權利ト云ヒ我カ爲スヘカラサル區域ヲ名ケテ義務ト云フ此權利義務ノ關係ノ紊ル、コトナキ有様ヲ指シテ社會ノ秩序ト云フ社會ノ秩序十分鞏固ナレハ刑法其他何等ノ法律モ之ヲ用フルヲ要セス世ハ堯舜ノ世トナルナリ然ル

ニ社會ニハ此權利義務ノ關係ヲ顧ミサル者アリ此關係ヲ維持スルコトヲ欲セサル者アリ又此關係ヲ蹂躪シテ我レ獨リ暴慾ヲ肆ニセントスル者アリ凡ソ這般ノ關係ヲ破壊セントシ又此關係ヲ破壊スルモノハ即チ所謂ニ犯罪ナリ故ニ社會ノ秩序ヲ維持セントスルニハ此犯罪ナルモノヲ撲滅セサル可カラス乃チ之ヲ撲滅スルカ爲メニ刑罰權ヲ行フナリ是ヲ以テ刑罰權ハ社會ノ秩序即チ權利義務ノ關係ヲ破壊スルモノアルトキニ於テセサレハ之ヲ用ユルコトヲ得ス未タ此關係ヲ破壊スルコトヲ爲サ、ル場合ニ於テ此刑罰權ヲ用フコトスルモ之ヲ用ユルノ途ナク又之ヲ用フルノ理ナシ然ルニ犯罪ノ意思ハ犯人ノ胸中ニ潜伏シテ未タ社會ニ顯ハレサルモノナリ故ニ社會ノ權利義務ノ關係ヲ破壊セルモノニ非ス又破壊シ得ヘキモノニ非ス犯罪ノ意思ト社會ノ秩序トハ何等ノ關係ナシ豈夫レ此關係ナキモノニ付キ刑罰權ヲ行フノ理アラムヤ一言以テ之ヲ云ヘハ刑罰權ハ其性質トシテ犯罪ノ意思ニ及フモノニアラサルナリ

且ツ夫レ人ノ意思ハ人カ其身体ヲ圍繞スル所ノ外物ノ刺撃ニ因リ受ケタル感觸ヨリ發シ外部ニ向テ事ヲ爲サントスル欲向ヲ謂フカ故ニ其性質大ニ變化シ易キモノナリ諸君試ミニ諸君ノ一身ニ付テ自ラ經驗セヨ諸君ハ忽チニシテ意思ノ變化シ易キコトヲ發見スヘシ振鐸一聲諸君倉皇トシテ此講堂ニ入ルヤ諸君ノ意思ハ誠實ニ予ノ講義ヲ聽クニ在リ己ニシテ其意思ハ漸々變遷シ倦氣ノ稍動クヤ烟ヲ喫セントスルノ意思ヲ生シ冷氣ノ稍至ルヤ衣ヲ襲ハントスルノ意思ヲ生シ飢渴ノ情稍萌スヤ茶飯ヲ喫ハントスルノ意思ヲ生スヘシ即チ外部ノ刺撃カ其勢力ヲ加フルニ隨ヒ諸君ノ意思ハ益々變動シテ而シテ我レ能ク之ヲ制止スル能ハサルニ至ルナリ犯罪ノ意思モ亦同シ我レ人ヲ恨ムアリ其仇ヲ報セント欲シテ之ヲ殺害スルノ意思發ス暫クシテ之ヲ殺セハ我レモ亦死セサル可カラサルヲ思ヒ之ヲ止メントスルノ意思發ス此二個ノ意思相闕フテ前者勝ヲ制セハ則チ我ニ命シテ罪ヲ犯スニ至ラシムルナリ且夫レ意思ハ俄ニ發生シ俄ニ消滅ス例ヘ

ハ他ニ毆打サレテ苦痛ヲ感スルトキハ他ヲ殺スノ意思ヲ生ス既ニシテ其苦痛去レハ他ヲ殺スノ意思忽チ消滅ス既ニシテ怒氣再ヒ動ケハ之ヲ殺スノ意思復發生ス一日一刻ノ間其幾變遷スルヤヲ知ラサルナリ街上ヲ散步シテ商舖ノ物品ヲ見ルヤ忽チニシテ之ヲ取ラントスルノ意思ヲ生シ既ニシテ法律ヲ思ヒ之ヲ中止スルノ意思ヲ生ス是レ時トシテハ賢人君子ト雖モ免ル、能ハサル所ノモノタリ唯タ賢人君子ニハ至大至剛ノ元氣アリテ犯罪ノ意思ヲ制スルノミ其他常人ニ至リテハ朝ニ犯罪ノ意思アリテ夕ニ其意思ナク變遷極マリ無シ然ルニ尙ホ意思ヲ罰セシ歟一タヒ人ヲ殺スノ意思アリトシテ逮捕セラレテ裁判所ノ門ニ臨ムトキハ既ニ人ヲ殺スノ意思ナクシテ却テ人ヲ援ハントスル仁慈ノ意思ヲ生ス裁判官ハ果シテ尙ホ之ヲ罰スヘキ歟若シ苟クモ一タヒ犯罪ノ意思起レハ爾後其意思消滅スルモ尙ホ之ヲ罰スヘシトセハ社會ノ人十中ノ九ハ皆之ヲ罰スヘキニ至ラム故ニ曰ク意思ハ其性質變遷極マリ無キヲ以テ刑法ハ之ニ對シテ刑罰ヲ行

フコト能ハスト

犯罪ノ意思ヲ罰セサルハ以上二個ノ理由ヲ以テ判明スヘシ是ヨリ刑法ノ規則ニ關シ二三ノ疑問ヲ論セシ

刑法ハ絶對ニ犯罪ノ意思ヲ罰セサルモノナリ然ルニ刑法ノ規定ニシテ犯罪ノ意思ヲ罰セントスルモノニ似タル場合アリ

其一 脅迫罪ナリ脅迫罪ハ是レ犯罪ノ意思ヲ罰スルモノニ非スヤトノ疑ヲ生ス蓋シ脅迫罪ハ脅迫ノ手段ト爲シタル事實ヲ行ハスシテ唯タ其意思ヲ發表スルニ止ル犯罪ナリ刑法第三百二十六條ニ曰ク人ヲ殺サント脅迫シ又ハ人ノ住居シタル家屋ニ放火セント脅迫シタル者ハ云々ト即チ人ヲ殺サントシ又ハ火ヲ放タントスル意思ヲ發表スルモノニ外ナラスシテ犯罪ノ意思ノ自白ト何ノ異ナル所アラム余ノ汝ヲ殺サント云フモ余ハ汝ヲ殺スノ意思アリト云フモ其意義全ク相同シキナリ果シテ然ラハ脅迫罪ハ犯罪ノ意思ノ發表ニシテ其意思ヲ罰スルモノニ非サルナキヤ此疑問ヲ解

スルニハ少シク脅迫罪ノ性質ヲ知レハ即チ可ナリ脅迫罪ハ脅迫ノ方法ト爲リタル犯罪行爲ノ意思ヲ罰セントスルモノニ非ス即チ人ヲ殺シ火ヲ放タントスル意思ヲ罰スルモノニ非サルナリ脅迫者ハ固ヨリ人ヲ殺シ火ヲ放ツノ意思ヲ有スルモノニ非ス之ヲ有セスシテ恰モ之ヲ有スルカ如キ狀ヲ裝ヒ脅迫ヲ受クル者ニ對シテ危懼ノ念ヲ發生セシムルモノナリ刑法ハ此殺人放火ノ所爲ヲ行フノ狀ヲ裝ヒ人ニ危懼ノ念ヲ發生セシムル所爲ヲ以テ社會ノ安寧ヲ害スルニ足ルモノナリト爲シタルカ故ニ之ヲ罰スルナリ故ニ脅迫罪ノ意思ハ人ヲ脅迫シテ危懼ノ念ヲ發生セシメント欲スルニ在リ殺人放火ノ語ハ其危懼ノ念ヲ發生セシメントスル方法ニ過キス此殺人放火ヲ爲ス狀ヲ裝フコトヲ方法トシテ危懼ノ念ヲ發生セシムルハ茲ニ始メテ脅迫罪成立スルモラニシテ決シテ殺人放火ノ意思ヲ發表セルモノヲ罰スルニ非ス

其二 陰謀ヲ罰スル場合ナリ國事犯ノ陰謀即チ是ナリ陰謀ハ未タ犯罪ノ

事實ニ着手セサル前ニ於テ其犯罪ヲ爲サントスル企劃ニ過キスシテ豫備以前ニ成立スル所ノモノナリ故ニ犯罪實行ノ順序ヨリ觀レハ陰謀ハ全ク犯罪ノ發意ノ區域中ニ置クヘキモノニ似タリ然ラハ則チ國事犯ニ付テハ唯タ國事犯ヲ行フノ意思アレハ則チ直チニ之ヲ罰スルト謂フカ助チ刑法ハ例外ヲ設クシモノナルヤ

陰謀ノ語ハ意義少シク不明ニ屬ス然レトモ卑近ニ之ヲ解釋スレハ國事犯ヲ行ハントスルノ意思アル者二人以上互ニ其意思ヲ交通シタル場合ヲ指稱セルモノナラム二人以上國事犯ヲ行ハントスル意思ヲ交通スルトキハ其意思ノ蔓延スルヤ倏チニ無數ノ人ニ及フヘキヲ以テ此二人以上國事犯ヲ行ハントスル意思ノ交通ハ社會ノ爲メ非常ノ危險アリ國事犯其ノモノヨリ論スレハ未タ事實ト爲ラスシテ僅ニ意思ノミニ止マルト雖モ社會ヨリ之ヲ觀レハ國事犯ヲ行フノ目的ヲ以テ之ヲ行フノ協議ヲ爲スコトハ既ニ社會ノ上ニ多少ノ危害ヲ及ホシタルモノナリ即チ互ニ其意思ヲ交通

スル所爲其者カ則チ社會ノ危害ト爲ルモノナリ故ニ刑法ハ其意思ヲ交通スルノ所爲其モノヲ罰スルモノニシテ交通ハ即チ社會ニ顯ハレタル事實ナリ刑法ノ罰セント欲スル所ノモノハ則チ此事實ニ在リ之ヲ要スルニ犯罪ノ意思ハ刑法之ヲ罰スルモノニ非ス此原則ニハ例外アルコトナシ

第二段 犯罪ノ豫備

犯罪ノ豫備トハ犯罪ノ意思一定シテ之ヲ事實ト爲サンカ爲メニ行フ所ノ準備即チ犯罪ノ實行ニ必要ナル準備ヲ謂フナリ犯罪ノ意思一タヒ發生シテ其決心ヲ翻スコト無クレハ必ス之ヲ事實ト爲サル可カラス其意思ノ命スル所ニ從ヒ社會ノ秩序ヲ紊スノ所爲ヲ行ハサル可カラス意思ノ命令ノ下ニ立チ多少ノ奔走ヲ爲サル可カラス然レトモ意思ノ命令ヲ奉シテ社會ノ秩序ヲ紊スニハ必ス之ニ必要ナル手段ヲ求メサル可カラス凡ソ何事ヲ行フニモ之ヲ行フノ手段ヲクンハ到底其目的ヲ達シ得ヘキニ非ス

フオスタ
ン、エリ
ナ、此説
主、振ス

犯罪ノ命令ヲ奉シテ社會ノ秩序ヲ紊スカ爲メニ用ユル必要ノ手段ト爲ルヘキモノヲ備フルコト是レ即チ犯罪ノ豫備ナリ故ニ犯罪ノ豫備ハ外部ニ表白シタル事實ニシテ已ニ社會トノ關係ヲ發生シタル所ノモノナリ犯罪ノ意思ハ犯人ノ胸中ニ潜伏セルモノニシテ之ヲ罰セサルモ犯罪ノ豫備ハ意思ノ命令ヲ奉シテ社會ノ秩序ヲ紊サントスル目的ニ向テ進行ヲ始メシモノナレハ既ニ一事實ト爲リテ而シテ社會ト關係ヲ保ツニ至レリ豫備ノ事實ニシテ果シテ社會ト關係アラシカ他日此ニ原因シテ社會ノ秩序ヲ紊スノ結果ヲ生スヘキモノナルヲ以テ宜シク刑罰權ヲ用ヒテ以テ其事實ヲ罰スルコト却テ禍ヲ未萌ニ防クノ良策ナラム刑法ハ果シテ此犯罪ノ豫備ヲ罰スルモノナルヤ曰ク犯罪ノ豫備ハ或ハ之ヲ罰スル場合アリ或ハ之ヲ罰セサル場合アリ

刑法ハ何ニ因リテ犯罪ノ豫備ヲ罰セサルヤ之ニ付テモ亦或學者ハ犯罪ノ豫備ヲ罰ルスコトハ實際不可ナルニ非サルモ唯タ舉證ノ困難ナルカ爲メ

ニ之ヲ罰スルコトヲ得サルナリト曰ヘリ然レトモ刑法カ犯罪ノ豫備ヲ罰セサルハ是レ亦舉證ノ困難ヲ以テ其理由トナスニ非ス意思ノ場合ニ於テ論セシ如ク若シ舉證ノ困難ヲ以テ其理由ナリトセハ確實ノ證明ヲ得タル場合ニ於テハ必ス之ヲ罰セサル可カラサルニ至ル然ルニ刑法ハ如何ナル確證アルモ尙ホ之ヲ罰セサルナリ其之ヲ罰セサルニ於テハ實際多少ノ弊害アルニ拘ハラズ毫モ顧ミル所ナキハ則チ舉證ノ困難ナルカ爲メニ非スシテ他ノ精確ノ理山ナクンハアラサルナリ其理由果シテ如何

刑法ニ於テ犯罪ノ豫備ヲ罰セサル所以ノモノハ犯罪ノ豫備ハ社會ニ於テ危險ナル行爲ト爲スニ足ラサルカ故ナリ社會ニ於テ危險ナリト爲ス所ノ行爲ハ行爲其者ノ性質カ社會ノ危害ト爲ルニ足ルヘキモノナラサル可カラス行爲其者ノ性質ハ社會ニ對シテ何等ノ危害ヲモ生スルモノニ非スシテ唯タ後日危害ノ媒介ヲ爲スヘシトノ豫想ヲ以テ之ヲ罰スルニ至リテハ是レ恰モ人民ノ或部分ハ後來罪ヲ犯スモノナリト豫想シテ之ヲ罰スルト

少シモ異ナル所無シ此ノ如キハ決シテ防衛權ノ趣旨ニ適フモノナリト謂フ可ラス犯罪ノ豫備其者ハ多クノ場合ニ於テ社會ノ生存上ニ必要ナル行爲ニ屬ス人民ハ此行爲ヲ爲シテ以テ却テ生活ノ必要ヲ充タスコト多シ人ノ生活ニ必要ナル行爲カ後日罪ト爲ルノ恐アリト云フノ豫想ヲ以テ之ヲ罰セントスルコトハ三尺ノ童子モ尙ホ其不可ヲ知ルナリ例ヘハ刀劍商ノ如シ又銃砲彈藥商ノ如シ刀劍商カ刀劍ヲ賣買スルハ即チ刀劍商ノ生活ニ必要ナルカ爲メニ之ヲ爲スナリ刀劍ノ賣買ニ因リテ得タル利益ヲ以テ其生活ニ供セントスルナリ銃砲彈藥商亦然リ此故ニ法律ハ公ニ刀劍ノ賣買ヲモ之ヲ爲スコトヲ許シ又銃砲彈藥ノ賣買ヲモ之ヲ禁スルコト無シ然ルニ今罪ヲ犯サントスル者アリテ刀劍商ニ就キテ刀劍ヲ買ヒ又ハ銃砲彈藥商ニ就キテ銃砲彈藥ヲ買フ刀劍商銃砲彈藥商モ亦其刀劍銃砲彈藥ヲ販賣スルコト本來ノ目的ナルヲ以テ何人來リテ之ヲ買フモ之ヲ賣ラサルヲ得ス故ニ殺人ノ目的ヲ以テ刀劍又ハ銃砲彈藥ヲ來リ買フ者アルモ亦之ヲ賣

ルノ權利アリテ何人モ之ヲ禁スルヲ得ス若シ此刀劍又ハ此銃砲彈藥ヲ以テ後日人ヲ殺スノ用ニ供セントスル者ナリトセハ此刀劍銃砲彈藥ハ實ニ危險ナル物品ナリト謂ハサルヲ得ス初ヨリ刀劍商銃砲彈藥商カ之レヲ賣ルコト微カリセハ此犯人ハ刀劍モ銃砲彈藥モ我有ト爲スコト能ハサリシナリ隨テ殺害行爲ヲモ之ヲ行フ能ハサリシナラムト推測スルコトヲ得ヘシ故ニ犯人ノ目的ヨリ觀察スレハ刀劍銃砲彈藥ノ賣買ハ社會ニ於テ恰モ危險ノ行爲ナルカ如クナリト雖モ人カ刀劍ヲ買ヒ銃砲彈藥ヲ買フハ必スシモ罪ヲ犯サントノ趣旨ノミニ出ツルニ非ラス刀劍ハ之ヲ愛翫センカ爲メニ買フコトアリ又ハ護身ノ具ト爲サンカ爲ニ買フコトアリ銃砲彈藥亦然リ銃獵ノ用ニ供センカ爲ニ買フコトアリ又ハ護身ノ具ト爲サンカ爲ニ買フコトアリ若シ夫レ刀劍銃砲彈藥ヲ買フノ目的カ護身又ハ玩弄ノ用ニ供スルニ在リトセハ刀劍ノ賣買銃砲彈藥ノ賣買ハ毫モ社會ノ爲メ危險ノ行爲ナリト謂フ可キモノニ非ラス均シク是レ刀劍銃砲彈藥ノ賣買ナリ之

ヲ買フ者ノ目的如何ヲ追究セスシテ單ニ此刀劍銃砲彈藥ノ賣買ノミヲ觀察セハ此賣買ハ果シテ社會ニ危險ナル行爲ナリト云フコトヲ得ルヤ若シ性質上社會ノ危險ヲ爲スモノナリト云ハ、殺人罪ノ爲メニ買フモ危險ナリ又護身ノ爲メニ買フモ亦危險ナリト云ハサル可カラス然レトモ刀劍銃砲彈藥ノ賣買ハ賣買其者ノ性質ニ付テ之ヲ觀察スレハ毫モ此危險ナキノミナラス社會ノ營業ニ屬スルモノニシテ人ノ生活ノ助ヲ爲ス行爲ナリ凡ソ犯罪ノ豫備行爲ハ此ノ如ク行爲其者ノ性質ハ寧ロ社會ノ必要上爲サル可カラサルモノニシテ毫モ社會ニ對シ危險ヲ生スル性質ヲ有セサルカ故ニ社會ハ此行爲ニ因テ其生存ヲ害セラル、コト無シ既ニ生存ヲ害セラル、コト無シトセハ到底刑罰權ヲ以テ之ニ臨ムコトヲ得サルヤ明クシ刑罰權ハ社會生存權ノ害セラレサル以前ニ之ヲ行フヘキモノニ非ス是レ犯罪ノ豫備ヲ罰セサル理由ナリ

且ツ夫レ豫備ノ所爲ト雖モ必ス之レヲ罰スヘシトセンカ或ハ一旦物慾ノ

掩フ所トナリ或ハ一時憤怒ノ制シ難キヨリ罪惡ヲ犯サント欲シテ業已ニ犯罪ノ豫備ヲ爲スト雖モ忽焉トシテ惡念霽レ憤怒消ヘテ犯罪ノ決心ヲ翻サント欲スル場合ニ於テ尙ホ刑罰ヲ免ル可カラサルヲ以テ犯人ヲシテ退テ刑罰ヲ受ケンヨリ寧ロ進テ慾望ヲ逞フスルノ愈レルニ如カストノ觀念ヲ奮起セシムルノ結果ヲ生スルコトアルニ至ラン如斯キハ決シテ立法ノ宜キヲ得タルモノト謂フ可カラサルナリ是レ亦一理由トナスニ足レリ然レトモ若シ豫備ノ行爲其者ニシテ社會ノ危害ヲ爲スニ足ルヘキモノアラハ刑法ハ必ス之ヲ罰スルコトニ躊躇セス此場合ニ於テ刑法ハ其豫備行爲ヲ以テ犯罪ノ豫備ナリトシテ之ヲ罰スルニ非スシテ社會ノ危害ヲ爲ス一犯罪ナリトシテ之ヲ罰スルナリ而シテ此場合ハ刑法上二個アリ

一ハ國事犯ノ場合ニシテ刑法第二百二十五條ニ於テ規定シ二ハ貨幣偽造罪ノ場合ニシテ刑法第八十六條第二項ニ於テ規定ス此二條ニハ共ニ「豫備」ノ語アリ第二百二十五條ニ曰ク「兵隊ヲ招集シ又ハ兵器金穀ヲ準備シ其他内

亂ノ豫備ヲ爲シタル者ハ……」ト第八十六條第二項ニ曰ク「若シ偽造ノ器械ヲ豫備シテ未タ着手セサル者ハ……」ト即チ二者共ニ明ニ犯罪ノ豫備ヲ罰スト規定シタリ

然レトモ兵隊ヲ招募シ兵器金穀ヲ準備スルノ行爲ハ既ニ社會ノ人心ヲ騷擾セシムルニ十分ナル所ノモノアルカ故ニ其行爲其モノ、ミニテ正ニ一犯罪ヲ構成スルニ足リ之ヲ禁セスシテ止ムヘキニ非ス又貨幣偽造ノ器械ハ其ノ目的單一ニシテ貨幣ヲ偽造スルノ一事ヲ除キ他ノ目的ヲ有スルモノニ非ス即チ此器械ハ貨幣ヲ偽造スルカ爲ニ製作セシモノナレハ貨幣ヲ偽造スルノ外他ニ此器械ヲ用ユルノ途ナシ然ラハ則チ此器械ハ其性質上犯罪ヲ以テ唯一ノ目的トスルモノナレハ何人ト雖モ此ヲ以テ危險ナラスト爲ス者アラサルヘシ故ニ豫備行爲ノ性質カ犯罪ヲ以テ唯一ノ目的トスルトキハ其行爲其モノニ於テ既ニ社會ノ人心ヲ畏怖セシムルニ足リ刑法ハ之ヲ罰シテ毫モ假借スル所ナシ即チ刑法ハ此社會ノ安寧ヲ紊サントス

ルノ性質アルモノハ盡ク之ヲ撲滅セント欲ス内亂ノ豫備貨幣偽造ノ豫備ハ共ニ危害ノ性質アリテ其ノ成立スルヤ直チニ人心ヲ畏怖セシムルヲ以テ之ニ對シテ十分ニ防衛權ヲ行ハサル可カラズ約言スレハ刑法カ此二者ヲ罰スルハ犯罪ノ豫備ヲ罰スルニ非スシテ豫備行爲其者ノ成立カ既ニ社會ノ危害タル犯罪ヲ爲スモノアルヲ以テナリ此例ハ必スシモ之ヲ内亂ノ豫備ト貨幣偽造罪ノ豫備トニ求ムルヲ要セス他ニ亦許多ノ場合ヲ發見スルニ難カラス例ヘハ文書偽造罪印章偽造罪ノ如シ文書印章ノ偽造ハ他人ニ對スル詐欺取財ノ豫備タルヤ疑ヲ容レス然レトモ刑法ハ之ヲ罰ス家宅侵入罪モ亦他ノ犯罪ノ豫備ニ過キス然レトモ刑法ハ之ヲ罰ス而ルニ此等ノ犯罪ニ付テハ其豫備ノ明文ナキヲ以テ世人其刑罰ヲ恠マスシテ内亂罪及貨幣偽造罪ニハ明文上豫備ノ語アルヨリ論者屢之ヲ以テ刑法カ犯罪ノ豫備ヲ罰セサル原則ノ例外ナリト爲ス蓋シ誤見ノ甚シキモノナリ

第三段 犯罪ノ實行

犯罪ノ豫備已ニ終ハリ犯人ハ因テ以テ其目的トズル犯罪行爲ヲ行フニ至ル之ヲ犯罪ノ實行ト謂フ犯人其犯罪ヲ實行シテ而シテ能ク其達セント欲スル所ノ目的ヲ達シタルトキハ即チ既遂犯アリト謂ヒ犯人意外ノ障礙ニ因リ其目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ即チ未遂犯アリト謂フ未遂犯ハ或ハ犯罪實行ノ初メニ於テ之ヲ見ルコトアリ或ハ犯罪實行ノ終リニ於テ之ヲ見ルコトアリ(一)犯人僅カニ其犯罪行爲ノ一部ヲ行ヒ始メ將サニ進ミテ全部ニ及ハントスルノ途中意外ノ錯誤ニ遭遇シテ犯罪ノ實行ヲ妨ケラレ其期望セシ直接ノ目的ヲ達スルコト能サル場合之ヲ名ケテ着手未遂犯ト謂ヒ(二)犯人ハ其犯サント欲スル犯罪構成ニ必要ナル全部ノ行爲ヲ行ヒ了リタルモ偶々意外ノ錯誤アリテ其得ント欲セシ直接ノ效果ヲ收ムルコト能ハサル場合之ヲ名ツケテ缺效未遂犯ト謂フ此二者ノ區別ハ則チ現行刑法第百十二條ニ所謂ユル罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障礙又ハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル云々ノ法文ヨリ出ツル者ニシテ

殊更ニ外國刑法家ノ論說ヲ竊ミ來タリテ之ヲ現行刑法ニ附會センカ爲メニ然カク爲スニ非ラサルナリ所謂ユル其事ヲ行フトハ犯罪行爲ヲ實行スルノ謂ヒニシテ其一部ヲ行ヒ始メタル場合ト其全部ヲ行ヒ了ハリタル場合ヲ併稱スルナリ未タ遂ケサルトハ犯人ニ於テ希望セシ直接ノ效果ヲ收ムルコト能ハサリシ場合ヲ謂フ故ニ着手未遂犯ト缺效未遂犯ハ犯人ノ目的即チ其希望セシ直接ノ效果ヲ收ムルコト能ハサル所ヨリ觀レハ二者共ニ其科ヲ同フスト雖トモ犯罪實行ノ程度即チ僅ニ犯罪行爲ノ一部ヲ行ヒ始メタルト其全部ヲ行ヒ了ハリタル所ニ至リテ大差ナクンハアラス是レ現行刑法ノ明文上ニハ單一ノ未遂犯ヲ規定スルニ過キスト雖トモ解釋上着手未遂犯ト缺效未遂犯ノ二者ヲ區別スル所以ナリ世ノ論者我刑法ノ明文上着手未遂犯ト缺效未遂犯ノ區別ナキヲ以テ解釋上之レカ區別ヲ爲スノ論據ニ窮シ遂ニ障礙ト舛錯ノ二語ヲ奇貨トシ特ニ重キヲ此二語ニ措キ障礙ニ因リテ遂ケサル場合ヲ以テ着手未遂犯ナリトシ舛錯ニ因リテ遂ケ

サル場合ヲ以テ缺效未遂犯トセリ杜撰亦ダ甚タシト謂フ可シ障礙ト舛錯ハ果シテ着手未遂犯ト缺效未遂犯ヲ區別スルノ標準ト爲ス可キモノ乎抑舛錯ハ着手未遂犯ノ原因ト爲ル能ハスシテ而シテ障礙モ亦缺效未遂犯ノ原因タルコト能ハスト爲ス乎現行刑法ニ所謂ユル障礙トハ犯人カ其目的トスル犯罪行爲ヲ實行スルニ當リ之レカ效果ヲ收ムルニ充分ナル方法ヲ盡シタル場合ニ於テ突然生シテ犯人ノ目的ヲ妨害スル所ノ原因ヲ謂フ舛錯トハ犯人ニ於テ其目的トスル犯罪ヲ行フニ當リ之レカ效果ヲ收ムルニ充分ナル方法ヲ盡サスシテ自ラ誤テ其目的ヲ妨害シタル原因ヲ謂フ之ヲ約言スレバ障礙トハ犯人ノ責メニ歸ス可カラサル外來ノ原因ニシテ舛錯トハ犯人ノ責メニ歸ス可キ自招ノ原因ヲ謂フ故ニ障礙ト舛錯ハ其由テ來タル所ノ根原ニ於テハ大ニ異ナルアリト雖トモ犯人ノ目的ヲ妨害スルニ至リテハ全ク相同シ夫レ如斯二者ノ性質判明スルニ及テハ着手未遂犯ノ場合ト缺效未遂犯ノ場合ニ共通ス可キ原因タルコト固ヨリ論ヲ俟タス

第一項 着手未遂犯

如何ナル場合ニ於テ着手未遂犯アリト謂フ乎此問題ヲ研究スルニ付テハ先ツ犯罪ノ着手ヲ知ラサル可カラズ犯罪ノ着手トハ如何ナル場合ヲ謂フ乎犯罪ノ着手トハ犯罪ノ豫備ヲ終ハリタル後犯罪事實ノ一部ヲ行ヒ始メタル場合ヲ謂フ之ヲ換言スレハ刑法ニ於テ明ニ禁制命令シタル行為ノ一部ニ違反スルノ所爲之ヲ名クテ犯罪ノ着手ナリト謂フ故ニ犯罪ノ着手ヲ知ラント欲セハ先ツ犯罪ノ構成條件ヲ知ラサル可カラズ犯罪ノ構成條件ヲ知ルニハ先ツ各犯罪ノ解剖ヲ爲サ、ル可ラス各犯罪ノ解剖ヲ爲スニハ刑法ノ各本條ニ規定スル所ノモノニ付一々之レヲ分解セサル可カラズ然ルニ各本條ニ規定スル犯罪ハ常ニ其構成條件ヲ同フスルモノニ非ス甲犯罪ノ構成條件ハ乙犯罪ノ構成條件ニ同シカラス丙犯罪ノ構成條件ハ丁犯罪ノ構成條件ニ異ナリ故ニ總テノ犯罪ニ共通スル所ノ構成條件ヲ得ント欲スルコトハ到底能クスキノ事業ニ非ラサルナリ但或種類ノ犯罪ニ付

其構成條件ヲ解剖スルコトヲ得ヘシ是レ固ヨリ完全無缺ノモノニ非スト雖トモ多少研究ノ便ヲ補スルニ足ラム蓋シ犯罪ノ着手ヲ論スル者各其見解ヲ異ニシ外國裁判所ノ裁決例ニ於テモ外國刑法家ノ議論ニ於テモ本問題ニ付テハ未タ會テ一定不變ノ斷案ヲ下シタル者アルヲ見サルナリフオスタン、エリ、氏曰ク犯罪ヲ構成スル行為爲全部ノ其一ニ着手スルトキハ犯罪ノ着手アリトナルトラン、氏曰ク犯罪執行ノ着手トハ犯罪ノ構成行為ニ着手スルノ謂ヒナリトガロ、氏曰ク犯罪執行ノ着手ヲ構成スル行為トハ刑法ニ規定スル犯罪ノ執行ニ直接且近接シタル行為ヲ謂フト、フランシ、氏曰ク犯罪執行ノ着手ヲ構成スル所爲ハ決シテ一定不變ノモノニ非ラス實ニ各犯罪ニ於テ變更スルナリト蓋シ一定ノ標準ヲ求ム可カラサルヲ謂フナリ、ベルト、氏曰ク法律又ハ一般ノ方法ヲ以テ總テノ場合ニ於ケル犯罪執行ノ着手ト犯罪豫備ノ行為ヲ區別ス可キ正確ノ性質ヲ定ムルコトハ蓋シ能クスキノ事業ニ非サルナリト、トレビシアン、氏曰ク一定ノ犯罪ト

直接シテ且ツ必要ノ關係ヲ要スル所爲之ヲ執行ノ着手ナリト謂フト是レ「ガロー」氏ノ定義ニ同シ

抑々犯罪ノ構成條件トハ如何ナルモノヲ謂フ乎是レ固ヨリ各犯罪ニ付テ同一ナラサルヲ以テ一概ニ論ス可カラスト雖モ予ハ試ミニ一二ノ犯罪ニ付キ其構成條件ヲ解剖スルコト左ノ如クセントス

一 犯人ノ身分上ノ條件

(イ) 犯罪ノ成立ニ關スルモノ

(ロ) 犯罪ノ加重ニ關スルモノ

二 犯罪ノ事實上ノ條件

(イ) 犯罪ノ成立ニ關スルモノ

(ロ) 犯罪ノ加重ニ關スルモノ

三 法律ニ禁制スルモノ又ハ禁制セサルモノ

此解剖ニ基ツキ犯罪ノ着手ヲ定義スレハ左ノ如シ

犯罪ハ着手トハ犯罪ハ成立又ハ加重條件ニシテ犯人ハ身分ニ屬セズ且ツ法律ハ禁制スル所ハ條件ヲ行ヒ始メタル場合ヲ謂フ

第一 犯人ノ身分上ノ條件トハ犯人ノ身分カ犯罪ノ成立又ハ加重ニ必要

缺ク可カラサル要素ヲ爲ス所ノモノヲ謂フ此條件ヲ分ツテ二トナス犯罪ノ成立ニ關スル條件及ヒ犯罪ノ加重ニ關スル條件即チ是ナリ

(イ) 犯罪ノ成立ニ關スル身分上ノ條件トハ犯人ノ身分カ犯罪成立ノ要

素ヲ爲シテ若シ之ヲ廢スルトキハ到底一犯罪ヲ構成ス可カラサル所

ノモノヲ謂フ例之ハ官吏收賄罪ノ如シ其成立條件ヲ分析スレハ第一

官吏ノ身分ヲ有スルコトヲ要シ第二賄賂ヲ收受スルコトヲ要ス此二

條件ヲ具備シテ而シテ初メテ收賄罪成立ス收賄罪ハ官吏カ其職務ヲ

汚辱スルノ犯罪ナルカ故ニ官吏ニ非ラサル者ハ如何ナル賄賂ヲ收受

スルモ本罪ヲ構成スルモノニ非ラス然ラハ則チ收賄罪ハ官吏ノ身分

ナクテハ成立セサル所ノモノナルヲ以テ官吏ノ身分ハ犯罪ノ成立ニ

必要缺ク可カラサルノ條件ナリ又例之ハ子孫其父母祖父母ニ對シテ奉養ヲ缺クノ罪ノ如シ此犯罪ヲ分析スレハ第一奉養ヲ爲ス者ハ子孫ナルヲ要シ第二奉養ヲ受クル者ハ父母祖父母ナルヲ要シ第三奉養ヲ缺クノ事實アルヲ要ス此三者ハ奉養ヲ缺ク罪ノ成立上必要缺ク可ラサル所ノモノニシテ其身分ナクハ則チ犯罪成立セス故ニ兄ニ對シテ奉養ヲ缺クモ犯罪成立セス隣家ノ父老ニ對シテ奉養ヲ缺クモ罰セラル、コトナシ

(ロ) 犯罪ノ加重ニ關スル身分上ノ條件トハ犯罪ノ成立上何等ノ影響ヲモ及サル條件ニシテ犯罪ノ責任上加重ノ原因ヲ爲ス所ノモノヲ謂フ即チ其身分ナキモ尙ホ犯罪ハ之ヲ構成ス可シト雖トモ犯人ノ責任ハ之ヲ加重スルコトヲ得サルナリ例之ハ再犯ノ如シ一タヒ處刑ヲ受ケタル者再タヒ處刑ヲ受クルトキハ原則上刑一等等ヲ加フ可キモノトセリ是レ再犯者ノ身分ハ責任加重ノ原因ヲ爲スナリ又例之ハ子孫其

父母祖父母ニ對シテ故殺罪ヲ行フタル場合ノ如シ子孫ニ非ラサル者故殺罪ヲ犯ストキハ無期徒刑ヲ以テ罰セラル、ニ過キサルモ子孫此罪ヲ犯ストキハ死刑ニ處セラレサル可カラズ乃チ知ル子孫ノ身分ハ故殺罪ノ責任ヲ加重スルノ原因ト爲ルコトヲ又例之ハ監守盜ノ如シ官吏其監守スル金穀物件ヲ費消スルトキハ監守盜ノ罪アリ此犯罪ハ官吏カ其職務上官ヨリ受ケタル委託物ノ費消罪ニ過キサル場合アリ故ニ非官吏此物件ヲ費消スレハ單ニ委託物費消罪ヲ構成スルニ過キサラムモ官吏ニシテ官ノ委託物ヲ費消スレハ則チ忽チ監守盜ヲ構成スラハ則チ監守盜ノ犯罪ハ委託物消費ノ加重罪ニシテ其加重ノ原因ハ官吏ノ身分ニ在リテ存スルナリ

第二 犯罪ノ事實上ノ條件トハ其條件カ犯罪ノ成立又ハ加重ニ必要缺ク可カラサル要素ヲ爲ス所ノモノヲ謂フ此條件ヲ分ツテ二トナス犯罪ノ成立條件及ヒ犯罪ノ加重條件即チ是ナリ

(イ) 犯罪ノ成立ニ關スル事實上ノ條件トハ犯罪ノ成立上必要缺ク可カラサル條件ニシテ其一ヲ廢スレハ即チ如何ナル犯罪ヲモ構成スルコト能ハサル所ノモノヲ謂フ例之ハ文書偽造罪ノ如シ此犯罪ハ偽造ノ所爲ト行使ノ所爲ヲ併合シテ同一犯人ニ於テ之ヲ犯シタルトキニ非ラサレハ完全ニ成立スル所ノ者ニ非ラス現行刑法第二百三條ニ曰ク官ノ文書ヲ偽造シテ行使シタル者ハ云々ト同第二百九條ニ曰ク爲替手形ヲ偽造シテ行使シタル者ハ云々ト同第二百十條ニ曰ク賣買ニ關スル證書ヲ偽造シテ行使シタル者ハ云々ト刑法ノ意義蓋シ行使ノ目的ナキ偽造ハ偽造罪ノ偽造ニ非ラスト爲シタルナリ故ニ今甲者行使ノ目的ナクシテ偽造シタル文書ヲ有スルニ乙者之ヲ見其偽造文書タルヲ知リナカラ之ヲ取テ行使シ他人ノ財物ヲ騙取シタリトセンニ是レ唯單純ノ詐欺罪タルヲ以テ此場合ニ於ケル偽造ノ文書ハ詐欺罪ノ豫備タルニ過キス即チ偽造ノ所爲ニ付テハ行使ノ條件ヲ缺如スルカ

故ニ偽造罪ヲ構成スル能ハス又行使ノ所爲ニ付テハ偽造ノ條件ヲ具備セサルカ故ニ行使罪ヲ爲サ、ルナリ又例之ハ委託物費消罪ノ如シ此犯罪モ亦二ケノ條件ヲ以テ成立ス(第一)物件ノ委託ヲ受ケタルコト(第二)其物件ヲ費消スルコト即チ是ナリ故ニ今物件ノ委託ヲ受ケサル者其物件ヲ費消スルモ是レ第一條件ヲ缺クテ於テ本罪ヲ構成セス又物件ノ委託ヲ受ケルモ之ヲ費消シタルノ事實ナキトハ是レ第二條件ヲ具ヘサルヲ以テ費消罪ヲ成サ、ルナリ刑法第三百九十五條ニ曰ク受寄ノ財物借用物又ハ典物其他委託ヲ受ケタル金額物件ヲ費消シタル者ハ云々ト是レ明カニ同一ノ人ニシテ委託ヲ受ケ且其物件ヲ費消シタルトキニ非ラサレハ委託物費消罪ヲ構成セサルコトヲ謂フナリ』

(ロ) 犯罪ノ加重ニ關スル事實上ノ條件トハ犯罪ノ成立上何等ノ影響ヲ及ホサ、ルモ多少犯罪ノ事實ヲ重大ナラシム可キ所ノ條件ヲ謂フ之ハ一人ニテ他人ノ所有物ヲ盜取スルモ竊盜罪ヲ構成シ二人ニテ竊盜

ヲ行フモ竊盜罪ヲ構成ス然ルニ二人ニテ竊盜ヲ行フタルトキハ狀情頗ル重大トナリテ社會ノ危害稍々多キヲ加フ是レ二人ノ條件ハ竊盜罪ノ成立上何等ノ必要ナシト雖モ竊盜ノ狀情ヲ重大ナラシムルノ要素ナリ又例之ハ門戸牆壁ヲ踰越損壞スルコト無クシテ竊盜ヲ爲ス可ク又踰越損壞ノ事實ヲ行フテ而シテ竊盜ヲ爲ス可シ即チ踰越損壞ノ事實ハ竊盜ノ成立上何等ノ影響ナシト雖モ此竊盜ノ狀情ヲ重大ナラシムルニハ必要缺ク可カラサルノ條件ナリ又例之ハ殴打創傷罪ノ如シ疾病休業二十日ニ至ラサル程度ノ創傷ヲ成スモ創傷罪成立シ二十日以上ニ至ルノ創傷ヲ爲スモ創傷罪成立ス而シテ創傷平愈ノ期間二十日以上ニ至ルモノハ創傷ノ狀情大ニ重キヲ加ヘタルナリ

第三 犯罪ノ構成條件中法律ノ禁スル所ノモノアリ又法律ノ禁セサル所ノモノアリ

(イ) 犯罪ノ成立又ハ加重ニ關スル身分上ノ條件ハ法律ノ禁スル所ニ非

テス否人ノ身分ハ自然又ハ法律ニ因リテ之ヲ得ルモノナレハ之ヲ有スルノ事實ハ犯罪ノ成立又ハ加重ニ必要缺ク可カラサルノ要素ヲ爲スト雖モ未テ曾テ犯罪ノ一部ヲ行フタル者ナリト謂フ可カラス例之ハ收賄罪ニ於テ官吏ノ身分ハ其成立ノ要素ヲ爲ス然レトモ其身分ハ法律ニ因リテ得ル所ノモノナレハ之ヲ有スルヲ以テ收賄罪ノ一部ヲ行フタリト謂フヲ得ス又子孫其父母祖父母ニ對シテ奉養ヲ缺クノ罪ノ如シ子孫ノ身分ヲ有スル者ニ非ラサレハ此犯罪ヲ行フヲ得サルカ故ニ子孫ノ身分ハ犯罪ノ成立要素ヲ爲スト雖モ此身分ヲ有スルノ事實ハ未タ曾テ犯罪ノ一部ヲ行フタリト謂フ可キモノニ在ラス例之ハ子孫其父母祖父母ニ對スル殺傷罪ノ場合ノ如シ子孫ノ身分ハ加重ノ要素ヲ爲スト雖モ法律ノ禁スル所ニ非ラサルナリ又再犯ノ如シ再犯者ノ身分ハ初犯處罰ノ結果ニ外ナラサレハ之ヲ以テ法律ノ禁シタル身分ヲ有スル者ナリト爲ス可カラス

(ロ) 犯罪ノ成立又ハ加重ニ關スル事實上ノ條件ハ大底法律ノ禁スル所ノ者ニ係ルカ故ニ其事實ノ一ヲ行フトキハ即チ犯罪ノ實行ニ着手シタリト謂フコトヲ得例之ハ文書偽造罪ニ於テ偽造ノ事實ト行使ノ事實ハ犯罪ノ成立上事實ニ屬スル必要條件ニシテ而シテ二者共ニ法律ノ禁スル所ノ者ナルカ故ニ犯人此罪ヲ犯サントシテ偽造ノ一事實ヲ行ヘハ則チ茲ニ犯罪ノ着手アリト謂フ可シ又例之ハ詐欺取財ニ於テ他人ヲ欺罔スルノ事實ト其財物ヲ取ルノ事實ハ詐欺取財ヲ構成スルニ必要ナル事實上ノ要件ナリ而シテ二者共ニ法律ノ禁スル所ノ者ナルカ故ニ其一ヲ行フタル犯人ハ則チ犯罪ニ着手シタリト謂フコトヲ得可シ然レトモ犯罪ノ成立ニ關スル事實上ノ條件ハ猶ホ身分上ノ條件ニ於ケルカ如ク法律ノ禁制以外ニ在ル者モ亦特ニ多キカ故ニ此二例ヲ推シテ總テノ犯罪ノ標準トナス可シト信スルトキハ則チ大ナル誤謬ナリ犯罪ノ加重ニ關スル事實上ノ條件ハ多ク法律ノ禁スル所ニ

係リ其一ニ着手スレハ則チ犯罪ノ一部ノ實行トナルナリ其場合三アリ或ハ犯罪ノ方法ニ付テ禁スルコトアリ或ハ犯罪ノ時ニ付テ禁スル所アリ或ハ犯罪ノ場處ニ付テ禁スル所アルナリ(一)刑法ハ或犯罪ノ方法トナル可キ事實ヲ以テ特ニ一罪ナリトシテ之ヲ罰スルコトアリ例之ハ詐欺取財ニ於テ詐欺ノ手段ニ過キササル文書偽造印章偽造ヲ罰スルカ如シ然レトモ爰ニ論セントスル所ノ者ハ犯罪自体ノ禁制ニ非スシテ其犯罪ノ加重情狀トナル可キ事實ノ禁制ニ在リ例之ハ竊盜罪ノ如シ竊盜罪ハ他人ノ所有物ヲ取ルニ於テ成立スル所ノ犯罪ナレハ他人ノ所有物タル事實及ヒ之ヲ取ルノ事實アレハ足レリ然ルニ二人以上ニテ此竊盜ヲ犯シ又ハ門戶牆壁ヲ踰越損壞シテ竊盜罪ヲ犯シタルトキハ單獨ノ竊盜又ハ通常ノ竊盜ヨリモ其刑重キヲ加フルナリ通常單獨ノ竊盜ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ノ刑ヲ以テ罰セラル(刑法三百六十六條)然ルニ二人以上ノ竊盜ハ其刑ニ一等ヲ加ヘタル刑ヲ以テ

之ヲ罰ス(刑法第三百六十九條)又門戶牆壁ヲ踰越損壞シテ行フタル竊盜ハ六月以上五年以下ノ特別刑ヲ以テ之ヲ罰ス(第三百六十八條)特ニ兇器ヲ携提シテ人ノ住所ニ入り竊盜ヲ爲シタル場合ノ如キハ輕懲役ヲ以テ之ヲ罰ス(第三百七十條)如斯或罪ヲ犯スニ付犯人探ル所ノ方法如何ニ因リ刑法特ニ刑罰ヲ重クスル所以ノモノハ其方法ノ性質危險ニシテ偶社會ノ危害ヲ大ニスルニ足ルモノアルカ故ニ此ノ方法ヲ用ユルコトヲ禁セントノ目的ニ外ナラス然レトモ此等ノ方法ニ於テモ二人以上ノ共謀又ハ兇器ノ携帶ハ只其竊盜罪ニ合スル場合ニ於テ刑法之ヲ禁セント欲ス其未タ竊盜罪ニ合セスシテ單獨ニ成立スル間ハ尙ホ未タ犯罪ノ着手アリト謂ハサルナリ之レニ反シ門戶牆壁ノ踰越損壞ハ犯人ノ目的竊盜罪ヲ犯スニ在ルコト明確ナルトキハ則チ未タ竊盜罪ニ合スルニ至ラスト雖モ獨立シテ竊盜罪ノ着手タルコトヲ得夫レ均シク加重ノ條件ヲ爲ス事實ニシテ而シテ或ハ犯罪ノ着手トナ

ルコトアリ或ハ犯罪ノ着手トナラサルコトアリ是レ果シテ何ノ理由ニ因リテ然ル乎他ナシ二人以上共謀スト雖モ又ハ兇器ヲ携帶スト雖モ未タ所有權ニ對シテ何等ノ侵害ヲモ加ヘ始メタルニアラサレハ所謂ユル犯罪ノ豫備ニ止マルモノナリ之レニ反シ門戶牆壁ヲ踰越損壞スルトキハ則チ已ニ所有權ノ保障ニ對シテ侵害ヲ加ヘ始メタルモノナルヲ以テ竊盜罪ノ着手アリト謂フテ毫モ其不可ヲ見サルナリ(二)刑法ハ或犯罪ヲ行フ場所ニ付テ禁制ヲ爲スコトアリ即チ刑法ノ禁制シタル場所ニ於テ或罪ヲ犯ストキハ他ノ場所ニ於テ同一ノ罪ヲ犯シタルヨリ犯人ノ責任一層重キヲ加フルナリ例之ハ水火震災其他ノ變ニ乘シテ竊盜ヲ爲シタル場合ノ如シ刑法第三百六十七條ニ於テ水火震災其他ノ變ニ乘シテ竊盜ヲ爲シタルトキハ六月以上五年以下ノ重禁錮ノ刑ヲ以テ之ヲ罰ス可シトセリ即チ普通ノ場合ニ於テ犯シタルノ竊盜ヨリ其刑四月以上一年以下ノ重キヲ加フ是レ刑法ハ第一竊盜ヲ

禁シ第二水火震災其他ノ時變ノ在リタル場所ニ於テスルコトヲ禁シタルナリ故ニ竊盜ノ意思ヲ以テ此場所ニ入りタルノ事實アリタル時ハ之ヲ以テ已ニ竊盜ノ着手アリト謂フコトヲ得(三)刑法ハ犯罪ノ時ヲ禁スルコトアリ即チ犯罪ノ時間繼續スルトキハ其繼續期間ノ長短ニ從ヒ刑ヲ加重スルコトアリ例之ハ監禁罪ノ如シ此犯罪ハ其繼續期間十日ヲ過クル毎ニ一等ヲ加フルノ規定ナレハ十日ノ超過ハ刑法ノ別ニ禁スル所ナリ然レトモ時ノ禁制ハ犯罪成立ノ後ニ非サレハ其場合ヲ見ルコトナク隨テ時ノ禁制ニ付テ着手未遂犯ヲ構成スル場合ナシ以上犯罪ノ構成條件ニ付キ爲シタル分析ハ僅カニ犯罪ノ着手トナルヘキ一班ノ場合ヲ知ルニ足ルヘシト雖モ未タ以テ全般ノ場合ヲ知ルノ標準トナスニ足ラサルナリスウインデレン氏カ犯罪着手ノ辭ニ付從來學者ノ爲シタル解釋十有餘説ヲ列擧スルヲ見ハ誰レカ其困難ノ甚シキニ驚カサル者アラシク然レモ學者ノ議論多クハ事情ニ迂ナリ其犯罪行為ノ如何ナル部

分テ行フニ於テ初メテ犯罪ノ着手アリト爲スカ犯罪ノ事實ニ付明確ノ標準ヲ示シタル者未タ曾テ之レアルヲ知ラサルナリ唯犯罪ノ目的トナリタル權利ニ對シテ直接ノ侵害トナルヘキ行為ヲ行フタルトキトハ如何ナル輕微ノ侵害アリト雖モ偶々以テ犯罪ノ着手ト爲スニ足ル可シト云フノ説ニ至リテハ余ノ所論ト大ニ同シキ所ノモノアルヲ以テ之ヲ借リテ而シテ余ノ説ノ甚シキ誣妄ニ非ラサルコトヲ明ラカニセント欲スルナリ之ヲ要スルニ犯罪ノ着手トナル可キ事實ヲ知ルニ付テハ一定ノ標準ナキカ故ニ宜シク各犯人ニ付キ其如何ナル犯罪ヲ行ハントスルノ意思ヲ有セシヤ否ヲ研究シ其意思判明シテ而シテ後其行フ所ノ所爲ハ果シテ刑法ノ禁スル構成條件ニ係ルモノナルヤ否ヲ詳カニス可シ蓋シ同一ノ所爲ニシテ而シテ或ハ犯罪ノ着手トナル可キモノアリ或ハ犯罪ノ着手トナル可カラサルモノアリテ所爲其者ニ付テ直チニ判斷ヲ下タス可カラサルモノアレハナリ例之ハ竊盜ノ意思ヲ以テ門戶牆壁ヲ踰越損壞スレハ竊盜罪ノ着

手トナスニ足ル可キモ殺人ノ意思ヲ以テ同一ノ所爲ヲ爲スモ未タ殺人罪ノ着手アリト謂フ可カラサルカ如シ
今ヤ犯罪着手ノ如何ナル場合ニ在ルコトヲ知レリ其犯罪ノ豫備ト之ヲ區別スルノ標準ニ至テハ理論上之ヲ知ルコト決シテ難キニ非ラサルナリ即チ犯罪ノ意思ヲ實行スルニ必要ナル行爲ヲ行フテ而シテ未タ法律ノ禁制スル所ノ條件ニ入ラサレハ即チ其行爲ハ尙ホ犯罪ノ豫備中ニ在リトナシ若シ法律ノ禁制スル所ノ條件ニ係ルトキハ即チ己ニ犯罪ノ着手アリト謂フ可キナリ

第二項 缺效未遂犯

犯人其犯サント欲スル犯罪構成ニ必要ナル全部ノ行爲ヲ行ヒ了ハリテ而シテ意外ノ錯誤ノ爲メニ其得ント欲セシ直接ノ效果ヲ收ムルコト能ハサル場合之ヲ名ツクテ缺效未遂犯ト謂フ是亦刑法明文上ノ用語ニ非ラスシテ全ク解釋上ノ名稱ニ過キサルナリ此定義ニ據レハ缺效未遂犯ハ之ヲ犯

罪ノ方法ヨリ觀察スレハ犯人ハ犯罪ヲ構成スルニ必要ナル總テノ條件ヲ行ヒ盡シタルヲ以テ當サニ完全ニ成立シタル既遂犯ナリト謂フ可シト雖モ更ニ犯人ノ目的ヨリ觀察スレハ犯人ハ此犯罪ニ付其期望セシ直接ノ目的ヲ達スルコト能ハサルヲ以テ犯罪ノ一部ニ於テ多少缺損スル所アルヲ免レス是ニ於テカ未遂犯ノ名稱アリ故ニ缺效未遂犯ト既遂犯ノ區別ハ只犯人カ期望セシ直接ノ目的ヲ達セシト否トニアリテ存スル者ノ如シ例之ハ毒藥ヲ使用シテ謀殺ヲ爲サント欲スル者アリ其毒藥ヲ服用セシメントスルニ際シテ之ヲ顛覆スル如キハ所謂ル着手未遂犯ナリ被害者一旦之ヲ服用スルモ後忽チ其毒藥タルコトヲ覺リ消毒劑ヲ用ヒタルカ故ニ僅ニ死ヲ免レタル時ハ茲ニ所謂ル缺效未遂犯ヲ見ルナリ若シ毒藥ヲ服用シテ其儘死ニ至リタルトキハ則チ所謂ル既遂犯ナリ現行刑法ハ着手未遂犯ト缺效未遂犯ノ間ニ何等ノ區別ヲ設タルコトナク二者ニ科スルニ同一ノ制裁ヲ以テス即チ重罪ニ付テハ盡ク之ヲ罰シ輕罪ニ付テハ特ニ各本條ニ於

テ其罰ス可キ場合ヲ規定シ違警罪ニ付テハ常ニ之ヲ罰セストセシ然レトモ犯人カ期望セシ直接ノ目的ヲ達スルト否トハ以テ許多ノ場合ニ於テ缺効未遂犯ト既遂犯ヲ區別スルノ標準ト爲スニ足ルト雖モ未タ以テ常ニ然リト謂フ可カラサルモノアリ須ラク犯罪ノ性質ヲ檢シテ然ル後チ其區別ノ基礎ヲ定ム可キノミ

(一) 現行刑法ニ於テ或所爲ノ實行アレハ未タ以テ何等ノ效果ヲ收ムルニ至ラスト雖モ已ニ完全ノ一罪ヲ構成スト爲シテ既遂犯ヲ以テ之ヲ論スル場合アリ此種類ニ屬スル犯罪ハ現行刑法及ヒ其他ノ規則ニ於テモ多ク見サル所ノ者ナリ今其二三ノ例ヲ舉レハ則チ刑法第百十六條末段第百十八條末段第百二十五條ニ於ケル場合ノ如シ此等ノ場合ニ於テモ或ハ犯人ハ皇室ニ對シテ未タ危害ノ未遂犯タモ之ヲ行ハス或ハ犯人ハ單ニ内亂ノ豫備ヲ爲シタルニ過キスシテ未タ其希望スル目的ノ一半タモ之ヲ遂ク得タルモノニ非ラサルナリ又第百八十六條ノ場合ニ於テモ亦然リトス貨幣偽

造ノ犯人ハ或ハ未タ行使ノ實ヲ舉ケス或ハ未タ偽造ヲ成就セス或ハ未タ偽造ノ着手タモ爲サ、ルナリ此數種ノ場合ニ於テ犯人ハ或所爲ノ實行ヲ爲シタルヤ毫モ疑ヲ容レスト雖モ犯罪ノ結果ニ至リテハ未タ曾テ何等ノ見ル可キモノナキノミナラス全ク犯罪ノ豫備ニタモ至ラサルモノアリ然レトモ現行刑法ハ尙ホ此數種ノ場合ヲ以テ其目的トスル犯罪ニ關係ナク獨立シテ一罪ヲ構成スル所ノ既遂犯ナリトシテ之ヲ罰スルナリ又銃砲取締規則ノ如ク爆裂藥取締規則ノ如キ凡ソ諸規則中ニ於テ取締ノ名稱ヲ付スル所ノモノハ皆危害ヲ未萌ニ防禦セント欲スルノ目的ヲ有スルカ故ニ未タ此等ノ物品ヲ使用シテ犯罪行爲ヲ行フタルニ非ラスト雖モ只此物品ヲ賣買注文所持スルノミヲ以テ已ニ完全ノ一罪ヲ構成スルニ足レリト爲ス蓋シ此種ノ犯罪ニ付テハ犯人ノ期望スル直接ノ目的ヲ達スルト否トハ犯罪ノ構成上必要ノ條件ヲ爲サス只其所爲ノ實行ハ已ニ社會ニ對シテ充分ノ危険ヲ發生スルモノト爲セハナリ

(二) 現行刑法ハ或場合ニ於テ既遂犯ヲ構成スルニ付テハ只或行為ノ實行アルノミヲ以テ足レリトセス尙其實行ニ因リ犯人カ希望セシ直接ノ效果ヲ生スルヲ以テ必要條件ト爲スコトアリ此種類ノ犯罪ハ現行刑法中最モ多ク見ル所ノモノニシテ犯罪ノ實行ニ因リ直接ノ效果ヲ發生シタル場合ニ非ラサレハ既遂犯ヲ構成スルコトヲ得サルナリ例之ハ殺人罪ノ如ク墮胎罪ノ如ク又盜罪ノ如ク如斯犯罪ニ於テハ或ハ人ヲ殺害シ了リテ後チ殺人罪ノ既遂犯ヲ構成ス可ク胎兒ヲ墮殺シテ墮胎罪ノ既遂犯ヲ構成ス可ク他人ノ所有物ヲ竊取シテ竊盜罪ノ既遂犯ヲ構成ス可ク若シ殺害墮胎竊取ノ目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ所謂ユル缺效未遂犯ニシテ既遂犯ニ非ラサルナリ蓋シ刑法ハ此種類ノ犯罪ヲ以テ直接ノ效果ヲ生スルニ非ラサレハ未タ社會ニ對シテ充分ノ危害ヲ發生シ完全ノ一罪ヲ構成スルニ足ラスト推定スルモノナリ

以上論スル所ニ據レハ缺效未遂犯ト既遂犯ヲ區別スルノ標準ハ只犯人カ

其目的トスル犯罪ニ付テ希望セシ直接ノ效果ヲ收メシヤ否ヤヲ知ルノミニ在ラスシテ其犯罪ノ性質ハ刑法ノ定義上單ニ或行為ノ實行ノミヲ以テ完全ノ獨立罪ヲ構成スルモノナルヤ否ヤヲ明ラカニスルニ在リ
余輩既ニ刑法ノ義解ヲ結了シタルヲ以テ今ヤ將サニ立法上ノ問題ニ進入セントス抑々刑法ハ犯罪ノ效果ヲ生シタル場合ト又何等ノ效果ヲ見サル場合トニ於テ均シク既遂犯アリトセハ缺效未遂犯ト既遂犯トヲ區別スルハ賊ニ立法者ノ專斷ニ外ナラス然ラハ即チ今日ニ至テ斷然此區別ヲ廢止スルモ殆ト其不可ヲ見サルカ如シ然ルニ論者既遂犯ト缺效未遂犯トニ適用ス可キ刑ニ差等ヲ設クルカ爲メニ特ニ此區別ヲ爲スヲ要スト爲ス是果シテ刑罰權ノ本旨ニ適合スルモノト謂フ可キ乎論者曰ク未遂犯ハ偶然ナル事變ニ因リテ防止セラレタル犯罪ナルヲ以テ若シ此事變ヲ生スルコト勿リセハ其犯罪ハ或ハ既遂犯タルコトヲ想像スルヲ得ヘシ然レトモ是レ只一ノ想像ニ過キス犯人ハ尙ホ犯罪ノ途上ニ在ルカ故ニ其將ニ犯罪ノ實

行ヲ終ラントスルニ當リ或ハ忽チ悔悟心ヲ猛發シテ善道ニ復歸スルノ望
ナシト謂フ可カラス此場合ニ於テ犯人ヲ待ツニ多少ノ寬典ヲ以テスルハ
即チ社會ノ爲メニ利益アリ蓋シ社會ハ犯人ヲシテ其非ヲ遂クシメテ危害
ノ大ナルモノヲ見ゾヨリハ寧ロ其非ヲ中止セシメテ危害ノ小ナルモノヲ
見ント欲スルモノナリ故ニ未遂犯ト既遂犯トテ區別シテ之ニ適用ス可キ
刑ノ差等ヲ設クルハ實ニ社會ノ爲メニ大ナル利益アリト論者ノ說敢テ一
理ナキニ非ラスト雖モ是只着手未遂犯ノ場合ニ於テ或ハ然リト謂フヲ得
可シ若シ夫レ缺效未遂犯ノ場合ニ於テハ未タ俄カニ同一ノ理由ヲ以テ刑
ノ差等ヲ説明スルヲ得サルナリ着手未遂犯ノ場合ニ在リテハ犯人尙ホ犯
罪ノ途中ニ在ルカ故ニ之ヲ善道ニ復歸セシムルノ方法ヲ設クルノ必要ア
リト雖トモ缺效未遂犯ニ於テハ然ラス犯人ハ已ニ其目的トスル犯罪構成
ニ必要ナル總テノ條件ヲ行ヒ了リテ犯罪ノ途上ヲ經過シ去レリ此場合ニ
於テ犯人ヲ待ツニ多少ノ寬典ヲ以テスト雖トモ果シテ何等ノ實益アルカ

流水一タヒ去テ復タ還ラス犯罪一タヒ成テ挽回ス可カラス已ニ其非ヲ遂
ケタル犯人ニ望ムニ悔悟心ノ猛發ヲ以テスルハ是レ猶ホ千年ノ枯木ニ明
春ノ花ヲ望ムカ如シ論者又曰ク缺效未遂犯ニ於テ犯人ハ其犯罪ニ必要ナ
ル總テノ行爲ヲ終盡セリト雖トモ被害者ハ未タ其犯罪ヨリ生ス可キ總テ
ノ損害ヲ蒙ムリタル者ニ非ラス隨テ社會ノ危害モ亦既遂犯ノ場合ト同日
ニシテ論ス可カラサルナリ若シ犯人ニ於テ意外ノ舛錯又ハ障礙ニ遭遇ス
ルコトナカリセハ或ハ犯罪ノ目的ヲ達シタル可シトノ推測ヲ以テ實際其
目的ヲ達シタル場合ト同一ノ制裁ヲ科セントスルハ則チ是レ事實以外ニ
於テ犯人ノ意思ヲ罰セントスル者ナリ何トナレハ犯人ノ意思ハ人ヲ殺ス
ニ在リテ而シテ之ニ必要ナル總テノ行爲ヲ行ヒ了リタリト雖モ實際殺人
ノ事實未タ此社會ニ現出セサル以上ハ只タ當サニ殺人ノ意思ヲ認ムルニ
止マル可キ而已犯罪ノ意思ハ刑法之ヲ罰セサルヲ以テ原則トス然ルニ缺
效未遂犯ノ場合ニ於テ獨リ犯罪ノ意思ヲ罰セントス是レ刑法ノ原則ト抵

觸スル所ノ規則ニ非スシテ何ノヤト論者ノ説大ニ是ナリ然レトモ余ハ尙
ホ未タ卒カニ論者ノ説ニ左袒スルヲ得サルナリ元來刑法ノ目的ハ社會ノ
安寧秩序ヲ維持セント欲スルニ在リ刑法ニ公法ノ性質ヲ認ムル所以ノ者
モ亦全ク此特徴アルニ因ラスンハアラス刑法ノ目的已ニ然リトセハ犯罪
ニ科ス可キ刑罰ノ輕重ハ須ラク社會ノ蒙ムリタル損害ノ程度ヲ以テ其標
準ト爲ス可キヤ固ヨリ論ヲ俟タサルナリ今論者ハ缺效未遂犯ノ場合ニ於
テ被害者ノ損害未タ充分ナラサルカ故ニ社會ノ危害モ亦既遂犯ノ場合ト
同視ス可カラストセリ是レ論者ハ犯罪ノ輕重ヲ定ムルニ付テ被害者ノ損
害ヲ以テ其標準ト爲サントスルモノナリ若シ被害者ノ損害ヲ以テ犯罪ノ
輕重ヲ定メントセハ刑法ハ倏忽ニシテ其公法タルノ性質ヲ失ヒ單ニ一個
人ノ利益ヲ保護スルノ私法タルニ過キササルモノトナリテ其結果一個人ニ
對スル損害ナキ場合ニ於テハ如何ナル所爲ト雖トモ之ヲ罰スルコトヲ得
サルニ至ル可シ隨テ一個人ニ對スル損害ナキ未遂犯ハ刑法中ヨリ之ヲ刪

除セサル可カラサルナリ然ルニ刑法ニ於テ未遂犯ヲ規定スルヤ一個人ニ
對スル損害ノ有無ハ毫モ顧ミル所ナク苟モ社會ニ對シテ危害ノ見ルヘキ
モノアレハ直チニ此所爲ヲ罰シテ恕スル所ナキナリ夫レ如斯一個人ノ損
害ハ未遂犯ノ構成上何等ノ必要條件ヲ爲スモノニ非ラストセハ未遂犯ヨ
リ生スル所ノ損害ノ程度ヲ以テ之レニ科ス可キ刑罰ノ標準ヲ定ム可キノ
理由ナキヤ疑ヲ容レサルナリ若シ論者ノ説ノ如ク損害ノ及フ所少ナルカ
故ニ之ヲ擬スルニ既遂犯ノ刑ヲ以テス可カラスト爲ストキハ則チ其論旨
明ラカニ未遂犯ヲ罰スル所以ノ理由ニ牴觸ス何トナレハ未遂犯ハ被害者
ノ損害ノ有無ニ拘ハラスシテ成立スル所ノ犯罪ナレハ之ヲ罰スルニ付其
損害ノ大小輕重ヲ基本トスルノ理由ナクレハナリ論者或ハ曰ハシ犯罪ノ
害ハ一個人ニ始マル故ニ一個人ノ損害アルニ非ラサレハ社會ノ損害ヲ言
フヲ得ス隨テ一個人ノ蒙ムリタル損害ノ大小輕重ハ實ニ社會ニ對スル損
害ノ大小輕重ト爲サル可カラスト是レ論者ハ一個人ノ損害ト社會ノ損

害ヲ區別スルコトヲ知ラサル者ナリ抑々刑法ニ規定スル所ノ犯罪中ニハ或ハ一個人ニ對シテ何等ノ損害ナキ犯罪ニシテ之ヲ罰スル場合アリ例之ハ國事犯ニ關スル犯罪ノ如シ或ハ一個人ニ對シテ充分ノ損害ヲ生シタル犯罪ニシテ尙ホ之ヲ罰セサル場合アリ例之ハ誹毀罪、脅迫罪、強姦罪ノ如シ凡ソ此等ノ犯罪ニ付テハ被害者ノ告訴ナキ以上ハ如何ナル明確ノ證據アルモ到底之ヲ罰スルコトヲ得ス然ラハ則チ一個人ノ損害ハ必スシモ社會ノ損害ノ標準トナルモノナリト謂フヲ得サルヤ明ナリ試ミニ一步ヲ讓リ親告罪ニ非ラサル他ノ犯罪ニ付テ例ヲ取ランニ一犯罪ニシテ同時ニ一個人ノ損害ト社會ノ損害ヲ併セ生スル場合ナキニ非ラス然レトモ此場合ニ於テモ亦二者ノ損害其區別井然毫モ混同スル所ナシ一個人ノ損害ハ其人ノ生命、自由、名譽、財産ヲ毀損スルニ在リ社會ノ損害ハ社會一般禍害ノ何時其身ニ襲來センコトヲ危懼シテ瞬時モ其堵ニ安スル能ハサルニ在リ之ヲ換言スレハ一個人ノ損害ハ其人ニ及ホス有形上ノ苦痛ニシテ社會ノ損害

ハ一般人心ニ及ホス無形上ノ危懼ナリ無形上ノ危懼焉ソ有形上ノ苦痛ト其消長ヲ同フスルモノナランヤ論者一個人ニ對スル損害ノ程度ヲ標準トシテ以テ社會ニ對スル損害ノ程度ヲ定メント欲ス其論ノ根據ナキ智者チ俟ツテ而シテ後チニ之ヲ知ラサルナリ論者ノ說已ニ其根據ニ於テ破壞スル以上ハ缺效未遂犯ト既遂犯ニ付テ刑罰ノ差等ヲ設ク可カラサルノ理由自ラ明瞭ニシテ復タ缺效既遂二犯ノ區別ヲ爲スノ必要ナキハ何人モ能ク之ヲ了解セン

羅馬刑法ニ於テハ犯罪ヲ區別シテ私犯ト公犯ト二種ト爲シ私犯ノ未遂犯ハ之ヲ罰セスシテ而シテ獨リ公犯ノ未遂犯ハ既遂犯ト同一ノ刑ヲ以テ之ヲ罰ストセリ蓋シ羅馬人ハ私犯ニ付テハ必ス有形上ノ損害ヲ要ストシ公犯ニ付テハ單ニ犯罪ノ意思ノミヲ以テ足レリトセシナリ羅馬法ニ於ケル私犯ト公犯トヲ區別スルノ可否ハ余輩未タ深ク之ヲ研究セスト雖モ其私犯ノ未遂犯ハ之ヲ罰スルモノニ非ララストシテ而シテ獨リ公犯ノ未遂犯ノ

ミ之ヲ罰スルニ既遂犯ト同一ノ刑ヲ以テス可シトノ規則ヲ設ケタルハ當時已ニ未遂犯ノ性質ヲ明ラカニスルモノナリト謂フ可シ
 現今歐洲ニ行ハル、所ノ刑法ハ大抵未遂犯ニ對シテ既遂犯ヨリ輕キ刑罰ヲ科スルヲ以テ共通ノ主義ト爲ス白耳義刑法「エチー」ヲ「刑法、獨逸刑法、皆然リトス獨リ佛國刑法ニ於テハ羅馬刑法ノ舊主義ヲ因襲シ今日尙ホ未遂犯ヲ罰スルニ既遂犯ト同一ノ刑ヲ以テス論者大ニ其正義ニ反スルヲ非難シテ止マス」タルトラン「氏曰ク着手未遂犯ト缺效未遂犯ハ犯罪ノ事實上ヨリ論スルトキハ二者ノ間大差アリト雖モ犯人ノ目的上ヨリ論スルトキハ共ニ之ヲ遂ケタルモノニ非ラサルカ故ニ此二者ヲ罰スルニ決シテ既遂犯ト同一ノ刑ヲ以テス可カラスト」ガロ「氏曰ク犯罪ヲ區別シテ三級ト爲シ之ニ相當スル刑罰ヲ科ス可シ即チ第一既遂犯ニハ必ス刑法各本條ニ規定スル所ノ本刑ヲ科セサル可カラス第二缺效未遂犯ニハ既遂犯ヨリ一等輕キ刑ニシテ着手未遂犯ヨリ一等重キ刑ヲ科セサル可カラス蓋シ犯人ニ於

テハ充分犯罪行爲ヲ行ヒ盡シタルヲ以テ其責任ハ必ス未タ犯罪行爲ヲ行ヒ盡サ、ル者ヨリ重カラサル可カラス然レトモ犯人ハ克ク其目的ヲ達スルコト能ハサリシカ故ニ其制裁固ヨリ犯罪ノ效果ヲ收メタル者ヨリ輕カラサル可カラス第三着手未遂犯ハ缺效未遂犯ヨリ輕キ刑罰ヲ以テ之ヲ罰セサル可カラス蓋シ犯人ハ其意外ノ舛錯又ハ障礙ニ因テ中途犯罪行爲ヲ停止シタルニ過キサル者ナリト雖モ其犯罪行爲ノ實行ヲ終了スルニ至ルニ及ンテ或ハ眞心悔悟ノ期望ナシト謂フ可カラス已ニ此期望アリトセンカ此犯人ニ科スルニ悔悟ノ期望斷絶シタル者ト同一ノ刑ヲ以テス可キノ理由ナキヤ明ラカナリト「フオスタン、エリー」氏曰ク缺效未遂犯ノ犯人ハ之レヲ道德上ヨリ論スルトキハ既遂犯ノ犯人ト其責任ヲ同フス可キモノナルコトハ何人モ疑ハサル所ナリ蓋シ犯人ハ悔悟ニ因テ犯罪ノ進行ヲ停止シタルニ非ラスシテ偶然事變ノ爲メ其執行ヲ誤リタルニ外ナラサレハ犯人ノ意思ニ於テ全ク其犯罪ヲ成就セシメタル者ナリ犯人カ被害者ノ胸部

ニ發砲スルニ當リ偶々其胸部ヲ蔽ヒタル鐵板ノ力ニ由リテ生命ヲ保存シ
 タリトノ理由ヲ以テ焉ソ刑法ノ峻嚴ヲ撓マス可クンヤ若シ法律ハ犯人ノ
 目的ヲ誤リタル偶然ノ事變ヲ以テ宥恕ノ原因ナリト爲サハ是レ法律ハ犯
 罪ノ原動力タル無形上ノ犯罪意思ニ付テハ毫モ顧ミル所ナクシテ獨リ有
 形上ノ犯罪行為ニ付テ犯罪ノ輕重ヲ商量シ刑罰ノ權衡ヲ定メント欲スル
 者ナリ夫レ犯罪ニ因テ生シタル損害ハ刑罰ノ一元素ヲ爲スコトハ固ヨリ
 疑ヲ容レスト雖モ是レ只損害ノ性質大ニ犯人ノ犯意ヲ表明スルモノナリ
 ト看做サレタル場合ニ限ルモノトス故ニ刑法ハ有形上ノ損害ノ大小輕重
 ヲ以テ犯罪ノ輕重ヲ定ムルノ標準ト爲サ、ルナリ從來刑法家カ缺效未遂
 犯ト既遂犯トノ間ニ置ク所ノ差異ハ殆ト不正確ニシテ且ツ錯雜ナリ今其
 例ヲ示サンニ殺人罪ハ殘害セラレタル人ノ死亡スルニ因ルニ非ラサレハ
 其既遂犯ヲ構成ス可キモノニ非ラス故ニ其人殺害ノ危難ニ遭遇スルモ尙
 未タ死ニ至ラサルトキハ所謂ユル缺效未遂犯ノ場合ナリ然レトモ此場

合ニ於テ被害ノ程度ヲ研究スレハ其差等實ニ枚舉ニ遑アラサルモノアリ
 或ハ彈丸命中セスシテ毆打スラ之ヲ受ケサルコトアルヘク或ハ輕微ノ負
 傷ヲ爲シタルニ過キササルコトアルヘク或ハ命中シタルモ死ニ至ラサルコ
 トアルヘク或ハ被害者ノ創傷ハ全ク平癒スルコトアルヘク或ハ四肢挫折
 セラレ耳目瞎聾セラレテ終身癱疾ニ至ルコトアルヘク或ハ此危害ニ原因
 シテ精神病ヲ發シ死ヨリモ甚シキ苦痛ヲ感スルコトアルヘシ凡ソ此等ノ
 場合ニ於テ被害者僅カニ一死ヲ免レタルノ理由ヲ以テ犯人ノ責任ヲ宥恕
 シ其刑罰ヲ減輕セントスルノ原由果シテ何處ニ在ル乎ト要スルニ「フオス
 タン、エリー」氏ノ説ハ着手未遂犯ハ之ヲ罰スルニ既遂犯ヨリ輕キ刑ヲ以テ
 ス可キノ理由アリト雖モ缺效未遂犯ニ至リテハ須ラク既遂犯ト同一ノ刑
 ヲ以テ之ヲ罰ス可シト謂フニ在リ

余ヲ以テ之ヲ見ルニ諸家ノ說各一理ナキニ非ラスト雖モ論據ヲ羅馬法ニ
 採リ精巧ヲ實際ニ究メテ而シテ克ク未遂犯ノ事理ニ通曉スル者ハ實ニ「フ

オスタン「エリ」氏ヲ以テ最ト爲ス余カ缺效未遂犯ニ付テ探ル所ノ素論亦「フオスタン、エリ」氏ニ同シ故ニ余ハ別ニ諸家ノ説ニ付テ論評スル所ナク直チニ「フオスタン、エリ」氏ヲ紹介シテ讀者ノ參考ニ供セント欲スルナリ（佛國刑法大全第一帙下卷第十章「第二百三十八號乃至第二百五十三號」）

第三項 不能犯

不能犯亦現行刑法ノ明文上ニ規定スル所ノ場合ニ非ラス刑法家ニ於テ未遂犯ノ分類中其一種ニ付テ下タセシ解釋上ノ名稱ニ外ナラス故ニ不能犯ノ定義ニ付テハ諸家各其所見ヲ異ニシ未タ一定スル所ヲ知ラス余ハ先ツ假リニ普通一般ニ行ハル、所ノ定義ヲ掲ケ後チ更ニ其當否ニ付深ク論究スル所アラントス

不能犯トハ犯人ニ於テ犯罪構成ニ必要ナル行爲ヲ行フト雖トモ手段又ハ目的ノ錯誤ニ因リ到底犯罪ヨリ生ス可キ直接ノ效果ヲ收ムルコト能ハサル場合ヲ謂フ例之ハ懷胎セサル婦女ヲ以テ懷胎セリト信シテ之レニ施ス

ニ墮胎藥ヲ以テセシ場合又人ヲ毒殺セント欲シ毒藥ナリト信シテ誤リテ砂糖ヲ投シタル場合ノ如シ如斯場合ニ於テハ墮胎又ハ毒殺ノ目的ヲ達セント欲スルモ或ハ手段上ニ錯誤アリ或ハ目的上ニ錯誤アリテ到底能クス可キノ犯罪ニ非ラサルナリ是レ一般學者ニ於テ是認スル所ノ見解ナリトス
不能犯ノ見解ニ付テハ一般學者ノ論大ニ一定スル所アリト雖モ其適用ニ至リテハ諸家各其見解ヲ異ニセリ今試ニ二三大家ノ所論ヲ摘載シテ以テ不能犯ノ研究ニ關スル困難ノ一斑ヲ示サント欲スルナリ

「ガロ」氏曰ク不能犯ト缺效未遂犯ハ其外觀酷ク善ク相類似シテ而シテ之レカ區別ヲ爲スハ至テ困難ナルヲ見ルナリ蓋シ缺效未遂犯ノ場合ニ於テモ犯人ハ其犯罪構成ニ必要ナル行爲ヲ爲シテ而シテ犯罪ヨリ生ス可キ直接ノ效果ヲ收ムルコト能ハサリシ者ナリ不能犯ノ場合ニ於テモ亦然リ犯人カ常ニ其意思以外ノ事變ニ原因シテ其犯罪ノ效果ヲ收ムル

コト能ハサルニ至リテハ二者共ニ毫モ異ナル所アルヲ見ス然ラハ則チ之カ區別ヲ爲スノ標準果シテ何處ニ在ル乎曰ク缺效未遂犯ノ場合ニ於テハ其犯罪ハ或ハ成功ヲ爲ス可キモノナリ之レニ反シテ不能犯ノ場合ニ於テハ其犯罪ハ結局成功ヲ爲ス可キモノニ非ラサルナリ更ニ之ヲ換言スレハ犯人カ得ント欲セシ所ノ結果ハ如何ナル方法ヲ以テシ又如何ナル手段ヲ盡スト雖トモ之ヲ得ルコト能ハサル場合ヲ謂フ果シテ然ラハ犯罪ノ成功ハ全ク犯人ノ權外ニ在リテ其力ノ敢テ企テ及フ所ニ非ラサレハ其爲シタル行爲ヲ以テ犯罪ノ實行ヲ爲シタルモノナリト謂フノ理由ナキヤ明クシ若シ夫レ不能犯ノ場合ヲ以テ之ヲ未遂犯ト同一視セントセハ即チ或ハ確實ナル犯罪ノ決意ハ之ヲ罰セサルヘカラスト云フカ又ハ不能犯ノ行爲ヲ以テ犯罪實行ノ着手又ハ缺效ナリト看做サ、ル可カラス然ルニ不能犯ノ實行ハ殆ト妄想夢幻ノ事業ニ屬シ外觀上犯罪ノ實行アリト雖トモ内容上只犯罪ノ決意ヲ表白シタルニ過キス犯人ノ

一方ヨリ觀察スルトキハ其罪ヲ犯サントシタル行爲ハ明ラカニ犯罪ノ決意ヲ表白シテ一毫ノ疑團ヲ存セスト雖トモ又社會ノ一方ヨリ觀察スルトキハ犯人ノ決意ハ如何ニ猛惡ナリトスルモ如何ニ確實ナリトスルモ其行フ所ノ行爲其決スル所ノ意思ト相齟齬シテ而シテ秋毫モ社會ニ對シ危害ヲ發生スル所ナカリセハ則チ社會ハ何ノ理由アリテ此不能犯ヲ罰セントスル乎又何ノ必要アリテ此不能犯ヲ罰スル乎許多ノ刑法學者カ不能犯ヲ以テ罰ス可キ所爲ニ非ラストナス所以ノモノ蓋シ至強ノ根據ナクンハアラサルナリ

不能犯ハ罰ス可キノ行爲ニ非ラストナスノ論旨ニ付テハ學者大抵皆一致スト雖トモ只不能犯トナス行爲ノ區域ニ至テ各自其採ル所ノ説ヲ異ニス今一般學者カ以テ不能犯ノ行爲ナリトナス諸般ノ場合ヲ舉クテ之ヲ分析スルトキハ則チ不能犯ノ原因二アルヲ見ル或ハ犯罪ノ目的ニ原因スル不能犯アリ或ハ犯罪ノ方法ニ原因スル不能犯アリ而シテ其目的