

警察講義錄



刑
法
訊
論

AG
P. 203
17



3 1773 3879 9

刑法汎論目次

緒論

第一章	刑法於國法上占必要之地位	一
第二章	刑法與警察法之關係	五
第三章	刑法與刑事法之關係	六
第四章	司法警察與刑法之關係	九
第五章	刑法之定義	九
第六章	國家刑罰權之根據	一一
第七章	刑罰法令關於時之効力	一四
第八章	刑罰法令關於人之効力	一七
第九章	刑罰法令關於地之効力	二〇

第一編 犯罪

刑法汎論

目次

一

第一章 總論……………二七

第一節 犯罪之定義……………二七

第二節 犯罪之原因……………二八

第三節 犯罪要素之概念……………三四

第二章 犯罪之主體及客體……………三五

第一節 主體……………三五

第二節 客體……………三八

第三章 刑罰法令……………四〇

第一節 罪刑法定……………四〇

第四章 行爲……………四一

第一節 總論……………四一

第二節 積極行爲(作爲)……………四四

第三節 消極行爲(不作爲)……………四八

第五章	有責行爲	五〇
第一節	責任能力	五一
第一項	精神不成熟	五二
第二項	精神之障礙	五五
第二節	責任條件	五七
第一項	故意	五七
第二項	過失	六二
第三項	錯誤	六六
第六章	不法行爲	七〇
第一節	通則	七〇
第二節	權利行爲	七一
第一項	官吏之職務行爲	七一
第二項	正當防衛	七三

第三項 一般之權利行爲	七七
第三節 放任行爲	七八
第一項 基於緊急狀態之行爲	七九
第二項 基於有承諾之行爲	八〇
第四節 行爲之階級	八二
第一項 犯意之表示	八二
第二項 犯罪之豫備	八三
第三項 犯罪之著手	八五
第四項 犯罪之終結	八五
第七章 犯罪之狀態	八六
第一節 既遂犯	八六
第二節 未遂犯	八九
第三節 中止犯	九四

第四節	不能犯	九七
第五節	再犯	九八
第八章	一罪及數罪	一〇〇
第一節	總論	一〇〇
第二節	單一之行為及多數之行為	一〇一
第三節	數所爲一罪	一〇三
第四節	對於一罪法律之適用	一〇六
第五節	多數之犯罪	一〇六
第二編	刑罰	
第一章	總論	一〇九
第一節	刑罰之意義	一〇九
第二章	刑罰之種類	一一一
第一節	總論	一一一

第二節 生命刑	一一四
第三節 自由刑	一一六
第一項 主刑之自由刑	一一七
第二項 附加刑之自由刑	一二〇
第四節 財產刑	一二一
第一項 罰金科料	一二一
第二項 沒收	一二三
第五節 名譽刑	一二五
第三章 法定刑及刑之裁量	一二六
第一節 通則	一二六
第二節 刑之裁量	一二九
第三節 加重減輕	一三〇
第一項 法律上之加重減輕	一三〇

第二項 裁判上之加重減輕……………一三五

第四節 加減例及加減順序……………一三七

第一項 加減例……………一三七

第二項 加減順序……………一四〇

第四章 刑之消滅……………一四一

第一節 總則……………一四二

第二節 犯人之死亡……………一四二

第三節 恩典……………一四三

第一項 大赦……………一四三

第二項 特赦……………一四四

第三項 減刑……………一四五

第四項 復權……………一四六

第四節 時效……………一四六

第一項	公訴之時效	一四七
第二項	刑之期滿免除	一四七
第五節	餘罪之刑確定	一四九
第六節	非常上訴之成立	一五〇

刑法汎論目次終

刑法汎論

警視廳第二部第一課警部辯護士 木尾虎之助講授
留學日本浙江會稽王家襄編輯

緒論

第一章 刑法於國法上占必要之地位

國家爲主權者之所歸。欲達主權者權力行使之目的。不能不設種種國法。以制裁被治者。國法者。支配各人之關係規則之集合體。而規定箇人與國家關係之必要也。質言之。乃以主權之命令。爲人民行爲之準則。如憲法、行政法、民法、皆是也。若夫箇人之殺傷損害。處罰之權。不屬於被害之箇人。而屬於國家。規定行使之刑罰者何也。曰。箇人與箇人之關係。即箇人與箇人與國家之關係也。就此關係發生之制裁。所謂刑法者。非歟。

由此觀之。刑法爲國法之必要。無待贅言矣。然刑法於國法上所占之地位。果與憲法、

行政法、民法爲同等乎。抑有所畸重於其間乎。此問題不可不解決也。爲之分說於左。

(一) 憲法者。國家權力發動之大本也。

(二) 行政法者。國家權力發動之綱目也。

(三) 民法者。私人相互間之關係也。

(四) 刑法者。規定國家與私人間之關係也。

西哲有言曰。國家者。由箇人相集而成也。夫國家之成立。由於箇人之相集。則箇人與國家關係爲至巨。刑法之設。即在此點。而刑法於國法上之地位。從可知矣。

何以謂憲法爲國家發動之大本。蓋憲法者。國家最上之法律也。一切人民及政府諸機關。皆服從於其下。而制定憲法。改正憲法之權。實操之於國家之主權者。是憲法爲主權者之機關。國家權力之發動。即憲法効力之所基。觀於日本憲法第四條云。天皇者。國之元首。總攬統治權。依此憲法之條規行之。又第五條云。天皇以帝國會議之協贊行立法權。又第六條云。天皇裁可法律。命其公布及執行。就此三者而言。已足徵憲法之効力。爲國權之基本。苟有違反憲法。不利於國家者。即得以權力

實際上之兵隊軍艦制服之。此制服權力之發動。乃憲法所基之效果也。此其所以爲大本也歟。

何以謂行政法者。國家權力發動之細目也。自來學者有言曰。規定國家之大綱者。憲法也。規定國家之細目者。行政法也。又曰。說明國家之組織者。憲法也。說明國家之作用者。行政法也。蓋行政法之性質。非制定法律之作用。乃適用法律之作用。如箇人身體之構成。雖內具思想。非五官四支。不能運動於外部。而發達其思想於行爲也。故行政法之範圍。包政府與地方行政法之機關。統法律與命令。其作用不特適用一切法律之處分行爲。包含無外。即以解釋適用法律爲目的。之司法作用。亦賅括靡遺焉。

民法爲私人相互之關係者何也。例如後見人。法定代理人。未成年者。禁治產者。及契約、賣買、贈與等事。皆私人相互間之關係。而民法爲之一一規定。使互相遵守。以維持社會之結合。而達國家安寧秩序之目的。其有違犯者。則以損害賠償之制裁解釋之。

若夫刑法者。公法之一也。其效用實與一切法律爲對待。公法者何。規定箇人與國家之關係及國家與國家之關係。大別之爲對於內部之公法。對於外部之公法。對於外部之公法。即支配國家間之關係。其問題屬之於國際公法。對於內部之公法。即權力服從之關係。其主要首在於刑法。試就刑法之本義觀念之。其所規定者。乃於國法上不可爲之行爲。以何者爲致罪。既致罪。應科以如何之刑罰。是也。夫法不可爲而行爲。非箇人有不服從之關係於國家乎。視其所致之罪。而科以如何之刑罰。非國家加服從關係於箇人乎。此服從關係之規定。實所以維持一切法律之行。使而保護國家權力之發動也。然則刑法之地位。不僅爲對內公法之一部。且爲一切法律上之必要。

更有一說焉。譬之人民有不遵守法律者。依各法之規定。但責之以不可不遵守。而無不遵守。應受何等制裁之法。以範圍之。將雖有兵隊軍艦。不能遽施征服。雖有憲兵警察。不能力爲強制矣。即使征服之。強制之。而激起反動力。以抗拒。果將何以處之乎。解之者曰。此說之過者也。環球各國之人民。對於國家制定之法律。無敢有違

反如是者。文明國之人民。且自由於法律範圍之內。而一無抵觸。言誠是也。顧其所
 以。一無抵觸者。由於人民之程度。由於刑法之制裁。由於刑法之規定。以解釋
 人民。抵觸法律。為目的。而預示人民。以抵觸法律之制裁也。死刑禁錮。所以奪其生
 命。絕其生趣者。人人心目中所存想而生畏也。苟無刑法。則無畏心。而違反抵觸之
 端。且叢生矣。故有刑法。而一切法律之範圍自固。無刑法。而一切法律之行使失効。
 此刑法於國法上所佔之地位。所以為必要也。

第二章 刑法與警察法之關係

刑法與一切法律之關係。前章既述之矣。茲之所謂與警察法之關係者。非刑法有附
 於警察法。乃警察法中自有之刑法。如科料罰金拘留是也。是為警察刑法。又可謂之
 特別刑法。雖然。刑法之規定。不為不廣矣。而警察法中之有特別刑法者。何也。欲解釋
 此問題。當先明警察法之性質。



依右之圖解。則知警察法者。乃行政法中之一大部。而警察法之處分行爲。一曰直接強制。即防止公共之危害。制限一般之自由。二曰代位執行。謂命甲所爲之事。甲不爲而使乙代甲爲之。其義務仍責之甲。三曰強制罰。謂強制箇人之行爲。爲他人所不能代位者。有不行爲時。則處之以罰。三者爲警察法之要素。即警察對於一般人民之手段也。夫此種手段。悉本於強硬。欲行使此強硬之手段。不能不藉刑法以輔助之。此警察法中所以有特別刑法也。不然。即如強制罰一事。使警察法中無罰金之刑法。則將依何條以處罰耶。

第三章 刑法與刑事法之關係

刑法乃制定之法律。詳言當刑之法。以示犯罪處罰之標準也。然有刑法而無刑事法。則刑法之効力不生。例如殺人者處死刑。刑法有明文矣。而運用此死刑之法於殺人。之罪人者。則刑事法也。故刑法以刑事法爲運用。刑事法以刑法爲準。則刑事法者何。即裁判所構成法。刑事訴訟法是也。

裁判所構成法者。定裁判所之組織及權限。

組織
大審院
控訴院
地方裁判所
區裁判所

權限
事物之管轄
土地之管轄

組織之階級分爲四。而裁判之訴權。則以三級爲終審。例如區裁判所裁判之事。不直則訴之於地方裁判。再不直。則訴之於控訴院。是爲終審。不能再上訴於大審院矣。由地方裁判所裁判之事。則以控訴院爲二審。大審院爲終審。此組織之大意也。若區裁判所與地方裁判所相異之點。則權限之規定。有不同耳。

事物之管轄者。即規定區裁判所與地方裁判所權限之分配也。例如違警罪、輕輕罪、等。一切因事物之細故而犯罪者。則屬區裁判所管轄。即由區裁判所裁判之。其因事物之重大。而犯該重罪、重罪、等刑法者。則屬於地方裁判所。是適用違警罪、輕輕罪之刑法者。區裁判所也。適用重罪、重罪之刑法者。地方裁判所也。此區裁判所與地方裁判所權限之不同。亦刑法與刑事法關係之明徵也。

土地之管轄者。以所轄之土地。爲權限之分界。此權限包區裁判所地方裁判所而言。例如東京犯罪之人。而引致於橫濱之裁判所。則橫濱之裁判所必不受。何也。非其權限所及也。若東京之人。而在橫濱犯罪。則即由橫濱之裁判所裁判。何也。土地爲其所管轄也。此中權限。各就其區劃之範圍而已。

刑事訴訟法者。關於犯罪之搜查。裁判手續。及刑之執行。胥歸執守。且能適用規則之全體之謂也。

犯罪之搜查者。即逮捕罪犯。及偵探所犯之罪之行為。與搜查犯罪之證據是也。刑之執行者。謂判定罪名。依刑法而實行其刑罰。如懲役之罪犯。於監獄內責令服何等勞務之役是也。裁判手續者。即豫審公判是也。凡此者。皆刑事法使刑罰一切規則之得以適用之關係也。

豫審者何。謂被告人先由裁判所判事。按照所犯罪情。豫審問之。錄其供詞以爲證據。然後再付公判。

公判者。由裁判長主政。檢事書記副之。以判事豫審之供詞爲證據。復詰問而徵實。

之。豫審之判事及證人爲左證。被告人則由辯護士代辯。至公證確鑿。辯無可辯。裁判長與檢事書記。依法律之規定而判定其罪。

第四章 司法警察與刑法之關係

司法警察搜查犯罪逮捕犯人。不外於爲刑法運用之實行。及以刑法爲運用之基本。司法警察者。司法之補助機關也。凡犯罪之發見。以至判定罪名。其間關於司法警察者。如搜查。如逮捕。皆其職務所執行者也。夫犯罪之搜查。犯人之逮捕。必藉司法警察之執行。則所以使犯人就刑法之制裁。使刑法得運用之實行者。司法警察與刑法之關係也。然司法警察之得以行使其搜查逮捕之手段者。不得謂司法警察自有之權限。乃司法警察基刑法爲根本。以運用刑法之權限也。此又刑法與司法警察之關係也。故刑法視司法警察爲運用實行之必要。司法警察視刑法爲運用基本之必要。關係相互。不待言矣。

第五章 刑法之定義

刑法者。定刑罰及犯罪之法令全體之謂也。

刑罰。即死刑、徒流懲役、禁錮、罰金、拘留等是也。輕重有差。各視其犯罪而適用之。犯罪。即殺人、盜賊一切違反法律之行爲是也。法令者。定犯罪與刑罰支配之關係也。此關係有規定於法律者。有規定於命令者。經會議之協贊而定者、謂之法律、由主權自行頒布者、謂之命令。故括法令二字。以爲法律命令之略詞也。譬之日本現行刑法。其所定犯罪刑罰之法令者。如處謀殺以死刑。處故殺以無期徒刑。處劫盜以輕懲役。處竊盜以四年以下之重禁錮。皆權其犯罪科以刑罰。而著爲法令也。是謀故殺人、劫盜、竊盜者。乃刑法中指定之犯罪也。死刑、徒刑、懲役、禁錮者。乃刑法中規定之刑罰也。處謀故殺以死刑。徒刑。處劫竊盜以懲役禁錮者。乃刑法中制定之法令也。三者爲刑法之全體。而刑法之意義。即以此而定。

刑法有區別。一普通刑法。二特別刑法。普通刑法者。刑罰法令中特有刑法之名也。特別刑法者。普通刑法外有刑罰之制裁法令也。

普通刑法者。國法上特著有定名之法律。如日本明治十三年布告。十五年實施。現行之刑法是也。特別刑法者。如海軍刑法。陸軍刑法。及散見於各法令中之罰則。例

如出征之海陸軍人。犯脫逃罪。由軍法會議所之理事審定。依海陸軍刑法處之。即所謂刑法外有刑罰之制裁法令也。其他如警察對於古物商取緝法第二條之刑法。係專爲古物商而設者。均特別法也。

第六章 國家刑罰權之根據

自十八世紀中葉以來。以哲學研究國家刑罰權根據者。其說不一。有純正主義之學說。有實利主義之學說。有折衷說。及防衛權說。純正主義之學說。專求刑罰權之根據於正義之觀念。依因果應報善惡必罰之純理。而說明之者也。

純正主義之主張點。專以正邪善惡爲根據。一切有虧道德之行爲。即爲國家處分刑罰之理由。準是說也。恐社會中之程度。未能純一。道德上之問題。且將叢生。試淺言之。例如甲乙二人約期同住某地。乙至期則爽約。事非緊要。在甲固無所損害。在乙則失信於甲。即於道德有虧。若此者。得毋亦應罰乎。解釋此主義者。當能辨明其說爲窒礙也。

實利主義之學說。專求刑罰之根據於利益之關係。依國利民福之實益而說明之者也。

實利之主義。說者但求於國無損。於民無害。而道德上之問題。在所不計。譬之一國之中。貧富不均。貧者求富不得。飢寒驅人。迫爲盜賊。將使人民之生命財產。因而損失。國家之安甯秩序。爲之妨害。其害甚矣。本此主義。謂欲達國利民福之目的。非分富者之財。均之貧者不可。富者不遵。則刑罰之可矣。雖然。彼富者。固良民也。其財產乃個人所有權。今欲奪其所有。而平均之。無論道德有虧。即以事實上觀察之。亦行之維艱矣。

折衷主義者。正義與利益相俟。作成刑罰權之根據也。國家限於反正義。且害社會之利益者。使認罪。其科之刑罰。亦與道德之法則。及社會之利益爲準據。標準根據之畧調而其性質及分量。不可不爲之定。

即正義利益兩說。而折衷之。以爲刑罰之根據。必違反正義。損害利益。二者相併。而後爲有罪。而後當刑罰。若於正義有違反。而於利益無損害。於利益有損害。而於正

義無違反者。均不之罰。例如爽人之約。及不借人財是也。然其所犯果爲違反正義。乎爲損害利益乎。其性質宜明也。違反正義與損害利益之輕重。則有分量。是又不可不明也。何也。折衷主義者。其主張點在犯罪必罰。罪刑權衡。自懲他戒之類。非明一定之性質與分量。不能得科罰之準據也。

就以上三說而言。不獨學者多贊成折衷主義。即法典之編纂。亦大率據此說。雖然。尙有議其後者。謂其說純出於理想。不能實行之空論也。爲此駁論者。日本博士岡田氏也。

防衛權說者。不外以刑罰權爲國家之防衛權。

防衛者。防衛法令也。國家規定法律命令。以爲主權者之制裁。凡屬國民。皆宜遵守。固也。然欲達其無不遵守之目的。不可不設法令之防衛權。刑罰者。防衛之具也。刑罰權者。國家防衛權之作用也。譬之動物。各有自衛之具。即蜂蟻之細。牛馬之蠢。皆能自衛。人爲萬物之靈。以人類組織之國家。而設爲種種限制之法令。則其防衛之權。又烏可缺。此主張防衛權之說之所以由來也。

要之。國家刑罰權之根據不可不謂達社會的共同生存目的之必要手段也。

第七章 刑罰法令關於時之効力

刑罰法令之始期及終期依一般法規之所定。其始期在法令實施之時。終期在法令明示的廢止及暗示的廢止之時。

始期者。法令効力發生之時也。終期者。法令効力消滅之時也。効力者何。即實施其作用而收法令豫定之處分之結果也。惟一國之法令。其成立之時期與生實施力之時期必不相同。如日本之刑法。十三年成立。十五年實施是也。故言法令之効力者不可不認定其始期也。明示的廢止者。如裁撤。如註銷。一經聲明作廢。即爲効力之終期矣。暗示的廢止與明示的同一。失其効力。例如有期限之法令。因其期限之到來。新改正之法令。因其改正之變更。不待揭示其効力自歸於消滅矣。

法令之實施與成立之期不能相同者。何也。蓋法令施行之先。必須定以期限。豫發布之。日本所謂以公文式布告及登官報者是也。發布距施行之期間。絕少。以一週間爲率。然此係指施行於一部分者而言。若通行全部者。非一二月之期。不克俾衆

感知也。至法令值改革時代。發布之日。愈早愈善。即定實施之期於數年以後。亦甚當也。

刑罰法令。不得適用於其實施以前之行為。是刑法不溯既往之原則。所以生也。又刑罰法令。不得適用於其廢止以後之行為。何則。法令無正條。雖有行為。罰之不可也。

此言關於時之効力也。刑罰法令効力之發生。自實施至廢止間。即其時也。苟非其時。既無溯及既往之事實。亦無追及廢止後之効力。惟實施後。雖不適用於實施前之事實。而廢止後。猶適用於止前之事實。何也。例如飲酒者罰金。乃乙年實施之法令也。則凡於甲年以內之飲酒者。不罰也。丙年廢止此法令。則丁年飲酒者。又不罰也。若在乙年至丙年之期間飲酒。而裁判在丁年。則將依何條以處之。曰。仍以其行為之時之法令罰之。所謂適用於廢止前之事實也。然此係指廢止之法令而言。若改正者。有現行之法令。可遵不能拘定此例。觀於例外。自曉然矣。

刑罰法令不溯既往之原則。有例外。刑罰法令。有改正之場。合行為當時之法令。與裁

判當時之法令比較新刑法輕則溯既往之行爲而適用之若改正有二回以上如有輕重之時適用其中最輕者

前言刑法不溯既往者謂法令未實施以前人民之行爲難保不與法令有抵觸然當時之人民固以爲不犯法而泰然爲之也若一旦實施突有追罰其所爲之事將使人民不知何事之可爲矣此事實上所必不可行者故不溯既往之原則爲刑法上所必要也茲之所謂溯既往之行爲而適用之者乃刑法之例外亦立法者之深仁也蓋不溯既往者以既往之時代爲無此法令之時代不能以今日之法令而加諸既往之時之行爲溯既往者以既往之法令或輕於今日則今日之裁判可溯既往之法令而適用之既往之法令或重於今日則今日之裁判可溯既往之行爲而適用之委曲周全要皆本罪疑惟輕之一意而其中最要之點爲不溯既往者指廢止之法令也溯既往者指改正之法令也不可不知

改正二回以上者如甲年之法令飲酒者罰金乙年改正爲科料丙年則又改正爲禁錮於此有犯甲年之法令而於丙年裁判者則不溯其行爲時之法令亦不依裁

判時之法令。而適用其中最輕之乙年之法令而刑罰之。

第八章 刑罰法令關於人之効力

基於國內法上之理由。脫刑罰法令之支配者如左。

刑罰法令。雖以普及國內爲原則。然有對於特別人。不能適用者。乃國內法上之理由。所以生也。

(一) 國之元首及攝政

元首者。法律命令之主體。而一國中之最高權力者也。以最高權力之人。而猶受刑法之支配。於最高權力之說有衝突矣。故刑法不得制元首。爲現今學說所同認。亦事實上可共徵者也。至於攝政脫刑罰法令之說。學者對於此問題。議論岐出。有謂可脫者。有謂不可脫者。依日本憲法及皇室典範之解釋。雖攝政代掌國政。總攬統治之權。然非主權者之本體。不得謂攝政有主權。是不受制於法者。獨指主權者而言。攝政既不得謂有主權。即不能不受制於法。

雖然。一般學說家。恆以元首與攝政相提並論。則可脫不可脫。究莫衷壹是。今欲解

決此問題。爲進一說曰。攝政之本體不可脫也。攝政之性質可脫也。其攝政時有犯刑罰法令者。於攝政終了時罰之可也。至攝政終了後之身分屬平等主義。有犯則一律科罰。不待決言矣。

(二) 國會議員在院內發言之意見及表決。不負刑罰法令之責任。

議員於院內發言意見及表決之特權。乃憲法所護持。故刑罰法令對於國會議員之意見及表決。不得以有抵觸而於院外罰之也。然非謂議員之身分有此特權。僅限於所發意見及表決而已。其鬪毆暴行。仍不免負刑法上之責任。雖在院內有此等行爲。亦當處以懲罰。惟無該院之許可。不得擅入逮捕耳。

國會議員於所發意見及表決之不負刑法責任者何也。蓋國會會議關於一國政治之得失。政治者政府諸大臣之責任也。孰得孰失。議員表決之。政府諸大臣擔負之。使會議中不予以特權。則纔謗大臣。刑法有禁錮之條。會員必多顧忌。不能發其意見而表決其得失。政治將不舉矣。此所以規定於憲法中以護持之也。

雖然。國會議員於院內既不負此種責任矣。若於院外而訾議政治。或以言論誹謗

侮辱於人。事屬平常者。又何如乎。欲解釋此問題。當知議員於此等事。雖不負刑法上之責任。而院內未始無懲罰之處分也。

自國際法上之理由。免其責任者如左。

- (一)外國之君主大統領並攝政及其家族與從者。(內國人爲從者時不在此限)
 - (二)外國之使節。全權大使、全權公使、辦理公使、代理公使、並其隨員之書記官、書記生、武員、與其家族、及僱員、從者。(內國人爲僱員並從者時不在此限)
- 外國之領事非交際官。故以受內國刑法之適用爲原則。但以條約所特定者。非此限。現今多數之國。皆以條約之効力。使領事不可適用駐在國之刑法。

- (三)經承認駐在內國之外國軍隊。經承認駐在內國之外國軍隊。獲有治外法權。有不得適用內國之刑法。但其一、員離軍隊時。即不有此特權。

- (四)碇泊內國領海之外國軍艦。軍艦者。一國之浮動領土也。其艦內之犯罪。自依其自國法律之支配。不得以其

來至領內。即可適用內國之刑法也。然其船員於艦船外所犯之犯罪。當從內國之法。令處斷之。

第九章 刑罰法令關於地之效力

刑罰法令之效力關於場所（並人）者。有二種提案。一爲屬人主義。一爲屬地主義。二者之外。又有唱導折衷主義者。

- (一) 屬人主義者。專支配自國人民之犯罪。一切不分犯地。爲國內。爲國外。
- (二) 屬地主義者。專支配國內之罪犯。一切不分人。爲國內。爲外人。
- (三) 折衷主義者。在一方。除不受刑法適用之人。外。支配在國內犯罪。一切不區別犯人。爲內國人。外國人。又在他之一方。雖在國外犯罪。認爲必要時。或有可適用自國刑法之條。（必要時者。如本國人。或他國人。在其他之一國領內。僞造本國之紙幣。有害本國之信用之類。）

參觀以上三說。當以屬地主義爲正當。自來學說家所同認。即徵之事實與國際之習慣。亦多宗此主義。

若夫屬人主義。其中有窒礙不通之點。例如本國之刑法。竊盜者罰金。旋改正爲處死刑。業已公布實施矣。設有人於未改正以前犯竊盜逸之外國。復於改正之後。在外國再犯竊盜。若依屬人主義而言。則該犯當科以死刑。然該犯心中固只知有罰金之法。而不知重罹死刑也。何也。法令之公布。只及於領內。改正爲死刑。非該犯所得而知也。於此科以新法則有枉科以舊法則與原則有衝突。此屬人主義之所以不適於用也。

況一國之領內。一國之法律。有絕對支配之權力。外國之人來至國內。除基國際法上之理由及條約所規定者不負責任外。其他有不受此國法律之支配者。此國之主權。即有不充分之虞。世界各國。苟非放棄其自國之主權者。決不許有此種行爲。於其領內也。必以屬人爲主義。則寄留外國之僑民。將從本國之法律乎。抑從滯在國之法律乎。無論此中問題。必起國際上之交涉。即使一人而受兩國之法律。理論事實。亦均不協。此屬人主義不適於用之又一例也。（不對等條約國享有領事裁判權者非此例）

折衷主義之說。則又有不可附和之點。其言曰。雖在國外犯罪。認爲必要時。有適用自國法律之條。所謂必要時者。不問何國人在何國領內有妨害本國之事之行為之時也。前已舉僞造紙幣以例其餘矣。誠如是也。則法人在英領而僞造日幣。日以折衷爲主義。而欲加之以日法。則該法人者。既須守本國屬人之法。又須服英國屬地之法。再加以日法。一人而受三國之法矣。設更有犯該若德若美若俄之事。同時發覺。豈不爲衆法之的乎。此所以與屬人主義有同一之窒礙。

雖然。在國際法上之關係。要有與折衷主義取得同一效果之手段。何以言之。例如本國叛徒。在他國謀弒本國君主。若彼此固守屬地主義。本國不能過問。一任叛徒之鴟張矣。此所以要有與折衷主義同一效果之手段。以國際交涉上締結條約。彼此遇有此等關係之場合。得以互相適用本國之法律。

折衷主義同一之效果例示。

(一) 訴訟上之列國共助。

於刑事裁判之件。有須他國之助力者是也。例如關於刑事訴訟之犯罪人。雖已逮

案。其罪狀非證人證明。不能裁判。而此證人。適居留於外國。既不能援犯罪人引渡之例。又無勒使回國之權力。不幾無從措手乎。故近今文明各國。有締結條約。互相共助之辦法。關於此等事項。由政府或駐劄外國之公使。囑託外國裁判官。引致證人而代爲訊問。得實則以文書照復。是本國雖未親訊。而由友邦代執行之。即可據文書而判定矣。

(二) 犯罪人引渡

犯罪人引渡者。在外國犯罪人之逮捕送致是也。例如本國人犯罪後。逸至外國。或在外國而犯該本國之事實者。本國之法律。不及於外國。即不能行使其司法之權力。故現今各國互訂條約。得以要求代捕而交還之。雖然。此要求之効力。基於條約之規定。非國際上權利義務也。至引渡之條約。尤當注意於左之數點。

(甲) 犯罪引渡。要於締約國之管轄內犯事者。於締約國以外所犯犯罪。不得爲引渡。

例如甲國之人。於乙國犯罪。而復至丙國。丙與甲雖結有條約。不能代捕交還。甲

國有請求時。得以拒絕之。

(乙)內國之人。外國爲審問及處罰之目的。請求移交者。不得爲引渡。

於歐洲大陸諸國。除英美兩國外。一般認此爲原則。其所認之理由。謂內國人引渡於外國。害自國之尊嚴。且有毀損自國臣民權利之虞。雖然。現今文明諸國。有完全司法制度。外國人與內國人。使得行同一之辯護權。則此法則之根據。未爲眞確。何也。依此法則。於外國犯罪逃避自國者。不可不於自國之裁判所處罰。然於犯罪地以外。實行刑罰權。最爲困難。蓋無實例可徵明也。故於外國犯罪之內國人。於自國不處罰。而引渡於犯罪地之官憲。使便宜處罰之。考此點爲絕對。採用此法則者。不可不明瞭也。

日本對於右之原則有例外。(帝國與請求國之犯罪人引渡條約。有訂明之條款時。可爲交互其臣民之引渡。)觀日本之例外。亦不認定此條爲原則。惟須於條約內訂有條款者。始可引渡耳。

(丙)犯政治上之犯罪者。無引渡之原則。

政治上之犯罪者。包含對於國家之生存。一國之治安。及對犯罪國之元首、若臣民、政治上之權利犯罪等是也。世界各國。政治不同。其政治上之意見自異。例如日本國臣民。有主張共和政體。而得罪者。逃亡至法國領內。欲請求法國引渡。法必不願。何也。共和政體。乃法國所提倡。非特不以主張共和者為無罪。且將引為同情也。

(丁) 請求普通犯罪人之引渡。實際為政治上之犯罪。欲審問及處罰之目的。者經本人證明其事實時。不問請求引渡之名義如何。不得為引渡。

(戊) 逃亡犯人。其請求引渡。係犯罪以外之事件。已受滯在國之訴追。或因已受免訴。經過時效。刑期滿了等事由。而釋放者。不得為引渡。

(己) 不得以輕微犯罪為引渡之原因。如過失犯、違警罪等。均以不引渡為原則。

日本明治十九年。與北美合眾國締結犯罪人引渡條約。引渡罪人之種類如左。

殺人罪。貨幣偽造罪。貨幣變造罪。有價證券之偽造變造行使罪。文書之偽造變造行使罪。監守盜強盜罪。以犯重罪為目的破壞並侵入家宅罪。偽證罪。強姦罪。放火

罪。於國際公法上認爲海賊等罪是也。

(三)對外國害敵若秩序壞亂者之相當取締。

此世界主義之說也。考此主義之心髓謂犯罪者以惡行妨害世界社會共同之利益。世界各國得爲共同之撲滅者也。故不問何國人犯該何國罪。苟在本國法律範圍之內。皆當代爲處罰之。雖然現今各國尙未有見解到此者。故不聞有採用此主義而規定一外國人犯外國罪之法律也。

此主義之不用。實爲世界文明之一大缺點。何則。文明各國皆競言國際團體矣。而此主義實有關於國際團體之必要。例如甲國之人在乙國與乙國人共謀殺害甲國君主。乙國之人在丙國而與丙國人共謀顛覆乙國政府。丙國之人在甲國而與甲國人僞造丙國貨幣。當此場合。或因犯該國事不能援引渡之條。或因有意思而無行爲不能指定爲犯罪人。彼此法律効力所不及。即不能要嚴密之防衛。置而不問。一旦見諸事實。不且爲國際團體上之悲觀乎。此所以要有相當之取締也。若能本此主義規定法令。使外國人在內國不敢有壞亂其本國秩序之行爲。豈非國

際、團體之公益。世界各國相互之幸福哉。

第一編 犯罪

第一章 總論

第一節 犯罪之定義

犯罪者科刑之不法行爲也。質言之。即刑罰法令所列舉之有責不法之舉動也。從刑罰之眼觀之。何者果爲犯罪乎。大抵違犯國家之法律的不法行爲。即爲犯罪。然不法行爲。有關於刑法上者（即刑事法有刑罰之制裁）有關於民法上者（即民事法無刑罰之制裁）違背民法之行爲。爲民法上之不法行爲。其制裁如損害賠償之類。非刑罰上事。不得謂有犯罪之性質。若違背刑法之行爲。則爲刑法上之不法行爲。而適用刑罰之制裁。有適用刑罰制裁之不法行爲。始謂之犯罪。故下犯罪之定義爲科刑之不法行爲也。

民法者。民與民相互之關係也。例如借債不還。債主被不收子息之損害。法當令借

者償金。又如借物者損壞其物。法當責令賠償。又如甲乙之田。阡陌相連。甲田之水。流至乙田。乙恐其水之有害也。而塞之。則水必停積於甲田而有害。若是者。法當責乙賠償。甲被損害之歟。夫三者之行爲。皆不法行爲也。然其制裁。僅限於賠償。不及於刑罰。所謂關於民法上之民事裁判也。然或者謂刑罰上有罰金之條。此等之責令賠償。得毋相似乎。其實不然。例如犯刑法者。法當罰金百元。犯民法者。法當賠償百元。二者表面似同矣。然罰金者。之無力繳。法得科以禁錮百日。以抵其罰。即繳不及數。亦得准罰金一元。抵禁錮一日之條。計數按日。禁錮之。此刑罰之制裁。則然也。若賠償者。之無力繳。只能責令變產籌償。不得加以禁錮之制裁。此民事法與刑事法之所以異。而民法上之不法行爲。不爲犯該之一徵也。

第二節 犯罪之原因

犯罪之原因。刑法上本無此學說。惟警察對於一般人民。有限制其犯罪行爲之責任。是欲達其責任之目的。不可不研究犯罪之原因。所謂原因者。犯罪之起點也。大別之。可分爲三。

(一) 氣候

何以謂氣候爲犯罪之原因。吾人生存於世界。所仰賴以生活者。衣食住三者爲切要。然三者所需之程度。當視氣候爲變動。故在冬季所需衣食住之程度。必較夏季爲更多。蓋風霜凜冽。飢寒交迫。必不能如夏季所需之簡單也。惟其不簡。則求之之道不易。而越分踰閑之行爲以出。徵諸犯罪之事實。竊盜之案。多發見於冬季者。職是故也。反此而爲夏季。氣候暖則三者措置甚易。必無飢寒起盜心之虞。故對於財產上之犯罪者少。然暖時精神發揚。動作便捷。每易肇鬪很之釁。則對身體之犯罪。發見必多。是說也。可以徵之地理。凡熱帶國人種之性質。率皆殘忍。若臺灣之生番。南洋羣島中之食人島。豈天賦之兇悍耶。實地氣醞釀之也。其他如歐州之意大利。西班牙氣候最暖。因而殺人兇犯。常年多至七八百人。佛蘭西之人口較二國爲多。而殺人犯平均不過二三百之間。英吉利則其數尤少。由此觀之。氣候關於犯罪之點。爲如何乎。

(二) 社會

(甲)經濟上之關係

經濟爲犯罪之原因。其說至繁。質言之。因經濟之問題。而釀成其犯罪之行爲是也。例如富者之飲食起居。平日必求其精美。然富非可持久也。一旦財資消費淨盡。易富爲貧。而其舊日之習慣驟不能改。則生計日蹙。其不流爲盜賊者幾希矣。至於農事不稔。工商不振。因謀生之困難。而陷於罪戾者。正復不少也。

(乙)教育

教育者。所以養成社會一般人之德性也。不受教育而犯罪者有之。因教育而爲犯罪之原因者何也。此中自有說。如俄之虛無黨。德法之社會黨是也。是種黨類。均受有教育。因而智識增進。思想發達。創立會黨。以反對政府。其結果每至於暴動。徵諸近世紀各國內亂之歷史。其主動者。皆教育中人也。

(丙)政治思想

因政治思想而犯罪者。即國事犯是也。例如專制之國。政治必不及立憲。於此而有人焉。思有以運動而改革之。因其運動之思想。而發爲要求迫脅之行爲。即犯

罪之原因也。推之立憲之政治。不及共和。欲改共和。必有共和之思想。而爲種種之運動。以反對國家。甘爲國事犯而不辭矣。

又如國會議院選舉議員之事。乃立憲政體所必有者。然選舉一事。其弊甚多。日本有所謂投票買賣者。著爲法令。嚴例以防。蓋國會議員。關係全國政治。選舉投票之時。出之以買賣。則其行爲可知矣。然推其甘犯法令。敢爲買賣之心。皆由有政治思想故也。

(丁)新聞紙

新聞紙之論說。流行最速。範圍最廣。而其勢力亦最大。故議論正也。可以扶持人心。一切不正思想。議論不正也。可以激發人事。一切不正行爲。文字之運動。捷於影響。曠觀各國之暴動。大率爲新聞紙所煽惑。故言犯罪之原因。新聞紙實居其一。

何以言之。蓋新聞紙之目的。無非爲聳人耳目計。有好唱導革命者。有好反對政府者。故作激烈之言。以播弄風潮。閱者不察。隨其風潮。而干名犯義。視國法如弁

髦。如此次日俄談判。東京國民大會之暴動。其原因即由於反對政府黨。播其論說於新聞而激成也。

(戊)演劇之類

演劇細事耳。表面似無足輕重。而影響所及。關於風俗人心。爲至鉅。例如種種淫褻之劇。愚夫愚婦。及少年子女觀之。心醉神昏。其結果必至踰檢蕩閑。干犯法律。故亦爲犯罪原因之一。

(三)犯人之身上

氣候社會。皆環伺吾人之外界者也。故因二者而犯罪。其因原多由於爲外界之所奪。若因內界之不同。而發爲種種犯罪之原因者。則基於犯人之身上是也。學者類別之。約分爲三。

(甲)遺傳性之犯人

遺傳性云者。其犯罪之原因。由於先天之遺傳。生而承犯人之血統是也。持此說者。謂人之血統。嘗有一種根性。世傳其子孫。如癩病肺病之人。子孫受其遺傳。永

久勿絕。故祖父爲盜者。必遺傳其性於子孫也。雖然。就癩病肺病而言。近來學者研究其原因。當分爲遺傳與傳染。蓋癩病固屬遺傳性。肺病則非遺傳性。乃傳染性也。由此觀之。即祖孫父子。世爲盜者。非定出於遺傳。亦有由自幼見慣。安之若素。如肺病之傳染於生後也。

(乙) 慣習性之犯人

慣習性之犯人。自生此世以來。生成之道。不得其宜。家庭之教育失其當。朋友之交際非其人。一面磨滅其廉恥之心。一面增長其殘忍之習。惡業日深。毫無愧怍。直以犯罪爲人生之恒產。以刑罰爲犯罪之租稅。習慣自然。愍不畏法。又或初犯。倖逃法網。再犯不以爲奇。至再犯而又未罹法。則其犯罪之念愈增進。畏法之心全消滅矣。以日本犯罪歷史上觀念之。有犯竊盜四十三次。犯毆打七十次者。前科之多。職是故也。

(丙) 偶發性之犯人

偶發性者。無遺傳性之夙業。非慣習性之怙惡。偶因一時一事。而猝起不良之念。

舉動失常。呈出犯罪行為者是也。例如貧乏之人。平日涎人財物。力不能致。一旦會逢其適。慾念陡熾。因而竊取者。或因一朝之忿。突起爭端。因而毆打傷人者。凡此之類。其犯罪之原因。不同於遺傳與慣習懲戒之道。亦當原情而末減。故刑法之規定。雖一而適用之途。當相其宜。所謂對於不可懲治之犯人。與對於可懲治之犯人。須區別者。即此意也。

第三節 犯罪要素之概念

犯罪成立之要素。有普通者。有特別者。普通要素。貫徹於犯罪全體。特別要素。限於一定之犯罪。其成立所必要之條件也。

(甲) 普通犯罪之成立要素。

- (一) 須人爲其主體。法益爲其客體。(人、謂人類、法益、得法律保護之利益者)
- (二) 須刑罰法令(刑法)
- (三) 須刑罰法令所列舉之舉動。(如殺人、行爲)
- (四) 其舉動須有責任者。且不法者。(精神障害者、幼者、瘖啞者、不負責任、不法者、不依法之行爲是也)

右之所舉。爲一般犯罪之要素。無論何種犯罪之通性也。故四者之中。缺其一。時犯罪即不成立。例如十二歲以上之幼者爲竊盜。雖具有種種犯罪之條件。而其舉動不負法律上之責任。其所犯之罪。即不成立是也。又如刑法之規定。以人爲犯罪之主體。苟加害者出於非人類之行爲。無論何罪。均不能成立矣。

(乙) 特別犯罪之成立要素。

特別成立要素。當就各罪之規定論之。如日本刑法。豫謀而殺人者處死刑。以毒物而害人者處死刑。豫謀與毒物即犯罪成立之特別要素也。又如刑法三百八十八條。家資分散之際。有藏匿脫漏其財產。又增加虛僞負債者。處四月以上四年以下重禁錮。以所有者持去自己之物爲有罪。與法律之性質有牴觸。然刑法之規定。重在家資分散之際。所謂特別犯罪要素也。

第二章 犯罪之主體及客體

第一節 主體

近世之刑法上。得爲犯罪之主體者。惟人。未有如古時以人以外爲犯罪之主體。而一般科以刑罰者。

上古之學說。謂萬物同一物也。人類與動物類。皆可爲犯罪之主體。是說也。其理想失之於正當。譬之鼠之損人品物。犬之噬人。虎之噬人。詎能加以刑罰乎。雖然。歐洲中世。因寺院法之關係。有罰及蟲類獸類者。世界不文明。刑罰之濫。有如是也。現今文明國之法律。以刑罰所以加於人者。不特不以物類爲犯罪之主體。即人已死亡。亦與科刑之目的相反。故以屍身正典刑之條。且改正無遺矣。

非人不科刑。固無例外之原則也。但照今日之刑法思想而言。有自然人特別人二種。

(甲) 自然人。

自然人之出生時期。當以獨立呼吸說爲是。但對於幼者。有責任年齡之規定。至於死亡之時期。則尙無定說也。

自然人之存在。以降生期始。然定降生之時期。其說至繁。惟獨立呼吸說。基於生理

學法理學上之見解。最爲適當。其說謂凡人降生之時期。以胎兒自離胎盤。不交換瓦斯。以己之肺臟呼吸大氣之瞬間爲始。是說比於生聲、斷臍、痠痛、一部表露、全部表露等說爲切當。故近今學者多主張之。

獨立呼吸。其爲自然人固也。然自孩提至於成年。其間經過幼穉之時代。雖可得爲犯罪之主體。而無責任之能力。是不能不於年齡上規定惟一之程度。日本法律對於幼者。規定自十二歲以上爲無責任。即此意也。

(乙) 法人

法人者。非有特別法令之時。不得爲犯罪之主體。

法人者。法學上所爲無形人是也。其性質分爲公法人。私法人。其組織則有社團法人。財團法人之別。質言之。乃以人類之集合財產之結合團爲一體。而擔有法律上權利義務之資格。如日本之會社。即法人也。法人與自然人之權利義務同。其意思能力。與行爲能力。足爲犯罪之主體。然非有特別法令之明文。不得以犯人罰法人。何也。例如會社社員。假會社之名義。犯詐欺取財之罪時。祇可罰其社員。不能罰及

會社也。

所謂特別法令者何。如釀造酒類會社。對於造酒稅法之規定。有違犯時。即可依法科之。日本對於罰法人之規定。其特別法令有七。

- (一) 國立銀行條例第一百十條。
 - (二) 明治三十三年法律第五十二號。法人關於租稅及煙草等事有違犯情形。
 - (三) 明治三十三年法律第五十六號。鐵道船舶郵便法第十九條。
 - (四) 明治三十三年法律第五十九號。電信法第四十二條。
 - (五) 明治三十六年警視廳令第五十二號。電信鐵道取締規則第五十三條。
 - (六) 明治三十七年內務省令第一號。肺病豫防法。
 - (七) 明治三十七年法律第十四號。烟草專賣法。
- 以上諸法令。皆所以規定法人爲犯罪之主體。設使某會社。其職工上有不法行爲時。不問其事實爲自然人所爲。而以該法人處罰。

第二節 客體

一切法益皆得爲犯罪之客體。法益者即法律所保護利益之略詞也。

客體一語。有作被害者之意義用者。有作被害物體之意義用者。此其區別。因事實之現象而殊。初無一定之使用也。例如殺人之案。被殺之人。即被害者。亦可謂之被害物體。是殺人犯罪成立之客體。祇此被殺之人而已。更無被害者與被害物體可分。惟竊盜案。則以被竊盜者爲被害者。以被竊盜之物爲被害物體。然究其竊盜罪成立之客體。不能不指被竊盜之物而言。何也使無此物。即無竊盜之事實。更何有所謂被害者耶。故客體一語。當以被害物體之意義用之。試舉例如左。

- (一) 胎兒
- (二) 遺骸
- (三) 保護鳥

日本法律。定墮人胎兒。毀人遺骸。及銃打保護鳥類（如鶴之屬）爲有罪。有犯此等法者。胎兒遺骸及鳥。即爲犯罪之客體矣。夫胎兒遺骸及鳥。非被害物體。而何被害物體意義之客體。因何而成立。即有法律上保護之利益。是也。試以上三者而

言。胎兒雖未成人。然法律上禁人墮胎。胎兒即獲有法益。遺骸有關於宗教。故亦得法律上之保護。鳥爲動物類之一。獨能爲犯罪客體之要素者。因法律爲之保護耳。其他如殺人罪之客體者。生命之法益也。歐打創傷罪之客體者。身體上現狀之法益也。強盜竊盜罪之客體者。所有權之法益也。

第三章 刑罰法令

第一節 罪刑法定

罪刑法定云者。謂豫以明文定致罪之行爲及所應科之刑。如日本刑法第二條所規定。法律無正條無論如何行爲不得罰之之意是也。

刑罰法令所未載之行爲不得爲罪。所以特舉刑罰法令列於犯罪之一般要素中也。前章旣言犯罪之要素。分主體與客體矣。然僅有主體客體。而無罪刑法定之明文。猶不足以盡犯罪之要素也。例如竊人之物。竊者爲主體。物爲客體。有此物與此竊物之人。始有此竊盜之事實。然竊者去矣。失物者已矣。其竊盜之犯罪。仍未成立也。必有刑罰法令以規定之。而竊物者始成爲犯罪。故刑罰法令爲國法上犯罪成

立之第一要素。若未以法律或命令。豫先規定何者爲罪。而科以一定之刑罰。雖道德上宗教上或哲學上認爲如何罪惡。不得以爲國法上之犯罪。故下有罪之判決時。必當明示其致罪之罰。則以此關係。不得不謂刑罰法令之本體。爲犯罪一般要素之一也。

第四章 行爲

第一節 總論

凡可得知覺物界之現象。謂之事實。事實中有生法律上之效力者。有不生法律上之效力者。於法學當攻究者。前者也。後者脫法學之範圍。例如人之死亡。生相續之問題。婚姻。生夫婦之關係。契約。生債務之關係。物之滅盡。致權利之喪失。皆法學上所當論者。至於日蝕雷鳴。不生法律上何等之效力。雖於星學及物理學爲當研究重要之問題。而非法學上所當論之事項。

可生法律上效力之事實。分之爲事件。及行爲事件者。不關係人類之意思之物界現象也。如出生。死亡。因天災物之滅盡。無意識之動靜是也。行爲者。基於人類之意思之

物界現象也。人類意思發動而爲行動。因其行動件或物界之狀態而生法律上之効力。

行爲者。以人類之意思發動爲其要素。故人類以外生物之動。不得稱爲法律上行爲。自然人者。皆得爲物質的行爲。然行爲可生法律上之効力者。要行爲者。存行爲能力。行爲能力之存否。以規定各種法律上之効力之法則定之。故可謂與法律之區域同一也。至於法人。非存在於物質的者。以物質的觀念不能認其行爲。然於法律一定之條件之下。對於其機關之行爲。生法律上之効力。

人類之意思外。發動爲身體之動靜。基於意思身體之動靜。行爲之要素也不現於外。者。意識界之作用。不基於意識界之作用。而爲生理的及器械的。身體之動靜者。不成爲行爲。於物質的觀察。可惹起身體之動靜。與意識之作用者。爲行爲不可缺之元素。可伴意思發動物界之狀態。有存於因意思發動而惹起者。有存於爲放任外圍之進行者。意思發動之惹起及放任外界之狀態。稱之爲結果。行動之觀念。存有排除反對之觀念之狀態者。謂之決意。決意者。行爲之前提也。行動

者。決意之表彰也。

行爲之決意。可生法律上之效果。伴事實之認識時者。存於故意。伴事實之認識。使爲違法行爲時者。存於不法之故意。伴犯罪事實（客觀的方面）之認識時者。存犯罪之故意（犯意）。

由是言之。身體之舉動。不過普通要素之一。合他之總要素。始足爲罪。他之要素中。於舉動有密切之關係者。意思也。故行爲云者。伴意思而起之舉動也。

身體之舉動。無一定之稱謂。有云動作者。有云行動者。有云行爲者。有云所爲者。有云作爲者。有云所行者。辭義混同。對於行爲之問題。不可不下一確定之解釋。試爲大別之。可分舉動動作行動爲一級。行爲作爲爲一級。所爲所行爲一級。例如左。

(一)舉動者。身體之動靜也。

(二)因意思而生舉動者。行爲也。

(三)因行爲而發生結果之場合者。所爲也。

意思之發動。與物界之影響之關係。視行爲之爲積極爲消極。各異其程度。所謂積極。

者。作。爲。也。消。極。者。不。作。爲。也。

- (一) 積。極。行。爲。者。不。當。作。爲。而。作。爲。也。故。謂。之。作。爲。
- (二) 消。極。行。爲。者。當。作。爲。而。不。作。爲。也。故。謂。之。不。作。爲。

第二節 積極行爲(作爲)

積。極。行。爲。者。可。以。惹。起。一。定。之。影。響。於。物。界。之。任。意。舉。動。也。

任。意。舉。動。者。謂。因。意。思。之。發。動。之。身。體。運。動。也。與。故。意。及。自。由。意。思。不。同。故。不。因。意。思。而。生。器。械。的。及。生。理。的。身。體。之。運。動。非。任。意。舉。動。也。

作。爲。爲。犯。罪。之。要。素。者。以。身。體。之。舉。動。惹。起。物。界。之。影。響。有。所。謂。積。極。關。係。也。積。極。關。係。即。言。因。果。之。相。爲。連。絡。

因。果。之。連。絡。者。身。體。之。舉。動。物。界。之。影。響。也。身。體。之。舉。動。爲。因。物。界。之。影。響。爲。果。必。由。身。體。之。舉。動。而。物。界。始。受。其。影。響。一。因。一。果。相。應。而。起。故。謂。之。連。絡。

不。拘。身。體。動。舉。之。有。無。可。生。或。物。界。之。狀。態。時。者。雖。於。如。何。之。場。合。不。得。謂。其。間。有。因。果。之。關。係。

存於身體舉動與物界之影響之間之因果關係者。物質的關係也。與責任之基本之主觀的關係不可混同。

責任之基本之主觀的關係者。物心兩界之連絡也。因果之關係專屬外部。與意思與舉動之關係跨乎物心兩界者不同。故無論幼者之舉動。發狂者之舉動。皆具因果之關係。蓋物質的關係。有舉動即有影響。不必備責任之能力。與責任之條件也。作爲於何所在。得謂惹起結果（有原因）耶。假如無此作爲。其影響亦同。此作爲是無原因力也。因有此作爲。而得特殊之影響者。是此作爲之有原因力而惹起或種之結果也。

問於何等作爲。能惹起結果。而成此結果之原因乎。其分別在有原因力與無原因力之間。有原因力者。因其作爲而得特殊之影響。例如一星之火。其結果不致延燒。而有人爲加燃料。以爲火之媒。因而燬及多屋者。是延燒之結果。由於燃料之加增。是爲特殊之影響。即所謂有原因力者是也。反之。火已燎原。影響之勢力。已達極度。而其燒點之範圍。又限於一定之區域。此時即有人加以燃料。其結果與無此作爲。

之影響相同。是即所謂無原因力也。

依右之說明。凡可以惹起物界特殊之影響者。不可不認爲有作爲之原因。然就原因之一方言。更生左之數問題。

(甲)作爲與他之原因。湊合惹起結果時。

例如甲以殺乙之意。而毆打其胸部。乙因有心臟夙疾。觸發而死。案此情形。乙之死亡。由心臟疾猝發原因也。然其心臟疾之所以猝發者。其原因又在於甲之毆打。向使甲不毆乙之胸部。乙之夙疾不至於猝發與之湊合。即不致至於死亡。故乙之致死之結果。不可不謂因甲之毆打之行爲。與乙之心臟病湊合而生。以此之故。甲應受殺人既遂之處分。自無異議矣。抑更有進者。凡人之行爲。未有純然以一原因造成結果者。若謂有共同原因時。罪不成立。則凡事皆可告無罪矣。

(乙)爲作與他原因之最有力者。或率先者。或續發者。湊合之時。

凡事之結果。有發生於一原因者。有發生於一個以上之原因者。他之原因。不期而生。有超過於作爲程度時者。即他原因之最有力者也。或他之原因。發於作爲之先。

而同時並收其結果者。所謂率先之原因力也。推之因作爲而發生其他之原因者。原因力之續發者也。如前例甲之毆乙。乙發心臟病而死。是病即原因之最有力者。更變其例。如乙之病先作。而甲適毆之。致病加劇而死。其病又爲原因力之率先者。反之。乙本無心臟病。因甲之毆而得。卒至因病死亡者。是又所謂續發他之原因也。此等原因湊合之時。其所得之結果。不可不謂由甲而生也。

(丙) 雖將來應生之結果。而作爲促其時間早到時。

例如殺重病垂死之人。以事實上言。不過速其死期耳。即無殺害之作爲。其死亡之結果。當亦立見。然以理論上言。殺一二日將死之人。與殺長壽生命之人。無以異。何也。未至死期。一息尙存。猶生人也。故法律上所謂殺人者。即此生命關係之點。使其時間早到而已。

(丁) 作爲於其結果正發之際。增加其容積面積數量勢力等時。如積雨成災。田舍被淹。更破壞隄防。使浸漫遍野者。謂之增加其容積面積。病人垂危。更飲以毒劑。燒點方熾。再加以燃料者。謂之增加其數量勢力。凡此種類。不可不

認其作爲爲結果之原因力。由是觀之。原因與結果。無論間接直接。必相爲連絡。天下事無無結果之原因。無無原因之結果。明矣。雖然。就世界之現象。物質之狀態觀念之。有一原因發生時。參入他之原因。而使因果不相連絡者。他之原因者何。如自然力與人力是也。譬諸放火燒人家屋。而忽遇大雨撲滅之。或爲消防救熄之。大雨者自然力也。消防者人力也。因此大雨與消防參入之原因。使放火者不收其結果。非因果不相連絡乎。其他如殺傷人者。旋復爲之救護醫療。有殺傷之原因。無死亡之結果也。又如殺傷人而未死。其他之一人。同時加害而死之。有殺傷之原因。而結果中斷。更生他原因之結果也。事變不測。律意精嚴。對於種種行爲。不可不詳細攻究焉。

第三節 消極行爲（不作爲）

消極行爲。一曰不作爲。謂不遮斷可以惹起一定影響之原因。進行之任意舉動也。亦可爲不妨止結果之發生。進行中之原因。由已之行爲而起。由身以外之人。或人以外之動作而起者。視同一致。

不作爲者。當作爲而不作爲也。非謂以身體之舉動區別其爲與不爲也。作爲之性質。因果相連絡。可以惹起物界一定之影響。不作爲者。僅不遮斷進行中之原因。使他之結果。因其不遮斷而發生。例如鐵道軌中。有人置障礙之物。欲遺將來之汽車以危害。此置物之行爲。即積極行爲也。然汽車未至。其原因尙在進行中。一時不生結果。設於此時爲護軌執事者瞥見。明知汽車即至。必因此障害而生顛覆出軌之結果。乃任意聽之。並不示汽車以停止之消息。此即所謂消極行爲也。

進行中之原因。由身以外之人而起者。即前例是也。其由已之行爲而起者。如父母欲餓死其嬰孩。留之於家。而旅行遠方。致嬰孩坐是而死是也。由人以外之動作而起者。如油燈自炸。坐視其延燒。而不爲撲滅者是也。凡此之進行中之原因。雖有不同。而一有不遮斷其進行之原因之舉動。即謂之爲不作爲。

不作爲之犯罪。稱之爲不行犯。不行犯之要素。在負有國法上之義務。當作爲之時。而任意不作爲也。

不作爲之不法。爲違背命令。而不爲當遮斷外圍進行行爲之場合也。換言之。謂怠其

作爲之義務之場合。惟作爲之義務。有於法令所特定者。有自本人於法律上之地位而生者。有因一定之作爲自然而生者。

因不作爲而犯罪者。必其人負法律上之義務。當作爲之事。而出之以故意與過失。以放棄其義務時也。例如爲父母者。負民法上保育幼子之義務。乃以殺意不給其衣食。是負其保育之義務。因此不作爲而成立殺人罪矣。

作爲之義務。規定於法令者。如捨遺失物有報告警察之義務是也。自本人於法律上之地位而生者。即父母負保育幼子之義務。人子負救護父母之義務是也。其他如消防負救火之義務者。因一定之作爲自然而生也。有此義務。而拾遺失物而不報。遇火災而不救。幼子凍餒而不與以衣食。父母被傷。而不加以救護者。皆不能脫法令上之責任也。

第五章 有責行爲

犯罪之成立。不可無刑罰法令所列舉之舉動。刑罰法令所列舉之舉動者。具有與本人可以連絡之責任之行爲是也。

責任之意義有三。刑法所謂責任者。乃外部之狀態與意思發動相連絡。即心物兩界之關係也。其以義務爲責任。以制裁爲責任者。不可混同。

無責任之舉動。不能成立有責任行爲之一種罪犯。故刑罰法令上指身體之舉動。必以有責任之行爲爲斷。所謂有責任之行爲者。須有左之條件。

(甲)須有責任能力者之舉動。

(乙)須有責任條件(故意或過失)

第一節 責任能力

責任能力者。私法上之不法行爲。並刑法上之犯罪之要素也。責任能力之缺損。即阻却一切之不法行爲之成立。故責任無能力者之行爲。不爲私法上之不法行爲。更不能成立刑法上之犯罪。

責任能力之存在。以精神作用不缺損爲必要。缺損精神作用之全部者。與動物無生物相類。不能爲物質上之行爲。其精神能力不全。缺者。雖得爲平常之行爲。然因其作用之不全。一般謂之無責任能力。

於現行法以辨識力（意思能力）爲生責任之前提。刑法所謂是非之辨別是也。辨識力者。非識別對於行爲所生法律上之效果之意味。謂其有智能可識別而已。故本人雖不知其行爲之違法。而其精神狀態具有自然之智能時。即謂之有是非之辨別。反之。縱令於事實上雖知其行爲之違法。而爲辨識力之必要之精神作用有缺損時。即不得謂有是非之辨別。

是故責任能力。非精神無障害及發育完滿者不能備。此刑法於精神不成熟者（幼者瘖啞者）及精神有障礙者（精神病者）之舉動。所以有無責任之規定。

第一項 精神不成熟

精神不成熟者。有二箇之分別。一精神之發育未完滿者（幼者）二精神之發育被妨止者（瘖啞者）是也。

（甲）精神發育未完滿者。

精神發育未完滿者。即未成年以上之幼者是也。未成年者。有責任年齡之規定。於刑法上分別爲左之三期。

第一期 十二歲未滿者。

第二期 十二歲以上十六歲未滿者。

第三期 十六歲以上者。

十六歲以上之幼者。有完全責任。故認有犯罪行為時。不可不爲有罪之判決。惟犯該重罪輕罪者。與以一等之宥恕減輕。犯違警罪者。不在宥恕之列。

刑法第八十一條。犯罪時滿十六歲以上不滿二十歲者。宥恕其罪。照本刑減一等。又八十三條。違警罪滿十六歲以上不滿二十歲者。其罪不得宥恕。

十二歲以上十六歲未滿之幼者。犯重罪輕罪時。裁判官鑑別其有是非之辨別與否。以定有無責任之標準。若認爲有責任時。可處罰之。而與以二等之宥恕減輕。其認爲無是非之辨別者。即爲無責任矣。無責任者不論罪。惟違警罪仍責負。而以一等減輕宥恕之。

刑法第八十條。犯罪時滿十二歲以上不滿十六歲者。審案其所爲辨別是非與否。不辨別而犯時。不論其罪。但因其情狀。不過滿二十歲時間。得以留置懲治場。

若有辨別而犯時。宥恕其罪。照本刑減一等。

懲治場之留置者。乃以感化爲目的之一種強制教育也。故受留置之處分。與受刑罰之性質不同。不過二十歲時間者。謂自判決其幼者之年始。至滿二十歲時。其間若干年之意也。

十二歲未滿之幼者。絕對不負責任者也。但十二歲以上滿八歲者。得留置於懲治場。

刑法第七十九條。犯罪時未滿十二歲者。不論其罪。但滿八歲以上者。因其情狀。不過滿十六歲時間。得留置懲治場。

(乙)精神發育被妨止者

被妨止精神之發育者。不拘年齡。皆爲無辨識力。於現行法因此理由。爲無責任者。瘖啞者是也。瘖啞者。缺人類重要之機關。不能發達其智能者也。以此之故。法律推定爲無辨識力。

瘖啞可阻却責任之原因。限於生來及幼小之時而得者。若既已開發智能。雖缺其

聽力語力。非阻却責任之原因。

瘖啞有自生來及幼時即得者。有自達成人後而得者。夫自幼而瘖啞。其辨別智能。自付闕如。法律上使之不負責任宜也。若已達成年而瘖啞者。其機關雖缺。其知識已具。辨別能力。不能指爲全失。即不能脫法律之責任明矣。現行法雖無何等明文之規定。而推制定法律之本意。達成年而瘖啞者。必不一律而論也。雖然。法文上既無何等之規定。則不分瘖啞之爲生成者。爲後來者。及因如何之事。由而致者。苟爲不治之瘖啞。犯罪時。悉視爲無責任。於解釋固無不合也。現行法指被妨精神之發育。阻却責任者。僅限於瘖啞者。故爲他之原因。不能發育者。不得謂無法律上之責任。即非瘖而且啞者。亦非此之限。瘖啞者亦有留置之處分。刑法第八十二條。瘖啞者犯罪時。不論其罪。但因其情狀。不過五年時間。得以留置懲治場。

第二項 精神之障礙

刑法第七十八條。犯罪時因知覺精神之喪失。不辨別是非者。有不論其罪之規定。

凡不因精神作用之人類之動靜。非行爲也。故其責任之有無。可勿論。刑法上所規定者。非不因精神作用所關之動靜。因精神障礙示行爲之無責任之法文也。

精神障礙。可入於精神病之範圍內者。有因生理的、病理的、一時的、持續的、喪失其知覺者。一切之場合。均包含之。

(一)生理的……先天愚者……老耄者。

(二)生理的……因病而損失精神者。

(三)一時的……病中精神喪失病後即愈者。(熱狂)

(三)持續的……一生處於知識罔覺。永久不愈者。

有非疾病因一時精神作用而生障礙者。如夢中之行動。狂醉中之行動。及因感激過度之行動。(催眠之類)如精神病之行動。初無少異。刑法無以病的故障爲限之明文。故非病的障礙視同一例。

雖然。因精神病以外之理由。在故障精神作用之場合。於刑法上爲阻却責任者。以達於知覺喪失不辨別是非之程度爲必要。

精神病以外之疾病。雖精神有混亂現象。不能定斷其意識觀念混亂也。是當觀察其舉動之時。果有辨別與否。其他如夢中之行動等。苟非達於刑法所規定之程度。不能認爲無責任。

精神障害者之犯罪。雖不使負法律上之責任。然不能不制限其自由。以維持社會之安寧。故各國皆設有精神病院。凡有精神病者。悉監置於院內。而爲之醫治。既防一般之危害。復保箇人之幸福。法良意美。有足多者。

第二節 責任條件

前言無責任能力者。雖犯罪不科刑。此言即有責任能力者。非對出於故意或過失之舉動。亦不負其責任。故意過失者。即責任條件也。

第一項 故意

故意者。事實之認識舉動之意思也。換言之。知犯罪之事實。而決意爲犯罪之行爲也。例如他人之物。不能竊取。竊取者竊盜也。乃知竊取者爲竊盜。而故意爲竊取之舉動是也。

犯罪之故意。犯罪事實之認識也。犯罪事實者。犯罪之構成要件及刑罰加重之條件之事實。

犯罪之構成要件者。如刑法三百六十六條。竊取人之所有物者爲竊盜。是人之所有物。與竊取之行爲。二者乃構成竊盜罪之要件。又三百六十七條。乘水火震災之變而犯竊盜者。處六月以上五年以下之重禁錮。同爲竊盜犯罪。較前條之竊人物者。之二月以上四年以下之刑罰爲加重矣。此即對於本罪有應重之事實。而爲刑罰加重之條件。

右之所舉。謂犯罪之故意。必包含此二者。然故意之種類。更有作爲與不作爲。確定與不確定之區別。

(一) 作爲之故意

作爲犯之故意。即因果連絡之舉動之決意也。例如知殺人之舉動。必惹起死亡之結果。而故以利刃加之。知放火之舉動。必惹起燒燬之結果。而故以燃料焚之是也。

(二) 不作爲之故意

不作爲犯之故意。謂知其結果惹起之原因而放棄其義務不爲遮斷原因進行之決意也。如前消極行爲節所舉之例。護軌執事人及不與幼子衣食之父母。皆不作爲之故意也。

(三) 確定犯之故意

確定犯之故意。即知犯罪事實並有犯罪行爲之決意也。例如燒燬人之家屋者。明知必得放火罪。而毅然縱火焚之。有決意爲犯罪之行爲是也。

(四) 不確定犯之故意

有犯罪行爲之決意而不全知犯罪事實者。謂之不確定犯之故意。例如以爆發物向人投擲。其舉動蓄有犯罪之決意。不待言矣。然物界所得之影響。爲如何狀態。事實上不甚明也。雖其結果不外於死亡與負傷。然死亡死者爲誰。負傷者爲誰。被害者爲一人耶。爲多數耶。或竟全無恙耶。不能逆賭也。故謂之不確定之故意。

日本岡田博士。對於不確定犯之故意。謂當分擇一的豫見或然的豫見擇一云者。即死亡與負傷二者之間。可豫見其必出其一種之事實。或然云者。謂一部之確認。

一部之不確認。及全部之不確認。如以上所述之情形是也。

就故意之種類觀念之。凡犯罪之故意。必以知犯罪事實與犯罪行為之決意爲標準。故全然不知事實者。不爲故意。試以犯罪事實之目的物體與手段言之。

何謂目的物體。即構成犯罪之目的之物體也。例如獵獸者。於林深箬密處。誤以人爲獸而銃殺之。因而得殺人罪時。不得謂之故意。何也不辨其爲人。即不知目的物體也。

何謂手段。即構成犯罪之發生之手段也。例如飲人以水。而不知水中有毒。致飲者毒斃。因而得毒物殺人罪時。不知手段也。不知手段與不知目的物體。同爲不知犯罪事實。即不得爲有犯罪之故意。而罪自不成立矣。

更進言之。雖知犯罪事實。而無犯罪行為之決意者。亦不得爲有犯罪之故意。如獵者遇蒙獸皮之人。熟視而辨。持銃不發。不意誤觸機關。致擊死其人之類。

犯罪之故意。必以知犯罪事實與犯罪行為之決意二者相合而成固也。然就決意而論。有經深思熟慮而後決意者。有須臾而即決意者。故學說又分豫謀之決意。與單純

之決意。然決意之有無。豫謀無關於犯罪之成立。蓋豫謀與單純。不過時間之程度有差。其爲決意之性質。則一也。

然決意之所以有豫謀單純者。進究其故。則知更有一問題。即所謂遠因（決心之理由）是也。遠因者何。即何所爲而爲此決意之原因也。如因復讐而決意者。復讐即決意之遠因。因妬忌與利慾而決意者。妬忌利慾皆遠因也。故決意爲犯罪之理由。而遠因又爲決意之理由。遠因複雜者。其決意必屬之豫謀。遠因簡單者。其決意自歸於單純。

遠因雖爲決意之理由。然其起點在決意之先。且有種種之內容。與決意之性質似是而實非也。例如決意殺人者。無論何人何時何地。祇有所謂奪人生命之內容而已。遠因則不然。在同一法律之下。同一犯罪。可以因人。因時。因地。而異。如爲復讐。爲妒忌。爲利慾之類。是也。且無遠因而有決意者。可以犯罪。無決意雖有遠因。罪未能成也。故遠因除法律所規定外（刑法第二百九十六條。犯重輕罪爲便利。或既犯爲欲免罪而故殺人者。處死刑。又第三百二十一條。圖自己之利。教唆人使自殺。處以重懲役）以不

爲犯罪之要素爲原則。雖然同一殺人。一則爲復讐。一則爲謀利或妬忌。遇此場合。立法上裁判上。又不能不着重遠因。以爲輕重之區別矣。例如二百九十六條所規定。苟無爲便利及欲免罪之遠因。則當適用二百九十四條。處以無期徒刑。又如三百二十一條所規定。苟無圖自己之利之遠因。則當適用三百二十條。處以六月以上三年以下之輕禁錮。

第二項 過失

過失者。要認識之事。且可以認識之事實。因不注意而不認識之之謂也。

過失必由於認識之事。若不認識之事之場合。無所謂過失也。可以認識之事實。因不注意而不認識之。致惹起物界之影響者。即過失也。以犯罪論。須知犯罪構成之要件。及刑罰加重之條件之事實。而始成罪。因不注意。使可知之條件。而失之認識。因而成立其罪者。即過失犯也。例如甲乙二人之物。同置一處。其物體之狀態相同。甲不深辨。而信手取乙物以去者。過失也。蓋甲之所有物。甲固可以認識者也。可以認識之物。而信手取乙物以去者。不注意之故也。反之經認識確定。而猶取乙物爲

已物者。故意也。就此故意與過失之場合。而生一介於二者之間之問題。如甲乙之物。形式一致。不易辨別者。甲本欲取己之物。而審視不確。誤取乙物。謂其故意。而其欲取者已物也。謂其過失。而既已審視再三矣。若此者。錯誤之類也。於刑法認其爲無罪。

過失以不知犯罪事實存在之點爲必要。然他之學說。謂有犯罪事實認識之過失者。其理由基於希望主義之犯意論。

希望主義論犯意之主張點。其條件爲認識決意之外。非有希望認諾。不得謂有犯意。知犯意事實之上。非有惹起其事實之希望或認諾。不得謂有犯意。例如獵者知人之立於其前也。或豫料發炮之可以觸人也。因欲擊其側之獸。遂至於殺傷人。以此情形而論。獵者知犯罪之事實。且有發砲之意思。然無殺人之希望或認諾。乃過失殺。非謀故殺也。故可謂之爲認識犯罪事實之過失犯。

然據單純觀念主義而論。具犯罪事實之認識。與犯罪行爲之決意者。即爲之有犯意。如前例。既知發砲必可觸人。即有犯罪事實之認識矣。既已決心發砲。即有犯罪

行爲之決意矣。以故意之條件觀察之。已成立確定之故意犯。即慮或有傷及。而猶發砲擊之者。亦不確定之故意殺人也。必謂無希望與認諾。指爲過失。於理論事實。殊欠失當。故採用此主義者。不可不審定也。

因過失而成罪者。限於有特別之正條。故過失與故意。雖同爲責任條件之一。不可誤解。謂缺故意時。因過失常成立同種之罪。例如竊盜犯。法律上即無所謂過失也。其他除刑法三百十七條三百十八條三百十九條及四百九條之規定。餘皆不以過失罪論也。

刑法三百十七條。疏虞懈怠。或不遵守規則習慣。因過失致人於死者。處以二十圓以上。二百圓以下之罰金。三百十八條。因過失創傷人致成廢疾者。處以十圓以上。百圓以下之罰金。三百十九條。因過失創傷人至疾病休業者。處以二圓以上五十圓以下之罰金。

過失與故意不同之點。既如右之所述矣。更有與錯誤不可混同者。即過失爲不注意。之。不認識。錯誤爲認識。觀念與對象不一致是也。惟過失之不注意。應以如何程度爲

觀察之點。有此問題。而生左之三說。

(甲)客觀說(抽象說)

假定一普通之程度。爲一般人所共有之注意。如饑餐寒衣。凡父母育子者。皆當注意也。苟值饑寒之時。而不與以衣食。是不盡其程度之注意也。若此者當任過失之責。

(乙)主觀說(具體說)

以本人之知識爲標準。而定以當注意之程度。具有知識。而不盡其知識之程度之注意者。爲過失。反之。非其知識所見到者。不加責焉。

(丙)折衷說

假定一普通之程度。復視其人之知識而規定之。不能達普通程度之注意之知識者。各就其知識之高低。而使負其過失之責任。

依右之三說觀察之。第一說失之於強制。第二說失之於偏刻。惟第三說於制限之中。屬因人而施之意。理想事實。悉稱平允。不能不認此說爲至當也。

第三項 錯誤

錯誤者觀念與對象之齟齬。即認識與對象不一致之謂也。其中含有不知與誤信二原因。然於刑法上之效果不加區別。惟區別錯誤為事實之錯誤與法律之錯誤而已。

(甲)事實之錯誤

事實之錯誤。謂不知實在之事實。或幻覺不實在之事實。當分為法定與具體二種言之。

關於法定事實之錯誤者。謂於法定之犯罪事實於實在場合不認識之時。可阻却犯罪之故意。於犯罪之構成要件事實之實在場合不認識之時。阻却全部之故意。於刑罰之加重條件事實之實在場合不認識之時。阻却可為責任加重原因之故意。但於客觀的。以犯罪事實實在一定之條件之下。使成立過失犯而已。例如信人為獸而銃殺之。不知尊屬親而為一般人傷害之之類。

法定之犯罪事實。於不實在之場合幻覺之之時。為存故意。但於客觀的。以犯罪事實不實在。雖於如何之場合不成立。既遂犯即幻覺一定之條件之下之事實。其罪

亦祇成立未遂犯而止。例如信獸爲人而斬殺。信他人爲尊屬親而爲殺傷之。使成立殺人未遂。及殺傷尊屬親之未遂犯是也。

實在的法定之犯罪事實。與本人概念之事實。可構成別種之犯罪時。以實在事實爲要件而阻却犯罪之故意。以本人之概念事實爲要件爲存犯罪之故意而一定之前提之下。包含幻覺事實。使成立犯罪之未遂犯。或以實在之事實爲要素。使成立過失犯。例如十六歲以上之既婚婦。信爲十六歲未滿之未婚婦。而爲姦淫者。以人爲他人之所有。而爲銃殺之者。（日例姦未婚處女不論罪）

關於具體的事實之錯誤者。謂於實現之事實。與本人觀念不一致之場合。該當兩者別異之犯罪事實時。屬於法定事實之錯誤。該當兩者法律上同一犯罪事實時。則不屬於法定犯罪事實之錯誤。而爲關於具體的犯罪事實之錯誤。對於具體的犯罪事實之錯誤。爲阻却故意與否。其說不一。當以左舉之說爲當。

區別關於具體的事實之錯誤。爲目的物之錯誤（無形之錯誤）打擊之齟齬（行爲不成功有形之齟齬）目的物之錯誤。爲不阻却故意。打擊之齟齬。爲阻却故意。

目的物之錯誤。謂對於觀念所向之目的物。雖生結果。其目的物非本人所豫期者。於此場合。本人之觀念與現生結果之間。不存有形之齟齬。故於物質的觀察。實在之事實。與本人之觀念之行爲。現同一之狀態。例如暗夜信乙爲甲而殺害之。又如信乙之妻爲甲之妻而姦淫之。同一殺也。而其所殺之目的物不同。同一姦也。而其所姦之目的物不同。

打擊之齟齬。謂對於所向之目的物。不奏功而對於別異之目的物。生同一之結果。於此場合。本人之觀念與現生結果之間。存有形之齟齬。故於物質的觀察。存於本人之觀念的行爲。使與實現之行爲全異也。例如以殺害在左之人之觀念而發砲時。爲風力。或爲本人之技能拙劣。使彈丸命中在右之人致死之類。

(乙) 法律之錯誤

法律之錯誤。謂不認識實在之法則。或幻覺不實在之法則。舉其種類而說明於左。法律上爲違法行爲。及當科刑罰之行爲。而信爲從一般之法則。爲適法。或信爲不科刑罰之場合。例如帶刀步行市中。信爲正當行爲。毆打人者。信爲無刑罰之類。

法律上之違法行爲。及當科刑罰行爲。信爲可適用特別阻却違法。除却刑罰例外之法。則可處斷之行爲。例如爲救他人之急迫危難。而爲加害行爲。信爲如救親族。可適用例外法則者。同一爲正當及無懲戒權者。信爲有懲戒權之場合。（急迫危難。指天災事變而言。限於救護己身及親族。雖爲加害行爲。屬正當之防衛。對於己身及親族以外。不在此例。參照正當防衛權）反之。從一般之法則爲適法。及不科刑罰爲原則之行爲。而信爲違法行爲。及當科刑罰行爲之場合。例如破損自己之物品。信爲違法。不返濟（付還借金。信爲當刑罰行爲是也）。

又可爲特別阻却違法。及除却刑罰。適用例外法則之行爲。而不知之之場合。例如學校生徒。際行軍而帶劍。信爲違法。有懲戒權者。信爲無懲戒權之時。

統觀以上所言。事實之錯誤。當以犯罪之要素及犯罪之目的物爲標準。依其情狀。而辨其阻却故意與否。使成立未遂犯。過失犯。或與以減刑及無罪。若法律之錯誤。則不然。不問由於不知有法而犯。及祇知有法而不知如何刑罰而犯。依刑法之規定。（刑法第七十七條四項。不知法律規則。不得爲無意之犯。）法令之錯誤。以不阻却犯意。

爲原則。雖普通之解釋。分別不知刑法與不知他之法則之差異。然就刑法言。絕對不許不知法律之錯誤爲無罪之理由也。

例如日本法律。禁止鴉片輸入及製造販賣。有違犯者。處有期徒刑。若外國人不知日本之法律。而携帶入口者。是爲法律之錯誤。然不以不知而免罪。仍依本條處以徒刑。惟代人寄帶物件。中有夾帶鴉片。爲本人不知之時。則爲事實之錯誤。不一律科罪。惟沒收之而已。

第六章 不法行爲

第一節 通則

犯罪之成立。必由身體之動作。其動作須有責任者。然有責之行爲。未必皆不法行爲也。故犯罪於責任行爲上。更須屬不法行爲。

不法者。可以二點概括之。一非權利之行使。事二非法所放任之行爲。故犯罪不可無刑法所揭之行爲。然其行爲爲行使權利或爲法所放任之時。罪不能成立。

論犯罪之成立。既列舉一切責任能力諸要素。總括之爲犯罪行爲而已。似無更所

謂不法行爲者。然犯罪行爲云者。對於法律各本條所列舉之外象言也。如殺人放火。犯罪行爲也。若殺人者非不法之殺人。放火者非不法之放火。仍不得云犯罪成立也。何以言之。僅云殺人。則執行死刑者。嘗殺人矣。何以不謂之爲犯罪。僅云放火。則戰爭之間。燬火嘗燬人家屋矣。何以不謂之爲犯罪。其他如緊急狀態之時。苟其行爲出於救護己身。及親族。雖爲犯罪之行爲。亦法律所不罰。蓋一則屬於權利之行使。一則爲法律所放任。皆非不法行爲也。非不法之行爲。雖殺人放火。不爲罪。故論犯罪之成立。不可不加入不法行爲也。所謂不法行爲者。當除去權利行使。及法律所放任之二點。

第二節 權利行爲

行爲出於行使權利者爲無罪。此權利。有基於刑法上所規定者。有基於刑法以外之法令所規定者。下分三項說明之。

第一項 官吏之職務行爲

官吏者。奉上官之命令。而行使其權利者也。屬於其職務之範圍之內之行爲。即官吏

護得之權利故雖據他之方面觀念之覺官吏之行爲爲不法而依其職務之權利之規定則固定正當之權利行使也。例如警察官對於道路取締有強制左側通行之行爲。依一般人而言。強制他人之自由者。犯該家宅侵入罪。若以此例警察官其強制人通行者。得毋亦不法之行爲乎。此固不待辨而知爲屬於其職務行爲。故能有此權利也。

此權利之由來。基於刑法第七十六條。法文云。從長官之命令以爲其職務者。不論罪。然依此條之規定。官吏之行爲苟非從長官之命令及爲其職務所當執行者。仍不能謂一律無罪也。以此關係。當從左之區別而處分之。

(一) 關於不可抗拒之命令。其勢可以同時有下屬官吏之執行義務時。是爲適法之行爲。即第七十六條所規定者是也。

(二) 可以抗拒之事。誤信爲己之職權而執行之。是刑法以外法令之錯誤。應視爲不知犯罪之事實。

(三) 若假命令使喉人知其爲犯罪之教唆而同意執行之。則應照普通共犯之例處。

分。非。職。務。行。爲。之。問。題。也。

例如上官以非其職務所應爲之事。命其執行。下吏知事之不宜爲。以仰承其旨。趣而故執行之。既非不可抗拒之命令。又非職務之行爲。違反法律。當認爲暗默通謀。以普通共犯之例處分之。

依右之解釋。凡官吏不奉上官命令。而執行其職務。及非其職務所應爲。與雖有命令而非正當不可抗拒者。皆不得宣告爲無罪。故官吏職務行爲。仍有一定之範圍也。雖然。亦有不出於上官之命令。基於法令爲根據而執行其職務者。即司法警察官。不待令狀而可逮捕被告。人是也。（刑事訴訟法第五十八條。司法警察官及巡查憲兵行其職務。知有該當重罪或禁錮刑以上之輕罪。現行犯。可不俟令狀而逮捕之。）

第二項 正當防衛

正當防衛者。對於身體生命之不正之侵害。以衛己之權利。實行其防禦也。身體生命。吾人權利行使之主體也。對於主體有侵害。即失其權利之行使矣。故以

所有之權利。保障其權利行使之主體。盡天職也。身體云者。非專指肉體而言。凡關於身體之自由。如名譽節操及財產。皆包含之。日本刑法第三百十五條云。左列諸件。出於不得已致殺傷人者。不論其罪。(一)防止放火及其他暴行有傷財產之時。(二)防止盜犯及欲奪回盜贓之時。(三)防止夜間無故入人家。或欲踰越戶墻門壁之時。又三百十四條云。出於正當防衛身體生命。不得已而殺傷暴行人者。不分其爲自己爲他人。不論其罪。基於三百十五條之規定。則注重在身體財產之侵害。基於三百十四條之規定。則注重在身體生命之侵害。且爲廣其範圍。不分自己與他人。所謂不分者。有侵害自己身體生命時。因防衛而殺人者。固不論。即侵害他人之身體生命。代行其防衛而殺人者。亦勿論。例如甲欲殺乙。丙從傍瞥見。急欲救乙。而以銃先殺甲是也。蓋此條之擴張其範圍者。絕對不許不正之侵害。而害及人之身體生命也。至所謂身體包含名譽節操者。則當據刑法三百九條。因自己之身體受暴行。遂發怒殺傷暴行人者。宥恕其罪之法文。例如不法之逮捕監禁。及不健康。害衛生之事。或畧取誘拐。及欲破男女之節操等。皆暴行也。(三百十四條之不分。已身與

他人與七十五條二項。因天災或意外之變。遇不可避之危難。出於防衛自己及親族之身體之所爲者。不論其罪。不可混同。

雖然防衛者與侵害對待而言也。必事在迫切。其身體生命確有危害之立見者。然後執行其權利。若事非迫切。爲可避之危害。而遽施其防衛之手段。非法律所認許何也。苟非關於身體生命直接之侵害。則國家之法律。自有保護之具。而可控訴於有司。及求助於警察也。以此關係。凡正當防衛。其成立上不可不具左之四條件。

(一) 暴行之對於身體生命者。

即三百十四條所規定。凡關於身體生命者。皆可爲正當之防衛。

(二) 暴行屬不正之侵害。

所謂不正侵害者。可以正當之侵害例之。譬如刑之執行。執行之人。有侵害犯人之身體性命之行爲。僅就侵害之一方言。犯人可爲正當之防衛矣。然死刑之執行。乃國法之所定。執行者奉國法以致其生命。侵害出之於正當。正當之侵害。自阻却有防衛行使權利者之權利何也。正當云者。不正之反比例也。侵害既屬於正當。防衛

自爲不正矣。必侵害屬於不正者。其防衛乃爲正當也。

(三) 暴行非因防衛者不正舉動所自招。

此條件之規定。所以加防衛者以制限也。例如甲先以歐打之行爲加乙。乙以刀禦之。是甲先以不正之舉動加乙。乙之抵禦。乃甲之所自招。不得目乙爲暴行也。於此場合。甲若有殺傷乙時。不能謂甲爲正當之防衛。否則欲殺人者。先以不正之舉動。與人尋釁。然後乘機殺之。皆可例於正當防衛矣。不且玩法以濟姦哉。故刑法三百十四條。有但由不正之所爲。自招暴行者。不在此限之但書也。(但書者。凡法律條文內但……云云之書法也。)

(四) 防衛行爲不得超過必要之程度。

程度指侵害之物體而言。例如無責任能力之幼者。持刀殺成年者。或避之或執之。可矣。若必殺之以爲正當之防衛。法律上不能認其爲無罪。何也。超過必要之程度也。

由此觀之。雖有加以暴行者。其暴行苟不屬於不正之侵害。或其侵害爲本人所自招。

及其防衛有超過必要之程度者。皆不得爲正當之防衛。其他依刑法三百六十五條之規定。對於祖父母父母之殺傷。不得用特別不論罪之例。則對於祖父母父母。無防衛權。自不待言矣。

對於本國之君主。無防衛權。其理由以君主乃法律之淵源。不得爲有不正之行爲。故無所謂正當之防衛。至外國之君主及使臣。僅以邦交故。重視其身分。使不適用刑法而已。若加暴行於人。對之有正當之防衛。

責任無能力之狂者。幼者。瘖啞者。及缺責任條件者。有欲加害於身體生命之時。吾人對之。雖可爲防衛之行爲。不得云有防衛之權利。蓋無責任之行爲。無所謂正當不正當。故吾人防衛之行爲。不得據三百十四條。所謂權利之行爲。祇能如七十五條第一項。所謂不得已之行爲耳。

第三項 一般之權利行爲

權利之行爲。除刑法三百十四條三百十五條所規定外。其屬於他之法令所認許者。一般稱之爲權利行爲。大別之可分爲業務之執行。及法令所認之適法行爲。

(甲) 業務之執行

業務之執行者。如外科之醫療。力士之角力等類。依刑法之規定。侵害身體者爲暴行。若醫者治療。操刀宰割。創及肌膚。甚有截其一手。斷其一足。而接以木質者。身體之侵害。可爲極矣。然法律不加以刑罰。病者不加以防衛者。以醫者之職業。爲法律所認許。業務之執行。基於獲得之權利。非暴行侵害可比也。至力士角力。傷及身體。法律上認爲無罪者。乃日本風俗之習慣。各國俗習不同。不能一律而論也。

(乙) 法令所認之適法行爲

適法行爲云者。指刑法所規定外。屬於行使民法之懲戒權及一切不害秩序風俗之習慣之行爲是也。

懲戒權者。如師之懲戒生徒。親之懲戒子女。雖爲侵害身體之舉動。然爲法令所認許。故概不成罪。其他如賭博爲法令所禁止者。然歲時伏臘。家庭之間。以極少之財物。作菓子戲之輪贏。不足引以爲罪也。何也。不害秩序風俗之習慣之行爲也。

第三節 放任行爲

有責任行爲。而爲法律上所不保護所不處罰者。名曰放任行爲。茲特就基於緊急狀態之行爲。及由於有承認之行爲二者論之。

第一項 基於緊急狀態之行爲

基於緊急狀態之行爲者。因避現在之危難。不得已。而侵害他人之法益之謂也。

例如大風覆舟。人皆及溺。此時危難共罹。彼此求生之狀態。緊急已甚。設水面有木。一人附之。可免滅頂。二人攀援。則載重不支。然此木之權利。不定所有。人人得而附之。況性命呼吸間耶。於是甲已攀之。乙復奪之。爭執之間。將同遭沈溺。甲遂推乙入水。而獨據之。就乙之一方言。不可不謂因甲之推而致溺亡。是甲有殺人之行爲矣。然使甲不推乙。乙不推甲。其結果同歸於死亡。乙亦未獲生存也。故法律上對於此等行爲。既不承認其正當。亦不規定以刑罰。放任之而已矣。

又如甲乙同處。猝遭火災。甲欲避而乙故障之。在乙或以他之原因。自甘葬身火穴。在甲則欲避現在之危難。已達於緊急之程度。此時甲即加乙以白刃。脫身而逃。亦不爲罪。何也。不得已而侵害之也。

遇不可抗拒之強制時。急於自救。使喪失意思之自由。而侵害他人之法益者。亦無罪。刑法第七十五條。遇不可抗拒之事。非其意之所爲。不論罪。又因天災或意外之變。遇不可避之危難。出於防衛自己或親屬之身體之所爲。亦同。所謂不可抗拒之強制者。如甲以威力或腕力。強制乙毀損丙之所有物。乙不之應。而甲欲以銃擊乙。當此之時。乙處於危難之地位。急於救己。更不顧人。因而喪失其自由之意思。依甲之指使。而毀損丙之所有物。以事實上言。乙實侵害丙之法益。然法律上當罪甲。而不罪乙。雖然。必乙不能抗拒甲之強制。而後可。

天災意外之變者。如地震火災之時。急於逃避屋外。有當道妨礙其出路者。雖加害之。亦不爲罪。然必限於自己與親屬及自己與親屬之身體。若身體以外之財產。親屬以外之友人。不在此限。此點不可不知。

第二項 基於有承諾之行爲

得他人之承諾。而實行其承諾之事實者。法律上無科罪之明文。故爲放任行爲之一。犯罪而出於被害者之承諾。於理論不符。於事實則常有。刑法第一百七十一條。無

故入人住居邸宅。及人之看守建造物者。處以十一日以上六月以下之重禁錮。依此條文而言。凡入他人之邸宅。苟非有故。即爲犯罪。然社會上一般人民之互相往來。未必盡出於有事。而絕不聞有犯此條者。以得主人之承諾耳。故無故入人邸宅。雖有罪。而得其家之承諾者。往來自由。法律上絕不加以制限。所謂放任之行爲也。以原則論。對於他人之不承諾者。爲犯罪要素之一。然有承諾。亦不變爲權利之行爲。不過因得他人之承諾。失其犯罪之性質而已。

如前例。經他人之承諾而入其住居邸宅者。獲有可入之權利也。然以法律之眼觀之。不認爲權利之行爲。何也。法律所規定之行爲。人民不能左右之。有時法律任人左右之者。乃國法上放任的性質。非與以權利之性質也。以此關係。對於左之二說。更當辨明之。

一說謂得人之承諾者。成權利之行爲。

犯罪大抵由於被害者不承諾之故。始成爲不法。若豫得承諾。即成爲權利行爲。例如他人之所有物。得其承諾而取去者。他人之邸宅。得其承諾而出入者。此等行爲。

其無罪固不待言。然屬於權利行爲之區域。非本節所述之放任行爲也。

一說謂雖豫得人之承諾。亦爲犯罪之行爲。

凡人之行爲。苟脫乎法律範圍以外。無論以如何之名義。皆爲法律所不許。例如欲借人之房屋燒燬。雖經承諾。不能不認爲犯罪之行爲。其他如賭博。如賄賂。不問其經承諾後。而始爲輸贏。爲授受。法律上絕對不許者是也。

第四節 行爲之階級

一切之犯罪成立。上與他之要素共有。出於故意或過失之身體舉動。即爲必要之行爲。而各罪之既遂條件之行爲。看做終局者。自發動至完成。仍有多數之階級。可分爲犯、意、之、表、示。犯、罪、之、豫、備。犯、罪、之、着、手。犯、罪、之、終、結。而說明之。

第一項 犯意之表示

以犯罪之意思。爲口頭書面之表示。通常無實害及大危險。故法律以不罰爲原則。然依其行爲之場合。有時作爲別種之罪。而加以刑罰。

犯意之表示。以犯罪之意思。自爲宣揚。或騰諸口頭。或形之筆墨。無論其目的爲何。

嚇爲要挾。要不過有。意思無行爲之舉動而已。故法律對於犯意之表示。不罰其罪。然有不能一律而論者。如集會結社。出版法。新聞紙條例。語言文字之違犯。因而獲罪者不少也。於此場合。則各依其本條之規定。而科以特別之刑罰。非一般犯意表示可例也。

對於他人將其犯目的之罪表示其意思他人承諾之場合。稱爲陰謀。陰謀亦在不罰之列。然特別罪之陰謀則仍罰之。

陰謀者爲二人以上之關係。以犯罪一定之目的爲協議同意之結合。此等行爲蓄意顛測。最爲危險。然法律認爲犯罪者。必求之於事實。故雖有陰謀。亦不加罰。非不欲罰之。實無罰之之理由與證據也。雖然。此指普通之犯意而言。關於特別之場合。如對皇室欲加害者。創爲內亂之謀者（參照犯罪之豫備）不問口頭與書面。或與人陰謀。但經表示。即科以罰。絕不假以寬恕也。

第二項 犯罪之豫備

犯罪之豫備者。謂著手實行以前。爲犯意之活動之一切行爲也。

犯意表示以後更進一步謀爲犯罪之舉動者即豫備是也。豫備爲着手之始基。尙未達於實行着手之程度。如欲殺人者。初以犯意示人。歸而求其所以殺之之目的。與手段。如畫方策。求器械。尋機會之類。於此場合。其犯罪之成立。尙距着手終結之二個階級。僅可謂犯罪意思之進行。依刑法之規定。不罰豫備之犯罪。（刑法第一百十一條。雖謀欲犯罪。或爲豫作準備而未行事者。自非本律別有專條者。不科其刑。雖然對於皇室之謀害。不能僅以豫備而不罰也。此說基於刑法第一百十六條。第一百十八條。雖無豫備。使獲如何罪。諱之明文。依法文之解釋。當使受欲謀加害同一之刑罰。其他規定於法律上者。更得其二。

(一) 內亂之豫備

謀內亂者。有侵害國家之重大危險。與一般犯罪之豫備不同。依刑法第一百二十五條。科以減等之刑。第一百二十五條云。招募兵隊。或準備兵器金穀。及其他爲內亂之豫備者。照一百二十一條之例。各減一等是也。

(二) 偽造之豫備

如偽造貨幣。已購置機械。尙未動手者。依刑法第一百八十六條處分之。一百八十六條云。偽造變造前數條所記載之貨幣已成而未行使者。各照本條減一等。其未成者減二等。若豫備偽造之器具而未著手者。各減三等是也。

第三項 犯罪之着手

着手行爲者。謂組成實行之各舉動及實行近接密着之各舉動之謂也。

著手行爲。與實行終結。僅距一級耳。學者以近接密着下定語。體會已入微矣。然尙有難之者。謂對於此問題。究莫得一確定之情形與時間也。例如殺人者。以抽刀出鞘之時爲着手耶。以舉刀向人之時爲着手耶。以加刀於身體之上之時爲着手耶。混而言之。皆近接密着時也。分而言之。其間有幾微不同之關係也。故對於此問題。欲加詳細之研究。殊多困難。當更以危害迫切四字附近接密着一語以解釋之。

第四項 犯罪之終結

犯罪之終結。即自着手以後未生結果以前犯罪之手續終了之時也。

例如殺人者。業已以刀殺之。放火者。業已以火燃之。甫脫着手直接結果發生之時。

之場合也。

經以上之階級。而結果未發生之時。或不發生結果之場合。使成立未遂犯。結果發生後。使成立既遂犯。

第七章 犯罪之狀態

第一節 既遂犯

總犯罪之構成條件完成犯罪者謂之既遂。既遂犯之成立。不可不備具左之條件。

(甲) 實行之終結

從各本條之明文。可爲罪素之動作或靜止者。謂之實行。實行者既遂之第一要素也。

(乙) 結果之發生

可使成立既遂犯者。要件隨實行可爲要素所生之結果。雖實行終結。結果在未生之間。不爲既遂。

(丙) 要隨伴實行他之犯罪之實在

實行與結果之間因果關係在於當準之物理的關係之時則其犯罪僅依此物理之實現有不得完成其罪者故有時要有隨伴實行特定事實之實在使成立既遂犯此事實實在之必要固不待言若於此事實不實在之場合將使全不成立罪犯乎使成立未遂犯乎當於未遂犯題下說明之

既遂者有故意犯罪之既遂與無故意犯罪之既遂
本人認識犯罪事實而為完成其罪之時成立故意犯罪之既遂不認識犯罪事實而為完成其罪之時成立無故意犯罪之既遂

當為犯罪之既遂時期者至構成要件之全部完成之時也換言之發生結果之時期是也

結果有於實行終結同時而發生者有於終結後而始發生者不問於如何場合當從此法則以故實行終結以後結果發生以前不得謂已至既遂之時期
既遂云者於實害之生否不為必要

法律以實害之生為要件而實害非已生之時不使成立既遂犯雖然法律有以生

危險及爲計畫爲罪素時於狀態不生實害一般使成立既遂犯故實害不爲既遂之必要何以言之。以生危險爲罪素者。但生危險即爲已遂。以爲計畫爲罪素者。但爲計畫即成已遂。自實質上論時。雖爲生實害行爲之未遂犯及豫備。自法律上論時爲完全既遂犯也。

對於所生危險程度及爲計畫程度。可爲既遂場合者。分別之爲左之二點。

(甲) 不分別生實害的行爲與生實害之危險而止的行爲及爲計畫而止的行爲使兩者包含同一罪名之場合。

(乙) 分別生危險而止的及爲計畫而止的行爲與生實害的行爲而以前者與後者獨立爲別種之犯罪之場合。

既遂云者。目的之成就與否不爲必要。

於一般之場合。本人之有目的者。爲罪之要素。於斯場合。目的之成就。不爲既遂之要件。不言自明矣。

以本人有一定目的。爲罪之要素。於其場合爲完成罪者。以本人有其目的而足其

目的之達不爲必要。故雖於其目的不成就之時，使成立完全既遂犯。目的之成就與罪素結果之完成爲同一事實時，此自然之適合而爲因目的之成就，就使成立既遂犯。

以處罰條件之到來與否而分別既遂與未遂者，非可爲正當之標準。

如前述，處罰條件雖爲犯罪成立之條件，非行爲之要素。犯罪之既遂否乎，因犯罪行爲之要素被成立否乎而定。故以處罰條件之到來之先後不得爲罪之既遂未遂之分別。

第二節 未遂犯

以犯罪事實觀念之爲有完成之虞之場合，謂之未遂。所謂未遂犯者，當具左之要件。

(甲) 要本人有犯罪事實之觀念。

無故意行爲，不使成立未遂犯。故未遂犯，非對於一般既遂者對於有故意犯罪之既遂者。

(乙) 要存於本人之觀念，不能完成犯罪事實者，其不能完成之種類，區別有三。

(一) 未至實行終結之場合。

(二) 不生結果之場合。

(三) 要隨伴實行他之犯罪事實不實在之場合。

例如以殺人之觀念欲加擊打而被人支障者。即所謂未至終結之場合也。使他人服毒藥而其人不可死者。即所謂不生結果也。信處女爲有夫之婦而私通者。犯罪事實不實在也。(日例私處女無罪私有夫之婦有罪故云)

依右之所示。第一與第二得爲未遂。自無待再論。第三之場合。使成立未遂與否。則有多數之議論。一說從區別事實之虧缺與事實之未遂。稱爲幻覺罪。(一名幻夢罪。有觀念而無對象。爲不可罰之行為。) 一說從舉動與目的物之間。限於缺因果之關係之場合。使成立未遂犯。他之事實欠缺之場合。單爲幻夢罪。不使成立未遂犯。一說從事實之欠缺。總可得使成立未遂犯。三說皆有見。然以第三說爲當。

(丙) 要有著手行爲。

行爲之階級中。有著手與豫備。著手行爲爲未遂犯。豫備行爲不爲未遂犯。

著手行爲者。謂可入實行中動作及近接實行動作至識別具體的完成犯罪事實之危險之程度（生結果之危險）不至此程度者稱爲豫備之行爲。

（丁）以故意所爲之事其不至行爲之既遂者非出於本人之意思。

刑法第一百十二條。欲犯罪雖已行其事。因犯人意外之障礙或舛錯。以致未遂。即此意也。

出於犯人之任意。不使既遂者。謂之中止。中止者。自學理上言。亦未遂之一種也。然就現行法解釋之。不得入中止於未遂中。

未遂犯之種類。分別爲二。即著手未遂實行未遂是也。

著手未遂者。謂犯人雖爲著手之行爲。因意外之障礙。其實行不能終結。例如欲殺人者。擬之以銃。未發銃先被警察官押取之場合。

實行未遂。謂犯人雖已實行終結。因意外之障礙。不生結果者。例如欲殺人者。飲之以毒藥。被害者自用解毒劑解救。因而不致死亡之場合。

實行未遂。更得區別爲三。

(一) 雖結果可確實到來其結果尙未到來之時。

例如以殺害之故意。又傷人要害。雖使負致命重傷。然被害者尙在未死之場合。

(二) 雖結果之到來未確實而有到來之虞之時。

例如以殺害之故意。既傷害人之場合。被害者當至死亡與否。在未判明之時。

(三) 確實不生結果之場合。

例如以殺人之故意。雖發砲轟擊。其人實未受傷之時。

未遂犯之種類。大別之如右。其有得爲未遂與否之疑之場合。不可不解決者。從左之說明。

(一) 不行犯有缺效未遂無實行未遂。例如鐵道線路之看守人。以覆瀛車之故意。不除去橫於線路上之障害物。於此場合。於瀛車通行時期以前。障害物因其他之力。自離線路時。其覆車之故意。實可爲罪素。然以不存意思之發動。不使成立未遂。若已至時間。障害物未被除去時。而瀛車反犯人之豫想。通行其上。依然無事。於此場合。使成立未遂而已。

(二)實質上他之犯罪之未遂或可爲之豫備行爲於科特別之刑之場合其犯罪存未遂乎對此問題不可不從下之區別而解答。謂如法律上不使失未遂及豫備之性質而爲特別科刑時對之無使成立未遂犯之事。若法律可與以獨立罪而處分時對之不妨使成立未遂犯。

(三)因一定之行爲加特別之條件於可罰其行爲之場合以基本行爲未遂而爲加特別之條件時使成立未遂犯於此場合可隨伴條件之到來者犯罪成立之要件也。然其到來與否不爲分別既遂未遂之標準既遂未遂之區別依基本行爲之階段即該條件加於至既遂行爲時生既遂犯加於有未遂之階段行爲時生未遂犯。未遂犯之處分以犯罪之重輕區別之。

未遂犯有當罰之場合與不可罰之場合。重罪之未遂常罰之。輕罪之未遂僅於有法律之明文之規定者罰之。違警罪之未遂絕對不罰。(詐欺取財及竊盜即法律有明文者)

罰未遂犯時減既遂之刑一等或二等。見刑法一百十二條及一百十三條。

第三節 中止犯

由犯人任意不使。至於既遂者。謂之中止。現行法因本人之意思以外之原因。不至於既遂。爲未遂之一要件。故中止犯以現行法之解釋論之。不得使包含未遂犯中。然基於本人之意思不使。至於既遂之場合。與他之場合區別。學理上殊少根據。故理論以中止犯爲未遂犯之一種。亦爲至當。

雖然。依刑法之規定。犯人以自分之故意中止之時。非未遂犯。乃中止犯。中止犯之成立。更別之爲二個場合。

(甲) 一旦雖着手於實行。犯人以自己之意思不終結其實行。名之曰着手中止犯。

有犯意之表示。與犯罪之豫備。至着手之階級。而自行中止者。謂之着手中止犯。例如欲殺人者。與人以毒藥。尙未服下。仍自取回之類。

(乙) 雖已終結於實行。犯人以自己之意思妨止罪素結果之發生。名曰實行中止犯。經著手後至終結時。始動中止之意思者。謂之實行中止犯。如以毒藥殺人。於已服下時。急爲救治而愈之類。於此場合。當具左之要件。

(一)限於有生結果之虞之間爲之於去得危險後無生中止之問題
(二)以奏實效爲必要縱令施用可以防止結果之方法而不奏其效之場合無所謂中止

(三)要因犯人之行動而中止故雖犯人以防止結果之觀念爲之救治而其救治之行動全無成效被他之原因防止結果發生時不使成立中止犯基此理由勿誤解爲以犯人自下手爲必要犯人使用他人防止結果時與自下手者同非本條所謂他之原因也

中止要任意換言之要因自發之動機因他動的之原因者非中止故犯人以雖能爲而不欲爲之觀念止其行動時可爲中止以雖欲而不能爲之觀念止其行動時不爲中止

因外部之故障止其行動者非中止妨中止外部之故障不分實在者與本人幻覺者故雖非爲實在故障止行動爲不實在而信爲實在者止行動時亦不能爲中止中止不必全翻犯罪之決意但中止現在之事實爲足故雖以讓後日之意思而今日

止之者亦不妨爲之中止。

中止之決意雖因如何之動機皆可也。因甲之動機與因乙之動機。法律上之效果不生差異。故中止行動之決意不問出於悔悟或基於恐怖與利害之觀念。一般使成立完全之中止。

中止犯自理論言。雖爲未遂犯之一種。而現行法不列於未遂犯中。然不至既遂。又非未遂。無特別之明文。自不能罰。故依現行法之解釋。中止犯爲不可罰之行爲。雖然。不罰中止犯者。出之於政策。學理上則未有根據也。

對於中止犯不加罰之理由。以世界人類之行爲。不能絕無犯罪之動作。苟不予以自新之路。則犯罪者無或悔悟之一日。非立法之本意也。如前例。與人毒藥而復救治之之中止犯。若一律罰之。則人又何樂而爲之救治。徒令被害者死亡。加害者受罰。豈社會之福哉。以此關係。不罰中止犯者。期世之欲犯罪者相率而中止也。雖然。若殺人者。一刀未死。而忽生中止之心時。雖跡近於中止。而身體之侵害已成實在。應視爲殺人未遂。於此場合。若加害者爲之醫治平復。則原情而科以毆打創傷罪。

蓋死亡之結果雖未生。而侵害身體之罪已成立也。

第四節 不能犯

不能犯者。謂犯罪之要素不存在也。區別之爲絕對的不能犯。相對的不能犯。

(甲) 絕對的不能犯

絕對的不能犯者。犯罪之觀念與事實絕不相侔也。法律上故無處罰之條。於絕對的不能犯中。更分爲關於目的絕對的不能犯。關於手段絕對不能犯。

(一) 關於目的絕對的不能犯

例如欲墮人之胎兒。而其人適未有孕。又如昏夜疑路旁石像爲人。而加之以刃之時。(胎兒爲犯罪客體參照第二章第二節)

(二) 關於手段絕對的不能犯

例如欲毒殺人者。而誤以非毒品與人食之之時。欲毆打人者。而以線香擊之之時。

(乙) 相對的不能犯

相對的不能犯。刑法有科罰之條。其種類仍分目的與手段。

(一)關於目的相對的不能犯。

例如竊盜就金庫行竊。其目的可爲對矣。然庫適空虛。其行竊之目的不能達。所謂相對的目的不能犯也。又如欲殺人者。向其居室以銃擊之。而其人適已外出之類。

(二)關於手段相對的不能犯。

例如欲殺人者。特購置小銃。比用時而機關有缺損。所謂手段不能也。雖然。若於購時少加視察。則其人必爲所殺矣。故不得謂之絕對不能也。

モルヒ子者。毒劑也。平時醫療上使用。有一定之分量。過量則有毒害。惟醫療喘氣。則多食無害而有效。有欲殺人者。而以過量之モルヒ子與人食之。適其人喘氣。反加害者之希望。而安然無事。是其所使用之手段。性質上非無實行犯罪之能力。而有時失其能力者。相對的不能之故也。

第五節 再犯

再犯者。一次犯罪。受確定判決後再犯他罪之謂也。據現行刑法再犯加重之明文。雖得科以加等之罰。然先後犯罪輕重之間仍有區別。其可加重刑一等之再犯。當以左列三者爲限。

判決確定云者。限於有罪之判決。確定若判決爲無罪時。無成立再犯之理。惟雖受有罪之判決。在未確定之間再犯時。亦不得謂之再犯。其他於陸軍裁判所受判決者。及由大赦而免罪者。雖爲再犯。不以再犯論。推之於外國裁判所受判決確定後。至本國而再有犯罪時。亦非再犯也。

(甲)先處重罪之刑者再犯該重罪時 (刑法第九十一條、先被處重罪之刑者再犯該重罪時。照本刑加一等)

(乙)先處重罪輕罪之刑者再犯該輕罪時 (刑法第九十二條、先被處重罪輕罪之刑者再犯該輕罪時。照本刑加一等)

(丙)先處違警罪之刑者一年內再於其管轄裁判所區域內犯違警罪時 (刑法第九十三條、先被處違警罪之刑者再犯該違警罪時。照本刑加一等。但一年內非再

於違警罪裁判所之管轄地方內犯時，不得以再犯論。

依右之規定。再犯加重。須視其所犯之罪之程度。與初犯相比較而定。反之。如初犯輕罪。再犯重罪。初犯違警罪。再犯輕罪。重罪時。決不能以再犯論也。

違警罪必於一年內。於初犯之裁判所區域內再犯者。始加重罰之。否則不爲再犯。例如在東京犯違警罪而處罰者。至橫濱裁判所管轄區域內又犯時。無論其期在一年以內與否。均不以再犯加重之例科之。

再犯輕罪重罪之時期。果以何時爲限耶。推再犯加重之本意。惡其怙惡耳。然人生百年中。事實變遷。全難記憶。一二十年後之再犯。未必復由於怙惡之念。故近來法律上雖無再犯期限之規定。一般學說多主張十年以內。爲再犯加重之期限。

第八章 一罪及數罪

第一節 總論

所謂罪者。以所爲爲其要素也。所爲由行爲及結果而成。立故一之行爲。觸刑法之罰。條時祇使成立一罪。因一之行爲。使成立數罪者。必無之事也。

有多數之行為可罰時。一般使成立數罪。然法律對於觸罰條之多數行為有合之爲一罪而以一個刑罰科之之場合。

一派之學說。以違犯法規爲罪之骨子。故論罪之數。以違犯法規之數定之。此說日本之大審院採用之。講義所不取也。

以右之理由。決存一罪與存數罪之問題。第一明行為之單一乎。多數乎。其次不可不探究於如何之場合。法律爲合多數之行為爲一罪。

第二節 單一之行為及多數之行為

於左之場合。使成立單一之行為。

(甲) 單一之意思發動件單一之結果時

例如一度發砲。而致死一人之類。

(乙) 單一之意思發動件多數之結果時

於此場合。多數之結果。有屬於法律上同種類者。有屬於法律上異種類者。例如發一語而誹毀數人。一度發砲。而殪數人。一度投石。而殺一人。傷一人。破壞硝子板

(玻璃)之場合。

(丙)多數之意思發動伴單一之結果時。

例如繰返(反覆)數回發砲而致死一人。因數月間之勞働而破壞一家屋之類。依右之陳述。該當非甲乙丙三者之場合。即爲之多數之行爲。然多數之行爲必獨立。伴多數之結果時。始使成立多數之行爲。以故結果爲單一爲多數之問題。更當求其說焉。

凡侵害享有者之人格。不可分離法律利益時(生命身體名譽貞操等)依被害者之數定結果之數。例如因第一之發砲殺甲。因第二之發砲殺乙。因第三之發砲傷丙時。因各別之行動釀成三箇之結果。故使成立三箇之行爲。

於可得分離人格而成立侵害法律利益之場合。不從上之規定。即以繼續多數之行爲。毀損數箇之物。或相奪取是也。於此場合。其物在同一之監督內時。雖異其所。有者。亦祇釀成單一之結果。使成立單一之行爲。

所謂繼續犯者。因犯人之行爲所生之狀態無間斷。故謂之繼續。於此場合。使成立

一罪者。因其行爲之單一也。行爲之單一。結果亦因之而單一。例如不法監禁之是也。

第三節 數所爲一罪

多數之行爲。觸二個以上之罪名時。使成立數罪爲原則。然有時法律上合之爲一罪者。揭其重要者如左。

(甲) 連續犯

連續犯由同種之多數行爲而成。所謂多數行爲爲連續云者。因其性質之同一也。以性質之同一爲理由。而多數之行爲一致連結。必皆對於同一之法律利益及法律上同種之方法而實行之。例如甲數次與乙之妻某氏通。是爲一姦通罪。雖已數次。而對於同一之法益。爲同種之行爲。所謂連續犯是也。若甲與乙妻通後。更與丁之妻某氏通時。雖同一犯姦。不得爲一致連結。何也。非對於同一之法律利益也。又如甲數次入無鎖鑰之某乙倉庫。竊取米俵。是得爲一連續犯。然入無鎖鑰之倉庫所爲之竊取行爲。與破鎖鑰而爲之竊取行爲。不得合之爲一罪云。

連續犯由多數之行爲而成。若以之爲單一之行爲。實誤謬也。雖學說中或以單一之決意爲要素。或以結果之單一爲要素。或以決意與結果之單一爲要素。強謂連續犯爲單一之行爲。非此講義所採用也。

(乙) 結合犯

二箇以上之行爲。各獨立而侵害別箇之法律利益時。可得爲多數之不法行爲。於此場合。法律有合之而爲一罪者。例如強盜罪。乃竊盜與迫脅罪之結合也。強盜強姦。乃強盜罪與強姦罪之結合也。

(丙) 一之犯罪行爲爲他之犯罪行爲之手段時

例如以竊盜之目的。爲放火而達其目的時。犯放火罪與竊盜罪之二罪無疑矣。雖然。依右之法則。有例外。

(一) 以法律之明文爲犯罪行爲手段他之犯罪行爲之要素中使包含之之時

例如損壞門戶墻壁犯竊盜罪時。其損壞之手段之損壞罪。使包含於竊盜罪中矣。

(二)法律無特揭之明文一所爲中通常默認可爲他之行爲之手段時。例如家宅侵入。法律上竊盜罪之要素也。然家宅侵入爲他之犯罪行爲之手段。法律上不於竊盜罪中抽象的揭示者。蓋家宅侵入之行爲。法律已默認爲竊盜罪中所必有之手段。而使其罪吸入於竊盜罪中也。

(丁)一之犯罪行爲爲他之犯罪行爲之結果時。

例如盜犯竄却贖物。其竄贖物之行爲。被盜罪中吸收。不再構成其他冒認之罪。

(戊)慣行犯。

因繰返(反覆)同種之行爲而成立罪者。謂之慣行犯。換言之。即性質上之繼續犯是也。繼續犯之名稱。見刑事訴訟法第十條。分爲性質上者。事實上者。性質上之繼續。謂一次可以致罪之行爲。數次反覆爲之。事實上之繼續。謂行爲之結果。非繼續其時期與手續。不能成立其犯罪。凡此一目的的一行爲。雖繼續爲之。皆當合之爲一文罪之類。

罪。例如刑法第三百六十五條。規定私爲業醫罪。刑法第四百二十八條。規定業刺

第四節 對於一罪法律之適用

對一罪常科一刑罰對一罪科多數之刑罰絕對不許者也。雖然一罪觸一之法條時不生別之問題一罪而觸多數之法條謂之法律競合於此場合生可適用何之法律之問題對此問題可從左之標準解決之。

- (一) 多數之法律中有包含實現行為之總方面時排除他之法律而適用之故特別之規定排除概括的之規定複雜之規定排除單純之規定可適用既遂法條者排除可適用未遂之法條可罰正犯之法條排除罰從犯及教唆之法條
- (二) 於前項之規定有為難時適用科重刑罰法條而排除科輕刑罰之法條 (與數罪俱發從重之法則不可混)

第五節 多數之犯罪

多數之行為各自觸獨立罪名時除有別段之規定外使成立數罪此多數之行為使成立多數之罪時稱之為實質上之數罪。(實體的競合)

多數之人各自犯罪使成立數罪時其間不生法律上之關係同一人而犯數罪時其

間有生法律上之關係者。有不生法律上之關係者。茲舉同一人之所犯數罪之間。生法律上之關係之場合如左。

(一) 累犯

同一人前犯一罪。已受確定判決。後更犯他罪者。謂之累犯。即前章所述之再犯是也。

(二) 併合罪

併合罪者。謂不經確定判決多數之犯罪。或經確定判決之犯罪。與其前所犯未經確定判決之罪併存之是也。

併合罪。要二箇以上之犯罪之實在所謂想像上之俱發者。其他一罪。雖觸數箇之刑名。不得爲併合罪。

併合罪之處分有三主義。即併科主義。吸收主義。及加重主義。是也。從併科主義。科以對於各自法律所定之刑。從吸收主義。科最重之一個刑。從加重主義。以法律所制限範圍內。於最重之刑爲加重科之。

現行法定重罪輕罪從吸收主義。違警罪從併科主義。

併合罪中有可從刑法第百條處分者。與第百二條處分者。

刑法第百條。犯重罪輕罪未經判決。二罪以上俱發時。從一重罪處斷。重罪之刑。以刑期之長者爲重。刑期相等。以有定役爲重。輕罪之刑。從其所犯情狀最重者處斷。

刑法第百二條。已經判決。餘罪後發。其輕者。或等者。不論之。其重者。更論之。以前發之刑與後發之刑通算。但前發之刑該罰金科料已完納者。照第二十七條之例折算。而通算後發之刑期。若前發之罪判決時。未發之罪與再犯之罪俱發者。與其再犯比較。從一之重罪。不通算其前發之刑。

二箇以上之罪。未經判決。現在裁判時。爲之數罪俱發。於此場合。同時判決之。從一重者處斷。例如強盜罪與竊盜罪並發。從強盜罪處斷。數箇之竊盜罪並發。從其罪之最重者處斷。此即刑法第百條所規定也。

併合罪有前已受確定判決。其他於判決後發覺者。後發之罪稱爲餘罪。餘罪與已

判決之罪比較爲重時更論之而與前通算若輕時不再科刑即刑法第一百二條之規定也。

第一編 刑罰

第一章 總論

第一節 刑罰之意義

刑罰者國家對於犯罪的法律上之效果科犯人剝奪法律上利益也所謂刑罰者有左之要件。

(一) 刑罰者國家所以科一私人者也其一私人罰一私人者非刑罰也蓋刑罰權者存在於國家與一私人之關係非存在於一私人與一私人之關係

刑罰權者國家所自制限刑罰權力行使之範圍其實體依刑法所定夫國家對於一私人有刑罰權者存於兩者之間之法律關係也

(二) 刑罰者對於犯罪的制裁也法律上不爲犯罪連結行爲之制裁者非刑罰也

法律上不爲犯罪者即民法上之不法行爲是也連結行爲之制裁如因過失而

破壞他人之家屋。損害賠償之。有制裁。又如官吏職務怠慢。懲戒法上有免職罰。俸。譴責等制裁是也。然破壞家屋怠慢職務。非犯罪也。損害賠償。免職罰。俸。譴責。非刑罰也。

參照前編犯罪定義

(三) 刑罰對既往之行爲。生法律上之效果也。爲強制未來之作爲及不作爲之連結制裁。非刑罰。

(四) 刑罰乃科犯人剝奪法律利益也。故刑罰之實質。在與加害者以痛苦。不在與被害者以救濟。因科加害者以刑罰。而以與被害者以滿足者。非刑罰之實質。

(五) 刑罰乃剝奪犯人享有的利益也。故刑罰之實質。限於對犯人自身之範圍。及効力。及効力於犯人以外之部分者。爲脫刑罰之範圍。

(六) 刑罰當以刑事裁判官之宣告有罪判決之內容爲限。故以法律之規定。可連結有罪判決者。是法律上之效果。非刑罰。

就以上之理由。得舉非刑罰之種類如左。

- (甲) 強制執行損害賠償其他爲救濟法律之目的之制裁
- (乙) 以所約之意旨懲罰當事者間違約金(過怠約款契約上之懲罰)
- (丙) 有懲罰權者爲一私人之懲罰(如親之於子主人之於傭工船長之於水夫)
- (丁) 於刑事或民事之裁判言交之訴訟費
- (戊) 依公法又私法上之規定連綿有罪判決的資格之喪失
- (己) 犯罪之原由當警察上之處分者
- (庚) 懲戒罰執行罰秩序罰

第二章 刑罰之種類(刑罰制)

第一節 總論

刑罰分之爲主刑及附加刑。主刑者得獨立科之附加刑者得隨伴主刑科之附加刑。中有與主刑可同時執行者有主刑終了後可執行者。主刑不宣告不得科之附加刑有要宣告者有不用別宣告自然伴隨主刑者。主刑大別之爲重罪之主刑。輕罪之主刑。及違警罪之主刑。

附加刑有僅於重罪可科者有僅於輕罪可科者有通重罪與輕罪可科者有通重罪輕罪違警罪可科者

重罪之主刑。分別可科國事犯者。與可科非國事犯者。

刑罰從可剝奪法律利益之異大別之爲四。即生命刑。自由刑。財產刑。名譽刑。能力刑。是也。在現行法施行前。右之外有科以身體刑。如笞刑等。今悉廢之。

依右之區別所定。於現行法之刑罰。可得分類如左。

第一 主刑

(甲) 生命刑

死刑 爲通國事犯非國事犯重罪之主刑

(乙) 自由刑

無期徒刑
有期徒刑
重懲役
輕懲役

非國事犯之重罪主刑

無期流刑
有期流刑
重禁獄
輕禁獄
國事犯之重罪主刑

重禁錮
輕禁錮
輕罪之主刑

拘留
違警罪之主刑

(丙) 財產刑

罰金
輕罪之主刑

科料
違警罪之主刑

第二 附加刑

(甲) 自由刑

監視
通重罪輕罪之附加刑

(乙) 財產刑

罰金 輕罪之附加刑

沒收 通重罪輕罪違警罪之附加刑

(丙)名譽刑(能力刑)

剝奪公權 重罪之附加刑

停止公權 輕罪之附加刑

第二節 生命刑

生命刑。即死刑。國家以犯罪之制裁。剝奪一私人之生命之謂也。

死刑者。於獄內執行絞首之死刑。非絕其生命。不畢其執行。故一絞首而復蘇。生時要爲再絞首之行。於獄內者。以示除該當官吏及特受許可者外。不使目擊之趣旨。

日本刑法。沿自中國。故從前亦採用斬絞二種。自將軍政治以來。斬絞以外。雖尙有死刑一二種。然非通行於全國也。自織田豐臣以至德川時代。則有鋸挽、火刑、磔刑、死罪、斬罪、下手人等之各種死刑。慘酷甚矣。明治維新。首廢火刑。及鋸挽。制限磔刑之適用。逮至現行法。則廢斬罪而專用絞首矣。

執行死刑之方法。及處所之問題。視其刑法所採用主義如何而異。在古昔以刑法爲威駭世人之具時。曾採用種種殘酷之方法。務於衆目共睹之地執行。所謂刑人於市也。現今文明國之刑法。單以奪人生命爲達死刑之點。故其方法。期於迅速。其處所。期於秘密也。

死刑非有司法大臣之命令。不得執行之。有司法大臣之命令時。於三日以內行之。但於大祀令節國祭之日。不得行之。

死刑之婦女懷胎時。非經分娩後。一百日。不許執行之。

刑法第十三條。死刑非有司法卿之命令。不得行之。又第十四條。大祀令節國祭之日。禁行死刑。又第十五條。受宣告死刑之婦女。值有妊之時。停止執行。非經分娩後。一百日。不行刑。（但早產流產者亦同。）

死刑爲科國事犯非國事犯之重罪極刑也。於普通刑法當處死刑罪者如左。

對天皇。三后。太子。加危害及欲加危害罪。

對皇族。加危害罪。

內亂之魁首及教唆者

與敵國而抗敵本國及交付敵國供軍用物件罪

謀殺既遂罪

以慘酷之行為而犯故殺既遂罪

爲便利而犯重輕罪又爲免罪而犯故殺既遂罪

對直系之尊屬殺人既遂及毆打至死罪

強盜致死人罪

對人之住居家屋及乘載人之船舶汽車放火既遂罪

覆沒乘載人之船舶致死人罪

以欲妨治安及害人之身體財產之目的使用爆發物及使之使用罪

第三節 自由刑

自由刑者。國家以犯罪之制裁剝奪一私人之自由之謂也。日本現行刑法定左之自由刑。

(一)徒刑(二)流刑(三)懲役(四)禁獄(五)禁錮(六)拘留(七)監視

自由云者。非謂獨立不羈。不受一切拘束之狀態。乃於法所認之範圍內。普通國民所有隨意行動之意義也。以犯罪之制裁。加以制限。剝奪其隨意行動之自由。故謂之自由刑。

第一項 主刑之自由刑

徒刑。流刑。懲役。禁獄。爲重罪之主刑。禁錮。爲輕罪之主刑。拘留。爲違警罪之主刑。流刑。禁獄。於國事犯科之。徒刑。懲役。重禁錮。於非國事犯科之。輕禁錮。通國事犯非國事犯科之。

(甲)期間

以期間言之。主刑有無期有期之別。無期自由刑。爲無期徒刑無期流刑二種。其餘皆有期者。有期自由刑之中。有期徒刑。有期流刑之期間。皆規定於十二年以上十五年以下。

刑法第十七條。徒刑不論有期無期。發配遠島。有期徒刑。十二年以上。十五年以下。

第二十條。流刑不論有期無期。幽於島獄。不服役。有期流刑十二年以上。十五年以下。

懲役禁獄。以重輕分別之。重懲役。重禁獄者。九年以上。十一年以下。輕懲役。輕禁獄者。六年以上。八年以下。

禁錮爲重禁錮。輕禁錮二種。其期間分重輕。在十一日以上。五年以下。各就本條分定。長短但爲加重時。得至七年。

拘留之期間。爲一日以上。十日以下。但爲加重時。得至十二日。

刑期自刑名宣告之日。（非裁判確定之日）起算。有上訴時。從第五十一條第一號至第三號之規定。

計算刑期。稱一日者。以二十四時間稱。一月者。以三十日稱。一年者。從歷

流刑之囚。經過一定之期間時。以行政之處分。免幽閉於島地。得使限地居住。其期間。在無期流刑爲五年。在有期流刑爲三年。

處徒刑懲役禁錮者。謹守獄則。有悛改之情時。因經過一定之期間。以行政處分。得

許可假出獄。其期間在無期徒刑者十五年。在有期徒刑懲役禁獄禁錮者爲其刑期四分之三。

假出獄中更犯重禁錮輕罪者。即停止其出獄。出獄中之日數。不算入於刑期。

(乙) 定役

自定役之有無言之。徒刑懲役重禁錮有定役。流刑禁獄輕禁錮拘留無定役。監視於獄內執行之時。有定役。

徒刑發遣島地而服定役。係婦女於內地之獄服定役。

懲役重禁錮入內地之獄。服定役。

流刑幽閉於島地之獄。不服定役。

禁獄輕禁錮拘留入內地之獄。不服定役。

定役者。自由刑執行之一方法。謂以法令強制囚徒之行動也。現今文明國之刑法。尙多採用無定役之自由刑。日本之現行法。於流刑禁獄及輕禁錮拘留。不科以定役。然除拘留及短期之定役外。就長期間之輕禁獄及流刑而言。不科定役。有三大

非難問題。

- (一)長年月之間。使人毫不勞動。乃經濟上之損失。
 - (二)與人之性質相反。使愈增其痛苦。
- 試觀期限稍長之無定役囚人。往往有自行請給勞動之事者。此其確證也。勞動之種類。固因人而取捨。以殊。至國內少一人操作。即經濟上少一分利益。更不特言。故無定役之長期刑。必有改良廢止之一日。

第二項 附加刑之自由刑

屬於自由刑中附加刑者。監視也。監視者。通重輕罪科之。其期間及期間之起算點。刑法第三十七條以迄第四十條規定之。

監視者。主刑之終了後。及主刑得免除後。仍爲檢束其將來。使犯人受警察官吏之監督。其効力從刑法附則之所定。

該當於左之場合。用別宣告。加以監視。

- (一)死刑及無期徒刑之受期滿免除者。

(二)處有期徒刑懲役禁獄者。

其期間於(一)之場合爲五年。於(二)之場合爲本刑之短期四分之一。

附加輕罪刑之監視。當宣告之。其期間並場合。於各本條定之。

監視之期間。自主刑終了時起算。但主刑得期滿免除時。自其就捕之日起算。

第四節 財產刑

財產刑者。罰金科料沒收是也。罰金科料沒收之執行。以檢事之指揮定之。(刑事訴訟法第三百二十三條)但徵收金錢。或物品之任務。則在執達吏。

執達吏規則第三條。執達吏於法律規則所定職務外。依裁判所及檢事局之命令。應其職守之事務。特有辦理之義務如左。(一)送致書件物品。(二)徵收罰金科料。過料及納取或賣却沒收物品之事。(三)執行令狀。

第一項 罰金科料

罰金者。輕罪之主刑。又附加刑也。

法律有單獨罰金之主刑。有禁錮與罰金相併之主刑。禁錮與罰金有擇其一的科。

之者。

附加刑而科罰金時。須宣告之。

科料者。違警罪之主刑也。於現行法拘留與科料。例擇一的以科之。

罰金爲二圓以上。法律上不定罰金之最多額者。可於各場合。定價額之倍數。或以對合折算之。以定其額也。

罰金僅示最低額。不及最多額者。以罰金以上。更無他罰鍰之刑。故其額雖達至若干圓。仍不出罰金刑之範圍。更無虞其變爲上級刑也。惟低額不能降至二圓以下。防其與科料混同也。以價額定額。例如收受貨幣之後。知其爲偽造改造而行使者。處其價額二倍之罰金是也。（刑法第一百九十三條參照。）

科料爲五錢以上。一圓九十五錢以下。但加重時。得至二圓四十錢。

罰金自裁判確定之日。使於一月內完納。若不完納者。一圓以一日折算之。換輕禁錮。但禁錮之期間不得過二年。科料自裁判確定之日。使於十日內完納。若期限內不完納者。照上例換拘留之罰金。與科料換禁錮與拘留者。謂之換刑處分。

換刑處分者。罰金及科料之執行方法也。非獨立之刑罰。此點不可不知。罰金科料刑罰也。非對於國庫之債務。故數人共犯。科以罰金科料時。須各自分別徵收金額。不可使分擔之。及連帶之也。又犯人未經完納而死亡者。亦不當使相續人擔負之。

第二項 沒收

收沒者。謂剝奪犯人所有權。而沒之於官。爲重罪輕罪違警罪之附加刑也。

收沒之執行。當行宣告。日本現行法規可沒收之物件如左。

- (一) 於法律所禁制之物件
- (二) 供犯罪所用之物件
- (二) 因犯罪而獲得之物件

於法律所禁制之物件。(法禁物)謂法律上禁制一般人所持之物件也。禁制物不問何人所有。皆得沒收之。沒收犯人以外者之所有物。似與刑法之性質有牴觸。然自現行法之明文而論。不可不刑以一之。

供犯罪所用之物件者。謂犯人。以故意使用之物件。使物爲完成罪素之原因也。若犯人僅有爲犯罪事實之觀念。及爲使用之觀念時。不得爲犯罪供用之物件。因犯罪而得之物件者。謂犯人。因犯罪行爲。直接領得之結果也。所謂直接領得者。除因犯罪行爲。直接所獲之物件外。販賣交換。及因其他處分間接獲得之物件。不包含在內。

供犯罪所用之物件。並因犯罪所得之物件。限於屬犯人所有。及無所有者時。沒收之。不屬何人之所有。而沒收者。與刑法之性質有牴觸。然從現行刑法之明文。不可不一律沒收之。（刑法第四十四條。法律所禁制之物件。不問爲何人所有。沒收之。供犯罪之用。及因犯罪而得之物件。除爲犯人所有。或無所有主外。不得沒收。）

法律上禁制之物。不受許可而私製造。或私有者。除沒收外。各依其本條科之。（刑法第一百七十五條。不受官命或不得官之許可。製造供用陸海軍用之銃礮彈藥。其他破裂質之物品者。處二月以上二年以下之重禁錮。附加十二圓以上二百圓以下之罰金。其輸入之者亦同。）

沒收刑罰也。彼以行政之處分。官沒之法。禁物及其他之物件。非刑罰。二者不可混同。

第五節 名譽刑（能力刑）

名譽刑者。非直接毀損犯人之名譽之刑。乃剝奪法律上各人享有之資格刑也。名譽刑者。附加刑也。主刑中無以名譽刑科之者。日本現行法定左之名譽刑。

(甲) 剝奪公權

(乙) 停止公權

剝奪公權。重罪之附加刑也。停止公權。輕罪之附加刑也。

剝奪公權者。使終身喪失左之資格。

(1) 國民之特權（即參政權）

(2) 爲官吏之權

(3) 享有勳章年俸位記貴號恩給之權

(4) 佩用外國勳章權

(5) 入兵籍權

(6) 於裁判所爲證人權（但僅爲陳述參考之事實者非此限）

(7) 爲後見人之權（但得親族之許可爲子孫謀者不在此限）

(8) 爲分財者之管理人或管理會社及共有財產之權

(9) 爲學校長教師學監之權

被處重罪之刑者。終身剝奪公權。

被處禁錮刑者。失現任之職官。刑期限內。停止公權。於輕罪之刑已加以監視者。監視之期間內。停止公權。免重輕罪之主刑加以監視者亦同。

剝重公權。並停止公權。不宣告之。

剝重公權。並停止公權。刑也。連結於罪之法律上之效果也。故不問宣告與否。可爲判決有罪之內容者也。有罪判決之效果與法令特定喪失資格。不可混同。

第三章 法定刑及刑之裁量

第一節 通則

規定犯罪及刑罰有二主義。一擅斷主義。一法定主義。擅斷主義者。謂裁判官以其職

權。任。意。決。罪。之。有。無。宣。告。適。宜。之。刑。之。制。度。法。定。主。義。者。謂。豫。以。明。文。定。致。罪。之。行。爲。及。所。應。科。之。刑。裁。判。官。之。職。權。僅。能。適。用。此。明。文。之。制。度。而。已。

無。論。何。國。當。古。時。代。不。免。有。裁。判。官。任。意。定。罪。擬。刑。之。事。即。如。日。本。上。古。時。代。固。一。擅。斷。主。義。也。及。中。世。實。行。大。寶。令。一。時。暫。爲。法。定。主。義。之。國。未。幾。將。盡。復。舊。態。戰。後。時。代。之。事。姑。不。具。論。雖。德。川。時。代。號。稱。治。世。亦。採。民。可。令。據。不。可。教。之。主。義。如。御。書。百。條。不。過。奉。行。之。內。規。其。外。裁。判。官。有。擅。斷。權。明。矣。明。治。維。新。以。後。自。新。律。綱。領。實。行。雖。以。採。用。法。定。主。義。爲。原。則。至。於。少。數。例。外。之。輕。微。事。件。據。不。應。爲。律。所。予。之。職。權。得。自。由。決。其。致。罪。與。否。及。現。行。刑。法。廢。止。此。等。舊。律。規。定。於。第。二。條。云。法。律。無。正。條。者。無。論。如。何。行。爲。不。得。罰。之。故。今。爲。純。然。法。定。主。義。之。國。不。問。如。何。輕。微。之。罪。苟。無。法。文。裁。判。官。不。得。擅。認。其。成。立。不。問。刑。罰。如。何。輕。微。裁。判。官。不。得。科。國。法。未。設。之。刑。罰。

於。現。行。之。法。制。凡。科。刑。不。放。任。裁。判。官。之。擅。斷。以。明。文。對。於。各。罪。而。指。定。其。刑。謂。之。法。定。刑。

以法指定刑。有二個之制。絕對法定制。及相對法定制是也。以當科各罪刑之種類。有一定尺度。不與裁判上選擇餘地者。謂之絕對法定制。以當科各罪之刑。限定範圍。於所限定範圍內。使爲裁判上之選擇者。謂之相對法定制。

以法律對於罪而爲抽象的指定刑。謂之法定刑。裁判上對於各罪而爲具體的指示刑。謂之宣告刑。於絕對法定制之下。法定刑與宣告刑之間。不存區別。於相對法定制之下。則法定刑不得爲宣告刑。蓋宣告刑者。爲於法定之範圍內。因選擇之結果而定也。

現今之法制。原則採用相對法定制。例外則以絕對制指定。

關於刑之宣告。有絕對制與相對制。絕對制者。裁判上刑種及尺度有一定。不許取捨伸縮。僅定裁判上刑之範圍。因後來之事實指定之。即謂之相對制。現行法關於宣告者。則全從絕對制。

定宣告刑者。謂於法定之範圍內。爲裁判上之選擇。所謂刑之裁量者是也。法定制者。關於對各罪直接指示刑名法條。並刑之加重減輕。依規定而定之。

關於刑之加重減輕之規定。有變更本來之刑名。生獨立之刑名者。有不生獨立之刑名。而擴張本來之刑罰範圍者。其區別於第三節說明之。

依法文可直接指示之刑。及因加重減輕生獨立之刑。皆基於本刑。其因加重減輕。擴張刑罰範圍者。則基於本刑之變更也。

第二節 刑之裁量

刑之裁量者。有爲基於本刑之範圍內者。有依基本刑之變更而爲之者。

於基本刑之範圍內。存刑之裁量餘地之相對法定制。其體樣最顯者如左。

甲) 於同種之刑罰。示最高度與最低度。使於其範圍內爲刑之裁量。例如有期徒刑重懲役。及二月以上四年以下之重禁錮。二圓以上五十圓以下之罰金。六月以上二年以下之監視等。各於其處罰時裁量而規定之。反此之不有範圍之規定。不得爲伸縮者。如死刑。無期徒刑。對價格以倍數及割合所定之罰金。附加重罪刑之監視。沒收。剝奪公權。停止公權等是也。

(乙) 立法者定一箇或二箇以上之刑種。使於其間爲取捨選擇。見於現行法者。有處

以輕禁錮或罰金。拘留或科料等規定之條文。其他且見有規定數個之刑種之條文。使於其中擇一的者。

(丙)有併科數個之刑種。一任裁判官之選擇。科其一箇者。此等制於日本之現行法。絕不採用。

第三節 加重減輕

刑之加重減輕。從法律之規定。

從法律之規定。當爲刑之加重減輕。有屬於裁判官之義務者。有可放任其自由選擇者。前者稱爲法律上之加重減輕。後者稱爲裁判上之加重減輕。

法律上之加重減輕。有生獨立之刑名者。有不生獨立之刑名。而爲擴張刑法之範圍者。

第一項 法律上之加重減輕

(甲)法律上之加重

法律上之加重。爲特別加重。及再犯加重。

法律上之特別加重。生獨立之刑名。再犯加重。不生獨立之刑名。而爲擴張刑罰範圍。特別加重者。對於特種之犯罪。各以本條示之。如刑法第一百六十七條。第一百七十三條。及三百二十七條之規定是也。

一百六十七條。妨害通信往來之罪。關於其事務之官吏及雇人職工自犯之之時。各照本刑加一等。一百七十三條。無故入皇宮禁苑離宮行在及皇陵內者。照前二條之例各加一等。三百二十七條。持兇器而犯脅迫之罪者。各加一等。

再犯加重。乃本於爲再犯之身分。各就其本刑爲加重也。依刑第九十一條。九十二條。九十三條。

第九十一條。先被處重罪之刑者。再犯該重罪時。照本刑加一等。九十二條。先被處輕罪之刑者。再犯該輕罪時。照本刑加一等。九十三條。先被處違警罪之刑者。再犯該違警罪時。照本刑加一等。但一年內。非再於其違警罪裁判所之管轄地方內犯時。不得以再犯論。

(乙) 法律上之減輕

法律上之減輕。爲特別減輕。從犯減輕。未遂減輕。宥恕減輕。自首減輕。其特別減輕。從犯減輕。未遂減輕者。生獨立之刑名。宥恕減輕。自首減輕。不生獨立之刑名。而爲擴張刑法範圍。

(一) 特別減輕

法律上之特別減輕者。謂因各本條之明文。對特種之犯罪。當爲法律上之減輕。但各本條所示。不包含宥恕減輕。並自首減輕。

特別減輕之例。如一百八十七條。知偽造改造貨幣之情。而受雇之職工。照前數條所記犯人應受之刑。各減一等。若爲職工之補助而供雜役者。照職工之刑減一等。或二等。又二百三十條。受人之囑託而偽造或改造度量衡者。照其囑託之犯人之刑。各減一等之類是也。

(一) 從犯減輕

從犯從總則之規定。照正犯之刑減一等。

(三) 未遂減輕

罰未遂犯之刑。從總則之規定。照既遂犯之刑減一等或二等。但各本條有特別之規定時。不在此限。

(四) 宥恕減輕

宥恕減輕。分之爲二。即基於年齡之幼弱。及特別之宥恕是也。因年齡之幼弱。宥恕減輕者。見刑法第八十條至八十三條。特別之宥恕減輕者。對於特別之犯罪。其原因及程度規定於各本條者。如現行法關於殺傷的挑發宥恕是也。見刑法第三百九條。至三百十三條。

第八十條。犯罪時滿十二歲以上。不滿十六歲者。審其所爲辨別是非與否。不辨別而犯時。不論其罪。但因其情狀不過滿二十歲時間。得以留置懲治場。若有辨別而犯時。宥恕其罪。照本刑減二等。八十一條。犯罪時滿十六歲以上。不滿二十歲者。宥恕其罪。照本刑減一等。八十二條。瘖啞者犯罪時。不論其罪。但因其情狀。不過五年時間。得以留置懲治場。八十三條。違警罪滿十六歲以上。不滿二十歲者。其罪不得宥恕。滿十二歲以上。不滿十六歲者。宥恕其罪。照本刑減一等。不滿

十二歲者及瘖啞者。不論其罪。

第三百九條。因自己之身體受暴行。遂發怒殺傷施暴行之人者。宥恕其罪。但因有不正之行爲自招暴行者。不在此限。三百十條。互相毆打創傷。不能確知其先後下手者。各得宥恕其罪。三百十一條。本夫覺其妻之通姦。因於姦所殺傷姦夫及姦婦者。宥恕其罪。但本夫先縱容其姦通者。不在此限。三百十二條。無故晝間入人之住宅。若踰越損壞其門戶墻垣。爲防止之殺傷者。宥恕其罪。三百十三條。前數條記載可宥恕之罪。各照本刑減二等或三等。

(五) 自首減輕

自首云者。謂於犯罪未發覺前。自進於該當官吏而申告其罪狀。該當官吏者。指檢事局。警視廳。警察署。司法警察等官。有搜查犯罪之職權之官署官吏也。

未發覺之犯罪云者。謂有搜查權之官署或官吏。未知犯罪之事實。及犯人爲誰之時也。故有被害事實之呈詞。而犯人未及知者。或僅非被害者無搜查權者。知犯人爲誰。均可謂爲未發覺也。

一般之自首。於本刑減一等。但謀故殺不在減等之限。（刑法第八十五條。犯罪當事未發覺以前。自首於官者。照本刑減一等。但係謀殺故殺者。不在自首減輕之限。）對於財產之犯罪自首。而為還給贓物賠償損害時。於自首減刑之外。仍於本刑減二等。不還償全部。還償半數以上者。減一等。（刑法第八十六條。犯關於財產之罪而自首者。已還給贓物賠償損害。則自首減等外。更減二等。雖不全部償還。至半數以上。亦減一等。）

對於財產之犯罪。而為首服於被害者。與自首視為同一。

於各本條定特別自首之效力時。從各本條之所定。

對犯罪之自首。當注意於左之數點。

- (一)受嫌疑因被相當官吏推問始告以已罪者非自首乃自白耳
- (二)告知他人之刑罪者係告訴或告發非自首之謂
- (三)但以口頭或以書面本身自告或使他人代告均屬自首不立區別

第二項 裁判上之加重減輕

裁判官不得爲一等或一等以上之加重。以無有認如是等職權之法文故也。故有最高度之刑者不可超過最高度各本條無有最高度（重刑之主刑）者不可移於其上級之刑。

例如刑法第三百條第二項。毆打創傷人。盲一目聾一耳折一肢。及虧殘身體。以致廢疾者。處二年以上五年以下重禁錮。所謂五年以下者。即最高度之刑也。裁判官只能於二年以上五年以下之範圍內。爲加重減輕之職權。不能處以最高度以上之刑。加重至一等或一等以上也。

於現行法。許裁判上之減輕者。爲酌量減輕。及裁判上之特別減輕是也。

(甲) 酌量減輕

裁判官認有可原諒情狀者。不分重罪輕罪違警罪。得意任與一等或二等之減輕。刑法第九十八條。不分重罪輕罪違警罪。所犯情狀有可原諒者。得酌量減輕本刑。又第九十條。可酌量減輕者。減本刑一等或二等。雖有法律上之加重或減輕之時。仍可予以酌量減輕。

不以法律上之加重。裁判上即不能酌量減輕。不以法律上已減輕。裁判上可勿爲之再酌減。原情科罰。是在裁判上之注意。

刑法第八十九條。於法律當加重或減輕本刑者。有可酌量之時。仍得減輕之。

(乙) 裁判上之特別減輕

對於特種之犯罪。限定特種之事情。委裁判官以任意之減輕。謂之裁判上特別減輕。從現行法之規定。裁判上之特別減輕。入於特別宥恕減輕中。

第四節 加減例及加減順序

第一項 加減例

法律上及裁判上可加減刑時者。加減主刑。及附加刑之罰金而已。附加刑除罰金以外。別無可加減者。

加減例。依重罪之刑與輕罪違警罪之刑有區別。

重罪之主刑。照左之等級加減。

(一) 非國事犯

死刑

無期徒刑

有期徒刑

重懲役

輕懲役

(二) 國事犯

死刑

無期徒刑

有期徒刑

重禁獄

輕禁獄

即以死刑減無期徒刑。以無期徒刑減有期徒刑。以有期徒刑減重懲役。以重懲役減重禁獄。以重禁獄減輕懲役。以輕懲役減輕禁獄。依其等級而爲一等之減輕。其加重者

亦爲一等之變更。如輕懲役輕禁獄。加爲重懲役重禁獄。重懲役重禁獄。加爲有期徒刑。有期徒刑。加爲無期徒刑是也。無期徒刑之加重不得入於死刑。自重罪最下級之刑。輕懲役減一等時。處以二年以上五年以下之重禁錮。自輕禁獄減一等時。處以二年以上五年以下之輕禁錮。

刑法第六十九條。當輕懲役而可以減輕者。以處二年以上五年以下之重禁錮爲一等。當輕禁獄而可以減輕者。以處二年以上五年以下之輕禁錮爲一等。

輕罪之主刑從左之例加減。

禁錮以刑期四分之一加減之爲一等。
罰金以金額四分之一加減之爲一等。

因加減而生不滿一日之端數時。則除棄之。

不得加輕罪之刑。入於重罪。但禁錮得加至七年。減盡禁錮罰金時。得處以拘留料。因減禁錮罰金。其期短至十日以下。其數少至一圓九十五錢時。得處以拘留料。

違警罪之主刑從左之例加減。

拘留科料以刑期金額四分之一加減之爲一等。因加減生不滿一日之端數時。則除棄之。

加違警罪之刑。不得入於輕罪。但拘留得加至十二日。科料得加至二圓四十錢。減拘留科料。不得降至一日以下。五錢以下。

附加刑之罰金從左之例加減。

附加罰金從主刑四分之一加減之爲一等。若有減盡之時者。止科主刑。

第二項 加減順序

可爲加重減輕之基本刑爲本刑。本刑者所記載各本條之刑。並因而生特別加重減輕。從犯減輕未遂減輕之刑也。

當爲同時加重減輕二等以上之場合。從左之例。

由同種之原因。須加重或減輕二等以上者。通加之。通減之。其由別種原因爲加減時者。有左之區別。

即特別加重減輕。從犯減輕。未遂減輕通算之。加重原因併發時。則通加。減輕原因併發時。則通減。若減輕原因與加重原因併發時。則可以一等之加重與一等之減輕相殺。

右之外。由別種之原因爲加減本刑時。則遞加之。遞減之。因別種之原因併發。爲遞加遞減時。生定其先後之必要。此定別種之加重減輕之先後。謂之規定加減順序。日本之現行法。定加減順序如左。

- (一) 再犯加重
 - (二) 宥恕減輕
 - (三) 自首減輕
 - (四) 酌量減輕
- 遞加遞減。必踐右之順序。既有順序。不得以一等之再犯加重與一等之宥恕及其他之減輕相殺明矣。

第四章 刑之消滅

第一節 總則

刑之消滅原因。刑罰權之實體消滅也。刑罰權之實體消滅。其原因生於犯罪既成立之後。故不可混爲妨止刑罰權之發生原因。

又刑之消滅原因。爲刑罰權之實體消滅。與訴訟權障害之原因。不可混。

大凡犯罪之成立。生求刑權。對於犯罪確定判決。生執行權。刑之消滅原因。對於判決確定前之罪。阻却求刑權。對於經確定判決之罪。阻却執行權。

依右之解說。刑之消滅之原因。大別之有三。

- (一) 犯人之死亡。
- (二) 恩典。
- (三) 時效。

三者之外。更有因餘罪之刑確定。非常上訴之成立而消滅者。其刑之消滅則同。其消滅之原因之性質則少異。其他如刑之執行畢。謂之刑之消滅者。又一說也。

第二節 犯人之死亡

犯人死亡於確定判決前者。消滅求刑權。死亡於確定判決後者。消滅執行權。犯人者。適用刑罰權之物體也。故犯人之死亡。刑權權失適用之効力。

前編述犯罪之主體惟人。故人既死亡。犯罪之主體已消滅。而刑之執行權。自無從而適用矣。若古時罰及遺骸之刑。非現今文明法律所可採用也。

財產刑於犯人死亡後。對其相續人執行者。乃牴觸刑法之性質。

刑法附則第二十條。受罰金科料之宣告。於未完納之前。犯人身死時。不徵收之。附加之罰金亦同。

按現行法之草案。定罰金科料二刑經判決確定後者。仍須徵收。如尋常債權之許承繼者索取遺產同。然判決未確定前。則無執行力。既確定則謂變爲債權。其結果與無財產刑等。故現行刑法中。仍言明雖罰金科料。亦因犯人之死亡而消滅也。

第三節 恩典

第一項 大赦

大赦者。謂以大權命令。對犯罪全滅法律上之効力也。故大赦對確定判決前之犯罪。

廢滅其求刑權。對經確定判決之犯罪。全滅其判決之効力。因涵浴大赦之恩典者。被免除刑之執行外。更生他之効力。

(一) 復權

刑法第六十四條。因大赦而得免其罪者。即可復權。因特赦而免其罪者。非赦狀中載明。不得復權。

(二) 監視

因赦而得復權者。自免其監視。

(三) 不得爲再犯之事由

刑法第九十七條。因大赦而得免其罪者。雖再犯不得以再犯論。

第二項 特赦

特赦者。謂以大權命令。對經確定判決之罪。免除其刑罰之全部。然以免刑爲止。非全滅判決之効力也。

謂以裁判確定後。刑之消滅前爲限。僅廢却將來刑之全部。非竟廢滅裁判也。

受特赦者。非有記載於特赦狀中者。不得復權。又其罪得爲再犯之事由。即將來再犯者。不妨以再犯論也。

特赦與大赦比較。其經過之手續。有不同處。刑事訴訟法第三百三十一條。特赦於刑之宣告確定後。不拘何時。由宣告其刑之裁判所檢察。或監獄署長。具犯人之情狀。得申叙司法大臣。又由監獄署長申叙時。赦時應知會檢察。但檢察可附意見書。又有特赦之申叙時。司法大臣應附意見書於其書類上奏。由是觀之。非經如許之辦法。則特赦之効力不生。若大赦則無如此之複雜手續也。

第三項 減刑

減刑者。謂以大權命令免己確定刑之一部。即變更刑之種類。或減其同種之刑之尺度也。

日本憲法十六條。所謂減刑者。意謂因恩典免除判決所確定之刑之一部也。但刑法之條文。特定特赦之語中。亦含有憲法所謂減刑之意。憲法第十六條之減刑。不可與刑法之減輕相混。一則謂刑之判決確定後。因大赦免除其一部。一則謂刑之

宣告時。裁判官適用其刑之際。減其一等以上之意也。

第四項 復權

復權者。謂以大權命令回復。因確定判決之効力所喪失之資格。即給還被剝奪之公權是也。

復權者。使將來得享有公權之資格。非遯及因資格喪失所生之効果而廢滅者。

復權効力之發生。在恩典大命被下時。故復權指命下以後而言。非回復以前之資格。例如經裁判確定宣告後。所剝奪享有之權。(如例年金權等)經過一年。始被恩命者。則此一年內。已喪失之權。不能追復也。

第四節 時效(期滿免除)

時效者。謂因時之經過。使刑之消滅。所謂時者。法律上所列舉之一定期間也。

時效者。消滅刑罰權之實體。故屬於刑事事實體法之領域。不屬於刑事訴訟法之領域。時效分之爲公訴之時效。及刑之期滿免除。前者於確定判決之前。阻却求刑權。後者於確定判決後。阻却執行權。公訴之時効。單消滅刑之請求權。非阻却訴訟者。故於實

體法之領域。可稱為求刑時效。

時效以滅刑為止。不滅罪以故。臨時時效之行為。使成爲慣行犯之事由。又可指爲再犯之事由。

第一項 公訴之時效

公訴權（求刑權）因經過左之期間而臨時時效。

違警罪……………六月

輕罪……………三年

重罪……………十年

公訴之時效。自組成罪的行動之終時起算。非自生結果時起算者。

刑事訴訟法第十條。公訴私訴之時效。自犯罪之日始起算其期間。但繼續犯自最後之日起算。

第二項 刑之期滿免除

因判決所確定刑之執行。從左之規定。臨時時效。

(甲) 主刑

死刑……………三十年

無期徒刑……………二十五年

有期徒刑……………二十年

重懲役重禁獄……………十五年

輕懲役輕禁獄……………十年

禁錮罰金……………七年

拘留科料……………一年

刑法第五十八條。逃免刑之執行者。因經過法律所定之期限。而得期滿免除。

(乙) 附加刑

附加刑之罰金。得共主刑而期滿免除。

沒收經五年得期滿免除。但禁制物不在期滿免除之限。

剝奪公權停止公權監視不得期滿免除。

期滿免除。自遁刑之執行之日起算。若係關席判決時。自其宣告之時起算。遁刑之執行者。一旦就捕再遁時。自其逃走之日起。更新其期間。對遁刑之執行者。命逮捕時。自發最終之令狀日起。更新其期間。

刑法第六十一條。期滿免除。自逃免刑之執行之日起算。若就捕再逃時。自其逃走之日起算。係關席裁判時。自其宣告之日起算。又六十二條。對於逃免刑之執行者。命逮捕之時。其期間免除。自出最後之令狀日起算。

第五節 餘罪之刑確定

一人犯二罪以上者。其中之一罪之刑。經宣告確定後。餘罪後發。其輕者與相等者。不論其重者。宣告確定時。前罪之刑。即消滅。蓋以前發之刑。歸併後發之刑。一律執行。故也。

刑法第一百二條。一罪先發。已經判決。而餘罪後發。其較前輕者。或相等者。不再論。其重者。則論之。以前發之刑。通算於後發之刑。但前發之刑。係罰金科料。已完納者。照第二十七條之例。通算於後發之刑。若判決前發之罪時。未發之罪。與再犯之

罪俱發者。則與其再犯之罪比較。從一重者處分。不通算於前發之刑。

例如犯持兇器竊盜。適用第三百七十條。處以輕懲役六年者。其後更發覺應據第二百九十四條。處以故殺罪之事實時。則不可不適用第一百二條。更以無期徒刑宣告。宣告無期徒刑時。其刑即爲故殺罪與持兇器竊盜罪之刑。當此之際。前之六年輕懲役遂消滅矣。此法理雖後刑較前刑輕或相等時。均無以異。（刑法第三百七十條携帶兇器入人之住居邸宅犯竊盜者。處輕懲役。第二百九十四條故意殺人者。爲故殺罪。處以無期徒刑。

第六節 非常上訴之成立

上訴分通常非常二種。通常上訴者。謂不服其判決之罪。而再訴於上級裁判所。其訴法有三。即（一）控訴（二）上告（三）抗告是也。此均在判決未宣告確定以前爲之。非常上訴者。乃判決已宣告確定之後。與通常上訴不同。其訴法則又分爲二。

（甲）非常上告

（乙）再審

非常上告者。以法律點爲理由。可適用法律有錯誤之處也。例如未成年者禁喫烟。法律上究未定刑。而裁判官遽施以刑。又如賊盜罪。法律上祇定二月以上四年以下之重禁錮。而裁官加重之是也。遇此場合。得據刑事訴訟法第二百九十二條。而爲非常上告。

刑事訴訟法第二百九十二條。不問第一審與第二審。裁判所對於法律所不罰之行為。而宣告處刑。或宣告與相當之刑較重時。期間內無上訴者。而其判決確定時。於此事件。有受上告之權之裁判所。檢察。因司法大臣之命令。或以職權。無論何時。得爲非常上告於其裁判所。有非常上告之理由時。可破壞原判。直就其事件判決。

再審可據事實之理由。例如已判決爲殺人罪。而適有被殺者犯罪後尙生存。或犯罪前已死去之證據是也。其他可爲再審之訴者。見刑事訴訟法第三百一條。三百二條之明文。

刑事訴訟法第三百一條。再審之訴。如左之情形。對於重罪輕罪刑之判決。得爲

被告人之利益爲之。但非判決確定之後。不得遽行。

(一)殺人罪已宣告處刑而認爲被害者有犯罪後尙生存或犯罪前既死去之確證時。

(二)同一事件非共犯而別有受刑之宣告者之時。

(三)以犯罪以前所作之公正證書證明當時不在其地之時。

(四)陷害被告之罪既有受刑之宣告者之時。

(五)以公正證書證明訴訟記錄有偽造或錯誤之時。

(六)爲判決憑據之民事上之判決以他確定之判決廢棄或破壞之時。

第三百二條可以爲再審之訴者如左。

(一)爲刑之宣告之裁判所檢察事

(二)管轄宣告刑之裁判所之控訴裁判所檢察事

(三)管轄宣告刑之裁判所之上告裁判所檢察事但應據司法大臣之命令或以其

職權起訴

(四)受刑之宣告者

(五)受刑之宣告者死去時則其親屬

依右之手續。必生破壞原判決之効力。故非常上告及再審成立之時。可使前刑消滅也。

刑法汎論終

光緒三十二年三月二十五日印刷

光緒三十二年三月二十八日發行



編輯者

浙江會稽王家襄

印刷者

日本東京淺草黑船町廿八番地
榎本邦信

印刷所

日本東京淺草黑船町廿八番地
東並木活版所

發行所

講義編輯會
特電話(下谷百〇五番)

代售處

法政雜誌社
內地各大書坊

全部十四冊定價日金四圓八十錢

合大洋五元

5.3