

加フルニ刑ヲ以テシタルモノ、如キハ實ニ僅々タル所爲ニ止マリタルヲ知ルヲ得ベシ若シ夫レシオドーシヤス及
ビジヤスチニヤン法典ノ第九編ヲ一見セバ其刑事上ニ關スル法律ノ不整頓ニシテ殆ンド見ルニ忍ビザルモノアリ
テ刑法ノ進歩シタルハ實ニ近代ニ在リトコトヲ想像スルニ足ルベキナリ

刑法ニ屬スベキ法律ハ之レヲ分テ二部トス一ハ刑法ノ主體ニハ刑法ノ助體ナリ其助體ハ通常之レヲ治罪法ト稱シ
單ニ刑法ト稱スルモノハ即チ其主體ヲ云フナリ而シテ又其所謂刑法中ニ規定スベキモノトヲ分類セバ之レヲ分テ
通則及ビ各則トナスコトヲ得ベシ其通則ニ於テハ犯罪トナルベキ所爲ノ性質造意若クハ懈怠ノ區別ニ基キタル爲
害者ノ責任、未丁年ナルコト強迫ニ屬シタルコト白痴瘋癲ナルコト若クハ醉亂者タルコト等ノ如キ責任ヲ消滅セ
シムベキ事實被害者ノ承諾アリタルコト正當防禦ニ依リタルコト法律ノ公認ニ依リタルコト又ハ公安維持ノ爲メ
ナルコト等ノ爲メニ通常犯罪トナルベキ所爲ヲバ法律上正當ノ所爲ト看做スノ事實死刑、徒刑、流刑、禁錮、公權
剝奪、監視、罰金、鞭笞等刑ノ種類、公訴ノ期滿免除、犯罪ノ助援、犯罪ノ企圖、刑ノ加重等ニ關スル事項ヲ規
定スルモノトス又刑罰各種ノ程度及ビ刑事ニ附帶セル民事ノ減刑ニ關スルコトノ如キモ通則中ニ規定スルヲ通常
トナス英國刑法ニハ重罪輕罪ノ區別アレドモ今日ニ於テ兩者ノ間其區別殆ンド曖昧ニ屬スルモノ、如ク然リ佛國
刑法ハ科スル所ノ刑ノ種類ヲ異ニスルニ從テ罰スベキ罰科ヲ分テ三種トナス獨逸及ビ本邦ノ刑法亦然リ且ツ刑事
ニ附帶セル民事裁判ハ其刑事ノ裁判ヲ終ヘタル後ニアラザレバ之レヲ爲サマルヲ以テ各國ノ法規概ネ相同ジトス
其各則ニ於テハ犯罪トナルベキ所爲ヲ網羅シ且ツ其所爲ニ對スル刑罰ヲ規定スルモノトス而シテ其犯罪トナルベ

キ所爲ヲ大別セバ直接ニ國家ニ對スルモノト直接ニ一個人ニ對スルモノトニ區別スルコトヲ得ベシ

第一 左ノ所爲ハ直接ニ國家ニ對スル犯罪トス

- 一 外國トノ和親ヲ破ルノ所爲例ヘバ外國國王ヲ誹謗シ又ハ其死去ヲ圖ルガ如キ是レナリ
- 二 政府ノ維持ヲ破ルノ所爲例ヘバ皇族ヲ暗殺シ叛亂ヲ企圖シ又ハ其他謀叛ニ關スル所爲ノ如キ是レナリ
- 三 國民一般ノ自由ヲ妨害スルノ所爲
- 四 公安ヲ害シ靜謐ヲ破ルノ所爲
- 五 官威ノ紊用ニ關スル所爲
- 六 官ニ抵抗シ又ハ其命令ニ從ハザルノ所爲
- 七 犯罪人ヲ藏匿シ又ハ之レヲ遁逃セシムル等ノ所爲
- 八 出產死亡其他此種ニ屬スベキ事項ヲ報告セズ又ハ報告スルモ詐欺ヲ以テスルノ所爲
- 九 貨幣、度量衡ニ關スルノ所爲
- 十 動物ヲ虐使スルノ所爲
- 十一 公衆ノ道德ヲ紊亂スルノ所爲
- 十二 公衆ノ衛生ヲ害スルノ所爲等

第二 左ノ所爲ハ直接ニ一個人ニ對スル犯罪トス故ニ此場合ニ於テハ私法ニ據テ民事上ノ救済ヲ受クルコトヲ得

ペシト雖モ國家ニ對スル害惡ナルヲ以テ刑法ニ於テモ之レニ刑罰ヲ加フ

- 一 身體ニ對スル暴行
- 二 不實ノ事柄ヲ構造シテ他人ヲ誹謗スルノ所爲
- 三 宗教上ノ信仰ヲ妨害スルノ所爲
- 四 眷族權ヲ犯スノ所爲
- 五 財產權ヲ犯スノ所爲
- 六 民事上ノ救済ハ無効ナルガ如キ破約ノ所爲
- 七 詐欺欺罔ノ所爲等

第四 治罪法 治罪法ハ即チ刑法ニ對スル助法ニシテ犯罪人ヲ處罰スル爲メ裁判所ヲシテ活動セシムルノ方法手續ヲ規定スル所ノ規則ナリ其手續ニ二様アリ一ハ簡易ノ手續一ハ鄭重ノ手續是レナリ輕キ犯罪ハ專ラ簡易ノ手續ニ依リ稍々重キ犯罪ハ專ラ鄭重ノ手續ニ依テ以テ審理處分スルモノトス尤モ輕キ犯罪ニ於ケル場合ト雖モ被告人ノ志願ニ依テハ稍々鄭重ノ手續ニ依テ審理處分ヲ受クルコトヲ得ベシ現ニ本邦ニ於テモ違警罪ハ正式ノ手續ニ依ラズ即決ノ方法ニ依テ之レヲ裁判スルコト、ナリタレドモ其即決ノ言渡ニ對シテハ被告人ハ正式ノ手續ニ依テ裁判ヲ受ケンコトヲ求ムルヲ得ルナリ其簡易手續及ビ鄭重ノ手續共ニ私法ニ於ケル手續ノ順序ト大同小異ナリ而シテ今其鄭重ノ手續ニ於ケル順序ノ大要ヲ示セバ概ネ左ノ如シ

- 一 適當ノ管轄ヲ選定スルコト
- 二 適當ノ裁判所ヲ選定スルコト
- 三 適當ニ治罪ノ手續ト稱スベキモノ

甲 召喚狀又ハ逮捕狀ヲ發スルコト

召喚狀ハ被告人ヲ出廷セシムル爲メニ之レヲ發シ逮捕狀モ亦同一ノ目的ヲ以テ之レヲ發スルモノナリト雖モ多クハ被告人召喚ニ應ゼザルトキニ當リテ之レヲ發シ之レニ依テ被告人ノ身體ヲ捕縛シ強テ出廷セシムルモノトス

乙 豫審

豫審ニ於テハ被告人ハ無罪放免ニナスベキモノナルヤ又公判ニ附スベキモノナルヤヲ審理決定スルモノトス

丙 公判ニ附セラル、マデノ手續

被告人ヲシテ公判ニ附セシムルニハ其間或ハ監獄ニ繋ギ置クコトアリ或ハ保釋ヲ許スコトアリ

丁 公判

公判ニ於テハ先ヅ公訴狀ニ依テ被告人犯罪ノ性質ヲ裁判及ビ被告ニ告知シ被告ハ又之レニ對シテ辯護ヲナスモノトス

戊 審問

審問ハ別ニ定マル所ノ方法及ビ證據法ノ規則ニ從テ之レヲ爲サマルベカラズ而シテ其規則ハ民事ノ場合ト大ニ異ナル所アリ

己 罪按及ビ判決

庚 控訴手續

四 執行

第五 一ノ法人トシテ考察シタル國家ノ法律 抑モ國家ハ秩序保安ノ保護者トシテ權利義務ヲ有スル場合ニ於テハ私法中論ズル所ノ通常ノ人トハ大ニ異ナル所アリト雖モ國家ヲ以テ一ノ法人トシテ考察スルトキハ恰モ私法中私人ト私人トノ間ニ成立スル所ノ權利義務ニ相似テ國家ハ其外國人タルト内國人タルトヲ問ハズ一私人ニ對シテ數多ノ準權利ヲ有シ又數多ノ準義務ヲ負フコトアリ一、國家ハ通常一ノ大ナル土地ノ所有主ニシテ其土地ニ付テハ私法ノ場合ニ於ケルト同ジク一個人所有ノ土地ヲ超エテ地役權ヲ有スルコトアリ又一個人ニ對シテハ供役ノ義務ヲ負フコトアルナリ二、大ハ宮殿ヨリ小ハ巡查ノ派出所ニ至ルマデ數多ノ家屋ヲ所有ス三、器具器械ノ國家ノ所有ニ屬スルモノ其數甚ダ多シ四、國家ハ製造場ヲ設立シテ自ラ製造ノコトニ從事スルコトアリ五、國家ハ金錢ヲ貸借シ手形ヲ發行シ其他何等ノ種類タルヲ問ハズ通常ノ契約ハ之レヲ締結スルコトヲ得六、然レドモ國家ハ固無形人ナルヲ以テ自ラ働作スルコト能ハザレバ是等ノ所爲皆以テ代理人ノ手ニ依ラザルベカラズ故ニ其代理人ハ

通常一個人ノ代理人ノ場合ニ於ケルガ如ク或ハ越權ノコトヲナスアリ或ハ詐欺ヲ行フコトナシトセザルナリ又其傭人ニシテ故意若クハ過失ニ依リ一個人ニ損害ヲ加フルコトアリ七、國家ハ質入主若クハ質置主トナルコトアリ相續人ナクシテ死去シタル者ノ財産ハ國家之レヲ相續スルノ資格ヲ有スル等皆以テ國家ヲ一ノ法人トシテ考察シタル時ニ於ケル法律ノ規定ニ屬セザルハナシ然レドモ是等國家ノ權利義務ハ一個人若クハ通常擬爲人ノ權利義務ト大ニ異ナル所アリ就中其傭人ノナシタル損害ニ對スル責任及ビ時効ニ依テ其權利ノ妨害ヲ受クルコト等ニ付テハ最モ然リトス但シ近世ニ及ンデ漸次兩者ノ懸隔ヲ消滅セシムルノ傾アリ

第六 一ノ法人トシテ考察シタル國家ノ法律ニ於ケル訴訟ノ手續 一ノ法人トシテ考察シタル國家ノ法律ハ自ラ又國家ガ一ノ法人トシテ起訴シ又ハ起訴セラル、ノ方法ヲ規定スル所ノ訴訟法ニ依テ其用ヲ充分ナラシムルモノトス然レドモ此ノ場合ニ於ケル訴訟法ハ私法中ノ訴訟法ニ於ケルガ如ク對手雙方其方法ヲ一ニセズシテ對手ニ依テ異ナルモノトス換言セバ此場合ニ於ケル訴訟法ハ常ニ變格ニ屬スルナリ而シテ其變格トハ即チ君主ガ從民ニ對シ起訴スル時ト臣民ガ君主ニ對シテ起訴スル時トニ因テ異ナルヲ云フナリ此種ニ屬スベキ訴訟法ハ各國皆其規ヲ異ニス

法理學講義 畢

對獨
照佛

英國行政裁判法

例言

一 此書ハ嘗テ帝國大學同窓ノ學士學生ノ會合ニ於テ演說シタルモノニシテ當時素ヨリ之ヲ世ニ公ニスルノ意ナカリシ然ルニ英國行政裁判ノ事タル英學者中未嘗テ茲ニ論及セル者ナキヲ以テ爾來友人ノ之ヲ匡底ニ埋没スベキニアラザルヲ說ク者少カラズ遂ニ公務ノ餘暇舊稿ヲ校正補充シテ之ヲ印刷ニ付シ以テ同好ノ士ニ頒ツ

一 行政ノ學科ハ實ニ近世ノ進歩ニ出ヅルガ中ニモ行政裁判ノ法理ニ至テハ尙更ニ輓近ノ發達ニ係レリ是ヲ以テ歐洲諸邦ニ於テモ其著書甚ダ多カラズト雖モ予ハ獨逸人サルヴェイ氏所著行政裁判法グナイスト氏所著英國行政法佛人ゼリニ一氏所著行政訴訟法ブラデエー、フオデレー氏所著行政法英人タツピング氏所著高等嚴令法インペイ氏所著高等嚴令狀論等ノ數書ヲ以テ專ラ參考ノ用ニ供シタリ此微々タル一小冊子敢テ此等大家ノ著述ニ比スベキニアラズト雖モ或ハ讀者ヲシテ容易ニ行政裁判ノ大綱要目ニ通曉セシムルニ庶幾ラム

明治二十五年五月

著 者 識

獨佛對照 英國行政裁判法

第一章 總論

行政裁判
ノ意義

行政裁判トイフ言葉ハ二様ノ意義ニ通用シテ一ハ行政上ノ事項即チ行政ノ法律規則ニ關スル裁判ノ意義ニシテ其裁判ヲ爲スベキ機關ノ何物タルヲ問ハズ行政官ナリ通常裁判所ナリ凡ソ行政ニ關スル事項ノ判定ヲ總稱ス一ハ行政裁判所即チ行政官及通常裁判所ノ外別ニ定メタル官衙ニ於テ判決スル裁判ノ意義ニシテ其事項ノ行政ニ屬スルト否トヲ以テ之ヲ區別スルヨリ寧ロ此一種ノ行政裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ノ裁判ヲ云フモノナリ然レドモ今理論上行政裁判ノ何物タルヲ説クニ當リテハ行政裁判ヲ爲スベキ機關ノ異同ヲ問ハズ行政裁判ノ性質上行政ニ屬スル事項ヲ裁判スルモノトスルヲ以テ適當トセザルベカラズ之ニ反シテ行政裁判トハ行政裁判所ノ下スベキ裁判ト云フトキハ簡ハ則チ簡ナレドモ尙ホ如何ナル事件ガ行政裁判所ノ管轄ニ屬スベキモノタルヤ否ノ疑問ヲ起サマルヲ得ザレバ未ダ論局ニ至リタルモノト云フベカラザルナリ

行政裁判トハ斯ク行政ニ屬スル事項ノ裁判即チ行政範圍内ノ裁判ナレドモ之ヲ一種ノ行政裁判官ニ委託スルト通常裁判官ニ委託スルト又全ク行政官衙ニ委託スルトハ唯機關ノ差異ナレドモ其利害ノ及ブ所頗ル大ニシテ之ガ是非ノ論議モ亦數多ナルベキモ予ハ唯各國ノ憲法慣習等ニ從ヒ最モ行政裁判ノ目的ヲ達スルニ便宜ナル機關ニ之ヲ

委スルニ若カズト思考スルナリ然ラバ則此機關ノ如何ヲ沙汰スル前ニ行政裁判ノ目的ヲ一言セザルベカラズ獨逸ノ博士サルヴェイ氏ノ近頃(千八百八十年)公ニシタル行政裁判論ト云ヘル一大著書ハ歐洲諸邦諸學者ノ通論ヲ知ルニ足ルベキ良書ナルガ氏ハ其書中ニ行政裁判ノ目的ヲ論ジテ曰ク凡ソ裁判ノ目的ハ至ク各人各個ノ利害ニ就キ一定ノ事實ニ基キタル法理ノ判定ニ外ナラズシテ行政上ノ爭訟モ亦此目的ヲ有スル場合ハ即チ行政裁判ナリト故ニ行政裁判ハ行政處分ニ依リ權利ヲ害セラレタル人民ヲ保護スルニ在ル事疑ナシ故ニ行政裁判權ヲ以テ其處分ヲ爲シタル行政官署若クハ其上等官署ニ委スルトキハ原告ヲシテ自ラ裁判ヲ爲サシムルモノニシテ其公平ヲ得ルコト能ハザルヲ以テ行政裁判ノ目的又決シテ貫徹スルヲ得ザルナリ若シ又此權ヲ以テ通常裁判官ニ委託センカ其公平無私ナル素ヨリ論ヲ待タズ行政裁判ノ目的タル充分ニ之ヲ貫クコトヲ得ベキモ此等ノ法官ハ専ラ人民ノ私權利ヲ重ズルモノナレバ或ハ行政事務ニ熟セス往々行政官署ガ處分上ノ不便ヲ來ス事アルベキノミナラズ行政權ハ遂ニ司法權ノ犯ス所トナリ行政活動ノ自由ヲ得ザルニ至ルベシ行政官ノ眼ヨリ之ヲ見レバ法官ハ常ニ人民保護ニ熱心ナルモノニシテ恰モ被告自ラ爭議ヲ判決スルノ疑ナキヲ得ズ故ニ歐洲大陸ニ於テハ行政官ト司法官トヲ以テ組織セル折衷官衙即チ行政裁判所ナルモノヲ設ケテ之ニ行政裁判ノ權ヲ委託シ學者ノ之ヲ尊崇シテ其利益ヲ喋々セシモノ少カラズト雖モ予ハ今之ヲ理論上ニ徵スルモ亦實際上ニ察スルモ決シテ其當ヲ得タルモノト斷言スルヲ得ズ如何トナレバ行政裁判ノ目的ハ即チ一ナリニナシ其裁判ハ行政裁判ノ目的ヲ達スルカ達セザルカ二者其一ニ居ラザルヲ得ズ而シテ其訴訟事件ノ如キハ原告若クハ被告ノ勝訴又ハ敗訴ナルカ二者又必ズ其一ニ居ラザルヲ得ズ

目的

法官ト行政官トヲ以テ組織セル行政裁判所ハ二者併セテ之ヲ採ルカ原被兩ナガラ勝敗ナキモノトスルカ予ハ其答案ニ困ラザルヲ得ズ故ニ此折衷裁判所ノ制度ニ依ルモノ一事件一判決ハ決シテ之ヲ分割スルヲ得ザルモノナレバ諸種ノ事件ニ付キ此事件ハ行政ノ便宜ヲ主トシ彼ノ事件ハ被害者タル人民ノ權利ヲ保護スルノ有様トナラザルベカラザレドモ此折衷裁判官ハ國情ト時勢トニ從ヒ或ハ全ク行政權ニ左右セラレテ獨立行政裁判所トハ唯其名目ニ止マリ到底行政裁判ノ目的ヲ達スル事能ハズンバ之ヲ斯ク公平ノ名義ノミヲ裝ヒタル機關ニ委ネテ判官ノ名義ヲ以テ辯護人タル偏執ノ實ヲ行ハシメンヨリ寧ロ純然タル行政官署ニ一任シ公然原告ノ裁判ヲ決タルヲ示シ其官署ノ德義良心ト公議ノ制裁トヲ以テ此目的ヲ達スルノ勝レルニ若カザルナリ是レ予ガ單一ノ理論ヲ以テ獨立行政裁判官ヲ設クル利害ヲ論ズルヨリハ却テ國情ト時勢トヲ考ヘ之ヲ適當ノ機關ニ委任スルハ即チ行政裁判ノ目的ヲ貫通スルニ足ルベキ方法ナリト思惟スル所以ナリ蓋シ行政裁判ニ依リ人民ノ權利ヲ保護スル所以ノ理タル人民ヲシテ其自由ノ安全ナルヲ感ゼシメ以テ其有爲進取ノ氣力ヲ暢達セシムルニ外ナラズ而シテ英國諸制度ハ古來ヨリ激變ヲ行ハズ時勢ノ必要ニ從ヒ發生シタル健全ノ一體ニシテ其老練經歷ノ効ヲ積ミタルモノナレバ今日予輩ノ最モ研究スベキモノニシテ其利害甚大ナルモノナリ抑々英國ハ歐洲大陸中古ヨリ判官ノ獨立ヲ以テ著ハレ判官ハ決シテ行政權ノ爲ニ左右セラル、モノニアラザルハ歐洲大陸諸邦ノ及ブ所ニアラザル也然ルニ尙ホ其行政裁判ハ主トシテ判官ニ此權ヲ委ネテ其目的ハ充分シ而カモ行政權力ハ依然トシテ其威嚴ヲ損ズルコトナシ宜哉英國人民ガ其自由ニ安ジ企業ノ精神ニ富ミ能ク文明ノ上流ヲ占ムルヤ千百年來英國ノ實驗經歷考察セズンバアルベカラザルナリ

第二章 行政裁判所

佛國

佛國ニ於テハ行政裁判權ヲ通常參事院各省大臣各縣評議局知事郡長及邑長ニ委任シ尙ホ特別ノ場合ニ於テハ視學委員、衛生會員、會計検査員等ニ委任ス○參事院ノ行政裁判ハ參事院司法部長（即チ裁判長ニテ通常司法大臣）及各部ノ議官數名並ニ豫備ヲ爲ス處ノ議官補數名ヨリ成リ行政裁判所ノ權限ノ爭官更ノ恩給ニ關スル爭恩給願ヲ却下シタル行政處分ニ對スル訴大統領ノ下付シタル免許狀ノ解釋ニ關スル等ヲ受理審判シ大臣各縣評議局及其他ノ控訴ヲ受理シテ終局ノ裁判ヲ爲ス○各大臣ハ特ニ法律ヲ以テ他ノ行政裁判所ニ委託シタルモノ、外一般ニ普通行政事務ニ付始審裁判ヲ爲ス○各縣評議局ハ知事（即チ裁判長）評議官數名ヨリ成リ直稅又ハ邑ノ財產ニ關スル紛議公業請負ニ關スル爭議及採鑛、漁獵、疏水、道路、交通、鐵道、電線等ノ警察取締規則ニ關スル紛議等ヲ裁判ス○知事郡長邑長モ亦各法律ニ依リ諸種ノ行政事件ニ就キ裁判ヲナスト雖モ今之ヲ論述セザルベシ然レドモ之ヲ要スルニ佛國ニ於テハ中央行政裁判權ヲ行政權ナル參事院ニ委任シ次ハ各大臣ニ之ヲ委任シ其他特別ノ事件ハ之ヲ各種ノ官署ニ分掌セシムルノ制度ナリ

普國

普國ニ於テハ全ク行政官衙ヨリ獨立セル行政裁判所ヲ設ク即チ中央行政裁判所、縣行政裁判所、郡行政裁判所是ナリ○中央行政裁判所ハ之ヲ數局ニ分チ裁判長一名各局長一名及行政裁判官數名ヨリ成リ行政官ト法官トヲ以テ之ニ充ツ而シテ該行政裁判所ハ縣行政裁判所ノ判決ニ對シ控訴並ニ上告ヲ受理審判ス○縣行政裁判所ハ公撰又ハ

官撰ノ官吏若干名ニシテ行政官、法官混合ノ組織ヲ爲シ郡行政裁判所ノ判決ニ對スル控訴ヲ受理審判ス○郡行政裁判所ハ即チ郡長ニシテ行政訴訟ノ初審裁判ヲ爲スモノナリ

右ノ普佛行政裁判ノ制度ハ相互ニ異ナル所アルモ行政裁判權ヲ以テ司法權ニ委ネザルハ即チ一ニシテ全ク獨立ノ行政裁判所ヲ設クル普國ニ於テモ亦學者大ニ其利害ヲ論ジ甚シキハ之ガ爲メニ行政活動ノ便宜ヲ缺クモノナレバ尙ホ純然タル行政官署へ委任セントスルノ論者ナキニアラズ佛國ニ於テハ又之ニ反シテ此裁判權ヲ以テ行政部ニ委任スルノ弊ヲ論ズルモノ甚ダ多ク千八百七十一年普佛ノ戰爭ニ大敗シ帝位ヲ廢シ共和政府ヲ建テ百事改良セルニ際シテ議院中議論沸クガ如クニシテ遂ニ參事院設立ノ可否ヲ論ズルニ至リテヨリ參事院ヲ以テ王政ノ殘物帝政ノ器具トナシ參事院ニ附スルニ裁判權ヲ以テスルガ如キハ行政權ニシテ司法權ヲ犯サシムル者ナレバ通常民事裁判所ヲシテ行政裁判ヲ爲サシムベキモノトセルモノ少カラザリシガ今日ニ至ルモ學者中ノ議論未ダ確然之ヲ一定スルモノアルヲ見ザルナリ然ルニ英國ノ制度ニ於テハ古來斷然通常裁判所ヲシテ行政裁判ヲ爲サシメ遂ニ今日ニ至ルモ幾百年代ノ實驗經歷ハ未ダ以テ行政ノ活動ヲ遲滯セシムルノ弊アルコトヲ認メズ即チ英國ニ於テハ行政裁判ヲナスベキ中央權ハ「クイーンズ、ベンチ」（慣習法高等裁判所）裁判所ニシテ初審ヲ治安判事廳ニ控訴ヲ治安判事ノ四期總會ニ委任セリ

「クイーンズ、ベンチ」法院ハ判事長及四名ノ豫審判事ヨリ成リ君主ノ直轄ニ屬スル法院タリシガ近世司法組織ノ改革ニヨリテ高等法院ノ一部トナレリ

第三章 行政裁判所事件

行政裁判ノ性質ヲ有スル事件如何

行政裁判ヲ爲スベキ裁判所ハ即チ行政裁判所ニシテ其行政官署タルト通常裁判所タルト又ハ獨立シタル一種ノ行政裁判所タルトヲ問ハザレドモ如何ナル事件ガ行政裁判所事件ニシテ行政裁判ノ管轄ニ屬スベキモノナルヤ否ヤヲ論定スルハ極メテ必要ナリ

行政裁判ト民事裁判トノ區別

行政裁判事件ハ之ヲ純然タル行政事件即チ裁判ノ性質ヲ有セザルモノ及通常ノ民事裁判事件ノ二者ヨリ區別セザルベカラズ普國ノ法律ニ於テハ別ニ明文ヲ以テ之ヲ一定スルモノアルヲ見ズト雖モ佛國法律ニ於テハ法律ニ反シタル行政事件ノ紛議ト云ヒ其事件ハ果シテ人民ノ權利ヲ損害シタルモノニシテ裁判ノ性質ヲ帶ブルヤ否ヤヲ明カニセズ又其紛議ハ苟モ行政上ノ事件タル以上ハ人民ト官署トノ關係ニ止マラズ人民相互ノ間ニ於ケルモノモ亦行政裁判事件タルヤ否ヤヲ一定スルニ足ラズ之ニ反シテ佛國法律(千八百七十五年佛國行政裁判所構成法)ガ人民ガ行政官署ノ不法ノ處分判決ニヨリ其權利ヲ損害セラレタリト推定スベキ事件ヲ以テ行政裁判事件トスト云ヘルガ如キハ稍佛國法律ニ一步ヲ進メタルニ似タリト雖モ是レ佛國各其原理ヲ異ニシタル者アルニ出ヅルノ結果ナリ佛國ノ法律ハ未ダ必ズシモ佛國法律ヲ批難スルノ標準タルコトヲ得ズ蓋シ佛國法律ガ行政事件ト云ヒ行政官署ノ不法ノ處分ト云ハザルモノハ行政官署ト人民トノ間ニ於ケル建築請負其他ノ契約等凡テ民法上ノ事件ハ行政事件ニアラズ從テ之ヲ

佛國法ノ不備

獨佛ノ成規

佛國法ノ不備

行政裁判ノ管轄トスルコトナキコトヲ示スノ意ニ出ヅルモ佛國法律ノ明文ニ據ルトキハ理論上佛國ニ於テハ之ヲ行政裁判ノ管轄トセルザラ得ザルベシ佛國法ノ規定ハ以テ一定不易ノ原則トスルニ足ラザルヲ見ルベシ佛國法律ガ人民ト官署トノ關係事件ヲ以テ行政裁判ニ附スベキ事件トスル以上ハ行政官署ト人民ト取結ビタル契約ノ如キ純然タル民事ト雖モ尙ホ之ヲ以テ行政事件トセザルヲ得ズ然ルニ實際佛國ニ於テハ之ヲ以テ民事裁判所ノ管轄トスルハ何ゾヤ論者或ハ説ヲ爲シテ曰ク此場合ニ於テハ官署ハ一人タル資格ヲ以テ事ヲ行フモノニシテ官署タルノ資格ヲ以テスルモノニアラザルニ由ルト其説一理アルニ似タリト雖モ又大ニ然ラザルモノアリ官署ハ設ヒ民事ニ關スル事件ヲ行フト雖モ官署ハ官署ナリ苟モ官署タル以上ハ飽迄官署タル資格ヲ以テスルモノニシテ嘗テ一人タル資格ヲ有シ得ベキモノニアラザルナリ蓋シ此ノ如キ事件ヲ以テ通常民事裁判ノ管轄ナリトスル所ニ於テ其事件ノ性質ハ民事ニシテ當ニ民法ノ原則ヲ以テ處斷セザルベカラザルニ在リ佛獨佛三國ノ現行法律ニ於テ認ムル所ノ原理モ亦之ニ外ナラズ但民事上ノ請求ニシテ豫メ先ヅ行政ノ裁判ヲ經ザルベカラザルガ如キ二者混同ノ事件ナキニアラズ今左ニ二三ノ場合ヲ示スベシ

官吏ニ對スル損害賠償ノ訴

行政官署ガ越權ノ處分ヲ爲シ又ハ法律上ニ定メタル規則ヲ怠リ以テ一人ノ損害ヲ來シタル場合ニハ原告ハ行政官署ヲ被告トシテ民法ニ從ヒ民事裁判所ニ其損害賠償ヲ請求スルコトヲ得レドモ該官署ノ爲シタル行政處分ノ當否曲直ハ行政裁判ニ屬セザルヲ得ズ又公用土地買上規程ニ從ヒ行政官署ニ於テ或土地ヲ買上タリトセンニ此土地ハ果シテ適當ニ公用ニ供スベキモノナルヤ否ノ疑問ハ行政裁判ニ屬シ土地代價ノ請求ニ關スル紛議ハ民事裁判ニ

歸スベキモノトス官吏ニ對スル損害賠償ノ訴モ亦之ト同一理ニシテ官吏ノ職務上ニ屬スル事柄ト雖モ過失若クハ怠慢等ニ依リ人民ニ損害ヲ與ヘタルトキハ人民ハ之ニ對シテ損害賠償ノ訴ヲ民事裁判ニ爲スコトヲ得レドモ其過失怠慢ノ有無ハ行政裁判ニ屬スベシ譬ヘバ茲ニ甲ナル一人ノ牧畜者アリ其養フ所ノ牛馬ハ官沒ニ屬スベキモノトナシ官署ヨリ之ヲ差押ヘテ之ヲ乙ナル他ノ牧畜者ニ委託シ置キ數日ヲ經テ裁判確定ノ後此官沒シタル牛馬ヲ公賣シタルニ其飼養料ノ費額ハ牛馬ノ價格ニ數倍セリトセヨ此巨額ノ飼養料ハ果シテ何人ノ負擔タルベキ乎乙ナル牧畜者ハ之ヲ委託ヲ受ケタル官署ニ請求シテ其代償シタル金額ヲ受クルコトヲ得ベキモ官署ハ更ニ其辨償ヲ甲ナル牧畜者ニ請求スルコトナラン甲ノ迷惑甚シト雖モ甲恐ラクハ之ヲ拒ムニ道ナカルベシ然ラバ則チ甲ハ更ニ何人ニ對シテ其損害ヲ求ムベキヤ余ハ官吏ノ一身ニ對シ其怠慢ヲ理由トシテ損害賠償ノ訴ヲ起スコトヲ得ベキモノト思惟スルナリ蓋シ官吏ハ官沒スベキ牛馬ヲ差押フルノ權アルベク其思料ニ從ヒ之ヲ處分スルノ權アルベキモ其思料ヲ用フルニハ適當ニシテ通常人ノ爲スベキ注意ヲ缺クコトアルベカラズ僅々數日ノ飼養料ニシテ牛馬ノ價格ニ數倍スルガ如キ牛馬ハ直ニ之ヲ販賣シ直チニ之ヲ金額ニ代フベキハ通常人ノ思料ナラム甲ナル牧畜者モ官署ノ差押ヲ受クルコトナカリセバ必ズ直ニ之ヲ他人ニ賣却シ又ハ自ら屠殺シタルコトナラム官吏ガ之ヲ他ノ牧畜者ニ托シテ其飼養ヲ爲サシメタルハ之ヲ其怠慢ニアラズト云フヲ得ンヤ損害賠償ノ責任逃ルベキモノニアラザルナリ然レドモ其果シテ怠慢タリシヤ否ハ全ク行政事務上ノ都合ト相關スルヲ以テ之ヲ行政事件トシテ裁判シ損害賠償ニ就テハ之ヲ民事トシテ裁判セザルヲ得ズ

上來論述シタル所ハ專ラ理論ニヨリテ行政裁判事件ノ何物タルヲ略述シタルモノニシテ佛獨ノ諸邦ニ於テハ特別法律ヲ以テ其他例外ノ場合ヲ規定シ或ハ行政裁判所及民事裁判所ノ管轄權限ヲ區別スレドモ事冗長ニ涉ルヲ以テ今茲ニ之ヲ略シ更ニ英國法ニ於ケル行政裁判事件ノ何物タルヲ述ベントス

英國法

英國ノ行政裁判ハ「クイーンズ、ベンチ」法院ヨリ發スル所ノ令狀ヲ以テ訴訟ノ本源トスルガ故ニ此令狀ヲ發スルニ足ルベキ事件ハ即チ行政裁判事件ナリトス而シテ右ノ令狀ニ四種アリ之ヲ君主特權ノ高等令狀（ハイ、プリロゲーチーフ、リット、オフ、クラウン）ト總稱シ第一嚴令狀、第二推問狀、第三人身保護狀、第四移件狀トス

嚴令狀

（第一）嚴令狀 ハ諸令狀中最モ廣大ナル救済ヲ與フル所ノモノニシテ君主ノ名ヲ以テ市邑、官署、會社、及下等裁判所ニ對シ其職務ニ屬スル事件ノ履行ヲ命ズル令狀ナリ而シテ此令狀ヲ發スルコトヲ得ベキ事件ハ右等ノ官署會社等ニシテ公ノ權利ヲ破リ又ハ公ノ義務ヲ怠リタルヨリ損害ヲ與フルモ通常裁判ノ手續ニ依リテハ充分ナル救済ヲ得ルコト能ハザルモノニ限レリ歐洲大陸ノ法理ニ於テハ行政裁判ハ或ハ法律ニ反シタル行政事件ノ裁判ト云ヒ或ハ人民ガ行政官衙ノ不法ノ處分判決ニ因リ其權利ヲ損害セラレタル事件ノ裁判トスレドモ英國ノ法理ニ於テハ更ニ一步ヲ進メ設ヒ權利ヲ損害セラレ、トモ通常ノ裁判ヲ以テ満足ノ救済ヲ得ベカラザル場合ニ限リタルヲ見ルベシ譬ヘバ今茲ニ不法ノ處分ヲ以テ本職ヲ免ゼラレタル市邑官吏アリト假定センニ該官吏ハ此不當ノ處分ヲ爲シタル市邑、官署ニ對シテ通常裁判所ニ起訴スルモ其損害ノ救済トシテ得ル所ハ唯若干ノ賠償金額ニ止マリ再ビ前官職ニ復スルコトヲ得ズ故ニ「クイーンズ、ベンチ」法院ハ其救済ヲ充分ナラズト爲シ此嚴令狀ヲ發シ市邑ニ命

推問狀

シテ該官吏ノ前職ヲ復サシムルコトヲ得セシムベシ又英國法ニ於テハ行政官署ガ其有スル所ノ公權利ヲ紊リ又ハ其負フ所ノ公義務ヲ怠リタル場合ニ於テ此令狀ヲ發スベキモノトナシ官署ノ不法ニ處分セシ事件ハ必ズ公ニシテ私ナラザルモノニ限ルヲ以テ私權利私義務ニ至リテハ更ニ此令狀ノ問フ所ニアラズ故ニ英國法ニ於テハ行政裁判ハ行政事件ノミニ關シテ私法ノ民事ニ關セザルヤ自ラ明了タリ語ヲ換テ之ヲ言ハマ行政官署ニシテ單ニ人民ノ私權利ヲ破ルモ其公義務ヲ怠ルコトナクンバ其紛議ハ通常ノ民事ニシテ行政裁判事件ノ性質ヲ帶ブルモノニアラズトス(第二)推問狀 ハ官職市邑ノ自由特權ヲ冒認シ若クハ之ヲ濫用シ又ハ一タビ此等ノ官職、自由等ヲ有スルモ其權利ヲ使用セズシテ期滿沒收ニ歸シタル者ヲ濫用シタルモノアル時ハ君主ノ附與セル行政權ヲ濫用シタルモノトナシ如何ナル理由ニ依リテ右等ノ官職、自由等ヲ有スルヤ否ヲ推問スルノ令狀ナリ故ニ此令狀ハ單ニ行政權ノ濫用ヲ禁令スルニ止マルガ如シト雖モ亦爲メニ損害ヲ受ケタル者ニ對スル行政上救済ノ一法トス然ルニ此令狀ノ式ヲ用ヒテ此等ノ事件ヲ審理スルトキハ往々緩漫遲滯ノ弊ヲ來シタルヲ以テ斷然令狀ノ式ヲ廢シ之ヲ犯罪トシテ檢事ニ公訴ヲ提起スルノ權ヲ與ヘ犯者ニ罰金ヲ科シ尙ホ其官職自由ヲ使用ヲ禁止スベキモノト定メタレドモ其目的タル本來行政上ノ救済ニ在ルヲ以テ罰金ノ刑ノ如キハ實際名義上ノミニ止マリ其實行政權濫用ノ爲メニ其權利ヲ害セラレタル人民ヲ保護スルニ在リ故ニ此種ノ訴訟ハ獨リ檢察官ノミナラズ一般人民ト雖モ尙其訴ヲ起スヲ得ベキモノトセリ然レドモ一タビ令狀ノ式ヲ廢シ犯罪トシテ檢事ニ其公訴ヲ提起スルコトヲ許シタリシヨリ人民ヲ保護スルノ具却テ君主ヲシテ猥リニ之ヲ利用スルノ機械タラシメタルコトナキニアラズチャールス二世ハ市邑

人身保護狀

ノ獨立自治ノ權ヲ奪ウテ之ヲ中央政府ニ統合セント欲シ一方ニ於テハ市邑ニ勸告シテ已ニ從來許容シタル獨立自治ノ特權ヲ返上セシメ一方ニ於テハ推問狀ノ式ニ於ケル公訴ヲ提起シ市邑ガ自治特權ヲ許容セラレタル確證ナキモノハ行政權ヲ濫用シタルモノトシテ其自由特權ヲ剝奪シ遂ニ地方權力ヲ君主ノ一身ニ集縛シテ中央集權ノ大弊ヲ釀成シタリシガ當時英國ノ大革命ニ際シテ漸ク君主ノ專斷權ヲ制御スルコトヲ得タリ(第三)人身保護狀 ハ司法行政權ノ濫用ヲ救済スル有名ノ令狀ニシテ今之ヲ説明セズト雖モ何人モ已ニ熟知スル所ナリ即チ此令狀ハ法衙及警察署等ニ於テ不當ニ人身ノ自由ヲ奪ヒ其拘留監禁ノ處分ヲ受ケタル者アルトキハ之ヲ高等法院ニ移シテ本人ノ自由ヲ奪フニ足ルベキ充分ノ理由アルヤ否ヲ審理セシムルコトヲ命令ス但此令狀ハ獨リ司法官署ガ自ラ不當ノ拘留監禁ヲナシタル場合ノミニ限ラズ或ハ癲狂等ヲ名トシテ父母後見人等ガ私家ニ子孫被後見者等ヲ監禁シタルモノアルトキニ際シ充分ノ理由ナク不當ニ之ヲ許可シタル行政官署ニ對シテ發スルコトヲ得

移件狀

(第四)移件狀 モ亦司法行政上ノ救済ヲ目的トスル者ニシテ民刑ノ事件ヲ問ハズ又裁判ノ前後ヲ論ゼス通常ノ裁判所ヲシテ之ヲ判決セシムルトキハ不公平若クハ不完全ナル判決タルヲ免レズ裁判ノ迅速安全ヲ得ルコト能ハザル場合等ニ於テ其之ヲ受理シタル裁判所ヲシテ之ヲ適當ナル裁判所ニ移サシムルコトヲ命令ズルノ令狀ナリトス上來論述シタル四種ノ高等令狀ヲ發スベキ場合ヲ以テ英國行政裁判事件ト爲スト雖モ就中嚴令狀ニ至リテハ令狀中最モ重要ニシテ且專ラ行政上ニ關スル者タルヲ以テ予ハ後章ニ於テ嚴令狀ニ關スル法規ヲ詳論シ讀者ヲシテ其

他ヲ推知セシメントス而シテ又右等ノ令狀ハ英國ニ於テハ日ヲ追ウテ増加シ益其必要ヲ感ズルニ至レリ今左ニ千八百七十八年ヨリ同八十年ニ至ル二年間ニ於テ此等ノ令狀ヲ請求シタル事件ノ總計ヲ掲グ

高等嚴令狀 九十三件

推問狀 ○ 八十七件

人身保護狀 七十三件

移件狀 七十三件

第四章 行政裁判事件ノ審理及執行

行政裁判ト訴訟手續ハ特ニ設ケタル行政裁判所タルト否トヲ問ハズ通常民事ノ手續ト自ラ異ナル所アリト雖モ其詳細ヲ記スルモ殊ニ讀者ノ利スルニ足ラザルガ故ニ今茲ニ通常民事手續ト異ナル一二ノ要點ヲ示スベシ

起訴

凡ソ行政裁判事件タル以上ハ皆起訴ノ權アリト雖モ此訴訟ヲ起スノ前ニ於テ一タビ不當ノ處分ヲ爲シタル行政官署ニ對シテ其處分ノ取消若クハ更正ヲ請願シタル後ニアラザレバ起訴ヲ許サマルヲ以テ各國ノ通規トス故ニ行政訴訟ハ一タビ行政官署ノ判定ヲ得テ之ニ對スル不服ノ訴ヲラザルベカラズ但我國ニ於テハ別ニ請願手續ナル者アレドモ請願ノ手續ニ依ルモ直ニ行政裁判事件トシテ之ヲ通常裁判所ニ起訴スルモノニ原告ノ撰ブ所タルニ似タリ行政訴訟ノ起訴ハ原告ノ不當ト認ムル所ノ行政官署ノ判定處分ノ執行ヲ中止スルノ効力ナシ是レ行政裁判ノ處分

行政處分執行中止

ハ公益ヲ主トスルモノナルヲ以テ自ラ民事裁判ト其原理ニ於テ大差アル所以ナリトス譬ヘバ茲ニ某縣知事アリ鐵道布設ノ爲メ某甲ナル者ノ地所家屋ヲ以テ鐵道線路ニ該當スルモノトナシ公用土地買上規則ニ依リ其買上ヲ命ジタルニ某甲ハ其土地家屋ハ鐵道線路ニ該當スルモノニアラズト主張シ知事ノ處分ヲ不當トシテ之ヲ裁判所ニ起訴シタリトセヨ知事ハ此起訴ノ爲メニ其買上處分ヲ中止シテ鐵道事業ヲ猶豫スルコトアルベカラズ論者或ハ曰ク原告ノ請求不當ニシテ知事ノ處分却テ正當ナル場合ニ於テハ知事ハ更ニ原告ニ對シテ其損害賠償ヲ反求スレバ即足レリ買上處分ヲ中止スルノ理由ナシト然レドモ是レ論者ノ近眼未ダ公益ノ何物タルヲ見ルコト能ハズ鐵道事業中止ノ爲メニ生ズル巨大ノ損害ハ一私人ノ常ニ能ク之ヲ辨償スルノ資アルモノト速斷セルニ依レリ但英國法律ニ於テハ原告ハ其中止ヲ行政官署ニ請願スルコトヲ得ベク行政官署ハ之ヲ實行シテ却テ公安ヲ害シ又ハ被告ヲシテ決シテ回復スルコト能ハザル損害ニ陷ラシムルトキニ於テハ之ヲ許容スベキモノト定メタリ又博士サルヴェイ氏ノ如キハ起訴ハ行政處分ヲ中止スルノ効力ヲ有スベキコトヲ以テ本則ト爲シ唯其實行ヲ中止スルニ於テハ危害ノ生ズベキ場合ノミヲ以テ例外ノ規程トセリ

斯ク行政訴訟ノ起訴ハ行政處分ノ實行ヲ中止スルノ効力無キヲ以テ行政裁判ニ於テハ原告ノ勝利トナルモ尙ホ其毀損セラレタル權利ヲ回復スルコト能ハザル場合アリ譬ヘバ行政官署ガ危險ノ家屋ナリト誤認シテ已ニ家屋ヲ毀壞シ了リタルトキ又ハ正當ノ選舉權ナキモノト誤認シテ選舉ヲ行フコトヲ禁止シ而シテ其選舉ハ既ニ完結シテ又動カスコト能ハザルモノトナリタルトキノ如キハ原告ハ勝利ヲ裁判ニ得ルモ亦如何トモスベカラズ唯行政官署ガ

却下

怠慢若クハ惡意ヲ以テ不當ノ處分ヲ實行シタルトキニ限り官吏ノ一身ニ對シテ損害賠償ノ訴ヲ起スノ權利アル而
已故ニ官署ニ對スル訴權ト官吏一身ニ對スル訴權トヲ混同スルコトアルベカラズ
法律規則ニ反スル訴訟ハ直ニ之ヲ却下スルヲ通則トスレドモ英國ニ於テハ尙一步ヲ進メ原告ハ充分ノ訴權ヲ有シ
適當ノ訴狀ヲ呈出スルモ裁判ノ結果ニシテ到底原告ノ毀損セラレタル權利ヲ回復スルニ足ラザル訴訟ハ無益ノ訴
訟トシテ直ニ之ヲ却下シテ本案ノ審理ニ着手スルコトナシ能ク實際ニ適シタルノ制度ト謂ツ可シ

審理

訴訟事件ノ審理ハ書面又ハ口頭ヲ以テスルモノニシテ通常之ヲ豫審本審ノ二部ニ分チ豫審ハ密行シ本審ハ公行ス
ルヲ以テ各國ノ通規トスレドモ英國ニ於テハ專ラ口頭審理ヲ爲シ且之ヲ公行スルヲ以テ原則トセリ

裁判言渡

裁判言渡ハ歐洲大陸ノ行政裁判所ニ於テハ通常裁判ノ言渡ト等シク原告被告雙方ノ權利ノ有無ヲ明言スルニ止マレ
ドモ英國ニ於テハ令狀ノ式ヲ用フルガ故ニ此令狀ヲ發スベキヤ否ヲ審理シ原告ノ勝訴タルトキニ於テハ直チニ此
令狀ヲ行政官署ニ送達シテ令狀ノ命ズル所ヲ行ハシム

裁判執行

裁判ノ執行ハ行政裁判所ニ於テ自ラ之ヲ爲スト又ハ單ニ破毀ノ裁判ヲ與ヘテ自ラ其執行ヲ爲スコトナキ場合トハ
各國其成規ヲ一ニセズ

裁判費用

裁判費用ハ敗訴者ノ負擔トスルヲ以テ民事ノ原則トスレドモ行政裁判ニ於テハ或ハ常ニ原告ヲシテ之ヲ負擔セシ
ムルコトヲ得ベク殊ニ英國ニ於テハ專ラ之ヲ裁判所ノ思料ニ一任セリ
上來論述シタル所ハ理論上行政訴訟ノ通則ニ過ギザレバ今左ニ特ニ英國ニ於ケル行政裁判手續ニ關スルモノヲ略

述セム

嚴令狀ヲ發スベキ行政裁判ニ就テハ原告ハ先ヅ理由ヲ具シテクイーンズ、ベンチ法院ニ被告ナル行政官署ニ對シ
テ此令狀ノ發送アランコトヲ請求ス而シテ法院ニ於テ此請求ノ理由アルモノト認ムルトキハ更ニ被告ニ令シテ此
令狀ヲ發スベキモノニアラズトスルノ反對答辯ヲナサシメ其理由ニシテ充分ナラザルトキハ直チニ令狀ヲ發シ被
告ヲシテ令狀中ニ指示スル事件ヲ履行スルカ否ラザレバ之ヲ履行スルコト能ハザルノ理由ヲ提出スルコトヲ命ジ
一定ノ時日内ニ其決答ヲ爲サシムルモノトス若シ被告ニシテ此令狀ノ送達ヲ受ケ尙ホ其決答ヲ爲サマルトキハ法
庭侮辱ノ罪トシテ之ヲ罰シ若シ又此決答ヲ爲スモ法律上充分ノ理由ナク又ハ答辯ノ事實ニ錯誤アリト認ムルトキ
ハ更ニ終結ノ令狀ヲ發シ被告ヲシテ嚴ニ其命ズル所ヲ行ハシム

推問狀ハ前已ニ論述シタルガ如ク形式上ニ於テハ公訴ノ性質ヲ帶ブルト雖モ實際ニ於テハ全ク民事ノ訴訟ニシテ
一般ノ人民ト雖モ起訴シ得ベキモノタルヲ以テ其訴訟手續ニ於テハ嚴令狀ノ手續ト異ナル所ナシ

移件狀ニ關スル手續モ亦特ニ茲ニ記載スルニ足ルベキモノナク又人身保護狀ニ至リテハ已ニ人ノ熟知スル所ナレ
バ今茲ニ之ヲ略シ下章ニ於テ唯嚴令狀ニ關スル一般ノ成規ヲ詳述シ讀者ヲシテ英國行政裁判ノ何物タルヲ知ラシ
メム

第五章 高等嚴令狀

第一節 概則

高等嚴令狀

起源

高等嚴令狀ハ遠ク古代ノ制度ニ起因シ公ノ權利義務ノ履行ヲ命令シ久シク人民ノ權利ヲ保護スルノ具タリシト雖モ今日ニ至リテハ大ニ變遷進化シテ殆ンド古態ヲ脱却シ去リタレバ果シテ何ノ時代ニ創リシカ其精確ノ年月ヲ知ルニ由ナシ學者ハ多ク之ヲジョン王ノ大典ニ基因スルモノトセリ然レドモ當時ノ所謂嚴令狀ナル者ハ單ニ或行爲ヲ命令スル君主ノ勅書ニシテ之ニ反對スル抗辯ヲ爲スコトヲ許サズ漸ク第十五世紀ノ終年ニ及ビテ人民ノ請願ニ由リ國會ノ決議ヲ經テ發スベキ令狀トナリタレドモ其之ヲ發スルコトヲ得ベキ事件尙狹少タルヲ免レザリシガ近年ニ至リテ遂ニ法律上充分ノ救済ヲ得ルコト能ハザル場合ニ於テハ最モ廣大ニシテ且充分ナル救済ヲ與フベキ令狀トナリ「クイーンズ、ベンチ」法院ニ於テ之ヲ發スベキモノトナレリ故ニ今日ニ於テハ此令狀ノ性質任用ノ方法等ハ立法上極メテ重要ニシテ又最モ世人ノ注意ヲ喚起スルノ一事タルニ至レリ

定義

高等嚴令狀ハ權利ヲ破毀セラレタル者ニ對シ君主ノ高等特權ヲ以テ最モ該博ニシテ且最モ充分ナル救済ヲ與フベキ令狀ニシテ原告ハ其理由ヲ「クイーンズ、ベンチ」法院ニ開陳シテ此令狀ノ發送ヲ請求スルコトヲ得ベキモノタリ

高等嚴令狀ハ或權利若クハ義務ヲ破リタル者アルニ際シ法律上充分ナル救済ノ道ナキ凡テノ場合ニ於テハ之ヲ發

法式

スルモノナレドモ單ニ私權利ノ毀損ニ關スル損害賠償ニ對シテ發スベキモノニアラズ高等嚴令狀ハ其法式ニ於テハ「クイーンズ、ベンチ」法院ヨリ君主ノ名義ヲ以テ官吏通常人若クハ會社ニ對シテ特定ノ事件ヲ履行スルコトヲ強フル所ノ命令ナリ

高等嚴令狀ハ通常狀師ヨリ「クイーンズ、ベンチ」法院ニ請求シテ其發送ヲ求ムルコトヲ得即チ宣誓ノ上請願ノ理由及被告ニ於テ原告ノ請求ヲ拒絕シタル理由ヲ開陳ス然ルトキハ法院ハ（或場合ヲ除クノ外）之ヲ調査シタル後理由アリト認ムルトキハ被告ヲシテ原告請求ノ理由ナキ旨ヲ答辯セシム○答辯ノ理由充分ナラザルトキハ法院ハ原告ノ請求ヲ許可シ令狀ヲ被告ニ送達シ被告ニ令狀ノ指定スル所ヲ履行シ若クハ之ヲ履行スルコト能ハザル理由ヲ開陳スベキコトヲ命令シ之ヲ二中擇一ノ嚴令狀ト云フ○此令狀ニ對シテ被告答辯ノ理由不充分ナルトキハ更ニ終局嚴令狀ヲ被告ニ送達シテ嚴ニ其令狀ノ指定スル所ヲ履行セシム

第二節 嚴令狀ヲ發スルニ必要ナル條件

「クイーンズ、ベンチ」法院ガ古來如何ナル原則ニ基キ嚴令狀ノ發達ヲ許否シタルカ嚆昔ノ事ニ至リテハ漠然トシテ據ル所ナキガ如シト雖モ今日ニ於テハ唯法律上充分ノ救済ナキ場合ニ於テハ嚴令狀ヲ發シテ法律ノ缺點ヲ補助スルノ意ニ出ヅルヤ明ナリ今英國ノ判決令ニ基キ其原則ヲ擧グレバ則チ左ノ如シ

(第一) 原告ノ救済ヲ請求スル權利ハ公權利タラザルベカラズ其私權利ニ屬スルモノニ在リテハ法院ハ更ニ毫末ノ干渉スル所ナカルベシ故ニ嚴令狀ヲ以テ執行ヲ命ズル所ノ權利ハ官吏市邑等ノ有スル凡テノ公ノ權利タルコト

嚴令狀ヲ得ルニ必要ナル條件

ヲ要ス

(第二) 嚴令狀ノ外法律上他ニ充分ナル救済ノ方法アルカ又ハ法律ヲ以テ特ニ救済ノ道ヲ與ヘタルモノナルトキハ設ヒ一時ノ事情ニ由リ此救済方法ヲ利用スルコト能ハザルトキト雖モ決シテ嚴令狀ヲ發スルコトアルベカラズ

(第三) 嚴令狀ヲ發スベキ事件ハ明白ニシテ確定シタルモノナルコトヲ要ス譬ヘバ或不法ナル市區ノ役員ヲ選定スルコトヲ命ズルガ如キハ素ヨリ確定ナラザルヲ以テ嚴令狀ヲ發シテ之ヲ強フルコト能ハズト雖モ市區ノ役員ニシテ豫メ其定員アリ且其缺員アルニ際シテハ法院ハ原告ノ請求ニ應ジ嚴令狀ヲ發シテ其缺員ヲ補充スルコトヲ命ズルコトヲ得ベシ但其撰定ノ方法時期ノ如キハ市邑憲法ノ規定ニ一任スベキモノタルヲ以テ嚴令狀ニ於テ敢テ之ヲ指定スルコトナカルベシ

(第四) 被告ノ思料ニ一任シタル事件ハ嚴令狀ヲ以テ其執行ヲ命ズルコトナキヲ以テ通則トスレドモ被告ガ此思料ヲ用ヒテ明々白々タル不正ノ事ヲ行ヒタルトキハ嚴令狀ニ於テハ其思料ヲ用フルノ方法程度ヲ指定セズト雖モ適當ニ此思料ヲ用フルコトヲ命ズルコトヲ得

(第五) 嚴令狀ハ必ズシモ行政事件ノミニ限ラズ司法事件ニ付テモ亦往々之ヲ發スルコトヲ得レドモ二者ノ間自ラ其差異ナキヲ得ズ即チ行政事件ニ就キテハ或特定ノ事件ヲ執行スルコトヲ命ズルコトヲ得ルモ司法事件ニ於テハ唯一般ニ或事ヲ爲スベキコトヲ命ズルニ過ギズ譬ヘバ法官ニ命ズルニ或事件ニ關スル裁判ノ言渡ヲ爲スベキコトヲ以テスルコトヲ得ルモ斯ク々々ナル裁判ヲ與フベキコトヲ命ズルコト能ハザルガ如シ

(第六) 原告ノ請求理由アリト雖モ到底無益徒勞ニ歸スベキ事件ニ就キテハ嚴令狀ヲ發スルコトナカルベシ右ニ掲ゲタル六條件ヲ以テ嚴令狀ヲ發スルニ必要ナルモノナリトスレドモ其他尙ホ原告ハ被告ノ所爲ニヨリ其權利ヲ害セラレタルコト等凡テ一般ノ訴權ニ必要ナル條件ヲ要スルハ素ヨリ茲ニ論ズルヲ待タザル所ナリ

第三節 嚴令狀ノ發達ヲ請願スル手續

請願手續

原告ガ法院ニ向テ被告ニ嚴令狀ノ發達ヲ請願スル手續左ノ如シ

第一 請願前ニ於ケル手續

請願前ノ手續

(甲) 請求及拒絕 法院ニ向テ嚴令狀ノ發達ヲ請願スル前ニ於テハ原告ハ先ヅ被告ニ對シテ其欲スル所ノ一定ノ明確ナル事件ヲ履行センコトヲ請求シ而シテ被告ハ又明白ニ之ヲ拒絕シタルコトヲ要ス○此請求書及拒絕書ハ嚴令狀請求書ニ添ヘテ法院ニ呈出スベキモノトス

(乙) 請求ノ時機 前項ノ場合ニ於テハ原告ノ請求ハ宜ク好時機ヲ失スルコトアルベカラズ譬ヘバ知事又ハ鐵道會社ガ法律條例ノ規定ヲ紊リ原告ノ地内ニ鐵道ヲ布設セントスルコトアラバ未ダ其事業ニ着手セザル前若クハ其事業已ニ完了シテ久シキヲ經タルノ後ニ於テスルコトアルベカラズ

(丙) 請求及拒絕ノ形式 原告ノ請求及被告ノ拒絕ハ共ニ明白ニシテ確然タルコトヲ要ス但被告ノ拒絕ハ必ズシモ拒絕ノ文字ヲ用フルコトヲ要セズ全體ノ事實ニ於テ被告ガ之ヲ拒絕シタルコト明瞭ナレバ即チ足レリトス

第二 嚴令狀ノ請願

(甲) 請願ノ時機 請願モ亦請求ト等シク適當ノ時機ニ於テセザルベカラズ其如何ナル時機ヲ以テ適當トナスヤ否ヤニ就テハ豫メ一定ノ規則ヲ設ケ難シ宜ク各事件ノ狀況ニ從ヒ之ヲ判定スベキモノトス

(乙) 願書中ノ事件 願書ハ充分ニ其願意ヲ明記シ被告ノ破リタル義務如何等ヲ詳カニセザルベカラズ願書ノ明晰ナラザルモノハ直ニ之ヲ却下セラルベシ但修正ヲ加ヘテ再ビ願書ヲ呈出スルコトヲ得

第三 請願ノ許可

請願ノ許可

(甲) 始審許可 原告ノ請求ニシテ理由アリ且法理上特ニ嚴令狀ヲ請願スルコトヲ許シタル場合ニハ直チニ始審許可ヲ與フト雖モ其許否ヲ爲スニハ既ニ第二節ニ於テ詳述シタル原則ニ從フベキモノトス

(乙) 始審確定許可 法院ハ前項ニ記載シタル初審ノ許可ヲ與ヘズ初審ニ於テ直チニ確定ノ許可ヲ與フルコトヲ得蓋シ此場合ハ貧民救助又ハ毎年選定スベキ市邑役員等ニ關スル事件等急速ニ之ヲ處分スルニアラザレバ公正ヲ保ツコト能ハザルモノニ限レリ

(丙) 許可書ノ送達 許可書ハ之ヲ被告ニ送達セザルベカラズ但送達ノ方法ヲ特ニ許可書中ニ指定スルモノハ其指定ニ從フ

(丁) 許可ニ對スル辯明 被告代理人ハ法院書記局ニ就キ豫メ許可書ノ謄本及原告ノ願書等ヲ請ヒ受ケ期日ニ至リテ原告ノ請求ニ對シ嚴令狀發送ノ許可ヲ與フベキモノニアラザル理由ヲ辯明スベシ法院ハ此辯明ニヨリ許可ノ當否ヲ判決ス

確定ノ許可

第四 確定ノ許可

初審ノ許可ニ對スル辯明ノ理由ナク又ハ其理由ニシテ不十分ナルトキハ法院ハ更ニ確定ノ許可ヲ與ヘ原告ノ請願ニ應ジ被告ニ對シテ嚴令狀ヲ發スベキモノタルコトヲ確認ス但此確定ノ許可ハ未ダ原告ガ嚴令狀ニ依リ被告ニ請求スル事件ノ當否ヲ判定スルモノニアラズ其當否如何ハ嚴令狀ニ對スル被告ノ答辯ヲ待チテ始メテ判定スベキモノナリトス故ニ法院ハ初審ノ許可ニ對スル被告ノ辯明不十分ニシテ其當否判然セザルトキト雖モ尙ホ確定ノ許可ヲ與フルコトヲ得○被告ノ辯明理由充分ナルトキハ法院ハ直チニ原告ノ願書ヲ却下シ仍ホ原告ヲシテ其費用ヲ負擔セシム但此場合ヲ推シテ凡テ裁判費用ハ必ず敗訴者ノ負擔タルベキモノト速斷スルコトアルベカラズ

第四節 嚴令狀ノ法式

法式

嚴令狀ハ其法式ニ於テハ市邑會社等其指定スル所ノ人ニ對シテ強テ其義務ノ執行ヲ強要スル君主ノ命令ニシテ其書式等ハ殆ント通常民事ノ訴訟規則ト相類シ法院ノ管轄、原告ノ權利、被告ノ義務、嚴令狀請願前ニ原告ヨリ被告ニ對シテ一定ノ請求ヲ爲シ被告ニ於テ之ヲ拒絕シタル事實、原告ノ請求ハ法律上充分ナル救済ノ方法ナキ事、及送達後被告答辯ノ期限等ヲ記載スベキモノナレドモ其書式記載ノ方法等ニ至リテハ各事件ニ於テ必ず同一ノ標準ニ依ルヲ得ザレバ今茲ニ之ヲ詳述セズ

第五節 嚴令狀ニ對スル答辯

答辯

答辯ハ嚴令狀ノ命令スル所ニ對スル被告ノ答辯ニシテ被告ハ既ニ令狀ノ命ズル所ヲ執行シ了リタルカ又ハ被告ノ

答辯ノ種類

之ヲ執行セザルハ法律上充分ノ理由アルカ若クハ原告ハ嚴令狀ノ許可ヲ得ベキ權利ナキ旨ヲ開陳スルニ在リ故ニ被告ノ答辯ニ三種アリ即チ左ノ如シ

(第一)事實ノ答辯 ニ於テハ嚴令狀ニ記載スル事實ハ真正ナラザル旨ヲ開陳スルヲ云フ故ニ被告ニ於テ此答辯ヲ爲サマルトキハ其事實ハ被告ニ於テ許容シタルモノト認定セラルベシ

(第二)説明ノ答辯 ニ於テハ被告ハ嚴令狀ノ事實ヲ認可スルモ尙他ニ嚴令狀ニ記載セザル事實アリ嚴令狀ノ命令スル所ニ從フコト能ハザルコトヲ開陳ス

(第三)法律上ノ答辯 ニ於テハ被告ハ嚴令狀ノ事實ヲ確認スルモ此事實ハ未ダ以テ被告ヲシテ法律上ノ義務ヲ負ハシムルニ足ラザルコトヲ開陳ス

右ノ答辯ハ大字ヲ以テ記載シ被告又ハ被告代理人ニ於テ署名捺印シタル後之ヲ記録局ノ簿帳ニ登記ス但答辯書中誤謬アルトキハ登記後ト雖モ更ニ之ヲ修正補充スルコトヲ得

答辯ノ理由不十分ナルトキハ法院ハ直チニ無効ノ答辯トシテ之ヲ破毀スルヲ以テ通則トスレドモ原告ガ被告ノ答辯ニ對シテ其無効ヲ辯明スルニ二様ノ方法アリ一ハ破毀ノ申立ニシテ一ハ抗辯ノ方法ナリ

破毀ノ申立ハ答辯ノ理由ニ明瞭著大ナル缺點アルトキニ於テハ原告ヨリ被告ノ答辯ヲ無効トシテ之ヲ破棄センコトヲ法院ニ求ムルモノニシテ其手續モ亦甚ダ簡便ナリ○申立ノ理由充分ナラズ且其目的ニシテ單ニ訴訟ヲ延滯スルニ在ル等ノ場合ニ於テハ法院ハ原告ノ申立ヲ聞キ直チニ之ヲ却下スベキモノトス

抗辯ノ方法ニヨリ答辯ノ破毀ヲ求ムル場合ハ答辯ノ缺點一目瞭然タラズ充分ナル原被ノ辯論ヲ待チテ初メテ其當否ヲ判定スベキニ在リ故ニ其訴訟手續モ亦稍繁冗ニ渉ルモノアリト雖モ通常人權ニ關スル訴訟手續ト大同小異ナレバ今茲ニ之ヲ略ス

第六節 辯駁再答辯及終結嚴令狀

辯駁

辯駁トハ被告ノ答辯ニ對スル原告ノ法律上ノ攻撃ヲ云フモノニシテ其事實ニ關スル辯駁ハ普通法ニ從ヒ詐僞ノ訴ヲ起スベキモノナレバ茲ニハ唯法律上ノ事ニ關スル辯駁ノミニ限レリ然レドモ嚴ニ此原則ヲ固守スルトキハ往々不便延滞ヲ來スノ弊アリシヲ以テ今日ニ於テハ實際事實ノ辯駁ヲ許スベキモノトナレリ

再答辯

原告ノ辯駁ニ對スル被告ノ答辯ヲ再答辯ト云ヒ辯駁答辯數回ニ至リテ遂ニ爭點ノ論局ヲ得ルトキハ直ニ口頭審理ノ手續ヲ爲シ論局ノ法律上ノ爭ニ歸スルモノハ原被ノ辯論トナリ事實上ノ爭ニ屬スルモノハ證據ノ吟味トナリ或ハ場合ニヨリ陪審官ヲシテ事實ノ判定ヲ爲サシムル等概ネ通常訴訟手續ト異ナル處ナシ

裁判言渡モ亦通常ノ裁判ト異ナル所ナシト雖モ或特定ノ場合ヲ除クノ外其裁判ニ對スル上告ヲ許サマルコトヲ以テ通則トス

裁判ニ於テ原告ノ勝訴ニ歸スルトキハ法院ハ遲滞ナク終結嚴令狀ヲ發シテ被告ヲシテ嚴ニ其義務ヲ執行センコトヲ命令ス然レドモ原告ハ裁判確定ノ後嚴令狀ノ發送ヲ請求スルニアラザレバ裁判ニ於テ原告ノ勝訴ニ歸スルモ直チニ令狀ヲ發スルコトナカルベシ

終局嚴令狀ハ法院書記局ニ於テ調製シ署名捺印シタル上之ヲ被告本人ニ送達ス○此送達ヲ受ケタル被告本人ハ令狀ノ命ズル所ニ從ヒ一定ノ時日内ニ其義務ヲ履行スベク再ビ之ニ對スル答辯ヲ爲スコトヲ許サズ而シテ被告ニシテ尙ホ其命令ニ從ハザルトキハ法庭侮辱ノ罪トシテ此ヲ逮捕處刑スルコトヲ得

嚴令狀中ノ誤謬ハ送達後ト雖モ此ヲ改正修補スルコトヲ得ルモ誤謬ニ屬セザル部分ヲ變更増減スルコトヲ得ズ

第七節 嚴令狀ノ違反處分及裁判費用

嚴令狀ノ送達ヲ受ケテ之ガ答辯ヲナサズ又ハ嚴令狀ノ命ズル所ヲ行ハザルモノハ法庭侮辱ノ罪トシテ此ヲ拘留スルヲ通則トスレドモ此處分ヲ行フニハ先ヅ原告ノ申立ニ依リ拘留狀ヲ發スベキモノナルヤ否ヲ審理シ原告申立ノ理由充分ナルトキハ拘留狀ヲ發スルヲ得ベキコトヲ許可ス然レドモ被告ニ於テハ嚴令狀ヲ以テ或ハ信據スベカラザルモノト思惟シ又ハ嘗テ嚴令狀ノ送達ヲ受ケザルコト等ノコトアラバ被告ハ之ヲ理由トシテ拘留狀送達ノ許可ヲ爲スベキモノニアラザル旨ノ故障ヲ申立ツルコトヲ得

被告ニシテ右ノ故障ヲ申立タルトキハ法院ハ更ニ之ヲ審理シ而シテ後確定ノ裁判ヲ下スベキモノトス其審理手續ハ恰モ嚴令狀ノ請願ヲ許否スル場合ニ於ケルガ如ク拘留狀ノ送達及執行方法ニ至リテハ通常訴訟手續ト全ク異ナル所ナシ

裁判費用

裁判費用ハ各種ノ事件ニ付キ法律ヲ以テ特ニ規定セルモノ少カラズト雖モ要スルニ原被何レヲシテ此費用ヲ負擔セシムルヤ否ニ就テハ之ヲ法院ノ思料ニ一任スル場合甚ダ多シ而シテ法院斯ク法律ヲ以テ任ゼラレタル思料ヲ以

テ裁判費用ノ負擔ヲ定ムルニハ敗訴者ヲシテ其責ニ當ラシムルヲ以テ通則トスレドモ爭議ノ相手ハ多クハ官吏市邑等公ノ資格ヲ有スルモノニ係ルヲ以テ此通則ノ例外甚ダ少カラズト雖モ今茲ニ詳論セズ

第八節 嚴令狀ニ關スル訴訟中ニ起ルベキ附帶民事事件

附帶民事

嚴令狀ニ對スル被告ノ答辯ニ係ル事實ニシテ虛偽ニ出ヅルトキハ原告ハ別ニ通常ノ裁判ニ起訴シテ之ヲ匡正セザルベカラザルコトヲ以テ慣習法原則ト定メタレドモ實際上不便甚ダ少カラザリシヲ以テ英國立法院ハ遂ニ茲ニ着目シ新ニ條例ヲ制定シ嚴令狀ニ關スル訴訟中ニ於テ原告ハ事實ニ屬スル辯駁ヲ爲スコトヲ許シテ大ニ舊弊ヲ一掃シタリシ以來事實上ノ辯駁ハ殆ント通常民事上ニ於ケル訴訟ト異ル所ナク採證ノ方法事實ノ審理證據物件ノ吟味及上告ニ關スル手續等皆通常ノ訴訟手續ニ準據セリ

答辯ノ事實ノ虛偽ヲ證明スルニ尙他ニ一法アリ即チ刑事トシテ之ヲ告訴スルノ一事ナリ○此告訴ハ上來論述セル事實上ノ辯駁ヲ許シタル條例中ニ包含セザル事件及其他僅少ノ場合ニ於テスルモノニシテ原告ハ豫メ法院ノ許可ヲ受ケ而シテ後初メテ告訴ヲ爲スコトヲ得ベシ其告訴ノ手續、事實ノ審理、採證ノ方法、及其他ノ規則ハ通常治罪ノ手續ト異ル所ナシ

現
行
刑
法
原
論

序

法律者治國之典則人世之常經也、而非識達古今學究東西心境澹然不置異同之嫌於其間者則不可以語法理矣、方今學者各立門戶黨同伐異是非紛々了不知所適從焉、偏見私說相爭之極遂至誤國家紊世道是爲近時斯學之通弊也、曩我政府之頒刑法也不出數日註釋義解紛然百出不遑指數、而其說取諸佛國斟酌失宜去取誤當其卓然可傳於世者蓋無幾耳、當時余在于大學專攻法學竊憾焉、業成參事于司法鞅掌時務益覺有偏見私說混撓實務者、而滔々天下無敢議之者何哉蓋浸染之久鮑肆忘臭者歟、於是不自揣著刑法汎論及刑法各論以公諸世爾來重版四回、然二書急遽構思匆卒脫稿遺逸亦不尠、近在劇職不得間、今茲春尾得疾入夏覺少佳、乃援筆收錄前書所未盡者、裒然成數篇名曰刑法原論、庶幾有以攘斥乎時弊裨益於後學也哉、明治二十五年八月江木衷撰

現行刑法原論第二版序

著述の誤を正し缺を補ふは猶ほ風前に落葉を拾ふが如し隨て拾へば隨て落つ著者が始めて刑法論を世に公にせしより于茲十數年久しからずと爲さず著者は之を法理に鑒み之を實際に徴し年年歲歲梓を改むる毎に或は刪り或は加へ未だ曾て筆を措かず曩に刑法原論の第一版を印行するに及び殆んど其全きを庶幾したり然れども斯學の開發は艸木と其榮を競ひ書中の理趣新陳代謝し紙上の落葉片片復た堆を爲す於是乎第二版を起し斬新の法理と適切の實例とを湊合し遍く前書を釐正して以て之を後學に投ず卷を披けば秋晴雨後の天を望むの感あらん於戲著述は經國の大業にして短日月の能くすべきにあらざるは著者の嘗て聞知する所著者は實に此書に於て之を經驗し得たり此書の來由其れ如是校舎一時の講義筆記と類を同ふするものにあらざるなり讀者一章一句の原委も亦輕忽に視る勿れ

明治二十七年第九月

冷灰 ゑるす

凡例五則

一此書分ツテ三卷ト爲ス。第一卷ヲ緒論トシ、刑法ノ沿革淵源及ビ主義ヲ論ジ第二卷ヲ汎論トシ、犯罪、刑罰、刑ノ適用及ビ刑ノ消滅ニ就キ一般ノ原理ヲ論ジ、第三卷ヲ各論トシ、各種ノ犯罪ニ付キ其ノ性質及ビ相互ノ異同ヲ論ジ、第四卷ヲ違警罪論ト爲シ違警罪一般ノ性質及ビ各罪ヲ論ズ。

一此書ハ刑法ノ學理ヲ審明スルヲ主眼トシ、徒ニ法文ノ條項字句ニ拘泥シ又ハ實例比喩ノ引用ニ離礙スルコトナシ、故ニ無數繁雜ノ問題ニシテ往々片言隻句ノ之ヲ裁斷スルモノアリ。初學ノ輩勉メテ潛心熟讀センコトヲ要ス

一我刑法ヲ論述スルニ方リ、特ニ困難トスベキモノニアリ。一ハ條項ノ有形的文學ニ富ミ、抽象的思想ニ乏シキト一ハ法術現在ノ斷例往々理論ト相背馳スルモノアルトニ在リ。著者ハ此等ノ場合ニ際シテハ先ヅ學理的及ビ抽象的ノ斷定ヲ下シ而シテ後條文及ビ斷例ノ當否ニ論及セリ。

一我國刑法ハ我國固有ノ刑法ナリ、固ヨリ異邦ノ實例理論ヲ以テ之ヲ解説スベキニアラズ。然レドモ現行刑法ニ至テハ其ノ淵源ノ專ラ歐洲法典ニ存スルハ何人モ疑ヲ容レザル所ナリ、然則歐洲大家ノ所說モ亦決シテ之ヲ度外ニ置クベカラズ、要ハ唯取捨其ノ宜シキヲ得ルニ在リ。佛國刑法ハ距今數十年ノ昔日ニ顯ハレ外形大ニ備ハル所アリ當時歐洲諸邦ノ耳目ヲ驚カシタレドモ之ヲ今日ノ學理ニ照セバ業ニ既ニ陳說妄誕ニ屬セザルモノ幾ン

下稀ナリ。之ニ反シ獨逸刑法ハ近世ノ編纂ニ成リ學者概ネ理論ヲ根據トシテ之ヲ解説スルガ故ニ法理ノ高尚ニシテ且新奇ナルハ遙ニ他國ニ傑出セリ然レドモ施行日尙ホ淺ク經驗未ダ足ラザル所アリ往々架空ノ理論ニ陥ルノ弊ナキニアラズ而シテ英國刑法ニ至テハ既往數百年來實際ノ必要アルニ應ジ社會ノ進歩ニ伴ヒ老練着實能ク君民ノ信ヲ得タル名士ガ司直ノ父トシテ其ノ職務ヲ履行シタル沿革事蹟ナリ。外形ノ驚クベキナク理論ノ喜ブベキナシト雖復タ陳腐ノ偏見ヲ固守シ茫漠タル空理ニ失墜スルガ如キハ絶テ見ル能ハザル所ナリ。著者ノ用心一ニ茲ニ在リ。

一書中ニ挿入セル洋語ハ概ネ羅旬語ニ係ル學術上ノ用語ハ羅旬語ヲ以テスルヲ學者ノ通規トスレバナリ。但シ傍訓トシテ施シタル假名字ニ係ルモノハ用語ノ意義ヲ明瞭ナラシメンガ爲メニセル英佛若クハ獨語トス。

現行刑法原論緒論

第一篇 沿革法理

第一章 沿革總說

刑○法○ノ○發○達○進○步○セ○ル○事○跡○ヲ○稱○シ○テ○刑○法○沿○革○ト○謂○フ。發○達○進○步○ナ○キ○刑○法○ニ○沿○革○ア○ル○ベ○キ○理○由○ナ○シ。近○世○學○者○ハ○所○謂○沿○革○ナ○ル○モ○ハ○單○ニ○年○月○ノ○經○過○ヲ○指○示○ス○ル○モ○ハ○ニ○ア○ラ○ズ。毫○末○ノ○變○遷○活○動○ナ○キ○一○塊○ノ○土○石○ハ○開○闢○以○來○今○日○ニ○至○ル○マ○デ○嘗○テ○其○ノ○沿○革○ナ○カ○ル○ベ○シ。發○達○進○步○ナ○キ○國○民○ハ○飲○食○物○ノ○消○化○器○械○ノ○ミ○沿○革○史○上○ニ○列○ス○ル○ヲ○得○ベ○キ○能○力○ヲ○具○ヘ○タル○モ○ハ○ニ○ア○ラ○ザ○ル○ナ○リ。於○是○乎○沿○革○ア○ル○ノ○刑○法○ト○沿○革○ナ○キ○ノ○刑○法○ト○ノ○區○別○ヲ○生○ズ。抑○モ○古○代○ノ○刑○法○タ○ル○皆○ナ○其○起○源○ヲ○宗○教○ニ○發○シ○犯○罪○ヲ○以○テ○天○神○ノ○訓○戒○ヲ○破○ル○モ○ト○爲○シ○刑○罰○ヲ○以○テ○天○神○ノ○命○ズ○ル○所○ト○爲○ス。而○シ○テ○天○神○ハ○萬○世○不○動○嘗○テ○寸○毫○ノ○變○遷○ア○ル○ベ○キ○モ○ハ○ニ○ア○ラ○ザ○レ○バ○法○教○相○混○ジ○テ○二○者○一○體○ヲ○爲○ス○ノ○刑○法○モ○亦○發○達○進○步○ス○ベ○キ○素○因○ナ○シ。之○ヲ○沿○革○ナ○キ○ノ○刑○法○ト○爲○ス。之○ニ○反○シ○テ○法○教○二○者○ヲ○分○離○獨○立○セ○シ○メ○刑○法○ヲ○以○テ○或○ハ○復○讐○ノ○具○ト○爲○シ○或○ハ○公○益○ノ○保○護○者○ト○爲○シ○或○ハ○正○義○ヲ○維○持○ス○ル○ノ○規○矩○ト○ス○ル○モ○ハ○ニ○在○リ○テ○ノ○ミ○始○メ○テ○其○ノ○發○達○進○步○ノ○痕○跡○ヲ○見○ル○ベ○シ。之○ヲ○沿○革○ア○ル○ノ○刑○法○ト○爲○ス。刑○法○ノ○主○義○ニ○關○ス○ル○詳○細○ノ○理○論○ニ○至○リ○テ○ハ○予○ハ○之○ヲ○後○章○ニ○讓○ル○ベ○シ○ト○雖、今○マ○此○ノ

復讐、公益及び正義ヲ以テ主義トスル刑法ガ何故ニ發達進歩ノ特性ヲ具備スルカヲ論定セザルベカラズ。

〔第一〕 復讐ハ己レノ損害セラレタル權利ヲ回復シテ自ラ其ノ感覺ヲ満足セント欲スル所ノモノ、野蠻ノ風習タルヲ免カレズト雖、各人ニ獨立不羈ノ權アルコトヲ認メ各人ニ獨立自由ノ意志アルコトヲ認ムルヤ明カナリ。是レ復讐主義ノ刑法ガ自ラ發達進歩ノ素性ヲ有スル所以ナリ。然レドモ私人ノ情慾ヲ充タサントスル復讐ノ本性、復讐トシテ施ス所ノ懲罰ハ往々過度ニ失シテ犯罪ノ度ト權衡ヲ得ザルモノアルハ其ノ常ナリ。故ニ國家ガ私人復讐ノ權ヲ殺テ之ヲ國家ニ收攬スルヤ復讐主義ニ施スニ二様ノ制限ヲ以テセリ。第一ヲ反坐(Talis)ノ制度トス。生命ハ生命ヲ以テ償ヒ眼ハ眼ヲ以テ償ヒ齒ハ齒ヲ以テ償フベキモノト爲シ第二ヲ贖罪ノ制度(Compositio)トス金錢ヲ以テ體刑ヲ贖フコトヲ許シ生命眼齒手足等損害ヲ受ケタル物體ノ輕重ニ依リテ贖罪金ノ多寡ヲ定ムベキモノトセリ。故ニ何レノ時代ヲ問ハズ苟モ反坐贖罪ノ制度ヲ採用セル刑法アラバ其ノ刑法ハ即チ復讐主義ナルコトヲ證明シ得ベク又發達進歩スベキ性質アル刑法タルコトヲ推知シ得ベシ。

〔第二〕 公益ヲ以テ基本トセル刑法ニ於テハ犯罪ヲ以テ社會ノ利益ヲ害スルモノト爲シ刑罰ニ依リテ之ヲ賠償セシメ以テ一旦害セラレタル利益ヲ保全シ得ベキモノト爲ス。故ニ此主義ニ基キタル刑法ハ社會ト共ニ發達スベキ性質ヲ具備スルコト明カナリ。

〔第三〕 ハ國家ノ維持スル所ノ正義ヲ以テ刑罰ノ基本ト爲シ道義上善ハ善ヲ以テ報ジ惡ハ惡ヲ以テ報ズルト同ジク國家ノ正義ヲ破ルモノハ即チ犯罪者タルガ故ニ國家ハ刑罰ヲ以テ之ヲ應報スベキモノトスルモノナリ。此主

フオースタ
ン、エリ
氏著佛國刑
法第三號

義ヲ採用スル刑法ハ素リ能ク刑罰ノ本性ヲ認メ得タルモノニシテ其ノ發達進歩シ得ベキハ素リ當然ナリ。

第一章 一般刑法沿革

前章ニ論述シタル所ノ原理ニ依リ刑法ノ沿革ヲ分ツテ上古中世近世ノ三期ニ區分シ先ヅ世界ニ於ケル一般刑法ノ發達進歩セル事跡如何ヲ考究セム。

〔上古〕 所謂上古ノ世界ナルモノハ東ハ印度波斯及ビ亞細亞ノ西部ヲ限リ西ハ希臘羅馬等歐洲南部地中海々岸ノ諸國ヲ限レリ。上古ニ於ケル刑法ノ沿革ナルモノハ則チ此等諸邦ニ於ケル刑法發達ノ事跡ナリ太古ノ事遼乎トシテ詳ナラズト雖史家ノ證明スル所ニ依ルニ古來東西ノ刑法ハ大ニ其ノ主義ヲ異ニセリ。東、印度波斯等ノ刑法ハ全ク宗教ニ基キ法律ニ於テ嘗テ獨立シタル各人アルコトヲ認メズ人民ヲ以テ天神ノ奴隸ト爲シ國家ヲ以テ宗教ノ機關ト爲ス。國家ノ元首ハ即チ宗教上ノ元首ニシテ教書ハ即チ法律ナリ。世界最古ノ法典タル印度「マニユ」

ノ法律ハ天神ヨリ之ヲ授カリマホメツトノ教書タル「コーラン」ハ同宗民ノ法律ナリ。故ニ此等ノ諸邦ニ於テハ私人モ國家モ盡ク宗教中ニ吸入セラレテ共ニ均シク獨立ノ痕跡ヲ留ムルコトナカリキ。之ニ反シテ西、希臘羅馬等ニ於テハ各個人ヲ以テ自己自身ノ意思ヲ備ヘタル獨立ノ一體ト認メ又宗教ト國家トヲ分離シテ嘗テ之ヲ混同スルコトナカリキ。語ヲ換ヘテ之ヲ言ハハ東方ノ法律ハ天權(Jus divinum)ニ基キ西方ノ法律ハ人權(Jus humanum)ニ基ケリ。但シ希臘羅馬等ニ於テモ刑法最古ノ起源ニ至リテハ宗教上ノ信仰ニ發生シ萬種ノ犯罪ヲ盡ク天神ニ對

マイエル氏
著刑法論第
二〇葉
ベル子氏
著刑法論第
四四葉

スルモノトナシ刑罰ハ唯ダ其罪惡ヲ償フノ具タリシト雖久シカラズシテ全ク宗教ト法律トノ分離ヲ見ルニ至レリ然ルニ東方ノ諸國ニ在リテハ嘗テ法律ヲ以テ宗教ヨリ分離セントスルノ思想ナク從テ毫末ノ發達進歩ヲ見ルコトナシ。千百年ノ久シキ常ニ上古ノ状態ニ靜止シテ刑法沿革上ニ其ノ跡ヲ絶チタリ。是レ東西其趣ヲ異ニセルノ要點ナリト雖西洋ノ諸國ガ宗教ト法律トヲ分離シ法律ヲ以テ全ク人爲ノ管轄内ニ歸セシメタルノ事跡ニ至リテハ希臘ト羅馬トハ又大ニ其趣ヲ異ニセルモノアルナリ。希臘ノ法律ハ公權(Jus publicum)ヲ以テ其基本ト爲シ羅馬ノ法律ハ私權(Jus privatum)ヲ以テ其基本ト爲ス。希臘ノ法律ニ於テハ國家アルヲ認メテ嘗テ私人アルヲ認メズ今日ニ在リテハ私權利私義務トシテ私人ノ意志ニ一任スベキ事項モ希臘ニ於テハ盡ク之ヲ國法上ノ公權利公義務ナリトセリ。試ニスバルタノ制度文物如何ヲ見ヨスバルタノ全國ハ一個ノ兵營ナリスバルタノ人民ハ此兵營ニ在ルノ兵士ナリ。人ヲ殺傷スルモノハ國家ノ武器ヲ毀損スルノ故ヲ以テ之ヲ罰セリ一私人ノ權利ヲ害スルガ故ニアラザルナリ。其ノ教育ノ如キモ亦此ノ銳利ナル武器ヲ製造スルノ方法タルニ過ギザリシ。故ニ希臘ノ法律ハ國家ノ存在ヲ認ムルモ私人ノ存在ヲ認メザルモノニシテ東洋諸國ガ宗教アルヲ認メテ私人アルヲ認メザル者ト其ノ趣ヲ同ウセリ。之ニ反シテ羅馬法律ハ專ラ私權利ヲ基トシ國家ト宗教トハ共ニ之ヲ度外ニ置ケリ。故ニ犯罪者ヲ處罰スルニモ其ノ犯罪タル所爲ノ大小ヨリ寧ろ獨立ノ一個人タル犯罪者ノ意思ノ善惡ヲ考察シ惡意アル犯罪ヲ嚴罰スルモ過失ニ出デタル所爲ノ如キハ共和政府ノ時代ニ在リテハ全ク之ヲ無罪トナシ之ニ反シテ苟モ惡意ノ存スル以上ハ未遂犯罪ト雖之レニ既遂犯罪ト同一ノ刑ヲ科スルノ甚シキニ至レリ。概スルニ上古ニ在リテハ東洋ハ宗教

ノ權希臘ハ國家ノ權羅馬ハ私人ノ權ヲ以テ法律ノ主眼トセリ。故ニ史家ハ上古ヲ稱シテ宗教國家私人ノ三權偏倚ノ時代ト謂フ。

パル氏著刑
法提要第七
一葉以下

〔中世〕 中世ニ於テハ基督主義ト日耳曼主義トノ發生衝突ヲ以テ史上ノ一大觀トス。一ハ歐洲南方ニ起リ、一ハ歐洲北方ニ起ル。一ハ羅馬法王ニ密着シテ法王ヲ代表シ一ハ羅馬皇帝ト密接シテ國家ヲ代表ス。此時ニ當リ顧テ從來存在セル羅馬帝國ノ舊世界ヲ望見スレバ公私ノ德義共ニ敗退シテ衰微ヲ極メタリ。基督日耳曼二主義ノ歐洲南北ニ振起セルヤ北狄南進シテ忽チ羅馬ノ城壁ヲ攻取シ盡ク羅馬ノ舊物舊觀ヲ破壊シテ茲ニ混沌タル暗黒世界ヲ現出セリ。然レドモ此ノ暗黒世界ハ再ビ光輝ヲ發シテ歐洲全土ニ文化ノ發達進歩ヲ醸成スベキ一大段落ヲ成シ歐洲ノ發達進歩ハ此ノ暗黒世界ニ掩ハレタル基督日耳曼ノ二主義ノ抵觸闘争ニ起源シ其ノ協合一致ニ終局セリ。抑モ基督日耳曼ノ二主義タル其ノ相異ル所ハ已ニ前陳セル所ノ如クナレドモ法律ノ關係ヨリ之ヲ考察スレバ一ハ天權(Jus divinum)ヲ代表シ一ハ人權(Jus humanum)ヲ代表ス。故ニ史家ハ中世ヲ稱シテ天人兩立權(Jus utrumque)ノ時代ト謂フ。而シテ更ニ一步ヲ進メ之ヲ刑法ノ範圍ニ論及センニ基督主義ニ於テハ犯罪ヲ以テ神意ニ反スル心裡ノ害惡トナシ刑罰ヲ以テ此罪惡ノ心ヲ改良スルノ應報ト爲ス故ニ苟モ惡意アル犯罪ハ未ダ外形ニ顯出セザルモノト雖之ヲ處罰スルノ傾向ヲ有シタリ。然レドモ今日ノ理論ニ於テモ犯罪ニ惡意若クハ故意アルヲ必要トスルノ原理並ニ刑罰ヲ以テ改良ノ手段トスルノ原理ハ茲ニ胚胎シ就中基督主義ニ於テハ刑罰ヲ以テ天神ノ命ズル所トスルガ故ニ上君主ヨリ下奴僕ニ至ルマデ法律上萬民同等ノ權アリトスルノ原則ハ實ニ此主義ニ發生セリ。

之ニ反シテ日耳曼主義ニ於テハ犯罪ヲ以テ全ク外形上ノ所爲トナシ刑罰ヲ以テ外形上ニ犯罪ノ損害ヲ賠償スルモノニ過ギズト爲ス。故ニ犯者ノ心意ノ如何ハ全ク之ヲ度外ニ置キ過失罪ヲ罰スルコト嚴ニシテ未遂犯ヲ罰スルコト極メテ寛ナルノ結果ヲ發生セシト雖、外形ノ所爲ニ顯出シタルモノニアラザレバ犯者トシテ之ヲ罰スルコト能ハズトスル所ノ今日ノ原理ハ此主義ニ胚胎セリ。

〔近世〕 前已ニ論ジタル如ク中世ニ於テハ基督日耳曼ノ二主義ニ相分立シ一ハ犯罪ノ心意如何ニ偏シ一ハ外形ニ顯ハレタル所爲ノミニ拘泥シ相互ニ權力ヲ争ヒ國家宗教兩者ノ大革命結了ノ時ニ至ルマデ兩者各々其ノ適當ノ範圍ナク教會ニシテ數々人事ノ裁判ニ干渉シ中世ニ於ケル法理ハ宗教法其ノ過半ヲ占メタリシガ遂ニ近世ニ至リテハ罪刑ヲ論ズルニ基督日耳曼兩主義ヲ折衷シテ二者ノ抵觸ヲ防グコトヲ得ルニ至レリ。但シ十七世紀以來ニ於テモ仍ホ舊主義ヲ固守スルモノナキニアラズ。就中プロテスタント派ノ邦國ニ於テハ宗教偏執主義ノ一派アリ犯罪ヲ以テ天神ニ對スルノ所爲ト主張セルモノ甚ダ少カラザリシ。然ルニ之ヲ繼テグロシーアス、ホッブス、ブツヘンドルフ等ノ性法主義ノ學者輩出シテ大ニ刑法ノ理論ヲ左右シ後世ニ至リテハボルテール、ベツカリヤフレーション等ヲ理論ニ基キタル改進主義ノ論者ヲ輩出シ其ノ説ク所大ニ刑法ノ發達ニ勢力ヲ有セシヲ以テ之ニ相對スル沿革法理家モ亦輩出シ互ニ論辯駁撃シテ其ノ理論ヲ上下セリ。然レドモ最近世ニ於テハ此二者モ亦相併行シテ必ズシモ抵觸スベキモノニアラザルコトヲ發見シ沿革ト理論ト併セテ共ニ刑法ノ眞理ヲ研究スベキモノトスルニ至レリ。故ニ史家ハ近世ノ沿革ヲ稱シテ折衷主義ノ時代ト謂フ。

巴氏著刑
法提要第五
六節乃至第
九節

第三章 日本刑法沿革

前章ニ論述シタル沿革法理ニ基キ予ハ茲ニ日本刑法ノ大要ヲ論述セントスレドモ刑法ハ一般國家ノ制度ト並行スベキモノナルヲ以テ日本ニハ日本固有ノ沿革アリ予ハ社會上政治上ノ變遷ニ從ヒ分ツテ之ヲ四期トナス第一期ハ太古ヨリ大寶律ノ發布ニ至リ第二期ハ大寶律ノ盛時ヨリ藤原氏ノ下ニ於ケル刑法ノ衰頽ニ至リ第三期ハ封建尙武ノ時代ヨリ徳川氏ノ時代ニ至リ第四期ハ維新以來今日ニ至ルノ明治時代トス。

〔第一期〕

太古人民ノ思想ニ於テハ人類ハ其ノ性至善ニシテ決シテ罪惡ヲ犯スコト能ハザルモノトセリ。然レドモ現ニ罪惡ヲ犯シタルモノアルトキハ其ノ犯者ハ不幸ニモ禍神八十柱津日神及ビ大柱津日神ノ誘引スル所トナリ身自ラ惡魔ニ化シテ先ヅ人性ヲ變ジタル後始メテ諸般ノ罪惡ヲ行フタルモノト爲シ又幸ニシテ更ニ福神直日神及ビ大直日神ノ誘引スル所トナルトキハ忽チ善惡ヲ識別シ嘗テ犯シタル罪惡ヲ悔悟シ人性ノ良心ニ復歸シ得タルモノトセリ、故ニ當時ニ於テハ犯罪ヲ以テ惡魔ノ所爲トシ刑罰ヲ以テ惡魔ヲ除去スル者ト思惟シタルガ故ニ未ダ生命刑身體刑等ノ存在スルモノナカリシト雖ドモ、苟モ人ニシテ一タビ惡魔ニ化シ罪惡ヲ犯シタルトキハ犯者ノ財産ハ自ラ穢レタルモノト爲シ盡ク之ヲ水中就中河水ノ洞旋スル所即チ當時ノ人民ガ禍神ノ宮門ト信ジタル場所ニ投入シ以テ其ノ汚穢ヲ盪滌清淨セリ。稱シテ之ヲ被ト云フ。蓋シ神ニ誓ウテ罪惡ヲ被除スルノ意ニシテ世々中臣民ノ掌ル所タリシ。治罪上ニ於テモ亦同一ノ原則ニ基キタル手續ヲ用キ犯罪ノ證明ニ付キ直接ノ證據ヲ得ル

日本書記第
一卷第一五
葉

大日本史刑
法志第一卷
第四葉

コト能ハザルトキハ盡ク神意ヲ請ウテ判斷シ探湯ト稱スル法ヲ設ケ泥ヲ釜中ニ納メテ煮沸シテ手ヲ攘シテ之ヲ探ラシメ或ハ釜ヲ火色ニ燒キ掌ヲ其上ニ置カシメ火傷ノ有無ヲ以テ有罪無罪ヲ判別スルノ標準トセリ。由是觀之日本太古ノ刑法ハ他ノ諸邦ト同ジク宗教ト混同シ嘗テ其ノ區別ナキガ如シト雖、古代ノ法律中自ラ宗教ト分離シテ獨立ノ發達進歩ヲナスノ萌芽ヲ備ヘタルハ歷然トシテ掩フベカラザルモノアリ。第一犯者ノ財産ヲ無益ニ水中ニ投入スルノ制ハ一轉シテ之ヲ被害者ニ給付スルノ法トナリ再轉シテ損害賠償ノ思想ヲ起スニ至リ第二犯罪ヲ天罪國罪ハ一種ニ區分シ宗教ト法律トノ分離ヲ促スノ機會ヲ與ヘ第三刑事ト兵事ヲ混交シタル爲メ却ツテ刑罰ヲ宗教ヨリ分離シ之ヲ國家ノ事務トスルノ思想ヲ醸成スル等特ニ他邦ノ古法ニ優ルモノ甚ダ多シ。日本刑法ノ大家ト稱スベキ源光圀ガ其ノ著書大日本史ニ於テ「凡人民所犯罪名若干條、如害稼穡汚齋殿類謂之天罪傷人姦淫蠱毒類謂之國罪皆從其輕重徵致贖物、爲善惡二祓（中略）今所傳中臣禊祠即其遺事也、若其元惡大愆怙終罔悛則甲兵戮之、甲兵之事物部氏所掌而刑亦寓焉」ト云ヘルハ簡ニシテ能ク我日本古代刑法ノ三大美質ヲ盡セルモノト謂フベシ。今日ノ歐洲刑法學者中誰レカ能ク此大手腕ヲ有スルモノゾ。而シテ斯ク發達進歩ノ特性ヲ備ヘタル我刑法ハ爾來駁々乎トシテ進歩シ來リ已ニ繼體天皇二十四年（西洋紀元五百三十年）ノ後ニ至リテハ嘗テ刑事ニ關シテ神ノ裁判アルヲ聞カズ宗教ト法律トハ全ク分離シテ更ニ其ノ混同ナク從テ生命刑身體刑財產刑等ヲ發生シ且ツ當時ノ法律ニ於テモ已ニ贖罪制度（Compositio）ヲ認メタルコトアルヲ以テ已ニ前章ニ論述シタル所ノ沿革法理ノ原則ヨリ之ヲ推究スルトキハ予ハ當時ノ刑法ヲ以テ復讐主義ニ基キタルモノト論定セザルヲ得ズ。然レドモ刑法ノ成典ト

シテ始メテ顯ハレタルハ推古天皇ノ時代（紀元五百五十三年ヨリ同六百二十八年ニ至ル）ニシテ有名ナル聖德太子ノ憲法十七條ニ過ギザレドモ其ノ性質ニ至リテハ全ク道德法タルヲ免レズ。其ノ後同天皇二十八年ニ至リテ眞ニ刑法ノ性質ヲ備ヘタル法典ノ頒布アリシト雖、其ノ區域甚ダ狹少ニシテ單ニ不忠不義ノ罪ヲ規定スルニ止マレリ更ニ降テ天智天皇ノ時（紀元六百六十二年）ニ及ンデ始メテ立法上ノ新面目ヲ開キ天皇錄足ニ勅シテ古來ノ法典慣例ヲ蒐集シ一大法典ヲ編纂セシメタリ。所謂近江朝ノ大寶律ナルモノ是レナリ。嗚呼之ヲ歐洲ノ刑法沿革史ニ照サバ我刑法ノ發達進歩ハ實ニ萬國ニ比例ナキヲ知ルベシ。而シテ此大寶律ナルモノハ後世ノ大寶律令編纂ノ一大基本タリシト雖、惜哉今日已ニ之ヲ亡シ唯ダ後世ノ法律ニ引用セル條項ヲ見テ僅カニ其ノ大體ヲ推知シ得ルニ過キザルナリ。

〔第二期〕日本刑典中最モ有名ニシテ又最モ美ナルモノヲ大寶律令トス。此法典ハ天武天皇藤原不比等ニ命ジテ編纂セシメタル所ノモノニシテ當時宗教道德立法ノ事等大ニ支那ノ文化ヲ輸入シタルヲ以テ此法典モ亦單ニ本邦古來ノ法規慣例ヲ蒐集セルノミナラズ大ニ隋唐ノ法典ニ模擬シタルモノアリト雖、國家ノ體制要素ニ至リテハ毫モ我帝國固有ノ性質ニ損スル所ナキハ立法ノ要旨ヲ失ハザルモノト謂フベシ。而シテ此大寶ノ法典ハ律及ビ令ノ二大部ニ區分セラレ律ハ禁令及ビ刑罰ニ關スル規定ヲ含ミ令ハ主トシテ行政令ニ關スル規定ヲ定メタリ。其ノ詳ニ至リテハ之ヲ法典及ビ其ノ註釋書ニ讓リ茲ニ之ヲ論述セザルベシト雖、其ノ立法ノ精神如何ニ至リテハ特ニ數言ノ批評ヲ下サマルベカラザルモノアリ。

一、神祇ヲ尊敬スルハ古來ノ定例ニシテ亦我帝國ノ原規ナリ。故ニ大寶律令ハ神祇ニ對スル犯罪ヲ以テ諸般ノ犯罪ノ主ニ置キ特ニ之レヲ嚴罰セリ。蓋シ我邦ニ於ケル神祇ハ即チ皇祖皇宗ノ神靈ニシテ萬世一系ノ天皇ハ則チ顯世ニ於テ皇祖皇宗ヲ代表シ玉フモノナリ天皇ノ權利ノ神聖侵ズベカラザル臣民ノ義務トシテ皇室ニ忠ナラザルベカラザル其ノ淵源皆ナ茲ニ存セリ。皇室ノ尊嚴ト忠君ノ美風トヲ以テ全ク敬神ノ氣風ニ基クモノトスル近世沿革法理學家ノ所説ハ獨リ我帝國ニ於テノミ其ノ適例ヲ見ルコトヲ得ン耶蘇教國ノ俗、君主以外ニ至重至尊ナル基督アルヲ認メ博愛平等君臣尊卑ノ別ナキモノ豈ニ忠君ノ道ヲ知ラン。異邦ノ蹟王室ノ系統繼承常ナキモノ豈ニ君權ノ神聖ヲ確認スルヲ得ン。

二、大寶律令ハ天皇ニ對スル罪ヲ以テ大逆罪ト稱シ之ヲ以テ國家ノ主權ヲ害スルノ罪トセリ。其ノ能ク君主國ノ刑法タルノ體裁ヲ備ヘ得タルハ現行刑法ノ遠ク及バザル所ナリ。事ハ仍ホ後章ニ於テ詳述スル所アラシ。

三、高等官吏ヲ保護スルノ精神ハ特ニ大寶律令採用スル所ナリ。蓋シ大寶律令編纂ノ時代ハ藤原氏ノ盛時ニシテ滿朝ノ高等官ハ殆ド皆ナ藤原氏ニアラザルモノナカリキ。是ヲ以テ此法典ノ編纂者タル藤原氏ガ自ラ己レヲ保護セントスルノ傾向ヨリシテ一般朝廷ノ高等官吏ニ就テハ刑法上特別ノ保護ヲ與ヘタルハ明白ナリ。法律上萬民同等ノ原理ハ大寶律令ノ奉ズル所ニアラザルモ亦之ガ爲ナリ。

四、孝道ハ我家制社會ノ慣習ニシテ亦忠道ノ素因ナリ。大寶律令ガ尊屬親ニ對スル犯罪ヲ嚴罰セルハ素ヨリ當然ナリ。現行刑法モ亦範ヲ歐洲ニ取リタルニ係ハラズ此遺風ヲ採用シタレドモ子孫ノ權利ヲ減殺スルノ甚シキ

ニ至リテハ遠ク大寶律令ニ及バザルモノアリ。現行刑法ガ祖父母父母ニ對シテハ學者ガ各人天與ノ大權トスル正當防衛ノ權ヲ殺ギ又挑發憤激ノ天性ニ出デタル宥減等ノ法ヲ用キザルガ如キハ或ハ酷ニ失スルノ嫌ナキ能ハザルナリ。

此他大寶律令ハ其ノ全體ニ於テハ實ニ完美ヲ極メタルモノニシテ刑罰ノ如キモ亦敢テ野蠻殘酷ノ性質アルヲ見ズ。此法典ヲ一讀セバ當時ノ文化ハ之ヲ當時ノ歐洲ニ比スレバ遙ニ數等ノ上ニ在ルヲ知ルベシ。若シ當時ノ法典編纂委員タル藤原不比等ヲシテ歐洲當時ノ刑法ヲ評サシメバ必ズ之ヲ以テ蠻族ノ刑法ナリト公言セシムルニ苦シム所ナカリシナルベシ。然レドモ時勢ノ變遷ニ從ヒ藤原氏ノ權力漸ク衰頹シテ亂賊四方ニ蜂起シ法典全ク行ハレザルニ至リテヨリ源光圀ノ所謂亂國重典ノ原則ニ依リ刑ヲ嚴ニシ法ヲ峻ニシ以テ此亂世ニ處センコトヲ企テタルハ脅嚇主義ニ基キ人民ヲシテ刑罰ノ恐ルベキヲ知ラシメントスルノ趣アリシニ似タリ。即チ延曆十一年（紀元七百九十二年）ニ延曆式ヲ布キ治罪ノ手續ヲ定メ同時ニ檢非違使ヲ置キ犯者ノ逮捕囚人ノ監督ヲ掌ラシメ貞觀年間（紀元八百五十九年ヨリ八百七十六年ニ至ル）ニ格十二卷ヲ布キ法律ヲ新定シ式二十卷ヲ作テ舊法ノ不完全ヲ補充シ更ニ延喜年間（紀元九百一年ヨリ九百二十二年）ニ至リテ延喜格式ヲ發布セリ、然レドモ藤原氏ノ門閥政治全ク衰ヘ能ク此等ノ法律ヲ實行スルノ任ニ堪フルモノナク遂ニ戰國ノ時世ニ變遷シ武斷政治ノ發生ヲ見ルニ至レリ。

〔第三期〕藤原氏ノ權勢漸ク衰ヘテヨリ實權ハ常ニ將門ノ間ニ歸シ源平北條足利織田豐臣互ニ其權力ヲ爭ヒ其

ノ間小康ナキニアラザリシモ家康ノ一舉天下ヲ一統スルニ至ルマデ干戈相續キ殆ド寧歳ナキノ時期ナリシ。此間ニ於テモ大寶律令ハ尙ホ依然刑法ノ大本タリシト雖現ニ之ガ實行ニ任ズベキ職官ナカリシガ故ニ各地ノ諸侯ハ各自隨意ノ法律ヲ制定シテ之ヲ其治下ニ行ヘリ。北條氏ハ聖德太子ノ憲法十七條ヲ三倍シテ五十一條ノ貞永式目ヲ發布シ(千二百三十一年)嚴詰ノ刑ヲ設ケテ當時ノ國家ヲ維持セント企テタリ。故ニ後醍醐天皇ノ如キハ決斷所ヲ置キ刑罰ノ峻酷ヲ救済センコトヲ企テタレドモ遂ニ其ノ目的ヲ充分スルコト能ハザリシ。其ノ後建武十四年建武式目ノ發布ヲ見ルニ至リシガ應仁以後ニ至リテハ秩序全ク紊亂シテ復タ刑典ノ見ルベキモノナシ。抑モ封建戰國時代ニ於テハ諸侯各々相競ウテ一大強國ヲ創設セント欲シ武人ヲ以テ國家存在ノ要素トシ法律上特ニ武人ノ一族ヲ保護シタルノ痕跡ハ此等ノ法律式目中ニ瞭然タリ。故ニ當時ニ在リテハ刑罰ノ頗ル嚴酷ニシテ往々人性ニ戾ルモノアルニ關セズ刑法ヲ以テ國家ヲ維持スル要具トスルノ思想ヲ養成シ恰モ古昔希臘ノ法律ト其ノ趣ヲ同ウセルモノアルニ似タリ。然レドモ降テ德川氏ノ時世ニ及ンデハ茲ニ太平ノ基ヲ開キ支那法典就中明律ト日本古來ノ法典トヲ比較シテ法理ヲ研究スルノ學者輩出シ遂ニ寛保二年(千七百四十一年)有名ナル德川百ヶ條ノ一法典ヲ編纂シ明治維新ノ際ニ至ルマデ之ヲ其ノ治下ニ實行セリ。其ノ編纂ノ體裁刑罰ノ方法治罪手續等ハ之ヲ法典ニ讓リ今茲ニ之ヲ略スト雖德川氏ノ世タル太平ノ久シキ自ラ戰國時代ノ法律ト其趣ヲ異ニシ專ラ公ケハ秩序ヲ維持シテ邦家ノ平和德川氏ノ長久ヲ保持センコトヲ目的トシ各私人ノ自由及ビ社會ノ發達進歩ニ至リテハ毫末ノ顧慮スル所ナク人民ヲ以テ飲食ノ消化機ト爲シタルコト歴然タリ。大船ノ製造ヲ罰シテ外國トノ交通ヲ禁ゼルガ如キ亦

其一例ナリ。

〔第四期〕 維新已來萬國ノ交通日一日ヨリ盛ニ彼此往來絡繹ルガ如ク數百年間無事ノ天地ニ生死シテ社會進歩ノ何物タルヲ知ラザルノ人民ヲシテ萬國ト其ノ優劣ヲ爭ハシムルニ至レリ。此時ニ際シテハ治安主義ニ基キタル舊幕府ノ法典ハ時世ニ應ズルニ足ラズ故ニ明治四年ニ新律綱領ヲ發シ同六年ニ改定律令ヲ布キ大ニ古來ノ弊風ヲ一新シタリト雖此等ノ法典タル其ノ基ク所ハ大寶律令及ビ明清ノ支那法典タルニ外ナラザリシヲ以テ遂ニ明治十三年現行刑法ヲ發布シ實行ノ後已ニ十數年ヲ經過セリ。此現行法タル多少本邦古來ノ習慣ヲ採用セルモノナキニアラザルモ我立法官ハ汎ク歐洲諸國ノ法典ヲ參酌セルモノナルヲ以テ大ニ從來ノ法典ト其ノ趣ヲ異ニスルハ勿論採擇其ノ當ヲ得ズシテ學者ノ非難ヲ免レザルモノ頗ル多シト雖已ニ十數年ノ經驗ヲ積ミタル一法典ニシテ官民共ニ其ノ耳目ニ慣熟スル所ノモノナリ。容易ニ其全體ノ構造ヲ變ジ得ベキニアラザレバ爾後單行ノ法律ヲ以テ修正ヲ加ヘタルモノ亦少ナカラズ。

第二篇 現行刑法ノ淵源

第一章 刑法諸法典

現行刑法ハ大ニ歐洲諸邦ノ法刑ニ基キタルヲ以テ現行刑法ノ淵源ハ日本古代ノ刑法ヨリ寧ロ之ヲ歐洲ノ現行諸法典ニ求メザルベカラズ。左ニ現時ニ於ケル歐米ノ現行法典ヲ示ス。

ホルツエン
ドルフ氏著
法學通論第
八八一葉

〔佛國〕 佛國刑法ハ刑制上及ビ國事犯者處分上ニ就キ那破翁帝ガ其ノ專制主義ヲ施サンガ爲メニ編纂シタル所ニシテ千八百十年ノ公布ニ係レリ。當時ニ於テハ歐洲第一位ノ法典タリシト雖今日ニ至リテハ大ニ時世ノ進歩ニ後レタルモノト云ハザルヲ得ズ。但シ千八百三十二年四月廿八日ノ法律及ビ千八百六十三年五月十三日ノ法律ヲ以テ刑制上多少ノ修正ヲ加ヘタレドモ其ノ全體ニ至リテハ依然タル現行法律ナリトス。

〔英國〕 英國ニ於テハ未ダ刑事ニ關スル法典ナク條例ト慣習法トヲ以テ刑法トスレドモ千八百六十一年法律編集條例ヲ發シテ以來今日ノ刑法ハ殆ンド條例ノ成文法ヨリ成立シ從テ法典編纂ノ舉ヲ促シ千八百七十八年ニ至リテ刑法典ノ草案ヲ制定シタレドモ未ダ之ヲ實行セズ

〔獨逸〕 獨逸ニ於テハ獨逸新帝國ノ創立以來新ニ刑法典ヲ發布セリ千八百七十二一年一月一日ヨリ之ヲ實行ス
〔丁馬克〕 デンマルクノ刑法ハ千八百六十六年二月十日ヨリ實行スル一大新法典ニシテ編纂ハ體裁條文ハ明晰

及ビ其ノ詳密ノ點ニ於テハ近世學者ノ最モ稱揚シテ措カザル所ナリトス。

〔和蘭〕 和蘭ニ於テハ近世マデ佛國法典ヲ採用シ來リシガ數年前即チ千八百八十一年ノ新刑法ヲ布キ今日之レヲ實行ス。

〔白耳義〕 白耳義ニ於テモ亦佛國法典ヲ基トシ千八百六十七年ニ新刑典ヲ頒布セリ。然レドモ此法典ニ於テハ、全ク佛國法典ノ專制主義ヲ排除シテ佛典ノ缺ヲ補ヒ未遂及ビ共犯ノ處分ニ關シテ適當ノ規定ヲ設ケ刑名ヲ簡單ニシテ刑罰ノ本性ヲ確認セル等頗ル學者ノ非難ヲ免レタリ。

〔米國〕 米國ニ於テハ各州各々其ノ刑法ヲ異ニシルイジヤナ、ニウオルク、ペンシルバニア及ビマリーランドハ近世ニ於テ刑法典ヲ編纂シ就中ニウオルク州ニ於テハ千八百八十二年ニ於テ完全ナル新法典ヲ頒布セリ。

右ノ外千八百六十四年ノスキューデン刑法千八百四十二年ノノルウエー刑法千八百七十年ノ西班牙改正刑法千八百五十二年ノ葡萄牙刑法千八百六十六年ノ魯國刑法典等アリ何レモ近世ノ立法ニ出デタルモノタリト雖我が立法官ハ此等ノ新法典アルヲ認メ又歐米諸國ノ諸刑典ヲ參酌シタルコトヲ明示スルニ拘ハラズ 但シ和蘭新法典ハ佛譯ヲザルガ爲メニ參照ニ供スルコト能ハザリシコトハ草案者ノ明言スル所ナリ 鐵道電信等文明ノ利器未ダ社會ニ顯出セザル八十年前ノ法典ニシテ今日ヨリ之ヲ見レバ殆ンド古代法律ノ名義ヲ下ス可キ佛國刑法ヲ以テ我方刑法典ノ精神骨子トセルガ故ニ最モ進歩ノ甚シキ近世ノ學理ヲ以テ之ヲ照ラストキハ頗ル陳腐ニ屬シテ取ルニ足ラザルモノ甚ダ少シトセザルナリ。

第一章 刑法諸主義

アンナンド
ル氏ボビ
ニラサイ
ロベジア第
四卷第一八
一葉
ホワイ
氏著刑法哲
學第一卷

前章ニ列記セル歐米諸法典ハ現行刑法ノ淵源ナレドモ其ノ淵源タル諸法典ニハ概ネ一定セル刑法ノ主義ナルモノアリ。其ノ主義タル頗ル數多ニシテ時勢ニ從ヒ又各々其盛衰アリト雖今マ學理上此等ノ主義ヲ大別スルトキハ之ヲ三種ニ區分スルコトヲ得ベシ。絕對主義相對主義及ビ折衷主義是ナリ。絕對主義ニ於テハ刑罰ハ他ノ目的ヲ達スベキ手段ニアラズシテ刑罰ノ目的ハ刑罰自身ニ存シ刑法ハ即チ犯罪必罰ノ正理ニ基クモノニ外ナラズトシ、相對主義ニ於テハ刑法ハ他ノ目的ヲ達スルノ手段ニシテ刑罰以外ニ其目的ヲ有スベキモノトシ、折衷主義ニ於テハ右ノ兩主義ヲ協合シ刑罰ノ性質ハ犯罪必罰ノ正理ト他ノ目的ヲ達スベキ手段トヲ併有スベキモノト爲ス。左ニ此等三種ノ主義ヲ説明セム。

第一 絕對主義

絕對主義ハ國法上國家ノ觀念ヲ以テ左ノ二原則ニ基キタルモノトスルノ結果トス。

- 一、國家ハ人類ガ自ラ好シテ隨意ニ作爲セル製造物ニアラズ。國家ハ人類固有ノ天性ニ基キ一團結ヲ成立スルモノニシテ國家ノ存在ハ道義上ノ必要ニ出ヅ故ニ國家ハ決シテ各人名個ガ自由ノ契約意思ニ依リ創立シタル商業會社ノ類ニアラズ。

- 二、斯ノ如ク國家ノ存在ハ道義上ノ必要ニ基クベキモノナルヲ以テ國家ハ單ニ社會人民ノ利益其ノ他ノ目的ノ

爲メニ存スルモノニアラズ。國家ハ國家自身ニ於テ國家自存ノ目的ヲ有シ全ク社會人民ノ利害ヲ離レテ人類ノ天性タル道義上ノ必要ヲ充タスモノニ過ギズ。故ニ國家ノ高等ナル職務ハ毫モ國家以外ニ特別ナル利益ヲ計畫スルモノニアラズ。

國法上ニ認めタル右ノ二原則ヲ以テ刑法上ニ適用スルトキハ其ノ結果トシテ當然左ノ二原則ヲ生ズベシ。

- 一、刑罰ノ施行ハ國家職務中ノ一部タルベキヲ以テ刑罰モ亦國家ト等シク單ニ道義上ノ必要ニ基ク。

- 二、刑罰ノ施行ハ決シテ一個人又ハ社會ノ利益其ノ他ノ目的ノ爲メニスル手段ニアラズ。刑罰ハ刑罰以內ニ於

テ刑罰自身ノ目的ヲ有スベキモノニシテ犯罪必罰ノ正理ハ即チ刑罰權ノ基本ナリ。

右ノ二原則ニ基キタル諸主義ハ皆絕對主義ノ範圍ニ屬スベキモノナレドモ絕對派ノ諸主義モ亦分ツテ之ヲ治癒及ビ反坐ノ二派トスルコトヲ得。

(イ)〔治癒主義〕 治癒主義ニ於テハ犯罪ヲ以テ一ノ疾病ト同視シ刑罰ハ單ニ此疾病ヲ治癒スルモノニ過ギザルモノト爲ス。治癒主義中ニ又二派アリ第一ハ復舊主義ニシテキユツツ氏ノ主張スル所ナリ。此主義ニ於テハ刑罰ヲ以テ已ニ行ハレタル犯罪ヲ舊體ニ復シテ犯罪ナキニ至ラシムルモノトス。第二ハ賠償主義ニシテクライン、シユルツ諸氏ノ主張スル所ニ係ル。此主義ニ於テハ凡テ損害ヲ受ケタルモノハ裁判所ニ於テ其ノ賠償ヲ得ルト同シク刑罰ハ犯罪ヲ賠償スベク唯タ民事ニ於テハ實物上ノ賠償ナルト刑事ニ於テハ無形ノ賠償ナルトノ差異ノミトス。學者往々此主義ヲ以テ相對主義中ニ列スレドモ固ヨリ其當ヲ得ザルナリ。

ビンジンク
氏著刑法論
第一八葉

フランク氏
著佛國刑法
理論第二〇
葉

(ロ)〔反坐主義〕反坐主義ニ於テハ刑罰ハ犯罪ノ應報ニ過ギズト爲ス、カント氏ノ如キハ此主義中最モ有名ノ主張者タリ。氏ハ善ニ報ズルニ善ヲ以テシ惡ニ報ズルニ惡ヲ以テスルハ人類天賦ノ本性ナリトシ國家ノ正義ニ反對シテ犯罪ヲ行フモノハ即チ不正ノ所爲ヲ行フモノタルヲ以テ刑罰ヲ以テ之ニ報ゼザルベカラザルモノト論定セリ。然レドモ此反坐主義ノ論者中ニハ自ラ其ノ論趣ヲ異ニスルモノナキニアラズ。ツアハリエー氏ノ如キハ全ク物格的觀察ニ依リ外形ニ顯ハレタル所爲ノ結果ヨリ反坐主義ヲ説明シテ曰ク萬種ノ犯罪ハ悉ク他人ノ自由ヲ毀損スルモノナルガ故ニ之ニ反坐スベキ刑罰モ亦必ズ自由刑ヲ用ヒ毀損セラレタル自由ノ大小ニ從ヒ刑罰ノ輕重ヲ定ムベシト。然レドモ斯克全ク外形上ニ顯出シタル結果ヨリ刑罰ヲ定ムルトキハ遂ニ未遂犯ヲ不問ニ付スルニアラザレバ論理ノ牴觸ヲ免レザルニ至ルベシ。之ニ反シテヘンケー氏ハ全ク主格的觀察ニ依リ犯者ノ心意上ヨリ刑罰ノ何者タルヲ論下シ刑罰ハ凡テ犯者ノ惡意ヲ消滅セシムベキモノニシテ犯者ノ惡意ニシテ消失スルコトアラバ刑罰モ亦茲ニ完了スベキモノトセリ。然レドモ若シ氏ノ説ヲ行ハレシメバ如何ナル輕小ノ犯罪ト雖苟モ惡意ノ消失セザル限リハ之ニ重大ノ刑罰ヲ施スコトヲ得ルニ至ルベシ。故ニ兩氏ノ説自ラ偏倚スル所アルヲ免レズ。於是乎有名ナル哲學者ヘーゲル氏ハ一種ノ新説ヲ案出シテ曰ク法律ハ社會一般ノ意思ヲ表出ナリ各人特別ノ意思ハ此一般ノ意思ニ勝ツコトヲ得ズ所謂犯罪ナルモノハ各人特別ノ意思ヲ以テ形體上一時一般ノ意思ヲ破ルモノニ過ギズ是以テ法律ハ此意思ヲ破ル者ヲ罰シ罪刑互ニ相殺シ各人ノ私意ハ到底一般ノ意思ニ勝ツコト能ハザルノ實ヲ保全ス故ニ犯罪ハ法律ノ拒否 (Negation des Rechtes) ニシテ刑罰ハ法律ノ拒否 (Die negation dieses

negation des rechtes) ナリト。

第二 相對主義

前世紀ノ終リ今世紀ノ初メニ當リテハ學者多クハ國家ヲ以テ恰モ商事會社ト一般各人各個ノ私益ヲ達スベキ人爲ノ一制度ト看做シ國家ニハ國家自存ノ理由アルヲ認メザリキ。故ニ刑法上ニ於テモ亦此原理ヲ適用シ刑罰ノ執行ハ唯ダ國家職務ノ一ニ過ギザルヲ以テ刑罰ヲ設クルノ目的モ亦各人各個ノ利益ニ在リトシ刑罰ハ刑罰以外ノ目的ヲ達スルノ方法タルニ外ナラズトセリ。而シテ此等ノ國家思想ニ出デタル諸主義ハ總テ相對主義ノ範圍ニ屬スベキモノニシテ學理上古來七派ノ主義アルヲ認ムルコトヲ得ベシ。學者又或ハ此等ノ主義ヲ概稱シテ利益主義ト謂フ。

(イ)〔脅嚇主義〕 犯者ヲ罰シテ他ノ一般人民ヲ恐怖シ以テ犯罪ヲ行フコトヲ避ケシメントスルハ此主義ノ主眼トスル所ニシテ犯罪ヲ公行シ嚴刑ヲ施スガ如キハ從テ生ズベキ結果タリ。蓋シ此主義ハ犯者ヲ以テ一般ノ利益ニ供スベキ器械ト爲スノミナラズ此主義ニ基キタル刑法ハ實際其ノ目的ヲ達スルコトヲ得ザルベシ。何トナレバ若シ刑罰ニシテ嚴格ニ過グルコトアラバ一般ノ人民ハ勿論法官ノ如キモ亦却テ德義上犯罪ヲ隱蔽シ却テ刑罰ノ適用ヲ確實ナラシムルコト能ハザルノ大弊ヲ發生スレバナリ。

(ロ)〔改良主義〕 改良主義ハ刑罰ヲ以テ犯者自身ヲ改良シ罪惡ノ心ヲ消失セシメ再犯ニ陥ルコトナキヲ期スルニアレドモ此主義ニ依ルトキハ到底改良スルコト能ハザル惡漢ニ對シテ刑罰ヲ施スノ必要ナカルベク又犯者ノ

ベルネル氏
著刑法論第
二二葉以下
アンナンデ
ール氏ホビ
ウラロエン
サイクロー
シア第四卷
第一八一葉

歸善ハ人々ニ於テ各々其ノ遲速アルベキヲ以テ此主義ニ依リ刑法ヲ制定セントスル立法官ハ豫メ罪罰二者ノ權衡ヲ規定スルコト能ハザルベシ。

(ハ)〔防衛主義〕 此主義ハ國家ノ刑罰權ヲ以テ國家ノ正當防衛權ニ歸シ國家ハ刑罰ヲ以テ國家ニ危害ヲ加フルモノニ對シ已レヲ防衛スルノ權利アルベキモノトナス。然レドモ刑罰ト防衛トハ全ク其ノ性質ヲ異ニシ正當防衛ノ權タル之ヲ未ダ犯罪ノ實行セラレザルノ前ニ用フベク已ニ行ハレタル犯罪ニ就テハ又之ヲ如何トモスルコト能ハザルナリ。

(ニ)〔豫防主義〕 豫防主義ハヘツス邦ノ大臣フオン、グロールマン氏ノ主唱スル所ナリ、其ノ說ニ依レバ犯罪ハ現ニ法律ニ反對スル不法ノ所爲タルノミナラズ仍ホ再犯ノ恐レアルベキモノニシテ刑罰ハ又此ノ恐レヲ除去スルノ要具タラザルベカラザルモノトナシ刑罰ヲ以テ國家ハ之ヲ豫防スルノ權アルベキモノト論定セリ。然レドモ未來ノ犯罪ヲ豫防スルノ方策ハ已ニ行レタル犯罪ノ刑罰タルコトヲ得ザルベシ。若シ夫レ果シテ然リトセンカ或ル特種ナル情況ニ依リ決シテ再犯ノ恐レナキ場合ニ於テハ現ニ行ハタル犯罪ト雖之ヲ不問ニ付セザルヲ得ザルノ不都合ヲ生ズベシ。

(ホ)〔制心主義〕 制心主義ハ脅嚇主義ニ一步ヲ進メタルモノニ過ギズト雖有名ナルフオイエルバツハ氏ノ主張スル所ニ係レリ。此主義ニ依レバ刑罰ノ苦痛ヲシテ犯罪ニ依リ得ラルベキ利益ヨリ大ナラシメ人ヲシテ犯罪ヲ爲スノ心ヲ強制セントスルニ在リ。然レドモ此主義タル犯罪者ノ過半ハ法網ヲ免ル、ノ倖僥ヲ期シ豫メ刑罰ノ苦

痛ト犯罪ノ利益ヲ比較スルモノニアラザルノ事實ヲ忘却シタル架空ノ一說ナリ實際上決シテ其ノ目的ヲ達シ得ベキモノニアラザルナリ。然レドモ現ニ千八百十三年ノバ、リヤ刑法ハ此主義ニ基キタリ。

(ヘ)〔警戒主義〕 警戒主義ハバウエル氏ノ始メテ唱ヘタル所ニシテ氏ハ國家ガ犯罪ヲ禁止スルニハ教育警察及ビ刑罰ノ三手段ヲ用ヒ教育警察兩者ノ已ニ及バザルモノニ對シテ刑罰ノ手段ヲ實行スルノ必要アルベキモノトセリ。故ニ刑罰ハ脅嚇ノ性質ヲ有セザルベカラザルモ制心主義ニ於ケルガ如ク單ニ罪ヲ犯サントスルモノニ對シテ其ノ心意ヲ制スルノミニ止ラズ汎ク一般人類ノ德義心ニ對シテ犯罪ノ爲スベカラザルコトヲ警戒スベキモノトラザルベカラズトセリ。此主義モ亦脅嚇及ビ制心ニ主義ニ對スル批難ヲ免レザルモノナリ。

(ト)〔民約主義〕 民約主義ニ依レバ凡人ソ人ニシテ社會ノ一員トナルヤ默諾ニ依テ社會ノ刑罰ヲ受クベキ義務ヲ發生スベキモノタルヲ以テ國家ハ此默諾ニ依リ刑罰執行ノ權ヲ有スベキモノトセリ然レドモ正理ニ反シタル契約ハ敢テ之ヲ履行スルノ義務ナキモノナルガ故ニ契約ノ有無ハ刑罰權ノ正否ヲ論定スルニ足ラザルナリ。故ニフヒテ氏ハ斯ル民約說ヲ修正シテ民約主義ヲ主張シテ曰ク契約ニ背キ他人ノ權利ヲ害スルモノハ國家ハ其ノ契約ノ履行上直ニ之ヲ罰スルコトヲ得ザレドモ國家ハ契約違反者ニ對シテ社會ノ一員タル權利ヲ剝奪スルコトヲ得ルハ明白ナレバ社會ハ唯ダ犯罪者ヲ人類社會外ニ放逐スルノ大權ヲ有スベシ然レドモ人類ハ社會的ノ動物タリ社會外ニ放逐セラル、ヨリ寧ロ甘ンジテ刑罰ヲ受クルノ勝レルニ若カズ故ニ刑罰權ノ本原ハ民約ニ在リト。然レドモ今日ノ學理ニ於テハ決シテ斯ル契約ノ存在スベキ所以ヲ認メズ。

第三 折衷主義

絶對主義が國家自存ノ目的アリ刑罰ハ刑罰自身ノ目的アリトスルノ説ハ一理ナキニアラス。蓋シ國家ノ正義ハ單ニ利益ノ奴隸ニアラザレバ刑罰ヲシテ正理ニ適ハシムルハ正義ノ然ラシムル所ニシテ利益ノ然ラシムル所ニアラス。然レドモ又國家及ビ法律ノ二者ハ人類ノ爲メニ存スベキモノニシテ國家及ビ法律ノ爲メニ人類ノ存スルモノニアラス。於是乎折衷主義ナルモノ起リテ正義ト社會ノ利益トヲ協合シ共ニ之ヲ刑罰ノ目的ト爲サンコトヲ企テタリ。而シテ此二者配合ノ度ニ從ヒ折衷主義モ亦分レテ三説トナリ第一説ハ正義ハ即チ利益ナリト説キ第二説ハ正義ノ許容スル區域内ニ於テ社會ノ利益ヲ保全スト云ヒ第三説ハ社會ノ利益ノ許ス限リニ於テ正義ヲ保全スト主唱セリ。第一説ハアツベツグ氏ノ採ル所ナリ氏ノ論ニ曰ク刑罰ハ絶對主義ノ如ク正義ノ要求ニシテ犯罪必罪ノ應報タリト雖モ犯罪ハ唯ダ其ノ所爲ノ大小ノ點ノミニ止マラズ又其ノ惡意ノ大小ノ點ヨリ考察セザルベカラズ犯罪ノ恐ルベキハ實ニ犯罪タル外形ノ所爲ナルノミニ止マラズ併セテ犯者ノ心意ニ在リ夜間ノ放火ハ晝間ノ放火ヨリ其ノ罪ノ大ナルハ單ニ其ノ外形ノ所爲ノミナラズ其ノ罪惡ノ度ニ於テモ亦然ラザルヲ得ズ。即チ相對主義ノ違セントスル目的ハ全ク此犯罪ノ心意中ニ包含セラレ絶對主義ノ論旨ハ外形ノ所爲ニ付キ反坐ノ實想ヲ顯スベシ故ニ正義ノ實行ハ同時ニ社會ノ目的タル利益ヲ保全スト。第二説ハウキルト、メルケル等ノ主張スル所ナリ其ノ論ニ曰ク凡ソ刑罰ハ二個ノ目的ヲ有ス第一刑罰ハ犯者ニ對シテ物格的ノ目的ヲ有シ外形上ニ犯罪ヲ反坐シテ正義ヲ保持シ第二刑罰ハ犯者ニ對シ主格的ノ目的ヲ有シ犯者ノ心意ヲ改良シ併セテ他人ヲ脅嚇ス而シテ其ノ主格的ノ目

的ハ家族學校及ビ教會之ヲ實行シ國家ハ唯ダ物格的ニ屬スル目的ヲ實行シ以テ間接ニ主格的ノ目的ヲ達スルコトヲ得ベシト故ニ此説タル社會ノ利益ヲ第二位ニ置クモノナリ。第三説ハ正義ヲ以テ社會ノ利益ノ奴隸トスルモノニシテオルトラン、ロツシー諸氏之ヲ主唱シ正義ト公益トノ二者ヲ以テ刑罰ノ目的トナシ苟モ社會ノ利益ヲ害セザル限リハ刑罰ヲ施シテ社會ノ正義ヲ計圖スベキモノトセリ。故ニ此主義ニ於テハ利益ヲ主トシテ正義ヲ第二位ニ置キタルモノト謂ハザルヲ得ズ。

然ラバ則チ折衷主義ハ如何ナル原則ニ其ノ基礎ヲ定メ罪ト刑トヲ定ムベキカ。單ニ折衷主義ヲ以テ兩主義ヲ折衷スルモノトスル單簡ノ理由ハ未ダ以テ折衷主義ノ何物タルヲ了知セシムルニ足ラザルナリ。左ニ近世學者ノ認メタル折衷主義ノ原理ヲ論述セム。

刑罰ハ正義ヲ回復シ不正不義ヲ消滅セシムルモノタルヲ以テ刑罰ハ正義ノ一種ナリ。語ヲ換ヘテ之ヲ言ハマ刑罰ハ犯罪ノ應報ニシテ刑罰ノ基本ハ反坐ニ在リ。故ニ折衷主義ノ目的タル社會ノ利益若クハ改良脅嚇等ハ正義ノ範圍内ニ於テ之ヲ計畫セザルヲ得ズ是レ近世折衷主義ノ真相ナリ。左ニ此原則ヲ説明セム。

一、凡ソ有形物ノ性質上ノ存在ニシテ一定ノ分量ニ關係スルトキニ當リ若シ其ノ定量ニ過不及アルトキハ全ク其ノ有形物質上ノ存在ナキニ至ルカ否ラサレバ全ク他ノ性質ヲ備ヘタル有形物ニ變化スベシ。設例ヘバ水ノ性質上ノ存在ハ溫度ノ分量ニ關係スルヲ以テ若シ其ノ分量ヲ變ズルトキハ從テ其ノ流動性ヲ變ジ氷若シクハ蒸氣ニ化スベキハヘーゲル氏ガ論定スル所ナリ。此理ヲ推シテ無形の性質上ノ存在ニ及ボスモ亦然リ道德上ノ

美德タル寛大ナルモノモ消費スル金額ノ多キニ過グレバ放肆ニ變ジ節儉ナルモノモ其ノ少キニ過グレバ吝嗇ニ化シ勇氣ナルモノモ其ノ度ヲ超ユレバ狂妄トナリ遠慮ナルモノモ其ノ度ヲ失スレバ卑怯トナル。故ニ正義モ亦其ノ定量ヲ有シ刑罰ヲシテ正當ナル反坐ノ性質ヲ保全セシメント欲セバ刑罰ノ苦痛上一定ノ分量ナカルベカラズ。反坐ノ正義ハ刑罰ノ性質ナリ苦痛ハ刑罰ノ分量ナリ。其ノ量ニシテ過多ナランカ刑罰ハ變ジテ復歸トナルベク其ノ量ニシテ輕少ナランカ刑罰ハ化シテ狗彘トナルベシ共ニ正義ニ適フモノニアラズ。

二、斯ク一物ノ存在ハ有形タルト無形タルトヲ問ハズ苟モ其ノ定量ヲ變ゼザル以上ハ決シテ其ノ性質ヲ變ゼザルモノタルヲ以テ其ノ定量中ニ於テハ自ラ自由ノ加減ヲ爲スベキ範圍アリ。即チ華氏ノ零度ヨリ三十二度ノ間ニ於テハ氷ハ依然タル氷タルベク三十二度ヨリ二百十二度ニ至ルノ間ハ水ハ依然タル水ニシテ此ノ範圍内ニ於ケル溫度即チ分量ノ多少ハ毫モ其ノ物質ノ性質ヲ變ズルモノニアラズ又幾分ノ金額ヲ消費スルヲ以テ寛大ヲ超エテ放肆ニ變ジ幾多ノ金額ヲ拂ハザルヲ以テ節儉ヲ下リテ吝嗇ニ陥ルベキカ敢テ確定ノ金額ヲ指示スルコト能ハズト雖人間普通ノ良心ニ於テ其ノ間自ラ制限ト範圍ノ存スルモノアルヤ明カナリ。故ニ正義ニ依リ刑罰ヲ以テ犯罪ニ反坐シ若痛ノ分量ヲシテ刑罰ノ性質ヲ失フコトナカラシムルニ於テモ亦之ト同一理由ニ基キ刑罰ノ性質ハ飽クマデ反坐タラザルベカラザルモ刑罰ノ分量ニ至リテハ必ズ其ノ範圍アリ最長點ト最下點トノ間ニ於テ自ラ自由ノ活動ヲ爲スベキ餘地ヲ存ス。

三、故ニ折衷主義ニ基キタル刑法ニ於テハ立法官ハ必ズ刑ノ最長期ト最短期トヲ定メ以テ反坐ノ性質ヲ明示シ而

シテ此期間ノ範圍内ニ於テ法官ハ或ル犯罪ノ社會ノ利益ヲ害シタルノ程度ヲ斟酌シテ現ニ犯人ニ科スベキ刑ヲ定メ行政官ハ又特赦假出獄等ノ制度ニ依リテ現ニ犯人ニ對シテ實行スベキ刑期ヲ確定ス。設例ヘバ刑法ニ於テ竊盜犯ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處スベキモノト定メタルハ反坐ノ性質ヲ明示スル者ナリ。如何ナル竊盜犯ヲ問ハズ之ヲ罰スルニ二月以上四年以下ノ範圍内ヲ以テスル以上ハ水方三十二度以上二百十二度以内ニ於テ流動性ヲ失ハザルト等シク刑モ亦反坐ノ性質ヲ失フコトナシ。故ニ犯人ニシテ再犯三犯等ニ係リ社會ノ利益ヲ害スルコト大ナルモノアラバ法官ハ宜シク之ヲ罰スルニ四年ノ刑ヲ以テスルコトヲ得ベク之ニ反シ犯罪ノ物體輕微ニシテ社會ヲ害スルコト甚ダ少ナキモノハ二月ノ刑ヲ以テ之ニ科スルコトヲ得レドモ共ニ刑ノ本性即チ反坐ノ性質ニ於テ缺ケル所ナキガ如シ。

四、斯ク犯罪ノ分量ハ必ズ其ノ範圍アルベキモノタルヲ以テ改良脅嚇等其ノ他社會ノ利益等ハ此範圍ニ於テ其ノ影響ヲ刑罰ノ分量上ニ及ボシ仍ホ刑罰ノ正義タル反坐ノ性質ヲ變ズルコトナカラシムルコトヲ得。

五、然レドモ社會ノ利益ハ反坐ノ性質ヲ害セザル限りニ於テ之ヲ計畫セザルベカラザルガ故ニ範圍ヲ許サマル性質ノ刑ニ至リテハ單ニ反坐ヲ以テ其ノ主義トセザルベカラズ死刑無期刑ノ如キ即チ是レナリ。

第三篇 現行刑法ノ主義

第一章 折衷主義

現行刑法ハ其ノ淵源ヲ古來ノ慣例法規ニ採リタルヨリ寧ロ之ヲ歐米ノ刑法典ニ採リタルハ前章ニ於テ論述シタル所ノ如シ。然レドモ現行刑法ハ果シテ如何ナル主義ニ基キタルカ又其ノ新舊刑法ハ如何ナル關係ニ於テ其ノ大原則ヲ異ニスルカヲ論述セザレバ未ダ我刑法全體ヲ考察シ得タルモノト謂フベカラズ予ハ章ヲ追ヒ刑罰權ニ關スル主義及ビ國體上並ニ宗教上ノ三點ヨリ之ヲ觀察セン。

我刑法起草者ハ波氏ナリ氏ガ草案説明ニ依レバ氏ハ折衷主義ニ依リテ我刑法ヲ編纂シタルコトヲ明言スレドモ氏ハ未ダ近世折衷主義ノ眞義ヲ了解セザルニヤ折衷主義中最モ古代ノ陳腐論ヲ唱道シ折衷主義ヲ解シテ「純正利益主義ヲ參酌シ道德上ノ本務ト社會上ノ本務トニ併セテ反對スベキ所爲ヲ以テ犯罪トシテ之ニ刑罰ヲ科スベキモノ」トセリ。蓋シ此舊説タル五ニ相ヒ反對シテ共ニ協合スルコトヲ得ベカラザル社會ノ利益ト道德上ノ正義トヲ折衷セントスルモノニシテ到底爲シ得ベカラザル架空ノ希望ナリ。若シ又強テ之ヲ混合スルモノ二者相互ノ協合一致ヲ缺キ其ノ結果ハ終ニ猫ニ非ズ又虎ナラザルノ無主義タルニ歸スベキノミ。草案者ノ意見ニ依ルモ亦此二者ハ「性質上共ニ對比スベカラズ又共ニ秤量シ得ベカラズシテ常ニ適當ノ平均ヲ得ルコト能ハザルモノ」トナシ此説

ノ適當ニ實行シ得ベカラザル事實ヲ自認セリ。草案者ガ唱道セル折衷主義ノ根據ハ其ノ薄弱ナルコト斯ノ如ク其ノ曖昧タルコト斯ノ如シ。若シ其ノ主義ニ從ヒ法典ヲ制定スルコトアリト假想セヨ罪ト刑トノ權衡ハ果シテ如何ナル標準ニ據リテ其ノ宜シキヲ得ンコトヲ望ムベキヤ木ニ緣リテ魚ヲ求ムルノ類ナラン。然レドモ強テ草案者ノ趣旨ヲ辯護セントスルモノ或ハ云ハン「法律上道德ヲ害スル大ナルモノハ併セテ社會ヲ害スルコト大ナルベク道德ヲ害スルコト小ナルモノハ亦社會ヲ害スルノ度モ小ナルベシ」ト蓋シ此論タル昔日アツベツク氏ノ主張セル所ナレドモ折衷主義ノ論者ニ取りテハ自家撞着ノ説タルヲ免レズ。何トナレバ此論旨ニ從ヘバ利益正義ハ同一物タルベキヲ以テ折衷スベキ二個以上ノ原素アルコトヲ認ムルコトヲ得ザレバナリ。語ヲ換ヘテ之ヲ言ハマボ氏ノ維持セル折衷説ハ折衷シ得ベカラザル二個ノ標準ヲ置キ以テ罪ト刑トノ權衡ヲ定メントスルモノナルガ故ニ罪、刑二者ノ平均ヲ得ントスルハ到底希望シ得ベキノニアラズ。然ルニ近世折衷主義ノ原理ハ罪、刑ノ權衡ヲ保スルニ正義、利益二個ノ標準ヲ設ケズ正義ヲ以テ刑罰ノ基本トナシ正義ノ範圍内ニ於テ社會ノ利益ヲ計畫保全セントスルニ在ルコトハ前章ニ於テ已ニ説明セル所ノ如シ。現行刑法ガ刑罰ニ範圍ヲ設ケタルハ或ハ能ク折衷主義ニ適スルガ如シト雖又必ズシモ然ラザルモノアリ。總則ニ於テ酌量減輕ノ法ヲ設ケ又再犯加重ノ法ヲ置キ萬種ノ犯罪ニ對シテ一等又ハ二等ヲ減輕シ又ハ一等ヲ加フルコトヲ許容シタルハ根底ヨリ折衷主義ノ原理ヲ暗殺シ刑罰ヲシテ反坐ノ性質ヲ失ハシメタルモノト謂ハザルヲ得ズ。刑法第二百九十二條ニ豫メ謀テ人ヲ殺シタルモノハ謀殺ノ罪ト爲シ死刑ニ處スト云ヒ第三百六十六條ニ人ノ所有物ヲ竊取シタルモノハ竊盜ノ罪ト爲シ二月以上四年以下ノ重

禁錮ニ處スト云ヘルハ外見上能ク反坐ノ性質範圍ヲ備フルガ如キモ他ニ酌量減輕ノ法アルコトヲ知ラバ取モ直サズ謀殺罪ハ死刑無期徒刑若クハ有期徒刑ニ處スト云ヒ竊盜罪ハ一月以上二年以下若クハ四年以下ノ重禁錮ニ處スト云ヘルト同一ナリ。反坐ノ性質ヲ失ハザルモノト云フコトヲ得ベキヤ。眼玉大ノ惡事ニ赤豆大以上白大以下ノ苦痛ヲ應報スルノ感ナキ能ハズ。再犯加重モ亦然リ。已ニ刑法各條ニ於テ反坐ノ性質ヲ超過セザル刑罰ノ範圍ヲ設ケ乍ラ總則ニ於テ一般ニ加重ノ法ヲ設クルハ定量外ニ於テ社會ノ利益ヲ計畫スルモノアルニ似タリ。然レドモ現行刑法ノ全體ニ就テ考察スルトキハ正義ノ範圍ヲ超エ刑罰ノ反坐タル性質如何ヲ問ハズ全ク社會上ノ利益ヲ害スルノ程度ニ從ヒ之ヲ處スルニ死刑若クハ無期徒刑ノ重刑(設例ヘバ放火罪ノ死刑、貨幣偽造罪ノ無期徒刑)ヲ以テスルモノアルガ故ニ酌量減輕ノ法ト相待テ始メテ刑罰ノ反坐タル性質ヲ見ルニ至ルガ如キノ觀ナキニアラズ。但シ如何ニ我刑法ガ社會ノ利益ノミニ注目スルトモ再犯ノ故ヲ以テ加重シテ死刑ニ處スルハ反坐ノ性質ニ適セザルノ甚シキモノナルヲ以テ我刑法モ亦一制限ヲ設ケ加ヘテ死刑ニ入ルヲ禁ズルハ立法官ノ良心知ラズ識ラズ正義ノ範圍ヲ離ル、コト能ハザリシモノト謂フベシ。

第一章 利益主義

我が刑法ノ起案者ハ共和國ノ平民ナリ君臣ノ名分臣子ノ本務ニ至リテハ豈ニ能クボ氏ノ辨ズル所ナランヤ。現行刑法ニ於テモ亦皇室ニ對スル罪ヲ嚴罰スルモ單ニ之ヲ嚴罰スルノ一事ハ未ダ以テ君主國ノ刑法タル體面ヲ得タ

ルモノト謂フベカラズ。抑モ君主國ニ於ケル君主ハ立憲國ト專制國トヲ問ハズ其ノ主權ヲ君主ノ一身ニ收攬スルモノナルヲ以テ在位ノ天皇ニ對シテ加ヘタル危害ノ所爲ハ君臣ノ名分上之ヲ主權ニ對スル一種ノ國事犯即チ大逆罪トスルハ英獨等君主國刑法ノ認ムル所ニシテ又我國古代法就中大寶令等ノ確認スル所ナレドモ現行刑法ニ至テハ全ク此等ノ思想ヲ缺キ皇室ニ對スル罪ヲ以テ國事犯トスルコトヲ明定セズ嘗テ君臣ノ名分ヲ正スコトナキハ予ハ各論ニ詳述スル所ニ依リテ明々白々タラン君臣ノ名分已ニ斯ノ如シ我刑法豈ニ皇室ヲ以テ社會ノ利益ノ上ニ置カンヤ。現行刑法ハ曰ク「天皇ニ對スル危害ノ罪ハ之ヲ死刑ニ處ス」ト然レドモ我刑法起草者ハ折衷主義ヲ採用スルニ社會ノ利益ヲ主トシテ國家ノ正義ヲ後ニシ酌量減輕ノ法ヲ設ケ判事ヲシテ一等等又ハ二等ヲ減ズルコトヲ許スガ故ニ現行刑法ノ眞面目ヲ暴露スルトキハ「天皇ニ對スル危害ノ罪ハ死刑無期徒刑又ハ有期徒刑ニ處ス」ト規定シタルト毫モ異ナル所ナカルベシ。而シテ判官ガ死刑若クハ徒刑ノ何レノ刑ニ處スルカハ該犯罪ガ現ニ社會人ノ利益ヲ害シタルノ大小ニ依ルベキヲ以テ天皇ニ對スル危害罪ヲ罰スルニ死刑ノ嚴刑ヲ以テスルト否トハ社會人民ノ利益ヲ損害スル大小如何ニ一任スルコトナルベシ。ルーソー輩ノ民約說其ノ他利益主義ハ能ク現行刑法ノ精神ヲ支配シ得タリト謂フベシ噫。

第三章 加特力主義

現行刑法ノ起草者ハ「カトリック」教旨ノ信徒ナリ。耶蘇基督ノ前ニハ萬民同一ニシテ君臣ナク父子ナシ。忠

ト孝ト豈ニ現行刑法ノ維持スル所ナランヤ。於是乎皇室及ビ父母ニ對スル罪ヲ嚴罰スルモ其ノ名分ヲ失シ其ノ精神ヲ無ニスルコト已ニ前項ニ論述スル所ノ如シ。而シテ此等ノ點ニ於テハ現行刑法ハ我國古來ノ慣習道義ニ重大ノ關係ヲ有スルハ勿論ナレドモ刑法上「カトリック」教旨ヲ採用シ我臣民ヲ支配スルニ「カトリック」教旨ノ法律ヲ以テスルニ至リテハ更ニ大ニ驚クベキモノアリ。抑モ歐洲中世史中最モ著大ノ顯象ハ「カトリック」教派ト「プロテスタント」教派ノ鬭爭ナリシハ前章已ニ之ヲ論ジタリ。此慘憺タル多年ノ鬭爭ハ遂ニ宗教自由ノ原理ニ其ノ局ヲ結ビ佛、伊、白耳義等羅丁種族ノ邦國ハ概ネ「カトリック」主義ニ歸着シ英、佛、蘭等「チユトニー」種族ノ邦國ハ概ネ「プロテスタント」主義ニ歸着シタリシガ、此強大ナル兩主義ハ各國ノ法律制度ニ其ノ差異ヲ及ボシタルモノ甚ダ少シトセズ。就中「カトリック」教派ハ羅馬法皇ヲ尊奉シテ之ヲ宗教的邦國ノ主權トスルモノナレバ宗教上ノ觀念ヲ以テ法律制度ノ理論ニ混入シ刑法上ニ於テ犯罪ト刑罰トノ權衡ヲ規定スルニモ亦主トシテ人類内部ノ心意上ヨリ考察シ大小ヲ以テ刑罰ノ輕重ヲ量定スベキ最上ノ標準トセリ。之ニ反シテ「カトリック」主義ヲ排除シ全ク宗教ノ思想ヲ離レテ刑法ヲ論ズルハ邦國ニ於テハ單ニ犯罪ヲ外部ニ顯出シタル形跡結果ノ大小ニ從ヒ刑罰ノ輕重ヲ定ムベキモノトセリ。現行刑法ノ如キハ其ノ制定ニ際シテ汎ク歐米諸邦ノ法典ヲ參酌折衷シタルハ既ニ世人ノ公許スル所ナルドモ其ノ本體骨髓タリシモノハ「カトリック」教民ヲ支配スル佛國刑法ナリ。草按起草ノ大任ヲ擔當セルモノハ「カトリック」邦國ノ人民ナリ。「カトリック」教旨ガ全法典ヲ貫通スルハ痕跡アルベキハ蓋シ自然ノ結果ナリト云フベシ。試ニ見ヨ現行刑法未遂犯罪ヲ處斷スルノ方法ヲ見ヨ。之ヲ既

遂犯ト同視スル所ノ佛國刑法ノ酷ニ達セザルモ既遂罪ノ刑ニ照シテ僅カニ一等又ハ二等ヲ減ズルモノアルニ過ギズヤ、既遂犯ハ犯罪タル外形ノ結果ヲ生ジタルモノナリ。未遂犯ハ惡意アルモ終局其ノ結果ヲ生ゼザルモノナリ。人ノ生命ヲ絶テタル所爲ト人ヲ殺スノ意ヲ以テ己ノ手足ヲ動カシ毫モ實害ヲ他人ニ加ヘザルモノト其ノ間單ニ一等又ハ二等ノ差異アルニ過ギザルベキ乎、宗教的ノ思想ヲ以テ犯罪ノ惡意ノミヲ責ムルノ大ナルモノアリトナスニアラズンバ誰レカ能ク其ノ理由ヲ辯ゼンヤ。之ニ反シテ所謂中止犯ナルモノハ已ニ犯罪タル所爲ニ着手シ外形上未遂犯ト其ノ形跡ヲ同ウスルモ自己ノ發心ニ依リテ犯罪タル結果ヲ生ズルニ至ラザルモノタルヲ以テ全ク其ノ罪ヲ論ゼザルハ現行刑法ガ消極的ニ規定スル所ナリ。宗教上ノ思想ニ基キ犯者ノ歸善心ヲ賞スルモノアリトナスニアラズンバ誰レカ此惑ヲ解カンヤ。試ミニ見ヨ我刑法ガ教唆者及ビ從犯者ヲ處斷スルノ方法ヲ見ヨ。佛國刑法ノ如ク酷シキニ至ラザルモノアリト雖ドモ教唆者ヲ以テ正犯ト同一ノ刑ニ處シ從犯ハ正犯ノ刑ニ照シテ僅ニ一等ヲ減ズルノ差アルノミ。教唆者ハ人ヲシテ犯罪ノ意思ヲ決セシムルモ毫モ之ガ實行ニ加ハリタルモノニアラズ從犯ハ唯正犯ノ罪ヲ犯スコトヲ知りテ其ノ豫備タル所爲ヲ幫助スルモノハ、ミ毫モ犯罪タル所爲自身ニ加功セルモノニアラズ。然ルニ其ノ刑ノ此ノ如クナルハ是レ宗教上ノ思想ヲ以テ犯者ノ惡意ヲ責ルニ嚴ニシテ外形上ノ形跡ヲ問フノ寛ナルモノト謂ハザルヲ得ズ。試ミニ見ヨ其ノ他編制ノ精神不論罪及ビ宥恕等ニ關スル我刑法ノ規定ヲ見ヨ。悉ク宗教的ノ理論ヲ以テスルニアラザレバ其ノ眞意ヲ解スルニ難キヲ。而シテ我刑法ニ於ケル這般ノ特性ハ全ク現行刑法ヲ以テ新ニ我帝國ニ輸入セル原質タリ。決シテ本邦古來ノ法律ヨリ遺傳シ來レルモノニアラザルナ

リ。試ミニ眼ヲ轉ジテ僅々數年前迄我帝國ノ人民ヲ支配シタル新律綱領等ヲ見ヨ。謀殺既遂ヲ罰スルニ死ヲ以テスルモ其ノ從犯ニ至リテハ流三等ヲ止メ人ヲ傷スルニ至ラザル未遂犯ハ徒三年其ノ從犯ハ杖一百ニ過ギザル等、各罪ニ就キ犯罪ノ形跡ニ顯ハレタル結果ニ依リ適宜ニ罪ト刑トノ權衡ヲ定メタリ。故ニ現行法ニ於ケルガ如ク一種ノ大主義ヲ以テ一般ノ犯罪ニ適用スベキ洪大ノ總則ヲ設クルコトナケレバ廢篤疾ニ至ルベキ重傷ヲ負ハシメタル謀殺未遂犯ト單ニ殺意ヲ以テ毒藥ヲ食卓上ニ備ヘタル所爲トヲ以テ同一ナル無期徒刑ニ處スルガ如キ大膽ノ規定ナキハ英、獨法律ト略ミ其ノ趣ヲ同ウスルモノアリ。蓋シ我立法官ハ特ニ加特力教旨ヲ以テ我刑法ヲ編纂スルノ意ナカリシヤ素ヨリ明白疑ナシト雖不知不識ノ間ニ於テ我帝國臣民ヲ擧テ遂ニ加特力教旨ノ拘束スル所トナラシメタリ。八萬四千ノ光明モ亦之ヲ照スノ勢ナク科戸ノ神ノ神風モ亦之ヲ拂フノ力ナシ。

本章ニ論述スル所ニ依リ新舊刑法ヲ比較セバ舊法ハ一般ニ刑ノ殘酷ナルモノアリシニ關ハラズ。罪、刑二者ノ權衡ヲシテ其ノ平ヲ得セシムルガ如キ重要事項ニ就テハ遠ク現行刑法ノ及バザルモノアルヲ知ルベシ。況ンヤ大寶律令ノ如キニ至リテハ眞ニ萬國ニ對シテ其ノ美ヲ誇稱スルニ足ルモノタルニ係ハラズ今ヤ誤謬ノ折衷論ト民約説ト加特力教旨トヲ以テ悉ク我國固有ノ美質ヲ打破シ了レリ。夫ノ歐米ノ人士ガ現行刑法ヲ以テ文明邦國ノ法典ナリトシテ之ヲ稱揚スルガ如キハ日本ヲ以テ野蠻未開ノ邦國トナシ是非ノ標準自身ヲ卑異スルニ由レリ。我刑法ノ沿革ヲ知り又歐米ノ法ニ通ズルモノ誰レカ能ク之レニ同センヤ。

現行刑法原論緒論終

現行刑法原論汎論

第一篇 犯罪

第一章 犯罪ノ定義及ビ區別

第一節 犯罪ノ定義

犯罪ニ普通一般ナル性質ヲ確定スル之ヲ犯罪ノ定義ト謂フ。故ニ其ノ定義中ニハ一ハ犯罪タルニ必要ナル一切ノ條件ハ悉ク之ヲ包含セシメ又一ハ犯罪タルニ必要ナラザル條件ハ毫モ之ヲ交フルコトナキヲ要ス。罪トハ法律ニ於テ罰スベキ所爲ヲ謂フトハ往々學者ノ下シタル犯罪ノ定義ニシテ亦我刑法草案ノ採用セル所ナレドモ此定義ハ犯罪タルニ必要ナラザル條件ヲ含ミ仍ホ且無用ノ妄誕タルヲ免カレズ。

〔第一〕 此定義ハ法律ニ於テ罰スルモノニアラザレバ犯罪ニアラズトスルモノナリ然レドモ法律ニ於テ犯罪ト認ムルノ所爲ハ法律ニ於テ之ヲ罰セザルモ亦犯罪ナリ。罰ヲ以テ犯罪ノ一性質トセルハ必要ナラザル性質ヲ以テ定義中ニ加ヘタルモノト謂ハザルヲ得ズ。抑モ法律ニ於テ罪ト認メザレバ法律上ノ罪ナキハ明ニシテ「法律ナクンバ犯罪ナシ」(Nullum Crimen sine lege)ト云ヘル格言ハ其ノ正鵠ヲ失ハズ又法律ニ於テ罰スベキモノト定メザル

ベイン氏論
理學歸納篇
第一五四葉
ミル氏論理
學第一卷第
七章

所爲ハ之ヲ罰スルコトヲ得ザルモ亦明カニシテ「法律ナクンバ刑罰ナシ」(Nullum poena sine lege)ト云ヘル格言モ亦確實ニシテ均シク非難スベキ點アルヲ見ズ。然レドモ此ニ原則ヲ根據トシテ法律ニ於テ罰スルモノニアラザレバ犯罪タルコトヲ得ズトスルノ論局ヲ得ントスルハ論理ヲ誤リタルモノト云ハザルヲ得ズ。予ハ嘗テ「刑罰ナクンバ犯罪ナシ」トハ格言原則アルヲ聞カザルナリ。苟モ法律ニ於テ或所爲ヲ以テ犯罪ナリト認ムレバ即チ其ノ所爲ハ犯罪ナレドモ法律ニ於テ同時ニ之ヲ罰スルコトヲ定メザレバ之ヲ犯罪ニアラズト云フコトヲ得ズ。設例ヘバ期滿免除ヲ得タル犯罪ノ如キハ法律ニ於テ之ヲ罪ト認ムルモ法律自身ハ社會ノ公益上之ヲ以テ却テ罰スベカラザルモノトセリ。親屬間ニ於ケル盜罪ノ如キモ亦此類ナラン。法律ハ之ヲ以テ一ノ犯罪トスレドモ又決シテ之ヲ罰スベキモノトスルコトナシ。論者或ハ期滿免除ヲ得タル犯罪モ亦罰スベキ性質アルモノトスレドモ予ノ言ヲ以テ之ヲ謂ハハ單ニ之ヲ罪ト爲スベキ性質アルノ所爲ト云フノ意ナルニ過ギザルガ如シ。刑罰ノ點ヨリ云ハハ予ハ寧ロ之ヲ罰スベカラザル性質ノ犯罪ナリト云ハンノミ。抑モ法律ハ主權者ノ制定スル所ニシテ法律ハ萬能ナリ何故ニ法律ハ或ル所爲ヲ犯罪ナリト定メ乍ラ同時ニ之ヲ罰セザルコトヲ定メ得ザルヤ。憲法上刑罰ヲ科セザル犯罪ヲ設クルコトヲ禁ジテ立法權ヲ制限スルモノアルニアラズンバ犯罪ハ當然之ニ對スル刑罰ナカルベカラザルモノトスルコトヲ得ザルベシ。論者又或ハ刑罰ヲ科セザル犯罪ナルモノヲ認ムルハ無益ナルヲ稱スルモノアラント雖一ハ所爲ヲ以テ犯罪ナリト定ムルハ關係効果ハ決シテ刑罰ノ一點ニ止マラズ諸種ノ法律ハ必ズシモ人ハ刑ニ處セラレタルノ一事ヲ以テ刑餘人ハ權利ヲ制限剝奪スルハミナラズ縦ヒ刑ニ處セラレズトモ罪ヲ犯シタルノ一事ヲ以テ

犯者ハ權利ヲ制限剝奪スルコト甚ダ多シ。其ノ他親族盜ノ竊取シタル贖物ノ如キモ刑法上之ヲ贖物トシテ處分スルガ如キモ亦同一理ナリ。

我刑法ガ別ニ犯罪ハ定義ヲ設ケズ之ヲ學者ハ議論ニ一任シテ願ミルコトナキハ法律ハ良教師タル名譽ヲ捨テ能ク老練ノ立法官タル伎倆ヲ顯ハシタルモノト云フベシ。然ルニ其ノ第一條ニ「法律ニ於テ罰スベキ罪分ヲ三種ト爲ス」ト云ヒ「罰スベキ罪」ノ句ヲ用ヒタルハ曖昧模糊トシテ其ノ意ヲ了スルニ苦ム所ナレドモ予ハ唯ダ此條ヲ以テ法律ハ道德上若クハ宗教上ノ罪ヲ罰セザルノ原則ヲ示シタルモノニ過ギズト云ハンノミ。

〔第二〕 犯罪アリテ而シテ後法律ノ之ヲ罰スルコトアルベキハ當然ナレドモ此定義ハ「罰スベキ所爲ヲ罪ト爲ス」ト云ヒ犯罪ノ制裁タル刑罰ヲ以テ犯罪自身ヲ解説セントスルモノナルガ故ニ如何ナル所爲ハ果シテ罰スベキモノニシテ罪トナルベキモノナルヤ否ヤヲ明ニスルニ足ラザルナリ。今茲ニ人アリ予ニ向ヒ犯罪ハ法律ノ罰スル所タルヲ知レドモ如何ナル所爲ハ果シテ犯罪タルヤ否ヤヲ問フモノアランニ予ハ之ニ答ヘテ犯罪ハ法律ノ罰スル所爲ナリト云ハハ或者ノ疑ハ果シテ氷解シ得タリトスルコトヲ得ベキヤ。予ハ或者ノ問ヲ以テ直ニ答辭ニ充テタルノミ。論理學上之ヲ以テ問爲答ノ誤謬ト云ヒ問題ニ向テ毫末ノ答辯ヲ與ヘタルモノニアラズ。定義ニシテ其ノ主眼タル要點ノ何物タルヲ解説スルニ足ラザルモノハ更ニ其ノ定義ヲ下スノ必要ナキモノト云フベシ。故ニ「犯罪ヲ以テ法律ニ於テ罰スベキ所爲」ト爲ストノ定義ハ無用ノ妄誕タルヲ免レズ。

然レドモ上來論述セル所ノ批難ヲ容ル、コト能ハザル犯罪ノ定義ヲ下サント欲セバ事自ラ立法論ニ涉ラザルヲ

ホルツエン
ドルフ氏法
學通論第八
四葉

得ズ。何トナレバ法律ハ如何ナル所爲ヲ以テ罪トナスベキヤ否ヲ定ムルハ立法上ノ議論ナレバナリ。若シ立法上ノ議論ヲ捨テ單ニ現行法律ニ就キ犯罪ノ何物タルヲ問フモノアラバ予ハ我刑法全編ノ定ムル所ノ所爲ハ即チ犯罪ナリト答ヘンノミ。若シ又強テ其ノ定義ヲ下サント欲セバ刑法ノ規定ニ違反スル所爲ヲ罪ト云フトカ又ハ犯罪トハ法律ニ於テ犯罪ト認ムル所爲ヲ謂フト云フガ如キ無用ノ定義タルニ過ギザルニ至レバナリ。故ニ犯罪ノ定義ハ之ヲ立法上ヨリスルノ外ナシト雖立法上ノ定義モ亦種々ニシテ概ネ多少ノ批難ヲ免レズ博士ベルネル氏ノ下セル定義ハ輓近學者ノ採用スル所ニシテ又最モ普通ニ行ハル、所ナリ。氏ノ言ニ曰ク「犯罪トハ各人ガ社會一般ノ意志ニ反シ公權若クハ私權ヲ破リ又ハ國家ヲ維持スルニ必要ナル風儀若クハ道德ヲ紊ル所ノ不正ナル行爲ヲ云フ」ト然レドモ此定義タル立法ノ作用上如何ナル所爲ヲ犯罪トスベキカヲ定ムルノ標準タルニ過ギズ故ニ法律ハ縱ヒ法定義ニ該當セザル所爲ヲ以テ犯罪ナリト定ムルモ既成ノ法律上ニ於テハ仍ホ之ヲ犯罪トセザルヲ得ザルナリ。

第二節 犯罪ノ種類

我刑法ハ罪ヲ分チテ重罪、輕罪、違警罪ノ三種トス此區別タル今日文明諸邦ノ概ネ採用スル所ニシテ重罪ハ死刑、徒刑若クハ流刑、懲役及ビ禁獄ノ刑ノ一ヲ以テ罰シ輕罪ハ禁錮、罰金ノ刑ノ一ヲ以テ罰シ違警罪ハ拘留科料ノ刑ノ一ヲ以テ之ヲ罰ス。故ニ立法官ガ法律ニ於テ此三種ノ區分ヲ爲シタルノ理由ハ全ク犯罪ガ國家ノ正義ヲ害スル程度ノ大小ニ基キタルモノナルベシト雖法律制定ノ後ニ至リテハ唯ダ重キ刑ヲ以テ罰スルモノハ之ヲ重刑トシ輕キ刑ヲ以テ罰スルモノハ之ヲ輕罪トスルノ外ナカルベシ。但シ此犯罪ノ區別ハ裁判管轄等刑事訴訟上ノ手續

ホワートン
氏刑法原理
第一五節及
第二〇節
ハルトラン
氏刑法原論
第五六七號
乃至第五九
〇號
第一卷第一
葉
ベルネル氏
刑法論第一
卷第一葉

ヲ整理スルノ上ニ於テハ重大ナル法律上ノ差異ヲ立ツルニ於テ又缺クベカラザル必要ノ理由アルハ勿論ナリ。

重罪トハ如何ナル所爲ヲ指シ輕罪トハ如何ナル所爲ヲ云フベキカ若シ重罪ヲ以テ重罪ノ刑ヲ以テ罰スルモノトナシ輕罪ヲ以テ輕罪ノ刑ヲ以テ罰スルモノトスルトキハ自首輕減、宥恕輕減、酌量輕減等ヲ爲スベキ場合ト雖其ノ輕減シタル結果ノ刑ヲ以テ其ノ所爲ノ罪名ヲ定メザルベカラズ故ニ本來重罪タルベキ犯罪ト雖判官之ヲ減輕シテ現ニ之ニ科スルニ輕罪ノ刑ヲ以テシタルトキハ該犯ハ即チ一ノ輕罪犯ニシテ重罪犯ニアラザルナリ。然レドモ此ノ說ニ從フトキハ酌量輕減ノ情狀アル犯罪ノ如キハ裁判言渡ノ上ニアラザレバ其ノ罪種ヲ定ムル能ハザルモノナレバ訟訴法上裁判管轄ヲ定ムルコト能ハザルガ如キノ不都合ヲ來ス可シ。故ニ未ダ判決ヲ經ザル犯罪ニ就テハ重罪ノ刑ヲ以テ罰スベキモノハ重罪ニシテ輕罪ノ刑ヲ以テ罰スベキモノハ輕罪トスルニハ法律上未ダ加重減輕セザル刑ヲ以テ其ノ罪名ヲ定メザルベカラズ。但シ刑法第二編以下ノ各條ニ記載セル加重減輕ハ此限りニアラズトス。蓋シ刑法總則即チ一般ノ加重減輕ト二編以下ノ各條即チ特別ノ加重減輕トハ大ニ其ノ性質ヲ異ニシ彼ハ只ダ刑ノ加減ニ過ギザルモ此ハ罪質ヲ變更スルニ足ル者ナリ。設例ヘバ丁年未滿ノ者重罪ヲ犯シ刑法第八十一條ニ依リ一等ヲ減ジテ輕罪ノ刑ニ處スルモ重罪ハ尙ホ依然タル重罪ナルモ幼者ノ故ヲ以テ唯其ノ刑ヲ減ズルモノニシテ其ノ罪ヲ減ジタルモノニアラズ。之ニ反シ内亂罪ニ與シ諸般ノ職務ヲ爲シタル者ハ刑法第二百一十一條第三項ニ依リ輕禁獄ニ該ル者ハ重罪ナレドモ其ノ豫備ヲ爲スニ止マル者ハ第二百二十五條ニ依リ各一等ヲ減ジ輕禁錮ノ刑ニ處スベキハ其ノ罪質ハ輕罪ナリ。法律ノ明文ニハ一等ヲ減ズト云ヒ恰モ刑ヲ減ズルハ意タルヲ推測スルコトヲ得ル

ニ似タレドモ是レ立法官ガ逐一其ノ刑名ヲ記載スルハ煩勞ヲ避ケ單ニ某條ニ照シ一等ヲ減ズト記載シタルニ過ギズ否ラズンバ即チ第百二十五條ニ於テモ亦第百二十一條ト等シク極メテ冗長ノ法文ヲ設ケザルベカラザルニ至ルベケレバナリ。蓋シ特別ノ加重減輕ハ皆ナ此類ニシテ其ノ實眞ニ本刑ヲ加重減輕シタルモノニアラズ。但シ殺傷ニ關スル宥減輕ハ刑法第三編中ニ記載スルモ其ノ性質ハ一般ノ減輕ニ屬セザルベカラザル所以ハ各論ニ於テ論述スル所アラン。

第二章 犯罪ノ成立

犯罪ノ成立ヲ論ズル方法ニ二様アリ一ハ犯罪ノ成立ニ必要ナル原素ヲ集合スルモノニシテ之ハ犯罪ノ構成法ト云ヒ一ハ犯罪ノ成立ニ必要ナル原素ヲ離散スルモノニシテ之ヲ犯罪ノ分析法ト云フ然レドモ已ニ犯罪ノ原素ヲ分析スレバ此元素ハ必然犯罪ノ構成ヲ爲スベキモノナルヲ以テ予ハ此兩様ノ方法ヲ合セテ之ヲ利用セント欲スルナリ。

凡犯罪ハ一ノ所爲タルコトハ前章ニ於テ已ニ論述シタル所ナルガ此所爲ノ外犯罪ハ尙ホ他ニ必要ナル條件ヲ具備スルニアラサレバ成立スルコトナシ即チ(第一)此所爲ヲ行フ所ノ主體即チ犯人(第二)此所爲ヲ受クル所ノ物體即チ被害者(第三)主體ト物體トヲ連結スル所ノ手段アルヲ要ス。此三條件中其一ヲ缺クトキハ犯罪ハ決シテ成立スルコトヲ得ザルナリ。今之ヲ左ノ數節ニ分チテ詳述セン。

第一節 犯罪ノ主體、物體及ビ手段

第一款 犯罪ノ主體

第一段 犯罪ノ主體タルヲ得ベキ者

犯罪ノ主體即チ犯罪者タルコトヲ得ベキモノハ唯ダ人類ノミニ限レリ。人類ト人類ニ非ザル動物ノ區域ハ暫ク之ヲ動物學ニ譲リ風伯人畜ヲ斃シ火神家屋ヲ燒クモ罪ニアラズ怪物精神ヲ惱マシ禽獸人ヲ傷クルモ亦之ヲ刑法ニ問フコトヲ得ズ況ンヤ生ナキ草木金石ノ如キヤ是レ尤モ見易キノ原理ニシテ何人ト雖敢テ之ヲ疑フモノアラザルベシ。然ルニ予ハ我刑法ハ或ハ生ナキ物件ヲ以テ尙ホ能ク犯罪ノ主體タルヲ得ベキモノトセルコトナキヤ否ヤヲ疑ハザルヲ得ズ。即チ第四十三條及ビ第四十四條ニ依リ法律ニ於テ禁制シタル物件ハ何人ノ所有ヲ問ハズ附加刑トシテ之ヲ沒收シ且必ズ裁判ニ於テ之ヲ宣告スベキモノト定メタレドモ犯人ノ所有ニアラザル他人ノ物件ヲ沒收シ犯人ニ向テ之ヲ宣告スルハ謂レナケレバ其ノ裁判ハ必ズヤ物件ニ對スル者タラザルヲ得ズ。物件ヲ以テ犯罪人トスルガ如キハ法理ノ許サマル所ナリ。事ハ仍ホ後編ニ詳述セン。

民法ニ於テハ法律上人ヲ分チテ有形人、無形人トスレドモ此區別ハ單ニ民法及ビ行政法ノ範圍ニ於テ許容スベキモノニシテ刑法ノ承認スル所ニアラズ。刑罰問フ所ノ犯人ハ唯肉體ノ感覺ヲ有スル有形人ノミニ限レリ。國家、府縣、區郡市町村、會社等ノ如キハ唯無形ナル想像上ノ一個人ノミ此等無形人ハ外觀上無形人タル資格ヲ以テ罪ヲ犯スモノ、如クナレドモ其ノ實此等ノ無形人ヲ組織スル有形人ノ所爲タルニ過ギザレバ法律ハ只現ニ犯罪ニ手

ホワルトン
氏米國刑法
第一卷第七
九葉
リッスト氏
獨逸帝國刑
法第一〇〇
葉

ヲ下シタル有形人ヲ罰スベシ。設例ヘバ警察規則ヲ以テ設ケタル屋上制限ノ如キハ市内一般ノ家屋建築物ノ所有主ヲシテ其ノ義務ヲ負ハシメタルモノニシテ官民共ニ之ヲ遵守セザレバ火災警察ノ目的ヲ達スルコトヲ得ズ。故ニ市邑又ハ官署等ニシテ此制限ニ違ヒタル家屋ヲ建築スルトキハ其ノ市邑官署ニ奉仕スル會計若クハ營繕ノ主務吏員ヲ罰セザルベカラズ。蓋シ此等ノ官吏ハ長官ノ命令ニ依リ該家屋ヲ建築スルモノナレドモ苟モ此法律アル以上ハ其ノ法律ヲ知ルノ義務アルベク又長官ノ命令ヲ執行スルニハ必ズ法律ノ規定ニ從ヒ屋上制限ニ適シタル家屋ヲ建築スルノ義務アルモノナレバナリ。

第二段 主體タル犯罪者ノ能力

犯罪ノ主體タルヲ得ベキ能力即チ刑罰ノ責任ヲ負フニ足ルベキ人ノ能力ハ左ノ三原素ヨリ成立ス。

〔第一〕 自己ニ關スル智覺 即チ自己自身ナル我アルコトヲ知ルノ智識ナリ。幼者ノ如キハ我アルヲ知ラズ或一箇ノ所爲ハ我ノ爲ス所カ他人ノ爲ス所カヲ區別スルコト能ハザルモノナリ。

〔第二〕 他人又ハ外物ニ關スル智覺 即チ我ヨリ外ナル事物ノ關係ヲ知ルノ智識ニシテ或一箇ノ所爲ハ我ノ爲ス所タルヲ知ル(即チ自己ニ關スル知覺アリ)ト雖モ其ノ所爲ハ我ヨリ外ナル他人又ハ他物ニ對シテ如何ナル結果ヲ與フルヤ否ヲ知ラザルモノハ他人又ハ外物ニ關スル知覺ナキモノナリ。設例ヘバ刀ヲ振テ人ヲ毆ツハ我レノ所爲ナルコトヲ知ルモ其ノ所爲ハ果シテ如何ナル結果ヲ生ズルヤ否ヲ知ラザル幼者ノ如キ是ナリ。

〔第三〕 是非ヲ辨別スルノ知覺 自己及ビ他人若クハ外物ニ關スル知識アリト雖モ其ノ所爲ノ是非善惡ヲ知ラザル

ベルネル氏
刑法論第一
二一葉

ヒンゲン
氏刑法原論
第二卷第三
葉
アリユック
氏犯罪責任
論第三十卷
第三八七葉

場合アリ。設例ヘバ或ル程度ノ未丁年者ノ如キ我レガ腕力ヲ用キバ此刀ヲ振フコトヲ得ベク此刀ヲ振テ他人ヲ毆ツトキハ自然ノ理ニ依リ他人ノ身體ヲ傷ケ他人ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生ズルコトヲ知ルモ(即チ自己及ビ他人若クハ他物ニ關スル知覺アルモ)尙ホ他人ヲ傷ケ他人ヲ殺スハ正理ニ反スルヤ否ヲ知ラザルナリ。

右ノ三原素ヲシテ 知能ト云ヒ犯罪ノ主體即チ犯罪者ニシテ之ヲ具備セルモノヲ犯罪者タルノ能力アルモノト云フ。故ニ三原素中其ノ一ヲ缺クモ尙犯罪不能力者ニシテ犯罪ノ責任ヲ負フノ能力ナキモノトス。故ニ犯罪ノ責任ニハ輕重大小ノ度ナクシテ設ヒ一原素ヲ缺クモ全ク犯罪ノ責任アルベキモノニアラズ。我ガ刑法ハ十六歳以上二十歳未滿ノ幼者ハ本刑ニ一等ヲ減ジテ之ヲ罰スルモ是レ犯罪ノ責任ニ關スル能力ニ程度アルニアラズ唯ダ年齢ヲ以テ法律上其ノ刑ヲ宥恕スルノ情狀トスルモノニ過ギザルナリ。

犯罪ノ責任自身ト此責任ヲ負フノ能力トヲ混同スルコトナキヲ要ス。犯罪ノ責任ハ所爲ニ就キ其ノ責任ノ有無ヲ論ジ責任ヲ負フベキ能力ノ有無ハ犯罪者タル人ニ就テ論ズルモノナリ。學者往々此二者ヲ同視シ犯罪ノ責任ヲ負ハシムルニハ智識ト自由トヲ以テ其ノ要件トスレドモ智識ノ有無ハ犯人ノ能力有無ノ問題ニ屬シ自由ノ有無ハ所爲ノ存否ノ問題ニ屬ス。但シ自由ト責任トノ關係ニ於テハ仍ホ後章ニ於テ詳述スル所アラン。

第三段 犯罪主體ノ無能力

第一項 瘋癲及ビ幼者

瘋癲ハ全ク人類ノ智能ヲ缺クモノナリ。狂者ノ其ノ己レヲ見ルヤ君主タリ耶蘇タリ仙人タリ自己ニ關スル智覺

ベルトル
氏佛國刑法

第十葉
ラッセル氏
重罪論第
一葉第一二
○葉
ラッセル氏
重罪論第
一四葉
ホワイ
氏米國刑法
第一八葉

アルベキモノニアラス、其ノ監禁セラル、所ノ密室ハ宮城タリ天上タリ其ノ着クル所ノ短衣ハ大禮服タリ荷衣タリ而シテ其ノ伴フ所ノ同室患者ハ臣下タリ信者タリ他人若クハ外物ニ關スル智覺アルベキモノニアラス、況ンヤ其ノ所爲ノ是非ヲ辨別スルノ智覺ヲヤ、犯罪ノ責任ヲ負フノ能力ナキヤ明ナリ。然レドモ我刑法ハ單ニ第七十八條ニ於テ「罪ヲ犯ス時智覺精神ノ喪失ニ依リ是非ヲ辨別セザルモノハ其罪ヲ論ゼズ」ト云ヒ瘋癲者ノ所爲ノ點ヨリ其ノ罪ナキコトヲ定メ人ノ能力ノ點ヨリ其ノ不論罪ヲ定ムルコトナキハ稍々學理ニ違フノ嫌ナキニアラザルモ間發症ノ瘋癲ガ精神靜止ノ時ニ於テ罪ヲ犯シタル者ヲ不問ニ附スル如キコトナカラシメントノ注意ニ出デタルモノニ似タリ。但シ精神靜止ノ時ニ犯シタル罪ハ之ヲ罰スルコトヲ得ルモ再ビ精神ノ錯亂ヲ來シタル時ハ其ノ刑ヲ執行シ得ベキモノニアラス。何トナレバ獄室ヲ以テ宮城ト思惟シ獄丁ヲ以テ從臣ト思惟スル囚徒ニ對シテ其ノ刑ヲ執行スルモ決シテ刑罰ノ目的ヲ達シ得ベキモノニアラザレバナリ。

幼者ハ其ノ年齢ニ從ヒ智能發達ノ度ヲ異ニスルガ故ニ我刑法(第七十九條乃至八十一條)ニ於テハ年齢ニ依リ之ヲ分チテ三級トナシ第一ノ幼者ハ十二歳以下第二ハ十二歳以上十六歳以下第三ハ十六歳以上二十歳以下ト爲ス。而シテ第一ノ幼者ハ全ク其ノ罪ヲ論ゼズ第二ノ幼者ハ犯時其ノ所爲ノ是非善惡ヲ辨別シタルト否トヲ審案シ辨別ナクシテ犯シタルトキハ其ノ罪ヲ論ゼズ第三ノ幼者ハ全ク犯罪ノ責任ヲ負ハシムルモ唯ダ其ノ刑ヲ減輕スルニ止マレリ。故ニ犯罪ノ責任ヲ負フベキ能力ノ點ヨリ茲ニ論ズベキハ第一第二ノ幼者ニ在リ。

第一ノ幼者ハ全ク智能ヲ缺ク者ナリ幼者ノ己レヲ稱スルヤ「予」ナル代名詞ヲ用キズシテ直ニ其ノ實名ヲ稱シ

又ハ一般幼者ヲ稱スルノ普通名辭ヲ用キルガ如キハ是レ自己ニ關スル智覺ナキノ證ナリ。幼者ノ見聞スル萬種ノ顯象ハ幻境ナリ夢裏ナリ大風ノ人ヲ斃スノ顯象モ兇漢ノ人ヲ殺スノ顯象モ其間敢テ差異アルナシ是レ他人又ハ外物ニ關スル智覺ナキノ證ナリ況ンヤ其ノ所爲ノ是非善惡ヲ識別スルノ智覺ヲ有スルヲヤ。是レ我刑法ガ第一ノ幼者ヲ以テ全ク犯罪ノ主體タルベキ能力ナキモノト定メタル所以ナリ。

然レドモ第二ノ幼者ニ在リテハ己ニ自己又ハ他人若クハ外物ニ關スル智覺ヲ有シ人ヲ斬レバ之ヲ傷シ物ヲ撲テバ之ヲ破ルコトヲ知レドモ其ノ所爲ノ是非善惡ニ至リテハ或ハ之ヲ知ルコト能ハザルモノナキニ非ズ、故ニ我刑法ハ各事件ニ付キ是非辨別ノ有無ヲ以テ犯罪ノ有無ヲ分ツベキ標準トセリ。

斯ク幼者ハ犯罪ノ主體タルベキ能力ナキ者ニシテ罪トナルベキ所爲ヲ行フト雖其ノ所爲ハ大風ノ家屋ヲ斃シ禽獸ノ人ヲ害スルト一般、重罪、輕罪、違警罪ヲ問ハズ共ニ其ノ責任ナキヤ明ナリ但シ我刑法(第八十三條)ハ特ニ違警罪ニ限リテ第二ノ幼者即チ十二歳以上十六歳未滿ノ者ハ是非ノ辨別ナキモ仍ホ其ノ刑ヲ宥恕スルニ止マリ其ノ犯罪ノ責任ヲ負フノ能力アルモノト定メタルニ至リテハ予ハ其ノ理由ヲ發見スルコト能ハザルナリ。論者ハ或ハ云ハン違警罪ハ故意ヲ要セザル犯罪タルヲ以テ幼者ト雖其ノ罪ヲ論ゼザルベカラズト。違警罪ハ故意アルヲ要セズトスル論理ノ誤謬ハ後卷ノ末篇ニ於テ之ヲ論ズベシト雖假リニ一步ヲ讓リ違警罪ハ故意ヲ要セザルモノトスルモ故意ヲ要セザル犯罪ハ必ズシモ違警罪ノミニ限ラズ輕罪ト雖過失ヲ罰スル場合アルヲ如何セン。又更ニ一步ヲ讓リ假リニ違警罪ハ幼者ト雖其ノ罪ヲ問フベキモノトスルモ此論理ニ從ヘバ第一第二ノ幼者ヲ問ハズ共ニ其

ノ罪ヲ論セザルベカラザルニ我刑法ガ第一ノ幼者及ビ瘖啞者ニ就テハ違警罪ト雖其ノ罪ヲ問ハザルモノトセルヲ如何セム。是レ刑法ノ缺點ナリ立法官ノ誤見ナリ豈ニ附會ノ遁辭ヲ許サンヤ。

第二項 白痴及ビ瘖啞者

瘖啞者ハ耳聽ク能ハズ口言フ能ハザルモノニシテ智能ノ發達極メテ緩慢ナルモノナレドモ必ズシモ犯罪ノ責任ヲ負フノ能力ナキモノニアラズ。殊ニ近世瘖啞者教育ノ道モ整備セル邦國ニ於テハ瘖啞者ト雖能ク智能ヲ備具スルモノナキニアラズ。然ルニ我刑法ハ此場合ニ於テハ第七十八條ヲ適用セズ第八十二條ニ於テ「瘖啞者罪ヲ犯シタル時ハ其ノ罪ヲ論ゼズ」ト云ヒ智能ヲ有スルモノト否トヲ區別スルコトナシ。

白痴亦智能發達ノ緩慢ナル者ニシテ其ノ甚シキニ至リテハ自己ニ關スル智覺ヲ缺クモノアリト雖概ネ是非ヲ辨別スルノ智覺ナキヲ以テ通常トス。我刑法ハ別ニ白痴者ヲ以テ犯罪ノ主體タル能力ナキモノト明定セズ各所爲ニ就キ第七十八條ヲ適用スベキモノト爲シタレバ智覺精神ノ喪失ニ至ラズ是非ノ辨別アルモノハ常人ト同一ノ刑ヲ科シ且第二ノ幼者ノ場合ニ於ケルガ如キ法律上ノ有恕ヲ與フルコトナシ。

第三項 一時ノ智能ノ喪失ニ基ク不能力

一時ノ憤激ニ依リ行ウタル犯罪ハ刑罰有恕ノ原因タルコトヲ得ベキモ不論罪ノ限ニアラズ然レドモ其ノ甚シキニ至リテハ全ク智能ヲ喪失シ全ク犯罪ノ責任ヲ負ハシムルコト能ハザルモノナキニアラズト謂フ。

睡眠中覺エズ驚テ罪ヲ犯ス如キハ所謂夢狂ナル者ニシテ往々見聞スル所ナリ。此等犯罪者ノ動作スル境域ハ眞ノ

ラッセル氏
重罪第一
卷一三葉

ホウルトン
氏米國刑法
第三六葉

夢境ニシテ現世界ニアラザルヲ以テ自己及ビ外物ニ關スル智覺ナキハ明ナリ決シテ犯罪ノ責任ヲ負ハシムベキモノニアラズ。

醉狂者ノ犯罪ノ責任ニ就テハ學者ノ議論頗ル數多ニシテ學者或ハ醉狂ヲ全醉半醉等ニ分別シ以テ責任ノ有無ヲ定ムルノ標準トスルモノアレドモ我刑法ハ斷然此等ノ區別ヲ用キズ第七十八條ニ依リ智覺精神ヲ喪失シ是非ノ辨別ナキニ至レル者ハ其ノ罪ヲ論セズ故ニ設ヒ罪ヲ犯スニ便宜ナル爲メ大醉シテ其ノ目的タル罪ヲ遂グルモ苟モ精神喪失シテ是非ノ辨別ナキモノニ至テハ敢テ其ノ罪ヲ問フコトナシ。但シ此場合ニ於テハ精神喪失ノ事實ヲ證明スルコト極メテ困難ナルベキヲ以テ法官ハ容易ニ無罪ノ宣告ヲ爲サルベシ。

第四項 無能力者ノ處分

犯罪責任ノ無能力ハ其ノ所爲ノ罪トナラザルモノニシテ刑ヲ科スベキモノナク又從テ刑ノ宥恕スベキモノトナシト雖法律ハ全ク此等無能力者ヲシテ其ノ爲ス所ニ放任シ社會ノ平和ヲ顧ミザルモノニアラズ。我刑法ハ情狀ニ依リ滿八歳以上ノ幼者ハ滿十六歳ニ過ギザル時間(第七十九條)十二歳以上十六歳未滿ノ幼者ハ滿二十歳ニ滿タザル時間(第八十條)瘖啞者ハ五年ニ過ギザル時間(第八十二條)之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得ベキモノトセリ。但シ此留置ハ敢テ刑ノ性質ヲ帶ブルモノニアラズ幼者ノ場合ニ於テハ國家ガ父母ニ代テ施ス所ノ強迫教育ニシテ瘖啞者ノ場合ニ於テハ豫防警察ノ目的ニ出デタル行政處分ナリ。

然レドモ我刑法ハ瘋癲白痴及ビ其ノ他第七十八條ニ該當スル不能力者ニ就テハ敢テ其ノ處分ヲ定メズ。就中瘋

癲ノ如キハ之ヲ社會ニ放逸スベキモノニアザルヲ以テ法官ハ之ヲ瘋癲院又ハ私宅ニ監禁スベキコトヲ命ゼザルヲ得ザルガ如クナルハ或ハ缺點ナルガ如シト雖亦決シテ然ラザルモノアリ蓋シ瘋癲ハ瘋癲者タルノ一事ヲ以テ當然之ヲ私宅又ハ病院ニ監禁セザルヲ得ザルヲ以テ幼者ノ如ク犯罪ニ相當スベキ所爲アルヲ待ツテ始メテ留置ノ處分ヲ爲スモノト大ニ其ノ趣ヲ異ニスルモノアレバナリ。

第二款 犯罪ノ物體

第一段 犯罪物體ノ物理的能力

犯罪ハ物理上之ヲ行フコトヲ得ベキ物體ニ對スルニアラザレバ成立スルコトヲ得ズ。偶像ヲ殺シ人影ヲ斬ラントスルガ如キハ物理上無能力ノ物體ニ對スル所爲ニシテ無能犯(Delictum putativum)ト云ヒ法律ノ罪トセザル所ナリ。故ニ無能犯ナル者ハ其ノ所爲ノ不能ニアラズシテ其ノ物體ノ無能力ナリ能ク此區別ヲ了知スルニアラザレバ後章ニ至リテ無能犯ト缺効犯若クハ未遂犯トヲ混同スルニ至ルベシ。毒藥ト誤認シテ清水ヲ與ヘタル場合ノ如キハ手段ノ不能ナリ後

ベルトール氏刑法論第一八〇葉以下
ベルホル氏刑法論第一三四葉

章二詳論ス

無能犯ハ斯ク罪ト爲ルベキモノニアラザルヲ以テ各國ノ法律共ニ之ヲ罰スルコトナキモ其ノ所爲ニシテ尙ホ他ノ法律ニ觸ル、トキハ素ヨリ之ヲ不問ニ附スベキモノニアラズ。設例ヘバ人ト誤認シテ偶像ヲ銃撃スルモ殺人ノ罪ナシト雖猥リニ銃砲ヲ放チタル罪ニ至リテハ之ヲ違警罪ニ問フコトヲ得ベシ。

第二段 犯罪物體ノ法律上ノ能力

犯罪者ヲシテ其ノ犯罪ノ責任ヲ負ハシムルニハ犯罪ノ物體ハ當ニ物理上ノ能力ヲ有スルノミナラズ尙ホ法律上ノ能力ヲ帶ブルコトヲ要ス。法律上ノ能力トハ即チ其ノ物體ノ權利ノ目的物タルコトノ謂ナリ語ヲ換ヘテ之ヲ言ハシ犯罪ノ物體ハ他人ノ權利内ニ存スルモノナルコトヲ要スルナリ。所有主ナキ物品ヲ竊取スルモ竊盜ノ罪ヲ構成スルコトナキノ類是レナリ。

凡ソ人ノ犯罪物體上ニ有スル權利ニ二様アリ一ハ一般ノ權利ニシテ一ハ特別ノ權利ナリ一般ノ權利トハ國家ノ有スル公權利ヲ指シ特別ノ權利トハ一人ノ有スル私權利ヲ指ス。故ニ犯罪ノ物體ニシテ一般ノ權利ニ係ルトキハ直接又ハ間接ニ國家又ハ社會ニ對スル犯罪ニシテ特別ノ權利ニ係ルトキハ直接ニ各個人ノ權利ヲ破リ財產身體等ニ對スル犯罪ナレドモ其ノ所爲タル素ヨリ法律ノ禁ズル所タルヲ以テ如何ナル場合ニ於テモ間接ニハ當然公權利ヲ破ルモノタルベシ。然レドモ風儀宗教ヲ紊ルノ犯罪ニ於テハ特ニ各人各個ノ權利ヲ破ルコトナキヲ以テ國家ノ外之ガ被害者タルベキモノアルナシ。

斯ク犯罪ノ物體タルモノニハ必ズ之ニ對スルノ權利者アルヲ要ス。而シテ此權利ナル者ハ人類ノ外之ヲ有スルコト能ハザルヲ以テ天帝、禽獸若クハ草木等ニ對スル犯罪ナシ。刑法ニ所謂財產ニ對スル犯罪トハ其ノ實財產ニ對スルモノニアラズシテ其ノ財產ノ所有者タル人類ニ對スル者ナリ。犯罪者モ必ズ人類ニシテ被害者モ亦必ズ人類ナリ人爲ニ成リタル法律ノ問フ所ハ到底人類ト人類トノ關係タルニ外ナラザルヲ知ルベシ。但シ天帝ニ對スル犯罪ト雖國家ハ之ヲ社會ノ德義ヲ紊ルモノトシテ法律上ノ罪ト爲シ又獸類ト雖他人ノ所有物ニ係ルトキハ一般財產

ニ對スル罪ト爲シ或ハ牛馬ヲ虚使スル者ハ社會ノ風儀ヲ害スルモノト爲シ之ヲ法律上ノ犯罪トスル場合ノ如キハ素ヨリ此原則ト牴觸スル所ナシ。

第三段 犯罪物體ノ法律上ノ無能

犯罪物體ハ法律上權利ノ目的物ヲラザルベカラザルガ故ニ其物體ニ對スル權利者ナキトキハ即チ法律上ニ於ケル能力ナキモノニシテ之ニ對スル犯罪モ亦成立スルコトナシ。而シテ此物體上ニ於ケル權利ハ場合ニ依リ其ノ權利者ナル各私人若クハ國家社會ノ代表者ノ意思ニ從ヒ之ヲ拋棄スルコトヲ得ベク又危急若クハ正當防禦ノ場合ニ於テハ當然此權利ノ消滅ヲ來スベシ。今左ニ之ヲ分論セン。

第一項 各個人ノ棄權ニ基ク不論罪

各個人ナル權利者ガ自己ノ意思ヲ以テ犯罪ノ物體上ニ於ケル權利ヲ放棄シタルトキハ犯罪ノ物體ハ爲メニ法律上ノ能力ヲ缺クモノトナリ從ツテ犯罪ノ成立ナシト雖此棄權ノ場合ト親告罪即チ被害者ノ訴ヲ得テ罰スベキ犯罪ニ就キ被害者ノ意思ヲ以テスル棄權トヲ混同スルコトアルベカラズ。茲ニ論ズル所ノ棄權ハ犯罪ノ不存ヲ來スモノナルヲ以テ其ノ棄權ハ犯罪前ニ於テ豫メ之ヲ爲スコトヲ要スレドモ親告罪ノ場合ニ於テハ犯罪ノ當時ニ於テハ未ダ棄權ナク犯罪既ニ成リテ而シテ後ニ告訴ノ權ヲ放棄スルモノニ過ギズ。一ハ犯罪ノ物體上ノ權利ノ放棄ニシテ其ノ結果ハ罪ノ不存トナリ一ハ告訴權ノ放棄ニシテ成立シ其ノ結果ハ單ニ刑罰ヲ免カル、モノトナル。然ラバ則チ權利者ハ如何ナル場合ヲ問ハズ右ノ棄權ヲ爲スコトヲ得ベキヤ若シ果シテ然リトセバ千百ノ犯罪其

ベルネル氏
刑法第一三
七葉
メイン氏印
度刑法註解
第七七葉以
下

ノ存、不存ハ一ニ私人ノ意思ニ存セザルヲ得ズ是レ豈ニ刑法ノ許ス所ナランヤ。

「承諾ニ出デタル所爲ハ權利ヲ犯スモノニアラス」(Volenti non fit injuria)トハ羅馬法ノ一原則ナリ。故ニ他人ノ所有物ヲ竊取スルモ其ノ奪取ニ付キ豫メ所有者ノ承諾ヲ得タルトキハ縱ヒ其ノ所有權ヲ讓受ケザルモ素ヨリ盜罪ノ成立ナカルベシ。然レドモ此原則ハ唯三者ノ權利若クハ公ケハ利害ニ關係ナキ權利又ハ人タルハ德義ヲ損スルコトナク自由ニ存廢讓與シ得ベキ私權利ヲ破リタル場合ニ於テハミ之ヲ適用スルコトヲ得ベシ。設例ヘバ財産ニ關スル權利ヲ放棄シタル右ノ一例ノ如キハ盜罪ヲ成立セズ。又承諾ニ出デタル擊劍角力等ハ毆打罪ヲ成立スルコトナキガ如シ。然ルニ今火ヲ放チテ人ノ家ヲ燒燬シ奴隸トシテ人身ノ賣買ヲ爲シ又ハ人ヲ毆打シテ之ヲ死ニ致シタルガ如キ場合ニ於テハ全ク權利者ノ承諾ニ出デタルモノナルモ公安ヲ破リ又ハ人類タルノ道義ヲ紊ルノ所爲タルヲ以テ決シテ之ヲ不問ニ附スルコトヲ得ザルナリ。然レドモ斯ノ如キハ是レ立法的議論ナリ。權利ハ拋棄シ得ベキモノト否ラザルモノトハ法律ノ明文上宜シク之ヲ規定スルコトヲ要ス故ニ近世ノ編纂ニ成リタル刑法典ニ於テハ特ニ「權利ナクシテ」ハ一句ヲ法文中ニ挿入シテ私人ノ自由ニ拋棄シ得ベキ權利タルヲ表明セリ。設例ヘバ「權利ナクシテ家宅ニ侵入シタル者ハ云々ノ罪ト爲ス」又「權利ナクシテ人ヲ逮捕監禁シタル者ハ云々ノ罪ト爲ス」ト規定スルノ類ナリ。我幼稚ナル刑法ハ必ズシモ一定ノ規準ナシト雖「猥リニ」若クハ「故ナク」等ノ句ヲ以テ棄權即チ承諾ニ依リ無罪タルベキ所爲ヲ區別スルコト往々ニシテ之アリ。「猥リニ人ヲ監禁ス」ト云ヘルハ監禁ノ承諾ナキヲ示シ「故ナク家屋ニ侵入ス」ト謂ヘルハ承諾ナクシテ家宅ニ侵入スルノ意ヲ示セリ。

ヘルシユネ
ル氏獨逸刑
法論第一卷
第四六八葉

權利者ノ棄權ニ關スル一般ノ原則ハ右ニ説明シタル所ヲ以テ其大綱ヲ盡シタルモノトスレドモ今茲ニ特ニ論述スベキ者ハ自殺ニ關スル犯罪ノ存不存如何ノ論議ニ在リ。

國家若クハ他人ハ一人ニ對シテ其ノ生存ヲ強フルノ權利ナク一人ハ又國家若クハ他人ニ對シテ其ノ生命ヲ保スルノ義務ナシ。故ニ自殺者ハ自己ノ權利ヲ害スルノ外他ニ國家若クハ他人ノ權利ヲ破ルコトナキモノナルヲ以テ生命權ハ決シテ賣買讓渡スルコト能ハザルモノタルニ關セズ敢テ刑法ノ問フベキモノニアラズ。又承諾ノ上ニテ自ラ其ノ身ヲ賣ル者ノ如キ買主ノ外ハ罪トシテ之ヲ論ズルコトヲ得ズ。唯民法上ニ於テ其ノ賣買ヲ無効トスルノ外ナカルベシ。

自殺ハ斯ク他人ノ權利ヲ害スルコトナシト雖德義ヲ破リ公安ヲ害スルノ所爲タルノ點ヨリシテ刑法ニ於テ或ハ其ノ罪ヲ定メ以テ自殺ノ惡習ヲ禁ズルコトヲ得ザルニアラズ。現ニ英領印度ニ於テハ自殺ノ未遂ヲ以テ罪トナシ羅馬法ニ於テハ兵士ノ自殺未遂ヲ罰シタリシト雖其ノ既遂罪ニ至テハ罰金若クハ其ノ他ノ財産刑又ハ宗教法ニ於テハ破門刑ノミニ止マリ未遂罪ノ外之ヲ罰スルコトヲ得ザレバ自殺ノ所爲ヲ罰スルハ到底公平ヲ得タルモノニアラズ且ツ一般自殺者ノ心意精神ヲ考察スルトキハ統計上十中ノ八九ハ精神錯亂ニ出デタル者ニシテ之ヲ罰スルコトヲ得ザル場合極メテ多シトス。是レ刑法ガ一般ニ自殺者ヲ罰セザルモノトスル所以ナリ。

自殺ニ加功シテ之ヲ幫助シタル者モ亦犯罪トシテ之ヲ論ズルコトヲ得ズ何トナレバ本來罰ト爲ルベカラザル所爲タルヲ以テ其ノ加功者モ亦罪トナルベキ所爲ヲ行フコトヲ得ザレバナリ。然レドモ自殺ハ即チ自ラ其ノ生命ヲ

印度現行刑法第三〇九節

シヨトボー
フオースタ
ンエリー兩

氏合著佛國刑法論第三卷第四一葉以下
刑論第一卷第四一葉
刑論第一卷第四一葉
刑論第一卷第四一葉
刑論第一卷第四一葉
刑論第一卷第四一葉
刑論第一卷第四一葉
刑論第一卷第四一葉
刑論第一卷第四一葉
刑論第一卷第四一葉

亡ボスノ所爲ナレバ彼ノ他人ガ手ヲ下シテ自殺ヲ行ヒ又ハ自殺ヲ教唆シタル場合ノ如キハ素ヨリ殺人罪ニシテ單ニ之ヲ自殺ノ加功ト爲スコトヲ得ズ。但シ我刑法ハ自殺ノ加功補助者ト雖尙之ヲ罰スベキモノト定メタリ其ノ詳ナルコトハ仍ホ各論ニ於テ論述スル所ナリ。

棄權ノ原理ニ關シ尙一ツノ論ズベキアリ即チ承諾ヲ得テ人ヲ殺シタル場合トス已ニ論ズルガ如ク自殺ハ道德ニ反スルノ所爲タルモ自ラ其ノ權ヲ放棄スル者ナレバ敢テ刑法ノ罪トシテ論ズルモノニアラズト雖生命ハ決シテ之ヲ賣買讓與シ得ベキ私權利ニアラザレハ承諾アリト雖人ヲ殺シタル者ニ至リテハ毫モ犯罪ノ責ヲ免ル、コトヲ得ザルナリ。但シ此場合ニ於テハ唯ダ國家ガ人命ヲ保護スルノ權利ヲ害スルニ止マリ各人ノ私權利ヲ損スルコトナキヲ以テ其ノ刑ニ至リテハ謀殺ト同ジク之ヲ論ズルコトヲ得ズ。我刑法ノ規定如何ニ就テハ仍ホ之ヲ各論ニ讓ルベシ。

第二項 國家ノ棄權ニ基ク不諭罪

國家ノ意思(即チ法律自身)ヲ以テ放棄シタル權利ハ之ヲ破ルコトヲ得ズ蓋シ一ノ所爲ニシテ各個人ノ私權ヲ破ルコトアルモ國家ニ屬スル權利ヲ破ルコトナキトキハ罪トナルベキモノニアラザルヲ以テ國家ニ於テ自ラ其ノ權利ヲ放棄シタル場合ニ於テモ亦犯罪ノ成立ナシ。設例ヘバ不得已ノ危急又ハ正當防衛ニ出デタル所爲ノ如キハ各私人ノ權利ヲ損スルコトアルモ社會ノ安寧ニ關シテ國家ノ有スベキ權利ハ國家自ラ之ヲ放棄シタルモノナレバ當然犯罪タルコトヲ得ザルナリ。但シ死刑ノ宣告ヲ受ケタル者ニ就テハ國家ハ唯ダ國家ノ適法ナル機關ニ由リテ

ホルトラン
氏刑法原論
第四六六號
乃至第四八
六號
ガイフ氏刑
法學第二卷
第二一九號

其ノ生命ヲ奪フコトヲ得ベキモノニシテ各個人ニシテ猥リニ之レヲ殺スモノ、如キハ素ヨリ殺人犯タルヲ免カレズ。故ニ之ニ反シテ法律自身ノ禁ゼザル所爲ハ設令ヒ各個人ノ私權利ヲ破ルモ國家ノ權利ヲ破ルモノニアラザレバ罪トシテ之ヲ論ズルコトヲ得ズ況ンヤ國家ノ意思即チ法律ノ命ズル所ヲ執行スルニ於テヲヤ。刑法第七十六條ニ曰ク「本屬長官ノ命令ニ從ヒ其ノ職務ヲ以テ爲シタル者ハ其ノ罪ヲ論ゼズ」ト即チ其ノ所爲ノ無罪タルニハ第一本屬長官ノ命令ニ從ヒ第二其ノ職務ヲ以テ爲シタルモノタラザルベカラズ。設例ヘバ逮捕官吏方豫審判事ノ命令ニ由リ犯人ヲ捕縛シ兵士ガ將官ノ命令ニ從ヒ敵軍ヲ襲撃スル等素ヨリ明白疑フベキモノナシト雖長官ノ命ズル所、不當ノ所爲タル場合ニ於テハ頗ル疑義ノ存スル者アリ。先ヅ左ニ一二ノ例ヲ示シテ後其ノ論局ヲ結バン。

豫審判事ガ逮捕ヲ命令スル所ノ某甲ハ決シテ犯人ナラザルヲ知り逮捕官吏ニシテ尙之ヲ捕縛センカ豫審判事ハ職權ヲ以テ之ヲ命ジ逮捕官吏ハ職務ヲ以テ之ヲ執行ス豈ニ犯罪ヲ以テ逮捕官吏ノ所爲ヲ論ズルコトヲ得ンヤ。將官ガ襲撃ヲ命ズル所ノ山上ノ一軍ハ官軍タルコトヲ知り尙之ヲ砲撃スルノ兵士アランカ將官ハ職務ヲ以テ之ヲ命令シ兵士ハ職務ヲ以テ之ヲ行フ豈罪ノ問フベキモノアランヤ。蓋シ長官ノ命ジタル某甲ハ果シテ犯人ナルヤ否又山上ノ一軍ハ果シテ敵軍ナルヤ否ハ事實ノ問題ニ屬シ長官ノ權内ニ存ス兵士又ハ官吏ハ敢テ其ノ當否ヲ争フコトヲ得ズ命令ノ不當ヲ知ルト雖苟モ事其ノ職務ニ係ル以上ハ即チ法律ノ命ズル所ナリ然レドモ今若シ豫審判事ニシテテ逮捕官吏ニ向ヒ違警罪犯ハ盡ク之ヲ捕縛ス可シ又ハ某甲ハ無罪者ナリ故ニ之ヲ逮捕ス可シト命令シ將官ニシテ兵士ニ向ヒ苟モ官軍タランニハ盡ク之ヲ襲撃ス可シ又ハ彼ノ山上ノ一軍ハ官軍ナリ故ニ之ヲ襲撃ス可シト命令ス

アリソン氏
刑法第六七
三葉

メイソン氏
刑法註解
第五六條

ルコトアランカ官吏兵士ハ其ノ命令ノ不正ナルヲ知ルト否ト問ハズ共ニ之ヲ不問ニ附ス可キモノニアラズ。蓋シ違警罪犯又ハ無罪者ハ本來逮捕スベキモノナルヤ否又官軍ニ對シテ襲撃ヲ爲スベキモノナルヤ否ハ法律ノ問題ニ屬シ官吏從士ハ共ニ知ラザルベカラザルハ義務アル者ナリ。命令ノ正否ヲ知ラズト雖苟モ事不正ニ係ルモノハ即チ法律ノ禁ズル所ナリ。

要スルニ長官ノ命令ノ當否ニシテ法律ノ問題ニ屬スルトキハ之ヲ知ルト否ト問ハズ事不正ニ係ルモノハ刑法ヲ以テ之ヲ問ヒ事實ノ問題ニ屬スルトキハ之ヲ知ルト否ト別タズ其ノ罪ヲ論ズルコトヲ得ズ。然ルニ我刑法ハ單ニ「長官ノ命令ニ從ヒ」云々ト記載シ法律ト事實ニ係ルモノトヲ分タズ更ニ命令ノ當否ヲ問ハザルニ似タリト雖第二ノ條件トシテ職務ヲ以テ爲シタルコトヲ要スルガ故ニ命令ノ當否法律ノ問題ニ屬シ法律ニ於テ之ヲ禁ズル場合ハ即チ官吏ノ職務ニアラズトシ又其ノ事實ノ問題ニ屬シテ法律ニ於テ之ヲ命ズル場合ハ職務ヲ以テ爲シタルモノトナスベシ。故ニ我法文ハ其ノ用キル所ノ文字ヲ異ニスルモ其ノ論局ニ至リテハ上來論述シタル論理ト同一ナリ。如何トナレバ自己ノ職務ノ有無ヲ判定スルハ是又法律ニ屬スル問題ニシテ法律ノ不識ハ以テ其ノ罪ヲ免ル、ノ理由タラズ又事實ニ屬スル問題ニ係リ職務ヲ以テ之ヲ行フトキハ命令ノ不正ナルヲ知ルト雖是レ法律ノ強フル所ニシテ其ノ罪ヲ論ズベキモノニアラザレバナリ。

上來論述スル所ノ論理ニ由リ我刑法(第七十六條)ノ精神ハ一言ニシテ能ク之ヲ盡スコトヲ得ベシ即チ該條ハ法律ノ命ズル所爲ハ罪トナラザルコトヲ示スモノニ過ギズ受命ノ官吏ガ其ノ長官ノ命令法律ニ違ヒ又ハ自己

ハ職務ニ屬セズ其所爲ニシテ罪ト爲ルベキヤ否ヲ定ムルハ唯其ノ所爲ハ法律ノ命ズル所ナルヤ否ヲ決スルハ一事ニ在リ夫ノ長官ノ命ズル所法律ニ反スルコトタルヲ知ルト否トニ從ヒ犯罪ノ有無ヲ決スルノ標準トスルガ如キ論者ハ未ダ人ヲシテ法律規則ヲ知ラザルノ故ヲ以テ其ノ罪ヲ免カレシメントスルノ誤見ヲ脱スル能ハザルモノナリ。但シ法律ノ不識及事實ノ不識ニ關スル法理ハ後章ニ於テ之ヲ論述セン。

第三項 不得已ニ出デタル所爲

抗拒スベカラザル強迫又ハ避クベカラザル天災若クハ意外ノ變ニ遇ヒ身體生命ヲ保全スル爲メ己ムヲ得ズシテ他人ニ屬スル權利ヲ害スル有意ノ所爲ヲ稱シテ不得已ニ出デタル所爲ト云ヒ全然犯罪成立ノ要素ヲ備フルモ國家ハ國家ニ屬スル權利即チ被害者ヲ保護スル國家ノ權利ハ國家自ラ之ヲ放棄シ刑法上之ヲ罪トシテ論ゼザルモノナリ。何トナレバ斯ル場合ニ際シ自己ノ生命ヲ捨テ他人ノ生命ヲ保全スルハ非常至高ノ德義タルベキモ國家ハ敢テ一般ノ人民ニ向テ仁人君子ノ行ヲ強フルモノニアラザレバナリ但シ國家ハ敢テ不得已ニ出デタル所爲ヲ以テ正理ニ合スルモノトセザルガ故ニ唯其ノ罪ヲ免除スルニ止マリ加害者ニ與フルニ自己ノ生命ヲ保全シ他人ノ生命ヲ絶ツハ權利ヲ以テスルモノニアラザルナリ。故ニ不得已ニ出デタル所爲ハ正當防禦ニ出デタル所爲ト大ニ其ノ趣ヲ異ニセリ。不得已ニ出デタル所爲ト正當防禦ニ出デタル所爲トノ差異ハ後項ニ詳論ス 設例ヘバ洋中ノ船舶颶風ニ遇ウテ覆没シ甲乙二人ノ乗客僅ニ一人ヲ保スベキ一片ノ木板ヲ争ヒ各々危難ヲ免レント欲シテ遂ニ乙者ヲ海中ニ沈メテ甲者自ラ其身ヲ全ウシタル場合又ハ甲者アリ乙者ヲ強迫シ丙者ノ財物ヲ強奪スルニアラザレバ直ニ乙者ヲ殺ス可シト強制シ乙者ハ己ムヲ得

ルシニホ
ル氏獨逸刑
法論第一卷
第四八五葉

ズシテ丙者ノ財物ヲ強取シタル場合ノ如キハ甲者ハ他人ノ權利ヲ害シ自己ノ生命ヲ全ウシタルモノニシテ其ノ不正ノ所爲タル明カナリト雖國家ハ至高ノ德義ヲ以テ甲者ニ強フルコトヲ得ザルモノトナシ國家ハ被害者ヲ保護スルノ權利ヲ棄テ、之ヲ不問ニ附ス。

刑法第七十五條ニ曰ク「抗拒スベカラザル強制ニ遇ヒ其ノ意ニ非ルノ所爲ハ其ノ罪ヲ論ゼズ。天災又ハ意外ノ變ニ因リ避クベカラザル危難ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出デタル所爲モ亦同ジ」ト蓋シ此法文ハ予ノ茲ニ論ゼントスル所ノ不得已ニ出デタル所爲ニ關スル法理ヲ包含スルモノナリ。今左ニ之ヲ分析評論セム。

一、抗拒スベカラザル強制トハ有形無限ノ暴力 (Vis absoluta) ヲ以テニアラズシテ無形ノ強制 (Vis compulsiva) ノミヲ指ス。學者或ハ法文ノ所謂強制トハ此二者ヲ包含スベキモノトスルモノアレドモ有形無限ノ暴力ニ係ル場合ハ不得已ニ出デタル所爲ニアラズ。設例ヘバ暴風ニ吹倒サレテ通行人ヲ傷ケタルガ如キハ全然人爲ニ非ザルナリ又甲者乙者ノ手ヲ執リ強テ丙者ヲ殺シタル如キハ是レ甲者ノ所爲ニシテ乙者ノ所爲ニ非ズ乙者ハ毫モ之ヲ爲スノ意思ナクシテ乙者ハ單ニ甲者ガ犯罪ノ器械手段トナリシモノニ過ギザルナリ。既ニ乙者ノ所爲ニ非ズ之ヲ乙者ガ不得已ニ出デタル所爲トスルコトヲ得ズ故ニ乙者ノ無罪タルハ不得已ニ出デタル所爲タルガ故ニアラズシテ本來乙者ノ所爲タラザルハ故ニ出ヅルナリ此理由ニ基ク所ノ不論罪ハ宜シク第七十七條ヲ適用スベク決シテ本條ニ依ルベカラザルナリ故ニ抗拒スベカラザル有形ノ強制ト無形ノ強制トハ均シク不論罪ノ源由タルモ基ク所ノ理由ニ於テハ實ニ霄壤ノ大差アリ有形ノ強制ニ就テハ亦本

ルシニホ
ル氏獨逸刑
法論第一卷
第四八五葉

ホワートン
氏米國刑法
第二四葉

ガルトラ
氏原論
第三五九
號
乃三三五
號
フオース
ンエリス
氏
七三號
刑論第三
三號
三義第一
刑論第一

條ヲ適セントスルノ學者ハ往々本條ノ不_レ論罪ヲ以テ犯罪構成ノ元素ナル自由ヲ缺クニ原因スルモノトナシ
有形ノ強制ハ外部即チ身體ノ自由ヲ奪ヒ無形ノ強制ハ内部即チ精神ノ自由ヲ失フモノト説ケドモ本來自由
ナルモノハ犯罪構成ノ元素ニアラズ。何トナレハ有形ノ強制ニ出デタル者ハ強制ヲ受ケタル者ノ所爲ニア
ラザルヲ以テ素ヨリ犯罪ノ責任ヲ負フコトナカルベキガ故ニ自由ノ必要ヲ説クノ要ナカルベク又無形ノ強
制ニ出デタル者ハ決シテ精神ノ自由ヲ失ウタル者ニアラザレバナリ。甲者アリ乙者ニ向テ曰ク汝ニシテ丙
ガ住居セル家屋ニ放火セズンバ予ハ今汝ヲ斬ラント乙遂ニ火ヲ丙ノ家ニ放テ之ヲ燒燬セリ乙ニシテ苟モ幼
者瘋癲等犯罪責任ノ不能力者タルニアラズンバ乙ハ己レヲ知り他ヲ知り又是非曲直ヲ辨知スルノ智能アリ
論者尙ホ之ヲ精神ノ自由ヲ缺クモノトスルカ。乙ハ丙家ニ放火スルノ犯罪タルコトヲ知り又己ヲ殺シテ他
人ヲ害スルト他人ヲ害シテ己レヲ全ウスルト二者其ノ一ヲ擇ブノ自由能力ヲ有セリ。今夫レ皮想ノ見ヲ以
テ強制ヲ受ケル者ノ地位ヲ觀察センカ實ニ進退維谷ノ境遇ニ處シテ心中甚ダ苦慮スル所アルガ如シト雖其
實想ニ於テハ斷ジテ否ラザルモノアルナリ。何トナレバ法律既ニ備ハリ法律ノ明文上斯ノ如キ強制ニ出デ
タル所爲ヲ以テ無罪トスル以上ハ強制ヲ受ケルモノハ此法律ノ保證ニ安心シ自由ニ己レヲ全ウシテ他ヲ害
スルノ道ヲ撰ブコトヲ得レバナリ豈進退維谷ノ苦心アラハヤ。蓋シ無形ノ強制ハ内部即チ精神ノ自由ヲ奪
フモノトスルハ舊時刑法學者ノ主張セル所ニシテ其ノ説既ニ陳腐ニ屬ス近世獨英學士ノ容レザル所ナリ。
故ニ斯カル有形ノ強制ニ由リ行ウタル所爲ハ罪ヲ犯スノ意ナキ所爲ニシテ既ニ其ノ人ノ所爲ニアラザレバ

ベルネル
氏
刑論第一
二號

其ノ無罪タルハ第七十七條ノ規定ニ基ク所ナリ本條ノ所謂強制ナル語中ニ有形ノ強制ヲモ包含スルモノト
スル者ハ刑法ノ適用ヲ重複セシメントスルモノナリ其説固リ取ルニ足ルベキナシ。
二、前項ニ論述スルガ如ク所謂不得已ニ出デタル所爲ナルモノハ強制ノ人爲タルト天爲タルトヲ問ハズ凡テ無
形ノ強制ニ出デタル所爲ヲ指示スルモノナレバ其有意タルコト素リ當然ナリ之ニ反シテ有形ノ強制ニ出デ
タル所爲ハ所爲ニアラズシテ其無意タルコト亦素リ當然ナリ法理未開ノ時代ニ成リタル現行刑法ハ此二者
ヲ混同シ法文ニ「其意ニ非ラザルノ所爲」ト謂ヒ無形ノ強制即チ己ムヲ得ザルニ出デタル所爲タルニモ亦
意思ナキコトヲ必要トスル如クナレドモ本條ノ不_レ論罪ハ有意ノ所爲ニシテ仍ホ不_レ論罪タルベキ場合ヲ規定
シタルモノナレバ斯ノ如キ意思ナキヲ必要トスルコトナキハ明白ナリ。蓋シ本條ニ所謂其意ニアラズトハ
唯之ヲ希望スルノ念ナキコトヲ示シタルニ過ギズ。設例ヘバ強迫ニ遇ヒ他人ノ家ニ放火スルハ其ノ所爲固
リ有意ナレドモ唯不得已ニ出デ、之ヲ行フモノニシテ他人ノ家屋ヲ燒キ他人ヲ害スルコトヲ希望スルノ本
意ニ非ルナリ。而シテ事苟モ強制ニ出デタル以上ハ斯カル本意ナキハ當然ニシテ「其ノ意ニ非ルノ」意
ハ已ニ強制ノ語中ニ包含セリ素ヨリ特ニ之ヲ明記スルノ必要ナキノミナラズ爲メニ却テ理論ノ混雜ヲ生ズ
ルニ至ルベシ。我刑法草案ガ此語ヲ除キタルハ能ク理論ニ合シタリト云フベシ。

三、強制ハ抗拒スベカラザルヲ必要トス疎遠ナル親屬ノ生命若クハ自己ノ僅少ナル財産ニ對シテ他人ノ生命ヲ
絶ツ可シトノ強迫ヲ受ケタル場合ノ如キハ之ヲ抗拒スベカラザルモノト云フコトヲ得ズ。刑法第七十五條

第二項ニ於テハ自己若クハ親屬ノ生命身體ニ限り第一項ニ於テハ此制限ヲ設クルナシト雖自己ノ生命及ビ人身ニ對スル強制ニアラザレバ之ヲ抗拒スルコト能ハザルモノト云フコトヲ得ザルハ勿論タルヲ以テ同條第一項モ亦第二項ト同一ノ精神タルコト素リ當然タリ。

四、法文ニ天災又ハ意外ノ變ト明記スレドモ意外ノ變トハ如何ナル變災ヲ包含スベキヤ茲ニ枚擧スルコトヲ得ズト雖此場合モ亦暴風ニ吹倒サレテ通行人ヲ傷ケタル如キ有形的強制ノ場合ヲ包含スルコトナシ。

五、強制又ハ變災ハ現在ニシテ避クベカラザルモノタルヲ必要トス。現在ナラズ又避ケ得ベキ強制ハ抗拒スベカラザルモノニアラズ又現在ナラザル災變ハ避クベカラザルモノニアラズ是レ法文ニ抗拒スベカラザル強制ト云ヒ又ハ避クベカラザル危難ト明言セル所以ナリ。

第四 正當防衛ニ出デタル行爲

正當防衛ハ目前ノ不正ナル攻撃ニ對スル防衛ノ行爲ナリ其必要條件等ニ就テハ各論ニ詳述スベシト雖今正當防衛ト前段ニ論述シタル行爲トノ區別及ビ差異ヲ示スコト左ノ如シ。

一、不得已ニ出デタル所爲ハ各個人ノ權利ヲ害スルモ國家ハ此被害者ヲ保護スベキ自己ノ權利ヲ棄テ唯ダ罪トシテ之ヲ論ゼザルニ止マリ他人ヲ害スルノ權利ヲ認ムルコトナキモ正當防衛ノ場合ニ於テハ國家ハ單ニ其權利ヲ放棄スルニ止マラズ更ニ不正ノ攻撃ヲ受クル者ニ附與スルニ正當防衛ヲ行フハ權ヲ以テス故ニ正當保護ハ權利實行ナリ蓋シ不得已ニ出デタル所爲ノ場合ニ於テ自己ノ生命ヲ捨テ他人ノ生命ヲ全ウスルハ非

ベルネル氏
刑法論第一
四九葉以下
ラッセル氏
重罪論第
一卷第八
九葉
ジニートン
ネー氏刑法
要義第一二
五葉

常至高ノ德義ニシテ仁人君子ノ所爲タルベキモ正當防衛ノ場合ニ於テ自己ノ權利ヲ捨テ他人ヲシテ其ノ非行ヲ遂ゲシムルハ非常極度ノ蠢愚ニシテ呆子痴漢ノ行爲タルベシ。法律ハ各人ニ強フルニ非常ノ至高ノ德義ヲ以テスルナキモ各人ニ與フルニ非常極度ノ愚物タラザルコトヲ得ベキノ權利ヲ以テスルナリ。

二、不得已ニ出デタル所爲ノ場合ニ於テハ加害者被害者共ニ同等ノ地位ニ在ルモ正當防衛ノ場合ニ於テハ攻撃者ノ所爲ハ必ず不正ナルコトヲ要ス故ニ正當防衛者ニ對シテ反撃ヲ爲シタルモノハ之ヲ不得已ニ出デタル所爲トシテ不問罪ヲ主張スルコトヲ得ズ。

三、正當防衛權ハ他人ノ爲メニ之ヲ行フコトヲ得ルモ不得已ノ所爲ハ之ヲ行フコトヲ得ズ。權利ノ實行ナレバナリ。

四、不得已ニ出デタル所爲ハ自己若クハ親屬ノ生命身體ヲ全ウスルノミニ止マレドモ正當防衛ハ生命身體ハ勿論或ル場合ニ於テハ財産ニ暴行ヲ加フルモノニ對シテモ亦之ヲ行フコトヲ得。

五、不得已ニ出デタル所爲ハ自己ノ生命身體ヲ保全スル爲メ危害ノ避クベカラザルノ度ニ達スルコトヲ必要トスレドモ正當防衛ハ暴行ノ繼續中ニシテ其暴行ヲ防グ爲メニハ自己ノ生命身體ヲ保全スルニ避クベカラザルノ度ニ達スルヲ待タズシテ之ヲ行フコトヲ得。

第三款 犯罪ノ手段

ベルネル氏

犯罪ノ主體（加害者）及ビ犯罪ノ物體（被害者）アリト雖犯罪ノ手段ニシテ其ノ間ニ介スルモノナクンバ犯罪

ヘルシニホ
ル氏獨逸刑
法論第一卷
第四七三葉

ノ實行ヲ見ルコト能ハズ故ニ苟モ犯罪ヲ以テ一ノ所爲トシ論ズルニハ犯罪ノ手段モ亦犯罪ノ成立ニ必要ナル一條件ナリ。但シ犯罪ノ手段中ニハ犯罪ノ物體又ハ犯罪ノ主體タルコトヲ得ベキモノヲ包含スレドモ之ヲ手段トシテ論ズル場合ニ於テハ唯犯罪ノ主體ニ使用セラレタル器械ト看做スベク犯罪ノ主體又ハ物體ハ仍ホ他ニ存在スベキモノトス。

犯罪ノ手段ハ犯者(主體)ノ意思ニ從テ動作スル所ノ器械ナリ。抑モ意思ナル者ハ本來心裏ノ境界ニ存シ目視ルコトヲ得ズ耳聽クコトヲ得ズ手足以テ之ニ觸ル、コトヲ得ズ故ニ意思ノ外形ニ顯出シテ其ノ作用ヲ爲スニハ無形ノ心裏境ト有形ノ實世界トノ間ニ架セラレタル橋梁アルヲ要ス。此橋梁ハ即チ意思ニ服スル所ノ手段ナリ。而シテ人ノ身軀全體ハ勿論其ノ手足耳目等ハ人ノ生レ乍ラニシテ有スル所ノ器械ニシテ人ハ此等ノ器械ヲ其ノ意思ニ首服セシメ此等ノ手段ヲ以テ其ノ意思ヲ現界ニ發顯シテ始メテ其ノ目的タル物體ヲ左右スルコトヲ得ルナリ又犯者ハ其ノ手足耳目等生レ乍ラニシテ本來有スル天爲ノ器械ノ外尙ホ人爲ニ依テ得有スベキ諸種ノ器械ヲ以テ其ノ意思ノ實行ニ使用スルコトヲ得。

犯罪ノ手段ハ第一犯罪ノ證明ニ供スベキモノニシテ茲ニ犯罪ノ手段アレバ其犯罪ノ所爲タル意思ノ存在ヲ推測スルコトヲ得ベク第二犯罪ノ手段ハ其ノ使用シタル器械ノ種類ニ依リ刑ノ加重減輕ヲ來シ第三犯罪ノ手段ニ種々アリ而シテ其ノ手段ノ如何ハ犯罪ノ準備未遂等ヲ定ムルノ點ニ於テ重要ノ關係ヲ有ス。

犯罪ノ手段タル物體モ亦能力ヲ有セザルベカラズ若シ此能力ナキトキハ犯罪ノ手段ハ不能ニ基キタル不能犯トハ未遂犯トノ區別ヲ了知ス可シ。

第二節 犯罪タル所爲

第一款 所爲ト責任トノ關係

第一段 所爲ト責任トノ關係ノ發生

犯人ハ其ノ心裏ニ發生スル意思ヲ以テ意思ナキ手段ニ移ストキハ手段ハ活氣ヲ得テ犯人ノ意思ヲ以テ犯罪ノ物體上ニ實行シ以テ犯者ノ意思ト犯罪ノ事實トヲ連絡セシム。此意思ト事實ト連絡ヲ稱シテ所爲ト云フ。故ニ所爲ト事實トハ其ノ間主客ノ區別アリ、其ノ事ヲ一ニスルモ其ノ見ル所ヲ異ニス。今語ヲ換ヘテ之ヲ言ハ、事實トハ人ノ殺サレ家屋ノ燒ケ又ハ内亂ノ起ル等單ニ或出來事ヲ指スモノニシテ風ノ吹キ火ノ燃エ氷雪ノ冷ナルト等シク客觀上ノ意義タルニ過ギザルモ所爲トハ然ラズ人ヲ殺シ家屋ヲ燒毀シ又ハ内亂ヲ起ス等意思ノ實行ニ顯ハル、モノヲ指シ凡テ主觀上ノ意義ヲ有ス。故ニ苟モ所爲タル以上ハ其ノ所爲ノ起源タル意思ト事實ト相結合セルモノ、謂ニシテ既ニ所爲ト云ヘバ意思モ事實モ自ラ其ノ中ニ包含セラレ。

犯罪タル所爲中ニハ法律ノ禁ズル所ヲ爲シ又法律ノ命ズル所ヲ爲サマルモノアリ。一ヲ行爲ト云ヒ一ヲ不爲ト云フ而シテ又此等ノ所爲タル故意ニ出ヅルモノト故意ニ出デザルモノトアリ其ノ故意ニ出デタル場合ハ後章別ニ

論ズル所アルベシト雖不爲即チ爲スベキコトヲ爲サマル所爲モ亦是レノ所爲ニシテ犯罪ノ責任ヲ免ル、コトヲ得ズ。但シ此等不爲ノ犯罪タル多クハ國家ノ危害ヲ未然ニ豫防スルヲ意ニ出デ利益ヲ増進スルノ目的ニ出ヅル者甚ダ少シトス。今此種ノ犯罪ヲ分チテ左ノ三種ニ區別スルコトヲ得。

- 一、安寧警察ノ必要ニ出デ、僅少ノ違警罪ヲ認ムル場合アリ。設例ヘバ崩壊セントスル家屋ノ修理ヲ爲サマル者危険ノ井溝凹所ニ防圍ヲ爲サマル者溝渠下水ヲ浚ハザル者等ノ如シ。
- 二、公ケノ職務又ハ營業タルノ性質ヲ有スルヨリシテ官吏若クハ人民ニ強フルニ其ノ義務ノ執行ヲ以テスルコトアリ。設例ヘバ官吏ニシテ法律規則ヲ公布施行セズ兵隊ヲ要求スルノ權アル官吏地方ノ騷擾ヲ鎮撫スルノ處分ヲ爲サズ又ハ陸海軍ノ委任ヲ受ケ物品ヲ供給スル者交戦ノ際ニ軍備ノ缺乏ヲ致シ其他辯護人醫師技術師等裁判所ノ呼出ニ應ゼザル等ノ場合はナリ。
- 三、一般ノ人民ノ義務タルベキヲ舉行セザル場合アリ。設例ヘバ水火其ノ他ノ變ニ際シ官吏ヨリ防禦ス可キノ求ヲ受ケ傍觀シテ之ヲ肯ゼザル者ノ如キハ違警罪犯トシテ之ヲ處罰ス但シ我現行刑法ニ於テハ國事ニ關スル陰謀其ノ他ノ重大ノ犯人アルコトヲ知テ官ニ告ゲザルモノ等ヲ罰スルコトナキヲ以テ此種ニ屬メル犯罪極メテ少シトス。

上來論述シタル三種ノ所爲ヲ以テ刑法ガ不爲ヲ罰スル一般ノ場合ナリトス。而シテ此不爲ヲ罰スルト否トニ就キ學者ノ間古來多少ノ議論アルハ一舉手一投足ノ勞ヲ取レバ事足ルベキ場合ニ於テ水火震災其他ノ危難ニ陥ラン

トスル者ヲ救助セザルノ所爲ヲ以テ犯罪トスベキヤ否ニ在リ。而シテ此等ノ所爲ヲ以テ單ニ道德上ノ義務ヲ悉サマルモノトナシ法律ニ於テ問フベキモノニアラズトスルハ近世學者ノ定論ナルガ如シト雖我刑法ニ於テハ特ニ仍ホ之ヨリ甚シキモノアルハ刑法第三百四十條ノ犯罪ナリ同條ガ自己ノ管守シ又ハ所有ノ地内ニ昏倒スルモノアルヲ知ツテ之ヲ救助セザルノ所爲ニ對シテ輕罪ノ刑ヲ科スルハ刑ノ甚ダ酷ナルモノアルニ似タリ。但シ刑法第三百六十四條ニ依テ子孫奉養ヲ缺クノ所爲ヲ罰スルガ如キハ我帝國ノ習慣トシテ敢テ之ヲ非難スルニ足ラザルベシ。

第二段 所爲ト責任トノ關係ノ消滅

所爲ト責任トノ關係ニ就キ前段ニ論述シタル所ヲ以テ推論スルトキハ意思、事實及ビ意思、事實ノ連結ノ三者中其ノ一ヲ缺クトキハ所爲ト責任トノ關係ハ自ラ消滅スベキモノタルコトヲ知ルベシ、今左ニ此消滅ノ場合ヲ詳論セン。

(一) 意思ナキ場合。

刑法第七十七條ニ曰ク罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其ノ罪ヲ論ゼズト設例ヘバ誤テ落馬シテ通行人ヲ傷ケ火ヲ失シテ人家ニ類焼シタル如キハ素ヨリ人ヲ傷ケ家ヲ燒クノ意ナキ者ナレバ法律ニ於テ一般ニ之ヲ罪トスルコトナシ。故ニ此場合ハ第七十五條ノ抗拒スベカラザル強制ニ出デタル所爲及ビ天災ニ因リ避クベカラザル危難ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身體ヲ保全スルニ出デタル所爲ト混同スルコトナキヲ要ス。何トナレバ強制ニ由リ若クハ天災ニ際シ自己ヲ全ウスルト他人ヲ害スルトハ自ラ之ヲ擇ブコトヲ得ベキモノニシテ其ノ所爲ニ就テハ更ニ意思ナキモノ

ニアラザレバナリ。然レドモ抗拒スベカラザル有形ハ強制即チ暴力 (Vis absoluta) ニ出デ又ハ自己ハ生命身體ヲ保全スル爲メニアラズシテ天災等ノ (Vis major nature) 強制ニ出デタル所爲ハ固ヨリ罪ヲ犯スノ意思ナキモノニシテ本條ニ依リ其ノ不諭罪タルコト勿論ナリ。設例ヘバ甲ナル者強テ予ヲシテ白刃ヲ持タシメ予ガ手ヲ拘束シテ乙ヲ殺シ又予ガ人力車ニ乗ジテ道路ヲ通行スルニ際シ大風俄ニ吹キ來リテ予ガ車ヲ轉覆シ爲メニ通行人ヲ死ニ致シタル場合ノ如キハ決シテ予ノ所爲ニアラザルナリ。故ニ我刑法第七十五條第一項ハ唯ダ抗拒スベカラザル無形ノ強制ニ出デタル所爲 (即意思アル場合) ノミニ適用スルコトヲ得ベク其ノ有形ノ強制ニ出デタル所爲ハ故意ナキヲ理由トスベキ不諭罪ナリ。然レドモ我刑法第七十七條ハ「罪ヲ犯スノ意ナキ云々」ト云ヒ營ニ故意ナキ所爲ヲ罪トセザルニ止マラズ故意アルモ尙ホ罪ヲ犯スノ意ナキ所爲ニアラザレバ罪ニアラザルモノトセルニ似タレドモ學理上ヨリ論ズレバ刑法ノ總則即一般ニ犯罪ノ要素ヲ論ズルノ條下ニ於テハ唯ダ故意ナキ所爲ハ罪ニアラズト規定スルヲ以テ足レリトス而シテ我刑法ガ特ニ「罪ヲ犯スノ意」ト明言シタル所以ノ理由ニ至リテハ後ニ至リテ詳述スル所アラン。

(二) 事實ノ存在セザル場合。

意思ノ尙ホ心裏ニ存シテ外形ニ顯出シテ其ノ作用ヲ示サマル以上ハ未ダ事實ノ存在セザルモノニテ犯罪ノ責任ナキコト明カナリ特ニ説明ヲ要スベキナシ。

(三) 意思ト事實トノ連結ヲ缺ク場合。

ベルネル氏
同上

ベルネル氏
同上

刑法第七十七條第二項ニ曰ク「罪ト爲ルベキ事實ヲ知ラズシテ犯シタル者ハ其ノ罪ヲ論ゼズ」其ノ第三項ニ曰ク「罪本重カルベクシテ犯ス時知ラザル者ハ其ノ重キニ從テ論ズルコトヲ得ズ」ト是レ意思ト事實ノ連結ナキノ場合ナリ。意思及事實ニシテ存在スルモ意思ト事實ト連結シテ相應ズルコトナクンバ犯罪ノ責任ナカルベシ。設例ヘバ甲ナル者乙女ノ有夫ノ婦タルコトヲ知ラズ之ト姦通シタルトキハ甲ハ乙ト姦通スルノ意思アリ且ツ有夫ノ婦ト姦通シタル事實アリト雖甲者ハ乙者ノ有夫ノ婦タルコトヲ知ラザルガ故ニ甲者ノ意思ハ唯乙ナル處女ト通ゼントスルモノニ過ギズ意思ト事實ノ連結符合スルコトナキモノニシテ甲ハ犯罪ノ責任ヲ負フコトナカルベシ。今法文ニ從ヒ本條ノ意義ヲ分析スレバ即チ左ノ數項ニ歸ス。

(イ) 本條ノ不諭罪ハ罪ヲ構成スル事實ヲ知ラザルモノニシテ法律ヲ知ラザル場合ニアラズ有夫ノ婦タルコトヲ知ラズシテ之ト姦通スルハ無罪ナルモ有夫ノ婦ト姦通スルハ法律ノ許ス所ト思惟シテ犯シタル者ハ事實ノ不識ニアラズシテ法律ノ不識ニ屬シ決シテ之ヲ不問ニ附スベキモノニアラズ。刑法第七十七條第四項ニハ法律規則ヲ知ラザルヲ以テ罪ヲ犯スノ意ナシトスルコトヲ得ズト明言シタレドモ已ニ第二項ニ於テ事實ノ語ヲ用ヒタレバ此明文ハ自ら不用ニ屬スルニ似タリ。然レドモ我が刑法ノ正文ヨリ論下スルトキハ此第四項ハ第二項及第三項ノ例外ヲ示シタルモノニアラズシテ第一項ノ例外ヲ示シタルモノトセザルヲ得ズ。何トナレバ第一項ニ罪ヲ犯スノ意ナキ云々ト云ヒ所爲ヲ行フノ意ナキ場合ハミニ限ラズ頗ル廣博ナル語ヲ用ヒタルガ故ニ法律ヲ識ラズシテ犯シタル場合設例ヘバ有夫ノ婦ニ姦通スルモ法律ノ禁止セザルモノト思

惟シテ犯シタル者ノ如キモ亦罪ヲ犯スノ意ナキモノトセザルヲ得ザルニ至ルヲ以テ特ニ之ヲ明言スルノ必要アレバナリ學者往々第四項ヲ以テ第二項及第三項ノ事實ハ不識ニ屬シ法律ハ不識ニ屬セザル所以ヲ明記スルモノトスルモノアリト雖是レ未ダ學理ニ熟セザル淺近ノ識見ナリ。

(ロ)事實ノ不識ニ二様アリ一ハ全ク罪トナルベキ事實ヲ知ラザル場合ニシテ全ク犯罪ノ責任ナク一ハ唯罪ノ重カルベキ事實ヲ知ラザルモノニテ其ノ重キ部分ニ就キ犯罪ノ責任ナキモノ是ナリ。即チ本條第一項及ビ第二項ノ明記スル所ナリ。

(ハ)意思ト事實ト相連結符合セザル場合ト雖怠慢若クハ過失ヲ罰スルコトアルベキハ前項ニ論述スル所ノ如クナレドモ此意過失ヲ罰スル場合ニ於テハ罪トナルベキ事實ヲモ知ラザルトキト雖亦之レヲ罰スベキカ設例ヘバ一獵夫アリ前面ノ山上一頭ノ羊アルヲ認メ之ヲ銃撃シタルニ羊ニアラズシテ單ニ全身羊皮ヲ被リタルノ一狂人ナリシトキハ尙ホ之ヲ過失殺傷罪ニ問フベキカ予ハ斷ジテ此罪ナキモノトスル者ナリ。蓋シ設ヒ過失怠慢ヲ罰スル場合ト雖其事實ヲ識ラザルハ犯者ノ怠慢若クハ過失ニ源因スル者タルコトヲ要ス即前掲ノ一例ニ於テ全身ニ羊皮ヲ被リタル者ハ何人ト雖之ヲ羊ナリト思惟スルハ當然ナリ其ノ一狂人タルヲ知ラザルハ當然ノコトニシテ敢テ之ヲ怠慢若クハ過失ニ出デタルモノト云フベカラズ。

(ニ)法律ノ正條ニ明記スルコトナキモ茲ニ一言スベキモノハ所爲ノ錯誤ナリ。抑モ所爲ハ錯誤ハ目的物ハ錯誤ト相對スルノ語ニシテ二者相似テ全ク其ノ性質ヲ異ニセリ。目的物ノ錯誤 (Error in object) トハ所爲ノ

向ウタル目的物ハ其ノ信ジタル目的物ヨリ他ノ物體ナリシ場合ヲ云フモノニシテ設例ヘバ甲乙ヲ銃撃セント欲シ乙ト信ジテ丙ヲ銃撃シタル如キヲ指シ、所爲ノ錯誤 (Aberratio Delicti) トハ犯者ノ所爲ハ其ノ信ズル所ノ目的物ニ向ヒタルモ其ノ方向ヲ誤リ他ノ物體ニ及ビタル場合ヲ云フモノニシテ甲乙ヲ銃撃セント欲シ乙ニ向ツテ發砲シタルモ偶然ニシテ乙ノ背後ニ立チタル丙ヲ銃撃シタル如キヲ指ス而シテ目的物ノ錯誤ハ其ノ目的物全ク犯罪物體タル能力ナキハ不能犯ニシテ全ク犯罪ノ責任ナキモ若シ犯罪物體タル能力ヲ具ヘタル者ニ係ルトキハ第七十七條第二項及第三項ノ區別ニ從ヒ處分セザルヲ得ズ設例ヘバ乙ナル有夫ノ婦ニ姦通セリト思惟セシニ丙ナル處女ナリシ場合ハ罪トナルベキ事實ナキモノニシテ全ク無罪タルベク又甲其ノ父ナル乙ヲ銃殺セント欲シ乙ト信ジテ丙ナル他人ヲ銃殺シタルトキハ罪本ト重カルベクシテ其ノ重キ事實ナキ者ナレバ通常人ヲ殺スノ罪アルベキモ親ヲ殺スノ罪ナルベシ之ニ反シテ所爲ノ錯誤ニ在リテハ偶然ノ事變犯人ノ意思ト犯罪ノ事實トノ連結ヲ解除シ犯人ノ意外ナル結果ヲ生ズルヲ以テ苟モ故意ヲ要スル犯罪ニ就テハ其ノ責任ナク唯之ヲ犯人ノ意内ニ存シタル物體ニ對スル未遂犯ト爲シ其ノ意外ニ發シタル結果ハ之ヲ故意ヲ要セザル過失怠慢ノ罪ニ問フノ外ナカルベシ設例ヘバ甲乙ヲ銃殺セント欲シ乙ニ向テ發砲シタルモ銃丸他物ニ觸レテ其ノ正路ヲ失シ誤テ丙ナル傍人ヲ殺シタルトキハ甲ノ乙ニ對スル所爲ハ未遂犯罪ニシテ甲ノ丙ニ對スル所爲ハ過失殺人罪タルベシ但シ既遂犯及ビ未遂犯ノ區別ニ就テハ後章ニ詳論ス。

ヒンジン
氏刑法原論
第二卷
ヘルシユネ
ハルシユネ
氏獨逸刑
法論二六八
葉

タリトセンカ。此一箇ノ所爲ヨリシテ「ピストル」中ニ装置セル火藥ヲ爆發セシメ銃丸飛ンデ甲ノ身體ニ觸レ甲ハ重傷シテ久シク病床ニ臥シテ遂ニ其ノ死ヲ致シ遺族爲メニ生計ニ苦ミ依テ甲ノ長子乙ノ醫學修業ヲ中止セシメ業未ダ成ラズシテ丙ナル患者ヲ診察シ過テ丙ヲ死ニ致スノ結果ヲ發生セリ。予ガ不注意ノ行爲ハ此丙者ヲ死ニ致シタルノ結果ニ就キ責任アルベキヤ其ノ無責任タル言ヲ俟タズト雖予ニシテ若シ白刃ヲ執リ甲某ヲ兩斷セバ甲ハ忽チ死スルコトアラン人予ヲ目シテ甲ヲ殺スモノトスレドモ予ハ唯甲ヲ兩斷セルニ過ギズ甲ハ自ラ死スル者ノミ苟モ天帝ニアラズンバ誰レカ甲ノ生命ヲ奪フコトヲ得ン故ニ甲ノ死ハ唯予ガ所爲ノ結果ナリ予ハ此結果ニ付テモ亦其ノ責任ナカルベキヤ。予ノ責ヲ免ル、コト能ハザルヤ又多言ヲ待タズシテ明ナリ。然ラバ則チ犯者ニシテ其ノ所爲ノ結果ニ責任ヲ負ハシムルト否トハ如何ナル標準ヲ以テ之ヲ定ムベキカ。曰ク所爲ニ直接ナル自然ノ結果及ビ豫メ想像シ得ベキ直接ノ結果ヲ以テ犯者ノ責任ニ歸スルニ在リ設例ヘバ人ヲ兩斷シテ其ノ死ヲ來スハ所爲ニ直接ナル自然ノ結果ニシテ觀客ノ充滿セル劇場ニ放火シ多數人ノ死ヲ來スベキハ豫メ想像シ得ベキ直接ノ結果ナリ。事實ト意思トノ結合ヲ缺クモノト云フベカラズ。之ニ反シテ所爲ニ直接ナル自然若クハ想像シ得ベカラザル結果ハ其ノ事實ト犯者ノ意思トノ連結ナキモノニシテ從テ犯罪ノ責任ナシ故ニ過失殺ノ如キニ在リテハ輕少ノ毆打ニ依リ遂ニ被害者ヲ死ニ致スガ如キ重大ノ結果ノ生ズルモ法律ハ唯其ノ過失ノミヲ罰シテ犯罪ノ意思外ナル結果ヲ問フコトナク結果ノ大小ハ單ニ過失ノ大小ヲ推測スルノ標準タルニ過ギザルナリ。

上來論述シタル所ハ主觀上ヨリ略ボ犯意ノ何物タルコトヲ了知セシムルニ足ルベシト雖客觀上ヨリ之ヲ考察スルトキハ我刑法第七十七條ノ所謂犯意ナルモノハ單ニ或ル事實ノ存在ヲ知ルコトヲ謂フモノニ過ギザルナリ。其ノ事實トハ即チ該條ニ明示スルガ如ク左ノ四種ノモノヲ謂フ。

- 一、法律規則ノ存在ヲ知ル事……………
 - 二、或ル事實ノ現存ヲ知ル事……………
 - 三、犯狀ヲ重カラシムベキ事實ノ現存ヲ知ル事……………
 - 四、或ル所爲ノ將來ノ結果トノ發生スベキ事實ヲ知ル事……………
- 犯意
- 右ノ如ク四種ノ事實ヲ悉ク知リツ、行ヒタル所爲ヲ犯意ニ出ヅルモノト謂ヒ第四ノ事實ト第二若クハ第三ノ事實トヲ知リツ、行ヒタル所爲ヲ惡意ニ出ヅルモノト謂ヒ第四ノ事實ヲ知リツ、行ヒタル所爲ヲ故意ニ出ヅルモノト謂フ故ニ刑法第七十七條ノ所謂「罪ヲ犯スノ意」トハ法律規則ヲ知ラザル場合ヲモ包含シ人ヲ殺スモ法律ノ禁ズル所ニアラズト思惟シテ人ヲ殺スモノハ罪ヲ犯スノ意ナキモノナリ是レ同條ノ末項ニ於テ「法律規則ヲ知ラザルヲ以テ罪ヲ犯スノ意ナシトスルコトヲ得ズ」ト明言シ法律規則ノ不識ハ犯意ナキモ犯罪ノ責任ヲ免ル、コトヲ得ザル旨ヲ規定セル所以ナリ。

人タルコトヲ知リテ之ヲ殺シ他人ノ妻タルコトヲ知リテ之ヲ姦スルハ或ル事實ノ既ニ現存セルモノヲ知ルナリ己レノ親タルコトヲ知リテ之ヲ殺シ十二歳以下ノ幼者ナルコトヲ知リテ之ヲ姦スルハ犯狀ヲシテ重カラシムベキ

或ル事實ノ既ニ現存セルモノヲ知ルナリ。此等ノ事實ヲ知ラザルトキハ罪ヲ犯スノ意ナキモノトナルベシ第七十七條第二項及ビ第三項ノ規定スル所即チ是ナリ。

現存セル事實ヲ知り又罪狀ヲ重カラシムベキ現存セル事實ヲ知り且其ノ所爲ニ依リ發生スベキ將來ノ結果タル事實ヲ知ルトキハ之ヲ惡意ト云フ。人タルコトヲ知り之ヲ毆打スルモ其ノ生命ヲ喪失スルノ結果ヲ生ズベキコトヲ知ラザルトキハ人ヲ殺スモ殺人罪ノ意思ナカルベク門戸ニ放火スルモ家屋ヲ燒失スルノ結果ヲ生ズベキコトヲ知ラザルトキハ家屋ヲ燒燬スルモ放火ノ罪ナカルベシ。

由是觀之法律上ニ責任ヲ負ハシムベキ所謂犯意ニ出ヅルハ所爲トハ或ル現存セル事實ヲ知り或ル將來ニ發生スベキ結果ヲ知りツ、行ヒタル所爲ヲ指示スルモノナリ。而シテ如何ナル事實ヲ知り如何ナル結果ヲ豫知スレバ如何ナル犯罪ヲ構成スルヤ否ハ刑法各條ノ定ムル所ニシテ人タル現存ノ事實ヲ知り其ノ生命ヲ喪失スルノ結果ヲ生ズベキコトヲ知りツ、或所爲ヲ加フルヲ殺人罪トシ人ノ所有物タルコトヲ知り其ノ占有ノ奪取セラル、ノ結果ヲ生ズベキコトヲ知りツ、之ヲ竊取スルヲ盜罪トスルガ如シ。

第二節 所爲ノ狀態

第一段 總說

意思ト事實ト連結符合スルトキハ之ヲ稱シテ故意ニ出デタルモノト云ヒ意思ト事實ト連結符合セザルモ注意若クハ謹慎ヲ缺キタルトキハ其ノ所爲ヲ稱シテ過意ニ出デタルモノト云フ。故ニ今主觀上即チ所爲ヲ行フ者ヨリ見

ルトキハ所爲ニ故意及過失ノ二狀態アレドモ若シ客觀上即チ所爲ヲ受クル者ヨリ見ルトキハ所爲ニ已ニ遂ゲタルモノト未ダ遂ゲザルモノトアリ所爲ノ既遂未遂ハ又所爲ノ二狀態ナリ一言ニシテ之ヲ云ハ、主觀上所爲ニ故意ト過意トノ區別アルハ恰モ客觀上所爲ニ既遂未遂ノ區別アルガ如シ。設例ヘバ茲ニ一ノ殺人ノ所爲アリトセヨ犯者ヨリ之ヲ言ハ、此所爲ハ故意ニ出デタルモノ(謀故殺)ト過意ニ出デタルモノ(過失殺)トアルベキモ被害者ヨリ之ヲ言ハ、已ニ殺サレタルモノ(既遂)ト未ダ殺サレザルモノ(未遂)トアルベシ。蓋シ有意犯ト云ヒ無意犯ト云フモノハ主觀上ノ觀察ニシテ既遂犯ト云ヒ未遂犯ト云フモノハ客觀上ノ觀察タルニ過ギザルナリ。予ハ後段ニ於テ將ニ此等ノ事項ヲ詳論セントスレドモ所爲ノ考察上常ニ主觀客觀ノ區別アルコトヲ看過ス可ラズ。

第二段 犯意及過意

第一項 犯意(Dolus)

第一 犯意總說

凡ソ人ノ意思ハ其ノ欲スル所ノ必要ヲ満足セント希望スルニ依リ發動セラル、モノニシテ此等ノ必用ヲ満足スルコトヲ稱シテ人ノ欲望ト云フ犯罪ヲ爲スノ趣旨又ハ目的ト成ルベシ。設ヘバ復讐ヲ爲シ金錢ヲ貪リ又ハ飢餓ヲ醫セントスルガ如キハ皆人ノ必要ヲ満足セシメントスルノ意思ナリ而シテ此等ノ必要ヲ充タサンガ爲メ犯者更ニ其ノ意思ヲ轉ジテ他人ノ金錢ヲ自己ノ有トナシ又ハ人ノ生命ヲ絶ツ等其ノ他ノ結果ヲ生ゼントスルノ方向ヲ執リタルトキハ之ヲ故意ト云ヒ此意思尙ホ一步ヲ進メテノ外形ノ行爲ヲ取ラントスルノ方向ヲ執リタルトキハ之ヲ決

心ト云フ設例ヘバ他人ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生ゼンコトヲ求ムルノ意思ハ單ニ故意ナレドモ其ノ人ヲ斬ラントシ又ハ之ヲ毒殺セント思料ヲ定ムルトキハ即チ決心ナリ又他人ノ金錢ヲ自己ノ有ト爲サントスルノ意ハ唯故意ニ止マレドモ其ノ金錢ヲ竊取セントスルハ決心ナリ。故ニ犯罪ハ目的ノ進ンデ故意トナリ故意ノ進ンデ決意トナルニ成立スルモノナレドモ惡意ノ實行ニ顯ハル、形跡ノ順序ヨリ云ハ、決心先ヅ發シテ人ヲ斬リ又ハ金錢ヲ竊取スルノ所爲トナリ次ギニ故意タリシ人ヲ殺シ金錢ヲ奪フノ結果ヲ生ジ、最後ニ犯人ハ讐ヲ報ジ貪欲ヲ充タシ又ハ飢餓ヲ救フノ目的ヲ達スルモノト云フベシ。

第二 決心

決心トハ所爲ノ實行ヲ爲スノ直接ナル原因タル意思ヲ云フ則チ故意ハ犯罪ノ結果ニ對スル意思ヲ指シ決心ハ犯罪ノ所爲ニ對スル意思ヲ指スモノニシテ犯意ノ淺深輕重ノ度ハ決心ノ模様如何ニ關スベキモノトス。抑モ犯者ガ其ノ思料ヲ一定シテ決心シタルトキハ此決心ハ外形ニ顯出シテ犯罪ヲ實行スル端緒ノ所爲トナルベシ。而シテ斯カル心裏ノ思料一定シテ決心トナリ決心ヨリ進ミテ端緒ノ行爲ニ至ルニハ或ハ深思熟慮ニ出ヅルアリ或ハ一時ノ感動憤激ニ出ヅルアリ。其ノ熟慮ニ出タル決心ヲ豫謀 (Premeditation) ト云ヒ一時ノ憤激ニ出タル決心ヲ感激 (Impetus) ト云フ。故ニ法律上所謂豫謀ト云ヒ感激ト云フモノハ皆ナ犯罪ノ決心ニ付テ之ヲ謂フモノニシテ決シテ犯罪ノ故意ニ付テ之ヲ謂フモノニアラズ。故意ヲ決スルニ豫謀アルト否トハ法律ノ關スル所ニアラザルナリ。

(一) 豫謀 豫謀トハ唯深思熟慮ニ出デタル決心ヲ指スモノニシテ決心ヨリ所爲ノ着手若クハ實行ニ至ル時日ノ長

ジュロイドン
ホー氏刑法
義第二七

短ハ豫謀ノ有無ニ關係ナク決心ト實行トノ間久シキガ故ニ必ズシモ豫謀アルニアラズ短少ナルガ故ニ必ズシモ豫謀ナキニアラズ時日ノ久シキハ唯豫謀アルノ證票ヲ示スモノニ過ギザルナリ○豫謀ノ有無ハ唯ダ犯罪ノ情狀ヲ輕重スルニ過ギズト雖殺人罪ニ在リテハ我刑法ハ特ニ之ヲ犯罪ノ一元素トセリ即チ豫メ謀テ人ヲ殺シタル者ハ謀殺ノ罪ト爲シ之ヲ死刑ニ處スルモ豫謀ナキ者ハ之ヲ故殺ノ罪トシテ無期徒刑ニ處スベキモノト定メタリ。

(二) 感激 感激ハ大小甚ダ其ノ度ヲ異ニシ其ノ極度ニ達スルヤ或ハ全ク思料決意ヲ失ヒ其ノ刑ヲ全免スルモノアリ或ハ感激殆ンド皆無ニシテ豫謀ト同一ノ刑ヲ科スル者アリト雖概スルニ我刑法ニ於テハ身體ニ對スル犯罪ノ外豫謀ト感激トノ差異ヲ以テ別ニ法律上差異ヲ設ケズ之ヲ犯罪ノ情狀トシテ法官ノ酌量ニ一任セリ。

然レドモ豫謀ト感激トハ二者混同シテ往々其差異ヲ見ルニ難キコト少カラズ宜シク左ノ規則ヲ標準トシテ之レガ區別ヲ爲ス可シ。

- 一、感激ニ依テ犯罪ヲ決心シタリトモ熟慮シテ其ノ罪ヲ實行シタルトキハ豫謀ニ出デタルモノト爲ス。何トナレバ此場合ニ於テハ犯罪實行ノ熟慮ハ犯罪實行前ニ生ジタル感激ヲ消滅セシムレバナリ。設例ヘバ憤怒ニ依リ臨時殺意ヲ生ジテ人ヲ殺スモ其ノ之ヲ殺スル所爲タル殘忍久シキニ涉リ終ニ一勒其ノ命ヲ絶テタルトキノ如シ。

- 二、深意熟考シテ罪ヲ犯スノ意ヲ決スルモ一時ノ憤激ニ依リ之ヲ實行シタルトキハ感激ニ出デタルモノト爲ス何トナレバ此場合ニ於テハ感激ハ實行ノ刺衝ニシテ其ノ實行ニ至ラシメタルモノハ感激ニ外ナラザレバ

リ。設例へバ甲熟慮シテ乙ヲ殺シテ舊怨ヲ報ヒント決意セル既ニ久シキトキ偶甲乙ノ爲メニ感激セラレテ忽チ之ヲ銃殺シタルトキノ如シ。

三、既ニ熟慮シテ決意シタル犯罪ノ實行ニ着手シ其ノ實行中感激ヲ發シタルトキハ其ノ感激ハ必ずシモ豫謀ヲ消滅セシムルモノニアラズ設例へバ甲豫メ謀リテ乙ヲ殺サント欲シ乙ヲ道ニ要シテ襲撃シタルニ却テ乙ノ反撃ニ依リ憤怒ヲ發シテ乙ヲ殺シタルトキノ如シ。

第三故意

前段ニ於テ既ニ論ジタル如ク故意ハ犯罪ノ結果ヲ生ゼントスルノ意思ナレドモ其所謂故意ナルモノハ敢テ其ノ結果ヲ希望スルノ意タルコトヲ要セズ唯ダ其ノ所爲ヨリシテ或ル結果ヲ生ズベキコトヲ知りツ、之ヲ行フモノハ即チ故意タルニ外ナラズトス。設例へバ人ノ現在スル家屋ニ放火スルモノハ其ノ意思専ラ家屋ヲ燒燬スルニ在ルベキモ爲メニ家人ノ死亡ヲ來スベキコトアルベキコトヲ知りツ、之ヲ放火シ人ヲ殺シタルトキハ殺人罪タルヲ免レズ然レドモ我刑法ニ於テハ現ニ此結果ヲ來スベキコトヲ知りタル場合ノミヲ以テ故意アルモノトスルニ似タレバ若シ愚人アリ人ヲ兩斷スルモ其ノ死亡ヲ來スベキコトヲ知ラズシテ之ヲ殺害シタルトキハ之ヲ故意ナキモノトセザルヲ得ズ。然レドモ英國法ハ更ニ一步ヲ進メ現ニ或結果ヲ生ズルコトヲ知ラザルモ普通人トシテ之ヲ知ラザルベカラザル場合及ビ特ニ之ヲ知ルベキ義務アルモノニ對シテ仍ホ之ヲ故意ニ出デタルモノト推定ス。學者故意ヲ別チテ左ノ三種トス。

(一)必然結果ノ發生ヲ期スル故意ヲ**必定ノ故意**(Dolus determinatus)ト云フ。設例へバ甲乙ヲ殺サント欲シ甲銃口ヲ乙ニ向ケ之ヲ放ツトキハ銃丸乙ヲ貫キ必ず其ノ生命ヲ絶ツベキコトヲ期スル場合ノ如シ。

(二)必然結果ノ發生ヲ期セザル故意ヲ**不定ノ故意**(Dolus indeterminatus sive eventualis)ト云フ。設例へバ甲銃口ヲ乙ニ向ケ之ヲ放ツトキハ銃丸乙ヲ貫キ或ハ其ノ生命ヲ絶ツコトアルベク或ハ銃丸正路ヲ失シテ乙ノ生命ヲ全ウスルコトアルベキコトヲ豫知シ而シテ尙之ヲ放チテ乙ヲ殺シタルトキハ甲ハ不定ノ故意ヲ以テ乙ヲ殺シタルモノナリ。

(三)同一ノ所爲ヨリシテ二三ノ結果ヲ生ジ得ベキ場合ニ於テ必然一ノ結果ヲ期シ必ズシモ他ノ結果ヲ期セザルトキハ之ヲ**必定不定併發ノ故意**(Dolus del. et dolus indel.)ト云フ。設例へバ甲銃口ヲ乙ニ向テ之ヲ放ツトキハ銃丸乙ノ身體ヲ貫キ必ズ乙ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生ズルコトヲ期スレドモ此銃丸ハ或ハ乙ノ身體ヲ通過シ併セテ乙ノ背後ナル丙ヲ貫キ丙ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生ズルハ必ズシモ期スベカラズト思惟シテ之ヲ放チタルニ銃丸果シテ乙丙ヲ貫キ二人ノ生命ヲ絶チタルトキハ甲ハ必定及ビ不定ノ故意ヲ以テ乙丙二人ヲ殺シタルモノナリ。

以上掲ゲタル故意三種ノ區別ハ學者ノ説ク所ナレドモ三種ノ故意共ニ一ツノ故意ニシテ犯罪ノ構成上更ニ關係スル所ナキヲ以テ學者ノ之ヲ區別スルハ全ク不要ニ屬スルニ似タリト雖不定又ハ併發ノ故意モ法律上尙之ヲ故意トシテ論ズベキモノタルコトヲ注意セシムルニ過ギザルナリ。

第四目的

目的ハ犯人ガ犯罪タル所爲ノ結果ヨリ得ル所ノ満足ナリ。人ヲ殺シテ讐ヲ報ジ金錢ヲ強奪シテ貪慾ヲ飽カシムル等凡テ人心ノ内部ニ存スルモノナレドモ犯罪ノ目的ハ刑法上如何ナル關係ヲ有スルヤ否ヲ知ラント欲セバ先ツ故意ト目的トノ性質上ノ區別ヲ了解スルコトヲ要ス。

故意ハ直接ニ所爲ノ結果ヲ見ントスルノ意思ニシテ故意ト結果トハ恰モ合シテ一體ヲ爲スガ如キモノナレバ故意ト結果トハ各人各個ノ心意外ヨリ觀察スルコトヲ得ベシ。語ヲ換ヘテ之ヲ云ハ、故意ハ各人各異ノ性質ナクシテ各人一般ノ性質ヲ帶ブレドモ目的ニ在リテハ否ラズ縦ヒ同一ノ犯罪ニシテ同一ノ結果ヲ生ズルモ其ノ目的ハ各人ニ依リテ各々異ラザルヲ得ズ。設例ヘバ故殺罪ハ人ノ生命ヲ絶タントスルノ意思ト人ノ生命ヲ絶ツノ結果トヨリ成立シ此故意ナル者ハ何人ニ於テ此罪ヲ犯スモ人ニ依リテ異ナルコトナキモ其ノ目的ニ至リテハ然ラズ讐ヲ復スルガ爲メニスルモノモアラン金錢ヲ奪フガ爲メニスルモノモアラン或ハ單ニ快樂ノ爲メニスル者モアラン目的ニ各人一般ノ性質ナキ以テ見ルベシ。要スルニ故意ハ一般ノ性質ヲ有スルヲ以テ其ノ有無ニ依リテ生ズル所ノ關係ハ法律ノ範圍ニ於テ之ヲ一定スルコトヲ得ルモ目的ハ各人各異ノ性質ヲ帶ブルヲ以テ其ノ善惡正否ニ依リテ生ズル關係ハ道德ノ範圍内ニ屬スベシ。故ニ故意ノ有無ハ法律上犯罪ノ存否刑ノ輕重ヲ定ムルノ標準タルコトヲ得ベキモ目的ノ善惡正否ハ法官ガ各犯罪ノ情狀ニ就キ法律ニ定メタル刑期内ニ於テ刑ノ輕重ヲ爲スノ標準タルヲ得ルニ過ギザルナリ。

第五 犯意ノ證明

犯意ノ證明ハ甚ダ困難ナルコト少カラズ謀殺犯者ト雖容易ニ豫謀及故意アリシコトヲ自白セザルベク創傷罪犯ハ必ズ一時ノ遊戯ニ出デタル所爲タルコトヲ主張シ窃盜ハ遺失ノ物品ヲ拾得シタルモノト抗論シ偽證罪犯ハ事實ノ虛妄ナルヲ知ラザルコトヲ辯護スベシ故ニ法官ハ犯罪ノ手段目的等所爲全體ノ性質及犯罪ノ日時場所爲一般ノ情況ニ依リ惡意ノ有無ヲ決定セザルベカラズ但シ其ノ證明ノ方法論定ノ規矩ニ至リテハ宜シク證據法ノ法則原理ニ從フコトヲ要ス。

第二項 過意(Culpa)

第一 過意總說

過意ノ所爲ハ避ケ得ベキ過誤ニ由リ意外ノ結果ノ生ジタル場合ニ發スルモノナリ。過誤ノ避ケ得ベキモノトハ一般通常ノ注意ヲ用ヒルトキハ此過誤ヲ生ズルコトナカリシコトヲ云フ。然レドモ我刑法ハ過意ノ如何ナル程度ヲ限リテ法律上罰スベキモノト定メタルカ敢テ其ノ境界ノ點ヲ發見スルコト能ハズ民事上ノ責任ヲ負フベキ過意ハ其ノ區域極メテ廣クシテ犯罪ノ責任ヲ負擔セシムベキ過意ト同一ノ論定ヲ下スコトヲ得ズ故ニ法律上特ニ之ヲ明言スルモノ、外各事件ニ就キ法官ノ判定ニ一任スルノ外ナシト雖其ノ法律ハ如何ナル場合ニ於テ過意ノ罪ヲ問ヒ單ニ之ヲ民法ノ支配ニ任ズルコトナキモノト定メタルヤ否ヲ論定セザルベカラズ。

一般ノ原則ヨリ云ハ、犯罪ハ必ズ故意アルコトヲ豫定スルモノニシテ過意ヲ罰スルハ之ヲ例外ノ場合ト云ハザルヲ得ズ。刑法第七十七條第一項ノ但書ノ明言スル所即チ是レナリ故ニ法律上特ニ之ニ反對スル明文ヲ掲ゲザル

ボルフエン
ドルフ氏法
學必携第二
卷第一七九
葉
ベルネル氏
刑法論第一
六八葉

以上ハ必ず故意ヲ要スル犯罪ト爲シ過意ノ罪ヲ問フコトヲ得ズ。今我刑法ガ過意ヲ罰スルハ場合ヲ擧グレバ左ノ三種ニ歸ス。

一、犯罪物體ノ貴重ニシテ怖ルベキ重大ノ結果ヲ生ズル場合即チ危害品及ビ健康ヲ害スベキ物品製造ニ關スル罪(第二百五十二條)健康ヲ害スベキ飲食物及ビ藥劑ヲ販賣スル罪(第二百五十五條)私ニ醫業ヲ爲スノ罪(第二百五十七條)往來通信ヲ妨害スル罪(第六十八條及第六十九條)及ビ其ノ他生命身體ニ關スル過失殺傷ノ罪(第三百十七條乃至第三百十九條)等是ナリ。

二、官吏又ハ人民ノ特ニ注意ヲ要スル義務ニ關スル場合即チ相當官吏又ハ護送者囚人ニ對シ飲食衣服ヲ屏去シ又ハ水火震災ノ際官吏囚人ノ監禁ヲ解クコトヲ怠リ裁判官檢察官等被告人ニ暴行ヲ加ヘ疾病死傷ニ致サシメタル罪(第二百八十條乃至第二百八十二條)看守又ハ護送者囚徒ノ逃走ヲ覺ラザル罪等是ナリ。

三、安寧警察ノ目的ヲ達スルガ爲メニスル場合即チ過半ノ警察罪是レナリ。

右三種ノ犯罪ハ全ク之ヲ過意ニ出ル者ノミトスルコトヲ得ザルモ當ニ故意ニ出デタル者ノミニ止マラス過意犯罪ノ場合ヲ包括スルヤ明ナリ然レドモ苟モ刑法ニ別段ノ例外アル以上ハ犯意ナキ所爲モ亦之ヲ罰スルコトヲ得ベキモノナレバトテ過意ノ責ナキ場合ニ於テモ亦當ニ之ヲ罰スベキモノトスルニアラズ必ズヤ避ケ得ベキ過失ニ依リ意外ノ結果ヲ生ジタル場合ニ限ラザルベカラズ有形ノ強制ニ出デタル所爲ノ如キ又羊皮ヲ全身ニ掩ヒ深林中ヲ徘徊スルモノヲ羊ト誤テ之ヲ殺傷シタル場合ノ如キハ其所爲固ヨリ無意タルノミナラズ過意ノ責任モ亦存スルコトナカルベシ

第二 過意ノ種類

〔一〕疎虞トハ意外ノ結果ノ生ズルコトアルベキコトヲ覺ラザルモ充分ノ注意ヲ用ヒズ此結果ヲ來サマルベシト信ズル所ノ過意ヲ云フ設例ヘバ予ハ射的ヲ試ミンガ爲メ木片ノ標的ヲ予ガ庭園ノ墻壁ニ掲ゲ之ニ向テ發射セントスルニ際シ予ハ銃丸ガ標的及ビ墻壁ヲ貫キ通行人ヲ殺害スルコトアルベキヲ知レドモ予ハ充分ノ調査ヲ爲サズ標的及ビ墻壁ノ堅固ナル銃丸ノ之ヲ貫キ得ベキモノニアラズト輕信シテ之ヲ行ヒ遂ニ意外ノ結果ヲ來シタル時ハ予ハ疎虞ヲ以テ人ヲ死ニ致シタルモノナリ。

〔二〕懈怠トハ不注意ニ依リ全ク意外ノ結果ヲ生ズルコトアルベキコトヲ覺ラザル所ノ過意ヲ云フ設例ヘバ前項射的ノ一例ニ於テ予ハ全ク銃丸ノ墻壁及ビ標的ヲ貫キ通行人ヲ害スルコトアルベキヲ覺ラズ意外ノ結果ヲ來シタル場合ノ如シ。

疎虞懈怠ハ過意ノ一種類ナレドモ尙ホ區別ヲ明ニセンガ爲メ更ニ一例ヲ示サンニ設例ヘバ甲ナル者散彈ヲ裝置セル獵銃ヲ以テ一狂犬ヲ殺サント欲スルニ際シ熱心ノ餘乙アリ狂犬ノ傍ニ立ツヲ知ラズシテ乙ヲ殺スハ懈怠ナリ甲若シ乙アリ狂犬ノ傍ニ立ツコトヲ知ルモ散彈ノ飛散スベキ距離如何ヲ熟察セズ必ズ狂犬ノミヲ射テ乙ヲ傷スルコトナキモノト輕信シタルトキハ疎虞ナリ。若シ又之ニ反シ甲ハ或ハ乙ト狂犬トヲ併セテ殺傷スルコトアルベキコトヲ知リツ、乙ヲ害シタルトキハ故意ニシテ過意ニアラザルナリ。

テリイ氏法
律原論第一
九三葉
ベルネル氏
刑法論第一
七〇葉

〔三〕 疎虞及ビ懈怠ハ同時ニ相互ニ併發スルコトアリ。設例ヘバ前項ニ掲ゲタル場合ニ於テ甲ハ乙アリ狂犬ノ傍ニ立ツコトヲ知ルモ銃丸ハ單ニ狂犬ノミニ必中シテ乙ヲ傷スルコトナキモノト輕信シテ乙ヲ害シタルトキハ乙ヲ害シタルノ所爲ハ疎虞ニ出ヅルモノナレドモ若シ更ニ丙ナル者アリ乙ノ傍ニ立ツコトヲ知ラズシテ併セテ丙ヲ傷シタルトキハ丙ヲ害スルノ所爲ハ懈怠ニ出ヅルモノナリ之ヲ疎虞懈怠ノ併發ト云フ。

第三項 故意及ビ過意ノ併發

故意及ビ過意ノ併發ニ二様ノ場合アリ一ハ同一ノ所爲ニ出デ一ハ二三ノ所爲ニ出ヅ。左ニ之ヲ分論セム。

〔一〕 同一ノ所爲ヨリシテ故意ニ出デタル不正ノ結果ト故意ナキ不正ノ結果ト發生シタルトキハ之ヲ故意及ビ過意ノ併發ト云フ。設例ヘバ婦女ヲ強姦スルノ所爲ハ故意ニ出デタル犯罪ナルモ依テ婦女ヲ死傷セシメタルトキハ其ノ死傷ハ過意ニ出デタル犯罪トス。或ハ古來ノ學者ハ往々之ヲ別種ノ故意トシ意外ノ結果ニ出デタル場合ヲ稱シテ間接ノ故意(Dolus indirectus)ト稱シ或ハ有名ノ學者ニシテ之ヲ故意ニ基キタル過失(Culpa dolio Determinata)ト稱セシモノアリ今日ニ於テハ斯カル舊主義ハ實際上理論上共ニ採用スル者ナキニ至レリ。

〔二〕 一人ノ犯者二三ノ所爲ヲ行フニ際シ第一ノ所爲ニ於テハ故意ヲ有スルモ終ニ之ヲ遂グルコトヲ得ズ第二ノ所爲ニ就テハ故意ナキモ結局第一ノ故意ニ出デタル結果ヲ生ゼシ時モ亦故意過意二者ノ併發トス。設例ヘバ甲ナル者乙者ヲ河岸ニ伴ヒ白刃ヲ揮テ乙者ニ加ヘ乙者ノ全ク死セルヲ待チ其ノ死體ヲ水中ニ投ジテ罪證ヲ湮滅シタルト思惟セシニ豈ニ料ランヤ乙ハ甲ノ白刃ノ爲メニハ未ダ其命ヲ殞セズ水ノ爲メニ溺死シタルコト分明ナリシ場合

ベルネル氏
共犯論第一
二〇葉
同氏犯罪責
任論第二五
四葉

ビンジクン
ク氏刑法講
義要旨第六
六葉
ヘルシユネ
ル氏獨逸刑
法論第三〇
五葉

ノ如キハ第一ノ所爲ハ故意ニ出デタル者ニシテ之ヲ謀殺未遂ト云フベク第二ノ所爲ハ過意ニ出デタル者ニシテ之ヲ過失殺人ト云ハザル可ラズ。古來ノ學者往々故意過意二者ノ併發ヲ誤認シ斯カル場合ニ於テハ共同一體ノ故意(Dolus Generalis)ナル者アリト主張セシガ此説タル當然自家撞着ノ誤見タルヲ免レズ何トナレバ若シ第二ノ所爲ニシテ唯第一ノ所爲ヲ堅固ナラシムルニ過ギザルトキハ第二ノ所爲モ亦素ヨリ必定若クハ不定ノ故意ニ出デタルモノト云ハザルヲ得ザレバナリ。設例ヘバ甲者ガ乙者ノ死體ヲ水中ニ投ジタルハ罪證湮滅ノ爲メニ非ズシテ單ニ乙者ヲシテ再生スルコトナカラシムル爲メナリシトキハ故意ナリ之ニ反シ第二ノ所爲ニシテ第一ノ所意ヲ堅固ナラシムルガ爲メニアラズ第一ノ所爲ヲ以テ充分其ノ目的タル結果ヲ得タルモノトスルトキハ第二ノ所爲ヨリ生ジタル意外ノ結果ハ過意ニ出デタルモノニ外ナラズ。故意過意ノ二者ハ本來之ヲ合同シテ單獨ノ一體ヲ爲サシムルコト能ハザルモノナリ。

第三段 既遂犯及ビ未遂犯

第一項 既遂犯

既遂犯トハ犯罪タル所爲ヲ實行シ了リテ其ノ故意タル結果ヲ生ジタルモノヲ謂フ。凡百ノ犯罪必ズシモ然ラズト雖一般ヨリ之ヲ云フトキハ故意ニ出デタル結果ノ發生シテ故意ヲ達シタル場合ヲ總括ス。但シ此場合ト雖既遂犯ナルモノハ唯故意ノ實行ヲ達シタルコトヲ謂フモノニシテ犯罪ノ目的ヲ達スルト否トニ關スルコトナシ。

既遂犯ト雖或ル場合ニ於テハ刑ヲ輕減シ又ハ免除スルコトヲ得レドモ素ヨリ不論罪タルノ場合ナシ。即チ謀殺

コリン氏既
遂未遂犯論
第一八〇葉

故殺ヲ除クノ外一般ノ犯罪ニ就テノ自首ハ其ノ刑ヲ減等シ（刑法第八十五條乃至第八十七條）偽證罪（第二百一十六條）貨幣偽造（第九十二條）内亂陰謀（第六十六條）等ノ場合ニ於テハ其ノ刑ヲ全免ス。仍ホ自首減免ニ關スル原理ハ後編ニ詳論セム。

第二項 未遂犯

第一總說

未遂犯トハ犯罪ノ執行ニ着手スルモ未ダ其ノ故意タル結果ニ達セザルモノヲ謂フ。其ノ故意ニ至リテハ既遂ト異ナルコトナキモ其ノ故意ニ符合スル所ノ實効ヲ得ザルモノナリ。故ニ故意ニシテ存在セズンバ未遂犯モ亦存在スルコトヲ得ザルナリ。

我刑法（第百十三條）ニ於テハ重罪ハ盡ク其ノ未遂犯ヲ罰シ違警罪ハ全ク其ノ未遂犯ヲ罰スルコトナク而シテ輕罪ノ未遂罪ニ至リテハ本條特ニ記載シタル場合ニ限りテ之ヲ處罰ス但シ未遂犯ヲ罰スルニハ何レノ場合ヲ問ハズ既遂犯ノ刑ニ照シテ一等又ハ二等ヲ減ズベキモノト定メタリ。（第百十二條）

然レドモ國事犯（第百二十一條乃至第百二十四條）ノ如キハ未遂犯罪ノ時ニ於テ本刑ヲ科シ皇室ニ對シ危害ヲ加ヘントシタル大逆罪（第百十六條及第百十八條）内亂ノ豫備陰謀ヲ爲スノ罪（第百二十五條）ノ如キハ未遂犯ハ勿論未ダ未遂犯罪ニ至ラザル所以ヲ以テ本罪トシテ之ヲ罰スルガ故ニ仍ホ更ニ總則ヲ適用シテ其ノ罪ノ未遂犯罪ヲ罰スルコトアルベシ。

ナルトラン
氏以上九
八一業以
コ一ン氏
論犯既遂
八〇以下
ッアハリ
論第一卷
一氏未遂
論第一卷

第二段 豫備

犯罪ノ意思ノ發生ヨリ犯罪ノ終結ニ至ルマデニハ數多ノ段階アリ先ヅ其ノ最初ニ顯出スベキモノハ豫備ノ所爲ナリトス。

本罪アリテ始メテ豫備ノ所爲ナルモノアリ既ニ豫備ト云ヘバ他ニ本罪アルベキハ然ナレドモ豫備ト本罪トハ全ク別箇ノ所爲ナリ。豫備ノ所爲ハ毫モ本罪タル所爲ノ一部ヲ構成スルモノニアラズ。故ニ法律ハ本罪ニ照シテ豫備ヲ罰スルコトナキヲ原則トス。然レドモ法律ハ本罪ヨリ謂ヘバ豫備ノ所爲ナルモノ之ヲ本罪ノ豫備トセズシテ全ク獨立ナル一箇ノ犯罪（*Delictus sui generis*）トシテ之ヲ罰スルコト少ナカラズ。設例ヘバ甲ナル者乙ヲ殺サンガ爲メニ丙者ノ短銃ヲ竊取シタルトキハ竊取ノ所爲ハ殺人罪ノ豫備ナレドモ毫モ殺人罪ノ所爲ニ加ハリタルモノニアラザレバ法律ハ殺人犯ノ豫備トシテ之ヲ罰セザレドモ他人ノ所有物ヲ竊取シタル所爲ニ至リテ盜罪トシテ之ヲ罰スベシ又毒物ノ賣買ヲ禁止スルノ法律アルニ關セズ甲者乙者ヲ毒殺スルノ目的ヲ以テ之ヲ買取シタルトキハ法律ハ毒殺ノ豫備トシテ之ヲ罰スルコトナクシテ毒物販賣規則ノ違反トシテ之ヲ罰スルコトヲ得ベシ我刑法第百十一條ニ於テ凡ソ罪ヲ犯サンコトヲ謀リ又ハ其ノ豫備ヲ爲スト雖苟モ未ダ犯罪ノ執行ニ着手セザルモノハ其ノ罪ヲ論ゼズト云ヘル即チ此意ナリ。然レドモ法律ハ豫備ノ所爲ヲ罰スルノ必要アルトキ就中犯罪ノ結果重大ニシテ公安ヲ害スルノ恐アルガ如キ場合設例ヘバ内亂ノ豫備陰謀ハ特ニ各條ノ明文ヲ以テ之ヲ罰スベキコトヲ規定セリ但シ其ノ刑罰ニ至リテハ之ヲ未遂犯罪ノ例ニ準ゼザルハ勿論ナリ。

ナヨツア氏
豫備及未遂
區別論

第三段 執行ノ着手

執行ノ着手トハ所謂我刑法第百十二條ノ「罪ヲ犯サントシテ既ニ其ノ事ヲ行フ」ト云ヘル一句ヲ指示スルモノニシテ第百十一條ニ「罪ヲ犯サンコトヲ謀リ又ハ其ノ豫備ヲ爲ス」ト云ヘルハ未ダ執行ニ着手セザル以前ノ所爲ヲ云フモノナリ犯罪ノ手段タル毒物兇器等ヲ買収調製スルガ如キハ豫備ノ範圍ニ屬シ之ヲ用キテ犯罪ノ執行ヲ始ムルト又之ヲ中止スルトハ仍ホ一ニ犯者ノ意中ニ存シ他人ノ得テ知ルベカラザル所ナリ。

然レドモ執行ノ着手ト犯罪ノ豫備トノ間ニハ數多ノ所爲アリテ多少ノ段階ヲ爲スガ故ニ宜シク各事實ニ就キ着手ト豫備トノ區別ヲ決定スルコトヲ要ス設例ヘバ室内ノ人ヲ殺サンガ爲メ窓戸ヲ開クモ未ダ之ヲ謀殺ノ未遂犯トスルコトヲ得ザルモ室内ノ品物ヲ竊取スル爲メ之レヲ開カバ十中八九ハ之ヲ以テ盜罪ノ未遂犯トスルコトナルベシ。論者或ハ此點ニ就テハ反對ノ斷定ヲ下スモノアラント雖モ斯ノ如キノ所爲ガ果シテ盜罪ヲ構成シ得ベキヤ否ハ先ヅ盜罪ノ所爲ノ如何ナルモノナルカヲ研究セザルベカラズ予ハ後卷ニ於テ之ヲ詳ニスルコトアラン。

前章ニモ既ニ論定シタルガ如ク犯罪ノ手段若クハ物體ニシテ能力ナキトキハ犯罪ノ成立ナシ既ニ犯罪ノ成立ナキトキハ之ニ對スル未遂犯罪モ亦成立スルコトナカルベシ。人影偶像又ハ死體等生命ナキ物體ヲ殺シ又ハ清水砂糖等犯罪ノ能力ナキ手段ヲ用キテ人ヲ毒殺セントスルガ如キ不能犯ニ在リテハ之ニ對スル未遂犯罪モ亦成立スルコトナシ。何トナレバ本來成立セザル犯罪ハ其ノ執行ニ着手セントスルモ得ベカラザレバナリ。

故ニ犯罪ノ物體ニ能力アリ犯罪ノ手段ニ能力アルトキハ設ヒ犯罪ノ實効ヲ生ゼザルモ既ニ之ニ着手スル以上ハ

千八百七十
八年英國刑
典草案第三
十二節
ツアハリエ
一氏未遂未
遂犯論第一
卷第五三三
葉

尙ホ未遂犯トシテ之ヲ處分セザルヲ得ズ。設例ヘバ殺サントスル物體ニシテ苟モ人類ナランニハ人ヲ殺スニ足ラザル少量ノ毒藥ヲ用キ又ハ發射シタル銃丸ハ堅固ナル甲鎧ノ爲メニ人身ニ進入スルコトヲ得ザリシ場合ノ如キハ手段タル物體ニ能力ナキモノニアラザルヲ以テ之ヲ未遂犯トセザルヲ得ズ何トナレバ此手段ハ所謂絕對的不能體ニアラズ相對的即チ他物ト比較上ノ不能ナルニ過ギザレバナリ。學者往々之ヲ稱シテ相對的ノ不能犯ト稱スレドモ此場合ニ在リテハ未遂犯ニシテ到底不能犯ノ名義ヲ下スコト能ハザルモノナリ。蓋シ學者ガ此說ヲ爲スニ至ル者ハ所謂不能犯ナル者ハ犯罪ノ物體若クハ手段自身ニ能力ナキ場合タルヲ知らズ犯罪タル所爲ニ就キ其ノ不能ナルト否トヲ論定セントスル誤見ニ出ヅルナリ。設例ヘバ甲者、乙者ヲ殺サント欲シ乙者ニ向テ短銃ヲ放チタルニ銃丸乙者ノ頭上ヲ超過シテ乙者ニ中スルコト能ハザリシトキハ何人モ之ヲ以テ未遂犯ト爲スベク又如何ナル學者モ此斷案ニ對シテ異議ヲ容ル、モノナカルベシ然ルニ若シ不能犯ヲ以テ到底爲シ能ハザルノ犯罪ト定解スル以上ハ甲者ノ所爲モ亦之ヲ不能犯トシテ其罪ヲ問フコト能ハザルノ不都合ヲ見ルベシ何トナレバ銃丸ノ乙者ニ適中セザルハ甲者ノ眇着初メヨリ其ノ方向ヲ誤リ乙者以外ノ物體ヲ狙ウタルニ原因スルモノニシテ當初ヨリ眇着ヲ誤リタル方向ヲ以テ乙者ヲ狙撃セントスルハ到底爲シ能ハザル犯罪ナレバナリ其他人ヲ毒殺セントシテ毒藥ノ分量不足ナリシ場合ノ如キ初メヨリ分量不足ノ毒藥ヲ以テ人ヲ殺サントスルハ是亦到底爲シ能ハザル不能犯罪ト謂ハザルヲ得ザルニ至ルベシ

犯罪物體ニ能力ナキ場合ノ論理ハ又之ヲ全ク犯罪物體ノ存在セザル場合ニ適用スルコトヲ得設例ヘバ賊アリ特

ヘルシユネ
ル氏獨逸刑
法論第三四
四集

種ノ寶物ヲ竊取セント欲シテ神殿ニ入ルモ其ノ寶物ハ既ニ他ノ倉庫ニ移シタル爲メ殿中ニ之ヲ捜査スルモ遂ニ得ル所ナクシテ去リタルトキノ如キ犯罪物體ニ能力アルモ物體自身ノ存在セザルモノナルヲ以テ犯罪ノ成立ナク從テ又未遂犯罪トシテ之ヲ罰スルコトヲ得ザルナリ然レドモ若シ此賊ニシテ寶物ヲ收メタル倉庫ニ入り得ルコト能ハズシテ去リタルトキハ之ヲ未遂犯罪ニ問フコトヲ得ベシ又學者ノ常ニ引用セル一例即チ巷賊ガ金錢ナキ衣囊ニ其手ヲ挿入シタル場合ノ如キモ亦之ト同一理ナリ。

第四段 未遂犯ノ種類

豫備ハ未ダ犯罪タル所爲ニ着手セザルモノナルヲ以テ未遂犯ヲ構成スルコトナシ。故ニ未遂犯ナルモノハ執行ノ着手ヨリ起ルモノナルヲ以テ着手以後ニ於テハ未遂犯ハ唯二種類アルニ止マレリ。即チ執行ノ着手ニ止マリテ未ダ犯罪ノ効果ヲ生ゼザル者及ビ既ニ執行ノ行爲ヲ了ルモ仍ホ犯罪ノ効果ヲ生ゼザル者是ナリ一ヲ着手ハ未遂犯ト謂ヒ一ヲ缺効ハ未遂犯ト謂フ。我刑法第一百十二條ニハ「罪ヲ犯サントシテ既ニ其ノ事ヲ行フト雖モ犯人意外ハ障礙若クハ舛錯ニ因リ未ダ遂ゲザル時ハ」云々と記載シ「其事ヲ行フ」ト謂ヘル一句中ニハ單ニ着手ニ止マル場合ト執行ヲ了ルモ仍ホ犯罪ノ効果ヲ生ゼザル場合ト混同シ所爲ノ進行ノ度ヨリ二者ノ區別ヲ明言セズト雖犯罪ノ効果ヲ生ズルコト能ハザル原因ヲ分ツテ障礙ト舛錯トノ二者ト爲シ未遂犯罪ニ二種アルコトヲ認メタリ故ニ我刑法上ヨリ云フトキハ第一種即チ着手ハ未遂犯ヲ障礙ニ基クハ未遂犯ト稱シ第二種即チ缺効ハ未遂犯ヲ舛錯ニ基クハ未遂犯ト稱スルヲ適當トス。設例ヘバ甲、乙ヲ殺サント欲シ其ノ携フル所ノ白刃ヲ以テ乙者ニ向テ一撃ヲ試

ミタルモ丙者傍ニ在リテ甲ヲ扼シタル爲甲ハ遂ニ乙ニ其ノ刀ヲ加フルコト能ハザリシ場合ノ如キハ着手ノ未遂ニシテ其ノ所爲(刀ヲ乙ニ加フルノ所爲)未ダ了ラザル者ナリ。而シテ丙者ノ所爲ハ即チ障礙ナリ我刑法ヨリ云ハ「障礙ニ依リ未ダ遂ゲザルモノナリトス。然ルニ甲既ニ白刃ヲ乙ニ加フルモ治療宜シキヲ得乙者ハ其ノ生命ヲ全ウシタル場合又ハ毒藥ヲ飲マシメラレタル者其ノ毒藥タルヲ知りテ直ニ消毒藥ヲ服シテ死ニ至ラザル場合ノ如キハ犯人ハ執行ノ所爲ヲ了リタルモ仍ホ犯罪ノ効果ヲ生ゼザルモノニシテ之ヲ缺効ノ未遂犯又ハ單ニ缺効犯ト云フ我刑法ヨリ云ハ「所謂意外ノ舛錯ニ依リ未ダ遂ゲザルモノナリ。

ベルネル氏
刑法第一八
一葉

上來論述スル所ノ第一種ノ未遂犯ハ事頗ル單一ニシテ別ニ喋々ノ辯ヲ待タズシテ自ラ明ナリ唯ダ第二種ノ未遂犯即チ缺効犯ニ至リテハ學者ノ異論少カラズト雖概スルニ左ノ三説ニ歸ス。

〔第一説〕ハ凡ソ缺効犯タランニハ犯者ハ犯罪ノ既遂ニ必用ナル所爲方法ハ犯者ノ之ヲ知ルト知ラザルト問ハズ皆之ヲ盡シタル後尙ホ効果ヲ生ゼザルモノタルコトヲ要ストスルニ在リ。故ニ此説ニ依ル時ハ缺効ノ原因ニシテ犯人ノ意思ノ未ダ及バザルカ若クハ其ノ執行ノ方法ノ拙劣ナルニ基クトキハ缺効犯ニアラズシテ從テ又之ヲ罰スルコトヲ得ザルニ至ルベシ。何トナレバ犯者ハ未ダ盡ク犯罪ヲ遂グルニ必要ナル所爲ヲ爲シタルモノニアラザレバナリ。譬ヘバ甲、乙ヲ殺殺セント欲シ其ノ首ヲ縊リシニ腐敗シタル繩綱ヲ以テシタリシ故遂ニ中途ニシテ斷絶シ又ハ甲、乙ニ毒藥ヲ飲マシメタルニ毒藥ノ分量僅小ニシテ生命ヲ絶ツニ至ラザル場合ノ如キ未ダ堅牢ナル繩綱ヲ用キズ適當ナル分量ノ毒藥ヲ用キザルモノナレバ犯者ハ犯罪ヲ遂グルニ必用ナル方法ヲ盡シ了リタルモノ

ニアラズトス。故ニ此説ヲ主張シテ能ク自家撞着ノ誤ナカラシメンニハ遂ニ缺効犯ナルモノナキニ至ルベシト雖ハノトブル、ウルテンブルヒ、バーデン等獨逸諸邦ノ刑法ハ現ニ此説ヲ採用セリ。

〔第二説〕ハ凡ソ缺効犯タランニハ犯者ガ自ラ罪ヲ遂グルニ必要ナリト信ジタル所爲方法ヲ盡シタルコトヲ要ストスルニ在リ。故ニ此説ニ依レバ第一説ノ如ク腐敗シタル繩ヲ以テ人ヲ縊殺セントシ又ハ少量ノ毒藥ヲ用キテ毒殺セントシタル場合ヲ以テ不問ニ付スルガ如キ不都合ヲ生ズルコトナカルベシ。現ニサクソン國ニ於テハ此説ヲ採用シタレドモ未ダ完全ノ説トスルニ足ラザルナリ。何トナレバ此説ニ於テハ苟モ犯者ガ自ラ信ジテ罪ヲ遂グルニ足ルベキモノト思惟スル所爲方法ヲ盡ス以上ハ即チ未遂犯ヲ構成スルニ足ルベキ者トスルガ故ニ毒藥ヲ以テ人ニ飲マシメ又ハ其ノ食卓上ニ備フル等ノ所爲ヲ爲サズ若シ愚カニモ犯者ハ單ニ毒藥ハ其ノ毒殺セントスル者ノ室内ニ放置セルノミニテ能ク之ヲ毒殺スルニ足ルベシト思惟セシトキハ尙ホ之ヲ缺効ノ未遂犯トスルコトヲ得ベケレバナリ。要スルニ此説ノ誤謬タル其ノ適用ノ該博ニ過ルニ在リ。

〔第三説〕ハ缺効犯ヲ以テ犯者ガ直接ニ犯罪ノ結果ニ對スル所爲ヲ執行シ了ルモ尙ホ其ノ結果ヲ生ゼザリシモノトスルニ在リ。故ニ此説ハ第一説ノ如ク其ノ所爲執行ノ方法ハ必ズシモ巧妙ニシテ犯罪既遂ニ必要タルコトヲ要セズ又第二説ノ如ク犯者ガ罪ヲ遂グルニ必要ナリト思惟シタルノミヲ以テ足レリトセズ唯直接ニ結果ニ對スル所爲ヲ執行シタルコトヲ以テ充分ナリトスル者ナリ。近世學者ノ採用スル所モ亦此説ニ在レドモ我刑法(第一百二條)ノ正條ニ於テハ果シテ何レノ説ニ依リタルカ「既ニ其ノ事ヲ行フ」トハ第一説ノ意カ第二説ノ意ナルカ苟モ

「意外ノ舛錯」ト明言シタルカラニハ犯人ノ自ラ必用ト信ジタル所爲ヲ行フトキハ之ヲ意外トシテ第二説ヲ採リタルカ「舛錯」ノ文字ヲ挿入シテ缺効ノ原因ヲ示シタルヨリ推サバ或ハ第三説ニ依リ所爲ハ直ニ犯罪ノ結果ニ對シテ行ヒタルモノト推定シタルカ單ニ法文ニ依リテ定ムルコト能ハズト雖兎ニ角最モ論理ニ適シタル第三説ヲ以テ我刑法ニ適用スルヲ穩當ナリトセム。

第五段 中止犯

犯人既ニ犯罪ノ執行ニ着手スルモ尙ホ自ラ之ヲ中止シテ目的タル結果ノ發生ヲ妨止スルコトヲ得之ヲ稱シテ中止犯ト稱スレドモ其ノ中止タルヤ單ニ停止ニ止マラズシテ全ク其ノ所爲ノ執行ヲ放棄スルコトヲ要ス。但シ犯者ニシテ一たび其ノ所爲ノ執行ヲ放棄スルトキハ他日再ビ同一ノ犯罪ヲ行フノ故意アルモ亦中止犯タルヲ妨ゲズ。中止犯ハ通常着手ノ未遂犯ノ場合ニ現出スル者ニシテ缺効犯ニ於テハ其ノ行爲ハ既ニ行ヒ了リタルモノナルヲ以テ之ヲ中止セントスルモ事既ニ晚キニ屬シ之ヲ中止シ得ベキ場合甚ダ少ナカラン然レドモ所爲執行ノ結果ニシテ尙ホ中止スルコトヲ得ベキ場合ニ於テハ之ヲ其ノ自然ノ成リ行キニ一任セズ殊更ニ別箇ノ手段ヲ用キテ自然ノ結果ノ發生ヲ妨止シ目的タル犯罪ノ結果ヲ生ズルコトナカラシメタルトキハ之ヲ缺効犯ノ中止トスルコトヲ得ベシ設例ヘバ人ヲ毒殺セント欲シ既ニ毒藥ヲ服セシメタリトモ更ニ消毒藥ヲ服セシメ遂ニ其ノ生命ヲ保全セシメタル如キ場合ニシテ犯人自己ノ意思ニ依リ犯罪ヲ中止シタル時ハ缺効犯ニ係ルト雖モ尙ホ未遂犯罪トシテ其ノ罪ヲ問フコトナシ。然レドモ其ノ中止ニ至ル迄ニ既ニ行ヒ了リタル所爲ハ又之ヲ中止スルニ由ナキヲ以テ之ヲ別種ノ

ベルネル氏
刑法論第一
八〇葉
オルトラン
氏刑法原論
第九九〇號

ベルネル氏
刑法論第一
八四葉

罪トシテ罰スルコト當然ナリ。設例ヘバ毒藥ヲ服セシメタル後更ニ消毒藥ヲ用キテ其ノ人ノ生命ヲ保全スルコトヲ得タルトキハ之ヲ毒殺ノ未遂犯ニ問フコトナキモ健康ヲ害スベキ物品ヲ施用シテ人ヲ疾苦セシメタルノ罪(第三百七條)ヲ以テ論ゼザルベカラズ。

自己ノ意思ヲ以テ犯罪ヲ中止スルトハ自己ノ意外ナル舛錯ニ非ルコトヲ指スモノナルニ過ギズシテ犯人ガ之ヲ中止シタルノ原因趣旨ノ如何ヲ問フコトナシ。故ニ恐怖心ヨリ之ヲ中止スルモ亦々眞心悔悟ノ念ヨリシテ之ヲ中止スルモ其ノ間更ニ彼此ノ區別ナシ。學者往々悔悟ノ念ニ出デタル中止ニアラザレバ中止犯タルコトヲ得ザルモノト爲シ現ニ其ノ説ヲ採用セル邦國ナキニハアラザルモ我刑法(第一百十二條)ガ「意外ノ障礙若クハ舛錯」ト斷言シテ斯カル誤見ヲ排除シタルハ頗ル其ノ當ヲ得タリトス。

中止犯ヲ以テ罪トシ論ゼザルノ理由ニシテ一ハ政略上ノ理由ナリ。凡ソ自己ノ意思ヲ以テ所爲ノ執行ヲ中止スルトキハ其ノ所爲ハ未遂犯タル性質ヲ失ヒ從テ又其罪ヲ問フコトヲ得ザルナリ何トナレバ中止犯ノ場合ニ於テハ犯罪ノ故意ハ其ノ幾分ヲ外形ニ顯出スト雖尙ホ未ダ其ノ實行セザル部分ハ之ヲ取消スコトヲ得ベク犯罪未ダ了ラザルガ故ニ犯人ニシテ自ラ之ヲ中止スルトキハ犯罪ノ眞意ハ未ダ外形ニ顯出スルコトナキ者ナレバナリ是レ法律ガ中止犯ヲ不問ニ附スルノ理由トシテ學者ノ採用スル所ナレドモ沿革史ニ依リ其ノ本源ヲ探究スルトキハ全ク宗教的思想ニ基クモノナルハ予ノ既ニ論述シタル所ナリ。犯人ガ自ラ其ノ犯罪ノ結果ヲ發生スルコトヲ妨止スル以上ハ可成其ノ結果ヲ妨止スルハ甚ダ嘉ミスベキコトニ

シテ常ニ法律ノ希望スル所ナリ若シ中止ノ犯罪ト雖モ尙ホ之ヲ罰スベキモノトセバ凡百ノ犯罪盡ク其ノ惡結果ヲ見ザレバ即チ止マザルニ至ルベシ是レ立法者ガ中止犯ノ罪ヲ問ハザル理由ナリ。

第三節 既遂犯及ビ未遂犯ノ併發

一箇ノ犯罪ノ未遂犯ハ別種ナル他ノ犯罪ノ既遂犯タル場合アリ此場合ニ於テハ同一ノ所爲ニシテ一罪ノ未遂トナリ他ノ一罪ハ既遂トナルベシ。之ヲ既遂犯未遂犯ノ想像上ノ併發ト云フ。設例ヘバ甲、乙ヲ燒殺セント欲シ乙ノ住居スル家屋ニ放火シテ之ヲ燒燬シタルモ乙ヲ燒殺スルコトヲ得ザリシ場合ノ如キハ放火罪ノ既遂ト謀殺罪ノ未遂ナリ。

然レドモ未遂タル所爲ニシテ既遂犯タル所爲ヲ行フニ必然缺クベカラザルモノナルトキハ既遂未遂ノ併發ナシ。何人ト雖人ノ身體ヲ傷害スルコトナクンバ謀殺ヲ行フコトヲ得ザルベク暴行強迫ヲ用キルコトナクンバ強姦罪ヲ犯スコトヲ得ザルベシ。故ニ謀殺未遂ハ毆打創傷ノ既遂ト謀殺未遂ノ併發ニアラズ。強姦未遂ハ強迫既遂罪ト強姦未遂罪トノ併發ニアラザルナリ。而シテ二罪併發ト否ラザルモノトノ區別ヲ明定スルノ必要ハ後章數罪併發ヲ論ズルノ條下ニ於テ自ラ明了ナラン。

第三章 數人共犯

第一節 總說

プロ氏犯罪
單復論第七
六葉

ベルトリル
氏佛國刑法
第二章
第三節
共犯論
第一節
八葉
六八葉

〔一〕 共犯トハ數人一致シテ共ニ一罪ニ加効スルモノヲ云フ。

但シ囚徒ノ未ダ罪ヲ犯サマル以前ニ於テ豫メ之ヲ藏匿セントコトヲ謀リタルトキハ即チ共犯ニシテ所謂從犯タルベシ。

故ニ一般ノ囚徒藏匿罪タル已ニ囚徒ノ犯セル罪ノ了リタル後ニ成立スルモノナレバ他人ニシテ共ニ之ニ加効セントスルモ得ベカラズ囚徒藏匿ノ罪ハ宜シク獨立ナル別罪 (Delictum sui generis) トシテ之ヲ罰スルコトヲ得ルモ之ヲ以テ囚徒ノ犯シタル本罪ノ從犯トスルコトヲ得ズ。英佛ノ學者ハ往々從犯ヲ二種ニ區分シ一ヲ事前ノ從犯一ヲ事後ノ從犯トシ囚徒藏匿罪ノ如キハ理論上之ヲ事後ノ從犯トスレドモ是レ共犯ナルモノハ犯罪前若クハ犯罪ノ際ニアラザレバ成立スルコト能ハザルノ原理ヲ看過シタルノ誤見ナリ夫ノ囚徒ガ未ダ其ノ罪ヲ犯サマル以前ニ在リテ豫メ之ヲ藏匿セントコトヲ諾シ又ハ贖品ヲ陰匿シテ其ノ罪證ヲ湮滅センコトヲ約スルガ如キハ其ハ罪事後ニアラズシテ事前ニ在リ。

(ロ) 過失ニ依テ共ニ加効シタル者ハ共同ナキヲ以テ又共犯者ニアラズ蓋シ共犯ハ數人一致スルコトヲ要スルガ故ニ苟モ故意ナクンバ一致スルコトヲ得ザルナリ。然レドモ過失罪ニ加効スルハ敢テ爲シ得ベカラザルニアラズ設例ヘバ車馬ヲ疾驅セントコトヲ教唆シテ過失殺傷罪ヲ犯サシメ又不注意ニ銃砲ヲ使用スルコトヲ教唆シテ誤テ人ヲ擊殺シタル等ノ如シ。但シ此場合ニ於テハ教唆者自身ハ固ヨリ故意ナキモノニアラズ。

〔一〕 共犯ハ犯罪ノ發起者若クハ幫助者ノ二者ニ過ギズ即チ或ハ間接又ハ直接ニ犯罪ノ所爲ニ加効シ或ハ唯犯罪ヲ教唆指示シ其ノ實行ヲ他人ニ一任スルモノナリ故ニ共犯ニハ正犯從犯教唆者ノ三種アレドモ我刑法ニ於テハ教唆者ヲ以テ正犯中ニ列シタリ。

〔二〕 我刑法(第四百條)ハ二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ云々ト明言シ數人一致ノ文字ヲ缺クト雖其ノ意ハ之ヲ「罪ヲ犯ス」ノ包中ニ包含セシメタルモノ、如シ。

第二節 正犯

數人一致シテ共ニ一罪ヲ執行シタルトキハ之ヲ正犯トス。

〔一〕 犯罪ハ有形ノ所爲ニ顯ハル、モノナリ。故ニ其ノ所爲執行ノ一部分ニ加効シタルモノト雖尙ホ之ヲ正犯トナス決シテ加効ノ多少如何ヲ問ハザルナリ。而シテ犯罪ニハ或ハ數多ノ所爲ヲ聚合シテ始メテ一罪ヲ成スモノアリ或ハ單ニ一所爲ヲ以テ一罪トスルニ過ギザル者アリト雖苟モ犯罪タル所爲ノ一部ニ加効シタルモノハ皆チ正犯タリ。設例ヘバ強盜罪ニ在リテハ正犯中一人ハ家人ヲ縛シ一人ハ倉庫ヲ搜查シ一人ハ門戸ヲ要シテ外人ノ來襲ヲ防止スル場合ノ如キ各正犯タルヲ免レズ。何トナレバ強盜罪ナルモノハ暴行強迫ヲ以テ他人ノ管轄ヲ侵シテ財物ヲ己レノ管轄ニ入ル、ノ所爲ニシテ家人ヲ縛スルモノハ暴行ヲ爲スモノナリ門戸ヲ守ルモノハ他人ノ管轄ヲ侵スモノナリ倉庫ヲ搜查セントスルモノハ財物ヲ己レノ管轄ニ入レントスルモノナリ。英國ノ學者ハ往々此區別ヲ爲スニ距離ノ遠近ヲ以テシ苟モ犯人相互ニ救護ヲ爲シ得ベキ距離内ニ在ル者ハ皆正犯ナリトスレドモ距離ノ遠近

オツベンホ
ツフ氏刑法
第一〇二葉

如何ハ犯罪タル所爲ニ加功セシヤ否ヤヲ證明スルノ標準タルニ過ギザルナリ。強姦罪ノ如キモ亦然リ正犯中ノ一人ハ婦女ノ兩手ヲ扼シ一人ハ其ノ兩足ヲ扼シ一人ハ之ヲ姦スル者共ニ正犯タルヲ免レズ。事ハ仍ホ各論ニ於テ各罪ノ所爲如何ヲ論定シ其ノ性質ヲ明定シタル後ニ於テ自ラ明白ナラン。數所爲ヲ聚合シテ一罪ヲ構成スル場合ノ如キニ在リテハ犯人ハ悉ク各所爲ニ着手セザレバ其ノ未遂犯ヲ構成セズト云ヘルガ如キ淺見ヲ以テ容易ニ是非ヲ論定スルコトナキヲ要ス。

〔二〕正犯トシテ加功セル所爲ハ犯罪ノ着手若クハ執行中タラザルベカラズ唯ダ犯罪ノ豫備ニ加功シタル者ハ從犯タルニ過ギザルベシ。故ニ未遂ノ所爲ハ皆正犯ノ所爲タルヲ得ベキモ豫備ノ者爲ハ唯從犯ノ所爲タルコトヲ得ルニ過ギズ。

〔三〕「各々之ヲ正犯トナス」トハ意義明白疑ナキガ如クナレドモ若シ謀殺罪ニ付キ正犯中ノ一人被害者ノ子ナルトキハ其ノ子タルモノ、ミ獨リ「親殺シノ罪」ヲ犯ス者ニシテ他人ハ唯通常ノ謀殺罪ヲ犯シタルモノナルベキヤ或ハ他ノ共犯者モ之ヲ殺親罪トシテ處分セザルヲ得ザルベキヤ此等共犯者ノ身分ニ關スル異同ニ就テハ別ニ之ヲ後段ニ詳論セム。

〔四〕加功ノ度ハ如何ニ僅少ナルモ苟モ正犯タランニハ其ノ全體ノ所爲ニ對スル責任ヲ負擔セザルベカラズ。何トナレバ此犯者ハ既ニ犯者一人ニテモ全犯罪ヲ遂ゲントスルモノナレバ偶々他ノ共犯者ノ之ニ加功スルモノアルモ其ノ加功タルヤ犯者各人ヨリ之ヲ見バ恰モ天然力ノ加功ヲ得タルニ異ラザレバナリ之ヲ共犯ノ責任ニ關スル原理トス。此原理ノ適用ハ仍ホ刑事訴訟法上特ニ著大ノ關係アルヲ見ル。

第三節 教唆

教唆者ノ責任ニ關シテ理論上ニ三主義アリ。

〔第一〕客觀主義ニ於テハ犯罪ヲ論ズルニ全ク其ノ外形ニ顯出シタル形跡上ニ於テシ敢テ犯者ノ心事如何ヲ問ハザルナリ。故ニ此主義ニテハ教唆者ハ犯罪ノ發起者ニアラズ又幫助者ニアラズトセリ。何トナレバ苟モ犯罪ハ發起者若クハ幫助者タラシニハ自ラ其ノ所爲ヲ行ハズンバアルベカラズ然ルニ教唆者ニ在テハ毫末モ其ノ所爲ニ關係ナク之ニ反シテ教唆ヲ受ケタル者ハ其ノ教唆ニ拘ハラズ尙ホ自由ニ其ノ所爲ヲ中止スルコトヲ得ベケレバ實行者ノミ獨リ其ノ責任ズベキモノナレバナリ。

〔第二〕主觀主義ニ於テハ犯罪ヲ以テ全ク犯者ノ心事ヨリ觀察シ犯意ハ全ク教唆者ノ創始スル所ナレバ教唆者獨リ其ノ責任ヲ負フベキモノニシテ其ノ教唆ニ依リ實行シタル者ハ教唆者ノ器械タルニ過ギズトスルモノナリ。故ニ此主義ニ從フトキハ幼者ハ勿論壯健有爲ナル大丈夫ト雖尙ホ教唆者ノ犯罪ノ器械ニシテ自斷ノ能力ナキモノト論定セザルベカラザルニ至ルベシ。

〔第三〕折衷主義ハ即チ前兩義ノ折衷ナリ。既ニ論ジタルガ如ク客觀主義ニ於テハ如何ニ教唆ヲ爲スモノアリトモ苟モ教唆ヲ受ケル者ニシテ能力者タランニハ其ノ所爲ヲ實行スルト否トハ其ノ自由内ニ存スルヲ以テ之ヲ實行スルコトナクンバ即チ可ナリ若シ之ヲ實行スル時ハ即チ其ノ實行者ヲ以テ犯者トシ敢テ教唆者ノ罪ヲ問フノ必

要ナントシ主觀主義ニ於テハ有爲ノ大丈夫ト雖之ヲ不能力ト看做シ其ノ罪ヲ犯スヤ教唆者ノ器械タルニ過ギザレバ唯教唆者ノ罪ヲ問ヘバ即チ足レリトスルモノニシテニ主義各々一理ナキニアラズ。故ニ折衷主義ニ於テハ前ニ主義ノ長ヲ採リ其ノ短ヲ捨テントスルモノナレドモ其ノ取捨ニ二様ノ方法アリ。第一ハ教唆者ヲバ客觀主義ニ從ヒ其ノ罪ナキモノトナシ實行者ヲバ主觀主義ニ從ヒ又罪ナキモノトナシ遂ニ二者共ニ之ヲ罰スルコト能ハザルモノトスルニ在リ。第二ハ之ニ反シ實行者ヲバ客觀主義ニ從テ罪アルモノトナシ教唆者モ亦主觀主義ニ從テ罪アルモノトナシ遂ニ二者共ニ之ヲ罰スベキモノトスルニアリ而シテ所謂折衷主義ナルモノハ第一法ヲ以テ短ヲ採リ却テ長ヲ捨テタルモノトナシ第二法ヲ以テ短ヲ採リ長ヲ捨テタルモノトスレドモ兩法孰レトモ折衷ニシテ彼此更ニ其ノ區別アルヲ見ズ。然ラバ即チ長短ノ取捨ハ果シテ何物ヲ以テ其ノ標準トナスベキヤ。曰ク教唆ノ方法程度ノ如何ヲ以テ兩主義ヲ結合スルノ關鎖トスルノ外ナキナリ。若シ夫レ教唆ノ方法ニシテ兒戲ニ類シ其ノ度ニシテ僅少ナランカ通常人ヲシテ犯罪ノ決心ヲ爲サシムルニ足ラザルベシ斯カル犯罪ノ實行者ハ獨リ自ラ其ノ責ヲ負フノ外ナカルベシ。然レドモ苟モ其ノ方法ニシテ贈與契約強迫威權等通常人ヲシテ犯罪ノ決心ヲ爲サシメ此決心ニ由リ犯罪ヲ執行シタルトキハ教唆者ヲ不問ニ置クコトヲ得ズ。獨佛ノ刑法ニ「贈與契約強迫又ハ權威其ノ他ノ方法ヲ以テ人ヲ教唆シ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ皆正犯ト爲ス」ト云ヘルハ明ニ此折衷主義ヲ採リタルコトヲ指示スルモノナレドモ現行刑法(第五百條)ニ於テ贈與契約云々ノ文字ヲ刪除セリ然レドモ尙ホ其ノ理ヲ推シテ之ヲ折衷主義ニ出デタルモノトスルヲ穩當ノ解釋ナリトセム其ノ條ニ曰ク「人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者

オツベンホ
ツフ氏刑法
第一〇一葉

ハ亦正犯ト爲ス」ト。

- 一、教唆者ヲ教唆シタルモノハモ教唆者ニシテ從犯ヲ教唆シタルモノハモ亦從犯ナリ故ニ刑法ハ特ニ「人ヲ教唆シ云々」ト明記シ教唆ヲ受クルモノハ汎ク正犯從犯又ハ教唆者タルヲ問ハザルコトヲ明示セリ。然ルニ論者往々法文ノ「重罪輕罪」トハ單ニ直接ニ實行シタル重罪輕罪ノミヲ指示スルモノニシテ教唆ノ教唆ナルモノナシトスルモノアレドモ教唆ノ所爲モ亦重罪輕罪若クハ輕罪タルベキヲ以テ教唆者ヲ教唆スルモノハ亦重罪若クハ輕罪ヲ教唆スルモノタルコトヲ知ラバ論者ハ容易ニ自説ノ謬レルヲ了解スルコトヲ得ン。設例ヘバ甲ナル者乙ニ怨恨アリ乙ヲシテ重罪ノ刑ヲ受ケシメント欲スルニ際シ偶々丙ノ丁ヲ殺スニ意アルヲ聞知シ一計ヲ案出シ甲ハ乙ヲ教唆シ乙ヲシテ丙ヲ教唆セシメ丁ヲ殺サシメタルトキハ乙ノ所爲ハ丙ヲ教唆スルモノニシテ却テ重罪タルベク甲ノ所爲ハ乙ニ重罪ヲ犯スコトヲ教唆シタルモノニシテ又重罪タルベシ蓋シ此原理ハ國事犯及ビ兇徒嘯聚罪等ニ於テ多ク其ノ適用ヲ見ルベシ。但シ從犯ノ從犯ナルモノアルヤ否ハ後ニ至リテ之ヲ論ズベシ。
- 二、一般ニ教唆ヲ罪トスルニハ犯者ガ既ニ犯罪ニ着手シタルコトヲ要ス。故ニ從犯ノ教唆ハ從犯ガ其ノ正犯ヲ幫助スルノ所爲ニ着手シタルノミヲ以テ之ヲ罰スルコトヲ得ズ必ズ正犯ガ既ニ其ノ犯罪ニ着手シタルコトヲ必要トス。
- 三、正犯ハ重罪輕罪違警罪ヲ問ハズ之ヲ罰スルモ教唆ハ重罪輕罪ニ係ルモノニ限ルハ敢テ特別ノ理由アルニア

ラズ只ダ其ノ輕微タルノ故ニ外ナラズト雖苟モ教唆者ヲ正犯トスル以上ハ法律ガ違警罪ニ就テ教唆ヲ問ハザルハ學理上其當ヲ得タルモノニアラザルナリ。

四、教唆ハ贈與契約強迫威權等ノ方面ニ出デ犯者ヲシテ犯罪ノ實行ヲ決意セシムルニ足ルベキモノタルヲ必要トス。此等ノ方法ニ出デザル教唆ハ所謂刑法上ノ教唆ナルモノニアラザルナリ。

五、教唆ヲ爲スト雖犯人其ノ教唆ニ從ヒ事ヲ行ハザリシトキハ教唆ノ結果ナキモノトシテ其ノ罪ヲ問フコトナシ。但シ集會條例新聞條例其ノ他公安ニ重大ノ關係ヲ有スルモノニ在リテハ別罪トシテ單ニ教唆ハ罪ニ問フ。

六、教唆者ハ現ニ其ノ教唆シタル犯罪ノ行ハレタルトキニアラザレバ其ノ責任ナシ否ラザレバ即チ法律ハ其ノ意思ノミヲ罪スルニ至ルベケレバナリ。今此場合ヲ分析スレバ則チ左ノ如シ。

(イ)正犯ナクンバ又罪スベキ教唆者ナキコトハ言ヲ待タズシテ明カナリト雖正犯ノ死亡シ若クハ逃亡シタル時ノ如キハ其ノ罪ヲ免ル、コトヲ得ズ。教唆者ノ無罪タルニハ正犯ノ所爲ニシテ本來罪トナルベキモノニアラザルコトヲ要ス。

(ロ)不能力者ヲ教唆シテ罪ヲ犯サシメタル場合ニ於テハ其ノ教唆者即チ共犯ナルモノナカルベシト雖此場合ニ於テハ不能力者ハ唯ダ他ノ犯罪ノ器械トナリタルモノニシテ不能力者ハ素リ犯罪ノ責任ナキモ器械トシテ之ヲ使用シタルモノハ犯者自ラ犯シタル所爲トシテ其責任ヲ負ハザルベカラズ。故ニ我方刑法ハ重罪ノ

カフベンホ
ツフ氏刑法
第一一葉

教唆ニアラザレバ之ヲ處罰セザルモノタルニ係ハラズ苟モ不能力者ノ場合ニ係ルトキハ違警罪ト雖自己獨立ノ犯罪トシテ其ノ責ヲ負ハシメザルベカラズ。論者往々不能力者ヲ教唆スルモノハ亦教唆者タルヲ免レズト主張スルモノアリト雖若シ此説ヲシテ眞ナラシメバ不能力ヲ教唆シテ違警罪ヲ犯サシメタル場合ニ於テハ何人モ其ノ責任ヲ負フモノナキニ至ルベシ。

(ハ)教唆者ノ責任ハ正犯ノ犯罪ノ執行ニ着手シタル時ヨリ生ズルガ故ニ正犯ニシテ犯罪ヲ中止シタルトキハ教唆者ヲ併セテ無罪ト爲スベク正犯ニシテ未遂ニ止マルトキハ教唆者モ亦未遂犯タルニ過ギザルベシ。

七、苟モ犯罪ヲ教唆シタル以上ハ其ノ實行ニ際シ過誤不熟練等ヨリ他ノ罪又ハ重キ罪ヲ犯シタルトキト雖教唆者ハ仍ホ該犯罪ニ就テモ其ノ責ニ任ゼザルベカラズ何トナレバ被教唆者之ヲ行フモ教唆者自ラ之ヲ行フモ等シク之ヲ同一體ト看做スベケレバナリ。然レドモ教唆者豫メ犯罪ノ事件執行ノ方法等ヲ指定シ置キタルトキニ際シ犯人指定以外ノ重キ罪ヲ犯シ又ハ其ノ方法ヲ異ニシタルトキハ唯其ノ指定シタル罪ニ從テ其ノ刑ヲ科シ若又所犯教唆シタル罪ヨリ輕キ時ハ法律ハ意思ノミヲ罰スルコトヲ得ザルヲ以テ現ニ行ヒタル罪ニ從ヒ其ノ刑ヲ科セザルベカラズ(第百八條)。但シ法文ハ犯罪ノ事件ヲ指定スト云フニ止マリ其ノ犯罪ヨリ自然發生シ得ベキ結果ノ指定外ナルト否トヲ問ハザルナリ。設例ヘバ毆打罪ヲ教唆シタルモノハ其ノ結果タル毆打殺傷罪ニ對シテモ亦其ノ責ヲ免ル、コトヲ得ズ又教唆者ノ指示セル方法ハ現ニ行ウタル方法ト異ルモ事件ノ性質上矛盾スルコトナキ程度迄ハ教唆者モ亦犯罪ノ責ヲ免ル、コトヲ得ズ。故ニ教唆者ノ指

ベルネル氏
犯罪論第三
〇一葉

定シタル方法ニシテ錯誤ニ依リ他ノ犯罪ヲ爲シ得ベキモノナルカ又ハ臨機ノ處分トシテ其ノ方法ヲ行フニ必要ナル罪ヲ犯シ得ベキモノナルトキハ教唆者ハ其ノ方法ノ指定外ナルノ故ヲ以テ其ノ責ヲ免カル、コトヲ得ザルナリ。

第四節 從犯

從犯ノ責任ニ就テモ亦三主義アリ。

〔第一〕 客觀主義ニ於テハ從犯ヲ論ズルニ全ク犯罪ノ所爲ニ顯ハレタル形跡上ヨリ考察シ從犯ハ從犯自己ニ獨立ナル故意ヲ以テ從犯タル所爲ヲ行フモノニシテ從犯ハ即チ別種獨立ノ犯罪ナルガ故ニ毫モ正犯ノ行爲ニ關係ナキモノトセリ。

〔第二〕 主觀主義ニ於テハ全ク犯罪者ノ心事ヨリ從犯タル犯罪ヲ考察シ從犯ハ即チ正犯タル犯罪ノ所爲ノ第二ノ原因ニシテ正犯從犯共ニ同一ノ所爲ノ原因タルニ外ナラザルモノトセリ。

〔第三〕 折衷主義ニ於テハ前兩義ヲ折衷スルモノナリ。既ニ論述セルガ如ク客觀主義ニ於テハ正犯ガ其ノ犯罪ヲ中止シテ之ヲ實行セザル場合ト雖尙ホ從犯ノ罪ヲ問ヒ主觀主義ニ於テハ其ノ罪ノ有無ハ正犯ノ犯罪ヲ實行シタルト否トニ從ヒ異ルモ若シ其ノ犯罪ニシテ成立セバ等シク正犯ノ罪ヲ以テ之ヲ論ゼザルヲ得ズ。然ルニ此折衷主義ニ於テハ從犯ノ所爲タル正犯ノ所爲ト異ニシテ主タル犯罪ヲ執行スルノ所爲ニアラズトスルモ從犯ニシテ故意ニ依リ其ノ所爲ヲ以テ正犯ノ所爲ノ原因タラシメタルトキハ從犯トシテ之ヲ罰スベキモノトスルニ在リ。刑法第

オッペンホ
ツフ氏刑法
第一一九條

百九條ニ曰ク「重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタル者ハ從犯ト爲シ正犯ノ刑ニ一等ヲ減ズ但正犯現ニ行フ所ノ罪從犯ノ知ル所ヨリ重キトキハ唯ダ其ノ知ル所ノ罪ニ照シ一等ヲ減ズ」ト即チ我刑法ハ此折衷主義ニ基キタルモノナリ今左ニ之ヲ分析詳説セン。

一、從犯ハ唯正犯ノ從犯ヲ罰スルモノハ止マリ從犯ノ從犯ハ輕微ハ所爲トシテ法律之ヲ罰スルコトナシ。故ニ法文ハ「正犯ヲ幫助シ」云々ト明記セリ。然ルニ彼ノ教唆者ノ如キハ前既ニ論述セルガ如ク教唆者ヲ教唆スルモノハ正犯ニシテ從犯ヲ教唆スルモノハ從犯ナレバ法律ニ於テハ當然之ヲ罰セザルヲ得ズ是レ教唆ノ條文(第百五條)ニハ「人ヲ教唆シ」云々ト明言シ正犯ヲ教唆シト明言セザル所以ナリ。

二、不能力者ノ惡事ヲ幫助シタルモノハ犯罪ヲ幫助シタルモノニアラザレバ從犯即チ共犯者ヲ以テ之ヲ論ズルコトヲ得ザルハ教唆ノ場合ト同一理ニ歸セザルベカラズ即チ此場合ニ於テ不能力者ヲ幫助シタルモノハ恰モ天然力ニ加功シ天然力ハ助けニ依リテ自ラ犯罪ノ結果ヲ生ゼシメタル者ニ異ナラザルガ故ニ自ラ獨立シテ全責任ヲ負擔シ從犯ハ減等ヲ受ケ得ベキ者ニアラズ。論者往々反對ノ説ヲ爲シ不能力者ノ所爲ニモ亦從犯アルベキ者トスレドモ固リ正鵠ヲ得タル者ニアラズ試ニ一狂人アリ赤手將ニ人ヲ殺サントスルニ際シ狂人タルヲ知リツ、故ラニ其ノ手ニ刀劍ヲ貸渡シテ之ヲ殺害セシメタル者アラバ是レ天然力ニ刺激ヲ與ヘテ自ラ之ヲ殺シタルモノニアラズシテ何ゾヤ。不能力者ヲ教唆スルモ幫助スルモ各々同一ナル獨立ノ犯罪ニシテ犯罪者自身ノ犯罪トシテ獨リ其ノ全部ノ責任ヲ負擔セザルベカラズ。

三、從犯ノ所爲ハ正犯タル所爲ニ對シテ、毫末モ加功スルコトナシ、故ニ正犯ノ所爲中ニハ更ニ從犯ノ所爲ノ一分子ヲモ包含スルコトナシ是レ數人ノ正犯相互ノ關係ト正犯ト從犯トノ關係ヲ異ニスル要點ナリ。千百ハ從犯アリト雖正犯ノ所爲ハ毫末ヲ減ズルコト能ハザルハ猶ホ千百ハ豫備ヲ爲スモ犯罪執行ハ着手タルコト能ハザルガ如シ。我刑法ノ正文ニモ「犯罪ヲ容易ナラシメタルモノハ云々」ト云ヒ其ハ犯罪ノ所爲ニ加功シタル場合（即チ正犯）ト明別シ犯罪ノ所爲ニ至リテハ獨リ正犯ノ爲ス所ニ一任シテ從犯ノ與ル所ニアラズトセリ。

四、從犯ノ所爲ハ豫備中ノミナラズ犯罪ノ執行中ト雖存在スルコトナキニアラズ。然レドモ豫備中ニ屬スルモノハ正犯ニシテ現ニ犯罪ヲ執行シタルトキニアラザレバ從犯タルノ責任ナカルベク只ダ豫備ノ所爲ヲ幫助スルモ正犯ニシテ犯罪ヲ中止シタルトキハ其ノ責任ナシ又執行中ニ屬スルモノハ甚ダ僅少ニシテ多クハ從犯ノ區域ヲ超エ其ノ執行ニ加功スルモノトナリ從ツテ正犯ヲ以テ論ゼラルベシ。

五、從犯ハ正犯ノ所爲ノ犯罪タルコトヲ知ルニアラザレバ其ノ責任ナシ。故ニ正犯ニシテ從犯ノ知ラザル以外ノ罪ヲ犯シタルトキハ從犯ノ責任ハ只ダ之ヲ知りタル範圍内ニ過グルコトナカルベシ。

六、「正犯ノ刑ニ照シ一等ヲ減ズ」トハ正犯ノ罪ニ相當スル刑ノ意ニシテ正犯ノ現ニ受クル所ノ刑ニアラズ。故ニ從犯ノ現ニ受クル所ハ從犯ノ刑却ツテ正犯ノ刑ヨリ重キコトアルベシ。

七、從犯ハ正犯ノ重罪輕罪ヲ罪シタル場合ニ限り之ヲ罰スルモノニシテ違警罪ニ係ルトキハ之ヲ罰セズ但シ從

犯ノ受クベキ刑ハ違警罪ニ止マルモ妨ナシト雖我刑法ニ於テハ恐クハ此場合ナカラム。

第五節 共犯者ノ身分

共犯者中身分ノ異同アリ從ツテ其ノ罪ト刑トヲ異ニスルトキハ之ヲ處分スル方法ニ付キ三說アリ。

〔第一說〕 ハ共犯者中一人ノ身分ハ等シク他ノ共犯ニ及ブベキモノトスルモノナリ。親ヲ殺スコトヲ教唆シタル者ハ他人ト雖殺親罪トナシ又再犯者ト罪ヲ犯シタル者ハ初犯者ト雖再犯ノ加重ヲ受クベキモノトスルモノナリ。

〔第二說〕 ハ共犯ノ身分ハ各共犯ニ附從スルモノナレバ如何ナル身分ト雖他ノ共犯ニ及ブベキモノニアラズトスルモノニシテ此說ニ從フトキハ他人ニテ親ヲ殺スコトヲ教唆シタル者ハ通常ノ殺人罪トナリ官吏賄賂ヲ收受シタル罪ヲ教唆シタル通常人ハ更ニ罪ナキモノトセリ。

〔第三說〕 ハ身分ノ他ノ共犯者ニ及ブモノト否ラザルモノトヲ區別スル者ナリ即チ正犯ノ身分ニ基ク所ノ刑ノ加重減輕ハ他ノ共犯者ニ及バズト雖正犯ノ身分ノ存否ニシテ罪ノ有無ニ關係シ又ハ他罪即チ別種ノ罪ヲ構成スルトキハ他ノ共犯者ニ及ブベキモノトスルナリ。設例ヘバ官吏收賂ノ罪ハ官吏タルノ身分ニ依リ刑ヲ加重シタルモノニアラズ官吏タルノ身分ナクンバ其ノ罪ノ成立スルコトナク子孫缺奉養ノ罪ハ子孫タルノ身分ニ依リ刑ヲ加重シタルモノニアラズ子孫タルノ身分ナクンバ其ノ犯罪ノ成立スルコトナカルベク又子タルモノニシテ其ノ親ヲ殺スハ法律上特ニ殺親罪ナルモノヲ設クルヲ以テ其身分ノ存在ハ特ニ一罪ヲ爲スベシ。故ニ此等ノ場合ニ於テハ正犯ノ身分ハ他ノ教唆者從犯等ニ及ブベシ。之ニ反シテ再犯加重ハ單ニ其刑ヲ加重スルモノニシテ再犯タルノ身分

オツベンホ
ツフ氏刑法
第一〇六葉
シエー氏刑法
第一〇六葉
エー氏刑法
第一〇六葉
六葉

ハ罪ノ有無ニ關セズ又ハ之方爲メニ他ノ別罪ヲ構成スルコトナキモノナルガ故ニ正犯ノ身分ヲ以テ他ノ共犯者ニ及ボスコトヲ得ザルナリ。是レ我刑法(第六六條)ガ正犯身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ云々ト云ヒ身分ノ有無ニシテ犯罪ノ存否ニ關シ又ハ別罪ヲ構成スベキ場合ヲ除キタル所以ナリ。

我刑法ハ單ニ身分ノ加重ニ係ル場合ノミヲ規定シ其ノ減輕ニ係ル場合ヲ明定セズト雖刑ノ加重モ減輕モ等シク他ノ共犯者ニ及ブコトナキヤ明ナリ。何トナレバ我刑法第一百十條第二項ニ「正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減免スベキ時ト雖從犯ノ刑ハ其ノ輕ニ從ヒ減免スルコトヲ得ズ」ト云ヒ正犯ノ身分ノ減免ハ從犯ニ及バザルコトヲ明ニシ且同條第一項ニ於テモ從犯ノ身分ニ屬スル刑ノ加重アルトキハ從犯獨リ此加重ヲ受ケ從犯タルノ故ヲ以テ減等スルニハ其ノ重キニ從ヒ減等スベキコトヲ規定スレバナリ。

第一篇 刑罰

第一章 刑制

刑罰ハ犯罪ニ對スル強制ナリ然レドモ犯人ノ心裏ニ存スル意思ハ直ニ之ヲ強制スルコト能ハザルヲ以テ刑罰ハ唯意思ノ外形ニ發顯セルモノヲ強制スルニ過ギズ。而シテ此強制ノ手段ヲ施スベキ物體ハ第一意思ノ本源タル生命第二意思ヲ發顯スルノ要具タル身體及ビ自由第三犯人ノ一身外ニ存スル財產及ビ名譽ナリ。故ニ刑罰ハ之ヲ適用スベキ物體ヨリ區別シテ生命刑、身體刑、自由刑、財產刑及ビ名譽刑ノ五種ト爲スコトヲ得之ヲ五刑ト云フ。然レドモ此五刑中刑罰ノ主眼タル物體ハ自由及ビ財產ノ兩者ナルヲ以テ自由刑財產刑ヲ以テ最モ通常ニシテ又稍ヤ良刑ノ性質ヲ帶ブルモノト爲ス。蓋シ學者ノ説ク所ニ依レバ所謂良刑ナルモノハ第一正理ニ違ハザルモノナルヲ要シ第二犯人ノ感覺上ニ苦痛ヲ與フベキモノヲ要シ第三各人ニ平常ノ苦痛ヲ與フルモノタルコトヲ要シ第四罪惡ノ大小ニ從ヒ輕重ノ差ヲ設クルコトヲ得ベキモノタルヲ要シ第五分割シ得ベキモノタルヲ要シ第六犯人ノ一身ニ止マルベキモノタルヲ要シ第七執行ヲ中止シ得ベキモノタルヲ要スベキモノト爲セドモ此等ノ七條件ヲ具備セル刑罰ハ恐クハ之ヲ發見スルコト極メテ難カラン。

國家司法權ノ本務ハ國家ノ正義ヲ維持スルニ在レドモ苟モ國家ノ正義ヲ維持シ得ベキ限りハ行政ノ便宜國費ノ

減少ヲ計畫スルハ所謂司法政略ノ本旨ナリ。就中刑名ノ數多ニシテ其ノ性質上充分ノ區別ナキガ如キハ徒ラニ刑罰執行ノ費用ヲ増加シ且刑罰ノ目的ヲ達スルノ良法ニアラザルハ學理ノ明定スル所ニシテ又實際ノ經驗ニ基キタル萬國監獄會議ノ議決スル所ナレドモ我刑法ハ實ニ驚クベキ數多ノ刑名ヲ設ケタリ即チ其ノ第七條乃至第十條ニ於テ合計二十ノ刑名ヲ置キ之ヲ主刑附加刑ニ大別シ又主刑ヲ以テ重罪、輕罪、違警罪ノ三種ニ配當セリ司法ノ政略其ノ宜シキヲ得タルモノト謂フベカラズ。

主刑トハ獨立ニシテ他ノ刑アルヲ待タズシテ適用シ得ベキ刑ヲ云ヒ附加刑トハ主刑ニ附從スルモノニシテ主刑ト共ニ之ヲ科スルコトヲ得ベキモノヲ云フ、但シ主刑ハ常ニ宣告シテ之ヲ科シ附加刑ハ法律ニ於テ宣告スルモノト宣告セザルモノトヲ定ム。(第六條)

我刑法ニ設ケタル刑名左ノ如シ。

○主刑

重罪刑

死刑

徒刑 〔無期〕 又ハ流刑 〔無期〕
〔有期〕 〔有期〕

懲役 〔輕〕 又ハ禁獄 〔重〕
〔輕〕 〔重〕

輕罪刑

禁錮 〔輕〕
〔重〕

罰金

違警罪刑

拘留

科料

○附加刑

剝奪公權

停止公權

禁治產

監視

罰金

沒收

右ノ外幼者又ハ瘋癲者ノ如キハ懲治場ノ留置ヲ命ズルコトアレドモ此留置ハ刑罰ニアラザルヲ以テ刑名中ニ列スベキモノニアラズ。

第一章 死刑

第一節 死刑ノ性質

死刑ハ人ノ生命ヲ絶ツノ刑ナリ其ノ存廢如何ニ就テハ學者ノ議論紛々トシテ一定スルコトナク或ハ全ク死刑ヲ廢シ又ハ一旦廢止シテ之ヲ再興スルノ邦國アリト雖國事犯者ヲ死刑ニ處スルハ我刑法ノ外他ノ文明諸邦ニ見ザル所ナリ。

學理上ヨリ死刑ノ性質ヲ考察スレバ前既ニ論ジタル良刑ノ條件ハ過半之ヲ缺クモノタルヤ疑ヲ容レズ就中刑罰ノ目的ハ犯人ヲ改良スルニ在リトスルノ主義ニ於テハ決シテ用フベキノ刑ニアラズトセリ然レドモ今茲ニ死刑存廢ノ當否ヲ論ゼントナレバ能ク一大冊ヲ成スモ足レリトスベカラザルノミナラズ現ニ我刑法ニ於テハ此刑ヲ設ケタルヲ以テ今更之ヲ詳論スルノ要ナシト雖死刑ヲ存スルノ必要ヲ主張スルニハ刑罰ノ反坐タル性質上ヨリシテ或ル極惡ノ犯罪ハ死刑ヲ以テ之レニ報ズルニアラザレバ國家ノ正義ヲ維持スルニ足ラザル所以ヲ證明スルノ外他ニ其ノ方法ナシ。彼ノ死刑論者ガ死刑ヲ以テ良民ヲ恐嚇シ犯罪ヲ豫防スルニ缺クベカラザルモノトスルガ如キハ犯者ヲ以テ他ノ目的ヲ達スルノ手段トスルモノニシテ人生平等ノ原理ニ反スルコト明白ナリ。唯ダ國家ノ正義ヲ維持セントスルノ一點ニ於テノミ各人相互ノ間ニ於ケル人生平等ノ原理モ亦始メテ之ヲ打破シ得ベキナリ。

第二節 死刑ノ執行

古昔ハ死刑ニ數種アリ各々其ノ執行ノ方法ヲ異ニセシガ我刑法ニ於テハ死刑ハ唯絞首ノ二法ニ止メタリ古昔ハ往々死刑ヲ公行シテ衆庶ノ縱覽ヲ許シ又死刑執行ノ時ニ際シ鐘鼓ヲ打チテ之ヲ一般ノ人民ニ報ズルノ邦國アリシト雖人民ヲシテ殘忍ニ慣ハシムルノ惡弊ヲ生ズベキモノトシテ我刑法ハ之ヲ密行スベキモノト定メタリ。(第十二條)

死刑ノ裁判確定シタル時ハ原裁判所ノ檢察官ヨリ之ヲ司法大臣ニ上申シ司法大臣ハ特典ヲ與フルニ足ルベキ理由アリト認ムレバ之ヲ上奏シテ裁可ヲ乞フ其ノ理由ナキト認ムルモノハ直ニ死刑ヲ執行スベキコトヲ命令ス。故ニ此命令アルニアラザレバ死刑ヲ執行スルヲ得ズ第十三條又此命令アルモ大祀、令節、國祭日ニ在リテハ死刑ヲ行フコトハ法律ノ禁ズル所ナリ。(第十四條)

死刑ノ宣告ヲ受ケタル婦女懐胎ナル時ハ刑法第十五條ハ死刑ノ執行ヲ停止シ分娩後一百日ヲ經テ始メテ之ヲ行フベキモノトセリ。我刑法ガ懐胎ノ婦女ノ死刑ヲ停止スルハ善シ然レドモ産後一百日ヲ待ツニ至リテハ其ノ理由ノ在ル所ヲ知ルニ苦マズンバアラズ。之ヲ刑ハ一人ニ止マルトノ歐洲流ノ原理ニ求メシカ一百日以内ニ於テ婦女ノ分娩シタル生兒ガ死去セルトキト雖仍ホ法律ハ死刑ノ執行ヲ許サマルヲ如何セン又之ヲ支那律風ノ法理ニ依リタルモノトナシ一百日ノ期間ハ分娩シタル子ガ母乳ヲ離レテ自活ヲ得ルノ成育期トセンカ其子ガ一百日以内ニ死亡セル場合ト雖法律ハ仍ホ死刑ノ執行ヲ許サマルヲ憐ムノ精神如何セン。又更ニ一步ヲ進メ我刑法ハ單ニ懐胎ノ婦女ヲヨリシテ一百日ノ猶豫ヲ與ヘタリトセンカ分娩後一百日ハ生兒ガ將ニ發育シテ母子ノ愛情漸ク熟セントス

ヘツハエル
氏死刑沿革
註
ホルツエン
ドルフ氏死
罪及死刑論
フオースタ
ンニリ
佛國刑法第
一卷第五七
節以下

ルノ時期ナリ此時ニ於テ法律ガ始メテ産婦ノ生命ヲ絶タントスルハ却ツテ母子ヲ憐ムモノトスルヲ得ザルヲ如何
セン。

死刑ハ犯人ノ生命ヲ絶ツモノナリ。第十二條ニ死刑ハ絞首スト云ヘルハ唯執行ノ方法ヲ示シタルモノニ過ギズ
故ニ第一、一定ノ時間犯者ヲ絞臺ニ上シテ絞首ヲ行フモ仍ホ其ノ生命ヲ絶ツニ至ラザレバ再三之ヲ絞首スルコト
ヲ得ベシ。第二、死刑ハ犯者ノ生命ヲ絶テバ則チ足ル敢テ苦痛ヲ犯者ニ與フルノ意アルニアラザレバ其ノ執行ノ
方法ハ可成苦痛ヲ與ヘザルモノヲ可ナリトス米國ニ於ケル電氣刑ノ如キモ亦此意ニ出ダリ第三、一タビ之ヲ執
行シテ其ノ生命ヲ絶チタルトキハ敢テ其ノ遺骸ヲ棄毀シ又ハ之ヲ梟首スル等ノ處置ヲ爲スベキモノニアラズ死刑
ノ遺骸ハ親屬故舊請フ者アレバ之ヲ下付スベキモノトスルモ亦此故ナリ。(第十六條)但シ式ヲ用ヒテ之ヲ葬ムル
コトヲ禁ジタルハ單ニ國事犯者ノ如キ盛大ノ式ヲ用ヒテ送葬シ爲メニ治安ヲ害スルガ如キコトナカラシメントノ
意ニ出デタルモノニ外ナラザルナリ。故ニ此禁ヲ犯スモ別ニ刑法上ノ制裁ヲ附スルコトナク唯ダ之ヲ行政官吏ノ
制止ニ一任セリ。

第三章 身體刑

ベルネル氏
刑法論第二
二八葉

身體刑トハ直接ニ人ノ身體ニ痛苦ヲ與フルノ刑ニシテ管、杖、火刑等ノ如キモノヲ云フ概ネ古代ニ行ハレタル
刑ニシテ今日ニ於テハ文明諸邦ノ法律殆ンド全ク之ヲ廢止セリ。夫ノ英國ノ刑法ハ尙ホ管刑ノ名義ヲ存スルモ實

際之ヲ行フコト甚ダ稀ナリ。然ルニ學者往々身體刑ト生命刑又ハ自由刑トヲ混同シ死刑懲役禁錮等ノ如キモ亦之
ヲ身體ニ及ブノ刑トスルモノアレドモ本來死刑ハ生命ヲ奪フノ刑ニシテ身體ニ痛苦ヲ感ゼシメ又ハ身體ヲ棄毀ス
ル等ノ目的ヲ有スルモノニアラザルハ既ニ論ゼル所ノ如シ又徒刑懲役ノ如キニ在リテハ囚徒ヲシテ勞役ニ服セシ
ム此勞役タル決シテ身體ニ對シテ苦痛ヲ感ゼシムルノ目的ニアラザルナリ勞役ノ性質ハ後章ニ詳論ス宜シク參照スベシ而シテ更ニ禁錮
ハ如キニ至リテハ毫モ身體ニ對シテ苦痛ヲ與フルモノニアラズ之ヲ獄舎ニ入レテ外圍ヲ鎖ス所以ノモノハ其ノ逃
走ヲ豫防スルノ方法タルニ過ギザルナリ。法律ノ奪フ所ノモノハ唯犯人ノ自由ナリ若シ他ニ千百ノ囚徒ヲシテ盡
ク逃走ノ患ナカラシムルノ方法アラバ敢テ獄舎外圍ノ必要アルヲ見ズ又其ノ堅牢ナルヲ要セザルナリ。獄舎外圍
ハ囚徒ノ身體ニ對シテ決シテ痛苦ヲ與フル具ニアラズ。

前既ニ述ベタル如ク身體刑ハ今日諸國法律ノ既ニ廢止スル所ナリ。何トナレバ身體刑ハ決シテ正理ニ適フモノ
ニアラザレバナリ。第一身體刑ハ或ル一部ノ囚徒ニ限り老幼男女ヲ問ハズ共ニ之ヲ科スルコトヲ得ザルモノニシ
テ法律上萬民平等ノ原理ヲ破ルナリ。第二身體刑ハ破廉恥甚シキ犯者ニ對シテ其ノ効ナク廉恥名譽ヲ重ズル犯者
ニ對シテハ却テ其ノ德義ヲ損ジ罪ト刑トハ恰モ其ノ權衡ヲ顛倒ス。第三身體刑ハ犯者ヲシテ法律ノ力ヲ以テ強フ
ル所ノ痛苦タルコトヲ忘却セシメ現ニ其ノ刑ヲ執行スル官吏ガ獨斷ヲ以テ其ノ程度ヲ左右スルガ如キノ感ヲ生ゼ
シム是レ刑罰ニ法律ノ命ズル所ニアラズシテ執行官吏ノ命ズル所タラシムルナリ。第四身體刑ハ囚徒ノ健康ヲ害
スルコト甚シク其ノ結果ハ遂ニ法律ノ命ズル以外ノ刑ヲ科スルト等シキニ至ルベシ。

然レドモ身體上ノ強制ハ獄内ノ規律トシテ囚徒ノ惡行ヲ懲戒スルガ爲メニ適當ノ程度ニ於テ之ヲ利用スルヲ得ヘシ。何トナレバ此場合ニ於テハ眞ニ司獄官吏ガ其ノ司獄官吏タル一ノ身ノ資格ヲ以テ獄則嚴守セシムルノ具トスルモノニシテ之ヲ犯者ノ罪惡ニ對シテ法律ノ命ズル所ノ刑罰ト同視スベカラザレバナリ。

第四章 自由刑

第一節 主刑

第一款 自由刑ノ性質

自由刑ノ主刑ハ徒刑、流刑、懲役、禁錮、禁錮及ビ拘留トス而シテ此等ノ刑タル其ノ性質相異ル所ハ第一刑罰ノ期限第二刑罰ノ場所第三定役ノ有無ノ三點ニ在リ。

〔第一〕 徒刑 ハ無期有期ニ分チ有期徒刑ハ十二年以上十五年以下ニシテ共ニ島地ニ發遣シテ定役ニ服ス（第十七條）但シ婦女ハ島地ニ發遣セズ内地ノ懲役場ニ於テ定役ニ服セシム（第十八條）。

〔第二〕 流刑 モ亦之ヲ無期有期ニ分チ有期流刑ノ期限ハ有期徒刑ニ同ジク島地ノ獄ニ幽閉シ定役ニ服セズ但シ流刑ハ定役ニ服セザルヲ以テ婦女ト雖仍ホ島地ニ發遣ス。

〔第三〕 懲役 ハ重輕ノ二種ニ分チ重懲役ハ九年以上十一年以下輕懲役ハ六年以上八年以下トシ内地ノ懲役場ニ入レ定役ニ服ス（第二十二條）

〔第四〕 禁錮 ハ又重輕二種ニ分チ其ノ期限ハ各々懲役ニ同ジク内地ノ獄ニ入レ定役ニ服セズ。（第二十三條）

〔第五〕 禁錮 ハ重輕二種ニ分チ共ニ十一日以上五年以下ト爲シ各本條ニ於テ其ノ長短ヲ區別シ重禁錮ハ定役ニ服シ輕禁錮ハ定役ニ服セズ。（第二十四條）

〔第六〕 拘留 ハ一日以上十日以下ト爲シ各本條ニ於テ其ノ長短ヲ區別シ拘留所ニ留置シ定役ニ服セズ。（第二十八條）

右ハ我刑法ノ認ムル所ノ各種ノ自由刑ナリ。今尙ホ其ノ差異ノ要點タル場所、期限、及ビ定役ニ就キ左ニ其ノ性質ヲ評說セン。

〔第一〕 場所 ハ先ヅ地理上ヨリ島地内地ニ區分シ徒刑流刑ハ之ヲ島地ニ發遣スレドモ我日本帝國自身モ亦東洋ノ一島ナルノミナラス夫ノ英、佛ノ如ク傍ラ植民ノ目的ヲ以テ發遣スベキ附屬ノ島地又ハ大陸ヲ有スルコトナキヲ以テ法律ノ所謂島地ナル者ハ唯政府ノ指定スル地方タルニ過ギザルナリ。次ギニ懲役禁錮禁錮ノ如キ等シク内地ニ在ルモ獄舎ノ種類ヨリ各刑ノ場所ヲ異ニスレドモ實際此區別ヲ設クルコト極メテ難キヲ以テ往々其ノ名義ノミヲ異ニスルニ止マルモノナキニアラズ。

自由刑執行ノ場所ヲ稱シテ監獄ト謂フ。本來法律制度ハ諸國各々固有ノ沿革アリ各々其ノ性質形狀ヲ異ニスト雖今日文明諸邦ノ刑制ニ至リテハ特ニ古來固有ノ特性ヲ捨テ殆ンド同一ノ制度ニ歸スルモノ、如シ。蓋シ歐洲諸邦ガ古來ノ惡習ヲ去リ治獄ノ改良ヲ企圖スルニハ概ネ二様ノ監獄制度ニ基キタルモノニシテ所謂沈黙法即チオ一

千八百四十
七年アル
セル府萬
監獄會事
千八百五
七年フラン
クフオト
同上
千八百七
二年倫敦
千八百七
八年スト
クホルム
同上
ハグート
メル氏著
上沿革誌
三葉乃至
十一葉

バーン制度ニ據ラズンバ離隔法即チペンシルバニヤン制度ヲ採用セルモノニ過ギザルナリ。抑モ歐洲監獄制度ノ改良ハ有名ナル英人ジョン、ハワード氏ガ千七百七十四年始メテ之ヲ注目シテ英威兩國監獄實況ト題スル一書ヲ著ハシ遂ニ英國議院ガ其ノ意見ヲ採用セルニ起因セリ次デ米人ベンジャミン、フランクリン氏英國監獄ノ改良主義ヲ米國ニ輸入シテフヒラデルヒヤ監獄改良協會ナルモノヲ起シ千七百七十六年遂ニ其ノ主義ニ從ヒペンシルバニヤノ監獄ヲ設ケ又新約克州ニ於テモ千八百十九年同ジク改良ノ主義ニ基キタル監獄ヲオーボーンニ建設セリ是レ後世歐洲諸邦ガ採リテ以テ監獄制度ノ模範トスル所ナリベルネル氏ガ英米二國ノ制度ハ全歐洲ノ監獄制定ニ向テ一大改革ノ波動ヲ與ヘタリト謂ヘルハ眞ニ適當ノ評ナリト謂ツベシ。而シテ英米改良家ノ聲ニ倣ヒ次ギニ監獄制度ノ改良ニ着目セルハ佛人ブリソノイ及ビリアンクール等ニシテ千八百十九年遂ニ佛國監獄改良協會ノ發起ヲ見ルニ至リタレドモ當時特ニ歐洲ノ注目スル所ハ活潑ナル改良ヲ實行セル米國ノ制度ニシテ特ニ佛國ハ千八百三十一年ニボーモント及トックピユノ二氏千八百三十六年ニデーメ及ブルーエノ二氏英國ハ千八百三十二年ニクロイフォード氏普國ハ千八百三十四年ニユウリス氏等ヲ米國ニ派遣シテ其ノ實況ヲ視察セシメタリ。其ノ後千八百四十六年ニ萬國監獄會議ヲフランフォートニ開キ千八百七十八年第五回ノ會議ヲストクフォルムニ開キ第六回ハ之ヲ魯京ニ開ケリ。就中千八百七十二年倫敦ノ會議ノ如キハ二十餘國ノ政府各々官名ヲ以テ委員ヲ派出シ刑制ニ關スル一切ノ要旨ヲ討議セリ其ノ議事ハ載セテ各會ノ議事録ニ詳ナリ。

〔第二〕 期限 ハ其ノ長短ニ依リ尤モ刑ノ輕重ヲ區分スルノ要點ヲ占ムルヲ以テ犯罪ノ度ニ應ジテ最モ自由ニ

適當ノ刑ヲ定ムルニ足ルベキ良性質ヲ有スルモノナレドモ我立法官ハ未ダ全ク此良性質ヲ利用スルコトナシ何トナレバ拘留ハ一日以上十日以下禁錮ハ十一日以上五年以下禁獄及ビ懲役ハ六年以上八年以下又ハ九年以上十一年以下徒刑流刑ハ十二年以上十五年以下ト其ノ範圍ヲ一定シタルヲ以テ犯罪ノ情狀ニ由リ適當ニ七年以上十年以下ノ懲役又ハ十年以上十二年以下ノ徒流刑等ニ處シ得ベキ範圍ヲ發見スルコト能ハザレバナリ。抑モ期限ハ無極ナリ期限ニ制限アルベキ苦ナシト雖我立法官ガ自ラ期限ニ制限ヲ設ケテ立法ノ自由ヲ拘束シ而シテ自ラ罪ト刑トハ權衡ヲ得セシムルコト能ハザルハ不得策ノ最モ甚シキモノト謂ハザルヲ得ズ。

〔第三〕 定役 ハ刑法上輕重ナシ徒刑モ懲役モ定役ノ度ヲ異ニスルコトナキナリ。獄則上或ハ自ラ其ノ輕重アルベシト雖定役ニ輕重ノ差ヲ立ツルハ到底行ハルベキモノニアラザルノミナラズ予ハ此輕重ヲ立ツルハ却テ學理ニ反シタルモノト判定セザルヲ得ザルナリ。

定役自身ハ決シテ刑罰ノ目的タル苦痛ヲ包含スルモノニアラズ古代ノ學者ハ勞役ノ苦痛ヲ以テ刑罰ノ苦痛ト誤認シ重罪囚ノ如キハ最モ困難ニシテ且嫌惡スベキ勞役ニ服セシメ以テ重罪囚ニ相當スル苦痛ヲ與ヘ得タルモノトセルハ自由刑ト身體刑トヲ混同シ勞役ヲ以テ直ニ囚徒ノ身體ニ及ボスノ刑罰ト思惟セルモノナリ。我刑法第十九條ハ「徒刑ノ囚六十歳ニ滿ツル者ハ通常ノ定役ヲ免ジ其ノ體力相當ノ定役ニ服ス」ト云ヒ六十歳未滿ノ者ニ在テハ體力不相當ノ定役ニ服セシムルニ似タリト雖老幼ヲ問ハズ體力相當ノ役ニアラザレバ決シテ之ヲ爲サシムルヲ得ズ否ラズンバ即チ囚徒ノ健康ヲ害スルニ至ルベシ蓋シ定役ノ刑罰タルハ第一其ノ勞役ノ囚徒ノ自由

ニ出デタルモノニアラズシテ法律ノ強迫ニ出デ第二其ノ勞働ノ利益、官ニ屬シテ囚徒ニ屬セザルノ兩性質ヲ有スルニ依レリ。若シ夫レ勞役ニシテ人々ノ自由ニ出デ又其ノ勞力ノ報酬ハ勞者自ラ之ヲ收メンカ其ノ勞役ノ苦痛ハ如何ニ過大ナルモ決シテ之ヲ刑罰ト謂フコトヲ得ザルナリ。監獄ニハ必ず就役就眠ノ時間アリ囚徒ヲシテ如何ニ苦痛ノ定役ニ服セシメント欲スルモ夫ノ社會ノ良民ガ寢食ヲ忘レテ義務ニ從事スルノ辛苦ノ大ナルモノアルニ及バザルナリ。定役ノ苦痛ヲ以テ定役ノ刑罰タル性質トスルガ如キハ到底其ノ目的ニ適スベキ定役ヲ發見スルコト能ハザルノミナラズ理論ニ於テモ亦今日學者ノ採ラザル所ナリ。然レドモ囚徒ヲ獎勵スルノ目的ヲ以テ囚徒ニ幾分ノ金錢ヲ賞與スルハ獄務行政ノ上ニ於テ缺クベカラザル方法ナリ唯ダ囚人工錢ノ多寡ニ應ジテ其幾分ヲ給與スベキモノト一定スルハ理論上勞役ノ一刑罰タル性質ヲ害スルノミナラズ大ニ治獄ノ要旨ヲ誤ルモノト云フ可シ何トナレバ囚徒ニ給與スベキ金錢ノ多少ハ工錢ノ多寡ニ基キ工錢ノ多寡ハ勞役ノ大小多寡ニ從フモノナルガ故ニ幼者婦女ノ如キ終日非常ノ勞役ニ服スルモ尙ホ丁壯ナル兇漢惡徒ハ一舉手一投足ノ勞役ニ勝ツコト能ハズ工錢ノ多少ハ囚徒ノ勤怠如何ニ拘ハラズシテ其ノ體力ノ強弱如何ニ關シ幼者婦女等ハ常ニ決シテ勤勉ニ依リテ勝ツコト能ハザル不幸ヲ嘗メ身體強壯ナル囚徒ハ天然固有ノ體力ニ依リ勤勉ヲ要セズシテ尙ホ大ナル利益ヲ收得スルノ幸福ヲ享クルニ至レバナリ。我刑法第二十五條ニ於テ一定役ニ服スル囚人ノ工錢ハ監獄ノ規則ニ從ヒ其ノ幾分ヲ獄舎ノ費用ニ充テ其ノ幾分ヲ囚人ニ給與ス一ト規定セルハ敢テ其ノ理由アルヲ發見スルコト能ハザルナリ。

第二款 自由刑ノ執行

自由刑執行ノ方法ハ監獄則ノ規定スル所ナリ予ハ今爰ニ之ヲ論述セズト雖左ニ治獄ノ要務ニ關スル一二ノ原則ヲ説明セン。

第一、治獄ノ必要上囚徒ニ給スルニ上流ノ良民ノ生計ニ比スベキ衣食ヲ以テスルハ決シテ其ノ當ヲ得タルモノニアラザルモ囚徒ノ衣服食料及ビ寢室等ハ囚徒ノ健康ヲ保全スルニ足ルベキモノタラザルベカラズ。

第二、囚徒ノ精神ノ發達ヲ爲サシメ修身ノ道ヲ了知セシムルニハ教育宗教兩ナガラ之ヲ輕忽ニ附スベキモノニアラズト雖宜シク獄制ニ適當ナル方法ヲ用キルコトヲ要ス。

第三、囚徒ノ執ル所ノ定役ノ性質如何ハ司法政策上最モ考究ヲ要スベキ點タリ。抑モ監獄ハ營業ノ目的ニ出デタル工場ニアラズ自由刑ヲ執行スルノ場所タルヲ以テ徒ニ作業ノ利益ヲ謀リ監獄ヲシテ一商社タルノ觀アラシムルハ決シテ治獄ノ要ヲ得タルモノニアラズ。然レドモ全ク利益ナキ定役ヲ執ラシメ毫末モ其利益ニ注目セズ監獄ヲ以テ恰モ陸海軍ノ事業ト同視スルニ至リテハ亦決シテ策ノ得タルモノニアラズ就中地方ノ費用ヲ以テ維持スベキ監獄ノ如キニ在リテハ百方術ヲ盡シテ毫末ノ利益ヲモ謀ルコトナカラシメントスルハ到底能ク之ヲ實行シ得ベキモノニアラザルナリ。但シ監獄ノ工作事務ヲ以テ良民ノ工作事業ト競争セシムルガ如キハ經濟上大ニ嫌惡ス可キコトニシテ政治家タル者又特ニ茲ニ注意スルコトアルヲ要ス。

第三款 假出獄

假出獄ハ英國ノ制限出獄ニ胚胎シテ和蘭ニ發育セルニ起ル今此制度ノ性質原理ヲ論ズレバ左ノ數項ニ歸ス。

〔第一〕 刑罰ハ刑ノ長期短期ノ範圍程度ヲ撰バザルベカラザルハ正理ノ命ズル所ナリ。犯罪ノ種類ニ應ジテ此範圍ヲ定ムルハ立法官ノ任ナリ既ニ行ハレタル各犯罪ニ附キ其ノ範圍内ノ程度ヲ定ムルハ法官ノ任ナリ又法官ノ言渡シタル刑ニ附キ現ニ之ヲ實行スベキ期限ヲ定ムルハ治獄官吏ノ任ナリ。故ニ囚徒ノ行狀方正ニシテ改悛ノ狀ノル者ハ刑期ノ範圍内ニ於テ其ノ刑期ヲ短縮セザルベカラズ是レ假出獄ノ制度ノ因テ起ル所ナリ。

〔第二〕 假出獄ノ處分ハ確定裁判ノ効力ヲ紊亂スルモノニアラズ。何トナレバ假出獄ノ制度ヲ設ケタル邦國ニ於テハ法官ハ裁判言渡ノ時ニ於テ本犯ノ行狀ニ依リ一定ノ期限後ニ假出獄ノ許可ヲ受クルノ機會アルベキコトヲ豫知シテ假出獄ノ恩典ヲ包含スル刑罰ヲ言渡シタルモノニ過ギザレバナリ。語ヲ換ヘテ之ヲ云ハハ假出獄ノ處分ハ法官ノ豫メ判定シタル事項ヲ執行スルモノナリ。

〔第三〕 假出獄ノ制度ヲ設ケタル邦國ニ於テハ刑期ニ二様ノ時期アルコトヲ認メザルベカラズ。第一期ハ未ダ假出獄ヲ得ズシテ此恩典ノ希望ハ尙ホ將來ニ屬シ此自由ヲ得ンガ爲メ囚徒ヲシテ其ノ品行ヲ正ウスルコトヲ獎勵セシムルモノニシテ第二期ハ既ニ假出獄ヲ得テ其ノ恩典ニ浴スルモ再ビ品行ヲ亂シテ此恩典ヲ失フノ恐アラシメ以テ囚徒ヲシテ其ノ品行ヲ修メシムルノ時ナリトス。

〔第四〕 假出獄ノ許可ヲ與フルニハ左ノ成規ニ從フベキモノトス。

(イ) 重罪輕罪ノ刑ニ處セラレ刑期限内更ニ重罪輕罪ヲ犯サズ無期徒刑ハ十五年其他ハ刑期四分ノ三ヲ經過シタル後タルヲ要ス。但シ徒刑ノ囚ハ假出獄ヲ許スモ仍ホ島地ニ居住セシム(第五十三條第五十四條及ビ第

五十七條)

(ロ) 流徒ノ囚及違警罪囚ハ假出獄ヲ許サズ。但シ無期流刑ノ囚ハ五年有期流刑ノ囚ハ三年ヲ經過スレバ行政ノ處分ヲ以テ幽閉ヲ免ジ島地ニ居住セシム。(第二十一條及第五十四條)

(ハ) 囚徒ハ能ク獄則ヲ謹守シ改悛ノ狀アル者タルヲ要ス否ラズンバ再ビ公安ヲ害スルノ患アルベシ。(第五十三條)

(ニ) 我刑法ハ假出獄ヲ受クベキ期限ニ就キ其ノ長短ヲ問ハザルヲ以テ僅ニ數日ノ期限アルモ尙ホ假出獄ヲ許可スルコトヲ得ベシ然レドモ斯ノ如キハ實際上不便甚シキノミナラズ短期囚ニ就テモ亦假出獄ヲ許スハ理論ノ得タルモノニアラザルナリ。故ニ短期囚ニ在リテハ獄吏ハ既ニ囚徒入獄ノ日ニ於テ豫メ假出獄ヲ上官ニ上申シ其ノ許ヲ得置キ刑期四分ノ三ニ滿ツルヲ待チ直ニ之ヲ言渡シ以テ假出獄ノ上申ノ手續中ニ刑ノ殘期ノ經過スルガ如キ不都合ヲ匡濟スルコト今日往々實際ニ見ル所ナレドモ是レ假出獄ノ本性ヲ害スルモノナリ。何トナレバ假出獄ナルモノハ刑ノ幾分ヲ實行シタル後ニ於テ始メテ犯人ノ改悛ヲ認メ而シテ後之ヲ行フベキモノナルニ入獄ノ當日ニ於テ早ク既ニ改悛ノ情アリトスルハ理論ノ抵觸ヲ免レザレバナリ。

〔第五〕 假出獄ノ許可ヲ取消スニハ左ノ成規ニ從フ。

(イ) 假出獄中更ニ害罪輕罪ヲ犯シタルトキハ出獄ヲ停止スベキモノトス(第五十六條)是レ我刑法ノ規定スル所ナレドモ既ニ獄則ヲ謹守シ改悛ノ狀アルヲ以テ假出獄ヲ許可スルハ條件トスル以上ハ出獄ノ停止モ亦

全ク行政處分ニ依リ獄則ヲ守ラズ改悛ノ狀ナキトキハ之ヲ行フベキモノニ似タリ否ラズ恩典ヲ失ハシムルノ恐ヲ以テ犯人ノ品行ヲ慎マシムルコトヲ得ザレバナリ。

(ロ) 假出獄ヲ停止セラレタル者ニ就テハ出獄中ノ日數ヲ刑期ニ算入セズトハ我刑法第五十六條ノ規定スル所ナレドモ其ノ成規稍々嚴ニ過グルニ似タリ。何トナレバ我刑法ニ於テハ他邦ノ制度ノ如ク假出獄ヲ爲スニハ本囚ノ承諾ヲ要セズ行政ノ處分ヲ以テ直ニ之ヲ行フガ故ニ司獄官吏ハ其ノ一己ノ意見ヲ以テ假出獄ヲ令シ置キ出獄ノ期限既ニ久シキニ涉リテ更ニ假出獄ヲ許スノ價値ナキモノトシテ之ヲ停止シ其ノ出獄中ノ日數ヲ刑期ニ算入セザルトキハ本囚ハ却テ假出獄ノ處分ノ爲ニ其ノ不幸ヲ増シタルモノト云ハザルヲ得ザレバナリ。故ニ予ハ假出獄ハ本人ノ承諾ヲ得テ之ヲ許可シ又其ノ停止ハ品行ノ不正ナル場合ニハ更ニ重罪輕罪ヲ犯シタルトキヲ待タズシテ之ヲ行ヒ且其ノ出獄ノ日數ヲ刑期ニ算入スルヲ以テ假出獄ノ制度ハ本性ニ適スルモノト思惟スレドモ、我刑法ハ又我刑法ノ上ニ於テハ甚シク嚴ニ涉リタルモノニアラズ。何トナレバ假出獄ハ本人ノ許可ヲ要セザルモノ之ヲ停止スルニハ舊ニ品行ノ不正ナルヲ以テ足レリトセズ必ズ重罪輕罪ヲ犯シタルコトヲ要スレバナリ。

〔第六〕 假出獄許可ノ結果ハ左ノ如シ。

(イ) 假出獄ヲ與ヘタルトキハ其ノ自由ヲ得タル日數ハ刑期ト等シク其ノ停止ヲ受ケザル以上ハ假出獄ノ滿期ト共ニ刑ノ執行ヲ了ヘタルモノトス。

(ロ) 假出獄ヲ許サレタル者ハ行政ノ處分ヲ以テ治産ノ禁ノ幾分ヲ免ズルコトヲ得但シ本刑期限内ハ特別監視ニ附セラルベシ。(第五十五條)

第四款 放免囚處分

囚徒放免後ノ處分ニ二様アリ一ハ國家ノ行政事務ニ屬シ一ハ私人ノ慈善事業ニ屬ス。

〔第一〕 久シク監獄内ノ規則ニ制限セラレタル囚徒ニシテ期滿チテ一朝放免セララル、ニ至ラバ急ニ自由ノ境ニ復スルヲ以テ再ビ罪ヲ犯スノ恐甚ダ少シトセズ。我刑法ハ監視ノ制ヲ設ケテ放免囚ノ監督ヲ行フト雖監視ハ一ノ附加刑トシテ之ヲ犯者ニ科スルモノナレバ其ノ詳細ナルコトハ後章附加刑ヲ論ズルノ所ニ於テ之ヲ述ベン。之ヲ國家ノ行政事務ニ屬スル放免囚ノ處分トス。

〔第二〕 政府ハ監視ノ制ニ依リ放免囚ノ行狀ヲ監督スト雖放免セラレタル囚徒ハ殊ニ生業ヲ得ルニ難キニ拘ハラズ未ダ其生業ヲ得ザレバ忽チ衣食ノ缺乏ヲ來シ飢餓ハ再ビ放免囚ヲ驅テ獄舎ニ復セシムルハ自然ノ勢ナリ。於是乎英、米、獨、佛、蘭等文明ノ諸邦ニ於テハ數多ナル放免囚救濟會ナルモノアリ慈善ノ財貨ヲ以テ其ノ費用ヲ維持セリ。英國ノ如キニ在リテハアルベルト親王ヲ其ノ會長ト爲シ王室ノ保護モ亦淺カラズ。或國ニ於テモ亦類似ノ協會アルコトヲ傳聞スレドモ能ク其ノ事業ノ性質ヲ了解スルニアラザレバ却ツテ社會ノ害ヲ爲スノ恐アルベシ。就中志ヲ爰ニ抱ク者宜シク左ノ諸點ニ注目センコトヲ要ス。

一、放免囚ニ給スルニ現金又ハ其他衣食ノ料ヲ以テスルハ其ノ當ヲ得ズ。協會ハ主トシテ雇人口入ノ業務ヲ以

テ其ノ本旨トスルコトヲ要ス。

二、故ニ協會々員タルベキ者ハ農工ノ事業家、製造場主等ト爲シ之ヲ補助スルニ獄吏及ビ僧侶ノ輩ヲ以テスルコトヲ要ス。官吏學者輩ノ如キハ適當ナル會員ニアラザルナリ。

三、放免ノ囚徒ト雖一旦社會ヲ害シ良民ノ負擔トナリシモノナリ。故ニ協會ノ費用ノ如キハ他ニ有益ナル事業ヲ起スニ足ラザル細微ノ金錢ヲ集メテ之ニ充ツルコトヲ要ス。衆人ノ持寄りタル親睦會費小額ノ殘金ニシテ再ビ之ヲ各人ニ配當スルコト能ハザル金額ノ如キハ最モ此協會費ニ充ツルコト妙ナリ。此協會ヲ起サントセバ先ヅ社會中細金ヲ集合スルノ制度ノ確定スルコトヲ要ス他ノ有益事業ヲ起スト同一ナル徵費ノ方法ハ此會ノ本旨ニ適スルモノニアラザルナリ。

第二節 附加刑及其ノ執行

附加ノ自由刑ハ監視トス他國ノ法律ニ於テハ放逐ノ刑ヲ設ケ特ニ外國人ニシテ之ヲ行フコトヲ得ベキモノトスレドモ我刑法ニ於テハ監視ノ外附加ノ自由刑ヲ認ムルコトナシ。

〔第一〕 有期ノ重罪刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用キズ各本刑ノ短期三分ノ一ニ等シキ時間監視ニ付シ輕罪ノ刑ニ係ル者ハ各本條ニ記載シタル場合ニ限り附加スベキモノナルヲ以テ必ズ之ヲ宣告ス(第三十七條及第三十八條)

〔第二〕 附加刑ハ主刑アリテ始メテ之ヲ科スベキモノニシテ決シテ二刑ヲ併科スルモノニアラザルナリ。故ニ

期滿免除ト爲リタル死刑又ハ無期刑又ハ特赦ニ依リ免ゼラレタル刑等ハ犯罪アルモ既ニ其ノ主刑ナキモノニシテ別ニ監視ヲ附スルノ理由アルナシ附加刑ハ刑ニ附加スルモノハナリ罪ニ附加スルモノハニアラザルナリ。監視ハ犯者ヲ期滿放免ノ後ニ拘束スルモノナレドモ是レ刑期滿限ノ場合即チ刑ヲ執行シ了リタル後ニ應用スベク最初ヨリ刑ノ執行ナキ者ニ對シテ監視ヲ附スルモノニアラズ否ラズンバ附加ノ刑ニアラズシテ獨立ナル一個ノ刑トナルベシ然ルニ我ガ刑法第三十九條ハ何ノ必要ナキニ「死刑及無期刑ノ期滿免除ヲ得タル者ハ別ニ宣告ヲ用キズ五年間監視ニ附ス」ト云ヘルハ政略上ニ於テモ學理上ニ於テモ共ニ其ノ當ヲ得タルモノト云フコトヲ得ズ。又我刑法ニ於テハ有期重罪刑即チ輕キ刑ニ至セラレタルモノハ特赦ニ依リ免刑トナルモ監視ヲ免レズ之ニ反シテ無期重罪刑又ハ死刑即チ重キ刑ニ處セラレ特赦免刑トナリタル者ハ却テ監視ヲ免ル、ガ如キ不權衡ノ場合ヲ生ズ可シ。但シ監視ノ期滿免除ニ就テハ後篇ニ於テ論述スル所アラン。

〔第三〕 理論上ヨリスルトキハ(第一)監視ノ期限ノ範圍及ビ之ヲ附加スルコト否トハ先ヅ法律ニ於テ之ヲ定メ(第二)法官ハ各事件ニ付キ監視ヲ附加スベキ期限ヲ定メ(第三)警察官署ヲシテ現ニ實行スベキ期限ヲ定メシメザルベカラズ。故ニ法官ハ若干ノ年月以内本犯ヲ監視ニ附スルコトヲ得ベキ旨ヲ言渡シ警察官ハ囚徒放免ノ後ニ至リ在監中ノ行跡如何ヲ考察シ裁判言渡ノ期限ヲ超過セザル時間適當ノ期限間之ヲ實行スルコトヲ要ス。然ルニ我刑法ニ於テハ法官ハ裁判宣告ノ當時即チ未ダ囚徒ノ在監中ノ行跡如何ヲ知ラザルノ前ニ於テ監視ノ期限ヲ確定シ警察官ヲシテ各犯者ニ就キ適當ノ執行期限ヲ定メシムルコトヲ許サズ行跡善良ニシテ既ニ監視ヲ要セザル

モノト雖尙ホ裁判宣告ニ於テ定メタル期限間之ヲ執行セザルベカラザルナリ。然レドモ我刑法モ亦幾分カ此弊害ヲ防止スルノ手段トシテ監視假免ノ方法ヲ設ケ情狀ニ因リ行政ノ處分ヲ以テ假ニ監視ヲ免ズルコトヲ得ベキモノトセリ。(第四十一條)

〔第四〕 監視執行ニ關スル規則ハ刑法附則ニ之ヲ定メタレバ今爰ニ之ヲ詳述セズト雖其ノ主タル要點ヲ摘舉スレバ第一、監視ノ期限間ハ警察官吏時宜ニ依リ自由ニ其ノ家宅ニ臨檢スルコトヲ得ベク第二、監視ニ付セラレタル者ハ一定ノ住處ヲ定メ第三、被監視者ハ其ノ旅行ニ附キ警察官署ノ許可ヲ要シ第四、毎月二度所轄ノ警察署ニ出頭シテ其ノ謹慎ナルコトヲ表示シ第五、酒宴遊興ノ席ニ集會スルコトヲ得ザルコト等トス。

〔第五〕 監視ハ被監視者ノ爲メ及公安ノ爲メ警察官吏ガ放免セラレタル囚徒ノ行狀ヲ監視スルモノニシテ其ノ規則ハ專ラ其ノ行狀ヲ監視スルノ方法ヲ便利ニスルノ目的ニ出デタルモノナラザルベカラズ。故ニ其ノ住所ヲ定メシメ旅行ノ自由ヲ制限シ、又ハ官吏ニ與フルニ家宅搜查ノ自由ヲ以テスル等ノ如キハ尤モ必要ノ規則タルベキモ被監視者ヲシテ或義務ヲ行ハシムルコトヲ以テスル規則ハ往々其ノ煩ニ失シテ或ハ被監視者ヲシテ之ヲ實行スルニ難カラシメ或ハ良民中ニ交テ正當ノ生計ヲ營ムノ妨害ヲラシムルノ弊ヲ生ズ可シ。加之斯ノ如キ規則タル監視ノ本性即チ官吏ガ唯被監視者ノ行狀ヲ觀察スルノ目的ニ反シ被監視者ニ命ズルニ或所爲ヲ爲スコトヲ以テスルモノニシテ其ノ違犯ハ更ニ一種ノ犯罪ヲ成立セシメ從テ之ヲ罰スルノ必要ヲ要ルニ至ルベシ。然レドモ監視ハ唯行政上ノ觀察ナルガ故ニ監視規則ノ執行ハ監視自身ノ執行ニアラズ若シ之ヲ以テ監視自身ノ執行トスルトキハ

監視規則ノ違犯ハ則チ監視ヲ逃ル、モノト云ハザルヲ得ズ。事果シテ斯ノ如キニ至ラバ刑罰ヲ施シ法律ノ制裁ニ附スルニ更ニ一ツノ制裁ヲ以テスルモノニシテ刑罰ハ法律終局ノ制裁タル性質ヲ失ヒ所謂法律ノ制裁ナル者ハ循環終リナキニ至ルベシ。法律ノ制裁ハ宜シク直ニ之ヲ實行シテ得ベキモノタルコトヲ要ス。法律ノ制裁ニ法律ヲ以テスルハ學理ニ適シタルモノニアラザルナリ。我刑法第五十五條ニハ附加刑ノ執行ヲ通ルハ罪ナルモノヲ設ケタリト雖監視ヲ以テ單ニ官吏ノ觀察トシ被監視者ニ或事ヲ命ズルモノニアラズトスルトキハ此ノ罪ハ決シテ被監視者ノ犯シ得ベキ者ニアラズ。仍ホ監視違犯ノ罪及ビ囚徒逃走罪ニ就テハ各論ニ於テ其ノ詳ヲ論述セ

第五章 財産刑

第一節 主刑及其ノ執行

主刑タル財産刑ハ罰金及ビ科料トス。

〔第一〕 科料ハ五錢以上一圓九十五錢以下トナシ罰金ハ二圓以上ト爲シ仍ホ各本條ニ於テ其ノ多寡ヲ區別ス。而シテ罰金ハ唯其ノ最下點ヲ定メ最上點ヲ定メザルモノハ罰金ノ上ニハ復タ財産刑ナキヲ以テ科料ト之ヲ區別スルノミニシテ更ニ他ノ刑ト其ノ範圍ヲ區別スルノ必要ナク且偽造貨幣ヲ行使シタル者ノ如キハ其ノ價額ニ倍ノ罰金ニ處シ其ノ他諸規則等ニ於テモ亦其ノ額ノ不定ナル者甚ダ少ナカラザルヲ以テナリ。(第二十六條及第二十九條)

〔第二〕 罰金科料モ亦一ノ刑ナレバ必ズ其ノ本人ヲシテ之ヲ上納セシメザルベカラズ。我刑法ガ親屬其ノ他ノ者ヲシテ代テ之ヲ納ムルコトヲ許スハ敢テ不可ナルニアラザレドモ親屬又ハ他人ノ名義ヲ以テ之ヲ納ムルハ稍學理ニ遠カルモノ、如シ。故ニ我法律ニ於テハ民事上罰金立換請求ノ訴ヲ起スコトヲ明許シ且此訴訟ヲ待チテ初メテ刑罰ノ執行ヲ全ウシタルモノトスルガ如キハ感覺アルヲ免レズ。

〔第三〕 罰金科料ノ言渡ハ其ノ言渡シタル確定ノ金額ニ對シ犯者ヲ負債者ノ地位ニ置キ直ニ國庫ハ金額請求ノ權ヲ取得スベキモノナリ。我刑法ニ於テハ罰金ハ裁判確定ノ日ヨリ一月内科料八十日內ニ納完セシムベキコトヲ定メタレドモ是レ犯者ニ與フルニ敢テ上納猶豫ノ期限ヲ與ヘタルモノニアラズシテ唯ダ其ノ換刑處分ヲ爲シ得ベキ期限ヲ定メタルモノニ過ギズ故ニ一月內又ハ十日內ト雖民事上ノ手續ニ依リテ罰金又ハ科料ヲ徵集シ其ノ資産ナキ者ハ資力限り之ヲ追徴シ尙ホ完納スル能ハザルモノハ一月又ハ十日ノ期限ノ經過ヲ待チテ換刑處分ヲ行フコトヲ得ベキモノトス。學者往々罰金又ハ科料ハ身代限ノ處分ヲ行フコトヲ得ベキモノトナシ如何ナル富有ノ者ト雖限內ニ納完セザルトキハ直ニ換刑ノ處分ヲ爲スベキモノトスレドモ是レ法理ノ原則ヲ誤リタルナリ。若シ果シテ論者ノ言ノ如クセバ罰金ヲ納ムルト輕禁錮ニ處セラルトハ犯人ノ隨意ニシテ殊ニ此換刑處分ノ禁錮ハ二年ニ過グルコトヲ得ザルヲ以テ巨額ノ罰金ニ在テハ皆換刑處分ヲ望マザルモノナキニ至ルベシ。(第二十七條)

〔第四〕 前述ノ理由ニ依リ既ニ身代限ノ處分ヲ爲シ尙ホ罰金ヲ納完スルコト能ハザルトキハ其ノ金額ハ國家ノ損失ニシテ之ヲ禁錮ニ換フルコトヲ得ズ。換刑ノ處分ハ唯ダ資産アル者ニシテ之ヲ上納セザル場合ノミヲ適用スルヲ以テ學理ノ原則トス。然レドモ我刑法ガ限內納完セザル者ハ云々ト云ヒ「納完スルコト能ハザル」者ト云ハザルヲ以テ既ニ身代限ノ處分ヲ爲シ限內納完スル能ハザルモノ及ビ期限後完納セズ又ハ完納スル能ハザルモノハト雖モ共ニ換刑ノ處分ヲ爲スコトヲ得ルニ似タリ。

右論述スル所ノ第二第三兩項ノ原則ハ學理ニ依リ我刑法ヲ解釋シタルモノナレドモ徒ニ法條ノ文字ニ拘泥シテ其解釋ヲ下ストキハ一月ノ期間內ヲ以テ猶豫ノ期限トシ限內タル以上ハ之ガ督促ヲモ爲スコトナク又身代限ノ處分ヲ爲スノ手續ヲ行ハズ其ノ期限ノ滿ツルヲ待テ直ニ之レガ換刑處分ヲ爲スベキモノトスルコトヲ得ベキニ似タリ。蓋シ斯ル皮相ノ解釋ヲ以テ至當トスルノ學者モ亦少ナキニアラザルヲ以テ我國實際ニ於テハ從來此解釋ヲ用キタル場合モ亦少々ニアラザルベシ。

〔第五〕 換刑處分ハ一圓又ハ一圓未滿ヲ一日ニ計算シ罰金拘留ノ區別ニ從ヒ裁判確定後一月若クハ十日ヲ經過シタルトキハ何時ト雖之ヲ輕禁錮又ハ拘留ニ換フ但シ我刑法ハ一日一圓ト確定シタルヲ以テ法官ハ情況ニ由リ一圓乃至三圓ヲ以テ一日ニ計算スルノ自由ヲ得ザルノミナラズ換刑處分ハ二年ニ超ユルコトヲ許サマルヲ以テ巨額ノ罰金ハ一日數圓ニ相當スルコトナルベシ。(第二十七條)

〔第六〕 換刑處分ハ刑罰執行上ノ處分ナルヲ以テ更ニ裁判ヲ用キズ檢察官ノ求ニ因リ裁判官之ヲ命ズ若又禁錮若クハ拘留期限內罰金若クハ科料ヲ納メタル者ハ其ノ經過日數ヲ控除シテ禁錮若クハ拘留ヲ免ズ。(第二十七條)

〔第七〕 然レドモ換刑處分ニ出ルモ既ニ輕禁錮ニ處レセラタルトキハ其ノ刑ハ則チ輕禁錮ニシテ禁錮ノ刑ニ附

屬スル一般ノ結果ヲ及ボスベシ。設例ヘバ監視ハ特別ニ輕罪ノ刑ニ附加スルヲ以テ換刑處分ニ出デタル禁錮囚ニ及ボザルモ現任ノ官職ヲ失ヒ又公權ヲ停止スルガ如キハ一般ノ結果ナルヲ以テ之ヲ及ボサマルヲ得ザルガ如シ。(第三十三條及第三十八條)

第二節 附加刑及其ノ執行

附加刑タル財産刑ハ罰金及ビ沒收トス但シ主刑ノ罰金ト附加ノ罰金トハ其ノ性質及ビ執行上異ル所ナク唯附加ノ罰金ハ輕罪ノ刑ノミニ附加シ且必ズ其ノ多寡ヲ定ムルノ差アルノミ。故ニ今爰ニ論ズル所ハ專ラ附加刑タル沒收ニ在リ。

〔第一〕 沒收ハ必ズ之ヲ宣告ス但シ法律規則ニ於テ別ニ沒收ノ例ヲ定メタル者ニ在テハ各々其ノ法律規則ニ從ヒ或ハ之ヲ宣告シ或ハ之ヲ宣告セズ。

〔第二〕 法律規則ニ於テ別ニ沒收ノ例ヲ定メタルモノ、外刑法ニ於テハ法律ニ於テ禁制シタル物件及ビ犯罪ノ用ニ供シ又ハ犯罪ニ依テ得タル物件ヲ沒收スレドモ古代ノ如ク犯罪者ノ一般ノ財産ヲ全沒スルコトナシ。

〔第三〕 法律ニ於テ禁制シタル物件トハ法律ニ於テ製造輸入又ハ私有若クハ所持スルコトヲ禁ジタル物件ニシテ設例ヘバ彈藥、銃砲、爆烈藥ノ類ヲ指スモノナランナレドモ何レモ之ヲ沒收スルニハ先ヅ之ヲ禁制物ト定ムル所ノ法律ナカルベカラズ。而シテ既ニ此法律アル以上ハ其ノ法律ニ於テ沒收ノ例ヲ定メ、其ノ法律ハ制裁トシテ之ヲ處分スベキモノニシテ別ニ刑法ノ總則ニ於テ之ヲ定ムルハ必要ナシ。且又何人ノ所有ヲ問ハズ之ヲ沒收スル

ガ如キハ到底學理ノ容レザル所ナリ。故ニ今強テ之ヲ刑法總則ニ置キ此總則ニ從ヒ之ヲ處分セントスルトキハ左ハ二點ハ批難アルヲ免レズ。

(イ) 主刑ト附加刑トハ二者相牽連シ盜罪ノ附加刑トシテ所有主ナキ贓物ヲ沒收シ強盜罪ノ附加刑トシテ其ノ兇器ヲ沒收スルニハ或ハ可ナリトスルモ今主刑ト附加刑ト全ク其ノ連絡ヲ缺キ盜罪ノ附加刑トシテ證據品トシテ差押ヘタル彈藥ヲ沒收スルトキハ主刑ト附加刑トハ全ク別個獨立シテ相關係スル所ナキモノナリ。彈藥ノ沒收ハ法律ノ禁令ニ背キタル他罪ノ附加刑タルベキモノ之ヲ盜罪ノ附加刑トスルハ其ノ當ヲ得タルモノニアラス。

(ロ) 何人ノ所有ヲ問ハズ禁制物ヲ沒收スルハ行政ノ處分ハ兎モ角モ一ノ刑タル性質ヲ失ハシムルモノナリ蓋シ沒收ハ犯人ノ所有權ヲ剝奪シテ之ヲ國庫ニ沒スルモノナルベキモ犯人ニ對シ犯人ノ所有ニアラザル物件ヲ沒收スルコトヲ宣告スルモ犯人ノ所有權ヲ剝奪スルモノニアラス犯人ハ其ノ裁判ハ門違トシテ頓着スルコトナカルベク法官ハ茫然公庭ニ立テ爲ス所ヲ知ラザルベシ。物件ニ向テ裁判ノ宣告ヲ爲サンガ生ナキ物件ハ犯罪ノ主體タルコトヲ得ザルヲ如何セム。公衆ニ向テ之ガ宣告ヲ爲サンカ其ノ利害ヲ感ゼザルハ犯人ト異ル所ナキヲ如何セム。故ニ禁制物ハ沒收ハ之ヲ禁制スル法律ハ犯罪トシテ其ノ所有主ニ對シテ宣告スルハ外ナキナリ。若シ夫レ所有主ニアラザル者ニ對シ尙ホ之ヲ沒收センカ所有主ノ不幸是ヨリ大ナル者ナカルベシ。設例ヘバ茲ニ官許ヲ得テ彈藥ヲ貯藏スルノ家ニ入り盜アリ之ヲ竊取シタリトセンニ其ノ彈藥ハ禁制ノ物體ナ

ルヲ以テ竊盜ノ附加刑トシテ之ヲ沒收スルコトアルモ犯人ハ自己ノ所有ニアラザレバ毫末モ刑罰タルノ感アルヲ覺ヘズ獨リ其ノ所有主ニ在テハ竊盜ノ不幸ニ遭ヒタルガ上ニ尙ホ更ニ其ノ不幸ヲ益スモノナラム。加之所有主ニアラザル犯者ハ權利ヲ害セラル、コトナキモ其ノ裁判ニ對シテ上告スルコトヲ得ベク之ニ反シテ眞ハ所有主ハ其ノ權利ヲ害セラル、モ尙ホ上告ヲ爲スコトヲ得ザルニ至ルベシ何人ノ所有ヲ問ハズ沒收ノ處分ヲ行フガ如キハ我が刑法及ビ伊太利刑法草案ノ外他ノ文明諸邦ニ其ノ比ヲ見ザルノ特例ナリ。現ニ近世ノ編纂ニ出デタル和蘭刑法ノ如キハ禁制物ノ沒收ハ各法律規則又ハ刑法各條ニ特ニ之ヲ定メ全ク總則中ヨリ之ヲ削除シタルハ大ニ學理ニ適シタルモノト云フベシ。

(ハ) 然レドモ禁制物ハ法律ガ其ノ所有ヲ罰シ其ノ所有ヲ許サマルモノナルガ故ニ法律上ニ於テハ犯人ニシテ之レガ所有權ヲ有スルモノナカルベシ(特ニ法律ニ於テ許容シタル場合ヲ除ク)。故ニ禁制物ハ特ニ沒收ノ處分ヲ要セズ當然國家ノ所有ニ歸スベキモノタリ法律ハ唯ダ之ヲ所有シ所持スルコトヲ禁ズレバ則チ足レリ敢テ附加刑トシテ之ヲ沒收スルノ必要アルヲ見ズ。

〔第四〕 犯罪ノ用ニ供シタル物件トハ犯罪ノ手段タリシ物件ヲ指ス。凡ソ犯罪ハ犯罪ノ主體、犯罪ノ物體及犯罪ノ手段ノ三者ヲ具備スルニアラザレバ成立スルコトナク又其ノ手段タルモノハ手足等人體ニ屬スルモノト他ノ物件ナルモノトアルベキコトハ前編既ニ之ヲ論ジタレドモ附加刑トシテ沒收シ得ベキモノハ第一其ノ犯罪タル所爲ノ手段トナリ第二其ノ手段ハ人體外ナル物件ヲラザルベカラズ故ニ賭博ヲ爲シタル家屋又ハ竊盜ガ其ノ逃路ニ便

スル爲メニ設ケタル獨木橋ノ如キハ犯罪タル所爲ノ用ニ供シタルモノニアラザレバ之ヲ沒收スルコトヲ得ズ又腕ヲ以テ人ヲ毆打シタル者ハ物件ニアラザレバ之ヲ沒收スルコトヲ得ズ。學者往々罪體ト罪體ニアラザルモノトハ區別ヲ爲シ罪體ハ犯罪構成ノ元素ナレバ之ヲ沒收スルコトヲ得ザルモノトスレドモ罪體ト否ラザルモノトハ區別ヲ設ケルハ既ニ陳腐ノ説トシテ近世學者ノ容レザル所ナリ。蓋シ罪體トハ犯罪ノ主體物體及ビ手段ヲ指示スルモノニシテ法律ガ犯罪ノ用ニ供シタルモノトシテ沒收スルモノハ即チ此手段タル物件ニシテ即チ罪體中ノ一元素ヲ沒收スルモノニ過ギズ。故ニ唯沒收スベキ物體ハ犯罪ノ手段トシテ其ノ犯罪タル所爲ニ用ヒタルヤ否ヤ區別スレバ則チ足レリトス。然レドモ我が刑法ニ於テハ違警罪ト雖一般ニ其ノ犯罪ノ用ニ供シタルモノヲ沒收スベキモノト定メタルヲ以テ往々附加刑ヲシテ却テ主刑ヨリ重大ナラシムルノ不權衡ヲ發生セルヨリ學者附會ノ論理ヲ案出シテ二個ノ制限ヲ設ケザルベカラザルコトヲ主張セリ。第一ハ犯罪ノ用ニ供シタル物件ト云フ以上ハ必ず故意アル犯罪ニ限ルベキモノトシ違警罪ハ故意ヲ要セザル犯罪ナレバ沒收ノ例ヲ適用スルコトヲ得ザルモノトスルニ在リ然レドモ違警罪ハ過失ヲ罰スル場合多キハミニシテ一般違警罪ニハ故意ヲ要セズトノ原則アルヲ聞カズ又之レアルベキモノニアラザルナリ。第二ハ犯罪ノ用ニ供シタル物件ト罪體トヲ區別シ罪體ハ決シテ之ヲ沒收スベキモノニアラズトスルニ在リ。然レドモ刑法上犯罪ノ用ニ供シタルモノトシテ沒收スベキハ罪體ノ一ナル犯罪ノ手段ナリ。設例ヘバ打網禁止ノ河水ニ打網シタルトキハ其ノ犯罪ノ罪體ハ網ナレバ之ヲ沒收スルコトヲ得ズト雖若シ捕漁禁制ノ河水ニ打網シ其ノ魚ヲ捕ヘタルトキハ其ノ網ハ犯罪ノ用ニ供シタル物件トシテ其ノ網ヲ沒收スベク

發砲禁止ノ場所ニ於テ發砲シタルトキハ其ノ銃ハ罪體ナリ之ヲ沒收スルコトヲ得ズト雖鳥獸獵禁止ノ場所ニ於テ銃ヲ以テ鳥獸ヲ捕ヘタルトキハ其ノ銃ハ正罪ノ用ニ供シタルモノナレバ之ヲ沒收スルコトヲ得ベシ又此理ヨリシテ推論スルトキハ車馬通行禁止ノ場所ニ馬車ヲ乘入レタルトキハ其ノ馬車ヲ沒收セザルモ通行禁止ノ場所ニ乘入レタルトキニ於テ始メテ之ヲ沒收スベキモノトスルナリ。然レドモ此説タル素ヨリ取ルニ足ルベキモノニアラズ若シ此理ヲ推シテ重罪ノ適用ニ及ハズ必ズ自家撞着ノ點アルヲ免レザルベシ。要スルニ沒收ノ例ヲ違警罪ニ適用セザルコトヲ明言セザルハ刑法ノ缺點ナリ又盡ク之ヲ違警罪ニ適用セザルモノトスルハ其ノ當ヲ得ズ。現今ノ實際ニ於テハ違警罪ト雖沒收ヲ適用スルヲ理論トシ唯ダ現ニ沒收ノ言渡ヲ爲サマルヲ通常トスルモノ、如シ故ニ違警罪ト雖時アリ現ニ沒收ノ刑ヲ附加スルコトアルナリ。

〔第五〕 犯罪ニ依テ得タル物件トハ犯罪タル所爲ニ依リ收穫シ又ハ產生シタル確定物ヲ指ス。設例ヘバ盜罪ノ贓品、法律ニ反シテ生産シタル諸物品ノ如キ是ナリ。故ニ竊取シタル金圓又ハ竊取シタル物件ヲ賣却シテ得タル金圓ハ不確定物タルベク又タ其ノ金圓ヲ以テ買取りタル物品ノ如キハ間接ノ所爲ニ依リ得タルモノニシテ犯罪タル所爲ニ依リ得タルモノニアラザレバ共ニ之ヲ沒收スベキモノニアラズ。但シ被害者ノ請求ニ係ル私訴ノ損害賠償ノ要求ニ應ズルハ此限ニアラズ。

〔第六〕 犯罪ノ用ニ供シ及ビ犯罪ニ依テ得タル物件ハ犯人ノ所有ニ係リ又ハ所有主ナキ時ノ外之レヲ沒收スルコトヲ得ズ此點ニ於テハ我刑法(第四十四條)ハ能ク學理ニ適シタリ。又所有主ノ知レザル場合ニ於テハ行政ノ手續ヲ盡シ一定ノ年月ヲ經過シタルノ後之ヲ所有主ナキモノト看做シ行政ノ處分ヲ以テ之ヲ沒收シ附加刑トシテ之ヲ沒收スベキモノニアラズト雖我法律ハ之ニ反シ裁判言渡ノ時ニ於テ所有主ヲ發見セザルトキハ直ニ沒收ノ言渡ヲ爲シ而シテ後ニ行政ノ手續ヲ爲スモノナレバ裁判ノ當時ハ所有主ノ不明ナル物件ヲ沒收シ相當ノ手續ヲ爲シ一定ノ年月ヲ經タルトキ初メテ前裁判ノ正當ナルコトヲ知ルヲ得ベキノミ 明治十六年司法省丙第二十號達 故ニ此場合ニ於テモ亦犯人ニ對シテ門違ノ裁判ヲ爲スノ批難アルヲ免レズ。

〔第七〕 學者ハ附加刑タル沒收ハ三個ノ性質ヲ有スベキモノトセリ第一、苦痛ヲ感ゼシムベキ刑罰タルコトヲ要ス即チ沒收ノ物件ハ犯人ノ所有ヲラザルベカラズ。然レドモ何人ノ所有ヲ問ハズ法律ニ於テ禁制シタル物件ヲ沒收シ又所有主ノ知レザル物件ヲ沒收スルガ如キハ犯者ノ爲ニハ馬耳東風ノ裁判ナリ犯者ハ唯蚊蝨ノ前ヲ過グルノ觀ヲ爲スベキノミナラズ禁制物ハ所有者ナキモノタルヲ以テ當然官沒ニ歸スベキハ前項ニ於テ既ニ論ズル所ノ如シ。第二、社會ノ爲メニ其ノ危險ヲ豫防スルノ性質ヲ有ス即チ犯罪ノ用ニ供シタル物件ノ如キハ犯者再ビ其ノ物件ヲ用ヒテ罪ヲ犯スノ危險アルヲ以テ之ヲ沒收スルモノトスルモ其目的ハ決シテ充分ニ之ヲ達スルコトヲ得ズ設例ヘバ緋絞ノ用ニ供シタル手拭創傷ニ用ヒタル小刀ノ如キハ勿論、強盜ノ用ニ供シタル白刃、銃器ト雖一タビ之ヲ沒收スルモ忽チ亦他ノ器械ヲ獲得スルニ難カラズ父母ガ赤子ノ遊戲ニ供スル危險物ヲ取立ルノ場合ハ格別犯罪ノ責任アル大人丈夫ニ對シテハ毫末ノ効驗ナキモノト云フベシ。蓋シ此等ノ物品ヲ沒收スルノ理由タル恰モ物件ヲ以テ一個人ト想像シ此物件自身ヲ嫌惡セル野蠻時代ノ思想未ダ今日文明國ノ立法官タル人物ノ腦裏ヲ去ラ

ホームス氏
習慣法第三

ザルニ依レリ吾人ガ彼ノ門扉ヲ鎖サントシテ誤テ指頭ヲ其ノ門ニ夾着セラレ疾聲痛矣ト叫ンデ之ヲ擱打スルハ吾人々類ガ禽獸ト等シク有スル所ノ智覺ナリ沒收ノ眞意モ亦茲ニ存ス。第三、沒收ハ犯罪ノ利益ヲシテ犯人ニ獲得セシメザルノ性質ヲ有ス犯罪ニ依テ得タル物件ヲ沒收スルガ如キハ主トシテ此目的アルニ出ヅルナリ。然レドモ不正ノ所爲ハ所有權ヲ得ルノ方法タルコトヲ得ザルハ民法ノ原理ナルヲ以テ犯罪ノ利益ハ刑法ノ規定ヲ待タズシテ犯者ニ歸スベキモノニアラズ犯者ヲシテ利益ヲ得セシメザルノ理由ハ附加刑トシテ之ヲ沒收スルノ理由タルコトヲ得ザルナリ。由是觀之刑法三種ハ沒收ハ毫モ其ノ理由アルヲ見ズ英國刑法ガ刑罰上ハ沒收ヲ全廢シ盡ク之ヲ行政上ニ一任セルハ英人ニ固有ナル實驗上ハ結果ナルベキモ偶然能ク理論ハ完キヲ得タルモノト謂フベシ。

〔第八〕 物件ニ依リ必ズシモ之ヲ沒收スルヲ要セズ唯其ノ形狀ヲ變ジ又ハ之ヲ破毀スルヲ以テ足レリトスルモノアリ。設例ヘバ他人ヨリ偽造貨幣ヲ得テ之ヲ所持スルモ苟モ之ヲ使用セザル限りハ我刑法ノ問フ所ニアラズ但シ別ニ布告ヲ以テ之ヲ沒收スルコトアリト覺ユト雖之ヲ不問ニ付スルハ大ニ社會ニ危險ナリト認ムベキトキハ之ヲ沒收スルハ甚ダ酷ニ失シタリト云ハザルヲ得ス。如何トナレバ偽造貨幣ヲ受取り之ヲ所持スルモ其ノ所持ヲ以テ犯罪トナシ其ノ附加刑トシテ之ヲ沒收シ又ハ裁判宣告ヲ用ヒズ單ニ行政ノ處分ヲ以テ沒收スルトキハ其ノ貨幣ハ偽造タリトモ其ノ物質ハ一物品トシテ尙ホ幾分ノ價額ヲ有スルヲ以テ其ノ所有主ハ之ヲ他ノ目的ニ使用スルコトヲ得ベシ故ニ此等ノ場合ニ於テハ直ニ之ヲ沒收セズシテ唯之ヲ毀壞シテ所有主ニ還付スルヲ適當トスレドモ我刑法ニ於テハ別ニ此方法ヲ定ムルコトナシ。

第六章 名譽刑

第一節 名譽刑ノ性質

名譽刑ハ犯者ニ耻辱ヲ與フルモノト或權利ヲ剝奪シ又ハ之ヲ停止スル者トノ二種トス。耻辱ヲ與フルモノトハ犯人ノ面部ニ點墨ヲ施シ頭髮ノ一部ヲ剃落シ又ハ市中ヲ引廻ハシ又ハ新聞紙ニ廣告シテ其ノ犯罪ヲ公ケニシ又ハ標札ヲ建テ、其ノ犯罪ヲ傍示スル等ヲ云フ。其ノ目的タル專ラ犯者ニ耻辱ヲ與ヘテ道德上其ノ罪惡ヲ賠償セシムルノ意ニ外ナラズ是レ野蠻社會ノ刑罰ニシテ今日ハ文明諸邦ニ行ハルベキモノニアラズ唯傍示公告ノ刑ノ如キハ實ニ近代ニ至ルマデ其ノ痕跡ヲ止メ法制一般ノ體面ヲ汚辱シタル邦國ナキニアラザレドモ今日ハ殆ンド全ク之ヲ廢止セリ。我刑法ニ於テモ斷然之ヲ廢シテ採ル所ナカリシハ實ニ文明國ノ立法官タルニ愧チザル者ト云フベシ。

權利ノ剝奪若クハ停止ハ專ラ文明國諸邦ニ行ル、所ナリト雖犯者一身ノ全權ヲ剝奪スルノ刑即チ准死ハ既ニ廢減シテ又今日ニ存スルモノナク唯或權利ヲ剝奪シ又ハ停止スルニ過ギザルナリ。又我刑法ニ於テハ名譽刑ハ唯附加刑トシテ之ヲ科スルニ過ギザルヲ以テ主刑タル名譽刑ヲ認ムルコトナシ即チ剝奪公權、停止公權及ビ治産禁是レナリ。

第二節 剝奪公權及停止公權

〔第一〕 剝奪スベキ公權ハ我刑法第三十一條ニ定ムル所ノ九種ノ權利ニシテ此九種ノ權利ハ之ヲ一族トシテ犯

ヘルシニ
ル氏獨逸刑
法論第一八
八葉
マイエル氏
刑法學第三
四六葉
ビンジン
氏刑法論第
一二四葉

シヨウホ
フオスター
ンニ氏合
著佛國刑法
第八八號

者ニ科シ分割スベキモノニアラストス。然レドモ國事犯者ヨリ政權ヲ剝奪シ強盜犯ヨリ後見人ト爲ルノ權利ヲ剝奪スルハ其ノ事由アリト雖一事件ノ爲メ盡ク此等ノ權利ヲ剝奪スルハ其ノ當ヲ得ザルニ似タリ且我刑法ハ剝奪公權ヲ以テ單ニ重刑罪ノミニ科スベキモノトスレドモ若シ此權ヲ分割シテ科スルコトヲ得ベキモノトスルトキハ輕罪ノ刑ト雖尙ホ其ノ罪質ニ依リ之ヲ附加スルノ必要アル場合ヲ發見シ得可シ。

〔第二〕 剝奪スベキ公權左ノ如シ。

一、國民ノ特權 トハ一國民タル資格ヲ以テ特有スル所ノ公權即チ參政ノ權利ヲ謂フ。此權利ハ宜シク之ヲ他ノ公權ト區別シテ混同スルコトナキヲ要ス抑モ社會ト國家トハ一ハ天爲ニ成リテ一法人タルノ資格ナク一ハ人爲ニ成リテ一法人タルノ資格ヲ有スルモノニシテ二者ノ間自ラ其區別アルナリ。所謂國民ノ特權トハ國民方國家ノ範圍ニ於テ國家ノ一分子トシテ有スル權利ヲ云フモノニシテ社會ノ一員タル資格ヲ以テ有スルモノニアラズ。社會ノ一員トハ即チ自然ニ成リタル人衆ノ一團集中ノ一分子タルノ義ニシテ當ニ一國ノ臣民タルニ止マラズ一國々境ヲ超過シ得ベキ社會中ノ一人タルヲ云フ。設例ヘバ結婚ノ權土地所有ノ權諸種ノ營業權ノ如キハ所謂社會權ナルモノニシテ特ニ一國民ノ有ニ止マルベキモノニアラズ故ニ土地所有權、内地往來ノ權ノ如キ我法律ハ外國人ヲシテ之ヲ有スルコトヲ禁ズルモ其ノ性質タル社會權タルヲ以テ國民ノ特權トシテ之ヲ剝奪スルコトヲ得ズ。尙ホ政權及ビ社會權ノ區別ニ就キテハリヨースレル氏社會行政法緒論ニ最モ明晰ニシテ又最モ快活ナル議論ヲ載ス學者宜シク就テ見ルベシ。

二、官吏ト爲ルノ權 官吏ト爲ルノ權ト國民ノ特權トハ大ニ其ノ性質ヲ異ニセリ。官○吏○ハ○國○家○ニ○役○セ○ラ○レ○テ其ノ事務ヲ執行スル器械タルモノナレドモ國民ノ特權即チ參政權ハ此等官吏ヲ役スル所ノ國家ノ權ニ參與スルモノナリ。故ニ國會議員ハ官吏ニアラズシテ國權ハ一分子タルベキモ大臣縣知事ハ如キハ官吏タリ是ハ外國人ト雖官吏タルコトヲ得ベキモ國民ハ特權ヲ有スルコト能ハザル所以ナリ。然ルニ學者往々官吏タルノ權ハ國民ノ特權中著大ナルモノナルヲ以テ我方立法官ハ之ヲ別項ニ特書シタリト云ヒ或ハ又其ノ他諸種ノ說ヲ爲スモノアリト雖皆ナ該權利ノ本性ヲ誤リ枝葉ノ妄論ヲ喋々スルモノニ過ギズ。

三、勳章、年給、位記、貴號、恩給ヲ有スルノ權 此等ノ權利ハ皆人爲ニ出デタル榮譽ノ稱號ニシテ國家ヨリ之ヲ附與シタルモノタルコトヲ要ス。天爵ニ至テハ人爲ノ法律ヲ以テ之ヲ剝奪スルコトヲ得ズ。設例ヘバ皇族トハ天皇陛下ノ御一族ヲ指ス所ノ天然ノ事實ニシテ特ニ之ヲ貴號ト云フコトヲ得ズ又私立ノ大學ヨリ附與セル學位及ビ外國政府ヨリ附與セル勳章ノ如キハ私人相互ノ間ニ於テ授受セル記號ニシテ其ノ國政府ノ授與セルモノニアラザレバ之ヲ剝奪スルコトナシ。論者或ハ外國ノ勳章ヲ剝奪セザルハ外國ノ主權ヲ重ズルニ出ヅルト説ケドモ苟モ獨立タル一帝國タランニハ外國ノ法律ハ我帝國内ニ行ハルベキモノニアラズ。故ニ之ヲ剝奪セザルハ其ノ剝奪者ナル國家ノ當テ與ヘタルモノニアラズ國家ヨリ之ヲ見レバ私人相互ノ間ニ授受セル章標タルニ過ギズシテ殆ンド天爵ト撰ブ所ナキヲ以テナリ。但シ此等ノ章標ト雖名譽ノ章タルニ相違ナク又君主ハ名譽ノ淵源ナルモ名譽ノ淵源ハ必ズシモ君主ニ限ルベキモノニアラザルナリ。

四、外國ノ勳章ヲ佩用スルノ權 外國ノ勳章ヲ佩用スルノ權ハ我政府ノ附與スル所タルヲ以テ之ヲ剝奪スルコトヲ得其理由ハ前項ニ同ジ。

五、兵籍ニ入ルノ權 兵士ハ官吏ト異ナリ其ノ承諾ヲ待タズシテ兵役ニ服スルモノニシテ之ヲ純然タル義務ト云フベキモ一方ヨリ之ヲ見ルトキハ又一ツノ榮譽ナリ。故ニ法律ハ兵籍ニ入ルノ能力ヲ奪ヒ刑餘ノ罪人ヲシテ兵士タルコトヲ得セシメズ。

六、事實ヲ陳述スルノ外裁判所ニ於テ證人ト爲ルノ權刑餘ノ罪人ヲシテ裁判所ニ於テ證人タルコトヲ得セシムルトキハ被告人ヲシテ不快ノ感覺ヲ生ゼシムルノミナラズ一般其ノ陳述ニ信ヲ置クニ足ラズトシテ此權ヲ剝奪ス。然レドモ民事ニ在リテハ兎モ角刑事ニ在テハ最モ必要ナル一證人ヲ缺クニ至ルベキモノニシテ學者大ニ之ヲ批難スルモノアリト雖一利害ハ共ニ免カルベカラザルモノナレバ予ハ容易ニ其ノ是非ヲ速斷スルコト能ハザルナリ況ンヤ刑餘ノ罪人ト雖單ニ事實ノ參考人トシテ之ヲ聽クコトヲ得ベキモノナルニ於テオヤ。但シ刑事ノ所謂心證裁判トハ證據ナキモ尙ホ有罪ノ裁判ヲ言渡スコトヲ得ルトノ義ニアラズ必ズ其ノ心證ヲ引起スルノ情況證據アルコトヲ要ス。設例ヘバ爰ニ謀殺被告事件アランニ重罪囚ノ外何人モ被告ノ犯罪ヲ行フヲ目撃シタルモノナキモ被告所有ノ短刀犯罪ノ現場ニ存シタルノ事實ヲ證明スルノ證人アラバ此證人ノ陳述ハ判官ノ心證ヲ引起スルコトヲ得ベキ情況證據ニシテ判事ハ此一證據ヲ以テ被告ニ謀殺罪アルコトヲ認メ得ベキガ故ニ其心證ノ參考トシテ重罪囚ノ陳述ヲ聽クコトヲ得ベシ。然ルニ若シ此短刀ノ被告ノ所有タ

ルコトヲ證明スルノ證人ナキトキハ全ク心證ヲ引起スルニ足ルベキ證據ナキモノニテ數人ノ重罪囚アリ被告ノ犯罪ヲ目撃セルコトヲ陳述スルモ參考ノ相手トスベキ證據即チ心證ナキモノトシテ判官ハ決シテ有罪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ズ。故ニ重罪囚ヨリ證人タルノ能力ヲ剝奪スルモ事實參考人トスルコトヲ得ベキヲ以テ全ク實際ノ不便ナキモノトスルハ誤見ナリ。

七、後見人ト爲ルノ權 此權ヲ剝奪スルハ刑餘ノ罪人ニ信ヲ置クニ足ラズトスルニ出ヅ故ニ親屬ノ許可ヲ得テ子孫ノ爲ニスルハ此限ニアラザルナリ。

八、分散者ノ管財人ト爲リ又ハ會社及共有財産ヲ管理スルノ權 此權ヲ剝奪スルノ理由ハ前項ニ同ジ○會社ノ財産ト共有財産トハ自ラ異ル所アリ二者共ニ民事上ノ一法人ナレドモ會社ノ財産ハ一法人タル會社ヲ組織スル者其ノ會社ノ目的ニ從ヒ自由ニ之ヲ處分スルコトヲ得ベキモ共有財産ニ在テハ然ラズ共有財産ハ其ノ財産ノ一團ヲ以テ民事上一個人トスルモノナレバ其ノ管理人ハ財産ヲ處分スルモノニアラズシテ財産ヲ却テ此管理人ヲ支配スルナリ。設例ヘバ寄附財産ノ如キハ其ノ費途一定シテ決シテ他ニ之ヲ流用スルコトヲ得ズ又其ノ財産ハ必ズ其ノ目的ニ從ヒ費用セザルベカラザルモノナルヲ以テ之ヲ管理スル者ハ寄附財産ナル法人即チ無形人ノ意見ニ從フベシ決シテ自己ノ意見ニ從フコトヲ得ズ。我刑法ノ所謂共有財産ナル語ハ此等財産ヲモ包含シ其ノ區域甚大ナリト雖一法人タル資格ヲ有セザル共有財産又ハ組合ノ財産ノ如キハ此限ニアラザルベシ。何トナレバ一法人タル資格ナキ所ノ共有財産及ビ組合財産ノ如キハ一法人ノ所有ニアラズシテ有形ナ

ル天然人ガ各自ノ資格ヲ以テ其ノ財産ニ有スル私權ナレバナリ。若シ果シテ否ラズトセバ一タビ重罪ノ刑ニ處セラレタルモノハ他人ト共ニ財産ヲ共有スルコト能ハザルニ至ルベシ。

九、學校長及教師學監ト爲ルノ權 是レ亦前項ノ理由ニ從ヒ公私立ノ校長及ビ教師學監ト爲ルノ權ヲ剝奪スレドモ敢テ他人ヲ教授スルコトヲ禁ズルモノニアラズ唯此等ノ地位ヲ占ムルコトヲ禁ズルノミ。

〔第三〕 重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒズ終身公權ヲ剝奪シ禁錮ノ刑ニ處セラレタル者ハ當然現任ノ官職ヲ失ヒ其ノ刑期間公權ヲ行フコトヲ停止ス。(第三十二條及第三十三條)

〔第四〕 停止公權ハ只刑期間其ノ公權ヲ行フコトヲ停止スルニ止マレリ。然レドモ既ニ刑罰執行中タル以上ハ法律ノ明文ヲ待タズ此等ノ權ヲ停止セラル、ハ分明ニシテ之ヲ行ハントスルモ得ベカラズ。故ニ勳章年金賞號ヲ有スルノ權ヲ停止ニ就テハ學者往々諸種ノ説ヲ爲スモノアリト雖特ニ喋々ノ辯ヲ待ツニ足ルベキモノニアラザルナリ。我刑法ハ此停止公權ヲ以テ刑期滿限後ニ及サスコトナカリシハ遺憾ナリ予ハ輕罪ニ處セラレタル者ニ就キ公權ノ停止ヲ放免ノ後ニ及ボスコト猶ホ監視ニ於ケルト同一ナランコトヲ希望スルモノナリ。但シ輕罪ノ刑ニ於テ監視ニ付シタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒズ監視ノ期限内公權ヲ行フコトヲ停止スルヲ以テ監視ヲ附加スル輕罪ニ在テハ殆ンド之ヲ刑期滿限ノ後ニ及ボスコト精神アルヲ見ルニ足ルベシ。(第二十四條)

第三節 治産禁

〔第一〕 治産禁ハ賣買讓與等ヲ爲スノ私權ヲ行フコトヲ禁止スルモノニシテ若シ之ヲ行ウタルトキハ無効ニ屬

ス可シ然ルニ此等ノ私權ヲ行フコトヲ禁止スルハ甚ダ嚴酷ナルニ似タレドモ唯自ラ財産ヲ治ムルコトヲ禁止スルノミニシテ敢テ其ノ權ヲ奪フモノニアラズ。又此治産禁ハ主刑ノ刑期中ニ止マルヲ以テ法律ノ明文ナキモ實際之ヲ行フコトヲ得ザルナリ。

〔第二〕 重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒズ其ノ主刑ノ終ルマデ自ラ財産ヲ治ムルコトヲ禁止ス。但シ假出獄ヲ許サレ又ハ流刑ノ囚幽閉ヲ免ゼサラレシ者ハ行政處分ヲ以テ治産ノ禁ノ幾分ヲ免ゼラル、コトヲ得(第三十六條第三十七條及第五十五條)

第七章 刑期計算

第一節 刑期ノ定準

刑法上一月ト稱スルハ三十日ヲ以テシ曆ニ從ヒテ二十八日二十九日、三十日若クハ三十一日ヲ以テ一月トスルコトヲ許サズ。之ニ反シテ一年ト稱スル曆ニ從ヒ日數ヲ以テ計算シ閏年ト平年トヲ區別スルコトヲ許サズ(第四十九條)。日數ヲ以テ計算スル刑ニ就テハ我刑法ハ特別ノ方法ヲ定メタリ。即チ受刑ノ初日ハ時間ヲ論セズ一日ニ算入シ放免ノ日ハ刑期中ニ算入セザルモノトセリ(第四十九條第二項)。蓋シ我立法官ハ時ヲ以テ之ヲ計算スル時ハ夜間ニ放免スルガ如キノ恐アルヲ防グノ目的ニ出デタル者ナルベシト雖此目的ヲ達スルニハ單ニ放免ノ時刻若クハ時限ヲ定ムレバ即チ足レリ斯ル日數計算法アリト雖更ニ放免ノ時刻ヲ定メザレバ其目的ヲ達スルコトヲ得ズ。

何トナレバ放免ノ日ハ之ヲ刑期ニ算入セザルヲ以テ放免ノ當日ハ午前一時若クハ午後十二時ニ之ヲ放免スルモ毫末モ法律ノ禁ズル所ニアラズ。故ニ我立法官ハ遂ニ已ムコトヲ得ズ監獄則第三十一條ニ於テ之ヲ定メタリ。然レドモ特ニ放免ノ時刻ニ制限ヲ設ケタル以上ハ予ハ一日ヲ以テ二十四時間トシ時間ヲ以テ日數ヲ計算シ且ツ拘留ノ如キ十日ニ出デザル自由刑ハ受刑者ニ便宜ナル時刻ヨリ其ハ執行ヲ始ムルコトヲ希望スル者ナリ否ラズンバ我刑法第四十九條ニ「一日ト稱スル二十四時間ヲ以テス」ト云ヘルハ實ニ空文ニシテ法律上毫末ノ關係アルヲ見ザルベシ。

第二節 刑期ノ經過

刑期ハ不變期間ナリ。一旦定マリタル刑期ハ他ニ事故アリテ現ニ刑ヲ執行ヲ受ケザルモ仍ホ之ヲ刑期間ニ算入セザルヲ得ズ。一定ノ期間ニ引繼ギタル唯ノ期間ナリ數次ニ分割シテ數次ニ刑ヲ執行ヲ爲シ得ベキ者ニアラズ。設例ヘバ今年一月一日ニ於テ一ケ年ノ禁錮ニ處セラレタル者ハ來年ノ一月一日ニ於テ放免セラルベキ權利ヲ有ス故ニ獄吏ノ過失ニ依リ期滿前ニ囚徒ヲ放免シタルトキハ更ニ其ノ放免中ノ日數ヲ刑期中ヨリ控除シテ刑期ヲ來年ノ一月一日以後ニ延長スルコトヲ得ズ。若又放免ノ儘此期限ヲ經過シタルトキハ更ニ之ガ執行ヲ爲スコトヲ得ザルナリ。然レドモ刑ノ不執行ガ囚徒ノ過失違反ニ基クトキハ法律ニ明文ヲ以テ其ノ不執行ノ期間ヲ刑期中ニ算入セザル旨ヲ明定セリ。即チ我刑法ニ於テハ假出獄中再ビ重輕罪ヲ犯シテ假出獄ヲ取消サレタルトキハ其ノ假出獄中ノ日數ヲ計期中ヨリ控除スル場合及ビ刑期限內逃足シ再ビ捕ニ就キタルトキ逃走間ノ日數ヲ除キ前後受刑

ノ日數ヲ刑期ニ計算スル場合はレナリ。(第五十二條及ビ第五十六條)

未決拘留日數ハ刑期ニ算入スベキモノナルヤ否ヤニ就テハ學者ノ間多少ノ議論アル所ナリ。抑モ未決拘留日數ノ久キニ涉ルハ最モ嫌惡スベキ一事ナレドモ其ノ弊害ヲ防止スルハ司法制度ノ改良如何ニ存ス苟モ未決拘留ヲ以テ自由刑トシ又ハ未決囚ヲ以テ犯罪人タルノ推測ヲ下スコトナキ以上ハ未決拘留ハ公義ニ對スル國民一般ノ義務ナリ。然レドモ未決拘留ノ爲メ人民ノ現ニ蒙ル所ノ損害ノ極メテ大ナルハ茲ニ多辯ヲ要セザル明白ノ事實ナリ。數年前ノ事ナリト覺ユ現ニ獨逸ニ於テ一個ノ私立會社ヲ結合シ久シク獄舎ニ拘留セラレ其ノ職業生計ノ道ヲ營ムコト能ハザリシ者ニシテ無罪放免ノ言渡ヲ受ケタルモノニハ相當ノ金錢ヲ惠與センコトヲ企テゲー、エム、スタウト氏ノ如キハ一大富講ヲ起シテ其ノ資金ヲ得ンコトヲ計畫シタレドモ其ノ方法ノ困難ニシテ且官許ヲ得ルコト亦甚ダ難キノミナラズ此等ノ事タル私人ノ爲スベキ事業ニアラズ當サニ國家政府ノ任ズベキモノトナシ遂ニ之ヲ國會ニ建議スルニ至リタレドモ未ダ其ノ實行セラレタルヲ聞カザルナリ。此建議ニシテ果シテ理アラバ未決拘留日數ハ之ヲ刑期ニ算入スベキハ論ヲ俟タズト雖予ハ未決拘留日數ハ決シテ之ヲ刑期ト同視スベキモノニアラズトスル者ナリ。然レドモ我刑法ハ檢察官ノ上訴ニ係ル者及ビ犯人自ラ上訴シテ其ノ上訴正當ナル時ハ原裁判宣告ノ日ヨリ刑期ヲ起算シ上訴中ノ未決拘留日數ヲ刑期ニ算入スルモノトセリ(第五十一條)若シ此定規ニシテ果シテ學理ニ適スルモノトセバ無罪放免ノ言渡ヲ受ケタル者ハ政府ニ對シ相當ノ損害賠償ヲ要求スルハ權アルモノトスルノ甚シキニ至ルベシト雖我刑法ハ敢テ學理ニ基キタルモノニアラズ只被告人ノ利益ト實際ノ便宜トニ依リ此規

定ヲ設ケタルモノニ過ギザルベシ。我刑法ノ學理ニ關スル當否ハ之ヲ措キ左ニ其ノ規定如何ヲ見ム。

一、犯人自ラ上訴シテ其ノ上訴正當ナル時ハ前判宣告ノ日ヨリ起算シ若シ其ノ上訴不當ナル時ハ後判宣告ノ日ヨリ起算スベキモノトス。抑モ上訴ハ裁判言渡ノ確定ヲ妨グル者ニシテ上訴中ハ尙ホ未決拘留タリ故ニ未決拘留ハ刑ニ算入スベカラザルハ業ニ既ニ論述シタル如クナレドモ我刑法ハ特ニ一ノ恩惠ヲ設ケ其ノ上訴ノ正當ナル場合ニ限り之ヲ刑期ニ算入スベキモノト定メタリ。論者往々上訴ノ不當ナル場合ニ於テ此特惠ヲ與ヘザルハ犯人其ノ不當ヲ知ルモ尙ホ上訴ヲ爲シ未決拘留日數ヲ以テ刑期ニ算入スルハ弊アルニ出ヅルトスルモノナキニアラズト雖若シ果シテ然ラバ論者ハ上訴中ノ未決拘留日數ヲ刑期ニ算入スルヲ以テ本則トシ而シテ唯上訴ノ不正ニシテ未決拘留日數ヲ刑期ニ算入スルコトナキ場合ヲ以テ其ノ例外トセザルベカラザルニ至ラン學理ニ適シタルモノト云フ可ラズ。又被告人上訴ノ願下ヲ爲シタルトキハ其願下ヲ爲シタル時ニ於テ其ノ裁判ハ確定ス可シ何トナレバ上訴ノ申立ハ只裁判所確定ノ時間ヲ延滞セシムルニ止マルベキヲ以テナリ。故ニ上訴ノ願下アリタルトキハ其ノ願下ノ時ヨリ刑期ヲ起算スベキヲ正當トスレドモ上訴中ノ未決拘留ヲ以テ刑期ニ算入スルヲ本則トスル論者ニ在テハ前判宣告日ヨリ之ヲ起算スベキモノトセザルベカラザルニ至ルベシ而シテ論者ハ尙ホ能ク論者ノ目的タル濫訴ノ弊害ヲ防止スルコトヲ得ベキモノトスルカ○上訴ハ唯裁判ノ確定ヲ妨グルニ止マリ而シテ裁判確定セザルトキハ上訴中ト雖之ヲ未決拘留トスルノ本則ニ基キ附加刑ノミニ對シテ上訴ヲ爲シ其ノ上訴正當ナリシトキト雖刑法ノ規定ニ依リ尙ホ其刑期

ハ前判宣告ノ日ヨリ計算ス。

- 二、檢察官ノ上訴ニ係ル者ハ其ノ上訴正當ナルト否トヲ分タズ前判宣告ノ日ヨリ起算スルヲ以テ我刑法ノ規定トスレドモ上訴ノ結果ハ單ニ裁判ノ確定ヲ妨グルハ檢察官ノ上訴ニ係ルト否トニ關係スルコトナキヲ以テ未決拘留ヲ以テ刑期中ニ算入スルノ學理ニ適セザルハ既ニ前項ニ述ブル所ノ如シ故ニ此規定モ亦之ヲ法律ノ恩惠ニ出デタルモノトスルノ外ナシ
- 三、上訴中保釋ヲ得又ハ責付セラレタル者ハ未決者ナルモ拘留スルコトナキヲ以テ刑期ニ算入スベキ拘留日數ナシ故ニ保釋又ハ責付中ノ日數ヲ刑期ニ算入スルコトヲ得ズ。

第三節 刑期ノ起算

刑期ノ起算點ヲ定ムルニ就キテハ之ヲ左ノ三種ノ說ニ區別スルコトヲ得。

〔第一說〕 ハ受刑ノ日ヲ以テ刑期ノ起算點トスルモノナリ。此說ニ從フトキハ縱令裁判ハ確定スルトモ未ダ刑ノ執行ニ着手セザル間ハ其ノ日數ヲ刑期ニ算入セザルモノトナルベシ然レドモ此說タル既ニ第一節ニ於テ論述シタル所ノ期間計算法ト抵觸スルヲ以テ我刑法ノ採ラザル所ニシテ亦學理ノ能ク此說ヲ保護スベキモノアルナシ。

〔第二說〕 ハ裁判宣告ノ日ヲ以テ刑期ノ起算點トスルモノナリ被告人ニ取りテハ第一說ト全ク異ニシテ大ニ利益ナリト雖此說ニ從フトキハ三日以下ノ拘留ノ刑ノ如キハ遂ニ全ク其ノ執行ヲ見ズシテ刑期ハ常ニ經過スルニ至

ラン何トナレバ刑ハ裁判確定ニ至ラザレバ執行スルコト能ハザルハ刑法第五十條ノ明定スル所ナルヲ以テ裁判宣告ノ時ヨリ刑期ヲ起算スベキモノトスレバ三日ノ拘留ハ裁判確定以前ニ經過スベケレバナリ。但シ第五十一條ニハ現ニ「刑期ハ刑名宣告ノ日ヨリ起算ス」ト明言スルガ故ニ我刑法ハ或ハ此第二説ヲ採用シタルガ如キノ趣アリト雖該條ハ決シテ一般ニ刑ノ起算點ヲ定メタルモノト謂ハンヨリ未決拘留日數ヲ刑期ニ算入スルコトヲ定メタルモノト謂ハザルヲ得ズ。該條ガ刑期ハ刑名宣告ノ日ヨリ起算スト云フハ單ニ未決拘留ヲ爲スベキ刑名ニ就テ之ヲ云フノミ違警罪ノ如キハ素ヨリ此條ニ依ルベキモノニアラザルナリ。

〔第二説〕ハ裁判確定ノ日ヲ以テ刑期ノ起算點トスルモノナリ。抑モ第二説ニ於テハ裁判言渡ノ日ヲ以テ刑期起算點トスレドモ刑ハ裁判確定スルニアラザレバ執行スルコトヲ得ザルモノナルニ未ダ法律上執行ヲ許サマル日數ヲ刑期ニ算入スルモノニシテ其ノ當ヲ得ザルヤ固リ當然ナリ。又第一説ハ受刑ノ日ヲ以テ刑期起算點トスレドモ裁判確定スレドモ裁判確定スレバ國家ハ直ニ刑罰執行權ヲ生ズルモ國家方單ニ之ヲ行ハザルノ一事ヲ以テ其ノ責ヲ犯人ニ嫁スルニハ亦其ノ當ヲ得タルモノニアラズ。故ニ裁判確定シテ國家ハ刑罰執行權ヲ生ズル以上ハ國家ハ現ニ之ヲ行フト否トヲ問ハズ之ヲ刑期ニ算入スベキハ實ニ正確ヲ得タルモノト云フベシ我刑法モ亦一般ノ原則トシテハ當然此第三説ヲ採用セルモノト謂ハザルヲ得ザルナリ。

第三編 刑ノ適用

第一章 刑法典ノ體裁

刑法ハ犯罪ノ處分ヲ定ムル所ノ法律ナリ。或ハ之ヲ慣習法ニ一任シテ別ニ法典ヲ設ケザル邦國ナキニアラズ。然レドモ刑法ハ一ノ公法ナリ文明諸邦ニ於テハ概ネ之ヲ法典ニ編成シ法律ノ正條ナクンバ何等ノ所爲ト雖犯罪トシテ之ヲ罰セザルヲ以テ法律ノ原則ト爲ス。是レ「法律ナクンバ犯罪ナク又刑罰ナシ」(Nullum crimen, nullum poenae sine lege)トノ格言ニ基ク所、我刑法ニ條ニ「法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖之ヲ罰スルコトヲ得ズ」ト明言スルモ亦蓋シ此意ナリ。

刑罰ノ適用ニ關シ法典編纂ノ體裁ニ三種ノ方法アリ。第一ハ法律ノ各條ヲ以テ各犯罪ニ適用ス可キ刑罰ヲ固定シ法官ヲシテ各事件ニ就キ毫モ其ノ刑罰ヲ斟酌スルヲ許サマルモノ第二ハ法律ハ唯或所爲ヲ以テ罪トスルコトノミヲ定メ其ノ刑罰ハ全ク之ヲ法官ノ定ムル所ニ一任スルモノ第三ハ各犯罪ニ就テハ唯適用スベキ刑罰ノ範圍ヲ定メ其ノ範圍内ニ於テハ法官ヲシテ各事件ニ附キ適當ノ刑罰ヲ定ムルコトヲ許スモノ是レナリ。第一ノ方法ハ法律ノ正條ヲ以テ特ニ定ムル刑罰ノ外法官ヲ決シテ之ヲ適用スルコト能ハザラシメ法官專斷ノ弊ヲ避ケシムルモ法官ヲ以テ單ニ法律ノ器械トナシ各事件ノ情況ニ應ジテ各犯罪者ニ適當ノ刑罰ヲ適用セシムルノ便宜ヲ失シ第二ノ方

ベルネル氏
刑法論第二
七二葉
フオスタ
エリ一氏佛
國刑法第一
卷第二四號

法ハ法官ヲシテ各事件ノ情況ニ應ジテ適當ノ刑罰ヲ施スコトヲ得セシムルモ刑罰ヲシテ全ク法官ノ自由ニ創定スル所タラシムルノ大弊アリ第三ノ方法ハ前二方法ヲ折衷シテ中正ヲ得セシメントスルモノナリ。然レドモ國情ト時勢トニ由リ或ハ第一方法ニ傾キ或ハ第二方法ニ偏スルコト少カラズ我刑法モ亦此第三方法ニ基キタルモノナレドモ刑ノ範圍ノ最重要ト最輕點トヲ併セテ法律ニ於テ之ヲ定メ單ニ最重要ノミヲ定ムルコト英獨法ノ如クナラザルガ故ニ寧ロ之ヲ第一方法ニ傾キ獨逸及ビ英國法ハ第二法ニ傾キタルモノト謂フベシ。

第二章 刑法ノ管轄

第一節 時ニ關スル刑法ノ管轄

第一款 刑法ノ頒布

刑法ハ頒布ヲ待テ初メテ了知シ得ベキ法律ノ狀態ヲ爲シ施行期限ニ至リテ初メテ其ノ効力ヲ生ズ。此期限ヲ經過スレバ國民ハ法律ヲ知ルト知ラザルトヲ問ハズ直ニ犯罪ノ責任ヲ生ズ。故ニ犯罪ハ責任ハ毫モ法律ヲ知ルト否トニ關係ナク唯此犯罪ヲ定ムル所ハ法律ノ効力アルト否トニ關係ス。學者往々此原理ヲ誤リ法律ノ不識ハ犯罪ノ責任ヲ免ル、コト能ハズトスル原則ヲ以テ人民ハ悉ク法律ヲ了知セリトノ推測ニ出デタルモノトスレドモ現ニ法律ヲ知ラザリシ充分ノ證據アリ以テ此推測ヲ破ルニ足ルベキモノアルトキハ遂ニ之ヲ犯罪ノ責任ナキモノトセザルニ至ルベシ又或學者ハ一タビ法律ヲ頒布シ人民ノ了知スベキ期限ヲ經過スレバ其ノ法律ヲ適用スベキモノナル

フオーリス
ンエリ
佛國刑法第
二二號
エトケル氏
法律不識論

ヲ以テ法律ノ不識ハ犯罪ノ責任ヲ免ル、コトヲ得ザルノ理由トスルモノアレドモ亦誤謬ノ見タルヲ免レズ。何トナレバ法律ヲ適用スルニハ必ズシモ人民ノ了知スベキ期限ヲ經過スルヲ要セズ設ヒ其ノ期限ハ人民ヲシテ了知セシムルニ足ラザルモ其法律ニシテ効力アラバ直ニ之ヲ適用ス可ク人民ノ了知スルト否トヲ問ハザレバナリ。現ニ有名ナル保安條例ノ如キハ發布ノ當日ヨリ施行スベキモノトセラレタリ。

第二款 刑法ノ致反効

法律ハ其ノ効ヲ既往ニ及ボスコトヲ得ズトハ法律ノ一原則ナレドモ此原則ハ唯法律ノ解釋ニ屬スル推測ヲ定メタルノミナリ必ズシモ既往ニ及ボスノ法律ナキニアラズ。此原則ハ唯既得ノ權利ヲ害スル能ハザルコトヲ明示スルニ過ギザルヲ以テ民刑訴訟法ノ如キハ却テ舊法ノ下ニ成立チタル既往ノ事件ヲ審判スルニ新法ヲ以テスルヲ本則トス。故ニ我刑法第三條ハ「法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ボスコトヲ得ズ」ト云ヒ犯罪外ニ屬スルモノハ既往ニ及ボサザルコトヲ定メザルノミナラズ其ノ犯罪ニ係ルモノト雖既ニ舊法ニ依リ處斷セラレベキ罪ニシテ新法ヨリ重キモノハ新法ヲ既往ニ及ボスベキコトヲ定メタリ。是レ同條第二項ニ「若シ所犯頒布以前ニ在テ未ダ判決ヲ經ザル者ハ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷ス」ト云ヘル所以ナリ。今マ左ニ新舊法適用ニ關スル原則ヲ示ス。

〔第一〕 犯罪ハ其ノ犯時ニ有効ナル法律ニ對シテ其ノ當時ニ成立スベキモノニシテ裁判ヲ待チテ始メテ犯罪ノ成立スベキモノニアラズ。裁判ハ唯其ノ犯罪ニ對スル責任ヲ定メテ之レニ一定ノ刑罰ヲ與フルモノニ過ギザルナ

ベルネル氏
刑法管轄論
第五〇葉以
下
シイゲル氏
刑法致反効
論
ビンジンケ
氏刑法原論
第四七葉

リ。故ニ犯罪トナラザル所爲ニシテ既ニ其ノ所爲ノ終リタル後ニ至リテハ新ニ頒布セル法律ノ違犯トシテ之ヲ罰スルコトヲ得ズ。何トナレバ犯者ニ既得ノ權アレバナリ。

〔第二〕之ニ反シテ犯罪ノ法律ニ照シテ犯罪トナルベキ所爲ヲ行ウタルトキハ其ノ所爲ハ即チ犯罪ニシテ犯罪ハ既ニ成立スルト雖新法ニ於テ之ヲ犯罪ト認メザルトキハ之ヲ罰スルノ必要ナシ。學者往々之ヲ以テ犯罪ノ既得權トスルハ誤レリ。故ニ所犯頒布以前ニ在テ其ノ犯罪ハ既ニ成立スルモ新法ニ於テ之ヲ罪トセザルトキハ未ダ判決ヲ經ザルモノハ其ノ刑ヲ科セズ既ニ判決ヲ經タルモノハ特典ヲ以テ之ヲ放免スルノ外他ニ救済ノ方法ナカルベシ。

〔第三〕前項同一ノ理由ニ依リ施行ハ年月ヲ限リタル一時ハ法律ハ其ノ年限内ニ犯シタル罪ト雖特ニ明文アルニアラザレバ之ヲ其ノ期限經過ノ後ニ於テ罰スルコトヲ得ズ。設例ヘバ夏期傳染病流行ノ年月間ノミ其ノ効力ヲ有スベキ罰則ノ犯罪ハ此年月間ニ犯シタル罪ト雖冬期ニ至リ其ノ法律ノ効力ヲ失ウタルトキハ之ヲ罰スベキモノニアラス。何トナレバ此法律ニシテ既ニ其ノ期限ヲ經過スルトキハ此法律ハ自ラ其ノ効力ヲ失ヒ前法律ノ罪ト爲シタル所爲ハ今ハ既ニ之ヲ罪トセザルヲ以テ犯罪ハ既ニ成立スルモ全ク其刑罰ヲ廢シタルモノハ前項ノ理由ト毫モ異ル所ナケレバナリ。但シ我國現今ノ實際ニ於テハ往々之ニ反シタル一二ノ例ナキニアラザルガ如シ。

〔第四〕舊法ニ於テモ犯罪トナリ新法ニ於テモ亦犯罪トナルモ其ノ刑ニ輕重アリテ尙ホ判決ヲ經ザルトキハ左ノ數則ニ基キ其ノ輕キニ從テ處斷ス。

ミラリス事
件(ブラッ
グ判決録第
四五一案)
ヒーター
刑事事件
合衆國判
決録第七五
葉

ベルネル氏
刑法論
第四五葉

(イ) 刑法ニ數次ハ改正アルトキハ舊法時代ハ犯罪ハ新法ト比較シ二三ハ法律中其ハ最モ輕キ刑ヲ適用スルニハ中間ノ法律ヲ適用スルコトヲ得レドモ是レ只恩惠ニ出ヅル者ニシテ學理上公平ヲ得タルモノニアラス。

何トナレバ中間ノ法律ニ於ケル最輕ノ刑ハ犯罪ニ於ケル刑ニアラザレバ犯者ハ既得ノ權ヲ得タリト云フベカラズ又中間ノ刑ハ最モ輕クシテ現行法ハ刑ハ之レヨリ重ケレバ現行法ニ從フノ必要ナシトスルコトヲ得ザレバナリ。設例ヘバ第一ノ法律即チ犯罪時ノ法律ニ於テハ其ノ犯罪八年ノ懲役ニ相當シ第二ノ法律ハ四年ノ懲役ニ相當シ第三ノ法律ニ於テハ六年ノ懲役ニ相當スル場合ニ於テ中間ノ法律ニ依リ最モ輕キ四年ノ懲役ニ處スベキモノトスルトキハ犯罪時ノ法律ニ依リ現ニ六年ノ懲役ニ處スベキモノヲ只四年ノ懲役ニ處スルノミニ止マレニ至ルベク若シ又第二ノ法律ニシテ全ク其ノ刑ヲ免ズベキモノナリシトキハ全ク刑ヲ科スルコトヲ得ザルニ至レバナリ。但シ既往ノ罪ヲ問ハザルヲ以テ犯者ノ既得權トスル誤見ノ論者ハ第二ノ法律ヲ適用スルヲ以テ正理ニ適シタルモノト看做スベキハ當然ナリ。

(ロ) 刑ノ輕重ハ法律全體ノ寬嚴ニ關セズ各犯罪事件ニ付キ新舊法ヲ比照シ輕キニ從フベキモノトス。新法ハ舊法ニ比スレバ其ノ全體ニ於テ寬ナルモ其ノ舊法ニ比シテ重キ部分ハ之ヲ舊法ニ依リ處分セザルヲ得ズ。
(ハ) 故ニ新舊法ヲ比照スルニ當リ其ノ刑ニ範圍アルトキハ往々煩雜ヲ來スノ恐アリト雖敢テ之ヲ比較シ得ザルニアラス。設例ヘバ舊法ニ於テ三年ノ懲役ニ處シ新法ニ於テ一年以上五年以下ノ重禁錮ニ相當スルモノナルトキハ二年以上三年以下ノ重禁錮ヲ以テ處分スベク舊法ニ於テ一年以上四年以下ノ刑ニ處スベキ犯罪新

法ノ二年以上三年以下ノ重禁錮ニ相當スルトキハ各其ノ長短期ノ輕キ者ヲ取り之ヲ一年以上三年以下ノ重禁錮ニ處スルガ如シ。

〔二〕又刑名ニ新舊法ノ異同アルモ先ヅ其ノ犯罪ヲ定メ各々之ニ相當スル新舊法ノ刑罰ヲ比較スレバ此比較方法ハ敢テ難キニアラズト雖新舊ノ刑罰其ノ性質ヲ異ニスルコトアルベキヲ以テ我國法律ニ於テハ特ニ新舊比較法ナルモノヲ定メタリ。明治十四年第八十號ノ布告是ナリ。

第三款 刑法ノ廢止

〔第一〕不文法及ビ必ズシモ適用スルヲ要セザル成文法ハ久シク之ヲ實際ニ適用セザルコト (Desuetudo) ヨリ自ラ廢滅ニ屬スルニ至ルベキモ成文法ハ他ノ成文法ヲ以テ之ヲ廢止スルニアラザレバ決シテ廢滅ニ歸シタルモノトスルコトヲ得ズ。

〔第二〕前ニ發シタル法律ト後ニ發シタル法律ト抵觸スルトキハ「時ノ後ナルモノハ前ナル者ニ勝ツト」ノ原則ニ依リ前法ハ後法ノ爲メニ廢滅スレドモ此原理ヲ適用スルニハ宜ク先ヅ同一事件ニシテ新舊二法果シテ相容レザルモノナルヤ否ヲ審定スルコト極メテ必要ナリ。此原則ヲ適用スル者往々之ヲ忘却シ或ハ同一ノ事件ニアラズシテ新舊二法共ニ之ヲ併用フベクニ法相容ルベキモノヲ以テ尙ホ抵觸ノ場合ト誤認スルガ如キハ往々其ノ例ニ乏シカラズ。然レドモ憲法ト刑法ト抵觸スルトキハ憲法ヲ無効トシ刑法ト行政諸命令ト抵觸スルトキハ刑法ヲ有効トス。此等細密ノ論理及ビ其理由ハ之ヲ拙著ノ法律解釋學ニ讓ル。

ベルネル氏
同上第七五
葉

法律解釋學
第四章第十
四則及ビ第
十五則
ケント氏英
國法註釋第
四八六葉
アルム氏
英國法註釋
第一卷第九
三葉

〔第三〕前法ヲ廢止改正スルノ法ヲ更ニ廢止シタルトキハ明文ナシト雖舊法ヲ回復シテ再ビ之ニ効力ヲ生ゼシム。蓋シ甲ノ法律ヲ以テ乙ノ法律ヲ廢止スル丙ノ法律ヲ廢止スルトキハ三ニ二ヲ加ヘ更ニ二ヲ減ジタルト等シク論理ノ明定スル所ニシテ別ニ疑ノ存スベキモノナシ。然ルニ我國ニ於テハ此場合ニ二様アリ必ズシモ此論理ヲ用ヒズト雖予ハ繁冗ニ涉ルヲ恐レ茲ニ之ヲ略ス其ノ詳密ノ議論及ビ其他法律一般ノ効力如何ニ就テハ讀者宜シク拙著ノ法律解釋學第四章第一節及ビ第二節ヲ通讀シテ其ノ原理ヲ明ニセンコトヲ希望ス讀者幸ニ毫末ノ利スル所アラバ著者ノ大ニ満足スル所ナリ。

第二節 處ニ關スル刑法ノ管轄

第一款 國內ニ於ケル刑法ノ管轄

一國ニシテ苟モ不羈獨立ノ主權者アランニハ其ノ範圍內ニ於テ行ハレタル犯罪ニ就テハ何人ヲ問ハズ之ヲ處罰スルノ權利ヲ有スベキヤ明白ニシテ犯罪ノ地ハ則チ犯罪ヲ管轄スベシ之ヲ刑法管轄ノ屬地主義ト云フ。故ニ內國人ハ勿論外國人ト雖之ヲ其ノ犯罪地ノ刑法ニ問ハザルヲ得ズ。

犯罪ノ地トハ其ノ犯罪ノ結果ヲ生ジタル地ヲ指示スルカ將タ犯罪ノ所爲ノ行ハレタル地ヲ指示スルカ兩說者共ニ一理ナキニアラズ。

犯罪ハ地ヲ以テ犯罪ノ結果ヲ生ジタル地トスルノ說ニ在リテハ犯罪タル所爲ハ數國ニ涉ルモ犯罪ノ結果ヲ生ジタル國ニアラズンバ其ノ犯罪ヲ管轄スベキモノニアラズトスルニ在リ此說タル實ニ各既遂犯ハ決シテ其ノ未遂犯

ドルム氏
刑論國際法
原論第八十
年九月十
クスフオー
ド國際法協
會決議第四
款
ホーランド
氏法律學第
二八一葉

ヲ包含スベキモノニアラズト云フ堅固ナル原則ニ基ケリ。設例ヘバ茲ニ數國內ヲ經過シツ、人ヲ連打シ遂ニ之ヲ殺シタルモノアリトセンニ此犯罪タル數所ニ涉リテ數個ノ所爲アルモ唯一ノ殺人罪ニシテ人命喪失ナル一個ノ結果ヲ生ジタルマデナリ然ルトキハ第一回第二回等ノ各毆打ハ決シテ謀殺罪ノ未遂犯ニアラザルヲ以テ犯罪地ハ唯生命喪失ノ結果ヲ生ジタル場所ノミニシテ毆打ヲ加ヘタル數個ノ場所ニ涉ルモノニアラズ何トナレバ既ニ茲ニハ既遂犯アラバ更ニ同一ノ犯罪ニ關スル未遂犯ナルモノハ決シテ存スベキ理由ナケレバナリ。然レドモ未遂犯罪ナルモノハ犯罪ノ結果ヲ生ゼザルモノナルヲ以テ此說ニ從フトキハ未遂犯罪ニ就テハ之ヲ管轄スルノ地ナカルベシ故ニ此說ハ未遂犯罪ノ場合ニ於テハ未遂ノ原因即チ意外ノ障礙ヲ生ジテ遂ニ其ノ人ヲ殺スコト能ハザリシトキハ此リ設例ヘバ前掲ノ一例ノ場合ニ於テ數回毆打ノ後意外ノ障礙ヲ生ジテ遂ニ其ノ人ヲ殺スコト能ハザリシトキハ此犯罪ノ所爲ハ數國ニ涉ルモ意外ノ障礙ヲ生ジタル地ハ唯一ノ國ナルベキヲ以テ之ヲ犯罪ノ地ト爲スガ如シ。又之ト同一理由ニ基キ甲國ノ管轄地内ヨリ境界ノ小川ヲ隔テ、乙國ノ管轄地内ノ人ヲ銃殺スルガ如キハ既遂ノ場合ニ於テハ被害者ノ死亡シタル地ヲ以テ犯罪ノ地ト爲スベク又未遂犯ノ場合ニ於テハ將ニ發砲セントスル時ニ際シ他人ニ抑制セラレテ標的ヲ誤リ銃丸之ニ適中セザリシトキハ其ノ障礙ノ存シタル地則チ發砲ノ地ヲ以テ犯罪ノ地ト爲シ甲國ニ於テ之ヲ管轄スト雖若シ銃丸ハ被害者ニ適中スルモ遂ニ其ノ死亡ヲ來サマリシトキハ其ノ障礙ノ存シタル地即チ銃丸ノ人ヲ貫キタル地ヲ犯罪地ト爲シ乙國ノ管轄ニ屬スベシ。但シ此說ニ從ヒ犯罪ノ結果ノ生ジタル地ヲ以テ犯罪ノ地トスルニハ其ノ結果ハ偶然ニ生ジタル地ヲ包含セシメザルコトヲ要ス。設例ヘバ甲國ノ地ニ於

テ人ヲ殺スノ意ヲ以テ之ヲ毆打シタルニ偶然乙國ノ地ニ至リテ絶命シタル場合ノ如キハ仍ホ甲ノ地ヲ以テ犯罪ノ地トセザルコトヲ得ズ。何トナレバ被害者ノ意ハ殺人ノ結果ヲ甲ノ地ニ於テ生ゼントスルニ在レドモ他ノ地ニ至リテ絶命セシハ單ニ偶然ノ結果タルニ過ギザレバナリ。
犯罪ノ所爲ハ行ハレタル地ヲ以テ犯罪地トスルノ說ニ在リテハ犯罪ノ所爲ノ範圍内ニ屬スル凡テノ働作ヲ行ヒタル地ハ悉ク之ヲ犯罪ノ地ト爲スモノナリ。此說ニ從フトキハ甲國ノ地ヨリ乙國ノ地ノ人ヲ銃殺シタルトキハ甲乙ノ兩地共ニ犯罪ノ地タルベク人ヲ殺スノ目的ヲ以テ爆裂藥ヲ裝置セル書狀ヲ郵便ニ託シテ送致スル場合ニ於テハ其ノ爆發シタル地ハ勿論投函ノ地及ビ郵便線路ニ當ル各地ハ共ニ犯罪ノ地タルベク又數回ノ連打ヲ以テ人ヲ殺シタル場合ノ如キモ各毆打ノ地ハ悉ク殺人罪ヲ行ヒタルノ地タルベシ。蓋シ此說タル一犯罪ノ所爲ハ數個ノ所爲ヨリ成立ツベキモノナルヲ以テ此數個ノ所爲ノ顯ハレタル地ハ皆犯罪ノ地タルヲ免レザルモノトスルナリ。
以上兩說ハ共ニ其理由アリ我刑法ハ此點ニ就テハ毫モ規定スル所ナシト雖國ト國トノ關係ニ於テハ殊更ニ自國ノ管轄權ヲ縮小スルノ法規ヲ採用スルニモ及バザルベケレバ後說ニ隨ヒ可成自國法ノ管轄ヲ廣大ナラシムル可ナリトセン。然レドモ外國モ亦同様ノ規定ヲ採用スベキヲ以テ此等ノ場合ニ於テハ常ニ彼我均等ノ管轄ト爲ルベク從ツテ現ニ犯人ノ所在スル國ノ法律ガ實際ニ適用セラレ得ベキモノト爲ルベシ。

第二一欸 外國ニ於ケル刑法ノ管轄

屬地主義ノ管轄ハ國境ニ至リテ其ノ効力ヲ失フベキモノナレドモ尙ホ他ノ理由ニ依リ外國ニ於テ行ハレタル犯