

キヤ否ヤニ付キテハ大ニ議論アル可シト雖モ予ハ此ノ如ク決定ス其
 詳カナルヲハ各本條ニ入りテ辯スルト爲サン之ヲ要スルニ身分ニ
 ヨリテ罪トナル場合ニ於テ其罪ニ干與スル者ハ悉ク其罪ニ該ス可キ
 刑ヲ受クル者トス今第三百六十二條、三條等ヲ觀ルニ此罪ハ子孫タル
 ノ身分ニヨリテ通常ノ罪ヲ加重シタルヤ疑ナシト雖モ第三百六十四
 條ノ罪ハ一概ニ加重ノ罪ト謂フヲ得ス何トナレハ通常ノ人ニ衣食ヲ
 給與セサルモ罪トナルヲナケレハ之ヲ特別罪ト謂ハサル可カラサレ
 ハナリ既ニ之ヲ特別罪ト爲セハ即チ第三百六十四條ノ罪ニ干與シタ
 ル者ハ皆其刑ヲ受ケサル可カラス而シテ第三百六十二條、三條ノ罪ニ干
 與スル者ハ其罪ノ刑ヲ受ケスシテ通常ノ刑ヲ受ク可シ予ノ此疑問ニ
 對スル決定ハ即チ此ノ如シ

曰ク均シク是レ祖父母、父母ニ對スル罪ノ共犯人ナリ而シテ第三百六
 十二條、三條ハ其加重ノ刑ヲ受ケス第三百六十四條ハ全ク其刑ヲ受ク
 ルト云フハ前後矛盾ノ甚シキ説ト曰ハサルヘカラスト是レ實ニ至當
 ノ疑惑ニシチ予モ亦自ラ其矛盾ヲ知ラサルニアラス然リト雖モ是レ
 予ノ罪ニ非スシテ法文ノ粗惡ノ致ス所ナリ蓋シ法理上第三百六十四
 條ト第三百六十二條トハ同性質ノ罪ナルニ法文上ヨリ之ヲ觀レハ一
 ハ身分ニヨリ加重シタル罪ニシテ一ハ身分ニヨリ罪ト爲ル者ノ如シ
 是レ予ヲシテ此決定ヲ爲サシメタル所以ナリ諸君ヨリ注意シテ第三百
 六十四條ノ罪ノ性質ヲ視ヨ果シテ前二條ノ罪ト性質ヲ異ニスル所、有
 ルカ果シテ特別罪ナルカ今先ツ該條ノ罪ヲ成ス場合ヲ見ニ茲ニ特
 立セル父子有リ父其子ニ對シテ養料ヲ請求ス子之ニ應セス乃チ該條
 ノ罪ヲ成スカ、養料ヲ供給セサル時ハ民事上ノ責罰コソアレ何ソ刑事

上ノ責罰アランヤ或ハ子其父ニ對シ常ニ衣食金圓ヲ供給スレトモ父甚タ放蕩ニシテ金錢ヲ浪費スルト屢埃音ヲラス子數々諷諫スレトモ聽カス子其際限ナキヲ以テ供給ヲ停止シタリ父困憊終ニ斃ル乃チ該條ノ罪トナルカ該條ハ是等ノ所爲ニ該當スルトセハ實ニ野蠻ノ刑法ト謂ハサルヘカラス或ハ父人力車ヲ挽キ纜ニ口ヲ糊スルニ足り之ニ反シテ其子ハ富巨萬ヲ累レト嘗テ父ニ供給スルコト無シ乃チ該條ノ罪ト爲ルカ父荷クモ口ヲ糊スルノ資アリ子之ヲ補助セストテ之ヲ該條ニ問フハ誰カ其不當ヲ認メサル者有ランヤ以上ノ場合ハ皆以テ子ヲ該條ニ擬スルニ足ラス然ラハ則チ該條ハ如何ナル場合ヲ想像シタル乎父一貧洗フカ如ク而シテ病苦ニ艱ミテ起ツコト能ス到頭人ノ救助ヲ得サレハ則チ斃ルカ如キ最モ切迫ナルニ當リテ其子頑然衣食ヲ供給セス其他必要ノ奉養ヲ缺キタル場合ニ於テ始メテ該條ノ罪ヲ成ス

モノナリ之ヲ約言スレハ自治スルコト能ハサル祖父母、父母ニ對シテ奉養ヲ缺キタル場合ニアラサレハ該條ノ罪トナラサルナリ如何ナル理由有リテ此罪ヲナスヤ社會公益上ヨリ子孫ニ奉養ノ義務ヲ命シタルト本邦古來ノ慣習上子孫ハ祖父母、父母ヲ養ハサル可カラサル徳義上ノ義務アルトニ由リテ此罪ヲ規定セラレタルナラン果シテ然ラハ人ヲ養育スルノ責務ヲ有スル者ニシテ其受養者ノ生活スルコト能ハサルニ當リ必要ノ養育ヲ缺キタル時ハ子ノ祖父母、父母ニ於ケルト同シク罪トナルヘキ筈ナリ例ヘハ父母ノ子ニ對スルカ如シ赤子ニ衣食ヲ與ヘスシテ死ニ至ラシメタル者ハ豈之ヲ罪セスシテ可ナランヤ而シテ刑法ハ單ニ子孫ニ就キテノミ規定シ父母其他養育ノ責務ヲ有スル者ノ處罰ハ毫モ之ヲ規定スルコトナシ之ヲ規定セサルヲ以テ子孫タル身分ナクシテ該條ノ罪ヲ成サス故ニ該條ハ全ク特別罪トナル是レ偏ニ刑

法カ宜ク規定スヘキヲ規定セサルヨリ生スル所ノ結果ナリ既ニ第三
 百六十四條ハ法文ノ缺漏ヨリシテ終ニ特別罪トナリ特別罪トナル
 故ニ此罪ニ關係シタル共犯人ハ悉ク其刑ヲ受クルトハ恰モ常人ノ官
 吏収賄罪ニ干與シタル者ハ官吏収賄罪ノ刑ヲ受クルト同一ナル結果
 ヲ生スルニ至ルナリ是ヲ以テ我刑法ノ改正有ラサル限りハ第六條
 即チ正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ加重ス云々ノ精神ヲ飽クマテ確守シテ第
 三百六十二、三條ノ罪ニ關係シタル共犯人ハ其加重ノ刑ヲ受ケス第三
 百六十四條ノ罪ニ關與シタル共犯人ハ其刑ヲ受クト論決セサル可カ
 ラサルナリ

諸君ハ以上解説スル所ニヨリ諸種ノ疑問大ニ氷解セラレタルナラン
 乃チ第六條ノ説明ハ茲ニ止メテ次條ニ移ル可シ

第七條 犯人ノ多數ニ因リ刑ヲ加重スヘキ時ハ教唆者ヲ算

入シテ多數ト爲ストヲ得ス

犯人ノ多數ニヨリテ刑ヲ加重スヘキ時トハ既ニ述ヘタルカ如ク二人
 以上ニテ窃盜ヲ爲シ又ハ強盜ヲ爲ス時ハ一等ヲ加ヘ(第三百六十八條
 第三百七十九條)囚人三人以上通謀シテ逃走シタル時ハ一等ヲ加フ(第
 百四十五條)ルカ如キ場合ヲ謂フ此場合ニ刑ヲ加重スルノ理由ノ如何
 ヲ尋ヌルニ此等ノ罪ハ二人以上ナレハ之ヲ犯スニ容易ニシテ之ヲ防
 シニ難シト云フ理由アルヲ以テナリ此ニ疑ノ生スルハ甲アリ乙ヲ教
 唆シテ窃盜ヲ犯サシメタルキハ所謂多數ナリトシテ其刑ヲ加重スル
 ヤ否ヤト云フ問題ナリ本條ハ其決定ヲ與ヘテ曰ク犯人ノ多數ニ因リ
 刑ヲ加重ス可キ時ハ教唆者ヲ算入シテ多數ト爲ストヲ得スト乃チ此
 場合ニ於テハ多數ナリトシテ刑ヲ加重スヘカラサルナリ何故ニ本條
 ハ教唆者ヲ加ヘテ多數ト爲サルカ此問題ハ教唆者ノ性質ヲ明ニス

レハ則チ足レリ曾テ屢述ヘタルカ如ク教唆者ハ智力上ノ働ヲ爲シタル者ニシテ被教唆者ハ体力上ノ働ヲ爲シタル者ナリ即チ教唆者ハ發意シ決定シ被教唆者ハ決行シタル者ニシテ其跡一人ニテ爲シタルト異ル無シ既ニ一人ニテ爲シタルト異ルヲ無シ即チ之ヲ防禦スルヲモ容易ニ社會ノ危險モ亦寡少ナリ既ニ防禦スルヲ容易ニ社會ノ危險寡少ナリ則チ教唆者ヲ加ヘテ多數ト爲スノ必要ナク又理由ナシ是レ本條ノ規定アル所以ナリ然レモ二人以上ヲ教唆シテ強盜盜罪ヲ犯サシメタル者ハ教唆者モ亦被教唆者ト同ク其加重ノ刑ヲ受ク是レ本條ノ場合ト異ナリトス本條ハ唯教唆者カ一人ヲシテ罪ヲ決行セシメタル場合ノミヲ想像シタルナリ

第九條 事ヲ指定シテ犯罪ヲ教唆スルニ當リ犯人教唆ニ乘シ其指定シタル以外ノ罪ヲ犯シ又ハ其現ニ行フ所ノ方法教

唆者ノ指示シタル所ト殊ナル時ハ左ノ例ニ照シテ教唆者ヲ處斷ス

一 所犯教唆シタル罪ヨリ重キ時ハ止ク其指定シタル罪ニ從テ刑ヲ科ス

二 所犯教唆シタル罪ヨリ輕キ時ハ現ニ行フ所ノ罪ニ從テ刑ヲ科ス

本條ハ教唆ヲ受ケテ罪ヲ決行スル者カ教唆以外ノ罪ヲ犯シタル時ハ教唆者ノ責任ハ如何ナルヤヲ規定シタル者ニシテ教唆者ノ所爲ハ其教唆シタル事件ノ決行アルニ非サレハ之ヲ罰セスト云フ原則ヨリ生シタル條文ナリトス

「事ヲ指定シテ犯罪ヲ教唆スルニ當リ」トハ之ヲ例セハ誰某ヲ殺スヘシト犯罪ノ目的ヲ確定シテ之ヲ教唆シタルヲ云フト雖モ此文辭ノ反

對テ想像スレハ事ヲ指定セスシテ犯罪ヲ教唆スル場合アルカ如シト雖モ事ヲ指定セスシテ犯罪ヲ教唆スルノ場合ハ之レ有ルヲ無シ然レモ是レ當然ノ事ニシテ敢テ特ニ事ヲ指定シ云々ト明言スルノ必要ヲ感セス要スルニ事ヲ指定シタル文辭ハ無用ト謂フ可キノミ

〔其指定シタル以外ノ罪ヲ犯シタル文辭ハ狹隘ニ解釋セサル可カラス若シ之ヲ汎博ニ解シ去ル時ハ實ニ奇怪ノ結果ヲ生スヘシ例ヘハ竊盜ヲ教唆シタルニ被教唆者放火罪ヲ犯シタリ人ヲ殺スヲ教唆セシニ被教唆者強盜罪ヲ犯シタリ是レ本條ノ所謂指定以外ノ所爲ナリヤ教唆シタル罪ト決行シタル罪ト全ク相異ルニヨリ指定以外ト云ヒ得ルカ如シト雖モ被教唆者ニ此等ノ所爲アリタリトテ教唆者ヲ罰スルヲ得ス即チ教唆者ハ無罪ナリト決定セサル可カラス蓋シ竊盜ヲ教唆シ若クハ殺人ヲ教唆シタルニ放火若クハ強盜ヲ犯シタルハ是レ全ク別

個ノ罪ヲ犯シタル者ナリ、教唆ノ結果ノ生セサル者ナリ、教唆ハ決行者ノ犯シタル罪ノ原因トナラサル者ナリ、教唆者ノ所爲ハ甚タ惡ムヘキカ如シト雖モ之ヲ罰スルハ夫ノ教唆者ノ所爲ハ其教唆シタル事件ノ決行アルニ非サレハ之ヲ罰セスト云フ原則ニ背馳スルナリ、故ニ曰ク上ノ如キ場合ハ所謂指定以外ノ所爲ニ非サルナリ、本條ニ謂フ所ノ指定以外トハ指定セラフタル罪ト決行シタル罪ト相異レモ二罪相關係スル者ヲ謂ヒタルナリ例ヘハ竊盜ヲ教唆シタルニ強盜ヲ犯シタルカ如キ、毆打ヲ教唆シタルニ決行ノ際殺意ヲ生シテ故殺シタルカ如キ、強盜ト故殺トハ是レ所謂指定以外ノ罪ナリ何トナレハ竊盜ト強盜ト、毆打ト、故殺トハ固ト別個ノ罪ナリト雖モ二罪相關係シタルヲ以テナリ、本條ニ「犯人教唆ニ乘シ、其指定シタル以外ノ罪云々」ト有リ教唆ニ乘シタル文辭ハ充分以上ノ理論ヲ表彰スルニ足サレモ指定シタル以外

ノ犯罪ハ教唆カ其原由ヲ成シタル者ナルトヲ知了スルニ足ルナリ
 「其現ニ行フ所ノ方法教唆者ノ指示シタル所ト殊ナル時」トハ犯罪執行
 ノ情狀カ教唆者ノ指示シタル所ト異ル時ト云フコトニシテ例ヘハ單ナ
 ル竊盜ヲ教唆シタルニ二人以上ニテ犯シタル時ノ如キ或ハ兇器ヲ携
 帶シテ犯シタル時ノ如キハ被教唆者ハ教唆者ノ指示ニ殊ナリタル情
 狀ニテ犯罪ヲ執行シタル者ナリ
 此ノ如ク被教唆者カ教唆者ヨリ指定セラレタル以外ノ罪ヲ犯シ若ク
 ハ指示セラレタル所ト殊ナル時ハ教唆者ハ被教唆者ト同一ノ刑ヲ受
 ク可キヤ否ヤ例ヘハ竊盜ヲ教唆シタルニ被教唆者強盜ヲ犯シタル時
 ハ教唆者ハ強盜罪ノ刑即チ輕懲役ヲ受ケサル可カラサルヤ否ヤ或ハ
 單ナル竊盜ヲ教唆シタルニ被教唆者ハ兇器ヲ携帯シテ犯シタル時ハ
 教唆者ハ竊盜ノ加重シタル刑即チ輕懲役ノ刑ヲ受ケサル可カラサル

カ若シ然リト決スレハ共ニ輕懲役即チ重罪ノ刑ヲ受ケ若シ然ラスト
 決スレハ重禁錮即チ輕罪ノ刑ヲ受クヘシ其之ヲ然リトシ然リトセザ
 ルヨリ生スル結果此ノ如ク其レ大ナリ本條ハ之ヲ決定シテ曰ク「所犯
 教唆シタル罪ヨリ重キ時ハ止タ其指定シタル罪ニ從テ刑ヲ料ス」ト「所
 犯教唆シタル罪ヨリ輕キ時ハ現ニ行フ所ノ罪ニ從テ刑ヲ料ス」ト即チ
 被教唆者カ決行シタル罪ノ輕重ニヨリテ教唆者ノ責任ヲ定メタリ
 其重キ時ハ指定シタル罪ニ從ヒテ教唆者ノ責任ヲ定ムルノ理由ハ其
 教唆ハ重キ犯罪ノ原因トナラサレハナリ竊盜ヲ教唆シタルニ強盜
 ヲ犯シタルカ如キ其教唆ハ他人ノ物ヲ取ルコトノ原因ニコソナレ之ヲ
 強取スルコトノ原因トナラス故ニ其指定シタル罪ノ刑ヲ科セラルハナ
 リ其輕キ時ハ現ニ行フ罪ノ刑ニ從ヒテ教唆者ヲ罰スルノ理由モ亦
 甚タ簡易ナリ強盜ヲ教唆スルモ被教唆者ハ竊盜ヲ犯シタル時ハ強盜

ハ教唆ノミニ止リ即チ決定ノミニ止リタル者ニテ全シ人ノ思想上ノ事ニ屬ス思想上ノ事ハ法律之ヲ罰スルヲ無シ故ニ現ニ生シタル事實ニ就キテ罪ヲ問フナリ

第四節 從犯

予ハ曩ニ理論上ヨリ從犯ノ定解ヲ與ヘテ曰ク從犯トハ犯罪構成ニ已ム可カラサル所爲ニ非スシテ唯犯罪ヲ容易ナラシメタル者ナリト尙ホ一步ヲ進メテ人ノ所爲ノ階級即チ決定豫備決行ニモ亦從犯アルトヲ述ヘ併セテ我刑法ノ所謂從犯ハ正犯ノ豫備ノ所爲ヲ幫助シテ犯罪ヲ容易ナラシメタル者ナリト陳セリ本節ハ即チ從犯ノ處分ヲ規定シタル者ナリ

第百九條 重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシ

メタル者ハ從犯ト爲シ正犯ノ刑ニ一等ヲ減ス但正犯現ニ行フ所ノ罪從犯ノ知ル所ヨリ重キ時ハ止タ其知ル所ノ罪ニ照シ一等ヲ減ス

本條ハ從犯ノ定解及ヒ其刑ヲ定メタル條文ナリ本條ニ重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ、、、者ハ從犯ト爲シト有ル点ヨリ觀察スレハ違警罪ヲ犯スコトヲ知テ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シテ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタル者ハ從犯ト謂フ可カラサルカ、曰ク然リ然ラハ之ヲ正犯ト爲ス可キカ、曰ク否、我刑法ハ此等ノ所爲ヲ罰セサルナリ何トナレハ違警罪ハ無意犯ナルヲ以テ多クハ本條ニ云フカ如キ從犯者アルコトナク縱令之アルモ固ト輕微ノ所爲ニシテ其從タル所爲ノ如キハ之ヲ罰スルノ必要ナケレハナリ之ヲ要スルニ正從犯ノ區別ハ全ク重罪輕罪ニ存スルモノナリ

「器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ所爲ヲ以テ云々トハ正犯ノ所爲ヲ容易ナラシムル類例ヲ掲ケタル者ナリ例ヘハ甲アリ乙ニ怨スリ之ヲ殺サントシテ刀ヲ準備スルニ當リ丙之ニ刃ヲ與ヘタルカ如キ或ハ丙甲ヲ誘ヒテ乙ノ隠所ヲ教示シタルカ如キ犯罪ノ豫備ノ所爲ヲ掲ケタルナリ然レモ人動モスレハ輒チ曰ク器具ヲ給與シ云々ノ文辭ヲ誤解シテ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ所爲ヲ以テ云々トハ從犯トナルヘキ三個ノ例ヲ示シタル者ニシテ即チ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ又ハ豫備ノ所爲ヲ以テシタル者ハ云々トノ意ニシテ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示スルカ如キ豫備ノ所爲ヲ以テシタル者ハ云々ト云フ意ニ非サルナリ何トナレハ器具ヲ給與スル所爲ノ如キハ唯リ豫備中ニ在ルノミナラス決行中ニモ亦之レ有レハナリ例ヘハ人ヲ殺サントノ之ヲ僱仆シタル者ニ刃ヲ給與シタル者ノ如キハ明ニ決

行ヲ幫助シタル者ナリ故ニ我刑法ノ所謂從犯ハ豫備ト決行トヲ幫助シタル者ニシテ獨リ豫備ヲ幫助シタル者ノミニ限ラサルナリト此論一理アリト雖モ成文ノ解釋上之ニ從フ能ハサルナリ所謂器具ヲ給與シ云々ナル文辭ハ文章上ヨリ論スルモ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示スルカ如キ豫備ノ所爲ヲ以テシタル者ハ云々ト解スヘク此等ノ語法ハ我法文中往々見ル所ナリ且ツ器具給與ナル文辭ハ明ニ豫備ノ事ヲ表彰スルヲ知ル誘導指示ノ文辭ノ如キハ一見スレハ決心ニ關係スルカ如キモ器具給與ハ既ニ有形的所爲即チ豫備ノ事ナレハ誘導指示モ亦有形的所爲即チ豫備ノ事ニシテ無形的ナル決心ノ事ニ關係セサル文辭ナルヲ知ル可シ之ヲ要スルニ我刑法ニ所謂從犯ハ正犯ノ豫備ノ所爲ヲ幫助シタル者ナリト知ルヘシ然ラハ決心ヲ幫助シタル者若クハ決行ヲ幫助シタル者ハ如何予曾テ言ヘルヲ有リ曰ク犯罪ノ決心

豫備決行ニハ理論上各正従アリト雖モ我刑法ハ決心ニ付キテハ唯其正ノミヲ認メ豫備ニ付キテハ正ヲ認メスノ獨リ従ヲ認メ決行ニ付キテハ正従ノ區別ヲ爲サスシテ總テ正犯トシテ之ヲ認ムト是ヲ以テ決心ヲ幫助シタル者ハ時ニ或ハ教唆者トシテ罪ヲ問フ有レモ多クハ無罪ナリ決行ヲ幫助シタル者ハ悉ク正犯トシテ罰セラル、ナリ例ハ人ヲ殺傷シ若クハ強姦スルニ當リテ被害者ノ手足ヲ押ユル者ノ如キハ言フ迄モ無ク門戸墻壁ヲ踰越セントスル者ニ肩ヲ貸シ又ハ戶外ニ在リテ瞭望スル者ニ至ルマテ皆正犯トシテ之ヲ罰スルナリ但理論上決行ノ場合ニモ正従ノ區別アリトスレハ人ヲ殺傷シ強姦スルニ當リテ其手足ヲ押ユル者ノ如キハ實ニ殺傷若クハ強姦ニ必要缺ク可カラサルヲ以テ之ヲ正犯トスルハ理當サニ然ルヘシ然レトモ盜罪ノ瞭望者等ハ或ハ其犯罪構成ニ必要缺ク可カラサル者ニ非サル有リ是

等ハ理論上ノ從犯ナルニモ拘ラス總テ正犯トシテ之ヲ罰スルハ當ラ得タル者ニアラス且ツ從ハ常ニ從ニシテ罪度ノ輕重ヨリ刑罰ノ寬嚴ニ至ルマテ正ト共ニスヘカラサルハ理論上動ス可カラス而シテ之ヲ同一ニシテ願ミサルハ益當ラ得タル者ニ非サルヲ見ル可シ
 「正犯ノ刑ニ一等ヲ減スト」ハ正犯カ現ニ受クル所ノ刑ニ一等ヲ減スト云フノ意ニアラスシテ法律上正犯ニ該ス可キ刑ヨリ一等ヲ減スト云フ意ニ解釋スヘシ是ヲ以テ正犯ニノミ宥恕減輕等ノ原由アリテ減輕セラル、モ從犯ノ刑ハ其減輕シタル刑ヨリ一等ヲ減スルニアラサルナリ因テ從犯ノ刑ハ實際正犯ノ刑ト同等ナル有ルヘク或ハ却テ正犯ヨリ重キ刑ヲ受クル有ル可シ
 從犯ノ何物タルヤハ已ニ諸君ト共ニ攻究シ了セリ茲ニ諸君ニ告クヘキ一事アリ即チ從犯ニ似テ非ナル者ニシテ事後從犯ト稱スル者はナ

リ事後從犯トハ正犯カ既ニ罪ヲ犯シタル後ニ於テ其終成ヲ補助シタル者例ヘハ財物ヲ盜取シ來リテ之レカ隱匿ニ苦ム者ノ爲メニ之ヲ隱匿シタル者ノ如キ是ナリ佛刑法ハ或場合ニ於テ此事後從犯ヲ認ム而シテ我刑法草按ニ於テハ此ノ第九條ト對比ス可キ條文中明ニ事後從犯ヲ認メ加之一般的ニ之ヲ罰スルコトセリ現行刑法ハ全ク草按ノ規定ヲ削除シ總則ニ於テ一般的ニ規定セラレス故ニ我刑法ニ於テハ事後從犯ハ各本條下ニ於テ特ニ一罪トシテ認メタル者ヲ除クノ外ハ一般ニ無罪ナリト論決セサル可カラサルナリ其各本條ノ下ニ規定シタルハ第五十二條及贓物ニ關スル罪是ナリ此ノ如ク事後從犯ヲ一罪トシテ規定シタルハ實ニ論理ニ適合セリ何トナレハ事後從犯ハ犯罪終成ヲ補助シタル者ナレハ其實犯罪トハ全ク別種ノモノニシテ正言スレハ之ヲ從犯ト名稱スルヲ得サルノミナラス草按ノ如ク純粹ノ

從犯ト共ニ正犯ノ刑ニ一等ヲ減ストスレハ大ニ刑ノ權衡ヲ失スルヲ以テナリ

然リト雖モ犯罪終成ヲ補助シタル種々ノ場合ヲ想像スレハ或ハ現行刑法カ草按ヲ削除スルノ果斷ニ過キ其場合ヲ想像スルノ甚々吝ナルヲ惜マスンハアラス茲ニ偷兒有リ某富家ノ倉廩ニ入り其貯藏ノ米數十苞ヲ盜ミ出シ之ヲ門外ニ置ケリ而シテ其運搬ニ苦ム人アリ之ヲ察知シ馬車ヲ牽キ來リテ之ヲ運搬シ去レリ此所爲タル全ク犯罪ノ終成ヲ補助シタルニ外ナラス其米ハ所謂贓物ニ相違ナシ則チ之ヲ我カ刑法ニ謂フ所ノ贓物ニ關スル罪トナサンカ贓物ニ關スル罪ハ贓物タルコトヲ知テ之ヲ受クルカ又ハ寄藏故買シ若クハ牙保ヲ爲シタル者ナルヲ要ス今此場合ハ贓物ヲ受ケタリトスルヲ得サルヘク或ハ寄藏故買シ又ハ牙保ヲ爲シタル者ト見ルコトヲ得サルヘシ且ツ之ヲ贓物ニ關ス

ル罪トスレハ其刑甚タ輕キニ失スルノ恐アリ何トナレハ此所爲ノ如キハ殆ト窃盜ト其輕重ヲ同シクスル程ノ罪ニシテ之ヲ贓物ニ關スル罪ト爲シテ輕シ罰スルハ其當ヲ得タル者ニ非サレハナリ然ラハ之ヲ正犯トシテ罰スルガト云フニ兎ニ角犯罪ノ終成ヲ幫助シタル所爲ナルニ相違ナケレハ正犯トスルノ當ヲ失スルヲ知ル終ニ之ヲ罰スルノ條文ナク無罪ト爲スノ結果ヲ生スルニ至ル是レ偏ニ草按ノ事後從犯ノ規定ヲ削除シタルヨリシテ生スル所ナリト謂フ可シ

予ハ尙ホ例ヲ變シテ之ヲ見シニ此ニ拘摸甲アリ乙ニ街頭ニ逢ヒ其懷ニスル所ノ時計ヲ奪ヒテ去ル乙之レヲ追躡シ及フニ垂ントスルニ當リ丙ナル者忽チ乙ニ組ミ付キ一起一仆一上一下終ニ甲ヲ遁逃セシム丙者ノ所爲ハ全ク犯罪ノ終成ヲ幫助シタル者ニシテ即チ事後從犯ナリ此等ノ所爲タル實ニ罰ス可キノ價值アリト雖モ我刑法ニハ適用ス

ヘキ正條無シ因テ之ヲ無罪ト爲サ、ル可カラズ草案ノ規定ヲ削除シタルノ結果ソレ此ノ如シ

〔但正犯現ニ行フ所ノ罪從犯ノ知ル所ヨリ重キ時ハ止タ其知ル所ノ罪ニ照シ一等ヲ減ス〕トハ宛モ第百八條ニ於テ教唆者カ自己ノ指定シタル罪若クハ正犯カ現ニ行ヒタル所ノ罪ニ從ヒテ刑ヲ科セラル、ト同一理由ニ基キタル規定ナリ蓋シ正犯ノ現ニ行フ所ノ罪從犯ノ知ル所ノ罪ヨリ重キ時ハ其重キ者ハ從犯ノ與リ知ラサル所ナリ其與リ知ラサル罪ニ至ルマテ之ニ責任ヲ負ハシムルハ不當ノ至リナルヲ以テ此規定ヲ爲シタルナリ

本條ノ解ヲ終ルニ臨ミテ尙ホ一言ス可キ者有リ其犯人ノ多數ニ因リテ刑ヲ加重ス可キ時ハ教唆者ヲ加ヘテ多數ト爲スコトヲ得スト云ヒシハ教唆者ハ被教唆者ヲシテ罪ヲ決定セシメタルノミニノ犯罪ノ現

場ニ臨マサルヲ以テ多數的の危害ヲ生スルヲ無キニヨリ加ヘテ多數ト爲シ其刑ヲ加重スルヲ無キナリ今從犯ナル者ヲ見ルニ正犯ノ豫備ノ所爲ヲ幫助シタルマテニシテ決行ニ關係ナク即チ現場ニ臨ムコト無キヲ以テ從ヒテ危險ヲ生スルヲ無シ故ニ從犯モ亦加ヘテ多數ト爲シ刑ヲ加重スルヲ得サル者ナラサル可カラス然レモ我刑法ハ唯教唆者ニ付キテ之ヲ規定スルノミニシテ一言ノ從犯ニ及フ無シ即チ犯人ノ多數ニ因リ刑ヲ加重スヘキ時ハ從犯ヲ加ヘテ多數ト爲ス可キ者ト決セサル可カラサルカ如シ若シ然ク決セサル可カラサル者トセハ豈悖理ニ非スヤ予ハ假令法文ニ明言セサルモ教唆者ト同ク論シテ不可ナキヲ信スルナリ

第一百十條 身分ニ因リ刑ヲ加重ス可キ者從犯ト爲ル時ハ其重

キニ從ヒテ一等ヲ減ス

正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減免ス可キ時ト雖モ從犯ノ刑ハ其輕キニ從テ減免スルヲ得ス

本條ハ第六條ト對比スヘキ條文ニシテ彼ハ正犯ニ就キテ規定シ此ハ從犯ニ就キテ規定シタルニ過キス故ニ第六條ノ下ニ於テ起ル可キ問題例ヘハ犯罪執行ノ情狀ニヨリ刑ヲ加重スル場合ニハ共犯者ハ其加重ノ影響ヲ受クルヲ又子孫其尊屬親ニ對スル罪ノ刑ノ加重ハ其身分ヲ有スル者ニノミ止マルヲ又ハ身分ニヨリテ罪ト爲ルヘキ犯罪例ヘハ官吏收賂罪ノ如キ罪ニ關係スル共犯者ハ其罪ノ刑ニ該セラル可キト等ハ從犯ニ就キテモ亦同一ニ論結セサル可カラサルナリ予ハ第六條ヲ解スルニ當リ該條ハ正犯ノ身分ニ因リ單ニ刑ヲ加重ス可キ場合ノミヲ規定シ刑ヲ減免スヘキ場合ヲ脱漏スレモ適用上正犯ノ身分ニ因リテ刑ヲ加重スヘキ場合ト同シク論シ以テ減免ノ結果

ヲ他ノ正犯從犯及ヒ教唆者ニ及ホス可カラスト斷言セリ諸君請フ本條ノ第二項ヲ一讀セヨ從犯ニ付キテ僅ニ立法者ノ意思ヲ表彰セルヲ見ン此レ以テ予カ曩日ノ斷言ノ當ルヲ證スルニ足ル可シ

第九章 未遂犯罪

本章ニハ攻究ス可キノ問題甚タ多シ特ニ諸君ノ留意ヲ乞ハサル可カラス

我刑法第二編以下ニ掲載シタル各種ノ罪即チ斯々シタル者ハ何々ノ刑ニ處ストアル諸罪ハ皆既遂ノ犯罪ヲ想像シタル者ナリト雖モ犯罪者ハ諸種ノ原因ヨリシテ其罪ニ着手スルモ目的ヲ達セスシテ止ムコト有リ此場合ヲ稱シテ未遂犯ト曰フ本章ニ所謂ル未遂犯罪是ナリ乃チ未遂犯トハ既遂犯ニ對スル語ナリト知ル可シ

犯罪ハ悉ク未遂タル可キ性質ヲ有スルニ非ラス罪ノ種類ニ因リテハ

未遂犯無キ犯罪ノ存スル者アリ夫ノ内亂ニ關スル罪、猥褻罪、偽證罪等ハ其罪ニ着手スレハ則チ直チニ完全ナル犯罪トナルモノナリ此種ノ犯罪ハ姑ク之ヲ措キ凡ソ犯罪ノ目的ヲ達セス中途ニシテ已ム時ハ危害全カラスシテ社會ヲ害スルコト少ナキ者ナリ已ニ社會ヲ害スルコト少ナキ時ハ既遂罪ト同視スルヲ得スシテ幾分カ刑ノ減輕ナクンハアラズ是レ本章ノ規定アル所以ナリ

第百十一條 罪ヲ犯サンコトヲ謀リ又ハ其豫備ヲ爲スト雖モ未タ其事ヲ行ハサル者ハ本條別ニ刑名ヲ記載スルニ非サレハ其刑ヲ科セス

未遂犯ハ既ニ犯罪ニ着手シタル后ニ係レリ其未タ犯罪ニ着手セサル以前ニ於ケル所爲ハ刑法上之ヲ如何ニ處分スルカ是レ本條ノ規定シタル所ナリ

凡ソ人ノ罪ヲ犯スヤ物ニ觸レ事ニ感シテ直チニ之ヲ決行スル者ナキニ非スト雖モ諸種ノ所爲ヲ經過スルヲ以テ常ト爲ス是レ曾テ一言シタル所ナリ今更ニ之ヲ詳言シテ刑法ハ人間ノ所爲ノ幾何部分マテ關與シ得ル者ナリヤヲ見ントス乃チ茲ニ學理上ヨリシテ人間ノ所爲ヲ區別スレハ内部的所爲ト外部的所爲トノ二ツト爲ルヲ得ヘシ

第一 内部的所爲トハ心意ノ所作ヲ謂フ者ニシテ其順序ヲ列擧スレハ初メ事物ニ感觸シテ犯罪ニ關スル思想ヲ發起シテ精神中ニ彷徨シ進ミテ希望即チ罪ヲ犯サントスル望ミトナリ次ニ考案トナリテ一ノ形式ヲ具備シ終ニ全ク罪ヲ犯ス可シト云フ決心ヲ爲スニ至ル以上心意上ノ諸所作ハ無形ニ屬シテ法律ノ干涉スルヲ得サル者トス蓋シ犯罪ニ關シタル思想ハ社會ヲ害スル者ニ非ラス又犯罪ノ思想ノ事物ニ感觸シテ發スルヤ惡性ヲ具フルヲ無キニ非スト雖モ未タ以テ道德上

ノ責任アリト謂フ可カラス犯罪ノ希望ヨリ考案トナルニ及ヒテハ道德ニ背戾セサルニハ非サレモ社會ノ危險未タ發セス犯罪ノ決心ニ至リテハ道德ニ背戾スルヲ既ニ顯著ナリト雖モ未タ外部ニ表ハレシテ冥々中ニ存スルヲ以テ社會ノ危險アルヲ無シ之ヲ要スルニ内部的所爲ハ背道ノ点ハ或ハ之レ有ルモ社會ヲ害スルニ至ラサルヲ以テ法律ノ干與シ得ヘキニ非ラス其制裁ノ如キハ須ク道德法ニ一任スヘク人間ノ裁判權ヲ以テ干與シ得可カラサル者ナリ若シ人間ノ裁判權ハ内部的所爲ニ對シテ干與スルヲ得ルモノナル時ハ吾人ノ自由ハ何ニ由テ之ヲ保全スルヲ得ンヤ是故ニ刑法ハ内部的所爲ニ干與スルヲ無シト云フヲ以テ一大原則ト爲スナリ然レモ場合ニヨリテ犯罪ノ決心カ外部ニ表ハル、一有リ決心ニシテ外部ニ表ハル、并ハ人間ノ裁判權固ヨリ之ニ干與スルヲ許スト雖モ社會ノ危險ノ度未タ以テ刑罰權

ヲ實行スルニ足ラサル者多キニヨリ尙ホ之ヲシモ罰セサルヲ以テ原則ト爲スナリ我第一百十一條ニ於テ「罪ヲ犯サンコトヲ謀リ云々其刑ヲ科セス」ト規定シタルハ所謂犯罪ノ決心ハ刑法之ニ干與セストノ原則ヲ掲ケタルニ過キサレナリ

然リト雖モ我刑法ハ例外トシテ犯罪決心ノ結果ノ外部的所爲ニヨリテ表ハレタル者ヲ罰スルコト有リ内乱ニ關スル罪(第二百五條第二項)皇室ニ對スル罪(第十六、十八條)ノ二罪是ナリ此他ノ所爲ト雖モ例外トシテ之ヲ罰スルコトヲ得サルニ非サレハ我立法者ハ此二罪ニ限リ他ハ悉ク原則ヲ適用スルコト爲セリ何故ニ此二罪ニ限リテ之ヲ例外ト爲シタルカ曰ク此罪タル一ハ國家ノ組織權ニ關シ一ハ皇室ノ尊嚴ニ關スル所ノ者ナレハ決心ト雖モ其外部ニ表ハル、時ハ危險實ニ大ニシテニ歩進ミテ豫備トナリ決行ニ至ラハ其害タル將サニ圖ル可カラ

サル者アラントス是ヲ以テ危害ヲ未萌ニ豫防センカ爲メニ之ヲ罰スルナリ

決心ノ結果ハ如何ニシテ外部的所爲ニヨリテ表ル、カ之ヲ研究スル實ニ必要ナリ何トナレハ夫ノ二種ノ罪ヲ問フト否ラサルトノ分歧スル所ナルヲ以テナリ此問題ニ關シハ固ヨリ刑法中明文アルニ非サルヲ以テ理論ニ訴ヘテ之ヲ決定セサル可カラス抑モ犯罪決心ノ結果ノ外部的所爲ニヨリテ表ハレ以テ刑罰權ノ干與ヲ受クルニハ決心カ發議以上ノ所爲ヲ以テ表ハレタルコトヲ要ス詳言スレハ書面若クハ言語ヲ以テ人ニ對シテ謀議スル時ハ其人カ承諾ヲ表スルト否トニ關セス外部的所爲ニヨリテ表ハレタル者ト謂フ可シ内亂ニ關スル罪ノ決心ヲ罰スルニ付キテハ成文上唯發議スルノミニテハ未タ以テ之ヲ罰スルニ足ラス發議ヲ受ケタル人カ承諾ヲ表シテ相共ニ謀議スルコトヲ要

ス(此事タル尙ホ第二百二十五條ノ下ニ於テ詳解スヘシ)レモ理論上ヨリ
 スレハ發議ナル所爲アル片ハ刑罰權ノ干與シ得可キ者トナル
 茲ニ注意スヘキ者有リ決心ノ結果外部の所爲ニヨリテ表覺シタル時
 ト内部ニ止マリタル決心ノ偶然發覺シタル時トヲ混淆スルコト勿ラシ
 一是ナリ例ヘハ自己一人ニテ罪ヲ犯サントテ決心シタルニ偶然之ヲ
 人ニ語ルカ如キ又ハ其非ヲ悔ヒテ自白若クハ筆紙ニ載セタルヨリシ
 テ外部ニ見ハレタルカ如キハ是レ内部ニ在ル決心カ偶々表レタルニ
 過キスシテ未タ外部の所爲ニヨリテ表ハレタルニ非ラサレハ未タ以
 テ刑罰權ノ干渉スル限ニ在ラス反之夫ノ發議ノ如キハ人ニ對シテ謀
 議シタルニヨリ内部の區域ヲ脱シテ外部の所爲ニ移リ其外部の所爲
 ニ移リタル事實ノ發見シタル者ナレハ前ノ場合トハ大ニ其趣ヲ異ニ
 スル所ナリ諸君乞フ彼此ヲ混淆スルコト勿レ之ヲ要スルニ犯罪ノ決

心ハ内部の所爲ニ屬スルヲ以テ之ヲ罰スルコト莫ク唯發議以上ノ所爲
 ニ因リテ外部ニ表ハル、時ハ之ヲ罰スル之ヲ罰スルニハ固ヨリ明文ヲ
 要ス本條ニ本條別ニ刑名ヲ記載スル云々ト有ル即チ此レナリトス
 吾人ノ内部の所爲ニ關スル法律ノ規定并ニ理論ハ正サニ前段ノ如シ
 以下外部の所爲ニ付キテ觀察セン

第二 外部の所爲ハ内部の爲所ニ繼キテ起ル所ノ所爲ニシテ先ツ豫
 備トナリ進ミテ着手トナル俱ニ体力ニ關スル所ノ者トス豫備トハ例
 ヘハ罪ヲ犯スノ場所ヲ擇ミ或ハ殺サント欲スル人ヲ搜シ或ハ犯罪ノ
 用ニ供スル器具ヲ求メ或ハ共犯者ヲ索メ或ハ方略ヲ定ムルカ如キ是
 ナリ着手トハ此ニ因テ以テ犯罪ノ目的タル結果ヲ生スヘキ所爲ニ
 テ例ヘハ人ヲ殺サント欲シ刀劍ヲ以テ既ニ切傷シタルカ如キ盜ヲ爲
 サント欲シテ財物ニ觸レタルカ如キ是ナリ

豫備ニ就キテ我刑法ノ規定スル所如何是レ復第百十一條中ニ明言スル所ニシテ次條即チ第百十二條ニハ犯罪着手以後ノ所爲ニ關シ即チ本章ノ未遂犯ノ事ヲ規定セリ予ハ先ツ豫備ニ付キテ辨明ス可シ犯罪ノ豫備ノ所爲ハ道德ニ背戾スル者ナルヲハ固ヨリ言フ待タス其外部的所爲ニ屬スルヲ以テ危險ヲ社會ニ加フルヲモ亦少小ニ非ス故ニ社會刑罰權ノ之ニ干與スルヲ得サル者ニ非サルナリ然レモ各國ノ立法者ハ通常之ヲ罰スルヲ莫シ我立法者モ亦豫備ノ所爲ハ之ヲ罰セサルヲ以テ原則ト爲シ而シテ之ニ或例外ヲ置クト爲セリ何故ニ犯罪ノ豫備ヲ罰スルヲ無キヲ原則トスルカ曰ク豫備ノ所爲タル果シテ犯罪ノ豫備ナルヤ否ヤヲ判別シ難クシテ強イテ之ヲ罰セント欲セハ往々無罪者ヲ罰スルカ如キ不良ノ結果ヲ生スル者ナリ例ヘハ茲ニ刃劍ヲ購求スル者有リ此所爲タル或ハ強盜ヲ爲スニ出ツルカ或ハ謀

殺ヲ行フ爲メナルカ或ハ護身ノ具ト爲スニ在ルカ眞ニ判別シ難シ又茲ニ階子ヲ屋上ニ架スル者アリ此所爲タル強盜罪若クハ放火罪ヲ犯サンカ爲メカ或ハ單ニ屋上ニ登ランカ爲メナルカヲ辨識シ難キカ如シ然リ而シテ犯罪ノ豫備ノ所爲タルヲ判明ナル時ト雖モ此所爲タル固ト社會刑罰權ヲ實行スルニ足ル可キ價值ヲ有セサル者ナリ此ヲ以テ犯罪ノ豫備ノ所爲ハ之ヲ罰セサルナリ然リト雖モ犯罪ノ決心ヲ罰スルヲ有ルカ如ク犯罪ノ豫備モ亦之ヲ罰スルヲ有リ之ヲ罰スルニハ豫備ノ所爲トシテ罰スル時ト豫備ノ所爲ト爲サスシテ別ニ一罪トシテ罰スル時トノ區別アリ貨幣若クハ文書ノ偽造罪ハ詐欺取財罪ノ豫備ナル可シ脅迫罪ハ若シ殺人若クハ放火ノ意思アリテ脅迫シタル時ハ殺人罪若クハ放火罪ノ豫備ナル可シト雖モ我刑法ハ別ニ一罪トシテ之ヲ罰シ詐欺取財罪殺人罪若クハ放火罪ノ豫備ノ所爲トシテ之ヲ

罰セサルナリ是等ノ所爲タル或罪ノ豫備ニハ相違ナシト雖モ其背徳加害ノ度甚タ大ニシテ別ニ之ヲ一罪トシテ罰スル價值アルヲ以テ此ノ如ク定メラレタルナリ之ニ反シテ我刑法ハ皇室ニ對スル罪ニ付キテハ第百十六條第百十八條内亂ニ關スル罪ニ付キテハ第百二十五條第二項貨幣偽造罪ニ付キテハ第百八十六條第二項ハ豫備ノ所爲トシテ之ヲ罰セリ此ノ所爲タル固ト豫備ナルヲ以テ刑法上不問ニ置カントスレハ置クヲ得サルニ非ラス換言スレハ之ヲ罰スルモ罰セサルモ立法者ノ方寸中ニ存スル者ナリト雖モ我立法者ハ既ニ皇室ニ對スル罪内亂ニ關スル罪ニ付キテハ決心サヘモ之ヲ罰シタレハ況シテ其豫備ノ所爲ヲ罰スルハ當然ナリトス蓋シ豫備ナル者ハ着手ニ近接シ一步ヲ脱離スルハ全ク着手ト成リ得ル所ノ所爲ナレハ此等豫備ノ所爲ヲ罰シテ以テ不測ノ禍害ヲ豫防スルヲ要ス此レ其豫備ノ所爲トシテ

之ヲ罰スル所以ナリトス第百十一條ニ其豫備ヲ爲スト雖モ云々本條別ニ刑名ヲ記載スル云々ト有ルハ豫備ノ所爲トシテ罰スル上ノ場合ヲ掲ケタル者ニシテ豫備ヲ一罪トシテ問フ場合ハ此文辭中ニハ含有セラレサルナリ

豫備ノ所爲ヲ一罪トシテ問フ者ト豫備ノ所爲トシテ罰スル者トヲ區別シテ如何ナル利益アリヤ曰ク舉證ノ点ニ於テ大ナル利益アリ即チ豫備ノ所爲ヲ一罪トシテ罰スル者ハ其所爲ハ某ノ犯罪ノ豫備ナルヲ證明スルヲ要セサレモ豫備ノ所爲トシテ罰スル者ハ某ノ罪ノ豫備ノ所爲ナルヲ證明セサル可カラス例ヘハ脅迫罪ハ其目的ノ殺人ニ在ルト否トヲ證明スルヲ要セス之ニ反シテ内亂ノ豫備ヲ罰センニハ兵器金穀ヲ準備スルノ目的ハ内亂ニ在ルトヲ證明セサル可カラサルカ如シ

本條ニ云フ所ノ「其刑ヲ科セス」トハ罪有レモ宥シテ其刑ヲ科セスト解シ得ラル、カ如シト雖モ此文辭ハ唯無罪トイフニシテ別ニ異義アルニ非ス其心シテ讀過セラレヨ

以上説述スル所ニヨリテ第一百一條ノ講義ハ全ク終了ス之ヲ約言スレハ該條ハ犯罪ノ決心若クハ豫備ヲ爲スモ本條コ於テ特別ニ之ヲ罰スル時ニ非サレハ無罪ナリト云ヘル一大原則ヲ規定シタル者トス

第一百十二條 罪ヲ犯サントレテ已ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス

前條ニ於テ一言シタルカ如ク本條ハ所謂未遂犯ニ關スル刑ヲ規定シタルモノナリ

人ノ犯罪ニ着手スルヤ下ノ二ツノ場合ヲ生スル者トス即チ着手未遂

ト着手既遂ト是ナリ着手未遂トハ着手シテ未タ充分ニ其所爲ヲ遂ケサル者ニシテ此場合ハ目的タル結果ノ生スルヲ無シ而シテ其未遂ヲ來ス原由ニアリ一ハ自ラ中止スルト他ノ一ハ意外ノ障礙ニ出ツルト是ナリ之ヲ例センニ人ヲ殺サント欲シ既ニ刀ヲ加ヘタル刑ヲ恐ル、カ若クハ悔悟スルヨリシテ之ヲ遂ケスシテ止ムハ自ラ中止スル場合ナリ既ニ刀ヲ加ヘクルモ他人ノ爲メニ支ヘラレテ之ヲ遂ケサルハ意外ノ障礙ニ出テタル場合ナリ着手既遂トハ着手シテ既ニ充分其所爲ヲ行ヒ遂ケタル者ニシテ此場合ニハ目的タル結果ノ生スル時ト生セサル時トノ二有リ其結果ヲ生シタル時ハ其目的ヲ達シタル者ニテ之ヲ生セサル時例ヘハ人ヲ殺サント欲シテ銃ヲ放テタルニ意外ノ舛錯ニヨリテ之ヲ命中セサルカ或ハ命中スルモ創傷ニ止マル時ノ如キハ其目的ヲ達セサル者ナリ

未遂犯ナル者ハ既ニ犯罪ニ着手シテ而シテ其目的ヲ達セサル者ナルニヨリ前段ノ着手未遂ノ場合ト着手既遂ニテ其目的ヲ達セサル場合トハ即チ所謂未遂犯ナリ但着手未遂ニテ犯人ノ意ニ出テタル中止ニヨリテ目的ヲ遂ケサル者ハ本條之ヲ想像セス個ハ後ニ至リテ詳解ス可シ乃チ本條ハ二個ノ場合ヲ規定シタル條文ニシテ即チ意外ノ障礙ニ因テ目的ヲ遂ケサル者ト意外ノ舛錯ニ因テ目的ヲ遂ケサル者トアリ換言スレハ本條ハ着手未遂ト缺効トノ二個ノ場合ヲ規定セル者ナリ予ハ此二個ヲ區別シテ詳論シ併セテ本條ニ隨伴シテ生スル必要ノ問題ヲ解明ス可シ

本條ニ曰ク「罪ヲ犯サントシテ己ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障礙……」ニ因リ未タ遂ケサル者ハ……」意外ノ障礙トハ自己ノ意ニ關スルコト無キ他ノ事情ノ妨害ト云フコトナリ例ヘハ人ヲ殺サントシテ

既ニ刀ヲ加ヘタルモ其人精力絶群ナルヲ以テ障礙セラレタルカ如キ或ハ財物ヲ盜マントシテ家屋ニ侵入シ其ノ財産ヲ握取セントスル時ニ主人ノ爲メニ捕ハレタルカ如キ此等ハ皆自己ノ意ニ關セサル外物ノ障礙ナリ我刑法ハ意外ノ障礙ニ因リテ犯罪ノ目的ヲ達セサル時ハ之ヲ如何ニ處分スルカ本條ハ末項ニ於テ「本刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス」ト規定セリ此減等ハ大ニ理由ノ存スル所ナリ予以爲ク意外ノ障礙ニ因テ其目的ヲ遂ケサル者ハ背徳加害ノ度既遂ノ場合ヨリ輕少ナルニ由ルト然レモ亦異論ナキニアラス人動モスレハ輒チ曰ク既ニ犯罪ニ着手スルヤ假令他ノ障礙ニ逢ヒテ之ヲ遂ケサルモ自己ノ意中ヨリ出テタルニ非スシテ全ク他力ニ因レリ若シ他力ノ加ハルコトナクハ必ス其目的ヲ遂ケタル者ナリ故ニ背徳ノ点ニ於テハ毫モ既遂ノ場合ト異ルコト無シト是レ一理アルカ如シ然レモ若シ他力ノ加ハルコト無ク

ンハ目的ヲ遂ケタル者ナリト曰ハ、予ハ其反面ヨリシテ將サニ言ハ
 ントス曰ク他力ノ加ハルヲ無クンハ自ラ中止スルヲ有ル可シト、要ス
 ルニ此場合ハ中止ト不中止トノ權力全ク犯人ノ意中ニ存スル時ニ於
 テ障礙ニ逢ヒタルヲ以テ既ニ其目的ヲ遂ケタル者ニ比スレハ背徳ノ
 度稍、輕少ナリト言ハサル可カラサルナリ社會ヲ害スルノ点ニ至リテ
 ハ犯罪ノ結果未タ完全ニ生セサル場合ナルヲ以テ之ヲ既遂罪ト同視
 スルハ決シテ許容ス可カラサルナリ、以上ノ如キ理由アルニ由リ我立法
 者ハ本刑即チ既遂罪ノ刑ヨリ一等又ハ二等ヲ減スルコトトセリ但其
 一等ヲ減シ二等ヲ減シ或ハ三等四等ヲ減スルハ一ニ立法者ノ方寸ニ
 在リ草案ハ二等又ハ三等ヲ減シテ大ニ寛ニセリ要ハ罪刑相應スルヲ
 以テ度ト爲ス夫ノ佛國刑法ノ未遂犯ノ刑ヲ以テ既遂犯ノ刑ト同一ニ
 爲シタルハ大ニ用刑ノ度ヲ失シタルモノニシテ學者ノ非難スル所ナリ

玆ニ最モ困難ナル問題アリ曰ク犯罪ノ豫備ト着手トノ區別如何之ヲ
 詳言スレハ犯罪ノ如何ナル程度マテハ豫備ノ所爲ニシテ如何ナル程
 度ヨリハ着手ノ部分ニ屬スルヤ、此區別ハ最モ必要ナル者ナリ何トナ
 レハ玆ニ一所爲アリ之ヲ豫備トスルハ豫備ハ特別ノ場合ヲ除クノ外
 ハ罰セサルヲ以テ無罪ナレトモ若シ之ヲ着手トスレハ有罪トセサル
 可カラサルカ如キ大ナル經庭ヲ生スルヲ有レハナリ例ヘハ人ヲ殺サ
 ント欲シテ其寢室ニ侵入シ人ノ來ルヤ否ヤヲ窺ヒテ躊躇スル場合ハ
 之ヲ豫備トスレハ殺人罪犯ニアラス之ヲ着手トスレハ殺人罪ノ未遂
 犯トナル可シ此ノ如キノ例ハ實ニ賭易クシテ思考ヲ費ス程ノ價値ナ
 シト雖モ然レトモ亦此ノ如ク明瞭ナラサル場合アリ要スルニ此豫備
 ト着手トノ區別ハ愈々出テ、愈々難ク古來學者ノ頭腦ヲ惱マシムル
 所ノ者ナリ例ヘハ人ハ殺サント欲シテ刀ヲ下サントスルニ臨ミ他人

ニ止メラレタルカ如キ放火セント欲シテ簷端ニ石油ヲ注キ或ハ可燃物ヲ置キタルカ如キハ豫備ナルヤ着手ナルヤ之レカ分界ヲ定ムル甚々難シ又窃盜ノ例ヲ取ランニ益其區別ノ難キヲ看ル財物ヲ竊取セント欲シテ門戸牆壁ヲ踰越スル時ハ此所爲ハ竊盜罪ノ豫備ナリヤ將々其着手ナリヤ更ニ一步ヲ進メテ家内ニ侵入シタル時ハ如何、金箱ニ手ヲ觸レタル時ハ如何蓋ヲ開キテ其中ヲ覗ヒ居ル時ハ如何、終ニ進ミテ手ヲ金錢ニ觸レタル時ハ如何、此等ハ着手ナリヤ豫備ナリヤ固ヨリ容易ニ決定スルヲ得サルナリ然レモ唯此ニ明言スルヲ躊躇セサルハ犯罪ノ所爲カ犯罪構成ノ事實ノ範圍内ニ入りタル時ハ疑モ無ク着手ナリ仮令然ラサルモ犯人ノ所爲カ犯罪構成ノ事實ト密接連結シテ分離ス可カラサル時ハ着手ノ所爲ナリト云フコト是ナリ例ヘハ門戸牆壁ヲ踰越スルノ所爲アリ其目的竊盜ニアレハ財物ヲ取ルト云フ所爲即チ

犯罪構成ノ事實ト密接スルヲ以テ竊盜罪ノ着手ト云フヲ得可ク若シ其目的強姦ニアレハ強姦ト門戸牆壁ヲ踰越スル所爲トハ密接セサルヲ以テ之ヲ強姦罪ノ着手ト云フ可カラサルカ如シ然レモ又一步ヲ進メテ之ヲ考フル時ハ予カ所謂標準ト雖モ之ヲ事實ニ適用スルニ至リテハ人々ノ感想ニヨリテ異ラサルヲ得ス論シテ此ニ至レハ犯罪ノ豫備ト着手トヲ區別スルハ到頭吾人ノ感想ニ一任スルヨリ外無シト論決セサルヘカラサルニ至ル諸君ヨ諸君ハ予ノ此論決ヲ聽キテ大ニ不満足ヲ懷カル可シト雖モ實ニ己ムヲ得サルナリ佛國ノ學者間ニ於テモ尙ホ明了ノ解ヲ與ヘタル者ナシト云フ
以上ニテ意外ノ障礙ニ出テタル未遂犯ヲ議了セリ以下意外ノ舛錯ニ出テタル未遂犯ヲ説明スヘシ
本條ニ曰ク「罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ犯人……」

意外ノ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル者ハ……是レ犯罪ノ缺効ノ場合ニシテ學問上之ヲ缺効犯ト稱ス我刑法ハ夫ノ着手未遂ノ場合即チ意外ノ障礙ニ因リテ中止シタル者ト此ノ缺効犯トヲ合シ我刑法ハ俱ニ未遂犯ト稱スレモ學問上ニテ着手未遂ト缺効犯トハ明ニ其區別アリ現ニ草按ニハ二者ヲ區別シテ各々規定セラレタリキ以下缺効犯ノ事ニ付キ詳述ス可シ

缺効犯トハ罪ヲ犯サントシテ既ニ其所爲ヲ行ヒ了ルモ尙ホ意外ノ舛錯ニヨリテ其目的タル結果ヲ得サルヲ云フ意外ノ舛錯トハ例ヘハ人ヲ殺サント欲シテ銃丸ヲ放チシニ誤リテ的ヲサルカ若クハ的ルモ唯微傷ノミニテ死ニ至ラナルカ如キ毒殺セント欲シテ毒藥ヲ飲マシメタルニ其人直ニ消毒藥ヲ服シテ死セサルカ如キ場合ニシテ犯者已ニ其行ハント欲スル所爲ヲ充分ニ遂ケサルモ尙ホ其目的ヲ達スル能ハ

サリシモノ是レナリ

缺効ノ場合ハ背徳ノ点ヨリ觀察スルモ加害ノ點ヨリ攻究スルモ之ヲ罪トス可キハ言ヲ待タス唯其目的タル結果ノ生セサルヲ以テ既遂犯ト均シク罰スルヲ得サルノミ佛國刑法ハ之ヲ既遂犯ト同一ニ罰ス實ニ不當ト云フ可シ然レモ此ノ場合ハ之ヲ着手未遂ノ場合ト同一ニス可カラス予ヲ以テ之ヲ觀ルニ着手未遂ノ場合ニ比スレハ加害ノ點ハ彼此異ナルナキモ背徳ノ度ハ反テ重大ナリト謂ハサル可カラス何トナレハ犯人既ニ其爲サント欲スル所ノ者ヲ執行シ了リタル者ナルヲ以テ背徳ノ度ハ其頂點ニ達シタル者ト謂ハサル可カラサレハナリ草按ニ於テ着手未遂ノ場合ニハ本刑ヨリ二等又ハ三等ヲ減シ缺効ノ場合ニハ一等又ハ二等ヲ減シタルハ蓋シ之カ爲メノミ然レモ此二者ノ區別ハ實際甚タ困難ナルヲ見ル例ヘハ人ヲ斬ラント欲シテ之ニ向ヒ

タルニ人ノ抑ユル所ト爲ル時ハ着手未遂ナリ、人ヲ斬ラント欲シテ一刀ヲ下シ了リタルニ誤リテ其軀ニ觸レヌ而シテ遂ニ人ノ捕フル所トナリタル時ハ缺効ナリ此等ハ區別判然タリト雖モ例ヲ轉シテ之ヲ觀ハ大ニ困難ナルヲ覺ユ例ヘハ人ヲ殺サント欲シテ刀ヲ下シタリシニ偶々錯ニ因リテ其目的ヲ達セス因テ再ヒ其刀ヲ擧ケテ之ヲ斬ラントシタルニ人ノ爲メニ捕ヘラレタル時ハ之ヲ着手未遂トスルカ將タ缺効トスルカ其捕ニ就キタル時ニ於テハ着手未遂ナルカ如キモ最初ノ一刀ヲ下シタル時ニ在リテハ缺効ナルカ如シ若シ草案ノ如ク二者ノ刑ヲ異ニスレハ之ヲ缺効トナセハ犯者ニ不利ナリ着手トナセハ犯者ニ利アリテ裁判官ヲシテ其區別ニ困マシムルニ至ル而シテ裁判官カ以上ノ如キ區別ノ困難ナル實例ニ遭遇シテ着手未遂トスヘキヲ缺効トシ若クハ缺効トス可キヲ着手未遂トスル時ハ大審院ノ破棄スル所

トナル可シ是レ我立法者カ着手未遂ト缺効トヲ一條中ニ規定シテ之ヲ同一ノ刑ニ處スル所以ナラン歟乃チ前ノ如キ難例ハ之ヲ着手トスルモ缺効トスルモ大審院ノ破棄スル所トナルノ虞ナキニモレリ然リト雖モ着手未遂ト缺効トハ學理上之ヲ區別スルコト甚タ必要ナリ、否、現行法適用上其區別ノ必要ヲ觀ルハシ蓋シ着手未遂ハ缺効ヨリ背徳ノ度稍輕キニ因リ一等又ハ二等減ノ範圍内ニ於テ刑ノ輕重ヲ斟酌セサル可カラサルヲ以テナリ今學理上ヨリ之ヲ觀察スレハ缺効ノ場合ハ犯人ノ爲サント欲スル方法ヲ執行シ了リタル者ナレハ中止セント欲スルモ固ヨリ爲ス可カラスト雖モ着手未遂ノ場合ハ其方法ヲ執行シ終ラサルニヨリ其中止スルト中止セサルトハ犯人ノ意中ニ存ス約言スレハ着手未遂ニハ中止スルヲ得ルノ餘地アレハ缺効ニハ到頭中止スルヲ得サル者ナリ二者ノ區別スヘキ全ク此點ニ存ス然ラハ則

チ二者ヲ區別スルノ方法如何犯罪執行ノ情狀ニ因リ換言スレハ其所
 爲ヲ中止スルヲ得ルト得サルトノ點ニ因リテ之ヲ區別スルヲ要ス前
 ニ掲ケタル例即チ刀ヲ下シタレハ偶々舛錯ニヨリテ遂ケサルニヨリ
 再ヒ下サントシタル時他ノ障礙ニ因リテ目的ヲ遂ケサル場合ハ其所
 爲ヲ中止スルヲ得ル場合ナルヲ以テ之ヲ着手未遂ト爲ス可シ又着手
 未遂ト缺効トチ區別スルニハ犯罪ノ種類ニモ亦注意セサル可カラス
 夫ノ謀故殺罪ノ如キハ缺効ノ場合ヲ生スレハ強姦罪ノ如キハ未遂ト
 既遂ト有ルノミニニ缺効ノ場合ヲ生セス此ノ如ク罪ノ種類ニヨリテ
 缺効ヲ生スル者ト生セサル者ト有ルヲ以テ此ニ注意セサル可カラス
 缺効犯ニ似テ非ナル者アリ例ヘハ人ヲ殺サントシテ發砲シタルニ人
 ニ非ラスシテ樹木ナリ、良藥ヲ誤認シテ毒藥ト爲シテ之ヲ服セシメタ
 ルニヨリ其人死セサルカ如キ場合はレナリ此等ノ所爲ハ學問上不能

犯ト稱スル所ノ者ナリ個ハ之ヲ后ニ讓リテ曾テ諸君ト約シタル犯罪
 ニ着手シテ自ラ之ヲ中止シタル場合ヲ詳述ス可シ
 犯罪ニ着手スレハ犯人自ラ之ヲ中止シタルニ因リ犯罪ノ目的ヲ遂成
 セサル場合ハ學者之ヲ稱シテ中止犯ト云フ、中止ノ文辭穩當ナラス何
 トナレハ夫ノ意外ノ障礙ニ因リタル未遂犯モ亦中止ノ犯罪タルニ相
 違ナケレハナリ、然レハ今姑ク中止犯ノ文辭ヲ用井ル事トス可シ
 我刑法ハ意外ノ障礙若クハ舛錯ニヨリテ犯罪ノ目的ヲ遂成セサル者
 ヲ以テ未遂犯ト爲シタリ今此中止犯ハ意外ノ原因ニヨラス、全ク犯
 入意内ノ原因ニ因リテ中止シタル者ナルヲ以テ先ツ中止犯ノ處分如
 何ノ疑問ヲ生ス可シ例ヘハ財物ヲ竊取セントシテ人家ニ入りタルニ
 忽チ足音ノ蹙然タルヲ聞キ一物ヲ得スシテ逃去セルカ如キ人ヲ殺サ
 ントシテ毒藥ヲ與ヘタル後チ其所爲ノ毒惡ヲ慙チテ消毒藥ヲ服セシ

メタルカ如キ刀ヲ加ヘタル後チ大ニ後患ヲ恐レテ自ラ其所爲ヲ中止シタルカ如キ場合ハ夫ノ意外ノ原因ニヨリテ中止シタル者ト大ニ其趣ヲ異ニスル有ルヲ見ル是レ其處分如何ノ問題ノ生スル所以ナリ且ツ我刑法ノ佛文案即チボアウナード先生ノ起草セル者又ハ日本文草案即チ司法省ニ於テ佛文案ヲ修正シタル者ニハ明ニ中止犯ノ處分ヲ記載シタルモ審査修正案即チ日本文草案ヲ修正シタル者及ヒ現行刑法ニハ之ヲ掲ケス是レ實ニ中止犯ヲ如何ニ處分スルヤト云フ問題ノ生スル最大要點ナリトス學者此處分ニ關シテ各其說ヲ異ニシ終ニ左ノ三說ヲ生スルニ至レリ

第一說ハ律ニ正條ナキヲ以テ無罪ト爲スト云フニ在リ其害ヲ生セサル時ハ無論、假令害ヲ生スルモ無罪ナリ例ヘハ人ヲ謀殺セントシテ之ニ着手シ只創傷シタルノミニテ自ラ中止シタル者ノ如キ

ハ一見スレハ毆打創傷罪ニ問ヒ得ルカ如シト雖モ該罪ニハ殺意無キヲ要ス殺意アリテ創傷シタル者ハ毆打創傷罪ニ問フ可カラサル者トス左レハ逆自ラ中止シタルヲ以テ謀殺ノ未遂ト爲ス可カラサルコトモ亦明了ナリ乃チ之ヲ討セント欲セハ明文ヲ要スヘシ而シテ現行法ニハ之ヲ討スルノ明文ナキヲ以テ終ニ無罪ト爲サ、ル可カラサルナリト

第二說ハ第百十二條ノ未遂犯ヲ以テ處分スト云フニアリ夫レ中止犯モ亦意外ノ原因ニヨリテ其所爲ヲ遂ケサル者ニ外ナラス唯夫ノ普通ニ稱スル未遂犯ハ他力ニ因リテ其所爲ヲ中止シ中止犯ハ自力ニ因リテ中止シタルノ差違アルノミニシテ其意外ノ原因ニヨリテ中止シタルニ至テハ二者同一ナリトス蓋シ意外トハ豫期セサル偶然ノコト云フ意義ヲ有スル者ナレハ中止犯モ亦第百十

二條ノ定義中ニ包含スト謂フヘシト

第三説ハ以爲ク中止犯ノ處分ハ其現ニ生シタル結果即チ毀傷損害

ニ付キテ之ヲ罰シ若シ結果ヲ生セサレハ無罪ナリト

以上三説中予ハ固ク第三説ヲ維持シテ動カサル者ナリ第一説ノ不當ナルハ後段ニ至リ予カ第三説ヲ敷衍スルノ結果トシテ自ラ明了ナル可ク第二説ハ實ニ誣妄ノ論タルヲ免カレス立法上ノ議論トシテハ或ハ中止犯モ亦着手以後ニ屬スルヲ以テ一箇ノ未遂犯ト云フヲ得ヘシト雖此之ヲ以テ現行法ノ適用論ト爲サント欲スルニ至リテハ殆ト駁撃ノ價值ナシトス予ハ重複ニ屬スルノ嫌ナキ能ハサレト第二説ニ對シテ一言スヘシ蓋シ第一百十二條ノ「意外云々」ノ文辭ハ草按ノ「意欲ニ係ハラサル情狀云々」ト云フ文辭ヲ約言シタル者ニシテ豫期セサル偶然ノ「ト」云フカ如キ意義ハ毫モ包含セサルナリ

第三説ニ至リテハ實ニ法理ニ適シ實際ニ合シタル者ナリ諸君請フ一考セヨ既ニ法律上罰ス可キ所爲ニ着手シタル後ハ假令自ラ其所爲ヲ遂ケサルモ其背徳ノ點ニ於テハ言ヲ待タス社會ヲ害スルヲモ亦鮮少ニ非ス故ニ其現ニ生シタル毀傷損害アルニ於テハ之ヲ罰スヘキハ多言ヲ要セス且假令現ニ毀傷損害ノ生セサルモ之ヲ罰スルヲ得サルニ非ルヲ然レト是レ法理上ノ論ニメ實際ニ至リテハ中止犯ヲ罰セント欲セハ必ラス法文ニ明規スルヲ要ス其明規ナキ者ハ之ヲ不問ニ措カサル可カラサルナリ此点ハ第一説ト相同シ然レモ第一説ハ遺忘セリ我刑法ニ於テハ其罪ノ中止犯ハ某罪ニ付キテハ無罪ナリトスルモ他ニ其中止ニ因リテ生シタル結果ヲ罰スルノ規定アルヲ其規定アル者ハ固ヨリ之ヲ適用セサル可ラス但シ我刑法ハ現ニ毀傷損害ヲ生セサル者ハ之ヲ問フヲ無シ蓋シ此等ノ所爲タル社會刑罰

權ノ之ニ干涉スルニ足ラサル者ト爲セシニ由ルナルヘシ此ニ例示シテ以上ノ論結ヲ明ニセン

竊盜ヲ爲サント欲シテ人家ニ入リタリシニ何等カノ原因ヨリシテ自ラ其ノ所爲ヲ中止シテ其家ヲ出テタル者ノ如キハ所謂竊盜罪ノ中止ニシテ竊盜罪ノ既遂ニモ非ラス又未遂ニモ非サレハ竊盜罪トシテ無罪タラサルヲ得ス然レトモ我刑法ハ故ナクシテ之ヲ住所ニ侵入スルノ所爲ハ人ノ住所ヲ侵ス罪トシテ之ヲ罰スルヲ以テ此刑ニ問フ可キ者トス夫レ人ノ住所ヲ侵スノ罪ハ正當ノ事由無ク(第七十一條乃至第七十三條ノ故ナク)ト有ルハ即チ正當ノ事由無クト云フナリ)シテ侵入シタル者ヲ罰スルニ在リ而シテ其目的トスル所或ハ犯罪ノ爲メナルコト有リ或ハ犯罪ノ爲メナラサルコト有リト雖モ要スルニ其侵入ノ理由ニシテ正當ナラサル時ハ悉ク此罪ヲ犯シタルモノナリ今竊盜

ヲ爲サント欲シテ人ノ家宅ニ侵入スルハ是レ實ニ不正當ノ事由タルヲ以テ竊盜ノ中止犯ハ人ノ住所ヲ侵ス罪トシテ之ヲ論スルハ最モ適當ナリト謂フ可シ茲ニ注意ノ爲メニ一言ス可シ實際竊盜ノ目的ヲ達シタル時ハ竊盜罪ノ刑ヲ科シテ住所ヲ侵ス罪ノ刑ヲ科セサルハ住所ヲ侵ス罪ヲ成立セスト云フニ非ラス罪ハ固ヨリ成立スルモ所謂無形^的ノ集合シタル場合ニシテ立法者ハ事件ノ性質上唯其竊盜罪ノ刑ノミヲ科スルナリ個ハ曾テ數罪俱發ノ章下ニ於テ辯明シタレハ請フ之ヲ參考セラレヨ

予ハ尙ホ一例ヲ舉ケテ中止犯ノ處分ヲ見ンニ茲ニ人ヲ謀殺セント欲シテ一刀ヲ加ヘタル後チ自ラ中止シタルニ因リ死ニ至ラザリシ此場合ハ即チ謀殺ノ中止犯ナルヲ以テ謀殺罪ノ既遂未遂トスルコトヲ得スト雖モ毆打創傷罪ト爲ス可シ毆打創傷罪ハ謀殺ノ通路關門トモ稱ス

可ク之ヲ經過ノ謀殺ヲ遂ケタル時ハ固ヨリ謀殺罪トメ問ハル、ト雖
 モ其謀殺罪ニ迄到達スルコトヲ止メテ只其通路關門ニ止マリ即チ毀傷
 損害ノミニ止マリタル時ハ之ヲ毆打創傷罪ニ問ハサル可カラサルナ
 リ毆打創傷罪モ亦夫ノ住所ヲ侵ス罪ノ如ク其毆打創傷ノ原因即チ意
 思ノ何タルヲ論セス尙モ故意アリテ犯シタル時ハ悉ク其結果ニ就キ
 テ罰スル所ノ犯罪ナリ是ヲ以テ殺意アリテ毆打シタルノ後チ自ラ其
 殺意ヲ拋棄シ其所爲ヲ中止シタル爲メ殺人罪タルヲ得サルニ至ルト
 雖モ其結果トシテ現ニ生シタル損害アルニ於テハ此損害ハ故意ニ爲
 シタルニ相違ナケレハ之ヲ毆打創傷罪ト爲スハ實ニ至當ノ事ト謂フ
 可シ然レモ茲ニ最モ疑ヲ生ス可キ者有リ曾テ一言シタルカ如ク草按
 コハ未遂犯ノ章下ニ於テ中止犯ハ余カ前段ニ論結シタルカ如キ方法
 ニテ處分スヘキコトヲ揭示セラレタルニ現行刑法ハ全ク之ヲ削除シタ

リ是レ或ハ中止犯ハ總テ之ヲ不問ニ措クノ精神ニ非ラサル無キ乎ト
 云フノ疑ヲ存セス此疑タル實ニ至當ナリト雖モ刑法編纂ノ歴史上ヨ
 リ之ヲ攻究スレハ其疑全ク氷解シテ余カ上ニ與ヘタル論結ハ直チニ
 探テ以テ現行刑法ニ適用スヘキヲ了スルニ足ルヘシ以下之ヲ簡説セ

ホアソナード先生ハ其佛文章按ニ於テ中止犯ノ處分ヲ揭テテ曰ク

重罪ノ本犯其執行中自己ノ意欲ニテ中止スルカ又ハ總テ其執行
 ニ關スル行爲ヲ終成セシモ本犯ノ意欲ニテ實効ヲ虧缺セシメタ
 ル片ハ其罪ニ因テ實際生シタル害ニ付テノミ罰セラル可シ

先生ノ意ハ以テ明ニ中止犯ハ唯現ニ生シタル損害ニ付テノミ之ヲ罰
 スルニ在ルコトヲ了ス可シ茲ニ先生ノ草按ヲ修正シタル日本文刑法草
 按ヲ見ルニ

重罪ヲ犯サントシテ……本犯ノ真心悔悟ニ因テ自
 ラ之ヲ遂ケサル時ハ止タ、現ニ加ヘタル毀傷損害ノ罪ヲ論ス
 ト揭ケタリ佛文ニテハ中止ノ原因ノ何タルヲ問ハサレモ日本文草按
 ハ之ニ制限ヲ加ヘテ唯真心悔悟ナル原因ニヨリテ中止シタル場合ニ
 於テ其現ニ生シタル損害ニ付キ罰スルコトセリ此制限ヲ加ヘタルハ
 別ニ深意アルニ非ラス日本文草按起草者以爲ク佛文草按ニヨレハ中
 止犯ハ中止ノ原因ノ如何ヲ問ハス總テ目的タル犯罪ニ付キテハ無罪
 ニシテ唯々現ニ生シタル損害アレハ其損害ニ付キテ之ヲ罰スルノミ
 ナルヲ以テ甚泛キニ過キ實ニ危險ニ堪ヘスト故ニ犯人ヲノ真心悔悟
 ニ出テ、中止シタル時ノミハ之ヲ無罪トシ若シ現ニ生シタル損害ア
 レハ其損害ノミ之ヲ罰シ其他如何ナル原因ニ出テ、中止スルモ有罪
 ナリト爲シ以テ大ニ中止犯ノ無罪ノ場合ヲ制限セリ然レモ此起草者

ハ大ニ誤マリタル者ニシテ今日ヨリ之ヲ見レハ笑止ニ堪ヘス夫レ真
 心悔悟ハ人間ノ心意内ノ現像ニシテ有形上ヨリハ之レヲ知了スヘカ
 ラサル者ナリ例ヘハ頻リニ低頭罪ヲ謝スル者アルモ是レ果シテ悔悟
 シタル者ナルヤ否ヤ知ルヘカラサルカ如シ故ニ真心悔悟ニ因テ云々
 ト規定シ中止犯ニハ中止ノ原因ノ真心悔悟タルコトヲ要スト爲スト雖
 モ無形のナル真心悔悟ハ何ニ由テ之ヲ證明スヘキヤ檢察官モシ或中
 止犯ノ公訴ヲ提起スルコト有レハ被告人ハ悉ク真心悔悟ヲ申立ツ可シ
 然ラハ檢察官ハ何ヲ以テ其反證ヲ舉クルカ凡ソ法律ノ要求スル所ハ
 唯犯罪ナル所爲ヲ中止スルニ在リテ其原因ノ如何ハ固ヨリ問フ所ニ
 非サルナリ之ヲ察セスシテ佛文草案ヲ變更シタルハ實ニ不當ト謂ハ
 サル可ラサルナリ然レモ日本文草按起草者ハ中止犯ノ無罪ヲ制限ス
 ルト雖モ現ニ生シタル結果ヲ問フト云フノ精神ハ尙ホ顯然トシテ明

了ナリト謂フヘシ然ルニ審査修正案ニ至リテ俄然該條ヲ削除セラレタルハ全ク中止犯ヲ不問ニ置クノ精神ナリヤ曰ク否々修正者何ソ立法上罰ス可キ價值アル者ヲ不問ニ附スルノ意アラシヤ惟フニ中止犯ノ場合ハ懲ヒニ之ヲ規定シ反リテ彼是錯綜シテ種々困難ヲ生センヨリハ寧ロ之ヲ削除スルノ勝レルニ如カス假令之ヲ削除スルモ法理上現ニ生シタル損害ニ付キテ之ヲ罰スルコトハ瞭然タルヲ以テ終ニ之ヲ削除シタルモノナルコトハ毫モ疑ヲ容レズ審査修正按ニ繼イテ現行法ノ頒布ニ遇ヒタルニ其全篇ノ文章修正按ト異ルコト無シ乃チ知ル現行刑法ノ精神モ亦現ニ生シタル損害ニ付キテ之ヲ罰スルニ在ルコトヲ之レヲ要スルニ中止犯ノ處分ニ闕スル佛文章按ノ精神ハ日本刑法草案按之ヲ受領シ日本刑法草案按ノ精神ハ審査修正按之ヲ承繼シ審査修正按ノ精神ハ現行刑法之ヲ相續シタルヲ以テ現行法ニ之レカ明文

ナキモ下ノ如ク結論セサル可カラス曰ク 中止犯ハ現ニ生シタル毀傷損害ニ付キテ之ヲ罰シ毀傷損害ノ生セサル時ハ律ニ正條ナキヲ以テ之ヲ無罪トス可シト
 此ヨリ歩ヲ轉シテ不能犯ノコトヲ辯明セン
 不能犯ナル者ハ夫ノ缺効犯ノ如ク犯罪ノ目的タル惡結果ノ生セサル所ノ者ナレバ其惡結果ノ生セサルハ或ハ事物ノ所爲ノ性質ニ因リ或ハ施用ノ方法ニ因リ到頭惡結果ノ生スル能ハサル者ヲ想像シタルナリ例ヘハ人ヲ殺サント欲シテ之ヲ斬リタル其人ハ業已ニ死シタル者ナリトセンカ此所爲タル殺人罪ハ到底成立スルコト無シ何トナレハ殺人罪ヲ構成センニハ其犯罪ノ事物カ生命ヲ有スル所ノ人間タルヲ要スレハナリ又懷胎ノ婦女ト信シテ墮胎劑ヲ服セシメシニ其婦女ハ懷胎ニ非スシテ全ク脹滿病ナリトセンカ此所爲モ亦墮胎罪ヲ成スコト無

シ何トナレハ墮胎罪ヲ構成スルニハ懷胎ノ婦女ナルヲ要スレハナリ
 又他人ノ物件ヲ竊取シタリト思ヒシニ何ツ圖ラン其物件ハ或原因ヨ
 リシテ既ニ自己ニ屬セシモノタルカ如キ或ハ人ト信シテ發砲シタル
 ニ人ニ非ラスシテ樹木ナルカ如キモ亦皆不能犯ナリ此等ハ其事物ノ
 性質上ヨリノ犯罪ノ結果ヲ生スル能ハサル所ノ者ナリ 犯罪ニ施用
 シタル方法ヨリノ不能犯ノ生スル場合ヲ示サンニ例ハ人ヲ毒殺セ
 ント欲シ毒藥ナラサル藥ヲ毒藥ト誤信シ之ヲ飲マシメタルカ如キ犯
 罪ノ結果ハ決シテ生スルヲ無シ何トナレハ毒藥ヲ施用セサレハ以テ
 毒殺罪ヲ構成スルヲ莫ケレハナリ是實ニ施用ノ方法ヨリシテ犯罪ノ
 結果ノ生セサル者ナリ又人ヲ銃殺セント欲シテ短銃ヲ準備シ而シテ
 人ノ其彈丸ヲ拔去リタリシヲ識ラスシテ發砲シタリ此ノ如キ場合ニ
 ハ固ヨリ惡結果ノ生スルヲ無シ此レ亦其施用シタル方法カ犯罪ヲ成

スコト能ハサルナリ此ノ如ク犯罪ノ結果カ事物ノ性質上或ハ施用ノ
 方法上絶對的不能ナル場合ヲ稱シテ不能犯ト謂フナリ
 不能犯ノ處分ハ如何不能犯ハ前段ニ於テ述ヘタルカ如ク事物若クハ
 方法上決シテ犯罪ノ惡結果ヲ生セサル者ナレハ道德ニ背戾スルヲハ
 之レ有ルモ社會ノ害ハ到頭生スルヲ無キニヨリテ立法上之ヲ無罪ト
 決セサルヘカラサルノミナラス我刑法ニハ不能犯ノヲ規定セスト
 雖モ亦無罪ト決定セサルヘカラサルナリ只其所爲ノ結果トノ毀傷損
 害ノ生スル時例ヘハ懷胎ニ非サル婦女ヲ懷胎ナリト誤認ノ墮胎藥ヲ
 與ヘ爲メニ其健康ヲ害シタル時ハ其處分如何此ノ處分方ニ付キテ適
 用上夫ノ中止犯ト同一ノ疑問ヲ生ス即チ草按ニハ明ニ不能犯ノ處分
 ヲ掲ケタレモ審査修正ノ際之ヲ削除シタルヲ以テ或ハ之ヲ不問ニ置
 ヲカ或ハ未遂犯トシテ論スルカ或ハ現ニ生シタル損害ニ付キテ之ヲ

罰スルカト云フ疑問ヲ生ス蓋シ是モ亦中止犯ト同シク結論セサル可
カラス不能犯ハ其目的トスル所ノ犯罪ニ付テハ無罪ナリト雖モ若シ
其所爲ノ結果トシテ損害ノ生シタル時ハ其損害ニ付キテ其罪ヲ論スト
草按ハ其未遂犯ノ章下ニ於テ左ノ如ク明言セリ參考ノ爲メニ之ヲ揭
ク曰ク

行爲ハ性質ニ因リ又ハ使用セル方法ニ因リ之レカ爲メニ何等ノ
害ヲモ生スルコト能ハザリシキハ本犯ハ其意思ノ何タルヲ問ハス
シテ刑ヲ免カル、モノナリ

若シ其行爲又ハ使用セル方法ハ本犯ノ見込ミシ害ヨリ少ナキ害
ニ非サレハ生スルコト能ハザリシキハ其實際生シタル害ニ付テハ
○ミ○之○ヲ○罰○ス○可○シ○

其削除ノ理由ノ如キハ夫ノ中止犯ノ場合ト異ルナキヲ以テ別ニ茲ニ

贅セス

茲ニ注意ス可キ者有リ不能犯ト缺効犯トノ區別是ナリ等シク是レ既
ニ其所爲ヲ行ヒ了リタルニ其目的タル結果ノ生セサル者ナリ而シテ
一ハ無罪トナリ一ハ有罪トナル其區別ノ必要ナル固ヨリ言ヲ待タス
但事物ノ不能ヨリシテ犯罪ノ目的トスル結果ノ生セサル場合ハ常ニ
不能犯ニシテ之ヲ缺効犯ト區別スルノ必要アルヲ見ス其必要ナルハ
犯罪ニ使用シタル方法ノ如何ニヨリテ犯罪ノ目的トスル結果ノ生セ
サルノ場合ニ在リトス今一般的ニ其區別ヲ言フ時ハ犯罪ニ使用シタ
ル方法拙劣ナルカ爲メニ其目的トスル結果ヲ生セサル時ハ缺効犯ニ
シテ其結果ノ生セサルハ方法ノ拙劣ニ出ルニ非スシテ方法カ性質上
不能ナルトキハ不能犯ナリト謂フ可シ換言スレハ犯罪ニ使用シタル
方法カ絶對的不能ナルトキハ不能犯ニシテ關係的不能ナル時ハ缺効

犯ナリト謂フ可シ茲ニ極端ノ例ヲ舉ケレハ人ヲ殺サント欲シテ呪咀シタルカ如キハ不能犯ナリ即チ呪咀ナル方法ハ道理上犯罪ノ目的トスル結果ヲ生スル能ハサル者ニシテ何人カ之ヲ使用スルモ如何ニ注意シテ行フモ常ニ不能ニシテ所謂絶對的不能ナリ之ニ反シテ人ヲ毒殺セント欲シテ毒藥ヲ飲マシメタルニ其毒少量ニシテ害ヲ生スルニ至ラサル時ノ如キハ飲効犯ナリ何トナレハ其毒ノ少量ナリシハ方法ノ拙劣ナル者ニシテ少シク注意シタランニハ害惡必ス生ス可ク所謂關係的不能ナレハナリ此ク言フハ其區別一見分明ナルカ如シト雖此レ唯極端ノ例ヲ舉ケタルヲ以テ然ルノミ少シク實際ニ入りテ觀察スル時ハ二者相近邇シテ之ヲ區別スルコト實ニ困難ナリトス一例ヲ舉ケンニ人ヲ毒殺セント欲スル者アリ解毒劑ナルヲ知ラスノ之ニ毒藥ヲ混メ與ヘタルニヨリ害惡ヲ生セス此所爲ハ飲効犯ナリヤ不能犯ナ

リヤ其ノ毒藥ヲ解毒劑中ニ混シタルハ實ニ方法ノ拙劣ニ出ツ若シ此拙手段ニ出ラサレハ其結果必然生スル者ナレハ之ヲ飲効犯ト謂ヒ得ルカ如シト雖モ一步ヲ轉シテ他ノ点ヨリ觀察スレハ或ハ不能犯ト謂ヒ得ルカ如シ即チ其藥ヲ飲マシムルノ當時既ニ毒藥全ク毒性ヲ變シタリト想定スレハ其服用セシメタル者ハ元來人ヲ死ニ致ス可ク能ハサル者換言スレハ何人カ之ヲ使用スルモ其害惡ヲ生セサル可ク尙ホ換言スレハ犯罪ヲ生シ得可カラサル者ヲ以テ行ヒタル者ト謂ヒ得ヘクシテ一ノ不能犯ニ非サルナキヲ得ンヤ斯ク二様ニ觀察スレハ其區別モ亦困難ナリト謂フ可シ然レモ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ犯罪ノ豫備中其不能ノ原因ノ生シタル時ハ不能犯ニシテ犯罪ノ着手ト同時若クハ其后ニ不能ノ原因ノ生シタル時ハ缺効犯ナリ前例ニ就キテ之ヲ言ハンニ毒藥ヲ解毒劑中ニ入レタルハ其毒藥ヲ藥鋪ヨリ購求スルノ時ニ在

リトスレハ之ヲ人ニ與ヘタル時即チ犯罪ニ着手シタル時ハ全ク絶對的不能ノ方法ナルヲ以テ此場合ハ之ヲ不能犯ト謂フ可シ之ニ反シテ毒藥ヲ飲マシメントスル時即チ犯罪ニ着手シタルハニ解毒劑ヲ混入シタルニヨリ其ノ結果ヲ生セサルハ是レ犯罪ノ結果ノ生ス可キ有様ニ在ルモ舛錯ノ爲メニ其結果ヲ生セザルニ過キササルヲ以テ此場合ハ缺効犯ナリ斯ノ如ク不能ノ原因カ犯罪ノ着手ト豫備トノ場合ニ生シタルニヨリ不能犯ト缺効犯トノ區別ヲ生スルヲ以テ犯罪ノ着手ト豫備トヲ區別スルノ必要ヲ生スト雖モ其區別タル實ニ至困至難ナリ諸君乞フ予カ曾テ第一百十一條ノ下ニ於テ與ヘタル其區別ノ標準ニヨリテ之ヲ識別シ以テ予カ今此ニ與ヘタル標準ニ依リテ不能犯ト缺効犯トヲ識別セラレヨ

諸君ヨ予ハ第一百十二條ノ末遂犯ヲ解釋スルニ當リテ遂ニ中止犯ト不

能犯トヲ説明シ併セテ未遂犯トノ區別ノ大要ヲ陳述シタリ今叙次諸君ノ爲メニ一ノ問題ヲ簡説シテ以テ本條ノ講ヲ完フセン
 犯人カ犯罪ノ所爲ヲ行ヒ了リ未タ其目的タル結果ノ生セサルニ他ノ原因ノ之ニ加ハル有リテ其結果ヲ生セシメタル時ハ之ヲ既遂犯トスルカ將タ未遂犯トスルカ例ヘハ甲アリ乙ヲ路ニ要シテ之ヲ斬リ充分死ニ至ラシメタリト信シ遁去セシニ乙未タ死ニ至ラス丙者アリ偶其傍ヲ過キ乙者ノ未タ死セサルヲ見テ再ヒ之ヲ斬リ終ニ死ニ至ラシメタリ此場合ニ於テ丙者ノ所爲ハ殺人罪ノ既遂犯ニ問ヒテ毫絲モ疑ナシト雖モ甲者ノ所爲ハ既遂犯ニ問ハンカ其結果ヲ生セシメタルハ丙者ノ所爲ニ由ル未遂犯ニ問ハンカ犯人ノ所爲ハ已ニ遂ケ目的モ亦人ニヨリテ達シタル者ナリ其處分果シテ如何甚タ困難ナル問題ナリト謂フ可シ予ハ斷言ス甲者ハ殺人罪ノ未遂犯ナリト

或ハ曰ク甲者ノ所爲ハ全ク終了シ目的ハ悉ク遂成シタルヲ以テ既遂犯ニ問フノ愈レルニ如カスト予ヲ以テ之ヲ觀ルニ誤見タルヲ免レス論者ハ甲者ヲ以テ其目的ヲ遂成シタリト爲スモ是レ甲者ノ所爲ニ出ツルニ非スノ實ニ丙者ナル第三者カ其目的ヲ遂成シタルモノナリ或ハ丙者ノ所爲ナクシテ甲者ハ必ス其目的ヲ遂ケタル可シト想像スルヲ得ヘキカ如キモ其反對ニ若シ丙者ノ所爲ナクシテ甲者ハ其所爲ヲ中止シタルヤモ計ラレスト謂フヲ得ヘシ一ノ想像ヲ以テ甲者ヲ既遂犯トスルハ實ニ不當ト謂ハサル可カラサルナリ之ヲ要スルニ甲者ハ外力ノ爲メニ其目的ヲ遂ケサル者ナリ換言スレハ丙者カ乙者ノ生命ヲ絶ツマテハ乙者ハ生存シタル者ニシテ之レカ生命ヲ絶テタルハ丙者ノ所爲ニ出テタルモノナレハ甲者ヲ以テ未遂犯ト爲サ、ル可カラサルナリ實際ニ於テハ甲者ハ丙者ノ所爲ニヨリテ大ニ利益スル

所アルカ如シト雖モ理論上此ノ如ク結論セサル可カラス

予ハ尙ホ前段ノ結論ヲ明確ナラシメンカ爲メニ其場合ヲ變シテ之ヲ論セン前段ノ場合ハ犯罪ノ結果ヲ生セシメタル原因人ニアルヲ想像シタリ今其原因カ偶然ノ事物ニ出ツル時例ヘハ人ヲ殺サント欲シテ一刀ヲ加ヘタレトモ未タ死セス偶落雷ノ爲メニ其人死シタルカ如キ或ハ大洋ヲ航スル時人ヲ船中ヨリ水ニ擠シタルニ其被害者ノ行跡不明ニシテ死生ヲ斷スルヲ能ハサルカ如キ場合ニハ孰レカ之ヲ殺人罪ノ既遂犯ト爲ス者アラン

論者或ハ曰ハン若シ最初ノ犯罪執行者カ與ヘタル創傷致命傷ナリシ片ト雖モ尙ホ之ヲ未遂犯ト爲スカト曰ク然リ所謂致命傷トハ因テ以テ死ニ至リタル創傷ト云フニ非スシテ死ヲ致スヘキ性質ノ創傷ト云フヲナリ已ニ然ル片ハ現ニ他人ノ犯罪若クハ偶然ノ事物ニテ其死

ヲ致スヲ無クシハ犯人自ラ之ヲ中止スルカ或ハ被害者自ラ其創傷ヲ醫スルカ或ハ第三者アリテ其生命ヲ全カラシムルヲ無キヲ保スヘカラサレハ唯其創傷カ性質上死ヲ致スヘキ者ナリトテ之ヲ既遂犯ニ問フヲ得ス故ニ曰ク未遂犯ナリト

第一百三十三條

重罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサル者ハ前條ノ例ニ照シテ處斷ス

輕罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサル者ハ本條別ニ記載スル違ニ非サレハ前條ノ例ニ照シテ處斷スルヲ得ス

警罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサル者ハ其罪ヲ論セス

本條ハ未遂犯ヲ罰スヘキ場合ト罰ス可カラサル場合トヲ定メタル條文ナリ即チ重罪ノ未遂犯ハ總テ之ヲ罰シ輕罪ノ未遂犯ハ各本條ニ於テ特ニ其罰スヘキヲ明言シタル時ニ非ラサレハ之ヲ罰セス違警罪

ノ未遂犯ハ總テ之ヲ罰スルヲ無キナリ其理由タル別ニ深意ノ存スルニ非ス重罪ハ其罪重大ナルヲ以テ其未遂ノ場合ト雖用之ヲ不問ニ措クヲ得ス輕罪違警罪ハ其罪輕シテ其未遂ノ場合ニハ之ヲ罰スルノ必要ナキ者アリ因テ輕罪ハ本條別ニ記載スル場合ノミヲ罰シ違警罪ハ總テ之ヲ罰セサルナリ

第十章 親屬例

第一百四十四條

此刑法ニ於テ親屬ト稱スルハ左ニ記載シタル者ヲ云フ

一 祖父母父母夫妻

二 子孫及ヒ其配偶者

三 兄弟姉妹及ヒ其配偶者

四 兄弟姉妹ノ子及ヒ其配偶者

刑法

- 五 父母ノ兄弟姉妹及ヒ其配偶者
- 六 父母ノ兄弟姉妹ノ子
- 七 配偶者ノ祖父母父母
- 八 配偶者ノ兄弟姉妹及ヒ其配偶者
- 九 配偶者ノ兄弟姉妹ノ子
- 十 配偶者ノ父母ノ兄弟姉妹

第百十五條

祖父母ト稱スルハ高曾祖父母外祖父母同シ父母

ト稱スルハ繼父母嫡母同シ子孫ト稱スルハ庶子曾玄孫外孫

同シ兄弟姉妹ト稱スルハ異父異母ノ兄弟姉妹同シ

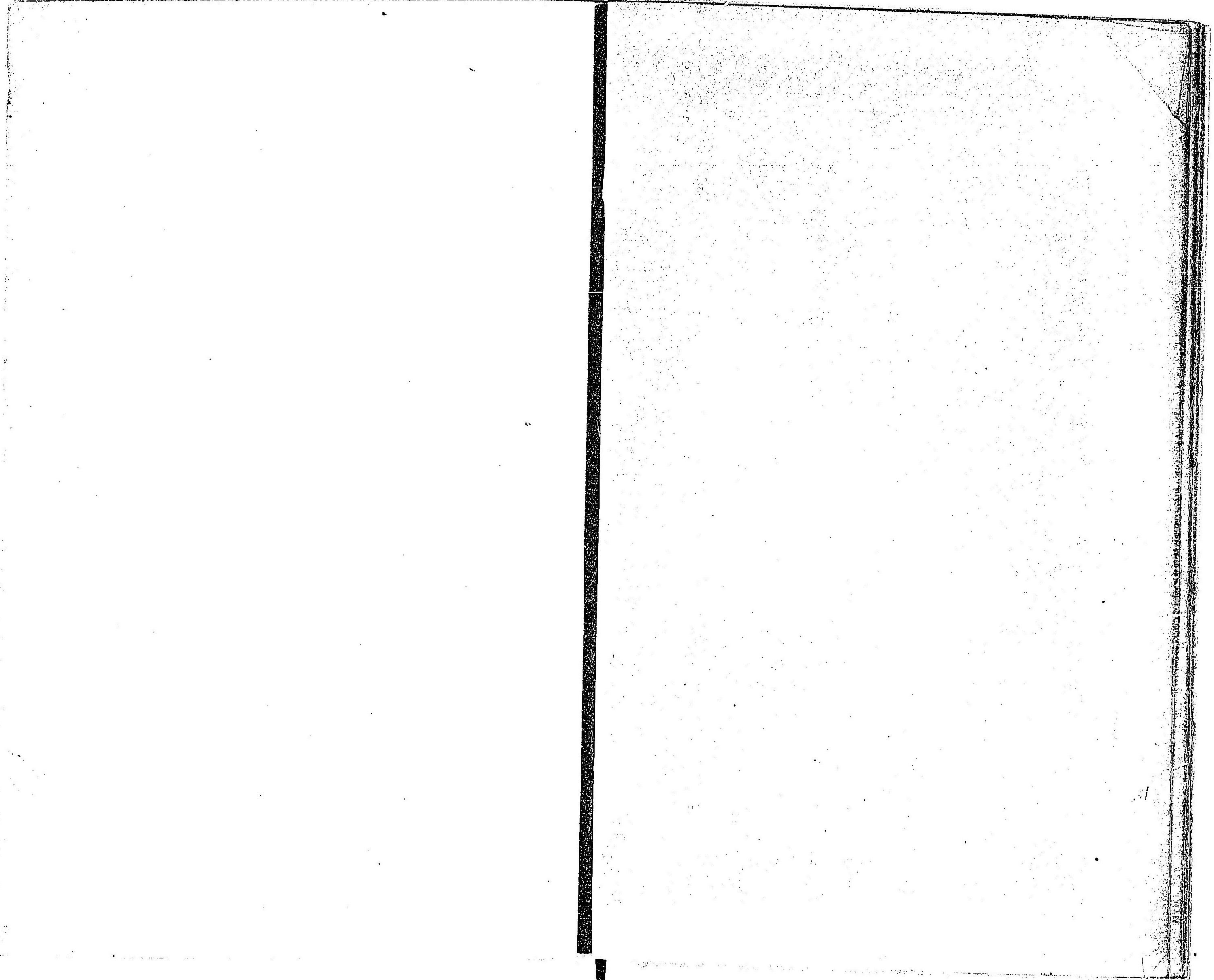
養子其養家ニ於ル親屬ノ例ハ實子ニ同シ

此親屬例ハ民法人事篇中ニ記載スヘキ者ニシテ刑法ニ規定スヘキ者ニアラズ然レモ此刑法典編纂ノ當時ニ於テ民法ノ制定ナキニヨリ之

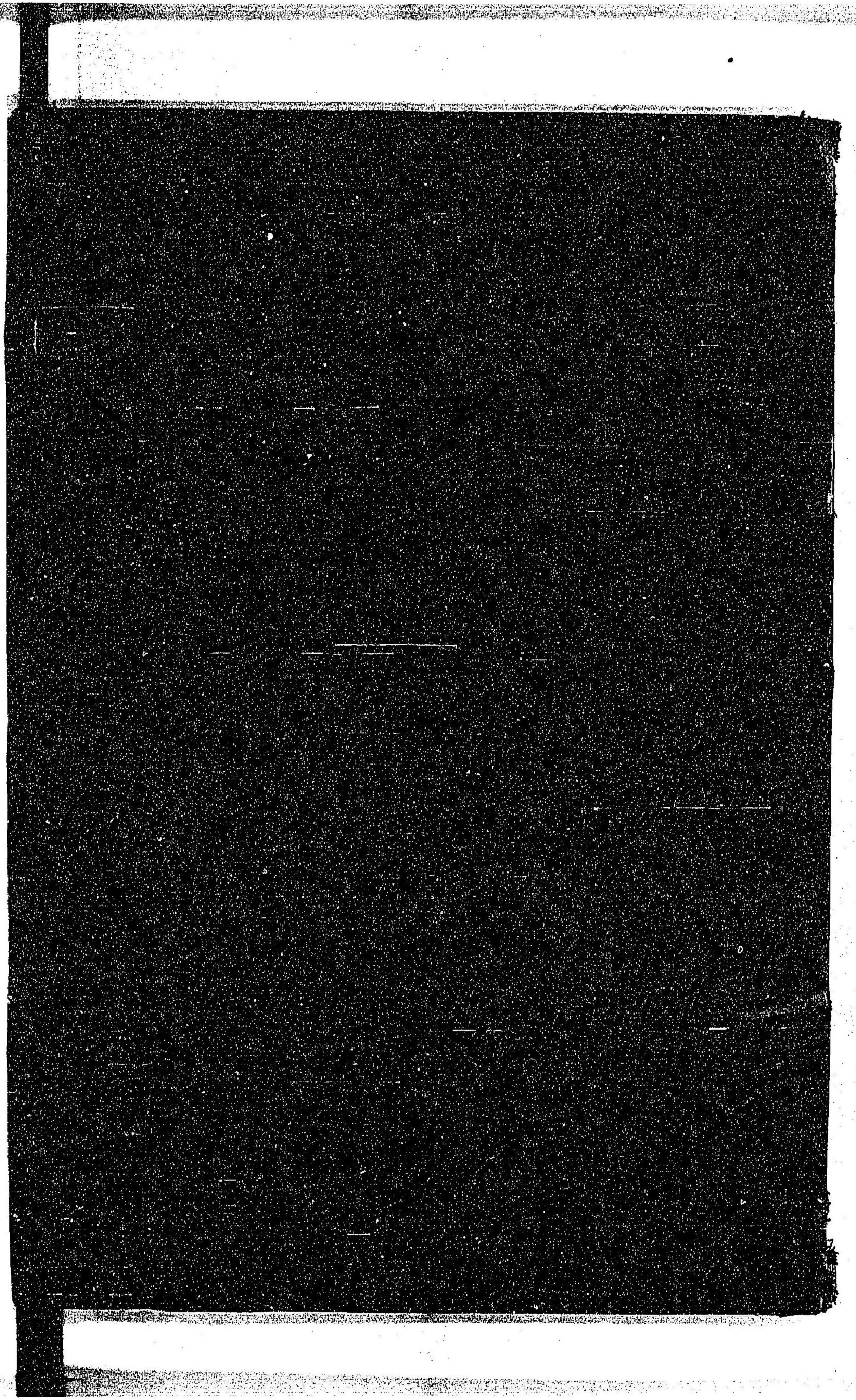
ヲ此ニ規定セサル時ハ刑法典中親屬ニ係ル者ノ處分ニ困難ナルヲ以テ暫ク之ヲ此ニ置キタルナラン而シテ第二編以下ニ於テ親屬ナル文辞アル場合ハ悉ク本章ノ所謂親屬ニアラスシテ或ル二三ノ親屬ニ限ルコト有リ個ハ其條下ニ至リテ攻究スルコト爲サン

編者曰ク本講ハ頁數甚タ多キニ至リタルヲ以テ讀者ノ便ヲ圖リ此ニ至ルマテヲ以テ第一冊ト爲シ第二編以下ヲ第二冊ト爲シ新ニ頁ヲ附スルコト爲スヘシ

日本刑法講義第一冊終



14
334
284



14
334口

036126-000-3

14-334口

日本刑法講義 第1冊

宮城 浩蔵 / 述

[M28?]

BBP-0784



