

工5211

43-41



法學士 岡田朝太郎講述

司法省
指定

日本法律學校發行



刑法(總則)目次

緒言

第一章	刑事法ト刑法トノ範圍	一丁
第二章	刑法ハ公法ノ一部ナリ	二丁
第三章	社會刑罰權ノ基本	三丁
第四章	刑事法學ト罪科學トノ關係	四六丁
第五章	刑事法ノ沿革	六三丁
第一編	犯罪	九八丁
第一章	犯罪ノ定義	九八丁
第二章	犯罪ノ主體並ニ客體	一〇五丁
第三章	犯罪成立要素	一二三丁
第一節	明文犯罪ノ成文的要素	一一四丁

生

第一款 刑罰ヲ制裁トシタル禁令命令ノ發
一三二丁

第二款 刑罰ヲ制裁トシタル禁令命令ノ種
類
一三三丁

第三款 刑ヲ制裁トシタル禁令命令ノ効力
一三三丁

第四款 刑ヲ制裁トシタル禁令命令ノ消滅
一五〇丁

第二節 所爲(犯罪)ノ實體的要素
一五一丁

第一款 豫備ノ所爲若手ノ所爲及ヒ實行ノ
所爲ヲ論ス
一五三丁

第二款 豫備犯未遂犯既遂犯ヲ論ス
一六〇丁

第三款 着手未遂犯餘効犯ヲ論ス
一七七丁

第四款 中止犯ヲ論ス
一八六丁

第五款 不能犯ヲ論ス
一九五丁

第三節 意思(犯罪)ノ精神的要素
二〇三丁

第一款 辨別ヲ缺クニ基ク無罪ヲ論ス
二〇七丁

第二款 自由ヲ缺クニ基ク無罪ヲ論ス
二二三丁

第三款 犯意ヲ缺クニ基ク無罪ヲ論ス
二三五丁

第四節 無權利
二六六丁

第一款 總論
二六七丁

第二款 刑法七十六條ノ解釋
二七二丁

第三款 正當防衛
二八〇丁

第一項 正當防衛ノ基本并ニ之ヲ權利ナ
リト云フ理由
二八一丁

第二項 正當防衛ノ條件
二八四丁

第四章 犯罪ノ種別
三〇七丁

第一節 罪質ノ輕重ヨリ觀察スル種別
三〇八丁

第一款 重罪輕罪違警罪ヲ分ツ標準
三〇八丁

第二款 區別ノ範圍
三二四丁

第三款 區別ノ實益 三二六丁

第二節 成立ニ犯罪ヲ要スルト否トヨリ觀察
 スル犯罪ノ種別 三一八丁

第三節 所爲ノ狀態ヨリ觀察スル犯罪ノ種別 三二一丁

第一款 豫備犯着手未遂犯缺効犯既遂犯 三二一丁

第二款 行犯不行犯 三二一丁

第三款 即成犯繼續犯 三三三丁

第四款 單行犯慣行犯連續犯 三三六丁

第四節 發覺ノ模様ヨリ觀察スル種別 三三〇丁

第五節 他ノ犯罪ニ牽連スルト否トヨリ觀察
 スル犯罪ノ種別 三三四丁

第六節 客體ノ如何ヲ標準トスル犯罪ノ種別 三三五丁

第一款 公益ニ關スル罪身體財産ニ對スル
 罪 三三六丁

第二款 國事犯非國事犯 三三七丁

第七節 違犯シタル法則ノ如何ヨリ觀察スル
 犯罪ノ種別 三四〇丁

第八節 公訴ヲ提起スルニ告訴アルヲ要スト
 否トヨリ觀察シタル犯罪ノ種別 三四三丁

三四五丁

第二編 刑罰

第一章 總論

第一節 刑罰ノ定義 三四五丁

第一款 刑罰ノ實質ノ定義 三四六丁

第二款 刑罰ノ形象ノ定義 三四八丁

第二節 刑罰制度ニ關スル現行ノ主義 三五二丁

第三節 刑名 三五五丁

第一款 主刑附加刑 三五六丁

第二款 重罪ノ刑輕罪ノ刑違警罪ノ刑 三五九丁

第三款 國事犯ノ刑非國事犯ノ刑
第二章 刑ノ分類

第一節 生命刑

第一款 日本ノ死刑沿革

第二款 死刑ヲ存スルノ可否

第一項 死刑廢止論ノ沿革

第二項 死刑廢止主義ノ論旨並ニ其批評

第三項 死刑存在主義ノ論旨并ニ其批評

第四項 現行刑法カ死刑ヲ採用シタル

主旨並ニ其評

第五項 結論

第二節 自由刑

第一款 自由刑總論

第二款 自由刑ノ區別

三六一丁

三六二丁

三六三丁

三六六丁

三六七丁

三六八丁

三七三丁

三七七丁

三七八丁

三八三丁

三八三丁

三八三丁

三八六丁

三八六丁

第一項 無期ノ自由刑有期ノ自由刑

第二項 定役アル自由刑定役無キ

自由刑中間ノ自由刑

第三項 主刑タル自由刑附加ノ

自由刑

第三節 財産刑 附徵償處分

第一款 財産刑總論

第二款 罰金並ニ科料

第一項 罰金科料カ刑罰タルヲ知ル標準

第二項 罰金科料カ刑罰タル結果

第三項 罰金科料ノ利害

第四項 沒收

第四節 能力刑

第一款 剝奪公權

三八六丁

三八八ノ五丁

三八八ノ一四丁

三九七丁

三九七丁

三九七丁

四〇二丁

四〇三丁

四〇六丁

四一〇丁

四一二丁

四一三丁

四一三丁

第一項 剝奪公權ハ何ヲ剝奪スルカ 四一四丁

第二項 剝奪公權ヲ重罪處刑者ニ終身附

加スルノ可否 四一七丁

第二款 停公權 四二〇丁

第三款 禁治産ノ定義 四二三丁

第三章 刑ノ適用 四二八丁

第一節 總論 四二八丁

第一款 定義 四二八丁

第二款 加重減輕 四二九丁

第二節 加重 四三三丁

第一款 裁判上ノ加重 四三四丁

第二款 法律上ノ加重 四三七丁

第一項 主觀的加重客觀的加重 四三八丁

第二項 一般加重特別加重 四四一丁

第三節 減輕 四四九丁

第一款 酌量減輕 四五〇丁

第一項 酌量減輕ヲ設ケシ理由 四五〇丁

第二項 酌量減輕ヲ與フヘキ原因 四五二丁

第三項 酌量減輕ヲ與ヘ得ル範圍 四五四丁

第二款 宥恕減輕特別減輕 四六〇丁

第一項 宥恕減輕並ニ特別減輕ノ性質 四六一丁

第二項 宥恕減輕ト特別減輕トノ區別ノ

實益並ニ宥恕減輕ノ基本トナル

區別 四六四丁

第三項 宥恕全免ト不論罪トノ區別 四六五丁

第三款 自首減輕 四六九丁

第一項 自首ヲ刑罰減免ノ原因トシタル

理由 四六九丁

第二項	自首ノ條件	四七二丁
第三項	自首ノ効力	四七五丁
第一節	加減例並ニ加減順序	四八二丁
第一款	加減例	四八二丁
第一項	加重例	四八八丁
第二項	減輕例	四九二丁
第三項	自由刑ノ加減計算法	四九八丁
第二款	加減順序	五〇一丁
第四章	刑ノ執行	五〇三丁
第一節	總論	五〇三丁
第二節	生命刑ノ執行	五〇六丁
第三節	自由刑ノ執行	五一二丁
第一款	日本監獄制度	五一四丁
第一項	場所ノ組織	五一四丁

第二項	定役	五一七丁
第三項	工錢	五一九丁
第二款	刑期計算	五二三丁
第一項	刑期起算點	五二五丁
第二項	執行期間計算點	五三四丁
第三款	假出獄免幽閉假免監視	五三六丁
第一項	假出獄ヲ許スニ足ル條件	五三七丁
第二項	假出獄ノ効果	五四二丁
第三項	免幽閉	五四六丁
第四項	假免監視	五四八丁
第四節	財産刑ノ執行	五五〇丁
第五章	刑罰若クハ刑罰執行權ノ消滅	五六二丁
第一節	犯人ノ死亡	五六三丁
第二節	後發ノ刑ノ宣告確定	五六六丁

第三節	非常上告並ニ再審	五六八丁
第四節	恩典	五七〇丁
第一款	大赦	五七二丁
第二款	特赦	五七三丁
第三款	復權	五七五丁
第五節	期滿免除	五七七丁
第一款	總論	五七七丁
第二款	刑ノ期滿免除ノ期間並ニ其起算點	五八六丁
第三款	刑ノ期滿免除ノ中斷	五九一丁
第三編	多數ノ犯罪並ニ多數ノ犯人	五九六丁
第一章	一人數罪	五九六丁
第一節	再犯	五九六丁
第一款	再犯ノ定義并ニ條件	五九六丁
第二款	再犯處分	六〇九丁

本
七九
七八

第二節	數罪俱發	六一六丁
第一款	數罪俱發ノ定義並ニ條件	六一六丁
第二款	數罪俱發處分	六一〇丁
第一章	數人一罪(即チ數人共犯)	六三八丁
第一節	總論	六三八丁
第二節	共犯ノ成立	六四八丁
第一款	正犯	六四八丁
第二款	教唆罪	六五二丁
第三款	從犯	六五二丁
第三節	共犯處分	六五二丁
第四節	從犯處分	六五二丁

刑法(總則)目次 完

刑法(總則)

法學士 岡田朝太郎 講述

緒論

第一章 刑事法ト刑法トノ範圍

(一) 刑事法トハ刑罰權ノ行使ヲ定ムル規則ノ全體ヲ云フ律令法職制法手續法ノ三要部ヨリ成立ス

刑事律例法ハ犯罪ト刑罰トノ條目ヲ定ムル規則ナリ國法上如何ナル所爲カ犯罪トナルヤ犯罪アリタル時ハ其制裁トシテ如何ナル刑罰ヲ科スヘキカノ二點ハ刑事律令法ニヨリテ之ヲ知ルヘキナリ現今名ツケテ單ニ刑法ト云フ即チ刑法ハ刑事法ノ一部分ニ過キス

刑法(總則)

緒論 刑事法ト刑法トノ範圍

刑事職制法ハ律例的(即チ刑法)ノ運用ヲ司ル權力ノ組織分配チ一定スル規則ナリ裁判所構成法ノ範圍ニ屬ス
刑事手續法ハ犯罪ノ搜索裁判及ヒ裁判執行ノ刑式ヲ定ムル規則ナリ刑事訴訟法是レナリ予カ本校ニ於テ講述セントスル所ハ右第一ノ刑事律例法即チ刑法ノ總則ノミニ止マルモノトス

第二章 刑法ハ公法ノ一部ナリ

(一) 國法ヲ分類スルニ當リ通常公法ハ私法ト對立セシム
公法トハ何ソヤ國家ノ組織國家ト國家トノ關係國家ト一私人トノ關係ヲ規定スル法則ノ全體ヲ云フ換言スレハ一ノ法則カ規定スル所ノ關係ニシテ當事者ノ雙方若シクハ一方ニ國家ヲ見ルモノハ公法上ノモノナリ私法トハ之ニ反シテ一私人ト一私人トノ關係ヲ規定スルモノヲ云フ即チ當事者ノ雙方カ一私人ノ資格ヲ有スルモノハ私法上ノ關係ニ外ナラス故ニ公法ノ維持制裁ハ國家若クハ其代表者之ヲ請求セサルヲ得ス私法ノ維持制裁ハ一私人ノ請求ヲ俟ツテ國家之ニ干與シ私人ノ請求セサルモノハ之ニ

容喙スル克ハサルモノナリ (Roguin) 氏書 (Regledu Droit Penel) 刑法原理第百八十一頁參照

刑法ハ犯罪ト刑罰トヲ定ムル律例ナリ國家カ一私人ニ對シテ有スル刑罰權ノ行使チ一定スル條目ナリ之ニ罪ト認メタル所爲ヲ犯スモノアルトキハ國家ノ代表者其制裁ヲ要求シ要スルニ一私人ノ告訴ヲ俟ツモノニ非ス裁判官タルモノモ要求ノ當不當ヲ審案シタル上ニテ同一ノ所爲ニ或ハ刑ヲ科シ或ハ之ヲ科セサルノ自由ナシ故ニ刑法ハ公法ノ一部ナリトス

第三章 社會刑罰權ノ基本

(一) 刑法ハ罪ト刑トヲ定ムル條目ナリ社會公權ノ代表者ヲシテ罪ヲ犯シタル者ノ生命身體財產榮譽自由ヲ剝奪セシム社會カ此ノ如キ刑罰權ヲ有スル理由ハ何ソヤコレ即チ社會刑罰權ノ基本如何ト云フ刑法々理上ノ一大問題ナリトス

(註) 苟モ一國ニ刑法アリテ之ヲ貫徹スル一定ノ主義ナキモノアランヤ然レトモ何故ニ社會カ刑罰權ヲ有スルカト云フ基本ノ論ニ至リテハ漸ク

十八世紀ノ後半ニ達シテ初テ法理學者ノ研究スル所トナレリ
 何故社會カ刑罰權ヲ有スルヤト云フ問題ハ既ニ社會ニ刑罰權アリトシ
 テ只其理由ヲ爭フモノニ外ナラス故ニ其說多數ノ學派ニ分ル、モ刑罰
 權アリトスルノ一點ニ至リテハ盡ク同意スル所トス之ニ反シテ社會ハ
 刑罰權ナシト主張スル異說ニ二ケアリ參考マテニ一言ス

第一說 古來國家アレハ必ラス刑罰ト云フ制度アリ然レトモ刑罰ハ毫モ
 罪人ヲ消滅セシムルコト能ハス管ニ罪人ヲ消滅セシムル能ハサルノミ
 ナラス之レヲ減少スルコトヲモ能ハサルナリ其理由他ナシ社會ハ固
 ト刑罰權ヲ有スヘキモノニ非ララスト(Emile Girardin)氏著(Dudroite Punir)刑
 罰權論參照此ノ說ニ三大缺點アリ(一)曰ク必ラスシモ刑罰ハ罪人ヲ減少
 セシムル能ハスト云フ可カラス我國ノ如キモ現行刑法實施以來明治十
 五年ヨリ明治二十一年マテハ初犯ノ犯法者ヲ遞減シタリ不幸ニシテ明
 治二十二年以降再ヒ遞加スルノ傾向アリ又其遞減シタル間モ專ハラ刑
 罰ノ力ニ因ルモノト斷言スル克ハサルモ氏ノ如ク毫モ刑罰ハ罪人ヲ減

少セシムル効ナシト極言スルハ頗フル不當ナリトス(二)今假リニ氏ノ論
 ニ一步ヲ譲リテ刑罰ハ罪人ヲ消滅減少スル克ハストスルモ未タ以テ社
 會ニ刑罰權ナシト決論スル克ハス若シ夫レ各種ノ研究ニヨリ罪人ヲ減
 少スルニ足ル全壁ノ刑罰制度ヲ發見セハ氏ノ論理上遂ニ社會ハ此ノ如
 キ刑ヲ科スル權力アリト云フノ已ムヲ得サルニ至ラン而カモ何カ故ニ
 社會ハ此ノ刑罰ヲ科スル權力アリヤト云フ問題ハ依然決セラル、コト
 ナクシテ存スルナリ(三)刑罰ノ目的豈ニ獨リ罪人ヲ消滅減少スルノミニ
 アランヤ

第二說 曰ク罪人ハ心身共ニ一種異様ノ變則物ナリ瘋癲ニ非サレハ白
 痴ノミ腦組織ニ異常アル不具者ノミ社會豈不具者ヲ捕ヘテ其責任ヲ論
 シ刑罰ヲ科スルノ權利アランヤ唯之カ治療ノ道ヲ講スヘント此說モ亦
 誤レリ(一)醫學上罪人ハ悉ク瘋癲白痴ナリト云フ克ハス(二)假ニ罪人ヲ悉
 ク瘋癲白痴ナリトセハ社會ノ生存ヲ維持スルニ已ムヲ得サル範圍内ニ
 於テ人工的ニ淘汰セサル可カラス又此場合ニ刑罰ハ國家カ現社會ノ生

存ニ適セサルモノヲ人工的ニ淘汰スルノ方法トナルヤ必セリ(ガ三)氏著
(Phy siolo gie du cerveau) 腦究理論第四卷參照

(四) 刑罰權ノ基本ニ關スル學說ヲ大別シテ民約主義純正主義必要主義折衷主義自然法主義ノ五トス

(五) 民約主義 民約主義ハ千七百年代ノ佛ノ(Jean Jacques Rousseau) 氏ノ著書結社の契約論(Contrat social)ヲ得テヨリ非常ノ勢力ヲ逞クシ其結果歐洲ノ政治法律ノ學說ヲ一變セシメ遂ニ古今未曾有ノ大革命ヲ惹起サシメタルモノナレトモ既ニ千五百年代ノ前半ニ於テ此種ノ說ヲ主張シタルモノアリ爾來幾多ノ學者之レヲ贊同シ只タ氏ニ及ンテ最モ勢力ヲ得タルモノトス

民約主義ノ說ニヨレハ人間ハ其始獨立自由ノモノナリシカ相互ニ協議契約ヲ以テ社會ヲ組織シ任意ニ各種ノ社會的制度ヲ創立シタルモノナリ社會制度ノ一ナル刑罰ニ至リテモ亦其基源ハ人間相互ノ約束ヨリ出テタルモノナリト而シテ同シク民約主義ニ因テ刑罰權ノ基本ヲ論スル說モ之ヲ

大別スルトキハ三種ノ異同アルヲ見ル

第一說ニ曰ク吾人々類ハ未ダ社會的生活ヲナサ、ル獨立不羈ノ時代ニ方リ各々天賦ノ防衛權ヲ有セリ而シテ契約ヲ以テ社會ヲ組織スルニ方リ此防衛權ヲ社會ニ讓與シタ火是レ即チ刑罰權ノ基本ナリト

第二說ニ曰ク吾人々類ハ自然ノ狀態即チ結社の生存ヲナスノ以前既ニ各々刑ヲ科スル權利ヲ有セリ故ニ協議ニ因リテ社會ヲ組織スルニ方リテ之ヲ社會ニ讓リタルモノナリト

第三說ニ曰ク吾人々類ハ當初契約ヲ以テ社會ヲ編成スルニ方リ到底吾人カ法律ナクシハ安全ナル生活ヲナス能ハルヲ識リ且法律アレハ制裁ナカレ可カラサルヲ悟リテ以テ一ノ規約ヲ立テ苟モ社會ニ齒セラレント欲スル者ハ其法律ヲ遵奉スヘク若シ之ヲ犯セハ制裁トシテ刑罰ヲ加フルモ敢ヘテ異議ナキヲ盟ヘリ社會ノ刑罰權ハ即チ此約束ニ基因シタルモノナリト

(六) 以上陳述シタル民約主義ノ學說ハ到底空論タルヲ免レス全體ヨリ云

ハ歴史に毫モ痕跡ナキ人民ノ契約ト云フヲ以テ人類結社の生活組織ノ基礎トシテノ欠點アリ此ノ如キ架空ノ妄説モ(Rousseau)氏ノ筆ヲ籍リテ歐洲ノ文物ヲ蹂躪シタルハ當時未ダ百科物理學發達セズシテ人類ノ生物上ノ位置ヲ知ラサルト封建政治ノ余弊國民ノ怨望ヲ深カラシメタル政治的關係ノ然ラシメタルニ外ナラス英ノ(Bentham)氏嘗テ刑罰權ノ基本カ民約ニアリト云フ説ヲ冷評シテ曰ク犯罪人ハ社會公衆ノ敵ナリ敵ノ勢ヲ殺キ再ヒ抵抗スル克ハサラシムルニ惡ンソ其承諾ヲ俟ツノ必要アラシヤト同氏著 Theories des peines et des récompences (賞罪編第八頁)

右ハ民約主義全體ニ通スル根本ノ誤謬ニシテ各説亦固有ノ欠點アリ第一説ニ曰フ如ク刑罰權ノ基本ヲシテ若シ吾人天賦ノ防衛權ニアラシメハ害惡去ルノ後ニ於テ罰ヲ科スルハ防衛權ノ限界ヲ超過スルモノト云フノ己ムヲ得サルニ至ラン又第二説ハ吾人ハ吾人カ獨立平等ノ地位ニアルトキ既ニ天賦ノ刑罰權アリト主張スト雖トモ權力アル者カ權力ヲキ者ニ強制スルニ非サレハ刑罰ノ性質ヲ具フルコトナシ(勿論社會ノ權力未ダ十分發

達セサル元始時代ニハ吾人固有ノ腕力ヲ以テ危害ヲ防衛シ其去ルノ後復讐ヲナシテ僅ニ後害ヲ豫防シタルハ事實ニシテ刑罰モ亦其中ニ胞胎シタルモノタルハ其理ナリト雖モ之ヲ以テ刑罰權ヲ有セシモノトスルハ頗ル不當ノ論ナリ終リニ第三説ハ吾人ハ法律ナシテ生活スル克ハス法律ハ制裁ナカル可カラサルカ故ニ吾人カ任意ニ社會ヲシテ刑ヲ科セシメタルモノト曰フト雖トモ文明ノ社會ニ於テハ生命身體ヲ以テ契約ノ目的物トナス克ハサルノ法理アルヲ如何セン佛ノ(Hausin Heile)氏ハ(Beccaria)氏ノ犯罪及ヒ刑罰論書名ヲ註スルニ當リ此ノ説ヲ評シテ曰ク果シテ吾人カ法律ナクシテ生活スル克ハス又法律ニ制裁ナカル可カラサルモノハ何カ故ニ之レヲ設クルニ相互ノ承諾ヲ要スルヤト(千八百七十年印行同氏評註ベツカリ)氏犯罪刑罰論第十七頁註民法主義ハ此ノ如ク欠點アルモノナリト雖トモ十八世紀ノ終リニ刑法ノ改正ヲ促カシ更ラニ他ノ學說ヲ喚起シテ基本論ノ研究ヲ熾シナラシメタルノ點ハ十分注意セサル可カラサルモノ

(七) 純正主義 ハ讀ミテ字ノ如ク刑罰權ノ基本ヲ專ラ正義ノ一ニ歸ス其
 說ノ大要ニ曰ク人ノ社會ヲ組織シ國家ヲ建ツルハ任意ノ契約ニ出ツルニ
 非ス固有ノ天性ニ基クモノナリ即チ人ノ結社の動物タル本質アルカ爲ニ
 國家ニ生活スヘキ彝倫上ノ必要ヲ有シ國家ハ人類ヲシテ彝倫上ノ必要ヲ
 滿タサシムル爲ニ正理ヲ以テ各制度ノ根據ヲラシメサル可カラズ何チカ
 正理ト云フ善ニ余慶アリ惡ニ殃報アル是ナリ此正理モ亦吾人ハ天賦ノ良
 心ニ因リテ容易ニ之ヲ會得ス國家ノ制度ノ一タル刑罰法ノ基本此正義ノ
 外ニ何カアラント之ヲ要スルニ純正主義ハ罪惡必罰ノ正理ヲ以テ唯一ノ
 論據トスルモノナルヲ以テ虞書ニ天討有罪ト云ヘルモ (Malum actionis propter
 malum passionis) 惡行ト惡報トハ必ス相伴フト云ヘル古語ノ意モ共ニ同一ナ
 リトス

抑々此罪惡必罰ト云フ賠償主義ヲ以テ社會万般ノ制度ノ基本トシ人間各
 種ノ行爲ノ緘言トシタルハ政度ノ區別判然セサル幾多ノ世紀間和漢洋共
 ニ暗々裡ニ行ハレタル所ニシテ殊ニ之ヲ刑罰權ノ基本トスヘシト主張シ

タルモノナキ間モ印度哲學ヲ支那ヨリ繼受シ歐洲近世法理ヲ析衷シタル
 刑典ノ出ツルマテ全ク之ニ因リシモノトス然レトモ前ニモ一言シタル如
 ク之ヲ刑罰權ノ基本トスヘキ法理論ノ盛ニ世上ニ傳ハリシハ前世紀ノ後
 半ニ起リタル現象ナリ

(註) 純正主義ヲ以テ刑罰基本ヲ解釋シタル重ナル學說ヲ舉列セシ

第一說 獨ノ (Frederic Henri Jacopi) 氏 (1748—1819) ノ所說ニ因レハ刑罰權ノ基
 本ハ人間天賦ノ良心ニシテ生レナカラ善惡邪正ヲ識別スル稟性ハ他ノ
 推究ヲ待タズ國家刑罰權ノ因ツテ起ル所罪惡必罰ノ道義感情ニアルヲ
 知ラシムルニ足ルト(同氏著 (De Hume et de lafon) 理想派並ニ實踐哲學論參
 照) 氏ノ說ノ一大欠點ハ人類ノ生物上ノ位置ヲ明ラカニセス從ツテ良心
 ナルモノノ各人同分量ニ存スルガ如ク主張セルニアリ然レトモ百科物
 理學ノ補助不十分ナル時代ニ此ノ如キ學說ノ出ツルハ亦己チ得サル
 所ナルヲ以テ獨リ之レチ氏ニ責ムルハ酷評ト云ハサル可カラス氏ヤカ
 ノト氏ト兄タリ難ク弟タリ難キ一大哲學者トシテ又カント氏ト哲學場

裡ニ一大快戰ヲ試ミタル大英雄トシテ深ク尊敬セサルヘカラサルハ勿論ナリ

第二説 同シク獨ノ(Kant)氏(1724—1804)其刑罰權ノ基本ヲ罪惡必罰ノ主旨ニ出ツルモノトスレバ氏ハ之ヲ以テ(Jacobi)氏ノ如ク良心ニ因リ自然ニ知り得ルモノトセス其應ニ然ラサル可カラサル理由アリテ正義ノ命スル所己ムヲ得ス之ヲ行フモノトセリ即チ氏ハ善ニ余慶アル如ク惡ノ殃報トシテ刑ヲ科シ罪惡ノ效果ト刑罰ノ效果トヲ平均セシムヘシト主張ス但シ人ヲ傷ケザルモノハ之ヲ傷クル如キ有形ノ復酬ヲ必要トスル程ノ極端ニ非スシテ痛苦損害トノ均一ヲ採レハ足レザト認ムル説ナリ(同氏著 *Principes métaphysiques du droit* 法理哲學參照)

氏ノ所説ノ欠點ハ正義ノ基ク所ヲ示サ、ルニアリ固ヨリ正理ト云ヒ正義ト云フ語ノ意味ニ因リテハ我輩ト雖モ徹頭徹尾之ヲ排斥スルモノニ非ス然レトモ氏ノ如ク單ニ刑罰ハ罪惡ノ應報ナルカ故ニ正理ニ叶フト云フ如キ漠然タル論鋒ヲ以テ人生幸福ノ元素タル身體生命榮譽自由財

大五

産ヲ褫奪スル例外ノ制度ヲ説明シ去ラントスルトキハ時代ニ依リ國ニ依リ屢々變遷シタル微妙ノ法理ヲ説明スル克ハサルヲ如何セン

第三説 獨ノ(Zachariae)氏(1787—1843)所説ハ大要ハ刑罰權ノ基本ノ罪惡必罰ノ正理ニ出ツル更ニ疑ヒナシト雖モ罪ト刑トノ權衡ヲ保ツノ標準ヲ明ニセサル可ラズ犯罪ハ悉ク他人ノ自由ヲ侵害スルモノナリ故ニ刑罰トシテ犯人ノ自由ヲ剝奪スルノ必要タル知ルヘシ但シ財產權ヲ侵ス如キ直接ニ自由ヲ侵害セサルモノハ一日ノ普通賃金ヲ標目トシテ損害金額ニ相當スル日月間自由刑ニ處スヘシト云フニアリ(同氏著 *Eintausend runde des philosophische Kriminajpecht* 刑法哲學楷梯參照)

此説ノ欠點ハ(一)犯罪ニ因リテ生スル損害ヲ悉ク自由ニ歸スルニアリ自由ト云フ語ノ意味ヲ度外ニ汎ク使用セスハ豈此中ニ生命財產身體榮譽社會ノ安寧等ヲ含蓄セシムルヲ得ンヤ(二)刑ノ標準及ホスヲ獨被害者ノ侵犯サレタル自由ノ多少ニヨリテ加害者ノ狀態社會ニ影響等ヲ斟酌スルノ必要ヲ説カサルニアリ

第四説 獨ノ Henke (1752—1809) モ亦前三氏ト同一ノ主義ヲ採レリ唯々刑罰ノ標準ニ至リ説チ異ニシテ曰ク刑罰ハ單ニ犯人ノ惡意ヲ翻ヘスナ限界トスヘシ惡人ノ改心シタルトキハ即チ罪業消滅ノ期ナリ既ニ邪惡必罰ノ理ヲ満足セシメタルモノナリト(同氏著 *Streit der Strafrechts Theorien* 刑法理論參照)

獨國近世ノ刑法ノ大家 Berner 氏其著書 *Imputationslehre* (犯罪責任論)ニ於テ之レヲ駁シテ曰ク氏ノ所説チ實際ニ行ハントスレハ輕微ナル罪ヲ犯シタルモノト雖トモ改心ニ遲キ者ハ甚々重ク罰シ大罪ヲ犯シタル者モ速ニ遷善スレハ極メテ輕ク罰スルノ必要ヲ生シ遂ニ罪ト刑トノ權衡ヲ失スルニ至ラズ且ツヤ遷善改悛ノ遲速ハ各犯人ノ性質ニヨリ一様ナラサルカ故ニ刑法ハ豫メ一定ノ刑ヲ劃スル能ハス裁判官ハ確定ノ刑ヲ宣告スルヲ得サルノ不都合アリテ遂ニ實行ス可カラサル害論タルヲ免レスト

我輩ハ此駁論ニ對シ始中終贊成ノ意ヲ表スル克ハス重大ナル罪ヲ犯シ

六六

六七

タル者ト雖モ一旦重キ刑ヲ宣告シタル後ニ改心ノ徵效アルヲ待チテ之ヲ輕減シ犯罪其者カ輕微ナリト雖モ再應ノ刑ニ懲リサル犯人ハ主觀的ノ理由ニ基キテ重刑ヲ科スル當ニ不當ナラサルノミナラズ極メテ必要ナル制度ナリ(假出獄再犯加重ノ說明ヲ參照スヘシ)而シテ之ヲ實際ニ行フ克ハサル空論ナリト云フニ至リテハ酷評ノ酷評者ト云フサル可カラズ刑ヲ輕減スルハ執行ヲ中止スルニ依リテ行ハレ得ルモノニシテ加重スルハ宣告ノ際ニ執行官ニ條件附ノ刑期延長ノ權利ヲ與フニ依リテ行ハレ得ルモノナリ但シ此後ノ制度ニ至リテハ我輩ノ新按ニ羅ルヲ以テ爰ニ一言センニ例ヘハ竊盜罪ヲ犯シ再犯加重ノ刑ニ懲リサルモノハ三犯ノ宣告ニ尙一層長期ノ刑ヲ示シタル上ニ尙執行官ニ命シテ刑期ノ到着シタルトキ懲改遷善ノ跡ヲ見サル囚徒ヲ長ク留置スルヲ得セシムルニアリ

而リト雖モ Berner 氏ノ駁論ノ主旨ニ至リテハ大ニ贊成セサルヲ得ス何チカ駁論ノ主旨ト云フ蓋シ氏ノ駁論ハ Henke 氏カ刑ノ標準ヲ獨リ犯人

ノ懲否ト云フ主觀的事實ニ採リテ所犯ノ狀況社會ノ影響等ヲ斟酌スルノ必要ナルヲ脱シタル點ヲ咎ムルモノニ外ナラスヘンケ氏ノ論ハ實ニ此缺點アルヲ以テ我輩モ亦獨リ犯人ノ改心ト否トヲ刑ノ標準トスルハ不都合ナリト確信ス

第五說獨ノ Hegel 氏 (1770-1831) ノ說ヲ畧述スレハ社會全般ノ總意ト云フモノアリ一個人特發ノ偶意ト云フモノアリ社會全般ノ意思ハ永存シテ侵ス可カラズ一人特發ノ意思ハ時ニ此社會ノ意思ニ反ス社會ノ意思ハ法律トナリ之レニ反スル一人ノ偶意ハ犯罪トナル爰ニ於テカ法律ハ犯ス可カラサルモノヲ犯シタル制裁トシテ刑罰ヲ科ス蓋シ正理ノ命スル所ナリ而シテ犯罰ハ法律ノ打消ナリ刑罰ハ法律ヲ打消ノ打消ナルカ故ニ二個ノ打消ハ合シテ一ノ許定トナリ一ノ權利ヲ餘ス即チ刑ハ其性質輕重全ク犯罰ト同一ナラサル可カラサルノ必要ヲ生シ之ニ對シテハ犯人ト雖モ異議スル能ハサル義務アリ之ニ違ヒタル制裁ヲ拒ムノ權利アリト(同氏著 Rechts-Philosophie 法理哲學參照)

氏ノ說ノ短所ハ永存スル社會ノ意思ノ何物タルヲ示サ、ルニアリ蓋シ氏ノ論鋒ニ基キ法律ヲ以テ社會ノ意思ノ發表サレタルモノトシ而シテ法律カ各國各時代ニ於テ變遷進化シタル沿革的事實ヲ考フル時ハ遂ニ永久ニ存在スル社會ノ意思ト云フモノ無キニ至ラン且ツヤ刑ノ分量性質カ犯罪ト同一ナラサル可カラサルニ至リテハ太古ノオリオン法(人ヲ殺サハ殺サレ人ヲ傷ケレハ傷ケラル)主義ト毫モ差別ナク數百年ノ古尙ホ且其不條理ニ堪ヘスシテ倒レタルモノヲ今日ノ文明社會ニ再生セシメントスル議論ナリ

(八)註ニ述フル如ク純正主義ノ學說モ甲乙多少ノ差別アリ又各說共ニ欠點ナキ克ハ以テシテ其全體ニ通スル批難ハ穂積博士嘗テ之ヲ論セラレテ餘ス所ナシ博士曰ク絕對主義(即チ純正主義)ノ刑罰論ハ其主張者ニヨリ甲乙論法ヲ異ニスル所アリト雖モ之ヲ要スルニ正理ヲ以テ刑罰權ノ基礎トナシ犯罪ヲ以テ刑罰ノ標準トナシ反座ヲ以テ其方法トナスニ至リテハ諸說皆一ノ轍ニ出ツルカ如シ然ルニ是等ノ諸學士ノ探リテ以テ其論據トナス

所ハ唯漠然タル一種ノ感情アルノミ而シテ何故ニ刑罰ハ正理ノ要求ナル
 ヤノ問題ニ至リテハ一モ之カ解説ヲ試ミス故ニ我輩ハ正理主義ハ必竟獨
 斷定教タルニ過キスシテ真正ノ學理上ノ基礎トナスニ足ラサル者ナリト
 評セサルヲ得サルナリ若シ又絶對的ノ諸學士ニ雷同シテ罪ニ罰アルハ人
 類思想ノ要求ナリトシテ反座主義ヲ適用セントナラハ我輩ハ期滿免除及
 ヒ大赦特赦ハ刑理ニ反スル者ナリト斷定セサルヲ得ス故ニ一タヒ罪ヲ犯
 ス者アル時ハ假令其後數十年ノ星霜ヲ經過シ社會ハ之ヲ忘ル、モ正理ハ
 尙ホ之ヲ赦サス草ヲ分チ根ヲ堀リテ其犯者ヲ搜索シ飽ク迄モ罪惡必罰ノ
 正理ナル者ヲ貫カサル可ラス又假令如何ナル政界上社會上ノ理由アルモ
 決シテ罪囚ヲ放赦スル能ハサルカ如キ不條理ニ陷ラサルヲ得サルナリト
 (法學協會雜誌第三十九號所載)且ツ夫レ人ニハ道德至高ノ聖人君子アリ暴
 戾至ラサル所ナキ惡漢兇徒アリ多數ハ此中間ニ任スルモノトセヨ恰モ刑
 法ヲ以テ惡徒ヲ罰スル如ク別ニ汎ク聖人君子ノ善行ヲ賞スル法典ノ必要
 ナ感スルニ至ラン又一私人カ他人ノ身體生命榮譽自由財產ヲ侵害スル所

セ

五

爲ハ罪トナリ社會カ罪人ノ身體生命榮譽自由財產ヲ褫奪スル制度ハ犯罪
 行爲アリテ只一ノ理由ニヨリテ正當トナラハ何故ニ一私人モ刑ヲ科スル
 ノ權利ナキカ宜ナル哉政教ノ區別判然タル今日純正主義ヲ以テ刑罰權ノ
 基本ヲ論スルノ學者ハ二三神學派ノ者(例ヘハ Lincian Brun 氏ノ如キ)ヲ除ケ
 ハ殆ント其跡ヲ斷チタルヤ
 (九) 必要主義 此ノ主義ハ純正主義ノ正反對立ツモノニシテ之レヲ主
 張シテ最モ勢力アリシハ英ノ Bentham 氏ナリ曰ク刑罰權ノ根源ニ關シテ
 ハ特ニ之レヲ言フベキモノ無シ獨リ刑罰權ヲミナラス政府ノ有スル權利
 皆盡シ然ラサルハナシ而シテ其正當ナルハ全ク多數ニ利益ナルカ爲メナ
 リトス否多數ニ必要ナルカ爲ナリト尙ホ此主旨ヲ布延シテ必要主義ノ理
 論ヲ畧述スレハ國家ハ人民ノ利益ヲ圖ルヲ一定ノ目的トシテ組織サレタ
 ル共同體ナリ純正主義ノ云フ如ク人類ノ本性ニ基キ正理ノ止ヲ得サル所
 單立自存ノ理由アリテ存在スルモノニアラス而シテ國家萬般ノ制度ハ其
 基本亦人民ノ利益ヲ圖ルニ出ツルヤ識ル可シ國家制度ハ一タル刑罰豈ニ

亦此他ニ基本アランヤ純正主義ノ曰フ如ク國家ノ刑ヲ科スルハ之ヲ以テ最終目的トナスニ非ラス人民ノ利益ヲ圖ルヲ以テ最終目的トナスモノナリト云フニアリ

必要主義ノ學說ハ其理論前ニ述フル如クナリト雖モ然ラハ刑罰ニ如何ナル性質ヲ含蓄セシムル時ハ人民ノ利益ヲ増進スルヲ得ルヤト云フ點ヲ解スルニ方リ六個ノ分派ヲ生シ刑罰ニハ世人ヲ恐嚇スル性質ヲ含マシム可シト云ヒ或ハ豫メ他ノ犯罪ヲ防止スルニ足ルタケノ性質ヲ含マシムレハ可ナリト主張ス

(註)參考マテニ必要主義ノ各說并ニ其次點ヲ畧述セシ

第一說 ノ主張スル所ニ囚レハ刑罰ハ普ク世人ニ其應サニ恐怖スヘキモノタルヲ知ラシメ以テ犯罪ノ念ヲ斷タシムル道具ナリト此ノ說ヲ唱道シテ有名ナルハ獨乙ノ Gauthier 氏ナリ學者之レヲ脅嚇主義ト名ツク此ノ主義ノ欠點ハ(一)刑罰ヲ極度ニ峻酷ナラシメ(二)又其峻酷ナル刑罰ヲ公行セサルマテモ成ルヘク世人ニ知ラシムルニ必要アルニ至ル是方リ刑罰

峻酷ナレハ人民法律ノ恐ル可キヲ知リ尊ムヘキヲ忘ル嚴刑ヲ見聞ニ慣ルトキハ不知不識ノ間ニ人民ノ殘忍ナル氣象ヲ養成シテ却テ犯罪ヲ増加セサルヲ保シ難シ Berner 氏曰ク脅嚇主義ニヨレハ罪人ハ他人ノ惡念ヲ抑フルカ爲メニ罰セラルニ過キズ是實ニ人類ヲ物件視シテ他人ノ利益ヲ圖ル道具トナス不條理ノ論ナリ也現今ニ至リテハ脅嚇主義ヲ採ル學者全ク其跡ヲ斷チタリト雖モ古代并ニ十八世紀頃歐羅巴刑法及我國徳川時代ノ刑法ハ汎ク之ヲ採用シタルモノナリ

第二說 ニヨレハ既ニ犯罪アリタル後之ヲ罰スルモ遲レ唯罪ヲ犯シタル結果ニ囚リテ得ントスル所ノ利益ト制裁トシテ科セラレントスル所ノ苦痛トヲ比較シ苦痛ノ大ナルカ爲メニ犯罪ノ念ヲ抑フルニ至ラシムル是刑ヲ設クルノ目的ナリト即チ此說モ刑ヲ以テ末ヲ罪ヲ犯サ、ル者ヲ脅嚇スルノ點ハ第一說ト同一ナリト雖モ第一說ハ刑ノ執行ニヨリテ世人ヲ恐怖セシメントシ第二說ハ律ノ本文ニ囚リ罪ヲ犯スノ不利益ナルヲ識ラシメントス故ニ之ヲ無形ノ脅嚇主義トモ名クヘキモノニシテ

フナキハスツ
Feuerbach 氏ノ主唱ニ罹ル

此說ノ欠點ハ(一)古來嚴刑ノ設ニ乏シカラサルモ爲メニ罪人ヲ杜絶スル
克ハサルニ依リ律ノ本文カ必ラスシモ惡念ヲ制スル克ハサルヲ證明シ
(二)成ルヘク刑ノ不利益ナルヲ知ラシムルノ必要ヨリシテ律文ニ嚴刑ヲ
示スノ已ムヲ得サルニ至ル可シ而シテ之ニ觸レタル者ニハ微少ノ犯罪
者モ嚴刑ヲ科セサルヲ得ス之ヲ科セサレハ法律ノ威嚴地ニ墮ツルニ至
ルニアリ

第三說ニ依レハ刑罰ハ犯罪人ヲ懲改シ再ヒ罪ヲ犯サ、ラシムルノ具
ナリト云フニ在リ之レヲ懲改主義ト名ツク脅嚇主義ノ盛ンニ行ハレタ
ル前世紀ノ酷法ヲ和ラケタルハ主トシテ懲改主義ノカニヨル(我日本ノ
刑法ハ大寶律令ニ至リテ成文ノモトナシ其以前ハ不文律ナリシカ建
國ノ創拔除ノ盛ンニ行ハレタルハ恐ラクハ神ニ祈リテ罪ヲ贖フト云フ
ノ外ニ罪人ノ自訴ヲ促カス政策ヲ含ミシナル可シトハ源烈公ノ說ナリ
蓋シ公ハ自ラ懲改主義ヲ贊同サレタルモノ、如シ(大日本史刑法史序文

贊參照(歐洲ニアリテ懲改主義ヲ唱ヘタルモノハ Roeder, Ferreira 及
Mazzoleni 并ニ Marquet-Vasselotノ諸氏ナリ

若シ刑ノ目的單ニ犯人ヲ改心セシムルコトハ(一)到底復善ノ見込ナキ
犯人ニハ刑ヲ科スル克ハサルカ(二)再犯ノ恐レナキ犯人ハ初ヨリ刑ヲ科
スルニ及ハサルカ(三)刑ハ果シテ克ク或種類ノ犯人ヲ改心セシムルニ足
ルカ

第四說ハ豫防主義ト名クヘキモノナリ其說ハ大畧ニ曰ク人ノ社會ヲ
組織スルハ其本性ニ基クモノニシテ社會ハ自ラ生存ヲ維持スルニ固有
ノ權利ヲ有ス固有ノ生存權アルカ故ニ防衛權アルハ論ヲ待タズ而レモ
社會ノ權力ノ強大ナルニ拘ラス萬般ノ罪惡ヲ盡ク防禦スル能サルヲ以
テ社會ノ防衛ヲ實行スル方法ハ各個人カ之ヲ實行スル方法ト異ナラサ
ルヲ得ス即チ社會カ犯罪人ニ刑ヲ科スルハ本人ニ對シテ再犯ヲ豫防シ
他人ニ對シテ惡念ヲ翻シ罪ヲ犯サ、ラシムル豫防ノ目的ニ出ツ豈既ニ
犯シ終リタルモノニ苦痛ヲ加フルモ一度生シタルモノヲ生セサラシム

ルヲ得ンヤト
 此說ハ Charles comtr incas Rauber 諸氏ノ唱道スル所ナリ今其重ナル欠點ヲ
 舉ケンニ(一)此說ハ豫防權ノ成立スルニハ害惡ノ目前ニアルヲ要スル理
 論ニ反スモノニシテ將來犯罪現象ノ發生不確實ナラハ之ヲ防衛スルト
 云フコト不當ナリ其發生確實ナラハ刑ハ無益ノ手數ヲ費ヤスモノト云
 ハサル可ラス

(二) 此說ノ理論ヲ貫ケハ再犯ノ恐レナキ犯罪人ヲ罰スルハ他人ノ惡念
 ヲ抑ヘシムル道具トナスモノニシテ若シ又他人ノ惡念ヲ抑ヘシムル道
 具トナスヲ不條理トスレハ犯罪人ヲ不問ニ付スルノ結果ヲ生セン佛ノ
 Berfauld氏モ又此說ヲ難シテ曰ク刑ヲ科スルノ目的單ニ再犯ヲ豫防シ他
 人ノ惡念ヲ抑フルニ出ツルモノトセハ極メテ輕キ罪モ度々生スルモノ
 ハ全ク罰シ重キ罪ト雖トモ稀ニ生スルコト殺尊親罪ノ如キハ罰セザル
 ヲ得サルニ至ラン(同氏著 Corpsde CodePenal 刑法講義六八八頁)此駁論ハ一
 應尤ナリト雖トモ到底懲改ノ見込ナキ犯人ハ假令輕微ノ罪ヲ犯シタル

七六

七七

モノニセヨ現今一般ノ刑法ヨリ重ク罰スルヲ要スルハ今日ノ定論ナリ
 第五說 ニ曰ク國家ハ犯罪ヲ防止スルニ教育及ビ警察ノ兩手段ヲ用ユ
 可キモノナリ即チ一方ニ於テハ教育ニ依リテ罪ヲ犯ス可ラサル事ヲ知
 ラシメ一方ニ於テハ警察ニヨリ罪ヲ犯スル途ヲガシム而シテ此兩手
 段ヲ盡スモ尙ホ罪ヲ犯シタルモノアル時ハ初メテ刑罰ナル苦痛ヲ制裁
 トシテ國民ニ愈々犯罪ノナス可ラサル所爲タルヲ知ラシム故ニ刑罰ハ
 制心主義ノ主張スル如ク獨リ罪ヲ犯サントスル者ヲシテ惡念ヲ翻サシ
 ムル目的ニアラス亦脅嚇主義ノ唱道スル如ク惡報ノ畏懼ス可キモノタ
 ルヲ知ラシムル目的ニ非ス全ク世人全般ヲ警戒シテ罪ノ惡事タルヲ悟
 ラシムルニアリト學者之ヲ警戒主義ト名ツク
 此說ヲ以テ犯罪人ノ生スルハ罪ノ犯ス可ラサルヲ知ラサルニ因ルトイ
 ウ假定ニ出スルモノトセンカ多數ノ犯罪人ニ就キテ之ヲ實驗セヨ犯人
 ト雖モ狂者ニ非サルヨリハ罪ノ犯ス可ラサル者タル事ハ明カニ熟知シ
 居ルナリ然ラハ如此假定ニ出ストセンカ警戒スルノ必要ナキニ至ラン

之ヲ要スルニ警戒主義ハ無形ノ脅嚇主義ト有形ノ脅嚇主義トヲ混合シタルモノニ外ナラサルヲ以テ此兩主義ノ欠點ハ盡ク之ヲ併有スルモノナリト評セサルヲ得ス

第六說 ハ社會防衛主義ト稱スルモノナリ曰ク犯罪ハ國家ノ利益ヲ侵害スルモノニシテ刑罰ハ之ヲ防禦スル手段ニ外ナラス夫レ吾人カ各自ノ利益ヲ全フセント欲セハ之ヲ害スル所爲ヲ退クルニ腕力ヲ以テスルヲ得ルニ非ラスヤ社會モ亦各個人ノ外ニ立テテ生存スル有機體ナリ其利益ヲ害スル所爲アラハ之ヲ防衛スルノ權利アル豈ニ吾人ト異ナル所アラシヤ

此社會防衛主義ハ當初此ノ如ク利益ヲ保全スルカ爲メニ之ニ對スル危害ヲ防衛スルヲ以テ刑罪ノ目的トスル思想ヨリ起リシモノナリト雖モ現今所謂防衛主義ノ名ヲ冠スル學說中ニハ刑ノ最終目的ヲ以テ利益ヲ保全スルニ非ラス社會ノ生存其者ヲ維持スルニアリトスルモノアリ前說ノ非ナルハ第十號ノ論ヲ見テ知ル可シ後說ニ至タリテハ敢テ我輩ノ

同ナル自然主義ト異ナルナシ只舊來ノ者ハ其論據ヲ百科物理學ニ採ラズ爲メニ其說ヲ所未ダ以テ一科學ノ體裁ヲナサ、ルモノト評スヘキナ

以上我輩ハ必要主義ノ分派ヲ畧述シ併テ得失ノ大要ヲ辯シタリ

〔十〕 必要主義ノ特色ハ社會的諸制度ノ基本ヲ吾人ノ利益ニ歸スルニ在リ此主義ノ當否ヲ辯スルニ先テ二個ノ重要ナル先決問題アリ(一)刑罰ハ世人ヲ脅嚇スルヲ目的トスル說社會ヲ防衛スルヲ目的トスル說ヲ何故ニ我輩ハ必要主義即チ利益主義ノ中ニ列シタルカ他ナシ刑ヲ以テ世人ヲ脅嚇シ社會ヲ防衛スル最終目的カ吾人ノ利益ヲ圖ルニアリトスルヲ以テナリ(二)然ラハ必要主義カ取ツテ以テ社會的諸制度ノ基本ト看做ス利益トハ如何ナル意味ヲ有スルカ何チ指シテ利益ト稱シタルカ此點ハ時ニ之ヲ明瞭ニセサル可ラス然ラサレハ用語ノ曖昧ナルカ爲メニ主旨ノアル所ヲ悟ラズ之ヲ主張スルモノト之ニ反對スルモノト往々同一ノ論議ヲ載セテ更ニ歸著スル所ヲ知ラサルニ至ル必要主義ノ所謂利益トハ心ノ満足ト云フ義ナ

リ愉快ト云フニ均シ故ニ正邪善惡乃至正不正ト云フ觀念ノ如キハ徹頭徹尾架空ノ妄想ニシテ人類ヲ主體トシ又客體トスル社會的制度ハ盡ク心ノ満足愉快即チ利益ヲ基本トス又々基本トセサル可ラスト云フニアリ

必要主義ヲ駁撃スル者ハ多ク折衷主義ノ學者ナリ即チ利益ノ外ニ正義ヲ以テ社會的制度ノ基本トナサハル可ラスト主張スルモノニシテ其說數多アリト雖モ要スルニ(一)處世ノ大法カ利益ノ觀念ヲ含ムハ眞理ナリ然レトモ利益主義ノ如ク徹頭徹尾正義ノ思想ヲ排斥シ積年ノ實驗上利益ノ外ニ社會的諸現象ノ起働者ナシト云フハ全ク一個ノ客論ノミ愈々進テ吾人ノ本性ヲ實驗セヨ何人ト雖モ正邪善惡ヲ識別スル良心ヲ具ヘサルハ無シ故ニ專ラ利益不利益ヲ去就ノ標準トスルハ社會全體ノ制度ニ於テモ一人一己ノ品行ニ於テモ明カニ良心ヲ許サハル所人ニ良心ナシト云フハ萬物ノ靈ヲ貶シテ禽獸社會ニ投入スルノ論ナリ(二)若シ夫レ社會制度ノ基本ヲシテ專ラ利益ノ一點ニ在ラシメハ多數ノ利益即チ満足スルヲ理由トシ社會ノ公權カ年々多少ノ無辜ヲ刑スルモ之ヲ間然スルノ途ナカラシ世間復此

本

八

ノ如ク危險ナル學說ヲラシヤト云フニ在リ

此駁論ヲ主テ以テ必要主義ヲ倒スニ足ラス(一)必要主義論者ハ實驗上利益ノ外ニ社會的制度ノ基本ナシト云フ之ニ反對スル論者ハ實驗上利益ノ外ニ正義ナルモ以テ然リト云フ何レモ實驗ノ二字ヲ以テ攻撃ニ具フル金城鐵壁トナス可大然レトモ實驗ノ結果ニ以テ所見ヲ異ニシタル時ハ己ノ所見ヲ誤ナキヲ證明セサルヘカラス之ヲ證明セズシテ徒ニ敵ノ所見カ己ノ所見ニ均シカラズ殊ル大聲疾呼スルモ惡ンソ其妄ヲ辯スルニ足ラシヤ果シテ此點ヲ證明ナキカ故ニ反對論者カ容テ正シテ專ラ利益ヲ社會制度ノ基本トナス則チ良心ヲ許サハル所正義ノ容レサル所ト主張スレハ必要主義ノ論者笑テ良心ト云ヒ正義ト云ヒ如キ空想ヲ社會制度ノ基本トスルハ利益ノ許サハル所ト答フル以テ哲學場裡ニ一大論戰カ其骨髓ヲ暴露シ以テ此ノ如キ永掛論ガリト云フハ諸君或ハ猜疑ノ情ニ堪ヘサラシ然レトモ必要主義何ノ反動ニ因リテ起ルカ必要主義ノ反動トシテ佛國ニテハ何故ニ(Johns)氏カ始メテ正義ノ折衷セサルヘカラサルヲ主張シタルカ

ハ歴史的關係ヲ尋ヌレハ自ラ釋然タルモアラン(三)反對論者ハ尙ホ必要主義ヲ難シテモシ利益ノ一點ヲ基礎トスレハ終ニ利益ノ命スルトコロ無辜ヲ刑スルモ敢テ不可ナシト云ハサルヲ得サルノ危險アリト此論鋒ハ益々出テ益々純弱ナルモノナリ利益ノ外ニ社會制度ノ基礎ナシトスル論者ニ對シ良民ト惡徒トヲ區別シ罪人ト無辜トニツキ待偶ヲ異ニセサル可カラサルヲ説クハ同シク暗々裡ニ己ノ採ル正不正ノ觀念ヲ論據トシ反對論者ガ之ヲ採ラサルヲ嘆々スルモノニアラスシテ何ソヤ是ヲ以テ若シ必要主義ノ論者ニシテ勇氣ヲ墮サス論理ヲ任ケスンハ無辜ヲ刑スルモ利ノ命スル所止ムヲ得スト答ヘンノミ

必要主義ノ眞ノ欠點ヲ論定セン利益ハ社會的諸現象ノ唯一ナル基本ナリト云フ然レトモ利益アルニ拘ハラズ到底實際ニ行ハレサル事アリ米國ニ於ケル奴隸制度ノ如シ利益アルニ拘ラス之ヲ行フテ後ニ不利益ヲ醸ス事アリ貧者カ他人ノ財産ヲ窃取スルカ如シ果シテ然ラハ到底實際ニ行ハレサルモノニ對シテモ必要主義ノ論者カ尙ホ利益ノミヲ基礎トスヘシト云

フカ後ニ不利益ヲ醸スモノニ對シテモ尙ホ利益ノミヲ基礎トスヘシト云フカ論者ニシテ若シ此反問ニ答ヘテ單ニ行ハルヘキモノニハ利益ヲ基本トセヨ將來不利益ヲ招カサルモノニハ利益ヲ根據トセヨト云ハハ全ク社會制度モ打世ノ大法モ利益ノ外ニ觀察セサル可カラサル基本アルヲ自白スルモノ、且夫レ甲ノ利益ハ乙ノ不利益トナリ日本ノ刑ハ歐羅巴ノ不利益トナル場合ニ必要主義ノ論者ハ如何ナル論鋒ヲ以テ其衝突ヲ調和スルヤ利益ノ外ニ社會制度ノ標準ナクンハ飽ク迄己レノ利益ヲ固持シテ飽ク迄衝突セサルヲ得ス既ニ論者ノ請求スル利益ヲ採リタルカ爲メニ起ル衝突ハ復利益ヲ以テ調和スルノ餘地ナシ嗚呼一私人ノ利益モ一社會全般ノ利益モ其性質上到底生存セシム可カラサルモノアルノ理由ハ決シテ利益ニ因リテ説明スル能ハス社會制度ノ一タル刑法ニ利益主義ノ採ルニ足ラサルヤ知ル可シ

(十一) 折衷主義 純正主義ノ論者ハ罪惡必罰ノ正義ヲ刑法制度ノ最終目的ト爲シ必要主義ノ論者ハ刑罰ヲ初メ社會的諸制度ニ利益ヲ最終目的ト

セサル者ナシト主張ス爰ニ於テカ折衷主義ノ論者ハ其中間ヲ取り正義ト利益トヲ兩ツナカラ相離ルヘカテス單ニ利益ト利益ノ一點ヲ去就ノ標準トスルハ徳義ノ許カレル所ナリト雖モ亦偏ニ正邪善惡ノ絶對的觀念ヲ基本トスルハ道德ノ範圍ニ屬シ社會制度ノ權限ニ非サルヲ以テ正義ト利益トヲ折衷シテ初メテ眞理ニ適合スルモノナリト唱道シ現今多數ノ學者ハ此主義ヲ贊同ス然レトモ其所謂正義ト利益トヲ配合スル理論ノ異同ニ因リ三種ノ區別アリ其第一説ハ社會ノ利益トスル所即チ正義ナリト云ヒ第二説ハ正義ノ許ス範圍内ニ於テ社會ノ利益ヲ保全スヘシト云ヒ第三説ハ社會ニ利益アル限リ正義ノ要件ヲ容ルヘシト云フ此第一説ニ至リテハ既ニ正義ノ觀念ヲ利益ノ中ニ含蓄スルモノト認ムルカ故ニ之ヲ除クモ説明シ得ルニ拘ハラズ必ズ正義ナルモノヲ排斥スル克バズトスルハ缺點アリ且又利益ハ正義ナリト云フトキハ其正義ナルモノハ純正主義并ニ折衷主義ノ唱道スル正義ノ外ニ別ニ一ノ正義ヲ作爲スルモノニシテ文字ヲ採リテ意味ヲ取ラサル論ナリ第二説第三説ハ立論ノ順序ヲ異ニスルノミニ

シテ結果ハ同一ニ歸スルモノトス而シテ現行刑法ハ起草者ノ説ヲ容レ折衷主義ヲ採用シタルモノナルカ故ニ暫ク其理論ヲ陳述セント欲ス

折衷主義ノ説ニ曰ク吾人人類ハ正善ニ餘變アリ邪惡ニ餘殃ナカルヘカラスト云フ正義ノ觀念ヲ有ス此正義ノ觀念タルヤ良心カ明カニ指定スル所ニシテ少シク吾人ノ理想ニ照セハ疑ヲ容ル、餘地アルコトナシ是ヲ以テ惡ハ爲ス可カラズ善ハ爲サ、庶可カラスト云フ徳義ノ大則ヲ生ス但シ人類ニシテ爲サント欲スルコトハ之ヲ爲スヲ得爲サ、ラント欲スルコトハ之ヲ爲サ、ルヲ得ルノ自由ナクンハ未タ以テ其責任ヲ生セシムルニ足ラズ畧言スレハ一方ニ徳義ノ大則アリ他ノ一方ニ去就ノ自由アルヲ以テ人ハ其行爲ニ付キ責任ヲ負ヒ徳義上ノ制裁アルル必要ヲ生ス制裁ハ賞罰ノ二途ヲ出ツルコトナシ果シテ然ラハ邪惡ノ所爲ニ對シ刑罰ナル制裁ヲ科スルハ良心ノ命スル所正義ヲ満足セシムルモノニ非ズシテ何ソヤ故ニ刑ハ惡事ト苦痛トノ必然的關係ナリ (Rapport nécessaire de la douleur à la faute) ト云フ可キノミ此ノ如ク刑罰ノ設ケアルハ既ニ正義ノ命スル所即チ刑罰其者

ハ正當ナリト雖モ刑ヲ科スルノ所爲カ正當ナルニハ之ヲ科スルノ權力アル者ニ依リテ科セラレサル可カラス爰ニ於テカ社會カ此權力ヲ有シ人類ノ道義ノ命令ニ從フト全時ニ社會ノ權力ニ從フノ必要アルヲ論セサル可カラス抑人ハ現ニ結社的生活ヲ營ミ又營マサルヲ得サルモノナリ社會カ人類ニ必要ナル以上ハ人ハ社會ノ生存ニ必要ナル制度ヲ設クルコトヲ得然レトモ社會ノ外ニ道義モ人生ノ必要條件ナルヲ以テ道義ニ反セス社會ノ生存ニ必要ナル範圍内ニ於テノミ如何ナル制度ヲモ設ケ得ルモノト云ハサルヘカラス刑罰ハ社會ノ生存ニ必要ナルモノナリ故ニ道義ニ反セサル限り社會ノ之ヲ科スルハ正當ナリト云フヘシ若シ夫レ正義ノ大則ノミヲ論スルニ至リテハ社會ノ權力ノ外ニ在リテ道德ノ範圍ニ屬シ社會ノ生存ニ必要ナルノ一點ヲ採ラハ道義ノ大則ヲ蹂躪シテ人間ノ本性ニ及ス之ヲ要スルニ(一)社會ノ權力ハ道德違反ノ行爲全體ヲ罰スヘキモノニ非ス(二)但シ道德ニ違反セルモノニ非サレハ之ヲ罰スルコトヲ得ス(三)道德ノ規則ヲ破リ且社會ノ利益ヲ害スルモノニ至リ社會ハ初テ之ヲ罰スルコトヲ得

〔四〕刑罰ハ道德ノ規則ニ依リテ其分量ヲ定ムヘシ〔五〕社會ニ與ヘタル實害ヲ標準トシ之ト刑トノ權衡ヲ保タサル可カラスト云フニ歸スト

(註)折衷主義ハ現今多數ノ學者ノ採用スル所ナルヲ以テ盡シ其名其著書

ヲ舉グレハ殆ト際涯ナカラントス然レトモ之カ主唱者ハ伊太利ノROSSI

氏ニシテ刑法學者ノ雷名ヲ轟セタルHANS GARRAUD ORTOLANノ諸氏ヲ初メ

起草者BOISSONADE先生ハ皆之ヲ贊同サレタルヲ注意セサル可カラス一昨

年Principes fondamentaux de la Pénalité(刑罰原論)ト云フ有益ナル書ヲ著ハシ

タルVidal氏ノ如キハ亦然リ日本刑法ノ註釋書中獨リ刑法論綱日本刑法

講義井上正一氏著ヲ除キ其他ノ刑法述義刑法講義井上操氏著刑法原論

等ハ同シク折衷主義ヲ取レリ

(十二)折衷主義ハ千八百三十二年佛國刑法改正ノ原因トナリ爾來成文ノ

刑典アルモノニシテ此主義ヲ採用シ其理論ヲ適用シテ罪ト刑トヲ定メサ

ルモノハ殆ト稀ナリ此ノ如ク汎ク行ハレ多數ノ唱道スル所タルニ拘ハ

ラス其當否ニ至リテハ我輩大ニ疑ナキヲ得ス乞フ諸君ト共ニ是ヨリ其疑

問ヲ講究セシ

折衷主義純正主義ハ勿論ノ論者カ懸々トシテ離ル、能ハサル正義ノ觀念ハ其一部分ニ於テハ疑々無ク真理ヲ含ムモノトス何チカ正義ノ觀念ノ中ニ含ム真理ト云フカ爲スヘキ事ハ爲サ、ル可カラズ爲ス可カラサル事ハ爲ス可カラズト云フ思想是ナリ此絕對思想ハ如何ナル主義ノ學說ヲ取ルモ其根源ニ含蓄セサルモノ無シ故ニ折衷主義ノ論者ノ所謂正義ヲシテ單ニ爲ス可カラサル事ハ爲ス可カラズ爲ス可キ事ハ爲サ、ル可カラズト云フ絕對思想ニ止ラシメハ之ヲ誤謬ナリトシテ反對スル克ハスト雖モ此ノ如ク空漠ナル規則ハ以テ一學科ノ論據トナスニ足ラス是ニ於テカ純正主義並ニ折衷主義ノ學者ハ他ノ論法ヲ藉リ來リテ曰ク人ハ盡ク良心ヲ具ヘ徳義ノ要求スル爲ス可キ事爲ス可カラサル事ヲ知覺ス即チ吾人ノ良心カ爲スヘシト示定スル所ヲ爲シ爲ス可カラズト示定スル所ヲ爲サ、ル之ヲ正義ト云フト此主旨ヲ哲學上ノ用語ニ換言スレバ正義ハ良心カ示定スル爲、不爲ハ必然的關係ナリト云フニ歸ス從來純正主義並ニ折衷主義ノ唱道

本

八六

スル正義カ此ノ如キ性質ノモノタルコトヲ十分ニ了解セサレハ以テ其當否ヲ論スル能ハス

正義即チ良心カ示定スル爲不爲ノ必然的關係ト云フ觀念ノ當否ハ左ノ二點ヨリ論究セサルヘカラス曰ク如何ナル者ハ之ヲ爲スヘク如何ナル者ハ之ヲ爲スヘカラサルヤ即チ爲不爲ノ必然的關係トハ何者ヲ云フカ曰ク爲不爲ノ必然的關係ナル者アリトセハ果シテ吾人ハ之ヲ示定スル良心ナルモノチ有スルカ

第一問即チ何チ爲不爲ノ必然的關係ト云フカト云フ問題ニ對シ折衷主義ノ學者答テ曰ク事々物々ニ對シ吾人ノ良心カ之ヲ爲スヘシト示定シタルモノハ爲スヘキモノナリ之ヲ爲ス可カラズト示定シタルモノハ爲ス可カラサルモノナリト此答ニ對シ諸君ハ如何ナル感覺ヲ招カル、ヤ吾人ハ良心アリト假定シテ然ル上ノ言ナルハ一目瞭然タル可シ可ナリ我輩モ假ニ吾人ハ良心ヲ具フルモノトセン然レトモ其所謂良心ノ示定セシ爲スヘキ事爲ス可カラサル事ハ時ニ依リ處ニ依リ人ニ依リ一樣ナラサルニ非スヤ

無數ノ事例チ一々列舉スルマテモ無シ昨忠孝ノ所行タリシ復讐今日殺人犯トナリ歐洲人士ノ得意トスル決闘モ斷然一個ノ犯罪トシテ我大日本帝國ニ容レラレス而シテ論者ノ採用スヘシト爲ス正義ノ論ハ現ニ我輩ノ探ル可カラサルモノト爲スニ非スヤ若シ夫レ爲ス可キ事爲ス可カラサル事即チ爲不爲ノ必然的關係ノ形象此ノ如ク變遷異同顯著ナラハ(一)其何レカ良心ニ示定サレタルモノナリヤ(二)甲乙共ニ良心ノ示定シタルモノナラハ良心ハ全ク反對ノ示定チ與フルコトアルニ非スヤ(三)良心カ一物ニ付キ二箇ノ反對ナル示定チ與ヘタル時ハ甲ノ採ル可シ乙ノ採ル可カラサルハ何者カ示定スルカ(四)甲乙ノ取捨モ亦良心之チ示定セハ人ハ何箇ノ良心チ有スルヤ夫レ然リ甲乙共ニ良心ノ示定ナリトシ其取捨モ亦良心ノ示定スル所ナリトセハ少クモ二箇以上ノ良心ナカル可カラス(五)之ニ反シテ甲乙中一ハ良心ノ示定スル所ニシテ一ハ良心ニ反スルモノトセンカ此ノ如キ判斷ハ何者カ之チ下スカ假リニ此判斷モ亦良心ノ下ス所ナリトセン唯良心カ示定シ良心カ取捨ヲ判斷スル爲不爲ノ關係ノ千差万別ニ變遷轉化スル

妙理ハ何ニ由リテ説明スヘキ
 第二ノ點即チ吾人ハ良心チ有スルカト云フ問題ニ對シ純正主義ハ勿論折衷主義ノ論者モ異口同音ニ吾人カ良心チ具フルハ實驗ニ徴シテ明カナリト云ヒ然ラハ何チ良心ト云フカノ問題ニ對シ爲不爲ノ必然的關係チ示定スルハ心能力トナリト答フ是ニ於テ深ク其理論チ考フルトキハ正義ハ良心ニ示サレ良心ハ正義チ示ス能力ナリト云フニ外ナラス夫レ爲スヘキコト爲ス可カラサルコトカ千態萬様時ニ依リ所ニ依リ人ニ依リ盡ク同一ナラサルハ前段ニ述フルカ如シ果シテ然ラハ其何レチ示定シタル者カ良心ナリヤ取捨ノ判斷チ下シタルモノハ何者ナリヤ假ニ卑近ナル例チ舉ケテ此疑問ノ位置チ明カニセン我日本帝國ハ去ル明治廿二年十二月廿八日法律第三十四號チ以テ決闘チ犯罪ト認メタリ然ルニ佛國ニ於テハ路易十四世ノ嚴格ナル決闘律ハ其効力チ失ヒ爾來今日ニ至ツテ犯罪タルヤ否ヤ(佛刑法第二百九十五條第三百五條ニ含蓄サル、ヤ否ヤモ不明ナリトス故ニ佛國人ハ之チ以テ德義ニ反セスト認メ日本人ハ德義ニ反スルモノト認メタ

トセヨ何レカ良心ニ示定セラレタルモノナリヤ日本人ニ良心アリ佛國人ニ良心ナシトセン乎將タ又佛國人ト雖モ良心ニハ之ヲ潔シトセサルトセシカ此判斷ヲ下ス良心ハ何人カ之ヲ有スルカ否之ヲ取捨スルモノハ良心ノ外ニ他ノ理由ナキカ正義論者常套ノ語トシテ正義ハ之ヲ唱道スル人ノ多少ニ因リテ變スルコトナク實際ニ行ハル、ト否トニ因リテ異ナルコトナシト云フ然ラハ遂ニ良心ナルモノハ之ヲ具フルモ人ニ因リ發揮サル、コト、發揮サレサルコトアリト云フノ已ムヲ得サルニ至ラン

之ヲ要スルニ爲スヘキコト爲スヘカラサルコトハ時ト所ト人トニ因リ千種萬様ナリ之ヲ示定スル良心ナルモノアリトスルモ或ハ發揮シ或ハ發揮セサルコトアルヲ以テ折衷主義ノ論者ノ所謂正義ト云ヒ道德ト云フモノハ曖昧トシテ規則モ範圍モ甚タ不明ナリト云ハサルヘカラス故ニ(一)論者カ社會ノ權力ヲ道德反違ノ行爲全體ヲ罰スル克ハスト云フト雖モ如何ナル所爲カ道德ニ違反スルカヲ識別スル途ナシ(二)刑ト罰トノ權衡ヲ保ツニ實害ト苦痛トノ比較ヲ以テスルハ道德ノ命スル所ナリト雖モ之ヲ命スル

道德ナルモノハ架空ノ妄想ニ外ナラス

(三)自然法主義 古來人間ハ道理ヲ辨フルカ故ニ萬物ノ靈ナリト云ヒ或ハ正義ヲ識別スル良心ヲ具フルカ爲メニ禽獸ヲ支配スル法ハ毫モ人類ニ及スコト克ハスト云フ謬論ノ行ハレタルハ和漢洋其軌ヲ一ニスル所ナリ然レトモ是哲學ノ罪ニ非ス人類ノ本性ヲ研究スルニ必要ナル百科物理學ノ發達幼稚ニシテ貴重ナル補助學ナカリシニ坐セスンハアル可カラズ然レトモ現今ニ至リ人類ハ生物界ノ一種ニ過キス生物全般ヲ支配スル法則カ人類ヲモ支配スルハ疑ヒナキ真理タルヲ發見セリ

夫レ法律ハ國家的現象ノ一ナリ國家ハ社會的現象ノ一ニシテ社會ハ人類的事實ノ一タル以上ハ法律一般ニ亘ル原理ハ生物全體ヲ支配スル原理ト其根據ニ於テ一點ノ差モアル可カラス然ラハ何チカ生物全體ヲ支配スル原理ト云フカ適者ハ存シ不適者ハ亡フト云フ生存競争ノ必然的關係是ナリ而シテ適者ノ生存カ繼續シテ益發達スルノ狀態ハ之ヲ進化ト名ツク

動物進化ノ跡ヲ討ヌルニ子ヲ育ツルコト巧ナルモノハ漸次ニ繁殖シ之ニ

反スルモノハ外物ニ亡ホサル故ニ最モ巧ニ子ヲ育ツルモノハ動物生存上ノ適者ナリ。翻ツテ人類ノ歴史ヲ考フルモ親子相愛スルノ情ハ亦其團結ノ基礎ニシテ原始社會ノ種族中最モ巧ニ子ヲ育テタルモノハ生存競争上他ノ種族ヲ凌駕シ更ニ子ヲ愛スルノ情ハ遺傳ノ原則ニ依リ之ヲ子孫ニ傳ヘ同胞ニ播ム是ヲ以テ同一祖先ヨリ出テタル種族ハ互ニ相親ミ遂ニ社會結成ノ初形タル血族的團體ヲ生ス血族的團體モ亦生存競争上適者ハ殘リ不適者ハ亡ビ分合存否ノ間ニ發達シテ國家ナル政治的團體ヲ發生セシム故ニ社會學上國家ノ性質ヲ考フレハ人類ノ生存競争上血族團體ノ最適者カ發達シタルモノト云ハサル可カラズ國家ハ夫レ此ノ如ク人類ノ生存競争ノ結果トシテ發生シタル團體ナルヲ以テ之ニ行ハル、法律モ亦生存競争ハ必要ニ基キテ發生セサルモノナシ凡ソ人類カ結社的生活ヲ營マントスルヤ其團體ノ大小ヲ問ハス盡ク其生存ニ必要ナル條件アリ然レトモ國家的生存ニ必要ナル條件ハ社會全體ノ生存ニ必要ナル條件ニ外ナラサルカ故ニ其強力ヲ以テモ實行ヲ鞏固ニスルニ至ル即チ國家カ強力ヲ以テ實行

ヲ確ムル所ノ人類國家的生存ノ必要條件ハ法律ナリ(以上穂積博士ノ持論) 國家並ニ法律ノ發生シタル理由並ニ本質斯ノ如シ今ヨリ進シテ國家ノ權力ノ範圍如何吾人カ之ニ服従スル責任ノ基本如何ノ二問題ヲ論斷セシ(一) 吾人ハ生存競争ノ結果社會的生活ヲ營ミ社會的生活ヲ營ムノ結果一箇人ト一箇人トノ間ニ利害ノ衝突ヲ來サ、ルヲ得ス吾人ノ間ニ利害ノ衝突ヲ來スヤ亦生存競争ヲ惹起シ甲乙相争ツテ底止スル所ナカラントス然レトモ社員相互ノ生存競争ヲシテ原始社會ノ如ク專ラ腕力ニ放任セシカ何ソシ其社會ノ生存ニ必要ナル條件ノ勝利ヲ保スルヲ得シ勝利ハ常ニ腕力ノ最モ強キ者ニ墜ントス爰ヲ以テ社會稍々發達スルトキハ一箇人ノ腕力ヨリ一層強剛ナル權力ヲ認メ此權力ニ依リテ保護シ得ル限リ社會生存ノ必要條件ヲ保護シテ之ヲ毀損スル條件ハ斷然排斥スルニ至ル即チ國家ノ強力ニ依リテ保護サル、生存條件ハ權利トナリ國家ノ強力ニ依リテ強制サル、責任ハ義務トナル故ニ國家ノ權力ノ範圍ハ社會生存ノ必要條件ヲ認定保護スルニ在リテ此範圍ヲ越エサルモノハ盡ク正當ナリ寸分モ之ニ違

フモノハ威力ノ濫用ニ外ナラス(二)國家ノ權力ハ夫レ斯ノ如ク人類ノ結社
 的生活ニ必要ナル條件ヲ認定保護スルニアリ然ルニ吾人カ生存競争ノ結
 果社會ヲ離レテ生活スル能ハサルヲ以テ社會自體ノ生存條件ハ到底吾人
 ノ生存要件ノ一トナリ社會ハ吾人ノ生存條件ノ中ヨリ自體ノ生存條件ト
 ナサ、ルヲ得ス果シテ然ラハ國家ノ權力ニ服従スルノ責任ハ亦結社的生
 存ノ條件ヲ保全スルノ必要ニ基カスシテ何ソヤ彼ノ之ニ服従スルト否ト
 ノ自由アルヲ以テ責任ノ基本トナス論ノ如キハ十八世紀ノ後半ヲ蹂躪シ
 タル自由主義ノ學說ニ知ラス識ラス誘惑サレタルモノト謂ツヘキノミ
 國家ハ人類結社的生活ノ必要條件ヲ保護スルヲ權力ノ限界トシ吾人ハ結
 社的生活ヲ營ムノ必要ヨリシテ之ニ服従スルノ責任ヲ生ス故ニ(三)國家ノ刑
 罰權トハ人類結社的生活ニ必要ナル條件ヲ否認ヲ淘汰スル強力ヲ謂フモ
 ノニシテ(四)刑罰ハ之ヲ淘汰スル方法ニ過キス然ラハ刑罰ノ範圍モ亦人類國
 家の生存條件否認ノ所爲ヲ淘汰スルニ缺ク可カラサルヲ限界トスヘキヤ
 知ル可シ彼ノ刑罰ハ犯罪ノ輕重ト徹頭徹尾大小ヲ平均セシムヘシト云フ

カ如キハ謬見ノ最モ甚シキモノトス(再犯加重ノ說明参照)而シテ如何ナル
 モノカ結社的生存ノ必要條件ニ違反シタルヤ否ヲ判定セント欲セハ各國
 ノ歴史ヲ稽ヘ當時位置ニ應シ對照比較一ニ事實ニ就キテ歸納シタル上科
 學的演繹ノ法ヲ採ラサル可カラス單ニ良心ナルモノニ依リテ知ラントス
 ルハ純正主義折衷主義ノ謬論ニシテ利益ヲ準トスルハ必要主義即チ利益
 主義ノ缺點ナリ

[註]我輩ノ採ツテ以テ正確ナリトスル自然法主義ハ穗積博士ノ所謂進化
 主義ト異名同物ナリ但何故ニ進化した云フ大則アリヤト問ヘハ自然ニ具
 ハルモノト答フルノ外ニ途ナキヲ以テ自然法ノ名ヲ付シタルノミ
 又進化主義若クハ自然法主義ノ如キ生物學上ノ決論ヲ基礎トシタル學
 說ヲ Garraud 氏ハ單ニ刑罰自體ヲ主觀的ニ説明シタルモノニシテ之ヲ犯
 人ニ科スルノ理由ヲ客觀的ニ説明セスト批難セリ(同氏著 Précis de Droit
 criminel 刑法要論第四版十一頁)然レトモ是全ク犯人ノ責任ハ何處ヨリ生
 スルヤト云フ點ヲ説明セストスルモノニシテ我輩ハ既ニ此點ヲ畧述セ

リト信ス

又折衷主義ヨリ後ニ生レ中々勢力アル學說ニ命令主義ト云フアリ (Berfauld 氏著 Cours de Code penal 講義井上正一先生著日本刑法講義林平松水内豊田氏合著刑法博義參照然レトモ何故ニ社會カ命令權ヲ有スルヤト云フノ點ヲ説明セサレハ以テ基本論トナス克ハス而シテ此點ノ説明ハ眞ニ其主義ノ名トスヘキモノナリ故ニ Berfauld 氏ノ說ハ必要主義ノ中ニ位シ刑法博義ハ折衷主義ト云ハサル可カラス

又自然法主義ハ社會防衛主義ノ名ヲ下シ得サルニ非ス但シ先ニ擧ケタル如キ利益ヲ保護スルモノト認ムル防衛主義ニ混同セサル爲メニ別名ヲ付スルヲ可トス自然法主義ノ名モ舊說ニ混同スルノ恐アリト云ヘトモ主義ノ命スル所已ムヲ得サルナリ

第四章 刑事法學ト罪科學トノ關係

犯罪ト云フ社會ノ現象ヲ研究スルノ方法ハ舊來ノ良心論ノ研究ト同シカラス罪科學是ナリ請フ之ヲ一言セシ

(十三ノ二) 罪科學トハ假ニ吾輩カ創設シテ刑事法學、刑事社會學、刑事人類學ノ三科學ヲ包括セシムル名稱ナリ本邦未ダ後ノ二科學研究起ラス只刑事人類ニ關スル說二三雜誌ノ中ニ散在セシニ止マリ(法學協會雜誌九卷五號富井博士ノ論、國家學會雜誌五十七、五十八、五十九號梅博士ノ論日本ノ法律雜誌三卷四、五、六號堤榮君ノ論、國民ノ友百三十八號以下井上文學士ノ論參考)刑事社會學ト言フ語ノ如キハ佛語 Sociologie Criminelle ノ譯字トシテ爰ニ始テ使用スルニ過キサレハ此二科學ノ性質ヲ知ル者世間其人ニ多カラサルヲ保シ難シ故ニ爰ニハ此二科學ノ本領及ヒ之ト刑法學トノ關係ヲ畧述スヘシ罪科學ハ犯罪ニ關スル一切ノ原理ヲ講究スル科學ナリ

第一 罪科學研究ノ目的物ハ犯罪ナルヲ以テ先ツ犯罪ノ何物タルヲ確定明示セサル可カラス或ル學者 (Carofalo 氏ノ如キ) ハ罪科學ニ所謂犯罪ヲ自然ノ罪 (Deit-Naturel) 即チ國民的道德ニ反スル非行ナラサル可カラスト主張シ一國人民ノ德義心ヲ害スルト否トニ因リ罪ノ有無ヲ判斷セント

ス然レトモ一國人民ノ德義心カ或ル時代ニ如何ナル發達ノ程度ニアル
 ヤチ知ルハ極メテ困難ナルノミナラス十分明瞭ニ之ヲ説明スル科學的
 ノ理論未タ完備セサルヲ以テ吾輩ヨリ之ヲ見レハ果斷ニ道德ノ規則ヲ
 破ル亂行ト宗教ノ主意ニ戻ル惡業トノ二種ヲ除キ單ニ一國ノ法律(成文
 不文ノ論ナク)カ刑ヲ制裁トシテ禁スル所爲(行爲不行爲ヲ含ム)及ヒ之ト
 外形ノ同一ナル所爲ニ限ラサル可ラズ換言スレハ一ノ事實カ罪科學ノ
 客觀的材料トナルヤ否ヲ識別セント欲セハ一國ノ刑法カ制裁ヲ附シテ
 マテ其社會ニ發生スルヲ望マサル有形無形ノ條件ヲ具備スルヤ否ヲ觀
 察シ其有形無形ノ條件ヲ具フルモノ及ヒ少クモ有形ノ條件ヲ具フルモ
 ノハ目的物トナリ只無形ノ條件ノミヲ具フルモノ及ヒ有形無形ノ條件
 共ニ之ヲ具ヘサルモノハ目的物トナラズト確信ス

第二 罪科學ハ犯罪ニ關スル一切ノ原理ヲ講究スルモノナリ抑在來ノ
 犯罪ニ關スル研究ハ犯罪以外ノ社會的現象ニ關スル研究ノ如ク之ヲ以
 テ偏ニ人意ヨリ流出スルモノトシ人意ハ絶對ニ自由ナレハ是ヨリ流出

スルノ犯罪各種ノ法則ハ其原因ニ自由ナキ理學的諸現象各種ノ法則ト
 全ク別物ノ支配スル所ヲテサル可カラズト認メタルヲ以テ第一立論ノ
 根據ヲ形而上諸學科ノ内ニ求メ第二推理ノ方法理想ニ基ク演繹法ヲ採
 用セリ故ニ之ヨリ講究シ得タル所ヲ假ニ誤謬ナラズトスルモ犯罪ニ關
 スル原理ノ一部分ナルニ相違ナシ然ルニ實驗哲學ノ主唱者オーギンスト
 コントツ氏以來形而上諸學科一般ノ運命ニ從ヒ百科社會學モ遂ニ社會的
 現象ノ單ニ人意ノ製作物ヲラサルヲ發見シテ其體面ヲ一變シ第一立論
 ノ根據ハ之ヲ百科學ノ内ニ求メ第二推理ノ方法ハ實驗ニ基ク歸納法
 ヲ採用スヘシト云フ此重要ナル二點ヲ羅針盤トシ將來人智ノ大洋ニ古
 來未發ノ新航路ヲ開カントス社會的現象ノ一タル犯罪ノ研究何ソ獨其
 風潮ニ誘ハレサルヲ得ンヤ即チ罪科學ハ右ニ述フル新學理ノ標準ニ依
 リ在來ノ犯罪ニ關スル原理ノ誤謬ヲ正シ不足ヲ補ヒ以テ之ヲ支配スル
 眞ノ法則ヲ盡ク發見セントスルノ目的アリ

罪科學ノ三分科

罪科學研究ノ目的物タル一箇ノ犯罪事實アラハ必ス之ニ關スル法律ト其發生シタル空間ト之ヲ惹起シタル主格トノ三條件ナキハナカラン故ニ犯罪事實ハ一ニシテ之ヲ觀察スルニハ法律的事實トシ社會的事實トシ箇人的事實トシ三面ヨリ研究スルヲ得ヘシ是ニ於テカ罪科學ニハ三箇ノ細目ヲ生シ刑事法學ニ於テ犯罪ニ關スル法律的原理ヲ刑事社會學ニ於テ社會的原理ヲ刑事人類學ニ於テ箇人的原理ヲ講究スヘキモノナリ

三科學ノ本領

其一、刑事法學——刑事法學ノ本領ハ犯罪ヲ法律の現象ノ一トシテ觀察シ其原理ヲ講究スルニアリ故ニ先ツ犯罪ニ關スル法律ノ何物タルヲ辯セサル可カラス犯罪ニ關スル法律ハ刑事法是ナリ刑事法ハ社會刑罰權ノ行使ヲ規定スル法則ノ全體ニシテ各國憲法上ノ形式ヲ具ヘ制定發布サル、モノナリ即チ他ノ一般ノ法律ニ等シク律例法、職制法、手續法ノ三部ヨリ成立ス又此三部ハ立論法ト解釋論トニ分レ罪ト其制裁トヲ定ム

ル律例法ノ立法論區域内ニ於テハ犯罪事實ノ成立ニ必要ナル條件如何其條件ヲ具ヘタル事實ハ社會カ如何ナル制裁ヲ加フヘキヤ其制裁トスル刑罰ノ具フヘキ條件如何ノ問題ヲ講究シ解釋論ノ區域内ニ於テ一ノ事實カ刑法ノ罪ト認ムル條件ヲ具ヘタルヤ其條件ヲ具ヘタル事實ニハ刑法カ如何ナル刑罰ヲ制裁トシタルヤノ問題ヲ講究ス職制法、手續法ノ問題ハ其名ニ因リテ知ルヘキノミ而シテ其一國一時代ニ限リテ研究スルハ普通刑事法學各國一時代テ對照シテ研究スルハ比較法理學一國各時代ニ亘ツテ研究スルハ沿革法理學タリ

其二、刑事社會學——刑事社會學ノ本領ハ一國刑法ノ條規カ犯罪ト認ムル事實及ヒ其無形ノ條件ニ缺欠アリテ犯罪ト認メサルモ有形ノ條件ハ盡シ之ヲ具備シテ正ニ社會カ發生スルヲ欲セサル状態ヲ現出セル事實ヲ聚集シ之カ原因ノ一部及ヒ其一部ヲ撲滅法ヲ講述スルニアリ何故ニ刑事社會學ニアリテハ犯罪原因ノ一部及ヒ一部ノ撲滅法ヲ研究スルニ止ムルヤ之ヲ説明スルニ付キ先ツ犯罪原因ノ事ヲ畧述セサル可カラス

前ニモ論スル如ク在來ハ犯罪ヲ以テ一ニ人意ノ製作物ト看做セリ然ルニ最近諸科學ノ進歩ニヨリ彼我相俟ツテ發見セシ學理上犯罪ハ單ニ人類ノ意思ノミニ基因セス人間物心兩界ノ諸現象之カ發生ヲ助力スルモノ一ニシテ足ラサルハ亦疑モナキ正理トナレリ然レトモ此種ノ研究未ダ極メテ幼稚ニシテ原因ヲ盡ク列舉スル克ハス故ニ假ニ分類シテ三種トナシ自然的原因、人工的原因、個人的原因トナスヲ得ヘシ

自然的原因ハ犯罪ノ理學的空間ヲ形成スル事實即チ地勢、季節、氣象、晝夜ヲ意味ス此ノ如キ現象ハ犯罪ノ發生ニ無關係ナリトイフ克ハス血ニ關スル犯罪ノ夏ニ多ク盜賊ノ數冬ニ増加シ震災カ竊盜及ヒ脫獄者ヲ產出シタル等ハ一點ノ疑ナシ人工的原因ノ稱ハ或ハ之ヲ社會制度ノ原因ト命名スルヲ得ヘク其中ニ政治、法律、經濟、宗教、道德、教育、人口ヲ含蓄ス蓋シ此ノ如キ事實カ或ル犯罪ヲ發生セシムル原因トナルヤ否ノ研究ハ在來極メテ疎畧ニセラレシ點ナリト雖モ又極メテ重要ナル問題ト謂ハサル可カラズ刑事社會學ニ在リテハ犯罪原因中右ノ二種類ヲ研究スルニ止

吾

五

メ第三ノ個人的原因ニ至リテハ之ヲ刑事人類學ノ範圍ニ投入スルノ便利ナル下ニ論スル如シ故ニ曰ク刑事社會學ハ原因ノ一部ヲ講究スト犯罪ノ原因ヲ講究スル時ハ忽チ二個ノ問題ニ觸ル、ヲ得ヘシ即チ第一犯罪撲滅法アリヤ第二若シアリトセハ其方法如何蓋シ此二點カ刑事社會學ノ最モ重要最モ困難ナルモノニシテ犯罪ヲ社會ノ一種ノ病氣ト看做セハ右ハ犯罪ト衛生學及ヒ治療法ヲ形成スルモノト謂ツヘシ但シ爰ニ注意スヘキモノアリ社會ノ身體ヨリ此犯罪ト稱スル慢性病ヲ全治スル策アリトスルハ全ク架空ノ妄說ニ過キス罪人ハ恰モ吾人ノ中ニ貧民ノ絶エサル如ク永久ニ滅失スル期ナカル可シ故ニ唯之ヲ減少セシムルヲ目的トシテ其手段ヲ研究スヘキノミ夫レ然リ犯罪ノ原因中自然力ノ基クモノ、大半及ヒ社會的の制度ノ或ル現象、年ノ豐凶ニ由ル經濟ノ有様人口ノ増減等ハ社會カ如何ニ力ヲ盡クスモ左右スル克ハサルモノアルニ非スヤ之ニ反シテ宗教ノ主義教育ノ普及ト否トノ如キ其他社會ノ力ヲ以テ改良シ得ル事實ニシテ犯罪ノ原因トナルモノハ之カ策ヲ講スル

實ニ刑事社會學ノ眞面目ナリ故ニ曰ク刑事社會學ハ犯罪ノ一部分ヲ撲滅スル方法ヲ講究スト

第三、刑事人類學——刑事人類學ノ本領ハ犯罪ノ主格即チ犯人ヨリ觀察ヲ下シ之ヲ支配スル一定ノ法則ヲ發見スルニアリ故ニ犯人ノ如何ナル者タルヤヲ豫メ確定セサル可カラス先キニモ論スル如ク罪科學上ノ犯罪ハ刑法學上ノ犯罪ヨリ其區域廣シ何トナレハ法律上ノ犯罪ヲ構成スル事實ハ現今半開以上大半ノ國法ニ於テ外部有形ノ條件ト内部無形ノ條件トヲ具ヘサレハ之ヲ罰セス即チ犯意アリテ犯行ナキモ犯行アリテ犯意ナキモ無意犯ノ外ハ共ニ罪ト認ムルナシト雖モ罪科學上ノ犯罪ハ法律上ノ犯罪ノ外ニ内部無形ノ條件ヲ缺キ外部有形ノ條件ノミチ偏有スル狂者幼者ノ所爲モ之ヲ犯罪ト認ムルヲ以テ此等ノ所爲ヲ惹起シタル者ハ刑事人類學上ノ犯人ノ區域内ニアレハナリ而シテ刑事人類學ハ犯人ノ狀態犯人一箇ノ内ニ存スル犯罪ノ原因及ヒ其撲滅策ヲ講究セザル可カラス犯人ノ狀態ハ男女ノ區別年齡身體ノ構造性質言語音聲ヲ指

シ犯人以内ノ犯罪原因トハ右ニ述フル事實ノ犯罪所爲ヲ助成發動ルモノヲ云フ之ヲ犯罪箇人の原因ト稱スヘシ
 犯罪ノ自然的原因及ヒ人工的原因ハ刑事社會學ニ於テ講究シ獨リ箇人的原因ニ至ツテハ何故ニ之ヲ刑事人類學ニ於テ講究スヘキモノトナスカ是全ク實際ノ便宜ニ出テタルニ外ナラス其理由左ノ如シ
 箇人的原因ハ細別シテ二種トナス曰ク先天的原因曰ク後天的原因是ナリ先天的原因ノ中ニハ遺傳ニ因リ腦組織體格性癖ヲ含ミ後天的原因ノ中ニハ慣習ニ因ル好嫌特別ノ病氣ノ發作身分職業ニ基ク身心ノ一部ノ發達ヲ含ム此ノ如キ理論上ノ區別ハ極メテ容易ナリト雖モ今假ニ大腦前葉ニ異狀アルモノ特ニ酒癖ヲ有スル者等ニ面シ其果シテ先天ニ之ヲ具フルモノナリヤ後天ニ慣習病氣ヲ以テ特發シタルモノナルヤハ十分ニ醫學上ノ知識ヲ具ヘサル可カラス愈々先天ニ具ル者ト判斷スルモ是果シテ二三學者ノ主唱スル如ク舊態カ再現(Atavisme)シテ太古未開ノ蠻民ニ接近シタルモノナルカ人類普通ノ發達ヲ中途ニ歇止セラレ(Degenera-

hon)タル祖先ノ遺傳ニ基クカ等ハ生物學中至難ノ問題ニシテ未タ一定ノ說ナシ而シテ此等ノ研究ハ植助學ニ主トシテ政治法律經濟教育宗教等ノ知識ヲ必要トスル刑事社會學ノ範圍ニ編入セシヨリ寧ロ解剖學微生物學動物學醫學等ヲ助手トスヘキ刑事人類學ノ研究ニ一任スルヲ極メテ便利ナリト確信ス

三科學ノ相關事情

三科學ノ本領ハ右ニ畧述スル如ク大體ノ區別ヲナシ得サルニアラスト雖モ是主トシテ罪ヲ觀察スル方向ニ基キ研究ノ實際ニ便利ナル範圍ヲ盡シタルニ過キズ本來ノ性質ナイフ事ハ一箇ノ研究カ三科學ニ通スル事業トナリ又別種ノ研究モ彼我相連繫シ一方ノ結論ハ他ノ根據トナリテ其理論ヲ一新シ又其理論ノ革命ニヨリテ一方ノ區域ヲ増減スル事情アリ刑事人類學ノ範圍内ニ於テ萬般ノ罪人ヲ直接ニ研究スルニ方リ犯罪ノ箇人的原因ヲ先天ニ具フルト後天ニ獲得シタルトニ因リ生來ノ罪人ト習慣ノ罪人トニ區別スルヲ得又更ニ他ノ點ヨリ觀察ヲ下シ悔改復

善ノ方法ノ有無ニ基キテ不治ノ罪人ト可治ノ罪人トニ區別スルヲ得而シテ生來ノ罪人ト不治ノ罪人トハ常ニ必スシモ同一ナラザルコトニ深ク注目セサル可カラズ勿論先天宿命的ニ具ハル身心ノ全部乃至一部分ノ罪ヲ犯スヘキ性質ノモノアリト假定セハ或ハ人力ヲ以テ容易ニ之ヲ治愈改良スルハ克ハサルヘキモ之カ爲ニ毫モ惡癖ヲ芟除抑制スル方法ナシト結論スルニ足ラス斯ノ如ク論シ來レハ不治ノ罪人ヲ更ニ絕對的ノ不治ノモノト關係的不治ノモノトニ區別スル必要ヲ生ス其所謂人力ニテハ到底懲治ノ功ヲ奏スル克ハサル絕對的不治ノ罪人アリヤ否ヤハ學理上未決ノ一大問題ニシテ今ヨリ更ニ幾百ノ星霜ヲ積ミ幾萬ノ研究ヲ重ヌルニ非スノハ之ヲ決スル克ハス今日既ニ疑ナキ事實トナリテ大ニ世人ノ注意ヲ喚起スルニ足ルモノハ只關係的不治ノ罪人アルハ一事是ナリハ關係的不治ノ罪人トハ現時存在スル所ノ刑罰醫術教育等ノ手段ニテハ到底懲治ノ見込無キモノヲ云フ主トシテ癡狂惡童ノ改良法ニ關スル醫術教育ノ論ハ姑ク之ヲ措キ現時ノ刑罰カ其効ヲ奏スル克ハサルモノア

ルヲ證明シタルハ實ニ刑事人類學ノ刑法ニ與ヘタル一大警報ナリト謂フヘシ

現今ノ刑罰ヲ以テ懲改ノ効ヲ奏セサル關係的不治ノ罪人アルコト既ニ疑ナキ事實タル以上ハ更ニ重要問題ニアリ曰ク罪人ヲ到底改心セシムル方法ナキカ即チ之ヲ以テ絕對的不治ノモノトスヘキヤ曰ク若シ其方法アリトセハ之ヲ折衷シタル新刑罰ヲ設クヘキカ將テ刑罰以外ノ手段ニ依ラサル可カラサルヤ此二問題ハ絕對的不治ノ罪人如何ノ問題ニ伴フモノナルカ故ニ今日ニ於テハ同シク未決ノ疑問ニ過キス唯將來刑事人類學ニ於テ犯罪ノ箇人的原因ヲ發見シ刑事社會學ニ於テ社會的制度ノ犯罪ニ及ホス影響ヲ明示シタル時ニハ遂ニ此一大疑惑ヲ解クヲ得ヘシ

愈此二科學ニ於テ犯罪ノ原因及ヒ撲滅策ヲ發見シタル時ハ刑法學ニ於テモ其學理ニ一大革命アルヘキハ明々白々ナリト雖モ今日既ニ立法事業ニ取リテハ必要急務トナリタル事アリ

夫レ立法ノ要ハ社會ノ秩序安寧ヲ維持スルニ必要ナル法令ヲ設ケ其實行ヲ確固タラシムルニアリ實害ノ目前ニ横ハルヲ知リテ徒ラニ科學ノ進歩ヲ俟ツヘキモノニ非ス累犯者ノ如キハ固ヨリ學理上絕對的不治ノ罪人タルヤ否ヲ決スル克ハス從ヒテ之ヲ懲治スル方法ノ有無モ判然セスト雖モ關係的不治ノ者即チ在來ノ刑罰ヲ以テ改心ノ見込立タサルコト疑ナキ以上ハ姑息ナル懲改處分ヲ採ラス曩ネテ罪ヲ犯スノ途ヲ失ハシムル抑壓手段ヲ定メ(竊盜ト雖モ二犯若クハ三犯以上ノ者ヲ終身獄ニ投スル如キ)一日モ早ク吾人ノ幸福ヲ増進スルノ策ヲ講セサル可カラズ是刑事人類學及ヒ刑事社會學カ刑法學ト相關スル事情ノ一例ナリ生來ノ罪人ト不治ノ罪人トハ必スシモ同一ナラサル如ク慣習ノ罪人ハ亦常ニ可治ノ罪人ト云フヲ得ス第二ノ天性トナリテ罪ヲ犯スノ慾ハ刑ヲ受クルノ苦ニ勝ツ克ハス吾人ノ想像ニモ及ハサル樂天主義ヲ抱キテ他人ノ悲哀ヲ喜フモノ、中ニ更ニ絕對的ト關係的トニ不治ノ罪人アルヲ假定セサル可カラズ然レトモ尙ホ一步ヲ進メテ生來ノ罪人ト習慣ノ

罪人トハ學理上明カニ之ヲ區別スルヲ得ルヤ又先天生來ノ罪人及ヒ後天慣習ノ罪人ニシテ今日存在スル刑罰醫術教育ヲ以テ改心セシムル克ハサル者ト癡狂者トノ間ニ如何ナル區別アリヤ等ノ問題ハ何レモ未決ノ疑團ニ過キス故ニ此等ノ疑問ヲ氷解スル際ニハ常ニ必ス刑法學ニ其影響ヲ及ホスヘシ

眼ヲ轉シテ刑法學カ他ノ二科學ニ相關スル事情如何ヲ見ント欲セハ先ニ我輩カ陳述シタル罪科學ノ定義ヲ比照スルマテナリ刑事人類學及ヒ刑事社會學ニ所謂犯罪及ヒ罪人ハ常ニ必スシモ刑法上ノ犯罪及ヒ罪人タルヲ必要トセサレトモ又必ス一國ノ刑法ヲ基礎トシテ其制裁ヲ附シテ社會ニ發生スルヲ望マサル有形無形ノ條件乃至有形ノ條件ヲ具フル行爲及ヒ其主體タルヘシト述ヘタルカ故ニ刑法カ新ニ一ノ行爲ヲ犯罪ト認ムル(假令ヘハ決斷ニ關スル罪ノ如ク)毎ニ其範圍ヲ增長シ之ニ反スルトキハ減縮スヘキハ勿論ナリ

三科學ノ研究ニ通シテ重要ナル手段ハ統計是ナリ統計ノ科學ナルヤ否

ハ學者中一定ノ說ナキニ似タリト雖モソハ別種ノ問題ニシテ其社會的諸學科ノ進歩ニ著大ナル効果ヲ與ヘシハ顯微鏡學ノ百科學ニ於ケルト敢テ一步モ讓ラス佛國ニ於テハ數十年來ノ犯罪統計書アルカ爲メニ犯罪ノ研究ニ非常ノ便益ヲ與ヘタリ

三科學ノ將來及ヒ眞ノ本領

先ニ三科學ノ本領トシテ畧述セル所ハ研究ノ實際ニ便利ナル範圍ヲ畫シタルニ過キサルハ既ニ一言セシ點ナリ其何故ニ性質上ノ眞ノ區域ヲ限リ最終目的ヲ示サ、リシヤト言フニ至リテハ現今未タ刑事人類學ノ目的物タル罪人人類ノ如何ナルモノナルカノ確定セサルニ依ル彼ノ有名ナル刑事人類學ノ主唱者ロンゾ氏初メテ直接ニ罪人ヲ研究スルヤ頗ル極端ナル說ヲ抱キ罪人ハ盡ク一種特別ノ人類ニシテ其罪ヲ犯スハ全ク常人ニ異ナル身心ノ構造(特ニ腦組織)ニ基ク宿命の不可抗ノ結果ナルヲ以テ文化高等ナル現世紀ノ生存ニ不適當ナリ蓋シ罪人ハ其異常ノ身心ニ於テ寧ろ原始時代ノ人種ノ再現シタルモノタルハ恰モ

解剖家カ吾人身體ニ無用若クハ有害ナル機關ノ痕跡ヲ見ルノ狀ニ髣髴
タリト

氏カ當初主張シタル此說ヲシテ誤認ナカラシメシカ一國ノ立法者ハ刑
法ノ主義ヲ一變シ唯社會ノ秩序安寧ニ有害ナル行爲ヲ列擧スルニ止マ
リ一度之ヲ犯ス者アラハ常ニ之ヲ社會ノ中央ヨリ消滅セシムル死刑遠
島等ノ人工的淘汰ノ手段ヲ施スカ若クハ直接防禦ノ新工風ヲ廻ラシ事
實ヲ確ムル第一審及ヒ控訴ノ外ニ上告ノ如キ裁判制度ノ必要ヲ失フニ
至ルヘシ然ルニ罪人ハ盡ク此ノ如キ性質ノ者ニ非サルコト漸チ追ツテ
發見セラレ假ニ罪人人類ナル者アリトスルモ是實ニ罪人中ノ小部分ニ
過キササルハ氏モ其後之ヲ主張シテ前說ノ非ヲ改メシ所ナリ更ニ進ンテ
罪人人類ナルモノ、如何アルヘキヤヲ定ムルニ付キ現今歐羅巴ニ於テ
此種ノ研究ニ從事スル學者ノ大半ハ單ニ常人ニ異ナル相貌ヲ具スルト
否トニ依リテ之ヲ識別セント欲スルモノ、如シ然レトモ余ヲ以テ之ヲ
見レハ寧ロ犯罪ノ箇人的原因ヲ先天ニ具フル者ヲ以テ罪人人類ト稱ス

ヘシ相貌ノ如キ後天ノ原因ニ依リテ多少變更スルニ相違ナキモノハ以
テ罪人人類ヲ區別スルノ標準トナスニ足ラサルモノト確信ス只一ノ相
貌組織カ先天ニ具ハルモノカ後天ニ一部分ノ發達スルニ從ヒテ變更シ
タル所ナキカハ實ニ至難ト云ハサル可カラス

何レノ標準ニ依ルモ既ニ罪人人類ナルモノアルヲ發見スルニ至ラハ實
ニ刑事人類學ノ一大進歩ナルヘシ其時初メテ眞ノ範圍本領モ確定スヘ
シ即チ刑事人類學ハ犯罪ノ箇人的原因ヲ先天ニ具ラル者カ或ハ一種異
常ノ相貌ヲ有スル罪人ノミヲ支配スル一定不動ノ法則ヲ示シ或ル點マ
テ人工的ニ淘汰若クハ適合セシムル策ヲ得ヘシ而シテ刑事社會學ハ同
時ニ範圍ヲ擴メテ後天ニ犯罪ノ原因トナリタル箇人的理由其他罪人
種以外ノ罪人及ヒ犯罪ノ消長増減ニ關スル原理ヲ講究スヘシ(ガロイ氏
刑法要論第四版八頁註、刑事人類學雜誌第一號同氏論文參照)

第五章 刑事法ノ沿革

十四 人類ノ生存競争ハ社會ト云フ團結ヲ產出シ社會的生活ノ一種タル

國家ハ其生存ニ必要ナル條件トシテ法律ト云フ制度ヲ發生ス然ルニ社會ト云ヒ國家ト云フ人類ノ團結ハ生存競争ノ結果歲月ヲ追ヒ適者ハ増進化發達スルカ故ニ其生存ノ必要條件タル法律モ亦進化發達セスンハアル可カラス本章ニ於テハ法律中特ニ刑事法カ社會ノ發達ニ伴ヒ變遷進化シタル事跡ヲ畧述セン

十五 古法下今法トナ比照スルトキハ著ク異同アリテ存ス即チ時代ヲ迦ルニ從ヒ一國ノ法制上刑事法ノ分量ヲ増加シ其最モ古キ法典ハ主トシテ刑事法法典タルヲ知ルニ容易ナリ (Maine 氏著 *Primitive Law*) 古代法然レトモ古代ノ刑事法ヲ貫徹シタル主義ハ現今文明國ノ一般ニ採用スル所ト同シカラス同一時代ニ在リテモ甲國ト乙國トハ必スシモ同一主義ニ因ルコトナシ但下ニ述フル三點ニ至リテハ刑事法歴史ノ軌チ一ニスル所タリ(一)曰ク今日獨リ國家ニ專屬スル刑罰權ハ古一家一族ノ長ニモ分屬セリ(二)曰ク刑罰ハ社會ト云フ有機體カ犯罪ト云フ社會ノ生存ノ妨害ニ對シテ惹起ス反動ナリ故ニ原始社會ノ生存競争カ專ラ鬭争ニ依リテ行ハレタル時代ニ

ハ刑罰ト云フ反動最モ激烈ヲ極メ歳ヲ追ツテ平和ナル手段ニ移レルモノトス獨ノ *Hering* 氏曰ク刑事法ヲ沿革的ニ研究スレハ不斷舊制ノ廢止サルルヲ知ラント(三)曰ク刑事法ハ漸次學理的配列ノ法ニ因レル一典ヲ成スニ至ル

我輩先ツ刑事法全體ニ通スル變化ヲ述ヘ次ニ日本刑事法ノ沿革ヲ一言セント欲ス

其一 刑事法全體ノ沿革

十六 社會的諸制度ハ總テ時々刻々絶ヘス發達シ歲月ヲ重ネテ徐ニ進化するモノナルヲ以テ古今主義ヲ異ニスル刑事法ニ在リテモ幾世紀何年ノ頃マテハ某主義行ハレ何年何月ヨリハ某主義ヲ採用シタリト明知スル能ハス故ニ甲乙甚シキ差異アル時代ヲ理想上假ニ分期シテ其特色ヲ辯スルノ已ムヲ得サルモノナリ一般刑事法ノ沿革ハ理想上未開時代宗教主義ノ時代國家主義ノ時代ニ大別シ未開時代ノ中ニハ犯罪ニ公罪ト私罪トノ區別アリテ公罪 (*Delits publics*) ハ峻酷ナル體刑ヲ以テ處罰サレ私罪 (*delits privés*) ハ

犯人ノ家族ヲ犠牲トシテ之ヲ贖ヒタル時代ヲ含蓄セシメ宗教主義ノ時代ニハ一切ノ犯罪ヲ以テ宗教ノ規則ニ反スル非行ト認メタル時代ヲ編入シ國家主義ノ時代ニハ總テ犯罪ヲ國家ノ生存妨害ノ所爲トシ刑罰ハ之ヲ贖豫防スル手段ト看做スノ時期ヲ總括スルヲ便利トス

十七 未開時代 原始時代ニ在リテハ被害者自身若クハ其家族相續人カ加害者ニ讐ヲ復シテ以テ社會ノ生存ヲ維持セリ斯ノ如ク一私人ノ復讐ヲナスノ所爲ハ以テ權力アル者カ權力ナキ者ニ強制スル刑罰ノ本質ヲ缺クト雖モ社會ノ生存ヲ害スル所爲ノ反動トシテ現ハレタルト當時未タ社會ノ公權微弱ニシテ一私人ノ腕力カ取モ直サス社會ノ生存ヲ維持スルニ必要ナル條件ヲ實行スル全權ヲ有シタルト考フレハ之ヲ刑罰ノ萌芽ト謂ハスシテ何ソヤ假ニ此時期ヲ稱シテ放任復讐主義ノ時代ト云フヲ得ノ然ルニ社會ノ強力ハ漸次發達シ遂ニ一私人ノ腕力ヲ制スルニ足ルノ時代ニ達スルトキハ放任復讐主義ノ弊ヲ除キ一方ニ於テハ加害ト復讐トノ權衡ヲ保タシメ他ノ一方ニ於テハ他人ヲ害スレハ己ヲモ害サル、ヲ知リテ再

ヒ他人ヲ害セサラシムル爲メニ一私人ノ復讐ヲナスニ際シ加フル害ハ受ケタル害ト同一ナラサルヘカラサルノ規則ヲ生ズ目ハ目齒ハ齒ヲ以テ償フト云フ反座法是ナリ(舊約全書利未記第二十四章第十九節同出埃及記第二十一章第二十三節以下參照)之ヲ制限復讐時代ト名ツルヲ得ノ其後反座法モ亦社會ノ生存ヲ維持スルニ不適當トナルニ方リテヤ賠償主義發生ス賠償主義ハ讀ンテ字ノ如ク加害者ヨリ金錢ヲ支拂ヒ以テ刑罰ヲ脱カルル制度ニシテ固ヨリ被害者ノ怨ヲ晴ラスト云フ思想ニ基キタルカ故ニ初メハ被害者ニ贖金ヲ甘受スルト否トノ自由アリシト雖モ後ニハ必ス之ヲ諾セサルヲ得サルニ至リ加害者ハ同時ニ贖金ノ一部ヲ社會ノ公權ニ支拂フノ義務ヲ生セリ(加害者カ官ニ納ムル贖金ハ *Fredum bannum* ト謂ヒキ)一私人ニ對スル害ハ當時尙ホ社會全體ヲ害スルコト無キモノト認メ從ヒテ被害者一人ノ怨ヲ晴ラス手段ノミヲ採リシヲ以テ贖金制度ハ或點マテ現今ノ所謂民事上ノ損害賠償ノ性質ヲ含ムト雖モ別ニ一部落ノ獨立ヲ害シ若クハ神祇ノ尊嚴ヲ損フ非行ニ對シテハ峻酷ナル體刑ノ設アリキ此等ノ慣

習ハ Moïse^{モイゼ}ノ法規詩人 Homère^{オムール}ノ遺書羅馬ノ古代 Gauls^{ガールス} Slaves^{スラヴス}人ノ歴史ニ徴シテ之ヲ知ルコトヲ得而シテ賠償主義ハ German^{ゲルマン}人ノ中ニ最モ發達シタル事跡アリトス

〔十八〕 宗教主義ノ時代 元始時代ノ放任復讐主義ヲ倒シタルハ前段ニ述ヘタル 反座法^{ダリオン}ノ外ニ宗教的贖罪主義ト云フモノアリシナリ蓋シ僧侶ハ人智開達ノ木鐸者ニシテ其勢力初ハ遙ニ社會ノ公權ノ上ニ位シタルカ故ニ被害者カ仇ヲ報シテ怨ヲ晴ラスノ制度ハ到底神ノ意ニ反スルヲ以テ他人ニ害惡ヲ加ヘタル者ハ先ツ犧牲ヲ供シ神ノ怨ヲ和クテ其身ヲ清メサル可カラスト云フ意向ヲ生セシメタリ即チ贖罪の犧牲 (Sacrifice expiatoire)^{サクリフィス エクスピアトワレ}ノ風習ハ放任復讐主義ニ次キ反座法ト並ヒ行ハレタルモノニシテ宗教主義ハ此頃ヨリ漸次社會ノ刑罰權ヲ併呑シ後ニハ法律ハ宗教ノ一部トナリ裁判ノ全權ハ僧侶ノ握ル所トナリ偶他ニ法ヲ執行チ司リ罪ノ裁判ニ與ル者アルモ總テ僧侶ヨリ委任ヲ受ケタルニ基クト云フ時代アリキ此等ノ事跡ハ印度埃及支那 Judé^{ジュデ} Calhage^{カルハゲ}等ノ史ニ徴シテ知ルコトヲ得特ニ Gaul^{ガール}ニ於テ其

最モ發達シタルヲ見ル

〔十九〕 國家主義ノ時代 其後刑罰權ハ神權 (Jus divinum)^{ジュス ディヴィヌム}ノ範圍ヲ脱シ人類權 (Jus humanum)^{ジュス ヒューナム}ノ一部トナルニ至レリ即チ人類カ結社的生活ヲ營メハ一人一箇ノ利益以外ニ社員全體ノ利益ナルモノアルヲ悟リ之ヲ國家ト名ツクヘキノ絶對的觀念ヲ生スルヤ犯罪ハ被害者一人ノ損害ヲ惹起スニ止マラス社會全體ノ利益ヲ毀傷スルヲ以テ之ガ賠償ナカルヘカラザルノ思想ヲ發生セリ此國家思想ハ希臘羅馬二國ノ開化ト共ニ發達シ近世文明國ノ法制ニ最モ盛大ヲ極ム蓋シ希臘ノ史ヲ徵スルニ建國ノ初ニハ尙ホ其法制ニ宗教主義ノ痕跡ヲ止ムル勢カラスト雖モ久カラステ國家思想ヲ發生シ社會ノ保護ヲ以テ自己ノ任トナスニ至レリ進ンテ羅馬ノ盛時ニ達スルトキハ刑罰ヲ國家ノ事業トナスノ思想最モ發達シ古代ノ邦國中ニテ宗教ノ區域ヨリ脱セシメ且一私人ノ損害ニ止マラサルヲ會得シタルニ渠ヲ以テ第一トナサ、ルヲ得ス羅馬ニ於テ國家思想最モ發達シタル時代ニ日耳曼人種漸次威力ヲ振ヒ其盛大ヲ極ムルニ方リ羅馬帝國ハ漸ク末路ニ陥リ

遂ニ羅馬特有ノ國家主義ハ日耳曼人固有ノ贖罪主義ノ爲メニ倒レ爰ニ太古ノ遺風ヲ再現スルニ至リシカ久カラスシテ贖罪主義ハ更ニ正義ト云フ絶對思想ノ勝ヲ占ムル所トナリ稍其勢ヲ殺カレタリト雖モ正義ノ觀念ハ再ヒ往古ノ宗教思想ヲ蘇生セシメ遂ニ宗教主義ト日耳曼主義トノ一大闘爭ヲ開クニ至レリ

中世ノ刑事法史ハ宗教日耳曼ニ主義ノ争闘記ナリ宗教主義ハ歐洲南方ニ起リ羅馬法王ニ密著シテ神權ヲ代表シ日耳曼主義ハ歐洲北方ニ起リ羅馬皇帝ニ密著シテ國家即チ人類權ヲ代表シ爰ニ刑事法ハ僧侶ノ争ノ爲メニ中原ノ鹿トナリヌ然レトモ歐洲全土ノ文華ハ此宗教日耳曼ニ主義ノ一大衝突ニ起因シ争闘ノ暗黒時代ニ養成サレニ主義ノ協合一致ニ成熟シタルモノトス蓋シ宗教主義ハ一切ノ犯罪ヲ以テ神意ニ戻逆スル非行ト認メ刑罰ヲ以テ盡ク身ヲ清メ神意ヲ和ケル手段ト看做スノ舊弊ヲ再出シタリト雖モ犯人ヲ主觀的ニ觀察シ其意思ト責任トノ關係ヲ推究シ後ニハ刑罰ヲ以テ犯人ヲ懲戒スルノ具トナス可キヲ知ラシメ刑事法ノ前ニ人ハ平等ナ

ラサル可カラサルヲ知ルニ至ラシメタルハ主トシテ其力ナリ故謂ツヘン之ニ反シテ日耳曼主義ハ犯罪事實ヲ客觀的ニ觀察シ之ニ依リテ國家ヲ害ズルノ如何ヲ論スルモノナリ
中世干戈ノ戦争ハ十八世紀ノ思想ノ格闘ト一變シ哲學ノ勃興ト共ニ遂ニ刑罰權ノ基本ハ正義ト利益トノ二點ニアルト云フ現時ヲ折衷主義ヲ産出シタリシト雖モ百科物理學ノ進化ニ伴ハレ刑事法學ノ將來ハ再ヒ一大革命ニ遭遇シテ生物進化ノ原理ヲ基礎トスル自然法主義ニ一變スルノ期ナキヲ保セス

(註)ガロト氏佛國刑法學理的及ヒ實際的原論第一卷三十五節フオリスダ
ヨリト氏佛國刑法論第三節オルトラン氏刑法要論第一卷第五十五節參照

其二 日本刑事法沿革
(三十) 日本刑事法ノ沿革ハ法理ヲ變遷スル標目トシテ三大時期ニ區別シ第一期ハ之ヲ日本固有ノ法理時代ト名ツケ太古ヨリ近江令ノ編纂ニ著手シ

ツル迄ヲ論シ第二期ハ支那法理ノ折衷時代ト名ツク近江令ノ編纂ニ著手シテヨリ明治六年改定律例ヲ實施迄ヲ論シ第三期ハ歐羅巴法理ノ折衷時代ト名ツク明治六年ノ改定律例實施以後ヲ論セントス

〔三十一〕第一期 第一期即チ日本固有ノ法理時代ハ前ニ云ヘル如ク上古神代ヨリ近江令ヲ編纂ニ著手シタル迄ヲ含蓄ス然ルニ上代ノ思想ハ支那印度ノ文物ヲ輸入スルニ從ヒ漸次其力ヲ減シ上宮太子ノ訓戒十七箇條ノ發表アル頃ニ至リ一變シタルヲ以テ更ニ第一期ヲ二段ニ分チ第一期第一段ニ於テ神代ヨリ推古ノ朝迄ノ間ヲ論シ第一期第二段ニ於テ推古ノ朝ヨリ近江令ノ編纂迄ヲ概言セントス

〔三十二〕第一期第一段 上代ノ事跡ハ口碑傳説ヲ基礎トシタル二三ノ記錄アルニ止マリ其他ハ總テ後人ノ想像説ヲ文書ニシタル者ニ過キサレハ固ヨリ明瞭ヲ缺クノ點甚カラス故ニ我輩ハ此第一期第一段ノ現象ヲ述フルニ付テハ〔一〕天津罪國津罪ノ區別〔二〕祓除ニ關スル思想〔三〕普通ノ刑罰ノ有無〔四〕史傳ニ存スル法制ノ大意ヲ概言シテ以テ參考ニ供セント欲ス

七

二十三 〔一〕天津罪國津罪ノ區別ハ大祓ノ詞ニ見ユル所ナリ曰ク天津罪止波畔放溝埋穢放類時申刺生剝逆剝尿戶許々太久乃罪乎……國津罪止波生乃膚斷死乃膚斷白人胡久美己母犯留罪己子犯留罪母與子與犯罪子與母與犯罪畜生犯罪昆虫乃災高津神乃災高津祓乃禍畜生仆志蠱物爲罪許々太久乃罪……ト此區別ハ延喜式ノ選者藤原忠平公カ假ニ設ケテ文ヲ綴ラレシモノカ神代ヨリ恰モ現今公益ニ關スル罪身體財產ニ對スル罪ト別ル如ク區別シ來リシ事跡ナシ而シテ罪トシ曰ヘハ何レモ神意ニ反スル事實ナルハ罪名ヨリ推スモ疑フ可カラサルニ似タリ

〔註〕天津罪ヲ列舉セル中ノ畔放ハ畔放ナリ田ノ界ヲ斷リ水ヲ流出セシメテ之ヲ干スヲ謂フ溝埋トハ水路ヲ閉塞シテ田ノ水利ヲ剝クヲ謂フ穢放ハ水ノ不用ノ時水門ヲ開キテ水害ヲ蒙ラシムル義ナリ類時ハ一度種ヲ蒔キタル所へ更ニ播種シテ前後ノ種ノ發育ヲ害スルヲ謂フ此説明ハ數多ノ書ニ見テ即チ重播ノ義ヲ合ハス疑ナキモ土地ノ瘦衰ヲ防ク爲メニ播種ヲ休ムヘキ慣習アルニ拘ハラス其頃故ニ種ヲ蒔クコトヲ意味スル

ニハ非サルカ農事ノ古俗ニ土地ヲ休ムルコト外國ノ例アリ法學協會雜誌第十卷第六號五百五十八頁ヲ參考セヨ(串刺ハ田中ニ串ヲ立テ、足ヲ損ハシムルヲ謂フ)一種ノ呪詛ナリト云フ説モアリ(生剝逆剝ハ生タル獸皮ヲ後部ヨリ剝取ルナリ、尿戸ハ尿放ノ義ニシテ齋殿ヲ汚ス一所爲ヲ指シ以上七罪ハ素盞鳴尊ガ高天原ニ於テ姉神天照大御神ノ田ヲ害シ米塵ヲ汚シ并ニ之ヲ驚怖セシメノ爲メニ犯シタルコトアリト古傳ニ載スルニ因リ延喜式ノ選者カ天津罪ト名ツケ人間カ犯シタル場合モ此中ノ者ナレハ天津罪ト言ヒタルナリ故ニ制限列擧ノ書方ニシテ稼穡ヲ害シ齋殿ヲ汚スノ所爲ヲ汎ク天罪ト謂フ如ク信セラレシ源光國公ノ判斷ハ誤レリ但シ制限列擧ノ書方ト見ルニハ終ニ許々太久(即チ等)ト云フ語アルニ矛盾スル如キ皮相アルモ國罪ヲ例示シタル最終ニ同シク許々太久ト云フ法アルヲ以テ之ニ對シタルモノナリト云フ説多數ヲ占ム

國津罪ヲ列記シタル中生乃膚斷トハ他人ヲ殺傷スル義、死乃膚斷トハ屍體ヲ毀損スル義ナリ、白人ハ(和名抄ニ之良波大俗ニシロコト名クル皮膚病

アル者胡久美ハ贅肉(和名抄ニ阿萬之々)アル不具者ヲ謂フ、病者不具者ハ共ニ神ノ不快トスル所ナルヲ以テ罪ト成ル如ク信セシニ似タリ、己母犯留罪、己子犯留罪トハ亂倫ノ配合ヲ指スモノニシテ古事記仲哀天皇ノ條ニ「……上通婚、下通婚……」トアル是ナリ、母與子與犯罪ハ妻ハ先夫ノ女ノ姦スル場合ヲ云ヒ、子與母與犯罪トハ妻ノ實母ニ通スル場合ヲ謂フ、畜生犯罪トハ天然ニ反シ異性ノ動物ニ淫行スルヲ謂フ同シク古事記仲哀天皇ノ條ニ「……馬婚牛婚鶴婚犬婚之罪」ト謂ヘル是ナリ、昆虫乃災、高津神乃災、高津鳥乃禍トハ虫類落雷鳥類ノ爲メニ負傷出血シタルヲ謂フ此ノ如キ災害ノ罪トナルハ出血シテ身ヲ穢スニ因リ神意ニ不快ヲ招クト云フニ有ルモノ、如シ蓄生仆志トハ獸類ヲ殺傷スル所爲ヲ謂フ、蟲物爲罪ハ呪詛スル罪ナリ、終ノ許々太久ト云フ語ハ多キヲ意味ス爰ニハ等ト云フ文字ニ相當シ國津罪ハ其大凡ヲ舉ケテ例示シタルヲ明カニスルナリ

是ニ由テ之ヲ觀レハ天罪モ國罪モ上代ノ思想ニ於テ罪ヲリシ點ハ同一ナリシヤニ思ハル罪質ニ差異ナカリシニ似タリ下ニ述フル三點ニ因リテ知

ル可シ曰ク(一)人類ハ神意ニ因リテ産出ス即チ神ハ地水火風ノ四行ヲ合セテ人體ヲ造リ之ニ靈魂ヲ配シテ生命アルニ至ラシム故ニ人ノ性ハ善ニモ非ス惡ニモ非ス但シ神意ニモ好嫌アリテ若シ其好ム所ノミチ身ニ具フル者アレハ善ノ靈魂ヲ働カスカ故ニ善行アリ幸福ヲ享クヘキモ若シ其嫌フ所ヲ身ニ具フルモノナレハ惡ノ靈魂ヲ働カスカ故ニ惡行アリ災厄ヲ受クヘシ(善ノ靈魂ハ直日御魂惡ノ靈魂ハ禍日御魂ト謂フト)(二)然ラハ神ノ何チ嫌フカ不潔不具チ嫌フ爰チ以テ身ニ汚穢アリ不具ノ箇所アレハ神ハ之チ厭ヒテ惡ノ靈魂ヲ働カスガ故ニ人ハ惡事ヲ働キ惡魂邪神ハ處チ得友チ得テ災害ヲ降ラス然レトモ惡事ヲ働キタルモノ、身邊ニ附着シタルモノハ棄テ即チ不潔物ヲ棄テ、身體ヲ洗ヒ祓^{ハラヒ}祓^{ハラヒ}ノ起ル所以ニシテ祓^{ハラヒ}ハ拂棄ナリ祓^{ハラヒ}ハ身源ナリ(神ノ好ム物ヲ供スレハ善ノ靈魂ヲ働カシム故ニ惡神潛ミ人ハ善行ヲ爲スニ至ル罪ハ要スルニ豆々之罪ノ節語畧ニシテ不潔不具等神ノ嫌フニ因リ慎ムヘキ事實ヲ謂フ之ヲ慎マサレハ惡ノ靈ニ支配セラレテ惡行ヲ爲ス惡行ヲナシタルモノ、身邊ニ在ルモノハ穢ル穢ルハ復惡行ヲ

ナサシムル魂ヲ働カスニ至ル原因トナル(三)若シ夫レ神ノ嫌フニ因リ慎ムヘキ事實カ盡シ罪ナラハ何故ニ之ヲ天罪國罪ニ別チタルカ此區別ハ延喜年間藤原忠平公等カ敕ヲ奉シテ格式ヲ選フ時假ニ設ケラレタル用語ナリ忠平公カ區別ノ標準トセラレシハ古文書ニ嘗テ素盞鳴尊カ高天原ニ於テ犯シタルコトアリト傳フル種類ノモノト國土ニ於テ犯シ初メタリト思ハル、種類ノモノトニアリ故ニ大祓ノ詞ノ中ニ天罪ノ名ニ付シタル犯罪ハ古事記等ニモ素盞鳴尊ノ品行中ニ見ユル件ニミナリ此區別ヲ以テ神代ニモ既ニ採用サレ甲乙罪質ヲ異ニスルモノトスルニハ何等ノ根據モ無シ之ヲ思ヘハ現行刑法原論ノ所論ノ如ク天罪國罪ハ後ニ宗教ト法律トチ分離セシムル機會ヲ與ヘシモノニハ非サルヘシ

(三十四) (二)祓除ト云フ古制ハ前段ニ述フル犯罪ノ觀念ニ牽連シテ起レルモノナリ我國ノ元始時代ニ在リテハ單ニ惡行ノミナラス不潔、災害、疾病、不具等ノ事實モ神ノ好マサル所ニシテ神ノ好マサル行爲並ニ事實アル者ハ即チ罪アル者ナルカ故ニ一方ニ於テ神ノ不潔不快トスル物ヲ捨テ一方

於テ神ノ賞美満足スル物ヲ供フレハ罪即チ惡行災害ナキニ至ラント結論
 シ爰ニ祓除ノ制ヲ發生セシメタルモノ、如シ(勿論神代ニ神カ其例ヲ示シ
 後世ノ祓除ハ只之ニ倣フト認メラレタリ)故ニ祓除ニ二種アリ惡ノ祓除ハ
 不潔ヲ棄ツルヲ目的トシ善ノ祓除ハ神ノ歡心ヲ迎フルヲ目的トシ罪アル
 者即チ神ノ不快ヲ招キタル者ヨリ物品ヲ徵集シテ一部ヲ拋棄スルノ用(即
 チ惡ノ祓具^{ハラヒツモ})ニ充テ一部ヲ神ニ供スルノ用(即チ善祓具^{ヨシハラヒツモ})ニ充テタルナリ其罪
 アリシ結果トシテ物品ヲ徵集シタルノ一點ハ刑罰ノ性質ヲ具フルモノト
 云フヲ得ヘキモ之ヲ以テ直チニ贖罪制度ト云フハ稍安ナラス後ノ贖賣制
 度ヲ起シタル源ト云フモ不妥當ナルカ如シ(第二期贖銅ノ性質ノ説明ヲ參
 照セヨ)元始時代ニ在リテハ此ノ如キ祓除ノ法ヲ以テ神ノ意ヲ滿タスコト
 ヲ得從ツテ天下無事ナルヲ得タルハ他ナシ社會ノ組織並ニ關係單純ニシ
 テ爲ス可カラスト認ムルコト少カリシニ因ルト雖モ時代ヲ下ルニ從ヒ交
 通頻繁社會的關係次第ニ複雜トナリ神ノ好嫌ハ昔ニ變ラサリシガハモ
 モ其意ヲ滿スルニ(即チ祓除ノ法ヲ行)フニテハ社會ノ生存ヲ維持スル爲

ハ〇

ナルニ至リ漸次祓除ノ傍普通ノ身體刑、生命刑、財産刑、自由刑、榮譽刑ヲ適用
 スルノ已ムヲ得サル、モノ生シ延曆ハ太政官符ヲ以テ善ノ祓除ヲ廢セシテ
 見ル但シ上古ニ在ツテ祓除用ノ物品ヲ徵シタルハ主刑ハ性質ヲ負ヒ後延
 曆以後ニハ重キ罪ニ對シ此外ニ常刑ヲ附加シ終ニ物品ヲ拋棄スルト云フ
 主旨ヲ失フト共ニ單純ナル財産刑トナリシモノトス(古事記、古事記傳、大祓
 執中抄、大祓後釋、同後々釋、祝詞考、祝詞正解、神祇志料、大日本史、刑法史參照)
 (二十五) (三)我國上代ニ在リテハ罪即チ神意ニ反スル事實アレハ祓除ヲ爲
 スヲ要シ從ヒテ祓具ヲ提出スルハ刑ノ性質ヲ具ヘタルカ如ク思ハル然レ
 トモ祓除ノ外ニ普通ノ體刑若クハ財産刑無カリシカ此點ハ隨分必要ナル
 研究ナリ蓋シ社會幼稚ニシテ公權尙ホ微弱ナルトキハ一家一族ノ長刑罰
 權ヲ握リ其意ニ反スルコトハ罪ト成リ其制裁トスル手段ハ刑罰ノ性質ヲ
 有スルモノ、如シ若シ此點誤ナクハ神代ニ伊邪那岐尊カ蛭子ヲ葦船ニ入
 レテ流シ迦具土神ノ首ヲ斬リ給ヒシ如キハ祓除ノ外ニ刑罰并ヒ行ハレタ
 リト云フモ大過ナカランカ其他伊邪那美尊ニ絞殺云々ノ語アリ素盞鳴尊

ノ狼籍ニ對シ群神カ祓除ノ爲メニ祓具ヲ徵シ其鬚手足ノ爪ヲ切拔カシメ
 神夜良比夜良比(放逐)タル如キ何レモ刑ノ性質アリト云フヲ得ン而シテ皇
 祖人極ヲ肇建シ給ヒテヨリ祓除ノ傍、絞、斬、流、逐、孥、黥ノ諸刑并ヒ行ハレタル
 ハ疑フ可カラサル事迹ナリ故ニ現行刑法原論ノ如ク當時……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カ故ニ未ダ生
 命刑身體刑等ノ存在スルモノナカリシ……ト云フハ甚ダ不妥當ナリト確
 信ス

(二十六) (四)今ヤ第一期ニ付キ史傳ニ存スル法制ノ大意ヲ概言スヘキ位置
 ニ達セリ先キニ述フル如ク歐洲ノ刑制ハ復讐主義ニ起リ一變シテ宗教主
 義トナルヤニ思ハル所謂復讐主義ハ被害者ノ怨恨ヲ晴ラスト云フ思想ニ
 基因スルカ故ニ日耳曼人ノ社會ニ盛大ニ見タリシ贖罪制度ハ仍ホ復讐主
 義ノ一體様ト見ルヲ得(何トナレハ歐羅巴ノ贖罪制度ハ加害者ヨリ被害者
 ニ財產ヲ與ヘテ被害者之ヲ諾セハ怨恨ヲ散シ仇ヲ報スルコトナキ風俗ニ
 起リ一變シテ社會カ被害者ヲシテ強ヒテ贖物ヲ諾セサルヲ得サルニ至ラ

シメ再轉シテ加害者ハ被害者ニ贖物ヲ與フル外ニ其復讐ヲ免レ得タル社
 會ノ保護料ヲ支拂フ義務ヲ生シ終ニ保護料ノミヲ拂フニ至レルヲ以テナ
 リ然レトモ我國太古ノ祓除ニ付キテモ其他ノ刑罰ニ付キテモ被害者ノ怨
 恨ヲ晴スト云フ思想ハ一點モ無カリシナリ但シ少クモ當時ノ犯罪ハ總テ
 神意ニ反スルニ因リテ成立テ神ノ怨恨ヲ晴ラスト云フ造化復讐主義
 ト認ムル克ハサルカ惟フニ上代ハ人間ノ惡行ヲ働ク事實ヲ以テ既ニ先ニ
 不潔汚穢アリテ神ニ反シタル結果ト看做セルカ故ニ之カ爲メニ祓除ノ具
 ヲ出サシムルハ敢テ神意戻逆ノ應報ト認メス將來神ノ不平ヲ招カサルヲ
 目的トナシタルモノ、如シ論シテ爰ニ至レハ我國上古ハ一點モ復讐主義
 ノ行レタル事迹無ク開闢ノ初メヨリ宗教主義ニ支配サレタルヲ知ルニ足
 ラン
 第一期ハ不文宗教主義ハ刑制行ハレタリ即チ如何ナル所爲若クハ事實カ
 犯罪トナルカ犯罪ト成ル所爲若クハ事實アルトキハ之ニ如何ナル刑罰ヲ
 加フヘキカノ二點ハ 天皇若クハ其委任ヲ受ケ奉リシ者カ各場合ニ付キ

判斷ヲ下サレシナリ而シテ其法理ヲ宗教主義ト云フ所以ハ(一)普通ノ刑罰ト或ハ併ヒ或ハ獨立シテ祓除ノ具ヲ徵セシコト(二)犯罪ハ神意ニ反スル所爲若シハ事實ト認メタルコト(三)治罪ノ手續ニ探湯盟神(和名抄區訶陀智)ト云フアリ或ハ斧ヲ火色ニ燒キテ掌ニ置キタル事(日本書紀允恭天皇ノ條)アルコトノ三點ニアリ故ニ我國ノ刑法史上ノ宗教主義ノ時代ト歐羅巴ノ宗教主義ノ時代ト對照スルトキハ彼ニ於テ僧侶カ裁判官タリシコトアルモ我ニ於テ神祇官ハ裁判ヲ司リシコト無キヲ注意セサル可カラス(祓除ハ中臣氏之ヲ司リ處刑ニ反賊征討ト共ニ物部氏之ヲ掌レリ)此一點ハ後ニ宗教ト法律トノ分離ヲ或點マテ獎勵シタルナキヲ保セス次ニ神式以來祓除ノ外ニ絞斬流擧踪贖ノ普通ノ刑ノ適用漸次其範圍ヲ汎クセシテ記憶スヘシ古制ノ贖罪ト祓除トノ異ナルハ被具トシテ財物ヲ徵スルハ神ニ供スル主旨ナルモ贖物ヲ徵スルハ財ヲ納メシメテ官ノ所得ト爲スノ主旨ニ出ツルニ在リ贖物ハ時ニ獨立ノ財産刑トナリ時ニ生命身體ノ刑ノ換刑タリシモノトス(其證トシテ日本紀雄略天皇ノ條ヲ見ヨ齒田根命ハ被具ヲ納メ別

ニ贖物ヲ出シタルノ記アリ……………(而シテ一氏一族ノ長ハ刑罰權ヲ握レリ)

(二十五節ハ說明參考)

(二十七) 第一期第二段 國初ノ刑制ニ祓除ハ外普通ノ體刑自由刑財産刑ノ行ハレヌルハ宗教主義ノ外ニ次第ニ道德主義國家主義ヲ注入シタルモノニ非ス何トナレハ當時ノ政教ハ盡ク 天皇カ神意ヲ啓發シ給スモノニ外ナラスト認メタレハナリ然ルニ神功應神仁德ノ間ヨリ支那トノ交通次第ニ頻繁トナリ彼ノ文物ヲ輸入スルヤ神意ニ叶フヤ否ヤヲ標準トセス良心ニ訴ヘテ正義ニ反スル無キヤ否ヤ云フヲ標準トスル道德主義ヲ注入シ遂ニ推古ノ朝上宮太子ノ訓戒ニ至リ俄然道德思想國家思想ヲ喚起スルニ至レリ乞フ之ヲ一言シテ第一期ノ說明ヲ終局セン

(二十八) 上宮太子ノ訓戒ハ十七箇條ヨリ成立ス其中(一)一箇條モ語ノ敬神ニ及フヲ見ス神ヲ崇敬セサル可カラスト云フ訓戒ナシ是即チ支那ノ道德思想ニ基キ良心ニ訴ヘテ善惡邪正ヲ識別實行スル以上ハ神祇ノ意思ニ叶フト否トチ政教ノ基礎トスルニ及ハラスト云フ觀念アリシヲ窺知スルニ足

ヲノ愛ニ於テ人性ハ善ニモ非ス惡ニモ非ス一ニ神ノ意ニ基キ邪正ノ行爲アリト云フ上代ノ思想ハ人ハ良心ヲ具フ性ハ善ナリ良心ノ命スル所ナリヘハ善ナリ之ニ反スレハ惡行生ズト云フ支那思想ノ爲メニ著シク勢力ヲ殺カレタリ(二十七箇條全體ヲ綜合シテ考フルニ國民全體ノ利益ハ一氏族ノ利益ニ代ヘ難シト云フ思想顯然蔽フ可カラス蓋シ當時太子カ此主義ヲ唱道シタルハ夫ノ大伴、物部、蘇氏ノ諸氏多クノ土地人民ヲ私有シ權勢當ル可カラサルモノアリシニ因リ從ツテ各種ノ情弊ヲ醸シタルノ反動ニ外ナラスト雖モ之カ爲メニ古ノ族長政治ノ主義ハ甚々勢ヲ殺カレテ國家主義ヲ發達セシメタルハ極メテ明カナリトス

(二十九) 第二期 第二期ハ近江令ノ編纂ヨリ改定律例ノ實施マテ含蓄ス此間ノ第一期ト異ルニ成文或ハ不文ニ道德的國家政治主義カ宗教的族長政治主義ノ上ニ位シタル點ニ在リ前ニモ述ブル如ク第一期ハ刑制ノ基礎ヲ神意ニ採リ氏族ノ長刑罰權ヲ握ルト雖モ第二期ニ達スレハ祓除ノ主刑若クハ附加刑トシテ行ハルハニ因リ僅ニ宗教主義ノ餘波ヲ泛ハシタリ

ト雖モ其他ハ全ク唐制ヲ模範トシタル道德主義ヲ基本トシテ政府刑罰權ヲ一統シタルヲ見ル故ニ我輩ハ假リニ之ヲ名ケテ支那法理ノ折衷時代ト謂フ折衷ト云フ所以ノモノハ古來ノ慣習ヲ全廢スルコトナカリシヲ以テナリ其詳細ハ之ヲ四段ニ分チテ以下ニ講述セン

(三十) 第二期第一段ハ天智ノ朝近江令ノ編纂ニ始マリ賴朝ノ政權ヲ握ツテ總追捕使ト成リシニ終ル

推古帝十二年夏上宮太子十七箇條ノ訓戒ヲ發セラレテヨリ四代ヲ歷テ天智帝十年ノ記ニ始メテ成文ノ律令ニ因リ天下ニ政ヲ施シタル事迹アリ但シ天智帝ノ律令ハ公ニ頒布セラレス唯有司ニ去就ノ標目ヲ示シタルモノノ如シ其成文今日ニ傳ハラス○天智帝ノ後一代(弘文天皇ヲ謂フ明治三年諡セラレシ所)ヲ隔テ、天武帝十年律令改正ノ企起リ其律ハ完成セザリシモノ、如シ令ノ部ハ之ニ反シ十一年八月ニ成リ次朝持統帝(三年特ニ之ヲ諸司ニ班賜ヒシト云フ弘仁格式ノ序ニ基キ後世ノ文書ニ近江令ト名クル者ハ天智ノ朝ノ令ヲ云フカ天武ノ朝ノ改正令ヲ云フカ史家ノ說一致セス

但シ(一)近江令若クハ近江朝廷ノ令ト云フ名稱ハ當時帝都カ近江ノ滋賀ニ在リシニ元キ(二)後ノ大寶律令ハ近江令ヲ修正改良シタルニ點ハ更ニ疑ナキ事實ナリ故ニ近江令ハ今日ニ傳ハラサルモ其法理ハ大寶律令ニ大差ナカリシナラン。○大寶律令ハ藤原不比等公首領トナリ文武天皇ノ敕ヲ奉シ近江令(其他未完)ノ律モ含ミシナラン)ヲ改修シテ大寶元年八月ニ成功セシメタルモノナリ翌年之ヲ頒ナタル事迹アリテ弘仁格式ノ序ニハ律六卷令十一卷アリシヲ記スト雖モ共ニ今日ニ傳ラス之ヲ古律古令ト名ク。○元正帝養老二年藤原ノ不比等敕ヲ奉シ古律令ヲ改正ス今日傳ハル所ハ此律令ナリ但シ其一部分ハ未ダ發見セラレス

(三十一) 大寶律令ノ刑事ニ關スル組織並ニ主旨ヲ畧述セシニ先ツ組織ニ付キ(一)當時律上令トハ全ク之ヲ區別セリ律令格式ノ區別ニ付キテハ當時ノ學說甚タ明ナラス而レトモ特ニ刑事ニ付テ云ハハ罪ト刑トノ條目ハ律ノ部ニ規定シ治罪ノ手續權限ノ分配ハ令ノ部ニ規定シタリト知レハ大差ナシ(二)現今存スル所ノ律ノ部前加編一、本文四章百四十八條其前加編ニ規

定スル刑名ハ五種アリテ笞杖徒ハ各五等流ハ三等死ハ二等總テ場合ニ因リ財產刑ニ換フルコトヲ許シ其價ヲ一定ス罪名ハ情ノ最モ重キ者ヲ八虐ト名ケ刑名ノ次ニ列擧ス曰ク謀反(國家ヲ危クスル罪)曰ク謀大逆(帝室ニ對スル罪)第一ニシテ山稜宮闕ヲ毀ラントスル罪曰ク謀叛(外國ニ黨シ本國ニ抗スル罪)曰ク惡逆(尊族親中或者ヲ殺ス罪)曰ク不道(慘忍ノ所行並ニ親族中或者ヲ殺ス罪)曰ク大不敬(帝室ニ對スル)第二罪曰ク不孝(尊族親ヲ冷遇罵詈スル等)曰ク不義(尊長ニ對スル罪)是ナリ、本文四章ノ中、名例律ニハ刑ノ適用治罪ノ例外手續ヲ定メ禁衛律ニハ宮闕關塞ノ警備ニ關スル刑律ヲ載セ職制律ニハ官吏ノ職務ニ對スル罪及ヒ汚職ノ罪ヲ規定シ賊盜律ニハ竊偷兇惡ノ犯罪ヲ總括シ(強竊盜罪)ニト思フ可カラス)タリ詳細ハ古代法典、日本古代法釋義等ヲ參照シテ知ラル可シ。○令ノ部ニ付キ特ニ刑事ニ關スルモノハ捕亡令、獄令ノ二ナリ共ニ刑事訴訟法ノ性質ヲ有ス告發逮捕豫審公判判決等ノ規定アリ裁判所ノ組織ハ職員令ノ中ニ他ノ吏員權限ト共ニ之ヲ一定ス曰ク太政官(流罪以上)裁判管轄權ヲ有セリ曰ク刑部省(官吏ノ

徒罪并ニ京ニ貫屬セサルモノ、徒罪以下曰ク諸司(所屬官吏)杖罪以下曰ク京職(京ニ貫屬スル者)杖罪以下曰ク國杖罪以下曰ク郡(答罪)

(三十二) 大寶律令ノ主旨ハ第一期第一段ニ盛大ヲ極メタル宗教的族長政治主義ヲ一變シ道德的國家政治主義ヲ據メタルモノナリ而シテ令ノ部ハ我國上古ノ風俗慣習ヲ斟酌折衷シタルモノ甚ク多シト雖モ律即チ刑法ノ部ハ唐律(唐ノ高祖ノ時房玄齡等ノ編纂セシ永徽令ト稱スルモノ)ニシテ高宗ノ時之ヲ註釋シタル唐律疏議今日ニ傳ハルト殆ソト同一ナリ彼ノ十惡ヲ我ニ於テ八虐ニ改メ八議ヲ六議ト改メタル等少差アルノミ(故ニ大寶律ト唐律トノ關係ハ現行刑法ト佛蘭西刑法トノ關係ノ如キモノアリ其大體ノ主旨ヲ曰ハハ、(一)國家ニ對スル犯罪ヲ八虐ノ第一ニ置キ謀反ト名ケテ之ヲ重ク罰セリ若シ夫レ上古ノ風習ヲ基礎トセハ大寶律ノ編纂者ハ神祇ニ對スル犯罪ヲ第一位ニ置キシナラン)(二)大寶律ハ唐律ヲ繼受シタルモノナルカ故ニ其道德主義ノ法理ニ基キ國家ニ次イテ君親師ニ重キヲ置クコト他ニ比類ナク八虐ノ中謀大逆惡逆大不敬不孝不義ト名クル犯罪ハ總テ此

種ノ犯罪ナリトス(三)然ラハ宗教ト法律トハ全ク分離セシカト云フニ大寶律ノ母法タル唐律モ既ニ宗教法律道德ノ區別劃然タル能ハサルヲ以テ其繼受法ノ軌チ一ニスルハ當然ナリ大寶律令ノ時代ニ宗教ト法律トノ全ク分化シタルヤ否ハ律ノ本文ニ因リテ判斷スル克ハス何トナレハ律ノ本文ニ山陵大社ヲ毀テ大祀神御ノ物ヲ盜ミ神璽ヲ偽造スル等ノ所爲ヲ嚴罰シタルハ風紀ノ點ヨリ罪ト認メサルヲ得サルニ因リシノミ之ニ反シテ刑罰ハ一トシテ祓除ハ行ハレタルハ仍ホ其法制上宗教主義ヲ全ク排斥シ得カリシモノト信ス但シ祓除ハ桓武ノ朝ニ至リ殆ト刑ノ性質ヲ失ヒシモノニ似タリ(現行刑法原論ハ一卷十三頁ニ於テ宗教ト法律トハ繼體天皇ノ二十四年ノ頃ヨリ全ク分離シタリト云ヘリ繼體天皇二十四年以後ニハ治罪ノ手繼上探湯宣誓ヲ用キタル事實無キノミ其後仍ホ祓除ハ刑ノ性質ヲ失ハス犯罪ハ神意ニ反スル事實ヲ意味シタル以上ハ宗教法律分化シタリト云フヲ得サルヘシ又同書ハ一卷十五頁以後ニ大寶律ハ宗教ト法律トヲ混同セサリシト雖モ神祇ヲ尊敬スルハ古來ノ定例ナリシヲ以テ神祇ニ對スル

犯罪ヲ諸般ノ犯罪ノ主ニ置ケリ云々ト云フト雖モ大寶律ニ於テハ神祇ニ對スル犯罪ヲ主座ニ置カス國家ヲ第一ニ置キ君ニ對スル犯罪ト同等ニ看倣シ其大祀山陵神祀ニ關スル犯罪ハ君ノ意ヲ奉戴セザルト云フ風紀ヲ害スル點ヨリ罰セシモノニ似タリ○大寶律ノ實施以後被除ハ常刑ト併行ハレケン桓武二十年ノ條ニ曰ク公卿奏スラク承前神事ニ付キ犯ス所有レハ善惡ノ二被ヲ科シ以テ其罪ヲ贖ハシメタリ其事深ク黎元ヲ損フ今ヨリ以後唯其一ヲ科シ例ヲ立テ物ヲ徵セン其重キヲ犯ス者ハ被ヲ科スル外法ニ依リテ罪ヲ決セン……ト之ニ從フトアリ而シテ延曆ノ大政官府ヲ對照スルニ此頃ヨリ惡ノ被ハ廢サレテ只善ノ被ノミ在ル從ヒテ被除ハ著シク刑ノ性質ヲ失ヘルニ似タリ(四)大寶律ノ下ニ於テ刑ハ犯者一人ニ止マラサリシナリ綠坐ノ法是ナリ(五)身分ニ因リ處分ヲ異ニス議請減ノ法是ナリ(六)或ル身分ヲ有スルモノ或ル年齡ノ者或種類ノ罪ヲ犯スモノハ體刑ニ換フルニ財産刑ヲ以スルヲ許ス贖銅ノ制是レナリ其價一定ス(七)大寶律令ノ頃ハ老人ヲ特待スルノ事迹甚ク顯著ナリ即チ令ノ部ニハ國守ノ職制ヲ定ムル

ニ方リ凡ソ國守ハ毎年一度屬部ヲ巡行シ……百年ヲ問ヘ……トアリ百年ヲ問フトハ百歲以上ノ老人ノ安否ヲ問フヲ謂フ而シテ律ノ部名例律ニハ九十以上ノ者ハ死罪ヲ犯スト雖モ刑ヲ加ヘサルノ規定アリ(二十三節)八當時治罪ノ手續上拷問ヲ許セリ然ルニ拷問ハ各種ノ證據ニ因リ事狀殆ト疑ナキニ拘ラス獨リ犯人ノ自白セザル場合ノミ之ヲ執行スルヲ許セシモノニ似タリ(九)當時ノ彈正臺ハ現今ノ警視廳ト稍同一ナリキ

(註)養老二年大寶律令ノ編纂實施アリテ以來(一)聖武ノ天平元年初メテ四徒ヲ左右ノ衛府ニ拘留シ(二)同七年帝信佛ノ餘天下ヲ大赦シ爾來災祥アル毎ニ赦ヲ行フノ先例ヲ殘シ(三)光仁ノ寶龜ニ至リ勅文ニ行火盜賊……宜シク衆ニ示シ格殺シテ以テ後惡ヲ懲ラス可シトアリ成文ノ脅赫主義ヲ現シ(四)桓武ノ延曆十年律令二十四箇條ノ改正アリ翌年判決例八十ヲ彈正臺ニ下セリ同二十年惡ノ被ヲ廢シ(五)嵯峨ノ弘仁中再ヒ律令ノ改正アリ始メテ檢非違使ヲ置ケリ(六)朱雀村上ノ朝ニ至リテハ刑制甚ク弛緩セル事迹アリ(七)安德ノ朝賴朝政權ヲ握ルニ至リ俄然形勢ヲ一變ス

大寶律ノ明文ニ見ユル贖銅ノ制度ニ就テハ特ニ一言スヘキモノアリ多
 數ノ學者ハ祓除ノ具ヲ徵收スルノ主旨ト贖銅ヲ以テ他ノ刑罰ヲ購フコ
 トヲ許セル主旨トノ間ニ區別ヲ立テスシテ共ニ之ヲ歐羅巴ノ古法ニ所
 謂贖罪制度ト同一視ス然レトモ上古祓除ノ制ハ一種ノ刑罰ニシテ固ヨ
 リ他ノ刑罰ニ換ヘタルモノニ非ス又其祓具ハ政府ノ所得トナスノ主旨
 ニ非サリシヲ見レハ大寶律ノ贖銅トハ大ニ相違スル點ナキヲ得ス贖銅
 ハ一種ノ換刑ナリ現今ノ罰金ハ禁錮ニ換フルコトヲ許シ大寶ノ時代ニ
 ハ死徒流笞杖ヲ財産刑(即チ贖銅ニ換フルヲ許セシモノナリ是ニ由テ之
 ナ觀レハ我國上古ノ祓具ハ贖銅ノ制ト全ク別物ニシテ歐洲ノ贖物ニ比
 スヘキモノハ大寶ノ贖銅ナラソカ

〔三十三〕第二期第二段 大寶ノ律令ハ其實施以後時ニ修正アリ適用ニ弛
 張アリシト雖モ成文トシテ普ク國內ニ行ハレタル一ナリ然ルニ後鳥羽ノ
 朝建久元年十一月源賴朝ノ總追捕使トナルヤ司法權ノ大部分ハ兵馬ノ實
 權ト共ニ專ラ幕府ニ委任スル所トナリ律令ハ唯朝臣公卿ノミチ支配スル

法則ト成リヌ賴朝司法ノ大權ヲ委任サルハ初ハ全ク不文ニ諸事ヲ截斷
 セシカ北條氏執權トナルニ及ヒ泰時ノ主唱ニ因リ政所問注所侍所其他ノ
 吏員ニ對スル内規ノ選定ニ着手シ貞永年間ニ成ル其條目五十一貞永式目
 是ナリ

貞永式目成リテ大寶律令ハ徒文ト成レリ式目ノ主義ハ暗ニ正義ヲ以テ法
 制ノ基本ト認メタルモノ、如シ即チ犯罪トハ不正ノ所爲ヲ謂フモノニシ
 テ刑罰ハ不正ノ所爲ニ伴フ惡報ニ外ナラス此一點ニ付テハ親疎貴賤ニ因
 ツテ別チ立ツヘキモノニ非スト認メシニ似タリ然リト雖モ夫ノ遠ク歐洲
 中世ノ宗教主義ニ養成サレタル刑ハ一身ニ止ル法ノ前ニハ四民同等ナリ
 ト云フ二大原則ノ如キハ當時固ヨリ行ハル、克ハサリシナリ○式目ノ範
 圍ニ付キ其支配スル人ヨリ云ヘハ守護地頭及ヒ其配下并ニ將軍ノ家人ニ
 及ヒ土地ヨリ云ヘハ莊園私領恩地ニ及ヒ事ヨリ云ヘハ公卿朝臣ニ關セサ
 ル刑事々件ハ全體并ニ將軍支配ノ土地ニ關スル訴訟ニ及ヒタリキ而シテ
 式目北條氏亡ヒ足利氏將軍ノ職ニ就クモ應仁ノ頃迄ハ陰ニ陽ニ其命脈傳

ハリシト雖モ應仁以來天下大亂ノ暗黒時代ニハ刑史見ルヘキ事迹ナシ下
ツテ徳川幕府ノ盛時ニ至レハ大寶律ノ殘篇ト共ニ式目モ亦再ヒ世ニ現ハ
レテ其規定ノ多少慣用カレタルニ似タリ

(註)北條氏亡ヒ足利氏ノ之ニ代ルヤ大抵ハ貞永式目ヲ模範トシタル内規
撰定ノ企アリシハ疑ナシ建武式目ハ恐ク此企アルニ際シ臣下ヨリ尊氏
ニ提出シタル意見書ナラン尊氏カ更ニ之ヲ臣下ニ訓示シタルノ事迹傳
ハテスト雖モ實際ハ之ニ因テ事務經理セシカ如シ新加制式ト稱スル書
籍ハ建武式目ニ因ツテ處理シタル事迹並ニ單行法ヲ集メシモノニシテ
今日ニ傳ハレリ(修史局藏)

應仁以降諸侯相割據シテ戰亂ノ代トナルヤ刑法亦諸侯ノ隨意ニ定メタ
ルモノ行レシト雖モ大體ハ貞永ノ式目其他建武以降ノ單行法ニ據レル
コト信立百箇條長會我部毛利氏法制等ヲ參照シテ知ル可シ○豊臣氏織
田氏ノ頃ニ就テハ特ニ述フヘキモノアラズ

三十四) 第二期第三段 徳川氏ノ司法事務ヲ掌レルハ北條氏ト其趣同シ

カラサルモニアリ北條氏ハ公家ヲ以テ全ク其支配ノ外ニ立タシメタリト
雖モ徳川氏ハ三親王攝家公家諸侯ヲ支配セシモノ、如シ(徳川氏ト朝廷ト
ノ關係ヲ定メタルモノトシテ世ニ公武法制ト云フモノヲ傳ヘ古代法註釋
ヲ著者有賀氏モ之ヲ載セラレタリト雖モ此公武法制十八箇條ハ全ク後人
ハ偽作ナル可シ現ニ條目中家康存命中ニ存在セサリシ寛永寺即チ上野東
叡山云々ノ語アリ其他之ニ類似スル偽作ノ證據尠カラサルヲ以テ我輩之
ヲ準據トセス而シテ徳川氏刑法即チ御定書百箇條ノ大體ヲ考フルニ(一)當
時固ヨリ刑罰權ノ基本ニ關スル問題ヲ哲學的ニ研究スルカ如キコト無キ
ヲ以テ正不正ノ觀念ヲ無ニノ眞理トシ罪ニ刑罰アルハ應報自然ノ理ナリ
トス賠償主義ヲ採用セシヤ疑ナシ(二)而シテ法ハ時勢ニ應シ寛嚴ノ度ヲ異
ニセサル可カラサルモノナルカ故ニ王朝ノ刑罰制度ハ當時戰亂ノ後ヲ享
ケタル臣民ニ對シ寛ニ失スルモノト認メ大寶ノ律ノ殘篇貞永ノ式目其他
ノ慣例ハ斟酌スヘキモ必スシモ之ニ據ルチ方メス(三)故ニ刑罰ノ如キ大寶
ノ成文ニハ死刑只絞斬ノ二アリシニ過キサルモ御定書百箇條ハ火磔鋸引、

斬罪、自裁、死罪、下手人ノ七死刑ヲ認ム蓋シ刑法ノ基本ハ正義ニ在リト認メタルニ拘ラス刑罰ヲ以テ罪惡心罰ノ例ヲ示シ後惡ヲ遏止スルノ具トシタル一點ハ純正主義ニ非スシテ其實不知不識ノ間ニ折衷主義ヲ採用セシモノト評スルヲ得シ(四)百箇條ハ其奧書ニモ「奉行ノ外不可有他見……」トアリ一般ニ公示シタルモノニ非ス治罪ノ手續ニ拷問ヲ許シ刑ハ時ニ犯人ノ親族ノ外平常其品行ヲ監督スルノ任アル他人例ヘハ名主、五人組等ニ及ヒ主人、武士、尊屬親等ノ資格ヲ有スルモノヲ厚ク保護スルノ結果此等ノ者カ罪ヲ犯スモ輕ク罰シ此等ノ者ニ對スル罪ハ嚴刑ヲ科シタリ(五)徳川氏ノ外諸侯亦刑罰權ヲ有シ各藩ノ刑法アリシト雖モ其大體ハ固ヨリ徳川氏ノ刑法ニ大差ナシ

明治ノ初年王政復古ノ一大革命アルモ刑律ハ暫ク幕府ノ舊ニ依レリ然レトモ此頃ヨリ漸次刑法ハ之ヲ汎ク世人ニ示スノ方針ヲ取り(元年十月晦日布達參照)且百箇條ノ中嚴ニ失スル點ヲ改正スルノ目的ヲ以テ刑法官ハ假刑律ヲ撰シタリシカ假刑律ハ新律綱領ノ成ルト共ニ廢止セラレタリキ

本

(三十五) 第二期第四段 明治三年十二月二十日ノ 上諭ニ基キ同月二十

七日綱領六卷ノ頒布アリ之ヲ新律綱領ト云フ之ニ因リテ我國ハ大寶律令以來再ヒ成文法國トナレリ新律綱領ノ主義ハ尙支那法理ヲ折衷シタルモノニシテ大寶ノ主旨其大部分ヲ占ム之ヲ支那法理折衷時代ノ最終トス

(三十六) 第三期 明治三年新律綱領ノ頒布アリシカ其主旨ニ至ツテハ大ニ支那法制(明清律)ヲ折衷サレタリ然ルニ改定律例ニ至リ更ニ歐羅巴法理ヲ折衷シタル成文法ノ實施ヲ見ルニ至レリ改定律例ハ明治六年六月十三日布告第二百六號ニ因ツテ公布サレ同年七月一日ヨリ實施サレ之ニ矛盾セサル部分ニ限リ新律綱領ハ共ニ其効アリシカ明治十三年七月布告第三十六號ヲ以テ現行刑法ノ公布アリ同十五年一月一日其實施ヲ見ルニ至ツテ廢止サレタリ改定律例モ現行刑法モ共ニ歐羅巴法理ヲ折衷セルニ拘ハラス兩者ノ規定甚々趣ヲ異ニセル點アリ特ニ改定律例時代ニハ尙ホ場合ヲ限ツテ擅斷主義ヲ採用セリ(四十九號參照)尙ホ明治ノ初年以降ニ於ケル刑制ノ變化ハ現行法ヲ説明スルニ方リ各部ニ附記スル所ヲ參照セラル可

〔三十七〕 現行刑法總則講義ノ順序ノ大略左ノ如シ

第一編 犯罪 第一章―犯罪ノ定義、第二章―犯罪ノ主體並ニ客體

第三章―犯罪ノ成立要素、第四章―犯罪ノ種類

第二編 刑罰 第一章―刑罰ノ定義、第二章―刑罰ノ種類、第三章

―刑罰ノ適用、第四章―刑罰ノ消滅

第三編 犯罪並ニ犯人ノ多數 第一章―一人數罪、第二章―數人一

罪

第一編 犯罪

第一章 犯罪ノ定義

〔三十八〕 犯罪ニ實質ト形象ト別アリ犯罪ノ實質トハ一國ノ立法者チシテ或ル事實ヲ犯罪ト認ムルニ至ラシムル條件ヲ謂フ犯罪ノ形象トハ一國ノ刑法カ犯罪ト認メタル事實ニ具ハル條件ヲ謂フ故ニ一國ノ立法者カ某事實ヲ罪ト定メ刑罰ト云フ制裁ヲ付シテ其發生ヲ防カントスルニハ其事

實ニ犯罪ノ實質アルヤ否ヲ研究シテ之ヲ決セサル可カラス之ニ反シテ一國ノ裁判官カ某事件ニ有罪ノ判決ヲ下シ刑ニ處セントスルニハ其事件ニ犯罪ノ形象アルヤ否ヤニ因リテ斷スルヲ要ス實質ハ立法上必ス之ヲ究メサル可カラス形象ハ解釋上專ラ之ヲ知ルヘキナリ犯罪ニハ夫レ此ノ如ク實質ト形象トノ二分子アルカ故ニ其定義モ亦實質的ノ定義ト形象的ノ定義トノ二様アルモノトス

〔三十九〕 犯罪ノ實質定義 試ニ實質ヨリ犯罪ノ定義ヲ下サシ犯罪トハ國

家ノ生存ニ必要ナル條件ニ危害ヲ加フル所爲ヲ謂フト云ハント不蓋シ犯罪ノ實質如何ヲ知ラント欲セハ社會カ何故ニ刑罰ヲ科スルノ權アリヤト云フ基本ノ論ニ遡ツテ之ヲ推究セサル可カラス緒論ニ述ヘシ如ク我輩ハ自然法主義ヲ贊成スルヲ以テ爰ニ掲クル定義ニ至ツテモ亦自然法主義ヨリ出テタルヲ識ル可シ夫レ人類カ生存競争ノ結果トシテ社會ト云フ共同生活ヲ營ムヤ更ニ社會ノ生存ニ缺ク可カラサル條件ヲ認定保護スル強力ヲ認ムルニ至リ遂ニ國家ト云フ政治的團體ヲ發生不然ルニ人ヲ離レテ社

會無シ、社會ヲ離レテ、國家ナシ、國家カ社會ノ生存條件ヲ認定保護セントスルニハ先ツ人ヲシテ國家自體ノ生存ニ必要ナル條件ヲ履行セシメサルヲ得ス即チ國家カ自體ノ生存條件ニ危害ヲ加フル所爲ハ之レニ犯罪ノ名ヲ附シテ其強力ヲ以テ之ヲ淘汰スルニ至ル若シ夫レ國家ト云フ政治團體ノ生存條件ヲ危害スルニ至ラサル所爲ノ如キハ假令人類ノ結社的生存ニ必要ナル條件ヲ危害スルモ未ダ以テ犯罪ト認メス之ヲ淘汰スルノ方法ハ犯罪ヲ淘汰スル方法ノ如ク強剛ナラサルナリ此ノ如ク國家ハ其自體ノ生存條件ニ危害ヲ加フル所爲ヲ犯罪ト認ムルカ故ニ犯罪ノ有無並ニ制裁ヲ論スルニ付キテハ元員以外ニ獨立シタル自體ノ代理人ヲ設ケ公訴ヲ提起セシメ國家自體ノ生存條件ヲ害スル所爲ニシテ同時ニ元員ヲ危害スルアレハ公訴私訴並ヒ起ル所以ナリ

自然法主義ニ因リ犯罪ノ實質ヲ論スルトギハ此ノ如クナル可シト信ス然リト雖モ刑罰權ノ基本ニ關スル説ハ一ニシテ足ラサルカ故ニ純正主義ノ理論ヲ藉來ラハ犯罪トハ不正ノ所爲ヲ謂フト曰ヒ利益主義ニ因ラハ社會

ニ不利益ナル所爲ハ犯罪ナリト云ハサル可カラズ而シテ現時多數ノ學說
 成典特ニ我立法者ノ採用セシ折衷主義ニ於テハ不正不利益ハ二分子ヲ以
 テ犯罪ノ實質ト認メタルモノトス

〔四十〕 犯罪ノ形象的定義、形象ヨリ犯罪ノ定義ヲ下サハ犯罪トハ刑罰ト
 云フ制裁ヲ附シタル禁令又ハ命令違反ノ所爲ニシテ權利ノ實行ニ非サル
 モノヲ謂フト云ハサル可カラズ今ヨリ此定義ヲ詳説セン

〔イ〕 犯罪ハ禁令又ハ命令ニ違反シタル所爲タルヲ要ス禁令命令違反ノ所
 爲アリトスルニハ先ツ第一着ニ禁令命令無カル可カラズ果シテ現今多數
 ノ文明國ニハ豫メ爲ス可カラサル事爲サ、ル可カラサル事ヲ明示シタル
 成典アリテ一度之ヲ發表スルヤ其明文ニ觸レサルモノハ何等ノ所爲ト雖
 モ罪ト認メサルヲ定則トス即チ成文法國ニ於テ犯罪ノ形象ノ成立スルニ
 ハ禁令命令ヲ以テ第一ノ要素トナス所以ナリ

〔註〕 一國ノ立法者カ其採用スル主義ニ從ヒ犯罪ノ實質ノ何タルヲ定ム
 ルヤ之ニ因リテ犯罪ノ形象ヲ示シタル禁令命令ヲ布キ以テ其社會ニ現

出セサランコトヲ希望スル所以ヲ明ニス故ニ現行刑法ノ禁スル所命スル所ハ總テ我立法者カ犯罪ノ實質ヲ具フルモノト認メタル所爲ニシテ假令立法者以外ノモノカ如何ナル有力ノ理論ヲ以テ其中ニ犯罪ノ實質ヲ缺クモノアリトスルモ依然國法上ノ犯罪形象ヲ具フルモノタルハ一ナリ之ニ反シテ苟モ禁令命令ニ違反セサルモノハ立法者カ犯罪ノ實質ヲ具ヘサルモノト認メタルモノニシテ立法者以外ノモノカ如何ニ犯罪ノ實質アリト認ムルモ以テ犯罪(國法上)トナス克ハス犯罪ノ實質ト形象トノ間ニ此ノ如キ關係アルヲ知ラハ(一)刑法ノ明文ニハ實質ヲ表示シタル犯罪ノ定義アルヲ要セス(二)學說上犯罪ノ定義ヲ下サハ形象ニ關スルモノト實質ニ關スルモノトヲ區別セサル可カラズ(三)立法者ノ採リタルノ實質ノ主義ト己ノ定義トノ異同ヲ示スヲ要ス

(四)犯罪ハ禁令命令違反ノ所爲ナラサル可カラズ現行刑法ノ主義トシテ罪ヲ犯サントノ發心考慮決心ノ如キ單ニ精神作用ノミニ關スル事實ハ何レカノ手段ニ因テ之ヲ知ルコトヲ得タルトキト雖モ決シテ犯罪ト認メ不レ

シ罪ヲ犯スノ決心ヲ實行スル所爲ハ亦盡シ犯罪ナリト認メサルヲ以テ犯罪ノ決心ヲ實行スル所爲カ如何ナル程度ニ進メハ一箇ノ犯罪トナルヤチヲ明ニセサル可カラズ故ニ我輩ハ形象的犯罪ノ成立ニ必要ナル條件トシテ明文ヲ論シタル次ニハ第二ノ條件トシテ所爲ノ狀態ヲ講述スヘシ

(ハ)犯罪ハ禁令命令違反ノ所爲タルヲ要ス所爲トハ意思ト事實トヲ連絡スル働作ヲ謂フ故ニ爰ニ犯罪ヲ成立スルニ足ル所爲アラハ亦必ス之ニ要スル意思ヲカル可カラズ即チ意思モ犯罪成立ノ必要條件ナルガ故ニ所爲ニ次キテ精神ノ狀態ト犯罪トノ關係ヲ述ヘントス

(ニ)或ル所爲カ形象的犯罪即チ國法上ノ犯罪ナルヤ否ハ一ニ法ノ明文ニ因ツテ之ヲ知ラサル可カラズ然ルニ或種類ノ所爲ハ一ノ明文ニ犯罪ト認ムル所ト同一ノ外形ヲ有スルニ拘ラス他ノ明文ニハ權利ヲ實行スルモノトシテ無罪ト規定スルコトアリ此故ニ犯罪ノ成立ニ必要ナル所爲ノ狀態精神ノ狀態ノ如何ヲ示シタル後ニ權利ノ實行ニ非サルコトヲ要スル所以ヲ明ニセサル可カラズ

出セザラシトトテ希望スル所以ヲ明ニス故ニ現行刑法ノ禁スル所命スル所ハ總テ我立法者カ犯罪ノ實質ヲ具フルモノト認メタル所爲ニシテ假令立法者以外ノモノカ如何ナル有力ノ理論ヲ以テ其中ニ犯罪ノ實質ヲ缺クモノアリトスルモ依然國法上ノ犯罪形象ヲ具フルモノタルハ一ナリ之ニ反シテ苟モ禁令命令ニ違反セサルモノハ立法者カ犯罪ノ實質ヲ具ヘサルモノト認メタルモノニシテ立法者以外ノモノカ如何ニ犯罪ノ實質アリト認ムルモ以テ犯罪(國法上ノ)トナス克ハス犯罪ノ實質ト形象トノ間ニ此ノ如キ關係アルヲ知ラハ(一)刑法ノ明文ニハ實質ヲ表示シタル犯罪ノ定義アルヲ要セス(二)學說上犯罪ノ定義ヲ下サハ形象ニ關スルモノト實質ニ關スルモノトヲ區別セサル可カラズ(三)立法者ノ採リタラン實質ノ主義ト己ノ定義トノ異同ヲ示スヲ要ス

(ロ)犯罪ハ禁令命令違反ノ所爲ナラサル可カラズ現行刑法ノ主義トシテ罪ヲ犯サントノ發心考慮決心ノ如キ單ニ精神作用ノミニ關スル事實ハ何レカノ手段ニ因テ之ヲ知ルコトヲ得タルトキト雖モ決シテ犯罪ト認メズ但

シ罪ヲ犯スノ決心ヲ實行スル所爲ハ亦盡ク犯罪ナリト認メサルヲ以テ犯罪ノ決心ヲ實行スル所爲カ如何ナル程度ニ進メハ一箇ノ犯罪トナルヤチヲ明ニセサル可カラズ故ニ我輩ハ形象の犯罪ノ成立ニ必要ナル條件トシテ明文ヲ論シタル次ニハ第二ノ條件トシテ所爲ノ状態ヲ講述スベシ

(ハ)犯罪ハ禁令命令違反ノ所爲タルヲ要ス所爲トハ意思ト事實トヲ連絡スル働作ヲ謂フ故ニ爰ニ犯罪ヲ成立スルニ足ル所爲アラハ亦必ス之ニ要スル意思ヲカル可カラズ即チ意思モ犯罪成立ノ必要條件ナルガ故ニ所爲ニ次キテ精神ノ状態ト犯罪トノ關係ヲ述ベントス

(ニ)或ル所爲カ形象の犯罪即チ國法上ノ犯罪ナルヤ否ハ一ニ法ノ明文ニ因ツテ之ヲ知ラサル可カラズ然ルニ或種類ノ所爲ハ一ノ明文ニ犯罪ト認ムル所ト同一ノ外形ヲ有スルニ拘ラス他ノ明文ニハ權利ヲ實行スルモノトシテ無罪ト規定スルコトアリ此故ニ犯罪ノ成立ニ必要ナル所爲ノ状態精神ノ状態ノ如何ヲ示シタル後ニ權利ノ實行ニ非サルコトヲ要スル所以ヲ明ニセサル可カラズ

(ホ) 我刑法カ犯罪ト認メタル所爲ハ之ニ刑罰ト云フ制裁ヲ附シテ其現出
 セサランコトヲ希望スル所以ヲ示セリ即チ刑罰ハ犯罪ノ結果ニシテ犯罪
 ハ刑罰ノ原因ナルカ故ニ犯罪ノ有無ハ刑罰ノ有無ニ因ツテ知ル可キモノ
 ニアラズ換言スレハ刑罰ヲ執行サレタルト否トニ因ツテ之ヲ招キタル所
 爲ノ罪タルヤ否ヲ判断ス可カラサルハ勿論ナリト雖モ我立法者ハ或ル原
 因ニ因リ(例ヘハ宥恕又ハ自首刑ノ執行ヲ全免スルコトアルモ罪トナルヘ
 キ所爲ニハ先ツ之ニ伴フ刑罰ノ如何ヲ一定スルヲ以テ成法上刑ヲ科シタ
 ル所爲ハ(偶マ之ヲ執行セサルコトアルモ)罪ナリト云フヲ得即チ我輩ハ犯
 罪ノ論ニ次キテ刑罰ニ關スル問題ヲ論斷スヘシ

(ニ) 我輩ハ先ニ犯罪ノ形象の定義ヲ下スニ方リ犯罪ト犯人トノ數ヲ限ラ
 サリキ即チ二箇以上ノ所爲カ何レモ犯罪トナリ二人以上ノ所爲カ一罪ト
 ナル場合アリト雖モ初ハ一人一罪ノ場合ニ付キテ其所爲並ニ精神ノ狀態
 及ヒ之ヲ實行スル權利ノ有無ニ付キ我刑法ノ規定スル所ヲ述ヘ最後ニ一
 人數罪數人一罪ニ關スル所ヲ示サントス

第三章 犯罪ノ主體並ニ客體

(四十二) 爰ニ二箇ノ罪アリト假定スレハ必ス(一)何物カ之ヲ犯ス能力ヲ有
 スルヤ(二)何物ニ對シテ之ヲ犯ス得ルヤト云フ二問題ヲ伴フモテ(三)
 犯罪ノ主體客體ノ論是ナリ

(四十二) 犯罪ノ主體、犯罪ノ主體トナシ得ル者即チ罪ヲ犯ス能力ヲ有ス
 ル者ハ有形ノ人類ニ限ルモノトス此原則ヲ因ツテ起ル理由ハ責任ノ基本
 ニ關スル主義ニ一致スルヲ要スルカ故ニ人ニヨリ一様ナラス(一)折衷主義
 ノ學者ハ曰ク人類カ所爲ニ付キ責任ヲ負ヒ場合ニ因ツテハ刑罰ヲ受ケサ
 ル可カラサル所以ヲモノハ其意思ニ辨別自由ヲ具フルモノガ判別自由
 アル意思ヲ具フル者ハ人類ニ限ルヲ以テ有形ノ人ニ非サレハ犯罪ノ主體
 トナル克ハズト(二)然レトモ我輩ハ自然法主義ニ因リ其理由ヲ解シテ人類
 カ其所爲ニ付キ責任ヲ負フ所以ノモノハ人類カ生存競争ノ結果國家ト云
 フ政治的社會ヲ離レテ其生活ヲ全ウスル克ハサルカ故ニ先ツ國家自體ハ
 生存條件ヲ害セサルノ必要ニ基クモノナリ然ルニ國家自體ノ生存條件ヲ

害ス可カラト命スルモ有形ノ人類ニ非サレハ之ニ服從ルル克ハサルカ
 故ニ犯罪ノ主體ニナル者ハ亦有形ノ人類ニ止ラサル可カラサルヲ云
 ハン
 [四十三] 犯罪ノ主體ハ有形ノ人類ニ限ル云フ原則ニ例外ナキカ此問題
 ニ對シテハ古法ニ關スル現行法ニ關スルトニ付キ區別シテ答ヘサル可
 カラス古代ノ刑法ニ付テハ我國ニモ兩禁獄アリ特ニ歐羅巴ニ於テハ宗
 教主義ノ法制ノ行ハレタル間ニ鼠若クハ虫類ノ犯罪ノ主體トナリ得ルモ
 ノト認メラレ刑ヲ執行サレタル例甚メ少カラスト唯ニ「ガロ」氏刑法學理
 並ニ實際要論第一卷第九十節參酌愛國之對喋々タル實益ナク現行刑法
 ノ下ニ於テハ尙ホ此ノ如キ例外アリト云フヲ得ルカ某學者ハ沒收ニ付キ
 其例外アル如ク疑ヒ刑法原論第二卷十一頁同百六十一頁又獨逸ノ學者
 ハ法人ニ付キ其例外ヲ設ケサル可カラト論スルモ之少カラス「ハッス」氏
 刑法總論第一卷第二百六十六號註スルニ「何物ニテモ没收ノ客體トナ
 甲、沒收ノ場合ニハ物體カ犯罪ノ主體トナラザルモノナルヤ——之カ解答ナ

與ラハ先本問ノ位置ヲ明ニセサル可カラズ我刑法第四十四條ニ於テ三
 種ノ沒收ヲ規定セリ而シテ法律ニ禁制シタル物件ヲ沒收スルニ付テハ
 特ニ何人ノ所有ヲ問ハズ「明言」シタル以テ論者ハ說「サ」ニ付テ曰ク「抑沒收
 ハ附加ノ財產刑タルハ刑法第十條ニ明示スル所ヲ然ルニ今犯人其所有
 ニ非サル物件ヲ沒收シ得ルモ「ト」其裁判ノ物件ニ對シテ對人者タル可
 即チ此場合ニハ物件カ犯罪ノ主體ト成ルモノナラハ尙「ト」我輩公此說ニ反
 對スルモ「ト」蓋シ沒收ニ付テ其性質常ニ財產刑トシテ「或」論者ハ
 如キ說ヲナシ得サルニ限ラズ「ト」雖モ沒收ハ財產刑ナル時係警察處分ニ過
 キサル時トア「ト」ハ「ト」氏第二卷七百九十一號「ト」氏第二卷三百六十四
 號法律ニ禁制シタル物件ヲ沒收スルハ其所謂警察處分ニ過キサルモノ
 シテ法律ノ明文ニ何人ノ所有ヲ問ハズ「ト」十分ニ財產刑ニ非サルヲ示
 シタルモノトス「ト」刑法論綱百三十九頁即チ此場合ニ在テハ物件カ犯罪ノ
 主體トナルヲ得ルモノトシ之ニ對シテ有罪判決トス可カラズ規定ニ於テ
 ニハ非ス尙ホ刑法第十條ニ之ヲ附加刑トシテ掲ケタル當否ハ後ニ沒收ナ

佛派ノ學者ノ論ニ法人カ刑ヲ受ケサルハ他人ノ所爲ニ付キ刑ヲ受ケルコト無シト云フニ在ルヲ以テ法人自ラ罪ヲ犯シタルトキ其刑ヲ受ケルコトヲ得ル如ク其間ニ然レドモ法人カ自ラ罪ヲ犯シ得ル場合ハ決シテアルコト無シ抑擬制ニ成ル人ハ法律上之チ人ト認ムルコトヲ許シタル目的以外ニ人トシテ存在スル克ハサルモノナリ夫ノ合人的法人ハ之ヲ組織スル元員以外ニ獨立シ財産上ノ權利義務ノ主體トナル目的以內ニテ初メテ人ト假定スルモ方ナルカ故ニ犯罪ト云フ(目的以外之)所爲ニ付キ其個人トシテ存在スル能ハス即チ社會ノ如ク其(財産上ノ)權義ニ關スル民法ノ範圍ニ於テ夫ノミ人ト云フヲ得ルモ刑法ノ範圍ニ於テハ獨立シ法人ナルモノ存在セザルニ至ラト云フ是合人的の法夫方犯罪ノ主體トナルヲ得サル所以ナリ其結果トシテ(一)法人ニ對シ有罪判決刑ヲ宣告セズ以テ免ス(二)犯罪ヲ犯シタル組織員各別ニ執行スルヲ要ス(三)故ニ罰金ノ如キ假令法人ヨリ徴收スルコトヲ得ルモテ下雖モ罪ヲ犯シタル各員ハ全部ニ執行セザル可カラズ

是ニ由リ之ヲ觀ハルニ有形形人ニ非ナレハ犯罪ノ主體トナルヲ得スルニ非ズ

ハ原則ニ現行法ハ下ニ一七例外ハ

四十四 犯罪ノ客體ニ罪ヲ對シテ之ヲ犯スルヲ得ルヤ即チ何物カ犯罪ノ客體トナリ得ルヤハ問題ヲ決セザルニ非ズ犯罪ノ事實如何ノ點ニ注目セザル可カラズ實價ヨリ云フハ犯罪ハ國家ノ生存ニ必要ナル條件ニ危害ヲ加スル所爲カ然ルニ國家ノ生存ニ必要ナル條件ハ國家カ其強力ヲ以テ保護スルカ故ニ權利トナル(緒論四七三頁參照モイハレ夫レ犯罪カ國家ノ保護ヲ生存條件即チ權利ニ危害ヲ加フル所爲タラハ權利ヲ有スルモノハ假令自ラ犯罪ノ主體ニ成ル得サルモ犯罪ノ客體トナリ得ルヲ識ル可シ故ニ無罪トスルニ非ズ

第一 有形人カ犯罪ノ客體トナリ得ルヤ勿論ナリ人ハ各種ノ權利ヲ有シ其財産上ノ權利ハ如キハ偶瘋癲白痴未成年等ノ障害ハ爲ニ自身之ヲ行使スル能ハサルニ至ラズモ國家カ強力ヲ以テ保護スル生命身體自由財産等ノ條件アル以上ハ之ヲ侵犯サルハ因ニ犯罪ノ客體トナリ得ルモノナリ

第三 有形人ノ外法律ノ擬制ニ因ツテ存在スル法人即チ無形人ハ前段ニ云ヘル如ク犯罪ノ主體トナルヲ得サルモ犯罪ノ客體トナリ得ルモノトス。何トナレハ法人ハ國家ノ保護スル財産ノ主體トナルガミナラズ名譽並ニ存在スル如キ權利ヲ有スルカ故ニ之ヲ侵犯サル、コトアレハナリ。

第三 有形人無形人ノ外ノ物件ハ權利ノ主體トナルコト無ク專ラ權利ノ客體(目的物)トナルニ過ギサレハ假令動物タリト雖モ犯罪ノ客體トナル能ハス此點ニ付キ例外ナシ。

(註)佛國千八百五十年七月二日(附) Granmont 氏法ハ牛馬ヲ虐待スル者ヲ罰セリ然レモ此法令ハ牛馬ヲ權利ノ主體ト認メ犯罪ノ客體トシズルニ非ズ世人ヲ殘忍ナル所行ヲ見聞シ慣レ込メサズ要トスル風俗保護ヲ主旨ニ出ツルヲ以テ社會カ犯罪ノ客體ト認メタル實例ナリ。

第四 我刑法第二編ニ身體財産性對スル重罪輕罪ト云ハ語平則是決シテ身體財産ヲ犯罪ノ客體トナリ得ル意味ニ非ズシテ身體若クハ財産ト云フ國家ノ保護ヲ受ル權利ヲ持主ニ對スル犯罪ニ主體トナル犯罪ノ客體トナル。

下犯罪ツ目的物トテ混視スルナクハ以テ誤無キヲ得。

第二章 犯罪ノ成立要素

(四十五) 犯罪ノ要素ニ二様アリ。其一ハ苟モ犯罪タル以上ハ如何ナル犯罪ニモ具ハラサル可カラサル性質ノモノニシテ之レヲ一般ノ要素若クハ普通ノ要素ト名ケ他ノ一ハ犯罪中甲罪ト乙罪トテ區別スルニ足ル標目ニシテ各罪限リ缺ク可カラサル者ナリ之ヲ特別ノ要素ト名ク此ノ如ク犯罪ノ要素ニ一般ノモノト特別ノモノトノ差異アリ例ヘハ動物ノ條件ノ一類ノモノト一類ノモノト有ルカ如シ動物中ノ鳥ト云フ一類ハ羽毛、雙翼、嘴、卵生等ノ條件アルヲ要ス可ク其中特ニ鶯、鳥等ノ一類ヲ形成スルニハ白キ羽毛、長キ嘴、足、黒キ羽色、太キ嘴等ノ條件アルヲ要ス可シ動物中ノ鳥ト云フハ社會現象中ノ犯罪ト云フ如ク鳥類中ノ鳥若クハ鶯ト云フハ犯罪中ノ詐欺若クハ竊盜ト云フニ比シ各其要素ニ一般ト特別アルヲ知ル。

一般ノ要素ハ犯罪ノ形象的定義ヲ分析シテ知ルヲ得先ニ曰ヘル如ク刑罰ト云フ制裁ヲ附シタル禁令若クハ命令違反ノ所爲ニシテ權利ヲ實行ニ非

サルモノハ國法上ノ犯罪タルヲ以テ(一)刑罰ヲ制裁トシタル禁令若シハ命令アルコト(二)所爲アルコト(三)所爲ハ意思ト事實トヲ連絡セシムル働作ナルカ故ニ意思アルコト(四)權利ノ實行以外ノモノタルコトノ四條件ヨリ成立スルモノナリ若シ此條件中一ヲ缺ケハ如何ナル犯罪ヲモ成立セシムルニ足ラス犯罪成立スル以上ハ必ス此四要素ヲ具フ今ヨリ我輩ハ本章ヲ四節ニ分チ第一節ニ明文第二節ニ所爲第三節ニ意思第四節ニ無權利ノ四要素ヲ細論セン

犯罪ノ特別要素ハ我輩之ヲ論セス何トナレハ刑法第二編以下ノ範圍ニ屬シ總論ニ於テ云フヘキモノニ非ラサレハナリ

一般ノ要素特別ノ要素ノ外單ニ刑ヲ加重減輕スル原因アリ我輩ハ之ヲ第二編第三章刑ノ適用ノ部ニ於テ講述セント欲ス

第一節 明文(犯罪ノ成文的要素)

〔四十六〕 刑法第二條ニ曰ク法律ニ正條無キモノハ何等ノ所爲ト雖モ之ハ罰スルコトヲ得スト本條ノ規定ハ(一)明文ハ刑象的犯罪ノ一般ノ成立要素

ノ一ナリ(二)現行刑法ノ實施ニ因リ我國ハ刑罰制度ニ一大改革ヲ斷行シ(三)刑法ハ民法ト異ナリ類似解釋ヲ爲ス可カラスト云フ三要點ヲ表示シタルモノナリ

〔四十七〕 刑法第二條ノ三要點ヲ詳論スルニ先チ其法律ト云フ用語ノ義ヲ一言セン現行刑法ハ憲法ヨリ先ニ制定頒布アリシモノナレハ第二條ノ法律ト云フ語ハ憲法第三十七條ノ形式ヲ履ミ議會ノ協贊ヲ經タルモノ、ミチ曰フニ非サルハ勿論憲法發布以前ト雖モ夫ノ法律ト云フ名稱ヲ冠シテ公布サレタル主權者ノ命令ノミチ指スニ非ス況ク勅令命令布告達等ノ名稱ヲ付シタルモノヲモ含蓄スルヤ明カナリ故ニ之ヲ刑ヲ制裁トシタル禁令命令ト解シテ差支無シ(五十四號說明ヲ參照スヘシ)

〔四十八〕 甲、刑法第二條ハ明文カ形象的犯罪一般ノ成立要素ノ一タルヲ表示ス——犯罪ニ實質ト形象トノ別アル第一章ニ述フル如シ故ニ何等ノ制限モ無クハ裁判官ハ某所爲ニ犯罪ノ實質アリト認定シ立法者ノ成文ヲ以テ刑象ヲ示スヲ俟タズ擅ニ之ヲ罪ト判定シ刑ヲ科スルヲ得ン裁判官カ

此ノ如ク廣大ナル擅斷權ヲ有スル時代ハ各國ノ刑法史上必ズ一度ハ存在セシ所ニシテ其時代ノ裁判宣告ハ法律ニ均シク裁判官ハ各事件ニ關シ立法者ト同一ナル地位ニ立テリ然ルニ裁判官カ各所爲ニ付キ犯罪ノ實行アルヤ否ヲ認定シ立法者カ形象ヲ示シタルト否ニ拘ハラズ刑ヲ科スル權力アリトセンカ假令千百ノ裁判官ヲ盡シ公平無私ノモノト假定スルモ實質ニ關スル理論ハ今日尙ホ未決ノ難問タルヲ以テ甲ノ無罪トスル所乙ハ有罪トスルノ一大危險無キ能ハス是現今犯罪ノ實質ヲ認定スルハ獨リ立法者ニ限り裁判官ハ形象ノミニ付キ有罪無罪ヲ判決スルヲ一般ノ定則トスル所以ナリ若シ夫レ立法者ニ非サレハ犯罪ノ實質アル所爲ノ何タルヲ定ムル克ハスンハ之ヲ示ス明文ナカレバ裁判官ハ形象ノミニ因リテ有罪無罪ヲ判定スルヲ要セハ明文アルハ有罪判決ヲナスニ缺ク可カラサル條件ナリ刑法第二條ニ法律ニ正條無キモノハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得スト云フハ即チ此點ヲ明示シタルモノトス然ルニ立法者カ罪ノ實質アリト認メタル所爲ヲ明示スル法文ニハ禁令命令ノ二様アリテ

二九

必ス之ニ刑罰ヲ伴ハシムルカ故ニ一形象的定義ニ犯罪ハ刑罰ヲ制裁トシタル禁令命令違反ノ所爲ナリト云ヒ二犯罪形象ノ成立要素ノ一トシテ第一節ニ明文ヲ論スル所以ナリ

〔四十九〕乙、刑法第二條ハ我國刑罰制度ノ一大改革ヲ示スモノナリ前段ニ述フル如ク第二條ノ明文ハ裁判官ニ實質ヲ具ハルヲ理由トシ某所爲ノ有罪判決ヲ下スコトヲ禁シタルモノナリ擅斷權ヲ剝奪シタルモノナリ即チ刑罰制度ノ革新ヲ示スモノトス蓋シ歐洲各國モ古ハ法律ニ明文アリテ俟タズ裁判官ニ於テ某所爲ヲ犯罪ト擅斷シ判例類似ノ條文若クハ自己ノ思料ニ基キ相當ノ刑ヲ科スル權力アリシト雖モ佛國ハ大革命ノ際立憲會議ノ說ニ從ヒ卒先シテ刑罰制度ノ擅斷主義ヲ全廢セリ其之ヲ全廢スルニ至レル所以ハ多年擅斷主義ノ弊害ヲ實驗シタル輿論カ一原因トナリシハ勿論ナリト雖モ夫ノ十七世紀ノ後半ヨリ十八世紀ニ跨ル哲學ノ一大進步モ亦與ツテ力アリシヤ疑ナシ爾來歐洲各國ノ刑法ニシテ佛國ノ例ヲ倣ハサルモノ殆ト稀ナリ(佛、四、伊、一、獨、二、白、二、埃、一、九、ブ、レ、ゲ、ル、一、一、カ、リ、ホ、ル)

〔六〕……我國於テモ舊幕時代ニ擅斷主義ノ刑制行ハレ其弊害ノ如何ニ大ナリシカハ諸君モ熟知セラル、所ナラシテ進メテ明治三年新律綱領ノ頒布アルヤ裁判官ハ夫ノ舊幕時代ノ如ク無制限ニ擅斷スル克ハスシテ重大ナル事件ヲ明文無キニ拘ラス罪トセシコハ上級官吏ノ指揮ヲ俟ツ要シタリト雖モ名例律第二十六他ノ一方ニ於テ輕微ナル犯罪ニ至ツテハ全ク裁判官カ擅ニ之ヲ判定スルコトヲ得(雜犯第十)明治六年改定律例ノ頒布アリシ後モ尙同一ノ主義行ハレタリキ(改定律例第二百八十九條以下)然ルニ現行法ノ實施サル、ヤ第二條ノ明文ニ因リ如何ニ輕微ナル罪並ニ刑ト雖モ明文無クシテ裁判官ハ之ヲ宣告スル克ハサルニ至リ裁判官ノ職權ハ絕對的ニ犯罪ノ形象ヲ認否スルニ止メテ是刑罰制度ノ一大改革ヲ示スニ非スシテ何ソヤ

〔五十〕丙、刑法第二條ハ民法ト異ナリ類似解釋ヲ許サ、ルヲ示シタルモノナリ——類似解釋(Argument a haec)トハ訴訟事件ニ關スル明文ナキ場合ニ類似ノ事件ヲ規定スル條文ニ基キテ法律ノ精神ヲ探リ以テ曲直ヲ

辨スルヲ謂フ蓋シ民事ニ就テハ明文ナキ事件ヲモ裁判官其曲直ヲ糺ス職權アルノミナラス法律ノ不明不備欠缺ヲ理由トシ原告ノ請求ヲ却下スル克ハサル職務アリ(法例第十七條)法律ノ欠缺即チ明文無キヲ理由トシテ請求ノ當否ヲ判決セサルモノハ類似ノ場合ヲ規定スル條文ニ因ツテ其精神ヲ探求スル亦已ムヲ得サルモノニ非スヤ是民法ニ於テハ類似解釋ヲ公認スルノ所以ナリト然ルニ刑事事件ニ付テハ如何ニ類似ノ條文アリトスルモ明文即チ正條無キ場合ニ裁判官有罪判決ヲ下スクハサルヤ第二條ニ規定スル所アルカ故ニ爰ニ斷然類似解釋ヲナス克ハサルノ結果ヲ生ズ但シ爰ニ注意スヘキ點アリ我輩ハ第二條ヲ以テ刑法ノ類似解釋ヲ禁シタルモノナリト云ヒ汎ク解釋ヲ禁シタルモノト謂ハス如何ニ周到綿密ナル條文ヲ設クモ無數ノ社會的關係ニ適用セントスルニ方リテハ必ス其間ニ條文ノ不明ヲ感スル場合ヲ生シ條文ノ意義ハ此場合ヲ含蓄スルヤ否ヤヲ文法上若クハ理論上解釋スルノ已ムヲ得サルニ至ラン刑法ト雖モ決シテ此ノ如キ文法的解釋、理論的解釋ヲ禁スルモノニ非サルカ故ニ編

纂錄説明書判決例著書等ヲ參考トシ法文ノ不明ヲ確ムルノ解釋ハ固ヨリ之ヲ爲スコトヲ得只一旦條文ノ意義確定シタル以上ハ如何ニ類似スルモ其條文ニ含蓄セサル場合ニ比附援引スルヲ許サ、ルノミ

(五十一) 刑法ヲ規定ス他ノ明文無キ類似ノ場合ニ敷衍スルヲ許サスト云フ第二條ノ原則ニ一例外アリ即チ甲ノ所爲ヲ制止スル規定アリテ之ト同性質且其理由一層重キヲ加ヘタル乙ノ所爲ニ明文ナキ時ハ甲所爲ノ禁令命令チ乙所爲ニ敷衍スルハ刑法ト雖モ敢テ之ヲ禁スル者ニ非ス故ニ道路橋梁ノ修繕中人力車ニテ通行スルヲ禁スル規定ハ之ヲ敷衍シテ假令明文無キモ馬車ニテ通行セントスル者ヲ制スルヲ得ヘシ又魚類保護ノ目的ヲ以テ釣ヲ禁シタル規定ハ其池沼河海ニ網ヲ入レントスルモノヲ止ムルヲ得ヘシ某學者ハ之ヲ尙更解釋若シハ勿論解釋ト名ケラレタリ *Argument* *for* *analogy* *ノ* *譯* *語* *ナリ* 但シ此ノ如キ解釋ヲナスハ最モ慎重ヲ加ヘテ二倍ノ場合一點モ性質ヲ異ニセザルコト明文無キ場合ハ明文有ル場合ヨリ一層理由ハ加ハリタルコトヲ明白ニシタル上ナラサル可カズ(刑法論綱二十

四頁刑法草案第二十六號參照)

(五十二) 犯罪ノ形象ノ成立ニ必要ナル刑罰ヲ制裁トシタル禁令命令ノ發生種類効力消滅ノ四點ヲ左ニ欸チ分ツテ詳論セン

第一款 刑罰ヲ制裁トシタル禁令命令ノ發生

(五十三) 臣民ノ遵奉義務アル禁令命令ハ憲法行政法ニ職權ヲ示定若シハ附與セラレタルモノ之ヲ制定シタルトキハ先ツ之ヲ臣民ニ告知セサル可カラス是布告式ノ定アル所以ナリ(明治十九年三月勅令第一號第十條現今ハ官報ニ登載スルヲ公式トス(同勅令同條並ニ明治十六年五月太政官第二十三號達)公布アリタル當日ヨリ實施力ヲ生スルハ例外ニ屬シ(保安條例參照)通常ハ公布後一定ノ時日ヲ經テ初メテ實施力ヲ生スルモノトス(明治十六年五月太政官第十四號布達同十九年勅令第一號第十條)故ニ現行刑法ノ如キモ明治十三年七月ニ公布アリ十五年一月一日ヨリ實施サレタルモノニシテ禁令命令ノ一度實施力ヲ生スルヤ臣民ハ之ヲ知ラサル故チ以テ遵奉義務ヲ免ル、克ハス(刑七七條)裁判官ハ犯罪形象成立ノ要素トシテ必ス

之ヲ舉ケサル可カラズ(刑二條)

第三款 刑罰ヲ制裁トシタル禁令命令ノ種類

〔五十四〕刑法ノ規定ハ總テ刑罰ヲ制裁トスト雖モ刑罰ヲ制裁トシタル規則ハ獨リ刑法ニ止マラス然ルニ刑法ノ及フ所ハ人ノ身分並ニ事柄ノ種類共ニ最モ多キカ故ニ之ヲ普通法ト名ケ其他ノモノハ總稱シテ特別法ト謂フ特別法ハ刑法ニ規定セザル事柄ニ刑ヲ制裁トシタルモノニシテ陸海軍刑法、出版條例、新聞紙條例、集會條例、銃獵取締規則、徵兵令、酒造規則、煙草規則、賣藥規則等一ニシテ足ラス(笹本氏著罰則全書、內閣編纂法規分類大全、刑法律門下卷參照)此區別ノ實益、第四章犯罪ノ種類ノ部ニ述ブレルヲ見テ知ル可シ

ニ反シテ命令ハ其所爲ヲ爲ス可シト規定シテ禁ルモノナラカ故ニ之ニ違反シタリトスルハ其所爲ヲ爲ス可シト規定シテ禁ルモノナラカ故ニ之ニ違反ハ積極ノ所爲ヲ罪トシテ命令ハ消極ノ所爲ヲ罪トスル法則ニシテ區別ノ實益ハ尙犯罪ノ區別ノ部ニ一言セシ

第三款 刑ヲ制裁トシタル禁令命令ノ効力

〔五十五〕刑ヲ制裁トシタル禁令命令ノ効力ハ刑法ノ時ニ關スル効力ニ並ニ處ニ關スル効力ノ證明ニ就テ之ヲ知ル可シ何トカレハ刑法以外ノ法律規則ノ効力ニシテ特別ノ規定アリトスルモノ之ヲ論スルハ講義ノ範圍ヲ超ヘ特別ノ規定ナクハ刑法ノ總則ヲ適用スルコトヲ得レバ(刑法第五條第二項)

〔五十六〕甲、刑法ノ時ニ關スル効力如何ニ本問ハ我刑法第三條ニ依テ決ス可キモノトス同條第一項ニ曰ク「法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得ズ」ト頒布ハ單ニ人民ニ公布スルヲ謂フニ非ズ實施力ヲ生シタルヲ謂フ法律カ實施力ヲ生シタル以後ノ事件ハ支配スルノ原則ハ第二條

ノ律ニ明文無キ所爲ヲ罰スル克ハサル原則ト相表裏スルモノナリ第二條ノ說明(四十八號)ニ云ヘル如ク犯罪ノ實質ヲ具フル所爲ヲ認定スルハ獨リ立法者ノ權内ニ在リ立法者カ何ヲ罪トシタルカハ明文ニ依テノミ知ル可キモノタル以上ハ吾人其明文無キカ爲メニ罪トシテ之ヲ實行スルハ當然ナリトス然ルニ今日罪ヲナストシテ實行スル所爲モ後來何時立法者カ明文ヲ發スルニ因リ罪トセラル、ヤモ計ル克ハスハ吾人ハ遂ニ如何ナルコトヲ爲シ如何ナルコトヲ爲サ、ル權義アルカ毫モ之ヲ知ル克ハサラン爰ニ於テカ第三條ハ刑法カ將來ノミニ効アルヲ明言シ一般ニ明文ヲ以テ禁セサルコトハ心ヲ安シシテ之ヲ行ヒ明文ヲ以テ命セサルコトハ之ヲ爲サ、ルヲ得セシメタルノ論者或ハ曰ハシ「刑法不遡既往」ノ原則ニシテ第二條ニ含蓄スルモノヲラシメハ別段第三條一項ヲ設クルノ必要ナカラント然レトモ此點ヲ別條ニ明言シタルノ理由ハ(一)第二條ノ「法律ニ正條無キモノヲ罰スル克ハス」ト云ヒ犯罪ノ當時ニ明文アルヲ要スルカ犯罪ノ當時明文無キヲ後ニ新法出テ裁判ス當時明文アルノミニテ足ルカチ曰

ハサルカ故ニ第三條ニ於テハ更ニ犯罪ノ當時ニ明文アルヲ要スル點ヲ示シ(二)又新法ハ舊法ニ優ルト云フ格言ヲ理由トシテ頒布以前ノ所爲ニマテ新法ヲ適用スルシテ危險ヲ豫防シ(三)第三項ノ例外ヲ示ス爲ニ先ツ原則ヲ掲ケテ體裁ヲ正スノ三點ニ基キタルモノニ外ナラス

五十七 刑法不遡既往ト云フ原則ニ一、大制限アリ、第三條第三項ニ之ヲ掲ク曰ク「若シ所犯頒布以前ニ在テ未ダ判決ヲ經サル者ハ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷ス」ト本項ノ規定アルニ因リ犯罪ノ時ト裁判リ時ト異ナリタルニ法行ハレ裁判ノ時ノ新法若シ犯罪ノトキニ舊法ヨリ輕キトキハ刑法不遡既往ノ原則ヲ換ヘ輕キ新刑法ハ既往ニ遡ルト云フ原則ヲ生ス輕キ新法トハ新法ニ罪トシタル所爲ヲ罪トセサルモノ刑罰ヲ輕クシタルモノ宥恕ヲ與ヘ公訴ノ實行ヲ禁シタルモノヲ謂フ此ノ如キ制限ヲ設ケタル理由他無シ裁判ノ當時立法者カ不必用ト認メタル所爲ヲ罪トシ若クハ不必用トシタル刑ヲ科スルモ敢テ他ノ益ナル所無ケレハナリ

五十八 第三條第二項ヲ適用スルニ付キ一ノ最モ注意スヘキ場合アリ有

効期間ヲ限リタル禁令命令違反ノ所爲ニ因リ期間後ニ裁判ヲ受クル時他ニ同一ノ所爲ヲ罪トスル規則無ケレハ無罪タルニキ事是ナリ例ハ夏期流行病ノ盛時ニ限リ有効ナル取締規則ヲ破リタル所爲冬期ニ至テ裁判アルハ無罪ノ宣告ヲ受ケン何トナレハ裁判ノ當時ノ輕キ刑法ハ本類ニ因リ既往ニ溯ルヲ以テナリ

〔五十九〕輕キ新法ハ既往ニ溯ルヲ以テ新舊二法何レヲ輕シトスルカ之ヲ識別スル標準ヲ知ラサル可カラス(之ヲ示スニ先ナリ)ノ注意アリ抑此新舊二法ノ輕重ヲ知ルト云フ事ハ法律全體ノ寬嚴ヲ區別スルノ謂ニ非ズテ各犯罪事件ニ付キ新舊二法ノ之ニ關スル條文ノ何レカ最モ犯人ヲ利スルカヲ分ツニ在リ故ニ現行刑法ノ一般ニ改定律例ヨリ寬ナルモ理由トスル十五年一月一日迄ニ判決ヲ經サル犯罪ニ盡ク現行刑法ヲ適用セントスルハ大ナル誤ナリ裁判セザル各罪ニ付キ新舊ノ關係條文ヲ比照シ輕キヲ適用スルモノトス現行刑法カ實施力ヲ生スルヤ我立法者ハ其時迄有効タリシ新律綱領改定律例ト現行刑法トノ輕重ヲ示スニ單行法カ頒布セ

三六

リ(明治十四年十月廿八日布告第八十二號是ナリ)三箇條ヨリ成立ス(此法ニ當時其適用アリシハ明ナリト雖現行刑法ヲ將來頒布シテ更ニ刑法トシ輕重ハ固論カ之ヲ據テ識ル尙ハ蓋シ刑法第七條第八條第九條及三箇條ハ管ニ主刑ヲ種類ヲ列記シタルヲ以テ其順序ニ因リ輕重ヲ示シタルモノナルカ故ニ此三箇條ヲ刑ノ順序ニ通常新舊法以輕重ヲ分ツ標準トスルヲ得シ)

〔六十〕第七條乃至第九條ノ刑ノ順序ヲ以テ新舊法ノ輕重ヲ判斷スル能ハサル場合アリ故ニ新法ヲ規定舊法ヨリ一面ハ重ク一面ハ輕キトキニ何レヲ輕シトスルカノ問題ヲ生ス本問ハ二箇ノ場合ニ付キテ之カ解答ヲ試ミ(一)新舊二法共ニ某罪ニ付キ(有期ノ自由刑罰金科料ノ如キ)最高度ト最低度トナ有タル同種ノ刑ヲ科シタリ然ルニ新法ノ刑ノ最高度ハ舊法ノ刑ノ最高度ヨリ高ク(即チ一面ハ重キナリ)新法ノ刑ノ最低度ハ舊法ノ刑ノ最低度ヨリ低キ(即チ一面ハ輕キナリ)時ハ何レヲ輕シトスルニキカ例ハ將來新刑法出テ、現行刑法ヲ重懲役ノ九年以上十二年以下ヲ變シ五年以上

十五年以下トシタル時ハ如何本問ヲ決スルニ二説アリ(一)第一説ニ曰ク新舊二法中輕キ部分ノミヲ採ル可シト即チ新法ノ最高度ト舊法ノ最高度トナシ新法ノ最低度ト舊法ノ最低度トナシテ其輕キヲ採リ之ヲ適用セントスル刑ノ最高度トナシ新法ノ最低度トナスヘシ故ニ先ノ例ニ於テハ五年以上十一年以下ノ刑ヲ適用スヘシト(草案註釋二十七號刑法原論第二卷九十八頁其他)此説ハ第三條第二項ニ反ス何トナレハ新舊二法ノ中一ノ輕キニ從ツテ處斷スルニ非ス新ニ中間ノ刑ヲ設立スルモノナレハナリ(ガロオ氏七十二號刑法論綱卅四頁)第二説ハ新舊二法ノ最高度ノミヲ比照シ其高キヲ以テ重シトシ低キヲ以テ輕シトスルモノナリ故ニ先ノ例ニ於テハ五年以上十五年以下ノ新法ヨリモ九年以上十一年以下ノ舊法ヲ輕シトス其理由ニ曰ク刑ノ最低度ハ如何ニ低キモ其最輕低キ刑ヲ科スルト否トハ裁判官ノ權内ニ在リテ犯人最モ低キ刑ニ處セラレサルヲ不服トスル能ハス之ヲ反シテ刑ノ最高度ハ裁判官ノ職權ヲ以テ超過スル克ハサルモノナリ故ニ明文ノ示定スル加重ノ理

由無クシテ裁判官カ最高度ヲ超過シタル刑ヲ宣告シタル時ハ犯人ニ服セサルノ權利アルモノトシ新舊二法ノ刑ノ最高度ノ輕キト最低度ノ輕キトハ此ノ如ク性質ヲ異ニスルヲ以テ最高度ノ低キヲ輕シトスル所以ナリト現今多數ノ學者ハ此第二説ヲ採用ス(シヨウゾウ及ヒエリ氏第一卷二十二號)ガロオ氏七十二號刑法論綱三十四頁(二)次ニ某犯罪ニ付キ犯罪當時ノ法ハ禁錮ヲ科シ裁判當時ノ法ハ罰金ヲ科シタル(此一面ハ新法輕シ)然ルニ犯罪當時ノ法ハ禁錮ニ他ノ刑ヲ併科スルヲ禁シ特別宥恕ノ例ヲ用ユルヲ許シタルモ裁判當時ノ法ハ罰金ニ他ノ刑ヲ併科スルヲ許シ特別宥恕ノ例ヲ用ユルヲ禁シタル(此一面ハ舊法輕シ)場合ハ如何處分スヘキカ余思ヘラシ此場合ハ第一ノ場合ト異ナリ裁判官ハ新法ノ輕キ部分ト舊法ノ輕キ部分トヲ適用スヘシ即チ舊法ノ禁錮ヨリモ輕キ新法ノ罰金ヲ宣告シ同時ニ新法ヨリモ輕キ舊法ノ規定ニ從ヒ罰金ニ他ノ刑ヲ併科セス且場合ニ因リ宥恕減輕ヲ與フヘキモノナリト其理由他無シ第一ノ場合ニ新法ノ最低度ト新法ノ最高度トノ範圍内ニ於テ適用スヘキ刑ヲ求ムヘシトスルハ裁判

官ニ新舊二法何レヲモ適用セシテ新ニ一種ノ刑ヲ設立スル職權アリト云フニ歸スルヲ以テ我輩其說ヲ退ケタリト雖モ第二ノ場合ニ新舊二法ノ輕キ部分ノミヲ適用スヘシトスルハ敢テ裁判官ニ一種中間ノ刑ヲ設立スル職權アリト云フニ非スシテ刑ハ新法ノ輕キニ從ヒ他ハ舊法ノ輕キ規定ニ據リ犯人ノ利益ノ爲メニ新法ト舊法トヲ共ニ適用スヘシト主張スルニ過キサレハナリ

〔六十二〕以上犯時ト裁判ノ時トノ中間ニ一回刑法ノ改正アリシ場合ニ付テ第三條第二項ノ適用ヲ論述セリ今若シ其中間ニ二回ノ改正アリテ各法輕重ノ別アル時ハ何レノ法ヲ適用スヘキヤノ問題ヲ生ス蓋シ第三條第二項ノ末文ハ單ニ「新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷ス」ト曰ヒ敢テ輕キ犯時ノ法ニ從テ處斷ス」ト曰ハス亦「輕キ裁判ノ時ノ法ニ從テ處斷ス」ト曰ハサルカ故ニ中間ノ法カ犯時ノ法並ニ裁判當時ノ法ヨリ輕ケレバ之ニ從テ處斷スルヲ要ス例ヘハ犯時ノ法ハ禁錮ニ處シ中間ノ法ハ科料ニ處シ裁判當時ノ法ハ罰金ニ處シタリトセハ結局犯人ハ科料ヲ宣告サル可キモノナリ

リ(中間ノ法カ無罪ト定メタル時モ亦同)此場合ニハ輕キ中間ノ法ハ既往ノ犯時ニ在ルモ之ヨリ重キ裁判當時ノ法ハ將來ノミニ其効力アルモノナリ(ガロオ)氏第八十六頁註草案第三十九號

〔六十二〕輕キ新法ヲ既往ニ溯ラスニハ第三條第二項ニ「未タ判決ヲ經サル者」ト云フ條件アリ其所謂判決トハ確定裁判ヲ謂フモノナルハ學說ノ一致スル所トス(佛國大審院千八百八十五年六月十八日附判決ガロオ氏四版第七十三號、明治十五年一月廿四日附ニテ近江裁判所ニ司法省ヨリテ指令果シテ然ラハ新法頒布前ニ有罪ノ判決アルモ其未タ確定セサルモノハ如何ニ處分スヘキ其既ニ確定シタルモノハ如何ニ處分スヘキノ二問ヲ決セサル可カラズ)第三條第二項ニ所謂判決ヲ以テ確定裁判ヲ謂フモノトスレハ新法頒布以前ニ有罪判決アルモ未タ確定セス上訴ニ依テ改正サルヘキ状態ニ在ルトキハ檢事若クハ訴訟關係人ヨリ上訴シ新法ヲ適用ヲ請求スルヲ得上訴ニ控訴上告抗告再審ノ四アリト雖モ此場合ニ適用スヘキハ控訴上告ノ二トス而シテ控訴若クハ上告ヲ受ケタル裁判所ハ裁判所

構成法並ニ刑事訴訟法ノ規定ニ從ヒ自ラ新法ノ刑ヲ言渡シ或ハ被告事件
 ヲ他ノ裁判所ニ送付シテ新法ノ刑ヲ言渡サシムルコトヲ要ス(二)輕キ新法
 ノ頒布以前ニ有罪ノ判決確定シタル者ハ如何ニ處分スヘキカ本問ハ解釋
 論トシテハ極メテ易々タリ輕キ新法ト雖モ頒布以前判決ヲ經サル所犯ニ
 非サレハ適用ス可カラサルハ第三條第二項ノ明文上更ニ疑ヲ容レズ然レ
 トモ立法論トシテハ特ニ一言スヘキ者アリ抑立法者カ輕キ新法ヲ發シテ
 舊法ノ刑ヲ廢止輕減スル所以ノモノハ畢竟重キ舊法ガ國家ノ生存ニ必要
 ナラサルヲ以テノミ國家ノ生存ニ不必要ナル刑ヲ執行スルハ用刑ノ本旨
 ニ非ス果シテ然ラハ舊法頒布前ニ裁判確定シタルモノト雖モ其未タ執行
 ナ終ヘサル内ハ輕キ新法ヲ適用セシムルヲ以テ立法上其當ヲ得タルモノ
 ト云ハスシテ何ソヤ現ニ白耳義(第二條)伊大利(第二條)日本刑法草案(第三條
 第六十四條)等ニハ此主義ヲ採用セリ亦以テ立法者ノ參考トナスニ足ラン
 (註)右述ナル所ハ犯罪當時ノ刑法ニ改正アリシ場合ノミ今若シ刑事訴訟
 法、裁判所構成法ニ改正アリタル時ハ新舊二法何レニ依ルヘキヤ蓋シ訴

訟ノ手續裁判權ノ組織ヲ變更スルハ有罪ヲ罰スルト共ニ無辜ヲ罰スル
 事無カラシムルノ主旨ニ出ツ其吾人ノ爲スヘキ事爲ス可カラサル事ニ
 變動ヲ加フルモノニアラサルカ故ニ頒布以前ノ犯罪モ直ニ新法ヲ適用
 スルヲ原則トス(刑事訴訟法第二十二條)裁判所構成法第四百四條(參考)
 又滿期免除ノ期限並ニ條件ニ關シ若クハ刑ノ執行方法ニ關シ新舊二法
 行ハル、時何レヲ適用スヘキカノ問題ハ後ニ講述スルコトアルヘシ
 (六十三) 乙 刑法ノ處并ニ人ニ關スル効力如何 一國ノ刑法ハ自國內ノ
 犯罪ニ非サレハ之ヲ適用スル能ハサルヤ外國ニ於ケル犯罪ニモ之ヲ適用
 スルコトヲ得ルヤ國內ニ於テモ其効力全カラサル事無キヤ是刑法ノ處ニ
 關スル効力如何ノ問題ナリ一國ノ刑法ハ自國臣民ノ犯シタル罪ニ非サレ
 ハ之ヲ支配セザルカ將タ又外國人ノ犯人ニモ之ヲ適用スルコトヲ得ルヤ
 是刑法ノ人ニ關スル効力如何ノ問題ナリ此二問ヲ解スルニ屬人主義屬地
 主義折衷主義ノ三様アリ之ヲ示シテ畧評ヲ試ミシ
 屬人主義 一國ノ刑法ハ自國ノ臣民ノ犯シタル罪ニ非サレハ支配スル能

ハス但シ自國ノ臣民ノ犯罪ニ至リテハ犯地ノ内國タルト外國タルトニ論
 ナク均シク之ヲ支配ス可シ之ニ反シテ外國臣民ノ犯罪ハ其犯地ノ外國
 ルモ勿論假令内國タル時ト雖モ之ヲ論ス可カラスト是屬人主義ノ要旨ナ
 リ然ルニ獨立國ノ主權ハ普ク其國內ニ効力アルヲ國家法學上ノ一大原則
 トス甲國斯ノ如クナレハ乙國モ亦斯ノ如クナルヲ以テ此第一ノ屬人主義
 ハ到底行ハル、能ハス果シテ又一國トシテ之ヲ實行スルモノ無シ
 屬地主義 一國ノ刑法ハ主權ノ作用トシテ普ク其國內ノ犯罪ヲ支配シ犯
 人ノ内外人ヲ區別スヘキモノニ非ス之ニ反シテ外國ノ犯罪ニ至リテハ犯
 人ノ外國人タル時ハ勿論假令自國ノ臣民タル場合ト雖モ之ヲ論ス可カラ
 スト是屬地主義ノ要旨ナリ屬地主義ハ古代ノ刑法ノ多數ニ採用サレ現今
 ト雖モ英國刑法ノ慣用スル所ナルニ拘ハラスト一ノ缺點アリ蓋シ現今ハ交
 通ノ便印刷ノ利其他各種ノ文明ノ利器ヲ應用シ外國ニ於テ自國ノ安危ニ
 拘ル大罪ヲ犯スノ道勸ガラス此ノ如キ時代ニ方ツテ絕對的ニ屬地主義ヲ
 採用シ其外國ニ於テ犯シタル犯罪ヲ一モ自國ノ法律ニ問ハストスルハ決

シテ策ノ得タルモノニ非サラン
 折衷主義 一國ノ刑法ハ犯人ノ國籍如何ヲ論セス總テ内地ノ犯罪ニ適用
 スルヲ要ス但シ外國ニ於テ犯シタル罪ト雖モ其如何ニ依ツテハ内國ノ法
 ナリテ處斷セサル可カラスト是即チ折衷主義ニシテ其外國ニ於テ犯シタ
 ル罪ノ如何ナルモノハ自國ノ法ヲ以テ處斷スヘキカノ一點ヲ定ムルニ付
 キ甚ク異同アリト雖モ多數ノ歐洲列國ノ折衷主義ヲ採用スルハ一ナリ(佛
 民三同刑五七白刑三四獨刑三九埃刑三六四一伊刑草五一一〇魯刑一
 七五一一八一普刑四二四七八瑞刑第一章一、二……………)
 日本刑法草案ニハ右折衷主義ニ基キ處並ニ人ニ關スル刑法ノ効力ヲ規定
 セシト雖モ確定ノ際ニ盡ク删除サレタリ以下草案ノ條文ヲ基礎トシ傍ラ
 國際慣例ヲ參酌シテ本問ノ通則ヲ略述セン
 [六十四] 本問ニ入ルニ先チ二箇ノ重要ナル問題ニ解答ヲ與ヘ置カント
 其一ハ法律上ノ日本國土ノ區域ヲ明ニシ他ノ一ハ國內ノ犯罪ト認ルル
 必要ナル條件ヲ示シモノナリ

(六十五) (一) 法律上日本ノ國土ハ單ニ國境內ノ陸地ニ限ル者ニ非スシテ
 尙其外ニ領海船舶ノニテ含蓄ス(第一領海)蓋シ如何ナル國ト雖モ不斷海上
 ニ主權ノ作用ヲ實行スル能ハサルヲ以テ洋海ハ萬國共有ナリ洋海ハ世界
 ノ道路ニ供スヘキ性質ノモノナルヲ以テ航海ハ自由ナリトスルヲ至當ト
 云ハサル可カラズ(英國ハ之ニ反對ス)若シ夫洋海ヲ以テ共有且自由ノモノ
 ト認ムル時ハ一國ノ生存上之ニ多少ノ制限ヲ加フル必要ヲ生ス故ニ現今
 ハ國際慣例上陸地ニ接スル海ノ一部ヲ其國ノ領分ト認メ其主權ニ服従ス
 ヘキモノト定ム所謂領海是ナリ領海ハ干潮ノ時海岸ヨリ砲丸ノ達スル最
 遠距離ノ分界線トス(第二船舶)船舶ハ所有者ノ本國ノ領地ノ一部分ト認ム
 ルヲ現時ノ通則トス海上到ル處ニ移轉シ得ル陸地ナリ故ニ日本人所有ノ
 船舶カ日本領海ノ内ニ在ル時ハ勿論其大洋ヲ航行スル間モ洋海ハ萬國共
 有ナルニ依リ之ヲ國土ノ一部分ト認ムルニ付キ毫モ困難ナシ場合ヲ生セ
 ス但シ其進シテ外國ノ領海港灣ニ入ルヤ恰モ二國ノ土地ニ重シク如キ狀
 態ヲ現シ爰ニ日本領地ノ一部タル性質ヲ失フヤ否ヤヲ定ムルノ困難且必

要ナル問題ヲ生ス此場合ニハ商船ト軍艦トヲ區別シ商船ハ一私人ノ所有
 權ノ目的物ニ過キサルヲ以テ日本領地ノ一部タル性質ヲ失ヒ軍艦ハ一國
 主權ノ斷片タルヲ以テ日本國土ノ一部タル性質ヲ失ハストスル亦普通ノ
 國際慣例ナリ

(六十六) (二) 以上日本國土ノ區域ヲ論シタリ今ヨリ進シテ日本國土内ノ
 犯罪ト認ムルニ必要ナル條件ニ論及セントス凡ソ一ハ犯罪ヲ以テ日本國
 土内ニ現出シタリト認ムルニハ其實行ノ所爲ノ全部若シハ一部カ日本國
 土内ニ存在シタル事ヲ要ス而シテ其他ヲ問フニ必要ナシ抑犯罪ノ所爲ニ
 ハ豫備ノ所爲ト實行着手ノ所爲トノ二様アリテ(詳後)豫備ノ所爲ハ一般ニ
 罪トナラサルヲ原則トスルカ故ニ日本ニ於テ刀劍ヲ購ヒ朝鮮ニ行キテ人
 ナ殺シタル者アルモ日本國土内ノ殺人犯ト認ムル能ハス何トナレハ刀劍
 ナ購フハ豫備ノ所爲ニ過キサレハナリ之ニ反シテ日本領地ノ内ヨリ洋海
 ノ外國船ニ向テ發砲シ乗組員ヲ殺シタルトキハ日本國內ノ犯罪ト認ムル
 モノトス何トナレハ發砲ト云フ實行ノ所爲日本國土内ニ(領海ハ日本國土

ノ一部ナリ)存在スル以上ハ被害者ノ死亡ト云フ事實ハ内國ニ現シタルト
 外國(外國船ヲ大洋ニ在ル間ハ本國ノ一部ナリ)ニ現シタルトテ問ハサレハ
 ナリ終ニ臨ンテ實行ノ所爲ノ一部分ノミ日本國內ニ存在スル一例ヲ示サ
 シ横濱港ニ碇泊シタル日本商船ニ乗込ニ其登載シタル一樽ノ酒全體ヲ數
 十回ニ盜取スルノ意ヲ以テ解纜前ヨリ着手シ外國ノ港灣領海ニ入ルマテ
 其所爲ヲ繼續シタル時ハ所謂實行ノ所爲ノ一部日本國內ニ存在シタル者
 ニシテ其樽酒竊盜ヲ罪ナ日本國內ノ罪ト認ムルニ十分ナリトス總テ爰ニ
 述フル所ノ如キハ絶海ニ孤立スル日本等ニ實際ノ場合ヲ生スル事甚カ
 ラント雖モ僅ニ一河ノ流一帯ノ山脈ヲ隔テ、獨立ノ二國相接スル大陸諸
 洲ニ於テハ往々之カ實例ヲ現出ス可シ
 (六十七) 日本國土内ニ犯罪實行ノ所爲アリタルトキハ盡ク日本刑法ヲ以
 テ處斷スヘキカ日本刑法ハ日本主權者ガ刑罰ヲ制裁トシテ發表シタル禁
 令命令ニ外ナラザルヲ以テ日本主權及フ區域内ニ現ハレタル犯罪ハ日
 本刑法ニ依テ處斷ス可シ其犯人ノ國籍如何ヲ問フモノニ非ス草案第七條

ハ之ヲ明ニスル爲ニ外國人日本國管内ニ於テ罪ヲ犯シタル時ハ日本法律
 ニ依テ處斷スト云ヘリ此原則ノ範圍内ニ於テ日本國土ニ犯罪實行ノ所爲
 アルモ刑法ノ適用スル能ハサル者ハ天皇外國ノ君主並ニ外國公使ニシ
 テ其例外ノ制度ニ基キ之ヲ適用スル能ハサル者ハ治外法權ハ條約アル外
 國ノ臣民ナリ
 天皇 君主國ニ在リテハ君主ハ刑法上ノ責任ヲ負ハス故ニ我憲法第三條
 ニモ「天皇ハ神聖ニシテ侵ス可ガラス」トアリ夫 天皇ハ主權ハ本體法律
 ノ淵源ナルヲ以テ其發表シ給フ法律ノ上ニ存スルモノナリ之ニ依テ支配
 サレ給フ可キ道理無シ我日本帝國ニ九五ノ位ヲ占メ玉フ 天皇陛下ハ獨
 リ刑法ニ止マラス萬般ノ法律ノ支配ヲ受ケ其責任ヲ負ヒ玉フニ無シ
 外國ノ君主 刑法ハ(刑ヲ制裁トスル)君主ノ命令ナルカ故ニ之ニ服從義務
 アル者即チ臣民タル身分ノ者ニ對セサレハ法律タル効力無シ然ルニ外國
 ノ君主ハ我君主ト同等ナルカ故ニ假令内地ニ旅行サレタル間モ我刑法ヲ
 適用スル可クハス

外國公使、外國ノ主權ヲ代表スル交際官吏ニ全權大使、全權公使駐在公使
 (又)辦理公使代理公使ノ四様アリト雖モ總テ日本ノ刑法ヲ適用スルニ克
 ス近時國際慣例上此特典ヲ認ムル理由ニアリ(一)公使ハ外國主權ヲ代表ス
 而シテ獨立國ノ主權ハ相互同等ノモノナルガ故ニ我刑法ハ公使ヲ支配ス
 ルコト無シ(二)公使ヲシテ刑法ノ支配ヲ受ハルモ附テ之シテハ犯罪ヲ搜索
 シ犯人ヲ逮捕スル爲メニ秘密書類ヲ暴露サレ外交ノ要職ヲ全フスル能ハ
 ス(註)公使ノ家族並ニ公使館ハ公使同様ノ特典アリ其犯罪ノ種類如何ヲ問
 ハス之ニ反シテ隨行員並ニ領事ノ如キハ此ノ如キ特例ナキテ原則トス
 治外法權ヲ條約アル外國ノ臣民ノ君主並ニ外國公使ニ刑法ヲ適用スルニ
 ハサルハ全ク主權ノ自己又自己ト同等ハモノヲ服スルニ非サルヲ云フ原則
 ニ基クハ外國ノ臣民ハ日本主權ト同等ニ非サルヲ以テ其日本國土内ニ
 入ルヤ日本主權ニ命令スル刑法ヲ支配サルハ原則トス草案第七條
 ハ畢竟之ヲ表示スルニ過スト雖モ我國ハ安政元年以來多數ノ外國ト締

結シタル治外法權ヲ條約アルヲ以テ此原則ヲ現時尙ホ全キニ行ハルニ能
 小伊、國民ノ舉テ遺囑ハ所ナリ(安政元年八月廿三日附日、英條約
 第四條、安政五年七月十八日附同條約第四條、第五條、同年十二月廿一日附日、
 魯條約第八條及七同五年七月十一日同第十四條、安政二年十二月廿三日附
 日本和蘭條約第三條及七同五年七月十日同第五條、安政四年五月廿日附日、
 米條約第四條及七同五年六月十九日同第六條、同年九月三日附日、佛條約第
 六條、同年八月十五日長崎地所規則第十一條、同年十二月十四日附日本、學漏
 西條約第六條、文久三年十二月廿九日附日本、瑞西條約第六條、慶應三年六月
 廿一日附日本、白耳義條約第六條、同年七月十六日附日、伊條約第六條、同年十
 二月七日附日本、丁抹條約第六條、明治元年九月廿七日附日本、瑞典那耳回條
 約第六條、同年同月廿八日附日本、西班牙條約第七條、同二年一月十日附日本、
 獨逸、北部、連邦國條約第六條、同海峽、同月十四日附日、換條約第六條、同六年八月
 廿一日附日本、秘魯條約第六條、外務省編纂各國條約類纂中島氏編纂各國條
 約書參照確定法文ニ草案第七條ノ如ク規定無キハ全ク多數ノ外國人ニ治

外法權アルカ爲メナラント雖モ是一大缺點ナリトス何トナレハ治外法權
ノ條約無キ外國ノ臣民及ヒ條約ヲ以テ治外法權ヲ除キタル外國ノ臣民(明
治廿一年十一月卅日附日本墨西哥條約第八條參照)日本管内ニ罪ヲ犯シタ
ル場合ニハ明文ニ根據シテ之ニ日本刑法ヲ適用スル能ハサルノ困難アレ
ハナリ

〔六十八〕日本國境外ノ犯罪ハ盡シ日本刑法ヲ適用スル能ハサルカ本問ハ
日本人カ外國ニ於テ罪ヲ犯シタル場合ト外國人カ外國ニ於テ罪ヲ犯シタ
ル場合トニ分テテ説明セン

(一) 日本人外國ニ於テ罪ヲ犯シタル時ハ其外國ニ對シ日本カ治外法權ヲ
有スルト否トニ因リ適用ヲ異ニス(一)日本ハ支那及ヒ朝鮮ニ對シ治外法權
ヲ有ス明治四年七月廿九日清朝同治十年七月廿九日附日清條約第八條并
第十三條同九年二月二十六日朝鮮開國四百八十五年三月二日附朝鮮條約
第十款及ヒ明治十六年七月廿五日附朝鮮海岸日本漁民取扱規則參照)故ニ
日本人カ此二國ニ於テ犯シタル罪ハ總テ日本刑法ニ依リ處斷スヘク居留

欠

MISSING

不使用トハ其規定シタル事件又ハ場合ニ遭遇スルモ之ヲ適用セサルノ慣習ヲ謂フ總テ慣習ト成ルニハ久シク普ク行ハレタル事ヲ要スルモノニシテ單ニ一二回適用ヲ爲サ、リシト云フモ之ヲ以テ不使用即チ適用セサルノ慣習ト謂フ克ハス而シテ刑罰ヲ制裁トシタル禁令命令ハ假令如何ニ長年月間之ヲ適用セサルノ事迹アルモ決シテ之ヲ廢止シタルモノト認ム可カラズ檢事并ニ裁判官ハ法ヲ適用スル職ニ在リ法ヲ立ツル職ニ非ス故ニ之ヲ適用セスト云フ手段ニ依リ消滅セシムル能ハサルヤ疑無シ

第二節 所爲(犯罪ノ實體的要素)

〔七十〕凡ソ人ノ罪ヲ犯スヤ物ニ觸レ事ニ感シテ直ニ之ヲ決行スルモノアリ數多ノ時間ヲ隔テ、之ヲ決行スルモノアリ其時間ヲ隔ツルト否トニ拘ラス理論上犯罪ノ初一念ヨリ結局ニ至ル迄ノ經過ノ順序ヲ考フル時ハ第一ニ發心第二ニ考慮第三ニ決心何レモ心性作用ニシテ所爲ノ淵源ナリ第四ハ豫備ノ所爲第五ニ着手ノ所爲第六ニ實行ノ所爲(外部體力ノ働作ニシテ心性作用ノ後ニ在リ)アリト謂フヲ得ヘシ而シテ又數多ノ場合ニ付キ働

作ノ状態ヲ考フル時ハ(一)豫備ノ所爲ヲ了リ遂ニ着手若クハ實行ノ所爲ニ至ラスシテ止ム事アリ(二)着手若クハ實行ノ所爲ノ中途ニ於テ本人自ラ制止スル事アリ(三)或ハ本人ノ意思以外ノ原因ニ中止セラル、事アリ(四)本人カ實行ノ所爲ト信シタル所ヲ了ルモ僅ニ法律上不能犯ト名クルモノヲ生スルニ過キサル事アリ(五)實行ノ所爲ヲ了ルモ尙ホ刑法カ特ニ既遂犯罪ノ成立ニ必要ト認メタル結果ノ發生セサル事アリ(六)終ニ實行ノ所爲モ終局ヲ告ケ一罪ノ既遂ノ情態ニ缺クル所無キモノアル事ヲ知ラン

(七十二) 如斯犯罪ノ初一念ヨリ終局迄ノ經過ニ一定ノ順序アリ體力ノ働作ニ數箇ノ情態アル時ハ二箇ノ問題ヲ決セサル可カラズ(一)第一ニ曰シ經過ノ順序ノ何レノ點ニ迄達スレハ國家ノ生存ニ危險ヲ加フルモノ(即チ犯罪ノ實質アルモノ)トシテ國法上ノ犯罪ト認ム可キカ本問ヲ決スルニ(二)主義アリ甲ハ主觀主義ニシテ罪ヲ犯ス決心即チ心性作用ノ最後ノモノニ達スレハ外部ノ所爲無シト雖モ之ヲ罰ス可シト爲ス是現時獨リ魯西亞刑法ノ採用スル所ナリ乙ハ客觀主義ニシテ盡誠心性作用ヲ經過シ外部ノ所爲

ニ現ハル、モ著手ト所爲ニ至ラサルモノハ罪トセサルヲ原則トスルモノナリ我刑法ヲ初ニ現時多數ノ刑法ハ此客觀主義ヲ採用ス(三)第二ニ曰ク働作ノ情態ニ依リ刑ヲ異ニス可キヤ否ヤ本問ニ關スル各國刑法ノ規定ヲ比較スルニ其豫備ノ所爲ニハ刑ヲ科セサルヲ原則トシ刑ヲ科スルヲ例外トスルコト、著手ヲ了リ以後ノ所爲ニ本人自ラ中止セシトキハ之ニ刑ヲ加ヘサルコト、本人實行ノ所爲ト信シタル働作ヲ了ルモ法理上不能犯ト名クルモノヲ生シタルトキハ之ヲ罪トセサルコトノ三點ハ殆ト一致スル所ナリ著手ノ所爲ニ本人ノ意思以外ノ原因ニ中止セラレタル者及ヒ實行ノ所爲ヲ了ツテ尙ホ結果ノ發生セザリシモノヲ既遂犯罪ト同一ニ處分スヘキヤ若シ處分ヲ異ニスルトセハ如何ナル區別ヲ立ツヘキカノ二點ニ至リテハ各刑法ノ規定必スシモ一樣ナラス我刑法ハ處分ヲ異ニスル主義ヲ採用セリ其如何ナル階級ニ分ナタルカハ乞フ七十六號ノ説明ニ就テ知ラレヨ

第一款 豫備ノ所爲著手ノ所爲及ヒ實行ノ所爲

爲テ論ス

〔七十二〕 罪ヲ犯ス決心ヲ表彰シタル働作ニ豫備ノ所爲トナルモノアリ著手ノ所爲トナリモノアリ實行ノ所爲トナルモノアリ此ノ如ク所爲ノ情態ノ異ナルニ從ヒ我刑法ハ處分ヲ異ニスル主義ヲ採用シタルカ故ニ其分界ヲ定ムルハ極メテ必要ナルニ拘ハラス明ニ區別ノ標準ヲ示シタル條文無キハ他無シ刑法カ各犯罪ニ下シタル定義並ニ犯人ノ意思ノ如何ニ因リ同一ノ働作カ甲ノ場合ニハ豫備ノ所爲トナリ乙ノ場合ニハ著手ノ所爲トナリ得ル事情有リテ豫メ何レノ場合ニモ適用シ得ヘキ總則ヲ掲クルノ困難ナルカ爲ノミ

然ラハ裁判官ハ何ニ依リテ被告ノ爲シタル一定ノ働作カ豫備ノ所爲タルカ著手ノ所爲タルカ實行ノ所爲タルカヲ區別スヘキカ曰ク左ノ三點ヨリ推究セサル可カラズ其第一ノ點ハ被告事件トナリタリ働作ヲ爲セシハ本人カ如何ナル罪ヲ犯ス決心ノ結果ナリシカヲ定ムル事是ナリ之ヲ定ムルハ犯意ノ如何ニ依リ同一ノ働作カ豫備トナリ著手トナリ實行トナルヲ以テナリ第二ノ點ハ刑法ガ第二編以下ノ各罪ニ下シタル定義ヲ分析シ其ノ

三〇

成立要素特別要素ヲ謂ナリ四十五號ノ說明ヲ參照スヘシハ一トシテ掲ケタル所爲ノ如何ヲ定ムル事是ナリ其目的ハ各犯罪實行ノ所爲ノ何タルヲ知ルニ在リテ裁判官ハ此點ニ付キ豫メ一定ノ見解ヲ抱持スルヤ論ヲ俟タズ第三ノ點ハ實行ノ所爲ニ直接且必然ナル關係アツテ而モ實行ノ所爲ニ非サルモノヲ著手ノ所爲トシ著手ノ所爲ニ至ラサル働作ニシテ實行ノ方法器具ヲ整理スルモノヲ豫備ノ所爲トスル法理ニ照シ以テ被告ノ働作ノ何レニ屬スルカヲ決スルニ在リ此三點ノ中第一ノ點ノ事實論タルコト第二ノ點ノ法律論タルコトハ毫モ疑ナシ獨リ第三ノ點ノ事實論タルヤ否ヤニ付テハ特ニ一言スヘキモノアリ下ノ七十五號ノ說明ヲ參照ス可シ今此理論ヲ一層敷衍セントス

我輩ハ第一ニ犯意ヲ定ムヘシト云ヘリ夫レ豫備カ著手カ實行カヲ定メノト欲スル働作ヲ爲シタルモノカ如何ナル罪ヲ犯ス決心ヲ有セシカハ一點ハ全ク事實論ニシテ裁判官ハ各種ノ材料ニ依リ之ヲ認定スル職權ヲ有ス本人ノ自白若クハ決心ヲ記載シタル書類平素被害者ト交際シタル事ノ有

無又ハ親疎本人ノ性行働作ヲ爲シタル場所時刻被害者ノ老少男女ノ別犯罪ノ用ニ供シタル器具罪ヲ犯スニ決心シタル遠因近因ノ事ハ詳後等何レモ犯意ヲ推定スル爲ニ必要ナル材料ナリ但シ働作ノ情態モ或點迄ハ犯意ノ在ル所ヲ推定セシム可シト云ヘトガロー氏ノ如ク理論上豫備ノ所爲ハ漠然トシテ犯意ヲ推定セシムルニ足ラス著手並ニ實行ノ所爲ハ被告カ如何ナル罪ヲ犯スノ決心アリシカヲ示ス性質ヲ有スト云フハ汎キニ失シテ誤ナリ(同氏四版百二號說明參照例)ハ深夜甲ノ徒歩スル背後ニ近寄リ乙カ白刃ヲ振下ケタリト假定セヨ先ニ掲ケタル如キ材料ニ依リ甲ヲ殺スノ決心ニ基キタルヲ知レハ其働作ヲ謀殺著手ノ所爲ト判決スルを得ヘキモ働作ノ性質カ謀殺ノ決心アリシヲ示スモノニ非ス何トナレハ甲ノ剛憶若クハ注意ヲ試ムル目的ニ出ツルコトアリ傷ヲ負ハセテ財物ヲ掠取スル目的ニ出ツルコトアリ又單ニ傷ヲ負ハシムルノミテ目的ニ出ツルコトアレハナリ之ヲ要スルニ働作ノ情態ヲ以テ犯意ヲ確知シ得ルモノトスヘカラス犯意ヲ基礎トシテ働作ノ情態ヲ斷定スルヲ要ス夫レ然リ茲ニ夜間

他人ノ家ニ忍入りタル者アリトセヨ其忍入ルヲ最終目的トシタル時ハ家宅侵入罪ノ實行ノ所爲ニシテ(第七十三條)所有物ヲ竊取スルヲ目的トシタル時ハ着手ノ所爲ナリ而シテ又其家ヲ燒ク目的ニ出テタル時ハ通常豫備ノ所爲タル可シ

第二ニ各罪ノ成立要素ノ一タル所爲ヲ定ムヘシト云ヘリ蓋シ我刑法ハ經過ノ順序中如何ナル點ニ達スレハ犯罪ト認ムヘキカト云フニ付キテハ客觀主義ヲ採用ス故ニ第二編以下ノ各條ニ於テ單ニ罪ヲ犯ス決心アリシ者ヲ罰スル規定無ク總テ刑ヲ科シタルモノハ罪ヲ犯ス決心ヲ表彰シタル外部ノ所爲ナリ(過失犯ハ其例外トス)即チ罪ヲ犯ス決心ヲ表彰シタル所爲ハ盡ク犯罪ナリト云フニハ非サレトモ犯罪ニシテ罪ヲ犯ス決心ヲ表彰シタル所爲ナシサルハ無シ(常ニ過失犯ヲ除キテ言フ)然ルニ第二編以下ノ明文ニ記載セル各犯罪ノ定義タルヤ總テ實行ノ所爲ヲ了リタル場合ニ就キテ之ヲ下セルモノナリ(其偶々犯人ノ企圖シタル害惡ノ發生シタル場合ヲ規定シタルモノト雖モ實行ノ所爲ヲ了リタル場合ニ就キテ定義ヲ下シタル

ハ一ナリ)是或ル犯罪ノ實行ノ所爲ノ何タルヲ知ラント欲セハ法律カ其犯罪ニ下シタル定義ヲ分析シ成立要素ノ一ト認メタル所爲ヲ判定スヘシト云フ所以ナリ然ラハ立法者ハ何ヲ標準トシテ或働作ヲ犯罪實行ノ所爲ト認メ第二編以下ノ各條ニ成立要素ノ一トシテ掲載シタルカ他無シ犯人ノ生セシメントシタル害惡ト直接ノ關係アルモノハ實行ノ所爲ト認メタルノミ此點ハ特ニ缺効犯カ成立シタルカ否ヲ定ムルニ必要ナルコト七十四號ノ説明ヲ見テ知ルヘシ

今ヨリ第三ノ點ニ付キ説明スル處アラントズ既ニ一方ニ於テ被告カ如何ナル罪ヲ犯ス決心ヲ以テ如何ナル働作ヲ爲シタルガト云フ事實論ヲ定メタルトキハ其働作カ各犯罪ノ定義ニ成立要素ノ一トシテ掲ケタル所爲ナルヤ否ヲ斷定スルヲ要ス若シ法律カ成立要素ノ一トシテ掲ケタル所爲ト云フヲ得ハ其犯罪ノ實行ノ所爲アリシモノナリ勿論各罪ノ成立要素ノ一トシテ刑法ノ示シタル所爲ノ外形範圍ヲ定ムルニ付キ困難ナル場合ヲ生スヘキモ是第二編以下ノ解釋ニ屬シ一定ノ法理アルモノトス而シテ被告

ノ働作カ實行ノ所爲ニ直接且必要ノ關係アルモノ實行ノ所爲ト別物ナリトキハ之ヲ着手ノ所爲ト斷定シ其着手ノ所爲ニ至ラズシテ實行ノ方法器具ヲ整理スルモノナリトキハ之ヲ豫備ノ所爲ト斷定スヘキナリト例ヲ舉ケテ以上ノ論旨ヲ明ニセン深夜甲ノ面前ニ立チ乙ト云フ者白刃ヲ振上ケタリトセヨ其働作ノ情態ヲ定ムルニハ第一ニ乙ノ意思ヲ深知セサル可カラス若シ甲ノ剛憶ヲ試ムル爲メテトセハ其働作ハ殺人罪ノ豫備ニモ非ス著手ニモ非ス之ニ反シテ甲ヲ殺ス意ナリシトシテ知ラハ第二ニ刑法カ謀殺罪ノ成立要素ノ一トシテ掲ケタル所爲ノ如何ヲ定メサル可カラズ第二百九十二條ヲ見ルニ豫メ謀テ人ヲ殺シタル者ハ謀殺ノ罪トナスト云ヘリ即チ謀殺罪ノ成立要素ノ一トシテ所爲即チ實行ノ所爲ハ人ヲ殺スト云フ働作ナリ爰ニ於テ第三ノ論點ニ移リ本問白刃ヲ振上タルハ人ヲ殺ス働作ト謂フヲ得ヘキヤ否ヲ定メサル可カラズ白刃ヲ振上タルハ人ヲ殺サントスル所爲ニシテ人ヲ殺ス所爲ハ非人ヲ殺ス所爲ニ非ス謀殺モ之ト直接必然ノ關係アルヲ以テ着手ノ所爲ト云フ然キハミ然ラハ立法者ハ何ヲ以

テ人ヲ殺ス所爲ト認メタルカ曰ク一刀ヲ加フルコト是ナリ何トナレハ被害者ノ死亡ト云フ結果即チ犯人ノ生セシメントシタル害惡ニ直接ノ關係ヲ有スルモノナレハナリ而シテ本問乙カ先ニ刀劔ヲ買入ル、カ或ハ之ヲ研上クル働作アリシモノトセハ甲ヲ殺スノ目的ニ出テタルモ實行ノ所爲ニ直接ノ關係モ無ク亦必然ノ關係モ無キヲ以テ豫備ノ所爲ニ過キスト斷定セサルヲ得ス

第二款 豫備犯、未遂犯、既遂犯ヲ論ス

(七十三) 前款ニ於テ罪ヲ犯ス決心ヲ表彰シタル働作ニ豫備ノ所爲トナルモノ著手ノ所爲トナルモノ實行ノ所爲トナルモノアルヲ論シ之カ區別ニ關スル法理ヲ述ベル本款ニ於テハ各種ノ所爲ニ因リ如何ナル犯罪ノ成立スルカヲ說明セシトス

(七十四) 甲、豫備ノ所爲ニ因リテハ豫備犯ト名スルモ、成立スル事アリ、成立セハルコトナリ、其罪ヲ犯ス決心ヲ表彰シタル體力ノ働作ニシテ實行ノ所爲ニ直接必然ノ關係無キモノヲ豫備ノ所爲ト云フ我刑法ハ豫備ノ

所爲ヲ罪ト認ムルヤ、本人ノ犯サント欲シタル罪ヨリ若干等ヲ減シタル刑ヲ科スル事無キヤ第百十一條ニ規定ハ本問ニ答ヘテ罪ヲ犯スルコトヲ謀リ又ハ其豫備ヲ爲スト雖モ未ダ其事ヲ行ハサルモノハ本條別ニ刑名ヲ記載スルニ非サレハ其刑ヲ科セスト曰ヘリ即チ豫備ノ所爲ハ所謂セハルチ原則トス其理由如何(一) 説ニ曰ク豫備ノ所爲ハ罪ヲ犯スノ意ニ出ツルヤ否ヤ明瞭ナラズ例ハ門戶牆壁ニ傍ツテ佇立スルモ其内ニ入りテ財ヲ奪フノ意ナルガ人ヲ殺スル意ナルカ將タ又單ニ人ノ來ルヲ待ツモノナルカ識別スル道無シ劇藥ヲ買入ル、モ他人ヲ毒殺スル爲メナルカ病者ヲ治療スル爲メナルカ判然セス是豫備ヲ罰セサル所以ナリト(磯部氏刑法講義一千四十一頁以下)此説ヲ採ル學者ハ刑法カ豫備ヲ罰スル例外ノ場合ヲ犯意明瞭ニシテ疑ナキカ爲メナリト解釋ス理論ヲ貫ク爲ニ不得已解釋ナリト雖モ亦頗ル附會ノ論ナリ(二) 我刑法ハ書類自白其他ノ材料ニ依テ某罪ヲ犯ス豫備ノ所爲タルコト一點ノ疑無キ場合ト雖モ特別ノ明文無クハ罪トナルコト無シ(三) 我刑法ハ内亂ノ豫備ヲ罰ス若シ内亂ヲ起スノ意ニ出テタル

コト明瞭ナリ。銃砲彈藥ヲ買入ルハ、如キハ豫備ノ所爲ト謂フヲ得
 へキモ單ニ銃砲彈藥ヲ買入ルハ故ニ内亂ヲ起スノ意ヲモコト明瞭ナ
 リト云フヲ得ル。其商業若クハ遊獵ノ用ニ供スルモノニ非サル事ヲ斷言
 シ得ルヤ。豫備ノ所爲ヲ罪トセサル眞ノ理由ニテハ、(一)通常豫備ノ所爲カ未ダ社
 會ニ一定ノ害ヲ與ヘサルカ爲メナリ、(二)社會ニ一定ノ害ヲ與ヘサル中
 ニ犯人ヲテ自彙制止セシムルノ得策タルヲ以テナリ、(三)豫備
 豫備ヲ罰セサルハ原則トスルハ其未ダ社會ニ一定ノ害ヲ與ヘサルカ爲メ
 ナリ故ニ假令豫備ノ所爲ト雖モ既ニ社會ニ一定ノ害ヲ與スル性質ノモノ
 ハ之ヲ罪トセサル可カラス豫備犯是ナリ。皇室ニ對スル罪(第一百十六條)内亂
 ノ罪(第一百二十五條)外患ニ關スル罪(第一百三十三條)貨幣偽造ノ罪(第一百八十六
 條)第二項ニ於テ其例ヲ見ル可シ。而シテ豫備犯ノ成立スルハ通常被告
 犯サント欲シタル罪ニ關スル規定ニ其豫備ヲ罰スル明文アルヲ要ス。豫
 備犯ノ成立スル場合ト豫備ノ所爲カ特別ノ一罪ヲ構成スル場合トヲ混

同ス可カラズ此二種ノ場合ニ於テ被告ヨリ言ヘハ其犯サント決心シタル
 罪ノ着手ニ至ラサル所爲ニ付キ刑ヲ受クル點ハ同一ナリ。雖モ豫備犯ノ
 成立スル場合ハ被告ハ犯サントシタル罪ニ關スル規定ニ豫備ヲ罰スル明
 文有ルヲ要シ特別ノ一罪ヲ構成スル場合ハ其犯サントシタル罪ニ豫備ヲ
 罰スル明文無ク別ノ條文ニ被告ノ爲シタル所爲ヲ罪トシタルモノ
 ルヲ要ス即チ此第二ノ場合ニハ一箇ノ既遂罪成立スルモノナリ例ヘハ内
 亂ヲ起ス決心ニ依リ私ニ軍用ノ銃砲彈藥ヲ製造シタルトキハ其所爲内亂
 ノ豫備犯ト成ル何トナレハ内亂罪ニハ豫備ヲ罰スル明文アレハナリ然ル
 ニ若シ他人ヲ暗殺スル決心ニ基キ之ヲ製造シタルトモシカ第百五十七條
 ノ罪ヲ構成スルノミニシテ謀殺ノ豫備犯成立セス何トナレハ謀殺罪ヲ規
 定シタル第二百九十二條ニ其豫備ヲ罰スル明文無ケレハナリ
 [七十五]乙 着手ノ所爲ニ因リテハ未遂犯成立ス此場合ハ未遂犯ハ學理
 上着手未遂犯ト名ツルモノナリ。未遂犯ニ二種アリ一ヲ着手未遂犯ト謂
 ヒ一ヲ缺効犯ト謂フ。缺効犯ハ實行ノ所爲ニ因リテ成立スルモノナリ。次號

ニ説明スヘシ著手ノ所爲ニ因リテ著手未遂犯ノ成立スルコトハ(一)一定ノ罪ヲ犯ス決心アリシコト(二)著手ノ所爲アリシコト(三)犯人意外ノ障礙ニ因テ實行ノ所爲ニ達スル能ハサリシコトノ三條件アルヲ要ス左キ之ヲ説明セ

(一) 第一ノ條件トシテ一定ノ罪ヲ犯ス決心アルヲ要スルハ第二ノ條件トシテ著手ノ所爲アルヲ要スルカ爲メナリ一定ノ罪ヲ犯ス決心アルニ非レハ或ル所爲カ豫備タルカ著手タルカ將テ實行タルカヲ識別スル克ハザル事七十二號ノ説明ニ言ヘル如シ而シテ第一百十二條罪ヲ犯サントシテ云ヘルハ此意ヲ明カニシタルモノニ外ナラズ此理論ヲ推ストキハ(一)過失犯即チ一定ノ罪ヲ犯ス決心無クシテ成立スルニ得ル過失殺傷(第三百十七條以上)失火(第四百九條)如キ罪ニ未遂犯無キヲ知ルニ足ラズ之ヲ名ケテ法理上ノ不能犯ト曰フヲ得ヘシ(二)一罪ヲ犯ス決心ニ次ギテ他人ノヲ犯ス決心ヲ生シ其轉換極メテ迅速ナル場合ハ最終ノ所爲ヲ淵源ヲ察犯意ノ生セシ時ニ定ムルコト極メテ必要ナリ例ハ嫉妬若クハ復讐ノ念ヲ

暗ザン爲ニ他人ヲ罵詈ヲ制縛シ毆打シ次テ白刃ヲ振上ケタル處ヲ他人ニ支ヘラレテ止メタルモノアリト假定セヨ其最初ヨリ之ヲ殺ス決心有リシ時ハ白刃ヲ振上ケタルニ他人ニ支ヘラル、モ制縛毆打等ノ所爲ニ付テ謀殺ハ豫備ト云フヘキカ將テ著手ニシテ著手未遂犯ニ問フヘキカヲ決スル必要アリ之ニ反シテ其犯意ハ一舉動毎ニ轉換セシモノナル時ハ殺意ヲ生シタル以後ノ白刃ヲ振上ケタル所爲ニ付テノ謀殺若クハ故殺ノ著手タルカ實行タルカヲ決ス可ク殺意無カリシ制縛毆打等ノ所爲ニ付テハ此ノ如キ問題ヲ提出スル必要ナカルヘシ或學者ハ犯意不定ナル場合ハ一例トシテ右ノ如キ所爲ヲ示セリ(ハウス氏第一卷第四百三十三號然レテ犯意不定ナルニ非スシテ一定ノ犯意迅速ニ轉換シタルモノト判定セサル可カラ

(二) 第二ノ條件トシテ著手ノ所爲アルコトヲ要スルハ第一百十二條ノ既ニ其事ヲ行フ下雖モ未ダ遂ケザルモノト云ヘルニ胚胎シタル理論ナリ我輩カ著手ノ所爲ト名ケルモノハ佛蘭西流派ノ學說ニ實行ヲ端

緒ト稱スルモノト異名同物ニシテ著手ノ所爲即チ實行ノ端緒ハ實行其者ト別物タルコト著手ノ所爲即チ實行ノ端緒ハ一定ノ犯意ヲ表彰シテ實行ノ所爲ニ直接必然ノ關係アルモノヲ指示スルコト著手ノ所爲即チ實行ノ端緒有リテ實行ノ所爲ナキ場合ノミニ著手未遂犯成立スルコト著手ノ度ヲ超ヘ實行ノ所爲ノ一部若シハ全部ヲ了ツテ尙ホ未遂犯成立スルコトヲ得ル場合ニハ著手未遂犯ニ非スシテ缺効犯ト名クル一種ノ未遂犯タルコトノ四點ハ學說ノ一致スル所ナリ獨リ其所爲カ實行ノ所爲ニ直接必然ノ關係ヲ有スルモノナルカ否ヤヲ判定スルニ方ツテハ議論ノ分ル、問題トナカラス

一定ノ所爲ノ著手未遂犯タルカ否ヤヲ定ムルハ事實論ナルカ法律論ナルカ若シ法律論ナリトスレバ其判決ニ對スル上訴ハ上告スルコトヲ得ルモ事實論ナリトスレバ控訴ヲ最終ノ上訴トセサル可カラズ此問題ニ付キ如何ナル罪ヲ犯ス決心ヲ以テ如何ナル働作ヲ爲シタルカヲ定ムルコト第三ノ條件ヲ具ヘタルカ否ヲ定ムルコトノ事實論ナルコトハ更ニ疑無シ六歩

三三

ヲ進メテ其働作カ實行ノ所爲ト直接必然ノ關係ヲ有セシヤ否ヤヲ定ムルニ至リテハ大ニ明瞭ヲ缺クカ如シト雖モ我輩ヨリ之ヲ視レハ尙ホ亦事實論ニ過キスシテ其直接必然ノ關係アリシ所爲ニ法律上ノ名稱ヲ附スル(即チ著手未遂犯ハ問フ)ノ一點ハ法律論ナリト確信ス今一二ノ例ヲ舉ケテ此論旨ヲ明ニセシ

(一)人ヲ毒殺スル意ヲ以テ劇藥ヲ飲食物ニ混和シタル所爲ハ謀殺ノ著手未遂犯ナリヤ否ヤ本問ニ付キ謀殺ノ著手未遂犯ナリトスル說アリ(千八百七十四年十二月十七日佛國大審院判決「ロツシイ」氏第二卷第二百九十九頁ガ「オ」氏三版第百十四節又著手未遂犯ニ非ストスル說アリ(「ザイレ」氏第九十八節刑法論綱第九十五頁以下)劇藥ヲ以テ人ノ生命ヲ斷タシニハ之ヲ服用セシメサル可カラズ毒殺實行ノ所爲ハ被害者ニ劇藥ヲ服セシムル働作ナルヲ以テ單ニ之ヲ飲食物ニ混和シタルノミニテハ劇藥服用ト云フ實行ノ所爲ハ直接必然ノ關係無シ故ニ必スヤ被害者ハ之ヲ服用スヘキ位置ニ置キテ初メテ著手ノ所爲アリトスル說當チ得タルモノ

トス然ラハ第一ノ説ハ法律ノ解釋ヲ誤リタルモノナルヤ將タ事實ノ認定ニ錯誤アルモノナルヤ我輩ヲシテ之カ説ヲ爲サシメハ若シ第一ノ論者カ飲食物ニ劇藥ヲ混和スル所爲ハ劇藥服用ト云フ實行ノ所爲ニ直接必然ノ關係アリ故ニ著手ノ所爲トシテ著手未遂犯ニ問フヘシト言ハ、法律ノ解釋ヲ過チタルニ非ス事實ノ認定當ヲ得サルモノナリ之ニ反シテ飲食物ニ劇藥ヲ混和スル所爲ハ劇藥服用ト云フ實行ノ所爲ニ直接必然ノ關係無ク從テ著手ノ所爲ニ非サレトモ尙ホ著手未遂犯ニ問フヘシト云ハ、事實ノ認定ヲ誤レルニ非ス法律ノ適用ニ錯誤アルモノトセン

(二)他人ノ所有物ヲ竊盜スル意ヲ以テ門戶垣壁ヲ踰越シ鎖鑰ヲ開キテ邸宅倉庫ニ潛入シタル所爲ハ竊盜ノ著手未遂ニ問フヲ得ルヤ否ヤ本問ニ付キテモ議論ニ派ニ分レ未遂犯ニ問フヲ得ストスル學者アリ(フオースタン、エリー)氏第一卷第二百五十六號、ベルトオル氏第二百二十一頁未遂犯ニ問ハサル可カラストスル學者アリ(千八百七十九年五月一日佛國大審院判決、ザンレイ氏第九十八號、ガロオ氏三版第百十四號、刑法草案第百二

十五條註釋、刑法論綱第九十八頁明治十九年四月二十二日大審院判決)我輩モ亦後ノ説ニ賛成ス然ラハ第一ノ説ノ如キ判決ヲ下シタル時ハ上告スル事ヲ得ルカ若シ裁判官ニシテ被告ノ所爲ハ實行ニ直接必然ノ關係アリト認メナカラ未遂犯ニ問擬セスノハ上告スルコトヲ得ヘキモ之ニ直接必然ノ關係ナキ豫備ノ所爲ナルヲ以テ第百十三條ヲ適用セスシテ第百十一條ニ照ラシタリトイハ、控訴ノ途アルノミ

以上陳述シタル所ヲ畧言スレハ某被告事件ヲ某罪ノ著手未遂犯トスヘキヤ否ヤト云フ問題ハ事實論ト法律論トヲ含蓄シ其所爲ノ情態實行ニ直接必然ノ關係アルヤ否ヤヲ定ムルハ事實論ニシテ直接必然ノ關係アルモノニ法律上ノ名稱ヲ附スルコト(第百十二條ヲ適用スルカ否ヲ定ムルコト)即チ著手未遂犯ナリトスルハ法律論ナリト言フニ在リ但シ此説ハ諸先輩ノ所論ト少シク異ナル所アルヲ以テ諸君ニ於テモ宜シク研究アリテ叱正ノ勞ヲ吝ム勿レ

(三) 第三ノ條件トシテ犯人意外ノ障礙ニ因リテ實行ノ所爲ニ達スル能ハ

サリシ事ヲ必要トスルハ亦第百十二條ノ明文ニ基ク所ナリ第百十二條ニ「犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル者」ト云フ其障礙ニ因テ遂ケサルモノヲ着手未遂犯ノ意味ナリトスルハ學理ト編纂ノ沿革トニ照シテ推定シタルノミ次號缺効犯ヲ説明スルニ方リ(其第四ノ條件ノ部三)一言スヘシ而シテ若シ犯人カ自己ノ意思ヲ以テ着手ノ所爲ヲ制止シ實行ノ所爲ニ至ラスシテ止ミタルトキハ七十九號ニ説明スル中止犯ノ場合トナルモノナリ

〔七十六〕實行ノ所爲ニ因リテハ缺効犯成立スルコトアリ既遂犯成立スルコトアリ爰ニハ缺効犯ノ成立スル條件ヲ述ヘントス

缺効犯ハ未遂犯ノ一種ニシテ我刑法ハ着手未遂犯ト共ニ第百十三條ノ未タ遂ケサル者トイフ中ニ含蓄セシメタリ之カ成立ニハ(一)一定ノ罪ヲ犯ス決心アルコト(二)其罪ハ犯人ノ企圖シタル害惡ノ生セサレハ既遂犯トナラサルモノタルコト(三)實行ノ所爲アルコト(四)犯人意外ノ舛錯ニ因テ企圖シタル害惡生セサルコトノ四條件具ハルヲ必要トス

(一)第一ノ條件トシテ一定ノ罪ヲ犯ス決心アルコトヲ要スルハ第三ノ條件トシテ實行ノ所爲アルヲ要スルカ爲ナリ從テ過失罪ニ缺効犯ナキコト一定ノ犯意迅速ニ轉換スル場合ハ最終ノ働作ニ伴フ犯意ノ生シタル時ヲ定ムルノ必要ナルコトハ前號着手未遂犯ニ就テ述ヘタル所ト同一ナリ

(二)第二ノ條件トシテ被告ノ犯サントシタル罪ハ其企圖シタル害惡ノ生スルニ非サレハ既遂犯トナラサルモノタルコトヲ要スルハ他無シ缺効犯ハ一種ノ未遂犯タルヲ以テ同一ノ所爲ニ因リ既ニ一ノ既遂犯成立セハ之ト同時ニ其未遂犯アルヘキ筈ナケレハナリ其所謂既遂犯ノ成立ニ害惡ノ生シタルコトヲ要スルモノト要セサルモノトノ區別ハ一ニ法律カ各罪ニ下シタル定義ニ依テ判定スルヲ要ス次號ニ説明スル如シ

(三)第三ノ條件トシテ實行ノ所爲アルコトヲ要スルハ他無シ實行ノ所爲ニ至ラサル着手ノ所爲ニ於テ意外ノ障礙ノ爲メニ中止セシメラルレハ着手未遂犯成立スルニ過キサレハナリ然テハ如何ナル働作ヲ爲セハ實行ノ所爲ノ了レルモノト言フヲ得ルヤ本問ハ立法者カ實行ノ所爲ノ何タルヲ定

メタル理由ト符合セサル可カラズ(七十二號ノ説明ヲ參照スヘシ)之ヲ解スルニ三說アリ(一)第一ノ說ニ曰ク被告カ其企圖シタル害惡ヲ生スルニ足ルト信シタル所爲方法ヲ盡クセハ實行ノ所爲ヲ了レルモノナリト此理論ニ從ヘハ人ヲ死亡セシムルニ足ルト信シ丑ノ刻詣ヲ爲シタル時ハ謀殺實行ノ所爲ヲ了レルモノナル可シ是頗ル汎キニ失シタル說ニシテ法律ノ各條ニ下シタル定義ニ依リ實行ノ所爲ノ何タルヲ定ムヘシト云フ法理ニ衝突ス(二)第二ノ說ニ曰ク被告カ犯罪ノ結果ヲ生スルニ必要ナル所爲方法ヲ盡セハ實行ノ所爲ヲ終レルモノナリ其犯罪ノ結果ヲ生スルニ必要ナルモノナリヤ否ヤハ被告ノ思考ニ依テ區別セス物理學上ノ原則ニ依リテ判斷スヘシト此說ニ從ヘハ人ヲ縊殺セントシテ途中繩ノ切レタル場合毒殺セントシテ毒藥ノ量不十分ナリシ場合銃殺セントシテ彈丸ノ外レタルカ若クハ究所ニ命中セサリシ場合等ニハ何レモ未モ實行ノ所爲ヲ了ラサルモノト云フノ已ムヲ得サルニ至ラン是頗ル狹キニ失シタル論ナリ(三)第三ノ說ニ曰ク被告カ犯罪ノ結果ト直接ノ關係ヲ有スル動作ヲ爲シタルトキハ實

行ノ所爲ヲ了レルモノナリ故ニ第一ノ說ノ如ク單ニ被告カ其企圖シタル害惡ヲ生スルニ足ルト信シタル所爲方法ヲ盡シタルヲ以テ足レリトモス然レトモ亦第二ノ說ノ如ク被告ノ爲シ遂ケタル所爲方法カ物理上結果ヲ生スヘキ條件ヲ具備スルニモ及ハス唯其所爲方法ノ性質犯人ノ企圖シタル害惡ト直接ノ關係アレハ即チ實行ノ所爲アルモノナリ故ニ縊殺罪ニ在テハ繩紐等ヲ首ニ纏テ引締ムル動作銃罪ニ在テハ發砲ト云フ動作毒殺罪ニ在テハ毒藥ヲ服用セシメタル動作ハ何レモ實行ノ所爲ナリト我輩ハ此第三ノ說ヲ贊成ス

(四)第四ノ條件トシテ犯人意外ノ舛錯ニ因リ其企圖シタル害惡ノ發生セザリシコトヲ要ス第百十二條ノ規定ヲ見ルニ「…犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未ダ遂ケサルモノ…」ト云ヘリ其障礙ニ因リ遂ケサルモノト云ヘルハ著手未遂犯ノ意ニシテ舛錯ニ因リ遂ケサルモノト云ヘルハ缺効犯ノ義ナルコト文字ノ上ヨリ解釋セシニ非ス學理ト編纂ノ模様トニ依リ推定シタルモノトス蓋シ未遂犯ニハ著手未遂犯ト缺効犯トノ二様アルヲ認ムル

事現今一般ノ學說ニシテ各國ノ刑典ニハ之ヲ別條ニ規定シタルモノアリ
 同一箇條ニ規定シタルモノナリト雖モ其未遂犯ニ二様アルヲ認メタルハ
 一ナリ汎ク一般ノ學說ヲ參照シテ現行刑法ヲ制定シタル我立法者カ獨リ
 此區別ノミヲ見落シタルノ理アラシキヤ翻テ編纂ノ模様ヲ考フルニ第十
 二條ノ障礙ト云ヘルハ草案第百二十五條ニ著手未遂犯舛錯ト云ヘルハ同
 第百二十六條ニ缺効犯ヲ規定シタル時ノ文字ナリ果シテ然ラハ當時ノ意
 義ヲ存シタルモノトシテ此二箇條ヲ合シタル確定法文第百十二條ノ障礙
 ニ因ル未遂犯ヲ著手未遂犯舛錯ニ因ル未遂犯ヲ缺効犯ト解釋スルモ決シ
 テ附會ノ論ニ非サルヲ信ス(明治二十年一月二十九日大審院判決參照)
 一定ノ所爲カ缺効犯トナルヤ否ヤヲ定ムルハ一部分事實論ニシテ一部分
 法律論ナリ即チ第一ト第四トノ條件ヲ具フルヤ否ヤヲ定ムルハ純然タル
 事實論ニシテ第二ト第三トノ條件ハ純然タル法律論ナリ獨リ第三トノ條件ニ關シテ
 働作ノ情態犯人ノ企圖シタル害惡ト直接ノ關係アルモノト云フヘキカ否
 チ定ムルハ事實論ニシテ其直接ノ關係アル所爲ヲ了リ害惡ヲ生セザリシ

モノニ缺効犯ノ名ヲ附スルハ法律論タルニ注意スヘシ(七十五號著手未遂
 犯ノ説明參照)

(七十七) 實行ノ所爲ニ因リテ既遂犯成立スルコトアリ 實行ノ所爲ヲ
 了レハ前號ニ述ヘシ如ク缺効犯成立スル事アリ本號ニ述ヘントスル如ク
 既遂犯成立スル事アリ其缺効犯ノ成立スルニハ犯人ノ企圖シタル害惡ノ
 生スルヲ待ツテ既遂犯トナルモノタルヲ要シ(他ノ三條件ヲ具フルコトヲ
 要スルハ前ニ述フルカ如シ)既遂犯ヲ成立スルニハ犯人ノ企圖シタル害惡
 ノ生スルヲ待タスニテ既遂犯トナルモノタルヲ要ス
 凡ソ既遂犯ト名クルハ刑法カ第二編以下ニ於テ規定シタル各犯罪ノ成立
 要素ヲ全備シタルモノ、謂ニ外ナラス第二編以下ノ規定ニハ成立要素ノ
 一トシテ一定ノ手段ヲ掲クル事アリ(第三百七十八條ノ如シ)目的ヲ限レル
 事アリ(第百二十三條ノ如シ)犯人ノ企圖シタル害惡ヲ掲クルコトアリ故ニ
 若シ犯人ノ企圖シタル害惡ヲ成立要素ノ一トシテ掲ケザルトキハ害惡ノ
 生スルヲ待タス既遂犯成立スヘキナリ

刑法カ既遂犯トシテ第二編以下ニ掲ケタルモノ、多數ハ犯人ノ企圖シタル害悪ヲ成立要素ノ一トセズ、貨幣偽造、官印偽造、竊盜ノ如キ皆是ナリ、犯人ノ企望ヨリ言ヘハ偽造シタル貨幣、竊取シタル財物ニ因ツテ不義ノ富ヲ致シ、偽造シタル官印ヲ使用スルニ在ラン、但シ刑法ハ此ノ如キ害迹ノ生スルヲ待タズ、偽造竊取等ノ所爲ヲ國家ノ生存ニ危害アリトシ一罪トシテ罰シタルカ故ニ此等ノ罪ニ在テハ所爲ヲ了ルト同時ニ既遂犯成立シ、突然前非ヲ悔ヒテ偽造貨幣若クハ偽造官印ヲ破毀シ贖物ヲ返還スルモ一旦完成シタル罪ヲ消滅セシムル能ハス而シテ一定ノ所爲ニ依リ一ノ既遂犯成立セハ同時ニ其未遂犯有ル事無キヲ以テ缺効犯成立セサルヤ論ヲ俟タズ而ルニ又第二編以下ノ規定ニハ犯人ノ企圖シタル害悪ヲ成立要素ノ一トシテ掲ケタルモノアリ、謀故殺、墮胎、放火ノ如シ、此種ノ犯罪ハ縱令實行ノ所爲ヲ了ルモ犯人ノ企圖シタル害悪生セサル間ハ決シテ其既遂犯成立スルコト無キモノナリ、然ラハ如何ナル罪成立スルカ別ニ三箇ノ條件ヲ具フルニ因ツテ缺効犯ノ成立スル事ハ前號ノ説明ニ就テ之ヲ識ル可シ

此ノ如ク實行ノ所爲ヲ了ルモ缺効犯成立スル場合ト既遂犯成立スル場合トアル區別ノ實益ハ(一)既遂犯ト缺効犯ト處分ヲ異ニシ(二)缺効犯ニ全ク刑ヲ科セサルコトアルノ二點ニ在リ、而ルニ實行ノ所爲ヲ了レハ常ニ既遂犯ノミ成立スル如ク論スル學者アルハ我輩之ヲ解スル能ハス(井上正一氏著 刑法講義第百三十頁參照)

第三款 着手未遂犯缺効犯ノ處分ヲ論ス

[七十八] 第一款ニ於テ所爲ノ情態ニ豫備着手實行ノ三様アルヲ述ヘ第二款ニ於テ豫備ノ所爲着手ノ所爲實行ノ所爲ニ因リ豫備犯、着手未遂犯、缺効犯、既遂犯ノ成立スル條件ヲ論シタリ、今ヤ本款ニ於テハ着手未遂犯缺効犯ニ加フヘキ制裁如何ヲ説明セン

(註) 既遂犯ノ處分ニ付テハ刑法總則ヲ說クニ方リ、特ニ之ヲ述フル必要ナシ、刑法第二編以下ノ各條ニ示定サレタルヲ以テナリ、豫備犯ノ處分モ亦同シ、豫備ノ所爲ニ因リ豫備犯成立スルニハ常ニ特別ノ明文アルヲ要シ(第百十一條)特別ノ明文アレハ必ス之ニ其處分ヲ掲ク、但シ一ノ注意ス

リ豫備犯既遂犯ノ處分何レモ各本條ニ掲ケアルハ一ナリト雖モ之ヲ掲ケタル理由ハ同シカラス各本條ニ既遂犯ノ處分ヲ掲ケタルハ第二編以下ノ規定總テ犯罪既遂ノ情態ヲ豫備シ罪ト刑トノ關係ヲ示シタルニ由來ス之ニ反シテ豫備犯ノ處分ニ特別ノ明文アルハ他無シ豫備ノ所爲ニ因リ豫備犯ト云フ一種ノ犯罪成立スルハ例外ニ過キス例外ノ制度ニ特別ノ明文ヲ要スルハ大原則タレハナリ

甲 着手未遂犯缺効犯ノ處分ニ關スル主義ハ四種ニ大別スルコトヲ得其第一ハ着手未遂犯缺効犯ノ條件並ニ處分ノ總則ヲ設ケス各本條別ニ之ヲ記載シテ減輕スヘキ刑ノ差等必スシモ一定セサル主義是ナリ唐明清ノ刑律及ヒ新律綱領改定律例等ハ之ニ則ル其第二ハ未遂犯ト着手未遂犯缺効犯トノ刑ニ法律上ノ輕重無ク狀情ニ因リ裁判上輕ク處分スル事アルニ過キサルモノ是ナリ佛蘭西、埃地、埃及刑法之ヲ採用ス(佛刑二、埃刑八、埃刑七其第三ハ未遂犯、着手未遂犯缺効犯ニ豫メ法律ヲ以テ刑ノ差等ヲ一定シタルモノニシテ魯西亞刑法及ヒ伊太利刑法ノ主義是ナリ(魯刑一一四、一一五、

伊刑六一、六二)其第四ハ着手未遂犯缺効犯ノ刑ハ既遂犯ノ刑ヨリ若干等ヲ減輕スト雖モ着手未遂犯ノ刑ト缺効犯ノ刑トハ法律上區別ヲ立テサル獨逸、白耳義等ノ主義是ナリ(獨刑四四、白刑五二、普刑三二、和蘭刑四一、千八百八十一年制定……)日本刑法草案ハ第三ノ主義ヲ採用セシカ(草一二五、一二六)確定ノ際之ヲ退ケ第四ノ主義ヲ採レリ

乙 第一百十二條ニ曰ク罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサル時ハ己ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減スト又第一百三條ニ曰ク重罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサルモノ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モノハ本條別ニ記載スルニ非サレハ前條ノ例ニ照シテ處斷スルコトヲ得ス違警罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサルモノハ其罪ヲ論セスト是ニ由テ之ヲ觀レハ着手未遂犯ト缺効犯トノ刑ハ敢テ輕重無シ
 著手未遂犯ト缺効犯トノ間ニ法律ヲ以テ刑ノ差等ヲ立テサルハ適當ナリヤ消極論者曰ク著手未遂犯ト缺効犯トハ共ニ罪ヲ遂ケサルモノナリ又罪ヲ遂ケサル原因犯人意外ノ障錯ニ在ルモノナリ然レトモ兩者最終ノ狀況

ヲ比較スル時ハ其間豈輕重ノ差無カラシヤ著手未遂犯ハ犯罪ニ著手シタルモ實行ノ所爲ニ至ラスシテ止ミ缺効犯ハ既ニ實行ノ所爲ヲ終リテ唯結果ノ發生ヲ缺キタルニ過キス即チ缺効犯ノ場合ニハ實行ノ所爲ヲ了ル迄犯人惡意ヲ翻サ、リシコト事實ニ於テ明ナリト雖モ著手未遂犯ノ場合ニハ犯人自ラ惡意ヲ翻シ遂ニ實行ノ所爲ニ至ラスシテ止ム事無キヲ必セサルニ非スヤ故ニ著手未遂犯ハ缺効犯ヨリ一般ニ其情輕キモノトシテ豫メ法律ヲ以テ刑ヲ輕クセサル可カラスト此說ヲ採レハ魯西亞、伊太利ノ刑法ノ規定ヲ贊成スルニ至ルヘキモ我輩ハ未タ遽ニ之ニ同意スル能ハス蓋シ消極論者カ著手未遂犯ヲ一般ニ缺効犯ヨリ輕シトスル理由ハ其實行ノ所爲ニ至ラスシテ犯人自ラ中止スルヤ知ル能ハスト云フ一點ニ歸スル如シ然ラハ亦犯人自ラ中止セサルヤ知ル能ハサルニ非スヤ要スルニ其中止スヘキ狀況アリシカ無カリシカト云フ問題ノ如キハ各場合ノ事實ニ因ツテ決スル外ナカラシ一方ニ於テ缺効犯ト雖モ結果ノ生セサリシ理由全ク實行ノ際犯人畏懼哀憐ノ情ニ襲ハレ方法不十分ナリシニ由來スル無キヲ必

セ此ノ如ク著手未遂犯ト缺効犯トノ間ニ初ヨリ刑ノ區別ヲ立ツル程確乎タル輕重無クシハ裁判官ヲシテ各場合ニ付キ適宜ニ刑ヲ加減スル自由アラシメタル現行刑法ノ如キ主義ヲ寧ロ優レルモノト言フヘキ歟
 丙 未遂犯ハ著手未遂犯タルト缺効犯タルトヲ問ハス既遂犯ヨリ刑一等級又ハ二等ヲ減ス(第一百二十二條)其理由ヲ解スル(第一ノ說ニ曰ク)德義ヲ破ルノ一點ハ未遂犯ト既遂犯トノ間ニ敢テ輕重ナシト雖モ未遂犯ノ場合ニハ未ダ社會ニ既遂犯ノ如キ害迹ヲ生セサルヲ以テ刑一等級又ハ二等ヲ減スヘシト某學者ハ此理由ヲ不十分ナリトシ(第二ノ說ヲ立テ、曰ク)刑法上ノ損害ハ必スシモ一人ノ蒙リタル害迹ニ因ツテ大小ヲ測定スル克ハス未遂犯人カ社會ツ安寧秩序ヲ紊亂シタル程度ハ往々ニシテ既遂犯人ト輕重ナキ事アルカ故ニ若シ第一點ニ著目スル時ハ未遂犯ノ刑ヲ減等スル必要ナカシト雖モ犯人ノ改心ヲ促シ自止ヲ獎勵スル政策トシテハ少クモ一等級又ハ二等ノ減刑ヲ保證セサル可カラスト未遂犯人ヲシテ改心ヲ生シ易クシメ再ヒ手ヲ下メ念ヲ斷ツニ導ク政畧トシテハ別ニ中止犯ヲ無罪トス

ル原則有ルカ故ニ第二ノ説モ其當否ニ至リテハ全ク疑ナシトセス蓋シ未遂犯ハ著手未遂犯ノ場合ト缺効犯ノ場合トニ論無ク何レモ犯人意外ノ障礙舛錯ノ爲ニ中絶シタルモノナリ偶意外ノ障礙舛錯ト犯人ノ犯心後悔ト相合シテ中絶ノ原因トナリシ者有リ得ヘキモ單ニ障礙舛錯ノ爲メ已ムヲ得ス中止シタル迄ニシテ一點モ先非テ悔悟セサルモノ或ハ多數ナラン此ノ如キ犯人カ社會ニ危険ナル主觀的理由ハ既遂犯人ト豈軒輊アランヤ然レトモ犯人カ主觀的ニ觀察シ判斷ヲ異ニスルハ裁判官ニ委任スルノ外途ナキヲ以テ寧ロ未遂犯タルヲ理由トシ刑一等又ハ二等ヲ輕減スルコトヲ得ト云フ規定ヲ設ケ減輕セサル事ヲモ理由ナラシムル主義其當ヲ得タルモノナラン歟暫ク記シテ諸君ノ推敲ヲ煩サントス

丁 重罪ノ第百十三條ノ例ニ從ヒ未遂犯ヲ罰スルヲ原則トスル理由如何(第一)ノ説ニ曰ク重罪ノ場合ニハ著手我輩ノ所謂實行ヲモ含蓄スノ證據明白ナルモノアルヘク之ヲ舉グル難カラサルカ故ニ一般ニ其未遂犯ヲ罰スト(磯部氏刑法講義一〇七二頁)此説ハ事實ニ齟齬スル事無キカ重罪ノ場合

ト雖モ單ニ所爲ノ情態ノミニ因リテハ犯意ヲ斷定スル能ハス(第七十二號說明參照)亦犯罪ノ器具方法ノ如キハ屢不明曖昧ノ裡ニ埋没スルモノナリ加之ナラス裁判事件ノ統計上輕罪ニ對シテハ百分ノ五前後無罪又ハ免訴ノ申渡アリ重罪ニ關シテハ百分ノ十前後無罪又ハ免訴ノ申渡アリテ證據不充分ナルニ由來スルモノ必スシモ輕罪ニ多ナラサルヲ奈何セシ(第二)ノ説ハ或ハ重罪ノ性質自ラ重大ナルカ爲メナリト言ヒ或ハ重罪ノ所爲並ニ危險重大ナルカ爲メナリト主張ス蓋シ其歸着スル所ハ重罪ノ犯狀重大ナリト云フニ在ラシ(宮城氏刑法講義四八九頁井上氏同一二九頁)此説ハ悉ク多數ノ學者ニ容ラルヘキカ論旨ノ明瞭ヲ缺ク非難ヲ免ル、克ハス重罪ノ性質若クハ犯狀重大ナリトハ(一)德義ヲ破ル事深シト云フ意ナリヤ(折衷論者)ノ口吻ヲ藉リテ言フ若シ此ノ如キ意ナラシメハ何故ニ一步ヲ進メ重罪ノ未遂犯ハ既遂犯ト同一ニ處分スヘシト言ハサルカ(二)然ラハ實際ニ生シタル損害大ナリト云フ義ナリヤ既遂ノ場合ハ知ラス未遂ノ場合ハ重罪ト雖モ一點ノ有形害迹殘ラサルモノナリ(三)理論ノ謂爰ニ出テスシテ重罪ノ

場合ハ德義ヲ破ル事損害ヲ與フル事共ニ輕罪ノ未遂ヨリ大ナリト云フニ在ラシカ夫ノ一點モ有形ノ害迹ヲ止メサル重罪ノ未遂ヲ同一ニ罰スルハ實害ヲ與ヘタル者ニ比シテ德義ヲ責ムル事重キニ過キ其間甚ク權衡ヲ失ス我輩竊ニ謂ラク重罪未遂ノ所爲ハ既ニ其所爲ニ因テ國家ノ生存ニ一定ノ危險損害ヲ與フルカ故ニ一般ニ之ヲ罰スルモノニ非サル無キ歟蓋シ國家ノ生存ニ對スル危險ト云フハ必スシモ社會ニ現出シタル有形ノ害迹ヲ謂フニ非スシテ主觀的ニ犯人カ社會ニ危險ナル事客觀的ニ未遂ノ所爲ニ伴フ世上ノ畏懼恐怖等何レモ吾人ノ國家ト云フ政治的結社生活ニ不適當ナル事實ヲ總稱スルモノナルカ故ニ重罪ノ場合ハ其未遂ノ所爲ト雖モ既ニ此ノ如キ一定ノ國家的危險損害アリシトシテ所罰セハ初メテ學理ニ適合セン

輕罪ノ未遂犯ハ特別ノ明文アル場合ニ限り未遂犯ヲ罰スル(第百十三條第二項)ノ理由如何(第一說)ニ其證據不明ナルモ多キカ爲ナリト云フハ事實ニ反ス(前段)ノ說明ヲ參考スヘシ(第二說)ニ罪質輕微ナルカ故ナリト云フ

五〇

亦探ルニ足ラス罪質輕微ナラハ正比例的輕微ナル刑ヲ科スル總則ヲ設クルカ至當ナルニ非スヤ(オルトラン)氏第一卷一〇二九號參照我刑法カ特別ノ明文ヲ以テ未遂犯ヲ罰シタル輕罪ハ囚徒逃走罪(第百四十九條)私ニ軍用ノ銃砲彈藥ヲ製造シ及ヒ所有スル罪(第百五十九條)往來通信ヲ妨害スル罪(第百七十條)官印偽造罪(第二百條)私印偽造罪(第二百十一條)屍體ヲ毀棄シ墳墓ヲ發掘スル罪(第二百六十六條)竊盜罪(第三百七十五條)詐欺取財及ヒ受寄物ニ關スル罪(第三百九十七條)等ナリ(起草者)ノ論旨ニ曰ク右ニ列舉スル犯罪ノ如キハ著手并ニ實行ノ手段既遂犯ノ場合ト異ナル事無ク從ツテ犯人ノ目的確然タリト雖モ其他ノ輕罪ニ至リテハ然ラス毆打創傷不法監禁家宅侵入等ノ犯罪ハ如何ナル所爲ヲ以テ未遂犯タルヲ判決スヘキヤ強イテ之ヲ判決セントスレハ無辜ヲ刑スル危險アリ一步ヲ進メテ誹毀脅迫偽證等ノ未遂ハ殆ト想像スルタモ克ハスト現行刑法ハ恐クハ此理由ヲ是認シタルモノナラン然リト雖モ起草者ノ論ハ歸スル所犯意ノ證明困難ナル輕罪ヲ罰セスト言フニ在リ犯意證明ノ難易ハ各場合ノ狀況ニ因リテコソ異