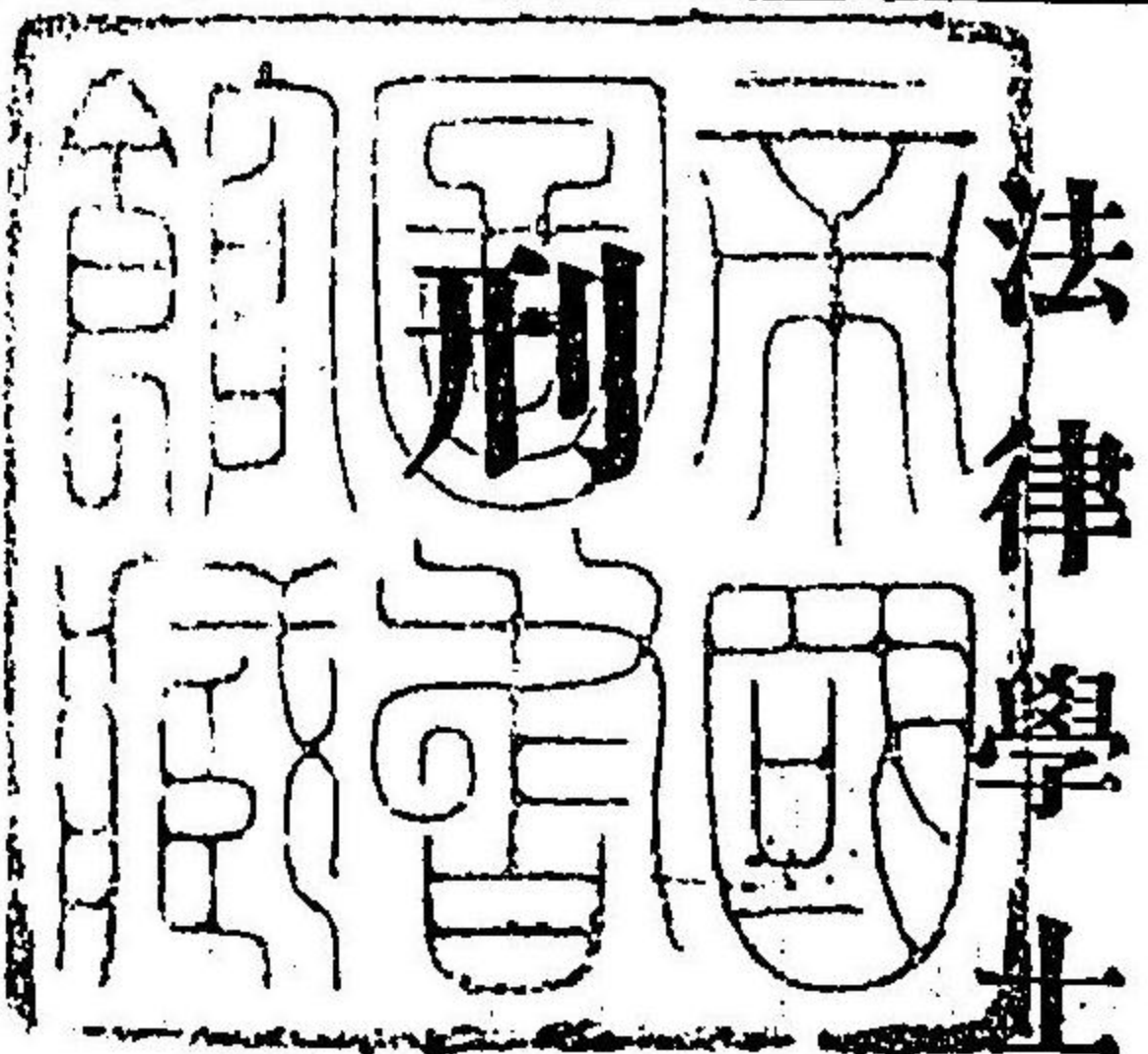


ノ  
6

東京專門學校  
第一年度  
講義錄  
刊  
去  
汎論

松  
室  
毅



法律學士

松室致講述

法  
完

東京專門學校藏版



東京大学法学部

刑法

緒論

### 刑法目次

#### 第一章 緒論

第一節 刑法一般の觀察

第二節 社會刑罰權の基礎

#### 第二章 犯罪の定義

#### 第三章 犯罪者及被害者たるの資格

#### 第四章 犯罪の區別

第一節 重罪輕罪違警罪の區別

第二節 有意犯無意犯の區別

第三節 有爲犯無爲犯の區別

第四節 既遂犯未遂犯又は無効犯の區別

第五節 即時犯繼續犯の區別

第六節 現行犯非現行犯の區別

第七節 國事犯常事犯の區別

刑法 目次

一	一
二〇	一
二五	一
二九	一
三三	一
三四	一
三八	一
三九	一
三九	一
四〇	一
四七	一
五〇	一

第五章 犯罪に必要な条件

第一節 法律上の条件

第二節 有形上の原素

第三節 無形上の原素

第四節 不正の原素

二

五二

五四

八三

一一五

一四五

一五五

一五九

一六二

一六九

一九〇

一九九

二一〇

二一四

二二〇

第六章 刑例

第一節 刑名

第一款 施刑の刑

第二款 自由を剝奪するの刑

第三款 權利を剝奪するの刑

第四款 財産を奪ふの刑

第二節 懲罰處分

第三節 刑期計算

第四節 假出獄

二

五二

五四

八三

一一五

一四五

一五五

一五九

一六二

一六九

一九〇

一九九

二一〇

二一四

二二〇

第五節 期滿免除即ち時効

第六節 復権

第七節 大赦

第八節 特赦

第七章 加減例

第一節 宥恕減輕

第二節 自首減輕

第三節 酌量減輕

第八章 再犯加重

第九章 加減順序

第十章 數罪俱發

第十一章 數人共犯

第一節 正犯

第二節 教唆

刑法 目次

三

二二六

二四二

二四六

二四七

二四九

二六二

二六二

二六八

二七〇

二八三

二八六

二九六

二九九

三〇七

第三節 從犯  
第十二章 親屬例

三一七  
三二二

四

刑法目次終

刑法(汎論)

法律學士 松室致 講述

第一章 緒論

第一節 刑法一般の觀察

最も廣汎なる意義を以てせば刑法は社會の刑罰權を行ふことを規定せるものなりとの定義を下すとを得へし。故に此意義に従ふときは刑法中には當然左の三部分を包含す。

- (一) 犯罪たる事實及び之に適用する刑罰を定めたる規則
- (二) 其規則を適用せんか爲め設けたる公權即ち裁判權及び其權限を定めたる規則
- (三) 犯罪たる事實を證明し及び其處分を爲すべき手續を定めたる規則

廣義に於ける刑法は右の三種の規則を包含すと雖も。予の講述せんとする所の刑法は此の如き廣汎の意義を有するものに非ずして。右(二)の場合の犯罪たる事

實及び之に適用する刑罰を定めたる規則の一部に屬するなり。之を稱して狹義に於ける刑法と云ひ。通常刑法と稱する所のもの即ち是なり。而して(二)の場合の裁判權及び其權限を定めたるものは裁判所構成法と云ひ。(三)の場合の手續を定めたるものは之を刑事訴訟法と云ふ。夫れ此の如くなるを以て予の以下に稱する所の刑法とは常に此狹義に於けるものなることを知らざる可からず。

予は刑法の定義を下して犯罪たる事實及び之に適用する刑罰を規定せるものと云へり。故に刑法全體の何たるを知らんには先づ犯罪及び刑罰の性質を理解せざる可からず。依て今より此二者に就て説明せん。犯罪とは何そや。社會が有害と認むる所爲即ち是なり。刑法に於て犯罪と云ふときは必ず人の所爲を指して云ふものにして人の思想には立ち入らず。假令社會に於て有害なりと認むる所の所爲を行ふべき思想を有すと雖も其單に無形の思想に止まりて未だ外形に顯はれざるものは刑法に於て之を罰せず。其人己に害となる事柄を行ふたりとも其所爲が豫しめ法律を以て禁止し又は命令し換言すれば斯々の所爲は行ふ可からず、斯々の所爲は行ふ可し。此禁止し又は命令に

背きたるものは刑罰に處せらる可しとの事を示し置きたるものに非されは刑法の制裁を科す可からざるなり。若し然らずして豫め人民に知らしむる爲め法律に於て禁止又は命令を爲さず。突然人の行爲を處罰するあらは法律の標準なきを以て如何なる事を爲す可からざるか如何なる事を爲すべきか之を知るに由なきか故に一舉一動須臾も安堵する能はざるのみならず不虞の危險に陥るとある可し。故に刑法の原則として必ず豫め禁止又は命令を下し加ふるに之に付すべき制裁を示し置くを要す。凡そ當代世界の文明國に於ては必ず成文法ありて後に人民を罰するを得るとの主義を採用せざるものなきは即ち之か爲めのみ。此の如く刑法は犯罪となるべき事實及び此事實に適用すべき刑罰を定むる規則なれども、今刑法の規定を區別すれば自ら二大別となるべし。

(第一) 刑法の總則たる部分に於ては總て法律上犯罪と爲るべき所爲に就ては斯々の條件を具備せざる可からざると即ち一般の犯罪に要する條件を規定す。而して此條件は何れの場合に於ても同一に非ず。場合により多少の變化を生ずべきか故に此變化あるべき場合をも總則中に規定し且犯罪と定められたる所爲に

科すべき制裁即ち刑罰の組織に關する事柄を規定す。要するに犯罪たる所爲に必要なる條件其變化する場合及び刑罰に付て規定する部分は總則なり。

(第二) 斯々の所爲は罰すべし斯々の所爲は犯罪なりと一々之を規定する部分即ち人の所爲中法律の犯罪なりと認むるものゝ種類を列擧せる部分を細則と云ふ。或る學者は其總則を稱して汎論と云ひ。細則を名けて各論とも云へり。

我邦の刑法に於て規定する所の犯罪を區別すれば三種なり。重罪、輕罪、違警罪是なり。而して其重罪、輕罪、違警罪たる可き事實は如何なる標準に據りて之を識別すべき乎。其犯罪たる事實即ち所爲の性質によりて之を識別すると能はず。必ずや立法者が其罪となるべき事實に就き定めたる刑罰の種類を見て以て重罪なるや、輕罪なるや、將た違警罪なるやを知るとを得べきのみ。例へば強盜を爲したる者は輕懲役に處すとあり。輕懲役は重罪の刑なれば強盜は即ち重罪なりと定む可し。又竊盜を犯したる者は重禁錮に處すとあり。重禁錮は輕罪の刑なれば竊盜は即ち輕罪なりと爲す如く其所爲に科したる刑罰を標準として以て其犯罪の重罪、輕罪、違警罪なるを區別すべきなり。然れども學理上より論すれば此區別

の方法は非難を免かるゝを得ざるなり。罪の重罪、輕罪、違警罪を區別するに事實の性質に因らして之に科すべき刑罰即ち結果によるときは同性質の事實にして時としては重罪たり、時としては輕罪たり、時としては違警罪たるとありて甚た不都合なるを免かれざるなり。例へば毆打罪の如きは若し人を毆打して死に致したるときは重罪となる可し。又人を毆打して疾病に罹り又は職業を營むと能はざるに至らしめたるときは輕罪となるべし。又人を毆打するも創傷を爲すに至らしめざるときは違警罪に止まるべし。斯く同一の毆打にして重罪となり、輕罪となり、又違警罪となるは學理上了解す可からずとの非難あり。此非難は固より一理なきに非ず。然れども重罪、輕罪、違警罪を分つに科する所の刑に従ふは實際上甚た便利なり。故に實際と學理と相容れざるときは寧ろ實際上の便に就くを以て得策とす。何となれば刑法は實際の適用上便を得るを以て必要と爲すものなればなり。

以上犯罪の大別を述べたり。是より犯罪の成立に就き必要なる條件を説述すべし。今其條件を一般に論ずるときは分つて四とす。

(第一) 既に講述したる如く斯々の所爲は犯罪なり、斯々の刑に處すへしとの事を法律に於て規定するにあらざれば犯罪成立せず。換言すれば犯罪は法律上之を罰するの明文あると確なるに非ざれば成立せざるなり。已に法律の明文に於て罪とし罰すること確なるも尙ほ一步を進め其法律は如何なる時、如何なる場所に於て又如何なる人に對して之を適用すべきものなるやを吟味して其刑罰を及ぼすへき範圍を定めざる可からず。

(第二) 右第一の條件あるも罪となるべき事實を行ひたる者は現に此被告人なるやを確めざる可からず。假令法律上罰すべきと明なる事實ありと雖も現に被告人加之を行ふたるに非ざれば何を以て加之を罰するを得んや。而して其罪となるべき事實は被告人の行ふたること明なるも其所爲は果して法律の罰すべき範圍内に入るものなるや否やを吟味せざる可からず。換言すれば已に其所爲を行ひ遂けたるや又は意外の障礙若くは舛錯により未だ行ひ遂けざりしやを確めざる可からず。已に遂けたる犯罪は之を處罰すと雖も未だ遂けざるものは時としては之を罰せざるとあり。此場合に於ては未だ刑法の罰すべき範圍内に入らざ

るものとす。是れ此點を吟味するの必要なる所以なり。

(第三) 其罪となるべき事實あり。而して被告人の之を行ふたること明なるも被告人は果して其犯罪の責任を負ふべきものなるや否やを確めざる可からず。凡そ犯罪の責任を負ふには必ず此の如き所爲を行ふことの意味ありたるを要す。例へば人あり強て予の手を取りて他人を毆打せしめ以て之を傷つけしめたりと雖も、予は予の意思にて之を行ふたるに非ず。故に予は毆打の責任を負ふべき理由なし。而して多くの場合に於ては罪となるべき事實を行ふの意思を以て自由に之を行ふときは其責任ありと雖も、時としては其所爲を行ふ意思の外猶ほ犯罪を爲すの意思あることを必要とするあり。此場合に於ては被告人果して犯意ありしや否やを吟味せざる可からず。若し犯意なきものと定まるときは犯罪成立せざるなり。

(第四) 以上三箇の條件具備したる上猶ほ他に要求すべき條件あり。即ち其所爲か必ず法律に背きたる不正の所爲なると是なり。時としては法律に於て罰すべき所爲を自由に行ふと雖も其所爲元來正當にして罪とならざることあり。即ち



其所爲を行ふたる者之を行ふに就ての権利ありて行ふたる場合なり。此場合に於ては其所爲不正に非ざるを以て法律の罰すべきものに非ず。例へば正當防禦の如きは其人を殺傷する所爲のみを以てすれば法律の罪すべきものなれども之を行ふの権利ありて行ふたるものなれば固より犯罪と爲すべきものに非ず。右に論述せし所は犯罪の事に關し一般に云ふ可き事柄なり。今や進みて犯罪に伴ふ所の刑罰の事に論及せん。

刑罰とは公權に於て有罪者に成る可く其犯罪の害悪と鈞合を保つ所の苦痛を感せしむるものなり。故に一言以て刑罰の定義を下せば犯罪者に感せしむる所の苦痛なりと云ふべきなり。夫れ然り刑罰は公權か犯罪者に感せしむる所の苦痛なれば犯罪の當時被害者に於て之を防禦せんか爲め加害者に與ふる所の苦痛あるも之を以て刑罰と云ふ可からず。是れ犯罪を防禦するより生ずる所の結果たるに外ならず。又被害者か犯罪の爲め損害を受けたるを以て之を賠償せしむるも刑罰には非ざるなり。被害者か防禦の爲めに加害者に苦痛を與へ或は其受けたる損害を賠償せしむるか如きは常に刑罰と併加すべきものなり。決して刑罰

と混同す可からず。

苦痛を感せしむるは刑罰の必要なる目的なり。苦痛なき刑罰は之を刑罰と云ふ可からず。換言すれば刑罰は犯罪者を苦むる所の主義に出づるものなり。然らば犯罪者を苦むるには如何なる方法を以てすべき乎。他なし犯罪者の幸福を奪ふか若くは之を減少するを尤も可とす。果して然らば如何なる方法を以て犯罪者の幸福を奪ひ若くは之を減少すべき乎。他なし犯罪者の所有權を奪ふか又は公に有する社會上の權利を奪ふか又は家族に對し有する權利を奪ひ若くは犯罪者の自由又は生命を奪ふ如きは皆犯罪者の幸福を奪ひ苦痛を感せしむるものなり。何となれば吾人の幸福とは要するに是等の自由生命若くは公私百般の權利を享受するに在ればなり。斯く幸福を奪ひ若くは減少して苦痛を感せしむる所の刑罰の主義は何れの國にても古來より變化せざる主義なり。只古今の差異を論すれば昔時未開野蠻の社會に在りては犯罪者を苦ましむるの主義を貫徹せんか爲め嚴酷を專とし過度の苦痛を與へたり。開明の社會となりては斯る過度の苦痛を避け適度の苦痛を與ふるに至れり。換言すれば昔時は嚴酷に過ぎ當今は

寛宥を主として犯罪と苦痛と其程度の比例を完全ならしめたり。一例を擧ぐれば未開の社會に於ては斬罪磔殺又は竹踞挽、火刑、炮烙の刑など吾人之を聽くも其殘酷なるを感ずる所の刑を行ひしとは諸君の能く知る所ならん。然るに今や幸に開明の風潮世界を一掃したるを以て或る一二の國を除くの外は斯る殘酷の刑を廢したり。且其刑の適用方法も日に月に進歩して種々の刑を用ゆることを止め一樣の刑を行はんとするの傾向を採るに至れり。斯く一樣の刑を以てすと雖も其刑期に長短の區別を設け。又其刑を施すべき方法にも多少の區別を用ふるを以て能く千態万狀の犯罪と其程度比例を保ち之を應用するを得べきなり。本邦の刑制に於ては刑の名稱種々ありと雖も其刑の性質上より區別すれば僅に左の三種に過ぎざるなり(第一)身軀刑(第二)自由刑(第三)財産刑是なり。以下之を分説すへし

(第一) 身軀刑 即ち死刑を指すものなり。夫れ死刑は人の生命を奪ふものにして其他財産に關係なく又自由にも關係せざるなり。去れども死刑は極刑にして甚た不便の刑と云はざる可からず。一旦死刑を施すときは假令裁判の錯誤に出

てたりとするも之を回復して死者を蘇生せしむるを得ず。又其刑を分割するを得ず。皆に生命を奪ふの一點に在るのみなれば各犯罪の害悪の度に應じて鈞合を保たしむること能はざるものとす。且又死刑の果して正當なるや否やは現今刑法學者間の問題にして未だ何れとも歸着する所あらず。然るに我邦の刑法は幸にして此極刑を施行する場合尠なるか故に假令死刑か不正なりとするも其害稍尠なりと云ふべきなり。又歐米各國の刑法を見るに死刑の正不正の不明なるより已に死刑を廢したる國あり。又全く之を廢せざるも實際之を適用することなくして之を廢止したると同一の結果ある國あり。身軀に對する刑は已に斯る運命に際會せりと雖も他の自由財産に關するものに至つては何れの國と雖も之を適用せざるはなし。

(第二) 自由刑 是れ最も便利の刑なり。其期間の長短何れにも變するを得るものなれば能く犯罪の害悪と相應せしむるを得るなり。即ち犯罪の千變万化に従つて刑を千變万化せしむるを得るなり。今之が變化の一般を説明せんか。第一には之を有期と無期とに分つを得。無期は終身自由を奪ひ又は之を減少するも

のにして有期は拘留一日より長期十五年までの間に於て之を長短伸縮するを得。故に其範圍最も廣汎なり。且夫れ立法上より論すれば其期限を一日より二十年となすを得べく。又之を一日より三十年となすも可なり。又此刑を施すべき方法より云へば或は内地に於て役に就かしめ。又は殖民地たる島地に遣はし役に就かしむるあり。空しく入牢せしむるあり。彼と此とを斟酌して之を施行せば實に害惡の度に應じて様々の刑を科するを得べし。

(第三) 財産刑 此刑は我邦の刑法にては三種あり。(甲)罰金(乙)科料(丙)沒收是なり。此外過料なるものあり。但過料は刑法中には存せざるも其一例を擧ぐれば民事訴訟法第三百五十五條に當事者か眞實に反きて公正又は私署の證書を偽造若くは變造なりと争ふ時に之を科するの明文あり。此過料をも一種の刑とするときは財産刑に四種ありと云ふを得べし。要するに罰金科料は犯罪者の所有金を取り上ぐるの刑たり。然れども此刑は甚だ平等ならざる刑にして自由を奪ひ又は減する所の刑に比すれば一步を讓るものとす。何故に此刑は平等ならざるやと云ふに。假りに同一の犯罪に對し同一の金額を言渡すとせんに固より害惡の度

同一なるか故に罰金科料も亦同一ならざる可からずと雖も。然るときは何れの場合と雖も同一の苦痛を感せしむるを得ざる可し。例へば甲は巨万の富を有す之に百圓の罰金を科するも何等の苦痛をも感せざる可し。然れども乙は貧者にして僅少の財産を有すとせば僅に十圓の罰金も非常の苦痛を感ず可し。去れば罰金科料は均一平等の効ある刑と云ふ可からず。且や此刑は假令之を宣告するも全く其効力を奏せざるとあり。即ち犯罪者か無資力なる場合には之を完納し得ざるは初めより明なれば之か言渡を受くるも何等の苦痛をも感せざるべし豈不平等の刑に非ずや。此の如く弊害ある刑なれば立法者は之を除かんか爲め或る範圍を設け裁判官の適度と思料する額を言渡すことを許したれば幾分か其不平等を減す可けれども未だ全く之を匡正する能はざるなり。而して無資力者に對し効力を有せしめん爲めには換刑なるものあり。罰金を納完せざるときは輕禁錮に換ふるを得ると是なり。然れども一圓を一日に換ふるか故に矢張り弊害を防ぐに足らず。何となれば貧者に在りては一日の價一圓に當るか故に喜んで換刑處分を受け罰金を納完せざる者實際滔々として之あるを見ればなり。

財産刑の第三種は沒收なり。沒收は犯罪の用に供したる物件、犯罪に由て得たる物件、又は法律の禁制したる物件を、犯罪者より奪ひ官の所有に歸せしむるか又は全く破壊する所の刑なり。然れども此刑を適用する範圍の狭少なるは固より論を俟たざるなり。

右にて刑罰に關する一般の説明を終れり。是より各犯罪に刑罰を適用することに論及せん。然れども暫く刑法の外に超出し古來の例に依りて論すれば凡そ左の三個の方法あり。

(第一) 犯罪の事實及び之に適用する刑を豫め法律にて確定せず只裁判官が其心證上社會に有害の所爲なりと認むるときは、其爲すべき事を爲さしむるときと爲す可からざる事を爲したるときとに拘はらず勝手に之を犯罪者と爲し。又裁判官の隨意を以て欲する所の刑を科するものにして。要するに犯罪と刑罰とは裁判官の認定する所に任ずる事是なり。

(第二) 第一と反對にして斯々の事實あれば犯罪なり、又斯々の犯罪には斯々の刑を適用すべしと畫一に之を確定するとは是なり。例へば血刀を提くるものは殺人

犯者なり之は懲役十年に處すべし、又は死刑に處すべしと規定し。果して其人か魚を料理して血刀を有せるや、犬を殺して血を染めたるやを問はず。凡て法律の定めたる刑を適用すべく。裁判官は何の斟酌をも用ふる能はざるの類是なり。

(第三) 法律に於て犯罪となる事實を定め斯々の所爲は犯罪なりと規定すと雖も其事實は果して被告人が行ふたるものなるや。又其事實は此法律の範圍内に入るべきものなるや否やは裁判官をして之を研究せしめ。果して之に刑を科すべき犯罪者なりとこのこと明なるに於て之に適用する刑は或る範圍内にて自由に適用するを得せしむる方法是なり。

右三種の方法は古來より社會に行はれ來れり。然れども其第一第二の方法は多く未開の世に行はれたるものにして第三の方法こそ開明に進みたる社會の實行する方法なりとす。而して其適用の變遷したる有様より云ふも初めに第一方法を用ひ。次に第二方法を探り。最後に第三の方法に及ひたるは獨り我國の法律沿革史に見ることを得るのみならず。歐洲諸國も皆一轍に出づる所にして今や第三の方法は一般に採用する所となれり。此方法に従へば法律にて刑の範圍を

設け其範圍内に於て裁判官は自由に適用を爲し且又酌量減輕等の宥恕方法を置きて一定の範圍外にも及ぼすことを得るの便あり。

一人にて或る犯罪を行ひたる場合には右述へたる第三の方法を以て之を處分するは現に我刑法の採る所の主義なると敢て多辯を要せず。然れども若し犯罪者數人にて一罪を犯したるとき即ち共犯の場合には正犯中には正犯あり從犯あり。此の如き場合には如何に之を處分すへき乎。又如何なる刑を科すへき乎。此點に付ては右講述したる所の原則を正而より適用し難かる可し。而して各國の刑法何れも之か處分及び刑の適用に付て多少の差異ありと雖も。我刑法の採用せし所の主義は共犯の場合にても恰も各自一人にて犯罪を行ふたる場合と等しく共犯者各自に同一の刑を適用することゝ爲し。若し從犯なるときは多少の減輕を與ふるのみ。

已に犯罪あり又刑罰あり。而して其刑は何時消滅す可き乎。其消滅の事に就て一言せん。刑の執行によりて消滅するは猶ほ債務の辨濟に由りて消滅すると同一なり。刑の言渡を受けたる者か刑の執行を受け終りたるときは元の自由に復

す可し。然れども時としては法律の結果として犯罪者の權利能力を全く剝奪する場合あり。此場合には或る方法により權利能力を回復せしむるを要す。故に刑の執行及び刑の消滅方法は皆刑法中特別に規定するの必要あり。

是より刑法の實行上必要なる裁判の管轄又は手續を述ふるを以て順序とすれども前陳せし如く講義の範圍外に屬するを以て予は暫く之を措き。次に刑法は法律を區別する場合に於ては何れの種類に屬するや。即ち刑法の法律中に占むる位置如何に就て一言せん。

抑も法律は人間相互の關係を規定するものなり。換言すれば人々社會に生息するに於ては相互の間に關係を生ずるものなり。此關係より生ずる權利義務を規定するものは即ち法律なり。此の如く法律は人々相互の關係に基くものにして此關係は時と場合とに因り區別を生ずるを以て法律の種類も亦時と場合とに従ひて區別を生ず。是を以て世人は人々相互の關係の性質に因り法律を分ちて公法及び私法の二とす。私法とは人民相互の關係より生ずる所の權利義務を規定する所のものなり。然らば刑法は人民の行爲に關する規定なれば其私法中に入

るべきものなる乎否決して私法に屬すべきものに非ず。今一例を擧げて其然らざるを説明せん。茲に甲者あり予の物品を盜む若し皮相の見を以てせば一個人たる予に對するの犯罪にして其關係より生ずる權利義務は人民相互の權利義務なるか如しと雖も決して然らざるなり。元來刑法の規定する所は甲者か盜罪を犯すは社會を害するものとし之に刑罰を加ふるに在り。而して其處罰の權は國家の有する所にして被害者たる予の有する所に非ず。即ち國家に於て有する所の權利なり。故に甲者の盜罪より生ずる關係は日本國と甲者との間に權利義務を生ずるものにして人民相互の關係と云ふ可からず。尤も甲者は其盜品を予に返還せざる可からず。又損害ありたるときは之を賠償せざる可からざるの關係を生ずると雖も是れ刑法の規定する所に非ず。他の私法に依て定まる所とす。又予か甲者の盜取したる物品を取戻し、又甲者の暴行を防ぐ爲め甲者を毆打し、或は又予の受けたる損害を甲者の財産中より賠償せしむるとも是れ決して予か甲者に與ふる刑罰に非ず。何となれば是等の所爲及び結果は皆予の有する所の權利の執行なればなり。故に此關係あればとて犯罪を罰するとを私法中に入るゝこと能はず。

公法とは何ぞや。即ち人民と社會との間又は社會と社會との間に生ずる所の關係を規定するものなり。公法に内外の區別あり。外に對する公法とは社會と社會との關係を規定するものなれども。此法律には一の制裁を有せず。故に若し此公法を破るものあるも其違反者を罰すると能はず。凡そ刑罰を行ふには必ずや裁判所即ち公權を行ふ者なくんばある可からず。然るに社會と社會即ち國と國との間に於ては違反者を罰する裁判所なき故に結局兩國の争を制裁すべき公權なきなり。去れば刑法は斯る制裁なき公法即ち國際公法の中に入らざるは勿論なり。刑法の規定する所は裁判所なるものありて刑を行ふにあるか故に彼の外に對する公法即ち萬國公法の如く戰爭を最後の手段とするの外途なきものとは固より同種のものに非ず。戰爭は加害者と被害者との争のみにして第三國の之の上に立ち公權を執行するものに非ざるなり。去れば刑法は内部の公法即ち國內公法中に加へざる可からず。國內公法とは所謂公權なるもの、組織及び公權と人民との關係を規定するものなり。故に刑法は恰も此國內公法中公權と

人民との關係を規定せるものに屬するなり。國內公法は之を左の三種に分つを得べし。(第一憲法(第二)行政法(第三)刑法是なり。

刑法は古來何れの國に於ても其設けあらざるはなし。然れども刑法は如何なる基礎に因るものなるや。又其刑法は正常なるや否やの點を研究するの必要あれば次節に於て之か研究を爲さんとす。

## 第二節 社會刑罰權の基礎

古より社會刑罰權の基礎に付ては學者間に種々の説ありて甲論乙駁未だ一定せざるか如し。今其重なる説を擧ぐれば大凡左の諸説に歸着するものとす。

第一 刑罰權は社會成立の時に方り爲したる契約に基くものなりとの説  
此説に依れば各人は何れも自己の身軀財産を防衛するの權を有す。語を換へて言へば人類か社會を組織して茲に生息するときは一一般人類の身軀財産の安固を圖らんか爲め各其固有の權利を社會に讓渡し社會をして之を行はしむと云ふにあり。然れども刑罰權は社會の契約に基くものなりとの説を主張する論者にも別に左の二派あり。或る論者は曰く。吾人は自己の身軀財産を防衛するの權利

のみならず自己に害を加へたる者を罰する權あり。而して社會に此權を讓渡したるものなりと。他の論者は曰く。吾人か社會に於て生息せんには法律を以て其秩序を維持するを要す。又法律ありと雖も制裁の之に伴ふなくんは法律は行はれざるか故に之に制裁を加へたるものは即ち刑罰なり。之を要するに吾人か社會に於て生息するには法律を要し又法律を行ふには其制裁を要す。社會をして此制裁を行はしめんか爲め吾人は各自己に對して刑罰を行ふの權を付與したりと云ふに歸着せり。其説全く非理なりと云ふに非されども條理に背く所甚た多くして穩當なりと云ひ難し。(第一)社會の成立するに方り吾人か互に契約を爲したりとの形跡は歴史上毫も見ざる所に非ざるなり。已に其論據たる契約の證據なくんは其説固より取るに足らざるなり。(第二)吾人は自ら防衛するの權あり。然れ共防衛權と刑罰權とは同一の者に非す。抑も防衛權は他人か危害を加ふるに方り其危害を防禦するに止まる者なり其危害已に去れば又之を行ふ事を得ざるなり。然るに刑罰權は危害の存在する間に止まらず危害已に去るの後と雖も之を行ふとを得る者なり故に各人の防衛權か社會に移り刑罰權に變化したりと

云ふ可からず。又論者か吾人は吾人に害を加へたるものを罰するの権を有すと云ふは誤謬なり。凡そ刑罰を行ふには必ず命令権を有せざる可からず。然れども吾人は同等なり他に命令を爲すを得ざるや明なり。(第三)社會には法律を必要とす。而して法律を行ふには其制裁なくんはある可からず。故に吾人は自己を罰するの権を社會に付與せりとの説も取るに足らず吾人自ら拋棄し得へき權ならんか之を社會に付與するを得へきも自ら處分するを得ざる權は之を人に讓渡すを得ず。而して吾人の自由に處分し得へき權は獨り財産權のみ生命自由は之を處分するを得ず豈其生命自由を奪ふの權を社會に付與し得へき理あらんや。故に此説は論理上財産に對する刑罰にのみ制限せられ到底全部の刑罰權を説明するに足らざるなり。

第二 刑罰權は實際必要的より起りたるものなりとの説

抑も社會を維持するには危害を加ふるものを罰せざる可からず。此必要は所謂刑罰權の基礎なりと。此説は稍至當なるか如し。去れども此説のみに依れば必要を基礎とするか故に遂に刑罰の過酷に失するの恐れありて未だ完全の説と云

ふ可からず。

第三 刑罰權は決して契約に基くに非す又必要に依るに非す只天然自然の道理に基く所のものなりとの説

道理の上より云へは善に報ゆるに善を以てし惡に報ゆるに惡を以てするは當然なり。去れば天理人道に背戾するの行爲を行ふものに刑罰を以て報ゆるは至當ならずやと。然れども此説も尙ほ完全と云ふ可からず。何となれば善に報ゆるに善を以てし惡に報ゆるに惡を以てするは道理に適するも其應報の方法として刑罰を何故に社會か實行するやの點に至つては未だ確に定まらされはなり。

第四 第二の必要的より起れりとの説と第三の天理人道に基き刑罰權は起りたりとの二説を折衷したる説。

此派の説に従へは刑罰の起原は善に報ゆるに善を以てし惡に報ゆるに惡を以てするの理に基くに相違なしと雖も社會か刑罰權を行ふは必要的に基き之を説明せざる可からず社會は若し惡事を爲すものに向て自由に惡事を爲すに終らしめなは遂に社會を維持すると能はざるに至らん。去れば之を維持するには惡事を



爲す者には必ず之を懲戒するの刑罰を行ふ必要あり。故に天理人道に基き必要上刑罰を行ふものなれば第二第三の二説を折衷して初めて刑罰権の基礎確定すと云ふものなり。故に此四説こそ其當を得たるものと考へらる。

第三説の天理人道に基くとは甚だ漠焉たることにして何ものか果して天理なる乎人道なる乎自然に記述せられたるものなく又一定の確乎たる根據もあらず。然れども吾人は假令多少の教育を受けざる者にても善は善、惡は惡と此二者を識別するの智能を有す。此智識は即ち人類に備はる所の道理なりと云ふを得べし。而して此道理に依て善惡を區別し果して惡と定まるに於ては之に報ゆるに刑罰を以てすると社會を維持するに必要なりとすれば刑罰権の基礎初めて定まると云はざるを得ず。

以上論する所の刑罰権の基礎なるものは甚だ茫漠たることにして刑法の解釋上別に必要なか如くなれども刑法の根本を論するには之を定むるを必要とす。此根本已に定まる時は罪とし罰すへきもの又刑とし之に加ふへきものを定むるに付き大に其宜しきを得へきなり。

## 第二章 犯罪の定義

刑法を研究するに方りては先づ犯罪は如何なるものなるやを知らざる可からず。我刑法に於ては別に之か定義を與へず。即ち明文上之を規定せざるなり。然れども刑法の各條項に依り其精神を研究すれば犯罪とは法律か刑罰なる制裁を以て爲すとを禁し又は爲すことを命する場合に於て之を爲し又爲さるることの行爲又は不行爲を云ふものゝ如し。

此定義に依れば犯罪は法律の爲すことを禁したるに其行爲を爲す種類と又法律か爲す<sup>こと</sup>と命したるに之に背きて爲さるる種類との二に大別するを得べし。法律か禁止したることを爲すとは例へば人の財産を盗む可からず人を殺す可からずとあるに拘はらず此禁止を犯して物を盗み人を殺したるか如し。又法律か爲す可しと命したるに之に背きて爲さずとは例へば國民たる者は満二十歳となれば兵役に就かざる可からずと命したるに其兵役を嫌ひて忌避し。又國民たるものは犯罪事件あるに方り證人として裁判所に出頭し其見聞したる所の事實を證言するの義務ありと命したるに裁判所の召喚を受くるも當日出廷せざるか如き

を云ふ。此の如く犯罪には法律に背き或る事を爲すより成立するものあり。又法律に背き或る事を爲さざるより成立するものあれども其行爲不行爲は必ず外部に現はるゝを要す。凡そ行爲又は不行爲とは其外形上に表はれたるものを云ふものにして假令人を殺し物を盗まんどの事を心に考へ已に決心したりとも未だ犯罪は成立せりと云ふ可からず。換言すれば心意の中に存するのみにては犯罪の行爲とは云はざるなり。加之其決心を口外し自白するとも猶ほ未だ犯罪の行爲は立すと云ふ能はず其決心したる事を實際に行ふに至り初めて犯罪は成立せりと云ふ可きなり。而して一旦之を行ふ上は其所爲を遂くると遂げざるは敢て問ふ所に非ざるなり。

行爲に依りて犯罪の成立する時は著しく外部に現はるゝか故に甚だ見易き事なれば之を論ずるを要せざるも不行爲に依りて犯罪の成立するときは犯罪か成立せざるや否やに就き往々疑を生ず可し。何となれば爲す可きことを爲さざるに在れば外部に現はるべき事實甚だ少なきか故なり。然れども此場合と雖も其不行爲か外部に現はれされは犯罪は成立せすと云はざる可からず。例へば徴兵忌

避の罪の如きは徴兵に應せざるとき犯罪となる者なれども之を徴集するには身躰を検査し又抽籤を行ふて現役に就かしむ。去れば之を検査するには何月何日何處に出頭せよと官廳の命令ありたるに其時日に其官廳に出頭せざるとあれば即ち不行爲か外部に表はれたりと云はざる可からず。故に何月何日に出頭す可しとの召喚を受けたること、又當日出頭せざりしこと、又若し遁逃したるときは其住所に在らざること等を證すれば其不行爲は充分外部に表はれたりと云ふを得へし。又證人の呼出に應せざる時も同一なり。呼出狀を證人に送達したること、其時日に法廷に在らざりしことを證すれば最早其不行爲か外部に表はれたりと云ふを得へし。

又一步を進めて之を論ずれば法律にて爲す事を禁し又は爲す事を命したるのみにては犯罪なしと云はざる可らず。必ずや此の如き行爲を爲さば禁錮を以て罰すべしとか又此の如き命に應せされは罰金に處すべしとか刑罰てふ制裁あるに非ずんば只禁止命令のみにては犯罪は成立せざるなり。法律中には爲す事を命し爲すを禁したる者多し否法律は凡て行爲不行爲の禁止又は命令なり。然れ

共之に刑罰の制裁相伴はされは犯罪と云ふ可からず。例へは民法商法の如し。禁止又は命令あれども之に背戾する爲めに犯罪を生ずるとなく只民事上の責任を來すのみ。然れども其行爲又は不行爲にして已に刑罰の制裁ある以上は其制裁を行ふ裁判所か民事裁判所たり、刑事裁判所たり又は其他の裁判所たりとも犯罪を構成するに於て妨げなし。例へは民事裁判所にて證人か呼出に應せざるに依りて罰金の言渡を爲すときは證人が裁判所に出延せざるは犯罪にして罰金は刑なり。民事裁判所の言渡すか爲めに犯罪に非すと云ふ可からず。

予か右に述べたる定義は只漠然勝手に定めたるものに非ず現に刑法の規定する所に依て之を證するを得べし。見よ刑法第一條には凡そ法律に於て罰す可き罪別て三種と爲す。(一)重罪(二)輕罪(三)違警罪とあり。罰す可き云々の文字に依りて犯罪には刑罰の制裁あると明なり。又第二條に「法律に正條なき者は何等の所爲と雖も之を罰する事を得すとあるに依りて犯罪となるべき所爲は必ず法律の禁止又命したるとならざる可らざることを知るを得べし。其他決心のみにては罰する能はず、行爲、不行爲の外部に表はるゝとを要するは所爲なる文字に由て瞭然た

り。且又未遂犯を罰するの法文もあり時としては未遂犯は之を罰せざるの法文あるに依りても之を知るを得べきなり。

### 第三章 犯罪者及び被害者たるの資格

以上にて犯罪の定義を了りたれば是より犯罪者となるべき者及び犯罪の目的即ち被害者たるものは何人なりやを説明せんとす。

凡そ犯罪の成立するには之を行ふ者は非を識別するの力あり且自由なる意思を以て行爲又は不行爲を爲さざる可からず。故に是非の識別自由の意思は犯罪に必要なる原素なり。而して之を有する者は人間の外になきか故に犯罪を行ひ得べきものは人間の外になきと分明なり。然るに人には天然の人と法律上の人即ち法人とあり。此二者の區別は法律上其結果を異にす。即ち天然の人に於ては自由なる意思を有し是非を識別するの力あれば法律の禁止を犯し命令を守らざるに於ては犯罪者たると明なり。然れども法人か罪過を犯し得るや否やに付ては少しく論せざる可からず。抑も法人には或は集合體の者あり或は集合體ならざる者あり今其集合體の者を論せん。例へは國府縣市町村の如きは一の法人なり。

又民事若くは商事に付て會社を設立するときは是れ又法人なり。而して此等の法人は皆集合體なり。此等の法人が罪過を犯す事を得るや否や。法人は元來無形なれば法人自ら法律の命ずるを爲さず、法律の禁ずるを行ふか如きとなしと云はざる可らず。然れども法人には代表者あり例へば府縣には知事あり、村には村長あり、町には町長ありて各其法人を代表す。而して此代表者が法律に禁じたるを爲し、命じたるを爲さざるとあり。又法人が集合體なるときは其集合體を組織する一分子の天然人が犯罪を爲すとあり。而して集合體の一分子たる人が法律の禁止又は命令に背戻したるときは其背戻したる者が其責任を負ひ各別に其處刑を受く可きと論を俟たす。然れども其集合體の代表者が罪過を犯したるときは其集合體を罰し得べきや否やは疑を容る可きの點なり。若し集合體即ち法人に刑罰を加へ之を處分するとなれば其集合體の分子は刑罰を分擔するの結果を生すべし。例へば百圓の罰金を科せらるゝ時其集合體にして百人より成立つとすれば各一圓宛の金を納むるを以て足る可し。去れども此の如き刑罰の科し方は刑法に規定する所なきのみならず自由刑の如きに至ては到底之を

分擔すると能はずと云はざる可らず。例へば一年の重禁錮に處す可きときは之を百人の社員に分擔せしむることゝすれば一人三日強つゝ入獄を要す可しと雖も此の如き道理あるべき筈なし。去れば法人に對して刑罰の言渡を爲す可からずと決定するを當然とす。然らば法人の代表者若し法律に背戻するときは如何なる處分を爲す可き乎。若し其代表者の犯したる所爲か一人の意に出たりとせば其代表者一人を罰し若し其集合體一致し代表者をして之を行はしめたりとせば集合體を組織する人員は皆各自に其責任を負はざる可からず。故に代表者の行爲にして一年の重禁錮に當る可き者なれば其代表者か一年の重禁錮に處せらるゝのみならず集合體の人々悉く一年の重禁錮を受けざる可らず。元來法律が集合體即ち法人を設けたるは決して刑罰の點に於て之を設けたるに非ず只其集合體が權利及び義務を有するの必要あれば其權利義務の關係より此法人を設立したる者とす。例へば一の町村は財産を有し負債を起し又は訴訟の對手たるの必要あるより之を法人としたるなり故に法人たるの効果は其必要の點にのみ止め其他に及ぼさざるを當然とす。是を以て刑法の上より見れば法人なる者は

存在せざるなり。去れども犯罪より生ずる所の民事上の責任に至りては法人は其責に任せざる可からず。何となれば此點は全く權利義務の關係なれば法人を設けたる目的上其責を負ふの必要あり。而して同一の刑事裁判所か刑を適用するときには法人の代表者又は其法人を組織する人を罰すれども私訴を裁判するに付ては代表者一己に其責を負はしめず。又之を一部の人にも負はしめずして法人に負はしむるを得。然れども裁判は前後牴觸すと云ふ可からず。

次に犯罪の被害者となる可き者は何人なるやを論せんとす。抑も犯罪の被害者となるには必ずしも是非を辨別し自由の意思あるを要せず。而して若し人間なる以上は未だ出生せざるの前と雖も母の懐妊したる以後は凡て被害者たるを得るなり。例へば墮胎の罪は即ち懐胎したる胎兒か被害者となるなり。又假令社會に生れ出たる後も尙未だ是非を辨別し又自由なる意思なしと雖も犯罪の被害者たるを得へし。又人已に死したる後も被害者たるを得るやと云ふに同じく被害者たるを得るとありと答へざる可からず。即ち墳墓を發掘するの罪の如きは已に土中に埋葬せられたる者なれども罪を爲すとせし上は死者も亦被害者たる

を得と斷言するを得へきなり。又死者の名譽を毀損するの罪は遺族の起訴を俟て罪を論すと雖も是れ亦死者の名譽に關係ある者なれば死者か被害者たるを得と云はざるへからず。去れども被害者たるものは必ず人に限ると云はざる可らず。苟も人たる上は天然人と法人とを區別せず。即ち被害者たるときは犯罪者の如く法人と天然人との間に効果の差異あらざるなり。法人は犯罪者たるを得されども被害者たるには一の妨げあるとなし。其他禽獸物品等は被害者として論す可からず。物を盜み、家畜を殺すか如きは其物品を有し、家畜を養ふ所の所有者に對して犯罪を爲すものにして其物又は家畜に對する罪に非ず。

#### 第四章 犯罪の區別

犯罪は種々に之を區別するとを得。即ち左の如し。

- 第一 犯罪の度より云は、重罪、輕罪、違警罪の區別あり
- 第二 犯罪の形跡上より云は、即時犯、繼續犯あり又現行犯、非現行犯あり
- 第三 徳義上の點より云は、有意犯、無意犯に區別するを得べし
- 第四 犯罪の目的より云は、通常犯、國事犯に區別するを得べし

第五 或る行爲を犯罪とする法律の性質より云は、刑法犯特別法犯に區別するを得し

是より右の區別に就き詳説せん。

### 第一節 重罪、輕罪、違警罪の區別

重罪、輕罪、違警罪の區別は何を標準として之を爲したるものなるやは前已に論したる如く犯罪の性質上より區別すること能はず。例へば毆打罪の如きは同一の行爲にして重罪となり輕罪となり又違警罪となるか故に犯罪の性質上之を區別するものに非ざると明瞭なり。然らば何を標準として之を區別し且其區別を認識するを得る乎。他なし犯罪に適用す可き刑に依り區別を立て又其區別を認識し得るなり。

第一條を見るに「法律に於て罰す可き罪分て三種となす」とありて刑に依て區別を立てたりとは見へざるか如しと雖も刑法全部を通覽すれば刑に依て區別を知りより他に手段なきか故に到底刑を以て區別を立てたりと論定せざる可らず。刑法第七條に「左に記載したる者を以て重罪の主刑と爲す。(一)死刑(二)無期徒刑(三)有

期徒刑(四)無期流刑(五)有期流刑(六)重懲役(七)輕懲役(八)重禁獄(九)輕禁獄とあり。故に第一條により如何なるものか重罪なりやと問ふものあらは第七條の一より九に至るまでの刑に處するものは即ち重罪なりと答ふ可し。

輕罪も亦同一にして第八條に「左に記載したる者を以て輕罪の主刑と爲す。(一)重禁錮(二)輕禁錮(三)罰金とあり。去れば重輕禁錮及罰金の刑に該る者は輕罪なりと答ふ可し。而して違警罪の刑は第九條に在り。曰く「左に記載したる者を以て違警罪の主刑と爲す。(一)拘留(二)科料と。故に拘留科料に處する者は違警罪なりと知る可し。此區別は學者の非難する所の區別なれども若し犯罪の性質より區別せんとするときば獨り煩雜なるのみならず到底實行し能はざるなり。故に本法の重罪、輕罪、違警罪の區別は實際上甚た見易き區別にして且便利の方法なりと謂はざる可らず。而して刑法に於て犯罪を重罪、輕罪、違警罪の三種に區別するは何の必要あるや。今其實益の存する所を述ぶ可し。

(甲) 今日には既に消滅したりとは雖も刑法を制定したる頃の當時の裁判所組織に依れば重罪、輕罪、違警罪は各裁判所の管轄を異にしたり。即ち重罪は重罪裁判所

輕罪は輕罪裁判所、違警罪は違警罪裁判所に於て各々之を管轄し且つ裁判所の組織も各々差異ありしものなり。但し今日に在ては重罪裁判所は既に消滅し裁判所構成法に依れば重罪たるを輕罪たるに拘はらず地方裁判所に於て之を裁判し且つ二者とも控訴上告を爲すとを得るか故に管轄の點より云へば重罪輕罪を區別するの利益あらず。去れども違警罪を區別するの利益は猶ほ存す。何となれば違警罪は區裁判所又は警察署に於て之を處分するを得ればなり。

(乙) 此三種の區別を爲すときは附加刑の點に付て大に實益あり。若し重罪の宣告を受けたるときは別に宣告を用ゐずして終身公權を剝奪すとは第三十二條に規定する所なり。輕罪の刑に處せられたる者は此の如き附加刑を宣告を用ゐずして受くるとなし。第三十三條には禁錮に處せられたるものは別に宣告を用ゐず現在の官職を失ひ及び其刑期間公權を行ふとを停止すとありて宣告を用ゐずして停止公權の附加刑を受くるとあれども。罰金の刑に該るときは停止なく剝奪もなし。此點に付ては附加刑なきなり。又違警罪には全く附加刑なし。監視の點に至りても重罪の刑に處せられたるものは別に宣告を用ゐず刑期の終

りし後刑期の三分の一に等じき時日監視に附せらるゝも輕罪の刑に處せらるゝときは之を附加する場合と附加せざる場合とあり。而して之を附加するときは必ず宣告を用ゐざる可からず。拘留の刑即ち違警罪に至ては全く監視の附加刑あらず。

(丙) 重罪、輕罪、違警罪の區別を爲すは訴訟手續上に大差あり。尤も今日にては重罪に依り管轄裁判所の區別はなけれども同一裁判所に於ても重罪輕罪は之を裁判する手續に差異ありとす。即ち重罪は必ず豫審を経ざる可からずと雖も。輕罪は必ず之を経るに及はす。只事件煩雜にして豫審を経されは明瞭ならず。又證據も充分に備はらざる場合にのみ豫審に附す。又重罪は必ず辯護人を要すれども、輕罪に至ては之を用ふると否とは被告人の隨意なり。又違警罪は警察署又は區裁判所にて簡便の手續を以て之を裁判するなり。

(丁) 尙ほ之を區別する一の利益は重罪、輕罪、違警罪の各種類の異なるにより従つて刑の異なること之なり。然れども其事は已上述へたる所にて明瞭なれば茲に贅せず。

第二節 有意犯、無意犯の區別

有意犯とは犯罪者が法律の爲すことを禁ずるか又は爲すことを命ずる場合に於て其法律の禁止又は命令に背き一の悪事を爲すの意思を以て其犯罪を爲すを云ふ。之に反して無意犯とは罪となる可き事項を行ふ意思なく全く疎虞懈怠にて罪となる可き事項を行ひ一の犯罪を構成する所爲を謂ふ。例へば竊盜は他人の所有物を取るの意思にて其物件を自己の手に取るの所爲にして有意犯なりと雖も。過失殺傷の如きは全く人を打ち人を殺すの意思なく。例へば只鳥を射るの意思なりしも誤りて人を殺傷したる如きの類にして。假令悪意なしと雖も犯罪の性質上罪となる可きものなり。有意犯と無意犯とを區別するの實益は少なしと雖も。裁判官が被告人の有罪無罪を判するに臨み其訴へられたる事實が有意犯たるときは法律の禁止又は命令に違背するの所爲を行ふことを吟味するの外尙ほ被告人は之を行ふの意思あるや否やを確かめざる可からず。反之無意犯なれば只た法律の禁したる所爲を行ふたるとのみにて其意思の悪意なると善意なるとを問ふに及はず。是れ即ち有意犯と無意犯とを區別するの實益なり。且

又違警罪には有意犯甚た少なくして多くは無意犯なり。之に反して重罪輕罪の多くは有意犯なり。

第三節 有爲犯、無爲犯の區別

此區別は犯罪を行ふたる形蹟上より區別したる者なり。即ち有爲犯とは自ら進んで事を行ふに依り犯罪を成立するものを云ひ。無爲犯とは事を爲さず只法律の命令する事を爲さるゝより罪の成立する場合を云ふ。然れども此區別は更に實益を見ざるなり。

第四節 既遂犯、未遂犯又は無効犯の區別

犯罪者が罪となる可き事實を行ひ已に之を遂げたるとき即ち目的を達したるときは之を既遂犯と云ひ。已に事を行ふも全く誤りて其目的を達せざるときは之を無効犯と云ひ。又犯罪の實行に着手したるも意外の妨害に遭ひ遂に其事を仕遂げざる場合は之を未遂犯と云ふ。

無効犯と未遂犯とを區別するとは實際の利益なし。然れども既遂犯と無効犯とを區別し又既遂犯と未遂犯とを區別するとは刑の適用上の差異あるものとす。



即ち既遂犯なるときは法律の規定したる刑を其儘に適用すと雖も。未遂犯若くは無効犯に至ては裁判官の見込を以て一等若くは二等を減するを得るなり。而して此區別も亦犯罪の形蹟上より爲すものとす。

四〇

### 第五節 即時犯、繼續犯の區別

此二個の區別は前の區別に比すれば稍重要な實益あり。抑も即時犯とは如何なるものなりやと云ふに犯罪を行ふに方り其犯罪を行ふの豫備を爲すと如何に長きに拘はらす。又其執行を爲すに方り如何に多くの手数を要するに拘はらす。又其犯罪より生ずる結果か如何に永く繼續するに拘はらす其事柄を行ふや否や直ちに罪の成立するものを云ふ。例へば人を謀殺する罪は人を殺すの所爲を其人に施行すれば罪は成立するものにして其絶命するに至るまで何程の時間を要するも可なり。即ち刀を以て人を殺すなれば死に至る丈の傷を加ふるを以て罪を構成し終るなり。又毆打創傷の罪の如きは其人を傷つければ成立するものにして假令苦痛か繼續するあるも罪は繼續するものに非ず。其他詐欺取財罪放火罪の如きは即時犯にして大概の犯罪は皆然りとす。

即時犯に對する繼續犯とは即時犯と同じく罪となるべき事實を行へば罪の成立するものなれ共其後犯罪の執行永く續き苟も其執行中は犯罪の繼續する所爲を云ふ。例へば人を私に監禁する罪の如きは之を監禁し或る場所に容るれば罪は直ちに成立すと雖も其人を監禁する間は絶えず犯罪の繼續するものなり。又私に銃砲彈藥を所持するを許さすとの法律の禁制を犯し銃砲彈藥を所持する時は苟も之を所持する間は間斷なく繼續するなり。故に此罪は繼續犯に屬す。

即時犯と繼續犯とを區別するに付ては如何なる標準に依る可きや。此區別は右に述べたる即時犯繼續犯の定義によりて之を爲さざる可からすと雖も。其犯罪の性質か即時犯なりや繼續犯なりやは必ず各法文の意義を甄味して以て知得せざる可からず。例へば竊盜罪は其性質繼續犯なりや。又即時犯なりやと考ふるに。元來此罪は人の所有物を竊取する罪にして人の物件を取るの所爲は繼續せるものなり。只之に手を掛け自己の手に入るゝや否や直に竊取するの所爲は終はるものなれば假令其物件を有すると幾月幾年の永きに亘ると雖も。是れ犯罪の結果に過ぎずして罪たる所爲の繼續するものに非ず。換言すれば竊盜罪は人

の物を取るの所爲を罰するのにして物を永く留置するの所爲を罰するに非ざるを以て即時犯なりとす。又重婚の罪は繼續犯なりや即時犯なりや。元來重婚の罪とは已に婚姻を爲したる者か其婚姻の未だ解けざるに第二の婚姻を爲すの所爲なり。故に第一の婚姻の解けざるに方り第二の婚姻を爲せば直ちに犯罪成立し後に繼續せざるなり。若し重婚の罪にして第一の婚姻解けざるに第二の婚姻を爲し且不正の妻と同居するの罪なれば苟も其同居生活する間は何年何月の久しきに及ぶも繼續するものと爲さる可からずと雖も重婚の罪は決して此の如きものに非ず。去れば重婚の罪は繼續犯に類せるに拘はらず其性質は即時犯なり。之に反して監禁の罪若くは銃砲彈藥を所持する罪の如きは人を監禁し銃砲彈藥を所持する所爲か罪となるものなれば其所爲の繼續する間は犯罪繼續するものとす。

即時犯繼續犯の區別は所謂有爲犯のみに就てあるに止まらず無爲犯にも亦此區別あり。例へば證人か呼出の日時に裁判所に出頭せざる罪の如きは法律の命する事を爲さざる罪なれば無爲犯なり。而して證人呼出に應せざる時は其出頭せ

ざる所爲か罪となるものなれば其出頭せざる間は二日なり三日なり繼續する可如しと雖も然らず。例へば十月廿五日午前八時に出頭す可しと命せられたるときは其日時に出頭せされは其時に犯罪は成立し終り其後に繼續せざるものなり。去れば廿五日午前八時に出頭せすして午後の一時に出づるも又翌日の八時に出づるも少しも前犯罪を消滅するに足らず。故に證人呼出に應せざりし罪は無爲犯中の即時犯なり。之に反して刑法第二百七十九條司獄官吏か囚人を出獄せしむ可きの時に至り之を放免せずして其儘に入獄せしめ置く時は即ち囚人を出獄せしめざる一の無爲犯なり。然れども此罪は永く囚人を出獄せしめざる間は繼續するものと云はざる可からず。例へば十月廿五日午後一時に出獄せしむ可きに出獄せしめずして午後二時又は翌日に至らば最早出獄せしむるの義務消滅するや。然らず囚人をは一時一刻も早く出獄せしむ可きの義務あるか故に苟も被告人を在獄せしめ置く間は犯罪は繼續するものとす。去れば第二百七十九條の罪は無爲犯にして且繼續犯たるものなり。

犯罪の性質は即時犯なるも其行爲の仕方により永く繼續するときは其性質を繼

續犯に變するものとす。例へは毆打創傷罪の如きは人を毆打して創傷すれば其瞬間に罪は成立すと雖も。犯罪の行ひ方に依りては多少の時間繼續するものと云はざる可からず。即ち若し二三十回引續き之を毆打せば其間は犯罪繼續す。又竊盜の如きは人の所有物を自己の手に入るゝに依て犯罪成立すと雖も。例へは予か有する倉庫に在る米穀五十俵若くは二百俵を取るの考にて一俵つゝ之を五十回若くは二百回に運搬するあらは之を取りつゝある間は一の犯罪か繼續するものと云はざる可からず。又有夫の婦と姦通する罪の如き夫ある婦と一度ひ通するの所爲あらは茲に犯罪は成立すと雖も。若し其後も引續き一年二年の久しき變ることなく其情を交ゆるあらは其間は常に姦通の罪繼續すと云はざる可からず。此の如く犯罪は假令即時犯となる可きものにて其仕方により繼續犯となることありと論ずれども。或は之に連續犯の名稱を與へて即時犯と區別するものあり。現に二三年前までの大審院の判決例を見るも繼續犯に非ず連續犯なりと爲したること多し。去れども此區別は甚だ曖昧なるものと云はざる可からず。何故に連續犯を區別して繼續犯と異なるものとするの必要ありやと云ふ

に格段なる點あるを知らざるなり。若し夫れ連續犯なりと云はし例へは人を打つこと十度なれば十罪の成立するものにして之を數罪俱發となし。尤も重き刑を執行するものとせば或は實益ある可しと雖も。若し然らざるに於ては連續犯なるものありと云ふも之を理論より見れば決して繼續犯と異なるものに非ず。是只一種の繼續犯なりと云ふの穩當なるを信するなり。

然らば其所爲は數多ありて繼續するに非ず。例へは十度人を毆打すれば十の所爲あるに拘はらず之を一罪とするに過ぎざるは何そや。他なし罪を犯すの意思同一なればなり。即ち人を毆打するの決心を爲したるときは之を一回爲すも十回なすも其意思は只一なるのみ故に之を繼續犯なる名稱の下に屬せしむ。

然るに之を以て連續犯なりと論ずるものは之に一個の實益ありと爲して曰く。連續犯は其所爲連續すと雖も之を一個々々に分離するを得るか故に最初の所爲は時効により其罪消滅するも後の所爲にして日を隔てたるものなるときは未だ時効に罹らざる可し。例へは三日間連續したるときは初日の所爲は時効に罹りたるも第二日若くは第三日の所爲は猶ほ時効に罹らざるに於ては之を罪とし罰

するを得と。現にポアンナード氏は治罪法草案註解に於て此の如き説を爲せり。然れども是れ採るに足らざるの説と云はざる可からず。何となれば其數個の所爲別々に時効に罹るものとすれば是れ別々の犯罪と云はざる可からず。即ち一罪毎に一刑を科する所の數罪俱發なりと論せざる可からず。然れども同一の決心を以て犯したる所爲に付き一部は時効に罹り一部は罹らずと謂はゞ猶頭は死するも尾は死せずと云ふの論にして到底道理の容れざる所なり。

繼續犯と即時犯とを區別するの實益は(第一)訴訟手續上に於て差違あり。例へば茲に人を監禁したるも其場所同一なりしときは其管轄裁判所は其場所を管轄する裁判所なると即時犯の場合と異ならざれども若し監禁中場所を變へたるときは管轄上議論を生ずることあり。例へば初め東京に於て監禁し中比に横濱に移り後に神戸に至りしときは一の犯罪なれども東京地方裁判所、横濱地方裁判所若くは神戸地方裁判所は同じく管轄権を有するか故に各々審問を爲し得べし。去れは何れの裁判所か此犯罪を管轄するやの問題を生ずるものにして即時犯の場合に曾て起らざる問題なり。但數罪俱發の場合とは固より同一に論す可からず。

(第二)の實益は犯罪の情狀に差違を生ず。犯罪の永く繼續すると否とに依り事實上裁判官の認定の情狀に差異あり。且法律上に於ては刑期を異にするにあり。即ち監禁の罪の如きは一日人を監禁したるときは十一日以上二月以下の重禁錮なれども十日以上に至るときは十日毎に一等を加ふるなり。是れ法律上加重の情狀たり。然れども即時犯に於ては此加重の情狀を起すことは決してあらざるなり。

(第三)時効の起算點に差違を生ず。即時犯なれば犯罪を行ふの當時より起算すと雖も。繼續犯は犯罪を行ひ始むるより起算せしめて行ひ終りたる時より之を起算す。故に人あり竊盜を犯したるときは其犯罪の當日より三年を経過すれば時効に罹ると雖も。人を監禁するに當り三十日間繼續したるときは最初の日より三年を経過するも未だ時効に罹ること能はず、三十日の終りより三年の後に至り初めて時効に罹るものなり。

### 第六節 現行犯、非現行犯の區別

現行犯とは現に犯罪を行ひ又は犯罪を行ひ終りたる際に發覺したる罪を云ふ。

是正面より解釋したる所の現行犯なれども法律は之を以て未だ充分ならずとし。尙ほ其區域を擴めんが爲め准現行犯なる者を設けたり。刑事訴訟法第五十七條の規定是なり(純粹の現行犯は第五十六條に規定せり)。准現行犯とは如何なるものなりや(第一)犯罪は已に行ひ終り時間を経たるも尙犯人として一人若くは數人に追呼せらるゝとき。例へば予の家が強盜入り物件を奪ふて持去るに當り之を追掛くる時は三町に及ぶも將た一里に至るも准現行犯たるに妨げなし。(第二)又右の如く追呼せらるゝに非ざるも兇器贓物其他の物件を携帶し又身軀被服に著しき犯罪の痕跡ありて疑もなく犯人と思はる可きとき。(第三)犯人たる事明瞭なる場合に非ず犯罪の時期は已に經過し、又犯人として追呼せらるゝに非ず、又著しき犯罪の痕跡なしと雖も。家宅内にて罪を犯すときに其戸主より犯したる罪跡を検證せん爲め、又は犯人を逮捕せんことを官に對し請求したる場合はなり。而して非現行犯とは現行犯を除きたる場合を云ふものなり。此の如く犯罪を現行犯と非現行犯とに區別すと雖も。能く之を考ふれば是れ犯罪の性質により區別するに非ず只觀察の異なるのみ。何となれば何れの犯罪も現行ならざるものな

く。又非現行ならざるものなければなり。即ち一の犯罪たるや必ず一たひは現行犯にして、次に准現行犯の時期に入り、次に非現行犯に移るものなれば性質上の區別に非ざるは何人も疑はざる所なり。

然れども此の如き道理あるに拘はらず法律か現行犯、非現行犯の區別を爲すは全く訴訟手續上の必要に出づるものなり。純粹の現行犯に於て犯人を逮捕したるときは勿論准現行犯の場合に於て犯人を逮捕したるときは罪跡明にして疑を容る可からざるか故に通常の手續よりは簡便にして且迅速の手續を以て成る可く罪跡の消滅を保護するの手續を爲さざる可からず。今現行犯の場合と非現行犯の場合と異なる手續を擧ぐれば巡查は令狀を持たずして犯人を逮捕するを得べし。又豫審判事は刑事訴訟法に依れば検事の起訴なければ豫審に着手するを得ずと雖も。現行犯の場合には検事の起訴を待たずして直ちに豫審に着手するを得るなり。又非現行犯の場合には検事は豫審處分を爲すを得ずと雖も。現行犯の場合には検事か豫審判事より先きに犯罪を知りたるときは自ら豫審を爲すことを得。又警察官は非現行犯の場合には豫審處分を爲すを得ずと雖も。現行犯

の場合には假りに之を爲すを得。只検事又は司法警察官か豫審處分を爲すに當りては證人を訊問するに宣誓を爲さしむるを得ざるのみ。

### 第七節 國事犯、常事犯の區別

國事犯とは其文字の示す如く國事に關係する所の犯罪なり。即ち國體、政體等に關する所の犯罪は國事犯なり。刑法第一編第一章に規定する罪は即ち國事犯にして分て皇室に對する罪、内亂に關する罪、外患に關する罪とす。此他のものは總て常事犯なり。

國事犯と常事犯とを區別するに就ては只一の實益あり。若し國事犯の種類にして重罪に該るものなれば通常の犯罪と其管轄を異にす。即ち大審院に於て其事件の第一審の裁判を爲す。常事犯の場合に於ては皇族の犯したる禁錮以上に該當する犯罪の外は決して大審院か第一審の裁判を爲すことなし。

國事犯と常事犯とに就ては疑を容る可き點あり。國事に關する罪即ち政治又は外患に關する罪を犯すに當り常事犯たる一の犯罪を犯したるときは之を國事犯とす可きか、將た常事犯とす可きか。例へは兵を擧げて政府を轉覆する豫備を爲

すか爲め強盜を爲すときは犯者の心意上より云は、國事犯を爲すに在りと雖も。其行ひし行爲の性質は全く常事犯なれば其犯罪の性質に於て疑を生す可し。是等の犯罪は其目的國事犯を爲すに在りと雖も。人を殺し強盜を爲すは之を國事犯なりと云ふ可からず。何となれば罪を犯すの目的は國事に在りと雖も。其目的は犯罪の性質を定むるに就き決して問ふ可きものに非されはなり。只裁判上刑を適用するに當り多少情狀を酌量するに止まるのみ。

然れども他の場合に於て常事犯の性質變して國事犯となるの場合なしとせず。例へは内亂を起し其内亂中に行ふたる所爲にして常事犯たる可きものも國事犯に吸收せられ其性質を變するものあり。即ち財産を侵奪し、人を殺し、火を放つ等の所爲は凡そ内亂の一部分となる。然らば國事犯に性質を變す可き所爲は如何なるものなりや。之か標準となす可きものは要するに通常國と國と戰爭を爲すに當り之を行ふも罪とならざる所爲なれば内亂の場合にも亦他の犯罪とならずして國事犯中に吸收せらる。戰時敵を殺し又時としては敵の糧食を掠奪するか如きは獨り罪とならざるのみならず却て功名となる。放火の如き亦然り。故に

内亂の場合に此等の所爲を行ふも國事犯にして常事犯に非ず。然れども内亂に乗し私怨を露らさんか爲めに人を殺し。又色情を遂げんか爲めに婦女を強姦するか如きは國事犯に吸收せられて其性質を變ず可きものに非ず。去れば假令内亂中に犯すとも之を常事犯として論せざるを得ず。以上犯罪の區別を説明せり。猶ほ他に數多の區別ありと雖も實益なきを以て之を略す。

### 第五章 犯罪に必要な條件

犯罪の構成に必要な條件には各犯罪に共通のものあり。又各種類の犯罪に特別のものあり。共通のものは必ず何れの犯罪にも要する所の條件なるを以て其一を缺くも犯罪は成立せず。特別の條件とは例へば竊盜詐欺取財等の各犯罪に特別の條件なるを以て其一を缺くときは竊盜の罪、詐欺取財の罪は成立せずと雖も他の犯罪は成立することあり。

扱て今此處に論せんとする條件は一般の犯罪に共通のものなり。各種の犯罪に關する特別の條件は各論の部に於て之を論せん。而して總ての犯罪の成立する

に必要な條件は前已に第一章第一節に論述したりと雖も。前には只其梗概を説きたるに過ぎされは今一層詳細に之を講せん。

抑も犯罪の成立に必要な條件二あり。(第一)法律の或る事を爲すを禁止したるか又は爲すを命令したるに其禁止又は命令に背き犯罪となる可き所爲を行ひ、又は行はざるの事實なかる可からず。(第二)犯罪となる可き事を行ふたるも其責に任するの場合ならざる可からず。右第一の條件は事實に屬し第二の條件は事實を行ふ人に屬す。而して右二個の條件を細別すれば總て四個の條件となる。裁判官が刑事被告人を罰するには左の四條件を具備するものならざる可からず。

第一 被告人が罪となる可き事實を行ふたることを認めざる可からず。之を有形上の條件と云ふ。

第二 被告人が是非の辨別を爲し自己の自由に任せて其事實を行ふたることを認めざる可からず。之を無形上の條件と云ふ。

第三 被告人の行ふたる所爲は法律の禁止したるを行ふたるか、又は爲す可き事を命令したるに之を爲さざるかに在らざる可からず。換言すれば法律

か斯々の事を爲す可し、又は斯々の事を爲さざれば罰す可しと規定したる場合ならざる可からず。之を法律上の條件と云ふ。

第四 被告人の行ふたる所爲は其人か權利に依り行ふたる事なれば不正に非ず。故に行ふの權利なくして不正に屬する所爲ならざる可からず。之を不正の條件と云ふ。

右四個の條件中其一を缺くも犯罪は成立せざるか故に被告人を罰するを得ざるなり。此外總則に於て論せざる可からざる事柄は犯罪の成立に必要な條件の外犯罪の情狀に依り輕重を生ずる場合なり。此情狀の如何は刑の適用上必要なるか故に之を研究せざる可からず。此加重又は減輕の狀情に就ては法律上のものあり裁判上のものあれども。今先づ前述四個の條件に付て之を説明せん。

### 第一節 法律上の條件

一の所爲か犯罪となるには法律の禁止又は命令に背くものならざる可からず。故に刑法第二條には、法律に正條なき者は何等の所爲と雖も之を罰するを得ずとあり。未開の社會に於ては法律に正條なしと雖も。裁判官の見込に依り不正

の所爲にして罰す可きものとすれば即ち之を罰したり。然れども現今に至りては此の如きことなく必ず法律を以て斯々の事を爲す可し、斯々の事を爲す可からず。之を爲し又は爲さざる者は云々の刑に處す可しと正條あるに非ずんば犯罪は成立せざるものとす。從て裁判官は法律に正條なき所爲を行ふたるものを罰するを得ざるなり。

右第二條には法律に正條なき者は云々とあり。此法律とは單に法律なる名稱を以て發布せられたる者のみなるや、否らず。凡そ犯罪と刑罰との事を規定したる法律即ち刑法たるものは第一には法律第二には單に規則と總稱す可きものの中に包含せらる可き閣令、省令、縣令の如きも等しく本條の法律の中に在り。今日に在りては法律、閣令、省令等の區別こそあれ數年前には斯る區別なく何れも布告と云ひ布達と云へり。現に此刑法の如きは一の布告として發布せられたりと雖も之を法律と云ふに付ては一人の疑ふ者なし。要するに本條の法律とは、今の所謂法律のみに非ず。即ち帝國議會の協賛を経て公布せらる可きものいみに限らず、已に發布せられたる布告布達を含むは勿論今日以後と雖も議會閉會中に勅令を



以て法律に代る可きものを規定したるときは勅令も亦法律と同一の効力を有す可く、又閣令、省令、府令、縣令及び東京に在りては警視廳より發する命令も同じく法律と同一の効力を有す。從て本條の法律中に包含されたるものとす。然れども今日より論ずれば閣令、省令等は凡て法律の施行を爲す爲めに發するものなるか。又は法律を以て立法權の一部を大臣知事等に與へ斯々の事は大臣又は知事か法律の効力を有す可きものを制定するを得とし、制定せしめたる者なれば立法者自身か制定したるものと同視す可きものとす。裏面より之を云へば一の罰則を設けたる閣令、省令等を刑法第二條の法律中に入れしめんとせば必ず立法權より其罰則制定に必要な委任を受けざる可からず。故に各省大臣か其委任なきか若くは委任あるも其範圍を超越して自儘に罰則を設くるとも第二條に所謂法律中に加ふ可きものには非ざるなり。

故に茲に一の罰則あり之を適用して被告人を罰するに方りては裁判所は先づ左の四個の問題を決せざる可からず。

第一、其罰則は之を制定する權力を有する者より出てたるや否や

第二、其權力は其罰則を制定する權利を有すと雖も其權限を超越したるに非ざるや否や

第三、其罰則を制定するに方りては法律の要求する方式を履行したるや否や

第四、其罰則は適法的方式に依り公布し又實施せられたるや否や

以上四個の問題を研究し、若し其一點に於て不完全の所あらば裁判所は其罰則を適用して被告人を罰するを得ざるなり。之に反し此四點にして一の缺くる所なきときは假令其罰則は甚だ不當の法律にして且不必要なりと思惟せらるべき時と雖も之か適用を拒むを得ざるなり。

前已に述ふる如く法律に於て禁止又は命令する所の行爲を行ふたるか又は行はざるに非されは犯罪は成立せず。而して其法律とは獨り純粹の法律のみならず閣令、省令、府令、縣令又は勅令等を含著するものとす。若し其法律明瞭にして一點の疑を容る可からざるときは別に解釋の必要を見されども法律には往々不明の處なきに非ず。故に其解釋の方法を研究するに結局二個に類別するを得。曰く公の解釋、曰く私の解釋是なり。

私の解釋とは即ち一私人か下す所の解釋なり。換言すれば一私人か學理上下す所の解釋なれば各自各異に之を爲すも制裁あるものに非ず。去れば法律上の効力を論ずるに方りては別に説明するを要せざるなり。

公の解釋は又之を分て二とす。曰く立法上の解釋曰く裁判上の解釋是なり。立法上の解釋は我邦未だ其實例を見ずと雖も。法律不明にして裁判所の解釋一定せざる場合に於て立法者か自ら斯々の法律は斯々の意味に解釋す可しとの法律を發することあり。是れ立法者の下す解釋なるを以て立法上の解釋と云ふ。然れども立法上の解釋は即ち是れ一の法律にして他の法律と少しも異なる所なきか故に何人と雖も必ず之に従ふの義務あり。又其解釋は即ち帝國議會に於て之を爲すものと云はざる可からず。裁判上の解釋とは立法上の解釋の如く廣汎なるものに非ず只裁判所か訴を受けたる事件のみに就て下す所の解釋なり。而して其事件に付ては各裁判所毎に解釋を異にすと雖も。上告裁判所か下せるものは假令誤りあるも之を同一の事件に付ては必ず其解釋を用ゐざる可からざるの制裁あり。尤も其解釋は同一事件のみに限るものにして他の事件に就ては同一

の解釋を爲すの義務なし。然らば刑法を解釋するに就ても同しく裁判所は右の權利を有するや。曰く然りと答へざるを得ず。即ち上告裁判所に於て刑法の不明なる點を解釋するときは其事件に就ては必ず之を守るの義務あり。

凡そ法律に不明の點あるときは之を解釋するに凡ての方法を用ゆるを得へし。然れども法文の解釋一定したる上は必ず其法文内に含蓄する場合に之を適用するは勿論其法文内に含蓄せざる場合には決して之を適用するを得ざるものとす。故に裁判官は類似又は推理即ち比附援引を以て一の犯罪を作為し一の刑罰を制定するを得ず。是法律の適用に付き刑事と民事と大に其趣を異にする所以なり。民事裁判官か民事の訴訟を受けたるときは必ず原告又は被告の利益となるべき裁判を爲さざるべからず。法文の不明、不完全又は欠缺を辭柄として裁判を爲すことを拒むを得ず。法文の全く欠乏する場合に於ては類似又は條理に依て裁判するを要す。刑事裁判官の任は之に異なり。其訴を受けたる事件に付ては裁判を以て難局を結はざるを得されども左の二點を明にせされは被告人を拘留し又は處罰するを得ず。(第一)被告事件法律の豫見する犯罪を構成すると(第二)其法律に

於て命令又は禁止に背きたる者に一定の刑罰を科するとは是なり。法律は永遠無究に行はる可きものに非ず。又如何なる場合にも行はる可きものに非ず。法律の支配を受く可きものは其時と場所とに依りて限らるゝものとす。故に今より法律の支配す可き時及び場所と就て論ずる所あらんとす。

法律の支配す可き時

凡そ法律は公布し實施し終に廢止せらるゝに至るものなり。刑法も亦然りとす。而して之が實施を爲すにも此刑法の如く公布の後一年有餘の研究時間を與ふるとあり。若し明に實施の時日を定むるときは其時日に至り直ちに効力を生ずると明かなりと雖も實施期日を定めるときは如何。此場合には周知期限なるものあり。其期限に至れば人民已に法律を知りたるものと看做し其時より當然効力を有するものなり。

又法律は廢止に依りて全く其効力を失ふものとす。法律の廢止に二種あり。(第一)明示の廢止(第二)黙示の廢止是なり。黙示の廢止とは之を廢することを明に定めざるも暗に廢止せられたりと見る可きものを云ふ。然れども明示の廢止と黙示の廢止とに依り其効力を異にするとなし。

明示の廢止は法律の明に廢止することを云ふものなれば別に疑を生ずるとなしと雖も。黙示の場合に於ては法律が明に廢止のたとを云はざるを以て如何なる場合に黙示の廢止あるやを研究せすんはあるへからず。黙示の廢止ありと見るべき場合は。要するに舊法律に牴觸して相容れざる所の新法律を制定したる場合なり。此場合に於ては法律は明に廢止せられたりと論せざる可からず。例へば新律綱領、改定律令あるに方り刑法の公布ありし時は刑法に於て新律綱領、改定律令を廢するを明示せざるも同一の事柄に付て新刑法の規定する所は新律綱領、改定律令と牴觸するか故に其點に付ては新律綱領、改定律令は已に廢止せられたりと論せざる可からず。然れども法律の明文を以て何々の法律を廢止すと云はざる時は新法と舊法とを比較し同一の事を規定したる點の外舊法は依然存在すと云はざる可からず。即ち舊法と同一なるか又は少しく違ふ點に就ては舊法廢止せられたりとすると當然なれども新法に規定なき點に就ては舊法の存在すると當然なり。此の如く法律は明示又は黙示にて廢止せらるゝ事あれども法律か

無用となるか又は習慣と全く相反するに至るも其法律は廢止せられたりと云ふを得ず。假令法律が無用となるも依然其効力を有し。又法律と反對の習慣行はるゝとも其習慣は結局法律に勝つと能はざるなり。

法律已に實施せられ未だ廢止せられざるに當り其法律に背反する所爲を行ふもあるときは必ず之を罰せざるべからずと雖も。其所爲たるや必ず法律の實施後廢止前に行ふたるものならず可からず。若し或る罰則の實施前に行ふたる所爲にして其罰則の實施後犯罪となるべき所爲なるも其前に在ては罪とならざるものなるときは未だ處分を受けずと雖も新法律に觸るゝの理由のみを以て之を罰するを得ず。又或る法律の廢止後其法律に背反する所爲を行ふと雖も其所爲の罪とならざるは素より論を待たざるなり。

又刑法は豫め斯々の事は罰すべしとの事を知らしめ其禁止又は命令に背くに非されは之を罰せず。或る人刑法を以て御者の有する鞭に譬ふ。其鞭の一方には笛あり他の一方には革あり。御者豫め其笛を鳴して命に従はされは鞭を加ふるを告げ猶ほ走らざるとき初めて其馬を鞭す。此比喻甚だ適當なりと云ふを得

ざるも蓋し刑法の精神茲に存するや知るべきなり。刑法の効力其實施以前に溯らざるは第三條の規定する所なり。曰く法律は頒布以前に係る犯罪に及ぼすとを得ずと。是れ法律は既往に溯らすとの原則を示したるなり。然れども此原則は單に裁判官が解釋上然らざるを得ざることを示したるに過ぎず。故に若し立法者か或る罰則を設けて既往に溯らしめ以て其頒布以前の所爲をも罰せんと欲せば之を爲すも敢て妨害あるを見ず。要するに第三條の原則は裁判官に向て命令したるに止まるなり。然れども立法者と雖も豫め教へずして突然人を罰するか如きは輕々しく爲す可きとに非ざれば實に止む可からざる場合に於て之を爲すに止むるを當然とす。若し止むを得ず既往に溯るべきの法律を發したるときは裁判官は之を適用するの義務あり。而して人々之を遵守せざる可からず。

立法上の解釋即ち解釋法は其効力を既往に溯らしむることを明言せざるも其性質上公布以前に溯るべきものなりと云はざる可からず。抑も解釋法は一の法律ありて其意味不明なるか故に之を斯々に解釋す可しとの事を定めたるものなれば已に存する法律と合躰して同一のものとなるか故に法律の行はるゝに當りて行

ふたる所爲は假令解釋法の公布以前に係ると雖も其解釋法の意味に従て之を處分せざる可からず。

右の解釋法を除くの外凡て法律は既往に溯らざるを原則とす。此原則を適用するに當り若し被告人が訴を受けたる所爲を行ふたる時より其裁判を受くるに至る迄引續き同一の法律の行はるゝ場合に於ては別に疑問を生ずるとなし。然れども若し被告人が其所爲を行ふたる時には之を罰する法律ありしも未だ其所爲に就き裁判を受けざる以前に其法律が改正せられたる時は其所爲を行ふたる時の法律を適用すべきや、又は新法律を適用すべきや。此問題を研究するに當りては法律の種類によりて其結果相同しからざるか故に先づ其種類を區別するを要す。抑も法律中には或る所爲を犯罪なりとし且之に如何なる刑を適用するやを規定したるものあり。又犯罪を裁判するに就き裁判所の構成及び手續等を規定したるものあり。又犯罪に就て訴を起す可き期間に關する法律あり。右法律の種類により其決定同じからず。然れども概して云はゞ新に法律を改正したる場合には立法者は舊法を不良とし之を改正したりと云はざるを得されは舊法より

一層良好なる新法を片時も速に實施すること國家の利益と云ふべきなり。然れども他の一方即ち一私人の利益より云へば其法律が速かに實施せらるゝときは困難を覺ゆるとなきに非ず。此の如く一私人の利益と相抵觸するに至るか故に其調和の方法を講せざる可からず。然らば如何して之を調和すべきや。曰く新法を實施するに就き單に一私人の利益のみを害する場合なれば其一私人の利益は公益の爲め之を犠牲と爲さざる可からず。之に反して新法を實施するに就き一私人の權利を害するに至るときは其公益は權利に一步を譲り新法の實施を見合せざる可からず。是れ新法を適用す可き乎、又は舊法を適用す可き乎を決するに就ての標準なり。

今先づ犯罪及び刑に關する新法に法律は既往に溯らすとの原則を適用す可し。若し新法が舊法の罰せざる所爲を罰するか又は舊法に比すれば一層重き刑を科するときは其新法は之を被告人に適用す可からず。只新法以後に於て被告人の行ふたる所爲を罰するに止め決して其以前の所爲に及ぼすを得ず。何となれば法律が豫め之を罰する事を示さざるときは人々其所爲を自由に行ひ得へしと信

するものなれば其所爲に就ては刑罰を受けざるの権利あり。然るに後之を罰するの法律を設け其實施以前に行ふたる所爲を罰するあらば新法は處刑を受けざる權利を害すと云はざるを得ず。故に新法を適用するを得ざるものとす。又舊法に或る所爲を二月以上四年以下の重禁錮に處すとありしに新法に於ては同一の所爲を重懲役に處すとせんか、被告人は舊法の輕き刑に處せらるべき權利を有するか故に新法を以て之を罰するを得ず。然らざれば舊法に従ひ輕く罰せらるべき權利を害するものとす。之に反して被告か或る所爲を行ふたる當時の法律は其所爲を罪とし罰したるも未だ裁判を受けざる中其法律改正せられ。改正法律に於ては其所爲を罪とし罰せざるか。又は舊法より輕き刑を科することならんか其改正せられたる新法を適用せざる可からず。抑も立法者は或る所爲を罰するの必用なしと認むるか。又は其所爲に舊法の如く重き刑罰を加ふるの必要なしと認むるか故に新法を適用するは被告人の權利を害するとなくして公益に適すと云はざるへからず。何となれば被告人は刑罰を受くるの權利又は重き刑に處せらるべき權利を有するとなければなり。故に刑法第三條は其第二項に規

定して曰く、若し所犯頒布以前に於て未だ判決を経ざるものは新舊の法を比照し輕きに從て處斷すと。然れども繼續犯の場合には右の規則を適用すべき限りに非ず。舊法の下に於て犯罪を行ひ始め新法實施後に至る迄引續き之を行ふときは新舊法を比照し其輕きものを適用するを要せず常に新法を適用するを當然とす。何となれば繼續犯か新法の下にまで引續くときは純然たる新法の違犯なればなり。

被告人か或る犯罪を行ふたる時と其犯罪に就き裁判を受くるときとの間に於て法律の改正只一回に止まらば前段に論じたる規則を適用するに就き毫も疑を生ぜざるも。若し其改正一回に止まらずして二回又は三回以上に及ぶ時は孰れの法律を比照し孰れの法律を適用すべきやの疑を生ずるとなしと云ふ可からず。然れども法律は單に新舊の法律を比照し輕きに從ふて處斷すのみ云ひ別に制限を立てざるか故に其間に實施せられたる法律は皆之を比照し其最も輕きものに從ふを當然とす。例へば犯罪當時の法律は其所爲を重懲役に處すへしと規定せしも、中間に在て其法律を改正し之を二月以上四年以下の重禁錮に處すべきも

のとし、又は全く無罪とせしも未だ裁判を受けざる中に再び其法律を改正し其所爲を輕懲役に該るものと爲したるときは其最も輕き中間の改正法に従ふて處斷すべきものとす。

#### 新舊法に關する事

##### 新舊法律に刑の輕重ある場合

余は以上前に犯罪ありて未だ其裁判あらざる間に刑法の改正ありし場合には舊法を適用するか新法を適用するかの問題に就き新法か舊法より輕きときは新法を適用し新法か舊法より重きときは舊法を適用す可き事を論じ。又其間數回の改正ありしときは何れの法律を適用す可きやの問題をも論じたり。故に新舊法の中輕きものに従ふことは既に明瞭なりと雖も新舊法を比照し輕きを適用するの原則は實際甚だ困難なる場合なしとせず。今其場合を擧げ逐次之を論究せん。

(一) 新法は舊法の認めて犯罪なりとせし所爲を犯罪と爲さざるに至るか、又は之を犯罪とするも舊法に比照すれば其罰甚だ輕きとき。此場合に於ては其輕きに従ふの原則を適用するに就て疑を生せず。

(二) 犯罪當時の法律は之を重罪として罰したれども新法は輕罪とするとき。此場合も新法の輕きこと亦疑なし。

(三) 舊法にて重罪たりしものを新法も亦重罪として罰すれども新法の刑は舊法より輕きとき。例へば舊法は死刑を以て罰したりしに新法は無期徒刑以下の刑にて罰するか。又は舊法は有期徒刑なるに新法は重懲役又は輕懲役に罰する場合には新法を適用すること議論なし。

(四) 舊法は自由刑(禁錮の如し)を以て罰したりしに新法は罰金の刑にて罰するとき。此場合に於ては新法輕きが故に新法を以て處斷せざる可からず。

以上四個の場合には新法の輕きこと疑なきを以て新法を適用すべきと明晰なり。

(五) 新舊兩法刑期の長短に差あるとき。新法も舊法も罪とするの點は同一にして又舊法の輕罪を新法も輕罪とし。其犯罪たる所爲も同一性質なるのみならず、其刑も亦同性質のものを適用す。然れども刑期に差あり。例へば舊法は四月以上四年以下の重禁錮を以てせしに、新法は二月以上五年以下の重禁錮と改正したり。新舊何れが輕くして何れが重きか。殆んど判別に苦しむ可し。最

長期を比照すれば新法重く最短期を標準とせば舊法重し。論者或は曰く此場合には新舊法を折衷し長短期各其輕き者を探りて二月以上四年以下の刑を設けて罰す可しと。然れども此折衷説は甚だ專横なりと云はざる可からず。何となれば法律には現に二月以上五年以下、四月以上四年以下の刑の外あるとなし。然るに裁判官が濫りに二月以上四年以下の刑を設定するは到底理論の許す所に非ざるなり。必ずや新舊法孰れか其一に居らざる可からず。然らば右の場合に於ては舊法輕き乎、新法輕き乎。新法に據るときは裁判官の見込に依り五年の最長期に處するを得。故に新法は舊法より重しと云ふ可し。舊法に依れば假令情狀重しと見るも四年を超過するを得ず。去れば最短期を比照せしめて最長期を比照し其最も長きものを重しと爲さざる可からざるなり。故に最短期の如何は敢て問ふ所に非ざるなり。

(六) 舊法の常事犯と爲したる所爲を新法は國事犯とし之に適用す可き刑の性質を變更したる場合。常事犯なると國事犯なるとに依りて刑の性質に區別あり。即ち重罪の刑に就て云は、常事犯は徒刑懲役を以て罰するも國事犯は流刑、禁

獄の刑を以て之を罰す。又輕罪に於ては常事犯は重禁錮を以て罰するも國事犯は輕禁錮を以て之を罰す。此場合に於ては舊法は重禁錮、新法は輕禁錮なり。舊法は徒刑、新法は流刑なり。舊法は懲役、新法は禁獄なり。判事は新舊法何れを適用すへき乎。換言すれば常事犯の刑と國事犯の刑と其刑の階級同一なる場合には何れを重しと爲し、何れを輕しと爲す可き乎。常事犯は重く國事犯は輕しと云ふ可からず。何となれば犯罪の性質に輕重なければなり。去れば結局刑の輕重を問ふの外なし。若し舊法にて有期徒刑なりしを新法に於て禁獄と爲すか如く刑の階級に改正ありしときは其輕重判然れども。舊法にて懲役なりしを新法にて禁獄と爲したるに過ぎざるときは刑の性質に差違を生じたる迄にて刑の輕重には差違なく新舊法相等しくして被告人に既得權なし。故に裁判の當時に効力ある法律に依らざる可からず。

此の如く新法は舊法の罰したる所爲を罰せざるに至るか。又は舊法より輕き刑を以て罰するに至りしときは假令舊法時代に犯したる犯罪なりとも新法を以て罰す可きは當然なり。然れども以上論する所は未だ裁判なき場合に適用するを



得るのみ。然るに舊法の時代に於て已に裁判を受けられたれども其裁判未だ確定に到らず控訴、上告期間の経過せざる間なるか。又は控訴、上告中に新法の頒布ありて其刑輕くなりしときは前論したる所に従ふて處分せざる可からざるや否やの疑を生ず。然れども此疑問を決するは敢て困難に非ず。即ち裁判の確定せざるに先ちて被告人控訴を爲すときは前述の新舊法の輕きに従ふの原則を適用して處斷せざる可からず。又控訴の裁判未確定の時に新法の頒布ありて被告人上告したる時は大審院は前原則を適用し控訴の裁判其原則に適せされは之を破毀せざる可からず。而して大審院其事件を他の控訴院に移したるときも移送を受けたる裁判所は新舊法を比照して處斷せざる可からず。蓋し破毀を受けたる裁判は犯罪當時の法律に照せば一の瑕瑾あるに非されども新法か其刑を輕くせし上は最早重刑を以て之を罰するの必要なしと云はざるを得ず。故に新法を適用するを條理に適するものと云ふ可し。

裁判の未だ確定せざる前に新法の頒布ありし場合は右の如し。今や一步を進め舊法を以て處斷せられ其裁判既に確定したる後新法の頒布あり新法の刑舊法よ

り輕くなりしときは其確定したる裁判に影響を及ぼさざるや否やを研究せざる可からず。刑法に於ては此場合を規定せざるか故に既に確定したる犯罪を再び裁判するを得すと決定せざる可からず。然れども立法上より論すれば舊法は不善なるか故に之を改正したりと云はざるを得ず。故に新法は舊法より一層善良なりと看做すを得。然らば即ち舊法を以て既に處斷したるものと雖も未だ其執行を終らざるに於ては善良なる新法の恩恵を被ふらしむるを可とす。是を以て新法實施以前の犯罪にも亦之を及ぼすの方法を設け舊法の罰したる所爲も新法に於て罰せざるときは其受刑者を放免し。又舊法の刑を不相當とし新法にて之を輕減したるときは結局舊法の處刑無用に失する所あるか故に其受刑者の刑罰を輕減すること穩當なりと云ふべきなり。然れども立法者は法律は頒布已前に遡らすと規定し本問題の場合を其例外中に列せされは新法を適用するを得ざるなり。故に檢察は其確定したる裁判通りに刑の執行を爲さざるべからず。若し其刑の酷に失すと思考せば特赦を請ふの外途なきなり。故に特赦は此點に於ける法律の缺點の幾分を補足するを得るものとす。

新舊法律の執行方法に差異ある場合

七四

例へは舊法に於ては徒刑を内地にて就役せしめたるに新法は之を北海道又は小笠原島の如き島地に發遣して就役せしめ。又舊法にて北海道に發遣したる者を琉球に送るとに改めたるか如き場合は刑の執行方法を改正したるものなり。此場合は其執行の場所を變したるに外ならざるも其外他の執行方法を改正すると尠しとせず。此等の場合に於て若し其改正單に執行方法に止まらば犯罪ありて未だ處分なき場合と既に其處分の確定したる場合とに拘はらず常に新法を適用せざる可からず。然れども其執行方法を改正したるか爲め重禁錮の變して輕禁錮となり、重懲役の變して輕禁獄となる等の變動を起すに至らば常に新法を適用すと云ふへからず。此場合に於ては前述の原則を適用し新舊法を比照し其輕きに從ふて處分せざる可からず。去れば新法の執行方法が被告人に利益なるときは新法を適用し反之舊法却て利益なるときは舊法を適用す可し。例へは舊法にて禁錮以上懲役以下の刑は内地にて就役せしむと規定したるも若し之を島地に發遣するとに改正せば最早徒刑と差別なきが故に舊法に從はざる可からず。尤

も徒刑と懲役とは刑期に差あるを以て其執行方法を變更して場所を改正するも未だ刑の性質を變するに至らずと雖も。若し徒刑と懲役とは執行の場所のみ差ありとせば其執行の場所の變更は全く刑の性質を變するに至る可し。

新舊法時効の規則に差ある場合

新法頒布せられ舊法の規定したる公訴の時効又は刑の時効の期間を伸張し又は短縮したるときは新舊法何れに從ふ可きやを論究せざる可からず。但公訴の時効は刑事訴訟法之を規定し。刑の時効(刑法は期滿免除と云ふ)は刑法之を規定す。余は今刑法を講述するか故に刑の時効に止むるを當然とす。然れども公訴の時効に就ても刑の時効に就ても余か今論ずる所の規則は同一なるを以て二種の時効を併論するを便利とす。

刑事訴訟法の規定に依れば犯罪ありて久しく發覺せず檢察官及び警察官之を捜査せず隨て未だ其公訴を起さずして或る時期を經過すれば其公訴權消滅し其犯罪人を罰するに能はざるに至るものとす。或は檢察官又は警察官已に其犯罪の捜査に着手せしも後之を打捨て其捜査を繼續せざるときは其最終の手續を爲したる

日より再び時効の経過を初め。重罪なれば十年、輕罪なれば三年、違警罪なれば六ヶ月の期間を以て公訴を起すと能ざるに至るものとす。又一步を進め裁判所は既に其犯罪に就て判決を下し有罪なりとの宣告を爲せしも被告人逃走して踪跡を晦ますか、又は検事の起訴ありたるに拘らず被告人出頭せずして欠席判決の言渡ありたる時は其被告人は現に刑の執行を免れ居る者なり。若し其被告人久しく捕に就かず死刑なれば三十年、無期徒刑なれば二十五年、有期徒刑又は流刑なれば二十年、重懲役又は重禁獄なれば十五年、輕懲役又は輕禁獄なれば十年等一定の時期を経過すれば刑の期滿免除を得て社會は其被告人に對して其刑を執行すること能はざるに至る。此の如く被告人か久しき時間を経過すれば公訴を免れ又は刑の執行を免るゝは何そや。曰く時久しきを經れば社會の人其犯罪に依りて生したる悪感情を遺忘するに至るへし。然るに若し其感情已に去りたるの時に當りて公訴を起し刑罰を執行せんか社會は再び悪感情を惹き起す可し。果して然らば即ち公益に害ありとす。是れ時効を規定する所以なり。時効の性質及び時効の起りし所以は右の如し。然るに刑の期滿免除即ち刑の時

効にもせよ公訴の時効にもせよ其期間を新法に依りて變更したるときは新舊法孰れを適用すべきや。例へば舊法にて三年と定めありし時効を新法にて五年若くは二年に伸張若くは短縮するか如きとあらば新舊法を比照して其最も短き期間を適用す可きや否や是れ一の疑問なり。抑も時効は其性質訴訟手續に屬し刑法の本規則に非すとせば訴訟手續に就ては既得權なきを以て之に關する新法を既往の犯罪に及ぼすも差支なかる可し。去れば新法か舊法の時効期間を短縮又は伸長したるに拘はらず之を適用せざる可からず。然れども時効のものたる純然たる訴訟手續たるに止まらざるか故に舊時の犯罪に新法のみを適用するに就ては反對説なきに非ず。此疑問に就て起る所の説數種あり。即ち極端二説と折衷説との三種是なり。

(第一説) 新法を以て舊法の時効期間を改正したる時は何れの場合に於ても舊法を適用せざる可からず。此の如く常に舊法のみを適用せば新法か舊法の期間を短縮したる場合に於て犯罪人は新法の利益を受くることを得すと雖も。之に反して若し新法か却て舊法の期間より延長したるときは犯人は新法の爲めに不利

を蒙ふむるの憂なし。故に期間の延長と短縮とに拘はらず常に舊法を適用するを可とすと。然れども此説は非なり。何となれば時効は前述の如く或る時間を経過すれば社會に於て犯罪の爲めに生したる悪感情を遺忘するの理由に基くものなり。故に公訴の時効も刑の時効も皆公安に基く法律なりと云はざる可からず。隨て之を適用するにも亦公益公安は常に之を重んじ一人の利益の如きは之を犠牲に供して可なり。然らば即ち新法に於て舊法の時効期間を改正せしに尙ほ舊法を適用するは右の原則と相抵觸する所なしとせず。且此説に依れば奇怪なる結果あるを免れず。例へば新律綱領改定律令の時代には時効と稱するものなしと雖も舊惡減免なるものありて其期間は十年なり。然るに治罪法に依れば公訴時効(公訴期滿免除)は輕罪に就ては三年重罪に就ては十年なり。故に舊法に依れば十年を以て舊惡減免を得へき所爲か新法に於ては三年に於て期滿免除を得るものなしとせず。果して然らば舊法時代に犯したる罪新法實施の當時既に五年を経過すと雖も新法實施後仍ほ五年を経過せざる可からず。然るに新法實施の日之と同一種の罪を犯し新法に依れば輕罪に入る可きものなるときは單

に三年を経過すれば公訴時効を得るものとす。故に同一種の犯罪にして新法の下に於て之を舊法の下に於ける五年前の犯罪より二年早く公訴時効を得る譯なり豈奇異の結果に非ずや。是れ余か第一説に左袒せざる所以なり

(第二説) 此説は第一説と正反對にして何れの場合に於ても新法を適用すべしと云ふに在り。其理由に曰く時効は犯罪人の利益の爲めに設けたるものに非ず社會の悪感情を再發せしめざるか爲めなり。故に公益に基く規則なり。若し新法に於て舊法の時効期間を改正せば新法は舊法に優ざる所の法律なりと云はざるを得ず。故に一日も早く新法を適用するは社會の利益なり。若し刑の改正ありて舊法の刑輕きか如き場合に於ては犯人に既得の權利ありて新法を適用すべからざることは前已に論したるところなり。然れども時効に就ては既得權なし。假りに既得權ありとするも新法か時効の期限を短縮したる場合に於て犯罪人は新法を適用するか爲めに何等の損害をも受くるとなし。又新法か其期限を延長したる場合と雖も犯罪人は新法の適用を拒絶するの權利なし。何となれば罪を犯し其公訴を免るゝも又既に言渡されたる刑の執行を免るゝも之を免かるゝの

權利を得べきものに非されはなり。去れば被告人は時効の延長ありたればとて權利を害せらるゝに非ざるを以て之を訴ふるの途なきなり。又検事も時効の短縮の爲め犯罪人を罰すると能はざるに至るとに就き敢て訴ふる能はざるなり。何となれば検事は社會の代表者なり社會に於て時効の期限を短縮し犯罪人の早く罪を免るゝとを其利益なりとせば之に對して異議あるべき理由なければなり。故に何れの場合に於ても新法を適用す可しと。

然れども新法か時効の期間を短縮したるときは被害者は爲めに損害を蒙ふる可し。抑も被害者は公訴に附帶して損害の賠償、贓物の返還を刑事裁判所に訴ふるの權利を有す。然るに私訴は公訴と共に消滅すべきものなるを以て公訴消滅の原因は亦私訴消滅の原因なり。故に公訴時効の期間短縮すれば私訴時効の期間も亦短縮せざるを得ず。例へば公訴時効五年なれば犯罪人に對して私訴を起すの權あるもの五年間は其訴を起すの權あり。然るに犯罪後新法發布せられ其期間を三年とするときは私訴を起し得べき期間も亦二年を減縮するの不利あり。加之被害者は之か爲めに私訴を起すの時機を失するとあらん。是れ其既得權を

害せられたりと云ふべきなり。此點に就ては第二説は稍々穩當ならざるか如くなれども時効は公益の爲めに設けられたるものなり。公益の爲めには一私人の利益を顧みるを得ざるなり。故に民事原告人の權利を害するとは實に止むを得ざるなり。余は第二説に左袒せん。

明治十五年刑法治罪法の實施せらるゝに當てや夙に此疑問を生したりしか途に新法を適用するととなれり。然るに茲に仍ほ一の疑問あり。何そや新法の實施は舊法の下に於て其經過を初めたる時効を當然中斷する者なるや否やの問題是なり。若し舊法の時効即ち舊惡滅免か新法の實施に依りて當然中斷せらるゝとせば明治十五年一月一日より新に時効の期間を起算せざる可からず。例へば明治六年中に犯したる犯罪は明治十五年に於て當然其時効を中斷せらるゝを以て明治廿五年に至らされは其時効満了せず。故に前後二十年を経過して始めて時効満了する譯なり甚だ酷なりと云はざるへからず。且夫れ法律に於て時効中斷の方法を規定すと雖も。余は未だ新法の實施のみを以て當然之を中斷するの法律を見ず。然れども新法實施は時効中斷の効力ありとは實際に行はれたる説な

り。余は其理由を知らざるなり。

(第三説) 此説は第一第二の説を折衷したるものなり。而して此説は甲乙二派に分る。甲派の説に曰く時効も亦刑の改正ありたる場合と同じく新舊兩法を比照し其最も短き者に従ふべし。即ち若し新法の時効が舊法より短きときは新法を適用し之に反するときは舊法を適用す。蓋し時効は單に訴訟手續に屬するのみに非ず其期間を経過するときには犯罪人を罰するを得ざるに至るか故に刑罰執行上の條件なり。故に新舊法に従ひ輕きに從ふを論理とすと。然れども此説も亦犯罪人の私益にのみ拘泥するの説にして時効は公益の爲めに規定したるものなるとを顧みざる誤謬の説と謂はざる可からず。

乙派の説に曰く新舊法を折衷し相混合して適用す可し。例へば舊法の時効は其期間十年にして新法は之を五年に短縮したりと假定せんに。舊法の下に於て已に四年を経過したる犯罪には新法の割合を以て新法の期間を適用す可し。即ち十年の中四年を経過せるものなれば殘期は六年なり。而して新法の一年は舊法の二年に當るを以て新法實施後三年を経過すれば時効に罹るとを得せしむ可し。

故に其犯罪は前後七年を経過すれば全く言渡されたる刑罰を免かるゝとを得るものとす。若し此の如き主義を以て刑法を適用せば嚴に失せず寛に過ぎず極めて穩當なりと論ずるものあり。然れども是れ立法論としては一理なきに非ざるも法律の明文あるに非されは刑法適用論としては賛成するを得ざるなり。何となれば勝手に時効の期間を判定するものなればなり。

## 第二節 有形上の元素

凡そ犯罪は犯人か其心裏に之を考ふるを以て足れりとせず必ずや之を外部に發表し其所爲を施すに至り始めて成立するものとす。是れ前に屢々説述せし所なり。有形上の原素とは即ち此條件を云ふ。然れども犯人か或る罪を犯すの念を起し遂に之を執行するに至る迄には種々の経過あり。其経過の度に依り或は犯罪となり或は犯罪と爲らざるとあり。又其犯罪となる場合に於ても刑の適用上幾分の差違あり。去れば其犯罪を爲すの念を起してより犯罪を執行するまでの経過を論ずると最も必要なり。

第一期 例へば人を殺さんとの念慮を起し愈々之を執行せんとを決心するまで

を云ふ。此期に在る間は犯罪を爲さんとの念慮犯人の心中に在るを以て他人之を知ると能はず。

第二期 第一期に於て決心したる念慮を幾分か外形上に露はす時を云ふ。則ち犯罪の決行を爲すに就て豫備を爲すまでに進みたる場合なり。

第三期 豫備の所爲既に終り尙ほ一步を進め其犯罪の一部に着手したる時期を云ふ。然れども自己の心にて其所爲は不良なりと考へて之を止むるか又は自己の心に於ては飽くまで決行を爲す意思なるも他の原因にて犯罪たる所爲を止めざる可からざる場合に至るとあり。

第四期 第三期の如く自ら止めたるに非す又他の原因にて止めたるに非す。全く犯罪たる可き所爲を行ひたるも犯罪たる可き結果を得ざりし場合なり。

第五期 犯罪たる所爲を決行したるも其犯罪たる可き事實は到底遂げ得べからざる場合なり。

第六期 犯人の思ふ如く充分に犯罪を仕遂けたる場合。即ち例へば人を殺すの念慮を起し全く其人を殺し了りたる場合なり。

以上六期の區別に就て第一期より第四期に至るまでは區別最も困難にして且犯罪の成立すると否とに關係あり。其犯罪たる場合に於ても刑の適用上に影響あれば之を詳説するの必要あり。然れども第一期及び第二期に於ては犯罪成立に必要な有形上の元素未だ全く備はらず。第三期以下に至ては其元素已に備はり犯罪成立するを原則とす。然れども不能の場合は此限に非す。今より各期に就て一々之を詳論すへし。

第一期 犯罪を爲さんと考へ愈々決心するまでの時期

此期は人の心中に在るを以て他人之を知る能はず。去れば到底之を罰することを得ず。又假令其人口頭を以て其決心を吐露するか又は筆して之を他人に示したるか爲め世人某の犯罪を企つるを知り畏懼の念を生ずるに至るとあるも法律は尙ほ未だ之を罰せず。凡て犯罪を未然に防くは行政警察の事たり。故に警察の力を以て之を處分するを得るも裁判所は人の心中に立入り直ちに其權力を行ふとを得ざるなり。刑法第百十一條には、罪を犯さんと謀り又は其豫備を爲すと雖も未だ其事を行はざる者は本條別に刑名を記載するに非されは其刑を科

せずとあり。罪を犯さんどを謀るとは余輩の所謂第一期に外ならず。是に由て之を觀れば我刑法は第一期即ち決心に止まるときは之を罰せざるの原理を認むると明瞭なり。

罪を犯さんどの念慮及び決心に止まるときは法律に於て之を罰せずとの原則には毫も例外あらざるや。第百十一條には本條別に刑名を記載するに非されは刑を科せずとあり以て其例外あるを知る可し。故に犯罪の念慮及び決心を罰せざるは一應の原則にして之を罰するの例外ありと云はざる可からず。然らば其例外は如何なる場合に在りや。蓋し第二編第二章第一節中に兵隊を招募し又は兵器金穀を準備し其他内亂の豫備を爲したる者は第百二十一條の例に照し各一等を減す。又其第二項に内亂の陰謀を爲し未だ豫備に至らざる者は各二等を減すとあり。此第二項の場合は陰謀を爲すに止まり豫備に至らざる者なれば第二期に入らざるものなり。而して法律は尙ほ之を罰するは即ち原則の例外なり。尤も只一人一己にて内亂を爲さんどの決心を爲したるのみにては未だ内亂の陰謀と云ふ可からず。何となれば内亂は一人一己にて起し得る者に非す必ずや數人

の間に起らざる可からず。而して内亂の陰謀者數人ありて各自間に申合を爲し協議を調ふるときは是れ内亂の陰謀なり。然れども未だ豫備に至らざるか故に第一期に在ると疑ふ可からず。

又此例外の一として脅迫罪を擧ぐるものあり。例へば人を殺さんどの決心を爲し且其人に向て予は汝を殺す可しと云はんか未だ殺人罪の豫備の所爲に着手したるに非ず。然れども脅迫の罪は既に成立す。是れ豫備に至らざる念慮及び決心を罰する場合なりと云ふに在り。然れども是れ決して例外に非ず。脅迫罪を以て若し謀殺其他の犯罪を爲すの念慮及び決心を罰するものとせんか裁判官は脅迫者加果して其口に發し紙に筆して被脅迫者に通告するか如く之を殺すの決心を有せしや否やを吟味せざる可からず。而して若し其決心あると認めれば之を罰するを得へきも若し其意思なきときは之を罰するを得ざるなり。然れども脅迫罪は眞に人を殺し其他の事を行はんと意思あるを問はず只脅迫を爲すの意思ありとせば以て足れりとす。故に脅迫罪は謀殺其他の犯罪の第一期中に在るものとして之を罰するに非ず。一種特別の犯罪として之を罰すると明かな



り。即ち脅迫を爲すの意思を以て現に脅迫に着手するを以て犯罪とするや疑なし。

## 第二期 犯罪の豫備

犯人か人を殺さんとを決心するも其決心を隠し念慮を維持せざるに至れば第一期にて終を告ぐ。然れども尙ほ一步を進め其決心を外形上の所爲に表はすに至るとあるへし。若し之を外形上の所爲に表はすときは即ち豫備又は執行二者の一を出てす。例へば犯人殺人其他の犯罪を爲すの念慮を起し其決心を爲し已に之を施行したるときは其所爲豫備に屬するや又は執行に屬するや。之を區別すると肝要なり。若し其所爲にして豫備に屬せんか刑法第一百十一條に依り法律は之を罰せざるを原則とし。特に法文に記載ある場合のみを罰するに過ぎず。然れども若し其所爲にして執行に着手したるものならんか之を罰するを原則とす。然れども法律は其區別の標準を規定せず。又到底法律の規定し得べきものに非す。語を換へて之を云へば如何なる程度に在ては豫備となり、又如何なる程度に進めは執行となるやは各犯罪の性質と事情とに依りて決定すべきものにして一

般の法則を以て支配し得べきものに非す。

然れども各犯罪に就て云ふときは豫備と執行とを識別するには實際如何なる點に着眼するを要するや豫め之を一定するを得べきなり。故に左に其着眼す可き點を述べん。

(第一) 犯人か行ふたる所爲は如何なる犯罪を爲す目的にて行ふたるや。即ち竊盜の目的なりや又は詐欺を爲す目的なりやの點に注意せざる可からず。而して此點は純然たる事實の問題なり。

(第二) 右事實の點既に定まりたるるとき。例へば竊盜を爲すの目的なること明かなるときは犯人の行ふたる所爲は竊盜の着手なりや又は着手に非ざるやの點に着眼せざるへからず。而して此點は全く法律上の問題なり。若し此場合に於て犯罪の着手なりとすれば所謂執行の一部なるを以て其犯罪は成立す。

右の二點は豫備と執行との識別に就て必要なり。然れども執行は必ずしも犯罪たる可き所爲其ものに着手するを要せず。例へば竊盜は人の所有物を竊取するものなれば其執行に着手したりと云ふには竊取せんとする物品に手を着くるを

要すとせば人の所有物に手を着けされは未だ執行ありといふ可からざるに似たり。又人を殺すには銃砲にて射るか若くは刀劍を以て斬害すへきものなれば罪となる可き所爲其ものに着手するを要すとすれば果して銃を發射し又は刀を以て斬り付けたるに非されは着手なきに似たり。然れども罪と爲る可き所爲其者に着手するに及はず只其罪と爲る可き所爲に密着の關係を有する事柄を行ふときは既に犯罪の着手ありと云はざる可からず。例へば竊盜なれば他人の家の牆壁に階子を掛けて踰越するか、又は門戸を破壊して家宅内に侵入する場合には尙ほ未だ人の所有物に手を觸れたるに非ざるも竊盜を爲すの決心を以て此の如き所爲を行ふたると明かなるときは即ち竊盜の執行の一部となる可し。去れば其人は果して家内に在る物品を竊取するの目的にて入りたるや。又は他の目的を以て入りたるやを吟味し。若し竊盜の目的にて入りたると定まれば即ち第一の事實の點定まるものとす。而して其所爲は犯罪の目的に密着するものなりやの第二の法律問題を決定し。若し密着の所爲なり、竊盜の着手なり、執行なりと定まらば即ち豫備の所爲より一步を進みたるものにして最早未遂犯の區域に入りた

りと論せざる可からず。又他の一例を擧げんに人を毒殺せんと決心し藥舖に到り毒藥を購入し目的たる人に飲ましめんとして其家の下婢と通謀し之を食物中に混入せんとを約し之を其下婢に交付せり。然れども下婢後に之を悔ひ未だ之を食物中に混入せざるに及んで檢事又は警察官に自首したりとせん。此場合に於て毒殺を企てたる人は毒殺の豫備を爲せしや執行をなせしや疑もなく豫備の所爲に止まるものなりと決せざる可からず。何となれば毒殺せられんとしたる人か之を飲む迄には尙ほ未だ餘程の隔たりあり接近の所爲と云ふ可からざればなり。然れども下婢の既に毒藥を主人の食物中に混入したりとせんか假令未だ飲食せざるに先ち發見したりとするも毒殺の未遂犯を以て論せざる可からず。何となれば毒藥の混入と主人か之を飲食するとは直接の關係を有すればなり。尙ほ一步を進め主人は既に之を食せんとし箸を採りて將に之を口にせんとするとき偶々藥商來り毒藥の混入するとを發覺したりとせば其執行の一部ありたると益疑あらざるなり。

又茲に甲者あり乙者を殺さんと企つ一日乙外出して深夜或る森林を過ぎりて

歸宅す甲其森林に潜伏し竊かに乙の通行を待つ。此潜伏の事實は尙ほ乙を殺す所爲とは大に隔たる所爲なるか故に尙ほ未だ豫備の區域に在るや明なり。而して乙は甲の潜伏するを知らず其地を通行す甲豫て携帶せし銃を執て乙を狙ひ將に發火せんとす。偶々三者あり之を覺知して甲者の銃を奪ふ此場合に於て甲は既に犯罪に着手せり。何となれば已に之を狙ひたる上は只之を發するの一事にて犯罪を行ひ得へく其間髪を容れされはなり。又少しく其例を變せん。例へば甲乙を殺害するの意思にて刀を携へ同一の場所に潜伏し乙の通行を待つ其通行するに當り刀を執て乙に擬す其所爲は殺害と甚た接近するを以て亦犯罪の着手なりと云はさる可からず。又一步を進め既に斬り付けたりとせば其所爲の執行なると毫も疑ふ可からず。

又他の一例を擧げん。甲は乙の家に放火せんとし木片を或る大工の家より自己の家に持ち來りしとせん。此ときに當りては尙ほ未だ放火の所爲と懸隔あるを以て豫備の所爲なりと云はさる可からず。然れども一步を進め夜竊かに其木片を乙の家に持行き之を其家根裏に安置し摺附木を以て火を點したりとせんか是

れ即ち犯罪の執行なり。又方法を代へ乙家の竈の側に木片を安置し火の燃ゆるあれは直ちに其木片に移り又家屋に移る様にしたりとせん。此場合に於ても火の木片に移るは必然にして家屋の燒失と密着の關係あり。故に犯罪の着手なりと云はさる可からず。

前數個の例は何れも著しき場合なるを以て豫備と執行とを區別するは格別困難に非ざるに似たるも實際事實上より考ふれば豫備執行果して何れに屬す可きや容易に決す可からざる場合多し。故に苟も刑法を研究するものは深く研究せざる可からず。前段に述べたる如く裁判官の着目す可き點は第一に如何なる所爲を行ふたるやを定め。第二に其所爲は執行の一部にして未遂犯なりや否やを決定するを要す。而して第一の點は事實の問題なるを以て事實裁判官の専ら認定す可き事なれども。第二の點は法律問題なるを以て大審院は充分に立入り裁判するを得るものとす。

右の如く或る所爲を未遂犯として罰するには其被告人は如何なる所爲を行ふたるや其事實を明記せざる可からず。若し單に犯罪の執行に着手したりと云ふに

止まらば事實の理由を附せざるものとして大審院の破毀を免れず。

此第二期即ち豫備の時期に在る間は法律は其所爲を罰せざるを原則とし。之を罰するは例外なり。然らば則ち豫備の所爲を罰せざるを原則とするは如何なる理由に基づくや。既に犯罪を爲すの念慮決心あり。而して外形上其豫備の所爲ある上は之を罰すること至當なるか如し。然るに之を罰せざるは如何。其理由は左の如し。

(第一) 豫備の所爲は未だ疑惑を免れず其人果して或る犯罪を爲すや否や確に之を判別するを得ず。例へば甲者人を殺すの意あり刀を買ふ然れども他人より之を見れば甲果して人を殺す爲め之を買ひしや或は平生武器を好むの僻あるか爲めなるや或は木竹を伐る爲めなりや未だ之を確信するを得ず。此の如く豫備の所爲のみにては未だ犯罪を爲すの意思を確知するに由なきか故に法律は疑はしきは寧ろ輕きに失せよとの理由に依り之を罰せざるを原則とせり。

(第二) 今や一步を進め刀劍を買入れたるは人を殺すか爲めなり。又モルヒテを購求せしは人を毒殺するが爲なりとの自白あり爲めに其意思判然たりと假定せ

ん。此場合に於ても其行爲は未だ社會に一の害を生せず社會に一の害を生せざる所爲は之を罰するの必要なし。蓋し刑法定定の目的は社會の害を除き社會の安寧を維持するに在り。而して豫備の所爲は尙ほ未だ社會に一の害を與へずとせば即ち刑罰權を實行す可き區域内に入らざるものなり。然れども豫備の所爲にして既に社會に害を與ふるとき即ち内亂の豫備の如きは之を罰せしめて執行に着手せしめなは或は之を罰するを得ざるに至るやも知る可からず。此の如く社會に回復すべからざる害を與ふる所爲は豫備の所爲と雖も之を罰するの例外法を制定するの必要あり。之を要するに豫備の所爲は後日社會に害を生ずる憂ありと雖も現に害を加へざるを以て之を罰せず。

(第三) 豫備の所爲を罰せずと定むるときは假令犯罪人が犯罪を爲さんとして既に豫備の所爲を爲すも後悔悟の念を起し之を中止するとある可し。若し然らずして豫備の所爲ある以上は必ず之を罰すとせば罪を犯すも罰せられ犯さざるも罰せらる。故に寧ろ犯罪を爲すの優れるに若かずと爲し之を執行して退くとなしと云はざる可からず。去れば豫備より先に進ましめずして後悔其他の事情よ

り將に犯さんとする罪畔を中止せしむるは社會の利益なり。是を以て之を罰せざるは其當を得たるものとす。尤も徳義上より論すれば悪事を爲すを考へ其豫備を爲す以上は之を罰すると至當なるか如し。然れども社會の利益上より云へば之を罰せざるを可なりとす。故に之を罰せざるを原則とせり。

### 第三期 犯罪の執行未遂

此期は既に犯罪を行ふとに着手したるものなれば第二期とは反對にて法律は之を罰するを原則とし之を罰せざるを例外とせり。而して犯罪執行着手の成立つには左の三個の條件を具備するを要す。

(甲) 實際被告人が斯々の犯罪を行ふの意思ありしことを明瞭にせざる可からず。即ち人家に忍び入りたるものを竊盜未遂犯なりとせんに竊盜を爲すの意思を以て人家に忍び入りたるを明にせざる可からず。然らば罪質の定まらざるか故に其所爲は如何なる罪の未遂犯なりやを決定すると能はざるへし。又例へば甲者が劍を以て乙者に斬り付けたる所爲を謀殺未遂犯なりとせんに甲者は乙者を殺すの意思にて斬り付けたることを證明せざる可からず。而して此條件

より下の如き結果を生ず。前に犯罪の區別を論じたる場合に有意犯と無意犯との區別を述べたり。抑も有意犯には未遂犯あるも無意犯には未遂犯なしと云はざる可からず。何となれば無意犯は罪を犯すの意思なくして成立するものなればなり。例へば過失殺傷の如きは人を殺傷するの罪なれども殺傷の意思あるとを要せず。此の如く人を殺傷せんとするの意思なき上は過失殺傷罪の未遂犯ある可き理なし。

(乙) 斯々の犯罪を行ふの意思は現に其犯罪に着手して外形上に發表せざる可からず。單に罪を犯すの意思あるのみにては尙ほ其意思を探知するに由なし。例へば竊盜を爲すの意思を以て人の門戸を破壊し其家宅内に侵入したるか如きは已に外形上に其盜意を發表したるものなれば未遂犯と爲すを得へし。

(丙) 既に其希圖する所の事柄に着手したるも其犯人の意の儘にならざることあり。即ち意外の障礙又は舛錯に依りて其所爲を遂行し得ざりし事實なかる可からず。去れば犯罪に着手するも未だ其目的を遂行せざるに當り眞心悔悟其他の事情に因り自ら犯罪を中止したるときは第三條件を缺くを以て未遂犯は成立せ

す。又時としては已に犯罪を行ふも犯人惻隱の心を發し不良の所爲たるを悔ひ前の行爲に反對して犯罪の結果を消滅せしめんとを務むることあり。此場合に於ても尙ほ第三條件を缺くか故に法律は之を罰せざるなり。例へば人家に放火せんとして既に放火したるも之を悔ひ自ら其火を打消すか如し。第一百十二條に曰く「罪を犯さんとして已に其事を行ふと雖も犯人意外の障礙若くは舛錯に因り未だ遂げざる時は已に遂けたる者の刑に一等又は二等を減す」と。故に未遂犯たらんには必ず意外の障礙又は舛錯あることを必要とす。犯人自己の隨意にて其犯罪を中止したる場合は未遂犯として罰する限りに非ざると明なり。何故に犯人自ら其犯罪を中止したるときは法律に於て之を罰せざるや。其理由は豫備の場合に於て論じたる所と同一なり。即ち自己の隨意にて之を中止するも尙ほ之を罰すとせば寧ろ進んで犯罪を遂げ而して後に罰せらる可しと決心して遂に凡ての害毒を流さざれば止まざるに至らんとす。是れ法律に於て之を罰せすと規定したる所以なり。而して之を中止したる理由は苟も其隨意に出づる以上は敢て法律の問ふ所にあらず。例へば人を殺さんとの意思を以て人家に忍ひ入りた

るも恐怖の念を發して中止するも真心悔悟に出て、然るも之を中止せるは全く其意思を消滅せしめたるに非ず他日再ひ之を執行せんと欲するにも拘はらず苟も自己の隨意にて中止したる以上は意外の障礙又は舛錯に依りて中止したるに非ず隨て罪とならず。然れども其既に行ひたる所爲か他の特別なる犯罪を構成すへき結果を生じたるときは之を看過するを得ず。例へば人を殺さんとして既に一刀其頭に切り附け尙ほ容易に其人を殺害し了るを得へかりしも俄に思ひ直して之を中止せり。然るときは自己の隨意にて中止したるを以て未遂犯と云ふを得ず。隨て之を謀殺未遂とするを得ず。然れども其犯人は現に人の頭部に創傷を被ふらしめたるを以て殴打創傷の罪に問はざる可からず。恰も茲に適例あり。曾て宇都宮裁判所の管轄内に於て甲なるもの其妻の他人と姦通するを疑ひ其現場に於て之を殺害せんとを企て一日旅行すと稱して其家を出てたり。而して夜竊かに其家に歸り戸外に立ちて家内の様子を窺ふに果して姦夫來りて其妻と同衾すと認めたり。甲乃ち其家内に忍入り其姦夫と思料すへきものを刺すや、何ぞ圖らん姦夫と思料せしものは姦夫に非ずして他家に嫁したる其長女か父の

不在の爲め母の無聊を慰むる爲め來りて母と同衾せしなり。幸に其創輕かりしも甲は驚て其殺意を蹶し直ちに警察署に自首したり。此事實に付き宇都宮裁判所は謀殺未遂を以て論せしも大審院は謀殺未遂に非ずとして之を破毀し浦和裁判所に移したり。而して同裁判所は毆打創傷を以て之を罰せり。大審院か宇都宮裁判所の判決を破毀したる理由も全く其精神なりしなり。

以上三個の條件を具備するときは即ち未遂犯は成立するものとす。而して未遂犯として罰せんには其判決中に三條件を具備せしめざる可からず。例へは竊盜未遂犯には竊取するの意思を以て門戸を踰越して忍び入り箆笥の中を探る際家人之を覺知し聲を上げて呼ひたるに驚き逃走したりと云ふか如し。

#### 第四期 無効犯(欠効犯とも云ふ)

前段已に執行未遂の事を論述し豫備と犯罪の着手との區別を説き且つ中止と執行未遂との區別を説明せり。今第四期に於ては犯人か犯罪を執行したりしも其目的たる結果を得ざりし場合即ち無効犯の何たるを講述し。併せて既遂犯との區別を明にす可し。

刑法第一百十二條は未遂犯の事を規定す。而して其種類は分ちて之を二個とするを得。一は犯人意外の障礙に因りて遂げざるもの。一は犯人意外の舛錯に因りて遂げざるものなり。斯く未遂犯を二種に區別するも歸する所は一にして法律上其適用す可き刑罰は全く同一なり。然れども學理上より論すれば障礙に因る場合と舛錯に因る場合とは顯著なる區別存す。故に學者は之を論ずるを通例とす。蓋し前者は所謂執行未遂にして豫備及び中止犯と區別し難く。後者は所謂無効犯にして既遂犯と相似たる所多し。

意外の障礙に因り未だ遂げざる場合とは既に犯罪の執行に着手し尙ほ引續き多少の所爲を施さる以上は犯罪の目的を達する能はさる一着又は半はに於て意外の障礙に逢ひて犯罪たる所爲を遂げざる場合にして。要するに執行を終らざるを云ふ。意外の舛錯に因て未だ遂げざるときは既に執行に着手し且犯罪を爲すに要する丈の所爲を盡したるも執行の結果より云へば犯人か豫め期したる所の結果を得ざるものを云ふ。

今例を掲げて右の場合を説明せん。例へは或る人を毒殺するの目的を以て或る

毒藥を購ひ之を其殺さんとする人の平生用ゆる茶碗又は他の器具中に投入し食物に混和し置きたり。然るに其人將に之を食はんとするに臨み他人の之を知るありて其食物中には毒藥の混和せるとを告げたる爲め之を食すると止めたりとせんか是れ即ち意外の障礙なり。若し其人既に之を食し其毒の爲めに死亡するときは即ち完全の執行にして既遂犯なり。之に反して其人既に之を食し俄かに發病して煩悶するか爲めに中毒なることを知り直ちに消毒劑を飲み幸に死に至らざる時は其犯人の所爲は完全の執行なりと雖も其犯罪を仕損したるを以て犯人か豫め期したる所の結果を得ざりしなり。是れ意外の舛錯に因て遂げざりしものにして所謂無効犯とす。然れども中途に於て妨害に遭遇し遂げざる場合も執行を終りたるも目的たる結果を得ざりし場合即ち無効犯の場合も共に未遂犯たるに妨げなし。

然れども犯人未だ其目的を充分に達せざる場合と雖も時としては其所爲已遂犯として一の犯罪を構成するとあり。是れ一に犯罪の性質に依りて然るものとす。例へば甲なるもの官印を偽造し且官文書を作りて詐欺取財を爲さんと企て既

に官印を偽造したるも未だ之を行使するに至らざるときは未だ其目的を遂げざるものなり。然れども官印を偽造したる所爲は既に法律の明文に依て一の犯罪を構成するものなれば官印偽造罪の既遂犯とす。

又貨幣偽造罪の如きは偽造貨幣を行使するを以て罪とするを本則とす。然れども必ずしも之を行使するを要せず。第百八十六條には前數條に記載したる貨幣の偽造變造已に成て未だ行使せざる者は各本刑に照し一等を減し其未だ成らざる者は二等を減すとありて。此場合には素より偽造貨幣を行使したる場合より刑は輕しと雖も貨幣偽造罪の既遂犯たるに相違なし。故に未遂犯の例に依らずして特に一等を減すと定めたり。

此の如く法律は犯人か未だ其目的を達せざるも既遂犯と爲すとあるか故に犯人の目的を達すると否とは未だ以て既遂未遂を區別する標準となすに足らず。然れども多くの場合には犯人の目的を達したるときを以て既遂犯とし達せざるときを以て未遂犯とす。蓋し多くの犯罪は犯人か其目的を達するを以て一の條件とす。故に苟も其目的を達せざれば既遂犯と云ふ可らず。例へば謀故殺の如き



は豫め謀りて人を殺し又は故意を以て人を殺すの罪なれば人を殺すことは其罪の成立條件なり。故に假令人を斬りて傷を成すに至るも死に至らざるときは未だ殺害の目的を遂げざるものなれば未遂犯なりと論せざる可からず。又竊盜の如きも然りとす。人の物を取らんとし既に其物品を自己の懐中に入るときは竊盜を遂けたるものなれども未だ物品に手を掛けたるのみにては物を取るの目的を達せされは竊盜未遂犯を以て論せざる可からず。

犯罪の執行には何れの時を以て着手したりとするや。是れ已に論述したる所なれども既に犯罪の執行に着手したる上にて何れの程度までは未遂犯にして何れの程度よりは既遂犯なりやは未だ之を説かざるなり。而して其時期を確定すると必要なり。今先づ未遂犯と既遂犯とを區別せざる可からざる所以を述べん。

(第一) 未遂犯なれば之に適用す可き刑は既遂犯に科す可き刑より輕し。

(第二) 未遂犯なれば其所爲の了りたるときに犯人が犯罪を爲し遂ぐる意思の繼續するや否やを究めざる可からず。既遂犯なれば假令犯罪を遂けたるときは其所爲の不正なりしとを悔悟し本心に回復するも刑の適用上影響あらず只情狀

酌量上減等を受くるを得るか又は第八十六條の場合に刑を輕減せらるゝに過ぎず。第八十六條の場合とは例へば既に人の物を取りしも不正なるを悔悟し之を所有主に返還し且自首したるときは其刑二等を輕減せらる。尤も其輕減は財産に關する罪に限り其他の犯罪に及はざるなり。之に反して未遂犯の場合に於ては犯人が其所爲の不正なるを知るか又は其他の事情に依り隨意に之を止めたるときは犯罪として罰すへからざるとは既に論述したる所なり。

以上二個の點に於て既遂未遂を區別するの必要あり。而して之を區別するには強ち犯罪の目的を達したるや否やを標準とする能はずと雖も多くの場合に於ては其目的を遂けたるや否やを以て識別するものとす。故に各種の犯罪に就き法律の定めたる定義に依り法律は如何なる所爲を罰するやを知りて其犯罪を遂けたるや否やを究めざる可からず。時としては犯人未だ其目的を達せされども其所爲のみか已に法律に従ひ犯罪と爲るとあり。此場合に於ては既遂犯として論せざるへからず。例へば貨幣偽造罪の如き偽造して行使し利を得んとするか目的なれども其偽造のみか已に一の罪と爲るを以て目的を達せしや否やを問ふ

に及はす。然れども斯る場合は僅少なり目的を達するに非されは法律の定義に合せず隨て犯罪成立せざる場合には苟も其目的を達するに非されは既遂犯と云ふへからず。

#### 第五期 不能犯

既に既遂犯及未遂犯を區別せり。然れども未遂犯中の無効犯と似て非なるものあり即ち不能犯是なり。此兩者は其性質模様相接近し殆んど二者を識別し得ざる場合往々あり。故に學者間果して無効犯なりや不能犯なりやに付て議論紛々として決せざる有様あり。去れば刑法を研究するに當ては詳に之を論せざる可らず。今一例を擧て之を説かん。茲に一婦あり自ら以爲く妊娠したりと依て墮胎せんと欲し或る墮胎藥を飲みたり。然るに婦女は眞に妊娠したるに非すとせば假令墮胎藥を飲むも目的を達せざるや明なり。此の如きは無効犯なりや將た不能犯なりやの疑を生ず。又人を毒殺せんとして或る毒藥を買ひ之を其人に飲ましめたり。然るに毒藥に非ずして水同様のものなれば何の効力もなかりしとせば其人の死せざるや當然なり。是又無効犯なりや將た不能犯なりやの問題を

生ず。今二者を區別せんには先づ二者の異同を詳かにするを肝要なりとす。

無効犯と不能犯と類似するの點は如何。犯人の思考したるか如き害を生せず。

然れども犯人は其犯罪を爲すに就て爲し得べき行爲は凡て行ふたり只意外の事情に依りて遂に其目的を達せすと云ふに至りては二者何れも同一なり。是れ世人或は不能犯を以て無効犯の一種なりと論する所以なり。

如何なる點に於て無効犯と不能犯との差異ありや。不能犯は犯人か望む所の結果は到底得へからざるものなるに依り遂に其目的を達せざるものなり。之に反して無効犯は犯人か其所爲を行ふに就き今一層巧なるときは必ず其目的を達し得べかりしも意外の舛錯に依り遂に之を達せざるものとす。是れ二者の差異ある點なり。不能犯の場合に於ては犯人如何に力を盡すも其目的たる結果は到底得へからざるものなれば之を犯罪の執行なりと云ふを得ず。隨て之を罰するを得ず。人或は云はん犯人は一の罪を犯さんとして種々の所爲を施したり之を犯罪として論すること可なるに似たりと。然れども其行ふたる所爲は犯罪を爲すに就ての用を爲さざるものなれば之を犯罪の執行なりと云ふは穩當ならず。已

に犯罪の執行に非ずとするときは只罪を犯すの意思のみありて之を相當の所爲に施さざるものなり。換言すれば決意のみありて未だ執行に着手せざる者なり。犯罪の決意のみにて執行に着手せざるものは假令決意あると明確なりと雖も法律に於ては之を罰せず。故に不能犯は之を罰せず。然れども無効犯の場合に於ては犯人少しく巧なるときは容易に其犯罪の結果を得へかりしか故に其犯罪の執行なりと云はざる可からず。隨て法律は之を罰するものとす。

以上は無効犯と不能犯とを區別するに就ての原則なり。此原則に就ては何人も異論を爲すものなし。然れども既原則を適用するに就ては種々の議論ありて甚だ困難なる場合あり。以下其適用に就て少しく論述する所あらんとす。

犯罪不能の種々の場合を概括して之を分析すれば犯罪の不能は犯罪の目的物より生ずることあり。又犯罪の方法より生ずることあり。又目的物より生ずる場合にも何人か之を爲すも到底目的を達し得られざる場合即ち絶對的のものあり。又只一時其犯人のみに就て爲し得られざる場合即ち相對的のものあり。方法に依り生ずる場合にも亦絶對的相對的の區別あり。

(一) 目的物より生ずる絶對的不能 犯罪の目的物か元來なかりしものなるか。

又は存在せるも犯罪の目的物たるに必要な性質を具備せざるときは即ち絶對的不能なり。例へば婦女自ら妊娠せりと信し墮胎薬を服したるに實際妊娠せざりしときは到底墮胎を爲すと能はず假令何人か之を爲すも行ふ可からざるなり。又甲者乙者を殺さんと謀り夜間乙者の寢室に忍ひ入り刀を以て斬り付けたるに乙者は已に死し居たるか故に空しく屍體を斬りたるに過ぎざるときは目的物は現に存在したるも殺人の所爲は到底施すこと能はず。即ち犯罪の目的物たる性質を具備せざるものなり。去れば何人か之を殺さんとすも爲し得ざるか故に絶對的不能たるものとす。又例へば甲者乙者の倉庫に入り金錢を竊取したるに豈圖らんや其金錢は甲者の所有に屬するものなるに於ては竊盜罪は成立せず。何となれば其目的物は我有なればなり。以上挙げたる例に於ては不能犯たるに於て一の議論なきものと知る可し。

(二) 目的物より生ずる相對的不能 此場合は犯罪の目的物全く存在せざるに非ず。又犯罪の目的物たる性質を具備せざるに非ず。然れども其目的物は犯人か

思料せし場所に無かりし爲め犯罪の爲し得られざりしものにして何人か何時之を爲すも到底爲し得られざるものは差異あり。例へば甲は乙を殺さんとす而して乙は平生其書齋の一隅に端坐するを常とす。若し其一隅に向て銃を放たは之を殺すこと容易なり。甲一日之を狙撃したり。然るに乙は其時偶々其書齋に在らず。故に之を殺すこと能はざりしなり。蓋し時間の遅速に依り其目的を達することを得へかりしも只其時其人に於て遂げ得ざりしのみ故に之を相對的不能と云ふ。此場合に於ては無効犯なりと云ふものあり議論一定せず。然れども余輩は之を相對的不能なりと云ふを疑はす。又他の一例を擧げんに甲者貧にして金錢を有せず人家に忍び入るも危険なりと思考し或る寺院又は神社の賽銭箱を窺ひ棒の頭にモチを附け其箱中を探りしに一個の錢だもなかりしときは是又不能犯なり。然れども時の如何に依り賽銭を竊取するを得へきなり。故に相對的の不能犯なりと論せざる可からず。

(三) 犯罪の方法より生ずる絶對的不能 例へば甲は乙を銃殺せんとし乙の或る處を通行するを待受け狙撃せり。然るに丸なくして甞に空砲なりしなり。空砲

は以て人を殺すを得ざるか故に何人か何れの處にて之を爲すも到底爲し得られざる犯罪なりとす。又人を毒殺せんとし毒藥と信じて與へたるものか毒藥に非ずして水たるに過ぎすとせんか。少量の水を以て人を殺すことは何人か何處にて爲すも能はざるか故に絶對的に犯罪を爲す能はざるものと云ふ可し。

(四) 犯罪方法に基く相對的不能 此場合は前例と異なり犯罪を爲すに足るの法たり。然れども中途意外の結果を生し之か爲めに犯罪を遂げざる場合なり。例へば人を狙撃したるに誤りて其人に中らざるときは其人は犯罪を遂げざりしと雖も他人之を爲すか又は狙の違ふなくんは其人に中りしこと疑なし。故に何人か何時爲すも能はざるに非ず只其時其人に於て能はざりしのみ。又例へば狙も違ひしに非されども距離遠かりし爲め丸の達せざりし場合も同一なり。若し其距離適當なるときは適中すると疑なし故に相對的不能と云ふ可し。

以上論述するか如く目的物より生ずる不能にも方法より生ずる不能にも絶對的と相對的との區別あり。然れども此區別に拘らず各例に就て論ずるときは議論紛々一は無効犯なりと論し他は不能犯なりと議し學者の説一定せざる場合甚だ

多し。今其詳細に論及し各場合を研究せんは到底一兩回の講義に於て爲し得へからざるとなるか故に只不能犯無効犯識別の標準を示さんのみ。余輩は云はん絶對的相對的の區別に拘はらず單に犯人の巧拙に依りて犯罪を爲す能はさりしときは無効犯にして犯人の巧拙に拘らず到底遂ぐる能はさりしときは不能犯なりと。故に目的物より生ずる絶對的の不能及び相對的の不能に屬する場合は總て不能犯なりと云はざる可からず。何となれば此等の場合に於ては犯人如何に巧なりと雖も其犯罪を遂くると能はされはなり。又方法より生ずる絶對的不能の場合にも不能犯なりと云はざるを得ず。何となれば其不能は犯人の拙なりしか爲めに非されはなり。然れども方法より生ずる相對的不能にして一に犯人の巧拙に依るものなれば不能犯に非ずして無効犯即ち未遂犯なりと論せざる可からず。

#### 第六期 既遂犯

既遂犯とは犯人か其目的を遂けたるときに成立するを原則とす。但未だ目的を遂けすと雖も其所爲已に法律の罰するものなるときは既遂犯として之を罰する

とあり。是れ前段に論述したる所なり。故に之を爰に詳論せず。

或る所爲は不能犯に非ず既遂犯に非ず而して未遂犯なりと決するときは其所爲は如何なる場合に於ても之を罰するや。又之を罰する場合に於ては如何なる刑を適用するやを論せざる可からず。

(第一) 未遂犯は如何なる場合に罰するや

既に論述せし如く犯罪には重罪、輕罪、違警罪の三種あり。未遂犯を罰する場合を研究するには此區別に依らざるべからず。而して右三種の犯罪の中重罪の未遂犯は之を罰するを原則とす。第百十三條に曰く「重罪を犯さんとして未だ遂げざる者は前條の例に照して處斷す」と。是れ重罪の未遂犯は常に之を罰すとの明文なり。輕罪の未遂犯は之を罰せざるを原則とし之を罰するを例外とす。同條第二項に曰く「輕罪を犯さんとして未だ遂げざる者は本條別に記載するに非されは前條の例に照して處斷するを得ず」と。違警罪の未遂犯は徹頭徹尾之を罰せず。同條第三項に曰く「違警罪を犯さんとして未だ遂げざるものは其罪を論せず」と。此の如く重罪は常に之を罰し、輕罪は例外の場合に於て之を罰し、違警罪は常に之

を罰せざるの理由如何。蓋し重罪は其及ぼす所の害著大なるを以て假令之を遂げざる場合なりとも社會は之か爲めに害を受くと云はざる可からず。故に未遂犯なればとて之を不問に付するを得ざるなり。然れども輕罪に就ては未遂犯なるときは多くは其害少なし故に之を罰せざるも可なり。然れども罪の性質に依りては幾分か害毒を流すの恐れあり。此場合に於ては之を罰するると定めたり。而して法律か之を罰するの必要ありと思料するときは本條特に未遂犯を罰するを明記するものとす。違警罪に至ては極めて輕微の罪なるを以て何れの場合にも之を罰するの必要なしと定めたり。

### (第二) 未遂犯に適用す可き刑罰

未遂犯を罰するや否やは重罪輕罪違警罪に依て區別ありと雖も其未遂犯として罰す可き場合には之を適用すべき刑罰は皆同一なり。第一百十二條に曰く「罪を犯さんとして已に其事を行ふと雖も犯人意外の障礙若くは舛錯に因り未だ遂げざる時は已に遂げたる者の刑に一等又は二等を減す」と。去れば重罪輕罪たるに拘はらず同一の標準を以て之を罰するや明なり。而して法文には一等又は二等を

減すとあり。故に未遂犯を罰するには幾分か取捨の權利を裁判官に付與したり。即ち情狀に因り一等を減するも將た二等を減するも裁判官の自由に在り。

### 第三節 無形上の原素

是より犯罪の構成に必要な無形上の原素に關して説明する所あらんとす。已に第一節に於て論述したるか如く法律上の條件を具備し犯罪となるべき所爲を有形的に行ふたるのみにては未だ犯罪として論ずるを得ずや法律に觸るゝ所の所爲を行ふたるものか其心に是非を辨別したるや否や又は是非を辨別したりとするも自由に之を行ふたるや否やの點を研究せざる可からず。即ち是非を辨別し且自由に之を行ひ所謂無形上の原素を備ふるに非されは其犯人に刑法上の責任を負はしむるを得ず隨て刑罰を加ふるを得ざるなり。此無形上の原素即ち是非を辨別し且自由に犯罪を行ふことは有意犯と無意犯とを論せず皆之を具備せざるへからず。

何をか是非を辨別すると云ふや。一言以て之を説明するを得ずと雖も要するに自ら行ふ所の所爲は善なりや惡なりや之を識別するに足るべき知覺を有すると

を云ふ。

又自由には内部の自由と外部の自由との二者あり。内部の自由とは或る所爲を行ふと行はざるとの決心を自由に爲すを云ひ。外部の自由とは其決心したる所爲を自由に行ふを得るを云ふ。若し心に其所爲を行はずと決定すれば之を行はざるを得。又行はんと決心すれば之を行ふを得る場合は即ち所爲に就て自由ある場合なり。然るに若し其心に行はざる可しと決心するも外部の刺激に因り行はざるを得ざるに至るときは即ち其所爲は外部の自由なくして行ふたるものなり。

是非を辨別すること、内部外部の自由を有すること、は自ら二個の事柄の如くなれども其一なければ従て他も亦有り得べからざる事あり。何となれば是非の辨別なく善と惡とを識別せずして事を行ふときは惡事なるか故に行はず善事なるか故に行ふ可しと所謂是非を選択して決心を爲すの自由なしと謂はざる可からず。蓋し善惡を識別し其一を選択するを得るとを自由とす。既に善惡を選択するを得されは自由ありと云ふを得ず。又是非を辨別するの力あるときは必ず

自由ありと云ふを得ず。然りと雖も是非を辨別し善を行ひ惡を行はずと決心するも他の刺激に因りて惡を行はざる可からざる場合に立至りしときは即ち是非の辨別ありて之を行ふの自由なし。故に場合に依りては是非の辨別と行爲の自由との二原素を具備せざる可からず。

無形上の原素の外法律の禁止したる事を爲し又は法律の命令する事を行はざるの意思を要する場合あり。此場合には是非の辨別力と行爲不行爲を選択するの自由と之に加ふるに犯意即ち犯罪を爲すの意思なければ犯罪成立せざるものとす。然れ共其所爲より生ずる所の損害賠償即ち私訴の點に就ては決して犯意あることを要せず。何となれば私訴の成立は純粹なる民法上の原則に従ふべきものにして苟も過失あれば其責任を生ずるものとす。而して民法上の原則は今茲に詳論するの限に非ず。

年齢、智覺精神の有無、他の強制及び犯意の有無は大に犯人の責任上の關係あり。故に左に之を論究せん(然れども男女の性は其責任に影響なし)。

## (一) 年齢

刑法は人生を四期に分てり。

第一期 此期に在りては全く是非を辨別するの力なし。隨て如何なる惡事を爲すも絶て刑事上の責任を負はず。即ち初生より十二歳に至る迄の間とす。

第二期 此期に在りては全く是非を辨別するの力なきに非ず。然れども必ずしも其力あるとに一定せず、人と事とに依りて定めざる可からず。是れ甚た疑はしき時期なりとす。即ち十二歳以上十六歳未滿の間是なり。

第三期 此期に在りては法律は既に是非の辨別ありとするも經驗未だ充分ならず故に多少其責任を輕からしむ。即ち十六歳以上二十歳未滿の間是なり。

第四期 此期は即ち二十歳以上とす。二十歳以上は何歳に至るも同一にして充分なる刑事上の責任を負ふ可き時期とす。年老ひ身體精神衰耗するに至るも其責任の點に於ては壯年の時と異なるとなし。然れども刑罰を執行するに就ては幾分の差違あり。這は刑罰の部に於て之を論せん。

第一期即ち初生より十二歳に至るまでの間に於て發達速に神氣穎敏なるものは夙に是非を辨別するの智能を有するとあり。然れども甚た稀有のとなれば法律

は概して是非を辨別せずと推測せり。而して此推測は反證を以て打破するを許さす。然りと雖も全く制裁なきに非ず。八歳以上十二歳以下のものなれば犯罪としては罰せざるも懲戒の爲め滿十六歳に過ぎざる時間懲治場に留置するを得。然れども其處分は刑罰の性質を帶ひざるか故に刑法上より論すれば徹頭徹尾刑事上の責任なしと謂はざる可からず。

第二期即ち十二歳より十六歳に至る間は法律の明文に依れば其所爲是非を辨別したると否とを審案し辨別なくして犯したる者は其罪を論せず云々(第八十條)とあり。去れば裁判官は被告人因果して是非を辨知して犯罪を行ふたるや否やを吟味し若し是非を辨別したりとすときは刑事上の責任を負はしめ若し辨別なかりしとするときは無罪なりと決すべし。斯く法律は此時期を以て是非を辨別したるにもあらず又之を辨別せざるにもあらずとするか如くなれども是非を辨別せざるものと定め只第一期と異なりて之か反證を擧ぐることを許すものなりと論するを以て穩當なりと信ず。去れば檢事が十二歳以上十六歳以下の人に向て公訴を起すに當りては必ず是非の辨別ありて爲したりとの證據を擧げざる可



からず。若し其證據を擧げざるに於ては即ち是非の辨別なくして爲したるものと看做さる可し。要するに此時期のものに對しては是非の辨別なしと推測すと雖も輕易の推測に過ぎざるなり。

扱又第三期に至れば法律の推測は第二期までとは全く反對なり。即ち此時期に在るものは是非の辨別ありと推測す。故に若し其推測を破らんとせば必ず確乎たる證據を擧げざる可からず。苟も其反證の充分ならざる以上は刑事上の責任を免かるゝことなし。而して法律は通常の證據を以て反證とするを許さず必ずや智覺精神喪失したりとか父は強制に逢ひたりとか云ふ證據を擧ぐるとを要す。去れば此時期は恰も第一期及び第二期の正反對の位置にありと云ふを得べし。」第三期と第四期との區別は何れにあるや。第三期は是非の辨別ありとは雖も尙ほ二十歳未滿なるを以て經驗少なく從て責任薄き者なり之を以て一等を減ずるととせり。故に此時期の者は丁年以上の者の刑より一等輕き刑に科せらるゝものとす。此二期の區別は只此點にあるのみ其他毫も異なる所なし。刑法の規定は右の如し。然れども今立法上より之を論せんに十二歳以下の者は

假令如何なる事を行ふも如何なる智識發達の度にあるも絶對的に之を是非の辨別なき者と推測し敢て其反證を許さゝるは甚た不都合なる場合なしとせず。實際より之を云へば十二歳以下のものは是非の辨別ありて而して往々大なる犯罪を爲すもの多し角兵衛獅子とて多くの舞子を連れて地方を興行するものあり舞子たるものは多くは十歳前後なり然るに親方より委棄せられたるもの往々ありて此類の者は人家に火を放ちて以て寒を凌ぎ又は火事場に贈る所の酒食を以て腹に充てんとするものあり。然れども法律は是非の辨別なしと一定したるを以て假令之に反するの事實顯著なりと雖も之を罰することを得ざるなり。故に若し此の如き不都合を去らんとせば是非の辨別なしとする一定不變の推測を改め第一期も第二期と同じく是非の辨別ありたりや否やを問ふて以て責任の有無を定むることゝ爲さは安全なるを得べきなり。蓋し此の如く定めなは或は裁判官が濫用を爲すの恐ある可しとの精神よりして一定不變の推測を下し反證を擧ぐるとを許さゝるの法律を設けたるなる可しと雖も。實際決して此の如き恐ある可からず。蓋し是非の辨別なしと認め之を罪するの必要なしとせば檢事より起

辨せざるを以て裁判官は職權の濫用を爲すことなかるべし。現に佛國刑法は我  
 刑法と異なり人生を分ちて二期となし十六歳迄を第一期とし其以上を第二期と  
 す。而して十六歳以下の者は是非の辨別なしと定め十六歳以上の者は是非の辨  
 別ありと定む。然れども此二期に於ては何れも之か反證を擧ぐることを許した  
 り。此法律の下に於て實際職權濫用の弊害あるを聞かず。由是觀之十二歳以下  
 のものは是非の辨別なしとの確定推測を定めざるも不都合なかる可し。去れば  
 我刑法は少しく老婆心に失したりと云はざる可からず。然りと雖も刑法が刑事  
 上の責任なしとする所のものは全く處分の方法なきに非ず。即ち八歳以上のも  
 のは滿十六歳に過ぎざる時間懲治場に留置するを得。故に之を以て其不足の幾  
 分を補ふことを得べし。

十二歳以上十六歳以下の者が犯罪と爲る可き所爲を行ふも若し是非の辨別なく  
 して之を行ふたりと定まるときは罪とし論ずるを得ず。故に之を放免せざる可  
 からず。然れども此場合にも全く放免する時は社會に危険なりと云はざる可  
 らず。是を以て十二歳以下の者と等しく滿二十歳に過ぎざる時間懲治場に留置

するを得るとせり。是亦實際の危険を防ぎ弊害を濟ふの方法なりと謂はざる可  
 からず。然れども右の如く懲治場に留置するに就ては實際上種々の問題あり。

第一 是非の辨別ありや否やを審案するものは何人なるや。

第二 是非の辨別なしと定まりたるも八歳以上のものにして檢事か之を懲治場  
 に留置するを必要なりと認めたるときは何人か之を言渡す可きや。又裁判所  
 の管轄は如何。即ち何れの裁判所にて之を處分す可きや。凡そ管轄に就て云  
 へは民事あり刑事あり。刑事の中にも重罪輕罪違警罪あるか故に之を管轄す  
 る裁判所も數種あり。而して何れの裁判所か右犯罪無責任のもの懲治場に  
 入るゝの管轄權を有するや。現時は民事裁判所と刑事裁判所との區別なく。  
 又重罪裁判所の特設を見ざるに至りしと雖も尙ほ區裁判所に於て之を行ふか。  
 地方裁判所に於て之を行ふか。又其裁判所に於ても民事の手續に従て之を扱  
 ふ可き乎。若くは刑事の手續に依て處分す可き乎。是れ此事に就き當然起る  
 所の問題なり。

第一 是非の辨別なしとの事は何人か之を判定するや

此問題に就ては第一検事が其是非の辨別ありしや否やを問ふの権利を有するや疑なし。何となれば犯罪を捜査し起訴するは検事の職權なり。若し検事が調査の上是非の辨別なく犯罪成立せすと認めれば之を起訴せざるを得ればなり。然るに検事は十二歳以上十六歳未滿の者にして犯罪を行ひ是非の辨別ありと認めたるか又は甚だ疑はしき場合にして起訴するに充分なりと思料し之を起訴したる時は判事は勿論其被告人が果して是非を辨別したるや否やを判定するを得へし。然れ共判事に豫審判事あり公判判事あり。公判判事か此職權を有するとは疑なし。豫審判事も亦之を判定するを得るや否や。是れ本問題の論點なり。而して其説二派に別れたり。豫審判事には被告人が是非を辨別したるや否やを判定するの權なしとの説に曰く。刑法第八十條の明文に因れば其所爲是非を辨別したると否とを審案し云々とありて何人か之を審案するやを明示せず。然れども之を審案する者の裁判所なるとは自ら言外に存す。其所謂裁判所とは合議裁判所なれば判事三人列席したるもの(區裁判所なれば單獨判事)を云ふ。故に豫審判事に非ずして公判判事を云ふ者なり。蓋し豫審判事は證據蒐集を職とす。若

し犯罪の證據ありと思料せば之を公判に送付すへし。是非の辨別の有無は其判定の限に非すと。反對論者は曰く。豫審判事は終局判決を爲すの權利なしと雖も自ら蒐集したる證據に依り罪と爲るや否やを判定するの權あり。若し犯罪を構成すと思料せば之を公判に移し若し犯罪を構成せずと見込まば免訴の言渡を爲す是其職權内にあるものなり。而して是非の辨別は犯罪構成の一原素たり。若し此原素を欠くときは其犯罪成立せず故に其被告人を公判に付する必要なし。若し之に反して其原素即ち是非の辨別あるときは之を公判に付せざる可からず。此の如く豫審判事は免訴又は公判に移すの決定を爲すに就き是非の辨別あるや否やを判定するの必要あり。故に之を判定するの權利と義務とを有するものなりと。

右二説の中余は第二説即ち豫審判事は是非の辨別あるや否やを判定するの權利ありとの説に左袒す。又今日實際に行はるゝ所も第二説とす。

## 第二 懲治場入處分の管轄裁判所は如何

此問題に就ては種々の説あり。實際裁判所に依りて其取扱を異にす。而して學

者の説も亦區々なり。或は曰く懲治場に留置する事柄は刑事に非ず。抑も刑事訴訟の手續に依り裁判す可きものは検事の公訴に依らざる可からず。公訴とは犯罪を證明し刑の適用を爲すを以て目的とす。若し懲治場に留置する事にして刑罰なりとせば公訴の目的中に入る可きものなるを以て刑事訴訟手續に依り裁判せざる可からずと雖も。刑法加重罪輕罪若くは違警罪に適用す可き刑を掲げたる中懲治場に留置するを以て一の刑と爲すを見ず。去れば寧ろ之を行政處分と云ふて可なり。從て刑事訴訟法の手續に依り裁判所刑事部にて懲治場に留置するの裁判を爲す可きものに非ずと。然らば何れの處に於て裁判を爲す可きものなりやと云へば其説分れて二と爲る。

(甲) 民事部に於て民事訴訟の手續に因り裁判せざる可からず

(乙) 行政處分にして裁判所取扱ふ可きものに非ず

又右に反して刑事訴訟の手續に從つて刑事部に於て裁判を爲す可しとの説を爲すものゝ中には地方裁判所にて管轄す可しと云ふものあり。又は區裁判所にて管轄す可しと論ずるものありて其説一定せず。

以上年齢に依り刑事上の責任の有無を定むるの點を終りたり。以下年齢に就き注意す可き事柄の二三を附言せんと欲す。

凡そ犯罪と爲る可き所爲を行ふたる當時に已に十二歳に至りたるか又は滿十六歳に至らざるやを取調ふるを必要とす。要するに年齢に依り責任に差異を生ずるは犯罪を行ふたる當時に年齢の或る時期に達せしとを要するものにして其前後は之を問ふの必要なし。若し其年齢疑はしき場合に於て之を證明するは檢事の責任なり。而して之を證明するには戸籍簿に依るを常とするも今日我邦の戸籍簿は甚だ不完全にして往々錯誤あるを免かれず且時としては被告人は住所姓名を偽るとあり。若し住所を偽るときは到底戸籍簿何れに在るやをも知る能はされは之を取調ふるとを得ず。此の如き状態は殊に東京の如き人の居住常なき處に多しとす。此場合に於ては如何にして其年齢を調査するや人或は曰く人の年齢は戸籍簿に依るに非されは證明するを得すと。若し此説に従はんか到底人の年齢を證明すること能はざるに至らん。然れども法律は刑事上の證據に就ては毫も制限を設けざるか故に如何なる證據を用ゆるも敢て違法と云ふを得ず。

隨て裁判官は其年齢を推測するを得べきなり。

(二) 智覺精神の有無

人の刑事上の責任を定むるに就て必要なるものは知覺精神を具備するとは是なり。刑法第七十八條に曰く「罪を犯す時智覺精神の喪失に因り是非を辨別せざる者は其罪を論せず」と。之を換言すれば罪を犯すとき智覺精神を喪失したるものは其罪を論せず。蓋し智覺精神を喪失したるものは是非の辨別を失ふこと當然なるか故に之を掲ぐるに及はざるなり。本條に於て最も注意せざる可からざる事は罪を犯す時と云へる點なり。恰も犯罪を爲す時に智覺精神なきときは是非善惡の辨別を爲すの自由(内部の)なきか故に其責任なしと定めたるものなり。去れば假令犯罪以前に智覺精神の喪失ありたりと雖も苟も犯罪の時に智覺精神を具備するに至りたるときは其人の刑事上の責任に毫も影響あらざるなり。又犯罪を行ふときは智覺精神を具備したるも既に之を行ひ終り其所爲に就き檢察官公訴を起す前智覺精神を喪失し又は被告人と爲りたるるとき之を喪失するとはあり。或は又檢察官の起訴後即ち被告事件の審理中之を喪失することあり。此等の場合に

於ては假令檢察官公訴を起すも刑の言渡を爲すこと能はざるか故に其被告人にして生涯遂に智覺精神を回復するに至らざるときは犯罪の當時に之を喪失したるに非ざるも矢張刑事上の責任に關係ありと謂はざる可からず(此事は第七十八條には關係なきとなりと雖も訴訟手續上被告人の責任に影響を及ぼす事なるを以て茲に之を一言せり)。又訴訟當時に智覺精神あり被告事件の審理中にも尙ほ之を喪失せず既に裁判を受け刑の執行を爲すに當り其智覺精神を喪失したる時は其人の刑法上の責任は既に裁判に因り確定したるを以て最早動かす可からずと雖も元來刑を用ふるの目的たるや犯人を懲戒して再び犯罪を爲さしむるに在り。然るに智覺精神を喪失したるものに對して刑の執行を爲すも果して其目的を達するを得べきや恐くは之を達する能はざる可し。何となれば其犯人は毫も其執行に就て苦痛を感ずるとなく又改心すへき望あるに非されはなり。故に立法上より論するときは喪心者に對しては刑の執行を爲さずとするを至當とす。然れども刑法上刑の執行に就ては毫も區別する所なきが故に尙ほ喪心者にも刑の執行を爲さざるべからず。

犯罪の當時智覺精神を失ふたるや否やを審察し其點に就き判定を爲すは獨り公判判事のみならず豫審判事も亦之を爲すの權あり。是前述したる所と同一の理由にして罪となるや否との點に關係あればなり。然れども茲に注意す可きは犯罪の當時に智覺精神を失ふたると智覺精神を喪失したるより民事上治産の禁を受けたることとは全く關係なきと是なり。民事上禁治産の處分を受けたるときは其以後に禁治産者の行ふたる契約其他民法上の所爲は凡て取得し得べきものにして假令他人より其所爲に就て要求を受くることあるも禁治産者は其取引の取消を主張するとを得。然れども此事と禁治産者か犯罪を爲すも刑事上の責任を負はざるや否やの事とは全く別事にして相關せず。故に刑事裁判官は民事上禁治産の言渡あると否とに拘はらず自由に被告人は果して智覺精神を喪失したるや否やを判定するの權利あり。然れども右二者毫も關係なしと云ふは穩當ならず。民法上已に禁治産の言渡を受けたる者は多少犯罪の當時にも智覺精神を回復せすとの推測あり。故に犯罪の當時已に智覺精神を回復したりとの證據あるにあらざるよりして其推測に依りて裁判を受くるの利益あり。是れ禁治

産の言渡なき場合と大に異なる所たり。若し被告人未だ禁治産の言渡を受けるときは檢事は智覺精神を具備したりとの證據を擧ぐるの責任なし却て之を喪失したりと云ふ者より其證據を擧せざるへからず。

### (三) 強制

強制とは即ち人か自由、或る事を爲し、又は爲さずと決するを得ざる場合に在るものとす。而して強制には外部の強制と内部の強制との區別あり。外部の強制とは即ち有形上の強制にして内部の強制とは無形上の強制なり。

#### (第一) 有形上の強制即ち外部の強制

此種の強制は左の二原因より生ず。

##### (一) 人爲

##### (二) 自然の出來事

強制は抗拒す可からざるものならざる可からず。若し多少の強制を受くるも抗拒して之に打勝つことを得るときは其強制は犯罪の成立を妨げず。隨て其人の責任を消滅せしむるの力なし。

人爲より生ずる有形上の強制とは何ぞや。今其極端の例を擧げて之を示さん。例へば予は人を殺すの意思毫もなしと雖も人あり強て予に刀を握らしめ予か手を以て人を殺さしめたるときは予は即ち他人の強制に依り人を殺したる者にして謀故殺の所爲を爲したるものに非ず。又裸體にて道路を歩行するものは違警罪を以て罰せらる。然るに人あり強盜に逢ひ殘らず着る所の衣服を剝奪せられ止むを得ず裸體にて歸宅せん爲め歩行するときには罪なし。是れ人爲より生ずる所の有形上の強制なり。

自然の出來事より生ずる有形上の強制とは何ぞや。例へば一人の漁夫あり一の罪を犯したるに依りて處刑を受け其附加刑として監視に付せられたり。然れ共其監視中日々近海に於て漁獵に従事せされは生計に差支ふるを以て之を爲すは妨げなし。然るに一日品川沖にて漁獵に従事せしに俄に暴風起り漂流數日大阪近海にまで吹流されたり。監視規則に依れば警察署の許可なくして自己の屬する縣地を出つると能はず若し之に背くときは監視規則違反の罪成立す。然れども右漁夫の如きは自己の意思に依り大阪に到りたるに非ずして全く自然の出來

事に依りたるものなれば監視規則違反の罪は成立せず。又例へば裁判所より證人として訊問するに就き出廷せよと召喚せられたる場合に期日に至り大洪水あり中途の河を渡るを得ず爲めに其期日に出廷せざりしときは即ち自然の出來事に依り證人たる義務を盡すと能はざるものにして其罪成立すべきものに非ず。右の如く強制には人爲より生ずるものと自然の出來事より生ずる者との二者ありれども。其何れより生ずるを問はず凡て人の自由を奪ふものなれば其人に刑事上の責任ありと云ふを得ず。即ち抗拒す可からざる強制に遭ひ其意に非ざるの所爲は其罪を論せずとの第七十五條第一項の明文に適合するものとす。

(第二) 無形上の強制即ち内部の強制

無形上の強制に就ては有形上の強制の如く尙ほ第七十五條を適用するを得るや否やに就き疑あり。抑も無形上の強制とは如何なる事なりや或る危難に遭遇し其危難を免れんには法律の命する所に背くか又は其危難を冒すか二者其一を取らざる可らず。此場合に於ては犯罪となるべき行爲を爲すの心なしと雖も身軀生命の害を免れんか爲には止を得ず法律に觸るゝの行爲を爲さざる可らざるに

至る者とす。斯る場合に於ては或る事を爲し又は爲さざるに就き其人の自由あり。即ち進んで法律に觸るゝの所爲を爲すか退て危険に逢ふか二中擇一の自由ありて彼の人爲又は自然の出來事より必ず爲さざる可らざるに至れる外部の強制とは素より同日の論に非ず。去れば犯罪構成の元素たる自由なしと云ふを得ざるに似たり。故に斯る二中擇一の自由ある場合に於て進んで法律の禁するを爲したる時其人に刑事上の責任ありや否やは一の立法上の問題なり。然れども此問題は人若し生命を失ふか如き危険に迫れるときは悪事を爲すの權利ありや否やと云ふの意味に非ざるなり。如何なる危険に遭遇するも悪事を爲すの權利なきは多辯を要せざる所なり。故に茲に論ずる所は刑法上の責任なきや否やの一點に在るのみ權利なくして行ひたる所爲と雖も責任なき場合なしとせず。刑法第七十五條の解釋に就ては學者の説一定せず。而して前述の如く危険を冒して生命を失ふか又は爲すへからざる事を爲すか二中擇一の自由の存する場合の如きは悉く第七十五條中に含むと云ふ可からざるも危険の甚たしき時は同條の規定中に含蓄すとは何人も疑はざる所なり。然れども其場合は同條第一項に

入る可きか又は第二項に入る可きかに就き議論あり。余輩の解釋する所に依れば第一項は即ち有形上の強制を規定し。第二項の天災又は意外の事變に因り避く可からざる危険に遇ひ自己若くは親屬の自體を防衛するに出たる所爲亦同じの規定は無形上の強制を云ふ者なり。何となれば前述漁夫か大阪に至り又は強盜に其衣類を剝奪せられ裸躰となりし者の如きは毫も大阪に到り又は裸躰と爲るの意なきか故に第一項の抗拒すへからざる強制に遇ひ其意にあらざるの所爲と云ふに適合すれども。進んで悪事を爲すか退きて死に就くか其一を取ると即ち其選に依て死を採り或は惡を爲すとは人の勇怯強弱に依ると雖も兎に角其人の自由に選擇したる結果にして抗拒す可からざる強制に因り其意に非ざるの所爲と云ふを得ず。故に第二項の規定に相當すと云はざるへからず。

無形上の強制にも其原因二あり。(一)人爲(二)自然の出來事是なり。人爲より生ずる無形上の強制とは例へば強盜あり甲の家に入り家財を奪ひたるも其意を充すに足らず主人に迫り村内にて富豪の家以案内せよ然らされは汝及び家屬を殺害す可しと云ふときは若し其案内を爲さざれば忽ち殺害せらるゝの



恐れあり去りて其案内を爲さは強盜の従犯たるを免れず。然れども其生命を安全ならしめんには其案内を爲すの外なし萬止むを得ずして案内したり。是れ所謂人爲即ち意外の變に因る無形上の強制を受けたるものなり。故に第七十五條第二項の意外の變に因り避く可からざる危難に遇ひ自己若くは親屬の身軀を防衛するに出でたる所爲と云ふ可きなり。

自然の出來事に依り生じたる無形の強制とは例へば船舶風波の爲め暗礁に乗り上げ沈没せんとす一人あり辛うして一枚の板を採り波間に漂流せし場合に他の二三の人之に泳ぎ付きたるより浮沈常ならず動もすれば共に溺れんとす。若し自己の身を安全にせんとせば他人を除かざる可からず已むを得ず他人を沈溺せしめ獨り自己のみ海濱に漂着したりとせば這は天災にて之を殺すに非されは自己の生命を保つを得ざる者なれば所謂天災に因り避く可からざる危難に遇ひ自己の身軀を防衛するに出たる所爲と謂はざる可からず。去れば此場合も第一の有形上の強制とは相同からず。何となれば自ら死する覺悟あれば他人を殺さざるを得べきなり只自己の生命を保たんか爲め人を殺すに至りたるものなり決して

て其意にあらざるに非す二者の一を選択するの自由あり。然れども天災に因り避く可からざる危難に遭遇したる場合なれば自由甚だ乏しきか爲め法律は責任なしと定めたり。

避く可からざる危難とは果して如何なる危難を云ふや。其區域を定めざる可からず。而して僅に自分の生命か危きか故に人を殺すも罪なしと云ふ可からず必ずや其危難は或る程度に至らざる可らず。然れども法律は其程度を定めず第七十五條第二項には只天災又は意外の變に因り避く可からざる危難に遇ひ自己若くは親屬の身軀を防衛するに出たる所爲亦同しとのみありて避く可からざる危難と自己若くは親屬の身軀を防衛するの二條件を要するのみ。故に如何なる程度に達するときは避く可からざる危難なるや之を判定するは事實裁判官の自由なりと云はざるへからず。而して裁判官か之を判定するに當りては一定の標準あるとなし。其危難に遇ひたる人の年齢男女身分等を參酌して之を決するの外なし。婦女子の爲めには避く可からざる危難として刑事上の責任を免れしむるに足るものも屈竟の男子に對しては然らざるとあり。女子に就ては危難の程度

甚た高きとを要せざるも男子に就ては其程度甚た高からざるべからず。之を要するに其程度は裁判官の心證に依て定まる。

又第七十五條第二項には「自己若くは親屬の身体を防衛する云々」とあり。故に假令親密の友人たりとも尙も親屬の關係なき以上は之を防衛する爲めに爲したる所爲は本條により刑法上の責任を免かるべしを得ざるなり。又同條に於ては身体を防衛するに出でたる所爲亦同じとあるか故に生命を失ふ可き場合にあらざるも可なり。

(四) 犯意(即ち罪を犯すの意思)

犯意は刑事上の責任に如何なる影響を及すべきものなるや。是余輩の今より論せんと欲する所の問題なり。凡そ刑事上の責任を負ふには必ず悪事たることを辨別すること、其悪事を行ふの意思あることを要す。而して此原則は罪の輕重に依りて變更あり。而して罪を犯すの意思即ち犯意と事を爲すの意思とを混同せざるを要す。左に此二者の區別あることを論定せん。

人若し或る行爲の不法即ち悪事たることを知り且之を行ふに決心するとき犯

意と事を爲すの意思と相混同して分離するを得されは之を區別するの必要なきか如くなれども時としては判然其區別ある場合あり。或る人或る所爲を行ふの意思ありて之を行ひたるも全く犯罪を爲すの意思なきとあり。例へば戯に石を投せしに偶々通行の人あり之に中たりて死す。此場合に投石者は石を投するの意あり且之を投したる者なれども犯意ありと云ふを得ず。蓋し投石は任意なり殺人は其意にあらず故に投石の意あるも犯意なしと云はざるべからず。是に由て之を觀れば犯意即ち罪を犯すの意思とは其爲さんとする所爲か悪事なることを知るを云ふ。

尙ほ犯意のことを論ずるに當り犯意と混同し易くして混同すべからざるものあり即ち犯意と犯罪の原因と是なり。例へば人あり他人を殺す而して其犯人は之を殺すことを欲したり故に犯意あり然れども其殺害は復讐の爲めに行ふことあり嫉妬の爲めに行ふことあり或は他人の依頼に依ることあり。是れ其犯罪の原因なり。此原因は種々無量にして枚擧に遑あらずと雖も犯罪の構成に就て毫も之を顧みるの必要なし。犯罪は之を犯すの意あり犯したるのみを以て成立す。

法律か其原因如何を顧みざる所以のものは何そや。曰く、其原因の當否は其行爲の善惡に影響を及ぼすべきものにあらす善事を行ふの原因にして不正なるとあり。例へば父母の善惡に均しく惡事を爲すの原因も亦譽れあることに屬するとあり。例へば父母の貪苦を慰むる爲め他人の所有物を竊取せんか竊盜の原因は父母の孝養に在れども其竊盜の所爲自身は決して惡事たるを妨げず。故に犯罪の原因は自己の爲めにするも他人の爲めにするも敢て問ふ所にあらす是れ一般の原則なり。然れども法律は時として明文を以て犯罪構成の一條件として不正の原因を要することあり。又時としては犯罪の性質に於て原因の不正なることを要することあり。例へば第三百二十一條の罪を構成するには自己の利を圖ることを要するの類を云ふ。第二百二十條第二百十五條の犯罪の如きも均しく其犯罪の原因を一の成立條件と爲すの例と爲すを得へし。

今や右二點の區別を知る。是より犯意は犯罪に如何なる影響を及すやを説かんとす。而して之を説明するに當りては數多の場合を區別するを要す。

(甲) 犯人直接に罪を犯すの意思なくして或る所爲を行ふたりと主張する場合

此場合に於ては被告人は其所爲を行ひたりとの事實を認む然れども犯意ありて之を爲したりと云ふの點を認めず。例へば職に官印を彫刻すると職に投したる石が偶然人に中たりて死に致したると等を然りとす。被告人は此等の場合に於て官印を彫刻せし事實を認む。然れども職にして犯意なきことを主張し。又は之を死に致したる事實を認む。然れども人を殺すの意思なかりしとを主張す。此等の主張にして果して事實ならんか官印偽造罪謀故殺又は毆打致死罪は成立せず。然れども其被告人は常に必ずしも無罪なりと斷言するを得ず。其犯罪の性質に依りては全く無罪のことあれども時としては罪の輕減に止まるに過ぎざることあり。故に其結果を論ずるに當りては犯罪の種類に就て區別せざるへからず。

(二) 法律に於て犯意あるを必要とし若し犯意なき時は假令過失又は懈怠あるも罪とし罰するを許さざる犯罪に屬する事實なるときは其被告人は全く罪なし。前例に於ける官印偽造の事實の如き者はなり。此種の事實に屬する時は社會に害なし社會に害なければ刑罰權の性質に於て之を罰するを得ざるなり。

(二) 法律は世人をして注意を爲さしむる爲め或る事實に就ては必ずしも犯意あるを要せずして之を罰することあり。此種の事實に關しては犯意の有無は單に罪の輕重を爲すのみ全く無罪にあらざるなり。例へば殺傷放火の如きものはなり。若し犯意なくして人を殺傷せんか謀故殺、毆打創傷の罪を構成せざるも過失殺傷の罪を構成す。又犯意なくして人の家屋を燒失せしめんか之を放火罪とするを得ざるも失火罪とするを妨げず。

(三) 犯意の有無を問はずして法律は常に之を罰するものあり違警罪の如き是なり。此場合に於ては犯意なきことは毫も犯罪の構成に影響なし。此種の犯罪は其刑輕微なるか故に犯意の有無を問はずして之を罰するも敢て弊害なきのみならず之を抛棄して不問に附し屢々之を行はしむるときは公益上大なる弊害を惹起すものとす。是れ此種の犯罪の規定ある所以なり。

右三種の犯罪は余か既に有意犯、無意犯の名稱を以て指示したる所の者なり。第一種の犯罪は即ち有意犯にして第二種第三種の犯罪は即ち無意犯なり。余は再言せん重輕罪は特に犯意なきも之を罰すとの明文あるか又は罪質に於て然らし

むるにあらざるよりは有意犯なるを原則とし違警罪は之に反すと。

右論する所は第七十七條第一項の規定に屬す。曰く罪を犯す意なきの所爲は其罪を論せず但法律規則に於て別に罪を定めたるものは此限にあらすと。

(乙) 被告人罪と爲るべき事實を知らざりしと主張する場合

此場合に於ては被告人間接に犯意なきことを主張するものとす。故に犯意なき場合と均しく其罪を論せず。然れども單に犯意なきことを主張する場合は大に異なる所あり。余輩は既に犯意なきときは常に必ずしも無罪の理由と爲らざれども罪と爲るべき事實を知らざるときは常に必ず無罪なりと論じたり。第七十七條第一項は但法律規則に於て別に罪を定めたるものは云々と規定し犯意なきも罪を論ずべき場合あることを明言す。然れども第二項に於ては罪と爲るべき事實を知らずして犯したるものは其罪を論せずと規定し毫も其罪を論すべき例外の場合を規定せず。故に曰く罪を犯す意なきの所爲と罪と爲るべき事實を知らざる所爲とは犯意なき點に於ては同一なれども其結果相同しからすと。罪と爲るべき事實を知らずして犯したる所爲とは如何なる場合を云ふや。今例

を擧げて之を明かにせん。例へば或る病人をして服藥せしめんとし之に或る藥劑を飲ましめしに醫藥にあらずして毒藥なりしか爲め其人死せり。又或る婦女を寡婦又は處女なりと信し媒介して之を他家に嫁せしめしに豈圖らんや有夫の婦たり。此等の場合に於て毒殺又は重婚殺の罪ありや。眞に其事實を誤信するの理由ありて罪となるべき事實を知らざるべきは無罪なりと云はざるべからず。

罪を爲るべき事實を知らざるに就ては其不知全部なるべし又一部に止まるべしとあり。其全部に於ける場合は前段論究したる如し。其一部に於けるものは重かるべき事實を輕き方に誤信して之を犯したる場合を云ふ。此場合に於ては全く罪を爲るべき事實なることを知らざるにあらず只其罪重きことを知らざりしのみ。例へば父を他人と誤信して故殺し十二歳に滿たざる幼女を十二歳以上の婦女と信して強姦したる如し。此場合に於て其犯人を父母に對する故殺として死刑に處し十二歳に滿たざる幼女を強姦したるものとして重懲役に處すべきや曰く然らず。第七十七條第三項に曰く「罪本重かるべしして犯すとき知らざ

るものは其重きに從て論ずることを得ず」と。故に前例の場合に於ても犯人を通常故殺として無期徒刑に處し十二歳以上の婦女を強姦したるものとして輕懲役に處せざるべからず。

(丙) 被告人法律規則を知らざりしを以て其所爲罪と爲らざると主張する場合  
此場合に於ては犯意なしとするを得ず隨て其罪を論ずるを至當とす。凡そ法律は既に公布せられ且實施せられたる上は何人と雖も皆之を知りたりと看做すものとす。故に實際法律を知らざるときは事を爲すに當り之を人に聞て可なり聞かざるは其過ちなり。是を以て同條第四項は法律規則を知らざるを以て犯すの意なしと爲すことを得ずと規定したり。

#### 第四節 不正の原素

抑も犯罪は法律の禁ずることを爲し又は法律の命ずることを爲さざるべきに成立するものなり。然れども其事を爲すの權利を有する者なるときは假令其行爲は法律の禁し又は命したる事柄なるを知りつゝ爲すも犯罪と爲すことを得ず。即ち之を行ふの權利あり又は義務ありて行ふたるときは正當の所爲なり。換言

すれば犯罪構成に必要な不正の条件なきにより犯罪成立せざるなり。此不正の条件を具備せざるか爲めに犯罪を構成せざるものに二種あり。

第一、本属長官の命令に従ひ其職務を以て爲したる所爲(刑法第七十六條)

第二、正当防衛 正当防衛は本邦刑法に於ては單に殺傷罪にのみ關するものなり。故に總則中に論す可きものに非ず。然れども不正の条件を具備せざるか爲めに犯罪の成立せざる所以を論ずるに就き必要あるにより爰に其大要を陳述することゝはなれり。

右二箇の所爲は正当の原因あるにより犯罪を構成せざるなり。其犯罪を構成せざる點より見る時は知覺精神を喪失し或は強制に遇ひたる場合と全く同一なり。然れども正当の原因ある場合と知覺精神を喪失し又は強制に遇ひたる場合とは少しく其間に差異あり。

(一) 正当の原因により無罪なる場合には其所爲は權利の執行なり。之に反し知覺精神を喪失し又は強制に遇ひたる場合には其所爲たるや權利の執行に非ず。若し其所爲にして權利の執行ならんか民事上の責任なかる可く、權利の執行に

非ざるときは刑事上無罪なるも過失あるときは民事上賠償の責を免るゝこと能はず。

(二) 正当の原因あるときは數人相謀て其事を行ふも皆無罪なり、是れ權利の執行なればなり。之に反し知覺精神の喪失又は強制の場合には其中知覺精神を喪失したる者又は強制に遇ひたる者のみ無罪にして他の者は犯罪者たるを免かれず。

余は是より正当防衛を以て正当の原因に出づるものとする理由を述べん。抑も社會に公權を設けて政事を爲すは何を目的とするか一私人の權利を重んじ以て國家を保護するにあり。而して一私人は自ら其身を保護するの權利あれども政府を立て之に政事を爲すことを委ねたるときは自己の身體生命を保護することも亦政府に委ねざる可からず。故に人民自ら裁判することは法律の禁する所なり。此原則は若し惡人ありて惡事を行ひ終りたる場合には飽くまで適用せざる可からず。即ち犯罪人の處分は一切裁判所に任せ人民私に刑罰權を執行すること能はざるなり。然れども未だ犯罪を爲し遂げざる場合即ち犯人が犯罪を行ひ

つゝある場合に於ては必ずしも右の原則を遵守するを得ず自ら腕力を以て之を防止するの必要あるとあり。例へば甲者あり乙者を殺さんとするとき乙は之を防衛し得るにも拘はらず之を公力のみ委ねんとするとき乙は其生命を全ふすること能はざることある可し。故に斯る場合には自ら防衛することを正當とし之を許せり。是れ正當防衛の起る所以なり。而して我刑法に於ては正當防衛は殺傷罪の場合の外には許さざるが如し。何となれば刑法第三編第一章第三節殺傷に關する宥恕及び不論罪の中に規定するを以てなり。然らば殺傷に關しては如何なる場合に正當防衛を行ふことを許すやを決せざる可からず。刑法第三百十四條に因れば「身」身生命を正當に防衛し已むことを得ざるに出で暴行人を殺傷したる者は云々」とあり。故に已むとを得ざるに出でたること必要なり。已むことを得ざるに出でとは如何なる場合を指すやと云ふに一の危害に遭遇し其危害は重大にして且不正の所爲ならざるべからず。而して其危害は腕力を用ゆるの外避く可からざるものなることを要す。已むとを得ざるに出で腕力を用ゆるは自己の爲めのみならず他人を助くる爲めに出でたるときも亦同じ(刑法第三百

十四條)。然り而して其危害は單に生命の上在ることを要せず身身に危害あれば生命に危害なくとも可なり。然れども法文に身身生命とあるに因り身身生命共に危害を受けざる可からざるかの疑問を生ずれども決して然らず。固と生命に危害あれば身身に危害を受くるものなるにより結局身身の文字は蛇足たるに過ぎず。故に法文の身身生命とあるは生命の危き場合のみならず身身の危き場合にも生當防衛を行ふことを許したるものと解せざる可からず。

刑法第三百十四條に因れば正當防衛を行ふことを得るは身身生命にのみ關する場合なれども刑法第三百十五條に因れば財産に危害を受くる場合にも正當防衛を行ふことを許したり。財産に關する場合には何時にても正當防衛を行ふことを得るに非ず財産に加ふる所の暴行を防止する爲めに出でたるものならざる可からず。之を要するに正當防衛は身身生命財産に就き腕力を以てするより他に損害を賠償するの途なき場合にのみ行ふ可きものなり。然れども財産の場合には後に損害賠償の途あり。故に必ずしも正當防衛を必要とせざるが如しと雖も實際賠償を得ること能はざること多し。何となれば夜間盜賊の押入りし場合に

其容貌を記憶することは困難なる可く假令記憶するも逃走することある可く又無資力者なること普通なるを以て如何ともすること能はざるなり。故に法律は一般に財産に就ても暴行を防止し又は盜賊を取還する爲めには正當防衛を行ふことを許したり。

右論述せし所に因て觀れば正當防衛の權は社會の刑罰權よりも其區域廣濶なり。そも刑罰權は十二歳未滿の幼者又は十六歳未滿の幼者にして是非の辨別なき者又は知覺精神の喪失者が罪を犯したる場合には之を罰すること能はず。然れども正當防衛は何れの場合に於ても行ふことを得。即ち十二歳未滿の幼者又は知覺精神の喪失者なるも殺害を行はんとするときは之を防衛する爲めに殺害することを得。故に正當防衛の區域は社會の刑罰權の區域よりも廣大なりと云ふことを得へし。然れども正當防衛の行はるゝ區域には一の制限あり。左に之を述べん。

(一) 例へば余が不正の所爲を行ひ暴行を招きたるときは其不正の所爲は假令彼をして正當防衛權を行はしむる程甚しきものに非ざる場合なるも彼れが余に對して暴行を加へたるは苟も余の不正の所爲に原因したるときは余は正當防衛を行ふことを得ず。或る論者あり。曰く例へば余の家に盜賊の忍入りし場合に家人の覺知する所となり財産を竊取せずして逃れ出でんと志つゝある場合に余之を殺傷せんとせしに盜賊は正當防衛を以て余を殺傷することを得るか。抑も余か其逃れ出でんとする盜賊を殺傷せんとするは正當防衛に非ず。故に盜賊は正當防衛を行ふことを得ず。余按ずるに此論大に誤れり。何となれば刑法第三百十四條に因れば不正の所爲に因り自ら暴行を招きたる者は正當防衛を行ふことを得ずと規定するを以て此場合に於ける竊盜は自己の不正の所爲に因り余の暴行を招きたるものなるが故に正當防衛を行ふこと能はざるは明白なり。

(二) 第二の例外は祖父母父母に對する殺傷罪にして刑法第三百六十五條に因れば特別の宥恕及び不論罪の例を用ふることを得ずとあり。而して正當防衛は此中に含蓄せらるゝを以て祖父母父母か如何に暴行を加ふるも子孫は之に對し正當防衛を行ふことを得ず。

爰に一の問題あり官吏公權を行ふ場合に於て若し普通の場合ならば正當防衛を



行ふことを得るものならば官吏に對しても亦腕力を以て抗することを得るか。換言すれば官吏不法の所爲を行ふときは之に暴行を加ふるも可なるか。此場合には人民の自由権利と公權と抵觸するに因り頗る議論あり。左に之を述べん。

(第一説) 官吏職務を行ふ場合には一私人は其不法なると否とを問はず一應之に従ふの義務あり。故に官吏不法の所爲を行ふも之に抗すること能はず。

(第二説) 官吏は決して不法の所爲を行ふことを許されざるに因り若し不法の所爲あれば之に腕力を加ふるも可なり。

余按ずるに若し第一説をして正當なりとせんか人民の自由は全く消滅す可し。第二説をして成立せしめんか官吏の所爲に對し人民をして一々監査を行はしむるの結果を生じ結局公權を行ふと能はざるに至る可し。故に此兩説を折衷して始めて其中正を得べし。(第一)刑法第三百三十九條に因り官吏其職務を以て行ふるときは其執行に従はざる可からず。然れども其人官吏に非ざるときは之に抵抗するを得べし。假令官吏なるも其職務を以て行ふに非ざるときは之に抵抗するも可なり。(第二)行政司法官署の命令を執行するものなりと雖も之を示さず又

は其實之を有せざるときは腕力を以て抵抗する可なり。(第三)官吏其職務を以て行ふ場合なるも法律の禁制に背反して行ふ時は之に抵抗するも正當防衛たるを妨げざるなり。

前述したる正當防衛は財産に對する場合に於ては其暴行を防止し又は盜賊を取還するに出でざる可からず。又身軀生命に對する場合に於ては身軀生命を正當に防衛し已むことを得ざるに出でたるものならざる可からず。故に若し暴行既に去り危害既に已みたるときは正當防衛を行ふの必要なきに因り之を行ふことを得ず。此場合には其處分を公權に委ねざる可からず。故に正當防衛を行ふは不慮の危害にして避く可からざるものなることを要す。豫め知りたる危害なるときは正當防衛を行ふの權なし。何となれば豫防するを得ればなり。

本屬長官の命令に因り其職務を執行するは正當なることを論ず抑も正當防衛を行ふとを得る場合は殺傷に關する時に限れり。然れども本屬長官の命令に因り其職務を執行する場合は殺傷のみに限らざるなり。何となれば刑法第七十六條に因れば本屬長官の命令に従ひ其職務を以て爲したる者は其罪

を論ぜざとあり。其如何なる犯罪を構成す可き場合なるを問はざるを以てなり。例へば人を擅に監禁し又は逮捕するときは監禁罪を構成す可し然れども勾引状又は勾留状に因り監禁する場合には本條を適用す。又人の住居は侵すこと能はざるものなれども豫審判事か職權上家宅に入る場合の如きは又本條を適用す。殺傷に關する例を擧ぐれば法律は人を殺すことを禁ずれども確定判決により司法大臣の命令を受け之を殺すは犯罪に非ざるなり。之を要するに此場合に於て不論罪たるには左の二條件を要す。

(一) 本屬長官の命令により行ふこと

(二) 其行爲は職務を以て爲したること

右二條件の一を欠くときは犯罪を構成す可し。而して其職務は法律又は命令により定まるものとす。若し本屬長官にして法律命令の範圍外の事を爲す可しと命じたるときは長官は罪あるも命令を受けて行ふたる官吏は罪なきや否やは一の疑問なり。或る説によれば假令長官の命令なるも法律命令を以て許さることを行ふは長官の犯罪を助くる者なるにより罰せざる可からずと。他の説によ

れば部下の官吏は長官の命令に就き一々其適法不適法を監査するの權なし。故に不法なるも命令により行ひたる所爲ならんには無罪なりと。然れども此兩説は極端に走りたるものなり。何となれば第七十六條によれば前述の二條件を要するにより此極端説は起らざる筈なり。抑も部下の官吏にして長官の命令は適法なり且職務なりとして行ひたるときは固より罪を犯すの意思毛頭之れ無きにより犯罪を構成することなし。然れども其命令の不適法なること且職務外なることを知りつゝ行ひたるときは犯罪を構成す可し。又命令にして方式に違ひたる場合には其方式にこそ違ひたれ其職務を以て行ひたるものなれば罰することを得ず。然れども法律に於て拷問を禁じたる場合に長官が部下に命令を下し拷問を行はしめたるときは長官は勿論罪あり。又其拷問は自己の職務に非ざることを知りつゝ行ひたる官吏も有罪たるを免れず。然れども部下の官吏にして長官の命令により行ひたる場合には酌量減輕の情狀あるにより減等するは裁判官の義務なりと信ず。

## 第六章 刑例

本邦刑法は如何なる主義により刑罰を設けたるや。左に之を説明す可し。

一、刑罰の専横に流るゝを防けり

本邦刑法に於ては各犯罪毎に如何なる刑を科するやを規定せり。是れ裁判官の刑罰を濫用することを防ぎたるものなり。而して刑法の規定する所の刑は何罪は何月何犯は何年と云ふ如く一定したるものに非ず(新律綱領改定律令には何年何月と一定せり)豫め刑罰の性質又は刑罰の範圍を定むるに止まる。例へば竊盜犯は二月以上四年以下の重禁錮に處すと規定し其範圍内に於て裁判官は伸縮自由なり。然れども其最長期を超へ又は最短期を下ること能はず是れ刑罰の専横に流るゝを防ぐ所以なり。

二、刑罰は平等なり

刑罰は平等なるか故に人により偏頗あることなし。例へば竊盜は二月以上四年以下の重禁錮に處すとあれば何人が犯すも其範圍内に於て刑罰を科するなり華士族平民農工商により其刑を異にすることなし。去りながら精密に論ずるときは必ずしも平等なりと云ふこと能はず。今甲乙二人の竊盜犯あり全く同一情狀

とし何れも重禁錮一年に處したりとせんに、固より身分の如何に因らざるを以て平等の如くなれども甲は赤貧にして乙は富裕なりとせんか貧人が一年獄中に在るは富人の一年獄中に在るの痛苦に比すれば輕少なりと云はざる可からず。然らば此場合に於ては全く平等なりと云ふこと能はず。又罰金の如きは同一の犯罪情狀により同額を科せられたりとするも富者は左程痛苦を感せずして貧者は大に痛苦を感ず可し。是れ金額は同一なるも受刑者の苦痛の度は同一なりと云ふ可からず。斯る場合に於ては宜しく貧富も亦一の情狀中に入れ刑罰を斟酌す可きなり。

茲に一の例外あり。徒刑の囚は島地に發遣し定役に服せしむるものなるに受刑者婦女なるときは内地の監獄に置き服役せしむ。是れ男女により刑の執行方法を異にするものなり。

尙ほ一の例外は年齢六十歳に滿る者は通常の定役に服せしめず、精力相應の定役に服せしむ。例へば通常の定役は午前六時より午後六時までなりとせんか六十歳に滿る者は或は時間を減じ或は他の職業に就かしむることを得。此點に就て

見れば老壯刑の寛嚴の度を異にせり。然れども老人は假令時間短く又は他の職業を執るも壯者より苦痛の度少なしと云ふ可からず。故に實際に於ては此規定こそ却て平等なりと云はざる可からず。

三、刑は必ず犯人の一身に限る可し

日本支那に於て往昔行はれし所の刑の如く主人罪を犯せば三族に及ぶと云ふか如き酷刑は今日文明國の刑法に於て決して見ざる所にして刑は只犯人のみに限る可きものとせり。然れども正確に論ずれば主人刑を受ければ其影響は必ず家族に及ぶ可し。然れども是れ止むを得ざるものなり。例へば罰金の刑に處せられたるか爲めに家財大に減少したりとせんか家族は生活上必ず苦痛を感ず可し。是れ主人の刑により家族其影響を被ふりしなり。然れども刑罰は決して直接に家族に及ぶことなし。

四、判決確定せざれば刑を執行することなし

例へば死刑懲役重禁錮等の言渡を受くるも判決確定せざれば其刑を執行することなし。被告人は刑の言渡を受け其裁判に服し且刑を受くることを承服するも言渡後五日又は三日間は其判決確定せざるを以て未だ執行することを待ず。

五、刑法の目的とする所は犯罪により紊亂したる社會の秩序を回復するにあり。故に刑法は刑罰を設け(一)犯人に充分苦痛を感せしめ其犯罪に對する應報を爲し以て再び犯さしむ。(二)惡事を爲す者は此の如き苦痛を受くることを公衆に例示す。

六、刑を言渡す判決は必ず公行す執行も亦然り。死刑は例外にして監獄内にて執行す。

七、刑罰は犯人の自由を奪ひ財産を奪ひ又民事上政事上の權利を奪ふ。然れども犯人の身軀を傷けざるの主義なり。昔時に於ては額に焼印を捺し或は笞杖を行ひたり。今日に於ては斯る慘刑なし。去れども死刑は例外にして直ちに犯人の身軀に施すの刑なり。

## 第一節 刑名

既に犯罪に重罪輕罪違警罪の三種あることを説けり。而して刑罰も亦此三種の犯罪に應じて設けたり。重罪の刑は刑法第七條に規定せり。即ち左の如し。

- 一、死刑
- 二、無期徒刑
- 三、有期徒刑
- 四、無期流刑
- 五、有期流刑
- 六、重懲役
- 七、輕懲役
- 八、重禁獄
- 九、輕禁獄

輕罪の刑は第八條に規定せり。即ち左の如し。

- 一、重禁錮
- 二、輕禁錮
- 三、罰金

違警罪の刑は第九條に規定せり。即ち左の如し。

- 一、拘留
- 二、科料

右は三種の犯罪に相應する主刑なり。尙ほ他に附加刑あり第十條に規定す。即ち左の如し。

- 一、剝奪公權
- 二、停止公權
- 三、禁治產
- 四、監視
- 五、罰金
- 六、沒收

附加刑は主刑の如く重罪輕罪違警罪の三種に就き判然たる區別なし。唯剝奪公權禁治產は重罪の刑に停止公權罰金は輕罪の刑に附加す。而して監視は重罪輕罪に科することあり。沒收に至ては三種の犯罪に通じて科することを得。

主刑と附加刑との差異

第一、主刑は犯人に苦痛を與へ且公衆に例を示す爲めに用ゆる直接の機關なり。附加刑は之に反し主刑の不足を補ひ其効力を完からしめ且再犯を防ぐの目的に出づるものなり。

第二、主刑は必ず裁判宣告を要すれども附加刑は主刑の宣告あれば當然之に附随するものと否とあり。

今第七條乃至第十條に規定する所の刑の性質を區別するときは左の四種と爲すことを得べし。

- 一、犯人の身軀に施す刑(即ち施軀の刑)
- 二、犯人の身軀に及ぼすことなく單に其自由を剝奪し又は制限する刑(即ち自由刑)
- 三、犯人の民法上又は政事上の權利を剝奪する刑(即ち名譽刑)
- 四、犯人の資産を剝奪する刑(即ち財産刑)

### 第一款 施軀の刑

施軀の刑は單に死刑の一あるのみ。死刑は極刑なり一たひ之を執行するとき

假令裁判の錯誤後日に至り判然するも如何ともする能はず。又社會の利益より云ふときは一人なりとも過ちを改め善良の人とならんことを企望す。故に死刑は種々の點よりして弊害あり。是を以て死刑は果して正當なりや否や。又社會は之を行ふの權利ありや否やに就ては歐米各國に於て議論紛々たり。而して或國にては斷然死刑を廢したり。

社會が死刑を行ふは正當なりや否や。之を正當なりとする論者の曰く。死刑は世界各國に於て刑罰を行ふとを初めたる以來皆之を用ひ近世に至るまで不當を鳴らす者無く又之を疑ふ者無かりき。是れ其不當に非ざるを以てなりと。余輩は此説に服する能はず。古來何れの國にても其不正なるを疑はざる制度も文明の進歩するに従ひ漸々其非を悟り之を廢せんとする者少なからず。例へば歐洲に於ける奴隸制度は今日何人も之を非とすれども昔時は當然とせり。又拷問は歐洲にあれ支那にあれ日本にあれ昔時は之を用ひ其不當を疑はざりし。然れども今日に至ては之を不當とし遂に廢止したり。死刑も亦之に類するなきや。瑞西の或る二三州、羅馬尼亞、葡萄牙、和蘭、北米合衆國の或る州にては死刑を廢せり。

是等各國に於て死刑廢止後統計上犯人の數更に増加せずと云ふ。死刑の正常なりや否やの問題を決するには先づ左の二點を決するを要す。

第一 道理上死刑は正當なりや否や

第二 死刑を道理上正當なりとすれば社會は之を行ふの必要ありや否や。抑も社會の必要不必要は時と場所とにより異なるものにして萬國を通じ古今を経て適用することを得るものに非ず。即ち歐米に於て死刑を廢し極惡の徒横行せずと云ふを以て日本に於ても亦同一なりと云ふことを得ず。

以下右二點に就き詳論せん。

(第一) 死刑を行ふは道理上決して不正なりと云ふ能はず。何となれば豫め謀りて人を殺害したる者の如き其情狀實に惡む可し。されは其極惡者の生命を奪ふは當然なりと云はざる可からず。現に人の生命を奪へり己れの生命を奪はるゝは因果の道理なり。又實際上より云ふも殺人者の如きは實に社會に危險なるものなり之を宥恕せば又他人を殺すやも測られず。社會は元來惡人を除き安寧秩序を維持するの權利義務を有す。若し斯る極惡者を生かし置かんか再び良民を

害するの恐れあり。故に惡人を死刑に處するは結局良民を殺すよりも惡人を殺すに如かずと云ふにあり。此點より論ずれば死刑の不當に非ざること明白なり。又死刑を行ふ能はざるものとすれば結局罰金の外凡ての刑罰は行ふ能はざるに至る可し。死刑廢止論者は社會は人の生命を奪ふの權なしと云へり。抑も人間は其生命を保つ權利あり。是を以て社會が其生命を奪ふは不正なりと云はゞ又一方には人は自由を守るの權あり。然らば人の自由を剝奪する所の刑罰も亦不正なりと云はざる可からず。然るに彼を非とし此を是とするに至ては矛盾も甚しと云はざる可からず。人の生命を奪ふを不正なりとすれば又自由を奪ふも不正なりと云はざる可らず。又此を正當なりとすれば彼も亦正當なりと云はざる可からず。抑も人の權利は絶對的のものに非ずして相對的のなり。即ち自己の權利を行ふ爲めに他人の權利を害すること能はず人を殺すか如きは人の權利を害するの最も甚たしきものなり。犯人は自己の權利の限界を超へ他人の權利を害せり。此侵犯の所爲を他の方法にて防ぐことを得れば可なれども極惡の徒に至ては其生命を奪ふに非ざれば之を防ぐ能はざる可し。斯る場合には是非共

其生命を奪はざる可からず。

以上論ずる如く道理上死刑は正當なりとするも實際之を行ふの必要なときは社會の刑罰權は之を如何ともする能はざる可し。

(第二) 社會は果して死刑を行ふの必要ありや否やを決するには其問題の起りし國の情況を問はざる可からず。其國文明にして死刑を廢するも悪人を防くことを得は之を行ふの必要なし。從て死刑廢せざる可からず。之に反し死刑を廢すれば犯人増加するの恐れあるときは即ち其國には死刑を行ふの必要あるなり。故に之を存することを要す。日本の如き若し死刑を廢せんか極惡の徒増加するの恐あるとを認め我立法者は之を設けたるならん。然れども新律綱領改定律令に比すれば死刑を行ふの場合甚しく減少せり。我刑法に於て死刑を行ふ場合は單に人の生命に關する犯罪のみに限れり。最も皇室に對する犯罪は例外にして其生命に關せざるも死刑を行ふ場合あり。其他は皆直接間接に人の生命に關係あるものなり。財産のみに關する犯罪に就ては死刑を行はざるを以て刑法の主義とするものゝ如し。

我刑法は死刑の執行方法に就き第十二條乃至第十六條を以て規定せり。死刑は絞臺に上らせ絞首す。此場合には檢事及び典獄監し監獄内に於て執行す。死刑は他の刑と異なり單に裁判確定するのみならず必ず司法大臣の命令を受けざる可からず。斯く鄭重の規定を設けたる理由は死刑は一たび執行すれば回復する能はざるの點に在り。若し裁判の錯誤あるときは勿論犯人に愍む可き情狀あるか其他死刑を行ふの必要なき場合に於ては司法大臣は其由を上奏し特赦を乞ふことを得べし。若し司法大臣に於て執行す可きものとすれば執行の命令を下す。然れども大祀令節國祭の日には行ふ能はず。大祀令節とは元始祭、天長節、紀元節等を云ひ。國祭とは春季皇靈祭、秋季皇靈祭等の祭日を云ふ。其詳細は刑法附則第四條にあり。此の如き日には國民一般に祝意を表す可きものなるを以て死刑を執行し悲ましむるは不當なりとの主意に出でたるなり。死刑の宣告を受けたる者婦女にして懷妊中なるときは假令裁判確定し且司法大臣の命令あるも分娩後一百日を経るに非ざれば執行するを得ず。蓋し刑は犯人の一身に止まり親族に及ばずとの主意に出でたるものなる可し。若し死刑の



宣告を受けたる婦女懐妊中なるにも關せず之を執行せんか胎内の罪なき小兒の生命を奪ふこととなるを以て刑法は分娩後と爲したるなり。然らば分娩後直ちに執行するも可ならずや一百日を経るを要するは如何なる理由によるや。抑も小兒は生れたるのみにては生活する能はず。凡そ一百日間も哺乳するとき成長の緒に就き以後は乳を離るゝも食物を以て生活することを得べきを以て其母に死刑を行ふも差支なしと云ふにあり。

懐胎中に死刑の宣告を受け裁判確定したるときは右論ずる如く別に議論なければども若し犯罪の當時には懐胎中なるも裁判確定前に分娩したるときは尙ほ一百日を持たざる可からざるか。又裁判確定の前若くは後に分娩するも二三十日を経て小兒死亡したるときは尙ほ一百日を持たざる可からざるか。又裁判確定後囚徒と通じ懐胎したるときも尙ほ本條を適用す可きか。此等の諸點に就ては余は説明せず宜しく諸君の研究あらんことを望む。

死刑の執行を爲したるとき受刑者の遺骸は親族故舊下渡を請ふときは下付せざる可からず。去りなから式を用ゐて葬る能はず。何となれば若し之を許すときは死刑に處せられたる者に對し幾分か死後の名譽を與へ且裁判權を蔑視するの感覺あるを以てなり。

## 第二款 自由を剝奪するの刑

抑も人の自由を剝奪するものは必ずしも刑なりと云ふ可からず。自由を剝奪するも刑罰ならざることあり。商法第千三條には破産者を監守するの規定あり。是れ破産者の自由を奪ふ場合なれども刑に非ざるなり。

又刑事の被告人が現行犯の場合に捕縛され又非現行犯の場合に拘引狀により拘引さるゝ如きは人の自由を奪ふ場合なれども決して刑に非ざるなり。又十二歳以下の幼者罪となる可き所爲を行ひ又十二歳以上十六歳以下の幼者是非の辨別なくして犯したるときは罪なきなり。從て刑を科せらるゝことなければども懲治場に留置することを得。此場合には通常の處刑者を入るゝ監獄に置き身軀の自由を拘束すれども刑に非ざるなり。

此の如く自由を奪ふとは必ずしも刑に非されども又法律は自由を奪ふを以て刑と爲したる場合あり。即ち徒刑流刑以下罰金科料を除き凡ての主刑は皆自由を

剝奪する刑なり。此自由刑なるものは其性質或は期限を伸縮し或は種々の勞役に服せしむるを以て、萬般の犯罪情狀に應し之を適用するを得る便利なる刑なり。自由刑に就ては其期限又は執行方法に關し種々の説あり。余は第一に之が理論を述べ次に我刑法の規定により説明す可し。

### 第一 刑期

刑期に就ては既に論じたる如く我刑法其他今日文明國に行はるゝ刑法は或る一定の範圍を設け其中にて相應の刑を適用するにあり。蓋し尤も其當を得たるものなる可し。然れども刑には有期のものあり、無期のものあり。有期刑は其範圍を定むるを得れども無期刑は範圍なし。而して無期刑は受刑者の年齢の老壯により大に幸不幸あり五六十に至る老人無期刑に處せらるゝも餘命僅々たるを以て二十三十の壯年が無期刑に處せられたるに比すれば頗る輕易なりと云はざる可からず。又一方に於ては終身刑罰を受けざる可からざるときは皆絶望し悛改するとなし益惡事を爲すに至るは人情の常なり。然るときは無期刑は犯人をして改過遷善の目的を達せしむると能はざるにより之が爲め社會に利益を與ふることなし。果して然らば無期刑廢す可きか這は刑法學者の議論紛々として歸着する所を見ず。余按ずるに無期刑は必要なり。何となれば有期刑の最長期は十五年なり。例へば爰に犯人あり其情狀十五年の刑にては輕きに失すれども死刑に處するは重きに過ぐる場合には其中間なる無期刑を科すること必要なり。又死刑を廢止したる國に於ては勿論我國の如く或る僅々の場合にのみ死刑を行ふ國に於ては無期刑を設くると必要なり。故に到底全廢すると能はざるなり。而して無期刑の弊害は特赦及び假出獄により大に矯正することを得べし。例へば壯年の犯人無期刑に處せられ獄中に在て獄則を遵奉し且謹慎悔悟の情狀ある時は司法大臣より特赦を奏上して減等さるゝことあり、又放免さるゝことあり。或は行政上の處分に依り假出獄を許すことありて犯人の悛改を促すに足る。故に無期刑は強ち弊害ありと論斷する能はざるなり。

### 第二 刑の執行方法

刑罰は單に犯罪人に苦痛を感せしむるを目的とするのみならず前非を悔ひ善心に立戻らしむることを謀らざる可からず。亦も犯罪人が初めて罪を犯すときは

偶然に出でしも漸々悪事に慣れ遂には純粹の悪人となり復た善人となること能はざるに至るは今日の常態なり。此常態を變更し悪人をして善人たらしむるの方法を謀らざる可からず。此目的を達するには如何なる方法に依り刑罰を行ふ可きや。是れ刑法學者の一大疑問なり。此事に就ては學者の説數多あり。又昔時より實際に試みたる種々の方法あり。左に之を説かん。

(甲) 内地監獄説

(乙) 島地發遣説

(甲) 内地監獄説

内地監獄説には種々の議論あり。然れども終局左の三となる。

- 一、監獄内に數多の囚人を入れ置き晝夜共に同囚と起臥せしめ又共に定役に服せしむこと
  - 二、晝は共に定役に服し夜は一人毎に分離すること
  - 三、晝夜同囚と同居せしめざること
- 一、晝夜共に同囚と同居せしむること

此方法に従ふときは尤も弊害あり結局悪人多く集合するにより日常の談話は皆悪事のみ。又其悪人の間に於ては大悪を爲したるもの尤も功名手柄なり。故に他日放免とならば如何なる方法を以て犯罪を行はん。又如何なる工夫を爲せば犯罪を行ふに容易ならんなどの研究を爲し恰も犯罪研究所たるの有様なり。故に偶然罪を犯し監獄に入るものゝ如きも其裁判の時に在りては其非を悔ひ後來決して悪事を爲さしと思ひしも此囚徒と交るときは所謂米に交れば赤くなるの謠に漏れず益犯罪を研究するに至るべし。又悪事を爲すを好むものは故らに罪を犯して入監し犯罪の方法を研究するとあり。故に晝夜共に同居せしむるは再犯を防ぐの目的を達する能はざるのみならず益犯罪を研究せしめ悪人を養成するの結果を生ず。故に此方法を廢せんとするは萬國の輿論なり。然れども實際此方法を用ゆる國多し。是れ國家經濟上の止むを得ざるに出でたるものなり。

二、晝は共に定役に服せしめ夜は一人づゝ分離すること

此方法によるも晝間は同囚と共に定役に服するにより尙ほ互に悪事を談話するを得。故に此方法を取るも其利益著しからず。是を以て晝間共に定役に服する

の間同囚相互に言語を接するを得すとの規則を行ふ國あり。然れども口に關なし言語を發する易々のみ低聲高聲盡く之を制止する能はず。若し之を制止せんとせば一人毎に監督を付し之を犯すものには嚴重なる制裁を加へざる可からず。然るときは其處置慘酷に失するの弊あるべし。之を要するに共に定役に服せしめながら言辭せしめざるは到底行はれ難きことなり。

### 三、晝夜同囚と同居せしめざること

此方法によるるときは囚人は徹頭徹尾獨居せざる可からず。故に犯人を懲戒するの効は尤も大なるべし。凡そ人は獨居沈黙するより苦痛を感ずることなかるべし。剩へ他に惡事を相談すべき者なきにより自然良心に立戻るべし。然れども獨居沈黙久きに亘るときは種々の弊害を醸生す即ち發狂することあり又慓鬱して病を發し死亡することあり故に殘酷に失するの弊あり。加之獄中は冬季に在ては甚だ寒し寒國に在りては獨居の結果凍死するを免れず。

以上述ぶる如く獨房制を用ゆるときは苛酷に失するの恐れあれども囚人をして他人と談話するを得せしむるときは幾分か其苦痛を慰むることを得べし。因て

或る國にては同囚とは談話せしめざるも監守押丁又は説教僧とは談話することを許せり。此方法は獨房制の善なるものと云ふべきなり。

獨房制は最初刑期の長きものにのみ適用せしも終身刑其他終身に近きものゝ如きは苛酷に失するの弊あり。故に爾後其反對の主義を取り只刑期の短きもののみ執行するとはなれり。然れども此方法には尙ほ短所あるを免れず若し此方法其功を奏し犯人過を悔ひ良民となるに至り俄に放免せられ自由の社會に出づるときは在檻の時に反して進退舉措意の如くなるを以て一時に其自由を行ひ不知不識の間再び罪を犯すとあり。且つ犯人放免せられ社會に出づるときは人之を嫌忌するを常とすれば俄に其職を得ると困難なり。是れ又新犯罪の一原因たり。此弊害を救済せん爲め犯人漸次に自由の身となるの方法を發明せり。即ち若し犯人の處刑を三年とせば其第一年は獨房に入り其第二年目は既に後悔の情あるものと同房に居り其第三年目は半ば自由を得滿期に至り始めて全き自由を得て社會に立つと云ふか如く順を追ひ序を踏み晴天白日の身となるの方法とす。

二三の國に於ては右の獨房制を實行したりと雖も之を行ふには莫大の費用を要するか故に其方法善良なるに拘はらず普く之を行ふ能はず。我邦若し之を實行せんか監獄費大に増加し人民其負擔に耐へざるべし。故に國家の經濟上第一の方法に改良を加ふるの外適當の方法あらざるなり。

第一の方法を實行するに就き大悪人は大悪人と共に置き、輕犯は輕犯と檻を同ふせしめは輕犯をして大惡に感染せしむるの憂なしとし同種の犯人を一處に置く國あり。然れども此方法は他に大弊あり。即ち同種の大悪人を一處に置くときは意氣相投合し或は破獄を企て或は大惡を圖り其危險言ふべからず。是れ余が豫審判事たりし時現に目撃せし所の弊害なり。之に反し大惡小惡を一所に混するときは彼等の間意氣相協はざる所あり相謀りて惡事を企つると甚た困難なるのみならず其發覺も亦容易なり。故に此方法は却て前者に勝るものとす。

### (乙) 島地發遣説

此説は夙に英國に於て實行せられたり。英國は當初囚徒を米國に送りたれども米國獨立以後は之を濠洲に送りしより濠洲今日の繁盛を見るに至れり。島地發

遣の利益の點を舉示せんに亦も殖民地は土地廣く物産に富むと雖も人口未だ繁殖せざるか故に甚た勞力に乏しきものとす。苟も勞力者あるときは其需要の急なるより刑餘の人と雖も内地の如く之を嫌惡するに違あらず。是を以て刑餘の人其心を悛め誠實の職業に就かんとせば其志を達すること容易なり。已に此點のみにては囚徒を殖民地に發遣するは大利益あり。加之本國にては惡人を其疆域外に驅除するを以て最早其犯人を顧慮するに及はず。又殖民地に於ては其勞力に依りて土地を開拓するの利益あり。此等の利益は島地發遣説を主張するもの、喋々する所なり。此説は善は即ち善なれども何れの國にても必ず此方法を行ふことを得るものに非ず。日本の如きは從來遠隔の島嶼に適當の殖民地を有せざりしか今日臺灣は我版圖に歸せしを以て之に囚徒を發遣せば實に論者の云ふか如き利益を見ることが得べきなり。

右論ずるか如くなるを以て此方法を行ふには(第一)犯罪人を發遣するに適當なる殖民地を有せざる可からず。(第二)其殖民地あるも決して永久のものとするを得ず。例へば英國の如き當初囚徒を米國に送り同國獨立後之を濠洲に送りしも未

だ百年を経ざるに囚徒發遣は同洲人の拒む所となり遂に發遣囚徒を乗せたる船舶に向て發砲するの危を見るに至り其方法を廢止したるは一の適例と云ふべきなり。且島地發遣の方法は甚た多額の費用を要すべし。現に本邦の囚徒を北海道に送致するすら費用多きか爲め同地に發遣すべき徒刑囚を集治監に留置するとあり。故に此方法は適當の島地ありて行ふを得べきときと雖も費用の點より容易に之を行ふを得ず。之を要するに刑の執行方法に就き其完全なるものを發見するは甚た困難なり。好し之を發見するも費用の點より實行するを得ざることあり。然れども立法者が刑法を制定するに當り刑の執行方法を定むるには前述の諸説を参照し成るべく其宜しきを得ざる可からず。現行刑法に於て徒刑以上の囚徒を北海道に送るは島地發遣説の幾分を採用したるものなり。

### 徒 刑

徒刑には有期無期の二種あり。無期徒刑は其期限なけれども有期徒刑は十二年以上十五年以下とす。徒刑は有期無期を問はず凡て島地に發遣し定役に服せしむ。現行の規則にては島地に發遣するは北海道に送致するに定まり居るものとす。去りながら島地に發遣するの規則には例外あり。左に之を説かん。

(一) 受刑者が婦女なる時は島地に發遣せず内地の監獄に入れ定役に服せしむ。其理由は婦女は元來徒刑に處せらるゝ如き重罪を犯すもの稀なり。故に島地に女檻を設置するも多くは徒費に失せん。又内國に置くも男子程危険なし且身軀脆弱にして島地に發遣するときは氣候の異なるか爲めに病を發する等の恐れあるのみならず開拓事業に利益なし故に島地に發遣せず。

(二) 徒刑の囚六十歳に滿る者は通常の定役を免じ體力相當の定役に服せしむ。其六十歳に滿るは刑の言渡を受くる當時なるも又其當時は壯年にして獄中に在るの間に六十歳以上となるも同一なり。

### 流 刑

流刑は徒刑と同一の位置にあれども國事犯に適用すべき刑なり。流刑にも亦有期無期あり。有期流刑は有期徒刑と同じく十二年以上十五年以下なり。而して有期無期を問はず何れも島地の獄に幽閉し定役に服せしめざるなり。流刑に處せらるゝものは國事犯の重きものなり。故に内地に置くときは何時監獄外の者

と通じ再擧を謀るや測られざるを以て其危険甚し故に島地に發遣するの必要あり。然れども國事犯は破廉恥のものに非されは破廉恥罪を犯したる囚人と同じく定役に服せしむるは殘酷に失するの嫌あるを以て單に之を幽閉し定役に服せしめざるなり。然れども刑法附則によれば定役を乞ふときは之を許すを得。

流刑に處せられたるものは無期なれば終身、有期なれば其言渡を受けたる刑期間幽閉さるゝを通常とす。去りながら刑期間と雖も行政處分により幽閉を免じ島地に於て地を限り住居せしむるとあり。無期なれば五年、有期なれば三年の後始めて此行政處分を行ふことを得るものとす。既に地を限り住居することを許されたる以上は家族と共に同居することを得べし。

爰に一の注意すべきとあり。流刑と禁獄とは共に同種の犯罪に適用する刑なれども流刑に就ては免幽閉なる行政處分あるが爲め頗る奇なる結果を生ずることとなり。其詳細は禁獄の部に於て説明せん。

#### 懲役

懲役は徒刑と異なり島地に發遣せず内地の監獄にて定役に服せしむ。懲役にも

重懲役、輕懲役の二種あり。重懲役は九年以上十一年以下、輕懲役は六年以上八年以下なり。懲役は内地の監獄にて定役に服せしむるにより婦女の例外なし。然れども六十歳以上の者に就ては例外あり、體力相當の定役に服せしむ。

#### 禁獄

禁獄は懲役と同地位にある刑にして重禁獄、輕禁獄の二種に分ち。重禁獄は九年以上十一年以下、輕禁獄は六年以上八年以下とし内地の獄に幽閉し定役に服せしめず。禁獄の刑に處せられたるものは流刑とは異なり中途にして幽閉を免ぜらるゝことなし。只第五十三條により獄則を遵守し悛改の情ある時は其刑期四分の三を経過するの後行政の處分を以て假に幽獄を許すことを得るのみ。故に流刑と禁獄とを比照するときには奇なる結果を見るべし。即ち無期流刑なれば五年、有期流刑なれば三年の後に幽閉を免ぜらるれども禁獄に於ては刑は輕げれども行政上の處分により幽閉を免ぜらるゝとは却て遲し。即ち有期流刑は十二年以上十五年以下なれども三年後には幽閉を免ぜられ、輕禁獄は六年以上八年以下にして其六年の刑に處せられたる場合と雖も四年六月以上を経過するに非され

ば假に出獄する能はず。然るときは禁獄と流刑とは權衡を得ざるの點あり。去れども是れ止むを得ざるに出てたるものなり。流刑は幽閉を免ずるも島地に於て地を限り住居せしむるにより内地を去る遠く從て再舉を企るの憂なし。之に反し禁獄は内地なるにより假令地を限るも同志と通謀し再舉を謀るは容易なり。故に立法者は流刑の如く早く出獄する方法を設けざりしならん。

### 禁錮

禁錮にも重禁錮輕禁錮の二種あり。然れども禁錮は懲役又は禁獄に輕重の區別あるとは全く異なり。懲役又は禁獄の輕重には刑期に長短の別あれども禁錮の重輕には刑期の差異なく皆十一日以上五年以下なり。去れども禁錮の刑は何れの場合にも一定のものに非ず各本條に其長期短期を示し各犯罪により特別に規定す。要するに輕罪の刑即ち禁錮は十一日以上五年以下の範圍にあり。而して重輕禁錮の異なる所は重禁錮は定役に服するも輕禁錮は定役に服せざるにあり。右述ぶる如く禁錮の刑は五年を超ゆることなしと雖も再犯等加重の狀情ある場合には加へて七年に至ることを得。

爰に一の注意す可きは禁錮に特別のものあり。即ち重罪の刑にて輕懲役に一等を加ふれば重懲役となり二等を加ふれば有期徒刑となり三等を加ふれば無期徒刑となる。然れども禁錮の刑は五年を超へ六年又は七年に至るも刑の性質は尙ほ禁錮にして輕罪たるを失はざるなり。

### 勾留

勾留の刑は違警罪に適用するものにして廿四時以上十日以下とし勾留所に留置し定役に服せしめず。此刑は禁錮と同じく廿四時以上十日以下の期限は一定のものに非ずして各本條に於て其長短を定めたり。

以上講説したるは自由を剝奪するの刑なり。此刑の中にて定役に服するものと否とあるとは前述の如し。而して其定役に服したるものは賃錢を受くることを得。即ち監獄内にて種々の職業を爲し爲めに得たる賃錢の幾分は囚人に與へ幾分は監獄の費用に充つ。其囚人に與ふべき分は放免の時之を囚人に拂渡し旅費として其家に歸らしむ。然れども百日以内の囚人には賃錢を與へず。是短期のものなるを以て囚人に與ふべきもの極めて些少にして之を與ふるも益なければな



り。

次に自由に關係する刑にして全く自由を剝奪せず只之を制限するに止まる刑は監視なる附加刑あるのみ。

#### 監視

監視は附加刑にして自由を制限する所の刑なり。而して監視は主刑の満了後に執行するものにして其目的は主として再犯を防ぐにあり。然れども監視は大なる弊害あり。先づ其性質を説き後に之を述ぶ可し。

監視は刑法附則第二十一條に規定する如く主刑の終りたる後仍ほ將來を檢束する爲め警察官吏をして犯人の行狀を監視せしむる者にして監視に付せられたる者をして豫め其住所を定めしめ主刑の終りたる時獄司より犯人を其監獄所在地の警察より其住所の地の警察署に送致し監視を執行せしむ。而して警察署より犯人を住所の地の警察署に送致する時は其里程を計り日數を限定して旅券を付與し犯人到着の日直ちに之を其地の警察署に差出さしむ。而して監視に付せられたる者は其期限間は左の條件を遵守せざる可からず(刑法附則第二十七條)

(一) 毎月二度所轄の警察署に到り其謹慎なることを表し監視の票を出し官吏の認印を受く可し但疾病又は已むとを得ざる事故ありて警察署に到ると能はざる時は其事由を届出つ可し。

(二) 酒宴遊興の席に會し又は群集の場所に參會することを許さず。

(三) 事故ありて其住居を轉移せんとする時は警察署に申請し許可を受く可し。

(四) 擅に他の地方に旅行することを許さず若し已むとを得ざる事故ある時は其事由を警察署に具申し許可を受く可し。

右は監視に付せられたる者の遵奉す可き條件なり。然り而して他の地方とは何處を指すや明文の之を示すものなしと雖も今日實際上にては住所所在の縣外を云ふなり。

監視の期限間は警察官吏時宜に因り其家宅に臨檢するとある可し。又監視に付せられたる者他の地方に旅行することを許可せられたるときは其里程を計り先方の地に滞留する時日を算し往復日數を限定して旅券を付與せらる可し。而して犯人先方の地に到れば其地の警察署に出で旅券を示し官吏の認印を受け限定の

日數内に歸來り直ちに旅券を警察署に還納す可きなり。若し旅行中天災又は疾病等に因り臨時淹滞したる時は事由を其地の警察署に具申し官吏の證書を受け歸着の日旅券に添へ警察署に差出す可きなり。

監視は佛國刑法を採用したるものにして此刑は昔時より行はるゝに非ず第十九世紀の初めより行はれたり。監視の弊害ある點は犯人が主刑満了の後社會に出でたるときは相當の職業を得て自ら衣食せざる可からず。而して其職業を得るには他人に刑餘の人たることを知らしめざるを以て尤も利益とす。若し之を知らるゝときは人之と交らず又之を使用せず自然に社會に立つこと能はざるに至る可し。故に犯罪者の利益より云ふときは徹頭徹尾刑餘の人たることを他人に知らしめざるにあり。然れども監視執行の點より云ふときは此刑餘の人に對し常に注目せざる可からず。又成る可く其視察の能く行はるゝ方法を設けざる可からず。故に罪人の利益と監視の目的とは全く相反對す。是に於てか其執行方法の宜しきを得るは實に困難なりと云はざる可からず。佛國にては監視の制を設けし當初は其犯人を犯罪地に住居せしめず又都會に住居せしめざりし。然る

に其後に至り方法を變じ住所に制限を設けざりしを以て取締の方法行届かず因て復た舊制を用ひたり。爰に於てか刑餘の人は職業を得る能はず爲めに再犯を爲すの止むを得ざるに至れり。佛國にては既に數十年間監視を實行して其弊害を知り之を廢せんことを國會に提出したるに警察の取締上必要なりとの一事を以て此議案通過せざりき。

我刑法の組織に於ても監視の爲めに實際犯罪人を出すこと多し。監視に付せられたる者は毎月二回警察署に出でざる可からず爲めに直ちに刑餘の人なることを社會に知られ職業を得ること能はずして再犯を爲し又は警察署に出頭せずして監視違犯の罪を犯すとあり。又旅行を爲すには一々警察署に到り許可を得ざる可からざるを以て其煩に堪へず遂に監視の規則を破るに至るとあり。故に監視は廢止するの勝れるに如かず。

監視は宣告する場合と然らざる場合とあり。重罪の刑に處せられたる者は主刑の言渡あれば當然監視に付せられたるものなり。而して其期限は刑法第三十八條に規定ありて各本刑の短期三分の一に等しき時間とす。故に輕懲役に處せら

れたる者は其最短期六年の三分の一即ち二年間とす。又有期徒刑に處せられたる者は最短期十二年の三分の一即ち四年間とす。

爰に一の疑點あり。有期の刑なるときは短期を以て計算するを得。又無期刑又は死刑を言渡され其刑に服したるときは別に監視の必要なければ若し期滿免除にて無期刑又は死刑を免かれたるときは監視の期限は幾年なる可きや。是れ刑法第三十九條の規定する所にして此場合には別に宣告を用ひず五年間監視に付するものとす。

又一の疑の生ずるは各本條に規定する所の刑を減等したるときは監視の計算方は如何す可きや。減等には法律上の減等と裁判官の見込による減等即ち酌量減輕との二種あり。各本條に有期徒刑に處すとあれども未遂犯の爲に一等を減じ重懲役に處せられたるときは有期徒刑の短期三分の一なる可きか將た重懲役の短期三分の一なる可きか。右は法律上の減等の場合なれども酌量減輕の場合にも亦同一の疑を生ず可し。法律上の減等の場合には疑ひもなく其減等したる刑か本刑なれば有期徒刑の短期三分の一に非ずして重懲役の短期三分の一と云

はざる可からず。然れども酌量減輕の場合には其減等したる刑は本刑に非ず。

故に有期徒刑を減じて重懲役の刑期なる十年の刑に處するも尙ほ有期徒刑の短期十二年の三分の一に當る時間監視に付せざる可からざるか如し。斯く論ずるも右の場合に於ては第三十七條の各本刑の短期三分の一に等しき時間監視に付すとの規定に不都合あるを見ず。然れども死刑に處せらる可き者を二等減して有期徒刑十五年に處し又無期刑に當るものを一等減して同刑に處し其刑期滿了したる場合には監視は何年なる可きや。第三十九條には期滿免除によりて主刑を免かれたる場合のみを規定し酌量減輕の場合を云はず。故に其場合には監視に附せざるものなるか立法者の精神は決して然らざる可し。果して然らば第三十七條の各本刑なる意義は普通の場合と異なり法律上の減輕と酌量減輕とを問はず其言渡されたる刑の短期三分の一を云ふものなりと解釋するを至當とす。輕罪の刑に附加する監視は必ず宣告す。而して各本條に記載する場合の外監視に付することを得ず。是重罪に附加する監視と異なる點なり。要するに重罪に附加する監視と輕罪に附加する監視とは二個の差異あり。(一)重罪の場合には主

刑の宣告あれば當然監視に付せられたる者なり。輕罪の場合には法律に記載したる場合にあらざれば監視に付するを得ず。(二)重罪の場合には監視は宣告を要せず。輕罪の場合には必ず宣告せざる可からず。

例へば竊盜又は詐欺取財には監視あり。然るに裁判官之を忘却して言渡さざるときは如何。曰く監視を執行すること能はず。

監視執行の起算點は主刑の満了の日より起算す。期滿免除により主刑を免かれたるときは捕に就きたる日より起算す。又時としては主刑を免じて單に監視のみ附する場合あり。例へば國事犯の陰謀又は豫備を自首したる場合の如し。

此場合に於ては裁判確定の日より起算す。而して此場合に於ては監視は殆んど附加刑たる性質を失ふと云ふも可なり。何となれば法律上主刑を免じて單に監視のみを言渡すを以てなり。

監視を言渡されたる者には其期間必ず之を執行せざる可からざるに非ず。第四十一條に依れば其情狀を斟酌し行政の處分を以て假りに監視を免ずることを得。

### 第三款 權利を剝奪するの刑

此刑は皆附加刑にして剝奪公權停止公權、禁治產の三種なり。

#### (甲) 剝奪公權

剝奪公權は刑法第三十一條に規定する所の刑にして甚だ弊害あり。即ち平等の性質を欠くにあり。若し此刑に處せられたる者社會に多少の名望を得て公權を重んずるものなれば頗る苦痛を感ず可し。之に反し犯人名譽を重んぜざる者なるときは公權を剝奪せらるゝも毫も苦痛を感ずることなし。故に此刑は刑の性質に要する平等を欠くものと云はざる可からず。是を以て剝奪公權は分割し得べき刑と爲す可しとの説あり。然れども我刑法にては分割すると能はざるものにして第三十一條の第一より第九までを盡く科せざる可からず。故に不可分の刑なり。若し分割することを得るものとし第三十一條中の一若くは二三を科することを得んか幾分か右の不平等を醫することを得へし。

我刑法の剝奪公權は終身刑なり。故に全く人をして絶望せしめ改悛の念を絶たしむるの憂あり。名譽を重んずるの人公權を剝奪せられたるときは殆んど死刑と同一の感あるへし。故に此刑に就ては終身又は或る時間とすることを得るの