

現行刑法原論

巴里世新  
巴里世新

序

法律者治國之典則人世之常經也而非識達古今學究東西心境  
淡然不置異同之嫌於其間者則不可以語法理矣方今學者各立  
門戶黨同伐異是非紛々了不知所適從焉偏見私說相爭之極遂  
至誤國家紊世道是爲近時斯學之通弊也曩我政府之頒刑法也  
不出數日註釋義解紛然百出不遑指數而其說取諸佛國斟酌失  
宜去取誤當其卓然可傳於世者蓋無幾耳當時余在于大學專攻  
法學竊憾焉業成參事于司法執掌時務益覺有偏見私說混撓實  
務者而滔々天下無敢議之者何哉蓋浸染之久鮑肆忘臭者歟於  
是不自揣著刑法汎論及刑法各論以公諸世爾來重版四回然二

書急遽構思忽卒脫稿遺逸亦不尠、近在劇職不得閒、今茲春尾得疾入夏覺少佳、乃援筆收錄前書所未盡者、哀然成數篇名曰刑法原論、庶幾有以攘斥乎時弊裨益於後學也、哉、明治二十五年八月江木衷撰

### 現行刑法原論第二版序

著述の誤を正し缺を補ふは猶ほ風前に落葉を拾ふが如し、隨て拾へば隨て落つ著者が始めて刑法論を世に公しせしより于茲十數年久しからずと爲さず著者は之を法理に鑒み之を實際に徴し年年歲歲梓を改むる毎に或は刪り或は加へ未だ曾て筆を措かず曩に刑法原論の第一版を印行するに及ひ殆んど其全きを庶幾したり然れども斯學の開發を艸木と其榮を競ひ書中の理趣新陳代謝し紙上の落葉片片復た堆を爲す於是乎第二版を起し斬新の法理と適切の實例とを湊合し遍く前書を釐正して以て之を後學に投ず卷を披けば秋晴雨後

の天を望むの感あらん於戲著述の經國の大業にして短日月の能くすべきにあらざるは著者の嘗て聞知する所著者は實に此書に於て之を経験し得たり此書の來由其れ如是校舎一時の講義筆記と類を同ふするものにあらざるなり讀者一章一句の原委も亦輕忽に視る勿れ

明治二十七年九月

冷灰 志るす

### 凡例五則

- 一 此書分ツテ三卷ト爲ス。第一卷ヲ緒論トシ、刑法ノ沿革淵源及ヒ主義ヲ論シ
- 第二卷ヲ汎論トシ、犯罪刑罰刑ノ適用及ヒ刑ノ消滅ニ就キ一般ノ原理ヲ論シ。第三卷ヲ各論トシ、各種ノ犯罪ニ付キ其ノ性質及ヒ相互ノ異同ヲ論シ。第四卷ヲ違警罪論ト爲シ、違警罪一般ノ性質及ヒ各罪ヲ論ス
- 一 此書ハ刑法ノ學理ヲ審明スルヲ主眼トシ、徒ニ法文ノ條項字句ニ拘泥シ又ハ實例比喩ノ引用ニ齷齪スルコトナシ、故ニ無數繁雜ノ問題ニシテ往々片言隻句ノ之ヲ裁斷スルモノアリ、初學ノ輩勉メテ潛心熟讀セシコトヲ要ス
- 一 我刑法ヲ論述スルニ方リ、特ニ困難トスヘキモノニアリ。一ハ條項ノ有形的文學ニ富ミ、抽象的思想ニ之シキト一ハ法術現在ノ斷例往々理論ト相背馳スルモノアルトニ在リ。著者ハ此等ノ場合ニ際シテハ先ツ學理的及ヒ抽象的ノ斷定ヲ下シ而シテ後條文及ヒ斷例ノ當否ニ論及セリ
- 一 我國刑法ハ我國固有ノ刑法ナリ、固ヨリ異邦ノ實例理論ヲ以テ之ヲ解説ス

二  
ヘキニアラス然レトモ現行刑法ニ至テハ其ノ淵源ノ專ラ歐洲法典ニ存ス  
ルハ何人モ疑ヲ容レサル所ナリ然則歐洲大家ノ所説モ亦決シテ之ヲ度外  
ニ置クヘカラス要ハ唯取捨其ノ宜シキヲ得ルニ在リ佛國刑法ハ距今數十  
年ノ昔日ニ顯ハレ外形大ニ備ハル所アリ當時歐洲諸邦ノ耳目ヲ驚カシタ  
レトモ之ヲ今日ノ學理ニ照セハ業ニ既ニ陳説妄誕ニ屬セサルモノ幾ント  
稀ナリ之ニ反シ獨逸刑法ハ近世ノ編纂ニ成リ學者概ネ理論ヲ根據トシテ  
之ヲ解説スルカ故ニ法理ノ高尚ニシテ且新奇ナルハ遙ニ他國ニ傑出セリ  
然レトモ施行日尙ホ淺シ經驗未タ足ラサル所アリ往々架空ノ理論ニ陥ル  
ノ弊ナキニアラス而シテ英國刑法ニ至テハ既往數百年來實際ノ必要アル  
ニ應シ社會ノ進歩ニ伴ヒ老練着實能ク君民ノ信ヲ得タル名士カ司直ノ父  
トシテ其ノ職務ヲ履行シタル沿革事蹟ナリ外形ノ驚クヘキナク理論ノ喜  
フヘキナシト雖復タ陳腐ノ偏見ヲ固守シ茫漠タル空理ニ失墜スルカ如キ  
ハ絶テ見ル能ハサル所ナリ著者ノ用心一ニ茲ニ在リ

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

現行刑法原論目錄

○卷之一目錄

緒論

第一編 沿革法理

第一章 沿革總說

第二章 一般刑法沿革

第三章 日本刑法沿革

第二編 現行刑法ノ淵源

第一章 刑法諸法典

第二章 刑法諸主義

第三編 現行刑法ノ主義

第一章 折衷主義

一 一 四 一 二 二 二 二 四 四 一

第二章 利益主義  
第三章 加特力主義

○卷之二目錄

第一章 汎論

第一編 犯罪

第二章 犯罪ノ定義及區別

第一節 犯罪ノ定義

第三節 犯罪ノ種類

第三章 犯罪ノ成立

第一節 犯罪ノ主體、物體及手段

第一款 犯罪ノ主體

第一段 犯罪ノ主體タルヲ得ヘキ者

第二段 主體タル犯罪者ノ能力

四五  
四七

一  
一  
一  
一  
九  
六  
一  
一  
一  
一  
三

第三段 犯罪主體ノ無能力

第一項 瘋癲及幼者

第二項 白痴及瘖啞者

第三項 一時ノ智能ノ喪失ニ基ク不能力

第四項 無能力者ノ處分

第二款 犯罪ノ物體

第一段 犯罪物體ノ物理的能力

第二段 犯罪物體ノ法律上ノ能力

第三段 犯罪物體ノ法律上ノ無能

第一項 各個人ノ棄權ニ基ク不論罪

第二項 國家ノ棄權ニ基ク不論罪

第三項 不得已ニ出テタル所爲

第四項 正當防衛ニ出テタル所爲

一五  
一五  
一九  
二〇  
二一  
二二  
二二  
二三  
二五  
二六  
三一  
三五  
四三



第三款 犯罪ノ手段	四五
第二節 犯罪タル所爲	四七
第一款 所爲ト責任トノ關係	四七
第一段 所爲ト責任トノ關係ノ發生	四七
第二段 所爲ト責任トノ關係ノ消滅	五〇
第三節 所爲ノ狀態	六三
第一段 總說	六三
第二段 犯意及過怠	六四
第一項 犯意	六四
第一 犯意總說	六四
第二 決心	六五
第三 故意	六八
第四 目的	七一

第五 犯意ノ證明	七三
第二項 過怠	七三
第一 過怠總說	七三
第二 過怠ノ種類	七六
第三項 故意及過怠ノ併發	七八
第三段 既遂犯及未遂犯	八〇
第一項 既遂犯	八〇
第二項 未遂犯	八一
第一段 總說	八一
第二段 豫備	八二
第三段 執行ノ着手	八四
第四段 未遂犯ノ種類	八八
第五段 中止犯	九三

第四節 既遂犯及未遂犯ノ併發	九六
第三章 數人共犯	九七
第一節 總說	九七
第二節 正犯	九九
第三節 教唆	一〇二
第四節 從犯	一一〇
第五節 共犯者ノ身分	一一五
第二編 刑罰	一一九
第一章 刑制	一一九
第二章 死刑	一二二
第一節 死刑ノ性質	一二三
第二節 死刑ノ執行	一二四
第三章 身體刑	一二七

第四章 自由刑	一二九
第一節 主刑	一二九
第一款 自由刑ノ性質	一二九
第二款 自由刑ノ執行	一三七
第三款 假出獄	一三八
第四款 放免囚處分	一四三
第二節 附加刑及其執行	一四五
第五章 財產刑	一五〇
第一節 主刑及其執行	一五〇
第二節 附加刑及其執行	一五五
第六章 名譽刑	一六六
第一節 名譽刑ノ性質	一六六
第二節 剝奪公權及停止公權	一六七

第三節 禁治產	一七五
第七章 刑期計算	一七六
第一節 刑期ノ定準	一七六
第二節 刑期ノ經過	一七七
第三節 刑期ノ起算	一八三
第三編 刑ノ適用	一八六
第一章 刑法典ノ體裁	一八六
第二章 刑法ノ管轄	一八八
第一節 時ニ關スル刑法ノ管轄	一八八
第一款 刑法ノ頒布	一八八
第二款 刑法ノ致反効	一八九
第三款 刑法ノ廢止	一九四
第二節 處ニ關スル刑法ノ管轄	一九六

第一款 國內ニ於ケル刑法ノ管轄	一九六
第二款 外國ニ於ケル刑法ノ管轄	二〇〇
第三款 國外ニ於ケル刑法ノ管轄	二〇六
第三節 人ニ關スル刑法ノ管轄	二〇八
第一款 外國ノ君主及公使	二〇八
第二款 治外法權	二〇八
第一段 我國人ノ外國ニ於ケル治外法權	二〇八
第二段 外國人ノ我國ニ於ケル治外法權	二〇九
第四節 事ニ關スル刑法ノ管轄	二一二
第三章 刑ノ加重減輕	二一六
第一節 本刑	二一六
第二節 加減例	二一七
第一款 通則	二一七

第二款	重罪刑，加減	二一八
第三款	輕罪刑，加減	二一九
第四款	違警罪刑，加減	二二三
第五款	附加刑，加減	二二四
第三節	宥恕減輕	二二五
第四節	自首減輕	二二六
第五節	酌量減輕	二三〇
第六節	再犯加重	二三〇
第一款	再犯，意義	二三〇
第二款	再犯，處分	二三一
第三款	執行順序	二三四
第七節	數罪俱發	二三五
第一款	一罪及數罪	二三五

第二款	數罪俱發處分	二三八
第一段	吸收主義	二三八
第二段	併科主義	二四〇
第三段	折衷主義	二四三
第八節	反覆罪處分	二四九
第九節	加減順序	二五二
第四編	刑，消滅	二五七
第一章	總說	二五七
第二章	刑人，死去	二五七
第三章	期滿免除	二五九
第一節	期滿免除，理由	二五九
第二節	期滿免除，期限	二六一
第三節	期限，起算點	二六四

第四章 恩典	
第一節 總說	二六五
第二節 大赦	二六五
第三節 特赦	二六七
第四節 復權	二六八
	二七〇

○卷之三目錄

各論

第一編 犯罪ノ分類及區別	一
第一章 犯罪ノ分類	一
第二章 犯罪ノ區別	八
第二編 皇室ニ對スル罪	一
第一章 皇室ニ對スル犯罪ノ性質	一
第二章 皇室ニ對スル國事犯	一四

第三章 皇室ニ對スル常事犯	一九
第三編 國家ニ對スル罪	二三
第一款 國事犯	二三
第一章 國事犯ノ性質	二三
第二章 內亂ニ關スル罪	二七
第三章 外患ニ關スル罪	三九
第二款 外國ニ對スル罪	四一
第三款 官權ノ執行ニ抗スル罪	四四
第一章 官吏ノ職務ヲ行フヲ妨害スル罪	四四
第一節 抗命ノ罪	四五
第二節 官吏侮辱ノ罪	四八
第二章 囚徒逃走ノ罪	五二
第三章 罪人藏匿ノ罪	五六

第四章 附加刑ノ執行ヲ逃ル、罪 六一

第五章 官ノ封印ヲ破毀スルノ罪 六三

第四款 政權ノ執行ニ抗拒スル罪 六五

第一章 立法議會ノ議事ヲ妨害スル罪 六五

第二章 公選ノ投票ヲ偽ルノ罪 六六

第五款 官吏瀆職ノ罪 六八

第一章 總說 六八

第二章 官吏公益ヲ害スル罪 七〇

第三章 官吏人民ニ對スル罪 七五

第四章 官吏財産ニ對スル罪 八三

第四編 社會ニ對スル罪 八五

第一款 社會ノ靜謐ヲ害スル罪 八五

第一章 兇徒聚衆ノ罪 八五

第二章 人ノ住所ヲ侵ス罪 九〇

第三章 軍用ノ銃砲彈藥ヲ製造スル罪 九四

第二款 社會ノ危難ヲ釀成スルノ罪 九五

第一章 放火失火ノ罪 九五

第二章 決水ノ罪 一〇一

第三章 船舶ヲ覆沒スル罪 一〇三

第四章 公共ノ健康ヲ害スル罪 一〇五

第五章 往來通信ヲ妨害スル罪 一〇八

第三款 社會ノ營業ノ自由ヲ妨害スル罪 一一三

第四款 社會ノ公務ヲ怠ル罪 一一五

第五款 社會ノ信用ヲ害スル罪 一一七

第一章 貨幣ヲ偽造スル罪 一一七

第一節 貨幣偽造變造ノ罪 一一七

第二節 偽造貨幣ヲ受取行使スルノ罪 一二八

第二章 文書偽造ノ罪 一二八

第三章 印章偽造ノ罪 一四〇

第四章 免狀鑑札及疾病證書ヲ偽造スル罪 一四三

第五章 度量衡ヲ偽造スル罪 一四五

第六章 身分ヲ詐稱スル罪 一四六

第六款 社會ノ風儀ヲ紊ル罪 一四八

第一章 偽證ノ罪 一四八

第二章 誣告ノ罪 一五五

第三章 賭博犯及富籤興行ノ罪 一五九

第一節 賭博犯 一五九

第二節 富籤興行ノ罪 一六二

第四章 猥褻姦淫重婚ノ罪 一六四

第一節 猥褻ノ罪 一六四

第二節 姦淫ノ罪 一六七

第三節 重婚ノ罪 一七一

第七款 社會ノ信仰ヲ害スル罪 一七三

第一章 宗教ヲ蔑如スル罪 一七三

第二章 死屍ノ毀棄及墳墓發掘ノ罪 一七四

第五編 私人ニ對スル罪 一七八

第一款 生命ニ對スル罪 一七八

第一章 總說 一七八

第一節 殺人罪一般ノ性質 一七八

第二節 正當防衛 一八四

第三節 挑發 一九三

第二章 謀殺故殺ノ罪 一九六

第三章	決闘ノ罪	二〇三
第四章	自殺ニ關スル罪	二〇五
第五章	過失罪	二〇六
第六章	墮胎ノ罪	二〇八
第二款	身體ニ對スル罪	二一〇
第一章	毆打創傷ノ罪	二一一
第二章	人ヲ疾苦セシムル罪	二一六
第三款	自由ニ對スル罪	二一七
第一章	強迫ノ罪	二一七
第二章	逮捕監禁ノ罪	二二一
第三章	幼者老疾者ヲ遺棄スル罪	二二七
第四章	畧取誘拐ノ罪	二二九
第四款	名譽ニ對スル罪	二五三

第五款	祖父母父母ニ對スル罪	二四五
第一章	祖父母父母ニ對スル通常罪	二四五
第二章	子孫奉養ヲ缺クノ罪	二四五
第六款	財産ニ對スル罪	二四六
第一章	竊盜ノ罪	二四六
第一節	竊盜ノ定義	二四六
第二節	竊盜既遂及未遂	二五三
第三節	竊盜ノ種類	二五六
第一段	單純竊盜	二五七
第二段	踰越盜及偽鍵盜	二五九
第三段	持兇器竊盜	二六一
第四段	際變竊盜	二六三
第五段	共同竊盜	二六三



第六段	田野盜	二六四
第七段	山林盜及海河盜	二六五
第八段	牛馬盜	二六五
第九段	親族相盜	二六六
第二章	受寄財產費消	二六七
第三章	強盜ノ罪	二七〇
第一節	強盜ノ定義	二七一
第二節	強盜ノ種類	二七三
第四章	詐欺取財ノ罪	二七八
第一節	詐欺罪ノ定義	二七八
第二節	詐欺罪ノ種類	二八五
第五章	家資分散ニ關スル罪	二八八
第六章	贓物ニ關スル罪	二九〇

第七章	遺失物理贓物ニ關スル罪	二九七
第一節	遺失物藏匿ノ罪	二九二
第二節	埋藏物隱匿ノ罪	二九七
第八章	財產毀損ノ罪	二九九

○卷之四目錄

違警罪論	一
第一編 總說	一
第二編 刑典中ノ違警罪	七
第三編 刑典以外ノ違警罪	一一

現行刑法原論目錄畢

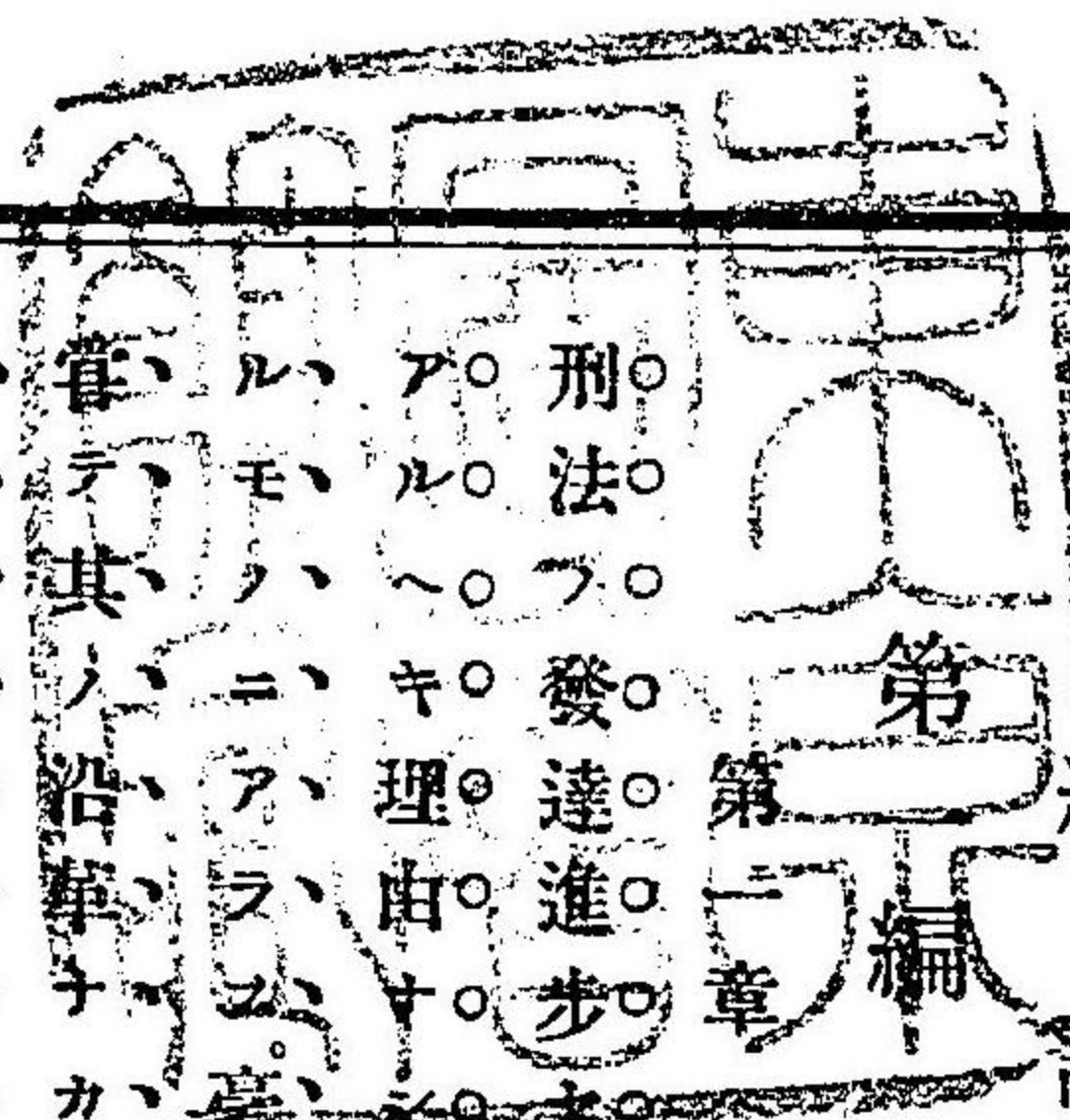
現行刑法原論卷之一

江木 衷 著

緒論

沿革法理

沿革總說



刑○法○の○發○達○進○歩○の○理○由○を○論○ず○る○に○關○し○て○は○近○世○學○者○ハ○所○謂○沿○革○ナ○ル○モ○ハ○單○ニ○年○月○ノ○經○過○ヲ○指○示○ス○  
 ア○ル○ヘ○キ○理○由○ト○シ○テ○は○末○ノ○變○遷○活○動○ナ○キ○一○塊○ノ○土○石○ハ○開○闢○以○來○今○日○ニ○至○ル○マ○テ○  
 上○ニ○列○ス○ル○ヲ○得○ヘ○キ○能○力○ヲ○具○ヘ○タ○ル○モ○ハ○ニ○ア○ラ○サ○ル○ナ○リ○於○是○乎○沿○革○ア○ル○ノ○  
 刑○法○ト○沿○革○ナ○キ○ノ○刑○法○ト○ノ○區○別○ヲ○生○ス○抑○モ○古○代○ノ○刑○法○タ○ル○皆○ナ○其○起○源○ヲ○宗○  
 教○ニ○發○シ○犯○罪○ヲ○以○テ○天○神○ノ○訓○戒○ヲ○破○ル○モ○ト○爲○シ○刑○罰○ヲ○以○テ○天○神○ノ○命○ス○ル○

所ト爲ス。而シテ天ハ萬世不動。嘗テ寸毫ノ變遷アルヘキモノニアラサレハ。法教相混シテ二者一體ヲ爲ス。刑法モ亦發達進步スヘキ素因ナシ之ヲ沿革ナキハ。刑法ト爲ス。之ニ反シテ法教二者ヲ分離獨立セシメ刑法ヲ以テ或ハ復讐ノ具ト爲シ或ハ公益ノ保護者ト爲シ或ハ正義ヲ維持スルノ規矩トスルモノニ在リテノミ始メテ其ノ發達進步ノ痕跡ヲ見ルヘシ之ヲ沿革アルハ。刑法ト爲ス。刑法ノ主義ニ關スル詳細ノ理論ニ至リテハ予ハ之ヲ後章ニ讓ルヘシト雖。今マ此ノ復讐、公益及ヒ正義ヲ以テ主義トスル刑法カ何故ニ發達進步ノ特性ヲ具備スルカヲ論定セサルヘカラス。

〔第一〕復讐ハ己レノ損害セラレタル權利ヲ回復シテ自ラ其ノ感覺ヲ満足センコトヲ欲スル所ノモノ。野蠻ノ風習タルヲ免カレスト雖。各人ニ獨立不羈ノ權アルコトヲ認メ各人ニ獨立自由ノ意思アルコトヲ認ムルヤ明カナリ。是レ復讐主義ノ刑法カ自ラ發達進步ノ素性ヲ有スル所以ナリ。然レトモ私人ノ情慾ヲ充タサントスルハ復讐ノ本性。復讐トシテ旋ス所ノ懲罰ハ往々過度ニ失シテ犯

罪ノ度ト權衡ヲ得サルモノアルハ其ノ常ナリ。故ニ國家カ私人復讐ノ權ヲ殺テ之ヲ國家ニ收攬スルヤ復讐主義ニ施スニ二様ノ制限ヲ以テセリ。第一ヲ反坐(Falio)ノ制度トス。生命ハ生命ヲ以テ償ヒ眼ハ眼ヲ以テ償ヒ齒ハ齒ヲ以テ償フヘキモノト爲シ第二ヲ贖罪ノ制度(Compositio)トス。金錢ヲ以テ體刑ヲ贖フコトヲ許シ生命眼齒手足等損害ヲ受ケタル物體ノ輕重ニ依リテ贖罪金ノ多寡ヲ定ムヘキモノトセリ。故ニ何レハ時代ヲ問ハス苟モ反坐贖罪ノ制度ヲ採用セル刑法アラハ其ノ刑法ハ即チ復讐主義ナルコトヲ證明シ得ヘシ又發達進步スヘキ性質アル刑法タルコトヲ推知シ得ヘシ。

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

〔第三〕ハ國家ノ維持スル所ノ正義ヲ以テ刑罰ノ基本ト爲シ道義上善ハ善ヲ以

テ報シ惡ハ惡ヲ以テ報スルト同シク國家ノ正義ヲ破ルモノハ即チ犯罪者タルカ故ニ國家ハ刑罰ヲ以テ之ヲ應報スヘキモノトスルモノナリ此主義ヲ採用セル刑法ハ素リ能ク刑罰ノ本性ヲ認メ得タルモノニシテ其ノ發達進歩シ得ヘキハ素リ當然ナリ

## 第二章 一般刑法沿革

前章ニ論述シタル所ノ原理ニ依リ刑法ノ沿革ヲ分ツテ上古中世近世ノ三期ニ區分シ先ツ世界ニ於ケル一般刑法ノ發達進歩セル事跡如何ヲ考究セム〔上古所謂上古ノ世界ナルモノハ東ハ印度波斯及ヒ亞細亞ノ西部ヲ限リ西ハ希臘羅馬等歐洲南部地中海々岸ノ諸國ヲ限レリ上古ニ於ケル刑法ノ沿革ナルモノハ則チ此等諸邦ニ於ケル刑法發達ノ事跡ナリ太古ノ事遯乎トシテ詳ナラスト雖史家ノ證明スル所ニ依ルニ古來東西ノ刑法ハ大ニ其ノ主義ヲ異ニセリ東印度波斯等ノ刑法ハ全ク宗教ニ基キ法律ニ於テ嘗テ獨立シタル各個人アルコトヲ認メス人民ヲ以テ天神ハ奴隷ト爲シ國家ヲ以テ宗教ノ機關

ト爲ス國家ノ元首ハ即チ宗教上ノ元首ニシテ教書ハ即チ法律ナリ世界最古ノ法典タル印度マニユーノ法律ハ天神ヨリ之ヲ授カリマホメツトノ教書タル「コーラン」ハ同宗民ノ法律ナリ故ニ此等ノ諸邦ニ於テハ私人モ國家モ盡ク宗教中ニ吸入セラレテ共ニ均シク獨立ノ痕跡ヲ留ムルコトナカリキ之ニ反シテ西希臘羅馬等ニ於テハ各個人ヲ以テ自己自身ノ意思ヲ備ヘタル獨立ノ一體ト認メ又宗教ト國家トヲ分離シテ嘗テ之ヲ混同スルコトナカリキ語ヲ換ヘテ之ヲ言ハ、東方ノ法律ハ天權(Jus divinum)ニ基キ西方ノ法律ハ人權(Jus humanum)ニ基ケリ但シ希臘羅馬等ニ於テモ刑法最古ノ起源ニ至リテハ宗教上ノ信仰ニ發生シ萬種ノ犯罪ヲ盡ク天神ニ對スルモノトナシ刑罰ハ唯々其罪惡ヲ償フノ具タリシト雖久シカラスシテ全ク宗教ト法律トノ分離ヲ見ルニ至レリ然ルニ東方ノ諸國ニ在リテハ嘗テ法律ヲ以テ宗教ヨリ分離セントスルノ思想ナク從テ毫末ノ發達進歩ヲ見ルコトナシ千百年ノ久シキ常ニ上古ノ狀態ニ靜止シテ刑法沿革上ニ其ノ跡ヲ絶チタリ是レ東西其趣ヲ異ニセルノ要點

ナリト雖西洋ノ諸國ガ宗教ト法律トヲ分離シ法律ヲ以テ全ク人爲ノ管轄内ニ歸セシメタルノ事跡ニ至リテハ希臘ト羅馬トハ又大ニ其趣ヲ異ニセルモハアルナリ希臘ノ法律ハ公權(Jus publicum)ヲ以テ其基本トナシ羅馬ノ法律ハ私權(Jus privatum)ヲ以テ其基本ト爲ス希臘ノ法律ニ於テハ國家アルヲ認メテ嘗テ私人アルヲ認メス今日ニ在リテハ私權利私義務トシテ私人ノ意思ニ一任スヘキ事項モ希臘ニ於テハ盡ク之ヲ國法上ノ公權利公義務ナリトセリ試ニスバルタノ制度文物如何ヲ見ヨスバルタノ全國ハ一個ノ兵營ナリスバ爾タノ人民ハ此兵營ニ在ルノ兵士ナリ人ヲ殺傷スルモノハ國家ノ武器ヲ毀損スルノ故ヲ以テ之ヲ罰セリ一人ノ權利ヲ害スルカ故ニアラサルナリ其ノ教育ハ如キモ亦此ノ銳利ナル武器ヲ製造スルノ方法タルニ過キカリシ故ニ希臘ノ法律ハ國家ノ存在ヲ認ムルモ私人ノ存在ヲ認メサル者ト其ノ趣ヲ同フセリ之ニ東洋諸國カ宗教アルヲ認メテ私人アルヲ認メサル者ト其ノ趣ヲ同フセリ之ニ反シテ羅馬法律ハ專ラ私權利ヲ基トシ國家ト宗教トハ共ニ之ヲ度外ニ置ケ

リ故ニ犯罪者ヲ處罰スルニモ其ノ犯罪タル所爲ノ大小ヨリ寧ロ獨立ノ一個人タル犯者ノ意思ノ善惡ヲ考察シ惡意アル犯罪ヲ嚴罰スルモ過失ニ出テタル所爲ノ如キハ共和政府ノ時代ニ在リテハ全ク之ヲ無罪トナシ之ニ反シテ苟モ惡意ノ存スル以上ハ未遂犯罪ト雖之レニ既遂犯罪ト同一ノ刑ヲ科スルノ甚シキニ至レリ概スルニ上古ニ在リテハ東洋ハ宗教ノ權希臘ハ國家ノ權羅馬ハ私人ノ權ヲ以テ法律ノ主眼トセリ故ニ史家ハ上古ヲ稱シテ宗教國家私人ノ三權偏倚ノ時代ト謂フ

〔中世〕中世ニ於テハ基督主義ト日耳曼主義トノ發生衝突ヲ以テ史上ノ一大觀トス一ハ歐洲南方ニ起リ一ハ歐洲北方ニ起ル一ハ羅馬法王ニ密着シテ法王ヲ代表シ一ハ羅馬皇帝ト密接シテ國家ヲ代表ス此時ニ當リ顧テ從來存在セル羅馬帝國ノ舊世界ヲ望見スレハ公私ノ德義共ニ敗退シテ衰微ヲ極メタリ基督日耳曼二主義ノ歐洲南北ニ振起セルヤ北狄南進シテ忽チ羅馬ノ城壁ヲ攻取シ盡ク羅馬ノ舊物舊觀ヲ破壊シテ茲ニ混沌タル暗黒世界ヲ現出セリ然

レトモ此ノ暗黒世界ハ再ヒ光輝ヲ發シテ歐洲全土ニ文化ノ發達進歩ヲ讓成スヘキ一大段落ヲ成シ歐洲ノ發達進歩ハ此ノ暗黒世界ニ掩ハレタル基督日耳曼主義ノ抵觸闘争ニ起原シ其ノ協合一致ニ終局セリ抑モ基督日耳曼ノ二主義タル其ノ相異ル所ハ已ニ前陳セル所ノ如クナレトモ法律ノ關係ヨリ之ヲ考察スレハ一ハ天權(Jus divinum)ヲ代表シ一ハ人權(Jus humanum)ヲ代表ス故ニ史家ハ中世ヲ稱シテ天人兩立權(Jus utrumque)ノ時代ト謂フ而シテ更ニ一步ヲ進メ之ヲ刑法ノ範圍ニ論及センニ基督主義ニ於テハ犯罪ヲ以テ神意ニ反スル心裡ノ害惡トナシ刑罰ヲ以テ此罪惡ノ心ヲ改良ナルノ應報ト爲ス故ニ苟モ惡意アル犯罪ハ未ダ外形ニ顯出セサルモノト雖之ヲ處罰スルノ傾向ヲ有シタリ然レトモ今日ノ理論ニ於テモ犯罪ニ惡意若クハ故意アルヲ必要トスルノ原理並ニ刑罰ヲ以テ改良ノ手段トスルノ原理ハ茲ニ胚胎シ就中基督主義ニ於テハ刑罰ヲ以テ天神ノ命スル所トスルカ故ニ上君主ヨリ下奴僕ニ至ルマテ法律上萬民同等ノ權アリトスルノ原則ハ實ニ此主義ニ發生セ

刑

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

〔近世〕前已ニ論シタル如ク中世ニ於テハ基督日耳曼ノ二主義ニ相分立シ一ハ犯罪ノ心意如何ニ偏シ一ハ外形ニ顯ハレタル所爲ノミニ拘泥シ相互ニ權力ヲ争ヒ國家宗教兩者ノ大革命結了ノ時ニ至ルマテ兩者各々其ノ適當ノ範圍ナク教會ニシテ數々人事ノ裁判ニ干涉シ中世ニ於ケル法律ハ宗教法其ノ過半ヲ占メタリシカ遂ニ近世ニ至リテハ罪刑ヲ論スルニ基督日耳曼兩主義ヲ折衷シテ二者ノ抵觸ヲ防クコトヲ得ルニ至レリ但シ十七世紀以來ニ於テモ仍ホ舊主義ヲ固守スルモノナキニアラス就中プロテスタント派ノ邦國ニ於

テハ宗教偏執主義ノ一派アリ犯罪ヲ以テ天神ニ對スルノ所爲ト主張セルモ  
ノ甚タ少カラサリシ。然ルニ之ニ繼テグロシーアスホツブスプツヘンドルフ  
等ノ性法主義ノ學者輩出シテ大ニ刑法ノ理論ヲ左右シ後世ニ至リテハボル  
テールベツカリヤフヒランジエリ等專ラ理論ニ基キタル改進主義ノ論者ヲ輩  
出シ其ノ說シ所大ニ刑法ノ發達ニ勢力ヲ有セシヲ以テ之ニ相對スル沿革法  
理家モ亦輩出シ互ニ論辯駁撃シテ其ノ理論ヲ上下セリ。然レトモ最近世ニ於  
テハ此二者モ亦相併行シテ必スシモ抵觸スヘキモノニアラサルコトヲ發見  
シ沿革ト理論トヲ併セテ共ニ刑法ノ真理ヲ研究スヘキモノトスルニ至レリ。  
故ニ史家ハ近世ノ沿革ヲ稱シテ折衷主義ノ時代ト謂フ

第三章 日本刑法沿革

前章ニ論述シタル沿革法理ニ基キ予ハ茲ニ日本刑法ノ大要ヲ論述セントス  
レトモ刑法ハ一般國家ノ制度ト並行スヘキモノナルヲ以テ日本ニハ日本固  
有ノ沿革アリ予ハ社會上政治上ノ變遷ニ從ヒ分ツテ之ヲ四期トナス第一期

ハ太古ヨリ大寶律ノ發布ニ至リ第二期ハ大寶律ノ盛時ヨリ藤原氏ノ下ニ於  
ケル刑法ノ衰頽ニ至リ第三期ハ封建尙武ノ時代ヨリ徳川氏ノ時代ニ至リ第  
四期ハ維新以來今日ニ至ルノ明治時代トス

〔第一期〕太古人民ノ思想ニ於テハ人類ハ其ノ性至善ニシテ決シテ罪惡ヲ犯ス  
コト能ハサルモノトセリ。然レトモ現ニ罪惡ヲ犯シタルモノアルトキハ其ノ  
犯者ハ不幸ニモ禍神八十柱津日神及ヒ大柱津日神ノ誘引スル所トナリ身自  
ラ惡魔ニ化シテ先ツ人性ヲ變シタル後始メテ諸般ノ罪惡ヲ行フタルモノト  
爲シ又幸ニシテ更ニ福神直日神及ヒ大直日神ノ誘引スル所トナルトキハ  
忽チ善惡ヲ識別シ嘗テ犯シタル罪惡ヲ悔悟シ人性ノ良心ニ復歸シ得タルモ  
ノトセリ。故ニ當時ニ於テハ犯罪ヲ以テ惡魔ノ所爲トシ刑罰ヲ以テ惡魔ヲ除  
去スル者ト思惟シタルカ故ニ未タ生命刑身體刑等ノ存在スルモノナカリシ  
ト雖トモ苟モ人ニシテ一タヒ惡魔ニ化シ罪惡ヲ犯シタルトキハ犯者ノ財產  
ハ自ラ穢レタルモノト爲シ盡シ之ヲ水中就中河水ノ洄旋スル所即チ當時ノ

人民カ禍神ノ宮門ト信シタル場所ニ投入シ以テ其ノ汚穢ヲ盪滌清淨セリ。稱シテ之ヲ祓ト云フ。蓋シ神ニ誓フテ罪惡ヲ祓除スルノ意ニシテ世々中臣氏ノ掌ル所タリシ。治罪上ニ於テモ亦同一ノ原則ニ基キタル手續ヲ用キ犯罪ノ證明ニ付キ直接ノ證據ヲ得ルコト能ハサルトキハ盡ク神意ヲ請フテ判斷シ探湯ト稱スル法ヲ設ケ泥ヲ釜中ニ納メテ煮沸シ手ヲ攘シテ之ヲ探ラシメ或ハ斧ヲ火色ニ燒キ掌ヲ其上ニ置カシメ火傷ノ有無ヲ以テ有罪無罪ヲ判別スルノ標準トセリ。由是觀之日本太古ノ刑法ハ他ノ諸邦ト同シク宗教ト混同シテ其ノ區別ナキカ如シト雖。古代ハ法律中自ラ宗教ト分離シテ獨立ノ發達進歩ヲナスノ萌芽ヲ備ヘタルハ歷然トシテ掩フヘカラサルモノアリ。第一犯者ノ財産ヲ無益ニ水中ニ投入スルノ制ハ一轉シテ之ヲ被害者ニ給付スルノ法トナリ再轉シテ損害賠償ノ思想ヲ起スニ至リ。第二犯罪ヲ天罪國罪ノ二種ニ區分シ宗教ト法律トノ分離ヲ促スノ機會ヲ與ヘ。第三刑事ト兵事ヲ混交シタル爲メ却ツテ刑罰ヲ宗教ヨリ分離シ之ヲ國家ノ事務トスルノ思想ヲ醸成ス。

ル等特ニ他邦ノ古法ニ優ルモノ甚々多シ。日本刑法ノ大家ト稱スヘキ源光國カ其ノ著書大日本史ニ於テ凡人民所犯罪名若干條、如害稼穡汚齋殿類謂之天罪、傷人姦淫蠱毒類謂之國罪、皆從其輕重徵致贖物爲善惡二祓、(中畧)今所傳中臣禊詞即其遺事也、若其元惡大愆怙終罔悛則甲兵戮之、甲兵之事物部氏所掌而刑亦寓焉ト云ヘルハ簡ニシテ能ク我日本古代刑法ノ三大美質ヲ盡セルモノト謂フヘシ。今日ノ歐洲刑法學者中誰レカ能ク此大手腕ヲ有スルモノソ。而シテ斯ク發達進歩ノ特性ヲ備ヘタル我刑法ハ爾來駭々乎トシテ進歩シ來リ已ニ繼體天皇二十四年(西洋紀元五百三十年)ノ後ニ至リテハ嘗テ刑事ニ關シテ神ノ裁判アルヲ聞カス宗教ト法律トハ全ク分離シテ更ニ其ノ混同ナク從テ生命刑身體刑財產刑等ヲ發生シ且ツ當時ノ法律ニ於テモ已ニ贖罪制度(Compensation)ヲ認メタルコトアルヲ以テ已ニ前章ニ論述シタル所ノ沿革法理ノ原則ヨリ之ヲ推究スルトキハ予ハ當時ノ刑法ヲ以テ復讐主義ニ基キタルモノト論定セサルヲ得ス。然レトモ刑法ノ成典トシテ始メテ顯ハレタルハ推古天皇



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

〔第二期〕日本刑典中最モ有名ニシテ又最モ美ナルモノヲ大寶律令トス。此法典ハ天武天皇藤原不比等ニ命シテ編纂セシメタル所ノモノニシテ當時宗教道

德立法ノ事等大ニ支那ノ文化ヲ輸入シタルヲ以テ此法典モ亦單ニ本邦古來ノ法規慣例ヲ蒐集セルノミナラス大ニ隋唐ノ法典ニ模擬シタルモノアリト雖、國家ノ體制要素ニ至リテハ毫モ我帝國固有ノ性質ニ損スル所ナキハ立法ノ要旨ヲ失ハサルモノト謂フヘシ。而シテ此大寶ノ法典ハ律及ヒ令ノ二大部ニ區分セラレ律ハ禁令及ヒ刑罰ニ關スル規定ヲ含ミ令ハ主トシテ行政命令ニ關スル規定ヲ含メリ。其ノ詳ニ至リテハ之ヲ法典及ヒ其ノ註釋書ニ讓リ茲ニ之ヲ論述セサルヘシト雖、其ノ立法ノ精神如何ニ至リテハ特ニ數言ノ批評ヲ下サ、ルヘカラサルモノアリ

一、神祇ヲ尊敬スルハ古來ノ定例ニシテ亦我帝國ノ原規ナリ。故ニ大寶律令ハ神祇ニ對スル犯罪ヲ以テ諸般ノ犯罪ノ主ニ置キ特ニ之ヲ嚴罰セリ。蓋シ我邦ニ於ケル神祇ハ即チ皇祖皇宗ノ神靈ニシテ万世一系ノ天皇ハ則チ顯世ニ於テ皇祖皇宗ヲ代表シ玉フモノタリ。天皇ノ權利ハ神聖侵スヘカラサル臣民ノ義務トシテ皇室ニ忠ナラサルヘカラサル其ノ淵源皆チ茲ニ存

セリ。皇室ノ尊嚴ト忠君ノ美風トヲ以テ全ク敬神ノ氣風ニ基クモノトスル  
 近世沿革法理學家ノ所説ハ獨リ我帝國ニ於テノミ其ノ適例ヲ見ルコトヲ  
 得ン耶蘇教國ノ俗君主以外ニ至重至尊ナル基督アルヲ認メ博愛平等君臣  
 尊卑ノ別ナキモノ豈ニ忠君ノ道ヲ知ラン。異邦ノ蹟王室ノ系統繼承常ナキ  
 モノ豈ニ君權ノ神聖ヲ確認スルヲ得ン。

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

三、高等官吏ヲ保護スルノ精神ハ特ニ大寶律ノ採用スル所ナリ。蓋シ大寶律  
 令編纂ノ時代ハ藤原氏ノ盛時ニシテ滿朝ノ高等官ハ殆ト皆テ藤原氏ニア  
 ラサルモノナカリキ。是ヲ以テ此法典ノ編纂者ナル藤原氏カ自ラ己レヲ保  
 護セントスルノ傾向ヨリシテ一般朝廷ノ高等官吏ニ就テハ刑法上特別ノ  
 保護ヲ與ヘタルハ明白ナリ。法律上萬民同等ノ原理ハ大寶律令ノ奉スル所

ニアラサルモ亦之カ爲メナリ  
 四、孝道ハ我家制社會ノ慣習ニシテ亦忠道ノ素因ナリ。大寶律令カ尊屬親ニ  
 對スル犯罪ヲ嚴罰セルハ素ヨリ當然ナリ。現行刑法モ亦範テ歐洲ニ取リタ  
 ルニ係ハラス此遺風ヲ採用シタレトモ子孫ノ權利ヲ減殺スルノ甚シキニ  
 至リテハ遠ク大寶律令ノ及ハサルモノアリ。現行刑法カ祖父母父母ニ對シ  
 テハ學者カ各人天與ノ大權トスル正當防衛ノ權ヲ殺キ又挑發憤激ノ天性  
 ニ出テタル宥恕減等ノ法ヲ用ヰサルカ如キハ或ハ酷ニ失スルノ嫌ナキ能  
 ハサルナリ

此他大寶律令ハ其ノ全體ニ於テハ實ニ完美ヲ極メタルモノニシテ刑罰ノ如  
 キモ亦敢テ野蠻殘酷ノ性質アルヲ見ス。此法典ヲ一讀セハ當時ノ文化ハ之ヲ  
 當時ノ歐洲ニ比スレハ遙ニ數等ノ上ニ在ルヲ知ルヘシ。若シ當時ノ法典編纂  
 委員タル藤原不比等ヲシテ歐洲當時ノ刑法ヲ評サシメハ必ス之ヲ以テ蠻族  
 ノ刑法ナリト公言セシムルニ苦シム所ナカリシナルヘシ。然レトモ時勢ノ變

遷、ニ、從、ヒ、藤、原、氏、ノ、權、力、漸、ク、衰、頽、シ、テ、亂、賊、四、方、ニ、蜂、起、シ、法、典、全、ク、行、ハ、レ、サ、ル、ニ、至、リ、テ、ヨ、リ、源、光、國、ノ、所、謂、亂、國、重、典、ノ、原、則、ニ、依、リ、刑、ヲ、嚴、ニ、シ、法、ヲ、峻、ニ、シ、以、テ、此、亂、世、ニ、處、セ、ン、コ、ト、ヲ、企、テ、タル、ハ、脅、嚇、主、義、ニ、基、キ、人、民、ヲ、シ、テ、刑、罰、ノ、恐、ル、ヘ、キ、ヲ、知、ラ、シ、メ、ン、ト、ス、ル、ノ、趣、ア、リ、シ、ニ、似、タ、リ、即、チ、延、曆、十、一、年、(紀、元、七、百、九、十、二、年)、ニ、延、曆、式、ヲ、布、キ、治、罪、ノ、手、續、ヲ、定、メ、同、時、ニ、檢、非、違、使、ヲ、置、キ、犯、者、ノ、逮、捕、囚、人、ノ、監、督、ヲ、掌、ラ、シ、メ、貞、觀、年、間、(紀、元、八、百、五、十、九、年、ヨ、リ、八、百、七、十、六、年、ニ、至、ル)、ニ、格、十、二、卷、ヲ、布、キ、法、律、ヲ、新、定、シ、式、十、二、卷、ヲ、作、テ、舊、法、ノ、不、完、全、ヲ、補、充、シ、更、ニ、延、喜、年、間、(紀、元、九、百、一、年、ヨ、リ、九、百、二、十、二、年)、ニ、至、リ、テ、延、喜、格、式、ヲ、發、布、セ、リ、然、レ、ト、モ、藤、原、氏、ノ、門、閥、政、治、全、ク、衰、へ、能、ク、此、等、ノ、法、律、ヲ、實、行、ス、ル、ノ、任、ニ、堪、ユ、ル、モ、ノ、ナ、ク、遂、ニ、戰、國、ノ、時、世、ニ、變、遷、シ、武、斷、政、治、ノ、發、生、ヲ、見、ル、ニ、至、レ、リ、

〔第三期〕藤原氏ノ權勢漸ク衰へテヨリ實權ハ常ニ將門ノ間ニ歸シ源平北條足利織田豐臣互ニ其權力ヲ爭ヒ其ノ間小康ナキニアラサリシモ家康ノ一舉天下ヲ一統スルニ至ルマテ干戈相續キ殆ト寧歲ナキノ時期ナリシ此間ニ於テ

モ大寶律令ハ尙ホ依然刑法ノ大本タリシト雖現ニ之カ實行ニ任スヘキ職官ナカリシカ故ニ各地ノ諸侯ハ各自隨意ノ法律ヲ制定シテ之ヲ其治下ニ行ヘリ北條氏ハ聖德太子ノ憲法十七條ヲ三倍シテ五十一條ノ貞永式目ヲ發布シ(千二百三十一年)嚴詰ノ刑ヲ設ケテ當時ノ國家ヲ維持セント企テタリ故ニ後醍醐天皇ノ如キハ決斷所ヲ置キ刑罰ノ峻酷ヲ救濟センコトヲ企テタレトモ遂ニ其ノ目的ヲ充分スルコト能ハサリシ其ノ後建武十四年建武式目ノ發布ヲ見ルニ至リシカ應仁以後ニ至リテハ秩序全ク紊亂シテ復タ刑典ノ見ルヘキモノナシ抑モ封建戰國時代ニ於テハ諸侯各々相競フテ一大強國ヲ創設セント欲シ武人ヲ以テ國家存在ノ要素トシ法律上特ニ武人ノ一族ヲ保護シタルノ痕跡ハ此等ノ法律式目中ニ瞭然タリ故ニ當時ニ在リテハ刑罰ノ頗ル嚴酷ニシテ往々人性ニ戾ルモノアルニ關セテ刑法ヲ以テ國家ヲ維持スル要具トスルノ思想ヲ養成シ恰モ古昔希臘ノ法律ト其ノ趣ヲ同フセルモノアルニ似タリ然レトモ降テ徳川氏ノ時世ニ及ンテハ茲ニ大平ノ基ヲ開キ支那法典

就中明律ト日本古來ノ法典トナ比較シテ法理ヲ研究スルノ學者輩出シ遂ニ  
 寛保二年(千七百四十一年)有名ナル徳川百ヶ條ノ一法典ヲ編纂シ明治維新ノ  
 際ニ至ルマテ之ヲ其ノ治下ニ實行セリ其ノ編纂ノ體裁刑罰ノ方法治罪手續  
 等ハ之ヲ法典ニ譲リ今茲ニ之ヲ畧スト雖徳川氏ノ世タル太平ノ久シキ自ラ  
 戰國時代ノ法律ト其趣ヲ異ニシ專ラ公ケハ秩序ヲ維持シテ邦家ノ平和徳川  
 氏ノ長久ヲ保存センコトヲ目的トシ各私人ノ自由及ヒ社會ノ發達進歩ニ至  
 リテハ毫末ノ顧慮スル所ナク人民ヲ以テ飲食ノ消化機ト爲シタルコト歴然  
 タリ大船ノ製造ヲ罰シテ外國トノ交通ヲ禁セルカ如キ亦其一例ナリ

〔第四期維新已來萬國ノ交通日一日ヨリ盛ニ彼此往來絡繹織ルカ如ク數百年  
 間無事ノ天地ニ生死シテ社會進歩ノ何物タルヲ知ラサルノ人民ヲシテ萬國  
 ト其ノ優劣ヲ爭ハシムルニ至レリ此時ニ際シテハ治安主義ニ基キタル舊幕  
 府ノ法典ハ時世ニ應スルニ足ラス故ニ明治四年ニ新律綱領ヲ發シ同六年ニ  
 改定律令ヲ布キ大ニ古來ノ弊風ヲ一新シタリト雖此等ノ法典タル其ノ基ク

所ハ大寶律令及ヒ明清ノ支那法典タルニ外ナラサリシヲ以テ遂ニ明治十三  
 年現行刑法ヲ發布シ實行ノ後已ニ十數年ヲ經過セリ此現行刑法タル多少本  
 邦古來ノ習慣ヲ採用セルモノナキニアラサルモ我立法官ハ汎ク歐洲諸國ノ  
 法典ヲ參酌セルモノナルヲ以テ大ニ從來ノ法典ト其ノ趣ヲ異ニスルハ勿論  
 採擇其ノ當ヲ得スシテ學者ノ非難ヲ免レサルモノ頗多シト雖已ニ十數年ノ  
 經驗ヲ積ミタル一法典ニシテ官民共ニ其ノ耳目ニ慣熟スル所ノモノナリ容  
 易ニ其全體ノ構造ヲ變シ得ヘキニアラサレハ爾後單行ノ法律ヲ以テ修正ヲ  
 加ヘタルモノ亦少ナカラス

## 第二篇 現行刑法ノ淵源

### 第一章 刑法諸法典

現行刑法ハ大ニ歐洲諸邦ノ法典ニ基キタルヲ以テ現行刑法ノ淵源ハ日本古  
代ノ刑法ヨリ寧ロ之ヲ歐洲ノ現行諸法典ニ求メサルヘカラス左ニ現時ニ於  
ケル歐米ノ現行法典ヲ示ス

〔佛國〕佛國刑法止ハ刑制上及ヒ國事犯者處分上ニ就キ那破翁帝カ其ノ專制主  
義ヲ施サンカ爲メニ編纂シタル所ニシテ千八百十年ノ公布ニ係レリ當時ニ  
於テハ歐洲第一位ノ法典タリシト雖今日ニ至リテハ大ニ時世ノ進歩ニ後レ  
〔タルモノト云ハサルヲ得ス但シ千八百三十二年四月廿八日ノ法律及ヒ千八  
百六十三年五月十三日ノ法律ヲ以テ刑制上多少ノ修正ヲ加ヘタレトモ其ノ  
全體ニ至リテハ依然タル現行法律ナリトス

英國英國ニ於テハ未ダ刑事ニ關スル法典ナク條例ト慣習法トヲ以テ刑法ト  
スレトモ千八百六十一年法律編集條例ヲ發シテ以來今日ノ刑法ハ殆ント條

例ノ成文法ヨリ成立シ從テ法典編纂ノ舉ヲ促シ千八百七十八年ニ至リテ刑  
法典ノ草案ヲ制定シタレトモ未ダ之ヲ實行セズ

〔獨逸〕獨逸ニ於テハ獨逸新帝國ノ創立以來新ニ刑法典ヲ發布セリ千八百七十  
二年一月一日ヨリ之ヲ實行ス

〔于馬克〕于馬クテノマルクノ刑法ハ千八百六十六年二月十日ヨリ實行スル一大新法  
典ニシテ編纂ノ體裁條文ハ明晰及ヒ其ノ詳密ノ點ニ於テハ近世學者ノ最モ  
稱揚シテ惜カサル所ナリトス

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

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

〔米國〕米國ニ於テハ各州各々其ノ刑法ヲ異ニシルイシヤナニウヨルシベシ  
 ルバニア及ヒマリーラントハ近世ニ於テ刑法典ヲ編纂シ就中ニウヨル州  
 ニ於テハ千八百八十二年ニ於テ完全ナル新法典ヲ頒布セリ  
 右ノ外千八百六十四年ノスウィーデン刑法千八百四十二年ノノルウエー刑法  
 千八百七十年ノ西班牙改正刑法千八百五十二年ノ葡萄牙刑法千八百六十六  
 年ノ魯國刑法典等アリ何レモ近世ノ立法ニ出テタルモノタリト雖我カ立法  
 官ハ此等ノ新法典アルヲ認メ又歐米諸國ノ諸刑典ヲ參酌シタルコトヲ明示  
 スルニ拘ハラズニ但シ和蘭新法典ハ佛譯ノ存スルモノアルヲ知ラサルカ爲メ  
 リナ鐵道電信等文明ノ利器未ダ社會ニ顯出セサル八十年前ノ法典ニシテ今日  
 ヨリ之ヲ見レハ殆ント古代法律ノ名義ヲ下ス可キ佛國刑法ヲ以テ我カ刑法  
 典ノ精神骨子トセルカ故ニ最モ進歩ノ甚シキ近世ノ學理ヲ以テ之ヲ照ラス  
 トキハ頗ル陳腐ニ屬シテ取ルニ足ラサルモノ甚ダ少シトセサルナリ

第二章 刑法諸主義

アンナンテール  
 氏ボビニークロー  
 エンサイクロペ  
 シア第四卷第一  
 八―葉  
 ホワートン氏著  
 刑法哲學第一卷

前章ニ列記セル歐米諸法典ハ現行刑法ノ淵源ナレトモ其ノ淵源タル諸法典  
 ニハ概シテ一定セル刑法ノ主義ナルモノアリ其ノ主義タル頗ル數多ニシテ時  
 勢ニ從ヒ又各々其盛衰アリト雖今マ學理上此等ノ主義ヲ大別スルトキハ之  
 ナ三種ニ區分スルコトヲ得ヘシオアツリニヒト絕對主義相對主義及ヒ折衷主義コムバイン是ナリ。絕對  
 主義ニ於テハ刑罰ハ他ノ目的ヲ達スヘキ手段ニアラスシテ刑罰ノ目的ハ刑  
 罰自身ニ存シ刑罰ハ即チ犯罪必罰ノ正理ニ基クモノニ外ナラストシ相對主  
 義ニ於テハ刑法ハ他ノ目的ヲ達スルハ手段ニシテ刑罰以外ニ其目的ヲ有ス  
 ヘキモノトシ折衷主義ニ於テハ右ノ兩主義ヲ協合シ刑罰ノ性質ハ犯罪必罰  
 ノ正理ト他ノ目的ヲ達スヘキ手段トヲ併有スヘキモノト爲ス。左ニ此等三種  
 ノ主義ヲ説明セム

第一、絕對主義

絕對主義ハ國法上國家ノ觀念ヲ以テ左ノ二原則ニ基キタルモノトスルノ結  
 果トス

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

二、斯ノ如ク國家ノ存在ハ道義上ノ必要ニ基クヘキモノナルヲ以テ國家ハ單ニ社會人民ノ利益其ノ他ノ目的ノ爲メニ存スルモノニアラス。國家ハ國家自身ニ於テ國家自存ノ目的ヲ有シ全ク社會人民ノ利害ヲ離レテ人類ノ天性タル道義上ノ必要ヲ充タスモノニ過キス。故ニ國家ノ高等ナル職務ハ毫モ國家以外ニ特別ナル利益ヲ計畫スルモノニアラス

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

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

二、刑罰ノ施行ハ決シテ一個人又ハ社會ハ利益其ノ他ハ目的ノ爲メニスナ手段ニアラス。刑罰ハ刑罰以內ニ於テ刑罰自身ノ目的ヲ有スヘキモノニシテ犯罪必罰ノ正理ハ即チ刑罰權ノ基本ナリ

右ノ二原則ニ基キタル諸主義ハ皆絕對主義ノ範圍ニ屬スヘキモノナレトモ絕對派ノ諸主義モ亦分ツテ之ヲ治癒及ヒ反坐ノ二派トスルコトヲ得

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

固ヨリ其當ヲ得サルナリ

(ロ)反坐主義 反坐主義ニ於テハ刑罰ハ犯罪ノ應報ニ過キスト爲ス、カント氏ノ如キハ此主義中最モ有名ノ主張者タリ。氏ハ善ニ報スルニ善ヲ以テシ、惡ニ報スルニ惡ヲ以テスルハ人類天賦ノ本性ナリトシ、國家ノ正義ニ反對シテ犯罪ヲ行フモノハ即チ不正ノ所爲ヲ行フモノタルヲ以テ刑罰ヲ以テ之ニ報セサルヘカラサルモノト論定セリ。然レトモ此反坐主義ノ論者中ニハ自ラ其ノ論趣ヲ異ニスルモノナキニアラス。ツアハリエー氏ノ如キハ全ク物格的觀察ニ依リ外形ニ顯ハレタル所爲ノ結果ヨリ及坐主義ヲ説明シテ曰ク萬種ノ犯罪ハ悉ク他人ノ自由ヲ毀損スルモノナルガ故ニ之ニ反坐スヘキ刑罰モ亦必ス自由刑ヲ用ヒ毀損セラレタル自由ノ大小ニ從ヒ刑罰ノ輕重ヲ定ムヘシト。然レトモ斯ク全ク外形上ニ顯出シタル結果ヨリ刑罰ヲ定ムルトキハ遂ニ未遂犯ヲ不問ニ付スルニアラサレハ論理ノ牴觸ヲ免レサルニ至ルヘシ之ニ反シテヘンター氏ハ全ク主格的觀察ニ依リ犯罪者ノ心意上ヨリ刑罰ノ何者タル

ヲ論下シ刑罰ハ凡テ犯罪者ノ惡意ヲ消滅セシムヘキモノニシテ犯罪者ノ惡意ニシテ消失スルコトアラハ刑罰モ亦茲ニ完了スヘキモノトセリ。然レトモ若シ氏ノ說ヲシテ行ハレシメハ如何ナル輕小ノ犯罪ト雖モ惡意ノ消失セサル限リハ之ニ重大ノ刑罰ヲ施スコトヲ得ルニ至ルヘシ。故ニ兩氏ノ說自ラ偏倚スル所アルヲ免レス。於是乎有名ナル哲學者ヘーゲル氏ハ一種ノ新說ヲ案出シテ曰ク法律ハ社會一般ノ意思ヲ表出ナリ、各人特別ノ意思ハ此一般ノ意思ニ勝ツコトヲ得ス所謂犯罪ナルモノハ各人特別ノ意思ヲ以テ形體上一時一般ノ意思ヲ破ルモノニ過キス是以テ法律ハ此意思ヲ破ル者ヲ罰シ罪刑互ニ相殺シ各人ノ私意ハ到底一般ノ意思ニ勝ツコト能ハサルハ實ヲ保全ス故ニ犯罪ハ法律ハ拒否 (Negation des reches) ニシテ刑罰ハ法律ノ拒否ノ拒否 (Negation dieser negation des reches) ナリト

第二 相對主義

前世紀ノ終リ今世紀ノ初メニ當リテハ學者多クハ國家ヲ以テ恰モ商事會社



ト一般各人各個ノ私益ヲ達スヘキ人爲ノ一制度ト看做シ國家ニハ國家自存ノ理由アルヲ認メサリキ故ニ刑法上ニ於テモ亦此原理ヲ適用シ刑罰ノ執行ハ唯タ國家職務ノ一ニ過キサルヲ以テ刑罰ヲ設クルノ目的モ亦各人各個ノ利益ニ在リトシ刑罰ハ刑罰以外ノ目的ヲ達スルノ方法タルニ外ナラストセリ。而シテ此等ノ國家思想ニ出テタル諸主義ハ總テ相對主義ノ範圍ニ屬スヘキモノニシテ學理上古來七派ノ主義アルヲ認ムルコトヲ得ヘシ學者又或ハ此等ノ主義ヲ概稱シテ利益主義ト謂フ

(イ)脅嚇主義 犯者ヲ罰シテ他ノ一般人民ヲ恐怖シ以テ犯罪ヲ行フコトヲ避ケシメントスルハ此主義ノ主眼トスル所ニシテ犯罪ヲ公行シ嚴刑ヲ施スカ如キハ從テ生スヘキ結果タリ蓋シ此主義ハ犯者ヲ以テ一般ノ利益ニ供スヘキ器械ト爲スノミナラス此主義ニ基キタル刑法ハ實際其ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルヘシ何トナレハ若シ刑罰ニシテ嚴格ニ過クルコトアラハ一般ノ人民ハ勿論法官ノ如キモ亦却テ德義上犯罪ヲ隱蔽シ却テ刑罰ノ適用ヲ確實

ナラシムルコト能ハサルノ大弊ヲ發生スレハナリ

(ロ)改良主義 改良主義ハ刑罰ヲ以テ犯者自身ヲ改良シ罪惡ノ心ヲ消失セシメ再犯ニ陥ルコトナキヲ歸スルニアレトモ此主義ニ依ルトキハ到底改良スルコト能ハサル惡漢ニ對シテ刑罰ヲ施スノ必要ナカルヘク又犯者ノ歸善ハ人々ニ於テ各々其ノ遲速アルヘキヲ以テ此主義ニ依リ刑法ヲ制定セントスル立法官ハ豫メ罪罰二者ノ權衡ヲ規定スルコト能ハサルヘシ

(ハ)防衛主義 此主義ハ國家ノ刑罰權ヲ以テ國家ノ正當防衛權ニ歸シ國家ハ刑罰ヲ以テ國家ニ危害ヲ加フルモノニ對シ己レヲ防衛スルノ權利アルヘキモノトナス。然レトモ刑罰ト防衛トハ全ク其ノ性質ヲ異ニシ正當防衛ノ權タル之ヲ未タ犯罪ノ實行セラレサルノ前ニ用ユヘク已ニ行ハレタル犯罪ニ就テハ又之ヲ如何トモスルコト能ハサルナリ

(ニ)豫防主義 豫防主義ハヘッス邦ノ大臣フオンダールマン氏ノ主唱スル所ナリ。其ノ說ニ依レハ犯罪ハ現ニ法律ニ反對スル不法ノ所爲タルノミナラ

ス仍ホ再犯ノ恐れアルヘキモノニシテ刑罰ハ又此ノ恐れヲ除去スルノ要具  
 タラサルヘカラサルモノトナシ刑罰ヲ以テ國家ハ之ヲ豫防スルノ權アルヘ  
 キモノト論定セリ。然レトモ未來ノ犯罪ヲ豫防スルノ方策ハ已ニ行レタル犯  
 罪ノ刑罰タルコトヲ得サルヘシ。若シ夫レ果シテ然リトセンカ或ル特種ナル  
 情況ニ依リ決シテ再犯ノ恐れナキ場合ニ於テハ現ニ行ハレタル犯罪ト雖之  
 ナ不問ニ付セサルヲ得サルノ不都合ヲ生スヘシ

(ホ) サイコロジカル・レステイメント 制心主義ハ脅嚇主義ニ一步ヲ進メタルモノニ過キスト雖有名  
 ナルフオイエルバツハ氏ノ主張スル所ニ係レリ。此主義ニ依レハ刑罰ノ苦痛  
 ナシテ犯罪ニ依リ得ラルヘキ利益ヨリ大ナラシメ人ナシテ犯罪ヲ爲スノ心  
 ナ強制セントスルニ在リ。然レトモ此主義タル犯者ノ過半ハ法網ヲ免ル、ノ  
 僥倖ヲ期シ豫メ刑罰ノ苦痛ト犯罪ノ利益ヲ比較スルモノニアラサルノ事實  
 ナ忘却シタル架空ノ一説ナリ實際上決シテ其ノ目的ヲ達シ得ヘキモノニア  
 ラサルナリ。然レトモ現ニ千八百十三年ノバ、リヤ刑法ハ此主義ニ基キタリ

(ハ) ウーニツ 警戒主義ハハウエル氏ノ始メテ唱ヘタル所ニシテ氏ハ國家ガ  
 犯罪ヲ禁止スルニハ教育警察及ヒ刑罰ノ三手段ヲ用ヒ教育警察兩者ノ已ニ  
 及ハサルモノニ對シテ刑罰ノ手段ヲ實行スルノ必要アルヘキモノトセリ。故  
 ニ刑罰ハ脅嚇ノ性質ヲ有セサルヘカラサルモ制心主義ニ於ケルカ如ク單ニ  
 罪ヲ犯サントスルモノニ對シテ其ノ心意ヲ制スルノミニ止ラス汎ク一般人  
 類ノ徳義心ニ對シテ犯罪ノ爲スヘカラサルコトヲ警戒スヘキモノヲサ  
 ルヘカラストセリ。此主義モ亦脅嚇及ヒ制心ニ主義ニ對スル批難ヲ免レサルモ  
 ノナリ

(ト) コンバクト 民約主義ニ依レハ凡ソ人ニシテ社會ノ一員トナルヤ默諾ニ依  
 テ社會ノ刑罰ヲ受クヘキ義務ヲ發生スヘキモノタルヲ以テ國家ハ此默諾ニ  
 依リ刑罰執行ノ權ヲ有スヘキモノトセリ。然レトモ正理ニ反シタル契約ハ敢  
 テ之ヲ履行スルノ義務ナキモノナルカ故ニ契約ノ有無ハ刑罰權ノ正否ヲ論  
 定スルニ足ラサルナリ。故ニフヒテ氏ハ斯ル民約說ヲ修正シテ民約主義ヲ主

張シテ曰ク契約ニ背キ他人ノ權利ヲ害スルモノハ國家ハ其ノ契約ノ履行上直ニ之ヲ罰スルコトヲ得サレトモ國家ハ契約違反者ニ對シテ社會ノ一員タル權利ヲ剝奪スルコトヲ得ルハ明白ナレハ社會ハ唯タ犯罪者ヲ人類社會外ニ放逐スルノ大權ヲ有スヘシ然レトモ人類ハ社會的ノ動物タリ社會外ニ放逐セラル、ヨリ寧ロ甘ンシテ刑罰ヲ受クルノ勝レルニ若カス故ニ刑罰權ノ本原ハ民約ニ在リト、然レトモ今日ノ學理ニ於テハ決シテ斯ル契約ノ存在スヘキ所以ヲ認メス

第三、折衷主義

絶對主義カ國家自存ノ目的アリ刑罰ハ刑罰自身ノ目的アリトスルノ説ハ一理ナキニアラス。蓋シ國家ノ正義ハ單ニ利益ノ奴隸ニアラサレハ刑罰ヲシテ正理ニ適ハシムルハ正義ノ然ラシムル所ニシテ利益ノ然ラシムル所ニアラス。然レトモ又國家及ヒ法律ノ二者ハ人類ノ爲メニ存スヘキモノニシテ國家及ヒ法律ノ爲メニ人類ノ存スルモノニアラス。於是乎折衷主義ナルモノ起リ

テ正義ト社會ノ利益トヲ協合シ共ニ之ヲ刑罰ノ目的ト爲サンコトヲ企テタリ。而シテ此二者配合ノ度ニ從ヒ折衷主義モ亦分レテ三説トナリ第一説ハ正義ハ即チ利益ナリト説キ第二説ハ正義ハ許容スル區域内ニ於テ社會ノ利益ヲ保全スト云ヒ第三説ハ社會ノ利益ハ許ス限リニ於テ正義ヲ保全スト主張セリ。第一説ハアツベツグ氏ノ採ル所ナリ氏ノ論ニ曰ク刑罰ハ絶對主義ノ如ク正義ノ要求ニシテ犯罪必罪ノ應報タリト雖モ犯罪ハ唯タ其ノ所爲ノ大小ノ點ノミニ止マラス又其ノ惡意ノ大小ノ點ヨリ考察セサルヘカラス犯罪ノ恐ルヘキハ雷ニ犯罪タル外形ノ所爲ナルノミニ止マラス併セテ犯者ノ心意ニ在リ夜間ノ放火ハ晝間ノ放火ヨリ其ノ罪ノ大ナルハ單ニ其ノ外形ノ所爲ノミナラス其ノ罪惡ノ度ニ於テモ亦然ラサルヲ得ス。即チ相對主義ノ達セントスル目的ハ全ク此犯罪ノ心意中ニ包含セラレ絶對主義ノ論旨ハ外形ノ所爲ニ付キ反坐ノ實想ヲ顯スヘシ故ニ正義ノ實行ハ同時ニ社會ノ目的タル利益ヲ保全スト。第二説ハウヰルト、メルケル等ノ主張スル所ナリ其ノ論ニ曰ク

凡ソ刑罰ハ二個ノ目的ヲ有ス第一刑罰ハ犯者ニ對シテ物格的ノ目的ヲ有シ外形上ニ犯罪ヲ反坐シテ正義ヲ保持シ第二刑罰ハ犯者ニ對シ主格的ノ目的ヲ有シ犯者ノ心意ヲ改良シ併セテ他人ヲ脅嚇ス而シテ其ノ主格的ノ目的ハ家族學校及ヒ教會之ヲ實行シ國家ハ唯タ物格的ニ屬スル目的ヲ實行シ以テ間接ニ主格的ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘシト故ニ此説タル社會ノ利益ヲ第二位ニ置クモノナリ第三説ハ正義ヲ以テ社會ノ利益ノ奴隸トスルモノニシテオルトラン、ロツシ、諸氏之ヲ主唱シ正義ト公益トノ二者ヲ以テ刑罰ノ目的トナシ苟モ社會ノ利益ヲ害セサル限りハ刑罰ヲ施シテ社會ノ正義ヲ計圖スヘキモノトセリ故ニ此主義ニ於テハ利益ヲ主トシテ正義ヲ第二位ニ置キタルモノト謂ハサルヲ得ス

然ラハ則チ折衷主義ハ如何ナル原則ニ其ノ基礎ヲ定メ罪ト刑トヲ定ムヘキカ單ニ折衷主義ヲ以テ兩主義ヲ折衷スルモノトスル單簡ノ理由ハ未タ以テ折衷主義ノ何物タルヲ了知セシムルニ足ラサルナリ左ニ近世學者ノ認メタ

ル折衷主義ノ原理ヲ論述セム

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

一凡ソ有形物ノ性質上ノ存在ニシテ一定ノ分量ニ關係スルトキニ當リ若シ其ノ定量ニ過不及アルトキハ全ク其ノ有形物質上ノ存在ナキニ至ルカ否ヲサレハ全ク他ノ性質ヲ備ヘタル有形物ニ變化スヘシ設例ヘハ水ノ性質上ノ存在ハ温度ノ分量ニ關係スルヲ以テ若シ其ノ分量ヲ變スルトキハ從テ其ノ流動性ヲ變シ氷若シクハ蒸氣ニ化スヘキハヘーゲル氏カ論定スル所ナリ此理ヲ推シテ無形の性質上ノ存在ニ及ホスモ亦然リ道德上ノ美德タル寛大ナルモノモ消費スル金額ノ多キニ過クレハ放肆ニ變シ節儉ナル

モノモ其ノ少キニ過クレハ吝嗇ニ化シ勇氣ナルモノモ其ノ度ヲ超ユレハ  
 狂妄トナリ遠慮ナルモノモ其ノ度ヲ失スレハ卑怯トナル。故ニ正義モ亦其  
 ハ定量ヲ有シ刑罰ヲシテ正當ナル反坐ノ性質ヲ保全セシメント欲セハ刑  
 罰ノ苦痛上一定ノ分量ナルヘカラス。反坐ノ正義ハ刑罰ノ性質ナリ苦痛  
 ハ刑罰ノ分量ナリ其ノ量ニシテ過多ナラシカ刑罰ハ變シテ復讎トナルベ  
 シ其ノ量ニシテ輕少ナラシカ刑罰ハ化シテ狗彘トナルヘシ共ニ正義ニ適  
 フモノニアラス

二、斯ク一物ノ存在ハ有形タルト無形タルトナ間ハス苟モ其ノ定量ヲ變セサ  
 ル以上ハ決シテ其ノ性質ヲ變セサルモノタルヲ以テ其ノ定量中ニ於テハ  
 自ラ自由ノ加減ヲ爲スヘキ範圍アリ。即チ華氏ノ零度ヨリ三十二度ノ間ニ  
 於テハ氷ハ依然タル氷タルヘシ三十二度ヨリ二百十二度ニ至ルノ間ハ水  
 ハ依然タル水ニシテ此ノ範圍内ニ於ケル温度即チ分量ノ多少ハ毫モ其ノ  
 物質ノ性質ヲ變スルモノニアラス又幾分ノ金額ヲ消費スルヲ以テ寛大ナ

超ヘテ放肆ニ變シ幾多ノ金額ヲ拂ハサルヲ以テ節儉ヲ下リテ吝嗇ニ陥ル  
 ヘキカ敢テ確定ノ金額ヲ指示スルコト能ハスト雖人間普通ノ良心ニ於テ  
 其ノ間自ラ制限ト範圍ノ存スルモノアルヤ明カナリ。故ニ正義ニ依リ刑罰  
 ナリテ犯罪ニ反坐シ苦痛ノ分量ヲシテ刑罰ノ性質ヲ失フコトナカラシム  
 ルニ於テモ亦之ト同一理由ニ基キ刑罰ノ性質ハ飽クマテ反坐タラサルヘ  
 カラサルモ刑罰ノ分量ニ至リテハ必ス其ノ範圍アリ最長點ト最下點トノ  
 間ニ於テ自ラ自由ノ活動ヲ爲スヘキ餘地ヲ存ス

三、故ニ折衷主義ニ基キタル刑法ニ於テハ立法官ハ必ス刑ノ最長期ト最短期  
 トヲ定メ以テ反坐ノ性質ヲ明示シ而シテ此期間ノ範圍内ニ於テ法官ハ或  
 ル犯罪ノ社會ノ利益ヲ害シタルノ程度ヲ斟酌シテ現ニ犯人ニ科スヘキ刑  
 ナ定メ行政官ハ又特赦假出獄等ノ制度ニ依リテ現ニ犯人ニ對シテ實行ス  
 ヘキ刑期ヲ確定ス。設例ヘハ刑法ニ於テ竊盜犯ハ二月以上四年以下ノ重禁  
 錮ニ處スヘキモノト定メタルハ反坐ノ性質ヲ明示スル者ナリ。如何ナル竊

盜犯ヲ問ハス之ヲ罰スルニ二月以上四年以下ノ範圍内ヲ以テスル以上ハ水カ三十二度以上二百十二度以内ニ於テ流動性ヲ失ハサルト等シク刑モ亦反坐ノ性質ヲ失フコトナシ故ニ犯人ニシテ再犯三犯等ニ係リ社會ノ利益ヲ害スルコト大ナルモノアラハ法官ハ宜シク之ヲ罰スルニ四年ノ刑ヲ以テスルコトヲ得ヘク之ニ反シ犯罪ノ物體輕微ニシテ社會ヲ害スルコト甚タ少ナキモノハ二月ノ刑ヲ以テ之ニ科スルコトヲ得レトモ其ニ刑ノ本性即チ反坐ノ性質ニ於テ欠ケル所ナキカ如シ

四、斯ク犯罪ノ分量ハ必ス其ノ範圍アルヘキモノナルヲ以テ改良脅嚇等其ノ他社會ノ利益等ハ此範圍ニ於テ其ノ影響ヲ刑罰ノ分量上ニ及ホシ仍ホ刑罰ノ正義ナル反坐ノ性質ヲ變スルコトナカラシムルコトヲ得

五、然レトモ社會ノ利益ハ反坐ノ性質ヲ害セサル限りニ於テ之ヲ計畫セサルヘカラサルカ故ニ範圍ヲ許サ、ル性質ノ刑ニ至リテハ單ニ反坐ヲ以テ其ノ主義トセサルヘカラス死刑無期刑ノ如キ即チ是レナリ

### 第三編 現行刑法ノ主義

#### 第一章 折衷主義

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

我刑法起草者ハホ氏ナリ氏カ草案説明ニ依レハ氏ハ折衷主義ニ依リテ我刑法ヲ編纂シタルコトヲ明言スレトモ氏ハ未タ近世折衷主義ノ眞義ヲ了解セサルニヤ折衷主義中最モ古代ノ陳腐論ヲ唱道シ折衷主義ヲ解シテ純正利益主義ヲ參酌シ道德上ノ本務ト社會上ノ本務トニ併セテ反對スヘキ所爲ヲ以テ犯罪トシテ之ニ刑罰ヲ科スヘキモノトセリ蓋シ此舊說タル互ニ相ヒ反對

シテ共ニ協合スルコトヲ得ヘカサル社會ノ利益ト道德上ノ正義トヲ折衷  
セントスルモノニシテ到底爲シ得ヘカラサル架空ノ希望ナリ。若シ又強テ之  
ヲ混合スルモノ二者相互ノ協合一致ヲ缺キ其ノ結果ハ終ニ猫ニ非ス又虎ナラ  
サルノ無主義タルニ歸スヘキノミ。草案者ノ意見ニ依ルモノ亦此二者ハ性質上  
共ニ對比スヘカラス又共ニ秤量シ得ヘカラスシテ常ニ適當ノ平均ヲ得ルコ  
ト能ハサルモノトナシ此說ノ適當ニ實行シ得ヘカラサル事實ヲ自認セリ。草  
案者カ唱道セル折衷主義ノ根據ハ其ノ薄弱ナルコト斯ノ如ク其ノ曖昧タル  
コト斯ノ如シ。若シ其ノ主義ニ從ヒ法典ヲ制定スルコトアリト假想セヨ罪ト  
刑トノ權衡ハ果シテ如何ナル標準ニ據リテ其ノ宜シキヲ得ンコトヲ望ムヘ  
キヤ木ニ縁リテ魚ヲ求ムルノ類ナラン。然レトモ強テ草案者ノ趣旨ヲ辯護セ  
ントスルモノ或ハ云ハ「法律上道德ヲ害スル大ナルモノハ併セテ社會ヲ害  
スルコト大ナルヘク道德ヲ害スルコト小ナルモノハ亦社會ヲ害スルノ度モ  
小ナルヘシ」ト蓋シ此論タル昔日アツベツク氏ノ主張セル所ナレトモ折衷主

義ノ論者ニ取リテハ自家撞着ノ說タルヲ免レス。何トナレハ此論旨ニ從ヘハ  
利益正義ハ同一物タルヘキヲ以テ折衷スヘキ二個以上ノ原素アルコトヲ認  
ムルコトヲ得サレハナリ。語ヲ換ヘテ之ヲ言ハ、ボ氏ノ維持セル折衷說ハ折  
衷シ得ヘカラサル二個ノ標準ヲ置キ以テ罪ト刑トノ權衡ヲ定メントスルモ  
ノナルカ故ニ罪、刑二者ノ平均ヲ得ントスルハ到底希望シ得ヘキモノニアラ  
ス。然ルニ近世折衷主義ノ原理ハ罪、刑ノ權衡ヲ保スルニ正義、利益二個ノ標準  
ヲ設ケス正義ヲ以テ刑罰ノ基本トナシ正義ノ範圍内ニ於テ社會ノ利益ヲ計  
畫保全セントスルニ在ルコトハ前章ニ於テ已ニ説明セル所ノ如シ。現行刑法  
カ刑罰ニ範圍ヲ設ケタルハ或ハ能ク折衷主義ニ適スルカ如シト雖又必スシ  
モ然ラサルモノアリ。總則ニ於テ酌量減輕ノ法ヲ設ケ又再犯加重ノ法ヲ置キ  
萬種ノ犯罪ニ對シテ一等又ハ二等ヲ減輕シ又ハ一等ヲ加フルコトヲ許容シ  
タルハ根底ヨリ折衷主義ノ原理ヲ暗殺シ刑罰ヲシテ反坐ノ性質ヲ失ハシメ  
タルモノト謂ハサルヲ得ス。刑法第二百九十二條ニ豫メ謀テ人ヲ殺シタルモ

ハハ謀殺ノ罪ト爲シ死刑ニ處スト云ヒ第三百六十六條ニ人ノ所有物ヲ竊取シタルモノハ竊盜ノ罪ト爲シ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處スト云ハ外見上能ク反坐ノ性質範圍ヲ備フルカ如キモ他ニ酌量減輕ハ法アルコトヲ知ラハ取モ直サス謀殺罪ハ死刑無期徒刑若クハ有期徒刑ニ處スト云ヒ竊盜罪ハ一月以上二年以下若クハ四年以下ノ重禁錮ニ處スト云ハ同一ナリ反坐ノ性質ヲ失ハサルモノト云フコトヲ得ヘキヤ眼玉大ノ惡事ニ赤豆大以上日大以下ノ苦痛ヲ應報スルノ感ナキ能ハス再犯加重モ亦然リ已ニ刑法各條ニ於テ反坐ノ性質ヲ超過セサル刑罰ノ範圍ヲ設ケ乍ラ總則ニ於テ一般ニ加重ハ法ヲ設クルハ定量外ニ於テ社會ノ利益ヲ計畫スルモノアルニ似タリ然レトモ現行刑法ノ全體ニ就テ考察スルトキハ正義ノ範圍ヲ超ヘ刑罰ノ反坐タル性質如何ヲ問ハス全ク社會上ノ利益ヲ害スルノ程度ニ從ヒ之ヲ處スルニ死刑若クハ無期徒刑ノ重刑設例ヘハ放火罪ノ死刑貨幣偽造罪ノ無期徒刑ヲ以テスルモノアルカ故ニ酌量減輕ノ法ト相待テ始メテ刑罰ノ反坐タル

性質ヲ見ルニ至ルカ如キノ觀ナキニアラス但シ如何ニ我刑法カ社會ノ利益ノミニ注目スルトモ再犯ノ故ヲ以テ加重シテ死刑ニ處スルハ反坐ノ性質ニ適セサルノ甚シキモノナルヲ以テ我刑法モ亦一制限ヲ設ケ加ヘテ死刑ニ入ルヲ禁スルハ立法官ノ良心知ラス識ラス正義ノ範圍ヲ離ルコト能ハサリシモノト謂フヘシ

## 第二章 利益主義

我カ刑法ノ起案者ハ共和國ノ平民ナリ君臣ノ名分臣子ノ本務ニ至リテハ豈ニ能クボ氏ノ辯スル所ナランヤ現行刑法ニ於テモ亦皇室ニ對スル罪ヲ嚴罰スルモ單ニ之ヲ嚴罰スルノ一事ハ未タ以テ君主國ノ刑法タル體面ヲ得タルモノト謂フヘカラス抑モ君主國ニ於ケル君主ハ立憲國ト專制國トヲ問ハス其ノ主權ヲ君主ノ一身ニ收攬スルモノナルヲ以テ在位ノ天皇ニ對シテ加ヘタル危害ノ所爲ハ君臣ノ名分上之ヲ主權ニ對スル一種ノ國事犯即チ大逆罪トスルハ英獨等君主國刑法ノ認ムル所ニシテ又我國古代法就中大寶令等ノ



確認スル所ナレトモ現行刑法ニ至テハ全ク此等ノ思想ヲ欲キ皇室ニ對スル罪ヲ以テ國事犯トスルコトヲ明定セズ嘗テ君臣ノ名分ヲ正スコトナキハ予ハ各論ニ詳述スル所ニ依リテ明々白々タラシ君臣ノ名分已ニ斯ハ如シ我刑法豈ニ皇室ヲ以テ社會ノ利益ノ上ニ置カシヤ現行刑法ハ曰ク天皇ニ對スル危害ハ罪ハ之ヲ死刑ニ處ス下然レトモ我刑法起草者ハ折衷主義ヲ採用スルニ社會ノ利益ヲ主トシテ國家ノ正義ヲ後ニシ酌量減刑ノ法ヲ設ケ判事ヲシテ一等又ハ二等ヲ減スルコトヲ許スカ故ニ現行刑法ノ眞面目ヲ暴露スルトキハ天皇ニ對スル危害ハ罪ハ死刑無期徒刑又ハ有期徒刑ニ處ス下規定シタルト毫モ異ナル所ナカルヘシ而シテ判官カ死刑若クハ徒刑ハ何レハ刑ニ處スルカハ該犯罪カ現ニ社會人民ノ利益ヲ害シタルノ大小ニ依ルヘキヲ以テ天皇ニ對スル危害罪ヲ罰スルニ死刑ノ嚴刑ヲ以テスルト否ニハ社會人民ハ利益ヲ損害スル大小如何ニ一任スルコトナルヘシルソ一輩ノ民約說其ノ他利益主義ハ能ク現行刑法ノ精神ヲ支配シ得タリト謂フヘシ噫

### 第三章 加特力主義

現行刑法ノ起草者ハカトリック教旨ノ信徒ナリ耶蘇基督ノ前ニハ萬民同一ニシテ君臣ナク父子ナシ忠ト孝ト豈ニ現行刑法ノ維持スル所ナランヤ於是乎皇室及ヒ父母ニ對スル罪ヲ嚴罰スルモ其ノ名分ヲ失シ其ノ精神ヲ無ニスルコト已ニ前項ニ論述スル所ノ如シ而シテ此等ノ點ニ於テハ現行刑法ハ我國古來ノ慣習道義ニ重大ノ關係ヲ有スルハ勿論ナレトモ刑法上カトリック教旨ヲ採用シ我臣民ヲ支配スルニカトリック教旨ノ法律ヲ以テスルニ至リテハ更ニ大ニ驚クヘキモノアリ抑モ歐洲中世史中最モ著大ノ顯象ハカトリック教派トプロテスタント教派ノ鬭爭ナリシハ前章已ニ之ヲ論シタリ此慘憺タル多年ノ鬭爭ハ遂ニ宗教自由ノ原理ニ其ノ局ヲ結ヒ佛伊白耳義等羅丁種族ノ邦國ハ概ネカトリック主義ニ歸着シ英佛蘭等チユトーニック種族ノ邦國ハ概ネプロテスタント主義ニ歸着シタリシカ此強大ナル兩主義ハ各國ノ法律制度ニ其ノ差異ヲ及ホシタルモノ甚タ少シトセス就中カトリック教派

ハ羅馬法皇ヲ尊奉シテ之ヲ宗教的邦國ノ主權トスルモノナレハ宗教上ノ觀念ヲ以テ法律制度ノ理論ニ混入シ刑法上ニ於テ犯罪ト刑罰トノ權衡ヲ規定スルニモ亦主トシテ人類内部ノ心意上ヨリ考察シ大小ヲ以テ刑罰ノ輕重ヲ量定スヘキ最上ノ標準トセリ之ニ反シテカトリック主義ヲ排除シ全ク宗教ノ思想ヲ離レテ刑法ヲ論スルハ邦國ニ於テハ單ニ犯罪ヲ外部ニ顯出シタル形跡結果ノ大小ニ從ヒ刑罰ノ輕重ヲ定ムヘキモノトセリ現行刑法ノ如キハ其ノ制定ニ際シテ汎ク歐米諸邦ノ法典ヲ參酌折衷シタルハ既ニ世人ノ公許スル所ナレトモ其ノ本體骨髓タリシモノハカトリック教民ヲ支配スル佛國刑法ナリ草按起草ノ大任ヲ擔當セルモノハカトリック邦國ノ人民ナリ「カトリック」教旨カ全法典ヲ貫通スルハ痕跡アルヘキハ蓋シ自然ノ結果ナリト云フヘシ試ニ見ヨ現行刑法未遂犯罪ヲ處斷スルノ方法ヲ見ヨ之ヲ既遂犯ト同視スル所ノ佛國刑法ノ酷ニ達セサルモ既遂罪ノ刑ニ照シテ僅カニ一等又ハ二等ヲ減スルモノアルニ過キスヤ既遂犯ハ犯罪タル外形ノ結果ヲ生シタルモノ

ナリ未遂犯ハ惡意アルモ終局其ノ結果ヲ生セサルモノナリ人ノ生命ヲ絶シタル所爲ト人ヲ殺スノ意ヲ以テ己ノ手足ヲ動シ毫モ實害ヲ他人ニ加ヘサルモノト其ノ間單ニ一等又ハ二等ノ差異アルニ過キサルヘキ乎宗教的ノ思想ヲ以テ犯罪ノ惡意ノミヲ責ムルノ大ナルモノアリトナスニアラスンハ誰レカ能ク其ノ理由ヲ辯セシヤ之ニ反シテ所謂中止犯ナルモノハ已ニ犯罪タル所爲ニ着手シ外形上未遂犯ト其ノ形跡ヲ同フスルモ自己ノ發心ニ依リテ犯罪タル結果ヲ生スルニ至ラサルモノタルヲ以テ全ク其ノ罪ヲ論セサルハ現行刑法カ消極的ニ規定スル所ナリ宗教上ノ思想ニ基キ犯罪者ノ歸善心ヲ賞スルモノアリトナスニアラスンハ誰レカ能ク此惑ヲ解カンヤ試ミニ見ヨ我刑法カ教唆者及ヒ從犯者ヲ處斷スルノ方法ヲ見ヨ佛國刑法ノ如ク酷シキニ至ラサルモノアリト雖トモ教唆者ヲ以テ正犯ト同一ノ刑ニ處シ從犯ハ正犯ノ刑ニ照シテ僅ニ一等ヲ減スルノ差アルノミ教唆者ハ人ヲシテ犯罪ノ意思ヲ決セシムルモ毫モ之カ實行ニ加ハリタルモノニアラス從犯ハ唯正犯ノ

罪ヲ犯ス。コトヲ知リテ其ノ豫備タル所爲ヲ幫助スルモノハ、ミ毫モ犯罪タル所爲自身ニ加功セルモノニアラス。然ルニ其ノ刑ノ此ノ如クナルハ、是レ宗教上ノ思想ヲ以テ犯者ノ惡意ヲ責ルニ嚴ニシテ外形上ノ形跡ヲ問フノ寬ナルモノト謂ハサルヲ得ス。試ミニ見ヨ其ノ他編制ノ精神不論罪及ヒ宥恕等ニ關スル我刑法ノ規定ヲ見ヨ。悉ク宗教的ノ理論ヲ以テスルニアラサレハ其ノ眞意ヲ解スルニ難キヲ而シテ我刑法ニ於ケル這般ノ特性ハ全ク現行刑法ヲ以テ新ニ我帝國ニ輸入セル原質タリ。決シテ本邦古來ノ法律ヨリ遺傳シ來レルモノニアラサルナリ。試ミニ眼ヲ轉シテ僅々數年前迄我帝國ノ人民ヲ支配シタル新律綱領等ヲ見ヨ。謀殺既遂ヲ罰スルニ死ヲ以テスルモ其ノ從犯ニ至リテハ流三等ヲ止メ人ヲ傷スルニ至ラサル未遂犯ハ徒三年其ノ從犯ハ杖一百ニ過キサル等各罪ニ就キ犯罪ノ形跡ニ顯ハレタル結果ニ依リ適宜ニ罪ト刑トノ權衡ヲ定メタリ。故ニ現行法ニ於ケルカ如ク一種ノ大主義ヲ以テ一般ノ犯罪ニ適用スヘキ洪大ノ總則ヲ設クルコトナケレハ廢篤疾ニ至ルヘキ重傷

ヲ負ハシメタル謀殺未遂犯ト單ニ殺意ヲ以テ毒藥ヲ食卓上ニ備ヘタル所爲トナシテ同一ナル無期徒刑ニ處スルカ如キ大膽ノ規定ナキハ英獨法律ト畧其ノ趣ヲ同フスルモノアリ。蓋シ我立法官ハ特ニ加特力教旨ヲ以テ我刑法ヲ編纂スルノ意ナカリシヤ素ヨリ明白疑ナシト雖不知不識ノ間ニ於テ我帝國臣民ヲ擧テ遂ニ加特力教旨ノ拘束スル所トナラシメタリ。八万四千ノ光明モ亦之ヲ照スノ勢ナク科戸ノ神ノ神風モ亦之ヲ拂フノ力ナシ。本章ニ論述スル所ニ依リ新舊刑法ヲ比較セハ舊法ハ一般ニ刑ノ殘酷ナルモノアリシニ關ハラス罪刑二者ノ權衡ヲシテ其ノ平ヲ得セシムルカ如キ重要事項ニ就テハ遠ク現行刑法ノ及ハサルモノアルヲ知ルヘシ況ンヤ大寶律令ノ如キニ至リテハ眞ニ萬國ニ對シテ其ノ美ヲ誇稱スルニ足ルモノナルニ係ハラス今ヤ誤謬ノ折衷論ト民約說ト加特力教旨トヲ以テ悉ク我國固有ノ美質ヲ打破シ了レリ。夫ノ歐米ノ人士カ現行刑法ヲ以テ文明邦國ノ法典ナリトシテ之ヲ稱揚スルカ如キハ日本ヲ以テ野蠻未開ノ邦國トナシ是非ノ標準自

身ヲ卑巽スルニ由レリ。我刑法ノ沿革ヲ知リ又歐米ノ法ニ通スルモノ誰レカ能ク之レニ同セシヤ

現行刑法原論卷之一畢

現行刑法原論卷之二

江木 衷 著

汎論

第一篇 犯罪

第一章 犯罪ノ定義及ヒ區別

第一節 犯罪ノ定義

犯罪ニ普通一般ナル性質ヲ確定スル之ヲ犯罪ハ定義ト謂フ故ニ其ハ定義中ニハ一ノ犯罪タルニ必要ナル一切ノ條件ハ悉ク之ヲ包含セシメ又一ノ犯罪タルニ必要ナルハ条件ハ毫モ之ヲ交ユルゴトナキヲ要ス罪トハ法律ニ於テ罰スヘキ所爲ヲ謂フトハ往々學者ノ下シタル犯罪ノ定義ニシテ亦我刑法草案ノ採用セル所ナレトモ此定義ハ犯罪タルニ必要ナラサル條件ヲ含ミ仍ホ且無用ノ妄誕タルヲ免カレヌ

ベイン氏論理學  
歸納篇第一五四  
葉  
ミル氏論理學第  
一卷第七章

〔第一〕此定義ハ法律ニ於テ罰スルモノニアラサレハ犯罪ニアラストスルモ  
 ノナリ然レトモ法律ニ於テ犯罪ト認ムルノ所爲ハ法律ニ於テ之ヲ罰セサル  
 モ亦犯罪ナリ罰ヲ以テ犯罪ノ一性質トセルハ必要ナラサル性質ヲ以テ定義  
 中ニ加ヘタルモノト謂ハサルヲ得ス抑モ法律ニ於テ罪ト認メサレハ法律上  
 ノ罪ナキハ明ニシテ法律ナクンハ犯罪ナシ〔Nullum Crimen sine lege〕ト云ヘル格  
 言ハ其ノ正鵠ヲ失ハス又法律ニ於テ罰スヘキモノト定メサル所爲ハ之ヲ罰  
 スルコトヲ得サルモ亦明カニシテ法律ナクンハ刑罰ナシ〔Nullum poena sine lege〕  
 ト云ヘル格言モ亦確實ニシテ均シク非難スヘキ點アルヲ見ス然レトモ此二  
 原則ヲ根據トシテ法律ニ於テ罰スルモノニアラサレハ犯罪タルコトヲ得ス  
 トスルノ論局ヲ得ントスルハ論理ヲ誤リタルモノト云ハサルヲ得ス予ハ嘗  
 テ刑罰ナクンハ犯罪ナシトノ格言原則アルヲ聞カサルナリ苟モ法律ニ於テ  
 或所爲ヲ以テ犯罪ナリト認ムレハ即チ其ノ所爲ハ犯罪ナレトモ法律ニ於テ  
 同時ニ之ヲ罰スルコトヲ定メサレハ之ヲ犯罪ニアラスト云フコトヲ得ス設

例ハハ期滿免除ヲ得タル犯罪ノ如キハ法律ニ於テ之ヲ罪ト認ムルモ法律自  
 身ハ社會ノ公益上之ヲ以テ却テ罰スヘカラサルモノトセリ親屬間ニ於ケル  
 盜罪ノ如キモ亦此類ナラン法律ハ之ヲ以テ一ノ犯罪トスレトモ又決シテ之  
 ヲ罰スヘキモノトスルコトナシ論者或ハ期滿免除ヲ得タル犯罪モ亦罰スヘ  
 キ性質アルモノトスレトモ予ノ言ヲ以テ之ヲ謂ハ、單ニ之ヲ罪ト爲スヘキ  
 性質アルノ所爲ト云フノ意ナルニ過キサルカ如シ刑罰ノ點ヨリ云ハ、予ハ  
 寧ロ之ヲ罰スヘカラサル性質ノ犯罪ナリト云ハンノミ抑モ法律ハ主權者ノ  
 制定スル所ニシテ法律ハ萬能ナリ何故ニ法律ハ或ル所爲ヲ犯罪ナリト定メ  
 乍ラ同時ニ之ヲ罰セサルコトヲ定メ得サルヤ憲法上刑罰ヲ科セサル犯罪ヲ  
 設クルコトヲ禁シテ立法權ヲ制限スルモノアルニアラスンハ犯罪ハ當然之  
 ニ對スル刑罰ナルヘカラサルモノトスルコトヲ得サルヘシ論者又或ハ刑  
 罰ヲ科セサル犯罪ナルモノヲ認ムルノ無益ナルヲ稱スルモノアラント雖一  
 ハ所爲ヲ以テ犯罪ナリト定ムルハ關係効果ハ決シテ刑罰ノ一點ニ止マラス

諸種ノ法律ハ必スシモ人ノ刑ニ處セラレタル一事ヲ以テ刑餘人ノ權利ヲ制限剝奪スルノミナラス縦ヒ刑ニ處セラレストモ罪ヲ犯シタル一事ヲ以テ犯者ノ權利ヲ制限剝奪スルコト甚タ多シ其ノ他親族盜ノ竊取シタル贓物ノ如キモ刑法上之ヲ贓物トシテ處分スルカ如キモ亦同一理ナリ  
我刑法カ別ニ犯罪ノ定義ヲ設ケ之ヲ學者ノ議論ニ一任シテ顧ミルコトナキハ法律ノ良教師タル名譽ヲ捨テ能ク老練ノ立法官タル伎倆ヲ顯ハシタルモノト云フヘシ然ルニ其ノ第一條ニ法律ニ於テ罰スヘキ罪分テ三種ト爲スト云ヒ罰スヘキ罪ノ句ヲ用ヒタルハ曖昧模糊トシテ其ノ意ヲ了スルニ苦ム所ナレトモ予ハ唯タ此條ヲ以テ法律ハ道德上若クハ宗教上ノ罪ヲ罰セサルノ原則ヲ示シタルモノニ過キスト云ハンノミ

〔第二〕 犯罪アリテ而シテ後法律ノ之ヲ罰スルコトアルヘキハ當然ナレトモ此定義ハ罰スヘキ所爲ヲ罪ト爲スト云ヒ犯罪ノ制裁タル刑罰ヲ以テ犯罪自身ヲ解説セントスルモノナルカ故ニ如何ナル所爲ハ果シテ罰スヘキモノニ

シテ罪トナルヘキモノナルヤ否ヤヲ明ニスルニ足ラサルナリ今茲ニ人アリ予ニ向ヒ犯罪ハ法律ノ罰スル所タルヲ知レトモ如何ナル所爲ハ果シテ犯罪タルヤ否ヲ問フモノアランニ予ハ之ニ答ヘテ犯罪ハ法律ノ罰スル所爲ナリト云ハ、或者ノ疑ハ果シテ氷解シ得タリトスルコトヲ得ヘキヤ予ハ或者ノ問ヲ以テ直ニ答辭ニ充テタルノミ論理學上之ヲ以テ問爲答ノ誤認ト云ヒ問題ニ向テ毫末ノ答辭ヲ與ヘタルモノニアラス定義ニシテ其ノ主眼タル要點ノ何物タルヲ解説スルニ足ラサルモノハ更ニ其ノ定義ヲ下スノ必要ナキモノト云フヘシ故ニ犯罪ヲ以テ法律ニ於テ罰スヘキ所爲ト爲ストノ定義ハ無用ノ妄誕タルヲ免レヌ

然レトモ上來論述セル所ノ批難ヲ容ル、コト能ハサル犯罪ノ定義ヲ下サント欲セハ事自ラ立法論ニ涉ラサルヲ得ス何トナレハ法律ハ如何ナル所爲ヲ以テ罪トナスヘキヤ否ヲ定ムルハ立法上ノ議論ナレハナリ若シ立法上ノ議論ヲ捨テ單ニ現行法律ニ就キ犯罪ノ何物タルヲ問フモノアラハ予ハ我刑法

全編ノ定ムル所ノ所爲ハ即チ犯罪ナリト答ヘンノミ。若シ又強テ其ノ定義ヲ  
下サント欲セハ刑法ノ規定ニ違反スル所爲ヲ罪ト云フトカ又ハ犯罪トハ法  
律ニ於テ犯罪ト認ムル所爲ヲ謂フト云フカ如キ無用ノ定義タルニ過キサル  
ニ至レハナリ。故ニ犯罪ノ定義ハ之ヲ立法上ヨリスルノ外ナシト雖立法上ノ  
定義モ亦種々ニシテ概テ多少ノ批難ヲ免レス博士ベルネル氏ノ下セル定義  
ハ概近學者ノ採用スル所ニシテ又最モ普通ニ行ハル、所ナリ。氏ノ言ニ曰ク  
「犯罪トハ各人カ社會一般ノ意思ニ反シ公權若クハ私權ヲ破リ又ハ國家ヲ維  
持スルニ必要ナル風儀若クハ道德ヲ紊ル所ノ不正ナル所爲ヲ云フト」然レト  
モ此定義タル立法ノ作用上如何ナル所爲ヲ犯罪トスヘキカヲ定ムルノ標準  
タルニ過キス故ニ法律ハ縱ヒ此定義ニ該當セサル所爲ヲ以テ犯罪ナリト定  
ムルモ既成ノ法律上ニ於テハ仍ホ之ヲ犯罪トセサルヲ得サルナリ

### 第二節 犯罪ノ種類

我刑法ハ罪ヲ分チテ重罪、輕罪、違警罪ノ三種トス此區別タル今日文明諸邦ノ

概テ採用スル所ニシテ重罪ハ死刑、徒刑若クハ流刑、懲役及ヒ禁獄ノ刑ノ一ヲ  
以テ罰シ輕罪ハ禁錮、罰金ノ刑ノ一ヲ以テ罰シ違警罪ハ拘留料ノ刑ノ一ヲ  
以テ之ヲ罰ス。故ニ立法官カ法律ニ於テ此三種ノ區分ヲ爲シタルノ理由ハ全  
ク犯罪カ國家ノ正義ヲ害スル程度ノ大小ニ基キタルモノナルヘシト雖法律  
制定ノ後ニ至リテハ唯タ重キ刑ヲ以テ罰スルモノハ之ヲ重刑トシ輕キ刑ヲ  
以テ罰スルモノハ之ヲ輕罪トスルノ外ナカルヘシ。但シ此犯罪ノ區別ハ裁判  
管轄等刑事訴訟上ノ手續ヲ整理スルノ上ニ於テハ重大ナル法律上ノ差異ヲ  
立ツルニ於テ又欲クヘカラサル必要ノ理由アルハ勿論ナリ

重罪トハ如何ナル所爲ヲ指シ輕罪トハ如何ナル所爲ヲ云フヘキカ若シ重罪  
ヲ以テ重罪ノ刑ヲ以テ罰スルモノトナシ輕罪ヲ以テ輕罪ノ刑ヲ以テ罰スル  
モノトスルトキハ自首、輕減、宥恕、輕減、酌量輕減等ヲ爲スヘキ場合ト雖其ノ輕  
減シタル結果ノ刑ヲ以テ其ノ所爲ノ罪名ヲ定メサルヘカラス故ニ本來重罪  
タルヘキ犯罪ト雖判官之ヲ減輕シテ現ニ之ニ科スルニ輕罪ノ刑ヲ以テシタ

ルトキハ該犯ハ即チ一ノ輕罪犯ニシテ重罪犯ニアラサルナリ。然レトモ此說ニ從フトキハ酌量輕減ノ情狀アル犯罪ノ如キハ裁判言渡ノ上ニアラサレハ其ノ罪種ヲ定ムル能ハサルモノナレハ訴訟法上裁判管轄ヲ定ムルコト能ハサルカ如キノ不都合ヲ來ス可シ。故ニ未ダ判決ヲ經サル犯罪ニ就テハ重罪ノ刑ヲ以テ罰スヘキモノハ重罪ニシテ輕罪ヲ刑ヲ以テ罰スヘキモノハ輕罪トスルニハ法律上未ダ加重減輕セサル刑ヲ以テ其ノ罪名ヲ定メサルヘカラス。但シ刑法第二編以下ノ各條ニ記載セル加重減輕ハ此限リニアラストス。蓋シ刑法總則即チ一般ノ加重減輕ト二編以下ノ各條即チ特別ノ加重減輕トハ大ニ其ノ性質ヲ異ニシ彼ハ止ク刑ノ加減ニ過キサルモ此ハ罪質ヲ變更スルニ足ル者ナリ。設例ヘハ丁年未滿ノ者重罪ヲ犯シ刑法第八十一條ニ依リ一等ヲ減シテ輕罪ノ刑ニ處スルモ重罪ハ尙ホ依然タル重罪ナルモ幼者ノ故ヲ以テ唯其ノ刑ヲ減スルモノニシテ其ノ罪ヲ減シタルモノニアラス。之ニ反シ内亂罪ニ與シ諸般ノ職務ヲ爲シタル者ハ刑法第二百一十一條第三項ニ依リ輕禁獄

ニ該ル者ハ重罪ナレトモ其ノ豫備ヲ爲スニ止マル者ハ第二百二十五條ニ依リ各一等ヲ減シ輕禁錮ノ刑ニ處スヘキハ其ノ罪質ハ輕罪ナリ。法律ハ明文ニハ一等ヲ減スト云ヒ恰モ刑ヲ減スルノ意タルヲ推測スルコトヲ得ルニ似タレトモ是レ立法官カ逐一其ノ刑名ヲ記載スルノ煩勞ヲ避ケ單ニ某某ノ條ニ照シ一等ヲ減スト記載シタルニ過キス否ラスンハ即チ第二百二十五條ニ於テモ亦第二百一十一條ト等シク極メテ冗長ノ法文ヲ設ケサルヘカラサルニ至ルヘケレハナリ。蓋シ特別ノ加重減輕ハ皆ナ此類ニシテ其ノ實眞ニ本刑ヲ加重減輕シタルモノニアラス。但シ殺傷ニ關スル宥恕減輕ハ刑法第三編中ニ記載スルモ其ノ性質ハ一般ノ減輕ニ屬セサルヘカラサル所以ハ各論ニ於テ論述スル所アラソ

第二章 犯罪ノ成立

犯罪ノ成立ヲ論スル方法ニ二様アリ一ハ犯罪ノ成立ニ必要ナル原素ヲ集合スルモノニシテ之ヲ犯罪ノ構成法ト云ヒ一ハ犯罪ノ成立ニ必要ナル原素ヲ



離散スルモノニシテ之ヲ犯罪ノ分析アナリシス法ト云フ然レトモ已ニ犯罪ノ原素ヲ分  
析スレハ此元素ハ必然犯罪ノ構成ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ予ハ此兩様ノ  
方法ヲ合セテ之ヲ利用セント欲スルナリ

凡犯罪ハ一ノ所爲タルコトハ前章ニ於テ已ニ論述シタル所ナルカ此所爲ノ  
外犯罪ハ尙ホ他ニ必要ナル條件ヲ具備スルニアラサレハ成立スルコトナシ  
即チ第一此所爲ヲ行フ所ノ主體即チ犯人第二此所爲ヲ受クル所ノ物體即チ  
被害者第三主體ト物體トヲ連結スル所ノ手段アルヲ要ス此三條件中其一ヲ  
缺クトキハ犯罪ハ決シテ成立スルコトヲ得サルナリ今之ヲ左ノ數節ニ分チ  
テ詳述セン

第一節 犯罪ノ主體、物體及ヒ手段

第一款 犯罪ノ主體サブジェクト、オブ、クライム

第一段 犯罪ノ主體タルヲ得ヘキ者

犯罪ノ主體即チ犯罪者タルコトヲ得ヘキモノハ唯タ人類ノミニ限レリ人類

ト人類ニ非サル動物ノ區域ハ暫ク之ヲ動物學ニ譲リ風伯人畜ヲ斃シ火神家  
屋ヲ燒クモ罪ニアラス怪物精神ヲ惱マシ禽獸人ヲ傷クルモ亦之ヲ刑法ニ問  
フコトヲ得ス況ンヤ生ナキ草木金石ノ如キオヤ是レ尤モ見易キノ原理ニシ  
テ何人ト雖敢テ之ヲ疑フモノアラサルヘシ然ルニ予ハ我刑法ハ或ハ生ナキ  
物件ヲ以テ尙ホ能ク犯罪ノ主體タルヲ得ヘキモノトセルコトナキヤ否ヤチ  
疑ハサルヲ得ス即チ第四十三條及ヒ第四十四條ニ依リ法律ニ於テ禁制シタ  
ル物件ハ何人ノ所有ヲ問ハス附加刑トシテ之ヲ沒收シ且必ス裁判ニ於テ之  
ヲ宣告スヘキモノト定メタレトモ犯人ノ所有ニアラサル他人ノ物件ヲ沒收  
シ犯人ニ向テ之ヲ宣告スルハ謂レナケレハ其ノ裁判ハ必スヤ物件ニ對スル  
者タラサルヲ得ス物件ヲ以テ犯罪人トスルカ如キハ法理ノ許サ、ル所ナリ  
事ハ仍ホ後編ニ詳述セン

民法ニ於テハ法律上人ヲ分チテ有形人、無形人トスレトモ此區別ハ單ニ民法  
及ヒ行政法ノ範圍ニ於テ許容スヘキモノニシテ刑法ノ承認スル所ニアラス

刑法問フ所ハ犯人ハ唯肉體ノ感覺ヲ有スル有形人ノミニ限レリ。國家、府縣、區、郡市町村、會社等ノ如キハ唯無形ナル想像上ノ一個人ノミ此等無形人ハ外觀上無形人タル資格ヲ以テ罪ヲ犯スモノ、如クナレトモ其ノ實此等ノ無形人ヲ組織スル有形人ノ所爲タルニ過キサレハ法律ハ只現ニ犯罪ニ手ヲ下シタル有形人ヲ罰スヘシ。設例ヘハ警察規則ヲ以テ設ケタル屋上制限ノ如キハ市內一般ノ家屋建築物ノ所有主ヲシテ其ノ義務ヲ負ハシメタルモノニシテ官民共ニ之ヲ遵守セサレハ火災警察ノ目的ヲ達スルコトヲ得ス。故ニ市邑又ハ官署等ニシテ此制限ニ違ヒタル家屋ヲ建築スルトキハ其ノ市邑官署ニ奉仕スル會計若クハ營繕ノ主務吏員ヲ罰セサルヘカラス。蓋シ此等ノ官吏ハ長官ノ命令ニ依リ該家屋ヲ建築スルモノナレトモ苟モ此法律アル以上ハ其ノ法律ヲ知ルノ義務アルヘク又長官ノ命令ヲ執行スルニハ必ス法律ノ規定ニ從ヒ屋上制限ニ適シタル家屋ヲ建築スルノ義務アルモノナレハナリ

第二段 主體タル犯罪者ノ能力

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

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

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

〔第三〕 是非ヲ辨別スルノ知覺 自己及ヒ他人若クハ外物ニ關スル知識アリト雖其ノ所爲ノ是非善惡ヲ知ラサル場合アリ。設例ヘハ或ル程度ノ未丁年者

ノ如キ我レ我カ腕力ヲ用キハ此刀ヲ振フコトヲ得ヘク此刀ヲ振テ他人ヲ毆  
ツトキハ自然ノ理ニ依リ他人ノ身體ヲ傷ケ他人ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生ス  
ルコトヲ知ルモ(即チ自己及ヒ他人若クハ他物ニ關スル知覺アルモ)尙ホ他人  
ヲ傷ケ他人ヲ殺スハ正理ニ反スルヤ否ヲ知ラサルナリ  
右ノ三原素ヲ稱シテ知能ト云ヒ犯罪ノ主體即チ犯罪者ニシテ之ヲ具備セル  
モノヲ犯罪者タルノ能力アルモノト云フ故ニ三原素中其ノ一ヲ缺クモ尙犯  
罪不能力者ニシテ犯罪ノ責任ヲ負フノ能力ナキモノトス故ニ犯罪ノ責任ニ  
ハ輕重大小ノ度ナクシテ設ヒ一原素ヲ缺クモ全ク犯罪ノ責任アルヘキモノ  
ニアラス我カ刑法ハ十六歳以上二十歳未滿ノ幼者ハ本刑ニ一等ヲ減シテ之  
ヲ罰スルモ是レ犯罪ノ責任ニ關スル能力ニ程度アルニアラス唯タ年齡ヲ以  
テ法律上其ノ刑ヲ宥恕スルノ情狀トスルモノニ過キサルナリ  
犯罪ノ責任自身ト此責任ヲ負フノ能力トヲ混同スルコトナキヲ要ス犯罪ノ  
責任ハ所爲ニ就キ其ノ責任ノ有無ヲ論シ責任ヲ負フヘキ能力ノ有無ハ犯罪

者タル人ニ就テ論スルモノナリ學者往々此二者ヲ同視シ犯罪ノ責任ヲ負ハ  
シムルニハ智識ト自由トヲ以テ其ノ要件トスレトモ智識ノ有無ハ犯人ノ能  
力有無ノ問題ニ屬シ自由ノ有無ハ所爲ノ存否ノ問題ニ屬ス但シ自由ト責任  
トノ關係ニ於テハ仍ホ後章ニ於テ詳述スル所アラン

第三段 犯罪主體ノ無能方

第一項 瘋癲及ヒ幼者

瘋癲ハ全ク人類ノ智能ヲ缺クモノナリ狂者ノ其ノ己レヲ見ルヤ君主タリ耶  
蘇タリ仙人タリ自己ニ關スル智覺アルヘキモノニアラス其ノ監禁セラレ、  
所ノ密室ハ宮城タリ天上タリ其ノ着クル所ノ短衣ハ大禮服タリ荷衣タリ而  
シテ其ノ伴フ所ノ同室患者ハ臣下タリ信者タリ他人若クハ外物ニ關スル智  
覺アルヘキモノニアラス況ンヤ其ノ所爲ノ是非ヲ辨別スルノ智覺ヲヤ犯罪  
ノ責任ヲ負フノ能力ナキヤ明ナリ然レトモ我刑法ハ單ニ第七十八條ニ於テ  
「罪ヲ犯ス時智覺精神ノ喪失ニ依リ是非ヲ辨別セサルモノハ其罪ヲ論セス」ト

云ヒ瘋癲者ノ所爲ノ點ヨリ其ノ罪ナキコトヲ定メ人ノ能力ノ點ヨリ其ノ不  
論罪ヲ定ムルコトナキハ稍々學理ニ違フノ嫌ナキニアラサルモ間發症ノ瘋  
癲カ精神靜止ノ時ニ於テ罪ヲ犯シタル者ヲ不問ニ附スル如キコトナカラシ  
メントノ注意ニ出テタルモノニ似タリ。但シ精神靜止ノ時ニ犯シタル罪ハ之  
ヲ罰スルコトヲ得ルモ再ヒ精神ノ錯亂ヲ來シタル時ハ其ノ刑ヲ執行シ得ヘ  
キモノニアラス。何トナレハ獄室ヲ以テ宮城ト思惟シ獄丁ヲ以テ從臣ト思惟  
スル囚徒ニ對シテ其ノ刑ヲ執行スルモ決シテ刑罰ノ目的ヲ達シ得ヘキモノ  
モノニアラサレハナリ

幼者ハ其ノ年齢ニ從ヒ智能發達ノ度ヲ異ニスルカ故ニ我刑法第七十九條乃  
至第八十一條ニ於テハ年齢ニ依リ之ヲ分チテ三級トナシ第一ノ幼者ハ十二  
歳以下第二ハ十二歳以上十六歳以下第三ハ十六歳以上二十歳以下ト爲ス。而  
シテ第一ノ幼者ハ全ク其ノ罪ヲ論セス第二ノ幼者ハ犯時其ノ所爲ノ是非善  
惡ヲ辨別シタルト否トヲ審案シ辨別ナシシテ犯シタルトキハ其ノ罪ヲ論セ

ス第三ノ幼者ハ全ク犯罪ノ責任ヲ負ハシムルモ唯タ其ノ刑ヲ減輕スルニ止  
マレリ。故ニ犯罪ノ責任ヲ負フヘキ能力ノ點ヨリ茲ニ論スヘキハ第一第二ノ  
幼者ニ在リ

第一ノ幼者ハ全ク智能ヲ缺ク者ナリ幼者ノ己レヲ稱スルヤ「子」ナル代名詞ヲ  
用ヰスシテ直ニ其ノ實名ヲ稱シ又ハ一般幼者ヲ稱スルノ普通名辭ヲ用ヰル  
カ如キハ是レ自己ニ關スル智覺ナキノ證ナリ。幼者ノ見聞スル萬種ノ顯象ハ  
幻境ナリ夢裏ナリ大風ノ人ヲ斃スノ顯象モ兇漢ノ人ヲ殺スノ顯象モ其間敢  
テ差異アルナシ是レ他人又ハ外物ニ關スル智覺ナキノ證ナリ。況ンヤ其ノ所  
爲ノ是非善惡ヲ識別スルノ智覺ヲ有スルオヤ。是レ我刑法カ第一ノ幼者ヲ以  
テ全ク犯罪ノ主體タルヘキ能力ナキモノト定メタル所以ナリ  
然レトモ第二ノ幼者ニ在リテハ己ニ自己又ハ他人若クハ外物ニ關スル智覺  
ヲ有シ人ヲ斬レハ之ヲ傷シ物ヲ撲テハ之ヲ破ルコトヲ知レトモ其ノ所爲ノ  
是非善惡ニ至リテハ或ハ之ヲ知ルコト能ハサルモノナキニ非ス。故ニ我刑法

ハ各事件ニ付キ是非辨別ノ有無ヲ以テ犯罪ノ有無ヲ分ツヘキ標準トセリ  
斯ク幼者ハ犯罪ノ主體タルヘキ能力ナキ者ニシテ罪トナルヘキ所爲ヲ行フ  
ト雖其ノ所爲ハ大風ノ家屋ヲ斃シ禽獸ノ人ヲ害スルト一般重罪、輕罪、違警罪  
ヲ問ハス共ニ其ノ責任ナキヤ明ナリ但シ我刑法第八十三條ハ特ニ違警罪ニ  
限リテ第二ノ幼者即チ十二歳以上十六歳未滿ノ者ハ是非ノ辨別ナキモ仍ホ  
其ノ刑ヲ宥恕スルニ止マリ其ノ犯罪ノ責任ヲ負フノ能力アルモノト定メタ  
ルニ至リテハ予ハ其ノ理由ヲ發見スルコト能ハサルナリ論者ハ或ハ云ハン  
違警罪ハ故意ヲ要セサル犯罪タルヲ以テ幼者ト雖其ノ罪ヲ論セサルヘカ  
スト。違警罪ハ故意アルヲ要セストスル論理ノ誤謬ハ後卷ノ末篇ニ於テ之ヲ  
論スヘシト雖假リニ一步ヲ譲リ違警罪ハ故意ヲ要セサルモノトスルモ故意  
ヲ要セサル犯罪ハ必スシモ違警罪ノミニ限ラズ輕罪ト雖過失ヲ罰スル場合  
アルヲ如何セン。又更ニ一步ヲ譲リ假リニ違警罪ハ幼若ト雖其ノ罪ヲ問フヘ  
キモノトスルモ此論理ニ從ヘハ第一第二ノ幼者ヲ問ハス共ニ其ノ罪ヲ論セ

サルヘカラサルニ我刑法カ第一ノ幼者及ヒ瘖啞者ニ就テハ違警罪ト雖其ノ  
罪ヲ問ハサルモノトセルヲ如何セム。是レ刑法ノ欠點ナリ立法官ノ誤見ナリ  
豈ニ附會ノ遁辭ヲ許サンヤ

### 第二項 白痴及ヒ瘖啞者

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

白痴亦智能發達ノ緩慢ナル者ニシテ其ノ甚シキニ至リテハ自己ニ關スル智  
覺ヲ缺クモノアリト雖概ニ是非ヲ辨別スルノ智覺ナキヲ以テ通常トス。我刑  
法ハ別ニ白痴者ヲ以テ犯罪ノ主體タル能力ナキモノト明定セス各所爲ニ就

キ第七十八條ヲ適用スヘキモノト爲シタレハ智覺精神ノ喪失ニ至ラス是非  
ノ辨別アルモノハ常人ト同一ノ刑ヲ科シ且第二ノ幼者ノ場合ニ於ケルカ如  
キ法律上ノ宥恕ヲ與フルコトナシ

第三項 一時ノ智能ノ喪失ニ基ク不能力

一時ノ憤激ニ依リ行フタル犯罪ハ刑罰宥恕ノ原因タルコトヲ得ヘキモ不論  
罪ノ限ニアラス然レトモ其ノ甚シキニ至リテハ全ク智能ヲ喪失シ全ク犯罪  
ノ責任ヲ負シムルコト能ハサルモノナキニアラスト謂フ

睡眠中覺ヘス驚テ罪ヲ犯ス如キハ所謂夢狂ナル者ニシテ往々見聞スル所ナ  
リ此等犯者ノ動作スル境域ハ眞ノ夢境ニシテ現世界ニアラサルヲ以テ自己  
及ヒ外物ニ關スル智覺ナキハ明ナリ決シテ犯罪ノ責任ヲ負ハシムヘキモノ  
ニアラス

醉狂者ノ犯罪ノ責任ニ就テハ學者ノ議論頗ル數多ニシテ學者或ハ醉狂ヲ全  
醉半醉等ノ分別シ以テ責任ノ有無ヲ定ムルノ標準トスルモノアレトモ我刑

ホウルトン氏米  
國刑法第三六葉

法ハ斷然此等ノ區別ヲ用サズ第七十八條ニ依リ智覺精神ヲ喪失シ是非ノ辨  
別ナキニ至レル者ハ其ノ罪ヲ論セス故ニ設ヒ罪ヲ犯スニ便宜ナル爲メ大醉  
シテ其ノ目的タル罪ヲ遂クルモ苟モ精神喪失シテ是非ノ辨別ナキモノニ至  
テハ敢テ其ノ罪ヲ問フコトナシ但シ此場合ニ於テハ精神喪失ノ事實ヲ證明  
スルコト極メテ困難ナルヘキヲ以テ法官ハ容易ニ無罪ノ宣告ヲ爲サ、ルヘ  
シ

第四項 無能力者ノ處分

犯罪責任ノ無能力ハ其ノ所爲ノ罪トナラサルモノニシテ刑ヲ科スヘキモノ  
ナシ又從テ刑ノ宥恕スヘキモノナシト雖法律ハ全ク此等無能力者ヲシテ其  
ノ爲ス所ニ放任シ社會ノ平和ヲ顧ミサルモノニアラス我刑法ハ情狀ニ依リ  
滿八歳以上ノ幼者ハ滿十六歳ニ過キサル時間第七十九條十二歳以上十六歳  
未滿ノ幼者ハ滿二十歳ニ滿タサル時間第八十條瘖啞者ハ五年ニ過キサル時  
間第八十二條之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得ヘキモノトセリ但シ此留置ハ

敢テ刑ノ性質ヲ帶フルモノニアラス幼者ノ場合ニ於テハ國家カ父母ニ代テ  
施ス所ノ強迫教育ニシテ瘡痍者ノ場合ニ於テハ豫防警察ノ目的ニ出テタル  
行政處分ナリ

然レトモ我刑法ハ癡癩白痴及ヒ其ノ他第七十八條ニ該當スル不能力者ニ就  
テハ敢テ其ノ處分ヲ定メス就中癡癩ノ如キハ之ヲ社會ニ放逸スヘキモノニ  
アラサルヲ以テ法官ハ之ヲ癡癩院又ハ私宅ニ監禁スヘキコトヲ命セサルヲ  
得サルカ如クナルハ或ハ缺點ナルカ如シト雖亦決シテ然ラサルモノアリ蓋  
シ癡癩ハ癡癩者タルノ一事ヲ以テ當然之ヲ私宅又ハ病院ニ監禁セサルヲ得  
サルヲ以テ幼者ノ如ク犯罪ニ相當スヘキ所爲アルヲ待ツテ始メテ留置ノ處  
分ヲ爲スモノト大ニ其ノ趣ヲ異ニスルモノアレハナリ

第二款

犯罪ノ物體

第一段 犯罪物體ノ物理的能力

犯罪ハ物理上之ヲ行フコトヲ得ヘキ物體ニ對スルニアラサレハ成立スルコ

ベルトル氏刑  
法論第一八〇葉  
以下  
ベルトル氏刑  
法論第一三四葉

トヲ得ス偶像ヲ殺シ人影ヲ斬ラントスルカ如キハ物理上無能力ノ物體ニ對  
スル所爲ニシテ無能犯 (Delictum putativum) ト云ヒ法律ノ罪トセサル所ナリ故  
ニ無能犯ナル者ハ其ノ所爲ノ不能ニアラスシテ其ノ物體ノ無能力ナリ能ク  
此區別ヲ了知スルニアラサレハ後章ニ至リテ無能犯ト缺効犯若クハ未遂犯  
トヲ混同スルニ至ルヘシ如キハ手段ノ不能ナリ後章ニ詳論ス

無能犯ハ斯ク罪ト爲ルヘキモノニアラサルヲ以テ各國ノ法律共ニ之ヲ罰ス  
ルコトナキモ其ノ所爲ニシテ尙ホ他ノ法律ニ觸ルトキハ素ヨリ之ヲ不問  
ニ附スヘキモノニアラス設例ヘハ人ト誤認シテ偶像ヲ銃撃スルモ殺人ノ罪  
ナシト雖猥リニ銃砲ヲ放テタル罪ニ至リテハ之ヲ違警罪ニ問フコトヲ得ヘ  
シ

第二段 犯罪物體ノ法律上ノ能力

犯者ヲシテ其ノ犯罪ノ責任ヲ負ハシムルニハ犯罪ノ物體ハ管ニ物理上ノ能  
力ヲ有スルノミナラス尙ホ法律上ノ能力ヲ帶フルコトヲ要ス法律上ノ能力

トハ即チ其ノ物體ノ權利ノ目的物タルコトノ謂ナリ語ヲ換ヘテ之ヲ言ハ、  
 犯罪ノ物體ハ他人ノ權利内ニ存スルモノナルコトヲ要スルナリ。所有主ナキ  
 物品ヲ竊取スルモ竊盜ノ罪ヲ構成スルコトナキノ類是レナリ  
 凡ソ人ノ犯罪物體上ニ有スル權利ニ二様アリ一ハ一般ノ權利ニシテ一ハ特  
 別ノ權利ナリ一般ノ權利トハ國家ノ有スル公權利ヲ指シ特別ノ權利トハ一  
 私人ノ有スル私權利ヲ指ス。故ニ犯罪ノ物體ニシテ一般ノ權利ニ係ルトキハ  
 直接又ハ間接ニ國家又ハ社會ニ對スル犯罪ニシテ特別ノ權利ニ係ルトキハ  
 直接ニ各個人ノ權利ヲ破リ財產身體等ニ對スル犯罪ナレトモ其ノ所爲タル  
 素ヨリ法律ノ禁スル所タルヲ以テ如何ナル場合ニ於テモ間接ニハ當然公權  
 利ヲ破ルモノタルヘシ。然レトモ風儀宗教ヲ紊ルノ犯罪ニ於テハ特ニ各人各  
 個ノ權利ヲ破ルコトナキヲ以テ國家ノ外之カ被害者タルヘキモノアルナシ  
 斯ク犯罪ノ物體タルモノニハ必ス之ニ對スルノ權利者アルヲ要ス。而シテ此  
 權利ナル者ハ人類ノ外之ヲ有スルコト能ハサルヲ以テ天帝禽獸若クハ草木

等ニ對スル犯罪ナシ。刑法ニ所謂財產ニ對スル犯罪トハ其ノ實財產ニ對スル  
 モノニアラスシテ其ノ財產ノ所有者タル人類ニ對スル者ナリ。犯者モ必ス人  
 類ニシテ被害者モ亦必ス人類ナリ人爲ニ成リタル法律ノ問フ所ハ到底人類  
 ト人類トノ關係タルニ外ナラサルヲ知ルヘシ。但シ天帝ニ對スル犯罪ト雖國  
 家ハ之ヲ社會ノ德義ヲ紊ルモノトシテ法律上ノ罪ト爲シ又獸類ト雖他人ノ  
 所有物ニ係ルトキハ一般財產ニ對スル罪ト爲シ或ハ牛馬ヲ逆使スル者ハ社  
 會ノ風儀ヲ害スルモノト爲シ之ヲ法律上ノ犯罪トスル場合ノ如キハ素ヨリ  
 此原則ト抵觸スル所ナシ

### 第三段 犯罪物體ノ法律上ノ無能

犯罪物體ハ法律上權利ノ目的物ヲラサルヘカラサルカ故ニ其物體ニ對スル  
 權利者ナキトキハ即チ法律上ニ於ケル能力ナキモノニシテ之ニ對スル犯罪  
 モ亦成立スルコトナシ。而シテ此物體上ニ於ケル權利ハ場合ニ依リ其ノ權利  
 者ナル各私人若クハ國家社會ノ代表者ノ意思ニ從ヒ之ヲ拋棄スルコトヲ得



ヘク又危急若クハ正當防禦ノ場合ニ於テハ當然此權利ノ消滅ヲ來スヘシ今左ニ之ヲ分論セン

第一項 各個人ノ棄權ニ基ク不諭罪

各個人ナル權利者カ自己ノ意思ヲ以テ犯罪ノ物體上ニ於ケル權利ヲ放棄シタルトキハ犯罪ノ物體ハ爲メニ法律上ノ能力ヲ欲クモノトナリ從ツテ犯罪ノ成立ナシト雖此棄權ノ場合ト親告罪即チ被害者ノ訴ヲ得テ罰スヘキ犯罪ニ就キ被害者ノ意思ヲ以テスル棄權トチ混同スルコトアルヘカラス。茲ニ論スル所ノ棄權ハ犯罪ノ不存ヲ來スモノナルヲ以テ其ノ棄權ハ犯罪前ニ於テ豫メ之ヲ爲スコトヲ要スレトモ親告罪ノ場合ニ於テハ犯罪ノ當時ニ於テハ未タ棄權ナク犯罪既ニ成リテ而シテ後ニ告訴ノ權ヲ放棄スルモノニ過キス。一ハ犯罪ノ物體上ノ權利ノ放棄ニシテ其ノ結果ハ罪ノ不存トナリ一ハ告訴權ノ放棄ニシテ成立シ其ノ結果ハ單ニ刑罰ヲ免カル、モノトナル然ラハ則チ權利者ハ如何ナル場合ヲ問ハス右ノ棄權ヲ爲スコトヲ得ヘキヤ

ベルテル氏刑法  
第一三七葉  
メイン氏印度刑  
法註解第七七葉  
以下

若シ果シテ然リトセハ千百ノ犯罪其ノ存不存ハ一ニ私人ノ意思ニ存セサルヲ得ス是レ豈ニ刑法ノ許ス所ナランヤ

一承諾ニ出テタル所爲ハ權利ヲ犯スモノニアラス〔Volenti non fit injuria〕トハ羅馬法ノ一原則ナリ故ニ他人ノ所有物ヲ竊取スルモ其ノ奪取ニ付キ豫メ所有者ノ承諾ヲ得タルトキハ縱ヒ其ノ所有權ヲ讓受ケサルモ素ヨリ盜罪ノ成立ナカルヘシ然レトモ此原則ハ唯三者ノ權利若クハ公ケハ利害ニ關係ナキ權利又ハ人タルノ德義ヲ損スルコトナク自由ニ存廢讓與シ得ヘキ私權利ヲ破リタル場合ニ於テハミ之ヲ適用スルコトヲ得ヘシ。設例ヘハ財産ニ關スル權利ヲ放棄シタル右ノ一例ノ如キハ盜罪ヲ成立セス又承諾ニ出テタル擊劍角力等ハ毆打罪ヲ成立スルコトナキカ如シ然ルニ今火ヲ放チテ人ノ家ヲ燒燬シ奴隸トシテ人身ノ賣買ヲ爲シ又ハ人ヲ毆打シテ之ヲ死ニ致シタルカ如キ場合ニ於テハ全ク權利者ノ承諾ニ出テタルモノナルモ公安ヲ破リ又ハ人類タルノ道義ヲ紊ルノ所爲タルヲ以テ決シテ之ヲ不問ニ附スルコトヲ得サルナ

ヘルシユ子ル氏  
獨逸刑法論第一  
卷第四六八葉

二八  
リ然レトモ斯ノ如キハ是レ立法的議論ナリ。權利ノ拋棄シ得ヘキモノト否ラ  
サルモノトハ法律ノ明文上宜シク之ヲ規定スルコトヲ要ス故ニ近世ノ編纂  
ニ成リタル刑法典ニ於テハ特ニ權利ナクシテハ一句ヲ法文中ニ挿入シテ私  
人ノ自由ニ拋棄シ得ヘキ權利タルヲ表明セリ。設例ヘハ權利ナクシテ家宅ニ  
侵入シタル者ハ云々ノ罪ト爲ス又權利ナクシテ人ヲ逮捕監禁シタル者ハ云  
々ノ罪ト爲スト規定スルノ類ナリ。我幼稚ナル刑法ハ必スシモ一定ノ規準ナ  
シト雖「猥リニ」若クハ「故ナク」等ノ句ヲ以テ棄權即チ承諾ニ依リ無罪タルヘキ  
所爲ヲ區別スルコト往々ニシテ之アリ。猥リニ人ヲ監禁スト云ヘルハ監禁ノ  
承諾ナキヲ示シ故ナク家屋ニ侵入スト謂ヘルハ承諾ナクシテ家宅ニ侵入ス  
ルノ意ヲ示セリ  
權利者ノ棄權ニ關スル一般ノ原則ハ右ニ説明シタル所ヲ以テ其大綱ヲ盡シ  
タルモノトスレトモ今茲ニ特ニ論述スヘキ者ハ自殺ニ關スル犯罪ノ存不存  
如何ノ論議ニ在リ

二九  
國家若クハ他人ハ一人ニ對シテ其ノ生存ヲ強ユルノ權利ナク一人ハ又  
國家若クハ他人ニ對シテ其ノ生命ヲ保スルノ義務ナシ。故ニ自殺者ハ自己ノ  
權利ヲ害スルノ外他ニ國家若クハ他人ノ權利ヲ破ルコトナキモノナルヲ以  
テ生命權ハ決シテ賣買讓渡スルコト能ハサルモノタルニ關セス敢テ刑法ノ  
問フヘキモノニアラス又承諾ノ上ニテ自ラ其ノ身ヲ賣ル者ノ如キ買主ノ外  
ハ罪トシテ之ヲ論スルコトヲ得ス唯民法上ニ於テ其ノ賣買ヲ無効トスルノ  
外ナカルヘシ  
自殺ハ斯ク他人ノ權利ヲ害スルコトナシト雖德義ヲ破リ公安ヲ害スルノ所  
爲タルノ點ヨリシテ刑法ニ於テ或ハ其ノ罪ヲ定メ以テ自殺ノ惡習ヲ禁スル  
コトヲ得サルニアラス。現ニ英領印度ニ於テハ自殺ノ未遂ヲ以テ罪トナシ羅  
馬法ニ於テハ兵士ノ自殺未遂ヲ罰シタリシト雖其ノ既遂罪ニ至テハ罰金若  
クハ其ノ他ノ財産刑又ハ宗教法ニ於テハ破門刑ノミニ止マリ未遂罪ノ外之  
ヲ罰スルコトヲ得サレハ自殺ノ所爲ヲ罰スルハ到底公平ヲ得タルモノニア

シヨールゴフ  
一、スタンエリ  
兩氏合著佛國刑  
法論第三卷第四  
一葉以下  
ペル子ル氏刑法  
論第一四〇葉  
シヨウゴフ  
一、スタンエリ  
兩氏合著佛國刑  
法論第三卷第四  
二五葉

ラス且ツ一般自殺者ノ心意精神ヲ考察スルトキハ統計上十中ノ八九ハ精神  
錯亂ニ出テタル者ニシテ之ヲ罰スルコトヲ得サル場合極メテ多シトス、是レ  
刑法カ一般ニ自殺者ヲ罰セサルモノトスル所以ナリ  
自殺ニ加功シテ之ヲ幫助シタル者モ亦犯罪トシテ之ヲ論スルコトヲ得ス何  
トナレハ本來罰ト爲ルヘカヲサル所爲タルヲ以テ其ノ加功者モ亦罪トナル  
ヘキ所爲ヲ行フコトヲ得サレハナリ、然レトモ自殺ハ即チ自ラ其ノ生命ヲ亡  
ホスノ所爲ナレハ彼ノ他人カ手ヲ下シテ自殺ヲ行ヒ又ハ自殺ヲ教唆シタル  
場合ノ如キハ素ヨリ殺人罪ニシテ單ニ之ヲ自殺ノ加功ト爲スコトヲ得ス、但  
シ我刑法ハ自殺ノ加功補助者ト雖尙之ヲ罰スヘキモノト定メタリ、其ノ詳ナ  
ルコトハ仍ホ各論ニ於テ論述スル所ナリ  
棄權ノ原理ニ關シ尙一ツノ論スヘキアリ即チ承諾ヲ得テ人ヲ殺シタル場合  
トス已ニ論スルカ如ク自殺ハ道德ニ反スルノ所爲タルモ自ラ其ノ權ヲ放棄  
スル者ナレハ敢テ刑法ノ罪トシテ論スルモノニアラスト雖生命ハ決シテ之

ヘルシエチル氏  
獨逸刑法論第一  
卷第四六九葉

テ賣買讓與シ得ヘキ私權利ニアラサレハ承諾アリト雖人ヲ殺シタル者ニ至  
リテハ毫モ犯罪ノ責ヲ免ル、コトヲ得サルナリ、但シ此場合ニ於テハ唯タ國  
家カ人命ヲ保護スルノ權利ヲ害スルニ止マリ各人ノ私權利ヲ損スルコトナ  
キヲ以テ其ノ刑ニ至リテハ謀殺ト同シク之ヲ論スルコトヲ得ス、我刑法ノ規  
定如何ニ就テハ仍ホ之ヲ各論ニ讓ルヘシ

第二項 國家ノ棄權ニ基ク不論罪

國家ノ意思(即チ法律自身)ヲ以テ放棄シタル權利ハ之ヲ破ルコトヲ得ス蓋シ  
一ノ所爲ニシテ各個人ノ私權ヲ破ルコトアルモ國家ニ屬スル權利ヲ破ルコ  
トナキトキハ罪トナルヘキモノニアラサルヲ以テ國家ニ於テ自ラ其ノ權利  
ヲ放棄シタル場合ニ於テモ亦犯罪ノ成立ナシ、設例ヘハ不得巳ノ危急又ハ正  
當防衛ニ出テタル所爲ノ如キハ各私人ノ權利ヲ損スルコトアルモ社會ノ安  
寧ニ關シテ國家ノ有スヘキ權利ハ國家自ラ之ヲ放棄シタルモノナレハ當然  
犯罪タルコトヲ得サルナリ、但シ死刑ノ宣告ヲ受ケタル者ニ就テハ國家ハ唯

タ國家ノ適法ナル機關ニ由リテ其ノ生命ヲ奪フコトヲ得ヘキモノニシテ各個人ニシテ猥リニ之ヲ殺スモノ、如キハ素ヨリ殺人犯タルヲ免カレス。故ニ之ニ反シテ法律自身ノ禁セサル所爲ハ設令ヒ各個人ノ私權利ヲ破ルモ國家ノ權利ヲ破ルモノニアラサレハ罪トシテ之ヲ論スルコトヲ得ス況ンヤ國家ノ意思即チ法律ノ命スル所ヲ執行スルニ於テオヤ刑法第七十六條ニ曰ク本屬長官ノ命令ニ從ヒ其ノ職務ヲ以テ爲シタル者ハ其ノ罪ヲ論セスト即チ其ノ所爲ノ無罪タルニハ第一本屬長官ノ命令ニ從ヒ第二其ノ職務ヲ以テ爲シタルモノヲサレハカラス。設例ヘハ逮捕官吏カ豫審判事ノ命令ニ由リ犯人ヲ捕縛シ兵士カ將官ノ命令ニ從ヒ敵軍ヲ襲撃スル等素ヨリ明白疑フヘキモノナシト雖長官ノ命スル所不當ノ所爲タル場合ニ於テハ頗ル疑義ノ存スル者アリ。先ツ左ニ一二ノ例ヲ示シテ後其ノ論局ヲ結ハシ豫審判事カ逮捕ヲ命令スル所ノ某甲ハ決シテ犯人ナラサルヲ知リ逮捕官吏ニシテ尙之ヲ捕縛センカ豫審判事ハ職權ヲ以テ之ヲ命シ逮捕官吏ハ職務ヲ

以テ之ヲ執行ス豈ニ犯罪ヲ以テ逮捕官吏ノ所爲ヲ論スルコトヲ得ンヤ將官カ襲撃ヲ命スル所ノ山上ノ一軍ハ官軍タルコトヲ知リ尙之ヲ砲撃スルノ兵士アラシカ將官ハ職務ヲ以テ之ヲ命令シ兵士ハ職務ヲ以テ之ヲ行フ豈罪ノ問フヘキモノアラシヤ蓋シ長官ノ命シタル某甲ハ果シテ犯人ナルヤ否又山上ノ一軍ハ果シテ敵軍ナルヤ否ハ事實ノ問題ニ屬シ長官ハ權内ニ存ス兵士又ハ官吏ハ敢テ其ノ當否ヲ争フコトヲ得ス命令ノ不當ヲ知ルト雖苟モ事其ハ職務ニ係ル以上ハ即チ法律ノ命スル所ナリ然レトモ今若シ豫審判事ニシテ逮捕官吏ニ向ヒ違警罪犯ハ盡ク之ヲ捕縛ス可シ又ハ某甲ハ無罪者ナリ故ニ之ヲ逮捕ス可シト命令シ將官ニシテ兵士ニ向ヒ荷モ官軍タラシハ盡ク之ヲ襲撃ス可シ又ハ彼ノ山上ノ一軍ハ官軍ナリ故ニ之ヲ襲撃ス可シト命令スルコトアラシカ官吏兵士ハ其ノ命令ノ不正ナルヲ知ルト否トチ問ハス共ニ之ヲ不問ニ附ス可キモノニアラス蓋シ違警罪犯又ハ無罪者ハ本來逮捕スヘキモノナルヤ否又官軍ニ對シテ襲撃ヲ爲スヘキモノナルヤ否ハ法律ノ問

題ニ屬シ官吏從士ノ共ニ知ラサルヘカテサルハ義務アル者ナリ命令ノ正否  
ヲ知ラスト雖苟モ事不正ニ係ルモノハ即チ法律ノ禁スル所ナリ  
要スルニ長官ノ命令ノ當否ニシテ法律ノ問題ニ屬スルトキハ之ヲ知ルト否  
トチ問ハス事不正ニ係ルモノハ刑法ヲ以テ之ヲ問ヒ事實ノ問題ニ屬スルト  
キハ之ヲ知ルト否トチ別ダス其ノ罪ヲ論スルコトヲ得ス然ルニ我刑法ハ單  
ニ長官ノ命令ニ從ヒ云々ト記載シ法律ト事實ニ係ルモノトチ分ダス更ニ命  
令ノ當否ヲ問ハサルニ似タリト雖第二ノ條件トシテ職務ヲ以テ爲シタルコ  
トヲ要スルカ故ニ命令ノ當否法律ノ問題ニ屬シ法律ニ於テ之ヲ禁スル場合  
ハ即チ官吏ノ職務ニアラストシ又其ノ事實ノ問題ニ屬シテ法律ニ於テ之ヲ  
命スル場合ハ職務ヲ以テ爲シタルモノトナスヘシ故ニ我法文ハ其ノ用キル  
所ノ文字ヲ異ニスルモ其ノ論局ニ至リテハ上來論述シタル論理ト同一ナリ  
如何トナレハ自己ノ職務ノ有無ヲ判定スルハ是又法律ニ屬スル問題ニシテ  
法律ノ不識ハ以テ其ノ罪ヲ免ルノ理由タラス又事實ニ屬スル問題ニ係リ

職務ヲ以テ之ヲ行フトキハ命令ノ不正ナルヲ知ルト雖是レ法律ノ強ユル所  
ニシテ其ノ罪ヲ論スヘキモノニアラサレハナリ  
上來論述スル所ノ論理ニ由リ我刑法第七十六條ノ精神ハ一言ニシテ能ク之  
ヲ盡スコトヲ得ヘシ即チ該條ハ法律ノ命令スル所ノ所爲ハ罪トナラサルコト  
ヲ示スモノニ過キテ受命ノ官吏カ其ノ長官ノ命令法律ニ違ヒ又ハ自己ノ職  
務ニ屬セス其所爲ニシテ罪ト爲ルヘキヤ否ヲ定ムルハ唯其ノ所爲ハ法律ノ  
命スル所ナルヤ否ヲ決スルハ一事ニ在リ夫ノ長官ノ命スル所法律ニ反スル  
コトタルヲ知ルト否トニ從ヒ犯罪ノ有無ヲ決スルノ標準トスルカ如キ論者  
ハ未ダ人ヲシテ法律規則ヲ知ラサルノ故ヲ以テ其ノ罪ヲ免カレシメントス  
ルノ誤見ヲ脱スル能ハサルモノナリ但シ法律ノ不識及事實ノ不識ニ關スル  
法理ハ後章ニ於テ之ヲ論述セン

第三項 不得已ニ出テタル所爲

抗拒スヘカラサル強迫又ハ避クヘカラサル天災若クハ意外ノ變ニ遇ヒ身體

生命ヲ保全スル爲メ已ムヲ得スシテ他人ニ屬スル權利ヲ害スル有意ノ所爲  
ヲ稱シテ不得已ニ出テタル所爲ト云ヒ全然犯罪成立ノ要素ヲ備フルモ國家  
ハ國家ニ屬スル權利即チ被害者ヲ保護スル國家ノ權利ハ國家自ラ之ヲ放棄  
シ刑法上之ヲ罪トシテ論セサルモノナリ何トナレハ斯ル場合ニ際シ自己ノ  
生命ヲ捨テ他人ノ生命ヲ保全スルハ非常至高ノ德義タルヘキモ國家ハ敢テ  
一般ノ人民ニ向テ仁人君子ノ行ヲ強ユルモノニアラサレハナリ但シ國家ハ  
敢テ不得止ニ出テタル所爲ヲ以テ正理ニ合スルモノトセサルカ故ニ唯其ノ  
罪ヲ免除スルニ止マリ加害者ニ與フルニ自己ノ生命ヲ保全シ他人ノ生命ヲ  
絶ツノ權利ヲ以テスルモノニアラサルナリ故ニ不得已ニ出テタル所爲ハ正  
當防禦ニ出テタル所爲ト大ニ其ノ趣ヲ異ニセリ。不得已ニ出テタル所爲ト正當  
防禦ニ出テタル所爲トハ洋中ノ船舶颶風ニ遇フテ覆没シ甲乙二人ノ乗客僅ニ一人  
ヲ保スヘキ一片ノ木板ヲ爭ヒ各々危難ヲ免レント欲シテ遂ニ乙者ヲ海中ニ  
沈メテ甲者自ラ其身ヲ全フシタル場合又ハ甲者アリ乙者ヲ強迫シ丙者ノ

財物ヲ強奪スルニアラサレハ直ニ乙者ヲ殺ス可シト強制シ乙者ハ已ムヲ得  
スシテ丙者ノ財物ヲ強取シタル場合ノ如キハ甲者ハ他人ノ權利ヲ害シ自己  
ノ生命ヲ全フシタルモノニシテ其ノ不正ノ所爲タル明カナリト雖國家ハ至  
高ノ德義ヲ以テ甲者ニ強ユルコトヲ得サルモノトナシ國家ハ被害者ヲ保護  
スルノ權利ヲ棄テ、之ヲ不問ニ附ス  
刑法第七十五條ニ曰ク抗拒スヘカラサル強制ニ遇ヒ其ノ意ニ非ルノ所爲ハ  
其ノ罪ヲ論セス。天災又ハ意外ノ變ニ因リ避クヘカラサル危難ニ過ヒ自己若  
クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出テタル所爲モ亦同シト蓋シ此法文ハ予ノ茲  
ニ論セントスル所ノ不得已ニ出テタル所爲ニ關スル法理ヲ包含スルモノナ  
リ。今左ニ之ヲ分析評論セム

- 一、抗拒スヘカラサル強制トハ有形無限ノ暴力(Vis absoluta)ヲ云フニアラス  
シテ無形ノ強制(Vis compulsiva)ノミヲ指ス。學者或ハ法文ノ所謂強制トハ  
此二者ヲ包含スヘキモノトスルモノアレトモ有形無限ノ暴力ニ係ル場

ホワートン氏米  
國刑法第二四葉  
カルトラン氏刑  
法原論第三五三  
號乃至三五九號  
フオースタンエ  
リ氏刑法論第  
三七三號  
ジュロンドンチ  
氏刑法論第一  
二三葉

合ハ不得已ニ出テタル所爲ニアラス。設例ハ暴風ニ吹倒サレテ通行人  
ヲ傷ケタルカ如キハ全然人爲ニアラサルナリ又甲者乙者ノ手ヲ執リ強  
テ丙者ヲ殺シタル如キハ是レ甲者ノ所爲ニシテ乙者ノ所爲ニアラス乙  
者ハ毫モ之ヲ爲スノ意思ナクシテ乙者ハ單ニ甲者カ犯罪ノ器械手段ト  
ナリシモノニ過キサルナリ既ニ乙者ノ所爲ニ非ス之ヲ乙者カ不得已ニ  
出テタル所爲トスルコトヲ得ス故ニ乙者ハ無罪タルハ不得已ニ出タル  
所爲タルカ故ニアラスシテ本來乙者ノ所爲ヲラサルハ故ニ出ツルナリ  
此理由ニ基ク所ノ不論罪ハ宜シク第七十七條ヲ適用スヘク決シテ本條  
ニ依ルヘカラサルナリ故ニ抗拒スヘカラサル有形ノ強制ト無形ノ強制  
トハ均シク不論罪ノ源由タルモ其ノ基ク所ノ理由ニ於テハ實ニ霄壤ノ  
大差アリ有形ノ強制ニ就テハ亦本條ヲ適セントスルノ學者ハ往々本條  
ノ不論罪ヲ以テ犯罪構成ノ元素ナル自由ヲ缺クニ原因スルモノトナシ  
有形ノ強制ハ外部即チ身體ノ自由ヲ奪ヒ無形ノ強制ハ内部即チ精神ハ

ベルケル氏刑法  
論第一二二葉

自由ヲ失フモノト説クトモ本來自由ナルモノハ犯罪構成ノ元素ニアラ  
ス何トナレハ有形ノ強制ニ出テタル者ハ強制ヲ受ケタル者ノ所爲ニア  
ラサルヲ以テ素ヨリ犯罪ハ責任ヲ負フコトナカルヘキカ故ニ自由ノ必  
要ヲ説クハ要ナルヘク又無形ノ強制ニ出テタル者ハ決シテ精神ノ自  
由ヲ失フタル者ニアラサレハナリ甲者アリ乙者ニ向テ曰ク汝ニシテ丙  
カ住居セル家屋ニ放火セスンハ予ハ今汝ヲ斬ラント乙遂ニ火ヲ丙ノ家  
ニ放テ之ヲ燒燬セリ乙ニシテ苟モ幼者瘋癲等犯罪責任ノ不能力者タル  
ニアラスンハ乙ハ己レヲ知リ他ヲ知リ又是非曲直ヲ辨知スルノ智能アリ  
論者尙ホ之ヲ精神ノ自由ヲ缺クモノトスルカ乙ハ丙家ニ放火スルノ  
犯罪タルコトヲ知リ又己ヲ殺シテ他人ヲ害スルト他人ヲ害シテ己レヲ  
全フスルト二者其一ヲ擇フノ自由能力ヲ有セリ今夫レ皮想ノ見ヲ以  
テ強制ヲ受クル者ハ地位ヲ觀察セシカ實ニ進退維谷ノ境遇ニ處シテ心  
中甚々苦慮スル所アルカ如シト雖其實想ニ於テハ斷シテ否ラサルモノ

アルナリ何トナレハ法律既ニ備ハリ法律ノ明文上斯ノ如キ強制ニ出テタル所爲ヲ以テ無罪トスル以上ハ強制ヲ受クルモノハ此法律ノ保證ニ安心シ自由ニ己レヲ全フシテ他ヲ害スルノ道ヲ撰フコトヲ得レハナリ豈進退維谷ノ苦心アラシヤ蓋シ無形ノ強制ハ内部即チ精神ノ自由ヲ奪フモノトスルハ舊時刑法學者ノ主張セル所ニシテ其ノ說既ニ陳腐ニ屬ス近世獨英學士ノ容レサル所ナリ故ニ斯カル有形ノ強制ニ由リ行フタル所爲ハ罪ヲ犯スノ意ナキ所爲ニシテ既ニ其ノ人ノ所爲ニアラサレハ其ノ無罪タルハ第七十七條ノ規定ニ基ク所ナリ本條ノ所謂強制ナル語中ニ有形ノ強制ヲモ包含スルモノトスル者ハ刑法ノ適用ヲ重複セシメントスルモノナリ其說固リ取ルニ足ルヘキナシ

二前項ニ論述スルカ如ク所謂不得已ニ出テタル所爲ナルモノハ強制ノ人爲タルト天爲タルトナ間ハ凡テ無形ノ強制ニ出テタル所爲ヲ指示スルモノナレハ其有意タルコト素リ當然ナリ之ニ反シテ有形ノ強制ニ出

テタル所爲ハ所爲ニアラスシテ其無意タルコト亦素リ當然ナリ法理未開ノ時代ニ成リタル現行刑法ハ此二者ヲ混同シ法文ニ其意ニ非ラサルノ所爲ト謂ヒ無形ノ強制即チ已ムヲ得サルニ出テタル所爲タルニモ亦意思ナキコトヲ必要トスル如クナレトモ本條ノ不論罪ハ有意ノ所爲ニシテ仍ホ不論罪タルヘキ場合ヲ規定シタルモノナレハ斯ノ如キ意思ナキヲ必要トスルコトナキハ明白ナリ蓋シ本條ニ所謂其意ニアラストハ唯之ヲ希望スルノ念ナキコトヲ示シタルニ過キス設例ヘハ強迫ニ遇ヒ他人ノ家ニ放火スルハ其ノ所爲固リ有意ナレトモ唯不得已ニ出テ之ヲ行フモノニシテ他人ノ家屋ヲ燒キ他人ヲ害スルコトヲ希望スルノ本意ニ非ルナリ而シテ事苟モ強制ニ出テタル以上ハ斯カル本意ナキハ當然ニシテ其ノ意ニ非ルノ意ハ已ニ強制ノ語中ニ包含セリ素ヨリ特ニ之ヲ明記スルノ必要ナキノミナラス爲メニ却テ理論ノ混雜ヲ生スルニ至ルヘシ我刑法草案カ此語ヲ除キタルハ能ク理論ニ合シタリト云フヘ



三、強制ハ抗拒スヘカラサルヲ必要トス疎遠ナル親屬ノ生命若クハ自己ノ僅少ナル財産ニ對シテ他人ノ生命ヲ絶ツ可シトノ強迫ヲ受ケタル場合ノ如キハ之ヲ抗拒スヘカラサルモノト云フコトヲ得ス。刑法第七十五條第二項ニ於テハ自己若クハ親屬ノ生命身體ニ限リ第一項ニ於テハ此制限ヲ設クルナシト雖自己ノ生命及ヒ人身ニ對スル強制ニアラサレハ之ヲ抗拒スルコト能ハサルモノト云フコトヲ得サルハ勿論タルヲ以テ同條第一項モ亦第二項ト同一ノ精神タルコト素リ當然タリ

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

五、強制又ハ變災ハ現在ニシテ避クヘカサルモノタルヲ必要トス。現在ナラス又避ク得ヘキ強制ハ抗拒スヘカラサルモノニアラス又現在ナラサル

ベル子ル氏刑法論第一四九葉以下  
ラツセル氏重輕罪論第一卷第八四九葉  
ツエートン子氏刑法論第一二五葉

災變ハ避クヘカラサルモノニアラス是レ法文ニ抗拒スヘカラサル強制ト云ヒ又ハ避クヘカラサル危難ト明言セル所以ナリ

第四 正當防衛ニ出テタル所爲

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

一、不得已ニ出テタル所爲ハ各個人ノ權利ヲ害スルモ國家ハ此被害者ヲ保護スヘキ自己ノ權利ヲ棄テ唯タ罪トシテ之ヲ論セサルニ止マリ他人ヲ害スルノ權利ヲ認ムルコトナキモ正當防衛ノ場合ニ於テハ國家ハ單ニ其權利ヲ放棄スルニ止マラス更ニ不正ノ攻撃ヲ受クル者ニ附與スルニ正當防衛ヲ行フノ權ヲ以テス故ニ正當保護ハ權利實行ナリ蓋シ不得已ニ出テタル所爲ノ場合ニ於テ自己ノ生命ヲ捨テ他人ノ生命ヲ全フスルハ非常至高ノ徳義ニシテ仁人君子ノ所爲タルヘキモ正當防衛ノ場合ニ

於テ自己ノ權利ヲ捨テ他人ヲシテ其ノ非行ヲ遂ケシムルハ非常極度ノ  
蠢愚ニシテ呆子痴漢ノ行爲タルヘシ。法律ハ各人ニ強ユルニ非常至高ノ  
徳義ヲ以テスルナキモ各人ニ與フルニ非常極度ノ愚物ヲラサルコトヲ  
得ヘキノ權利ヲ以テスルナリ。

- 二、不得已ニ出テタル所爲ノ場合ニ於テハ加害者被害者共ニ同等ノ地位ニ在ルモ正當防衛ノ場合ニ於テハ攻撃者ノ所爲ハ必ズ不正ナルコトヲ要ス故ニ正當防衛者ニ對シテ反撃ヲ爲シタルモノハ之ヲ不得已ニ出テタル所爲トシテ不論罪ヲ主張スルコトヲ得ス
- 三、正當防衛權ハ他人ノ爲メニ之ヲ行フコトヲ得ルモ不得已ノ所爲ハ之ヲ行フコトヲ得ス。權利ノ實行ナレハナリ
- 四、不得已ニ出テタル所爲ハ自己若クハ親屬ノ生命身體ヲ全フスルノミニ止マレトモ正當防衛ハ生命身體ハ勿論或ル場合ニ於テハ財産ニ暴行ヲ加フルモノニ對シテモ亦之ヲ行フコトヲ得

五、不得已ニ出テタル所爲ハ自己ノ生命身體ヲ保全スル爲メ危害ノ避クヘカラサルノ度ニ達スルコトヲ必要トスレトモ正當防衛ハ暴行ノ繼續中ニシテ其暴行ヲ防ク爲メニハ自己ノ生命身體ヲ保全スルニ避クヘカラサルノ度ニ達スルヲ待タスシテ之ヲ行フコトヲ得

第三款 犯罪ノ手段

犯罪ノ主體(加害者)及ヒ犯罪ノ物體(被害者)アリト雖犯罪ノ手段ニシテ其ノ間ニ介スルモノナクシテハ犯罪ノ實行ヲ見ルコト能ハス故ニ苟モ犯罪ヲ以テ一ノ所爲トシ論スルニハ犯罪ノ手段モ亦犯罪ノ成立ニ必要ナル一條件ナリ。但シ犯罪ノ手段中ニハ犯罪ノ物體又ハ犯罪ノ主體タルコトヲ得ヘキモノヲ包含スレトモ之ヲ手段トシテ論スル場合ニ於テハ唯犯罪ノ主體ニ使用セラレタル器械ト看做スヘク犯罪ノ主體又ハ物體ハ仍ホ他ニ存在スヘキモノトス。犯罪ノ手段ハ犯者(主體)ノ意思ニ從テ動作スル所ノ器械ナリ。抑モ意思ナル者ハ本來心裏ノ境界ニ存シ目視ルコトヲ得ス耳聽クコトヲ得ス手足以テ之ニ

觸ル、コトヲ得ス故ニ意思ノ外形ニ顯出シテ其ノ作用ヲ爲スニハ無形ノ心裏境ト有形ノ實世界トノ間ニ架セラレタル橋梁アルヲ要ス。此橋梁ハ即チ意思ニ服スル所ノ手段ナリ。而シテ人ノ身軀全體ハ勿論其ノ手足耳目等ハ人ノ生レ乍ラニシテ有スル所ノ天爲ノ器械ニシテ人ハ此等ノ器械ヲ其ノ意思ニ首服セシメ此等ノ手段ヲ以テ其ノ意思ヲ現界ニ發顯シテ始メテ其ノ目的タル物體ヲ左右スルコトヲ得ルナリ。又犯者ハ其ノ手足耳目等生レ乍ラニシテ本來有スル天爲ノ器械ノ外尙ホ人爲ニ依テ得有スヘキ諸種ノ器械ヲ以テ其ノ意思ノ實行ニ使用スルコトヲ得

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

犯罪ノ手段タル物件モ亦能力ヲ有セサルヘカラス。若シ此能力ナキトキハ犯罪ノ手段ノ不能ニ基キタル不能犯トナルヘシ。設例ヘハ人ヲ毒殺セント欲シ毒藥ト思惟シテ清水ヲ與ヘタル場合ノ如シ故ニ手段ノ不能ニ基ク不能犯ハ所爲ノ不能ニアラスシテ手段タル物質自身ノ不能ナリ。尙ホ後章未遂罪ヲ論スルノ條下ニ參照シテ缺効犯若クハ未遂犯トノ區別ヲ了知ス可シ

第二節 犯罪タル所爲

第一款 所爲ト責任トノ關係

第一段 所爲ト責任トノ關係ノ發生

犯人ハ其ノ心裏ニ發生スル意思ヲ以テ意思ナキ手段ニ移ストキハ手段ハ活氣ヲ得テ犯人ノ意思ヲ以テ犯罪ノ物體上ニ實行シ以テ犯者ノ意思ト犯罪ノ事實トヲ連絡セシム。此意思ト事實ト連絡ヲ稱シテ所爲ト云フ。故ニ所爲ト事實トハ其ノ間主客ノ區別アリ其ノ事ナニナルモ其ノ見ル所ナ異ニス。今語ヲ換ヘテ之ヲ言ハ、事實トハ人ノ殺サレ家屋ノ燒ケ又ハ内亂ノ起ル等單ニ

或出來事ヲ指スモノニシテ風ノ吹キ火ノ燃ヘ氷雪ノ冷ナルト等シク客觀上  
 ノ意義タルニ過キサルモ所爲トハ然ラス人ヲ殺シ家屋ヲ燒毀シ又ハ亂内ヲ  
 起ス等意思ノ實行ニ顯ハル、モノヲ指シ凡テ主觀上ノ意義ヲ有ス故ニ苟モ  
 所爲タル以上ハ其ノ所爲ノ起源タル意思ト事實ト相結合セルモノ、謂ニシ  
 テ既ニ所爲ト云ヘハ意思モ事實モ自ラ其ノ中ニ包含セラル  
 犯罪タル所爲中ニハ法律ノ禁スル所ヲ爲シ又法律ノ命スル所ヲ爲サ、ルモ  
 ノアリ。一ヲ行爲ト云ヒ一ヲ不爲ト云フ而シテ又此等ノ所爲タル故意ニ出ツ  
 ルモノト故意ニ出テサルモノトアリ其ノ故意ニ出テタル場合ハ後章別ニ論  
 スル所アルヘシト雖不爲即チ爲スヘキコトヲ爲サ、ル所爲モ亦是レ一ノ所  
 爲ニシテ犯罪ノ責任ヲ免ル、コトヲ得ス。但シ此等不爲ノ犯罪タル多クハ國  
 家ノ危害ヲ未然ニ豫防スルノ意ニ出テ利益ヲ増進スルノ目的ニ出ツル者甚  
 タ少シトス。今此種ノ犯罪ヲ分チテ左ノ三種ニ區別スルコトヲ得  
 一、安寧警察ノ必要ニ出テ、僅少ノ違警罪ヲ認ムル場合アリ。設例ヘハ崩壞

スルム氏行爲  
 犯不爲  
 八二葉  
 論第四

セントスル家屋ノ修理ヲ爲サ、ル者危險ノ井溝凹所ニ防圍ヲ爲サ、ル  
 者溝渠下水ヲ浚ハサル者等ノ如シ  
 二、公ケノ職務又ハ營業タルノ性質ヲ有スルヨリシテ官吏若シハ人民ニ強  
 ユルニ其ノ義務ノ執行ヲ以テスルコトアリ。設例ヘハ官吏ニシテ法律規  
 則ヲ公布施行セス兵隊ヲ要求スルノ權アル官吏地方ノ騷擾ヲ鎮撫スル  
 ノ處分ヲ爲サス又ハ陸海軍ノ委任ヲ受ケ物品ヲ供給スル者交戦ノ際ニ  
 軍備ノ缺乏ヲ致シ其他辯護人醫師技術師等裁判所ノ呼出ニ應セサル等  
 ノ場合はナリ

三、一般ノ人民ノ義務タルヘキヲ舉行セサル場合アリ。設例ヘハ水火其ノ他  
 ノ變ニ際シ官吏ヨリ防禦ス可キノ求テ受ケ傍觀シテ之ヲ肯セサル者ノ  
 如キハ違警罪犯トシテ之ヲ處罰ス但シ我現行刑法ニ於テハ國事ニ關ス  
 ル陰謀其ノ他ノ重大ノ犯人アルコトヲ知テ官ニ告ケサルモノ等ヲ罰ス  
 ルコトナキヲ以テ此種ニ屬スル犯罪極メテ少シトス

上來論述シタル三種ノ所爲ヲ以テ刑法カ不爲ヲ罰スル一般ノ場合ナリトス。而シテ此不爲ヲ罰スルト否トニ就キ學者ノ間古來多少ノ議論アルハ一舉手一投足ノ勞ヲ取レハ事足ルヘキ場合ニ於テ水火震災其他ノ危難ニ陥ラントスル者ヲ救助セサルノ所爲ヲ以テ犯罪トスヘキヤ否ニ在リ。而シテ此等ノ所爲ヲ以テ單ニ道德上ノ義務ヲ悉サ、ルモノトナシ法律ニ於テ問フヘキモノニアラストスルハ近世學者ノ定論ナルカ如シト雖我刑法ニ於テハ特ニ仍ホ之ヨリ甚シキモノアルハ刑法第三百四十條ノ犯罪ナリ同條カ自己ノ管守シ又ハ所有ノ地内ニ昏倒スルモノアルヲ知ツテ之ヲ救助セサルノ所爲ニ對シテ輕罪ノ刑ヲ科スルハ刑ノ甚タ酷ナルモノアルニ似タリ。但シ刑法第三百六十四條ニ依テ子孫奉養ヲ缺クノ所爲ヲ罰スルカ如キハ我帝國ノ習慣トシテ敢テ之ヲ非難スルニ足ラサルヘシ

第二段 所爲ト責任トノ關係ノ消滅

所爲ト責任トノ關係ニ就キ前段ニ論述シタル所ヲ以テ推論スルトキハ意思

事實及ヒ意思事實ノ連結ノ三者中其ノ一ヲ缺クトキハ所爲ト責任トノ關係ハ自ラ消滅スヘキモノタルコトヲ知ルヘシ今左ニ此消滅ノ場合ヲ詳論セン  
(一)意思ナキ場合

刑法第七十七條ニ曰ク罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其ノ罪ヲ論セスト設例ヘハ誤テ落馬シテ通行人ヲ傷ケ火ヲ失シテ人家ニ類燒シタル如キハ素ヨリ人ヲ傷ケ家ヲ燒クノ意ナキ者ナレハ法律ニ於テ一般ニ之ヲ罪トスルコトナシ。故ニ此場合ハ第七十五條ノ抗拒スヘカラサル強制ニ出テタル所爲及ヒ天災ニ因リ避クヘカラサル危難ニ遇ヒ自己若シハ親屬ノ身體ヲ保全スルニ出テタル所爲ト混同スルコトナキヲ要ス。何トナレハ強制ニ由リ若シハ天災ニ際シ自己ヲ全フスルト他人ヲ害スルトハ自ラ之ヲ擇フコトヲ得ヘキモノニシテ其ノ所爲ニ就テハ更ニ意思ナキモノニアラサレハナリ。然レトモ抗拒スヘカラサル有形ノ強制即チ暴力(Vis absoluta)ニ出テ又ハ自己ノ生命身體ヲ保全スル爲メニアラサシテ天災等ノ(Vis major naturae)強制ニ出テタル所爲ハ固ヨリ

罪ヲ犯スノ意思ナキモノニシテ本條ニ依リ其ノ不論罪タルコト勿論ナリ。設例ハ甲ナル者強テ予ヲシテ白刃ヲ持タシメ予カ手ヲ拘束シテ乙ヲ殺シ又予カ人力車ニ乗シテ道路ヲ通行スルニ際シ大風俄ニ吹キ來リテ予カ車ヲ轉覆シ爲メニ通行人ヲ死ニ致シタル場合ノ如キハ決シテ予ノ所爲ニアラサルナリ。故ニ我刑法第七十五條第一項ハ唯タ抗拒スヘカラサル無形ノ強制ニ出テタル所爲(即意思アル場合)ノミニ適用スルコトヲ得ヘク其ノ有形ノ強制ニ出テタル所爲ハ故意ナキナ理由トスヘキ不論罪タリ。然レトモ我刑法第七十七條ハ罪ヲ犯スノ意ナキ云々ト云ヒ童ニ故意ナキ所爲ヲ罪トセサルニ止マラス故意アルモ尙ホ罪ヲ犯スノ意ナキ所爲ニアラサレハ罪ニアラサルモノトセルニ似タレトモ學理上ヨリ論スレハ刑法ノ總則即一般ニ犯罪ノ要素ヲ論スルノ條下ニ於テハ唯タ故意ナキ所爲ハ罪ニアラスト規定スルヲ以テ足レリトス而シテ我刑法カ特ニ罪ヲ犯スノ意ト明言シタル所以ノ理由ニ至リテハ後ニ至リテ詳述スル所アラン

ル子ル氏同上

ル子ル氏同上

(二)事實ノ存在セサル場合

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

(三)意思ト事實トノ連結ヲ缺ク場合

刑法第七十七條第二項ニ曰ク罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者ハ其ノ罪ヲ論セス其ノ第三項ニ曰ク罪本重カルヘクシテ犯ス時知ラサル者ハ其ノ重キニ從テ論スルコトヲ得スト是レ意思ト事實トノ連結ナキノ場合ナリ。意思及事實ニシテ存在スルモ意思ト事實ト連結シテ相應スルコトナクンハ犯罪ノ責任ナカルヘシ。設例ハ甲ナル者乙女ノ有夫ノ婦タルコトヲ知ラス之ト姦通シタルトキハ甲ハ乙ト姦通スルノ意思アリ且ツ有夫ノ婦ト姦通シタル事實アリト雖甲者ハ乙者ノ有夫ノ婦タルコトヲ知ラサルカ故ニ甲者ノ意思ハ唯乙ナル處女ト通セントスルモノニ過キス意思ト事實ト連結符合ス

ルコトナキモノニシテ甲ハ犯罪ノ責任ヲ負フコトナカルヘシ今法文ニ從ヒ本條ノ意義ヲ分析スレハ即チ左ノ數項ニ歸ス

(イ)本條ノ不論罪ハ罪ヲ構成スル事實ヲ知ラサルモノニシテ法律ヲ知ラサル場合ニアラス有夫ノ婦タルコトヲ知ラスシテ之ト姦通スルハ無罪ナルモ有夫ノ婦ト姦通スルハ法律ノ許ス所ト思惟シテ犯シタル者ハ事實ノ不識ニアラスシテ法律ノ不識ニ屬シ決シテ之ヲ不問ニ附スヘキモノニアラス刑法第七十七條第四項ニハ法律規則ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯スノ意ヲシトスルコトヲ得スト明言シタレトモ已ニ第二項ニ於テ事實ハ語ヲ用ヒタレハ此明文ハ自ラ不用ニ屬スルニ似タリ然レトモ我カ刑法ノ正文ヨリ論下スルトキハ此第四項ハ第二項及第三項ノ例外ヲ示シタルモノニアラスシテ第一項ノ例外ヲ示シタルモノトセサルヲ得ス何トナレハ第一項ニ罪ヲ犯スノ意ヲ云々ト云ヒ所爲ヲ行フノ意ヲキ場合ハミニ限ラス頗ル廣博ナル語ヲ用ヒタルカ故ニ法律ヲ識ラスシテ犯

シタル場合設例ヘハ有夫ノ婦ニ姦通スルモ法律ノ禁止セサルモノト思惟シテ犯シタル者ノ如キモ亦罪ヲ犯スノ意ヲキモノトセサルヲ得サルニ至ルヲ以テ特ニ之ヲ明言スルノ必要アレハナリ學者往々第四項ヲ以テ第二項及第三項ノ事實ハ不識ニ屬シ法律ハ不識ニ屬セサル所以ヲ明記スルモノトスルモノアリト雖是レ未ダ學理ニ熟セサル淺近ノ識見ハ

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

(ハ)意思ト事實ト相連結符合セサル場合ト雖怠慢若クハ過失ヲ罰スルコトアルヘキハ前項ニ論述スル所ノ如クナレトモ此怠慢過失ヲ罰スル場合ニ於テハ罪トナルヘキ事實ヲモ知ラサルトキト雖亦之レヲ罰スヘキカ

設例へハ一獵夫アリ前面ノ山上一頭ノ羊アルヲ認メ之ヲ銃撃シタルニ  
 羊ニアラスシテ單ニ全身羊皮ヲ被リタルノ一狂人ナリシトキハ尙ホ之  
 ナ過失殺傷罪ニ問フヘキカ予ハ斷シテ此罪ナキモノトスル者ナリ蓋シ  
 設ヒ過失怠慢ヲ罰スル場合ト雖其實事ヲ識ラサルハ犯者ノ怠慢若シハ  
 過失ニ原因スル者タルコトヲ要ス即前掲ノ一例ニ於テ全身ニ羊皮ヲ被  
 リタル者ハ何人ト雖之ヲ羊ナリト思惟スルハ當然ナリ其ノ一狂人タル  
 ナ知ラサルハ當然ノコトニシテ敢テ之ヲ怠慢若シハ過失ニ出テタルモ  
 ノト云フヘカラス

(ニ)法律ノ正條ニ明記スルコトナキモ茲ニ一言スヘキモノハ所爲ノ錯誤ナ  
 リ抑モ所爲ノ錯誤ハ目的物ノ錯誤ト相對スルノ語ニシテ二者相似テ全  
 シ其ノ性質ヲ異ニセリ目的物ノ錯誤(Error in objectio)トハ所爲ノ向フタル  
 目的物ハ其ノ信シタル目的物ヨリ他ノ物體ナリシ場合ヲ云フモノニシ  
 テ設例へハ甲乙ヲ銃撃セント欲シ乙ト信シテ丙ヲ銃撃シタル如キヲ指

シ。所。爲。ノ。錯。誤。 (Aberratio Delicti)トハ犯者ノ所爲ハ其ノ信スル所ノ目的物ニ  
 向ヒタルモ其ノ方向ヲ誤リ他ノ物體ニ及ヒタル場合ヲ云フモノニシテ  
 甲乙ヲ銃撃セント欲シ乙ニ向ツテ發砲シタルモ偶然ニシテ乙ノ背後ニ  
 立テタル丙ヲ銃撃シタル如キヲ指ス而シテ目的物ノ錯誤ハ其ノ目的物  
 全ク犯罪物體タル能力ナキハ不能犯ニシテ全ク犯罪ノ責任ナキモ若シ  
 犯罪物體タル能力ヲ具ヘタル者ニ係ルトキハ第七十七條第二項及第三  
 項ノ區別ニ從ヒ處分セサルヲ得ス設例へハ乙ナル有夫ノ婦ニ姦通セリ  
 ト思惟セシニ丙ナル處女ナリシ場合ハ罪トナルヘキ事實ナキモノニシ  
 テ全ク無罪タルヘシ又甲其ノ父ナル乙ヲ銃撃セント欲シ乙ト信シテ丙  
 ナル他人ヲ銃殺シタルトキハ罪本ト重カルヘシテ其ノ重キ事實ナキ  
 者ナレハ通常人ヲ殺スノ罪アルヘキモ親ヲ殺スノ罪ナカルヘシ之ニ反  
 シテ所爲ノ錯誤ニ在リテハ偶然ノ事變犯人ノ意思ト犯罪ノ事實トノ連  
 結ヲ解除シ犯人ノ意外ナル結果ヲ生スルヲ以テ苟モ故意ヲ要スル犯罪



ニ就テハ其ノ責任ナク唯之ヲ犯人ノ意内ニ存シタル物體ニ對スル未遂  
 犯ト爲シ其ノ意外ニ發シタル結果ハ之ヲ故意ヲ要セサル過失怠慢ノ罪  
 ニ問フ外ナカルヘシ設例ヘハ甲乙ヲ銃殺セント欲シ乙ニ向テ發砲シ  
 タルモ銃丸他物ニ觸レテ其ノ正路ヲ失シ誤テ丙ナル傍人ヲ殺シタルト  
 キハ甲ノ乙ニ對スル所爲ハ未遂犯罪ニシテ甲ノ丙ニ對スル所爲ハ過失  
 殺人罪タルヘシ但シ既遂犯及ヒ未遂犯ノ區別ニ就テハ後章ニ詳論ス  
 (ホ)所爲ノ結果ハ永遠無極ニシテ際限ナシ今夫レ予ハ充分ノ注意ヲ用キス  
 予カ机上ノ「ピストル」ヲ動カシタリトセンカ此一箇ノ所爲ヨリシテ「ピス  
 トル」中ニ裝置セル火藥ヲ爆發セシメ銃丸飛ンテ甲ノ身體ニ觸レ甲ハ重  
 傷シテ久シク病床ニ臥シテ遂ニ其ノ死ヲ致シ遺族爲メニ生計ニ苦ミ依  
 テ甲ノ長子乙ノ醫學修業ヲ中止セシメ業未タ成ラスシテ丙ナル患者ヲ  
 診察シ過テ丙ヲ死ニ致スノ結果ニ發生セリ予カ不注意ノ所爲ハ此丙者  
 ナ死ニ致シタルノ結果ニ就キ責任アルヘキヤ其ノ無責任タル言ヲ俟タ

スト雖予ニシテ若シ白刃ヲ執リ甲某ヲ兩斷セハ甲ハ忽チ死スルコトア  
 ラン人子ヲ目シテ甲ヲ殺スモノトスレトモ予ハ唯甲ヲ兩斷セルニ過キ  
 ス甲ハ自ラ死スル者ノミ苟モ天帝ニアラスンハ誰レカ甲ノ生命ヲ奪フ  
 コトヲ得ン故ニ甲ノ死ハ唯予カ所爲ノ結果ナリ予ハ此結果ニ付テモ亦  
 其ノ責任ナカルヘキヤ予ノ責ヲ免ル、コト能ハサルヤ又多言ヲ待タス  
 シテ明ナリ然ラハ則チ犯者ニシテ其ノ所爲ノ結果ニ責任ヲ負ハシムル  
 ト否トハ如何ナル標準ヲ以テ之ヲ定ムヘキカ曰ク所爲ニ直接ナル自然  
 ノ結果及ヒ豫メ想像シ得ヘキ直接ノ結果ヲ以テ犯者ノ責任ニ歸スルニ  
 在リ設例ヘハ人ヲ兩斷シテ其ノ死ヲ來スハ所爲ニ直接ナル自然ノ結果  
 ニシテ觀客ノ充滿セル劇場ニ放火シ多數人ノ死ヲ來スヘキハ豫メ想像  
 シ得ヘキ直接ノ結果ナリ事實ト意思トノ結合ヲ缺クモノト云フヘカラ  
 ス之ニ反シテ所爲ニ直接ナル自然若クハ想像シ得ヘカラサル結果ハ其  
 ノ事實ト犯者ノ意思トノ連結ナキモノニシテ從テ犯罪ノ責任ナシ故ニ

過失殺ノ如キニ在リテハ輕少ノ毆打ニ依リ遂ニ被害者ヲ致スカ如キ重大ノ結果ノ生スルモ法律ハ唯其ノ過失ノミヲ罰シテ犯者ノ意思外ナル結果ヲ問フコトナク結果ノ大小ハ單ニ過失ノ大小ヲ推測スルノ標準タルニ過キサルナリ

上來論述シタル所ハ主觀上ヨリ略ホ犯意ノ何物タルコトヲ了知セシムルニ足ルヘシト雖客觀上ヨリ之ヲ考際スルトキハ我、刑、法、第、七、七、條、ノ、所、謂、犯、意、ナルモノハ單ニ或ル事實ノ存在ヲ知ルコトヲ謂フモノニ過キサルナリ其ノ事實トハ即チ該條ニ明示スルカ如ク左ノ四種ノモノヲ謂フ

- 一、法律規則ノ存在ヲ知ル事……………
  - 二、或ル事實ノ現存ヲ知ル事……………
  - 三、犯狀ヲ重カラシムヘキ事實ノ現存ヲ知ル事……………
  - 四、或ル所爲ノ將來ノ結果トノ發生スヘキ事實ヲ知ル事……………故意
- 右ノ如ク四種ノ事實ヲ悉ク知りツ、行ヒタル所爲ヲ犯意ニ出ツルモノト謂

惡意  
犯意

ヒ第四ノ事實ト第二若クハ第三ノ事實トヲ知リツ、行ヒタル所爲ヲ惡意ニ出ツルモノト謂ヒ第四ノ事實ヲ知リツ、行ヒタル所爲ヲ故意ニ出ツルモノト謂フ故ニ我刑法第七十七條ノ所謂罪ヲ犯スノ意トハ法律規則ヲ知ラサル場合ヲモ包含シ人ヲ殺スモ法律ノ禁スル所ニアラスト思惟シテ人ヲ殺スモノハ罪ヲ犯スノ意ナキモノナリ是レ同條ノ末項ニ於テ法律規則ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯スノ意ナシトスルコトヲ得スト明言シ法律規則ハ不識ハ犯意ナキモ犯罪ノ責任ヲ免ル、コトヲ得サル旨ヲ規定セル所以ナリ

人タルコトヲ知リテ之ヲ殺シ他人ノ妻タルコトヲ知リテ之ヲ姦スルハ或ル事實ノ既ニ現存セルモノヲ知ルナリ己レノ親タルコトヲ知リテ之ヲ殺シ十ニ歳以下ノ幼者ナルコトヲ知リテ之ヲ姦スルハ犯狀ヲシテ重カラシムヘキ或ル事實ノ既ニ現存セルモノヲ知ルナリ此等ノ事實ヲ知ラサルトキハ罪ヲ犯スノ意ナキモノトナルヘシ第七十七條第二項及ヒ第三項ノ規定スル所即チ是ナリ

現存セル事實ヲ知り又罪狀ヲ重カラシムヘキ現存セル事實ヲ知り且其ノ所  
 爲ニ依リ發生スヘキ將來ノ結果タル事實ヲ知ルトキハ之ヲ惡意ト云フ。人々  
 ルコトヲ知り之ヲ毆打スルモ其ノ生命ヲ喪失スルノ結果ヲ生スヘキコトヲ  
 知ラサルトキハ人ヲ殺スモ殺人罪ノ意思ナカルヘシ門戸ニ放火スルモ家屋  
 ナ焼失スルノ結果ヲ生スヘキコトヲ知ラサルトキハ家屋ヲ燒燬スルモ放火  
 ノ罪ナカルヘシ  
 由是觀之法律上ニ責任ヲ負ハシムヘキ所謂犯意ニ出ツルハ所爲トハ或ル現  
 存セル事實ヲ知り或ル將來ニ發生スヘキ結果ヲ知りツ、行ヒタル所爲ヲ指  
 示スルモノナリ而シテ如何ナル事實ヲ知り如何ナル結果ヲ豫知スレハ如何  
 ナル犯罪ヲ構成スルヤ否ハ刑法各條ノ定ムル所ニシテ人タル現存ノ事實ヲ  
 知り其ノ生命ヲ喪失スルノ結果ヲ生スヘキコトヲ知りツ、或所爲ヲ加フル  
 ナ殺人罪トシ人ノ所有物タルコトヲ知り其ノ占有ノ奪取セラル、ノ結果ヲ  
 生スヘキコトヲ知りツ、之ヲ竊取スルヲ盜罪トスルカ如シ

第二節 所爲ノ狀態

第一段 總說

意思ト事實ト連結符合スルトキハ之ヲ稱シテ故意ニ出テタルモノト云ヒ意  
 思ト事實ト連結符合セサルモ注意若クハ謹慎ヲ缺キタルトキハ其ノ所爲ヲ  
 稱シテ過怠ニ出テタルモノト云フ。故ニ今主觀上即チ所爲ヲ行フ者ヨリ見ル  
 トキハ所爲ニ故意及過失ノ二狀態アレトモ若シ客觀上即チ所爲ヲ受クル者  
 ヨリ見ルトキハ所爲ニ已ニ遂ケタルモノト未ダ遂ケサルモノトアリ所爲ノ  
 既遂未遂ハ又所爲ノ二狀態ナリ一言ニシテ之ヲ云ハ、主觀上所爲ニ故意ト  
 過怠トノ區別アルハ恰モ客觀上所爲ニ既遂未遂ノ區別アルカ如シ。設例ヘハ  
 茲ニ一ノ殺人ノ所爲アリトセヨ犯者ヨリ之ヲ言ハ、此所爲ハ故意ニ出テタ  
 ルモノ(謀故殺)ト過怠ニ出テタルモノ(過失殺)トアルヘキモ被害者ヨリ之ヲ云  
 ハ、已ニ殺サレタルモノ(既遂)ト未ダ殺サレサルモノ(未遂)トアルヘシ蓋シ有  
 意犯ト云ヒ無意犯ト云フモノハ主觀上ノ觀察ニシテ既遂犯ト云ヒ未遂犯ト

云フモノハ客觀上ノ觀察タルニ過キサルナリ予ハ後段ニ於テ將ニ此等ノ事  
項ヲ詳論セントスレトモ所爲ノ考際上常ニ主觀客觀ノ區別アルコトヲ看過  
ス可ラス

第二段 犯意及過怠

第一項 犯意(Dolus)

第一 犯意總說

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

ベルトール氏佛  
國刑法第一六章  
責任論第一七四  
業乃至第一七八  
業乃至第一七四  
業乃至第一七八  
業乃至第一七四  
業乃至第一七八  
業乃至第一七四  
業乃至第一七八  
業乃至第一七四  
業乃至第一七八

第二 決心

トスルノ方向ヲ執リタルトキハ之ヲ決心ト云フ設例ヘハ他人ノ生命ヲ絶ツ  
ノ結果ヲ生セントスルコトヲ求ムルノ意思ハ單ニ故意ナレトモ其ノ人ヲ斬ラント  
シ又ハ之ヲ毒殺セントスルノ意思ヲ定ムルトキハ即チ決心ナリ又他人ノ金錢ヲ自  
己ノ有ト爲サントスルノ意ハ唯故意ニ止マレトモ其ノ金錢ヲ竊取セントス  
ルハ決心ナリ故ニ犯罪ハ目的ノ進ンテ故意トナリ故意ノ進ンテ決意トナル  
ニ成立スルモノナレトモ惡意ノ實行ニ顯ハル、形跡ノ順序ヨリ云ハ、決心  
先ツ發シテ人ヲ斬リ又ハ金錢ヲ竊取スルノ所爲トナリ次キニ故意タリシ人  
ヲ殺シ金錢ヲ奪フノ結果ヲ生シ最後ニ犯人ハ警ヲ報シ貪欲ヲ充タシ又ハ飢  
餓ヲ救フノ目的ヲ達スルモノト云フヘシ

決心トハ所爲ノ實行ヲ爲スノ直接ナル原因タル意思ヲ云フ則チ故意ハ犯罪  
ノ結果ニ對スル意思ヲ指シ決心ハ犯罪ノ所爲ニ對スル意思ヲ指スモノニシ  
テ犯意ノ淺深輕重ノ度ハ決心ノ模様如何ニ關スヘキモノトス抑モ犯者カ其

ハルシユセル氏  
選刑法論第二  
第一四一葉

ノ思料ナ一定シテ決心シタルトキハ此決心ハ外形ニ顯出シテ犯罪ヲ實行スル端緒ノ所爲トナルヘシ。而シテ斯カル心裏ノ思料一定シテ決心トナリ決心ヨリ進ミテ端緒ノ行爲ニ至ルニハ或ハ深思熟慮ニ出ツルアリ或ハ一時ノ感動憤激ニ出ツルアリ。其ノ熟慮ニ出タル決心ヲ豫謀(Premeditation)ト云ヒ一時ノ憤激ニ出タル決心ヲ感激(Impetus)ト云フ。故ニ法律上所謂豫謀ト云ヒ感激ト云フモノハ皆ナ犯罪ノ決心ニ付テ之ヲ謂フモノニシテ決シテ犯罪ノ故意ニ付テ之ヲ謂フモノニアラス。故意ヲ決スルニ豫謀アルト否トハ法律ノ關スル所ニアラサルナリ

(二)豫謀 豫謀トハ唯深思熟慮ニ出テタル決心ヲ指スモノニシテ決心ヨリ所爲ノ着手若クハ實行ニ至ル時日ノ長短ハ豫謀ノ有無ニ關係ナク決心ト實行トノ間久シキカ故ニ必スシモ豫謀アルニアラス短少ナルカ故ニ必スシモ豫謀ナキニアラス時日ノ久シキハ唯豫謀アルノ證據ヲ示スモノニ過キササルナリ○豫謀ノ有無ハ唯タ犯罪ノ情狀ヲ輕重スルニ過キスト雖殺人罪ニ在リテ

ハ我刑法ハ特ニ之ヲ犯罪ノ一元素トセリ即チ豫メ謀テ人ヲ殺シタル者ハ謀殺ノ罪ト爲シ之ヲ死刑ニ處スルモ豫謀ナキ者ハ之ヲ故殺ノ罪トシテ無期徒刑ニ處スヘキモノト定メタリ

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

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

一、感激ニ依テ犯罪ヲ決心シタリトモ熟慮シテ其ノ罪ヲ實行シタルトキハ豫謀ニ出テタルモノト爲ス。何トナレハ此場合ニ於テハ犯罪實行ノ熟慮ハ犯罪實行前ニ生シタル感激ヲ消滅セシムレハナリ。設例ハ憤怒ニ依

リ臨時殺意ヲ生シテ人ヲ殺スモ其ノ之ヲ殺スノ所爲タル殘忍久シキニ  
涉リ終ニ一勅其ノ命ヲ絶テタルトキノ如シ

二、深意熟考シテ罪ヲ犯スノ意ヲ決スルモ一時ノ憤激ニ依リ之ヲ實行シタ  
ルトキハ感激ニ出テタルモノト爲ス何トナレハ此場合ニ於テハ感激ハ  
實行ノ刺衝ニシテ其ノ實行ニ至ラシメタルモノハ感激ニ外ナラサレハ  
ナリ。設例ヘハ甲熟慮シテ乙ヲ殺シテ舊怨ヲ報ヒント決意セル既ニ久シ  
キトキ偶甲乙ノ爲メニ感激セラレテ忽チ之ヲ銃殺シタルトキノ如シ  
三、既ニ熟慮シテ決意シタル犯罪ノ實行ニ着手シ其ノ實行中感激ヲ發シタ  
ルトキハ其ノ感激ハ必スシモ豫謀ヲ消滅セシムルモノニアラス設例ヘ  
ハ甲豫メ謀リテ乙ヲ殺サント欲シ乙ヲ道ニ要シテ襲撃シタルニ却テ乙  
ノ反撃ニ依リ憤怒ヲ發シテ乙ヲ殺シタルトキノ如シ

第三 故意

前段ニ於テ既ニ論シタル如ク故意ハ犯罪ノ結果ヲ生セントスルノ意思ナレ

トモ其所謂故意ナルモノハ敢テ其ノ結果ヲ希望スルノ意タルコトヲ要セス  
唯タ其ノ所爲ヨリシテ或ル結果ヲ生スヘキコトヲ知リツ、之ヲ行フモノハ  
即チ故意タルニ外ナラズトス。設例ヘハ人ノ現在スル家屋ニ放火スルモノハ  
其ノ意思專ラ家屋ヲ燒燬スルニ在ルヘキモ爲メニ家人ノ死亡ヲ來スヘキコ  
トアルヘキコトヲ知リツ、之ヲ放火シ人ヲ殺シタルトキハ殺人罪タルヲ免  
レス然レトモ我刑法ニ於テハ現ニ此結果ヲ來スヘキコトヲ知リタル場合ノ  
ミチ以テ故意アルモノトスルニ似タレハ若シ愚人アリ人ヲ兩斷スルモ其ノ  
死亡ヲ來スヘキコトヲ知ラスシテ之ヲ殺害シタルトキハ之ヲ故意ナキモノ  
トセサルヲ得ス。然レトモ英國法ハ更ニ一步ヲ進メ現ニ或結果ヲ生スルコト  
ヲ知ラサルモ普通人トシテ之ヲ知ラサルヘカラサル場合及ヒ特ニ之ヲ知ル  
ヘキ義務アルモノニ對シテ仍ホ之ヲ故意ニ出テタルモノト推定ス

學者故意ヲ別チテ左ノ三種トス  
〔一〕必然結果ノ發生ヲ期スル故意ヲ必定ノ故意(Dolus determinatus)ト云フ。設例ヘ

ハ甲乙ヲ殺サント欲シ甲銃口ヲ乙ニ向ケ之ヲ放ツトキハ銃丸乙ヲ貫キ必ス其ノ生命ヲ絶ツヘキコトヲ期スル場合ノ如シ

(二)必然結果ノ發生ヲ期セサル故意ヲ不定ノ故意(Dolus indeterminatus sive oventu-  
alis)ト云フ設例ヘハ甲銃口ヲ乙ニ向ケ之ヲ放ツトキハ銃丸乙ヲ貫キ或ハ其ノ生命ヲ絶ツコトアルヘク或ハ銃丸正路ヲ失シテ乙ノ生命ヲ全フスルコトアルヘキコトヲ豫知シ而シテ尙之ヲ放チテ乙ヲ殺シタルトキハ甲ハ不定ノ故意ヲ以テ乙ヲ殺シタルモノナリ

(三)同一ノ所爲ヨリシテ二三ノ結果ヲ生シ得ヘキ場合ニ於テ必然一ノ結果ヲ期シ必スシモ他ノ結果ヲ期セサルトキハ之ヲ必定不定併發ノ故意(Dolus del. et dolus indet.)ト云フ設例ヘハ甲銃口ヲ乙ニ向テ之ヲ放ツトキハ銃丸乙ノ身體ヲ貫キ必ス乙ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生スルコトヲ期スレトモ此銃丸ハ或ハ乙ノ身體ヲ通過シ併セテ乙ノ背後ナル丙ヲ貫キ丙ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生スルハ必スシモ期スヘカラスト思惟シテ之ヲ放チタルニ銃丸果シテ乙丙ヲ

貫キ二人ノ生命ヲ絶チタルトキハ甲ハ必定及ヒ不定ノ故意ヲ以テ乙丙二人ヲ殺シタルモノナリ

以上掲ケタル故意三種ノ區別ハ學者ノ說ク所ナレトモ三種ノ故意共ニ一ツノ故意ニシテ犯罪ノ構成上更ニ關係スル所ナキヲ以テ學者ノ之ヲ區別スルハ全ク不要ニ屬スルニ似タリト雖不定又ハ併發ノ故意モ法律上尙之ヲ故意トシテ論スヘキモノタルコトヲ注意セシムルニ過キサルナリ

#### 第四 目的

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

故意ハ直接ニ所爲ノ結果ヲ見ントスルノ意思ニシテ故意ト結果トハ恰モ合シテ一體ヲ爲スカ如キモノナレハ故意ト結果トハ各人各個ノ心意外ヨリ觀

察スルコトヲ得ヘシ。語ヲ換ヘテ之ヲ云ハ、故意ハ各人各異ノ性質ナシシテ  
各人一般ノ性質ヲ帶フレトモ目的ニ在リテハ否ラス。縱ヒ同一ノ犯罪ニシテ  
同一ノ結果ヲ生スルモ其ノ目的ハ各人ニ依リテ各々異ラサルヲ得ス。設例ヘ  
ハ故殺罪ハ人ノ生命ヲ絶タントスルノ意思ト人ノ生命ヲ絶ツノ結果トヨリ  
成立シ此故意ナル者ハ何人ニ於テ此罪ヲ犯スモ人ニ依リテ異ナルコトナキ  
モ其ノ目的ニ至リテハ然ラス。讐ヲ復スルカ爲メニスルモノモアラン。金錢ヲ  
奪フカ爲メニスルモノモアラン。或ハ單ニ快樂ノ爲メニスル者モアラン。目的  
ニ各人一般ノ性質ナキ以テ見ルヘシ。要スルニ故意ハ一般ノ性質ヲ有スルヲ  
以テ其ノ有無ニ依リテ生スル所ノ關係ハ法律ノ範圍ニ於テ之ヲ一定スルコ  
トヲ得ルモ目的ハ各人各異ノ性質ヲ帶フルヲ以テ其ノ善惡正否ニ依リテ生  
スル關係ハ道德ノ範圍内ニ屬スヘシ。故ニ故意ノ有無ハ法律上犯罪ノ存否刑  
ノ輕重ヲ定ムルノ標準タルコトヲ得ヘキモ目的ノ善惡正否ハ法官カ各犯罪  
ノ情狀ニ就キ法律ニ定メタル刑期限内ニ於テ刑ノ輕重ヲ爲スノ標準タルヲ得

ルニ過キサルナリ

### 第五 犯意ノ證明

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

### 第二項 過怠(Culpa)

#### 第一 過怠總說

過怠ノ所爲ハ避ケ得ヘキ過誤ニ由リ意外ノ結果ノ生シタル場合ニ發スルモノナリ。過誤ノ避ケ得ヘキモノトハ一般通常ノ注意ヲ用井ルトキハ此過誤ヲ



生スルコトナカリシコトヲ云フ。然レトモ我刑法ハ過怠ノ如何ナル程度ヲ限  
 リテ法律上罰スヘキモノト定メタルカ敢テ其ノ境界ノ點ヲ發見スルコト能  
 ハス民事上ノ責任ヲ負フヘキ過怠ハ其ノ區域極メテ廣クシテ犯罪ノ責任ヲ  
 負擔セシムヘキ過怠ト同一ノ論定ヲ下スコトヲ得ス故ニ法律上特ニ之ヲ明  
 言スルモノ、外各事件ニ就キ法官ノ判定ニ一任スルノ外ナシト雖其ノ法律  
 ハ如何ナル場合ニ於テ過怠ノ罪ヲ問ヒ單ニ之ヲ民法ノ支配ニ任スルコトナ  
 キモノト定メタルヤ否ヲ論定セサルヘカラス

一般ノ原則ヨリ云ハ、犯罪ハ必ス故意アルコトヲ豫定スルモノニシテ過怠  
 ナ罰スルハ之ヲ例外ノ場合ト云ハサルヲ得ス。刑法第七十七條第一項ノ但書  
 ノ明言スル所即チ是レナリ故ニ法律上特ニ之ニ反對スル明文ヲ掲ケサル以  
 上ハ必ス故意ヲ要スル犯罪ト爲シ過怠ノ罪ヲ問フコトヲ得ス。今我刑法カ過  
 怠ヲ罰スルノ場合ヲ擧クレハ左ノ三種ニ歸ス

一、犯罪物體ノ貴重ニシテ怖ルヘキ重大ノ結果ヲ生スル場合即チ危害品及

ヒ健康ヲ害スヘキ物品製造ニ關スル罪第二百五十二條健康ヲ害スヘキ  
 飲食物及ヒ藥劑ヲ販賣スル罪第二百五十五條私ニ醫業ヲ爲スノ罪第二  
 百五十七條往來通信ヲ妨害スル罪第六十八條及第六十九條及ヒ其  
 ノ他生命身體ニ關スル過失殺傷ノ罪第三百十七條乃至第三百十九條等  
 是ナリ

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

三、安寧警察ノ目的ヲ達スルカ然メニスル場合即チ過半ノ警察罪是レナリ  
 右三種ノ犯罪ハ全ク之ヲ過怠ニ出ル者ノミトスルコトヲ得サルモ當ニ故意  
 ニ出テタル者ノミニ止マラス過怠犯罪ノ場合ヲ包括スルヤ明ナリ然レトモ

苟モ刑法ニ別段ノ例外アル以上ハ犯意ナキ所爲モ亦之ヲ罰スルコトヲ得ヘ  
キモノナレハトテ過怠ノ責ナキ場合ニ於テモ亦常ニ之ヲ罰スヘキモノトス  
ルニアラス必スヤ避ケ得ヘキ過失ニ依リ意外ノ結果ヲ生シタル場合ニ限ラ  
サルヘカラス有形ノ強制ニ出テタル所爲ノ如キ又羊皮ヲ全身ニ掩ヒ深林中  
ヲ徘徊スルモノヲ羊ト誤テ之ヲ殺傷シタル場合ノ如キハ其所爲固リ無意タ  
ルノミナラズ過怠ノ責任モ亦存スルコトナカルヘシ

第二 過怠ノ種類

(一) 疎虞トハ意外ノ結果ノ生スルコトアルヘキコトヲ覺ラサルニアラサルモ  
充分ノ注意ヲ用キス此結果ヲ來サ、ルヘシト信スル所ノ過怠ヲ云フ設例ヘ  
ハ予ハ射的ヲ試ミンカ爲メ木片ノ標的ヲ予カ庭園ノ墻壁ニ掲ケ之ニ向テ發  
射セントスルニ際シ予ハ銃丸カ標的及ヒ墻壁ヲ貫キ通行人ヲ殺害スルコト  
アルヘキヲ知レトモ予ハ充分ノ調査ヲ爲サス標的及ヒ墻壁ノ堅固ナル銃丸  
ノ之ヲ貫キ得ヘキモノニアラスト輕信シテ之ヲ行ヒ遂ニ意外ノ結果ヲ來シ

タル時ハ予ハ疎虞ヲ以テ人ヲ死ニ致シタルモノナリ

(二) 懈怠トハ不注意ニ依リ全ク意外ノ結果ヲ生スルコトアルヘキコトヲ覺ラ  
サル所ノ過怠ヲ云フ設例ヘハ前項射的ノ一例ニ於テ予ハ全ク銃丸ノ墻壁及  
ヒ標的ヲ貫キ通行人ヲ害スルコトアルヘキヲ覺ラス意外ノ結果ヲ來シタル  
場合ノ如シ

疎虞懈怠ハ過怠ノ一種類ナレトモ尙ホ區別ヲ明ニセンカ爲メ更ニ一例ヲ示  
サントニ設例ヘハ甲ナル者散彈ヲ装置セル獵銃ヲ以テ一狂犬ヲ殺サント欲ス  
ルニ際シ熱心ノ餘乙アリ狂犬ノ傍ニ立ツヲ知ラスシテ乙ヲ殺スハ懈怠ナリ  
甲若シ乙アリ狂犬ノ傍ニ立ツコトヲ知ルモ散彈ノ飛散スヘキ距離如何ヲ熟  
察セス必ス狂犬ノミヲ射テ乙ヲ傷スルコトヲキモノト輕信シタルトキハ疎  
虞ナリ若シ又之ニ反シ甲ハ或ハ乙ト狂犬トヲ併セテ殺傷スルコトアルヘキ  
コトヲ知リツ、乙ヲ害シタルトキハ故意ニシテ過怠ニアラサルナリ

(三) 疎虞及ヒ懈怠ハ同時ニ相互ニ併發スルコトアリ設例ヘハ前項ニ掲ケタル

場合ニ於テ甲ハ乙アリ狂犬ノ傍ニ立ツコトヲ知ルモ銃丸ハ單ニ狂犬ノミニ必中シテ乙ヲ傷スルコトナキモノト輕信シ而シテ乙ヲ害シタルトキハ乙ヲ害シタルノ所爲ハ疎虞ニ出ツルモノナレトモ若シ更ニ丙ナル者アリ乙ノ傍ニ立ツコトヲ知ラスシテ併セテ丙ヲ傷タルトキハ丙ヲ害スルノ所爲ハ懈怠ニ出ツルモノナリ之ヲ疎虞懈怠ノ併發ト云フ

第三項 故意及ヒ過怠ノ併發

故意及ヒ過怠ノ併發ニ二様ノ場合アリ一ハ同一ノ所爲ニ出テ一ハ二三ノ所爲ニ出ツ。左ニ之ヲ分論セム

(一)同一ノ所爲ヨリシテ故意ニ出テタル不正ノ結果ト故意ナキ不正ノ結果ト發生シタルトキハ之ヲ故意及ヒ過怠ノ併發ト云フ。設例ヘハ婦女ヲ強姦スルノ所爲ハ故意ニ出テタル犯罪ナルモ依テ婦女ヲ死傷セシメタルトキハ其ノ死傷ハ過怠ニ出テタル犯罪トス。或ハ古來ノ學者ハ往々之ヲ別種ノ故意トシ意外ノ結果ニ出テタル場合ヲ稱シテ間接ノ故意(Dolus indirectus)ト稱シ或ハ又

有名ノ學者ニシテ之ヲ故意ニ基キタル過失(Culpa dolu determinatus)ト稱セシモノアリ今日ニ於テハ斯カル舊主義ハ實際上理論上共ニ採用スル者ナキニ至レリ

(一)人ノ犯者二三ノ所爲ヲ行フニ際シ第一ノ所爲ニ於テハ故意ヲ有スルモ終ニ之ヲ遂クルコトヲ得ス第二ノ所爲ニ就テハ故意ナキモ結局第一ノ故意ニ出テタル結果ヲ生セシ時モ亦故意過怠二者ノ併發トス。設例ヘハ甲ナル者乙者ヲ河岸ニ伴ヒ白刃ヲ揮テ乙者ニ加ヘ乙者ノ全ク死セルヲ待チ其ノ死體ヲ水中ニ投シテ罪證ヲ湮滅シタリト思惟セシニ豈ニ料ランヤ乙ハ甲ノ白刃ノ爲メニハ未タ其ノ命ヲ殞セス水ノ爲メニ溺死シタルコト分明ナリシ場合ノ如キハ第一ノ所爲ハ故意ニ出テタル者ニシテ之ヲ謀殺未遂ト云フヘク第二ノ所爲ハ過怠ニ出テタル者ニシテ之ヲ過失殺人ト云ハサル可ラス。古來ノ學者往々故意過怠二者ノ併發ヲ誤認シ斯カル場合ニ於テハ共同一體ノ故意(Dolus generalis)ナル者アリト主張セシカ此說タル當然自家撞着ノ誤見タルヲ

免レス何トナレハ若シ第二ノ所爲ニシテ唯第一ノ所爲ヲ堅固ナラシムルニ過キサルトキハ第二ノ所爲モ亦素ヨリ必定若クハ不定ノ故意ニ出テタルモノト云ハサルヲ得サレハナリ。設例ヘハ甲者カ乙者ノ死體ヲ水中ニ投シタルハ罪證湮滅ノ爲メニ非スシテ單ニ乙者ヲシテ再生スルコトナカラシムル爲メナリシトキハ故意ナリ之ニ反シ第二ノ所爲ニシテ第一ノ所爲ヲ堅固ナラシムルカ爲メニアラス第一ノ所爲ヲ以テ充分其ノ目的タル結果ヲ得タルモノトスルトキハ第二ノ所爲ヨリ生シタル意外ノ結果ハ過意ニ出テタルモノニ外ナラス。故意過意ノ二者ハ本來之ヲ合同シテ單獨ノ一體ヲ爲サシムルコト能ハサルモノナリ。

第三段 既遂犯及ヒ未遂犯

第一項 既遂犯

既遂犯トハ犯罪タル所爲ヲ實行シ了リテ其ノ故意タル結果ヲ生シタルモノヲ謂フ。凡百ノ犯罪必スシモ然ラスト雖一般ヨリ之ヲ云フトキハ故意ニ出テ

コロン氏既遂未遂犯論第一卷第一八〇葉

ナルトラン氏刑法第九八葉以上  
コロン氏既遂犯論第一卷第八〇以下  
未遂犯論第一卷

タル結果ノ發生シテ故意ヲ達シタル場合ヲ總括ス。但シ此場合ト雖既遂犯ナルモノハ唯故意ノ實行ヲ達シタルコトヲ謂フモノニシテ犯罪ノ目的ヲ達スルト否トニ關係スルコトナシ。  
既遂犯ト雖或ル場合ニ於テハ刑ヲ輕減シ又ハ免除スルコトヲ得レトモ素ヨリ不論罪タルノ場合ナシ。即チ謀殺故殺ヲ除クノ外一般ノ犯罪ニ就テノ自首ハ其ノ刑ヲ減等シ(刑法第十八、五條乃至第八十七條)偽證罪(第二百二十六條)貨幣偽造(第九十二條)内亂陰謀(第百廿六條)等ノ場合ニ於テハ其ノ刑ヲ全免ス。仍ホ自首減免ニ關スル原理ハ後編ニ詳論セム。

第二項 未遂犯

第一 總說

未遂犯トハ犯罪ノ執行ニ着手スルモ未タ其ノ故意タル結果ニ達セサルモノヲ謂フ。其ノ故意ニ至リテハ既遂ト異ナルコトナキモ其ノ故意ニ符合スル所ノ實効ヲ得サルモノナリ。故ニ故意ニシテ存在セスンハ未遂犯モ亦存在スル

コトヲ得サルナリ

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

然レトモ國事犯第百二十一條乃至第百二十四條ノ如キハ未遂犯罪ノ時ニ於テ本刑ヲ科シ皇室ニ對シ危害ヲ加ヘントシタル大逆罪第百十六條及ヒ第百十八條内亂ノ豫備陰謀ヲ爲スノ罪(第百二十五條)ノ如キハ未遂犯ハ勿論未タ未遂犯罪ニ至ラサル所以ヲ以テ本罪トシテ之ヲ罰スルカ故ニ仍ホ更ニ總則ヲ適用シテ其ノ罪ノ未遂犯罪ヲ罰スルコトアルヘシ

第二段 豫備

犯罪ノ意思ノ發生ヨリ犯罪ノ終結ニ至ルマテニハ數多ノ段階アリ先ツ其ノ最初ニ顯出スヘキモノハ豫備ノ所爲ナリトス

チヨツブ氏豫備  
及未遂區別論

本罪アリテ始メテ豫備ノ所爲ナルモノアリ既ニ豫備ト云ヘハ他ニ本罪アルヘキハ當然ナレトモ豫備ト本罪トハ全ク別箇ノ所爲ナリ豫備ノ所爲ハ毫モ本罪タル所爲ノ一部ヲ構成スルモノニアラス故ニ法律ハ本罪ニ照シテ豫備ヲ罰スルコトナキハ原則トス然レトモ法律ハ本罪ヨリ謂ヘハ豫備ノ所爲ナルモノ之ヲ本罪ノ豫備トセスシテ全ク獨立ナル一箇ノ犯罪(Delictus sui generis)トシテ之ヲ罰スルコト少ナカラス設例ヘハ甲ナル者乙ヲ殺サンカ爲メニ丙者ノ短銃ヲ竊取シタルトキハ竊取ノ所爲ハ殺人罪ノ豫備ナレトモ毫モ殺人罪ノ所爲ニ加ハリタルモノニアラサレハ法律ハ殺人犯ノ豫備トシテ之ヲ罰セサレトモ他人ノ所有物ヲ竊取シタル所爲ニ至リテ盜罪トシテ之ヲ罰スヘシ又毒物ノ賣買ヲ禁止スルノ法律アルニ關セズ甲者乙者ヲ毒殺スルノ目的ヲ以テ之ヲ買取シタルトキハ法律ハ毒殺ノ豫備トシテ之ヲ罰スルコトナクシテ毒物販賣規則ノ違反トシテ之ヲ罰スルコトヲ得ヘシ我刑法第百十一條ニ於テ凡ソ罪ヲ犯サンコトヲ謀リ又ハ其ノ豫備ヲ爲スト雖苟モ未タ犯罪ノ執

行ニ着手セサルモノハ其ノ罪ヲ論セスト云ヘル即チ此意ナリ。然レトモ法律ハ豫備ノ所爲ヲ罰スルノ必要アルトキ就中犯罪ノ結果重大ニシテ公安ヲ害スルノ恐アルカ如キ場合設例ヘハ内亂ノ豫備陰謀ハ特ニ各條ノ明文ヲ以テ之ヲ罰スヘキコトヲ規定セリ但シ其ノ刑罰ニ至リテハ之ヲ未遂犯罪ノ例ニ準セサルハ勿論ナリ

第三段 執行ノ着手

執行ノ着手トハ所謂我刑法第百十二條ノ罪ヲ犯サントシテ既ニ其ノ事ヲ行フト云ヘル一句ヲ指示スルモノニシテ第百十一條ニ罪ヲ犯サントキ謀リ又ハ其ノ豫備ヲ爲スト云ヘルハ未タ執行ニ着手セサル以前ノ所爲ヲ云フモノナリ犯罪ノ手段タル毒物兇器等ヲ買收調製スルカ如キハ豫備ノ範圍ニ屬シ之ヲ用キテ犯罪ノ執行ヲ始ムルト又之ヲ中止スルトハ仍ホ一ニ犯者ノ意中ニ存シ他人ノ得テ知ルヘカラサル所ナリ  
然レトモ執行ノ着手ト犯罪ノ豫備トノ間ニハ數多ノ所爲アリテ多少ノ段階

ヲ爲スカ故ニ宜シク各事實ニ就キ着手ト豫備トノ區別ヲ決定スルコトヲ要ス設例ヘハ室内ノ人ヲ殺サンカ爲メ窓戸ヲ開クモ未タ之ヲ謀殺ノ未遂犯トスルコトヲ得サルモ室内ノ品物ヲ竊取スル爲メ之ヲ開カハ十中八九ハ之ヲ以テ盜罪ノ未遂犯トスルコトナルヘシ。論者或ハ此點ニ就テハ反對ノ斷定ヲ下スモノアラント雖斯ノ如キノ所爲カ果シテ盜罪ヲ構成シ得ヘキヤ否ハ先ツ盜罪ノ所爲ノ如何ナルモノナルカヲ研究セサルヘカラス予ハ後卷ニ於テ之ヲ詳ニスルコトアラン

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

故ニ犯罪ノ物體ニ能力アリ犯罪ノ手段ニ能力アルトキハ設ヒ犯罪ノ實効ヲ生セサルモ既ニ之ニ着手スル以上ハ尙ホ未遂犯トシテ之ヲ處分セサルヲ得ス。設例ヘハ殺サントスル物體ニシテ苟モ人類ナランニハ人ヲ殺スニ足ラサル少量ノ毒藥ヲ用キ又ハ發射シタル銃丸ハ堅固ナル甲鎧ノ爲メニ人身ニ進入スルコトヲ得サリシ場合ノ如キハ手段タル物體ニ能力ナキモノニアラサルヲ以テ之ヲ未遂犯トセサルヲ得ス何トナレハ此手段ハ所謂絕對的不能體ニアラス相對的即チ他物ト比較上ノ不能ナルニ過キサレハナリ學者往々之ヲ稱シテ相對的ノ不能犯ト稱スレトモ此場合ニ在リテハ未遂犯ニシテ到底不能犯ノ名義ヲ下スコト能ハサルモノナリ蓋シ學者カ此說ヲ爲スニ至ル者ハ所謂不能犯ナル者ハ犯罪ノ物體若シハ手段自身ニ能力ナキ場合タルヲ知ラス犯罪タル所爲ニ就キ其ノ不能ナルト否トヲ論定セントスル誤見ニ出ツルナリ設例ヘハ甲者乙者ヲ殺サント欲シ乙者ニ向テ短銃ヲ放チタルニ銃丸乙者ノ頭上ヲ超過シテ乙者ニ中スルコト能ハサリシトキハ何人モ之ヲ以テ

未遂犯ト爲スヘク又如何ナル學者モ此斷案ニ對シテ異議ヲ容ル、モノナカ  
ルヘシ然ルニ若シ不能犯ヲ以テ到底爲シ能ハサルハ犯罪ト定解スル以上ハ  
甲者ノ所爲モ亦之ヲ不能犯トシテ其罪ヲ問フコト能ハサルノ不都合ヲ見ル  
ヘシ何トナレハ銃丸ノ乙者ニ適中セサルハ甲者ノ眇着初メヨリ其ノ方向ヲ  
誤リ乙者以外ノ物體ヲ狙フタルニ原因スルモノニシテ當初ヨリ眇着ヲ誤リ  
タル方向ヲ以テ乙者ヲ狙撃セントスルハ到底爲シ能ハサル犯罪ナレハナリ  
其他人ヲ毒殺セントシテ毒藥ノ分量不足ナリシ場合ノ如キ初メヨリ分量不  
足ノ毒藥ヲ以テ人ヲ殺サントスルハ是亦到底爲シ能ハサル不能犯罪ト謂ハ  
サルヲ得サルニ至ルヘシ  
犯罪物體ニ能力ナキ場合ノ論理ハ又之ヲ全ク犯罪物體ノ存在セサル場合ニ  
適用スルコトヲ得設例ヘハ賊アリ特種ノ寶物ヲ竊取セント欲シテ神殿ニ入  
ルモ其ノ寶物ハ既ニ他ノ倉庫ニ移シタル爲メ殿中ニ之ヲ捜査スルモ遂ニ得  
ル所ナクシテ去リタルトキノ如キ犯罪物體ニ能力アルモ物體自身ノ存在セ

サルモノナルヲ以テ犯罪ノ成立ナク從テ又未遂犯罪トシテ之ヲ罰スルコト  
ヲ得サルナリ然レトモ若シ此賊ニシテ寶物ヲ収メタル倉庫ニ入り得ルコト  
能ハスシテ去リタルトキハ之ヲ未遂犯罪ニ問フコトヲ得ヘシ又學者ノ常ニ  
引用セル一例即チ巷賊カ金錢ナキ衣囊ニ其手ヲ挿入シタル場合ノ如キモ亦  
之ト同一理ナリ

第四段 未遂犯ノ種類

豫備ハ未タ犯罪タル所爲ニ着手セサルモノナルヲ以テ未遂犯ヲ構成スルコ  
トナシ故ニ未遂犯ナルモノハ執行ノ着手ヨリ起ルモノナルヲ以テ着手以後  
ニ於テハ未遂犯ハ唯二種類アルニ止マレリ。即チ執行ノ着手ニ止マリテ未タ  
犯罪ノ効果ヲ生セサル者及ヒ既ニ執行ノ行爲ヲ了ルモ仍ホ犯罪ノ効果ヲ生  
セサル者はナリ一ヲ着手ノ未遂犯ト謂ヒ一ヲ缺効ノ未遂犯ト謂フ。我刑法第  
百十二條ニハ「罪ヲ犯サントシテ既ニ其ノ事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障礙若  
クハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ云々ト記載シ其事ヲ行フト謂ヘル一句中

ニハ單ニ着手ニ止マル場合ト執行ヲ了ルモ仍ホ犯罪ノ効果ヲ生セサル場合  
トナ混同シ所爲ノ進行ノ度ヨリ二者ノ區別ヲ明言セスト雖犯罪ノ効果ヲ生  
スルコト能ハサル原因ヲ分ツテ障礙ト舛錯トノ二者ト爲シ未遂犯罪ニ二種  
アルコトヲ認メタリ。故ニ我刑法上ヨリ云フトキハ第一種即チ着手ノ未遂犯  
ハ障礙ニ基クハ未遂犯ト稱シ第二種即チ缺効ノ未遂犯ハ舛錯ニ基クハ未遂  
犯ト稱スルヲ適當トス。設例ヘハ甲乙ヲ殺サント欲シ其ノ携フル所ノ白刃ヲ  
以テ乙者ニ向テ一撃ヲ試ミタルモ丙者傍ニ在リテ甲ヲ扼シタル爲メ甲ハ遂  
ニ乙ニ其ノ刀ヲ加フルコト能ハサリシ場合ノ如キハ着手ノ未遂ニシテ其ノ  
所爲(刀ヲ乙ニ加フルノ所爲)未了ラサル者ナリ。而シテ丙者ノ所爲ハ即チ障  
礙ナリ我刑法ヨリ云ハ、障礙ニ依リ未タ遂ケサルモノナリトス。然ルニ甲既  
ニ白刃ヲ乙ニ加フルモ治療宜シキヲ得乙者ハ其ノ生命ヲ全フシタル場合又  
ハ毒藥ヲ飲マシメラレタル者其ノ毒藥タルヲ知リテ直ニ消毒藥ヲ服シテ死  
ニ至ラサル場合ノ如キハ犯人ハ執行ノ所爲ヲ了リタルモ仍ホ犯罪ノ効果ヲ



生セサルモノニシテ之ヲ缺効ノ未遂犯又ハ單ニ缺効犯ト任フ我刑法ヨリ云  
 ハ、所謂意外ノ舛錯ニ依リ未タ遂ケサルモノナリ  
 上來論述スル所ノ第一種ノ未遂犯ハ事頗ル單一ニシテ別ニ喋々ノ辯ヲ待タ  
 スシテ自ラ明ナリ唯タ第二種ノ未遂犯即チ缺効犯ニ至リテハ學者ノ異論少  
 カラスト雖概スルニ左ノ三説ニ歸ス  
 〔第一説〕ハ凡ソ缺効犯タランニハ犯者ハ犯罪ノ既遂ニ必用ナル所爲方法ハ犯  
 者ノ之ヲ知ルト知ラサルトチ問ハス皆之ヲ盡シタル後尙ホ効果ヲ生セサル  
 モノタルコトヲ要ストスルニ在リ。故ニ此説ニ依ルトキハ缺効ノ原因ニシテ  
 犯人ノ意思ノ未タ及ハサルカ若クハ其ノ執行ノ方法ノ拙劣ナルニ基クトキ  
 ハ缺効犯ニアラスシテ從テ又之ヲ罰スルコトヲ得サルニ至ルヘシ。何トナレ  
 ハ犯者ハ未タ盡ク犯罪ヲ遂クルニ必要ナル所爲ヲ爲シタルモノニアラサレ  
 ハナリ。譬ヘハ甲乙ヲ殺シテ欲シ其ノ首ヲ縊リシニ腐敗シタル繩綱ヲ以  
 テシタリシ故遂ニ中途ニシテ斷絶シ又ハ甲乙ニ毒藥ヲ飲マシメタルニ毒藥

ノ分量僅小ニシテ生命ヲ絶ツニ至ラサル場合ノ如キ未タ堅牢ナル繩綱ヲ用  
 キス適當ナル分量ノ毒藥ヲ用キサルモノナレハ犯者ハ犯罪ヲ遂クルニ必用  
 ナル方法ヲ盡シ了リタルモノニアラストス。故ニ此説ヲ主張シテ能ク自家撞  
 着ノ誤ナカラシメンニハ遂ニ缺効犯ナルモノナキニ至ルヘシト雖ハノトブ  
 ルウルテンプルヒバーデン等獨逸諸邦ノ刑法ハ現ニ此説ヲ採用セリ  
 〔第二説〕ハ凡ソ缺効犯タランニハ犯者カ自ラ罪ヲ遂クルニ必要ナリト信シタ  
 ル所爲方法ヲ盡シタルコトヲ要ストスルニ在リ。故ニ此説ニ依レハ第一説ノ  
 如ク腐敗シタル繩ヲ以テ人ヲ殺シセントシ又ハ少量ノ毒藥ヲ用キテ毒殺セ  
 ントシタル場合ヲ以テ不問ニ付スルカ如キ不都合ヲ生スルコトナカルヘシ  
 現ニサクソン國ニ於テハ此説ヲ採用シタレトモ未タ完全ノ説トスルニ足ラ  
 サルナリ。何トナレハ此説ニ於テハ苟モ犯者カ自ラ信シテ罪ヲ遂クルニ足ル  
 ヘキモノト思惟スル所爲方法ヲ盡ス以上ハ即チ未遂犯ヲ構成スルニ足ルヘ  
 キ者トスルカ故ニ毒藥ヲ以テ人ニ飲マシメ又ハ其ノ食卓上ニ備フル等ノ所

爲チ爲サス若シ愚カニモ犯者ハ單ニ毒藥ハ其ノ毒殺セントスル者ノ室内ニ  
放置セルノミニテ能ク之ヲ毒殺スルニ足ルヘシト思惟セシトキハ尙ホ之ヲ  
飲効ノ未遂犯トスルコトヲ得ヘケレハナリ要スルニ此說ノ誤謬タル其ノ適  
用ノ該博ニ過ルニ在リ

(第三說)ハ缺効犯ヲ以テ犯者カ直接ニ犯罪ノ結果ニ對スル所爲ヲ執行シ了ル  
モ尙ホ其ノ結果ヲ生セサリシモノトスルニ在リ故ニ此說ハ第二說ノ如ク其  
ノ所爲執行ノ方法ハ必スシモ巧妙ニシテ犯罪既遂ニ必要タルコトヲ要セス  
又第二說ノ如ク犯者カ罪ヲ遂クルニ必要ナリト思惟シタルノミヲ以テ足レ  
リトセス唯直接ニ結果ニ對スル所爲ヲ執行シタルコトヲ以テ充分ナリトス  
ル者ナリ。近世學者ノ採用スル所モ亦此說ニ在レトモ我刑法(第一百十二條)ノ正  
條ニ於テハ果シテ何レノ說ニ依リタルカ既ニ其ノ事ヲ行フトハ第一說ノ意  
カ第二說ノ意ナルカ苟モ意外ノ舛錯ト明言シタルカラニハ犯人ノ自ラ必用  
ト信シタル所爲ヲ行フトキハ之ヲ意外トシテ第二說ヲ採リタルカ舛錯ノ文

字ヲ挿入シテ缺効ノ原因ヲ示シタルヨリ推サハ或ハ第三說ニ依リ所爲ハ直  
ニ犯罪ノ結果ニ對シテ行ヒタルモノト推定シタルカ單ニ法文ニ依リテ定ム  
ルコト能ハスト雖兎ニ角最モ論理ニ適シタル第三說ヲ以テ我刑法ニ適用ス  
ルヲ穩當ナリトセム

### 第五段 中止犯

犯人既ニ犯罪ノ執行ニ着手スルモ尙ホ自ラ之ヲ中止シテ目的タル結果ノ發  
生ヲ妨止スルコトヲ得之ヲ稱シテ中止犯ト稱スレトモ其ノ中止タルヤ單ニ  
停止ニ止マラスシテ全ク其ノ所爲ノ執行ヲ放棄スルコトヲ要ス。但シ犯者ニ  
シテ一タヒ其ノ所爲ノ執行ヲ放棄スルトキハ他日再ヒ同一ノ犯罪ヲ行フノ  
故意アルモ亦中止犯タルヲ妨ケス  
中止犯ハ通常着手ノ未遂犯ノ場合ニ現出スル者ニシテ缺効犯ニ於テハ其ノ  
行爲ハ既ニ行ヒ了リタルモノナルヲ以テ之ヲ中止セントスルモ事既ニ晚キ  
ニ屬シ之ヲ中止シ得ヘキ場合甚ダ少ナカラシ然レトモ所爲執行ノ結果ニシ

テ、尙ホ、中止スルコトヲ得ヘキ場合ニ於テハ、之ヲ其ノ自然ノ成リ行キニ一任セ、殊更ニ別箇ノ手段ヲ用ヰテ自然ノ結果ノ發生ヲ妨止シ、目的タル犯罪ノ結果ヲ生スルコトヲカラシメタルトキハ、之ヲ飲効犯ノ中止トスルコトヲ得ヘシ、設例ヘハ人ヲ毒殺セント欲シ既ニ毒藥ヲ服セシメタリトモ更ニ消毒藥ヲ服セシメ遂ニ其ノ生命ヲ保全セシメタル如キ場合ニシテ犯人自己ノ意思ニ依リ犯罪ヲ中止シタル時ハ飲効犯ニ係ルト雖モ尙ホ未遂犯罪トシテ其ノ罪ヲ問フコトナシ、然レトモ其ノ中止ニ至ル迄ニ既ニ行ヒ了リタル所爲ハ又之ヲ中止スルニ由ナキヲ以テ之ヲ別種ノ罪トシテ罰スルコト當然ナリ、設例ヘハ毒藥ヲ服セシメタル後更ニ消毒藥ヲ用ヰテ其ノ人ノ生命ヲ保全スルコトヲ得タルトキハ、之ヲ毒殺ノ未遂犯ニ問フコトナキモ健康ヲ害スヘキ物品ヲ施用シテ人ヲ疾苦セシメタルノ罪(第三百七條)ヲ以テ論セサルヘカラス、自己ノ意思ヲ以テ犯罪ヲ中止スルトハ、自己ノ意外ナル舛錯ニ非ルコトヲ指スモノナルニ過キスシテ犯人カ之ヲ中止シタルハ原因趣旨ノ如何ヲ問フコト

トナシ、故ニ恐怖心ヨリ之ヲ中止スルモ亦、真心悔悟ノ念ヨリシテ之ヲ中止スルモ其ノ間更ニ彼此ノ區別ナシ、學者往々悔悟ノ念ニ出テタル中止ニアラサレハ中止犯タルコトヲ得サルモノト爲シ現ニ其ノ説ヲ採用セル邦國ナキハアラサルモ我刑法第百十二條カ意外ノ障礙若クハ舛錯ト斷言シテ斯カル誤見ヲ排除シタルハ頗ル其ノ當ヲ得タリトス、中止犯ヲ以テ罪トシ論セサルノ理由ニ様アリ一ハ法律上ノ理由ニシテ一ハ政畧上ノ理由ナリ、凡ソ自己ノ意思ヲ以テ所爲ノ執行ヲ中止スルトキハ其ノ所爲ハ未遂犯タル性質ヲ失ヒ從テ又其罪ヲ問フコトヲ得サルナリ何トナレハ中止犯ノ場合ニ於テハ犯罪ノ故意ハ其ノ幾分ヲ外形ニ顯出スト雖尙ホ未タ其ノ實行セサル部分ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ犯罪未タ了ラサルカ故ニ犯人ニシテ自ラ之ヲ中止スルトキハ犯罪ノ眞意ハ未タ外形ニ顯出スルコトナキ者ナレハナリ是レ法律カ中止犯ヲ不問ニ附スルノ理由トシテ學者ノ採用スル所ナレトモ

沿革史ニ依リ其ノ本源ヲ探究スルトキハ全ク宗教的思想ニ基クモノナルハ予ノ既ニ論述シタル所ナリ

犯人カ自ラ其ノ犯罪ノ結果ヲ發生スルコトヲ妨止スル以上ハ可成其ノ結果ヲ妨止スルハ甚タ嘉ミスヘキコトニシテ常ニ法律ノ希望スル所ナリ若シ中止ノ犯罪ト雖モ尙ホ之ヲ罰スヘキモノトセハ凡百ノ犯罪盡ク其ノ惡結果ヲ見サレハ即チ止マサルニ至ルヘシ是レ立法者カ中止犯ノ罪ヲ問ハサル理由ナリ

### 第三節 既遂犯及ヒ未遂犯ノ併發

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

アリ氏犯罪單復論第七六葉

然レトモ未遂タル所爲ニシテ既遂犯タル所爲ヲ行フニ必然缺クヘカヲサハモノナルトキハ既遂未遂ノ併發ナシ何人ト雖人ノ身體ヲ傷害スルコトナシハ謀殺ヲ行フコトヲ得サルヘク暴行強迫ヲ用キルコトナシハ強姦罪ヲ犯スコトヲ得サルヘシ故ニ謀殺未遂ハ毆打創傷ノ既遂ト謀殺未遂ノ併發ニアラス強姦未遂ハ強迫既遂罪ト強姦未遂罪トノ併發ニアラサルナリ而シテ二罪併發ト否ラサルモノトノ區別ヲ明定スルノ必要ハ後章數罪俱發ヲ論スルノ條下ニ於テ自ラ明了ナラン

### 第三章 數人共犯

#### 第一節 總說

(一) 共犯トハ數人一致シテ共ニ一罪ニ加効スルモノヲ云フ  
(イ) 囚徒藏匿ノ罪ヲ犯スモノハ其ノ囚徒ト共ニ罪ヲ犯シタル者ニアラサルヲ以テ之ヲ共犯ト云フコトヲ得ス但シ囚徒ノ未タ罪ヲ犯サ、ル以前ニ於テ豫メ之ヲ藏匿センコトヲ謀リタルトキハ即チ共犯ニシテ所謂從犯タル

ベルトール氏佛國刑法第二章アリ氏共犯論第六八葉乃至

ヘシ  
 故ニ一般ノ囚徒藏匿罪タル已ニ囚徒ノ犯セル罪ノ了リタル後ニ成立スル  
 モノナレハ他人ニシテ共ニ之ニ加功セントスルモ得ヘカラス囚徒後藏匿ノ  
 罪ハ宜シク獨立ナル別罪 (Delictum sui generis) トシテ之ヲ罰スルコトヲ得ル  
 モ之ヲ以テ囚徒ノ犯シタル本罪ノ從犯トスルコトヲ得ス英佛ノ學者ハ往  
 々從犯ヲ二種ニ區分シ一チ事前ノ從犯一チ事後ノ從犯トシ囚徒藏匿罪ノ  
 如キハ理論上之チ事後ノ從犯トスレトモ是レ共犯ナルモノハ犯罪前若ク  
 ハ犯罪ノ際ニアラサレハ成立スルコト能ハサルノ原理ヲ看過シタルノ誤  
 見ナリ夫ノ囚徒カ未タ其ノ罪ヲ犯サル以前ニ在リテ豫メ之チ藏匿セン  
 コトヲ諾シ又ハ贖品ヲ陰匿シテ其ノ罪證ヲ濯滅セシコトヲ約スルカ如キ  
 ハ其ノ罪事後ニアラスシテ事前ニ在リ  
 (ロ) 過失ニ依テ共ニ加功シタル者ハ共同ナキヲ以テ又共犯者ニアラス蓋シ  
 共犯ハ數人一致スルコトヲ要スルカ故ニ苟モ故意ナクシハ一致スルコト

チ得サルナリ然レトモ過失罪ニ加功スルハ敢テ爲シ得ヘカラサルニアラ  
 ス設例ヘハ車馬ヲ疾驅センコトヲ教唆シテ過失殺傷罪ヲ犯サシメ又不注  
 意ニ銃砲ヲ使用スルコトヲ教唆シテ誤テ人ヲ擊殺シタル等ノ如キ但シ此  
 場合ニ於テハ教唆自身ハ固リ故意ナキモノニアラス  
 (二) 共犯ハ犯罪ノ發起者若クハ幫助者ノ二者ニ過キス即チ或ハ間接又ハ直  
 接ニ犯罪ノ所爲ニ加功シ或ハ唯犯罪ヲ教唆指示シ其ノ實行ヲ他人ニ一任ス  
 ルモノナリ故ニ共犯ニハ正犯從犯教唆者ノ三種アレトモ我刑法ニ於テハ教  
 唆者ヲ以テ正犯中ニ列シタリ  
 (三) 我刑法第百四條ハ二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ云々ト明言シ數人一  
 致ノ文字ヲ缺クト雖其ノ意ハ之チ罪ヲ犯スノ句中ニ包含セシメタルモノ  
 如シ

第二節 正犯

數人一致シテ共ニ一罪ヲ執行シタルトキハ之チ正犯トス

100  
〔一〕 犯罪ハ有形ノ所爲ニ顯ハル、モノナリ。故ニ其ノ所爲執行ノ一部分ニ加功シタルモノト雖尙ホ之ヲ正犯トナス決シテ加功ノ多少如何ヲ問ハサルナリ。而シテ犯罪ニハ或ハ數多ノ所爲ヲ聚合シテ始メテ一罪ヲ成スモノアリ或ハ單ニ一所爲ヲ以テ一罪トスルニ過キサル者アリト雖苟モ犯罪タル所爲ノ一部ニ加功シタルモノハ皆ナ正犯タリ。設例ヘハ強盜罪ニ在リテハ正犯中一人ハ家人ヲ縛シ一人ハ倉庫ヲ捜査シ一人ハ門戸ヲ要シテ外人ノ來襲ヲ防止スル場合ノ如キ各正犯タルヲ免レス。何トナレハ強盜罪ナルモノハ暴行強迫ヲ以テ他人ノ管督ヲ侵シテ財物ヲ己レノ管督ニ入ル、ノ所爲ニシテ家人ヲ縛スルモノハ暴行ヲ爲スモノナリ門戸ヲ守ルモノハ他人ノ管督ヲ侵スモノナリ倉庫ヲ捜査セントスルモノハ財物ヲ己レノ管督ニ入レントスルモノナリ。英國ノ學者ハ往々此區別ヲ爲スニ距離ノ遠近ヲ以テシ苟モ犯人相互ニ救護ヲ爲シ得ヘキ距離内ニ在ル者ハ皆正犯ナリトスレトモ距離ノ遠近如何ハ犯罪タル所爲ニ加功セシヤ否ヤヲ證明スルノ標準タルニ過キサルナリ。強盜

罪ノ如キモ亦然リ正犯中ノ一人ハ婦女ノ兩手ヲ扼シ一人ハ其ノ兩足ヲ扼シ一人ハ之ヲ姦スル者共ニ正犯タルヲ免レス。事ハ仍ホ各論ニ於テ各罪ノ所爲如何ヲ論定シ其ノ性質ヲ明定シタル後ニ於テ自ラ明白ナラン。數所爲ヲ聚合シテ一罪ヲ構成スル場合ノ如キニ在リテハ犯人ハ悉ク各所爲ニ着手セサルハ其ノ未遂犯ヲ構成セスト云ヘルカ如キ淺見ヲ以テ容易ニ是非ヲ論定スルコトナキヲ要ス

〔二〕 正犯トシテ加功セル所爲ハ犯罪ノ着手若クハ執行中タラサルヘカラス唯タ犯罪ノ豫備ニ加功シタル者ハ從犯タルニ過キサルヘシ。故ニ未遂ノ所爲ハ皆正犯ノ所爲タルヲ得ヘキモ豫備ノ所爲ハ唯從犯ノ所爲タルコトヲ得ルニ過キス

〔三〕 各々之ヲ正犯トナストハ意義明白疑ナキカ如クナレトモ若シ謀殺罪ニ付キ正犯中ノ一人被害者ノ子ナルトキハ其ノ子タルモノ、ミ獨リ親殺シノ罪ヲ犯ス者ニシテ他人ハ唯通常ノ謀殺罪ヲ犯シタルモノナルヘキヤ或ハ他

ノ共犯者モ之ヲ殺親罪トシテ處分セサルヲ得サルヘキヤ此等共犯者ノ身分ニ關スル異同ニ就テハ別ニ之ヲ後段ニ詳論セム

〔四〕加功ノ度ハ如何ニ僅少ナルモ苟モ正犯ヲラズニハ其ノ全體ノ所爲ニ對スル責任ヲ負擔セサルヘカラス何トナレハ此犯者ハ既ニ犯者一人ニテモ全犯罪ヲ遂ケントスルモノナレハ偶々他ノ共犯者ノ之ニ加功スルモノアルモ其ノ加功タルヤ犯者各人ヨリ之レヲ見ハ恰モ天然力ノ加功ヲ得タルニ異ラサレハナリ之ヲ共犯ノ責任ニ關スル原理トス此原理ノ適用ハ仍ホ刑事訴訟法上特ニ著大ノ關係アルヲ見ル

第三節 教唆

教唆者ノ責任ニ關シテ理論上ニ三主義アリ

〔第一〕客觀主義ニ於テハ犯罪ヲ論スルニ全ク其ノ外形ニ顯出シタル形跡上ニ於テシ敢テ犯者ノ心事如何ヲ問ハサルナリ故ニ此主義ニテハ教唆者ハ犯罪ノ發起者ニアラス又幫助者ニアラストセリ何トナレハ苟モ犯罪ノ發起者

若クハ幫助者タラニハ自ラ其ノ所爲ヲ行ハスハアルヘカラス然ルニ教唆者ニ在テハ毫末モ其ノ所爲ニ關係ナク之ニ反シテ教唆ヲ受ケタル者ハ其ノ教唆ニ拘ハラス尙ホ自由ニ其ノ所爲ヲ中止スルコトヲ得ヘケレハ實行者ノミ獨リ其ノ責任スヘキモノナレハナリ

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

〔第三〕折衷主義ハ即チ前兩義ノ折衷ナリ既ニ論シタルカ如ク客觀主義ニ於テハ如何ニ教唆ヲ爲スモノアリトモ苟モ教唆ヲ受クル者ニシテ能力者タラソニハ其ノ所爲ヲ實行スルト否トハ其ノ自由内ニ存スルヲ以テ之ヲ實行スルコトナクハ即チ可ナリ若シ之ヲ實行スルトキハ即チ其ノ實行者ヲ以テ

犯者トシ敢テ教唆者ノ罪ヲ問フノ必要ナシトシ主觀主義ニ於テハ有爲ノ大  
 丈夫ト雖之ヲ不能力ト看做シ其ノ罪ヲ犯スヤ教唆者ノ器械タルニ過キサレ  
 ハ唯教唆者ノ罪ヲ問ヘハ即チ足レリトスルモノニシテ二主義各々一理ナキ  
 ニアラス故ニ折衷主義ニ於テハ前二主義ノ長ヲ採リ其ノ短ヲ捨テントスル  
 モノナレトモ其ノ取捨ニ二様ノ方法アリ第一ハ教唆者ヲハ客觀主義ニ從ヒ  
 其ノ罪ナキモノトナシ實行者ヲハ主觀主義ニ從ヒ又罪ナキモノトナシ遂ニ  
 二者共ニ之ヲ罰スルコト能ハサルモノトスルニ在リ第二ハ之ニ反シ實行者  
 ヲハ客觀主義ニ從テ罪アルモノトナシ教唆者モ亦主觀主義ニ從テ罪アルモ  
 ノトナシ遂ニ二者共ニ之ヲ罰スヘキモノトスルニアリ而シテ所謂折衷主義  
 ナルモノハ第一法ヲ以テ短ヲ採リ却テ長ヲ捨テタルモノトナシ第二法ヲ以  
 テ短ヲ採リ長ヲ捨テタルモノトスレトモ兩法孰レトモ折衷ニシテ彼此更ニ  
 其ノ區別アルヲ見ス然ラハ即チ長短ノ取捨ハ果シテ何物ヲ以テ其ノ標準ト  
 ナスヘキヤ曰ク教唆ノ方法程度ノ如何ヲ以テ兩主義ヲ結合スルノ關鍵トス

オッペンホッフ  
 氏刑法第一〇一

ルノ外ナキナリ若シ夫レ教唆ノ方法ニシテ兒戯ニ類シ其ノ度ニシテ僅少ナ  
 ランカ通常人ヲシテ犯罪ノ決心ヲ爲サシムルニ足ラサルヘシ斯カル犯罪ノ  
 實行者ハ獨リ自ラ其ノ責ヲ負フノ外ナカルヘシ然レトモ苟モ其ノ方法ニシ  
 テ贈與契約強迫威權等通常人ヲシテ犯罪ノ決心ヲ爲サシメ此決心ニ由リ犯  
 罪ヲ執行シタルトキハ教唆者ヲ不問ニ置クコトヲ得ス獨佛ノ刑法ニ贈與契  
 約強迫又ハ權威其ノ他ノ方法ヲ以テ人ヲ教唆シ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者  
 ハ皆正犯ト爲スト云ヘルハ明ニ此折衷主義ヲ採リタルコトヲ指示スルモノ  
 ナレトモ現行刑法第五條ニ於テ贈與契約云々ノ文字ヲ刪除セリ然レトモ  
 尙ホ其ノ理ヲ推シテ之ヲ折衷主義ニ出テタルモノトスルヲ穩當ノ解釋ナリ  
 トセム其ノ條ニ曰ク人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ亦正犯ト爲  
 スト

一、教唆者ヲ教唆シタルモノモ教唆者ニシテ從犯ヲ教唆シタルモノモ亦從  
 犯ナリ故ニ刑法ハ特ニ人ヲ教唆シ云々ト明記シ教唆ヲ受クルモノハ況



ク、正犯、從犯、又ハ、教唆者タルヲ問ハサルコトヲ明示セリ。然ルニ論者往々  
 法文ノ「重罪經罪」トハ單ニ直接ニ實行シタル重罪輕罪ノミチ指示スルモ  
 ノニシテ教唆ノ教唆ナルモノナシトスルモノアレトモ教唆ノ所爲モ亦  
 重罪輕罪若クハ輕罪タルヘキヲ以テ教唆者ヲ教唆スルモノハ亦重罪若ク  
 ハ輕罪ヲ教唆スルモノタルコトヲ知ラハ論者ハ容易ニ自說ノ謬レルヲ  
 了解スルコトヲ得ン。設例ヘハ甲ナル者乙ニ怨恨アリ乙ヲシテ重罪ノ刑  
 ナ受ケシメント欲スルニ際シ偶々丙ノ丁ヲ殺スニ意アルヲ聞知シ一計  
 ナ案出シ甲ハ乙ヲ教唆シ乙ヲシテ丙ヲ教唆セシメ丁ヲ殺サシメタルト  
 キハ乙ノ所爲ハ丙ヲ教唆スルモノニシテ却テ重罪タルヘク甲ノ所爲ハ  
 乙ニ重罪ヲ犯スコトヲ教唆シタルモノニシテ又重罪タルヘシ蓋シ此原  
 理ハ國事犯及ヒ兇徒嘯聚罪等ニ於テ多ク其ノ適用ヲ見ルヘシ。但シ從犯  
 ノ從犯ナルモノアルヤ否ハ後ニ至リテ之ヲ論スヘシ

二、一般ニ教唆ヲ罪トスルニハ犯者カ既ニ犯罪ニ着手シタルコトヲ要ス。故

ニ從犯ハ教唆ハ從犯カ其ノ正犯ヲ幫助スルノ所爲ニ着手シタルノミチ  
 以テ之ヲ罰スルコトヲ得ス。必ス正犯カ既ニ其ノ犯罪ニ着手シタルコト  
 ナ必要トス

三、正犯ハ重罪經罪違警罪ヲ問ハス之ヲ罰スルモ教唆ハ重罪經罪ニ係ルモ  
 ノニ限ルハ敢テ特別ノ理由アルニアラス。只タ其ノ經徹タルノ故ニ外ナ  
 ラスト雖苟モ教唆者ヲ正犯トスル以上ハ法律カ違警罪ニ就テ教唆ヲ問  
 ハサルハ學理上其當ヲ得タルモノニアラサルナリ

四、教唆ハ贈與契約強迫威權等ノ方法ニ出テ犯者ヲシテ犯罪ノ實行ヲ決意  
 セシムルニ足ルヘキモノタルヲ必要トス。此等ノ方法ニ出テサル教唆ハ  
 所謂刑法上ノ教唆ナルモノニアラサルナリ

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

フ

六、教唆者ハ現ニ其ノ教唆シタル犯罪ノ行ハレタルトキニアラサレハ其ノ責任ナシ否ラサレハ即チ法律ハ其ノ意思ノミチ罪スルニ至ルヘケレハナリ。今此場合チ分析スレハ則チ左ノ如シ

(イ)正犯ナクンハ又罪スヘキ教唆者ナキコトハ言チ待タスシテ明カナリト雖正犯ノ死亡シ若クハ逃亡シタル時ノ如キハ其ノ罪チ免ル、コトヲ得ス。教唆者ノ無罪タルニハ正犯ノ所爲ニシテ本來罪トナルヘキモノニアラサルコトヲ要ス

(ロ)不能力者チ教唆シテ罪チ犯サシメタル場合ニ於テハ其ハ教唆者即チ共犯ナルモノナカルヘシト雖此場合ニ於テハ不能力者ハ唯タ他ノ犯罪ノ器械トナリタルモノニシテ不能力者ハ素リ犯罪ノ責任ナキモ器械トシテ之チ使用シタルモノハ犯者自ラ犯シタル所爲トシテ其責任チ負ハサルヘカラス。故ニ我カ刑法ハ重罪ノ教唆ニアラサレハ之チ處罰セサ

刑

ルモノタルニ係ハラス苟モ不能力者ノ場合ニ係ルトキハ違罪ト雖自己獨立ノ犯罪トシテ其ノ責チ負ハシメサルヘカラス。論者往々不能力者チ教唆スルモノハ亦教唆者タルチ免レスト主張スルモノアリト雖若シ此說チシテ眞ナラシメハ不能力チ教唆シテ違罪チ犯サシメタル場合ニ於テハ何人モ其ノ責任チ負フモノナキニ至ルヘシ

(ハ)教唆者ノ責任ハ正犯ノ犯罪ノ執行ニ着手シタル時ヨリ生スルカ故ニ正犯ニシテ犯罪チ中止シタルトキハ教唆者チ併セテ無罪ト爲スヘク正犯ニシテ未遂ニ止マルトキハ教唆者モ亦未遂犯タルニ過キサルヘシ

七、苟モ犯罪チ教唆シタル以上ハ其ノ實行ニ際シ過誤不熟練等ヨリ他ノ罪又ハ重キ罪チ犯シタルトキト雖教唆者ハ仍ホ該犯罪ニ就テモ其ノ責任セサルヘカラス何トナレハ被教唆者之チ行フモ教唆者自ラ之チ行フモ等シク之チ同一體ト看做スヘケレハナリ。然レトモ教唆者豫メ犯罪ノ事件執行ノ方法等チ指定シ置キタルトキニ際シ犯人指定以外ノ重キ罪

チ犯シ又ハ其ノ方法ヲ異ニシタルトキハ唯其ノ指定シタル罪ニ從テ其ノ刑ヲ科シ若又所犯教唆シタル罪ヨリ輕キ時ハ法律ハ意思ノミチ罰スルコトヲ得サルヲ以テ現ニ行ヒタル罪ニ從ヒ其ノ刑ヲ科セサルヘカラス(第百八條)但シ法文ハ犯罪ノ事件ヲ指定スト云フニ止マリ其ノ犯罪ヨリ自然發生シ得ヘキ結果ノ指定外ナルト否トヲ問ハサルナリ。設例ヘハ毆打罪ヲ教唆シタルモノハ其ノ結果タル毆打殺傷罪ニ對シテモ亦其ノ責ヲ免ル、コトヲ得ス又教唆者ノ指示セル方法ハ現ニ行フタル方法ト異ルモ事件ノ性質上矛盾スルコトナキ程度迄ハ教唆者モ亦犯罪ノ責ヲ免ル、コトヲ得ス。故ニ教唆者ノ指定シタル方法ニシテ錯誤ニ依リ他ノ犯罪ヲ爲シ得ヘキモノナルカ又ハ臨機ノ處分トシテ其ノ方法ヲ行フニ必要ナル罪ヲ犯シ得ヘキモノナルトキハ教唆者ハ其ノ方法ノ指定外ナルノ故ヲ以テ其ノ責ヲ免カル、コトヲ得サルナリ

#### 第四節 從犯

從犯ノ責任ニ就テモ亦三主義アリ

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

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

(第三) 折衷主義ニ於テハ前兩義ヲ折衷スルモノナリ。既ニ論述セルカ如ク客觀主義ニ於テハ正犯カ其ノ犯罪ヲ中止シテ之ヲ實行セサル場合ト雖尙ホ從犯ノ罪ヲ問ヒ主觀主義ニ於テハ其ノ罪ノ有無ハ正犯ノ犯罪ヲ實行シタルト否トニ從ヒ異ルモ若シ其ノ犯罪ニシテ成立セハ等シク正犯ノ罪ヲ以テ之ヲ論セサルヲ得ス。然ルニ此折衷主義ニ於テハ從犯ノ所爲タル正犯ノ所爲ト異

ニシテ主タル犯罪ヲ執行スルノ所爲ニアラストスルモ從犯ニシテ故意ニ依  
 リ其ノ所爲ヲ以テ正犯ノ所爲ノ原因ヲラシメタルトキハ從犯トシテ之ヲ罰  
 スヘキモノトスルニ在リ刑法第九條ニ曰ク「重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ器  
 具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易  
 ナラシメタル者ハ從犯ト爲シ正犯ノ刑ニ一等ヲ減ス但正犯現ニ行フ所ノ罪  
 從犯ノ知ル所ヨリ重キトキハ唯々其ノ知ル所ノ罪ニ照シ一等ヲ減ス」ト即チ  
 我刑法ハ此折衷主義ニ基キタルモノナリ今左ニ之ヲ分析詳説セシ  
 一、從犯ハ唯正犯ノ從犯ヲ罰スルモノニ止マリ從犯ノ從犯ハ輕微ノ所爲ト  
 シテ法律之ヲ罰スルコトナシ故ニ法文ハ「正犯ヲ幫助シ」云々ト明記セリ。  
 然ルニ彼ノ教唆者ノ如キハ前既ニ論述セルカ如ク教唆者ヲ教唆スルモ  
 ノハ正犯ニシテ從犯ヲ教唆スルモノハ從犯ナレハ法律ニ於テハ當然之  
 ナ罰セサルヲ得ス是レ教唆ノ條文(第五條)ニハ「人ヲ教唆シ」云々ト明言  
 シ正犯ヲ教唆シト明言セサル所以ナリ

二、不能力者ノ惡事ヲ幫助シタルモノハ犯罪ヲ幫助シタルモノニアラサレ

ハ從犯即チ共犯者ヲ以テ之ヲ論スルコトヲ得サルハ教唆ノ場合ト同一  
 理ニ歸セサルヘカラス即チ此場合ニ於テ不能力者ヲ幫助シタルモノハ  
 恰モ天然力ニ加功シ天然力ノ助ケニ依リテ自ラ犯罪ノ結果ヲ生セシメ  
 タル者ニ異ナラサルカ故ニ自ラ獨立シテ全責任ヲ負擔シ從犯ハ減等ヲ  
 受ケ得ヘキ者ニアラス論者往々反對ノ説ヲ爲シ不能力者ノ所爲ニモ亦  
 從犯アルヘキ者トスレトモ固リ正論ヲ得タル者ニアラス試ニ一狂人ア  
 リ赤手將ニ人ヲ殺サントスルニ際シ狂人タルヲ知リツ、故ラニ其ノ手  
 ニ刀劍ヲ貸渡シテ之ヲ殺害セシメタル者アラハ是レ天然力ニ刺激ヲ與  
 ヘテ自ラ之ヲ殺シタルモノニアラスシテ何ソヤ不能力者ヲ教唆スルモ  
 幫助スルモ各々同一ナル獨立ノ犯罪ニシテ犯者ハ犯者自身ノ犯罪トシ  
 テ獨リ其ノ全部ノ責任ヲ負擔セサルヘカラス  
 三、從犯ハ所爲ハ正犯タル所爲ニ對シテ毫末モ加功スルコトナシ故ニ正犯