

小林學堂著

改正刑法及民法講義大全

東京 修學堂

明治  
40 6 8  
丙寅

刑法註釋目次

第一章 刑法

一 刑法の解

第二章 法例

二 法例の解

第三章 犯罪

- 三 犯罪の定義
- 四 行犯と不行犯
- 五 即時犯と繼續犯
- 六 繼續犯に似て非なるもの
- 七 有意犯と無意犯
- 八 單行犯と慣行犯
- 九 現行犯と非現行犯
- 一〇 普通犯と特別犯
- 一一 犯罪の能働體と受働體

一二 行犯と犯意	一
一三 罪本重かるべくして犯罪の當時之を知らざる場合	一
一四 既遂犯と未遂犯	三
一五 犯意	三
一六 犯意缺乏の行爲	三
一七 犯意超過の場合	三
一八 罪となるべき事實を知らずして犯したる者	三
一九 犯罪が既遂に至るまでの順序	三
二〇 犯罪の發意を罰せざる所以	三
二一 決心と定案を罰せざる所以	三
二二 豫備の行爲を罰せざる所以	三
二三 着手未遂犯	三
二四 着手未遂犯を罰すると否との分界	三
二五 實行缺效犯	三
二六 不能犯	三
二七 不能犯を罰せざる所以	三
二八 中止犯	三
二九 國事犯と非國事犯	三

第四章 刑

- 三〇 刑罰の目的
- 三一 主刑と附加刑の種類
- 三二 主刑の軽重
- 三三 主刑
- 三四 附加刑
- 三五 死刑に處す可き犯罪の種類
- 三六 死刑は絞首して行ふと定めたる理由
- 三七 死刑を公行せざる所以
- 三八 死刑執行の時期
- 三九 有期の懲役及び禁錮の長短期
- 四〇 拘留の期間
- 四一 罰金完納に付猶豫を與へたる所以
- 四二 罰金を留置に換刑し其の期間に罰金を納むる場合
- 四三 罰金、科料の完納猶豫期限に差等ある所以
- 四四 沒收すべき物
- 四五 沒收物の意義

三〇 三三 三二 三三 三四 三五 三六 三七 三八 三九 四〇 四一 四二 四三 四四 四五

- 四六 犯罪用に供したる物を沒收する理由
- 四七 犯罪に因りて得たる物件を沒收する理由
- 四八 沒收は其の物犯人以外の者に屬せざる時に限る理由
- 四九 拘留料は特定の外沒收を科することを得ざる理由

第五章 期間計算

- 五〇 刑期計算法
- 五一 期間の計算、曆に従ふ理由
- 五二 刑の執行時期
- 五三 未決拘留の日数を刑期に計算する理由

第六章 刑の執行猶豫

- 五四 刑の執行猶豫を設けたる理由
- 五五 刑の執行猶豫取消の場合
- 五六 刑の執行猶豫の効力

第七章 假出獄

四六 四七 四八 四九 五〇 五一 五二 五三 五四 五五 五六

五七 假出獄

第八章 時効

- 五八 時効を設けたる理由
- 五九 主刑の時効の年限
- 六〇 時効中斷の場合

第九章 犯罪の不成立及び刑の減免

- 六一 犯罪の不成立
- 六二 急迫不正の侵害に對し自己又は他人の權利の防衛上不得止行為
- 六三 生命、身體、自由、財産に對する現在の危難を避くる爲めの行為
- 六四 危難に基く行為
- 六五 罪を犯すの意
- 六六 未成年者刑事上に於ける責任
- 六七 瘖啞者に對する刑法上の責任
- 六八 心神喪失者の行為の責任
- 六九 自首減輕を與ふる要件と理由

五七 五八 五九 六〇 六一 六二 六三 六四 六五 六六 六七 六八 六九

第十章 未遂犯

- 七〇 刑法に於いて未遂罪を罰する場合
- 七一 併合罪として處断すべき場合
- 七二 死刑と有期刑とに他の刑を科せざる理由
- 七三 併合罪に於ける制限併科
- 七四 罰金と他の刑と併科するや
- 七五 併合罪中二個以上の裁判ありたる場合の處断
- 七六 併合罪處断後其の或る罪に付き大赦を受けたる場合
- 七七 數個の連續犯は併合罪とすべきや
- 七八 法理上に於ける併合罪の處分法

第十一章 累犯

- 七九 再犯例適用の規定

第十二章 共犯

- 八〇 正犯
- 八一 無形生の正犯

七〇 七一 七二 七三 七四 七五 七六 七七 七八 七九 八〇 八一

八三	有海上の正犯	一四〇
八三	教唆以外の犯罪に於ける教唆者の責任	一四三
八四	從犯	一四四
八五	教唆者中途に其の意思を止めたる場合	一四四
八六	犯罪者多数の爲めに刑を加重すべき時教唆者を併入すべきや	一四四
八七	身分に依り特に刑の輕重ある時其の身分なき者に科する刑	一四四
八八	犯罪後從犯の有無	一四五
<b>第十二章 酌量減刑</b>		
八九	酌量減刑を設けたる所以	一五三
九〇	法律上刑を加減する場合にも酌量減刑をなすや	一五三
<b>第十三章 加減例</b>		
九一	法律上刑を減輕すべき例	一五四
九二	同時に刑を加減すべき順序	一五五

<b>第一章 皇室に對する罪</b>		
一	皇室に對する罪	一五
二	天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子、皇太孫に對する罪	一五
三	皇族に對する罪	一五
四	天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子、皇太孫に危害を加へんことを企てたる者を死刑に處する所以	一五
五	不敬の行爲	一五
<b>第二章 内亂に關する罪</b>		
六	内亂罪加功の程度を以て刑に輕重の別ある所以	一六一
七	内亂罪の既遂と未遂の場合	一六一
八	政府顛覆	一六一
九	邦土僭竊	一六一
一〇	朝敵誘亂	一六一
一一	朝敵誘亂の目的を以て内亂を起したるものに非ざれば刑法第七十七條の罪に非ざるを	一六一

一二	内亂罪の解	一六一
一三	内亂に與したるもの罪	一六一
一四	内亂の豫備陰謀	一六一
<b>第三章 外患に關する罪</b>		
一五	外患に關する罪	一六一
一六	戦時同盟國	一六一
一七	戦時同盟國に對する行爲に外患罪を適用する所以	一六一
<b>第四章 國交に關する罪</b>		
一八	國交に關する罪	一七一
一九	帝國滯在中の外國の主權者に對する犯罪	一七一
二〇	外國に對し私に戦闘をなす罪	一七一
二一	局外中立	一七一
二二	外國に對し私に戦闘をなしたる者と局外中立の命令に違背したる者を外患罪に問ふ理由	一七一
<b>第五章 公務の執行を妨害する罪</b>		

二三	公務の執行を妨害する罪	一六一
二四	公務員不正を行ひしに依り暴行を以て抗拒せる場合	一六一
二五	暴行脅迫を以て或る處分をなさしめ又は爲さしめしめは如何	一六一
二六	公務員の施したる封印又は差押の標示を損壞する罪	一六一
<b>第六章 逃走の罪</b>		
二七	逃走の罪	一六一
二八	既決の囚人	一六一
二九	未決の囚人	一六一
三〇	拘禁場機具を損壞し又は暴行脅迫を以て逃走したる罪	一六一
三一	被拘禁者奪取の罪	一六一
三二	二人通謀して逃走したる場合	一六一
三三	看守又は護送者が被拘禁者を逃走せしむる罪	一六一
<b>第七章 犯人藏匿及び證憑湮滅の罪</b>		

三四	犯人隠匿の罪	二五
三五	従犯者として隠匿又は隠避せしめたるも無罪となる時の處分	二五
三六	罪證となる物を湮滅したるも目的の犯罪者の無罪となれる場合	二五
三七	犯人又は逃走者の利益の爲めに犯人隠匿、證湮滅の罪を罰せず	二五
<b>第八章 騷擾の罪</b>		
三八	騷擾の罪	二六
三九	多数衆合	二六
四〇	騷擾の罪の要件	二六
四一	他人を指揮し又は他人に率先して勢を助けたる者	二六
四二	附和隨行したる者	二六
四三	暴行脅迫の目的にて多数衆合し當該公務員より解散を命ぜらるゝ場合	二六

四四	放火及失火	二七
四五	放火失火の罪	二七
四六	火を放て人の住居又は人の現在する物を焼燬したる罪	二七
四七	現に人の住居に使用せず又人の現在せざる建造物に放火して焼燬したる罪	二七
四八	放火して人の住居する否否に拘はらず建造物、汽車、電車、艦船、鐵坑以外の物を焼燬したる罪	二七
四九	貨貸、買入等の名義を以て他人の住居する建造物を焼燬したる罪	二七
五〇	戸主現に其の住居の建造物を焼燬したるべき處分	二七
五一	火災保險に附したる建造物を焼燬したる罪	二七
五二	放火者所有者の従犯なりし場合	二七
五三	犯人が所有主を教唆して放火せしめたる場合	二七
五四	他人が所有主を教唆し又は所有主が他人を教唆して放火せしめたる場合	二七
五五	所有主他人と共に放火したる場合	二七

**第九章 放火及び失火の罪**

五五	放火犯の豫備を罰する所以	二八
五六	失火の罪	二八
五七	放火、失火に準ずべき罪	二八
<b>第十章 溢水及び水利に関する罪</b>		
五八	溢水及び水利に関する罪	二九
五九	溢水の罪に死刑を科する所以	二九
六〇	現に人の住居に使用し又は人の現在する建造物、汽車、電車、鐵坑以外の物に溢水せしめたる罪	二九
六一	過水溢水の罪	二九
<b>第十一章 往來を妨害する罪</b>		
六二	往來を妨害する罪	三〇
六三	鐵道標識の損壞、汽車、電車の往來妨害の罪	三〇
六四	燈臺、浮標の損壞、艦船往來の危険を生ぜしめたる罪	三〇
六五	汽車、電車の顛覆、破壞、艦船の覆没、破壞の罪	三〇

六六	汽車、電車の顛覆、破壞、艦船の覆没又は破壞したる者の罪	三〇
六七	過失に因て往來を妨害する罪	三〇
<b>第十二章 住居を侵す罪</b>		
六八	住居を侵す罪	三一
六九	皇居、禁苑等に侵入したる罪	三一
<b>第十三章 秘密を侵す罪</b>		
七〇	信書開披の罪	三一
七一	身分職業に依りて秘密の委託を受けたる者秘密漏泄の罪	三一
<b>第十四章 阿片煙に関する罪</b>		
七二	阿片煙の輸入、製造、販賣の罪	三二
七三	阿片煙吸食の器具の輸入、製造、販賣する者の罪	三二
七四	税關官吏阿片煙に関する罪	三二
七五	阿片煙吸食者の罪	三二

七六	阿片煙又は阿片煙吸食の器具所持者の罪	二六
<b>第十五章 飲料水に関する罪</b>		
七七	飲料淨水汚穢の罪	二六
七八	公衆用の水道、水源を汚穢したる罪	二六
<b>第十六章 通貨偽造の罪</b>		
七九	通貨の偽造、變造の區別	二五
<b>第十七章 文書偽造の罪</b>		
八〇	文書偽造の罪	二五
八一	詔書等の偽造、變造罪	二五
八二	文書の變造	二五
八三	文書の行使	二五
八四	公務所、公務員の作るべき文書、圖畫の偽造、變造罪	二五
八五	公務員職務に關し文書圖畫の變造罪	二五
八六	公務員に虚偽の申立をなして不實の記載を爲さしめたる罪	二五

八七	偽造、變造の文書、圖畫の行使罪	二六
八八	他人の印章、署名を使用して文書、圖畫の偽造、變造罪	二六
八九	醫師公務所に提出すべき書類に虚偽の事項を記載する罪	二六
<b>第十八章 有價證券偽造の罪</b>		
九〇	有價證券偽造、變造の罪	二五
九一	偽造、變造の有價證券を人に交付又は輸入をなしたる罪	二五
<b>第十九章 印章偽造の罪</b>		
九二	御璽、國璽又は御名の偽造、不正に使用したる罪	二五
九三	公務所又は公務員の印章、署名偽造の罪	二五
九四	公務所の記號偽造又は不正に使用したる罪	二五
九五	他人の印章、署名の偽造又は不正に使用したる罪	二五
<b>第二十章 偽證の罪</b>		

九六	偽證罪構成の要件	二五
九七	偽證罪の減輕又は免除せらるる場合	二五
<b>第二十一章 誣告の罪</b>		
九八	誣告罪	二五
<b>第二十二章 猥褻、姦淫及び重婚の罪</b>		
九九	猥褻の行爲	二五
一〇〇	猥褻の文書、圖畫を頒布、販賣、陳列の罪	二五
一〇一	男女に對し猥褻の行爲をなしたる罪	二五
一〇二	強姦の罪	二五
一〇三	心神喪失、抗拒不能に乗じて犯せる姦淫の罪	二五
一〇四	姦淫罪を犯して死傷せしめたる罪	二五
一〇五	營利の目的を以て姦淫せしめたる罪	二五
一〇六	姦通罪	二五
一〇七	重婚の罪	二五
<b>第二十三章 賭博及び富籤に關す</b>		

一〇八	賭博	二五
一〇九	富籤	二五
一一〇	賭博罪	二五
一一一	富籤發賣、取次の罪	二五
<b>第二十四章 禮拜所及び墳墓に關する罪</b>		
一二二	禮拜所に對する罪	二五
一二三	墳墓發掘の罪を犯し死體、遺骨、遺髪又は棺内に設置せる物の損壞、遺棄、領得の罪	二五
一二四	死體、遺骨、遺髪、棺内に設置したる物を損壞、遺棄又は領得の罪	二五
一二五	檢視を経ずして變死を埋葬の罪	二五
<b>第二十五章 刑職の罪</b>		
一二六	公務員其の職務を濫用し人をして義務なき事を行はしめ又は行ふべき權利妨害の罪	二五
一二七	裁判、檢察、警察の職務にある者職務濫用	二五

の罪

- 一一八 賄賂收受、要求又は約束の罪 三三
- 一一九 公務員、仲裁人に賄賂の交付、提供又は約束の罪 三三

第二十六條 殺人の罪

- 一二〇 殺人罪一般の性質 三五
- 一二一 殺人罪の豫備の罪 三五
- 一二二 人を教唆若しくは自殺せしめたる者の罪 三五

第二十七章 傷害の罪

- 一二三 傷害の罪 三六
- 一二四 身體傷害に因り致死せしめたる罪 三六
- 一二五 傷害罪を助勢せる罪 三六
- 一二六 二人以上にて傷害したる罪 三六
- 一二七 暴行を加ふるも傷害せざる罪 三六

第二十八章 過失殺傷の罪

- 一二八 過失に因り人を傷害したる罪 三六

十

- 一二九 過失に因り致死せしめたる罪 三六
- 一三〇 業務上注意を怠りて人を死傷に致したる罪 三六

第二十九章 墮胎の罪

- 一三一 婦女自から墮胎したる罪 三六
- 一三二 婦女の囑託を受け又は其承諾を得て墮胎せしめたる罪 三六
- 一三三 醫師、産婆、藥劑師又は藥師商が婦女の囑託を受け又は其承諾を得て墮胎せしめたる罪 三六
- 一三四 婦女の囑託を受けず又は其承諾を得ずして墮胎せしめたる罪 三六
- 一三五 婦女の囑託を受けず又承諾を得ずして墮胎せしめ婦女を死に致したる罪 三六

第三十章 遺棄の罪

- 一三六 老幼、不具又は病者を遺棄する罪 三六
- 一三七 不法に人を逮捕又は監禁したる罪 三六
- 一三八 不法に逮捕又は監禁して死傷に致したる罪 三六

第三十二章 脅迫の罪

- 一三九 脅迫の意義 三六
- 一四〇 脅迫の罪 三六

第三十三章 略取及び誘拐の罪

- 一四一 未成年者を略取又は誘拐する罪 三六
- 一四二 營利、猥褻、結婚の目的を以て略取又は誘拐の罪 三六
- 一四三 帝國外に移送する目的を以て略取又は誘拐する罪 三六
- 一四四 略取、誘拐等の犯罪を補助する罪 三六
- 一四五 略取、誘拐の或る罪は親告罪たるの場合 三六

第三十四章 名譽に對する罪

- 一四六 名譽を毀損する罪 三七
- 一四七 死者の名譽を毀損する罪 三七
- 一四八 公然人を侮辱したる罪 三七
- 一四九 侮辱罪の親告罪たる所以 三七

第三十五章 信用及び業務に對す

る罪

- 一五〇 信用毀損、業務妨害の罪 三六
- 一五一 威力を用ひて人の業務を妨害したる罪 三六

第三十六章 窃盜及び強盜の罪

- 一五二 窃盜罪構成の要件 三六
- 一五三 窃盜罪は所有權奪取の罪に非ず 三六
- 一五四 窃盜の罪 三六
- 一五五 強盜の罪 三六
- 一五六 強盜の手段たる暴行脅迫 三六
- 一五七 暴行脅迫は強盜構成の元素たる所以 三六
- 一五八 強盜の豫備をなしたる罪 三六
- 一五九 窃盜の強盜を以て論ぜらるゝ場合 三六
- 一六〇 人を昏醉せしめて犯したる盜罪 三六
- 一六一 強盜人を死傷に致したる罪 三六
- 一六二 強盜婦女を強姦したる罪 三六
- 一六三 親族間に於ける窃盜罪 三六
- 一六四 電氣は盜取するを得るや 三六

第三十七章 詐欺及び恐喝の罪

- 一六五 詐欺の罪 三〇
- 一六六 他人の爲めに事務を處理する者自己又は第三者の利益を圖り本人に損害を加へたる罪 三〇
- 一六七 未成年者の知慮淺薄又は心神耗弱に乗じて財物の交付又は財産上不法の利益を得若くは得せしめたる罪 三〇

第三十八章 横領の罪

- 一六七 恐喝の罪 三〇
- 一六八 恐喝と脅迫との區別 三一
- 一六九 恐喝取財と脅取取財との區別 三三
- 一七〇 横領の罪 三三
- 一七一 遺失物、漂流物横領の罪 三三
- 第三十九章 贓物に関する罪 三三
- 一七二 贓物の收受、運搬、故買又は牙保の罪 三三
- 第四十章 毀棄の罪 三三

目次終

- 一七三 親族間に於ける贓物に関する罪 三三
- 一七四 公務所の文書毀棄の罪 三四
- 一七五 權利義務に係る他人の文書毀棄の罪 三四
- 一七六 他人の建造物、艦船損害の罪 三四
- 一七七 公務所用の文書、權利義務に関する他人の文書及び他人の建造物、艦船の毀棄、損壞を除く外の物の損壞又は、傷害の罪 三五
- 一七八 自己の物と雖も損壞又は傷害の罪を構成する場合 三五
- 一七九 他人の信書隱匿の罪 三五

刑法註釋

第一章 刑法

一 刑法の解

凡る法律は、其の目的に依りて、これを分つときは、公法、私法の二種となる。公法とは、國と國との關係、國と民との關係を定めたる法を云ひ、私法とは、民と民との間に於ける關係に就きて定めたるものなり。刑法は、國と民との關係を定めたるものなれば、公法の一類なりと云ふべし。

刑法とは、罪すべき行為及び之れに適用すべき刑を定めたるものなり。故に、人、此の刑法を目して、往々制裁法となし、他の法律に定めたる所に制裁を附して、人々をして之を遵守せしむるものなりとせり。蓋し此の論は、其の非なるを知る。凡る刑法には、



もとより刑法固有の規定の存するものありて、之れに制裁を附し、人をして其の固有の規定を遵守せしむるのみにして、他の法律に定めたるところの制裁を附するものにあらず。

凡そ刑法は、罪すべき行為及び之れに適用すべき刑を定めたるものなれば、これが如何を講究せんと欲するときは、刑法に於いては、如何なる行為を以て、罪となすべきや、又、如何なる法則に基づきて、其の刑の程度を定むるや、先づ此の二點につきて、これを講究せざるべからず。

#### 第一 刑法に於いて罪と爲すべき行為

凡そ刑法に於いては、如何なる行為は、これを罰し、如何なる行為は、これを罰せざるやと云ふに、これが講究をなさんとするには、社會刑罰権の本来に就きて、これが講究をなすの必要あるべし。若しこれを詳説せんとするときは、事甚だ長きに涉り、一朝一夕に説き盡すべからざれば、其の要點に就きて、大體を左に述べん。

古來社會刑罰権を論ずるもの甚だ多く、其の権利の本源を説くに於いては、諸説紛々として未だ一定せるものを見ず。然れども其の主義に至つては、約七種に區別することを得べし。先づこれを説かん。

第一 復讐主義 社會の未だ開けずして、混沌たるや、國に主權を有するものなければ従つて人民を保護するものなし。故に各自相互に親ら刑罰権を行ふの止むことなきに至れり。されば何人が此刑罰権を執行するや、是は、多くは被害者の親族、故舊にして其の主義の復讐にあることを免れざりしものなり。爾來人類の相集合して、社會をなし、従つて一國として存立する以上は必ず其の國に主權を有するものを生ずるに至つてや、各自の復讐主義は、頓に一變して社會復讐主義となりぬ。夫れ復讐主義は、正理の容れざる所、且つ此の主義を基礎として設けし所の刑罰は、多くは極めて慘酷たるを免れず、故に、今日又此の主義を主唱するものなきに至れるは、蓋し偶然にあらざるなり。

第二 契約主義 此の主義の主唱するところに依れば、社會刑罰權なるものは、社會公衆の契約に基づきて起れるものなりとの主義に出でたり。而して其の説は、分れて二派となる。即ち左の如し。

人類の未だ社會を爲さざりしときに當りてや、各自に於いては、いづれも皆これが防衛の權を有せり。後、社會を形成するに至りて、其の刑罰權の一部を之に譲れるものなり。故に、社會の刑罰を行ふところのものは、此の譲られたる所の契約に依りて、以て防衛權を行ふに過ぎざるものなりと。蓋し此の説は單に一個の想像に止りて、其の確乎不動の説と云ふべからざるものなり。何となれば此の社會を成すや、人類の相集合したるに因るものなれども、決して契約に基づくものにあらず、人の性は、群居交通するにあるを以ての故なり

第三 承認主義 此の主義の主唱するところに依るときは、苟も法を定めこれを知らる人々が、自からこれを犯さば、知りて而して犯せるものなれば其の刑罰を承認せ

るに基づくものなりと云ふにあり。然れども、此の説は、社會に刑罰權なることを證明するに足らざるなり。故に、其の説の非なるは、此にこれを論ずるの要なし。

第四 社會防衛主義 此の説の主唱するところに依るときは、凡る社會は、一個の無形人なり。人に天賦の防衛權あるときは、社會にも亦た此の權なかるべからず。若し此の社會秩序を維持するに就きて、防衛權なるものなきときは、恰かも、人に身體防衛の權なきものと等しく、遂ひに其の全たきことを得る能はざるに至るべし。故に社會に此の防衛權を有するは、天然の防衛權あるに依れるものなりと云ふにあり。さて此の防衛權の意義を味へば、防衛と全然其の趣旨の相異なるものにして、人を刑罰に處して、以て將來を警戒するにあるものゝごとし。故に、此の主義を解剖するときは、唯、社會刑罰權の問題を以て、社會防衛權の問題となせるに過ぎざるがごとし。而して其の權利を行ひ得べき理由に至りては、少しもこれを示さざりしなり。故

に、此の主義のごとく、他日再び同一の罪を犯すことあらんを顧慮するに過ぎざるがごとくなれば、其の處置たるや、極めて公正を失し、罪状の甚だ重きものも、其の數少なきものは、これを罰するに軽くすべく、之れに反して其の罪状の頗る輕きも、其の數の多きものに至りては、重く之れを罰せざるべからざるに至らん。豈に斯のごとき非理あらんや。

第五 純正主義 此の主義の主張するところに依れば、刑罰權は、純正なるものにして所謂善惡應報の理に基因するものなり。道德上に於ける惡は、これを責罰せざるべからず、又た、其の善とするところのものは、これを賞せざるべからず。苟しくも普通の人情にしては、惡を行なひて、心に罰を思はず、善を行なひて、心に賞を思はざるものは、未だ之れあらざるべし。故に、苟しくも惡を行なへる證跡あるものは、これを責罰して可なるものなりと云ふにあり。若し此の主義に依るときは、人心は、全く其の自由を失ふに至らん。是れ、道德に背くに於いては、假令社會の安寧秩序を害

せずといへども、直ちにこれを罰するに至れるものなればなり。此の説に依りて、一步を譲りて、社會に道德上の惡を責罰するところの權ありとなすときは、従つて善を賞するの義務ありとなさざるべからざるに至らん。是れ到底爲し得べきものにあらずればなり。

第六 公利主義 此の主義の主唱するところに依るときは、公利は、即ち法律たり、又道理たり。故に、公利のこれを命するに於いては、僅にこれを責むべきなきの行爲といへども、尙ほこれを嚴罰すべしといふにあり。然れども、此の主義に依るときは、大に非理不法たることを免る、能はざるに至らん。何んとなれば此の主義たるや法もなく、且つ理もなく、唯、公利是れ從がはんとするものにして、これを極端に論ずるときは、不幸も亦た公利の爲めに終ひにこれを罰して、意となさざるに至らん。豈に斯のごとき不法非理あらんや。今日此の説を主唱するものなき、蓋し偶然なら

第七 折衷主義

此の主義の主唱するところは依るときは、善悪應報の理を根據として起れるものにして、近世盛に行はるゝところ。嘗て『オルトラン』氏の説くところあり、既に其の要を盡したれば、こゝに之れを抄譯することゝすべし。

『オルトラン』氏曰く、天道は、善に福し、淫に禍するものなり。夫れ善悪應報は、理の當然なるのみならず、吾人々類の感覺に於けるも、正邪曲直の行爲は、各々其の類に従ひて、其の報を受くるを見て、心こゝに始めて平なるに至るべし。然れども、是れ罪者必罰の理を現はすのみにして、社會のこれに干渉し、刑罰の程度を定め、これを當行する所以を明らかにすること能はざるものなり。故に、社會に此の權ある所以の理を明かにせんと欲するときは、社會は、他人を害せざる以上、其の秩序を維持し、安寧を保護するの權あること、人々各自此の權あるがごとしとの一事を以てせざるべからざるものなり。

されば、何故に如上の理由を知るや、今ま之れが證明をなすに當たりては、こゝに社會と犯罪人との問答を假想して、其の如何を示めさんとす。犯罪人問ふて曰はく、『汝何故に我れを撃つや』。社會之れに答へて曰はく、『汝、自からこれを招致せるものなり』。犯罪人又た問ふて曰はく、『汝、何故に手を下だすや、何人か、後に裁判をなし刑を當行するを命せしや』。社會は、之れに答ふるに、如何なる言辭を以ねてせんとするや、若し之れに答ふるに、『我が秩序を維持し、以つて安寧を保護せんがために外ならざるなり』との理由を以つてするときは、即ち其の刑罰權のあること極めて充分に之れを證明し得べきものなりと云ふべし。秩序維持、安寧保護の言辭は、完全無缺なりと謂ふべし。之れを要するに、純然たる正義は、罪者必罰の理を示めし、秩序を維持し、安寧を保護するの權は、社會に刑罰權あるを證するものなり。

されば、以上述べたるところに依りて、實際上に於いて、緊要缺くべからざるところの結果を得るに至らん。即ち社會刑罰權の基礎、一たびこれを證明せらるゝときは、

此の權は、所爲に關し、何れに起りて、何れに終るべきものなりや、即ちこれを罰すべき行爲の性質限界及び之れに當つべき刑の性質、限界は、自から之れを證明すべきものとす。故に、此の主義に従ふべきときは、其の行爲の如何を問はず、道徳に背き、兼て社會の安寧秩序を害するものにあらざれば、之れを罰すべからざるものなり。之れを要するに、行爲と刑罰とを定むるは、宜しく不正に陥り、無要に涉ることなかるべきものなりと。是れ其の主要なり。

以上説くところを區別するときは、當に左の三項に歸すべし。

- 一 社會は、道徳に背反するところの行爲に於いては、大小の別なく悉く之れを罰するの權なし。
- 二 社會は、道徳に背反するの行爲にあらざれば、之れを罰することを得ざるなり。
- 三 社會は、道徳に背反するの行爲といへども、社會を害するにあらざれば、

之れを罰することを得ざるものなり。

以上説くところの各主義中に於いて、折衷主義は、最も秀でたる説として聽くことを得べしといへども、國家刑罰權の基礎は、國家の必要と、破法者の責任とより生ずるものなりとの理由の最も簡短にして、了解し易きに如かざるものなり。

凡る國家の安寧を維持し、社會の秩序を保有せんとするには、之れを妨害するものあるときは、之れが責罰をなさざるべからざるは、當然のことなればなり。若し否らざれば國家の安寧を維持すること能はず、社會の秩序を保有すること能はず、是れ、破法者をして之れに刑罰を加へしむるの必要に迫らるゝものなればなり。

以上のごとく、國家は、法を設け、之れを破る者をして刑罰を被らしむるの必要あり。然れども、吾人は、國家より其の刑罰を受くるの必要ありや、即ち之れが責任ありや、否や、若し吾人に其の責任なきものなりとすれば、國家は、破法者に責罰を加ふるの必要に迫らるゝといへども、之れが實行をなすことを得ざるべし。故に、之れが責任を受

けざるべからざるの必要ありや、否や、先づこれより研究せざるべからず。  
 凡る人類には、自由、善悪の觀念及び辨別心の三者を具有す。即ち自由とは、之れを爲  
 さんことを欲すれば爲し、爲さざらんことを欲すれば、之れを爲さざるを云ひ、善悪の  
 觀念とは、此の事は、善なり、彼の事は、悪なりとて、其の善と悪とを判断するを云ひ、  
 辨別心とは、善を善なりとし、悪を悪なりとし、其の是非、曲直を辨別する心情を云ふ。  
 されば、苟も人類にして、之れを有するものは、其の行爲に對しては、必ず之れが責任  
 を免るゝこと能はざるなり。

斯くのごとく論じ來たるときは、國家刑罰權は、必要と責任とに基くものなることを知  
 るに足らん。故に、國家は、法を設け、且つこれを犯すものを責罰するの必要あるべし。  
 吾人は、法を遵守して、之れを犯さざるの責任あるものなり。然るに、法に背くものあ  
 らんか、其の刑罰を受くるは、當に其の然るべきところなり。

第二 刑の程度を定むるには、如何の法則に基づくや

此の問題を解決せんと欲するときは、刑の程度は、公益を害するの大小、輕重に依るべ  
 きか、公益を害するの大小、輕重と、道徳に背くの淺深とに依るべきか、先づ之れより  
 探究せざるべからず。凡そ刑罰は、社會命令權の應報にして、之れを施行するに必要な  
 るの度を以て、刑罰の程度となすべく、彼の人の得て知ること能はざる道徳上の責罰の  
 度を探究するがときは、之れを顧慮するに及ばざるものなり。  
 之れに由りて、之れを考ふるときは、刑法は、社會命令權の施行に必要な度を以て、  
 刑罰の程度をなすものなり。

第二章 法例

二 法例の解

法例とは、刑法の適用に關する例則を云ふ。即ち之れを換言せば、刑法は、如何なる行  
 爲に就きて、之れが適用をなすべきや、又、既往、將來如何なる時に於いて、之れを適

用すべきものなるかを定むるものなり。

凡る刑法に於いては、事、時、地及び人の四者なるものは、刑の適用に就きて、相互に牽連して離るべからざるものなり。故に、刑法なるものは、地に屬すべきや、將た人に屬すべきや、即ち犯罪地の内外を論せず、日本國民の犯罪につきて、之れを支配すべきや。又犯罪人民籍の内外を問はず、日本國の領土内にありて、犯したるところの罪を支配すべきものなりや、若くは此の二者を併せて支配すべきものなりや。是等に就きては法例中に於いて、之れを規定せられたり。是は、本文に於いて、之れを規定せらるれば、こゝに略しぬ。

### 第三章 犯罪

#### 三 犯罪の定義

犯罪の定義は、其の見地よりするときは、二様に解釋することを得べし。即ち一は、立法

上よりするもの、一は、刑法の下に於いてするもの、是れなり。立法上よりして之れが定義をなすときは、國家の秩序を紊り、社會の安寧を害するものは、皆、これを犯罪となすことを得べしといへども、若し刑法の下にありて、之れが定義を下すときは、國家の秩序安寧を害する行為は、之れを以て、直ちに罪なりと云ふことを得ざるなり。されば、其の定義如何と云ふに、

刑罰の制裁を附し、法の禁止せる行為にして、且つ權利の實行にあらざるもの、之れを犯罪と云ふ。

此の定義に依りて、見解を下すときは、犯罪たるものには、必ず、諸要素なからざるべからざるなり。

- 一 只、一の行為なること。
- 二 法の禁止したる行為なること。
- 三 右に背違せるものに科するに、刑罰を以てすること。

四 權利の實行にあらざるいふ。

四 行犯と不行犯

行犯と不行犯とを區別するに就きては、如何なる利益ありや、先づこれを左に述べん。

一 行犯には、犯意ありといへども、不行犯には、概ね犯意なし。

二 行犯は、其の罪重しといへども、不行犯は、概ね輕し。

三 行犯とは、法律の禁止したるところのものを行ふものを云ふ。窃盜、強盜、誹毀、姦淫等の罪のごとき、皆、法律の禁止したる行爲を行ひたるものにして、所謂行犯是れなり。

四 不行犯とは、法律の命じたる行爲を行はざる罪なり。例へば囚人を拘禁せるが之れが看守の任にあるもの、其の看守を怠りて、之れを逃走せしめたるもの、ごとき其の一例なり。

五 即時犯と繼續犯

一 即時犯 是は、犯罪の成立と、もに終局するものにして、其の一例を擧ぐれば

殺人、傷害、強盜等のごとき、即ち是れなり。又、不行犯を以て、之れが一例を擧ぐれば、證人、鑑定人等のごとき、其の命せられたる證言、又は、鑑定をば故なく肯せざる罪のごとき、即ち即時犯なり。されば、強盜のごとき、將た強盜のごとき、何を以て、之れを即時犯となすや。是れ他なし、此の罪は、人の所有物を盜取

すると同時に、犯罪の成立するものなればなり。而して其の盜取したる物件を有するごときは、罪の成立するに就きて、何等の相關するごころ之れなければなり。

又、重婚の罪のごときは、即時犯なり。是れ法律の罪とするごころのものは、重ねて婚姻をなしたる所の行爲にあるを以て、配偶者たるの常態にあらざるに依るものなればなり。

二 繼續犯 是は、犯罪の成立したる後に於いても、尙ほ多少の時間、其の繼續せらるゝものを云ふ。例へば、不法監禁のごとき、一たび之れを監禁するも、之れを放た



ざる以上は、其の監禁中に於いて、之れが繼續をなすものなるがとき、即ち是れなり。自己の直系尊屬に對して、扶養の義務を缺たる罪のとき、皆、繼續犯なり

三 區別上の利益 以上の如く、即時犯と繼續犯との區別をなすは、如何なる利益ありや、之れを左に掲げん。

い 繼續犯は、如何に永く繼續すといへども、歸する所一個の犯罪行為たるに過ぎざるなり、故に、併合罪の例に依ることを得ざるは勿論なり。之れに反して、即時犯は、其の犯罪と同時に終局するものなるが故に、永續すること能はざるものなり。故に數回これを犯すときは、併合罪の例に依りて、之れを處斷するものなり。

ろ 即時犯は、犯罪と同時に、公訴時効の期間を起算すといへども、繼續犯は、其の終局の時より起算す。

は 繼續犯は繼續の日數によりて、本刑に加重する場合ありといへども、即時犯に

ありては、繼續するものにあらざれば、斯くのごとき場合なし。

#### 六 繼續犯に似て非なるもの

是は、連續犯なるものにして、其の犯罪行為の目的及び決心が、唯一に出づるもの、而して其の同種の行為をば、數回行ふところのものを云ふ。其の一例を擧ぐるときは今日貨幣を偽造し、明日も亦偽造し、明後日、明後々日を連續して行ふところのもの、如き、即ち是れなり。折も此の行為にありては、意思の繼續するものなりといへども、犯罪たる行為は、少しも間斷なく繼續するものにあらざれば、繼續犯と同一に視ることを得ざるや、自から明瞭なるべし。

#### 七 有意犯と無意犯

一の行為の犯罪たるは、犯人が、之れを撰擇し、以て爲さんと欲して、之れを行ひしが爲めに外ならず。然れども、唯、其の犯法の事實のみを以てして、犯罪たるものなきにあらざるなり。例へば過失傷害の罪、失火の罪のとき、即ち是れなり。前者は、之れ

を有意犯とし、後者は、これを無意犯とすることができ、其の一例なり、

されば、有意犯と無意犯とを區別するは、如何なる利益ありや、有意犯の場合に於いては、犯意は、犯罪構成の原素となるものにして、若し之れなからんには、其の罪は、成立せざるものと云ふべし。之れに反して、無意犯の場合にありては、犯法の事實の存在する以上は、其の罪の成立するに至るものなり。之れを要するに、其の二者を區別するところの利益に至りては、犯罪の成立するや、否やを知るの點に存在すと云ふべし。

八 単行犯と慣行犯

之れを區別するときは、左のごとし。

一 單行犯 一回の行爲が、直ちに罪となるべきものを云ふ。其の公訴時効の期間は、犯罪の日より起算するものとす。

二 慣行犯 平常同一の行爲を行ふがために、始めて罪となるものを云ふ。其の公訴時効の期間に就きては、最終の日より起算するものなり、此の犯罪は、もと罪のな

らざる行爲の數多相重なりて、始めて罪となるべきものなれば、法理上其の終局の日より之れが期間を起算するは當然のこと、思はるればなり。

九 現行犯と非現行犯

現行犯と非現行犯とを區別するは、罪の性質上よりするものにあらずして、其の犯罪の發覺したる時期によりて、自から生ずるものなり。且つ之れが區別をなすは、手續上に於いて最も利益あるものなればなり。然れども凡そ犯罪は、其の種類の如何を問はず、之れを行ふの當時にありては、いづれも現行犯なりといへども、之れを過ぐるときは、非現行犯となるべし。是れ發覺せる時期に依りて、其の區別を生じたる所以なり。されば、此の區別より生ずる利益如何といふに、概ね左のごとし。

一 現行犯の場合に於いては、何人といへども、其の犯人を逮捕することを得るものなり。之れに反して、非現行犯の場合に於いては、其の職權を有するものにあらずれば、之れを逮捕すること能はざるものとす。

二 現行犯の場合に於いては、令状は勿論何等の命令を待たずして、其の犯人を逮捕することを得べし。之れに反して、非現行の場合に於いては、否らず。

三 現行犯の場合に於いては、検事、司法警察官等は、臨機豫審の處分をなすことを得れども、之れに反して、非現行犯の場合に於ては否らず。

四 現行犯の場合に於いては、豫審判事は、検事の請求を待たずして、豫審に着手することを得るものなり、之れに反して、非現行犯の場合に於いては、否らず。

五 正當防衛權の實行は、現行犯たる場合に限れるなり。非現行犯の場合に於いては、否らず。

六 賭事、博奕をなすものは、現行犯にあらざれば、之れが處罰をなすことを得ざるものなり。

一〇 普通犯と特別犯

普通犯とは、刑法に規定したる犯罪を云ひ、特別犯とは、刑法以外の法律、命令を犯す

ところの罪を云ふ。例へば出版法、著作権法、治安警察法、新聞紙條例等、苟も罰則あるものを犯したるは、其の犯罪、皆、特別犯となすものなり。

今普通犯と特別犯との區別をなすによりて、其の利するところのものは、左のごとし。

一 普通犯に於いては、此の刑法の總則を適用するものなり。之れに反して、特別犯には、之れを適用すること能はざる場合あり。

二 普通犯に於いては、何人といへども之れを犯すことを得べし。之れに反して、特別犯に於いては、或る特別の身分を有するものにあらざれば、之れを犯すこと能はざるものなり。

三 特別犯に於いては、刑法の併合罪、累犯加重の例を適用せられざるもの多々あるべし。

一一 犯罪の能働體と受働體

今之れを區別するときは、左のごとし。

一 犯罪の能働體 是は、犯罪の加害者たるべきものにして、人類に限れること勿論なり。鳥獸、虫魚のごときは、如何に人類を害するといへども、之れに責罰を加ふることを得ざるべし。是れ是等の種類は、善惡を識別し、且つ之れが撰擇をなすべき能力を具有せざるに依ればなり。然らば、市町村、會社のごとき無形人は法律上に於いて、有形の人と同一の權利、義務を有するものなり。然れども、財産上の必要より生じたるものなれば、其の財産上の範圍外に於いては、有形人と同一の責任あるものにあらず。故に、茲に注意を要するは、市町村のごとき會社のごときに於いては、無形人たるものなるを以て、刑法上に於ける犯罪者たることを得ざるものなり。然れども法律は、其の代表者の行ひたる犯罪行為に對しては、もとより有形人と同一の責罰を加ふるは、勿論なりとす。

二 犯罪の受働體 是は、犯罪に於ける被害者を云ふ。故に、權利上に於いて、損害を受くるものに限れること、言を俟たず。故に、魚鳥獸のごときは、之れが受働體

たることを得ざるものなり。斯くのごとき云ふときは、人の飼養せる牛馬を殺すも、犯罪の受働體とならざるものなれば、之れを罰することを得ざるにあらずやとの疑問も出づるならんと思へば、老婆心までに一言せんに、是は、決して否らず、其の被害者は、魚鳥獸にあらずして、其の所有者に屬するものなれば、即ち財産上の權利を侵害せられたるものなれば、其の被害者を保護する點よりして、罰すること論を俟たず。

されば、犯罪の受働體なるものは、只、生存しつゝあるところのものに限れるが如く聞ゆといへども、決して其の否らざるを知るに足るべきことあり、即ち未だ出生するに至らずして、母體の内にあるもの、既に死去したるが如きも、之れが被害者たることを得べし。然れども、法人のごときは、身體を有せざるものなれば、身體に對する罪の被害者たることなきは、言を俟たず。

## 二 行為と犯意

犯罪の行爲は、換言せば、死人と被害者との中間にある橋梁にして、其の行爲の性質によりて、罪様を異にするものなり、今其の關係を述べんに、犯意とは、犯罪行爲をなすところの故意を云ふ。故に、其の犯罪には、すべて此の故意あるものなかるべからず。若し之れに反して、故意なき行爲に就きては、之れが犯罪を構成することなし。例へば、人の所有物を窃取せんとするの故意を以て窃取し、人を傷害せんとするの故意を以て、傷害したる行爲にあらざれば、窃盜罪、傷害罪を構成することなし。刑法第三十八條に依れば、『罪を犯す意なき行爲は之を罰せず但し法律に特別の規定ある場合に於いては此の限にあらす』と規定せられたり。是は、未成年者、心神喪失者、心神耗弱者、癡癡者の行爲を罰せざるは、多くは其の犯意なるものなければなり。

蓋し刑法は、他の法律と異にして、之れが根據を道德の上に置くこと多きものなれば、故意の有無によりて、其の犯罪には、大小、輕重の別あるなり。猪を撃つ目的を以て、發砲をなしたるに、過りて行人を殺し、又、過りて失火したるに、其の建造物を燒さ

たるがごとき、是等の行爲に就きては、もつこれを犯すの意思なきものなれば、道德上に於いては、罪とならざるべしといへども、法律は、又、其の結果、社會の秩序を害するのみなるときは、全然之れを無罪とすること能はざるものなれば、如上の但書を以て、『法律に特別の規定ある場合は、此限に在らず』と定められたる所以なり。

### 一三 罪本重かるべくして犯罪の當時之を知らざる場合

元來法律の上より論ずるときは、其の罪は、重しといへども、之れを犯すときに於いて、其の重きものなることを知らざる場合に於いては、重きに從つて處斷することを得ざるものなり。今其の一例を擧ぐるときは、甲者、乙者を殺さんとして、之れを遂げたり。然るに何ぞ圖らんや、乙者なりと思料したるものが、乙者にあらずして、自己の親ならんとは、元來親を殺すの罪は、大逆無道之れより甚だしきはなく、普通の殺人罪とは、其の刑を異にすといへども、甲者の意思に於いては、普通の人を殺すべく手を下したるものなく。故に、親を殺さんとして、これを殺したるものにあらざれば、之れを親を殺

したる罪に問ふことを得ざるものなり。刑法第三十八條第二項に「罪本重かるべくして犯すとき知らざる者は其重きに從て處斷することを得ず」と規定せられたるもの、即ち是れなり。

一四 既遂犯と未遂犯

此の兩者を區別するときは、左の如し。

- 一 既遂犯 犯罪たる行爲をなし終り、其の犯意を遂行し得たるものをいふ。刑法各條に規定せられたる犯罪は、いづれも皆既遂犯なり。
- 二 未遂犯 犯罪となるべき行爲につきて、未だ充分に爲し終らざる途中に於いて、止みたるどころの犯罪を云ふ。其の一例を擧ぐるときは、窃盜が、扉壁を踰越し、既に家中に忍び入りしときは、既に其の家人の目を覺ましたるを以て、其の目的を遂ぐることはざる場合のときは、即ち是れなり。

以上のごとく解説するときは、未遂犯なるものは、甚だ簡單且つ明瞭なるもの、と

としと雖も、未遂犯の中には、不能犯、缺効犯、中止犯等のとき種々なる迷ひ易きものあり、是等は、漸次後項に於いて解説せんとす。

一五 犯意

犯意とは、犯罪となるべき行爲をなさんとするの意思を云ふ。今其の一例を述べんに、父の讎を復せんがために、人を謀りて殺したるものありとせんか。其の人を殺さんとしたる意思に至りては、即ち之れを犯意と云ふを得べく、之れを殺害したるは、其の犯意を實行して貫徹したるものと云ふべし。而して此のごとく父の讎を復せんとしたる意思に至りては、犯因なりと云ふべし。故に、犯意にあらず。

如上に説示せるところの犯因なるものを究むるに、或ひは大に嘉すべきものあり。或ひは大に惡むべきものありて、其の情狀を按ずるに、敢て一定のものあるにあらず。其の犯意に至りては、罪の成立上、大に必要とするところのものあれども、犯因に至りては何等の關するところもなし。然れども、唯、酌量減刑の模様たるに過ぎざるなり。

一六 犯意缺乏の行爲

犯意の缺乏せる行爲は、法律上之れを不問に附すべし。何となれば、之れを罰するの要なきものなればなり。其の理由の大體を擧ぐれば左の如し。

- 一 犯意缺乏の行爲に付きては、人の故らに之れに習ふこと能はざるなり。
- 二 有意犯に於けるがごとく、毫も危険を與ふるの患なきものなり。
- 三 犯罪者の意思に於いて、悔悟且つ遷善せしむるの必要之れなきものなればなり。凡ろ以上のごとしといへども、一の例外あり、過失傷害の罪のごとき、失火の罪のごとき、即ち是れなり。是等の行爲は、其の過失たるや、稍大にして、社會に加ふるの害も亦従つて大なるものなればなり。其の之れを罰するや、之れが不注意を責め、以て注意を喚起せしめんが爲めに外ならず。

一七 犯意超過の場合

犯意を過超したる行爲につきては、如何に之れを決定すべきや。今其の例を擧げんに、

婦女を強姦したるに、之れがために死に致し、人を傷害したるに、之れがために死に致したる場合のごとき、即ち是れなり。此の場合に於いては、加害者は、婦女を強姦するの意思ありといへども、死に致すの意思なく、又、傷害するの意思ありしも、死に致すの意思なきや、明かなり。されば、斯くのごとき死に致したる場合に於いては、犯意なきものなりと論断することを得べきや。否、加害者に於いて、其の結果を生ずることを豫知することを得べく、又、豫知せざるべからざるものなるごときは、其の責罰を蒙ること當然なればなり。故に、死に致したる點に就きて、其の責罰なしと断することを得ざるものなり。斯くのごとき論じ來たれば、豫知することを得べき結果なるか、又、豫知せざるべからざる結果なるかは、如何に之れを知るや、是は、もとより其の事實の問題に屬するものにして、裁判官の判断する所にあるものなれば、こゝに豫め斯くのごとくなるべしと論ずることを得ざるなり。

一八 罪となるべき事實を知らずして犯したる者

罪となるべき事實を知らずして犯すとは、此の事は、法律上何等の罪をも構成するものにあらざるべしとして犯したるものにして、例へば、有夫の婦たることを知らずして、姦通したる場合のごとき、是は、私通するの意思ありしといへども、有夫の婦と姦通するの意思ありしにあらず。故に、犯意のなきは、もとより明かなり。故に、之れを責罰することを得ざるものなり。

一九 犯罪が既遂に至るまでの順序

此の順序には、數個の階段あるものにして、此の階段を経過するにあらざれば、既遂と云ふことを得ざるものなり。即ち左の如し。

第一 發意 是は、罪を犯さんとするの意思にして、犯意の發生したるものを云ふ。

其の一例を挙げれば、甲者は、或る事故の爲めに、乙者を殺害せんと欲したるがごとき、即ち是れなり。

第二 決心 發意よりも一段進みたるものにして、前例に於ける甲者が、愈々乙者を

殺さんと欲し、其の意思を決定したるがごとき、即ち是れなり。

第三 定案 是は、罪を犯すには、如何にして之れを行はんか、其の方法を定むるものにして、決心より一段進みしところのものなり。前例に依りて、之れを證せんに、乙者を殺害せんとして、其の決心をなしたりしが、如何にして手を下さんかとして、其の方法例へば、短銃を用ふべきや、將た刀劍に依りて行ふべきや、其の手段方法を定むるがごとき、即ち是れなり。

第四 豫備 犯罪を實行するところの準備なり。前例に依れば、短銃を購求し、之れに銃丸を裝填するがごとき、即ち是れなり。此の豫備なるものは、第一より第三に至るまでの三階段とは、大に其の趣旨の相異なるものあるを知るべし。即ち前の三者は、唯、意思の動作に過ぎるものなれば、外部よりは、之れを窺知すること能はざるべしといへども、豫備の行爲に至りては、外部に現はるものにして、意思の行爲を發現したるものと云ふべし。



第五 着手 犯罪の實行に取掛るところのものを云ふ。前例に依れば、甲者は、彼の装填したるところの短銃を以て、其の銃口を乙者に向けて、將に引金を外して、一發の下に銃殺せんとするがとき即ち是れなり。

第六 實行 既に犯罪となるべき行爲を行ひたるを云ふ。前例に依れば、甲者は、乙者を銃殺したるがとき即ち是れなり。

第七 既遂 犯罪を實行して、其の生せしめたるところの結果を云ふものにして、犯罪の既に完成したるものを云ふ。前例に依るときは、銃丸は、乙者に命中し、之れが致命傷となりて乙者の死去したる場合のとき、即ち是れなり。

以上のごとく論じ來たれば、犯罪の既遂に至るには、必ず右のごとく七個の階段を経ざるべからざるがごとく思はるゝも、是は、絶對的七個の階段あるにあらざるなり。加之或る場合に於いては、此の七個の階段は、間々顛倒せらるゝことあるべし。例へば、定案のなき場合もあるべく、豫備のなき場合もあるべく、又、定案ありして決心に至る場

合もあるべし。宜しく是等に就きては、其の如何を講究すべし。

二〇 犯罪の發意を罰せざる所以

罪を犯さんとする意思の發生したる場合、即ち發意なるものは、法律上之れを罰することを得ざるものなり。何となれば、唯、其の惡意の發生したるまでにして、未だ行爲に現はれざるものなればなり。凡そ犯人を責罰するは、社會の安寧秩序を維持するのみに於いて、妨害となるの故なればなり。然るに、單に犯罪の發意のみを以てしては、些少の害だも社會に與ふることなきものなれば、之れを責罰するの必要なければなり。當に其の之れなきのみならず、假令一旦惡意の發生することありといへども、一たび願慮して良心に制せられ、之れがために消滅するものあることなれば、之れに責罰を加ふることあるべからざるや勿論なり。

二一 決心と定案を罰するを得ざる所以

犯罪をなさんとして、之れが決心をなし、且つ其の方法手段のごとき、孰に一定したる

場合に於いて、之れを罰すべきや否や、是は之れを罰すべからざるなり。何となれば、是れ亦發意と等しく、未だ其の行動を發現せざるものなればなり。假令極惡無道の意思を發したりといへども、之れを行動に發現せざる以上は、之れを罰すべからず。是れ行為に現はれざればなり。

法律上に於いて、決心及び定案の二者は、其の責罰を受くるにあらざるは原則なり。此の二者にして、意思の外部に現はれたる場合、即ち之れが如何を公言したる場合といへども、亦之れを責罰することなし。例へば我れは、人を殺さんと決心したり、依りて白刃を揮ふて、其の人を街路に要撃せんと欲すと公言したる場合のごときは、聞く人をして畏怖せしむることありといへども、未だ之れを以て、社會に害を與へたるものと云ふべからず。されば社會に害を與へざるものをも罰すべしとするときは、却て社會の安寧を害するの恐あるべし。此の二者の意思を發生したりといへども、良心に制せられて、之れを止むことあり。此の場合に於いても、之れを罰すべしものなりとするときは、實

行せざるにも尙且つ罰せらるゝものなれば、寧ろ實行して其の刑罰を受くるに如かずとの念慮を生せしむることなしと云ふべからず。若し斯くのごとくなるときは、公安を維持せんとするがために設けたる法律は、却て公安を害するに至るやも未だ測るべからざるなり。是れ即ち決心と定案の二者は、之れを罰すべからずとせる所以なり。

決心及び定案は、法律上に於いて、之れを罰せざるは、以上説くところのごとしと雖も、之れに例外ありて、之れを罰する場合は、刑法上明かに之れを定む、即ち第七十八條に曰く、『内亂の豫備又は陰謀を爲したる者は一年以上十年以下の禁錮に處す』と。是れ即ち決心及び定案を罰するものなり。何故に内亂罪に限りて、之れを罰するやと云ふに、内亂なるものは、事、重大に涉り、其の危険の甚だしきものあればなり。

### 三三 豫備の行為を罰せざる所以

法律の原則に依るときは、豫備の行為は、之れを罰せざるなり。然れども一の例外あり、抑も豫備なるものは、犯罪成立の順序、階段上に於いて、始めて之れが行為に現はるゝ

ものにして、之れを稱して、一の行爲と云ふも敢て妨げなきまでに進行したるものと謂ふべきなり。然れども、尙ほ之れを罰せざる所以のものは、良心の制するところとなりて、之れがために、犯罪の實行を中止するものなれば、其の利益と、社會が、之れに向つて、未だ制裁を加ふるの必要あらざるとに依りて然るなり。

豫備の行爲を罰せざるは、以上のことと理由あるに依るものなり。若し之れに反して、豫備の行爲をも、尙ほ且つ之れを罰すべきものとすれば、犯人となるべきものをして、これが實行に勉めしむるものと云ふも、何の不可か之れあらん。換言せば、豫備の行爲だも罰せらるゝものなれば、寧ろ實行して、これが責罰を受くるに如かずとの觀念を懐かしむることなきやも測り難ければなり。

### 二三 着手未遂犯

着手未遂犯とは、犯罪の實行に着手し、之れを遂げんとして、未だ遂げざるところのものを云ふ。此の未遂犯には、三要件を具備せざるべからず、若し此の三要件なくんば、

之れを以て未遂犯となすべからざるなり。其の要件は左のごとし。

第一 犯罪の實行に着手したる事。

第二 犯罪者にして若し其の實行を止めんと欲するものなるときは、之れを止め得べきこと。

第三 自ら其の犯罪の實行を止めたるにあらずして、意外の障碍のために、其の實行を遂げ得ざりしこと。

元來未遂犯なるものは、其の場合、甚だ少なからず。動もすれば、豫備に止まるがごときものをも、未遂犯と誤まるがごとき場合なきにあらざるべし。其の一例を擧ぐれば、甲者ありて、乙者を銃殺せんと欲し、銃砲を携へて、乙者を其の通行すべき途上に要し以て其の來たるを待ちしが、警察官の巡回し來たるに際し、之れがために怪まれんことを恐れて遁逃したり。斯くのごとき場合に於いては、之れを未遂犯と云ひ得べきや、如何と云ふに、未遂犯と云ふことを得ざるなり。されば、此の場合に於いては、未だ犯罪

の實行に着手したるにあらざるを以て、着手未遂犯となすことを得ざるものなり。然るときは、右の場合に於いて、若し甲者が、乙者の來たるを見て、其の方向に向つて、銃口を差し向け、將に發砲せんとしたりしが、自から願みるところありて、之れがために發砲することを見合せたり。此の場合に於いては、之れを未遂犯とすべきやと云ふに、否らざるなり。何となれば、自から發砲すべきこと、即ち自から其の實行を中止したるものにして、意外の障礙のために遂行し得ざりしにあらざればなり。

若し右の場合に於いて、自から中止することなく、機の熟するを見て發砲し、其の目的を遂げんとしたりといへども、機未だ熟するに至らず、且つ乙者の來たりしかば、將に發砲せんとするに臨みて、他人の此に來たれるあり、遂に其の妨ぐるところとなりて、之れを遂行することを得ざりし場合のごとき、之れを以て、純然たる未遂犯と云ふべきものとす。此の場合に於いては、三個の要素は、之れを具備するものなれば、正に是れ未遂犯なりと云ふことを得べし。

#### 二四 着手未遂犯を罰すると否との分界

此の着手未遂犯は、豫備より更に一階段の進みたるものにして、其の目的は、行爲の上に現はれ、其の實行に至るまでは、僅少の差あるのみにして、所謂間、髪を容れざるの間に於いて、意外の障礙に依りて、其の目的を遂げ得ざりしものなり。故に、法律は、之れを罰すべきものとせり。是れ其の社會の安寧を保持するの上に於いて、危険なること言ふべからざるものあるを以ての故なり。然れども着手未遂犯は、法律に於いては、絶對的之れを罰すべきものとなさず、或ひは之れを罰することあり。

#### 二五 實行缺効犯

犯罪となるべき行爲を實行したりといへども、其の効果の空しきものを云ふ。即ち遂げ得らるべき方法を以て、犯罪となるべき行爲を實行したりといへども、其の豫期したる所の結果を生ぜざるもの、即ち是れなり。

抑も實行缺効犯と着手未遂犯とは、其の效果の全く相生せざる點に於いては、共に同一

なりといへども、實行と着手との相異なるものあり、然れども、我が刑法に於いては、共に之れを未遂犯と稱し、以て其の區別をなさざるなり。故に、刑法に於いて、單に未遂犯とある場合には、實行缺効犯及び着手未遂犯の二者を包含するものたることを了得せざるべからず。

さて、實行缺効犯には、之れに要する三要件あり、苟も此の三要件にして具備せざるものなるときは、實行缺効犯と稱することを得ざるものなり。三要件は、左のごとし。

一 犯罪となるべき行爲を實行したること。

二 犯罪となるべき行爲をば、遂げ得べき方法に出でたること。

三 犯罪の結果を生せしめんとしたるも、其の結果を生せざりしこと。

今一例を擧げて、其の如何を示さんとするに、甲者は、乙者を銃殺せんと欲し、銃口を向けて彈丸を發射したりしが、甲者は、其の術に拙劣にして、彈丸は、ために命中するに至らず。之れを稱して、實行缺効犯と云ふ。蓋し其の術に精通したるものならんには、

其の效果を生すべきことは、殆疑ふべからずといへども、拙劣の爲めに、其の效を奏せざりしが故なり。是れ即ち前に述べたりし三要件を具備するものなればなり。

二六 不能犯

不能犯とは、犯罪を實行したりといへども、自己の錯誤によりて、其の結果の不能に屬するものを云ふ。今其の例を擧ぐれば、左のごとき四個の場合あり。

第一例 甲者、乙者を殺害せんと欲して、甲者が、乙者なりと信じて、偶像に發砲したるときのごとき、即ち是れなり。又甲者が、乙者の既に死亡したるときのごとき、即ち是れなり。此の場合に於いては、前者は、犯罪の目的物の存することなく、後者は、其の目的物は、存すといへども、殺人罪を構成すべき要素を缺くものなり。是れ二者ともに不能犯にして、學理上之れを稱して、目的物より來たるごころの絶對的不能犯と稱す。

第二 甲者は、乙者を毒殺せんとして、之に與ふるに毒藥を以てしたり。然るに、此の毒藥は、自認したるものなれども、其の實、毒藥にわらざりしなり。斯くのごときものを服用せしめたる場合に於いては、是は、方法より來たるごころの絶對的不能犯と稱す。

第三 甲者は、乙者を銃殺せんと欲し、乙者が、彼の一室に居るなるべしと自信して發砲したりしに、乙者は、其の室に居らずして、他の室内に在りしを以て、之れがために其の目的を達することを得ざりしなり。之れを稱して、目的物より來たるごころの關係的不能犯と云ふ。

第四 甲者あり、乙者を毒殺し得べしと自認して、之れに毒藥を興へたりしが、其の分量の僅少にして、其の效果の空しかりしときのごとき、之れを稱して、方法より來たるごころの關係的不能犯と稱するなり。

### 二七 不能犯を罰せざる所以

不能犯は、之れを罰せざるやと云ふに、絶對的の不能犯は、其の方法より來たるものごころの目的より來たるものを問はず、之れを罰することを得ざるものとす。是れ蓋し犯罪の物體又は其の方法自身に能力なきものにして、如何に其の目的たる犯罪を遂げんとするも、到底之れを能くすること能はざるものなればなり。然れども、關係的の不能犯に至りては、之れを論斷すること頗る困難にして、學說多くして、其の歸着するごころを見ずといへども、之れを要するに、罰すると云ふと、罰せざるごころに在るのみ。今其の罰せざると云ふ論者の説に依るときは、絶對的の不能犯は勿論、假令關係的の不能犯といへども、等しく是れ不能犯にして、之れに刑罰を充當するは、其の道理に戻るところのものなればなり。故に之れを罰することを得ずと云ふ。又之れに刑罰を充當すると云ふ論者の言ふ所に依れば、關係的の不能犯は、法律上之れを不能犯と稱するもの、其の行爲たるや、純然たる未遂犯にして、到底其の刑罰を免るゝことを得ずと云ふにあり。今此の二者の所論を比較するときは、其の懸隔するごころ、

霽壤の差あるべし。然れども、之れが斷案を下すは、予のごとき淺學者の憚るところなりといへども、強て其の孰れが適當なるべきやを言はしむるときは、刑罰を當行するものとなすに左袒せずんばならず。何となれば、犯罪の目的の資格ありて、其の方法と手段とに至りて、其の當を得るときは、決して實行し能はざるものにあらざるなり。畢竟これが遂行をなさざるものは、遂行せざるにわらず。遂行すること能はざるに出づるものなればなり。是れ其の刑罰を當行する道理に適合したるものと云ふを憚らざるものなり。

## 二八 中止犯

此の中止犯なるものは、總て四個に分つことを得るものにして、即ち左のごとし。

一 犯罪行為に着手したりといへども、自己が、任意を以て、之れを止めたるがごとき即ち是れなり。今其の一例を擧ぐれば、短銃に彈丸を裝填し、之れを以て正に發砲せんとしたりしが、顧るところありて、中止したる場合に於けるがごとし。

二 犯罪行為を實行せんとして、既に之れに着手したりといへども、自己が、任意に之れを止めたるもの。今其の一例を擧ぐれば、人を殺害せんとして、既に其の隻手を切斷したりといへども、顧みるところありて、之れを中止したる場合のごとし。

三 犯罪行為を實行し終りたりといへども、被害者の或る行為あるにあらざるときは、未だ其の効果を生ずべからざる場合に於いて、自己が、任意に、或る新なる方法を以て、其の行為を中止したる場合。例へば、甲者ありて、乙者を殺さんことを欲し、或る食物の裡に毒藥を混じて、之れを乙者に勧めたりしが、乙者の未だ之れを食せざるに先き立ちて、顧るところありて、其の食物を投棄したるがごとき即ち是れなり。

四 犯罪行為を終りたりといへども、別個の手段を用ひて、其の當然生ずべきところの効果をば、自己が、任意に中止したる場合。例へば、甲者が、乙者を殺害せんと欲し、之れに毒藥を服用せしめたるに、自から顧みるところありて、更に解毒劑を

服用せしめ、以て其の生命を保全せしめたるがごとき、即ち是れなり。

以上列擧せるところに依れば、いづれも其の方法、手段こそ異なる所あれ、法律に於いては、之れを罰すべからざるものとせり。今、法理上より之れを論究するときは、其中止するに至るまでは、確かに犯意のあるものにして、之れが行爲あるものなれば、之れを處罰すること當然の事にあらずや。然るに之れを罰すべからずとするときは、犯罪後の行爲に依り、犯罪を消滅せしむることを得ずとの原則に背戻するものあるに至らん。然れども之れに制裁を加へんには、法律は、犯罪者の改悔の良心を拒絶し、全力を注ぎて、其の目的を遂げしむるものと云ふべし。是れ之れを罰せざる所以にして、即ち政界上より出でしものなるべし。

中止犯を罰せざること、前述のごとしといへども、中止前の行爲にして、犯罪を構成することあり。其の一例を擧ぐれば、財物を竊取せんとして、人の邸宅に潜入し、方に箆筒の抽斗を開きたりしも、俄に良心の制するところとなり、其のまゝ去りたる場合のご

とき、是は、窃盜の未遂犯として、之れを問ふことなしといへども、家宅侵入罪を以て論せらるゝが如き、即ち是れなり。

## 二九 國事犯と非國事犯

國事犯とは、一國政治上の事を侵害する犯罪を云ふ。其の他のものによりては、總て非國事犯なりとす。彼の朝憲を紊亂し、政體を變更し、邦土を僭竊し、政府を顛覆せんとして之れを目的となし、以て内亂を起したるものごとき、即ち國事犯なりとす。されば、此の二者の著るしく相異なる點を擧げんに非國事犯の罪人に就きては、國家相互に其の引渡しを爲すは、國際法上の原理に基くものなりといへども、國事犯にありては、否らす。

## 第四章 刑

### 三〇 刑罰の目的



刑罰は、犯罪者に苦痛を興ふるものにして、國家の安寧秩序を維持せんがために行ふ所のものなり。故に、其の目的とするところのものは、唯、國家の安寧秩序を維持するに止まるのみ。是を以て其の目的を達せんには、數多の條件を具備する刑なることを要するは勿論なり。

三一 主刑と附加刑の種類

主刑は左のごとし。

一、死刑。

二、懲役

三、禁錮。

四、罰金。

五、拘留。

六、科料。

懲役、禁錮には、無期有期の別あり、拘留には、唯、有期あるのみ。

附加刑は、唯、没収あるのみ。

三三 主刑の輕重

主刑の輕重は、死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料の順序に依る。若し無期禁錮と有期懲役とは、禁錮を以て重しとし、有期禁錮の長期、有期懲役の長期の二倍を越ゆることは、禁錮を以て重しとす。

又、同種の刑は、長期の長さもの、又は、多額の多きものを以て重しとし、長期又は多額の相同じきものは、其の短期の長さもの、又は寡額の多きものを以て重しとす。

若し二個以上の死刑又は長期若しくは多額及び短期若しくは寡額の同じき同種の刑は、犯情に依りて、其の輕重を定むるものあり。

三三 主刑

主刑とは、罪其のものと相對する所の獨立の刑を云ふ。而して主刑は、裁判宣告するものとす。是れ宣告せざるときは、其の刑名及び刑期を知ることを得ざればなり。凡そ刑には、其の期の長さものあり、又、短きものあり、故に之れが刑名及び刑期を宣告せざることは、如何なる刑に處せられ、其の期の長短を知ること能はざるものとなればなり。

### 三四 附加刑

附加刑とは、主刑に附隨して科するところの刑を云ふ、故に、附加刑は、主刑のごとく獨立することを得ざるものなり。依りて主刑なきときは、これを科することを得ざるや、勿論なり。其の目的とするところのものは、主刑の及ばざる所を補ひ、再犯を豫防するにあり。

抑も附加刑は、前にも述べたるがごとく、獨立して科することを得ざるものにして、左に記載したるものは、之れを沒收することを得とは、刑法第十九條に提出せられたる所なり。

- 一 犯罪行爲を組成したる物。
  - 二 犯罪行爲に供し、又は供せんとしたる物。
  - 三 犯罪行爲より生じ、又はこれに因りて得たる物。
- 以上掲ぐるところの沒收は、其の物犯人以外の者に屬せざることに限れるなり。(沒收に

就きて論すべき事多々あれば、本章後段に詳述す)

### 三五 死刑に屬すべき犯罪の種類

- 一 天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子又は皇太孫に對し、危害を加へ、又は加へんとしたる者 (刑法七三條)
- 二 政府を顛覆し、又は邦土を僭竊し、其他朝憲を紊亂することを目的として暴動をなしたる者は、内亂の罪を爲し、左の區別に従て處斷す
  - 一 首魁は死刑又は(以下節畧)。(刑法七七條)
  - 三 外國に通謀して帝國に對し、戰端を開かしめ、又は、敵國に與して帝國に抗敵したる者。(刑法八一條)

四 要塞、陣營、軍隊、艦船其他軍用に供する場所又は建造物を敵國に交附したる者。

### (刑法八二條第一項)

五 兵器、彈藥其他軍用に供する物を敵國に交附したる者。(刑法第八二條第二項)

六 敵國を利する爲の要薬、陣營、艦船、兵器、彈藥、汽車、電車、鐵道、電線其他軍用に供する場所又は物を損壞し、若くは使用すること能はざるに至らしめたる者。

(刑法第八三條)

七 火を放て現に人の住居に使用し、又は人の現在する建造物、瀝車、電車、艦船若くは鑛坑を燒燬したる者。(刑法一〇八條)

八 火藥、汽鐘其他激發す可き物を破裂せしめて第八八條に記載したる物を損壞したる者は、放火の例に同じ。(刑法第一一七條)

九 溢水せしめて現に人の住居に使用し又は人の現在する建造物、汽車、電車若くは鑛坑を侵害し、因て人を死に致したる者。(刑法第一一九條)

一〇 水道に由り公衆に供給する飲料の淨水又は其水源に毒物其他人の健康を害すべき物を混入し、因て人を死に致したる者。(刑法第一四六條)

一一 人を殺したる者。(刑法第一一九條)

一二 自己又は配偶者の直系尊屬を殺したる者。(刑法第二〇〇條)

一三 強盜、人を傷害して死に致したる者。(刑法第二四一條)  
先づ以上のごとくなるが、其の中に就きて、絶對に死刑に屬すべきものもあり、又、死刑若くは無期又は有期の懲役に處すべきもの等あり。

三六 死刑は、絞首して行ふと定めたる理由

死刑執行の目的は、犯人の生命を奪へば、之れを達するものなれば、往時のごとく残酷なる方法を用ひて、囚人をして無用の苦痛を被らしむべきにならず。故に、死刑を執行するには、囚人をして瞬間に落命せしめ、且つ其の苦痛の最も少なきものならざるべからず。是れ絞首して執行すべしと規定せられたる所以なるべし。

三七 死刑を公行せざる所以

死刑は、監獄内に於いて執行するものにして之れを公行せざるは、其の理由畧左のごとし

一 取締上の必要に基くがため。

二 世人をして絞首するを見るに慣れしむるときは、憐悪の念を生ずるの恐あるが爲め。

若し死刑を公行するとせんか、管に前記の事實のみならず、或ひは親族の情止む能はず、或ひは同志者の情、これを制すること能はずして、之れがために不良の企なさを保すべからず。加之世人は、常に之れを見て慣るゝときは、習性となりて、敢て死刑を恐れず、或ひは却て之れを名譽となすものあるも測るべからざるに至らん。是れ死刑を公行せざる所以なり。

三八 死刑執行の時期

死刑は、裁判確定と同時に之れが執行をなし得るや、否やと云ふに、司法大臣の命令あるにあらざれば、之れが執行をなすことを得ざるものなり。蓋し司法大臣に特赦を請ふの權あればなり、夫れ死刑は、一たび之れを執行したるときは、もはや、取消し得べからざるものなり。

らざるの刑なれば、充分の審査を盡し、若し其の犯罪者にして、情状の大に酌量すべき點あるときは、特赦を請ひて以て、罪と刑と不相當の憾なからしむべきものとす。故に死刑の裁判言渡の確定したるときは、刑事訴訟法第三百十八條に従ひて、検事より速に訴訟記録を司法大臣に差出し、其の命令を待つべきものとす。是れ刑法第十一條に、『死刑の言渡を受けたる者は其執行に至るまで之を監獄に拘置す』と定められたる所以なり。

三九 有期の懲役及び禁錮の長短期

有期の懲役及び禁錮は、ともに各々一月以上十五年以下とす。若し之れを加重する場合に於いては、二十年に至ることを得るものにして、之れを軽減するときは、一月以下に下すことを得るものなり。

四〇 拘留の期間

拘留の期間は、一日以上三十日未満とす。

## 四一 罰金完納に付き猶豫を興へたる所以

罰金を言渡されたるときは、裁判確定後三十日以内に納むれば可なるものなり。故に此の三十日以内に於いては、本人の承諾あるにあらざれば、留置の執行をなすことを得ざるものなり。是れ金刑として體刑に代ふることあらしめざる所以に外ならず。蓋し金刑は、或る特種の性質を有するものに科する刑にして、禁錮のごときものと差異あり。故に成るべく金刑を以て、體刑に代へしめざるにあり、加之、此の完納の期日に猶豫を興へざるときは、之れを完納し得らるゝ資力ありと雖も、或は其の場合に於いて、之れを果すこと能はざる事情もあるべし。是れ即ち其の猶豫を興へたる所以なり。

凡そ刑は、一身に止まるものたることは、法律の原則なり。而して罰金を即時に完納せしむるときは、貧困者は、自己一身の窮迫に陥るのみならず、之れがために家族等にまで痛苦を感せしめ、又は爲めに一家の活路を失ひ、妻子眷族の相離散するに至ることなきを保すべからず、故に之れが調達の期間を興ふるがために、斯くのごとく猶豫期限を

付したるものなりと論せらるゝ人あり。然れども是れ其の一を以て、未だ其の二を知らざるの論なりと云ふべし。今若し此の論者の言のごとくなるときは、獨り罰金のみならず、他の刑に於ける場合にも亦之れを適用せざるべからざれば、其の權衡を得ざるに至らん。若し赤貧の戸主が、體刑に處せられたるときのごとき、亦此の戸主に依らざれば、其の家族の饑餓に迫るものなしと云ふべからず。斯くのごとくならんには、一は、刑は、唯一身に止まるの原則に適ひ、他の一は、之れに相反するものと云ふべし。豈に斯くのごとき理あらんや。

## 四二 罰金を留置に換刑し其の期間に罰金を納めたるときは如何

此の場合に於いては、其の換刑執行済の日數を控除して、留置を免するものなり。凡そ罰金を以て、留置に換刑するは、萬止むことを得ざるところにして、蓋し法律の欲するところにあらず、故に留置の期限内に係るといへども、其の罰金を完納したるときは、直ちに放免せらるゝものなり。此の場合に於いては、罰金の全額と留置日數との割合に

従ひて、其の金額に相當する日數を控除して、其の金額を算出す。

#### 四三 罰金科料の完納猶豫期限に差等ある所以

罰金の言渡につきては、裁判確定後三十日以内、科料に就きては、十日以内は、本人の承諾あるにあらざれば、留置の執行をなすことを得ざるなり。而して罰金と科料との完納猶豫期限に就きては、斯くのごとく差異ある所以のものは、二者其の金額に多少の區別あればなり。即ち罰金は、二十圓以上、科料は、十錢以上、二十圓未満と規定せられたれば、其の金額の多き罰金を完納するには、資力の裕餘なきものに於いては、之れを調達すること難く、自から多少の日數なかるべからず、然れども、科料の金額は、少額なるを以て、之れが調達も、自から爲し易し。是れ二者其の期限に差異を設けたる所以にして、是れ當然の規定なり

#### 四四 没収すべき物

没収すべき物は、刑法第十九條に定められたるところにして、左に記載するもの限り

て之れを没収することを得るなり。

- 一 犯罪行爲を組成したる物。
- 二 犯罪行爲に供し、又は、供せんとしたる物。
- 三 犯罪行爲より生じ、又は、之に因り得たる物。

没収は、其の物犯人以外の者に屬せざることに限れるものとす。

犯罪の用に供したる物とは、罪を犯すに用ひたる物件、兩罪を構成するに用ひたる物にして、之れが物を確定するには、一の注意を要すべきことあり。是は。犯罪の用に直接に供したるもの、即ち是れなり。故に、間接には、正に供したる物といへども、之れを没収することを得ざるなり。今其の一例を擧ぐるときは、殺人罪を犯したるとき、其の用に供したる刀刃のごときは、當に犯罪の用に供したる物と云ふことを得べきも、其の刀刃をして鋭利ならしめんかために、之れか磨研をなす用に供したる砥石のごときは、之れを犯罪の用に供したる物と云ふことを得ざるなり。されば、今一步を進めて、此に

鐵棍ありとせんか、之れを用いて人を殺すは、到底其の器にあらず、故に、之れを砥石にて研ぎ刃を付けて、一の刀をなし、以て人を殺したる場合のごとき、若し砥石其の物なければ、此の器を作るべからざれば、研石は、非常に偉大なる働をなしたるに相違なし。然れども、砥石は、之れを要するに、其の器を作るの用に供したるまでにして、之れを以て、直接に害したるにあらず。故に、其の砥石は、假令如何なる働を興へたりといへども、之れを沒收すべきものにあらざるなり。

又、犯罪に因りて得たる物とは、犯罪其の者に依りて、得たる物件を云ふ。即ち罪を犯して之れがために直接に得たる物なり。例へば、強窃盜が、掠奪したる物のごとき、其の一例なり。蓋し其の盜品を販賣して得たる金員をも、尙ほ此の物を得べきか、否之れを以て、其の物と爲すことを得ず。是れ間接には犯罪に因りて得たる物と云ふことを得るも、直接に得たるは、犯罪に因りて得たるにあらず、盜品を販賣して得たるものなればなり。此の犯罪に因り得たる、とある其の得たるとは、獲得したるにあらず、之れを掌

握したるものなり。是れ犯罪に因りて、以て權利を得るの道理あるべからざるものなればなり。

#### 四五 沒收物の定義

單に物と云へば、或る物を指して云ふがごとしといへども、此の沒收すべきものに就きては、其の字義には、差異あることなし。即ち犯罪の用に供したる物と、犯罪に因りて得たる物のごときは、之れを財産と解釋すべきものとす。是れ吾人の所有し得べきものなればなり。

#### 四六 犯罪用に供したる物を沒收する理由

犯罪の用に供したる物を沒收するは、一は、犯人をして苦痛を感せしむるが爲めにし、一は其の危険を避くるに出づ。

凡そ犯人の所有物を沒收するは、即ち其の犯人の所有權を剝奪するものにして、之れがために苦痛を感せしむること、大なるものなればなり。故に、其の物にして、犯人の所

有にあらざるものは、之れが没收をなすことを得ざるものなり、而して此の物を没收せざるときは、犯人が、或ひは再び其の物を用ひて、以て再犯の恐れなきを保せず。是れ之れを没收する所以なり。

四七 犯罪に因り得たる物を没收する理由

犯罪に因り得たる物を没收するは、其の利得たるや、不正に出でたるものなればなり。即ち犯罪其の者に因りて以て不正の利益を得せしめざるにあり。

四八 没收は、其の物犯人以外の者に属せざる時に限れる理由

凡そ没收すべき物は、犯人をして苦痛を感せしむると、社會の危険を防ぐに外ならず。若し其の物が、他の人に所有権あるものならんには、假りに之れを没收することを得るとするも、犯人に對して、少しも其の痛苦を感せしむるに至らざるなり。加之、其の所有権が、犯人に存在するにあらざれば、其の物をば、所有者たる他人に返還せざるべからず、假令之れを返還すといへども、再び犯罪の用に供する憂なきものなり。然るに若

し其の所有権の他になるものをも、犯罪の用に供したるものなりとて、之れを没收するときは、其の所有者たるものが、犯人に關係なきにも拘はらず、之れが責罰を被るの境遇に陥るに至るべし。豈に斯くのごとき理あらんや。是れ其の没收すべき物は、犯人以外のものに屬せざることに限ると規定せられたる所以なりと云ふべし。

犯罪に因りて得たる物を没收するは、前にも述べたるがごとく、犯人をして不正の利得即ち其の罪を犯し、而して罪其の者より利得なるがごときことなからしめんがために外ならざるなり。若し其の物にして、他人の所有権なるものなるときは、其の所有者に返還せざるべからず。此の故に犯人をして不正の利得あらしむるの恐なし。尙ほ之れを没收するものとなすときは、罪には、何等の關係なき第三者にまで、刑罰を科するがごとき觀あるに至る。若し之れに反して、所有主なきの故を以て、其の物を犯人に返附するときは、犯人をして不正の利得あらしむるの患あり、今其の一例を擧げんに、他人の所有物を竊取せんとの目的を以て、邸宅内に忍び入り、一の品を竊取したりしに、豈に圖



らんや、其の物たるや、自己が、管て其の人に貸與したりしものならんとは、斯くのごとき場合に於いては、決して窃盜罪を構成せず。又、之れを以て、犯罪に因りて得たる物を看做すべからざるなり。

四九 拘留、科料は特定の外没收を科することを得ざる理由

拘留又は科料のみに該る罪に就きては、事體甚だ輕微なるものなれば、此の種の罪の犯人に對し、常に没收例を適用するの必要なし。是れ刑法第二十條に於いて、特別の規定あるにあらざれば、没收を科せざることを明定したり。

### 第五章 期間計算

#### 五〇 刑期計算法

凡そ期間を定むるに、月又は年を以てしたるときは、曆に従ふべしと規定せられたり。而して受刑の初日は、時間を論せずして、全一日として計算するものなり。故に、一ヶ

月の禁錮に處せられ、其の裁判確定し、監獄に入りたるは、例へば七月一日午後三時なりと假定せんか、其の入監したる七月一日は、午後三時よりなるを以て、全一日に満たす。然れども、之れを一日として算入するものなり。又刑期は、裁判確定の日より起算するに至るものとす。

#### 五一 期間の計算、曆に従ふ理由

一年は、曆に従ひて、計算するものと規定せられたるは、之れを要するに、刑期の計算の簡便なるに出でたるものならんと思はるゝなり。若し否らざるときは、甚だ手数を要し、錯雜を生ずるのみならず、たとひ平年は、三百六十五日、潤年三百六十六日にして、一日の差なりといへども、受刑者より之れを観るときは、誠に僅少の差にして、法律上に於いては、甚だ便利なればなり。

斯くのごとく陳ぶるときは、人或ひは言はん、假令一日の差異にして、誠に僅少なるに相違なしといへども、苟も自由を拘束するに至りては、實に忍ぶべからざるものなり。

故に曆に従ふことなくして、三百六十五日と定むべしと。此の説、敢て理なきにあらずといへども、一年の日数は、三百六十五日ありて、一定するものならんには、敢て論ずるまでもなしといへども、潤年のごときは、一日多きものなれば、今假りに之れを三百六十五日と定むるときに於いては、一年の刑に處せられたるもののごとき、潤年に際せば、一日早く放免せらるゝの觀あり、されば、之れを稱して一年と云ふべからず。故に、刑に従ふべしと規定せられたる所以なり

### 五二 刑の執行時期

刑を執行すべきの時期は、其の裁判の確定したる後に於いてすべきものとす。故に、裁判確定せざる間に於いては、之れを執行することを得ざるものなり。若し裁判確定前に於いて、之れが執行することを得るものとせば、其の被告人の自由をば害すること甚だしければなり。

### 五三 未決拘留の日数を刑期に計算する理由

刑法第二十一条に依れば、未決拘留の日数は、其の全部又は一部を本刑に算入することを得と定められたり。

抑も此の法制は、現時一般に學說の認むるところなり、蓋し刑事訴訟の進行中、被告人の拘留を要する場合極めて多し。稍、重大なる事件にありては、審理の日數久しきに亘り、未決拘留の日數も亦従つて長く、時に或ひは數年に亘ることありて、被告人の不幸、實に名狀すべからざるものなり。而して此の不幸を救済する方法は、即ち未決拘留日數の算入制にして、其の算入方法に二様あり、第一は、裁判所をして、適宜に未決、拘留の日數の全部又は一部を其の刑期に算入せしむる法制なりといへども、或ひは裁判官に専恣の舉措なきを保し難し。故に、斯くのごとく定むるは、宜しきを得たるものにあらざるが如しといへども、去りとして刑種、刑名に應じて、一定の割合を以て、之れを規定するがごとき、蓋し穩當なるべしといへども、却て煩鎖を來たすの患なきにあらざるべし。是れ之れを區分せざる所以なるべし。

## 第六章 刑の執行猶豫

## 五四 刑の執行猶豫を設けたる理由

夫れ犯罪必罰は、報復主義を採用する刑法の題目にして、報復主義を執る刑法は、既に  
 數世紀前の遺物に屬す。蓋し一國の刑法を設けて犯、罪を訴追し、之れが科刑をなすは  
 其の目的とする所、一に其の社會團體の秩序を維持するにあり。秩序維持に必要な限  
 度以外に犯人をして痛苦せしめんとするにあらず。即ち總ての犯人を必罰するにあらず  
 して、秩序の維持上、罰せざるべからざる犯人のみを罰するにあるものなり。所謂初犯  
 の短期囚のごとき、其の罪責の重要なものあるにあらず、又は、其の犯罪の憎惡すべ  
 きものあるにあらず。多くは是れ皆一時の愆情に誘惑せられて、終に刑律を犯すに至り  
 たるものとす。一旦其の犯行を終りて、事の既に發露するに至るや、自ら改悛の念慮に  
 驅られて、其の良心のごときも亦其の生命に復するものなり。然るに此の時に當りて尙

ほ法禁の違背すべからざるものなりとなして、之れに宣告するに法定の刑を以てし、其  
 の刑を執行せしめんとするは、所謂秩序維持に夫れ何等の効ありとする、況んや刑辭に  
 觸るゝことは、人生至大の汚辱なりと云ふべし。若し一たび此の大汚辱を受けて、之れ  
 を忍ばざるべからざりしとすれば、抑も何の汚辱か、之れを受くることを忍ぶべからざ  
 らん。罰すべきもの必要な犯人に其の刑を執行せしむるには、更に他の犯行を敢てす  
 る蠻勇を助長するに外ならざるに於いてをや、況んや、監と云ふもの、多くは是れ犯  
 罪研究學院たるに過ぎずして、一日入監するときは、一日犯罪術を講究す。罰する必要  
 なき犯人に刑を執行せしむるは、更に良教師の指導の下に、其の犯罪術を巧妙ならしむ  
 るに外ならざるに於いてをや。即ち短期刑を宣告すべき初犯囚に對し、特殊の恩典を附  
 與する法制は、先づ北米合衆國に始まりて、漸次各國學者の視聽を動かし、遂に白耳義、  
 フランス等の成例たるに至れるものなりといふ  
 刑の執行猶豫制を繼受し、短期の自由刑に處せられたる者に限り、一定の條件を附して、

一時其の刑の執行を猶豫することを得せしめられしものなり。此の法制に依れば、一方に於いては、犯人を罰して而して恕する所なく、一方に於いては、其の刑の執行を猶豫して而して犯人をして善良に遷らしむるを以て、犯罪必罰の法理の通用を必要なる限度に止めたるものと云はざるを得ざるなり。

#### 五五 刑の執行猶豫取消の場合

刑の執行猶豫を設けたるは、前項に於いて説示したるがごとくなるが、元來其の執行すべきものなるに、之れが猶豫をなしたるものなれば、或る場合に於いては、其の言渡を取消することあるべし。其の場合は、即ち左の如し。

一 刑の執行猶豫の期間内に於いて、更に罪を犯し、禁錮以上の刑に處せられたるとき。依りて罰金、科料又は拘留の刑に處せられたる場合に於いては、執行猶豫を取消することなし。

二 刑の執行猶豫を言渡される前に於いて、他の罪につきて、禁錮以上の刑に處さら

れたるとき。

三 前に禁錮以上の刑に處せられたることあるも、其の執行を終り、又は、其の執行の免除を得たる日より七年以内に禁錮以上の刑に處せられたることなき者を除き外、刑の執行猶豫の言渡前に於いて、他の罪に就き、禁錮以上の刑に處せられたることの發覺したるとき。

#### 五六 刑の執行猶豫の効力

刑の執行を猶豫せられたる者、其の言渡を取消することなくして、猶豫期間を経過したるときは、其の刑の執行は、永久に之れが免除をなすものとす。蓋し刑の執行猶豫の効力に關する法制は、二あり、一は、刑の言渡しの効力を消滅せしむるものにして、一は、刑の執行のみを免除するものなり。罰金刑に就きては、執行猶豫制を認めず。若し猶豫の効力として、刑の言渡の効力を消滅せしむとせば、比較的重き懲役又は禁錮に處せられたるものは、全然無垢の人たるを得る機會を有するに拘はらず、比較的輕き罰金

に處せられたるものは、何の場合といへども、其の言渡の効の消滅せしめて、全然無垢の人たるに途なし、豈に絶大の無理と云はざるべけんや。我が刑法に於ては、刑の執行猶豫を規定せられたりといへども、其の效力を制限して、以て無理に陥ることを避けた

### 第七章

#### 假出獄

##### 五七 假出獄

懲役又は禁錮に處せられたるものにして、改悛の状あることは、行政廳の處分を以て、有期刑に就ては、其の刑期三分の一、無期刑に就ては、十年を経過したる後、假りに出獄を許すことを得るものなり、

左に記載したる場合に於ては、假出獄の處分を取消すことと得るものなり。

- 一 假出獄中に於いて、更に罪を犯し、罰金以上の刑に處せられたるとき。

- 二 假出獄前に於いて犯したる罪に就き罰金以上の刑に處せられたるとき。

- 三 假出獄前に於いて、他の罪に就き、罰金以上の刑に處せられたるものにして、其の刑の執行をなすべきとき。

- 四 假出獄取締規則に違背したるとき。

假出獄の處分を取消したるときは、假出獄中に於ける日數は、すべて刑期に算入せざるものとす。

我が刑法に於いては、其の第三十條に、『拘留に處せられたる者は、情狀に依り、何時にても行政官廳の處分を以て、假に出場を許すことを得』、又『罰金又は科料を完納すること能はざるに因り、留置せられたる者亦同じ』とあり。夫れ既に禁錮及び懲役に就き、執行猶豫の恩典を附與したるものなれば、比較的輕き拘留にも、亦一種の恩典を附與せざることを得ず。故に、拘留の言渡を受けたる者に對しては、執行猶豫のことに複雑なる規定に依ることなく、何時にても行政上の處分を以て、其の執行と免除する

七十七  
ことを得るものと定めたり。又、罰金又は科料を完納し得ざるがために、留置せられたるものに對しても、是れ亦行政處分を以て、直ちに其の執行を免除することを得るものとせう。

## 第八章 時効

### 五八 時効を設けたる理由

時効を設けたる所以のものは、其の罪状は、年月ともに消盡し、社會が、既に之れを遺忘するを以て、刑を△行するの必要なものなり。若し舊惡を思ひ出して、刑を執行するがごときことあらんには、却て社會の安寧を破るに至らん。是れ即ち時効を設けたる所以なり。

訴訟法に於いては、之れを公訴の時効と云ひ、犯罪人が、検事又は地方警察官の逮捕を受くることなく、一定の歳月を経過したるときに於いて、公訴の免除を得て、再び引致

せらるゝことなきものなり。故に公訴の時効は、犯罪人が、未だ裁判の宣告を受けざる以前なることを要すといへども、刑の時効は、既に裁判の宣告を受けたる者、若くは刑期服役中逃走したるものなるを要す。故に、刑の執行を遁れるものが、を次項に列記する歳月を経過したるときは、更に青天白日の身となるものなり。

### 五九 主刑の時効の年限

時効は、刑の言渡の確定したる後、其の期間内、其の執行を受けざるに依りて、完成するものなく。

一 死刑は三十年

二 無期の懲役又は禁錮は二十年。

三 有期の懲役又は禁錮は、十年以上になりては十五年、三年以上になりては十年、三年未満は五年

四 罰金は三年

五 拘留、科料及び没収は一年。

六〇 時効中斷の場合

是は、左の如し。

- 一 時効は、法令に依り、執行を猶豫し、又は、之れを停止したる期間内に於いては進行せざるものなり。夫れ時効は、不法に刑の執行を免れたる者のために、之れを設くる者なれば、正當に其の執行を免れたる日数は、之れを時効期間に計算することを得ざるものなり。故に、刑の執行の猶豫若くは其の停止、又は、假出獄中に於ける日数は、之れを時効の期間に算入せざる旨を明確になしたるものなり。
- 二 時効は、刑の執行に就きて、犯人を逮捕したるときは、之れを以て、中斷の原因となすものとす。
- 二 罰金、科料及び没収即ち財産を徴収すべき刑の時効の中斷方法は、執行を爲どなしたるに因りて、中斷するものなり。是等の刑は、若し其の全數を分つて、數回に

分納せしめんとせば、未だ之れを完納せざる前、既に時効の成就する虞あるを以て是等の場合には、時効は、刑の執行を爲に因り、中斷せられ、従つて時効は、常に最後の執行を爲より更に其の進行を始むべきものと規定したり、

### 第九章 犯罪の不成立及び刑の減免

六一 犯罪の不成立

法令又は正當の業務に因り爲したる行爲は、之れを罰せずとは、刑法第四十五條の規定なり。例へば警察官吏が、人を逮捕監禁し、司獄官が、刑の執行をなし、若くは消防夫が、出火の際、人家を倒すがごとき、いづれも皆犯罪にあらざるなり。即ち是等の行爲は、無論犯罪の成立せざるものにして、格別之れを定むるの要なきがごとしといへども、之れを明定するにあらざれば、夫等の行爲といへども、又犯罪となるべきを以て、斯くのごとく規定せられたるものなり

## 六二 急迫不正の侵害に對し、自己又は他人の権利の防衛上不得止行爲

急迫不正の侵害に對し、自己又は他人の権利を防衛するが爲めに、止むことを得ざるに出でたる行爲は、之れを罰せずとは、刑法第三十六條に規定せられたり。例へば茲に暴漢ありて、抜刀を携へて、自己又は他人を斬らんとする擬勢を示し、以て自己又は他人が、將に行はんとするところの権利を妨害するに際し、其の権利を防衛せんかたために、止むことを得ずして、其の暴漢を傷害したる行爲のごとき、即ち本條の適用を受くるものにして、其の行爲につきは罰せられざるなり。

然れども、防衛の程度を踰えて、尙ほ之れを行ひたるときは、既に其の行爲は、防衛に出でたるにあらざるを以て、其の行爲に就きては、其の情狀の如何に因りて、之れが刑を減輕又は免除することを得るものなり。是れもと本條は、権利の妨害を防衛するを以て、其の主となしたるものなるに、其の防衛上、既に程度を踰れたるを以てなり。

## 六三 生命、身體、自由、財産に對する現在の危難を避くる爲めの行爲

刑法第三十七條に曰く、「自己又は他人の生命、身體、自由、若くは財産に對する現在の危難を避くる爲め止むことを得ざるに出でたる行爲は其行爲より生じたる害其避けんとしたる害の程度を踰ねざる場合に限り之を罰せず但其程度を超たる行爲は情狀に因り其刑を減輕又は免除することを得」又其の第二項に曰く、「前項の規定は業務上特別の義務なる者には之を適用せず」と定めたり。是等は、何れも危難を避けんとするの行爲にして、敢て人を害せんとするにあらざるものなればなり。然れども、其の罪を罰せざるは危難を避くる程度までにして、其の程度を超たる行爲なるときは、其の情狀によりて其の刑を減輕又は免除することを得るものとせり。

今其の例を擧げて示さんに、甲者あり、乙者の手を捕へ、之れに強いて兇器を持たしめ、甲者は、非常の力量を以て、乙者をして丙者を傷害せしめたる類のごとき、腕力を用ひて人の身體を強制し、乙者の意に反して、其の手足を使役したるがごとき場合に於いては、乙者は、更に罪を犯すの意なく、其の身體は恰も一の兇器に異なることなければ、



之れをし其のて行爲の責に任せしむべからざるや、勿論なり。故に、假令丙者を殺害したりといへども、其の行爲を罰せざるなり。

然れども、前例に依りて、丙者は、甲著の強制を受けて、一旦傷害をなしたるも、甲者の程制の終りたる後、尙ほ之れを傷害したるが如きは、其の程度を超へたるものなれば、此の場合に於いては、乙者は、其の情狀によりて、其の罪を減輕又は免除せらる。本條は、所謂正當防衛にして、正當防衛なるをのほ、危難を避くるがための手段に外ならざといへども、其の行爲のごときは、防止的のみにあらずして、更に進んで、對手人を攻撃することをも得る場合あり。例へば、山賊に出會ひ、自己又は他人を迫害して、財物を奪はんとするが如き場合に於いては、更に之れを斬殺することを得べきものなり。抑も正當防衛なるものは、自衛權を行使するがためのものにして、一般の場合ならんには、其の行爲を罰せざるものなり。唯、其の自衛權の行使につきて、條件を缺きたることに於いてのみ罪となるものとす。然れども、其の罪は、減輕又は免除せらるゝことあり。

されば、自衛權の行使に就きて、其の條件を列擧すれば、即ち左のごとし。

一 侵害は、必ず不正ならざるべからざるを要す。

彼より自己又は他人に加ふるところの侵害は、必ず不法の行爲ならざるべからざるなり。例へば船舶の難破したる場合のごとき、海中に陥りて、浮遊しつゝありしが、偶々一片の木材の流れ來たりしかば、二人が、之れに取り着きたるに、其の木材は、二人の身體を支ふるほどの大きなを以て、忽ち沈まんとせり。故に二人は、互に之れを専有せんことを争ひしが、遂に一人は、他の一人を排して、其の浮木を奪へたり。依て其の奪はれし一人は、遂に死し、自己は、生命を助くることを得たり。此の場合に於いては、彼より我に對する暴行は、法律上に於いて、不法の行爲にあらずるものなれば、我は、之れに對して、正當防衛なりとすることを主張すること能はず。

又、瘋癲、白痴者若くは辨別心のなきものが、我に向つて白刃を揮ひ、我を斬らんとするとき、我は、其の刀を奪ひて、彼を殺したらんには、之れを以て自衛權の行使なりと云ふことを得べきか、否、自衛權の行使なりと云ふことを得ざるものなり。何となれば、瘋癲、白痴若くは辨別心なき者の行爲は、犯罪にあらず、従ひて不法の侵害なりと云ふべからざればなり。

されば、危難を避くるがために、止むことを得ざるに出でたる行爲とは、如何と云ふに、強盜、抜刀を携へて、自己の家宅内に侵入し、我を迫害したり。若し彼の強迫に應せんか、財物を掠奪せらるゝなり。之れに反して、彼の請求を斥けんか、或ひは白刃立どころに我が生命に關すること起らざるにもあらざるべし。故に、忽ち其の刀を奪ひて、彼強盜を傷害したるがとき、即ち是れなり。

二 危難は必ず、現在ならざるべからざること。

凡そ危難は、現に今我が身體、生命、財産若くは自由に對して、迫り居るものなら

ざるべからず。故に、其の例を擧ぐれば、昨日、我は、毆打せられたるの故を以て今日、再び出會したりとて、之れを毆打することを得ざるなり。

又、人ありて、屢々我が門前を徘徊するを以て、彼は、必定今夜、我が家宅に忍び入りて、竊盜をなさんが爲めに、家宅内外の状況を窺ひ居るにあらずやとの、疑念を起したればとて、之れを逮捕、監禁することを得ざるなり。

以上掲げたる所の二例中、前者は、危難の説に經過し去りたるもの、後者は、危難の未だ來たらざる前にして、現在のものにあらざるを以て、之れに對しては、危難を現に避けんとするが爲めなりと云ふことを得ざるなり。

然らば強竊盜の贓物を持ち去るに際し、之れを取還さんが爲めに、強竊盜を殺傷するがときは、如何と云ふに、是は、財産に對する危難にして、自衛權の行使なりと云ふことを得べし。斯くのごとく論ずるときは、危難の既に經過し去りたる場合に於て、一見恰も現在にあらずして過去なるがごとしと雖も、尙は之れを以て自衛權

となすがごときは、如何と云ふものなきにあらざるべしといへども、財物を掠奪せられたるは、繼續せるところの危難なればなり。故に、自衛權の行使と云ふも妨げなし。

又、人の住居せる家に故なく侵入するものを防止するが爲めに、之れを殺傷する場合のごときは、是れ亦自衛權の行使なりと云ふべし。

### 三 防衛は止むことを得ざるに出でたるものなるを要す。

現に危難を避くるが爲めにする行為は、止むことを得ざるに出でたるものなるを要すべし。故に、他に之れを避くる途あるときは、自衛權の行使なりと云ふことを得ざるなり。又、危難の既に去りたるに、勢に乘じて、尙ほ暴行者に危難を加ふるがごときも、自衛權の行使なりと云ふことを得ざるなり。背後より竊盜を斬り附けたる行為のごときは、自衛權の行使にあらずと云ふ論者ありといへども、強ち背後より斬り附けたるの故を以て、自衛權の行使にあらずと云ふことを得ざるなり。彼

の贓物を取還さんが爲めに、背後より斬り附けたる場合、又は、竊盜の忍び入りたるを探知し、虚に乗じて、物陰より突然之れを攻撃すといへども、是れ竊盜を防止するが爲めには、又止むことを得ざるの行為にして、自衛權の行使なりと云ふことを得べし。之れを要するに、止むことを得ざるに出でたる行為なりや、否やは、事實上に於ける問題にして、時と場合に依りて、之れが判断をなさざるべからず。

### 四 自己又は他人の生命、身體、自由若くは財産を防衛する場合なること。

自衛權を行使するには、自己又は他人の生命、身體、自由、若くは財産に對する○難を防ずるに出でたる行為ならざるべからず。今是等各種の場合に於ける例を左に列擧して、之れが如何を示さんとす。

い 身體に對し、之れを傷害せんとするものなる場合に於いて、其の危難を避けんがために防止したる行為なる時、例へば自己を傷つけんとして、白刃を揮ひて身邊に迫り來たりし場合のごときもの、即ち是れなり。

る 生命に對し、危難を加へられんとするを避くるに出でたるものなるとき。例へば、甲者ありて、乙者を殺さんとして、將に抜刀を振りあげ、一撃の下に斬り捨てんとせる場合、即ち咄嗟の際、丙者は、甲者を懐き止め、其の白刃を奪ひて、傷害したるがとき、是他人の爲に、其の危難を免れしめんとするに出でたるがとき、即ち是れなり。

は 財産に對し、放火其の他暴行をなすものを防止するに出でたるものなるとき。に 盜賊を防止し、又は、盜賊を取還すに出でたるとき、

は 故なく人の住居したる家宅に入らんとするを防止するに出たるものなるとき。(以上は、に、はの場合に總て財産に對するものとす)。

五 不正の行爲に因りて、自ら侵害を招きたるものならざることを。是は、特に茲に論ずるまでもなかるべしといへども、簡單に其の一例を擧ぐるときは、自分は又最初彼を毆打したるがために、彼は、我を毆打せりとて、我は、自衛

權を行使したりと云ふことを得ず。

六四 危難に基く行爲

前にも述べたるがごとく、危難を避くるがためにせし行爲に就きては、其の罪を罰せざるを以て、原則となしたるが、さて、茲に一種の犯罪あり。

一 海洋に於いて、船舶の難破したる時、甲乙の両者は、海中に浮游しつゝありしが、將に溺死せんとせり。此の場合に於いて、二人は、海中に危る一木片に取り縋りて、之れを争ひしが、此の木片には、到底二人をして取り着かしむること能はず。若し之れに取り着かば、二人ともに溺死するを免れざるべし。是に於いてか、甲者は、止むことを得ず、自己の生命を保たんがために、乙者を排したるに、乙者は、終に溺死するの止むを得ざるに至れり。

二 甲乙二人の旅人、山中に於いて、ともに歩行したりしが、突然猛猪に出會したり。二人は、愴惶として岩窟の内に遁逃して潜み居たり。然るに、猛猪は、尙ほ洞

口に来たりて、頻りに旅人を害せんとするもの、ごとし。二人は、既に危難の身に迫れるを覺知したりしが、甲者は、猛猪の前に乙者を排擠したるを以て、乙者は、遂に猛猪の害を被り、甲者は、獨り身を以て免れたり。

三 出火に際し、財物を擔ぎ出さんとしたるに。露次は、極めて被隘なるのみならず、其の一方口なるに拘はらず、人ありて通行することを得ず。依りて止むことを得ずして、其の人を押し倒し、以て財物を出したりしが、數多の人に負傷せしめたり。

四 栗橋の大工頭梁と左甚五郎の二人は、日光の造營上、互に衝突を惹起し、栗橋の頭梁は、自己の弟子に迫りて、汝速に左甚五郎の頭を持ち來たるべし、否らざれば、汝の頭を受くべしと脅迫したるに、弟子は、頭梁の命令なり、止むことを得ずして、神橋の側に於いて、左甚五郎に斬り付くるに至れり。

以上四個の場合は、所謂正當防衛なりや、如何と云ふに、否らず。何となれば、此の四個の場合は、危難に向つて反抗する行爲にあらず、自己が危難を避けんがために、

不正人ならざるものに、却て危難を醸さしめたるものなり。然らば、是等の犯罪者は、其の本意にあらざる事犯をなしたるものなるを以て、犯意なしと云ふことを得るや、如何と云ふに、是れ亦犯意なしと云ふことを得ざるものなり。

以上掲ぐる所の第二の甲者は、故意に乙者を排擠して、猪猛の害に觸れしめたるにあらずや。唯、其の本意にあらずといふのみにて、犯罪たる事實を知らずして爲したる行爲とは、同一視すべきにあらざるなり。然るときは、其の本罪は、如何なる事犯なりやと云ふに、何れも刑法第三十七條に該當すべきものにして、其の行爲を罰せざるなり。

以上掲ぐるところの四個の場合に於ける行爲に對して、其の行爲を罰せず。又は減輕す定められたるものは、甚だ其の當を得ざるがごとし。殊に第二に於ける、又第四に於ける二個の場合のごときは、其の行爲は、大に憎むべく、法律は、大に不公平なるが如しといへども、深く之れを熟察するときは、前例四個の場合は、いづれも、身を殺して

仁を爲すにあらざれば、自己の生命又は財産を保護すること能はざる場合にして、此の事犯なからんとするには、少なくとも仁人君子の行爲となさざるべからず。法律は、各人に進めて、仁人君子たらんことを求むるものにあらず、第一、第二の場合は、其の事犯なからんとするには、兩人ともに死せざるべからず、兩人とも並死せんよりも、一人にても生存するを望むは、法律の精神なり。

又第四の場合は、之れを避けんとすれば、随分避け得られざるにあらず。然れども、薄弱なる普通人に於いては、到底之れを望むべきにあらず、然れども、本條の之れが行爲を罰せざるは、法理上、道理上之れあるべからず。蓋し社會政策上止むことを得ざるに出でたるものたらん。

六五 罪を犯すの意

罪を犯すの意とは、犯罪となるべき罪をなさんと欲するところの意思をいふものにして、之れに就きて注意すべきは、犯意、即犯罪をなすの意と犯因即ち罪を犯すの原因とを

區別せざるべからず。今之れが一例を示さんに父、嘗て人の爲めに殺害せられたり。今や、其の仇を知りて之れを殺したるもの、ごときは、其の人を殺さんとしたるは、即ち之れが犯意なり。而して之れを殺害したるは、其の犯意を貫徹したるものなり。然れども其の仇を報せんとしたる意思に於いては、之れを犯意となすべからず、宜しく之れを犯因とすべきものなり。而して其の犯意は、罪の成立上に於いて、最も必要なりといへども、犯因に於いては、少しも罪の成立に關せざるものなり。唯場合に依りては、酌量減輕のことあるのみ。

六六 未成年者刑事上に於ける責任

凡そ人の年齢を區別するは、刑法學上に於いて、之れを三大別となせり、即ち其の一は、幼年者にして全然其の識別心なき時期。其の二は、未だ識別心の有無の分明ならざる時期。其の三は、識別心の方に發達したる時期即ち是れなり。

斯くのごとく三大區別をなすといへども、其の分界は如何なる時期に於いて、一定するこ

とを得べきか、之れが判断をなすは、學者の最も苦慮するところにして、到底一定するところを得ざるべし。何となれば、其の土地の形勢、氣候、風土、人情及び各人は、性質に依りて、大に異なるものあればなり。氣候の温暖なる地に於いては、其の肉體の發達甚だ著るしく、従つて其の識別心も亦自から發達することの極めて速なるものなり。看よ、熱帶地方に於いては、男女十三四歳に至りて、相婚し、且つ子女を生むものなきにあらずやを。是等のものは、假令年少なりといへども、其の識別心に至りては、成年の人に於けると毫も相異なるどころなしと斷言するも、決して謬言にあらざるべし。されば、刑法上、幼年者に對する責罰は、其の國土の如何に依りて、大に差異あるを知るべし。

今強て、其の年齢に於ける分界を定めんとするときは、其の一は、識別心の有無を以て、全然之れを事實の問題となし、以て承審官に其の判断を一任するものを云ひ、他の一は、無責任の時期を推斷して、之れを法律に規定し、以て承審官の一任になさるるにあり。然れども、此の二者はともに何れも其の極點主義たることを免れざるものなり。若し之れを

事實の問題となして、承審官に一任せんか、人各々其の意思の相異なるあり、甲者は、之れを認めて、識別心ありとすといへども、乙者は、否らすとなすの場合なきにあらざるなり。斯くのごとくしては、到底均一の裁判に出づること能はざれば、之れが判決を被るもの、幸不幸を生ずることあるべし、自から明かなり。故に、其の無責任の時期を推測して、法律に規定したる、即ち我が刑法のごとき、夫れ或ひは完全に庶幾からんか。

我が刑法に依れば、其の第四十一條に於いて、十四歳に満たざるもの、行爲は、之れを罰さざるべしとされり。之れに由りて、之れを考ふれば、十四歳未満のものにして、識別心なくして、罪を犯すといへども、之れを罰せざるものなり。是れ十四歳以上に達するときには、之れが辨別心ありとするを以て、其の原則となしたるものなればなり。然れども、絶對に之れに據りがたき場合なきにあらず。即ち或ひは、無教育のために、或ひは疾病等のために、其の是非善惡を辨別するの精神を有せざるもの、ごときは、之れを無責任となさざるを得ず。是れ其の犯罪構成の原素たるもの、缺乏するものに向つて、刑罰を科すること

と能はざるものなればなり。而して是等心神の發達の充分ならざるものに就きては、刑法第三十九條に之れが規定あり。

六七 瘖啞者に對する刑法上の責任

瘖啞者とは、如何なるものを云ふや。口之れを言ふこと能はず、耳之れを聽くこと能はざるものを云ふ。然らば假令成年者といへども、事物の是非善惡を識別すべき精神の之れなきものなり。故に、是等のもの、犯罪に就きては、き法上に於いては、之れに責罰を加へざることゝなしたり。

凡そ瘖啞者は、耳聽くこと能はず、口言ふこと能はざるものなれば、是は、其の固有の性質なり。然れども、方今教育の進歩するに従ひ、是等の徒をして學習せしむることを得せしむるの道、漸次開發し、之れを誘導して、以て其の識別心を生ぜしむることを得るものなれば、一概に之れを以て、其の責任なしと斷定することを得ざるものゝことと雖も、教育の有無に依りて、之れを區別するがときは、極めて煩雜なるのみならず、元來瘖啞

者は、前述のごとく不具の性に生れたるものなれば、之れが行爲を罰せざることゝなしたり。然れども、若し教育を受けたるものにして、識別心ありて犯したるものなりとするときは、其の刑を減輕することゝなしたれば、裁判官に於いて、それが審訊をなすに一任したり。

六八 心神喪失者の行爲の責任

心神喪失者とは、人類固有の是非、善惡を辨別する心なきものにして、其の行爲は、法律之れを罰せざるは、刑法第三十九條の規定するところのものなり。されば、心神喪失者が、人を殺害するがときは大兇惡も、自己に於いて、其の惡事たることを辨別する心神の之れなきものなれば、之れを罰せざるは、當然のことゝ云ふべし。

されば、心神喪失者とは、如何なるものを云ふや、其の一例を擧ぐれば、白痴即ち生れながらにして、是非善惡の辨別心の發育不完全のもの、瘋癲即ち是非善惡の識別心ありたるも、或る原因のために、之れを失いたるものゝとき、即ち是れなり。



抑も心神喪失者の法律上の責任に於けるや、民法に於いては、禁治産者が、心神を喪失せざるべきに於いて行ひたる契約といへども、之れを無効となすを以て原則となしたり。然れども、刑法に於いては、否らず。假令現今發狂したるものといへども、其の犯罪の當時に於いて、心神の喪失したるものなること、判然したる限りは、之れを以て、其の責任なしと云ふべからざるものなり。故に、其の原因の如何なるものなるかに論なく、犯罪の當時に於いて、是非を辨別するの精神なきものは、それに科するに刑罰を以てすることを得ざるなり。是れ此の犯罪を構成するに、其の要素たるべき辨別心なきのみならず、犯意及び自由の二要素をも具備せざるを以てなり。故に、其の最も注意すべき點は、犯罪の當時に於ける精神の有無に關するものならざるべからず。

#### 六九 自首減輕を與ふる要件と理由

刑法第四十二條に據れば、罪を犯し、未だ官に發覺せざる前、自首したるものは、其の刑を減輕することを得と規定せられたり。されば、犯罪者の自首するものに向つて、何故に

其の刑を減輕するや、之れを分解するときは、五個の理由あることを發見するに至るべし。即ち左のごとし。

- 第一 無辜を罪するの恐を防ぐの上に於いては、大に利するところあり。
- 第二 吾人をして心を安んぜしむるの利あり。
- 第三 犯人をして悔悟の念を起さしむるの理あり。
- 第四 犯人をして刑罰を免れしむるの恐なきの利あり。
- 第五 捜査及び其の他の犯罪に付きて、要するところの無用の費を節減する所の利あり。凡そ右等のごとき利益あるを以て、それに減輕を與ふるは、又當然のことと云ふべきものなり。

さて、自首減輕を與ふるには、之れに具備せざるべからざる要件あり、之を左に列記して解説せん。

- 一 事の未だ發覺せざるものなることを要す。

二 官に自首したるものなることを要す。

右第一の場合に於いては、犯罪者の何人たることを知るを得ざる前にして、其の犯罪事件の發覺したると、否らざるかを問はざるものなり。而して其の發覺とは、事件の發覺にあらざるや、言ふまでもなく、官署又は被害者に於いて、犯罪者の誰たるべきことを知るを云ふ。

第二の場合に於いて、官とは、告訴、告發を受理すべき官署を云ふ。即ち検事局及び警察官署を指す。故に、若し此の告訴、告發を受理すべき権なきところの官署に向つて、自首をなすといへども、少しも其の效力なきものなり。然れども、茲に一の例外あり、財産に對する犯罪に就きては、被害者に首服するときは、官署に自首したるものと同一の效力を有するものとせり。例へば窃盜罪を犯したる場合に於けるがごとく、其の犯罪者が、被害者に對して、自己が、姦盜をなしたるものなりと首服するがごとく、即ち是れなり。以上の解説に依るときは、自首減刑には、三の要件あることを知るに足らん。之れを擧ぐ

れば、即ち左のごとし。

第一 自首する者、自ら官に出頭するか、又は其の居所を明かにし、官をして直ちに之れを逮捕することを得せしむるを要すること。

第二 事實の申立をなすこと。

第三 事の未だ發覺せざるものなるを要すること。

さて、右第一の條件に就きては、本條には、固より何等の明文も之れなしといへども、自から自首の言中に包含するや、明かなり。故に若し遁逃して其の所在を明らかにすることなく、自から書面を以て、其の犯罪の顛末を自首するがときは、眞の自首にあらざるなり。

蓋し自首なるものは、自己が、自から官署に出で、犯罪の事實を告白し、之れが悔悟の情を表し、且つ官をして、容易に罪を斷じ、罪を執行することを得せしむるの效あるものなれば、之れを以て、減刑の模様となしたるものなり。故に、陽に其の罪を自首すといへ

り。第二の條件も亦法律上に明文を存せずといへども、其の自首の若し不實なるときは、眞心悔悟の情を表して、其の罪を自首したるものにあらず。即ち其の罪にあらざる他の事項を自首したるものとす。故に、其の罪を宥恕するの原由となること能はざるや、特に説示するまでもなかるべし。然れども、其の自首したる所と、裁判言渡に掲ぐるところと異なりといへども、若し其の罪犯者に一點の悪意だも之れなからんには、尙ほ自首を以て、之れを論せざるべからざるなり。今其の一例を示さん、受寄の財物を費消したるもの、誤りて人の物品を盗みたりと信じ、自己が、窃盜を犯したりとて、之れを自首したるときのごとき類、即ち是れなり。又、幾分か、犯罪者に悪意ありといへども、罪を組成すべき元素たらざる事實を偽りたるときに於いても亦相同じきものとす。今其の一例を擧げんに二種の物品を竊取したる自己は、唯、其の一種を盗みたりとて自首したる場合に於ける類、即

ち是れなり。

第三の條件に就きては、法に明文の嚴然として存するものありといへども、之れに就きては、第一、事未だ發覺せざるとは、罪となるべき事件の未だ發覺せざるを云ふか、將た、罪を犯したるもの、何人なるべきやの發覺せざることを指せるや、又其の發覺とは何人に發覺するを云ふや、先づ此の二點につきて、之れを講究せざるべからず。

或る論者之れが解釋を下して曰く、事未だ發覺せざるとは、犯罪事件の未だ發覺せざるを云ふものにして、犯罪事件と犯人との發覺せざるを云ふものにあらざるなり。故に、其の犯罪事件の既に發覺したる限りに於いては、其の犯罪者の何人なるか、未だ發覺せずといへども、之れが自首の效あるものにあらざるなりと。此の説たるや、正に本文を直讀したるものなりといへども、法律の精神は、斯くのごとくならずと信ず。蓋し自首減輕の例を設けたる所以のものは、前にも解説したるがごとく、犯罪者の悔悟と、官の煩勞及び費用を省くと、犯罪無罰の憂を防ぐと、無辜冤罪に陥るの弊を救ふとにあるや、

既に明白なりと云ふべし。今其の犯罪事件は、既に發覺したりといへども、其の犯罪者の何人なるか、未だ發覺せざるに當つて、自から其の罪を自首するも、少しも犯罪者の悔悟を表することなしとするか、決して斯くの如き理あらんや。又、犯罪事件は、既に發覺したりといへども、其の犯罪者の何人たること、未だ發覺せざるときは、尙ほ官に於いて、犯人を搜索するの煩勞あるや勿論なり。加之、之れに就いては、尙ほ費用をも要すべし。且つ其の他犯罪無罰の憂あるべし。或ひは無辜冤罪に陥るの恐なしとせず。故に其の公益を害するや、蓋し鮮少ならざるべし。然るに、犯罪者が、出で、官に其の罪を自首するに於いては、其の煩勞及び費用を省き、且つ其の他の弊害に就きては、之れを救ふに足るべし。是を以て、此の場合といへども、尙ほ自首をして其の效あらしめ、以て之れが罪を減輕せざるべからざるものならん。

發覺とは、前にも述ぶるがごとく、告訴、告發其の他の原由によりて、官に於いて、其の犯罪者の何人たることを發覺せざる限りは、自首の效あるや、勿論なり。然るに前に首したるときは、其の刑を減輕せらるゝものと解すの妥當なるを信す。

## 第十章 未遂罪

七〇 刑法に於いて、未遂罪を罰する場合

未遂罪は、犯罪の實行に着手し、之れを遂げざるものにして、其の刑を減輕せらるゝものなり。此の未遂罪は、其の場合左のごとし。

第七十七條 政府を顛覆し又は邦土を僭竊し、其他朝憲を紊亂することを目的として暴動をなしたる者は内亂の罪と爲し左の區別に従つて處斷す。

- 一 首魁は死刑又は無期禁錮に處す
  - 二 謀議に參與し又は群衆の指揮を爲したる者は無期又は三年以上の禁錮に處し其他諸般の職務に従事したる者は一年以上十年以下の禁錮に處す。
  - 三 附和隨行し其他單に暴動に干與したる者は三年以下の禁錮に處す
- 前項の未遂罪は之を罰す但前項第三號に記載したる者は此限に在らず
- 第八十一條 外國に通謀して帝國に對し戰端を開かしめ又は敵國に與して帝國に抗敵したる者は死刑に處す
- 第八十二條 要塞、陣營、軍隊、艦船其他軍用に供する場所又は建造物を敵國に交付したる者は死刑に處す
- 兵器、彈藥其他軍用に供する物を敵國に交付したる者は死刑又は無期懲役に處す
- 第八十三條 敵國を利する爲め要塞、陣營、艦船、兵器、彈藥、汽車、電車、鐵道、電線其他軍用に供する場所又は物を損壞し若くは使用すること能はざるに至らしめたる者は死刑又は無期懲役に處す

- 者は死刑又は無期懲役に處す
- 第八十四條 帝國の軍用に供せざる兵器、彈藥其他直接に戰鬪の用に供すべき物を敵國に交附したる者は無期又は三年以上の懲役に處す
- 第八十五條 敵國の爲めに間諜を爲し又は敵國の間諜を幫助したる者は死刑又は無期若くは五年以上の懲役に處す
- 軍事上の機密を敵國に漏洩したる者亦同じ。
- 第八十六條 前五條に記載したる以外の方法を以て敵國に軍事上の利益を與へ又は帝國の軍事上の利益を害したる者は二年以上の有期懲役に處す
- 第九十七條 既決、未決の囚人逃走したると者は一年以下の懲役に處す
- 第九十八條 既決、未決の囚人又は拘引狀の執行を受けたる者拘禁場又は械具を損壞し若くは暴行、脅迫をなし又は二人以上通謀して逃走したるときは三月以上五年以下の懲役に處す

第九十九條 法令に因り拘禁せられたる者を奪取したる者は三月以上五年以下の懲役に處す

第一百條 法令に因り拘禁せられたる者を逃走せしむる目的を以て器具を給與し其他逃走を容易ならしむ可き行爲を爲したる者は三年以下の懲役に處す

前項の目的を以て暴行又は脅迫を爲したる者は三月以上五年以下の懲役に處す

第一百一條 法令に因り拘禁せられたる者を看守又は護送する者被拘禁者を逃走せしめたるときは一年以上十年以下の懲役に處す

第一百九條 火を放て現に人の住居に使用せず又は人の現在せざる建造物、艦船若くは鐵坑を燒燬したる者は二年以上の有期懲役に處す

前項の物自己の所有に係るときは六月以上七年以下の懲役に處す但公共の危険を生せざるときは之を罰せず

第二百二十四條 陸路、水路又は橋梁を損壞又は壅塞して往來の妨害を生せしめたる者

は二年以下の懲役又は二百圓以下の罰金に處す

第二百五條 鐵道又は其標識を損壞し又は其他の方法を以て汽車又は電車の往來の危険を生せしめたる者は二年以上の有期懲役に處す

燈臺又は浮標を損壞し又は其他の方法を以て艦船の往來の危険を生せしめたる者亦同じ

第二百二十六條 人の現在する汽車又は電車を顛覆又は破壊したる者は無期又は三年以上の懲役に處す

人の現在する艦船を顛覆又は破壊したる者亦同じ

第二百三十條 故なく人の船居又は人の看守する邸宅、建造物若くは艦船に進入し又ド

求を受けて其場所より退去せざるも者は三年以下の懲役又は五十圓以下の罰金に處す  
第二百三十一條 故なく皇居、禁苑、離宮又は行在所に侵入したる者は三月以上五年以下の懲役に處す

神宮又は皇陵 侵入したる者亦同じ

第三百三十六條 阿片煙を輸入製造又は販賣し若くは販賣の目的を以て之を所持したる者は三月以上五年以下の懲役に處す

第三百三十七條 阿片煙を吸食する器具を輸入、製造又は販賣し若くは販賣の目的を以て之を所持したる者は三月以上五年以下の懲役に處す

第三百三十八條 税關官吏阿片煙又は阿片煙吸食の器具を輸入し又は其の輸入を許したるときは一年以上十年以下の懲役に處す

第三百三十九條 阿片煙を吸食したる者は三年以下の懲役に處す  
阿片煙を吸食する爲め房屋を給與して利を圖りたる者は六月以上七年以下の懲役に處す

第四百十條 阿片煙又は阿片煙吸食の器具を所持したる者は一年以下の懲役に處す

第四百十八條 行使の目的を以て通用の貨幣、紙幣又は銀行券を偽造又は變造したる者は無期又は三年以上の懲役に處す

偽造、變造の貨幣、紙幣又は銀行券を行使し又は行使の目的を以て之を人に交付し若くは輸入したる者亦同じ

第四百十九條 行使の目的を以て内國に流通する外國の貨幣、紙幣又は銀行券を偽造又は變造したる者は二年以上の有期懲役に處す

偽造、變造の外國の貨幣、紙幣又は銀行券を行使し又は行使の目的を以て之を人に交付し若くは輸入したる者亦同じ

第五十條 行使の目的を以て偽造、變造の貨幣、紙幣又は銀行券を取得したる者は三年以下の懲役に處す

第五十七條 公務員に對し虚偽の申立を爲し權利、義務に關する公正證書の原本に不實の記載を爲さしめたる者は二年以下の懲役又は百圓以下の罰金に處す

公務員に對し虚偽の申立をなし免狀、鑑札又は旅券に不實の記載を爲さしめたる者は

六月以下の懲役又は五十圓以下の罰金に處す

第五十八條 前四條に記載したる文書又は圖畫を行使したる者は其文書又は圖畫を偽造若くは變造し又は虚偽の文書若くは圖畫を造り又は不實の記載を爲さしめたる者と同一の刑に處す

第五十九條 行使の目的を以て他人の印章若くは署名を使用して權利、義務又は事實證明に關する文書若くは圖畫を偽造し、又は偽造したる他人の印章若くは署名を使用して權利、義務又は事實證明に關する文書若くは圖畫を偽造したる者は三月以上五年以下の懲役に處す

他人の印章を押捺し若くは他人の署名したる權利、義務又は事實證明に關する文書若くは圖畫を變造したる者亦同じ

前二項の外權利、義務又は事實證明に關する文書若くは圖畫を偽造又は變造したる者は一年以下の懲役又は百圓以下の罰金に處す

第六十條 醫師公務所に提出す可き診斷書、檢案書又は死亡證書に虚偽の記載を爲したるときは三年以下の禁錮又は五百圓以下の罰金に處す

第六十一條 前二條に記載したる文書又は圖畫を行使したる者は其文書又は圖畫を偽造若くは變造し又は虚偽の記載を爲したる者と同一の刑に處す  
前項の未遂罪は之を罰す

第六十三條 偽造、變造の有價證券又は虚偽の記入をなしたる者有價證券を行使し又は行使の目的を以て之を人に交付し若くは輸入したる者は三月以上十年以下の懲役に處す

第六十四條第二項 御璽、國璽又は御名を不正に使用し又は偽造したる御璽、國璽又は御名を使用したる者亦同じ

第六十五條第二項 公務所又は公務員の印章若くは署名を不正に使用し又は偽造したる公務所又は公務員の印章若くは署名を使用したる者亦同じ



第六十六條第二項 公務所の記號を不正に使用し又は偽造したる公務所の記號を使用したる者亦同じ

第六十七條第二項 他人の印章若くは署名を不正に使用し又は偽造したる印章若くは署名を使用したる者亦同じ

第六十七條 十三歳以上の男女に對し暴行又は脅迫を以て猥褻の行爲を爲したる者は六月以上七年以下の懲役に處す十三歳に満たざる男女に對し猥褻の行爲をなしたる者亦同じ

第六十七條 暴行又は脅迫を以て十三歳以上の婦女を姦淫したる者は強姦の罪と爲し二年以上の有期懲役に處す十三歳に満たざる婦女を姦淫したる者亦同じ

第六十八條 人の心神喪失若くは抗拒不能に乘じ又は之をして心神喪失せしめ若くは抗拒不能ならしめて猥褻の行爲を爲し又は姦淫したる者は前二條の例に同じ

第六十九條 人を殺したる者は死刑又は無期若くは三年以上の懲役に處す

第二百條 自己又は配偶者の直系尊屬を殺したる者は死刑又は無期懲役に處す

第二百二條 人を教唆若くは幫助して自殺せしめ又は被殺者の囑託を受け若くは其承諾を得て之を殺したる者は六月以上七年以下の懲役又は禁錮に處す

第二百五條 婦女の囑託を受けず又は其承諾を得ずして墮胎せしめたる者は六月以上七年以下の懲役に處す

第二百三條 生命、身體、自由、名譽若くは財産に對し害を加ふ可きことを以て脅迫し又は暴行を用ひ人をして義務なきことを行はしめ又は行ふ可き權利を妨害したるものは三年以下の懲役に處す

親族の生命、身體、自由、名譽又は財産に對しを害加ふべきことを以て脅迫し人をして義務なき事を行はしめ又は行ふ可き權利を妨害したる者亦同じ

第二百四條 未成年者を略取又は誘拐したる者は三月以上五年以下の懲役に處す

第二百五條 營利、猥褻又は結婚の目的を以て人を略取又は誘拐したる者は一年以

上十年以下の懲役に處す

第二百二十六條 帝國外に移送する目的を以て人を略取又は誘拐したる者は二年以上の有期懲役に處す

帝國外に移送する目的を以て人を賣買し又は被拐取者若しくは被賣者を帝國外に移送したる者亦同じ

第二百二十七條 前三條の罪を犯したる者を幫助する目的を以て被拐取者又は被賣者を収受又は隠し又は隠避せしめたる者は三月以上五年以下の懲役に處す

營利又は猥褻の目的を以て被拐取者又は被賣者を収受したる者は六月以上七年以下の懲役に處す

第二百三十五條 他人の財物を窃取したる者は竊盜の罪と爲し十年以下の懲役に處す

第二百三十六條 暴行又は脅迫を以て他人の財物を強取したる者は強盜の罪と爲し五年以上の有期懲役に處す

を前項の方法を以て財産上不法の利益を得又は他人をして之を得せしめたる者亦同じ

第二百三十八條 竊盜財物を得て其取還を拒ぎ又は逮捕を免れ若しくは罪跡を湮滅する爲め暴行又は脅迫を爲したるときは強盜を以て論ず

第二百三十九條 人を昏醉せしめて其財物を盜取したる者は強盜を以て論ず

第二百四十條 強盜人を傷したるときは無期又は七年以上の懲役に處す死に致したるときは死刑又は無期懲役に處す

第二百四十一條 強盜婦女の強姦したるときは無期又は七年以上の懲役に處す因て婦女を死に致したるときは死刑又は無期懲役に處す

第二百四十六條 人を欺罔して財物を騙取したる者は十年以下の懲役に處す

前項の方法を以て財産上不法の利益を得又は他人をして之を得せしめたる者亦同じ  
第二百四十七條 他人の爲め其事務を處理する者自己若しくは第三者の利益を圖り又は他人に損害を加ふる目的を以て其任務に背きたる行爲を爲し本人に財産上の損害を加へ

たるときは五年以下の懲役又は千圓以下の罰金に處す

第二百四十八條 未成年者の智慮淺薄又は人の心神耗弱に乗じて其財物を交付せしめ又は財産上不法の利益を得若くは他人をして之を得せしめたる者は十年以下の懲役に處す

前項の方法を以て財産上不法の利益を得又は他人をして之を得せしめたる者亦同じ

### 第十一章 併合罪

#### 七一 併合罪として處断すべき場合

確定判決を経ざる數罪は併合罪となし、若し數罪中の或る罪に就きて、確定判決ありたるときは、止だ其の罪と其の裁判確定前に犯したる罪とを併合罪とするものなりとは、刑法第四十五條に規定せられたる所のものなり。之れに由りて、之れを觀るときは、本法は、所謂併科主義を採用し、一罪ごとに各々其の刑罰を科することを以て、原則となし

たるものなり。斯くのごとく論ずるも、併合罪なるものは、一罪ごとに其の刑を科するにあらざるものにして、各罪を合併して、新に一罪と爲すにあらず、各罪は尙ほ獨立して存在せしめ、唯、之れを併合して處断するものなり。

故に此の併合罪となすには、左の二個の區別を論じて、其の如何を知るべし。

- 一 確定判決を経ざる數罪。
- 二 或る罪に就きて確定判決ありたるときは、止だ其の罪と、其の裁判確定前に犯したる罪

右第一の場合に於いては、犯したるところの數罪が、いづれも未だ確定判決を経ざるものならざるべからざること。例へば強盜と竊盜との罪を犯して、其の未だ裁判を経ざる前に於いては、此の二罪は、併合罪なれば、強盜と竊盜との刑を科せらるゝものなり。或人曰く、否、強盜、竊盜の二罪にして、未だ確定裁判を経ざるものにして、此の二罪を科するにあらば、強盜の罪のみに科するものなりと。此の説非なり。舊刑法に於いて

は、併合罪なる名稱なし。即ち數罪俱發なる名稱を以てせり。且つ其の數罪のごときも、悉く之れを科するにあらず、一の重きに從つて處斷すべしとの規定ありたれども、斯くのごとき吸収主義に依るときは、一度、罪を犯したるものにおいて、其の裁判確定に至るまでには、之と同等若くは輕き罪は、幾度も之れを犯すといへども、後の犯罪に對する刑は、常に第一の犯罪に對する刑に吸収せらるゝものにして、後の犯罪は、全く處罰を受くることなき結果を生ずるに至るべし。加之、一罪を犯したる者と、數罪を犯したる者とは、常に同一の刑を以て處斷せらるゝに至り、頗る不當の結果を來たすに至るべし。豈に斯くのごとき理あらんや。是れ或る論者の説のごときは、取るに足らず。然れども、或る場合に於いては、舊法のごとき吸収主義を採用したるあり。是は、死刑又は無期刑に該る罪と、他の罪と併發するときは、事實上に於いては、各罪に對して、各刑を併科し得べからざるものなり。此の場合に於いては、例外として吸収主義を採用し、又有期の體刑に就きては、毎罪ごとに一の刑を科するものとすれば、遂には其の刑

期は、數十年の長きに至れるの虞あるものなれば、亦此の場合に於いても例外として、制限併科の主義を採用せられたり。

### 七二 死刑と有期刑とに他の刑を科せざる理由

我が刑法に於いては、前に陳べたるが如く、併合罪の場合に於いては、各罪に付きて、其の刑を併科する主義を採用せられたり。然れども、若し一罪に付き、死刑を科すべき場合に於いては、他の刑を利し得ざることあり。是れ死刑は、最極度の刑にして、此の上に出づるものなればなり。唯、此の場合に於いては、没収の附加刑を科せらるゝのみ又或る一罪に付きて、無期の懲役又は禁錮に處すべきときと雖も、之れと同一の理由を以て、罰金、科料、没収の外は、他の刑を科せるものとす、是れ其の没収を科する所以のものは、没収は、被告人の身體に關係なくして、之れを執行し得べく、罰金、科料、没収は、ともに被告人の財産より徴収するものなれば、併科するに、何等の妨げなきを以てなり。

### 七三 併合罪に於ける制限併科

刑法第四十七條に據れば、併合罪中、二個以上の有期の懲役又は禁錮に處す可き罪あるときは、其の最も重き罪に付き定めたる刑の長期に其半數を加へたるものを以て長期とす。但し各罪に付き定めたる所の長期を合算したるものに超ゆることを得ずと規定せられたり。即ち二個以上の有期の懲役又は禁錮を科すべき場合にして、前にも述べたるがごとく、制限併科の主義を採用せられたるものなり。即ち本條は、其の制限の程度にして、併合罪中に於いて、最も重き刑に對する刑の長期に其の半數の期を加へたるものを以て、併合罪に對する刑の長期となすことを原則とせらるるものなり。

以上のごとくなれども、併合罪中、一の最も重き罪に對する刑と、他の罪の刑とを加ふるときは、其の重き刑に、之れが半を加へたるものより長きものなるを刑は、但書の規定によりて、併合罪の刑期は、其の各罪の長期を加へたるものに超過することを得ざるものとせられたり。是れ斯くのごとくせざることは、却て制限併科の趣旨に反し、各刑を併科したるより重き刑を科するに至るべければなり。

#### 七四 罰金と他の刑と併科するや

我が刑法は、刑に性質上に於いて、之れを併科し得べきものは、成るべく之れを併科すべき主義を採用せるものなれば、罰金のごときは、他の刑と併科し得るを以て、之れを併科することを原則となしたり。然れども、其の極刑たる死刑に至りては、之れには罰金を科せざるものなり。

若し二個以上の罰金を併科するときは、其の各罪に付き定めたる罰金の合算額以下に於いて、之れを處断するものとす。即ち各罪に付きて、定めたるところの罰金の範圍内に於いて處断したる罰金額を合算するも各罪に付き定めたる、罰金額を合算したる範圍内に於いて、其の罪を處断するも、理に於いて、少しも相異なることなし。但し罰金の範圍廣くして、自由に之れが酌量を爲し得るの便宜を存するの優れるあるのみ。

#### 七五 併合罪中二個以上の裁判ありたる場合の處断

刑法第五十一條に依れば、併合罪に付き、二個以上の裁判ありたるときは、其の刑を併

せて之れを執行す。但し死刑を執行すべきときは、没収を除く外、他の刑を執行せず。無期の懲役又は禁錮を執行すべきときは罰金、科料及び没収を除く外、他の刑を執行せず。有期の懲役又は禁錮の執行は、其の最も重き罪に付き定めたる刑の長期に其の半數を加へたるものに超ゆることを得ざる定めなり。

抑も本條は、併合罪に付き、二個以上の裁判爲りたる場合の規定にして、各裁判に對し、其の刑を併せて執行することを原則と爲したるものなり。然れども場合に依りて、刑の性質上之れを併せて執行するを得ざることもあり。即ち一罪が、死刑に該るときは、没収以外の刑は、之れを執行せず。又無期刑を執行すべきときは、罰金、科料及び没収以外、他の刑を執行せず。又有期刑と併せて執行すべき場合には、其の刑期の合計が、其の最も重き罪の刑期に其の半數を加へたるものに超過すべからざることを規定す。是れ皆執行官に於いて、遵據すべき標準を示されたるものと云ふべし。

七六 併合罪處斷後其の或る罪に付き大赦を受けたる場合

刑法第五〇二條に依るときは、併合罪に付き處斷せられたるもの、其の併合罪中の或る罪に付き、大赦を受けたる場合に於いては、特に大赦を受けざる罪に付き刑を定むべきことを規定せられたり。凡そ大赦は、其の効力として、罪に付きての裁判の効力を消滅せしむるものなるを以て、大赦を受けざる罪につき、更に獨立に一の刑を科するの必要あり。故に大赦を受けざる罪につき、別に其の刑を科することゝなしたるなり。

七七 數個の連續犯は併合罪とすべきや

連續犯は、如何に其の行爲の連續すといへども、之れを以て併合罪となさざるなり。然れども、刑法第五十五條に據るときは、連續したる數個の行爲にして、同一の罪名に觸るときは、一罪として之れを處斷すとあるを以て、假令連續犯なりといへども、其の行爲が同一の罪名に觸るときに限りものとす。今其の一例を擧ぐれば、今日銀貨を偽造したりしが、之れを行使したり。後一年ばかり中止し居りしが、更に又銀貨を偽造し其の後又之れを變造して行使せり。斯くのごときは、數個の連續犯の其の結果たる罪名

は、通貨の偽造、變造にあるものにして、罪名は、いづれも皆相同じきもの、即ち是れなり。

### 七八 法理上に於ける併合罪の處分法

法理上に於ける此の處分法に就きては、之れを如何にすべきや、其の學説は、種々ありて一定せざるもの、如し。其學士の説を擧ぐれば左のごとし。

余は、併科主義を以て、實に其の當を得たるものなりと信ず。蓋し既に一罪を犯す。必ず一の刑罰を受けざるべからず。未だ否らずして更に第二の罪を犯すも、之れがために、前者を消滅せしむべきにあらず。又、輕からしむべきにあらず。若し夫れ併科せずして、重きに從つて論ずるとき、舊法のごとくするときは、則ち其の重きものゝみを犯せるものと更に異なることなるべきなり。是れ其の輕きものは、之れを不問に付するなり。斯くの如くなれば、一旦犯罪を爲したるものは、是れより輕き他の犯罪をなすも、更に失ふところなけん。然るに尙ほ之れを可なりとすべきか。

或ひは併科主義を難じて、曰く、刑にして併科しがたきものあり、死刑無期刑のごとき、何を同時に之れを科することを得んやと。實に然り。有形上に此の困難あるは、他くまでも之れを認むるところのものなりといへども、是れ所謂勢の止みがたきに出づるものゝみ、未だ以て併科の理論を破るに足らざるなり。是れ即ち例外として吸取主義を採用したるは、前段に之れを解説したるがごとし。

然るに此の刑たるや、有形上併科しがたきにあらずといへども、尙ほ併科の結果は、甚だしき苛酷に失することなきを保せず、斯くのごとき場合に當つてや、併科に多少の制限を設け、一定の程度を超ゆることを許さざるがごとき、即ち是れなり。是れに由りて、其の結果より觀察するときは、或ひは一刑に止め、單に加重せざるものと相類することあらん。然れども、其の理論全く相同じからず、一は併合して之れが制限をなす。故に、兩罪を論ずるものたるを妨ぐるごとなし。一は、加重するも、論ずる所は、唯一罪のみ。他の犯罪を論せざるにあり。

併科して之れが制限をなすの理、何れの所に存するや、或ひは曰く、罰金を以て、之れを前せんに、數罪に科するものを併算するときは、其の金額は、非常に多くして、遂に犯罪者の資産を奪い盡し、殆ど一般沒收と相異ならざるべし。故に、之れを避くることを要すと。果して然らば、赤貧洗ふがごときものに向つて、些少の罰金も之れを科すること能はざるべしと斷定すべし。何となれば一般沒收に等しき結果に至れば、必ずしも數罪の刑を併科するを得たざればなり。

然れども、斯くのごとき脆弱の理由を取らず。又或ひは曰く、犯罪者、數罪を犯せるは、犯罪者に責むべき所ありといへども、亦多少國家が、速に之れて懲罰せざりしが故に基かすんばあらざるなり。若し一罪のときに於いて、既に處分を受くるときは、第二の犯罪行爲をなすに至らざりしも未だ測るべからざるなり。然らば則ち嚴正に併科すべからざるものあるを知らんと。是れ數罪俱發を以て、國家の怠慢に出づると論ずるものと云はざるべからず。余は、國家が、犯罪者に對して、之れを處罰するの權

利あることを知るといへども、未だ斯くのごとき義務あるを知らざるなり。若し法律上に拘束せらるることなく、國家の性質上より自分の在る所を明かにせば、則ち社會一航人民全體に對しては犯罪あるも、力めて速に之れを處罰すること至當の任なるべしといへども、未だ犯罪者其の人に對して、此の任を有するものにあらず、且つ夫れ公訴の时效なるものありて、若干年を経過するときは、其の犯罪を論ずること能はざるが故に、數罪の刑を併科すといへども、數十年の犯罪をば、悉く同時に論ぜることがときは、殆ど稀なりと云ふべし。

抑も制限を以て可なりとするは、唯、必要の如何にありて存す。國家が、犯罪を處罰するは、以て犯罪者を懲罰し、世人の警戒たらしめんとするに在り。苟も此の目的を達することを得ば、則ち何れ他を求めんや。又焉を刑の重きに過ぐるを希望せんや。故に併科を以て、之れが原則となすといへども、之れが制限をなして、一定の程度に止まるも、尙ほ以て懲罰警戒するに足ると認むべきものなりし、其の制限併科を定めら



れたるものなること前既に論ずるが如し。若し之れに反して、制限すべく而して尙ほ制限を用ひずんば、是れ無用の刑を科するものにして、**刑罰權の濫用**なり。濫用は、權利なくして行ふと更に相異なるところあらずと。以上の説たるや、其の理論を盡し、よく實際に適合したるものと云ふべし。

### 第十一章 累犯

#### 七九 再犯例適用の規定

是は、刑法第五十六條に規定せられたるものにして、即ち懲役に處せられたる者、其の執行を終り、又は、執行の免除ありたる日より五年内に更に罪を犯し、**有期懲役に處すべきときは、之れを再犯とす**とあり、又、其の第二項に、懲役に該る罪と同質の罪に因り、死刑に處せられたる者、其の執行の免除ありたる日より、又は、減刑に因り懲役に減輕せられ、其の執行を終り、若くは執行の免除ありたる日より、前項の期間内に更に

罪を犯し、**有期懲役に處すべきときも、之れを再犯とす**ことを規定し、其の第三項には、併合罪に付きて處斷せられたる者、其の併合罪中、懲役に處すべき罪ありたるときは、其の罪、最重のものにあらずといへども、再犯例の適用に付ては、懲役に處せられたるものと看做すべきことを定められたり。

抑も再犯例を適用すべき期限を定むるに付ては、或ひは初犯の裁判確定より起算して若干年と規定する立法例なきにならずといへども、刑法にては、裁判の確定のみにて、未だ犯人の再犯を防ぐに足るべき實効なきものとし、其の裁判の執行を終るか、若くは其の裁判の執行の免除を受け、充分に裁判の實効を生じ得べしと認むべき時期より起算することなし、以て五年と定められたるものなるべしと思はるゝなり。

初犯は、懲役に限るといへども、懲役に該る罪を、同質の罪に依りて、死刑に處せられ、其の執行の免除を得たるもの、若くは死刑より懲役に減輕せられたるものに付きしは、尙ほ一層これが再犯に付き、加重すべき必要あり。之れを以て、是等の者が、五年の期

間内に於いて、更に有期懲役に該る罪を犯せば、之れに適用するに再犯例を用ひざるべからざるなり。是れ前記のごとく、第二項を規定せられたる所所なり。

### 第十一章 共犯

#### 八〇 正犯

正犯とは、犯罪を構成せしめたるものなり。其の犯罪には、無意犯を除くの外は、必ず内外の二要素を具備せざるべからざるなり。二要素とは何ぞや。即ち犯罪の決意と、之れを實行するとの所爲を之ふ。例へば、今、一人にて犯罪行爲をなさんと企て、而して自ら之れを行ひたるときは、即ち犯罪の原因者にして、其の正犯たるや、少しも疑ふべきところなし。然れども、犯罪を企てたるものと、之れを實行したるものと、同一の場合に於いては、何等これを論ずべきものなしといへども、其の各々相異なるものあり。此の場合に於いて、其の犯罪を企てたるものを無形上の正犯と云ひ、之れを實行したるも

のを有形上の正犯と云ふ。

今前の解説に従ひて、其の一例を擧げんに、茲に甲乙の兩者あり。甲者は、乙者を殺さんと欲し、其の發意したるを丙者に告ぐ。丙者、其の發意に従ひて、之れが實行をなしたる場合に於けるがごとき、甲者は、即ち無形上の正犯にして、丙者は、有形上の正犯となるがごとし。

#### 八一 無形上の正犯

無形上の正犯とは、犯罪を企てたるどころの内部の原因者を云ふ。之れを換言せば、自ら犯罪を企て、之れを實行せしむるに、他の人を以てしたるがごとき、即ち是れなり。刑法第六十一條に據れば、人を致唆して犯罪を實行せしめたるものは、正犯に準ずとあり、即ち正犯に準じて之れが刑罰を科すべきことを以てせるものなり。

以上のごとくなれば、自ら犯罪行爲に手を下さるに、之れを以て、正犯に準ずると云ふは、如何と云ふに、元來致唆したればこそ、其の犯罪行爲をなしたれ。若し之れが教

唆をなさざりしならんには、此の犯罪の起るべき道理なきものと云ふべし。されば、假令自己が、手を下さずといへども、其の犯罪行為をなすべきことを教唆したるものなれば、即ち犯罪構成の原因者なればなり。然れども、教唆者を以て、正犯に準すべき場合には、之れに要するに、左のごとき二個の元素なかるべからず。

一 人を教唆して、犯罪行為をなさんと決意せしめたること。

二 教唆せられたる者が、其の教唆に乗じて、罪を犯したるものなること。

右第一の場合に於ける人を教唆して、犯罪をなさんと決意せしめたることに就きて、之れが解釋を下さんに、人を教唆する方法手段に至りては、決して一定したるものあらざるなり。或ひは脅迫を以て、人を教唆するものあり、又或ひは威權を以てするものあり、又贈與を以てするものあり。固より一定すべきものあらざるは、自から明白なりといへども、之れを要するに、假令如何なる方法を以てすといへども、罪を犯さんと決意せしむるに足るべき教唆をなしたるもの、即ち是れなり。

然れども、斯くのごとく論ずるときは、誠に單純なるもの、如しといへども、特に注意を要すべきものあり。即ち其の項目を分つて、左に解説せん。

一 人をして罪を犯さしめんとするの意思ありて、以て其の教唆をなしたるものたることを要す。

抑も犯罪の原因なる内部の要素を具備するは、其の罪を犯さしめんとするの意思ありてこそ罪を構成すべけれ。若し此の意思なきときは、犯罪を構成せざること勿論なり。今若し社會に於いて、多數の兇惡者の跋扈することありとせんか、人、或る人に對して曰く、汝、若し能ふべくしば、此の社會に跋扈せる兇惡者をば、悉く殺戮することを得るものならんには、國家に對しては至上の忠臣なりと。此の場合に於けるがごときは、果して人を教唆したるものなりや、如何といふに、決して人を教唆したるものと云ふべからず。然れども、是れ唯、一般の原則を指して云ひたるものにして、教唆者が、人に對して、犯罪行為をなさしめんとするの意思なき場合

に於いては、其の場合の如何なるかを問はず、總て之れを教唆者とすることを得ずと確言したるにあらず。例へば人に向つて、汝が陰部を露出し、以て公道を通過することを得るものあらんは、汝に百金を興へんと約したるときのごとき、是は假令穢れに出でたることありといへども、教唆罪を構成するや、自から明かなるべし。何となれば、其の犯罪の原因となすに足れるものあるを以ての故なり。

二 脅迫又は威權を以て、人を教唆するには、有形の強制の度に達せざることを要す。此の意は、有形の強制の度に達したるときは、其の實行者は、當然犯罪者にあらざるを以てなり。

三 人をして犯罪行為を爲さんと決心せしめたるを要す。教唆者あるによりて、始めて罪を犯さんとするの決心をなしたるものならざるべからず。今若し甲者、乙者を殺害せんとの意思を有せんか、其の機會を得ること能はず。然るに丙者が、甲者に向つて、斯くのごとくにして以て殺害すべしと教唆した

る場合のごときは、之れを稱して教唆したるものと云ふべからず。何となれば、甲者が、丙者の教唆によりて、殺意を生じたるものにあらざればなり。即ち教唆前に於いて既に殺意を生じたるものあるを以てなり。

四 教唆の方法は、犯罪をなさんと決意せしむるに足るべき力あるを要す。

凡そ教唆の方法は、犯罪をなさんと決意せしむるに足るべき力あるを要する所以のものは、假令教唆を受くるといへども、之れによりて以て決意したるものにあらざれば、少しも教唆の行なきものなり。例へば、甲者が、乙者に向つて、被の婦女を強姦せば、必ず愉快なるべしと言いたるごときは、之れを教唆したるものと云ふべきか、否、教唆したるものと云ふべからず。若し之れに反して、甲者が乙者に向ひ、汝、彼の婦女を強姦すべし。若し強姦し得るならんには、汝に興ふるに百金を以てせんと言ひたるごときは、是れ教唆なり。之れに依りて、乙者が、強姦の決心をなしたるごときは、是れ即ち決意を興へたるものにして、教唆罪を構成すべ

さものなり。

五 教唆及び實行唆の利益を有することを要す。

教唆者及び實行者に於いて、各々其の利益を有するを一般の場合となすがごとしといへども、亦場合によりては、否らざるものあり。故に、教唆者のみ利益を受くるときといへども、教唆によりて爲したる犯因の確實なるものは、實行者も亦其の責に任せざるべからざるは、理の當に然るべきところなり。之れに反して、其の教唆者のみ利益を受くるときといへども、教唆罪を構成するに、何の妨か之れあらん。教唆を受けたるものが、其の教唆に乘じ、犯罪行爲をなしたるときは、必ずや、之れに伴隨するところの實害なるものなかるべからず、唯、人を教唆して、犯罪たる行爲を行はんことを決心せしめたるのみを以て、未だ之れを無形上の正犯となすことを得ざるなり。之れを換言せば、教唆を受けたるものが、其の教唆に乘じて、罪を犯したることなかるべからざるものとす。否らざれば、其の犯罪たることを生ぜ

るものなればなり。而して此に特に注意せざるべからざる五個の要件あり。即ち左の如し。

第一 教唆を受けたるもの、其の教唆に乘じて、犯罪に着手したるときは、未遂犯者は缺効犯なりといへども、教唆者は、其の責罰を免るゝことを得ず。何となれば其の教唆を受けたるに乘じて執行したる行爲は、教唆者が、教唆を受けたるものともに行ひしものと見做すべければなり。例へば甲者が乙者に向つて、丙者を傷害すべしと教唆して其の決心をなさしめ、乙者が、其の教唆に乘じて、之れを行ひたりといへども、或る障害のために之れを果さざる場合のごとき、即ち是れなり。

第二 従犯の教唆は、従犯者が、既に従犯の豫備を爲したるを以て、未だ足りとせざるなり。故に、正犯者が、既に犯罪に着手したることなるを要するものなり。

第四 教唆を受けて、犯罪をなしたるもの、假令法律上に於ける無責任なりといへ

ども、其の行爲の罪となるべき場合は、教唆者に於いては、其の罪を免るゝことを得ず。是れ其の無責任なる行爲のものは、其の行爲の罪とならざるに原因するにあらず。能力の如何に依るものなるを以て、實行者が、無能力なりといへども、教唆によりて、罪を犯さしめたるものにして、無能力者が、自から決意したるにあらざればなり。

第四 教唆に乗じて犯罪行爲をなすといへども、其の教唆者を罰する場合あり。斯くのごとく云ふときは、人或ひは奇異の感を惹起することなきにあらざるべしといへども、決して奇異なるにあらず。今其の一例を擧げて、之れを證せん、公開の演説會場に於いて、公衆に向ひて、罪を犯すべきことを教唆したる場合に於けるが如き、即ち是れなり。是等の場合に於いて、公衆が、其の教唆に應じて、罪を犯さすといへども、教唆者は、之れが責罰を免るゝことを得ず。

### 八二 有形上の正犯

有形上の正犯とは、二人以上相結合して、罪を犯したるものを云ふ。刑法第六十條に據れば、二人以上共同して犯罪を實行したるときは、皆正犯とすとあり。之れに由りて、之れを觀れば、數人が、相共同結合して、一罪を犯したるときは、各自皆其の刑を科せらるゝものなり。故に、共同して犯罪を實行せざるときは、此の法文を適用することを得ざるなり。されば、是等の正犯は、如何に其の刑を科せらるゝやと云ふに、犯人或る場合に於いて、犯人皆同一の刑を科せらるゝといふにあらず。又一刑を共同して科せらるゝにあらず、又一刑を分擔するにもあらず、唯、各自に相當の刑を科するものなり。今其の一例を擧げんに、二人相結合して、竊盜をなすの場合ありとせんか、甲者は、家宅内に入りて、掠奪の事に従ひ、乙者は、其の家宅の門外を異張り、或ひは巡査が來たらざるや、或ひは家人が遁逃して、之れを他に告知することなきや等のことに注意する場合のごとき、裁判の結果、或ひは罪に輕重の別あり、随つて刑期に長短の區別を生ずることなきを保すべからざるも、其の正犯たるに於いては、同一なり。

## 八三 教唆以外の犯罪に於ける教唆者の責任

先づ左に其の例を擧げん。

茲に甲者あり、乙者に謂て曰く、汝、今宵金千圓を窃取し來るべきことを以て、之れを教唆したるとせんか、乙者は、之れに應じて、竊盜罪を犯したるに、其の金員は、目的に反して千圓に満たず。故に、其の額に達せしめんとの念慮ありしも、更に強盜をなしたる場合のごとき、即ち是れなり。

或人曰く、甲者が、乙者に向つて、幼女を誘拐し來るべきことを教唆したるに、乙者は、其の教唆に應じて、幼女を誘拐したるが、之れを強姦したる場合のごときは、是れ亦然るところのものなりと。是れ一理あるに似たりといへども、之れを以て、指定以外の事を論斷することを得ざるものなり。何となれば、強姦をなしたる行爲に就きては、教唆せし所の罪と、全然無關係のものにして、教唆を受けたるものが、自から行ひたる所行にして、教唆したる事件に何等の相關するところも之なければなり。

されば、教唆以外の犯罪なるときは、假令如何なる場合なりといへども、教唆以外の罪を犯したるものなりと論斷すべからず。之れを要するに、其の教唆に乗じつゝ、指定以外の罪を犯したることを云ふなり。

若し被教唆者が、教唆者の指定したるところのものと異なる事を行ひたるときは、之れが處罰如何と云ふに、是は、被教唆者が、實際行ひたるところの方法にして、教唆者が、指定したるものと相異なる場合のごときを云ふ。即ち罪質が同一なりといへども、其の方法の如何に依りて、刑の輕重を異にする場合に於いては、前きに教唆者が、指定したる方法と相異なる時と云ふの意なり。今之れが一例を擧げんに、甲者が、乙者に向つて、單に人を脅迫して、財物を強奪すべしと教唆したるに、乙者は之れを實行するに當りて、持兇器強盜の罪を犯したるがごとき場合、即ち是れなり。

右等の場合に於いて、其の教唆者を處分するは、之れを如何にすべきやと云ふに、例へば教唆者か、竊盜をなすべしと指定したるに、教唆を受けたるものが、竊盜をなさずし

て、強盜をなしたるときは、教唆者は、唯自己が教唆したる行為に就きてのみ罰せらるゝものなれば、窃盜の教唆をなしたるものなれば、其の罰を受くべしといへども、強盜に就きては、與るところならず。是れ即ち教唆者が、教唆を受けて、實行したるもの、行為に就きては、素より知る所にあらざるものなれば、之れに其の重き刑罰を被らしむるは、不當の甚だしきものなればなり。

若し前例に反して、強盜をなすべしと教唆したるに、強盜をなさずして、窃盜をなしたるときは、之れを如何に罰すべきやと云ふに、是は、現に行ふところの罪に従つて、之れが刑を科すべきものとす。何となれば、其の意思のみを責罰することを得ざるの故を以てなり。

八四 従犯

従犯とは、正犯を幫助したるものを云ふ。刑法第六十二條に據れば、正犯を幫助したる者を従犯とすとあり、又其の第二項に於いて、従犯を教唆したる者は従犯に準すべきも

のと規定せられたり。

凡そ従犯は、正犯の犯罪をして容易ならしむるがためにするもの多し。而して従犯たるべきものには、左の要件なかるべからず。

一 従犯には、必ず正犯あるを要す。

抑も従犯は、正犯に附隨したるものにして、決して獨立し得べき罪質のものにあらざること、自から明かなり。故に、苟も正犯となすに足るべきものなからんには、従犯なるもの決してあるべからず、之れに由りて、之れを觀れば、従犯なるものは、正犯あるに依りて發生するものと云ふべし。若し正犯にして大赦に逢ひ、其の責罰を被らざるものなるときは、従つて従犯も亦之れがために其の責罰を被むることなし。然れども、正犯は、其の犯罪の既遂なることを要せざるものとす。未遂犯の場合に於いても、従犯たるもの決して其の責罰を免るゝことを得ざるものなり。

二 犯罪行為を知りて幫助したることを要す。



凡そ従犯たるものが、其の正犯者の罪を犯すことを知りて、而して之れが幫助をなしたる場合なからざるべからず。若し其の罪を犯すことを知らずして、之れが幫助をなすといへども、決して従犯たるの罪を構成すべきものにあらず。

若し之れに反して、罪を犯すことを知らずして、之れに幫助を與へたるものをも従犯として罰せんか、却て公安を害するに至るべし、凡そ人の意思は其の言と行とに現はるゝものにして、之れに依りて始めて之れを知ることを得べし。然るに、人其の罪を犯すの意思の決定したれども、己れ一人のみにては、犯罪を容易に成立せしむること能はず。故に、其の真意を告げずして、人に向つて、巧に其の之れを助成せられんことを求むるや、人、其の犯意あることを知らずして、其の請を容れて、之れを助成し、爲めに犯罪をして容易ならしめたる場合の如き、是れ其の助成をなしたる人は、もと犯罪の爲めたることを知らずしてなしたるものなれば、之れを従犯となすべからざるや、既に明かなり。

ろ従犯の行爲は、正犯の行爲の用を爲したることを要す。

凡そ従犯は、正犯の行爲の用を爲したるものならざるべからざるなり。若し否らざるときは、之れを従犯となすことを得ざるや勿論なり。

四 従犯は、有意犯たることを要す

元來従犯は、有意犯にして無意犯にあらず。無意犯には、従犯なるものなし。今其の一例を擧ぐるに、過失殺傷の如き、失火のごとき、各々其の罪は、輕きものにして、無意犯なるを以て、従犯なるものあることなし。

八五 教唆者中途に其の意思を止めたる時の處分

人を教唆しては罪を犯さしめんとしたりといへども、若し中途にして、其の意思を止めたるときは、其の教唆者に對しては、如何に之れを處分すべきや。今之れを決せんとするときは、先づ左の二件に區別して、之れが研究をなさるべからず。

一 被教唆者未だ犯罪たる行爲を實行せざりしとき。

被教唆者が、既に犯罪たる行為を實行せざるに於いて、之れを中止し、而して之れを被教唆者に通知して、其の犯罪を中止せしめたるときは、當然其の罪なきものとす。

二 被教唆者既に犯罪たる行為を實行したるとき。

此の場合に於いては、之れを二箇に區別して以て、講究するに如かざるなり。

い 教唆者が、被教唆者に實行を中止すべきことを通知したりといへども、之れを肯せずして、之れが犯罪を實行したる場合。

此の場合に於いては、實行者が、獨り其の責任あるものとす。是れ教唆者は、其の原因者たるの資格を消滅せしめたるものなるを以てなり。

ろ 教唆者が、被教唆者に向て、未だ其の實行の中止をなすべきことを通知せらる前に於いて、既に之れが實行を爲したる場合。

此の場合に於いては、教唆者、被教唆者ともに其の責任あるものとす。是れ教唆

者、其の中止を通知せざりし前に於いて、犯罪を實行したるものなればなり。故に、其の行為に付きては、同一體なりと看做さるべからざるものなり。

八六 犯罪者多数の爲めに刑を加重すべき時教唆者を算入すべきや

犯罪者の多数に依りて、刑を加重すべきときは、教唆者を算入して多数となることを得ざるものなり。凡そ共謀して、犯罪行為をなしたる場合に於いて、刑を加重することある所以のものは、社會の危険、益々重大なるものにして、其の加害を防ぐこと、亦益々困難なりとするに基くものなるが故に、其の犯罪の現場に臨まざる教唆者をも算入すべきの道理あるべからざるなり。

八七 身分に依り、特に刑の輕重ある時、其の身分なきものに科する刑

身分とは、華族、士族、平民のときを類を云ふがごとく聞ゆるといへども、茲に所謂身分とは、斯くのことなきものを云ふにあらずして、子たること、官吏たること等の類を指稱するものなり。

再犯を以て一の身分なりと解するの論者ありといへども、是は、其の當を得ざるの論なりと云ふべし。再犯とは、罪を犯したりと云ふの謂にして、敢て人の身上に關するものにあらざるを以てなり。然れども、再犯なるものは、身分にあらざると云ふを以て、直ちに他の再犯にあらざる止犯、從犯に及ぼして、其の刑を加重すべきものなりと即了すべからざるなり。何となれば、初犯者は、敢て加重の模様なきものなれば、再犯者とも、犯罪行為をなしたりと云ふの故を以て、同一の刑を以て罰せらるゝの理、絶て存せざるものなればなり。

身分に依り、特に刑を輕重するときに於いては、特に左の區別に注意せざるべからざるものとす。

- 一 身分に依り、別に刑を輕重すべき所の場合。
  - 二 身分の存否に依りて、罪の有無を異にする所の場合。
- 身分に依り、特に刑を輕重すべき場合に於いては、其の身分なきものには、通常の

刑を科するものなり。故に例へば子たる身分あるものと、もは、殺人罪を犯したる場合に於けるがときは、子たる身分のあるもののみが、親殺罪の刑に處せらるゝものにして、他の共犯者は、唯、單に殺人罪の刑を科せらるゝのみとす。何となれば、子たる身分に於いて、其の犯罪が、成立するところの要素にあらざして、唯、通常の殺人罪に加重せらるゝに過ぎざるものなればなり。

若し以上の説に反して、身分の存否に依りて、罪の有無を異にする場合、例へば子孫、奉養を缺くの罪のときは、他の正犯、從犯に及ぼすべきものとす。是れ是等の罪は、子たるもの、身分なるが故に、成立するものなれば、身分に依りて刑を、輕重すべき場合にあらざるを以てなり。

八八 犯罪後從犯の有無

犯罪後に於ける從犯ありや、否やと云ふに、從犯は、犯罪前、決心後に之れあるものにして、犯罪後に於いて、更に之れあることなきものなり。其の然る所以のものは、既に

成立し終りたるところの犯罪を容易ならしむることは、實際に於いて、爲し能はざるどころのものなればなり。

### 第十三章 酌量減輕

八九 酌量減輕を設けたる所以

凡そ犯罪の原因即ち所謂犯因に就いては、千差萬別にして其の類極めて多く、到底之れを列擧しがたきは、固より論なし。或ひは惡むべきものあり、或ひは嘉すべきものあり、或ひは哀しむべきものあり、或ひは哀れむべきものありて、到底一定の刑期を以て、満足すべきにあらず、假令何年以上何年以下の懲役又は禁錮に處すと定められて、其の範圍のごときは、甚だ廣く、且つ裁判官に於いて、此の範圍内に於いて、犯情を斟酌して以て之れが刑を科するものなれば、如何にも之れが輕重を酌量し得べしといへども、而も尙ほ罪と刑とは、其の權衡を得ざるものなきやを保し難きを以て、酌量減輕の制を定

め、裁判官をして其の犯情の如何に依りて、之れが刑を科せしむることとなしたる所以なり。故に、刑法第六十六條には、犯罪の情狀憫諒すべきものは、酌量して其の刑を減輕することを得と規定せられたり。而して此の酌量減輕なるものは、之れを與ふると、與へざるとは、裁判官の權内に屬するものにして、他の之れを左右し得べきものにあらず。

九〇 法律上刑を加減する場合にも酌量減輕をなすことを得

法律に依りて、其の罪を減輕する場合といへども、裁判官に於いて、尙ほ酌量すべきものと認めたるときは、其の刑を減輕することを得るものなり。例へば未遂犯罪は、法律上に於いて、之れを減輕せらるゝといへども、其の未遂犯罪の害の大なるものなり、又極めて小さなものあり。故に、其の情狀の憫諒すべきときは、未遂犯罪の故なるに依りて、其の刑を減輕するの外、尙ほ其の刑を減するを得るものなり。又、法律上に於いて、本刑を加重するとき、亦減輕の場合と相同じきものにして、其の

一例を擧ぐるときは、再犯に依りて加重すべきも、再犯の罪が、其の情状の憫諒すべきものなきにしもあらず。故に、法律上に於いて、其の刑を加重するに拘はらず之れを酌量して、其の刑を減輕することを得べしと規定せられたり。

### 第十四章 加減例

#### 九一 法律上刑を減輕すべき例

法律上に於いて、刑を減輕すべき一個又は數個の原由なるときは、左の例によりて之れを減輕するものとす。

- 一 死刑を減輕すべきときは、無期又は十年以上の懲役若くは禁錮とす。
- 二 無期の懲役又は禁錮を減輕すべきときは、七年以上の有期の懲役又は禁錮とす。
- 三 有期の懲役又は禁錮を減輕すべきときは、其の刑期の二分の一を減ず。
- 四 罰金を減輕すべきときは、其の金額の二分の一を減ず。

- 五 拘留を減輕すべきときは、其の長期の二分の一を減ず。
  - 六 科料を減輕すべきときは、其の多額の二分の一を減ず。
  - 九二 同時に刑を加減すべき順序
- 同時に刑を加重減輕すべきときは、左の順序に依る。

- 一 再犯加重。
- 二 法律上の減輕。
- 三 併合罪の加重。
- 四 酌量減輕。

## 第二編 罪

### 第一章 皇室に對する罪

#### 一 皇室に對する罪

皇室に對する罪は、我が大寶令の所謂大逆罪にして、犯罪中に於ける最も重き罪なることは、我が日本帝國の國體上に於いて、正に如くのごとくならざるを得ざるものなり。從て他の犯罪に比較し、之れが特別の規定を設けたる箇所甚だ少なからず。今之れを左に解説せん。

一 客體 此の犯罪の客體は天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子、皇太孫、其の他の皇族にして、其の生命、身體、自由、尊嚴に對し、危險若くは不敬を加ふるところの罪なり。

二 主體 此の犯罪の主體となるべきは、日本皇室に對して、誠忠を盡す義務あるものに限る。即ち日本帝國の臣民は、國內に在ると、國外に在るとに拘はらず、此の犯罪の主體となるべきものなり。外國人は、日本國內に滯在中なるときに於いて、此の犯罪の主體となることを得べきものとす。

三 犯意 此の罪を構成するには、危害又は不敬を加へ、又は加へんとする故意あることを要す。故に、若し過失に出づるものなるときに於いては、其の罪を問はざるなり。

四 行爲 法律には、其の害を加へ、又は加へんとしたるもの、とあるを以て、危害を加へたる既遂犯は勿論、之れが危害を加へんとしたる豫備、陰謀のごときも亦之れを罰するものとす。是れ此の犯罪に限れる特別の規定にして、他に之れを見ず。

五 手段 法律に依れば、唯、危害とあるが故に、殺傷のごとき、傷害のごときは言ふも更なり。苟も皇室に對して、危害と認めらるゝ行爲は、其の手段の如何を問はず、本罪の危害となるや、勿論なり。不敬の手段に就きて亦同一にして、其の意

義たるや、極めて廣し。是れ是等は、本罪に於いて、特殊とするところの點なり。

二 天皇、太皇太后、皇太后、皇太子、皇太孫に對する罪

第七十三條 天皇、太皇太后、皇太后、皇太子又は皇太孫に對し危害を加へ又は加へんとしたる者は死刑に處す

第七十四條 天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子又は皇太孫に對し不敬の行爲ありたる者は三月以上五年以下の懲役に處す。

神宮又は皇陵に對し不敬の行爲ありたる者亦同じ

三 皇族に對する罪

第七十五條 皇族に對し危害を加へたる者は死刑に處し危害を加へんとしたる者は無期懲役に處す

第七十六條 皇族に對し不敬の行爲ありたる者は二月以上四年以下の懲役に處す

四 天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子、皇太孫に危害を加へんとしたる者を死刑

に處する所以。

或人曰く、天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子、皇太孫に對し、危害を加へ、又は加へんとしたるものは、皆之れを死刑に處すと規定せられたるは、甚だ穩當ならざるものあり。何となれば、危害を加へたるものは、其の實行を終りたるものにして、危害を加へんとしたる者は、犯罪の決心より着手未遂に至るまでの間に於いて、其の輕重の甚だしきに拘はらずして、等しく之れを死刑に處するとしたるは、其の意を得ざるなりと。以上の論のごときは、一理なきにあらずといへども、思はざるの甚だしきものにして、此の犯罪行爲を以て、普通の犯罪のごとくに思へるより起れる結果なるべければ、聊か之れを辨せん。抑も危害を加へ、又は、加へんとしたる行爲は、極惡無道の最も甚だしきものにして、如何なる惡事といへども、此の上に出づるものあるを知らず。されば、其の危害を加へんとしたるものは、當然之れを死刑に處し、其の既に危害を加へたるものごときは、死刑よりも今一層の重き刑に處せざるべからざるものなり。然れども、

死刑より重き刑なきを以て、之れを死刑に處すべきものとなしたるなり。故に、其の犯罪の實行すると實行せんとしたるとの如何に拘はらず、共に之れを死刑に處すと規定せられたる所以なりとす。固より二者其の輕重なきの故を以て、之れを同一の刑に處したるものにあらざるや明かなる所なり。

五 不敬の行爲

不敬の行爲とは、一國の君主たる地位に對して、其の尊榮威嚴を毀損すべき所の行爲を云ふ。故に、普通一般に於いては、誹毀罪を構成せざる場合のごときも、君主に對しては、之れを不敬の行爲となす。

されば、神宮又は皇陵に對せる不敬の行爲をも、天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子又は皇太孫に對する不敬罪と同一なりとするは、何等の理由に依れるやと云ふに、是れ他なし、神宮又は皇陵に對する不敬罪は、在位の天皇其の他に對しては、直接ならざるものなりといへども、間接には不敬罪となるものなれば、斯くのくこと規定せられたるものなるべし。

第二章 内亂に關する罪

六 内亂罪加効の程度を以て、刑に輕重の別ある所以

内亂に關する罪は、即ち國事犯なり。國事犯には、往々其の多數の共犯者あるものにして、是等の多數の徒は、其の加効の情狀の大に相異なるものあり、或ひは其の巨魁となるものなり、或ひは參謀となりて、其の樞機を握るものあり、或ひは附和隨從するものあり、而して是等多數のものが、其の行爲の大差あるにも拘はらず、之れを以て、同一の刑に處するかごときは、決して其の罪刑の權衡を得たるものと云ふべからず。故に、其の加効の程度によりて以て其の刑を異にしたる所以なり。

七 内亂罪の既遂と未遂の場合

内亂罪を見るに、既遂犯なるもの、もとより之れなし。何となれば内亂罪の既遂者は、



既に朝憲を紊亂し終りたるものにして、其の首魁又は之れに加効したるものが、自ら主権者となりて、其の國土に臨むものなるを以て、之れに刑罰を加ふることを得ざるや、もとより明かなり。是れ刑罰を加ふるものなければなり。是を以て、内亂罪に關する未遂犯者に本刑を科するを以て原則とす。然れども、刑法の規定するところに據れば、之れが既遂、未遂を區別したるを見る。即ち之れを左に掲げん。

第七十七條 政府を顛覆し又は邦土を僭竊し其他朝憲を紊亂することを目的として暴動をなしたる者は内亂の罪となし左の區別に従て處斷す

- 一 首魁は死刑又は無期禁錮に處す
  - 二 謀議に參與し又は群衆の指揮を爲したる者は無期又は三年以上の禁錮に處し其他諸般の職務に従事したる者は一年以上十年以下の禁錮に處す
  - 三 附和隨行し其他單に暴動に干與したる者は三年以下の禁錮に處す
- 前項の未遂罪は之を罰す但前項第三號に記載したる者は此限に在らず。

第七十八條 内亂の豫備又は陰謀を爲したる者は一年以上十年以下の禁錮に處す

第七十九條 兵器、金穀を資給し又は其他の行爲を以て前二條の罪を幫助したる者は七年以下の禁錮に處す

第八十條 前二條の罪を犯すと雖も未だ暴動に至らざる前自首したる者は其の刑を免除す。

以上掲げたる所に依りて、之れを考ふるときは、内亂罪を犯したると同時に之れを既遂となさざるべからざるなり。

八 政府顛覆

政府を顛覆するとは、現時の政體を變更するを云ふ。例へば立憲共和政體を顛覆して、立憲君主制となすがごとき、即ち是れなり。

九 邦土僭竊

邦土を僭竊するとは、或る一國の領土の部分を横領して、現政府の法令を遵奉せざるを

云ふ。

一〇 朝憲紊亂

朝憲を紊亂するとは、正當の順序を履ますして、憲法若くは皇室典範等のことを類を變更するを云ふ。

一一 朝憲紊亂の目的を以て内亂を起したるものに非ざれば刑法第七十七條の罪に非ざるか

刑法第七十七條には、政府を顛覆し、又は、邦土を僭竊し、其の他朝憲を紊亂することを目的として内亂を起したる者云々とあり。故に政府顛覆、邦土僭竊、朝憲紊亂等の結果ありといへども、犯罪者の之れを目的としたるにあらざるときは、之れを罰することを得ざるがごとし。果して斯くの如くなりや、如何と云ふに、是は、犯罪者の目的の如何によりて、犯罪を區別すること能はざるは、當然のことなりといへども、犯罪者の目的を知るを要するものなきにあらず。他の例を引いて之れが如何を述べんに、他人の門

戸を踰越し、室内に入りて、何等の事をも爲さるる場合に於いては、假令逮捕せらるるも、其の目的の如何に依りて、或ひは竊盜未遂犯とせらるることあり、或ひは人の住居を侵す罪とせらるることあるべし。故に犯罪者の目的といへども、全然其の罪と關係なきものといふことを得ざるなり。況んや目的に關し、既に其の明文の存するものに於いてをや。假令内亂を起すといへども、朝憲紊亂等を目的とせざるものは、之れを内亂罪となすことを得ざるものとす。然れども、其の結果、朝憲を紊亂するに至るものは、假令朝憲紊亂を目的となさずといへども、多くは遁辭たるに過ぎざるものなり。

一二 内亂罪の解

内亂に關する罪を分解するときは、左のごとくなるべし。

一 容體 内亂に關する罪は、國家に對して反抗するところの罪なるを以て、之れが容體たるものは、國家の政治機關即ち政府なり。故に、假令一揆を起し、又兵器を弄すといへども、若し其の目的が政治的意味を有せざるものなるときは、内亂罪に

あらずして、他の罪となるものなり。

二 主體 此の罪の主體となるべきものは、云ふまでもなく、日本臣民若くは日本國內にある所の外國人なり。常事犯の犯罪者が、外國に至るときは、罪人引渡條約によりて、之れを帝國に引渡すべきものなりといへども、國事犯の犯罪者は之れを引渡さざるを以て通則とす。彼の朝鮮の亡命客若くは支那の有志者が、日本に來たりて、歸らざるがときは、其の一例なり。

三 行爲 内亂罪の行爲は、政府を顛覆し、邦土を僭窃し、其の他朝憲を紊亂する目的を以て、暴動をなすところの行爲を云ふ。而して内亂罪と云ふ以上は、本罪は、一人にて爲し得べきものにあらざるなり。必ずや、二人以上共謀して暴動をなし、甚しきに至ては、數萬人を以て、之れを起すことあるべし。従つて其の犯罪行爲に就いても、種々の類あるべし。或ひは之れが主謀をなすものあり、或ひは群集の指揮を司るものあり、或ひは附和隨行して、暴動に干與するものあり。而して内

亂に關する罪は、いづれも皆未遂罪なること、既に掲げたるところのごとし。若し既遂犯なるときは、即ち犯罪者が、其の目的を達して、政府を顛覆し、又は、邦土を僭窃して、自から主治者となるものなれば、之れを罰せんとすといへども、罰すること能はざるべし。所謂勝てば官軍、負ぐれば賊となれば、未遂犯が、即ち内亂罪の既遂犯にして、其の豫備のごとき、陰謀のごとき亦之れを罰すべきものとす。例へば内亂を起さんがために、兵隊を集め、又は、兵器、金穀等を準備することがごときは、即ち其の豫備にして、即ち二人以上相互に、密議を報じ、内亂の評議をなすは、即ち其の陰謀なり。内亂罪の未遂、豫備陰謀をなすものは、其の性質として、又然らざるを得ず。

一三 内亂に與したるもの、罪

是は、刑法第七十七條に規定せらるゝ所のものにして、前既に其の全文を掲げれば、こゝに要す。

一四 内亂の豫備、陰謀

刑法第七十八條に曰く、内亂の豫備又は陰謀をなしたる者は一年以上十年以下の禁錮に處すと。

然れども、其の第八十條に曰く、前二條の罪を犯すといへども、未だ暴動に至らざる前、自首したる其は、其の刑を免除すと。之れに由りて、之れを觀るときは、假令内亂の豫備又は陰謀をなすといへども、自首したるときは、其の刑を免除せらるゝものとす。

第三章 外患に關する罪

一四 外患に關する罪

外患に關する罪は、國事犯なりや、否やに就きては、學者間に於いて、頗る議論あるところなりといへども、其の罪狀より論ずるときは、純然たる常事犯なりとす。然れども、此の罪は、實際に於いて、其の適用を見ること實に稀なるのみならず、殆ど無きがこと

くなれば、其の詳細を説かざるべし。依て先づ其の正條のみを左に掲げん。

第八十一條 外國に通謀して帝國に對し戰端を開かしめ又は敵國に與して帝國に抗敵したる者は死刑に處す

第八十二條 要塞、陣營、軍隊、艦船其他軍用に供する場所又は建造物を敵國に交附したる者は死刑に處す

兵器、彈藥其他軍用に供する物を敵國に交附したる者は死刑又は無期懲役に處す

第八十三條 敵國を利する爲め要塞、陣營、艦船、兵器、彈藥、汽車、電車、鐵道、電線其他軍用に供する場所又は物を損壞し若くは使用すること能はざるに至らしめたる者は死刑又は無期懲役に處す

第八十四條 帝國の軍用に供せざる兵器、彈藥其他直接に戰鬪の用に供すべき物を敵國に交附したる者は無期又は三年以上の懲役に處す

第八十五條 敵國の爲めに間諜を爲し又は敵國の間諜を幫助したる者は死刑又は無期

若くは五年以上の懲役に處す

軍事上の機密を敵國に漏泄したる者亦同じ

第八十六條 前五條に記載したる以外の方法を以て敵國に軍事上の利益を與へ又は帝

國の軍事上の利益を害したる者は二年以上の有期懲役に處す

第八十七條 前六條の未遂罪は之を罰す

第八十八條 第八十一條乃至第八十六條に記載したる罪の豫備又は陰謀を爲したる者

は一年以上十年以下の懲役に處す

第八十九條 本章の規定は戰時同盟國に對する行爲に亦之を適用す

#### 一五 戰時同盟國

茲に戰時同盟國とあるは、平時に於ける條約國を云ふものにあらず。交戰中に於いて、其の目的を等しうし、且つ敵國を同じうし、共に一體となりて、交戰することを盟約したる邦國を云ふ。

#### 一六 戰時同盟國に對する行爲に外患罪を適用する所以

戰時同盟國に於いては、本國と利害を共にするものにして、且つ其の運命をも相等しとするものなるが故に、同盟國に抗敵するときは取りも直さず、本國に抗敵するものと同じきは論を待たず、是れ之れを外患罪に問ふ所以なり。

### 第四章 國交に関する罪

#### 一七 國交に関する罪

國交に関する罪とは、國と國との交際上に於いて、外國の君主又は大統領に對して、行ひたる罪にして、先づ其の條文を掲ぐるときは、左のごとし。

第九十條 帝國に滞在する外國の君主又は大統領に對し暴行又は脅迫を加へたる者は一年以上十年以下の懲役に處す

帝國に滞在する外國の君主又は大統領に對し侮辱を加へたる者は三年以下の懲役に

處す但外國政府の請求を待て其罪を論ず

第九十一條 帝國に派遣せられたる外國の使節に對し暴行又は脅迫を加へたる者は三年以下の懲役に處す

帝國に派遣せられたる外國の使節に對し侮辱を加へたる者は二年以下の懲役に處す但被害者の請求を待て其罪を論ず

第九十二條 外國に對し侮辱を加ふる目的を以て其國の國旗其他の國章を損壞除去又は汚穢したる者は二年以下の懲役又は二百圓以下の罰金に處す但外國政府の請求を待て其罪を論ず

第九十三條 外國に對し私に戰鬪を爲す目的を以て其豫備又は陰謀を爲したる者は三月以上五年以下の禁錮に處す但自首したる者は其刑を免除す

第九十四條 外國交戦の際局外中立に關する命令に違背したる者は三年以下の禁錮又は千圓以下の罰金に處す

一八 帝國滯在中の外國の主權者に對する犯罪

是は、刑法第九十條の規定するところにして、二項に別てり。即ち帝國內に滯在する外國の君主又は大統領に對し、暴行を加ふるか、又は脅迫を加ふるときは、一年以上、十年以下の懲役に處せらるゝものとす。例へば是等の主權者が、帝國の領土内に於いて滯在中、方法の如何を問はず、毆打するがごとき、又は實彈を込めたるごころの短銃を擬して、將に發砲せんとするがごとき、即ち其の一例なりとす。

然れども、右等の主權者に對し、侮辱を加へたるものは、三年以下の懲役に處せらるゝなりといへども、外國政府より其の求刑の請求あるにあらざれば、其の罪を論せざる規定なり。故に、假令侮辱を加へたりといへども、外國政府より求刑の請求なきときは、其の罪を論せざるものとす。さて、侮辱罪は、外國政府の請求あるにあらざれば、之れが罪を論せざるは、何故なりやと云ふに、是は、通常の誹毀罪と同じく、本罪の性質上に於いて、親告罪に屬すべきものにして、特に其の國風慣習の異なるや、往々我が帝

國に於いて侮辱に相當するものといへども、彼の國に於いては、否らざるものありて、之れを起訴すると、起訴せざることは、當該檢事に一任すべからざるものなればなり。されば、本條には何故に、之れを告訴となさずして、請求となしたりやと云ふに、告訴には、すべて一定の法式を要すること勿論なれば、之れを外國政府に命ずるときは、外國政府をして、手續上に於ける困難を感せしむるところの煩累あるを免れざるを以て、特に之れを請求となしたるものなるべし。

### 一九 外國に對し私に戰鬪を爲す罪

凡そ外國との戦争は、主權者が、宣戰の公布をなすを以て、之れによりて始まるものなるに、主權者より別に命令を受けたるにもあらずして、擅に外國と戦争をなすものなり。故に、外國の一人と戦争するがとき、其の戦争の如何に劇烈なるものといへども、外國と戦争をなしたるものとすることを得ず。

されば、茲に外國とあるが、條約國のみを云ふやと云ふに、決して否らず、同盟國、和

親條約國と將た否らざるを問はざるなり。すべての外國を意味するものとす。斯くのごとく外國に對して、私に戰鬪をなすものは、大權を蔑如するのみならず、擅に干戈を動かし、寇を外國に結び、本國の危難を醸成するの恐あるものなれば、斯くのごとき罪を規定せられたるものなり。

### 二〇 局外中立

局外中立とは、自國以外の甲國と乙國との間に於いて、戦争を開くに當り、其のいづれの國にも與せざるを云ふ。今其の一例を擧ぐるに、米國と西班牙國との戦争に於いて、我が日本帝國は、其のいづれの國にも左袒せずして、袖手傍觀の地位にあるがとき、即ち是れなり。

二一 外國に對し私に戰鬪を爲したる者と局外中立の命令に違背したる者を外患罪に問ふ理由

此の場合に於いては、犯罪の主體は、日本の一人（時には、外國人なることもあるべ

し)にして、物體は外國の主權者なるものなれば、之れを以て、外患罪に關する罪となすことを得ざるがごとしといへども、帝國に向つて間接に危害を興ふるものなれば、之れを外國に關する罪の中に編入したるも、敢て其の當を失へりと云ふべからず。

### 第五章 公務の執行を妨害する罪

#### 三二 公務の執行を妨害する罪

先づ本章の正條を列舉せん。

第九十五條 公務員の職務を執行するに當り之に對して暴行又は脅迫を加へたる者は

三年以下の懲役又は禁錮に處す

公務員をして或る處分を爲さしめ若くは爲さざらしむる爲め暴行又は脅迫を加へたる者亦同じ

第九十六條 公務員の施したる封印又は差押の標示を損壞し又は其他の方法を以て封

印又は標示を無効たらしめたる者は二年以下の懲役又は三百圓以下の罰金に處す。

本間の罪には、之れを構成する左の條件あること必要なり。故に、若し其の條件の一を缺くときは、本罪は、成立せざるなり。

#### 一 公務員たることを要す

此の罪の客體たるものは、公務員たることを要す。故に、若し公務員にあらざるときは、本罪は成立せず。

#### 二 職務の執行中なることを要す

公務員が職務の執行中なること勿論なり。即ち其の職務を以て、法律命令を執行し、又は、行政若くは司法官署の命令を執行中なること 即ち是れなり。故に若し職務執行中にあらざる公務員に對して、暴行又は脅迫を加ふることありといへども、本條の罪とならざること、勿論なり。

#### 三 職務執行は職權内なることを要す



公務員の職務を執行するは、其の職權を以てすることを要す。若し、行政官が、司法警察官の行爲をなし、林務官が、収税吏の職務を行ひ、郡長が、裁判官の行爲をなすがごとき場合に於いては、いづれも皆、職權外の行爲なるを以て、假令此の場合に於いて、暴行又は脅迫をなすといへども、本罪を構成せず、普通の暴行又は脅迫せる罪によりて、處罰せらるゝものなり。

#### 四 暴行又は脅迫をなすことを要す

暴行又は脅迫をなすは、公務員が、職務の執行中に係ることにして、其の以外の場合に於いては、本罪を構成せざるものなり。故に、例へば命令、執行は、謹んで之れを受け、其の執行を終りたる後に於いては、假令暴行脅迫を以てすることありとすといへども、本罪を構成せざるがごとき、即ち是れなり。

#### 二三 公務員不正を行ひしに依り暴行を以て抗拒せる場合

公務員の職務上執行したる所、不正なるときといへども、是は、職務の執行をなすもの

なれば、之れに抗拒することを得ざるや、勿論なり。然るに、職務執行又は命令の正否にして、法律上の問題に屬するときは、之れに抗拒するの權あるべし。其の正否が、事實上の問題に屬するものなるときは、之れに抗拒すべきの權なしと論ずるものありといへども、是は、否らざるべしと思はるゝなり。若し其の設のごとくならんには、公務員は、一個人の監督を受けざるべからざるものと論決せざるべからざるの奇怪なる結果を生ずるに至らん。然るに吾人一個人にありては、公務員に對して、直接に監督を行ふの權利あるものにあらざることは、明言するまでもなかるべし。公務員の執行が、果して不正のことならんには、之れを正さしむるには、自から其の道あるべし。又之れを訴ふるに所あるべし。吾人が、自ら法令に適へると否とを判決して、之れが執行を妨害し得べきものにあらず。故に、執行の任ある公務員が、之れが執行をなすに當りては、其の正否の法律の問題に屬すると否とは、之れを問はずして之れに抗することを得ざるものなり。

斯くのごとく論ずるときは、或ひは云はん、然らば公務員の暴行は、必ずしも之れを甘受せざるべからざるかと。曰く否、決して斯くのごときことなし。職務を執行する場合の外に於いて、吾人の自由を拘束せんとするとき、之れに抗することを得るは、もとより其の所なり。

二四 暴行、脅迫を以て或る處分を爲さしめ又は爲さしめしめとは如何

凡る公務員の職務を正當に行ふに當りてや、之れを受けざるべからざるは、一般國民の服従せざるべからざることなり。然るに、若し其の公務員が、忠實に職務の執行をなすときは、被執行者に於いて、法律に違背したるがとき行為あるものなるとき、忽ち發覺せられて、相當の刑罰を受けざるべからざるを以て、其の處分をなさしむるがごとき、是れ即ち職務の執行をなさしめたるものなり。而して此の場合に於いても亦暴行、又は脅迫を以てすること必要なり。

又或る處分をなさしむるとは、公務員が、職務上爲すべからざることなるに、暴行、又

は脅迫を用ひて、其の爲すべからざる處分を爲さしめたるもの、即ち是れなり。

二五 公務員の施したる封印又は差押の標示を損壞する罪

公務所の處分に依りて、特別に家屋、倉庫其の他の物件に施したる封印なるものは、其の例を擧ぐれば、家資分散の處分を受けたる者の所有に係れる家屋、倉庫等のごとき、或ひは罪證となるべき書類、物件又は犯則の器具器械等を封緘し、之れに行政、司法の官署又は當該官吏の印章を押捺したるもの、ごとき類を云ふ。

凡そ是等の封印は、公務所に於いては、特別の理由あるが故に、之れを施すものなるを以て、人民に於いては、縦に之れを破棄すべからざるものとす。之れを破棄するは、公務所の處分を侵害するものと云ふべし。且つ此の罪たるや、公益を害すること決して小なりと云ふべからず。公務所の封印あるものは、人縦に之れが開披をなさすといへども、其の封印の破棄しある場合に於いては、其の書類、物件等をば、或ひは盗み去り、或ひは毀損し、或ひは錯亂、紛失するものあるに至り、依て以て或ひは罪證を湮滅し、

或ひは社會の危險を醸し、或ひは權利者の權利を害し、義務者の義務を免れしむる等、其の害は、擧げて數ふべからざるなり。故に、封印ある物件をば損壞せずといへども、之れを破棄したるときは、此の罪を構成すべし。

### 第六章 逃走の罪

#### 二六 逃走の罪

例によりて、先づ其の正條を掲げて以て、之れが解説をなさん

第九十七條 既決、未決の囚人逃走したるときは一年以下の懲役に處す

第九十八條 既決、未決の囚人又は拘引狀の執行を受けたる者拘禁場又は械具を損壞し若くは暴行、脅迫を爲し又は二人以上通謀して逃走したるときは三月以上五年以下の懲役に處す

第九十九條 法令に因り拘禁せられたる者を奪取したる者は三月以上五年以下の懲役

に處す

第一百條 法令に因り拘禁せられたる者を逃走せしむる目的を以て器具を給與し其他逃走を容易ならしむべき行爲を爲したる者は三年以下の懲役に處す

前項の目的を以て暴行又は脅迫を爲したる者は三月以上五年以下の懲役に處す

第一百一條 法令に因り拘禁せられたる者を看守又は護送する者被拘禁者を逃走せしめたるときは一年以上十年以下の懲役に處す

第一百二條 本章の未遂罪は之を罰す

囚人逃走の罪と云へるは、既決、未決の囚人が、自から逃走したる罪及び他人の之れを逃走せしめたる罪を云ふ。是等の罪は、公權に屬するものにして、人民の安全を害すること最も大なるものなればなり

#### 二七 既決の囚人

既決の囚人とは、身體に關する刑の言渡を受け、其の裁判言渡の確定したるものを云ふ

なり。而して其の囚人が、刑の執行中と、其の執行前に拘はらず、逃走したる者は、第九十七條に依りて罰せらるゝなり。然れども、罰金、科料の言渡を受けたるものにあつては、本條の罪を構成せざるなり。

或る論者の説に依れば、既決の囚人は、常に其の刑を免れんとするものなれば、暴行又は脅迫をなして逃走したるものは、之れを責罰すべしといへども、若し否らすして、看守者の怠慢に乗じ、少しも暴行を用ひずして、逃走したるものゝときは、之れを罰すべからざるがごとしと。此の説は一應道理あるに似たり。佛蘭西法に依れば左のごとき規定あり。

暴行を以て逃走したる者にあらざれば之を罰せず、且つ其の趣意書に曰く、自由を欲するは、人間の至情なり。囹圄門關の開放せるを見て、之れを機會に逃走したるものを罰することを得ずと。

此の法定は、一見眞理に近きものゝごとしといへども、熟々之れを考ふれば、大に其の相反するを見るべし。若し斯くのごときものをして、其の罪を免れしむるときは、暗に囚人の逃走を勧誘し、囚人は、常に其の間隙を窺ひ、其の身を脱去せんことを企圖するに至るは、人情の免るべからざるところなり。實に囚人のときは、官署に於いて、充分に之れが警戒看守するものなれども、而も必ずしも其の間隙なきを保しがたし。されば、今僅に之警戒が看守を怠りたりとの故を以て、囚人の逃走をして罪責なきものとするが如きに至りては、豈に其の理の肯綮に當るものと云ふべけんや。況んや、再犯の豫防をなし、社會の治安を維持せんが爲めに、之れを罰するの必要あるに於いてをや。是れ第九十七條を以て、之れが刑罰を規定せられたるは、其の當を得たるものと云ふべし。

## 二九 未決の囚人

未決の囚人とは、嫌疑を以て、目下其の刑事被告事件に就きて、審理中のものを云ふ。之れを換言せば、裁判確定前のものにして、監獄に拘禁せられあるものゝときは、即ち是れなり。