

特 61
832

法學士長谷常太郎著

通俗
刑法總論

東京

文成社發兌

45. 4. 47
肉夾

文成社

王

乃



操

此

善

窮

之

至

明倫彙編
初冬

古賢堂



通俗法律文庫序

昔は法文を秘密にして人民に示さなかつたことがある。斯る時代に於ては人は盲滅法で、何をしたらば罰せらるるか、何をしたらば安全であるか、少しも見當の付かなかつたものである。今日の盛世に於ては、實に有り難きことであつて、如何なる禁制も、如何なる命令も、委細残らず公示せらるるのである。従つて人民は左すべきか右すべきか、東すべからざるか、西すべからざるかに付きて、一切軌道を外づれぬ様になることが出来る筈である。

然るに茲に一の大困難、大牆壁のあるのは、法令の文面が六ヶしく、一

種固有の専門の言葉があり又一種特別の書き方があつて、普通の人間に誠に分り兼ねることである。一例を挙げれば憲法第三條に、天皇は神聖にして侵すべからず、民法第八條に禁治産者は之を後見に付す、商法第十四條に登記は其公告と牴觸するときと雖も之を以て第三者に對抗することを得刑法第三十三條に時効は法令に依り執行を猶豫し又は停止したる期間内は進行せすと云ふが如きは、極めて簡單であつて何でも無き様であるが、素人には中々解し難い點がある。折角法令が人民の權利として與へて居ることを人民が知らずに、若くは解せず居ることがある。人民は身體、生命、財産の安固を保證せられながら法

令に暗い爲にみす／＼此保證を逸し、或は詐欺師の口前に乗り或は悪人の手に掛かること決して稀な現象でない。一方に於て法理を明かにし、之を研究することが必要であると共に他方に於て法文の意義を何人にも明に解せしむることが急務である。反對の方面から云へば法文の難解を見過ごして置くことは一大缺點である。

此の急務に應じ此の缺點を補はんが爲に通俗法律文庫が文成社から出版せらるゝことは萬人の喜び、國家の爲めの大功勞であると云ふて妨げない。

前に述べたるが如き大困難を排し、大墻壁を除き法律界に於ける萬民

の救世主を出さんことは、私の十數年來渴望して居つたことで、自身も幾分か其目的を以て其の方針に従つて行動した積りであるが、中々以て目的を貫くことの出来ないのに悶いて居つた。此度此書の刊行せらるゝを聞きて、一の益友を得た感に堪えず、喜び悦んで一言を述べた次第である。解釋者は此重き任務を得たるを榮とし、一般世人は此重寶なる顧問を備ふることに満足することならんと確信する。

—(4)—

明治四十四年十一月

中野進一

自序

古人、仁を註して二人也と云へり。二人者あれば、茲に道德ありとの謂なり。法律の發生も亦是れと、其軌を同ふす。而して、法は主として公權を維持するに初まり、私權の擁護せらるるに至るは遙に之に後るるを常とする事、古來の史乘に照して明なり。故に刑法の實質は、太古に於て既に存せりと雖、其道德及宗教より獨立したる今日の所謂刑法を見るに至

—(1)—

りたるは、最近の事に屬し、伊人「ベツカリヤ」氏の「犯罪及刑罰論」に初まりしものなれば、極めて新しき研究と云はざるべからず。爾來、斯學の進歩著しく、幾多の碩學或は筆に或は口に其蘊奧を披瀝し、以て今日の域に達せり。我邦も明治十三年初めて刑法の制定せられてより以來、其發達驚くべきものあり。諸先輩先生又力を致して之が究明に従事せらるるが故に固より吾人淺學菲才の徒の指斥言議を挾むを許さず。而も敢て本書を公にする所以のもの、聊信

ずる所あれば也。

抑々法を知らざるの故を以て罪を犯すの意なしとするを得ざるは、正文の嚴に規定する所也。然り而して近時罪を犯すもの累年増加の趨勢を示せるは欺くべからざる事實にして、因る所他にもあるべしと雖、刑法の何たるを知らざるが爲めに心にもなき罪を犯し、豫想せざる刑罰を科せらるる者の決して尠少にあらざる事、亦炳乎たる事實也とす。之れが救治の策を講ずるは、爲政者の義務たると同時に吾

人學徒の職分也。之に應ずるには先づ國家の命ずる所、國民の守るべき項を普ねく知らしめ、民の法的生活をして準據すべき所以の途を示すに若くは莫し。彼の民をして據らしむべく、知らしむべからずと云ふ語は、最早噓語以上に吾人の耳に響かざる也。而して我國現時の状を見るに、高遠幽邃なる學理原則を説きて詳なるもの少らすと雖、多く俗耳に入り易からず。其簡易通俗にして入り易く解し易き刊行物に至りては寥々たり。偶々文成社主人の來り

請ふあり、素志又常に之を憂ふ。本書は如斯して版に刻せられたる也。

本書の目的右の如し。従て専ら通俗を旨とし、多數人に讀まれん事を主眼とす。内容又努めて通説に従ひ、常識に訴へたる所多し。故に讀者に資する所大ならざる迄も以て過無からしむるに足るとは著者の固く信ずる所也。唯斬新奇警なる新研究の自ら誇るに足るもの無きは、明に告白せざるを得ず。若し夫れ眞摯なる學理の闡明に至りては他に其人

多し。吾人豈敢て當らんや。不文の誹潜越の謗は元より甘受する所也。

明治壬子二月

著者識

通俗刑法總論目次

緒論

- 第一章 刑法の意義……………一
- 第二章 刑罰權の基本的觀念……………四
- 第三章 刑罰の目的（刑罰權の主義に關する學說）……………八
- 第四章 犯罪の原因（刑法の新舊學派）……………一六
- 第五章 刑事政策の要求……………二三
- 第六章 刑罰法の沿革……………二五

本論

- 第一編 刑事法令の適用……………二九
- 第一章 刑法の淵源……………二九
- 第二章 刑罰法の解釋……………三一
- 第三章 時に關する刑法の效力……………三三
- 第四章 人、處及び物に關する刑法の效力……………三七
- 第二編 犯罪……………五一
- 第一章 犯罪の意義……………五一
- 第二章 犯罪の主體……………五三

第三章 犯罪の客體……五五
第四章 犯罪の一般要素

- 第一節 行爲……………五六
- 第一款 行爲の意義……………五六
- 第二款 行爲の種類……………五八
- 第三款 結果の意義……………六〇
- 第四款 行爲と因果關係六三
- 第二節 違法……………六八
- 第一款 違法阻却原因……………七〇
- 第一項 法令又は正當の業務による行爲……………七〇
- 第二項 正當防衛(緊急)

防衛……………七二
第三項 緊急狀態(緊急避難)……………八一
第四項 違法阻却の其他の場合……………八七

- 第三節 責任……………八八
- 第一款 責任能力……………八八
- 第一項 幼者……………九〇
- 第二項 精神障害者……………九一
- 第三項 瘖啞者……………九三
- 第二款 意思責任……………九四
- 第一項 故意(附不知及び錯誤)……………九六
- 第二項 過失……………一〇三
- 第四節 刑罰制裁……………一〇六

第五章 犯罪の態様……………一〇七

- 第一節 未遂罪……………一一一
- 第二節 不能犯……………一一七
- 第三節 併合罪……………一二九
- 第四節 累犯……………一四七
- 第五節 共犯……………一五四
- 第一款 共犯の意義……………一五四
- 第二款 共同正犯……………一五八
- 第三款 教唆犯……………一六一
- 第四款 從犯……………一六九
- 第五款 共犯の處分……………一七四
- 第六章 犯罪の分類……………一八〇
- 第七章 犯罪の時及び場所……………一八二

第三編 刑罰論……………一八五

- 第一章 刑罰の意義……………一八五
- 第二章 刑罰の種類……………一八七
- 第三章 生命刑……………一九二
- 第四章 自由刑……………一九二
- 第五章 財産刑……………一九六
- 第六章 刑罰の適用……………二〇五
- 第一節 刑の加重減免……………二〇五
- 第二節 加減例……………二一三
- 第三節 未決拘留……………二二二
- 第四節 執行猶豫……………二二三
- 第五節 假出獄……………二二八
- 第七章 時効……………二三一
- 第八章 期間計算……………二三三

通俗刑法總論目次終

通俗刑法總論

法學士 長谷川常太郎著

緒論

第一章 刑法の意義

刑法は之れを他の法律に比するに其發生時期極めて古きもその哲學的に攻究せらるるに至つたのは極めて近世の事に屬す。今法制の沿革に徴するに未だ國家團體の組織せられない原始時

代にあつては各人は自己の利益を保護するには自助の方法によつた、然し此自助制度は各人の自由に放任する結果各人をして圓滿平等なる眞の利益を享受せしむることが出来ない、於茲乎自助制度を制限若くは規律するに道徳又は法律を以てするこゝと已に古くから行はれた、然るに後に至り國權愈々強大となるや國家は全然自助制度を禁止し法規を制定して人類各自の權利及び義務を明確にし若し他人の利益を侵犯する者あるときは國家は義務として直接履行又は損害賠償を命じ尙ほ其救済の不充分なるときは其侵犯行為を犯罪と命名して責罰するに至つ

た、これ刑法の成立せる所以である。
刑法とは何ぞ、廣狹の二義ある、廣義即ち實質的意義に於ては犯罪と刑罰との關係を規定したる法規の全體をいひ狹義即ち形式的意義に於ては國家が刑法なる名稱を附して發布せる法典をいふのである、要するに刑法とは犯罪と刑罰との二要素より成れる法規である、而して本講に於て刑法とは以上の形式的意義に於ていふに外ならず、從て彼の特別法たる陸軍刑法海軍刑法又は行政法令の如き例へ犯罪と刑罰との關係を規定するも茲にいふ刑法には包含せられないのである。

第二章 刑罰權の基本的觀念

國家は刑罰權を有することは疑ふ可らざる事實である、然り而してその之れを有する理由如何、換言すれば國家は何故に犯罪あらば之れに對し刑罰なる制裁を科することを得るか、古來學說區々たり、乞ふ大要を列記しやう。

第一説、民約主義説 吾人々類は本來自由獨立たるものであるが相互の協約を以て任意に社會を組織し各種の社會制度を創立し社會團體の一員となつたものである、社會が刑罰權を有するも此協約に基くに外ならずと。

第二説正義主義説 吾人々類は先天的又は後天的に正義の觀念を有する而して犯罪は此正義の觀念に反する行爲であるが故に犯罪に對し社會は責罰權を有すと。

第三説必要主義説 實利主義に基く學說にして即ち正義なると否とを問はず社會は必要あるが故に刑罰を科するなりと。

第四説折衷主義説 正義と必要との二觀念に基く説にして即ち犯罪は正義に反するが故に之れを罰し而してその罰し又は罰せざるの程度は必要を以て標準とすべしと。

第五説進化主義説 適者則存不適者則亡との生物進化の大則

により説明せんとするものにして即ち人類により組織せられたる社會も亦た右天則により支配せらるるものである、從て社會はその生存の必要上自己の生存を害する者あるときは之れを抑制するは自然の理なりと、

以上は重なる學說の主要を述べたのである、今順次之等の學說について略評せんに第一說の所謂社會契約なる觀念は一の想像上のものに過ぎず全く歴史上の事實に反し且つ理論上認む可らざる觀念である、又た第二說の正義なる觀念も實に漠然たるものにして且つ此觀念が果しく社會全般に存するや否や疑し

く尙ほ又此說によれば立法政策上處罰す可らざる犯罪に對しても尙ほ賠償主義に基て科刑せざる可らざる結果刑罰は遂に其目的を達するを得ず且つ人を顧みず犯罪事實と刑罰との權衡を得んことをのみ之れ事とするから此學說によつて立法せられたる法制にあつては特赦執行猶豫刑の減免時効等の諸制度も無意義となり、又た所故に社會は善行者を報賞せざるやの理を説明することが出来ない、更に第三說について難せんに權利は必しも必要に基くものでない且つ此說は必要なる觀念のみを基とし正義の觀念を顧みざるが故に峻酷なる刑罰制度を生ずる恐が

ある、第四説は現今有力なる學説にして我が舊刑法も此主義によりて立法せられたるも已に正義説に於て述べたる缺點あるが故に採ることとは出来ない、第五説は必要主義の一種ともいふべきもので、進化論に基て必要主義の根柢を確實にしたものである、此説は刑事政策の目的上現今に於ける最も有力なる學説である。

第三章 刑罰の目的 (刑罰權の主義に關する學説)
前章に於て何故に國家は刑罰權を有するやの學説を紹介した、更に國家が刑罰權を行使するは如何なる目的を達する爲なるか

を攻究しやう、此問題に關し從來三つの學説がある。

第一 絶對主義 舊派が唱導する學説で即ち刑罰は何等の目的を達するがために科せらるるのでなく刑罰夫れ自體が目的理由を有すといふ説である、所謂賠償主義、犯罪必罰主義若くは報復主義ともいふべき學説であつて自由意思を以て責任の根本となし人は凡て自由意思を有するに拘らず犯罪を敢てするものであるから刑罰は其罪に對して科す可く人に對して科す可らずと主張する、大別すれば

一、神意應報主義 神は犯罪を禁止する、此の禁止する神

意を承繼して國家主權者が刑罰權を執行するものなりと、

二、道德應報主義 犯罪は社會の秩序を破壊する、從て

生じた不平均は他の同價値のものを以て填補せざる可らず

す即ち刑罰は道德上必然犯罪に伴ふべきものなりと、

三、法的應報主義 前章に紹介せる正義説と同旨趣であつ

て即ち犯罪は吾人の正義の觀念に反し吾人の正義の觀念は

犯罪必罰を要求する、從て刑罰は法律上必然犯罪に伴ふ

べき觀念なりと、

四、慰藉主義又は満足主義 犯罪は吾人に不滿の念を發生

せしむる、此不滿の念は刑罰によつて慰藉又は満足せらるものなりと、

要之絶對主義の學説は凡て未來の效果如何を度外視し

單に過去の事由を理由として犯したるだけ相應したる刑罰

を科せんとする、從て此主義の法制の下に於ては時効恩

赦未遂犯の處罰累犯加重等の大原則も何等の意味を有しな

い、且つ宗教又は道德の觀念を以て説明せんとするは、近

代の思想と相容れない、更に國家が何等の目的なくして法

律上の應報に基き犯罪を必罰すといふが如き又た刑罰によ

りて不満を慰藉若くは満足すといふが如き探るべからざるの論といはなければならぬ。

第二關係主義 刑罰を科する目的は刑罰そのものに存せず他に何等かの目的を有するものにして即ち刑罰の目的は法律秩序を維持するにあるといふ説にして或は目的主義、實利主義又は必要主義ともいふ、大別して

一、一般豫防主義 刑罰は社會一般の犯罪を豫防するを以て目的とすとの説にして威嚇主義、豫戒主義、心理強制主義、社會防衛主義等がある。

二、特別豫防主義 刑罰は現に罪を犯したる犯人のみを目的とするものであつて之れによつて其犯人をして將來再び罪を犯さしめざることを期するものであるとの説であつて脅嚇主義改善主義防禦主義等がある。

三、賠償主義 凡そ犯罪は法的秩序を攪亂する、刑罰はこの攪亂せられたる状態の恢復即ち賠償を目的とすといふ説である。

四、契約主義 國家は人民の契約によつて成立す、故に犯罪人は契約違反者である、従て當然國家團體より驅除せ

らるべきものである。然しながら斯の如きは國家より見るも犯人自身より見るも不利益なるが故に犯人をして契約違反によつて生じたる損害を賠償せしめ再び犯人を改善せしむ可しといふ説である。

五、雙面的豫防主義 一般豫防と特別豫防との兩者を以て刑罰の目的とするものであつて、一般豫防を主とするものと特別豫防を主とするものとの二つがある。

要之關係主義にあつては刑罰を科するの理由は未來に存して過去に存しない、之れ絶對主義と異なる點である、各

説仔細に論究すれば勿論些少の缺點あるは免れない、彼の賠償主義の如き刑罰と損害賠償とを混同せる點に於て又た契約主義の如き近代の思想上許すべからざる社會契約なる觀念を前提とせる點に於て共に誤謬に陥れること明であるけれども大體に於て關係主義の學説は刑罰の目的を明にすることを得たるものであると信ずる。

第三折衷主義又は總合主義 絶對主義と關係主義とを折衷綜合し刑罰の一般的目的を絶對主義に求め其範圍内に於て關係主義(必要主義)を加味し調節せんとする學説である。

第四章 犯罪の原因(刑法の新舊學派)

刑法の學に新舊二派がある、舊派は絶對主義を主張し新派は關係主義を唱導する、舊派の始祖は伊太利のセザールベツカリアといふ人であるが、氏は民約論を立脚地とし凡そ刑罰權は人類が契約によりて之れを國家に附與したるものであるから刑罰權は正義と社會の必要とを限度とせざる可らず、即ち刑罰の目的は徒に犯人に苦痛を與ふるに非ずして犯人を懲戒して將來の再行を防止するにありと論ず、氏の説は實に近代刑法の基礎となれるものである、今舊派の理論の大要を述べんに

- 一、凡そ人は或る一定の年齢に達すれば瘋癲白痴其他精神に異狀ある者を除き或る行爲を欲し又は欲せざるの自由を有するものである。
- 二、犯罪は人が爲不爲の自由意思を有するに拘らず故意に法則に違反して爲せる行爲である。
- 三、犯罪は自由意思の産物にして且つ人は平等に自由意思を有するが故に之れに對する刑罰も亦た犯罪の性質則ち大小に應じて科すべきものである。
- 四、從て犯罪は人が爲したる社會的現象でなく單純なる

法規的現象に過ぎない一定の犯罪あらば之れに對し一定の刑罰を科せは則ち足るのである。

右は舊派の理論の大要であつて唯心論の影響を蒙り自由意思を以て責任の根據とする、諺に罪を悪んで人を悪ますとは此派の主旨である、然しながら人の精神状態は各々相異なるものであつて人は凡て自由意思を有すとの斷定は近世の科學の許さざる處である、又た犯罪は必しも常に自由意思の產出物でなく復多の原因より發生するものである、更に此派は犯罪を主とし人を客となし刑罰を以て民事上の損害賠償と同視し刑罰は單に犯人に

對する苦痛であつて其苦痛は犯罪の大小輕重に適應する事を要すとする結果法律は字書と何等異なる所なく犯罪當時の事情犯人の如何に拘らず常に犯罪事實に適應する一定不動の刑罰を科せば足るものとする。

新派の始祖を伊太利のロンブローソーといふ、新派の學説は主として進化論に立脚し舊派の自由平等仁愛等の觀念に大打撃を與へたるものである、その大要を述べんに、凡て人は平等に自由意思を有するものでない、犯罪行為の原因には各人が先天的に有する個人上の原因、社會上の原因及び場所の狀況差異に

基く自然上の原因等存するものであつて人の意思は常に何者かによつて支配せらるゝものである、従て犯罪に對する政策は其原因を探究して後定むべきものであつて決して一般抽象的に犯罪人なる觀念を定むべきものにあらず、と、此の論據に基いて新派は犯罪人を別つて内因的外因の二となし更に内因的犯罪人を分ちて先天的犯罪人、犯罪狂、感情的犯罪人の三となし外因的犯罪人を別ちて偶發的犯罪人、習慣的犯罪人の二となし各其處分法を指定してゐる。

右述の如く新派は唯物論の影況を受け絶對意思説を否認し人の

意思は身體上の要素と外界の要素とによつて決定せらるるものであつて犯罪に對して責を負ふは犯罪なる非社會的行爲をなしたるが故である、刑罰制裁は犯人の内部の要素と外部の要素との狀況如何により異らなくてはならぬ、要は犯罪の主因は人であつて刑罰は人に對して科すべく將來其人をして再び惡事を犯さしめざることを目的とす可しと主張する點に於て舊派の誤謬を打破し極めて痛快であるけれども餘りに犯罪人其人のみに重きを置いて犯罪事實その物を省みざる點に於て極端の感なきを得ない。

新舊二派以外に第三派として折衷派がある、自由意思説を否認し新派の所謂確定意思説を認むるも唯た特種の先天的犯罪人のみを認むるに過ぎない而して人は或る程度までは一般普通の知覺を有するものであつて犯罪は犯罪人を圍繞する外界の狀況に基くものであるが故に吾人は犯罪人の性格そのものよりも寧ろ外界の事情を攻究し之れが撲滅に力めなければならぬとする近時の刑法及び我が現行刑法は全く第三派の理論に基けるもの如し、新刑法が廣汎なる刑罰規定を設け裁判官をして各場合に適應せる自由處分をなさしめ得るの餘地を興へたのは蓋第三

派の趣旨を汲みたるに外ならず。

第五章 刑事政策の要求

犯罪鎮壓の政策として社會政策と刑事政策とある、社會政策とは直接刑事に關係を有せざるものにして例へば未成年者の喫煙を禁じ或は酒税を高めて暴飲を防ぎ以て犯罪の原因たる可き社會的原因を排斥若くは制限する政策をいふのである、刑事政策に刑事立法政策及刑事司法政策の二つがある。

一般に刑事政策の要求として注意すべき要點を擧ぐれば、

- 一、犯罪奨励の傾向を有する刑罰條項（例之、監視違反罪、

官吏侮辱罪等)を廢止すべきこと。

二、刑罰の範圍を擴大し裁判官をして犯罪の大小輕重のみに
よらず犯罪人の性格及び外界の原因等諸般の事情を斟酌し各
場合に適應せる處分をなさしめ得る自由を與ふること、

三、幼年者は成る可く刑せず國家の強制的感化教育により教
化せんことを力むべきこと、

四、罰金刑を擴張し自由刑を濫用せざること、

五、刑の執行猶豫又は假出獄の制度及び不定期刑宣告の制度
を規定すべきこと、

六、徵罪不起訴の制度を採用すること、

七、待遇を厚うして良判官を得る道を講ずべきこと、
等とである。

第六章 刑罰法の沿革

學者は此の章に於て一般刑罰法の沿革日本刑法の沿革及び我が
新刑法の改正要點を攻究するを常とするけれども之等の諸問題
に及ぶは簡明を旨とする本講の目的に反するが故に余は單に改
正點中重要なるもののみを擧ぐるに止めん。

一、新法は刑罰範圍を擴張し裁判官に充分に刑罰裁量の餘

地を興へたること、

二、法律上又は裁判上の刑罰加重輕減の範圍を著しく擴大せること、

三、罪の三分類法を廢止せること、

四、大に刑名を減少せること、

五、大に法條の數を減少せること、

六、刑罰執行猶豫の制度を採用せること、

七、國際刑法に關する法條即ち刑法適用の範圍に關する規定を補充せること、

八、幼者の責任年齡を擴張せること、

九、數罪俱發及び再犯規定を變更したること、

十、官吏侮辱罪監視規則違反罪等を削除すると同時に自由刑の一種なる監視刑附加刑たる罰金刑及び能力刑たる剝奪公權及び停止公權の規定を廢止したること、

十一、未遂犯も既遂と同一に處分し唯だ場合により輕減し得としたること、

右は改正要點の重なるものであつて尙ほ此他にも心神喪失者外に心神耗弱者なるものを認め之れに對しては刑を輕減する等幾

多の改正あるけれども茲に省略する。

本論

第一編 刑事法令の適用

第一章 刑法の淵源

罪刑法定主義

刑罰權の淵源は憲法第二十三條に存する、同條に曰く「日本臣民は法律によるに非ずして逮捕監禁審問處罰を受くる事なし」と、之れは即ち法によらずんば罪なく法によらずんば刑なきこと所謂罪刑法定主義を規定したものだ、同條にいふ法律とは成文法を指すものなる故慣習法の如きは決して刑罰法規の淵源た

ることを得ない、然し刑罰権の基礎は憲法以外に尙ほ澤山ある、
一般刑法、その施行法、警察犯處罰令その他の單行刑罰法例へ
ば電信法、郵便法、酒造税法、古物法等種々の特別法中にある
刑罰法令は皆さうである。

右に述べた憲法の罪刑法定主義は外國人に對しては如何なる効
力あるかの問題が起る、然し外國人と雖も條約國の人民は（例
へば日英條約）條約の保障によつて保護せらるゝことは勿論に
して此點につき無條約國民でも尙ほ最惠國約款によつて恩惠を
蒙るのである。

舊刑法では「法律に正條なきものは何等の所爲と雖も之を罰す
ることを得ず」との規定を置いて罰刑法定主義を明にしたが新
刑法は之れを削除した、その理由は罪刑法定主義は法律上の原
則で比附援引は寧ろ例外だ、例外は明言すべきも原則は明言す
る要なし且つ憲法第二十三條は此原則を明言してるといふに基
くのである。

第二章 刑罰法の解釋

刑罰法を解釋するには第一文理解釋によらなければならぬ、文
理解釋とは法文の文句から立法者の意思を明にする方法をいふ

然し宇宙の森羅萬象は實に千狀萬態で到底人間の作つた法律中に網羅することは出来ない、従て第二に論理解釋の方法を用ひなければならぬ、論理解釋とは法文編列の體裁や法文相互の關係から立法者の意思を推測する方法をいふ、要するに文理解釋と論理解釋との兩方法を併用しなければ刑罰法の解釋は完全なりとはいへない。

類推解釋といふ方法もあるが刑事法を解釋するに此方法を用ゆることは出来ない、蓋し類推解釋とは類似事項に關する他の法文から法律に規定なき事項を判斷する方法にして解釋方法とい

はんよりは刑罰法規の設定ともいふべきもので明に罪刑法定主義に反するからである、然し類推解釋と勿論解釋と混同してはならぬ、勿論解釋とは例へば普請工事中人力車通行す可らずといふは禁す可き一層大なる理由ある車馬の通行をも禁するものなりとの解釋にして之れは明文そのもの、精神を解釋するに外ならず決して比附援引を試みるものではない。

第三章 時に關する刑法の效力

刑法の時に關する效力は一般法令の時に關する效力と異ならぬ凡て法令は一般人に其發生を周知せしむる爲め公布すべきもの

にして刑法はその實施の時より廢止の時まで存在するものである
從て刑法は實施前に發生したる犯罪を支配せざることが原則
にして之れを不遡及の原則といふ、舊刑法は第三條第一項で此
原則を明言してゐたが凡そ法律はその施行前の事實を支配せず
その廢止後の事實を支配せざることが原則にして原則は敢て明
言する必要なき故新刑法は當然のこととして此規定を削除して
唯だ不遡及原則に對する例外の場合を規定して即ち

第六條 犯罪後の法律に因り刑の變更ありたるときは其輕き
ものを適用す

と即ち犯罪後法律の改正ありて刑に變更ありたる時は新舊の法
を比照して最も輕き刑を科すべしとの意である、故に新法の刑
が舊法の刑より輕き場合は勿論兩者の刑に輕重なき時も一般原
則たる「法は既往に逆らす」によつて舊法を適用すべきもの
である、(或る論者は法律の廢止はその法律が現時の社會状態に
適合せざる故廢止するものなれば「新法は舊法に優る」ことは
法律上の原則なりと主張するものあれども不當の説なり) 又た
犯罪當時の法律と判決當時の法律との間に尙ほ他の法律が介在
する時も互に比較して其内最も輕きものを適用しなければなら

ぬ何となれば第六條は犯人に對する恩惠的規定にして且つ同條にいふ「犯罪後の法律」中には明に中間法律も含むべきであるからである。

連續犯が新舊兩法に跨る場合は如何之れについて或る學者は舊法時代の行爲と新法時代の行爲とを別ち舊法時代の行爲に付いてのみ新舊兩法を比照すべしと論ずる、(如何となれば第六條の新舊兩法比照の問題は舊法時代に行はれたる犯罪が新法時代に裁判せらるゝ場合にのみ生ずるもので新法時代の犯罪は常に新法で支配せらるゝものなれば)然し第五十五條を見るに法律は

連續犯を一罪として見て見るから此論は立たぬ、然りとて全部新法時代の行爲と見て新法を適用し又は全部舊法時代の行爲と見て第六條を適用すといふも餘り技工的である、故に余は此場合は「新法は舊法に優る」との一般理論に基て新法を適用するを可と信ず、蓋此問題は一罪について新法と舊法とが抵觸する場合であるからである。

第四章 人、處及び物に關する刑法の效力

刑法は如何なる人、如何なる犯罪行爲を支配し又如何なる地域に行はれるやについては古來澤山の主義がある、

一、屬人主義 一國の刑法は犯罪地の内國たると外國たるとを問はず自國臣民のみを支配し決して外國人に及ばぬといふ主義で古代人と土地といふ觀念なく單に人と人との關係のみを見てもた時代に行はれたる主義である。

二、屬地主義 一國の刑法は内國人たると外國人たるとを問はず凡て自國內に行はれたる一切の犯罪を支配すといふ主義で土地に對する觀念が發生した時代に起れる主義である、近世各國刑法は根本に於て皆此主義に基くも外國の犯罪は凡て支配するを得ずとする點に於て此主義は不都合あるが故に全然

此主義を採用する立法例なし。

三、折衷主義 一國の刑法は内國に行はれたる一切の犯罪を支配し且つ内國人の犯せる或る犯罪については例へ犯罪地は外國なるも尙ほ之れを支配すとの主義にして即ち屬地主義に屬人主義を加味せるものなり、然し此主義にありては外國に於て外國人が犯せる犯罪は常に支配するを得ざる點に於て不可なる故全然此主義を採用せる立法例は殆んどない。

四、保護主義 一國內の犯罪は犯人の國籍如何を問はず凡て自國刑法を以て支配するのみならず外國に於て犯されたる犯罪

と雖も苟も自國の安寧秩序を害するものなるときは犯人の國籍如何を問はず自國刑法を以て支配すとの主義で近世各國の刑法は多く之れによる。

五、世界主義 一國の刑法は犯罪地の内國たるは外國たるは又た犯人の内國人たるは外國人たるを問はず凡て世界に於ける犯罪に適用せらるゝ主義にして即ち此主義によれば外國人が外國に於て外國又は外國人に對して犯したる自然上の犯罪は自國刑法の支配を受くることゝなる然し實際此主義による立法例は殆んどない。

以上大體諸主義について述べたが更に適用範圍について述べやう。

第一、處に關する刑法の效力

刑法第一條第一項に曰く「本法は何人を問はず帝國内に於て罪を犯したる者に之を適用す」と之れは即ち一國の刑法は其版圖内に行はれたる一切の犯罪を支配すとの原則を示したのである版圖は領土以外に次のものを含む。

一 領水 陸地より砲彈の達する處までを領水とす、領水は國際法上沿岸國に屬し此區域内にある内國の船舶は勿論外國船舶

と雖も其國の刑法の支配を受くる。

二船舶 刑法第一條第二項に曰く「帝國外にある帝國船舶内に於て罪を犯したる者に付き亦同じ」と、之れは即ち船舶は之の所屬國の陸地の延長と看做す原則によれるものにして單り公海のみならず帝國外にある帝國船舶内に於て罪を犯せる者に對し凡て帝國刑法を適用すべきことを定めたるものである但し本條は全然國際法上の原則を排除するものなりと解してはならぬ

三戰時占領地 軍隊は一國主權を代表しその占領地に對しては事實上我が主權を行使する故刑法も當然占領地に適用せらる

四 治外法權を有する外國領域

右の例外として國際法上又は國法上の理由に基き帝國內に行はれたる犯罪に對し日本刑法が適用せられざる場合がある

一天皇 天皇は國の元首にして統治權を總攬し玉ふものなれば天皇は一切の法律に支配せられ給ふことなく憲法第三條は之れを明にしてゐる。

二帝國議會の議員 憲法第五十二條前段に曰く「兩議院の議員は議院に於て發言したる意見及び表決に付き院外に於て責を負ふことなし」とあるにより明である。

三外國の君主 我が天皇と同じく外國の君主は外國の主權者
なれば我國に在留する間と雖も責を負はない、但しその親族は
國際法上の敬禮又は慣習は別として帝國に在留するときは理論
上は責を負ふ。

四外國の使節 外國の使臣は國際法上不可侵權と不羈獨立權
とを有するが故に在留國の刑法の支配をうけず、但其の家族又
は從者の如き外交官にあらざるものは此限にあらす、尤も國
際上の慣例又は敬禮は別である。

第二、人及び物に關する刑法の效力

第二條乃至第四條は第一條と同じく刑法其ものゝ效力範圍を規
定するものでその第二條第三條第二項は保護主義により第三條
第一項は屬人主義により第四條は屬人主義若くは保護主義（公
務員は通常日本人なるも名譽領事の如く外國人なるときは保護
主義によつたものである、即ち第二條に規定する罪は帝國の存
在又は安寧を害すること大なるものなる故犯人の何人たるを問
はず處罰する事としたのである、第三條は大凡自然上の犯罪に
ついて規定したもので國外で帝國臣民が帝國人民或は外國人に
對し又は外國人民が帝國人民に對し犯したる生命身體財產信用

に關する罪は帝國の安寧秩序に關する事極めて大で近世の各國は皆此種のもを犯罪とするが故に此規定を設けたのである第四條は第二條第三條に通せる犯罪について規定したもので別に説明するの要なからう。

右大體刑法の適用範圍を述べたが更に一寸刑法規則適用範圍について述べて見やう、第八條に曰く「本法總則は他の法令に於て刑を定めたるものに亦之れを適用す但其法令に特別の規定あるときは此限にあらず」と「他の法令に於て刑を定めたるもの」とは刑法の刑名により刑を定めたる特別法を指すので他の罰則

を含まない、即ち本條は刑法の總則は刑罰法規の一般原則を規定したるものなる故刑法の刑名により刑を定めたる特別法中明文を以て又は解釋上刑法規則を適用せざることを定めたるものを除き凡て特別法に當然適用せらるゝことを定めたるのである而して本條ある結果一切の罪罰法規は特に反對規定あるものを除外し帝國內又は帝國外にある帝國船舶内で犯したる犯罪に適用せらるゝ事となるべし。

終りに刑法適用の涉外問題について一寸述べやう、
一、外國の確定判決の效力

第五條外國に於て確定裁判を受けたる者と雖も同一行為に付
き更に處罰することを妨げず但犯人既に外國に於て言渡さ
れたる刑の全部又は一部の執行を受けたるときは刑の執行
を減輕又は免除することを得

主權は互に獨立し外國に於ける確定裁判の效力は何等帝國の裁
判に影響する筈はないが過酷なる事を避けんがため裁判官に酌
量の餘地を與へて本條を設けたのである本條は一事不再理なる
原則の或る適用といつてもよい。

二、列國共助 前述せる如く刑法の效力は國境外の犯罪にも

及ぶが一國主權を實行し刑罰權を行使して裁判を行ふは内國
に限ることは原則である其結果帝國の犯人が逃れて外國に在留
し又は外國の犯人が逃れて帝國內に在留するときは例へ刑法に
は國境外の犯罪を罰する規定があつてもその外國も帝國も直
接に自國犯人を罰することが出来ない、此缺點を補ふために近
世各國は通常條約又は慣習によつて犯人引渡要求の權利及び要
求に應ずる義務を認めてる之れを犯人引渡の制度といふ又た犯
人が外國にある場合若くは犯人を罰するに必要な證據材料が
外國にある場合に其材料を外國に送達し或は其材料を内國に送

達せしむる義務も特別の條約又は慣習にて定まつてる、之れを囑託の制度といふ。

右にも一寸述べた通り犯人引渡とは刑事訴訟を受け又は有罪の判決を受けたる逃亡人が現在居る國より審問又は處罰の權利を有する國に引渡さる制度をいふものであるが然し原則として自國人、政事上の犯人、及び輕微なる犯罪若くは犯人が現在居る國の法律によれば罰せざる犯人は引渡さないものとす。

三、追放權 他國の犯罪人逃亡して我國に在留する場合に我國にても罰し得ず又他國にも引渡し得ざる場合若くは我が國に

在留する外國人で屢我國法に違反し到底改心の情表れざる場合に國家の安寧秩序を維持するために之等の者を國外に追放する權を追放權といひ國によりては法令を以て規定してゐるが我國にては斯かる規定なき故行政官廳の處分を以て行ふ可きものとする。

第二編 犯罪

第一章 犯罪の意義

犯罪の定義は宗教上からも道德上からも又哲學上からも定むる

ことを得るが茲にいふ犯罪とは専ら我が現行法の凡ての規定を分拆綜合し之れに基いて定めたる觀念である、而して我が國法も近時一般の傾向に従ひ犯罪の一般條件を客觀的及び主觀的の二要素とする、即ち犯罪とは國家が其生存に害あるが故に其發生を防止するため刑罰なる制裁を附したる有責違法の行爲をいふ、故に犯罪は第一行爲ならざる可らず、第二其行爲が違法ならざる可らず第三其行爲は有責換言すれば責任能力者の故意又は過失に基けるものならざる可らず、第四、法律が其行爲に對し刑罰なる制裁を附したるものならざる可らず、以上の四要

件の一を缺くときは茲に犯罪は成立しない、勿論茲に述べたるものは犯罪の一般條件にして他に特別條件即ち刑法第二編及び特別法令の各本條に規定する條件の存することを忘れてはならぬ。

第二章 犯罪の主體

犯罪は行爲である、行爲の主體は人である、即ち犯罪の主體は人である、法律上人に自然人と法人とある而して幼者狂者白痴瘡癩等責任能力を有せざるものを除き凡て自然人は犯罪の主體となる、然し法人については議論あり、法人擬制論者は法人は

本来實在せず、從て意思又は行爲能力を有せざるものなる故犯罪能力を有せず、法人の犯罪は實は之れを代表する自然人が爲すに過ぎずと、然るに實在論者は法人は法律以前に自然人と同じく實在するものにして意思能力も行爲能力も有す、從て勿論犯罪能力を有すと、純理論は暫く之れを略し我が普通刑法は法人擬制説をとり法人の犯罪能力を認めず、之れ普通刑法が犯罪に代理なきを原則とし犯罪人は凡て自ら故意又は過失に基て犯せる結果に對してのみ責を負ふものとせると生命刑自由刑を定めたる又た罰金刑中にも勞役場留置に關する規定を設けた

る等より見るも自然人のみを眼中にせることは明かである、只だ特別法中には法人を處罰することを規定するものがある、例へば電信法第四十二條、明治四十三年法律第五十二號明治三十七年内務省令第一號の如き之れである。

第三章 犯罪の客體

茲に客體の意義を犯罪によりて法律上の利益を害せられたる人格即ち被害者の意味に解する學者がある此意味に於ては客體は法律上の利益の主體たるが故に犯罪の客體は國家又は一私人(自然人若くは法人)である、又客體の意義を犯罪の目的物即法

律上の利益の意味に解する學者もある、此意味に於ては客體は法律によりて保護せらるゝ一切の利益即ち法益を指すが故に生命身體名譽自由財産は勿論禽獸死屍又は胎兒の如き人類にあらざるもの、自然人法人等凡べて皆客體となる、本講は普通の用例に従ひ客體を第二の意義に解する。

第四章 犯罪の一般要素

第一節 行爲

第一款 行爲の意義

行爲とは人類の意思の外部に發表せられたるもので換言すれば

行爲たる
條件

意思に伴ふ身體の動靜をいふ、如何に危険な犯罪的意思があつても行爲として外界に發現せざる間は近世立法例は一般に之れを犯罪として罰しない。

行爲は第一、人類の爲したる舉動なり、故に獸類の運動や自然現象は行爲でない、第二人類の意思作用に基かざる可らず、故に機械的又は生理的等不可抗力によつて強制されて爲す身體の動靜や睡眠中又は泥酔中に爲す無意識の身體の動靜の如きも行爲とはいへない、又た犯罪行爲として罰せらるるためには有責者の行爲たるを要する故勿論幼者狂者白痴瘋癲者の舉動の如きは

茲に行為といふを得ない。
右に述べた如く行為は意思に基く身體の動靜なる故意に基く身體の靜止即ち不作爲も亦た行為である。

第二款 行為の種類

犯罪行為は法規違反の行為であるがその法規の性質が異なるに従つて行為にも色々種類が生ずる、第一、命令的法規に違反する行為を不行犯又は不作爲犯といふ、此行為中單に或る事を爲さぬことが罪となる行為を純粹の不作爲又は眞正の不作爲といひ爲さるることによりて發生せしむ可らざる結果を發生せしめた

る場合即ち眞の不作爲といふ可きものでなく寧ろ作爲の一種で爲さるることによりて禁止法規に違反したる場合を不純粹の不作爲又は不眞正の不作爲といふ例へば母が其子を殺す爲めに故意に乳を與へない如きは不純粹の不作爲の一例にして本來は禁止法規違反といふ可きものにして普通は積極行為で行はる犯罪を爲さるといふ形式によつて行つたものである、第二、禁止的法規に違反する行為を行犯又は作爲犯といふ而して此内行為のみを禁止する法規に違反する行為を舉動犯、結果の發生を禁止する法規に違反する行為を結果犯といふ、結果犯に實害犯と危

險犯とある、實害犯とは法益傷害等の結果ある場合をいひ危険犯とは斯かる結果が生ずる虞ある場合をいふ、(茲に注意すべきは結果發生せざれば犯罪成立せずとの意味に於て結果犯なる文字を用ふることあり、例へば過失犯の如き實際は過失の結果が發生せざれば犯罪を構成せず彼れ是れ混同することなきを要す)。

第三款 結果の意義

吾人の行爲は必らず外界に何等かの變更を惹起するものである、例へば石を水に投ずれば水紋を生じ吾人が歩行すれば空氣が動

搖する等皆然り、然らば吾人の行爲より生ずる外界の變更即ち影響は凡て皆結果といふ可きか、法律上では斯く廣き意味にいふのではない、唯だ法律上一定の犯罪の構成要素たるもののみを指して結果といふのである、例へば今甲者刀を振り上げて乙者を斬りたりとせよ、甲者が刀を振り上げたため空氣が波動せること次に乙者が傷きたために乙者が死亡したること更に乙者の家族が窮乏に陥りたる事等凡て初に人が刀を振り上げたことに由て生したる外界の影響なれども法律上では唯だ乙者の死亡せる事のみを指して結果といふのである。

尙ほ結果の觀念を明にする爲め行爲と結果の限界について一寸學者の説を述べやう、第一、或る學者は結果なければ行爲なきが故に行爲は積極行爲夫自身、中間影響（余の所謂結果と之れを發生せしむるに至りたる積極行爲との間に介在する効果）及び最終の影響とを含むとし第二或る學者は行爲は積極行爲及び之に伴ふ中間影響のみを含むとし又第三或る學者は行爲の要素は意思活動のみにして即ち積極行爲夫れ自身のみ行爲にして他は凡て結果なりといふ、何れに解するも要するに字義の争に過ぎずと雖も行爲は積極行爲及び之れに伴ふ一定の影響より

成立するものと解すること法律適用上誤なしと信ず、勿論行爲中には當然結果の觀念を包含するものなりと解するにはあらず。

第四款 行爲と因果關係

吾人が犯罪行爲として或る結果について責を負ふためには其行爲と其結果との間に因果關係が存する場合ならざる可らず、換言すれば吾人の行爲が原因となりて外界に結果と見るべき犯罪事實の起れる場合ならざるべからず、然らば何が原因で何が結果なるか、宇宙の森羅萬象は決して單一な事情に基かず（共同

原因) 而も一因は一果を生じ一果又一因となり終始混沌として循環し環の如く到底盡きるものでない、然りとて宇宙の凡ての事情が皆原因なり、又結果なりといふは物理学上の原則としては正しからんも斯の如き廣汎無限界の標準による時は一の犯罪事實に對して世界の凡ての人が責任者なりとの結論に達するものにして到底法律學上では許す可きものに非ることは明である、即ち刑法學上では非社會性を有する一定の行爲と一定の結果との間に於ける因果關係を決定する事を目的とするのである、而して之れについては原因と條件とを區別する説と區別せ

ざる説との二あり、前説は結果を發生したる諸種の事情を分ちて一を原因とし他を條件とし原因は結果を發生したるものなるも條件は結果を發生したるものにあらずとし後説は原因と條件とを區別せず苟も結果の發生に與つて力ありたるものは皆原因なりとする説である、之等の學說について論評するは趣味ある問題なれども難問にして且つ繁に渉るは本講の目的に非ざる故暫く措き通説について一寸紹介せん、通説は即ち適當條件説といふ、本説は其作爲なかりせば決して此結果は發生せざりしといふ場合に其作爲は此結果に對する原因なりと稱する説にし

因果關係
の中斷

て換言すれば吾人の經驗上一般の常識上行爲と結果との間に適當なる因果關係が存在する場合にのみ其行爲を其結果の原因なりとする説なり、故に此説によれば例へば被害者が入院中地震のために死亡せる場合の如き行爲と結果との間に因果關係ありといふを得ない。

尙ほ因果關係中斷の問題がある、即ち一定の行爲と一定の結果との間に其行爲と全く關係なき獨立の勢力が介入したるため結果が發生したる時は其行爲と結果との間には因果關係なし、之れを中斷の場合といふ、例へば他人が放火したりとせんに其放

不作爲と
因果關係

火と同時に落雷ありて其家屋が焼失せる場合の如し、此場合は即ち因果關係の中斷あるものにして放火の行爲は放火未遂罪となるに過ぎない。

不作爲も亦た行爲の觀念に屬する故又た因果關係の問題生ずること勿論である、即ち其不作爲なかりせば斯かる結果生ぜざる場合に不作爲と結果との間には因果關係あるものとす。

以上にて因果關係につき極めて大體を述べ終りたるが茲に注意す可きは因果關係の問題は行爲者を罰する客觀的條件即ち物的條件たるに過ぎず責任の問題とは全然區別す可きものなる點

である。

第二節 違法

犯罪行為は凡て違法行為なること前述の如し、而して違法の觀念について主観説と客観説とある、主観論者は曰く法律は人類殊に責任能力者若くは意思責任者の行為のみを豫想するものなれば法律上意思能力なき者や意思責任なき者には違法なる行為あり能はずと、反之客観論者は曰く苟も人類の行為たる以上は法規の命令禁止に違反する行為は凡べて違法なりと、後説可ならんか。

凡そ吾人の行為には法律によりて保護せらるるもの（権利行為）と法律に依て保護せられず反て制裁を科せらるるもの（違法行為）と法律に依て保護せられず又制裁を科せられざるもの（放任行為）とある、而して犯罪は違法行為にして意思と行為とより成立し其行為が法令に定まれる犯罪なることを知つて之れを行へる場合に其人は犯罪を犯せるものなるが場合に依ては形式上犯罪が成立するも法律が或る事由により處罰を阻却することあり、此種の事由を總稱して違法阻却原因若くは客観的不論罪原因といふ、即ち此種の原因存するときは犯罪の構成は妨げられるの

である。

第一款 違法阻却原因

第一項 法令又は正當の業務による行爲

刑法第三十五條 法令又は正當の業務に因り爲したる行爲は之を罰せず。

即ち本條は法令又は正當の業務による行爲は客觀的に違法にあらざる故罰すべからざる事を規定したのである、法令による行爲とは即ち法令が直接に命令し若くは許容し又は禁止したる行爲をいふ、例へば本屬長官の命令による行爲、警察官の執行

刑の執行、拘引拘留、國稅滯納處分行爲、親權行爲感化院長の檢束行爲の如きをいふ、正當の業務に因る行爲とは法令又は慣習により正當なりと認めらる業務の全般をいふ、例へば醫師の手術按摩の針鍼、相撲取の角力、の如きをいふのである。

法令に因りて爲したる行爲も正當の業務に因りて爲したる行爲も共に正當の範圍を脱したる時は一般原則に従ひ犯罪を構成すべく例へば官吏又は醫師の爲したる行爲と雖も其行爲は已に法令又は正當なる業務に基ける行爲といふことを得ない。法令に因りて爲したる行爲は夫れ自身正當にして犯罪を構成せ

ざること明である、又た正當の業務といふ、已に正當なる業務なる以上は一定の範圍内に於て其業務を行ふことの正當にして犯罪を構成せざる事明なり、況んや正當の業務に因る行為は間接には法令に因り爲したる行為の實質たる以上は特に本條の規定は之れを設くるの要なきか。

第二項 正當防衛(緊急防衛)

刑法第三十六條 急迫不正の侵害に對し自己又は他人の權利を防衛する爲め已むことを得ざるに出でたる行為は之を罰せず

防衛の程度を超えたる行為は情狀に因り其刑を減輕又は免除することを得、

即ち正當防衛とは急迫不正の侵害に對し自己又は他人の權利を防衛する爲め已むことを得ざるに出でたる加害行為にして本來犯罪たるべき行為が其性質上適法なるため違法を阻却するものである、正當防衛の性質又は基礎については自由意思喪失説、權利行為説、必要行為説の三説ありて第二説は大多數の學者によりて主張せられ第三説は少數學者の採る所なり、然し之れ等に關する詳細の説明は略し茲には正當防衛の成立條件について

正當防衛の基礎に關する學說

正當防衛の成立條件

述べよう、

一、急迫不正の侵害あること、故に(イ)侵害即ち他人の行爲に對する積極的加害行爲あることを要す、若し之れなきときは第三十七條緊急状態たることあるも正当防衛たることなし、(ロ)不正の侵害あることを要す、違法ならざる行爲例へば適法行爲若しくは正当防衛夫れ自身に對しては正当防衛なし、但し侵害行爲中止後は此行爲に對して正当防衛成立し得ざる故若し自己の權利を保護せんため尙ほ進んで害を加へんとするときは此者に對し初めの侵害者は正当防衛を行ひ得べし、従つて程度を越えた

る正当防衛に對しては正当防衛の存立することを注意すべし、
又た犯意なき行爲、緊急状態に基く行爲、責任無能力者の行爲動物の行爲に對しても正当防衛成立すと考ふ可し、蓋し緊急状態に基く行爲は本來正当の行爲にあらず、只だ法律が已を得ずとして放任する行爲たるに過ぎず又た責任無能力者、動物の行爲の如きも行爲夫れ自身は不正たるを免れず只だ主觀的に不正行爲といひ能はざるものに過ぎないからである、又た正当防衛は急迫不正の侵害あるを以て充分とするから除刑原因の場合例へば外國の使節の行爲に對しても成立すること勿論である、(ハ)

急迫なる侵害あることを要す、即ち現在切迫せる侵害あることを要す、故に當然豫期したる行為に對しては正當防衛成立せず又將來の危険を防ぐための行為或は過去の侵害者に對して加ふる行為の如き正當防衛行為たることを得ない要するに正當防衛に於ける侵害は直接に開始せられんとする状態に迫れる侵害若くは切迫せざるも期を失はば恢復す可らざる實害を蒙る憂ある行為の現存する場合又は已に開始せられたるも尙ほ繼續中なる侵害たる事を要す、故に舊刑三百十五條第二號の如き場合も勿論新刑法の正當防衛に包含せらるゝものとする。

二、權利を防衛する爲に不正の侵害者に對して行はるゝことイ權利とあるが故に苟も法益ある以上はその種類を問はず之れを防衛するために正當防衛成立す、故に生命身體名譽自由財産信仰の自由等の侵害に對し凡て正當防衛あり若し侵害せらるゝ法益なき場合（例へば百七十四條の場合には正當防衛成立するを得ず、而して其法益の享有者は自己たると他人たるとを問はず、ロ不正の侵害者に對して行はるゝ事を要す、故に侵害者以外の者例へば甲者の侵害を避くるために乙者に害を加へたる場合の如きは正當防衛にあらずして緊急状態である、蓋し正當防

衛は攻撃に對する反撃であるからである、但必要上他の者に加へたる侵害も防衛の行爲たりとの反對論者もある。

三、加害行爲は已むを得ざるに出でたる事を要す、之れに關し二説あり、即ち(第一説)防衛することが必要已むを得ざるに出でたることを要す、故に侵害行爲の當時官廳の保護を求め得る場合又は自身逃避し得る場合には正當防衛なし、又た侵害せらるゝ權利と反撃によつて侵害者に加ふる損害とを比較し侵害者に或る損害を與ふるも尙ほ防衛せざる可らずと犯人が思惟する必要に迫られたる場合なることを要す、要するに已むこと

を得ざるに出でたる云々とは防衛者に於て主觀的防衛すること
を要すべく餘儀なくせられたる事を要する義なりと(第二説)
被侵害者が自身逃避し得ると公力の保護を求め得ると又た侵害を
豫見したると否とを問はず只だ防衛に因る加害行爲が現在の侵
害を排斥するため必要なる程度内に止まるときは已むを得ざる
に出でたる行爲なりと前説を可と信ずる、(又た正當防衛は客觀
的違法阻却原因なる故急迫不正の侵害ありしや防衛が已むを得
ざるに出でたるや否や換言すれば正當防衛が條件を具備するや
否やは裁判官が判斷すべきもので、決して防衛者自身に於て判

斷して急迫不正の侵害ありと信じ其加害行爲に對し防衛を必要
と信じたる場合に正當防衛を認むといふが如き主觀的標準に
因るものに非らずとの客觀論者あり。

以上大體正當防衛の構成要件について述べたり、此要件の一を
缺くときは違法行爲となる。

尙ほ法律は防衛の程度を越え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る事を規定して防衛の程度を越えたる
行爲とは如何、例へば已に逃走せんとしつゝある侵害者を追撃
せる如き又た防衛者よりも侵害者の方遙に腕力弱きが故に敢て

殺害を要せざるに殺害せる場合の如き又た侵害行爲より生せん
とする害と防衛行爲より生じたる害とを比較し防衛者に於て主
觀的防衛の必要を認めざるに尙ほ侵害者に大害を加へたる如き
場合をいふのである、(侵害の目的たる法益と防衛行爲に因り害
せられたる法益とは均等なるを要せず故に僅少なる財産に對す
る盜犯を防止するため犯人を殺害するも正當防衛たりとの論者
あり)。

尙ほ正當防衛を解釋するには民法七百二十條を参照せよ。

第三項 緊急状態(緊急避難)

第三十七條 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已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超えざる場合に限り之を罰せず、但其程度を超え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。

前項の規定は業務上特別に義務ある者には之を適用せず。

即ち緊急状態行爲とは現在の危難を避くるため已むことを得ず他人の法益を侵害したる適法行爲を云ふのである。

緊急状態行爲の成立条件について左に述べん。

第一、現在の危難を避くる爲めなること、故に(イ)防衛する行爲は正當防衛にして緊急状態ではない(ロ)危難とは法益侵害の虞ある偶然意外なる事實をいふ、正當防衛と最も異るところは緊急状態の原因が行爲たる場合に於て其行爲が必しも不正即ち違法なることを要せざる點である、即ち緊急状態行爲に對しては又緊急状態行爲存する、而して緊急状態は被難者が危難の到來を豫見し又は豫見し得可かりし場合には有せずハ危難は現在なることを要す、現在とは正當防衛の場合に於て述べたる如く急迫の意である。

第二、危難は自己又は他人の生命身體自由若くは財産に對するものなること正當防衛の場合には、廣く權利と稱し一切の法益を包含せしめたるも緊急状態の場合には法益の種類は列擧せらる、故に名譽、信教の自由等に對するものに付ては無罪たるを得ず、蓋、之等の權利については事實上危難なるもの存在せずとして法律は列擧せざりしものなるべし。

第三、危難を避くるため已むを得ざるに出でたること避くるためとは客觀的に解するを可とする、即ち客觀的に其加害行爲をなす外他に何等手段なき場合即ち他の手段方法を以てしては

其危難を避け得られざる場合なることを要する。

第四、加害行爲より生じたる害避けんとしたる害の程度を超えざること、故に加害行爲が避けんとしたる害の程度以下なるときは勿論無罪である、然らば裁判官は如何にして兩者の害の程度を決定するや、法律には其標準を示さざる故常識によつて判断する外ない。

加害行爲が程度を超えたる場合については法律は規定して即ち其程度を超え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とす。

前述の條件を具備するときは其行為は無罪となる又は程度を超えたる時は情状に因り減輕又は免除せらるることを得るが尙ほ法律は業務上特別の義務ある者には本條を適用せざるものとす即ち業務上特別の義務を有する者例へば戰場に於て身を危険に曝す義務ある軍人其他巡查消防夫、船長、醫師、看護婦等が各々其義務を盡さず緊急状態を援用して自己の生命に對する危難を避くることを許さるることを規定したのである。

緊急状態行為が無罪たる理由如何については、古來學說紛々たれども茲には之れを省く。

第四項 違法阻却の其他の場合

第一、自助權 法益の侵害ありたる場合に公力を待たず自力に由り原狀を恢復する權利をいふ、獨逸民法に於ては自助權の執行に關し規定するところ多しと雖も我が現行刑法にはなし、只た舊刑法第三百十五條に於て之れが規定を設け盜贓を取戻す行為を不論罪として無罪とせしのみ。

第二、被害者の承諾 人は自己の法益を處分する自由を有す、故に原則として自己に對する加害行為は放任行為として無罪である、又た外形上犯罪行為たるも承諾を得てなしたる行為も亦

た一般に罪とならざるや勿論である、然し自己の法益を處分すると同時に他人の法益を侵害する場合（例へば自己の家屋に放火する如き）若くは他人の承諾を得たる行爲も其行爲が社會公共の安寧秩序に關する場合は（例へば他人の家屋に放火することの承諾を得たる場合又は自己の生命を斷つことを許容せる如き場合）勿論罪となる、尙ほ此他に種々の問題あるも直接刑法文の解釋と關係なき故略す。

第三節 責任

第一款 責任能力

犯罪は有責違法の行爲なること前述の如し而して吾人の行爲が犯罪として一般刑法上責任を負ふためには必らず責任能力を有する者の故意又は過失（意思責任）に本く行爲たることを要す、責任能力と意思責任とは犯罪行爲の當時必らず併有することを要するのである。

然らば責任能力とは何ぞ、違法行爲に付き責任を負ふ適當なる精神状態をいふ、即ち此精神状態は完全に發育し且つ少しも變状なきものならざる可らず、此純常なる精神状態即ち責任能力を有せざる者は犯罪能力を有しない、又犯罪行爲の當時責任

責任能力
の意義

能力ある事を要し且つそれで充分なる故犯罪行為の當時責任能力なき時は例へ其以前に之れありたる時若くは其以後になり之れあるに至りたるも犯罪行為とならぬ。

我が刑法は精神未成熟者及精神不健全者を以て責任無能力者となして三種類の者を規定して、第一、幼者第二精神障害者(心神喪失者若くは耗弱者)第三癡啞者即ち是れである。

第一項 幼者

刑法第四十一條 十四歳に満たざる者の行為は之を罰せず

舊刑法は責任無能力者たる幼者の年齢を十二才未満としたるが

新刑法は十四才未満とした、斯く年齢を高めたのは幼者が犯罪行為を爲すのは多くは幼者其人に存するのでなく寧ろ幼者を包圍する社會その他の事情に基づくものであるから幼者のみに責任を科するは苛酷なり且つ幼者は精神状態尤未成熟期にあるものなれば教育等の方法により改善し得る見込みあるものなりとの理由に基づくのである。

年齢の計算は明治三十五年法律第五十號により出生の日より起算し民法第四百三三條に準じて計算するものとす。

第二項 精神障害者

刑法第三十九條 心神喪失者の行爲は之を罰せず心神耗弱者
の行爲は其刑を減輕す

精神障害者とは心神喪失者と心神耗弱者とを指すのである、即ち兩者の區別は精神状態の不健全の程度を標準とするもので心神喪失者とは例へば癡癲、白痴、痴瘖、神經病、醉狂、中毒、高度の熱病者等を指す、心神耗弱者とは老衰又は神經衰弱等により精神上の抵抗力極めて薄弱なる者の如きをいふのである。法律は心神喪失者の行爲は罪せずとし心神耗弱者の行爲は其刑を減輕すと規定するか兩者已に單に精神状態の障礙に強弱あ

るものに過ぎざる以上は心神耗弱者の行爲も心神喪失者の行爲も同じく罰せざることをし他に其精神状態を治療する方法を講ずること可ならん。

犯罪當時心神喪失せるや果た耗弱せるやは専門なる知識を有する人の鑑定により初めて明となる事實なるが裁判所は決して此鑑定に拘束せらるゝものでない自由なる心證によつて判決すべきである。

第三項 瘡啞者

刑法第四十條 瘡啞者の行爲は之を罰せず、又は其刑を減輕

す

舊刑法にては瘖啞者の行爲は無罪とせしが今日は瘖啞者を教育する方法發達し其教育の如何によりては瘖啞者の心神も常人のそれの如く成熟せしむることを得るから新刑法は絶対に無罪とせず之を罰せず又は其刑を減輕すと選擇的のものとしたのである。

刑法は瘖啞者に限る故盲目又は聾者の如き不具は決して責任無能力者に非ざることを忘れてはならぬ

第二款 意思責任

吾人の行爲が犯罪たるがためには其行爲と犯罪事實との間に事實上の因果關係あり且つ其行爲が一定の精神能力を有する者の一定の意思活動に出でたる行爲ならざる可らず、而して此一定の意思活動は即ち故意と過失との二形式より成る、意思責任とは行爲を違法とする事情の認識豫見に關する意思状態をいふのである。

斯の如く吾人の行爲が犯罪たるためには故意又は過失に基くことを要することは刑事上又は民事上の原則であるが（刑法第三十八條第一項民法第七百九條）特別刑法にては屢々その例外が

ある

第一項 故意(附、不知及び錯誤)

故意の意義に關し二つの學說あり、觀念主義及び意思主義それである。

觀念主義(認識主義)によれば故意とは行爲を知り結果を知り従つて行爲と結果との連絡を知ること云ふ、意思主義(希望主義)によれば故意とは結果を希望することをいふ、前説は現今一般に認めらるゝ學說である、故に故意とは身體の動靜及び之によりて生ずる結果を認識することをいふもので必しも或る結

果の發生を希望若くは目的とすることを要せず只だ法律規定の犯罪事實を知ることの意味するのである。

刑法第三十八條 罪を犯す意なき行爲は之を罰せず、但法律に特別の規定ある場合は此限に在らず

罪本重かる可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

法律を知らざるを以て罪を犯す意なしと爲すことを得ず、但し情狀に因り其刑を減輕することを得

前述の如く故意とは犯罪事實を認識することとなるが茲に犯罪事

實とは犯罪構成事實及び刑罰加重條件たる事實をいふのである、舊刑法第七十七條第二項に「罪となる可き事實を知らずして犯したる者は其罪を論せず」とあるが所謂罪となるべき事實とは即ち犯罪構成事實をいふのである、新刑法は斯の如き規定を削除せるが之れは犯罪構成事實を認識豫見せざるときは故意を阻却すること明文を待たずして明なるゆる規定しなかつたのである、而して犯罪構成事實即ち客觀的要素を認識すること
を要する故に例へば再犯者たるに初犯者と信して罪を犯し又は責任能力者なるに責任無能力者なりと誤信して罪を犯せる場合

の如き主觀的刑罰責任問題に關する事實の不知は故意の存否に影響ない。
罪となる可き事實の不知は不知のあつた限度に於て故意を阻却することが原則である、故に其不知が犯罪構成事實に關する場合には犯罪全體の故意を阻却し(本條第一項)刑罰加重條件たる事實に關する時は例へ外形上刑罰加重の行爲を爲すも其部分に付いては故意を阻却す(本條第二項)故に例へば通常人なりと誤信して自己の親を殺傷したる場合には尊屬親殺傷の故意ありたるものとなすを得ず又自己の物と信じて他人の物品を持ち去り

たる場合には窃盜の故意を阻却する。

故意の成立には犯罪行為の動機如何を必要とせず、只だ例外として法律は目的を以て犯罪構成の要件となす場合あり、例へば第七十七條第百四十八條の如き是れである。

罪となる可き事實を知らざる時は故意を阻却すること前述の如くであるが之れは常に凡ての場合に然りといふにはあらず、法律は第三十八條第三項に之れが例外を規定して、即ち罪となるべき事實についての不知なるも法律に規定せられたる事實の不知なる場合には故意を阻却せざることを規定す、故に不知を

故意の種類

分つて事實の不知と法律の不知の二となす、而して爰に法律の不知とは刑法法令に規定せられたる事實のみを指し他の法令に掲げられたる事實は單純なる事實に過ぎずとする説が普通である。

故意の種類を擧ぐれば

第一、確定的故意、不確定的故意 確定的故意とは犯意が目的物に關し豫め確定せるものをいふのである、例へば甲又は乙を殺さんといふが如し、不確定的故意とは犯意が目的物に關し豫め確定せざるものをいふ、例へば群集中の何人をか殺さん

目的を以て發砲する場合の如し。

第二、作爲的故意、不作爲的故爲

第三、單純故意、豫謀故意 豫謀故意とは熟慮に出でたる犯

意をいひ單純故意とは速慮に出でたる犯意をいふ、舊刑法に於

ては此區別重要なりしも新刑法にては何等の實益はない。

第四、偶然なる故意、偶然ならざる故意 偶然ならざる故意

とは犯罪の結果が犯意必然の結果なる場合をいふ、偶然なる故

意とは犯罪の結果が犯意より偶々生じ得べき性質を有するが故

に偶然に發生したる場合に其結果の上にも犯意ありとする場合

をいふのである。

尙ほ客觀主觀兩方面より種々の分類を試むることを得るが餘り重要ならざる故略す。

第二項 過失

過失とは行爲者が或る結果の發生を認識豫見することを要し且つ認識豫見することを得べかりしに拘らず之を認識豫見せざりし不注意といふ意志の状態に於て爲したる行爲より認識豫見せざりし結果を發生せしめたる事實である、故に過失も亦或る意志と行爲とより成立するものにして無意犯でない、故に責任無

能力者の如き故意なき者には過失はない、又た刑法上認識豫見
することを要する事實とは犯罪構成事實に外ならざる故之れ以
外の事實の不知については刑法上過失の問題は起らず、又た注
意する義務なき事實については過失問題起らざるは勿論例へ注
意義務あるも認識豫見し得ざる場合には過失問題は起らぬ、又
た或る結果の發生することを要する故過失犯は結果犯である。
注意の程度について三つの學說がある、第一、客觀說とは過失
は抽象的に普通一般人の知能を標準として其有無を判断すべし
との說である、第二、主觀說とは各本人の知能を標準とするも

の換言すれば本人が平常用ゆる所の注意(具體的注意)を標準と
すべしとの說である、第三、折衷說とは外部の状況について要
する注意は客觀的注意を標準とし行爲者が結果を豫見することを
得べかりしや否やは本人の知能を標準とするものである、故に
此說によるときは客觀的注意より高き注意力を有する者につい
ては客觀的注意を標準とし客觀的注意より低き注意力を有する
者に付ては具體的注意を標準とするものである、第三說を通説
とす。
犯意を缺く行爲は罪とならざること、刑法上の原則である、故

に過失を罪するには必ず明文あることを要す。(刑法第三十八條第一項但書参照)

過失の責任に關し通常人と一定の業務を有する者との間に輕重を設くる必要あるが故に刑法は第二百十一條に於て業務上必要なる注意を怠り人を死傷に致したる者を特に重く罰することゝしたのである。

第四節 刑罰制裁

犯罪は有責違法の行爲に屬することは屢々前述せる處で明であるが有責違法の行爲は必しも常に犯罪なりといふを得ず、有責

刑罰と他
有責と
なる行爲
の別

違法の行爲にして刑罰を科せられたるもの即ち犯罪なのである而して此犯罪なる制裁の有無如何が他の有責違法行爲と區別す可き唯一の標準となるのである、私法上の不法行爲の如きには只だ私法上の制裁伴ふも決して公法上の制裁即ち刑罰なる制裁は伴はない。

尙ほ詳細は後に刑罰論に於て述ぶる所あるべければ茲には之れを略す。

第五章 犯罪の態様

茲に犯罪の態様とは犯罪發生の形式をいふのである、而して其

形式には種々あるから本篇章を分つて各形式について述べやうと思ふが先づ其前に行爲の階級について一寸述ぶること便ならんと思ふ。

行爲は勿論意思活動即ち決心が外部に表現したるものであるが其行爲には豫備と著手と實行との階段がある。

第一、決心とは或る犯罪を爲さんとの確定的意思状態をいふものがある、原則として決心のみにては法律上犯罪は成立しない、蓋、犯罪は意思に本たる外部行爲たることを要するからである、只だ例外として決心の程度にあるもの即ち陰謀を罰することあ

り、例へば第七十三條第七十五條第七十八條第七百七條の如き之れである、又た罪を犯さんとするこの豫告の如きも罪とならざるを原則とするが法律が獨立罪として特に罰する場合は例外である、例へば脅迫罪の如し。

第二、豫備 決意と實行との中間に存する行爲にして即ち一歩進めば實行となる程度のものである、例へば人を殺さんため刀劍を買ひ求むる如し、豫備も原則として罰せず、只だ法律は例外として罰することを規定する場合がある、之れは重大なる害悪を生ずる場合又は他人の犯罪の既遂未遂に關連する場合であ

る。(刑法第六十二條第六十三條第六十四條參照)

原則として豫備を罪せざるは何等實害を生ぜざるによるものにして敢て明文を待たずして明なることなれば新刑法は舊刑法第百十二條の如き明文を削除したのである。

第三、着手とは實行を爲の一部と認めらる可き各行為及び實行を爲に近接密着したる各行為をいふ、例へば放火の意思にてマッチを以て家屋に火を點したる個々の行為は即ち放火罪の實行着手である、故に着手とは決心及び豫備より一步進みたるものにして實行を開始するものである、法律は原則として之れを

罰す。

第四、實行とは犯罪構成要件の主要なる部分の一に着手したる行為をいふ、例へば殺人罪に於て刀を以て人を斬り付けたる場合の如し。

法律は實行と着手とについて何等區別する處なきを以て兩者を區別して論ずる實益なし、又た着手は實行のかゝりにして着手より既遂に至る迄でが實行と見る可きものにして兩者は本來絶對に區別し得るものではない。

第一節 未遂罪

第四十三條

犯罪の實行に着手し之を遂げざる者は其刑を減輕することを得、但自己の思義に因り之を止めたるときは其刑を減輕又は免除す

即ち未遂罪とは犯罪の實行に着手して遂げざるものをいふのである、故に罪の未遂と既遂との區別は法律が各本條に記載したる犯罪構成要件の凡てを充實したるや否やによつてのみ區別す可きものにして其他の犯罪構成要件たる事賢は凡て之を具備することとを前提となすものなる故兩者の區別は極めて明白である未遂罪は「犯罪の實行に着手し」たることを要する故已に或る犯

罪に着手したることを要す、從て豫備の行爲は未遂罪を構成しない、即ち未遂罪は常に決意の實行に着手したる後起の問題である、又た「之を遂げざる」ことを要する故無意犯たる過失犯には未遂罪なし、蓋之れは過失犯は結果犯にして結果の發生を必要とする既遂罪に付てのみ生ずるものなれば未遂の結果に關しては過失問題起るべき理なき點より見ても明なるも、殊に刑法は罪の未遂を罰するには必ず明文を要すと定めたるに過失犯に付いては此明文存せざることより推すも明なりと思ふ要するに未遂罪は常に故意犯についてのみ成立するものである

不作爲犯
と未遂犯

不作爲犯について未遂罪ありや否やについては色々議論ある、然し未遂罪を罰するには明文を要するに拘らず真正の不作爲犯に關し之れが明文なきと又た真正の不作爲犯には觀念上未遂罪なしと解す可く不眞正なる不作爲犯は其實不作爲による行犯と見る可きものなる故未遂状態存するものと解す可し。

未遂罪の
種類

未遂罪には
任意未遂罪(所謂中止犯)と外由未遂罪(所謂未遂罪)との別あり即ち遂げざる原因が犯人の意思に係る場合と係らざる場合とに基く區別である、犯人の意思に係らざる原因に基く場合即ち外

部障害に因る未遂は之れを外由未遂といひ(第四十三條前段に規定するもの)犯人の意思に係る原因に基く場合即ち任意中止に因る未遂を任意未遂(所謂中止犯)といふ。(第四十三條後段に規定するもの)

任意未遂罪には實行中の任意未遂罪と實行後の任意未遂罪とある、前者は犯罪の實行に着手したるも實行々爲の終結せざる以前に犯人自己の意思に基いて中止したるによる未遂をいふ、後者は實行々爲の終結後犯人自己の意思に基いて結果の發生を防止せるによる未遂をいふ、實行後の中止犯は結果發生の虞ある

間に限り存することを得、又は實行後の未遂にありては例へ結果の発生を中止する行爲をなすも實際上結果発生したる時は既遂となる又は犯人が結果を中止する行爲をなすも實際上中止の結果発生前に他の原因のために結果の発生が防止せられたる時は任意の中止たるを得ない。

中止の意思については犯人が如何なる種類の動機に基き犯行を中止したるや否やは問ふ所にあらず。

外由未遂罪には着手未遂（企行未遂）及び實行未遂（終了未遂又は缺効犯）の二種類がある、前者は犯罪の實行に着手したる際

に犯人の意思に係らざる事情によりて結果の発生を妨げられたる場合をいひ後者は犯罪の結果発生に必要な凡ての行爲を終了したるに係らず犯人意外の事情により結果の発生を妨げられたるものをいふ。

未遂罪の處分については刑法は外由未遂の場合には裁判官は單に其刑を減輕することを得るものとし任意中止の場合には減輕又は免除の中兩者必ず一つを選択せざる可からずと規定せり。

第二節 不能犯

不能犯とは犯罪の手段若くは目的が犯罪の結果発生に適當なら

ざるが爲めに既遂に至ること能はざる場合の觀念であるが此所謂不能犯を未遂犯として所罰するか否かについては古來より學說上實例上議論紛々たる所にして或は全然未遂犯と同一に第四十三條により處罰す可しと主張し或は之れと正反對に不能犯は未遂犯と異なる不能の行爲なる故に第四十三條により處罰するを得ずと主張し或は不能犯の或るものは未遂犯として處罰し或るものは不能犯として處罰す可きものにあらざると主張し茲に所謂學說上客觀說主觀說及び折衷說の三大學說が生じたのである之等の學說について論評を試むるは極めて難問にして且つ簡を

旨とする本講の目的に反するが故に之れを略す、只だ一寸注意す可きは近來多數學者の説によれば不能犯を處罰す可きや否やは全く裁判官に一任す可きものとするを可とすと、然るに刑法は不能犯については何等の規定を設けず

第三節 併合罪

同一人が一罪を犯した場合と數罪を犯した場合とについて法律上の處分が異なる故併合罪を論ずるに先だち一罪數罪の觀念を明にせなければならぬ、然し之れについて學說種々に岐れて極めて難問である、或る學者は行爲の數を以て犯罪の數を決せ

罪一罪と數

んとし或る學者は結果の數によつて犯罪の數を定めんとし又或る學者は意思の數によつて之れを定めんとする、之等の學說の批評は暫く措き兎に角く一行為數罪は理論上正當に認め得可き觀念なることを忘れてはならぬ。
 一罪と數罪の觀念を明にするために左に表に示して説明を試みん。

- 1、數行為一罪の場合
- (1) 繼續犯
 - (2) 結合犯
 - (3) 集合犯

(4) 連續犯

犯罪の個數

- 一、一罪
- 2、想像的數罪俱發(想像的併合犯)の場合
 - (I) 同種の想像的數罪俱發
 - (2) 異種の想像的數罪俱發(第五十四條)
 - 3、牽連犯(第五十四條)
 - 4、法規競合の場合
 - 1、併合罪

三、數罪

2、累犯

第一、數行為一罪とは行為は數個あるも成立する犯罪は一個なる場合を云ふのである、即ち假へ數個の行為あり數個の結果あるも其各行為は法律上獨立の性質を有せず單一なる行為として一罪を構成するものと見らるゝ場合をいふのである、之れに屬するものは繼續犯、結合犯集合犯及び連續犯の四種とする。

- 一、繼續犯、とは一個の行為を以て一個の法益侵害を發生せしめ且つ此違法なる狀況を繼續する事を以て犯罪構成要件とするものをいふのである、例へば不法監禁罪の如し。
- 二、結合犯、とは本來は各々一個の犯罪を構成する行為が法律によりて結合せられ其結果一罪を成すものをいふ、例へば強盜、強盜強姦罪の如し。
- 三、集合犯、とは同一行為が幾回も繰り返され若くは繰返さるゝ虞あるものをいひ此中に營業犯、職業犯、慣行犯がある。

四、連續犯、とは連續したる數個の行爲にして同一罪名に觸るゝものをいふ、繼續犯と異るところは繼續犯にありては違法の狀況を繼續することが犯罪構成要件なれども連續犯にありては各行爲各一罪を構成し得る數個の行爲が事實上連續して一團の一罪となるものである、或る論者は法律に特別の規定なき限りは犯罪の數は行爲の數を標準とす可きものなれば連續犯も其性質は數罪なり、只だ刑法五十五條は一罪として處分する事を明にせるものに過ぎずといふと雖も同條は明に連續犯の性質上一罪なることを認む

るものと解せざるべからず。

第五十五條 連續したる數個の行爲にして同一の罪名に觸るゝときは一罪として之を處斷す。

如何なる場合に數多の犯行を連續犯と見る可きやに付いては主觀客觀の兩説あるが凡そ結果單一意思責任も亦た單一なる場合即ち被害法益が單一なる場合に一罪として連續犯と見るを可とすとは有力なる學説である。

尙ほ注意すべきは連續犯として一罪と見る爲めには數個の行爲が同一罪名即ち同一刑罰法規に觸るゝことを要すと第

五十五條が規定する點である。

第二、想像的數罪俱發又は想像的併合犯。

第五十四條 一個の行爲にして數個の罪名に觸れ又は犯罪の手段若くは結果たる行爲にして他の罪名に觸るゝときは其最も重き刑を以て處斷す

第四十九條第二項の規定は前項の場合に之を適用す

想像的數罪又は想像的併合犯とは一行爲數結果即ち一行爲數法に觸るゝ場合、更に換言すれば一個の行爲にして數個の結果を生ずる場合を云ふのである、之れには二つの場合ある、

即ち同種の想像的數罪俱發と異種の想像的數罪俱發の二つである、前者は例へば一發の彈丸で數人を殺害したる場合の如く一個の行爲から生じたる數個の結果が同種類の罪名に觸るゝ場合で後者は例へば一發の彈丸で人を殺害すると同時に他人の器物を破壊した場合の如く一個の行爲から生じたる數個の結果が異種類の罪名に觸るゝ場合を云ふのである、而して刑法第五十四條は異種の想像的數罪俱發を規定してゐるが同種の想像的數罪俱發については何等の規定を設けてゐない、これは同種の想像的數罪に適用する法規は單一なるも

のであるから特に刑法に規定する必要なしとしたからである。

第三、牽連犯とは刑法第五十四條に規定する「犯罪の手段若くは結果たる行爲にして他の罪名に觸るゝ」場合をいふのである。

犯罪の手段たる行爲にして他の罪名に觸るゝ場合とは即ち一つの獨立せる犯罪行爲が他の犯罪の手段として行はれたる場合をいふのである、例へば文書偽造行使が詐欺取財罪の手段となり封印破毀が窃盜行爲の手段となり家宅侵入が窃盜罪の

手段となり何れも此手段たる行爲が獨立の他の罪名に觸るゝ場合の如し。

犯罪の結果たる行爲にして他の罪名に觸るゝ場合とは即ち一つの獨立せる犯罪行爲が或る犯罪の結果として行はれたる場合をいふのである、例へば遺棄は殺人の結果たる行爲阿片煙吸飲はその輸入の結果たる行爲、郵便局より貯金を騙取せる行爲は郵便貯金通帳窃取の結果たる行爲印章の不正使用は印章窃取の結果たる行爲たるが如し、即ち結果たる行爲とは或る犯罪の當然の結果にして而も其犯罪の構成要素をなさざる

ものをいふのである。

想像的數罪俱發及牽連犯は之れを一罪と見る可きものなることとは特に第五十四條に於て數罪と區別して規定するところより明かである、已に一罪とする以上は一個の罪名について已に判決ありたる時は他日他の罪名發覺するも之れについては更に審理すること能はず、又た時効の如きも最後の行爲ありたる時より起算するものである。

想像的數罪俱發及び牽連犯の處罰について法律は數個の罪名中最も重きものに對する刑に従つて處斷することを規定す。

第四法規競合の場合 或る行爲が外觀上は多數の罪名に觸る

るも一つの法律の適用が他の法律の適用を排斥する場合をいふのである。

一、普通法と特別法との競合、特別法は普通法に優先することとは刑法上の原則であるから特別法のみが適用せられて一罪を構成す。

二、複法と單法との競合、單法は複法の一部をなすに過ぎざるものなる故複法のみ適用せられて一罪をなす。

三、充實法と補足法との競合、勿論充實法のみ適用せられて一罪をなす。

四、或る行爲を規定せる法條が當然其行爲より生ずる後の結果を豫見する場合、此場合には後の行爲は前の行爲自體として罪を構成せず例へば贓物の處分行爲、又は死屍の毀棄の罪の如し。

終りに一寸注意す可きは學者によりては想像的數罪及び牽連犯の場合を純然たる法規の競合と云ひ本講に於ける所謂法規競合の場合を準法規競合といふ。

右簡略に一罪の場合について述べたが以下數罪の場合について略述せん。

茲に數罪とは學者の所謂實體的數罪の場合即ち數個の行爲によりて數罪成立せる場合をいふ、實體的數罪には所謂併合罪及び累犯の二つがある而して所謂併合罪即ち實體上の併合罪に付いては刑法第四十五條以下に規定し累犯については第四十五條以下に規定す。

所謂併合罪とは同一犯人が確定裁判を経ざる以前に於て犯したる數個の犯罪を云ふものである、故に併合罪たるがた

めには

第一、同一犯人が二個以上の獨立したる罪を犯したることを要す。

第二、二個以上の犯罪は確定裁判前に犯されたるものなることを要す。故に或る罪のみが先に發覺し他のものが確定裁判後發覺する場合は併合罪の關係を生ずれども(四十五條後段)確定裁判前の犯罪と確定裁判後の犯罪とは決して併合罪の關係を生ずることなし、此場合には累犯關係生ずるのみ

併合罪の處分に關する學說

第四十五條、確定裁判を経ざる數罪を併合罪とす、若し或る罪につき確定裁判ありたるときは止た其罪と其裁判確定前に犯したる罪とを併合罪とす。

併合罪の處分に關して三つの主義がある、曰く併科主義、吸收主義及び折衷主義之れである、舊刑法は原則としては吸收主義をとり只だ僅少の例外として併科主義を認め、然し其の缺點大なるが故に新刑法に於ては折衷主義をとれり、而して折衷主義とは吸收主義と併科主義とを折衷綜合する主義であるが此折衷主義中にも吸收主義に重きを置く

ものと併科主義に重きを置くものとある、新刑法のとれる主義は後者即ち併科主義を基礎として之れに吸收主義を加味せる折衷主義である。

第四十六條、併合罪中其一罪に付き死刑に處す可きときは他の刑を科せず、但沒收は此限に在らず

其一罪に付き無期の懲役又は禁錮に處す可きとき亦他の刑を科せず、但罰金科料及び沒收は此限にあらず

即ち第四十六條第一項は併合罪に付き各罪の刑を併科することを原則としたのである、只だ併合罪中死刑に該るもの

あるときは他の刑を科せずと規定したのは死刑は最重の刑罪なる故此上に他の刑を科するは酷なりとの理由に基づくのである、然し沒收は他の刑と異り一面行政上の目的のため行はるゝものであるから死刑以外の主刑の場合には勿論死刑の場合にも科す可きものとしたのである、第二項は併合罪中其一罪に付き無期の懲役又は禁錮に處す可きものある時は罰金科料及び沒收以外の刑は科せざることを規定せるが其理由は無期の自由刑に對し更に自由刑を附加するも何等の意味なし然るに沒收は前述の理由により科することを要

し又た財産刑は自由刑と何等關係なきものなるゆる罰金科
料は科す可きものとしたのである。

第四十七條 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、但各罪に付
き定めたる刑の長期を合算したるものに超ゆることを得
ず。

本條は有期の自由刑と雖も原則たる併科主義を貫くときはは
過酷に失すとの理由に基いて設けられたるものである、故

に例へば窃盜罪と未成年者誘拐罪と公文書毀棄罪との三個
が併合罪たる場合には最も重き窃盜罪の刑の長期十年に其
半數五年を加へたる十五年以下の懲役に處す可きものであ
る、然し若し窃盜罪と死體損壞罪及び惡事醜行揭示罪の三
個が併合罪たる場合には本條但書に則り各罪の刑の長期即
ち十年三年一年を合算したる十四年以上の懲役に處するこ
とを得ず、(即ち本條本文の規定に従つて十五年以下の懲役
に處することを得ないのである) 茲に注意す可きは第十四
條に「有期の懲役又は禁錮を加重する場合に於ては二十年

に至ることを得……とあるが故に如何なる場合に於ても併合罪の有期懲役又は禁錮の長期は二十年を超ゆることを得ないのである、本條に所謂重き罪とは各本條に於て重き刑を科したるものを云ふ、而して刑の輕重は第十條の定むるところに従ふべし。

第四十八條 罰金と他の刑とは之を併科す、但第四十六條

第一項の場合には此限に在らず

二個以上の罰金は各罪に付き定めたる罰金の合算額以下に於て處斷す

本條本文は併合罪中罰金に處す可きものと他の刑即ち無期の懲役禁錮、有期の懲役禁錮、拘留科料に處す可きものある時は之れを併科することを示す只茲に注意すべきは第四十六條第一項により若し併合罪中死刑に處すべきものある時は罰金刑を併科すること能はざるなり、又第二項は併合罪中各罪につき定めたる罰金額を合算して其額を併合罪に於ける罰金刑の最多額とすることを定めたるのである。

第四十九條 併合罪中重き罪に沒收なしと雖も他の罪に沒

收あるときは之を附加することを得

二個以上の没収は之を併科す

本條第一項は主として第四十七條の規定に關するものである而して前述の如く没収の性質上併合罪中他の罪には没収なき時は勿論二個以上の没収ある場合にも併科しう得ることとは明である。

第五十條 併合罪中既に裁判を経たる罪と未だ裁判を経ざる罪とあるときは未だ裁判を経ざる罪に付き處斷す

第五十一條 併合罪に付き二個以上の裁判ありたるときは

其刑を併せて之を執行す但死刑を執行す可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可きときは罰金、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に超ゆることを得ず

即ち第五十五條は併合罪中既に裁判を経たるものと未だ裁判を経ざるものとのある時は（參照第四十五條後段）已に裁判を経たものには關係なく只だ裁判を経ざるもの即ち餘罪

についてののみ刑を定めることを規定するものである。故に若し此場合に餘罪が只だ一個なるときは單純に一罪の場合と同じく處分し餘罪が數個なるときは其數個の餘罪の間に於てのみ併合罪の規定に従つて處分し前發の併合罪の刑と關係なく別個に其刑を言渡すべきものである、然し絶對に此理を貫く時は二個以上の裁判が時を異にして行はれたる場合と同時に行はれたる場合とにより結果を異にするるべく従つて併合罪處分の旨趣に反するとあるが故に刑法は第五十一條に於て二個以上の裁判ある場合について制限

を設けてる、即ち併合罪につき二個以上の裁判ありたる場合には其刑を併せて執行することを原則とし但書に於て之れが制限を規定してゐる。

第五十二條 併合罪に付き處断せられたる者或罪に付き大赦を受けたる場合に於ては特に大赦を受けざる罪に付き刑を定む

本條は既に併合罪として處断せられたる罪の中或罪につき大赦を受けたる場合に若しその大赦を受けざる罪一罪なるときは單純なる一罪として處分し若し數罪なるときは其數

罪の中につき併合罪の規定に従ひ刑を定む可きことを規定したのである而して此規定は最初より各罪につき刑を併科したる場合及び二個以上の裁判により刑を言渡されたる場合（第五十條）には適用なし、如何となれば是等の場合には既に大赦を受けざる罪につき刑を定むる必要なき故である（参照刑法施行法第五十三條）

第五十三條 拘留又は科料と他の刑とは之を併科す、但第四十六條の場合には此限に在らず
二個以上の拘留又は科料は之を併科す

本條は前述せる所にて明なる故説明せず。
以上にて併合罪の意義及び處分に關して大略述べ終りたり、尙ほ數罪の一場合たる累犯について述べべきものあれども章を改めて述べん。

第四節 累犯

茲に累犯とは一定の犯罪につき有罪の確定裁判を経たる後更に一定の犯罪を犯したるをいふのである、先に有罪の確定判決を受けたるもの後更に罪を犯したる場合を再犯といひ先に二回の有罪確定判決を受けたるもの後又罪を犯したる時は三犯とい

ふ、四犯五犯等皆此の例に従ふ、累犯とは之れ等を總括して命名したものである、累犯は加重すべきものとす、之れ蓋し累犯者は非社會性強く刑罪を恐れざるものなる故責任を重くするのである、然し累犯は必しも常に加重せらるゝものではない、その加重せらるゝ場合については刑法は特に第五十六條第五十九條に規定してゐる。

第五十六條 懲役に處せられたる者其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可きときは之を再犯とす

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執行の免除ありたる日より又は減輕に因り懲役に減輕せられ其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可きとき亦同し

併合罪に付き處斷せられたる者其併合罪中懲役に處す可き罪ありたるときは其罪最重のものに非ずと雖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

第五十九條 三犯以上の者と雖も猶ほ再犯の例に同じ

故に刑法上累犯の成立要件は

- 一、(イ)懲役に處せられたる者又は(ロ)懲役に該る罪と同質の罪に因り死刑に處せられたるも其執行の免除を得又は懲役に減輕せられたる者又は(ハ)處斷せられたる併合罪中懲役に處せらる可き罪ありたる者が有期の懲役に處せらる可き場合なることを要す、斯く前後の犯罪共に懲役に關する場合にのみ累犯關係を認めたるは懲役刑は一般に累犯となる虞ある犯罪又は犯人に科せらるることを目的とするものであるからである。

- 二、前の刑と後の刑との輕重に關せず
- 三、刑の執行又は免除を得たることを要す
舊刑法は確定裁判後の犯行たる以上は累犯關係を認めたるも新刑法は刑の執行又は免除を得たることを必要とする、故に刑の執行前、執行中、執行停止中及執行猶豫中の犯罪は累犯關係を生じない、又た執行の免除は時効又は第五條等に由る場合にして大赦又は刑の執行猶豫の完成の如きは累犯關係の基礎とならない。
- 四、前の處罰と後の犯罪との間に五年以上の期間を経過せ

ざることを要す。

五、前の罪と後の罪とは場所を同じうするを要せず

累犯は加重處分をなす可きものなること前述の如し而して之れについては第五十七條に規定がある、然し勿論第十四條の制限をうけ二十年以上に至ることを得ないのである。

第五十七條 再犯の刑は其罪に付き定めたる懲役の長期の

二倍以下とす

裁判確定後再犯者たることを發見したる場合については第五十八條に規定せらる。

第五十八條 裁判確定後再犯者たることを發見したるとき

は前條の規定に従ひ加重すべき刑を定む

懲役の執行を終りたる後又は其執行の免除ありたる後發見せられたる者に付ては前項の規定を適用せず

即ち本條第一項は裁判の際偽名其他の原因によつて累犯たることを發見せず從て初犯の刑を科したるに裁判確定後累犯者たることを發見したる場合に付ては第五十七條の規定によつて更に加重すべき刑を定むることを規定したものである、然し已に懲役の執行を終り又は其執行の免除ありたる後に至ては例へ累

犯者たることが發見せられても更に加重す可き刑を定めざることを第二項に規定したものである、以上を以て大體累犯について述べ終りたり。

第五節 共犯

第一款 共犯の意義

共犯とは數人の者が共同加功して特定の罪を犯すことをいふ、共犯は犯罪の一態様であるから共同者の各行為は有責なることを要すると同時に各共同者は共同犯罪を認識してゐることを必要とす、故に責任能力者と責任無能力者、又た意思責任者と意思

無責任者とは共犯の關係に立つことを得ざると同時に故意ある者と故意なき者との間にも共犯關係が生しないことは勿論である、蓋、之れは責任無能力者や意思責任なき者の行為は違法たるも犯罪とならざるものであるからである、但し除刑原因の場合と混同してはならぬ、外國公使の行為の如きは犯罪となるも或る特別の理由に基いて刑を科せざるに過ぎない、未から外國公使の行為は共犯の觀念を阻却するものではない、未遂犯の如きも犯罪構成要素の凡てを充實せざりしといふのみで畢竟未遂の状態に於ける罪に外ならぬ故勿論共犯關係は存在

する、過失犯に共犯ありや否については議論あるが消極説は有力な學者の探るところである、又共犯には通謀なる觀念を要するか否かについても學說岐れてる、或は通謀を要すといひ或は双方にて單に共に犯す意思あれば足りるといひ或は更に双方共に犯す意思なく只だ一方のみ共に犯す意思あれば足りるといふ、然し最後の説即ち他人が罪を犯すことを知つて共に犯す意思あれば、それ丈けで其者は共犯の責任を負ふ（勿論此場合に他人が罪を犯すことを知らざる一方の者は共犯として責を負ふことを得ず）と解するを正しとす、従つて共犯には通謀の意思を要

しない。
不作爲犯に共犯ありや不眞正不作爲犯は即ち不作爲による行犯なるが故に勿論共犯の觀念を認め得可く又眞正の不作爲犯にありても共同者の各自が獨立の行爲義務を負ふてる場合を除き共犯の觀念を認め得可きは勿論である。
共犯の意思即ち犯罪の認識は必しも犯罪實行前に存するを要しない例へば甲者が乙者を強姦せんとて縛りたるに丙者その情を知り甲者と共に之を強姦したる時は兩者共に乙者を強姦する意思あるものである。（承繼的共同正犯）

類共犯の種

共犯の種類 即ち刑法は共犯を正犯、教唆犯従犯の三形式に別つ、哲學上の因果關係論を推せば苟も結果に對し條件を與へたるものは其原因といふべく従つて共犯に斯かる三形式を認むべきにあらずと雖も刑法は正犯のみを原因者とし教唆犯及び従犯に於ける教唆行為及び幫助行為は正犯の實行行為により因果關係を中斷せられて原因をなさざるもの即ち實行行為にあらずして單に實行行為に加擔するに過ぎざるものとしたのである即ち法律に基く例外である以下右の各形式について些か述べん。

第二款 共同正犯

第六十條 二人以上共同して犯罪を實行したる者は皆正犯とす

即ち共同正犯とは二人以上の者が共同して犯罪を實行したるを云ふ。

成立條件

故に共同正犯は第一、數人が同一犯罪を犯したることを要す、第二、同一犯罪を實行したることを要す、故に豫備をなしたるに過ぎざる時は共同正犯にあらず又た一人が實行し他人が幫助したる如き場合も共同正犯にならず。

意思共通の範圍を組織したる場合

前款に於て些か説明したれば茲に再び正犯の主觀的要素につい

て述ぶる必要なからう、只だ一寸注意すべきは若し共犯者の行為が意思共通の範囲を超越した時には其點については共同正犯を認むることを得ない、然し共同者の各行為が意思共通の範囲内に於て爲されたるに拘らず其行為の性質上當然或る結果が發生した場合（例へば意思共通の範囲は殴打なりしに殴打のため致死なる結果生じた場合）には其結果についても共同に犯したものといはなければならぬ、共同者が犯罪事實に關し相互に一部異つてる觀念を有するときは其部分については共同正犯を認むることを得ず、例へば共同者の一人が殺人の意思を有するに

他の者は單に傷害の意思を有するに過ぎざる場合の如し又た一定の目的あることを要素とする犯罪に於て共同者の一人が此目的を有せざる場合も然り（例へば意思如何により或る者は第九十二條の罪を犯し或る者は第二百六十一條の罪を犯す場合の如し）。

第三款 教唆犯

第六十一條 人を教唆して犯罪を實行せしめたる者は正犯に準ず

教唆者を教唆したる者亦同じ

成立條件

即ち教唆犯とは故意に他人をして犯罪の實行を決意せしめ因て犯罪を實行せしめたる者を云ふ。

故に教唆犯の成立要件は

第一、他人をして犯罪の實行を決意せしめたることを要す、

茲に犯罪とは特定の犯罪をいふこと勿論である。

第二、被教唆者が教唆せられたる行爲を實行したることを要す、

即ち被教唆者が犯罪行爲を實行し且つ其教唆行爲と結果との間に因果關係あることを要するのである、但教唆の方法は之れを問はず。

第三、他人をして犯罪を實行することを決意せしめ因て之を實行する意思あることを要す、即ち他人の實行行爲が犯罪たることを認識するのみならず其教唆行爲に因て他人が犯罪の決意をなし其犯罪を實行することを認識することを要するのである、之れ即ち教唆犯に於ける故意である。

第四、教唆者は責任能力を有することを要す、此事は前款に於て説明したれば明なるべし。

右の要件中其一つにても缺くときは教唆犯は成立しないのである。

尙は次に重要な問題について略述せん、

教唆行爲とその結果たる犯罪との間には因果關係あること、
を要す、故に不可抗力となるべき暴行強迫又は故意を阻却す
べき錯誤を生ぜしむる程度の行爲は爰に教唆行爲といふこと
を得ない。

教唆行爲と之れに基く犯罪とが全然無關係の別種のものなる
ときは全然教唆の關係は阻却される。

被教唆者が教唆行爲に乘じ教唆者が指定したる罪の範圍を超
えたる重き罪を犯したる場合には教唆者はその超えたる範圍

については責任がない。

被教唆者が教唆者の指定したる罪より軽い罪を犯した場合に
は教唆者は被教唆者が現に犯した罪について責を負ふのみ。

教唆行爲と被教唆者の實行々爲との間には因果關係あること
必要なれども其教唆行爲は必しも實行々爲の唯一の原因た
りしことを要せず。

被教唆者に於て初より犯罪を想像して居たる場合に於ても尙
ほ苟も其教唆行爲に因つて被教唆者が犯意を決したる者なる
ときは教唆の行爲ありと云ふを得。(但共同教唆の場合には數人の行
爲が相合して實行行爲の決定を

なされしめたるのみならず共同教唆者
間に共同教唆の意思あることを要す
被教唆者が以前に已に犯罪を決議したる者なることを知らず
して教唆行為を試みたる時は教唆犯成立せず、單に教唆の未
遂に過ぎず。

教唆者の指定したる方法と被教唆者の實行したる方法と異なる
ときは教唆者は指定したる以上の事については責を負はず又
た被教唆者が現に行ひたる事實以上には責を負はず例へば
財物窃取を教唆したるに被教唆者が詐欺によつて財物を騙取
したる如き場合には教唆者は詐欺行罪の教唆者として責を負

ふ。
加重罪の場合には（例へば傷害罪）教唆者は生したる結果に
ついて責を負ふ。

目的物に關する錯誤は教唆關係の成立に何等影響を與へな
い。
被教唆者は特定人たることを要せず、例へば新聞紙上に於て
内亂罪を不定人に教唆する如し。

被教唆者が犯罪を決せざる場合は勿論決するも實行着手前實
行を中止したる時は教唆犯成立せず、但實行行為が未遂に終

りたる場合には教唆犯成立することは勿論である。

終りに教唆の教唆について述べんに舊刑法に於ては之れに關する規定なかりしを以て争ありしが新刑法は第六十一條第一項に於て之れを規定し以て問題を解決した即ち教唆者を教唆した者も亦教唆者と等しく正犯に準ずとした、然らば特定の犯罪に對し教唆が三個以上ありたる場合は如何、本來教唆の教唆の場合に於ては第一の教唆と第三者の犯罪決意との間には因果關係中斷せらるべきものなるを以て新刑法は特に規定を設けて正犯に準せしめたのである、此點より推せば余は教唆が三個以上ある

場合には第一の教唆行為をなせる者に對しては教唆犯の教唆行為ありとして處罰するを得ざるものと信ず、但し第二第三の教唆者が順次責任無能力者又は犯意なかりし者なる場合は此限りでない。

以上を以て大體教唆犯について述べたり。

第四款 從犯

第六十二條 正犯を幫助したる者は從犯とす

從犯を教唆したる者は從犯に準ず

即ち從犯とは正犯を幫助する者をいふ。

故に從犯の成立要件は

第一、正犯を補助したる行爲あることを要す。

爰に補助行爲とは如何、主觀客觀の兩説あれども要するに他人の犯行を容易ならしむる一切の援助行爲を指すと解すること正しからん、而して從犯は正犯を補助することを要するが故に正犯が罪を構成せざる場合は勿論正犯と補助行爲との間に因果關係なき場合には從犯關係成立せず、此點に於て教唆犯と同じ、然らば兩者の區別如何、教唆犯は正犯をして犯罪の決意をなさしむるものなるに反し從犯は

已に犯意を有せる者に對し補助する點に於て異なる、又た正犯との區別は正犯は犯罪の實行を爲たるに反し從犯は正犯に加擔し補助して容易ならしむる點に於て異なるのである。

第二、正犯を補助する意思あることを要す、之れは屢々前に説明したところを參照すれば明なりと思ふ。

第六十二條第二項は從犯を教唆したる者を從犯に準することを規定してゐるが從犯を補助した場合は如何、之れ前に教唆犯の場合に於て述べた如く第一の補助者と正犯との間に無能力者たる補助者ある場合を除き第一の補助者は罰せずと解すべし。

間接正犯

以上共犯の一種類たる正犯教唆犯及び従犯について述べた
り、此外にも尙ほ共犯には任意的共犯及び必要的共犯の種別が
ある、前者は單獨にて犯し得る犯罪を數人共同にて犯すもの後
者は數人共同することが犯罪の成立要素なるものをいひ尙ほ此
必要的共犯中には會合的共犯及び集合的共犯の別あるが茲には
之等についての説明は略し間接正犯について簡單に述べやう
即ち間接正犯とは犯罪無責任者を利用して犯罪を實行した者を
いふのである、爰に犯罪無責任者中には(一)責任無能力者、(二)
犯罪行為たる認識を有せざる者、(三)強迫により意思自由を喪

失せる者、(四)特定の目的を以て構成要素とする犯罪に於て斯
かる目的を有せざる者、(五)緊急状態に陥れる者又は長官に
對する屬官、(六)故意に責任無能力の状態に陥れたる自己等を
含むのである。

要するに間接正犯とは右に示せるが如き人を器械として自己が
罪を犯すことをいふのである。

間接正犯の場所及び時に付いては三説あるが折衷説即ち被利用
者の行為のありたる場所及び利用者が被利用者に行爲の原因を
與へたる場所を以て犯罪の場所とし又た被利用者の行為のあり

たる時及び利用者の行爲のありたる時を以て犯罪の時とする説を可とす。

第五款 共犯の處分

第六十三條 從犯の刑は正犯の刑に照して減輕す

共犯の處分に關しては四つの主義がある、曰く平等主義、不平等主義、個人主義及び加重主義之れである、刑法は不平等主義を採用せることは第六十三條の規定より明かである。

即ち刑法は共犯者各自の地位の異なるに従ひ刑罰責任を異にし從犯の刑を正犯の刑に照して減輕するものとしたのである、故に

若し正犯が現に行ふところの罪が幫助者即ち從犯の知るところより重き場合には從犯の知るところの罪に照して減輕し又加重罪の場合(例へば傷害罪)に於ては正犯現に行ふところの罪に從つて減輕すべきものである。

正犯の刑については第六十條に「二人以上共同して犯罪を實行したる者は皆正犯とす」と規定し以て共同正犯者各自に對し各自の犯罪について全責任を負はしむ、故に共同正犯者の全體が常に同一の法條を適用せらるものと解してはならぬ、即ち各自單獨に罪を犯した場合と同様に見ることを要する故各自に對し

適用すべき法條の異なることある可く又た例へ同一なる場合にて
も或る者は加重若くは減輕せられ他の者は然らざることあるべ
し。

教唆犯については第六十一條一項に「人を教唆して犯罪を實行
せしめたる者は正犯に準ず」と規定し以て教唆者が若し正犯な
りせば受く可かりし刑罰を受くべきことを示す、即ち原則として
教唆者は其故意の及んだ範圍及び正犯の行爲の發展したる程度
に於て恰も自身正犯として實行したと同しく處分せらるゝので
ある、故に正犯と教唆者との關係に於ては前述の正犯者相互の

關係と同じく一方の加重又は減輕は他方に何等の影響を及ぼさ
ないのである、教唆の教唆についても本條第二項は同様なこと
を規定してゐる、更に第六十二條第二項は「從犯を教唆したる者
は從犯に準ず」と規定してゐる。

教唆犯及び從犯については一つの制限がある即ち、

第六十四條 拘留又は料料のみに處す可き罪の教唆者及び

從犯は特別の規定あるに非れば之を罰せず

本條は即ち拘留又は料料のみに處すべき犯罪は一般に罪質輕微
なるものであるからである。

第六十五條 犯人の身分に因り構成す可き犯罪行為に加功

したるときは其身分なき者と雖も仍ほ共犯とす

身分に因り特に刑の輕重あるときは其身分なき者には通常の刑を科す

本條第一項は身分を以て特別構成要件とする犯罪は勿論身分なき者が單獨には犯すこと能はざれども身分ある者と共同して犯したるときは其身分なき者と雖も共犯として處分し得ることを規定したものである、(身分なき者でも正犯に附隨して教唆犯たることを得)。

犯罪によりては身分の有無によつて刑を加重又は減輕するものがある、此場合には身分なき者には通常の刑を科すべしと本條第二項は規定して、此關係は共同正犯の場合にも教唆犯の場合にも從犯の場合にも皆同一である、故に例へば甲と乙とが共犯として乙の父を殺した場合に兩者が共同正犯なるときには乙には通常の殺人罪の刑を科し若し乙が正犯にして甲が教唆犯又は從犯なる時は乙には直系尊屬を殺せる罪の刑を科し甲には或は身分なき正犯に準じて通常の殺人罪の刑を科し或は身分なき正犯の刑即ち通常の殺人罪の刑に照して減輕したる刑を科し若