

322

25
律學士古賀廉造先生著

湖北劉蕃譯

漢譯
刑法新論
總論

法政大學出版

035746-000-5

322-25

刑法新論 (漢訳) 総論

古賀 廉造 / 述

M39

BBP-0328



法律學士古賀廉造先生著
湖北劉蕃譯

漢譯
刑法新論
總論

法政大學出版

39 11 26

內空



內務省警保局長從四位勳三等
法學士古賀廉造先生之肖像

漢譯刑法新論自序

清國留學生劉君蕃欲譯愚著刑法新論來請余許諾與自序余避其志兩諾之及譯成題片言以與之夫刑法者法律之一科耳然諸法互有交涉關係非旁通諸法不能精通刑法猶攻經者非旁通諸經不能精通一經也孟子曰五穀者種之美者也苟爲不熟不如萑稗夫學皆然殊如刑法人命所關不可不精通也然徒精通刑法之理而不知運用之於事上安能適機以制宜哉

法惟舉其要以廣其範圍人乃制其詳以適機宜自非學術深邃事上練磨之士不免乎膠柱鼓瑟之譏世多一聽其理論即以爲善知刑法者是何異於以名取人乎兵家之趙括雖逝既久而余恐新趙括之叢生於法曹界也豈不危哉孔子曰工欲善其事必先利其器故欲變法須先造人材也法得其人則存不得其人則亡均是均輸平準之法也桑弘羊皇甫

鑄用之以致民困劉晏李選用之以致民富法之關人也如此荀子曰法者治之端也君子者治之原也言治賴法而成法賴人而存也清國今日多派學生於我國以攻法學可謂先利其器者矣可謂養治之原者矣夫造士養材非一朝夕所能也士學術畢業之^後以其所學施行事上變通應用練磨十數年而後得爲善知法之士也已縱令精通學理而無事上練磨之功者是書生耳安足與謀治哉司馬徽曰書生俗吏不識時務識時務者在乎俊傑清國先進俊傑之士考於愚著變通推擴得以充治平之具後進抱材之士供實驗考究之資得以爲識時務之俊傑則余之榮大矣余更有所一言曰立法者須先察其弊之所在而避之也持法者須用法以成功無拘法而取困也余冀劉晏李選之再出而不冀桑弘羊甫皇縛之再出也殊不冀商鞅之再出而自設法而自陷焉然後始知爲法之弊也

明治三十九年十一月

著者 古賀廉造 識

漢譯刑法新論目次

緒言

第一章 刑法之沿革……………一

第二章 犯罪之原因……………六

第一編 犯罪……………二四

第一卷 犯罪事實……………二四

第一章 犯罪之定義……………二四

第二章 犯罪之區別……………三六

第一節 犯罪輕重之區別……………三六

第二節 犯罪成立之區別……………四七

第一款 即時犯及繼續犯……………四八

第二款 未遂犯……………五一

第一項 著手未遂犯……………六八

第二項 飲效未遂犯……………七五

第三項 不能犯……………七六

第四項 中止犯……………九一

第三章 犯罪之時、場所、人……………九二

第一節 犯罪之時……………九三

第一款 犯罪及關於刑罰新舊二法之牴觸……………一〇三

第二款 裁判所構成、管轄、又關於訴訟手續新舊
二法之牴觸……………一〇七

第二款 關於刑事時效新舊二法之牴觸……………一一一

第二節 犯罪之場所及人……………一二五

第一款 總論……………一二五

第二款 犯罪之場所……………一九

第三款 犯罪之人……………一三三

第一項 在日本領以內時……………一三三

第二項 在日本領土以外時……………一三七

第四款 犯罪人移交法……………一四五

第一項 犯罪人移交之必要……………一四七

第二項 犯罪人移交法之制限……………一五一

第三項 關於犯罪人移交之手續……………一五八

第四項 犯罪人移交之效力……………一六三

第二卷 犯罪責任……………一六八

第一章 犯罪責任之基本……………一六八

第二章 犯罪無責任.....一七三

第一節 犯罪無能力.....一七三

第一款 失身體自由之時.....一七四

第二款 犯意缺亡時.....一八〇

第一項 犯意之意義.....一八一

第二項 犯意缺亡.....一九五

第一適川 因于精神病意思缺亡.....二〇九

第二適用 因于年齡意思缺亡.....二二五

第二節 權利執行.....二三三

第一款 職務執行.....二三七

第二款 危難防衛.....二三九

第三款 正當防衛.....二四四

第一項 對于身體時.....二四六

第二項 對于財產時.....二五〇

第三項 疑問解決.....二五四

第三章 責任減輕.....二五九

第一節 法定減輕.....二六〇

第一款 宥恕減輕.....二六〇

第一項 一般宥恕減輕.....二六四

第二項 特別宥恕減輕.....二六六

第二款 自首減輕.....二七四

第一項 一般自首減輕.....二七六

第二項 特別自首免刑.....二七九

第二節 裁判減輕.....二八二

第一款 酌量減輕……………二八二
 第二款 特別宥恕減輕……………二八六

第四章 責任加重……………二八八

第一節 再犯加重必要……………二八九
 第二節 再犯加重條件……………二九九
 第三節 再犯證明方法……………三二〇

第五章 加減順序……………三二〇

第六章 數罪俱發……………三二一

第一節 數罪俱發標準……………三二五
 第二節 數罪處分法……………三三一
 第三節 數罪俱發之適用……………三三七

第一款 關於刑罰俱發例適用……………三三七
 第二款 關於犯罪俱發例適用……………三四三
 第三節 數罪俱發效力……………三四五
 第一款 關於公訴權時……………三四五
 第二款 關於刑執行權時……………三五四

第七章 共犯責任……………三五七

總論……………三五七

第一節 犯罪加擔……………三六三
 第一款 加擔條件……………三六三
 第二款 加擔責任……………三七二
 第二項 正犯……………三七二
 第二項 教唆者……………三七九

第三項 從犯……………三九一

第二節 數人共犯之身分關係……………四〇〇

第一項 共犯中一人免責……………四〇一

第二項 共犯中一人加重或減輕……………四〇九

第二編 刑 罰……………四一九

第一章 總論……………四一九

第二章 主刑……………四二七

第一節 死刑……………四二七

第二節 自由刑……………四四一

第一款 不因刑罰自由剝奪……………四四二

第二款 因刑罰自由剝奪……………四四三

第一項 自由刑期間……………四四四

第二項 自由刑制度……………四四七

第一 監獄主義……………四四八

第二 徒刑主義……………四六二

第三項 自由刑執行方法……………四六三

第三章 附加刑……………四六九

第一節 自由附加刑……………四六九

第一款 監視……………四七〇

第二節 權利附加刑……………四七一

第一款 剝奪公權及停止公權……………四七一

第三節 財產附加刑……………四七八

第一款 罰金附科料……………四七八

第二款 沒收……………四八二

第四章 刑期計算……………四八八

第五章 期滿免除……………四九六

 第一節 總論……………四九六

 第二節 刑執行之期滿免除……………四九九

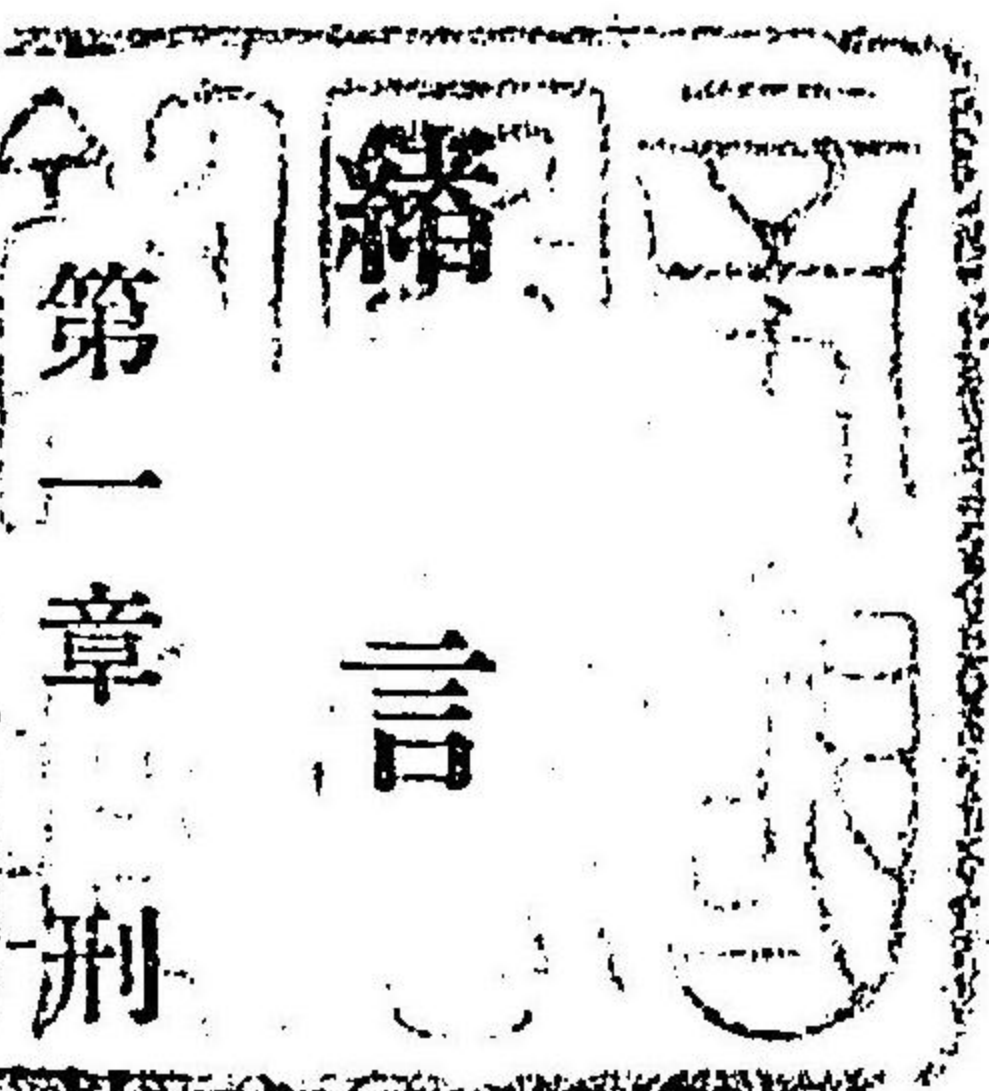
 第一款 期滿免除區域……………四九九

 第二款 期滿免除期間……………五〇二

漢譯刑法新論目次畢

漢譯 刑法新論 總論

法律學士古賀廉造先生著
湖北安陸 劉君 審譯



第一章 刑法之沿革

妨害國家之秩序者。無若犯罪。故欲維持國家之秩序。則必先求撲滅此犯罪之法。名其法曰刑法。

刑法為欲撲滅妨害國家秩序之犯罪。所設之方法。即堯舜時代。刑期無刑。辟以止辟。立法之本旨也。從古以來。無論何國。無不設刑罰之制。日本昔時曾設之大寶令。即為日本最初之刑律。乃以唐律為根本。而加以損益者也。至德川時代。有所謂德川百條者。其時之刑法。訴訟法。悉備於此。

書焉。然當時爲封建之世。藩服諸侯亦各制定法律。而行於其領土之內。故德川百條所行之區域。僅江戶。並其他之幕領而已。迨德川幕府覆。維新政府成。乃廢從來之封建制度。而行統一主義。當此之時。爲國家之急務。而應速着手者。實在刑法之一致。然制定刑法。非一朝一夕所能成。於是制定假刑律。暫濟一時之急。至明治三年之末。參酌明律。及日本舊有刑法。而制定行於日本全國之刑法。名之曰新律綱領。此爲維新後。所初定之法律。其不完備之處甚多。故明治六年。又改正之。而更作改定律例。此改定律例。比於新律綱領則甚完全。頗能適當日本當時之現狀。至現行刑法實施之日。止始廢之。當此之先。明治三四年之交。於日本有翻譯法國六法者。日本人始觀之。始知外國法律之整然有序。其時江藤新平氏。爲司法卿。大唱日本須制定民法之論。以迫政府。氏又知法國刑法。優於改定律例。更欲設歐洲主義刑法之制。然氏不幸而亡於國事。故未能遂其素志。及大木伯出而爲司法卿也。乃延聘法國法律大家。波亞瑣拿

二

氏。爲法律顧問。氏至日本。見裁判所尙用刑訊拷問制度。乃痛攻擊之。謂宜速行廢止。且論改正刑法之必要。其時政府亦知裁判制度不甚完全。故其議論即被採用。波氏乃承政府之命。自爲起草者。草日本刑法治罪法二者。致之於政府。政府乃翻譯之。送諸元老院審議。其時元老院之人。多爲支那律學者。故當審議此草案時。頗有所修正。及決議確定之後。乃於明治十年。公之於世。越十五年。始實施之。是即爲今日之刑法也。現行刑法。爲法人波亞瑣拿氏所起草者。日本人不過損益之修正耳。故現行刑法十中之八九。爲取法國刑法之精神者。夫一國之法律。非適當其國之人情風土習慣。則不能適當其用。乃盡人而知者也。然日本不揣其本。而齊其末。直以法國刑法之精神。所組成之刑法。行之於國中。實爲極鹵莽之政策。由今日考之。則實可謂危險極矣。幸至今日。而未生出非常之弊害。尙爲保護吾人之生命財產之唯一機關。此實不幸中之幸也。若當時日本人中。有刑法學者。參酌外國法律。與日本法律。而制定適當

於日本之法律。則於此三十餘年之間。更可以減少犯罪之事矣。現行刑法。其力果否能撲滅我國之犯罪。又可否能奏減少之功效。乃一大疑問。以事實而論。則現行刑法。自實施以來。至於今日止。我國之犯罪。實有增加之觀。法國刑法。乃法國革命時所制定。前之刑法。頗殘酷。夫以殘酷之刑法。治當時革命之人民。乃不能之事。故別制定今日之刑法。是今日之法國刑法。乃因革命以前之殘酷刑法反動力而成者也。故不免有寬容之傾向。此亦因時勢之所趨。不得不如此也。今日法國人民亦知此刑法。不適於其國情者甚多。近年來乃常就現行刑法爲部分改正。或改監視之制。或設執行猶豫之法。其他所改正者。不一而足。法國刑法。即我刑法之母法。母法既無治本國之力。而我國仍採用之。以之行於實地。其不可也。可知矣。夫改定律例。能否適當於日本之人民。雖未深研究。然因法國刑法外形完美。而直採用實施於日本者。乃刑法非常之急變。其弊害在使犯罪之增加。是不可不知也。蓋改定律例。所定之刑罰至嚴。現行刑法

所定之刑罰則過寬。改定律例云。凡竊盜三百圓以上。及三犯五十元以上者。並爲終身懲役之刑。然現行刑法。則竊盜之再犯以上者。不過加一等。而其本刑。則僅爲二月以上。四年以下之重禁錮。然則於改定律例時代。竊盜三犯五十圓以上者。不可不犧牲其終身之自由矣。然而於現行刑法。則無論何犯。僅於四年加一等。雖加以極重。亦不超七年之重禁錮。由比較上論。則於今日對於財產之犯罪。比於明治十年以前。必非常增加而無所疑。夫刑法必要有撲滅犯罪之力。即不然亦要能奏若干之効。而後可。然現行刑法出。而犯罪者愈加多。是豈非反刑法之本旨歟。即從實際上觀察之。現行刑法。於抑制一切犯罪之威力。亦頗薄弱。再犯以上之犯罪亦甚增加。蓋刑法之威力薄弱。則再犯多。若其威力嚴峻。則一度觸此刑法者。或改悛。或畏縮。而不至常爲再犯之事矣。

第二章 犯罪之原因

犯罪之原因凡三。氣候。社會。並存於犯人之身上者是也。

第一 氣候 氣候所及於犯罪之影響甚大。蓋衣食住之三者。爲人類生活時所必要而不可缺其一者也。雖然此三者。因氣候之變動。而其程度自有不同。當寒冬之時。此三者之程度雖無所異。然在夏季則需要被服之程度。遠不及冬季矣。夫人之需要愈多。則求之途愈難。一旦不能遂其所欲。則不得已而至爲犯罪之事。徵之於實際之經驗。當冬季之際。對於財產之犯罪較他時必多。蓋此際所需要之物品。多於夏季故也。反之於夏季之際。則對於身體之犯罪亦必較多。此蓋因當時之氣候。足以發揚人之精神。精神發揚過度。則或成精神病。或改其常性。憤怒無常。或失其耐性。遂與人爭鬥。而爲害身體生命之事矣。徵之於世界地理亦然。在熱帶之人民。其性質多殘忍。而多犯對於身體之罪。在寒帶之人民。其性質多溫順。故害人之事極少。由是觀之。則氣候爲犯罪之原因。固昭明而無所疑也。

除此原因之方法。畢竟非人力所能爲。蓋冬自爲冬。夏自爲夏。而非可以人力轉圜之也。雖然求生活必需品之方法。若能得其宜時。則亦可稍奏匡救之功矣。

第二 社會 人類非藉社會之力。則不能安全其生存。然而謂社會爲犯罪之製造所。則人將多以之爲駭俗之論矣。但社會之事物。其真可爲犯罪之原因者。實不少。今舉其重要者如左。

(一)經濟上之關係 農事不稔。商工業不振時。則人民之生活困難。犯罪之數增加。此古今之通例也。然而年登大有。工商業亦甚活潑。依然有犯罪人增加之事者。其故何哉。蓋當此之時。人皆無困難之感。不知不識之間。自生怠惰奢侈之弊。相沿既久。遂成習慣。不謀日常之生活。於是博徒蜂起。遊民四出。就正業者漸少。隨爲惡事者愈多。故犯罪之數亦隨之增加也。因此之故。而至於犯罪增加者。比於生活之困難。則不同。故當局者。宜注意講求適當之方法。以爲救濟之策。

(二)教育 教育以發達人之智識。使人進於善良爲目的。然實際則常常有爲犯罪之原因者。夫犯罪之徒。本多爲無教育之人。此從來之經驗上所最明者也。現今於監獄內。設簡易之教育制度。亦出於欲減少犯罪之主旨。然茲謂教育又爲犯罪之原因者。則因其實例甚多也。例如俄國之虛無黨。法國之共產黨。意國社會黨。其舉動亦有甚殘忍者。或殺帝王。或害皇后。或倒富豪之財產。或使繁盛之都府爲焦土。而此等之人。則多爲有才智。有學識。足以風靡一世。使人崇拜之人。若此等之人。無普通以上之教育。則或不至於爲此等之犯罪矣。然則理想之制人。實有不可測者。豈不可懼哉。且教育不僅爲犯罪之原因。又能使進步犯罪之方法。如使用爆藥彈之犯罪。則全由於化學進步之所致也。

法律學。若誤其研究時。則屢々有出如詐欺取財行不正手段之徒。研究法律學者。宜深留意於此。不可有誤用其所學之事。

(三)政治思想 此亦不免爲犯罪之原因。蓋政治思想之熱度過高時。則雖損人害身亦不知顧。觀彼國事犯者之舉動。及當議會選舉時之慘狀。即可知矣。

(四)新聞紙 新聞紙乃文明之一大利器。予以之爲犯罪之原因者。則因有特別之理由也。今試一讀每日之新聞。則其上必揭種々之犯罪。殺人、強盜、詐欺取財之一切犯罪。無不揭之。讀者於不知不識之間。受其感化而企圖犯罪。又發見犯罪之方法者不尠。故新聞紙之管理。若不得其宜時。則文明之利器。却變爲社會之蠱賊矣。

(五)演劇 關於演劇多有唱改良者。近來雖大改面目。然非出於刑事學上之目的。特類似演劇之事。則未曾聞有企望改良者。如講釋師及講談師。於衆入公坐之場。說惡漢毒婦之來歷。述盜賊博徒之往事。常用賞贊之語。以講演之。故其結果。至生誘引愚民犯罪之弊害。

(六)法律 法律雖爲撲滅犯罪之具。然亦有生反對結果之時。凡一法律

之發布。必伴之。而見犯罪之增加。故立法者。當制定法律之際。必須先比較。因其法律之必要。與因之所生之弊害。其必要之程度。非比弊害大。則不可濫制定新法。

其他人口之繁殖。飲食之性質等。所及於犯罪之影響者。亦甚多。

第三 犯人之身上。前所述之二原因。乃由圍繞犯人之外物所生者。此所揭之原因。則為基於犯人之身上者也。近來學者類別可為犯人之人種為三種。今請於下略論之。

(一)遺傳性之犯人 遺傳性之犯人云者。乃生而承繼犯人之血統之人也。猶如惡病者之子孫受遺傳之事。雖然犯罪中。果而是否有如此種類之人。我輩不能不有所疑。故關於此研究之結果。請俟諸異日可也。

(二)習慣性之犯人 習慣性之犯人云者。生於此世以來。因生育之途。不得其宜。家庭之教育。又失其當。交際不慎。漸次失其善良之性。廉恥之心。殘忍之性。增。雖行惡事。而毫不知愧。以犯罪為人生之正業。以刑

罰為犯人之租稅。幾欲因犯罪以終其一生之人也。如此之人。雖為再犯。為連犯。而毫不知刑罰之可畏。故刑罰殆失其威力。此等之犯罪者甚多。現徘徊於市中之無賴少年。即為將來之大盜。蓋於其間有統領以統率之。由其因不正之方法。所得收入。取若干分。教授以犯罪之方法故也。於此惡業未大發達之時。或用感化之方法。以誘導之。或行嚴峻之刑法。以懲戒之。則或庶幾可減少國家之害。

(三)偶發性犯人 偶發性犯人云者。既非性質之不善。亦非浸染於惡事。唯因一時之機會所制。偶然生不良之念。而為犯罪之人也。如窮困者拾得途上之遺失物。神經病人。乘憤怒而害他人之類是。此類之犯人。無生來之遺傳性。又非傳染惡習者。故亦易矯正之。然置之不顧。而妄科以嚴刑時。則是為濫刑。為暴刑矣。

以上三原因中。極可惡者。為由社會所來者。與基於犯人身者。而刑事學所研究者。亦在此焉。習慣性之犯人。乃生而因生長之途。不得其宜。久

行惡事而不可改者。故欲僅恃刑罰之力。而使此等之犯罪人。改過遷善者。乃畢竟不可成者也。夫人因犯罪而受刑。已至於再三尙不知改者。則其人已無畏刑罰之心矣。對於不畏刑罰之人。而尙欲以刑罰懲戒之。其無功效不待言也。反之於偶發性犯罪之人。則爲因一時之過誤。而至於爲犯罪者。故一度犯罪。即起悔悟之念。萬不至爲再犯之事。此等之人。既知刑罰之可畏。又知監獄之甚可惡。故加以以刑罰之制裁。則益感刑罰之可畏。愈知再犯之不可爲。一旦出獄。即爲完全良善之人。而得爲伍於社會者也。是故刑法之規定雖一。然適用之途則必有二。即對於不可懲罰之犯人。與對於可懲治之犯人。宜加以區別。而不可誤其適用也。刑罰之應用。因犯人之種類而不同。故刑罰之輕重。不可僅準據於犯罪事實之輕重。而定之。換言之。則由犯罪所生損害之輕重。非必爲定刑罰輕重之標準也。故犯罪之所爲雖輕微。然若犯人。爲屬於慣習性種類之人。則必要重罰之。反之犯罪之所爲雖重大。然該犯人若爲屬於偶發性

之種類者。則宜輕罰之。然於實際。則大與我輩所論者不同。裁判所當罰犯人之際。概先觀其犯罪行爲之輕重如何。重者則科以重刑。輕者則科以輕刑。爲通例。例如於此有竊盜當罰之夕際。有奪贓額千圓財物之人。與奪贓額一圓財物之人時。對於贓額千圓者。必科以重刑。對於一圓者。必科以輕刑。全與我輩之主義相反。夫贓物之多寡。不足以爲測定刑罰輕重之標準。宜應犯人之種類。而定其輕重。故若干圓之竊盜。爲屬於偶發性者時。則宜以輕刑罰之。一圓之竊盜。爲屬於慣習性者時。則雖科以最重之刑。亦無不可。於刑法所許之範圍。嚴重罰之。速由國家遮斷之。而奪其自由。如此之犯人。其失自由之日多。則國家益可減少危害矣。對於不知感刑罰之效力。而改其非。反以刑罰爲自己營業租稅之人。尙欲由刑法懲戒之。殆與彫朽木無異。其無功效也明甚。凡刑罰之目的有二。一爲犯罪之遮斷法。一爲犯罪之懲戒法。對於不可懲治之犯人。則刑罰爲遮斷法。遮斷國家與犯人之交通。而有減少國家危害之目的。對於可懲

治之犯人。則用懲戒法。以善道誘導犯人。世之論者。殊如監獄學者。是多謂刑法。單爲出於懲戒之目的者。或爲出於改良之目的者。又或謂爲出於威嚇之目的者。其議論雖多。然皆爲刑法未進步時代所行之說。非今日所能採用者也。

第三章 刑罰權

凡生存於世間者。無不爲其生存而爲競爭。苟有侵害其生存者。則必依直接間接之方法。以防禦之。此乃有生物爲保全其生存。所受之自然大法也。有角者以觸備防衛。有齒者以嚙充防衛。有毒者以蠶爲防衛。又有群集而相防衛者。或有孤獨而自爲防衛者。其防衛之方法。雖從動物之性而不同。然至欲全其生存之目的。則一。人之生存於世也。亦莫不欲達其生存之目的。爲達此生存之目的。而不能遂其所欲時。必相爭。爭則大凌小。強害弱。此爲自然之勢。然若無制之。途。則小弱者。將無居無噍。

而不得全其生存矣。夫動物尙且備防衛之具。知保全其生存之途。人類反不知之。弱小者常爲強大者所制。其萬物靈長之價值。果何在。蓋人類既無牙角蹄爪。故知非可孤立而能生存。於是乃組織國家。欲依其集合力。以防衛生存上之侵害。既以國家爲防衛人類生存侵害之要具。則國家一日不生存。而防衛之途亦將無有。人類生存之目的。亦隨之不能達矣。凡人類於國家之狀態。猶魚之游泳於水中。若破壞堤防。涸盡水源。時則魚類必死而無遺。故欲全魚類之生活。必不可不防衛其堤防之破壞。若有欲破壞國家者。非講防衛之途。則不能保全人類之生存。是以防衛國家者。即不外防衛各人之生存也。國家之侵害。乃從二方面而來。於內則有犯罪之侵害。此可以刑罰防衛之。於外則有敵國家之襲擊。此須以兵馬防禦之。刑罰與兵馬。雖各異其使用之途。然至防衛國家侵害之目的。則一也。夫與敵相對也。非滅亡一方。則不止。非我敗而滅亡。則我必滅彼而後已。犯罪之於國家亦然。二者之性質。猶如冰炭之不相容。國家

乃爲人類之生存所必要。而犯罪則欲害其生存者。故欲全國家之生存。則必宜防衛犯罪之侵害。刑罰權者。即國家爲防衛犯罪之侵害。所有之權利也。各個人。有防衛對於其生存侵害之權利。而以國家爲防衛之要具。故國家防衛侵害其生存之犯罪之權。亦不外一個人。防衛對於其生存侵害之權利也。若一個人所有之防衛權。爲受於自然正當之權利。則基於其正當權利之國家防衛權。亦爲正當而無疑矣。

論者多謂刑罰權與防衛權不相同。防衛權可對於將來之危害行之。刑罰權則爲對於過去之危害而行者也。今知敵軍之襲擊。而防禦之。見有犯罪之發生。而防止之。其與一個人。遭遇急迫之危害。而防禦之。雖毫無所異。然至我之生命已亡。財產已奪之後。而罰此犯罪者。則是不在防禦將來之危害。而不過對於過去之危害。行復讐而已耳。論者之說。雖稍有理由。然不免爲只知其一。不知其二之偏見。論者以罰已行之犯罪。單爲對於過去危害之復讐。夫罰過去之危害。豈不足以奏使已生危害者。不

再生危害之効。及豫防効尤已生危害之犯罪人之所爲者。將欲行之危害乎。犯人既殺人放火。其所殺之人。已不可復活。其既燒之房屋。已不可復舊。故不必要爲已死者。爲燒燼之房屋。行其防衛權焉。此雖三尺之童子。亦能知之者也。然而對於殺人放火者。尙科以刑罰者。則因欲防其再殺人放火。並欲防効其所爲者之危害也。試想若無刑罰。則雖有殺人放火者。誰能制之哉。殺人放火者。必一而再。再而三矣。對於此數次殺人。屢爲放火之人。若無制之者。則人將爭相效尤。舉全國而爲殺人放火之區。國家之安寧。不得維持之。吾人之生命財產。亦不能安全矣。而吾人今日所以能高枕而無憂者。則實因刑法之所賜也。依刑罰之威力。而制裁已一度殺人者。與放火者。故現犯殺人放火者。至不能再犯其罪。而欲效尤者。亦自戒而不敢爲。國家之犯罪。所以不至著見增加者。是皆因罰過去之犯罪。而豫防將來之犯罪之結果所致也。然則刑法對於現在又將來而防衛危害者。猶爲個人之防衛權之言。未嘗不可也。夫防衛乃計自存

之謂。國家之防衛。不啻計國家之生存者。則謂防衛權。爲自存權亦可也。國家之自存。若爲依刑罰權者。則刑罰權。爲國家自存權之防衛權。可以明矣。

論者又曰。防衛權。乃對於急迫之侵害而行之者。非想像將來之侵害而行之者也。若見路傍之人。而想像爲將來欲害我者。拔刀殺害之。則將有謂其殺害。爲正當防衛所爲之人乎。此乃論者。混同一個人之侵害。與國家之侵害者也。對於個人之侵害。猶如秋雨。雖無定時。然可待其來時直應之。而行防衛權。反之對於國家之侵害。則爲大海之波瀾。其起伏無有間斷之時。縱令於一隅呈沈靜之狀態。然他方則不能保不有嶗岩打礮之怒濤。故以國家爲大公法人。而視察之。則其侵害。可謂在急迫之狀況。其侵害既在急迫之狀況。則對之而行防衛權。有何不可哉。

要之刑罰權者。非僅以罰犯罪者之目的。而行之者。乃欲使同一之人。無再犯罪之事。又使無有効尤者之趣旨。防止於事之未萌。而行之者也。故

以刑罰權爲防衛權。固當然而無異議者也。

論者又曰。以刑罰權爲防衛權。則國家將有藉名防衛。濫用刑罰權。而害人之權利。傷人道之弊。是欲計國家之安全。而反招危害矣。雖然防衛權者。非可謂無制限而行之者。必有行之之必要。而後可行者也。一個人之防衛權。於救其身體生命必要之際而行之。國家之防衛權。亦於計其保全必要之際。始可行之。人若於其身命未陷於危害之先。而有殺傷人命之事。則無人謂此爲防衛權之執行矣。於國家亦然。對於不害國家生存之行為。而行刑罰。豈有人謂此爲防衛權之執行哉。故於防衛權。必不可無制限也。然則以何爲防衛權之制限乎。曰國家不能行其所有之權利以上者。故國家之防衛權。乃以國家之權利。制限之者也。夫組織國家之目的。元來在計各人之生存。人若不組織國家。則生競存之結果。弱肉強食。人各不能保其生命矣。於是乎於各人之生存。定以權利義務之關係。欲使各人得行其權利。盡其義務之道。遂組織國家。權利云者。謂各人得

自行之能力。義務云者。謂各人須自行之能力之制限也。人於其生活。雖有爲一切必要行爲之能力。然不可有侵害他人之能力。我於我之能力領內。而爲自由之行爲。人亦於其能力領內。而行自由權。明各人可得自行者。與不可得行者之分界。而使由之者。即在國家之權力。法律命令之威力。若各人不能行其可得行者。又行其不可得行者。則國家直干涉之。強制各人。而不使出其所領之範圍內。屬於我之所有權之物。無論何人。不能奪之。屬於他人之物。我亦不能奪之。名此強制。曰國家之秩序。即謂權利義務之關係。皆得其宜之情形也。刑罰權。乃爲欲維持此關係。而設之者。以便權利義務之關係。皆得其所爲目的。故於秩序不亂。權利義務之關係。不失其所之際。雖欲行此刑罰權。將向何處而行者哉。若謂國家有無上之大權。於不維持秩序必要之際。有行刑罰權之事。則國家是濫用刑罰權。而却爲亂國家之秩序者。國家濫用其大權。而有亂秩序之事。則是無國家。於無國家之際。豈有論刑罰權之必要哉。故假想國家無道

之際。而非難防衛權者。不可不謂爲根柢未堅固之設論也。至於謂防衛權。可生傷道德弊害之論。則爲未知道德本義者之說。道德非爲相對的者。而爲絕對的者也。故對於國家之或部分。雖爲道德。對於他之部分。而爲不道德者。則不得謂爲真道德。對於一個人爲道德。對於國家亦爲道德。始可謂爲真道德。若對於一人雖有道德之外觀。而對於國家爲不道德之行爲。必非真道德。例如於此有一人。因老親臥病。而無醫葯之資。乃竊取人之財物。而盡其看護。問其心。則出於孝子之至情。然竊取人之財物。則爲亂國家之秩序者。亂國家之秩序之行爲。非道德行爲。故對於其一個人亦非道德之行爲明矣。然則法所罰之行爲。盡謂爲不道德之行爲。亦無不可也。

第一編 犯罪

第一卷 犯罪之事實

第一章 犯罪之定義

犯罪之定義。學者各異其所說。故其所採之主義。亦不同。而同主義之學者之間。亦有多少異議。使吾輩困於採擇。故我輩欲依自己之主義。而自下定義。雖或不免批難。然我輩則信之爲庶幾得其正鵠者也。

犯罪云者。謂違背依有刑罰之制裁法律。豫禁制。又命令之事項之行為也。

分析此定義而爲三要件

第一要件 要有刑罰之制裁法律。凡法律。其目的雖在維持一國之安寧秩序。然一切之法律。不可盡謂爲有同一之目的。或有爲以維持國家

之公益爲目的者。或有爲以保護一箇人之私益爲目的者。保護一箇人私益之法律。雖違背之。然無何等之制裁。即一箇人。得拋棄其私權。可以不受關於私益法律之保護。此類之法律。首推民法。至於維持國家公益之法律。則無論何人。皆不許違背之。若違背之時。則有二種之制裁。一以其違背之所爲無効。一處罰行其所爲之人。而爲犯罪構成之一要件之法律。則不可不爲有此刑罰制裁之法律。刑罰者。謂於刑法總則所規定之制裁也。故刑罰不僅爲於刑法所設之制裁。爲刑法以外之法律。而規定可適用刑法總則法律之制裁者。亦皆有刑罰之性質。諸稅則。及關於糾察規則。即是也。刑事訴訟法。民事訴訟法等。亦有設刑罰制裁之規定。如受證人召喚。無故而不出庭。則科以罰金之規定是也。凡如此違背或事項時。爲其制裁。而設科刑罰規定之時。其刑罰不問爲關於身體自由者。與爲關於財產者。皆爲刑罰之制裁。而其制裁。亦不必問其是在刑事裁判所科之。與在民事裁判所科之者也。雖然非刑法所規定之制裁。則

不得謂之爲刑罰。例如懲戒法是也。方今裁判所所適用之懲戒法。有二種。關於裁判官之懲戒法。及關於辯護士之懲戒法。即是也。懲戒法者。乃豫設制裁。有違反或義務時。則罰之。法律也。故其性質。似乎可謂爲有刑罰制裁之法律。然懲戒法之懲戒。有全與刑罰不同者。今舉之於下。(一)其目的不同。懲戒法之目的。在確實業務之執行。故限於任其業務者。爲執行其業務。而不盡被命之特別義務之際。始受此懲戒法之制裁也。與一般人民。違背一般法律命令之際不同。(二)其性質不同。普通刑罰。有對人之財產。名譽。自由。身體。而與以痛苦之性質。懲戒法之制裁。唯於業務執行。所必要之程度止。輕則譴責。重則除名。或免官而已。(三)其證據方法不同。普通刑事之裁判。非有確實之證據。則不得決其有罪無罪。反之懲戒法之處分。則得以多少之推測爲根據。而爲裁判焉。

第二要件 要禁制又命令之事項 人之行爲。以自由爲其本然。若於法律而不爲之制限。則無論爲如何之行爲。人皆不得咎之矣。然而法律

則制限人之自由。或有禁制行爲。或命令之。於法律爲禁制勿爲時。則人之行爲。於其範圍之內。全失其自由。於法律爲命令必爲時。則人之行爲。於其範圍之內。亦爲全失其自由者也。即於禁制之場合。不得進。於命令之場合。不得不進。皆爲反自己之意思。而牽制其所欲爲。不可不爲其所不欲爲者也。於此範圍內。可謂人無自由。如此就人之行爲。劃一種之疆界線。而使不得超其線之規定。即爲所謂禁制。又命令之事項。故若於法律非設刑罰之制裁。而豫定禁制又命令之事項。則人不得犯如何之禁制。又不可不從如何之命令。無由而知之。隨而對之。不得科以刑罰之制裁。即得科此制裁者。非於豫設禁制。又命令之範圍內。則不得爲自由之行爲而定之也。

第三要件 要違反其事項之行爲 違反其事項之行爲云者。必要爲表白於外部。即國家者。蓋犯罪。乃因妨害國家之安寧。而處罰之者也。故其違反行爲。必其著明影響及於國家者。其行爲對於國家。若無何等著

明之影響。則對之而無處罰之權利。換言之。則尙在人之意思中。而未爲行爲。不表現於外部者。則縱令爲違反之行爲。然於國家未嘗有何等之關係。故國家對之。不有處罰之權利。即無侵害之事實。則無防衛權之理也。於違反行爲有二種。一爲作爲之行爲。一爲不作爲之行爲是也。作爲之行爲云者。謂我自進而行法律所禁制之事項也。不作爲之行爲云者。謂我自退而不行法律所命令之事項也。例如刑法。欲保護人之生命。而禁制勿殺人。欲安固人人財產。而禁勿奪人之財產。然不從其禁制。自進而殺人。奪人之財物。是因自進而爲不應爲之事項以成罪者。即爲作爲犯也。刑法規則中。占最多之犯罪。概爲此作爲之犯罪。又例如刑法。命令於自己之所有地內。有被遺棄之老者幼者時。則可扶養之。又要申告於官署。然不從其命令。坐視傍觀。既不扶助。又不申告。又如刑法。命令可奉養父母祖父母。然不從其命令。缺其奉養。是皆因退而不爲應爲之事項。而成罪者。即爲不作爲犯。但不作爲犯。見於刑法之規則中者甚尠。

例之外。不過尙有二三種而已。原來不作爲之犯罪。乃不爲應爲之事項者。故一見似無表白於國家之行爲。凡無論何事。因我行之。始印行之。痕迹。我無所行。則無見其痕迹之理。故作爲之行爲。雖常爲表白於國家者。然不作爲之犯罪。則於國家殆無其痕迹。似不可謂爲以之表白於國家者。然此乃觀察方法之不同耳。不作爲之犯罪。就犯人觀之。則因其不爲何事。似無表白於國家者。而就其事項觀之。則犯人有不行之。行爲。即其顯然露其痕迹者也。如前例所示。於我之所有地內。有被遺棄老者幼者之際。我不扶助之。不申告於官署時。則其老者幼者。依然存在於我之所有地內。其存在即爲我不爲應爲事項之痕迹。而其事項則已表白於國家矣。缺對於尊親之奉養亦同。其尊親困於飢寒之事實。即爲不作爲行爲之痕迹。由是觀之。則雖不作爲犯罪。亦常表白於國家。於國家有關係。與作爲犯罪毫無所異。即作爲之行爲。與不作爲之行爲。其性質。雖有多少之不同。然其表白於國家。而爲違反法律之禁制。又命令之事項。

者。則二者全相同也。

近來有主張擴張不作爲犯之區域。而謂於現行刑法規定之外。尙有由不作爲所生之作爲犯之人。此說夙爲法國刑法學者所主唱。近來大爲德國刑法學者之論題。受獨逸刑法學教育之徒。亦頗主張此論。宛如天文學者。新發見一遊星。於是論議不已。我輩非不認。由不作爲犯所生之作爲犯之成立。然非採德國學者之所論。而以之解決我現行刑法者也。今於下揭德國刑法學者所論之大要。而明其不能副於日本刑法之趣旨。

論者以由不作爲所生之作爲犯責任。爲原因於先行々爲。先行爲云者。先於不作爲。所存之諸般行爲。即契約又不法行爲也。

(一)契約之場合(包含法律之命令) 凡負擔作爲之義務者。故不爲履行義務之事。而至發生作爲犯時。則雖非原因於作爲之犯罪。然不可不任其責。例如精神病者之看護人。見病者之欲殺人。而故不制止。使

行殺害之場合。水練教習。教練游泳之人。見其學徒。將溺死。故不救護之。而致溺死之場合。外科醫。治療患者。故不爲必要治療。而使致死之場合。官吏不盡其職。故使發生不作爲犯之場合亦然。

(二)不法行爲之場合。 凡過失又故意。對於人而加害者。不抑遏其害。而故使重大。因至爲作爲犯時。則加害者。就其結果。不可不任作爲犯之責。例如因過失顛覆油灯。而使發火時。過失者。故不消滅。其因而起火災之場合。

於第一之場合。外科醫之所爲。猶如乳母。欲殺其子。不給乳汁。而使餓死者相同。而外科醫。乃以不施必要之治療。爲故致死患者之方法。乳母乃以不給乳汁。爲故致死嬰兒之方法者。故與斬殺之。若壓殺之者。於理無所異。以如此場合。爲由不作爲所生之作爲犯。而處罰之者。乃無論何人。所不反對者也。雖然以精神病之看護人。水練教習。其他官吏之不作爲。爲殺害之方法。未免偏馳於論理之極端。而誤法律之精

神也。夫於看護人之場合。殺人者非看護人。而爲精神病者。於水練教習之場合。殺人者。非教習。而爲自溺死者。指人殺之與自溺死者。而謂爲已殺之者。乃逸出論理軌道之癡說。固不足採用者也。如論者之說。則刑法第三百四十條。知有幼者。老疾者。而不扶助之。又不申告於官署。因而有死亡者時。則以其爲不作爲者之責任。而必論以殺人罪矣。若果而見殺人罪之成立。則與第三百六十四條第二項。所設因疾病又致死者云々之規定之理由。大相牴觸矣。至於官吏不盡其職。而故使作爲犯發生之場合。則除日本刑法上特別規定之外。未嘗有可罰之餘地。例如有強盜欲強奪人之財物者。巡查目擊之。故不逮捕。強盜乃達其目的。論者欲以此巡查。爲強盜之共犯者而論之。然實行正犯。乃以現犯罪爲必要。巡查既無實行之事實。又無幫助之行爲。故現行法上無共犯之責任之規定也。又例爲於刑法第二百七十七條之場合。當有妨害人之身體財產之犯人時。豫審判事。檢察官吏。受其

報告。而不速爲保護之處分。至使生對於人之身體財產之犯罪時。則必謂豫審判事。檢察官吏。爲其共犯。雖論者亦將無下此論決之勇矣。第二之場合。油灯之顛覆者。就因其顛覆所生之結果。不可免其責。故至於失火。則應任失火罪之責。然無任放火之責之理由。蓋日本刑法以「放火云々」爲放火之必要條件。故非有放火之事實。則不能構成放火罪也。論者請勿徒心醉外國刑法學之學說。宜少研究現行法之成文。庶不至來論理之衝突也。

以上之要件。爲構成各犯罪必要之原素。法國刑法學者。嘉落氏於此三要件之外。更加一要件。謂要爲不屬於權利執行之行爲。然此爲不必要者。乃不待多辯者也。如上所述。人以自由爲原則。唯於法律之禁制。又命令之範圍內。失其自由而已。故失其自由者。行之時。始爲構成犯罪者。而於其範圍以外。則人依然從其原則。有爲自由行爲之權利。於執行權利之場合。無構成犯罪之理。日本及法國刑法。皆有正當防衛之規定。又有

因本屬長官之命令。職務執行。不爲罪之規定。依此規定。則雖有爲殺人。及其他有犯罪外觀之行爲。然此等行爲。乃屬於人之權利之執行。故不爲犯罪。嘉落氏之要件。乃指此等場合之意。然正當防衛。於法律爲命令可爲者。則因本屬長官之命令。職務之執行。亦不外從法律之命令之行爲。從法律命令之行爲。既非爲犯罪。則不必要特以之爲一條件矣。論者或有於定義中。舉犯人之意思。爲犯罪之要件者。夫一切之違反禁制命令之行爲。非單以其違反之事實爲已足。必要有違反之意思。若夫謂無犯罪意思之所爲。不爲犯罪云者。是爲混同犯人之責任。與犯罪之事實者。乃不足採之論也。蓋犯罪爲某之事實。而超於法律所設疆界線所成立者也。其超之者。是爲何人。非所推問也。犯罪一旦成立之後。當論其犯人之責任時。乃生意思之問題。若該犯人無自由之意思時。則無其責任。即宜嚴區別關於人者。與關於事實者也。犯罪之定義。單爲問犯罪之事實者。而意思。即關於人者。非同時所能提起。勘問者也。然欲以之加

於定義中者。是因不明犯罪之定義之過也。

第二章 犯罪之區別

第一節 犯罪輕重之區別

於刑法。設重罪。輕罪。違警罪之區別。然此區別。不過爲名稱之區別。而其孰爲重罪。孰爲輕罪。孰爲違警罪。至其定義。則刑法未嘗言及之。唯名可科重罪之刑之罪。而曰重罪。名可科輕罪之刑之罪。而曰輕罪。又名可科違警罪之刑之罪。而曰違警罪耳。故欲知犯罪之輕重。必要先知刑罰之輕重也。然則刑法。何故設三種之區別。而不明示其定義哉。蓋就三種之犯罪。一一下以定義。不但實際困難。而亦不見其必要也。若就各種之性質。而下以定義。則畢竟不能以單簡之文辭。表明包括一切犯罪之性質。故必採規定於刑法之各本條者。列舉可以重罪之刑罰科之者。可以輕罪之刑罰科之者。又可以違警罪之刑罰科之者之事實。是爲重罪。是爲

輕罪。又是爲違警罪也。然則與各本條所規定者。特何擇哉。唯有疏密之差耳。各國刑法。亦未曾有下定義者。亦無非因下定義之困難之所致也。然雖甚困難。而實際上之必要。若定要下之。則亦非不能下之。但於實際則余不見有下此困難定義之必要也。蓋欲知犯罪之輕重當依刑罰之輕重。欲觀其爲重罪。輕罪爲又爲違警罪之時。覽各本條規定即可也。例如於各本條有殺人者處無期徒刑之規定。則無期徒刑爲重罪之刑。故可知殺人罪。是爲重罪。人有竊取人之所有物者。處二月以上。四年以下之重禁錮之規定。則重禁錮爲輕罪之刑。故可知竊盜罪。是爲輕罪。就違警罪亦同。故於刑法。雖不就各種之罪。一一下以定義。然裁判官照各本條之規定。可易知各犯罪之性質。是以無下定義之必要也。

於刑法。原則上可科以重罪之刑者。爲重罪。可科以輕罪又違警罪之刑者。爲輕罪。又爲違警罪。然此刑罰。屢々以有減輕之事。減輕之結果。對於可科重罪之刑之犯罪。有科以輕罪之刑之事。例如歐打致死罪。爲可科

以重罪之刑之罪。然有減輕重罪之刑。而科之以輕罪之刑。若照刑法原則論之。則於此場合。歐打致死罪。乃因科以輕罪之刑。而可謂爲輕罪矣。如此犯罪之本質素。與應科重罪之刑。而減輕之科以輕罪之刑時。則其犯罪是爲重罪。抑爲輕罪哉。乃一問題。關於此問題。尙待後日之研究。於此唯略述其一端而已。

決定此問題時。宜依刑法第九十九條之規定。據該條之所定。則……於同時可減輕本刑之時。乃從左之順序。而定其刑名。但從犯及未遂犯之減等……乃以其已爲加減者爲本刑。而所謂順序者。一、再犯加重。二、宥恕減輕。三、自首減輕。四、酌量減輕。此規則。本來爲定刑罰加減順序者。而非爲爲本問而設者。於法文有於同時可加重減輕本刑之時云々。而本問單係於減輕之場合。然單於減輕之場合。亦容易知刑法精神之所在。即措加重之事。僅就減輕而觀該條。則該條。乃減輕本刑。則依其減輕者。而定刑名云云之規則。隨而於依宥恕減輕。減輕重罪之刑。而爲輕

罪之刑之際。又因其他自首。又酌量減輕之際。亦非以一切已減輕之刑名而爲本刑者。換言之。則於刑法之各本條。規定可罰以重罪之犯罪本刑。乃其重罪之刑。而減輕之。科以輕罪之刑。不過唯於重罪之犯罪。科以輕罪而已。決非重罪之犯罪。一變而爲輕罪之犯罪也。犯罪之性質。一旦已於各本條規定之。則不許其再有變更。唯因減等之結果。而變更所科之刑罰。重罪之刑。變更而爲輕罪之刑。輕罪之刑。變更而爲違警罪之刑耳。但從犯又未遂犯。由初即無本刑。未遂犯準於既遂犯。從犯準於正犯。而爲減輕。故以其已減之刑爲本刑。是以本來雖爲重罪之犯罪。然因其爲從犯。又爲未遂犯。減輕而至科以輕罪之刑時。則其從犯未遂犯。非重罪。而爲輕罪矣。法國刑法。無日本刑法第九十九條之規定。故論者區別減輕之場合。爲法律上之減輕。與裁判上之減輕。法律上之減輕。爲變更法律之性質者。裁判上之減輕。爲不變更犯罪之性質者。法律上減輕云者。法律對於裁判官。而爲減輕之命令。裁判官。有不可不減輕之義務之

謂也。即宥恕減輕是也。裁判上之減輕云者。法律於裁判官。付與以減輕之權利。而裁判官有爲減輕。與不爲減輕之自由之謂。即酌量減輕是也。解釋日本刑法者。亦有動則雷同於此解釋者。可謂誤謬之甚也。

由此入立法論。就現行刑法。重罪。輕罪。及違警罪之區別。是否有設之之必要。將有所論究。違警罪。乃犯罪中有特殊之性質者。有危害豫防之性質。故於刑法之規定。設此罪名。乃最爲必要。人皆不批難之。然重罪與輕罪云者。其性質。共爲危害之性質。則相同。殆難尋其區別之理由焉。

觀現今行於各國之刑法。其用如日本刑法。三別犯罪之種類。而爲重罪。輕罪。及違警罪之刑法者。爲法。德。意。及屬於法法系之國。其廢重罪。輕罪之區別。唯行犯罪與違警罪二種之刑法者。爲和蘭。日本之現擬刑法草案。乃採和蘭主義。廢現行刑法之重罪。輕罪之區別。單以之爲重罪。改違警罪。而爲輕罪。故此草案。雖依然襲用重罪。輕罪之名稱。然其所謂重罪者。乃混同現行刑法之重罪與輕罪者也。而其所謂輕罪者。則不過爲違

警罪之別名而已。蓋現行刑法之區別。不但爲學理上無根據之區別。即實際上。亦不見其必要也。今請由學理上並實際上。說明其不必要之所以於下。

第一 由學理上論之時。刑法當區別重罪輕罪之際。將採何標準。以爲此區別乎。研究此問題。則可以知刑法之區別。殆無其理由矣。爲其區別之標準。試爲三假想以論焉。

(一) 刑法以犯罪之目的爲標準。而得爲重罪輕罪之區別。即對於財產之犯罪。皆可爲輕罪。對於身體生命之犯罪。皆可爲重罪也。蓋財產與身體生命比。則爲不甚重要者。故對於此之危害。比對於身體生命之危害爲小。對於身體生命之危害。比對於財產之危害爲大也。現行刑法。其以此標準乎。曰不然。觀現行刑法。其對於財產之犯罪中。有重罪之規定。又有輕罪之規定。其對於身體生命之犯罪中。亦有重罪之規定。與輕罪之規定。故現行刑法。非重人之身體生命。輕財產。而設重罪

輕罪之區別也。

(二) 刑法以被害者之損害爲標準。而得爲重罪輕罪之區別。即被害者所被之損害大時。則不問其對於財產。與對於身對生命。可以之爲重罪。又被害者所被之損害小時。則可以之爲輕罪。爲現行刑法之主義。甚爲複雜。故或有以被害者之損害程度爲標準。而定罪之輕重者。或有全不計被害者之損害。而定罪之輕重者。故現行刑法。非必以被害者之損害大小。而定罪之輕重也。蓋假若單以被害者之損害。爲定罪罪輕重之標準。則有再行古代之復讐主義之虞。故此主義。非可絕對採取者也。於古代之刑法。有全依損害之程度。而定刑罰者。例如折人之一指。則其罰亦折一指。損人一目。則其罰亦損其一目。損害與刑罰必全相匹敵。而以刑罰爲一之復讐手段。現行刑法。亦間有採此主義。例爲於不法監禁之場合。又如於毆打創傷之場合。於不法監禁罪。每超監禁之日數十日。則加刑一等。故應監禁日數之長則刑亦長。恰應

損害之程度而定刑罰之輕重也。於毆打創傷罪亦然。單純之毆打。罰以違警罪。毆打創傷。不至疾病修業者。罰以輕罪之刑。損一目折四肢。其他致為廢篤疾者。則罰以重罪之刑。特於致死者。更設罰以重刑之規定。此規定。全以被害者之損害程度為標準。而定罪之輕重。其趣旨殆可謂為採古代之復讐主義者。然現行刑法。亦常不欲依此主義。而定罪之輕重。於或時。全不計被害者損害之程度。而以國家危害之程度。為定罪之輕重之標準。例如未遂犯是也。未遂犯。至後尙當詳論之。故於此不須為深奧之說明。要之未遂犯者。非可以被害者之程度為標準。而規定之者也。於被害者。因犯罪。不受何等損害之場合。亦有可以罰之之規定。是為不計被害者之損害程度者。不待多辨也。例如以短銃而狙擊人。然未命中。於此場合。有殺人未遂犯之事。乃盡人所不疑者也。然而觀被害者。則既無何等之負傷。亦無何等之損害。又進一步。而假定被害者。因狙擊而負傷。於此場合。刑法以為殺人未遂罪而

論之。然被害者不死。僅負傷。若欲貫徹以損害者之程度。定罪之輕重之原則。則於被害者不負微傷之場合。無有為殺人未遂罪。而科刑之理由。又於被害者。僅負微傷之場合。亦無罰以殺人未遂罪之理由矣。然則現行刑法。或有以被害者。損害之程度為標準。而定罪之輕重之事。又或有以國家之危害程度為標準。而定罪之輕重之事。終不能以一原則。支配刑法全部之規定。可以知矣。

是故現行刑法。當為重罪輕重區別之時。非必以被害者之損害輕重為標準。又非以國家之危害輕重為標準。然則其依第三之假想而為區別哉。

三 於犯罪有二種。有不待被害者之告訴。而可提起其公訴之罪。有待被害者。又其親屬之告訴。而始可提起公訴之罪。其屬於待被害者。又其親屬之告訴。所可提起各種類之犯罪。名之曰親告罪。親告罪者。無論在如何之場合。若無被害者。又其親屬之告訴。則假令檢察。又警察

官。目擊犯罪之事。然不得自進而提起公訴者也。然則屬於親告罪種類之犯罪。可看做爲屬於一箇人之私權之犯罪矣。一箇人之私權。有處分之權利。自己之財產。得賣却之。拋棄之。又毀損之。人皆不能有所干涉。又對人而有債權者。有請求其債權與否之權。無論何人。皆不得干涉之。而親告罪。亦殆與此私權之執行權無異。被害者欲罰之。則可以告訴之。被害者不欲罰之。則可以不告訴之。即告訴與否。專屬於被害者之一身。無論何人。皆不得動被害者之權利也。無被害者之告訴。則檢事亦不得提取公訴。故謂被害者。就此犯罪殆有刑罰權。亦無不可。是以屬於親告罪種類之犯罪。若許假羅馬法語以說明之。則可名之曰私犯焉。其他之犯罪反之。皆可看做爲有害國家公益之性質者。故國家置稱爲檢事之原告官。進而訴其犯罪以罰之。檢事有訴之之權限者。乃爲代國家一般。而有行訴之權利者也。故檢事對於犯罪所起之訴。名之曰公訴。蓋檢事之訴。非一己之訴。乃爲國家一般之代表

者。而起之訴也。非私之訴。而爲公之訴也。親告罪。乃爲保護一箇人之私益而設之者。其他之犯罪。則爲保護國家之公益而設之。一箇人之私益小。國家之公益大。故關於一箇人私益之犯罪。不問其性質如何。皆可以之爲輕罪。而關於國家公益之犯罪。亦不問其性質如何。悉可以之爲重罪。然而觀現行刑法之規定。則雖親告罪中。有輕罪亦有重罪。強姦罪爲親告罪。而罰以重罪之刑。其他之犯罪中。有重罪亦有減輕罪。於是可斷言曰現行刑法。非以此公益之犯罪。與私益之犯罪爲標準。而爲重罪輕罪之區別者也。

現行刑法。既非依以上之三假想者。然則現行刑法之區別果依何爲標準哉。此非我輩所知也。故論理上。現行刑法之區別。可謂爲無何等根據之區別也。

第二 由實際上論。亦可知此區別之無益。不但無益。而且有爲害之場合。蓋現行刑法。區別重罪輕罪之目的。在欲對於重罪則科重刑。對於輕

罪。則科輕刑。即於重罪科重刑。而欲使犯人之痛苦多且長。於輕罪科輕刑。而欲犯人之痛苦少且短。故曰重罪之刑。曰輕罪之刑。非於其執行方法。異其苦痛之程度。則其區別。亦不過爲徒法而已。試觀現行刑法之規定時。重罪之主刑。於第七條規定之。其數有九種。輕罪之主刑。於第八條規定之。其數有三種。就第七條九種之刑。各有執行方法之規定。死刑執行之方法。姑措不論。唯就無期徒刑以下而論之。第十七條云。徒刑不分期無期發遣於島地。服定役。然則監獄則基於此規定。果實際發遣於島地哉。現行監獄則。大別監獄而爲二種。稱可置十年以上之囚徒之監獄。曰集治監。其數於全國有五所。又稱可置十年以下之囚徒之監獄。曰地方監獄。各府縣各有一所。而並無有發遣徒刑囚之島地監獄。在昔日則以囚徒發遣於八丈島。小笠原島。然此等島地。近來文化大開。不復適於發遣囚徒。故刑法之規定。全成徒法。關於流刑禁獄等國事犯刑之執行。姑除之。然重懲役。輕禁役之執行方法。於刑法所規定者。亦不相同而

實際之執行方法。則唯異其拘禁之場所。異其期間之長短而已。決非有多數之執行方法也。重罪之刑。與輕罪之刑。於其名稱亦異。故於其性質亦不同。重罪刑之最輕者。爲輕懲役。輕罪刑之最重者。爲重禁錮。依現行刑法之規定。則二者執行方法不可不全異。第二十二條云。懲役。入內地之懲役場。服定役。第二十四條云。禁錮。留置於禁錮場。重禁錮。服定役。依此法文。則懲役囚。爲應入於懲役場者。禁錮囚。爲應入於禁錮場者。而必當異其留置之場所者也。然實際則二者。共留置於同地方監獄。而未常分別。其服役之方法。二者亦殆相同。人或曰。懲役刑期長。爲六年以上。一年以上。禁錮刑期短。爲十一日以上。五年以下。刑期之長短。非大不同哉。然亦不必盡如是也。懲役之最輕者。六年。而禁錮之最重者。則有至於七年者。第七條第二項。即重罪之刑輕。而輕罪之刑反重也。夫既呈如此之奇觀。則無此區別之必要。可以益明矣。更進一步而論之。則爲區別重罪與輕罪。實際上。常有生科刑權衡失當之事。依現行刑法之規定。則於

國家危害小之場合。却有不可不科以重罪之刑之事。又於國家危害大之場合。却有不可不科以輕罪之刑之事。而其所以生如此之結果者。無非因區別重罪輕罪之原因之所致也。今請略述由重罪輕罪之區別。所生之弊害於下。夫重罪犯。實際有不足科以重罪之刑者。又輕罪犯。實際以輕罪之刑。則有失於輕者。例如變造官文書之一文字行爲。與偽造十萬圓借川證書之行爲。於其情。前者輕。而後者重。於今日之刑法。則前者。不可不處以重罪之刑。而後者。則以處輕罪之刑爲足。又變造五厘銅貨。而爲二十錢銀貨之行爲。與以詐欺賭博之方法。騙取數千圓財產之行爲。於其情。前者輕。而後者重。然刑法則罰前者。以重罪之刑。而罰後者。以輕罪之刑。又脅迫人而強取一圓之行爲。與破壞牆壁。而竊取數萬圓古金銀貨幣之行爲。於其情。亦前者輕。而後者重。然刑法則以重罪之刑罰前者。而以輕罪之刑罰後者。如此之例。不遑枚舉。而如此犯罪事實。與刑罰之權衡。至不得其宜者。則不外因重罪輕罪之區別之所致也。

第二節 犯罪成立上之區別

關於犯罪之成立。則因其狀態之不同。故解釋上有各種之名稱。即即時犯。繼續犯。未遂犯。既遂犯。等名稱是也。此外雖有單行犯。慣行犯。名稱之犯罪。然日本刑法。則無相當於此名稱之犯罪。又有可稱解釋上連續犯者。其名稱。非指犯罪成立之狀態者。乃指以唯一之意思。重複同一之犯罪之場合也。故不必爲罪名而另揭之。其他尙有由犯罪之責任上。所下之名稱。即正犯。從犯之區別是也。而刑事訴訟法之規定。就犯罪發覺之狀態。有下以法律上之名稱者。如現行犯。非現行犯。又附帶犯是也。此等係刑事訴訟法上之區別。故於此不論之。於刑法尙有由犯罪上之目的。所設之名稱。如國事犯。常事犯。是也。然若由犯罪之目的上。爲罪名之區別時。則各本條所規定之總之犯罪。皆爲有特別之目的者。不但國事犯與常事犯之區別。就各本條之犯罪。亦不可不爲區別矣。故此國事犯常事犯之區別。亦非必要之區別。於現行刑法。可論之必要區別。唯有二者。

即即時犯與繼續犯。及未遂犯與既遂犯是也。而正犯從犯之區別。乃關於犯人責任上之區別。故俟於責任論中述之。

第一款 即時犯及繼續犯

第一 即時犯 即時犯云者。或行爲之成就。直可終了一犯罪之構成者之謂也。凡犯罪。爲刑法規則之所爲。故爲刑法規則之所爲。於其所爲已畢時。同時一犯罪之成立終了時。則名之曰即時犯。例如殺人之所爲。又如盜物之所爲。行殺人之事實已終。則殺人罪之成立終了。盜物之事實已成就。則竊盜罪之成立終了。曰殺人罪。曰竊盜罪。關於犯此所必要之準備。又行此犯罪之時間。無論如何延長。然於犯罪成立上。不有何等之影響。欲謀殺人而爲一旬之準備。以二日終了殺害行爲。然此殺害行爲。非可謂爲一旬及二日繼續者。此殺害行爲。乃被害者死去時。於其處而終了成立者。故準備及實行之時間。於成立上無所影響也。要之即時犯者。犯罪之實行終了。即同時終了成立之犯罪之謂也。

第二 繼續犯 繼續犯云者。犯罪之成立以來。以同一之狀態。而爲多少之時間繼續者之謂也。此非謂就犯罪之實行。要長時間。乃謂犯罪實行之後。尙以其成立之時之狀態。而爲多少之長時間繼續之謂也。成立之繼續。與實行之繼續。決不可混一之。例如不法監禁罪。又如勳章紀章僭用罪。不法監禁罪。已行監禁。則犯罪成立。然監禁後。不解其監禁時。則爲前之監禁之狀態。而監禁罪。乃長繼續也。即監禁事實存在之間。犯罪不終了也。謂此爲繼續犯。故欲知解釋上即時犯與繼續犯之區別。則要就各犯罪。討究其成立之要件。審其成立直終了。或至其成立間。是長繼續與否。則其區別亦可知矣。如殺人罪。如竊盜罪。爲即時犯。如監禁罪。如勳章僭用罪。則爲繼續犯。是最容易知之。然至於某種之犯罪。則雖甚似繼續犯。而有全屬於即時犯之種類者。例如重婚罪。重婚罪。乃於第一婚姻未解消。而爲第二婚姻時。始成立之罪。然有謂夫婦之關係。爲長繼續者。故重婚罪。亦與其關係俱繼續者。此論甚謬。夫重婚罪之成立。在於同

時爲二婚姻。故前爲一婚姻。而後又就第二之婚姻報告之於戶籍吏。則第二婚姻已成立。而其報告。非爲長繼續之性質者。故其報告受理之時。即爲婚姻成立之時。即爲重婚罪成立之時。故重婚罪亦可謂爲即時犯也。至於其後狀態之繼續。則不過爲婚姻之結果耳。又如怠於報告之罪亦然。有立爲報告之義務。而缺其義務時。即爲犯罪成立之時。故缺此義務之狀態。雖有多少之繼續。然尙不失爲即時犯焉。至於有夫姦。乃於最初之通姦。而構成犯罪。於再三通姦時。則構成再三之通姦罪。然實際上之解釋。則凡以同一之意思。再三爲同一之事實者。爲連續犯。得以一罪論之。關於即時犯與繼續犯之區別。有左之利益焉。

(一) 就刑之適用有利益。即時犯。乃因犯罪之成立。不繼續。故就犯罪成立上。無加重之原因。反之繼續犯。乃從犯罪成立。繼續之時間長短。而異其刑之適用。例如不法監禁罪。不法監禁之日數。每過十日。則加一等。

(二) 就公訴時效之起算點有利益。即時犯。乃由其行爲之告竣日起。起算時效。繼續犯乃由繼續之狀態。已止之日起。起算時效。

(三) 於舊法不罰之所爲。於訴法罰之時。就繼續犯。假令雖爲同一之事實。然於舊法時代。繼續之行爲。則不罰之。僅罰入於新法時代。尙爲繼續之行爲而已。即時犯乃與之不同。其犯罪因係在舊法時代終了。故不得依新法之規定而罰之也。

(四) 就裁判管轄上有差異。即時犯之犯罪地。大抵爲一處。故其管轄之裁判所。亦爲一處。反之繼續犯。則有跨許多場所之事。故有以數箇裁判所。爲其管轄者。但雖爲即時犯。然若跨數箇管轄裁判所。而發生時。則殆與繼續無所異矣。

第二款 未遂犯

於刑法可科刑罰之場合。不僅以已行犯罪事實爲足。要爲有行之々意思。而行之者。犯罪之意思。與犯罪之事實。二者全爲一致之場合。始生刑

罰之責任也。日本刑法第七十七條第一項云：「無犯罪之意之所爲，不論其罪。」此即爲明此原則者也。然犯罪之意思與犯罪之事實不一致，而仍可科刑罰之制裁，場合有二。是爲屬於例外者。其一，無犯罪之意思，而僅行犯罪事實之場合，名曰過失罪。刑罰就過失罪，則不問犯人之意思如何。唯就事實之成立，而罰之也。其二，犯罪之事實，雖不充足，然犯罪之意思，已充足成立之場合，即犯罪之事實與犯罪之意思，大相齟齬之際，犯罪之意思，若已確實時，則名之曰未遂犯。未遂犯，乃犯罪之意思，與犯罪之事實不一致。例如於犯罪之意思爲一尺，而犯罪之事實爲一寸之際，刑法則仍以爲有一尺之事實而罰之也。於此際，刑法乃置重犯罪之意思者也。反之於過失罪之場合，則置重犯罪之事實焉。此二者皆爲刑法之例外。從來過失罪之例外，人皆能論之。然未遂犯之例外，則未曾聞有論之者。隨而未遂罪，亦不過爲原則之適用。故每因情罪不能適當，生不可解決難問甚多也。在羅馬時代，亦有既遂犯與未遂犯之區別。而羅馬

刑法所規定之未遂犯，乃罰犯人之意思之規則。今日各國之刑法，亦有既遂犯未遂犯之區別。然畢竟爲因襲羅馬刑法者。故於今日刑法所規定之未遂犯，乃承繼羅馬法之精神，同爲欲罰犯人之意思者，可以明也。若自羅馬以來，至於今日，各國刑法之未遂犯規則，於某時代有多少沿革變遷之證據，則可措而不論。如不然時，則今日之未遂犯，與羅馬刑法之未遂犯，於其性質則實無所差異焉。故我輩溯法律之淵源，而斷言未遂犯爲罰犯罪之意思之規則也。和蘭刑法學者，司文的林氏之著書中，亦謂過失罪，乃置重事實，未遂罪，乃置重意思。由是觀之，亦足徵我輩之見解，並非爲無根據者也。

未遂犯云者，犯人欲犯罪，雖已行犯罪事實之一部，或全部，而偶因意外之錯誤，至不能遂其意思，所欲爲之謂也。刑法第一百十二條曰：「欲犯罪雖已行其事，然因犯人意外之障礙，或舛錯，未遂時云々。」即爲此定義之根據也。

當說明未遂犯時。不可不述犯罪成立之順序。凡無論如何之犯罪。必非一躍而至成効者。其行之時。必有行之之準備。而後至爲實行者也。及至於其實行。或有爲事實上錯誤之事。或有不爲事實上之錯誤者。指無事實上錯誤之場合。曰既遂犯。稱事實上有錯誤之場合。曰未遂犯。生事實上之錯誤。而至構成未遂犯之順序。如下所舉者。第一。犯人有一犯一定之罪之意思時。謂之曰犯意。第二。爲實行其犯罪之發意。而爲必要之準備時。謂之曰犯罪之豫備。第三。犯罪之豫備既終。而進於犯罪之實行。至行爲之已畢止。謂之曰犯罪實行。犯人能如此實行其意思。則爲既遂犯。然至犯罪之實行。每有因犯人意外之障礙。而見妨者。區別其場合爲二。(一)犯人行犯罪事實之一部。未完了行全部之事實。因受意外障害而止者。名之曰著手未遂犯。(二)犯人已盡行犯罪之手段。而不能達其目的者。名之曰缺効犯。二者共爲反犯人之意思。而不能達犯罪之目的者也。若依犯人之自由意思。而不遂犯罪之場合。則名之曰中止犯。又

爲犯人之目的之物。爲不足構成犯罪者。則名之曰不能犯。中止犯及不能犯之名稱。非由刑法之明文所出者。而爲欲與解釋上未遂犯相區別。所特命之名也。

第一 犯罪之發意、犯罪之意思云者。人欲犯一定之罪。定於達其目的時。所必要之計畫。將顯出於外部。而迫於欲爲事實之形勢。發縱之機謀也。故人之意思。乃因何故而發生。是不可不知之。夫人之生於世也。常有圍繞其身體之外物。不僅近接其身體爲圍繞而已。於人之目之所達耳之所及。亦常圍繞其身體不少離焉。而此等外物。又無間斷刺擊其身體。有寒冷之空氣。則使其身體感寒冷。有溫熱之空氣。則使其身體覺溫熱。有聲則聞。有色則視。有香則嗅。凡爲外物。無一不爲刺擊其身體者。而其刺擊。又盡感通於人之精神。於人之五官與精神之間。有一定之連絡。精神位於其中央。五官守其外圍。其狀宛然。如電話局之電線。觸電線者。則傳而達於交換局。觸五官者。則聚而感於精神。而感於精神者。止爲觀

忿。欲充其觀念之必要時所發者。名之曰意思。例如感寒冷。則思防之。而欲得溫暖之氣。又如覺溫熱。則思防之。而欲得清涼之氣者是也。若其欲望乃向於犯罪時。則名之曰犯意。例如怨人。爲欲報其怨。而起殺人之意思。防寒時因無衣而起竊人之衣之意思等是也。意思不外爲欲爲或事。而欲達其目的之欲向。然則對於其所欲達之目的。必要爲一定者。故於欲犯或罪之場合。對於其所欲犯之犯罪。宜爲一定者。乃不待贅論者也。至若漠然起欲犯刑法之罪之思想。則爲未定之意思。非可謂爲犯罪之發意。犯罪之發意。乃對於一定之犯罪。而發者。一切之犯罪。皆爲有犯罪之發意之後。而始成立。無犯意。則原則上犯罪不成立。然則犯罪之發意。是最爲犯罪構成上所必要。而爲犯罪之根源也。以是刑法大惡此犯意。即因犯罪之發意。爲生一切犯罪之根源。其危險未有甚於此者。故若刑法得防遏犯罪之發意。則爲所謂防於未萌者。國家之犯罪。或至斷其跡。亦不可知。然而刑法果否能防遏人之犯罪之發意。是又爲一疑問也。

犯罪之意思。刑法以不罰之爲原則。而此原則。刑法明文。既已定之。故爲法律論。則不容秋毫之疑。然由立法上觀察之。則不罰犯罪之意思之原則。果基於如何之理由歟。

其一 人之意思者。謂人因受圍繞其身體之外物之刺擊。所感觸而來者。由此感觸。更欲向外部爲事實之機謀者也。故人之意思。爲潛伏於一身者。除其人之外。不得而知之。若欲知之。則勢不能不求其人之自白焉。雖然反其人之意思。而使自白者。非人情也。夫以如此困難。非得自白則不能知。犯罪之意思。爲根據。而欲行刑罰權。其危險不可謂不甚矣。於或場合雖得知之。然爲例外。却常生弊害焉。意思乃俄忽發生。忽消滅者。例如人被毆打。而感痛苦時。則殺人之意思忽發生。其苦痛既去。則想殺人。之於自己不利。其意思亦忽消滅。然若怒氣再萌。則殺人之意思。又復發生矣。如此者。其一日一刻間。實不知有幾多之變遷也。遊行街上。見商舖所陳之美麗物品。忽生欲取之。之意思。既而又生恐違法律。中止之意思。

者。此雖賢人君子。亦恐不能免者也。不過賢人君子。有至大至剛之意思。能制止犯罪之意思耳。至於常人則朝有其意思。至晚而又無之。其變遷無極。隨而舉人。是否有犯罪意思之證。亦非常困難。故設不罰犯罪之意思之規則也。法國刑法碩學福鶯斯坦耶利氏曰。犯罪之意思。乃埋伏於犯人之心中者。而非表現於外部者。隨而是否包藏犯罪之意思。不但難於舉其證據。而於實際欲得有犯罪之證據。殆為不能之事也。蓋意思為無形者。其立證之難。實如論者之言。論者依此而謂刑罰不罰之者。決非無理者也。雖然若果謂因舉證據之困難。故不罰之。則證據已舉之場合。不得謂不可罰之也。若犯人自白有犯罪之意思。又以犯罪之意思。記載於書面。而以之示他人。已十分證明其有犯罪之意思之事實時。則刑法可罰之歟。曰不然。於此場合。刑法亦不罰之。然則刑法不罰之者。乃不以單純之證據問題。為唯一之論據也。

其二 刑法權者。為欲維持國家之生存。而行之者也。即為豫防對於國家生存權之危害之要具也。故對於國家之生存。所生之危害。非現存之場合。則不可行此刑罰權焉。對於國家無何等之危害。能完全維持生存權之場合。決不許刑罰權之執行也。夫國家者。乃謂由人之聚合體所成。秩序之狀態也。人乃各有生存之必要者。故必求其生存之途。而生存之途。乃各人皆欲得之者。若於生存競爭忽生之際。各人無自守其所有區域之方法。則弱肉強食。國家之秩序。必至破壞矣。故法律。乃定我可為者。與我不可為者之分界。而命我所可為者。則為之。我所不可為者。則不可為之。名我可為之區域。而曰權利。名我不可為之區域。而曰義務。指此權利義務之關係。整然不紊之狀態。為國家之秩序。國家之秩序。十分鞏固。則刑法及其餘之法律。亦不必用之。而行將為堯舜刑措之世矣。然而於國家中。常有不顧此權利義務之關係者。及不欲維持此關係者。並欲蹂躪此關係。而肆自己之暴慾者。此等之人。即為所謂犯罪者也。故國家於欲維持國家之秩序時。必要撲滅此犯罪。即因撲滅此。而行刑罰權也。是

以刑罰權。非於有破壞國家之秩序者。即有破壞權利義務關係之時。則不得使用之也。於未爲破壞此關係之際。雖欲行此刑罰權。不但無其途且無用之。理矣。然而犯人之意思。乃潛伏於犯人之心中。而未表顯於外部者。故非爲破壞國家之權利義務關係者。又非可得破壞者。則犯罪之意思。與國家之秩序。無何等之關係。對於此無關係者。焉有行刑罰權之理哉。一言以蔽之。刑罰權之性質。非爲及於犯罪之意思者也。

第二 犯罪之豫備 犯罪之豫備云者。犯罪之意思一定。欲見諸事實。豫爲所行之準備也。即於犯罪事實之實行時。所爲必要之準備也。犯罪之意思。一度發生。而無翻其決心。則必爲事實。必從其犯意之所命。而行。紊亂國家之所爲。必立於犯意之下。而爲許多之勞動。然而當奉犯意之所命。而紊亂國家之秩序時。必須求於此所必要之手段。凡無論行何事。無行之。手段。則終不能達其目的。而因奉犯意之所命令。紊亂國家秩序。所備必要之手段。是即爲犯罪之豫備。故犯罪之豫備。爲表白於外部

之事實。與國家之關係。既已發生者也。犯罪之意思。爲潛伏於犯人之胸中者。雖不罰之。然犯罪之豫備。則爲奉犯意之命令。向欲紊亂國家秩序之目的。而開始進行者。故已爲一事實。即生與國家之關係。豫備之事實。果而與國家有關係。則他日原因於此。即可生紊亂國家秩序之結果。故宜用刑罰權以罰其事實。如此則可爲防患未萌之良策。然則刑法罰此犯罪之豫備歟。依刑法之規定。則犯罪之豫備。有罰之者。亦有不罰之者。第一百十一條云。雖欲謀犯罪。又雖爲豫備。然若未行其事者。非本條別記載刑名。則不科其刑。由此觀之。則非於刑法各本條。已設罰豫備行爲規定之際。則不得科之以刑罰矣。

(二) 罰豫備犯罪之場合 刑法者。人之行爲中。認爲可紊亂國家之秩序者。則常罰之。故若豫備行爲。其性質爲足以危害國家者時。則刑法非爲豫備而罰之。乃爲危害國家之行爲而罰之。即以之爲特別之罪而罰之也。其例在刑法上有二。(一)國事犯。刑法第二百五條。(二)貨幣偽造罪

（刑法第一百八十六條第二項）於二條。共用豫備之語。第二十五條云「招募軍隊又準備兵器金穀爲其他內亂之豫備者……」第一百八十六條云「若豫備偽造之器械而未著手者……」皆爲罰豫備犯罪之規定也。夫招募軍隊準備兵器金穀之行爲。乃足騷擾亂國家之人心者。故其行爲之性質足以構成一犯罪。不禁之則不止。又準備貨幣偽造之器械行爲。既有害貨幣信用之虞。即有偽造之器械。則使人生想像偽造之事實。使人生想像偽造之事實。則必致使人疑法貨之真正。至疑法貨之真正。則害其信用也。故此器械準備。其性質上危險足以害公益。是以刑法特爲一罪。而罰之也。況乎於以偽造爲唯一之目的場合。其危險之程度更有加甚者歟。要之內亂之豫備。貨幣偽造之豫備。共有危害之性質。其成立也。直使人心畏怖。故對此不可不大行防衛權。約言之。則刑法罰此二者。非犯罪之豫備。因豫備行爲之性質。已足成危害國家之性質也。此例不必求之於內亂之豫備。與貨幣偽造罪之豫備。其他之例亦甚多。如文書偽

造罪。印章偽造罪是也。印章文書之偽造。多爲對於他人詐欺取財之豫備。然刑法則以之爲獨立罪而罰之。唯世人以就此等之犯罪。無豫備之語。遂不留意。因於內亂罪及貨幣偽造罪。有豫備之語。乃以之爲例外之法。此實可謂誤解也。爲犯罪之豫備而罰之。又爲構成特別之一犯罪而罰之。雖似無所差異。然二者之結果。則大有懸殊。若爲豫備而罰之時。則無構成未遂犯罪之事。反之爲特別之一罪而罰之。則有未遂犯。又有豫備未遂犯之罰。故以第一百二十五條之「招募軍隊。又準備兵器金穀爲其他內亂之準備者」爲特別之一罪。則就軍隊招募。兵器金穀之準備。內亂之豫備。各爲構成一重罪者。是以若於軍隊招募中。因意外之錯誤。不能達其招集目的之場合。又於兵器金穀準備中。遇意外之錯誤。不能達其目的之場合。亦得以未遂犯而罰之。此二者所以不可混同者也。然此犯罪對內亂罪而觀時。則不外內亂罪之豫備。猶如文書偽造之對於詐欺取財。不過爲其手段也。

(二) 不罰犯罪豫備之場合 不罰犯罪之豫備者。因其所爲對於國家不足爲危險故也。於國家爲危險之行爲。其性質必要爲足以爲國家之危害者。其行爲之性質。非爲國家之危害者。而豫想可以爲將來危害之媒介。故欲罰之。此與豫想人民之某部分。後來可爲犯罪者而罰之。有何異哉。如此則有違防衛權之本旨矣。犯罪之豫備。於多之場合。却爲屬於國家人民生存上之必要行爲。例如刀劍商。又如銃砲彈藥商是也。刀劍商賣買刀劍。即爲其生活所必要。欲因刀劍之賣買。而以所得利益。供其生活也。銃砲彈藥商亦然。是故法律公許賣買刀劍。又不禁銃砲彈藥之賣買焉。然而有欲犯罪者。向刀劍商。購買刀劍。向銃砲彈藥商。購買銃砲彈藥時。亦可賣與之。而無論何人亦不得禁之也。蓋此等之商人。本來以販賣刀劍銃砲彈藥爲目的。無論何人購取時。皆不可不賣之。故即令有以殺人之目的。而來購賣者。亦有賣與之權利焉。由犯人之目的觀。則刀劍銃砲彈藥之賣買行爲。恰如危險之行爲。然由賣買之目的觀。則必非

出於犯罪之趣旨也。且刀劍。爲供愛玩。而買之者有之。又爲供護身之用。而買之者亦有之。銃砲亦然。爲遊獵而買者有之。爲護身而買者亦有之。於國家實毫無危險。故其行爲之性質。從其目的而變更。性質上非危險之行爲。而却屬於人生之生活上必要行爲。是以法律無禁之之理也。若恐犯放火決水之罪。而禁使用水火。則是爲絕生活之道者也。凡犯罪之豫備行爲。其性質爲人生之生活上。必要不可缺時。則國家雖似有蒙影響之事。然未可謂爲害其生存者。隨而亦不得以刑罰禁之也。刑罰權非可於不害國家生存權之先。而行之。是所以不罰犯罪之豫備也。

第三 犯罪之實行 犯罪之豫備已全備。犯人因而行爲其目的之犯罪行爲時。則謂之曰犯罪實行。實行其犯罪。而無何等之錯誤。已行刑法各本條所規定之構成條件之全部時。則有所謂既行犯焉。犯人因意外之錯誤。不能收達其目的。犯罪之成効時。則有所謂未遂犯焉。未遂犯之定義。第一百十二條已揭之。該條文云。欲犯罪。雖已行其事。然因犯人意

之障礙。若錯誤未遂時。則……云々即是也。

「未遂」之語有二種之意義。(一)謂犯人於達目的終了時。因而構成既遂犯之場合。然不達其目的者。例如殺人不遂時。則不構成既遂犯。又如非奪取他人之所有物。則不得謂竊盜既遂犯是也。(二)謂犯人於達目的未終了之場合。然尙構成既遂犯時。則置犯人之目的已達與否而不論。僅就其罪。未終行各本條所規之構成要件者。例如第百二十五條之場合。雖不達內亂罪之目的。然已招募兵隊。準備兵器金穀。爲其他內亂之準備時。則構成一既遂犯。又如第百八十六條之場合。犯人之目的。雖在行使偽造貨幣。然豫備偽造之器械。而未著手者……之所爲。亦爲既遂犯而罰之。故解本條「未遂云云」之語。僅爲常不達犯人之目的之場合者。則大誤矣。一言以蔽之。則既遂犯者。謂已舉行犯罪之構成條件全部之場合也。未遂犯者。謂未舉行其構成條件全部之場合也。故非區別各本條所規定之犯罪構成之條件而論之。則不能定未遂既遂之區別也。

「意外之障礙若舛錯」障礙云者。當犯人實行爲其目的之犯罪時。於已盡取其效果十分之方法之場合。由外部所來。妨害犯人之目的之原因也。舛錯云者。當犯人行爲其目的之犯罪時。不盡取其效果十分之方法。自誤而妨害其目的之原因也。即障礙。乃謂不可歸其責。於犯人之外來原因。舛錯。乃謂可歸其責於犯人之自招原因也。故故障與舛錯。於其所由來之原因。雖大有不同。然至妨害犯人之目的。則全無所異也。要之二者之區別。不過爲文字論。由學問上言之。則單解舛錯爲「因犯人意外之錯誤」即可矣。

「雖既行其事」事乃謂犯罪之事實。包含行其事實全部之場合。與行一部之場合。(一)事之一部云者。謂僅行其犯罪事實之一部分之場合也。於此之際。因意外之錯誤。而被妨犯罪之實行時。則名曰著手未遂犯。(二)事之全部云者。謂犯人舉行於所欲犯之犯罪構成。所必要之全部手段之場合也。於此之際。倘有意外之舛錯。而使不能收犯人所欲得之直接効

果時。則謂為缺効犯。法國刑法。區別行明文上犯罪之一部。而誤之場合。與行全部而誤之場合。而規定之。故就二者之名。雖無何等之議論。然於日本刑法則不過解釋「行事」云之法文。而區別一部之場合。與全部之場合耳。日本刑法草案。乃擴張著手之意義。雖缺効未遂犯亦包含之。蓋謂不達犯人之目的之限內。仍不脫著手之範圍也。

第一項 著手未遂犯

著手未遂犯云者。乃指示如何場合之名稱歟。當研究此問題之先。不可不知犯罪之著手。犯罪之著手云者。犯人己終犯罪豫備之後。始行犯罪事實之一部場合之謂也。換言之。則己行違反於刑法明禁制命令事項之所犯之一部時。名之曰犯罪之著手。故欲知犯罪之著手。則先宜知犯罪構成之條件。當知此條件時。必先解剖各種之犯罪。而當解剖時。則又要就刑法各本條所規定者。一一分解之。然而各本條所規定之犯罪。其構成條件。非常相同者。甲犯罪之構成條件。與乙犯罪之構成條件不同。

乙犯罪之構成條件。與丙犯罪之構成條件又異。故求一般犯罪。所共通之構成條件。畢竟為不能之事。是以只揭各本條中二三之例。示犯罪構成條件之一斑而已。今試就一二之犯罪。解剖其構成條件如左。

第一 關於犯罪之成立條件。

(一) 關於犯罪之事實者。

(二) 關於犯人之身分者。

第二 於法律禁制者及不然者。

第一 關於犯罪成立之條件。分此條件。而為二。(一)關於為罪之事實者。(二)關於為人之身分者是也。

(一) 關於為罪成立事實上之條件云者。謂為罪之成立上。必要不可缺之條件。廢其一。則無論如何之為罪。皆不能構成者也。例如文書偽造罪。其本罪成立之條件。則有二。(一)要有偽造之事實。(二)要有行使之事實。故以為罪。乃併合偽造之所為。與行使之所為者也。若非同一犯人

並行之時。則非完全成立者。現行刑法第二百三條曰。偽造官文書。而行使者云々。同第二百九條曰。偽造關於賣買之證書。而行使者云々。蓋刑法之意義。無行使目的之偽造。不爲偽造罪之偽造也。故甲無行使之目的。而偽造文書。乙知其爲偽造文書。取而行使之。騙取他人之財物時。此僅爲單純之詐欺取財。故於此之際之偽造文書。不過爲詐取財之豫備而已。即在偽造者。缺行使之條件。故不能構成偽造罪。又於行使者。則因不備偽造之條件。故不成行使罪也。於判決例則雖無偽造之事實。然有行使之事實時。則仍爲偽造罪。又例如詐欺取財。此犯罪亦因二種之條件而成立。(一)爲取他人之財物。又證書類之手段。而欺罔人。(二)奪取他人之財物。又證書類即是也。故單取財物。又證書類。而不行詐欺之手段時。則缺第一條件。故不構成本罪。然觀刑法第三百九十條時。則有欺罔人。又恐喝人。而騙取財物。若證書類者。爲詐欺取財之罪。由是觀之。則於詐欺取財。要有詐欺之事實。及取財之

事實矣。而此二要件。共爲刑法所禁者。故於最初已施詐欺之手段時。則可以謂爲詐欺取財之著手焉。於文書偽造罪之規定。亦有偽造文書而行使者。『偽造』之語。改之爲書時。則可爲偽造文書。且行使者。即爲使偽造與行使相聯絡之語也。故刑法乃對於同一之人。而禁偽造且行使者也。然則於文書偽造罪。要偽造與行使之二條件矣。而此三要件。共爲刑法之所禁者。故若一人僅行偽造之所爲。則爲行法律所禁一部之行爲者。是以直可謂爲犯罪著手也。即僅以偽造文書行使之意思。而爲偽造。又以詐欺取財之意思。而行詐欺之手段。然因意外之錯誤。不能達行使又取財之目的時。則構成文書偽造。又詐欺取財之著手未遂罪也。然則於文書偽造罪。僅偽造之事實。爲非罰之者之說。不可不謂誤解。而我輩則信爲構成未遂者之說也。又例如第三百六十八條。踰越門戶。損壞牆壁。而行竊盜之場合。踰越損壞之事實。即爲構成本條竊盜罪之必要條件。故無踰越門戶。損壞牆壁之事實時。

則不過構成第三百六十六條之竊盜罪而已。人若用踰越門戶。損壞牆壁之方法。又用開鎖鑰之方法時。則爲刑法之所禁者。故可謂爲已行本條竊盜罪之一條件者也。又以暴行脅迫之手段。而欲強取人之所有物時。亦同暴行脅迫之事實。可謂爲已行強盜罪之一條件者也。

(二) 關於犯罪之成立。身分上之條件云者。乃謂犯人之身分。爲犯罪成立之要素。若缺之時。則終不能構成一犯罪者也。例如官吏收賄罪。分析其條件。則第一。要有官吏之身分。第二。要爲關於職務之執行。第三。要爲收受賄賂之事。具備此三條件。收賄罪始成立焉。收賄罪。爲官吏污辱其職務之犯罪。故不爲官吏之人。雖收受賄賂。然不爲構成本件者也。然則收賄罪。若無官吏之身分。則不成立。故官吏之身分。乃於犯罪成立。所不可缺之條件也。雖然有此身分者。決非爲法律所禁制者。故雖有官吏身分之事實。然未可謂爲官吏收賄罪之著手者。又例如子孫對於其父母。祖父母。而缺奉養時。則爲缺奉養之罪。分析其缺奉

之罪。則第一爲奉養者。要爲子孫。第二受奉養者。要爲父母。祖父母。第三。要有缺奉養之事實。此三條件。乃子孫缺對於父母祖父母奉養罪之成立上。不可缺之條件。無其一。則犯罪不成立。故對於兄。雖缺奉養。然犯罪不成立。對於隣家之父老。而缺奉養。亦無被罰之事。然此子孫之身分。亦非法律所禁制。故雖有此身分。不得斷言有犯罪之著手也。

第二 於法律禁制者。及不然者。

(一) 關於犯罪之成立事實上之條件。大抵係法律所禁者。故行其事實之一部分時。則可謂已著手於犯罪之實行。例如文書僞造罪。僞造之事實。與行使之事實。爲屬於犯罪之成立事實上所必要之條件。而二者共爲法律所禁者。故犯人欲犯此罪。而行僞造之一事實。則於此可謂有着手犯。雖然。關於犯罪之成立事實上之條件。亦如於身分上之條件。在法律禁制以外者。亦甚多。故不得推此例。而爲一切犯罪之標準也。

(三) 關於罪之成立身分上之條件。非法律之所禁。人之身分。乃因自然。又法律而得之者。故有此之事實。雖為犯罪之成立。必不可缺之要素。然未可謂曾行犯罪之一部者也。

以上關係犯罪之構成之分析。僅足知為可犯罪。著手之一班場合。然不足概知全班場合之標準也。要之。就可知為犯罪著手之事實。則無一定之標準。故宜就各犯罪。研究其有欲行如何之犯罪之意思。判明其意思。而後詳察其所為。是否係構成刑法所禁之條件。蓋同一所為。或有可為犯罪之著手者。或有不能為犯罪之著手者。不可單就所為而直下以判斷也。例如以竊盜之意思。而踰越門戶。損壞牆壁。則可為竊盜罪之著手。然以殺人之意思。為同一之所為。則未可謂為殺人罪之著手也。既知犯罪之著手如何。則其與犯罪之豫備。區別之標準。理論上亦易知之矣。即於實行犯罪之意思時。雖已為必要行為。而尚未入於法律所禁制之條件。則其行為仍在犯罪之豫備中。若係法律所禁制之條件時。則

可謂有犯罪之著手也。

第二項 缺効未遂犯

就缺効未遂犯。無深論之必要。一言以說明之。則犯人於其構成所欲犯之犯罪。已舉行其必要之全部。而因意外之錯誤。不遂其欲。不能收直接之効果之場合。名之曰缺効未遂犯。此亦非刑法明文所用之語。全不過為解釋上之名稱。據此定義。則缺効未遂犯。由犯罪之事觀察之。則犯入於構成犯罪時。已盡行必要之一切之條件。故當為完全成立之既遂犯。然更由犯人之目的觀察之。則犯人就此犯罪。不能達其所期望之直接目的。於犯罪之一部。未免尚有缺損之處。故有未遂犯之名稱。例如有欲使用毒藥。而謀殺者。於使服用其毒藥之際。忽顛覆之。則為所謂著手未遂犯。被服者雖已服用之。然後忽覺其為毒藥。因用消毒劑。而得免致死時。則即所謂缺効未遂犯。若服用因而致死時。則為既遂犯。為已達犯人之目的者也。

第三項 不能犯

不能犯。亦爲解釋上之名稱。有缺効犯之外形。而無內容。不至於爲未遂犯者。即似未遂犯。而非未遂犯者之謂也。

未遂犯之原固。在犯人之錯誤。而不能犯之原因。亦在犯人之錯誤。故二者全相同。然其所行之場合則異。從而有未遂犯與不能犯之區別。未遂犯之錯誤。必存于犯罪之手段上。不能犯之錯誤。則存於犯罪之客體上。犯罪之客體。雖爲犯罪之成立上。必要不可缺者。然犯人信其客體之成立。而對之已行事。其客體現實不生存時。則犯罪歸於不能。即就犯罪客體之生存。有錯誤時。無論於如何之場合。皆不能構成犯罪也。然而客體雖不存在。對之而已行其手段。陷於錯誤。不能達犯罪之目的者。是非犯罪之不能。而爲行犯罪之道。不得其宜。故爲未遂犯也。

就不能犯之定義。諸家各異其所見。未能一致。然我輩則謂不能犯。乃因存於犯罪客體上之錯誤。而行犯罪之場合。夫於犯罪。必有要主體與客體之二者。行犯罪者。曰主體。受犯罪之害者。曰客體。行犯罪者雖爲犯人。然僅犯人之主體。非可構成犯罪者。必有爲犯罪之目的之客體。有行犯罪之主體。又有爲犯罪目的之客體。然後始至構成犯罪也。刑法之目的。本來在欲保護人之生存權。故苟生斯世。而具備爲人類之一條件者。不問其種類如何。皆得受刑法之保護。此刑法之原則也。而此原則。非僅適用於具備一身之形體。已現出於斯世者。即具將來應爲人之原素。而尙未脫母胎者。亦適用之焉。如此可受刑法保護者。爲犯罪之客體。故犯罪之客體。爲犯罪之構成上。必要不可缺之要素也。若此要素不存在。其無犯罪也。不竢論矣。試假定日本爲無人島。而僅吾一人生存於此島時。則吾無論爲如何之行爲。亦不害他人之生存權。故不構成如何之犯罪。今爲犯罪之主體之犯人。信爲其對手之客體。爲真正生存者。然實不生存時。則恰與於無人島犯罪相同。不構成何等之犯罪。例如犯人欲殺人。犯人信其所欲殺之人生存。而已行殺害所必要之方法。然其實犯罪之客

體爲死屍。又例如對於不懷胎之婦女。而使飲墮胎藥。亦然。對於死屍。則不能行殺害。對於不懷胎之婦女。則不能墮胎。故共爲犯不能罪者也。不能犯之說明。如上所說。此外則無可謂不能犯者。外國刑法學者論究不能犯。雖皆認其解釋。然至其適用。則生極困難之問題。諸家各異其見解。未嘗一致。今依歐洲一般學者所主張。則不能犯云者。犯人雖行於犯罪構成時。所必要之行爲。然因其手段。又目的之錯誤。到底不能收由犯罪應生之直接效果。場合之謂也。詳言之。則犯罪之方法。又犯罪之目的。性質上不完全。以同一之條件。同一之方法時。雖無論何人。決不能達犯罪之目的。場合之謂也。反之犯罪非性質上不成立者。只誤所用之方法。所當之目的。而不能收犯罪之效果時。則有所謂未遂犯。於是學者。乃區別不能犯。而爲目的上之不能犯。與方法上之不能犯焉。

第一 目的上之不能犯云者。謂雖以犯罪之意思。行於達其目的。所必要之方法。然因犯罪之客體不存在。不能收其結果之場合也。換言之。則

犯罪之目的缺亡時。無論行如何之行爲。終不構成犯罪也。然而許多之刑法學者。當研究不能犯時。不豫探求一定之標準。而徒欲就各事實下以斷案。故諸家各異其見解。未曾見有一致之議論。假以我輩之所說爲無大誤。而使稍得爲適用。則於凡犯人爲目的上之錯誤。不能收犯罪之結果之場合。而區別可構成其犯罪之場合。與不然者。將無何等之困難矣。今更請舉揭例證。而試其原則之適用。因以保我輩之說無過誤。先於第一例及第二例。舉其明白者。於第三例。揭其屬疑義者。而大有所論究焉。

第一例

(甲) 犯人以其所欲殺害之人。爲睡眠者。而加之以短劍。然此人爲已死亡者。犯人實不過刺人之死屍而已。此即爲白爾托氏。阿爾托蘭氏。及其他一般刑法家。認爲關於目的之絕對的不能犯之場合也。

(乙) 有婦人自信懷妊。欲行墮胎。而服用墮胎藥。然而其實非懷妊者。故

不能墮胎。此例亦諸家所認為不能犯者也。

(丙) 犯人信森林為屬於他人之所有者。而伐採其樹木。然而此森林所有權。乃因遺贈而歸於犯人所有。犯人不知之。而伐採其樹木耳。此事實諸家之一致。皆以為無罪者也。

以上所例舉之三例。及其他與之同性質之場合。常不構成犯罪。為所謂目的上之不能犯。蓋僅見犯罪之主體。而不能見其客體也。於(甲)之場合。犯罪之客體。既死亡而不存在於斯世。於(乙)之場合亦然。客體未曾孕於其母之胎內。於(丙)之場合。犯罪之客體。為森林之所有者。乃其所有權。既移轉於犯人。則無客體存在之理。如此犯罪之客體全不存在。而後可為目的上之不能犯。即得認為有不構成犯罪之目的上之錯誤也。

第二例

(甲) 犯人信其所欲殺害之人。在馬車之內。對之而發銃。然客體偶不在車內。

(乙) 犯人欲由寺院之布施香錢箱中。竊取香錢。而搜索箱內。全空虛。不有一錢。此二例。嘉落氏以之為相對的不能犯之場合。則無論何人。亦無疑其為未遂犯者。蓋如斯場合。犯罪之目的物。實際非不存在。然但犯人求之。不得其途。若少注意。而搜索其所在之場所。則或可達犯罪之目的。而無所誤。然則犯人不能收犯罪之結果者。非為犯罪之目的缺亡。即非為犯罪之客體缺亡。無非因犯人之輕忽。不能明客體之所在而已。詳言之。則於構成犯罪時。所必要之要素。雖已具備。然因犯人之錯誤。遂使犯人不能收犯罪之結果也。

第三例

犯人為欲報父之仇。黑夜侵入怨家。於室隅忽見一人直立。審其容貌。甚似讐人。乃揮劍斬之。其聲鏗然。怪而檢之。則為主人之銅像焉。主人覺悟。犯人遂被捕縛。此固為想像之事實。然若果其有如此之場合。則犯人之所為。是應以殺人未遂罪論之歟。抑以為不過構成家宅侵入罪歟。阿爾

托蘭氏曰。於黑暗之中。信其爲目的之人。而爲狙擊。若其所狙擊者。不外爲一株之樹時。則爲絕對的不能犯。然則氏及附和氏之論者。必以本問之事實。爲非可構成謀殺未遂罪矣。然而我輩不能附和其說也。即欲以之爲謀殺未遂罪論之也。於此場合。爲犯罪客體之主人。實在家中。犯人若少注意。探求主人之所在。出其不意而擊之。則達其目的。將有何難哉。然因犯人怠其注意。乃誤認銅像。而爲主人。至使流星光底逸長蛇。夫如斯道理上。儘可收其犯罪之結果。而犯人錯誤。至不能收之時。則在刑法第一百十二條。所謂因犯意外之舛錯。未遂之場合。與彼探布施香錢箱。而不得財物之場。將有何擇哉。若以誤斬銅像之場合。爲不足構成謀殺之未遂犯。則竊盜者。侵入室內。不得財物。而被捕縛時。亦將不爲竊盜之未遂罪矣。竊盜之意思。明白時。則雖其有踰越門戶。損壞牆壁之事實。然尙且構成竊盜未遂罪。況乎於既已侵入室內之場合哉。今更進一步。而舉一例時。若主人悟危害之迫身。逃隱於銅像之後。犯人知之。欲殺主人。而

偶誤中銅像。則犯人之構成謀殺未遂罪者。固無論何人。皆知毫無疑義也。顧主人在銅像之傍時。則能構成謀殺未遂罪。而主人臥於銅像之鄰室時。則爲不能犯。豈非因主人與銅像之距離。而判決犯罪之有無。有是理歟。故曰本題之場合。不構成家宅侵入罪。而當以之爲謀殺未遂罪也。要之犯罪之客體不存在時。則無論如何之場合。終不能收犯罪之結果。故不能構成犯罪。而有所謂目的上之不能犯。反之客體存在之時。則因犯人之注意如何。而得收犯罪之結果。故縱令其目的有誤。然不失犯罪之構成。有所謂未遂犯。嘉落曰。犯罪之目的物。全不成立。又其目的物。於犯罪之成立。無必要之資格時。爲關於目的之絕對的不能犯。此與我輩所論者甚相似。而有其大異之處。我輩之所謂犯罪之目的云者。乃指犯罪之客體。即指人而言也。然推嘉落氏之意時。則其所謂犯罪之目的云者。似指可爲犯罪之物體而言。即似指人。又物而言也。蓋由其於犯罪之構成。不有必要之資格云々。而知之也。然則於物之不存在之場合。亦如人

之不存在之場合。必不可不認犯罪之不成立。於是第二例所揭布施香錢箱之場合。與第三例所揭之銅像場合。其目的或不存在。或於犯罪之構成。無必要之資格。故均不可不以絕對之不能犯論。然嘉落氏。則以第二例布施香錢箱之場合。可問擬未遂犯。而以銅像之場合。爲不能犯。反之我輩。則以爲犯罪之目的云者。非指物。而指爲犯罪客體之人。故縱令布施香錢箱空虛。然其所有者存在。終不失爲欲侵害他人之所有權之行為。於銅像之場合亦然。銅像雖於殺人罪之構成。不有必要之資格。然真正可爲客體之人。果存在時。則仍不失爲欲侵害此人之生命權之行為。夫如斯事實之觀察常同。而法律之適用。所以大異者。則因不能犯之彼此見解不同故也。

第二 方法上之不能 多數之刑法學者。謂當行犯罪之時。供用之方法。又手段之性質上。不足實行犯罪。則謂爲關於方法之絕對的不能犯。是爲於犯罪必要之方法。故無方法。則無犯罪。隨而其方法不足爲犯罪

之用時。則同於不用方法。應歸於全不犯罪云々。夫不完全之方法。果不足爲犯罪構成之要件歟。抑已用不完全之方法時。則全與不用方法相同歟。是宜研究者也。

以余輩觀之。此亦爲僅知其一未知其二之論。凡當行犯罪。用不完全之方法時。則行爲全不見其功用。故與由始不用何等之方法相同。誠如論者所云。試問用不完全之方法。而不能收犯罪之場合。與用完全之方法。而不能收成功之場合。二者之結果。有何差異哉。夫方法雖完全。然用之不得其宜。則不見爲何等之功用者也。既以不何等之功用觀之。則以完全之方法。與以不完全之方法。其歸宿處則相同。然論者謂已用完全之方法時。則縱令失其用法。而不能收犯罪之成功。應爲未遂犯。而用不完全之方法。不能收犯罪之成功時。則却爲不能。犯顧犯罪之結果。常歸於同一。而刑法之適用。則獨異者。我輩實難知其理由之所在也。論者或曰。犯罪之方法。由初不足爲其用者時。則雖盡如何之智術。終不能到達其

目的。此非因用法之錯誤而然。乃因用法之性質而然也。故犯罪與最初未曾用何等之方法者。毫無所異。反之犯罪之方法。其性質為足以達犯罪之目的時。若犯人不誤用其法。則必可收犯罪之成功。而其不能收之者。是非因方法之性質而然。乃因用法錯誤而然。故與方法之性質。不為其用者。不可同日而語也。

論者曰。由最初取不足為其用之方法。以供犯罪之用。乃為不可能之事業者。於是有所謂不能犯。反之最初之間。取足為其用之方法。至於中途失其用者。是非方法之罪。而為犯人自招之過失。故有未遂犯。然而人生萬般之事業。其於當初。非必為可期成功者。又非必為不可望成功者。當其不成時。則雖神術奇計。終不為其用。犯人行犯罪亦然。於不能達其目的時。則縱令其所取之方法。確實。然終不為其用。由不為其用上觀察之。則雖為確實之方法。然實無牛溲馬勃之價格。其與粗惡之方法。何所擇歟。然則由最初擇不為其用之方法。與中途擇不為其用之方法。共不能

達犯人之目的者。是非其方法之罪。無非因犯人不能豫見方法之粗惡。與前途障害之過失。既為犯人之過失。則因最初成立之障害。與中途發生之障害。不足為區別不能犯。與未遂犯之理由。乃不竝論者也。

要之目法有犯罪之意思。而以之表白於外形行為時。則必不可不罰之。其外形行為。於達犯罪之目的時。是否有適當之性質。無須論究之。蓋無論如何之場合。至未人不能收其所期之結果時。則歸著同一。而其及於國家之危險。亦相同故也。雖然。我輩則非謂有犯罪之意思。有外形行為。則必常構成未遂犯者也。雖有犯罪之意思。然於其意思之實行。用不必要之方法時。又於其意思之實行。用反對之方法時。則非為構成未遂犯者。故謂為方法上之不能犯。寧可謂為未行構成未遂犯罪之方法者也。換言之。則犯罪之意思。非以危險之性質。發露於外形之場合。則不可謂有未遂犯。由此舉事例。以證明構成未遂犯。與其不然之場合。合於左。

第一例

(甲) 於彈丸所不達之處。而信可銃殺人。而發銃此實非行於犯罪之實行。所必要之方法者也。蓋發砲於彈丸不可到達之處。與發不裝彈丸之銃砲相同。發不裝填彈丸之銃砲。乃與擬以不裝填火藥之銃無異。夫欲以不填裝彈藥之銃砲。而殺人。果而謂爲已行於犯意。所必要之方法者歟。

(乙) 信用牛乳可以毒殺人。乃每日使其所怨之人飯之。又信水可爲燃質。乃以之注薪材。欲因之而放火。此等所爲。不但不爲犯意實行。所必要之方法。而且爲與犯意全爲反對之方法。蓋牛乳乃滋養物。可養人之健康。水爲不燃質。可消滅薪材之火也。若謂此等之場合。可爲構成未遂犯。則救助溺水之人。亦特可謂爲已實行殺之々意思者矣。

第二例

(甲) 信咒詛之方法可以殺人。乃讀咒文而欲咒殺其欲殺之人。又信射殺草人。可以致死真人。乃札草人而日夜擬射之。凡此等之所爲。對於國

家未發生何等之關係。不過僅爲單獨任意之行爲。似非爲於犯意實行。已行必要之方法。然有大不然者。若精神過敏之人。知此行爲。於己有害。憂悶而至死亡時。則其死亡原因於咒詛。又射殺草人。故不可謂無罪。若已收結果時。爲構成犯罪者。則於其無結果時。有未遂犯乃不待言也。

(乙) 誤信無毒之物質。爲毒藥。以之投於人之食物中。因之欲毒殺其人。之場合。一般刑法家。認爲方法上之不能犯之適例。

(丙) 犯人欲銃殺人。已於所有之銃砲。裝填彈藥。然犯人未遵用之。於是有人竊發之。犯人未嘗知其事。尙信爲有彈藥裝填者。以之擬目的之人。又犯人在適當之距離。而發銃砲。然偶不至其所豫定之處。而不能害目的之場合。

(丁) 犯人欲使用毒藥。而謀殺人。然因誤用毒藥之分量。遂不能奏其功。之場合。

以上之場合。世人或論爲不能犯。或謂爲未遂犯。然我輩則欲以此數箇

之場合。悉爲同性質之未遂犯而論之。蓋於此等之場合。犯人所取之方法皆爲犯意之實行。所必要者也。唯犯人爲他人所誤。又有誤而不能收犯罪之效果而已。

若被害者。爲服用少許之毒藥。而變死。則犯人所期之目的全達之。故可以毒殺既遂罪論。而此亦爲衆人所首肯者也。然而於爲飲無毒之物質。而病死。又怖空發之銃聲。而驚死之場合。豈有謂獨不然之理歟。白爾托氏曰。因銃聲驚怖而殞命時。則僅限犯人之目的。在驚殺被害者之場合。爲謀殺未遂罪。然犯人之目的。在殺此被害者。故苟有因犯人所行之方法。而致彼於死之事實時。則銃殺與驚殺無所區別。此僅爲以挺與刃殺人之類。固無不同之理焉。

概言以上所述。則我輩之議論。爲不認方法上之不能犯者。而刑法上亦不許此解釋也。然而主張此論者。獨我輩而已。故不免受許多之批難。雖然此批難不過爲暫時者。不須數年。我輩之說。將盛行而無疑矣。此議論

不僅於日本有之。外國之刑法學者間亦有之。故瑞西乃於刑法草案。設「罰方法上之不能犯」之明文。以決定此問題也。

第四項 中止犯

依刑法第一百十二條。則犯人意外之障害。又舛錯。爲構成未遂犯所必要之條件。今若因犯人之意思中止實行之場合。則刑法上別不設規定。唯學說上名之謂中止犯而已。

中止犯應爲如何之處分歟。刑法特設未遂犯之規定。而未有一言及於中止犯。故世人有謂刑法之精神。非罰中止犯者。無論何等之所爲不罰之。以我輩研考之。則中止犯必須區別場合而論之。(一)於僅著手犯罪之實行。未生何等結果之前。而中止時。則不得罰之。(二)於一旦著手犯罪之實行。已生多少之結果。以後而中止時。則宜就其現在之結果而論其罪焉。蓋其結果或有已構成缺効犯者。或有別構成一罪者也。例如以殺害之意思。對人而加以一擊。俄而惻隱之至情猛發。惡念全歸消

滅。遂至中止犯罪行爲。又如於此場合。犯人乃欲以最初之一擊。而達殺害目的。然因手段之拙劣。與機械之粗惡所誤。而缺成功者時。則實爲因犯人以外障礙。又舛錯。而不能達其目的之場合。故於中止以前業已爲構成缺効犯者。其於以後雖中止。然因事機既失。故於殺人未遂罪之構成上。無所影響。唯犯人之意思。取其一轉念間。大有可嘉者。故足爲酌量減輕之理由耳。若犯人有欲由最初。試行數擊。而逞殘殺之惡念。既加一擊而中止時。則不可不擬問毆打創傷罪。論者或又曰。犯人爲有殺人之犯意者。而未曾有毆打之意者。若論中止之結果時。欲擬問以毆打罪。則不免爲罰犯意之行爲者。然此說甚謬。凡欲殺害人者。無不併有毆打之意思。與殺人之意思。蓋毆打之所爲。乃行殺害時。必不可免者。故有殺害之意思者。而無毆打之意思。乃理所必無有者也。

第三章 犯罪之時、場所、人

第一節 犯罪之時

犯罪者。謂違反法律所禁制命令之事項之所爲也。故於其禁制命令以外。無犯罪存在之理由。又於以前。無可犯罪成立之理由。於是刑法乃就犯罪之時。揭二種之原則焉。

第一原則 於刑法無正條之所爲不罰之。

此原則。載在現行刑法。第二條。犯罪本來爲違反法律所禁制命令之事項者。故苟無禁制命令。則無違反之途。人於禁制命令以外。皆有爲自由行爲之權利。假令其自由行爲。爲可嫌惡者。然不得目之爲犯罪焉。故無法律。則無犯罪之原理。固自明確。而不必待法律之明文始知之也。刑法第二條之規定。實可謂爲無用之贅語矣。試假定無本條之規定。裁判官亦豈能馳犯法律之外。而妄罰人哉。蓋人之性爲自由。唯因有法律之制限。故至缺失其多少。於其所缺失之範圍內。而尙爲自由之行爲。則爲法律之違反。即有犯罪焉。故謂自由乃人生自然之原則。而制限則爲法律

命令之例外也。例外者。乃據法律而後行者也。故於法律以外。未嘗有自由之制限焉。無自由之制限。則無犯罪行為成立之理矣。今假有於自由之制限以外。而為自由行為之人。乃謂其行為有反對於當時之政府者。或謂為有害於國家者。而可以罰之。則吾人將無所措其手足矣。若以講說刑法。為妨害治安而罰之。以散步大道。為妨害通行而罰之。以一日三食。為不儉約而罰之。則誰能為安全之生活哉。然則人唯恪守法律之禁制命令之事項。而不違反焉。即足矣。隨而於禁制命令之範圍外。雖不論何等之行為。全為其自由之權利。若以其於自由之範圍內之行為。為犯罪而罰之。則大反刑法處違反禁制命令事項之犯罪之原則矣。故第二條之規定不必設之也。若謂無本條則不得禁違法之處罰。則於不論罪又減輕之場合。必要有與本條反對之規定。即於法律無正條時。則必要設何者。為不得論罪。何者為減輕之規定也。

論者曰。於法律以外。不可罰人。即令無本條之規定。亦得知之。然而本條就刑法之解釋。則似為不可少者。即於法律無正條之所為。不反罰之。乃示法律正條。不可比附援引。而為解釋也。即刑法之解釋。不許比附援引之原則。乃由第二條之規定所出。故本條為解釋上所不可少也。此論雖有多少之理。然畢竟為歸著於在事大之場合。則不要法律之明文。於事小之場合。則反要明文之論。於正條以外。雖如何之所為。不得罰之。則不許比附援引正條而為解釋者。固刑法立法本旨當然之事。且刑法與民法之所以異其解釋之方法者。乃全因法律之性質上。不可不異故也。民法乃舉法律行為之重要者。而規定之。儘示一般場合之標準。故常得為附援引之解釋。刑法則為分別制限人之行為。規定例外之場合。故不許出於其規定外。而比附援引以應用者。乃其性質上。使之然也。犯罪必俟法律之明文而成。立。故於關於刑法定制之時期。及其廢止之時期。不可不知之也。

第一 刑法之制定 刑法之制定。亦如他之法律之制定。於今日則待

帝國議會之協贊。與天皇之裁可。而始完成。帝國議會之協贊。與天皇之裁可云者。乃法律制定。必要之二條件。缺一時。則無論如何之法律。皆不得成立焉。然而法律僅有制定。非有何等之効力者。法律不過因之得其生命耳。非可爲活動者也。欲使此法律而爲活動。則不可不行公布之手續。法律之公布云者。乃以已制定之法律。施行於日本全國之儀式。屬於天皇之大權。天皇親自爲之。法律一度公布。於是向全國而爲活動矣。雖然公布。爲宮中之一儀式。其已行公布式與否。國民尙不能知之。故公布之後。更要以有此法律公布之事。告知全國之人民。全國人民。縱令有法律之公布。然非至有執行力之時。則無遵守之義務。其至有遵守之義務者。乃在經過公布告知期間之後。一旦經過公布之告知期間。則人民無論實際已知其公布與否。皆應負遵守此法律之義務。公布定章。乃明治十九年二月勅令第一號規定之。公文式即是也。據此規定。則法律之公布。乃登載於官報。而告示之。由官報到著之翌日起。經過七日。則生應

遵守其法律之義務。然官報之到著日。乃從距中央政府道之遠近而不同。故法律之實行。於日本全國不能同時爲之。隣近於中央政府之府縣。則官報之到著速。故知公布之日早。其遠者官報之到著緩。故知公布之日遲。而其到著之期日。別以勅令定之。例如東京附近之諸縣。官報即日到著。故由翌日起算。如鹿兒島縣。則非五日後官報不能到著。故展限由第六日起算。於島嶼。每達一定之里數。則展限一日。總而言之。一法律出。則以之揭於官報。而使全國知有公布。然官報非同時到着於全國者。故日本全國中。或府縣之人民。既有遵守其法律之義務。而他府縣人民。尙未負其義務者。乃不足怪者也。新法例。乃改正此弊。公布後經過二十日。則全國同時皆生應遵守之義務。然於法例第一條。有法律乃由公布之日云云之規定。故法律之遵守期限。雖可以改正之。然至於他之勅令。則未可適用此法例。隨而國於勅令。在今日尙不可不依公文式之規則焉。

第二 法律之廢止 法律之廢止。必依二種之方法。明示廢止。及默示

廢止是也。此二方法之外，決不有法律廢止之場合。在法律中，往往有設無用之規則。雖經數百年，而不見其適用者。然一旦已制定時，則實際上雖數百年未嘗適用。然不可謂因此之故，已被廢止焉。蓋法律之不適用，非可推測爲已廢止者也。明示之廢止云者，謂設一法律，而明廢他法律之場合也。默示之廢止云者，謂彼此之二法律相牴觸，推測一法律，可廢他法律之場合也。而此場合則有三焉。

一 就同一事項，有新舊二種之一般法時，則常推定舊法，爲因新法而被廢止者。

二 新法乃一般法，舊法爲特別法，然新法之一般法，非以舊法規定之事項爲目的時，則其與一般法相牴觸之舊法，全推定爲被廢止者。

三 新舊特別二法存在時，則於其牴觸新法之部分，推定舊法爲被廢止者。凡新舊二法律，同時成立時，則新法常勝於舊法，蓋已有一法律，而至更制定同一之法律者，乃因從來之法律，不爲國家之用也。此不

爲國家之用之法律，其非良法也。不言可知。而新法之爲善法，乃屬於自然之論理者也。

於此有一問題，而宜研究者，即緊急勅令與法律之關係是也。明治三十二年，以緊急勅令第三百七十七號，定關於府縣會及郡會議員選舉之罰則。於第七條規定關於府縣會議員及郡會議員選舉現行之罰則。除本令所規定者之外，無妨其効力之事。故關於牴觸本令規定部分，則現行罰則被廢止。然而此緊急命令，乃以明治三十三年三月六日勅令第四十三號，公布於將來失其効力。故至又生一疑問，即以緊急勅令，暗默所廢止之現行罰則，至緊急勅令將來廢止時，而所被廢止罰則之効力，將可復活勸歟，抑永失其効力歟。據大審院判決例三十二年三月十二日，宣告緊急勅令，因憲法第八條第二項，已公布於將來失其効力時，則因勅令被停止施行之法律，認爲可復於勅令以前之地位者。以余輩觀之，緊急勅令，爲代法律有効者，故以勅令所廢止之法律，非更以之爲法

律。則不應爲復活勸者。如判決例之趣旨。不過爲一時停止者。故以緊急勸令被罰者。於其廢止後。不可不復權於以前之狀態。法律之廢止。不爲確定者。而處罰則獨爲確定者。緊急勸令之效力。豈有如此之差異歟。

第二 原則法律無溯於及往之效

此原則。不過第一原則之適用。於第一原則。無正條之所爲。不罰之時。則於其所爲以後。制定之法律。不得及於以前無法律時代之所爲者。乃自然之條理也。若爾後之法律。得及於以前之行爲。則是爲罰無正條之所爲者。即與第一原則相抵觸矣。

本原則於刑法第三條規定之。雖然本條不過爲第二條之適用。既知第二條之規定。不必設之。則本條之規定。殆無其用者。不待多論者也。若無第三條之規定。果而可以後日之法律。罰前日之所爲歟。夫昨年未制定法律。故吾人有爲自由行爲之權利。今年制定法律。以制限自由之行爲。故今年以後。吾人不得超其制限。然而因昨年未有何等之制限。是以有

爲自由行爲之權利也。今欲以今年之法律。罰昨年此等之權利。道理上果能許之歟。若謂不設正條。則恐有罰無辜之危險。則於其反對之際。雖有正條。難保無不適用之危險矣。要之。已認刑法於正條之外。不罰之原則時。則其結果。不得罰法律以前之行爲者。乃彰明較著。而無須乎別設條文也。

雖然本條第二項之規定。實屬於例外之法律。必須設之。夫法律原則上。非其制定以後。則不得適用之。故使新法生溯於既往之效力時。則必須設特別之規定。然則刑法何故設此例外法歟。何故比較新舊二法。舊法重。新法輕時。則適用新法。而使得罰舊時代之犯罪歟。此蓋由於法律以最新者。爲良善之故也。法律原來因制定當時之必需。而制定之者。故昨年之非。非今年之非。在昨年雖爲必須罰之所爲。然今年却有不須論之者。拾此際。尚欲適用昨年之法律。而論今年之所爲。是大反新法制定之趣旨矣。夫今年之法律。實爲治現在之國家所必須。故制定之。而非爲治

昨年之國家所制定者也。若其所爲於今年始發生時。則或有輕罰之者。或有全不罰之者。然而若謂其所爲。因係爲昨年之發生者。故尙須適用昨年之法律。而重罰之。則實爲不經之論。蓋刑法爲防妨害國家者之法律。昨年雖爲妨害國家之所爲。然今年至失其性質。則已非犯罪。對於非犯罪之所爲。而行防衛權。其理由果何在歟。然則對於昨年之所爲。而適用輕之新法者。可謂爲國家之必要上。即刑罰權之原則上。實不得已之例外也。

既認新法之輕者。得遡於既往。而適用之之原理時。則於國家認爲必要之際。使新法之重者。亦可追及之。而適用於舊法時代之所爲之權利歟。於日本憲法。則無命立法者。於無論如何之場合。不許以新法適用於以前行爲之規定。故立法者。於國家必要上。不得已之際。有可以制定溯於既往法律之權利。但制定重新法。而使有溯於既往之效力時。則甚害人民之權利。故宜比較國家與人民之利害。非使溯於既往之利益。比不溯

於既往之利益多時。則終不許制定此非常之法律也。

第一款 關於犯罪及刑罰新舊二法之牴觸

關於犯罪及刑罰。有新舊二法律。而於犯罪之當時。則行舊法。於判決之當時。既行新法。於此之際。則宜適用何法律歟。關於此。宜區別二場合而論之。

第一場合 關於犯罪之新舊二法之牴觸 原則上。新法不許遡於既往。故對於在新法發布以前之犯罪。不得適用新法。即不許於舊法不罰之所爲。新法罰之。又舊法輕罰之所爲。新法重罰之。場合是也。然亦有例外。即限新法之規定。比於舊法寬大時。可以適用新法是也。但此爲屬於例外之規則。故刑法上非有特別之規定。新法雖寬大。尙不得溯而適用於發布以前之犯罪。況新法比舊法嚴峻之場合哉。夫於舊法時代。不罰之所爲。當時之人民。爲有行之之權利者。若至後日。制定新法。使遡於既往。得罰舊法時代之行爲。則豈非蹂躪人民既得之權利哉。於新法加重

其第一之場合亦然。就其重部分之適用。尙罰舊法未罰之行爲。是亦歸著於同一之論理。故曰於新法不得罰舊法所不罰之行爲。又於新法比舊法重刑之場合。決適用新法。使溯於既往也。雖然若新法之規定。比較舊法之規定。爲寬大時。即於新法不罰舊法罰之所爲。又已輕其刑時。則就舊法時代之所爲。亦可適用新法焉。凡於舊法認或所爲。爲犯罪而罰者。乃因當時有罰之之必要也。然而於新法廢此犯罪者。則基於國家無罰之之必要也。是以就國家視爲無須罰之所爲。僅依成立於舊法時代之理由。而尙欲罰之。則是爲極無理之舉動矣。刑法之目的。在禁制害國家生存之犯罪。然於新法所不罰之所爲。乃認爲正當之行爲。故從此以後。人皆有行之之權利。有爲之之能力。隨而亦無須禁制之。於刑罰之目的有所缺。豈有罰之之理由哉。而新法減輕其刑之場合。亦相同。國家既以之爲無須科以重刑者。故無以不必要之重刑。科犯人之理。亦可知之。此例外之所由生也。

第二場合 關於刑罰新舊二法之抵觸 新舊二法之輕重。依如何之標準。而可知之歟。今請舉之於下。

- (一) 於新法已廢止舊法時。此爲新法輕之場合。此不僅爲已廢止犯罪之場合。而如依人之身分不罰之。又如宥恕之場合。皆屬之焉。
- (二) 於新法已減輕舊法之刑時。則新法輕。此無須乎說明者也。
- (三) 新舊二法。於其刑之性質相同。而異其長期與短期之場合。例如舊法乃以十年以上。二十五年以下。爲有期徒刑。新法則以十二年以上。二十年以下。爲有期徒刑時。則孰爲輕歟。於此之際。則唯比較其長期。而以其長者爲重者。蓋刑之輕重。可就其最重者。而爲比較故也。或曰於此之際。可以新法之長期。與舊法之短期。而定其刑。然此非所謂比較新舊二法。而從其輕者。乃爲新創設一種之刑者也。裁判所豈有擅制定法律之權利哉。

(四) 新法已變更舊法罪名之場合。例如舊法爲常事犯。新法爲國事犯。

之場合。於如此之際。則以刑期之長者爲重。若新舊二法之刑期相等。則以有定役者爲重。今以之由犯人之一方觀時。則無關於其刑期之長短。定役之有無。而願爲國事犯受罰。然而此僅爲犯人之私情。由法律上觀時。則不因其罪名。而有輕重之差別焉。

(五) 新舊二法中。其一部。於犯人爲利益。而一部不利益之場合。例如舊法以罰金之刑罰之。然不從數罪俱發之例。新法乃以禁錮之刑罰之。然可從數罪俱發之例。於如此之場合。則舊法輕。凡刑法。有關於生命、身體、自由、名譽、財產、數種之別。就中可認爲最輕者。爲財產刑。蓋身體自由之貴重。其位置於財產之上者。乃不容論者也。故就併科罰金之點觀之。則舊法似重。然比之於新法之禁錮。則爲輕矣。或有謂可混同新法及舊法。科罰金。而兼適用數罪俱發例者。然此不免爲使裁判所創設一新法之論。故不足取也。

(六) 於新舊二法異刑之執行之場合。例如舊法以十時間。爲執行期間。新法以十二時間。爲執行期間之場合是也。刑法第三條第二項之例外法。乃就適用刑而設之者。非爲刑之執行而設之者。故此例外。就刑之執行不可適用也。既依新法以處罰時。則新法之執行方法。雖嚴於舊法。然仍不可不從新法焉。但其執行方法。與刑之性。皆已變更時。則尙可適用例外法。例如改重禁錮。而爲流刑之場合即是也。

新舊二法。相抵觸之重要問題。已於上段說明之。然關於刑法第三條第二項之規定。則尙有未解決者。於同條僅有若所犯在頒布以前。而未經判決者。則比照新舊二法。從輕處斷。云。而未豫想有數法律變更之場合。例如(一)於甲法時代所發生之犯罪。在乙時代。及於丙時代時。甲乙二法。宜以何法爲舊法歟。(二)犯罪後之法律。所定之刑。與舊法所定之刑相等時。則可適用何法律歟。現行刑法皆未言之。是其缺點也。

第二款 關於裁判所之構成。管轄又訴訟手續新舊二法之抵觸

於茲有犯罪。當其未經確定判決時。而關於裁判所之構成、管轄、又訴訟手續之法律。有所改正時。則新舊二法。可適用孰乎。凡法律不遡於既往之原則。乃實體法(刑法)之原則。而非形式法(手續法)之原則。故於此等法律。有變更之際。不在適用本原則之限也。刑法之目的。在對於犯罪者。加刑罰之制裁。刑事訴訟法之目的。在求事實之真相。以明被告之責任。故刑事訴訟法可謂爲於一方。則爲保護國家之公益。於他方。則爲救護被告人之私益者也。而新法比於舊法。其保護國家。救護一私人。必有勝者。故無論國家。無論私人。受新法之適用。不僅不害其利益。且能確實保護之。是以對於新法之適用。人皆無異議。而手續法。不從不遡於既往之原則者。亦原因於此也。論者曰。使刑法遡於既往。可害被告人之既得權利。故不可許之。雖然。至於刑事訴訟法。則雖使遡於既往。然不害被告人之既得權利。故不必從此本原則。比較刑法第三條。刑事訴訟法第二十二條時。則自能明其趣旨矣。刑法第三條云。法律不得及於係頒布以前之

犯罪。一若所犯在頒布以前。而未經判決者。則比較新舊之法。從輕處斷。一刑事訴訟法第二十二條云。此法律。雖係頒布以前之犯罪。亦適用之。於頒布以前所爲之訴訟手續。不背當時之法律。則有其效。此二者。非正反對之規定歟。然而我輩不能服此說也。依我輩解釋。則刑法之規定。與刑事訴訟法之規定。非如論者之說。爲相抵觸者。其法文雖不相同。至其趣旨則同一也。凡新法之效力。必生於其公布以後。雖爲手續法。然不可謂遡於公布以前。而生其效力。世之學者。多謂手續法之效力。爲遡於既往者。畢竟因其觀察方法之錯誤也。學者見手續法。可適用於其公布以前之犯罪。遂直以之爲遡於既往者。然由審理上觀察時。則決非遡既往者也。蓋犯罪雖在公布以前。然其審理已降。而至新法之時代。故從此而受新法之適用。乃當然者也。犯罪雖爲既往之事實。然裁判則爲現在之行為。既爲現在之行為。則必須受現在法律之支配。而現在之法律。即爲新法。故雖適用之。然不可謂遡於既往者。若謂新法爲遡於既往則舊法時代

之審理。必盡以之爲無效。蓋非舉舊時代之審理。而盡以爲無效。則無須乎使新法遡於既往也。世間豈有如此之理哉。總而言之。以我輩之所見。手續上之法律。雖有改正。然見新舊法相牴觸之場合。則決無之也。然而就管轄之問題。則有須斟酌其適用者。今關於此問題。將有所說明焉。

第一 於舊法爲屬於區裁判所管轄之事件。於新法則以之屬於地方裁判所之管轄者。於此之際。其以何裁判所爲適法之管轄裁判所歟。第一之論者曰。管轄變更之法律。爲關於公益者。不得以被告人之私益左右之。是以宜依新法。而定其管轄裁判所管轄焉。第二之論者曰。被告人之自然管轄裁判所。犯罪之當時。爲管轄被告人之裁判所。故於犯罪後裁判所。雖有變更。然尙須依舊法而定其管轄云云。我輩固爲主張第一論者。然於實際。則有不可適用第一說之時。例如於舊法區裁判所。就其管轄事件。已下判決。而未確定之時。變更管轄之新法律出。舉其事件。而

使屬於地方裁判所之管轄。若於此之時。可適用新法。則被告人。暨檢察。必失控訴權。何則。新法乃以其事件使屬於地方裁判所之管轄。故得爲本事件之第一審裁判所。然不得受控訴焉。然則控訴之於控訴院歟。是控訴院。將爲對於地裁判所之第一審。之控訴裁判所矣。故關於依舊法。既經判決之事件。宜別定法律以開控訴之途也。

第二 於舊法有管轄權之裁判所。因新法而被廢止時。於此之際。其審理中之事件。應如何處理之哉。關於本問。不能絕對的適用舊法者。乃不待言者也。何則。不論訴訟管理之進行程度如何。其裁判所。既爲不成立於國家者。故裁判權亦不可獨存在也。然而亦不能直以之移於新法管轄裁判所。蓋一裁判所。無繼受他裁判所之審理之權故也。故於此之時。宜制定特別法。而定其管轄焉。

第三款 關於刑事時效新舊之法之牴觸

刑事時效云者。因時日之經過。公訴權又刑之執行權。乃歸於消滅之方

法也。刑事時效有二種。一爲由犯罪所生。公訴權之消滅。一爲因刑之宣告所生。執行權之消滅。刑之期滿免除是也。設此二時效之理由皆相同。從來之學者。謂爲由於國家之遺忘。然我輩則謂爲由國家之不必要焉。其詳細之處。請於後段論之。

關於時效之期間。新舊二法。異其規定時。則宜適用何法律歟。當決此本題之先。須研究關於時效。法律之性質。時效之法律。其爲實體法歟。抑爲形式法歟。今由一方觀察。則時效之法律。似爲形式上之法律。蓋時效。不過爲關於犯罪之訴追。又刑之執行條件之規定也。然而由他方觀察時。則又似百寶體法之性質。蓋時效爲犯罪。又刑之消滅之原因也。於是遂致議論百出焉。今揭其重要者於左。

第一說 謂公訴之時效。犯罪當時。就刑之時効法律。則可適用裁判宣告當時之法律云。其理由曰。凡定犯人之責任。應依當時之法律。於此法律以外。不可使負擔特別之責任。關於刑之時效亦然。刑之時効。爲有其

宣告而始定者。故宜適用宣告當時之法律也。即不言亦可知之矣。然此論稍有流於不合條理之傾向。蓋於舊法之時効期間。比新法時効期間長之時。而適用舊法者大不可者也。例如舊法之時効期間爲十年。犯人逃匿。既已經過八年之後。新法出而短縮其期間爲五年。從第一說。則新法發布後。尙要俟二年之經過。然而新法其所短縮十年之期間爲五年者。則因十年之期間。爲不必要也。若如論者之言。則國家不可不適用不必要之時効矣。故我輩謂其說爲有流於不條理之傾向也。是以於新法。已短縮舊法之時効期間時。宜適用新法焉。

第二說 此說與前說全相反。謂不問公訴之時効。與刑之時効。常宜適用新法。其理由曰。法律。原來因國家之必要上。所制定者也。新法乃因信其勝於舊法。有增進國家之利益而制定者也。然則新法之適用。乃適用善良之法律。以應國家之必要者。故適用之爲當然者也。且不使刑法遯於既往者。則因恐有害犯人之既得權也。故若新法不害既得權時。則雖

使遡於既往。亦無不可。關於時效之規則。無論犯人。無論檢事。其適用新法。毫無害既得權利之事。就犯人而言。至新法時代止。因潛匿又逃亡而免公訴之提起。又刑之執行者。不但不可謂犯人之權利。實為僥倖免對於國家之義務者也。其時效經過後。雖得不被罰之權利。然於其期間經過中。不過有唯一之希望而已。夫希望常與失望相伴。雖失之。然不可謂害權利也。況乎於不能為完犯人一己之希望。而宜顧國家一般之公益時哉。就檢事云。亦然。檢事乃為國家之代表者。而提起公訴之人。故雖適用國家所定之新法。然毫不侵害其權利焉。我輩原為採用第二說者。論者非論第二說曰。依現行刑事訴訟法。則公訴私訴之時效期間。全相同。故就求被害者之損害回復。則常宜顧公訴時效期如何。今於新法而欲短縮時效期間時。則公訴時效之經過。私訴亦隨之而為消滅者。故欲不依舊法。而提起私訴。是反被害者之豫想。而侵害其權利者也。雖然。我輩則仍信第二說焉。其理由如下所述者。(一)於刑事訴訟法。以公訴私訴之

時効期間。為同一者。非為保護被害者之趣旨。而在保護國家之公益。無論何人。皆不得為一箇人之私益。而害國家之公益。故公益私益相抵觸時。須捨私益而從公益。此當然之理也。(二)就私訴害被害者之既得權利云者。僅限於新法短縮時効期間之時。若於新法延長其時効期間時。則被害者。乃隨國家而受其利益者也。故新法之適用。非絕對的。為害被害者。此我輩所以固持第二說也。

第三說。此說謂宜比較新舊二法。而適用利益於被告人之法律。雖然。時効之規則。非為被告人而設之。乃為國家而設之者。故此說亦不穩當也。

第二節 犯罪之場所及人

第一款 總論

犯罪之場所。及人之問題。為屬於國際刑法者。其關係之處。最廣大而且甚緊要。然現行刑法。則關於此問題。未有規定。此蓋因刑法定時。治

外法權尙行。於日本領土外之犯罪。不能適用日本刑法故也。爾來經幾多星霜。隨國家之發達進步。治外法權。亦於近年撤去之。遂免其屈辱。故關於犯罪之場所及人。宜設其規定。至爲國家之急務。我輩因欲補學理上及解釋上不足之點。將有所欲論焉。

刑法對於如何之土地。對於如何之人。可行之歟。關於此問題。學說甚多。今唯舉其重者於左。

第一 屬地主義 此主義乃起於萬邦割據之時。刑法非於一國領土之內。則不有効力。故在領土地內。已犯罪者。不問國籍如何。必適用犯罪地之法律。雖然對於在其領土外之犯罪。則不得適用之焉。

第二 屬人主義 依此主義。則刑法爲一國主權之作用。故對於其國民。則不問爲在內國者。與在外國者。常可適用之。雖然對於外國人。則其國權不能及之。是以雖在內國。然不得適用。况乎於在外國之時哉。

第三 折衷主義 此主義。乃折衷第一及第二之主義者。刑法於其國

之領土內。則不問內外國人。皆適用之。對於其國民。假令在外國。然仍可追隨而適用之。屬人主義。殆無可論之價值。夫刑法之目的。實在保護其國之安寧秩序。然若謂紊亂安寧秩序者。爲內國人時。則罰之。爲外國人時。則不得罰之。是刑法之目的。將無可達到之日矣。其議論之無價值。即不言亦可明也。屬地主義。亦不免非難。何則。領土內之犯罪。雖得罰之。然領土外之犯罪。則不能罰之。於是國內之惡徒。多出國境爲犯罪。而可以免刑罰矣。在如日本四面環海之國。則其弊害尙不甚大。然如歐洲諸國。則僅以一帶水一山嶺爲國境。其弊害將有不勝言者也。况乎此等犯人。若無嚴加懲戒之途。則將益恣兇惡殘毒之禍。於內國亦有犯罪危險之虞哉。故刑法之適用。非可區別犯罪地之爲內外國者也。是以屬地主義。亦有許多之非難也。至於折衷主義。則雖有可取之說。然非貫徹刑法之精神之說。蓋於此主義。內國之犯罪。雖得罰之。然於在外國之外國人。對於日本國。又日本人。而犯罪之場合。則無罰之途。若不得罰此場合。則

刑罰之目的。將無由達之矣。

第四 保護主義 此主義爲阿爾托蘭氏所唱道。晚近之德國刑法家亦贊同之。其目的在欲推廣刑法之主權。使之及於最廣之範圍。即刑法就內國之犯罪。則無內外人之區別。皆適用之。又就外國之犯罪。於對於內國之自體。又對於人民之場合。則不論內外國人。常可適用之。而刑法草案則採此主義焉。第三條第四條第五條二項。夫刑法之目的。原來在欲維持一國之秩序。故於國內犯罪者。不問其爲內外國人。可適用內國之刑法而罰之。屬地主義之論據。亦蓋在此也。雖然。若謂刑法之主權。爲限於內國者。則雖有在外國而妨害內國之治安。又在外國而妨害自國人民之安寧者。亦無防禦之途矣。各國雖皆有刑法。然非與日本刑法同一者。故於保護日本國又保護自國之人民時。非可謂爲備十分之効力者也。況乎於蠻俗未具一國家之體態。又不解法律爲何物之土地哉。於此之際。或擴張犯罪人移交法之適用。尙依征蠻之方法。使其犯人來自

國因而罰之。於是刑法乃能達維持自國之治安。又得達保護自國人民之安寧之目的矣。我輩亦爲主張此說者也。然則刑法之主權。道理上不可不如此廣大。而刑法之効力。實際上。又不可不如此適切也可以知矣。

第二款 犯罪之場所

當說明關於犯罪場所之時。欲區別爲左之二問題。而論之。

第一問題 日本刑法。其効力可及於如何之土地歟。

曰日本刑法。以維持日本國之安寧秩序爲目的。故其効力。爲及於日本全土者也。雖然。僅罰日本國之犯罪。不可謂其已盡刑法之能事也。故雖於外國之犯罪。若可爲日本國之危害者。尙須適用日本刑法焉。蓋有維持日本國安寧秩序之目的刑法。其安寧秩序。已被紊亂。尙無必須默過之之理由故也。此即保護主義之所由生焉。於現行刑法。關於國外之犯罪。未嘗有規定。故解釋上不可擴張刑法之主權。然由立法上觀察之。則必須如此也。刑法草案。已設關於此之明文。然則日本領土云者。系謂如何

之物歟。刑法上所謂一國之領土。非單指示地理學上。組織一國土之區域。凡爲日本國統治權所及者。不問其何處。皆稱之爲日本領土焉。

(二) 日本領海 領海云者。以由於沿岸最大退潮時之波際以外起。至達於六海里之處止之海面。爲其區域。國際公法協會第二條此區域。恰與已國陸地相同。而爲自國之海之謂也。夫海者。依國際法上之原則。原來爲萬國公共之通路。各國皆得自由用之者也。蓋對於海洋。無論何國。皆不行其主權。又各國非依海洋。則不能得交通之便也。然而對於此原則。因一國必要上。而有多少之例外。即若一國之海邊。若以之爲萬國之公共者。而供其自由航行。則不能固其國之防禦。而於近海亦難於無間斷而行其主權也。於是乎領海問題遂發生焉。從來關於領海之規則。以其國所使用之砲彈達著距離。爲其境界。故因彈力之強弱。而生異領海廣狹之結果。從而各國之領海。亦未嘗一致。後乃改此原則。各國之領海。去其海岸。以三海里爲其境界。然因武器之發明。至有可及十海里以上

之大砲。於是復於千八百九十四年三月。開國際公法協會於巴里。決議宜改三海里而爲六海里之規則。(同國際法協會中議參照)

(二) 船舶 依國際法。則各國之船舶。看做爲其領土。故對於在其船舶內之犯罪。以適用其本國刑法爲原則。然當適用此原則時。因船舶在內國領海。又公海之際。與在外國領海之際。而有多少之差異。今就左之區別。將有所說明焉。

(天) 船舶在其領海又公海之際 船舶在其內國領海之際。當然應適用其國之刑法。此無容疑者也。其在公海之際。則無論何國之主權支配。皆不受之。故亦應適用船舶國所屬之刑法焉。

(地) 船舶在外國領海之際 船舶在外國領海之際。則於二國間。生主權之抵觸。即領土內之犯罪。當然應受其國之主權之支配。然而船舶看做爲所屬國之領土之一部時。則所屬國之主權。亦須及之也。此抵觸宜如何處理之歟。據國際法之原則。則宜爲二種區別焉。

(甲) 商船雖揭本國國旗。然本爲一箇人。又一私法人之所有物。既爲一私人之所有物時。則於外國主權之領土內。宜服從其在地之法律。然關於此原則之適用。各國不同其例。英國則嚴守領海。爲其國領土之一部之原則。對於在領海內。船舶之犯罪。不區別內外人。皆應適用英國法律。而法國則與之不同。僅限三種之場合。可行法國主權。(一)非船員之犯罪。又對於非船員之犯罪時。(二)船舶內之犯罪。害其碇泊地之公安時。(三)由船舶對於碇泊地之官廳。有爲救護之請求時。除此之外。法國對於外國船舶。認治外法權。而對於在外國領海內之法國船舶。亦欲得同等之權利者也。二國所採之慣例。雖各有利弊。然我輩則信從法國之慣例。却於實際有大便利者也。而千八百九十四年三月巴里之國際公法協會。亦認此慣例焉。(決議第六條)

(乙) 對於軍艦。則不可不與全反對之論決。夫軍艦爲國防之要具。與內地之砲壘全然相同。於自國領土之內。既無許侵入之理由。則對於

軍艦內之犯罪。亦非可適用碇泊地之法律也。刑法爲命令法。非於有治者與被治者之關係者之間。則不得行之。隨而於有平等權利者之間。則不能行之也。各國皆有自主獨立權。而不許互相侵犯。故無論於如何之時。一國不得對於他國。而行主權。即不得行其命令的法律也。於有平等權之國與國之關係。唯有防禦權。而不有刑罰權。故對於軍艦內之犯罪。不在適用碇泊地之刑法之限也。若軍艦有紊亂碇泊地之治安之行爲時。則其國唯得對之而行防禦權耳。於今日不僅軍艦如此。郵便船。亦受自國主權之支配。而與軍艦爲同一待遇之慣例。亦發生焉。蓋郵便船之任務。亦甚重大也。

軍艦之兵員。上陸而犯罪時。則將適用何國之刑法。而罰之歟。於兵員以其職務上陸之際。不可適用自國之刑法者。乃人皆不疑者也。然於以箇人之資格。而上陸之場合。則或有謂可適用自國之刑法者。或有謂可適用所屬國之刑法者。議論紛々。莫衷一是。我輩則欲區別其場

合而論之。此兵員上陸中。犯所屬國之軍律時。則應適用所屬國之軍律。而不得適用自國之刑法。若犯普通刑法之時。則可適用自國普通刑法。而罰之。在軍艦內。我之法權。雖不能及。然上陸中之水兵。則實不過一箇人而已。

又就外國軍艦乘組員逃亡之際逮捕之。則以明治三十二年法律第六十八號。所定。關於其逮捕留置之援助法。

(三) 占領地 於平時又戰時。自國軍隊。所占領之外國領土。刑法適用上。可看做爲自國之領土。當然可適用自國之刑法。然於此有一應注意者。即自國軍隊。因承諾通過中立國。又同盟國。又於占領之場合。已發生犯罪時。若無特別之約束。則自國軍隊之裁判權。唯限於軍人。又有軍屬之資格者行之。然而因戰鬪之結果。於自國軍隊所占領之土地內。則不僅對軍人又軍屬。而行自國之裁判權。對於占領地及一般人民。亦須行自國之裁判權焉。蓋原因於戰鬪之占領者。乃於其所占領之一部。而遮

敵國主權之執行故也。

於占領地。可行自國之法律。在道理上。人皆無所非難。然於實際上。則當有生許多困難之事焉。夫占領地。原來爲外國者。故值適用我國之法律時。則因彼我之人情風俗。大不相同。而不免使占領地之人民陷於悲苦不安之境。凡一國之法律。乃依風土人情。而制定者。故因占領。而不能直以自國之法律。應用於外國之時。則必須制定特別之法律。用採彼國之法律。而爲自國國法之策焉。

(四) 行治外法權之外國 凡獨立國。於其領土全部。而有統治權。故對於在其領土內之一切犯罪。無內外人之區別。以皆適用自國之法律。爲獨立國之本色。然一國對於他國。已締結條約。特限於該國人民之犯罪。不行自國之裁判權。而許從外國之裁判權時。則名之曰治外法權。於治外法權。所行之國。外國政府。大抵於其派遣之領事。與以特別之裁判權。就其所屬人民之犯罪。而行裁判權焉。此治外法權。乃因一國與他國之

間所締結之條約而生之特權。故有特權之外國。不得從此特權而視他國爲自國之領土。蓋其特權僅對於自國之人民有之。決不得及於他國之人民也。故謂治外法權爲刑法上之領土問題。不如謂爲一國於他國之領土內而有法律上之特權焉。是以治外法權非爲因之而侵害其國之獨立權者。不過爲限制法律之効力之一部。或不能行一部而已耳。關於治外法權之說明。而有二種之必要問題。(一)有治外法權。則當以如何之方法而行裁判歟。(二)於如何之區域。得行司法警察權歟。關於第一問題。則不可不從日本法律之規定。關於第二問題。則必待條約而決定之。觀日本之實際時。依日本國與外國之間所締結之條約。則外國政府。於日本領土內。就其本國人民之犯罪。不僅有裁判權。而就其犯罪搜查逮捕。亦可行司法警察權焉。當條約改正之前。於神戶之外國人租借地內。有外國政府之警察官。而行司法上之警察權。日本警察權。無論於如何之時。不能亂入租借地。而行之。橫濱港亦然。治外法權之沿革。及其

利害。今不贅論。於此所研究者。單在可看做爲日本領土之場所之如何耳。

第二問題 於如何之場合。爲在日本領土內之犯罪歟。

犯罪常在。日本領土內。而發生。則常得以日本之法律處罰之。毫無困難之事。雖然。此問題之所以發生者。大抵在犯罪牽連日本領土。與外國領土之間。構成之場合。或犯罪起於外國之場合也。夫刑法之原則。僅對於自國之犯罪。而適用自國之刑法。對於起於外國之犯罪。則無可適用自國刑法之時。唯牽連日本領土。與外國領土之間之犯罪。就其於日本領土地內。所成立之部分。可適用日本刑法。就其於外國所成立之部分。可適用外國之刑法而已。然而刑法之目的。在維持國家之安寧秩序。故縱令其犯罪起於日本領土外時。然苟足以妨害日本之安寧。則仍須適用日本之刑法。又其犯罪牽連於日本國。與外國之間時。亦有就其犯罪全部。而適用日本刑法之事焉。關於日本領土外之犯罪。現行刑法。尙未規

定。故適用之。途頗爲困難也。然關於日本國與外國間之牽連犯罪。解釋上非無適用日本之刑法之餘地。本問題之目的。即在決解此場合焉。論決本問題時。當由如何之標準歟。是以犯人之身分爲標準歟。抑以被害者之身分爲標準歟。然二者皆非是。決此之標準無他。研究犯罪實行之地之屬於何處。即可矣。若犯犯之性質單純。其全部之實行。全在日本領土內完結時。則常可以適用日本之刑法。雖然。若犯犯之性質複雜。其實行牽連二國以上時。則非常困難焉。或有牽連二國之外觀。然不過於一國之領土內。而實行者。或有實際牽連二國以上者。故當論之。夕際。要區別爲三種之場合也。

第一 於日本領土內。已實行犯犯構成條件之一部時。則其犯罪與全部在日本發生之場合相同焉。例如在法國準備其犯罪。在美國亦準備之。然刑法不罰犯罪之豫備。故法國美國。不得爲其犯罪之發生地。雖然。於法國又美國。而已着手於犯罪構成之一條件時。則法國美國。就其犯

犯而有管轄權。至於其犯罪之結果。則無論及於何地。可以不必問之也。要之於日本國領土內。而將有犯罪時。不能僅以於日本國。已見其犯罪之準備。及結果之發生爲足。其罪犯構成之條件。即犯罪實行之一部。於日本領土內。已有成功之事實時。始可謂爲於日本之犯罪也。更換言之。則已行犯罪事實一部之場所。屬於日本領土時。則可適用日本刑法。又同一之犯罪。繼續而連跨於日本領土時。亦可適用日本刑法也。今請舉一二之例於左。

第一例 假如有日本與俄國相接壤之土地。於其疆界上。由俄國領內。發砲而銃殺日本領內之人時。於此之際。果而可適用何國之刑法歟。夫殺人罪。原來爲一結果犯。故殺害之事實。爲其犯罪構成之必要條件。今既於日本領內。而有殺人罪構成之一條件。即已生殺害之事實。是實爲日本領內之犯罪。故宜用日本之刑法。罰之。而於其事實相反之場合。亦不可不下同一之決論。即由日本領內發砲。而銃殺俄國領

內之人時。發砲之事實。是為構成殺人罪之一條件。故其犯罪。屬於我國之管轄。可適用日本之刑法。於未遂罪之場合亦然。蓋被害者之不幸。於未遂犯之構成上。毫無影響。故無異其斷定之理也。

第二例 在法國之法人。投書於日本之報章上。而侮辱日本總理大臣。此亦可下與前例相同之斷定。凡報章上之侮辱罪。乃公示之事實。故為犯罪構成之一條件。而此條件。乃在日本實行者。故當然宜用日本之刑法罰之也。

第三例 美國人。由其本國。對於在橫濱之日本商人。而發送偽造證券。欲詐取金錢。於此場合。亦可下同一之斷定。何則。縱令證券之偽造地為美國。然為詐欺取財構成條件之詐欺。則為起於日本領內之橫濱者也。

第二 於聯合可得分離之數種行為。而構成一犯罪之場合。其一部之所為。乃在日本領內實行之。而他部之所為。則在外國實行之者。亦可下

同一之論決。例如(一)如繼續犯於日本及他國已犯不法監禁罪時。則日本之刑法。可適用於在日本所犯之監禁罪。罪人藏匿罪亦然。此等之犯罪。雖為併合於日本所犯之部分。與於彼國所犯之部分。而僅構成一罪。然於日本之部分。亦既構成一罪。故就其部分。宜適用日本刑法也。(二)若於日本所實行之行為。繼續而至於外國。或構成加重之情狀。或至變更犯罪之性質。日本之裁判所。關於此等。可以措而不問。唯就於日本之部分。適用刑法耳。但被害者為日本人時。則不在此限。

第三 於聯合不可分離之數種行為。而構成一犯罪之場合。則因時與場所之關係。而有分其行為。為跨於日本及外國間之事。然構成其犯罪。為主行為之實行地之裁判所。則有罪犯全部之管轄權焉。故(一)其犯罪構成上。為主行為之實行地。在日本領土內。在外國而加擔於此犯罪者。則不問其為日本人。與為外國人。皆從日本法律處斷之。(二)犯罪之實行地。在外國領土內。在日本而加擔於此犯罪者。則不問其為日本人。與外

國人可從外國之法律罰之。例於在美國之美國人。教唆在美國之日本人以犯謀殺。又偽造罪之事。日本人應之。歸於日本。而犯殺人罪。又偽造罪時。日本裁判所。就日本人之犯罪。有管轄權。是不待言。對於為教唆者之美國人。亦有審判權焉。若於香港而有為從犯行為之支那人。是亦要受日本裁判所之審判。蓋關於此諸般之加擔行為。其性質為不可分者。單於日本。不過為構成其實行之殺人。又偽造之一罪者。尚如於日本已行諸般之加擔行為之場合。就於外國之一切加擔行為。應有裁判權也。反之在橫濱之日本人。教唆美國人。而使殺害在桑港之法國人。於此之際。美國政府。不但有罰其殺人犯罪者之權利。為犯罪之教唆者。而在橫濱之日本人。亦有罰之之權焉。既於桑港。已行之主要行為時。則與之牽連不可分之諸般加擔行為。必盡併合為主要行為。蓋雖在橫濱之日本人之教唆。若於桑港之殺害行為之正犯不成立時。則不為構成教唆犯者也。

第三款 犯罪之人

第一項 關於在日本領內之人之場合

凡無論何人。在日本領內。而犯日本刑法者。必須從日本之法律。而受處罰焉。此刑法之原則也。然而因國內公法。又國際公法之關係。時有制限此原則之適用者。即或有就於內國所行之犯罪。不任其責者。或有限或種之犯罪。不任其責者。或有就於內國所行之犯罪。雖不能免其責任。然不受日本法律之適用者是也。

第一 由國內公法所出之例外

(一) 天皇 憲法第三條曰。天皇神聖而不可侵。憲法何以至設此原則歟。此乃屬於憲法之問題。我輩於此無須深研究之。唯一言其大要而已。夫天皇乃一國統治權之總攬者。而為立法行政二大權所由出之原動機。此原動機。有下諸般命令之權利。而不受何等之制限。刑法不過一種之命令法。故不能及於為命令發動者之天皇焉。憲法之規定。即出於此

趣旨者也。

(二) 帝國議會之議員 憲法第五十二條云。兩議院之議員。於議院所發言之意見及表決。於院外不負其責。故兩院之議員。於議院內所發言之事項。又所表決之事項。縱令有涉於刑法上之犯罪行為。然於議院外。不負刑法上之責任焉。蓋議員為參與國政之審議者。故常有因不得已。舉政府之失政。辯難攻擊之場合。於此之際。若因其議論之言。為非議政府。又攻擊官吏。而悉咎之。直捕之以投於獄中。至議員大失其言論自由。則不但不能盡議員之職務。唯仰政府之鼻息。且將有為污辱其職務之行為。而尚不顧者矣。要之欲使議員完其職務之執行。故設此例外也。雖然此例外法。單為關於在議院內。所發言之意見。及表決者。故其以外之犯罪。則不在例外法支配之限。例如於議院內。而犯毆打創傷罪。又犯竊盜罪之際。則可照通常之規定處分之也。

第二 由國際公法所出之例外

(一) 外國主權者 各國之主權者。旅行於外國時。不問其目的之所在。於外國之刑法上。有不可侵之特權。此國際公法之慣例也。蓋外國君主。乃其本國之元首。而為代表其本國者。故於其資格。於其權利。與自國之君主相同。既與自國之君主相同時。則當然不能加以有命令的性質之刑法之制裁也。

(二) 外國使臣 國際公法之原則。凡外國之使臣。及有外交官之名稱者。皆非應服從其派遣國之法權者。而國際公法。至認此原則之理由有二。

第一 外國使臣。乃由其本國政府。受使命之委任。於其權限內。而代表本國者。故無以命令的刑法加之之理焉。若有妨害自國之治安行為。則僅能通牒於本國政府。而求其處分耳。於獨立之二國間。雖有防衛權。然無刑罰權。此對於外國使臣。不能適用日本刑法之第一理由也。

第二 外國使臣之獨立權。實為關於執行其職務。十分之擔保。若對於其犯罪而得行刑罰權。則因審理上之必要。將生為家宅搜索不得已之場合。隨而至發外交上之秘密。而不之顧矣。今試假定於派遣國。得對外國使臣時。則派遣國將籍名於犯罪之嫌疑。而拘束使臣之身體。搜查公使館。至使外國使臣一日不能安然行其職務矣。此對於外國使臣。不可行日本法之第二理由也。

(一) 注意 為外國使臣之家族。而於其執行職務。無關係者。雖似不在適用不可侵原則之限內。然國際法之慣例。雖使臣之家族。亦受此原則之利益焉。蓋就家族之犯罪。尙有可生與使臣犯罪之相同之結果也。

(二) 注意 公使館乃不可侵者也。此乃由上述原則。所生之結果。故若非公使館員之人。於館內而犯罪。又由館外逃入之時。則非得公使館之承諾。不能逮捕之。即必須由裁判所。商議於司法省。司法省轉外務省。而商議於公使館。得其承諾。始能臨公使館也。或論者曰。對公使館所以認

不可侵者。乃以公使館為本國政府之一部故也。此說甚誤。若依此說。則對於此。必須與本國領土。為同一之辦理。其結果公使館內之犯罪。至與在外國均。非依犯罪人移交條約。則不能移交犯人矣。是從此說。則反於實際。多有許多之不便也。要之公館之不可侵權。視之為外國使臣之特權即可矣。

第二項 關於在日本領土外之人之場合

於本項所欲論者。亦屬國際刑法之問題。而現行刑法所未規定者也。故唯基於理論。以說明之。刑法草案。關於此場合之規定。頗完備。亦足供參考之用焉。日本刑法。對日本領土外之犯罪。得適用之歟。當決本問時。宜少遡於刑罰之基本。而說明之。夫國家與犯罪非可兩立者。國家常有生存之必要。而犯罪則以妨害生存為目的。故國家欲維持其生存。則必須防禦犯罪之侵害。名此防禦權。而曰刑罰權。此已於前論之者也。刑罰權以圖國家之生存為目的者。故於一國領土外所犯之罪。毫不影響於我

國之利害時。則是非害我國之生存權者。故我國對之無須行刑罰權焉。雖然。此犯罪苟有害我國之治安。生我國民損害之性質。則縱令在外國。然我國對於此犯罪。必須行我刑罰權焉。今試假定。有在外國。而欲僭竊我國所屬邦土之陰謀者。又有殺害留於外國之日本人者。於此之際。不可謂我國之治安。尙未迫於危險。不可謂我國之治安。爲未被害其生存者。蓋刑罰權之原則。對於如此之犯罪。已確認適用本國之刑罰權之理由者也。

然則各國於其領土外。罰已行犯罪之大權者。是不外刑罰權之適用者也。

區別於外國已行之犯罪。而爲二場合。第一於外國犯日本刑法。在外國之場合。第二於日本已犯罪之。內外國人。逃走於外國之場合。即是也。第一場合

(一) 對於日本已行領土外之犯罪 對於日本已行犯罪云者。有害國

家成立之目的之犯罪也。例如欲害日本內政外交之平和之罪。欲損失日本公有財產之罪。欲紊亂日本憲法之罪。凡此等之罪。直接衝激日本中心。有使搖動其根本之目的。故其危險無更有比之大者。日本爲維持其安寧秩序。有撲滅此等犯罪之大權。是不待言者也。

(二) 對於他國已行領土外之犯罪 對於此種之犯罪。而行日本刑罰權。則宜區別其場合。即宜區別其被害國。是否爲自國之同盟國也。對於自國之同盟國之罪犯。乃有間接妨害我國治安之性質者。故自國因自衛之必要上。必須執行我國之刑罰權。而罰之焉。反之被害國乃與自國無關係者時。則對於他國之犯罪。毫不影響於自國之治安。故亦無行自國之刑罰權之理由也。

(三) 對於私人已行領土外之犯罪 就此犯罪。亦須爲區別。即宜區別其一私人。是爲外國人。抑爲自國國民也。若被害者。爲外國人。則無須以我國之法律保護之。故自國無行刑罰權之理由。反之其被害者爲自國

國民則自國就其所在地。有保護之義務。即自國有維持自國國民之安寧之權利。故可當然執行自國之刑罰權也。

於以上三場合而犯罪者。爲日本人時。則現行刑法之解釋上。可依我刑罰權罰之。雖然爲外國人時。則不得罰之也。日本人。無論至何國。其所到之處。日本刑罰皆追隨之。而必須服從焉。反之外國人。則限居住於日本時。有受日本刑法支配之義務。一旦去日本之後。則僅服從其本國。及所在地之法律而已耳。刑法草案第五條曰。法律。乃帝國臣民。於帝國外。關於生命、身體、自由、財產、及信用、而犯重罪適用之。云云。

於外國、已犯此種之重罪者。至日本領內。而僭匿之場合。則不問其爲日本人。爲外國人。常得行自國之刑罰權而罰之歟。論者曰。此種犯人。猶如毒蛇。於其棲息之處。則有流毒之害。其現在之事。既足爲其國之危險。則爲防禦國之危險之法律。斷無不能以其威力及於此種犯人之理。然此論就日本人而言。則誠無所疑。就外國人。則有不可同日而語者。此種之

外國人於來日本雖爲危險。然日本對之則無行刑罰權之權焉。日本爲救濟自國之危險。只能追放此外國人於國境外耳。此外國人。乃於日本領土外。而犯罪者。故假令爲已犯日本之法律者。然無服從日本法律之義務。故無適用日本法律之理。況乎於犯於日本國。又於日本人民。無關係之罪之場合哉。若夫由立法上論時。則對於外國人之對日本。又日本國民。已犯大罪之時。僅以追放之方法。甚足以保護自國。又自國國民之權利歟。凡一國政府。雖於國境外。尙有保護其國。又國民之義務。設公使館。置領事館。亦出於此目的者也。在外國。尙且努力求保護自國。又自國國民。況乎在於外國。對於自國。又自國國民。已犯重大之罪。而潛匿於自國者哉。其危害之迫切將更加甚矣。於此之際。自國刑罰權。必須及於此犯人。

如以上所論。日本人於外國犯罪。亦觸日本刑法。又觸外國刑法時。則此犯人必服從二國以上之裁判權。必受二國以上之刑罰。於是乎二國間

關於法律及裁判權遂生牴觸矣。

第一 法律之牴觸 日本人已於外國犯罪。今日本欲罰之時。則應適用日本之刑罰。抑適用外國之刑罰。關於決本問題之時。宜區別爲左之場合。

(一) 於外國已行之所爲。其國之法律不罰之。而日本法律可以罪之時。則單用日本刑法罰之。

(二) 於外國已行之所爲。其國之法律雖罪之。然日本刑法不罰之時。則單用日本刑法罰之。

(三) 於外國已行之所爲。日本刑法。外國刑法。皆罪之時。則日本及外國。得各適用其本國刑法。而罰之焉。

第二 裁判權之牴觸 外國人已於日本犯罪。又日本人。於外國已犯罪時。則二國之裁判所。有同一事件之管轄權。於如此之際。其犯人既受一國裁判所之確定判決時。於他國尙能再對之。而提起公訴。關於本

問立法上有三主義。

依第一主義。則不論於如何之場合。就同一犯罪。不得再度並罰同一之犯人云。其理由曰。凡確定判決。不問其裁判所屬於何國。而當然有消滅公訴權之效力。故一旦已經判決時。則無論其犯人逃向何國。然已不得爲公訴之目的矣。而其犯人。又被害者之身分。國籍何屬。與其判決之爲有罪。爲無罪。又刑之執行是否已終。皆不必問之也。要之確定判決。常爲犯人之保障焉。

採第二主義者之說曰。凡確定判決之效力。依基於同一國之同一法律之判決。始可以認之者也。故縱令於內國及外國。就前後同一事件。對於同一犯人。雖犯處罰。然決非背戾一事不再理之原則者。若不然。則外國之確定判決。於日本將有效力。遂至生侵害日本主權之結果矣。唯實際上要稍注意者。即對於在外國既經確定判決。受刑之執行者。再加嚴罰時。則有流於殘酷之恐。故於如此之際。則宜用減輕免除之方法。以救其

幣害是也。刑法草案。即採此主義焉。(草案第七條)

唱第三折衷主義者之說曰。於觸於二國之法律之場合。既受外國裁判時。則我國宜從多少之區別。而認外國裁判之或部分。凡於內國。其所以要罰外國之犯罪者。乃因不問其犯罪行為之故也。今犯罪地之裁判官。對於其犯人而為刑之宣告矣。終其刑之執行時。則刑法之目的已達。而公訴權犯消滅矣。公訴權既消滅。而尚欲罰之。是與犯無辜將何有所異哉。雖然若外國刑法。不定以懲犯罪人時。則更適用自國之刑法。而罰之。亦無不可。蓋對於此犯罪而所以不行我刑罰權者。乃因於無須乎我罰之之故也。若我認為有必要罰之時。則我固有罰之之權利也。例如於一國之領土內而犯罪。對於他國之公安。又信用。而有直接之害時。又於一國之裁判所。犯受刑之宣告之犯人。未受其刑之執行。而逃亡於他國時。此法國刑法所採用之主義也。

於日本曾犯罪之內外國人。逃居於外國之場合。又日本人。於外國犯罪。

逃亡而未歸日本之場合。可以從日本刑事訴訟法之手續。對之而為闕席判決。雖然。外國人於外國犯罪時。則日本不能逮捕之。又不得為闕席判決。故亦無行日本刑罰權之途焉。方今所行之犯人移交法。唯對於在日本犯罪而逃亡於外國者。可適用之。而對於在外國已犯罪之日本人。又對於日本國或日本人。而犯罪之外國人。則不能適用此法。是可謂犯罪人移交法之一大缺點矣。

第四款 犯罪人移交法

國家對於在其國之犯人。或已受犯罪之告發者。雖可行刑罰權。然對於在其國之領土內犯罪。而逃亡於領土外者。則不能及之以刑罰權焉。雖然。使刑法之效力。單止能及於領土內。對於逃亡之犯人。無法以罰之。則自國之安寧。雖被妨害。然仍不得不袖手傍觀。則是反於刑法之趣旨矣。於是國法上。至設一慣例名之曰犯罪人移交法。

犯罪人移交法云者。於有在內國犯罪。逃亡於外國者之際。由犯罪國。對

於犯人之所在國。而請求移交時。被請求國。乃為移交之行爲之謂也。此行爲乃由國與國之關係所生者。故其性質上。自當屬於國際法之一部。或有由國際上之慣例所出者。或有由特別條約所出者。而非由一定不變之原則所生者也。若於一國與一國之間。以互相期達確實移交履行之目的而締結條約時。則名之曰犯罪人移交條約。關於此移交。於日本所定之手續法。名之曰犯罪人移交條例。如美國人。於日本犯強盜罪。而逃走於英國。此犯罪人。為美國人。對於美國。亦為危險者。於日本亦為危險者。是以兩國皆有罰罰之之權利。然英國則立於全無關係之地位焉。隨而亦無罰之之權利矣。若如此而得免逮捕。則有罪而得免刑者。將益增加。而因交通之便利。其害殆有不可勝言者矣。然而有犯罪人移交法時。則無論犯人逃亡於何地。皆不能免其逮捕。隨而絕欲因逃亡而免法網者之希望。亦可為減少犯罪之助力焉。是以移交法者。實不外補刑法不完全之一方法也。然對於在外國犯日本法律之人。則不可適用此移交法。故此後非擴張此法。則不能使刑法之效力至於完備之域也。

第一項 犯罪人移交之必要

犯罪乃以害國家之生存為目的。若有犯罪。而失其罰之之途。則國家終不能全其生存矣。今使於甲國犯罪者。逃至乙國。忽有免刑罰制裁之途。則犯人可往往犯罪而逃於他國。如此不已。則國內之犯人雖克罰之。然國外之犯人。則無從而罰之矣。隨而一國之治安。亦不能完全維持之也。然則於甲國之犯人。逃至乙國。乙國之犯人。逃入甲國之際。甲乙二國。互逮捕其犯人。以之移交於犯罪地之裁判所。使犯人不致免法網者。是不僅為一國之利益。實為各國共通之利益者也。凡無論何國之刑法。其目的無不歸於一途。即在計犯罪之撲滅是也。各國之刑法。既同其目的。則達其目的所必要之方法。亦必須各國一揆。於一國非籍他國之共助。則不能完全達自國刑法目的之際。於他國亦必須外國之共助焉。既如此而須互相之藉助。則縱令各國間無何等之條約。然各國互逮捕外國犯

人。而以之移交於其請求國者。乃世界共通之公義。國際連帶之責任也。若有背此公義。破此條約。容天下逃亡之賊徒。住於本國。而與之以安樂土者。則名之爲盜賊國。亦無不可也。要之犯罪人移交法之原理。乃由各國爲達其刑法之目的。必須互相盡共助之義務所生。至於今日各國互覺其必要。特締結條約。而確定共助之執行。所謂犯罪人移交條約者。不過爲寫各國共通之道理。以之爲明文而已耳。犯罪人移交法。非於各國締結條約之後始行者也。

於此有一問題生焉。即已受犯罪人移交請求之國。有必應其請求之義務歟。是也。關於本問有二主義。

第一主義 依此主義。則無論於如何之際。已受犯罪人移交請求之國。有必須應其請求之義務。蓋此爲國際法所命之義務也。此說雖古代之國際公法學者所採用。然今日則不行焉。

第二主義 據此主義時。則區別爲二種。於或場合。被請求國。有必應請

求之義務。或場合有不應之之權利。若於請求國。及被請求國間。已有犯罪人移交條約時。則被請求國。基於其條約。必須應其請求。是爲由條約所生之當然義務也。然而於條約國。就記載於條約之明文者。雖有應請求之義務。而關於其條約以外之事項。則可不應其請求乎。依英國又合衆國所採之主義。則一切之條約。爲制限的者。故於其條約以外。無論爲如何之犯罪。被請求國有不應之之權利焉。但此主義。乃爲犯罪發生一種之權利。即爲移交目的之犯罪人。乃以條約之明文規定之。故其明文以外之犯人。得對於被請求國之政府。求其說明條約。而拒絕自己之移交。因有如此不條理之結果。故此主義。於歐洲大陸諸國。尙未能有其勢力也。

現今一般所行之主義有三。第一、以條約規定移交方法者。第二、以自國法律規定移交方法者。第三、從慣習者是也。以條約定移交之方法者。乃基於各國憲法之規定。故其條件則不免有許多之差異。而關於其條約

所記載之犯罪。有移交之請求時。則有必應之之義務。雖然非因有此義務。而有妨移交條約以外之犯人。之權利也。關於其條約以外者。移交與否。為被請求國之自由。蓋雖條約以外之犯人。以之移交於其自然之裁判所者。乃一國之權利。人皆不得妨此權利之執行也。故對於移交條約締結以前。所逃亡之犯罪人。尚得適用後日之移交條約。換言之。則移交條約為遡於既往。而生其效力者也。以自國之法律。規定移交之方法。非於法律明文所規定之犯罪。則不許移交。又與他國締結犯罪人移交條約之際。亦非於其法律範圍之內。則不得締結其條約也。於若無條約。又無法律之場合。則移交之條件。唯有從其各國所採之慣習而已。

於此有一問題曰。不問犯罪人移交法之主義如何。為移交目的之犯人。能否以移交之不法為理由。對於移交之執行。而得申異議歟。更換言之。則犯罪人。以不履行移交條約所規定之方式。又犯罪人。以為不包含於其條約之範圍者。及其犯罪。為移交條約所規定以外之犯罪者。為理由。

而對於其事件之繫屬裁判所。得主張移交之無效歟。於此之際。犯人對於其事件之繫屬裁判所。不但得以移交之處分。為不法而申異議。而於裁判所。亦無審判移交之有效無效之權利焉。何以言之。凡犯人移交法。非規定犯人與一國之關係者。而為規定國與國之關係者。對於國與國之間之行為。一國裁判所。無加以制裁之權利也。要之無論於如何之場合。犯罪人之移交。唯於其移交之事實。已看做為有正當之移交者也。

第二項 犯罪人移交法之制限

犯罪人移交法。乃以犯罪。及犯罪人之二者為目的者。故當論其條件時。亦要區別關於其犯罪之條件。與關於犯人。之條件焉。

第一 關於犯人之條件 凡犯罪。而逃走於一國之領土內者。不問何人。以為移交之目的物為原則。然國際法之慣例。則認左之二制限焉。

(一) 奴隸逃走時 奴隸為回復自由。於主人國。犯罪已逃走之際。則無應移交請求之義務。蓋奴隸。乃今日文別諸國。所皆不認者。又為各國所

努力撲滅者也。故若爲移交。使再爲奴隸。則是爲世界之公敵矣。

(二) 目的之犯人爲被請求國之國民時。爲移交目的之犯人。或有爲請求國之人民者。或有爲第三國之人民者。或有爲被請求國之人民者。於第一第二之場合。不至於別生困難之事。例如英國人犯罪。逃住於橫濱。英國政府。對於日本政府。請求犯人移交。則日本政府。當然應此請求。而移交此犯人焉。又例如德國人於美國犯罪。逃住於日本。美國政府。對於日本政府。而請求其犯人移交。則日本可直移交之。毫無所困難。唯於第三之場合。則常見困難之事。若其犯人。爲屬於被請求國之人民時。則被請求國。是否尙有應移交之義務歟。爲一困難問題。若於本國法律。又條約。規定關於自國人民之場合。或可以拒絕移交之請求。或可以應允之時。則不可不履行其條約而爲移交。若無法律之規定。又無條約之明文。則宜從其慣例。即於慣例。許移交自國人民時。則可應移交之請求。又不然時。則不可應其請求也。故於有法律條約慣例之際。則關於本問題。

有其困難。然若無法律條約之規定。又無可依之慣例時。則爲本問題最難之場合也。

依日本現行法律。明治二十年八月勅令第四十二號。則於第一條第三項。有左之規定。稱逃亡犯罪人者。謂於締約國之管轄內。就已犯之犯罪。已受告訴發。或已受有罪之宣告。帝國臣民以外之人。而避於帝國管轄內之人。又有逃避之嫌疑。或有欲逃避之嫌疑之人也。但於左之場合。則包含帝國臣民焉。

第一 帝國與請求國之犯罪人移交條約。有互相移交其臣民之條款時。

第二 於犯罪人移交條約。有以交互之任意。應其臣民之移交請求之旨之條款。且於請求國於同樣之場合。已申明可移交自國臣民之旨時。

如此法律之明文已瞭然時。則不生疑義。即原則上。日本政府。於日本國

民之移交請求時。有不應之權利。唯限二種之場合。有應其請求之義務而已。即（一）有互相可移交其國民之條約時。（二）於移交條約。明言有任意可應移交其臣民之規定。而於彼國於同一之場合。以同一之義務。報酬於日本之時。日本對於彼國有應請求之義務耳。雖然此勅令非締約國間。則不可適用之。故於締約國以外。而有關於犯罪人移交問題時。則日本當依如何之原則。而決此問題歟。

觀今日歐洲各國所採之慣例時。對於自國人民之移交請求。似以不應之為原則。而各國法律又皆明言對於自國民之移交請求。則不應之。故於實際就本問之決定。殆無何困難焉。即由條約國以外。求我國國民之移交時。則我國可以斷然拒絕之也。然現今之國際慣例。並各國法制。理論上果可謂為適當者歟。換言之。則果可謂為能貫徹刑法之精神者歟。我輩決不能信之也。夫就刑事有犯罪之管轄權者。必應為犯罪地之裁判所。此不待多言者。因犯罪之發生。最被損害者。無若其犯罪地。而感覺

罰之之必要者。亦在犯罪地。至於犯罪事實之發見。證據之蒐集等。最易達其目的之處。亦莫便於犯罪地。然則由訴訟審理上而言。又由刑法之目的上而言。犯罪地之裁判所。關於管轄其犯罪。實為最適當者也。然而當由一國政府。請求於其領土內。犯罪者之移交時。被請求國。謂無應之之義務者。果有何理由哉。被請求國。比於請求國。有能詳知其犯罪事實。能檢舉其證據之能力歟。或被請求國之刑法。比於請求國之刑法。於罰其犯罪時。可為最適當歟。抑被請求國。保護於外國已犯罪者。而特與以有隱避場所之特權歟。若謂因不信用其國。而拒絕自國人民之移交。則是對於其國。而為半信半疑交際者。是大背戾國際上之公義矣。若謂對於外國政府。而不能置信用。則由始不締結犯罪人移交之條約可矣。於此條約不成立之際。則我國有移交犯人與否之自由權。故我若信用彼國之裁判所。彼國之法律時。則宜應其請求。而移交犯人焉。反之彼國之制度文物。未足以得我國之信用時。則我可拒絕其請求也。而我國亦可十

分保護我臣民焉。今既與彼國政府締結犯罪人移交條約。是必因信用其國。而認該國內有適當之裁判所。有適當之法律。於我國一旦與彼國締結條約之結果。我對於彼。則雖逃亡於我國之外國犯人。亦可以之移交於彼。而不必有所顧慮。故凡已締結犯人移交條約時。則不必區別內外人。而以應移交為原則。不然則自國刑法。雖設罰外人犯罪之規定。然終為具文之法矣。蓋各國於其國而厲行罰其臣民主義時。則終無受移交屬於其國之犯人。之機會也。現今英美二國皆採移交其國民之主義。千九百年八月。於比利時國所開之萬國監獄協會。而議本問題。議決雖自國臣民。亦當移交之。從此以後。各國若遵守此決議。則第二制限。可以歸於消滅矣。

自國人民。不可為移交法之目的之主義。於犯人國籍變更之際。則生非常困難之事。例如日本婦人犯罪逃住於法國。而與法國人為婚姻。全喪失日本之國籍。於此之際。由日本政府已請求其犯人移交時。則法國得以之為自國人民。而拒絕日本之請求。此婦人於犯罪之當時。尚為未喪失日本國籍者。故不為應服從於法國裁判所之管轄權者。然移交請求之日。則已為法國人。法國政府。其有拒絕日本政府請求之權利。又如德國人犯罪逃避於日本。該罪人取得日本國籍。而得免移交之妨害。關於決本問題時。有二種之方法。一、為國籍變更。乃遡於既往者。反於日本國籍法之原則。使其逃避之裁判所。而有其管轄權。即與於自國人民。在外國犯罪歸來之時相同。於自國處罰之。此德國刑法所採之主義也。二、謂於犯罪以後之國籍變更。不必顧之。得為移交之目的。此乃於許多之國際條約上所規定之主義也。

第二 關於犯罪之條件 凡為犯罪人移交目的之犯罪。其性質必須為重大者。故通例各國所締結之條約中。皆列舉其犯罪之種類焉。明治十九年十二月日美條約。列舉可為移交目的之犯罪。凡十四種。皆為屬於重大者。例如殺人強盜等是也。然對於財產之犯罪中。被害最大者之

監守盜。又委諾金消費罪。則未列入。此實不知其理由之所在者也。本條約中。重要之犯罪。雖盡列之。然關於國事犯。則不論在如何之際。皆不移交之。此各國之通例也。又於軍事犯亦然。但由軍艦脫走之水兵。則採不由移交之方法。而由領事直接依賴於地方官廳。藉其警察之力。而以引致回艦之原則。蓋實際有不得已者也。依向來所行之國際慣例。則為移交目的之犯人。限制於互相之刑法。有皆罰之之規定者。然凡所以要求犯人移交者。乃因為請求國之刑法者。故此慣例之制限。可謂不合於條理者也。但慣例不久將至廢棄矣。

第三項 關於犯罪人移交之手續(章程)

犯罪人引渡之手續。歐洲諸國中。規定各有不同。有法國主義。英國主義。比利時主義之別。今請於下逐次論之。

第一 法國主義 此主義。乃以犯罪人之移交。為屬於一國主權者之大權。於法國受犯罪人移交之請求時。則於行政官廳。直決行之。其手

續。外務大臣先受理其請求。轉咨於司法大臣。司法大臣。乃調察是否具備犯罪人移交之條件。若具備其條件時。則命令管轄犯罪人所在地之檢察長。轉以命令檢察正。使逮捕之。其逮捕之手續。與通常犯罪之手續無所異。檢察既逮捕其罪人。則訊問確實是否為正身真犯。以之記載於調書。(就該事件所調察之結果。已所確認之書是也。)而與其意見書。同送於檢察長。檢察長亦轉呈於司法大臣。司法大臣覆核一切記錄之後。備移交勅令案。奏請於大統領。經其裁可。而後執行移交。或即以之移交於派遣之領受人。或依他方法。護送於請求國。然法國近欲棄此主義。而採比利時主義。已於千八百七十年六月作法律案矣。

第二 比利時主義 比利時雖亦為以犯人移交。屬於大權之執行者。然有多少折衷之處。此千八百七十四年三月十五日。之法律所規定者也。比利時政府。准外國政府公牘。受犯罪人移交之請求時。則審議其請求。而後以之交付裁判所。裁判所。對於其犯罪人。或發逮捕狀。或

發決定書。而使執行之。被告人。因此逮捕狀又決定書。而被逮捕時。則借補佐人一名。出廷於控訴院之重罪取調局。公開辯論。而聽檢察長之意見。控訴院關於移交。而定意見。以之報告於政府。政府乃從控訴院之意見。而決定移交之可否。但政府無被拘束控訴院之意見之義務。荷蘭亦與比利時同其主義。以千八百七十五年。四月六月之法律規定之。

此主義乃以許否移交之權利。看做為主權之一部。歸於君主之特有。君主關於行此權利時。必徵裁判所之意見者也。但裁判所僅應政府之諮問。就為移交目的之犯罪人之罪責。則決無容喙之權利也。

第三 英國主義 英國以犯罪人之移交。為專屬於司法權者。故已受犯罪人之移交請求時。則於外務省受理之。而決其請求之當否。乃以其請求所必要之書類。悉移送司法官。司法官乃以與裁判手續殆相同之手續。而審察之。以判決可否應其請求。司法官決定為可應其請

求者時。則行政官為任其移交之執行者也。由是觀之。則在英國。關於犯罪人之移交。全為聽司法權而左右之者。可以明矣。而美國亦似為採此方法者也。

美國由外國政府。受犯罪人移交之請求時。則以為其請求目的之犯人。為移交上之被告。而呼出於訟廷。檢事乃代表請求國之意見。而論告其應為移交者。被告犯人乃選任辯護人。而抗辯非應為移交之目的者。裁判官乃依通常之審理方法。審問之。而判決應否為移交者。故對於英國及美國。請求犯罪人移交時。要嚴格之訴訟手續也。

意大利刑法。規定以重罪取調察局決定。為應移交者。第九條即採英國主義也。

日本移交條例所定之手續。雖與法國同主義。然不要經天皇之裁可。第十二條曰。外務大臣。接移交請求書。審量為適合於犯罪人移交條約條款時。則可添加該請求書。以關係書類。送於司法大臣。司法大臣。接本條

之請求。覆核請求之事由適當時。則命逃亡犯罪人之所在地。又認爲應到着地之檢事。發逮捕狀。又第十四條曰。已逮捕所請求逃亡之犯罪人。或假逮捕時。則應移交於已發逮捕狀之檢事。又已逮捕地之檢事。乃直以逃亡犯人逮捕之顛末。具申於司法大臣。司法大臣。已接檢事之具申時。有移交請求書。則可以其書。及附屬書類。送付於該檢事。第十六條曰。檢事已結了被告人之訊問時。則於其訊問書。加關於其處分法之意見。書具申於司法大臣。司法大臣。已接該檢事之具申時。則……發移交狀。或釋放已逮捕者。第二十條曰。釋放已逮捕者。又爲移交。已發移交狀時。則司法大臣。於移交請求書。及附屬書類。加其已執行之手續。及理由之略記。而返付於外務大臣。第二十一條曰。已發移交狀之後。無論何人。皆不得留置一月以上。但於此期限內。不以之移交於帝國外之請求國時。則請求國相當官吏。非示正當之理由。則可釋放。由是觀之。則日本移交之手續。極爲簡略。而與法國相同。皆爲以行政官全權。判定移交之可否。

者。唯不經天皇之裁可。則與法國不同耳。

英美主義。就移交請求之當否。所以必須爲精密之調察者。乃於犯罪人移交法。有一定之制限也。例如國事犯人。各國皆以不移交爲通例。縱令爲通常之犯人。然依其犯罪之種類。有可應移交者。與不然者。故非不反其制限。則不應其請求焉。因此之故。非詳爲之調察。則應否移交。不能決定。是以乃用此嚴格之調查手續也。日本及法國之手續。其簡便誠可爲簡便矣。然不保無萬一之誤。故由正確上言。則英美主義。與比利時主義。似較爲正當也。

第四項 犯罪人移交之效力

犯罪人移交法。乃依強制的的方法。使逃亡於外國之犯罪人。歸還日本之手續。故對由此手續所受之犯人。非爲由外國政府移交之犯罪。則不得審理之。蓋此犯人逃住於外國。日本之法律。不能及之。故爲依犯罪人移交法。而強制使歸於日本者也。至其所以使其歸還之原因。則因適合於

二國間之條約。及他之條件也。既為從其條件。而受犯人之移交者。則非於其範圍內。不能有審判處分之權也。關於此有二法則焉。

第一法則 犯罪人之移交。依兩國間之契約。實行之時。則其契約所揭之條款。不僅當事國。即締結犯罪人移交條約之兩國政府。有應遵守之義務。所有審判此犯罪人之權之管轄裁判所。亦宜遵奉之。是以管轄裁判所。非從移交契約所定之條件。則無審判移交犯罪人之權利。

第二法則 已被移交之犯人。非關於為移交請求目的之犯罪事項。則於對審裁判。無受審問之事。又無受刑罰之事。但兩國間所成立之移交契約條件中。已許關於他之移交事項之審問處罰時。則不在此限。夫移交契約之制限的解釋。現時各國所是認。而應遵奉之者也。就一國之犯罪。由一國之政府。為犯罪人移交之請求。被請求國已應其請求時。則是請求國。已暗諸默誓約。非關於為移交請求目的之犯罪事項。則於此犯罪不為審問處罰者也。故若以請求事項以外之犯罪。為

公訴之目的。則犯人對於公訴。得申異議。而裁判所。至更盡變更移交契約條款之手續止。必須宣告其公訴之不受理。於此之際。已被移交之犯人。就係於移交請求之事項。以外之犯罪。則看做為於請求國所不存在者也。

當論此二法則之適用時。宜區別為三場合。

第一 為請求目的之犯罪人。於外國已被逮捕之後。得直於管轄裁判所。為被移交之甘諾。

於此之際。犯罪人乃不由移交手續之執行。而全為自主自由之發意。以其身委之於管轄裁判所者也。犯人任意之移交。原來為不出移交條約之結果者。故無須遵守其移交條約。所明示之一切條件。假令由被請求國責其違背移交條約。然請求國無答辯之義務。請求國之裁判所。可視此犯人。乃以自由之發意。而歸還於請求國者。故犯人於一切之場合。對於移交約所定條件之不履行。無主張異議之權利也。

第二 於適法被移交之犯人。於其被告事件。審問之前後。不區別移交條約所揭之犯罪。與他之犯罪。就關於其一身之一切犯罪事件。得承諾欲受對審裁判之事。

於此之際。被告人之承諾。有消滅移交約款。制限條件之效力。蓋就移交條約所揭之犯罪事項。視為犯人尙在請求國之領外者。乃因犯人以自由任意之承諾。對於關係移交條款以外之犯罪事項。甘受對審裁判。故可消滅也。

若被移交之犯人。就移交條款所保留之犯罪事項。不承諾受對審裁判時。則應以移交條款之制限的解釋。為一種之原則。裁判所亦不得違背之。

第三 移交後而發見請求以外之犯罪時。則更對於逃亡國而得追求他之犯罪移交。逃亡國應其追求時。可與於前已受移交之犯罪。同時審理判決之。然若外國政府。不容許追求時。則就其犯罪。僅得為關席

裁判耳。

概言之則已被移交之犯人。非關於移交條款。所明記之犯罪事項。則無對審判決之義務。換言之。則請求國之裁判所。已受犯人移交之後。不得乘犯人之現在。就被請求國所不豫想之事項。而罰犯人。蓋犯人歸還於請求國者。為原因於請求國。與被請求國之契約者。故請求國常有遵守契約明文之義務也。

移交契約。所明載犯罪之性質。因豫審又公判之結果。而有變更時。則請求國之裁判所。是受理犯罪之事實。抑非契約上所明示罪狀之罪名。則不得受理之。例如犯人乃殺人罪而被移交者。而於豫審又公判。發見為毆打致死罪。又犯人乃為既遂罪而被移交者。而於審理時。發見為未遂罪。凡於如此之際。判事固非為移交契約之罪名所拘束者。有就其事實審判之權利焉。夫移交之目的。原來在使容易撲滅犯罪之事實。故與公訴之事實。即犯罪之事實。毫無所異。雖後日就其事實之性質。即刑

法上之犯名有所變更。然不可謂爲破移交契約所定之條款者也。夫於被請求國。當初受移交之請求時。據關於移交請求之一切記錄。甚易爲犯罪事實之調查。故若思料記載於移交請求書之罪名。有不適合於其犯罪事實。又有錯誤。則被請求國。可斷然拒絕其請求矣。既不如此爲之。而就所以應其請求觀之。則是對於請求國。信爲適當之罪名。故請求國之裁判所。有自由爲本案事實審理之權也。

由是觀之。則無論於豫審於公判。非爲移交條款以外之犯罪事項。又非於移交條款所附加之事項時。則有自由爲變更犯質又罪名之權利。然則罪人之移交。對於其請求國。就爲移交目的之事項。可謂爲與已絕對之管轄權者也。

第二卷 犯罪之責任

第一章 犯罪責任之基本

犯罪者。謂違背刑法禁制命令之所爲也。違犯之所爲雖多。然論責任時。則其所爲。必要爲出於自由精神之命令。即要出於自由之意思也。蓋非出於自由意思之所爲。未足使生何等之責任。隨而有犯罪之形。而無犯罪之實矣。夫求有自由意思者時。必要爲有形之人類。而非有其他之物。故有形人類之行爲。有刑法之規則時。常爲構成犯罪者。然至其責任。則因人而各有不同。或有無責任者。或有有責任者。或有負重責任者。或有負輕責任者。是以必須區別犯罪事實。與犯罪責任也。

凡不論何人。非自行爲。則非應負責任者。行之者。於其爲行爲之主動者之際。就其行爲。爲負責任者。故宇宙之萬物。因他力之強制。而爲運動者。雖爲如何之行爲。然非有其行爲之主動之資格者。譬如屋上之瓦。飛落於行路人之身上。而使負傷。瓦石果而爲負傷之主動者。曰不然。瓦之所以飛者。乃風動之也。然則風其爲主動者歟。曰不然。風乃由熱氣及電氣之作用而起者也。然則熱氣電氣爲主動者歟。曰不然。熱氣電氣。乃由太

陽又南北極所生者也。如此漸々溯究其原因時。則負傷之主働者。歸於有無量無限大力之造物者矣。而其他之運動者。皆不外爲因造物所強制者。故就負傷之行爲。毫不負其責任者也。是以可知非以自由而爲運動者。則不能爲其行爲之主働者也。雖然其行爲主働者。何故任其責歟。刑法學上。研究此原理。爲最緊要者。而說明之。則又非常困難焉。

夫人之一身。乃以精神與肉體組織之。今分類此二者。所管掌之職務。則精神爲命令機關。而肉體則爲執行機關也。然命令機關。及執行機關。則非各別獨立存在者。二者實爲一體也。故肉體養成精神。爲精神發達肉體。或與使之衰弱之關係密接。雖須與亦不可離。又分離之。則使不能各別存在。今試分離人之精神與肉體而論之。則精神命令各種之運動。肉體乃受精神之命令。而當執行之任。凡人類百般之行爲。無不出於精神之命令。不出於精神命令之行爲。縱命爲我肉體所出之行爲。然無生我。我身應負責任之事。例如因大地震。顛覆我身體。觸人之身體。而使負大

傷。然此行爲。非我精神之所命。乃因地震動搖我身體。至觸人身體而使負傷者也。故其人之負傷。雖因我身體相觸而成。然其原動者。則在地震。是以我對於其人。爲不負何等責任者也。

如上所論。犯罪之責任。非因精神之命令行爲。則不發生。故精神與責任之關係甚重。是以當解責任之基本時。必解精神之組織也。夫精神爲如何之物歟。精神爲靈妙不可思議者。能思善解。位於人之首腦。而管轄其一身全體。故身體之一舉一動。無不出於精神之命令。不出於其命令之活動。猶如落葉之爲秋風所飜弄。不可以之爲人生之活動也。然而當研究精神時。則必須藉哲學、心理學、又醫學之力焉。

由醫學上區別精神之狀態爲三

(一) 感觸 感觸云者。謂因圍繞我身體之外物。無間斷刺激。而使我精神所受好惡之感覺也。即爲司感覺方面之精神也。

(二) 觀念 觀念云者。謂集合我精神所受之好惡感覺。配列聯合之。

而明自他區別之自己意識也。即任思考之製造之精神也。

(三) 意思 意思云者。謂人之欲一向。向定之目的。明其所欲之結果。與其欲遂之方法。因而迫於將爲事實者也。即司運動方面之命令精神也。或謂之曰決心。

精神之內容分解既如此。起好惡之感覺者。爲我精神。製造思考者。亦爲我精神。決定一定欲向。而思出欲遂之畫策。亦爲我精神。故我精心。常爲自由之活動。不受何等之拘束。而我之肉體。則從屬於精神。唯奉精神之命令。以當運動之任務。而不知受他之牽制。今既因自由意思之命令。生自由運動之結果時。則其結果爲由我之一身所出者。故我當然應任其責也。雖欲以之歸於他人。而他人固無知之。理是猶如我所食之食物。僅能充我之腹。而不可充他人之腹也。我之一身。與其所生出之結果。遂有不可分離之關係。其關係之所存。即爲責任之所生矣。刑法犯罪之責任。爲止其人之一身者。又揭非有犯意而所行之犯罪。則不罰之之原則也。

者。其趣旨亦不外乎此理由也。此理即爲責任之原理。實萬古不易者。然法律則常有設例外之規則。而破壞此原理之事。又或有雖爲出於意思之命令行爲。然以法律之規定。特不問其責任之事。即權利之執行是也。或有以不出意思之命令行爲。而特使其人應負責任之事。即過失罪是也。

第二章 犯罪之無責任

區別無責任之場合爲二。(一)犯罪之無能力。(二)權利之執行是也。犯罪無能力云者。雖實行犯罪之事實。然已行之者。有因身上不任其責之原因時之謂也。權利之執行云者。犯罪之事實。即屬於權利之執行時之謂也。

第一節 犯罪無能力

意思與肉體之一致。爲責任所生之原因。若二者缺其一時。則無論爲如何之行爲。而其人非應負責任者也。意思之命令雖嚴正。然肉體不能奉

行之時。則不應生何等之責任。肉體之行動雖著明。然不出於意思之命令時。則非可爲責任之原因。故當論犯罪之責任時。其犯罪必要爲因意思之命令而成者也。縱令犯罪之事實。爲我肉體之所爲。然若或有意意思缺亡之事。或有因外部之強制。而使之然時。則非可謂爲我所爲之犯罪也。於刑法亦明認此原理。無自由之肉體。所出之犯罪。非爲其人之犯罪。又出於無意思之犯罪。亦不可歸責任於其人也。

第一款 失身體之自由之場合

刑法第七十五條曰。遇不可抗拒之強制。非其意之所爲。不論罪。凡於身體之自由喪失時。必須想像外部之強制之事。外部之力。拘束我身體之際。我之力不足以抗敵之時。則我之身體屈服於外部之力。雖有精神之命令。然亦不能奉行之矣。非出於精神之命令。被強制於外部之力。所爲之犯罪。非我犯罪。乃最明瞭者。故我無負其犯罪責任之理。此不俟多辯者也。如此之際。雖無刑法之規定。然將無以我爲犯罪。而科我以應負責

任之人矣。對於我所爲。我雖應任其責。然對於人之所爲。則其人應任其責也。

強制云者。因自然力。又人爲。而奪人之自由之謂也。強制有二種。直接強制。及間接強制是也。

第一 直接強制 直接云者。以人爲。又自然力。直接加於人身體。因以奪其自由之謂也。例如監視者。得經海路由甲地。至乙地之許可。航行之途中。偶遇暴風。漂著於丙地。若監視者。以故意到丙地。則是爲明違反監視規則者。然監視者。乃因暴風。即自然力之強制。不得已而漂著於丙地者。故雖有監視規則違反之事實。然決非可任刑法上之責者也。又例如行人於途中遇強盜。金銀衣服。盡被奪去。因而遂至裸體。公然之裸體。雖爲違警罪之所罰。然裸體者。乃因強盜。即人爲之強制。不得已而爲裸體者。故此亦非可任刑法上之責者也。凡於此等之時。雖犯法律所禁。又不爲法律所命。然非出於自由之犯意。乃全因自然力。又人爲之強制。不可

抗拒而出者。故毫不任罪過之責也。因地震顛覆。而壓死人之時。與被強力者所捕。投於群衆之中。因而殺傷人時。亦皆相同也。

第二 間接強制 間接強制云者。以人爲又自然之危害。加於我。或我之近親。因而奪我身體自由之謂也。直接之強制。乃奪受之者。身體之自由。因而使行法律之所禁。又使不行法律之所命令。反之間接之強制。則非直接奪人之身體自由者。唯使其人不能爲自由行動而已。是以論者。遂謂間接之強制。爲非有不可抗拒之性質者。隨而不足爲無責任之原因。例如有以殺害脅迫公證人。使製作偽造之公正證書者。於此之際。公證人於其身體非受強制者。唯危害之恐怖。爲妨害我身體之自由者而已。於此事實。公證人能免刑法上之責任否歟。論者曰。危害之恐怖。雖足爲使爲公正證書偽造決意之原因。然未足爲失身體自由者。原來公證人。製作偽造證書。乃固應脅迫人之請求。而爲製作之之決意者。故其犯罪行爲。原可謂爲出於公證人之故意者也。縱令恐怖之結果。有一時失

其身體自由之事。然未得謂絕對的失之者。犯人雖實處於可行犯罪。與可受危害之間。不過有極被制限之擇一意思。即不行犯罪。則不可不受危害而死。欲避危害。則不可不甘爲犯罪。犯人實可謂在進退維谷之場合也。然凡無論在如何之場合。強制非爲與人以爲法律所禁之行爲之權利者也。云云。若自道德上觀察時。則論者之說亦稍有理。然由刑法上觀察時。則有不能贊成者。蓋本問之目的。不在恐怖是否爲足以喪失人之本心者。而在踟躕於犯罪與冒死之兩道。所犯之犯罪。是否足爲科刑法之條件也。以我輩之所見。因間接之強制。爲刑法上所禁之行爲者。雖尙有多少之自由意思。然爲恐怖所驅者。故未可與以自由身體而行之者。同日而論之也。德國刑法明規定此場合曰。出於犯人不可抗拒之強制。又出於對於自己。或親族之身體。而欲加現在危害脅迫之所爲不罰之。我刑法之精神。亦不外此意焉。

於本條有第二項之規定。然第二項乃刑法編纂之際。誤併合於本條者。

原來爲獨立之規則也。與本條第一項無他關係焉。俟後段說權利之執行時。再詳論之。

間接強制有二種。由外部所來者。及由內部所發者是也。由外部所來之強制。前已論之。雖常有全滅犯罪責任之効力。然由內部所發之強制。即犯人之一身部內。所發苦痛之強制。足爲免犯人之責任之原因歟。例如有迫於飢餓。非得食物。則將死者。及如有被嚴寒所侵。非有衣服。則將死者。於此之際。而竊取食物。又衣服時。則對於犯人可免刑法之責任歟。關於本問有相反對之二議論。(一)謂迫於極度必要所爲之竊盜。不僅宥恕之。而且可視爲正當之行爲。(二)謂對於本問之竊盜。雖不可與以法律上之宥恕。然可爲酌量減輕之理由。第二說雖似稍得正鵠。然至其謂常可爲減輕之理由者。則不得不攻擊之也。夫人之所以至於犯罪者。無非原因於缺乏抑制利慾之克己心。偶發性之犯人。尚不過一時缺此克己心。然慣習性之犯人。則常養成不振此克己心之習慣。既爲習慣。則殆至於

喪失此克己心矣。故偶發性之犯人。乃偶因阻喪此克己心。不能抗拒一時利慾之猛發。而偶至犯竊盜者。非所謂遇不可抗拒間接之強制。而爲犯罪者何哉。至若慣習性之犯人。則此克己心殆已全滅。故抑制邪念猛發之毅力愈缺乏。而間接強制之魔力益增加。換言之。則對於偶犯者強制之程度稍輕。而對於屢犯者強制之程度。則益重。於是知若以內部之強制。或爲無責任之原因。或爲酌量減輕之理由。則對於犯罪之慣行者。即對於國家之大敵。常全免刑法之責任。對於犯罪之偶行者。即對於國家之小敵。則謂只可與以酌量又宥恕減輕。此豈刑法之本旨哉。總而言之。一切之犯罪。乃犯人。由其內部之強制。即不能抗拒利慾之猛發。而發生者。於本問之場合。亦不可以內部之強制爲理由。而全免犯人之責任。又減輕也。若犯人爲十分養克己之勇氣者。則寧餓死而決不飲盜泉之水矣。嘉羅氏於本問。謂犯人不適有縮限之自由。應全免其責任。然予輩則不能從其說也。若如嘉羅氏之言。內部之強制。足以免犯人之責任。則

對於爲情慾猛發所強制而誤犯罪者。亦不可不下以無責任之斷案矣。然而嘉羅氏則以爲情慾猛發所制。而犯罪時。不足爲無責任之原因。蓋人有抑制情慾猛發之權利。亦有義務也。噫。其言何矛盾之甚哉。夫人之迫於饑寒。又制於情慾。皆不外內部之強制。而饑寒之強制。則爲無責任之原因。情慾之強制。獨不免責任之原因。二者區別理由之所在。我輩實不能知之也。

第二款 犯意缺亡之場合

凡謂犯意缺亡時。則其關係極廣。其原因亦不尠。然法律若一一列舉各般之場合。而規定之。則殆不勝其煩。反有遺脫之恐。故於刑法。單提犯意缺亡之原則。而廣揭之。使裁判所得應用無窮之餘地。現行刑法之規定。既規定關於犯意缺亡之原則。更規定原因於疾病精神喪失之場合。並原因於精神尙未充足之場合。如此規定。實不外關於犯意缺亡原則之適用。故明文上雖不設別段之規定。然實際上則適用上無何支障焉。

我輩乃以此趣意。論犯意者。故精神喪失之場合。與精神尙未充足之場合。可視爲犯意缺亡之適例。

第一項 犯意之意義

犯罪之意思云者。欲行一定之犯罪。而明識其欲望之結果。與遂之之方法。將迫於以之爲事實之勢。所犯罪之思考也。即謂犯罪之思考。最接近於事實之場合也。或謂爲犯罪之決心亦可。然人之意思。本非有二樣之性質者。意思之目的。在欲犯刑法之禁制命令時。則謂爲犯罪之意思。意思之目的。不在違犯刑法之禁制命令時。則謂爲通常之意思。要之意思。異其所向時。從而有二樣之名稱耳。

於是刑法之解釋上。乃生有意犯與無意犯之區別。以違反刑法之禁制命令之意思。而犯罪時。名之曰有意犯。即責任上必要犯意之犯罪也。無違反刑法之禁制命令之意。已行之所爲。爲犯罪時。名之曰無意犯。即責任上不要犯罪之意思之犯罪也。