

東京法學院  
刑論  
江木 衷

世年度第年級講義錄

7  
411

M

035925-000-8

ス-4ハ

刑法汎論

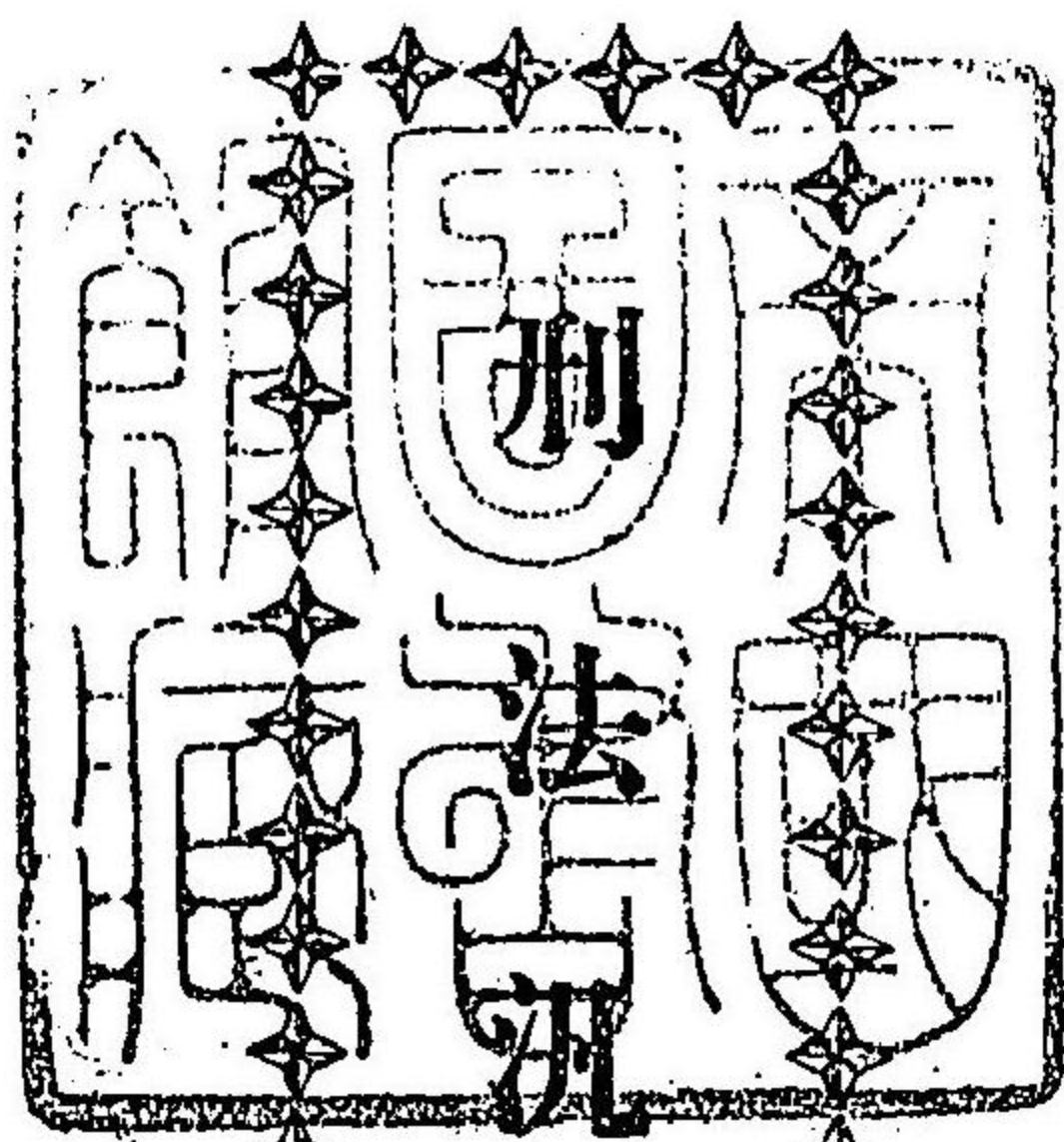
江木 衷/述

[M31?]

BBP-0523



法學士 江木 衷 講述



論

完

東京法學院



刑法汎論

目次

緒論

|     |         |    |
|-----|---------|----|
| 第一章 | 沿革法理    | 一  |
| 第二章 | 一般刑法沿革  | 同  |
| 第三章 | 日本刑法ノ沿革 | 五  |
| 第四章 | 現行刑法ノ淵源 | 一二 |
| 第一節 | 刑法諸法典   | 三一 |
| 第二節 | 刑法諸主義   | 同  |
| 第五章 | 現行刑法ノ主義 | 二  |
| 第一節 | 折衷主義    | 三八 |
| 第二節 | 利益主義    | 同  |
| 第三節 | 加特力主義   | 四一 |

第一編 本論

第一章 犯罪

第一節 犯罪ノ定義

第二節 犯罪ノ種類

第二章 犯罪ノ成立

第一節 犯罪ノ主體、物體及手段

第一款 犯罪ノ主體

第一項 犯罪ノ主體タルヲ得ヘキ者

第二項 主體タル犯罪者ノ能力

第三項 犯罪主體ノ無能力

第一段 瘋癲及幼者

第二段 白痴及瘖啞者

第三段 一時ノ智能ノ喪失ニ基ク無能力

第四段 無能力者ノ處分

二

四九丁

同丁

同丁

五五丁

五七丁

五八丁

同丁

同丁

六一丁

六三丁

同丁

六七丁

六八丁

同丁

八二

第二款 犯罪ノ物體

第一項 犯罪物體ノ物理的能力

第二項 犯罪物體ノ法律上ノ能力

第三項 犯罪物體ノ法律上ノ無能力

第一段 各個人ノ棄權ニ基ク不論罪

第二段 國家ノ棄權ニ基ク不論罪

第三段 不得已ニ出テタル所爲

第四段 正當防衛ニ出テタル所爲

第三款 犯罪ノ手段

第二節 犯罪タル所爲

第一款 所爲ト責任トノ關係

第一項 所爲ト責任トノ關係ノ發生

第二項 所爲ト責任トノ關係ノ消滅

第二款 所爲ノ狀態

七〇丁

同丁

七一丁

七三丁

同丁

七八丁

八二丁

八八丁

九一丁

九三丁

同丁

同丁

九六丁

一〇七丁

三

|     |            |      |
|-----|------------|------|
| 第一項 | 總說         | 一〇七丁 |
| 第二項 | 犯意及過怠      | 一〇八丁 |
| 第一段 | 犯意         | 同 丁  |
| 第二段 | 過怠         | 一一七丁 |
| 第三段 | 故意及過怠ノ併發   | 一二二丁 |
| 第三項 | 既遂犯及未遂犯    | 一二三丁 |
| 第一段 | 既遂犯        | 一二四丁 |
| 第二段 | 未遂犯        | 同 丁  |
| 第三段 | 既遂犯及未遂犯ノ併發 | 一三八丁 |
| 第三章 | 數人共犯       | 一三九丁 |
| 第一節 | 總說         | 同 丁  |
| 第二節 | 正犯         | 一四〇丁 |
| 第三節 | 教唆         | 一四三丁 |
| 第四節 | 從犯         | 一五〇丁 |

第五節 共犯者ノ身分

第二編 刑罰

|     |         |      |
|-----|---------|------|
| 第一章 | 刑制      | 一五六丁 |
| 第二章 | 死刑      | 同 丁  |
| 第一節 | 死刑ノ性質   | 一六〇丁 |
| 第二節 | 死刑ノ執行   | 同 丁  |
| 第三章 | 身體刑     | 一六一丁 |
| 第四章 | 自由刑     | 一六四丁 |
| 第一節 | 主刑      | 一六六丁 |
| 第一款 | 自由刑ノ性質  | 同 丁  |
| 第二款 | 自由刑ノ執行  | 同 丁  |
| 第三款 | 假出獄     | 一七三丁 |
| 第四款 | 放免囚ノ處分  | 一七四丁 |
| 第二節 | 附加刑及其執行 | 一七九丁 |
|     |         | 一八二丁 |

第五章 財產刑

第一節 主刑及其執行

第二節 附加刑及其執行

第六章 名譽刑

第一節 名譽刑ノ性質

第二節 剝奪公權及停止公權

第三節 治産禁

第七章 刑期計算

第一節 刑期ノ定準

第二節 刑期ノ經過

第三節 刑期ノ起算

第三編 刑ノ適用

第一章 刑法典ノ體裁

第二章 刑法ノ管轄

六

一八五丁

同 丁

一八八丁

一九八丁

同 丁

一九九丁

二〇六丁

二〇七丁

同 丁

二〇八丁

二二三丁

二二五丁

同 丁

三二七丁

第一節 時ニ關スル刑法ノ管轄

第一款 刑法ノ頒布

第二款 刑法ノ致反效

第三款 刑法ノ廢止

第二節 處ニ關スル刑法ノ管轄

第一款 國內ニ於ケル刑法ノ管轄

第二款 外國ニ於ケル刑法ノ管轄

第三款 國外ニ於ケル刑法ノ管轄

第三節 人ニ關スル刑法ノ管轄

第一款 外國ノ君主及公使

第二款 治外法權

第一段 我國人ノ外國ニ於ケル治外法權

第二段 外國人ノ我國ニ於ケル治外法權

第四節 事ニ關スル刑法ノ管轄

七

二二七丁

同 丁

二二八丁

二二二丁

二二四丁

同 丁

二二七丁

同 丁

二二七丁

同 丁

二二七丁

同 丁

二二七丁

同 丁

二二七丁

同 丁

二二八丁

二二二丁

二二四丁

同 丁

二二七丁

二二三丁

二三五丁

同 丁

同 丁

同 丁

二二六丁

二三九丁

第三章 刑ノ加重輕減

第一節 本刑

第二節 加減例

第一款 通則

第二款 重罪ノ加減

第三款 輕罪刑ノ加減

第四款 違警罪ノ刑ノ加減

第五款 附加刑ノ加減

第三節 宥恕減輕

第四節 自首減輕

第五節 酌量減輕

第六節 再犯加重

第一款 再犯ノ意義

第二款 再犯ノ處分

八

二四二丁

同 丁

二四三丁

同 丁

二四四丁

二四五丁

二四八丁

二四九丁

二五〇丁

二五二丁

二五四丁

同 丁

二五五丁

二五六丁

第三款 執行順序

第七節 數罪俱發

第一款 一罪及數罪

第二款 數罪俱發處分

第一段 吸收主義

第二段 併科主義

第三段 折衷主義

第八節 反覆罪處分

第九節 加減順序

第四編 刑ノ消滅

第一章 總說

第二章 犯人ノ死去

第三章 期滿免除

第一節 期滿免除ノ理由

九

同 丁

二八〇丁

同 丁

二七八丁

二七七丁

二七四丁

二七二丁

二六六丁

二六四丁

二六二丁

二六一丁

同 丁

二五九丁

二五八丁

|     |         |      |
|-----|---------|------|
| 第二節 | 期滿免除ノ期限 | 二八二丁 |
| 第三節 | 期限ノ起算點  | 二八四丁 |
| 第四章 | 恩典      | 二八五丁 |
| 第一節 | 總說      | 同 丁  |
| 第二節 | 大赦      | 二八七丁 |
| 第三節 | 特赦      | 二八八丁 |
| 第四節 | 復權      | 二八九丁 |

刑法汎論目次終

刑法汎論

法學士 江 木 衷 講述

緒論  
沿革法理

第一編 緒論  
第一章 沿革法理

我現行刑法タル其淵源ヲ歐洲諸國特ニ佛國刑法ニ發スルカ故ニ之カ沿革ヲ説ク  
 コ當テハ獨リ我國刑法ノ沿革ヲ説クノミナラス歐洲諸國刑法ノ沿革ヲ説クコトヲ  
 要ス  
 沿革トハ歴史ト云フニ相均シ而シテ歴史トハ單純ノ年代記ヲ云フニ非ス年代記  
 ナ臚列スルハ糟粕ノ行列ナリ所謂歴史ニ非サルナリ即チ歴史トハ世ノ發達進歩  
 シタル事跡ヲ記スルヲ云フ故ニ刑法ノ沿革トハ古昔刑法カ制定セラレタルヨリ  
 今日ニ至ル迄ノ發達進歩シタル事跡及ヒ理由ヲ説クニ非サレハ不可ナリ刑法ニ  
 シテ曾テ制定セラレタルマ、發達進歩スルコトナカラシテ刑法ノ沿革ナルモノ

刑法汎論 緒論 沿革法理



ナシ發達進步ノ事跡ヲ有スル刑法ニシテ始メテ其沿革ヲ説クヲ得巖々タル維レ石カ天地創造以來幾萬年ノ今日ニ至ルモ沿革ナキモノ實ニ是故ノミ抑モ刑法ハ人間ノ行爲ニ適用セラル、規則ナレハ其適用ヲ受ク可キ人間ナカル可カラス人間ニシテ苟クモ發達進步ナカラシカ沿革史上ノ人間ニ非スシテ飲食物ノ消化機タルニ過キサル可シ發達進步ナキ人間ニ適用セラル、刑法ニハ決シテ其沿革アラズ是レ沿革アル刑法ト沿革ナキ刑法トノ區別ヲ生スル所以ナリ然ラハ如何ナル刑法ハ沿革ヲ有シ如何ナル刑法ハ沿革ヲ有セサル可キ乎刑法沿革ノ理由ヨリ論セハ古代ノ刑法ハ其起源ヲ宗教ニ發シ犯罪ヲ罰スルハ神明ノ命令ニ基クト爲ス即チ人ヲ殺ス可カラス物ヲ盜ム可カラストハ神明ノ命令ナリ此命令ニ背ク者ハ神明ニ罰セラル刑法ノ罰スル所ハ神明ノ罰スル所ナリト云フノ刑法ハ決シテ發達進步セサルナリ從テ其沿革ナルモノアルナシ蓋シ神明ハ萬世不易ニシテ些少ノ變動ナキモノナレハナリ之ヲ沿革ナキノ刑法ト爲ス而シテ古代各國ノ刑法ハ悉ク此種ニ屬ス之ニ反シテ刑法ハ神明ノ命令ニ非スト爲スノ刑法即チ(一)復讐ヲ主義トスルモノ(二)國家ノ正義ヲ維持スルヲ主義トスルモノ(三)國家ノ公益ヲ保護

凡六

スルヲ主義トスルモノハ發達進步ノ事跡ヲ有ス之ヲ沿革アルノ刑法ト爲ス其主義ノ詳細ノ理論ハ後章ニ讓リ此等復讐正義公益ヲ主義ト爲ス刑法カ發達進步ノ性質ヲ有スルノ理由ヲ詳説ス可シ

(第一)復讐ハ自己ノ損害サレタル權利ヲ回復シ以テ自己ノ感覺ニ満足ヲ與ヘントスルモノニシテ野蠻ノ風習タルヲ免レサルハ固ヨリナリ然レトモ復讐ハ自己ノ權利ナル觀念ヲ腦裏ニ存スルニ非サレハ之ヲ行フ能ハス自己ノ權利テフ觀念ハ即チ不羈獨立ノ意思換言スレハ自由意思ニ基ク自由意思ハ進歩的ナリ既ニ進歩的ナリトセハ復讐主義ノ刑法カ沿革ヲ有スルヤ多言ヲ要セサル可シ復讐ハ自己ノ蒙ムリタル丈ノ損害ヲ他ニ加フルノミヲ以テ目的トセス必スヤ自己ノ感覺ニ満足ヲ與フルコトヲ要ス人アリ予ヲ毆打センカ予ハ他ヲ毆打スルヲ以テ満足セス之ヲ殺シテ始メテ快心スルコトナキニ非ス自己ノ感覺ヲ満足セシメントセハ其懲罰過度ナルヲ免レサルハ勢ナリ而シテ過度ニ失スル懲罰ハ犯罪ト權衡ヲ得サルカ故ニ其不完全ナルハ言ヲ俟タサル所トス古代ハ復讐ヲ公許シタルモ現時ハ人々相互ニ復讐スルヲ許サズ國家代リテ復讐ス是レ

復讐主義ノ刑法ナリ而シテ國家ハ之ニ二様ノ制限ヲ加フ第一ニ反坐ノ制度ト  
 ス一目ヲ抉スル者アレハ之カ一目ヲ抉シ、生命ヲ奪フ者アレハ之カ生命ヲ奪ヒ  
 一萬圓ノ損害ヲ加フル者アレハ一萬圓ノ罰金ヲ科ス可シト命令ス然レトモ此  
 制度ハ實行上甚タ不便利ニシテ且無益ナリ故ニ勢ヒ他ノ制度ヲ採ラサル可カ  
 ラス之ヲ贖罪ノ制度ト爲ス即チ金錢ヲ以テ體刑ヲ贖フコトヲ許シ生命、手足、齒  
 眼等損害ヲ受ケタル物體ノ輕重ニヨリ贖罪金ノ多寡ヲ定ムヘキモノトス是ヲ  
 以テ古代ノ刑法ニハ生命、手足、眼等ニ一々其代價ヲ定メタルモノアリ亦以テ反  
 坐贖罪ノ制度ヲ採用セル刑法カ發達進步ス可キ性質ヲ有スルコトヲ知ルコ足  
 ラン

(第二) 公益ヲ基本ト爲セル刑法ニ於テハ犯罪ヲ以テ社會ノ利益ヲ害スルモノト  
 爲シ刑罰ニヨリ之ヲ賠償セシメ以テ一旦害セラレタル社會ノ利益ヲ保全シ得  
 ヘキモノト爲ス社會ノ觀念ヲ有スル刑法カ社會ト共ニ發達進步ス可キハ多言  
 ナリトス

(第三) 正義ヲ以テ刑罰ノ基本ト爲シ道義上善因アレハ善果アリ惡因アレハ惡報

### 第一章 一般ノ刑法沿革

一般刑法ノ沿革即チ世界ノ大勢ニ於ケル刑法ノ沿革如何是レ余カ本章ニ於テ講  
 述セントスル所ナリ如何ナル刑法カ發達進步ス可キヤノ沿革理由ニ依リ刑法ノ  
 沿革ヲ上古、中世、近世ノ三期ニ分チ之ヲ概説セン此區別ハ近世歴史家ノ採ル所ニ  
 シテ刑法モ亦他ノ文物ト相隨伴シテ發達進步スルモノナルヲ以テ他ノ歴史ニ於  
 ケル區別ハ移シテ以テ刑法ノ歴史ニ採用スルコトヲ得ヘシ  
 上古、上古ノ事述トシテ明カナラスト雖モ歴史家ノ説ク所ニヨレハ上古ニアリ  
 テ國ヲ爲スモノ東ハ印度、波斯及ヒ亞細亞ノ西部ヲ限リ西ハ希臘、羅馬等地中海々  
 岸即チ歐洲南部ノ地方ヲ限リ其他ハ混沌知ル可ラスト爲セリ故ニ上古ニ於ケル  
 刑法ノ沿革モ此等諸邦ニ於ケル刑法發達ノ事跡ニ限ルモノトス現時ニ於ケル刑  
 法カ東西其主義ヲ異ニセルト同シク上古ニアリテモ東西ノ刑法ハ大ニ其主義ヲ

異ニシタリ獨リ東西其主義ヲ異ニシタルノミナラズ同シク歐洲南部ニアリテモ希臘ト羅馬トハ亦其主義ヲ異ニシタリ

東印度波斯等亞細亞西部諸國ノ刑法ハ悉ク宗教ヲ以テ基本ト爲シ法律上獨立シタル一個人アルコトヲ認メス人民ヲ以テ神佛ノ奴隸ト爲シ國家ヲ以テ宗教ノ機關ト爲シ國家ノ主權者ハ則チ神佛ニシテ教書ハ則チ人民ヲ支配スル法律ナリシナリ世界ニ於ケル最古ノ法典ヲ有名ナル印度ノ「マニユ」法典ト爲ス此法典ハ神ヨリ授カリタルモノナリト云フ現時印度ハ英領タルカ故ニ頗ル大變革ヲ生セシト雖モ數千年來印度ハ此法典ノ下ニ支配セラレタルナリ波斯ニ於テハマホメットノ教書タル「コーラン」カ人民ヲ支配セシ唯一ノ法律タリシナリ故ニ西部亞細亞ノ諸國ニ於テハ人民ト國家トハ全ク宗教中ニ吸收サレ人民國家宗教ノ三者各獨立スルコトナカリシナリ如斯ナルヲ以テ此等諸邦ニ於ケル刑法ハ依然トシテ其面目ヲ改メス從テ發達進步ノ事跡ヲ有スルコトナシ

之ニ反シテ西希臘羅馬等ノ諸國ニ於テハ法律ナルモノハ決シテ神ノ命令ニ非スト爲シ宗教ト國家トヲ混同セス又各個人ヲ以テ自己ノ自由意思ヲ有スル獨立ノ

者ト認メ即チ個人ノ權利ト國家ノ權利トハ宗教以外ニ超然存立スルモノナルコトヲ認了シ印度波斯ニ於ケルトハ頗ル其趨勢ヲ異ニシ從テ東西ノ法律モ亦著シキ徑庭アリテ希臘羅馬等ニ於ケル法律ハ非常ニ發達進步ノ事跡ヲ有ス

東西ニ於ケル刑法ノ差異ナ一言スレハ一ハ神權ヲ基礎トシ一ハ人權ヲ基礎トスルニアリ然レトモ此差異ハ最古ノ起源ヨリ爾カリシニハ非ズ希臘羅馬ト雖モ刑法ハ其最古ニ於テハ宗教上ノ信仰ヨリ其萌芽ヲ發生シ萬般ノ犯罪ハ悉ク神ニ對スルモノト爲シ刑罰ハ其罪惡ノ應報タリト爲セシコトハ東西其揆ナ一ニセシ所ナリ然ルニ此等諸國ニ於テハ久シカラスシテ宗教ト法律トノ分離ヲ見ルニ至リシモ東方諸國ニアリテハ千百年ノ久シキ依然トシテ最古ノ狀態ヲ改メス宗教ト法律トハ決シテ分離ス可カラサルモノト爲セシカハ茲ニ初メテ東西刑法ノ基礎ヲ異ニスルニ至リシナリ獨リ東西ノ刑法ノ基礎相異ナルノミナラズ同シク宗教ト法律トチ分離シタル歐洲南方諸國ニ於テモ法律ヲ以テ全ク人爲ノ管轄内ニ歸セシメタルノ事跡ハ希臘ト羅馬トハ大ニ其趣ヲ異ニスルモノアリ希臘ニアリテハ國家ヲ主トシ羅馬ニアリテハ人民ヲ主トシタリ即チ希臘ハ刑法ノ基礎ヲ以テ

公權ナリトシ羅馬ハ之ヲ以テ人權ナリトシタリ希臘羅馬ハ其主トシタル所ナリ  
ニシタルコト斯ノ如シ從テ二國ニ於ケル刑法ノ發達シタル事跡ニ至リテモ亦甚  
ク同シカラサルナリ希臘ノ法律ニアツテハ國家アルヲ認ムルモ決シテ私人アル  
ヲ認メス今日ニアツテ私權利私義務ナリトスルモノモ希臘ニアリテハ盡ク之ヲ  
國家ノ公權利公義務ナリト爲セリ諸子ハ萬國史ノ一葉ヲ緝カハ容易ニ之ヲ知ル  
コトヲ得ン試ニスバルタノ制度文物如何ヲ見ヨスバルタノ全國ハ一個ノ兵營ニ  
シテ其人民ハ悉ク兵卒ナリ故ニ人民ノ教育モ武人教育ニシテ之カ制法モ亦全ク  
武斷的ナリ人ヲ殺傷スルモノハ國家ノ武器ヲ毀損スルノ故ヲ以テ之ヲ罰シ一私  
人ノ權利ヲ毀損スルカ故ニアラストナセリ如斯希臘ノ法律ハ國家ノ權即チ公權  
ノミヲ認メテ人民ノ權利即チ私權ノ存在ヲ認ムルコトナシ尙ホ東方諸國カ宗教  
アルヲ認メテ私人アルヲ認メサルモノト其趣チ同クセリ但シ希臘ト雖モ絶對的  
ニ一私人ニ權利ナシト云フニアラサレトモ其一私人ノ權利トシテ認メタルハ單  
ニ國家ノ權チ主トシ之ニ從タルモノトシテ之ヲ認メタリシモノナリトス之ニ反  
シテ羅馬ノ法律ハ專ラ一私人ノ權利即チ私權チ基礎トシ國家ト宗教トハ殆ント

措テ顧ミス凡百ノ法律悉ク私權チ保護スルカ爲メニ制定セラレタリ換言スレハ  
羅馬ニ於テハ一私人アリテ後國家アリテ後一私人存在スルモノニ非ス  
ト爲セシナリ此主義ニヨレル羅馬ノ刑法ハ國家ノ權チ害シタル者ヲ罰スルニ非  
スシテ私人ノ權チ害シタル者ヲ罰セルニアリ故ニ犯罪者ノ有形的所爲ノ大小如  
何ハ措テ問ハス獨立ノ一個人タル犯罪者ノ意思チ重要視シ其善惡如何ヲ考察シ  
惡意アルモノハ重ク之ヲ罰シ惡意ナキモノハ殆ント之ヲ罰セザリシナリ即チ過  
失ニ係ル所爲ノ如キハ共和政ノ時代ニアツテハ全ク之ヲ無罪ト爲セシモ苟シモ  
惡意ニ出タルトキハ未遂犯罪チ既遂犯罪ト同一ニ刑罰チ加フルノ甚クシキモノ  
アリシナリ犯罪者ノ意思如何チ主トセシコトハ羅馬ニ於ケル刑法沿革史中最モ記  
應セサル可ラサル所タリ

以上上古ニ於ケル刑法ノ沿革ヲ概言スレハ東印度波斯ニアリテハ神權西希臘ニ  
アリテハ國家ノ權羅馬ニアリテハ私人ノ權チ以テ法律ノ基本ト爲セシナリ  
中世ハ中世ハ歴史家ノ所謂闇黒時代(ダーク・エージ)ニシテ概言スレハ基督主義ト  
日耳曼主義トノ發生ト衝突トノ歴史ナリ基督主義ハ歐洲南方ニ起リ日耳曼主義

ハ歐洲北部(今ノ獨乙ノ地)ニ起ル而シテ一ハ羅馬法王ヲ代表シ一ハ羅馬皇帝ト密  
着シテ國家ヲ代表ス即チ一ハ宗教ヲ主トシ一ハ國家ヲ主ト爲スオーガスタスノ  
創造セル羅馬帝國ハ漸次ニ衰微ニ赴キ公私ノ徳全ク地ニ墜チ人民悉ク腐敗セル  
ニ當リ基督主義ハ南方猶太ニ燦然光ヲ放チ日耳曼主義ハ北方日耳曼ノ大森林ニ  
悍然トシテ起リ南ヨリ北ヨリ漸次羅馬帝國ノ領域ニ侵入シテ歴史家カハバリ  
アソ人ハ歐洲南部ヲ亂暴シタリト記セシハ實ニ此時ナリ然レトモ日耳曼主義ハ  
慄悍ナル種族ニヨリテ唱進サレタリトハイハ歴史家ノ所謂羅馬ヲ亂暴シタルニ  
アラスシテ南方ニ起リタル基督主義ト精神上ノ鬭爭ヲ爲シタリシナリ此南北二  
主義ノ鬭爭ハ端ナク羅馬帝國ノ舊制度舊文物ヲ全ク破壊シテ歐洲ハ一時混沌タ  
ル暗黒世界ヲ現出シ何レノ時ニ文明ノ曙光ヲ見得ヘキ乎殆ント知り得ヘカラサ  
リシト雖モ寂々タル暗黒ノ夜ハ地軸ノ回轉ト共ニ其暗黒ノ幕ヲ脱シテ東方白チ  
呈シ朝暾地平綫上ニ光ヲ放ツニ至リテ晝ノ世界ト爲ルカ如ク此二主義ノ衝突ハ  
一時歐洲ヲシテ暗黒ナラシメシカ久シカラスシテ再ヒ光輝ヲ發シ遂ニ歐洲全土  
ヲシテ今日ノ文明アラシムルニ至リタリ要スルニ歐洲ノ達發進歩ハ基督日耳曼

二主義ノ抵觸鬭爭ノ爲メニ生シタル暗黒時代ニ孕マレ其協合一致ニヨリテ燦然  
文明ノ光ヲ放チタリト云フヲ得ヘシ之ヲ法律ノ關係ヨリ考察スレハ基督主義ハ  
天權ヲ代表シ日耳曼主義ハ人權ヲ代表スト云フコトヲ得特ニ刑法ニ付テ比較シ  
來ルトキハ基督主義ニ於テハ犯罪ヲ以テ全然神ノ命令ニ反キタルモノト爲シ刑  
罰ヲ以テ其應報ナリト爲スニハ非レトモ其大體ハ爾カルモノト爲セシヲ以テ苟  
クモ惡意ニ出タル犯罪ハ未ダ外形ニ現ハレサルモノト雖モ之ニ刑罰ヲ加フルヲ  
得ヘシト爲シタリ今日ノ刑法々理ニ於テ犯罪ニ惡意又ハ故意アルコトヲ要スル  
ノ原理及ヒ刑罰ヲ制裁ト爲スノ原理ハ茲ニ胚胎ス之ニ反シテ日耳曼主義ニ於テ  
ハ犯罪者ノ意思ノ善惡如何ハ措テ問ハス犯罪ハ其外形ニ現ハレタル所爲ノ如何  
ニヨリ一々刑罰ヲ加フルト加ヘサルコトヲ決定シ刑罰ハ外形上ニ犯罪ノ損害ヲ  
賠償スルモノト爲シタリ從テ未遂犯ヲ罰スルコト寛ニ過キ過失ヲ罰スルコト嚴  
ニ失スルモノアリテ頗ル權衡ヲ得サルカ如キモ其歸着スル所ハ犯罪ハ惡意アル  
ヲ要スルノミナラス所爲ノ外形ニ現ハル、コトヲ要スト云フニアリテ今日ノ刑  
法々理ニ於テ犯罪ヲ構成スルニハ必ス所爲アルヲ要スト云フノ原則ハ茲ニ胚胎

ス以上チ中世ニ於ケル刑法沿革ノ概畧トス  
 近世ニ於ケル刑法ノ沿革ハ中世ニ於ケル基督日耳曼ニ主義折衷ノ時代ナ  
 リト概言スルコトヲ得蓋シニ主義ハ中世ニ於テ抵觸衝突ヲ極メ水火相容レサル  
 ノ觀アリシモ近世ニ至リテニ主義ヲ折衷シテ以テ罪刑ヲ論スルニ至レルヲ以テ  
 ナリ第十七世紀以來ニ於テモ仍ホ舊主義ヲ株守スル所謂宗教偏執主義ノ一派ア  
 リ之ニ繼テダロシマス、ブツヘントルフ等ノ性法主義ノ學者輩出シ大ニ刑法々理  
 ナ説キ其後ホルテール、ベツカリヤ等ノ改進主義ヲ主張スル者出テ、刑法々理ノ  
 發達ヲ助ケ之ニ對シテ所謂歴史派ノ學者出テ其議論ヲ闘ハセタリシカ輓近ニ至  
 リテ此理論派ト歴史派トハ必スシモ反目疾視スルヲ須ヒス必スシモ相鑿相容レ  
 サルモノニアラサルコトヲ主張スル學者アリ遂ニ今日ニ至テハ刑法々理ヲ論ス  
 ル者ハ二派ノ説ヲ折衷シ沿革ト理論トヲ併セ論スルニ至レリ以上チ近世ニ於ケ  
 ル刑法沿革ノ概畧ト爲ス

日本刑法  
ノ沿革

第三章 日本刑法ノ沿革

余ハ前章ニ於テ世界一般ノ刑法沿革ヲ講述シタリシカ本章ニ於テハ我日本刑法

ノ沿革ヲ畧説セントス日本刑法ノ沿革ヲ説クニハ元ヨリ余カ第一章ニ講述シタ  
 ル刑法ノ沿革理由ニ依據ズ可キハ勿論ナレトモ刑法モ亦他ノ制度ト共ニ伴隨シ  
 テ發達進歩スヘキモノナルヲ以テ日本ニハ日本固有ノ沿革アルカ故ニ余ハ日本  
 刑法ノ沿革ヲ論スルニ方リテハ我國社會上政治上ノ變遷ニ從ヒ之ヲ分テ四期ト  
 爲ス即チ第一期ハ太古ヨリ大寶律ノ發布ニ至リ第二期ハ大寶律ノ盛時ヨリ藤原  
 氏ノ下ニ於ケル刑法ノ衰頽ニ至リ第三期ハ封建尙武ノ時代ヨリ徳川氏ノ時代ニ  
 至リ第四期ハ維新以來今日ニ至ルノ明治時代トス  
 (第一期) 日本太古ノ人民ハ人類ハ其性至善ニシテ決シテ罪惡ヲ犯スコト能ハサ  
 ルノモノト思惟セリ然レトモ現ニ罪惡ヲ犯シタル者アルトキハ其犯者ハ不幸ニ  
 テ禍神八十柱津日神及大柱津日神ノ誘惑スル所トナリ以テ身自ラ惡魔ト化シ去  
 リ先ツ人性ヲ變シタル後始メテ諸般ノ罪惡ヲ行ヒタルモノト爲シ又幸ニシテ更  
 ニ福神直日神及ヒ大直日神ノ誘引スル所ト爲ルトキハ迷霧忽チ消散シテ善惡  
 ナ識別シ人性ノ良心ニ復歸シ得タルモノトセリ故ニ當時ニ在リテハ犯罪ヲ以テ  
 惡魔ノ所爲トシ刑罰ヲ以テ惡魔ヲ除去スルモノト思惟シタルカ故ニ未ダ生命刑

身體刑等ノ存在ナルモノナカリシト雖モ苟モ人ニシテ一タヒ惡魔ニ化シ罪惡ヲ犯シタルキハ犯者ノ身體汚レ從テ其財產モ亦穢レタルモノト爲シ盡ク之ヲ水中就中河水ノ渦旋スル所即チ當時ノ人民カ禍神ノ出入スル宮門ト信シタル場所ニ投入シ以テ其汚穢ヲ盪滌清淨セリ稱シテ之ヲ祓ト云フ蓋シ神ニ誓フテ罪惡ヲ祓除スルノ意ニシテ世々中臣氏ノ掌ル所タリシ而シテ治罪上ニ於テモ亦同一ノ主義ニ基キタル手續ヲ用キ犯罪ノ證明ニ付キ直接ノ證據ヲ得ルコト能ハサルトキハ盡ク神意ヲ請フテ裁斷スト爲シ或ハ探湯ト稱スル法ヲ設ケ泥土ヲ釜中ニ納メテ煮沸シ手ヲ攘シテ之ヲ探ラシメ或ハ斧ヲ火色ニ燒キ掌ヲ其上ニ置カシメ火傷ノ有無ヲ以テ其有罪無罪ヲ判別スルノ標準ト爲セリ由是觀之日本太古ノ刑法ハ他ノ諸國ト同シク宗教ト混同シ曾テ區別ナキカ如シト雖モ古代ノ法律中自ラ宗教ト分離シテ世界獨歩ノ發達進歩ヲ爲ス可キ元素ヲ備ヘタルハ歷々掩フ可カラサルモノアリ即チ第一犯者ノ財產ヲ無益ニ水中ニ投入スルノ制ハ一轉シテ之ヲ被害者ニ給付スルノ法ト爲リ再轉シテ損害賠償ノ思想ヲ惹起スルニ至リ第二犯罪ヲ天罪國罪ノ二種ニ區別シ宗教ト法律トノ分離ヲ促スノ機會ヲ與ヘ第三刑

事ト兵事トヲ混淆シタルカ爲メ却テ刑罰ヲ宗教ヨリ分離シ之ヲ國家ノ公務トスルノ思想ヲ養成スル等特ニ他國ノ古法ニ優ルモノ甚々多シ我國刑法ノ大家ト稱スヘキ源光國カ其著書大日本史ニ於テ凡人民所犯罪名若干條如害稼穡汚齋殿類謂之天罪傷人姦淫蠱毒類謂之國罪皆從其輕重徵致贖物爲善惡二祓略中今所傳中臣禊詞即其遺事也若其元惡大愆怙終罔悛則甲兵戮之甲兵之事物部氏所掌而刑亦寓焉ト云ヘルハ簡ニシテ能ク我古代刑法ノ三大美質ヲ盡セリト謂フ可シ而シテ斯ク發達進歩スヘキノ特性ヲ備ヘタル我古代刑法ハ爾來駸々乎トシテ長大足ノ進歩ヲ爲シ繼體天皇二十四年西洋紀元五ノ後ニ至リテハ又刑事ニ關シテ神明ノ裁判アルヲ聞カス宗教ト法律トハ全ク分離シ從テ生命刑、身體刑、財產刑等ヲ發生セリ特ニ驚ク可キハ當時ノ刑法カ復讐主義ニ基キタルコト即チ贖罪ノ制度ヲ認メタルノ一事ニ在リ然レトモ刑法ノ成典トシテ始メテ顯ハレタルハ推古天皇ノ時代紀元五百五十二年ヨリニシテ有名ナル聖德太子ノ憲法十七條ニ過キサレトモ其性質ニ至テハ全ク道德法タルヲ免レヌ其後同天皇二十八年ニ至リテ眞ニ刑法ノ性質ヲ備ヘタル法典ノ頒布アリシト雖モ其區域タル甚々狹少ニシテ單ニ不忠

不義ノ罪ヲ規定スルニ止レリ更ニ降テ天智天皇ノ時(紀元六百)ニ及ンテ立法上ノ新面目ヲ開キ一大法典ヲ編纂シタリ是レ天皇鎌足ニ勅シテ古來ノ法典慣例ヲ蒐集セシメタルモノニシテ所謂近江朝ノ大寶律ナレトモ惜哉今日已ニ之ヲ亡失シ只後世ノ法律ニ引用セル條項ヲ見テ僅ニ其大體ヲ推知シ得ルニ過キサルナリ

(第二期) 日本刑典中最モ有名ニシテ又最モ美ナルモノヲ大寶律例トス此法典ハ文武天皇藤原不比等ニ命シテ編纂セシメタル所ノモノニシテ當時大ニ支那ノ文物制度ヲ輸入シタルヲ以テ此法典モ亦單ニ我國古來ノ法規慣例ヲ蒐集セルノミナラス大ニ隋唐ノ法典ニ模倣シタルモノアリト雖モ國家ノ體制要素ニ在テハ毫モ我帝國固有ノ性質ヲ損スルコトナキハ立法ノ要旨ヲ失ハサルモノト謂フ可シ而シテ此大法典ハ之ヲ律ト令トノ二大部ニ區分セラレ律ハ禁令及刑罰ニ關スル規定ヲ含ミ令ハ主トシテ行政令ニ關スル規定ヲ含メリ其詳細ニ至リテハ之ヲ法典及令義解令集解又ハ法曹至要鈔等ノ註釋書ニ譲リ茲ニハ單ニ其立法ノ精神如何ヲ講述セン

(一) 神祇ヲ尊崇スルハ古來ノ定例ニシテ又帝國ノ原規ナリ蓋シ我國ニ於ケル

神祇ハ即チ皇祖皇宗ノ神靈ニシテ萬世一系ノ天皇ハ即チ現世ニ於テ皇祖皇宗ヲ代表シ玉フモノナリ是レ帝國憲法ニ於テ天皇ハ神聖ニシテ犯ス可カラスト明言セル所以ナリ故ニ大寶律令ハ神祇ニ對スル犯罪ヲ以テ諸般ノ犯罪ノ主ニ置キ特ニ之ヲ嚴罰セリ

(二) 大寶律令ハ天皇ニ對スル罪ヲ以テ大逆罪ト稱シ之ヲ以テ國家ノ主權ヲ害スルノ罪トセルハ能ク君主國ノ刑法タルノ體裁ヲ備ヘ得タルモノニシテ蓋シ現行刑法ノ企テ及ハサル所ナリ

(三) 高等官吏ヲ保護スルノ精神ハ特ニ大寶律令ノ採用スル所ナリ蓋シ大寶律令編纂ノ當時ハ即チ藤原氏ノ盛時ニシテ滿朝ノ高等官吏ハ殆ト皆藤原氏ニ非サル者ナカリキ故ニ此法典ノ編纂者タル藤原氏カ自ラ己ヲ保護セントスルノ精神ヨリ一般朝廷ノ高等官吏ニ就テ刑法上特別ノ保護ヲ與ヘタルハ掩フ可カラサルノ事實ナリ是ヲ以テ萬民同等ノ原理ハ大寶律令ノ認メサル所ナリ

(四) 孝道ハ我家族制度ノ常規ニシテ亦忠道ノ素因ナリ大寶律令カ尊屬親ニ對スル犯罪ヲ嚴罰セルハ素ヨリ當然ナリ現行刑法モ亦歐洲ノ法典ニ模倣シタル



ニ拘ハラズ其遺風ヲ採用シタレトモ子孫ノ權利ヲ滅殺スルノ甚シキニ至リテ  
 ハ大寶律令ニ數歩ヲ進メタリ現行刑法カ祖父母父母ニ對シテハ學者カ各人天  
 與ノ大權ト稱スル正當防衛ノ權ヲ殺キ又挑發憤激ノ天性ニ出テタル宥恕減輕  
 等ノ法ヲ用非サルカ如キハ或ハ酷ニ失スルノ感ナキ能ハサルナリ  
 此他大寶律令ハ其全體ニ於テハ實ニ完美ヲ得タルモノニシテ敢テ野蠻殘酷ノ性  
 質アルヲ見サリシカ時勢ノ變遷ニ從ヒ藤原氏權ヲ失ヒシヨリ亂賊四方ニ蜂起シ  
 法典全ク行ハレサルニ至レリ於是乎魯嚇主義ニ基ケル刑法顯ハレタリ是レ源光  
 國ノ所謂亂國重典ナルモノニシテ刑ヲ嚴ニシ法ヲ峻ニシ以テ此亂世ニ處セシコ  
 トナ企テタリ即チ延曆十一年(紀元七百九十二年)ニ延曆式ヲ布キ治罪ノ手續ヲ定メ同時ニ  
 檢非違使ヲ置キ犯者ノ逮捕囚人ノ監督ヲ掌ラシメ貞觀年間(紀元八百七十六年)ニ至  
 ルニ格十二卷ヲ布キ法律ヲ新定シ式十二卷ヲ作テ舊法ノ不完全ヲ補充シ更ニ延  
 喜年間(紀元九百一十二年)ニ至ルニ延喜格式ヲ發布セリ然レトモ藤原氏ノ權力衰フル  
 ト共ニ此等ノ法律ヲ實行スルノ任ニ堪ユル者ナク遂ニ一片ノ空文タルニ過キサ  
 リシ

(第三期) 藤原氏ノ權勢衰ヘテヨリ實權ハ常ニ武門ノ間ニ歸シ英雄四方ニ割據シ  
 諸族互ニ權力ヲ爭ヒ其間小康ナキニ非サリシモ徳川氏ノ一舉天下チ一統スルニ  
 至ル迄ハ干戈相續キ殆ト寧歲ナカリキ此間ニ於テモ大寶律令ハ依然トシテ存セ  
 リト雖モ之カ實行ニ任ス可キノ職官ナカリシカ故ニ各地ノ諸侯ハ各自隨意ノ法  
 律ヲ制定シタリ即チ北條氏ハ聖徳太子ノ憲法十七條ヲ三倍シテ五十一條ノ貞永  
 式目ヲ發布シ(千二百年)嚴酷ノ刑ヲ設ケタリ其後建武十四年建武式目ノ發布アリ  
 シカ應仁以後ニ至リテハ秩序全ク紊亂シテ復々刑典ノ見ル可キモノナシ今封建  
 時代ニ於ケル刑法ヲ通觀スルニ諸侯各々相競テ一大強國ヲ創設シ以テ天下ニ霸  
 タラント欲シ武人ヲ以テ國家存在ノ要素トシ法律上特ニ武人ノ一族ヲ保護シタ  
 ルノ痕跡ハ歴然トシテ掩フ可カラス恰モ古昔希臘ノ法律ト其趣チ同フスルモノ  
 アルニ似タリ降テ徳川氏ノ近世ニ及ヒテハ茲ニ太平ノ基ヲ開キ支那法典就中明  
 律ト日本古來ノ法典トチ比較シテ法理ヲ研究スルノ學者輩出シ遂ヒニ寛保二年  
(千七百四十年)彼有名ナル徳川百ヶ條ノ一法典ヲ編纂シ明治維新ノ際ニ至ル迄之ヲ實  
 行セリ今其編纂ノ體裁刑罰ノ方法治罪手續等ハ之ヲ法典ニ讓リ其精神チ一言ス

ルトキハ徳川氏ノ世タル昇平ノ久シキ自ラ戰國時代ノ法律ト其趣ヲ異ニシ專ラ  
公ノ秩序ヲ維持シテ邦家ノ平和并ニ徳川氏ノ長久ヲ保存セシコトヲ目的トシ各  
私人ノ自由及社會ノ發達進歩ノ如キニ至リテハ毫末モ顧慮スル所ナシ人民ヲ以  
テ飲食ノ消化機ト爲シタルコト瞭然タリ彼ノ大船ノ製造ヲ罰シ外國トノ交通ヲ  
禁セルカ如キハ即チ其一例ナリ

(第四期) 維新以來世界各國トノ交通日ニ月ニ頻繁ヲ極メ三百年間太平ノ天地ニ  
醉生夢死シ社會進歩ノ何物タルヲ知ラサルノ人民ヲシテ萬國ト其優劣ヲ競ハシ  
ムルニ至レリ此時ニ際シテハ治安主義ニ基キタル徳川氏ノ法典ハ以テ時勢ニ應  
スル能ハス故ニ明治四年ニ新律綱領ヲ發シ同六年ニ改定律令ヲ布キ大ニ古來ノ  
弊風ヲ一掃シタリト雖モ元來此等ノ法典タル其基礎トスル所ハ大寶律令及明清  
ノ支那法典タルニ外ナラサリシヲ以テ遂ニ明治十三年現行刑法ヲ發布シ實行ノ  
後已ニ十數年ノ星霜ヲ經過セリ此現行刑法タル多少我國古來ノ習慣ヲ採用セル  
モノナキニ非サルモ我立法官ハ普ク歐洲諸國ノ法典ヲ參酌セルモノナルヲ以テ  
大ニ從來ノ法典ト其趣ヲ異ニセルト同時ニ採擇其宜ヲ得スシテ識者ノ非難ヲ免

レサルモノ頗ル多シト雖モ實行日既ニ久シク今遽カニ其全體ノ結構ヲ變シ得ヘ  
キニ非ザレハ爾後單行法律ヲ以テ修正ヲ加ヘタルモノ亦尠少ニ非ス

現行刑法  
ノ淵源  
刑法諸法  
典

### 第四章 現行刑法ノ淵源

#### 第一節 刑法諸法典

現行刑法ハ大ニ歐洲諸法典ニ基キタルヲ以テ其淵源ハ日本古代ノ刑法ヨリハ寧  
ロ遠ク之ヲ歐洲ノ現行諸法典ニ求メサル可カラス左ニ現時ニ於ケル歐米ノ現行  
法典ヲ示ス可シ

(佛國) 佛國刑法典ハ刑制上及國事犯者處分上ニ就キ那破翁帝カ其專制主義ヲ施  
サンカ爲ニ編纂シタル所ニシテ千八百十年ノ公布ニ係レリ當時ニ於テハ歐洲  
第一位ノ法典タリシト雖モ今日ニ至リテハ大ニ時勢ノ進歩ニ後レタルモノト  
云ハサルヲ得ス但千八百三十二年四月二十八日ノ法律及千八百六十三年五月  
十三日ノ法律ヲ以テ刑制上多少ノ修正ヲ加ヘタレトモ其全體ニ至リテハ依然  
タル現行法律ナリトス

(英國) 英國ニ於テハ未ダ刑事ニ關スル法典ナク條例ト慣習法トヲ以テ刑法トス

レトモ千八百六十一年法律編纂條例ヲ發シテ以來今日ノ刑法ハ殆ト條例ノ成  
文法ヨリ成立シ從テ法典編纂ノ舉ヲ促シ千八百七十八年ニ至リテ刑法典ノ草  
案ヲ制定シタレトモ未タ之ヲ實行セズ

(獨逸) 獨逸ニ於テハ獨逸新帝國ノ創立以來新ニ刑法典ヲ發布シ千八百七十二  
年一月一日ヨリ之ヲ實行セリ

(丁抹) 丁抹ノ刑法ハ千八百六十六年二月十日ヨリ實行セル一大新法典ニシテ編  
纂ノ體裁條文ノ明晰及其詳密ノ點ニ於テハ近世學者ノ最モ稱揚スル所ナリ  
(和蘭) 和蘭ニ於テハ近世迄佛國法典ヲ採用シ來リシカ一千八百八十一年ニ新刑  
法ヲ發布セリ

(白耳義) 白耳義ニ於テモ亦佛國法典ヲ基トシ千八百六十七年ニ新刑典ヲ頒布セ  
リ然レトモ此法典ニ於テハ全ク佛國法典ノ專制主義ヲ排除シ且佛國ノ缺ヲ補  
ヒ未遂及共犯ノ處分ニ關シテ適當ノ規定ヲ設ケ刑名ヲ簡單ニシテ刑罰ノ本性  
ヲ確認セル等新ニ一生面ヲ開キタリ

(米國) 米國ニ於テハ各州各々其刑法ヲ異ニシルイザアナニユーヨークペンシル

バニア及マリランダハ近世ニ於テ刑法典ヲ編纂シ就中ニユーヨーク州ニ於  
テハ千八百八十二年ニ於テ完全ナル新法典ヲ頒布セリ

右ノ外千八百六十四年ノ瑞典刑法千八百四十二年ノ諸威刑法千八百七十年ノ西  
班牙ノ改正刑法千八百六十六年ノ魯西亞刑法等アリ何レモ近世ノ立法ニ出テダ  
ルモノタリト雖モ我立法官ハ此等ノ新法典アルヲ認メ又歐米諸國ノ諸刑法ヲ參  
酌シタルコトヲ明言スルニ拘ハラズ鐵道電信等ノ如キ文明ノ利器未タ社會ニ顯  
出セサル八十年前ノ法典ニシテ今日ヨリ之ヲ見レハ殆ト古代法ト稱ス可キ佛國  
刑法ヲ以テ我カ刑法典ノ精神骨子トセルカ故ニ大ニ時勢ノ進步ニ後レ爲メニ近  
世ノ學理ヲ以テ照ストキハ頗ル陳腐ニ屬シテ取ルニ足ラサルモノ亦甚タ少シト  
セサルナリ

刑法諸主義

### 第二節 刑法諸主義

抑モ刑法ナルモノハ罪ト刑トヲ規定スルノ法律ナルカ立法官カ罪刑二者ノ權衡  
ヲ量定スルニ就テハ必スヤ一定セル大主義ニ依ラサル可カラス我現行刑法ノ淵  
源タル歐米諸法典概ス然リトス而シテ其主義タル頗ル數多ニシテ時勢ニ從ヒ又

各盛衰アリト雖モ今學理上ヨリ是等ノ主義ヲ大別スルトキハ之ヲ三種ト爲スコトヲ得ヘシ絶對主義相對主義及折衷主義是ナリ絶對主義ニ於テハ刑罰ハ他ノ目的ヲ達ス可キ手段ニ非スシテ刑罰ノ目的ハ刑罰自身ニ存シ刑法ハ即チ犯罪必罰ノ正理ニ基クモノニ外ナラスト爲シ相對主義ニ於テハ刑法ハ他ノ目的ヲ達スルノ手段ニシテ刑罰以外ニ其目的ヲ有ス可キモノト爲シ折衷主義ニ於テハ以上ノ兩主義ヲ折衷シ刑罰ノ性質ハ犯罪必罰ノ正理ト他ノ目的ヲ達ス可キ手段トナ併有ス可キモノト爲スニ在リ請フ左ニ此等三種ノ主義ヲ分説セン

第一、絶對主義

絶對主義ハ國法上國法ノ觀念ヲ以テ左ノ二原則ニ原因スルモノトスルノ結果タリ即チ

(甲) 國家ハ人類カ自ラ好シテ隨意ニ作爲セル製造物ニ非ス國家ハ人類固有ノ天性ニ基キ一團結ヲ成立スルモノニシテ國家ノ存在ハ全ク道義上ノ必要ニ出ツルモノナリ故ニ國家ハ決シテ各人各個カ自由ノ契約意思ニ依リ創立シタル商業會社ノ類ニ非ス

(乙) 夫レ斯ノ如ク國家ノ存在ハ道義上ノ必要ニ基ク可キモノナルヲ以テ國家ハ單ニ社會人民ノ利益其他ノ目的ノ爲メニ存在スルモノニ非ス國家ハ國家自身ニ於テ國家自存ノ目的ヲ有シ全ク社會人民ノ利害ヲ超脱シテ人類ノ天性タル道義上ノ必要ヲ充タヌモノニ外ナラサルナリ故ニ國家ノ高等ナル職務ハ毫モ國家以外ニ特別ナル利益ヲ計畫スルモノニ非ス

今ヤ國法上ニ認メタル右ノ二原則ヲ刑法ニ適用スルトキハ其結果トシテ必然左ノ原則ヲ生ス可シ

(甲) 刑罰ノ施行ハ國家職務中ノ一部タルヲ以テ刑罰モ亦單ニ道義上ノ必要ニ基クモノナリ

(乙) 故ニ刑罰ノ施行ハ決シテ一個人若クハ社會ノ利益其他ノ目的ノ爲メニスル手段ニ非ス刑罰ハ刑罰以内ニ於テ刑罰自身ノ目的ヲ有ス可キモノニシテ犯罪必罰ノ正理ハ刑罰權ノ基本ナリ

要之以上ノ二原則ニ基キタル諸主義ハ皆絶對主義ノ範圍ニ屬ス可キモノナレトモ絶對派ノ諸主義モ亦分テテ治療及反坐ノ二種トスルコトヲ得ヘシ

(一) 治癒主義 治癒主義ニ於テハ犯罪ヲ以テ恰モ一ノ疾病ト同視シ刑罰ハ單ニ此疾病ヲ治癒スルノ手段タルニ過キスト爲スニ在リ而シテ治癒主義モ亦之ヲ分テ二派トス即チ其第一ハ復舊主義ニシテキユツツ氏ノ主張スル所ナリ而シテ此主義ニ於テハ刑罰ヲ以テ既ニ行ハレタル犯罪ヲ舊態ニ復シテ犯罪ナキニ至ラシムルモノトスルニ在リ又其第二ハ賠償主義ニシテクライン及シユルツ諸氏ノ主張スル所ナリ而シテ此主義ニ依レハ總テ損害ヲ受ケタル者ハ裁判所ニ於テ其賠償ヲ得ルト同シク刑罰ヲ以テ犯罪ノ賠償ヲ得ト爲スモノニシテ唯民事ニ於テハ實物上ノ賠償ナルモ刑事ニ於テハ無形のノ賠償タルノ差異アルニ過キス

(二) 反坐主義 反坐主義ハ刑罰ヲ以テ犯罪ノ應報ニ過キスト爲スモノナリ夫ノカント氏ノ如キ此主義ノ最モ有名ナル主張者タリ氏ノ説ニ曰ク抑モ善ニ報スルニ善ヲ以テシ惡ニ報スルニ惡ヲ以テスルハ人類自然ノ常理ナリ然ルニ國家ノ正義ニ反對シテ犯罪ヲ行フ者ハ即チ不正ノ所爲ヲ行フモノタルカ故ニ刑罰ヲ以テ之ニ報セサル可カラスト然レトモ此反坐主義ノ論者中亦自ラ其論旨ヲ異ニスルモノナキニ非ス即チツアハリユ一氏ノ如キハ全ク物格的觀察ニ基キ外形ニ顯ハ

レタル所爲ノ結果ヨリ此主義ヲ説明シテ曰ク萬般ノ犯罪ハ他人ノ身體自由ヲ毀損スルモノナルカ故ニ之ニ反坐ス可キ刑罰モ亦必ス自由刑ヲ用非毀損セラレタル自由ノ大小ニ從ヒ其刑罰ノ輕重ヲ定ム可シト然レトモ此説ノ如ク全然外形上ニ現出シタル結果ヨリ刑罰ヲ定ムルトキハ遂ニ未遂犯ヲ不問ニ付スルニ非サレハ論理ノ牴觸ヲ免レサルニ至ル可シ反之ヘンケ一氏ハ全ク主格的觀察ニ基キ犯罪者ノ心意上ヨリ刑罰ノ何物タルヲ論下シ刑罰ハ總テ犯罪者ノ惡意ヲ消滅セシム可キモノニシテ犯罪者ノ惡意ニシテ消失セハ刑罰亦茲ニ完了ス可キモノトナセリ然レトモ氏ノ説ニ從フトキハ如何ナル輕微ノ犯罪ト雖モ苟モ惡意ノ消滅セサル限リハ之ニ重大ノ刑罰ヲ加ヘサル可カラサルニ至ル可シ故ニ爾氏ノ説自ラ偏倚スル所アルヲ免レス於是乎有名ナル哲學者ヘーゲル氏ハ斬新ナル一説ヲ案出シテ曰ク法律ハ社會一般ノ意思ノ表彰ニシテ各人特別ノ意思ハ此一般ノ意思ヲ破ルコトヲ得ス然ルニ犯罪ナルモノハ犯罪者カ自己特別ノ意思ヲ以テ一時社會一般ノ意思ヲ破リタルモノニ外ナラサレハ法律ハ其犯罪者ヲ罰シ罪刑互ニ相殺シテ各人ノ私意ハ到底一般ノ意思ニ勝ツコト能ハサルノ實ヲ保全セサル可カラス故ニ犯

罪ハ法律ノ拒否 (Negation des rechtes) ニマテ刑罰ハ法律ノ拒否ノ拒否 (Die negation dieser negation des rechtes) ナリト

第二、相對主義

前世紀ノ終リ今世紀ノ初メニ當リテ佛ノルーソー一タヒ民約説ヲ唱道セシヨリ學者多クハ國家ヲ以テ恰モ商事會社ト一般各人各個ノ私益ヲ達ス可キ人爲ノ一制度ト看做シ國家ニハ國家自存ノ理由アルヲ承認セサリキ故ニ刑法上ニ於テモ亦此原理ヲ適用シ刑罰ノ執行ハ只國家ノ職務ノ一ニ過キササルヲ以テ刑罰ヲ設クルノ目的モ亦各人各個ノ利益ニアリトシ刑罰ハ刑罰以外ノ目的ヲ達スルノ方法タルニ外ナラストセリ此等ノ諸主義ハ總テ相對主義ノ範圍ニ屬ス可キモノニシテ學理上古來七派ノ主義アルコトヲ認ムルヲ得ヘシ學者或ハ此等ノ主義ヲ概稱シテ利益主義ト謂フ請フ左ニ之ヲ分説セム

(一) 脅嚇主義 犯者ヲ罰シテ他ノ一般人民ヲ恐怖セシメ以テ犯罪ヲ行フコトヲ避ケシメントスルハ此主義ノ主眼トスル所ニシテ刑罰ヲ公行シ嚴刑ヲ施スカ如キハ從テ生ス可キ結果タリ蓋シ此主義ハ犯者ヲ以テ社會一般ノ利益ニ共ス可キ

器械ト爲スノミナラス此主義ニ基キタル刑法ハ實際其目的ヲ達スルコトヲ得サルナリ何トナレハ若シ刑罰ニシテ嚴酷ニ過クルコトアラハ一般人民ハ勿論法官ノ如キモ亦却テ德義上犯罪ヲ隱蔽シ却テ刑罰ノ適用ヲ確實ナラシムルコト能ハリルノ大弊ヲ發生スレハナリ

(二) 改良主義 改良主義ハ刑罰ヲ以テ犯者ヲ悔悟セシメ以テ罪惡ノ心ヲ消失セシメ再犯ニ陥ルコトナキヲ期スルニアレトモ若シ此主義ニ依ルトキハ到底悔悟スルコト能ハサル惡漢ハ無罪タラサル可カラス又犯者ノ歸善ハ人々ニ於テ各々遲速アル可キヲ以テ刑法ヲ制定セントスル立法官ハ豫メ罪刑二者ノ權衡ヲ規定スルコト能ハサルニ至ル可シ

(三) 防衛主義 此主義ハ國家ノ刑罰權ヲ以テ國家ノ正當防衛權ト同視スルモノナリ然レトモ刑罰ト防衛トハ全ク其性質ヲ異ニシ正當防衛ノ權タル之ヲ未ダ犯罪ノ實行セラレサルノ前ニ用ユ可ク已ニ行ハレタル犯罪ニ就テハ又之ヲ如何トモスルコト能ハサルナリ

(四) 豫防主義 此主義ハヘッス邦ノ大臣フオングロールマン氏ノ主唱スル所ニ

係ル氏ノ説ニ依レハ犯罪ハ現ニ法律ニ反對スル不法ノ所爲タルノミナラス仍ホ再犯ノ恐レアルモノナレハ刑罰ハ又此恐レモ除去スルノ要具タラサル可カラス從テ刑罰ヲ以テ國家ハ之ヲ豫防スルノ權アル可キモノト論定セリ然レトモ未來ノ犯罪ヲ豫防スルノ方策ハ既ニ行ハレタル犯罪ノ刑罰クルコトヲ得サル可シ若シ果シテ氏ノ説ノ如クナラシメハ或ル特種ナル情況ニ依リ決シテ再犯ノ恐ナキ場合ニ於テハ現ニ行ハレタル犯罪ト雖モ之ヲ不問ニ付セサルヲ得サルノ不都合ヲ生ス可シ

(五) 制心主義 此主義ハ脅嚇主義ニ一步ヲ進メタルモノニ過キスト雖モ有名ナルフオイエルハッハ氏ノ主張スル所ナリ則チ刑罰ノ苦痛ヲシテ犯罪ニ依リ得ラル可キ利益ヨリ大ナラシメ人ヲシテ犯罪ヲ行フノ心ヲ強制セシメントスルニ在リ然レトモ此主義タルヤ犯罪者ノ過半ハ法網ヲ免ル、ノ僥倖ヲ期シ豫メ刑罰ノ苦痛ト犯罪ノ利益トヲ比較スルモノニ非サルノ事實ヲ忘却シタル架空説ニ過キスニテ實際上其目的ヲ達シ得ヘキモノニ非サルナリ然レトモ現ニ一千八百十三年ノハ、リア刑法ハ此主義ニ基ケリ

(六) 警戒主義 警戒主義ハパウエル氏ノ始メテ唱ヘタル所ニシテ氏ハ國家カ犯罪ヲ禁止スルハ教育、警察及刑罰ノ三手段ヲ用非教育、警察兩者ノ既ニ及ハサルモノニ對シテ刑罰ノ手段ヲ實行スルノ必要アル可キモノトセリ故ニ刑罰ハ脅嚇ノ性質ヲ具有セサル可カラサルモ制心主義ニ於ケルカ如ク單ニ罪ヲ犯サントスルモノニ對シテ其心意ヲ制スルノミニ止ラス汎ク一般人類ノ德義心ニ對シテ犯罪ノ行フ可カラサルコトヲ警戒ス可キモノタラサル可カラスト論定セリ是ヲ以テ此主義モ亦脅嚇及制心ニ主義ニ對スルト同一ノ批難ヲ免レサルナリ

(七) 民約主義 前世紀ノ末年ニ行ハレタル民約説ニ依レハ凡ソ人ニシテ社會ノ一員ト爲ルヤ默諾ニ依テ社會ノ刑罰ヲ受ク可キ義務ヲ發生スルモノタルヲ以テ國家ハ此默諾ニ依リ各人ニ對シ刑罰執行ノ權ヲ有ス可キモノトセリ然レトモ契約ノ有無ハ末々以テ刑罰權ノ正否ヲ論定スルニ足ラサルナリ故ニフヒテ氏ハ斯ル民約説ヲ修正シ民約主義ヲ主張シテ曰ク契約ニ背キ他人ノ權利ヲ害スル者ハ國家ハ其契約ノ履行上直チニ之ヲ罰スルコトヲ得而シテ國家ハ契約違反者ニ對シテ社會ノ一員タル權利ヲ剝奪スルコトヲ得ルハ明白ナレハ社會ハ唯犯罪者ヲ

人類社會外ニ放逐スルノ大權ヲ有ス可シ然レトモ人類ハ社會的ノ動物ナリ社會外ニ放逐セラル、ヨリハ寧ロ甘ンシテ刑罰ヲ受クルノ勝レルニ如カサル可シ是レ刑罰權ノ本原ハ民約ニ在ル所以ナリト然レトモ今日ニ在リテハ沿革上學理上決シテ斯ル契約ノ存在ス可キ所以ヲ認メサルナリ

### 第三、折衷主義

抑、絕對主義ニ於テ國家ハ國家自存ノ目的アリ刑罰ハ刑罰自身ノ目的アリトスルノ說ハ一理ナキニ非ス國家ノ正義ハ單ニ利益ノ奴隸ニ非サレハ刑罰シテ正理ニ適ハシムルハ正義ノ然ラシムル所ニシテ利益ノ然ラシムル所ニ非ス然レトモ亦國家及法律ノ二者ハ人類ノ爲メニ存ス可キ者ニシテ國家及法律ノ爲メニ人類ノ存スルモノニ非ス於是乎近世ニ至リ折衷主義ナルモノ起リテ正義ト社會ノ利益トヲ協合シ共ニ之ヲ刑罰ノ目的ト爲サンコトヲ企テタリ而シテ此二者配合ノ度ニ從ヒ折衷主義モ亦分レテ三說ト爲リ第一說ハ正義ハ即チ利益ナリト說キ第二說ハ正義ノ許容スル區域内ニ於テ社會ノ利益ヲ保全スト云ヒ第三說ハ利益ノ許ス限リニ於テ正義ヲ保全スト主唱セリ

### 第一說

ハアツベツグ氏ノ採ル所ナリ氏ノ說ニ曰ク刑罰ハ絕對主義ノ如ク正義ノ要求ニシテ犯罪必罰ノ應報タリト雖モ犯罪ハ唯其所爲ノ大小ノ點ノミニ止ラス又其惡意ノ大小ノ點ヨリ考察ヲ下サ、ル可カラス犯罪ノ恐ル可キハ常ニ犯罪タル外形ノ所爲ノミニ止ラス併セテ犯者ノ心意ニ在リ夜間ノ放火カ晝間ノ放火ヨリ其罪ノ大ナルハ單ニ其外形ノ所爲ノミナラス其罪惡ノ度ニ於テ亦然ラサルヲ得ス即チ相對主義ノ違セントスル目的ハ全ク此犯者ノ心意中ニ包含セラレ絕對主義ノ論旨ハ外形ノ所爲ニ付キ反坐ノ實想ヲ顯スヘシ故ニ正義ノ實行ハ同時ニ社會ノ目的タル利益ヲ保存スト

### 第二說

ハウヰルト、メルクル等ノ主張スル所ナリ其論ニ曰ク凡ソ刑罰ハ二個ノ目的ヲ有ス(第一)刑罰ハ犯罪ニ對シテ物格的ノ目的ヲ有シ外形上ニ犯罪ヲ反坐シテ正義ヲ保持シ(第二)刑罰ハ犯者ニ對シ主格的ノ目的ヲ有シ犯者ノ心ヲ改良シ併セテ他人ヲ脅嚇ス而シテ其主格的ノ目的ハ家族學校及ヒ教會之ヲ實行シ國家ハ唯物格的ニ屬スル目的ヲ實行シ以テ間接ニ主格的ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘシト故ニ此說タル社會ノ利益ヲ第二位ニ置クモノナリ



第三説 ハ正義ヲ以テ社會ノ利益ノ奴隷トスルモノニシテ、オルトラン、ロツシ  
 一諸氏之ヲ主唱シ正義ト利益トノ二者ヲ以テ刑罰ノ目的ト爲シ苟モ社會ノ利  
 益ヲ害セサル限りハ刑罰ヲ施シテ社會ノ正義ヲ計圖スヘキモノトセリ

以上講述スル所ヨレハ此主義ニ於テハ利益ヲ主トシテ正義ヲ第二位ニ置キタ  
 ルモノト云ハサルヲ得ス然ラハ即チ折衷主義ハ如何ナル原則ニ其基礎ヲ定立シ  
 テ罪ト刑トヲ定ム可キカ夫ノ單ニ折衷主義ヲ以テ兩主義ヲ折衷スルモノトス  
 ル單簡ノ理由ハ未ダ折衷主義ノ何物タルヲ了知セシムルニ足ラサルナリ左ニ近  
 世學者ノ認メタル折衷主義ノ原理ヲ論述ス可シ

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

(一) 凡ソ有形物ノ性質上ノ存在ニシテ一定ノ分量ニ關係スルニ當リ若シ其定量

ニ過不及アルトキハ全ク其有形物質上ノ存在ナキニ至ルカ然ラサレハ全ク他ノ  
 性質ヲ備ヘタル有形物ニ變化ス可シ例ヘハ水ノ性質上ノ存在ハ温度ノ分量ニ關  
 係スルヲ以テ若シ其分量ヲ變スルトキハ從テ其流動性ヲ變シテ氷若クハ蒸發氣  
 ニ化ス可キハヘーゲル氏ノ論定スル所ナリ今此理ヲ推シテ無形の性質上ノ存在  
 ニ及ホスコトヲ得ヘシ例ヘハ道德上ノ美德タル寛大ナルモノモ消費スル金額ノ  
 多キニ過クレハ放肆ニ變シ節儉ナルモノモ其少キニ過クレハ吝嗇ニ陥リ勇氣ナ  
 ルモノモ其度ヲ超ユレハ狂妄ト爲リ遠慮ナルモノモ其度ヲ失スレハ怯懦ト爲ル  
 故ニ正義モ亦自ラ其定量ヲ有シ刑罰ヲシテ正當ナル反坐ノ性質ヲ保全セシメン  
 ト欲セハ刑罰ノ苦痛上必スヤ一定ノ分量ナカル可カラス反坐ノ正義ハ即チ刑罰  
 ノ性質ナリ苦痛ハ即チ刑罰ノ分量ナリ其量ニシテ過多ナラシ乎刑罰ハ變シテ復  
 讐トナル可シ其量ニシテ輕少ナラシ乎刑罰ハ化シテ放縱トナル可シ其ニ正義ノ  
 本性ニ適スルモノニ非サルナリ

(二) 斯ノ如ク一物ノ存在ハ有形タルト無後タルトチ間ハス苟モ其定量ヲ變セザ  
 ル以上ハ決シテ其性質ヲ變セサルモノナルヲ以テ其定量中ニ於テハ自ラ自由ノ

加減ヲ爲ス可キ範圍ノアルアリ例ハ華氏ノ零度ヨリ三十二度ノ間ニ於テハ水ハ依然タル氷タル可ク三十二度ヨリ二百十二度ニ至ルノ間ハ水ハ依然タル水ニシテ此範圍内ニ於ケル温度即チ分量ノ多少ハ毫モ其物質ノ性質ヲ變スルモノニ非ス又例ハ幾何ノ金額ヲ消費スルヲ以テ寛大ヲ超ヘテ放肆ニ變シ幾多ノ金額ヲ拂ハサルヲ以テ節儉ヲ下リテ吝嗇ニ陷ユル可キ乎敢テ確定ノ金額ヲ明示スルコト能ハスト雖モ人間普通ノ良心ニ於テ其間自ラ制限ト範圍ノアリテ存スルヤ明カナリ故ニ正義ニ依リ刑罰ヲ以テ犯罪ニ反坐シ苦痛ノ分量ヲシテ刑罰ノ性質ヲ失フコト勿ラシムルニ於テモ亦之ト同一理由ニ基キ刑罰ノ性質ハ飽定反坐タラサル可ラサルモ刑罰ノ分量ニ至リテハ必ス其範圍アリ最高點ト最下點トノ間ニテ自ラ自由ノ活動ヲ爲ス可キノ餘地ヲ存ス

(三) 是ヲ以テ折衷主義ニ基キタル刑法ニ於テハ立法官ハ必ス刑ノ最長期ト最短期トヲ定メ以テ反坐ノ性質ヲ明示シ此期間ノ範圍内ニ於テ法官ハ或ル犯罪ノ社會ノ利益ヲ害シタル程度ヲ斟酌シテ以テ現ニ犯人ニ科ス可キ刑ヲ定メ行政官ハ又特赦假出獄等ノ制度ニ依リテ現ニ犯人ニ對シテ實行ス可キ刑期ヲ確定ス例ハ

ハ刑法ニ於テ竊盜犯ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處ス可キモノト規定シタルハ反坐ノ性質ヲ明示スルモノナリ即チ如何ナル竊盜犯タルヲ問ハス之ヲ罰スルニ二月以上四年以下ノ範圍内ヲ以テスル以上ハ水カ三十二度以上二百十二度以下ニ於テ其流動性ヲ失ハサルト等シク刑モ亦反坐ノ性質ヲ失フコトナシ故ニ犯人ニシテ再犯三犯等ニ依リ社會ノ利益ヲ害スルコト大ナル者アラハ法官ハ宜シク之ヲ罰スルニ最長期タル四年ノ刑ヲ以テスルコトヲ得ヘク之ニ反シ犯罪ノ物體輕微ニシテ又社會ヲ害スルコト甚ク少キモノハ最短期タル二月ノ刑ヲ以テ之ニ科スルコトヲ得レトモ而カモ刑ノ本性即チ反坐ノ性質ニ於テ異ナル所ナキカ如シ

(四) 斯ク刑罰ノ分量ハ必ス其範圍アル可キモノタルヲ以テ改良脅嚇等其他社會ノ利益ハ此範圍内ニ於テ其影響ヲ刑罰ノ分量上ニ及ホシ尙ホ刑罰ノ正義タル反坐ノ性質ヲ變スルコト勿ラシムルヲ得ヘシ

(五) 然レトモ社會ノ利益ハ反坐ノ性質ヲ失ハサル限度ニ於テ之ヲ計畫セサル可カラナルカ故ニ範圍ヲ許サ、ル性質ノ刑ニ至リテハ單ニ反坐ヲ以テ其主義ト爲

サ、ル可カラス死刑、無期刑ノ如キ即チ是ナリ

### 第五章 現行刑法ノ主義

現行刑法ノ主義  
折衷主義

#### 第一節 折衷主義

我現行刑法ハ其淵源チ我國古來ノ慣例法規ニ採リタルヨリハ寧ロ之ヲ歐米ノ刑法典ニ採リタルモノナルコトハ前章ニ於テ既ニ講述シタル所ノ如シ然レトモ現行刑法ハ果シテ如何ナル主義ニ基キタル乎又其新舊刑法ハ如何ナル關係ニ於テ其大原則チ異ニスル乎ヲ講述セザレハ未ダ以テ我刑法全體ヲ考察シ得タルモノト云フ可カラス因テ余ハ是ヨリ遂次刑罰權ニ關スル主義及國體上並ニ宗教上ノ三點ヨリ之ヲ觀察セントス

我刑法起案者ハボアソナード氏ナリ今氏カ草案ノ説明ニ依レハ氏ハ折衷主義ニ依リテ我刑法ヲ編纂シタルコトヲ明言スレトモ氏ハ未ダ近世ニ於ケル折衷主義ノ真義ヲ了解セザルモノ、如シ即チ氏ハ折衷主義中最モ古代ノ陳腐論ヲ唱道シ折衷主義ヲ解シテ純正利益兩主義ヲ參酌シ道德上ノ本務ト社會上ノ本務トニ併セテ反對ス可キ所爲ヲ以テ犯罪トシテ之ニ刑罰ヲ科ス可キモノトセリ蓋シ此舊

説タル互ニ反對シテ共ニ協合シ得ヘカラサル社會ノ利益ト道德上ノ正義トナ折衷セントスルモノニシテ到底行ヒ得ヘカラサル架空ノ希望ナリ若シ強テ之ヲ混合スルモ二者ハ相互ノ協合一致ヲ缺キ其結果ハ終ニ正義ニ非ス又利益ニモ非サル無主義タルニ歸ス可キ而已草案者タルボ氏ノ意見ニ依ルモ亦此二者ハ性質上共ニ對比ス可カラス又共ニ秤量シ得ヘカラスシテ常ニ適當ノ平均ヲ得ルコト能ハサルモノト爲シ此説ノ適當ニ實行シ得ヘカラサル事實ヲ自認セリ草案者ノ唱道セル折衷主義ノ根據ハ薄弱ナルコト夫レ斯ノ如ク曖昧ナルコト夫レ斯ノ如シ若シ此主義ニ從ヒ法典ヲ制定セン乎罪ト刑トノ權衡ハ果シテ如何ナル標準ニ據リテ其宜キヲ得ンコトヲ望ム可キヤ余輩ハ懼ル這般ノ希望ハ所謂木ニ縁テ魚ヲ求ムルノ類ナラシコト然レトモ強テ草案者ノ趣旨ヲ辯護セントスル者ハ云ハシ法律上道德ヲ害スル大ナルモノハ併セテ社會ヲ害スルコト大ナル可ク道德ヲ害スルコト小ナルモノハ亦社會ヲ害スルコト小ナル可シト蓋シ此説タルヤ昔日アツベツク氏ノ主張セル所ナレトモ折衷主義ノ論者ニ取リテハ自家撞着ノ説タルヲ免レサルナリ何トナレハ此論旨ニ從ヘハ利益ト正義ハ同一物タル可キヲ以

テ折衷ス可キ二個以上ノ原素アルコトヲ認ムルヲ得サレハナリ換言スレハ草案者ノ維持セル折衷説ハ折衷シ得ヘカラサル二個ノ標準ヲ置キ以テ罪ト刑トノ權衡ヲ定メントスルモノナルカ故ニ罪刑二者ノ平均ヲ得ントスルハ到底希望シ得ヘキ所ニアラサルナリ然ルニ近世折衷主義ノ原理ハ罪刑ノ權衡ヲ保持スルニ正義利益二個ノ標準ヲ設ケス正義ヲ以テ刑罰ノ基本ト爲シ正義ノ範圍内ニ於テ社會ノ利益ヲ計畫保全セントスルコトハ前章ニ於テ既ニ説明セル所ノ如シ是ヲ以テ我現行刑法カ刑罰ニ範圍ヲ設ケタルハ或ハ能ク折衷主義ニ適スルカ如シト雖モ是レ皮相ノ見ナルノミ彼ノ總則ニ於テ酌量減輕再犯加重等ノ規定ヲ設ケ萬種ノ犯罪ニ對シ一等又ハ二等ヲ減輕シ又ハ一等ヲ加フルコトヲ許容シタルハ根底ヨリ折衷主義ノ原理ヲ抹殺シ去リ刑罰ヲシテ反坐ノ性質ヲ失ハシメタルモノト謂ハサル可カラス例ヘハ刑法第二百九十二條ニ豫シメ謀テ人ヲ殺シタル者ハ謀殺ノ罪ト爲シ死刑ニ處スト云ヒ第三百六十六條ニ人ノ所有物ヲ竊取シタル者ハ竊盜ノ罪ト爲シ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處スト云ヘルハ外觀上能ク反坐ノ性質範圍ヲ備フルカ如キモ更ニ總則ニ於テ酌量減輕ノ制アルコトヲ想ヒ

起サハ取リモ直サス謀殺罪ハ死刑無期徒刑若クハ有期徒刑ニ處スト云ヒ竊盜罪ハ一月以上二年以下若クハ四年以下ノ重禁錮ニ處スト云ヘルト同一ナリ誰カ是ヲ以テ能ク反坐ノ性質ヲ失ハサルモノト云フヲ得ンヤ再犯加重ノ制亦然リ既ニ刑法各條ニ於テ反坐ノ性質ヲ超過セサル刑罰ノ範圍ヲ設ケナカラ總則ニ於テ一般ニ加重ノ法ヲ設ケタルハ定量以外ニ於テ社會ノ利益ヲ計畫スルモノアルニ似タリ然レトモ更ニ現行刑法ノ全體ニ就テ之カ觀察ヲ下ストキハ正義ノ範圍ヲ超ヘ刑罰ノ反坐タル性質如何ヲ問ハス全然社會上ノ利益ヲ害スル程度ノ大小ニ從ヒ之ヲ處スルニ死刑若クハ無期徒刑ノ重刑例ヘハ放火罪ノ死刑、盜ヲ以テスルモノアルカ故ニ酌量減輕ノ法ト相待テ始メテ刑罰ノ反坐タル性質ヲ見ルニ至ルカ如キ觀ナキニ非ス但如何ニ我刑法カ社會ノ利益ノミニ注目スルトモ再犯ノ故ヲ以テ加重シテ死刑ニ處スルハ反坐ノ性質ニ適セサルノ甚シキモノナルヲ以テ我刑法モ亦一制限ヲ設ケ加ヘテ死刑ニ入ルヲ禁スルハ立法官ノ良心不知不識正義ノ範圍ヲ離ル、コト能ハサリシモノナル可シ

### 第二節 利益主義

我刑法ノ起案者ボアソナード氏ハ共和國ノ人民ナリ君臣ノ名分臣子ノ大義ニ至  
 リテハ豈ニ能ク其辯スル所ナランヤ現行刑法ニ於テモ亦皇室ニ對スル罪ヲ嚴罰  
 スルモ單ニ之ヲ嚴罰スルノ一事ハ未タ以テ君主國ノ刑法タル體面ヲ全フスルモ  
 ノト云フ可カラス抑モ君主國ニ於ケル君主ハ立憲國タルト將々專制國タルトナ  
 間ハス其主權ヲ君主ノ一身ニ收攬スルヲ以テ在位ノ天皇ニ對シテ加ヘタル危害  
 ノ所爲ハ君臣ノ名分上之レヲ主權ニ對スル一種ノ國事犯即チ大逆罪ト爲スハ英  
 獨等君主國刑法ノ認了スル所ニシテ又我國古代法就中夫賈律令等ノ確認スル所  
 ナレトモ現行刑法ニ於テハ全ク此等ノ思想ヲ缺如シ皇室ニ對スル罪ヲ以テ國事  
 犯トスルコトヲ明定セス會テ君臣タルノ名分ヲ明カニスルコトナキハ余カ各論  
 ニ於テ講述スル所ニ依リテ明白ナラン君臣ノ名分已ニ斯ノ如シ我刑法豈ニ皇室  
 ナ以テ社會ノ利益ノ上ニ置カンヤ現行刑法ハ曰ク天皇ニ對スル危害ノ罪ハ之ヲ  
 死刑ニ處スト然レトモ我刑法起案者ハ折衷主義ヲ採用スルニ社會ノ利益ヲ主ト  
 シテ國家ノ正義ヲ後ニシ酌量減輕ノ法ヲ設ケ法官ヲシテ一等又ハ二等ヲ減ズル  
 コトヲ許スカ故ニ現行刑法ノ眞面目ヲ暴露スルトキハ天皇ニ對スル危害ノ罪ハ

死刑無期徒刑又ハ有期徒刑ニ處スト規定シタルト毫モ異ル所ナキナリ而シテ裁  
 判官カ死刑若クハ徒刑ノ何レノ刑ニ處スル乎ハ該犯罪カ現ニ社會人民ノ利益ヲ  
 害シタルノ大小如何ニ依ラサルヘカラサルヲ以テ天皇ニ對スル危害罪ヲ罰スル  
 ニ死刑ノ嚴刑ヲ以テスルト否トハ社會人民ノ利益ヲ損害スル大小如何ニ一任ス  
 ルコトナルヘシルソノ輩ノ民約說其他ノ利益主義ハ實ニ能ク現行刑法ノ精  
 神ヲ支配シ得タリト云フ可シ

加特力主義

### 第三節 加特力主義

現行刑法ノ起案者ハカトリック教旨ノ信徒ナリ耶蘇基督ノ前ニハ萬民同等ニシ  
 テ君臣ナク父子ナシ忠ト孝ト豈ニ現行刑法ノ維持スル所ナランヤ於是乎皇室及  
 ヒ父母ニ對スル罪ヲ嚴罰スルモ其名分ヲ失シ其精神ヲ無ニスルコト既ニ前節ニ  
 講述スル所ノ如シ而シテ此等ノ點ニ於テハ現行刑法ハ我國古來ノ慣習道義ニ重  
 大ノ關係ヲ有スルハ勿論ナレトモ刑法上カトリック教旨ヲ採用シ我臣民ヲシテ  
 不知不識ノ間ニカトリック教旨ニ支配セラル、ニ至ラシメタルハ驚ク可キノ至  
 リナリ抑モ歐洲中世史上ノ一大奇觀ハカトリック教派トプロテスタント教派ノ

鬭爭ナリシコトハ前編已ニ之ヲ論シタリ此慘憺タル多年ノ鬭爭ハ遂ニ信教自由ノ原理ニ其局ヲ結ヒ佛伊白等羅匈種族ノ邦國ハ概ネ「カトリック」主義ニ歸着シ英佛蘭等「ユート」ニツク「種族」ノ邦國ハ概ネ「プロテスタント」主義ニ歸着シタリシカ此強大ナル兩主義ハ各國ノ法律制度ニ其影響ヲ及ホシタル者太々鮮シトセス就中「カトリック」教派ハ羅馬法皇ヲ尊奉シテ之ヲ宗教的邦國ノ主權者トスルモノナレハ宗教上ノ思想ヲ以テ法律制度ノ理論ニ混入シ刑法上ニ於テ犯罪ト刑罰トノ權衡ヲ規定スルニモ亦主トシテ人類内部ノ心意上ヨリ觀察シ惡意ノ大小ヲ以テ刑罰ノ輕重ヲ量定ス可キ最上ノ標準トセリ之ニ反シテ「カトリック」主義ヲ排除シ全ク宗教ノ思想ヲ離レテ刑法ヲ論スルノ邦國ニ於テハ單ニ犯罪ヲ外形上ヨリ觀察シ其外部ニ顯出シタル形跡結果ノ大小ニ從ヒ刑罰ノ輕重ヲ定ム可キモノト爲セリ現行刑法ノ如キハ其制定ニ際シテハ普ク歐米諸邦ノ法典ヲ參酌折衷シタルハ既ニ世人ノ公許スル所ナレトモ其本體骨子タリシモノハ「カトリック」教民ヲ支配セル佛國刑法ナリ草案起草ノ大任ニ當リシ者ハ「カトリック」邦國ノ人民ナリ「カトリック」教旨カ全法典ヲ貫通スルノ痕跡アルハ決シテ怪ムニ足ラサルナリ試ニ

現行刑法カ未遂犯罪ヲ處斷スルノ方法ヲ見ヨ敢テ佛國刑法ノ如ク之ヲ既遂犯ト同視スルノ酷ニ達セサルモ既遂犯ノ刑ニ照ラシテ僅ニ一等又ハ二等ヲ減スルニ過キサルニ非ヤ既遂犯ハ犯罪タル外形ノ結果ヲ生シタルモノナリ未遂犯ハ惡意アルモ結局其結果ヲ生セサルモノナリ夫レ人ノ生命ヲ絶テタル所爲ト人ヲ殺スノ意思ナリテ單ニ己ノ手足ヲ動カシ毫モ實害ヲ他人ニ加ヘサルモノト其間僅ニ一等又ハ二等ノ差異アルニ過キストスルハ宗教的ノ思想ヲ以テ犯罪ノ惡意ノミヲ責ムルハ大ナルモノアリト爲スニ非サレハ誰カ能ク其理由ヲ發見セシヤ之ニ反シテ所謂中止犯ナルモノハ已ニ犯罪タル所爲ニ着手シ外形上未遂犯ト其形跡ヲ同フスルモ自己ノ發心ニ依リテ犯罪タル結果ヲ生スルニ至ラサシメタルモノナルヲ以テ全ク其罪ヲ論セタルハ現行刑法カ消極的ニ規定スル所ナリ宗教上ノ思想ニ基キ犯者ノ歸善心ヲ賞スルモノアリト爲スニ非サレハ誰カ能ク此減ヲ解カンヤ又試ニ我刑法カ教唆者及從犯者ヲ處斷スルノ方法ヲ見ヨ佛國刑法ノ如ク甚ダシキニ至ラサルモノアリト雖モ教唆者ヲ以テ正犯者ト同一ノ刑ニ處シ從犯ハ正犯ノ刑ニ照ラシ僅ニ一等ヲ減スルノ差アルニ過キス夫レ教唆者ハ人ヲ

シテ犯罪ノ意思ヲ決セシムルモ毫毛之カ實行ニ加ハリタル者ニ非ス從犯ハ唯正犯ノ罪ヲ犯スコトヲ知リテ其豫備タル所爲ヲ幫助スルモノ、ミニシテ毫毛犯罪タル所爲自身ニ加功セルモノニ非ス然ルニ其刑ノ斯ノ如クナルハ是レ宗教上ノ觀念ヲ以テ犯者ノ惡意ヲ責ムルニ嚴ニシテ外形上ノ形跡ヲ問フノ寛ナルノ結果ニ外ナラストス又試ニ其他編制ノ精神、不論罪及ヒ宥恕等ニ關スル我刑法ノ規定ヲ見ヨ悉ク宗教的ノ理論ヲ以テスルニアラサレハ其眞義ヲ解スル能ハサルニアラスヤ而シテ我刑法ニ於ケル此等ノ特質ハ全ク現行刑法ヲ以テ新ニ我帝國ニ輸入セルモノタリ決シテ我國古來ノ法律ヨリ遺傳シ來レルモノニ非サルナリ試ニ眼ヲ轉シテ僅々十餘年前迄我帝國ノ人民ヲ支配シタル新律綱領ヲ見ヨ謀殺既遂ヲ罰スルニ死ヲ以テスルモ其從犯ニ至リテハ流三等ニ止メ人ヲ傷スルニ至ラサル未遂犯ハ徒三年其從犯ハ杖一百ニ過キサレ等名罪ニ付キ犯罪ノ形跡ニ顯ハレタル結果ニ依リ適宜ニ罪ト刑トノ權衡ヲ定メタリ故ニ現行刑法ニ於ケルカ如ク一種ノ大主義ヲ以テ一般ノ犯罪ニ適用ス可キ宏大ナル總則ヲ設クルコトナケレハ廢篤疾ニ至ル可キ重傷ヲ負ハシメタル謀殺未遂犯ト單ニ殺意ヲ以テ毒藥ヲ食卓

上ニ備ヘタル所爲トナシテ同一ナル無期徒刑ニ處スルカ如キ大膽ノ規定ナキハ英獨法律ト畧其趣ヲ同フセルモノアリ蓋シ我立法官ハ特ニ「カトリック」教旨ヲ以テ我刑法ヲ編纂スルノ意思ナカリシヤ素ヨリ明白疑ナシト雖モ不知不識ノ間ニ我帝國臣民ヲ擧ケテ遂ニ「カトリック」教旨ノ支配スル所ト爲ラシメタリ尙ホ終リニ臨ンテ一言ス可キハ我刑法ハ右ニ述ヘタル如ク「カトリック」教旨ヲ以テ支配セラレタルカ故ニ故意ナキ過失殺罪ヲ處罰スルコト極メテ寛ナルノ點是レナリ即チ我刑法ニ依レハ過失殺罪ハ之ヲ二十圓以上二百圓以下ノ罰金ニ處スルコト過キサ宗教上ニ於テハ惡意ナキ過失ヲ問フノ要ナシテフ理由ヲ以テスルニ非サレハ誰カ能ク其所由ヲ解スルヲ得ンヤ夫ノ英法ノ如キハ過失殺罪ヲ處罰スルニ必スシモ罰金ノ刑ニ止メサルナリ今其實例ヲ示サンニ「管テ」ノルマント「號」沈没シ數十ノ同胞ヲ空シク魚腹ニ葬ルヤ世人ハ嚚々トシテ同號ノ船長「ドレーキ」ヲ難シ其謀殺罪ニ問疑セラレシコトヲ望メリ然ルニ在横濱ノ英國法廷ニ於テ之ヲ過失殺罪ト爲シ三個月ノ重禁錮ニ處スル旨ヲ言渡スヤ世人ハ憤然トシテ英國法廷ノ「ドレーキ」ヲ處スル寛ナルヲ怒レリ余輩ハ當時世人カ同胞ノ不幸ヲ憐ミ外

奴才憎むノ情切ナルヲ諷セルト同時ニ英國法廷ノ法ヲ執ル必スシモ其當ヲ失セサルコトヲ認メタリ其後百貫九カ白晝内海ニ於テ火ヲ失シ數多ノ生靈ヲ殺スヤ我裁判所ハ同船長ニ對シ無罪ヲ言渡シタルモ漸ク檢事ノ上訴ニ依リ大審院ニ於テ罰金百圓ニ處シタルニ止マリタルキ較シ來レハ其刑ノ輕重殆ント日ヲ同フシテ語ル可カラサルモノアリ

之ヲ要スルニ本章ニ論述スル所ニ依リ新舊刑法ヲ比較セハ舊法ハ一般ニ刑ノ殘酷ナルモノアリシニ拘ラス罪刑二者ノ權衡ヲシテ其平ヲ得セシメタルカ如キ重要ナル事項ニ至リテハ遠ク現行刑法ノ及ハサル所ナリ況ンヤ大寶律令ノ如キニ至リテハ眞ニ萬國ニ對シテ其美ヲ誇稱スルニ足ルモノアルナリ然ルニ今ヤ誤謬ノ折衷論ト民約論ト加特力教旨トヲ以テ悉ク我帝國三千年來固有ノ美質ヲ破壞シ了レリ慨歎ニ堪ユ可ケンヤ

上來講述シタル所ニ依リ諸君ハ刑法ノ概念刑法ノ沿革刑法ノ主義現行刑法ノ大體如何ヲ知得セラレシナラン是ヨリ本論ニ入り犯罪及刑罰ノ何物タルヤニ就テ講述スル所アル可シ

第貳編 本論

第一章 犯罪

第一節 犯罪ノ定義

本論  
犯罪  
犯罪ノ定義

犯罪ノ定義ニ付テハ古來ヨリ學說一定セス從テ古今ノ學者種々ノ定義ヲ下セリト雖モ之ヲ大觀スルトキハ刑法上立論ノ基礎ヲ異ニスルモノト其說明ノ方法ヲ異ニスルモノトノ二ニ外ナラス而シテ立論ノ基礎ヲ異ニスルモノトハ一ハ刑罰ナル觀念ヲ主トシテ犯罪ノ定義ヲ下シ他ハ犯罪タル所爲ヲ主トシテ犯罪ノ定義ヲ下シタルモノナリ說明ノ方法ヲ異ニスルモノトハ一ハ形式的ニ犯罪ノ定義ヲ說明シ他ハ實質的ニ犯罪ノ定義ヲ說明スルモノナリ故ニ刑罰ナル觀念ヲ主トシテ犯罪ノ定義ヲ下スモノニシテ形式的ニ說明スルモノト實質的ニ說明スルモノトノ二アリ又犯罪タル所爲ヲ主トシテ犯罪ノ定義ヲ下スモノニシテ形式的ニ說明スルモノト實質的ニ說明スルモノトノ二アリ左ニ此四個ノ定義ヲ學ケテ之カ論評ヲ下サン

(一) 刑罰ナル觀念ヲ主トシテ刑法ヲ論スルモノニシテ犯罪ノ定義ヲ形式的ニ說



明スル者ハ曰ク「犯罪トハ法律ニ於テ罰ス可キ行爲ナリ」ト此定義ハ二個ノ缺點アルヲ免レス其第一ハ此定義ハ論理學上所謂以問爲答ノ誤謬ニ陥リタルモノナリ何トナレハ如何ナル所爲カ犯罪ナルヤトノ問ニ答ヘテ法律ノ罰スル行爲ハ總テ犯罪ナリト云フモノアラハ以テ能ク其問ニ答ヘ得タルモノト爲スヘキ乎是レ恰カモ法律ニ定メタルモノハ皆悉ク犯罪ナリト答フルト一般ニシテ犯罪ノ性質如何ヲ説明シタルモノニアラサルナリ今試ミニ卑近ナル例ヲ擧ケテ之ヲ説明スレハ犯罪ハ惡戯ナリ刑罰ハ點灸ナリト假定シ惡戯ヲ爲スモノハ點灸ス可シト云フハ則チ可ナリ然レトモ惡戯ハ點灸スルモノナリト解スルハ則チ不可ナリ何トナレハ點灸スル事柄ニシテ必スシモ惡戯ナラサルコトアレハナリ第二ニ此定義ニ於テハ犯罪ハ罰ス可キ行爲ナリト云フト雖モ法律上實際刑罰ヲ科セサル行爲ニシテ尙ホ犯罪ト爲サル可カラサルモノアリ例ヘハ期滿免除ヲ受ケタル者ノ如キ犯罪アリト雖モ法律ハ之ヲ罰セサルナリ又親族相盜ノ如キ法律ハ刑罰ヲ科セスト雖モ犯罪タルヲ妨ケス然ラハ則チ犯罪トハ罰ス可キ行爲ナリト云ヘル定義ハ事實上既ニ誤レリト云フ可シ或ル學者ハ曰ク

法律ハ萬能ナルカ故ニ罰セサル犯罪ヲ規定スルコトヲ得ヘシト雖モ犯罪ニシテ罰セサル行爲アルハ畢竟例外タルニ過キスト然レトモ要スルニ犯罪ヲ形式的ニ説明スルハ到底其性質如何ヲ完全ニ表彰スルコト難シ

(二) 刑罰ナル觀念ヲ主トシテ刑法ヲ論スル者ニシテ犯罪ノ定義ヲ實質的ニ説明スル者ハ曰ク「犯罪トハ罰ス可キ所爲ナリ」ト即チ形式的定義トモ異ナル所ナシ即チ同一ノ定義ニシテ或ハ形式的ニ説明セラレ或ハ實質的ニ説明セラレ唯其實質的ニ説明セラレ、場合ハ此定義ニ尙一步ヲ進メテ然ラハ刑罰トハ如何ナル性質ノモノナルヤヲ併セテ説明スルニ在リ而シテ此派ノ説明スル所ニ由レハ「刑罰トハ命令權ヲ有スル者ヨリ禁制セラレタル行爲ニ對シ其行爲ノ禁制セラレタルモノナルコトヲ認知セシムルカ爲メニ各人ニ宣示セラレタル害惡ナリ」ト今此定義ヲ分析スレハ第一ニ刑罰ハ一ノ害惡ナリト云フニ在リ然レトモ一方ヨリ觀察スレハ刑罰ハ犯人ヲ改良シ又之ヲ懲戒スルノ效アリ故ニ之ヲ害惡ト云フノ甚タ不可ナルカ如シ然レトモ是レ唯刑罰ヨリ生スル偶然ノ結果タルニ過キス正面的ニ云ヘハ刑罰ハ一ノ害惡タルニ相違ナキナリ第二ニ此定

義ニ從ヘハ刑罰ハ禁制セラレタル行爲ニ對スルモノニシテ各人ニ命令ノ權ヲ有スル者ヨリ示サレタルモノナリ例ヘハ殺人ノ所爲又ハ貨幣偽造ノ所爲ノ如キ禁制セラレタル行爲ナルカ故ニ是等ノ所爲ヲ爲シタル者ハ刑罰ヲ科セラル、ニ至ル可シ即チ禁制セラレタル行爲ト刑罰トハ相互ニ原因結果ヲ爲スモノナリ第三ニ此定義ニ從ヘハ刑罰ニモ全ク目的ナキニアラス即チ其目的ハ定義ニ示セルカ如ク犯人ノ爲シタル行爲ハ禁制セラレタル行爲ナルコトヲ認知セシムルノ目的ヲ有ス是即チ正面的ノ目的ナリ而シテ側面的ニ改良懲戒等ノ目的ヲ有ス可シ斯ノ如ク一々分解シテ説明スルトキハ前掲ノ定義ハ頗ル明了ナルニ至ル可シ而シテ此定義ニ依リテ之ヲ觀レハ強制執行ハ刑罰ニアラサルコトヲ知ルニ足ラン何トナレハ強制執行ハ義務ヲ履行セシムルカ爲メニ爲スモノニシテ禁制セラレタル行爲ナルコトヲ認知セシムルノ目的ヲ以テ爲スモノニアラサレハナリ損害賠償、過怠金ノ如キ亦然リ行政警察ノ處分ノ如キ亦刑罰ニアラサルナリ

(三) 犯罪タル所爲ヲ主トシテ刑法ヲ論スル者ニシテ形式的ニ犯罪ノ定義ヲ下ス

者ハ曰ク「犯罪トハ法律ニ於テ犯罪ト認ムル行爲ナリ」ト此定義ハ甚シク形式的ニ傾キテ何等ノ意義ナシ然レトモ犯罪ヲ主トシテ形式的ニ定義ヲ下サント欲セハ勢ヒ斯クノ如ク説明セサル可カラズ

(四) 犯罪トハ法律ニ於テ犯罪ト認ムル行爲ナルニ相異ナシト雖モ須ク立法官タル者ハ如何ナル所爲ヲ犯罪ト爲ス可キヤ即チ其標準ヲ定メテ犯罪行爲ヲ規定セサル可カラス是レ即チ犯罪ヲ主トシテ刑法ヲ論スル者ノ實質的ニ犯罪ノ定義ヲ説明スル所以ナリ而シテ此學派ニ關シ種々ノ定義アリト雖モ現今普通ニ行ハレ最モ學者間ニ批難少ナキモノハ獨逸ノ碩學ベルネル氏ノ下シタル定義ナリ曰ク「犯罪トハ各人カ公權若シハ公權並ヒニ私權ヲ破リ又ハ國家ヲ維持スルニ必要ナル風儀、道德ヲ紊リテ會社一般ノ意思ヲ破ル不正行爲ノ一種ナリ」ト此定義ニ從フトキハ第一ニ犯罪ナルモノハ不正行爲ノ一種ナリ故ニ法律ニ於テ若シ正當ナル行爲即チ慈善ヲ行フカ如キ行爲ヲ罰スルカ如キコトアラハ法律自身ニ於テハ有效ナル可シト雖モ該法律ハ立法ノ趣旨ヲ誤レル法律ナリト云ハサル可カラス然ラハ不正ノ行爲トハ如何ナル行爲ヲ云フ乎是レ人間社

會一般ノ智識ニ依リテ推知シ得ルノ外他ニ途ナシト信ス而シテ或ル學者ハ不正ノ行爲ヲ分テ行爲自身不正ナルモノヲ絶對的不正ノ所爲トナシ所爲自身不正ニアラサルモ法律ニ於テ其行爲ヲ禁制シ之ヲ犯ス者ニ刑罰ヲ定メタルモノヲ相對的不正ノ所爲トナセリ英國ニ於テモ行爲自身ノ罪惡ト法律カ禁制シタル罪惡トノ二ニ區別シタリ學者或ハ此區別ヲ難シテ曰ク是必要ナキ區別ナリ何トナレハ等シク法律ニ於テ禁制シタル行爲ニシテ二者畢竟同一ナレハナリト然レトモ立法上ヨリ實體的ニ不正ノ行爲ヲ論スルトキハ當然此區別ヲ爲サ、ル可カラサルナリ第二ニ此定義ニ從ヘハ犯罪ハ外形ニ表ハレタル行爲ナラサル可カラス第三ニ犯罪ハ公權ヲ破ルカ公權、私權ヲ併セテ破ルカ又ハ風儀道德ヲ紊サ、ル可カラス公權ヲ破ル犯罪トハ即チ國事犯ノ如キモノニシテ公權並ヒニ私權ヲ破ル犯罪トハ強竊盜ノ如キ即チ是ナリ又單ニ風儀道德ヲ紊ル犯罪トハ例ヘハ賣淫婦ノ如シ是等ノ行爲ハ國家ノ權利ヲ害セス又何人ノ權利ヲモ害セス唯社會ノ風儀道德ヲ紊ルニ依リテ犯罪タリ第四ニ犯罪ハ社會一般ノ意思ニ反スル所爲ナラサル可カラス而シテ社會ノ意思ノ外形ニ表ハレタル

モノハ即チ法律ニシテ凡ソ立法官タル者ハ社會一般ノ意思ヲ推知シテ法律ヲ制定セサル可カラサルナリ

以上論スル所ヲ以テ犯罪ノ定義ヲ説明シタリ諸子宜シク此等ノ各定義ヲ湊合一括シテ研究セハ能ク犯罪ノ性質如何ヲ悟了スルコトヲ得ヘシ

第二節 犯罪ノ種類

犯罪ノ種類

我刑法ハ罪ヲ分テ重罪、輕罪、違警罪ノ三種トス此區別タル今日文明諸國ノ概ニ採用スル所ニシテ重罪ハ死刑、徒刑若クハ流刑、懲役及禁獄ノ刑ノ一ヲ以テ罰シ輕罪ハ禁錮、罰金ノ刑ヲ以テ罰シ違警罪ハ拘留、科料ノ刑ノ一ヲ以テ之ヲ罰ス故ニ立法官カ法律ニ於テ此三種ノ區分ヲ爲シタルノ理由ハ全ク犯罪カ國家ノ正義ヲ侵害スル程度ノ輕重大小ニ基キタルモノナル可シト雖モ業既ニ法律制定セラレタル今日ニ至リテハ唯其結果ヨリ之ヲ觀察シテ重キ刑ヲ以テ罰スルモノハ之ヲ重罪トシ輕キ刑ヲ以テ罰スルモノハ之ヲ輕罪トスルノ外ナカル可シ但此犯罪ノ區別ハ裁判管轄等刑事訴訟上ノ手續ヲ整理スルノ上ニ於テ重大ナル法律上ノ差異ヲ立ツレカ爲メ又缺ク可カラサル必要ノ理由アルハ勿論ナリ

倍茲ニ一問題アルハ重罪トハ如何ナル所爲ヲ云ヒ輕罪トハ如何ナル所爲ヲ指ス  
 ヤト云フニ在リ若シ夫レ重罪ヲ以テ重罪ノ刑ヲ以テ罰スルモノト爲シ輕罪ヲ以  
 テ輕罪ノ刑ヲ以テ罰スルモノトスルトキハ自首減輕宥恕減輕酌量減輕等ヲ爲ス  
 可キ場合ト雖モ其減輕シタル結果ノ刑ヲ以テ其所爲ノ罪名ヲ定メサル可カラズ  
 故ニ本來重罪タル可キ犯罪ト雖モ判官之ヲ減輕シテ現ニ之ニ科スルニ輕罪ノ刑  
 ナリテシタルトキハ該犯ハ即チ一ノ輕罪犯ニシテ重罪犯ニ非サルナリ然レトモ  
 酌量減輕ノ情狀アル犯罪ノ如キハ裁判言渡ノ上ニ非サレハ其罪種ヲ定ムル能ハ  
 サルモノトスレハ訴訟上裁判管轄ヲ定ムルコト能ハサルカ如キノ不都合ヲ來タ  
 ス可シ故ニ未タ判決ヲ經サル犯罪ニ付テハ重罪ノ刑ヲ以テ罰ス可キモノハ重罪  
 ニシテ輕罪ノ刑ヲ以テ罰ス可キモノハ輕罪トスルニハ法律上未タ加重減輕セザ  
 ル刑ヲ以テ其罪名ヲ定メサル可カラス但刑法第二編以下ノ各條ニ記載セル加重  
 減輕ハ此限ニ在ラストス蓋シ刑法總則即チ一般ノ加重減輕ト二編以下ノ各條即  
 チ特別ノ加重減輕トハ大ニ其性質ヲ異ニシ一ハ只刑ノ加減ニ過キサルモ一ハ罪  
 質ヲ變更スルニ足ルモノナリ試ニ思ヘ丁年未滿ノ者重罪ヲ犯シ刑法第八十一條

ニ依リ一等ヲ減シテ輕罪ノ刑ニ處スルハ何故ソヤ幼者カ重罪ヲ犯スモ將タ丁年  
 者カ重罪ヲ犯スモ社會國家ヲ害スルノ點ニ至リテハ同一ナリ故ニ重罪ハ依然タ  
 ル重罪ナルモ幼者ノ故ヲ以テ唯其刑ヲ減スルノミニシテ其罪ヲ減シタルモノニ  
 非ス之ニ反シ内亂罪ニ與シ諸般ノ職務ヲ爲シタル者ニシテ刑法第二百一一條第  
 三項ニ依リ輕禁獄ニ該ル者ハ重罪ナレトモ其豫備ヲ爲スニ止マルモノハ第二百  
 十五條ニ依リ各一等ヲ減シ輕禁錮ノ刑ニ處ス可キトキハ其罪質ハ輕罪ナリ法律  
 ノ明文ニハ一等ヲ減スト云ヒ恰モ刑ヲ減スルノ意タルヲ推測スルコトヲ得ルニ  
 似タレトモ是レ立法官カ逐一其刑名ヲ記載スルノ煩ヲ避ケ單ニ某々ノ條ニ照テ  
 シ一等ヲ減スト記載シタルニ過キス否ラスンハ即チ第二百二十五條モ亦第二百  
 一條ト等シク極メテ冗長ナル法文ヲ設ケサル可カラサルニ至ル可ケレハナリ蓋  
 シ特別ノ加重減輕ハ皆此類ニシテ其實眞ニ本刑ヲ加重減輕シタルモノニ非ス但  
 殺傷ニ關ズル宥恕減輕ハ刑法第三編中ニ記載スルモ其性質ハ一般ノ減輕ニ屬セ  
 サル可カラサル所ハ各論ノ講義ニ讓ル

犯罪ノ成立

### 第一章 犯罪ノ成立

刑法汎論 本論 犯罪ノ成立

抑モ犯罪ノ成立ヲ論スルニ二様ノ方法アリ一ハ犯罪ノ成立ニ必要ナル原素ヲ集合スルモノニシテ之ヲ犯罪ノ構成法ト云ヒ一ハ犯罪ノ成立ニ必要ナル原素ヲ離散スルモノニシテ之ヲ犯罪ノ分析法ト云フ然レトモ已ニ犯罪ノ原素ヲ分析スレハ此元素ハ必然犯罪ノ構成ヲ爲ス可キモノナルヲ以テ余ハ此兩様ノ方法ヲ併セテ之ヲ利用セント欲スルナリ

凡ソ犯罪ハ外形ニ顯出シタル一ノ所爲ナルコトハ前章ニ於テ已ニ論述シタル所ナルカ此所爲ノ外犯罪ハ尙ホ他ニ必要ナル條件ヲ具備スルニ非サレハ成立スルコトナシ即チ(第一)此所爲ヲ行フ所ノ主體即チ犯人(第二)此所爲ヲ受クル所ノ物體即チ被害者(第三)主體ト物體トヲ連結スル所ノ手段アルヲ要ス此三條件中其一ヲ缺クトキハ犯罪ハ決シテ成立スルコトヲ得サルナリ今之ヲ左ノ數節ニ分チテ詳述セム

### 第一節 犯罪ノ主體、物體及手段

#### 第一款 犯罪ノ主體

##### 第一項 犯罪ノ主體タルヲ得ヘキ者

犯罪ノ主體  
物體及手段  
犯罪ノ主體  
物體及手段  
犯罪ノ主體  
物體及手段  
犯罪ノ主體  
物體及手段

犯罪ノ主體即チ犯罪者タルコトヲ得ヘキ者ハ只五官ヲ有スル吾人人類ノミニ限レリ人類ト人類ニ非サル動物トノ區別ハ暫ク之ヲ動物學ニ譲リ夫ノ風伯激シテ人畜ヲ斃シ火神怒テ家屋ヲ燒クモ犯罪ニ非ス又夫ノ怪物精神ヲ惱マシ禽獸人ヲ傷クルモ亦之ヲ刑法ニ問フコトヲ得ス況ンヤ生ナキ草木金石ノ如キオヤ是レ最モ親易キノ原理ニシテ何人ト雖モ敢テ之ヲ疑フ者ナカル可シ然ルニ我刑法ハ或ハ生ナキ物件ヲ以テ尙ホ能ク犯罪ノ主體タルヲ得ヘキモノトスルコトナキヤ否ヤ大ニ疑ハサルヲ得ス試ニ第四十三條及第四十四條ヲ見ヨ法律ニ於テ禁制シタル物件ハ何人ノ所有ヲ問ハス附加刑トシテ之ヲ沒收シ且必ス裁判ニ於テ之ヲ宣告ズ可キモノト定メタリ然レトモ犯人ノ所有ニ非サル他人ノ物件ヲ沒收シ痛痒相感セサル犯人ニ向ヒテ之ヲ宣告スルノ謂レナケレハ此裁判ハ必スヤ沒收セル物件自身ニ對スルモノヲラサルヲ得ス物件ヲ以テ犯罪人ト爲スカ如キハ到底法理ノ許サ、ル所ナリ事ハ尙ホ後編ニ於テ詳論セム

又民法ニ於テハ法律上人ヲ分チテ有形人無形人トスレトモ此區別ハ單ニ民法及行政法ノ範圍ニ於テ許容ス可キモノニシテ刑法ノ承認スル所ニ非ス刑罰問フ所

ノ犯人ハ唯肉體ノ感覺ヲ有スル有形人ノミニ限レリ國家府縣郡區市町村會社等ノ如キハ唯無形ナル想像上ノ一個人ノミ此等無形人ハ外觀上無形人タル資格ヲ以テ罪ヲ犯スモノ、如クナレトモ其實此等ノ無形人ヲ組織スル有形人ノ所爲タルニ過キサレハ法律ハ唯現ニ犯罪ニ手ヲ下シタル有形人ヲ罰ス可シ例ハ警察規則ヲ以テ設ケタル屋上制限ノ如キハ市内一般ノ家屋建築物ノ所有主ヲシテ其義務ヲ負ハシメタルモノニシテ官民共ニ之ヲ遵守セサレハ火災警察ノ目的ヲ達スルコトヲ得ス故ニ市邑又ハ官署等ニシテ此制限ニ違ヒタル家屋ヲ建築スルトキハ其市邑官署ニ奉仕スル會計若クハ營繕ノ主務吏員ヲ罰セサル可カラズ蓋シ此等ノ官吏ハ長官ノ命令ニ依リ該家ヲ建築スルモノナレトモ苟モ此法律アル以上ハ其法律ヲ知ルノ義務アル可ク又長官ノ命令ヲ執行スルニハ必ス法律ノ規定ニ從ヒ屋上制限ニ適シタル家屋ヲ建築スルノ義務アルモノナレハナリ又他方ヨリ觀察スルモ市町村ノ如キ會社ノ如キ無形人ハ如何ナル方法ヲ以テ之ニ刑罰ヲ科スルコトヲ得ヘキヤ又假リニ刑罰ヲ科スルコトヲ得ルトスルモ肉體ノ感覺ナキ無形人ヲ處罰シテ果シテ刑罰ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘキヤ論シテ茲ニ至ラ

主體タル  
犯罪者ノ  
能力

ハ犯罪ノ主體タル者ハ吾人人類タル可キコト復々辯明ヲ要セサル可シ

第二項 主體タル犯罪者ノ能力

犯罪ノ主體タルヲ得ヘキ者ハ獨リ吾人人類ノミニ限レトモ吾人人類ハ必スシモ犯罪ノ主體タルヲ得ヘキモノニ非ス換言スレハ犯罪ノ主體タルニハ其能力即チ刑罰ノ責任ヲ負フニ足ル可キ能力ナカル可カラズ其能力ハ左ノ三原素ヨリ成立ス

第一、自己ニ關スル知覺 即チ自己自身ナル我アルコトヲ知ルノ智識ナリ夫ノ幼者ノ如キハ我アルヲ知ラス或ハ一箇ノ所爲ハ果シテ我ノ爲ス所ナル乎將タ他人ノ爲ス所ナル乎ヲ區別スルコト能ハサル者ナリ

第二、他人又ハ外物ニ關スル知覺 即チ我ヨリ外ナル事物ノ關係ヲ知ルノ智識ニシテ或ル一箇ノ所爲ハ我ノ爲ス所タルヲ知ル(即チ自己ニ關スル知覺アリ)ト雖モ我ノ所爲ハ我ヨリ外ナル他人又ハ外物ニ對シテ如何ナル結果ヲ與フルヤ否ヲ知ラサル者ハ他人又ハ外物ニ關スル知覺ナキモノナリ例ハ白刃ヲ振テ人ヲ毆ツハ我ノ所爲ナルコトヲ知ルモ其所爲ハ果シテ如何ナル結果ヲ生スルヤ否ヲ知ラサ

ル幼者ノ如キ是ナリ

第三、是非ヲ辨別スルノ知覺 自己及他人若クハ外物ニ關スル智識アリト雖モ其所爲ノ是非善惡ヲ知ラサル場合アリ例之ハ或ル程度ノ未丁年者ノ如キ我レ我カ腕力ヲ用ユルトキハ此刀ヲ振フコトヲ得ヘク此刀ヲ揮テ他人ヲ毆ツトキハ自然ノ理ニ依リ他人ノ身體ヲ傷ケ他人ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生スルコトヲ知ルモ(即チ自己及他人若クハ他物ニ關スル知覺アルモ)尙ホ他人ヲ傷ケ他人ヲ殺スハ正理ニ反スルヤ否ヲ知ラサルナリ

以上ノ三原素ヲ稱シテ智能ト云ヒ犯罪ノ主體即チ犯罪者ニシテ之ヲ具備セルモノチ犯罪者タルノ能力アルモノト云フ故ニ三原素中其一ヲ缺クモ尙ホ犯罪無能力者ニシテ犯罪ノ責任ヲ負フノ能力ナキモノトス故ニ犯罪ノ責任ニハ輕重大小ノ度ナクシテ縱令一原素ヲ缺クモ全ク犯罪ノ責任アル可キモノニ非ス我刑法ハ十六歳以上二十歳未滿ノ幼者ハ本刑ニ一等ヲ減シテ之ヲ罰スルモ是レ犯罪ノ責任ニ關スル能力ニ程度アルニ非ス唯年齢ヲ以テ法律上其刑ヲ宥恕スルノ情狀トスルモノニ過キサルナリ

犯罪主體  
無能力及幼  
者

犯罪ノ責任自身ト此責任ヲ負フノ能力トヲ混同スルヤトカレ可カラズ犯罪ノ責任ハ所爲ニ就キ其責任ノ有無ヲ論シ責任ヲ負フ可キ効力ノ有無ハ犯罪者タル人ニ就テ論スルモノナリ即チ一ハ所爲如何ニ就テ論シ一ハ人ノ能力如何ニ就テ論スルモノナリ然ルニ學者往々此二者ヲ同一視シ犯罪ノ責任ヲ負ハシムルコトハ智識ト自由トヲ以テ其要件トスレトモ智識ノ有無ハ犯人ノ能力有無ノ問題ニ屬シ自由ノ有無ハ所爲ノ存否ノ問題ニ屬ス但自由ト責任トノ關係ニ就テハ尙ホ本章後節ニ詳述スル所アル可シ

### 第三項 犯罪主體ノ無能力

#### 第一段 瘋癲及幼者

瘋癲ハ既ニ前段ニ於テ講述シタル人類ノ智識ヲ缺ク者ナリ狂者ノ其己レヲ見ルヤ或ハ君主タリ或ハ耶蘇タリ自己ニ關スル智覺アル可キモノニ非ス其監禁セラハ所ノ密室ハ或ハ宮城タリ或ハ天界タリ其着ル所ノ短衣ハ或ハ大禮服タリ或ハ弊衣タリ而シテ其伴フモノ同室患者ハ或ハ臣下タリ或ハ信者タリ他人若クハ外物ニ關スル智覺アル可キモノニ非ス況ンヤ其所爲ノ是非善惡ヲ辨別スルノ

智識ヲヤ傳へ聞ク某氏カ或ル瘋癲病院ヲ見舞ケルニ一婦人ノ臉下羞ヲ含ミ頻ニ袖ヲ以テ其面ヲ掩フ者ヲ見タリ之ヲ警員ニ問へハ彼レハ自ラ平清盛ノ妾常盤御前ト信スルナリト又一男子ノ木片ニ跨リ馬ヲ御スルノ狀ヲ爲ステ見ル之ヲ同へハ彼レ自ラ加藤清正ナリト信シ今ヤ朝鮮ニ在リテ三軍ヲ叱咤スルノ所ナリト瘋癲者カ人類ノ智能ヲ欠ク夫レ斯ノ如シ犯罪ノ責任ヲ負フノ能力ナキヤ素ヨリ明白ナリ然レトモ我刑法ハ單ニ第七十八條ニ於テ罪ヲ犯ス時智覺精神ノ喪失ニ因リ是非ヲ辨別セサル者ハ其罪ヲ論セスト云ヒ瘋癲者ノ所爲ノ點ヨリ其罪ナキコトヲ定メ人ノ能力ノ點ヨリ其不論罪タルヲ定ムルコトナキム稍學理ニ違フノ嫌ナキニ非サルモ夫ノ間發症ノ瘋癲者カ精神靜止ノ時ニ於テ罪ヲ犯シタルヲ不問ニ付スルカ如キコト勿ラシメントノ注意ニ出テタルモノニ似タリ但精神靜止ノ時ニ犯シタル罪ハ之ヲ罰スルコトヲ得ルモ再ヒ精神ノ錯亂ヲ來シタルトキハ其刑ヲ執行シ得へキモノニ非ス何トナレハ獄室ヲ以テ宮城ト思惟シ獄丁ヲ以テ從臣ト信スル囚徒ニ對シテ其刑ヲ執行スルモ決シテ刑罰ノ目的ヲ達シ得へキモノニ非サレハナリ

幼者ハ其年齡ニ從ヒ智能發達ノ度ヲ異ニスルカ故ニ我刑法(第七十九條乃至第八十二條)ニ於テハ年齡ニ依リ之ヲ分ナテ三級ト爲シ第一ノ幼者ハ十二歳以下、第二ハ十二歳以上十六歳以下、第三ハ十六歳以上二十歳以下ト爲ス而シテ第一ノ幼者ハ全ク其罪ヲ論セス第二ノ幼者ハ犯時其所爲ノ是非善惡ヲ辨別シタルト否トヲ審査シ辨別ナクシテ犯シタルトキハ其罪ヲ論セス第三ノ幼者ハ全ク犯罪ノ責任ヲ負ハシムルモ唯其刑ヲ減輕スルニ止マレリ故ニ犯罪ノ責任ヲ負フ可キ能力ノ點ヨリ茲ニ論ス可キハ第一、第二ノ幼者ニ在リ

第一ノ幼者ハ全ク智能ヲ缺ク者ナリ幼者ノ己レヲ稱スルヤ(余)ナル代名詞ヲ用井スシテ自ラ直ヤニ其名ヲ稱シ又ハ一般幼者ヲ稱スル普通名辭ヲ用井ルカ如キハ是レ自己ニ關スル智覺ナキノ證ナリ又幼者ノ見聞スル萬種ノ顯象ハ幻境ナリ夢裏ナリ暴風ノ人ヲ斃スノ顯象モ兇漢ノ人ヲ殺スノ顯象モ其間敢テ差異アルナシ是レ他人又ハ外物ニ關スル智覺ナキノ證ナリ況ンヤ其所爲ノ是非善惡ヲ識別スルノ智識ヲ有スルヲヤ是レ我刑法カ第一ノ幼者ヲ以テ全ク犯罪ノ主體タル可キ能力ナキモノト定メタル所以ナリ



然レトモ第二ノ幼者ニ在リテハ既ニ自己又ハ外物ニ關スル智覺ヲ有シ刀ヲ振ヘ  
 ハ人ヲ傷ケ物ヲ撲テハ之ヲ破ルコトヲ知レトモ其所爲ノ是非善惡ニ至リテハ或  
 ハ之ヲ知ルコト能ハサル者ナキニ非ス故ニ我刑法ハ各事件ニ付キ是非辨別ノ有  
 無ヲ以テ犯罪ノ有無ヲ分ツ可キ標準トセリ  
 斯ク幼者ハ犯罪ノ主體タル可キ能力ナキモノニシテ罪トナル可キ所爲ヲ行フト  
 雖モ其所爲ハ大風ノ家屋ヲ倒シ禽獸ノ人ヲ害スルト一般重罪、輕罪、違警罪ヲ問ハ  
 ス其責任ナキヤ明カナリ但我刑法カ其第八十三條ヲ以テ特ニ違警罪ニ限リテ第  
 二ノ幼者即チ十二歳以上十六歳未滿ノ者ハ是非ノ辨別ナキモ仍ホ其刑ヲ宥恕ス  
 ルニ止マリ其犯罪ノ責任ヲ負フノ能力アルモノト定ノタルニ至リテハ余ハ其理  
 由ヲ發見スル能ハサルナリ論者往々說ヲ爲シテ曰ク違警罪ハ故意ヲ要セサル犯  
 罪タルヲ以テ幼者ト雖モ其罪ヲ論セサル可カラスト違警罪ハ故意アルヲ要セス  
 トスル論理ノ誤謬ハ各論ノ末編ニ於テ之ヲ論ス可シト雖モ假リニ一步ヲ讓リ違  
 警罪ハ故意ヲ要セサルモノトスルモ故意ヲ要セサル犯罪ハ必スシモ違警罪ノミ  
 ニ限ラス輕罪ト雖モ過失ヲ罰スル場合アルヲ如何セン又更ニ一步ヲ讓リ假リニ

白痴及瘖  
 啞者

違警罪ハ幼者ト雖モ其罪ヲ問フ可キモノトスルモ此論理ニ從ヘハ第一、第二ノ幼  
 者ヲ問ハス共ニ其罪ヲ論セサル可カラサルニ我刑法カ第一ノ幼者及瘖啞者ニ就  
 テハ違警罪ト雖モ其罪ヲ問ハサルヲ奈何セン

第二段 白痴及瘖啞者

瘖啞者ハ耳聽ク能ハス口云フ能ハサル者ニシテ知能ノ發達極メテ緩漫ナル者ナ  
 レトモ必スシモ犯罪ノ責任ヲ負フノ能力ナキ者ニアラス特ニ近世瘖啞者ヲ教育  
 スルノ道ヲ整備セル邦國ニ於テハ瘖啞者ト雖モ能ク知能ヲ具備スル者ナキニ非  
 ス然ルニ我刑法ハ此場合ニ於テハ第七十八條ヲ適用セス第八十二條ニ於テ瘖啞  
 者罪ヲ犯シタル時ハ其罪ヲ論セスト明定シ知能ヲ有スル者ト否ラサル者トヲ區  
 別スルコトナシ

白痴モ亦智能發達ノ緩漫ナル者ニシテ其太甚シキニ至リテハ自己ニ關スル智覺  
 ナ缺ク者アリト雖モ概ニ是非ヲ辯明スルノ智覺ナキヲ以テ通常トス我刑法ハ別  
 ニ白痴者ヲ以テ犯罪ノ主體タル能力ナキ者ト明定セス各所爲ニ就キ第七十八條  
 ナ適用ス可キモノト爲シタレハ智覺精神ノ喪失ニ至ラス是非ノ辨別アル者ハ常

一時ノ智能ノ喪失ニ基ク無能力

無能力者ノ處分

第三段 一時ノ智能ノ喪失ニ基ク無能力

人ト同一ノ刑ヲ科シ第二ノ幼者ニ於ケルカ如キ法律上ノ宥恕ヲ與フルコトナシ  
前段ノ外仍ホ二三ノ無能力者アリ即チ非常ノ憤激ニ依リ一時智能ヲ喪失シタル  
場合ニハ全ク犯罪ノ責任アルコトナシ又睡眠中覺ヘス驚テ罪ヲ犯スカ如キハ所  
謂夢狂ナル者ニシテ往々見聞スル所ナリ此等犯者ノ動作スル境域ハ眞ノ夢境ニ  
シテ現世界ニ非サルヲ以テ自己及外物ニ關ルル智覺ナキハ明カナリ決シテ犯罪  
ノ責任ヲ負ハシム可キモノニ非ス又醉狂者ノ犯罪ノ責任ニ就テハ學者ノ議論頗  
ル數多ニシテ學者或ハ醉狂ヲ全醉半醉等ト分別シ以テ責任ノ有無ヲ定ムルノ標  
準ト爲ス者アレトモ我刑法ハ斷然此等ノ區別ヲ用ヰス唯第七十八條ニ依リ智覺  
精神ヲ喪失シ是非ノ辨別ナキニ至レル者ハ其罪ヲ論セズ故ニ縱令罪ヲ犯スニ便  
宜ナル爲メ大醉シテ其目的タル罪ヲ遂クルモ苟モ眞ニ精神喪失シテ是非ノ辨別  
ナキモノニ至リテハ敢テ其罪ヲ問フコトナシ但此場合ニハ精神喪失ノ事實ヲ證  
明スルノ極メテ困難ナル可キコトヲ注意セサル可カラズ

第四段 無能力者ノ處分

犯罪責任ノ無能力者ハ其所爲罪ト爲ラス從テ何等ノ刑ヲ科ス可キモノナキヲ以  
テ全ク此等無能力者ヲシテ其爲ス所ニ放任シ社會ニ横行セシメテ可ナル乎曰ク  
否宜シク行政上ノ處分ヲ施シ以テ社會ノ平和ヲ保タサル可カラズ是ニ於テ我刑  
法ハ情狀ニ依リ滿八歳以上ノ幼者ハ滿十六歳ニ過キサル時間(第七十條)十二歳以上  
十六歳未滿ノ幼者ハ滿二十年ニ滿タサル時間(第八條)瘖啞者ハ五年ニ過キサル時間  
(第八十條)之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得ヘキモノトセリ但此留置ハ敢テ刑ノ性質  
ヲ帶フルモノニ非ス幼者ノ場合ニ於テハ國家カ父母ニ代テ施ス所ノ強迫教育ニ  
シテ瘖啞者ノ場合ニ於テハ豫防警察ノ目的ニ出テタル行政處分ナリ  
然レトモ我刑法ハ瘋癲白痴及其他第七十八條ニ該當スル不能力者ニ就テハ敢テ  
其處分ヲ定ムルコトナシ就中瘋癲ノ如キハ之ヲ社會ニ放逸セシムルハ宛モ虎ヲ  
市ニ放ツカ如キ感ナキ能ハサルナリ然レトモ是レ決シテ我刑法ノ欠點ニ非ス蓋  
シ瘋癲ハ瘋癲者タルノ一事ヲ以テ當然之ヲ私宅又ハ病院ニ監禁セサルヲ得サル  
モノナルヲ以テ幼者ノ如ク犯罪ニ相當ス可キ所爲アルヲ待ツテ始メテ留置ノ處  
分ヲ爲スモノト大ニ其趣ヲ異ニスル所以ナリ

### 第二款 犯罪ノ物體

#### 第一項 犯罪物體ノ物理的能力

犯罪ハ物理上之ヲ行フコトヲ得ヘキ物體ニ對スルニ非サレハ成立スルコトヲ得  
 ス夫ノ偶像ヲ殺シ人影ヲ斬ラントスルカ如キハ物理上無能力ノ物體ニ對スル所  
 爲ニシテ之ヲ稱シテ不能犯ト云ヒ法律ノ罪トセザル所ナリ故ニ不能犯ナルモノ  
 ハ其所爲ノ不能ニアラスシテ其物體ノ無能力ナリ能ク此區別ヲ了知スルニ非サ  
 レハ不能犯ト欠効犯若クハ未遂犯ヲ混同スルニ至ル可シ即チ或學者ノ唱道スル  
 如ク爲シ能ハサルノ所爲ヲ稱シテ不能犯ナリト云フトキハ如何ニシテ其未遂犯  
 トチ區別スルヲ得ヘキヤ例ヘハ此學者ノ說ニ依レハ夫ノ偶像ヲ殺シ人影ヲ斬ル  
 カ如キハ到底爲シ能ハサルノ所爲ナルヲ以テ之ヲ不能犯ナリト云フニ在レトモ  
 試ニ未遂犯ノ場合ヲ想像セヨ甲者乙者ヲ狙撃セルニ彈丸正路ヲ失シテ乙者ノ傍  
 ナル樹木ヲ射撃セリ此場合ニ於テ天帝ノ眼ヨリ見レハ甲者ノ彈丸ハ最初ヨリ其  
 樹木ニ向ヒタルモノニシテ乙者ニ向ヒタルモノニ非ス若シ然ラスシテ最初ヨリ  
 乙者ニ向ヒタルモノナラシメハ乙者ニ的中セザルノ理アルコトナシ故ニ乙者ヲ

### 第二項 犯罪物體ノ法律上ノ能力

犯罪者ヲシテ其犯罪ノ責任ヲ負ハシムルニハ犯罪ノ物體ハ皆ニ物理上ノ能力ヲ  
 有スルノミナラス尙ホ法律上ノ能力ヲ帶フルコトヲ必要トス法律上ノ能力トハ  
 即チ其物體ノ權利ノ目的物タルコトノ謂ヒナリ換言スレハ犯罪ノ物體ハ他人ノ  
 權利内ニ存スルモノタルコトヲ要スルナリ故ニ所有主ナキ物品ヲ竊取スルヲ以  
 テ竊盜ノ罪ヲ構成スルコトナキノ類是ナリ  
 凡ソ人ノ犯罪物體上ニ有スル權利ニ二種アリ一ハ一般ノ權利ニシテ一ハ特別ノ

權利ナリ一般ノ權利トハ國家ノ有スル公權利ヲ指シ特別ノ權利トハ一人ノ有  
 スル私權利ヲ指ス故ニ犯罪ノ物體ニシテ一般權利ニ係ルトキハ直接又ハ間接ニ  
 國家又ハ社會ニ對スル犯罪ニシテ特別ノ權利ニ係ルトキハ直接ニ各個人ノ權利  
 ナ破リ財產身體等ニ對スル犯罪ナレトモ其所爲タル素ヨリ法律ノ禁スル所タル  
 ナ以テ如何ナル場合ニ於テモ間接ニハ當然公權利ヲ破ル可シ然レトモ風儀宗教  
 ナ紊ルノ犯罪ニ於テハ特ニ各個人各個人ノ權利ヲ破ルコトナキヲ以テ國家ノ外之カ  
 被害者タル可キモノアルナリ

斯ク犯罪物體タルモノハ必ス之ニ對スル權利者アルヲ要ス而シテ此權利ナルモ  
 シハ人類ノ外之ヲ有スルコト能ハサルヲ以テ天帝禽獸若クハ草木等ニ對スル犯  
 罪ナシ我刑法ニ所謂財產ニ對スル犯罪トハ其實財產ニ對スルモノニ非スシテ其  
 財產ノ所有者タル人類ニ對スル者タリ犯者モ必ス人類ニシテ被害者モ亦必ス人  
 類ナリ人爲ニ成リタル法律ノ間フ所ハ到底人類ト人類トノ關係タルニ外ナラサ  
 ルヲ知ル可シ但天帝ニ對スル犯罪ト雖モ國家ハ之ヲ社會ノ德義ヲ紊ルモノトシ  
 テ法律上ノ罪ト爲シ又獸類ト雖モ他人ノ所有ニ係ルトキハ一般財產ニ對スル罪

トナシ或ハ牛馬ヲ虐使スル者ハ社會ノ風儀ヲ害スルモノト爲シ之ヲ法律上ノ犯  
 罪トスル場合ノ如キハ素ヨリ此原則ト牴觸スルコトナシ

### 第三項 犯罪物體ノ法律上ノ無能力

犯罪物體ハ法律上權利ノ目的物ヲラサル可カラサルカ故ニ其物體ニ對スル權利  
 者ナキトキハ則チ法律上ニ於ケル能力ナキモノニシテ之ニ對スル犯罪モ亦成立  
 スルコトナシ而シテ此物體上ニ於ケル權利ハ場合ニ依リ其權利者ナル各私人若  
 クハ國家(社會ノ代表者)ノ意思ニ從ヒ之ヲ拋棄スルコトヲ得ヘク又危急若クハ正當防禦  
 ノ場合ニ於テハ當然此權利ノ消滅ヲ來タスヘシ左ニ之ヲ分論セン

#### 第一段 各個人ノ棄權ニ基ク不論罪

抑モ各個人ナル權利者カ自己ノ意思ヲ以テ犯罪物體上ニ於ケル權利ヲ放棄シタ  
 ルトキハ犯罪ノ物體ハ爲メニ法律上ノ能力ヲ缺クモノニシテ素ヨリ犯罪ヲ成立  
 ナシト雖モ此棄權ノ場合ト親告罪即チ被害者ノ訴ヲ待テ罰ス可キ犯罪ニ就キ被  
 害者ノ意思ヲ以テスル棄權トハ混同スルコトアル可カラズ茲ニ論スル所ノ棄權  
 ハ犯罪ノ不存ヲ來スモノナルヲ以テ其棄權ハ犯罪前ニ於テ豫メ之ヲ爲スコトナ

犯罪物體  
 ノ法律上  
 無能力

各個人ノ  
 棄權ニ基  
 ク不論罪

要スレトモ親告罪ノ場合ニハ犯罪ノ當時ニ於テハ未タ棄權ナク犯罪既ニ成リテ而シテ後ニ告訴ノ權ヲ放棄スルモノニ過キス一ハ犯罪ノ物體上ノ權利ノ放棄ニシテ其結果ハ罪ノ不存トナリ一ハ告訴權ノ放棄ニシテ犯罪既ニ成立シ其結果ハ單ニ刑罰ヲ免カルモノトナル然ラハ則チ權利者ハ如何ナル場合ヲ問ハス右ノ棄權ヲ爲スコトヲ得ヘキヤ若シ果シテ然リトセハ千百ノ犯罪其存不存ハ一ニ私人ノ意思ニ存セザルヲ得ス是レ豈ニ刑法ノ許ス所ナランヤ

「承諾ニ出テタル所爲ハ權利ヲ犯スモノニ非ス」トハ羅馬法ノ一原則ナリ故ニ他人ノ所有物ヲ竊取スルモ其奪取ニ付テ豫メ所有者ノ承諾ヲ得タルトキハ縱令其所有權ヲ讓受ケサルモ素ヨリ盜罪ノ成立ナカル可シ然レトモ此原則ハ唯三者ノ權利若クハ公ノ利害ニ關係ナキ權利又ハ人タルノ德義ヲ損スルコトナク自由ニ存廢讓與シ得ヘキ私權利ヲ破レル場合ニ於テノミ之ヲ適用スルコトヲ得ヘシ例ヘハ財産ニ關スル權利ヲ放棄シタル右ノ一例ノ如キハ盜罪ヲ成立セス又承諾ニ出テタル鑿劍角力等ハ毆打罪ヲ成立スルコトナキカ如シ然ルニ今火ヲ放チテ人ノ家屋ヲ燒燬シ奴隸トシテ人身ノ賣買ヲ爲シ又ハ人ヲ毆打シテ之ヲ死ニ致シタル

カ如キ場合ニ於テハ全ク權利者ノ承諾ニ出テタルモノナルモ公安ヲ破リ又ハ人類タルノ道義ヲ紊ルノ所爲タルヲ以テ決シテ之ヲ不問ニ附スルコトヲ得サルナリ然レトモ斯ノ如キハ是レ立法上ノ議論ナリ權利ノ拋棄シ得ヘキモノト否ラサルモノトハ法律ノ明文上須ラク之ヲ規定スルコトヲ要ス故ニ近世ノ編纂ニ成リタル刑法ニ於テハ特ニ「權利ナクシテ」ノ一句ヲ法文中ニ挿入シテ私人ノ自由ニ拋棄シ得ヘキ權利タルヲ表明セリ例ヘハ「權利ナクシテ家宅ニ侵入シタル者ハ云々」ノ罪ト爲ス「又權利ナクシテ人ヲ逮捕監禁シタル者ハ云々」ノ罪ト爲ス「若クハ」故ナク」ノ類ナリ我幼稚ナル刑法ハ必スシモ一定ノ規準ナシト雖モ「猥リニ」若クハ「故ナク」等ノ句ヲ以テ棄權即チ承諾ニ依リ無罪タル可キ所爲ヲ區別スルコト往々ニシテ之アリ「猥リニ人ヲ監禁ス」ト云ヘルハ監禁ノ承諾ナキヲ示シ「故ナク」家屋ニ侵入ス」ト謂ヘルハ承諾ナクシテ家宅ニ侵入スルノ意ヲ示セリ權利者ノ棄權ニ關スル一般ノ原則ハ右ニ説明シタル所ヲ以テ其大綱ヲ盡シタルモノトスレトモ今茲ニ論述ス可キモノハ自殺ニ關スル犯罪ノ存不存如何ノ論議ニ在リ

國家若クハ他人ハ一私人ニ對シテ其生存ヲ強ユルノ權利ナク一私人ハ國家若ク

ハ他人ニ對シテ其生命ヲ保存スルノ義務ナシ故ニ自殺ハ自己ノ權利ヲ害スルノ外他ニ國家若クハ他人ノ權利ヲ破ルコトナキモノナルヲ以テ生命權ハ決シテ賣買讓與スルコト能ハサルモノタルニ關セズ敢テ刑法ノ問フ可キモノニ非ス又承諾ノ上ニテ自ラ其身ヲ賣ル者ノ如キ買主ノ外ハ罪トシテ之ヲ論スルコトヲ得ス唯民法上ニ於テ其賣買ヲ無效トスルノ外ナカル可シ

自殺ハ斯ク他人ノ權利ヲ害スルコトナシト雖モ德義ヲ破リ公安ヲ害スルノ所爲タルノ點ヨリ刑法ニ於テ或ハ其罪ヲ定メ以テ自殺ノ惡習ヲ禁スルコトヲ得サルニ非ス現ニ英領印度ニ於テハ自殺ノ未遂ヲ以テ罪ト爲シ羅馬法ニ於テハ兵士ノ自殺未遂ヲ罰シタリト雖モ其既遂罪ニ至テハ罰金若クハ其他ノ財産刑又ハ宗教法ニ於テハ破門刑ノミニ止マリ未遂罪ノ外之ヲ罰スルコトヲ得サレハ自殺ノ所爲ヲ罰スルハ到底刑ノ權衡ヲ得タルモノニ非ス且一般自殺者ノ心意精神ヲ考察スルトキハ統計上十中ノ八九ハ精神錯亂ニ出テタル者ニシテ之ヲ罰スルコトヲ得サル場合極メテ多シトス是レ刑法カ一般ニ自殺者ヲ罰セサル所以ナリ

自殺ニ加功シテ之ヲ幫助シタル者モ亦犯罪トシテ之ヲ論スルコトヲ得ス何トナ

レハ本來罪ト爲ル可カラサル所爲タルヲ以テ其加功者モ亦罪ト爲ル可キ所爲ヲ行フコトヲ得サレハナリ然レトモ自殺ハ即チ自ラ其生命ヲ亡ホスノ所爲ナレハ彼ノ他人カ手ヲ下シテ自殺ヲ行ヒ又ハ自殺ヲ教唆シタル場合ノ如キハ素ヨリ純然タル殺人罪ニシテ單ニ之ヲ自殺ノ加功ト爲スコトヲ得ス但刑法ハ自殺ノ加功幫助者ト雖モ尙ホ之ヲ罰ス可キモノト定メタリ事ハ各論ノ講義ニ於テ詳カニスル所アル可シ

棄權ノ原理ニ關シ尙ホ一ノ論ス可キモノアリ即チ承諾ヲ得テ人ヲ殺シタル場合トス既ニ論述シタル如ク自殺ハ道德ニ反スルノ所爲タルモ自ラ其權利ヲ放棄スルモノナレハ敢テ刑法ノ罪トシテ論スルモノニ非スト雖モ生命權ナルモノハ決シテ之ヲ賣讓與シ得ヘキ私權利ニ非サレハ承諾アリト雖モ人ヲ殺シタルモノニ至ツテハ毫モ犯罪ノ責任ヲ免ルコトヲ得サルナリ但此場合ニ於テハ唯國家ノ人命ヲ保護スルノ權利ヲ害スルニ止マリ各私人ノ權利ヲ損スルコトナキヲ以テ其刑ニ至リテハ謀殺ト同シク之ヲ論スルコトヲ得ス我刑法ノ規定如何ニ就テハ之ヲ各論ノ講述ニ讓ル可シ

第二段 國家ノ棄權ニ基ク不論罪

國家ノ棄權ニ基ク不論罪

國家ノ意思(即チ法律)ヲ以テ放棄シタル權利ハ之ヲ破ルコトヲ得ス蓋シ一所爲ニシテ各個人ノ私權ヲ破ルコトアルモ國家ニ屬スル權利ヲ破ルコトナキトキハ決シテ罪ト爲ル可キモノニ非サルヲ以テ國家ニ於テ自ラ其權利ヲ放棄シタル場合ニ於テモ亦犯罪成立スルコトナシ例ヘハ不得已ノ危急又ハ正當防禦ニ出テタル所爲ノ如キハ各私人ノ權利ヲ損スルコトアルモ社會ノ安寧ニ關シテ國家ノ有ス可キ權利ハ國家自ラ之ヲ放棄シタルモノナレハ當然犯罪タルコトヲ得サルナリ但死刑ノ宣告ヲ受ケタル者ニ就テハ國家ハ只國家ノ適法ナル機關ニ由リテ其生命ヲ奪フコトヲ得ルニ止マリ各個人ニシテ猥リニ之ヲ殺スモノ、如キハ素ヨリ殺人犯タルヲ免レス之ニ反シテ法律自身ノ禁セサル所爲ハ縱令各個人ノ私權利ヲ破ルモ國家ノ權利ヲ破ルモノニ非サレハ罪トシテ之ヲ論スルコトヲ得ス況ンヤ國家ノ意思即チ法律ノ命スル所ヲ執行スルニ於テオヤ我刑法第七十六條ニ曰ク「本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ爲シタル者ハ其罪ヲ論セス」ト即チ其所爲ノ無罪タルニハ

(第一) 本屬長官ノ命令ニ從ヒ

(第二) 職務ヲ以テ爲シタルモノ

タラサル可カラス例ヘハ逮捕官吏カ豫審判事ノ命令ニ由テ犯人ヲ捕縛シ兵士カ長官ノ命令ニ從ヒ敵軍ヲ襲撃スル等素ヨリ明白ニシテ疑フ可キモノナシト雖モ長官ノ命スル所不當ノ所爲タル場合ニ於テハ頗ル疑義ノ存スルモノアリ余ハ先ツ左ニ一二ノ例ヲ示シ而シテ後其論局ヲ結ハシ

豫審判事カ逮捕ヲ命スル所ノ某甲ハ決シテ犯人ニ非サルヲ知り逮捕官吏ニシテ尙ホ之ヲ捕縛セン乎豫審判事ハ職權ヲ以テ之ヲ命シ逮捕官吏ハ職務ヲ以テ之ヲ執行ス豈ニ犯罪ヲ以テ逮捕官吏ノ所爲ヲ論スルコトヲ得ンヤ將官カ襲撃ヲ命スル所ノ山上ノ一軍ハ官軍タルコトヲ知り尙之ヲ砲撃スルノ兵士アラン乎將官ハ職權ヲ以テ之ヲ命令シ兵士ハ職務ヲ以テ之ヲ行フ安ソ罪ノ問フ可キモノアランヤ蓋シ長官ノ命シタル某甲ハ果シテ犯人ナルヤ否ヤ又山上ノ一軍ハ果シテ敵軍ナルヤ否ヤハ事實ノ問題ニ屬シ其之カ斷定ヲ爲スハ長官ノ權内ニ存シ兵士又ハ官吏ハ敢テ其斷定ノ當否ヲ争フコトヲ得ス命令ノ不當ナルヲ知ルト雖モ苟モ事

其職務ニ係ル以上ハ則チ法律ノ命スル所ナリ然レトモ今若シ豫審判事ニシテ逮捕官吏ニ向ヒ違警罪犯ハ悉ク之ヲ捕縛ス可シ又ハ某甲ハ無罪者ナリ故ニ之ヲ逮捕ス可シト命令シ又將官ニシテ兵士ニ向ヒ苟モ官軍ヲランニハ悉ク之ヲ襲撃ス可シ又ハ彼ノ山上ノ一軍ハ官軍ナリ故ニ之ヲ襲撃ス可シト命令スルコトアラン乎官吏兵士ハ其命令ノ不正ナルヲ知ルト否トヲ問ハズ共ニ之ヲ不問ニ附ス可キモノニ非ス蓋シ違警罪犯又ハ無罪者ハ本來逮捕ス可キモノナルヤ否又官軍ニ對シテ襲撃ヲ爲ス可キモノナルヤ否ハ法律ノ問題ニ屬シ官吏兵士ノ共ニ知ラサル可カラサルノ義務アルモノナリ命令ノ正否ヲ知ラスト雖モ苟モ事不正不法ニ係ルモノハ則チ法律ノ禁スル所ナリ

之ヲ要スルニ長官ノ命令ノ當否ニシテ法律ノ問題ニ屬スルトキハ之ヲ知ルト否トヲ問ハズ事不正ニ係ルモノハ刑法ヲ以テ之ヲ問ヒ事實ノ問題ニ屬スルトキハ之ヲ知ルト否トヲ別タス其罪ヲ論スルコトヲ得ス然ルニ我刑法ハ單ニ長官ノ命令ニ從ヒ云々ト記載シ法律ト事實ニ係ルモノトヲ分タス更ニ命令ノ當否ヲ問ハサルニ似タリト雖モ第二ノ條件トシテ職務ヲ以テ爲シタルコトヲ要スルカ故ニ

命令ノ當否法律ノ問題ニ屬シ法律ニ於テ之ヲ禁スル場合ハ即チ官吏ノ職務ニ非ストシ又其事實ノ問題ニ屬シテ法律ニ於テ之ヲ命スル場合ハ職務ヲ以テ爲シタルモノト爲ス可シ故ニ我刑法ノ明文ハ其用キル所ノ文字ヲ異ニスルモ其論局ニ至リテハ上來論述シタル論理ト同一ナリ如何トナレハ自己ノ職務ノ有無ヲ判定スルハ是又法律ニ屬スル問題ニシテ法律ノ不識ハ以テ其罪ヲ免ル、ノ理由タラス又事實ニ屬スル問題ニ係リ職務ヲ以テ之ヲ行フトキハ命令ノ不正ナルヲ知ルト雖モ是法律ノ強ユル所ニシテ其罪ヲ論ス可キモノニ非サレハナリ

上來論述スル所ノ論理ニ依リ我刑法第七十六條ノ精神ハ一言ニシテ能ク之ヲ盡スコトヲ得ヘシ即チ該條ハ法律ノ命スル所ノ所爲ハ罪ト爲ラサルコトヲ示スモノニ過キス受命ノ官吏カ其長官ノ命令カ法律ニ違ヒ又ハ自己ノ職務ニ屬セス其所爲ニシテ罪ト爲ル可キヤ否ヲ定ムルハ唯其所爲ハ法律ノ命スル所ナルヤ否ヲ決スルノ一事ニ在リ夫ノ長官ノ命スル所法律ニ反スルコトタルヲ知ルト否トニ從ヒ犯罪ノ有無ヲ決スルノ標準トスルカ如キ論者ハ未タ人ヲシテ法律規則ヲ知ラサルノ故ヲ以テ其罪ヲ免カレシメントスルノ誤見ヲ脱スル能ハサルモノナリ



不得已ニ  
出テタル  
所爲

但法律ノ不識及事實ノ不識ニ關スル法理ハ後章ニ於テ之ヲ詳述ス可シ

### 第三段 不得已ニ出テタル所爲

抗拒ス可カラサル強迫又ハ避ク可カラサル天災若クハ意外ノ變ニ遇ヒ身體生命ヲ保全スル爲メ已ムヲ得スシテ他人ニ屬スル權利ヲ害スルノ所爲ヲ稱シテ不得已ニ出テタル所爲ト云ヒ國家ニ屬スル權利即チ被害者ヲ保護スル國家ノ權利ハ國家自ラ之ヲ放棄シ刑法上之ヲ罪トシテ論セサルモノナリ何トナレハ斯ル場合ニ際シ自己ノ生命ヲ捨テ他人ノ生命ヲ保全スルハ實ニ非常至高ノ德義タル可キモ國家ハ敢テ一般ノ人民ニ向テ仁人君子ヲランコトヲ強ユルモノニ非サレハナリ更ニ之ヲ詳述スレハ國家ハ常ニ吾人ニ向テ普通人ダレト強ユルモノ仁人君子又ハ呆子痴漢ダレト強ユルモノニ非サルナリ但國家ハ不得已ニ出テタル所爲ヲ以テ正理ニ合スルモノトセサルカ故ニ唯其罪ヲ免除スルニ止マリ加害者ニ與フルニ自己ノ生命ヲ保全シ他ノ生命ヲ斷絶ス可キノ權利ヲ以テスルモノニ非サルナリ是レ不得已ニ出テタル所爲ト正當防禦ニ出テタル所爲ト大ニ其趣ヲ異ニスルノ一點ナリ今一二ノ事例ヲ擧ケテ以上ノ原理ヲ説明センニ例ハ洋中ノ船舶颯

風ニ遇フテ覆没シ甲乙二人ノ乗客僅ニ一人ヲ保ス可キ一片ノ木板ヲ爭ヒ各危難ヲ免レンコトヲ欲シテ遂ニ乙者ヲ海中ニ沈メ甲者自ラ其身ヲ全フシタル場合ノ如キ又ハ甲者アリ乙者ヲ強迫シ丙者ノ財物ヲ強奪スルニ非サレハ直チニ乙者ヲ殺害ス可シト強制シ乙者ハ已ムヲ得スシテ丙者ノ財物ヲ強取シタル場合ノ如キハ甲者ハ他人ノ權利ヲ害シ自己ノ生命ヲ全フシタルモノニシテ其不正ノ所爲タルヤ明カナリト雖モ國家ハ仁人君子タル至高ノ德義ヲ以テ甲者ニ強ユルコトヲ得サルモノト爲シ被害者ヲ保護スルノ權利ヲ棄テ之ヲ不問ニ附スルモノナリ刑法第七十七條ニ曰ク抗拒ス可カラサル強制ニ遇ヒ其意ニ非サルノ所爲ハ其罪ヲ論セス天災又ハ意外ノ變ニ因リ避ク可カラサル危難ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出テタル所爲モ亦同シト蓋此法文ハ余ノ茲ニ論セントスル所ノ不得已ニ出テタル所爲ニ關スル法理ヲ包含スルモノナリ而シテ該法文タル我刑法學者間ニ於テ異說紛々タル所ノモノナレハ今左ニ之ヲ分析シテ評論ヲ試ム可シ

(二) 抗拒ス可カラサル強制トハ何ソヤ通常學者ハ之ヲ三種ニ別チ有形無限ノ暴

力及ヒ無形強迫ノ威力ト爲セリ我刑法ノ所謂強制トハ即チ此二者ヲ包含スルノ意ナル可シト雖モ第一種ノ有形無限ノ暴力ニ係ル場合ハ不得已ニ出テタル所爲ニ非サルナリ例之ハ甲者暴力ヲ用キテ乙者ノ手ヲ執リ強テ丙者ヲ殺シタルカ如キハ是甲者ノ所爲ニシテ乙者ノ所爲ニ非ス乙者ハ單ニ甲者カ犯罪ノ器械手段ト爲リシモノニ過キサルナリ既ニ乙者ノ所爲ニ非ス之ヲ乙者カ不得已ニ出テタル所爲トスルコトヲ得ス故ニ乙者ノ無罪タルハ不得已ニ出テタル所爲タルカ故ニ非スシテ本來乙者ノ所爲タラサルカ故ニ出ツルナリ此理由ニ基ク所ノ不論罪ハ後段ニ論ス可キモノニシテ茲ニ論ス可キモノニ非ス之ニ反シテ無形ノ強制即チ強迫ニ遇ヒ又ハ本條第二項ノ場合ニ於ケル所爲ハ眞ニ乙者カ已ムヲ得スシテ爲シタルモノニ屬ス故ニ抗拒ス可カラサル有形ノ強制ト無形ノ強制トハ共ニ不論罪ノ原因タルモ其基ク所ノ理由ニ於テハ實ニ霄壤ノ大差アリ我刑法ハ之ヲ同一ノ法條ニ收メタルモ決シテ此差異ヲ看過スルコトアル可カラヌ學者往々本條ノ不論罪ヲ以テ犯罪構成ノ元素ナル自由ヲ缺クニ原因スルモノト爲シ有形ノ強制ハ外部即チ身體ノ自由ヲ奪ヒ無形ノ強制ハ内部

即チ精神ノ自由ヲ失フモノト説クモノアリト雖モ元來自由ナルモノハ犯罪構成ノ元素ニ非ス何トナレハ有形ノ強制ニ出テタル場合ハ強制ヲ受ケタル者ノ所爲ニ非サルヲ以テ素ヨリ犯罪ノ責任ヲ負フコトナカル可キカ故ニ自由ノ必要ヲ説クノ要ナカル可ク又無形ノ強制ニ出テタル場合ハ決シテ精神ノ自由ヲ失ヒタル者ニ非サレハナリ甲者アリ乙者ニ向テ曰ク汝ニシテ丙者カ住居セル家屋ニ放火セスンハ余ハ今汝ヲ斬ラント乙者遂ニ火ヲ丙者ノ家ニ放チ之ヲ燒燬セリ乙ニシテ苛モ幼者瘋癲等犯罪責任ノ無能力者タルニ非スンハ乙ハ己ヲ知リ他ヲ知リ又是非曲直ヲ辨知スルノ智能アリ論者尙ホ之ヲ精神ノ自由ヲ缺クモノトスルカ乙ハ丙家ニ放火スルノ犯罪タルコトヲ知リ又己ヲ殺シテ他人ヲ害ムルト他人ヲ害シラ己ヲ全フスルト二者其一ヲ擇フノ自由能功ヲ有セリ今夫レ皮相ノ見ヲ以テ強制ヲ受クル者ノ他位ヲ觀察センカ實ニ進退維谷ノ境遇ニ處シテ心中甚々苦慮スル所アルカ如シト雖モ其實相ニ於テハ斷シテ否ラサルモノアリ何トナレバ法律既ニ備リ法律ノ明文上斯ク如キ強制ニ出テタル所爲ヲ以テ無罪トスル以上ハ強制ヲ受クル者ハ此法律ノ保證ニ安心ニ自由ニ

己ヲ全フシテ他ヲ害スルノ道ヲ擇フコトヲ得レハナリ豈進退維谷ノ苦心アラ  
 ンヤ但乙カ丙ヲ害セントスルノ意ヲ決シタルノ趣旨ニ至リテハ危害ノ既ニ迫  
 ルモノナキ場合ト自ラ異ナル所アル可キモ犯罪ノ趣旨ノ善惡如何ハ或ハ減刑  
 ノ一理由タル可キモ以テ不論罪ノ原因トスルニ足ラサルナリ蓋無形ノ強制ハ  
 内部即チ精神ノ自由ヲ奪フモノトスルハ舊時刑法學者ノ主張スル所ニシテ其  
 説タル既ニ陳腐ニ屬シ近世獨英學者ノ容レサル所ナリ是ヲ以テ有形ノ強制ニ  
 由リ行ヒタル所爲ハ既ニ其人ノ所爲ニ非サレハ其無罪タル可キハ固ヨリ喋々  
 ノ辯ヲ俟タサル所ナリ今只茲ニ論ス可キハ無形ノ強制及天災又ハ意外ノ變ニ  
 依リ不得已ニ出タル所爲ニ屬スルモノノミニ在リ

(二) 其意ニ非サルノ一句ハ法文ニ明示スル所ナレトモ敢テ過失ニ出テタル所爲  
 例ヘハ失火ノ如ク家屋ヲ燒燬スルノ意思ナカリシ場合ノ如キモノヲ指スニ非  
 ス何トナレハ前項ニ講述セルカ如ク無形ノ強制ノ場合ニ在テハ斯ル意思ハ充  
 分存在セルモノナレハナリ蓋本條ニ所謂其意ニ非ストハ只之ヲ希望スルノ念  
 ナキコトヲ示シタルニ過キス例ヘハ強迫ニ遇ヒ他人ノ家ニ放火スルハ其所爲

固ヨリ有意ナレトモ唯不得已ニ出テ之ヲ行フモノニシテ他人ノ家屋ヲ燒キ  
 他人ヲ害スルコトヲ希望スルノ本意ニ非サルナリ而シテ事苟モ強制ニ出テマ  
 ル以上ハ斯ル本意ナキハ當然ニシテ其意ニ非サルノ意ハ既ニ強制ナル語中ニ  
 包含スルモノナレハ素ヨリ特ニ之ヲ明記スルノ必要ナキノミナラス爲メニ却  
 テ理論ノ混雜ヲ生スルニ至ル可シ我刑法草案カ此語ヲ除キタルハ能ク理論ニ  
 合シタリト云フ可シ然ルニ我立法官ニシテ特ニ此一句ヲ加ヘタルハ或ハ強制  
 ナ以テ自由ヲ缺クモノトスル舊刑法學者ノ説ヲ襲踏シタルモノナラン歟  
 (三) 既ニ強制ニ無形ナルモノアル以上ハ抗拒ス可カラサル強制ニモ亦無形上抗  
 拒ス可カラサルモノアル可シト雖モ疎遠ナル親屬ノ生命若クハ自己ノ僅少ナ  
 ル財産ニ對シテ他人ノ生命ヲ絶ツ可シト強迫ヲ受クル場合ノ如キハ之ヲ抗拒  
 ス可カラサルモノト云フコトヲ得ス即チ受クル所ノ害ト行ハントスル所ノ害  
 ノ多少ハ無形上抗拒ス可カラサルモノナルヤ否ヲ識別スルノ標準ナリ刑法第  
 七十五條第二項ニ於テハ自己若クハ親屬ノ身體ニ限リ第一項ニ於テハ此制限  
 ナ設ケス又其強制ノ財産ニ及フト將タ生命身體ニ及フトヲ區別スルコトナキ

ヲ以テ往々學者ノ論議ヲ來セリト雖モ余ヲ以テ之ヲ見レハ其害ヲ受クル所ノ人ト物ト又強迫又ハ天災ニ際シ其行ハントスル所ノ加害ノ程度ノ如キハ事實ノ問題ニ屬セリ法官ノ着眼スヘキハ唯之ヲ無形上抗拒ス可カラサルモノトス可キヤ否ヲ一定スルニ在ルノミ

(四) 第二項ノ場合ハ唯自己若クハ親屬ノ身體ヲ保全スル時ニ限リタルヲ以テ自己ノ財産又ハ他人ノ身體財産ニ就テハ不論罪ノ限ニ在ラサルヲ知ル可シ

(五) 法文ニ天災又ハ意外ノ變ト明記スレトモ意外ノ變トハ如何ナル變災ヲ包含ス可キヤ茲ニ逐一枚擧スルコトヲ得スト雖モ此場合ハ第一項ノ場合ト異ナリ「智能ナキ物體ヨリスル所ノ有形ナル強制ノミヲ指スモノト知ル可シ

(六) 要スルニ以上論スル所ノ強制又ハ變災ハ現在ニシテ避シ可カラサルモノタルヲ要ス現在ナラス又避ク得ヘキ強制ハ抗拒ス可カラサルモノニ非ス又現在ナラサル災變ハ避シ可カラサルモノニ非ス是法文ニ抗拒ス可カラサル強制ト云ヒ又ハ避シ可カラサル危難ト明言セル所以ナリ

### 第四段 正當防衛ニ出テタル所爲

正當防衛ニ出テタル所爲

我刑法ハ正當防衛ヲ總則中ニ列セザルヲ以テ其詳密ナル原理ハ之ヲ各論ノ講議ニ讓ル可シト雖モ其梗概ヲ云ヘハ正當防衛ハ目前ノ不正ナル攻撃ニ對スル防衛ノ所爲ナリ今正當防衛ト前段ニ講述セシ不得已ニ出テタル所爲トノ區別及差異ヲ示スコト左ノ如シ

(一) 不得已ニ出テタル所爲ハ各個人ノ權利ヲ害スルモ國家ハ此被害者ヲ保護ス可キ自己ノ權利ヲ棄テ只罪トシテ之ヲ論セサルニ止マリ他人ヲ害スルノ權利ヲ認ムルコトナキモ正當防衛ノ場合ニ於テハ國家ハ單ニ其權利ヲ放棄スルニ止マラス更ニ不正ノ攻撃ヲ受クル者ニ附與スルニ正當防衛ヲ行フノ權ヲ以テス

(二) 不得已ニ出テタル所爲ノ場合ニ於テハ加害者被害者共ニ同等ノ地位ニ在ルモ正當防衛ノ場合ニ於テハ攻撃者ノ所爲ハ必ズ不正ナルコトヲ要ス故ニ正當防衛者ニ對シテ反撃ヲ爲シタル者ハ之ヲ不得已ニ出テタル所爲トシテ不論罪ヲ主張スルコトヲ得ス

(三) 不得已ニ出テタル所爲ノ場合ニ於テ自己ノ生命ヲ捨テ他人ノ生命ヲ全フス

ルハ非常至高ノ徳義ニシテ仁人君子ノ所爲ナル可キモ正當防衛ノ場合ニ於テ自己ノ權利ヲ捨テ他人ヲシテ其非行ヲ遂ケシムルハ非常極度ノ蠢愚ニシテ呆子痴漢タルヲ免レサル可シ法律ハ各人ニ強ユルニ非常至高ノ徳義ヲ以テセス各人ニ與フルニ非常極度ノ愚物ヲラサルコトヲ得ヘキノ權利ヲ以テスルナリ

(四) 正當防衛權ハ他人ノ爲メニ之ヲ行フコトヲ得ルモ不得已ノ所爲ハ之ヲ行フコトヲ得ス

(五) 不得已ニ出テタル所爲ハ自己若クハ親屬ノ生命、身體ヲ全フスルノミニ止マレトモ正當防衛ハ生命、身體ハ勿論或場合ニ於テハ財産ニ暴行ヲ加フル者ニ對シテモ亦之ヲ行フコトヲ得

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

今一二ノ例ヲ擧ケテ前項ノ區別差異ヲ説明セシメ甲乙二人海中ニ漂流シ各其生

命ヲ保全セント欲シ一小木片ヲ爭ヒ甲遂ニ乙者ヲ溺死セシメタルハ不得已ニ出テタル所爲ニシテ山賊旅人ヲ強迫シ金錢ヲ強奪セントスルニ際シ旅人ニシテ山賊ヲ殺シタルハ正當防衛ニ出テタル所爲ナリトス故ニ乙者ノ所爲ハ正ナルモ山賊ノ所爲ハ不正ナル可シ(一)甲者ハ乙者ヲ殺スノ權ヲキモ旅人ハ山賊ヲ殺スノ權アル可シ(二)若シ山賊ニシテ旅人ノ攻撃ヲ免ル、ニ途ナク反擊シテ却テ旅人ヲ害シタルトキハ之ヲ不得已ニ出テタル所爲トシテ不論罪トスルコトヲ得サル可シ(三)甲者ニシテ自ラ其生命ヲ捨テ乙者ノ生命ヲ全フシタルトキハ君子ノ行タル可キモ旅人ニシテ自ラ生命ヲ捨テ山賊ヲ害スルコト徹リセハ非常ノ愚者タル可シ(四)又他人ニ在リテハ乙者ノ生命ヲ全フシ甲者ヲ殺スノ權ナカル可キモ山賊ヲ殺シ旅人ヲ救フハ傍觀者ト雖モ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ但不得已ニ出テタル所爲ト正當防衛ニ出テタル所爲トノ區別差異ニ至リテハ尙此四者ノミニ止マラサルコトハ各論ノ條下ニ於テ之ヲ詳述ス可シ

犯罪ノ手

第三款 犯罪ノ手段

犯罪ノ主體タル加害者及犯罪ノ物體タル被害者アリト雖モ犯罪ノ手段ニシテ其

間ニ介スルモノナクハ犯罪ノ實行ヲ見ルコト能ハス故ニ犯罪ヲ以テ一ノ所爲トシ論スルニハ犯罪ノ手段モ亦犯罪ノ成立ニ必要ナル條件ナリ但犯罪ノ手段中ニハ犯罪ノ物體又ハ犯罪ノ主體タルコトヲ得ヘキモノヲ包含スレトモ之ヲ手段トシテ論スル場合ニ於テハ唯犯罪ノ主體ニ使用セラレタル器械ト見做ス可ク犯罪ノ主體又ハ物體ハ尙ホ他ニ存在ス可キモノトス

犯罪ノ手段ハ其主體タル犯者ノ意思ニ從テ動作スル所ノ器械ナリ抑モ意思ナルモノハ本來吾人ノ心裏ノ境界ニ存シ目以テ視ルコトヲ得ス耳以テ聽クコトヲ得ス手足以テ之ニ觸ル、コトヲ得ス故ニ意思ノ外形ニ顯出シテ其作用ヲ爲スニハ無形ノ心裏境ト有形ノ現世界トノ間ニ架セラレタル橋梁ナカル可カラズ此橋梁ハ即チ意思ニ服スル所ノ手段ナリ而シテ吾人ノ身體全體ハ言フニ及ハス其手足耳目等ハ人ノ生レナカラニシテ有スル所ノ天爲ノ器械ニシテ人ハ此等ノ器械ヲ其意思ニ首服セシメ此等ノ手段ヲ以テ其意思ヲ現世界ニ發顯シテ始メテ其目的タル物體ヲ左右スルコトヲ得ルナリ又犯者ハ其手足耳目等生レナカクニシテ本來有スル天爲ノ器械ノ外尙ホ人爲ニ依テ得ヘキ諸種ノ器械ヲ以テ其意思ノ實行

ニ使用スルコトヲ得ヘシ

犯罪ノ手段ハ(第一)犯罪ノ證明ニ供ス可キモノニシテ茲ニ犯罪ノ手段アレハ其犯罪ノ所爲タル意思ノ存在ヲ推測シ得ヘク(第二)犯罪ノ手段ハ其使用シタル器械ノ種類ニ依リ刑ノ加重減輕ヲ來タシ(第三)犯罪ノ手段ニ種々アリ而シテ其手段ノ如何ハ豫備未遂等ヲ定ムルノ點ニ於テ重要ノ關係ヲ有ス

犯罪ノ手段タル物件モ亦能力ヲ有セサル可カラズ若シ此能力ナキトキハ犯罪ノ手段ノ不能ニ基キタル不能犯タル可シ例ヘハ人ヲ毒殺セント欲シ毒藥ト思料シテ清水ヲ與ヘタル場合ノ如シ故ニ手段ノ不能ニ基ク不能犯ハ所爲ノ不能ニ非スシテ手段タル物質自身ノ不能ナリ尙ホ後章未遂犯ヲ論スルノ節ニ於テ詳カニスル所アル可シ

第二節 犯罪タル所爲

第一款 所爲ト責任トノ關係

第一項 所爲ト責任トノ關係ノ發生

犯者ハ其心裏ニ發生スル意思ヲ以テ意思ヲキ手段ニ移ストキハ手段ハ茲ニ活氣

犯者ノ所爲ト責任ノ關係  
 所爲ト責任ノ關係  
 所爲ト責任ノ關係  
 所爲ト責任ノ關係

ヲ得テ犯人ノ意思ヲ以テ犯罪ノ物體上ニ實行シ以テ犯罪ノ意思ト犯罪ノ事實ト  
 ナ連絡セシム此意思ト事實ノ連絡ヲ稱シテ所爲ト云フ故ニ所爲ト事實トハ其間  
 主客ノ區別アリ其事ナ一ニスルモ其見ル所ヲ異ニス換言スレハ事實トハ人ノ殺  
 サレ家屋ノ燒ケ又ハ内亂ノ起ル等單ニ或出來事ヲ指スモノニシテ風ノ吹キ火ノ  
 燃ヘ氷雪ノ冷ナル等ト均シク客觀上ノ意義タルニ過キササルモ之ニ反シテ所爲ト  
 ハ人ヲ殺シ家屋ヲ燒燬シ又ハ内亂ヲ起ス等意思ノ實行ニ顯ハル、モノヲ指シ凡  
 テ主觀上ノ意義ヲ有ス故ニ苟モ所爲タル以上ハ其所爲ノ起源タル意思ト事實ト  
 相結合セルモノ、謂ニシテ既ニ所爲ト云ヘハ意思モ事實モ自ラ其中ニ包含セラ  
 ル、ナリ

犯罪タル所爲中ニハ法律ノ禁スル所ヲ爲シ又法律ノ命スル所ヲ爲サ、ルモノア  
 リ一ヲ行爲ト云ヒ一ヲ不爲ト云フ而シテ又此等ノ所爲タル故意ニ出ツルモノト  
 故意ニ出テサルモノトアリ其故意ニ出テタルモノハ後章別ニ講スル所アル可シ  
 ト雖モ不爲即チ爲ス可キコトヲ爲サ、ル所爲モ亦是一ノ所爲ニシテ犯罪ノ責任  
 ナ免ル、コトヲ得ス但此等不爲ノ犯罪タル多クハ國家ノ危害ヲ未然ニ豫防スル

ノ意ニ出テ利益ヲ増進スルノ目的ニ出ツルモノ甚ダ少シトス今此種ノ犯罪ヲ別  
 ナテ左ノ三種ニ區分スルコトヲ得即チ

- (一) 安寧警察ノ必要ニ出テ、僅少ノ違警罪ヲ認ムル場合アリ例ヘハ崩壞セシ  
 トスル家屋ノ修理ヲ爲サ、ル者危險ノ井溝凹所ニ防圍ヲ爲サ、ル者溝渠下  
 水ヲ浚ハサル者等ノ如シ
- (二) 公ノ職務又ハ營業タルノ性質ヲ有スルヨリシテ官吏若クハ人民ニ強ユル  
 ニ其義務ノ執行ヲ以テスルコトアリ例ヘハ官吏ニシテ法律規則ヲ公布施行  
 セス兵隊ヲ要求スルノ權アル官吏地方ノ騷擾ヲ鎮撫スルノ處分ヲ爲サヌ又  
 ハ陸海軍ノ委任ヲ受ケ物品ヲ供給スル者交戦ノ際ニ軍備ノ缺乏ヲ致シ其他  
 辯護人、醫師、技師等カ裁判所ノ呼出ニ應セサル等ノ場合是ナリ
- (三) 一般人民ノ義務タル可キモノヲ舉行セサル場合アリ例ヘハ水火其他ノ變  
 ニ際シ官吏ヨリ防禦ス可キノ求テ受ケ傍觀シテ之ヲ肯セサル者ノ如キハ違  
 警罪犯トシテ之ヲ處罰ス但我現行刑法ニ於テハ國事ニ關スル陰謀其他ノ重  
 大ナル犯人アルコトヲ知リテ官ニ告ケサル者等ヲ罰スルコトナキテ以テ此

種ニ屬スル犯罪極メテ少シトス

上來論述シタル三種ノ所爲ヲ以テ我刑法カ不爲ヲ罰スル一般ノ場合ナリトス而シテ此不爲ヲ罰スルト否トニ付キ學者ノ間古來多少ノ論議アルハ一擧手一投足ノ勞ヲ收レハ事足ル可キ場合ニ於テ水火震災其他ノ危難ニ陥ラントスル者ヲ救助セサルノ所爲ヲ以テ犯罪トス可キヤ否ニ在リ而シテ此等ノ所爲ヲ以テ單ニ道德上ノ義務ヲ盡サハルモノト爲シ法律ニ於テ問フ可キモノニ非ストスルハ近世學者ノ定論ナルカ如シト雖モ我刑法ニ於テハ特ニ之ヨリ甚シキモノアリ即チ刑法第三百四十條ノ犯罪ナリトス同條カ自己ノ管守シ又ハ所有ノ地内ニ昏例倒スル者アルヲ知リテ之ヲ救助セサルノ所爲ニ對シテ輕罪ノ刑ヲ科スルハ刑ノ甚々酷ナルモノアルニ似タリ但刑法第二百六十四條ニ於テ子孫奉養ヲ缺クノ所爲ヲ罰スルカ如キハ我帝國ノ習慣トシテ敢テ之ヲ非難スルニ足ラサルモノトス

第一項 所爲ト責任トノ關係ノ消滅

所爲ト責任トノ關係ニ就キ前段ニ論述シタル所ヲ以テ推論スルトキハ意思事實及意思ト事實ノ連絡ノ三者中其一ヲ缺クトキハ所爲ト責任トノ關係ハ自ら消滅

所爲ト責任トノ關係ノ消滅

ス可キモノタルコトヲ知リ得ハシ今左ニ此消滅ノ場合ヲ分論セシ

(一) 意思ナキ場合

刑法第七十七條ニ曰ク罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セスト是學者間ニ異論紛々タルノ條文ナリ今其意義ヲ例解スレハ例ハ誤テ落馬ヲ通行人ヲ傷ケ火ヲ失シテ人家ニ延燒シタルカ如キハ素ヨリ人ヲ傷ケ家ヲ燒クノ意思ナキモノナレハ法律ニ於テ一般ニ之ヲ罪トスルコトナシト云フニ在リ故ニ此場合ハ第七十五條ノ抗拒ス可カラサル強制ニ出テタル所爲及天災ニ因リ避ク可カラサル危難ニ遭ヒ自己若クハ親屬ノ身體ヲ保全スルニ出テタル所爲ト混同スルコトナキヲ要ス何トナレハ強制ニ因リ若クハ天災ニ際シ自己ヲ全フスルト他人ヲ害スルトハ自ラ之ヲ擇フコトヲ得ヘキモノニシテ其所爲ニ就テハ更ニ意思ナキモノニ非サレハナリ然レトモ抗拒ス可カラサル有形ノ強制即チ暴力ニ出テ又ハ自己ノ生命身體ヲ保全スル爲メニ非スシテ天災等ノ強制ニ出テタル所爲ハ固ヨリ罪ヲ犯スノ意ナキモノニシテ本條ニ依リ其不論罪タルコト勿論ナリ例ハ甲者強テ子ヲシテ白刃ヲ持タシメ子カ手ヲ拘束シテ乙ヲ殺シタルカ如キ又ハ子カ人力車ニ

刑法汎論 本論 犯罪ノ成立 犯罪タル所爲 所爲ト責任トノ關係



乘シテ道路ヲ通行スルコ際シ大風俄然吹キ來リテ予カ車ヲ轉覆シ爲コ通行人ヲ死コ致シタル場合ノ如キハ決シテ予ノ所爲ニ非サルナリ故ニ我刑法第七十五條第一項ハ唯抗拒ス可カラサル無形ノ強制ニ出テタル所爲(即チ意思ノミニ適用スルコトヲ得ヘク其有形ノ強制ニ出テタル所爲ハ故意ナキナ理由ト爲ス可キ不論罪タリ學者往々有形ノ強制ヲ以テ第七十五條ノ場合トスルハ法文ニ拘泥シテ學理ノ大本ヲ誤ル者ト云フ可シ然レトモ我刑法第七十七條ハ罪ヲ犯スノ意ナキ云々ト云ヒ管ニ故意ナキ所爲ヲ罪トセサルニ止マラス故意アルモ尙ホ罪ヲ犯スノ意ナキ所爲ニ非サレハ罪ニ非サルモノトセルニ似タレトモ純然タル學理上ヨリ論スレハ刑法ノ總則即チ一般ニ犯罪ノ要素ヲ論スルノ條下ニ於テハ只故意ナキ所爲ハ罪ニ非スト規定スルヲ以テ足レリトス而シテ我刑法カ特ニ罪ヲ犯スノ意ト明言シタル所以ノ理由如何ニ至リテハ後章ニ於テ講述ス可シ

(二) 事實ノ存在セサル場合

意思ノ尙ホ各人ノ心裏ニ存シ外形ニ顯出シテ其作用ヲ示サ、ル以上ハ未タ事實ノ存在セサルモノコシテ犯罪ノ責任ナキヤ明カナリ例ヘハ竊盜ヲ爲シ又ハ人ヲ

殺害セントノ意思ハ存在スルモ未タ竊盜シタル事實又ハ殺害シタル事實ニシテ現出セサル以上ハ犯罪ノ責任ナキカ如シ是事理明白コシテ特ニ説明ヲ要ス可キナシ

(三) 意思ト事實トノ連絡ヲ缺ク場合

刑法第七十七條第二項ニ曰ク罪ト爲ル可キ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者ハ其罪ヲ論セス其第三項ニ曰ク罪本重カル可クシテ犯ス時知ラサル者ハ其重キニ從テ論スルコトヲ得スト是即チ意思ト事實ノ連絡ナキノ場合ナリ意思及事實ニシテ共ニ存在スルモ意思ト事實トヲ連絡シテ相應スルコトナクハ犯罪ノ責任ナカニル可シ例ヘハ甲者乙女ノ有夫ノ婦タルコトヲ知ラス之ト姦通シタルトキハ甲ハ乙ト姦通スルノ意思アリ且有夫ノ婦ト姦通シタルノ事實アリト雖モ甲者ハ乙者ノ有夫ノ婦タルコトヲ知ラサルカ故ニ甲者ノ意思ハ唯乙ナル處女ト通セントスルモノニ過キス是意思ト事實ノ連絡符合スルコトナキモノニシテ甲ハ有夫姦タル犯罪ノ責任ヲ負フコトナカル可シ今法文ニ從ヒ本條ノ意義ヲ分析スレハ即チ左ノ數項ニ歸ス

(甲) 本條ノ不論罪ハ罪ヲ構成スル事實ヲ知ラサルモノニシテ法律ヲ知ラサル場合ニ非ス有夫ノ婦タルコトヲ知ラスシテ之ト姦通スルハ無罪ナルモ有夫ノ婦ト姦通スルハ法律ノ許ス所ト意料シテ犯シタル者ハ事實ノ不識ニ非スシテ法律ノ不識ニ屬シ決シテ之ヲ不問ニ附ス可キモノニ非ス刑法第七十七條第四項ニハ法律規則ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯スノ意ナシトスルコトヲ得スト明言シタレトモ余ヲ以テ之ヲ看レハ既ニ第二項ニ於テ事實ノ語ヲ用ヒタレハ此明文ハ自ラ不用ニ屬スルニ似タリ然レトモ我刑法ノ正文ヨリ論下スルトキハ此第四項ハ第二項及第三項ノ例外ヲ示シタルモノニ非スシテ第一項ノ例外ヲ示シタルモノトセサルヲ得ス何トナレハ第一項ニ罪ヲ犯スノ意ナキ云々ト云ヒ所爲ヲ行フノ意ナキ場合ノミニ限ラス頗ル汎博ナル語ヲ用ヒタルカ故ニ法律ヲ知ラスシテ犯シタル場合例ハ有夫ノ婦ト姦通スルモ法律ノ禁止スルモノニ非スト意料シテ犯シタル者ノ如キモ亦罪ヲ犯スノ意ナキモノトセサルヲ得サルニ至ルヲ以テ特ニ之ヲ明言スルノ必要アレハナリ學者往々第四項ヲ以テ第二項及第三項ノ事實ノ不識ニ屬シ法律ノ不識ニ屬セサル所以ヲ明記スルモノト爲スモノアリト雖モ是未ダ學理ニ熟セサルノ淺見ト云ハサル可カラス

(乙) 事實ノ不識ニ二様アリ一ハ全ク罪ト爲ル可キ事實ヲ知ラサル場合ニシテ全ク犯罪ノ責任ナク二ハ唯罪ノ重カル可キ事實ヲ知ラサルモノニシテ其重キ部分ニ就キ犯罪ノ責任ナキモノ是ナリ例ハ有夫ノ婦タルヲ知ラスシテ之ト姦通シタル如キ又ハ瓢箪ト意料シテ之ヲ兩斷シタルニ人ノ頭顱ナリシカ如キハ罪ト爲ル可キ事實ヲ知ラサルモノニシテ全ク犯罪ノ責任ナシ又例ハ他人ト意料シテ之ヲ殺害シタルニ犯者ノ父ナリシトキノ如キハ即チ罪ノ重カル可キ事實ヲ知ラサルモノニシテ通常人ヲ殺害シタルノ責任アレトモ父ヲ殺害シタルノ責任ナキカ如シ是本條第二項及第三項ノ明記スル所ナリ

(丙) 意思ト事實ト相連結符合セサル場合ト雖モ尙ホ怠慢若クハ過失ヲ罰スルコトアル可キハ前項ニ論述スル所ノ如クナレトモ此怠慢過失ヲ罰スル場合ニ於テハ罪ト爲ル可キ事實ヲモ知ラサルトキト雖モ亦之ヲ罰スルコトヲ得ヘキヤ例ハ一獵夫アリ前面ノ山上一頭ノ羊アルヲ認メ之ヲ銃撃シタルコト羊ニ非スシテ單ニ全身羊皮ヲ被リタルノ一狂人ナリシトキハ尙ホ之ヲ過失殺傷罪ニ問

フ可キ乎余ハ斷シテ此罪ナキモノトスル者ナリ蓋シ綜合過失怠慢ヲ罰スル場  
合ト雖モ其事實ヲ識ラサルハ犯者ノ怠慢若クハ過失ニ原因スル者タルコトヲ  
要ス即チ前例ニ於テ全身ニ羊皮ヲ被フリタル者ハ何人ト雖モ之ヲ羊ナリト思  
惟スルハ當然ナリ其一狂人タルヲ知ラサルハ素ヨリ當然ノコトニシテ敢テ之  
ヲ怠慢若クハ過失ニ出テタルモノト云フ可カラズ

(丁) 法律ノ正條ニ明記スルコトナキモ茲ニ一言ス可キハ所爲ノ錯誤ナリ抑モ所  
爲ノ錯誤ハ目的物ノ錯誤ト相對スルノ語ニシテ二者相似テ全ク其性質ヲ異ニ  
セリ即チ目的物ノ錯誤トハ所爲ノ向フタル目的物ハ其信シタル目的物ヨリ他  
ノ物體タリシ場合ヲ云フモノニシテ例ハ甲乙ヲ銃撃セント欲シ乙ト信シテ  
丙ヲ銃撃シタルカ如キヲ指シ所爲ノ錯誤トハ犯者ノ所爲ハ其信スル所ノ目的  
ニ向ヒタルモ其方向ヲ誤リ他ノ物體ニ及ヒタル場合ヲ云フモノニシテ例ハ  
甲乙ヲ銃撃セント欲シ乙ニ向ヒテ發砲シタルモ偶然ニシテ乙ノ背後ニ立テタ  
ル丙ヲ銃撃シタルカ如キヲ指ス而シテ目的物ノ錯誤ノ場合ニ在リテハ其目的  
物全ク犯罪物體タル能力ナキトキハ不能犯ニシテ全ク犯罪ノ責任ナキモ若シ

犯罪物體タル能力ヲ具ヘタル者ニ係ルトキハ第七十七條第二項及第三項ノ區  
別ニ從ヒ處分セサルヲ得ス例ハ乙ナル有夫ノ婦ニ姦通セリト思惟セシニ丙  
ナル處女ナリシ場合ハ罪ト爲ル可キ事實ナキモノニシテ全ク無罪タル可ク又  
甲其父ナル乙ヲ銃殺セント欲シ乙ト信シテ丙ナル他人ヲ銃殺シタルトキハ罪  
本ト重カル可クシテ其重キ事實ナキモノナレハ通常人ヲ殺スノ罪アル可キモ  
親ヲ殺スノ罪ナカル可シ之ニ反シテ所爲ノ錯誤ノ場合ニ在テハ偶然ノ事變犯  
人ノ意思ト犯罪ノ事實トノ連結ヲ解除シ犯人ノ意外ナル結果ヲ生スルヲ以テ  
苟モ故意ヲ要スル犯罪ニ就テハ其責任ナク唯之ヲ犯人ノ意中ニ存シタル物體  
ニ對スル未遂犯ト爲シ其意外ニ發シタル結果ハ之ヲ故意ヲ要セサル過失怠慢  
ノ罪ニ間フノ外ナカル可シ例ハ甲乙ヲ銃殺セント欲シ乙ニ向テ發砲シタル  
モ銃丸他物ニ觸レテ其正路ヲ失シ誤テ丙ナル傍人ヲ殺シタルトキハ甲ノ乙ニ  
對スル所爲ハ未遂犯罪ニシテ甲ノ丙ニ對スル所爲ハ過失殺人罪タル可シ  
(戊) 所爲ノ結果ハ永遠無窮ニシテ際限ナシ試ニ一例ヲ舉クテ之ヲ示サンニ今余  
ハ充分ノ注意ヲ用キ余カ机上ノ短銃ヲ動シタリトセン乎此一箇ノ所爲ヨ

シテ短銃中ニ裝置セル火藥ヲ爆發セシメ銃丸飛ンテ甲ノ身體ニ觸レ甲ハ重傷  
 シ久シク病床ニ臥シテ遂ニ其死ヲ致シ遺族爲メニ生計ニ苦ミ依テ甲ノ長子乙  
 ノ醫學修業ヲ中止セシメ業未タ成ラヌシテ丙ナル患者ヲ診察シ過テ丙ヲ死ニ  
 致ス結果ヲ生セリ余カ不注意ノ所爲ハ此丙者ヲ死ニ致シタルノ結果ニ付キ尙  
 ホ責任アル可キヤ其無責任タル素ヨリ言ヲ俟タスト雖モ余ニシテ若シ白刃ヲ  
 執リ甲某ヲ兩斷セハ甲ハ忽チ死スルコトナラン人余ヲ目シテ甲ヲ殺スモノト  
 スレトモ余ハ唯甲ヲ兩斷セルニ過キス甲ハ自ラ死スル而已苟モ天帝ニ非ス  
 ハ誰カ甲ノ生命ヲ奪フコトヲ得ン故ニ甲ノ死ハ唯余カ所爲ノ結果ナリ余ハ此  
 結果ニ付テモ亦其責任ナカル可キヤ余ノ責ヲ免ル、コト能ハサルヤ多言ヲ俟  
 タスシテ明カナリ然ラハ則チ犯者ヲシテ其所爲ノ結果ニ責任ヲ負ハシムルト  
 否トハ如何ナル標準ヲ以テ之ヲ定ム可キ乎曰ク所爲ニ直接ナル自然ノ結果及  
 豫メ想像シ得ヘキ直接ノ結果ヲ以テ犯者ノ責任ニ歸スルニ在リ例ハ人ヲ兩  
 斷シテ其死ヲ來スハ所爲ニ直接ナル自然ノ結果ニシテ觀客ノ充滿セル劇場ニ  
 放火シ多數人ノ死ヲ來タス可キハ豫メ想像シ得ヘキ直接ノ結果ナリ事實ト意

思トノ結合ヲ欲クモノト云フ可カラズ之ニ反シテ所爲ニ直接ナル自然若クハ  
 豫メ想像シ得ヘカラサル結果ハ其事實ト犯者ノ意思トノ連絡ナキモノニシテ  
 從テ犯罪ノ責任ナシ故ニ過失殺ノ如キニ至リテハ輕少ノ毆打ニ依リ遂ニ被害  
 者ヲ死ニ致スカ如キ重大ノ結果ヲ生スルモ法律ハ只其過失ノミヲ罰シテ犯者  
 ノ意思外ナル結果ヲ問フコトナク結果ノ大小ハ單ニ過失ノ大小ヲ推測スルノ  
 標準タルニ過キササルナリ

上來論述シタル所ハ主觀上ヨリ犯意ノ何物タルコトヲ解釋シタルモノナリト雖  
 モ客觀上ヨリ之ヲ考察スルトキハ我刑法第七十七條ノ所謂犯意ナルモノハ單ニ  
 或事實ノ存在ヲ知ルコトヲ云フニ過キササルナリ其事實トハ即チ該條ノ明示スル  
 如ク左ノ四種ノモノヲ云フ

- 一、 法律規則ノ存在ヲ知ルコト
  - 二、 或事實ノ現存ヲ知ルコト
  - 三、 犯狀ヲ重カラシム可キ事實ノ現存ヲ知ルコト
  - 四、 或ル所爲ノ結果トシテ發生ス可キ事實ヲ知ルコト
- 故意
- 惡意
- 犯意

右ノ如ク四種ノ事實ヲ悉ク知リツ、行ヒタル所爲ヲ犯意ニ出ツルモノト云ヒ第四ノ事實ト第二若クハ第三ノ事實トチ知リツ、行ヒタル行爲ヲ惡意ニ出ツルモノト云ヒ第四ノ事實ヲ知リツ、行ヒタル所爲ヲ故意ニ出ツルモノト云フ故ニ我刑法第七十七條ノ所謂罪ヲ犯スノ意トハ法律規則ヲ知ラサル場合チモ包含シ人ヲ殺スモ法律ノ禁スル所ニ非スト思惟シテ人ヲ殺スモノハ罪ヲ犯スノ意ナキモノナリ是レ同條ノ末項ニ於テ法律規則ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯スノ意ナシトスルコトヲ得スト明言シ法律規則ノ不識ハ犯意ナキモ犯罪ノ責任ヲ免カル、コトヲ得サル旨ヲ規定スル所以ナリ又人タルコトヲ知リテ之ヲ殺ス他人ノ妻タルコトヲ知リテ之ヲ姦スルハ或事實ノ既ニ現存セルコトヲ知ルナリ己レノ親タルコトヲ知リテ之ヲ殺シ十二歳以下ノ幼者ナルコトヲ知リテ之ヲ姦スルハ犯狀ヲシテ重カラシム可キ或事實ノ既ニ現存セルヲ知ルナリ此等ノ事實ヲ知ラサルトキハ罪ヲ犯スノ意ナキモノト爲ル可シ第七十七條第二項及第三項ノ規定スル所即チ是ナリ又現存セル事實ヲ知ルノミナラス罪狀ヲ重カラシム可キ現存セル事實ヲ知リ且其所爲ニ依リテ發生ス可キ將來ノ結果タル事實ヲ知ルトキハ之ヲ惡意

ト云フ故ニ例ヘハ人タルコトヲ知リ之ヲ毆打スルモ其生命ヲ喪失スルノ結果ヲ生ス可キコトヲ知ラサルトキハ人ヲ殺スモ殺人罪ノ意思ナカル可ク門戸ニ放火スルモ家屋ヲ燒失スルノ結果ヲ生ス可キコトヲ知ラサルトキハ家屋ヲ燒燬スルモ放火ノ罪ナカル可シ

由是觀之法律上ニ責任ヲ負ハシム可キ所謂犯意ニ出ツルノ所爲トハ或現存セル事實ヲ知リ或將來ニ發生ス可キ結果ヲ知リツ、行ヒタル所爲ヲ指示スルモノナリ而シテ其ノ如何ナル事實ヲ知リ如何ナル結果ヲ知レハ如何ナル犯罪ヲ構成スルヤ否ハ刑法各條ノ規定スル所ニシテ人タル現存ノ事實ヲ知リ其生命ノ喪失スル結果ヲ生ス可キコトヲ知リツ、或所爲ヲ加フルヲ殺人罪トシ人ノ所有物タルコトヲ知リ其占有ノ奪取セラレ、ノ結果ヲ生ス可キコトヲ知リツ、之ヲ竊取スルヲ盜罪ト爲スカ如シ

第二款 所爲ノ狀態

第一項 總說

意思ト事實ト連結符合スルトキハ之ヲ稱シテ故意ニ出テタルモノト云フ意思ト

所爲ノ狀  
總說

事實ト連結符合セサルモ注意若クハ謹慎ナ欠キタルトキハ其所爲ヲ稱シテ過意ニ出テタルモノト云フ故ニ今主觀上即チ所爲ヲ行フ者ヨリ見ルトキハ所爲ニ故意及過失ノ二状態アレトモ若シ客觀上即チ所爲ヲ受クル者ヨリ見ルトキハ所爲ハ已ニ遂ケタルモノト未ダ遂ケサルモノトアリ所爲ノ既遂未遂ハ又所爲ノ二状態ナリ一言以テ之ヲ蔽フトキハ主觀上所爲ニ故意ト過意トノ區別アルハ恰モ客觀上所爲ニ既遂未遂ノ區別アルカ如シ例ヘハ茲ニ一ノ殺人ノ所爲アリトセヨ犯者ヨリ之ヲ云ヘハ此所爲ハ故意ニ出テタルモノ謀故殺ト過意ニ出テタル者過失殺トアル可キモ被害者ヨリ之ヲ云ハ、既ニ殺サレタル者既遂ト未ダ殺サレサルモノ(未遂)トアル可シ蓋有意犯ト云ヒ無意犯ト云フモノハ主觀上ノ觀察ニシテ既遂犯ト云ヒ未遂犯ト云フモノハ客觀上ノ觀察タルニ過キサルナリ余ハ是ヨリ段ヲ追ヒ項ヲ重ネテ此等ノ事項ヲ詳論セントスレトモ所爲ノ考察上常ニ主觀客觀ノ區別アルコトヲ看過ス可カラズ

犯意及過意  
犯意

第二項 犯意及過意  
第一段 犯意

第一、犯意總說

抑モ人ノ意思ハ其欲スル所ノ必要ヲ満足セント希望スルニ因リ發動セラル、モノニシテ此等ノ必要ヲ満足スルコトヲ稱シテ人ノ欲望ト云フ即チ犯罪ヲ爲スノ趣旨又ハ目的ト爲ルモノ是ナリ例ヘハ君父ノ讐ヲ復シ金錢ヲ貪リ又ハ飢餓ヲ醫セントスルカ如キハ皆是人ノ必要ヲ満足セントスルノ意思ナリ而シテ此等ノ必要ヲ充タサンカ爲メ犯者更ニ其意思ヲ轉シテ他人ノ金錢ヲ自己ノ有ト爲シ又ハ人ノ生命ヲ絶ツ等其他ノ結果ヲ生セントスルノ方向ヲ取リタルトキハ之ヲ故意ト云フ此意思尙ホ一步ヲ進メテ外形ニ顯出シタルトキハ之ヲ決心ト云フ例ヘハ他人ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生セントコトヲ求ムルノ意思ハ單ニ故意ナレトモ其人ヲ斬ラントシ又ハ之ヲ毒殺セント思料ヲ定ムルトキハ即チ決心ナリ又他人ノ金錢ヲ自己ノ有ト爲サントスルノ意ハ只故意ニ止マレトモ其金錢ヲ竊取セントスルハ決心ナリ故ニ犯罪ハ目的ノ進ンテ故意ト爲リ故意ノ進ンテ決意ト爲ルニ成立スルモノナレトモ惡意ノ實行ニ顯ハル、形跡ノ順序ヨリ云ハ、決心先ツ發シテ人ヲ斬リ又ハ金錢ヲ竊取スルノ所爲ト爲リ次キニ故意タリシ人ヲ殺シ金錢ヲ

奪フノ結果ヲ生シ最後ニ犯人ハ警ヲ報シ貪欲ヲ充タシ又ハ飢餓ヲ救フノ目的ヲ達スルモノト云フ可シ依テ余ハ形跡ノ順序ニ從ヒ先ツ決心ノ何物タルヨリ説キ起サン

第二、決心

決心トハ所爲ノ實行ヲ爲スノ直接ナル原因タル意思ヲ云フ則チ故意ハ犯罪ノ結果ニ對スル意思ヲ指シ決心ハ犯罪ノ所爲ニ對スル意思ヲ指スモノニシテ犯意ノ淺深輕重ノ度ハ決心ノ模様如何ニ關ス可キモノトス抑モ犯者カ其思料ヲ一定シテ決心シタルトキハ此決心ハ外形ニ顯出シテ犯罪ヲ實行スル端緒ノ所爲ト爲ル可シ然レトモ決心ニハ程度ノ在ルアリ即チ斯ク心裏ノ思料一定シテ決心ト爲リ決心ヨリ進ミテ端緒ノ行爲ニ至ルコトハ或ハ深思熟慮ニ出ツルアリ或ハ一時ノ感動憤激ニ出ツルアリ其熟慮ニ出テタル決心ヲ豫謀ト云ヒ一時ノ憤激ニ出テタル決心ヲ感激ト云フ左ニ之ヲ詳論セン

(一) 豫謀 豫謀トハ唯深思熟慮ニ出テタル決心ヲ指スモノニシテ決心ヨリ着手若クハ實行ニ至ル時日ノ長短ハ豫謀ノ有無ニ關係ナク決心ト實行トノ間久シ

キカ故ニ必スシモ豫謀アルニ非ス又短少ナルカ故ニ必スシモ豫謀ナキニ非ス時日ノ久シキハ唯豫謀アルノ證據ヲ示スモノニ過キサルナリ然リ而シテ一般ノ犯罪ニ在リテハ豫謀ノ有無ハ唯犯罪ノ情狀ヲ輕重スルニ過キスト雖モ殺人罪ニ在テハ我刑法ハ特ニ之ヲ犯罪ノ一元素トセリ即チ豫メ謀リテ人ヲ殺シタル者ハ謀殺ノ罪ト爲シ之ヲ死刑ニ處スルモ豫謀ナキ者ハ之ヲ故殺ノ罪トシテ無期徒刑ニ處ス可キモノト定メタリ

(二) 感激 感激トハ一時ノ憤激ニ出テタル決心ニシテ大小甚タ其度ヲ異ニシ其極度ニ達スルヤ或ハ全ク思料決意ヲ失ヒ其刑ヲ全免ス可キモノアリ或ハ感激殆ント皆無ニシテ豫謀ト同一ノ刑ヲ科ス可キモノアリト雖モ概スルニ我刑法ニ於テハ身體ニ對スル犯罪ノ外豫謀ト感激ノ差異ヲ以テ別ニ法律上ノ差異ヲ設ケス之ヲ犯罪ノ情狀トシテ法官ノ酌量ニ一任セリ然リト雖モ豫謀ト感激トハ二者混同シテ往々其差異ヲ見ルニ難キコト少カラズ今左ニ區別ノ標準ト爲ス可キ原則ノ一二ヲ示サン

一、感激ニ依テ犯罪ヲ決心シタルトスルモ熟慮シテ其罪ヲ實行シタルトキハ

豫謀ニ出テタルモノト爲ス何トナレハ此場合ニ於テハ犯罪實行ノ熟慮ハ犯罪實行前ニ生シタル感激ヲ消滅スレハナリ例ヘハ一時ニ憤怒ニ依リ忽チ殺意ヲ生シテ人ヲ殺スモ其之ヲ殺スノ所爲タル残忍久シキニ涉リ終ニ一刀其命ヲ斷チタルトキノ如シ

二、深思熟考シテ罪ヲ犯スノ意ヲ決スルモノ一時ノ憤激ニ依リ之ヲ實行シタルトキハ感激ニ出テタルモノト爲ス何トナレハ此場合ニ於テハ感激ハ實行ノ刺衝ニシテ其實行ニ至ラシメタルモノハ感激ニ外ナラサレハナリ例ヘハ甲者熟慮シテ乙者ヲ殺シテ舊怨ヲ報ヒント決意セル既ニ久シキトキ偶乙者ノ爲メニ感激セラレテ忽チ之ヲ銃殺シタルトキノ如シ

三、既ニ熟慮シテ決意シタル犯罪ノ實行ニ着手シ其實行中感激ヲ發シタルトキハ其感激ハ必スシモ豫謀ヲ消滅セシムルモノニ非ス例ヘハ甲者豫メ謀リテ乙者ヲ殺サント欲シ乙者ヲ道ニ要シテ襲撃シタルニ却テ乙者ノ反撃ニ依リ憤怒ヲ發シテ乙者ヲ殺シタルトキノ如シ

以上ノ三則ニ依リ諸君ハ豫謀ト感激トノ何物タルナリ了知セラレタル可シト雖モ

二者共ニ所爲ノ實行ニ就テ立言セルモノナルコトヲ忘却ス可カラス即チ沈思熟考ノ上犯罪ヲ實行シタルトキハ之ヲ豫謀ノアリタルモノトシ之ニ反シテ一時ニ憤激シテ犯罪ヲ實行シタルトキハ之ヲ感激ニ出テタルモノト爲スカ如シ

第三、故意

故意トハ犯罪ノ結果ヲ生セントスルノ意思ニシテ所爲ヲ實行セントノ決心ハ豫謀ニ出ツルト將タ感激ニ出ツルトニ關係スル所ナシ例ヘハ人ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ見ントスルハ故意ニシテ其人ヲ斬リ或ハ其人ヲ毒殺セントシテ之ヲ實行スルノ決心ハ豫謀ニ出ツルモノ一時ノ感激ニ出ツルモノ更ニ相關スル所ナカル可シ然レトモ茲ニ注意ス可キハ故意ナルモノハ敢テ其結果ヲ希望スルノ意タルコトヲ要セス唯其所爲ヨリシテ或ル結果ヲ生ス可キコトヲ知リツ、之ヲ行フモノハ則チ故意タルニ外ナラサルコト是ナリ例ヘハ觀客ノ充滿セル劇場ニ放火スル者ハ其意專ラ劇場ヲ燒燬スルニ在リテ敢テ觀客ノ死亡ヲ希望スルニ在ラサル可キモ爲メニ觀客ノ死亡ヲ來ダスコトアル可キコトヲ知リツ、之ニ放火シ人ヲ殺シタル者ハ殺人罪タルヲ免カレス然レトモ法學ノ幼稚ナル我刑法ニ於テハ現ニ此結



果ヲ來タス可キコトヲ知リタル場合ノミチ以テ故意アルモノトスルニ似タレハ若シ茲ニ愚人アリ人ヲ兩斷スルモ其死亡ヲ來ス可キコトヲ知ラスシテ之ヲ殺害シタルトキハ之ヲ故意ナキモノトセサルヲ得ス然ルニ英國法ハ更ニ一步ヲ進メテ現ニ或ル結果ヲ生スルコトヲ知ラサルモ普通人トシテ之ヲ知ラサル可カラサル場合及特ニ之ヲ知ル可キ義務アルモノニ對シテ仍ホ之ヲ故意ニ出テタルモノト推定セルハ大ニ其當ヲ得タルモノト云ハサル可カラス

學者故意ヲ別デテ左ノ三種ト爲セリ即チ

(一) 必然結果ノ發生ヲ期スル故意ヲ必定ノ故意ト云フ例ハ甲者乙者ヲ殺サント欲シ甲者銃口ヲ乙者ニ向ケ之ヲ放ツトキハ銃丸乙者ヲ貫キ必ス其生命ヲ絶ツ可キコトヲ期スル場合ノ如シ

(二) 必然結果ノ發生ヲ期セサル故意ヲ不定ノ故意ト云フ例ハ甲者銃口ヲ乙者ニ向テ之ヲ放ツトキハ銃丸乙者ヲ貫キ或ハ其生命ヲ絶ツコトアル可ク或ハ銃丸正路ヲ失シテ乙ノ生命ヲ全ウスルコトアル可キコトヲ豫知シ而シテ尙ホ之ヲ放チテ乙者ヲ殺シタルトキハ甲者ハ不定ノ故意ヲ以テ乙者ヲ殺シタルモノ

ナリ

(三) 同一ノ所爲ヨリシテ二三ノ結果ヲ生シ得ヘキ場合ニ於テ必然一ノ結果ヲ期シ必スシモ他ノ結果ヲ期セサルトキハ之ヲ必定不定併發ノ故意ト云フ例ハ甲者銃口ヲ乙者ニ向テ之ヲ放ツトキハ銃丸乙者ノ身體ヲ貫キ必ス乙者ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生スルコトヲ期スルモ此銃丸ハ或ハ乙者ノ身體ヲ通過シ併セテ乙者ノ背後ナル丙者ヲ貫キ丙者ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生スルヤモ知ル可カラスト思料シテ之ヲ放チタルニ銃丸果シテ丙者ヲ貫キ二人ノ生命ヲ絶チタルトキハ甲者ハ必定及不定ノ故意ヲ以テ乙丙二人ヲ殺シタルモノナリ

以上掲ケタル故意三種ノ區別ハ今日學者ノ說リ所ナレトモ此等三種ノ故意共ニ一ノ故意ニシテ犯罪ノ構成上更ニ關係スル所ナキヲ以テ學者ノ之ヲ區別スルハ全ク不要ニ屬スルニ似タリト雖モ不定又ハ併發ノ故意モ法律上尙ホ之ヲ故意トシテ論ス可キモノナルコトヲ注意セシムルニ過キサラナリ

### 第四、目的

目的ハ犯人カ犯罪タル所爲ノ結果ヨリ得ル所ノ満足ナリ例ハ人ヲ殺シテ警ヲ

復シ金錢ヲ強奪シテ貪慾ヲ飽カシムル等凡テ人心ノ内部ニ存スルモノナレトモ  
 犯罪ノ目的ハ刑法上如何ナル關係ヲ有スルヤ否ヲ知ラント欲セハ須ラシ先ツ故  
 意ト目的トノ性質上ノ區別ヲ了解セサル可カラス抑モ故意ハ直接ニ所爲ノ結果  
 ナ見ントスルノ意思ニシテ故意ト結果トハ恰モ合シテ内外一體ヲ爲スカ如キモ  
 ノナレハ故意ト結果トハ各人各個ノ心意以外ヨリ之ヲ觀察スルコトヲ得ヘシ語  
 ナ換ヘテ之ヲ云ハ、故意ハ各人各異ノ性質ナクシテ各人一般ノ性質ヲ帶フルモ  
 ノナレトモ目的ニ在リテハ然ラス縱令同一ノ犯罪ニシテ同一ノ結果ヲ生スルモ  
 其目的ハ各人ニ依リテ各異ラサルヲ得ス例ハ故殺罪ハ人ノ生命ヲ絶タントス  
 ルノ意思ト人ノ生命ヲ絶ツノ結果トヨリ成立シ此故意ナルモノハ何人ニ於テ此  
 罪ヲ犯スモ毫モ其人ニ依リテ相異ナルコト無キモ其目的ニ至リテハ然ラス或ハ  
 君父ノ讐ヲ復センカ爲メニスル者アラン或ハ金錢ヲ奪フカ爲メニスル者アラン  
 或ハ單ニ快樂ノ爲メニスル者モアラン目的ニ各人一般ノ性質ナキヤ以テ見ル可  
 シ之ヲ要スルニ故意ハ一般ノ性質ヲ有スルヲ以テ其有無ニ依リテ生スル所ノ關  
 係ハ法律ノ範圍ニ於テ之ヲ一定スルコトヲ得ルモ目的ハ各人各異ノ性質ヲ帶フ

ルヲ以テ其善惡邪正ニ依リテ生スル關係ハ道德ノ範圍内ニ屬ス可シ是ヲ以テ故  
 意ノ有無ハ法律上犯罪ノ存否刑ノ輕重ヲ定ムルノ標準タルコトヲ得ヘキモ目的  
 ノ善惡邪正ハ單ニ裁判官カ各犯罪ノ情狀ニ付キ法律ニ定メタル刑期内ニ於テ刑  
 ノ輕重ヲ爲スノ標準タルヲ得ルニ過キサルナリ

第五、 犯意ノ證明

犯意ノ證明ハ甚々困難ナルコト少カラス例ハ謀殺犯者ト雖モ容易ニ豫謀及故  
 意アリシコトヲ自白セサル可ク創傷犯者ハ必ス一時ノ遊戯ニ出テタル所爲タル  
 コトヲ主張シ竊盜ハ遺失ノ物品ヲ拾得シタルモノト抗論シ偽證罪犯ハ事實ノ虛  
 妄ナルヲ知ラサルコトヲ辯護ス可シ故ニ裁判官ハ犯罪ノ手段目的等所爲全體ノ  
 性質及犯罪ノ日時場所等一般ノ情況ヲ照察シ惡意ノ有無ヲ決セサル可カラス但  
 シ其證明方法論定ノ規矩ニ至リテハ宜シシ證據法ノ原理法則ニ從フ可キハ當然  
 ナリ

第二段 過意

第一、 過意總說

刑法汎論 本論 犯罪ノ成立 犯罪タル所爲 所爲ノ狀態

過怠ノ所爲ハ避ケ得ヘキ過誤ニ依リ意外ノ結果ノ生シタル場合ニ發スルモノナ  
 リ過誤ノ避ケ得ヘキモノトハ一般通常ノ注意ヲ用ユルトキハ此過誤ヲ生スルコ  
 トナカリシコトヲ云フ然レトモ我刑法ハ過怠ノ如何ナル程度ニ限リテ法律上處  
 罰ス可キモノト定メタルカ敢テ其限界點ヲ發見スルコト能ハス民事上ノ責任ヲ  
 負フ可キ過怠ハ其區域極メテ廣汎ニシテ犯罪ノ責任ヲ負擔セシム可キ過怠ト同  
 一ノ論定ヲ下スコトヲ得ス故ニ法律上特ニ之ヲ明言スルモノ、外各事件ニ就キ  
 法官ノ判定ニ一任スルノ外ナシト雖モ其法律ハ如何ナル場合ニ於テ過怠ノ罪ヲ  
 問ヒ單ニ之ヲ民法ノ支配ニ任スルコトナキモノト定メタルヤ否ヲ論定セサル可  
 カラス

一般ノ原則ヨリ之ヲ云ハ、犯罪ハ必ス故意アルコトヲ豫定スルモノニシテ過怠  
 ナ罰スルハ之ヲ例外ト云ハサルヲ得ス故ニ法律上特ニ之ニ反對スル明文ヲ掲ケ  
 サル上ハ必ス故意ヲ要スル犯罪ト爲シ過怠ノ罪ヲ問フコトヲ得ス今我刑法カ過  
 怠ヲ罰スルノ場合ヲ舉ケレハ左ノ三種ニ歸ス

(一) 犯罪物體ノ貴重ニシテ怖ル可キ重大ノ結果ヲ生スル場合即チ危害品及健康

ヲ害ス可キ物品製造ニ關スル罪(第二百五)健康ヲ害ス可キ飲食物及藥品ヲ販賣ス  
 ル罪(第二百五)私ニ醫業ヲ爲スノ罪(第十七)往來通信ヲ妨害スル罪(第八及第  
 九)其他生命身體ニ關スル過失殺傷ノ罪(第三百十七)等是ナリ

(二) 官吏又ハ人民ノ特ニ注意ヲ要スル義務ニ關スル場合即チ相當官吏又ハ護送  
 者囚人ニ對シ飲食衣服ヲ屏去シ又ハ水火震災ノ際官吏囚人ノ監禁ヲ解クコト  
 ナ怠リ裁判官檢察官等被告人ニ暴行ヲ加ヘ疾病死傷ニ致サシメタル罪(第八十  
 乃至第九十)看守又ハ護送者囚徒ノ逃走ヲ知ラサル罪等是ナリ

(三) 安寧警察ノ目的ヲ達スルカ爲メニスル場合即チ過半ノ警察罪是ナリ

以上三種ノ犯罪ハ全ク之ヲ過怠ニ出ツルモノ、ミトスルコトヲ得サルモ管ニ故  
 意ニ出テタルモノ、ミニ止ラス過怠犯罪ノ場合ヲ包括スルヤ明カナリ今我刑法  
 ナ以テ獨英ノ刑法ニ比照セハ其過怠ヲ罪スルノ場合稍少キニ似タリ就中過怠ニ  
 出テタル證人ノ偽證ハ獄吏カ過失ニ依リ無罪者ニ對シテ死刑ヲ執行シタル場合  
 ノ如キハ特ニ公益ノ爲メ注意ヲ要ス可キモノナレトモ嘗テ此等ノ怠慢ヲ罰ス可  
 キノ正條アルヲ見ス

第二、過怠ノ種類

過怠ハ亦別チテ三種ト爲スコトヲ得即チ疎虞、懈怠及疎虞懈怠ノ併發是ナリ左ニ之ヲ説明セン

(一) 疎虞トハ意外ノ結果ヲ生スルコトアル可キコトヲ覺ラサルニ非サルモ充分ノ注意ヲ用ヰス此結果ヲ來タサ、ル可シト信スル所ノ過怠ヲ云フ例ハ余ハ射的ヲ試ミンカ爲メ木斤ノ標的ヲ余カ墻壁ニ掲ケ之ニ向テ發射セントスルニ際シ余ハ銃丸カ標的及墻壁ヲ貫キ通行人ヲ殺害スルコトアル可キヲ知レトモ余ハ充分ノ調査ヲ爲サス標的及墻壁ノ堅固ナル銃丸ノ之ヲ貫キ得ヘキモノニ非スト輕信シテ發射シ遂ニ意外ノ結果ヲ來タシタル時ハ余ハ疎虞ヲ以テ人ヲ死ニ致シタルモノナリ

(二) 懈怠トハ不注意ニ依リ全ク意外ノ結果ヲ生スルコトアル可キコトヲ覺ラサル所ノ過怠ヲ云フ例ハ前例ニ於テ余ハ全ク銃丸ノ墻壁及標的ヲ貫キ通行人ヲ害スルコトアル可キヲ覺ラス意外ノ結果ヲ來タシタル場合ノ如シ  
疎虞、懈怠ハ共ニ是レ過怠ノ一種類ナレトモ尙ホ諸君ヲシテ其區別ヲ明瞭ナラ

シメンカ爲ニメ更ニ一例ヲ示サン例ハ甲者アリ散彈ヲ裝置シタル獵銃ヲ以テ一狂犬ヲ殺サント欲スルコ際シ熱心ノ餘乙者アリ狂犬ノ傍ニ立ツチ知ラヌシテ乙者ヲ殺スハ懈怠ナリ而シテ甲者若シ乙者アリ狂犬ノ傍ニ立ツコトヲ知ルモ散彈ノ飛散ス可キ距離如何ヲ熟察セス必ス狂犬ノミヲ射テ乙者ヲ傷スルコトナキモノト輕信シタルトキハ疎虞ナリ若シ又之ニ反シテ甲者ハ或ハ乙者ト狂犬トヲ併セテ殺傷スルコトアル可キコトヲ知リツ、乙者ヲ害シタルトキハ故意ニシテ過怠ニ非サルナリ

(三) 次ニ疎虞及懈怠ハ同時ニ相互ニ併發スルコトアリ例ハ前項射的ノ一例ニ於テ甲者ハ乙者アリ狂犬ノ傍ニ立ツコトヲ知ルモ銃丸ノ單ニ狂犬ノミニ必中シテ乙者ヲ傷クルコトナキモノト輕信シ而シテ乙者ヲ害シタルトキハ其乙者ヲ害シタルノ所爲ハ疎虞ニ出ルモノナレトモ若シ更ニ丙者アリ乙者ノ傍ニ立ツコトヲ知ラスシテ併セテ丙者ヲ殺傷シタルトキハ其丙者ヲ害スルノ所爲ハ懈怠ニ出ツルモノナリ之ヲ疎虞、懈怠ノ併發ト云フ

第三段 故意及過怠ノ併發

故意及過怠ノ併發

刑法汎論 本論 犯罪ノ成立 犯罪タル所爲 所爲ノ狀態

故意及過意ノ併發ニ二様ノ場合アリ一ハ同一ノ所爲ニ出テ一ハ二三ノ所爲ニ出ツ左ニ之ヲ分論セン

(一) 同一ノ所爲ヨリ故意ニ出テタル不正ノ結果ト故意ナキ不正ノ結果ト發生シタルトキハ之ヲ故意及過意ノ併發ト云フ例ハ婦女ヲ強姦スルノ所爲ハ故意ニ出テタル犯罪ナルモ因テ婦女ヲ死傷セシメタルトキハ其死傷ハ過意ニ出テタル犯罪トス或ハ古來ノ學者ハ往々之ヲ別種ノ故意トシ意外ノ結果ニ出テタル場合ヲ稱シテ間接ノ故意ト稱シ或ハ有名ノ學者ニシテ之ヲ故意ニ基キタル過失ト稱セシ者アリ今日ニ於テハ斯ル舊主義ハ實際上理論上共ニ採用スル者ナキニ至レリ

(二) 一人ノ犯者二三ノ所爲ヲ行フニ際シ第一ノ所爲ニ於テハ故意ヲ有スルモ終ニ之ヲ遂クルコトヲ得ス第二ノ所爲ニ付テハ故意ナキモ結局同一ノ故意ニ出テタル結果ヲ生セシ時モ亦故意過意二者ノ併發トス例ハ甲者白刃ヲ揮テ乙者ニ加ヘ全ク其生命ヲ絶ナタリト信シ罪證ヲ湮滅センカ爲メニ其死體ヲ水中ニ投シタリシニ豈ニ料ランヤ乙者ハ甲者ノ白刃ノ爲メニハ未ダ其命ヲ殞セス

水ノ爲メニ溺死シタルコト分明ナリシ場合ノ如キハ第一ノ所爲ハ故意ニ出テタル者ニシテ之ヲ謀殺未遂ト云フ可ク第二ノ所爲ハ過意ニ出テタルモノニシテ之ヲ過失殺人ト云ハサル可カラス古來ノ學者往々故意過意二者ノ併發ヲ誤認シ斯ル場合ニ於テハ共同一體ノ故意ナルモノアリト主張セシカ此說タル自家撞着ノ謬見タルヲ免レス何トナレハ若シ第二ノ所爲ニシテ唯單ニ第一ノ所爲ヲ堅固ナラシムルニ過キサルトキハ第二ノ所爲モ亦素ヨリ必定若クハ不定ノ故意ニ出テタルモノト云ハサルヲ得サレハナリ例ハ前例ニ於テ甲者カ乙者ノ死體ヲ水中ニ投シタルハ罪證湮滅ノ爲メニ非スシテ單ニ乙者ヲシテ再生セシムルコト勿ラシムル爲メナリシトキハ是故意ナリ之ニ反シテ第二ノ所爲ニシテ第一ノ所爲ヲ堅固ナラシムルカ爲メニ非ス第一ノ所爲ヲ以テ充分其目的タル結果ヲ得タルモノトスルトキハ第二ノ所爲ヨリ生シタル意外ノ結果ハ過意ニ出テタルモノニ外ナラス故意過意ノ二者ハ本來其性質ニ於テ相反シ之ヲ合同シテ單獨ノ一體ヲ爲サシムルコト能ハサルナリ

既遂犯及未遂犯

### 第三項 既遂犯及未遂犯

刑法汎論

本論 犯罪ノ成立犯罪タル所 爲所爲ノ狀態

第一段 既遂犯

既遂犯トハ犯罪タル所爲ヲ實行シ了リテ其故意タル結果ヲ生シタルモノヲ云フ  
 凡百ノ犯罪必スシモ然ラスト雖モ一般ヨリ云フトキハ故意ニ出テタル結果ノ發  
 生シテ故意ヲ達シタル場合ヲ總括ス但此場合ト雖モ既遂犯ナルモノハ唯故意ノ  
 實行ヲ達シタルコトヲ謂フモノニシテ犯罪ノ目的ヲ達スルト否トニ關係スルコ  
 トナシ例ヘハ第三百六十六條人ノ所有物ヲ竊取シタル者ハ竊盜ノ罪ト爲シ二月  
 以上四年以下ノ重禁錮ニ處スト云ヒ又ハ第二百九十三條豫メ謀テ人ヲ殺シタル  
 者ハ謀殺ノ罪ト爲シ死刑ニ處スト云フカ如キ其他比々皆然ラサルハナシ然レト  
 モ既遂犯ト雖モ或ル場合ニ於テハ刑ヲ輕減シ又ハ免除スルコトアリ即チ謀殺故  
 殺ヲ除外一般ノ犯罪ニ付テノ自首ハ其刑ヲ減等シ(刑法第八十五條)偽證罪(第百二  
 十六條)貨幣偽造罪(第百九十二條)内亂陰謀罪(第百二十六條)ノ場合ニ於テハ其刑ヲ全免ス但如何ナ  
 ル場合ニ於テモ不論罪ト爲ルコト能ハサルハ當然ナリ

第二段 未遂犯

第一、總說

未遂犯トハ犯罪ノ執行ニ着手スルモ未タ其故意タル結果ニ達セサルヲ云フ例ヘ  
 ハ甲者乙者ヲ殺サント欲シ短銃ヲ以テ樹間ヨリ狙撃セシニ彈丸外ツレテ遂ニ乙  
 者ヲ殛ス能ハザリシ場合ノ如シ即チ其故意ニ至リテハ既遂ノ場合ト異ナルナキ  
 モ其故意ト符合スル所ノ實效ヲ得サルモノナリ故ニ故意ニシテ存在セスハ未  
 遂犯モ亦存在スルコトナシ  
 我刑法(第百十條)ニ於テハ重罪ハ盡ク其未遂犯ヲ罰シ違警罪ハ全ク其未遂犯ヲ罰ス  
 ルコトナク而シテ輕罪ノ未遂犯ニ至リテハ本條特ニ記載シタル場合ニ限リテ之  
 ヲ處罰ス但未遂犯ヲ罰スルニハ何レノ場合ヲ問ハス既遂犯ノ刑ニ照ラシテ一等  
 又ハ二等ヲ減ス可キモノト定メタリ(第百二十二條)然レトモ國事犯(第百二十一條)乃如  
 キハ未遂犯ノ時ニ於テ本刑ヲ科シ皇室ニ對シ危害ヲ加ヘントシタル大逆罪(第百  
 十條及第百八條)内亂ノ豫備陰謀ヲ爲スノ罪(第百五條)ノ如キハ未遂犯ハ勿論未タ未遂犯ニ  
 至ラサル所爲ヲ以テ本罪トシテ之ヲ罰スルカ故ニ仍ホ更ニ總則ヲ適用シテ其罪  
 ノ未遂罪ヲ罰スルコトアル可シ

第二、豫備

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

本罪アリテ始メテ豫備ノ所爲ナルモノアリ既ニ豫備ト云ヘハ他ニ本罪アル可キハ當然ナレトモ豫備ト本罪トハ全ク別箇ノ所爲ナリ豫備ノ所爲ハ毫モ本罪タル所爲ノ一部ヲ構成スルモノニ非ス例ヘハ人ヲ毒殺センカ爲メニ毒藥ヲ買入ル、所爲ノ如キ又ハ人ヲ斬殺センカ爲メニ刀劍ヲ買入ル、所爲ノ如キ毫モ毒殺又ハ斬殺ノ所物ヲ構成スルコトナキカ如シ故ニ法律ハ本罪ニ照ラシテ豫備ヲ罰スルコトナキチ原則トス然レトモ法律ハ本罪ヨリ云ヘハ豫備ノ所爲ナルモノ之ヲ本罪ノ豫備トセスシテ全ク獨立ナル一個ノ犯罪トシテ之ヲ罰スルコト少ナカラス例ヘハ甲ナル者乙者ヲ殺サンカ爲メニ丙者ノ短銃ヲ竊取シタルトキハ此竊盜ノ所爲ハ殺人罪ノ豫備ナレトモ毫モ殺人罪ノ所爲ニ加ハリタルモノニ非サレハ法律ハ殺人罪ノ豫備トシテ之ヲ罰セサレトモ他人ノ所有物ヲ竊取シタル所爲ニ至リテハ盜罪トシテ之ヲ罰ス可シ又毒物ノ賣買ヲ禁止スル法律アルニ關セス甲者乙者ヲ毒殺スルノ目的ヲ以テ之ヲ買取セルトキハ法律ハ毒殺罪ノ豫備トシテ之ヲ

罰スルコトナクシテ毒物販賣規則ノ違反トシテ之ヲ罰スルコトヲ得ヘシ我刑法第百十一條ニ於テ凡ソ罪ヲ犯サンコトヲ謀リ又ハ其豫備ヲ爲スト雖モ未タ犯罪ノ執行ニ着手セサル者ハ其罪ヲ論セスト云ヘルハ即チ此意ナリ然レトモ法律ハ豫備ノ所爲ヲ罰スルノ必要アルトキ就中犯罪ノ結果重大ニシテ公安ヲ害スルノ恐アルカ如キ場合例ヘハ内亂ノ豫備陰謀ハ特ニ各條ノ明文ヲ以テ之ヲ罰ス可キコトヲ規定セリ但其刑罰ニ至リテハ之ヲ未遂犯罪ノ例ニ準セサルハ勿論ナリ

第三、執行ノ着手

執行ノ着手トハ所謂我刑法第百十二條ノ「罪ヲ犯サントシテ既ニ其事ヲ行フ」ト云ヘル一句ヲ指示スルモノニシテ第百十一條ニ「罪ヲ犯サンコトヲ謀リ又ハ其豫備ヲ爲ス」ト云ヘルハ未タ執行ニ着手セサル以前ノ所爲ヲ云フモノナリ犯罪ノ手段タル毒物兇器等ヲ買取、調製スルカ如キハ豫備ノ範圍ニ屬シ之ヲ用弁テ犯罪ノ執行ヲ始ムルト又ハ之ヲ中止スルトハ尙ホ未タ一ニ犯者ノ意中ニ存シ他人ノ得テ窺知ス可カラサル所ナリ

然レトモ執行ノ着手ト犯罪ノ豫備トノ間ニハ數多ノ所爲アリテ多少ノ段階ヲ爲

スカ故ニ宜シク各事實ニ就キ着手ト豫備トノ區別ヲ決定スルコト必要ナリ例ハ室内ノ人ヲ殺サンカ爲メ窓戸ヲ開クモ未ダ之ヲ以テ謀殺ノ未遂犯トスルコトヲ得サルモ室内ノ品物ヲ竊取スルカ爲メ之ヲ開カハ之ヲ以テ盜罪ノ未遂犯トスルコトナル可シ論者或ハ此點ニ就テハ反對ノ斷定ヲ下スモノアラント雖モ斯ノ如キノ所爲カ果シテ盜罪ヲ構成ス可キヤ將タ殺人罪ヲ構成ス可キヤ否ヤノ如キ各犯罪ノ説明ハ各論ノ講義ニ於テ之ヲ詳カニセン

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

故ニ犯罪ノ物體ニ能力アリ犯罪ノ手段ニ能力アルトキハ設令犯罪ノ實效ヲ生ゼサルモ既ニ之ニ着手スル以上ハ尙ホ未遂犯トシテ之ヲ處分セサルヲ得ス例ハ

殺サントスル物體ニシテ苛モ人類ナランニハ人ヲ殺スニ足ラサル少量ノ毒藥ヲ用井又ハ發射シタル銃丸ハ堅固ナル甲鎧ノ爲メニ人身ニ進入スルコトヲ得サリシ場合ノ如キハ手段タル物體ニ能力ナキモノニアラサルヲ以テ之ヲ未遂犯トセサルヲ得ス何トナレハ此手段ハ所謂絶對的ノ不能ニアラス相對的即チ他物ト比較上ノ不能ナルニ過キサレハナリ學者往々之ヲ以テ絶對的ノ不能犯ト稱スレトモ此場合ニ在テハ未遂犯ニシテ到底不能犯ノ名稱ヲ下スコト能ハサルモノナリ蓋シ學者カ此說ヲ爲スニ至リタルハ所謂不能犯ナルモノハ犯罪ノ物體若クハ手段自身ニ能力ナキ場合タルヲ知ラス犯罪タル所爲ニ就キ其不能ナルト否トヲ論定セントスル誤見ニ出ツルモノナリ例ハ甲者乙者ヲ殺サント欲シ乙者ニ向ヒテ短銃ヲ放チタルニ銃丸乙者ノ頭上ヲ超過シテ乙者ニ適中スルコト能ハサリシトキハ何人モ之ヲ以テ未遂犯ト爲ス可ク又如何ナル學者モ此斷案ニ對シテ異議ヲ容ル、者ナカル可シ然ルニ若シ不能犯ヲ以テ到底爲シ能ハサルノ犯罪ト定解スル以上ハ甲ノ所爲モ亦之ヲ不能犯トシテ其罪ヲ問フコト能ハサルノ不都合ヲ見ルニ至ル可シ何トナレハ銃丸ノ乙者ニ適中セサルハ甲者ノ眇着初ヨリ其方向



ヲ誤リ乙者以外ノ物體ヲ狙フタルコ原因スルモノニシテ當初ヨリ眇着ヲ誤リタル方向ヲ以テ乙者ヲ狙撃セントスルハ到底爲シ能ハサル犯罪ナレハナリ其他人ヲ毒殺セントシテ毒藥ノ分量不足ナリシ場合ノ如キ初ヨリ分量不足ノ毒藥ヲ以テ人ヲ殺サントスルハ是レ亦到底爲シ能ハサル不能犯罪ト云ハサルヲ得サルニ至ル可シ

犯罪物體ニ能力ナキ場合ノ論理ハ又之ヲ全シ犯罪物體ノ存在セサル場合ニ適用スルコトヲ得例ヘハ賊アリ特種ノ寶物ヲ竊取セント欲シテ神殿ニ入ルモ其寶物ハ既ニ他ノ倉庫ニ移シタル爲メ殿中ニ之ヲ捜査スルモ遂ニ得ル所ナクシテ去リタルトキノ如キハ犯罪物體ニ能力アルモ物體自身ノ存在セサルモノナルヲ以テ犯罪ノ成立ナク從テ又未遂犯罪トシテ之ヲ罰スルコトヲ得サルナリ然レトモ若シ此賊ニシテ寶物ヲ收メタル倉庫ニ入り得ルコト能ハスシテ去リタルトキハ之ヲ未遂犯ニ問フコトヲ得ヘシ又學者ノ常ニ引用セル一例即チ夫ノ掏賊カ金錢ヲキ衣囊中ニ其手ヲ挿入シタル場合ノ如キモ亦之ト同一理由ナリ

第四、未遂犯ノ種類

豫備ハ未タ犯罪タル所爲ニ着手セサルモノナルヲ以テ未遂犯ヲ構成スルコトナシ故ニ未遂犯ナルモノハ執行着手ヨリ起ルモノナルヲ以テ着手以後ニ於テハ未遂犯ハ唯二種類アルニ止マレリ即チ執行ノ着手ニ止マリテ未タ犯罪ノ効果ヲ生セサルモノ及既ニ執行行爲ヲ終ルモ尙ホ犯罪ノ効果ヲ生セサルモノ是ナリ一チ着手未遂犯ト云ヒ二チ缺効未遂犯ト云フ我現行刑法ニ於テハ其第一百十二條ヲ以テ「罪ヲ犯サントシテ既ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ」云々ト記載シ「其事ヲ行フト」云ヘル一句中ニハ單ニ着手ニ止マル場合ト執行ヲ終ルモ尙ホ犯罪ノ効果ヲ生セサル場合トヲ混同シ所爲ノ進行ノ度ヨリ二者ノ區別ヲ明言セスト雖モ犯罪ノ効果ヲ生スルコト能ハサル原因ヲ分テ障礙ト舛錯トノ二者ト爲シ未遂犯罪ニ二種アルコトヲ認メタリ故ニ我刑法上ヨリ云フトキハ第一種即チ着手ノ未遂犯ヲ障礙ニ基クノ未遂犯ト稱シ第二種即チ缺効ノ未遂犯ヲ舛錯ニ基クノ未遂犯ト稱スルヲ適當トス例ヘハ甲者乙者ヲ殺サント欲シ其携フル所ノ白刃ヲ以テ乙者ニ向テ一撃ヲ試ミタルモ丙者傍ニ在リテ甲者ヲ扼シタル爲メ甲者ハ遂ニ乙者ニ其刀ヲ加フルコト能ハサリシ場合ノ如キ

ハ着手ノ未遂犯ニシテ其所爲(即チ刀ヲ加)未タ了ラサルモノナリ而シテ丙者ノ所爲ハ即チ障礙ナリ我刑法ヨリ之ヲ云ハ、障礙ニ因リ未タ遂ケサルモノナリトス然ルニ甲者既ニ白及チ乙者ニ加フルモ治療其宜シキヲ得乙者ハ其生命ヲ全フシタル場合又ハ毒藥ヲ飲マシメラレタル者其毒藥タルヲ知リテ直チニ消毒藥ヲ服シテ死ニ致ラサル場合ノ如キハ犯人ハ執行ノ所爲ヲ了リタルモ尙ホ犯罪ノ効果ヲ生セサルモノニシテ之ヲ缺効ノ未遂犯又ハ單ニ缺効犯ト云フ我刑法ヨリ之ヲ云ハ、所謂意外ノ舛錯ニ因リ未タ遂ケサルモノナリ

上來論述スル所ノ第一種ノ未遂犯ハ事理頗ル單一ニシテ別ニ喋々ノ辯ヲ竣タスニテ自ラ明白ナレトモ唯第二種ノ未遂犯即チ缺効犯ニ至リテハ學者ノ異論少ナカラズ概スルニ左ノ三説ニ歸ス

第一説ハ凡ソ缺効犯タランニハ犯者ハ犯罪ノ既遂ニ必要ナル所爲方法ハ犯者ノ之ヲ知ルト知ラサルト中間ハス皆之ヲ盡シタル後尙ホ効果ヲ生セサルモノナルコトヲ要スト故ニ此説ニ依ルトキハ缺効ノ原因ニシテ犯人ノ意思ノ未タ及ハサルカ若クハ其執行方法ノ拙劣ナルニ基クトキハ缺効犯ニ非スシテ從テ又之ヲ罰

スルコト能ハサルニ至ル可シ何トナレハ犯者ハ未タ盡ク犯罪ヲ遂クルニ必要ナル所爲ヲ爲シタルモノニアラサレハナリ例ヘハ甲者乙者ヲ殺殺セント欲シ其首ヲ經リシニ腐敗シタル繩綱ヲ以テシタル故遂ニ其中途ニシテ斷絶シタル場合ノ如キ又ハ甲者乙者ニ毒藥ヲ飲マシメタルニ毒藥少量ニシテ乙者ノ生命ヲ絶ツニ至ラサル場合ノ如キ堅牢ナル繩綱ヲ用キス適當ナル分量ノ毒藥ヲ用キサルモノナレハ犯者ハ未タ以テ犯罪ヲ遂クルニ必要ナル方法ヲ盡シ了リタルモノニアラス故ニ此説ヲ主張シテ能ク自家撞着ノ誤ナカラシメンニハ遂ニ缺効犯ナルモノナキニ至ル可シト雖モハノーブル、ウルテンブルヒ、バーデン等獨逸諸邦ノ刑法ハ現ニ此説ヲ採用セリ

第二説ハ凡ソ缺効犯タランニハ犯者ハ自ラ罪ヲ遂クルニ必要ナリト信シタル所爲方法ヲ盡シタルコトヲ要スト故ニ此説ニ依レハ第一説ノ如ク腐敗シタル繩綱ヲ以テ人ヲ殺殺セントシ又ハ少量ノ毒藥ヲ用キテ毒殺セントシタル場合ヲ以テ不問ニ付スルカ如キ不都合ヲ生スルコトナカル可シ現ニサクソンニ於テハ此説ヲ採用シタレトモ未タ完全ノ説トスルニ足ラサルナリ何トナレハ此説ニ於テハ

苟モ犯者カ自ラ信シテ罪ヲ遂クルニ足ル可キモノト思惟スル所爲方法ヲ盡ス以上ハ即チ未遂犯ヲ構成スルニ足ル可キモノトスルカ故ニ毒藥ヲ以テ人ニ飲マシメ又ハ其食卓上ニ備フル等ノ所爲ヲ爲サス若シ愚カニモ犯者ハ單ニ毒藥ヲ毒殺セントスル者ノ室内ニ放置セルノミニテ能ク之ヲ毒殺スルニ足ル可シト思惟セシトキハ尙ホ之ヲ缺効ノ未遂犯トスルコトヲ得ヘケレハナリ要之此說ノ誤謬タルハ其適用ノ該博ニ過クルニ在リ

第三說ハ缺効犯ヲ以テ犯者カ直接ニ犯罪ノ結果ニ對スル所爲ヲ執行シ了ルモ尙ホ其結果ヲ生セサリシモノトスルニ在リ故ニ此說ハ第一說ノ如ク其所爲執行ノ方法ハ必スシモ巧妙ニシテ犯罪既遂ニ必要タルコトヲ要セス又第二說ノ如ク犯者カ犯罪ヲ遂クルニ必要ナリト思惟シタルノミチ以テ足レリトセス唯直接ニ結果ニ對スル所爲ヲ執行シタルコトヲ以テ充分ナリトスルモノナリ近世學者ノ採用スル所モ亦此說ニ在レトモ我刑法(第百十條)ノ正條ニ於テハ果シテ何レノ說ニ依リタルカ既ニ其事ヲ行フトハ第一說ノ意カ將タ第二說ノ意ナルカ苟モ意外ノ舛錯ト明言シタルカラニハ犯人ノ自ラ必要ト信シタル所爲ヲ行フトキハ之ヲ意外

トシテ第二說ヲ取ルカ舛錯ノ文字ヲ挿入シテ缺効ノ原因ヲ示シタルヨリ推サハ或ハ第三說ニ依リ所爲ハ直チニ犯罪ノ結果ニ對シテ行ヒタルモノト推定シタルカ單ニ法文ニ依リ之ヲ定ムルコト能ハスト雖モ兎ニ角余ハ最モ論理ニ適シタル第三說ヲ以テ我刑法ニ適用スルヲ穩當ナリト信ス

第五、中止犯

犯人既ニ犯罪ノ執行ニ着手スルモ尙ホ自ラ之ヲ中止シテ目的タル結果ノ發生ヲ防止スルコトヲ得之ヲ稱シテ中止犯ト爲スト雖モ其中止タルヤ單ニ停止ニ止マラスシテ全ク其所爲ノ執行ヲ放擲スルコトヲ要ス但犯者ニシテ一タヒ其所爲ノ執行ヲ放擲スルトキハ他日再ヒ同一ノ犯罪ヲ行フノ故意アルモ亦中止犯タルヲ妨ケス

中止犯ハ通常着手ノ未遂犯ノ場合ニ現出スルモノニシテ缺効犯ニ於テハ其行爲ハ既ニ行ヒ了リタルモノナルヲ以テ之ヲ中止セントスルモ事既ニ晚キニ屬シ之ヲ中止シ得ヘキ場合甚タ少ナカラシ然レトモ所爲執行ノ結果ニシテ尙ホ中止スルコトヲ得ヘキ場合ニ於テハ之ヲ其自然ノ成行キニ一任セス殊更ニ別個ノ手段

チ用非テ自然ノ結果ノ發生ヲ防止シ目的タル犯罪ノ結果ヲ生スルコトナカラシメタルトキハ之ヲ缺效犯ノ中止トスルコトヲ得ヘシ例ヘハ人ヲ毒殺セント欲シ既ニ毒藥ヲ服セシメタリトモ更ニ消毒藥ヲ服セシメ遂ニ其生命ヲ保全セシメタルカ如キ場合ニシテ犯人自己ノ意思ニ因リ犯罪ヲ中止シタル時ハ缺效犯ニ係ルト雖モ尙ホ未遂犯罪トシテ其罪ヲ問フコトナシ然レトモ其中止ニ至ル迄ニ既ニ行ヒ了リタル所爲ハ又之ヲ中止スルニ由ナキヲ以テ之ヲ別種ノ罪トシテ罰スルコト當然ナリ例ヘハ毒藥ヲ服セシメタル後更ニ消毒藥ヲ用非テ其人ノ生命ヲ保全スルコトヲ得タルトキハ之ヲ毒殺ノ未遂犯ニ問フコトナキモ健康ヲ害ス可キ物品ヲ施用シテ人ヲ疾苦セシメタルノ罪(第三百七條)ヲ以テ論セサル可カラス自己ノ意思ヲ以テ犯罪ヲ中止スルトハ自己ノ意外ナル舛錯ニアラサルコトヲ指示スルモノナルニ過キスシテ犯人カ之ヲ中止シタル原因趣旨ノ如何ヲ問フコトナシ故ニ或ハ恐怖心ヨリ之ヲ中止スルモ又真心悔悟ノ念ヨリシテ之ヲ中止スルモ其間更ニ彼此ノ區別ナシ學者往々悔悟ノ念ニ出テタル中止ニアラサレハ中止犯タルコトヲ得サルモノト爲シ現ニ其說ヲ採用セル邦國ナキニアラサルモ我刑

法(第二百十條)カ意外ノ障礙若クハ舛錯ト斷言シ斯ル誤見ヲ排除シタルハ其當ヲ得タリトス

中止犯ヲ罪トシ論セサルノ理由ニアリ一ハ法律上ノ理由ニシテ一ハ政界上ノ理由ナリ凡ソ自己ノ意思ヲ以テ所爲ノ執行ヲ中止スルトキハ其所爲ハ未遂犯タル性質ヲ失ヒ從テ又其罪ヲ問フコトヲ得サルナリ何トナレハ中止犯ノ場合ニ於テハ犯罪ノ故意ハ其幾分ヲ外形ニ顯出スト雖モ尙ホ未タ其實行セサル部分ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ犯罪未タ了ラサルカ故ニ犯人ニシテ自ラ之ヲ中止スルトキハ犯罪ノ眞意ハ未タ外形ニ顯出スルコトナキモノナレハナリ是法律カ中止犯ヲ不問ニ付スルノ理由トシテ學者ノ採用スル所ナレトモ沿革史ニ依リ其本源ヲ探究スルトキハ全ク宗教的思想ニ基クモノナルコトハ余ノ既ニ講述シタル所ナリ犯人カ自ラ其犯罪ノ結果ヲ發生スルコトヲ防止スル以上ハ可成其結果ヲ防止スルハ甚タ嘉ミス可キコトニシテ常ニ法律ノ希望スル所ナリ若シ中止ノ犯罪ト雖モ尙ホ之ヲ罰ス可キモノトセハ凡百ノ犯罪盡ク其惡結果ヲ見スンハ止マサルニ

既遂犯及未遂犯ノ併發

至ル可シ是立法者カ中止犯ヲ問ハサルノ理由ナリトス

### 第四項 既遂犯及未遂犯ノ併發

一個ノ犯罪ノ未遂犯ハ別種ナル他ノ犯罪ノ既遂犯タル場合アリ此場合ニ於テハ同一ノ所爲ニシテ一罪ノ未遂タル所爲ニシテ既遂トナル可シ之ヲ既遂犯未遂犯ノ想像上ノ併發ト云フ例ハ甲者乙者ヲ燒殺セント欲シ乙者ノ住居スル家屋ニ放火シテ之ヲ燒燬シタルモ乙者ヲ燒殺スルコトヲ得サリシ場合ノ如キハ放火罪ノ既遂ト謀殺罪ノ未遂ナリ  
然レトモ茲ニ注意ス可キハ未遂タル所爲ニシテ既遂犯タル所爲ヲ行フニ必然缺ク可カラサルモノナルトキハ既遂未遂ノ併發ナシ例ハ何人ト雖モ人ノ身體ヲ傷害スルコトナクシテ謀殺ヲ行フコトヲ得サル可ク又暴行脅迫ヲ用ヰルコトナクシテ強姦罪ヲ犯スコトヲ得サル可シ故ニ謀殺未遂ハ毆打創傷ノ既遂ト謀殺未遂ノ併發ニアラス強姦未遂ハ脅迫既遂罪ト強姦未遂罪トノ併發ニアラサルナリ而シテ二罪併發ト然ラサルモノトノ區別ヲ明定スルノ必要ハ後章數罪俱發ヲ講スルノ條下ニ於テ自ラ明瞭ナラン

## 第三章 數人共犯

### 第一節 總說

數人共犯  
總說

共犯トハ數人一致シテ共ニ一罪ニ加功スルモノヲ云フ  
囚徒藏匿ノ罪ヲ犯スモノハ其囚徒ト共ニ罪ヲ犯シタルモノニアラサルヲ以テ之ヲ共犯ト云フコトヲ得ス但囚徒ノ未タ罪ヲ犯サ、ル以前ニ於テ豫メ之ヲ藏匿セシメテ謀リタルトキハ即チ共犯ニシテ所謂從犯タル可シ  
故ニ一般ノ囚徒藏匿罪タル既ニ囚徒ノ犯セル罪ノ終リタル後ニ成立スルモノナレハ他人ニシテ共ニ之ニ加功セントスルモ得ヘカラス囚徒藏匿ノ罪ハ宜シク獨立ナル別罪トシテ之ヲ罰スルコトヲ得ルモ之ヲ以テ囚徒ノ犯シタル本罪ノ從犯トスルコトヲ得ス英佛ノ學者ハ往々從犯ヲ二種ニ區別シ一チ事前ノ從犯一チ事後ノ從犯トシ囚徒藏匿罪ノ如キハ理論上之ヲ事後ノ從犯トスレトモ是レ共犯ナルモノハ犯罪前若シハ犯罪ノ際ニアラサレハ成立スルコト能ハサルノ原理ヲ看過シタルノ誤見ナリ夫ノ囚徒カ未タ其罪ヲ犯サ、ル以前ニ在リテ豫メ之ヲ藏匿セシメテ謀リタルハ賊物ヲ隱匿シテ其罪證ヲ湮滅セシメテ約スルカ如キハ其

罪事後ニアラスシテ事前ニ在リ

過失ニ因リテ共ニ加功シタル者ハ共同ナキヲ以テ共犯者トスルコトヲ得ス蓋シ共犯ハ數人一致スルコトヲ要スルカ故ニ尙モ故意ナクンハ一致スルコトヲ得サルナリ然レトモ過失罪ニ加功スルハ敢テ爲シ得ヘカラサルニアラス例ヘハ車馬ヲ疾驅センコトヲ教唆シテ過失殺傷罪ヲ犯サシメ又不注意ニ銃砲ヲ使用スルコトヲ教唆シテ過シテ人ヲ銃殺シタル等ノ如シ但此場合ニ於テ教唆自身ハ固ヨリ故意ナキモノニアラス

共犯ハ犯罪ノ發起者若シハ幫助者ノ二者ニ過キヌ即チ間接又ハ直接ニ犯罪ノ所爲ニ加功シ或ハ唯犯罪ヲ教唆指示シ其實行ヲ他人ニ一任スルモノナリ故ニ共犯ニハ正犯從犯教唆者ノ三種アレトモ我刑法ニ於テハ教唆者ヲ以テ之ヲ正犯中ニ列シタリ

我刑法(第四百條)ハ二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ云々ト明言シ數人一致ノ文字ヲ缺クト雖モ其意ハ之ヲ「罪ヲ犯ス」ノ句中ニ包含セシメタルモノ、如シ

### 第二節 正犯

正犯

數人一致シテ共ニ一罪ヲ執行シタルトキハ之ヲ正犯トス今此定義ヲ分析説明スルコト左ノ如シ

一、犯罪ハ有形ノ所爲ニ顯ル、モノナリ故ニ其所爲執行ノ一部分ニ加効シタル者ト雖モ尙ホ之ヲ正犯ト爲スモノニシテ加効ノ多少如何ヲ問ハサルナリ而シテ犯罪ニハ或ハ數多ノ所爲ヲ聚合シ始メテ一罪ヲ爲スモノアリ或ハ單ニ一所爲ヲ以テ一罪トスルニ過キサルモノアリト雖モ苟モ犯罪タル所爲ノ一部ニ加効シタル者ハ皆正罪タリ例ヘハ強盜罪ニ在リテハ正犯中一人ハ家人ヲ縛シ一人ハ倉庫ヲ搜查シ一人ハ門戸ヲ要シテ外人ノ來襲ヲ防止スル場合ノ如キ各正犯タルヲ免レス何トナレハ強盜罪ナルモノハ暴行強迫ヲ以テ他人ノ管轄ヲ侵シ財物ヲ自己ノ管轄ニ入ル、ノ所爲ニシテ家人ヲ縛スル者ハ暴行ヲ爲ス者ナリ門戸ヲ守ル者ハ他人ノ管轄ヲ侵ス者ナリ倉庫ヲ搜查セントスル者ハ財物ヲ自己ノ管轄ニ入レントスル者ナリ英國ノ學者ハ往々此區別ヲ爲スニ距離ノ遠近ヲ以テシ苟モ犯人相互ニ救護ヲ有シ得ヘキ距離内ニ在ル者ハ皆正犯ナリトスレトモ距離ノ遠近如何ハ犯罪タル所爲ニ加効セシヤ否ヤヲ證明スルノ標準タルニ過キサルナリ強姦

罪ノ如キモ亦然リトス正犯中ノ一人ハ婦女ノ兩手ヲ扼シ一人ハ其兩足ヲ扼シ一人ハ之ヲ姦スルモ共ニ正犯タルヲ免レス事ハ尙ホ各論ニ於テ各罪ノ所爲如何ヲ論定シ其性質ヲ明定シタル後ニ於テ自ラ明白ナラシメテ數所爲ヲ聚合シテ一罪ヲ構成スル場合ノ如キニ在リテハ犯人ハ悉ク各所爲ニ着手セサレハ其未遂犯ヲ構成セスト云ヘルカ如キ淺見ヲ以テ容易ニ是非ヲ論定スルコトナキヲ要ス

二、正犯トシテ加効セル所爲ハ犯罪ノ着手若クハ執行中タラサル可カラズ唯犯罪ノ豫備ニ加効シタル者ハ從犯タルニ過キタル可シ故ニ未遂ノ所爲ハ皆正犯ノ所爲タルヲ得ヘキモ豫備ノ所爲ハ唯從犯ノ所爲タルコトヲ得ルニ過キス

三、「各々之ヲ正犯ト爲ス」トハ意義明白疑ナキカ如クナレトモ若シ謀殺罪ニ付キ正犯中ノ一人被害者ノ子ナルトキハ其子タル者ノミ獨リ殺親罪ヲ犯ス者ニシテ他人ハ唯々通常ノ謀殺罪ヲ犯シタルモノナル可キヤ或ハ他ノ共犯者モ之ヲ殺親罪トシテ處分セサルヲ得サル可キヤ否ヤ此等共犯者ノ身分ニ關スル異同ニ付テハ別ニ之ヲ後段ニ詳論セントス

四、加効ノ度ハ如何ニ僅少ナルモ苟モ正犯タラシメハ其全體ノ所爲ニ對スル責

任ヲ負擔セサル可カラズ何トナレハ共犯者ハ既ニ犯罪者一人ニテモ全犯罪ヲ遂ケントスルモノナレハ偶々他ノ共犯者ノ之ニ加効スルモノアルモ其加効タルヤ犯者各人ヨリ之ヲ見レハ恰モ天然力ノ加効ヲ得タルニ異ナラサレハナリ此原理ノ適用ハ尙ホ刑事訴訟法上特ニ著大ナル關係アリ事ハ刑事訴訟法ノ講義ニ於テ了解セラル可シ

### 第三節 教唆

教唆

我刑法ニ於テハ教唆者ヲ以テ正犯ノ中ニ列スレトモ其性質ニ至リテハ二者余ク相異ナル所アリ教唆者ノ責任ニ付テハ其學說三種アリ即チ客觀主義、主觀主義及折衷主義是ナリ請フ左ニ之ヲ分説セム

(第一說) 客觀主義ニ於テハ犯罪ヲ論スルニ全ク其外形ニ顯出シタル形跡上ニ於テシ敢テ犯者ノ心事如何ヲ問ハサルナリ故ニ此主義ヲ教唆者ニ論及スルトキハ教唆者ハ犯罪ノ發起者ニ非ス又幫助者ニモ非ス何トナレハ苟モ犯罪ノ發起者若クハ幫助者タラシメハ自ラ其所爲ヲ行ハスノハアル可カラズ然ルニ教唆者ニ在テハ毫末モ其所爲ニ關係ナク之ニ反シテ教唆ヲ受ケタル者ハ其教唆ニ拘ハラズ

尙ホ自由ニ其所爲ヲ中止スルコトヲ得ヘキヲ以テ獨リ實行者ノミ其責ニ任ス可  
キモノナレハナリ

(第二説) 主觀主義ニ於テハ犯罪ヲ以テ全然犯者ノ心事ヨリ觀察シ犯意ハ實ニ教  
唆者ノ創始スル所ナレハ教唆者獨リ其責任ヲ負フ可キモノニシテ其教唆ニ依リ  
實行シタル者ハ教唆者ノ器械タルニ過キストスルモノナリ故ニ此主義ニ從フト  
キハ結局幼者ハ勿論壯健有爲ナル大丈夫ト雖モ尙ホ且ツ教唆者ノ犯罪ノ器械ニ  
シテ自斷ノ能力ナキモノト論定セサル可カラサルニ至ランノミ

(第三説) 折衷主義ハ即チ前兩主義ヲ折衷シタルモノナリ既ニ論シタルカ如ク客  
觀主義ニ於テハ如何ニ教唆ヲ爲ス者アルモ苟モ教唆ヲ受クル者ニシテ能力者タ  
ランニハ其所爲ヲ實行スルト否トハ其自由内ニ存スルヲ以テ之ヲ實行スルコト  
ナクンハ則チ可ナリ若シ之ヲ實行スルトキハ則チ其實行者ヲ以テ犯者トシ敢テ  
教唆者ノ罪ヲ問フノ必要ナシトシ主觀主義ニ於テハ有爲ノ大丈夫ト雖モ之ヲ不  
能力ト看做シ其罪ヲ犯スヤ教唆者ノ器械タルニ過キサレハ唯教唆者ノ罪ヲ問ヘ  
ハ即チ足レリトスルモノニシテ二主義各々一理ナキニアラス故ニ折衷主義ニ於

テハ前二主義ノ長ヲ採リ其短ヲ捨テントスルモノナレトモ其取捨ニ二様ノ方法  
アリ即チ其第一ハ數唆者ヲ客觀主義ニ從ヒ其罪ナキモノト爲シ實行者ヲ主觀主  
義ニ從ヒ又罪ナキモノト爲シ遂ニ二者共ニ之ヲ罰スルコト能ハサルモノトスル  
ニ在リ第二ハ之ニ反シテ實行者ヲ客觀主義ニ從テ罪アルモノト爲シ教唆者モ亦  
主觀主義ニ從テ罪アルモノト爲シ遂ニ二者共ニ之ヲ罰ス可キモノトスルニ在リ  
而シテ所謂折衷主義ナルモノハ第一法ヲ以テ短ヲ採リ却テ長ヲ捨テタルモノト  
爲シ第二法ヲ以テ長ヲ採リ短ヲ捨テタルモノトスレトモ兩法孰レモ折衷ニシテ  
彼此更ニ其區別アルヲ見ス然ラハ則チ長短ノ取捨ハ果シテ何物ヲ以テ其標準ト  
爲ス可キヤ曰ク教唆ノ方法程度ノ如何ヲ以テ兩主義ヲ結合スルノ關鍵トスルノ  
外ナキナリ若シ夫レ教唆ノ方法ニシテ兒戲ニ類シ其度ニシテ僅少ナランカ通常  
人ナシテ犯罪ノ決心ヲ爲サシムルニ足ラサル可ク從テ斯ル犯罪ノ實行者ハ獨リ  
自ラ其責ヲ負フノ外ナカル可シ然レトモ尙モ其方法ニシテ贈與契約強迫威權等  
通常人ナシテ犯罪ノ決心ヲ爲サシメ此決心ニ因リ犯罪ヲ執行シタルトキハ教唆  
者ヲ不問ニ置クコトヲ得ス獨佛ノ刑法ニ贈與契約強迫又ハ威權其他ノ方法ヲ以



テ人ヲ教唆シ重罪、輕罪ヲ犯サシメタル者ハ皆正犯ト爲スト云ヘルハ明カニ此折衷主義ヲ採リタルコトヲ指示スルモノナレトモ現行刑法(第百五條)ニ於テハ贈與、契約云々ノ文字ヲ削除セリ然レトモ尙ホ其理ヲ推シテ之ヲ折衷主義ニ出テタルモノトスルヲ穩當ノ解釋ナリトセム其條ニ曰ク「人ヲ教唆シテ重罪、輕罪ヲ犯サシメタル者ハ亦正犯ト爲ス」ト

一、教唆者ヲ教唆シタル者モ教唆者ニシテ從犯ヲ教唆シタル者モ亦從犯ナリ故ニ刑法ハ特ニ「人ヲ教唆シ」云々ト明記シ教唆ヲ受クル者ハ汎ク正犯、從犯又ハ教唆者タルヲ問ハサルコトヲ明示セリ然ルニ論者往々法文ノ重罪、輕罪トハ單ニ直接ニ實行シタル重罪、輕罪ノミヲ指示スルモノニシテ教唆ノ教唆ナルモノナシトスル者アレトモ教唆ノ所爲モ亦重罪若クハ輕罪タル可キヲ以テ教唆者ヲ教唆スル者モ亦重罪若クハ輕罪ヲ教唆スル者タルコトヲ知ラハ論者ハ容易ニ自說ノ誤レルコトヲ了解スルヲ得ノ例ヘハ甲ナル者乙ニ怨恨アリ乙ヲシテ重罪ノ刑ヲ受ケシメント欲スルニ際シ偶々丙ノ丁ヲ殺スニ意アルヲ聞知シ一計ヲ案出シ甲ハ乙ヲ教唆シ乙ヲシテ丙ヲ教唆セシメ丁ヲ殺サシメタルトキハ乙ノ所爲ハ丙ヲ教唆

スルモノニシテ從テ重罪タル可ク甲ノ所爲ハ乙ニ重罪ヲ犯スコトヲ教唆シタルモノニシテ又重罪タル可シ蓋シ此原理ハ國事犯及兇徒嘯聚罪等ニ於テ多ク其適用ヲ見ル可シ但從犯ノ從犯ナルモノアルヤ否ハ後ニ至リテ之ヲ論述セントス

二、一般ニ教唆ヲ罪トスルニハ犯者カ既ニ犯罪ニ着手シタルコトヲ要ス故ニ從犯ノ教唆ハ從犯カ其正犯ヲ幫助スルノ所爲ニ着手シタルノミヲ以テ之ヲ罰スルコトヲ得ス必スヤ正犯カ既ニ其犯罪ニ着手シタルコトヲ要スルナリ

三、正犯ハ重罪、輕罪、違警罪ヲ問ハス之ヲ罰スルモ教唆ハ重罪、輕罪ニ係ルモノニ限ルハ敢テ特別ノ理由アルニ非ス只違警罪ハ輕微タル故ニ外ナラスト雖モ苟モ教唆者ヲ正犯トスル以上ハ法律カ違警罪ニ付テ教唆ヲ問ハサルハ學理上其當ヲ得タルモノニ非サルナリ

四、教唆ハ贈與、契約、強迫、威權等ノ方法ニ出テ犯者ヲシテ犯罪ノ實行ヲ決意セシムルニ足ル可キモノタルヲ必要トス是等ノ方法ニ出テサル教唆ハ所謂刑法上ノ教唆ニ非サルナリ

五、教唆ヲ爲スト雖モ犯人其教唆ニ從ヒ事ヲ行ハサリヤトキハ教唆ノ結果ナキ

モノトシテ其罪ヲ問フコトナシ但集會政社法新聞紙法其他公安ニ重大ノ關係ヲ有スルモノニ在リテハ別罪トシテ單ニ教唆ノ罪ニ問フモノトス

六、教唆者ハ現ニ其教唆シタル犯罪ノ行ハレタルトキニ非サレハ其責任ナシ然ラサレハ則チ法律ハ其意思ノミチ罪スルニ至ル可ケレハナリ今此場合ヲ分析スレハ則チ左ノ如シ

イ、正犯ナクシテハ又罰ス可キ教唆者ナキコトハ言チ俟タスシテ明カナリト雖モ正犯ノ死亡シ若シハ逃亡シタル時ノ如キハ其罪ヲ免ル、コトヲ得ス教唆者ノ無罪タルニハ正犯ノ所爲ニシテ本來罪ト爲ル可キモノニ非サルコトヲ要ス  
ロ、不能力者ヲ教唆シテ罪ヲ犯サシメタル場合ニ於テハ其教唆者即チ共犯ナルモノナカル可シト雖モ此場合ニ於テハ不能力者ハ唯タ他ノ犯罪ノ器械ト爲リタル者ニシテ不能力者ハ素ヨリ犯罪ノ責任ナキモ器械トシテ之ヲ使用シタル者ハ犯者自ラ犯シタル所爲トシテ其責任ヲ負ハサル可カラス故ニ我刑法ハ重輕罪ノ教唆ニ非サレハ之ヲ處罰セサルモノタルニ拘ハラス苛モ不能力者ノ場合ニ係ルトキハ違警罪ト雖モ自己獨立ノ犯罪トシテ其責ヲ負ハシメサル可

カラス論者往々不能力者ヲ教唆スル者ハ亦教唆者タルヲ免レスト主張スル者アリト雖モ此說ヲシテ眞ナラシメハ不能力者ヲ教唆シテ違警罪ヲ犯サシメタル場合ニ於テハ何人モ其責任ヲ負フ者ナキニ至ル可シ豈ニ不都合ナラスヤ  
ハ、教唆者ノ責任ハ正犯ノ犯罪ノ執行ニ着手シタル時ヨリ生スルカ故ニ正犯ニシテ犯罪ヲ中止シタルトキハ教唆者ヲ併セテ無罪ト爲ス可ク正犯ニシテ未遂ニ止マルトキハ教唆者モ亦未遂犯タルニ過キサル可シ

七、苟モ犯罪ヲ教唆シタル以上ハ其實行ニ際シ過誤不熟練等ヨリ他ノ罪又ハ重キ罪ヲ犯シタルトキト雖モ教唆者ハ尙ホ該犯罪ニ付テモ其責ニ任セサル可カラズ何トナレハ被教唆者之ヲ行フモ教唆者自ラ之ヲ行フモ等シク之ヲ同一體ト看做ス可ケレハナリ然レトモ教唆者豫メ犯罪ノ事件執行ノ方法等ヲ指定シ置キタルトキニ際シ犯人其指定以外ノ重キ罪ヲ犯シ又ハ其方法ヲ異ニシタルトキハ唯タ其指定シタル罪ニ從テ之カ刑ヲ料ス可ク若シ又所犯指示シタル罪ヨリ輕キトキハ法律ハ意思ノミチ罰スルコトヲ得サルヲ以テ現ニ行ヒタル罪ニ從ヒ其刑ヲ科セサル可カラス(第百八條)但法律ハ犯罪ノ事件ヲ指定スト云フニ止マリ其犯罪ヨリ

自然發生シ得ヘキ結果ノ指定外ナルト否トヲ問ハサルナリ例ハ毆打罪ヲ教唆シタル者ハ其結果タル毆打殺傷罪ニ對シテモ尙其責ヲ免ルルコトヲ得ス又教唆者ノ指示シタル方法ハ縱令現ニ行ヒタル方法ト異ナルコトアルモ事件ノ性質上矛盾スルコトナキ程度迄ハ教唆者モ亦犯罪ノ責ヲ免ル、コトヲ得ス故ニ教唆者ノ指示シタル方法ニシテ錯誤ニ因リ他ノ犯罪ヲ爲シ得ヘキモノナルカ又ハ臨機ノ處分トシテ其方法ヲ行フニ必要ナル罪ヲ犯シ得ヘキモノナルトキハ教唆者ハ其方法ノ指示以外ナルノ故ヲ以テ其責ヲ免カ、コトヲ得サルナリ

### 第四節 從犯

從犯ノ責任ニ付テモ亦三主義アリ即チ客觀主義、主觀主義及折衷主義是ナリ

(第一說) 客觀主義ニ於テハ從犯ヲ論スルニ全ク犯罪ノ所爲ニ顯ハレタル形跡上ヨリ考察シ從犯ハ從犯自己ニ獨立ナル故意ヲ以テ從犯タル所爲ヲ行フモノニシテ從犯ハ即チ別種獨立ノ犯罪ナルカ故ニ毫モ正犯ノ行爲ニ關係ナキモノトセリ  
(第二說) 主觀主義ニ於テハ全ク犯者ノ心事ヨリ從犯タル犯罪ヲ考察シ從犯ハ即チ正犯タル犯罪所爲ノ第二ノ原因ニシテ正犯從犯共ニ同一ノ所爲ノ原因タルニ

從犯

外ナラサルモノトセリ

(第三說) 折衷主義ニ於テハ前兩主義ヲ折衷スルモノナリ既ニ論述セル如ク客觀主義ニ於テハ正犯カ其犯罪ヲ中止シテ之ヲ實行セサル場合ト雖モ尙ホ從犯ノ罪ヲ問ヒ主觀主義ニ於テハ其罪ノ有無ハ正犯ノ犯罪ヲ實行シタルト否トニ因テ異ナルモ若シ其犯罪ニシテ成立セハ等シク正犯ノ罪ヲ以テ之ヲ論セサルヲ得ス然ルニ此折衷主義ニ於テハ從犯ノ所爲タル正犯ノ所爲ト異ニシテ主タル犯罪ヲ執行スルノ所爲ニ非ストスルモ從犯ニシテ故意ニ依リ其所爲ヲ以テ正犯ノ所爲ノ原因タラシメタルトキハ從犯トシテ之ヲ罰ス可キモノトスルニ在リ刑法第百九條ニ曰ク重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタル者ハ從犯ト爲シ正犯ノ刑ニ一等ヲ減ス但正犯現ニ行フ所ノ罪從犯ノ知ル所ヨリ重キトキハ唯其知ル所ノ罪ニ照シ一等ヲ減スト即チ我刑法ハ此折衷主義ニ基キタルモノナリ今左ニ之ヲ分析詳説セントス

一、從犯ハ唯正犯ノ從犯ヲ罰スルモノニ止マリ從犯ノ從犯ハ輕微ノ所爲トシテ

法律之ヲ罰スルコトナシ故ニ法文ハ「正犯ヲ幫助シ」云々ト明記セリ然ルニ彼ノ教唆者ノ如キハ既ニ論述セルカ如ク教唆者ヲ教唆スル者ハ正犯ニシテ從犯ヲ教唆スル者ハ從犯ナレハ法律ニ於テハ當然之ヲ罰セサルヲ得ス是レ教唆ノ條文(第五百條)

ニハ「人ヲ教唆シ」云々ト明言シ正犯ヲ教唆シト明言セサル所以ナリ

二、不能力者ノ惡事ヲ幫助シタル者ハ犯罪ヲ幫助シタル者ニ非サレハ從犯即チ共犯者ヲ以テ之ヲ論スルコトヲ得サレハ教唆ノ場合ト同一理ニ歸セサル可カラズ即チ此場合ニ於テ不能力者ヲ幫助シタル者ハ恰モ天然力ニ加効シ天然力ノ助ニ依リテ自テ犯罪ノ結果ヲ生セシメタル者ニ異ナラサルカ故ニ自ラ獨立シテ全責任ヲ負擔シ從犯ノ減等ヲ受ケ得ヘキモノニ非ス論者往々反對ノ説ヲ爲シ不能力者ノ所爲ニモ亦從犯アル可キモノトスレトモ固ヨリ正鵠ヲ得タルモノニ非ス試ニ思ヘ一狂人アリ赤手將ニ人ヲ殺サントスルニ際シ狂人タルヲ知リツ、故ラニ其手ニ刀劔ヲ貸渡シテ之ヲ殺害セシメタル者アラハ是レ天然力ニ刺激ヲ與ヘテ自ラ之ヲ殺シタルモノニ非スシテ何ソヤ不能力者ヲ教唆スルモ幫助スルモ各々同一ナル獨立ノ犯罪ニシテ犯者ハ犯者自身ノ犯罪トシテ獨リ其全部ノ責任ヲ負擔セサル可カラズ

三、從犯ノ所爲ハ正犯タル所爲ニ對シ毫末モ加効スルコトナキヲ以テ正犯ノ所爲中ニハ更ニ從犯ノ所爲ノ一分子ヲモ包含スルコトナシ是レ數人ノ正犯相互ノ關係ト正犯ト從犯トノ關係ヲ異ニスル要點ナリ千百ノ從犯アリト雖モ正犯ノ所爲ノ毫末ヲ減スルコト能ハサルハ猶ホ千百ノ豫備ヲ爲スモ犯罪執行ノ着手タルコト能ハサルカ如シ我刑法ノ正文ニモ「犯罪ヲ容易ナラシメタルモノハ」云々ト云ヒ其犯罪ノ所爲ニ加効シタル場合(即チ)ト區別シ犯罪ノ所爲ニ至リテハ獨リ正犯ノ爲ス所ニ一任シテ從犯ノ與ル所ニ非ストセリ

四、從犯ノ所爲ハ豫備中ノミナラス犯罪ノ執行中ト雖モ存在スルコトナキニ非ス然レトモ豫備中ニ屬スルモノハ正犯ニシテ現ニ犯罪ヲ執行シタルトキニ非サレハ從犯タルノ責任ナカル可ク只豫備ノ所爲ヲ幫助スルモ正犯ニシテ犯罪中ト止シタルトキハ其責任ナシ又執行中ニ屬スルモノハ甚タ僅少ニシテ多クハ從犯ノ區域ヲ超ヘ其執行ニ加効スルモノトナリ從テ正犯ヲ以テ論セラル可シ

五、從犯ハ正犯ノ所爲ノ犯罪タルコトヲ知ルニ非サレハ其責任ナシ故ニ正犯ニ

シテ從犯ノ知ラサル以外ノ罪ヲ犯シタルトキハ從犯ノ責任ハ只之ヲ知リタル範圍内ニ過クルコトナカル可シ

六、正犯ノ刑ニ照シ一等ヲ減ストハ正犯ノ罪ニ相當スル刑ノ意ニシテ正犯ノ現ニ受クル所ノ刑ニ非ス故ニ犯者ノ現ニ受クル所ハ從犯ノ刑却テ正犯ノ刑ヨリ重キコトアル可シ

七、從犯ハ正犯ノ重罪、輕罪ヲ犯シタル場合ニ限り之ヲ罰スルモノニシテ違警罪ニ係ルトキハ之ヲ罰セス但從犯ノ受ク可キ刑ハ違警罪ニ止マルモ妨ナシト雖モ我刑法ニ於テハ恐クハ此場合ナカル可シ

共犯者ノ身分

第五節 共犯者ノ身分

共犯者中身分ノ異同アリ從テ其罪ト刑トヲ異ニスルトキハ之ヲ處分スル方法ニ付キ左ノ三説アリテ存ス

(第一説) 第一説ハ共犯者中一人ノ身分ハ等シク他ノ共犯ニ及フ可キモノトスルモノナリ親ヲ殺スコトヲ教唆シタル者ハ他人ト雖モ殺親罪ト爲シ又再犯者ト共ニ罪ヲ犯シタル者ハ初犯者ト雖モ尙ホ再犯ノ加重ヲ受ク可キモノトスルモノナ

リ

第二説 第二説ハ共犯ノ身分ハ各共犯ニ附從スルモノナレハ如何ナル身分ト雖モ他ノ共犯ニ及フ可キモノニ非ストスルモノニシテ此説ニ從フトキハ他人ニシテ親ヲ殺スコトヲ教唆シタル者ハ通常ノ殺人罪ト爲リ官吏賄賂ヲ收受シタル罪ヲ教唆シタル通常人ハ更ニ罪ナキモノトセリ

(第三説) 第三説ハ身分ノ他ノ共犯者ニ及フモノト否ラサルモノトヲ區別スルモノナリ即チ正犯ノ身分ニ基ク所ノ刑ノ加重減輕ハ他ノ共犯者ニ及ハスト雖モ正犯ノ身分ノ存否ニシテ罪ノ有無ニ關係シ又ハ他罪即チ別種ノ罪ヲ構成スルトキハ他ノ共犯者ニ及フ可キモノトスルナリ例ヘハ官吏收賄ノ罪ハ官吏タルノ身分ニ因リ刑ヲ加重シタルモノニ非ス官吏タルノ身分ナクンハ其罪ノ成立スルコトナク子孫缺奉養罪ハ子孫タルノ身分ニ因リ刑ヲ加重シタルモノニ非ス子孫タルノ身分ナクンハ其犯罪ノ成立スルコトナカル可ク又子タルモノニシテ其親ヲ殺スハ法律上特ニ殺親罪ナルモノヲ設クルヲ以テ其身分ノ存在ハ特ニ一罪ヲ成ス可シ故ニ此等ノ場合ニ於テハ正犯ノ身分ハ他ノ教唆者又ハ從犯者ニ及フモノト

ス之ニ反シテ再犯加重ハ單ニ其刑ヲ加重スルモノニシテ再犯タルノ身分ハ罪ノ有無ニ關セズ又之カ爲メニ他ノ別罪ヲ構成スルコトナキモノナルカ故ニ正犯ノ身分ヲ以テ他ノ共犯者ニ及ホスコトヲ得サルナリ是レ我刑法第六條カ「正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ」云々ト云ヒ身分ノ有無ニシテ犯罪ノ存否ニ關シ又ハ別罪ヲ構成ス可キ場合ヲ除キタル所以ナリトス

我刑法ハ單ニ身分ノ加重ニ係ル場合ノミヲ規定シ其減輕ニ係ル場合ヲ明定セスト雖モ刑ノ加重モ又減輕モ等シシ他ノ共犯者ニ及フコトナキヤ明カナリ何トナレハ我刑法第一百條第二項ニ「正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減免ス可キ時ト雖モ從犯ノ刑ハ其輕キニ從テ減免スルコトヲ得ス」ト云ヒ正犯ノ身分ノ減免ハ從犯ニ及ハサルコトヲ明カニシ且同條第一項ニ於テモ從犯ノ身分ニ屬スル刑ノ加重アルトキハ從犯獨リ此加重ヲ受ケ從犯タルノ故ヲ以テ減等スルニハ其重キニ從ヒ減等ス可キコトヲ規定スレハナリ

第二編 刑罰

第一章 刑制

抑モ刑罰ハ犯罪ニ對スル強制ナリ然レトモ犯人ノ心裏ニ存スル意思ハ直チニ之ヲ強制スルコト能ハサルヲ以テ刑罰ハ唯意思ノ外形ニ發顯セルモノヲ強制スルニ過キス而シテ此強制ノ手段ヲ施ス可キ物體ハ(第一)意思ノ本源タル生命(第二)意思ヲ發顯スルノ要具タル身體及ヒ自由(第三)犯人ノ一身外ニ存スル財産及名譽是ナリ故ニ刑罰ハ之ヲ適用ス可キ物體ヨリ區別シテ生命刑、身體刑、自由刑、財産刑及名譽刑ノ五ト爲スコトヲ得ヘシ之ヲ五刑ト云フ然レトモ此五刑中刑罰ノ主眼タル物體ハ自由及財産ノ二者ナルヲ以テ自由刑、財産刑ハ最モ通常ニシテ又稍良刑ノ性質ヲ帶フルモノト爲ス蓋シ學者ノ説ク所ニ依レハ所謂良刑タルニハ

- 第一、正理ニ違ハサルモノ
- 第二、犯人ノ感覺上ニ苦痛ヲ與フ可キモノ
- 第三、各人ニ平等ノ苦痛ヲ與フ可キモノ
- 第四、罪惡ノ大小ニ從ヒ輕重ノ差ヲ設クルコトヲ得ヘキモノ
- 第五、分割シ得ヘキモノ
- 第六、犯人ノ一身ニ止マル可キモノ

第七、執行ヲ中止シ得ヘキモノタルコトヲ要スト爲セリ然レトモ此等ノ七條件ヲ具備スル刑罰ハ恐ラクハ之ヲ發見スルコト極メテ難カル可シ

元來國家司法權ノ本務トスル所ハ一ニ國家ノ正義ヲ維持スルニ在リト雖モ苟モ國家ノ正義ヲ維持シ得ヘキ限リハ行政ノ便宜、國費ノ減少ヲ計畫スルハ所謂司法政畧ノ本旨ナリ就中刑名ノ數多ニシテ其性質上充分ノ區別ナキカ如キハ徒ラニ刑罰執行ノ費用ヲ増加シ且刑罰ノ目的ヲ達スルノ良法ニ非サルハ學理ノ明定スル所ニシテ又實際ノ經驗ニ基キタル萬國監獄會議ノ決議スル所ナレトモ我刑法ハ實ニ驚ク可キ數多ノ刑名ヲ設ケタリ即チ其第七條乃至第十條ニ於テ合計二十ノ刑名ヲ置キ之ヲ主刑、附加刑ニ大別シ又主刑ヲ以テ重罪、輕罪、違警罪ノ三種ニ配當セリ余ハ之ヲ以テ司法ノ政畧其宜キヲ得タルモノト謂フヲ得ス

主刑トハ獨立ニシテ他ノ刑アルヲ俟タズ適用シ得ヘキモノヲ云ヒ附加刑トハ主刑ニ附從スルモノニシテ主刑ト共ニ之ヲ科スルコトヲ得ヘキモノヲ云フ但主刑ハ常ニ宣告シテ之ヲ科シ附加刑ハ法律ニ於テ宣告スルモノト宣告セサルモノト

理上ヨリ死刑ノ性質ヲ考察スレハ既ニ論シタル良刑ノ條件ハ過半之ヲ缺クモノタルヤ疑ヲ容レズ就中刑罰ノ目的ハ犯人ヲ改良スルニ在リトスルノ主義ニ於テハ決シテ用フ可キノ刑ニ非ストセリ然レトモ今茲ニ死刑存廢ノ當否ヲ論セントセハ能ク一大冊ヲ成スモ足レリトス可カラサルノミナラス現ニ我刑法ニ於テハ此刑ヲ設ケタルヲ以テ今更之ヲ詳論スルノ要ナシト雖モ死刑ヲ存スルノ必要ヲ主張スルニハ刑罰ノ反坐タル性質上ヨリシテ或極惡ノ犯罪ハ死刑ヲ以テ之ヲ報スルニ非ザレハ國家ノ正義ヲ維持スルニ足ラサル所以ヲ證明スルノ外他ニ其方法ナシ夫ノ死刑論者カ死刑ヲ以テ良民ヲ恐嚇シ犯罪ヲ豫防スルニ缺ク可カラザルモノトスルカ如キハ犯者ヲ以テ他ノ目的ヲ達スルノ手段ト爲スモノニシテ人生平等ノ原理ニ反スルコト明白ナリ唯國家ノ正義ヲ維持セントスルノ一點ニ於テノミ各人相互ノ間ニ於ケル人生平等ノ原理モ亦始メテ之ヲ打破シ得ヘキモノナリ

死刑ノ執行

### 第二節 死刑ノ執行

古昔ハ死刑ニ數種アリ各々其執行ノ方法ヲ異ニセシカ我刑法ニ於テハ死刑ハ唯

刑法汎論 刑罰 死刑 死刑ノ性質 死刑ノ執行

第七、執行ヲ中止シ得ヘキモノ  
タルコトヲ要スト爲セリ然レトモ此等ノ七條件ヲ具備スル刑罰ハ恐ラクハ之ヲ  
發見スルコト極メテ難カル可シ  
元來國家司法權ノ本務トスル所ハ一ニ國家ノ正義ヲ維持スルニ在リト雖モ苟モ  
國家ノ正義ヲ維持シ得ヘキ限リハ行政ノ便宜、國費ノ減少ヲ計畫スルハ所謂司法  
政畧ノ本旨ナリ就中刑名ノ數多ニシテ其性質上充分ノ區別ナキカ如キハ徒ラニ  
刑罰執行ノ費用ヲ増加シ且刑罰ノ目的ヲ達スルノ良法ニ非サルハ學理ノ明定ス  
ル所ニシテ又實際ノ經驗ニ基キタル萬國監獄會議ノ決議スル所ナレトモ我刑法  
ハ實ニ驚ク可キ數多ノ刑名ヲ設ケタリ即チ其第七條乃至第十條ニ於テ合計二十  
ノ刑名ヲ置キ之ヲ主刑、附加刑ニ大別シ又主刑ヲ以テ重罪、輕罪、違警罪ノ三種ニ配  
當セリ余ハ之ヲ以テ司法ノ政畧其宜キヲ得タルモノト謂フヲ得ス  
主刑トハ獨立ニシテ他ノ刑アルヲ俟タズ適用シ得ヘキモノヲ云ヒ附加刑トハ主  
刑ニ附從スルモノニシテ主刑ト共ニ之ヲ科スルコトヲ得ヘキモノヲ云フ但主刑  
ハ常ニ宣告シテ之ヲ科シ附加刑ハ法律ニ於テ宣告スルモノト宣告セサルモノト



欠

MISSING

理上ヨリ死刑ノ性質ヲ考察スレハ既ニ論シタル良刑ノ條件ハ過半之ヲ缺クモノ  
タルヤ疑ヲ容レス就中刑罰ノ目的ハ犯人ヲ改良スルニ在リトスルノ主義ニ於テ  
ハ決シテ用フ可キノ刑ニ非ストセリ然レトモ今茲ニ死刑存廢ノ當否ヲ論セント  
セハ能ク一大冊ヲ成スモ足レリトス可カラサルノミナラス現ニ我刑法ニ於テハ  
此刑ヲ設ケタルヲ以テ今更之ヲ詳論スルノ要ナシト雖モ死刑ヲ存スルノ必要ヲ  
主張スルニハ刑罰ノ反坐タル性質上ヨリシテ或極惡ノ犯罪ハ死刑ヲ以テ之ヲ報  
スルニ非ザレハ國家ノ正義ヲ維持スルニ足ラサル所以ヲ證明スルノ外他ニ其方  
法ナシ夫ノ死刑論者カ死刑ヲ以テ良民ヲ恐嚇シ犯罪ヲ豫防スルニ缺ク可カラザ  
ルモノトスルカ如キハ犯者ヲ以テ他ノ目的ヲ達スルノ手段ト爲スモノニシテ人  
生平等ノ原理ニ反スルコト明白ナリ唯國家ノ正義ヲ維持セントスルノ一點ニ於  
テノミ各人相互ノ間ニ於ケル人生平等ノ原理モ亦始メテ之ヲ打破シ得ヘキモノ  
ナリ

死刑ノ執  
行

## 第二節 死刑ノ執行

古昔ハ死刑ニ數種アリ各々其執行ノ方法ヲ異ニセシカ我刑法ニ於テハ死刑ハ唯

絞首ノ一法ニ止メタリ又古昔ハ往々死刑ヲ公行シテ衆庶ノ縦覽ヲ許シ又死刑執行ノ時ニ際シ鐘鼓ヲ鳴ラシテ之ヲ一般ノ人民ニ報スルノ邦國アリタレトモ斯ノ如キハ人民ヲシテ殘忍ニ慣ハシムルノ惡弊ヲ生ス可キモノトシテ我刑法ハ之ヲ密行ス可キモノトセリ(第十條)

儲死刑ノ裁判確定シタル時ハ原裁判所ノ檢察官ヨリ之ヲ司法大臣ニ上申シ司法大臣ハ特典ヲ與フルニ足ル可キ理由アリト認ムレハ之ヲ上奏シテ裁可ヲ乞ヒ又其理由ナシト認ムルモノハ直チニ死刑ヲ執行ス可キコトヲ命令ス故ニ此命令アルニ非サレハ死刑ヲ執行スルヲ得ス法律カ斯ク鄭重ノ手續ヲ要スル所以ハ一度之ヲ執行セハ再ヒ回復スルコトヲ得サルモノナレハナリ(第十條)又此命令アルモ大祀令節國祭日ニ於テ死刑ヲ行フコトハ法律ノ禁スル所ナリ(第十條)

死刑ノ宣告ヲ受ケタル婦女懷胎ナル時ハ刑法第十五條ハ死刑ノ執行ヲ停止シ分娩後一百日ヲ經テ始メテ之ヲ行フ可キモノトセリ我刑法カ懷胎ノ婦女ノ死刑ヲ停止スルハ善シ然レトモ産後一百日ヲ待ツニ至リテハ其理由ノ在ル所ヲ知ルニ苦マヌンハアラス之ヲ刑ハ一人ニ止マルトノ歐洲流ノ原理ニ求メン乎一百日以

内ニ於テ婦女ノ分娩シタルトキト雖モ尙ホ法律ハ死刑ノ執行ヲ許サ、ルヲ奈何セン又之ヲ支那律風ノ法理ニ依リタルモノト爲シ一百日ノ期間ハ分娩シタル子カ母乳ヲ離レテ自活ヲ得ルノ成育期トセン乎其子カ一百日以内ニ死亡セル場合ト雖モ法律ハ尙ホ死刑ノ執行ヲ許サ、ルヲ奈何セン又更ニ一步ヲ進メテ我刑法ハ單ニ懷胎ノ婦女ヲ憐ムノ精神ヨリシテ一百日ノ猶豫ヲ與ヘタリトセン乎分娩後一百日ハ生兒カ將ニ發育シテ母子ノ愛情漸ク熟セントスルノ時期ナリ此時ニ於テ法律カ始メテ產婦ノ生命ヲ絶タントスルハ却テ母子ヲ憐ムモノトスルヲ得サルヲ奈何セン余ハ到底學理ヲ以テ其精神如何ヲ發見スルコト能ハサルナリ死刑ハ犯人ノ生命ヲ絶ツモノナリ第十二條ニ死刑ハ絞首スト云ヘルハ唯執行ノ方法ヲ示シタルモノニ過キス故ニ(第一)一定ノ時間犯者ヲ絞臺ニ上シテ絞首ヲ行フモ尙ホ其生命ヲ絶ツニ至ラサレハ再三之ヲ絞首スルコトヲ得ヘシ(第二)死刑ハ犯者ノ生命ヲ絶テハ即チ足ル敢テ犯者ニ苦痛ヲ與フルノ意アルニ非サレハ其執行ノ方法ハ可成苦痛ヲ與ヘサルモノヲ可ナリトス米國ニ於ケル電氣刑ノ如キモ亦此意ニ出テタリ(第三)一度之ヲ執行シテ其生命ヲ絶ナタルトキハ敢テ其遺骸ヲ

毀棄シ又ハ之ヲ梟首スル等ノ處置ヲ爲ス可キモノニ非ス死刑ノ遺骸ハ親屬故舊  
請フ者アレハ之ヲ下付ス可キモノトスルハ亦此故ナリ(第十條)但式ヲ用ヰテ之ヲ葬  
ムルコトヲ禁シタルハ單ニ國事犯者ノ如キ盛大ノ式ヲ用ヰテ送葬シ爲メニ治安  
ヲ害スルカ如キコトナカラシメントノ意ニ出テタルモノニ外ナラズ故ニ此禁ヲ  
犯スモ別ニ刑法上ノ制裁ヲ附スルコトナク之ヲ行政官吏ノ制止ニ一任ス可キモ  
ノトセリ

身體刑

第三章 身體刑

身體刑トハ直接ニ人ノ身體ニ苦痛ヲ與フルノ刑ニシテ笞杖火刑等ノ如キモノヲ  
云フ此刑ハ概ネ古代ニ行ハレタルモノニシテ現今ニ於テハ文明諸邦ノ法律殆ソ  
ト全ク之ヲ廢止セリ夫ノ英國ノ刑法ハ尙ホ笞刑ノ名義ヲ存スルモ實際之ヲ行フ  
コト甚タ稀ナリ然ルニ學者往々身體刑ト生命刑又ハ自由刑トヲ混同シ死刑懲役  
禁錮等ノ如キモノ亦之ヲ身體ニ及フノ刑トスルモノアレトモ本來死刑ハ生命ヲ奪  
フノ刑ニシテ身體ニ苦痛ヲ感セシメ又ハ身體ヲ毀棄スル等ノ目的ヲ有スルモノ  
ニ非サルハ既ニ論述シタル所ノ如シ又徒刑懲役ノ如キニ在リテハ囚徒ヲシテ勞

刑

役ニ服セシムルト雖モ此勞役タル決シテ身體ニ對シ苦痛ヲ感セシムルノ目的ニ  
非サルナリ而シテ更ニ禁獄ノ如キニ至テハ毫モ身體ニ對シテ苦痛ヲ與フルモノ  
ニ非ス之ヲ獄舎ニ入レテ外圍ヲ鎖ス所以ノモノハ其逃走ヲ豫防スルノ方法タル  
ニ過キサルナリ法律ノ奪フ所ノモノハ唯犯人ノ自由ナリ若シ他ニ千百ノ囚徒ヲ  
シテ盡ク逃走ノ患ナカラシムルノ方法アラハ敢テ獄舎外圍ノ必要アルヲ見ス又  
其堅牢ナルヲ要セサルナリ獄舎ノ外圍ハ囚徒ノ身體ニ對シテ痛苦ヲ與フルノ具  
ニ非ス是レ自由刑ノ身體刑ト相異ナル所以ナリ  
前ニ述ヘタルカ如ク身體刑ハ今日諸國法律ノ既ニ廢止スル所ナリ何トナレハ身  
體刑ハ決シテ正理ニ適フモノニ非サレハナリ請フ其理由ヲ略述セン(第一)身體刑  
ハ或ル一部ノ囚徒ニ限り老幼男女ヲ問ハズ共ニ之ヲ科スルコトヲ得サルモノニ  
シテ法律上萬民平等ノ原理ヲ破ルモノナリ(第二)身體刑ハ破廉恥甚シキ犯者ニ對  
シテ其効ナク廉恥名譽ヲ重スル犯者ニ對シテハ却テ其德義ヲ損シ罪ト刑トハ恰  
モ其權衡ヲ顛倒ス(第三)身體刑ハ犯者ヲシテ法律ノ力ヲ以テ強ユル所ノ痛苦タル  
コトヲ忘却セシメ現ニ其刑ヲ執行スル官吏カ獨斷ヲ以テ其程度ヲ左右スルノ感

ヲ生セシム是レ刑罰ハ法律ノ命スル所ニ非スシテ執行官吏ノ命スル所ヲラシムルモノナリ(第四)身體刑ハ囚徒ノ健康ヲ害スルコト甚ク其結果ハ遂ニ法律ノ命スル以外ノ刑ヲ科スルト同一ナルニ至ラン然レトモ身體上ノ強制ハ獄内ノ規律トシテ囚徒ノ惡行ヲ懲戒スルカ爲メニハ適當ノ程度ニ於テ之ヲ利用スルコトヲ得ヘシ何トナレハ此場合ニ於テハ眞ニ司獄官吏カ其司獄官吏タル一身ノ資格ヲ以テ獄則ヲ嚴守セシムルノ具トスルモノニシテ之ヲ犯者ノ罪惡ニ對シテ法律カ命スル所ノ刑罰ト同一視ス可カラサレハナリ

### 第四章 自由刑

#### 第一節 主刑

##### 第一款 自由刑ノ性質

自由刑ノ主刑ハ徒刑、流刑、懲役、禁獄、禁錮及拘留トス而シテ此等ノ刑タル其性質相異ナル所ハ(第一)刑罰ノ期限(第二)刑罰ノ場所(第三)定役ノ有無ノ三點ニ在リ(第一)徒刑ハ無期、有期ニ分チ有期徒刑ハ十二年以上十五年以下ニシテ共ニ島地ニ發遣シテ定役ニ服ス(第七)但婦女ハ島地ニ發遣セス内地ノ懲役場ニ於テ定役ニ

自由刑ノ性質  
主刑  
自由刑

服セシム(第十)八條

(第二) 流刑モ亦之ヲ無期、有期ニ分チ有期流刑ノ期限ハ有限徒刑ト同シク島地ノ獄ニ幽閉シ定役ニ服セス但流刑ハ定役ニ服セサルヲ以テ婦女ト雖モ尙ホ島地ニ發遣ス

(第三) 懲役ハ重輕ノ二種ニ分チ重懲役ハ九年以上十一年以下、輕懲役ハ六年以上八年以下トシ内地ノ懲役場ニ入レ定役ニ服ス(第二十)二條

(第四) 禁獄ハ亦重輕二種ニ分チ其期限ハ各々懲役ニ同シク内地ノ獄ニ入レ定役ニ服セス(第二十)三條

(第五) 禁錮ハ重輕二種ニ分チ共ニ十一日以上五年以下ト爲シ各本條ニ於テ其長短ヲ區別シ重禁錮ハ定役ニ服シ輕禁錮ハ定役ニ服セス(第二十)四條

(第六) 拘留ハ一日以上十日以下ト爲シ各本條ニ於テ其長短ヲ區別シ拘留所ニ留置シ定役ニ服セス(第二十)八條

以上ハ我刑法ノ認ムル各種ノ自由刑ナリ今尙ホ其差異ノ要點タル場所、期限及定役ニ付キ左ニ其性質ヲ論述ス可シ

(第一) 場所ハ先ツ地理上ヨリ島地内地ニ區別シ徒刑流刑ハ之ヲ島地ニ發遣スレトモ我日本帝國自身モ亦東洋ノ一島ナルノミナラス夫ノ英佛ノ加ク傍ヲ殖民ノ目的ヲ以テ發遣ス可キ附屬ノ島地又ハ大陸ヲ有スルコトナキヲ以テ法律ノ所謂島地ナルモノハ唯政府ノ指定スル地方タルニ過キサリナリ次ニ懲役禁獄謫銅ノ如キ等シク内地ニ在ルモ獄舎ノ種類ニ因リ各刑ノ場所ヲ異ニセルニ拘ハラズ實際此區別ヲ設クルコト極メテ難キヲ以テ往々唯名義ノミヲ異ニスルニ止ムルモノナキニ非ス

自由刑執行ノ場所ヲ稱シテ監獄ト謂フ本來法律制度ハ諸國各固有ノ沿革アリ各其性質形狀ヲ同ウセスト雖モ現今文明諸國ノ刑制ニ至テハ特ニ古來固有ノ特性ヲ捨テ殆ント同一ノ制度ニ歸スルモノ、如シ蓋シ歐洲諸國カ古來ノ惡習ヲ去リ治獄ノ改良ヲ企圖セルハ概ネ二様ノ監獄制度ニ基キタルモノニシテ所謂沈黙法即チオーバーン制度ニ據ラスノハ隔離法即チペンシルバニヤン制度ヲ採用セルモノニ過キサリナリ抑モ歐洲監獄制度ノ改良ハ有名ナル英名ジョン、ハワード氏カ千七百七十四年始メテ之ニ注目シテ英威兩國監獄實況ト題スル一書ヲ著ハシ

遂ニ英國議院カ其意見ヲ採用セルニ起因セリ次テ米人ベンジャミン、フランクリン氏英國監獄ノ改良主義ヲ米國ニ輸入シテフィラデルヒヤ監獄改良協會ナルモノヲ起シ千七百七十六年遂ニ其主義ニ從ヒペンシルバニヤノ監獄ヲ設ケ又新約克州ニ於テモ千八百十九年同シク改良ノ主義ニ基キタル監獄ヲオーバーンニ建設セリ是レ後世歐洲諸國カ採リテ以テ監獄制度ノ模範トスル所ナリベルネル氏カ英米二國ノ制度ハ全歐洲ノ監獄制定ニ向テ一大改革ノ波動ヲ與ヘタリト謂ヘルハ眞ニ適當ノ評ナリト謂ツ可シ而シテ英米改良家ノ嚮ニ倣ヒ次ニ監獄制度ノ改良ニ着目シタルハ佛人ブリッソー及リアンクール氏等ニシテ千八百十九年遂ニ佛國監獄改良協會ノ發起ヲ見ルニ至リタレトモ當時特ニ歐洲ノ注目スル所ハ活潑ナル改革ヲ實行セル米國ノ制度ニシテ特ニ佛國ハ千八百三十一年ニポーモント及トックビエノ二氏千八百三十六年ニデーメ及ブルイエノ二氏英國ハ千八百三十三年ニクロイフォード氏普國ハ千八百三十四年ニユーリウス氏等ヲ米國ニ派遣シテ其實況ヲ視察セシメタリ其後千八百四十六年ニ萬國監獄會議ヲフランクフルトニ開キ千八百七十八年第五回ノ會議ヲストッフオルムニ開キ第六回ハ之ヲ

露京ニ開ケリ就中千八百七十二年倫敦ノ會議ノ如キハ二十餘國ノ政府各官命ヲ以テ委員ヲ派出シ刑制ニ關スル一切ノ要旨ヲ討議セリ其議事ハ載セテ各會ノ議事録ニ詳ナリ

(第二) 期限ハ其長短ニ依リテ最モ刑ノ輕重ヲ區分スルノ要點ヲ占ムルヲ以テ犯罪ノ度ニ應シテ最モ自由ニ適當ノ刑ヲ定ムルニ足ル可キ良性質ヲ有スルモノナレトモ惜ムラシハ我立法官ハ未タ全ク此良性質ヲ利用スルコトナシ何トナレハ拘留ハ一日以上十日以下、禁錮ハ十一日以上五年以下、禁獄及懲役ハ六年以上八年以下又ハ九年以上十一年以下、徒刑及流刑ハ十二年以上十五年以下ト其範圍ヲ一定シタルヲ以テ犯罪ノ情狀ニ依リ適當ニ七年以上十年以下ノ懲役又ハ十年以上十二年以下ノ徒流刑等ニ處シ得ヘキ範圍ヲ發見スルコト能ハサレハハリ元來期限ハ無極ナリ期限ハ制限アル可キ筈ナシト雖モ我立法官カ自ラ期限ニ制限ヲ設ケテ立法ノ自由ヲ拘束シ而シテ自ラ罪ト刑トノ權衡ヲ得セシムルコト能ハサルハ不得東ノ最モ甚シキモノト謂ハサルヲ得ス

(第三) 定役ハ刑法上輕重ナシ徒刑モ懲役モ定役ノ度ヲ異ニスル所アラサルナリ獄則上或ハ自ラ其輕重アル可シト雖モ定役ニ輕重ノ差ヲ立ツルハ到底行ハル可キモノニ非サルノミナラス予ハ此輕重ヲ立ツルハ却テ學理ニ背反シタルモノト認メサルヲ得サルナリ

抑モ定役自身ハ決シテ刑罰ノ目的タル苦痛ヲ包含スルモノニ非ス古代ノ學者カ勞役ノ苦痛ヲ以テ刑罰ノ苦痛ト誤認シ重罪囚ノ如キハ最モ困難ニシテ且嫌惡ス可キ勞役ニ服セシメ以テ重罪囚ニ相當スル苦痛ヲ與ヘ得タルモノトセルハ自由刑ト身體刑トヲ混同シ勞役ヲ以テ直チニ囚徒ノ身體ニ及ホスノ刑罰ト思惟セルニ起因シタルモノナリ我刑法第十九條ニ徒刑ノ囚六十歳ニ滿ツル者ハ通常ノ定役ヲ免シ其體力相當ノ定役ニ服ス下云ヒ六十歳未滿ノ者ニ在テハ體力不相當ノ定役ニ服セシムルニ似タリト雖モ老幼ヲ問ハス體力相當ノ役ニ非サレハ決シテ之ヲ爲サシムルヲ得ス否ラスンハ則チ囚徒ノ健康ヲ害スルニ至ル可シ蓋シ定役ノ刑罰タルハ(第一)其勞役カ囚徒ノ自由ニ出テタルモノニ非スシテ法律ノ強迫ニ出ツルト(第二)其勞働ノ利益ハ官ニ屬シテ囚徒ニ屬セサルトノ兩性質ヲ有スルニ依レリ若シ夫レ勞役ニシテ人々ノ自由ニ出テ又其勞力ノ報酬ハ囚徒自ラ之ヲ收

メノ乎其勞役ノ苦痛ハ如何ニ過大ナルモ決シテ之ヲ刑罰ト謂フヲ得サルナリ監獄ニハ必ス就役就眠ノ時間アリ囚徒ヲシテ如何ニ苦痛ノ定役ニ服セシメント欲スルモ夫ノ社會ノ良民カ寢食ヲ忘レテ業務ニ從事スルノ辛苦ノ大ナルモノアルニ及ハサルナリ定役ノ苦痛ヲ以テ定役ノ刑罰タル性質トスルカ如キハ到底其目的ニ適ス可キ定役ヲ發見スルコト能ハサルノミナラス理論ニ於テモ亦現今ノ學者ノ探ラサル所ナリ然レトモ囚徒ヲ獎勵スルノ目的ヲ以テ囚徒ニ幾分ノ金錢ヲ賞與スルハ獄務行政ノ上ニ於テ缺ク可カラサル方法ナリ唯工錢ノ多寡ニ應シテ囚人ニ其幾分ヲ給與ス可キモノト一定スルハ理論上勞役ノ一刑罰タル性質ヲ害スルノミナラス大ニ治獄ノ要旨ヲ誤ルモノト云フ可シ何トナレハ囚徒ニ給與ス可キ金錢ノ多少ハ工錢ノ多寡ニ基キ工錢ノ多寡ハ勞役ノ大小多寡ニ從フモノナルカ故ニ幼者婦女ノ如キ終日非常ノ勞役ニ服スルモ尙ホ丁壯ナル兇漢惡徒ノ一擧手一投足ノ勞役ニ勝ツコト能ハス工錢ノ多少ハ囚徒ノ勤怠如何ニ拘ハラスシテ其體力ノ強弱如何ニ關シ幼者婦女等ハ常ニ勤勉ニ依リテ勝ツコト能ハサルノ不幸ヲ嘗メ身體強壯ナル囚徒ハ天然固有ノ體力ニ依リ勤勉ヲ要セスシテ尙ホ大ナル利益ヲ取得スルノ幸福ヲ享クルニ至レハナリ我刑法第二十五條ニ於テ定役ニ服スル囚人ノ工錢ハ監獄ノ規則ニ從ヒ其幾分ヲ獄舎ノ費用ニ充テ其幾分ヲ囚人ニ給與スト規定セルハ敢テ其理由アルヲ發見スルコト能ハサルナリ

自由刑ノ執行

### 第二款 自由刑ノ執行

自由刑執行ノ方法ハ監獄則ク規定スル所ナリ余ハ今茲ニ之ヲ論述セスト雖モ左ニ治獄ノ要務ニ關スル一二ノ原則ヲ說明セン

(第一) 治獄ノ必要上囚徒ニ給スルニ上流良民ノ生計ニ比ス可キ衣食ヲ以テスルハ決シテ其當ヲ得タルモノニ非サレトモ囚徒ノ衣服、食料及寢室等ハ囚徒ノ健康ヲ保全スルニ足ルモノナラサル可カラズ

(第二) 囚徒ノ精神ノ發達ヲ爲サシメ修身ノ道ヲ了知セシムルニハ教育宗教兩ナカラ之ヲ輕忽ニ附ス可キモノニ非スト雖モ宜シク獄制ニ適當ナル方法ヲ用井ルコトヲ要ス

(第三) 囚徒ノ執ル所ノ定役ノ性質如何ハ司法政策上最モ考究ヲ要ス可キ點ナリ抑モ監獄ハ營業ノ目的ニ出テタル工作場ニ非ス自由刑ヲ執行スルノ場所タルヲ



以テ徒ニ作業ノ利益ヲ謀リ監獄ヲシテ一商社タルノ觀アラシムルハ決シテ治獄ノ要ヲ得タルモノニ非ス然レトモ全ク利益ナキ定役ヲ執ラシメ毫末モ其利益ニ注目セズ監獄ヲ以テ恰モ陸海軍ノ事業ト同視スルニ至リテハ亦決シテ策ノ得タルモノニ非ス就中地方ノ費用ヲ以テ維持ス可キ監獄ノ如キニ在リテハ百方術ヲ盡シテ毫末ノ利益ヲモ謀ルコトナカラシメントスルモ到底能ク之ヲ實行シ得ヘキモノニ非サルナリ但監獄ノ工作事業ヲ以テ良民ノ工作事業ト競争セシムルカ如キハ經濟上大ニ嫌惡ス可キコトニシテ政治家タル者又特ニ茲ニ注意スルコトヲ要ス

假出獄

第三款 假出獄

假出獄ハ英國ノ制限出獄ニ胚胎シテ和蘭ニ教育セルニ起ル今此制度ノ性質原理ヲ論スレハ左ノ數項ニ歸ス可シ

(第一) 刑罪ハ刑ノ長期短期ノ範圍程度ハ擇ハサル可カラサルハ正理ノ命スル所ナリ犯罪ノ種類ニ應シテ此範圍ヲ定ムルハ立法官ノ任ナリ既ニ行ハレタル各犯罪ニ附キ其範圍内ノ程度ヲ定ムルハ司法官ノ任ナリ又司法官ノ言渡シタル刑ニ

付キ現ニ之ヲ實行ス可キ期限ヲ定ムルハ治獄官吏ノ任ナリ故ニ囚徒ノ行狀方正ニシテ改悛ノ狀アル者ハ刑期ノ範圍内ニ於テ其刑期ヲ短縮セサル可カラス是レ假出獄ノ制度ノ由テ起ル所以ナリ

(第二) 假出獄ノ處分ハ確定裁判ノ效力ヲ紊亂スルモノニ非ス何トナレハ假出獄ノ制度ヲ設ケタル邦國ニ於テハ法官ハ裁判言渡ノ時ニ於テ本犯ノ行狀ニ依リ一定ノ期限後ニ假出獄ノ許可ヲ受クルノ機會アル可キコトヲ豫知シテ假出獄ノ恩典ヲ包含スル刑罰ヲ言渡シタルモノニ過キサレハナリ換言セハ假出獄ノ處分ハ法官ノ豫メ判定セル事項ヲ執行スルモノナリ

(第三) 假出獄ノ制度ヲ設ケタル邦國ニ於テハ刑期ニ二様ノ時期アルコトヲ認メアル可カラス第一期ハ未ダ假出獄ヲ得スシテ此恩典ノ希望ハ尙ホ將來ニ屬シ此自由ヲ得ンカ爲メ囚徒ヲシテ其品行ヲ正フスルコトヲ獎勵セシムルモノニシテ第二期ハ既ニ假出獄ヲ得テ其恩典ニ浴スルモ再ヒ品行ヲ亂シテ此恩典ヲ失フノ恐アラシメ以テ囚徒ヲシテ其品行ヲ修メシムルノ時ナリトス

(第四) 假出獄ノ許可ヲ與フルニハ左ノ成規ニ從フ可キモノトス

イ、重罪、輕罪ノ刑ニ處セラレ刑期限内更ニ重罪、輕罪ヲ犯サス無期徒刑ハ十五年其他ハ刑期四分ノ三ヲ經過シタルノ後ナルコトヲ要ス但徒刑ノ囚ハ假出獄ヲ許スモ尙ホ島地ニ居住セシム(第五十三條、第五十五條、第五十七條)

ロ、流刑ノ囚及違警罪囚ハ假出獄ヲ許サス但無期流刑ノ囚ハ五年、有期流刑ノ囚ハ三年ヲ經過スレハ行政ノ處分ヲ以テ幽閉ヲ免シ島地ニ居住セシム(第二十一條及第四十五條)

ハ、囚徒ハ能ク獄則ヲ謹守シ改悛ノ狀アル者タルコトヲ要ス否ラズンハ再ヒ公安ヲ害スルノ患アル可ケレハナリ(第五十三條)

ニ、我刑法ハ假出獄ヲ受ク可キ期限ニ付キ其長短ヲ問ハサルヲ以テ僅ニ數日ノ期限アルモ尙ホ假出獄ヲ許可スルコトヲ得ヘシ然レトモ斯ノ如キハ實際上不便甚シキノミナラス短期囚ニ付テモ亦假出獄ヲ許スハ理論ノ當ヲ得タルモノニ非サルナリ故ニ短期囚ニ在リテハ獄吏ハ既ニ囚徒入獄ノ日ニ於テ豫メ假出獄ヲ上官ニ上申シ其許可ヲ得置キ刑期四分ノ三ニ滿ツルヲ待テ直ニ之ヲ言渡シ以テ假出獄ノ上申ノ手續中ニ刑ノ殘期ノ經過スルカ如キ不都合ヲ匡濟ス

ルコト今日往々實際ニ見ル所ナレトモ是假出獄ノ本性ヲ害スルモノナリ何トナレハ假出獄ナルモノハ刑ノ幾分ヲ實行シタル後ニ於テ始メテ犯人ノ改悛ヲ認メ而シテ後之ヲ行フ可キモノナルニ入獄ノ當日ニ於テ疾ク既ニ改悛ノ狀アリトスルハ理論ノ低觸ヲ免レサレハナリ

(第五) 假出獄ノ許可ヲ取消スニハ左ノ成規ニ從フモノトス

イ、假出獄中更ニ重罪、輕罪ヲ犯シタルトキハ出獄ヲ停止ス可キモノトス(第五十六條) 是我刑法ノ規定スル所ナレトモ既ニ獄則ヲ謹守シ改悛ノ狀アルヲ以テ假出獄ヲ許可スルノ條件ト爲ス以上ハ出獄ノ停止モ亦全ク行政處分ニ依リ獄則ヲ守ラス改悛ノ狀ナキトキハ之ヲ行フ可キモノニ似タリ否ラズンハ恩典ヲ失ハシムルノ恐ヲ以テ犯人ノ品行ヲ慎マシムルコトヲ得サレハナリ  
ロ、假出獄ヲ停止セラレタル者ニ付テハ出獄中ノ日數ヲ刑期ニ算入セストハ我刑法第五十六條ノ規定スル所ナレトモ其成規稍嚴ニ過クルニ似タリ何トナレハ我刑法ニ於テハ他邦ノ制度ノ如ク假出獄ヲ爲スニハ本囚ノ承諾ヲ要セス行政ノ處分ヲ以テ直ニ之ヲ行フカ故ニ司獄官吏ハ其一己ノ意見ヲ以テ假出

獄ヲ命シ置キ出獄ノ期限既ニ久シキニ涉リテ更ニ假出獄ヲ許スノ價值ナキモ  
 ノトシテ之ヲ停止シ其出獄中ノ日數ヲ刑期ニ算入セサルトキハ本囚ハ却テ假  
 出獄ノ處分ノ爲メニ其不幸ヲ増シタルモノト云ハサルヲ得サレハナリ是故ニ  
 予ハ假出獄ハ本人ノ承諾ヲ得テ之ヲ許可シ又其停止ハ品行ノ不正ナル場合ニ  
 ハ更ニ重罪、輕罪ヲ犯シタルトキハ俟タスシテ之ヲ行ヒ且其出獄ノ日數ヲ刑期  
 ニ算入スルヲ以テ假出獄ノ制度ノ本性ニ適スルモノト思惟スレトモ我刑法ハ  
 又甚シク嚴ニ涉リタルモノニ非ス何トナレハ假出獄ハ本人ノ許可ヲ要セサル  
 モ之ヲ停止スルニハ當ニ品行ノ不正ナルヲ以テ足レリトセス必ス重罪、輕罪ヲ犯  
 シタルコトヲ要スレハナリ

〔第六〕 假出獄許可ノ結果ハ左ノ如シ

イ、 假出獄ヲ與ヘタルトキハ其自由ヲ得タル日數ハ刑期ト等シテ其停止ヲ受  
 ケサル以上ハ假出獄ノ滿期ト共ニ刑ノ執行ヲ了ヘタルモノトス  
 ロ、 假出獄ヲ許サレタル者ハ行政ノ處分ヲ以テ治産ノ禁ノ幾分ヲ免スルコト  
 ヲ得但本刑期限内ハ特別監視ニ附セラル可シ(第五十條)

放免囚ノ  
處分

第四款 放免囚ノ處分

囚徒放免後ノ處分ニ二様アリ一ハ國家ノ行政事務ニ屬シ一ハ私人ノ慈惠事業ニ  
 屬ス請フ左ニ之ヲ説明セム

〔第一〕 久シク監獄内ノ規則ニ制限セラレタル囚徒ニシテ期滿チ一朝放免セラル  
 ルニ至ラハ急ニ自由ノ天地ニ復スルカ故ニ再ヒ罪ヲ犯スノ恐甚ク少シトセス我  
 刑法ハ監視ノ制ヲ設テ放免囚ノ監督ヲ行フト雖モ監視ハ一ノ附加刑トシテ之  
 ヲ犯人ニ科スルモノナレハ其詳細ナルコトハ後章附加刑ヲ論スルノ所ニ於テ之  
 ヲ述ヘン之ヲ國家ノ行政事務ニ屬スル放免囚ノ處分トス

〔第二〕 政府ハ監視ノ制ニ依リ放免囚ノ行狀ヲ監督スト雖モ放免セラレタル囚徒  
 ハ特ニ生業ヲ得ルニ困難ナルニ拘ハラヌ未ダ其生業ヲ得サレハ忽チ衣食ノ缺乏  
 ナ來シ飢餓ハ再ヒ放免囚ヲ驅テ獄舎ニ復セシムルハ自然ノ勢ナリ於是乎英、米、獨、  
 佛、蘭等文明諸國ニ於テハ數多ノ放免囚救濟會ナルモノアリテ慈惠ノ財貨ヲ以テ  
 其費用ヲ維持セリ英國ノ如キニ在リテハアルベルト親王其會長トナリ王室ノ保  
 護モ亦淺カラズ我國ニ於テモ類似ノ協會アルコトヲ傳聞スレトモ能ク其事業ノ

性質ヲ了解スルニ非サレハ却テ社會ノ害ヲ爲スノ恐アル可シ就中志ヲ茲ニ抱ク者宜シク左ノ諸點ニ注目センコトヲ要ス

- 一、 放免囚ニ給スルニ現金又ハ其他衣食ノ料ヲ以テスルハ其當ヲ得ス協會ハ主トシテ雇人口入ノ業務ヲ以テ其本旨スルコトヲ要ス
- 二、 故ニ協會々員タル可キ者ハ農工ノ事業家、製造場主等トシ之ヲ補助スルニ獄吏及僧侶ノ輩ヲ以テスルコトヲ要ス官吏、學者輩ノ如キハ適當ナル會員ニ非サルナリ
- 三、 放免ノ囚徒ト雖モ一旦社會ヲ害シ良民ノ負擔ト爲リシモノナリ故ニ協會ノ費用ノ如キハ他ニ有益ナル事業ヲ起スニ足ラサル細微ノ金錢ヲ集メテ之ニ充ツルコトヲ要ス衆人ノ持寄りタル親睦會費、小額ノ殘金ニシテ再ヒ之ヲ各人ニ配當スルコト能ハサル金額ノ如キハ此協會費ニ充ツルコト最モ妙ナリ此協會ヲ起サントセハ先ツ會社中細金ヲ集合スルノ制度ノ確定スルコトヲ要ス其他ノ有益事業ヲ起スト同一ナル徵費ノ方法ハ此會ノ本旨ニ適スルモノニ非サルナリ

附加刑及其執行

第二節 附加刑及其執行

附加ノ自由刑ハ監視トス他國ノ法律ニ於テハ放逐ノ刑ヲ設ケ特ニ外國人ニ對シテ之ヲ行フコトヲ得ヘキモノトスレトモ我刑法ニ於テハ監視ノ外附加ノ自由刑ヲ認ムルコトナシ

(第一) 有期ノ重罪刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用非ス各本刑ノ短期三分ノ一ニ等シキ時間監視ニ付シ又輕罪ノ刑ニ係ル者ハ各本條ニ記載シタル場合ニ限り附加ス可キモノナルヲ以テ必ス之ヲ宣告ス(第三十七條及第三十八條)

(第二) 附加刑ハ主刑アリテ始メテ之ヲ科ス可キモノニシテ決シテ二刑ヲ併科スルモノニ非サルナリ故ニ期滿免除トナリタル死刑又ハ無期刑若クハ特赦ニ依リ免セラレタル刑罰等ハ犯罪アルモ既ニ其主刑ナキモノニシテ別ニ監視ヲ附スルノ理由ナシ附加刑ハ刑ニ附加スルモノナリ罪ニ附加スルモノニ非サルナリ監視ハ犯人ノ滿期放免ノ後ニ拘束スルモノナレトモ是刑期滿限ノ場合即チ刑ヲ執行シ了リタル後ニ應用ス可ク最初ヨリ刑ノ執行ナキ者ニ對シテ監視ヲ附スルモノニ非ス否ラスノハ附加ノ刑ニ非スシテ獨立ナル一箇ノ刑トナル可シ然ルニ我刑