D-364

No 2374/24

江木 表 著

訂正 現行刑法汎論 全

讀法

明治廿四年十月 四版

現行刑法汎論序

立法ノ要ニアリ曰ク政策曰ク正理。政策ハ國情時勢ノ已ムヲ得サルニ出ツル所ニシテ各國其趣ヲ異ニスルモ正理ハ萬法ノ當ニ基本ト爲スヘキ所ニシテ汎ク萬國ニ共通シ曾テ之ヲ限ルノ國境ナシ。英人ノ米國制度ヲ蔑視シ佛人ノ獨逸法律ヲ非難スルカ如キハ素ヨリ偏執ノ見ニ屬スト雖モ其相容レサル所ハ政策ニ在ルモ正理ニ在ルコトヲ得サルナリ。攻法ノ道モ亦ニアリ法律ノ條項ヲ逐ヒ其意義ヲ說明スル之ヲ解釋法ト謂ヒ理論ヲ本トシ法律ノ精神ヲ磨出スル之ヲ法理論ト謂フ。二者其歸ヲ一ニ

スルモ其方法ヲ異ニスルニ過キス然レトモ解釋法ニ依ル者ハ局促トシテ意ヲ法律ノ文字ニ注キ苟モ法律ノ規定ニ係ルトキハ政策ニ出ツルモノト雖モ尚且ツ之ヲ正理ニ適スルモノト誤認シ往々枝葉ノ細論ヲ事トシテ却テ法理ノ大要ヲ忘失スルノ弊ナキヲ保セス。之ニ反シテ法理論ヲ採ル者ハ專ラ正理ヲ基トシ縱横ノ議論能ク其胸臆ヲ傾吐スト雖モ汎ク各國ノ法律ニ渉獵シ以テ法理ノ精粹ヲ得ルモノニアラサレハ徒ニ偏執ノ見ヲ固守シ妄斷誤了遂ニ正理ノ歸スル所ヲ知ラサルニ至ル。近時我邦法律ヲ說クノ書陸續梓ニ上リ或ハ該博旁搜ヲ以テ觀

ルヘキ者アリ或ハ正論確說ヲ以テ喜フヘキ者ナキニアラスト雖モ能ク法律ノ精神ヲ磨出シ攻法ノ要ヲ全フシタル者ニ至リテハ予ハ此書ニ於テ始メテ之ヲ視ル。蓋シ著者ノ法律ニ於ケル英米佛獨ノ精粹ヲ極メ胸中ノ蘊蓄スル所得テ量リ知ルヘカラサルモノアリ其長ヲ取リ短ヲ捨ツルヤ公平正確毫モ偏執ノ見アルヲ見ス全篇議論ノ斬新奇拔ナル筆鋒ノ鋭利巧妙ナル固リ其所也遂ニ數言ヲ卷首ニ辨シテ之カ序ト爲ス

明治廿年六月

河津祐之　撰

第三板例言

一、此書ハ專ラ佛獨英ニ於ケル刑法大家ノ著書ヲ參照シ大ニ其ノ所說ヲ採用セリ。然レトモ各國各其ノ時勢人情ヲ異ニシ各々之ニ適應スヘキ刑法ヲ有スルカ故ニ局外ヨリ一概ニ其ノ良否ヲ判定スルコト能ハサルハ論ヲ待タスト雖各々其ノ長トスル所アリ其ノ短トスヘキ所アリ。外形上ノ體裁秩序整然トシテ紊レサルモノハ佛國刑法ノ右ニ出ツルモノナカルヘキモ已ニ歐洲未開ノ昔日ニ成リタル一法典タルカ故ニ近世ノ學理ニ適セスシテ陳腐ニ屬スルノ說極メテ多ク佛國ノ法理學ハ法典ノ編纂ト共ニ其ノ發達進歩ヲ中止セリ。之ニ反シテ獨逸刑法ハ近世ノ編纂ニ成リ學者多クハ理論ヲ根據トシテ法學ノ研究ニ從事セルカ故ニ法理ノ高尙ニシテ且ツ新奇ナルハ遠ク他邦ニ傑出スト雖日

尚ホ淺クシテ未タ經驗ニ富ムコトナク往々架空ノ理論ニ陷ルモノナキニアラス。而シテ英國刑法ニ至リテハ悉ク古來數百年間ニ於ケル實際上ノ必要ニ漸成シ人民ノ文化ト共ニ發達シ來リタルモノナルカ故ニ自ラ眞正ノ理論ニ適スルモノ甚タ多シト雖其ノ理由ノ存スル所ヲ見ルヿ極メテ容易ナラサルナリ。我カ刑法ノ如キハ其體裁ニ至リテハ能ク佛國法ノ長所ヲ採用セルニ相違ナシト雖今マ學術トシテ之ヲ研究セント欲セハ佛國法ノ理論ハ近世ニ於テハ已ニ取ルニ足ルヘキ價直ナキモノ甚タ多シ故ニ其ノ短所ヲ補フニ至リテハ之ヲ獨逸法理ニ求ムルノ外ナシト雖其理論ニシテ果シテ眞鵠ヲ得タルヤ否ヲ探究セント欲セハ必ス之ヲ英國法律ノ規定ニ照サヽルヲ得ス是レ著者カ此等諸邦ノ法律ヲ參照セルノ大意ナリ讀者宜シク全篇ヲ讀了シテ而シテ後此等關係ノ存スル所ヲ知ルヘシ

二、立法ノ目的ト學問ノ目的トハ全ク相異ナルヘキモノニシテ立法官ノ定メタル順序ハ採テ以テ學術上ノ順序トスルコトヲ得サルナリ此書ノ如キ專ラ學術トシテ刑法ヲ論述スルモノニ在リテハ決シテ刑法ノ順序ニ從フコトヲ得ス故ニ刑法ノ正條ハ盡ク之ヲ參照引用セリト雖モ各正條ニ就キ千狀萬態ナル諸種ノ場合ヲ擧ケ逐一其適用解釋ヲ示スノ煩勞ヲ省キ且ツ學理ニ於テ許容スヘカラサルモノニ至リテハ强テ之レカ回護ヲ事トスルコトナシ

三、法律解釋ノ要ハ立法官ノ意思ヲ推定スルモノニアラスシテ法律ノ眞意ヲ發露スルニ在リ虎ヲ畫クノ意思ハ必スシモ猫ヲシテ虎タラシムルニ足ラス苟モ明文ニ抵觸セサル限リハ立法官ノ未タ嘗テ夢ルコト

ナカリシ所ノ理由ヲ以テ我刑法ノ解釋ヲ爲スカ如キハ素リ學理ノ許ス所ナリ著者ハ必スシモ立法院ノ議事錄ヲ以テ解釋ノ財料トスルコトヲ固守スルモノニアラス

四、斯ク此書ハ全ク學理ニ依リ公平ノ見ヲ以テ我刑法ヲ論述スルモノナレトモ刑法ノ學タル極メテ困難ニシテ著書ノ淺識素リ誤謬ナキヲ保セス然ルニ幸ニシテ著書ノ常ニ最モ親愛敬重スル所ノ倉富增島ノ二君此書ノ草稿ヲ校閲シ其高論卓說ヲ加ヘラルヽノ榮ヲ得タリ贊稱褒美ノ點ニ於テハ著者敢テ當ルコト能ハスト雖モ異說駁論ノ點ニ就テハ謹テ之ヲ熟讀研磨スルコトヲ怠ラサルヘシ

五、書中往々洋語ヲ挿入セルモノハ悉ク羅典語ニ係レリ蓋シ近世學術上ノ用語ハ羅典語ヲ以テスルヲ歐米學者ノ通規トスルニ出ツルナリ但シ傍訓トシテ施シタル假名字ハ單ニ譯字ノ意義ヲ明了ナラシムルカ爲メニセル英語若クハ佛語タリ

六、本書ノ第一版ハ極メテ匆卒ノ際ニ成リタルカ故ニ著者ハ大ニ之ヲ改正スルノ意アリシト雖宛モ第二版刊行ノ時ニ際シ公務ヲ以テ關西地方ニ遊歷シ只タ多少文字ノ修正ヲ加フルノ外充分ノ餘暇ヲ得ス遂ニ其意ヲ果スコトヲ得サリシカ今ヤ此三版ヲ公ケニスルニ當リテハ更ニ一篇ヲ增加シテ刑法ノ概意沿革及ヒ刑罰權諸主義ヲ概論シ第二論以下ニ至リテモ亦改正增補スル所甚タ多シ讀者乞フ之ヲ諒セヨ

明治廿一年十月

著者識

第四版例言

本書ノ出版以來日仍ホ淺キモ已ニ三版ヲ重ネテ今ヤ第四版ヲ公ケニスルニ至レリ訂正ヲ加フヘキモノ少ナカラスト雖著者平素公務ヲ帶フルヲ以テ餘暇ヲ得ルコト甚タ難シ然レトモ此第四版ニ於テハ重大ナル事項ニ關シテハ悉ク其訂正ヲ加ヘテ殆ト全キニ近シ讀者乞フ之ヲ諒セヨ

明治二十四年九月

著者識

目錄

第一篇　沿革

第一章　沿革法理　一
第二章　日本刑法ノ沿革　三
第三章　現行刑法ノ淵源　一五
第四章　現行刑法ノ主義　一五

第二篇　犯罪

第一章　犯罪ノ定義及ヒ區別　七
第一節　犯罪ノ定義　七
第二節　犯罪ノ區別　八
第二章　犯罪ノ成立　八

第一節　犯罪ノ主體、物體及ヒ手段
第一款　犯罪ノ主體
第一段　犯罪ノ主體タルヘキ者　九〇
第二段　主體タル犯罪者ノ能力　九〇
第三段　犯罪主體ノ不能力　九〇
第一項　瘋癲及ヒ幼者　九四
第二項　白痴及ヒ瘖啞者　九八
第三項　一時ノ智能ノ喪失ニ基ク不能力　九八
第四項　不能力者ノ處分　一〇三
第二款　犯罪ノ物體　一〇五
第一段　犯罪物體ノ物理的能力　一〇六
第二段　犯罪物體ノ法律上ノ能力　一〇八
第三段　犯罪物體ノ法律上ノ不能力　一〇八
第一項　各個人ノ紊權ニ基ク不論罪　一一〇
第二項　國家ノ紊權ニ基ク不論罪　一一三
第三項　不得已ニ出タル所爲　一一三
第四項　正當防護ニ出タル所爲　一二〇
第三款　犯罪ノ手段　一二七
第二節　犯罪タル所爲　一三八
第一款　所爲ト責任トノ關係　一四二
第一段　所爲ト責任トノ關係ノ發生　一四五
第二段　所爲ト責任トノ關係ノ消滅　一四五
第三段　犯罪物體ノ法律上ノ能力　一四九

第二款　所爲ノ狀態
第一段　總說　一六六
第二段　犯意及ヒ過怠　一六六
第一項　犯意　一六八
第一　犯意總說　一六八
第二　決心　一七〇
第三　故意　一七五
第四　目的　一七九
第五　犯意ノ證明　一八一
第二項　過怠　一八二
第一　過怠總說　一八二
第二　過怠ノ種類　一八六
第三項　故意及ヒ過怠ノ混交　一八九
第四項　客觀的觀察　一九二
第三段　已遂犯及ヒ未遂犯　一九七
第一項　已遂犯　一九七
第二項　未遂犯　一九八
第一　總說　一九八
第二　豫備　二〇〇
第三　執行ノ着手　二〇二
第四　未遂犯ノ種類　二〇七
第五　中止犯　二一四

第三項　已遂犯及ヒ未遂犯ノ混交　二二〇
第三章　數人共犯　二二二
第一節　總說　二二二
第二節　正犯　二二二
第三節　教唆　二二五
第四節　從犯　二二九
第五節　共犯者身分上ノ關係　二四二
第三篇　刑罰　二五〇
第一章　刑制　二五七
第一節　總說　二五七
第二節　刑罰ノ手段　二六一
第三節　四徒放免後ノ處分　二六六
第二章　死刑　二六七
第一節　死刑ノ性質　二六七
第二節　死刑ノ執行　二七〇
第三章　身體刑　二七三
第四章　自由刑　二七七
第一節　主刑　二七七
第一款　自由刑ノ性質　二七七
第二款　自由刑ノ執行　二八二
第三款　假出獄　二八八
第二節　附加刑及ヒ其執行　二九六

第五章　財産刑
第一節　主刑及ヒ其執行　三〇三
第二節　附加刑及ヒ其執行　三〇三
第六章　名譽刑　三〇九
第一節　名譽刑ノ性質　三二六
第二節　剝奪公權及ヒ停止公權　三二六
第三節　治産禁　三二八
第七章　刑期計算　三四一
第一節　刑期計算法　三四二
第二節　刑期起算點　三四二
第四篇　刑ノ適用　三四五
第一章　刑法典ノ體裁　三五三
第二章　刑法ノ管轄　三五六
第一節　時ニ關スル刑法ノ管轄　三五六
第一款　刑法ノ頒布　三五六
第二款　刑法ノ致反効　三五八
第三款　刑法ノ廢止　三六五
第二節　處ニ關スル刑法ノ管轄　三六七
第一款　國内ニ於ケル刑法ノ管轄　三六八
第二款　外國ニ於クル刑法ノ管轄　三六九
第三款　國外ニ於ケル刑法ノ管轄　三八〇
第三節　人ニ關スル刑法ノ管轄　三八二

第一款　外國ノ君主及ヒ公使　三八二
第二款　治外法權　三八二
第一段　我國人ノ外國ニ於ケル治外法權　三八二
第二段　外國人ノ我國ニ於ケル治外法權　三八三
第四節　事ニ關スル刑法ノ管轄　三八九
第三章　刑ノ加重減輕　三九三
第一節　本刑　三九三
第二節　加減例　三九五
第一款　通則　三九六
第二款　重罪刑ノ加減　三九七
第三款　輕罪刑ノ加減　三九八
第四款　違輕罪ノ刑ノ加減　四〇三
第五款　附加刑ノ加減　四〇六
第三節　宥恕輕減　四〇六
第四節　自首減輕　四〇八
第五節　酌量減輕　四一四
第六節　再犯加重　四一五
第一款　再犯ノ意義　四一五
第二款　再犯ノ處分　四一七
第三款　執行順序　四二二
第七節　數罪俱發　四二三
第一款　一罪及ヒ俱罪　四二三

第二款　數罪俱發處分　十二
第一段　吸收主義　四二七
第二段　併科主義　四二七
第三段　折衷主義　四三一
第八節　反覆罪處分　四三五
第九節　加減順序　四四五
第五篇　刑ノ消滅　四五〇
第一章　總說　四五六
第二章　犯人ノ死去　四五七
第三章　期滿免除　四六〇
第一節　期滿免除ノ理由　四六〇
第二節　期滿免除ノ期限　四六三
第三節　期滿免除ノ起算點　四六七
第四章　恩典　四六八
第一節　總說　四六八
第二節　大赦　四六八
第三節　特赦　四七一
第四節　復權　四七三
參照書目　四七五
　　四九一

現行刑法汎論

江木衷著

第一編　沿革

第一章　沿革法理

刑法ノ沿革ハ刑法ノ發達進歩ノ事跡ヲ云フモノナリ。發達進歩ハキ刑法ハ其ノ沿革アルヘキ理由ナシ。近世學者ノ所謂沿革ナルモノハ單ニ年月ノ經過ヲ指示スルモノニアラス。變遷異同ナキ一塊ノ土石ハ開闢以來今日ニ至ルマテ嘗テ其ノ沿革ナカルヘク發達進歩ナキ人民ハ飲食物ノ消化器機ナリ。沿革史上ニ列スルヲ得ヘキ能力アルヘキモノニアラス。而シテ古來刑法ノ起源ヲ探究スレハ殆ン

ト宗教上ノ思想ニ基カサルモノナク刑罰ヲ以テ天神ノ命スル所トスルハ其ノ常態ナリト雖モ宗教ト混同シテ遂ニ分離スルコトナキ法律ハ決ノ發達進歩スルコト能ハサルハ沿革法理ノ確認スル所ニシテ從テ其沿革アルヘキモノニアラス。何トナレハ宗教ニ基キタル刑法ハ天神ヲ宗トスレハ萬世不動ノ天神ニ發達進歩ノアルヘキ理由ナケレハナリ。之ニ反シテ發達進歩ヲ爲スコトヲ得ヘキ刑法タルヤ必ス宗教ヨリ獨立シタルモノタラサルヘカラス。之ヲ沿革法理ニ照スニ適當ニ沿革アルヘキ刑法ハ第一復讐、第二公益、及ヒ第三正理ノ三主義中必ズ其一ヲ以テ基本トスルモノハ外ナラス。刑罰主義ニ關スル詳細ノ理論ニ至リテハ後章ニ於テ論述スル所アルヘシト雖モ今マ先此等ノ刑法ニ主義カ發達進歩ノ特性ヲ有スル所以ヲ論述セン

(第一)復讐ハ已レノ損害セラレタル權利ヲ回復シテ自ラ其ノ感覺ヲ滿足セシムルモノナレハ其ノ野蠻ノ風俗タルヲ免カレサルニ係ハラズ各人ニ獨立不羈ノ權アリ各人ニ獨立自由ノ意思アルヿヲ認ムルヲ以テ自ラ發達進歩ヲ爲スヘキ原素ヲ包含ス。但シ復讐ノ本性タルヤ私人ノ情慾ヲ滿足セシムルモノナルヲ以テ復讐トシテ施ス所ノ刑罰ハ必スシモ犯罪ノ度ト其權衡ヲ等フスルコトヲ得サルヲ以テ國家カ私人復讐ノ權ヲ殺テ之ヲ國家ニ收攬スルヤ大ニ之カ制限ヲ施シタリ。即チ第一ハ所謂「タリオン」即チ反坐ノ制

フホースタン、エリー氏著佛國刑法第三號

度ニシテ生命ハ生命ヲ以テ償ヒ眼ハ眼ヲ以テ償ヒ齒ハ齒ヲ以テ償フヘキモノトシ第二ハ贖罪ノ制度(Compositio)ニシテ金錢ヲ以テ體刑ヲ贖フコトヲ許シ生命眼齒手足等其ノ損害ヲ受ケタル物體ノ輕重ニ依リテ其ノ價額ヲ定メタリ故ニ反坐、贖罪ノ制度ヲ採用セル刑法アラハ其刑法ハ即チ復讐主義ナレトモ又發達進歩スヘキモノタルコトヲ推知シ得ヘシ

〔第二〕公益ヲ以テ基本トセル刑法ニ於テハ犯罪ヲ以テ社會ノ利益ヲ害スルモノト爲シ刑罰ヲ以テ之ヲ賠償シ其利益ヲ保全スルノ手段トシ全ク復讐ヲ以テ刑罰ノ本旨トスルノ臭氣ヲ脫却スレトモ社會共同ノ思想ヲ有スルカ故ニ自

マイエル氏著刑法論第二〇葉

ベルチル氏著刑法論第四四葉

ヲ社會ト共ニ發達スヘキ性質ヲ具備ス

〔第三〕ハ國家ノ經持スル正理ヲ以テ刑罰ノ基本ト爲シ道義上善ハ善ヲ以テ報シ惡ハ惡ヲ以テ報スルト同シク國家ノ正義ヲ破ルモノハ即チ犯罪者タルカ故ニ刑罰ヲ以テ之ニ應報スヘキモノトスルモノニシテ能ク刑罰ノ本性ヲ認メ得タルモノナルカ故ニ其ノ發達進歩スヘキハ當然ナリ

以上論述シタル所ノ原理ニ依リ刑法ノ沿革ヲ分ツテ上古中世近世ノ三期ニ區分シ先ツ萬國ニ於ケル一般ノ刑法ノ發達進歩セル事跡如何ヲ考究セム

〔上古〕上古ノ世界ハ東ハ印度波斯及ヒ亞細亞西部ニ限リ西ハ希臘羅馬等歐洲南部地中海々岸ノ諸國ニ止マルヲ以テ

上古ニ於ケル刑法ノ沿革モ亦此等諸國ノ刑法タルニ過キサルヘシト雖モ當時ニ於テモ東西大ニ刑法ノ主義ヲ異ニシ東印度波斯等ノ刑法ハ全ク宗教ニ基キ法律ニ於テ嘗テ獨立シタル各個人アルコトヲ認メス人民ハ即チ宗教ノ奴隷タルニ外ナラズ又タ宗教ノ外他ニ國家アルヲ認メス國家ノ元首ハ即チ宗教上ノ元首ニシテ教書ハ即チ法律ナリ。世界最古ノ法典タル印度「マニュー」ノ法律ハ天神ヨリ之ヲ授カリマホメットノ教書タル「コーラン」ハ同時ニ同宗民ノ法律ナリ私人モ國家モ共ニ宗教中ニ吸入セラレテ各々其痕跡ナキモノト云フヘシ。之ニ反シテ西希臘羅馬等ニ於テハ各私人ヲ以テ自己自身ノ意思ヲ備ヘタル獨立ノ一個人アルコトヲ認メ又タ宗教ト國家トヲ分離シテ更ニ之レヲ混同スルコトナシ。語ヲ換ヘテ之レヲ言ハヽ東方ノ法律ハ天權(Jus divinum)ニ基キ西方ノ法律ハ人權(Jus humanum)ニ基ケリ但シ希臘羅馬等ニ於テモ刑法最古ノ起原ニ至リテハ宗教上ノ信仰ニ發生シ萬種ノ犯罪ハ悉ク天神ニ對スルモノトナシ刑罰ハ只タ其罪惡ヲ償フノ具タリシト雖モ久シカラスシテ全ク宗教ト法律トノ分離ヲ見ルニ至レリ然ルニ東方ノ諸國ニ在リテハ嘗テ法律ヲ以テ宗教ヨリ分離セントスルノ思想ナク從テ毫末ノ發達進歩ヲ見ルコトナク千百年ハ久シキ常ニ上古ノ狀態ニ靜止シテ刑法沿革上ニ其ノ跡ヲ絶チタリ。是レ東西其ノ趣ヲ異ニセルノ要點ナリト

雖モ西洋ノ諸國カ宗教ト法律トヲ分離シ法律ヲ以テ全ク人爲ノ管轄内ニ歸セシメタルノ事跡ニ於テハ希臘ト羅馬トハ又タ大ニ其趣ヲ異ニセルモノアリ即チ希臘ノ法律ハ公權(Jus publicum)ヲ以テ其基本トナシ羅馬ノ法律ハ私權(Jus privatum)ヲ以テ其基本トス故ニ希臘ノ法律ニ於テハ國家アルヲ認メテ嘗テ私人アルヲ認メス今日ニ在リテハ私權利私義務トシテ私人ノ意思ニ一任スヘキ事項モ希臘ニ於テハ悉ク之ヲ國法上ノ公權利公義務ナリトセリ試ニスパルタノ制度文物如何ヲ見ヨスパルタノ全國ハ一個ノ兵營ナリスパルタノ人民ハ此ノ兵營ニ在ルノ兵士ナリ凡ソ人ヲ殺傷スルモノハ國家ノ武器ヲ殺傷スルモノニシテ一私人ヲ害スルモノニアラス其教育ノ如キモ亦此ノ鋭利ナル武器ヲ製造スルノ方法タルニ過キサリシナリ故ニ希臘ノ法律ハ國家ノ存在ヲ認ムルモ私人ノ存在ヲ認メサルモノニシテ東洋諸國カ宗教アルヲ認メテ私人アルヲ認メサル者ト其趣ヲ同フセリ之ニ反シテ羅馬法律ハ專ラ私權利ヲ基トシ國家ハ宗教ト共ニ之ヲ度外ニ置ケリ故ニ犯罪者ヲ處罰スルニ際シテモ其犯罪タル所爲ノ大小ヨリ寧ロ獨立ノ一個人タル犯者ノ意思ヲ考察シ惡意アル犯罪ヲ嚴罰スルモ過意ニ出テタル所爲ノ如キハ其和政府ノ時代ニ在リテハ全ク之ヲ無罪トナシ苟モ惡意ノ存スル以上ハ未遂犯罪ト雖モ之ヲ已遂犯罪ト同一ノ刑ヲ科スルノ甚シキニ

パー氏著刑法提要第七一葉以下

至レリ之レヲ上古ノ刑法沿革トス而シテ今マ上來論述セル所ヲ概言スレハ東洋ハ宗教ノ權希臘ハ國家ノ權羅馬ハ私人ノ權ヲ以テ法律ノ主眼トセルモノニシテ上古ハ即チ宗教國家私人ノ三權偏倚ノ時代ナリ

(中世)中世ニ於テハ基督主義ト日耳曼主義トノ發生ヲ以テ史跡上ノ一大觀トス一ハ歐洲南方ニ起リ一ハ歐洲北方ニ起リ一ハ羅馬法王ニ密着シテ法王ヲ代表シ一ハ羅馬皇帝ト密接シテ國家ヲ代表セリ。而シテ顧テ從來存在セル羅馬帝國ノ舊世界ヲ望見スレハ公私ノ德義共ニ敗退シテ衰微ヲ極メタルノ時ナリ。此時ニ當テ直チニ之レニ繼クニ前二種ノ新主義ヲ以テセリ。故ニ此基督日耳曼ハ二大主義ハ振起セルヤ忽チ羅馬ハ城壁ヲ攻取シ悉ク羅馬ノ舊物舊觀ヲ破壞シテ茲ニ混沌タル暗黑世界ヲ現出セリ。然レモ此ノ暗黑世界ハ再ヒ光輝ヲ發シテ歐洲全土ニ文化ノ發達進歩ヲ釀成スルノ一段落タリシニ過キス。實ニ歐州ノ發發進歩ハ此暗黑世界ニ掩ハレツル基督日耳曼二主義ハ抵觸鬪爭ニ起原シ其協合一致ニ終局ス。抑モ基督日耳曼ノ二主義タル其相異ル所ハ已ニ前陳セル所ノ如クナレモ法律ノ關係ヨリ之ヲ見ルトキハ一ハ天權(Jus divinum)ヲ代表シ一ハ人權(Jus humanum)ヲ代表セリ故ニ中世ハ即チ天人兩立權(Jus utrumque)ノ時代タルヲ知ルヘシ。今更ニ一歩ヲ進メ之ヲ刑法ノ範圍ニ及ホストキハ基督主義ニ於テハ犯罪ヲ以テ神意

ニ反スル心理ノ害惡トナシ刑罰ヲ以テ此罪惡ノ心ヲ改良スルノ應報トシ從テ苟モ惡意アル犯罪ハ未タ外形ニ顯出セサルモノト雖モ之ヲ處罰スルノ傾向ナキニアラス然レ𪜈今日ノ理論ニ於テ犯罪ニ惡意若クハ故意アルヲ必要トスルノ原理並ニ刑罰ヲ以テ改良ノ手段トスルノ原理ハ茲ニ胚胎シ就中基督主義ニ於テハ刑罰ヲ以テ天神ノ命スル所トスルカ故ニ上君主ヨリ下奴僕ニ至ルマテ法律上萬民ニ同等ノ權アリトスルノ原則ノ如キハ實ニ此主義ヨリ發生セリ。之ニ反シテ日耳曼主義ニ於テハ犯罪ヲ以テ全ク外形上ノ所爲トナシ刑罰ヲ以テ外形上ニ犯罪ノ損害ヲ賠償スルモノニ過キストシ犯者ノ心意ノ如何ハ全ク之ヲ度外ニ置キ過失罪ヲ罰スルヿ嚴ニシテ未遂犯ヲ罰スルコト極メテ寛ナルノ結果ヲ發生セシト雖𪜈外形ノ所爲ニ顯出シタルモノニアラサレハ犯罪トシテ之ヲ罰スルコト能ハストスルノ原理ハ此主義ニ胚胎シ又刑罰ヲ以テ被害者ニ對スル賠償トスルノ主義ヲ脫シ王國ノ續々歐洲ニ興起スルニ際シテ刑罰權ヲ以テ國家ノ元首ニ歸セシメ以テ今日ノ國家思想ヲ養成セルモ亦此主義ノ論理ニ起原セリ

〔近世〕前已ニ論シタル如ク中世ニ於テハ基督日耳曼二主義ニ分立シ一ハ犯罪ノ心意如何ニ偏シ一ハ外形ニ顯ハレタル所爲ノミニ拘泥シ相互ニ權力ヲ爭ヒ國家宗教兩者ノ大革命ヲ結了セル時ニ至ルマテ兩者各々其適當ノ範圍ナク

教會ニシテ數々人事ノ裁判ニ干渉シ中世ニ於ケル法理ハ宗教法其過半ヲ占メタリシカ遂ニ近世ニ至リテハ犯罪刑罰ヲ論スルニ基督日耳曼兩主義ヲ折衷シテ二者ノ抵觸ヲ防クコトヲ得ルニ至レリ。然レモ十七世紀以來諸主義ノ興起スルニ係ハラス猶ホ舊主義ヲ固守スルモナキニアラス。プロテスタント派ノ邦國ニ於テモ宗教偏執主義ノ一派アリ犯罪ヲ以テ天神ニ對スルノ所爲ト主張セルモノ少カラス。然ルニ之レニ繼テグローシアスホッブスブッヘンドルフ等ノ性法主義ノ學者輩出シテ刑法ノ理論ヲ左右シ後世ニ至リテハボルテールベッカリヤフェランジエリ等專ラ理論ニ基キタル改進主義ノ論者ヲ出シ其說ク所モ大ニ刑法

パー氏者刑法提要第五六節乃至第六九節

ノ發達ニ勢力ヲ有セシカ之レニ相對スルノ沿革法理家モ亦輩出シ互ニ論辨駁擊シテ其理論ヲ上下セリ。然レトモ最近世ニ於テハ此二者モ亦相併行シテ抵觸スヘキモノニアラス沿革ト理論トヲ併セテ共ニ刑法ノ眞理ヲ研究スヘキモノトナレリ故ニ予ハ近世ノ沿革ヲ稱シテ折衷主義ノ時代ト云フ。

第二章　日本刑法ノ沿革

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

太古ヨリ大寶律ノ發布ニ至リ第二期ハ大寶律ノ盛時ヨリ藤原氏ノ下ニ於ケル刑法ノ衰頽ニ至リ第三期ハ封建尙武ノ時代ヨリ德川氏ノ時代ニ至リ第四期ハ維新以來今日ニ至ルノ明治時代トス

〔第一期〕太古人民ノ思想ニ於テハ人類ハ其性ニ於テハ至善ニシテ決シテ罪惡ヲ犯スコトヲ得サルモノトセリ。然レモ現ニ罪惡ヲ犯シタルモノアルトキハ其犯者ハ不幸ニモ禍神八十枉津日神及ヒ大枉津日神ノ誘引スル所トナリ惡道ニ陷リ人性ヲ變シ身自ラ惡魔ニ化シテ諸般ノ罪惡ヲ行フタルモノトス。然ルニ若シ幸ニシテ福神神直日神及ヒ大直日神ノ誘引スル所トナルトキハ善惡ヲ識別シ嘗テ犯シタル罪惡ヲ悔悟シ人性ノ良心ニ復歸スルコトヲ得ヘキモノトス。故ニ當時ニ於テハ犯罪ヲ以テ惡魔ノ所爲トシ刑罰ヲ以テ惡魔ヲ除去スル者ト思維シタルカ故ニ未タ生命刑身體刑等ノ存在スルモノナカリシト雖モ人ニシテ一タヒ惡魔ニ化シ罪惡ヲ犯シタルトキハ犯者ノ財產ハ自ラ穢レタルモノト爲シ盡ク之ヲ水中就中當時禍神ノ宮門ナリト信シタル渦卷ノ存スル塲所ニ投入シ以テ汚穢ヲ盪滌シテ淸淨ナラシム之ヲ稱シテ祓ト云フ。蓋シ神ニ誓フテ罪惡ヲ祓除スルノ意ニシテ世々中臣氏ノ掌ル所タリシ。治罪上ニ於テモ亦同一ノ原則ニ基キタル手續ヲ用ヒタリ。設例ヘハ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悉

ク神意ヲ請フテ判斷シ探湯(クガタチ)ト稱スル法ヲ設ケ湟ヲ釜中ニ納メ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燒ノ有無ヲ以テ有罪無罪ヲ判別スルノ標準トセリ由之觀之日本太古ノ刑法ハ他ノ諸邦ト同シク宗教ト混同シテ嘗テ其區別ナキカ如シト雖モ古代ノ法律中自ラ宗教ヲ分離シテ發達進歩ヲナスノ萠芽ヲ備ヘタルノ痕跡ナキニアラス設例ヘハ犯者ノ財産ヲ水中ニ投入スルノ法ヲ改メテ之ヲ被害者ニ給付シテ損害賠償ノ思想ヲ起シ或ハ古法ニ於テモ犯罪ヲ天罪國罪(アマツミクニツミ)ノ二種ニ區分シ宗教ト法律トノ分離ヲ促スノ機會ヲ與ヘ或ハ刑事ト兵事ヲ混交シテ國家ハ思想ヲ釀成スル等特ニ他邦ノ古法ニ

大日本史刑法志ノ部第一卷第四葉

優ル者ナキニアラス日本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、如害稼穡汙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、爲善惡二稜(中略)今所傳中臣祓詞即其遺事也、若其元惡大憝怙終罔悛則甲兵戮之、甲兵之事物部氏所掌而刑亦寓焉」ト謂ヘルハ即チ是ナリ故ニ我日本ノ古代刑法ハ發達進歩ノ特性ヲ備ヘ爾來駸々乎トシテ進歩シ來リ已ニ繼體天皇二十四年(西洋紀元五百三十年)ノ後ニ至リテハ嘗テ刑事ニ關シテ神ノ裁判アルヲ聞カス宗教ト法律トハ全ク分離シテ更ニ其混同ナク從テ生命刑身體刑財産刑等ヲ發生シ且ツ當時ノ法律ニ於テモ已ニ贖罪制度(Compositio)ヲ認メタル

コトアルヲ以テ沿革法理ノ原則ニシテ果シテ誤ルコトナクンハ予ハ當時ノ刑法ヲ以テ復讐主義ニ基キタルモノト論定セサルヲ得ス。然レ𪜈刑法ノ成典トシテ始メテ顯ハレタルハ推古天皇ノ時代(紀元五百五十三年ヨリ同六百二十八年ニ至ル)ニシテ有名ナル聖德太子ノ憲法十七條ニ過キサレ𪜈其性質ニ至リテハ全ク道德法タルヲ免レス。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𪜈其區域甚タ狹少ニシテ單ニ不忠不義ノ罪ヲ規定スルニ止マレリ更ニ降テ天智天皇ノ時(紀元六百六十二年)ニ及ンテ始メテ立法上ノ新面目ヲ開キ天皇鎌足ニ勅シテ古來ノ法典慣例ヲ蒐集シ一法典ヲ編纂セシメタリ所謂近江朝ノ大寶律ナルモノニシテ後世ノ大寶律令編纂ノ一大基本タリシト雖𪜈惜哉今日已ニ之ヲ亡失シ只タ後世ノ法律ニ引用セル條項ヲ見テ僅カニ其大體ヲ推知スルニ過キサルナリ

〔第二期〕日本刑典中最モ有名ニシテ又最モ美ナルモノヲ大寶律令トス。此法典ハ文武天皇藤原不比等ニ命シテ編纂セシメタルモノナレ𪜈當時宗教道德立法ノ事等大ニ支那ノ文化ヲ輸入シタルヲ以テ此法典ハ單ニ本邦古來ノ法規慣例ヲ蒐集セルノミナラス大ニ隋唐ノ法典ニ摸擬シタルコトアルハ恰モ今日歐米ノ法律ヲ以テ我法律ノ大本トスルニ異ナラス而ノ此大寶ノ法典ハ先ツ之ヲ律及ヒ令ノ二種

ニ區分シ律ハ禁令及ヒ刑罰ニ關スル規定ヲ含ミ令ハ主トシテ行政令ニ關スル規定ヲ含ミタリ其詳密ナルヿニ至リテハ予ハ之ヲ法典及ヒ其註釋書ニ讓リ茲ニ之ヲ論述スルヿナシト雖モ其立法ノ精神如何ニ至リテハ特ニ數言ノ批評ヲ下サヽルヘカラサルモノアリ抑モ大寶律令編纂ノ時代ニ於テハ古來ノ慣例及ヒ國情ニ從ヒ國家ノ存在ニ必要ナル元素ト認メタルモノハ神祇皇室尊屬親及ヒ高等官吏ノ四者タルニ過キス故ニ大寶律ノ主トシテ保護セントスルモ亦此四者ニ在リシハ自然ノ勢ナリト云フヘシ

一、宗教ト法律トヲ混同スルカ如キハ大寶律ノ爲サヽル所ナリト雖モ神祇ヲ尊敬スルハ古來ノ定例ナリシヲ以テ神祇ニ對スル犯罪ハ之ヲ諸般ノ犯罪ノ主ニ置キ特ニ之ヲ嚴罰セリ蓋シ我邦ニ於ケル神祇ハ即チ皇祖皇宗ノ神靈ナリ忠君ノ美風ハ全ク敬神ノ氣風ニ基クハ近世沿革法理學家ノ確認スル所ナリ耶蘇教國ノ臣民カ君主以外ニ至重至尊ナル眞神ナルヲ認メ眞神ノ前ニ於テハ君臣ヲ區別セサルモノト大ニ其趣ヲ異ニセリ大寶律ノ精神亦茲ニ在リ

二、大寶律ハ天皇ヲ以テ神儀ノ長トナシ之ニ對スル犯罪ヲ嚴罰シ殆ント「セオクラチック、デスポチズム」ノ主義ヲ奉シ天皇ノ權ヲ以テ神聖ニシテ毫末モ犯スコトヲ得ヘカラサルモノトスルノ原則ヲ堅固ナラシメタリ今日ニ

至ルモ尚ホ此原理ハ灼トシテ憲法ノ明文ニ上レリ

三、高等官吏ヲ保護スルノ精神ハ特ニ大寶律ノ採用スル所ナリ。蓋シ大寶律令編纂ノ時代ハ藤原氏ノ盛時ニシテ滿朝ノ高官殆ト藤原氏ニアラサルモノナキヲ以テ此法典ノ編纂者ナル藤原氏ハ自ラ己レヲ保護セントスルノ傾向ヨリシテ一般朝廷ノ高等官吏ニ就テハ刑法上特別ノ保護ヲ與ヘタリ。故ニ法律上萬民同等ノ原理ハ大寶律ノ奉スル所ニアラス

四、大寶律ハ古來ノ慣習ニ基キ尊屬親カ其子孫ニ對スル權力ヲ强大ナラシメタリ此遺風ハ依然現行刑法ニ現出シ祖父母父母ニ對シテハ近世ノ學者カ各人天與ノ大權トスル正當防衛ノ權ヲ殺キ又タ挑發憤激ノ天性ニ出テタル寛恕減等ノ法ヲ用ヒス

然レ𪜈大寶律令ハ其全體ニ於テハ實ニ完美ヲ極メタルモノニシテ刑罰ノ如キモ亦敢テ野蠻殘酷ノ性質アルヲ見ス此法典ヲ一讀セハ當時ノ文化ハ之ヲ當時ノ歐洲ニ比スレハ遙ニ數等ノ上ニ在ルヘシ。若シ當時ノ編纂委員タル藤原不比等ヲシテ歐洲當時ノ刑法ヲ評サシメハ必ス之ヲ以テ蠻族ノ刑法ナリト公言セシムルニ苦シム所ナカリシナルベシ然レ𪜈時勢ノ變遷ニ從ヒ藤原氏ノ權力漸ク衰頽シテ亂賊四方ニ蜂起シ法典全ク行ハレサルニ至リテ源光國ノ所謂亂國重典ノ原則ニ依リ刑ヲ嚴ニシ法ヲ峻ニシ以

テ此亂世ニ處センコトヲ企テタルハ脅嚇主義ニ基キ人民ヲシテ刑罰ハ恐ルヘキヲ知ラシメントスルノ趣アルニ似タリ。即チ延曆十一年(紀元七百九十二年)ニ延曆式ヲ布キ治罪ノ手續ヲ定メ同時ニ檢非違使ヲ置キ犯者ノ逮捕囚人ノ監督ヲ掌ラシメ貞觀年間(紀元八百五十九年ヨリ八百七十六年ニ至ル)ニ格十二卷ヲ布キ法律ヲ新定シ式二十卷ヲ式キ舊法ノ不完全ヲ補充シ更ニ延喜年間(紀元九百一年ヨリ九百二十二年)ニ至リテ延喜格式ヲ發布セリ。然レモ藤原氏ノ門閥政治全ク衰ヘ能ク此等ノ法律ヲ實行スルノ任ニ堪ユルモノナク遂ニ戰國ノ時世ニ變遷シ武斷政治ノ發生ヲ見ルニ至レリ

(第三期)藤原氏ノ權勢漸ク衰ヘテヨリ實權ハ常ニ將門ノ間ニ歸シ源平北條足利織田豐臣互ニ其權力ヲ爭ヒ其間小康ナキニアラサルモ家康ノ一擧天下ヲ一統スルニ至ルマテ千才相續キ殆ト寧歲ナキノ時期ナリシ而シテ此間ニ於テモ大寶律ハ尙ホ依然刑法ノ大本タリシト雖モ現ニ之カ實行ニ任スヘキ職官ナカリシカ故ニ土地ノ諸侯ハ隨意ニ自己ノ法律ヲ制定セリ。現ニ北條氏ノ世ニハ聖德太子ノ憲法十七條ヲ三倍シテ五十一條ノ貞永式目ヲ發布シ(千二百三十一年)嚴酷ノ刑ヲ設ケテ當時ノ國家ヲ維持セント欲セリ。故ニ後醍醐天皇決斷所ヲ置キ刑罰ノ峻酷ヲ救濟センヿヲ企テタレモ其目的ヲ充分スルコト能ハス其後建武十四年

建武式目ノ發布ヲ見ルニ至リシカ應仁以後ニ至リテハ秩序全ク紊亂シテ復タ刑典ノ見ルヘキモノナシト雖モ封建戰國時代ニ於テハ諸侯各々相競フテ一大强國ヲ創設セントスシ武人ヲ以テ國家存在ノ要素トシ法律上特ニ武人ノ一族ヲ保護シタルノ痕跡ハ此等ノ法律式目中ニ瞭然タリ。故ニ當時ニ在リテハ刑罰ノ頗ル嚴酷ニメ往々人性ニ戾ルモノアルニ關セス刑法ヲ以テ國家ヲ維持スル具ナリトスルノ思想ヲ養成シ恰モ古昔希臘ノ法律ト其趣ヲ同フセルモノアルニ似タリ。然レモ降テ德川氏ノ時世ニ及ンテハ茲ニ大平ノ基ヲ開キ支那法典就中明律ト日本古來ノ法典トヲ比較シテ法理ヲ研究スルノ學者輩出シ遂ニ寛保二年(千七百四十一年)有名ナル德川百ケ條ノ一法典ヲ編纂シ明治維新ノ際ニ至ルマテ現ニ之ヲ其治下ニ實行セリ。其編纂ノ體裁刑罰ノ方法治罪手續等ハ之ヲ法典ニ讓リ今茲ニ之ヲ略スト雖モ德川氏ノ世タル太平ノ久シキ自ラ戰國時代ノ法律ト其趣ヲ異ニシ專ラ公ケノ秩序ヲ維持シテ邦家ノ平和德川氏ノ長久ヲ保存セントヲ目的トシ各私人ノ自由及ヒ社會ノ發達進歩ニ至リテハ毫末ノ顧慮スル所ナカリシモノニ似タリ。大船ノ製造ヲ罰シテ外國トノ交通ヲ禁セルカ如キ其一例ナリ

〔第四期〕維新已來萬國ノ交通日一日ヨリ盛ニ彼此往來絡繹織ルカ如ク數百年間無事ノ天地ニ生死シテ社會進歩ノ何

物タルヲ知ラサルノ人民ヲシテ萬國ト其優劣ヲ爭ハシムルノ時ニ際シテハ治安主義ニ基キタル舊幕府ノ法典ハ時世ニ應スルニ足ラス明治四年ニ新律綱領ヲ發シ同六年ニ改定律令ヲ布キ大ニ古來ノ弊風ヲ一新シタリト雖モ此等ノ法典タル其基ク所ハ大寶律及ヒ明清ノ支那法典タルニ外ナラサリシヲ以テ遂ニ明治十三年現行刑法ヲ發布シ實行ノ後已ニ數多ノ日時ヲ經過セリ。而シテ此現行刑法タル多少本邦古來ノ習慣ヲ採用セルモノナキニアラサルモ我立法官ハ全ク文明ノ法理ニ基キ汎ク歐米諸國ノ法典ヲ參酌シテ之ヲ編成セルモノニ係ルヲ以テ大ニ從來ノ法典ト其趣ヲ異ニセリ

ホルツエンドルフ氏著法學通論第八八一葉

第三章　現行刑法ノ淵源

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

(佛國)佛國刑法典ハ刑制上及ヒ國事犯者處分上ニ就キ那破翁帝カ其專檀主義ヲ施サンカ爲メニ設ケタル所ニシテ千八百十年ノ公布ニ係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世ノ進歩ニ後レタルモノト云ハサルヲ得ス。但シ千八百三十二年四月廿八日ノ法律及ヒ千八百六十三年五月十三日ノ法律ヲ以テ刑制上多

少ノ修正ヲ加ヘタレ𪜈其全體ニ至リテハ依然タル現行法律ナリトス

〔英國〕英國ニ於テハ未タ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𪜈千八百六十一年法律編集條例ヲ發シテ以來今日ノ刑法ハ殆ント條例ノ成文法ヨリ成立シ從テ法典編纂ノ擧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ス

〔獨逸〕獨逸ニ於テハ獨逸新帝國ノ創立以來新ニ刑法典ヲ發布セリ千八百七十二年一月一日ヨリ之ヲ實行ス

〔丁馬克〕テンマルクノ刑法ハ千八百六十六年二月十日ヨリ實行スル一大新法典ニシテ編纂ハ體裁條文ハ明晰及ヒ其詳密ノ點ニ於テハ近世學者ノ最モ稱揚シテ措カサル所ナリトス

〔和蘭〕和蘭ニ於テハ近世マテ佛國法典ヲ採用シ來リシカ數年前即チ千八百八十一年ニ新刑法ヲ布キ今日之レヲ實行ス

〔日耳義〕日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𪜈此法典ニ於テハ全ク佛國法典ノ專擅主義ヲ排除シテ佛典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單簡ニシテ刑罰ハ本性ヲ確認セル等頗ル學者ノ非難ヲ免レタリ

〔米國〕米國ニ於テハ各州各々其刑法ヲ異ニシルイジャナニ

ウヨルクペンシルバニア及ヒマリーランドハ近世ニ於テ刑法典ヲ編纂シ就中ニウヨル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スヰーデン刑法千八百四十二年ノノルウエー刑法千八百七十年ノ西班牙改正刑法千八百五十二年ノ葡萄牙刑法千八百六十六年ノ魯國刑法等アリ

何レモ近世ノ立法ニ出テタルモノタリト雖モ我カ立法官ハ此等ノ新法典アルヲ認メ又タ歐米諸國ノ諸刑典ヲ參酌シタルヿヲ明示スルニ拘ハラス(但シ和蘭新法典ハ佛譯ノ存スルモノアルヲ知ラサルカ爲メニ參照ニ供スルヿ能ハサリシコトハ草案者ノ明言スル所ナリ)鐵道電信等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レヲ見レハ殆ント古代法律ノ名義ヲ下ス可キ佛國刑法ヲ以テ我カ刑法典ノ精神骨子トセルカ故ニ最モ進歩ノ甚シキ近世ノ學理ヲ以テ之ヲ照ラストキハ頗ル陳腐ニ屬シテ取ルニ足ラサルモノ甚タ少シトセサルハ惜ムヘシ

アナンデール氏ポピューラー、エンサイクロペジア第四卷第一八一葉

ホワートン氏著刑法哲學第一卷

上來列記セル歐米諸法典即チ現行刑法ノ淵源ナレトモ其淵源タル諸法典ニハ概ヲ一定セル刑法ノ主義ナルモノアリ而シテ其主義タル頗ル數多ニシテ時勢ニ從ヒ又タ各々其盛衰アリト雖モ今マ學理上此等ノ主義ヲ大別スルトキハ之ヲ三種ニ區分スルヿヲ得ヘシ絶對主義(アブソリュートリヂューム)相對主義(リラチューブ)及ヒ折衷主義(コムメインド)是ナリ而シテ絶對主義ニ於テハ刑罰ハ他ノ目的ヲ達スヘキ手段ニ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ヘキモノトス然ルニ折衷主義ニ於テハ右ノ兩主義ヲ協合シ刑罰ノ性質ハ犯罪必罰ノ正理ト他ノ目的ヲ達スヘキ手段トヲ併有スヘキモノトス左ニ此等三種ノ主義ヲ畧述セム

第一、絶對主義

絶對主義ハ國法上國家ノ觀念ヲ以テ左ノ二原則ニ基キタルモノトスルノ結果トス

一國家ハ人類カ自ラ好ンテ隨意ニ作爲セル製造物ニアラス國家ハ人類固有ノ天性ニ基キ一團結ヲ成立スルモノニシテ國家ノ存在ハ道義上ノ必要ニ出ツルモノナリ各人各個カ自由ノ契約意思ニ依リ創立シタル國家ナシ

二斯ノ如ク國家ノ存在ハ道義上ノ必要ニ基クヘキモノタ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スルモノニアラス國家ハ國家自身ニ於テ國家自存ノ目的ヲ有シ全ク社會人民ノ利害ヲ離レテ人類ノ天性タル道義上ノ必要ヲ充タスモノニ過キス故ニ國家ノ高等ナル職務ハ毫モ特別ナル利益ヲ計畫スルモノニアラス

國法上ニ於ケル右ノ二原則ヲ以テ刑法上ニ適用スルトキ

ハ其結果トシテ又タ左ノ二原則ヲ生スヘシ

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

二、刑罰ノ施行ハ決シテ一個人又ハ社會ノ利益其他ハ目的ノ爲メニスル手段ニアラス刑罰ハ刑罰以内ニ於テ刑罰自身ノ目的ヲ有スヘキモノニシテ犯罪必罰ノ正理ハ即チ刑罰權ノ基本ナリ

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

(イ)(ヒーリング、セオリース)治癒主義ニ於テハ犯罪ヲ以テ一ノ疾病ト同視

ビンジング氏著刑法論第一八葉

シ刑罰ハ單ニ此疾病ヲ治癒スルモノニ過キサルモノトス。治癒主義中又タ二派アリ第一ハ復舊(レツシヨン)主義ニシテキユツツ氏ノ主張スル所ナリ此主義ニ於テハ刑罰ヲ以テ已ニ行ハレタル犯罪ヲ舊體ニ復シテ罪ナキニ至ラシムルモノトス。第二ハ賠償(アトーンメント)主義ニシテクライインシエルツ諸氏ノ主張スル所ニ係ル。此主義ニ於テハ凡テ損害ヲ受ケタルモノハ裁判所ニ於テ其賠償ヲ得ルト同シク刑罰ハ犯罪ヲ賠償スルナリ唯タ民事ニ於テハ實物上ノ賠償ナルト刑事ニ於テハ無形的ノ賠償ナルトノ差異ノミトス。學者往々此主義ヲ以テ相對主義中ニ列スルモノアレトモ其當ヲ得サルモノヽ如シ

フランケ氏著佛國刑法理論第二〇葉

(ロ)反坐主義(レタリエーションセオリース)反坐主義ニ於テハ刑罰ハ犯罪ノ應報ニ過キストスカント氏ノ如キハ其主義中最モ有名ノ主張者タリ。氏ハ善ニ報スルニ善ヲ以テシ惡ニ報スルニ惡ヲ以テスルハ人類天賦ノ本性ナリトシ國家ノ正義ニ反對シテ犯罪ヲ行フモノハ即チ不正ハ所爲ヲ行フモノタルヲ以テ刑罰ヲ以テ之レニ報セサルヘカラサルモノト論定セリ。然レ𪜈此反坐主義ノ論者中ニハ自ラ其論趣ヲ異ニスルモノナキニアラスツアハリエー氏ノ如キハ全ク物格的(サブゼクチーブ)即チ外形ニ顯ハレタル所爲ノ結果上ヨリ反坐主義ヲ説明シテ曰ク萬種ノ犯罪ハ悉ク他人ノ自由ヲ毀損スルモノナルカ故ニ之ニ反坐スヘキ刑罰モ亦必ス自由刑ヲ用ヒ毀損セラレタル自由ノ大小ニ從ヒ刑罰ノ輕重ヲ定ムヘシト。然レ𪜈斯ク全ク外形上ニ顯出シタル結果ヨリ刑罰ヲ定ムル𪜈ハ遂ニ未遂犯ヲ不問ニ付スルニアラサレハ論理ノ抵觸ヲ免レサルニ至ルヘシ之ニ反シテヘンケー氏ハ全ク主格的(サブゼクチーブ)即チ犯者ノ心意上ヨリ刑罰ノ何者タルヲ論下シ刑罰ハ凡テ犯者ノ惡意ヲ消滅セシムヘキモノニシテ犯者ノ惡意ニシテ消失スルコトアラハ刑罰モ亦茲ニ終局スヘキモノトセリ。然レ𪜈若シ氏ノ説ヲシテ行ハレシメハ如何ナル輕小ノ犯罪ト雖𪜈苟モ惡意ノ消失セサル限リハ之ニ重大ノ刑罰ヲ施スコトヲ得ルニ至ルヘシ。故ニ兩氏ノ説自ラ偏倚スル所アルヲ免レサルヲ以テ有名ナル哲學者ヘーゲル氏ハ一種ノ新説ヲ

案出シテ曰ク法律ハ社會一般ノ意思ノ表出ナリ各人特別ノ意思ハ此一般ノ意思ニ勝ツコトヲ得ス所謂犯罪ナルモノハ各人特別ノ意思ヲ以テ形體上一時一般ノ意思ヲ破ルモノニ過キス於是乎法律ハ此意思ヲ破ル者ヲ罰シ罪刑互ニ相殺シ各人ハ私意ハ到底一般ノ意思ニ勝ツコト能ハサルノ實ヲ保全ス故ニ犯罪ハ法律ノ拒否(Negation des rechtes)ニシテ刑罰ハ法律ノ拒否ノ拒否(Die negation dieser negation des rechtes)ナリト

ベルチル氏著刑法原論第二二葉以下アンナンデール

第二、相對主義

前世紀ノ終リ今世紀ノ初メニ當リテハ學者多クハ國家ヲ以テ各人各個ノ私益ヲ達スル制度ト見做シ國家ハ國家自存ノ理由アルヲ認メス故ニ刑法上ニ於テモ亦此原理ヲ適用シ刑罰ノ執行ハ只タ國家職務ノ一ニ過キサルヲ以テ刑罰ヲ設クルノ目的モ亦各人各個ノ利益ニ在リトシ刑罰ハ刑罰以外ノ目的ヲ達スルノ方法タルニ外ナラストセリ而メ此等ノ國家思想ニ出テタル諸主義ハ相對主義ノ範圍ニ屬スベキモノニシテ學理上古來七派ノ主義アルコトヲ認ムルコトヲ得學者又或ハ此等ノ主義ヲ概稱シテ利益主義ト謂フ

氏ポヒウラーエンサイクロペッア第四卷第一八一葉

(イ)〔脅嚇主義(デタールリンガ)〕 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犯罪ヲ公行シ嚴刑ヲ施スカ如キハ從テ生ス

ヘキ結果タリ蓋シ此主義ハ犯者ヲ以テ一般ノ利益ニ供スヘキ器械ト爲スノミナラス此主義ハ實際ニ其目的ヲ達スルコトヲ得ス若シ刑罰ニシテ嚴格ニ過クルコトアラハ一般ノ人民ハ勿論法官ノ如キモ亦却テ德義上犯罪ヲ隱蔽シ或ハ刑罰ノ適用ヲ確實ナラシムルコト能ハサルノ大弊ヲ發生ス

(ロ)〔改良主義(モーラルコルレクション)〕 改良主義ハ刑罰ヲ以テ犯者自身ヲ改良シ罪惡ノ心ヲ消失セシメ再犯ニ陷ルコトナキヲ歸スルニアレ𪜈此主義ニ依ルトキハ到底改良スルヿ能ハサル惡漢ニ對シテ刑罰ヲ施スノ必要ナカルヘク又タ犯者ノ歸善ハ人々ニ於テ各々其遲速アルヘキヲ以テ此主義ヲ維持スル立法官ハ豫メ罪罰二者ノ權衡ヲ規定スルコト能ハサルヘシ

(ハ)〔防衛主義(ディフエンス)〕 此主義ハ國家ノ刑罰權ヲ以テ國家ノ正當防衛權ニ歸シ國家ハ刑罰ヲ以テ國家ニ危害ヲ加フルモノニ對シ己レヲ防衛スルノ權利アルヘキモノトス然レ𪜈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タ犯罪ノ實行セラレサルノ前ニ用ユヘク已ニ行ハレタル犯罪ニ就テハ又之ヲ如何トモスルコト能ハサルナリ

(ニ)〔豫防主義(プリベンション)〕 豫防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ナリ其說ニ依レハ犯罪ハ現ニ法律ニ反對スル不法ノ所爲タルノミナラス尙ホ其再犯ノ恐レアルヘキモノニシテ刑罰ハ又タ此ノ恐レヲ除去スルノ具タ

ラサルヘカラサルモノトナシ刑罰ヲ以テ國家ハ之ヲ豫防スルノ權アルヘキモノト論定セリ。然レ𪜈未來ノ犯罪ヲ豫防スルノ方策ハ已ニ行レタル犯罪ノ刑罰タルコトヲ得ス若シ果シテ然リトセハ或ル特種ナル情況ニ依リ決シテ再犯ノ恐レナキ場合ニ於テ現ニ行ハレタル犯罪ヲ不問ニ付セサルヲ得サルニ至ルヘシ

(ホ)制心主義(サイコロジカル、レストレイント) 制心主義ハ脅嚇主義ニ一歩ヲ進メタルモノニ過キスト雖有名ナルフオイエルバッハ氏ノ主張スル所ニ係レリ此主義ニ依レハ刑罰ノ苦痛ヲシテ犯罪ニ依リ得ラルヘキ利益ヨリ大ナラシメ人ヲシテ犯罪ヲ爲スノ心ヲ強制セントスルニ在リ。然レ𪜈此主義タル犯者ノ過半ハ法綱ヲ免ルヽノ僥倖ヲ期シ豫メ刑罰ノ苦痛ト犯罪ノ利益ヲ比較スルモノニアラサルノ事實ヲ忘却シタル架空ノ一說ニシテ實際上決シテ其目的ヲ達スルコト能ハサルモノナレ𪜈現ニ千八百十三年ノバヾリヤ刑法ハ此主義ニ基キタリ

(ヘ)警戒主義(ツーコング) 警戒主義ハバ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ニハ敎育警察及ヒ刑罰ノ三手段ヲ用ヒ敎育警察兩者ノ已ニ及ハサルモノニ對シテ刑罰ノ手段ヲ實行スルノ必要アルヘキモノトス。故ニ刑罰ハ脅嚇ノ性質ヲ有セサルヘカラサルモ制心主義ニ於ケルカ如ク單ニ罪ヲ犯サントスルモノニ對シテ其心意ヲ制

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ナスヘカラサルコトヲ警戒スヘキモノタラサルヘカラストセリ蓋シ此主義タル仍ホ脅嚇及ヒ制心二主義ニ對スル批難ヲ免レサルモノナリ

(ト)(民約(コンパクト)主義) 民約主義ニ依レハ凡ソ人ニシテ社會ノ一員トナルヤ默諾ニ依テ社會ノ刑罰ヲ受クヘキ義務ヲ生スヘキモノタルヲ以テ國家ハ此ノ默諾ニ依リ刑罰執行ノ權ヲ有スヘキモノトセリ然レモ正理ニ反シタル契約ハ敢テ之ヲ履行スルノ義務ナキモノタルカ故ニ契約ノ有無ハ刑罰權ノ正否ヲ論定スルニ足ラサルナリ故ニフヒヒテ氏ハ斯ル民約說ヲ修正シ契約ニ背キ他人ノ權利ヲ害スルモノニ社會ノ一員タル權利ナキモノニシテ社會ハ之ヲ人類社會外ニ放逐スルコトヲ得ヘキモノナレハ契約ニ依リ刑罰ヲ受クルハ人類社會ヲ放逐セラルヽノ嚴酷ナルニ勝ルヘキモノトナシ以テ此主義ヲ保護セリト雖モ今日ノ學理ニ於テハ決シテ斯ル契約ノ存在スヘキ所以ヲ認メス

第三、折衷主義

絕對主義カ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アラス蓋シ國家ノ正義ハ單ニ利益ノ奴隸ニアラス刑罰ヲ以テ正理ニ適フモノトスルハ正義ノ然ラシムル所ニシテ利益ノ然ラシムル所ニアラス然レモ國家及ヒ法律ノ二者ハ人類ノ爲メニ存スヘ

キモノニシテ國家及ヒ法律ノ爲メニ人類ノ存スルモノニアラス析衷主義ニ於テハ正義ト社會ノ利益トヲ協合シ其ニ之ヲ刑罰ノ目的トスルモノナレ𪜈二者配合ノ度ニ從ヒ折衷主義モ亦分レテ三說トナ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內ニ於テ社會ノ利益ヲ保全スルコトヲ得ト云ヒ第三說ハ正義ニ反セサル限リハ社會ノ利益ヲ保全スヘシト主唱セリ第一說ハアツベッグ氏ノ採ル所ナリ氏ノ論ニ曰ク刑罰ハ絕對主義ノ如ク正義ノ要求ニシテ犯罪必罪ノ應報タリト雖𪜈犯罪ハ唯タ其所爲ノ大小ノ點ノミニ止マラス又其惡意ノ大小ノ點ヨリ考察セサルヘカラス犯罪ノ恐ルヘキハ啻ニ犯罪タル外形ノ所爲タルノミニ止マラス併セテ犯者ノ心意ニ在リ夜間ノ放火ハ晝間ノ放火ヨリ恐ルヘキノ大ナルハ單ニ其ノ外形ノ所爲ノミナラス其罪惡ノ度ニ於テモ亦然ラサルヲ得ス而シテ相對主義ノ達セントスル目的ハ全ク此ノ犯罪ノ心意中ニ包含シ絕對主義ノ論旨ハ外形ノ所爲上ニ於テ反坐ノ實想ヲ顯ハスヘシ故ニ正義ノ實行ハ同時ニ社會ノ目的タル利益ヲ保全スト。第二說ハウヰルトメルケ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者ニ對シテ物格的ノ目的ヲ有シ外形上ニ犯罪ヲ反坐シテ正義ヲ保維シ第二刑罰ハ犯者ニ對シ主格的ノ目的ヲ有シ犯者ノ心意ヲ改良シ併セテ他人ヲ脅嚇ス

而シテ其主格的ノ目的ハ家族學校及ヒ教會之ヲ實行シ國家ハ唯タ物格的ニ屬スル目的ヲ實行シ以テ國家ノ主格的ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘキモノト主張シ社會ノ利益ヲ第二位ニ置ケ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ッシー諸氏之ヲ主唱シ正義ト公益トノ二者ヲ以テ刑罰ノ目的トナシ苟モ正義ヲ害セサル限リハ刑罰ヲ施シテ社會ノ利益ヲ計圖スヘキモノトセリ故ニ此主義ニ於テハ利益ヲ主トシテ正義ヲ第二位ニ置キタルモノト謂ハサルヲ得ス

然ラハ即チ折衷主義ハ如何ナル原則ニ其基礎ヲ定ムヘキカ單ニ此主義ヲ以テ兩主義ヲ折衷スルモノトスル單簡ノ理由ハ未タ折衷主義ノ何物タルヲ了知セシムルニ足ラサルナリ乞フ左ニ近世ノ法理ニ於テ認メタル折衷主義ノ原理ヲ論述セム

刑罰ハ正義ヲ回復シ不正不義ヲ消滅セシムルモノタルヲ以テ刑罰ハ正義ノ一種ナリ語ヲ換ヘテ之ヲ言ハヽ刑罰ハ犯罪ノ應報ニシテ刑罰ノ基本ハ反坐ニ在リ故ニ折衷主義ハ目的タル社會ノ利益若クハ改良脅嚇等ハ正義ノ範圍内ニ於テ其目的ヲ達セサルヲ得ス是レ近世折衷主義ノ眞相ナリ乞フ左ニ此ノ原則ヲ説明セム

一凡ソ有形物ノ性質上ノ存在ニシテ一定ノ分量ニ關係スルトキニ當リ若シ其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ヘシ。設例ヘハ水ノ性質(クオリタチーフエキ)上ノ存在(システンス)ハ温度ノ分量(クオンチー)ニ關係スルヲ以テ若シ其分量ヲ變スルトキハ從テ其性質ヲ變シ氷若シクハ蒸氣ニ化スヘキハヘーゲル氏カ其著書論理學ニ於テ論定スル所ナリ。此理ヲ推シテ無形的性質(エシカルクオリタチーフエキシステンス)上ノ存在ニ及ホスモ亦然リ。寛大ハ消費スル金額ノ多キニ過キテ放肆ニ變シ節儉ハ其少キニ過キテ吝嗇ニ化シ勇氣モ其度ヲ超ヘテ狂妄トナリ遠慮モ其度ヲ失シテ臆怯トナルヘシ故ニ正義モ亦其定量ヲ有シ刑罰ヲシテ正當ナル反坐ノ性質(クオリチー)ヲ保全セシメント欲セハ刑罰ハ苦痛上一定ノ分量(クオンチー)ナカルヘカラス。反坐ノ正義ハ刑罰ノ性質(クオリチー)ナリ苦痛ハ刑罪ノ分量(クオンチー)ナリ。其ノ量ニシテ過多ナランカ刑罪ハ變シテ復讐トナルヘク其ノ量ニシテ輕少ナランカ刑罰ハ化シテ狗縱(コンニバンス)トナルヘシ共ニ正義ニ適フモノニアラス

二、斯ク一物ノ存在ハ有形タルト無形タルトヲ問ハス苟モ其ノ定量ヲ變セサル以上ハ決シテ其ノ性質ヲ變セサルモノタルヲ以テ其定量中ニ於テハ自ラ自由ノ配合ヲ爲スヘキ範圍アリ。華氏ノ零度ヨリ三十二度ノ間ニ於テハ氷ハ依然タル氷タルヘ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ノ範圍内ニ於ケル温度即チ分量ノ多少ハ毫モ其ノ物質ノ性質ヲ變スルモ

ノニアラス又タ幾分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ルヘキカ敢テ確定ノ金額ヲ指示スルコト能ハスト雖人間普通ノ良心ニ依リ其間自ラ制限ト範圍ノ存スルモノアルヲ知ルヘシ。正義ニ依リ刑罰ヲ以テ犯罪ニ反坐シ苦痛ハ分量ヲシテ刑罰ノ性質ヲ失フコトナカラシムルニ於テモ亦之レト同一理ニ基キ刑罰ノ性質ヲシテ反坐タラシメサルヘカラサルモ刑罰ノ分量ニ至リテハ必ス其範圍アリ最長點ト最下點トノ間ニ於テ自ラ自由ノ活動ヲ爲スヘキ餘地ヲ存ス

三、斯ク刑罪ノ分量ハ必ス其範圍アルヘキモノタルヲ以テ改良魯嚇等其他社會ノ利益等ハ此範圍ニ於テ其影響ヲ刑罰ノ分量上ニ及ホシ仍ホ刑罰ノ正義タル反坐ノ性質ヲ變スルコトナカラシムルコトヲ得ヘシ

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

第四章　現行刑法ノ主義

現行刑法ハ其淵源ヲ古來ノ慣例法規ニ採リタルヨリ寧ロ之ヲ歐米ノ刑法典ニ採リタルハ前章ニ於テ論述シタルカ如クナルナレトモ現行刑法果シテ如何ナル主義ニ基キタ

ルカ又其新舊刑法ハ如何ナル關係ニ於テ其大原則ヲ異ニスルカヲ論述セサレハ未タ我刑法全体ヲ考察シ得タルモノト謂フヘカラス予ハ之ヲ刑罰權ニ關スル主義及ヒ國体並ニ宗教上ノ三点ヨリ之ヲ觀察セン

第一、我刑法起草者ハボ氏ナリ氏カ草案説明ニ依レハ氏ハ折衷主義ニ依リテ我刑法ヲ編纂シタルコトヲ明言スレトモ氏ハ未タ近世折衷主義ノ眞義ヲ了解セサルニヤ折衷主義中最モ古代ノ陳腐論ヲ唱道シ折衷主義ヲ解シテ「純正利益兩主義ヲ參酌シ道德上ノ本務ト社會上ノ本務トヲ併セテ反對スヘキ所爲ヲ以テ犯罪トシテ之ニ刑罰ヲ科スヘキモノ」トセリ、蓋シ此舊説タル互ニ相反對シテ共ニ協合スルコトヲ得ヘカラサル社會ノ利益ト道德上ノ正義トヲ折衷セントスルモノニシテ到底爲シ得ヘカラサル架空ノ希望ナリ若シ又强テ之ヲ混合スルモ二者相互ノ協合一致ヲ欠キ其結果ハ終ニ猫ニ非ス又虎ナラサルノ無主義タルニ歸スヘキノミ、草案自身ノ意見ニ依ルモ亦此二者ハ「性質上共ニ對比スヘカラス又タ共ニ秤量シ得ヘカラスシテ常ニ過當ノ平均ヲ得ルコト能ハサルモノ」トナシ此説ノ適當ニ實行シ得ヘカラサル事實ヲ自認セリ。草案者カ唱道セル折衷主義ノ根據ハ其薄弱ナルコト斯ノ如ク其曖昧タル斯ノ如シ、若シ其主義ニ從ヒ法典ヲ創定スルコトアリト假想セヨ罪ト刑トノ權衡ハ果シテ如何ナル標準ニ據リテ其宜シ

キヲ得ヘキコトヲ望ムヘキヤ木ニ縁リテ魚ヲ求ムルノ比ニ非サルヘシ、然レトモ草案者ノ趣旨ヲ是レ奉戴シ夢郷ニ飲食シテ實世界ヲ知ラサル腦天器ハ之カ辯護ニ任シテ云ハン「法律上道德ヲ害スル大ナルモノハ併セテ社會ヲ害スルコト大ナルヘク道德ヲ害スルコト小ナルモノハ亦社會ヲ害スルノ度モ小ナルヘシ」ト蓋シ此論タル昔シ々々アツベツク氏ノ主張シタル所ナレトモ折衷主義ノ論者ニ取リテハ自家撞着ノ說タルヲ免レス何トナレハ此論旨ニ從ヘハ利益正義ハ同一物タルヘキヲ以テ折衷スヘキ二個以上ノ原素アルコトヲ認ムルコトヲ得サレハナリ語ヲ換ヘテ之ヲ言ハヽボ氏ノ維持セル折衷說ハ折衷シ得ヘカラサル二個ノ標準ヲ置キ以テ罪ト刑トノ權衡ヲ定メントスルモノナルカ故ニ罪、刑二者ノ平均ヲ得ントスルハ到底希望シ得ヘキモノニアラス。然ルニ近世折衷主義ノ原理ニ於テハ罪刑ノ權衡ヲ保スルニ正義、利益二個ノ標準ヲ設ケス正義ヲ以テ刑罰ノ基本トナシ正義ノ範圍內ニ於テ社會ノ利益ヲ計畫保全セントスルニ在ルコトハ前章ニ於テ已ニ說明セル所ノ如シ而シテ現行刑法ニ於テ刑罰ニ範圍ヲ設ケタルハ能ク近世ノ折衷主義ニ適スル所アルカ如シト雖モ總則ニ於テ酌量減輕ノ法ヲ設ケ又再犯加重ノ法ヲ置キ萬種ノ犯罪ニ對シテ一等又ハ二等ヲ減輕シ一等ヲ加フルコトヲ許容シタルハ根底ヨリ折衷主義ノ原理ヲ暗殺シ刑罰

ヲシテ反坐ハ性質ヲ失ハシメタルモノニアラサルヤ否ヲ疑ハシム、刑法第二百九十二條ニ豫メ謀テ人ヲ殺シタルモノハ謀殺ノ罪ト爲シ死刑ニ處スト云ヒ第三百六十六條ニ人ノ所有物ヲ竊取シタルモノハ竊盜ノ罪ト爲シ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處スト云ヘルハ外見上能ク反坐ノ性質ヲ有スルニ似タレトモ他ニ酌量減輕ノ法アルコトヲ知ラハ取モ直サス謀殺罪ハ死刑無期徒刑若クハ有期徒刑ニ處スト云ヒ竊盜罪ハ一月以上二年以下若クハ四年以下ノ重禁錮ニ處スト云ヘルト同一ナリ、反坐ノ性質ヲ失ハサルモノト云フコトヲ得ヘキヤ眼玉大ノ惡事ニ赤豆大以上曰大以下ノ苦痛ヲ應報スルノ感ナキ能ハス、再犯加重モ亦然リ、已ニ刑法各條ニ於テ反坐ノ性質ヲ超過セサル刑罰ノ範圍ヲ設ケ乍ラ總則ニ於テ一般ニ加重ノ法ヲ設クルハ定量外ニ於テ社會ノ利益ヲ計畫スルモノアルニ似タリ然レトモ現行刑法ノ全体ニ就テ考察スルトキハ正義ノ範圍ヲ超ヘ刑罰ノ反坐タル性質如何ヲ問ハス全ク社會上ノ利益ヲ害スルノ程度ニ從ヒ之ヲ處スルニ死刑若クハ無期徒刑ノ重刑(設例ヘハ放火罪ノ死刑、貨幣僞造罪ノ無期徒刑)ヲ以テスルモノアルカ故ニ酌量減輕ノ法ト相待テ始メテ刑罰ノ反坐タル性質ヲ見ルニ至ルカ如キモノナキニアラス、但シ如何ニ我刑法カ社會ノ利益ノミニ注目スルトモ再犯ノ故ヲ以テ加重シテ死刑ニ處スルハ反坐ノ性質ニ適セサルノ

甚シキモノナルヲ以テ我刑法モ亦此制限ヲ設ケタルハ立法官ノ良心自ラ折衷主義ヲ離ルヽコト能ハサリシモノト謂フヘシ

第二、我カ刑法ノ起案者ハ共和國ノ平民ナリ君臣ノ名分臣子ノ本務ニ至リテハ現行刑法ノ能ク辨スル所ニアラス。現行刑法ニ於テモ皇室ニ對スル罪ヲ嚴罰セサルニアラサルモ單ニ之ヲ嚴罰スルヲ以テ君主國ノ刑法タル体面ヲ備ヘタルモノト謂フヘカラス。君主國ニ於ケル君主ハ立憲國ト專制國トヲ問ハス其主權ヲ君主ノ一身ニ收攬スルモノナルヲ以テ在位ノ天皇ニ對シテ加ヘタル危害ノ所爲ハ君臣ノ名分上之ヲ主權ニ對スル一種ノ國事犯即チ大逆罪スルハ英獨等君主國刑法ノ認ムル所ニシテ又我カ國古代法就中大寶律令等ノ確認スル所ナリ。現行刑法ニ至テハ全ク此等ノ思想ヲ欠キ單ニ皇室ニ對スル罪ヲ嚴罰スルノミニシテ未タ嘗テ君臣ノ名分ヲ正フスルコトナキハ予カ各論ニ於テ詳述スル所ニ依リテ明々白々タラン。君臣ノ名分已ニ斯ノ如シ。我刑法豈ニ皇室ヲ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草者ハ折衷主義ヲ採用スルニ社會ノ利益ヲ主トシテ國家ノ正義ヲ後ニシ酌量減刑ノ法ヲ設ケ判事ヲシテ一等又ハ二等ヲ減スルコトヲ許スカ故ニ現行刑法ノ眞面目ヲ暴露スルトキハ「天皇ニ對

スル危害ノ罪ハ死刑無期徒期又ハ有期徒刑ニ處ス」ト規定シタルト毫モ異ナル所ナカルヘシ而シテ判官カ死刑若クハ徒期ノ何レノ刑ニ處スルカハ該犯罪カ現ニ社會人民ノ利益ヲ害シタルノ大小ニ依ルヘキヲ以テ天皇ニ對スル危害罪ヲ罰スルニ死刑ノ嚴刑ヲ以テスルト否トハ社會人民ノ利益ノ關係ニ一任スルコトヽナルヘシ。ルーソーノ民約說ハ能ク現行刑法ノ精神ヲ支配シ得タルモノト謂フヘシ噫

第三、我カ刑法ノ起草者ハ「カトリツキ」敎旨ノ信徒ナリ。耶蘇基督ノ前ニハ萬民同一ニシテ君臣ナク父子ナシ。忠ト孝ト豈ニ現行刑法ノ維持スル所ナランヤ於是乎皇室及ヒ父母ニ對スル罪ヲ嚴罰スルモ其名分ヲ失シ其精神ヲ無ニスルコト已ニ前項ニ論述スル所ノ如シ。而シテ此等ノ点ニ於テハ現行刑法ハ單ニ我國古來ノ慣習道義ヲ威悉シタルニ止マレトモ刑法上就中「ガトリツキ」敎旨ヲ輸入シ我臣民ヲ支配スルニ「カトリツキ」敎旨ノ法律ヲ以テスルモノナキニアラス。抑モ歐洲中世ノ歷史ニ於テ最モ著大ナル顯象ハ「カトリツク」敎派ト「プロテスタント」敎派ノ鬪爭タリシコトハ前章ニ已ニ之ヲ論シタリ、此慘憺タル多年ノ鬪爭ハ遂ニ宗敎自由ノ原理ニ其局ヲ結ヒ佛、意、日耳義等羅丁種族ノ邦國ハ概チ「カトリツク」主義ニ歸着シ英、佛、蘭等「チユトーニツク」種族ノ邦國ハ概チ「プロテスタント」主義ニ歸着シタ

リシガ、此強大ナル両主義ハ各國ノ法律制度ニ其ノ差異ヲ及ボシタルモノ甚タ少シトセズ、就レ中「カトリック」教孤羅馬法皇ヲ尊奉シテ宗教的邦國ノ主權トスルモノナレハ宗教上ノ觀念ヲ以テ法律制度ノ理論ニ混入シ刑法上ニ於テ犯罪ト刑罰トノ權衡ヲ規定スルニモ亦主トシテ人類内部ノ心意上ヨリ考察シ悪意ノ大小ヲ以テ刑罰ノ輕重ヲ量定スヘキ最上ノ標準トセリ、之ニ反シテ「カトリック」主義ヲ排除シ全ク宗教ノ思想ヲ離レテ刑法ヲ論スルハ邦國ニ於テハ全ク犯罪ヲ外部ニ顯出シタル形跡結果ノ大小ニ從ヒ刑罰ノ輕重ヲ定ムベキモノトセリ、現行刑法ノ如キハ其制定ニ際シテ汎ク歐米諸邦ノ法典ヲ參酌折々シタルノ事實ハ既ニ世人ノ許ス所ナレドモ其本體骨髓タリシモノハ「カトリック」教民ヲ支配スル佛國刑法ナリ、草按起草ノ大任ヲ擔當セルモノハ「カトリック」邦國ノ人士ナリ、「カトリック」教旨ノ全法典ヲ貫通スルハ痕跡アルベキハ蓋シ自然ノ結果ナリト云フベシ、試ニ見ヨ現行刑法ガ未遂犯罪ヲ處斷スルノ方法ヲ見ヨ佛國刑法ノ酷ニ達セザルモ已遂罪ノ刑ニ照シテ僅ニ一等又ハ二等ヲ減ズルモノアルニ過ギズ、已遂犯ハ犯罪タル外形ノ結果ヲ生シタルモノナリ、未遂犯ハ悪意アルモ終局其結果ヲ生セザルモノナリ、人ノ生命ヲ絶チタル所爲ト人ヲ殺スノ意ヲ以テ已ノ手足ヲ動シ毫モ實害ヲ他人ニ加ヘサルモノト其間單ニ一等又ハ二等ノ差異アルニ過

ギザルベキ乎、宗教的ノ思想ヲ以テ犯者ノ惡意ノミヲ責ムルノ大ナルモノアリト謂ハザルヲ得ズ、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ズルニ至ラザルモノタルヲ以テ全ク其罪ヲ論セザルハ、現行刑法ガ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ノ意タルニ外ナラスト謂ハザルヲ得ズ、試ミニ見ヨ我刑法ガ教唆者及ヒ從犯者ヲ處斷スルノ方法ヲ見ヨ、佛國刑法ノ甚シキニ至ラザルモノアリト雖モ教唆者ヲ以テ正犯ト同一ノ刑ニ處シ從犯ハ正犯ノ刑ニ照シテ僅ニ一等ヲ減ズルノ差アルノミ、教唆者ハ人ヲシテ犯罪ノ意思ヲ決セシムルモ毫モ之カ實行ニ加ハリタルモノニアラズ、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幇助スルノヨ、毫モ犯罪タル所爲自身ニ加功セルモノニアラズ、然ニ其刑ノ此ノ如キハ是レ宗教上ノ思想ヲ以テ犯者ノ惡意ヲ責ルニ嚴ニシテ外形上ノ形跡ヲ問フノ寛ナルモノト謂ハサルヲ得ス、試ミニ見ヨ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、悉ク皆ナ宗教的ノ理論ヲ以テスルニアラザレハ其眞意ヲ解スルニ難カル蓋シ、蓋シ我刑法ニ於ケル這般ノ特性ハ全ク現行刑法ヲ以テ新ニ我帝國ニ輸入セル原質タリ、決シテ本邦古來ノ法律ヨリ遺傳シ來レルモノニハアラザルナリ、試ミニ

眼ヲ轉シテ僅々數年前迄我帝國ノ人民ヲ支配シタル新律綱領等ヲ見ヨ、謀殺已遂ヲ刑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末遂犯ハ徒三年其從犯ハ杖一百ニ過ギザル等、各罪ニ就キ犯罪ノ形跡ニ顯ハレタル結果ニ依リ適宜ニ罪ト刑トノ權衡ヲ定メタリ故ニ現行法ニ於ケルカ如ク一種ノ大主義ヲ以テ一般ノ犯罪ニ適用スベキ洪大ノ總則ヲ設クルコトナケレハ癈篤疾ニ至ルヘキ重傷ヲ負ハシメタル謀殺未遂犯ト單ニ殺意ヲ以テ毒藥ヲ食卓上ニ備ヘタル所爲トヲ以テ同一ナル無期徒刑ニ處スルガ如キ大膽ノ規定ナキハ英、獨法律ト畧、其趣ヲ同フスルモノアリ、唯、刑法編纂ノ體裁上「畫一」ヲ欠クノ嫌ナキニアラザレドモ「畫一制度ハ柔弱ナル精神力ノ徵憑ナリ」トノ格言ヲシテ果シテ大過ナカラシムレバ、刑法制定上最モ重要タルヘキ罪刑二者ノ權衡ニ就テハ舊法モ亦必ズシモ全ク取ル所ナキ架空ノ法典ニアラサリシニ似タリ

第二篇　犯罪

第一章　犯罪ノ定義及ヒ區別

第一節　犯罪ノ定義

罪トハ法律ニ於テ罰スヘキ所爲ヲ云フトハ往々學者ノ下セル犯罪ノ定義ニシテ現ニ我カ刑法草案ニ於テモ亦此定義ヲ採用シタリト聞ケトモ學理ヲ以テ此定義ヲ考察スルトキハ左ノ二點ノ批難アルヲ免レス

〔第一〕此定義ハ法律ニ於テハ犯罪ト認ムルモ仍ホ之ヲ罰スヘカラストスルモノアルコトヲ認メス抑法律ニ於テ罪ト認メサレハ法律上ノ罪ナキハ明ニシテ「法律ナクンハ犯罪ナシ」(Nullum Crimen sine lege)ト云ヘル格言ハ其正鵠ヲ失ハ

倉富評島博士ノ教ヲ請フ

期滿免除ニ關スル問題ハ犯罪ニ適用シテ其所爲ハ刑罰ナキモノトカスルヤ敢テ迂回ノ理由ヲ付シテ

ス又法律ニ於テ罰スヘキモノト定メサル所爲ハ之ヲ罰スルコトヲ得サルモ亦明ニシテ法律ナクンハ刑罰ナシ(Nullum poena sine lege)ト云ヘル格言モ亦正理ニ適シテ共ニ非難スヘキ點アルヲ見スト雖モ此二原則ヲ根據トシテ法律ニ於テ罰スルモノニアラサレハ犯罪タルコトヲ得ストスルノ論局ヲ得ントスルハ論理ヲ誤リタルモノト云ハサルヲ得ス予ハ嘗テ「刑罰ナクンハ犯罪ナシ」トノ格言原則アルコトヲ聞カサルナリ故ニ苟モ法律ニ於テ或所爲ヲ以テ犯罪ナリト認ムレハ即チ其所爲ハ犯罪ナレトモ法律ハ必スシモ之ヲ罰スルコトヲ必要トセス設例ヘハ期滿免除ヲ得タル犯罪ノ如キハ法律ニ於テ之ヲ罪ト認ムルモ法律自身ハ

之ヲ以テ罰スヘカラサルモノトセリ論者ニシテ犯罪ハ所爲ノ一ナルコトヲ知ラハ極メテ迂回ナル理由ニ依リ論理ノ抵觸ヲ避クルニアラサレハ之ヲ以テ罰スヘキ犯罪トスルコトヲ得サルヘシ我刑法ハ別ニ犯罪ノ定義ヲ設ケス之ヲ學者ノ議論ニ一任シテ顧ミルコトナキハ法律ノ良敎師タル名譽ヲ捨テ能ク老錬ノ立法官タル伎倆ヲ顯ハシタルモノト云フヘシ然ルニ其第一條ニ「法律ニ於テ罰スヘキ罪分テ三種ト爲ス」ト云ヒ「罰スヘキノ罪」ノ苟ヲ用ヒタルハ曖昧模糊トシテ其意ヲ了スルニ苦ム所ナレトモ予ハ唯此條ヲ以テ法律ハ道德上若クハ宗敎上ノ罪ヲ罰セサルノ原則ヲ示シタルモノニ過キスト云ハンノミ

倉富評第二ノ駁說ハ謹テ命ヲ聞ク

ホルツエンドルフ氏法學通論第八八四葉

〔第二〕犯罪アリテ而シテ後法律ノ之ヲ罰スルコトアルヘキハ當然ナレトモ此定義ハ「罰スヘキ所爲ヲ罪ト爲ス」ト云ヒ犯罪ノ制裁タル刑罰ヲ以テ犯罪自身ヲ解說セントスルモノナルカ故ニ如何ナル所爲ハ果シテ罰スヘキモノニシテ罪トナルヘキモノナルヤ否ヤヲ明ニスルニ足ラサルナリ今茲ニ人アリ予ニ向ヒ犯罪ハ法律ノ罰スル所タルヲ知レトモ如何ナル所爲ハ果シテ犯罪タルヤ否ヲ問フモノアランニ予ハ之ニ答ヘテ犯罪ハ法律ノ罰スル所爲ナリト云ハヽ或人ノ疑點ハ果シテ氷解スルコトヲ得ヘキヤ予ハ或人ノ問ヲ以テ直ニ答辭ニ充テタルノミ論理學上之ヲ以問爲答ノ誤謬ト云ヒ問題ニ向テ毫末ノ答辯ヲ與ヘタルモノ

ホワートン氏米國刑法第一卷第一葉

ニアラス定義ニシテ其主眼タル要點ノ何物タルヲ解說スルニ足ラサルモノハ更ニ其定義ヲ下スノ必要ナキモノト云フヘシ故ニ「犯罪ヲ以テ法律ニ於テ罰スヘキ所爲」ト云フカ如キ定義ハ毫末ノ意味ヲ有スルモノニアラス

然レトモ上來論述セル所ノ批難ヲ容ルヽコト能ハサル犯罪ノ定義ヲ下サントスルヲ得ス何トナレハ法律ハ如何ナル所爲ヲ以テ罪トナスヘキヤ否ヲ定ムルハ立法上ノ議論ナリ若シ立法上ノ議論ヲ捨テ單ニ現行法律ニ就キ犯罪ノ何物タルヲ問フモノアラハ予ハ我刑法全篇ノ定ムル所ハ即チ犯罪ニシテ別ニ定義ヲ下スコト能ハス若シ又强テ其定義ヲ下サントスルハ刑法ノ

ガルトラン氏刑法原論第五六七號乃至第五九〇號

規定ニ違反スル所爲ト云フカ如キ無用ノ定義タルニ過キサルニ至レハナリ故ニ犯罪ノ定義ハ之ヲ立法上ヨリスルノ外ナシト雖モ立法上ノ定義モ學者種種ニ之ヲ下シ皆ナ多少ノ批難ヲ免レスト雖モ博士ベルチル氏ノ下セル定義ハ輓近學者ノ採用スル所ニシテ又最モ普通ニ行ハルヽ所タルヲ以テ今左ニ之ヲ論述セン氏ノ言ニ曰ク

ホワートン氏刑法原理第一五節及第二〇節

ピンシング氏刑法原理第一卷第一三二葉

犯罪トハ各人カ社會一般ノ意思ニ反シ公權若クハ私權ヲ破リ又ハ國家ヲ維持スルニ必要ナル風儀若クハ道德ヲ紊ル所ノ不正ナル所爲ヲ云フ

ベルチル氏刑法第一一二葉

今此定義ヲ分析解說スレハ左ノ數項ニ歸ス

(一)犯罪ノ所爲ハ不正タルコトヲ要ス　然レトモ各國ノ法律ヲ通覽セハ所爲ハ啻ニ不正ナラサルノミナラス極メテ正當ノ所爲ト雖モ尙之ヲ罪トスルモノアリ設例ヘハ人ヲ殺スハ何人モ其所爲ノ不正タルヲ知ルモ人民ノ幸福ヲ增進スル目的ヲ以テ內亂ヲ起シタル者ノ如キハ其所爲敢ヲ之ヲ不正ト云フコトヲ得ス蓋シ此等ハ其所爲自身ニ於テハ敢テ不正ナルコトナシト雖モ苟モ法律ノ之ヲ禁止スルニ拘ハラス此國禁ヲ破ルモノハ國家ノ秩序ヲ紊ルモノトシテ法律上尙之ヲ不正ノ所爲トセサルヲ得ス歐洲大陸ノ學者カ絕對的ノ不正ト相對的ノ不正トヲ區別シ英米ノ學者ハ自然ノ惡爲ト法禁ノ惡爲トヲ區別スルモ亦此意ニ外ナラス

ベルチル氏ノ定義モ之ヲ約言スレハ即チ「刑法ニ反スル所爲ヲ罪トス」ト云ヘル者ニ過キス但「刑法ニ反スル所爲ヲ罪トス」トノ定義ハ形骸上ニ屬シ氏ノ下ス所ノ定義ハ實體上ニ屬スルノ差アルノミ

增島評

ホワートン氏刑法第一卷第三葉及ヒ第一一葉

(二)不正ノ事柄ハ外形ニ顯出シタル所爲タルコトヲ要ス

所爲ノ何物タルニ就テハ後章ニ詳論スレトモ苟モ法律ノ犯罪トスル所爲ハ必ス外形ニ顯ハレタルモノニシテ人ノ心裏ニ存スル思想ハ單ニ道德上若クハ宗教上ノ罪惡タルニ止マルヘシ

(三)公私ノ權利ヲ害シ又ハ風儀道德ヲ紊ル者タルヲ要ス

犯罪ノ過半ハ公私ノ權利ヲ破ルモノナレトモ又單ニ風儀道德ヲ紊ルモノヲ以テ罪トスルコトアリ設例ヘハ猥褻姦淫ノ罪又ハ神祠佛堂等ニ對スル不敬ノ罪ノ如キ是ナリ但シ風儀道德ヲ紊ルノ所爲ハ必スシモ犯罪ナルニアラス各國政教二者ノ關係ノ度ニ從ヒ國家カ之ヲ社會ノ秩序ヲ保スルニ必要ナリト認メ國家ノ權力ヲ以テ之ヲ維持スル者ニ限レリ

(四)犯罪ノ所爲ハ社會一般ノ意思ニ反スルモノタルコトヲ要ス　此一要件ヲ論スルニ當リ茲ニ一言スヘキハ社會ト國家トノ區別ナリ社會ハ天然ニ成リ國家ハ人爲ニ成ル故ニ社會ハ國境ナクシテ能ク全歐洲ヲ通シテ一社會ヲ爲シ又タ一種ノ營業者ヲ通シテ商業社會、農業社會等ヲ爲スト雖モ國家ハ國境アリ英、佛、日、等皆其確定セル區域ヲ有ス又社會ハ一個人タル資格ナキモ國家ハ法人即チ無形ノ一個人ニシテ權利義務ヲ有スルヲ得、然レトモ又一國ニハ一國ノ社會アルコトヲ想像スルコトヲ得ルカ故ニ英國ハ英國

ノ一社會ヲ爲シ日本ハ日本ノ一社會ヲ爲スコトヲ得サルニアラス而シテ此一國社會ハ英米學者ノ所謂政治社會(ポリチカル、ソサイヤチー)ナル者ニシテ本來自然ニ成リタル社會ノ一體ヲ代表スル國家ヲ指示スルモノニ過キス又所謂社會一般ノ意思ナル者モ亦國家ノ之ヲ代表スルヲ待チテ始メテ法律ノ形式ニ發顯セル者ナリ故ニ犯罪ノ所爲ハ社會一般ノ意思ニ反スルモノタルヲ要ストハ實體上ヨリ觀察シタルモノニシテ形骸上ヨリ之ヲ云ヘハ國家ノ意思即チ法律ニ反スルモノタルコトヲ要スト云フニ過キサルナリ即チ公私ノ權利ヲ破ルノ所爲ト雖モ之ヲ禁スルノ法律ニ反スルニアラスンハ是所謂私犯ニシテ私法上損害賠償ノ責任ヲ負フニ止マル

ホーステン氏法理學第一卷第七一葉

リヨースレル氏社會行政法論第一卷第二節及第三節

パーレー氏道義學第一卷第一四六葉

倉富評社會一般ノ意思ハ權利ノ公私ハ法律ナリ保護ス所ノ法律ハ風儀道德ニ反スルモノタル故ニ此定義ハ法律ニ反スルモノ外ナラス然ルトキハ法律ニ反スルモノ不正ナリ

ヘク風儀德教ヲ紊ルノ所爲ト雖モ唯道義ノ罪タルニ外ナラサルヘシ

第二節　犯罪ノ區別

我刑法ハ罪ヲ分チテ重罪、輕罪、違警罪ノ三種トス此區別タル今日文明諸邦ノ概子採用スル所ニシテ重罪ハ死刑、徒刑若クハ流刑、懲役及ヒ禁獄ノ刑ノ一ヲ以テ罰シ輕罪ハ禁錮、罰金ノ刑ノ一ヲ以テ罰シ違警罪ハ拘留科料ノ刑ノ一ヲ以テ之ヲ罰ス故ニ法律ニ於テ此三種ノ區分ヲ爲シタルノ理由タル立法官カ犯罪性質上ノ輕重ノ程度ニ從ヒタルモノナルヘキモ法律制定ノ後ニ至リテハ唯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

所爲ニ別アルトキハ法律ニ因リ不正ニ非サルトキハ之ヲ不正ト爲ス法律ニ反スルノサト一ルニ語ハ贅ト云フ法律ニ約言スレハ更ニ法律ニ反スルモノ可ト規定ス著ハ歸着所ハ法律ニ反スルモノ無ク用ヒラレ特ニ定義ナフ反逆云ハ反スルモノ短キ知ラス勞ス無長サ

義解施揚ノ定義注

倉富評
刑法第三編殺傷ニ關スル宥恕減輕ノ情狀ニ因シリキハ其輕減ニ單ニ過ギサル減輕ハ二編以下ニ刑法第二編ノ減輕ハ必ス云ク犯罪ノ實質ニ變ス可キ故ニ其刑ヲ減スル可シ

罪トスルノ外ナシト雖モ又此區別ハ裁判管轄等治罪上ノ手續ヲ整理スルノ上ニ於テハ重大ナル法律上ノ差異ヲ立テサルヘカラサルノ理由アルニ依レリ

重罪トハ如何ナル所爲ヲ指シ輕罪トハ如何ナル所爲ヲ云フヘキカ若シ重罪ヲ以テ重罪ノ刑ヲ以テ罰スルモノトナシ輕罪ヲ以テ輕罪ノ刑ヲ以テ罰スルモノトスルトキハ自首輕減、宥恕輕減、酌量輕減等ヲ爲スヘキ場合ト雖モ其輕減シタル結果ノ刑ヲ以テ其所爲ノ罪名ヲ定メサルヘカラス酌量輕減ノ情狀アル犯罪ノ如キハ裁判言渡ノ上ニアラサレハ治罪法上裁判管轄ヲ定ムルコト能ハサルカ如キノ不都合ヲ來ス可シ故ニ重罪ノ刑ヲ以テ罰スヘキモノハ重罪ニシテ輕罪ノ刑ヲ以テ罰スヘキモノハ輕罪トスルニハ法律上未タ加重減輕セサル刑ヲ以テ其罪名ヲ定メサルヘカラス但シ刑法第二篇以下ノ各條ニ記載セル加重減輕ハ此限ニアラストス蓋シ刑法總則即チ一般ノ加重減輕ト各條即チ特別ノ加重減輕トハ大ニ其性質ヲ異ニシ一ハ止タ刑ノ加減ニ過キサルモ一ハ罪質ヲ變更スルニ足ル者ナリ設例ヘハ丁年未滿ノ者重罪ヲ犯シ刑法第八十一條ニ依リ一等ヲ減シテ輕罪ノ刑ニ處スルモ重罪ハ尙ホ依然タル重罪ナルモ幼者ノ故ヲ以テ唯其刑ヲ減スルモノニシテ其罪ヲ減シタルモノニアラス之ニ反シ內亂罪ニ與ヲ諸般ノ職務ヲ爲シタル者ハ刑法第百二十一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者ハ第百二十五條ニ依リ各一等ヲ減シ輕禁錮ノ刑ニ處シタル時ハ其罪質ハ輕罪ナリ法律ハ明文ニハ一等ヲ減スト云ヒ恰モ刑ヲ減スルノ意タルヲ推測スルコトヲ得ルニ似タレトモ是立法官カ逐一其刑名ヲ記載スルノ煩勞ヲ避ケ單ニ某某ハ條ニ照シ一等ヲ減スト記載シタルニ過キス否ラスンハ即チ第百二十五條ニ於テモ亦第百二十一條ト等シク極メテ冗長ノ法文ヲ設ケサルヘカラサルニ至ルヘシ蓋シ特別ノ加重減輕ハ皆此類ニシテ其實眞ニ他ノ本刑ヲ加重減輕シタルモノニアラス但シ殺傷ニ關スル宥恕減輕ハ刑法第三篇中ニ記載スルモ其性質ハ一般ノ輕減ニ屬セサルヘカラサル所以ハ各論ニ於テ論述セン

倉富評議一解釋ノ少ク奇ナリトスル犯罪我刑法ハ新法ノ解釋ハ其然レトモ明文ニ法律ニ似タルノ理由ヲ下セリ外解釋ニ因リ束縛ノ講法家ノ講ノ固有法家ノ可シ

第二章　犯罪ノ成立

犯罪ノ成立ヲ論スル方法ニ二樣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(レンセンス)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(アナリシス)ト云フ然レトモ己ニ犯罪ノ原素ヲ分析スレハ此元素ハ必然犯罪ノ構成ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ予ハ此兩樣ノ方法ヲ合セテ之ヲ利用セントスルナリ

凡犯罪ハ一ノ所爲タルコトハ前章ニ於テ已ニ論述シタル所ナルカ此所爲ノ外犯罪ハ尙他ニ必要ナル條件ヲ具備スルニアラサレハ成立スルコトナシ即チ(第一)此所爲ヲ行フ

所ノ主體即チ犯人(第二)此所爲ヲ受クル所ノ物體即チ被害者(第三)主體ノ物體ニ向テ施ス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ス今之ヲ左ノ數章ニ分チテ詳述セン

第一節　犯罪ノ主體、物體及ヒ手段

第一款　犯罪ノ主體(サブヒクト、オフ、クライム)

第一段　犯罪ノ主體タルヘキ者

犯罪ノ主體即チ犯罪者タルコトヲ得ヘキモノハ唯人類ノミニ限レリ人類ニ非サル動物ノ區域ハ習ク之ヲ動物學ニ讓リ風伯人畜ヲ斃シ火神家屋ヲ燒クモ罪ニアラス怪物精神ヲ惱マシ禽獸人ヲ傷クルモ亦之ヲ刑法ニ問フコトヲ得ス況ンヤ生ナキ草木金石ノ如キオヤ是尤モ見易キノ原理ニシテ何人ト雖モ敢テ之ヲ疑フモノアラサルヘシ然ルニ予ハ我刑法ハ或ハ生ナキ物件ヲ以テ尙能ク犯罪ノ主體タルヲ得ヘキモノトセルコトナキヤ否ヤヲ疑ハサルヲ得ス即チ其第四十三條及ヒ第四十四條ニ依リ法律ニ於テ禁制シタル物件ハ何人ノ所有ヲ問ハス附加刑トシテ之ヲ沒收シ且必ス裁判ニ於テ之ヲ宣告スヘキモノト定メタレトモ犯人ノ所有ニアラサル他人ノ物件ヲ沒收シ犯人ニ向テ之ヲ宣告スルノ謂レナケレハ其裁判ハ必スヤ物件ニ對スル者タラサルヲ得ス物件ヲ以テ犯罪人トスルカ如キハ實ニ英獨法律ノ未タ曾テ知ラサル所ナリ(沒收ノ原理ハ第三篇ニ詳述)

倉富評大ニ疑フ可シ

ポワルトン氏米國刑法第一卷第七九葉
リツスト氏獨逸帝國刑法第一〇〇葉

ス宜ク參照スヘシ

民法ニ於テハ法律上人ヲ分チテ有形人、無形人トスレトモ此區別ハ單ニ民法及ヒ行政法ノ範圍ニ於テ許容スヘキモノニシテ刑法ノ承認スル所ニアラス刑法問フ所ハ犯人ハ唯肉體ノ感覺ヲ有スル有形人ノミニ限レリ國家、府縣、區郡市町村、會社等ノ如キハ唯無形ナル想像上ノ一個人ノミ蓋シ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ヽ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ヘシ設例ヘハ警察規則ヲ以テ設ケタル屋上制限ノ如キハ市内一般ノ家屋建築物ノ所有主ヲメ其義務

増島評英米法律ニ於テハ罰金科料ノ刑ニ就テハ無形人ニ之ナキ科スルコトナキニアラスス

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官吏ヲ罰セサルヘカラス蓋シ此等ノ官吏ハ長官ノ命令ニ依リ該家屋ヲ建築スルモノナレトモ苟モ此法律アル以上ハ其法律ヲ知ルノ義務アルヘク又長官ノ命令ヲ執行スルニハ必ス法律ノ規定ニ從ヒ屋上制限ニ適シタル家屋ヲ建築スルノ義務アルモノナレハナリ（長官命令ノ當否ニ就テハ尚ホ後章ニ詳論ス）

尚ホ茲ニ一問題アリ全國民ハ全國民タルノ資格ヲ以テ能ク犯罪ヲ行フコトヲ得ヘキヤ否ノ一事ナリ抑モ全國民ハ

全國民タル一體ノ資格ニ於テ全國民タルノ意思ヲ有シ其意思ハ外形ニ顯ハレテ法律正理ニ反シ所謂國民犯ナル者ヲ犯スコトヲ得ヘキモ其犯罪ヲ判決スルモノハ直筆ノ史家ニシテ一國ノ法定裁判所ハ唯國民中現ニ手ヲ下シタル有形人ヲ罰スルニ止ムルヘシ

第二段　主體タル犯罪者ノ能力

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

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

ベルヂル氏刑法第一二一葉

サルモノナリ

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

〔第三〕是非ヲ辨別スルノ知覺　自己及ヒ他人若シハ外物ニ關スル知識アリト雖モ其所爲ノ是非善惡ヲ知ラサル塲

ヒンゲンゲ氏刑法原論第二卷第三葉
ブリユツク氏犯罪責任論第三十卷第三八七葉

合アリ設例ヘハ未丁年者ノ如キ我レ我カ腕力ヲ用井ハ此刀ヲ振フコトヲ得ヘク此刀ヲ振テ他人ヲ毆ツトキハ自然ノ理ニ依リ他人ノ身體ヲ傷ケ他人ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生スルコトヲ知ルモ(即チ自己及ヒ他人若クハ他物ニ關スル知覺アルモ)尙ホ他人ヲ傷ケ他人ヲ殺スハ正理ニ反スルヤ否ヲ知ラサルナリ

右ノ三原素ヲ稱シテ知能(インテリゼンス)ト云ヒ犯罪ノ主體即チ犯罪者ニシテ之ヲ具備セルモノヲ犯罪者タルノ能力アルモノト云フ故ニ三原素中其一ヲ缺クモ尙犯罪不能力者ニシテ犯罪ノ責任ヲ負フノ能力ナキモノトス故ニ犯罪ノ責任ニハ輕重大小ノ度ナクシテ設ヒ一原素ヲ缺クモ全ク犯罪ノ責任アルヘキモノニアラス我カ刑法ハ十六歲以上二十歲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責任ノ程度アルニアラス唯タ年齡ヲ以テ法律上其刑ヲ寬恕スルノ情狀トスルモノニ過キサルナリ

犯罪ノ責任自身ト此責任ヲ負フノ能力トヲ混同スルコトナキヲ要ス犯罪ノ責任ハ所爲ニ就キ其責任ノ有無ヲ論シ責任ヲ負フヘキ能力ノ有無ハ犯罪者タル人ニ就テ論スルモノナリ學者往々此二者ヲ同視シ犯罪ノ責任ヲ負ハシムルニハ智識ト自由トヲ以テ其要件トスレトモ智識ノ有無ハ犯人ノ能力有無ノ問題ニ屬シ自由ノ有無ハ所爲ノ存否ノ問題ニ屬ス但シ自由ト責任トノ關係ニ就テハ尙ホ本章

第二節第三段第三項ヲ參照ス可シ

第三段　犯罪主體ノ不能力

第一項　瘋癲及ヒ幼者

ベルトール氏佛國第刑法十章
タラツフト、エビング氏刑法心理論第七八葉
ラツセル氏重輕論一卷第一二〇葉

瘋癲ハ全ク人類ノ智能ヲ缺クモノナリ狂者ノ其己レヲ見ルヤ君主タリ耶蘇タリ仙人タリ自己ニ關スル智覺アルヘキモノニアラス其監禁セラルヽ所ノ密室ハ宮城タリ天上タリ其着クル所ノ短衣ハ大禮服タリ荷衣タリ而シテ其伴フ所ノ同室患者ハ臣下タリ信者タリ他人若クハ外物ニ關スル智覺アルヘキモノニアラス況ンヤ其所爲ノ是非ヲ辨別スルノ智覺ヲヤ刑法ノ責任ヲ負フノ能力ナキヤ明ナリ然レトモ我刑法ハ單ニ第七十八條ニ於テ「罪ヲ犯ス時智覺

ラツセル氏重輕罪論第一二四葉
ホワートン氏米國刑法第一八葉

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

幼者ハ其年齢ニ從ヒ智能發達ノ度ヲ異ニスルカ故ニ我刑法(第七十九條乃至第八十一條)ニ於テハ年齢ニ依リ之ヲ分チテ三級トナシ第一ノ幼者ハ十二歳以下第二ハ十二歳以上十六歳以下第三ハ十六歳以上二十歳以下ト爲ス而シテ第一ノ幼者ハ全ク其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案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ヘキ能力ノ點ヨリ茲ニ論スヘキハ第一第二ノ幼者ニ在リ

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

倉富評第一ノ幼者ハ總テ他ニ關スル智覺ナク第二ノ幼者ハ總テ自他ニ關スル智覺アリ而シテ無用ナル無斷定ノ智覺ハ不亦確ノミナラス可ルヲ免レサルナリ

然レトモ第二ノ幼者ニ在リテハ已ニ自己又ハ他人若クハ外物ニ關スル智覺ヲ有シ人ヲ斬レハ傷シ物ヲ撲テハ破ルヽコトヲ知レトモ其所爲ノ是非善惡ニ至リテハ或ハ之ヲ

知ルコト能ハサルモノナキニ非ス故ニ我刑法ハ辨別ノ有無ヲ以テ犯罪ノ有無ヲ分ツヘキ標準トセリ

斯ク幼者ハ犯罪ノ主體タルヘキ能力ナキ者ニシテ罪トナルヘキ所爲ヲ行フト雖モ其所爲ハ大風ノ家屋ヲ毀シ禽獸ノ人ヲ害スルト一般、重罪、輕罪、違警罪ヲ問ハス共ニ其責任ナキヤ明ナリト雖モ我刑法(第八十三條)ハ特ニ違警罪ニ限リテ第二ノ幼者即チ十二歳以上十六歳未滿ノ者ハ是非ノ辨別ナキモ尚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メタルニ至リテハ予ハ其理由ヲ發見スルコト能ハサルナリ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アリトセンカ故意ヲ要セサル犯罪ハ必スシモ違警罪ノミニ限ラサルノミナラス若シ果シテ然リトセハ第一第二ノ幼者ヲ問ハス共ニ其罪ヲ論セサルヘカラサルニ我刑法カ第一ノ幼者及ヒ瘖啞者ハ違警罪ト雖モ其罪ヲ問ハサルモノトセルヲ如何セム予ハ唯謹ンテ大家ノ明解ヲ待タントス

倉富評予亦明解ヲ待ツ

覺者ナリ但著者智ノ點ニ於テハ第一ノ幼者ト第二ノ幼者トノ區別ヲ設ケタル違警罪ニ拘ハラス是認セノ處分ハ可シ

第二項　白痴及瘖啞者

瘖啞者ハ耳聽ク能ハス口言フ能ハサルモノニシテ智能ノ發達極メテ緩慢ナルモノナレトモ必スシモ犯罪ノ責任ヲ負フノ能力ナキモノニアラス殊ニ近世瘖啞者教育ノ道モ整備セル邦國ニ於テハ瘖啞者ト雖モ能ク智能ヲ備具スルモノナキニアラス然ルニ我刑法ハ此場合ニ於テハ第七十

ラツセル氏重輕罪論第一卷第一一三葉

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」ト云ヒ智能ヲ有スルモノト否トヲ區別スルコトナシ

白痴亦智能發達ノ緩慢ナル者ニテ其甚シキニ至リテハ自己ニ關スル智覺ヲ缺クモノアリト雖モ概ヲ是非ヲ辨別スルノ智覺ナキヲ以テ通常トス我刑法ハ別ニ白痴者ヲ以テ犯罪ノ主體タル能力ナキモノト明定セス各所爲ニ就キ第七十八條ヲ適用スヘキモノト爲シタレハ智覺精神ノ喪失ニ至ラス是非ノ辨別アルモノハ常人ト同一ノ刑ヲ科シ第二ノ場合ニ於ケルカ如キ法律上ノ宥恕ヲ與フルコトナキモノトス

第三項　一時ノ智能ノ喪失ニ基ク不能力

一時ノ憤激ニ依リ行ヒスル犯罪ハ刑罰宥恕ノ原因タルコトヲ得ヘキモ不論罪ノ限ニアラスト雖モ其甚シキニ至リテハ全ク智能ヲ喪失シ犯罪責任ヲ負シムルコト能ハサルコトナキニアラス

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

醉狂者ノ犯罪ノ責任ニ就テハ學者ノ議論頗ル數多ニシテ

學者或ハ醉・狂ヲ全醉半醉等ト分別シ以テ責任ノ有無ヲ定ムルノ標準トスルモノアレトモ我刑法ハ斷然此等ノ區別ヲ用ヰス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ス故ニ設ヒ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精神喪失シテ是非ノ辨別ナキモノニ至テハ敢テ其罪ヲ問フコトナシ但シ此場合ニ於テハ其無罪ノ證明ヲ爲スコト極メテ困難ナルヘキナリ

第四項　不能力者ノ處分

犯罪責任ノ不能力ハ其所爲ノ罪トナラサルモノニシテ刑ヲ科スヘキモノナク又タ從テ刑ノ宥恕スヘキモノナシト雖モ法律ハ全ク此等不能力者ヲシテ其爲ス所ニ放任シ社會ノ平和ヲ顧ミサルモノニアラス我刑法ハ情狀ニ依リ滿八歲以上ノ幼者ハ滿十六歲ニ過キサル時間(第七十九條)十二歲以上十六歲未滿ノ幼者ハ滿二十歲ニ滿タサル時間(第八十條)瘖啞者ハ五年ニ過キサル時間(第八十二條)之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得ヘキモノトセリ但シ此留置ハ敢テ刑ノ性質ヲ帶フルモノニアラス幼者ノ場合ニ於テハ國家カ父母ニ代テ施ス所ハ强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ヒ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メス就中瘋癲ノ如キ

ハ之ヲ社會ニ放逸スヘキモノニアラサルヲ以テ法官ハ之ヲ瘋癲院又ハ私宅ニ監禁スヘキコトヲ命セサルヲ得サルカ如シ雖モ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ヲ以テ幼者ノ如ク犯罪ニ相當スヘキ所爲アルヲ待ツテ始メテ留置ノ處分ヲ爲スト大ニ趣ヲ異ニセリ

第二款　犯罪ノ物體（オブジエクト、オフ、クライム）

第一段　犯罪物體ノ物理的能力

犯罪ハ物理上之ヲ行フコトヲ得ヘキ物體ニ對スルニアラサレハ成立スルコトヲ得ス偶像ヲ殺シ人影ヲ斬ラントスルカ如キハ物理上不能ノ物體ニ對スル所爲ニシテ之ヲ稱シテ不能犯（インポッシブル、オッフェンス）(Delictum putativum) ト云ヒ法律ニ於テ罪ト認ムルコトナシ故ニ不能犯ナル者ハ其所爲（アクト）ノ不能ニアラスシテ其物體（オブジエクト）ノ不能ナリ能ク此區別ヲ了知スルニアラサレハ後章ニ至リテ不能犯（フヘイリュア、オフ、オッフェンス）ト缺効犯若クハ未遂犯（アッテンプト）トヲ混同スルニ至ルヘシ（毒藥ト誤認メ清水ヲ與ヘタル場合ノ如キハ手段ノ不能ナリ後章ニ詳論ス）

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

（ベルトール氏刑法論第一八〇葉）
（以下ベルヲル氏刑法論第一三四葉）
（增島評區別整然トシテ紊レス）

第二段　犯罪物體ノ法律上ノ能力

犯者ヲシテ其犯罪ノ責任ヲ負ハシムルニハ犯罪ノ物體ハ啻ニ物理上ノ能力ヲ有スルノミナラス尚法律上ノ能力ヲ帶フルコトヲ要ス法律上ノ能力トハ即チ其物體ハ權利ノ目的物タルコトノ謂ナリ語ヲ換ヘテ之ヲ言ハヽ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故ニ所有主ナキ物品ヲ竊取スルモ竊盜ノ罪ヲ構成スルコトナカルヘシ凡ソ人ノ犯罪物體上ニ有スル權利ニ二樣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權利ヲ指シ特別ノ權利トハ一私人ノ有スル權利ヲ指ス故ニ犯罪物體ニシテ一般權利ニ係ルトキハ直接又ハ間接ニ國家即チ社會ニ對スル犯罪ニシテ特別ノ權利ニ係ルトキハ直接ニ各個人ノ權利ヲ破リ財產身體等ニ對スル犯罪ナレトモ其所爲タル素ヨリ法律ノ禁スル所タルヲ以テ間接ニ國家即チ社會ノ權ヲ破ルモノナリ又タ國事犯若クハ皇室ニ對スル犯罪ノ如キ其直接ニ破ル所ノ權利ハ政府中各官省若クハ天皇陛下ニ屬スル者タルモ間接ニハ國家全體ニ對スル犯罪タリ

然レトモ風儀宗教ヲ紊ルノ犯罪ニ於テハ特ニ各人各個ノ權利ヲ破ルコトナキヲ以テ國家ノ外之カ被害者タルヘキモノナカルヘシ

斯ク犯罪物體タルモノハ必ス之ニ對スルノ權利者アルヲ

要ス而シテ此權利ナル者ハ人類ノ外之ヲ有スルコト能ハサルヲ以テ天帝、禽獸、若クハ草木等ニ對スル犯罪ナシ刑法ニ所謂財產ニ對スル犯罪トハ其實財產ニ對スルモノニアラ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問フ所ハ到底人類ト人類トノ關係タルニ外ナラス但シ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獸類ト雖モ他人ノ所有物ニ係ルトキハ一般財產ニ對スル罪ト爲シ或ハ牛馬ヲ逆使スル者ハ社會ノ風儀ヲ害スルモノト爲シ之ヲ法律上ノ犯罪トスル場合ノ如キハ素ヨリ此原則ト牴觸スル所ナシ

ヘルチル氏刑法第一三七葉
メマン氏印度刑法註解第七七葉以下

第三段　犯罪物體ノ法律上ノ不能

犯罪物體ハ法律上權利ノ目的物タラサルヘカラサルカ故ニ其物體ニ對スル權利者ナキトキハ即チ法律上ニ於ケル性質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此權利ノ消滅ヲ來スヘシ今左ニ之ヲ分論セン

第一項　各個人ノ紊權ニ基ク不論罪

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物體タル法律上ノ資格ヲ

缺クモノニシテ素ヨリ犯罪ノ成立ナシト雖モ此棄權ノ場合ト親告罪即チ被告者ノ訴ヲ待チテ罰スヘキ犯罪ニ就キ被害者ノ意思ヲ以テスル棄權トヲ混同スルコトアルヘカラス玆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ヘキモノナレトモ親告罪ノ場合ニ於テハ犯罪ノ當時ニ於テハ未タ棄權ナク犯罪已ニ成リテ而シテ後ニ告訴ノ權ヲ放棄スル者ナリ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已ニ成立シ其結果ハ單ニ刑罰ヲ免ルヽノミ

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ヲ存セサルヲ得ス是レ豈刑法ノ許ス所ナランヤ

倉富評權利者ノ承諾ヲ得テ其所有物ヲ窃取スルトハ如何ノ事實アルヤ窃意ニ承諾ストハ並行スルモノニアラサル可シ

〔承諾ニ出テタル所爲ハ權利ヲ犯スモノニアラス〔Volonti non fit injuria〕トハ羅馬法ノ一原則ナリ故ニ他人ノ所有物ヲ竊取スルモ豫メ權利者ノ承諾ヲ得タルトキハ素ヨリ盜罪ノ成立ナキモノナレトモ此原則ハ唯三者ノ權利若クハ公ケ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リタル場合ニ於テノミ之ヲ適用スルコトヲ得ヘシ設ヘハ財產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

ヘルシユ子ル氏獨逸刑法論第一卷第四六八葉

倉富評權利者ノ承諾ヲ得レハ其物ヲ取ルモ初メヨリ犯

ニ出テタル擊劍角力等ハ毆打罪ヲ成立スルコトナキカ如シ然ルニ今火ヲ放チテ人ノ家ヲ燒毀シ奴隸トメ人身ノ賣買ヲ爲シ又ハ人ヲ毆打シテ之ヲ死ニ致シタル(過失罪)カ如キ場合ニ於テハ全ク權利者ノ承諾ニ出テタルモノト雖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

權利者ノ棄權ニ關スル一般ノ原則ハ右ニ說明シタル所ヲ以テ其大綱ヲ盡シタルモノトスレトモ今茲ニ特ニ論述スヘキ者ハ自殺ニ關スル犯罪ノ存不存如何ノ論議ニ在リ

國家若クハ他人ハ一私人ニ對シテ其生存ヲ强ユルノ權利ナク一私人ハ又國家若クハ他人ニ對シテ其生命ヲ保スル

特ノ形狀ナシ基クノ云フ見ルトニ不必要ナ受クスル論ノ權利ニ盡シ者ハ贈與ニ云ハ論ニ可シフ一般論罪ニ棄ニ之トニ不ル罪ナ罪ニ論ニ等ス人ノ身體ニ適用ニ對ス之ル所ハ財產ニ可ナリ適用ス得ルモ其當ニ適ニ所ニ

ノ義務ナシ故ニ自殺者ニ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ヲ以テ其權利ハ決シテ賣買讓與スルコト能ハサルモノニ關セス敢テ刑法ノ問フヘキモノニアラス又承諾ノ上ニテ自ラ其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効トスルノ外ナカルヘシ

自殺ハ斯ク他人ノ權利ヲ害スルコトナキモ素ヨリ德義ヲ破リ公安ヲ害スルノ所爲タルヲ以テ刑法ニ於テ其罪ヲ定メ斯カル人道ニ反スルノ所爲ヲ以テ不正ノ者トナシ自殺ノ惡習ヲ禁スルコトヲ得サルニアラス現ニ英領印度ニ於テハ自殺ノ未遂ヲ以テ罪トナシ羅馬法ニ於テハ兵士ノ自

印度現行刑法第三〇九節

殺未遂ヲ罰シタリシト雖モ其已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ス且ツ一般自殺者ノ心意精神ヲ考察スルトキハ統計上十中ノ八九ハ精神錯乱ニ出テタル者ニメ之ヲ罰スルコトヲ得サル塲合極メテ多シ是レ歐米及本邦ノ法律ニ於テ自殺者ヲ罰セサル所以ナリ

自殺ニ加功シテ之ヲ帮助シタル者モ亦罪トシテ之ヲ論スルコトヲ得ス如何トナレハ本來罰ト爲ルヘカラサル所爲タルヲ以テ其加功者モ亦罪トナルヘキ所爲ヲ行フコトヲ得サレハナリ然レトモ自殺ハ卽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

ショーポー、ブォースタンエリー兩氏合著佛國刑法論第三卷第四一一葉以下

ベルヲル氏刑法論第一四〇葉

ショウポー、ブォースタンエリー兩氏合著佛國刑法論第三卷第四二五葉

教唆シタル塲合ノ如キハ素ヨリ殺人罪ニシテ單ニ之ヲ自殺ノ加功ト爲スコトヲ得ス但シ我刑法ハ自殺ノ加功補助者ト雖モ尙之ヲ罰スヘキモノト定メタリ其詳ナルコトハ本書ノ各論ニ於テ論述セム

棄權ノ原理ニ關シ尙一ツノ論スヘキアリ卽チ承諾ヲ得テ人ヲ殺シタル塲合トス已ニ論スルカ如ク自殺ハ道德ニ反スルノ所爲タルモ自ラ其權ヲ放棄スル者ナレハ敢テ刑法ノ罪トシテ論スルモノニアラスト雖モ生命ハ決シテ之ヲ賣買讓與シ得ヘキ私權利ニアラサレハ承諾アリト雖モ人ヲ殺シタル者ニ至リテハ毫モ犯罪ノ責ヲ免ルヽコトヲ得ス但シ此塲合ニ於テハ唯國家カ人命ヲ保護スルノ權利ヲ、

ヘルシユ子ル氏獨逸刑法論第一卷第四六九葉

正當防衛ニ出テタル所為ノ如キハ各私人ノ權利ヲ損スルコトナキヲ以テ其

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定規如何ニ就テハ之ヲ各論ニ讓ルヘシ

第二項　國家ノ棄權ニ基ク不論罪

國家ノ意思(即チ法律自身)ヲ以テ放棄シタル權利ハ之ヲ破ルコトヲ得ス蓋シ一ノ所爲ニシテ各個人ノ私權ヲ破ルコトアルモ國家ニ屬スル權利ヲ破ルコトナキトキハ罪トナルヘキモノニアラサルヲ以テ國家ニ於テ自ラ其權利ヲ放棄シタル場合ニ於テモ亦犯罪ノ成立ナシ設例ヘハ不得已ノ危急又ハ正當防衛ニ出テタル所爲ノ如キハ各私人ノ權利ヲ損スルコトアルモ社會ノ安寧ニ關シテ國家ノ有スヘキ權利ハ國家自ラ之ヲ放棄シタルモノナレハ當然犯罪タルコトヲ得ス但シ死刑ノ宣告ヲ受ケタキ者ニ就テハ國家ハ唯國家ノ適法ナル機關ニ由リテ其生命ヲ奪フコトヲ得ヘキモノニシテ各個人ニシテ猥リニ之ヲ殺スモノヽ如キハ素ヨリ殺人犯ナルヲ免カレス故ニ之ニ反シテ法律自身ノ禁セサル所爲ハ設令ヒ各個人ノ私權利ヲ破ルモ國家ノ權利ヲ破ルモノニアラサレハ罪トシテ之ヲ論スルコトヲ得ス況ンヤ國家ノ意思即チ法律ノ命スル所ヲ執行スルニ於テオヤ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其職務ヲ以

法原論第四六六號乃至第四八六號
ガイフ氏刑法學第二卷第二一九葉

テ爲シタルモノタラサルヘカラス設例ヘハ逮捕官吏カ豫審判事ノ命令ニ由リ犯人ヲ捕縛シ兵士カ將官ノ命令ニ從ヒ敵軍ヲ襲擊スル等素ヨリ明白疑フヘ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者アリ先ツ左ニ一二ノ例ヲ示シテ而シテ後其論局ヲ結ハン

豫審判事カ逮捕ヲ命令スル所ノ甲某ハ決シテ犯人ナラサルヲ知リ逮捕官吏ニシテ尙之ヲ捕縛センカ豫審判事ハ職權ヲ以テ之ヲ命シ逮捕官吏ハ職務ヲ以テ之ヲ執行ス豈ニ犯罪ヲ以テ逮捕官吏ノ所爲ヲ論スルコトヲ得ンヤ將官カ襲擊ヲ命スル所ノ山上ノ一軍ハ官軍タルコトヲ知リ尙之ヲ砲擊スルノ兵士アランカ將官ハ職務ヲ以テ之ヲ命令シ兵士ハ職務ヲ以テ之ヲ行フ豈罪ノ問フヘキモノアランヤ蓋シ長官ノ命シタル甲某ハ果シテ犯人ナルヤ否又山上ノ一軍ハ果シテ敵軍ナルヤ否ハ事實ノ問題ニ屬シ長官ノ權內ニ存ス兵士又ハ官吏ハ敢テ其當否ヲ爭フコトヲ得ス命令ノ不當ヲ知ルト雖モ苟モ事其職務ニ係ル以上ハ即チ法律ノ命スル所ナリ然レトモ今若シ豫審判事ニシテ逮捕官吏ニ向ヒ違警罪犯ハ盡ク之ヲ捕縛ス可シ又ハ甲某ハ無罪者ナリ故ニ之ヲ逮捕ス可シト命令シ將官ニシテ兵士ニ向ヒ苟モ官軍タランニハ盡ク之ヲ襲擊ス可シ又ハ彼ノ山上ノ一軍ハ官軍ナリ故ニ之ヲ砲擊ス可シト命令スルコトア

アリソン氏刑法第六七三葉
メイン氏印度刑法註解第五六條

ランカ官吏兵士ハ其命令ノ不正ナルヲ知ルト否トヲ問ハス共ニ之ヲ不問ニ附ス可キモノニアラス蓋シ違警罪犯又ハ無罪者ハ本來逮捕スヘキモノナルヤ否又官軍ニ對シテ襲撃ヲ爲スヘキモノナルヤ否ハ法律ノ問題ニ屬シ官吏兵士ノ共ニ知ラサルヘカラサルハ義務アル者ナリ命令ノ正否ヲ知ラスト雖モ苟モ事不正ニ係ルモノハ即チ法律ノ禁スル所ナリ

要スルニ長官ノ命令ノ當否ニシテ法律ノ問題ニ屬スルトキハ之ヲ知ルト否トヲ問ハス事不正ニ係ルモノハ刑法ヲ以テ之ヲ問ヒ事實ノ問題ニ屬スルトキハ之ヲ知ルト否ト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

增島評刑法第七十六條ノ解釋ニ就テハ學者往々迂回ノ說ヲ爲シ曖昧糊塗ニ歸シ遂ニ至テ糊塗ニシテ所ナキニ至ルス著者ノ說堂點ノ不論下ノ其一サ遺法理ノ蓋シ英米法ニ出ツルモノニ似タリ

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ト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アラストシ事實ノ問題ニ屬シテ法律ニ於テ之ヲ命スル場合ハ職務ヲ以テ爲シタルモノトナス故ニ我法文ハ其用井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ヽ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

ヲ知ルト雖モ法律ノ强ユル所ニテ其罪ヲ論スヘキモノニアラサレハナリ

上來論述スル所ノ論理ニ由リ我刑法(第七十六條)ノ精神ハ一言ニシテ能ク之ヲ盡スコトヲ得ヘシ即チ該條ハ法律ノ命スル所ノ所爲ハ罪トナラサルコトヲ示スモノニ過キス長官ノ命令法律ニ違ヒ又ハ自己ノ職務ニ屬セス其所爲ニシテ罪ト爲ルヘキヤ否ヲ定ムルハ唯其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脫スル能ハサルモノナリ但シ法律ノ不識及事實ノ不識ニ關スル法理ハ後章ニ於テ之ヲ論述ス可シ

ヘルシユ子ル氏獨逸刑法論第一卷第四八五葉

第三項　不得已ニ出テタル所爲

抗拒スヘカラサル强迫又ハ避クヘカラサル天災若クハ意外ノ變ニ遇ヒ身體生命ヲ保全スル爲メ已ムヲ得スシテ他人ニ屬スル權利ヲ害スル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メ刑法ノ之ヲ罪トシテ論セサルモノナリ如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ニハ非常至高ノ德義タルヘキモ國家ハ敢テ一般ノ人民ニ向テ仁人君子ノ行ヲ强ユルモノ

ニアラス然レトモ國家ハ敢テ不得止ニ出テタル所爲ヲ以テ正理ニ合スルモノトセサルカ故ニ唯其罪ヲ免除スルニ止マリ加害者ニ與フルニ自己ノ生命ヲ保全シ他人ノ生命ヲ絶ツノ權利ヲ以テスルモノニアラサレハ被害者ハ行害者ニ對シテ尙ホ正當防禦ノ權利ヲ有スヘキモノトス不得已ニ出テタル所爲トハ正當防禦ニ出テタル所爲トノ差異ハ後項ニ詳論ス設例ヘハ洋中ノ船舶颶風ニ遇フテ覆沒シ甲乙二人ノ乘客僅ニ一人ヲ保スヘキ一片ノ木板ヲ爭ヒ各々危難ヲ免レント欲シテ遂ニ乙者ヲ海中ニ沈メテ甲者自ラ其身ヲ全フシタル場合又ハ甲者アリ乙者ヲ强迫シ丙者ノ財物ヲ强奪スルニアラサレハ直ニ乙者ヲ殺ス可シト强制シ乙者ハ己ムコトヲ得スシテ丙者ノ財物ヲ强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明ナリト雖モ國家ハ至高ノ德義ヲ以テ甲者ニ强ユルコトヲ得サルモノトナシ國家ハ被害者ヲ保護スルノ權利ヲ棄テヽ之ヲ不問ニ附スヘキナリ

刑法第七十五條ニ曰ク「抗拒スヘカラサル强制ニ遇ヒ其意ニ非ルノ所爲ハ其罪ヲ論セス天災又ニ意外ノ變ニ因リ避クヘ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」ト蓋シ此法文ハ予ノ玆ニ論セントスル所ノ不得已ニ出テタル所爲ニ關スル法理ヲ包含スルモノナリ今左ニ之ヲ分析評論セム

ベルツル氏犯罪責任論第一卷及第一二葉
論ツセル氏刑法ラ第一卷一三九葉

一抗拒スヘカラサル强制トハ啻ニ抵抗スルコト能ハサル有形無限ノ暴力(Vis absoluta)ノミニ止マラス又無形强迫ノ威力(Vis compulsiva)ヲ指ス法文ノ所謂强制トハ即チ此二者ヲ包含スル意ナルヘケレトモ有形無限ノ暴力ニ係ル場合ハ不得已ニ出テタル所爲ニアラス設例ヘハ甲者乙者ノ手ヲ執リ强テ丙者ヲ殺シタル如キハ甲者ノ所爲ニシテ乙者ノ所爲ニアラス乙者ハ單ニ甲者カ犯罪ノ器械手段トナリシモノニ過キス已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タル所爲タルカ故ニアラスシテ本來乙者ノ所爲タラサル

ホワートン氏米國刑法第二四葉
ガルトラン氏刑法原論第三五三號乃至三五九號
フオースタンエリー氏刑法論第三七三號

ノ故ニ出ツルナリ此理由ニ基ク所ノ不論罪ハ後段ニ論スヘキモノニシテ茲ニ論スヘキモノニアラストス之ニ反シテ無形ノ强制即チ强迫ニ遇ヒ又ハ刑法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者ニ屬ス故ニ抗拒スヘカラサル有形ノ强制ト無形ノ强制トハ共ニ不論罪ノ源由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カ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ヘカラス學者往々本條ノ不論罪ヲ以テ犯罪搆成ノ元素ナル自由ヲ缺クニ原因スルモノトナシ有形ノ强制ハ外部即チ身體ノ自由ヲ奪ヒ無形ノ强制ハ內部

ジュードン子ー氏刑法覆義第一二三葉

倉富評 著者ノ說ニ依ルモ生ヲ捨テ義ヲ爲スハ法律ノ强ヒサル所ナリト云ヘリ生ハ實ニ捨テ難ク亦之ヲ捨ツルヲ要セサルモノト爲セハ强制ヲ受ケタル場合ニ於テハ人ヲ害スルノ一途アルノミ著者尚ホ二者中一ヲ擇フノ自由アリトセハ法律ハ生ヲ捨ルヲ强ヒサルモ著者ハ之ヲ强フルモノト云ハサルヲ得ス

即チ精神ノ自由ヲ失フモノト說ケトモ本來自由ナル者ハ犯罪構成ノ元素ニアラサルナリ何トナレハ有形ノ强制ニ出テタル者ハ强制ヲ受ケタル者ノ所爲ニアラサルヲ以テ素ヨリ犯罪ノ責任ヲ負フコトナカルヘキカ故ニ自由ノ必要ヲ說クノ要ナク無形ノ强制ニ出テタル者ハ決シテ精神ノ自由ヲ失フタル者ニアラサレハナリ甲者アリ乙者ニ向テ曰ク汝ニシテ丙カ住居セル家屋ニ放火セスンハ予今汝ヲ斬ラント乙遂ニ火ヲ丙ノ家ニ放テ之ヲ燒毀セリ乙ニシテ苟モ幼者瘋癲等犯罪責任ノ不能力者タルニアラスンハ乙ハ己レヲ知リ他ヲ知リ又タ是非曲直ヲ辨知スルノ智能アリ論

ペル子ル氏刑法論第一二二葉

者尚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ヿヲ知リ又タ己ヲ殺シテ他人ヲ害スルト他人ヲ〆害シテ己レヲ全フスルト二者其一ヲ擇フノ能力ヲ有ス但シ乙カ丙ヲ害セントスルノ意ヲ決シタルノ趣旨(モチーフ)ニ至リテハ危害ノ己レニ迫ルモノナキ場合ト自ラ異ナル所アルヘキモ犯罪ノ趣旨(モチーフ)趣旨トハ他人ヲ殺シテ其金錢ヲ奪ハント思ヒ又ハ積年ノ怨恨ヲ晴サント思フ等凡テ犯罪ノ決意ヲ起サシメタル慾心ヲ云フ其詳ナルコトハ後章ニ論述セリノ善惡如何ハ或ハ減刑ノ一理由タルヘキモ以テ不論罪ノ原因トスルニ足ラサルナリ蓋シ無形ノ强制ハ內部即チ精神ノ自由ヲ奪フモノトスルハ舊時刑法學者ノ主張セル所ニシテ其說已ニ陳

腐ニ屬ス近世獨英學士ノ容レサル所ナリ故ニ斯カル有形ノ强制ニ由リ行フタル所爲ハ已ニ其人ノ所爲ニアラサレハ其無罪タルヘキハ喋々ノ辯ヲ待タサルコトナレハ今茲ニ論スヘキハ無形ノ强制及天災又ハ意外ノ變ニ依リ不得已ニ出テタル所爲ニ屬スル者ニ在リ

二、其意ニ非ルノ一句ハ法文ニ明載スル所ナレトモ敢テ過失ニ出テタル所爲設例ヘハ失火ノ如ク家屋ヲ燒毀スルノ意思ナカリシ塲合ノ如キモノヲ指スニアラス如何トナレハ無形ノ强制ノ塲合ニ於テハ充分斯カル意思ノ存在セルモノタルコトハ前項ニ論述スル所ノ如クナレハナリ蓋シ本條ニ所謂意ナキトハ其之レヲ希望スルノ念ナキコトヲ示シタルニ過キス設例ヘハ强迫ニ遇ヒ他人ノ家ニ放火スルハ其所爲素ヨリ有意ナレトモ唯不得已ニ出テヽ之ヲ行フモノニシテ他人ノ家屋ヲ燒キ他人ヲ害スルコトヲ希望スルノ本意ニ非ルナリ而シテ事苟モ强制ニ出テタル以上ハ斯カル本意ナキハ當然ニシテ「其意ニ非ルノ」ノ意ハ已ニ强制ノ語中ニ包含セリ素ヨリ特ニ之ヲ明記スルノ必要ナキノミナラス爲メニ却テ理論ノ混雜ヲ生スルニ至ルヘシ我刑法草案ニ此語ヲ除キタルハ能ク理論ニ合シタリト云フヘシ然ルニ我立法官ニシテ特ニ此一句ヲ

加ヘタルハ或ハ强制ヲ以テ自由ヲ欲クモノトスル舊刑法學者ノ所說ヲ採用シタル者ニアラサル歟

三、强制ニ有形ナルモノト無形ナルモノトアル以上ハ抗拒ス可ラサル强制ニモ亦無形上抗拒スヘカラサルモノトアルヘシト雖疎遠ナル親屬ノ生命若クハ自己ノ僅少ナル財產ニ對シテ他人ノ生命ヲ絕ツ可シト强迫ヲ受クル場合ノ如キハ之ヲ抗拒スヘカラサルモノト云フコトヲ得ス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ヲ設ケス又其强制ノ財產ニ及フト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其害ヲ受クル所ノ人ト物ト又タ强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ス法官ハ唯之ヲ無形上抗拒スヘカラサルモノトスヘ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產又ハ他人ノ身體財產ニ就テハ不論罪ノ限ニアラサルヲ知ルヘシ

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ヘキヤ茲ニ枚擧スルコトヲ

得スト雖モ此場合ハ第一項ノ場合ト異ニシテ智能ナキ物體ヨリスル所ノ有形ナル强制ノミヲ指スモノト知ルヘシ

六、要スルニ以上論スル所ノ强制又ハ變災ハ現在ニシテ避クヘカラサルモノタルヲ必要トス現在ナラス又避ケ得ヘキ强制ハ抗拒スヘカラサルモノニアラス又タ現在ナラサル災變ハ避クヘカラサルモノニアラス是レ法文ニ抗拒スヘカラサル强制ト云ヒ又ハ避クヘカラサル危難ト明言セル所以ナリ

第四項　正當防衛ニ出テタル所爲

正當防衛ハ目前ノ不正ナル攻擊ニ對スルノ防衛ナリ今正

ベルヂル氏刑法論第一四九葉以下

ラツセル氏刑法第一卷第八四九葉

シユートンヂー氏刑法覆義第一二五葉

ヘルシユヂル氏獨逸刑法論第一卷第四七三葉

當防衛ト前段ニ論述シタル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ヘキ自己ノ權利ヲ棄テ唯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擊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擊者ノ所爲ハ必ス不正ナルコトヲ要ス故ニ正當防衛

者ニ對シテ反擊ヲ爲シタルモノハ之ヲ不得已ニ出テタル所爲トシテ不論罪ヲ主張スルコトヲ得ス

三、不得已ニ出テタル所爲ノ塲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德義ニシテ仁人君子ノ所爲タルヘキモ正當防衛ノ塲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(マヌケ)ニシテ呆子痴漢(アホウトンマ)ノ行爲タルヘシ

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己ノ所爲ハ之ヲ行フコトヲ得ス

今一二ノ例ヲ設ケテ前項ノ區別差異ヲ說明センニ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强迫シ金錢ヲ强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ヘク(一)甲者ハ乙者ヲ殺スノ權ナキモ旅人ハ山賊ヲ殺スノ權アルヘク(二)若シ山賊ニシテ旅人ノ攻擊ヲ免ルヽニ道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ヘク(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ヘキモ旅人ニシテ自ラ其生命ヲ捨テ山賊ヲ害スルコトナカリセハ非常ノ愚物タルヘク(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ヘ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シ不得已ニ出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ス宜シク各論ニ於テ論述スル所ノ正當防衛ニ必要ナル條件ノ如何ヲ攻究シテ其詳ヲ知ルヘシ玆ニハ只タ其ノ大要ヲ論スルノミ

第三款　犯罪ノ手段

犯罪ノ主體(加害者)及ヒ犯罪ノ物體(被害者)アリト雖モ犯罪ノ手段ニシテ其間ニ介スルモノナクンハ犯罪ノ實行ヲ見ルコト能ハス故ニ苟モ犯罪ヲ以テ一ノ所爲トシ論スルニハ犯罪ノ手段モ亦犯罪ノ成立ニ必要ナル一條件ナリ但シ犯罪ノ手段中ニハ犯罪ノ物體(身體財產等凡テ被害者ニ屬スルモノ)ヲ包含スレトモ之ヲ手段トシテ論スル場合ニ於テハ唯犯罪ノ主體ニ使用セラレタル器械ト看做シ尙他ニ犯罪物體ノ存在スヘキモノトス

犯罪ノ手段ハ犯者(主體)ノ意思ニ從テ動作スル所ノ器械ナリ抑モ意思ナル者ハ本來心裏ノ世界ニ存シ目視ルコトヲ得ス耳聽クコトヲ得ス手足以テ之レニ觸ルヽコトヲ得ス意思ノ外形ニ顯出シテ其作用ヲ示スニハ無形ノ心裏境ヨリ有形ノ實世界ニ架スヘキ橋梁アルヲ要ス此橋梁ハ即チ意思ニ服スル所ノ手段ニシテ人ノ手足耳目等ハ生レ乍ラニシテ有スル所ノ天爲ノ器械ナリ故ニ人ハ此等ノ器械

ナシテ其意思ニ主服セシメ此等ノ手段ヲ以テ其意思ヲ現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又人ハ其手足耳目等生レ乍ラニシテ本來有スル天爲ノ器械ノ外尙ホ人爲ニ依テ得有スヘキ諸種ノ器械ヲ以テ其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ヘキモノニシテ茲ニ犯罪ノ手段アレハ其犯罪ノ所爲タル意思ノ存在ヲ推測スルコトヲ得ヘ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シ第三犯罪ノ手段ハ之ヲ有形無形ニ區分シ犯罪ノ準備未遂等ヲ論スルノ點ニ就テ其心要ヲ見ル

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

第二節　犯罪タル所爲

第一款　所爲ト責任トノ關係

第一段　所爲ト責任トノ關係ノ發生

犯人ハ其心裏ニ發生スル意思ヲ以テ意思ナキ手段ニ移ス

バー氏原因結果關係論

トキハ手段ハ活氣ヲ得テ犯人ノ意思ヲ以テ犯罪ノ物體上ニ實行シ以テ犯者ノ意思ト犯罪ノ事實トヲ連絡ス此意思ト事實ノ連絡スルコト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ヲ一ニスルモ其見ル所ヲ異ニス今語ヲ換ヘテ之ヲ言ハヽ事實トハ人ノ殺サレ家屋ノ燒ケ又ハ內亂ノ起ル等單ニ或出來事ヲ指スモノニシテ風ノ吹キ火ノ燃ヘ氷雪ノ冷ナルト等シク客觀上（オブゼクチーブ）ノ意義タルニ過キサルモ所爲トハ然ラス人ヲ殺シ家屋ヲ燒毀シ又ハ內亂ヲ起ス等意思ノ實行ニ顯ハルヽモノヲ指シ凡テ主觀上（サブジエクチーブ）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實事ト相結合セルモノニシテ已ニ所爲ト云ヘ

スツルム氏行爲犯不爲犯論第四八二葉

ハ意思モ事實モ自ラ其ノ中ニ包含ス

犯罪タル所爲ニハ法律ノ禁スル所ヲ爲シ又タ法律ノ命スル所ヲ爲サヽルモノアリ一ヲ行爲（コミッション）ト云ヒ一ヲ不爲（オミッション）ト云フ而シテ此等ノ所爲タル故意ニ出ルツモノト故意ニ出テサルモノトアリ其故意ニ出テタル場合ハ後章別ニ論スル所アルヘシト雖モ不爲即チ爲スヘキコトヲ爲サヽル所爲モ亦是レ一ノ所爲ニシテ犯罪ノ責任ヲ免ルヽコトヲ得ス但シ此等不爲ノ犯罪タル多クハ危害ヲ未然ニ豫防スルノ意ニ出テ利益ヲ增進スルノ目的ニ出ツル者甚タ少シトス今此種ノ犯罪ヲ分チテ左ノ三種ニ區別スルコトヲ得

一、安寧警察ノ必要ニ出テヽ僅少ノ違警罪ヲ認ムル場合

設例ハ崩壞セントスル家屋ノ修理ヲ爲サヽル者危險ノ井溝凹所ニ防圍ヲ爲サヽル者溝渠下水ヲ浚ハサル者等ノ如シ

二、公ケノ職務又ハ營業タルノ性質ヲ有スルヨリシテ官吏若クハ人民ニ强ユルニ其義務ノ執行ヲ以テスルコトアリ設例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鎭撫スルノ處分ヲ爲サス又ハ陸海軍ノ委任ヲ受ケ物品ヲ供給スル者交戰ノ際ニ軍備ノ缺乏ヲ致シ其他辯護人醫師技術師等裁判所ノ呼出ニ應セサル等ノ場合是ナリ

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

倉富評三者中其一ヲ缺ケハ所爲ト責任トノ關係初メヨリ發生セサル可シ

第二段　所爲ト責任トノ關係ノ消滅

所爲及責任トノ關係ニ就キ前段ニ論述シタル所ヲ以テ推論スルトキハ意思、事實、及ヒ意思事實ノ連結ノ三者中其一ヲ缺クトキハ所爲ト責任トノ關係ハ自ラ消滅スヘキモノタルコトヲ知ルヘシ今左ニ此消滅ノ場合ヲ詳論セン

(一)意思ナキ場合

刑法第七十七條ニ曰ク罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セスト設例ヘハ誤テ落馬シテ通行人ヲ傷ケ火ヲ失シテ人家ニ類燒シタル如キハ素ヨリ人ヲ傷ケ家ヲ燒クノ意ナキ者ナレハ法律ニ於テ一般之ヲ罪トスルコトナシ故ニ此場合ハ第七十五條ノ抗拒スヘカラサル强制ニ出テタル所爲及天災ニ因リ避クヘカラサル危難ニ遇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バ强制ニ由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アラサレハナリ然レトモ抗拒スヘカラサル有形ノ强制即暴力(vis absoluta)ニ出テ又ハ自己ノ生命身體ヲ保全スル爲メニアラスシテ天災等ノ(vis major naturae)强制ニ出テタル所爲ハ罪ヲ犯スノ意思ノ有無ハ扨置キ全ク所爲ニアラサルヲ以テ特ニ之ヲ刑法ニ其ノ不論罪タルコトヲ記載スルノ必要ナシ設例ヘハ甲ナル者强テ予ヲシテ白刃ヲ持タシメ予カ手ヲ拘束シテ乙ヲ殺シ又予カ人力車ニ乘シテ道路ヲ通行スルニ際シ大風俄ニ吹キ來リテ予カ車ヲ轉覆シ爲メニ通行人ヲ死ニ致シタル場合ノ如キハ決シテ予ノ所爲ニアラサルナリ故ニ我刑法第七十五條第一項ハ唯抗拒スヘカラサル無形ノ强制ニ出テタル所爲(即意思アル場合)ノミニ適用スル

コトヲ得ヘク其有形ノ強制ニ出テタル所爲ハ特ニ刑法ノ規定ヲ要セサルノ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ヘシ然レトモ我刑法第七十七條ハ「罪ヲ犯ス」ノ意ナキ云々」ト云ヒ啻ニ故意ナキ所爲ヲ罪トセサルニ止マラス故意アルモ尚ホ罪ヲ犯スノ意ナキ所爲ニアラサレハ罪ニアラサルモノトスルコトナキニ似タレトモ學理上ヨリ論スレハ刑法ノ總則即一般ニ犯罪ノ要素ヲ論スルノ條下ニ於テハ唯故意ナキ所爲ハ罪ニアラスト規定スルヲ以テ足レリトス而シテ我刑法カ特ニ「罪ヲ犯ス」ノ意」ト明言シタル所以ノ理タル啻ニ一般ノ犯罪ノミナラス特別ノ各罪即刑法第二篇以下ニ記載スル或犯罪ノ成立ニ特ニ必要ナル元素ヲモ併セテ之ニ包含セシメントスルノ趣意ニ出テタリ設例ヘハ盗罪ハ占有ヲ失ハシムルノ意ヲ以テ他人ノ所有物ヲ竊取スルノ所爲ナルカ故ニ其所爲タル啻ニ故意ニ出テサルヘカラサルノミナラス尚他人ヲシテ其物品ノ占有ヲ失ハシムルノ意即チ罪ヲ犯スノ意アルコトヲ要ス故ニ一時他人ノ物品ヲ借用スルノ意ヲ以テ之ヲ取リ去ルモノハ故意アリテ決シテ過失ニアラサルモ尚ホ盗罪ヲ構成スルコトナカルヘシ是レ我刑法カ罪ヲ犯スノ意ナキ云々ト明言シタルノ理由ナレトモ本來斯カル特別ノ意思ヲ要スル犯罪ハ各本條ニ於テ特ニ之ヲ定ムヘキモノニシ

増島評理義明晰

テ一般ノ犯罪ニ要スル一元素トシテ之ヲ總則ニ記載ス可キモノニアラス故ニ予ハ我刑法カ「罪ヲ犯スノ意ナキ云々」ト明記スルニ拘ハラス此汎論ニ於テハ單ニ之ヲ故意ナキ場合ト看做シ從テ同條但シ書ニ法律規則ニ於テ別ニ罪ヲ定メタル者ハ此限ニ在ラスト云ヘルハ故意ナキモ尚之ヲ罰スル場合即チ過失罪ノ場合ヲ示シタルモノトナシ以テ故意ヲ要スル犯罪ト故意ヲ要セサル犯罪トヲ相對セシメ特ニ罪ヲ犯スノ意ヲ要スル場合ハ之ヲ各論ニ於テ論述セム但シ本條ノ意義ニ就テハ諸學者ノ議論頗ル數多ナリト雖モ其論據トスル所概チ淺近ニシテ學理ニ適セス予ハ敢テ見ルニ足ルヘキ確說ナシト斷言スルヲ憚ラサル者ナリ

ベルチル氏同上

(二)事實ノ存在セサル場合

意思ノ尙ホ心裏ニ存シテ外形ニ顯出シテ其作用ヲ示サヽル以上ハ未タ事實ノ存在セサルモノニテ犯罪ノ責任ナキヤ明ナリ(Cogitatius poenam nemo patitur)

ベルチル氏同上

(三)意思ト事實ノ連結ヲ缺ク場合

刑法第七十七條第二項ニ曰ク「罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者ハ其罪ヲ論セス」其第三項ニ曰ク「罪本重カルヘクシテ犯ス時知ラサル者ハ其重キニ從テ論スルコトヲ得ス」ト即チ此場合ヲ指ス者ニシテ意思及事實ニシテ存在スルモ意思ト事實ト連結シテ相應スルコトナクンハ犯罪ノ責任ナシ設例ヘハ甲ナル者乙女ノ有夫ノ婦タルコト

ヲ知ラス之ト姦通シタルトキハ甲ハ乙ト姦通スルノ意思アリ且ツ有夫ノ婦ト姦通シタル事實アリト雖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意思ト事實ノ連結符合スルコトナキモノニシテ甲ハ犯罪責任ヲ負フコトナカルヘシ然レトモ我刑法第七十七條ニ於テハ罪ヲ犯スノ意ナキ云々ト明記スルカ故ニ其意義タル所爲ヲ行フノ意思ノミナラス尙ホ意思ト事實ノ連結ヲ缺クヘキ場合ヲモ包含スルヲ以テ同條第二項第三項ハ自ラ第一項中ニ包含シ必スシモ法文ニ明言スルヲ要セサル者タリ今法文ニ從ヒ本條ノ意義ヲ分析スレハ即チ左ノ數項ニ歸ス

(イ)本條ノ不論罪ハ罪ヲ構成スル事實ヲ知ラサルモノニシテ法律ヲ知ラサル場合ニアラス有夫ノ婦タルコトヲ知ラスシテ之ト姦通スルハ可ナレトモ有夫ノ婦ト姦通スルモ法律ノ許ス所ト思惟シテ犯シタル者ハ事實ノ不識ニアラスシテ法律ノ不識ニ屬シ決シテ之ヲ不問ニ附スヘキモノニアラス刑法第七十七條第四項ニハ法律規則ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯スノ意ナシトスルコトヲ得スト明言シタレトモ己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カ刑法ノ正文ヨリ論下スルトキハ此第四項ハ第二項及第三項ノ例外ヲ示シタルモノニ

アラスシテ第一項ハ例外ヲ示シタルモノトセルヲ得ス何トナレハ前已ニ論シタル如ク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廣博ナル語ヲ用ヒタルカ故ニ法律ヲ識ラスシテ犯シタル場合設例ヘハ有夫ノ婦ニ姦通スルモ法律ノ禁止セサルモノト思惟シテ犯シタル者ノ如キモ亦罪ヲ犯スノ意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ハ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スルモノアリト雖モ是レ未タ學理ニ熟セサル淺近ノ識見ノミ

法律ハ何故ニ法律ノ不識ヲ以テ罪ヲ犯スノ意ナシトスルコトヲ許サヽルヤ否ハ後篇ニ詳述ス

(ロ)事實ノ不識ニ二樣アリ一ハ全ク罪トナルヘキ事實ヲ知ラサル場合ニシテ全ク犯罪ノ責任ナク一ハ唯罪ノ重カルヘキ事實ヲ知ラサルモノニテ其重キ部分ニ就キ犯罪ノ責任ナキモノ是ナリ即チ本條第一項及第二項ノ明記スル所ナリ

(ハ)意思ト事實ト相連結符合セサル場合ト雖モ怠慢若クハ過失ヲ罰スルコトアルヘキハ前項ニ論述スル所ノ如クナレトモ此怠慢過失ヲ罰スル場合ニ於テ罪トナルヘキ事實ヲ知ラサルトキト雖モ亦之ヲ罰スヘキカ設例ヘハ一獵夫アリ前面ノ山上一頭ノ羊アルヲ認メ

之ヲ銃擊シタルニ羊ニアラスメ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ヘキカ予ハ斷シテ此罪ナキモノトスル者ナリ蓋シ設ヒ過失怠慢ヲ罰スル場合ト雖モ其事實ヲ識ラサル者ハ犯者ノ怠慢若クハ過失ニ源因スル者タルコトヲ要ス即前揭ノ一例ニ於テ全身ニ羊皮ヲ被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當然ノコトニシテ敢テ怠慢若クハ過失ニ出テタルモノニアラス

(二)法律ノ正條ニ明記スルコトナキモ茲ニ一言スヘキモノハ所爲ノ錯誤ナリ抑モ所爲ノ錯誤ハ目的物ノ錯誤ト相對スルノ語ニシテ二者相似テ全ク其性質ヲ異ニセリ目的物ノ錯誤(Error in objectio)トハ所爲ノ向フタル目的物ハ其信シタル目的物ヨリ他ノ物體ナリシ場合ヲ云フモノニシテ設例ヘハ甲乙ヲ銃擊セント欲シ乙ト信シテ丙ヲ銃擊シタル如キヲ指シ所爲ノ錯誤(Aberratio Delicti)トハ犯者ノ所爲ハ其信スル所ノ目的物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甲乙ヲ銃擊セント欲シ乙ニ向ツテ發砲シタルモ偶然ニシテ乙ノ背後ニ立チタル丙ヲ銃擊シタル如キヲ指ス而シテ目的物ノ錯誤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設例ヘハ乙ナル有夫ノ婦ニ姦通セリト思惟セシニ丙ナル處女ナリシ場合ハ罪トナルヘキ事實ナキモノニシテ全ク無罪タルヘ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ヘ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ヘキモ親ヲ殺スノ罪ナカルヘシ之ニ反シテ所爲ノ錯誤ニ在リテハ偶然ノ事變犯人ノ意思ト犯罪ノ事實トノ連結ヲ解除シ犯人ノ意外ナル結果ヲ生スルヲ以テ苟モ故意ヲ要ス

ル犯罪ニ就テハ其責任ナク唯之ヲ犯人ノ意内ニ存シタル物體ニ對スル未遂犯トナ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問フノ外ナカルヘシ設例ヘハ甲乙ヲ銃殺セント欲シ乙ニ向テ發炮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ヘシ但シ己遂犯及未遂犯ノ區別ニ就テハ尚後章ニ詳論ス

(ホ)所爲ノ結果ハ永遠無極ニシテ際限ナシ今夫レ予ハ充分ノ注意ヲ用ヰス予カ机上ノ「ピストル」ヲ動カシタリ

テリー民法律原論第一七三葉以下
ベルチル氏刑法論第一六二葉

トセンカ此一箇ノ所爲ヨリシテ「ピストル」中ニ裝置セル火藥ヲ爆發セシメ銃丸飛ンテ甲ノ身體ニ觸レ甲ハ重傷シテ久シク病床ニ臥シテ遂ニ其死ヲ致シ遺族爲メニ生計ニ苦ミ依テ甲ノ長子乙ノ醫學修業ヲ中止セシメ業未タ成ラスシテ丙ナル患者ヲ診察シ過テ丙ヲ死ニ致スノ結果ヲ發生セリ予カ不注意ノ所爲ハ此丙者ヲ死ニ致シタルノ結果ニ就キ責任アルヘキヤ其無責任タル言ヲ俟タスト雖モ予ニシテ若シ白刃ヲ執リ甲某ヲ兩斷セハ甲ハ忽チ死スルコトナラン人予ヲ目シテ甲ヲ殺スモノトスレトモ予ハ唯甲ヲ兩斷セルニ過キス甲ハ自ラ死スル者ノミ苟モ天帝ニアラスンハ誰レカ甲ノ生命ヲ奪フコトヲ得ン故ニ甲ノ死ハ唯予カ所爲ノ結果ナリ予ハ此結果ニ付テモ亦其責任ナカルヘキヤ予ノ責ヲ免ルヽコト能ハサルヤ又多言ヲ待タスシテ明ナリ然ラハ則チ犯者ニシテ其所爲ノ結果ニ責任ヲ負ハシムルト否トハ如何ナル標準ヲ以テ之ヲ定ムヘキカ曰ク所爲ニ直接ナル自然ノ結果及ヒ豫メ想像シ得ヘキ直接ノ結果ヲ以テ犯者ノ責任ニ歸スルニ在リ設例ヘハ人ヲ兩斷シテ其死ヲ來スハ所爲ニ直接ナル自然ノ結果ニシテ觀客ノ充滿セル劇場ニ放火シ多數人ノ死ヲ來スヘキハ豫メ想像シ得ヘキ直接ノ結果ナリ事實ト意思トノ結合ヲ缺クモノト云フヘ

カラス之ニ反シテ所爲ニ直接ナル自然若クハ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結ナキモノニシテ從テ犯罪ノ責任ナシ故ニ過失殺ノ如キハ輕少ノ歐打ニ依リ遂ニ被害者ヲ死ニ致スカ如キ重大ノ結果ノ生スルモ法律ハ唯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ルヘシ

第二節　所爲ノ狀態

第一段　總說

意思ト事實ト連結符合スルトキハ其所爲ヲ稱シテ故意ニ出テタル者ト云ヒ意思ト事實ト連結符合セサルモ注意若クハ謹愼ヲ缺キタルトキハ其所爲ヲ稱シテ過怠ニ出テタルモノト云フ故ニ今主觀上即チ所爲ヲ行フ者ヨリ見ル片ハ所爲ニ故意及過失ノ二狀態アレトモ若シ客觀上即チ所爲ヲ受クル者ヨリ見ルトキハ所爲ニ已ニ遂ケタルモノト未タ遂ケサルモノトアリ所爲ノ已遂未遂ハ又所爲ノ二狀態ナリ一言ニシテ之ヲ云ハヽ主觀上所爲ニ故意ト過怠トノ區別アルハ恰モ客觀上所爲ニ己遂未遂ノ區別アルカ如シ設例ヘハ茲ニ一ノ殺人ノ所爲アリトセヨ犯者ヨリ之ヲ言ハヽ此所爲ハ故意ニ出テタル者(謀故殺)ト過怠ニ出テタルモノ(過失)殺トアルヘキモ被害者ヨリ之ヲ云ハヽ已ニ

倉富評 已ニ殺シタル者ト終ラサル者ト云コトヲ得サルカ

ベルトール氏佛國刑法第一六章 ベルチル氏犯罪實任論第一七四葉乃至第一七八葉 バー氏原因結果關係論第三〇葉 ゲッスレル氏罪意種類論

殺サレタル者(已遂)ト未タ殺サレサル者(未遂)トアルヘシ蓋シ有意犯ト云ヒ無意犯ト云フモノハ主觀上ノ觀察ニシテ已遂犯ト云ヒ未遂犯ト云フモノハ客觀上ノ觀察タルニ過キサルナリ予ハ後段ニ於テ將ニ此等ノ事項ヲ詳論セントスレトモ所爲ノ考察上常ニ主觀客觀ノ區別アルコトヲ看過ス可ラス

第二段　犯意及過意

第一項　犯意(Dolus)

第一　犯意總說

凡ソ人ノ意思ハ其欲スル所ノ必要ヲ滿足セント希望スルニ依テ發動セラルヽモノニシテ此等ノ必用ヲ滿足スルコ

倉富評 決心ハ行爲ニ因テ外形ニ顯出スルモノナル可シ外形ニ顯出シタル者ヲ以テ決心ト爲スハ解シ難キニ似タリ

ビンジング氏刑法原論第二卷第一〇二葉

トヲ稱シテ人ノ欲望ト云ヒ犯罪ヲ爲スノ趣旨又ハ目的トモチーフ成ルヘシ設ヘハ復讐ヲ爲シ金錢ヲ貪リ又ハ飢餓ヲ醫セントスルカ如キハ皆人ノ必要ヲ滿足セシメントスルノ意思ナリ而シテ此等ノ必要ヲ充タサンカ爲メ犯者更ニ其意思ヲ轉シテ他人ノ金錢ヲ自已ノ有トナ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執リタルトキハ之ヲ故意ト云ヒ此意思尙ホ一歩ヲ進メテ外形ニ顯出シタルトキハ之ヲ決心ト云フ設例ヘハ他人ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生セン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

ハ唯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ナリ故意ノ進ンテ決意トナルニ成立スルモノナレトモ惡意ノ實行ニ顯ハルヽ形跡ノ順序ヨリ云ハヽ決心先ツ發シテ人ヲ斬リ又ハ金錢ヲ竊取スルノ所爲トナリ次キニ故意タリシ人ヲ殺シ金錢ヲ奪フノ結果ヲ生シ最後ニ讐ヲ報シ貪欲ヲ充タシ又ハ飢餓ヲ救フノ趣旨ヲ達スル者ト云フヘシ

ヘルシユ子ル氏獨逸刑法論第二卷第一四一葉
ベルチル氏犯罪責任論第一七九葉以下

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モノニシテ犯意ノ淺深輕重ノ度ハ決心ノ摸樣如何ニ關スヘキノモ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ナルヘシ而シテ斯カル心裏ノ思料一定シテ決心トナリ決心ヨリ進ミテ端緒ノ行爲ニ至ルニハ或ハ深思熟慮ニ出テ或ハ一時ノ感動憤激ニ出ツ其熟慮ニ出テタル決心ヲ豫謀(Premeditation)ト云ヒ一時ノ憤激ニ出テタル決心ヲ感激(Impetus)ト云フ

シユードン子ー氏刑法覆義第二七葉

(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所爲ノ着手若クハ實行ニ至ル時日ノ長短ハ豫謀ノ有無ニ關係ナク決心ト實行トノ間久シキカ故ニ必スシモ豫謀アルニアラス短少ナルカ故ニ必スシモ豫謀ナキニアラス時日ノ久シキハ唯豫謀アルノ證票ヲ示スモ