

又
811

明治法律學子
法學部
刑法講義
總論
古賀廉
所

刑法講義

大審院檢事
法律學士
古賀廉造君講述

總論



明治法律學校出版部

講法會出版

刑法講義(總論)目次

緒言

第一章 刑法ノ沿革

第二章 犯罪ノ原因

第三章 刑罰權

第一 犯罪編

第一卷 犯罪事實

第一章 犯罪ノ定義

第二章 犯罪ノ區別

第一節 犯罪輕重ノ區別

第二節 犯罪成立上ノ區別

目次

丁數

一

一

七

一八

三

三

三

四

四

五八

第一款	即時犯及ヒ繼續犯	五九
第二款	未遂犯	六三
第一項	着手未遂犯	八七
第二項	缺效未遂犯	一〇三
第三項	不能犯	一〇四
第四項	中止犯	一二四
第三章 犯罪ノ時、場所、人		
第一節 犯罪ノ時		
第一款	犯罪及ヒ刑罰ニ關スル新舊二法ノ牴觸	一三六
第二款	裁判所構成管轄又ハ訴訟手續ニ關スル新舊二法ノ牴觸	一四二
第三款	刑事時効ニ關スル新舊二法ノ牴觸	一四七
第二節 犯罪ノ場所及ヒ人		
		一五七

第一款	總論	一五七
第二款	犯罪ノ場所	一六二
第三款	犯罪ノ人	一八〇
第一項	日本領土内ニ在ル人ニ關スル場合	一八〇
第二項	日本領土外ニ在ル人ニ關スル場合	一八六
第三項	犯罪人引渡法	一九七
第一段	犯罪人引渡ノ必要	一九九
第二段	犯罪人引渡ノ條件	二〇五
第三段	犯罪人引渡ニ關スル手續	二一三
第四段	犯罪人引渡ノ效力	二一九
第二卷 犯罪ノ責任		
第一章 責任ノ原則		
		二二六
第二章 責任ノ例外		
		二三一

第一節 犯罪ノ無能力	二二三
第一款 強制	二三五
第二款 精神病并精神喪失	二四七
第三款 年齡	二六七
第四款 犯罪ノ意思	二七六
第一項 犯罪ノ意思	二七六
第二項 犯罪ノ無意思	二九六
第二節 權利ノ執行	三二三
第一款 總論	三二三
第二款 職務執行	三三一
第三款 正當防衛	三三五
第一項 總論	三三五
第二項 正當防衛ノ條件	三二八
第一段 身体ニ對スル場合	三二八

第二段 財産ニ對スル場合	三三四
第三段 問題	三四〇
第三章 責任ノ減輕	三四六
第一節 法定上ノ減輕	三四六
第一款 宥恕減輕	三四七
第一項 總論	三四七
第二項 一般宥恕減輕	三五三
第三項 特別宥恕減輕	三五七
第二款 自首減輕	三七〇
第一項 總論	三七一
第二項 一般自首減輕	三七四
第三項 特別自首免刑	三七八
第二節 裁判上ノ減輕	三八二

第一款 酌量減輕……………三八二

第二款 特別宥減輕……………三八九

第四章 責任ノ加重……………三九四

第一節 總論……………三九四

第二節 再犯加重……………三九六

第一款 再犯論……………三九七

第二款 現行刑法ノ再犯……………四一一

第一項 再犯加重ノ條件……………四一一

第二項 各條ノ解釋……………四一八

第五章 加減順序……………四二七

第六章 數罪俱發……………四三一

第一節 總論……………四三一

第二節 一罪ト數罪トノ區別……………四三六

第三節 數罪俱發ノ區別……………四四〇

第一款 有形實體上ノ數罪……………四四一

第二款 無形想像上ノ數罪……………四四四

第一項 一所爲ヨリ數結果ヲ生シタル場合……………四四四

第二項 一所爲カ數法ニ觸レタル場合……………四四五

第三項 一所爲カ他ノ犯罪ノ手段タル場合……………四四六

第四節 數罪俱發ノ成立要素……………四四七

第五節 數罪俱發ノ處分……………四五〇

第一款 處分ニ關スル主義……………四五〇

第二款 各條文ノ解釋……………四六〇

第七章 數人共犯……………四七九

第一節 總論……………四七九

第一款 共犯例制定ノ理由……………四七九

第二款	共犯ノ定義及區別	四八二
第三款	共犯ノ構成條件	四八四
第一項	有形上ノ條件	四八四
第二項	無形上ノ條件	四八六
第二節	各論	四九六
第一款	正犯	四九六
第二款	教唆者	四九九
第三款	從犯	五〇七
第三節	數人共犯ニ於ケル身分上ノ關係	五一七
第一款	共犯中ノ一人カ犯罪ノ責任ヲ免レタルトキハ 他ノ共犯者ニ對シテ如何ナル影響ヲ及 ホス可キ乎	五一七
第二款	共犯人中加重若クハ減輕ノ理由ヲ有スル者 アルトキハ其他ノ共犯人ニ對シテ如何ナル影響ヲ及 ホスヘキ乎	五二五

第二編 刑罰編

第一章	總論	五四八
第二章	主刑	五六〇
第一節	死刑	五六〇
第二節	自由刑	五六六
第一款	刑罰ニ因ラサル自由ノ剝奪	五六六
第二款	刑罰ニ因ル自由ノ剝奪	五六七
第一項	自由刑ノ期間	五六九
第二項	自由刑ノ制度	五七四
第三項	自由刑ノ執行方法	五九六
第三章	附加刑	六〇二
第一節	自由上ノ附加刑(監視)	六〇三

刑法講義(總論)目次

10

- 第二節 權利上ノ附加刑剝奪公權及ヒ停止
公權).....六〇五
- 第三節 財産上ノ附加刑
第一款 罰金附科料.....六一五
- 第二款 沒收.....六一八
- 第四章 刑期計算.....六二八
- 第五章 期滿免除.....六三七
- 第一節 總論.....六三七
- 第二節 刑ノ執行ノ期滿免除.....六四二
- 第一款 期滿免除ノ區域.....六四二
- 第二款 期滿免除ノ期間.....六四五

刑法總論

緒言

第一章

刑法ノ沿革

大審院 檢察官
法典調查會 起草委員
律師 學士
古賀廉造君講述

人ハ聚合体ノ力ニ依ルニ非サレハ其生存ノ途ヲ全フスル能ハズ人ノ聚合体ヲ名ケテ社會ト云フ社會安全ナレハ則チ各人ノ生存安全ニシテ社會危險ナレハ則チ各人ノ生存モ亦危險ト爲ラサルヲ得ス然ルニ社會ニハ犯罪ナルモノアリテ能ク其ノ安寧秩序ヲ妨害セントス故ニ社會ノ安全ヲ保タントスルニハ必ス此犯罪ヲ撲滅スルノ方法ヲ講セサル可カラズ其方法之ヲ名ケテ刑罰ト謂フナリ

刑罰ハ社會ノ安全ヲ妨害スル犯罪ヲ撲滅スルカ爲メニ用ユル所ノ方法ニシテ

古ヨリ今ニ至ルマテ世界何レノ國ト雖モ苟モ社會ノ組織ヲ爲シタル所ニ於テ
刑罰ノ設ナキモノ其一アルヲ聞カサルナリ我カ日本國ニ於テモ亦古來刑罰ノ
設アリタルコトハ大日本史ニ於ケル刑法誌ノ一項ヲ讀メハ其梗概ヲ知ルニ足
ラム降テ德川時代ニ至リ所謂ユル德川百個條ナルモノアリテ幕府管内ニ於ケ
ル總テノ犯罪ヲ罰スルコト、ナシ其他各藩諸侯ニ於テモ亦各別ノ刑法アリテ
各々其藩内ニ於ケル犯罪ヲ罰セリ德川政府既ニ倒レテ維新政府ト爲ルニ迄ヒ
從來ノ封建制度ヲ廢シテ統一主義ヲ行フニ至レリ此時ニ當リ國家ノ急務トシ
テ最モ先キニ着手ス可キノ必要ヲ感シタル所ノモノハ實ニ刑法ノ一致ニアリ
シナリ然レトモ刑法ノ制定ハ如何ニ不完全ナルモノヲ以テスルモ一朝一夕ノ事
業ヲ以テ能クス可キモノニ非ス是ニ於テ當時已ムヲ得サル場合ニ於テハ明律
ニ依リテ以テ犯罪ヲ罰シタルコトアリキ明治三年ノ比ヨ明律及ヒ日本舊來ノ
刑法ヲ參酌シテ始メテ日本全國ニ行ハル、刑法ヲ制定シタリ之ヲ名ケテ新律
綱領ト云フ新法綱領ハ殆ント明律ノ模寫ニ過キサレ法律ニシテ甚ク不完全ナ
ルヲ以テ後之ヲ改正シテ更ニ改定律例ヲ作りタリ此改定律例ハ新律綱領ノ弊

二

害ヲ革メシモノニシテ頗ル日本當時ノ現狀ニ適當シタルモノトシテ恰モ現行
刑法實施ノ時マテ行ハレタリ是ヨリ先キ明治三四年ノ交日本ニ於テ始メテ佛
國六法ヲ翻譯セルコトアリ日本人ハ始メテ外國法律ヲ觀テ實ニ其整然タルニ
驚キ當時ノ司法卿江藤新平氏ハ大ニ日本民法制定ノ必要ヲ説キ頻リニ政府ニ
迫レリ又氏ハ佛國刑法ノ改定律例ニ比シ遙ニ完美ナルコトヲ知り更ラニ歐洲
主義ノ刑法ヲ設クルノ志ヲ有セリ然レトモ氏ハ不幸國事ニ倒レ遂ニ其目的ヲ
達セスシテ逝クリ其後大木伯出テ司法卿ト爲ルヤ佛國法律學者ボアンナード
氏ヲ雇聘シ氏ヲ以テ法律ノ顧問ト爲セリ氏日本ニ渡來シテ裁判所ノ實況ヲ視
察シ拷問制度ノ行ハル、ヲ觀テ大ニ驚キテ非常ニ之ヲ攻撃シ一刻モ速ニ之ヲ
全廢シテ且ツ刑法ヲ改正スルノ必要ヲ論シタリ當時司法省ニ於テハ能ク裁判
制度ノ不完全ナルコトヲ熟知セルヨリ議忽チニシテ行ハレボアンナード氏乃
チ政府ノ命ヲ承ケテ自ラ起草者トナリ日本刑法治罪法ノ二法ヲ起草シテ之ヲ
政府ニ呈出セリ政府ハ之ヲ翻譯シテ元老院ニ送り其審議ヲ經タリ元老院ニハ
明律學者尙ホ多クボアンナード氏ノ草案ヲ審議シテ多少修正スル所アリ其決

議確定スルニ及テ明治十三年一旦之ヲ世ニ公ニシ越エテ十五年一月始メテ之ヲ實施シタリ是レ即チ今日ノ刑法ニシテ諸君カ是ヨリ將サニ研究セントスル法律ナリ

現行刑法ハ佛人ボアソナード氏ノ起草セシ所ノモノニシテ日本人ハ實ニ多少ノ修正ヲ爲シタルニ過キス故ニ現行刑法ハ十中ノ八九佛國刑法ノ精神ヲ採リシモノト云フテ不可ナル所ナシ凡ソ一國ノ法律ハ其國ノ風土人情習慣ニ適當スルニ非サレハ其用ヲ爲サ、ルモノナルコトハ何人モ稔知セル所ナリ然ルニ佛國刑法ノ精神ヲ以テ組成セル刑法ヲ以テ直チニ之ヲ日本國ニ行ヒタルハ極メテ大膽ナル政策ニシテ今日ヨリ之ヲ考フレハ實ニ危險ト云ハサル可カラス幸ニシテ非常ノ弊害ヲモ生スルコトナク遂ニ今日マテ吾人ノ生命財產ヲ保護スル唯一ノ機關ト爲リテ行ハレタリ然レトモ若シ當時日本人中ニ刑法學者アリテ外國法律ト日本法律トヲ參酌シ能ク日本ニ適當スル所ノ法律ヲ制定スル者アリシナラハ日本ノ犯罪ハ此二十年間ニ於テ今日ヨリモ好ク之ヲ退治スルヲ得タリシナルヘシ予ハ實ニ現行刑法ハ其力能ク日本ノ犯罪ヲ撲滅シ又ハ之

ヲ減少スルノ功ヲ奏スルニ足ルヤ否ヤニ付テ多少ノ疑ナキ能ハサルナリ或ハ知ラシ此現行刑法ハ其實施以來今日ニ至ルマテ日本ノ犯罪ヲ増加シタルモノニ非ラサルナキコトヲ佛國刑法ハ佛國革命時代ニ於テ制定サレタルモノニ係リ其ノ以前ニ於ケル佛國ノ刑法ハ未タ多少ノ殘酷ヲ免レサリキ其殘酷ナル刑法ハ革命當時ノ人民ヲ治ムルニ適當ナラサルモノトシテ別ニ今日ノ現行法タル佛國刑法ヲ制定シタリシナリ故ニ佛國今日ノ現行刑法ハ革命以前ノ殘酷ナル刑法ノ反動力ニ因リテ成リシモノナレハ其寬容ノ傾キヲ有セシハ當時ノ趨勢上然ラサルヲ得サルナリ是ヲ以テ刑法其物ニ付テ之ヲ觀察スレハ誠ニ寬容ニ失シタル刑法ナリト云フテ得ヘシ今日ニ至リ此刑法ヲ以テ佛國ノ民度ニ適當セサル所ノモノ多シト爲シ數十年來若々現行刑法ニ付キ部分改正ヲ爲シ或ハ監視ノ制度ヲ改ムルアリ或ハ刑ノ執行ヲ猶豫スルアリ其他必要ノ改正ヲ爲セルモノハ往々ニシテ之レアリ此佛國刑法ハ則チ日本刑法ノ母法ニシテ而シテ其母法既ニ佛國ノ社會ヲ治ムルノ力ヲ有セサルニ拘ハラス日本ハ却テ其儘之ヲ採リテ以テ實地ニ行フタルナリ夫レ改定律例ノ果シテ日本人民ニ適當セサ

ルヤ否ヤニ付キ未タ深ク之ヲ研究セシテ唯タ佛國刑法ノ外形上完美ナルモ
ノヲ見以テ直チニ之ヲ日本ニ實施シタルモノハ非常ナル刑法ノ急變ト云ハサ
ルヲ得ス而シテ其急變ノ弊害ハ之ヲ犯罪ノ増加ニ歸着セスンハアラサルナリ
如何トナレハ改定律例ニ定ムル所ノ刑罰ハ至テ嚴ニシテ而シテ現行刑法ノ刑
罰ハ甚タ寬ニ流レタレハナリ改定律例ニ於テハ贖金十圓以上ノ竊盜三犯ハ斬
ニ處ストノ刑アリシニ現行刑法ニ於テハ竊盜ノ再犯以上ハ僅ニ一等ヲ加フル
ニ過キスシテ其本刑ハ二月以上四年以下ノ重禁錮タルノミ然ラハ則チ改定律
例ノ時代ニ於テハ竊盜三犯以上ノ者ハ其生命ヲ賭セサルヲ得サリシニ現行刑
法ノ時代ニ於テハ何犯ニテモ四年ニ一等ヲ加フルノミニシテ如何ニ重キモ七
年ノ重禁錮ヲ超ニス此比較ヨリ論セハ今日ニ於テハ少クモ財産ニ對スル犯罪
ハ必ス明治十五年以前ヨリモ以後ニ於テ非常ニ増加セルモノト斷言シ得ヘシ
夫レ刑法ハ犯罪ヲ撲滅スルノ力ヲ有シ少クモ之ヲ減少スルノ效ヲ奏セサル可
カラス然ルテ現行刑法出テ而シテ犯罪愈々増殖セリトモハ是レ刑法ノ本旨ニ
反スルモノナリト云ハサル可カラス予ノ實際上ヨリ觀察スルモ現行刑法ハ今

日ニ在テ總テノ犯罪ヲ抑制スルニ付其威力頗ル薄弱ナルモノアルコトヲ信ス
ルナリ特ニ再犯以上ノ犯罪人ノ數益増加スルヲ見ハ何人ト雖モ予ノ言ヲ疑ハ
サルヘシ蓋シ再犯ノ多キハ刑法ノ威力ノ薄弱ナル確證ニシテ若シ刑法ノ威力
一層峻嚴ナラハ一タヒ此刑罰ニ觸レタル者ハ或ハ改悛シ或ハ長縮シテ容易ニ
再犯ヲ爲スニ至ラサレハナリ

第二章 犯罪ノ原因

犯罪ノ原因大別スレハ三アリ氣候社會並ニ犯人ノ身上ニ基クモノ即チ是ナリ
第一氣候 氣候ノ犯罪ニ及ス影響ハ頗ル大ナルモノアリ蓋シ人類ノ生活ニ必
要ナルモノハ衣食住ノ三ニシテ此三ヤ常ニ其一ヲ缺クヘカラサルモノナルモ
氣候ノ變動ニヨリテ多少其必要ノ程度ヲ異ニスルコトアリ冬ニ在リテハ衣食
住共ニ同等ノ必要アリト雖モ夏ニ在リテハ衣服ヲ要スルノ程度冬ニ比シテ稍
々減少ス而シテ人ハ我ヲ養フノ必要品多キヲ加フルニ從テ之ヲ求ムルノ道益
々困難トナル之ヲ求ムルノ道益々困難トナリテ而シテ之ヲ凌クコト能ハサル

トキハ則チ遂ニ罪ヲ犯スノ止ムヲ得サルニ至ルモノナリ之ヲ實際ノ經驗ニ徴スルモ冬ノ氣候ニ進ムニ從ヒ財產ニ對スル犯罪漸ク増加スルヲ見ル蓋シ冬ハ我ヲ養フノ必需品タル衣食ノ需用夏ニ比シテ頗大ナルカ故ニ財產ニ對スル犯罪増加スルナリ之ニ反シ夏期ニ至レハ身体ニ對スル犯罪増加スルヲ見ル抑モ暖和ノ氣候ハ人ノ精神ヲ發揚スルノ原因トナルモノニシテ精神ノ發揚其度ヲ越エソカ所謂ユル精神病者トナリ否ラサルモ其結果或ハ憤怒シ易ク或ハ耐忍ノ性ヲ失シ遂ニ人ト爭鬪ヲ醸シ身体生命ヲ害スルコト多シ之ヲ世界ノ地理ニ徴スルモ熱帶國ニ於ケル人種ハ其ノ性質概テ殘忍ニシテ生命身体ニ對スル罪ヲ行フモノ至テ多ク又寒帶國ニ於ケル人民ハ概テ溫順ニシテ人ヲ害スルコト極メテ少シ彼南洋群島中ニ食人島アルカ如キ臺灣生蕃ノ性慄悍ナルカ如キハ南方ニ位スル國ノ人種ノ殘忍ナルヲ證スルニ足リ又北極地方ニ住スルエスキモ一ノ人種ノ性質溫順ニシテ屢探見者ノ危難ヲ拯フコトアルカ如キハ北方ニ位スル地方ノ人種ノ從順ナルヲ證スルニ足ルヘシ又歐洲中ニ於テモ伊太利西班牙ハ其氣候最モ溫暖ナリ隨テ殺人犯ヲ出スコト甚タ多ク毎年平均七百乃至八

百ヲ昇降ス佛蘭西ハ此二個國ニ比シ人口頗ル多キニ拘ラス殺人犯ヲ出スコト平均二百乃至三百ニ過キス英吉利ニ至テハ其數一層減少ヲ見ル以是觀之氣候カ犯罪ノ一原因タルコトハ昭々トシテ明ナリ

此原因ヲ除クノ方法ハ到底人カノ能クス可キ所ニ非ラス冬ハ自ラ冬ニシテ夏ハ自ラ夏ナルナリ然レトモ生活ノ必需品ヲ求ルノ方法ニシテ少シク其宜キヲ得ルコトアラハ或ハ幾分カ救正ノ效果ヲ奏スルコトヲ得ン

第二社會 人類ハ社會ノ力ニ因ルニアラサレハ安全ニ其生ヲ保ツ能ハサルモノナリ然ルニ其社會カ犯罪ノ製造所ナリト云ハ、雖カ一驚ヲ喫セサル者アラソ今社會ノ事物ニ付キ犯罪ノ原因トナルヘキモノヲ舉クレハ殆ト數フルニ違アラスト雖モ就中其最モ主要ナルモノヲ舉クレハ左ノ如シ

(一)經濟上ノ關係 農事稔ラス商工業振ハサルトキハ則チ人民ノ生活甚タ困難トナリテ而シテ犯罪ノ數忽チ増加スルヲ見ルハ古今ノ通例ナリ然レトモ年豐ニシテ商工業活潑ナル時ニ方リ猶チ犯罪人ノ増加スルコトヲ見ルアリ蓋シ年豐ニ商工業活潑ナル時ニ於テハ何人モ生活ノ困難ヲ感セサルカ故ニ其

心自ラ忘情ニ流レ奢靡ニ傾キ其弊ノ及フ所遂ニ慣習ト爲リ勞働シテ以テ生活ヲナスコトヲ好マス博徒起リ遊民出テ正業ニ就カントスル者漸々減少シテ惡業ヲナス者愈増加スルニ至ル如斯遊民生シテ而シテ犯罪増加スルニ至ルハ生活ノ困難ナルヨリハ寧ロ其容易ナルニ基因ス當局者宜シク注意シテ適當ノ救正方法ヲ講スヘキモノナリ

(二) 教育 教育ハ人ノ智識ヲ發達シテ善良ニ導クヲ以テ其目的トナス然ルニ實際却テ屢々犯罪ノ原因トナルコトアリ元來無教育ノ徒カ罪ヲ犯スコト多キハ從來ノ經驗上明カナル所ニシテ現今監獄内ニ於テ簡易ナル教育法ヲ設クルモ亦犯罪人ノ數ヲ減セントスルノ趣旨ニ外ナラス然ルニ教育ヲ以テ犯罪ノ原因ナリト主張スル所以ノモノハ蓋シ實際ニ徴シ其例乏シカラサルニ因ルナリ魯國ニ於ケル盧無黨佛國ニ於ケル共產黨伊國ニ於ケル社會黨ノ如キ其爲ス所殘忍暴戾或ハ帝王ヲ殺シ或ハ皇后ヲ害シ或ハ豪産家ヲ倒シ或ハ一都府ヲ焦土ニシテ尙慷慨タラサルモノアリ凡ソ此等ノ人ハ其才智多クハ衆人ニ傑出シ其學識モ亦大ニ一世ヲ風靡スルニ足ル可キモノアリ若シ此等ノ

人ニシテ普通以上ノ教育ヲ受クルコトナカリセハ或ハ如斯罪惡ヲ犯スコトナケン理想ノ人ヲ制スル實ニ測ル可カラサルモノアリ豈ニ懼レサル可ケンヤ

且ツ教育ハ管ニ犯罪ノ原因タルノミナラス又大ニ犯罪ノ方法ヲ進歩セシムルコトアリ彼ノ爆裂藥ヲ使用スル犯罪ノ如キハ全ク化學ノ進歩ニ原因セスンハアラサルナリ

茲ニ一言スヘキコトアリ法律學ノ如キモ其研究ヲ誤ルトキハ則チ屢々詐欺取財ノ如キ不正手段ヲ行ヒ以テ人ヲ害スルコトヲ圖ルノ徒ヲ生スルニ至ルコトアリ諸君ヨ深ク此所ニ留意シ自己ノ懷抱スル利器ニ因テ却テ自己ヲ害スルカ如キコトヲ爲ス勿レ

(三) 政治思想 是レ亦犯罪ノ一原因タルヲ免レス蓋シ政治思想ノ熱度甚シキニ過クルトキハ則チ身ヲ損シ人ヲ害スルモ尙ホ願ミルコトヲ知ラサルニ至ル彼國事犯者ノ舉動又ハ議員選舉ノ場合ニ於ケル慘狀ヲ見ハ思ヒ半ニ過キン

(四) 新聞紙 新聞紙ハ文明ノ一大利器ナリ然ルニ予カ之ヲ以テ犯罪ノ一原因ト

ナス所以ノモノ蓋シ理由アリ諸君ヨ試ミニ毎日ノ新聞紙ヲ一覽セヨ必ス殺人強盜詐欺取財ノ如キ凡ソ重要ナル犯罪トシテハ一モ之ヲ掲ケサルモノナシ之ヲ購讀スル者不知不識ノ間其感化ヲ受ケテ而シテ犯罪ヲ企圖シ又ハ犯罪ノ方法ヲ發見スルコト亦尠シトセス新聞紙ノ取締其宜シキヲ得サルニ於テハ文明ノ利器モ亦却テ社會ノ害惡タラントス

(五) 遊藝 演劇ニ付テハ切リニ之カ改良ヲ唱フル者出テシヨリ近來大ニ面目ヲ改メタリト雖モ其改良ハ刑事學上ノ目的ニ出テタルニアラス特ニ演劇類似ノ興行ニ至テハ未タ會テ之カ改良ヲ企テタルモノアルヲ聞カス講釋師ノ如キ又講談師ノ如キ衆人公坐ノ場所ニ於テ惡漢毒婦ノ來歴ヲ説キ盜賊博徒ノ事蹟ヲ語り往々ニシテ賞贊ノ言語ヲ交ヘテ以テ之ヲ演スルノ結果愚民ヲ犯罪ニ誘引スルノ弊害ヲ生スルニ至ル現ニ或竊盜犯ノ語ル所ヲ聽クニ其初メ犯罪ニ陥リタルハ銀坐ノ某寄席ニ於テ義盜傳ノ講談ヲ聽キタルニ原因スト云ヘリ

(六) 法律 法律ハ犯罪ヲ撲滅スルノ要具ナルニ拘ハテス却テ反對ノ結果ヲ生スルコトアリ凡ソ一法律ノ發布アレハ必ス之ニ伴フニ犯罪ノ増加ヲ以テスルヲ見ル故ニ立法者一法律ヲ發布セントスルニ當リテハ先ツ其法律ノ必要ト之ヨリ生スル犯罪トヲ比較シ其必要ノ程度ハ犯罪ノ増加ヨリモ大ナルモノアルヲ確認シタル後ニアラサレハ猥リニ新法ヲ制定スヘキモノニアラサルナリ

其他人口ノ繁殖、食物ノ性質等ニシテ犯罪ニ影響ヲ及ボス所ノモノ亦甚タ寡ナシトセス
第三、犯人ノ身上 前述ノ二原因ハ犯人ヲ圍繞セル外物ヨリ來ルモノニシテ茲ニ掲クル所ノ原因ハ犯人ノ身上ニ基クモノナリ近來ノ學者犯人トナルヘキ人種ヲ類別シテ三種トセリ遺傳性ノ犯人、慣習性ノ犯人、偶發性ノ犯人即チ是ナリ
(一) 遺傳性ノ犯人トハ生レナカラニシテ犯人ノ血統ヲ承繼スルモノナリ猶ホ惡疾患者ノ子孫其遺傳ヲ受クルカ如シ然レトモ犯罪人中果シテ如斯種類アルヤ否ヤニ付テハ余ノ未タ研究セサル所ナルカ故ニ茲ニ之ヲ斷言スルヲ得ス
研究ノ結果後日或ハ其然ルヲ發見スルコトアルヘシ

(二) 慣習性ノ犯人トハ此世ニ生レテ以來生育ノ道宜キヲ得ス家庭ノ教育其當ヲ失ヒ近隣ノ交際其法ヲ誤リ漸次善良ノ性ヲ失ヒ一方ニ於テハ廉耻ノ心ヲ磨滅シ他方ニ於テハ殘忍ノ氣象ヲ增長シ惡業ヲ行フヲ以テ毫モ自ラ愧トナスヲ知ラサルノミナラス犯罪ヲ以テ人生ノ正業ナリト信シ刑罰ヲ以テ犯罪ノ租税ナリト考ヘ犯罪ニ因テ以テ其一生ヲ終ラントスル者ナリ如斯徒ハ再犯人連犯人等ニ於テ屢目撃スル所ニシテ毫モ刑罰ヲ恐レサル者ナルカ故ニ刑罰モ殆ト其威力ヲ失ハントス此性ノ犯罪ハ甚タ多ク現ニ市中ニ徘徊スル無賴ノ少年ニハ其統領アリテ之ヲ卒ヒ其不正方法ニ因リテ得タル收入ノ幾分ヲ得テ以テ犯罪ノ秘密ヲ教授ス此少年輩一旦成長スルニ及ヒテハ遂ニ著名ナル大盜賊トナラントス此惡業未タ發達セサル時期ニ於テ嚴峻ナル刑罰ヲ行フテ以テ之ヲ懲スコトアラハ或ハ社會ノ害ヲ減少スルニ至ランカ

(三) 偶發性ノ犯人トハ性質不善ナルニアラス行狀亦惡事ニ浸染シタルニアラス只一時ノ機會ニ制セラレテ偶然不良ノ念ヲ發シ犯罪ヲ執行スルニ至ルモノニシテ彼困窮者カ途上ノ遺失物ヲ拾得シ神經質ノ人カ憤怒ニ乘シテ他人ヲ

害スルカ如キ此類ナリ此類ノ犯人ハ生來ノ遺傳ナク又惡習ニ傳染シタルモノニモアラサルカ故ニ之ヲ矯正スルノ道亦容易ナリ然ルニ之ヲ顧ミスシテ妄リニ嚴刑ヲ科センカ遂ニ濫刑トナリ暴刑トナリ了ランノミ

以上三原因中其最モ嫌惡ス可キモノハ社會ヨリ來ルモノ犯人ノ身上ニ基クモノ即チ是レナリ而シテ刑事學ニ於テ研究スル所ハ單ニ犯人ノ身上ニ基ク原因ニアリトス

慣習性ノ犯人ハ生マレテ而シテ生長ノ途其宜シキヲ得サルカ爲メニ惡事ヲ行フコトニ慣レ殆ント其性ヲ成セル者ナレハ此種ノ犯人ニ對シテ刑罰ノ力ヲ恃ムテ以テ改悛セシメ之ヲ以テ善人ト爲スコトハ到底期ス可カラサルノ事業ナリ一タヒ罪ヲ犯シテ刑罰ヲ受ケ再ヒ罪ヲ犯シテ刑罰ヲ受ケ三タヒ罪ヲ犯シテ刑罰ヲ受ケ而シテ尙ホ罪ヲ犯シテ止マサル所ノモノハ既ニ刑罰ノ畏ル可キコトヲ知ラサルノ犯人ナリ刑罰ヲ畏レサルノ犯人ニ對シ刑罰ヲ以テ之ヲ懲治セントスルモ其功ヲ奏セサルヤ多辯ヲ俟タサルナリ之ニ反シ偶發性ノ犯人ハ一時ノ過誤ヨリ偶然罪ヲ犯スニ至リタルモノナレハ其罪ヲ犯スヤ忽チニシテ悔

悟ノ心ヲ起シ犯罪ノ再ヒス可キモノニ非サルコトヲ知レルモノナリ這種ノ犯人ニ於テハ實ニ刑罰ノ畏ル可ク監獄ノ忌ム可キヲ知レル者ナルカ故ニ之ニ加フルニ刑罰ノ制裁ヲ以テスレハ其苦痛ノ加ハルニ從ヒ益刑罰ノ畏ル可キコトヲ感シ隨テ益犯罪ノ再ヒス可カラサルコトヲ悟リ一旦獄ヲ出ツルヤ完全ナル善良ノ人トナリ此社會ニ伍スルコトヲ得ルモノナリ是故ニ刑法ノ規定ハ一ヲト雖モ之ヲ適用スルノ途ニ至リテハ必ス二ナカル可カラス即チ懲治ス可カラサル犯人ニ對スル場合ト懲治ス可キ犯人ニ對スル場合トヲ區別シテ此カ適用ヲ爲サ、ル可カラス

此ノ如ク刑罰ノ適用ハ犯人ノ種類ニ因リテ之ヲ異ニセサル可ラストスルトキハ則チ刑罰ノ輕重ハ必スシモ犯罪事實ノ輕重ノミニ準據シテ之ヲ定ム可キモノニ非ス爾ヲ換ヘテ之ヲ言ハハ犯罪ヨリ生スル損害ノ輕重ハ必スシモ刑罰ノ輕重ヲ定ムルノ標準トナル可キモノニ非サルナリ故ニ犯罪ノ所爲ハ輕微ナリト雖モ若シ其犯人ハ慣習性ノ種類ニ屬スル者ナルトキハ之ヲ罰スルコト必ス重カラサル可カラス之ニ反シ犯罪ノ所爲ハ重大ナリト雖モ若シ其犯人ハ偶發

性ノ種類ニ屬スル者ナルトキハ之ヲ罰スルコト輕カラサル可カラス但シ裁判官ハ立法者ノ豫定シタル規則以外ニ出テ、忘リニ刑罰ノ輕重ヲ定ムルコトヲ得可シト謂フニ非ラス必ス刑法ノ定メタル範圍内ニ於テ其輕重ヲ測ル可キハ論ヲ竣タサル所ナリ然ルニ實際ニ於テハ大ニ予ノ所論ト其趣ヲ異ニシ裁判所カ犯人ヲ罰スルニ當テハ概ネ先ツ犯罪行爲ノ輕重ヲ見テ其重キ者ニハ重キ刑ヲ科シ其輕キ者ニハ輕キ刑ヲ科スルヲ以テ通常トス例ハ茲ニ竊盜アリト假定セヨ之ヲ罰スルニ付テ贖額千圓ノ財物ヲ奪フタル者ト贖額一圓ノ財物ヲ奪フタル者トアレハ贖額千圓ノ者ニ對シテハ必ス重キ刑ヲ科シ一圓ノ者ニ對シテハ必ス輕キ刑ヲ科スルヲ以テ通例トナス予ノ主義ハ全ク之ニ反シ贖物ノ多寡ハ必スシモ刑ノ輕重ヲ測ルノ標準トナスニ足ラス宜シク犯人ノ種類ニ應シテ之カ輕重ヲ測ラサル可カラスト爲スカ故ニ若シ其千圓ノ竊盜カ偶發性ノモノニ屬スルトキハ之ヲ罰スルニ輕キ刑ヲ以テス可ク一圓ノ竊盜モ慣習性ノモノニ屬スルトキハ最重ノ刑ヲ科スルモ決シテ不可ナル所ナシ刑法ノ許ス限リハ重ク之ヲ罰シ一日モ永ク社會ヨリ之ヲ遮斷シテ其自由ヲ奪フニ若クハ無シ

此犯人カ一日長ク自由ヲ失ヘハ社會ハ一日永ク危害ヲ免ルヘシ到底刑罰ノ效力ニ依リ其非ヲ改ムルコトヲ知ラス刑罰ハ自己營業ノ租税ナリト爲ス者ニ對シ尙ホ刑罰ニ由テ之ヲ懲戒セント爲スハ殆ソト朽木ヲ彫スルニ均シ其功ナキヤ明カナリ凡ソ刑罰ノ目的ニツアリ一ハ犯罪ノ遮斷法トナリ一ハ犯罪ノ懲戒法ト爲ルノ目的ヲ有ス懲治ス可カラサルノ犯人ニ對シテハ刑罰ハ遮斷法ト爲リ此犯人ト社會トノ間ヲ遮斷シテ社會ノ害ヲ少クスルノ目的ヲ有シ懲治ス可キ犯人ニ對シテハ刑罰ハ懲戒法ト爲リ之ヲ以テ犯人ヲ善道ニ導クコトヲ得ルナリ世ノ論者此刑罰ヲ以テ單一ニ或ハ懲戒ノ目的ニ出ツルモノトシ或ハ改良ノ目的ニ出ツルモノトシ或ハ威嚇ノ目的ニ出ツルモノトナシテ種々ノ說ヲ爲スト雖モ是レ未タ刑法學ノ進歩セサル時代ニ行ハレシ說ニシテ到底今日採用ス可キノ論ニ非サルナリ

第三章 刑罰權

凡ソ生ヲ得テ地球ニ存在スルモノ一物トシテ生命ノ保存ヲ欲セサルモノアラ

ス故ニ其生存ニ對シテ之ヲ侵害セントスル者アレハ之ヲ防衛スルノ方法ヲ有ス地球上ノ生存物カ防衛ノ方法ヲ有スルハ是レ皆其生存ヲ保存セントスルノ目的ニ外ナラス角アルモノハ突テ而シテ防衛セント欲シ蹄アルモノハ蹴テ而シテ防衛セント欲シ牙アルモノハ嚙テ而シテ防衛セント欲ス或ハ孤立シテ而シテ防衛スルモノアリ或ハ群集シテ而シテ防衛スルモノアリ防衛ノ方法ニ至リテハ動物ノ性ニ從フテ異ナル所アリト雖モ其生命ヲ保存セントスルノ目的ニ付テハ皆ナ一ナリ然ルニ人ハ此世ニ生マレテ而シテ牙ヲ備フルニ非ス蹄ヲ有スルニ非ス又角ヲ存スルニ非サルカ故ニ其生命ヲ防衛セントスルニ付テ甚タ困難ヲ生ス若シ夫レ人ハ禽獸ト等シク孤立シテ而シテ生活セサル可カラストセハ弱肉強食管ニ人相害スルノミナラス屢他ノ動物ノ爲メニモ亦侵害ヲ受クルノ虞ナシトセス人自ラ稱シテ萬物ノ靈ナリト云フ而シテ我レ自ラ防衛スルノ途ヲ知ラストセハ實ニ禽獸ニ耻ツルモノト謂ハサル可カラス人果シテ防衛ノ具ナキ軟人ハ各人ニ於テ防衛ノ具ナク生命ヲ完フサルノ危キヲ知ル是ニ於テ乎人ハ社會ヲ設ケ社會ノ聚合力ニ依リテ以テ自ラ生命ヲ保存スルノ備ト

爲サント欲シタリ故ニ人ニ社會アルハ他ノ動物ノ各自ニ防衛ノ具ヲ備フルカ
 如シ他ノ動物ニシテ一日モ防衛ノ具ナクハ自ラ生存スルコト能ハス人ニシ
 テ一日モ社會ナクハ自ラ生活ヲ安ニスルコト能ハス已ニ社會ノ聚合力ハ人
 ノ生命ヲ維持スルニ必要ナル防衛ノ具ナリトセハ社會ノ生存ト人ノ生存トハ
 必ス相待ツニ非サレハ其全キヲ得ルモノニ非ス故ニ人其生命ヲ維持セント欲
 セハ必スヤ社會ノ保全ヲ謀ラサル可カラス社會保全セラレサレハ則チ人ノ防
 衛權茲ニ亡ヒテ而シテ人ノ生命モ亦共ニ亡ヒサルヲ得サルニ至ル今夫レ犯罪
 ハ社會ノ生存ヲ害スルヲ以テ其目的ト爲ス犯罪亡ヒサレハ社會ノ生存全キヲ
 得ス社會ノ生存ヲ全フスルニハ犯罪必ス亡ヒサルヲ得ス即チ社會ト犯罪トハ
 氷炭相容レサル所ノ性質ヲ有シ決シテ兩立ス可キモノニアラサルナリ犯罪亡
 ヒサレハ社會ノ生存全キヲ得ス社會ノ生存全カラサレハ人ノ生存モ亦危キニ
 陷ルモノナレハ人自ラ其生存ヲ全フセント欲セハ必ス社會ノ安全ヲ謀ラサル
 可カラス社會ノ安全ヲ謀ルニハ此犯罪ヲ防衛セサル可カラス而シテ犯罪ヲ防
 衛スルノ手段ハ實ニ刑罰權ニアレハ刑罰權ハ則チ社會ノ防衛權ト云フ毫モ其

不可ヲ見サルナリ

論者曰ク防衛權ハ現在又ハ將來ノ危害ニ對シテ之ヲ行フヘシ過去ノ危害ニ對
 シテ之ヲ行フヘカラス現ニ危害ノ切迫スル歟又將サニ切迫セントスル場合ニ
 臨ンテ我身ヲ全フスルノ目的ヲ以テ防衛權ヲ行フモノナレハ防衛權ハ則チ自
 存權ノ異名ニ過キスト謂フモ不可ナル所ナシ然ルニ我生命已ニ亡ヒ我財產已
 ニ奪ハレタル後ニ至リテ尙キ且防衛權行ハル可シト謂ハ、此防衛權ハ果シテ
 何ヲ目的トシテ成立スルモノナルカ刑罰權ハ常ニ犯罪ニ對シテ之ヲ行フモノ
 ナリ而シテ犯罪ハ危害ノ發生ト共ニ發生スルモノナルカ故ニ之ヲ罰スルノ刑
 罰權ハ常ニ過去ノ危害ニ對シテ之ヲ行フモノト謂ハサル可カラス世豈ニ此ノ
 如キ防衛權アラザト

是レ反對論ノ最モ鞏固ナルモノナリ然レトモ論者ハ刑罰ノ目的ヲ誤レルカ故
 ニ此ノ如キ論難ヲ爲スニ至リタルモノナリ若シ論者ニシテ能ク刑罰ノ目的ヲ
 明カニスルアラハ決シテ此ノ如キ論難ヲ試ミルコトヲ爲サ、ルヘシ論者ハ刑
 罰ヲ以テ過去ノ危害ヲ罰スルモノナリト云フ即チ過去ノ危害ニ對スル復讐ヲ

行フモノナリト云フ(刑罰權ハ復讐主義ニ出ツルモノナリトノ議論ヲ爲セル者ナキニ非ス又往古ノ刑法ノ主義ニ於テハ大抵刑罰ヲ以テ復讐ナリト信シタリ今日ニ於テモ尙ホ刑罰權ハ社會ノ復讐權ナリトノ辭ヲ爲ス者アリ故ニ刑罰ヲ以テ復讐ナリト云フハ必スシモ怪シムニ足ラス)ト雖モ刑罰ハ決シテ過去ノ危害ニ害シテ復讐ヲ行フカ爲メニ之ヲ用ユルモノニ非ス過去ノ危害ヲ罰シ因テ以テ現在又ハ將來ノ危害ヲ豫防セソコトヲ欲スル者ナリ何ヲ以テ之ヲ言フ今犯人ハ人ヲ殺シ又ハ火ヲ放テリト假定セヨ既ニ殺サレタル者ハ再ヒ活カス可カラス既ニ燒燼セル家屋ハ之ヲ甞ニ復ス可カラス故ニ死者ノ爲メ又燒燼ノ家屋ノ爲メ防衛ヲ行フノ必要ナキコトハ三尺ノ童子ト雖モ能ク之ヲ知ル然レトモ人ヲ殺シ火ヲ放テル者ニ對シテ尙ホ刑罰ヲ科スル所以ノモノハ彼カ再ヒ人ヲ殺シ火ヲ放ツノ危害ヲ防カソコトヲ欲シ又彼ニ倣フテ人ヲ殺シ火ヲ放ツノ危害ヲ爲ス者アルヲ防カソコトヲ欲スルノミ試ミニ刑法ナシト假定セヨ人ヲ殺シ火ヲ放ツ者アルヲ誰カ得テ之ヲ制セム故ニ一タヒ人ヲ殺シタル者ハ再ヒ人ヲ殺スヘク又三タヒ人ヲ殺スヘク一タヒ火ヲ放チタル者ハ再ヒ火ヲ放ツヘク又

三タヒ火ヲ放ツヘシ而シテ幾タヒ人ヲ殺シ幾タヒ火ヲ放ツモ之ヲ制スル者ナクソハ予ト雖モ或ハ之ヲ行ハソ或ハ之ヲ再三セソ獨リ予カ之ヲ再三スルノミナラス予ト威ヲ同ウスル者亦予ノ所爲ヲ學ヒ殺人放火ノ犯罪ヲ再三スルニ至ラン此ノ如クニシテ日本全國殺人放火ノ犯罪熾ニ行ハル、モ得テ之ヲ制スルモノナクソハ社會ノ安寧ハ果シテ能ク之ヲ維持スルコトヲ得ル歟吾人ハ果シテ能ク一日モ其枕ヲ高クスルコトヲ得ル歟今日吾人カ多少其枕ヲ高クスルコトヲ得ル所以ノモノハ是レ全ク刑法ノ德ニ依ラスソハアラス即チ刑罰ノ力ニ依リテ以テ一タヒ人ヲ殺シタル者ヲ制裁シ一タヒ火ヲ放チタル者ヲ制裁スルニ因リ現ニ殺人放火ノ罪ヲ犯シタル者ハ其所爲ヲ再ヒスル能ハサルノ地位ニ立チ又之ニ倣ハントスル者ハ之ニ因リテ獨リ自ラ戒ムルニ至ル畢竟此社會ニ於テ犯罪ノ増殖其著シキヲ加ヘサル所以ノモノ是レ皆過去ノ犯罪ヲ罰シテ將來ノ犯罪ヲ豫防スルノ結果ナラスソハアラス刑法ノ目的果シテ茲ニ在リトセハ刑法ハ一個人ノ有スル防衛權ト等シク現在又ハ將來ニ對シテ危害ノ防衛ヲ爲スモノナルコト毫モ疑ヲ容レサルナリ是レ予カ論者ノ批難ハ畢竟刑罰ノ

目的ヲ誤解スルノ過ニ坐シタルモノナリト云フ所以ナリ
 論者又曰ク刑罰ノ目的茲ニ在リトスルモ尙キ未タ刑罰權ヲ以テ防衛權ト同視
 ス可カラサルモノアリ一個人カ防衛權ヲ行フハ必スヤ眼前急迫ナル危害ニ遭
 遇シタル場合ニ於テセサル可カラス然ルニ社會カ犯罪ノ侵害ヲ受クルニ方リ
 テハ既ニ行ハレタル犯罪ニ對シテノミ刑罰權ヲ行フニ過キスシテ其犯罪以外
 ニ何等急迫ナル危害ノ到來セルモノアルヲ見サルナリ現在又ハ將來ニ於ケル
 危害ヲ豫防スト云フト雖モ其現在又ハ將來ノ危害ハ一モ眼前ニ顯ハレサルニ
 非スヤ茲ニ人アリ將來我ヲ害スルナラントノ豫想ヲ以テ其人ヲ殺サハ果シテ
 我ハ防衛權ヲ行フタリト云フコトヲ得ルヤ若シ社會ハ未タ顯ハレサル危害ニ
 對シテ之ヲ防衛シ得ト云ハ、一個人ト雖モ未タ侵害ヲ受ケサルニ先タチ自ラ
 猶ソテ防衛權ヲ行ヒ得ト云ハサル可カラス果シテ此ノ如クソハ防衛權ヲ許ス
 ノ害ハ却テ之ヲ許サ、ルノ害ヨリ大ナルヘシ若シ強テ刑罰權ヲ以テ防衛權ナ
 リト云ハ、是レ未タ顯ハレサル危害ニ對スル防衛權ナルヲ以テ到底真正ノ防
 衛權ナリト謂フヲ得スト

此論亦一理ナキニ非ラス然レトモ是レ論者ハ一個人ニ對スル危害ト社會ニ對
 スル危害トヲ混一ニシテ論スルモノナリ一個人ハ眇タル一身軀ノ外ナク此一
 身軀ニ對スル危害ハ或ハ時アリテカ來リ或ハ時アリテカ來ラス即チ一個人ニ
 對スル危害ハ常ニ間斷アリテ發生スルモノナリ而シテ一個人ハ危害既ニ發生
 シテ我ニ迫レルトキニ非サレハ防衛權ヲ行フヘキモノニ非ス然レトモ社會ノ
 危害ハ少シク之ニ異ナルモノアリ社會ノ危害ハ單ニ吾人カ一身ノ存在スル場
 所ニ於テ之ヲ目標セサルトキハ則チ是レ社會ニハ危害ナシト速了スル能ハス
 今此場所ニ於テハ危害ハ現在セサルモ他ノ場所ニ於テハ危害必ス現在スヘク
 其他ノ場所ニ於テモ亦危害必ス發生スヘシ試ミニ日本全國ノ犯罪ノ事實ヲ想
 像セヨ其ノ夜ト無ク盡トナク間斷ナク犯罪ノ發生シツ、アル事實ヲ見ハ社會
 カ犯罪ノ危害ヲ受クルノ瞬時モ間斷ナキコトハ何人モ疑テ容ル、ノ餘地ナカ
 ルヘシ此危害ニ對シテ防衛ノ要術ニ立ツ警察官ヲ目スルニ不眠官ノ名稱ヲ附
 スルカ如キ亦以テ之ヲ證スルニ足ル社會ノ危害カ既ニ此ノ如ク間斷ナク發生
 スルモノトセハ社會ハ常ニ間斷ナク防衛權ヲ行ハサル可カラス論シテ茲ニ至

レハ社會ノ危害ハ間斷ナキモノニシテ其危害ヲ撲滅スルカ爲メニ用ユル刑罰
權ハ是レ即チ社會ノ自存ヲ謀ル爲メナルヲ以テ之ヲ名ツケテ防衛權ト云フモ
亦妨ナカルヘシ

論者又曰ク若シ刑罰權ヲ以テ防衛權ト爲サハ社會ノ安寧ヲ害スル行爲ハ如何
ナル行爲ト雖モ盡ク之ヲ罰セサルヲ得スト云フニ至ラム之ヲ換言スレハ社會
ハ其危害ヲ防衛スルニ付テハ無制限ニ其權力ヲ用ユルニ至ルヲ以テ屢々一個
人ノ權利ヲ傷フノ弊害ヲ見ルニ至ラム刑罰ハ一方ニ於テハ社會ノ生存ヲ防衛
スルヲ要シ他ノ一方ニ於テハ正義ノ軌道ヲ脱セサルコトヲ要ス即チ不正ノ刑
罰ハ之ヲ行フヘキモノニ非ス然ルニ若シ防衛主義ニ出ツルモノトセハ苟モ防
衛ニ必要ナルトキハ如何ナル行爲モ之ヲ罰スルコトヲ得ルヲ以テ刑罰ハ殆ソ
ト正義ノ原素ヲ滅却スルニ至ルヘシ隨テ刑罰ハ不正不義ノ性質ヲ帶フルニ至
ルヘシト

然レトモ社會カ防衛權ヲ有スト云フト雖モ其防衛權ハ之ヲ濫用シテ可ナリト
云フニ非ス無制限ニ之ヲ用ユルモ亦不可ナル無シト云フニ非ス即チ社會カ防

衛權ヲ行フニ付テハ必スヤ其制限ナカル可ラス論者ニシテ其制限アルコトヲ
知ラハ又必ス首肯スル所アラム何チカ防衛權ノ制限ト云フ曰ク社會ハ其有ス
ヘキ權利以上ノモノヲ行フノ權利ヲ有スルモノニ非サルカ故ニ社會ノ防衛權
ハ社會ノ權利ヲ以テ之ヲ制限スルナリ元來人カ社會ヲ組織セシハ其目的各自
ノ生存ヲ企テスルニ在リ人若シ社會ノ組織ヲ成サレハ生存競争ノ結果弱肉
強食各々自ラ其生命ヲ全フスルコト能ハサルニ至ル是ニ於テ平人カ此世ニ在
テ生存スルニ付テハ何人モ能ク其生存ヲ全フスル所以ノ道ヲ謀ラサル可カラ
サルノ思想ヲ起シ各人カ其生存ニ必要ナル權利義務ノ關係ヲ定メ各人チシテ
能ク其權利ヲ行ヒ其義務ヲ盡クスノ途ヲ得セシメンコトヲ欲シタリ權利トハ
各人カ生存ニ付テ自ラ行フコトヲ得ルノ能力ナリ義務トハ各人カ自ラ爲スコ
トキ戒ムル能力ノ制限ナリ即チ各人ハ其生活ニ付テ之ニ必要ナル總テノ行爲
ヲ行フノ能力ヲ有スト雖モ總テノ能力ヲ行フテ之ヲ制限スル所ナケレハ他人
ノ能力ト必ス接觸スルニ至ルカ故ニ其接觸ヲ避ケンカ爲メ各人ノ有スル能力
ノ上ニ多少ノ制限ヲ置キタリ其制限ヲ名ツケテ義務ト云フ各人ハ各々一區ノ

領域ヲ占有シ其領域内ニ於テハ自由ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ルモ一步モ其領域以外ニ出ツルコトヲ許サス故ニ予ハ自由ノ權ヲ以テ予ノ領域ヲ守リ他人ノ之ヲ侵害スルコトヲ許サス又他人ノ領域ヲ侵害スルコトヲ爲サ、ルナリ如斯各人ヲシテ自ラ行フコトヲ得ヘキモノト其得ヘカラサルモノトノ分界ヲ明ニシテ之ニ由ラシムル所ノモノハ則チ社會ノ力即チ法律命令ノ力ニ在リ蓋シ人カ社會ヲ設ケシハ各人ヲシテ此權利ノ領域ニ安ンセシムルカ爲メ又義務ノ分界ヲ超エサラシメンカ爲メナリ即チ社會ハ各人ヲ強制シテ其本領ヲ出ツルコト無ラシムルヲ以テ其目的トナシ他ニ何等ノ目的ヲ有スルコト無シ社會ハ此目的ヲ達セムカ爲メ一ノ無形人ト爲リテ人民ノ上ニ至大ノ權力ヲ行フモノナリ一旦權利義務ノ關係定マレハ予ノ所有權ニ屬スル物ハ何人モ之ヲ奪フ能ハス予モ亦他人ノ所有權ニ屬スル物ハ之ヲ奪フ能ハス人皆自己ノ權利ヲ行ヒ自己ノ義務ヲ盡クシテ各其安ソスル所ヲ如ラハ社會ハ實ニ安寧ナリ然ルニ其堅牢ナル社會ノ組織ニ對シテ之ヲ破ラントスル者アリ他人ノ權利ヲ侵ス者アリ自己ノ義務ヲ行フコトヲ欲セサル者アリ是ニ於テ乎社會ハ之ヲ強制シ之ニ對

シテ制裁ヲ加ント欲スルナリ此制裁ヲ名ケテ刑罰權ト謂フ故ニ社會ハ如何ナル侵害ニ對シテモ無制限ニ刑罰權ヲ行フノ必要ナク又之ヲ行フノ理ナシ社會ノ強制力ハ此權利義務ヲシテ各其所ヲ得セシムルニ止マリ此以上ニ出ツルコト能ハス若シ社會カ其侵害ヲ口實トシテ權利以上ノ事ヲ行ヒ些細ノ侵害ニ對シテ至大ノ權利ヲ行ヒ一微物ノ竊取ニ對シテ其人ヲ殺スカ如キコトヲ爲サハ社會ハ權利義務ノ關係ヲシテ其所ヲ得セシムルニ非スシテ却テ之ヲ蹂躪スルモノタリ世或ハ此ノ如キ立法者ヲ出スコト無シトセサルヘシ然レトモ是レ社會侵害者ノ一人ニシテ決シテ正當ノ立法者ナリト謂フ可カラズ天定テ而シテ後チ人ニ勝ツ假令一時社會ノ軌道ヲ脱スルノ立法者ヲ出タスコトアルモ何レノ日ニカ常道ニ復歸スルノ時ナカラシヤ社會カ防衛權ヲ行使スルハ各人ノ權利義務ヲシテ其所ヲ得シムルニ止マルノミ其程度ヲ超ヘテ而シテ之ヲ行フコトヲ得ルモノニ非ラサルナリ故ニ論者カ防衛權ノ名稱ヲ以テ不正不義ノ刑罰權ヲ行フニ至ルノ悞アリト云フハ道理上之ヲ承認スルコトヲ得ス若シ論者ノ說ノ如ク社會ハ其有スル權利以外ニ於テ尙ホ權利ヲ行フコトアリトセハ是レ

社會ハ既ニ開罪時代トナリ了ハリシ時ナリ
 論者又曰ク防衛權ニ付テハ多少ノ制限アリトスルモ或ハ一個人ノ德義ヲ傷フ
 ノ弊害ヲ生スルコト無キヤ刑罰ハ社會生存上ノ必要ヨリスル防衛ナリト云ハ
 、如何ナル行為モ皆之ヲ防衛シ之ヲ處罰スルヲ得ヘク嘉言善行モ亦之ヲ社會
 ノ危害ト認メハ之ヲ處罰スルヲ得ヘク刑法ノ區域ハ道德ヲ蹂躪スルニ至ラム
 ト
 然レトモ是レ亦論者カ道德ノ定義ニ付キ見解ヲ下ス其宜シキヲ得サルヨリ此
 ノ如キ議論ヲ爲スニ至レルノミ道德ハ相對的ノモノニ非ス必スヤ絕對的ノモ
 ノタラサル可ラス社會ノ或部分ニ對シテハ道德タルモ他ノ部分ニ對シテハ不
 道德ナルモノハ則チ之ヲ真正ノ道德ト云フヲ得ス真正ノ道德ハ一個人ニ對シ
 テモ道德タリ社會ニ對シテモ亦道德タルヘシ一個人ニ對シテ道德タルノ外觀
 アルモ社會ニ對シテ其安寧ヲ危害スルモノハ社會ニ對スル不道德タルヲ以テ
 其行為ハ真正ノ道德ニ非ス茲ニ人アリ老母病ニ臥スルモ窮困ニシテ之ヲ看護
 スル所以ノ途ヲ得ス而カモ拱手座視スルニ忍ヒス乃チ他人ノ財物ヲ竊取シテ

以テ其看護ヲ盡クセリトセヨ其心ヲ問ハ、實ニ老母ノ垂死ヲ座視スルニ忍ヒ
 サル至孝ノ情ニ出ツルナリ然レトモ其孝道ヲ全フセムカ爲メ他人ノ財物ヲ竊
 取スルハ直チニ社會ノ安寧ヲ害スルモノタリ孝道ノ爲メニハ社會ノ安寧ヲ害
 スルノ權利アル歟何人モ之ヲ是認スル能ハサルヘシ然ラハ則チ一方ニ於テ社
 會ノ安寧ヲ害スルノ行為ハ他ノ一方ニ於テ道德ノ行為タル可キモノニ非ラス
 即チ一個人ニ對シテ道德タルモノハ必ス社會ニ對シテモ亦道德タラサル可カ
 ラス社會ノ安寧ヲ害スル行為ハ必ス一個人ニ對シテモ亦不道德タルヘシ是ヲ
 以テ刑罰權ハ防衛權ナリト云フモ未タ曾テ道德ヲ毀損スルノ害アルヲ知ラサ
 ルナリ

第一 犯罪編

第一卷 犯罪事實

第一章 犯罪ノ定義

犯罪ノ定義ハ各刑法學者ニ於テ異ナリ嘗ニ其探ル所ノ主義同シカラサルカ故ニ異ナルノミニ非ラスシテ同主義ノ學者ノ間ニ在リテモ亦多少ノ異同ナキ能ハス予ハ殆ト其探擇ニ苦シマントス故ニ予ハ予ノ主義ニ依リ自ラ定義ヲ下タスコト左ノ如クセント欲スルナリ是レ亦批難ヲ免レサルヘシト雖モ予ハ之ヲ以テ其ノ正鵠ニ庶幾スルモノト信ス

犯罪トハ刑罰ノ制裁アル法律ニ依リ豫メ禁制又ハ命令シタル事項ニ違反スル行爲ヲ謂フ

此定義ヲ説明スルニハ之ヲ分析シテ三要件ト爲スヘシ
第一要件 刑罰ノ制裁アル法律アルコトヲ要ス

凡ソ法律ハ其目的一國ノ安寧秩序ヲ維持スルニ在リト雖モ總テノ法律盡ク同一ノ目的ヲ有スト云フコトヲ得ス或ハ國家ノ公益ヲ維持スルヲ目的トスルモノアリ或ハ一個人ノ私益ヲ保護スルヲ目的トスルモノアリ一個人ノ私益ヲ保護スル法律ハ之ニ違背スルモノ何等ノ制裁ヲシ即チ一個人ハ其ノ私權ヲ拋棄シ得ルヲ以テ私益ニ關スル法律ノ保護ヲ受ケサルコトヲ得ヘシ此種ノ法律ハ主

トシテ民法ヲ推ス而シテ國家ノ公益ヲ維持スル法律ニ至リテハ何人ト雖モ之ニ違背スルコトヲ許サス若シ之ニ違背スル時ハ其制裁二種アリ一ハ其違背ノ所爲ヲ無効トスルニアリ一ハ其所爲ヲ行ヒシ者ヲ處罰スルニアリ而シテ犯罪構成ノ一要件タル法律ハ則チ此刑罰ノ制裁アル法律ヲラサルヘカラス是ニ於テ乎刑罰トハ如何ナルモノヲ謂フ乎之ニ付テ一言セサルヲ得サルナリ蓋シ刑罰ノ制裁アル法律ハ必スシモ刑法ニ於テス可キモノニ非ラス刑法以外ノ法律ニシテ尙ホ之ニ違背スルトキハ刑罰ノ制裁ヲ科スルコトヲ規定セルモノ尠カラス諸稅則及ヒ取締ニ關スル規則等即チ是ナリ刑事訴訟法民事訴訟法等ニモ亦刑罰ノ制裁ヲ設ケタル規定アリ證人ノ召喚ヲ受ケテ故ナク出廷セサル者ニ罰金ヲ科スルノ規定ノ如キ又商法ニ於テ法人ノ組織ヲ爲サ、ル可カラサル者ニシテ法人ノ届出ヲ爲サ、ル場合ニ於テ其届出ノ怠慢ヲ處罰スル規定ノ如キ即チ是ナリ凡ソ此ノ如キ或事項ニ違背スルトキハ其制裁トシテ刑罰ヲ科スルノ規定ヲ設ケアル場合ハ其刑罰ノ身體自由ニ關スルモノト將タ財産ニ關スルモノトヲ問ハス皆之ヲ指シテ刑罰ノ制裁アリト云ヒ而シテ其制裁ハ刑事裁判

所ニ於テ之ヲ科スルト民事裁判所ニ於テ之ヲ科スルトヲ問フコト無シ但タ茲
 ニ一言ノ注意ヲ要スルモノハ則チ懲戒法ナリ方今裁判所ニ於テ適用スル懲戒
 法ニ二種アリ即チ裁判官ニ關スル懲戒法及ヒ辯護士ニ關スル懲戒法即チ是ナ
 リ此懲戒法ハ豫メ制裁ヲ設ケ或事項ニ違反スルトキ即チ之ヲ罰スルヲ目的ト
 スル法律ナリ故ニ其性質ハ恰モ刑罰ノ制裁アル法律ナリト云フヲ得可キカ如
 シ然レトモ懲戒法ノ懲戒ハ全ク刑罰ト同シカラサルモノタルコトヲ知ラサル
 可カラス其刑罰ト同シカラサル要點ハ三アリ(一)其目的ニ於テ異ナリ即チ懲戒
 法ノ目的ハ或業務ノ執行ヲ確實ニスルニ在リ故ニ其業務ニ任スル者ニ於テ其
 業務ヲ執行スル爲メニ命セラレタル特別ノ義務ヲ盡クサル場合ニ限り始メ
 テ此懲戒法ノ制裁ヲ受クルニ至ルモノナリ一般人民カ一般ノ法律命令ニ違背
 スル場合ト全ク其趣ヲ異ニス(二)其性質ニ於テ異ナリ即チ普通ノ刑罰ハ人ノ財
 産名譽自由身體ニ對シテ痛苦ヲ與フルノ性質ヲ有シ懲戒法ノ制裁ハ唯タ其業
 務ノ執行ニ必要ナル程度ニ止マル之ヲ輕クシテハ譴責之ヲ重クシテハ除名若
 クハ免官ニ過キス(三)其證據方法ニ於テ異ナリ即チ普通刑事ノ裁判ニ於テハ必

ス證據ノ上ニ多少ノ辯論ヲ經ルヲ要シ所謂確實ナル證據ノ存スルニ非ザレハ
 有罪無罪ヲ決スルコトヲ得ス之ニ反シ懲戒法ニ依ル處分ハ確實ノ證據ヲ要セ
 ス證據ニ付キ何等ノ辯論ヲモ經ス或事實アルコトヲ推測スルニ足ル可キモノ
 アレハ直チニ其制裁ヲ科スルコトヲ得ヘシ
 第二要件 禁制又ハ命令ノ事項アルコトヲ要ス
 人ノ行爲ハ自由ヲ以テ其本然トナス若シ法律ニ於テ之カ制限ヲ爲スコト無ク
 ンハ如何ナル行爲ヲ爲スモ他人ハ之ヲ咎ムルコトヲ得ス然ルニ法律ハ此人ノ
 自由ナル行爲ヲ制限シテ或ハ爲ス勿レト禁制シ或ハ爲スヘシト命令スルコト
 アリ法律カ爲ス勿レト禁制セルトキハ人ノ行爲ハ其禁制ノ範圍内ニ於テハ全
 ク自由ヲ失ヒタルモノナリ法律カ爲スヘシト命令セルトキモ亦人ノ行爲ハ其
 命令ノ範圍内ニ於テハ全ク自由ヲ失ヒタルモノナリ即チ禁制ノ場合ニハ進ム
 コトヲ得ス命令ノ場合ニハ進マサルコトヲ得ス孰レモ自己ノ意思ニ反シテ爲
 サント欲スル所ヲ慎ミ爲スヲ欲セサル所ヲ爲スニ至リ此範圍内ニ於テハ人ハ
 自由ナシト謂フヘシ此ノ如ク人ノ行爲ニ付キ一種ノ疆界線ヲ劃シテ其線ヲ超

エルトトヲ得サラシム此規定ハ則チ所謂禁制又ハ命令ノ事項ナリ故ニ若シ法律ニ於テ刑罰ノ制裁ヲ設ケ豫メ禁制又ハ命令ノ事項ヲ定メサレハ人ハ如何ナル禁制ヲ犯スコトヲ得サル歟又如何ナル命令ニ従ハサルコトヲ得サル歟之ヲ知ルニ由ナク隨テ之ニ對シテ刑罰ノ制裁ヲ科スルヲ得サル可シ即チ此制裁ヲ科スルコトヲ得ルハ豫メ禁制又ハ命令ノ範圍ヲ設ケ其範圍ニ於テスルニ非サレハ自由ノ行爲ヲ爲スヲ得スト定メタルカ爲メナリ

第三要件 其事項ニ違反スル行爲アルコトヲ要ス

其事項ニ違反スル行爲トハ必ス外部即チ社會ニ表白シタルモノナラサル可カラス蓋シ犯罪ハ社會ノ安寧秩序ヲ妨害スルカ爲メニ之ヲ處罰スルモノナリ既ニ然ラハ其違反ノ行爲ハ必ス社會ニ影響ヲ及ホス所ノモノナラサル可カラス其行爲カ未タ社會ニ對シテ何等ノ影響ヲ及ホサルモノ之ヲ換言セハ尙ホ人ノ意思中ニ在リテ未タ行爲トシテ外部ニ出テサルモノハ假令違反ノ行爲ナリトスルモ未タ曾チ社會ニ何等ノ關係アラサルヲ以テ社會ハ之ニ對シテ處罰ノ權利ヲ有セス即チ侵害ノ事實ナキ以上ハ防衛權ヲ云フノ理ナキナリ故ニ違反

ノ行爲ハ必ス外部ニ表白シタルモノナラサル可カラス違反ノ行爲ニ二種アリ一ハ作爲ノ行爲一ハ不作爲ノ行爲即チ是ナリ作爲ノ行爲トハ我レ自ラ進ンテ法律ノ禁制シタル事項ヲ爲スコトヲ謂ヒ不作爲ノ行爲トハ我レ自ラ退キテ法律ノ命令シタル事項ヲ爲サルコトヲ謂フ例ヘハ刑法カ人ノ生命ヲ保護セント欲シテ人ヲ殺ス勿レト禁制シ人ノ財産ヲ安固ニセント欲シテ人ノ財産ヲ奪取スル勿レト禁制セルニ其禁制ニ従ハス自ラ進ンテ人ヲ殺シ人ノ財物ヲ奪取セハ是レ自ラ進ミテ其事項ヲ爲スニ因リ罪ヲ成スモノニシテ即チ作爲ノ行爲タリ刑法ノ規則中最モ多キヲ占メタル犯罪ハ概ネ此作爲ノ行爲ニ非サルハ無シ又例ヘハ刑法カ自己ノ所有地内ニ老者幼者ノ遺棄サレタル者アラハ之ヲ扶助シ又ハ官署ニ申告スヘシト命令セルニ其命令ニ従ハス座視傍觀シテ扶助又ハ申告ヲ爲サルカ如キ又刑法カ父母祖父母ヲ奉養スヘシト命令セルニ其命令ニ従ハス奉養ヲ缺クカ如キ是レ自ラ其事項ヲ爲サルニ因リテ罪ヲ成スモノニシテ即チ不作爲ノ行爲タリ然レトモ不作爲ノ行爲ハ刑法ノ規則中之ヲ見ルコト甚タ難ク此二例ノ外ハ殆ント之ヲ見ス元來不作爲ノ行爲ハ爲スヘキ事

項ヲ爲サ、ルモノナルヲ以テ一見或ハ毫モ社會ニ表白シタル行爲ニ非サルカ
 如シ凡ソ何事モ我レ之ヲ行フニ因リ始メテ之ヲ行フタル痕迹ヲ社會ニ印スル
 モノニシテ我ニ於テ何ノ行フ所ナクハ社會ニ其痕迹ヲ見ルノ理ナシ故ニ作
 爲ノ行爲ハ常ニ必ス社會ニ表白スルモノタリト雖モ不作爲ノ行爲ハ殆ト社會
 ニ其痕迹ナク之ヲ社會ニ表白シタルモノト云フ可カラサルカ如シ然リト雖モ
 是レ唯タ觀察ノ方法ヲ異ニスルノミ不作爲ノ行爲ハ犯人ニ就テ之ヲ觀レハ其
 ノ何事ヲモ爲サ、ルニ因リ社會ニ表白スルモノ無キニ似タリト雖モ其事項其
 モノヨリ觀レハ犯人カ之ヲ爲サ、リシ行爲アルコト顯然タリ前例ニ示スカ如
 ク予ノ所有地内ニ老者幼者ノ遺棄サレタル者アル場合ニ於テ予カ之ヲ扶助セ
 ス官署ニ申告セサルトキハ其老者幼者ハ依然トシテ予ノ所有地内ニ存在スヘ
 ク其存在スルハ則チ予カ爲スヘキノ事項ヲ爲サ、ル痕迹ニシテ其事項ハ社會
 ニ表白スヘシ尊屬親ニ對スル奉養ヲ缺ク場合モ亦同シク其尊屬親カ飢渴ニ困
 シム事實ハ則チ不作爲ノ行爲ノ痕迹ナリ是ニ依テ之ヲ觀レハ不作爲ノ行爲ト
 雖モ常ニ社會ニ表白シ社會ニ關係ヲ有スルコトハ些子ノ作爲ノ行爲ト異ナル

所アラス即チ作爲ノ行爲ト不作爲ノ行爲トハ其性質ニ於テ多少ノ相違アリト
 雖モ其ノ社會ニ表白シテ法律ノ禁制又ハ命令シタル事項ニ違反スル行爲ナル
 コトハ二者全ク同一ナリ
 以上三要件ハ總テノ犯罪ヲ構成スル必要原素ナリ佛國刑法學者ガロ、氏ハ此
 他ニ於テ更ニ一要件ヲ加ヘ權利ノ執行ニ屬セサル行爲ナルコトヲ要スト云ヘ
 リ然レトモ此事ノ不必要ナルハ多辯ヲ竣タス上來論述セル如ク人ハ自由ナル
 チ原則トシ唯タ法律ノ禁制又ハ命令ノ範圍内ニ於テノミ其自由ヲ失フニ過キ
 ス故ニ其自由ヲ失ヒシ者カ之ヲ侵セハ茲ニ犯罪ヲ構成スルモノニシテ其範圍
 以外ニ於テハ人ハ依然原則ニ依リ自由ノ行爲ヲ爲スノ權利アリ其權利ヲ執行
 セシ場合ニ於テ犯罪ヲ構成スルノ理ナシ日本及ヒ佛國ノ刑法ニ於テモ共ニ正
 當防衛ノ規定アリ又本屬長官ノ命令ニ因ル職務ノ執行ハ罪ト爲ラストノ規定
 アリ此規定ニ依リ殺人其他犯罪ノ外形アル行爲ヲ爲シ得ルモ此等ノ行爲ハ人
 ノ權利ノ執行ニ屬スルヲ以テ犯罪ト爲ラスガロ、氏ノ要件ハ此等ノ場合ヲ指
 稱スルノ意ナルヘシ然リト雖モ正當防衛ハ法律カ爲スヘシト命令セルモノニ

シテ本屬長官ノ命令ニ因ル職務ノ執行モ亦法律ノ命令ニ從フ行爲ニ外ナラス
 而シテ法律ノ命令ニ從フ行爲カ犯罪ト爲ラサルハ當然ニシテ特ニ之ヲ以テ一
 條件トナスノ必要ナシ
 論者或ハ定義中ニ犯人ノ意思ヲ擧ケ之ヲ犯罪ノ要件ト爲ス者アリ總テ禁制命
 令ニ違反スル行爲ハ單ニ其違反セシ事實ノミヲ以テ足レリトナス可キニ非ラ
 ス必ス其違反スル意思アルコトヲ要ス若シ夫レ罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ罪ト
 爲ラスト云フニ非ラスヤト是レ犯人ノ責任ト犯罪ノ構成トヲ混同セルモノニ
 シテ探ルニ足ラサル論ナリ蓋シ犯罪ハ一ノ事實ニシテ法律ノ設ケタル疆界線
 ヲ越ユルニ於テ成立スル所ノモノナリ其之ヲ越ヘタル人ノ何人タルヤハ措テ
 問フ所ニ非ス犯罪一旦成立シタル後其犯人ノ責任ヲ論スルニ當リテ意思ノ問
 題ヲ生ス若シ其犯人ニシテ自由ノ意思ナカリシトキハ其責任ナシト云フニ過
 キス即チ人ニ關スルモノト事實ニ關スルモノトハ嚴ニ之カ區別ヲ爲スヘシ犯
 罪ノ定義ハ單ニ犯罪ノ事實ヲ問フモノニシテ意思即チ人ニ關スルモノハ措テ
 問フ所ニ非ス然ルニ之ヲ以テ定義中ニ加ヘントスルハ是レ寧ロ犯罪ノ定義其

モノ、範圍ヲ明悉セサルノ過ニ坐スルノミ

第二章 犯罪ノ區別

第一節 犯罪輕重ノ區別

刑法ニ於テ重罪、輕罪、違警罪ノ區別ヲ設ケアリ此區別ハ唯タ名稱ノ區別ニ過キ
 スシテ其ノ孰レヲ重罪ト云ヒ孰レヲ輕罪ト云ヒ又孰レヲ違警罪ト云フカ其定
 義ニ至リテハ刑法一言ノ之ニ及フコト無シ唯タ重罪ノ刑ヲ科スヘキ罪ヲ名ケ
 テ重罪ト云ヒ輕罪ノ刑ヲ科スヘキ罪ヲ名ケテ輕罪ト云ヒ又違警罪ノ刑ヲ科ス
 ヘキ罪ヲ名ケテ違警罪ト云フノミ故ニ犯罪ノ輕重ヲ知ルニハ必ス先ツ刑罰ノ
 輕重ヲ見サルヘカラサルナリ然ラハ則チ刑法ハ何故ニ三種ノ區別ヲ設ケテ而
 シテ其定義ヲ下スコトヲ爲サ、リシヤ蓋シ三種ノ犯罪ニ付キ一々ニ之カ定義
 ヲ下スハ實際困難ナルノミナラス又其必要ヲ見サルニ因リテナリ若シ各種ノ
 罪質ニ付キ此カ定義ヲ下スヘシトセハ到底僅少ノ文辭ヲ以テ總テノ犯罪ノ性

實ヲ表明スルコト能ハサルカ故ニ必スヤ刑法ノ各本條ニ規定スル所ノモノヲ探リ重罪ノ刑ヲ以テ罰スヘキモノ輕罪ノ刑ヲ以テ罰スヘキモノ又違警罪ノ刑ヲ以テ罰スヘキモノ、事實ヲ列舉シテ是レ重罪ナリ是レ輕罪ナリ又是レ違警罪ナリト云フノ外ナシ果シテ然ラハ則チ各本條ニ規定スル所ノモノト何ソソ擲フ所アラザヤ只疎密ノ差アルノミ各國刑法ニ於テモ未ダ曾テ此定義ヲ下シタルモノナキハ畢竟定義ヲ下タスノ困難ナルニ職由セスンハ非サルナリ然レトモ假令如何ナル困難アリトスルモ實際ノ必要上之ヲ下サ、ル可カラストセハ或ハ之ヲ下タスコトヲ得サルニ非サルヘシ然ルニ實際ニ於テハ全く此ノ如キ困難ナル定義ヲ下スノ必要アルヲ見サルナリ蓋シ犯罪ノ輕重ヲ知ルニハ刑罰ノ輕重ニ依ル可シトスレハ其ノ重罪タリ輕罪タリ又違警罪タルヲ見ルニハ各本條ノ規定ヲ一讀スレハ則チ可ナリ例ヘハ各本條ニ於テ人ヲ殺ス者ハ無期徒刑ニ處ストノ規定アレハ無期徒刑ハ重罪ノ刑ナルヲ以テ殺人罪ハ是レ重罪ナルコトヲ知ルヘク又人ノ所有物ヲ竊取スル者ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處ストノ規定アレハ重禁錮ハ輕罪ノ刑ナルヲ以テ竊盜罪ハ是レ輕罪ナルコトヲ知ルヘク違警罪ニ付テモ亦同シ故ニ刑法ニ於テ各種ノ犯罪ニ付キ一々此カ定義ヲ下スコト無キモ裁判官ハ各本條ノ規定ニ照シテ容易ニ各犯罪ノ性質ヲ知ルコトヲ得ヘシ是レ其定義ヲ下スノ必要ナシトスル所以ナリ

刑法ニ於テハ原則上重罪ノ刑ヲ科スヘキモノヲ以テ重罪トシ輕罪又ハ違警罪ノ刑ヲ科スヘキモノヲ以テ輕罪又ハ違警罪ト爲スモ此刑罰ハ屢減輕スルコトアルニ因リ減輕ノ結果重罪ノ刑ヲ科スヘキ犯罪ニ對シテ輕罪ノ刑ヲ科スルコトアリ例ヘハ毆打致死罪ハ重罪ノ刑ヲ以テ罰ス可キ重罪ナリ然ルニ重罪ノ刑ヲ減輕シテ之ニ科スルニ輕罪ノ刑ヲ以テスルコトアリ若シ刑法ノ原則ニ照シテ之ヲ論セハ此場合ニ於テハ毆打致死罪ハ輕罪ノ刑ヲ科スルニ因リ輕罪ナリト云フ可シ此ノ如ク犯罪ノ本質素ト重罪ノ刑ヲ科スヘキモノヲ減輕シテ輕罪ノ刑ヲ科シタルトキハ其犯罪ヲ以テ重罪ナリトス可キ歟將ク輕罪ナリトス可キ歟此問題ハ後日更ラニ深ク研究スルノ時アルヲ以テ唯茲ニ一言スルニ止マランノミ

此問題ヲ決定スルニハ刑法第九十九條ノ規定ニ依ルヲ要ス該條ノ規定ニ依レ

ハ……同時ニ本刑ヲ加重減輕ス可キ時ハ左ノ順序ニ從テ其刑名ヲ定ム但從犯及ヒ未遂犯罪ノ減輕……ハ其加減シタル者ヲ以テ本刑ト爲ストアリ其所謂順序ハ一再犯加重二宥恕減輕三自首減輕四酌量減輕ト爲セリ此規則ハ本來刑罰ノ加減順序ヲ定メシモノニシテ本問ノ爲メニ設クタルモノニ非ス法文ニハ「同時ニ本刑ヲ加重減輕ス可キ時」云々トアリ而シテ本問ハ只減輕ノ場合ノミニ係レリ然レトモ減輕ノミニノ場合ニ於テモ刑法ノ精神ヲ知ルコトハ決シテ難キニ非ラサルナリ即チ加重ノ事ヲ措キ減輕ノミニ付テ該條ヲ見レハ該條ハ本刑ヲ減輕スレハ其減輕セルモノニ依リ刑名ヲ定ム云々トノ規則タリ隨テ宥恕減輕ニ依リ重罪ノ刑ヲ減輕シテ輕罪ノ刑ト爲セシ場合其他自首又ハ酌量ニ依リ減輕セル場合ニ於テモ總テ其減輕セシ刑名ヲ以テ本刑ト爲スモノニ非ス之ヲ換言スレハ刑法ノ各本條ニ於テ重罪ノ刑ヲ以テ罰ス可シト規定シタル犯罪ハ重罪ノ刑カ則チ其本刑ニシテ之ヲ減輕シテ輕罪ノ刑ヲ科スルモ是レ唯タ重罪タル犯罪ニ輕罪ノ刑ヲ科スト云フニ過キスシテ決シテ重罪タル犯罪カ一變シテ輕罪タル犯罪ト爲リシモノト云フ可キニ非ラサルナリ犯罪ノ性質ハ一旦各本

條ニ於テ之ヲ規定シ再ヒ之ヲ變更スルコトヲ許サス唯タ減等ノ結果ニ因リテ之ニ科スル刑罰ノミ變更シ重罪ノ刑カ變更シテ輕罪ノ刑ト爲リ輕罪ノ刑變更シテ違警罪ノ刑ト爲ルニ過キス但從犯又ハ未遂犯ノ場合ニ於テハ初メヨリ本刑ヲ有セスシテ未遂犯ハ既遂犯ニ準シ從犯ハ正犯ニ準シテ減輕スルモノナレハ其減輕セル刑カ則チ本刑ト爲ルナリ故ニ本來重罪タル犯罪モ其從犯又ハ未遂犯タルカ爲メニ減輕シテ輕罪ノ刑ヲ科セシトキハ是レ其從犯未遂犯ハ重罪ニ非スシテ輕罪ナリ

佛國刑法ニ於テハ我刑法第九十九條ノ如キ規定ナシ故ニ論者ハ減輕ノ場合ヲ二別シ法律上ノ減輕ハ犯罪ノ性質ヲ變更シ裁判上ノ減輕ハ犯罪ノ性質ヲ變更セサルモノト爲セリ法律上ノ減輕トハ法律カ裁判官ニ對シテ減輕ノ命令ヲ爲シ裁判官ハ義務トシテ減輕セサルヲ得サル場合ヲ云フ宥恕減輕及ヒ自首減輕即チ是ナリ裁判上ノ減輕トハ法律カ裁判官ニ減輕ノ權利ヲ賦與セシモノニシテ裁判官ハ減輕ヲ爲スト爲サルノ自由アル場合ヲ云フ酌量減輕即チ是ナリ我日本刑法ヲ觀ク者モ亦動モスレハ此解釋ニ雷同スルモ是レ甚ダシキ誤謬ナ

リト謂フ可シ

是ヨリ立法論ニ入り現行刑法ノ爲シタル重罪、輕罪及ヒ違警罪ノ區別ハ果シテ之ヲ設クルノ必要アルヤ否ヤニ付論究スル所アラム蓋シ違警罪ハ犯罪中稍特殊ノ性質ヲ有スルモノナルヲ以テ刑法ノ規定ニ於テ此罪質ヲ設クルハ最も必要ニシテ何人モ之ヲ非難セスト雖モ重罪ト輕罪トハ其性質全ク同一ニシテ殆ソト之カ區別ヲ爲スノ理由ヲ知ルニ困シム

現今各國ニ行ハル、刑法ヲ見ルニ我現行法ノ如ク犯罪ノ種類ヲ三別シテ重罪、輕罪及ヒ違警罪ト爲シタル刑法ヲ用ユルモノハ佛、蘭、伊其他佛法系ノ諸國ニ屬シ又重罪、輕罪ノ區別ヲ廢シ唯タ犯罪ト違警罪トノ二種ト爲シタル刑法ヲ行フモノハ和蘭ナリ我邦ノ改正刑法草案ハ此和蘭刑法ノ主義ヲ採リ現行法ニ於ケル重罪、輕罪ノ區別ヲ廢シテ單一之ヲ重罪トシ其ノ違警罪ヲ改メテ輕罪トセリ故ニ此草案ハ重罪、輕罪ノ名稱ハ舊ニ依リテ之ヲ襲用セルモ其ノ所謂重罪ハ現行法ノ重罪ト輕罪トヲ混同シ其ノ所謂輕罪ハ現行法ノ違警罪ノ別名ニ過キス蓋シ現行法ノ區別ハ學理上毫無根據ナキ區別タルノミナラス實際上亦其區別

ノ必要ヲ認メサルナリ以下第一學理上ヨリ第二實際上ヨリ其區別ノ不必要ナル所以ヲ説カン

第一 學理上ヨリ之ヲ論セムニ刑法カ重罪、輕罪ヲ區別スルニ方リテハ如何ナル標準ヲ取リテ以テ此區別ヲ爲セシヤ此問題ヲ研究スレハ刑法ノ區別ハ殆ソト其理由ナキコトヲ知ルヲ得ム先ツ其區別ノ標準トシテ假リニ二三ヲ想像スヘシ

(一) 刑法ハ犯罪ノ目的ヲ標準トシテ重罪、輕罪ノ區別ヲ爲スコトヲ得即チ或ハ財産ニ對スル犯罪ハ皆之ヲ輕罪ナリトシ身体、生命ニ對スル犯罪ハ皆之ヲ重罪ナリトスルヲ得ヘシ蓋シ財産ハ之ヲ身体、生命ニ比スレハ甚タ重要ナラサルモノナルヲ以テ之ニ對スル危害ハ身体、生命ニ對スル危害ヨリモ小ナリ身体、生命ニ對スル危害ハ財産ニ對スル危害ヨリモ大ナリト云フコトヲ得可シ現行刑法ハ果シテ此標準ヲ取リシヤ曰ク然ラス現行刑法ノ規定ヲ見ルニ或ハ財産ニ對スル犯罪中ニ重罪ノ規定アリ又輕罪ノ規定アリ又身体、生命ニ對スル犯罪中ニモ重罪ノ規定アリ輕罪ノ規定アリ然ラハ則チ現行刑法ハ人ノ

身体、生命ヲ重シ財産ヲ輕シテ重罪輕罪ノ區別ヲ設ケシニ非サルコト明確ナリ

(二) 刑法ハ被害者ノ損害ヲ標準トシテ重罪輕罪ノ區別ヲ爲スコトヲ得即チ被害者ノ被フリタル損害カ大ナルトキハ其財産ニ對スルト身体、生命ニ對スルトヲ問ハス之ヲ以テ重罪ナリト爲シ又被害者ノ被フリタル損害カ小ナルトキハ亦常ニ之ヲ以テ輕罪ナリト爲スコトヲ得ヘシ現行刑法ノ主義ハ甚タ複雑ナルヲ以テ或ハ被害者ノ損害ノ程度ヲ標準トシテ罪ノ輕重ヲ定メタルモノアリ或ハ被害者ノ損害ハ全ク之ヲ顧ミスシテ罪ノ輕重ヲ定メタルモノアリ故ニ現行刑法ハ被害者ノ損害大ナルカ故ニ必スシモ重罪ナリト爲スニ非ス又被害者ノ損害小ナルカ故ニ必スシモ輕罪ナリト爲スニアラス蓋シ假リニ被害者ノ損害ノミヲ以テ犯罪ノ輕重ヲ定ムルノ標準ト爲セハ或ハ古代ニ行ハレタリシ復讐主義ヲ再演スルノ恐アルニ因リ絶對ニ此標準ヲ取ルヘキニ非スト爲セシナリ古代ノ刑法ニ於テハ全ク損害ノ程度ニ依リテ以テ刑罰ヲ定メタルモノアリ例ヘハ人ノ一指ヲ折レハ其罰モ亦一指ヲ折リ人ノ一目

ヲ瞎セハ其罰モ亦一目ヲ瞎ス是レ損害ト刑罰トハ全ク相匹敵セサル可カラストシテ刑罰ヲ以テ一ノ復讐手段ト爲セシニ出ツ現行刑法ハ多少此復讐主義ノ趣旨ヲ採ラサルニモ非ス例ヘハ不法監禁罪ノ場合ニ於ケルカ如ク又毆打創傷罪ノ場合ニ於ケルカ如シ不法監禁罪ニ於テハ監禁ノ日數十日ヲ超ユル毎ニ刑一等ヲ加フトセリ故ニ監禁ノ日數ノ長キニ應シ其刑モ亦重ク恰モ損害ノ程度ニ應シ刑罰ノ輕重ヲ定ムルナリ毆打創傷罪ニ於テモ亦然リ單純ノ毆打ハ違警罪ヲ以テ罰シ毆打創傷シテ疾病休業ニ至ラサルモノハ輕罪ノ輕キ刑ヲ以テ罰シ又創傷シテ二十日以上ノ疾病休業ニ至リタルモノハ輕罪ノ重キ刑ヲ以テ罰シ若シ夫レ人ノ一目ヲ瞎シ四肢ヲ折リ其他癱篤疾ニ致シタルモノハ重罪ノ刑ヲ以テ罰シ殊ニ死ニ致シタルモノハ更ニ重キ刑ヲ以テ罰ストノ規定ヲ設ケタリ此等ノ規定ハ全ク被害者ノ損害ノ程度ヲ標準トシテ罪ノ輕重ヲ定メタルモノニシテ其主旨殆ント古代ノ復讐主義ヲ採リタルモノト謂ハサルヲ得ス然レトモ現行刑法ハ亦常ニ此主義ヲ執リ此主義ニ依リテ以テ罪ノ輕重ヲ定ムルコトヲ欲セス或場合ニ於テハ被害者ノ損害ノ程

度ハ全ク之ヲ顧ミスシテ社會一般ノ危害ノ程度ヲ以テ罪ノ輕重ヲ定ムルノ標準ト爲セル規定アリ例ヘハ未遂犯ノ如キ是ナリ未遂犯ハ後ニ至リ詳ニ研究スヘキ問題ナルヲ以テ茲ニ深ク説明スルコトヲ爲サ、ルモ要スルニ未遂犯ナルモノハ被害者ノ損害ノ程度ヲ標準トシテ之ヲ規定シタルモノニ非ス被害者ハ犯罪ニ因リテ何等ノ損害ヲ受クルコト無キ場合ニ於テモ亦之ヲ罰スルコトヲ得ル規定ナルヲ以テ其ノ被害者ノ損害ノ程度ヲ顧ミサルモノナルコトハ多辯ヲ要セス例ヘハ短銃ヲ執テ人ヲ狙撃シタルニ誤テ命中セス此場合ニ於テ殺人未遂罪アルコトハ何人モ疑ヲ容レサル所ナリ然ルニ被害者ヲ顧ミレハ何ノ負傷ナク何ノ損害ナシ又一步ヲ進メテ被害者ハ此狙撃ノ爲メニ負傷セリト假定セヨ此場合ニ於テモ刑法ハ殺人未遂罪ヲ以テ之ヲ論スルナリ然レトモ被害者ハ死セス僅ニ負傷スルノミ若シ夫レ損害ノ程度ヲ以テ罪ノ輕重ヲ定ムルノ原則ヲ貫徹セハ被害者カ微傷タモ負ハサル場合ニ於テ殺人未遂罪アリトシテ其刑ヲ科スルノ理由ナシ又被害者カ僅ニ負傷シタル場合ニ於テモ殺人未遂罪ヲ以テ之ヲ罰スルノ理由ナシ然ラハ則チ現行

刑法ハ或ハ被害者ノ損害ノ程度ヲ標準トシテ罪ノ輕重ヲ定ムルコトアリ或ハ社會ノ危害ノ程度ヲ標準トシテ罪ノ輕重ヲ定ムルコトアリ到底一原則ヲ以テ刑法全部ノ規定ヲ支配セルモノニ非サルコトハ之ヲ知ルニ難カラス此故ニ現行刑法ハ重罪輕罪ノ區別ヲ爲スニ方リテ必スシモ被害者ノ損害ノ輕重ヲ標準トセシモノニ非ス又必スシモ社會ノ危害ノ輕重ヲ標準トセシモノニ非ス然ラハ則チ第三ノ假想ニ依ル歟

(三) 犯罪ニ二種アリ或ハ被害者ノ告訴ヲ待タスシテ其公訴ヲ提起スヘキ犯罪アリ或ハ被害者又ハ其親屬ノ告訴ヲ待テ始メテ其公訴ヲ提起スヘキ犯罪アリ此被害者又ハ其親屬ノ告訴ヲ待テ公訴ヲ提起スヘキ種類ニ屬スル犯罪ヲ名ケテ親告罪ト云フ親告罪ハ如何ナル場合ニ於テモ被害者又タハ其親屬ノ告訴ナキニ於テハ假令檢事又ハ警察官ニ於テ犯罪アルコトヲ目撃スルモ自ラ進メテ之カ公訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノナリ去レハ親告罪ノ種類ニ屬スル犯罪ハ全ク一個人ノ私權ニ屬スル犯罪ナリト看做スヘキモノナリ一個人ハ其私權ニ付キ之ヲ處分スルノ權利アリ自己ノ財産ハ之ヲ賣却シ抛棄

シ又ハ毀壞スルコトヲ得何人モ之ニ干渉スルヲ得ス又人ニ對シテ債權ヲ有
 スル者ハ其債權ヲ請求スルト否ラサルノ自由權ヲ有シ何人モ之ニ干渉スル
 ヲ得ス而シテ親告罪モ亦殆ント此私權ノ執行ト異ナル所ナキナリ被害者ニ
 於テ犯罪トシテ之ヲ罰セント欲セハ之ヲ告訴スヘシ被害者ニ於テ犯罪トシ
 テ之ヲ罰スルコトヲ欲セサレハ之ヲ告訴セサルヘシ即チ告訴スルト否トハ
 一ニ被害者ノ一身ニ專屬シテ何人モ此被害者ノ權利ヲ動かスコトヲ得ス而
 シテ被害者ノ告訴ナクハ檢察モ亦公訴ヲ提起シ得ストセハ被害者ハ此犯
 罪ニ付キ殆ント刑罰權ヲ有スト云フモ敢テ不可ナシトス故ニ親告罪ノ種類
 ニ屬スル犯罪ハ若シ英法ノ語ヲ假リテ之ヲ説明スルコトヲ許サハ之ヲ名ク
 テ私犯ト云フモ可ナラン其他ノ犯罪ハ之ニ反シ總テ社會ノ公益ヲ害スル性
 質ヲ有スルモノナリト看做サレタル所ノモノナルカ故ニ社會ハ檢察ト稱ス
 ル原告官ヲ置テ進ント此犯罪ヲ訴ヘ之ヲ罰セシコトヲ欲ス檢察力之ヲ訴フ
 ルノ權限ヲ有スルハ是レ社會一般ニ代ハリテ訴ノ權利ヲ行フモノナルカ故
 ニ檢察力犯罪ニ對シテ起ス所ノ訴ハ之ヲ名クテ公訴ト云フ蓋シ檢察ノ訴ハ

檢察一己ノ訴ニ非シテ社會一般ノ代表者トシテ起ス訴ナレハナリ私ノ訴
 ニ非シテ公ノ訴ナレハナリ夫レ親告罪ハ一個人ノ私益ヲ保護スルカ爲メ
 ニ之ヲ設ケ其他ノ犯罪ハ社會ノ公益ヲ保護スル爲メニ之ヲ設ケタルモノト
 スレハ一個人ノ私益ハ小ニシテ社會ノ公益ハ大ナルヲ以テ一個人ノ私益ニ
 關スル犯罪ハ其性質ノ如何ニ拘ラス盡ク之ヲ以テ輕罪ナリト爲スコトヲ得
 ヘク而シテ社會ノ公益ニ關スル犯罪ハ是レ亦其性質ノ如何ニ拘ハラス盡ク
 之ヲ以テ重罪ト爲スコトヲ得ヘキナリ然ルニ現行刑法ノ規定ヲ觀レハ親告
 罪ノ中ニモ輕罪アリ又重罪アリ強姦罪ハ親告罪ニシテ重罪ノ刑ヲ以テ罰ス
 而シテ其他ノ犯罪中ニモ重罪アリ又輕罪アリ是ニ於テ乎現行刑法ハ此公益
 ノ犯罪ト私益ノ犯罪トヲ標準トシテ以テ重罪輕罪ノ區別ヲ爲セルモノニ非
 スト斷言シテ不可ナル所ナシ

論シテ茲ニ至レハ現行刑法ハ第一ノ假想ニ依リシモノニ非ス第二ノ假想ニ依
 リシモノニ非ス又第三ノ假想ニ依リシモノニ非ス果シテ然ラハ現行刑法ノ區
 別ハ如何ナル標準ニ依リシヤ是レ予輩カ想像ノ及フ所ニ非ス故ニ刑法ノ理論

上現行刑法ノ區別ハ何等ノ根據ナキ區別ナリト宣告スルモ彼ハ上訴ノ途ヲ有セサルヘシ

第二 實際上ヨリ論スルモ亦此區別ノ無益ナルコトヲ主張スルヲ得ヘシ留ニ無益ナルノミナラス却テ害トナルヘキ場合アリ蓋シ現行刑法カ重罪ト輕罪トヲ區別スルノ目的ハ重罪ニ對シテハ重罪ノ刑ヲ科シ輕罪ニ對シテハ輕罪ノ刑ヲ科セント欲スルニ在リ即チ重罪ニハ重キ刑ヲ科シテ犯人ノ苦痛ヲ多クシ且ツ長クセント欲シ輕罪ニハ輕キ刑ヲ科シテ犯人ノ苦痛ヲ少クシ且ツ短クセント欲スルニ在リ故ニ重罪ノ刑ト云ヒ輕罪ノ刑ト云フモ其ノ執行ノ方法ニ於テ苦痛ノ程度ヲ異ニスルニ非サレハ其區別モ亦全ク徒法ト云ハソノミ今現行刑法ノ規定ヲ見ルニ重罪ノ主刑ハ第七條ニ規定ス其數九種アリ輕罪ノ主刑ハ第八條ニ規定ス其數三種アリ第七條ニ於ケル九種ノ刑ニ付テハ一々其執行方法ノ規定アリ死刑ノ執行方法ニ付テハ暫ク措テ之ヲ論セス無期徒刑以下ニ付テ其執行方法ノ如何ヲ見ル第十七條ニ「徒刑ハ無期有期ヲ分タス島地ニ發遣シテ定役ニ服ス……」云々トアリ監獄則ハ果シテ此規定ニ基キ實際島地ニ發遣スル

乎現行監獄則ハ監獄ヲ大刑シテ二種ト爲シ十年以上ノ囚徒ヲ置クヘキ監獄ヲ集治監ト云ヒ其數全國ニ五個所アリ又十年以下ノ囚徒ヲ置クヘキ監獄ヲ地方監獄ト云ヒ其數各府縣ニ付一ヶ所ナリ而シテ其他ニ於テ徒刑囚ヲ發遣スヘキ島地ノ監獄ナルモノ無シ往時ハ八丈島小笠原島ニ囚徒ヲ發遣ヒシコトアリシモ此等ノ島地ハ近來文化大ニ開ク復囚徒ヲ發遣スルニ適セス故ニ刑法ノ規定ハ全ク徒法ト爲リ了レリ是レ留ニ徒刑ニ於テノミ然ルニアラス流刑禁獄等國事犯ニ關スル刑ノ執行ハ暫ク之ヲ除クトスルモ重懲役輕懲役ノ執行方法モ亦刑法ニ規定スル所ノモノニ同シカラス實際ニ於ケル執行方法ヲ觀レハ唯タ拘禁ノ場所ヲ異ニシ此期間ノ長短ヲ異ニスルニ止マリ決シテ多種ノ執行方法アルニ非サルナリ且夫レ重罪ノ刑ト輕罪ノ刑ハ其名稱ニ於テモ異ナレハ又其性質ニ於テモ亦異ナリ重罪刑ノ最モ輕キハ輕懲役ニシテ輕罪刑ノ最モ重キモノハ重禁錮タリ現行刑法ノ規定ニ依レハ二者ノ執行方法ハ全ク之ヲ異ニセサル可カラス第二十二條ニ「懲役ハ内地ノ懲役場ニ入レ定役ニ服ス……」云々トアリ而シテ第二十四條ニ「禁錮ハ禁錮場ニ留置シ重禁錮ハ定役ニ服シ……」云々トアリ

リ此法文ニ因レハ懲役囚ハ懲役場ニ禁錮囚ハ禁錮場ニ入ル可キモノニシテ留置ノ場所相異ナラサルヘカラス然ルニ其實ヲ見レハ二者共ニ同シク地方監獄ニ留置スルニ過キス殊ニ其服役ノ方法モ亦二者殆ト共通ノモノタリ故ニ二者ハ其名稱ニ於テ異ナル所アリト雖モ實際ハ全ク同一ナリ諸君或ハ曰ハム懲役ハ刑期長ク六年以上十一年以下ニシテ禁錮ハ刑期短ク十一日以上五年以下ナリ刑期ノ長短大ニ異ナルニ非ラスヤト然レトモ是レ亦必スシモ然ラサルナリ懲役ノ最モ輕キハ六年ニシテ而シテ禁錮ノ最モ重キハ七年ニ至ルコトヲ得第七十條第二項即チ重罪ノ刑ハ輕クシテ輕罪ノ刑ハ却テ重キコトアリ此ノ如キ奇觀ヲ呈シテモ尙ホ重罪輕罪ヲ區別スルノ必要アリトナス乎此區別ノ必要ナキコト益明確ナリト謂フ可シ更ニ一步ヲ進メテ之ヲ論スレハ重罪ト輕罪トヲ區別セルカ爲メ實際上屢不權衡ナル刑罰ヲ科セサルヲ得サル場合ヲ生スルコトアリ現行刑法ノ規則ニ依レハ社會ノ危害ノ小ナル場合ニ於テ却テ重キ重罪ノ刑ヲ科セサル可カラサル場合アリ又社會ノ危害ノ大ナル場合ニ於テ却テ輕キ輕罪ノ刑ヲ科セサル可カラサル場合アリ此ノ如キ結果ヲ生スルハ畢竟重罪

輕罪ヲ區別シタルニ原由セスンハ非ス今簡單ニ重罪輕罪ノ區別ヨリ生スル弊害ニ付一言センニ重罪犯ニシテ實際重罪ノ刑ヲ科スルニ足ラサルモノアリ又輕罪犯ニシテ實際輕罪ノ刑ヲ以テシテハ輕キニ失スルモノアリ例ヘハ官文書ノ一文字ヲ變造スル行爲ト十萬圓ノ借用證書ヲ偽造スル行爲トハ其情ニ於テ前者ノ輕クシテ後者ノ重キヲ知ル然レトモ今日ノ刑法ニ於テハ前者ハ重罪ノ刑ニ處セラレサル可カラスシテ而シテ後者ハ輕罪ノ刑ニ處セラレ、ヲ以テ足レリトス又半錢銅貨ヲ變造シテ二十錢銀貨トナスノ行爲ト詐欺賭博ノ方法ヲ以テ數千圓ノ財産ヲ騙取スルノ行爲トハ其情ニ於テ前者ハ輕クシテ後者ハ重キナリ然レトモ刑法ハ前者ヲ罰スルニ重罪ノ刑ヲ以テシテ後者ヲ罰スルニ輕罪ノ刑ヲ以テス又人ヲ脅迫シテ一圓ヲ強取スルノ所爲ト土藏ヲ破壞シテ數萬圓ノ古金銀貨幣ヲ竊取スルノ所爲モ亦其情ニ於テ前者輕ク後者重シトス然レトモ刑法ハ重罪ノ刑ヲ以テ前者ヲ罰シ輕罪ノ刑ヲ以テ後者ヲ罰スルコト、爲ス此ノ如キ例ハ實ニ枚擧ニ追アラス此ノ如ク犯罪ノ事實ト刑罰トノ權衡其ノ宜シキヲ得サルニ至ルハ畢竟重罪輕罪ノ區別アルニ因ル

第二節 犯罪成立上ノ區別

犯罪ノ成立ニ付テハ其成立ノ狀態異ナルニ從ヒ解釋上種々ノ名稱アリ即時犯
 繼續犯未遂犯既遂犯等ノ名稱即チ是ナリ其他或ハ單行犯慣行犯ノ名稱ヲ有ス
 ル犯罪アレトモ日本刑法ニ於テハ此名稱ニ相當スル犯罪ナシ又解釋上連續犯
 ト稱スヘキモノアリ此名稱ハ犯罪成立ノ狀態ヲ指示セルモノニ非スシテ唯々
 罪數ノ重複セルモノヲ指示スルモノナレハ罪名トシテ之ヲ掲クルノ必要ナシ
 其他又犯罪ノ責任上ヨリ下シタル名稱アリ正犯從犯ノ區別即チ是ナリ次ニ刑
 事訴訟法ノ規定ニ於テ犯罪發覺ノ狀態ニ付キ法律上ノ名稱ヲ下シタルモノア
 リ現行犯非現行犯又ハ付帶犯即チ是ナリ此等ハ刑事訴訟上ノ區別ニ係ルヲ以
 テ茲ニ之ヲ論セス此外刑法ニ於テ犯罪ノ目的上ヨリ罪名ノ區別ヲ爲ストキハ凡
 常事犯罪即チ是ナリ然レトモ若シ犯罪ノ目的上ヨリ罪名ノ區別ヲ爲ストキハ凡
 ソ各本條ニ規定セル總テノ犯罪ハ皆特別ノ目的ヲ有スルモノナルニ因リ獨リ
 國事犯罪ト常事犯罪トノ區別ノミナラス各本條ニ於ケル各犯罪ニ付テモ亦一々其

區別ヲ爲サ、ル可カラス故ニ此國事犯罪常事犯罪ノ區別モ亦必要ノ區別ト爲スタ
 得ス唯々現行刑法ニ於テ論スヘキ必要ノ區別ハ二アルニ過キス即時犯ト繼續
 犯及ヒ未遂犯ト既遂犯即チ是ナリ而シテ正犯從犯ノ區別ハ犯人ノ責任上ニ關
 スル區別ナルヲ以テ後段責任論ノ部ニ之ヲ述フヘシ

第一款 即時犯及ヒ繼續犯

第一、即時犯 即時犯トハ或行爲ノ成就スルヤ直チニ一犯罪ヲ構成スヘキモ
 ノヲ謂フ凡ソ犯罪ナルモノハ刑法ノ規則ヲ犯ス所爲ヲ云フモノナルヲ以テ刑
 法ノ規則ヲ犯スノ所爲ヲ爲シテ其所爲ヲ爲シ畢レハ此ト同時ニ一ノ犯罪カ成
 立スルトキ之ヲ名ケテ即時犯ト云フ例ハ人ヲ殺スノ所爲ノ如シ又物ヲ盜ム
 ノ所爲ノ如シ人ヲ殺スノ事實ヲ行ヒ終レハ茲ニ殺人罪成立シ物ヲ盜ムノ事實
 成就スレハ茲ニ竊盜罪成立ス殺人罪ト云ヒ竊盜罪ト云フ之ヲ犯スニ付テ必要
 ナル準備又ハ此犯罪ヲ行フノ時間ハ如何ニ延長スルモ犯罪成立ノ上ニ於テ何
 等ノ影響ヲモ及ボスモノニ非ス故ニ人ヲ謀殺セントシテ一週間ノ準備ヲ爲シ
 二日間ヲ以テ殺害行爲ヲ終了セリトスルモ是レ殺害行爲カ其一週間及ヒ二日

間繼續シタリト云フヘキニ非ス此殺害行為ハ被害者カ死去セルトキ其處ニ於テ成立スルモノナレハ準備及ヒ實行ノ時間ハ成立ノ上ニ影響スル所ナシ之ヲ要スルニ即時犯ハ犯罪ノ實行カ終ハルト同時ニ成立スル所ノ犯罪ヲ謂フナリ』

第二、繼續犯 繼續犯トハ犯罪ノ成立シテ以來同一ノ状態ヲ以テ多少ノ時間繼續スルモノヲ謂フ是レ犯罪ノ實行ニ付テ長キ時間ヲ要シタルヲ謂フニ非スシテ犯罪ノ實行ヲ終ハレル後尙ホ其成立セシ時ノ状態ヲ以テ多少長キ時間繼續スルモノヲ云フ成立ノ繼續ト實行ノ繼續トハ決シテ混一スヘカラス例ヘハ不法監禁罪ノ如シ又勳章紀章僭用罪ノ如シ不法監禁罪ハ監禁ヲ行ヘハ茲ニ犯罪成立スルモ其監禁ヲ終レル後監禁ノ儘ニ擱置クトキハ則チ疊キノ監禁ノ状態ニテ監禁罪ハ長ク繼續スルナリ即チ監禁ノ事實ノ存在スル間ハ犯罪ハ終了セサルナリ之ヲ繼續犯ト爲ス故ニ解釋上即時犯ト繼續犯トノ區別ヲ知ラント欲セハ各犯罪ニ付テ其成立ノ要件ヲ討究シ其成立スルヤ否ヤ直チニ終テ告クル歟又ハ成立シテ尙ホ同一ノ状態ニテ長ク繼續スル歟ヲ詳ニセハ茲ニ其區別ヲ知ルコトヲ得ヘシ殺人罪ノ如キ竊盜罪ノ如キハ即時犯ニシテ監禁罪ノ如キ

勳章紀章僭用罪ノ如キハ其繼續犯ナルコトヲ知ルハ最も容易ナリト雖モ或種類ノ犯罪ニ至リテハ能ク繼續犯ニ似テ而カモ全く即時犯ノ種類ニ屬スルモノアリ例ヘハ重婚罪ノ如シ重婚罪ハ第一ノ婚姻未タ解消セスシテ第二ノ婚姻ヲ爲ストキ始メテ成立スル所ノ罪ナリ然レトモ夫婦ノ關係ハ長ク繼續スルモノナルニ因リ重婚罪モ亦其關係ト共ニ繼續スルモノナリト信スル者アリ是レ大ニ誤レリ重婚罪ノ成立ハ同時ニ二ノ婚姻ヲ爲スニ在リ故ニ疊キニ一婚姻ヲ爲シテ後ニ又第二ノ婚姻ニ付キ儀式ヲ舉行セハ茲ニ第二ノ婚姻ハ成立ス而シテ儀式ノ舉行ハ長ク繼續スル性質ノモノニ非サルヲ以テ其儀式ノ終ハレルトキハ則チ婚姻ノ成立シタルトキニシテ婚姻ノ成立シタルトキハ則チ重婚罪ノ成立シタルトキナリ故ニ重婚罪モ亦即時犯ナリト云フヘシ爾來其状態ノ繼續スルハ是レ婚姻ノ結果ニ過キヌ有夫姦モ亦同シ又或届出ヲ忘ルノ罪モ亦同シ或届出ヲ爲スノ義務ニシテ其義務ヲ缺クトキハ則チ犯罪ノ成立スルトキナルヲ以テ此義務ヲ缺クノ状態カ多少繼續スルコトアルモ尙ホ即時犯タルヲ失ハス要スルニ繼續犯ハ犯罪ノ成立カ多少ノ時間繼續スルモノヲ云フ

即時犯ト繼續犯トヲ區別スルニ付テハ二三ノ利益アリ

- (一) 刑ノ適用ニ付テ利益アリ即時犯ハ犯罪ノ成立繼續セサルヲ以テ犯罪成立上ニ付テハ加重ノ原因ナシ之ニ反シ繼續犯ハ犯罪ノ成立繼續スル時間ノ長短ニ從テ刑ノ適用ヲ異ニス例ヘハ不法監禁罪ノ如シ不法監禁罪ノ日數十日ヲ過クル毎ニ一等ヲ加フルモノニシテ百日過クレハ十等ヲ加フ
- (二) 公訴時効ノ起算點ニ付キ利益アリ即時犯ハ其犯罪行為ノ終ヲ告ケシ日ヨリ時効ヲ起算シ繼續犯ハ繼續ノ狀態カ止ミタル日ヨリ之ヲ起算ス
- (三) 舊法ニ於テ罰セサル所爲ニシテ新法ニ於テ之ヲ罰スルトキハ繼續犯ニ付テハ假令同一ノ事實ナルモ舊法時代ノ繼續行為ハ之ヲ罰セスシテ新法時代ニ入りテ尙ホ繼續シタル行為ハ之ヲ罰セサル可カラス即時犯ハ之ニ異ナリ其犯罪ハ舊法時代ニ於テ終ハルヲ以テ新法ノ規定ニ依リ之ヲ罰スルコトヲ得ス
- (四) 裁判管轄ノ上ニ付テ差異アリ即時犯ノ犯罪地ハ大抵一ヶ所ナルヲ以テ其管轄裁判所モ亦一ヶ所ナリ之ニ反シテ繼續犯ハ許多ノ場所ニ跨カルコトアルカ故ニ同時ニ數個ノ裁判所ヲ以テ其管轄トナスコトアリ但シ即時犯ト雖モ數箇ノ管轄裁判所ニ跨カリテ發生シタルトキハ殆ト繼續犯ノ場合ト異ナル所ナシ

第二款 未遂犯

未遂犯ノ一項ハ刑法ノ總則中ニ在リテ最困難ノ問題ニ屬スルカ故ニ充分ナル研究ヲ爲サントスルニハ到底少時間ノ能クスル所ニ在ラス余ハ唯其大趣旨ヲ示スニ止マラントス

刑法ニ於テ刑罰ヲ科スヘキ場合ハ獨リ犯罪事實ヲ行フタルノミニシテ足レリトセス之ヲ行フノ意思アリテ之ヲ行フタルヲ要ス犯罪ノ意思ト犯罪ノ事實ト二者全ク一致シタル場合ニ於テ初メテ刑罰ノ責任生スルナリ我刑法第七十七條第一項ニ於テ罪ヲ犯スノ意ヲキノ所爲ハ其罪ヲ論セストノ規定ハ蓋シ此原則ヲ明カニシタルモノナリ然ルニ犯罪ノ意思ト犯罪ノ事實ト一致セスシテ而シテ尙ホ刑罰ノ制裁ヲ科スヘキ場合ニアリ是レ例外ノ場合ニ屬ス其一ハ犯罪ノ意思ナクシテ唯タ犯罪ノ事實ノミヲ行フタル場合之ヲ名クテ過失罪ト謂フ

刑法ハ過失罪ニ付テハ犯人ノ意思如何ヲ問フコトナク唯タ事實ノ成立ノミニ付キ之ヲ罰スルナリ其二ハ犯罪ノ事實ハ不完全ナルモ犯罪ノ意思ハ充分ニ成立シタル場合即チ犯罪ノ事實ト犯罪ノ意思ト大ニ齟齬セル場合ニ於テ犯罪ノ意思確實ナルトキハ之ヲ名ケテ未遂犯ト云フ未遂犯ハ犯罪ノ意思ト犯罪ノ事實ト一致スル所ナク犯罪ノ意思ハ一尺ニシテ犯罪ノ事實ハ一寸ナル場合ニ於テ刑法ハ尙ホ一尺ノ事實アルモノトシテ之ヲ罰スル場合ナリ此場合ニ於テ刑法ハ全ク重キヲ犯罪ノ意思ニ置クモノナリ之ニ反シ過失罪ノ場合ニ於テハ重キヲ犯罪ノ事實ニ置クモノナリ此二者ハ共ニ刑法ノ例外ヲ成ス從來過失罪ノ例外ナルコトハ何人モ能ク之ヲ論セシモ未遂犯ノ例外ナルコトハ未タ曾テ之ヲ論シタルモノアルヲ聞カス隨テ未遂罪モ亦原則ノ適用ニ過キストナスカ故ニ許多ノ場合ニ於テ屢解クヘカテサルノ難問ヲ生スルニ至ル然レトモ羅馬時代ニ於テモ既ニ未遂犯ト未遂犯ノ區別アリテ羅馬刑法ニ於テ規定セル所ノ未遂犯ハ犯人ノ意思ヲ罰スヘキ規則ナリトセリ今日各國ノ刑法ニ於テ既遂犯未遂犯ノ區別アルモ畢竟羅馬刑法ノ因襲ニ外ナラス已ニ羅馬刑法ノ因襲ナリト

ナサハ今日ノ刑法ニ於テ規定スル未遂犯ハ羅馬刑法ノ精神ヲ承繼シテ同シク犯人ノ意思ヲ罰セント欲スルモノナルヤ明クシ若シ夫レ羅馬以來今日マテノ各國刑法ニ於ケル未遂犯ノ規則ハ或時代ニ於テ多少沿革ノ變遷アリトノ證據アラハ措テ論セス苟クモ否ラサル以上今日ノ未遂犯モ羅馬刑法ノ未遂犯モ其性質ニ於テハ差異アル所ナシト云ハサルヘカラス故ニ余ハ法律ノ淵源ニ溯リテ未遂犯ハ犯罪ノ意思ヲ罰スルノ規則ナリト斷言スルモノナリ彼ノ和蘭ノ刑法學者スウィンダレン氏ノ著書中ニ過失罪ハ重キヲ事實ニ置キ未遂罪ハ重キヲ意思ニ置クトノ一言アルヲ以テ見ルモ亦余ノ見解ノ根據ナキニアラサルヲ徴スルニ足ルヘシ

今此未遂犯ヲ論スルニ當リ其定義ヲ下セハ未遂犯トハ犯人罪ヲ犯サントシテ既ニ犯罪事實ノ一部若クハ全部ヲ行フト雖モ犯人意外ノ錯誤ニ因リテ之ヲ遂クルコト能ハサリシ場合ヲ謂フ此定義ハ第一百十二條ノ規則ト殆ト同一ニシテ少シク文字ヲ修正シタルニ過キス同條ニ曰ク「罪ヲ犯サントシテ已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」ハ云々ト即是ナリ

未遂犯ノ定義ヲ説明スルニ付テハ犯罪成立ノ順序ヲ述ヘサルヘカラス何トナレハ犯人カ罪ヲ犯サントシテ事ノ一部若クハ全部ヲ行ヒタル際其如何ナル程度ニ於テ錯誤アリタルカヲ知ルノ必要アレハナリ而シテ如何ナル犯罪ト雖モ一躍シテ成效ニ至ルモノニアラスシテ之ヲ行フニハ必ス之ヲ行フノ意思アリ準備アリテ而シテ後之カ實行ヲ爲スニ至ルヘシ其實行ニ至ルニ及テ或ハ事實上ノ錯誤ヲナスコトアリ或ハ事實上ノ錯誤ヲナサ、ルコトアリ事實上ノ錯誤ナキ場合ヲ指シテ既遂犯ト謂ヒ事實上ノ錯誤アル場合ヲ稱シテ未遂犯ト云フ今事實上ノ錯誤ヲ生シテ未遂犯ヲ構成スルニ至ル順序ヲ舉クレハ則チ第一犯人カ一定ノ罪ヲ犯ス思考ヲ有スルトキ之名ケテ犯罪ノ發意ト云ヒ第二其犯罪ノ發意ヲ實行スルカ爲メニ必要ナル準備ヲ爲ストキハ之名ケテ犯罪ノ豫備ト云フ第三犯罪ノ豫備ヲ終リテ犯罪ノ事實ニ進歩シ之ヲ行ヒ畢ルマテ之名ケテ犯罪ノ實行ト云フ斯クノ如クニシテ犯人ハ克ク其意思ヲ實行シ得レハ悉ク既遂犯トナス然ルニ犯罪ノ實行ニ至リテ屢々犯人意外ノ錯誤ニ因リテ妨害ヲ見ルコトアリ其場合ヲ區別スレハ(一)犯人犯罪事實ノ一部ヲ行ヒ未タ全部

ノ實行ヲ終ラスシテ意外ノ妨害受ケタルニ因リ之ヲ止メタル場合之名ケテ着手未遂犯ト云ヒ(二)犯人ハ犯罪ノ手段ヲ行ヒ盡シテ其目的ヲ達スルコト能ハサリシ場合之名ケテ缺効犯ト云フ二者ハ共ニ犯人ノ意思ニ反シテ犯罪ノ目的ヲ達スル能ハサリシ場合ニシテ犯人ノ自由意思ニ依リテ犯罪ヲ遂ケサル場合ハ之名ケテ中止犯ト云フ又犯人ノ目的トスル所ノモノ若クハ其用エル所ノ手段ニ於テ犯罪ヲ構成スルニ足ラサル場合ハ之名ケテ不能犯ト云フ此數個ノ名稱ハ是レ皆刑法ノ明文上ヨリ出テタルモノニアラスシテ解釋上未遂犯ト區別センカ爲メニ之ヲ用非タルナリ

以上ハ凡テノ犯罪成立ヲ分解シタルモノナリ以下此順序ニ依リテ未遂犯ノ各場合ヲ論セントス

第一 犯罪ノ發意

犯罪ノ發意トハ罪ヲ犯サントスル決心ヲ云フ從來世人ハ犯罪ノ發意ト犯罪ノ決心トニ付キ多少ノ區別ヲ爲シタリ予ハ其區別ニ從フヲ欲セス二者ヲ以テ全く同一ナリトナス者ナリ發意ト云ヒ決心ト云フ之ヲ心理學上ニ照ストキハ多

少ノ區別ナキニアラス然レトモ人ノ發意ト決心ノ區別ハ人ノ考慮ノ程度ニ付
 キ下シタル名稱ニ過キサルナリ殊ニ歐洲哲學ノ文字ト支那哲學ノ文字ハ相似
 タル所ノモノナキニアラスト雖トモ彼ニ云フ所ノ意義ト我ニ云フ所ノ意義未
 タ必ス全ク同一ナリト謂フ可ラサルモノアリ歐洲文字ノ意トハ心ノ向フ所ヲ
 謂ヒ而シテ支那文字ニテハ心ノ向フ所之ヲ志ト謂フ故ニ歐洲文字ノ意ハ支那
 文字ノ志ニ同シ如斯東西其字義ヲ異ニスルアレハ到底精微ナル哲學ニ入りテ
 之カ區別ヲ爲スコト能ハサル可シ況ンヤ法律學上之カ區別ヲ爲スノ必要ナキ
 ニ於テオヤ抑人ノ意思ハ何ニ因リテ發生スルヤ其因リテ發生スル所以ニ付テ
 ハ少シク之ヲ知ラサル可ラス人カ斯世ニ生活スルニ付テハ我身體ヲ圍繞スル
 所ノ外物アリ獨リ我身體ニ近接シテ圍繞スルノミナラス我カ目ノ達スル所我
 カ耳ノ及フ所ノ遠キニ於テモ亦我カ身體ヲ圍繞スル而シテ此外物ハ間斷ナク我
 カ身體ヲ刺撃シ寒冷ノ空氣アレハ我ニ寒冷ヲ感シ溫熱ノ空氣アレハ我ニ溫熱
 ヲ感シ聲アレハ聞キ色アレハ視香アレハ嗅ク凡ソ外物一ツトシテ我カ身體ヲ
 刺撃セサルモノ無シ而シテ其刺撃ハ盡ク我カ精神ニ感通ス人ノ五官ト精神ト

ノ間ニハ一定ノ連絡アリテ精神ハ其中央ニ位シ五官ハ外圍ヲ守ル其狀宛モ電
 話交換局ノ電線ニ於ケルカ如シ電線ニ觸ル、所ノモノハ傳ハリテ交換局ニ達
 シ五官ニ觸ル、所ノモノハ聚リテ精神ニ感ス而シテ其精神ニ感スル所ノモノ
 止マリテ觀念トナリ其觀念ノ必要ヲ充タサントスルトキ發スル所ノモノ之ヲ
 意思ト名ツク例ハハ寒冷ヲ感スレハ之ヲ防キテ暖氣ヲ得ント欲シ又溫熱ヲ感
 スレハ之ヲ防キテ涼氣ヲ得ント欲スルナリ其欲望ニシテ犯罪ニ向フトキハ之
 ヲ名ケテ犯意トハ謂フナリ即チ人ヲ怨ミテ其怨ヲ露サシカ爲メニ之ヲ殺スノ
 意思ヲ起シ寒ヲ防クニ衣ナキカ爲メニ人ノ衣ヲ竊取セントスルノ意思ヲ起ス
 ノ類ナリ意思ハ或事ヲ爲サント欲シテ其目的ヲ達セントスル慾心ニ外ナラサ
 レハ必ス其得ント欲スル目的ニ對シテ一定セサル可カラス故ニ或犯罪ヲ犯サ
 ント欲スル場合ニ於テモ其犯サントスル犯罪ニ對シテ一定ス可キモノナルコ
 ト論ヲ俟タサル所ナリ已ニ犯罪ニ對シテ一定ス可キモノナリトセハ之ヲ以テ
 決心ト同意義ナリト謂フモ毫モ不可ナル所ヲ見ス若シ夫レ漠然刑法ノ罪ヲ犯
 サントスルノ考ヲ起スカ如キハ是レ只未定ノ意思ニシテ未タ以テ犯罪ノ發意

アリト謂フ可キモノニ非ラサルナリ犯罪ノ發意ハ一定ノ犯罪ニ對シテ發シ總テノ犯罪ハ犯罪ノ發意アリシ後ニ於テ成立ス發意ナケレハ原則上犯罪ハ成立セス然レハ犯罪ノ發意ハ犯罪ノ構成上最モ必要ニシテ犯罪ノ根源ナリ是ヲ以テ刑法ハ大ニ此發意ヲ惡ム即チ犯罪ノ發意ハ總テ犯罪ヲ生スル根源ナレハ其危險ナルコト之ヨリ甚シキモノアラス故ニ若シ刑法ハ犯罪ノ發意ノ場合ニ之ヲ防遏スルコトヲ得ルアラハ所謂禍ヲ未萌ニ防クモノニシテ社會ノ犯罪ハ其痕跡ヲ斷ツニ至ルニシテ知ラス刑法ハ果シテ人ノ犯罪ノ發意ヲ防遏スルコトヲ得ルヤ

犯罪ノ意思ハ刑法之ヲ罰セサルヲ以テ原則トス而シテ此原則ハ刑法ノ明文上既ニ一定セルモノナルヲ以テ法律論トシテハ毛厘ノ疑ヲ容レス然レトモ立法上ヨリ觀察スレハ犯罪ノ意思ヲ罰セサルノ原則ハ果シテ如何ナル理由ニ基クヤ其理由ニアリ

其一 人ノ意思トハ如何ナルモノナリヤ人ノ意思ハ人カ其身体ヲ圍繞スル所ノ外物ノ刺戟ニ因リ受ケタル感觸ヨリ來ル所ノモノニシテ此感觸ヨリ更ニ外

部ニ向テ事ヲ爲サントスル考慮ヲ云フ故ニ人ノ意思ハ一身ニ潜伏スルモノナルカ故ニ其人以外ニ之ヲ知ルコトヲ得ス之ヲ知ラント欲セハ勢ヒ其人ノ自白ヲ求メサルヘカラス而シテ其人ノ意思ニ反スルコトハ人情トシテ自白スルモノニ在ラス斯ル困難ナル自白ヲ採ルニアラサレハ犯罪意思ノ有無ヲ知ルモ得ス且ツヤ其自白ヲサシメンニハ人情ニ反シテ之ヲ求メサルヘカラスシテ或場合ニ於テ之ヲ知り得ルトスルモ例外ノ場合ニ屬シ却テ弊害ヲ生ス且ツ夫レ意思ハ俄ニ發生シ俄ニ消滅ス例ヘハ人ニ毆打サレテ苦痛ヲ感スルトキハ人ヲ殺スノ意發生ス既ニシテ其苦痛去レハ人ヲ殺スノ自己ニ不利ナルヲ想ヒテ其意思忽チ消滅ス既ニシテ怒氣再ヒ動ケハ之ヲ殺スノ意思復發生ス一日一刻ノ間其幾變遷スルヤ知ラサルナリ街上ヲ散步シテ商舖ノ店頭ニ於ケル美麗ノ物品ヲ見ルヤ忽チニシテ之ヲ取ラントスルノ意思ヲ生シ既ニシテ法律ヲ恐レ之ヲ中止スルノ意思ヲ生ス是レ時トシテハ賢人君子ト雖モ免ル、能ハサル所ノモノタリ唯タ賢人君子ニハ至大至剛ノ意思アリテ犯罪ノ意思ヲ制スルノミ其他常人ニ至リテハ朝ニ犯罪ノ意思アリテ夕ニ其意思ナク變遷極マリナク從

テ果シテ人ハ犯罪ノ意思ヲ有シタルヤ否ヤノ證據ヲ舉クルコトノ非常ニ困難ナルカ故ニ犯罪ノ意思ヲ罰スルノ規則ヲ設ケサルナリ

フオースタン、エリ、氏ノ説ニ曰ク犯罪ノ意思ハ犯人ノ胸中ニ埋伏セルモノニシテ毫モ外部ニ發表セルモノニ非ス隨テ犯罪ノ意思ヲ包藏スルモノナルヤ否ヤ此カ證據ヲ舉クルニ於テ甚タ困難ナルノミナラス實際ニ犯罪ノ意思ヲ有スルノ證據ヲ得ルコトハ殆ソト不能ノ業ニ屬スト蓋シ意思ハ無形ノモノナルヲ以テ其立證ノ困難ナルハ實ニ論者ノ言ノ如シ論者カ之ニ依リテ刑法ハ之ヲ罰スルコトヲ爲サスト云フハ決シテ一理ナキノ論ニアラサルナリ然レトモ若シ果シテ證據ヲ舉クルノ困難ナルカ故ニ之ヲ罰セスト云ハ、證據舉カリシ場合ニ於テハ必ス之ヲ罰スヘシト謂ハサル可ラス若シ犯人カ犯罪ノ意思ヲ有スルコトヲ自白シ又ハ犯罪ノ意思ヲ書面ニ記載シテ之ヲ他人ニ示シ以テ其犯罪ノ意思アル事實ヲ十分ニ證明シタルトキハ刑法之ヲ罰スルカ曰ク然ラス此場合モ亦刑法ハ之ヲ罰セス然ラハ則チ刑法カ之ヲ罰セサルハ單純ナル證據問題ヲ唯一ノ證據トナスヲ得ス

其二 刑罰權ハ社會ノ生存ヲ維持センカ爲メニ之ヲ行フモノナリ即チ社會ノ生存權ニ對スル危害ヲ防衛スルノ要具ナリ既ニ社會ノ生存權ヲ防衛スルノ要具ナリトセハ社會ノ生存ニ對シテ生シタル危害現在スル場合ニ非サレハ此刑罰權ヲ行フヘキモノニ非ス社會ニ於テ何等ノ危害ナク生存權ハ能ク維持セラレアル場合ニ於テ決シテ刑罰權ノ執行ヲ許スモノニ非サルナリ社會ハ元ト人ノ集合体ヨリ成ル所ノ秩序アル状態ヲ謂フ人ハ各生存スルノ必要アルニ付テハ必ス其生存ノ途ヲ求メサルヘカラス而シテ生存ノ途ハ各人皆之ヲ得ント欲スルモノナルニ因リ忽チニシテ生存ノ競争ヲ生ス此場合ニ於テ各人自ラ有スル所ノ區域ヲ守ルノ方法ヲクンハ弱肉強食社會ノ秩序ハ忽チ破壊スルニ至ル故ニ法律ハ我カ爲スヘキモノト我カ爲スヘカラサルモノトノ分界ヲ定メテ我カ爲スヘキ所爲ハ之ヲ爲シ我カ爲スヘカラサル所爲ハ之ヲ爲ス可ラスト命シタリ我爲スヘキ區域ヲ名ケテ權利ト云ヒ我カ爲スヘカラサル區域ヲ名ケテ義務ト云フ此權利義務ノ關係ノ素ル、コトナキ有様ヲ指シテ社會ノ秩序ト云フ社會ノ秩序十分鞏固ナレハ刑法其他何等ノ法律モ之ヲ用ユルヲ要セス世ハ竟

舜ノ世トナルナリ然ルニ社會ニハ此權利義務ノ關係ヲ顧ミサルアリ此關係ヲ
 維持スルコトヲ欲セサル者アリ又此關係ヲ蹂躪シテ我レ獨リ暴慾ヲ肆ニセ
 トスル者アリ凡ソ這般ノ關係ヲ破壞セントシ又此關係ヲ破壞スルモノハ即チ
 謂フ所ノ犯罪ナリ故ニ社會ノ秩序ヲ維持セントスルニハ此犯罪ナルモノヲ撲
 滅セサル可カラス乃チ之ヲ撲滅スルカ爲メニ刑罰權ヲ行フナリ是ヲ以テ刑罰
 權ハ社會ノ秩序即チ權利義務ノ關係ヲ破壞スルモノアルトキニ於テセサレハ
 之ヲ用ユルコトヲ得ヌ未タ此關係ヲ破壞スルコトヲ爲サル場合ニ於テ此刑
 罰權ヲ用フコトスルモ之ヲ用ユルノ途ナク又之ヲ用ユルノ理ナシ然ルニ犯罪
 ノ意思ハ犯人ノ胸中ニ潛伏シテ未タ社會ニ顯ハレサルモノナリ故ニ社會ノ權
 利義務ノ關係ヲ破壞セルモノニアラス又破壞シ得ヘキモノニアラス犯罪ノ意
 思ト社會ノ秩序トハ何等ノ關係ナシ此ノ關係ナキモノニ付キ刑罰權ヲ行フ
 理アラムヤ一言ヲ以テ之ヲ言ヘハ刑罰權ハ其性質トシテ犯罪ノ意思ニ及ブモ
 ノニアラサルナリ
 之ヲ要スルニ犯罪ノ意思ハ刑法之ヲ罰スルモノニアラス此原則ニハ例外アル

コトナシ

第二 犯罪ノ豫備

犯罪ノ豫備トハ犯罪ノ意思一定シテ之ヲ事實ト爲サンカ爲メニ行フ所ノ準備
 即チ犯罪事實ノ實行ニ必要ナル準備ヲ謂フナリ犯罪ノ意思一タロ發生シテ其
 決心ヲ翻スコト無クレハ必ス之ヲ事實ト爲サル可ラス其意思ノ命令ノ所ニ
 從ヒ社會ノ秩序ヲ紊スノ所爲ヲ行ハサル可ラス意思ノ命令ノ下ニ立テ多少ノ
 奔走ヲ爲サ、ル可ラス然レトモ意思ノ命令ヲ奉シテ社會ノ秩序ヲ紊スニハ必
 スヤ之ニ必要ナル手段ヲ求メサル可カラス凡ソ何事ヲ行フニモ之ヲ行フノ手
 段ナクハ到底其目的ヲ達シ得ヘキニ非ス而シテ犯意ノ命令ヲ奉シテ社會ノ
 秩序ヲ紊スカ爲メニ用ユル必要ノ手段ト爲ルヘキモノヲ備フルコト是レ即チ
 犯罪ノ豫備ナリ故ニ犯罪ノ豫備ハ外部ニ表白シタル事實ニシテ已ニ社會トノ
 關係ヲ發生シタル所ノモノナリ犯罪ノ意思ハ犯人ノ胸中ニ潛伏セルモノニシ
 テ之ヲ罰セサルモ犯罪ノ豫備ハ意思ノ命令ヲ奉シテ社會ノ秩序ヲ紊サントス
 ル目的ニ向テ進行ヲ始メシモノナレハ既ニ一事實ト爲リテ而シテ社會ト關係

ヲ保ツニ至レリ豫備ノ事實ニシテ果シテ社會ト關係アラシカ他日此ニ原因シテ社會ノ秩序ヲ紊スノ結果ヲ生ス可キモノナルヲ以テ宜シク刑罰權ヲ用井テ以テ其事實ヲ罰スルコト却テ禍ヲ未萌ニ防クノ良策ナラム刑法ハ果シテ此犯罪ノ豫備ヲ罰スルモノナルヤ否ヤ刑法ノ規定スル所ニ依レハ犯罪ノ豫備ハ之ヲ罰スル場合アリ又タ之ヲ罰セサル場合アリ其第一百一條ニ曰ク「罪ヲ犯サンコトヲ謀リ又ハ其豫備ヲ爲スト雖モ未タ其事ヲ行ハサル者ハ本條別ニ刑名ヲ記載スルニ非サレハ其刑ヲ科セス」ト然ラハ刑法各本條ニ於テ之ヲ罰スルノ規定ナクハ刑罰ヲ科スルヲ得ス即チ規定アリテ罰スルコトヲ得ルナリ如何ナル場合ニ於テ犯罪ノ豫備ヲ罰スルヤ否ヤノ問題ハ以下區別シテ之ヲ論ゼン

(一) 犯罪ノ豫備ヲ罰スル場合

刑法ハ人生ノ行爲中ニ於テ社會ノ秩序ヲ害スルニ至リタルトキハ常ニ之ヲ罰スルモノナルカ故ニ若シ豫備ノ行爲其モノニシテ社會ノ危害ヲ爲スニ足ル可キモノアラハ刑法ハ豫備トシテ之ヲ罰スルニ非スシテ或行爲ノ豫備ノ程度カ社會ヲ害スル行爲ナルカ故ニ特ニ一罪トシテ之ヲ罰スルナリ而シテ此場合ハ

刑法上二個アリ(一)ハ國事犯ノ場合ニシテ刑法第二百二十五條ニ於テ規定シ(二)ハ貨幣偽造罪ノ場合ニシテ刑法第八十六條第二項ニ於テ規定ス此二條ニハ共ニ豫備ノ語アリ第二百二十五條ニ曰ク「兵隊ヲ召集シ又ハ兵器金穀ヲ準備シ其他内亂ノ豫備ヲ爲シタル者……」ト第八十六條第二項ニ曰ク「若シ偽造ノ器械ヲ豫備シテ未タ着手セサル者……」ト即チ二者共ニ明ニ犯罪ノ豫備ヲ罰スト規定シタリ

然レトモ兵隊ヲ召集シ兵器金穀ヲ準備スルノ行爲ハ既ニ社會ノ人心ヲ騷擾セシムルニ十分ナル所ノモノナルカ故ニ其行爲其モノ、ミニテ正ニ一犯罪ヲ構成スルニ足り之ヲ禁セスシテ止ムヘキニアラス又貨幣偽造ノ器械ハ其目的單一ニシテ貨幣ヲ偽造スルノ一事ヲ除キ他ノ目的ヲ有スルモノニアラス即チ此器械ハ貨幣ヲ偽造スル爲ニ製作セシモノナレハ貨幣ヲ偽造スルノ外他ニ此器械ヲ用ユルノ途ナシ然ラハ則チ此器械ハ其性質上犯罪ヲ以テ唯一ノ目的トスルモノナレハ何人ト雖モ之ヲ以テ危険ナラスト爲スモノアラサルヘシ故ニ豫備行爲ノ性質カ犯罪ヲ以テ唯一ノ目的トスルトキハ其行爲其自体ニ於テ既ニ

社會ノ人心ヲ畏怖セシムルニ足リ刑法ハ之ヲ罰シテ毫モ假借スル所ナシ即チ
 刑法ハ此社會ノ安寧ヲ紊サントスルノ性質アルモノハ盡ク之ヲ撲滅セント欲
 ス内亂ノ豫備貨幣偽造ノ豫備ハ共ニ危害ノ性質アリテ其成立スルヤ直チニ人
 心ヲ畏怖セシムルヲ以テ之ニ對シテ十分ニ防衛權ヲ行ハサル可カラス約言ス
 レハ刑法カ此二者ヲ罰スルハ犯罪ノ豫備ヲ罰スルニ非スシテ豫備行為其モノ
 、成立カ既ニ社會ノ危害タル犯罪ヲ成スモノアルヲ以テナリ此例ハ必スシモ
 之ヲ内亂ノ豫備ト貨幣偽造罪ノ豫備トニ求ムルヲ要セス他ニモ亦類例ヲ發見
 スルニ難カラス例ヘハ文書偽造罪印章偽造罪ノ如シ文書印章ノ偽造ハ他人ニ
 對スル詐欺取財ノ豫備タルヤ疑ヲ容レス然レトモ刑法ハ之ヲ罰ス而ルニ此等
 ノ犯罪ニ付テハ豫備ノ明文ナキヲ以テ世人其處刑ヲ恠マスシテ内亂罪及ヒ貨
 幣偽造罪ニハ明文上豫備ノ語アルヨリ論者屢之ヲ以テ刑法カ犯罪ノ豫備ヲ罰
 セサル原則ノ例外ナリト爲ス蓋シ誤見ノ甚シキモノナリ
 犯罪ノ豫備トシテ之ヲ罰スルモノナリト云フモ又ハ特別ノ一犯罪ヲ構成スル
 モノトナスモ之ヲ罰スルニ於テ何等ノ差異ナキニ非スヤトノ疑問ヲ生セン犯

罪ノ豫備ヲ罰スルト特別ノ一犯罪ヲ罰スルトハ其結果ニ於テ大ニ異ナルモノ
 アリ若シ豫備ノ行為ヲ罰スルモノトナストキハ未遂犯罪ヲ構成スルコトナシ
 之ニ反シテ一罪ヲ罰スルモノトナセハ豫備アリ未遂犯アリ此故ニ第二百二十五
 條ノ「兵隊ヲ招募シ又ハ兵器金穀ヲ準備シ其他内亂ノ豫備ヲ爲シタル者……」ト
 アルヲ特別ノ一罪ナリトスレハ兵隊ヲ招募シタルカ一犯罪兵器金穀ヲ準備シ
 タルカ一犯罪内亂ノ豫備ヲ爲シタルカ一犯罪ナルカ故ニ内亂ノ豫備ヲナサン
 トシテ其犯罪事實ノ一部又ハ全部ヲ行ヒ犯人意外ノ錯誤ニ依リテ内亂ノ豫備
 ヲ遂クルコト能ハサリシ場合ハ重罪刑ナルカ故ニ法律ノ特別規定ナクトモ未
 遂犯ヲ構成ス此他内亂ノ爲メニ兵隊ヲ招募スルモノカ中途ニシテ意外ノ錯誤
 ニ遇ヒタルニ依リ兵隊ヲ招募スル能ハサリシ場合又ハ兵器金穀ヲ準備セント
 シテ意外ノ錯誤ニ遇ヒ其目的ヲ達セサリシ場合モ亦同シク未遂犯ヲ以テ罰ス
 ヘキモノニシテ斯ノ如ク區別アルカ故ニ二者決シテ混同スルコトヲ得サルナ
 リ

以上 如ク刑法ハ豫備ノ行為ト雖モ一犯罪トシテ罰スルモノナレトモ此一犯

罪ハ内亂罪ニ對シテ見ルトキハ内亂罪ノ豫備ニ外ナラス恰モ文書ノ偽造ハ詐欺取財ヲ犯スノ手段タルニ等シト云フニ同シキナリ

(二) 犯罪ノ豫備ヲ罰セサル場合

犯罪ノ豫備ヲ罰セサル場合ハ犯罪ノ豫備ハ社會ニ於テ危險ナル行為ト爲スニ足ラサルカ故ナリ社會ニ於テ危險ナリト爲ス所ノ行為ハ行為其モノ、性質カ社會ノ危害ト爲ルニ足ルヘキモノナラサル可カラス行為其モノ、性質ハ社會ニ對シテ何等ノ危害ヲモ生スルモノニ非スシテ唯タ後日危害ノ媒介ヲ爲スヘシトノ豫想ヲ以テ之ヲ罰スルニ至リテハ是レ恰モ人民ノ或部分ハ後來罪ヲ犯スモノナリト豫想シテ之ヲ罰スルト少シモ異ナル所無シ此ノ如キハ決シテ防衛權ノ趣旨ニ適フモノナリト謂フ可ラス犯罪ノ豫備其モノハ多クノ場合ニ於テ社會ノ生存上ニ必要ナル行為ニ屬ス人民ハ此行為ヲ爲シテ以テ却テ生活ノ必要ヲ充タスコト多シ例ヘハ刀劍商ノ如シ又銃砲彈藥商ノ如シ刀劍商カ刀劍ヲ賣買スルハ即チ刀劍商ノ生活ニ必要ナルカ爲メニ之ヲ爲スナリ刀劍ノ賣買ニ因リテ得タル利益ヲ以テ其生活ニ供セントスルナリ銃砲彈藥商亦然リ此故

ニ法律ハ公ニ刀劍ノ賣買ヲモ之ヲ爲スコトヲ許シ又銃砲彈藥ノ賣買ヲモ之ヲ禁スルコト無シ然ルニ今罪ヲ犯サントスル者アリテ刀劍商ニ就キ刀劍ヲ買ヒ又ハ銃砲彈藥商ニ就キテ銃砲彈藥ヲ買フ刀劍商銃砲彈藥商モ亦其刀劍銃砲彈藥ヲ販賣スルコト本來ノ目的ナルヲ以テ何人來リテ之ヲ買フモ之ヲ賣ラサルヲ得ス故ニ殺人ノ目的ヲ以テ刀劍又ハ銃砲彈藥ヲ來リ買フモノアルモ亦之ヲ賣ルノ權利アリテ何人モ之ヲ禁スルコトヲ得ス若シ此刀劍又ハ此銃砲彈藥ヲ以テ後日人ヲ殺スノ用ニ供セントスル者ナリトセハ此刀劍此銃砲彈藥ハ實ニ危險ナル物品ナリト謂ハサルヲ得ス初ヨリ刀劍商銃砲彈藥商カ之ヲ賣ルコト、微カリセハ此犯人ハ刀劍モ銃砲彈藥モ我有ト爲スコト能ハサリシナリ隨テ殺害行為ヲモ之ヲ行フ能ハサリシナラムト推測スルコトヲ得ヘシ故ニ犯人ノ目的ヨリ觀察スレハ刀劍銃砲彈藥ノ賣買ハ社會ニ於テ恰モ危險ノ行為ナルカ如クナリト確モ人カ刀劍ヲ買ヒ銃砲彈藥ヲ買フハ必スシモ罪ヲ犯サントノ趣旨ニノミ出ツルニ非ス刀劍ハ之ヲ愛翫センカ爲メニ買フコトアリ又ハ護身ノ具ト爲サンカ爲メニ買フコトアリ銃砲彈藥亦然リ銃獵ノ用ニ供センカ爲メニ買

フコトアリ又ハ護身ノ具ト爲サンカ爲ニ買フコトアリ若シ夫レ刀劍銃砲彈藥ヲ買フノ目的カ護身又ハ玩弄ノ用ニ供スルニ在リトセハ刀劍ノ賣買銃砲彈藥ノ賣買ハ毫モ社會ノ爲メ危險ノ行爲ナリト謂フ可キモノニ非ス均シク是レ刀劍銃砲彈藥ノ賣買ナリ之ヲ買フ者ノ目的如何ヲ追究セスシテ單ニ此刀劍銃砲彈藥ノ賣買ノミヲ觀察セハ此賣買ハ果シテ社會ニ危險ナル行爲ナリト云フヲ得ルヤ若シ性質上社會ノ危險ヲ爲スモノナリト云ハ、殺人罪ノ爲メニ買フモ危險ナリ又護身ノ爲メニ買フモ亦危險ナリト云ハサル可カラス然レトモ刀劍銃砲彈藥ノ賣買ハ其モノ、性質ニ付テ之ヲ觀察スレハ毫モ此危險ヲキノミナラス社會ノ營業ニ屬スルモノニシテ人ノ生活ノ助ヲナス行爲ナリ此他火又ハ水ノ人生ニ必要ナルカ如シ吾人カ火ヲ焚クハ食物ヲ煮ンカ爲メ或ハ暖氣ヲ生セシメンカ爲メナリ食物ヲ煮テ生活ニ供シ暖氣ヲ生セシメテ寒冷ヲ防ク水モ亦タ同シ吾人ノ飲用ニ供シ或ハ田地ニ用ヒテ米作ヲナス此故ニ法律ハ火ヲ焚キ水ヲ用ユルコトヲ禁セス然ルニ今罪ヲ犯サントスル者アリテ此火ヲ放テ人ノ家屋ヲ燒毀シ又ハ堤防ヲ決潰シ水閘ヲ毀壞シテ家屋ヲ漂失シ田圃礦坑收場

等ヲ荒廢シタルニ因リテ社會ハ害ヲ蒙ルナリ然レトモ火水其モノヲ使用スルハ毫モ斯ル危險ナキノミナラス吾人生活上必要缺クヘカラサルモノナリ凡ソ犯罪ノ豫備行爲ハ此ノ如ク行爲其モノ、性質ハ寧ロ社會ノ必要上爲サ、ルヘカラサルモノニシテ毫モ社會ノ爲メニ危險ヲ生スル性質ヲ有セサルカ故ニ社會ハ此行爲ニ因テ其生存ヲ害セラル、コトナシ既ニ生存ヲ害セラル、コトナシトセハ到底刑罰ヲ以テ之ニ臨ムコトヲ得サルヤ明クシ刑罰權ハ社會生存權ノ害セラレサル以前ニ之ヲ行フ可キモノニ非ス是レ犯罪ノ豫備ヲ罰セサル所以ナリ

第三 犯罪ノ實行

犯罪ノ豫備全ク備ハリ犯人カ因テ以テ其目的トスル犯罪行爲ヲ行フニ至リタルトキ茲ニ犯罪ノ實行アリト謂フ其犯罪ヲ實行シテ何等ノ錯誤ナク刑法各本條ニ要求スル所ノ犯罪構成ノ全部ヲ行ヒ終リタルトキハ則チ既遂犯アリト謂ヒ犯人意外ノ錯誤ニ因リ其達セント欲スル所ノ目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ則チ未遂犯アリト謂フ

犯罪ノ既遂ニ付テハ第一百十二條ニ於テ「罪ヲ犯サントシテ已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トキハ……」トアリテ此未タ遂ケサルトハ二義アリテ必スシモ犯人ノ目的ヲ達シ終ラサルヘカラサルモノニ非ス換言スレハ犯人ノ目的ヲ達シ終リタルニ非ラサレハ既遂犯ヲ構成スルコトナシト謂フヲ得ヌ例ヘハ殺人罪ニ付テハ人ヲ殺シ終ラサレハ殺人罪ノ既遂ヲ構成セス又タ竊盜罪ニ付テハ他人ノ所有物ヲ奪取スルニ非ラサレハ竊盜罪ノ既遂アリト謂フヲ得ヌ然レトモ他ノ犯罪ニ於テハ犯人ノ目的ヲ達シ終ラサル場合ニ於テモ既遂犯ヲ構成スルコトアリ例ヘハ第二百五條ノ如キハ内亂罪ノ目的ヲ達セサルモ兵隊ヲ招募シ又ハ兵器金穀ヲ準備シ其他内亂ノ豫備ヲ爲シタルノミヲ以テ一ノ既遂犯トシテ之ヲ罰ス又第八十六條ノ如キ犯人ノ目的ハ貨幣ヲ偽造鑄造シテ行使シ因テ以テ不正ノ目的ヲ達セント欲スルニ在リ然ルニ偽造ノ器械ヲ豫備シテ未タ着手セサル者ハ……トアリテ犯人ハ未タ其目的ヲ達セサルモノナレトモ一ノ既遂犯タルヲ免レス故ニ第一百十二條ノ未タ遂ケサル云々トアルハ犯人ノ目的ヲ達セサル場合ノミナリト解スルハ大ニ

誤レリト謂ハサルヘカラス

既遂犯ト未遂犯ノ區別ヲ一定ノ法則トシテ謂ヘハ既遂犯トハ犯罪構成條件ヲ悉ク充シタル場合ヲ謂ヒ未遂犯ハ犯罪構成條件ヲ充分ニ充タサル場合ヲ謂フ而シテ如何ナル場合ニ於テ既遂犯ヲ構成シ如何ナル場合ニ於テ未遂犯ヲ構成スルモノナルヤニ付テハ刑法各本條ニ規定スル所ノ犯罪ノ構成條件ヲ區別シテ各犯罪ニ付既遂未遂ヲ定ムルノ外ナシ

未遂犯罪ノ本色ハ犯人カ犯罪ヲ遂ケサルノ原因ハ犯人ノ意外ノ錯誤ニ在リ罪ヲ犯シテ之ヲ遂ケサル場合ハ數多アリト雖モ犯人ノ意外ノ錯誤ニ依リテ犯罪ノ目的ヲ達スルヲ得ザリシ場合ニ在ラサレハ未遂犯アリト云フヲ得ヌ現行刑法第一百十二條ニ所謂ユル障礙トハ犯人カ其目的トスル犯罪行為ヲ實行スルニ當リ之レカ效果ヲ收ムルニ充分ナル方法ヲ盡シタル場合ニ於テ突然來リテ犯人ノ目的ヲ妨害スル所ノ原因ヲ謂ヒ舛錯トハ犯人ニ於テ其目的トスル犯罪ヲ行フニ當リ之レカ效果ヲ收ムルニ充分ナル方法ヲ盡サスシテ自ラ誤テ其目的ヲ妨害シタル原因ヲ謂フ之ヲ約言スレハ障礙ハ犯人ノ責メニ歸ス可カラサル

外來ノ原因ニシテ舛錯ハ犯人ノ實メニ歸ス可キ自招ノ原因ヲ云フ故ニ障礙ト舛錯ハ其由テ來タル所ノ根原ニ於テハ大ニ異ナルアリト雖モ犯人ノ目的ヲ妨害スルニ至リタルハ二者共ニ錯誤ニ出テタルノ點全ク相同シ之ヲ要スルニ二者ノ區別ハ文字論ニ過キスシテ學問上ノ道理ニ基キタルモノニアラス故ニ障礙舛錯トアルハ「犯人意外ノ錯誤ニ因リテ」ト解スルヲ正鵠ヲ得タルモノト信スルカ故ニ常ニ犯人意外ノ錯誤ト謂フ所以ナリ

次ニ論ス可キハ第一百十二條ニ所謂「已ニ其事ヲ行フト雖モ」トハ如何ナル意義ナリヤニ在リ學說上ニ派アリト雖モ「事ヲ行フト」云ヘル語ニハ其程度ニ於テ全部ヲ行ヒシ場合ト一部ヲ行ヒシ場合共ニ包含スルモノト解釋ス可キナリ(一事ノ一部トハ犯人僅カニ其犯罪行為ノ一部ヲ行ヒ始メ將ニ進ミテ全部ニ及ハントスルノ途中意外ノ錯誤ニ遭遇シテ犯罪ノ實行ヲ妨ケラレ其期望セシ直接ノ目的ヲ達スルコト能ハサル場合之ヲ名クテ着手未遂犯ト云ヒ(二)事ノ全部トハ犯人其犯サント欲スル犯罪構成ニ必要ナル全部ノ手段ヲ行ヒ了リタルモ偶々意外ノ錯誤アリテ其得ント欲セシ直接ノ效果ヲ收ムルコト能ハサル場合之ヲ名

クテ缺効犯ト云フ此二者ハ佛國刑法ニ於テハ明文ヲ以テ犯罪ノ一部ヲ行フトル場合又ハ全部ヲ行フト遂ケサル場合ヲ區別シテ規定シタルカ故ニ二者ノ區別ニ付何等ノ疑ナシト雖モ我刑法ニ於テハ「事ヲ行フト」云フ法文ノ解釋上一部ノ場合ト全部ノ場合アリト云フニ過キス斯クノ如ク解釋上ノ區別ナルカ故ニ或學者ハ「事ヲ行フト」ハ獨々犯罪着手ノ場合ノミナリト云ヘリニ說何レヲ採ルモ可ナリ然シテ余ハ所謂「其事ヲ行フト」ハ犯罪行為ヲ實行スルノ謂ヒニシテ其一部ヲ行ヒ始メタル場合ト其全部ヲ行ヒ了ハリタル場合ヲ併稱スルモノト解スルカ故ニ講義ノ順序モ亦之ニ依ルモノナリ

第一項 着手未遂犯

着手未遂犯トハ如何ナル場合ヲ指示シタル名稱ナル乎人ト犯罪トアリテ其人カ其犯罪ニ對シ如何ナル所爲ヲナサハ茲ニ犯罪ノ着手アリト謂フコトヲ得ル乎此問題ヲ研究スルニ付テハ先ツ犯罪ノ着手ヲ知ラサルヘカラス然ラハ犯罪ノ着手トハ如何ナル場合ヲ謂フ乎犯罪ノ着手トハ犯人犯罪ノ豫備ヲ終リタル後犯罪事實ノ一部ヲ行ヒ始メタル場合ヲ謂フ之ヲ換言スレハ刑法ニ於テ明ニ

禁制命令シタル行爲ノ一部ニ違反スルノ所爲之ヲ名ケテ犯罪ノ着手ナリト謂フ故ニ犯罪ノ着手ヲ知ラント欲セハ先ツ犯罪ノ構成條件ヲ知ラサルヘカラス犯罪ノ構成條件ヲ知ルニハ先ツ各犯罪ノ解剖ヲ爲サ、ルヘカラス各犯罪ノ解剖ヲ爲スニハ刑法ノ各本條ニ規定スル所ノモノニ付一々之ヲ分解セサルヘカラス然ルニ各本條ニ規定スル犯罪ハ常ニ其構成條件ヲ同フスルモノニアラス甲犯罪ノ構成條件ハ乙犯罪ノ構成條件ニ同シカラス丙犯罪ノ構成條件ハ丁犯罪ノ構成條件ニ異ナリ既ニ各犯罪ノ構成條件ハ各犯罪ニ於テ同一ナラストセハ總テノ犯罪ニ共通スル所ノ區別ノ標準ヲ掲クルコトハ到底能クスヘキノ事業ニ非ラサルナリ然レトモ學問上及テ限リ犯罪ノ構成條件ハ如何ナルモノナルヤヲ解剖シ而シテ如何ナル程度ニ於テ犯罪ノ着手アリタルモノナルコトヲ諸君ニ示サント欲ス是レ固ヨリ總テノ犯罪ノ解剖ニ用ユヘキ完全無缺ナル方法ナリト謂フニ非ス唯タ多少研究ノ便ヲ補セシカ爲メノミ

蓋シ犯罪ノ着手ヲ論スルモノ各其見解ヲ異ニシ犯罪ノ構成條件ノ全部ニ着手スルヲ要ストナス者アリ或ハ犯罪ノ構成條件ノ一部ニ着手スレハ可ナリト爲ス者アリ予ハ其第二說ニ賛成スル者ナリ然レトモ論者ハ二說其孰レタルニ別ナク未タ曾テ犯罪構成條件ノ何タルコトヲ示シタル者アルヲ聞カス是ニ於テ乎條件ノ全部ト謂ヒ一部ト云フモ其果シテ如何ナル事實ヲ指スヤ明ナラス構成條件其モノモ亦如何ナル事實ヲ指スヤ明ナラサルナリ抑モ構成條件トハ如何ナルモノヲ云フ乎是レ固ヨリ各犯罪ニ付テ同一ナラサルヲ以テ一概ニ論ス可カラスト雖モ予ハ試ニ一二ノ犯罪ヲ取り以テ其構成條件ノ如何ヲ解剖セント欲スルナリ即チ左ノ如シ

第一 犯罪ノ成立ニ關スル條件

- (一) 犯罪ノ事實ニ關スルモノ
 - (二) 犯人ノ身分ニ關スルモノ
- 第二 犯罪ノ加重ニ關スル條件
- (一) 犯罪ノ事實ニ關スルモノ
 - (二) 犯人ノ身分ニ關スルモノ
- 第三 犯罪ノ成立又ハ加重ニ關スル條件

- (一) 法律ニ禁制スルモノ
- (二) 法律ニ禁制セサルモノ

以上ノ解剖ニ基キ犯罪ノ着手ヲ定義スレハ左ノ如シ

犯罪ノ着手トハ犯罪ノ成立又ハ加重條件ニシテ犯人ノ身分ニ屬セス且ツ法律ノ禁制スル條件ニ着手スル場合ヲ謂フ

第一 犯罪成立ニ關スル條件 此條件ヲ分チテ二トナス(一)ヲ犯罪ノ事實ニ關スルモノ(二)ヲ犯人ノ身分ニ關スルモノトス

(一) 犯罪ノ成立ニ關スル事實上ノ條件トハ犯罪ノ成立上必要缺クヘカラサル條件ニシテ其一ヲ廢スレハ則チ如何ナル犯罪ヲモ構成スルコト能ハサルモノヲ謂フ例ヘハ文書偽造罪ノ如シ本罪ノ成立要件ハ二アリ(一)ハ偽造ノ事實アルコト(二)ハ行使スル事實アルヲ要ス故ニ此犯罪ハ偽造ノ所爲ト行使ノ所爲トヲ併合シテ同一犯人ニ於テ之ヲ犯シタルトキニ非ラザレハ完全ニ成立スル所ノモノニアラス現行刑法第二百三條ニ曰ク官ノ文書ヲ偽造シテ行使シタル者ハ云々ト同第二百九條ニ曰ク爲替手形ヲ偽造シテ

行使シタル者ハ云々ト同第二百十條ニ曰ク賣買ニ關スル證書ヲ偽造シテ行使シタル者ハ云々ト刑法ノ意義蓋シ行使ノ目的ナキ偽造ハ偽造罪ノ偽造ニ非ラスト爲シタルナリ故ニ今甲者行使ノ目的ナクシテ偽造シタル文書ヲ有スルニ乙者之ヲ見其偽造文書タルヲ知リナカラ之ヲ取テ行使シ他人ノ財物ヲ騙取シタルトセンニ是レ唯單純ノ詐欺罪タルヲ以テ此場合ニ於ケル偽造ノ文書ハ詐欺罪ノ豫備タルニ過キス即チ偽造ノ所爲ニ付テハ行使ノ條件ヲ缺如スルカ故ニ偽造罪ヲ構成スル能ハス又行使ノ所爲ニ付テハ偽造ノ條件ヲ備ヘサルカ故ニ行使罪ヲ成サ、ルナリ又例ヘハ詐欺取財罪ノ如シ此犯罪モ亦二ケノ條件ヲ以テ成立ス(一)不正ニ財物又ハ證書類ヲ奪取スルノ手段トシテ人ヲ欺罔シタルコト(二)財物又ハ證書類ヲ奪取シタルコト即チ是ナリ故ニ今單ニ財物又ハ證書類ヲ奪取スルモ詐欺ノ手段ヲ行ハサルトキハ是レ第一條件ヲ缺クヲ以テ本罪ヲ構成セス然レトモ刑法第三百九十條ヲ見ルニ人ヲ欺罔シ又ハ恐喝シテ財物若シクハ證書類ヲ騙取シタル者ハ詐欺取財ノ罪ト爲シ……トアリ是ニ因テ之ヲ觀レハ詐欺

取財罪ニハ詐欺ノ事實アルコト及取財ノ事實ノ二要件ヲ要シ此二要件ハ共ニ刑法ノ禁スル所ノモノナレハ最初ニ詐欺ノ手段ヲ施シタルトキハ詐欺取財罪ノ着手アリト謂フコトヲ得ヘシ前例文書偽造罪ノ規定ニ於テモ亦「文書ヲ偽造シテ行使シタル者ハ……」トアリ「偽造シテ」ノ語ハ之ヲ改メ書スルトキハ「文書ヲ偽造シ且行使シタル者」ノ意義タルヘク即チ偽造ト行使ノ二者ヲ聯絡セシメタル語ナリ故ニ刑法ハ偽造且行使ヲ禁スルモノニシテ同一ノ人カ偽造シ行使スルコトヲ禁シタルモノナリ然ラハ則チ文書偽造罪ニハ偽造ト行使ノ二要件ヲ要シ此二要件ハ共ニ刑法ノ禁スル所ノモノナレハ若シ一人ニシテ偽造ノ所爲ノミヲ行ヘハ是レ即チ法律ノ禁シタル所ノモノヲ行ヒシモノナルヲ以テ直チニ犯罪ノ着手アリト云フコトヲ得即チ文書ヲ偽造行使スルノ意思ヲ以テ偽造ノミヲナシ又ハ詐欺取財ノ意思ヲ以テ詐欺ノ手段ヲ行ヒ而シテ意外ノ錯誤ニ因リ行使又ハ取財ノ目的ヲ達スル能ハザリシトキハ文書偽造罪若シクハ詐欺取財罪ノ着手未遂罪ヲ成立スルモノニシテ其偽造ノ事實詐欺ノ事實ヲ罰スルモノナルコト

ハ各條文上疑ヒナキ所ナリ然ラハ文書偽造罪ニ於ケル偽造ノミハ之ヲ罰スルモノニアラストナス説ノ如キハ誤解ニ陥リタルモノト謂ハサルヘカラス予ハ未遂犯ヲ構成スルモノト信スルモノナリ

(二)

犯罪ノ成立ニ關スル身分上ノ條件トハ犯人ノ身分カ犯罪成立ノ要素ヲ成シテ若シ之ヲ廢スルトキハ到底一犯罪ヲ構成ス可カラサル所ノモノヲ謂フ例ヘハ官吏收賄罪ノ如シ其成立條件ヲ分析スレハ第一官吏ノ身分ヲ有スルコトヲ要シ第二職務ノ執行ニ關スルコトヲ要シ第三賄賂ヲ收受スルコトヲ要ス此三條件ヲ具備シテ而シテ初メテ收賄罪成立ス收賄罪ハ官吏カ其職務ヲ汚辱スルノ犯罪ナルカ故ニ官吏ニ非ラサル者ハ如何ナル賄賂ヲ收取スルモ本罪ヲ構成スルモノニアラス(議院法ノ規定ハ此限リニ在ラス)然ラハ則チ收賄罪ハ官吏ノ身分ナケレハ成立セサル所ノモノナルヲ以テ官吏ノ身分ハ犯罪ノ成立ニ必要缺クヘカラサルノ條件ナリ然レトモ此身分ヲ有スルコトハ法律ノ禁制セサル所ノモノナルカ故ニ予カ官吏ノ身分ヲ有スルノ事實アルモ未タ收賄罪ノ着手ヲ爲シタルモノナリト謂フ

ヲ得ス又例ヘハ子孫カ其父母祖父母ニ對シテ奉養ヲ缺クトキハ奉養ヲ缺クノ罪アリ奉養ヲ缺クノ罪ヲ分析スレハ第一奉養ヲナス者ハ子孫ナルヲ要シ第二奉養ヲ受クルモノハ父母祖父母ナルヲ要シ第三奉養ヲ缺クノ事實アルヲ要ス此三條件ハ子孫カ其父母祖父母ニ對スル奉養ヲ缺ク罪ノ成立上必要缺ク可カラサルモノニシテ其一ナケレハ則チ犯罪成立セス故ニ兄ニ對シテ奉養ヲ缺クモ犯罪成立セス隣家ノ父老ニ對シテ奉養ヲ缺クモ罰セラル、コトナシ然レトモ子孫ノ身分ハ是レ亦法律ノ禁制スル所ニ非ラサルカ故ニ此身分ヲ有スルモ未タ犯罪ノ着手アリト斷言スルコトヲ得ス

第二 犯罪ノ加重ニ關スル條件 此條件ヲ分テ二トス(一)犯罪ノ事實ニ關スル

モ(二)犯人ノ身分ニ關スルモノトス

(一) 犯罪ノ加重ニ關スル事實上ノ條件トハ犯罪ノ成立上ニハ何等ノ影響ヲ及ボサ、ルモ多少犯罪ノ責任ヲ重大ナラシムヘキ所ノ條件ヲ謂フ例ヘハ一人ニテ他人ノ所有物ヲ竊取スルモ竊盜罪ヲ構成シ二人ニテ竊盜ヲ行フ

モ竊盜罪ヲ構成ス然ルニ二人ニテ竊盜ヲ行フトキハ其情狀頗ル重大トナリテ社會ノ危害稍々多キヲ加フ是レ二人ノ條件ハ竊盜罪ノ成立上何等ノ必要ナシト雖モ竊盜ノ情狀ヲ重大ナラシムルノ要素ナリ又例ヘハ門戶牆壁ヲ踰越損壞スルコト無クシテ竊盜ヲナスヘク又踰越損壞ノ事實ヲ行フテ而シテ竊盜ヲナスヲ得ヘシ即チ踰越損壞ノ事實ハ竊盜ノ成立上何等ノ影響ナシト雖モ此竊盜ノ情狀ヲ重大ナラシムルニハ必要缺クヘカラサルノ條件ナリ故ニ人ノ門戶牆壁ヲ踰越損壞スルノ方法ヲ用井又ハ鎖鑰ヲ開クノ方法ヲ用ユルノ行爲ハ刑法ノ禁スル所ニシテ其門戶ヲ踰越セントシタルトキ又ハ鎖鑰ヲ開カントシタルトキハ加重ノ情狀アル竊盜罪ノ一條件ヲ行フタルモノト謂フヘシ又タ暴行脅迫ノ手段ヲ以テ人ノ所有物ヲ奪取セントスルトキノ如キモ亦同シク通常竊盜ヨリモ其刑期ニ於テ重キ犯罪ノ一條件ヲ行フタリト謂フヘキナリ然ルニ現行刑法ニ於テハ此場合ハ加重情狀ノ竊盜罪トナサスシテ強盜罪ノ如ク規定スレトモ凡ソ人ノ所有物ヲ奪ハントスル犯人ノ意思ハ一ニシテ二ナラス果シテ然ラハ其名稱ノ

區別アル所以ハ其犯罪ノ手段ヲ異ニスルヨリ生スルノミ刑法各論ニ於ケル財産ニ對スル犯罪ヲ種別スレハ詐欺ノ方法ニ出ツルモノヲ詐欺取財罪トシ暴行脅迫ノ方法ヲ以テスルモノヲ強盜罪トシ其他ノ方法ヲ以テスルモノヲ竊盜罪トナスモノニシテ人ノ所有物ヲ取ラントシテ門戸ヲ踰越シ又ハ二人以上共ニ竊盜ヲナスカ如キハ刑法カ此ノ如キ犯罪ノ方法ニ付テ特ニ之ヲ罰セントスルモノナルカ故ニ若シ犯人カ此方法ニ着手スレハ此方法ハ犯罪ノ成立條件ニ關スルコトナシト雖モ尙ホ犯罪ノ着手アリト云フコトヲ得ルナリ如何トナレハ此方法モ亦是レ犯罪ノ事實ニ關スルモノニシテ而シテ刑法ノ禁スル所ノモノナレハナリ

(二)

犯罪ノ加重ニ關スル身分上ノ條件トハ犯罪ノ成立上何等ノ影響ヲモ及ボサハル條件ニシテ犯罪ノ責任上加重ノ原因ヲ成ス所ノモノヲ謂フ即チ其身分ナキモ尙ホ犯罪ハ之ヲ構成ス可シト雖モ犯人ノ責任ハ之ヲ加重スルコトヲ得サルナリ例ヘハ監守盜ノ如シ官吏カ其監守スル金穀物件ヲ費消スルトキハ監守盜ノ罪アリ監守盜ハ元來官吏カ其職務上官ヨリ受ケタ

ル委託物ノ費消罪ナリ故ニ通常人ニシテ此物ヲ費消セハ單純ナル委託物費消罪ヲ構成スルニ過キサルモ官吏ナルカ故ニ監守盜罪ヲ構成ス然ラハ監守盜ノ罪ハ委託物費消罪ノ加重罪ナリト謂フテ不可ナル所ナシ即チ官吏ノ身分カ偶々委託物費消罪ヲ加重シテ重罪トナシタルナリ故ニ官吏ノ身分ハ委託物費消罪ノ加重條件タリト雖モ是レ亦前例ト均シク官吏タルアリト謂フコトヲ得ス又例ヘハ子孫カ其父母祖父母ヲ故殺シタル場合モ亦同シ子孫ニ在ラサル者カ他人ヲ故殺セハ無期徒刑ニ過キス子孫カ其父母祖父母ヲ故殺セハ死刑ニ處セラル是レ亦子孫タル身分カ加重ノ情狀ヲ成スモノト云フテ可ナリ然レトモ此身分ヲ有スルモ亦犯罪ノ着手アリト云フコトヲ得ス

再犯ノ身分ニ於テモ亦然リ即チ一タヒ罪ヲ犯シ刑罰ヲ受ケ而シテ後ニ至リ再ヒ罪ヲ犯ストキハ之ヲ名ケテ再犯ト云ヒ特ニ本刑ヲ加重ス然レトモ再犯者ノ身分ハ之ヲ有スルカ故ニ直チニ犯罪ノ着手アリト云フヘキモノ

ニアラス從テ犯人ノ身分ニ關スル條件ハ其犯罪ノ成立條件ナルト犯罪ヲ加重條件ナルトヲ問ハス其身分ヲ有スルノ一事實ヲ犯罪ノ着手ト爲ルハキ場合ハ全ク絶無ナリト謂フテ可テリ

第三 犯罪ノ成立又ハ加重ニ關スル條件中法律ノ禁スルモノアリ又法律ノ禁

セサルモノアリ

(一) 犯罪ノ成立又ハ加重ニ關スル事實上ノ條件ハ大抵法律ノ禁スル所ノ者ニ係ルカ故ニ其事實ノ一ヲ行フトキハ即チ犯罪ノ實行ニ着手シタリト謂フコトヲ得例ヘハ文書偽造罪ニ於テ偽造ノ事實ト行使ノ事實ハ犯罪ノ成立上事實ニ屬スル必要條件ニシテ而シテ二者共ニ法律ノ禁スル所ノモノナルカ故ニ犯人此罪ヲ犯サントシテ偽造ノ一事實ヲ行ヘハ即チ茲ニ犯罪ノ着手アリト謂フヘシ又例ヘハ詐欺取財ニ於テ他人ヲ欺罔スルノ事實ト其財物ヲ取ルノ事實ト詐欺取財ヲ構成スルニ必要ナル事實上ノ要件ナリ而シテ二者共ニ法律ノ禁スル所ノ者ナルカ故ニ其一ヲ行フナル犯人ハ即チ犯罪ニ着手シタリト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ犯罪ノ成立ニ關スル事實

實上ノ條件ハ尙ホ身分上ノ條件ニ於ケルカ如ク法律ノ禁制以外ニ在ル者モ亦特ニ多キカ故ニ此二例ヲ推シテ總テノ犯罪ノ標準トナス可シト信スルトキハ則チ大ナル誤謬ナリ犯罪ノ加重ニ關スル事實上ノ條件ハ多ク法律ノ禁スル所ニ係リ其一ニ着手スレハ則チ犯罪ノ一部ノ實行トナルナリ其場合三アリ或ハ犯罪ノ方法ニ付テ禁スルコトアリ或ハ犯罪ノ時ニ付テ禁スルコトアリ或ハ犯罪ノ場所ニ付テ禁スルコトアリ

(1) 犯罪ヲ行フニ付法律ハ特ニ或方法ヲ用ユルコトヲ禁ス是レ法律ハ只犯罪ノ成立スルノミナラス尙ホ其犯罪ノ成立ニ付テ用ユル所ノ方法ヲモ之ヲ禁スルナリ故ニ加重ノ情狀アル場合ニ於テハ刑法ハ同時ニ二個ノ禁制ヲナスモノナリト云フコトヲ得是ヲ以テ犯罪ノ成立ニ付テモ罰アレハ又其方法ニ付テモ罰アリ例ヘハ第三百六十八條ノ規定ノ如シ本條ニ於テ門戸増壁ヲ踰越損壞シ又ハ鎖鑰ヲ開キテ邸宅倉庫ニ入り竊盜ヲ爲シタルモノハ云々トアリ此規定モ亦ターノ竊盜罪ニ過キス然ルニ門戸増壁ヲ踰越損壞スルノ方法ヲ用井又ハ鎖鑰ヲ開クノ方法ヲ用井テ竊盜ヲ爲ストキハ

通常窃盗ヨリモ其刑期ニ於テ重キヲ加フ是其門戸牆壁ヲ踰越損壞シ又ハ鎖鑰ヲ開クコトヲ罰スル目的ニ外ナラス之ヲ換言スレハ刑法カ通常窃盗ヨリモ重キ刑期ヲ科スル所以ノモノハ門戸牆壁ヲ踰越損壞シ鎖鑰ヲ開クノ方法ヲ禁セントスルナリ此ノ如ク犯罪ノ方法ニ付テ特ニ之ヲ罰セントスル場合ニ於テ若シ犯人カ此方法ニ着手スレハ此方法ハ犯罪ノ成立條件ニ關スルコトナシト雖モ尙ホ犯罪ノ着手アリト云フコトヲ得ヘシ

(2) 刑法ハ犯罪ノ時ヲ禁スルコトアリ即チ犯罪ノ時間繼續スルトキハ其繼續時間ノ長短ニ從ヒ刑ヲ加重スルコトアリ例ヘハ監禁罪ノ如シ擅ニ入ヲ逮捕シ又ハ私宅ニ監禁シタルモノハ十一日以上二月以下ノ重禁錮ニ處ス此監禁罪ノ成立條件ハ二アリ(一)ハ人タルコト(二)ハ之ヲ私宅ニ監禁スルコトナリ即チ人ヲ私宅ニ監禁スレハ一ノ犯罪成立ス然ルニ監禁ノ日數カ十日ヲ過クル毎ニ一等ヲ加フルモノタルヲ以テ監禁スルコト十日ヲ過クレハ一等即四分ノ一ヲ加ヘ十三日有奇以上二月十五日以下ヲ以テ罰スルト、ナリ日數ノ漸ク増加スル毎ニ刑モ亦漸ク加重ス此四分ノ一ノ刑ハ後

ノ十日ノ増加スルコトヲ禁シタルモノト云ハサルヘカラス即チ時ノ増加カ犯罪ノ加重條件タルナリ但タ此場合ニ於テ時ノ増加ハ犯罪ノ成立後ニ於テセサレハ之ヲ見ルコト能ハサルヲ以テ此場合ニハ到底時ノ増加ヲ以テ犯罪ノ着手アリト云フコトヲ得ス即チ此場合ノ加重ノ情狀ハ之ヲ行フモ犯罪ノ着手トナラサルナリ

(3) 刑法ハ或犯罪ヲ行フ場所ニ付テ禁制ヲナスコトアリ即チ刑法ノ禁制シタル場所ニ於テ或犯罪ヲ犯ストキハ他ノ場所ニ於テ同一ノ罪ヲ犯シタルヨリ犯人ノ責任一層重キヲ加フルナリ例ヘハ水火震災其他ノ變ニ乘シテ窃盜ヲナシタル場合ノ如シ刑法第三百六十七條ニ於テ水火震災其他ノ變ニ乘シテ窃盜ヲナシタルトキハ云々トアリ即チ普通ノ場合ニ於テ犯シタル窃盜罪ヨリモ其刑期四月以上一年以下ノ重キヲ加フ是レ刑法ハ第一窃盜ヲ禁シ第二水火震災其他ノ時變ノアリタル場所ニ於テスルコトヲ禁シタルナリ故ニ窃盜ノ意思ヲ以テ此場所ニ入りタルノ事實アリタルトキハ之ヲ以テ既ニ窃盜ノ着手アリト謂フコトヲ得ルナリ

(二) 犯罪ノ成立又ハ加重ニ關スル身分上ノ條件ハ法律ノ禁スル所ニ非ラス
 否人ノ身分ハ自然又ハ法律ニ因リテ之ヲ得ルモノナレハ之ヲ有スルノ事
 實ハ犯罪ノ成立又ハ加重ニ必要缺クヘカラサルノ要素ヲナスト雖モ未タ
 曾テ犯罪ノ一部ヲ行フタル者ナリト謂フヘカラス(第一犯罪成立ニ關スル
 條件第二犯罪ノ加重ニ關スル條件ノ說明中(二)犯人ノ身分ニ關スル條件ノ
 所ニ說明シタルカ故ニコ、ニ重複ヲ避ケテ詳説セス)

以上犯罪ノ構成條件ニ付キ爲シタル分析ハ僅カニ犯罪ノ着手トナルヘキ一斑
 ノ場合ヲ知ルニ足ルヘシト雖モ未タ以テ全般ノ場合ヲ知ルノ標準トナスニ足
 ラサルナリ即チ縱ニ構成條件ヲ分析シ得ル限リ之ヲ分析セシニ過キス決シテ
 總テノ場合ニ於テ之ヲ適用スルコトヲ得ヘシト謂フニ非ス之ヲ要スルニ犯罪
 ノ着手トナルヘキ事實ヲ知ルニ付テハ一定ノ標準ナキカ故ニ宜シク各犯人ニ
 付其如何ナル犯罪ヲ行ハントスルノ意思ヲ有セシヤ否ヤヲ研究シ其意思判明
 シテ而シテ後其行フ所ノ所爲ハ果シテ刑法ノ禁スル構成條件ニ係ルモノナル
 ヤ否ヤヲ詳ニスヘシ蓋シ同一ノ所爲ニシテ而シテ或ハ犯罪ノ着手トナルヘキ

モノアリ或ハ犯罪ノ着手トナルヘカラサルモノアリテ所爲其者ニ付テ直チニ
 判断ヲ下スヘカラサルモノアレハナリ例ヘハ竊盜ノ意思ヲ以テ門戶牆壁ヲ踰
 越損壞スレハ竊盜罪ノ着手トナスニ足ルヘキモ殺人ノ意思ヲ以テ同一ノ所爲
 ヲ爲スモ未タ殺人罪ノ着手アリト謂フ可カラサルカ如シ

今ヤ犯罪着手ノ如何ナル場合ニ在ルコトヲ知レリ其犯罪ノ豫備ト之ヲ區別ス
 ルノ標準ニ至テハ理論上之ヲ知ルコト決シテ難キニ非ラサルナリ即チ犯罪ノ
 意思ヲ實行スルニ必要ナル行爲ヲナシテ而シテ未タ法律ノ禁制スル所ノ條件
 ニ入ラサレハ則チ其行爲ハ尙ヤ犯罪ノ豫備中ニ在リトナシ若シ法律ノ禁制ス
 ル所ノ條件ニ係ルトキハ則チ已ニ犯罪ノ着手アリト謂フ可キナリ

第二項 缺效未遂犯

缺效未遂犯ニ付テハ深ク論スルノ必要ナシ之ヲ略説スレハ犯人其犯サント欲
 スル犯罪ノ構成ニ必要ナル全部ノ行爲ヲ行ハ了ハリテ而シテ意外ノ錯誤ノ爲
 メニ其遂クント欲セシ直接ノ效果ヲ收ムルコト能ハサル場合之ヲ名クテ缺效
 未遂犯ト云フ是亦刑法明文上ノ用語ニ非ラスシテ全ク解釋上ノ名稱ニ過キサ

ルナリ此定義ニ據レハ缺效未遂犯ハ之ヲ犯罪ノ事實ヨリ觀察スレハ犯人ハ犯罪ヲ構成スルニ必要ナル總テノ條件ヲ行ヒ盡シタルヲ以テ當サニ完全ニ成立シタル既遂犯ナリト謂フヘシト雖モ更ニ犯人ノ目的ヨリ觀察スレハ犯人ハ此犯罪ニ付其期望セシ直接ノ目的ヲ達スルコト能ハサルヲ以テ犯罪ノ一部ニ於テ多少缺損スル所アルヲ免レス是ニ於テカ未遂犯ノ名稱アリ例ヘハ毒藥ヲ使用シテ謀殺ヲナサント欲スル者アリ其毒藥ヲ服用セシメントスルニ際シテ之ヲ頓覆スルカ如キハ所謂着手未遂犯ナリ被害者一旦之ヲ服用スルモ後忽チ其毒藥タルコトヲ覺テ消毒劑ヲ用ヒタルタメニ儘カニ死ヲ免レタル時ハ茲ニ所謂缺效未遂犯アリト謂フ若シ毒藥ヲ服用シテ其儘死ニ至リタルトキハ則チ既遂犯ニシテ犯人ノ目的ヲ達シタルモノナリ

第三項 不能犯

不能犯ハ最モ能ク缺效犯ノ形ヲ有スル犯罪ニシテ未遂犯ニ在ラサルモノ即チ未遂犯ニ似テ刑罰ノ制裁ヲ受ケサル所ノモノヲ謂フ不能犯ハ斯ノ如ク缺效犯ニ相類似スルモノナルカ故ニ不能犯ヲ説明スルニハ勢ヒ缺效犯ニ比較シ而シ

テ未遂犯トナラサルコトヲ述フルヲ以テ順序トス

未遂犯ニ付テハ業既ニ講述セシ如ク未遂犯トハ犯人罪ヲ犯サントシテ既ニ其犯罪ノ事實ノ一部若シクハ全部ヲ行フト雖モ犯人意外ノ錯誤ニ依リテ之ヲ遂クルコト能ハサリシ場合ヲ謂フ未遂犯ハ犯罪ノ目的ヲ達スル能ハサリシハ犯人意外ノ錯誤ニ出テタルコトヲ必要トシ犯人意外ノ錯誤ナクハ未遂犯ヲ構成スルコトナシ然ルニ不能犯モ亦タ犯人カ犯罪ニ必要ナル事ヲ行ヒ意外ノ錯誤ニ依リテ目的ヲ達ケサリシ場合ニ在リ然ラハ其所謂錯誤ハ如何ナル程度ニ於テ未遂犯トナシ如何ナル程度ニ於テ不能犯トナスヤ錯誤ノ成立ニ付テ二者ノ區別ヲ生ス余ノ信スル所ニ依レハ其錯誤カ犯罪ノ客体ノ上ニ存シ犯人カ其犯罪客体ノ生存スルモノナリト信シテ事ヲ行ヒタルニ現實其客体カ生存シテアラサリシトキニ於テ不能犯アリトナスモノナリ即チ犯罪ノ客体ノ生存ニ關スル錯誤アリタルトキハ不能犯アリトナス犯罪ノ客体ニ付テノ錯誤アリタルトキハ到底其目的ヲ遂クル能ハサルモノナリ然ルニ犯罪ノ客体ヲ誤見シタルニ依リテ生シタルトキハ未遂犯ト相類似スルカ故ニ不能犯ニ付テノ一問題ヲ

惹起スルニ至リシナリ余ノ信スル所ニ依レハ犯罪ノ客体ノ生存ノ上ニ存スル
 錯誤ヲ以テ不能犯トナシ其他ノ錯誤ハ悉ク未遂犯ヲナスモノナリ
 不能犯ノ定義ニ付テハ諸家其所見ヲ異ニシテ未タ一定スル所ヲ見スト雖モ余
 ハ不能犯トハ犯罪ノ客体ノ上ニ存スル錯誤ニ依リテ犯罪事實ヲ行ハントシタ
 ル場合ヲ謂フ夫レ總テノ犯罪ニハ主体ト客体トノ二者ナカルヘカラス犯罪ヲ
 行フモノ之ヲ名ケテ主体ト謂ヒ犯罪ノ害ヲ受クルモノ之ヲ名ケテ犯罪ノ客体
 ト謂フ犯罪ヲ行フモノハ犯人ナリト雖モ只犯人ノミヲ以テ獨リ犯罪ヲ構成ス
 可キ場合ハ絶無ナリト謂フ可キナリ必ス犯罪ノ目的トナルヘキモノ所謂犯罪
 ノ客体アルヲ要ス犯罪ヲ行フノ主体アリ又タ犯罪ノ目的タル客体アリテ然ル
 後始メテ犯罪ヲ構成スルニ至ルナリ元來刑法ノ目的ハ人ノ生存權ヲ保護セン
 ト欲スルニ在リ故ニ苟クモ此世ニ在リテ人類タルノ一條件ヲ具備スル者ハ其
 種類如何ヲ問ハス盡ク刑法ノ保護ニ頼ルヲ得是レ刑法ノ原則ナリ此原則ハ單
 ニ一身ノ形體ヲ具ヘテ既ニ此社會ニ現出セシ者ノミニ適用スルニ非ス後來人
 トナルヘキ原質ヲ具ヘテ而シテ尙キ未タ母ノ胎内ヲ脱セサル者ニモ亦之ヲ適

用ス或ハ又既ニ人ノ生存權ヲ失フタル者ニモ適用スルコトアリ如斯刑法ノ保
 護ヲ受クヘキモノハ犯罪ノ客体ナルカ故ニ犯罪ノ客体ハ犯罪ノ構成上必要缺
 ク可カラサルノ要素ナリ若シ此要素ニシテ存在セザラシカ其犯罪ナキヤ論ヲ
 俟タサルナリ試ニ日本國ハ無人島ニシテ而シテ余一人此島ニ生存スルモノト
 セハ余ハ如何ナル行爲ヲナスモ余ハ他人ノ生存權ヲ害スル能ハサルモノナル
 カ故ニ如何ナル犯罪ヲモ構成スルコトナシ然ルニ或場合ニ於テ犯罪ノ客体ハ
 生存スルモノナリトシテ罪ヲ行ハントスルコトアリ犯罪ノ主体タル犯人ニ於
 テハ其對手ノ犯罪ノ客体ハ確ニ生存スルモノナリト信シタルニ生存ナカリシ
 トキノ如キハ恰カモ無人島ニ於テ罪ヲ犯サントスルニ等シク何等ノ犯罪ヲ構
 成スルコトナシ斯ク事實上犯罪ヲ行フ能ハサルモノナルカ故ニ不能犯ノ名稱
 生シタルナリ之ヲ例ヘハ犯人カ人ヲ殺サントスルニ際シ犯人ハ殺サントスル
 人ノ生存ヲ信スルカ故ニ其殺害ニ必要ナル方法ヲ行ヒタリ然ルニ其實犯人ノ
 眼見ニシテ犯罪ノ客体ハ死屍ナリシカ如キ又例ヘハ懷胎セサル婦女ニ對シテ
 墮胎藥ヲ吞マシメタル場合ノ如キ死屍ニ對スル殺人的ノ所爲ト同一理ナリト

謂フ可シ

不能犯・説明ハ以上ノ如シ此以外ニ不能犯ナリト謂フヘキモノナシ然ルニ佛國其他ノ學者ハ不能犯ヲ論究シ不能犯ノ見解ニ付テハ一般學者ノ論大ニ一定スル所アリト雖モ其適用ニ至リテハ極メテ困難ナル問題ヲ生シ諸家其見解ヲ異ニセリ今歐洲一般學者ノ主張スル所ニ依リハ曰ク不能犯トハ犯人ニ於テ犯罪構成ニ必要ナル行為ヲ行フト雖モ其手段又ハ目的ノ錯誤ニ因リ到底犯罪ヨリ生ヌヘキ直接ノ效果ヲ收ムルコト能ハサル場合ヲ謂フ之ヲ詳言スレハ犯罪ノ方法又ハ犯罪ノ目的カ性質上不完全ニシテ同一ノ條件同一ノ方法ヲ以テスルトキハ如何ナル人ト雖モ決シテ犯罪ノ目的ヲ達スルコト能ハサルモノヲ謂フ之ニ反シテ犯罪ノ性質上罪ヲ構成スルニ足ラサルモノニアラスシテ此方法ヲ用ヒ此目的ニ當ルモノカ事實上ノ錯誤ニ依リテ犯罪ノ目的ヲ遂クルコト能ハサルトキハ未遂犯アリト謂フ是ニ於テ乎學者ハ不能犯ヲ區別シテ第一目的上ノ不能犯第二方法上ノ不能犯ノ二トナス

第一 目的上ノ不能犯

目的上ノ不能犯トハ罪ヲ犯スノ意思ヲ以テ其目的ヲ達スルニ必要ナル方法ヲ行フト雖モ犯罪ノ客體存在セスシテ而シテ其結果ヲ收ムルコト能ハサル場合ヲ云フ之ヲ換言スレハ犯罪ノ目的缺亡スルトキハ如何ナル行為ヲ行フモ到底犯罪ヲ構成スルモノニ非ラサルナリ然ルニ許多ノ刑法學者不能犯ノ研究ヲ爲スニ當リ豫メ一定ノ標準ヲ探求スルコトヲ務メスシテ徒ラニ各事實ニ付之レカ斷案ヲ下クサント欲ス故ニ諸家各々其見解ヲ異ニシ未ダ曾テ議論ノ一致ヲ見ルコト能ハサリシナリ若シ余ノ標準ヲ以テ大過ナキモノナリトシテ少シク之レカ適用ヲ爲スコトヲ得セシメハ即チ凡ソ犯人カ目的上ノ錯誤ヲ爲シテ犯罪ノ結果ヲ收ムル能ハサル場合ニ於テ其犯罪ヲ構成スヘキ場合ト其否ラサル場合トヲ區別スルニ於テ何ノ困難カ之レアラン余ハ是レヨリ例證ヲ舉ケテ而シテ此原則ノ適用ヲ試ミ因テ以テ余ノ説ノ過チナキヲ保セント欲スルナリ余ハ先ツ第一例及ヒ第二例ニ於テ明白ノ場合ヲ舉ケ第三例ニ於テ疑義ニ屬スル場合ヲ掲ケ大ニ論究スル所アラン

第一例

(イ) 犯人ハ其殺害セント欲スル所ノ人ヲ以テ睡眠セルモノナリトシテ

之ニ加ナルニ短劍ヲ以テセリ然ルニ此人ハ已ニ死亡セシモノニシテ犯人ハ實
ニ人ノ屍骸ヲ刺セルナリ是レバルトール氏タルラン氏及ヒ其他一般刑法家
カ認メテ以テ目的ニ關スル絶對的ノ不能犯ナリトナス所ノ場合ナリ

(ロ)一婦アリ自ラ懷妊スト信シ墮胎ヲ行ハント欲シテ墮胎劑ヲ服用セリ然ル
ニ其實懷妊スル者ニ非ラサルヲ以テ墮胎スルコト能ハサリシ此例モ亦諸家ノ
均シク不能犯ナリト認ムル所ノモノナリ

(ハ)犯人ハ他人ノ所有ニ屬スルモノナリト信シテ森林ノ樹木ヲ伐採セリ然ル
ニ此所有權ハ遺贈ニ因テ犯人ノ有ニ歸シ犯人ハ之ヲ知ラスシテ其所有ノ樹木
ヲ伐採セシニ過キサリシ此事實ニシテ犯罪ヲ構成セサルコトハ諸家ノ論一致
スル所ナリ

以上列舉スル所ノ三例及ヒ其他之ト性質ヲ同フスル所ノ場合ニ於テハ常ニ犯
罪ヲ構成セス所謂目的上ノ不能犯アリトナス所以ノモノハ只犯罪ノ實行者ヲ
見ルンミニシテ其受働者ヲ見ルコト能ハサルヲ以テナリ(イ)ノ場合ニ於テ犯罪
ノ受働者ハ已ニ死亡シテ此世ニ存在セス(ロ)ノ場合ニ於テモ亦然リ受働者ハ未

タ曾テ母ノ胎内ニ孕マレタルコトアラサルナリ(ハ)ノ場合ニ於テ犯罪ノ受働者
ハ森林ノ所有者ナルヲ以テ其所有權已ニ犯人ニ移轉セシ以上他ニ受働者ノ存
在スルノ理ナシ如斯犯罪ノ受働者全ク存在モスシテ而シテ始メテ目的上ノ不
能犯即チ犯罪ヲ構成セサル目的上ノ錯誤アルコトヲ認ムルヲ得

第二例 (イ)犯人ハ其殺害セント欲スル人ノ乘スル馬車ナリト信シテ之ニ對シ
テ發銃シタリシニ受働者ハ偶々車中ニ在ラスシテ徒歩セシチリ

(ロ)犯人ハ寺院ノ寶錢箱中ヨリ寶錢ヲ竊取セントシテ箱中ヲ搜索セシニ其寶
錢箱ハ全ク空虚ニシテ一錢ノ餘財モナカリシ此二例ハガロイ氏カ以テ相對的
不能犯ナリトナス所ノ場合ニシテ何人モ未遂犯ヲ構成スヘキモノタルコトヲ
承認ス可シ蓋シ如斯場合ニ於テ犯罪ノ目的物ハ實際存在ス可カラサルニアラ
ス犯人之ヲ求ムルニ其道ヲ得サルニ由ルナリ若シ少シク注意シテ其所在ノ場
所ヲ搜索セハ或ハ犯罪ノ目的ヲ達シテ而シテ誤ル所ナカリシナラン然ラハ則
チ犯人カ犯罪ノ結果ヲ收ムルコト能ハサルハ犯罪ノ目的物即チ犯罪ノ受働者
缺亡スルカ爲メニ非ラズシテ犯人ノ輕忽ナルカ爲メニ受働者ノ所在ヲ明ラカ

ニスル能ハサルニ原因セスフハアラス之ヲ詳言スレハ犯罪ヲ構成スルニ必要ナル要素具備セシト雖モ犯人ノ錯誤ニ因リ犯人ヲシテ遂ニ犯罪ノ結果ヲ收ムルコト能ハサラシメタルナリ

第三例 犯人ハ父ノ爲メニ仇ヲ報セント欲シテ一夜怨家ニ侵入ス忽チ室ノ一隅ニ一人ノ直立スルヲ見ル其容貌甚タ警人ニ似タリ是ニ於テカ刀ヲ揮ヒ迫マリテ之ヲ斬ル焉焉トシテ聲アリ性ミテ之ヲ檢スレハ則チ主人ノ銅像ナリシ主人之ヲ悟リ犯人ハ捕獲セラレタリ是レ固ヨリ假想ノ事實ナリ然レトモ若シ果シテ如斯場合アリトセハ犯人ノ所爲ハ謀殺未遂罪ヲ以テ論ス可キカ將タ家宅侵入罪ヲ構成スルニ過キサルカナルトラン氏曰ク暗黒中ニ其目的トスル人ナリト信シテ狙撃セシ所ノモノハ一個ノ切株ニ外ナラサリシトキハ則チ絶對的ノ不能犯ナリトスト然ラハ則チ同氏及ヒ同氏ト説テ同フスル所ノ論者ハ必ス本問題ノ事實ヲ以テ謀殺未遂罪ヲ構成スヘキモノニ非ストナスヤ疑ヲ容レザルナリ然レトモ余ハ此説ニ服スル能ハス謀殺未遂罪ヲ以テ論セント欲ス此場合ニ於テ犯罪ノ受働者タル主人ハ實ニ其家ニ存在セリ犯人若シ少シク注意シ

テ主人ノ現在スル所ヲ探リテ不意ニ之ヲ襲フアヲハ其目的ヲ達スルニ於テ蓋シ容易ノ業タルヘシ然ルニ犯人ハ其注意ヲ怠リタルカ爲メニ銅像ヲ誤認シテ主人ナリトナシ流星光底長蛇ヲ逸セシナリ夫レ如斯道理上克ク犯罪ノ結果ヲ收ム可クシテ而シテ犯人ノ錯誤之ヲ收メシムルコト能ハサルトキハ則チ刑法第百十二條ニ所謂ニル犯人意外ノ舛錯ニ因リ未タ遂ケサルノ場合ニ在リ彼ノ錢箱ヲ探リテ而シテ財物ヲ得サル場合ト何ソ釋フ所アラシヤ若シ銅像ヲ斬ルノ場合ヲ以テ謀殺ノ未遂犯ヲ構成スルニ足ラストセンカ窃盜者カ室内ニ侵入シテ財物ヲ得スシテ而シテ捕獲セラレタル場合モ亦之ヲ以テ窃盜ノ未遂罪ニ據ヌ可カラサルニ至ラン窃盜ノ意思明白ナルトキハ門戸墻壁ヲ踰越損壞スルノ事實ヲ以テシテ尙ホ且ツ窃盜未遂罪ヲ構成スルコトヲ得況ンヤ既ニ室内ニ侵入セシ場合ニ於テオヤ今更ラニ一步ヲ進メ一例ヲ舉ケンニ若シ主人ハ急害ノ身ニ迫ルヲ悟リ逃レテ竊カニ銅像ノ後ニ潜伏ス犯人ノ知リテ主人ヲ斬ラトシテ偶々銅像ヲ斬リシトセハ雖レカ犯人ノ謀殺未遂罪ヲ疑フ者アラシ主人銅像ノ傍ラニアルトキハ則チ克ク謀殺未遂罪ヲ構成ストシ主人銅像ノ隣室

ニ獲臥スルトキハ則チ不能犯ナリトス豈ニ夫レ主人ト銅像トノ距離ニ因リ罪責ノ有無ヲ決スルノ理アラザヤ故ニ曰ク本問題ノ場合ハ家宅侵入罪ヲ構成セシテ當サニ謀殺未遂罪ヲ構成ス可キモノナリト

要スルニ犯罪ノ受働者存在セサルトキハ則チ如何ナル場合ニ於テモ到底犯罪ノ結果ヲ收ム可カラサルカ故ニ犯罪ヲ構成スル能ハス所謂ユル目的上ノ不能犯アリ之ニ反シテ受働者存在スルトキハ則チ犯人ノ注意如何ニ因テ犯罪ノ結果ヲ收ムルコトヲ得ルカ故ニ假令其目的ヲ誤ルアルモ犯罪ヲ構成スルヲ失ハス所謂ユル未遂犯アリトスガロイ氏ハ犯罪ノ目的物全ク成立セサルカ又ハ其目的物ハ犯罪ノ成立ニ必要ナル資格ヲ有セサル場合ニ於テ目的ニ關スル絕對的ノ不能犯アリト言ヘリ是レ余ノ論ト酷ク相似テ而シテ大ニ異ナル所アリ余ノ所謂ユル犯罪ノ目的物トハ犯罪ノ受働者則チ人ヲ指ス然ルニガロイ氏ノ意ヲ推スニ其所謂ユル犯罪ノ目的物トハ犯罪ノ目的トナル可キ物体即チ人又ハ物ヲ指テ之ヲ云フニ似タリ何トナレハ其犯罪ノ構成ニ必要ナル資格ヲ有セサル目的物アリト言フニ因テ之ヲ知ルナリ果シテ然ラハ物ノ存在セサル場合ニ

於テモ亦猶ホ人ノ存在セサル場合ニ於ケルカ如ク必ス犯罪ノ不成立ヲ認メサル可カラス是ニ於テカ第二例ニ掲ケタル賽銭箱ノ場合ト第三例ニ掲ケタル銅像ノ場合ニ於テハ其目的物或ハ存在セス或ハ犯罪ノ構成ニ必要ナル資格ヲ有セサルカ故ニ均シク絕對的ノ不能犯ヲ以テ論セサル可ラス然ルニガロイ氏ハ第二例賽銭箱ノ場合ヲ以テ未遂犯ニ問攝ス可シトセリ之ニ反シテ余ハ則チ以爲テク犯罪ノ目的物トハ物ヲ指スニ非スシテ犯罪ノ受働者タル人ヲ指スカ故ニ賽銭箱假令空虚タリトモ苟クモ其所有者存在セハ是レ他人ノ所有權ヲ侵害セントセシ行爲タルヲ失ハス夫ノ銅像ノ場合ニ於テモ亦然リトス銅像ハ均シク殺人罪ノ構成ニ必要ナル資格ヲ有セスト雖モ眞個ノ受働者タルヘキ人存在スル以上ハ此人ノ生命權ヲ侵害セントセシ行爲タルヲ失ハサルナリ夫レ如斯ク事實ノ觀察常ニ同フシテ而シテ法律ノ適用大ニ異ナル所以ノモノハ不能犯ノ定義其基本同シカラサレハナリ

第二 方法上ノ不能犯

許多ノ刑法學者ハ犯罪ヲ行フニ當リ之ニ供用スル所ノ方法又ハ手段ノ性質上

犯罪ヲ實行スルニ足ラサルトキハ則チ方法ニ關スル絶對的ノ不能犯アリト謂ヘリ是レ犯罪ニハ必ラス方法ヲ要スルカ故ニ方法ヲケレハ犯罪ナク隨テ其方法犯罪ノ用ヲ爲スニ足ラサルトキハ則チ方法ヲ用ヒサルニ同シク全ク犯罪ナキニ歸ス可シト言フニ在リ夫レ不完全ノ方法ハ果シテ犯罪構成ノ要件トナスニ足ラサル乎又不完全ノ方法ヲ用ヒタルトキハ全ク方法ヲ用ヒサルニ同シキ乎

余ヲ以テ之ヲ觀ルニ不能犯論者ノ説ハ是レ其一ヲ知リテ未タ其二ヲ知ラサル者ナリト謂ハサル可カラス凡ソ犯罪ヲ行フニ當リ不完全ノ方法ヲ用ユルトキハ全ク其用ヲ爲サ、ルヲ以テ初メヨリ何等ノ方法ヲモ用ヒサルニ同シキコトハ實ニ論者ノ説ク所ノ如シ然レトモ不完全ノ方法ヲ用ヒテ而シテ犯罪ノ成功ヲ收ムルコト能ハサル場合ト完全ノ方法ヲ用ヒテ而シテ其成功ヲ收ムルコト能ハサル場合トハ其結果ニ於テ全ク同一ナルニハ非ラサルヤ夫レ方法完全ナリト雖モ之ヲ用ユル其宜シキヲ得サレハ則チ何等ノ用ヲ爲スモノニ非ラサルナリ既ニ其用ヲ爲サ、ル所ヲ以テ之ヲ見レハ完全ノ方法ヲ以テスルモ又不完

全ノ方法ヲ以テスルモ其歸スル所ハ同一ナラスハアラサルナリ然ルニ論者ハ完全ノ方法ヲ用ヒタルトキハ假令ヒ其用法ヲ失シテ犯罪ノ成功ヲ收ムルコト能ハサルモ未遂犯ヲ構成ス可シトナシ而シテ不完全ノ方法ヲ用ヒテ犯罪ノ成功ヲ收ムルコト能ハサルトキハ却テ不能犯アリトナス犯罪ノ結果ハ常ニ同一ニ歸シ而シテ刑法ノ適用獨リ異ナル所以ノモ余輩其理由ノ存スル所ヲ知ルニ苦シマヌソハアラス論者或ハ言ハソ犯罪ノ方法最初ヨリ其用ヲナスニ足ラサルモノナルトキハ如何ナル智術ヲ盡スモ到底其目的ヲ達ス可キニアラス是レ用方ノ錯誤ニ依リテ然ルニ非スシテ方法ノ性質ニ因リテ然ルモノナレハ犯人ハ最初ヨリ未タ曾テ何等ノ方法ヲ用ヒサル者ト毫モ異ナル所ナシ之ニ反シ犯罪ノ方法ハ其性質犯罪ノ目的ヲ達スルニ足ル可キモノナルトキハ犯人其用法ヲ誤ラサルニ於テハ必ス犯罪ノ成功ヲ收ムルコトヲ得タル可シ而シテ其之ヲ收ムルコト能ハサルハ是レ方法ノ性質ニ因リテ然ルニ非ラスシテ用法ノ錯誤ニ因リテ然リト謂フ可キヲ以テ方法ノ性質其用ヲナサ、ル場合ト同日ニシテ而シテ論ス可カラサルナリト此ノ説ニ據レハ未遂犯ハ犯意ノ一部實行

アリタル場合即チ犯罪ヲ構成スル事實ノ一部ヲ行フタル場合ニ非ラサレハ成立セズ蓋シ刑法ノ防衛權ハ犯人ノ行フタル行為ノ性質何等ノ害惡ヲ生セサル場合ニ及ブ可キモノニアラス必ス犯人ノ行為自体ニ附着スル危害ノ存在スル場合ヲ禁遏スト云フニ在リ故ニ論者カ犯罪ノ實行ニ有效ナル方法ヲキトキハ犯罪ヲキニ歸ス可シトノ斷案ヲ下ス固ヨリ當然ノ結果深ク恠ムニ足ラサルナリ

論者曰ク最初ヨリ其用ヲナスニ足ラサルノ方法ヲ取テ以テ犯罪ノ用ニ供シタルハ是レナスヘカラサルノ事業ヲ爲シタル者ニシテ所謂ニル不能犯アリ之ニ反シ最初ノ間ハ其用ヲナスニ足ルノ方法ヲ取リシモ中途ニシテ其用ヲ失フニ至リタルハ是レ方法ノ罪ニ非スシテ犯人自ラ爲セルノ過失ナリ故ニ未遂犯アリト然レトモ人生萬般ノ事業其初メニ當リテヤ必ス成ルヲ期ス可キモノニ非ス又必スシモ成ルヲ期ス可カラサルモノニ非ス其成ラサルニ當リテ神策奇計モ途ニ其用ヲナサ、ルナリ犯人カ犯罪ヲ行フモ亦然リ其目的ヲ達スルコト能ハサルニ於テヤ假令其探ル所ノ方法ハ確實ナリトスルモ到底其用ヲ爲サ、ル

ナリ其用ヲナサ、ル所ヨリ之ヲ觀レハ確實ソ方法モ實ニ牛溲馬勃ニ價スルニ足ラスシテ而シテ粗惡ノ方法ト何ソ擇フ所アラザ然ラハ則チ最初ヨリ其用ヲナサ、ル方法ヲ擇フモ中途ニシテ其用ヲナサ、ル方法ヲ擇フモ犯罪ノ目的ヲ達スルコト能ハサリシハ是其方法ノ罪ニ非ラスシテ一ニ犯人カ方法ノ粗惡ト前途ノ障害ヲ豫見スルコト能ハサルノ過失ニ因ラヌンハアラサルナリ既ニ方法ノ粗惡ヲ豫見セサルモ前途ノ障碍ヲ豫見セサルモ均シク犯人ニ歸ス可キ過失ナリトスレハ最初ヨリ成立セシ障碍ト中途ニシテ發生セシ障碍トニ因テ以テ不能犯ト未遂犯トヲ區別スルノ理由トナスニ足ラサルヤ論ヲ俟タス要スルニ刑法ハ犯罪ノ意思アリテ之ヲ外形行為ニ表白スルトキハ常ニ之ヲ圖セサル可カラサルナリ其外形行為カ犯罪ノ目的ヲ達スルニ適當ナル性質ヲ有スルト否トハ之ヲ論究スルノ必要ナシ何トナレハ其如何ナル場合ニ於テモ犯人カ其期スル所ノ犯罪ノ結果ヲ收ムルコト能ハサルニ至リテハ同一ニ歸着シ而シテ其社會ニ及ボス所ノ危險亦同一ナレハナリ然レトモ余ハ犯罪ノ意思アリテ外形行為アレハ常ニ必ス未遂犯ヲ構成ス可シト謂フモノニ非ラス犯罪ノ

意思アルモ其意思ノ實行ニ必要ナラサル方法ヲ行ヒ又ハ其意思ノ實行ニ反對
 スル方法ヲ行フ時ハ未遂犯ヲ構成スルモノニ非ス是レ方法上ノ不能犯ナリト
 謂ハソヨリ寧ロ未タ犯罪ヲ構成スルノ方法ヲ行ハサルモノナリト謂ハント欲
 スルナリ之ヲ換言スレハ犯罪ノ意思ハ危險ノ性質ヲ以テ外形行爲ニ發露シタ
 ル場合ニ非ラサレハ未遂犯アリト謂フ可カラサルナリ是レヨリ事例ヲ舉ケテ
 以テ未遂犯ヲ構成スル場合ト其否ラサル場合トヲ明瞭ナラシメントス

第一例 (イ) 呪詛ノ方法ニ因リ人ヲ殺ス可シト信シ咒文ヲ唱ヘ其咒殺セソト欲
 スル者ノ死ヲ禱ル者アリ又丑時詭ヲ爲シ其怨殺セント欲スル人ニ擬シテ神木
 ニ五寸釘ヲ打付クル者アリ凡ソ此等ノ所爲ハ未タ社會ニ對シテ何等ノ關係ヲ
 發生セシムルノ效力ナク僅カニ單獨任意ノ行爲タルニ過キサレハ犯罪ノ實行
 ニ必要ナル方法ヲ行フタルモノナリト謂フヘカラス

(ロ) 銃彈ノ達セサル遠距離ニ在リテ人ヲ銃殺ス可シト信シ富士山ニ登リ其頂
 上ヨリ信洲諏訪湖ニ遊フ者ヲ狙撃セントシテ其手銃ヲ發セリ是レ亦咒詛丑時
 詭ノ場合ニ同シク實ニ犯罪ノ實行ニ必要ナル方法ヲ行フタルモノニアラス何

トナレハ銃丸ノ到達ス可カラサル遠距離ニ發砲スルハ全ク銃丸ヲ裝填セサル
 銃砲ヲ發スルニ同シクシテ銃丸ノ裝填ナキ銃砲ヲ發スルハ火藥ノ裝填ナキ空
 砲ヲ擲スルニ均シ彈藥ノ裝填ナキ銃砲ヲ擲シテ人ヲ殺サント欲ス果シテ犯罪
 ニ必要ナル方法ヲ行フタル者ナリト謂フヘキ乎其難キコト木ニ縁リテ魚ヲ求
 ムルヨリモ更ニ甚シトス

(ハ) 牛乳ヲ以テ人ヲ毒殺ス可シト信シ毎日之ヲ其怨人ニ飲マシムルモノアリ
 又水ヲ以テ可燃質ノモノナリト信シ之ヲ薪材ニ注キ因テ以テ放火ヲナサント
 スルモノアリ此等ノ所爲タル犯罪ノ實行ニ必要ナル方法ニ非サルノミナラス
 全ク犯罪ノ實行ニ反對スル方法ナリト謂フヘシ何トナレハ牛乳ハ滋養物ニシ
 テ人ノ健康ヲ養フ可ク水ハ不可燃質ニシテ薪材ノ火ヲ消滅ス可キモノナレハ
 ナリ若シ此等ノ場合ヲ以テ未遂犯ヲ構成スト言ハソカ水ニ溺レタル者ヲ救助
 シテ尙ホ之ヲ殺スノ意思ヲ實行シタル者ナリト謂フコトヲ得ソ

第二例 (イ) 無毒ノ物質ヲ以テ毒藥ナリト誤信シテ之ヲ人ノ食物中ニ投シ因テ
 以テ其人ヲ毒殺セント謀リシ場合ノ如キ一般刑法家カ認メテ以テ方法上ノ不

能犯ナリトナス適例ナリ

(ロ) 犯人ハ人ヲ銃殺セント欲シテ所有ノ銃砲ニ彈藥ヲ裝填セリ然ルニ犯人未
タ之ヲ用ユルニ違アラスシテ竊カニ之ヲ發セシ者アリ犯人ヲ知ラス尙ホ彈
藥ノ裝填アルモノナリト信シテ之ヲ目的ノ人ニ擬セシ場合又犯人ハ適當ノ距
離ニ在リテ銃砲ヲ發シタルニ偶々其銃砲ノ射程遠キニ至ラスシテ目的ノ人ヲ
害スルコト能ハサリシ場合

(ハ) 犯人ハ毒藥ヲ使用シテ人ヲ殺サンコトヲ謀リシモ毒藥ノ分量ヲ誤リタル
カ爲メニ遂ニ毒殺ノ功ヲ奏スルコト能ハサリシ場合
以上掲クル所ノ場合ニ付テハ世人或ハ不能犯ナリト論シ或ハ未遂犯ナリト説
ケリ然レトモ余ハ此數個ノ場合ヲ以テ盡ク性質ヲ同フスル所ノ未遂犯ナリト
論定セント欲スル者ナリ何ヲ以テ之ヲ言フヤ曰ク此等ノ場合ニ於テ犯人カ取
リシ所ノ方法ハ盡ク犯意ノ實行ニ必要ナラサルモノナシ只犯人ハ他人ノ爲メ
ニ誤マラレ又ハ自ラ誤リテ犯罪ノ效果ヲ收ムルコト能ハサリシ者ナリ
今試ミニ被害者ハ僅少ノ毒藥ヲ服用シタルカ爲メニ變死シタリトセハ犯人期

スル所ノ目的ハ全ク之ヲ達シタルカ故ニ必ス毒殺既遂罪ヲ以テ論スヘキハ何
人モ克ク首肯スル所ナルヘシ無毒ノ物質ヲ飲ミタルカ爲メニ病死シ又ハ空殺
ノ銃聲ニ怖レテ驚死シタル場合ニ於テ獨リ否ラスト言フノ理アラシヤベルト
I 氏ハ銃聲ニ驚怖シテ生命ヲ殞シタルトキハ只犯人ノ目的被害者ヲ驚殺ス
ルニ在リシ場合ニ限り謀殺未遂罪アリト論セリ然レトモ犯人ノ目的ハ此被害
者ヲ殺スニ在リシヲ以テ苟モ犯人ノ行ハタル方法ニ因リテ以テ彼レヲ死ニ致
シタルノ事實アル以上ハ銃殺ト驚殺ト何ソ擇ハシヤ是レ擬ト刀トヲ以テ人ヲ
殺スノ類ノミ固ヨリ異ナルヘキノ理ナシ

上來説ク所ヲ概言スレハ余ノ議論ハ方法上ノ不能犯ナルモノヲ認ムルコト能
ハストナスモノニシテ我刑法上斯カル解釋ヲ許サル、ナリ然ルニ此議論ヲ主
張スルモノ余ノミナルカ故ニ之ニ對シ多々ノ批難ヲ受クルモ此ノ如キ批難ハ
今暫時ノ間ノミ數年ヲ經過セスシテ余ノ説ノ行ハル、ニ至ルノ期アルヲ信ス
而シテ此議論ハ獨リ我國ニ於ケルノミナラス外國學者間ニ於テモ異論ノ存ス
ル所ナルカ故ニ瑞西ノ如キハ此問題ヲ決定シ其刑法草案ニ於テ方法上ノ不能

犯ヲ罰スルノ明文ヲ設クルニ至レリ

第四項 中止犯

刑法第百十二條ニ依レハ犯人意外ノ障礙又ハ舛錯ハ未遂犯ヲ構成スル必要條件ナリ今若シ犯人自己ノ任意ニ實行ヲ中止シタル場合ハ刑法別ニ之レカ規定ヲ設クス唯學說上之ヲ名ケテ中止犯ト謂フ

中止犯ニ付テハ如何ナル處分ヲ爲ス可キ乎刑法ニ於テ特ニ未遂犯ノ規定ヲ設ケテ而シテ一言ノ中止犯ニ及ボサル所ヲ以テ之ヲ觀レハ刑法ノ精神ハ中止犯ヲ罰スルモノニ非ラサルニ似タリ(正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰セス)世人亦往々中止犯ノ無制裁ヲ主張スル者アルヲ見ルナリ余ヲ以テ之ヲ考フルニ中止犯ハ之レカ場合ヲ區別シテ論セサルヘカラス(一)僅カニ犯罪ノ實行ニ着手シ未タ何等ノ結果ヲ生セサル以前ニ於テ中止シタルトキハ之ヲ罰スルコトヲ得ス(二)之ニ反シテ一旦犯罪ノ實行ニ着手シテ已ニ多少ノ結果ヲ生シタル以後ニ於テ中止シタルトキハ現在ノ結果ニ付テ其罪責ヲ論セサルヘカラス蓋シ其結果ハ既ニ缺效犯ヲ爲スコトアリ或ハ別ニ一罪ヲ構成スルコトアル

ナリ例ヘハ殺害ノ意思ヲ以テ人ニ對シテ一撃ヲ加ヘリ俄然トシテ惻隱ノ至情猛發シ殺害ノ惡念全ク消滅シテ遂ニ犯罪行爲ヲ中止スルニ至レリ如斯場合ニ於テ犯人ハ最初ノ一撃ヲ以テ殺害ノ目的ヲ達セント欲シ而シテ手練ノ拙劣ト機械ノ粗惡ナルカ爲メニ誤テ成功ヲ缺キタリトセハ是レ實ニ犯人意外ノ障礙又ハ舛錯ニ因リテ犯罪ノ目的ヲ達ケザリシ場合ナレハ中止以前業既ニ缺效犯ヲ構成シタルナリ其以後ニ於テ中止ヲ爲スト雖モ事既ニ遲シ殺人未遂罪ノ構成上毫モ影響ヲ及ボス所ナシ唯犯人ノ心中大ニ嘉ミス可キ所ノモノハ以テ酌量減輕ノ理由トナスニ過キス若シ夫レ犯人ハ最初ヨリ數撃ヲ試ミテ殘殺ヲ行ハントノ惡念ヲ有シ已ニ一撃ヲ加ヘテ而シテ中止シタリトセンカ其結果ハ之ヲ毆打創傷罪ニ問擬セサルヘカラス論者或ハ言ハン犯人ハ殺人ノ犯意ヲ有セシ者ナリ未タ曾テ毆打ノ意ヲ有セシモノニ非ラス若シ中止ノ結果ヲ論スルニ毆打罪ヲ以テセントセハ是レ犯意ナキ行爲ヲ罰スルモノナリト論者ノ說甚タ非ナリ凡ソ人ヲ殺害セント欲スル者ハ必ス毆打ノ意思ト殺害ノ意思トヲ併有セスンハアラス何トナレハ毆打ノ所爲ハ殺害ヲ行フニ必要避ク可カラサル所

ノモノナルヲ以テ殺害ノ意思ヲ有スルモノニシテ毆打ノ意思ヲ有セサルコト
ハ理ニ於テ之レアル可カラサレハナリ

第三章 犯罪ノ時、場所、人

第一節 犯罪ノ時

犯罪ハ法律ノ禁制、命令シタル事項ニ違反スルノ所爲ヲ謂フ故ニ其禁制、命令以
外ニ於テ犯罪ノ存在スルノ理由ナク又其以前ニ於テ犯罪ノ成立スヘキ道理ナ
シ是ニ於テ平刑法ハ犯罪ノ時ニ付キ二原則ヲ掲ク

第一原則 法律ニ正條ナキ所爲ハ之ヲ罰セス

此原則ハ載セテ現行刑法第二條ニ在リ元來犯罪ハ法律ノ禁制、命令シタル事項
ニ違反スルノ所爲ヲ謂フ者ナレハ苟クモ禁制、命令ナカラシカ之ニ違反スル道
無キニ因リ禁制、命令以外ニ於テハ各人皆自由ノ行爲ヲ爲スノ權利ヲ有ス可シ
假令其自由行爲ハ嫌惡スヘキモノアリトスルモ之レヲ目シテ犯罪ナリト云フ
コトヲ得ス既ニ犯罪ハ法律ノ禁制、命令ニ違反スル所爲ヲ謂フモノナリトスレ

ハ法律ナクレハ犯罪ナシト云フノ原理ハ自ラ明確ニシテ必スシモ法律ノ明文
ヲ俟テ始メテ之ヲ知ラサルナリ故ニ刑法第二條ノ規定ハ全ク無用ノ長物ト
謂フモ不可ナキナリ試ミニ本條ナシト假定セヨ裁判官ハ法律ノ明文以外ニ馳
セテ妄リニ人ヲ罰スルコトヲ得ル歟何人モ之ヲ想像スルヲ得サル可シ蓋シ人
ノ性ハ自由ナリ只法律ノ制限スル所アルカ故ニ多少之ヲ失フニ至ル其失フ所
ニ於テ尙ホ自由ノ行爲ヲ爲セハ則チ法律ノ違犯即チ犯罪アリト謂フナリ故ニ
自由ハ人生自然ノ原則ニシテ制限ハ法律命令ノ例外ナリ例外ハ法律ヲ俟ツテ
而シテ後チニ行ハル、者ナレハ法律以外ニ於テ自由ノ制限アルコトナク自由
ノ制限ナクシテ而シテ犯罪行爲獨リ成立スルノ理ナシ今假リニ自由ノ制限以
外ニ於テ自由ノ行爲ヲナス者アルヲ見テ其行爲ハ當時ノ政府ニ反對スルモノ
ナリ其行爲ハ社會ニ害アルモノナリトシテ之ヲ罰スルコトヲ得ルモノトセハ
吾人ハ一日モ枕ヲ高フシテ而シテ眠ルコトヲ得ス刑法ノ講義ハ治安ニ妨害ア
リトシテ之ヲ罰シ公道ノ遊歩ハ通行ノ妨害ナリトシテ之ヲ罰シ一日ノ三食ハ
國家ノ不經濟ナリトシテ之ヲ罰スルトセハ誰レカ安全ノ生活ヲ爲スコトヲ得

可キヤ然ラハ則チ人ハ唯法律ノ禁制命令シタル事項ニ違反スルコトヲ慎ム可
 キノミ隨テ禁制命令ノ範圍外ニ於テハ何等ノ行爲ヲ爲スモ全ク其自由ナリ其
 自由ノ範圍内ニ於テ爲シタル行爲ヲ以テ犯罪ナリトシテ之ヲ罰スルコトハ禁
 制命令ノ違反ヲ罰スル刑法ノ原則ニ反スルコト甚シ故ニ第二條ノ規定ハ之ヲ
 設クルノ必要ナシ若シ本條ナカリセハ違法ノ處罰ヲ禁スルコトヲ得スト謂ハ
 ソカ不倫罪又ハ輕減ノ場合ニ於テモ本條ト反對ノ規定ヲ要スヘシト謂ハサル
 ヘカラス即チ法律ニ正條ナキトキハ不倫罪又ハ輕減ヲ爲スコトヲ得ストノ規
 定ヲ設ケサル可カラサルニ至ラム

論者曰ク法律以外ニ於テ人ヲ罰ス可カラサルコトハ本條ノ規定ナキモ之ヲ知
 ルヲ得ヘシト雖モ本條ハ別ニ刑法ノ解釋上ニ付キ多少ノ必要ヲ見ルナリ即チ
 法律ニ正條ナキ所爲ハ之ヲ罰セスト謂フトキハ法律ノ正條ハ之ヲ比附援引シ
 テ解釋スルノ不可ナルコトヲ示スニ足ル即チ刑法ノ解釋ニ比附援引ヲ許サス
 トノ原則ハ實ニ第二條ノ規定ヨリ出ツ故ニ本條ハ解釋上ノ必要ヲ爲スコト大
 ナリト此論ハ一理ナキニ非ス然レトモ是レ畢竟事ノ大ナル場合ニ於テハ法律

ノ明文ヲ要セサルモ事ノ小ナル場合ニ於テハ却テ之ヲ要スト云フニ歸着ス既
 ニ正條以外ニ於テハ如何ナル所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ストセハ其正條
 ヲ比附援引シテ解釋スルコトヲ許サ、ルハ固ヨリ當然ノ事ノミ
 犯罪ハ必ス刑法ノ明文ヲ俟ツテ成立スト云フニ付テハ刑法定義ノ時期及其廢
 止ノ時期ヲ知ルノ必要アリ

第一、刑法ノ制定 刑法ノ制定ハ他ノ法律ノ制定ノ如ク今日ニ於テハ帝國議會
 ノ協賛ト天皇ノ裁可トヲ以テ始メテ完成ス帝國議會ノ協賛ト天皇ノ裁可トハ
 法律ノ制定ニ必要ナル二條件ニシテ其一ヲ缺クトキハ則チ如何ナル法律ト雖
 モ成立スルモノニ非サルナリ然レトモ法律ハ唯タ制定シタルノミニテハ何等
 ノ效力ヲモ有スルモノニ非ス法律ハ唯其生命ヲ得タリト云フニ過キスシテ毫
 モ活動ヲ爲スヘキモノニ非ス此法律ヲシテ活動ヲ爲サシムルニ付テハ公布ノ
 手續ヲ行ハサル可カラズ法律ノ公布トハ制定シタル法律ヲ日本全國ニ施行セ
 ントスルノ儀式ニシテ天皇ノ大權ニ屬シ天皇自ラ之ヲ爲ス而シテ法律一タヒ
 公布スレハ茲ニ始メテ全國ニ向テ活動ヲ爲スナリ

然レトモ公布ハ宮中ノ一儀式ニシテ國民ハ未タ公布式ノ行ハレタリシヤ否ヤ
 ヲ知ルコト能ハサルヲ以テ公布後更ニ此法律ノ公布アリタルコトヲ全國人民
 ニ告知スルノ必要アリ全國人民ハ假令法律ノ公布アリテ既ニ執行力ヲ有スル
 場合ニ至リテモ尙ホ未タ此法律ヲ遵守スルノ義務ヲ有スルモノニ非ス其之ヲ
 遵守スルノ義務ヲ生スルニ至ルハ公布ノ告知期間ヲ經過シタル後ニ在リトス
 一旦公布ノ告知期間ヲ經過スレハ人民ハ實際其公布ヲ知ルト知ラサルトニ拘
 ラス皆此法律ヲ遵守スルノ義務ヲ負フ可シ公布ノ手續ハ明治十九年二月勅令
 第一號ヲ以テ之ヲ規定ス公文式即チ是ナリ此規定ニ依レハ法律ノ公布ハ官報
 ニ登載シテ之ヲ告示シ官報到着ノ翌日ヨリ七日ヲ經過スレハ其法律ヲ遵守ス
 可キノ義務ヲ生ス官報ノ到着日ハ中央政府ヲ距ル里程ノ遠近ニ從テ異ナル所
 ノモノナレハ法律ノ實行ハ日本全國同時ニ於テスルコト能ハス中央政府ニ近
 キ府縣ハ官報ノ到着早キカ故ニ早ク公布ヲ知リ中央政府ニ遠キ府縣ハ官報ノ
 到達遲キカ故ニ遅ク公布ヲ知ルノ理ナリ其到着期日ハ別ニ勅令ヲ以テ之ヲ定
 メタリ例ハ東京附近ノ諸縣ハ即日官報ノ到着スルヲ以テ其翌日ヨリ起算シ

鹿兒島縣ノ如キハ五日後ニ非サレハ官報ノ到着ナキヲ以テ第六日目ヨリ起算
 シ島嶼ハ一定ノ里數毎ニ一日ヲ加フル等ノ規定アリ要スルニ一法律出ツレハ
 之ヲ官報ニ掲ケテ全國ニ其公布アリシコトヲ知ラシム官報ハ全國同時ニ到着
 スルモノニ非サルヲ以テ日本全國中ニ於テモ或府縣ニ在ル人民ハ既ニ其法律
 ヲ遵守スルノ義務ヲ有スルニ拘ラス他ノ府縣ニ在ル人民ハ未タ其義務ヲ負ハ
 サルノ結果ヲ生スルコトハ毫モ怪トナスニ足ラサルナリ新法例ハ此弊害ヲ改
 正シテ公布後二十日ヲ經過スレハ全國同時ニ遵守ノ義務ヲ生スヘシト爲シタ
 リ

第二、法律ノ廢止 法律ノ廢止ハ必ス二ノ方法ニ因ルモノトス明示ノ廢止及ヒ
 默示ノ廢止即チ是ナリ此二方法ノ外ニ於テハ決シテ法律ノ廢止アル場合アル
 コトナシ法律ノ規定中ニハ屢無用ノ規則ヲ設クルコトアリテ數十年ヲ經過
 スルモ遂ニ其適用ヲ見サルコトアリ然レトモ一旦制定セラレタル以上ハ其法
 律中幾部ノ規則カ假令實際上數十年適用サレスト雖モ決シテ之カ爲メニ廢
 止ニ歸シタリト云フコトヲ得ス蓋シ法律ノ不適用ハ廢止ヲ推測スルモノニ非

サルナリ明示ノ廢止トハ一ノ法律ヲ設ケテ明ニ他ノ法律ヲ廢止スル場合ヲ謂
ハ暗黙ノ廢止トハ彼此ノ二法律相牴觸シテ一ハ他ヲ廢止シタルモノナリト推
測ス可キ場合ヲ謂フ其場合凡ソ三ツアリ

(第二) 同一事項ニ付二個ノ一般法アルトキハ舊法ハ常ニ新法ニ因リテ廢止セ
ラレタルモノト推定ス

(第二) 新法ハ一般法ニシテ舊法ハ特別法タリ然ルニ新法ノ一般法ハ舊法ノ規
定セシ事項ヲ目的トスルモノニ非サルトキハ其特別舊法ハ依然トシテ存在
ス若シ之ニ反シ特別舊法ニシテ新設ノ一般法ニ牴觸スル規定アルトキハ舊
法ハ全ク廢止セラレタルモノト推定ス

(第三) 新舊特別ノ二法存在スルトキハ其新法ニ牴觸スル部分ニ於テ舊法ハ廢
止セラレタルモノト推定ス蓋シ新舊ノ二法律同時ニ成立スルトキハ新法ハ
常ニ舊法ニ勝ル可シトノ原則ヲ適用ス可キモノナリ

第二原則 法律ハ既往ニ溯ルノ效ヲ有セス

此原則ハ第一原則ノ適用ニ過キス第一原則ニ於テ正條ナキ所爲ハ之ヲ罰セス

トノ理由ヲ認メタル以上ハ其所爲以後ニ制定シタル法律ヲ以テ之ヲ其以前即
チ法律ナキ時代ノ所爲ニ及ホスコトヲ得サルハ自然ノ條理ナリ若シ爾後ノ法
律ヲ以テ之ヲ以前ノ行爲ニ及ホスコトヲ得トセハ是レ正ニ正條ナキ所爲ヲ罰
スルモノニシテ忽チ第一原則ニ牴觸スヘシ

本原則ハ刑法第三條ニ於テ之ヲ規定ス然レトモ本條ハ第二條ノ適用ニ過キス
シテ既ニ第二條ノ規定ヲ設クルノ必要ナキヲ知ラハ本條ノ規定モ亦殆ント其
用ナキコト多辯ヲ要セサルナリ試ミニ第三條ノ規定ナシトセハ果シテ後日ノ
法律ヲ以テ前日ノ所爲ヲ罰スルコトヲ得ル乎昨年ハ未タ法律ヲ制定サレザリ
キ故ニ吾人ハ自由ノ行爲ヲナスノ權利ヲ有シタリキ今年ハ法律ヲ制定シテ以
テ自由ノ行爲ヲ制限セリ故ニ今年以後ハ吾人ハ其制限ヲ超ユルコトヲ得スト
雖モ昨年ハ未タ何等ノ制限ナキヲ以テ自由ノ行爲ヲナス權利アリタルナリ今
年ノ法律ヲ以テ此權利行爲ヲ罰セントス道理上果シテ之ヲ許ス可キ乎若シ夫
レ正條ヲ設ケサレハ無辜ヲ罰スルノ危険アリト云ハ、其反對ノ場合ニ於テ正
條アルモ之ヲ適用セサルノ危険ナキヲ保ス可カラスト謂フコトヲ得可シ之ヲ

要スルニ刑法ハ正條以外ニ於テ之ヲ罰セストノ原則ヲ認メタル以上其結果トシテ法律以前ニナシタル行爲ヲ罰スルヲ得サルコトハ炳焉トシテ明瞭ニシテ特條ヲ俟ツノ必要ナキナリ

然レトモ本條第二項ノ規定ハ實ニ例外ノ法律ニ屬シ大ニ之ヲ設クルノ必要アリ法律ハ原則上其制定以後ニ非サレハ何等ノ效力タモ之ヲ有スルモノニ非ス故ニ新法ヲシテ既往ニ溯ホルノ效力ヲ生セシムルニハ必ス特別ノ規定ヲ設ケサル可カラス抑刑法ハ何故ニ此例外法ヲ設ケタリヤ之ヲ詳言スレハ新舊ノ二法ヲ比較シ舊法重クシテ新法輕キトキハ何故ニ新法ヲ適用シテ以テ舊法時代ノ犯罪ヲ罰スルコトヲ得ル乎是レ法律ハ最も新ナルモノヲ以テ善良ナルモノナリト爲スニ因ル元來法律ハ之ヲ制定スル當時ノ必要ニ由テ之ヲ制定スルモノナレハ昨年ノ非ハ必ス今年ノ非ニアラス昨年ハ罰スルノ必要アル所爲モ今年ハ却テ之ヲ罰セサルノ必要ナシトセス此場合ニ於テ尙ホ昨年ノ法律ヲ適用シテ今年ノ所爲ヲ罰セントスルハ是レ新法制定ノ趣旨ニ反スルコト甚タシ今年ノ法律ハ實ニ現在ノ社會ヲ治ムルニ必要ナルカ故ニ之ヲ制定セリ昨年ノ社會ヲ治ムルカ爲メニ制定セシモノニ非サルナリ試ニ其所爲ハ今年始メテ發生セシトセハ或ハ輕ク罰スルコトアリ或ハ全ク罰セサルコトアル可シ然ルニ其所爲偶、昨年ノ發生ニ係ルノ故ヲ以テ尙ホ昨年ノ法律ヲ適用シテ重ク之ヲ罰スルノ必要アリト謂フ歟刑法ハ社會ノ安寧ヲ妨害スルモノヲ防クノ法律ナリ假令昨年ハ社會ノ安寧ヲ妨害スル所爲ナリシト雖モ今年其性質ヲ失フニ至テハ既ニ犯罪ニ非サルナリ犯罪ニ非サル所爲ニ對シテ防衛權ヲ行フ理由果シテ何處ニ在ル歟然ラハ則チ昨年ノ所爲ニ對シテ輕キ新法ヲ適用スルハ社會ノ必要上否ナ刑罰權ノ原則上實ニ已ムヲ得サルノ例外ト謂フ可キノミ

夫レ此ノ如ク新法ノ輕キモノハ既往ニ溯リテ之ヲ適用スルコトヲ得トセハ社會ノ必要アル場合ニ於テハ新法ノ重キモノモ亦之ヲ溯ラシメテ以テ舊法時代ノ所爲ニ適用スルコトヲ得セシメサル可カラズ立法者果シテ此權利ヲ有スル乎我憲法ニ於テハ立法者ニ命スルニ如何ナル場合ニ於テモ新法ヲ溯ラシメテ之ヲ其以前ノ所爲ニ適用スルコトヲ許サストノ規定ヲナシタルコトナシ故ニ立法者ハ社會ノ必要上止ヲ得サルノ場合ニ於テハ何時ニテモ既往ニ溯ルノ法

律ヲ制定スルノ權利ヲ有スヘシ但タ重キ新法ヲ制定シテ之ヲシテ既往ニ溯ホ
ルノ效力ヲ有セシムルトキハ其影響スル所非常ニ大ナルモノアルヲ以テ宜シ
ク社會ノ利害ヲ比較シ既往ニ溯ラシムルノ利益ハ既往ニ溯ラシメサルノ利益
ヨリ多キ場合ニ非サレハ到底此ノ如キ異常ナル法律ヲ制定スルコトヲ許サ、
ルナリ

第一款 犯罪及ヒ刑罰ニ關スル新舊二法ノ抵觸

犯罪及ヒ刑罰ニ關シテ新舊二個ノ法律アリテ而モ犯罪ノ當時ニ於テハ舊法行
ハレ判決當時ニ於テハ新法行ハル、時ハ果シテ何レノ法律ヲ適用ス可キカ二
個ノ場合ヲ區別シテ論スルヲ便ナリトス
第一場合 犯罪ニ關スル新舊二法ノ抵觸 原則上新法ハ既往ニ溯ルコトヲ許
サス故ニ新法發布ノ以前ニ於ケル犯罪ニ對シテハ新法ノ適用ヲナスコトヲ得
ス即チ舊法ニ於テ罰セサルノ所爲ニ付テ新法ハ之ヲ罰シ又舊法ハ輕ク罰シタ
ルノ所爲ニ付テ新法ハ重ク罰スルノ場合ノ如キ即チ是レナリ然レトモ此ニ例

外ナキニ非ス即チ新法ノ規定舊法ニ比シテ寛大ナル時ニ限り新法ヲ適用スル
ヲ得可キコト是レナリ然レトモ是レ畢竟例外ノ規則ニ屬スルヲ以テ刑法上特
別ノ規定アルニ非サレハ假令新法ノ寛大ナル場合ト雖モ尙ホ以テ新法ヲ溯ホ
ラシメテ其發布前ニ於ケル犯罪ニ適用スルコトヲ得サルナリ況ンヤ新法ノ舊
法ニ比シテ嚴ナル場合ニ於テオヤ
抑モ舊法時代ニ於テ罰セサルノ所爲ハ當時ノ人民之ヲ行フノ權利ヲ有シタル
モノナリ然ルニ後日ニ至リ新法ヲ制定シ之ヲ既往ニ溯ホラシメ以テ舊法時代
ノ行爲ヲ罰スルコトヲ得ルトセハ是レ人民カ既ニ得タルノ權利ヲ蹂躪スルモ
ノニ非スシテ何ソヤ新法ニ於テ其刑ヲ重クシタル場合ニ於テモ亦然リ其重キ
部分ノ適用ニ付テハ尙ホ舊法ノ罰セサル行爲ヲ罰スルト同一ノ論理ニ歸着ス
故ニ曰ク新法ニ於テ舊法ノ罰セサル行爲ヲ罰シ又舊法ノ輕キ刑ヲ重クシタル
場合ニハ決シテ新法ヲ適用シテ既往ニ溯ホラシムルコトヲ得スト然レトモ新
法ノ規定舊法ノ規定ニ比較シテ寛恕ナル時之ヲ換言スレハ新法ハ舊法ニ於テ
罰セシ所爲ヲ罰セストナシ又ハ其刑ヲ輕クシタルトキニ當リテハ舊法時代ノ

行為ニ付テモ尙ホ新法ヲ適用ス可シ凡ソ舊法ニ於テ或所爲ヲ認メテ以テ犯罪ナリトシ之ヲ罰スル所以ノモノハ蓋シ當時之ヲ罰スルノ必要アリシニ由ル然ルニ新法ニ於テ此犯罪ヲ廢シタルハ社會已ニ之ヲ罰スルノ必要ヲ見サルニ基クモノナリ夫レ然リ既ニ社會ノ見テ以テ之ヲ罰スルノ必要ナシトスル所ノ所爲唯舊法時代ニ成立セリトノ理由ニ依リテ尙ホ之ヲ罰セントス豈ニ不理ノ極ナラスヤ刑法ノ目的ハ社會ノ生存ヲ害スル犯罪行為ヲ禁遏セントスルニ在リ然ルニ新法ニ於テ廢シタル所爲ハ爾來正當ノ行為タルヲ以テ何人モ之ヲ行フノ權利ヲ有シ世人之ヲ爲スノ能力ヲ有ス隨テ之ヲ禁遏スルノ必要ナシ既ニ刑法所罰ノ目的ニ於テ缺クル所アリ何ソ夫レ之ヲ罰スルノ理由アランヤ且ツ新法其刑ヲ輕カラシメタル場合ノ如キモ亦同一ニシテ社會ハ其重刑ヲ科スルノ要ナシトナシタルモノナレハ其不必要ナル重刑ヲ以テ之ヲ犯人ニ科スルノ理由ナキヤ知ル可キノミ是レ例外ノ由テ生シタル所以ナリトス

第二場合 刑罰ニ關スル新舊二法ノ抵觸 新舊二法ノ輕重ヲ知ルニ付テハ如何ナル標準ニ依リ之カ比較ヲナス可キ乎

- (一) 新法カ舊法ノ犯罪ヲ廢止シタル時ハ是レ新法ノ輕キ場合ナリ尙ニ犯罪ヲ廢止シタル場合ノミナラス人ノ身分ニ依リ之ヲ罰セストシ又ハ之ニ宥恕ヲ與ヘタル時ノ如キ尙ホ是レ新法ヲ輕シト見サル可カラス
- (二) 新法ニ於テ舊法ノ刑ヲ減輕シタルトキハ新法ノ輕キコト明白別ニ説明ヲ俟タス
- (三) 新舊法共ニ其刑ノ性質同一ニシテ而シテ其長期ト短期トヲ異ニスル場合例ヘハ舊法ハ有期徒刑ヲ十年以上二十五年以下トシ新法ハ十二年以上二十年以下トナシタル時ハ二法中何レヲ以テ輕シトナス可キカ如斯キ場合ニ於テハ新舊二法中唯其長期ヲ比較シテ其長キモノヲ重シトナスヘシ今前例ニ付テ其理由ヲ述ヘンニ犯人カ舊法ノ短期十年ヲ以テ罰セラル可シトスルハ單ニ其希望タルニ過キス而モ其長期二十五年ヲ以テ罰セラルハモ亦決シテ之ニ對シテ不服ヲ唱アルヲ得ス然ルニ新法ニ於テハ犯人カ罰セラレノコトヲ希望スル短期ハ舊法ニ比シテ重シト雖モ其長期ニ至リテハ決シテ二十年ヲ過クルコトヲ許サス即チ短期ニ於テハ輕重期ス可カラスト雖モ長期ノ輕

重ハ確乎トシテ既ニ定マル是レ余カ其長期ニ依リテ以テ新舊二法ノ輕重ヲ定ム可シト云フ所以ナリ或ハ説ヲナシテ言フ者アリ曰ク此ノ如キ場合ニハ新法ノ長期ト舊法ノ短期トヲ以テ其刑ヲ定ム可シト然レトモ是レ所謂新舊二法ヲ比較シ其輕キニ從フモノニ非スシテ新ニ一種ノ刑ヲ創設スルモノナリ裁判官猥リニ法律ヲ制定スルノ權利ヲ有スル者ナランヤ

(四) 新法ニ於テ舊法ノ罪名ヲ變更シタル場合例ヘハ舊法ハ常事犯トナシ新法ハ國事犯トナシタル場合ノ如シ斯ノ如キ場合ニ於テハ刑期ノ長キモノヲ以テ重シトス若シ夫レ新舊二法ニシテ其刑期等シトセンカ即チ定役アルモノヲ以テ重シトセサルヘカラス今之ヲ犯人ノ一方ヨリ觀察スルトキハ其刑期ノ長短定役ノ有無ニ關セス國事犯ヲ以テ罰セラル、コトヲ好ムヤ亦知ルヘカラスト雖モ是レ犯人ノ私情ノミ法律上之ヲ見レハ其罪名ニ依テ輕重ノ差異アルコトナケン故ニ尙ホ前説ニ從ハサルヘカラス

(五) 新舊二法中各其一部ハ犯人ニ利益ニシテ一部ハ不利益ナル場合例ヘハ舊法ハ罰金ノ刑ヲ以テ之ヲ罰スルモ數罪俱發ノ例ニ從ハストセリ新法ハ禁錮

ノ刑ヲ以テ之ヲ罰シ數罪俱發ノ例ニ從フコトヲ許シタリ斯ノ如キ場合ニ於テハ舊法ヲ以テ輕シトス凡ソ刑罰ニハ生命、身體、自由、名譽、財産ニ關スル數種ノ刑アリテ就中最モ輕シト認ム可キモノヲ財産刑トナス蓋シ身體ノ貴重ナル財産ノ上ニ位スルコト疑フ可カラサレハナリ故ニ罰金ヲ併科スル點ニ付テハ舊法重キカ如シト雖モ新法ノ禁錮ヨリ輕キコト明白ナリ論者又新法及ロ舊法ヲ混同シ罰金ヲ科シテ數罪俱發例ヲ適用ス可シト主張スルモノアリ然レトモ是レ裁判官ヲシテ一ノ新刑ヲ創設セシムルノ論者タルヲ免レス

(六) 新舊二法其刑ノ執行方法ヲ異ニスル場合例ヘハ舊法ハ執行時間ヲ十時間トシ新法ハ十二時間トナシタルカ如キ是ナリ凡ソ刑法ノ例外法ハ刑ヲ適用スルニ付テ之ヲ設ケタルモノニシテ則チ其刑ヲ執行スルカ爲メニ之ヲ設ケタルモノニアラス然ラハ則チ此例外法ハ一旦刑ヲ科シタル後ニ於テ適用スヘキモノニアラス既ニ新法ニ依リ處罰シタル以上ハ假令新法ノ舊法ニ比シテ執行方法嚴ナリト雖モ尙ホ新法ニ從ハサルヘカラス然レトモ其執行方法ト共ニ刑ノ性質ヲ變更シタル時ハ則チ尙ホ例外法ノ適用ヲナサルヘカラス

ス例へハ重禁錮ヲ改メテ流刑トナシタル場合ノ如キ即チ是ナリ
 以上新舊二法懸觸ニ付困難ナル問題ヲ説了セリ此他刑法第三條第二項ノ規定
 ニ於テハ決定ス可カラサル問題ヲ生ス同條ニ曰ク若シ所犯頒布以前ニ在テ未
 タ判決ヲ經サル者ハ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷ストアリテ第一甲法時
 代ニ犯罪ヲ發生シ乙法時代ヲ經テ丙法時代ニ及ヒシモノト想像スルトキハ舊
 法ハ甲法ニ依ルヘキヤ或ハ乙法ニ依ルヘキヤ第二犯罪後ノ法律ニ定メタル刑
 ト舊法ニ定メタル刑ト相等シキトキハ何レノ法律ヲ適用スヘキヤノ問題ハ第
 一第二共ニ立法者ノ單純ナル想像ニ出テシ現行法ノ欠點ナリト信ス

第一款 裁判所構成管轄又ハ訴訟手續ニ關ス
 ル新舊二法ノ抵觸

茲ニ犯罪アリテ其未タ確定判決ヲ經サルニ先タチ裁判所ノ構成裁判所ノ管轄
 又ハ訴訟手續ニ關シテ法律ノ改正アリタルトキハ新舊ノ二法何レヲ適用ス可
 キカ凡ソ法律既往ニ遡ホラサルノ原則ハ實體法(刑法)ノ原則ニシテ形式法(手續
 法)ノ原則ニアラス此等ノ法律ニ變更アリタル場合ニ於テハ本原則ヲ適用スル

ノ必要ナシ刑法ノ目的ハ實ニ罪ヲ犯シタル者ニ對シテ刑罰ノ制裁ヲ加フルニ
 在リ刑事訴訟法ノ目的ハ事實ノ真相ヲ得テ以テ被告ノ責任ヲ明ニセントスル
 ニ在リ故ニ刑事訴訟法ハ一方ニ於テハ社會ノ公益ヲ保護シ他ノ一方ニ於テハ
 被告人ノ私益ヲ救護スルモノナリト云フモ敢テ不可ナルコトナシ而ルニ新法
 ハ必ス舊法ニ比シテ社會ヲ保護シ一私人ヲ救護スルニ於テ勝レル所アルモノ
 ナリ然ラハ社會ニ於テモ亦被告人ニ於テモ新法ノ適用ヲ受クルハ單ニ其利益
 ヲ害セラル、コトナキノミナラス却テ益々其利益ノ擔保ヲ確實ニセントスル
 モノナレハ新法ノ適用ニ對シテハ何人モ異議ヲ述フル所ナカル可シ是レ手續
 法ニ付テハ既往ニ遡ラサルノ原則ニ從ハサル所以ナリ

或論者曰ク刑法ヲ既往ニ遡ラシムルハ被告人ノ既得權ヲ害スルヲ以テ之ヲ許
 ス可カラス然レトモ刑事訴訟法ニ至リテハ之ヲ既往ニ遡ラシムルモ敢テ被告
 人ノ既得權ヲ害スルコトナキヲ以テ既往ニ遡ラサルノ原則ニ從ハシムルヲ要
 セス刑法第三條刑事訴訟法第二十二條ヲ比較スルトキハ自ラ明ニシテ刑法第
 三條ニハ法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得ス其第二項ニハ若シ所

犯頒布以前ニ在テ未タ判決ヲ經サルモノハ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷
ス「トアリ刑事訴訟法第二十二條ニハ此法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニモ亦之ヲ
適用ス其第二項ニハ頒布以前ニ爲シタル訴訟手續當時ノ法律ニ背カサルトキ
ハ其效アリトスト「トアリテ二者正反對ノ規定アル所以ナリト

然レトモ余ハ此說ニ服スル能ハス余ノ解釋ヲ以テスレハ刑法ノ規定ト刑事訴
訟法ノ規定トハ論者ノ如ク牴觸ノ規定ヲナシタルモノニアラス法文ハ異ナル
所アリト雖モ其趣旨ニ至リテハ同一ニシテ意義ヲ異ニスルモノニアラス凡ソ
新法ノ效力ヲ有スルハ其公布以後ニ在リ假令手續法ナリト雖モ決シテ其公布
以前ニ遡リテ其效力ヲ有スヘキノ謂レナキナリ世ノ學者カ見テ以テ手續法ノ
效力既往ニ遡ルトナスハ畢竟其觀察ノ方法ヲ誤レルニ坐スルノミ學者ハ手續
法ヲ以テ其公布以前ノ犯罪ニ適用スルヲ目シテ直チニ既往ニ遡ルモノトナス
ト雖モ之ヲ審理上ヨリ觀察スルトキハ決シテ既往ニ遡ルモノニアラサルナリ
何トナレハ犯罪其モノハ新法ノ公布以前ニアリタリト雖トモ未タ確定判決ヲ
經タルニ非ス其犯罪ノ審理ハ降タリテ新法ノ適用時代ニ來リタルモノナレハ

爾來新法ノ適用ヲナスハ固ヨリ當然ナリ犯罪ハ既往ノ事實ナルモ裁判ハ現在
ノ行爲ナリ現在ノ行爲ハ現在ノ法律ノ支配ヲ受ケサル可カラス假令犯罪ハ新
法ノ公布以前ニ發生セシモノナリト雖トモ其審理ハ現在ノ事實ニアラサルハ
ナシ而シテ現在ノ法律ハ是レ新法ナレハ之ヲ適用スル豈夫レ既往ニ遡ルモノ
ナリト云フコトヲ得ンヤ若シ新法ハ既往ニ遡ルモノナリトセンカ舊法時代ノ
審理ハ盡ク之ヲ無効ナリトスルノ結果ヲ生ス可シ蓋シ舊法時代ノ審理ヲ舉ケ
テ盡ク之ヲ無効トナスニアラサレハ新法ヲ既往ニ遡ラシムルノ必要ヲ見サ
レハナリ世又此ノ如キ道理アラシヤ要スルニ余ノ見ル處ヲ以テスレハ手續上
ノ法律ニ改正アリト雖トモ新舊二法ノ牴觸ヲ見ルノ場合決シテ是レアルコト
ナシ

然レトモ管轄問題ニ付テハ多少其適用ヲ斟酌セサル可カラサルモノアリ今左
ニ此問題ニ關シテ説ク所アラントス

第一 舊法ニ於テハ區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件アリ新法ハ之ヲ以テ地方裁
判所ノ管轄ニ屬スルモノトセハ此場合ニ於テハ何レノ裁判所ヲ以テ適法ノ管

轉裁判所ナリトナスカ

第一論者ハ曰ク管轄變更ノ法律ハ公益ニ關スルモノナルカ故ニ被告人ノ私益ヲ以テ之ヲ左右スルコトヲ得ス是ヲ以テ新法ニ依リテ其管轄裁判所ヲ定メサルヘカラスト

第二論者ハ曰ク被告人自然ノ管轄裁判所ハ犯罪ノ當時被告人ヲ管轄セル裁判所ナリ故ニ犯罪後ニ於テ管轄ノ變更アリタリト雖トモ尙舊法ニ依テ其管轄ヲ定メサルヘカラスト

余ハ素ヨリ第一論者ニ左祖スルモノナリ然レトモ實際ニ於テハ嚴重ニ第一說ノ適用ヲナスヘカラストアル場合アリ例ヘハ舊法ノ下ニ於テ區裁判所ハ其管轄事件ニ付判決ヲ下シ其未タ確定セサルニ先タチ管轄變更ノ新法出テ其事件ヲ擧ケテ地方裁判所ノ管轄ニ屬セシメタリトセンカ若シ此場合ニ於テ新法ヲ適用スヘシトセハ被告人及ヒ檢事ハ控訴權ヲ失ハサル可カラサルノ結果ヲ生ス何トナレハ新法ハ其事件ヲ以テ地方裁判所ノ管轄ニ屬セシメタルカ故ニ本件ノ第一審裁判所タルヲ得ヘシト雖トモ之カ控訴ヲ受クルコトヲ得サルヘシ然ラ

ハ則チ控訴院ニ控訴センカ控訴院ハ地方裁判所ノ第一審ニ對スル控訴裁判所タルヲ如何セン之カ爲メニ舊法時代未タ其判決ヲ經サルモノハ新法ニ從ハシメ舊法ニ依リ既ニ本案ノ判決ヲ經タル事件ニ付テハ別ニ例外法ヲ設ケテ以テ控訴ノ道ヲ開通セシメサルヘカラスト

第二 舊法ノ下ニ管轄權ヲ有スル裁判所ハ新法ニ依リテ廢止セラレタリ此場合ニ於テ其審理中ノ事件ハ果シテ如何ニ之ヲ處理スヘキカ
本問ニ付テハ絶對的舊法ノ適用ヲナスコトヲ得サルヤ多辯ヲ俟タス何トナレハ訴訟審理ノ程度奈邊ニ達スト雖トモ其裁判所タルヤ既ニ社會ニ成立セサルモノナレハ獨リ裁判權ノミ存在スヘキ謂レナケレハナリ然レトモ直チニ之ヲ以テ新法管轄裁判所ニ移スコト亦難カルヘシ何トナレハ一裁判所ハ他ノ裁判所ノ審理ヲ繼受スルノ權ナケレハナリ故ニ此ノ如キ場合ニハ特別法ヲ制定シ之ニ因テ以テ管轄ヲ定ムルノ外他ニ方法ヲカルヘシ

第三款 刑事時效ニ關スル新舊二法ノ抵觸

刑事時效トハ時日ノ經過ニ依リ公訴權又ハ執行權ノ消滅スル方法ヲ云フ此ニ

於テ乎刑事ノ時効ニ二種アルコトヲ見ル可シ一ハ犯罪ヨリ生スル公訴權ノ消滅ニシテ一ハ判決言渡ヨリ生スル執行權ノ消滅即チ所謂ニル刑ノ期滿免除是レナリ此二者ノ時効ヲ設クル理由ハ共ニ同一ニ出ツルモノトス從來ノ學者ハ社會ノ遺忘ニ因ルト謂ヒ余ハ社會ノ不必要ニ因ルト云フモノナリ其詳細ノ如キハ後段説ク所アラントス

時効ノ期間ニ關シテ新舊ノ二法其規定ヲ異ニスル時ハ何レノ法律ヲ適用スルヲ以テ可ナリトスル乎本問題ヲ決スルニ付テハ先ツ時効ニ關スル法律ノ性質如何ヲ研究スルコトヲ要ス時効ノ法律ハ實体法ナルヤ形式法ナルヤ今之ヲ一方ヨリ觀察スレハ時効ノ法律ハ形式上ノ法律ナルカ如シ何トナレハ時効ハ犯罪ノ訴追又ハ刑ノ執行ニ關スル條件ノ規定ニ過キサレハナリ然レトモ亦之ヲ他ノ一方ヨリ見ルトキハ實体法ノ性質ヲ有スルニ似タリ何トナレハ時効ハ犯罪ノ消滅又ハ刑ノ消滅ノ原因ナレハナリ此ニ於テ乎議論百出セリ請フ左ニ其一二ノ重要ナル説ヲ示サン

第一説 此説ニ於テハ公訴ノ時効ニ付テハ犯罪當時刑ノ時効ニ付テハ裁判宣

告當時ノ法律ヲ適用ス可シト云フニ在リ其理由ニ曰ク凡ソ犯人ノ責任ヲ定ムルハ犯罪當時ノ法律ニ由ルヘシ此法律以外ニ於テ特別ノ責任ヲ負擔セシムヘキニ非ス既ニ犯罪當時ノ法律ニ由テ其責任ヲ定ム可シトセハ犯罪ノ消滅ニ關スル公訴ノ時効ハ犯人ノ責任問題ニ屬スルモノナレハ犯罪當時ノ法律ニ由ル可キヤ蓋シ明ナリ刑ノ時効ニ付テモ亦然リ刑ノ時効ハ執行權消滅ニ關スル問題ニシテ而シテ其執行權ハ刑ノ宣告アリテ初メテ定マルモノナレハ其宣告當時ノ法律ヲ適用スヘキヤ亦知ル可キノミト

然レトモ是稍不條理ニ流ル、ノ傾向ナキニ非ス何トナレハ舊法ノ時効期間新法ノ時効期間ニ比シテ長キ場合ニ於テハ舊法ヲ適用スルニ於テ一大抵觸テ來タサ、ルヲ得サレハナリ例ヘハ舊法ハ其時効期間ヲ十年トナシタリ而シテ犯人ハ逃レテ既ニ八年ノ星霜ヲ經過シタルニ當リ新法出テ、其時効期間ヲ短縮シテ五年トナシタリ若シ第一説ニ從ヒ尙ホ舊法ヲ適用ス可シトセハ新法發布後尙ホ二年ノ經過ヲ俟タサル可カラス然ルニ新法ハ十年ノ期間ヲ以テ不必要ナリトシ之ヲ短縮シテ五年トナシタルモノナリ然ラハ則チ舊法ノ適用ハ社會

カ認メテ以テ不必要ナリトシテ之ヲ行フヲ欲セサル所ノモノヲ行ハサル可カ
 ラス是レ余カ第一説ヲ以テ不條理ニ流ル、ノ傾向アリト云フ所以ナリ故ヲ以
 テ新法ニ於テ舊法ノ時効期間ヲ短縮シタル場合ニ當リテハ新法ヲ適用スルヲ
 以テ可ナリトス

第二説 是レ全ク前説ニ反對スルノ説ニシテ公訴ノ時効ト刑ノ時効トヲ同ハ
 ス常ニ新法ヲ適用ス可シト謂フニ在リ其理由ニ曰ク元來法律ハ社會ノ必要上
 之ヲ制定シタルモノナリ新法ハ舊法ニ比シテ社會ノ利益ヲ増進スルノ勝レル
 コトアルヲ信シテ之ヲ制定シタルモノナリ然ラハ新法ノ適用ハ善良ノ法律ヲ
 適用シ以テ社會ノ必要ニ應スルモノナレハ之ヲ適用スル固ヨリ何ノ不可力之
 アラム且ツ刑法ヲシテ既往ニ遡ラシメサル所以ノモノハ犯人ノ既得權ヲ害ス
 ルノ恐れアルヲ以テナリ故ニ若シ新法ニシテ既得權ヲ害セサルニ於テハ之ヲ
 既往ニ遡ラシムルモ亦不可アルコトナケン時効ノ規則ニ關シテハ犯人モ檢事
 モ斯法ノ適用ヲナスニ付テ毫モ既得權ヲ害セラル、コトナキモノナリ犯人ニ
 付テ云ハソカ犯人カ新法ノ時代ニ至ル迄僭匿又ハ逃亡シテ公訴ノ提起又ハ刑

ノ執行ヲ免レタルハ犯人ノ權利ナリト謂フヘカラサルノミナラス實ニ社會ニ
 對スルノ公義務ヲ免レタルモノナリ其時効經過後ニ至リテハ罰セラル、ナキ
 ノ權利ヲ得ルト雖トモ其期間經過中ハ是レ只一ノ希望ヲ有スト謂フニ過キス
 希望ニハ失望ノ相伴フアリテ之ヲ侵スモ決シテ權利ヲ害スルモノナリト云フ
 可カラス況ンヤ犯人一己ノ私益ノ爲メニ社會一般ノ公益ヲ枉クル能ハサルニ
 於テオヤ又檢事ニ付テ觀察スルモ亦然リ檢事ハ社會ノ代表者トシテ公訴ヲ提
 起スルモノナレハ社會ノ欲スル所ノ新法ヲ適用スルモ毫モ其權利ヲ侵害セラ
 レタルモノナリト云フヲ得サルナリト

余ハ第二説ヲ採ルモノナリ然ルニ論者第二説ヲ非難シテ曰ク現行刑事訴訟法
 ニ因レハ公訴私訴ノ時効期間ハ共ニ同一ナリ故ヲ以テ被害者ノ損害回復ヲ求
 ムルニ付テハ常ニ公訴時効期間ノ如何ヲ顧ミサルヘカラス今新法ニ於テ時効
 期間ヲ短縮シタリトセンニ公訴時効ノ經過ト共ニ私訴モ亦消滅スルモノナレ
 ハ是レ舊法ニ因リテ私訴ヲ提起セント欲セシ被害者ノ豫想ニ反シ其既得權ヲ
 害スルモノナリト然レトモ余ハ此弊害アリトスルモ尙ホ第二説ニ左祖セサル

ヲ得サルノ理由アルヲ信ス請フ少シク之ヲ陳セシ

(一) 刑事訴訟法ニ於テ公訴私訴ノ時効期間ヲ同一ニシタルハ被害者ヲ保護スルノ旨趣ニアラスシテ社會ノ公益ヲ保護セシトスルニ在リ既ニ然リトセハ何人ト雖トモ一個人ノ私益ノ爲メニ社會ノ公益ヲ害スルヲ得ス故ニ公益私益ノ相抵觸スルトキハ私益ヲ捨テ以テ公益ニ從ハサルヘカラサルヤ亦當然ナリトス
(二) 私訴ニ付被害者カ既得權ヲ害セラルト云フハ只新法ノ時効期間ヲ短縮シタル場合ニ限ル若シ新法ニ於テ其時効期間ヲ延長シタル時ハ被害者ハ社會ト共ニ利益ヲ受クルモノナリ故ニ新法ノ適用ハ絶對的ニ被害者ヲ害スルモノニ非ス是レ余カ第二説ヲ固持スル所以ナリ

第三説 此説ハ新舊二法ヲ比較シ以テ被告人ニ利益ナル法律ヲ適用スヘシト云フニ在リ然レトモ時効ノ規則ハ被告人ノ爲メニ之ヲ設クルニアラスシテ社會ノ爲メニ設クルモノタルコトヲ想像セハ蓋シ思ヒ半ニ過クルモノアラン本節ヲ終ルニ臨ミ尙ホ一言スヘキモノハ犯罪ハ法律ノ違背行爲ナルカ故ニ法律ノ制定後其廢止前ノ行爲ヲササルヘカラサルコト既ニ前述セル所ナリ於此

乎法律ハ如何ナル時期ニ於テ制定セラル、乎又如例ナル時期ニ於テ廢止セラ
ル、乎ノ二問題ヲ解スルノ必要アリ

第一 法律ノ制定 法律制定ノ方式ハ各國ノ國體ニ因リ憲法ニ因リテ定マレ
ルカ故ニ各國其撰テ一ニセス我國ニ於テハ統治ノ大權ハ固ヨリ天皇ニ在リ隨
テ立法權モ亦天皇之ヲ有ス然レトモ憲法ノ規定ニ依レハ法律ハ天皇ノ裁可及
ヒ帝國議會ノ協贊ヲ經ルヲ要シ(憲法第三十七條)其一ヲ缺クヘカラス今事ノ順
序ヲ舉クレハ左ノ如シ

(一) 提案 提案トハ法律案ヲ帝國議會ニ提出スルコトヲ謂ヒ法律制定ノ第一着
手ハ其起案ニ在リ我國ニ於テハ起案ノ權ハ天皇固ヨリ之ヲ有シ帝國議會モ亦
之ヲ有ス故ニ或ハ政府シテ起案シ或ハ貴族院衆議院之ヲ起案シテ提出スルモ
ノナリ(憲法第三十八條)

(二) 議決 議決トハ國會カ憲法及法律ノ規定ニ從テ法律案ヲ討論可否スル方法
ヲ謂フ蓋シ法律ハ必ス議會ノ協贊ヲ經ルヲ要ス立法ノ大權ハ天皇獨リ之ヲ掌
握スト雖トモ大權ヲ行フノ上ニ於テ議會ノ協贊ヲ要ス故ニ政府ノ起案ト帝國

議會ノ起案タルニ別ナク其法律案ハ必ス貴衆兩院ノ議決ヲ要シ此議決ニ依リテ確定シ又之ヲ變更スルコトヲ得ス故ニ如何ナル場合ニ於テモ兩院中一院ノ否決ニ遭ハハ其法律案ハ終ニ成立ヲ得サルナリ

(三) 裁可 裁可トハ君主カ國會ニ於テ可決シタル法律案ヲ採納スル方法ヲ謂フ裁可アレハ法律制定セラレタリト云フ可キカ縱令兩院ノ議決ヲ得ルモ未タ法律タルノ效力ヲ有セス既ニ兩院ノ議決ヲ經テ而シテ天皇ノ裁可ヲ請ヒ既ニ裁可ヲ得テ而シテ後茲ニ始メテ法律タルノ效力ヲ生ス換言スレハ法律案カ變シテ法律トナルナリ立法權ノ作用ハ裁可ニ終ルモノトス然レトモ此法律ハ生命ヲ有シ未タ活動力ヲ有セス此法律ヲシテ活動力ヲ有セシムルニハ公布ノ手續ヲ行ハサルヘカラス

(四) 公布 公布トハ君主カ裁可シタル法律ヲ發表シ官吏ニハ之カ執行ヲ命シ人民ニハ之カ遵奉ヲ命スル方法ヲ云フ蓋シ其裁可アルモ人民尙ホ之ヲ知ルニ由ナク未タ之ヲ知ラス又之ヲ遵守スルニ由ナシ故ニ既ニ裁可ヲ得タル法律ヲ普ク國民ニ告知スルノ必要アリ如何ナル方法ニ依リテ公布スル乎公布ハ大權ノ

行動ニシテ宮中ノ一儀式ニ過キス之ヲ知ルニハ我國ノ今日ニ於テハ官報ヲ發行シ之ニ掲載シテ以テ全國ニ告知スルヲ式トナス此ノ如ク公布アレハ法律ノ活動力ヲ生スルモ然レトモ國內距離遠近ノ差ニ因リ或ハ他ノ事由ニ因リ國民未タ此活動力アル法律ヲ知ラサルトキハ何ヲ以テ之ヲ遵奉スルコトヲ得ル乎法律ハ此疑問ヲ決定シテ周知期間ニ付テノ規定ヲ設ケラレタリ

(五) 周知期間 周知期間トハ法律公布ノ後ヨリ人民カ遍ク其法律ヲ知リタルモノト推測スルコトヲ得ルニ至ルマテノ一定ノ期間ヲ云フ法例第一條ハ此期間ヲ規定シテ曰ク法律ハ公布ノ日ヨリ起算シ滿二十日ヲ經テ之ヲ施行ス但シ法律ヲ以テ之ニ異ナリタル施行時期ヲ定メタルトキハ此限りニ非ス其第二項ニハ「臺灣、北海道、沖繩縣其他島地ニ付テハ勅令ヲ以テ特別ノ施行時期ヲ定ムルコトヲ得」トアリ然レトモ周知期間ハ人民カ法律ヲ知リタルモノト推測スルコトヲ得ヘキ期間ヲ定ムルニ過キスシテ人民カ果シテ其期間内ニ法律ヲ知リタルヤ否ヤハ問フ所ニアラサルナリ法律一タヒ公布セラレ周知期間ヲ經過シタルトキハ人民ハ既ニ悉ク之ヲ知リタルモノト見做サレ之ヲ遵守スルノ義務アリ

假令全く法律ヲ知ラスト雖モ之ニ違背スルトキハ其制裁ヲ免ル、コトヲ得ス故ニ法語ニ曰ク何人モ法律ヲ知ラスト見做サル、コトナシト

第二 法律ノ廢止 法律ハ社會ノ必要ニ迫ラレテ制定發布セラル、モノナルカ故ニ又其必要ニ應シテ廢止變更セサルヘカラス時勢獨リ變遷シ法律依然トシテ舊時ノ形ヲ存スルカ如クンハ社會ノ安寧秩序ヲ保ツヘキ法律ハ却テ之ヲ害スルニ至ルヘシ是ヲ以テ一旦公布セラレタル成文法モ他日必ス之ヲ廢止シ又ハ變更セサルヘカラサルコトアリ然レトモ法律ハ法律ニ依ルニ非ラサレハ之ヲ廢止スルヲ得ス故ニ不適用ノ事實ノ如キハ法律廢止ノ事實トナルモノニ非ス法律ノ廢止ニハ二種アリ一ハ明示ノ廢止一ハ默示ノ廢止ニシテ此方法ニ依リ法律ヲ廢止セサルトキハ決シテ其效力ヲ失ハサルナリ

(一) 明示ノ廢止トハ新法中ニ明ニ其舊法ヲ廢止スヘキコトヲ公示シタルトキヲ云フ

(二) 默示ノ廢止トハ新法中ニ舊法ヲ廢止スルコトヲ明示セザレトモ新法ノ條項中ニ自ラ舊法ヲ廢シタルコトヲ暗黙ニ示ス場合ヲ云フ即チ新法ト舊法ト接觸

矛盾シ互ニ兩立シ難キ場合ニハ後法ハ前法ヲ廢スト云ヘル原則ニ基キ舊法ハ廢止セラレタルモノト看做スコトヲ得ルナリ何故ニ舊法ハ廢止セラレタリト見做サル、乎是レ新法ハ舊法ニ比較シ善良ナル法律ナリト見做サル、カ故ナリ斯ク優等ナル勢力ヲ有スル所以ハ舊法ハ社會ノ需用ヲナサ、ルカ故ニ新法ヲ制定セラレタルモノナレハナリ

以上ハ犯罪ノ時ニ付テ論シタルモノナリ

第二節 犯罪ノ場所及ヒ人

第一款 總論

犯罪ノ場所及ヒ人ニ關スル問題ハ國際刑法ニ屬シ其關係スル所最モ廣大ニシテ且ツ緊要ナリ然ルニ現行法ハ此問題ニ關シテ一言ノ規定ヲナシタルモノナシ畢竟現行刑法ハ犯罪ノ場所及ヒ人ニ關シ深ク顧慮スル所ナシ蓋シ刑法制定ノ當時ハ治外法權ナリシヲ以テ我國領土外ニ於ケル犯罪ニハ我刑法ヲ適用スル能ハサリシカ故ナリ爾來星移リ物變リ社會ノ發達進步スルニ伴ヒ漸ク近年

ニ至リ治外法權ヲ撤去シ其屈辱ヲ免ル、ニ至リシテ以テ犯罪ノ場所及ヒ人ニ
關スル國際刑法ノ規定ヲナスノ必要ヲ深ク感スルト同時ニ學理上又ハ解釋上
大ニ其不足ヲ補ハサルヘカテサルナリ

抑モ刑法ハ如何ナル土地又如何ナル人ニ對シテ行ハルヘキモノナルヤ此問題
ニ付所説多シト雖トモ先ツ其主要ナルモノヲ擧クレハ左ノ如シ

第一 屬地主義 此主義ハ萬邦割據ノ因襲ニシテ刑法ハ一國ノ領土内ニアラ
サレハ效力ヲ有セサルカ故ニ其領土内ニ在リテ罪ヲ犯シタルモノハ其國籍ノ
如何ヲ問ハス必ス犯罪國ノ刑法ヲ適用スヘシト雖モ其領土外ニ於ケル犯罪ニ
對シテハ之ヲ適用スルコトヲ得スト云フニ在リ

第二 屬人主義 此主義ニ因レハ刑法ハ一國主權ノ作用ナルカ故ニ其國民ニ
對シテハ内國ニ在ル者ト外國ニ在ルモノトヲ問ハス常ニ之ヲ適用スヘシト雖
トモ外國人ニ對シテハ其國權ノ之ニ及フヘキノ謂レナキカ故ニ内國ニ在ル時
ト雖モ之ニ適用スルヲ得ス況ンヤ外國ニ在ル場合ニ於テオヤ

第三 折衷主義 此主義ハ第一及ヒ第二ノ主義ヲ折衷シタルモノニシテ刑法

ハ其國ノ領土内ニ於テハ内外國人ヲ問ハス之ヲ適用シ且ツ其國民ニ對シテハ
假令外國ニ在リト雖トモ尙ホ追隨シテ之ヲ適用スヘシト云フニ在リ

以上ノ三主義中第二ハ殆ント論スルノ價值ナシ元來刑法ノ目的ハ實ニ其國ノ
安寧秩序ヲ保護スルニ在リ然ルニ安寧秩序ヲ紊亂シタルモノ内國人ナルトキ
ハ之ヲ罰スルコトヲ得外國人ナルトキハ其紊亂スルニ放任シテ之ヲ罰スルヲ
得ストモハ何レノ日カ刑法ノ目的ヲ違スルヲ得ン其價值ナキノ論タル蓋シ知
ルヘキノミ第一説ニ至リテハ多少取ルヘキモノアリト雖トモ亦タ非難アルヲ

免レス何トナレハ其國ノ領土内ノ犯罪ハ内外國人ヲ問ハス之ヲ罰スヘシトナ
スカ故ニ其領土内ニ起レル犯罪ニ付テハ之カ防禦ヲナスコトヲ得ヘシト雖ト
モ其領土外ニ於ケル犯罪ニ對シテハ到底本國ノ主權ヲ行フニ道ナカラントス

凡ソ犯罪ハ必スシモ内國ニ於テセサルヘカテサルニアラス若シ領土外ニ於テ
罪ヲ犯ストキハ能ク内國刑法ノ制裁ヲ免ル、モノトセハ國內ノ惡徒ハ皆悉ク
國境ヲ出テ、外國ニ行キ罪ヲ犯スニ至ラン而シテ犯人ノ歸來スルヤ其本國ノ
刑罰之ヲ待ツモノナシト云フニ至リテハ犯人ハ其本國ヲ以テ安樂土トナスモ

遂ニ如何トモナスヘカラサラントス我日本ノ如ク四面海ヲ環ラスノ島國ニ於テハ其弊ヲ蒙ムルコト甚タ大ナラスト雖トモ歐洲諸邦ノ如ク僅カニ一帯水一嶺峰ヲ以テ國境ヲナスノ大陸ニ至リテハ其弊ノ甚シク一層大ナルモノアラシク況ンヤ此種ノ如キ犯人ハ特ニ之ヲ懲スコト嚴ナルニアラスンハ益其弊惡殘毒ノ禍害ヲ恣マ、ニシ内國ニ於テモ亦罪ヲ犯スノ危險アルノ恐アルニ於テオヤ故ニ刑法ノ適用ハ決シテ其犯罪地ノ内國タルト又外國タルトヲ問フヘキモノニ非ラサルヤ自ラ明カナリ隨テ屬地主義ノ不完全ナルコトモ亦知ルヘキノミ第三説ノ折衷主義ニ至リテハ屬地屬人ノ兩主義ヲ包含スルカ故ニ其説大ニ具ルヘキモノアリト雖モ是レ未タ刑法ノ精神ヲ貫徹セシムルニ足ルヘキノ説ニ非ラサルナリ蓋シ此主義ニ於テハ内國ニ在リテ罪ヲ犯シタル場合ヲ罰スルコトヲ得ルト雖モ外國人カ外國ニ在リテ日本國又ハ日本人ニ對シテ罪ヲ犯シタル場合ニ付テハ之カ制裁ヲ加フルコトヲ得ス若シ此等ノ場合ニ於テ尙ホ之ヲ罰スルコトヲ得ストセンカ刑法ノ目的ハ到底之ヲ完全ニ達スルコトヲ得サルヘシ故ニ余ハ第三説ノ折衷主義ニモ服スル能ハサルナリ

第四 保護主義

此主義ハ元來ヲルトラン氏ノ唱道セシ所ニシテ輒近獨逸刑法學者モ亦大ニ之ニ贊同ス其目的最モ廣ク刑法ノ主權ヲ及ホサント欲スルニ在リ即チ刑法ハ内國ニ於テ犯シタル罪ニ付テハ内外人ノ區別ナク之ヲ適用シ

又外國ニ於テ犯シタル犯罪ニ付テモ内國ノ自体又ハ内國人民ニ對スル場合ニ於テハ内國人ト外國人トヲ論セス常ニ之ヲ適用スヘシト謂フニ在リ新刑法草案ハ此主義ヲ採用セリ草案第三條ニ曰ク「法律ハ何人ヲ問ハス帝國内ニ於テ犯シタル罪ニ之ヲ適用ス」其第二項ニ「帝國外ニ在ル帝國艦船内ノ犯罪ニ付亦同シ」同第四條ニ曰ク「法律ハ何人ヲ問ハス帝國外ニ於テ皇室又ハ帝國ニ對シテ犯シタル重罪ニ之ヲ適用ス」ト元來刑法ノ目的ハ一國ノ安寧ヲ維持セント欲スルニ外ナラス然ラハ則チ内國ニ於テ罪ヲ犯スモノハ其内國人タルト外國人タルトヲ問ハス共ニ内國ノ安寧ヲ妨害スルモノナレハ内國ノ刑法ヲ適用シテ之ヲ罰スヘキハ理ノ當然ナリ屬地主義ノ論據モ亦蓋シ此ニ在リトス然レトモ刑法ノ主權只内國ニ限ラル、モノトスレハ外國ニ在リテ内國ノ安寧ヲ妨害シ又外國ニ在ル我人民ノ安寧ヲ妨害スル者アルモ克ク之ヲ禦クニ道ナカラントス許多

ノ外國各其刑法ヲ有スト雖トモ其刑法固ヨリ我刑法ト同一ナルモノニアラサレハ我内國又ハ我人民ヲ保護スルニ於テ充分ノ效力ヲ備フルモノナリト謂フコトヲ得ス況ンヤ蠻俗未タ一國ノ体面ヲ具フル能ハス法律ノ何物タルヲ解セサルノ土地ニ於テヤ如斯場合ニ於テハ或ハ犯罪人引渡條約ノ方法ニ依リ或ハ征蠻ノ方法ニ依リ宜シク其犯罪人ヲシテ我内國ニ來ラシメ因テ以テ之ヲ罰スヘキナリ是ニ於テカ刑法ハ克ク我國ノ治安ヲ維持シ又克ク我國民ノ安寧ヲ保護スルノ目的ヲ達スルコトヲ得ン余モ亦此主義ヲ主張スルモノナリ惟フニ刑法ノ主權ハ道理上如斯廣大ナラサルヘカラス又刑法ノ效力ハ實際上如斯適切ナラサルヘカラサルモノアレハナリ

第二款 犯罪ノ場所

犯罪ノ場所ニ關スル刑法ノ原則ヲ説クニ當リ余ハ左ノ二問題ニ區別シテ之ヲ論セントス

第一問題 日本刑法ハ如何ナル土地ニ其效力ヲ及ホス可キヤ

日本刑法ハ日本國ノ安寧秩序ヲ維持スルヲ以テ其目的トナスモノナレハ日本

全土ニ於テ其效力ヲ及ホスヘキヤ敢テ多言ヲ要セサルナリ然レトモ嘗ニ日本國內ノ犯罪ヲ罰スルノミヲ以テ未タ刑法ノ能事了レリト云フヘカラス故ニ外國ニ起レル犯罪ト雖トモ日本國ニ對シテ危害ヲナスモノハ尙ホ日本刑法ヲ適用スヘキナリ何トナノハ日本國ノ安寧秩序ヲ維持スルノ目的ヲ有スル刑法ニシテ其安寧秩序ヲ紊亂セラレテ尙ホ之ニ甘ンセサルヘカラサルノ理由ナケレハナリ是レ余ノ總論ニ於テ述ヘタル所ノ保護主義ノ由テ生スル所以ナリ現行刑法ニ於テハ國外ノ犯罪ニ關シテ何等ノ規定ナキヲ以テ解釋上敢テ刑法ノ主權ヲ擴充スヘカラスト雖モ立法上之ヲ觀察スレハ其必ス此ノ如クナラサル可ラサルモノアルヲ信スルナリ實ニ刑法草案ハ之ニ關シテ明文ヲ設ケタリ

日本領土トハ果シテ如何ナルモノヲ謂フ乎刑法上一國ノ領土ト稱スルハ單ニ地理學上一國ヲ組織スル土地ノ状態ヲ指示スルモノニアラスシテ苟クモ日本國ノ統治權ノ及フ限リハ其何處タルヲ問ハス之ヲ日本領土ト稱ス故ニ地理學上ト統治權トハ廣狹ノ差アリ今左ニ日本領土ト看做スヘキモノヲ列舉セン

(一) 日本領海 領海トハ我國ヲ圍繞スル海ノ陸地ニ接近シタル部分ニシテ海

岸ト見做ス所ヨリ海中ニ向テ六海里ノ範圍内ヲ云フ此範圍内ハ恰カモ我地陸ト同一ニシテ我海ナリト云ヒ得ルナリ元來海ハ國際公法上ノ原則上萬國公共ノ通路ニシテ各國平等ニ之ヲ用フルコトヲ得即チ海ハ各國ニ通シテ自由ニシテ所有權ハ何國ト雖トモ之ヲ有セサルナリ此原則タル第一海洋ニ對シテハ何レノ國モ間斷ナク其主權ヲ行フコトヲ得サルト第二各國ハ海洋ニ由ルニアラスンハ交通ノ便ヲ得ル能ハサルヨリ來リタルモノナリ然レトモ此原則ニ對シテハ一國ノ必要上多少ノ例外ヲ認メサルヘカラス蓋シ一國ノ海邊尙ホ之ヲ萬國公共ノモノナリトシテ其自由ニ供センカ以テ其國ノ防禦ヲ固フスルノ道ニ非ス况ンヤ其近海ニアリテハ何時ト雖モ間斷ナク其主權ヲ行フモ亦困難ナラサレハナリ是レ實ニ領海問題ノ由テ生スル所以ナリ從來領海トハ其國ニ於テ使用スル砲彈ノ達着距離ヲ以テ其境界トナセリ故ニ彈力ノ強弱ハ領海ノ廣狹ヲ異ニスルノ結果ヲ生シ各國ノ領海未ダ曾テ一定セザリキ後チニ至リ此原則ヲ改メ各國ノ領海ハ其海岸ヲ去ルコト三海里ヲ以テ其境トナセリ然ルニ各國文明進歩ニ從ヒ種々精巧ナル武器ヲ發明シ就中十海里以上ノ彈丸力ヲ有スル

大砲ヲ發明スルニ至リシヨリ五六年以前巴里國際法會議ニ於テ三海里ヲ改メテ六海里トナセリ而シテ海岸凸凹ノ場所ノ爲メ海里測定ノ困難ナルトキハ最も甚シキ輪形ノ海ハ灣口ノ距離ノ左右ヨリ測リ共ニ六海里以内ハ領海ト認ムルコト、決定セリ故ニ右距離カ六海里以外ナレハ其部分ハ領海ニアラス六海里以内ハ領海ニシテ此區域内ニ於ケル犯罪ハ現行法ニ於テ處罰スルコトヲ得ルナリ

(二) 船舶 國際法ニヨレハ各國ノ船舶ハ其領土ナリト看做スカ故ニ日本船舶ハ其商船タルト軍艦タルトヲ問ハス均シク之ヲ日本領土ト看做スヲ得隨テ其船舶内ニ於ケル犯罪ニ對シテハ日本刑法ヲ適用スルヲ以テ原則トス然レトモ此原則ヲ適用スルニ於テ軍艦ニ付テハ何等ノ例外ヲ見スト雖トモ商船ニ付テハ其内國領海又ハ公海ニ在ル場合ト其外國領海ニ在ル場合トニヨリ多少差異ナキ能ハス今左ノ區別ニ就テ説明スル所アラントス

(1) 船舶カ其内國領海又ハ公海ニ在ル場合 船舶カ其内國領海ニ在ル場合ニ付テハ毫モ疑テ容ル、ノ餘地ナク當然其國ノ刑法ヲ適用シテ可ナリ其公海

ニ在ル場合ニ於テハ何レノ國ノ主權ノ支配ヲモ受ク可キモノニアラサルヲ以テ船舶所屬國ノ刑法ヲ適用スヘキヤ勿論ナリ

(2) 船舶カ外國領海ニ在ル場合 船舶カ外國領海ニ在ル場合ニ於テ二國間ニ於テ主權ノ抵觸ヲ見ル即チ領地内ノ犯罪ハ其國主權ノ支配ヲ受クヘキハ當然ナリ然ルニ船舶ハ其屬スル國ノ領地ノ一部ナリト看做ストキハ其所屬國ノ主權之ニ及ハサルヘカラス然ラハ如何ニ之ヲ處理スヘキ乎國際公法ノ原則ニヨレハ二個ノ區別ヲナスヲ要ス

(イ)商船ハ假令本國國旗ヲ掲クト雖トモ固ト是レ一個人又ハ一私法人ノ所有物ニ過キス既ニ一私人ノ所有物タル以上外國主權ノ領地内ニ於テハ尙ホ一私人カ其所在地ノ法律ニ服從セサル可カラサルカ如ク其船舶モ亦其國ノ法律ニ服從セサルヘカラス然ラレトモ此原則ノ適用ニ付テハ各國其例ヲ異ニスル所ナキニアラス英國ニ於テハ領海ハ其國領土ノ一部ナリトノ原則ヲ嚴守シ領海内ニ於ケル船舶ノ犯罪ニ對シテハ内外人ノ區別ナク盡ク英國法律ヲ適用スヘシトセリ佛國ニ於テハ之ニ異リ唯三個ノ場合ノミ佛

國法權ヲ行フヘシトセリ即チ(一)非船員ノ犯罪又ハ非船員ニ對スル犯罪ナルトキ(二)船舶内ノ犯罪ニシテ其碇泊地ノ公安ヲ害スル時(三)船舶碇泊地ノ官廳ヨリ救護ノ請求アリタル時以上ノ場合ノ外佛國ハ外國船舶ニ對シテ治外法權ヲ認メ外國ニ在ル佛國ノ船舶ニ對シテ同等ノ權利ヲ得ンコトヲ欲スルモノアリ二國探ル所ノ慣例各利害ノ存スルモノアルヘシト雖トモ余ハ寧ロ佛國ノ慣例ニ從フノ却テ實際ニ便ナルヲ信スルモノナリ

(ロ)軍艦ニ付テハ全ク反對ノ論決ヲ與ヘサルヘカラス抑モ軍艦ハ其國防禦ノ用ニ供スルモノニシテ内地ノ砲壘ト毫モ擇フ所ナシ去レハ我領地内ニ於テハ外國主權ノ侵入ヲ許ス可キノ理由ナキヲ以テ軍艦内ノ犯罪ニ對シテハ決シテ其碇泊地ノ法律ヲ適用スヘキモノニアラス實ニ刑法ハ命令的ノ性質ヲ有スルモノナレハ治者ト被治者ノ關係ヲ有スルモノ、間ニアラサレハ得テ行ハルヘキニアラス隨テ平等ノ權利ヲ有スルモノ、間ニ於テ之ヲ行フコトヲ得ス國ハ各自主獨立ノ權ヲ有シテ互ニ相侵スコトヲ許サ、レハ如何ナル場合ニ於テモ一國ハ他ノ一國ニ對シテ其主權即チ命令的ノ法律ヲ行フコト

ヲ得ス平等權ヲ有スル國ト國トノ關係ニ於テハ唯防禦權ノアルノミ決シテ
刑罰權ノ存スルモノニアラス故ニ軍艦内ノ犯罪ニ對シテハ其碇泊港ノ刑法
ヲ適用スルノ限リニアラス若シ軍艦ニシテ碇泊港ノ治安ヲ紊亂セシムルカ
如キ行爲アラソカ其國ハ之ニ對シテ唯防禦權ヲ行フヲ得ルノミ決シテ刑罰
權ヲ行フヲ得ス而シテ今日ニ於テハ獨リ軍艦ノミナラス郵便船モ亦我主權
者ノ支配ヲ受ク軍艦ト同一ノ取扱ヲナスノ慣例ヲ生スルニ至レリ蓋シ郵便
船モ亦其任務重大ナルヲ以テノ故ナリ

軍艦ノ兵員上陸シテ罪ヲ犯シタルトキハ何國ノ刑法ヲ適用シテ之ヲ罰スヘ
キヤ兵員カ其職務ヲ以テ上陸シタル場合ニ於テ我刑法ノ適用スヘカラサル
コトハ何人モ疑テ容レスト雖トモ其一個人ノ資格ヲ以テ上陸シタル場合ニ
於テハ或ハ我刑法ヲ適用スヘシト論スルモノアリ或ハ所屬國ノ刑法ヲ適用
スヘシト説クモノアリテ議論未タ一途ニ歸セス余ハ寧ロ其所屬國ノ刑法ヲ
適用スルノ可ナルヲ信スルナリ試ミニ此兵員上陸中所屬國ノ軍律ヲ犯シタ
リトセヨ決シテ我刑法ヲ適用スルコトヲ得サルヘシ果シテ然ラハ普通刑法

逸犯ニ付テノミ我刑法ヲ適用スヘシトノ論ハ殆ソト其根據ナキニ似タリ

(三) 占領地 平時又ハ戰時ニ於テ我軍隊カ占領セシ外國領地ハ刑法ノ適用上
我領土ナリト見做シ我國刑法ノ適用ヲナスヘキヤ當然ナリ然レトモ此ニ一ノ
注意ヲ要スヘキモノアリ即チ我軍隊ニシテ承諾上中立國又ハ同盟國ヲ通過又
ハ占領スルノ場合ニ於テ犯罪ヲ發生シタルトキハ特別ノ約束之レナキ以上ハ
我軍隊ノ裁判權ハ唯軍人又ハ軍屬ノ資格ヲ有スル者ニ限ルヘキモノトス然レ
トモ戰鬪ノ結果ニ因リ我軍カ占領シタル外國領土ニ於テハ單ニ軍人又ハ軍屬
ニ對シテ我裁判權ヲ行フノミニアラス占領地一般人民ニ對シテモ亦我裁判權
ヲ行ハサルヘカラサルナリ蓋シ戰鬪ニ原因スル占領ハ占領シタル一部ニ於テ
敵國主權ノ執行ヲ遮斷スレハナリ

占領地ニ於テ我法律ヲ行フコトハ道理上何人モ非難スル所ニ非スト雖トモ實
際上屢々非常ノ困難ヲ生スルコトアリ元來占領地ハ外國ナルヲ以テ直チニ我法
律ヲ適用スルトキハ彼我ノ人情風俗大ニ異ナル所アルカ故ニ却テ占領地ノ人
民ヲシテ不安ノ悲境ニ陥非ラシムルノ恐アリ例ヘハ遼東半島ヲ占領シタリト

假定セハ清國人ハ阿片烟ヲ吸食スルノ自由ヲ有シ我國刑法現行法第二百三十七條乃至第二百四十二條改正草案第六十條乃至第六十五條ハ之ヲ禁止スルカ故ニ被占領地人民ハ大ニ困難ヲ生ス是レ治民ノ道ニアラス凡ソ一國ノ法律ハ風土人情ニ依リテ制定セラル、モノナルカ故ニ一朝占領行爲ノ爲メニ直チニ一國ノ法律ヲ外國ニ及ホスヘカラス如斯場合ニ於テハ我國ニ於テ特別ノ法律ヲ制定シ彼國ノ法律ヲ探テ以テ我國法トナスノ策ヲ執ルニ若クハナシ又タ我軍隊ニシテ承諾ヲ得テ外國ヲ通過スルトキハ我國ノ法律ヲ以テ支配スヘキモノナルコト前述セル所ニシテ其所以ハ一國ノ軍隊ハ一國ヲ擁護スルモノナルカ故ニ我軍隊ニ對シテハ外國ハ之ニ命令スルノ權能ナシ故ニ此場合ニ於ケル軍隊ノ犯罪ニ付テハ本國即我國法律ノ適用ヲナスモノナリ然レトモ此場合ニ於テハ只タ兵隊カ軍隊トシテ犯シタル場合ニ限り我國ノ法律ヲ適用スルモノナルカ故ニ我軍隊ニアラサルモノカ隨屬シテ罪ヲ犯シタルトキハ我國ノ法律ニ從フヘキモノニアラスシテ他國ノ法律ニ從フノ外ナク外國人カ我軍隊ニ對シテ犯罪ヲ犯シ軍隊ニ被害者アリト確トモ外國法律ノ適用ヲ受ケサル

ヘカラサルコト現行刑法上已ムヲ得サルナリ若シ刑法ノ改正ヲ實行スルトキハ草案ニ明示スルカ如ク我國ノ法律ニ依リテ罰セサルヘカラサルナリ
論者曰ク外國法ニ依リテ罰スルモ我國法ニ依リテ罰スルトスルモ犯罪者ヲ處罰スルノ點ニ於テ異ナルナシ果シテ然ラハ二者何レニ依ルモ可ナルニアラスヤト此說一理ナシトセサルモ然レトモ往々外國法ニ於テ其規定ヲ缺クコトアリ斯ル場合ニ於テ若シ外國法ノミニ一任スルトキハ犯罪者ハ處罰ヲ免ル、ノ結果ナシトセス要スルニ論者ノ說ハ採用スルニ由ナキナリ

(四) 治外法權ノ行ハル、外國 凡ソ獨立國ハ其領地全部ニ於テ統治權ヲ有スルカ故ニ其領地内ニ於ケル總テノ犯罪ニ對シ内外人ノ區別ナク常ニ自國ノ法律ヲ適用スルヲ以テ獨立國ノ本色トス然ルニ他ノ外國ニ對シテ特ニ其國人民ノ犯罪ニ限り自國ノ裁判權ヲ行ハスシテ外國ノ裁判權ニ依ルコトヲ許スノ條約ヲ締結スルトキハ之ヲ名クテ治外法權ト云フ治外法權ノ行ハル、國ニ於テハ外國政府ハ大抵其派遣ノ領事廳ニ與アルニ特別ノ裁判權ヲ以テシ其所屬人民ノ犯罪ニ付テ裁判權ヲ行ハレ條約改正前歐洲諸國ノ政府カ我日本ニ於テ行

ヒシ所ノ領事裁判又ハ日清戦争後我政府カ清國又ハ朝鮮ニ於テ行フ所ノ領事裁判ハ其適例ナリ如斯治外法權ハ一國ト他國トノ間ニ締結シタル條約上ヨリ生スル特權ニ外ナラサレハ此特權ヲ有スル外國ハ此特權ニ從テ國ヲ目シテ自國ノ領土ナリト看做スコトヲ得ス蓋シ其特權ハ單ニ自國人民ノミニ分限セラレ決シテ他ノ人民ニ及ホスコトヲ得サレハナリ故ニ治外法權ハ刑法上ノ領土問題ト謂ハシヨリ寧ロ一國カ他ノ國ノ領土内ニ於テ有スル法律上ノ特權ナリト謂フニ過キス故ニ治外法權ノ爲メニ其國ノ獨立權ヲ侵害シタルモノニアラスシテ法律ノ效力ノ一部ヲ制限シ或ハ一部ヲ行フコト能ハサラシムルノミ治外法權ナル文字ハ日本又ハ支那ノ何レノ譯字ナルカハ不明ナレトモ歐洲ノ言葉ニ依レハ土地ノ外ノ權利トアリ故ニ治ムル外ノ場所即チ治外法權ト云フヨリモ地外法權ト謂フヲ以テ適當ナリトスヘシ要スルニ文字ヲ異ニシテ其意味ヲ同フスルモノナリ

治外法權ノ説明ニ付必要ナル問題二個アリ(1)治外法權ヲ有スル時ハ如何ナル方法ニ於テ裁判權ヲ執行スヘキヤ(2)又如何ナル區域ニ於テ司法警察權ヲ行フ

コトヲ得ルヤ思フニ第一問題ハ我國法律ノ規定ニ從ハサルヘカラス第二問題ハ必ス條約ヲ俟ツテ之ヲ決定セサルヘカラス我國ノ實際ヲ見ルニ我國ト外國トノ間ニ締結シタル條約ニ因レハ外國政府ハ我國領土内ニ於テ其本國人民カ犯セシ罪ニ付管ニ裁判權ヲ有スルノミナラス尙ホ其犯罪ノ搜查逮捕ニ付キテ司法警察權ヲモ有スルモノナリ條約改正前神戸港ノ外國人居留地内ニ於テハ外國政府ノ警察官アリテ司法上ノ警察權ヲ行ヒ我警察官ハ如何ナル場合ニ於テモ猥リニ居留地ニ進行シテ其警察權ヲ行フコトヲ許サ、リシ横濱港ニ於テモ同一ノ特權行ハレタリシ治外法權ノ沿革及ヒ其利弊ニ付テハ尙ホ深く研究ヲ要スヘキ問題アリ他日國際刑法ノ著述成ルノ時期ヲ俟タンノミ畢竟コ、ニハ日本ノ領土内ト見做スヘキ場所ニ付テ研究シタルモノナリ以上ヲ以テ其大畧ノ説明ヲ終リタリ

第二問題 如何ナル場合ニ於テ日本領土内ノ犯罪アリト云フ乎

犯罪常ニ我領土ノ區域内ニ於テ發生スレハ常ニ我國ノ法律ヲ以テ處罰スルコトヲ得ルヲ以テ別ニ困難ナル問題ノ生スルコトナシ然ルニ本問題ノ生スルハ

大抵犯罪カ日本領土ト外國領土トノ間ニ跨カリテ成立シタル場合或ハ犯罪カ外國ニ於テ起レル場合ニ在リトス若シ夫レ刑法ノ原則ハ唯自國ノ犯罪ニ對シテ自國ノ刑法ヲ用ユルニ止マルモノトセシカ外國ニ起レル犯罪ニ對シテハ毫モ自國ノ刑法ヲ適用スルノ場合ヲ見ルコトナシト謂ハサルヘカラス只日本領土ト外國領土トノ間ニ跨カレル犯罪ニ在リテハ其日本領土内ニ於テ成立スル部分ニ付テハ日本刑法ヲ適用スヘキノミ然レトモ刑法ノ目的ハ國家ノ安寧秩序ヲ維持スルニ在レハ假令其犯罪カ日本領土外ニ於テ起レル場合ナリト雖トモ苟クモ日本ノ安寧ヲ妨害スルニ於テハ尙ホ我刑法ヲ適用セサルヘカラサルモノアリ又其犯罪カ日本國ト外國トノ間ニ交渉スル場合ニ於テモ亦其犯罪全部ニ付我刑法ノ適用ヲ要スヘキ場合アリ日本領土外ノ犯罪ニ付テハ我現行法ハ何等ノ規定ヲ設ケサルカ故ニ之ヲ適用スルノ道ナシト雖トモ日本國ト外國間ノ交渉犯罪ニ付テハ解釋上大ニ現行刑法ヲ適用スルノ道ナシトセス本問題ノ目的ハ實ニ此場合ニ屬スル事項ヲ研究スルニ在リ

本問題ヲ論決スルニハ如何ナル標準ヲ採ルヘキ乎犯人ノ身分ヲ以テ其標準トナス可キ乎抑モ又被害者ノ身分ヲ以テ其標準トナス可キ乎是皆否ラス是レテ決スルノ標準ハ他ナシ犯罪實行地ノ何處ニ屬セルヤヲ研究スレハ即チ可ナリ若シ夫レ犯罪ノ性質單純ニシテ其全部ノ實行盡ク日本領土内ニ於テ完結スルモノナルトキハ常ニ日本刑法ヲ適用スルコトヲ得ルヲ以テ別ニ困難ナル問題ヲ生スルコトナシト雖トモ犯罪ノ性質複雜ニシテ其實行二國以上ニ跨ル場合ニ至リテハ大ニ困難ヲ生セサルヲ得ス或ハ二國ニ牽連スルノ外觀アリテ一國ノ領地内ニ實行シタルニ過キサルモノアリ或ハ實際二國以上ニ牽連スルモノアリ之ヲ論スルニ付テハ三個ノ場合ヲ區別スルコトヲ要ス

第一場合 犯罪ノ構成條件ノ一部日本領土内ニ於テ實行セラレタルトキハ其犯罪ハ全部日本ニ於テ發生シタリト謂フコトヲ得儼ヘハ佛國ニ於テ其犯罪ヲ準備シ又續テ米國ニ於テ之ヲ準備スルモ刑法ハ犯罪ノ豫備ヲ罰セサルヲ以テ原則トナスカ故ニ米國佛國ハ其犯罪ノ發生地ナリト云フコトヲ得ス然レトモ佛國又ハ米國ニ於テ犯罪構成ノ一條件ニ着手スルニ至テハ佛國又ハ米國ハ其

犯罪ニ付テ管轄權ヲ有セサル可ラス而シテ犯罪ノ結果ニ至リテハ其何地ニ於テ生スルモ敢テ之ヲ問フノ必要ナキナリ之ヲ要スルニ日本領土内ニ於テ犯罪アリトセンニ只我國ニ於テ其犯罪ノ準備及結果ノ發生ヲ見タルノミヲ以テ足レリトナスモノニアラス否其準備結果ハ外國ニ於テ發生シタリトスルモ苟クモ其犯罪構成ノ一條件即チ犯罪實行ノ一部カ領土内ニ於テ成功シタルノ事實アルトキハ常ニ日本ニ於タル犯罪ナリト謂フコトヲ得ヘシ更ニ之ヲ約言スレハ犯罪實行ノ一部ヲ行ヒタル場所カ日本領土ニ屬スルトキハ我カ刑法ヲ適用スヘク又同一ノ犯罪カ繼續シテ日本領土ニ跨カレルトキモ亦我刑法ヲ適用スヘキナリ今左ニ其一二ノ例ヲ掲ケン

第一例 我國ト露國ト相接觸スルノ土地アリト假想シ其疆上ニ於テ露國領土内ヨリ發砲シテ日本領土内ノ者ヲ銃殺シタリトセンカ此場合ニ於テ果シテ何國ノ刑法ヲ適用スヘキヤ日本刑法ナルカ將タ露國刑法ナルカ元來殺人罪ハ一ノ結果犯ナルヲ以テ殺害ノ事實ハ其犯罪構成ノ必要條件ナリ今日日本領土内ニ於テ殺人罪構成ノ一條件即チ殺害ノ事實ヲ生シタル以上是レ實ニ

日本領土内ノ犯罪ナルヲ以テ宜シク日本刑法ヲ以テ之ヲ罰スヘシ而シテ其事實ノ相反セル場合ニ於テモ亦同一ノ論決ヲ下サ、ルヘカラス即チ我領土内ヨリ發砲シタリトセンカ發砲ノ事實ハ是レ殺人罪構成ノ一條件ナレハ其犯罪ヤ我國ノ管轄ニ屬シ我國ノ刑法ヲ適用スヘキナリ未遂犯ノ場合ニ於テモ亦然リ蓋シ被害者ノ幸不幸ハ未遂犯ノ構成上毫モ影響ヲ及ハスコトナキヲ以テ其斷定ノ異ナル理ナシ

第二例 在佛ノ佛國人日本ノ新聞紙ニ投書シテ日本總理大臣ヲ侮辱シタリ此レ亦前例ト同一ノ斷定ヲ下サ、ルヘカラス凡ソ新聞上ノ侮辱罪ハ公示ノ所爲ヲ以テ犯罪構成ノ一條件トナス而シテ此條件ハ正サニ日本ニ於テ實行セラレタルモノナレハ我刑法ヲ以テ之ヲ罰スヘキヤ當然ナリ

第三例 米國人其本國ヨリ在橫濱ノ日本商人ニ對シテ偽造證券ヲ發送シ金銭ヲ詐取シタリトセンカ此場合ニ於テモ亦同一ノ斷定ヲ下スコトヲ得ヘシ何トナレハ例令證券ノ偽造地ハ米國ナリト雖トモ詐欺取財ノ構成條件タル詐取ノ事實ハ日本領土内ナル橫濱ニ起レルモノナレハナリ

第二場合 分離スルコトヲ得ヘキ數個ノ所爲ヲ聯合シテ一犯罪ヲ構成スル場合ニ於テ一部ノ所爲ハ日本領土内ニ於テ他ノ一部ハ外國領土内ニ於テ之ヲ實行シタル場合ニ於テ亦同一ノ論決ヲ下スコトヲ得例ヘハ(一)繼續犯ノ如シ我國及ヒ他ノ國ニ於テモ亦不法監禁罪ヲ犯シタルトキハ我國ノ刑法ハ我國ニ於テ犯シタル監禁罪ニ適用セラル可シ罪人藏匿罪、勳章僭用罪ノ如キモ亦然リ此等ノ犯罪ハ我國ニ於テ犯セル部分ト彼國ニ於テ犯セル部分トヲ併合シテ僅カニ一罪ヲ構成スルニ過キスト雖トモ其我國ニ於テ犯セル部分ニ付テモ亦既ニ一罪ヲ成ヌヲ以テ其部分ニ付テハ宜シク我刑法ヲ適用スヘキナリ(二)若シ夫レ我國ニ於ケル實行ノ行爲ハ繼續シテ外國ニ至リ或ハ加重ノ情狀ヲ構成シ或ハ犯罪ノ性質ヲ變更スルニ至ラハ我國ノ裁判官ハ其加重ノ情狀又ハ罪質變更ノ事實ハ措テ之ヲ問ハスシテ可ナリ只我國ニ於ケル實行ノ部分ニ付テ我刑法ヲ適用セシノミ但シ其被害者日本人ナルトキハ此限リニ在ラス

第三場合 分離スヘカラサル數個ノ行爲ヲ聯合シテ一犯罪ヲ構成スル場合ニ於テハ時ト場所トノ關係ニ因リ其行爲分レテ日本及外國間ニ跨カルコトアリ

ト雖トモ其犯罪ヲ構成スル主タル所爲ノ實行地ノ裁判所ニ於テ犯罪全部ノ管轄權ヲ有ス故ニ(1)其犯罪ノ構成上主タル所爲ノ實行地ハ日本領土内ニ在リトセシカ外國ニ在リテ此犯罪ニ加擔シタル者ハ其日本人ナルト外國人ナルトヲ問ハス皆日本法律ニ從テ之ヲ處斷スヘシ(2)犯罪ノ實行地ハ外國領土内ニ在リトセシカ日本ニ在リテ此犯罪ニ加擔シタルモノハ其日本人ナルト外國人ナルトヲ論セス盡ク外國法律ニ從テ之ヲ罰セサルヘカラス例ヘハ在米國ノ米國人在橫濱ノ日本人ヲ教唆スルニ謀殺又ハ偽造罪ヲ犯スノ事ヲ以テス日本人ニ應シ日本ニ於テ殺人罪又ハ偽造罪ヲ犯シタルト假定セシニ日本裁判所ハ日本人ノ犯罪ニ付管轄權ヲ有スルハ勿論教唆者タル米國人ニ對シテモ亦審判ノ權利ヲ有スヘシ此場合ニ於テ香港ニ於テ從犯ノ行爲ヲナシタル支那人アリトスレハ是レモ亦タ我國裁判所ニ於テ審理判決セサルヘカラス蓋シ此犯罪ニ關スル諸般ノ加擔行爲ハ其性質不可分ノモノニシテ單ニ日本ニ於テ實行シタル殺人又ハ偽造ノ一罪ヲ構成スルニ過キサルモノナレハ尙ホ日本ニ於テ諸般ノ加擔行爲ヲ行ヒタル場合ノ如ク外國ニ於ケル總テノ加擔行爲ニ付裁判權ヲ有スヘ

キヤ明カナリ之ニ反シ在横濱ノ日本人米國人ヲ教唆シテ在桑港ノ佛國人ヲ殺害セシム此場合ニ於テ米國政府ハ單ニ其殺人犯罪者ヲ罰スルノ權利ヲ有スルノミナラス犯罪ノ教唆者タル在横濱ノ日本人ヲモ併セテ之ヲ罰スルノ權利ヲ有ス既ニ桑港ニ於テ犯罪ノ主要行爲ヲ行ヒタルトキハ之ヲ牽連シテ分ツヘカラサル諸般ノ行爲ハ盡ク之ヲ主要行爲ニ併合セシメサルヘカラス何トナレハ在横濱ノ日本人ノ教唆モ桑港ニ於ケル殺害行爲即チ殺人罪ノ正犯成立セサルトキハ教唆犯ヲ構成スルモノニアラサレハナリ

第三款 犯罪ノ人

本款ニ於テ刑法ト犯罪人トノ關係ヲ論セント欲ス而シテ其關係ヲ論スルニ付テハ内國ニ在ル犯人ト外國ニ在ル犯人トヲ區別スルノ必要アリ

第一項 日本領土内ニ在ル人ニ關スル場合

凡ソ何人ト雖モ日本領土内ニ在リテ日本刑法ヲ犯シタル者ハ日本法律ニ從テ處罰ヲ受ケサル可カラス是レ刑法ノ原則ナリ然ルニ内國公法又ハ國際法ノ關係ヨリシテ嚴格ニ此原則ノ適用ヲナスコトヲ許サハルモノアリ即チ或ハ内國

ニ於テ行フタル犯罪ニ付キ其實ニ任セサルモノアリ或ハ或場合ニ於テ或種ノ犯罪ニ付其實ニ任セサル者アリ或ハ内國ニ於テ行フタル犯罪ニ付テ其實任ヲ免ル、コト能ハサルモ日本法律ノ處斷ヲ受クヘカラサルモノアリ是ニ於テカ刑法ノ適用上左ノ例外ヲ見ル

第一 内國公法ヨリ出ツル例外

(一) 天皇 憲法第三條ニ曰ク 天皇ハ神聖ニシテ侵ス可ラスト抑憲法何ヲ以テ此條文ヲ掲クルニ至リシ乎是レ實ニ憲法問題ノ範圍ニ屬スルヲ以テ余輩深ク愛ニ之ヲ研究スルコトヲ欲セス只其大要ヲ一言センノミ夫レ 天皇ハ一國統治權ノ總攬者ニシテ立法行法二大權ノ由テ出ツル原動機タリ若シ立君國ニ於テ一日 天皇ノ缺位ヲ見ンカ原動機息ンテ而シテ百政ノ綱紀忽チ弛セソトス今 天皇ヲシテ尙ホ一般人民ニ於ケルカ如ク國事犯又ハ常事犯ニ於テ刑法上ノ責任アリトスルトキハ行法權ノ獨立ハ容易ニ司法權ノ爲メニ蹂躪セラレテ而シテ政府ノ權力遂ニハ之ヲ施スノ道ナカラントス特ニ 天皇ハ行法權ノ元首タル以上其一部ニ過キササル司法權亦 天皇ノ握有スル所ノモノタラ

サル可カラス 天皇其握有スル所ノ司法權ヲ以テ之ヲ其躬ニ及ホストセハ是レ我ヲ以テ我ニ加フルモノニシテ實ニ相容レサルノ牴觸ナリト謂ハサル可カラス是レ内國ノ犯罪ニ付テ全ク責任ナキ場合ナリ

(二) 帝國議會ノ議員 憲法第五十二條ニ曰ク兩議院ノ議員ハ議院ニ於テ發言シタル意見及ヒ表決ニ付テ責任ヲ負フ事ナシ云々ト故ニ兩院ノ議員カ議院内ニ於テ發言シタル事項又ハ表決シタル事項ニシテ假令刑法上ノ犯罪行為ニ涉ルコトアリトスルモ議院外ニ於テ刑法上ノ責任ヲ負フコトナシ蓋シ議員ハ國政ノ審議ニ與ルモノナレハ屢政府ノ失政ヲ舉ケ辯難攻撃スルノ已ム可カラサル場合之ナシトセス若シ夫レ是等ノ場合ニ於テ其議論ノ一言一句ヲ以テ政府ヲ侮辱シ又ハ官吏ヲ罵詈シタリトシテ盡ク之ヲ咎メ直ニ捕テ以テ獄ニ下スカ如キコトアリトセムカ議員ハ遂ニ言論ノ自由ヲ失ヒ甚シキニ至リテハ只政府ノ鼻息ヲ窺フニ汲々トシテ其議員タル職務ヲ盡ス能ハサルニ至ルノミナラス或ハ其職務ヲ汚辱スルノ行為ヲナシテ尙ホ願ミルニ遠アラサラントス要ハ議員ヲシテ其職務ノ執行ヲ全フセシメソカ爲メニ設ケタル所ノ例外ナリ是レ

議院内ノ言論上ノ犯罪ニ付其責任ヲ免ル、場合ナリ

第二 國際公法ヨリ出ツル例外

(一) 外國主權者 各國ノ主權者外國ニ旅行スルトキハ其目的ノ那邊ニアルヲ問ハス其外國ノ刑法上ニ於テモ不可侵ノ特權ヲ有スルコト國際公法ノ通慣ナリ蓋シ外國君主ハ其本國ノ元首ニシテ其本國ヲ代表スルモノナレハ其資格ニ於テ又其權利ニ於テ我國君主ト同等タリ既ニ我君主ト同等タル以上ハ之ニ加フルニ命令的ノ性質アル刑法ノ制裁ヲ以テスヘカラサルヤ多辯ヲ俟タサル所ニシテ是レ亦全ク刑法上ノ責任ヲ免ル、ノ場合ナリ

(二) 外國使臣 國際公法ノ原則トシテ外國ノ使臣ハ勿論苟モ外交官ノ名稱ヲ有スルモノハ其派遣國ノ法權ニ服従スヘキモノニアラス今國際公法ニ於テ此原則ヲ認ムルニ至リシ所以ノ理由ヲ考フルニ其理由ニアリ

第一 外國使臣ハ其本國政府ヨリ使命ヲ委任ヲ受ケ其權限内ニ於テ本國ヲ代表スルモノナレハ命令的ノ刑法ヲ以テ彼レニ加フヘキノ理ナシ若シ彼レニ於テ我國ノ治安ヲ妨害スルノ行為アラハ本國政府ニ通牒シテ其處分ヲ求

メシノミ獨立ノ二國家間ニ於テハ防衛權ノ存スルアルモ刑罰權ノ存スルコトナシ是レ外國使臣ニ對シテ日本刑法ヲ適用スヘカテサル理由ノ一ナリ

第二 外國使臣ノ獨立權ハ實ニ其職務ノ執行ニ關シテ充分ナル擔保ヲ成スモノナリ若シ其犯罪ニ對シテ刑罰權ヲ行フコトヲ得ルトセハ密理ノ必要上或ハ家宅搜索ヲ爲スノ已ムヲ得サル場合ヲ生スルコトアラフ隨テ外交上ノ秘密ヲ發キ之ヲ顯サルニ至ラン今試ミニ被派遣國ニ於テ外國使臣ヲ罰スルコトヲ得ルトセカ被派遣國ハ屢名ヲ犯罪ノ嫌疑ニ籍リテ使臣ノ身体ヲ拘束シ公使館ノ搜查ヲナシ外國使臣ノ職務ヲシテ一日モ安然トシテ之ヲ執行スルコトヲ得ル能ハサラシメントス是レ外國使臣ニ對シテ我法權ヲ行フヘカテサル理由ノ二ナリ、

(一) 注意 外國ノ隨行員ニシテ其職務ノ執行ニ關係ナキモノニ至リテハ不可侵ノ原則ヲ適用ス可キ限リニ非ラサルニ似タリ然レトモ是レ亦國際法ノ慣例トシテ使臣ノ家族モ亦此原則ノ利益ヲ受クルコト、ナレリ蓋シ家族ノ犯罪ニ付テモ尙使臣ノ犯罪ニ於ケルト同一ノ結果ヲ生スルコト

アル可キヲ以テナリ

(二) 注意 公使館ハ不可侵ナリ是レ上來述ヘタル原則ヨリ生スル當然ノ結果ナリ故ニ若シ公使館員ニ非ラサル者館内ニ於テ罪ヲ犯シ又ハ館外ヨリ逃入シタル場合ノ如キハ公使館ノ承諾ヲ得タル後チニ非ラサレハ之ヲ逮捕スルコトヲ得ス即チ裁判所ハ之ヲ司法省ニ照會シ司法省ハ外務省ヲ經テ之ヲ公使館ニ照會シ其承諾ヲ得テ初メテ裁判所ハ公使館ニ臨ムコトヲ得或論者曰ク公使館ニ對シテ不可侵權ヲ認ムル所以ノモノハ是レ公使館ヲ以テ本國政府ノ一部ト看做スヲ以テナリト此說ヤ大ニ誤レリ試ミニ這般ノ論鋒ヲ以テ論センカ乃チ之ニ對シテ本國領土ト同一ノ取扱ヲナサ、ルヘカラス其結果館内ノ犯罪ハ外國ニ於ケル犯罪ト均シク犯罪人引渡條約ニ因ルニ非ラサレハ犯人ノ引渡ヲナスヘカテサルニ至ラン夫レ此ノ如ク公使館ヲ以テ外國ノ一部ト看做スノ說ニ從フトキハ實際ニ反シ不便ヲ感スルコト多シ要スルニ公使館ノ不可侵權ハ外國使臣ノ特權ノ一ナリト見テ可ナリ