

ノニ過キササルナリ○豫謀ノ有無ハ唯犯罪ノ情狀ヲ輕重スルニ過キスト雖モ殺人罪ニ在リテハ我刑法ハ特ニ之ヲ犯罪ノ一元素トセリ即チ豫メ謀テ人ヲ殺シタル者ハ謀殺ノ罪トナシ之ヲ死刑ニ處スルモ豫謀ナキ者ハ之ヲ故殺ノ罪トシテ無期徒刑ニ處スヘキモノト定メタリ

(二)感激 感激ハ大小甚タ其度ヲ異ニシ其極度ニ達スルヤ或ハ全ク思料決意ヲ失ヒ其刑ヲ全免スルモノアリ或ハ感激殆ント皆無ニシテ豫謀ト同一ノ刑ヲ科スル者アリト雖モ概スルニ我刑法ニ於テハ身體ニ對スル犯罪ノ外豫謀ト感激トノ差異ヲ以テ別ニ法律上ノ差異ヲ設ケス之ヲ犯罪ノ情狀トシテ法官ノ酌量ニ一任セリ

然レトモ豫謀ト感激トハ二者混同シテ往々其差異ヲ見ルニ難キコト少カラス宜シク左ノ規則ヲ標準トシテ之ヨリ別ヲ爲ス可シ

一、感激ニ依テ犯罪ヲ決心シタリトモ熟慮シテ其罪ヲ實行シタルトキハ豫謀ニ出テタルモノト爲ス何トナレハ此場合ニ於テハ犯罪實行ノ熟慮ハ犯罪實行前ニ生シタル感激ヲ消滅セシムレハナリ設例ヘハ憤怒ニ依リ臨時殺意ヲ生シテ人ヲ殺スモ其之ヲ殺スノ所爲タル殘忍久シキニ涉リ終ニ一勅其命ヲ絶チタルトキノ如シ

二、深思熟考シテ罪ヲ犯スノ意ヲ決スルモ一時ノ憤激ニ

依リ之ヲ實行シタルトキハ感激ニ出テタルモノト爲
 ス何トナレハ此場合ニ於テハ感激ハ實行ノ刺衝ニシ
 テ其實行ニ至ラシメタルモノハ感激ニ外ナラサレハ
 ナリ設例ヘハ甲熟慮シテ乙ヲ殺シテ舊怨ヲ報ヒント
 決意セル已ニ久シキトキ偶甲乙ノ爲メニ感激セラレ
 テ忽チ之ヲ銃殺シタルトキノ如シ

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

第三 故意

前段ニ於テ已ニ論シタル如ク故意ハ犯罪ノ結果ヲ生セン
 トスルノ意思ニシテ所爲ヲ實行セントノ決心ハ豫謀ニ出
 ツルト感激ニ出ツルトニ關係スル所ナシ設例ヘハ人ノ生
 命ヲ絶ツノ結果ヲ見ントスルハ故意ニシテ其人ヲ斬リ或
 ハ其人ヲ毒殺セントシテ之ヲ實行スルノ決心ハ豫謀ニ出
 ツルモ一時ノ感激ニ出ツルモ更ニ相關スル所ナカルヘシ
 然レトモ故意ナルモノハ敢テ其結果ヲ希望スルノ意タル
 コトヲ要セス只タ其ノ所爲ヨリシテ或ル結果ヲ生スヘキ
 コトヲ知リツ、之ヲ行フモノハ即チ故意タルモノニ外ナ
 ラスト、設例ヘハ人ノ現在スル家屋ニ放火スルモノハ其

意思専ラ家屋ヲ燒燬スルニ在ルヘキモ爲メニ家人ノ死亡ヲ來スヘキコトアルヘキコトヲ知リツ、之ニ放火シ人ヲ殺シタルトキハ殺人罪タルヲ免レス然レトモ我刑法ニ於テハ現ニ此結果ヲ來スヘキコトヲ知リタル場合ノミヲ以テ故意アルモノトスルニ似タレハ若シ愚人アリ人ヲ兩斷スルモ其死亡ヲ來スヘキコトヲ知ラスシテ之ヲ殺害シタルトキハ之ヲ故意ナキモノトセサルヲ得ス然レトモ英國法ハ更ニ一步ヲ進メ現ニ或ル結果ヲ生スルコトヲ知ラサルモ普通人トシテ之ヲ知ラサルヘカラサル場合及ヒ特ニ之ヲ知ルヘキ義務アルモノニ對シテ仍ホ之ヲ故意ニ出ラタルモノト推定ス

學者故意ヲ別チテ左ノ三種トス

(一)必然結果ノ發生ヲ期スル故意ヲ必定ノ故意(Dolus determinatus)ト云フ設例ヘハ甲乙ヲ殺サント欲シ甲銃口ヲ乙ニ向ケ之ヲ放ツトキハ銃丸乙ヲ貫キ必ス其生命ヲ絶ツヘキコトヲ期スル場合ノ如シ

(二)必然結果ノ發生ヲ期セサル故意ヲ不定ノ故意(Dolus indeterminatus sive eventualis)ト云フ設例ヘハ甲銃口ヲ乙ニ向ケ之ヲ放ツトキハ銃丸乙ヲ貫キ或ハ其生命ヲ絶ツコトアルヘシ或ハ銃丸正路ヲ失シテ乙ノ生命ヲ全フスルコトアルヘキコトヲ豫知シ而シテ尙之ヲ放チテ乙ヲ殺シタルトキハ甲ハ不定ノ故意ヲ以テ乙ヲ殺シタルモノナリ

ト結果トハ恰モ合シテ一體ヲ爲スガ如キモノナレハ故意ト結果トハ各人各個ノ心意外ヨリ觀察スルコトヲ得ヘシ語ヲ換ヘテ之ヲ云ハ、故意ハ各人各異ノ性質ナシシテ各人一般ノ性質ヲ帶フレトモ目的ニ在リテハ否ラス設例ヒ同一ノ犯罪ニシテ同一ノ結果ヲ生スルモ其目的ハ各人ニ依リテ各々異ラサルヲ得ス設例ヘハ故殺罪ハ人ノ生命ヲ絶タントスルノ意思ト人ノ生命ヲ絶ツノ結果トヨリ成立シ此故意ナル者ハ何人ニ於テ此罪ヲ犯スモ人ニ依リテ異ルコトナキモ其目的ニ至リテハ然ラス譬ヲ復スルカ爲メニスルモノモアラン金錢ヲ奪フカ爲メニスルモノモアラシ或ハ單ニ快樂ノ爲メニスル者モアラン目的ニ各人一般

ノ性質ナシ要スルニ故意ハ一般ノ性質ヲ有スルヲ以テ其有無ニ依リテ生スル所ノ關係ハ法律ノ範圍ニ於テ之ヲ一定スルコトヲ得ルモ目的ハ各人各異ノ性質ヲ帶フルヲ以テ其善惡正否ニ依リテ生スル關係ハ道德ノ範圍内ニ屬スヘシ故ニ故意ノ有無ハ法律上犯罪ノ存否刑ノ輕重ヲ定ムルノ標準タルコトヲ得ヘキモ目的ノ善惡正否ハ法官カ各犯罪ノ情狀ニ就キ法律ニ定メタル刑期内ニ於テ刑ノ輕重ヲ爲スコトヲ得ルニ過キサルナリ

第五 犯意ノ證明

犯意ノ證明ハ甚タ困難ナルコト少カラス謀殺犯者ト雖モ容易ニ豫謀及故意アリシコトヲ自白セザルヘシ創傷罪犯

ハ必ス一時ノ遊戯ニ出テタル所爲タルコトヲ主張シ竊盜
 ハ遺失ノ物品ヲ拾得シタルモノト抗論シ偽證罪犯ハ事實
 ノ虛妄ナルヲ知ラサルコトヲ辨護スヘシ故ニ法官ハ犯罪
 ノ手段目的等所爲全體ノ性質及犯罪ノ日時場處等所爲一
 般ノ情況ニ依リ惡意ノ有無ヲ決定セサルヘカラス但シ其
 證ノ方法論定ノ規矩ニ至リテハ宜シク證據法ノ法則原理
 ニ從フコトヲ要ス

第二項 過怠(Onlpa)

第一 過怠總說

ホルツエンドル
 フ氏法學必携第
 二卷第一七九葉
 ハル子ル氏刑法
 論第一六八葉

過怠チクリシエンスノ所爲ハ避ク得ヘキ過誤ニ由リ意外ノ結果ノ生シタ
 ル場合ニ發スルモノナリ過誤ノ避ク得ヘキモノトハ一般

通常ノ注意ヲ用井ルトキハ此過誤ヲ生スルコトナカリシ
 コトヲ云フ然レトモ我刑法ハ過怠ノ如何ナル程度ヲ限リ
 テ法律上罰スヘキモノト定メタルカ敢テ其境界ノ點ヲ發
 見スルコト能ハス民事上ノ責任ヲ負フヘキ過怠ハ其區域
 極メテ廣クシテ犯罪ノ責任ヲ負擔セシムヘキ過怠ト同一
 ノ論定ヲ下スコトヲ得ス故ニ法律上特ニ之ヲ明言スルモ
 ノ、外各事件ニ就キ法官ノ判定ニ一任スルノ外ナシト雖
 モ其法律ハ如何ナル場合ニ於テ過怠ノ罪ヲ問ヒ單ニ之ヲ
 民法ノ支配ニ任スルコトナキモノト定メタルヤ否ヲ論定
 セサルヘカラス
 一般ノ原則ヨリ云ハ、犯罪ハ必ス故意アルコトヲ豫定ス

ルモノニシテ過怠ヲ罰スルハ之ヲ例外ノ場合ト云ハサルヲ得ス故ニ法律上特ニ之ヲ反對スル明文ヲ掲ケサル以上ハ必ス故意ヲ要スル犯罪トナシ過怠ノ罪ヲ問フコトヲ得ス今我刑法カ過怠ヲ罰スルノ場合ヲ舉クレハ左ノ三種ニ歸ス

- 一、犯罪物體ノ貴重ニシテ怖ルヘキ重大ノ結果ヲ生スル場合即チ危害品及ヒ健康ヲ害スヘキ物品製造ニ關スル罪(第二百五十二條)健康ヲ害スヘキ飲食物及ヒ藥劑ヲ販賣スル罪(第二百五十五條)私ニ營業ヲ爲スノ罪(第二百五十七條)往來通信ヲ妨害スル罪(第六十八條)及第六十九條)及ヒ其他生命身體ニ關スル過失殺傷ノ

罪(第三百十七條乃至第三百十九條)等是ナリ

- 二、官吏又ハ人民ノ特ニ注意ヲ要スル義務ニ關スル場合即チ相當官吏又ハ護送者囚人ニ對シ飲食衣服ヲ屏去シ又ハ水火震災ノ際官吏囚人ノ監禁ヲ解クコトヲ怠リ裁判官檢察官等被告人ニ暴行ヲ加ヘ疾病死傷ニ致サシメタル罪(第二百八十條乃至第二百八十二條)看守又ハ護送者囚徒ノ逃走ヲ覺ラサル罪等是ナリ
- 三、安寧警察ノ目的ヲ達スルカ爲メニスル場合即チ過半ノ警察罪是レナリ

右三種ノ犯罪ハ全ク之ヲ過怠ニ出ル者ノミトスルコトヲ得サルモ雷ニ故意ニ出テタル者ノミニ止マラス過怠犯罪

ノ場合ヲ包括スルヤ明ナリ但シ我刑法ヲ以テ獨英ノ刑法ニ比照セハ其過怠ヲ罪スルノ場合稍少ナキニ似タリ就中過怠ニ出テタル證人ノ偽證又ハ獄吏カ過失ニ依リ無罪者ニ對シテ死刑ヲ執行シタル場合ノ如キハ特ニ公益ノ爲メ注意ヲ要スヘキモノナレトモ嘗テ此等ノ怠慢ヲ罰スヘキ正條アルヲ見ス

第二 過怠ノ種類

(一) 疎虞ラッシュネストハ意外ノ結果ノ生スルコトアルヘキコトヲ覺ラサルニアラサルモ充分ノ注意ヲ用ヒス此結果ヲ來サ、ルヘシト信スル所ノ過怠ヲ云フ設例ヘハ予ハ射的ヲ試ミンカ爲メ木片ノ標的ヲ予カ邸園ノ牆壁ニ掲ケ之ニ向テ發射

テリ一氏法律原
論第一九三葉
ベル子ル氏刑法
論第一七〇葉

セントスルニ際シ予ハ銃丸ノ標的牆壁ヲ貫キ通行人ヲ殺害スルコトアルヘキヲ知レトモ予ハ充分ノ調査ヲ爲サス標的牆壁ノ堅固ナル銃丸ノ之ヲ貫キ得ヘキモノニアラスト輕信シテ之ヲ行ヒ遂ニ意外ノ結果ヲ來シタル時ハ予ハ疎虞ヲ以テ人ヲ死ニ致シタルモノナリ

(二) 懈怠トハ不注意ニ依リ全ク意外ノ結果ヲ生スルコトアルヘキコトヲ覺ラサル所ノ過怠ヲ云フ設例ヘハ前項射的ノ一例ニ於テ予ハ全ク銃丸ノ牆壁標的ヲ貫キ通行人ヲ害スルコトアルヘキコトヲ覺ラス意外ノ結果ヲ來シタル場合ノ如シ

斯ク疎虞懈怠ハ過怠ノ一種類ナレトモ尙ホ其區別ヲ明ニ

倉富評
是亦疎虞ニ非サ
カル

一八八

セシカ爲メ更ニ一例ヲ示サンニ設例ヘハ甲ナル者散彈ヲ
裝置セル獵銃ヲ以テ一ツノ狂犬ヲ殺サント欲スルニ際シ
熱心ノ餘乙アリ狂犬ノ傍ニ立ツヲ知ラサリシ時ハ懈怠ナ
リ甲若シ乙アリ狂犬ノ傍ニ立ツコトヲ知ルモ散彈ノ飛散
スヘキ距離如何ヲ熟察セス必ス狂犬ノミヲ射テ乙ヲ傷ス
ルコトナキモノト輕信シタルトキハ疎虞ナリ若シ又之ニ
反シ甲ハ或ハ乙ト狂犬トヲ併セテ殺傷スルコトアルヘキ
コトヲ知リツ、乙ヲ害シタルトキハ故意ニシテ過怠ニア
ラサルナリ

(三)疎虞及ヒ懈怠ハ同時ニ相互ニ共同混交スルコトアリ設
例ヘハ前項ニ掲ケタル場合ニ於テ甲ハ乙アリ狂犬ノ傍ニ

立ツコトヲ知ルモ銃丸ハ單ニ狂犬ノミニ必中シテ乙ヲ傷
スルコトナキモノト輕信シ而シテ乙ヲ害シタルトキハ乙
ヲ害シタルノ所爲ハ疎虞ニ出ツルモノナレトモ若シ更ニ
丙ナル者アリ乙ノ傍ニ立ツコトヲ知ラスシテ併セテ丙ヲ
傷シタルトキハ丙ヲ害スルノ所爲ハ懈怠ニ出ツルモノナ
リ之ヲ疎虞懈怠ノ混交ト云フ

第三項 故意及ヒ過怠ノ混交

故意及ヒ過怠ノ混交ニ二様ノ場合アリ一ハ同一ノ所爲ニ
出テ一ハ二三ノ所爲ニ出ツ左ニ之ヲ分論セム
(一)同一ノ所爲ヨリシテ故意ニ出テタル不正ノ結果ト故意
ナキ不正ノ結果ト發生シタルトキハ之ヲ故意及ヒ過怠ノ

ベル子ル氏共犯
論第一二〇葉
同氏犯罪責任論
第二五四葉

混交ト云フ設例へハ婦女ヲ強姦スルノ所爲ハ故意ニ出テ
 タル犯罪ナルモ依テ婦女ヲ死傷セシメタルトキハ其死傷
 ハ過意ニ出テタル犯罪トス或ハ古來ノ學者ハ往々之レヲ
 別種ノ故意トシ意外ノ結果ニ出テタル場合ヲ稱シテ間接
 ノ故意(Dolus indirectus)ト稱シ或ハ有名ナル碩學フオイエル
 パッハ氏ノ如キモ亦之ヲ故意ニ基キタル過失(Culpa dolo deter-
 minatus)ト稱セシカ今日ニ於テハ斯カル舊主義ハ實際上
 理論上共ニ採用スル者ナキニ至レリ

ビンジクンク刑
 法講義要旨第六
 六葉
 ヘルシユ子ル氏
 獨逸刑法論第三
 〇五葉

(二)一人ノ犯者二三ノ所爲ヲ行フニ際シ第一ノ所爲ニ於テ
 ハ故意ヲ有スルモ終ニ之ヲ遂クルコトヲ得ス第二ノ所爲
 ニ就テハ故意ナキモ結局第一ノ故意ニ出テタル結果ヲ生

セシ時モ亦故意過意二者ノ混交トス設例へハ甲ナル者乙
 者ヲ河岸ニ伴ヒ急ニ白刃ヲ揮テ乙者ヲ一撃シ乙者ノ全ク
 死セルヲ待チ其死體ヲ水中ニ投シテ罪證ヲ湮滅シタリト
 思惟セシニ豈ニ料ランヤ乙ハ甲ノ白刃ニ依リ尙其命ヲ損
 セス水ノ爲メニ溺死シタルコト分明ナリシ場合ノ如キハ
 第一ノ所爲ハ故意ニ出テタル者ニシテ之ヲ謀殺未遂ト云
 フヘク第二ノ所爲ハ過意ニ出テタル者ニシテ之ヲ過失殺
 人ト云ハサルヘカラス古來ノ學者往々故意過意二者ノ混
 交ヲ誤認シ斯カル場合ニ於テハ共同一體ノ故意(Dolus gen-
 eralis)ナル者アリト主張セシカ此説タル必ス自家撞着ノ誤
 見タルヲ免レス何トナレハ若シ第二ノ所爲ニシテ唯第一

ノ所爲ヲ堅固ナラシムルニ過キサルトキハ第二ノ所爲モ亦素ヨリ必定若シハ不定ノ故意ニ出テタルモノト云ハサルヲ得ス設例ヘハ甲者ノ乙者ノ死體ヲ水中ニ投シタルハ罪證湮滅ノ爲メニアラスシテ單ニ乙者ヲシテ再生スルコトナカラシムル爲メナル時若シ又之ニ反シ第二ノ所爲ニシテ第一ノ所爲ヲ堅固ナラシムルカ爲メニアラス第一ノ所爲ヲ以テ充分其目的タル結果ヲ得タルモノトスルトキハ第二ノ所爲ヨリ生シタル意外ノ結果ハ之ヲ過怠ニ出テタルモノト曰サルヲ得ス故意過怠ノ二者ハ本來之ヲ合同シテ單獨ノ一體ヲ爲スコト能ハサルモノナリ

第三款 客觀的觀察

前兩款ニ論述シタル所ニ依リ犯罪ノ行爲及ヒ犯意ノ何物タルコトヲ了知セシムルニ足ルシト雖客觀上ヨリ之ヲ考察スルトキハ我刑法第七十七條ノ所謂犯意トハ或ル事實ノ存在ヲ知ルコトヲ謂フナリ其事實トハ即チ該條ニ明示スルカ如ク左ノ四種ヲ謂フモノナリ

- 一、法律規則ノ存在ヲ知ル事
- 二、或ル事實ノ現存ヲ知ル事
- 三、犯狀ヲ重カラシムヘキ事實ノ現存ヲ知ル事
- 四、或ル所有ノ將來ノ結果トシテ發生スヘキ事實ヲ知ル事

惡意

犯意

故意

右ノ如ク四種ノ事實ヲ知リツ、行ヒタル所爲ヲ犯意ニ出ツルモノト謂ヒ第四ノ事實ト第二若クハ第三ノ事實トヲ知リツ、行ヒタル所爲ヲ惡意ニ出ツルモノト謂ヒ第四ノ事實ヲ知リツ、行ヒタル所爲ヲ故意ニ出ツルモノト謂フ故ニ我刑法第七十七條ノ所謂罪ヲ犯スノ意トハ法律規則ヲ知ラサル場合ヲモ包含シ人ヲ殺スモ法律ノ禁スル所ニアラスト思維シテ人ヲ殺スモノハ罪ヲ犯スノ意ナキモノナリ是レ同條ノ末項ニ於テ法律規則ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯スノ意ナシトスルコトヲ得スト明言シ法律規則ノ不識ハ犯意ナキモ犯罪ノ責任ヲ免ル、コトヲ得サル旨ヲ規定セル所以ナリ

人タルコトヲ知リテ之ヲ殺シ他人ノ妻タルコトヲ知リテ之ヲ姦スルハ或ル事實ノ己ニ現存セルモノヲ知ルナリ己レノ親タルコトヲ知リテ之ヲ殺シ十二歳以下ノ幼者ナルコトヲ知リテ之ヲ姦スルハ犯狀ヲシテ重カラシムヘキ或ル事實ノ己ニ現存セルモノヲ知ルナリ此等ノ事實ヲ知ラサルトキハ罪ヲ犯スノ意ナキモノニシテ第七十七條第二項及ヒ第三項ノ規定スルトコロ即チ是ナリ
現存セル事實ヲ知リ又罪狀ヲ重カラシムヘキ現存セル事實ヲ知リ且其所爲ニ依リ發生スヘキ將來ノ結果タル事實ヲ知ルトキハ之ヲ惡意ト云フ知ラサルトキハ則チ又犯意ナシ人タルコトヲ知リ之ヲ毆打スルモ其生命ヲ喪失スル

ノ結果ヲ生スヘキコトヲ知ラサルトキハ人ヲ殺スモ殺人罪ノ意思ナカルヘク門戸ニ放火スルモ家屋ヲ焼失スルノ結果ヲ生スヘキコトヲ知ラサルトキハ家屋ヲ焼燬スルモ放火ノ罪ナカルヘシ

由是觀之法律上ニ責任ヲ負ハシムヘキ所謂犯意ニ出ツルノ所爲トハ、或ル現存セル事實ヲ知り或ル將來ニ發生スヘキ結果ヲ知りツ、行ヒタル所爲ヲ指示スルモノナリ而シテ如何ナル事實ヲ知り如何ナル結果ヲ豫知スレハ如何ナル犯罪ヲ構成スルヤ否ハ刑法各條ノ定ムル所ニシテ人タル現存ノ事實ヲ知り其生命ノ喪失スルノ結果ヲ生スヘキコトヲ知りツ、或所爲ヲ加フルヲ殺人罪トシ人ノ所有物

コリン氏已遂未遂犯論第一卷第一八〇葉

タルコトヲ知り其占有ヲ奪取セラル、ノ結果ヲ生スヘキコトヲ知りツ、之ヲ竊取スルヲ盜罪トスルカ如シ

第三段 已遂犯及ヒ未遂犯

第一項 已遂犯

已遂犯トハ犯罪タル所爲ヲ實行シ了リテ其故意タル結果ヲ生シタル者ナリ而シテ凡百ノ犯罪必スシモ否ラスト雖モ一般ニ之ヲ云フトキハ故意ニ出テタル結果ノ發生シテ故意ヲ達シタル場合ヲ總括ス但シ此場合ト雖モ已遂犯ナル者ハ唯故意ノ實行ヲ達シタルコトヲ謂フモノニシテ犯罪ノ目的ヲ達スルト否トニ關係ス故ニ已遂犯ナル者ハ唯故意ヲ要スル犯罪ノ外存在スルコトナシ

已遂犯ト雖モ或ハ場合ニ於テハ刑ヲ輕減又ハ免除スルコトヲ得レトモ素ヨリ不論罪タルノ場合ナシ即チ謀殺故殺ヲ除クノ外一般ノ犯罪ニ就テノ自首ハ其刑ヲ減等シ(刑法第八十五條乃至第八十七條)偽證罪(第二百二十六條)貨幣偽造(第九十二條)内亂陰謀(第百廿六條)等ノ場合ニ於テハ其刑ヲ全免ス但シ自首減免ニ關スル原理ハ後篇ニ詳論セム

第二項 未遂犯

第一 總說

未遂犯トハ犯罪ノ執行ニ着手スルモ未タ其故意タル結果ニ達セサルモノニシテ故意ニ至リテハ已遂ト異ナルコトナキモ其故意ニ符合スル所ノ實効ヲ得サルモノナリ故ニ

ナルトラン氏刑
法第九八一葉以
下
コロン氏已遂犯
未遂犯論第一卷
第八〇以下
ツアハリエー氏
未遂犯論第一卷

故意ニシテ存在セスンハ未遂犯モ亦存在スルコトヲ得サルナリ

我刑法(第百十三條)ニ於テハ重罪ハ盡ク其未遂犯ヲ罰シ違警罪ハ全ク其未遂犯ヲ罰スルコトナシ而シテ輕罪ノ未遂罪ハ本條特ニ記載シタル場合ニ限リテ之ヲ處罰ス但シ未遂犯ヲ罰スルニハ何レノ場合ヲ問ハス已遂犯ノ刑ニ照シテ一等又ハ二等ヲ減スヘキモノト定メタリ(第百十二條)然レトモ國事犯(第百二十一條乃至第百二十四條)ノ如キハ未遂犯罪ノ時ニ於テ本刑ヲ科シ皇室ニ對シ危害ヲ加ヘントシタル大逆罪(第百十六條)及ヒ第百十八條(内亂ノ豫備陰謀ヲ爲スノ罪(第百二十五條)ノ如キハ未遂犯ハ勿論未タ未

遂犯罪ニ至ラサル者ヲ罰スルカ故ニ別ニ總則ヲ適用シテ未遂犯罪トシテ之ヲ罰スルノ必要アルヲ見ス

第二段 豫備

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

豫防ノ所爲ト犯罪ノ所爲トハ全ク別箇ノ所爲ナレトモ所謂豫備ノ所爲ナル者ハ他ノ所爲則チ犯罪ノ所爲ニ關係シテ始メテ發顯スルナリ然レトモ二者素ヨリ同一ノ行爲ニアラサレハ法律ハ主タル犯罪ノ所爲ニ關係ナキ豫備ノ所爲ヲ罰スル場合少カラスト雖此場合ニ於テハ法律ハ之ヲ

チヨツア氏豫備
及未遂區別論

獨立ナル一箇ノ犯罪(Delictus sui generis)ト看做シ他ノ所爲ニ附従スル豫備ノ所爲トスルコトナシ設例ヘハ甲ナル者乙ヲ殺サンカ爲メニ丙者ノ短銃ヲ竊取シタルトキハ甲者ノ所爲ハ單ニ竊盜ノ罪ヲ以テ論スヘシシテ法律ハ謀殺罪ノ豫備トシテ之ヲ罰スルコトナカルヘシ若シ又毒物ノ賣買ヲ禁止スルノ法律アルニ關セス甲者乙者ヲ毒殺スルノ目的ヲ以テ之ヲ買取シタルトキハ之ヲ毒殺ノ豫備トシテ罰スルコトヲ得ス何トナレハ甲者ノ乙者ヲ殺スニ際シ甲者ハ必スシモ其竊取シタル短銃若クハ買取シタル毒物ヲ使用スヘキヤ否ヲ確定スルコト能ハサレハナリ故ニ我刑法第一百十一條ニ於テ凡ソ罪ヲ犯サンコトヲ謀リ又ハ其豫備

ヲ爲スト雖モ苟モ未タ犯罪ノ執行ニ着手セサルモノハ他ノ刑名ニ觸ル、場合ハ免モ角未遂犯罪トシテ之ヲ罰スルコトナキモノト定メタリ、然レトモ法律ハ豫備ノ所爲ヲ罰スルノ必要就中犯罪ノ結果重大ニシテ公安ヲ害スルノ恐アルカ如キ場合設例ヘハ内亂ノ豫備陰謀ハ特ニ明文ヲ以テ之ヲ規定スルヲ以テ其刑罰ニ至リテモ特ニ之ヲ設ケ未遂犯罪ノ例ニ照シテ處斷スルコトナシ

第三段 執行ノ着手

執行ノ着手トハ所謂我刑法(第百十二條)ノ「罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フ」ト云ヘル一句ヲ指示スルモノニシテ第百十一條ニ「罪ヲ犯サンコトヲ謀リ又ハ其豫備ヲ爲ス」ト云

ヘルハ未タ執行ニ着手セサル以前ノ所爲ヲ云フモノナリ即チ犯罪ノ手段タル毒物兇器等ヲ獲得調製スルカ如キハ尙豫備ノ範圍ニ屬シ之ヲ用非テ犯罪ノ執行ヲ始ムルト又之ヲ中止スルトハ尙ホ一ニ犯者ノ意中ニ存シ他人ノ得テ知ルヘカラサル所ナリ然レトモ又一方ニ於テハ已ニ執行ニ着手シテ執行ノ範圍ニ屬スル所爲ト雖モ其所爲タル直接ニ犯罪ノ結果ヲ生シ得ヘキモノタラサルヘカラス是レ執行ノ着手ハ犯罪ノ結果ニ直接ナルヲ要ストスルノ原則アル所以ナリ(Conatus proximus)

然レトモ執行ノ着手ト犯罪ノ豫備トノ間ニハ數多ノ所爲アリテ多少ノ段階ヲ爲スカ故ニ宜シク各事實ニ就キ着手

倉富評
十中八九ハ盜罪
ノ未遂犯ト爲ス
コトヲ得サル可シ

ト豫備トノ區別ヲ決定スルコトヲ要ス設例へハ室内ノ人
ヲ殺サンカ爲メ窓戸ヲ開クモ尙ホ之ヲ謀殺ノ未遂犯トス
ルコトヲ得サルモ室内ノ品物ヲ竊取スル爲メ之ヲ開カハ
十中八九ハ之ヲ以テ盜罪ノ未遂犯トスルコトナルヘシ
前章ニモ已ニ論定シタルカ如ク犯罪ノ手段若クハ物體ニ
シテ能力ナキトキハ犯罪ノ成立スヘキモノニアラサルモ
之ニ對スル未遂犯罪モ亦成立スルコトナカルヘシ人影偶
像又ハ死體等生命ナキ物體ヲ殺シ又ハ清水砂糖等犯罪ノ
能力ナキ手段ヲ用井テ人ヲ毒殺セントスルカ如ク不能犯
ニ在リテハ未遂犯罪ノ成立スルコトナシ何トナレハ本來
成立セサル犯罪ハ其執行ニ着手セントスルモ得ヘカラサ

千八百七十八年
英國刑典章案第
三十二節
ヘルツ氏不能ニ
基ク未遂犯論
ツアハリエー氏
已遂未遂犯論第
一卷第二三三葉

レハナリ
故ニ犯罪ノ物體ニ能力アリ犯罪ノ手段ニ能力アルトキハ
設ヒ犯罪ノ實効ヲ生セサルモ尙ホ未遂犯トシテ之ヲ處分
セサルヲ得ス設例へハ殺サントスル物體ニシテ苟モ人類
ナランニハ人ヲ殺スニ足ラサル少量ノ毒藥ヲ用井又ハ發
射シタル銃丸ハ堅固ナル甲鎧ノ爲メニ人身ニ進入スルコ
トヲ得サリシ場合ノ如キハ手段タル物體ニ能力ナキモノ
ニアラサルヲ以テ之ヲ未遂犯罪ト認メサルヲ得ス是レ此
手段ハ所謂絕對的ノ不能體ニアラス相對的即チ他物ト比
較上ノ不能ナルニ過キサレハナリ學者往々之ヲ稱シテ相
對的ノ不能犯ト稱スレトモ此場合ニ在リテハ未遂犯ニシ

テ到底不能犯ノ名義ヲ下スコト能ハサルモノタリ蓋シ學者カ此說ヲ爲スニ至ル者ハ所謂不能犯ナル者ハ犯罪ノ物體若クハ手段自身ニ能力ナキ場合タルヲ知ラス犯罪タル所爲ニ就キ其不能ナルト否トヲ論定セントシタル誤見ニ出ツルナリ

犯罪物體ニ能力ナキ場合ノ論理ハ又之ヲ全ク犯罪物體ノ存在セサル場合ニ適用スルコトヲ得設例ハ賊アリ特種ノ寶物ヲ竊取セント欲シテ神殿ニ入ルモ其寶物ハ己ニ倉庫ニ收メタルヲ以テ殿中ニ之ヲ搜查スルモ遂ニ得ル所ナクシテ去リタルトキハ犯罪物體ニ能力アルモ物體自身ノ存在セサルモノナルヲ以テ犯罪ノ成立ナク從テ又未遂犯

ヘルシエ子ル氏
獨逸刑法論第三
四四葉

罪トシテ之ヲ罰スルコトヲ得スト雖モ若シ此賊ニシテ寶物ヲ收メタル倉庫ニ入り尙得ルコト能ハスシテ去リタルトキハ之ヲ未遂犯罪ニ問フコトヲ得ヘシ又タ學者ノ常ニ引用セル一例即チ卷^{スリ}賊カ金錢ナキ衣囊^{ボツケツト}ニ其手ヲ挿入シタル場合ノ如キモ亦同シ

第四段 未遂犯ノ種類

豫備ヲ以テ未犯ノ第一段(Conatus reus)トスル舊說ヲ主張スルコトヲ止メ未遂犯ハ執行ノ着手ヨリ起ルモノトスルノ新說ニ依ラハ未遂犯ハ唯二種類タルニ止マルヘキコトヲ知ルヘシ即チ執行ノ着手ニ止マリテ未タ犯罪ノ効果ヲ生セサル者及ヒ已ニ執行ノ行爲ヲ了ルモ尙ホ犯罪ノ効果

ヲ生セサル者は是ナリ我刑法第一百十二條ニハ「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」ハ云々ト記載シ「其事ヲ行フ」トハ即チ單ニ着手ニ止マル場合ト及ヒ執行ヲ了ルモ尙ホ犯罪ノ効果ヲ生セサル場合トヲ包含セルノ意義ニシテ所爲ノ執行ノ度ヨリ敢テ之カ區別ヲ爲サスト雖モ意外ノ障礙若クハ舛錯ト云ヒ犯罪ノ効果ヲ生スルコト能ハサル原因ヨリ之ヲ區別セリ然レトモ其實同一ノ意義タルニ過キスシテ到底未遂犯罪ニ二種アルコトヲ認メタルヤ疑ヲ容レス故ニ我刑法上ヨリ云フトキハ第一種ヲ障礙ニ基クノ未遂犯第二種ヲ舛錯ニ基クノ未遂犯ト稱スルヲ適當トスレトモ學

術上ニ於テハ之ヲ所爲ノ執行ノ點ヨリ觀察シ一ヲ着手ノ未遂犯ト云ヒ一ヲ缺効ノ未遂犯(又ハ單ニ缺効犯)ト云フ設例ヘハ甲乙ヲ殺サント欲シ其携フル所ノ白刃ヲ以テ乙ノ頭ニ加ヘントシタルモ丙者傍ニ在リ甲ノ手ヲ扼シテ甲ハ遂ニ乙ニ其刀ヲ加フルコト能ハサリシ場合ノ如キハ着手ノ未遂犯ニシテ着手ノ所爲(刀ヲ乙ニ加フルノ所爲)未タ了ラサル者ナリ我刑法ヨリ云ハ、障礙ニ依リ未タ遂ケサル者ナリトス然ルニ甲已ニ白刃ヲ乙ニ加ヘ又ハ毒藥ヲ飲マシメラレタル者其毒藥タルヲ知リテ直ニ消毒藥ヲ服シテ死ニ至ラサル場合ノ如キハ犯人ハ執行ノ所爲ヲ了リタルモ尙犯罪ノ効果ヲ生セサルモノニシテ之ヲ缺効ノ未遂犯

ト云フ我刑法ヨリ云ハ、所謂意外ノ舛錯ニ依リ未タ遂ケサルモノナリトス

上來論述スル所ノ第一種ノ未遂犯ハ事頗ル單一ニシテ別ニ喋々ノ辯ヲ待タスシテ自ラ明ナリ只タ第二種ノ未遂犯即チ缺効犯ニ至リテハ學者ノ異論少カラスト雖モ概スルニ三説アリ今左ニ之ヲ掲ク

〔第一説ハ凡ソ缺効犯タランニハ犯者ハ犯罪ノ已遂ニ必用ナル所爲方法ハ犯者ノ之ヲ知ルト知ラサルトヲ問ハス皆之ヲ盡シタル後尙ホ効果ヲ生セサルモノタルコトヲ要ストスルニ在リ故ニ此説ニ依ルトキハ缺効ノ原因ニシテ犯人ノ意思ノ未タ及ハサルカ若クハ其執行ノ方法ノ拙劣ナ

ルニ基クトキハ缺効犯ニアスラシテ從テ又之ヲ罰スルコトヲ得サルニ至ルヘシ如何トナレハ犯者ハ未タ盡ク犯罪ヲ遂クルニ必要ナル所爲ヲ爲シタルモノニアラサレハナリ譬ヘハ甲乙ヲ縊殺セント欲シ其首ヲ縊リシニ腐敗シタル繩綱ヲ以テシタリシ故遂ニ中途ニシテ斷絶シ又ハ甲乙ニ毒藥ヲ飲マシメタルニ毒藥ノ分量僅小ニシテ生命ヲ絶ツニ至ラサル場合ノ如キ未タ堅牢ナル繩綱ヲ用井ス適當ナル分量ノ毒藥ヲ用井サルモノニシテ犯者ハ犯罪ヲ遂クニルニ必用ナル方法ヲ盡シ了リタルモノニアラストス故ニ此説ヲ主張シテ能ク自家撞着ノ誤ナカラシメンニハ遂ニ缺効犯ナルモノナキニ至ルヘシト雖モハノトブルウルテ

ンブルヒバーデン等ノ獨逸諸邦ノ刑法ハ此說ヲ採用セリ
 〔第二說〕ハ凡ソ缺効犯タランニハ犯者カ自ラ罪ヲ遂クルニ
 必要ナリト信シタル所爲方法ヲ盡シタルコトヲ要ストス
 ルニ在リ故ニ此說ニ依レハ第一說ノ如ク腐敗シタル繩ヲ
 以テ人ヲ縊殺セントシ又ハ少量ノ毒藥ヲ用井テ毒殺セン
 トシタル場合ヲ以テ不問ニ付スルカ如キ不都合ヲ生スル
 コトナシ現ニサクソン國ニ於テハ此說ヲ採用シタレトモ
 未タ完全ノ說トスルニ足ラス如何トナレハ此說ニ於テハ
 苟モ犯者カ自ラ信シテ罪ヲ遂クルニ足ルヘキモノト思惟
 スル所爲方法ヲ盡スヲ以テ足レリトスルカ故ニ毒藥ヲ以
 テ人ニ飲マシメ又ハ其食卓上ニ備フル等ノ所爲ナキモ若

シ愚カモ犯者ハ單ニ毒藥ヲ以テ毒殺セントスル者ノ室内
 ニ放置セルノ一事ヲ以テ能ク之ヲ毒殺スルニ足ルヘシト
 思惟セシトキハ尙之ヲ缺効ノ未遂犯トスルコトヲ得ヘケ
 レハナリ要スルニ此說ノ誤謬タル其適用ノ該博ニ過ルニ
 在リ

第三說ハ缺効犯ヲ以テ犯者カ直接ニ犯罪ノ結果ニ對スル
 所爲ヲ執行シ了ルモ尙ホ其結果ヲ生セサリシモノトスル
 モノニシテ第一說ノ如ク其所爲執行ノ方法ハ必スシモ巧
 妙ニシテ犯罪已遂ニ必要タルコトヲ要セス又第二說ノ如
 ク犯者カ罪ヲ遂クルニ必要ナリト思惟シタルノミヲ以テ
 足レリトセス唯直接ニ結果ニ對スル所爲ヲ執行シタルコ

トヲ以テ充分ナリトスル者ナリ是レ即チ近世學者ノ採用
 スル所ナレトモ我刑法(第百十二條)ノ正條ニ於テハ果シテ
 何レノ説ニ依リタルカ已ニ其事ヲ行フトハ第一説ノ意カ
 第二説ノ意ナルカ苟モ意外ノ舛錯ト明言シタルカラニハ
 犯人ノ自ラ必用ト信シタル所爲ヲ行フトキハ之ヲ意外ト
 シテ第二説ヲ採リタルカ舛錯ノ文字ヲ挿入シテ缺効ノ原
 因ヲ示シタルヨリ推サハ或ハ第三説ニ依リ所爲ハ直ニ犯
 罪ノ結果ニ對シテ行ヒタルモノト推定シタルカ單ニ法文
 ニ依リテ之ヲ定ムルコト能ハスト雖モ免ニ角最モ論理ニ
 適シタル第三説ヲ以テ茲ニ適用スルヲ穩當ナリトセム

第五段 中止犯

ベル子ル氏刑法
 論 第一八〇葉
 ガルトラン氏刑
 法原論第九九〇
 號

倉富評
 人ヲ兩斷スルモ
 向ホ缺効犯ナル
 ヲ

犯人己ニ犯罪ノ執行ニ着手スルモ尙之ヲ中止シテ目的タ
 ル結果ノ發生ヲ妨止スルコトヲ得之ヲ稱シテ中止犯ト稱
 スレトモ其ノ中止タルヤ單ニ停止ニ止マラスシテ全ク其
 所爲ノ執行ヲ放擲スルコトヲ要ス但シ犯者ニシテ一タヒ
 其所爲ノ執行ヲ放擲スルトキハ他日再ヒ同一ノ犯罪ノ行
 フノ故意アルモ妨ナシ
 中止犯ハ通常着手ハ未遂犯ハ場合ニ現出スル者ニシテ缺
 効犯ニ於テハ其行爲ハ已ニ行ヒ了リタルモノナルヲ以テ
 之ヲ中止セントスルモ事已ニ晚キニ屬シ中止スヘキ行爲
 ハ存在スルモノナシ設例ヘハ白刃ヲ振テ人ヲ兩斷シタル
 トキハ其人ノ死亡ヲ中止セントスルモ亦得ヘカラス如何

トナレハ一タヒ之ヲ兩斷シタルトキハ更ニ犯者ノ新ナル所爲ヲ待タス自然ノ結果トシテ其人ノ死ヲ來スヘキヤ必然ニシテ更ニ疑ナケレハナリ然レトモ所爲執行ノ結果ニシテ尙ホ中止スルコトヲ得ヘキ場合ニ於テハ之ヲ其自然ハ成リ行キニ一任セス事未タ發覺セサル前ニ於テ更ニ別箇ノ手段ヲ用井テ自然ノ結果ハ發生ヲ妨止シ目的タル犯罪ノ結果ヲ生スルコトナカラシメタルトキハ之テ缺効犯ノ中止トスルコトヲ得ヘシ設例ハ人ヲ毒殺セント欲シ已ニ毒藥ヲ服セシメタリトモ更ニ消毒藥ヲ服セシメ遂ニ其生命ヲ保全セシメタル如キ場合ニシテ犯人自己ノ意思ニ依リ犯罪ヲ中止シタル時ハ缺効犯ニ係ルト雖モ尙ホ未

ベル子ル氏刑法論第一八四葉

遂○犯○罪○トシテ其罪ヲ問フコトナシ然レトモ其中止ニ至ル迄ニ已ニ行ヒ了リタル所爲ハ又タ之ヲ中止スルニ由ナキヲ以テ之ヲ別種ノ罪トシテ罰スルコトヲ設例ハ毒藥ヲ服セシメタル後更ニ消毒藥ヲ用井テ其人ノ生命ヲ保全スルヲ得タルトキハ之ヲ毒殺ノ未遂犯ニ問フコトナキモ健康ヲ害スヘキ物品ヲ施用シテ人ヲ疾苦セシメタルノ罪(第三百七條)ヲ以テ論セサルヘカラス
 自○己○ノ○意○思○ヲ○以○テ○犯○罪○ヲ○中○止○ス○ル○ト○ハ○自○己○ノ○意○外○ナル○舛○錯○ニ○非○ル○コ○ト○ヲ○指○ス○モ○ノ○ナル○ニ○過○キ○ス○シ○テ○犯○人○カ○之○ヲ○中○止○シ○タル○ノ○原○因○趣○旨○ハ○如○何○ヲ○問○フ○コ○ト○ナ○シ○故○ニ○恐○怖○心○ヨ○リ○之○ヲ○中○止○ス○ル○モ○亦○タ○眞○心○悔○悟○ノ○念○ヨ○リ○シ○テ○之○ヲ○中○止○ス

バーデン、サクソン等諸國ノ刑法ニ於テハ唯着手未遂犯ノ中止ヲ以テ無罪トナシ、欲効犯ノ中止ハ已ニ其所爲ヲ行ヒ了リタル者ナルヲ以テ唯其刑ヲ減等スルニ止マルヘキモノトスレトモ我刑法及普佛獨等ノ刑法ニ於テハ此說ヲ排除シ斷然中止犯ヲ以テ全ク其罪ナキモノトセリ蓋シ中止犯ハ着手未遂犯ノ中止タルト缺効未遂犯ノ中止タルトヲ問ハス已ニ其所爲ノ執行ニ着手シ又ハ其執行ヲ了リタルモノナレハ其着手若クハ執行ノ所爲ハ獨立ナル別罪トシテ之ヲ罰スルコトヲ得ヘキモ未遂犯罪トシテ之ヲ罰スルコトヲ得サルナリ

第三節 已遂犯及未遂犯ノ混交

アリ氏犯罪單復論第七六葉

ツアハリエー氏著書第一篇第一四一葉

一箇ノ犯罪ノ未遂犯ハ別種ナル他ノ犯罪ノ已遂犯タル場合アリ此場合ニ於テハ同一ノ所爲ニシテ一罪ノ未遂トナリ他ノ一罪ノ已遂トナルヘシ之ヲ已遂未遂罪ノ想像上ノ混同ト云フ設例ヘハ甲乙ヲ燒殺サント欲シ乙ノ住居スル家屋ニ放火シテ之ヲ燒燬シタルモ乙ヲ燒殺スルコトヲ得サリシ場合ノ如キハ放火罪ノ已遂ト謀殺罪ノ未遂ナリ然レトモ已遂タル所爲ニシテ未遂犯タル所爲ヲ行フニ必然缺クヘカラサルモノナルトキハ已遂未犯ノ混同ナシ何人ト雖モ人ノ身體ヲ傷害スルコトナクンハ謀殺ヲ行フコトヲ得サルヘク暴力ヲ用井ルコトナクンハ強姦罪ヲ犯スコトヲ得サルヘシ故ニ謀殺未遂ハ毆打創傷ノ已遂ト謀

殺未犯ノ混交ニアラス強姦未遂ハ強迫已遂罪ト強姦未遂罪トノ混交ニアラサルナリニ罪混交ト否ラサルモノトノ區別ヲ明定スルハ後章數罪俱發ヲ論スルノ條下ニ於テ頗ル緊要タルヲ覺ルヘシ

第三章 數人共犯

第一節 總說

〔一〕 共犯トハ數人一致シテ共ニ一罪ニ加効スルモノヲ云フ

(イ) 囚徒藏匿ノ罪ヲ犯スモノハ其囚徒ト共ニ罪ヲ犯シタル者ニアラサルヲ以テ之ヲ共犯ト云フコトヲ得ス但シ囚徒ノ末々罪ヲ犯サ、ル以前ニ於テ豫メ之ヲ藏匿セン

ハルトール氏佛國刑法第三章アリ氏共犯論
ハル子ル氏共犯論第一八葉乃至第五八葉
ランゲンベック氏共犯論
バル氏未遂及共犯論
シエツツ氏共犯論

オルトラン氏刑法原論第一二五號以下

コトヲ謀リタルトキハ即チ共犯ニシテ所謂從犯タルヘシ

故ニ一般ノ囚徒藏匿罪タル已ニ囚徒ノ犯セル罪ノ了リタル後ニ成立スルモノナレハ他人ニシテ共ニ之ニ加功セントスルモ得ヘカラス囚徒藏匿ノ罪ハ宜シク獨立ナル別罪(Delictum sui generis)トシテ之ヲ罰スルコトヲ得ルモ之ヲ以テ囚徒ノ犯シタル本罪ノ從犯トスルコトヲ得ス英佛ノ學者ハ往々從犯ヲ二種ニ區分シ一ヲ事前ノ從犯一ヲ事後ノ從犯トシ囚徒藏匿罪ノ如キハ理論上之ヲ事後ノ從犯トスレトモ是レ共犯ノ犯罪前若クハ犯罪ノ際ニアラサレハ成立スルコト能ハサルノ原理ヲ看過シタ

ルノ誤見ナリ夫ハ囚徒カ未タ其罪ヲ犯サハル以前ニ在
リテ豫メ之ヲ藏匿センコトヲ諾シ又ハ贖品ヲ陰匿シテ
其罪證ヲ湮滅センコトヲ約スルカ如キハ其罪事後ニア
ラスシテ己ニ事前ニ在リ

(ロ)過失ニ依テ共ニ加功シタル者ハ共同ナキヲ以テ又共
犯者ニアラス蓋シ共犯ハ數人一致スルコトヲ要スルカ
故ニ苟モ故意ナクハ一致スルコトヲ得サルナリ然レ
トモ過失罪ニ加切スルハ敢テ爲シ得ヘカラサルニアラ
ス設例ヘハ車馬ヲ疾驅センコトヲ教唆シテ過失殺傷罪
ヲ犯サシメ又不注意ニ銃砲ヲ使用スルコトヲ教唆シテ
誤テ人ヲ擊殺シタル等ノ如シ但シ此場合ニ於テハ教唆

自身ハ故意ナキモノニアラス

(二) 共犯ハ犯罪ノ發起者若クハ幫助者ノ二者ニ過キス即
チ或ハ間接又ハ直接ニ犯罪ノ所爲ニ加功シ或ハ唯犯罪ヲ
教唆指示シ其實行ヲ他人ニ一任スル等ニシテ有形上若ク
ハ無形上タルヲ問ハス

(三) 故ニ共犯ニ正犯從犯教唆者ノ三種アレトモ我刑法ニ
於テハ教唆者ヲ以テ正犯中ニ列シタリ

(四) 我刑法(第百四條)ハ二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ云
々ト明言シ數人一致ノ文字ヲ缺クト雖モ其意ハ之ヲ罪ヲ
犯スノ句中ニ包含セシメタル者ノ如シ

第二節 正犯

數人一致シテ共ニ一罪ヲ執行シタルトキハ各々之ヲ正犯トス

カッペンホッフ
氏刑法第一〇二條

〔二〕犯罪ハ有形ノ所爲ニ顯ハル、モノナリ故ニ其所爲執行ノ一部分ニ加功シタルモノト雖モ尙之ヲ正犯トナス決シテ加功ノ多少如何ヲ問ハサルナリ然レトモ犯罪ニシテ或ハ數多ノ所爲ノ聚合ヨリ成ルモノアリ或ハ一犯罪ハ即一所爲ニ過キササル如キモノアリ設例ヘハ強盜罪ニ在リテハ正犯中一人ハ家人ヲ縛シ一人ハ倉庫ヲ搜查シ一人ハ門戸ヲ要シテ外人ノ來襲ヲ防止スル場合ノ如キ各正犯タルヲ免レス英國ノ學者ハ往々此區別ヲ爲スニ距離ノ遠近ヲ以テシ苟モ犯人相互ニ救護ヲ爲シ得ヘキ距離内ニ在ル者

ベル子ル氏刑法
論〇四四二條

ハ皆正犯ナリトスレトモ距離ノ遠近如何ハ犯罪タル所爲ニ加功セシヤ否ヤヲ證明スルノ標準タルニ過キササルナリ又之ニ反シ強姦罪ノ如キニ在テハ正犯中ノ一人ハ兩手ヲ扼シ一人ハ兩足ヲ扼シ一人ハ婦女ヲ姦スル者等ニシテ皮相ノ見ヲ以テスレハ手足ヲ扼シタルモノハ從犯ニシテ直接ニ婦女ヲ姦シタル者ノミ獨リ正犯タルニ似タリト雖モ是レ強姦罪ヲ以テ單ニ婦女ノ寶具ヲ侵スノ暴行ニ過キストスル陳腐ハ學說ヲ固守スル論者ハ誤見ナリ蓋シ強姦罪タル素ヨリ暴行強迫ヲ要スルモノナルモ其罪質ハ主眼タル所ハ獸心ヲ以テ婦女ノ貞節ヲ破ルノ點ニ在リ手足ヲ扼ルモ局處ヲ侵スモ共ニ婦女ノ貞節ヲ破ルハ所爲ニシテ各

々之ヲ正犯トセサルヲ得ス

(三) 正犯トシテ加功セル所爲ハ犯罪ノ着手若クハ執行中
タラサルヘカラス唯タ犯罪ノ豫備ニ加功シタル者ハ從犯
タルニ過キサレヘシ故ニ未遂ハ所爲ハ皆正犯ノ所爲タル
ヲ得ヘキモ豫備ハ所爲ハ唯從犯ノ所爲タルコトヲ得ルニ
過キス

(三) 各々之ヲ正犯トナストハ意義明白疑ナキカ如クナレ
トモ若シ謀殺罪ニ付正犯中ノ一人被害者ノ子ナルトキハ
其子タルモノ、ミ獨リ親殺シノ罪ヲ犯スモノニシテ他人
ハ唯通常ノ謀殺罪ヲ犯シタルモノナルヘキヤ或ハ他ノ共
犯者モ之ヲ殺親罪トシテ處分セサルヲ得サルヘキヤ此等

共犯者ノ身分ニ關スル異同ニ就テハ乞フ之ヲ後段ハ詳論
セム

(四) 加功ノ度ハ如何ニ僅少ナルモ苟モ正犯タランニハ其
全體ノ所爲ニ對スル責任ヲ負擔セサルヘカラス何トナレ
ハ此犯者ハ已ニ犯者一人ニシテ全犯罪ヲ遂ケントスルモ
ノナリ偶々他ノ共犯者ノ之ニ加功スルモノアルモ其加功
タルヤ犯者各人ヨリ之ヲ見ハ恰モ天然力ノ加功ヲ得タ
ルニ異ラサレハナリ蓋シ此原理ノ適用ハ特ニ治罪上ニ於
テ著大ノ關係ヲ見ルヘシ

第三節 教唆

教唆者責任ノ有無ニ關シテ理論上ニ三主義アリ

〔第一、客觀主義〕

此主義ニ於テハ犯罪者ヲ以テ全ク其外形ニ顯出シタル形跡上ヨリ論シテ犯罪者ノ心事ノ如何ヲ問ハサルナリ故ニ教唆者ハ犯罪ノ發起者ニアラス又幫助者ニアラストス何トナレハ苟モ犯罪ノ發起者若クハ幫助者タランニハ自ラ其所爲ヲ行ハスンハアルヘカラス然ルニ教唆者ニ在テハ毫末モ其所爲ニ關係ナクシテ教唆ヲ受ケタル者ハ其教唆ニ拘ハラス尙ホ自由ニ其所爲ヲ中止スルコトヲ得ヘキモノナレハナリ

〔第二、主觀主義〕

此主義ニ於テハ犯罪ヲ以テ全ク犯罪者ノ心事ヨリ觀察シ犯罪ハ全ク教唆者ノ創造スル所ナレハ教唆者獨リ其責任ヲ負フヘキモノニシテ其教唆ニ依リ實

行シタル者ハ教唆者ノ器械タルニ過キストスルモノナリ故ニ此主義ニ從フトキハ幼者ハ勿論壯健有爲ナル大丈夫ト雖モ尙ホ教唆者ノ犯罪ノ器械ニシテ自斷ノ能力ナキモノト論定セサルヘカラサルニ至ルヘシ

〔第三、折衷主義〕

故ニ客觀主義ニ於テハ如何ニ教唆ヲ爲スモノアリトモ苟モ教唆ヲ受クル者ニシテ能力者タラシニハ其所爲ヲ實行スルト否トハ其ノ自由内ニ存スルヲ以テ之ヲ實行スルコトナクンハ即チ可ナリ若シ之ヲ實行スルトキハ即チ其實行者ヲ以テ犯罪者トシ敢テ教唆者ノ罪ヲ問フノ必要ナシトシ主觀主義ニ於テハ有爲ノ大丈夫ト雖モ之ヲ不能力ト看做シ其罪ヲ犯スヤ教唆者ノ器械タル

ニ過キサレハ唯教唆者ノ罪ヲ問ヘハ即チ足レリトスルモノニシテ二主義各々一理ナキニアラス故ニ析衷主義ニ於テハ前二主義ノ長ヲ採リ其短ヲ捨テントスルモノナレトモ其取捨ニ二様ノ方法アリ第一ハ教唆者ヲハ客觀主義ニ從ヒ其罪ナキモノトナシ實行者ヲハ主觀主義ニ從ヒ又罪ナキモノトナシ遂ニ二者共ニ之ヲ罰スルコト能ハサルモノトスルニ在リ第二ハ之ニ反シ實行者ヲハ客觀主義ニ從ヒ罪アルモノトナシ教唆者モ亦主觀主義ニ從ヒ罪アルモノトナシ遂ニ二者共ニ之ヲ罰スヘキモノトスルニアリ而シテ折衷主義ハ第一法ヲ以テ短ヲ採リ却テ長ヲ捨テタルモノトナシ第二法ヲ以テ長ヲ採リ短ヲ捨テタルモノトス

オツベンホツフ
氏刑法第一一〇フ

レトモ兩法孰レトモ析衷ニシテ彼此更ニ其區別アルヲ見ス然ラハ即チ長短ノ區別ハ果シテ何物ヲ以テ其標準トナスヘキヤ曰ク教唆ノ方法程度ノ如何ヲ以テ兩主義ヲ結合スルノ關鎖トスルノ外テキナリ若シ夫レ教唆ノ方法ニシテ兒戲ニ類シ其度ニシテ僅少ナランカ通常人ヲシテ犯罪ノ決心ヲ爲サシムルニ足ラサルヘシ斯カル犯罪ノ實行者ハ獨リ自ラ其責ヲ負フノ外ナカルヘシト雖モ苟其方法ニシテ贈與契約強迫威權等通常人ヲシテ犯罪ノ決心ヲ爲サシメ此決心ニ由リ犯罪ヲ執行シタルトキハ教唆者ヲ不問ニ置クコトヲ得ス獨佛ノ刑法ニ贈與契約強迫又ハ權威其他ノ方法ヲ以テ人ヲ教唆シ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ

皆正犯ト爲ス_ト云ヘルハ明ニ此析衷主義ヲ探リタルコト
 ヲ指示スルモノナレトモ現行刑法(第百五條)ニ於テハ贈與
 契約云々ノ文字ヲ删除セリ然レトモ尙其理ヲ推シテ之ヲ
 析衷主義ニ出テタルモノトスルヲ穩當ノ解釋ナリトセム
 其條ニ曰ク「人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ亦
 正犯ト爲ス_ト」

一、教唆者ヲ教唆シタルモノモ教唆者ニシテ從犯ヲ教唆
 シタルモノモ亦從犯ナリ故ニ刑法ハ特ニ「人ヲ教唆シ
 云々」ト明記シ教唆ヲ受クルモノハ汎ク正犯從犯又ハ
 教唆者タルヲ問ハサルコトヲ明示セリ然ルニ論者往
 々法文ノ「重罪輕罪」トハ單ニ直接ニ實行シタル重罪輕

罪ノミヲ指示スルモノニシテ教唆ハ教唆ナキモノト
 スレトモ教唆ノ所爲モ亦重罪若クハ輕罪タルヘキヲ
 以テ教唆者ヲ教唆スルモノ亦重罪若クハ輕罪ヲ教唆
 スルモノナリ設例ヘハ甲ナル者乙ニ怨恨アリ乙ヲシ
 テ重罪ノ刑ヲ受ケシメント欲スルニ際シ偶々丙ノ丁
 ヲ殺スニ意アルヲ聞知シ一計ヲ案出シ甲ハ乙ヲ教唆
 シ乙ヲシテ丙ヲ教唆セシメ丁ヲ殺サシメタルトキハ
 乙ノ所爲ハ丙ヲ教唆スルモノニシテ却テ重罪タルベ
 シ甲ノ所爲ハ乙ニ重罪ヲ犯スコトヲ教唆シタルモノ
 ニシテ又タ重罪タルヘシ蓋シ此原理ハ國事犯及兇徒
 嘯聚罪等ニ於テ多ク其ノ適用ヲ見ルヘシ又タ從犯ノ

從犯ナルモノアルヤ否ハ後ニ至リテ之ヲ論スヘシ
 二、一般ニ教唆ヲ罪トスルニハ犯者カ已ニ犯罪ニ着手シタルコトヲ要ス故ニ從犯ハ故唆ハ從犯カ其正犯ヲ幫助スルノ所爲ニ着手シタルノミヲ以テ之ヲ罰スルコトヲ得ス必ス正犯カ已ニ犯罪ニ着手シタルコトヲ必要トス

三、正犯ハ重罪輕罪違警罪ヲ問ハス之ヲ罰スルモ教唆ハ重罪輕罪ニ係ルモノニ限ルハ敢テ特別ノ理由アルニアラス只タ其ノ輕微タルノ故ニ外ナラス
 四、教唆ニ出テタル幫助ハ從犯ノ所爲ヲ行ヒ教唆ニ出テタル犯罪ハ正犯ノ所爲ヲ行フモノナレトモ教唆ニ出

テタル幫助ハ正犯ノ犯罪ヲ行フモノニアラス

五、教唆者ヲ教唆スルモノハ間接ニ正犯ヲ教唆スル者ナリ此場合ニ於テハ正犯ニ二人ノ教唆者アルモノナレハ其教唆者ハ等シク數人共犯トシテ各々其罪ヲ問フヘキモノトス

六、教唆ハ贈與契約強迫威權等ノ方法ニ出テ犯者ヲシテ犯罪ノ實行ヲ決意セシムルニ足ルヘキモノヲ要ス

七、教唆ヲ爲スト雖モ犯人其教唆ニ從ヒ事ヲ行ハサリシトキハ教唆ノ結果ナキモノトシテ其罪ヲ問フコトナシ但シ集會條例新聞條例其他公安ニ重大ノ關係ヲ有スルモノニ在リテハ別罪トシテ單ニ教唆ノ罪ヲ問フ

八、教唆者ハ現ニ其教唆シタル犯罪ノ行ハレタルトキニ
アラサレハ其責任ナシ否ラサレハ即チ法律ハ其意思
ノミヲ罪スルニ至ルヘケレハナリ今此場合ヲ分析詳
論スレハ則チ左ノ如シ

(イ)正犯ナクシテ又罪スヘキ教唆者ナキコトハ言ヲ待
タスシテ明カナルコトナリト雖モ正犯ノ死亡シ若ク
ハ逃亡シタル時ノ如キハ其罪ヲ免ル、コトヲ得ス故
ニ教唆者ノ無罪タルニハ正犯ノ所爲ニシテ本來罪ト
ナルヘキモノニアラサルコトヲ要ス

(ロ)不能力者ヲ教唆シテ罪ヲ犯サシメタル場合ニ於テ
ハ其ノ教唆者即チ共犯ナルモノナカルヘシト雖此場

合ニ於テハ不能力者ハ只タ他ノ犯罪ノ器械トナリタ
ルモノニシテ不能力者ハ素リ犯罪ノ責任ナキモ器械
トシテ之ヲ使用シタルモノハ犯者自身ノ自ラ犯シタ
ル所爲トシテ其責任ヲ負ヒ決シテ教唆者タルノ性質
ヲ有スルモノニアラス故ニ我カ刑法ハ重輕罪ノ教唆
ニアラサレハ之ヲ處罰セサルモノタルニ係ハラス苟
モ不能力者ノ場合ニ依ルトキハ違警罪ト雖一個獨立
ノ犯罪トシテ其責ヲ負ハシメサルヘカラス論者往々
不能力者ヲ教唆スルモノハ亦教唆者タルヲ免レスト
主張スルモノアリト雖若シ此説ヲシテ眞ナラシメハ
不能力ヲ教唆シテ違警罪ヲ犯サシメタル場合ニ於テ

ハ何人モ其責任ヲ負フモノナキニ至ルヘシ但シ不能力者ノ從犯ニ付テハ從犯ヲ論スルノ條下ニ詳述セム
 (ハ)教唆者ノ責任ハ正犯ノ犯罪ノ執行ニ着手シタル時ヨリ生スルカ故ニ正犯ニシテ犯罪ヲ中止シタルトキハ教唆者ヲ併セテ無罪ト爲スヘク正犯ニシテ未遂ニ止マルトキハ教唆者モ亦未遂犯ヲ以テ罰スルニ過キサルヘシ

(ニ)苟モ犯罪ヲ教唆シタル以上ハ正犯ノ事ヲ行フニ際シ過誤不熟練等ヨリ他ノ犯罪ヲ爲シタルトキト雖モ教唆者尙其犯罪ニ對スル責ニ任セサルヘカラス如何トナレハ正犯ノ事ヲ行フモ教唆者自ラ之ヲ行フモ共

ニ之ヲ同一體ト看做スヘキモノナレハナリ

(ホ)然レトモ教唆者豫メ犯罪ノ事件執行ノ方法等ヲ指定シ置キタルトキニ際シ犯人指定以外ノ重キ罪ヲ犯シ又ハ其方法ヲ異ニシタルトキハ唯其指定シタル罪ニ從テ其刑ヲ科ス若シ又所犯教唆シタル罪ヨリ輕キ時ハ法律ハ意思ノミヲ罰スルコトヲ得サルヲ以テ現ニ行ヒタル罪ニ從ヒ其刑ヲ科セサルヘカラス(第百八條)但シ法文ハ犯罪ノ事件ヲ指定スト云フ止ニマリ其犯罪ヨリ自然發生シ得ヘキ結果ノ指定外ナルト否トヲ問ハサルナリ設例ヘハ毆打罪ヲ教唆シタルモノハ其結果タル毆打殺傷罪ニ對シテモ亦其責ヲ免ル、コ

トヲ得ス又タ教唆者ノ指示セル方法現ニ行フ所ノ方法ト異ルモ事件ノ性質上矛盾スルコトナキ程度迄教唆者ハ犯者ノ責ヲ免ル、コトヲ得ルニ過キス故ニ教唆者ノ指定シタル方法ニシテ錯誤ニ依リ他ノ犯罪ヲ爲シ得ヘキモノナルカ又ハ臨機ノ處分トシテ其方法ヲ行フニ必要ナル罪ヲ犯シ得ヘキモノナルトキハ教唆者ハ其方法ノ指定外ナルノ故ヲ以テ其責ヲ脱スルコトヲ得サルナリ

第四節 從犯

從犯ノ責任ニ就テモ亦三主義アリ

〔第一〕客觀主義 此主義ハ從犯ヲ以テ全ク其犯罪ノ所爲

ニ顯ハレタル形跡上ヨリ考察シ從犯ハ從犯自己ニ獨立ナル故意ヲ以テ從犯タル所爲ヲ行フモノニシテ從犯ハ即チ別種獨立ノ犯罪ナルカ故ニ毫モ正犯ノ行爲ニ關係ナキモノトスルニ在リ

〔第二〕主觀主義 此主義ハ全ク犯者ノ心事ヨリ從犯タル犯罪ヲ考察シ從犯ハ即チ正犯タル犯罪ノ所爲ノ第二ノ原因ニシテ正犯從犯共ニ同一ノ所爲ノ原因タルニ外ナラストスルニ在リ

〔第三〕折衷主義 故ニ客觀主義ニ於テハ正犯カ其犯罪ヲ中止シテ之ヲ實行セサル場合ト雖モ尙ホ從犯ノ罪ヲ問ヒ主觀主義ニ於テハ其罪ノ有無ハ正犯ノ犯罪ヲ實行シタ

ルト否トニ從ヒ異ルモ若シ其犯罪ニシテ成立セハ等シク
 正犯ノ罪ヲ以テ之ヲ論セサルヲ得ス然ルニ此折衷主義ニ
 於テハ從犯ノ所爲タル正犯ノ所爲ト異ニシテ主ナル犯罪
 ヲ執行スルノ所爲ニアラストスルモ從犯ニシテ其故意ニ
 依リ其所爲ヲ以テ正犯ノ所爲ノ原因タラシメタルトキハ
 從犯トシテ之ヲ罪トスルニ在リ我刑法第百九條ニ曰ク重
 罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其
 他豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタ
 ル者ハ從犯ト爲シ正犯ノ刑ニ一等ヲ減ス但正犯現ニ行フ
 所ノ罪從犯ノ知ル所ヨリ重キ時ハ止タ其知ル所ノ罪ニ照
 シ一等ヲ減スト即チ此折衷主義ニ基キタルモノナリ今左

オツベンボツフ
 葉氏刑法第一一九

ニ之ヲ分析詳説セシム

一、從犯ハ唯正犯ノ從犯ヲ罰スルモハ止マリ從犯ノ從
 犯ハ輕微ノ所爲トシテ法律之ヲ罰スルコトナシ故ニ
 法文ハ正犯ヲ幫助シ云々ト明記セリ然ルニ彼ノ教唆
 者ノ如キハ前已ニ論述セルカ如ク教唆者ヲ教唆スル
 モノハ正犯ニシテ從犯ヲ教唆スルモノハ從犯ナレハ
 法律ニ於テ素ヨリ之ヲ罰セサルヲ得ス是レ教唆ノ條
 文(第百五條)ニ人ヲ教唆シ云々ト記載シタル所以ナリ
 二、不能方者ノ犯罪ヲ幫助シタルモノハ犯罪ヲ幫助シタ
 ルモノニアラサレハ從犯即チ共犯者ヲ以テ之ヲ論ス
 ルコトヲ得サルハ教唆ノ場合ト同一理ニ歸スヘキモ

ノナレトモ此場合ニ於テ不能力者ヲ幫助シタルモノハ恰モ天然力ニ加功シ天然力ノ助ケニ依リテ自ラ犯罪ノ結果ヲ生セシメタルモノニ異ナラサルカ故ニ自ラ獨立シテ全責任ヲ負擔シ從犯ノ減等ヲ受クヘキモノニアラス論者徃々反對ノ説ヲ爲シ不能力者ノ犯罪ニモ亦從犯アルヘキモノトスレトモ素リ其正鵠ヲ得タルモノニアラス試ニ見ヨ茲ニ一狂人アリ人ヲ殺サントスルニ際シ知リツ、之レカ刀劍ヲ貸與シ人ヲ殺害セシメタルモノアラハ此レ天然力ニ刺激ヲ與ヘテ自ラ之ヲ殺シタルモノニアラスヤ不能力者ヲ教唆スルモ幫助スルモ各々同一ナル獨立ノ犯罪ニシテ犯者

ハ獨リ其全部ノ責任ヲ負擔セサルヘカラス
 三、從犯ノ所爲ハ正犯タル所爲ニ對シテ毫末モ加功スルコトナシ故ニ正犯ノ所爲中ニハ更ニ從犯ノ所爲ノ一分子ヲモ包含スルコトナシ。是レ數人ノ正犯相互ノ關係ト正犯ト從犯トノ關係ヲ異ニスル要點ナリ千百ノ從犯アリト雖モ正犯ノ所爲ノ毫末ヲ減スルコト能ハサルハ猶ホ千百ノ豫備ヲ爲スモ犯罪執行ノ着手タルコト能ハサルカ如シ我刑法ノ正文ニモ「犯罪ヲ容易ナラシメタルモノハ云々」ト云ヒ其犯罪ノ所爲ニ加功シタル場合(即チ正犯)ト明別シ犯罪ノ所爲ニ至リテハ獨リ正犯ノ爲ス所ニ一任シテ從犯ノ與ル所ニアラスト

セリ

四、從犯ノ所爲ハ豫備中ノミナラス犯罪ノ執行中ト雖モ存在スルコトナキニアラス然レトモ豫備中ニ屬スルモノハ正犯ニシテ現ニ犯罪ヲ執行シタルトキニアラサレハ從犯タルノ責任ナカルヘク只タ豫備ノ所爲ヲ幫助スルモ正犯ニシテ犯罪ヲ中止シタルトキハ其ノ責任ナシ又執行中ニ屬スルモノハ甚タ僅少ニシテ多クハ從犯ノ區域ヲ超ヘ其執行ニ加功スルモノトナリ正犯ヲ以テ論セラルヘシ

五、從犯ハ正犯ノ所爲ノ犯罪タルコトヲ知ルニアラサレハ其責任ナシ故ニ正犯ニシテ從犯ノ知ラサル以外ノ

罪ヲ犯シタルトキハ從犯ノ責任ハ止タ之ヲ知リタル範圍内ニ過クルコトナカルヘシ

六、從犯ノ所爲ハ必スシモ腕力ヲ用フルヲ要セス法文ノ「指示誘導」トハ言語ヲ以テスルモノヲ包含スヘキハ勿論ナリ

七、正犯ノ刑ニ照シ一等ヲ減ストハ正犯ノ罪ニ相當スル刑ノ意ニシテ正犯ノ現ニ受クル所ノ刑ニアラス故ニ從犯ノ刑正犯ノ刑ヨリ重キコトアルヘシ此等ノ原理ニ就テハ尙後章ニ詳論スルコトアルヘシ

八、從犯ハ正犯ノ重罪輕罪ヲ犯シタル場合ニ限リ之ヲ罰スルモノニシテ違警罪ニ係ルトキハ之ヲ罰セス但シ

從犯ノ受クヘキ刑ハ違警罪ニ止マルモ妨ナシト雖モ
我刑法ニ於テハ恐クハ此場合ナカラム

第五節 共犯者身分上ノ關係

共犯者中身分ノ異同アルトキニ際シ其處分方法ニ三說アリ

〔第一說〕ハ共犯者中一人ノ身分ハ等シシ他ノ共犯ニ及フヘキモノトスル者ニシテ親ヲ殺スコトヲ教唆シタル者ハ他人ト雖モ殺親罪トナシ再犯者ト共ニ犯シタル罪ハ初犯者ト雖モ再犯ノ加重ヲ受クヘキモノトスルモノナリ

〔第二說〕ハ共犯ノ身分ハ各共犯ニ附從スルモノナレハ如何ナル身分ト雖モ他ノ共犯ニ及フヘキモノニアラストスル

モノニシテ此說ニ從フトキハ他人ニテ親ヲ殺スコトヲ教唆シタル者ハ通常ノ殺人罪トナリ官吏賄賂ヲ收受シタル罪ヲ教唆シタル他人ハ更ニ罪ナキモノトセリ

〔第三說〕ハ身分ノ他ノ共犯者ニ及フモノト否ラサルモノトヲ區別スル者ナリ即チ正犯ノ身分ニ基ク所ノ刑ノ加重減輕ハ他ノ共犯者ニ及ハスト雖モ正犯ノ身分ノ存否ニシテ罪ノ有無ニ關係シ又ハ他罪即チ別種ノ罪ヲ構成スルトキハ他ノ共犯者ニ及フヘキモノトスルナリ設例ヘハ官吏收賂ノ罪ハ官吏タルノ身分ニ依リ刑ヲ加重シタルモノニアラス官吏タルノ身分ナクハ其罪ハ成立スルコトナク子孫缺奉養ノ罪ハ子孫タルノ身分ニ依リ刑ヲ加重シタルモ

オツベンホッフ
氏刑法第一〇六

ノニアラス子孫タルノ身分ナクンハ其罪ノ成立スルコト
ナカルヘク又タ子タルモノニシテ其ノ親ヲ殺スハ法律上
特ニ殺親罪ナルモノヲ設クルヲ以テ其身分ノ存在ハ特ニ
一罪ヲ爲スヘシ故ニ此等ノ場合ニ於テハ正犯ノ身分ハ他
ノ教唆者從犯等ニ及フヘシ之ニ反シテ再犯加重ハ單ニ其
刑ヲ加重スルモノニシテ再犯タルノ身分ハ罪ノ有無ニ關
シ又ハ他ノ別罪ヲ構成スルコトナキモノナルカ故ニ正犯
ノ身分ヲ以テ他ノ共犯者ニ及ホスコトヲ得サルナリ是レ
我刑法(第六條)カ正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キ
時ハ云々ト云ヒ身分ノ有無ニシテ犯罪ノ存否ニ關シ又ハ
別罪ヲ構成スヘキ場合ヲ除キタル所以ナリ

我刑法ハ單ニ身分ノ加重ニ係ル場合ノミヲ規定シ其減輕
ニ係ル場合ヲ明定セスト雖モ刑ノ加重減輕共ニ他ノ共犯
者ニ及フコトナキヤ明ナリ何トナレハ我刑法第一百條第
二項ニ正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減免スヘキ時ト雖モ從犯ノ
刑ハ其輕ニ從ヒ減免スルコトヲ得スト云ヒ正犯ノ身分ノ
減免ハ從犯ニ及ハサルコトヲ明ニシ且同條第一項ニ於テ
モ從犯ノ身分ニ屬スル刑ノ加重アルトキハ從犯獨リ此加
重ヲ受ケ從犯タルノ故ヲ以テ減等スルニハ其重キニ從ヒ
減等スヘキコトヲ規定スレハナリ
本篇ヲ終ルニ臨ミ上來論スル所ノ要旨ヲ略言セハ犯罪ノ
成立ニハ所爲アリト雖モ尙ホ他ニ犯罪ノ主體物體及ヒ手

段ノ三條件ヲ具備スルコトヲ要シ且ツ此三者ハ共ニ犯罪ノ能力アルコトヲ必要トス若シ其能力ナキトキハ犯罪ノ成立ナキモノナリ而シテ物體若クハ手段ノ能力ナキ場合ハ學者往々之ヲ不能犯ト稱スルモ其實犯罪ニアラサルモノナリ故ニ若シ之ヲ名クルニ不能犯ノ名ヲ以テセハ全ク右三條件ヲ缺シトキハ勿論犯罪ノ主體ニ能力ナキ場合ト雖モ尙ホ之ヲ不能犯ト稱スルモ敢テ不可ナルコトナカルヘシ之ニ反シテ此三條件ヲ備具スルノ所爲ニシテ其目的ヲ達スルコト能ハサリシトキハ之ヲ未遂犯ト云ヒ未遂犯ノ原因意外ノ舛錯ニ因ルモノヲ稱シテ缺効犯ト云フ而シテ犯罪ノ已遂未遂ヲ問ハス數人共ニ其所爲ニ加功シタル

モノヲ正犯ト云ヒ之ヲ幫助シタルモノヲ從犯ト云フ是レ本篇論スル所ノ大意ナリ

第三篇 刑罰

第一章 刑制

第一節 總說

法律制度ハ諸國各々固有ノ沿革アリ各々其性質形狀ヲ異ニスト雖今日文明諸邦ノ刑制ニ至リテハ特ニ古來固有ノ特性ヲ捨テ殆ント同一ノ制度ニ歸スルモノ、如シ蓋シ歐洲諸邦カ古來ノ惡習ヲ去リ治獄ノ改良ヲ企圖スルニハ概テ二様ノ監獄制度ニ基キタルモノニシテ所謂沈黙法即チオーバーン制度ヲ取ラスンハ離隔法即チペンシルハニヤン制度ヲ採用セルモノニ過キサルナリ

歐洲監獄制度ノ改良ハ有名ナル英人ジョン、ハワード氏カ

千七百七十四年始メテ之ニ注目シテスウェーデン、オーストリア、プロシヤ、デンマーク、フランス、ベルギー、オランダ、イギリス英威兩國監獄實況ト題スル一書ヲ著ハシ遂ニ英國議院カ其意見ヲ採用セルニ起因セリ次テ米人ベンジャミン・フランクリン氏英國獄務ノ改良主義ヲ米國ニ輸入シテフヒラデルヒヤ監獄改良協會ナル者ヲ起シ千七百六十六年遂ニ其主義ニ從ヒペンシルバニヤノ監獄ヲ設ケ又々新約克州ニ於テモ千八百十九年同シク改良ノ主義ニ基キタル監獄ヲオーボーンニ建設セリ是レ後世歐洲諸邦カ採リテ以テ監獄制度ノ模範トスル者ナリベルテル氏曰ク英米二國ノ制度ハ全歐洲ノ監獄制度ニ向テ一大改革ノ波動ヲ與ヘタリト亦適當ノ評ナリト謂ツヘシ

増島評
刑政ノ實務ニ切
ナル制度ノ改良
ヲ達スルニ英米
胎シテ大陸諸學
者ノ理論ニ資成
セラレテ遂ニ全歐
ニ波及スルヲ監獄
トス獨リ監獄制
ラサルナリ

千八百四十七年
アルツセル府萬
國監獄會議事錄
千八百五十七年
フランクフオト

英米改良家ノ爲ニ傲ヒ次キニ監獄制度ノ改良ニ着目セルハ佛人ブリッソ^ン及ヒリアン^クール等ニシテ千八百十九年遂ニ佛國監獄改良協會ノ發起ヲ見ルニ至リタレトモ當時特ニ歐洲ノ注目スル所ハ活潑ナル改革ヲ實行セル米國ノ制度ニシテ特ニ佛國ハ千八百三十一年ニポーモン^ト及ト^ククピユ^ノ二氏千八百三十六年ニデーノ^ノ及ブルー^エノ二氏英國ハ千八百三十三年ニクロ^ロード氏普國ハ千八百三十四年ニユー^リウス氏等ヲ米國ニ派遣シテ其實況ヲ觀察セシメタリ

其後千八百四十六年遂ニ萬國監獄會議ヲフランクフオ^トニ開キ千八百七十八年第五回ノ會議ヲストックフオルムニ開

府同上
千八百七十二
年
倫敦同上
千八百七十八
年
ストツクホルム
府同上
ハグートロメル
氏著同上沿革誌
第三葉乃至第十
一葉

キ第六回ハ將ニ之ヲ魯京ニ開ケリ就中千八百七十二年倫
敦ノ會議ノ如キハ二十餘國ノ政府各々官命ヲ以テ委員ヲ
派出シ刑制ニ關スル一切ノ要旨ヲ討議セリ其議事ハ載セ
テ各會ノ議事録ニ詳ナリ
英米ノ改良制度ニシテ一タヒ全歐ニ傳播シテヨリ歐洲ノ
學士等大ニ刑制ノ學理ニ注目シ從テ學術上ノ著書モ亦甚
タ少カラス其說モ亦必ス一ニ歸スルコトナキモ今尤モ學
者ノ採用セル學說ニ基キ良刑ノ性質ヲ枚舉スレハ則チ左
ノ如シ
第一、刑罰ハ正理ニ違フコトアルヘカラス
第二、刑罰ハ感覺ニ觸ルヘキ痛苦タラサルヘカラス

第三、刑罰ハ可成各人平等タルモノナルヲ要ス
第四、刑罰ハ罪惡ノ大小ニ從ヒ輕重アルヘキモノヲ要ス
第五、刑罰ハ可成分割シ得ヘキモノタルコトヲ要ス
第六、刑罰ハ可成犯者ノ一身ニ止マルモノタルコトヲ要ス
第七、刑罰ハ可成其執行ヲ中止シ得ヘキモノタルコトヲ要
ス
右ノ七條件ヲ以テ良刑ノ性質トスレトモ恐クハ未タ盡ク
此條件ヲ具備スル良刑ヲ發見スルコト能ハサルヘシ此等
ノ性質如何ニ就テハ學者ノ議論少カラスト雖今暫ク之ヲ
略ス

第二節 刑罰ノ手段

刑罰ハ犯罪ノ意思ニ反對スル強制ナントモ犯人ノ必裏ニ存スル意思ハ直ニ之ヲ強制スルコト能ハサルヲ以テ刑罰ハ唯意思ノ外形ニ發顯セルモノヲ強制スルニ過キス而シテ此強制ノ手段ヲ施スヘキ物體ハ第一意思ノ本源タル生命第二ハ意思ヲ發顯スルノ要具タル身體及自由第三犯人ノ一身外ニ存スル財産及名譽ナリ故ニ刑罰ハ之ヲ適用スヘキ物體ヨリ區別スレハ生命刑、身體刑、自由刑、財産刑、及名譽刑ノ五種ナリ之ヲ稱シテ五刑ト云フ但シ刑罰ノ主眼タル物體ハ自由及財産ノ兩者ナルヲ以テ自由刑、財産刑ヲ以テ最モ通常ノ刑罰ナリトス

刑名ノ數多ニシテ其性質上充分ノ區別ナキハ徒ラニ刑罰

執行ノ費用ヲ増シ且ツ刑罰ノ目的ヲ達スルノ良法ニアラサルコトハ學理ノ許ス所ニシテ又々實際ノ經驗ニ基キタル萬國監獄會議ノ議決スル所ナレトモ我刑法ハ實ニ驚クヘキ數多ノ刑名ヲ設ケタリ即チ其第七條乃至第十條ニ於テ合計二十ノ刑名ヲ置キ之ヲ主刑附加刑ニ大別シ又主刑ヲ以テ重罪、輕罪、違警罪ノ三種ニ配當セリ能ク刑事上ノ政畧ヲ得タルモノニアラス

主刑トハ獨立ニシテ他ノ刑アルヲ待タスシテ適用シ得ヘキ刑ヲ云ヒ附加刑トハ主刑ニ附從スルモノニシテ主刑ト共ニ之ヲ科スルコトヲ得ヘキモノヲ云フ但シ主刑ハ常ニ宣告シテ之ヲ科シ附加刑ハ法律ニ於テ宣告スルモノト宣

告セサルモノトヲ定ム(第六條)

我刑法ニ設ケタル刑名左ノ如シ

○主刑

重罪

死刑

徒刑(無期)又ハ流刑(無期)

懲役(輕重)又ハ禁錮(輕重)

輕罪

禁錮(輕重)

罰金

違警罪

拘留

科料

○附加刑

剝奪公權

停止公權

禁治産

監視

罰金

沒收

右ノ外幼者又ハ瘋癲者ノ如キハ尙ホ懲治場ニ留置スルコトアレトモ此留置ハ刑罰ニアラサルヲ以テ刑名中ニ列ス

へキモノニアラス

第三節 囚徒放免後ノ處分

囚徒放免後ノ處分ニ二種アリ一ハ國家ノ行政上ノ監督ニシテ一ハ私人ノ慈惠ニ出テタル救護トス

〔第一〕久シ監獄内ノ規律ニ制限セラレタル囚徒ニシテ一朝放免セララル、コトアラハ急ニ自由ノ境ニ入ルヲ以テ再ヒ罪ヲ犯スノ患少シトセス故ニ我刑法ハ特別監視及通常監視ノ制度ヲ設ケ以テ囚徒放免後ノ監督ヲ行フ但シ我刑法ニ於テハ監視ヲ附加刑トシテ之ヲ科スルヲ以テ其詳ナルコトハ後章ニ譲ラム

ウ井ルト氏演説ニ係ル放免囚徒救濟制度通ニ各區ノ制度ヲ載ス同書ハ我監視ニ其一部ヲ藏ス

〔第二〕政府ハ監視ノ制ヲ設ケ放免囚徒ヲ監督シテ其再犯ヲ

豫防スルモ囚徒放免ノ日ニ當リ未タ其生業ヲ得サレハ忽チ衣食ノ缺乏ヲ來シ已ムヲ得スシテ再ヒ監獄ノ鬼トナルモノ亦少カラス英、米、佛、獨蘭等ノ文明諸邦ニ於テハ皆數多ノ放免囚救護協會ナル者アリ慈惠ノ貨財ヲ以テ其費用ヲ維持ス就中英國ノ如キハアルベルト親王自ラ其會長トナリ王室ノ保護モ亦甚タ淺シトセス然ルニ我國ニ於テハ未タ此協會ノ設立ナキヲ以テ親戚故舊依ルヘキ者ナキ囚徒ト雖尙之ヲ留置場中ニ置ケリ

第二章 死刑

第一節 死刑ノ性質

死刑ノ存廢如何ニ就テハ學者ノ議論紛々トシテ一定スル

コトナク又タ一時死刑ヲ廢シテ更ニ之ヲ再興スルノ邦國
ナキニアラスト雖國事犯者ヲ死刑ニ處スルハ我刑法ノ外
他ノ文明諸邦ニ見サル所ナレトモ是レ我國情ノ他邦ト異
ナルモノアルニ由ルナラム

學理上ヨリ死刑ノ性質ヲ考察スレハ前已ニ論シタル良刑
ノ條件ハ過半之ヲ缺クモノタルヤ疑ヲ容レス就中刑罰ノ
目的ハ犯人ヲ改良スルニ在リトスルノ主義ニ於テハ尤モ
許容スヘカラサルノ刑ト爲スヘシ然ルニ今茲ニ死刑存廢
ノ當否ヲ論セントナレハ能ク一大冊ヲ成スモ足レリトス
ヘカラサルノミナラス現ニ我刑法ニ於テ此刑ヲ設ケタル
ヲ以テ之ヲ詳論スルコトヲ止メ死刑廢止ヲ主張スルノ論

ヘツ、エル氏死
刑沿革誌
ホルツエン
フ氏死罪及死刑
論和蘭司法大臣
モツテルマン氏
千八百八十年十
二月二十六日演
說
フカースタン
エ
リ
氏
佛
國
刑
法
第
一
卷
第
五
七
節
以
下

說ハ極メテ數多ナルニ關セス死刑ヲ存セサルヘカラスト
スルノ論理ハ唯刑罰ノ目的ハ犯罪ヲ豫防シ良民ヲ恐嚇ス
ルノ意ヲ包含スルモノトスルノ一點ニ歸ス論者或ハ犯人
ノ生命ヲ絶ツヲ以ス良民ヲ恐嚇スルハ犯者ヲ以テ他ノ目
的ノ手段トスルモノニシテ人生平等ノ原理ニ反スルモノ
トスルモノナキニアラサレトモ予ハ之ニ答ヘテ云ハント
ス人生平等ノ原理ハ各人相互ノ間ニ行ハルヘキモ國家ト
一私人ノ間ニ行ハルヘキモノニアラスト是レ死刑ノ尙ホ
今日ニ存スル所以ナリ
然レトモ死刑ハ實ニ重大ノ刑ニシテ猥リニ之ヲ行フヘキ
モノニアラス我刑法ニ於テハ唯タ之ヲ僅々タル場合ニ限

レリ

第二節 死刑ノ執行

古昔ハ死刑ニ數種アリ各々其執行ノ方法ヲ異ニセシカ我
 刑法ニ於テハ死刑ハ唯絞首ニ止メ他ノ方法ヲ用ヒス(第十條)
 死刑ハ古昔ハ往々之ヲ公行シテ衆諸ノ縦覽ヲ許シ又タ死
 刑執行ノ時ニ際シ鐘鼓ヲ打チテ之ヲ一般ノ人民ニ報スル
 ノ邦國アリト雖人民ヲシテ殘忍ニ慣ハシムルノ惡弊ヲ生
 スヘキモノトシテ我刑法ハ之ヲ密行ス(第十二條)
 死刑ノ裁判確定シタル時ハ原裁判所ノ檢察官ヨリ之ヲ司
 法大臣ニ上申シ司法大臣ハ特典ヲ與フルニ足ルヘキ理由
 アリト認ムレハ之ヲ上奏シテ裁可ヲ乞フ其理由ナキト認

増島評
 法律ノ正
 面ヨリ
 法理由ヲ
 明解ニ
 明カニ
 法律ノ
 適用スル
 云フヘシ
 云フヘシ

ムルモノハ直ニ死刑ヲ執行スヘキコトヲ命令ス故ニ此命
 令アルニアラサレハ死刑ヲ執行スルヲ得ス(第十三條)又タ
 此命令アルモ大祀、令節、國祭日ニ在リテハ死刑ヲ行フコト
 ヲ禁ス(第十四條)

死刑ノ宣告ヲ受ケタル婦女懷胎ナル時ハ死刑ノ執行ヲ停
 止シ分娩後一百日ヲ經ルニアラサレハ刑ヲ行ハス(第十五
 條)何トナレハ刑ハ一人ニ止マルヘキモノトスルハ法律ハ
 原則ニシテ若シ懷胎ノ婦女ヲ殺ストキハ其結果ハ二人ヲ
 殺スヘキニ至レハナリ但シ我刑法ハ雷ニ此原則ヲ認メタ
 ルハミナラス尙ホ母子共ニ之ヲ憐ムハ精神ヨリ死刑ノ執
 行ヲ停止スルモノナリ何トナレハ分娩後尙一百日ノ猶豫

ヲ與ヘ其子ノ發育ヲ待ツノミナラス分娩後日ナラスシテ
 其子ノ死亡スルコトアルモ尙ホ一百日間死刑ヲ行フコト
 ヲ禁スレハナリ
 死刑ハ犯人ハ生命ヲ絶ツモハナリ第十二條ニ死刑ハ絞首
 スト云ヘルハ唯執行ノ方法ヲ示シタルモノニ過キス故ニ
 一定ノ時間犯者ヲ絞臺ニ上シテ絞首ヲ行フモ尙其生命ヲ
 絶ツニ至ラサレハ再三之ヲ絞首スルコトヲ得ヘク又タ一
 タヒ之ヲ執行シテ其生命ヲ絶チタルトキハ敢テ其遺骸ヲ
 棄毀シ又ハ之ヲ梟首スル等ノ處置ヲ爲スヘキモノニアラ
 ス故ニ死刑ノ遺骸ハ親屬故舊請フ者アレハ之ヲ下付スヘ
 キモノトス(第十六條)但シ我刑法カ之ヲ親屬故舊ニ限り且

ツ式ヲ用井テ葬ルコトヲ禁シタルハ稍此原理ニ遠サカル
 所アルカ如シト雖必スシモ親屬故舊ニアラサレハ之ヲ下
 付スルコトヲ得サルモノニアラサルヘク又タ式ヲ用井テ
 葬ムルコトヲ禁シタルハ單ニ國事犯者ノ如キ盛大ノ式ヲ
 用井テ送葬シ爲メニ治安ヲ害スルカ如キコトナカラシメ
 ントノ意ニ出テタルモノニ外ナラサルヘシ故ニ此禁ヲ犯
 スモ別ニ刑法上ノ制裁ヲ附スルコトナク唯之ヲ行政官吏
 ノ制止ニ一任セリ

第三章 身體刑

身體刑トハ直接ニ人ノ身體ニ痛苦ヲ與フルノ刑ニシテ答
 杖、火刑等ノ如キモノヲ云フ概テ古代ニ行ハレタル刑ニシ

ベル子ル氏刑法
 論第二二八條

テ今日ニ於テハ文明諸邦ノ法律殆ント全ク之ヲ廢止セリ
 但シ英國ノ刑法ハ尙笞刑ノ名義ヲ存スルモ實際之ヲ行フ
 コト極メテ稀ナリ然ルニ學者往々身體刑ト生命刑又ハ自
 由刑トヲ混同シ死刑懲役禁錮等ノ如キモ亦之ヲ身體ニ及
 フノ刑トスルモノアレトモ本來死刑ハ生命ヲ奪フノ刑ニ
 シテ身體ノ痛苦ヲ感セシメ又ハ身體ヲ棄毀スル等ノ目的
 ヲ有スルモノニアラス故ニ死刑執行ノ方法ハ可成死囚ヲ
 シテ痛苦ヲ感セシムルコトナキモノヲ撰ヒ又法律ハ其遺
 骸ヲ毀棄スルコトヲ許サス而シテ徒刑懲役ノ如キニ在リ
 テハ囚徒ヲシテ勞役ニ服セシムルモ此勞役タル決シテ身
 體ニ對シテ痛苦ヲ感セシムルノ目的ニアラサルナリノ勞役

宣シハ後參照ニ詳論ス更ニ禁獄ノ如キニ至リテハ毫モ身體ニ
 對シテ痛苦ヲ與フルモノニアラス之ヲ獄舎ニ入レテ外圍
 ヲ鎖ス所以ノ者ハ其逃走ヲ豫防スルノ方法タルニ過キサ
 ルナリ法律ハ奪フ所ノ者ハ唯犯人ノ自由ナリ若シ他ニ千
 百ノ囚徒ヲシテ盡ク逃走ノ患ナカラシムルコトヲ得ハ敢
 テ獄舎外圍ノ必要アルヲ見ス又其堅牢ナルヲ要セス以テ
 獄舎ハ外圍ハ囚徒ハ身體ニ對シテ痛苦ヲ與フルノ具ナラ
 サルヲ知ルヘシ

前已ニ述ヘタル如ク身體刑ハ今日諸國法律ノ已ニ廢止ス
 ル所ナリ何トナレハ身體刑ハ大ニ近世ノ學理ニ反シ決シ
 テ正理ニ適フモノニアラサレハナリ第一身體刑ハ或ル一

部ノ囚徒ニ限り老幼男女ヲ問ハス共ニ之ヲ科スルコトヲ得サルモノニシテ法律上萬民平等ノ原理ヲ破ルナリ第二身體刑ハ破廉耻甚シキ犯者ニ對シテ其効ナク廉耻名譽ヲ重スル犯者ニ對シテハ却テ其德義ヲ損シ罪ト刑トハ恰モ其權衡ヲ顛倒ス第三身體刑ハ犯者ヲシテ法律ノ力ヲ以テ強ユル所ノ痛苦タルコトヲ忘却セシメ現ニ其刑ヲ執行スル官吏カ獨斷ヲ以テ其程度ヲ左右スルモノタルコトヲ覺知セシム是レ刑罰ハ法律ノ命スル所ニアラスシテ執行官吏ノ命スル所タラシムルナリ第四身體刑ハ囚徒ノ健康ヲ害スルコト甚シク其結果ハ遂ニ法律ノ命スル以外ノ刑ヲ科スルト等シキニ至ルヘシ

然レトモ身體上ノ強迫ハ獄内ノ規律トシテ囚徒ノ惡行ヲ懲戒スルカ爲メニ適當ノ程度ニ於テ之ヲ利用スルヲ得ヘシ何トナレハ此場合ニ於テハ司獄官吏カ其司獄官吏タル一身ノ資格ヲ以テ獄則ヲ嚴守セシムルノ手段トスルニ過キス故ニ之ヲ犯者ノ罪惡ニ對シテ法律ノ命スル所ノ刑罰ト同視スルコトヲ得ヘキモノニアラザレハナリ

第四章 自由刑

第一節 主刑

第一款 自由刑ノ性質

自由刑ノ主刑ハ徒刑、流刑、懲役、禁獄、禁錮及拘留トス而シテ此等ノ刑タル其性質相異ル所ハ第一刑罰ノ期限第二刑罰

ノ場處第三定役ノ有無ノ三點ニ在リ

〔第一〕徒刑 ハ無期有期ニ分チ有期徒刑ハ十二年以上十五年以下ニシテ共ニ嶋地ニ發遣シテ定役ニ服ス(第十七條)但シ婦女ハ嶋地ニ發遣セス内地ノ懲役場ニ於テ定役ニ服セシム(第十八條)

〔第二〕流刑 ハ又之ヲ無期有期ニ分チ有期流刑ノ期限ハ有期徒刑ニ同シク嶋地ノ獄ニ幽閉シ定役ニ服セス但シ流刑ハ定役ニ服セサルヲ以テ婦女ト雖尙嶋地發遣ス

〔第三〕懲役 ハ重輕ノ二種ニ分チ重懲役ハ九年以上十一年以下輕懲役ハ六年以上八年以下トシ内地ノ懲役場ニ入レ定役ニ服ス(第二十二條)

〔第四〕禁獄獄ハ又重輕二種ニ分チ其期限ハ各々懲役ニ同シク内地ノ獄ニ入レ定役ニ服セス(第二十三條)

〔第五〕禁錮 ハ重輕二種ニ分チ共ニ十一日以上五年以下ト爲シ各本條ニ於テ其長短ヲ區別シ重禁錮ハ定役ニ服シ輕禁錮ハ定役ニ服セス(第二十四條)

〔第六〕拘留 ハ一日以上十日以下ト爲シ各本條ニ於テ其長短ヲ區別シ拘留處ニ留置シ定役ニ服セス(第二十八條)

右ハ我刑法ノ認ムル所ノ各種ノ自由刑ナリ今尙其差異ノ要點ナル場處期限及定役ニ就キ可成立法上ノ議論ヲ除キ之ヲ評說スルコト左ノ如シ

〔第一〕場處 ハ先ツ地理上ヨリ嶋地内地ニ區分シ徒刑流刑

ハ之ヲ島地ニ發遣スレトモ我日本帝國自身モ亦東洋ノ一
 嶋ナルノミナラス夫ノ英佛ノ如ク傍ラ植民ノ目的ヲ以テ
 發遣スヘキ附屬ノ島地又ハ大陸ヲ有スルコトナキヲ以テ
 法律ノ所謂島地ナル者ハ唯政府ノ指定スル地方タルニ過
 キサルナリ次キニ懲役禁獄禁錮ノ如キ等シク内地ニ在ル
 モ獄舎ノ種類ヨリ各刑ノ場處ヲ異ニスレトモ實際此區別
 ヲ設クルコト極メテ難キヲ以テ往々唯其名義ヲ異ニスル
 ニ止マルモノアリ

〔第二期〕期限 ハ其長短ニ依リ尤モ刑ノ輕重ヲ區分スルノ要
 點ヲ占ムルヲ以テ犯罪ノ度ニ應シテ最モ自由ニ適當ノ刑
 ヲ定ムルニ足ルヘキ良性質ヲ有スルモノナレトモ我刑法

ハ未タ全ク此良性質ヲ利用スルコトナシ何トナレハ拘留
 ハ一日以上十日以下禁錮ハ十一日以上五年以下禁獄及懲
 役ハ六年以上八年以下又ハ九年以上十一年以下徒刑流刑
 ハ十二年以上十五年以下ト其範圍ヲ一定シタルヲ以テ犯
 罪ノ情狀ニ由リ適當ニ七年以上十年以下ノ懲役又ハ十年
 以上十二年以下ノ徒流刑等ニ處シ得ヘキ範圍ヲ發見スル
 コト能ハサレハナリ

〔第三〕定役 ハ刑法上輕重ナシ徒刑懲役共ニ定役ノ度ヲ異
 ニスルコトナキナリ獄則上或ハ自ラ其輕重アルヘシト雖
 モ定役ニ輕重ノ差ヲ立ツルハ到底行ハルヘキモノニアラ
 サルノミナラス予ハ此輕重ヲ立ツルハ却テ學理ニ反シタ

ルモノトスルモノナリ尙ホ後節自由刑ノ執行ヲ論スルノ時ニ於テ之ヲ詳論セム

第二款 自由刑ノ執行

自由刑ヲ執行スルニハ相當ノ獄舎ヲ設ケ司獄官吏ヲ置キ以テ其執行ニ關スル諸般ノ事務ヲ整理セサルヘカラス其構成組織ニ至リテハ頗ル論スヘキモノアレトモ今暫ク之ヲ略シ左ニ自由刑執行上囚徒ノ身體精神ニ關スル事項及勞役ノ性質ヲ略論セム

第一、囚徒ノ衣服食料及寢室等ハ能ク健康ヲ保全スルニ足ルヘキモノタルヲ要スレトモ治獄ノ政策上ヨリシテ良民ノ生計ニ比較スレハ自ラ其度ヲ下サ、ルヲ得ス

ストックホルム
萬國監獄會議事
錄附錄第四二葉

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

第三、囚徒ノ執ル所ノ定役ノ性質ハ學者政治家ノ議論紛々トシテ諸説アリト雖モ學理上ヨリ之ヲ論スレハ左ノ數項ノ原理ニ歸ス

(イ)監獄ハ營業ノ目的ニ出テタル工場ニアラス自由刑ヲ執行スルノ場處タルヲ以テ徒ニ作業ノ利益ヲ謀リ監獄ヲシテ一商社タルノ觀アラシムルハ決シテ治獄ノ要ヲ得タルモノニアラス然レトモ全ク利益ナキ定役ヲ執ラシメ毫末モ其利益ヲ注目セス監獄ヲ以テ恰モ陸海軍

ノ事業ト同視スルニ至リテハ決シテ策ノ得タルモノニ
 アラス就中地方ノ費用ヲ以テ維持スヘキ監獄ノ如キニ
 在リテハ百方術ヲ盡シテ毫末ノ利益ヲ謀ルコトナカラ
 シメントスルモ到底能ク之ヲ實行シ得ヘキモノニアラ
 サルナリ但シ監獄ノ工作事務ヲ以テ良民ノ工作事業ト
 競争セシムルカ如キハ經濟上大ニ嫌惡ス可キコトニシ
 テ政治家タル者又特ニ茲ニ注意スルコトアルヲ要ス
 (口)定役自身ハ決シテ刑罰ノ目的タル苦痛ヲ包含スルモ
 ノニアラス古來ノ學者カ勞役ノ苦痛ヲ以テ刑罰ト誤認
 シ重罪囚ヲシテ最モ困難ニシテ且ツ嫌惡ス可キ勞役ニ
 服セシメ以テ其當ヲ得ントスルカ如キハ自由刑ト身體

刑トヲ混同シ勞役ヲ以テ直ニ囚徒ノ身體ニ及ホスノ刑
 罰ト思惟セルニ原因セルモノナリ我刑法第十九條徒刑
 ノ四六十歳ニ滿ツル者ハ通常ノ定役ヲ免シ其體力相當
 ノ定役ニ服スト云ヒ六十歳未滿ノ者ニ在テハ體力不相
 當ノ定役ニ服セシムルニ似タリト雖モ老幼ヲ間ハス體
 力相當ノ役ニアラサレハ決シテ之ヲ爲サシムルヲ得ス
 否ラスンハ即チ囚徒ノ健康ヲ害スルニ至ルヘシ蓋シ定
 役ノ刑罰タルハ第一其勞役ノ囚徒ノ自由ニ出テタルモ
 ノニアラスシテ法律ノ強迫ニ出テ第二其勞働ノ利益官
 ニ屬シテ囚徒ニ屬セサルノ兩性質ヲ有スルニ依レリ定
 役ノ苦痛ヲ以テ定役ノ刑罰タル性質ナリトスルカ如キ

ハ到底其目的ニ適スヘキ定役ヲ發見スルコト能ハサル
ノミナラス理論上ニ於テモ已ニ今日學者ノ探ラサル所
ナリ

(ハ)然レトモ囚徒ヲ獎勵スルノ目的ヲ以テ囚徒ニ幾分ノ
金錢ヲ賞與スルハ獄務行政ノ上ニ於テ缺クヘカラサル
方法ナルヘシト雖囚人工錢ノ多寡ニ應シテ其幾分ヲ給
與スヘキモノト一定スルハ理論上勞役ノ一刑罰タル性
質ヲ害スルハミナラス大ニ治獄ノ要旨ヲ誤ル者ト云フ
可シ何トナレハ囚徒ニ給與スヘキ金錢ノ多少ハ工錢ノ
多寡ニ基キ工錢ノ多寡ハ勞役ノ大小多寡ニ從フモノナ
ルカ故ニ幼者婦女ノ如キ終日非常ノ勞役ニ服スルモ尙

ホ丁壯ナル兇漢惡徒ノ一舉手一投足ハ勞役ニ勝ツコト
能ハス工錢ノ多少ハ囚徒ノ勤怠如何ニ拘ハラステ其
體力ノ強弱如何ニ關シ幼者婦女等ハ常ニ決シテ勤勉ニ
依リテ勝ツコト能ハサル不幸ヲ嘗メ身體強壯ナル囚徒
ハ天然固有ノ體力ニ依リ勤勉ヲ要セスシテ尙ホ大ナル
利益ヲ收得スルノ幸福ヲ享クルニ至レハナリ我刑法第
二十五條ニ定役ニ服スル囚人ノ工錢ハ監獄ノ規則ニ從
ヒ其幾分ヲ獄舎ノ費用ニ充テ其幾分ヲ囚人ニ給與ス
ト規定セルハ敢テ學理上ノ理由アルヲ發見スルコト能ハ
スト雖恐クハ獄則ヲ以テ其當ヲ得セシメタルモノアラ
ンノミ

増島評
囚徒放免ノ時
待テ一時ニ金
ヲ給與スルハ
メテ危険ナル
歐米ノ實際ニ
テ經驗スル所
ナリ

ハンデルブル
グン氏愛蘭土獄
制論
ホルル氏假出獄
論

(三)工錢ノ幾分ヲ囚人ニ給與スルモ其工錢ハ之ヲ獄吏ニ於テ管掌シ放免ノ日ニ至テ之ヲ囚人ニ給スルハ或一部ノ囚徒ヲシテ生計ノ路ヲ得セシムルコトヲ得ヘキモノニシテ放免囚徒救濟ノ方法未タ確立セル邦國ニ於テハ或ハ其利益ナキニアラサルヘシト雖我邦ニ於テハ親戚故舊等引取人ナキ放免囚徒ハ之ヲ別房ニ留置スルヲ以テ工錢ノ幾分ハ放免ノ日ヲ待タス直ニ之ヲ囚徒ニ給與シ以テ一時ノ快樂ヲ買ハシムルニ外ナラス

第三節 假出獄

假出獄ノ制度ハ英國ノコンジシヨナル、バードン制限出獄ニ胚胎シテ和蘭ニ發育シ遂ニ今日文明諸邦ノ概ヲ採用スル所タルニ至レリ今此制

度ノ性質原理ヲ論スレハ左ノ數項ニ歸ス

〔第一〕刑罰ハ刑ノ長期短期ノ範圍内ニ於テ適當ノ程度ヲ撰ハサルヘカラサルハ正理ノ命スル所ナリ犯罪ノ種類ニ應シテ此範圍ヲ定ムルハ立法官ノ任ニシテ已ニ行ハレタル各犯罪ニ付其範圍内ノ程度ヲ定ムルハ法官及治獄行政官吏ノ任ナリ故ニ囚徒ノ行狀方正ニシテ改悛ノ狀アルモノハ刑期ノ範圍内ニ於テ其刑期ヲ短縮セサルヘカラス是レ假出獄ノ制度ノ因テ起ル所ナリ而シテ夫ノ特赦ノ如キモ亦同一ノ情狀アル場合ニ於テ刑期ヲ短縮スル者ニ過キサルモ假出獄ト特赦トハ其性質ニ於テ異ナル所ニ點アリ第一假出獄ハ刑期ノ範圍内ニ於テ刑ヲ短縮スルニ止マレト

モ、特赦ハ此範圍ヲ超過スルコトヲ得ヘシ、第二假出獄ハ刑罰ノ終期即チ囚徒カ一定ノ期限ヲ經過シタル後ニ於テ行フヘキモノナレトモ、特赦ハ其初期ニ於テ之ヲ行フコトヲ得

〔第二〕假出獄ハ處分ハ確定裁判ノ効力ヲ紊亂スルモノニアラス、何トナレハ假出獄ノ制度ヲ設ケタル邦國ニ於テハ法官ハ則裁判言渡ノ時ニ於テ本犯ノ行狀ニ依リ一定ノ期限後ニ假出獄ノ許可ヲ受クルノ機會アルヘキコトヲ豫知シ、假出獄ノ恩典ヲ包含スル刑罰ヲ言渡シタルモノニ過キサレハナリ、語ヲ換ヘテ之ヲ云ハ、假出獄ノ處分ハ法官ハ豫メ判定シタル事項ヲ執行スルモノナリ

〔第三〕假出獄ノ制度ヲ設ケタル邦國ニ於テハ刑期ニ二様ノ時期アルコトヲ認メサルヘカラス、第一期ハ未タ假出獄ヲ得スシテ此恩典ノ希望ハ尙將來ニ屬シ、此自由ヲ得ンカ爲囚徒ヲシテ其品行ヲ正フスルコトヲ獎勵セシムルモノニシテ、第二期ハ己ニ假出獄ヲ得テ其恩典ニ浴スルモ再ヒ品行ヲ亂シテ此恩典ヲ失フノ恐アラシメ以テ囚徒ヲシテ其品行ヲ修メシムルノ時ナリトス

〔第四〕假出獄ニ關スル我刑法ノ規定ハ左ノ如シ
假出獄ノ許可ヲ與フルニハ左ノ成規ニ從フ

(イ)重罪輕罪ノ刑ニ處セラレ刑期限内更ニ重罪輕罪ヲ犯サス無期徒刑ハ十五年其他ハ刑期四分ノ三ヲ經過シタ

ル後タルヲ要ス但シ徒刑ノ囚ハ假出獄ヲ許スモ仍ホ島地ニ居住セシム(第五十三條第五十四條及ヒ第五十七條)
 (ロ)流刑ノ囚及違警罪囚ハ假出獄ヲ許サス但シ無期流刑ノ囚ハ五年有期流刑ノ囚ハ三年ヲ經過スレハ行政ノ處分ヲ以テ幽閉ヲ免シ島地ニ居住セシム(第二十一條及第五十四條)

(ハ)囚徒ハ能ク獄則ヲ謹守シ悔改ノ狀アル者タルヲ要ス否ラスンハ再ヒ公安ヲ害スルノ患アリ(第五十三條)

(ニ)假出獄ヲ受クヘキ期限ハ決シテ其長短ヲ論スルコトナキヲ以テ僅ニ數日ノ期限アルモ尙ホ假出獄ヲ許可スルコトヲ得

假出獄ノ許可ヲ取消スニハ左ノ成規ニ從フ

(イ)假出獄中更ニ重罪輕罪ヲ犯シタルトキハ出獄ヲ停止スヘキモノトス(第五十六條)是レ我刑法ノ定規スル所ナレトモ己ニ獄則ヲ護守シ悔改ノ狀アルヲ以テ假出獄ヲ許可スルハ條件トスル以上ハ出獄ノ停止モ亦全ク行政處分ニ依リ獄則ヲ守ラズ悔改ノ狀ナキトキハ之ヲ行フヘキモノニ似タリト雖次項ニ論スル所ハ理由アルニ依リ我刑法ニ於テハ此成規ヲ用非ルコト能ハサルナリ
 (ロ)假出獄ヲ停止セラレタル者ニ就テハ出獄中ノ日數ヲ刑期ニ算入セス是レ即チ我刑法第五十六條ノ規定スル所ニシテ其成規稍嚴ニ過クルニ似タリ何トナレハ我刑

法ニ於テハ他邦ノ制度ノ如ク假出獄ヲ爲スニハ本囚ノ承諾ヲ要セス行政ノ處分ヲ以テ直ニ之ヲ行フカ故ニ司獄官吏ハ其一已ノ意見ヲ以テ假出獄ヲ命シ置キ出獄ノ期限已ニ久シキニ涉リテ更ニ假出獄ヲ許スノ價値ナキモノトシテ之ヲ停止シ其出獄中ノ日數ヲ刑期ニ算入セサルトキハ本囚ハ却テ假出獄ノ處分ノ爲メニ其不幸ヲ増シタルモノト云ハサルヲ得サレハナリ故ニ予ハ假出獄ハ本人ノ承諾ヲ得テ之ヲ許可シ又其停止ハ品行ノ不正ナル場合ニハ更ニ重罪輕罪ヲ犯シタルトキヲ待タスシテ之ヲ行ヒ且ツ其出獄ノ日數ヲ刑期ニ算入セサルヲ以テ假出獄制度ノ本性ニ適スルモノト思惟スレトモ我

刑法ハ又タ我刑法ハ上ニ於テ敢テ嚴ニ涉リタルモノニアラス何トナレハ假出獄ハ本人ノ許可ヲ要セサルモ之ヲ停止スルニハ審ニ品行ノ不正ナルヲ以テ足レリトセス必ス重輕罪ヲ犯シタルコトヲ要スレハナレリ

假出獄許可ノ結果ハ左ノ如シ

- (イ)假出獄ヲ與ヘタルトキハ其自由ヲ得タル日數ハ刑期ト等シク更ニ停止セラル、コトナクシテハ假出獄ノ滿期ト共ニ刑ノ執行ヲ了ヘタルモノトス
- (ロ)假出獄ヲ許サレタル者ハ行政ノ處分ヲ以テ治産ノ禁ノ幾分ヲ免スルコトヲ得但シ本刑期限内ハ特別監視ニ附セラルヘシ(第五十五條)

第二節 附加刑及其執行

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

〔第一〕有期ノ重罪刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス各本刑ノ短期三分ノ一ニ等シキ時間監視ニ付シ輕罪ノ刑ニ係ル者ハ各本條ニ記載シタル場合ニ限り之ヲ附加スルヲ以テ必ス宣告ス〔第三十七條及第三十八條〕

〔第二〕附加刑ハ主刑アリテ始メテ之ヲ科スヘキモノニシテ決シテ二刑ヲ併科スルモノニアラサルナリ故ニ期滿免除

倉官評又ハ特
期滿免除又ハ特
教テ得タル場
ト雖モ固ヨリ主
刑アルモ以テ
テ監視ヲ以テ
加刑ト爲スモ妨
ケナカル可シ著
者ハ何ノ理由ア
リテ現ニ主刑ヲ
執行シ終リタル
後ニ非サレハ監
視ニ付スヤ主刑
免シテ止タル場
合ニ付スル場合

ハ著者ノ論評セ
サル所ナリト雖
モ同シク不當ノ
規定タルヲ免レ
サルカ

ト爲リタル死刑及無期刑又ハ特赦ニ依リ免セラレタル刑等ハ已ニ其主刑ナキモノニシテ別ニ監視ヲ附スルノ理由アルヲ見ス。監視ハ犯者ヲ期滿放免ノ後ニ拘束スルモノナレトモ是レ刑期滿限ノ場合即チ刑ヲ執行シ了リタル後ニ應用スヘク最初ヨリ刑ノ執行ヲキ者ニ對シテ監視ヲ附スルモノニアラストス否ラスンハ附加ノ刑ニアラスシテ獨立ナル一個ノ刑トナルヘシ然ルニ我カ刑法〔第三十九條〕ニ於テハ死刑及無期刑ノ期滿免除ヲ得タル者ハ別ニ宣告ヲ用井ス五年間監視ニ附スト云ヘルハ一時ノ政畧上ノ得失ハ兎ニ角決シテ學理ニ適シタルモノト云フコトヲ得ス又我刑法ニ於テハ有期重罪刑即チ輕キ刑ニ處セラレタルモ

ノハ特赦ニ依リ免刑トナルモ監視ヲ免レス之ニ反シテ無期重罪刑又ハ死刑即チ重キ刑ニ處セラレ特赦免刑トナリタル者ハ却テ監視ヲ免ル、カ如キ不權衡ノ場合ヲ生ス可シ但シ監視ノ期滿免除ニ就テハ後篇ニ論述ス

〔第三〕理論上ヨリスルトキハ(第一)監視ノ期限ノ範圍及之ヲ附加スルト否トハ先ツ法律ニ於テ之ヲ定メ(第二)法官ハ各事件ニ付キ監視ヲ附加スヘキ期限ヲ定メ(第三)警察官署ヲシテ現ニ實行スヘキ期限ヲ定メシメサルヘカラス故ニ法官ハ若干ノ年月以内本犯ヲ監視ニ附スルコトヲ得ヘキ旨ヲ言渡シ警察官ハ囚徒放免ノ後ニ地リ在監中ノ行跡如何ヲ考察シテ裁判言渡ノ期限ヲ超過セサル時間適當ノ期限

間之ヲ實行スルコトヲ要ス然ルニ我刑法ニ於テハ法官ハ裁判宣告ノ當時即チ囚徒ノ在監中行跡如何ヲ知ラサルノ前ニ於テ監視ノ期限ヲ確定シ警察官ハ各犯者ニ就キ適當ノ執行期限ヲ定ムルコトヲ得ス行跡善良ニシテ已ニ監視ヲ要セサルモノト雖尙裁判宣告ニ於テ定メタル期限間之ヲ執行セサルヘカラス故ニ我刑法ハ幾分カ此弊害ヲ防止スルノ手段トシテ監視假免ノ方法ヲ設ケ情狀ニ因リ行政ノ處分ヲ以テ假ニ監視ヲ免スルコトヲ得ヘキモノトセリ

(第四十一條)

〔第四〕監視執行ニ關スル規則ハ刑法附則ニ之ヲ定メタレハ今茲ニ之ヲ詳述セスト雖其主タル要點ヲ摘舉スレハ第一

監視ノ期限間ハ警察官吏時宜ニ依リ自由ニ其家宅ニ臨檢スルコトヲ得ヘシ第二、監視ニ付セラレタル者ハ一定ノ住處ヲ定メ第三、被監視者ハ其旅行ニ付キ警察署ノ許可ヲ要シ第四、毎月二度所轄ノ警察署ニ出頭シテ其謹慎ナルコトヲ表示シ第五、酒宴遊興ノ席ニ集會スルコトヲ得サル等トス

〔第五〕監視ハ被監視者ノ爲メ及ヒ公安ノ爲メ警察官吏カ放免セラレタル囚徒ハ行狀ヲ監視スルモノニシテ其規則ハ專ラ其行狀ヲ監視スルノ方法ニ便利ナル目的ニ出テタルモノナラサルヘカラス故ニ一定ノ住處ノ外他ニ旅行スルノ制限ヲ設ケ又ハ官吏ニ興フルニ家宅搜查ノ自由ヲ以テ

スル等ノ如キハ尤モ必要ノ規則タルヘキモ被監視者ヲシテ或ル義務ヲ行ハシムルコトヲ以テスル規則ハ往々其煩ニ失シテ或ハ被監視者ヲシテ之ヲ實行スルニ難カラシメ或ハ良民中ニ交テ正當ノ生計ヲ營ムノ妨害タラシムルノ弊ヲ生ス可シ又タ斯ノ如キ規則タル監視ハ本性即チ官吏カ唯被監視者ノ行狀ヲ視察スル目的ニ反シ被監視者ヲシテ或所爲ヲ爲スコトヲ命スル者ニシテ其違犯ハ更ニ一種ノ犯罪ヲ成立セシメ從テ之ヲ罰スルノ必要ヲ見ルニ至ルヘシ然レトモ監視ハ只タ行政上ノ視察ナルカ故ニ監視規則ハ執行監視自身ノ執行ニアラス若シ之ヲ以テ監視自身ノ執行トスルトキハ監視規則ハ違犯ハ即チ監視ヲ逃ル、モハ

ト云ハサルヲ得ス事果シテ斯ノ如キニ至ラハ刑罰ニ刑罰ヲ施シ法律ノ制裁ニ附スルニ更ニ一ツハ制裁ヲ以テスルモノニシテ刑罰ハ法律終局ノ制裁タル性質ヲ失ヒ所謂法律ノ制裁ナル者ハ循環終リナキニ至ルヘシ法律ノ制裁ハ宜シク直ニ之ヲ實行シテ結了シ得ヘキ者ヲ以テスルコトヲ要ス法律ノ制裁ニ法律ヲ以テスルハ學理ニ適シタルモノニアラサルナリ我刑法(第一百五十五條)ニハ附加刑ノ執行ヲ遁ルハ罪ナル者ヲ設ケタリト雖監視ヲ以テ單ニ官吏ノ視察トシ被監視者ニ或事ヲ命スルモノニアラストスルトキハ此罪ハ決シテ被監者ノ犯シ得ヘキ者ニアラス監視違犯ノ罪及ヒ囚徒逃走罪ニ就テハ宜ク各論ヲ參照ス可シ

倉富評
至論

第五款 財産刑

第一章 主刑及其ノ執行

主刑タル財産刑ハ罰金及科料トス

ブリ氏財産刑論

〔第一〕科料ハ五錢以上一圓九十五錢以下トナシ罰金ハ二圓以上ト爲シ仍各本條ニ於テ其多寡ヲ區別ス而シテ罰金ハ唯其最下點ヲ定メ最上點ヲ定メサルモノハ罰金ノ上ニハ又タ財産刑ナキヲ以テ科料ト之ヲ區別スルノミニシテ更ニ他ノ刑ト其範圍ヲ區別スルノ必要ナク且ツ偽造貨幣ヲ行使シタル者ノ如キハ其價額ニ倍ノ罰金ニ處シ其他諸規則等ニ於テモ亦其額ノ不定ナル者甚タ少ナカラサルヲ以テナリ(第二十六條及第二十九條)

〔第二罰金科料モ亦一ノ刑ナレハ必ス其本人ヲシテ之ヲ上納セシメサルヘカラス我刑法ニ親屬其他ノ者ヲシテ代之ヲ納ムルコトヲ許スハ敢テ不可ナルニアラサレトモ親屬又ハ他人ノ名義ヲ以テ之ヲ納ムルハ稍學理ニ遠カルモノ、如シ故ニ我法律ニ於テハ民事上罰金立換請求ノ訴ヲ起スコトヲ明許シ且ツ此訴訟ヲ待チテ初メテ刑罰ノ執行ヲ全フシタルモハトスルカ如キハ感覺アルヲ免レヌ又刑ハ一身ニ止マルトノ原則ニ依リ私訴ノ損害賠償ノ外共犯者ヲシテ罰金ニ對スル連帶責任ヲ負ハシムルコトアルヘカラス

〔第二罰金科料ノ言渡ハ其言渡シタル確定ノ金額ニ對シ犯

者ヲ負債者ノ地位ニ置キ直ニ政府ニ金額請求ノ權ヲ生スヘキモノナリ我刑法ニ於テハ罰金ハ裁判確定ノ日ヨリ一月内科料ハ十日内ニ納完セシムト定メタレトモ是レ犯者ニ與フルニ敢テ上納猶豫ノ期限ヲ與ヘタルモノニアラスシテ唯其換刑處分ヲ爲シ得ヘキ期限ヲ定メタルモノニ過キス故ニ一月内又ハ十日内ト雖民事上ノ手續ニ依リテ罰金又ハ科料ヲ徵集シ其資産ナキ者ハ資力限り之ヲ追徴シ尙完納スル能ハサルモノハ一月又ハ十日ノ期限ノ經過ヲ待チテ換刑處分ヲ行フヘキモノトス學者往々罰金又ハ科料ハ身代限ノ處分ヲ行フコト能ハサルモノトナシ如何ナル富有ノ者ト雖モ限内ニ納完セサルトキハ直ニ換刑ノ處

分ヲ爲スヘキモノトスレトモ是レ法理ノ原則ヲ誤リタルナリ若シ果シテ論者ノ言ノ如クセハ罰金ヲ納ムルト輕禁錮ニ處セラル、トハ犯人ノ隨意ニシテ殊ニ此換刑處分ノ禁錮ハ二年ニ過クルコトヲ得サルヲ以テ巨額ノ罰金ニ在テハ皆換刑處分ヲ望マサルモノアラサルヘシ但シ我刑法ハ〔納完セサル者〕ハ云々ト云ヒ〔納完スルコト能ハサル者〕ト云ハサルヲ以テ必スシモ身代限ノ處分ヲ要セス一月内ニ納完セサルトキハ直ニ之ヲ輕禁錮ニ換フルコトヲ得ヘシ而シテ此方法ニ依リ現ニ之ヲ禁錮ニ換ヘタルヨリ生シタル弊害ハ已ニ實際家ノ認メテ疑ハサル所ナリ(第二十七條)

〔第三〕前述ノ理由ニ依リ已ニ身代限ノ處分ヲ爲シ尙罰金ヲ

納完スルコト能ハサルトキハ其金額ハ國家ノ損失ニシテ之ヲ禁錮ニ換フルコトヲ得ス換刑ノ處分ハ唯資産アル者ニシテ之ヲ上納セサル場合ノミニ適用スルヲ以テ學理ノ原則トス然レトモ我刑法カ限内納完セサル者ハ云々ト云ヒ〔納完スルコト能ハサル者〕ト云ハサルハ敢テ理由アルニアラス己ニ身代限ノ處分ヲ爲シ納完スル能ハサルモノト雖モ換刑ノ處分ヲ爲スコトヲ得ルニ似タリ

右論述スル所ノ第二第三兩項ノ原則ハ學理ニ依リ我刑法ヲ解釋シタルモノナレトモ徒ニ法條ノ文字ニ拘泥シテ其解釋ヲ下ストキハ一月ノ期限内ヲ以テ猶豫ノ期限トシ限内ト雖之カ督促ヲ爲スコトナク又身代限ノ處分ヲ爲スノ

手續ヲ行ハス其期限ノ滿ツルヲ待テ直ニ之カ換刑處分ヲ爲スヘキモノトスルコトヲ得ヘキニ似タリ蓋シ斯ル皮相ノ解釋ヲ以テ至當トスルノ學者モ亦少ナキニアラサルヲ以テ我國實際ニ於テハ却テ此解釋ヲ用ヒタル場合ナキニアラサルヘシ

〔第四〕換刑處分ハ一圓又ハ一圓未滿ヲ一日ニ折算シ罰金拘留ノ區別ニ從ヒ裁判確定後一月若シハ十日ヲ經過シタルトキハ何時ト雖之ヲ輕禁錮又ハ拘留ニ換フ但シ我刑法ハ一日一圓ト確定シタルヲ以テ法官ハ情況ニ由リ一圓乃至三圓ヲ以テ一日ニ計算スルノ自由ヲ得ス(第二十七條)

〔第五〕換刑處分ハ刑罰執行上ノ處分ナルヲ以テ更ニ裁判ヲ

用井ス檢察官ノ求ニ因リ裁判官之ヲ命シ若シ又禁錮若クハ拘留限内罰金若クハ科料ヲ納メタル者ハ其經過日數ヲ扣除シテ禁錮若クハ拘留ヲ免ス(第二十七條)

〔第六〕故ニ又換刑處分ニ因リ已ニ輕禁錮ニ處セラレタルトキハ其刑ハ即チ輕禁錮ニシテ禁錮ノ刑ニ附屬スル一般ノ結果ヲ及ホスヘシ設例ヘハ監視ハ特別ニ輕罪ノ刑ニ附加スルヲ以テ換刑處分ニ出テタル禁錮囚ニ及ハサルモ現任ノ官職ヲ失ヒ及公權ヲ停止スルカ如キハ一般ノ結果ナルヲ以テ之ヲ及ホサ、ルヲ得サルカ如シ(第三十三條及第三十八條參照)

第二章 附加刑及其執行

附加刑タル財産刑ハ罰金及沒收トス但シ主刑タル罰金ト
 附加ノ罰金トハ其性質及執行上異ル所ナク唯附加ノ罰金
 ハ輕罪ノ刑ノミニ附加シ且ツ必ス其多寡ヲ定ムルノ差ア
 ルノミ故ニ今茲ニ論スル所ハ專ラ附加刑タル沒收ニ在リ
 〔第一〕沒收ハ必ス之ヲ宣告ス但シ法律規則ニ於テ別ニ沒收
 ノ例ヲ定メタル者ニ在テハ各其法律規則ニ從ヒ或ハ之ヲ
 宣告シ或ハ之ヲ宣告セサルコトアルヘシ

倉富評
 何人ノ所有ヲ問
 ハス之ヲ沒收ス
 ルニハ成ル可ク
 禁物ノ區域可
 制限セサル可
 制ヲ以テ禁物
 等ヲ以テ禁物
 ト爲スハ我刑
 ノ趣旨ニ非サ
 ル可シ著者ハ沒

〔第二〕法律規則ニ於テ別ニ沒收ノ例ヲ定メタル者ノ外罰法
 ニ於テハ法律ニ於テ禁制シタル物件及犯罪ノ用ニ供シ又
 ハ犯罪ニ依テ得タル物件ヲ沒收ス故ニ古代ノ如ク犯者ノ
 一體ノ財産ヲ全沒スルコトナシ

收ノ當テ得サル
 ナ答ムルニ拘ハ
 ラス益々之ヲシ
 テ不當ナラシム
 ルモノト云ハザ
 ルヲ得ス

〔第三〕法律ニ於テ禁制シタル物件トハ法律ニ於テ製造輸入
 又ハ私有若クハ所持スルコトヲ禁シタル物件ニシテ設例
 へハ彈藥、銃砲、爆裂藥又ハ猥褻ノ圖書ノ類ヲ指スモノナレ
 凡何レモ之ヲ沒收スルニハ先ツ之ヲ禁制物ト定ムル所ノ
 法律ナカルヘカラス而シテ己ニ此法律アル以上ハ其法律
 ニ於テ沒收ノ例ヲ定メ其法律ノ附加刑トシテ之ヲ處分ス
 へキモノニシテ別ニ刑法ノ總則ニ於テ之ヲ定ムルノ必要
 ナシ且ツ又何人ノ所有ヲ問ハス之ヲ沒收スルカ如キハ到
 底學理ノ容レサル所ナリ故ニ今強テ之ヲ刑法總則ニ置キ
 此總則ニ從ヒ之ヲ處分セントスルトキハ左ノ二點ノ批難
 アルヲ免レス但シ已ニ各本條ニ定メタル沒收處分ニ關ス

ル一般ノ手續ヲ定ムルハ妨ナシ

(イ)主刑ト附加刑トハ二者相牽連シ盜罪ノ附加刑トシテ
 所有主ナキ贓物ヲ沒收シ強盜罪ノ附加刑トシテ其兇器
 ヲ沒收スルハ其當ヲ得ヘキモ今主刑ト附加刑ト全ク其
 連絡ヲ缺キ盜罪ノ附加刑トシテ證據品トシテ差押ヘタ
 ル彈藥ヲ沒收スルトキハ主刑ト附加刑トハ全ク別個獨
 立シテ相關係スル所ナキモノナリ彈藥ノ沒收ハ法律ノ
 禁令ニ背キタル他罪ノ附加刑タルヘキモ之ヲ盜罪ノ附
 加刑トスルハ其當ヲ得タルモノニアラス

(ロ)何人ハ所有ヲ問ハス禁制物ヲ沒收スルハ行政ノ處分
 ハ兎モ角モ沒收ノ附加刑タル性質ヲ失ハシムルモノナ

リ蓋シ沒收ハ犯人ノ所有權ヲ剝奪シテ之ヲ國庫ニ沒ス
 ルモノナルヘキモ犯人ニ對シ犯人ノ所有ニアラサル物
 件ヲ沒收スルコトヲ宣告スルモ犯人ノ所有權ヲ剝奪ス
 ルモノニアラス犯人ハ其裁判ハ門違トシテ頓着スルコ
 トナカルヘク法官ハ茫然公庭ニ立テ爲ス所ヲ知ラサル
 へシ物件ニ向テ裁判ノ宣告ヲ爲サンカ生ナキ物件ハ犯
 罪ハ主體タルコトヲ得サルヲ如何セム公衆ニ向テ之カ
 宣告ヲ爲サンカ其利害ヲ感セサルハ犯人ト異ル所ナキ
 ヲ何如セム故ニ禁制物ノ沒收ハ之ヲ禁制スル法律ハ犯
 罪トシテ其所有主ニ對シテ宣告スルノ外ナカルヘシ若
 シ夫レ所有主ニアラサル者ニ對シ尙ホ之ヲ沒收センカ

官許ヲ得テ貯藏
スル者ハタルモ
竊取セラルトモ
禁制物ト爲スヘ
限ニアラサルヘ

所有主ノ不幸茲ヨリ大ナル者ナカルヘシ設例ヘハ茲ニ
官許ヲ得テ彈藥ヲ貯藏スルノ家ニ入り盜アリ之ヲ竊取
シタリトセンニ其彈藥ハ禁制ノ物體ナルヲ以テ竊盜ノ
附加刑トシテ之ヲ沒收スルコトアルモ犯人ハ自己ノ所有
ニアラサレハ毫末モ刑罰タルノ感アルヲ覺ヘス獨リ其
所有主ニ在テハ竊盜ノ不幸ニ遭ヒタルヲ以テ尙更ニ其
不幸ヲ益スモノナラム加之所有主ニアラサル犯者ハ權
利ヲ害セラルコトナキモ其裁判ニ對シテ上告スルコ
トヲ得ヘシ眞ノ所有主ハ之ニ反シテ其權利ヲ害セラル
ルモ尙上告ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルヘシ何人ノ所有
ヲ問ハス沒收ノ處分ヲ行フカ如キハ我カ刑法及意大利

刑法草案ノ外他ノ文明諸邦ニ其比ヲ見サルノ特例ナリ
現ニ近世ノ編纂ニ出テタル和蘭刑法ノ如キハ禁制物ノ
沒收ハ各法律規則又ハ刑法各條ニ特ニ之ヲ定メ全ク總
則中ヨリ之ヲ削除シタルハ大ニ學理ニ適シタルモノト
云フヘシ

(ハ)然レトモ制禁物ハ法律カ其所有ヲ罰シ其所有ヲ許サ
ルモノナルカ故ニ法律上ニ於テハ犯人ニシテ之レカ
所有權ヲ有スルモノナカルヘシ(特ニ法律ニ於テ許容シ
タル場合ヲ除ク)故ニ制禁物ハ特ニ沒收ノ處分ヲ要セス
當然國家ノ所有ニ歸スヘキモノタリ法律ハ只タ之ヲ所
有シ所持スルコトヲ禁スレハ即チ足レリ敢テ附加刑ト

シテ之ヲ沒收スルノ必要アルヲ見ス

〔第四〕犯罪ノ用ニ供シタル物件トハ犯罪ノ手段タリシ物件ヲ指ス凡ソ犯罪ハ犯罪ノ主體、犯罪ノ物體、及犯罪ノ手段ノ三者ヲ具備スルニアラサレハ成立スルコトナク又其手段タルモノハ手足等人體ニ屬スルモノト他ノ物件ナルモノトアルヘキコトハ前篇已ニ之ヲ論シタレトモ附加刑トシテ沒收シ得ヘキモノハ第一其犯罪タル所爲ノ手段トナリ第二其手段ハ人體外ナル物件タラサルヘカラス故ニ賭博ヲ爲シタル家屋又ハ竊盜カ其迷路ヲ便スル爲メニ設ケタル獨木橋ノ如キハ犯罪タル所爲ノ用ニ供シタルモノニアラサレハ之ヲ沒收スルコトヲ得ス又タ腕ヲ以テ人ヲ毆打

シタル者ハ物件ニアラサレハ之ヲ沒收スルコトヲ得ス學者往々罪體ト罪體ニアラサルモノトノ區別ヲ爲シ罪體ハ犯罪構成ノ元素ナレハ之ヲ沒收スルコトヲ得サルモノトスレトモ罪體ト否トノ區別ヲ設クルハ己ニ陳腐ノ説トシテ近世學者ノ容レサル所ナリ蓋シ罪體トハ犯罪ノ主體物體及ヒ手段ヲ指示スルモノニシテ法律カ犯罪ノ用ニ供シタルモノトシテ沒收スルモノハ即チ此手段タル物件ニシテ即チ罪體中ノ一元素ヲ沒收スルモノニ過キス故ニ唯沒收スヘキ物體ハ犯罪ノ手段トシテ其犯罪タル所爲ニ用ヰタルヤ否ヤヲ區別スレハ即チ足レリトス然レモ我カ刑法ニ於テハ違警罪ト雖一般ニ其犯罪ノ用ニ供シタルモノヲ

沒收スヘキモノト定メタルヲ以テ往々附加刑ヲシテ却テ主刑ヨリ重大ナラシムルノ不權衡ヲ發生セルヨリ學者ハ附會ノ論理ヲ案出シテ二個ノ制限ヲ設ケサルヘカラサルコトヲ主張セリ第一ハ犯罪ノ用ニ供シタル物件ト云フ以上ハ必ス故意アル犯罪ニ限ルヘキモノトシ違警罪ニ關スル過半ノ場合ヲシテ沒收ノ刑ヲ適用スルコトナカラシメ第二ハ犯罪ノ手段タルト否トニ就テ區別上迂回ノ說ヲ作爲セリ設例ヘハ打網禁止ノ河水ニ打網シタルトキハ其所爲タル犯罪ノ手段ハ漁夫ノ腕ニシテ之ヲ沒收スルコトヲ得スト雖若シ捕漁禁制ノ河水ニ打網シ其魚ヲ捕ヘタルトキハ其犯罪ハ捕魚ノ所爲ニシテ此所爲ノ手段ハ網ナルヲ

以テ之ヲ沒收スヘク發砲禁止ノ場合ニ於テ發砲シタルトキハ其所爲ノ手段ハ指頭ナリ之ヲ沒收スルコトヲ得スト雖鳥獸獵禁止ノ場處ニ於テ銃ヲ以テ鳥獸ヲ捕ヘタルトキハ其犯罪タル所爲ハ鳥獸ヲ捕フルノコトニシテ其銃ハ犯罪ノ手段ナレハ之ヲ沒收セサルヲ得サルヘシ故ニ此理ヨリシテ推論スルトキハ車馬通行禁止ノ場處ニ馬車ヲ乘入レタルトキハ其馬車ヲ沒收セサルモ通行禁止ノ場處ニ乘入レタルトキニ於テ始メテ之ヲ沒收スヘキモノトスルナリ然レトモ此說タル素リ取ルニ足ルヘキモノニアラス若シ此理ヲ推シテ重輕罪ノ適用ニ及ハ、必ス自家撞着ノ點アルヲ免レサルヘシ○又タ犯罪ノ手段ト犯罪ノ物體トヲ

混同スヘカラス設例ヘハ自己ノ家屋ニ放火シテ全焼ニ至ラサル場合ノ如キハ其家屋ハ即チ犯罪ノ物體ナリ犯罪ノ手段ニアラサレハ決シテ之ヲ沒收ス可キモノニアラス

〔第五〕犯罪ニ依テ得タル物件トハ犯罪タル所爲ニ依リ收獲シ又ハ產生シタル確定物ヲ指ス設例ヘハ盜罪ノ贓品、法律ニ反シテ生産シタル諸物品ノ如キ是ナリ故ニ竊取シタル金圓又ハ竊取シタル物件ヲ賣却シテ得タル金圓ハ不確定物タルヘク又タ其金圓ヲ以テ買取リタル物品ノ如キハ間接ノ所爲ニ依リ得タルモノニシテ犯罪タル所爲ニ依リ得タルモノニアラサレハ其ニ之ヲ沒收スヘキモノニアラス但シ被害者ノ請求ニ係ル私訴ノ損害賠償ノ要求ニ應ス

ルハ此限ニアラス

〔第六〕犯罪ノ用ニ供シ及犯罪ニ依テ得タル物件ハ犯人ノ所有ニ係リ又ハ所有主ナキ時ノ外之レヲ沒收スルコトヲ得ス此點ニ就テハ我刑法第四十四條ハ能ク學理ニ適シタリ又所有主ノ知レサル場合ニ於テハ行政ノ手續ヲ盡シ一定ノ年月ヲ經過シタルハ後之ヲ所有主ナキモノト看做シ行政ノ處分ヲ以テ之ヲ沒收シ附加刑トシテ之ヲ沒收スヘキモノニアラスト雖我法律ハ之ニ反シ裁判言渡ハ時ニ於テ所有主ヲ發見セサルトキハ直ニ沒收ノ言渡ヲ爲シ而シテ後ニ行政ノ手續ヲ爲スモノナレハ裁判ノ當時ハ所有主ノ不明ナル物件ヲ沒收シ相當ノ手續ヲ爲シ一定ノ年月ヲ

經タルトキ初メニ前裁判ハ正當ナルコトヲ知ルヲ得ヘキ
ノミ（明治二十六年司法官達法）故ニ此場合ニ於テモ亦犯人ニ對シテ
門違ノ裁判ヲ爲スノ批難アルヲ免レヌ

〔第七〕附加刑タル沒收ハ三個ノ性質ヲ有ス第一苦痛ヲ感セ
シムヘキ刑罰タルコトヲ要ス即チ沒收ノ物件ハ犯人ノ所
有ヲラサルヘカラス然レトモ何人ノ所有ヲ問ハス法律ニ
於テ禁制シタル物件ヲ沒收シ又所有主ハ知レサル物件ヲ
沒收スルカ如キハ犯人ノ爲ニハ馬耳東風ハ裁判ナリ犯者
ハ唯蚊蠅ノ前ヲ過クルノ觀ヲ爲スヘキノミナラス禁制物
ハ所有者ナキモノタルヲ以テ當然官沒ニ歸スヘキハ前項
ニ於テ已ニ論スル所ノ如シ第二社會ノ爲ニ其危險ヲ豫防

スルノ性質ヲ有ス即チ犯罪ノ用ニ供シタル物件ハ如キハ
犯者再ヒ其物件ヲ用テ罪ヲ犯スノ危險アルヲ以テ之ヲ
沒收スレトモ此目的ハ決シテ充分ニ之ヲ達スルコトヲ得
ス設例ヘハ殺殺ノ用ニ供シタル手拭創傷ニ用テタル小刀
ノ如キハ勿論強盜ノ用ニ供シタル白刃銃器ト雖一タヒ之
ヲ沒收スルモ忽チ亦他ノ器械ヲ獲得スルニ難カラス父母
カ赤子ノ遊戲ニ供スル危險物ヲ取立ルノ場合ハ格別犯罪
ノ責任アル大人丈夫ニ對シテハ毫末ノ効驗ナキモノト云
フヘシ蓋シ此等ノ物品ヲ沒收スルノ理由タル恰モ物件ヲ
以テ一個人ト想像シ此物件自身ヲ嫌惡セル野蠻時代ノ思
想未タ今日文明國ノ立法官タル人物ノ腦裏ヲ去ラサルニ

依レリ夫ノ文明國人カ窓戶ノ開閉ニ偶然其手指ヲ插ミ其
 痛苦ヲ覺ユルヤ覺ヘス窓戶ヲ一撃スルカ如キモ亦人類ノ
 一般動物タルノ智覺インテリゲンチヤクヲ表示スル者ナリ第三沒收ハ犯罪ノ
 利益ヲシテ犯人ニ獲得セシメサルノ性質ヲ有ス犯罪ニ依
 テ得タル物件ヲ沒收スルカ如キハ主トシテ此目的アルニ
 出ツルナリ然レトモ不正ノ所爲ハ所有權ヲ得ルノ方法タ
 ルコトヲ得サルハ民法ノ原理ナルヲ以テ犯罪ノ利益ハ刑
 法ノ規定ヲ待タスシテ犯者ニ歸スヘキモノニアラス犯者
 ヲシテ利益ヲ得セシメサルノ理由ハ附加刑トシテ之ヲ沒
 收スルノ理由タルコトヲ得ス由是觀之刑法三種ハ沒收ハ
 毫モ其理由アルヲ見ス英國刑法カ刑罰上ハ沒收ヲ全廢シ

盡ク之ヲ行政上ニ一任セルハ英人ニ固有スル實驗上ハ結
 果ナルヘキモ偶然能ク理論ハ完キヲ得タルモノト云フヘ
 シ

〔第八〕物件ニ依リ必スシモ之ヲ沒收スルヲ要セス唯其形狀
 ヲ變シ又ハ之ヲ破毀スルヲ以テ足レリトスルモノアリ設
 例ヘハ他人ヨリ偽造貨幣ヲ得テ之ヲ所持スルモ苟モ之ヲ
 使用セサル限リハ我刑法ノ問フ所ニアラス但シ別ニ布告
 收スルコト雖之ヲ不問ニ付スルハ大ニ社會ニ危險ナリ
 ト認ムヘキトキハ之ヲ沒收スルハ甚タ酷ニ失シタリト云
 ハサルヲ得ス如何トナレハ偽造貨幣ヲ受取リ之ヲ所持ス
 ルモ其所持ヲ以テ犯罪トナシ其附加刑トシテ之ヲ沒收シ

又ハ裁判宣告ヲ用弁ス單ニ行政ノ處分ヲ以テ之ヲ沒收ス
ルトキハ其貨幣ハ偽造タリトモ其物質ハ一物品トシテ尙
ホ幾分ノ價額ヲ有スルヲ以テ其所有主ハ之ヲ他ノ用ニ使
用スルコトヲ得ヘシ故ニ此等ノ場合ニ於テハ直ニ之ヲ沒
收セスシテ唯之ヲ毀損シテ所有主ニ還付スルヲ適當トス
レトモ我刑法ニ於テハ別ニ此方法ヲ定ムルコトナシ

第六章 名譽刑

第一節 名譽刑ノ性質

名譽刑ハ犯者ニ耻辱ヲ與フルモノト或權利ヲ剝奪シ又ハ
之ヲ停止スル者トノ二種トス耻辱ヲ與フルモノトハ犯人
ノ面部ニ黥墨イレゾミヲ施シ頭髮ノ一部ヲ剃落シ又ハ市街ヲ引廻

ヘルシユ子ル氏
獨逸刑法論第一
八八葉
マイエル氏刑法
學第三四六葉
ビンジング氏刑
法論第一二四

ハシ其他新聞ニ廣告シテ其犯罪ヲ公ケニシ又ハ標札ヲ建
テ、其犯罪ヲ傍示スル等ヲ云フ其目的タル專ラ犯者ニ耻
辱ヲ與ヘテ道德上其罪惡ヲ賠償セシムルノ意ニ外ナラス
是レ野蠻社會ノ刑罰ニシテ今日ノ文明諸邦ニ行ハルヘキ
モノニアラス唯傍示公告ハ刑ノ如キハ實ニ近代ニ至ルマ
テ其痕跡ヲ止メ法制一般ノ體面ヲ汚辱シタル邦國ナキニ
アラサレトモ今日ハ殆ント全ク之ヲ廢止セリ我刑法ニ於
テモ斷然之ヲ廢シテ採ル所ナカリシハ實ニ文明邦國ノ立
法官タルニ愧チサル者ト云フヘシ
權利ノ剝奪若クハ停止ハ專ラ文明諸邦ニ行ハル、所ナリ
ト雖犯者一身ノ全權ヲ剝奪スルノ刑即チ准死ハ已ニ廢滅

シテ又タ今日ニ存スルモノナク唯我權利ヲ剝奪シ又ハ之ヲ停止スルニ過キササルナリ又我刑法ニ於テハ名譽刑ハ唯附加刑トシテ之ヲ科スルニ過キササルヲ以テ主刑タル名譽刑ヲ認ムルコトナシ即チ剝奪公權停止公權及治産禁是ナリ

第二節 剝奪公權及停止公權

〔第一〕剝奪スヘキ公權ハ我刑法第三十一條ニ定ムル所ノ九種ノ權利ニシテ此九種ノ權利ハ之ヲ一族トシテ犯者ニ科シ分割スヘキモノニアラスト然レトモ國事犯者ヨリ政權ヲ剝奪シ強盜犯ヨリ後見人ト爲ルノ權利ヲ剝奪スルハ其事由アリト雖一事件ノ爲メ盡ク此等ノ權利ヲ剝奪スル

シヨウボー、フオ
スターンエリ氏
合著佛國刑法第
八八號

ハ其當ヲ得タルモノニアラス且ツ我刑法ハ剝奪公權ヲ以テ單ニ重罪刑ノミニ科スヘキモノトスレトモ若シ此權ヲ分割シテ科スルコトヲ得ヘキモノトスルトキハ輕罪ノ刑ト雖モ尙ホ其罪質ニ依リ之ヲ附加スルノ必要アル者ヲ發見ス可シ

〔第二〕剝奪スヘキ公權左ノ如シ

一、國民ノ特權 トハ一國民タル資格ヲ以テ特有スル所ノ公權ナリ即チ參政ノ權利ニシテ此權利ヲ以テ他ノ公權ト混同スルコトナキヲ要ス前篇ニモ己ニ論シタル如ク社會ト國家トハ一ハ天爲ニ成リテ一個人タル資格ナク一ハ人爲ニ成リテ無形人タル資格ヲ有スル者ニシテ

二者ノ間自ラ其區別アリ所謂國民ノ特權トハ國民カ國
 家ノ範圍ニ於テ國家ノ一分子トシテ有スル權利ヲ云フ
 モノニシテ社會ノ一員タル資格ヲ以テ有スルモノニア
 ラス社會ノ一員トハ即チ自然ニ成リタル人衆ノ一團集
 中ノ一分子タルノ義ニシテ雷ニ一國ノ臣民タルニ止マ
 ラス一國々境ヲ超過シ得ヘキ社會中ノ一人タルヲ云フ
 設例ヘハ結婚ノ權土地所有ノ權諸種ノ營業權ノ如キハ
 所謂社會權ナル者ニシテ特ニ一國民ノ有ニ止マルヘキ
 モノニアラス故ニ土地所有權内地往來ノ權ノ如キ我法
 律ハ外國人ヲシテ之ヲ有スルコトヲ禁スルモ其性質タ
 ル社會權タルヲ以テ之ヲ剝奪スルコトヲ得ス尙ホ政權

及社會權ノ區別ニ就キテハリヨースレル民社會行政法
 緒論ニ最モ明晰ニシテ又最モ快活ナル議論ヲ載ス學者
 宜シク就テ見ルヘシ

二官吏ト爲ルノ權 官吏ト爲ルノ權ト國民ノ特權トハ
 大ニ其性質ヲ異ニセリ官吏トハ國家ニ使役セラレテ其
 事務ヲ執行スル器械タルモノニシテ國民ノ特權即チ參
 政權ハ此等官吏ヲ使役スル所ノ國家ノ權ニ參與スル者
 ナリ故ニ國會若クハ縣會ノ議員ハ官吏ニアラスシテ國
 權ハ一分子タルヘキモ大臣縣知事ノ如キハ官吏タリ是
 レ外國人ト雖官吏タルコトヲ得ヘキモ國民ノ特權ヲ有
 スルコト能ハサル所以ナリ然ルニ學者往々官吏タルノ

權ハ國民ノ特權中著大ナルモノナルヲ以テ我カ立法官
ハ之ヲ別項ニ特書シタリト云ヒ或ハ又其他諸種ノ説ヲ
爲スモノアリト雖皆此二種ノ權利ノ本性ヲ誤リ枝葉ノ
妄論ヲ喋々スル者ニ過キス

三、勳章、年給、位記、貴號、恩給ヲ有スルノ權 此等ノ權利ハ
皆人爲ニ出テタル榮譽ノ稱號ニシテ國家ヨリ之ヲ附與
シタルモノタルコトヲ要ス天爵ニ至テハ人爲ノ法律ヲ
以テ之ヲ剝奪スルコトヲ得ス設例ヘハ皇族トハ天皇陛
下ノ御一族ヲ指ス所ノ天然ノ事實ニシテ特ニ之ヲ記號
ト云フコトヲ得ス又タ私立大學ヨリ附與セル學位及外
國政府ヨリ附與セル勳章ノ如キハ私人相互ノ間ニ於テ

授受セル記號ニシテ其國政府ノ授與セルモノニアラサ
レハ之ヲ剝奪スルコトナシ論者或ハ外國ノ勳章ヲ剝奪
セサルハ外國ノ主權ヲ重スルニ出ツルト説ケトモ苟モ
獨立タル一帝國タランニハ外國ノ法律ハ我帝國內ニ行
ハルヘキモノニアラス故ニ之ヲ剝奪セサルハ其剝奪者
ナル國家ノ嘗テ與ヘタルモノニアラス國家ヨリ之ヲ見
レハ私人相互ノ間ニ授受セル章標タルニ過キスシテ殆
ント天爵ト撰フ所ナキヲ以テナリ但シ此等ノ章標ト雖
名譽ノ章タルニ相違ナク又君主ハ名譽ノ淵源ナルモ名
譽ノ淵源ハ必スシモ君主ニ限ルヘキモノニアラサルナ
リ

四、外國ノ勳章ヲ佩用スルノ權 外國ノ勳章ヲ佩用スルノ權ハ我政府ノ附與スル所タルヲ以テ之ヲ剝奪スルコトヲ得其理由ハ前項ニ同シ

五、兵籍ニ入ルノ權 兵士ハ官吏ト異ニシテ其承諾ヲ待タスシテ兵役ニ服スルモノニシテ之ヲ純然タル義務ト云フヘキモ一方ヨリ之ヲ見ルトキハ又一ツノ榮譽ナリ故ニ法律ハ兵籍ニ入ルノ能力ヲ奪ヒ刑餘ノ罪人ヲシテ兵士タルコトヲ得セシメス

六、事實ヲ陳述スルノ外裁判所ニ於テ證人ト爲ルノ權 刑餘ノ罪人ヲシテ裁判所ニ於テ證人タルコトヲ得セシムルトキハ被告人ヲシテ不快ノ感覺ヲ生セシムルノミ

ナラス一般其言語ニ信ヲ置クニ足ラストシテ此權ヲ剝奪ス然レトモ民事ニ在テハ兎モ角刑事ニ在テハ最モ必要ナル一證人ヲ缺クニ至ルヘキモノニシテ學者ノ大ニ之ヲ批難スルモノアリト雖一利一害ハ共ニ免ルヘカラサルモノナレハ予ハ容易ニ其是非ヲ速斷スルコト能ハス況ンヤ刑餘ノ罪人ト雖單ニ事實ノ參考人トシテ之ヲ聽クコトヲ得ヘキモノアルニ於テオヤ但シ刑事ノ所謂心證裁判トハ證據ナキモ尙ホ有罪ノ裁判ヲ言渡スヲ得ルトノ義ニアラス必ス其心證ヲ引起スルノ情況證據アルコトヲ要ス設例ヘハ茲ニ謀殺被告事件アランニ重罪囚ノ外何人モ被告ノ犯罪ヲ行フヲ目撃シタルモノナ

キモ被告所有ノ短刀犯罪ノ現場ニ存シタルノ事實ヲ證明スルノ證人アラハ此證人ノ陳述ハ判官ノ心證ヲ引起スルコトヲ得ヘキ情況證據ニシテ判事ハ此一證據ヲ以テ被告ニ謀殺罪アルヲ認メ得ヘキカ故ニ其心證ノ參考トシテ重罪囚ノ陳述ヲ聽クコトヲ得ヘシ然ルニ若シ此短刀ノ被告ノ所有タルコトヲ證明スルノ證人ナキトキハ全ク心證ヲ引起スルニ足ルヘキ證據ナキ者ニシテ數人ノ重罪囚アリ被告ノ犯罪ヲ目撃セルコトヲ陳述スルモ參考ノ相手トスヘキ證據即チ心證ナキモノトシテ判官ハ決シテ有罪ノ宣告ヲ爲スコトヲ爲ス故ニ重罪囚ニシテ證人タルノ權力ヲ剝奪スルモ事實參考人トスル

コトヲ得ヘキヲ以テ刑事ノ裁判ニ關シテ實際ノ不便ナキモノトスルハ誤見ナリ

七、後見人ト爲ルノ權、此權ヲ剝奪スルハ刑餘ノ罪人ニ信ヲ置クニ足ラストスルニ出ツ故ニ親屬ノ許可ヲ得テ子孫ノ爲ニスルハ此限ニアラストセリ

八、分散者ノ管財人ト爲リ又ハ會社及共有財産ヲ管理スルノ權、此權ヲ剝奪スルノ理由ハ前項ニ同シ〇會社ノ財産ト共有財産トハ自ラ異ル所アリ二者共ニ民事上ノ無形人ナレトモ會社ノ財産ハ無形人タル會社ヲ組織スル者其會計ノ目的ニ從ヒ自由ニ之ヲ處分スルコトヲ得ヘキモ共有財産ニ在テハ然ラス共有財産ハ其財産ノ一

團ヲ以テ民事上一個人トスルモノナリ其管理人ハ財産ヲ處分スルモノニアラスシテ財産却テ此管理人ヲ支配スルモノナリ設例ヘハ寄附財産ノ如キハ其費途一定シテ決シテ他ニ之ヲ流用スルコトヲ得ス又タ其財産ハ必ス其目的ニ從ヒ費用セサルヘカラサルモノナルヲ以テ之ヲ管理スル者ハ寄附財産ナル無形人ノ意見ニ從ヒ自己ノ意見ニ從フコトヲ得ス我刑法ノ所謂共有財産ナル語ハ此等財産ヲモ包含シテ其區域甚タ大ナリト雖無形ノ一個人タル資格ヲ有セサル共有財産又ハ組合ノ財産ノ如キハ此限ニアラサルヘシ何トナレハ無形ノ一個人タル資格ナキ共有財産及組合財産ノ如キハ無形ノ一個

人ノ所有ニアラスシテ有形ナル各人カ各自ノ資格ヲ以テ其財産上ニ有スル私權ナレハナリ若シ果シテ否ラストセハ一タヒ重罪ノ刑ニ處セラレタルモノハ他人ト共ニ財産ヲ共有スルコト能ハサルニ至ルヘシ
九、學校長及教師學監ト爲ルノ權 是レ又前項ノ理由ニ從ヒ公私立ノ校長及教師學監ト爲ルノ權ヲ剝奪スレトモ敢テ他人ヲ教授スルコトヲ禁スルモノニアラス唯此等ノ地位ヲ占ムルコトヲ禁スルノミ

〔第三〕重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用井ス終身公權ヲ剝奪シ禁錮ノ刑ニ處セラレタル者ハ當然現任ノ官職ヲ失ヒ其刑期間公權ヲ行フコトヲ停止ス〔第三十二條及

第三十三條

〔第四〕停止公權ハ唯刑期間其公權ヲ行フコトヲ停止スルニ止マレリ然レトモ已ニ刑罰執行中タル以上ハ法律ノ明文ヲ待タス此等ノ權ヲ停止セラル、ハ分明ニシテ之ヲ行ハントスルモ得ヘカラス故ニ勳章、年金、貴號ヲ有スルノ權ノ停止ニ就テハ學者往々諸種ノ說ヲ爲スモノアリト雖特ニ之ヲ争フニ足ルヘキモノニアラサレトモ我刑法ハ此停止公權ヲ以テ刑期滿限後ニ及ホスコトナカリシハ遺憾ナリ予ハ輕罪ニ處セラレタル者ニ就キ公權ノ停止ヲ放免ノ後ニ及ホスコト猶ホ監視ニ於ケルト同一ナランコトヲ希望スルモノナリ但シ輕罪ノ刑ニ於テ監視ニ付シタル者ハ別

ニ宣告ヲ用井ス監視ノ期限内公權ヲ行フコトヲ停止スルヲ以テ監視ヲ附加スル輕罪ニ在テハ殆ント之ヲ刑期滿限ノ後ニ及ホスコト精神アルヲ見ルニ足ルヘシ(第三十四條)

第三節 治産禁

〔第一〕治産禁ハ賣買讓與等ヲ爲スノ私權ヲ行フコトヲ禁止スルモノニシテ若シ之ヲ行フタルトキハ無効ニ屬ス可シ然ルニ此等ノ私權ヲ行フコトヲ禁止スルハ甚タ嚴酷ナルニ似タレトモ唯自ラ財產ヲ治ムルコトヲ禁止スルノミニシテ敢テ其權ヲ奪フモノニアラス又々此治産禁ハ主刑ノ刑期中ニ止マルヲ以テ法律ノ明文ヲ待タス實際之ヲ行フコトヲ得サルナリ

〔第二〕重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用非ス其主刑ノ終ルマテ自ラ財産ヲ治ムルコトヲ禁止ス但シ假出獄ヲ許サレ又ハ流刑ノ囚幽閉ヲ免セラレシ者ハ行政處分ヲ以テ治産ノ禁ノ幾分ヲ免セラル、コトヲ得〔第三十六條第三十七條及第五十五條〕

第七章 刑期計算

第一章 刑期計算法

刑法上一月ト稱スルハ三十日ヲ以テシ曆ニ從ヒ二十八日二十九日三十日若クハ三十一日ヲ以テ一月トスルコトヲ許サス之ニ反シテ一年ト稱スルハ曆ニ從ヒ日數ヲ以テ之ヲ計算シ閏年ト平年トヲ區別スルコトヲ許サス〔第四十九

倉富評
此規定ハ日數ヲ以テ計算スル刑ノミニ適用スルト爲スハ何ノ據ルヤ
トコロアルヤ

條

日數ヲ以テ計算スル刑ニ就テハ我刑法ハ特別ノ方法ヲ定メタリ即チ受刑ノ初日ハ時間ヲ論セス一日ニ算入シ放免ノ日ハ刑期中ニ算入セサルモノトセリ〔第四十九條第二項〕蓋シ我立法官ハ時ヲ以テ之ヲ計算スルトキハ夜間ニ放免スルカ如キノ恐アルヲ防クノ目的ニ出テタル者ナルヘシト雖此目的ヲ達スルニハ單ニ放免ノ時刻若クハ時限ヲ定ムレハ即チ足レリ斯ル日數計算法アリト雖更ニ放免ノ時刻ヲ定メサレハ其目的ヲ達スルコトヲ得ス何トナレハ放免ノ日ハ之ヲ刑期ニ算入セサルヲ以テ放免ノ當日ハ午前一時若クハ午後十二時ニ之ヲ放免スルモ毫末モ法律ノ禁

防止スルハ司法制度ノ改良如何ニ存ス苟モ未決拘留ヲ以テ自由刑トシ又ハ未決囚ヲ以テ犯罪人タルノ推測ヲ下スコトナキ以上ハ未決拘留ハ公義ニ對スル國民一般ノ義務ナリトス然レトモ未決拘留ノ爲メ人民ノ現ニ蒙ル所ノ損害ノ極メテ大ナルハ茲ニ多辨ヲ要セサル明白ノ事實ナリ數年前ノ事ナリト覺ユ現ニ獨逸ニ於テハ一個ノ私立會社ヲ結合シ久シク獄舎ニ拘留セラレ其職業生計ノ道ヲ營ムコト能ハサリシ者ニシテ無罪放免ノ言渡ヲ受ケタルモノニハ相當ノ金錢ヲ惠與センコトヲ企テ獨逸人ゲー、エム、スタウト氏ノ如キハ一大富講ヲ起シテ其資金ヲ得ンコトヲ計畫シタレトモ其方法ノ困難ニシテ且ツ官許ヲ得ルコト

亦甚タ難キノミナラス此等ノ事タル私人ノ爲スヘキ業ニアラス當サニ國家政府ノ任スヘキモノトナシ遂ニ之ヲ國會ニ建議スルニ至リタレトモ未タ其實行ヲ見ルコトナシ此建議ニシテ果シテ理アラハ未決拘留日數ハ之ヲ刑期ニ算入スヘキハ論ヲ待タスト雖予ハ未決拘留日數ハ決シテ之ヲ刑期ト同視スヘキモノニアラストスル者ナリ然レトモ我刑法ハ檢察官ハ上訴ニ係ル者及ヒ犯人自ラ上訴シテ其上訴正當ナル時ハ原裁判宣告ノ日ヨリ刑期ヲ起算シ上訴中ハ未決拘留日數ヲ刑期ニ算入スルモノトセリ(第五十條)若シ此定規ニシテ果シテ學理ニ適スルモノトセハ無罪放免ハ言渡ヲ受ケタル者ハ政府ニ對シ相當ノ損害賠償

ヲ要求スルハ權アルモノトスルハ甚シキニ至ルヘシト雖
 我刑法ハ敢テ學理ニ基キタルモノニアラス唯被告人ノ利
 益ト實際ノ便宜トニ依リ此規定ヲ設ケタル者ニ過キサ
 ルヘシ今我刑法ノ學理ニ關スル當否ハ之ヲ措キ左ニ其規定
 如何ヲ見ム

一、犯人自ラ上訴シテ其上訴正當ナル時ハ前判宣告ノ日ヨ
 リ起算シ若シ其上訴不當ナル時ハ後判宣告ノ日ヨリ起
 算スヘキモノトス抑モ上訴ハ裁判言渡ノ確定ヲ妨クル
 者ニシテ上訴中ハ尙ホ未決拘留當タリ故ニ未決拘留ハ刑
 期ニ算入スヘカラサルハ前已ニ論述シタル如クナレト
 モ我刑法ハ特ニ一ツノ恩惠ヲ設ケ其上訴ノ正當ナル場

合ニ限リ之ヲ刑期ニ算入スヘキモノト定メタリ論者往
 々上訴ハ不當ナル場合ニ於テ此特惠ヲ與ヘサルハ犯人
 其不當ヲ知ルモ尙ホ上訴ヲ爲シ未決拘留日數ヲ以テ刑
 期ニ算入スルハ弊アルニ出ツルトスルモノナキニアラ
 スト雖若シ果シテ然ラハ論者ハ上訴中ノ未決拘留日數
 ヲ刑期ニ算入スルヲ以テ本則トシ而シテ唯上訴ノ不正
 ニシテ未決拘留日數ヲ刑期ニ算入スルコトナキ場合ヲ
 以テ其例外トセサルヘカラサルニ至ラン學理ニ適シタ
 ルモノト云フ可ラス又被告人上訴ノ願下ヲ爲シタルト
 キハ其願下ヲ爲シタル時ニ於テ其裁判ハ確定ス可シ何
 トナレハ上訴ノ申立ハ唯裁判確定ノ時間ヲ延滞セシム

倉富評
上訴ノ願下チ爲
ストキハ正當ノ
上訴ト爲ス可カ
ラサルニ依リ論
者ノ說ニ依ルモ
前判宣告ノ日ヨ
リ起算ス可キノ
論適切ナラサル
ニ似タリ

ルニ止マルヘキヲ以テナリ故ニ上訴ノ願下アリタルト
キハ其願下ノ時ヨリ刑期ヲ起算スヘキヲ正當トスレト
モ上訴中ノ未決拘留ヲ以テ刑期ニ算入スルヲ本則トス
ル論者ニ在テハ前判宣告ノ日ヨリ之ヲ起算スルモノト
セサルニ至ルヘシ而シテ論者ハ尙ホ能ク論者ノ目的タ
ル濫訴ノ弊害ヲ防止スルコトヲ得ヘキモノトスルカ〇
上訴ハ唯裁判ノ確定ヲ妨クルニ止マリ而シテ裁判確定
セサルトキハ上訴中ト雖之ヲ未決拘留トスルノ本則ニ
基キ附加刑ノミニ對シテ上訴ヲ爲シ其上訴正當ナリシ
トキト雖刑法ノ規定ニ依リ尙ホ其刑期ハ前判宣告ノ日
ヨリ計算ス

二、檢察官ノ上訴ニ係ル者ハ其上訴正當ナルト否トヲ分タ
ス前判宣告ノ日ヨリ起算スルヲ以テ我刑法ノ規定トス
レトモ上訴ノ結果ハ單ニ裁判ノ確定ヲ妨シルハ檢察官
ノ上訴ニ係ルト否トニ關係スルコトナキヲ以テ未決拘
留ヲ以テ刑期中ニ算入スルノ學理ニ適セサルハ己ニ前
項ニ述フル所ノ如シ故ニ此規定モ亦之ヲ法律ノ恩惠ニ
出テタルモノトスルノ外ナシ
三、上訴中保釋ヲ得又ハ責付セラレタル者ハ未決者ナルモ
拘留スルコトナキヲ以テ刑期ニ算入スヘキ拘留日數ナ
シ故ニ保釋又ハ責付中ノ日數ヲ刑期ニ算入スルコトヲ
得ス

× 第四篇 刑ノ適用

第一章 刑法典ノ體裁

刑法ハ犯罪ノ處分ヲ定ムル所ノ法律ニシテ或ハ之ヲ慣習法ニ一任シ別ニ法典ヲ設ケサル邦國アリト雖文明諸邦ニ於テハ概テ之ヲ法典ニ編成シ法律ノ正條ナクンハ何等ノ所爲ト雖犯罪トシラ之ヲ罰スルコトヲ得サルモノトスルヲ以テ法律ノ原則トセリ是レ「法律ナクンハ犯罪ナク又刑罰ナシ」[Nullum Crimen, nullum poenae sine lege]トノ格言ニ基ク所ノ原則ニシテ我刑法第二條ニ法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖之ヲ罰スルコトヲ得スト明言シ比附援引シテ法律ノ解釋ヲ下スコトヲ禁止セリ蓋シ解釋ハ効ヲ既往ノ事

ベル子ル氏刑法論第二七二葉
フオスハンエリ
一氏佛國刑法第一卷第二四號

實ニ及ホシ既得ノ權利ヲ害スルコトヲ得ヘキモノニシテ
 刑法ノ比附援引ヲ許スハ其害却テ嚴酷ナル刑法ノ正條ヲ
 設クルヨリ甚シ何トナレハ法律ノ嚴酷ナルハ豫メ其正條
 ニ觸ル、ノ所爲ヲ行ハスンハ即チ可ナリト雖解釋ノ當ヲ
 失スルモノニ在テハ豫メ法律ニ觸ル、ノ所爲ヲ避クルコ
 トヲ得サレハナリ

刑罰ノ適用ニ關シ法典編纂ノ體裁ニ三種ノ方法アリ第一
 ハ法律ノ各條ヲ以テ各犯罪ニ適用ス可キ刑罰ヲ固定シ法
 官ヲシテ各事件ニ就キ毫モ其刑罰ヲ斟酌スルコトヲ許サ
 ス第二ハ法律ハ唯或所爲ヲ以テ罪トスルコトヲ定メ其刑
 罰ハ全ク之ヲ法官ノ定ムル所ニ一任ス第三ハ唯各犯罪ニ

就キ適用スヘキ刑罰ノ範圍ヲ定メ其範圍内ニ於テハ法官
 ヲシテ各事件ニ付キ適當ノ刑罰ヲ定ムルコトヲ許スモノ
 トス故ニ第一ノ方法ハ法官專斷ノ惡弊ヲ避ケシメ法律ノ
 正條ヲ以テ特ニ定ムル刑罰ノ外決シテ之ヲ適用スルコト
 能ハサラシムレトモ法官ヲ以テ單ニ法律ノ器械トナシ各
 事件ノ情況ニ應シテ各人ニ適當ノ刑罰ヲ適用スルコト能
 ハサルノ弊ナキニアラス第二ノ方法ハ法官ヲシテ各事件
 ノ情況ニ應シテ適當ノ刑罰ヲ施スコトヲ得セシムルモ刑
 罰ハ全ク法官ノ自由ニ創定スル所タラシムルノ大弊アリ
 第三ノ方法ハ前二方法ヲ折衷シテ中正ヲ得セシメントス
 ルモノナレトモ國情ト時勢トニ由リ或ハ第一方法ニ傾キ

或ハ第二方法ニ偏スルコト少カラス我刑法モ亦此第三方法ニ基キタルモノナレトモ寧ロ之ヲ第一方法ニ傾キ獨逸及英國刑法ハ第二法ニ傾キタルノト云フヘシ

第二章 刑法ノ管轄

第一節 時ニ關スル刑法ノ管轄

第一款 刑法ノ頒布

刑法ハ其頒布ヲ待テ初メテ了知シ得ヘキ法律ノ状態ヲ爲シ施行期限ニ至リテ初メテ其効力ヲ生シ此期限ヲ經過スレハ法律ヲ知ルト知ラサルトヲ問ハス直ニ犯罪ノ責任ヲ發生ス故ニ犯罪ノ責任ハ毫モ法律ヲ知ルト否トニ關係ナク唯此犯罪ヲ定ムル所ハ法律ノ効力アルト否トニ關係ス

フオースタンエ
リイ氏佛國刑法
第二二號
エトケル氏法律
不識論

可シ學者往々此原理ヲ誤リ法律ノ不識ハ犯罪ノ責ヲ免ルコト能ハストスル原則ヲ以テ人ハ悉ク法律ヲ知ルヘキモノトノ推測ニ出テタルモノト爲スカ故ニ現ニ法律ヲ知ラサリシ充分ノ證據アリ以テ此推測ヲ破ルニ足ルヘキトキハ犯罪ノ責任ナキモノトセ決ルニ至ルヘシ又或學者ハ一タヒ法律ヲ頒布シ人民ノ了知スヘキ期限ヲ經過スレハ其法律ヲ適用スヘキモノナルヲ以テ法律ノ不識ハ犯罪ノ責任ヲ免ルコトヲ得サルノ理由トスルモノアレトモ是レ又誤謬ノ見ト云ハサルヲ得ス何トナレハ法律ヲ適用スルニハ必スシモ人民ノ了知スヘキ期限ヲ經過スルヲ要セス設ヒ其期限ハ人民ヲシテ了知セシムルニ足ラサルモ其

法律ニシテ効力アラハ直ニ之ヲ適用ス可ク人民ノ之ヲ了知スルト否トヲ問ハサレハナリ現ニ有名ナル保安條例ノ如キハ發布ノ當日ヨリ施行スルモノト定メタリ

第二款 刑法ノ致反効

法律ハ其効ヲ既往ニ及ホスコトヲ得ストハ法律ノ原則ナレトモ此原則ハ唯法律ノ解釋ニ屬スル推測ヲ定メタルモノ、ミニシテ必スシモ既往ニ及ホスノ法律ナキニアラス唯既得ノ權利ヲ害スルコト能ハサルコトヲ明示スルニ過キサルヲ以テ訴訟法治罪法ノ如キハ舊法ノ下ニ起リタル既往ノ事件ヲ審判スルニ新法ヲ以テスルヲ本則トス故ニ我刑法第三條ハ法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコト

ハル子ル氏刑法
管轄論第五〇葉
以下

シーゲル氏刑法
致反効論
ビンジング氏刑
法原論第四七葉

ヲ得スト云ヒ犯罪外ニ屬スル者ハ既往ニ及ホスナキヲ定メサルノミナラス其犯罪ニ係ル者ト雖既ニ舊法ニ依リ處斷セラルヘキ罪ニシテ新法ヨリ重キモノハ新法ヲ既往ニ及ホスヘキコトヲ定メタリ是レ同條第二項ニ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云ヘル所以ナリ今マ左ニ新舊法適用ニ關スル原則ヲ示ス
第一犯罪ハ其犯時有効ナル法律ニ對シテ其當時ニ成立スルヘキモノニシテ裁判ヲ待タテ始メテ犯罪ノ成立スヘキモノニアラス裁判ハ唯其犯罪ニ對スル責任ヲ定メテ之ニ一定ノ刑罰ヲ與フルモノニ過キス故ニ犯罪トナラサル所

爲ニシテ已ニ其所爲ノ了リタル後ニ至リテハ新ニ頒布セ
ル法律ノ違犯トシテ之ヲ罰スルコトヲ得ス何トナレハ犯
者ハ既得ノ權ヲ有スルモノナレハナリ

〔第二〕之ニ反シテ犯時ノ法律ニ照シテ罪トナルヘキ所爲ヲ
行フタルトキハ其所爲ハ即チ犯罪ニシテ犯罪ハ已ニ成立
スル者ナルモ新法ニ於テ之ヲ罪ト認メサルトキハ之ヲ罰
スルノ必要ナシ學者徃々之ヲ以テ犯罪ノ既得權トスルハ
誤レリ故ニ所犯頒布以前ニ在テ其犯罪ハ已ニ成立スルモ
新法ニ於テ之ヲ罪トセサルトキハ未タ判決ヲ經サル者ハ
其刑ヲ科セス已ニ判決ヲ經タル者ハ特典ヲ以テ之ヲ放免
スルノ外他ニ其方法ナカルヘシ

ミラース
アツク
録四五
事件合衆
決録第七
五葉

倉富評
如何ナル
例アル

〔第三〕前項ト同一ノ理由ニ依リ施行ハ年月ヲ限リタル一時
ハ法律ハ其年限内ニ犯シタル罪ト雖特ニ明文アルニアラ
サレハ之ヲ其期限經過ハ後ニ於テ罰スルコトヲ得ス設例
ハ夏期傳染病流行ノ年月間ノミ其効力ヲ有スヘキ罰則
ノ犯罪ハ此年月間ニ犯シタル罪ト雖冬期ニ至リ其法律ノ
効力ヲ失フタルトキハ之ヲ罰スヘキモノニアラス何トナ
レハ此法律ニシテ已ニ其期限ヲ經過スルトキハ此法律ハ
自ラ廢止セラレ前法律ノ罪ト爲シタル所爲ハ今ハ已ニ之
ヲ罪トセサルヲ以テ犯罪ハ已ニ成立スルモ全ク其刑罰ヲ
廢シタルモノタルハ前項ノ理由ト毫モ異ル所ナケレハナ
リ但シ我國現今ノ實際ニ於テハ徃々之ニ反シタル一二ノ

例ナキニアラサルカ如シ

〔第四〕舊法ニ於テモ犯罪トナリ新法ニ於テモ亦犯罪トナル
モ其刑ニ輕重アリテ尙ホ判決ヲ經サルトキハ左ノ數則ニ
基キ其輕キニ從テ處斷ス

(イ) 刑法ニ數次ノ改正アルトキハ舊法時代ノ犯罪ハ新法
ト比較シ二三ノ法律中其最モ輕キ刑ヲ適用スルニハ中
間ノ法律ヲ適用スルコトヲ得レトモ是レ唯恩惠ニ出ツ
ルモノニシテ學理上公平ヲ得タルモノニアラス設例ヘ
ハ第一ノ法律即チ犯時ノ法律ニ於テハ其犯罪八年ノ懲
役ニ相當シ第二ノ法律ハ四年ノ懲役ニ相當シ第三ノ法
律ニ於テハ六年ノ懲役ニ相當スル場合ニ於テ中間ノ法

ハル子ル氏刑法
管轄論第四五葉

律ニ依リ最モ輕キ四年ノ懲役ニ處スヘキモノトスルト
キハ犯時ノ法律ニ依リ現ニ六年ノ懲役ニ處スヘキモノ
ヲ唯四年ノ懲役ニ處スルノミニ止マルニ至ルヘク若シ
又第二ノ法律ニシテ全ク其刑ヲ免スヘキモノナリシト
キハ全ク刑ヲ科スルコトヲ得サルニ至レハナリ但シ既
往ノ罪ヲ問ハサルヲ以テ犯者ノ既得權トスル誤見ノ論
者ハ第二ノ法律ヲ適用スルヲ以テ正理ニ適シタルモノ
ト看做スヘキハ當然ナリ

(ロ) 刑ノ輕重ハ法律全體ノ寬嚴ニ關セス各犯罪事件ニ付
キ新舊法ヲ比照シ輕キニ從フヘキモノトス、新法ハ舊法
ニ比スレハ其全體ニ於テ寬ナルモ其舊法ニ比シテ重キ

部分ハ之ヲ舊法ニ依リ處分セサルヲ得ス

〔ハ〕故ニ新舊法ヲ比照スルニ當リ其刑ニ範圍アルトキハ
往々煩雜ヲ來スノ患アリト雖モ又タ敢テ甚々難トスル
ニ足ラス設例ヘハ舊法ニ於テ三年ノ懲役ニ處シ新法ニ
於テ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ相當スルモノナルト
キハ二年以^レ上三年以^レ下ノ重禁錮ヲ以テ處分スヘク舊法
ニ於テ一年以上四年以下ノ刑ニ處スヘキ犯罪新法ノ二
年以上三年以下ノ重禁錮ニ相當スルトキハ各其長短期
ノ輕キ者ヲ取り之ヲ一年以上三年以下ノ重禁錮ニ處ス
ルカ如シ

〔ニ〕又タ刑名ニ新舊法ノ異同アルモ先ツ其犯罪ヲ定メ各

々之ニ相當スル新舊法ノ刑罰ヲ比較スレハ其比較方法
ハ敢テ難キニアラスト雖新舊ノ刑罰其ノ性質ヲ異ニス
ル所アルヘキヲ以テ我國法律ニ於テハ特ニ新舊比較法
ナル者ヲ定タリ即チ明治十四年第八十號ノ布告是ナリ

第三款 刑法ノ廢止

〔第一〕不文法及ヒ必スシモ適用スルヲ要セサル成文法ハ久
シク之ヲ實際ニ適用セサルコト (Desuetudo) ヨリ自ラ廢滅ニ
屬スルニ至ルヘキモ成文法ハ他ノ成文法ヲ以テ之ヲ廢止
スルニアラサレハ決シテ廢滅ニ歸シタルモノトスルコト
ヲ得ス

〔第二〕前ニ發シタル法律ト後ニ發シタル法律ト抵觸スルト

増島評成文法ハ
成文法ニテ廢止
ルコトヲ得サル
ハ法律ノ通則ナ
ルモ英國ノ如ク
キハ近世社會ノ
進歩ハ法律條例
數多シテ從テ此
ヲ制定スルニ必
要ナシテ固スル
原則ヲ守テ遂ニ
コト能ハスニ

第七五葉

ビクトリア女王
第二十六年及第
二十七年ノ法律
ヲ以テ法律修正
委員ニ付スルニ
不用ノ成文法ニ
無効トスル權力
ヲ以テナリ

法律解釋學第四
章第十四則及ヒ
第十五則

ケント氏英國法
註釋第四八六葉
ブルーム氏英國
法註釋第一卷第
九三葉

増嶋評
一ノ法律ヲ廢止
スル法律トキハ自
ラ舊法ヲ復スル
ハ論理ノ如クナル
レトモ此正則ニ
從フトキハ實際
困難ヲ生スルコ
ト少ナカラス故
ニ英國ニ於テハ
ビクトリア女王
第十三年及第二十
四年ノ法律第二十
一章ニ依リ特
ニ明文アルモノ
ノ外舊法ヲ復ス
ルコトナキモノ
ト定メタリ

キハ時ノ後ナルモノハ前ナル者ニ勝ツトノ原則ニ依リ前
法ハ後法ノ爲メニ廢滅スレトモ此原理ヲ適用スルニハ宜
ク先ツ同一事件ニシテ新舊二法果シテ相容レサルモノナ
ルヤ否ヲ審定スルコト極メテ必要ナリ此原則ヲ適用スル
者往々之ヲ忘却シ或ハ同一ノ事件ニアラスシテ新舊二法
共ニ之ヲ併セ用ユヘク二法相容ルヘキモノヲ以テ尙ホ抵
觸ノ場合ト誤認スルカ如キハ往々其例ニ乏シカラス
〔第三〕憲法ト刑法ト抵觸スルトキハ憲法ヲ無効トシ刑法ト
行政諸規則ト抵觸スルトキハ刑法ヲ有効トス此等細密ノ
論理及ヒ其理由ハ之ヲ拙者ノ法律解釋學ニ讓ル
〔第四〕前法ヲ廢止改正スルノ法ヲ更ニ廢止シタルトキハ明

文ナシト雖舊法ヲ回復シテ再ヒ之ニ効力ヲ生セシム蓋シ
甲ノ法律ヲ以テ乙ノ法律ヲ廢止スル丙ノ法律ヲ廢止スル
トキハ三ニ二ヲ加ヘ更ニ二ヲ減シタルト等シク論理ノ明
定スル所ニシテ別ニ疑ノ存スヘキモノナシ然ルニ我國ニ
於テハ此場合ニ二様アリ必スシモ此論理ヲ用非スト雖モ
予ハ繁冗ニ涉ルヲ恐レ茲ニ之ヲ畧ス其詳密ノ議論及ヒ其
他法律一般ノ効力如何ニ就テハ讀者宜シク拙著ノ法律解
釋學第四章第一節及ヒ第二節ヲ通讀シテ其原理ヲ明ニセ
ンコトヲ希望ス讀者幸ニ毫末ノ利スル所アラハ予ノ大ニ
満足スル所ナリ

第二節 處ニ關スル刑法ノ管轄

千八百八十年九
月オックスフォ
ード國際法協會
議決第四款
ホーランド氏法
理學第二八一葉

第一款 國內ニ於ケル刑法ノ管轄

一國ニシテ苟モ不羈獨立ノ主權者アランニハ其範圍内ニ
於テ行ハレタル犯罪ハ何人ヲ問ハス之ヲ處罰スルノ權利
ヲ有スヘキモノタルヤ明ニシテ犯罪ノ地ハ即チ犯罪ヲ管
轄スヘシ之ヲ刑法管轄ノ屬地主義ト云フ故ニ内國人ハ勿
論外國人ト雖之ヲ其犯罪地ノ刑法ニ問ハサルヲ得ス
犯罪ノ地トハ其犯罪タル所爲ノ結果ヲ生シタル地ヲ指示
スト雖犯罪者ノ意思ハ必然其地ニ於テ犯罪ノ結果ヲ生スル
ニ在リタルキニアラサレハ之ヲ犯罪ノ地トスルコトヲ得
ス故ニ故意ヲ以テ犯罪ノ結果ヲ生シタル地ト偶然其結果
ヲ生シタル地トヲ區別スルコトヲ要ス設例ヘハ我國蝦夷

ホーランド氏法
理學第三二〇葉
ビールシー氏國
際私法第六七節
ストーリー氏同
上第六〇三乃至
第六〇七節

地方即チ魯領ト其境ヲ接スルノ地ニ於テ魯領内ノ者ヲ殺
サント欲シ我領地内ヨリ魯領境内ニ在ル所ノ者ニ向テ發
砲シタルトキハ魯領内ニ於テ絶命シタルト日本領内ニ於
テ絶命シタルトヲ問ハス之ヲ魯國ノ刑法ニ問ハサルヘカ
ラス若シ又之ニ反シ我境内ニ於テ之ヲ銃撃シ偶然魯境ニ
逃レテ遂ニ絶命シタルトキハ之ヲ我刑法ニ問ハサルヲ得
サルナリ

第二款 外國ニ於ケル刑法ノ管轄

屬地主義ノ管轄ハ國境ニ至リテ其ノ効力ヲ失フヘキモノ
ナレトモ尙ホ他ノ理由ニ依リ外國ニ於テ行ハレタル犯罪
ト雖モ我刑法ヲ以テ處斷スルコトヲ得ヘシ然ルニ外國ニ

於テ行フタル犯罪人ハ本國人ニ係ルモノト外國人ニ係ルモノトアルヲ以テ今之ヲ此二様ニ區別シテ論述セサルヲ得ス

〔第一〕外國ニ於テ本國人ノ犯シタル罪

本國人ノ其本國ノ法律ニ服従スルノ義務アルハ當ニ其本國ニ住スル年月間ニ止マラス外國滯在中ト雖モ亦此義務アリ故ニ單ニ各地方ニ固有ナル違警罪ノ外我刑法ヲ以テ其罪ヲ問フコトヲ得ヘシ之ヲ刑法管轄ノ屬人主義ト云フ然レトモ其犯人巳ニ外國ニ在ル以上ハ外國ニ於テ之ヲ逮捕スルコトヲ得サルヲ以テ犯人本國ニ歸リ來ルニアラサレハ之ヲ處刑スルコトヲ得ス唯場合ニ依リ缺席裁判ノ言

渡ヲ爲スニ止マルヘシ殊ニ我日本ノ利害ニ關係ナキ外國ノ犯罪ハ外國ノ安寧ヲ紊ルモノニシテ敢テ我刑法ヲ以テ之ヲ決斷スルノ必要ナシ故ニ外國ノ安寧ニ關スル刑法ノ管轄ハ諸國各々其成規ヲ異ニセリ獨逸諸州ノ過半、葡萄牙、魯西亞、諾耳威等ハ悉ク之ヲ罰シ英、米、及ヒ佛國ノ刑法ハ全ク屬地主義ニ依リ或僅少ノ場合ヲ除ク外、外國ニ於テ罪ヲ犯シタル本國人ヲ罰スルコトナシ或論者ハ日本國ノ安寧ニ關シ又ハ日本ノ貨幣國璽等ヲ偽造スル重輕罪及ヒ被害者又ハ外國政府ヨリ告訴告發ヲ爲シタル其他ノ重輕罪ヲモ罰スヘキモノトスレトモ若シ果シテ然ラハ我刑法ハ英、米、佛等ニ於テ我國人ノ犯シタル罪ヲ罰スルモ英、米、佛等