

丁即リ恰モ失カ標的ニ向テ放射セリレントスハ状態ニアル丁ヲ
要ス、故ニ殺人罪ヲ犯サンカ為メ刀劍ヲ購求シ之レヲ携ヘテ被
害者ノ居室ニ趣キタル如キハ豫備ノ行為ニシテ、被害者ニ会シ
白刃ヲ拔カントシタルハ着手ノ行為タルヘシ、蓋シ刀劍ヲ購求
シ又ハ之レヲ携ヘテ被害者ノ居室ニ進ムノ行為ハ被害者ノ死ニ
対シ恰モ矢カ標的ニ向テ進ムトスルカ如ク其進行ニ何等ノ
障害ナクシタル当然結果ニ到着スヘキ姿勢ヲ具ヘタル行為ニア
ス、其間一点ノ間隙ノ存シテ手連ヲ及ケリ、之レニ及ビテ被害
者ニ対シ將ニ白刃ヲ拔カントスルノ行為ハ其意思ニ依リテ之レ
ヲ按スル片ハ被害者ノ死ニ対シ恰モ矢カ標的ニ向テ進マント
スルカ如ク其進行シテ何等ノ障害ヲ無カラシメハ当然ノ結果ニ
到着スヘキ姿勢ヲ具ヘタル行為ニシテ其間一点ノ間隙ナク相
連シテ結局ノ結果タル被害者ノ死ト一体ヲナセル行為ノ起算ト
見ルヲ得ルハハナラズ、然レ共一歩ヲ進マテ論究スル時ハ豫備
ト云フ者ニシテ之ヲモテ「結果」ニ「犯行」ニ「到達」ニ「止ル」ニ「キ一行

高ノ階級タルモノハ即チ一定ノ結果ニ向テ進行スル者ノ挙動
中変転ノ著シキ点ヲ捉ヒ来リテ特別ノ名称ヲ附シテ之レヲ介
別シタルニ過キス、本来相連続シテ間隔ヲ生セサルモノナルカ
故ニ之レヲ明カニ分別スルハ困難ト云ハシムリハ聲口不可能ナ
リ、

總テ右ニ例示シクル場合ノ如ク互ニ著ク相異ナル者ノ間ニ付
テハ何人モ異議ヲ狭ムモノナシト雖モ、其漸ク相接近シタル場
合ニ付テハ各人ノ見解ハ必スシモ一致セズ、例ヘハ前例ニ於テ
被害者ノ邸宅ニ入ラントシテ其内戸墻壁ヲ踰越スル行為ノ如キ
ハ即宅ニ入り其邸内ニ潜伏スルカ如キ更ニ進ムテ内戸ヲコケ
テ入レトスルカ如キ之レヲ開キテ室内ニ入りタルカ如キ尚被害
者ノ居室ニ進ムレトシタルカ如キハ被害者ノ居室ニ闖入セシ
トシタルカキ、或者ハ之レヲ豫備トシ、或者ハ之レヲ着手ト
スフナリ。

第四 犯罪ノ実行

着手ト実行ト區別ニ付テハ法律ハ之ニ何等効果ヲ異ニスル
規定ヲ設ケサルハ故テ之レヲ區別スル實益ナシト雖モ、若シ強
テ之有リトセハ、後ニ説明ス、テ又故犯ナルモノハ実行ニ至リ
テ止スヘキモノニ付テ着手ニ於テ生セサル者ナルカ故ニ実行
ナルヤ着手ナルヤノ問題ニ付テ未ダ着手ニ過キスト決定セラル
ル時ハ又故犯ノ問題ヲ研究スルテ要セサルニ於テ實益アリト
云フヲ得ヘキノミナリ。

実行トハ第二編以下各本条及ヒ之レト全一ノ法条ニ於テ法律
カ罰率シタル犯罪ニ特別成立要素ノ主要ナル部分ノ一ニ接合シ
タル行為即チ犯罪自体ノ一部又ハ全部ヲ実演スルヲ云フ、例
スルニ又罪ニ付キ白刃ヲ被害者ノ身体ニ加ヘタルカ如キ、竊盜
罪ニ於テ其竊取セントスル所ノ物品ヲ握リタルカ如キ之ナリ。

第五款 犯罪ノ既遂及ヒ未遂

着手スルモ実行ニ至ラズ、実行ニ至ルモ未ダ法律カ各本条ニ
記セラルル犯罪構成要件ニシテ充定セラルル時ハ故ニ於ケル未

遂ニシテ着手ヨリ実行ニ進ミ実行ヲ終了シテ法律カ各本条ニ記
載シタル犯罪構成要件ノ凡テヲ充定シタル件ハ之ヲ既遂ト云フ
既遂ト未遂トノ區別ニ就テハ之レニ重大ナル效果ヲ附スルカ
故ニ之レヲ明確ニスルテ要スルモノ、單ニ法律カ各本条ニ記載
シタル犯罪構成要件ノ凡テヲ充定シタルヤ否ヤヲ以テ區別スル
ノミナルカ故ニ其區別極メテ容易ニシテ各本条ニ記載セラルレ
ル犯罪ノ各要素ヲ詳知セリ自ラ之ヲ區別シ得ヘキカ故ニ特ニ之
ヲ説明スルテ要セス。

犯罪行為カ單ニ着手セラルレ、又ハ実行セラルル、モ已遂ニ至
サルモノ即チ充義ニ於ケル未遂トシテ終了スルノ原因ナリ、或ハ
犯罪人ノ意思ニ拘ハサル事情ニ基クテアリ、或ハ犯人ノ任意ニ
基クテアリ、學者ハ通常前者ヲ所謂狭義未遂犯ト云ヒ後者ヲ中
止犯ト云フ。

又所謂狭義ノ未遂犯ニ酷似スルモノ彼ト異ナリ其行為カ始メヨ
リ既遂ニ至ルヘキ能力ナキ為メ已遂ニ至ルテ能ハサルモノアリ

学者之レヲ不能犯ト云フ、不能犯ノ何タルヤニ付テハ後ニ説明スルカ如ク種々ノ説アリ、故ニ單ニ其ノ概念ヲ示フルニ止ムヘシ。

第一項 未遂犯

(1) 未遂犯ノ要件

第四十三条ニ曰ク、犯罪ノ実行ニ着手シテ遂ケサルモノハ其刑ヲ減スルコトヲ得、但レ自己ノ意思ニ依リニ止メタル時ハ減刑又ハ免除スト、即チ前段ノ場合、犯罪ノ実行ニ着手シ犯人自己ノ意思ニ拘ハラサル原因ニ基キテ犯罪ヲ遂ケサル場合ヲ未遂犯ト云フナリ、此定義ニヨルキハ未遂犯ナル者メニハ次ノ要件ヲ具備スルヲ要ス、

(A) 実行ニ着手シタルコトヲ要ス、犯人ノ行為ハ未遂犯タルカ否ニ依リ犯罪ハ既ニ着手以上ノ或ル行為ヲ為シタルコトヲ要ス、豫備ノ行為ニ止マル場合ニハ未遂タルコトヲ得サルモノトス。

(B) 有意ノ犯罪タルコトヲ要ス、之レヲ遂ケサルモノトアルヲ

以テ犯罪ヲ犯サントノ意思アルコトヲ要ス、着手シテモトアリテ有意罪ニアラサレハ着手其者ナキカ故ニ從テ無意犯ト称スル過失犯ニハ未遂犯ナキモノトス。

(C) 犯人任意ノ意思ニ係ラサル原因ニ基キテ遂ケサルコトヲ要ス、即チ犯罪ヲ遂ケサレバ原因ハ犯人任意ノ意思ニ基カサルヲ要ス、故ニ若シ犯人任意ノ意思ニ依リテ遂ケサル場合ニ於テハ後ニ云フ中止犯ニ属シ爰ニ云フ未遂犯ニ属セサルナリ。

(2) 未遂犯ノ種類

法律カ各本条ニ記オシタル犯罪構成要件ノ凡テヲ充テタルモノ、即チ既遂タル者ニハ單ニ犯人ノ身体ノ運動ノミヲ以テ足レリトス、モ、ノ下リ、或ハ一定ノ結果ノ發生スルコトヲ要スルモノアリ、前者ニ付テハ犯人任意ノ意思ニヨラサル事情ニヨリ犯人カ犯罪構成ノ要件タル凡テノ行為ヲ終了セサリシ時ニ於テ未遂犯ヲ形成ス、後者ニ付テハ犯人カ犯罪構成ノ要件タル凡テノ行為ヲ終了セサル時ハ勿論已ニ終了シタル時モ法律カ構成

要件ノ一トシテ要求シタル一定ノ結果ヲ発生セザリシ時ニ於テモ亦未遂犯ヲ形成ス。故ニ一定ノ結果ノ発生ヲ要求セザル犯罪ハ行為ヲ完了セズト云フ一ノ未遂ノミナルモ一定ノ結果ノ発生ヲ要求スル犯罪ハ行為ヲ終了セズト云フ未遂ト行為ヲ終了シタルモ結果ヲ発生セズト云フ未遂トノニツノ場合ヲ生スヘリ、三ノ完ラレタガモ結果ヲ発生セザリシニヨルモノトノニツニ分リテ得ヘシ。前者ハ企行未遂ト云ヒ、后者ハ之レヲ終了未遂ト云フ。

(α) 企行未遂、或ハ未行未遂、又ハ着手未遂ト云フ、着手シテ未ダ実行ニ至ラズ、又ハ已ニ実行シワ、アル際犯人ノ意思ニ拘ラス事情ノタメニ妨ケラレ未遂ニ終リタルモノ、例ヘハ人ヲ殺サントシテ白刃ヲ振上ケタル際ニ巡查ニ逮捕セラレ、又ハ被害者カ之レヲ嚙下セントスル際毒物タルヲ発見シ之レヲ服用セザリシガ、殺害ノ行為ヲ妨ケラレタル場合ヲ云フ。

(β) 終了未遂、已行未遂、又ハ既遂ト云フ、犯罪ヲ完成セシムルニ至リト認めヘキ凡テノ行為ヲ犯人カ終了シタルニ拘ラス犯人ノ意思ニ拘ラサル事情ニヨリ豫期シタル結果カ発生シザリシガ、ニ未遂ニ終リタルモノ、例ヘハ人ヲ殺サントシテ茶碗シタルモ手ノ内狂ヒタルニヨリ被害者ニ命中セシ、毒物ヲ施用シタルモ被害者解毒薬ヲ服用シタルニ依リテ毒物効ヲ奏セズ殺害ノ結果ヲ生セザリシ場合等ヲ云フ。

(附言) 如何ナル事實アラハ犯人ニ於テ犯罪ノ結果ヲ生セシムルニ至リテノ行為ヲ終了シザリト見ルヘキカ一般ニハ例ヘハ被害者ニ彈丸ヲ発射シザルヤ、又ハ毒物ヲ施用シ終リタルマ、即チ犯人カ時ノ経過ノミニヨリテ当然犯罪ノ結果ヲ生スルニ至ルヘキ原因タル凡テノ行為ヲ終了シタルヤ否マニヨリテ和シル、一般ニ於テハ犯人カ時ノ経過ノミニヨリテ當然犯罪ノ結果ヲ発生スルニ至ルヘキ原因タル凡テノ行為ヲ終了シタルヤ否マニ依リテ之レヲ知ルヘキモノニシテ格別ノ困難ナシト云モ可

如キ特別ノ場合ニハ聊カ面倒ナリ、即チ次ノ如キ例ニ如何
解スハキヤ、

例ハ、十個ノ彈丸ヲ携ヘテ人ヲ銃殺セシムル數回發射シテ
ミ命中セサルヨリ尚數回ノ彈丸ヲ餘ス。モ抑テ又兩度ノ行為ヲ
一止レ又ハ刀ヲ以テ人ヲ切害センコト欲シテ之レヲ打テタルノ刀
折レテ用テララス故ニ現場ニ有リ合ヒテハ銃槍ヲ以テ更ニミヲ
打殺サレトセシモ心中悔悟シテ用返ノ行為ヲ中止シタルニシテ殺
害ノ行為ヲ果サレル場合ニハ各違ヒテ誤射モリ長初刀ヲ以テ打
テタル行為ハ何レモ犯人ノ時ノ経過ニ依リテ當然比、結果ヲ結
生スルニ足ルヘキ原因タル凡テノ行為ヲ終了シタルモノナルヲ
以テ已ニ之數犯ヲ形成シタルモノニシテ、爾後ノ行為ヲ中止シタ
ルハ單ニ新ナル他ノ行為ヲ爲サザリシニ過クシト見ルヘキヤ將
テ夫々犯人ニ於テ時ノ経過ニヨリ當然死ノ結果ヲ發生スルニ至
ルヘキ原因タル凡テノ行為ヲ終了セス。凡テ此ノ所謂中止犯ヲ
以テモ、モクハヤニ付キ疑問ヲ生レ何レニモ解決スルヲ得ヘシ

然トモ凡ソ一ノ行為ハ之ヲ令解セハ實際無數ノ行為カ時ト
場所トノ于係ニ於テ相連続シテ形成セルモノニシテ通常吾人カ
之レヲ称シテ一所爲トスルハ其無數ノ行為カ時ニ於テ場所ニ於
テ密接ニ連続シ一休ヲ爲シ分馬スヘカラザルカ如ク見ユルニ依
ルナリ。然リ而レテ尚時又ハ場所ノ于係カ密接ナルヤ否ヤハ相
對的ノ觀念ニシテ其間明白ナル標準ナシ。

唯吾人ハ通常分別シテ考ヘ得サル程ニ接続セル行為ニテラサ
ルモ時ト場所トカ著シク相接近シ、前後ノ行為カ犯人ノ意思ニ
依リ持續セラレ一休ト思フヘキ場合ニ於テハ之レヲ一所爲ト考
ヘテラ普通ノ觀察トスルカ故ニ本文ノ如キ場合ニハ之レヲ一所
爲ト見做シ中止犯トスルヲ以テ穩當ナリト思フ。

(3) 未遂ナキ犯罪
多數ノ犯罪ハ未遂犯アリ、然レトモ總テノ犯罪必スレモ悉ク
未遂犯ヲ有セス。

(4) 無意犯罪及ヒ結果犯ハ前述ノ如ク罪ノ実行ニ着手シ云々

トアリテ犯人ニ於テ法律カ犯罪トシテ規定シタル自己ノ行為ヲ
知覚スル下、即チ未遂犯タルヘキ行為ハ有意犯タルトテ要スル
カ故、無意犯ト稱スルハ過失犯及ビ結果ノ発生アリテ始メテ
犯罪アリトスル結果犯等ニハ未遂犯トキモトス。

(乙) 抽象的名称ヲ附セル罪、前述ノ如ク之レヲ遂ケサルモノ
トアルカ故、法律上漸ク進ムテ既遂ニ至ルヘキ性質ノ行為ニ係
ル下テ要スルカ故、法律カ或抽象的ノ事案ヲ提ヘテ之ニ或形容
詞即チ抽象的名称ヲ附シタルモノ(例ハハ不敬罪、猥褻罪ノ如
キ)ハ現出シタル抽象的ノ行為カ法律上不敬又リ猥褻ト判評ス
ヘキモノナルヤ否ヤニヨリ不敬又リ猥褻ノ罪カ然ラサルカノニ
看真一ニ出テサルモノニシテ不充分ナル不敬又リ猥褻ト云フ
ノ想像スルヲ得ルカ故ニ此等ニハ未遂ナレ。

(丙) 真正ノ不作為犯、不作為犯ニハ未遂アリヤ否ヤノ問題ハ
要火疑ノ要スヘキモノナリトモ、余ハ真正ノ不作為犯ニハ未
遂犯トク之トモ及レ不遂止、人亦不作為犯ニハ未遂アリト思料ス。

(附言) 何故ニ真正ノ不作為犯ハ未遂犯ナクシテ不真正ノ不
作為犯ニ未遂アリトスルカ、之レヲ畧言スレバ、前者ハ一定ノ
時期ニ於ケル(為シツ、アル)身体ノ運動ヲ停止シ原状ニ復シ又
ハ始メヨリ身体ヲ運動セシテ原状ヲ維持スル等)身体ノ原状
維持ヲ罰シ、後者ハ義務ニ違反シテ身体ノ現状ヲ維持シ、以テ
結果ノ発生ニ及ビ重量ヲ加ヘサルコトニ由リテ結果ヲ発生セシ
ノタルコトヲ罰スルモノニシテ、尚少シク詳説スレバ前者ニ於
テハ一定ノ時期ニ於テ法律ノ要スル身体ノ運動アリシヤ否ヤ
ニヨリテ犯罪ヲ構成スルカ然ラサルカ二者其一ヲ出テス、換言
スレバ罪ヲ構成スルカ為ニハ一定ノ時期ニ於テ法律カ要求スル身
体ノ運動ヲキコトヲ要シ之アルニ於テハ罪ヲ構成セサルニヨリ
何程其時期ニ接近シタル不作為ノ状態アリトモ其状態カ右ニ
為セル一定ノ時期ニ達着シテ罪ヲ構成スル犯罪ノ外ノ発生ニ接
近シタル状況アリトモテ得ス、後者ニ於テハ犯人ノ身体ノ位
置ノ原状ヲ維持シテ何等變動進退スル下ナクとも之ニヨリテ

犯人ノ作為ト云フ及対重量ニヨリテ其進行ヲ阻止セラルヘキ動
カハ漸次結果ノ發生ニ向テ進行シ爰ニ作為犯ニ於テ犯人ノ動作
ニ由リ結果ノ發生ニ近接スルト同一ノ状況ヲ現出スヘク其状況
ヲ現出シタル時期ニ於テハ犯罪ノ着手ニ到達セルモノニシテ其
時期以後ニ於テ更ニ結果ノ發生ヲ妨ケラレテ既遂ニ至ラサルコ
トアルヲ想像スルヲ得ヘケレハナリ。

(4) 未遂犯ノ処分

昔時羅馬歐洲中世ノ法制ニテハ、法律ハ一般ニ未遂犯ノ処分
ニ于スル總則ヲ掲ケス、各場合ニ付キ特別ノ規定ヲナスニ過キ
ナリシカ近世劇明國ノ刑法ニ於テハ皆之レニ于スル總則ヲ掲ケ
ルモノトス。

(a) 未遂犯ヲ処罰スル犯罪ニ付キ我旧刑法其他二三ノ外國法
ニ於テハ罪ヲ三分シ、重罪、輕罪、違警罪ノ三トシ重罪ハ通常
皆具未遂ヲ罰シ、輕罪ハ各本条特別ノ罪名ヲ記載セル場合ニ限
リ之レヲ罰ストシ、違警罪ハ之レヲ罪セサルヲ原則トシタリ

レハ、現行刑法並ニ比較的 newer 他國ノ刑法ニ於テハ犯罪ヲ
二分シ、其中ノ違警罪ニ于スルモノハ原則トシテ一般ニ其未遂
ヲ処罰セサルヲトシ、犯罪ト稱スルモノニ付テハ各本条特別ノ
規定ヲ設クル場合ニ於テ之レヲ処罰スルトナセリ。

以上ハ未遂犯ヲ処罰スル犯罪ノ範圍トシフヘキナリ。

(b) 未遂犯ニ對スル刑罰ノ程度、未遂犯モ已遂犯ト同一ノ刑
ニ以テ処罰スヘキヤ、將テ輕減シテ処罰スヘキヤニ付テ主義分
ル、主觀主義ノ立法ニテハ未遂犯モ亦之レヲ犯人決意ノ状況ヨ
リ見ル片ハ全ク已遂犯ト同一ニシテ只偶然ノ出來事ニヨリテ結
果ノ發生ヲ妨ケラレタルニ過キサルモノナルカ故ニ已遂ト同一ノ
刑ヲ科スヘシトナスハ他刑法ハ之レニ依ル (他刑法ニ条) 客
觀主義ノ立法ニ於テハ全一罪質ノ行為ニテモ依テ生セル実害ノ
大小ニヨリテ刑罰ヲ異ニスヘキハ当然ニシテ未遂ハ已遂ニ比シ
実害常ニ小ナルカ故ニ幾分ノ輕減ヲナスヘシトス (一等又ハ二
等ヲ減ストセリ) 我旧刑法第百十二條ニ自、和、獨等ハ此主義

ヲ採ル、折衷主義ノ立法ニ於テハ刑罰ノ輕重ハ一面犯罪ニヨリ
生シタル実害ノ大小ニヨルヘキモノナルヲ他ノ一面刑罰ハ社会
防衛ノ爲メ犯人其人ニ科セラル、モノコレテハ其目的ヲ達セン
ニハ犯人ノ品性ノ危険ノ程度ニ対応セサルヘカラス、故ニ裁判
官ヲシテ各場合に付キ已遂ト全一ニ或ハ之ヨリ輕減シテ処罰ス
ルヲ得トナス、我現行刑法ハ之レニヨル（第四十四条）

（附言）近世ニ三ノ法制ニ於テハ未行ト終了トニ付キ処分ヲ
異ニスルモノアリトモ我刑法ハ之レヲ採ラス、又一般ノ学説
ニ適合シタルモノコレテ宜シキヲ得タルモノトス、有力ナル学
者ノ皆之ヲ贊同スル如ク、然レ共処分ヲ異ニスルハ西班牙刑
法（第六十大条第六十七条）露國刑法（第一百十四条第一百十五条）
葡萄牙刑法（第一百四条第一百五条）伊太利刑法（第六十一条第六
十二条）

第二項 中止犯

中止犯トハ第四十三条ニ所謂、犯罪ノ実行ニ着手シタルモ犯
人自己ノ意思ニヨリ之ヲ止メタルモノニ至ラサル場合ヲ
云フ、

前項未遂犯ノ場合ト異ナル莫ハ、犯罪ノ行為其モノ又ハ其結
果ノ發生ヲ中止シタル原因カ彼レハ犯人ノ意思ニヨラサルニ及
ビ是レハ犯人ノ意思ニヨルノ莫ニ存ス、例ハ一人ヲ斬殺セント
シテ白刃ヲ振り上ケタルモ巡查ニ取押ヘラレタル爲メ、又人ヲ
射殺サントシテ発砲セルモ彈丸命中セザリシメ殺人ノ行為其
モノ其結果ノ發生ヲ阻止セラレタル場合ニリ未遂犯ニシテ、白
刃ヲ振り上ケタルモ頓ニ測隠ノ情ヲ起シ犯人自ラ其行為ノ非ナ
ル知リテ任意ニ中止シ、又ハ人ヲ毒殺セシカ爲メ既ニ毒物ヲ施
用シタルモ後悔シテ犯人自ラ再ヒ解毒劑ヲ施シテ其結果ノ發
生ヲ阻止シタル場合ハ中止犯ナリ、犯人ノ意思ニ拘ラサル事情
ニヨリテ犯罪ヲ中止セラレタル場合ニハ右ニ掲タル如ク犯人ニ
於テ其行為ヲ遂行セントスル無形的意思ノ状態ハ依然トシテ變
ズルトナキモ有形的犯罪ノ行為若クハ結果ソノモノカ犯人ノ意

思ニ拘ハラサル事情ニヨリテ阻止セラレタルカ爲メニ犯罪ヲ中
止セラレタル場合ヲ以テ一般ノ例トナスモ、犯人ノ意思ニ拘ハ
ラサル事情ニヨリテ中止トシ犯人ノ注意ニ出テサル中止ヲ意味ス
ルモノナルカ故ニ命令犯人ノ意思ク先ツ中止セラレ其結果トシテ
行為ヲ中止セラレタル場合ト雖モ到底犯罪ヲ遂クルヲ能ハス又
ハ犯罪ハ命令之レヲ遂行スルヲ得ルモ之レヲ遂行セント欲ス
ルニ至ラレシメタル原因タル慾望ヲ満足スル能ハス若クハ命令之
ヲ遂行シテソノ動機タル慾望モ又之レヲ満足スルヲ得ヘキモ
之レヲ遂行シ又満足セシトスル時ハ当然刑罰ヲ免カル、¹能ハ
スト思慮スヘキ物質的、故障ニ強迫セラレタルカ爲メ止レテ得
スレテ犯罪ヲ中止シ依テ行為ヲ中止シタル場合ニハ任意ノ中止
ニアラス、強ヒテ中止セシメラレタルカ故ニ犯人ノ意思ニ拘ハ
ラサル事情ニヨリテ中止ニシテ未遂犯タルハキモノトス、例ハハ
盜カ人ニ発見セラレタルカ爲メ又ハ巡查ノ未ルヲ望見シ又ハ近
リキ来ル足音ヲ聞キタルカ爲メ止レテ得ス其犯罪ヲ中止シ依テ其

行為ヲ中止シタル場合ノ如キ之レナリ、然レモ中止カ犯人ノ任
意ニ出テタリトノ事實タニアラハ必スシモ犯人ニ於テ真心悔悟
レテ決意ヲ緩シタルヲ要セサルカ故ニ例ヘハ其時其場所ニ於
テハ之ヲ遂行スルニ便ナルカ爲メ又ハ容易ニ発覺セラル、ノ恐
アルカ爲他日ヲ期シテ一時其行為ヲ中止シタル場合ニ於テモ中
止犯タル丁ヲ妨ケカモノトス。
旧刑法ニテハ無罪ヲ担保トシ犯罪ニ依ル害悪ヲ避ケントスルカ
故ニ基キ全然之レヲ如罰セラル事トセシカ中止犯ト雖モ場合ニ
ヨリテハ未遂犯ト同シク全一ニ如罰スルノ必要アル場合アリ、
又中止以前ニ殊ニ如罰ヲ要スヘキ一定ノ結果ヲ發生スル場合ア
リ從テ無條件ヲ以テ全然之ヲ無罪トスルハ政策ノ宜シキヲ得タ
ルモノト云フヲ得サルナリ、近世一般ノ立法又ハ学説ニ於テハ
中止犯ハ未遂犯ト全シク其刑ヲ減刑又ハ免除ヌ可キモノトス、
現行刑法ハ其刑ヲ輕減又ハ免除ヌルコト、セムハ最近世ノ立法
又ハ学説ニ基ケルモノナリ(刑法第四十三條)

第三項 不能犯

通常吾人カ未遂犯ト称スル場合ハ、前ニ掲ケタルカ如ク、例
ヘリ甲者カ乙者ヲ殺害セシト欲シ自及ヲ振上ケタルモ却テ被害
者ノ為メ乙之ヲ棄ヒ取ラレ、又ハ乙者ニ向ヒテ発砲シタルモ
手ノ肉悪カリシ為メ彈丸他ニ外レテ命中セザリシカ為メ、若ク
ハ人ヲ殺スニ充分ナル分量ノ毒物ヲ施シタルモ乙者之ヲ覺リ直
クニ解毒劑ヲ服用シ毒物ノ奏効ヲ妨ケタルカ為メ殺害ノ目的ヲ
達スルコト能ハサルカ如キ場合ナリ、若シ以上ノ如キ殺害行為
ニ於テ甲者ハ樹幹ヲ以テ乙者ナリト誤認シ之レニ斷リ付ケ、又
ハ乙者ハ乙者ナリト誤認シテ他ノ無害物ヲ与ヘタルカ為メ、乃至
ハ被害者ハ當位セル其居室ニ在リト誤認シテ空室ニ発砲シ、又
ハ分量ヲ誤リ人ヲ殺スニ足ラサル少量ノ毒物ヲ被害者ニ与ヘタ
ルカ為殺害ノ目的ヲ達スルコト能ハザリシ場合、即チ行為カ手段
ト目的トノ于係ニ於テ到底犯人ノ豫期シタル結果タル犯罪ヲ発
生セシムルノ性質ヲ有セザリシ場合ニ於テハ不能犯トシテ未遂

犯ノ範圍ニ屬セザルモノナルヤ否ナリ從來學者ノ論争スル所ニ
シテ極メテ困難ナル問題トス、

本問題ニ付キ或者ハ全然普通所謂未遂ノ行為ト全一ニ如斯ク
ヘキ者ナリト主張シ、他ノ者ハ之ト全然及對ナル見解ニヨリ
未遂犯ト全シカラサル不能ノ行為ナルカ故ニ未遂ノ行為ト全一
ニ如斯クスルコト得ヌト解釈シ、又更ニ他ノ説ヲナスモノ、中或
者ハ未遂犯ニ屬ストシ他ノ者ハ不能犯トシテ法律ノ如罰セザル
モノナリト論ス、

即チ余ハ先ツ本問ニ于テ從來行ハレタル學說ノ主ナル者ヲ
揭示シ次ニ其見ヲ示スヘシ。

(甲) 客觀主義ノ學說

(一) 独乙ノ *Vermeidbarkeit* 凡ソ法律カ或行為ヲ罪トシテ如罰
スルハ之ノ其行為カ或被害ヲ生シ又ハ被害ヲ生スルノ危険アル
カ為ナリ、從テ若シ夫レ或行為ニシテ実害ハ勿論何等実害ヲ生
スル危険ノモナカラシカハ依令行為ノ意思ハ犯罪ヲナスニアルモ

ソハ単ニ犯意アリト云フニ止マリ何等犯罪トシテ処罰ヲ要スヘキ行為ナシ、之レヲ罰ストモ犯罪ノミヨ罰スルノ結果ヲ生シ刑法ノ犯行ヲ罰シテ其犯意ノミヲ罰セサルノ大原旨ニ及スル至ルヘシトクラシツクハ、學說即チ客觀主義ノ學說ノ守持ニ其義狹ニ刑法教科書第四十二條ニ於テ未遂犯ノ場合ニ於テハ犯人ノ行為ハ其目的トシテ犯罪ト原因結果ノ干係ニ於テ相連結セツル客觀的ノ危險ヲ有セサルヘカラスト主張シ犯人ノ行為ト犯罪(犯人ノ目的トシタル)トノ間ニ因果ノ干係(隨テ其間ニ客觀的危險)アリヤ否ヤヲ調査スルノ必要コト犯罪行為ヲ手段ト目的トニ區別シ他方ヨリ具テ係ヲ講究シ何レカ一ニ於テ危險ノ存在ヲ阻却スヘキ事情アルハ不能犯トシテ罪ヲ構成セストセリ說明尙簡ニシテ尽サレル所アルカ故ニ、乃見稍明白ナラスト雖モ行為カ有實ナル為ニハ其為シテハ行為ト其目的トシタル犯罪トノ因果ヲ係隨テ其間ニ客觀的危險アルノ要スト說明レ何チ于係スル所ナキニ依テ之ヲ見レハ民リ當テ実害ヲ發スヘキ

物質的ノ因果ヲ係隨テ危險ナキ場合ニ於テハ次ニ所謂絶対的ノト于係的ノトニ論ナク凡テ不能犯トシテ罪ヲ構成セストスルモノニシテ客觀主義ノ中最も純ナル者ナルカ如シ。

(三) *Fernerbach* 氏ノ後ヲ受ケテ本尙ヲ研究シタルモノハ *Wittmerger* 氏トス氏ハ先ツ目的物ヲ欠如スル場合ハ到底

犯罪ヲ構成スヘカラサル者ト決シ手段ニ于テハ他ノ事情如何ニ于テス自體發生スルコト能ハサルモノナリヤ將具場合ニノミ限リ特ニ結果ヲ發生スルコトヲ得ナリシ者ナルヤヲ考查シ前者ニ屬スル片ハ目的物ヲ欠如スル場合ト同シク不能犯トシ後者ニ屬スル片ハ未遂犯トシテ処罰スヘキ者ト決シ遂ニ有名ナル絶対的ト于係的トノ不能ヲ區別スルノ學說ヲ創始セリ、之レニ由テ氏ハ最初所謂絶対的不能從テ無罪タルヘキモノト于係的不能從テ未遂犯タルヘキ者ヲ定ムヘキ時、標界ヲ着手行為ニ取リ不能ノ原因カ着手ノ以前ニ存シタル片ハ絶対的不能トシ然ラサル片ハ于係的不能トセシカ後ニ至リ例ヘハ人ヲ毒スニ足ルヘキ毒物

ヲ一ノ牛乳瓶ニ混入シ置キ以テ殺人可能ノ豫備ヲナシタルニモ
拘リテ着手ノ際誤テ他ノ純牛乳ヲ盛りタル瓶ヲ取り出し之ヲ被
害者ニ飲用セシメタル場合ニ於テハ絶対不能ニアラステテ係
不能徒テ未遂犯トシテ処罰スルキ者ナリト説明シ以テ漸ク自説
ノ根拠ヲ攪乱セントスルニ至レリ。

(三) Vonbar 氏ハ、凡ソ法律カ罪トシ罰スルハ其行為カ法律
ノ保護スル利益ヲ害シ又ハ害スルノ恐アル場合ハ犯罪ノ目的物
カ存在シ又ハ犯罪ノ構成ニ必要ナル性質ヲ具備セハ場合ニ限ル
モノニシテ、之レニ及ンタル場合例ヘリ殺害セムト欲シタル目
的物カ生活セル人ニアラステ死屍又ハ樹幹ナリシ場合若クハ
有テノ婦ナリト信シタル婦女ノ事實有夫ノ婦ニアラステ処女
ナリシ場合等ニ於テハ犯人ハ如何ナル手段ヲ講スルモ決シ
テ殺人又ハ姦通罪ヲ發生セシムル能ハス、即チ到底法律ノ保
護スル利害ヲ害シ又ハ害スルノ恐ナキカ故ニ不能犯トシテ無罪
トシテハヘカラスト主張シ、不能犯トシテ無罪タルヘテ場合ノ

犯罪ノ目的物カ存在セサルカ又ハ犯罪ノ構成ニ必要ナル性質ヲ
具備セサル場合ノミニ限定セリ。

主観主義ノ學說

從來 Feuerbach 及ヒ Mittermeyer 氏等ノ學說ニ及テシ
テ主張セシレタル主観主義ノ學說、又ハ判例ノ必シモ一ニシテ
止ラサリレモ犀利ナル論法ヲ以テ本説ヲ主張シ、殆レト客観主
義ノ學說ヲシテ其根拠ヲ失ヒシメ益々現今獨乙帝國ニ判所ノ判
例ヲ主観主義タルニ至ラシメタルモノハ獨乙、Von Bar 氏ト
ス、以主義ヲ主張スル學者就中 Von Biele 氏ハ先ツ客観主義ノ
誤謬ヲ指摘シテ之レヲ覆説シ以テ自説ノ根拠ヲ作ラシメテアリ
シカ故ニ、先客観主義ノ學說ニ對シテ嚴格ナル論理的解剖ヲ試
ミテ曰ク、客観主義ヲ主張スル學者ハ行為ト結果トノ間ニ於ケ
ル可能的ナル因果ヲ係ノ存在ヲ要件トセリ、然レモ其所謂因果
ヲ係ナルモノハ如何ナルモノヲ云フカ、實在ノ者カ將タ無形ノ
モノカ、實在ノモノトスレハ未遂犯ハ結果ヲ生セサルモノニ

テ事實ニ於テハ行為ト結果トノ間ニ何等因果ノ于係アルヲナシ
行為ト結果トノ間ニ因果于係ノ存在スルモノハ独リ已遂犯アル
ノ、若シ夫レ無形即チ精神的又ハ因果的ノ者ト能力如何ナル
未遂ノ行為モ皆之ヲ有シ必スシモ論者ノ云フカ如キ不能于係
ルノ、ニ限ラス從テ若シ實在ノモノトセハ如何ナル未遂ノ行為
モ全部之レヲ有セスト云フヘク無形ノモノトスレハ凡テノ未遂
ノ行為ハ皆全部之レヲ有セリト云フヘシ、其間有無ノ多少ヲ認
ムルヲ得ス、爰ニ於テカ實在ノ因果于係アルフトヲ要ストセ
ハ凡テノ未遂ハ皆於于係ナキカ故ニ皆無罪ナラサルヲ得ス、必
シモ論者ノ所謂不能犯ノ、ニアラス、之ニ及ビテ若シ無形ノ因
果于係アルヲ以テ足レリトセハ凡テノ未遂ハ全部之ヲ有スルカ
故ニ其間漫然區別ヲ設ケ一ヲ不能他ヲ可能トスルヲ得ス、換言
スレハ論者ノ所謂可能ナルト不能ナルトヲ同ハス已ニ犯人ニ於
テ之レヲ豫備シ之レヲ演スルニ至リタル片ハ犯人ノ意思(罪
ヲ犯サレトスル)ト犯人カ實行セルトスル犯罪トハ主觀的因果

于係ヲ有セリ、隨テ然レテ必罰セラルヘカラス
、又曰ク、例ヘリ、甲者乙者ヲ殺サレトシテ現ニ乙者ヲ狙撃シ
タルニ拘ラス彈丸命中セサリレ場合ハ通常未遂犯トシテ何人モ
之レカ如罰ヲ疑ハサル所ノモノナリ、然レモ仔細ニ其未遂ニ終
リレ所以ヲ研究センカ畢竟亦未甲者ノ取リタル手段月他
切ノ于係ニ於テハ犯罪ヲ遂行シ得ヘカヲサリシニモ拘ラス甲者
ハ之レヲ遂行シ得ヘレト誤信シタルニ基因スルモノニシテ彼
乙者不在ナルニモ拘ラス乙者サリト誤信シテ之レヲ狙撃シタル
シハ其目的ヲ遂ケサリシモノト其間毫末ノ差異ヲ認メス共ニ犯
人甲者ニ屬スル錯誤ニ原因ス、固ヨリ彼ト是トノ間錯誤ニ大小
ノ差アリト雖モ錯誤ハ無意タルカ故ニ其大小亦偶然タルナリ、
已ニ錯誤ニ出テタル未遂ノ場合ヲ罰ストセンカ、偶然ノ出来幸
タル錯誤ノ程度如何ニヨリ罰スルモノト然ラサルモノトヲ區別
セントスルハ無替ノ甚クシクモノト云ハサルヘカラスト。

(丙) 折衷主義ノ學說

(一) 危険説 即チ犯人ノ行為カ結果ヲ發生スルコトノ犯ナキ
ヤ否ヤ、即チ危険アリヤ否ヤヲ以テ未遂犯ト無罪トルヘキ不能
犯トヲ區別スヘントスルノ學說ニシテ主トシテ又説ヲ主張ス
ル者ハ独ニ *Stright* 一派ノ學者ニシテ代表タル *von Stright*
氏ハ先ツ

(1) 不能犯ニテシテハ法律其規定ヲ欠クカ故ニ未遂ヲ罪スルハ
如為ノ危険ナルコト特ニ意思的行動カ結果ヲ生セシムルニ適ス
ルニアリト云フ企行如罰ノ理由ニ由リ以テ要件ヲ具備セサル
者ハ罰セサルノ結果ヲ生スヘキ之ニ由リテ吾人ハ危険ナル企
行未遂ハ之ヲ罰シ然ラサルモノハ之ヲ罰セストノ原動ヲ理ト
説明シ次ニ

(2) 未遂ハ企行未遂行為ニ由リ結果ヲ發生セシムルノ尤モ近キ
可能ナルノ存存セシ時ニ從テ結果發生スヘキトノ無理ナラサ
ル危険ノ存セシ時ニ於テ危険アリト云フヲ得ヘキト説明シ、更
ニ進ンテ、

(1) 危険ノ有無ヲ判断スヘキ標準ニ于テ

(a) 危険ノ有無ハ其所為ニ隨伴セル特別ナル諸般ノ事情ヲ酌
酌シテ具象的ニ決定スヘキ猥リニ一般ノ標準ヲ豫定シ之レニ依
テ決定スヘカラス。

(b) 判断者ハ自己ヲ所為ノ行ハレタル瞬間ニ置キ其當時ニ於
テ一般ニ認識シ得ヘキ諸般ノ事情又ハ唯犯人ノ心カ認識シタル
諸般ノ事情ヲ考察シテ審判スルコトヲ要ス、然レ凡所為ノ後時
ノ經過ニヨリ初メテ發現シタル諸般ノ事情ハ之レヲ酌的スヘカ
ラスト

(c) 所為ノ瞬間ニ於テ一般ニ認識シ得ヘキ諸般ノ事情又ハ犯
人カ認識シタル諸般ノ事情ヲ考察シテ所為カ結果ヲ發生セシムル
ニ全然不適当ナリト見ユル時ニ限リ未遂ハ危険ナキ者トシテ罰
セサルモノトストノ三例ノ注意ヲ示シ終リ

(二) 例ハハ懐胎セル婦女ノ圧胎企行モ 懐胎ト云フカ絶無
ト認メラレサル限り之レヲ所罰スルヲ得ヘキ又死産鬼ニ對

スル殺害の企行モ若シ死シテ生レタリトモテカ全然疑ナキ限
ニアラサレハ之ヲ如罰スルヲ得ヘシト例解セリ。

(二) 法定要件説又ハ法的不能説、法律ニ規定シタル犯罪構成
要件ノ備不備ニ依テ未遂ト無罪タルヘキ不能説トヲ區別セシメ
スルノ説

主トシテ此説ヲ主張スルモノハ独ハ *Frankel* 及ハ *Gall*
Winkel 氏等ニシテ *Frankel* 氏ハ独乙刑法第四十三条ハ唯單ニ
已遂トシテ不法ニ且ツ罰スヘキ者タル故意タル意思的行動ヲ已
遂ニ至ラサルモ尚ホ不法ニシテ且ツ罰スヘキモノタルコトヲ云
フノ意、故ニ未遂ナルモノハ犯罪構成条件ノ凡テヲ具備シ唯單
ニ行動ト目的物トノ間ニ於テ因果ノ連絡ナキノミナルヲ要ス
未遂ノ本質ハ實ニ以目的物ト因果ノ連絡ノ欠如タルニ存ス、以
ニ於テカ帝國裁判所ノ判決ニ及對セサルヲ得ス、例ハ、姓娠ナ
リト誤信シタル婦女ノ自ラ企テタル墮胎又ハ人ト誤認シテ樹幹
ヲ狙撃シタル殺害行為若クハ自己ノ姉妹ト信シ他ノ婦女ト私通

シタル犯罪行為等、何レモ無罪ナリ、之レニ及ン彈丸ノ到着セ
ルハ遠巨高ニアル乙ヲ狙撃シタル甲ノ行為ハ毫モ犯罪ノ目的物
ヲ及セサルカ故ニ有罪ナリ、彼ノ一派ノ論者カ之ヲ以テ目的
ニ干スル絶對不能ノ企行ナリトセルハ大ナル誤謬ナリス、然レ
モ若シ犯罪構成ノ凡テノ条件カ因果ノ連絡ノ上ニ存スルニ於テ
ハ僅令實際其ノ連絡ヲ欠ケルモ法律ハ之ニ何等ノ效果ヲモ与ヘ
ス從テ帝國裁判所ノ判決ノ如ク絶對的不能ノ手段ニ由ル企行ハ
有罪ナルノ結果ヲ生ス、例ハアルスコツト誤信シタル砂糖
ニ由ル謀殺ノ企行又ハ無害物ノ飲用ニヨル墮胎ノ企行ノ如キ之
ナリ、之レニ依リ或定ヨリタル方法ヲ用エルヲハ犯罪構成ノ要
件タル場合ニ於テハ絶對的不能ノ手段ニヨル未遂トシテ無罪ト
リ、他人ノ健康ヲ害センカ爲メアルスコツクノ代リニ砂糖ヲ施
用シタル行為ハ第二百二十六条(第二十三三三三三三ノ誤リナラ
カ)ヲ以テ如斯スルコトヲ得スト説明セリ、

Garwood 氏モ亦犯罪人ノ意思ニ拘ラサレ事情ノ結果ナル

カ故ニ犯罪ノ成立ニ何等ノ手係ヲモ有セサル事實ノ不能ニ對シテ法律ヲ定義シ又ハ豫見シタルカ如キ犯罪ノ不存在ニ歸着スヘキカ故ニ全然企行ナキモノトセサルヘカラサル法律ノ不能ナル者ナリ先判例ハ未タ嘗テ罰スヘキ凡テノ企行ハ犯人ノ行為ハ夫レ自身犯罪タルヘキ結果ヲ目的トセサルヘカラサル「隨テ到底」其結果ノ實現欠クヘカラサル場合換言スレハ犯罪の實質ノ欠如セシ場合ニ於テハ単ニ無力無能ノ行動ノミ存在スルニ過キサル者ナルヲ認メサル「能ハサリキ實ニ各犯罪ハ或主要ナル要素ヲ有シ之トテ欠如スルニ於テハ犯罪ハ成立セサル者ナリ」已ニ犯人ニ屬シタル物件ヲ目的物トシタル「盜取」ハ「盜罪」ヲ構成セス若シ「隨胎行為」カ不懐胎ノ婦女ニ對シテ行ハレシルハ「隨胎罪」ハ存在セス、若シ施用セラレシル物品カ毒物ニアラサルハ「毒殺」ハ存在セス、又ハ「殺害」ノ目的タル人ハ已ニ死セシタルハ「殺人行爲」ナシ、之等特別ノ場合ニ於テハ「罪ヲ犯サレカ爲ニ企テラレタル」犯人ノ行動ハ如何ナル場合ニ於テモ結果ニ到着スル「得」ス、

法律上實行スル「得」得サル犯罪ノ意思アルニ止メレリ、換言スレハ犯罪ハ法的不能アリ、如何トナレハ犯人ノ行為ハ犯罪構成要件ノ一「欠如セル」カ故ニ着手又ハ未遂犯トシテモ存在「得」サレハナリ。

以上余ハ不能犯ト未遂犯トノ區別ノ標界ヲ示スル學說ニ就キ次ニ之ヲ揭示シ之等學說ノ何レヲ以テ正鵠ヲ得タル者トスヘキカ余ハ其尤モ欠如多キ者ト認ムルモノヨリ逐次之レノ詳論スヘシ。

(一) 法定要件説

此説ハ誤リナシト若モ何等之「依リテ說明セザル」點アル「得」ナシ、蓋シ不能犯ハ法定要件ヲ欠如セル「固」リ当然(法定要件ヲ完備シタルモノハ犯罪具有ヲ完成スルモノトシテ法定要件ヲ完備シタル不能犯ナルモノハ之レヲ想像マシテ能ハサルカ故)ニシテ何人モ之レヲ爭フモカ「得」テ從テ何事不能犯タルヤ、同

類々不能犯ハ法定要件ヲ具フニ要スルニ非ズ如何ナ
ルニ場合而テ不能犯トシテ法定要件ヲ缺クセリト云フニ
然レバ若クハ如何ナラザル程度或ハ状態ニ於テ法定要件
ヲ不能犯ト云フハキズ今雖此ニテモ右ニテハ如何ニテ
テ完備ニシテモハ不能犯ト云フニテハ如何ニテハ
皆法定要件ヲ欠ク如セバ如何ニテハ如何ニテハ如何ニテハ
ハ未遂ト云フ義ヲ於テハ如何ニテハ如何ニテハ如何ニテハ
是レ爰ニ如何ナル程度若クハ状態ニ於テ法定要件ヲ欠ク
諸ヲ用フル所ナリト云フニテハ如何ニテハ如何ニテハ如何
テハ如何ニテハ如何ニテハ如何ニテハ如何ニテハ如何ニテハ
耳論者ハ本説ニ適用トシテ毒物ノ施用ハ犯罪構成ノ
一要件トシテ故ニ砂糖ノ如ク無毒物ノ施用セバ不能犯トハ
モ若毒物ヲ施用セバ其含量如何ニ少量ナリト雖モ毒物ノ施用
タルト云フハ如何ニテハ如何ニテハ如何ニテハ如何ニテハ
ヲ構成スルニテハ如何ニテハ如何ニテハ如何ニテハ如何ニテハ
ヲ構成スルニテハ如何ニテハ如何ニテハ如何ニテハ如何ニテハ

タルト同時ニ其手段方法ハ法律之レヲ限定セサルハ故ニ胎児
ニ存在セバ砂糖及牛乳ハ毒害物ヲ用ヒタル墮胎ノ行為ト
罪ヲ構成シ未遂犯タルマント云フカ如何キハ法定要件ノ備
ト云フノ意義ヲ了解セサルニ基テ説明ニシテ採ルニ足ラズ否
常識ヲ没却セルノ甚タレキモノナル也。

何ヲ以テ之レヲ云フ曰 論者ノ論法ニ從ハバ一般殺人罪ニ於
テハ法律ハ其手段方法ヲ規定セサルハ故ニ殺人ノ目的タル人ト
殺人ノ手段ト見ユル行為ト犯人ノ意思トガニアラズ殺人罪ヲ構
成スベク從テ毒例毒物ノ施用ニヨル毒殺ノ行為ハ毒殺罪トシ
テ不能犯タル可キモ普通ノ殺人罪トシテハ相罪ヲ構成スト云ハ
サル可カラサル可ク若シ斯ノ如ク殺人罪ニ於テハ又墮胎罪ニ
於テモ胎児タニアラバ其手段方法ノ有效ナルト否トヲ問ハズ犯
罪ヲ構成スト云ハハ人ヲ殺レ又ハ墮胎ヲサシク爲メノ互刺諸
若シタハ新説モ人アリ胎児アリ意思アリ行為アリ、只手段有效
ナラサルカタメニ遂ケサルノミナル故殺人又ハ墮胎罪ヲ構成ス

ト云ハザル可ラズ。之レニ討シテ論者ハ若シ丑刻諸又ハ祈禱ハ
殺人又ハ墮胎ノ行ハニアラズト云ハハ砂糖水ヲ用ヒ人ヲ殺サシ
トレ又ハ墮胎ヲ企ツルノ行為モ何故ニ殺行爲墮胎ノ行為ニアラズ
トセザルヤ論シテ茲ニ至ラバ彼ホハ何ホノ論ヲモ有セズ。單
竟單ニ法律ノ表面ニ掲ケラレタル處ノミヲ以テ其要件ナリト誤
解シ有效ナル手段ニ法モ亦犯罪構成ノ一要件タルヲ忘却スレバ也。
(三) 目的物ノ存在セズ又ハ犯罪ノ構成ニ必要ナル性質ヲ具備セ
サル場合ノミヲ不能犯トスルノ説。

論者ノ説ハ一見大イニ理アルカ如キモ凡ソ犯罪ハ目的物ト手
段トノ綜合スルニ於テ完成ス。具體的ニ一ノ行為カ法律ノ保護
シタル利益ヲ害スルヤ否ヤ行為カ犯罪トシテ成立スルヤ否ヤヲ
知ランニハ目的物ト手段トノニヲ連結シテ審察セサルベカラズ
論者ノ云フカ如ク目的物ガニ存在シ又ハ犯罪ヲ構成ニ必要ナ
ル性質ヲ具備セバ手段ノ如何ヲ問ハズ法律ノ保護スル利益ヲ害
スルノ結果ヲ生スルノ恐、即犯罪ヲ發生セシムルノ恐レアリト

云フヲ得ス、着テ如何ニ目的物タル被害者ハ存在スルモ牛乳ヲ
飲用セシムルノ手段ヲ以テシテ決シテ法律ノ保護スル利益即
チ人命ヲ失セシムルノ結果ヲ生スルナリ、論者曰ク之レ偶
然ノ錯誤ニヨリテ然ルノミ、若シ何等ノ錯誤ナク毒物ヲ施用セ
ル被害者ハソノメニ生命ヲ失ヒタルヘシト、然レモ之レ事實ヲ離
レタル抽象的ノ論ノミ、若シ此論法ヲ以テセハ論者ハ目的物ヲ
不存在ナル場合徒テ法律ノ保護スル利益ヲ害スルノ恐ナリ不能
犯トシト主張セル場合例ハ甲カ乙(殺害ノ目的物)ナリト信
シテ樹幹ヲ狙撃シタル場合ニ於テモ甲カ樹幹ヲシナリト誤信シ
テ全一ノ行為ヲ行ナレバ乙ハ爲メニ生命ヲ奪ハレシナラント
云フヲ得ハ、之ニ由テ之レヲ見レハ本説ハ目的物ト手段トカ
犯罪ニ對シテ有スル位置ヲ忘却スル切、之レカ輕重ヲ定ムルニ
シテハ其論ヲ排シセサルヲ得ルモノトス。

(三) 主觀主義ノ説

主觀主義ノ學理論ハ一見極メテ精巧モ論理ノ致密ナルヲ見
サレカ如キモ仔細ニ之ヲ考フハ其ハ必スシテ然ラサルモノナ
ルカ如シ

主觀主義ヲ主張スルモノハ第一點ニ於テ因果ヲ係ノ有無ニ歸
スヘク、而シテ其所謂因果ヲ係ハ實際的ノモノト無斷的ノモノ
トアリ、實體的ノモノトセハ已遂犯ノ外之アルナク隨テ本問
ニ於テ因果ヲ係ヲ云ハ、必ス無敵的ノモノトセサルヘカラス無
形的ノ者トセリ始メヨリ結果ヲ發生スルヘキ事情ニアルモ然ラ
サレモ其間夫ニ無形的因果ヲ係ヲ有シ區別スルキノ點ナレト説
明セリ、然リ無敵的因果ヲ係何レニ存セリ、然レモ之アル
カ故ニ改同ニ區別ヲ立ツヘカラスト云フヲ得ス、事實ニ於テ否
理論トシテ改同ニ區別ノ設ケ得ヘキハ論自ラ發生ノ事情ニアル
者ハ然ラサルモノトアルヲ認ムニアルモ明白ナリ、區別ヲ立
テ得ヘキニヨリ區別ニテ論セントスルハ又一種ノ見解ナリ、之
ヲ不可ナリトスルハ辛クニ自己ノ所説ニ違キ入レントスルノ論

ノミ、又次ニ所謂未遂犯及本問不能犯共ニ犯人ノ錯誤ニ原因ス
錯誤ノ原因トスル偶然ナル出來事ノ差異ヲ理由トシテ有罪無罪
ノ差ヲ設ケレトスルハ非ナリト説明セリ、然リ單ニ主觀的犯人
ノ責任ノ問題トセリ論者ノ云フカ如キモノアリ、然レモ之亦前
ノ點ト同シク犯人ニ主觀的責任ヲ負ハレトヘキ理由ヲ示ラハ
客觀外部ノ事情ハ深ク之ヲ論スルコト要セス責任ヲ負ハレト
ナルヘカラスト云フ論者ノ素論ナルカ故ニ改論次ヲ見ルモノ
ニテ例ヘハ已遂犯ト未遂犯ノ子係ニ於テモ論者ノ云フ如ク畢竟
犯人ノ意思ニ拘ハラサル偶然ノ出來事ノ上ニ於ケル差異ノミニ
シテ主觀的犯人ノ責任問題ヨリ云ヘキ全ク同一ニシテ區別スル
モノナキモ之ヲ區別スル理由アリトスル客觀主義ノ論拠ヲ破
ルニハ足ラサルナリ、
之レヲ要スルニ論者ノ説ハ彼レト相並行シテ進メル別種ノ意
見ノミ、是レ彼トニ勝リト云フヲ得ス、俗言ヲ依リテ之レヲ
形容セハ改同兩者ノ論全ク水掛論ナルカミ、併シ更ニ明文ニヨ

テ此論ノ当否ヲ察センニ「犯罪ノ実行ニ着手シテ之レヲ遂ケ
サルモノ」トアリ、遂ケサルモノトアル以上ハ性質カ之レヲ遂
ケ得ヘキモノト見ラル、ナリ、次ニ犯罪ノ実行ニ着手トアルヨ
リ何等犯罪ヲ成サス即チ犯罪構成要件ヲ欠ク場合ニハ又之レヲ
未遂犯トシテ論セラレサル如ク見ユ此ニ莫ヨリ考フレハ解親論
トシテハ客観説ノ論当レルカ如シ。

(四) 危険説

前ニ示シタル *Sticht* 氏ノ説明ト氏カ更ニ危険トハ一定ニシ
テ且ツ意思的行動ノ瞬時ニ存在ニ又ハ唯單ニ所為者ニノミ知ラ
レタル事情ヲ綜合シタル公平ナル判断ニ於テ可能若シハ然カア
ルヘシ隨テ実審カ結果トシテ發生スヘシトノ当然ナル危険ノ念
ノ存スヘキ状態ニヨルトノ危険ノ説明ト其引例トニヨリテ之レ
ヲ按スルニ氏ノ所謂危険ナルモノハ物理上実害ヲ生スヘキ姿勢
ヲ有スル事物ノ状態從テ吾人々之レニ對シテ危険ノ念ヲ懷リヘ
キ状態ヲ云フニアラス、例ハ「實際ノ上ニ於テハ必ス不懐胎ノ

婦女ニ對スル墮胎又ハ石地藏ニ對スル殺人ノ企行ナルカ故ニ物
理的ノ害ヲ生スヘキ姿勢ヲ有セサルモ之レヲ行フ當時ニ於ケル
純常ナル犯人ノ知覚ニ於テ結果ヲ生スヘシト確信シ又裁判官ニ
若シ其身ヲ犯人ト同一ノ位置ニ置カハ犯人ト全一ニ結果ヲ生ス
ヘシトノ懸念ヲ懷クヘキ事情アルハ皆之レヲ危険アリトス、
然レモ斯ノ如キ状態ヲ有スルモノハ皆之レヲ危険ナルモノ隨テ未
遂犯タルヘキ者トセシカ殆ント凡テノ犯人ハ(癡癡又ハ白痴ニ
アラサル限りハ)普通人ト同一程度ノ錯誤ニ由テ其事ヲ不能ナ
ラシムヘシ從テ殆ント凡テ未遂犯トシテ罰セラルヘリ其不能犯
ノルヘキモノハ *Sticht* 氏自ラ之レヲ例説セルカ如ク或迷信ニ基
キ事物ノ物理ヲ無視シシル行為又ハ何人ニモ知レ渡リタル
丁ヲ知ラサルニ基ク大錯誤ニ由ル行為(例ヘリ世人ノ忌ル、モ
ルヒネトハ砂糖ノ丁ナリト信シ殺人ノ手段トシテ少量ノ砂糖ヲ
食ヘ又ハ單ニ大砲ニ拳銃ニ單ニ彈丸ニ大小ノ差アルニ過イヌ可
到達巨砲ハ全ク全一ナリト信シ拳銃ヲ以テ願アル遠距離ニアル

者ヲ射殺セントスルヲ如キノミニ止リ實際ノ適用ニ於テ
主觀主義ト全一ニ歸着シ理論ノ上ニ於テモ唯後有即チ何人ニモ
知レ流リタルヲ知ラサルニ基ク大錯誤ニヨルト云フ極メテ稀
有否寧ロ事實ニ於テアリ得ヘカラサル行為ノ有罪無罪ニ付テ後
ト異ナル次果ヲ見ルヲアルノミ、氏ノ論ハ議論獨歩別ニ創建ス
ル所アルカ如シト云モ其ノ根底ニ於テ大ナル誤謬ニ陷レルモ
ノ、如シ、

蓋シ氏ノ如ク僅ニ行為ノ當時所為者又ハ其ノ者ニ多分結果
ヲ生スヘントノ当然ナル危険ノ念ヲ生スル状態ノミヲ以テ危険
トシ其物理上實際実害ヲ生スヘキ姿勢ヲ有スル状況アリタルヲ
否ヤラ問ハストセリ（理論上未遂犯トハ同種ノ犯罪ニシテ其法
律カ已遂犯ヲ罪スルハ実害ヲ生スルニヨリ未遂犯ヲ罰スルハ実
害ヲ生スルニ至ルヘキニ由ルモノナルカ故ニ但罰ノ理由ト夫ニ
實害ヲ根拠トシ其同實質ノ差異ナキニ拘ラス）已遂犯ヲ罰スル
ハ実害ノ故ナルモ未遂犯ヲ罰スルニ實害ヲ生スルニ至ルヘキリ

故ニアラステ人ニ危險ノ思ヲ生セシムル状態ニアルカ故ニ
リト説明セサルヘカラサルノ結果ヲ見ルヘク恰カモ已遂犯ト未
遂犯トハ全ク別種ノ犯罪タルノ奇觀ヲ呈スルニ至ルヘケレハナ
リ。

(五) 純粹ナル客觀主義ノ說

即チ余カ先ニ *Foulesdale* 氏ノ學說ト仮定シタルモノニシテ
此說ハ手段及目的物ノ双面ヨリ觀察シ手段ト目的物トノ子係ニ
於テ物理上犯罪トシテノ実害ヲ生スル危険ナキモノ即チ實害發
生ノ能ク子係ヲ有セサルモノハ皆不能犯ニシテ然ラサルモノハ
皆對スヘキ未遂犯トシ其間不能ノ絶對的ナルト子係的ナルトヲ
區別セサルカ故ニ人ナリト信シテ擲幹ヲ狙撃シタルモノ又ハ人
ヲ毒殺セシトシテ誤リテ砂糖ヲ与ヘタル等所謂絶對的不能ノ行
爲ハ勿論人ヲ殺スニ足ラサル少量ノ毒物ヲ施用シタルカ爲メ又
ハ偶然被害者ノ不在ナル居室ニ発砲シタルカ爲メ其目的ヲ遂ケ
サリ此者即チ所謂子係的不能ノ行為モ亦不能犯トシテ無罪タル

ト同時ニ其所謂物理上ノ犯罪ニシテ実害ヲ生スル危険即チ結果
發生ノ能的ノ係ノ有無ハ之レヲ着手ノ時ニ於テ鑑別シ着手ト見
ルヘキ時ニ於テ能的ノ係ヲ有セサルモ、即チ換言スレハ終始眞
ニ所謂犯罪ノ着手ナシモノ、生シ出サルモノハ皆不能犯ニシテ
一瞬時タリ能的ノ係ヲ有シタルモノ換言スレハ犯罪ノ着手ナ
ルモノ生シ出テサルモノハ未遂犯又ハ中止犯タルヘキモノトス
之ヲ按スルニ此說ハ危険ノ説明ニ付キ危険說ノ如キ批難スヘキ
莫ナク又之レヲ法文ニ喫スニ着々法律ノ明文ニ適合シ居リテ甚
タ論理明白ナルカ如クニ考ヘラシムナリ、然レモ尚一步進シテ
之ヲ考フルニ此論ヲ推進シレハ主觀主義ノ學說カ凡テノ不能犯
ヲ有罪トスルノ極端ニ至ルト同シク本論モ亦其正反對ニ凡テノ
不能犯ヲ無罪トスルノ要シ其結果ハ一般ノ常識ニヨレハ未遂
犯トシテ如罰ヲ要スヘキ程ノ者モ亦併セテ不能犯トシテ無罪ト
セサルヘカラサル極端ニ至ルヘキ弊害ニ陷ルカ如キ考ヘナキニ
アラス、故ニ理論明白ナル如キモ明白ナル史ケ却テ明文ノ主意

之セナル危険ヲ有スルモノト考ヘラシム。

(ナ) 不能ノ絶対ト干係トニ區別シ、干係ノ不能ノミヲ未遂犯
トセントスルノ說、

絶対ト干係トノ區別リ其文字ノ自体之レヲ表自セハカ如ク程
度ノ差ハ性質上ノ區別ニアラス、從テ兩者各其極端ヲ奉ケテ之
ヲ對比セハ其間着シキ區別アリ、決シテ混同スルノヲ許サスト
モ、其相接着スル所ヲ取テ之レヲ對比セハ、人ニヨリテ見解
ヲ異ニシ、甲者ノ見テ絶対トスルモノハ乙者ノ取テ干係トスル
モノ少ナカラス、例ヲ以テ之ヲ証セシカ、太陽ニ石ヲ投スル
ハ絶対不能ナルコト何人モ之ヲ争フ者ナカルヘシト雖モ二三
所又ハ數十間ノ処ニ石ヲ投スル場合ニ於テハ人各々其所見ヲ異
ニシ、何町何間以内ヲ干係トシ其以外ヲ絶対トスト云フカ如キ
當然ナル區界ヲ設ケルコト能ハサルナリ、斯ノ如キ說ハ實際
ニ於テハ兎ニ角理論トシテハ此說亦剛然タル區別ナキカ故ニ他
說ト同シク採用シ得サルカ如ク見ユレ共、實際ノ適用トシテ

「極メテ穩健ナルモノ、如シ」或ハ立法者ノ主旨ニ適合セルカ
如ク見ルルノミナラズ其所謂區別ノ標準曖昧ニシテ捕撻スヘカ
ラト云フ点ニ於テモ強ク批難シ難ク見ユ
蓋シ凡ソ事物ノ區別ハ嚴格ナル論理ニ契ルハ結局ハ常ニ程度
ノ別ニシテ性質上ノ別ニアラサルヲ以テ最著ス、單リ本論ノ區別
ニ於テノミ之レヲ見ルノミナラサルナリ、サレバ區別曖昧ニシ
テ捕撻スヘカラストナレテ直々ニ之レヲ退クル能ハサルナリ、
要之ハ吾輩ノ見ヲ以テスレバ、其說ハ一見其理論漠トシテ捕
撻スヘカラスナルカ如キモ之他ノ事物ニ於ケルト等シク止ルヲ得
サルニ出ルルモノニシテ之レヲ明文ニ照シ實際ニ考フルニ尤モ
穩健ナルモノ、如ク見ユルカ故ニ解釈ノ問題トシテハ、其說ニ
従カテ以テ其宜シキヲ得タル者ト思考ス。
以上不能犯ニ于スル學說並ニ詳論悉ク解釈論トシテ之レヲ述
ベシナリ

輩ノ信スル所ニ依レハ主觀客觀兩說ヲ折衷シテ或種ノ犯罪ノ不
能ハ他ノ可能ナルモノト共ニ之ヲ知罰セス若クハ知罰スト規定
スルコトナリ、其之レヲ知罰スルヤ否マハ其判官ノ自由判斷ニ
一任スルヲ以テ宜シキヲ得タルモノト考テ、獨リ吾輩ノ主論ニ
アラズシテ近來多數學者ノ是認スル処ナリ、然ルニ吾カ改正刑
法ハ收斂ニ付テ旧刑法ト同シク全ク誠懇シテ一言ノ規定ヲモナ
サ、ルニ甚ク怪テ堪ヘサルナリ。

第二節 犯罪ノ神素

上ニ述ヘタル如ク犯罪ハ行為ヲ要シ、其行為カ行為者其人ノ
行為タル為ニシ其人ハ責任能力ヲ有スル事ヲ要シ、且テ故意又
ハ過失ニヨリテ之ヲ為シタルヲ要ス、
以下責任能力意思ニ付キテ説明スヘシ。

第一款 責任能力

犯人カ或行為ニ就キ責任ヲ負フ為ニハ、即チ其行為カ其人ノ
行為タルカ為メニ其人ハ責任能力ヲ有スルヲ、即チ其人ハ健全

純常ナル精神ノ状態ヲ有セサル可カラズ、而シテ健全純常ナル精神ノ状態トシテ精神ノ完全ニ發育シ且ク毫末ノ異状ナキモノトス、

我刑法ハ三種ノ負責ニ能力ヲ認ム、幼者、心神喪失者、瘖瘡者、之ナリ、即チ尤ニ順次是等ニ就テ説明スヘシ。

第一項 幼者

各人々類ノ精神能力ハ肉体ト共ニ年ヲ追ヒ漸時發達開展スヘキモノニシテ、通常ハ一定ノ年齢ニ達スルニアラサレハ事物ニ干スル完全ナル智識ヲ獲得スルニ至ラサルモノトス、或年齢ニ於テハ不完全ト見ルヘキモノ或年齢ニ至リテ初メテ完全ナリト見ルヲ得ヘキモノトス。

人ノ刑事上ノ責任年齢ニ干スル諸國ノ立法ハ或カ之レヲ二分シ或年齢以下ハ精神能力不完全ナルモノトシ、然ラストナスニハ及証ヲ要シ其レヨリ以上ハ完全ナルモノトシ然ラストスルニハ及証ヲ要スルニ今ニ義ヲ採ルモノアリ、或ノ之レヲ三分シ、

前年齢以下ハ全然能力ナキモノトシ及証ヲ許サス、夫レヨリ或年齢以下ハ不完全トナシ輕減シテ其責任ヲ論シ、夫ヨリ以上ハ完全ナルモノトシ從テ全然責任アルモノトスル三分主義ヲ採ルモノトシ、二種アリ、我刑法ハ後者ニ屬スルモノナリシカ、新刑法ハ近世一般ノ學說ニ從ヒ或年齢迄ハ全然責任能力ナキモノトシ及証ヲ許サス、ソレ以上ハ及証ナキ限リ責任能力ヲ有スルモノトシ、即チ十四才ニ滿タサルモノ、行為ハ之レノ罰セストシ、全然之ヲ顯狂トナシ、夫レ以上ノモノニシテ初メテ責任能力ヲ有スルモノトセリ、

近世一般ノ學說ニテハ幼者ノ犯罪ハ大抵教育ノ不完全ニ基因マシモノトナシ、後令并別アルモ必スレモ罰スヘキニアラズ寧ロ教育ヘキモノタルト全時ニ幼者ノ獄舎ニ投スルハ害多クシテ利少ク或ルヘク之レヲ避クルヲ可トスルカ故ニ刑法ハ其學說ニ鑑ミ一回并別ノ有無ニヨリ責任ノ有無ニ定ムルノ規定ヲ斥クルトス、責任年齢ヲ高メテ十四才トセリ(第四十一条)

(附言) 旧刑法ノ規定ハ次ノ如シ、

(A) 十二才以下ノ幼者ハ無責任、但シ八才以上ノモノハ情状ニヨリ十六才ニ過キサル期間懲治場ニ留置スルコトヲ得、

(B) 十二才以上二十才未満ノ幼者ハ更ニ之レヲ二分ス、

(C) 十二才以上十六才未満ノ幼者ニ付テハ并別アルヤ否ヤヲ審察シ、并別ナシト認ムル時ハ責任ナク、之アリト認ムル時ハ通常ノ刑ヨリ二等ヲ減刑シテ如罰ス、

(D) 十六才以上二十才未満ノ幼者ハ及証ナキ限りハ并別アルモノト認メ、通常ノ刑ヨリ一等ヲ減シテ如罰ス。

(E) 二十才以上ハ成年トシテ全然責任アルモノトシテ年齢ノモノノ教ヲ以テハ如何ニ考年ニ至ルモ刑ヲ輕減セサルナリ。

(附言) 民法ノ規定ニヨレハ二十才ニ滿タサルモノハ未成年者トシテ一般ニ法律行為ノ能力ナキモノトス、然ルニ刑法ニ於テハ十四才以上ノモノハ責任ヲ有セルモノトシ、民法上責任能力ナキモノモ刑法上責任能力者トナス、之レ即チ一般道徳上ノ觀念即チ善惡識別ノ能力ハ民法上錯綜セル問題ヲ解決スル能力ヨリモ早ク發育スルカ故ナリ。

旧刑法ニ於テハ責任能力ノ年齢十二才未満ナリシカ、新刑法ハ之レヲ改メテ十四才未満トセルハ如何ナル理由ニヨルカ、十二才ヲ過クルモ尚是非ノ并別ヲ有セス、十四才ニ至レハ完全ナル能力ヲ有スト認メシルカ故ニ年齢ヲ改メタルカ將シ更ニ特別ノ理由アリテ改メタルモノナルカ、

是際上ノ莫ニ徴シ且社會ノ日々ニ開明ニ據ク事情ニ訴ヘテ之レヲ見レハ十二才ニ達セカシモノト雖モ亦現今ニ於テハ一般道徳上ノ觀念ヲ備ヘテ是非善惡ヲ并別スル能力ヲ有スルモノ少カラズ、况ンヤ十二才以ニニ於テハ今日一般ノ事情ニ於テ是非并別ヲ欠ルカ如キハ例外トスヘシ、從テ是非ヲ并別スル能力ノ有無ヲ標準トシタルモノトスレハ旧刑法ニ規定スル十二才以下ニ下スル免毛角以上ニ定ムヘキ理由ナシ、凡テ新刑法カ責任年齢ニ定メタル理由ハ之レヲ他ニ求メサルヘカラス、然ラハ如何ナ

理由ニ依ルカ、
近世一般ノ学説ニヨレハ幼者ノ犯罪ハ多クハ幼者其人ニ存セ
スレテ幼者ノ生息スル社会其他ノ事情ニ存スルモノニシテ、畢
竟犯罪カ水ノ方同ノ器ニ從テカ加ク幼者其人ノ固有ノ事情ヨリ
主レタリトスルヨリモ寧ロ幼者ヲ圍繞スル諸般ノ事情ニ基ク凡
テ独リ幼者ノミニ責任ヲ持タシムルハ甚ク不道理ノミナラス幼
者ニハ右ニ述ヘシ如ク成年者ニ比スレハ常ニ其精神ノ状態ノ充
合完全セサルモノニシテ其性質ハ水ノ器ノ方同ニ從テカ加ク教
育ニ因リテ之レヲ匡正スルコトノ見込ハ寧ロ成年者ヨリモ尋キ
モノナリ、從テ之レヲ以テ責任能力ヲ有スルモノトシテ之レニ
刑ヲ執行スルハ責任論ノ本則ニ背ケルノミナラス、害多クシテ
利スル如ク少ナケレハナリ、故ニ幼者ハ成人ヘノ之レヲ教育シテ
罪僻ニ至ラサラシムルヲ主要トス、
之レ改正刑法カ責任年齢ヲ改メタル所以ナリトス。

第二項 心神喪失者及精神弱者

刑法第三十九条ニ心神喪失者ノ行為ハ之ヲ罰セス心神弱者
ノ行為ハ其刑ヲ軽減ストアリ、法律カ心神喪失者ト云フハ、癡
癲、白痴、癱瘓、神経病、昏迷、中毒、醉狂、又ハ高热、等ニ
ヨリテ精神状態ノ著シク尋常ナラサルヲ云フ、蓋シ之等ノ者ト
由テ事實ニ於テハ精神其モノヲ喪失スト云フヲ得ズ、只其心神
カ普通人ニ比シテ錯迷スト云フニ過ラス、從テ之レヲ以テ心神
喪失ト云フハ其用語當ラス寧ロ精神ノ異状ナルモノ若クハ精神
ニ障害アルモノトスルヲ以テ正当ト考テ、次ニ先般又ハ神經衰
弱者ニヨリテ精神状態勝臆トシテ為メニ惡事ヲナリレトスル精
神傾向ニ抵抗スル力甚ク薄弱トナリタムモノ、若クハ之レヲ亡
失セルモノアリ、之等ノ者ノ行為ハ場合ニヨリテ心神ヲ喪失セ
タルモノト全一視セカハテ得サルヲアリ、是ニ於テカ法律ハ心
神耗弱者ノ行為ハ其刑ヲ減輕ストセリ、
吾人ノ信スル如クハ心神喪失者又ハ心神耗弱者ト云フハ
精神ニ障害ヲ有スルモノニ外ナラス（改正案ニハ精神障害ニ）

ル行為トセ、現行刑法ハ民法ト合シテ心神喪失者心神耗弱者
ト修正セラル、余ハ改正案ノ法文勝リトス（要スルニ唯其間
ニ強弱ノ差アルノミ、然ラハ兩者共ニ同一ノ取扱ヲナシ依令其
程度低キモノト第ニ責任能力ヲ持ツモノト同視セシテ刑ヲ加
フルヲナク、或ハ病院ニ入ラシメ又ハ看護人ヲ附スト云フ方法
ヲ採リ寧ロ其精神状態ヲ治療スル方ニ尽力スルヲ必要ナリト信
ス（行政処分）心神喪失者ノ行為ハ之レヲ罰セズ心神耗弱者ノ
行為ハ其刑ヲ減輕ストハ凡テ罪ヲ犯ス当時ニ精神ノ喪失又ハ耗
弱者ハ之レヲ罰セズ、若クハ減輕スト云フ義ナリ（旧刑法ニハ
罪ヲ犯ス中ニ知覚精神ノ喪失ニヨリテ云々トアリ）故ニ犯罪ノ
前又ハ右ニ精神状態ニ異状アリ場合ニハ精神状態ノ異状ニ何等
于源ナキヲ以テ其犯シタル行為ノ犯罪ナルコトヲ阻却シ又ハ其
刑ヲ減輕スル理由トハナラス、唯或場合ニヨリテハ訴訟手續ヲ
中止シ若クハ其言ニ渡ラレシハ判決ノ執行ヲ停止スルヲ以テ要
スルニ結果ヲ生スルニ過キヤルナリ

醉狂ノ癖アルモノ醉狂ニヨリテ罪ヲ犯シコトヲ諒リ豫期ノ
如ク心神喪失中ニ其目的トセル犯罪ヲナセル時ハ犯人トシテ但
罰スルコトヲ得ルヤ否ヤ、之レニ付テハ依令豫メ謀ル処アリテ醉
狂シタルモノ之レニヨリテ犯シタル罪ハ心神喪失ノ行為タルコトヲ
失ハス、從テ人カ或行為ニ付キテ犯罪人トシテ其責任ヲ負フ為
ノニハ、其行為ノ当時健全ナル意思能力ヲ有シタルコトヲ要スト
ノ原則ニ適合セサルカ故ニ罪ナシト説明スルモノアリ、
吾人ハ此場合ニ於テハ犯人ノ行為ニ於テ精神ノ健全ナル人ノ
行為ト精神ノ喪失セル人ノ行為トノニツテ後見スベク、心神健
全ナル状態ニ於テ自己ノ心神喪失ノ状態ヲ利用セシハ恰モ心神
喪失者タル他人ヲ使唆シテ或行為ヲ行ヒタルト同一ナルカ故
ニ其責ヲ免カル、了能ハサルモノト信スルナリ。
例ハ、犯罪ノ当時心神喪失又ハ耗弱ノ状態ニアリシヤ否ヤハ
二重ノ困難ナル問題ナリ、換言スレバ、先以テ犯罪ノ状況ヲ判
断スルニハ専門ノ智識ヲ要ス、次ニ之等ノ状態アリシヤ否ヤノ

判断ハ其判當時ニ云フニアラスシテ犯罪當時ニ付キテ云フナリ
然ルモ考クノ場合ニ於テハ犯罪當時ハ其判ノ當時ニ比シテ過去
ニ属シテ判當時ノ状況ハ之ヲ以テ直チニ犯罪當時ノ状況ト云
フヲ得サルナリ、仮令専門ノ智識ヲ具フルモノト云モ現在ノ事
實ヲ判断スルニ比シ更ニ困難ナリ、犯罪當時心神喪失又ハ耗弱
ノ状態ニアリシヤ否ヤハ熟達ナル専門医ノ鑑定ヲ要スルモノナ
ルカ其鑑定ハ其判官ノ裁判ノ材料タルモノニシテ其判官ノ裁判
ハ之レニ依リテ拘束セラル、モノニアラス、其判官ハ必スレモ
其鑑定ニ従フヲ要セス、自由ナル心証ニ依リテ場合ニ依リテハ
鑑定ニ及スルモ其判ヲナスコトヲ得ヘシ。

第三項 瘖啞者

刑法第四十条 瘖啞者ノ行為ハ之レヲ罰セス又其刑ヲ輕減ス
トアリ、

罰セスト云フハ心神喪失者ノ行為ニ付テノ規定ト同シノ同刑
法ノ其罪ヲ論セス又ハ新刑法ノ其罪ヲ同ハスニ該當セルナリ、

從來瘖啞者ハ耳聾ノコトヲ得スロ語ルコト能ハサルモノトモレカ
現今ハ耳聴クコトヲ得サルカ故ニ語ラサルモノニシテ、語ルコトヲ
得サルモノニアラストスルニ至レリ。

聴官ハ知識交換ノ最重要ナル機干ニシテ瘖啞者ハ之レヲ欠損
ス、其精神ノ不完全ナルコト他ノ感官ヲ欠損スルモノト同日ノ論
ニアラス、然レモ凡瘖啞者ニモ種々アリ、先天的ノモノアリ、
之レニ準スヘキ後天的ノモノアリ、一定ノ年令ニ達シ一般ノ智
識ヲ獲得セル後瘖啞者トナルモノアリ、最右ノモノト云ヘトモ
瘖啞者トナリタル時ヨリ以後ニ於テハ新タル智識ヲ獲得スル
コトヲ得ス、若クハ之レヲ獲得スルコトヲ得ルモ極メテ不完全ナル
状態ニ於テ獲得スルニ過キサルカ故ニ犯罪ノ當時瘖啞ナリトノ
一事ヲ以テ無罪ナリトスルハ非理ノ甚クシキモノト云ハサルヘ
カラス、又先天的ノモノ若クハ之レニ準スヘキ後天的ノモノト
云モ現今ニ於テハ之レヲ教育スルノ機干稍々完備シ一定ノ教育
ヲ受ケタルモノハ多少ノ差別ヲ有スルカ故瘖啞者ナリトノ一事

ヲ以テ無罪ナリトスルハ當ヲ得タルモノニアラス、又他ノ一方ニ於テ年齢ハ經驗ヲ与ヘ經驗ハ智識ヲ開發ス、假令無教育ノ疇啞者ト雖モ年齢ニヨリ少其智識ヲ異ニセズンハアラス、旧刑庭ノ如ク悉ク其罪ヲ論セス無罪トスルト云フハ甚ク當ヲ得シルモノト云フヘカラス、現行法ハ之レヲ罰セス又ハ之レヲ輕減スト改メ時宜ニ從ヒテ刑官ヲシテ適當ノ処分ヲナサシムルハ其當ヲ得タルモノトスヘシ。

第二款 意思

完全ニ發育シ且ツ健全ナル精神状態ヲ有スル者ノ意思ハソレ自身ニ自由タリ、何事外物ノ之レヲ障害スルモノナクシハ之ニヨリテ生セム凡テ、結果ニ付キ責任ヲ負フヘキモノニシテ、其意思ハ故意又ハ過失ナリ。

第一項 故意

(1) 故意ノ意義

故意ノ何物タルヤニ付テハ其重ナルモノヲ次ノ二學說トス

(一) 觀念主義 故意トハ行為及結果ヲ知り從テ行為ト結果トノ干係ヲ知ルニシテ換言スレバ法律ニ記載セラレタル犯罪事實ヲ知ルト云フヲ意味ス。

犯罪事實ヲ知ルモノハ即チ身体ノ動止(行為)ト之ニヨリテ生スル結果ヲ知ルト云フニテ足ル、必スシモ結果ノ發生ヲ希望スルヲ若クシテ之ヲ目的トスト云フヲ必要トセス、從テ例ハ犯人ニ於テ被害者ノ所持セルパンヲ奪取スルハ必然ノ結果トシテ被害者ノ餓死スヘキヲ知ルニ拘ラス之レヲ奪取シタルハ、其意既ニパンヲ得ント欲スルニヤリテ被害者ノ死ヲ希フニ依ラスト雖モ殺人ノ意思アルモノトスヘク、又例ハ他人ノ刑事被告事件ニ干スル証状ナルヲ知ルト全時ニ、其湮滅トナルヘキヲ知ルニ拘ラス之レヲ毀滅シタルモノハ其意ハ單ニ不潔物ヲ除去セトスルニヤリテ敢テ証憑ヲ湮滅セシメント欲スルニアラストスルモ第四百條記載ヲ罪ヲ犯スノ意思アルモノトヤス(認識主義又ハ知覺主義ト云フ)

(二) 意思主義 故意トハ結果ヲ希望スルヲシテ、凡ソ犯人ニ於テ其行為ヨリ生スヘキ結果ニ付キ故意アリト云ハシカ爲メニハ単ニ犯人ニ於テ其身体ノ動止ヲ知り、從テ行為ト結果トノ連絡ヲ知ルト云フヲ以テ充分ナリトセズ、更ニ進ニテ其由テ生スヘキ結果ヲ希フ意思、即チ犯人カ其行為ヲナシタルハ之レニ由テ生スヘキ結果ヲ生セシメシカ爲メナルヲ要ス、從テ前例ニ於テパンノ窃盜者ハ殺人ノ意思ナキモノトス(意慾主義又ハ希望主義) 恐ヲ湮滅スルノ意思ナキモノトス(意慾主義又ハ希望主義) 右ノ兩説何レヲ採ルヘキヤト云フニ、之レニ付キテハ各有力ナル學者ノ主張アリテ困難ナハ問題ナレ共吾人ノ見ハ所ニテハ究極スル所ハ詞ノ爭ニ歸着スルモノニシテ大ナル差異ナシト思考ス、併シ何レヲ主張スルヲ可トナスカト云ハ、意思主義ハ學說通り固守スル片ハ上述ノ如ク人ノ死スルヲ知ルニ拘ハラズ其生ヘシムルヲ盜ニ証憑湮滅スルヲ知ハニ拘ハラズ之ヲ毀滅スル意思ハ罪ヲ構成セズト云フ結果ヲ生シ誤謬ニ陷ルヲアルヲ以テ寧ロ觀念主義ノ以テ故意ノ何シハカヲ説明スルヲ以テ宜シト考ト思考ス。

(又) 意思ノ種類

意思ハ主觀的客觀的種々ニ分類スルヲ得ハシ。

(一) 主觀的方面ヨリ分類セリ、即チ意思其モノ、之ノ大要ニ付テ分類セリ。

甲、普通ナルモノアリ、特別ナルモノアリ。

(イ) 普通ナルモノ、之レ最モ單純ナル意思ニシテ法律ニ記載セラルル犯罪ゾノモノヲ行フノ意思即チ他人ノ物件タルヲ知り之ヲ盜取スルノ意思、他人ヲ殺害セントスルノ意思等ヲ云フ。此等ニ依テハキ資金ヲ得ルヲ爲メ又ハ他人ノ窮厄ヲ救ハンカ爲メ等ニ由ル盜取ノ理由若クハ怨恨ヲ晴サンカ爲メ又ハ君父ノ仇ヲ報ンカ爲メト云フ如キ殺人ノ理由ハ、其盜取又ハ殺人ノ行為其モノノ意思ニテラス、之レ盜取又ハ殺人ノ意思ヲ發生セシメルハ遠因タリ、混同スヘカラス。

(四) 特別ナルモノ、場合ニヨリ法律ハ明文又ハ黙示ヲ以テ特別ノ惡意即チ他人ヲ害スルノ意思アルヲ要スルモノアリ、或ハ
の考メ^レ又ハ『の目的を以て』ト規定セルモノアリ、之等ノ
場合ニ於テハ單ニ其行為其モノヲナスノ意思アルノミヲ以テ充
テナリトセス更ニ進ニテ他人ヲ害スルノ意思又ハ法律カ特ニ記
載セル特殊ノ目的アルヲ要ス(二百八条二百四十七条又ハ七
十七条九十二条百条四十八条等)

乙、熟慮セラハルモノアリ然ラサルモノアリ。熟慮セラハル
モノ、之レヲ豫謀ト稱シ然ラサルモノ、之レヲ狹義ノ故意ト
モフ、旧刑法ニ於テハ殺人及ヒ殴打創傷罪等ニ付テ豫謀ニ出
ルト故意ニ出ワルトヲ今チ刑ヲ異ニスルノ規定ヲ設ケシカ豫謀
ノ故意トハ結局程度ノ差ニ歸着シ其區別困難ナルノミナラス及
令之ヲ區別シ得ルモ豫謀ニ出テタル場合必スシモ常ニ故意ニ出
タル場合ヨリ重ク如罰スルヲ要セサルカ故ニ現行法ハ此區別
ニ付テ備ハニヤ判官ノ自由裁量ニ委スルヲトセリ。

(二) 客觀的方面ヨリスル分類即チ意思ト目的物トノ干係ニ由
テ分類セハ

甲 確定ノモノアリ、不確定ノ者アリ。

(1) 確定ノモノ、例ヘリ甲カ乙ヲ殺害セルト云フカ如ク犯罪
ノ意思カ目的物ニ干シテ豫メ確定セルモノヲ云フ。

(2) 不確定ノモノ、例ヘハ群集ノ中ニ発砲シ何人カヲ殺害セ
ント欲スルカ如ク犯罪ノ意思カ目的物ニ干シテ豫メ確定セサル
ヲ云フ。

乙 偶然ナラサルモノアリ、偶然ナルモノアリ。

(1) 偶然ナラサルモノ、例ヘハ人ヲ殺害セルト欲スル意思ト
殺人ナル結果ノ間ノ如ク、犯罪ノ結果カ犯罪必然ノ結果ニシテ
偶然ナラス、換言セハ生シタル結果カ犯意必然ノ結果ナルカ故
ニ之レニ對スル意思ハ偶然ニアラス始メヨリ現存セルモノヲ云
フ。

(2) 偶然ノモノ、例ヘハ人ノ人体ニ暴行ヲ加フルノ意思又ハ

不法に逮捕若しくは監禁スル意思ト之ニヨリテ人ヲ疫病死傷ニ致
シタル結果トノ間々如ク犯罪ノ結果カ犯意ヨリ生シ得ヘキ可能
的ノ結果ニシテ偶然ナルモノ、換言スレハ生シタル結果カ犯意
ヨリ必然ニアラス偶々生シ得タルモノナルカ故ニ結果ニ対スル
犯意ハ偶然ニ存シ結果カ生シタル片ハ其上ニモ亦犯意アリタリ
トシ然ラサル片ハ之ナカリトスヘキモノ即チ犯人カ其行為
ナス所ノ意思自体ヨリシテ可能的ニ生スヘキ偶然ノ結果ヲ自己
ノ意思ヨリ出テタルモノトシテ豫メ甘諾シタルモノトスヘキ場
合ニ云フ。

第二項 不知及ヒ錯誤

吾人ハ何事ヲモ觀念セサルニヨリ或事ヲ知ラサルヲアリ、或
觀念シタル事カ觀念ノ対象タル事物ト齟齬スル為メ或事ヲ知ラ
サルヲアリ、例ヘリ時夜ニ人アルヲ知ラス棍棒ヲ振り上ケ過テ
人ヲ傷ケタルカ如キハ前者ニ屬シ、野獸ナリト誤認シテ人ヲ銃
殺シタルカ如キハ后者ニ屬ス、而モ不知タルト云ハ全一ニシテ其

間々使ニ於テ差異アルヲナシ

前ニ説明セルカ如ク、故意トハ行為ヲ知リ結果ヲ知リ従テ行
カト結果トノ連絡ヲ知ルヲ、即チ罪タル事實ヲ知ルヲ意味ス
故ニ若シ罪タル事實ヲ知ラサル時ハ「不知又ハ錯誤ニヨリ」^故犯
意ヲ阻害スルモノトス、(才三十八条一項)コ、ニ於テカ如何
ナル場合ニ不知ハ故意ヲ阻却スルヤノ問題ヲ生スヘシ。

立法者ハ「第三十八条第二項」ニ於テ之レヲ説明セ
リ。

不知カ故意ヲ阻却スルカ為メニハ次ノ三ノ事柄ヲ研究スルヲ
要スルナリ。

第一、不知カ罪ナルヘキ事實、即チ客看的要素ニ干スルヲ
要スルカ故ニ客看的犯罪、事實ニ干セス単ニ主看的行為者ニノ
ニ附着スル一般ノ責任ノ問題ニ干スル事實ノ不知ハ故意ヲ阻却
セズ、例ヘハ行為者カ自ら責任能力者タルノ事實ヲ知ラサル精
神病者、十四未滿、又ハ瘡唾者從テ責任無能力者ナリト誤信シ

ヲ罪ヲ犯シ若シクハ再犯者タル、事實ヲ忘却シ初犯者ナリト信
シテ罪ヲ犯シタル場合ノ如シ、客観的犯罪ノ事實ニ干セス單ニ
主観的行為者ニノ及附着スル刑罰責任ノ問題ニ干スル事實ノ不
知ナルカ故ニ故意ノ存否ニ何カノ影響ヲ及セズ。

第二、其不知ハ不知ノアリタル限度ニ於テ故意ヲ阻却スルカ
故ニ其不知カ犯罪ノ構成要件タル事實ニ干スル場合ニ於テハ其
犯罪全体ノ故意ヲ阻却シ(第三十九条第一項)單ニ罪ヲ加重シ
從テ刑ヲ加重スル事實ニ干スル件ハ刑ヲ加重スル点ニ於テノ
故意ヲ阻却ス(一三十八条第二項)例ハ野猪ナリト信シテ人
ヲ銃殺シ又ハ自己ノ物件也ト信シテ他人ノ物品ヲ竊取シタル件
ハ殺人又ハ竊盜ノ故意ヲ阻却スルカ故ニ殺人又ハ竊盜トシテハ
毎罪ナリ。而レモ若シ常人ナリト信シテ尊親族ヲ殺傷シタル場
合ニ於テハ人ヲ殺傷スルノ故意ニ干スル何ボノ不知ノ真ナキカ
故ニ殺人又ハ傷害ノ故意ハ之レヲ阻却セズ。從テ通常ノ殺人又
ハ傷害罪ヲ以テ論ズヘキモ尊親族ヲ傷害スルノ故意アルモノトシ尊

刑罰ノ投シ又ハ傷害ニシテ罪ヲ以テ論スルヲ得

第三、場キ犯罪タル事実ヲ知ラサルハ如何ナル場合トシ

常ニ故意ヲ阻却スヘキカト言フニ、法律ハ（法律ヲ知ラサル故

ヲ以テ罪ヲ犯スノ意ナシト云フヲ得ス第三十八條第三項）ト規

定シ、後令犯罪事実ノ不知ナルモ法律ニ規定セラレタル事実ノ

不知ニ歸着スルハ故意ヲ阻却セストセリ、

是ニ於テカ吾人ハ更ニ犯罪事実ノ不知ノ中法律ニ規定セラレ

ルモ、不知ト然ラサルモトノ不知換言スレハ事実ノ不知

ト法律ノ不知トナシテ要ス、之ニ就テ吾人ハ信スル知ヲ

述ノレハ次ノ如シ。

事実ノ不知トハ具體的犯罪ヲ構成スヘキ事実ヲ指スモノニシ

テ、法律ノ不知トハ具體的事実ニ法律カ抽象的ニ与ヘタル定義

若シハ形容ニシテ同一ノ事実ニ就テモ具體的犯罪構成事実ニ于

テモ法律カ之ニ与ヘタル抽象的名称ニ于スル場合ニ於テハ之

シテ法律不知ト称スルモノニシテ此處ノ不知又ハ錯誤ハ犯意ヲ

阻却セザルモノナリ、然ラハ如何ナルモノヲ以テ具體的犯罪ヲ
構成スル事實トシ、如何ナルモノヲ以テ法律カ之レニ与ヘシハ
抽象的ノ名称トスヘキカト云フニ、例ハ犯人ニ於テ其物品カ
他人ノ所有、屬シ其物品ヲ竊取スルト云フ即自今不法ニ占有
スルト云フヲ知覺スル場合ニ於テハ犯人ハ已ニ其行為タル
ヲ知覺スルモノニシテ依令其行為ハ法律ニ所謂竊盜ノ命名セ
ルモノモナリヤ否ヤノ莫ク付キ不知又ハ錯誤アリトモ之レ所
謂法律不知又ハ錯誤ルヨリ以テ故意ノ阻却也ス。

然ラハ爰ニ法律ニ規定セラルル事實ト云フハ單ニ刑法ニ揭
テラレタル事實ノミヲ指シ他ノ法令ニ掲ケラレタル事實ハ(民
法、商法)此刑罰法令ニ上ヨリ見レハ單純ナル具體的事實ト見
レヘキヤ否ヤ、此莫ク付キテ凡テノ學者ハ皆積極的ノ答解ヲ
与フ、從テ例ハ甲女乙男ト結婚ヲ約シ其婚出ヲ爲シタルニヨ
リ民法上已ニ乙男ナル夫ヲ有セル婦ナルニ拘ハラヌ三々元度ノ
筆燭ノ典ヲ奉ルル迄ニ未ダ乙男ニ妻ニアラヌト信シ兩男ト私通

レ、又例ハ甲男所有物ヲ乙ニ賣却シタルニヨリ民法上其物件
ノ所有權ハ已ニ乙ニ移轉セラルニモ係ハラヌ代金ヲ受取ル迄ハ自
己ノ所有物ナリト信シ更ニ之レヲ兩ニ賣却シタル場合ニ於テハ
姦通又ハ横領罪ノ故意ヲ阻却スト云フモノアリト雖モ、凡ソ不
知ト云フノ眞實ナル片ハ依令刑罰法令ノ不知ト雖モ實際ノ上
ニ於テハ所謂單純ナル事實ノ不知ナルト等シク罪ヲ犯スノ故意
ナキモノナリ然ルニ法律ハ之レヲ以テ故意ヲ阻却セザルモノト
スルハ法律ハ何人モ之レヲ知ルヲ要シ若シ之レヲ知ラザルカ
故ニ故意ヲ阻却スルモノトナス時ハ法律ヲ知ラザルモノカ却テ
之レヲ知リタルモノヨリモ利益ナル地位ニ立ツノ結果ヲ生シ周
知ヲ要スヘキ法律ノ趣旨ニ反スルニ至ルヘキヲ以テ之レヲ矯
ルノ一ノ政策ニ出テタルモノニシテ必要ハ必スレモ刑罰法令ノ
ニ限ラヌ民法商法等刑罰法令以外ノ法律ニ付テモ亦之アルヘ
キカ、故ニ余ハ法文所謂法律トハ必スレモ刑罰法令ニ限ラヌ宛
諸般ノ法令ヲ意味スルモノニシテ、右ニ例示セル場合ニ於テハ

姦通又ハ横領ノ故意ヲ阻却セス、從テ姦通又ハ横領ノ罪ヲ構成スヘキモノト信ス（我國モ亦猶ヒニテモ反對説アリ）但シ右ニ述ルカ如ク法律ノ不知モ亦本來ハ事實ノ不知ニシテ情ニ於テ憐ムヘキモノナキニ限ラサルカ故ニ場合ニヨリテハ輕減スルヲ得トセリ之レ其宜シキヲ得タルモノト云フヘキナリ（第三十八條第三項後文）

（附言）獨ニ考教ノ學者ハ吾人ト反對ニ所謂法律規則ノ不知トハ刑罰法令ノ不知ニ限ルトセルモ刑罰法令ニ限リ他ノ法令ニ及ホスヘカラストスルノ理由ニ於テ薄弱ナルハ何人モ之レヲ認ムル所ナリ。

フホシ、バールリスト等ノ獨ニノ學者ハ事實ノ不知又ハ錯誤ト法律ノ不知又ハ錯誤トハ之レヲ區別スルヲ得ス、若クハ區別スルノ要ナシトス、然レ此以テ明カニ刑法ノ規定ニ及シ全然別途ノ見解ナルカ故ニ我規定ノ解釈ニ適用スルヲ得ス。

第三項 過失

(1) 過失ノ定義

通常學者ハ故意ト過失トヲ對比シ過失ヲ以テ故意ノ一大要素トナス、畢竟説明ヲ簡ニセンカ為ナリ、余ハ爰ニ故意ト對比シテ之レヲ論スルモ亦同一ノ趣旨ナリ、然レ此所謂過失ハ意思ノ大要ニアラス故意（心素）ト行為（形素）トヲ以テ成リタル一般犯行ト同シノ又或意思ト行為トヲ以テ成リタル一般犯罪ノ行為ニシテ試ミニ之ヲ定義スレハ次ノ如シ。

過失トハ豫見セサル可カラサルニ拘ラス豫見セサリシ不注意ト云フ意思ノ状態ニ於テ為シタル行為ヨリ豫期セサル結果ヲ生セシメタル事實ナリト云フ得即チ之レニヨレハ過失ハ一方ニ於テ或事ヲ為ス故意カ不注意ノ状態ニアリシト云フ心素ト他ノ一方ニ於テ或事ヲナレ依テ不期ノ結果ヲ生セシメタルトノ形素トヲ以テ成立ス。

(2) 過失ノ構成要素

(1) 心素ニ付テ不注意ト云フ故意ノ状態アルカ故ニ先ツ負責

無能力者即中心神喪失者幼者瘡痍者等其身体ノ動止ニ付テ故意
ナキモノハ過失ノ心素モ亦之レヲ及如シ過失ニ付テ得ス、
負責無能力ニハ過失ナキナリ、次ニ責任能カヲ有スルモノ、從
テ故意アル者ト雖モ注意スルノ義務ナキヲ付テハ不注意ノ問
題ヲ生セサルカ故ニ過失ヲナスヲ得ス、注意スル義務アリト雖
モ豫見レ得ヘキ場合ニアラズンハ不可能ニ出ツル者ニシテ不注
意ト云フヲ得サルカ故ニ過失ノ問題ヲ生セサルモノトス、一
般犯罪ノ故意ニ於ケルカ如ク不注意ト云フ意思ノ状態モ亦程度
ニヨリテ之レヲ種別シ重キ不注意輕キ不注意等ニ分類スルヲ得
レ共現行法ニテハ特ニ之等ノ分類ヲ設ケサルカ故ニ之等ノ注意ハ
裁判官ノ自由裁量ノ參考ニ供セラル、ノミニシテ法律上ノ効果
ニ付テハ以テ分類ハ実益ナシ。

(四) 刑罰ニ付テ不注意ト云フ意思ノ状態ニ於テナシタル行為
ト豫期セサル法益ノ侵害トアルヲ要スルカ故ニ先ツ單ニ不注
意ト云フ意思ノ状態ニ於テ或事ヲナサレト大意シタルハ勿論及

今之レヲ實行スルモ之レニヨリテ或結果ヲ生セシメタルニアラ
ザレハ過失ノ問題ヲ生セズ、例ハ群集ノ中ニ牛馬ヲ疾駆スル
ハ危険ノ行為ナリ、從テ其行為ノ一ノ犯罪トシテ処罰スル
ハ格別未タ何等ノ結果ヲモ生セシメサルハ過失アリト云フヲ
得ス、次ニ及令結果ヲ生セシメタルニ其結果カ豫見シタルモノ
ナルハ故意トシテ犯罪ノ問題ニ屬シ過失ノ問題ヲ生セズ、終
リニ及令豫見セサル結果ヲ生セシメタルモ其結果カ法益ノ侵
害ナルヲ要ス俗ニ所謂過失ノ功名ハ過失ノ問題ヲ生セズ。

(3) 過失ハ相殺スルヲ得ルヤ
被害者ニ過失アリタルハ一ノ原因トナリテ犯人カ過失ヲナ
セル場合ニ於テハ犯人ノ過失ハ被害者ノ過失ノ為メ滅却又ハ輕
減スルヲナキヤ、一般學說ニテハ過失ニハ相殺ナシトス、何ト
ナレハ過失ノ發生シタルハ被害者其人ノ行為ニモ原因スレバ苟
モ犯人其人ニモ亦原因スト云フナラハ一部ノ原因モ亦一ツノ原
因タルカ故ニ被害者ノ係ラス全部ノ結果ヲ生セシメタルモノト

之ヲ得ヘキナリト、而シテ要スルニ因果論ニ歸着スヘキモ
ノニシテ後ニ共犯論ニ於テ説明スルカ如ク（バリト）一般ノ因
果論ヲ主張セサル以上ハ被害者ノ過失モ亦結果ヲ惹起シ多ク一
原因ナルカ故犯人ノ責任ハ多少之レニ由リテ輕減セラレヘキモ
ノトスルテ至当ナル規定ト思考ス。

(12) 過失ノ存否ヲ定ムル標準

或ハ客觀的一般抽象的ニ之レヲ定ムヘシト云フモノアリ、或
ハ主觀的同一ノ場合ニ付キ具體的ニ之レヲ定ムヘシト云フモノ
アルモ普通ノ學說ニ於テハ之レヲ折衷シ先ツ客觀的一般抽象的
ニ果々ノ事實ニ對シテハ何程ノ程度ノ注意ヲ要スヘキモノトシ
次程度ノ注意タニアラハ過失ナキモノトシ此注意ヲナサハリン
場合ニ於テハ更ニ犯人其人ニ付キ此程度ノ注意ヲナン得ヘキ人
ナリシヤ否ヤヲ調査シ此程度ノ注意ヲナン得ヘキ能力アル人々
ニ於テハ過失アリトナシ然ラサル場合ハ更ニ人ノ能力ニ於テ
為シ得ヘキ程度ノ注意ヲ怠リシヤ否ヤヲ調査シ其人ノ能力ニ於

テナン得ヘキ程度ノ注意ヲ怠リタルカ為メ若果ヲ生シタルモノ
タルキハ過失アリトシ然ラサル場合ニ於テハ過失ナキモノトス

(5) 過失ニ對スル処分

過失ハ凡テノ法益ノ侵害ノ上ニ存スルヲ得ヘキモ法律ハ之
レヲ罰セサルヲ原則トシ特ニ之ヲ罰スヘキコトヲ明言シタル
場合ニ限リ例外トシテ之ヲ罰ス（第三十八條但書）

(6) 過失ト不行爲

過失ハ作爲ノミナラス不行爲ノ行爲ニモ亦之有ルル疑ヲ容レ
ル、旧刑法ノ懈怠ト云フ場合ハ多ク不行爲ニヨル過失タリ、通
常故意ニヨル不行爲ノ場合ト同シク其行爲ト結果トノ間ニ因果
ノ干係アリマ否ヤノ問題ヲ生ス。

第四章 犯罪ノ阻却

犯罪ハ意思ト行爲トヲ以テ成立ス、即チ犯人ニ於テ其行爲が
法令ニ定ムル如ク犯罪ナルヲ知り之レヲ行フ時ニ於テハ爰ニ犯

人其人、罪ヲ犯レタリト云フヲ得、然レモ或場合ニ於テハ上ノ如ク犯人ニ於テ犯罪タルヲ知リテ之レヲ行ヒタル場合即チ犯罪ノ形素心素ヲ具備スルモノソレノミヲ以テ未タ罪ヲ構成スルコト能ハサルモノアリ、即後令意思ト行為トヲ具ヘ形式上犯罪成立スルモ其行為ハ法律ハ或リ正当又ハ必要ナルモノトシテ行為不法即犯罪ヲ如罰スヘイモノナリトテ阻却スル場合ニ於テハ犯罪ノ構成ハ之ニ由リテ妨ケラレ、モノナリ、吾人カ愛ニ行為不法トハ即チ汝莫ニテスルナリ、犯罪ヲ阻却スル原因ハ第一法令又ハ正当業務ニヨル行為第二正当防衛ノ行為第三緊急状態ノ行為第四其他ノ場合ノ行為之レナリ。

第一節 法令又ハ正当業務ニヨル行為

第三十五條ニ曰ク、法令又ハ正当業務ニヨリナシタル行為ハ之レヲ罰セズト
法令ニヨリテナシタル行為トハ、例ハ、旧刑法第七十六條

本官長官ノ命令ニヨル行為刑事訴訟法ノ規定ニヨリ豫審判事カ証拠蒐集ノ為メ家宅ヲ搜索スル行為(第四百四條)司法官警察官巡査憲兵卒其他ノ者カ禁錮以上ノ刑ニ当ルヘキ犯罪ノ現行犯人ヲ逮捕スル行為(刑事訴訟法第五十八條第六十條)司法大臣ノ命令ニヨリ司獄官カ死刑ヲ執行スル行為感化院長カ法令ノ定ム所ニ由リ在院者ヲ檢束スル行為(明治三十三年三月法律三十三號感化院法第九條)急迫ノ事情アル場合ニ於テ仮リニ精神病者ヲ監置スル行為(明治三十三年三月法律三十八號精神病者監護法第三條)父母後見人等カ未成年ノ子又ハ被後見人ヲ懲戒スル為メノ行為(民法第三百七十八條第八十二條第九百二十一條)等ヲ云フ。

(2) 正当ノ業務ニヨリ行ハレタル行為トハ外科医カ治療ノ為メ人ノ手足ヲ截断シ又ハ腫物ヲ切り去ル行為、鍼灸術ヲ業トスルモノカ人ノ身体ニ鍼又ハ灸ヲ施ス行為、角力、擊劍、柔術等ニヨリ互ニ相撲ヲ相扑ス行為ヲ云フ(業務云々ハ文字簡ニ失入正

当作業云々トスルヲ可ナリト思フ如何ニ

(附言) 法令ニヨル行為ハソレ自身正当ナリ罪ヲ構成セケル
ハ論議ヲ俟タス、次ニ何レカ正当ノ業務ナリヤヲ示スカ為メ明
文ヲ設クルハ可ナリト雖モ正ニ正当ノ業務ニ基ク行為ト定メ
ル行為カ正当ニシテ罪ヲ構成スルコトナキヤ亦明白ナリ
從テ余ハ本条ハ或ニ三ノ外國ノ立法例ニハ之レアリト雖モ全
ク無用ノ明文ニシテ速カニ之ヲ删除スヘキモノト信ス。

第二節 正当防衛ノ行為

旧刑法ニ於テハ正当防衛ハ第三編第一章第三節殺傷ニ于スル
肩怨ハ不論罪中ニ規定シアリシカ各人ハ九テノ急迫ナル不正侵
害ヲ防衛スルコトヲ得ヘキモノタルト全時ニ之ヲ防衛スル為ニ
ハ単ニ不正ノ侵害者ヲ殺傷スルニ止マラス如何ナル行為ヲモ為
シ得ヘキモノニシテ其位置ハ寧ロ總則ニアルヘキモノト信ス新
刑法ハ之ヲ總則ニ置キタルハ當ヲ得タルモノナリ。

(1) 正当防衛ノ性質

正当防衛トハ何リヤ、何故ニ法律ハ之ヲ無罪トスルヤトノ基
本問題ニ于シテハ種々ノ學說アリト雖モ其重ナルハ次ノ三説
トス。

(1) 自由意思喪失説 此説ヲ主張スルモノハ正当防衛ノ行為

ハ自己又ハ他人ノ權利ニ対スル不正ノ侵害ヲ防衛セシムル為メ、
更ニ暴行者ノ權利ヲ侵害スルノ行為ニシテ又一ノ不法行為ナリ

然ルニ法律カ之レヲ罪トセサルハ緊急状態ノ場合ト全シク防衛
セラルヲ得サシ事情ト云フ抗拒スヘカラサル強制ノタメ止ムヲ

得スニテ行ヒタル行為即チ為不為ノ意思自由ヲ喪失シテナシ
ル行為ニシテ主觀的責任ノ根柢ヲ見ルカ故ナリト説明ス。

(2) 權利行為説 此説ハ古クヨリ今日ニ至ルマテ極メテ多ク

ノ學者ニヨリテ主張セラレタルモノニシテ論者ハ遠クローマ法
以來、立法又ハ學說ヲ引用スルト同時ニ生命身體榮譽財産等ノ

權利ハ吾人カ生來有スルハ明ニシテ何等疑ナシ、然ラハ若シ
不法ニ之レヲ侵害セントスルモノアラシカ(若シ國法ニヨリテ

救護セラル、違ナクンハ）各人ハ自ラ之ヲ排除シテ此等ノ權利ヲ保全スルノ權利ヲ自然ニ存ストセサル可カラス、然ラズシハ吾人カ自然又ハ法律ニ由リテ享有スト称スル処ノ生命身体財産等權利ハ遂ニ存在ヲ認ケルコトヲ得サルニ至ルヘシト説明ス。

(1) 必要行為説 此説ヲ主張スルコトハ正当防衛ハ第二説ノ主張スルヨリ如ク權利行為ニアラス、自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛セシカ為メ更ニ不正侵害者ノ權利ヲ侵害スルノ行為換言スレハ甲ノ權利ヲ保全セシカ為メ乙ノ權利ヲ犠牲ニスル行為ニシテ本来不正行為タリ唯之ヲ無罪トスルハ斯クスルヲ要スヘキ必要ノ行為タルカ為メニシテ後ニ所謂緊急状態ト異ナル点ハ故不正侵害者ニ対スル及撃ノ行為タルニ及シ彼レハ曾テ何等ノ侵害ヲモ為サ、ルモノニ対スル侵襲タルニアルノミト説明ス。

以上三説ノ中第一ハ全ク誤リナリト信ス第二第三其可否ニ付テ甚ノ疑ヲ存スル所ナリ大多數ノ学者ハ第二説ヲ主張シ第三説ハ只少數ノ学者ニヨリテ主張セラル、多數ノ主張ニ係ル第二説

ハ正当ナラン、然レモ余ハ少數者ノ主張スル第三説ヲ採ラント欲ス。

(2) 第三十六條ノ規定

甲 侵害ニ就テ

(1) 不正侵害ニ対スルコトヲ要スルカ故ニ先ツ侵害アルコトヲ想像ス、侵害ナキハ次ニ云フ緊急状態タルコトヲ得ルモ正当防衛タルヲ得ス、次ニ其侵害ハ不正即チ違法ナルヲ要スルカ故ニ法律命令又ハ正当業務ニヨル違法ノ行為及ヒ正当防衛ノレ自身ニ対シテハ正当防衛ノ權利ナキナリ。

此莫ニ付テハ疑ヲ生セルト雖モ、緊急状態ニ基ク行為初者心神喪失者瘖啞者等責任能力ナキ者ノ行為及ヒ猥褻ノ行為ニ対シテ正当防衛アリヤ否ヤニ付テハ學說一致セズ、或ハ緊急状態ニヨル行為ハ法律カ放任セ、行為ニシテ客觀的違法ノ行為ニアラス又責任無能力者及ヒ猥褻ノ行為ハ主觀的不正ノ行為ト云フヲ得サルカ故ニ此等ノモノノ行為ニ対シテハ緊急状態ノ行為アルヘ

正当防衛ノ行為トシト云フモ、然レ其ノ緊急状態ニヨル
ノ行為ハ法律ハ止ラザル得ル行為トシテ放任スル行為タルニ止
マリ正当ノ行為ニアラサルト合時ニ責任無能力者及ビ獸類ノ行
為ト雖モ単ニ主観的不正ノ行為ト云フヲ得スト云フノミニシテ
行為ソレ自体ハ正当ノ行為ニアラズ、從テ不正ノ侵害ナルカ故
何レ、對シテモ正当防衛ヲ行フヲ得ヘシト信ス。

(註) 獸類ノ行為ト自然ノ出来事トハ同一視スヘキモノナリヤ
之レ更ニ研究ヲ要スル莫ニシテ喫食ノ解脫如何ニ依テ右ノ決
定ハ根柢ヨリ變セサルヘカラス。吾人ハ之ニ對シテ獸類ノ行為
ハ精神上ノ働キニ存シ其行為ハ之ヲ以テ不正侵害ト云フヲ得
ルモ、自然ノ出来事ハ精神上ノ働キニヨリサレカ故之レヲ侵害
ト云フヲ得ス、從テ之レニ于スル區別ヲ設ケ動物ノ侵害ハ正当
防衛ノ原因トナルモ自然ノ出来事ハ緊急状態ノ原因トナルニ過
キスト思フ。

以テノ侵害者ニ於テ人ノ行為ハ之レヲ不正侵害トシテ正当防衛

ノ原因トスルヲ得ルモ、動物ノ行為ハ自然ノ出来事トシテ之レ
之レヲ不正ノ侵害ト云フヲ能ハサルカ故ニ正当防衛ノ原因トス
ルヲ得スト主張シ、要スルニ人ノ行為ト人以外ノモノ、精神
上ノ働キニ基ケル行為トヲ區別スルモノアリ、此説或ハ正当ナ
ルヤヲ知ラス、然レトモ法律適用ノ上ニ甚タシキ不都合ヲ見出
スカ故ニ精神ノ働キニ基ク侵害ハ正当防衛ノ原因トナルヲ得ヘ
キモノトセント欲スルナリ。

(ロ) 不正侵害ハ急迫ニシテ且ツ現在ナルヲ要ス、先ツ攻撃ノ
急迫ナルヲ要スルカ故ニ例ヘハ決闘ノ申込ニ応シテ之ニ臨ミ
テ第一ノ攻撃ヲ受ケタルモノ、反撃行為ノ如キ当然豫期セル攻撃
ニ對スルモノハ正当防衛ノ行為タルヲ得ス、蓋シ正当防衛ハ國
家カ止ラザル得スニテ私人ニ許容スル權利ニシテ自ラ求ル權利
ノ侵害ニ對シテ保護ノ必要ナキモノトス、又攻撃ハ現在ナルヲ
要スルカ故ニ未ダ攻撃ノ開始セラレサルニ先々タル行為即チ
未來ノ危険ヲ杜遏センカ為メ行為又ハ防衛ノ目的タル危険ノ已

ニ去リタル後ニ於テ害ヲ侵害者ニ加フル行為ハ正当防衛ノ行為
タルヲ得ヌハ蓋シコトアリ及対ニ正当防衛セラルヘキ侵害ノ行
為ナレハナリ、然レモ余カ爰ニ所謂攻撃ノ現在ト云フコトハ必ス
レモ嚴正ニ攻撃ノ已ニ開始セラレタルコトヲ意味セス、已ニ
之ヲ開始セラレタルモノハ勿論未タ現実に開始セラレサルモ
將ニ攻撃ニ切迫セル行為又ハ切迫セサルモ機ヲ失スレハ防衛ス
ルコト能ハス座ナカラ危害ノ来ルヲ俟タサル可カラサルニ至ルヘ
キ危険ナル行為ノ現在スル場合モ亦之レヲ包含スルモノトス、
之レ特別ノ場合ナリ。

(四) 侵害ハ或法益ニ対スル侵害タルコトヲ要ス、旧刑法第三百
四十一条ニ身体生命ヲ正当ニ防衛シトアリテ財産(三百九条
ノ場合ハ格別)又ハ名誉信仰ニ対スル侵害ニ付テハ正当防衛ヲ
認メサリシモ現行法ハ單ニ權利ヲ防衛スル為メ云々トアリテ何
等法益ノ種類ヲ限定セザルカ故ニ生命身体自由財産ハ勿論名誉
信仰ノ自由ニ至ル迄苟シ公益ハ侵害ト云フコト得ヘキモノハ皆防

衛ノ目的タルコトヲ得ルモノトス、次ニ法律ハ旧刑法ト同シク自
己又ハ他人ノ權利トアリテ侵害セラルルハ法益ノ享有者ヲ限定セ
ザルカ故ニ自己又ハ親族ニ屬スルモノハ勿論他人ニ屬スル法益
ニ又防衛ノ目的タルコトヲ得ヘキモノトス。

乙 防衛ニ就テ

(イ) 防衛スル為メノ行為ハ之レヲ罰セストアリテ先ツ旧刑法ノ
如ク暴行人ヲ殺傷シタルモノトナスカ致殺傷スラ尚且ツ然リ況
ノヤ其他ノ侵害ニ放テリヤト云フカ如ク勿論解脫ヲ須ムルコト
ナリ直チニ總テノ行為ハ皆防衛ノ目的タルコトヲ得ト云フコト
ニ旧刑法ノ如ク暴行人ヲ殺傷シタルモノトナスカ故ニ暴行人以
外ノモノニ対スル行為モ亦正当防衛タルコトヲ得ルヤニ付テハ正当
防衛ハ攻撃ニ対スル及撃タルノ性質ニ基キ或ハ暴行人ニ対スル
コトヲ要シ其他ノモノニ対スルモノハ緊急状態タルコトヲ得ルモ正
當防衛ノ行為タルコトヲ得スト云フモノアリ、之レ一派ノ見解ナリ
ト雖モ余ハ侵害者ニ対スルモノ、ミナラズ必要上他ノモノニ対

シテ加ハタル侵害モ亦防衛ノ行為トアリト云ハント欲ス。
(四) 己レヲ得サルニ出タル行為トアルカ故、防衛ノタメ為セ
ル行為ハ必要已レヲ得サルニ出テタルニ非スハ正当防衛タル
ヲ得ス、然ラハ其所謂己レヲ得サルニ出テタル行為トハ如何ナ
ル事ヲ意味スルカ、人或ハ權利ニ対スル不正侵害ハ如何ナル場
合如何ナル方法ヲ以テモ之ヲ防衛スルヲ得ルモ過度ノ方法ニ
由ル防衛ハ適當ノ防衛ト云フヲ得サルカ故ニ之ヲ明カニセン
カクメ止レヲ得サル云々ノ文字ヲ加ヘタルモノニシテ客觀的防
衛ノ方法ノ適當ナルヲ要スルノ義ナリト云フモノアリト云モ
斯ノ如キレハ明白ノヲナルノコトラス急迫不正ノ侵害又ハ防衛
ノ程度ヲ越ヘタル行為ハ云々等ノ文字ニ由リテ之レヲ知り得
ル更ニ再言スルノ要ナシ、從テ余ノ爰ニ止レヲ得サルニ出テ
ル云々トハ防衛スルヲ必要止レヲ得サルニ出テタルヲ即チ主
觀的防衛スルヲ要スルノ余議ナクセラレタルヲ要スルノ義
ニシテ、第一ニハ例ハ法カノ保護ヲ受ルル違ナリ且ツ逃避ス

ルヲ能ハスト云フカ如ク侵害避クヘカラサルヲ要シ、第二ニハ
防衛者ニ於テ防衛セラルヘキ權利ト反撃ニヨリテ侵害者ニ与
ヘキ損害トヲ比較シ侵害者ニ或ル損害ヲ与フルモ尚且防衛セ
ルヘカラサル主觀的ノ必要ニ迫ラレタル事實アルヲ要スルモ
ノニシテ例ヘハ下駄一足又ハ數個ノ果実ヲ所有権ノ防衛セ
ルノ盗見ヲ警戒スル如キレハ通常主觀的ノ必要ニ迫ラレタル
認ムルヲ得サルカ故ニ一般ニ於テハ正当防衛ト云フヲ得サ
ナリ。

丙 情状ニ就テ

以上各例ノ条件ヲ具備セサルハ正当防衛トシテ無罪タルヲ認
ム、從テ通常ノ刑ヲ科スヘキモ法律ハ防衛ノ程度ヲ越ヘタル行
爲ノ情状ニ由リテ其刑ヲ減輕又ハ免除スルヲ得ルト規定セリ
(イ) 此規定ハ程度ヲ越ヘタル行為ハ情状ノ如何ニヨリ刑ヲ輕
減スルカ又ハ免除スルカニ者其一ニ由ルヲ得ルノ義ニ非ス、
程度ヲ越ヘタル行為ハ通常ノ刑ヲ科スヘキモ情状ニ由リテ或ハ

刑ヲ減輕シ又ハ免除スルコトヲ得ルノ義トス。

(四) 防衛ノ程度ヲ越ヘタル行為トハ例ヘハ侵害者ヨリモ被害者強大ナル腕力ヲ有スルカ故必スレモ殺害ヲ要セス單ニ其手ヲ捉ヘタル防衛スルヲ得ヘキニ敢テ擊殺シタルカ如キ防衛ノ方法カ過度ニ先シタル場合最初ノ防衛ヲ以テ侵害者ハ既ニ侵害ヲ加フルノ能力ヲ失ヒ又ハ己ニ逃走シリ、アルニモ拘ハラヌ之レヲ攻撃シタルカ如キ勢ニ乗シ防衛ノ方法以外更ニ新クナル攻撃ヲ加ヘタル場合又ハ侵害セラレ、權利ト防衛ノ為メニ被害者ニ加フヘキ損害トヲ比較シ主觀的防衛ノ必要ニ止ムニ拘ラヌ侵害者ニ重大ナル害ヲ與ヘタル場合等凡テ之レ等ヲ包含スルモノトス。

(附言) 君主ニ對シ正当防衛アリヤ、天皇ハ神聖ニシテ不可侵(憲法第三條)ノ渊源ニシテ其行為ニ不正ナキモノナルカ故之ニ對シテハ正当防衛ナシト云フヲ通説トス、而レモ外國ノ首長又ハ之レヲ代表セル公使等ニ對シテ正当防衛ノ行為有ルヘキヲ通説トシテ疑ナシ、蓋シ外國ノ首長又ハ公使ハ其行為ニツ

キ裁刑法ノ支配ヲ受ケスト云フ以テ其不正侵害トシテ正当防衛ノ行為タルヲナキカ故ニ之レニ對シテ正当防衛ノ行アルヘキハ勿論ナリ(但シ主権者トシテノ天皇ト個人トシテノ天皇即チ高貴ノ方トニ二分シテ觀察セハ自ラ結論ヲ異ニスヘキモ我々天皇ニハ二個人格アリト認ムルハ通説ニアラス)

第三節 緊急状態ノ行為

爰ニ緊急状態トハ第三十七條ノ規定ヲ指ス、旧刑法第七十五條ニ該當シセシ十五條ハ主觀的止ムヲ得スレテ侵シタル特別無罪タルノヲ規定シタルモノニシテ主觀主義ナルモ一般ノ學者ハ此主義ノ規定ヲ排斥シ一般社會上ヨリ觀察シテ有益又ハ必要ナル行為ナルヤ否ヤヲ標準トシテ有罪無罪ヲ決スルノ主義即チ客觀主義ヲ採用セントノ意アリ、余ノ倍スル所ニヨリ刑法ノ規定ハ近世一般ノ傾向ニ從ヒ客觀主義ニヨリテ規定セラレタルモノナリ。

第一 學說ノ概要

緊急状態ニヨル行為ヲ無罪トスル立法ノ理由ニ于スル學說ハ

先ツ三説アリ。

(1) 共同財産説、原始社界ニ於テハ凡テ財産ハ皆吾人ノ共有ニ屬シ吾人各自ノ自由ニ利用スルコトヲ得タリシカ社会漸ク進リテ是リ共同シテ財産ヲ所有スルハ種々ノ不都合ヲ生シ一般ノ存在ニ不便ナルヨリ遂ニ吾人ハ共謀ニ基キ相入所有權ヲ創始スルニ至リシナリ、サレバ共同財産トシテハ財産其物ノ本体ニシテ他ノ所有權ハ畢竟リノ後リノ地位ニ過キス、故ニ一朝必要アリハ其基本體ニ復歸スルナリ、從テ必要ニ迫マリタルモノハ自由ニ他人ノ所有權ヲ侵害スルコトヲ得ヘシ、蓋シ之レヲ原人ニ例フモ然リハ所有權ヲ創始シタルノ趣旨ニ適合シテ憚ルコトナキヲ肯セシニ之ト而シテ尚更ニ三箇ノ条件ヲ附加セリ。

(1) 他ニ何等執心ヘテ過ヲカシシコト、 (2) 當時其財産ヲ所有セシモノニ於テモ緊急状態ニアルモノト全シク必要状態ニアラハシシコト、 (3) 之レヲ遂遷シ得ヘキ時ニ至ラリ直ニ是ヲ遂遷スヘキ

1. ミナリ (クロケユース説)

(2) 意思自由喪失説、緊急状態ニヨル行為ハ之レカ為メ犯罪タル性質ヲ失フコトナクソレ自身所罰スヘキ行為ナリ、從テ緊急状態ニ於テ行ヒタル盜取ハ常ニ盜罪タルヲ失ハス、蓋シ盜罪タル犯罪ノ構成ニ必要ナル一切ノ条件ヲ具備シ毫モ欠ケタル所ナケレハナリ、

然レ此行為ハ但罰セラレヘキモノニアラス、何トナレハ緊急状態ニテ作為不作為シタルモノハ其犯シタル罪ヨリモ尚重大ナル危害アルコトヲ恐レ之レヲ避ケンカ為メ作為不作為ヲナシタルモノニシテ人ハ稟性的專ラ自己ノ存在ヲ慮ルニ急ナルモノナルカ故自ラ危害ニヨリテ脅嚇セラレ易ク從テ人常ニ之レヲ避ケンコトヲ欲スレハナリ、
要スルニ危害ニヨリテ從テ又之レヲ抵抗スルカヲ有セス威嚇セラレバ已ニ完全ナル自由ヲ有セス故ニ此等ノ行為ハ無罪トラサレコト得スト云フニアリ (和蘭アウタウス氏)

(3) 刑罰無効説 國家カ刑罰ヲ科スルハ必要ニヨルナリ、詳言スレハ威嚇豫改善何レカノ目的ヲ達シ以テ國家ノ秩序ヲ全フテシト欲スルニアリ、從テ此目的ヲ達スルヲ得ヘキ場合ニマラズンハ刑罰ヲ科スルハ當ニ徒爾ナルニナラス不正ナリ、今緊急状態ニ基テ或事ヲ作為若シクハ不作為ヲナスモノヲ持スルニ彼レハ刑罰ヲ受クルノ苦痛ヨリモ更ニ重大ナル害患ヲ避ケンカ為メニ作為又ハ不作為ヲナセルモノナリ、然ラハ刑罰ハ之レニ對シテ何等ノ效果ヲ有スルヲ得サルカ故ニ科刑ノ問題ヲ生スヘキニアラスト云フナリ。

第二、三十七條ノ規定

第三十七條ニ曰ク、自己又ハ他人ノ生命身體自由若クハ財産ニ對スル現在ノ危難ヲ避クルカ為メ止ムヲ得サルニ出テタル行為ハ、其行為ヨリ其害ヲ避ケントシタル害ノ程度ヲ越ヘサル場合ニ限り之ヲ罰セスト。

(1) 条件

(1) 現在ノ危難ヲ避クル為メニスルコトヲ要ス、危難ヲ避クル為メタルヲ要スルカ故ニ避ケンシテ之レヲ妨クノ行為ハ正当防衛ニ入ルヘシ、此点ニ付テハ物ヨリ生シタル危難ナル件ハ之ヲ妨クルノ必要モ亦多シ所謂サクル行為ニシテ緊急状態タルヘシト云フ説ハ寧ロ一般トス或ハ可ナランカ、現在ナル意義ハ前ニ説明シタル如キヨルヘシ、為ノ意義ハ主觀的ノモノトセス客觀的因果ヲ係アルノ義ニ解スルヲ要ス、法律ハ正当防衛ノ場合ト異ナリ急迫ノ文字ヲ用ヒ又ハ之ヲ侵害ノ場合ニ限ラサルカ故トモ緊急ノ場合タルコトヲ要スルハ彼ト異ナリ可カラズ、蓋シ止ムヲ得サルニ出テタル云々ノ文字ニヨルモ其一般ヲ知り得ヘキノミナラス一般ニ權利行為トサヘ云ハル、正当防衛ノ場合ハ緊急ノ場合タルヲ要スルニモ拘ハラズ本場合ノ如ク一般ニ必要行為ニ過キスト云ハルニモニシテ之ヲ要セサルノ理ナケレハナリ(此点ハ更ニ詳説ヲ要ス)

(10) 生命身體自由若クハ財産ニ對スル危難ヲ避クル為メタル

トヲ要ス、正当防衛ノ場合ト異ナリ、単ニ權利ヲ云ハス爰ニ列挙スル法益ニ對スル危難ノミニ限ルカ故ニ之レニ洩レタル法益樹ヘハ名誉ノ権信仰ノ自由等ニ對スルモノニ付テハ其罪タルモノヲ得サルモノトス、法律ハ之レヲ列挙スルハ畢竟名誉権信仰ノ自由權ニ對シテハ事實上危難ト云フカ如キモノアルヲ見出スヲ得スト思惟シタルニヨルモノニシテ必ラスレモ其等ノ權利ニ局限セサルヘカラストナシタルニハ非サルヘシ、若シ果シテ然リトセリ前条ト同シク單ニ權利ト記載スヘカリシナリ。

(ハ) 自己又ハ他人ノ生命トアルカ故ニ旧刑法第七十五條第二項ノ如ク自己又ハ親族ノ為タルトヲ要セス、無干係ナル第三者ノ為メニモ之レヲ為シ得ヘキモノニシテ又改正ノ要点ノ一トナス。

(ニ) 危難ヲ避クル為メ止ムトヲ得サルニ出テタル行為タルトヲ要ス、先ツ行為トシテアリテ之レニ由リテ傷害セサルヘキ權利ノ種類ヲ限サルカ故如何ナル權利ノ傷害モ皆無罪タルヘキモ

トス、次ニ止ムトヲ得サルニ出テタル云々トハ如何ナル意義ヲ有スルカ、正当防衛ノ場合ニ於テハ主觀的行為者ニ於テ必要ニ迫ラレタル為メ余議ナキノ義ニ解セサルヘカラストシタルモ本場合ニ於テハ寧ロ及テニ客觀的避難ノ方法ニ干スル制限即チ危難ヲ避クル為メトシテハ止ムヘカラサル行為ノ義ニ解セサルヘカラス、若シ夫レ然ラストセシカ旧法七十五條ノ改正ヲ必要トシタル理由ノ一タル場合即チ后ニ例示スルカ如ク甲者カ水中ニ溺セントスル際傍ヲ通り係カリタル乙者ハ倉遑無断ニ丙者ノ家ニ属スル藪ノ竹ヲ切りテ其一端ヲ甲者ニ授ケ之レヲ救助シタル場合ノ如キハ乙者ニ於テ主觀的甲者ヲ救助スルトヲ要スヘク何等余議ナクセラレシル事實ナキカ故ニ之レヲ含マサルヘシトナシテ改正ノ本旨ニ及スル結果ヲ生スヘケレハナリ。

(イ) 行為ヨリ生シタル害ハ避ケントシタル害ノ程度ヲ超ヘサルトヲ要ス、彼レト之レトノ害ヲ比較シ彼レハ之レノ程度ニ超ヘサルトヲ要スルカ故ニ全一以下ナルハ無罪タルヘキモノト

ス、然ラハ才判官ニ於テ之ヲ比較スルノ標準如何、法律カ特ニ之レヲ示サ、ルカ故一般ノ常識ニ訴ヘ之レヲ決スルノ外ナシ、之レニ付テ先第一ニ同種ノ法益ニ付テハ一般ニ於テハ其比較敢テ困難ニアラス、例ヘリ数人ノ生命ハ一人ノ生命ヨリモ重ク生命ハ身体ヨリモ重ク癡篤疾ハ一定期間中ノ病疾休業ヨリモ重ク萬金ハ千金ヨリ千金ハ百金ヨリモ重シ、然レモ全種ノ法益ニ付テモ或持種ノ場合及ヒ危難ノ法益ニ付テハ此比較多少困難ナリ例ヘリ婦人ノ貞操ト生命又ハ身体ノ傷害トハ何レカ重キヤ千金ト數百金ハ自由又ハ輕微ナル身体ノ傷害トハ何レカ重キヤ、此点ニ付テハ余ハ例外ノ場合ハ別トシテ婦人ノ貞操ハ人ノ生命又ハ身体ノ傷害ト全一ナリトナスヘク身体ト財産トノ比較ハ各場合ニ付キ社會ノ状態ヲ斟酌シテ決定スルノ外ナカラント信ス。

(2) 程度
法益保全ノ為ニスル避難ノ方法其程度ヲ超ヘタル場合ハ如何ニ之レヲ罰スヘキカ或リ之レニ全刑ヲ科シ或ハ情状ニヨリ減輕

又リ免除スルモノトスヘキカ、主觀的ニ必要ニ出テタル場合ハ多少クハ減輕又ハ免除ヲ要スヘシ、

(3) 制限

以上(1)ニ列挙スル条件ヲ具備スル件ハ無罪トナリ其或ハ程度ヲ超ヘタルモ状況ニヨリ刑ヲ減輕又ハ免除セラルヘキモ勤務上特別ノ義務アルモノニハ本条ノ適用ナキモノトス、勤務上特別ノ義務トハ特定ノ場合ニ於テ危難ニ赴キ又ハ少ナク比之ヲ避クヘカラサル義務アルモノニシテ例ヘリ船長消防夫巡查兵卒等ヲ云フ其理由ハ特ニ説明ヲ要セス。

第三 緊急状態ノ類

終リニテ解ニ便ナラシメシカ為メ本条ニ該当スヘキ數個ノ類例ヲ挙ク、即チ緊急状態ニ基ク行為ハ、(一)抗拒スヘカラサル他人ノ強制ニヨリテ指定セラル、(二)救助セラルヘキ利益ト侵害セラル之レヲ撰定セル、(三)救助セラルヘキ利益ト侵害セラルヘキ利益ト同種ナル、(四)或ハ然ラサル、(五)救助セ

ラルハキ利益カ犠牲トセラレハキ利益ヨリモ大ナルコトアリ或
 ハ然ラカルコトアリ、
 以上並ニ分チテ例示スルハ煩ナルカ故産ナルモノヲ挙ク、
 (A) 甲乙ニ云ワテ曰ク、汝内ヲ殺スヘシ、然ラズンハ殺ハ汝又
 ハ汝ノ家族ヲ殺スヘシト、乙ハ抵抗スル能ハス指定セル罪ヲ犯
 セル場合、
 (B) 汝他人ノ財物ヲ焼燬又ハ毀損スヘシト乙ハ抵抗スルコト能ハ
 スコト其指定シタル罪ヲ犯セル場合、
 (C) 火災身体ヲ焼カントスル際之レヲ避ケンカ為メ他人ヲ推シ
 倒シテ之レヲ殺傷シタル場合、
 (D) 兇賊自刃ヲ振り来リ又ハ狂犬已ヲ噛マントスル際之レヲ
 避ケンコト他人ノ家ニ圍牆ヲ破リテ其内ニ逃ケン入レル場合、
 (E) 難破ニ遭ヒタル甲一枚ノ板子ヲ命綱トシテ漂ヘル全被害者
 乙ヲ波浪ノ中ニ排擠シテ之ヲ溺死セシメ其板子ヲ奪ヒ取りシル
 場合、

(F) 永ク海上ニ漂流シ食尽キテ餓死ニ頻シタル漁夫遂ニ相謀リ
 テ全船者ノ一人ヲ殺害シ其者ノ肉ヲ喰ヒ生命ヲ全フシタル場合
 (G) 甲、乙ノ溺死ヲ救ハン為メ路傍ニアリシ丙所有ノ竹木ヲ切
 リ採リ又ハ無断ニテ丙ノ船ヲ使用シタル場合、
 (H) 難波ノ際共同ノ危除ヲ救ハン為メ船長カ積荷ノ一部又ハ全
 部ヲ海中ニ投棄シタル場合
 (I) 海水浴中衣服ヲ盗取セラレシヨリ有合セタル他ノ衣服ヲ被
 リ又ハ裸体ノ俣飯宅シタル場合、
第四節 犯罪阻却ノ他ノ場合
 第一節乃至第三節ニ説明スルモノハ法律ハ其違法ヲ阻却スヘ
 キコト明言シ、爰ニ明言セントスル処ノモノハ法律ハ殊ニ之レ
 ヲ明言セス而モ解釈上ニ於テ上級節ト全シク又不法ヲ阻却スル
 モノトス、而シテ本節ニ属スル重ナルモノハ尤ノニ場合トス。
 (1) 自助権ノ執行
 独逸民法第百二十九条「自助ノ目的ヲ以テ物ヲ奪取シ破

壞シ若クハ傷害スル者又ハ自助ノ目的ヲ以テ適七ノ嫌疑アル債
務者ヲ抑留スルノ認容セサル可カラサハ行為ニ對シ債務者ノ抵
抗ヲ排除スルモノ、行為ハ其筋ノ救助ヲ適當ノ時ニ得ルコト能
ハス且ツ即時ノ処分ヲナサ、ル時ハ請求ノ実行ヲ不能ナラシメ
若クハ著シク困難ナラシムル危険アル場合ニ限り不法ニアラズ
トアリテ自助權ニ基ク必要ノ行為ハ不法ニアラサルカ故犯罪ヲ
構成セス、然レバ我國ニ於テハ民法何レニ於テモ斯ノ如キ權
利ヲ認メタル法文ナシ（唯自助權執行ノ一タル盜賊取還シノ行
為ノ一）然ラハ自助權執行ノ行為ヲナシタル片ハ其行為ハ我
刑法ノ解釈トシテ正当行為トシ犯罪ノ構成ヲ阻却スヘキカ、特
ニ之ヲ許スノ明文ナキヲ以テ正当行為ニアラス從テ犯罪ノ構成
ヲ妨ケストスル説ハ理論トシテハ強カルヘキモ「後令明文ハナ
クトモ理論上正当ノ行為トシテ認許セラルヘキ者ナルカ故ニ無
罪トスヘシ」ト論スルハ實際ノ不都合ヲ避クルニ利アラズ、
然レ立法論トシテハ民法又ハ刑法ニ於テ其不法ナラサルヲ

(8) 被 害 者 ノ 承 諾

法益ノ所持者自身カ之レヲ為レタル場合ニ於テモ亦罪ヲ構成
スヘキ所為ハハ公然猥褻又ハ輕キ放火等ノ所為ニ付テモ法益
ノ所持者ハ之レニ付キ他人ニ承諾ヲ与フルノ權能ナキカ故問題
外ナリ、之レト同時ニ無承諾トシテ犯罪構成ノ一要件タル
所為例ハハ家宅侵入罪強盜罪強姦罪等ニ付テハ承諾ハ當然犯罪
ノ成立ヲ妨クルカ故又問題タラサルト明ナリト思フ。
然ラハ其他ノ場合ニ於テ法益所持者ノ承諾ハ犯罪ヲ阻却スル
カト云フニ余ノ考ニテハ他人ノ行為ヲ承諾スルト云フ下リ他人
ノ行為ヲ認容スル下リ意味レ認容ハ更ニ承諾者ト受諾者トノ間
於ケル意思ノ共通ニヨリ（定マリタル範圍ニ於テ）受諾者ノ
行為ヲ承諾者ノ行為ト全視スヘキ下リ意味ニ結本問ノ場合ニ
於テ受諾者ハ一面自己ノ行為ヲ行フト全時ニ他ノ一面承諾者自
身ノ行為ヲ代表スルモノニシテ若シ之レヲ有罪トスル片ハ火

此半面ニ於テ法益ノ所持有自身ノ之レヲ行ヒタル場合ニ於テハ無責任ナリトノ前提ニ反スル結果ヲ生スルカ故ニ自殺幫助ノ如キ特別ノ規定アル場合ハ格別然ラサル場合ニ於テハ仮令道義ニ適ヒタル行為ト云フヲ得サル丁アルモ又不法ノ行為トシテ罰スルノ價值ナキ行為トナシ五法者ク放任シテ論セサル無責任ノ行為ト云リサルヘカラスト信ス。

第五章 犯罪ノ種類

第一節 政治犯罪常事犯罪

政治犯罪トハ國家ノ政治的秩序ヲ破壊變更又ハ攪乱スルヲ目的トスル性質ノ犯罪ニシテ、自餘ノ犯罪ハ常事犯罪トス。然ラハ政事犯罪ト常事犯罪トハ何ニヨリテ區別ス、キカ、之ニ付テ或者ハ主觀主義ニヨリ犯人カ罪ヲ犯シタル遠因即チ理由ニ如何ニヨリテ之ヲ區別シ行為ノ何レヲ問ハス犯人カ之レヲ問フハ遠因又ハ理由カ政事的性質ヲ有セハ中心ハ政事犯罪ニシ

チ、然ラサルハ片ハ常事犯罪ナリト主張シ、他ノモノハ客觀主義ニ基キ犯人カ侵害シタル權利ノ性質即チ目的ノ如何ニヨリテ之レヲ區別シ犯人、侵害シタル權利即チ目的物自得ク政事的性質ヲ有スル片ハ政治犯罪ニシテ、然ラサルハ片ハ仮令犯人ノ之レヲ害スルニ至リタル遠因又ハ理由ハ政事的ナルモ常事犯罪ナリト説明ス。

其何レヲ以テ正当ナリトスヘキヤ、後者ハ多數學者ノ贊同スル但タルト今時ニ仮令政治上ノ遠因ヲ以テスルモ殺人ハ殺人強盗ハ強盗トシテ後者ヲ以テ正当トナスナリ。

之レヲ區別スル實益ハ主トシテ國際上所謂犯罪人ノ引渡ニ于テ之レヲ見ル、即チ嘗テ説明シタルカ如ク政治上ノ犯罪人ハ之レヲ引渡シ、ルトセハ故ニ之レニ于テ犯罪人引渡ノ要求ハ之ヲ拒マサルヘカラサルト今時ニ我國ニ亦之レヲ要求スルヲ得サルモノトス（明治十九年十月勅令日本犯罪人引渡條約

第四條明治廿年八月勅令第百四十二号逃亡犯人引渡條例第三條

第二節 即時犯罪、繼續犯罪、單行犯罪

慣行犯罪、連續犯罪

第一款 即時犯罪及繼續犯罪

即時犯罪トハ行為ト不行爲トヲ問ハス、或事ヲナシ又ハ爲サ
ル一瞬時ニ於テ完成スル犯罪ヲ云ヒ、繼續犯罪トハ犯罪ノ行
爲ノ性質カ時ノ繼續ヲ觀念シハナレシハ想像スルヲ得サル
モノ換言スレハ犯罪完了ノ時ヨリ終了ノ時ニ至ルマテ全一ノ要
素ヲ具備シタル全一ノ狀態カ時ヲ以テ斷斷ナク繼續スルヲカ犯
罪行其モノ、性質タルモノヲ云フ瞬時ニ於テ完成スルカ故ニ即
時犯罪ニテ犯人ヲ藏匿シ可成ヲ所持シ又ハ不法ニ人ヲ監禁スル
罪等ハ藏匿所持又ハ監禁ヲ始メタル時ヨリ之レヲ止ムル迄ニ全
一ノ要素ヲ具備シタル狀態カ斷斷ナク繼續スルカ故ニ繼續犯罪
トス。

第二款 單行犯罪、慣行犯罪、連續犯罪

單行犯罪トハ或行為ヲ一回行フノミニヨリ罪トナルヘキモノ
ヲ云ヒ、慣行犯罪トハ二回以上或行為ヲ反覆シ慣行ト認メラル
場合ニ於テ始メテ罪ヲ構成スルモノヲ云フ、強盜竊盜殺上等
殆ソト凡テノ犯罪ハ單ニ一回之レヲ行フニ由リテ罪ヲ構成スル
カ故ニ前者ニ屬シ、第百八十六條第一項ノ罪ハ二回以上之ヲ行
ヒ常習ト認メラルニ至リテ構成スルカ故ニ後者ニ屬スルモノ
トス、連續犯罪トハ例ハハ欠藏ニ貯藏セラレタル百本ノ葡萄酒
ヲ竊取セント欲シ毎日十本宛ヲ竊取シ十日ヲ以テ竊取シタルカ
如キ、下僕カ主人ノ卓上ニ在ル巻煙草ヲ毎日若干ツ、竊取シ十
數日ヲ以テ悉ク之レヲ竊取シタルカ如キ、一枚ノ通行券ヲ偽造
シ同一ノ目的ノ爲メ數回之レヲ使用シ因テ數多ノ異リタル官廳
又ハ官吏ヲ欺キタルカ如キ、有夫ノ婦カ夫以外ノ或定マリタル
男ト姦通シ數回不正結合ヲ行ヒタルカ如キ、大ナル一箇ノ機械ヲ
竊取セシ爲メ之ヲ解体シ漸次其各部ヲ竊取シ遂ニ其全部ヲ取去
リタルカ如キ、前各部ノ行為ハソレ自身獨立シテ一箇ノ犯罪ヲ

ルヘキハテノ要件ヲ具備スルモ或ハ主觀的各行爲カ包括的ナル
一併ノ意思ニ基キテ行ハレ又ハ客觀的多數ノ全一又ハ類似ノ行
爲カ數多ノ全一又ハ類似ノ目的物ニ對シテ行ハレタル等ノ理由
ニヨリテ連続シクル一併ノ犯罪ト認メラルヘキモノヲ云フ。

第二款 各犯罪相互ノ區別

(1) 単行犯ト即時犯トハ甚ク相類似スルモ、一ハ犯罪ノ構成
行爲ノ多數ノ上ヨリ、他ハ犯罪構成ヲ行爲ノ時間ノ上ヨリ觀察シ
タルモノナリ故具同着シキ差アリ、
即チ単行犯ハ即時犯タルト全時ニ連続犯タルコトヲ得ヘキモ
トス。

(2) 慣行犯、継続犯、連続犯モ亦數回ノ行爲カ時ヲ以テ連続ス
ルト云フ莫ニ於テハ相類似スルモ、
(1) 慣行犯ハ自体犯罪トナラス、若クハ犯罪タルヘキモノカ
數回行ハルニ依リテ始メテ其罪ヲ構成スルニ反シ、継続犯連
続犯ハ各部ノ行爲皆連続セル犯罪ト全一犯罪ヲ構成スルノ点

ニ於テ著シキ差異アリ。
(4) 継続犯、連続犯、亦時ヲ以テ相連続セルノ点ニ相類似ス
ルモ、一ハ時ヲ以テ連続スルコトカ犯罪自体ノ性質ナルニ反シ他
ハ多數ノ即時犯カ事實上ノ時ヲ以テ相連続ストモフノ点ニ過キ
サルニ於テ大ナル差アリ。

以上第一款第二款ノ犯罪ヲ區別スル實益ハ主トシテ未遂犯數
罪併發犯又ハ公訴ノ時効等ノ規定適用ニ付差異ヲ生ズルノ莫ニ
存ス。

第三節 現行犯罪、非現行犯罪

刑事訴訟法第五十六條ニ依リ「現行犯罪トハ現ニ行ヒ又ハ現
ニ行ヒ終リタル際ニ發覺シタル罪ヲ云フ、即チ犯罪行爲ヲ行ヒ
又ハ行ヒ終リタル瞬間時例ヘハ火ノ燃ヘワ、アル間又ハ既ニ消ヘ
タルモ未タ灰ノ冷却セサル間ニ發覺シタルモノニシテ然ラカ
モノハ(特別ノ規定ハ別トシテ)非現行犯罪ス。
之レヲ區別スルノ實益ハ主トシテ實體法ニ存セスシテ手続ニ

存ス（憲法第五十三條、刑法第五十八條第六十條第四百十二條等）

第四節 親告罪及非親告罪

親告罪トハ刑法又ハ特別法ニ於テ被害者又ハ親族ノ告訴ヲ俟テ其罪ヲ論スト規定シタル罪、即チ被害者又ハ親族ノ告訴ヲ公訴提起又ハ如罰ノ条件トシタル犯罪ヲ云ヒ、非親告罪トハ之ニ及スル一切ノ犯罪ヲ云フ、多クノ犯罪ハ非親告罪ナルモ刑法中、侮辱罪（外国ニ對スル）猥褻姦淫罪ノ或物秘密ヲ侵ス罪名譽ニ對スル罪、特別法中出版法特許法等ニ違反スル或罪ノ如キハ親告罪ナリ。

之等ノ犯罪ニ付キ親告ヲ公訴提起スル又リ所罰ノ条件トシタル理由ハ之等ノ犯罪ハ他ノ一般犯罪ノ如ク被害者又ハ親族ノ利益ヲ顧ミスルテ公訴ヲ提起シ若クハ犯人ヲ如罰スル件ハ往々ニシテ被害者又ハ親族ノ利益ヲ傷害シ之レヲ如罰セサルヨリモ却テ大ナル害ヲ生スル恐アレカ故ニレテ要ハ專ラ被害者又ハ親族ノ利

益ヲ慮リ公益ヲ犧牲トシタルモノトス。

公訴提起又ハ如罰ノ条件ト云フ了ニ付キ法律ハ被害者又ハ親族ノ利益ヲ待テ其罪ヲ論ストアリテ其罪ヲ論ストハ如罰ノ義ナルカ故ニ如罰ノ条件ト云フ了可トス、然レモ余カ爰ニ公訴ノ条件ト云フ了ヲ附加スル所以ハ畢竟公訴提起ハ如罰ヲ目的トシ親告ナキ件ハ及令公訴スル了ヲ得トナスモ如罰スル了ヲ得ス、其結果親告ナキ公訴ハ目的ヲ欠如セルヲ以テ親告モ亦之レヲ公訴提起ノ条件トセサルヲ得サルカ故ナリ、又日ノ人或ハ親告ヲ以テ犯罪構成ノ要件ナリトスルモノアルモ重大ナル誤謬ニシテ一顧ノ値ナキモノトス、

親告罪ト非親告罪トヲ區別スルノ実益ハ非親告罪ニ於テハ檢事ハ犯罪ヲ覺知スルト全時ニ之ヲ裁判所ニ追訴スル了ヲ得ベキニ親告罪ニ於テハ被害者又ハ親族ノ告訴アルニアラヌレハ公訴ヲ提起スルヲ得ス、從テ若シ夫レ此場合ニ於テ被害者又ハ親族ノ告訴ナキニ拘ハラヌ告訴ヲ提起シタル時ハ公訴ハ無效タルニ

キモノタルノ莫又親告罪ニアリテハ被害者又ハ親族ハ裁判ノ確定アル迄何時ニテモ告訴ヲ提起シテ公訴ヲ消滅セシムルヲ得ルモ非親告罪ニアリテハ告訴ノ提起ハ公訴ノ消滅ニ何等ノ効果ヲ有セサルノ莫ニ存ス。

第六章 犯罪ノ時及ヒ場所

(一) 総論

犯罪ノ行為ヲ構成スル全体ノ要素カ全時又ハ全一ノ場所ニ於テ(例ヘリ内國ニ於テハ或一但ノ裁判所ノ管轄内又ハ全一ノ法律ノ下ニ於テハ又内外國ノ間ニ於テハ内國カ外國ノ一方ニ於テ)發生シタル場合ニ於テハ何等困難ナル問題ヲ生セスト雖モ之レニ及ビ犯罪構成ノ要素ノ或モノハ或時或場所ニ他ノモノリ他ノ時又ハ他ノ場所ニ於テ發生シタル場合ニ於テハ所謂犯罪ハ何レノ時何レノ如ニ於テ生シタルヤニ付キ疑問ヲ生ス單ニ行為即チ身体ノ措置(積極又ハ消極ノ舉動)ノミヲ以テ構成スル犯

罪ノ行為ト結果トノニツテ以テ構成スル複雑ナルモノ、中ニ包含セラレリカ故ニ本問ハ後者ニヨリテ説明スルヲ以テ十分ナリトス、後者即チ行為ト結果トカ時又ハ如ク異ニシテ發生シタル場合ニ于シ本問ノ解答ハ凡ソニアリ、第一行為主義、即チ身体ノ措置若クハ行為ノアリタル時又ハ處ヲ以テ犯罪ノ時及場所トスルノ主義、第二結果主義、即チ結果ノ發生シタル時又ハ如ク以テ犯罪ノ時及ヒ場所トスルノ主義、(此第二ノ主義ハ又更ニニワニ分ツ(イ)究ク一般ニ結果ヲ生シタル時及ヒ場所ヲ犯罪ノ時及場所トスルモノ(ロ)行為ヨリ直接ニ生シタル結果ノ存スル時及ヒ場所ノミヲ以テ犯罪ノ時及ヒ場所トスルモノ前者ハ所謂結果主義ニシテ後者ハ中間影響説ト命名ス)第三折衷主義、即前二主義ヲ併括シ行為ノ時及ヒ結果ノ時及ヒ如共ニ皆犯罪ノ時及場所トスルモノナリ、例ヘリ殺人ノ目的ヲ以テ五月一日横浜ニ於テ装置シ直チニ全時ヨリ桑港ニ向テ發送セラレタル爆發物カ全日二十日桑港ニ於テ受取人ヲ殺害シタリトセンニ犯罪ハ第一説

一、五月一日横濱ニ於テ行ハレ第三説ニヨリハ犯罪ハ五月
二十日桑港ニ於テ行ハル、若シ被害者ガ負傷ノ後更ニ旅行シテ
六月一日 Sand... ニテ死セシムリトスルハ(5)ニ由リ未遂
犯トシテ六月一日何レモ桑港ニ於テ行ハレタリトス第三説ニヨ
リ五月一日ト全二十日迄ノ間ニ横濱ト桑港トノ間ニ於テ行
レシルモノトス被害者更ニ旅行シテ六月一日 Sand... ニテ死
セシムルハ六月一日 Sand... ニ於テモ犯罪アリトス。

(二) 學說

前三例ノ學說ニ付キ其根源タル理由ヲ示シ且ツ之レヲ批評ス
ハシ。

第一、行為主義

此説ヲ主張スルモノハ、凡ソ犯罪ハ行為ニシテ行為ハ身体ノ
動作ヲ意味ス、結果ハ之レヲ生セシ効果ニ過キス、已ニ結果ハ
罪ニ身体ノ動作ノ効果タルト全時ニ犯罪ハ行為ニシテ行為ハ即
チ身体ノ動作タル以上ハ犯罪ノ時及場所ハ結果ノ生シタル時及

場所ニアラスレテ身体ノ動作即チ行為ノアリタル時及場所ナラ
サルヘカラス、蓋シ然ラズシテ結果ノ生シタル時及場所ヲ
以テ犯罪ノ時及場所トセシカ前例ニ於テ若シ爆発物ヲ發送シタ
ル犯人ハ五月二十日迄ノ間ニ死セシムル場合ニハ即已ニ死セシ
タルモノ作爲不作爲スルヲ得サルモノカ五月二十日ニ人ヲ殺
害シタル行為ヲ為シタリト云ハサルヘカラス結果ヲ生シ常識
ヲ以テ理解スヘカラサルニ至ラント説明ス。

第二、結果主義

此説ヲ主張スルモノハ、凡ソ法律ノ或行為ヲ犯罪トシテ所罰
スル所以ハ単ニ或特定ノ行為カ行ハレタリト云フカ為ニアラス
具行為カ所罰ヲ要スヘキ害悪ヲ生シ又ハ生シタルカ為ニシテ
犯罪ハ之ヲ行為ト云ハシヨリ寧ロ行為ニヨリテ生セル害悪即
チ結果ナリト云フヲ至当トス、然ラハ犯罪ノ時及場所ハ行為ノ
アリタル時及場所ニアラスシテ結果ノ生セル時及場所ナリト云
ハサルヘカラス、若シ然ラズトセシカ或露國人カ露領ノ樺太ヨ

リ我権太ニアル者ヲ銃殺シタル場合ニ於テ我ハ之ニヨリテ重大ナル損害ヲ被リタルニモ拘ラス何等処罰権ヲ有セサルトナリ刑法ノ目的ヲ達スルヲ得サルノ結果ヲ生スヘケレハナリト説明ス。

第三折衷主義

此説ヲ主張スルモノハ、前ニ言ノ主義各有カナル主張者ヲ有スト雖モ各他ノ一方ニ至ラテ示セラレタル欠点ヲ有シ自ラ完全ナラサルトテ表白セリ、之レ畢竟犯罪ハ行為ト結果トノ二者ヲ要素トシテ成立セルモノナルカ故此ニ者ハ犯罪ニ對シ一体不可分ナルニ拘ラス之レヲ忘却シ強テ之レヲ分離シ一方ニ偏重シテ立論セルカ為ナリ、既ニ行為ト結果トヲ以テ共ニ犯罪ニ欠クヘカラサル要素換言スレハ行為ト云ハ、結果ヲ想像シ結果ト云ハハ行為ヲ想像シ互ニ分離シテ考フルトテ得サルナリトスル件ハ行為ハ結果ヲ惹起シタル行為ニシテ犯罪ヲ構成スル全体ノ不可分ナル一部分ヲ意味シ之レト今時ニ結果モ亦行為ノ原因トシテ

發生シタル結果ニシテ犯罪ヲ組織セル全体ノ不可分ナル一部分ヲ意味ス（例ヘハ甲カ對馬ヨリ釜山ニアル乙ヲ銃殺セリトセルニ甲ノ發砲ト云フ行為ハ單ニ發砲ト云フ事實ニシテアルト云フヲ釜山ニ殺害シタル結果ヲ生セシメタル行為ニシテ殺人ト云フ犯罪ノ不可分ナル一部分ナリ、又之レト今時ニ乙ノ釜山ニ死亡セリト云フ丁ハ單ニ死亡ノ事實ノミニアルス甲ノ對馬ニ於ケル發砲ヲ原因トシテ生シタル結果ニシテ之レ亦殺人ト云フ犯罪ノ不可分ナル都合ナリ）
既ニ行為ト結果トハ共ニ犯罪ト云フ一体ノ者ノ不可分ナル一部分ナリトセラリ、行為ノアリタル時及ヒ処モ結果ノアリタル時及ヒ処ニモ均シク犯罪ノ不可分ナル一部分ノ存在シタル時及ヒ処ナルカ故ニ共ニ犯罪ノ時及場所ナリトセサル可カラスト説明ス。

余ハ之レヲ判所ノ慣用スル便宜ノ俗論ニ過キスト論スル學者マニ拘ハラス *Gammankel* *Prinzip* 等一派ノ學者ト共ニ此説

ノ真理ニシテ且ツ刑法ノ目的ニ適合スルヲ確信ス。

(三) 適用 以上標準ヲ概説シタルヲ以テ其適用ニ于スル四五ノ注意ヲ附

記スヘシ。

(A) 着手以後ノ行為ハ未タ結果ニ到着セサルモ犯罪ソシク自体

ナルカ故ニ若シ後ニ至リ其行為カ結果ノ発生シタル時ハ右ニ于

セル原則ノ適用ニヨリ着手ノ行為ノアリタル時又ハ場所モ結果

ノアリタル時又ハ場所ト令シテ犯罪ノ時及ヒ場所トス然レ共豫

備ハ犯罪自体ニアラサルカ故ニ令後ニ至リ結果ノ発生アルモ豫

備ノ時及ヒ場所ハ犯罪ノ時及場所ナラサルモノナリ。

(B) 連続又ハ連続シタル犯罪ニ付キ其或部カ時又ハ場所ヲ

異ニセル場合ニ於テハ一箇ノ犯罪ノ行為ト結果トカ時又ハ場所ヲ

異ニセル場合ト異ナリ時又ハ場所ニ由リテ分割セラルヘキモノト

ス、例スルニ(1)二月一日甲カ乙ヲ汽車中ニ監禁シテ露京ヲ発シ更

ニ汽船ニ乗リ換ヘ全月ニ十日棧領土ニ入り全月ニ十五日東京ニ

到着シ(2)全一ノ時日及ヒ経路ニ於テ露京ヨリ東京ニ着スルマテ

甲カ乙ノ巻烟草ヲ若干ツ、日々竊取シ(3)内國ニ於テ一月一日ヨ

リ四月三十日マテ或連続犯又ハ連続犯ヲ行フノ間三月一日ニ於

テ法律カ変更セリトセレニ(1)ノ場合ニ於テハ犯罪ハ一月廿日

前ト後トヲ以テ露國ト我國トニ分割セラル(2)ノ場合ニ於テハ三

月一日前ト後トニ於テ犯罪カ旧刑法ニ属スルモノト新法ニ属ス

ルモノトニ別ニ分割セラル。

(C) 正犯カ教唆セラレ又ハ幫助セラレタル罪ノ犯シタル時ニ

於テ始メテ教唆又ハ從犯トシテ犯罪ヲ發生シタルニシテ加擔、行

為アリタリト云フヘキモノナルカ故ニ教唆及從犯ノ時及ヒ場所ト

正犯ノソレト全一ナリトス、但シ單ニ正犯ニ對シテ教唆又ハ幫助

ノ行為ヲナシタル時及ヒ場所ヲ以テ教唆及從犯ノ時及ヒ場所ト

以テ教唆及從犯ノ犯罪ノ時及ヒ場所トスヘキト論スル *Stipact*

派ノ學說ヲ主張スル及討論者モアリ。

(D) 不作為犯ニ付キテモ原則ノ適用ト全一ナリ、即チ真正ノ

不作為犯ト或行為ヲナスヘク要求セラレタル時及ヒ場所ヲ以テ
其時及ヒ場所トナシ不真正ノ不作為犯ハ積極行為ニ於ケル結果
犯ト全一ナルカ故ニ行為ノ時及ヒ場所ト結果ノ發生シタル時及
ヒ場所ヲ以テ其時及ヒ場所トス。

第七章 併合罪

題シテ併合罪ト云フ、恰モ數個ノ犯罪ヲ併合シタル特種ノ罪
ト云フカ、如キモ（未遂罪ト云フモ斯カル特種ノ罪アルニアラス
シテ罪ノ未遂又ハ未遂犯ノ義タルト全シク）罪ノ併合又ハ競合
(*Vel. beekens Verdwaring*) 又ハ (*Concomit. delicta*)
義ニシテ旧刑法第七章數罪俱發ト其義全ク全一ナリ唯之レヲ
改メタルハ用語狹隘ニ失セシカ故ナリ。

第一 併合罪ノ意義

併合罪即チ罪ノ併合トハ如何ナルモノヲ云フヤ、曰ク同一犯
人カ確定裁判ヲ受ケル前ニ犯シタルニ皆以上ノ犯罪ヲ云フ（第

十五條）故ニ併合罪タルカ爲ニハ次ノ二条件ヲ具備スルヲ要ス
同一犯人カ二個以上ノ獨立シタル罪ヲ犯シタルヲ、二個以上
ノ犯罪ハ確定裁判ヲ受ケル前ニ犯サルタルモノナルヲ之ナリ、
(A) 全一犯人カ二個以上ノ獨立シタル罪ヲ犯シタルコトヲ要
ス、

全一犯人カ二個以上ノ獨立シタル罪ヲ犯シタルヲ要ルカ故
ニ仮令主觀的ニハ多數ノ犯罪成立スルモ客觀的ニハ多數ノ犯人
ニ共同シテ一個ノ罪ヲ犯シタルニ過キサレモノハ共犯ニシテ茲
ニ所謂併合罪ニアラス、之レ共犯ト併合罪トノ岐ハ、斯ナリ、
二個以上ノ獨立シタル犯罪アルヲ要スルカ故ニ仮令外觀上ハ
二個ノ犯罪アルカ如キモ其真一個ノ犯罪アルニ過キサレモノハ
併合罪タルヲ得ス。

然リハ一罪ト數罪トハ何ヲ標準トシテ之レヲ區別スルカ、
九ノ場合ニ於テハ外觀上數個ノ犯罪アルカ如ク見ユルニ
テ一個ノ犯罪アルニ過キスト云フヲニ付テハ學說大抵一致ニ

(一) 或行為カ外觀上多数ノ法律ニ觸ル、氏一ノ法律ノ適用カ他ノ法律ノ適用ヲ排除スル場合、之レヲ四場合トス。

(1) 特別法ト普通法トカ競合シタル場合

此場合ニハ特別法ハ普通法ニ優ルトノ原則ニヨリテ前者ニ適用セラレ一罪ヲ構成スルニ過キス、例ハ刑法第百七十八條及第百九十九條以下ノ規定刑法第百九十九條等

(2) 充実法ト補充法トカ競合セル場合

此場合モ充実法ハ補充法ヲ排除スルノ原則ニヨリ前者ノ法律ニ過キス、例ハ豫備ノ行為カ進行ニ至リタル時ハ未遂ニ于スル規定ノミカ適用セラレ未遂ノ行為カ已遂ニ至リタル時ハ已遂ノ規定ノミカ適用セラレ教唆ニ從犯ノ行為ト正犯ノ行為トカ競合シタル場合ニハ止犯ニ于

スル規定ノミカ適用セラレカ如シ。

(3) 複法ト單法トカ競合シタル場合

此場合ニハ複法ハ單法ヲ包含スルカ故複法ノミカ適用セラレ母人ハ茲ニ複法ト稱スルハ二者ヲ包含ス一ハ他ノ或ル場合ヨリモ多クノ要素ヲ含有スル行為ニ對スル規定、他ハ法律カ二個ノ犯罪ヲ併合シテ罪トシタル規定之ナリ、第一複法ト單法トカ競合シタル場合例ハ刑法第百七十七條ト殺人又ハ傷害ノ罪第百二十七條ト百二十五條トノ競合ノ如ク、第二複法ト單法トノ競合シタル場合例ハ第百四十四條又ハ第百四十一條ト第百四十二條ト百五條又ハ第百七十七條ト百三十六條ノ競合ノ如シ。

(4) 或ル行為ヲ規定セル法條カ当然其行為ヨリ生スル後ノ結果ヲ豫見スル場合

此場合ニハ后ノ行為ニハ前ニ犯シタル犯罪自体トシテ別ニ罪ヲ構成セズ例ハ第百九十九條殺人罪ヲ犯シタルモノカ犯罪ノ廠ハニカ為被害者ノ死体ヲ毀棄シ依テ第百九十三條ニ觸レタ

ル場合又ハ第三百二十五条以下強盜詐欺取財ノ罪ヲ犯シ
モノカ其贓品ヲ壞シ依テ第二百六十一条ニ触レル場合ノ如
(二) 犯罪行為ノ性質上法律カ多数ノ犯行アルヘキヲ豫見スル
場合之レヲ二ツノ場合ニ分ツテ得ヘシ。

(1) 法律カ其用語上犯罪及覆セラルヘキヲ豫見スル場合例ハ
賭博猥褻侮辱通貨ノ偽造行使等ノ如キ

(10) 私擅監禁阿片烟ノ所持等ノ繼續犯古物商取締法第二条又
質屋取締法第一条ニ違反シタル行為即チ商業犯若クハ職業犯等

ノ如ク行為カ時ヲ以テ繼續又ハ反覆セラル、下カ犯罪ニ当然ノ
性質タル場合之ナリ、

之等ノ場合ニ於テハ繼續又ハ反覆シタル犯罪ハ包括的一罪ニ
構成スルニ過キス。

(三) 連続犯ノ場合
分解スル時ハ多数ノ犯行アルモ互ニ相連続スルト認ムヘキ限
リ單ニ包括的一罪ヲ構成スルニ過キス然レモ果シテ如何ナル

場合ニ於テ多数ノ犯行連続犯トシテ一罪ヲ構成スルニ過キスト
認ムヘキヤノ問題ニ至リテハ諸説紛々タリ、其重ナルモノハ主
観説ト客観説ニシテ、主観説ハ主観的犯人ノ目的又ハ決意ノ單
一ナルヲ以テ連続犯ノ主要ナル条件トス、換言スレバ多数ノ
犯罪カ犯人ノ包括的ナル一但ノ目的又ハ決意ニ出テタル時ハ連
続犯トシテ一罪ヲ構成スルニ過キサレモ然ラサル場合ハ数罪リ
ルヘント論シ客観説ハ客観的各行為カ時間又ハ場所ニ於テ比較
的相接近シ且ク其性質カ相類似シ結局一但ノ結果又ハ行為ヲ集
成スト認ムヘキ事情アルニ非レバ連続犯ヲ認ムルヲ得スト論
リ、二者共ニ有カナル學者ニヨリテ主張セラル、モ余ハ後説ニ
屬セント欲ス。

(乙) 然レモ場合ニ於テハ犯罪行為ハ一但ナリヤ數個ナリヤ
付キ學説紛然期スル如ク知ラス。

(一) 一但ノ行為ヲ舉動カ二但以上ノ結果ヲ生シタル場合
例ハ一但ノ彈丸ヲ以テ同時ニ數人ヲ殺傷シ又ハ一但ノ演説

ヲ以テ全時ニ多數人ヲ侮辱セルカ如シ、此場合ニ付 *Stipate* 一
派ノ学者ハ犯罪ハ行為ニシテ犯罪數個ナル場合ハ行為數箇ナラ
サルヘカラス然ルニ此場合ニ於テハ結果ハ數個ナルモ行為ハ一
ナルカ故一罪ナリト主張ス、之レニ及ビ *Beck* 一派ノ学者ハ結
果ヲ生シタル文ヲクノ罪ヲ構成スト主張ス余ハ後説ニ屬ス、

蓋シ *Stipate* 等カ所謂犯罪ハ行為ナリ行為ナクシハ犯罪ナシ
トノ前提ハ正当ニシテ毫末ノ瑕疵ナシト雖モ之ニヨリ行為一十
レハ結果ノ數ニ拘ハラヌ犯罪ハ常ニ一個ナリトノ結論ハ論理生
シ来サルノミナラス凡リ行為ハ結果ヲ發生セシムル手段ニシテ
手段ハ犯罪者任意ニ之レヲ撰フヲ得ヘク法律カ一行ヲ犯罪
トシテ処罰スルハ結果ヲ生スルカ故ニシテ結果ノ大ナル文ソレ
又犯罪ニ重ク結果ヲ生スル文ソレ又犯罪トシテ処罰ヲ要ス、
キモノヲキキ加フル故結果ノ生スル文ソレ又キモノノ罪ヲ生スル
モノト云ハサルヘカラス、*Beck* 等ノ説ニ由ラシカ二人ヲ殺
害セシト欲スルモノ一個ノ彈丸ヲ以テ之レヲ行フモ全時ニ全場

所ニ於テ各々一守ヲ加ヘテ之レヲ行フモ主觀的客觀的状態ニ於
テ何等區別ナスヘキモノナキニ拘ハラヌ犯人ニ於テ前者ノ方法
ヲ撰フ時ハ一罪トナリ後者ノ方法ヲ撰フ時ハ二罪トナルノ奇觀
ヲ生スヘケレリナリ。

(二) 一個ノ行為カ二個以上ノ法条ニ觸ル、モ拘ラヌ何レノ
法条モ其全部ヲ包含セラル場合、

例ハ官私ノ文書ヲ偽造又ハ變造行使シ財物ヲ詐取シタル場
合、公衆ノ面前ニ於テ婦女ヲ強姦シタル場合等ノ如シ、先ツ一
法条ニ觸レタル方面カ他ノ法条ニ觸レタル方面ニ對シテ手段タ
ル于係ヲ有スル場合ト然ラサル場合トヲ分テ手段タルノ場合ニ
テ之レヲ普通ノ手段ナリシ場合ト然ラサル場合トニ分テ第一
ノ場合ニハ行為ニ付テ普通ニ用キラルヘキ手段ハ法律ノ豫見セ
ルモノニシテ一般ニ豫見セラレタル手段ノ目的タル行為ソレ自
然ノ内ニ包含セラルヘキモノト見ルヲ穩当トスルカ故ニ此場合ハ
其ノ目的タル行為一罪ヲ構成セルニ過キスト決シ、他ノ場合即

ノ一方面カ他ノ方面ノ手段トセラレタルモ普通ノ手段ニテラサ
場合、又ハ二個ノ方面カ偶然分離スルカラサル状況ニ於テ討
スル場合ニ於テハ解決極メテ困難ナリ通常ノ特別ノ明文ニ由
テ知り得ヘキノミナルモ法文ニ何等決定スル知ナキ片ハ亦方
々面ハ皆共通ノ境界ヲ有スルニ拘ハラズ独立シタル方面ヲ
スルモノトスルニ於テ異議ナキト同一論法ニヨリ法律ノ系項
抵触シタルモノトスルノ犯罪ヲ構成スト云ハレトス。
(三) 二個以上ノ犯罪ハ確定テ判ヲ受クハ前ニ犯サレタルヲ要
ス。二個以上ノ犯罪ハ何レモ已ニ確定テ判ヲ受ケタル前ニ犯サレ
タルノナルヲ要スルカ故、其内ノ何レカ確定テ判ヲ受ケタル
場合ニ於テハ所謂累犯ノ問題ニ属スルヲアルヘキモ爰ニ云フ
併合罪ニヨラス。

第二、併合罪ノ処分

併合罪ノ処分ニ于テハ立法ノ主義三アリ。

(一) 併科主義

犯サレタル数カレバ多クノ刑罰ヲ併科スルト云フ主義ニシ
テ凡ソ一犯罪アルハ必ス茲ニ一制アルモノナルカ故多数ノ犯
罪カ侵サレタル片ハソレカテ多数ノ刑ニ處スヘキハ当然ナリト
云フニ基因ス、若シ刑罰ヲ以テ一種ノ復仇又ハ賠償ニ過キカ
ルモノトスレバ此主義ハ理論ニ於テ非難スヘキモノナシ、然レモ
刑罰ハ単ニ犯罪ノミヲ以テ之レヲ犯シタル犯罪人ヲ觀ミサルハ
刑罰ノ本旨ニ及スルノミナラス犯罪数カテ刑ヲ科スルハ實際
ニ於テ不能ナルヲアリ(例ハ二個以上ノ刑又ハ無期徒刑ノ
如シ) 假令不能ニアラサルモ死刑ト自由刑ノ如キ之レヲ併科ス
ルハ事宜ニ及ス、否此等ノ場合ハ皆特殊ノ場合ナルヲ以テ例外
ニシテ除外スルトナスモ此種ノ実行ハ甚タ忍フヘカラサル結果
ヲ生スルヲアリ、即チ禁錮以上ニ設ルヘキ多数ノ罪ヲ犯シタル
トテ悉ク之レヲ併科セバ犯人ヲ終身刑ニ服セシムル結果ヲ
生シ又罰金ニ當ルヘキ多数ノ罪アリトテ悉ク之レヲ併科セバ為

ノ犯人ヲレテ全財産ヲ亡失セシムルニ至ルヘシ、故ニ此主義ハ到底単純ニ之ヲ適用実行スルコトヲ得ナシトス。

(二) 吸收主義

犯人ノ犯シタル多数ノ罪ニ科スヘキ各刑罰ノ中尤モ重キモノヲ以テ他ノモノヲ吸收セシムルノ主義ヲ云フ、此主義ハ犯人懲戒ト云フ点ニ於テハ稍刑罰ノ本旨ニ過スルカ如キモ刑罰ハ必スシモ犯人ノ懲戒ノミヲ目的トセズ更ニ他ノ方面ニ於テ未タ罪ヲ犯サ、ル者ニ對シ一般ニ刑ノ恐ルヘキコトヲ知ラシメ犯罪ヲ未タニ防クコトヲ以テ又一ノ目的トセリ、加之本主義ノ如ク犯シタル数多ノ犯罪中尤モ重キモノヲ科スヘキ刑ノミニテ科スルニ止マルハ或一ノ重キ罪ヲ犯シタル者ハ尙尙無責任ニテ之ヨリテ輕キ他ノ凡テノ罪ヲ犯スコトヲ得或意味ニ於テハ犯罪ヲ奨励スルノ結果ヲ生シ社會ノ秩序ヲ害スルニ至ルヘシ果セル哉此主義ヲ採用シタル諸國ノ刑法ニ於テハ幸々犯罪ノ増加ヲ見毫モ刑罰ノ目的ヲ達スルヲ得サリキ。

(三) 折衷主義

前二個ノ主義ヲ折衷セルモノニシテ其中或ハ吸收主義ヲ基礎トシ之レニ併科主義ヲ加味セルモノアリ、或ハ反對ニ之レヲ配合スルモノアリ、一般ニ於テ本主義ハ前二主義ニ優リ本主義ニ付テハ前者ハ前者ニ優ルトス。

以上昔人ハ併合罪ニ于スル如分ニ立法ノ三主義ヲ畧述セリ以下更ニ進ニテ我刑法ノ採リタル主義及ヒ其規定ノ細目ヲ説明スレシ。

第三、我刑法ノ規定

旧刑法ハ德國刑法并ニ支那刑法ノ規定ニ倣ヒ吸收主義ヲ以テ一般ノ原則トシ僅カニ例外トシテ併科主義ヲ加味シタルモノナリカ故形式ニ於テハ折衷主義ニ屬セルモ實質ニ於テハ吸收主義ニ屬スルモノトス、然レモ刑法ハ其不可リ實驗シタルカ爲メ余之ヲ併科主義ニ重キヲ置キタル折衷主義ヲ採用シ右ノ現

甲 所謂実体上ノ併合罪ニ于スル規定

(一) 併合罪ノ凡テカ未タ確定ニ至リテ經サレタル場合(通常ノ場合)

(二) 併合罪中其一罪ニ付キ死刑ニ処スヘキ中

其場合ニハ没收ノ外他ノ刑ヲ科セス(第四十六條第一項)之

レ外刑リ嚴重無上ノ刑ニシテ之レヲ科スヘキ場合ニ於テハ尚他

刑ヲ科スルハ徒ラニ酷ニ失シ目的ヲ欠クカ故ナリ、然レ没收ハ

他ノ刑ト異ナリ一面行政上ノ目的ニ於テ行ハル、モノニシテ主

刑ノ如何ニ拘ラス科スヘキモノナルカ故ニ之レヲ併科スルト

レタルモノトス。

(四) 併合罪中其一罪ニ付キ無期ノ懲役又ハ禁錮ニ処スヘキ時、

其場合ニ於テハ罰金科料及没收ヲ除ク外他ノ刑ヲ科セス(第四

十六條第二項)之レ無期ノ懲役又ハ禁錮ハ自由刑ノ最重無上他

自由刑ハ後令之レニ附加スルモ意味ヲナサ、ルカ故ナリ、然

レ没收ハ右ト全一ノ理由ニヨリ之レヲ科スルト要シ罰金科

料ハ犯人ノ財産ニ對スルモノニシテ自由刑ト何等ノ關係ナキカ故

併科スルトナシタルモノトス、然ラハ犯人若シ無資カニシテ

罰金科料ヲ完納スルト能ハサル片ハ如何ニスヘキカ、將タ之レ

ノ免除スヘキカ、明文ナシト雖モ余ハ理論上留置ハ之レヲ免除

スルハキモノトス。

(三) 併合罪中二回以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮ニ処スヘキ罪アル

時、

其場合ニ於テハ其最モ重キ罪ニ付キ定メタル罪刑ノ長期ニ其

千數ヲ加ハタルモノヲ以テ長期トス、但シ各罪ニ付キ定メタル

刑ノ長期ヲ併合シタルモノヲ越ユルヲ得ス(第四十七條第一

項第十條)トアルカ故後令十年以下ノ懲役ニ該ル罪一個一年以

下ニ該ル罪ノ二個カ併合罪タル場合ニ於テハ十五年ノ懲役カ長

期ナルモ但書ノ制限ニ依リ十二年ノ懲役ヲ長期トセサルヘカラ

ス、而シテ更ニ第十四條ノ規定アルカ故如何ナル場合ニ於テモ

併合罪ノ有期懲役又ハ禁錮ノ長期ハ二十年ヲ超ユルヲ得

ズ、短期ニ付テモ明文ノ欠ケ共理論上其輕重ニ拘ハラズ最モ重

入罪ニ付キテ定メラレタルモノヲ採ルヲ妥当トスヘキヲ例ハバ
 第四十六条ト異ナリ他ノ刑ヲ科セストノ明文ナキカ故ニ罰金及
 收物留科料ハ之レヲ併科セラルヘキモノタルヲ注意スヘシ
 (三) 罰金ト他ノ刑トハ死刑ヲ除クノ外之レヲ併科シニ何以上ノ
 罰金ハ各罪ニ定メタル罰金ノ合算額ヲ多額トシ罰金ノ刑ニ如ス
 其金額又明文ヲ欠クカ故議論ヲ生スルモ前条ト全一ノ規定ナレ
 カ故ニ前条ト全一ニ決定スヘキモノト考フ(第四十八条)
 (四) 併合罪中重キ罪ニ没收ナキモ他ノ罪ニ没收アルハ、
 以場合ニ放テハ重キ罪ニ之レヲ附加スルヲ得(第四十九条
 第一項) 以規定ハ主トシテ第四十七条ノ規定ニ于スルモノ、
 シ(没收ヲ附加スルヲ得トセルハ第十九条没收スルヲ得ト
 云フニ対照セシムル積ナリ) 然レ得トセルハ不可ナリ要ストス
 ヘシ、即チ二科以上ノ没收ハ之レヲ併科ス。
 (ハ) 拘留又ハ科料ト他ノ刑トハ第四十六条ノ場合ノ外之レヲ併
 科シニ何以上ノ拘留又ハ科料ハ之レヲ併科ス(第五十三条)

之レヲ併科スル理由ハ一般ニ云ハク旧刑法ト今之ノ刑
 ノ科セラル、罪ノ性質ト他ノ罪ト異ナルニ由ルカ更ニ區別シテ
 云ヘハ科料ハ罰金ト全シク財産刑ニシテ刑法ハ財産刑ハ皆併科
 スル主義ヲレハ拘留ハ併科スルモ決シテ長期ニ達スルヲナキヲ
 以テ併科シテ差支ナキモノト考ヘニヨルナラン。
 (二) 併合罪ノ一部又ハ全部カ已ニ確定シ判ヲ経タル場合(特
 別ノ場合)
 (イ) 併合罪中已ニ裁判ヲ経タル罪ト未タ裁判ヲ経サル罪トマ
 時以場合ニ放テハ已ニ裁判ヲ経タル罪ニハ干係ナク才判ヲ経サ
 ル罪ノミニ付キ罪ヲ定メ五十一條執行ノ規定ニヨリテ始メテ併
 合罪ノ処分ト全一ナラシムルヲトナス。
 (ロ) 併合罪ニ付キ二個以上ノ確定裁判アリタルハ即チ五十一條ノ
 適用ノ結果其地ノ事情ニヨリ併合罪タル甲乙二個ノ犯罪ニ放テ
 各独立セル確定裁判アリタルハ通常ノ場合ノ規定ニ從フトナ
 ス時ハ二十二条ノ才判ヲ取消スト同時ニ新メニ裁判スルヲ要

ス、確定の確定を判り取消スト云フハ一般原則上不都合ナルノミ
ナラス新カレ場合、起リシ毎ニ幾度ニテモ再判ヲ取消サル可カ
ラサル結果ヲ生シ甚々煩雜ニ流ル、ヲ以テ法律ハ其確定ノ判決
其後ニ存シ唯通常ノ場合ノ規定ノ趣旨ヲ採リ之ヲ刑罰執行ノ
問題ニ移ストトセリ、我規定ニヨレハ死刑ヲ執行スヘキ時、没
收ヲ除クノ外地ノ刑ヲ執行セス（第五十一条）有期ノ懲役又ハ
禁錮ノ執行、其最重キ罪ニ付キ定メタル刑ノ長期ニ其半数ヲ加
ヘタルモノニ超ユルヲ得ストノ例外ヲ除クノ外其刑ヲ併セ執
行ス。

(1) 併合罪ニ付キ知断セラレタルモノ或罪ニ付大赦ヲ受ケタル
場合ニハ其判断ニ於テ大赦ヲ受ケタル罪ヲ除キ其他ノ罪ニ付キ
更ニ刑ヲ定ムヘキモノトス、単ニ大赦ヲ受ケタル場合トアリテ
場合ヲ區別セサルカ故ニ大赦ヲ受ケタル罪カ何等併合罪ノ定メ
方ニ付影響ヲ受ケスト見ユル場合ニ於テモ所謂第五十二条ニヨ
リ更ニ刑ヲ定ムルヲ要スト考フヘシ、単ニ刑ヲ定ムトアルカ

此ニ更ニ審問ヲ開始シテ事實ヲ調査スルヲ要セス、単ニ其類ニ
付ニ刑ヲ定ムルノ意ナリ。

再審ノ場合モ亦事實ニ於テハ全一ノ結果ヲ生ス、而モ之レヲ
再ニ行ハルハ此場合ニ於テハ前判決ヲ取消シ更ニ刑ヲ宣告スヘキ
ノニレテ右通常ノ規定ニヨルヲ得ルカ故ナリ。

乙 所謂想像上ノ併合罪ニ付スル規定

前掲甲ノ(一)(二)(三)及乙ノ場合ニ於テ前ニ説明セル如ク犯罪ハ一
出ナルノ數個ナルヤニ付キ疑アルノミナラス更ニ其適用ニ付テ
テ謂定体上ノ數罪トスルモノトシ、一ニ取扱フ者ナリヤ否ヤト云
フ問題ニ付テ疑義アルカ故ニ爰ニ立法者ハ一刀兩断ニ左ノ規定
ヲ設ク。

(一) 一個ノ行為ニシテ數個ノ罪名ニ触レ又ハ犯罪ノ手段若シ
結果タル行為ニシテ他ノ罪名ニ触ル、其最重キ罪ヲ以
テ如罰ス（第四十九条第二項）ノ規定ハ前項ノ場合ニ之レヲ連
同ス（第五十四条）

(二) 連続シタル数個ノ行為ニシテ全一ノ罪名ニ触ル、片ハ一
罪トシテ之レヲ起断ス(第五十五条)

以上ニケテ(二)ノ規定ニ付キテハ前ニ説明セル如クヨリ充分
心ヲ解シタリト信スルカ故ニ之レヲ省キ(一)ノ真ニ付キ説明
ト統ス。

第五十四条ニ付キテ二個ノ問題ヲ生ス。

第一、一個ノ行為ニシテ数個ノ罪名ニ触レ又ハ犯罪ノ手段カ
他ノ罪名ニ触レ又ハ犯罪ノ結果タル行為カ他ノ罪名ニ触ル、或
如何ナルヲ意味スルカ。

第二、爰ニ法律ノ掲クル如クモノハ法律之レヲ五十五条ニ規
定セルカ如ク一罪ト見タルモノナリヤ將タ数罪ト名ケタルモノ
ナリヤ。

以上二個ノ問題ハ重要ナルモノナレハ爰ニ之レヲ説明シ要ク
スレ、
先ノ第一ノ問題ヨリ説明スヘシ、一個ノ行為ニシテ数個ノ罪

名ニ触ル、ト云フ詞ヲ左ク解スル時、次ニ所謂犯罪ノ手段カ他
ノ罪名ニ触ル若クハ犯罪ノ結果タル行為カ他ノ罪名ニ触ル、場
合ヲモ包含セルモノト考フ。

法律ハ之レヲ區別セタルヲ以テ、爰ニ所謂一個ノ行為ニシテ
数個ノ罪名ニ触ル、ト云フ、如何ナルヲリ意味セルカヲ明カ
ニセンカ考メニ先ツ其最モ之レト混同シ易キ場合即チ犯罪ノ手
段カ他ノ罪名ニ触ル、場合ヨリ明カニスヘシ。

犯罪カ他ノ罪名ニ触ル、ト云フ、如何ナル意義ナルヤ先ツ
犯罪ト云フ意ト手段ト云フ意ヲ解セサルヘカラス各二様ニ解ス
ルヲ得。

犯罪ト云フ、就キテハ或ハ法律カ各本条ニ規定セルカテ、
犯罪構成要件ハ皆犯罪ヲ形成スルモノナルカ故構成要件ノ一部
又ハ全部ハ皆之レヲ得、稱スルヲ得トスルヲ得ヘシ、又
犯罪ニハ豫備ト着手ト遂ト云フ、アリテ其ノ味ヲ見ル、片ハ犯罪
ナルヲハ必スシモ各本条ノ規定ニ記載セル犯罪構成要件ノ一部

又ハ全部ト云フニ非スシテ之等ノ要素ヲ以テ制セラルルハ一般
名称モシクハ犯罪ノ已遂ト云フテ解セラルル、茲ニ所謂犯罪ノ
ハ前ノ意味ナリヤ后ノ意味ナリヤト云フニ次ニ云フ手段トハ
何ナル意味ナルカヲ解スルニヨリテ定マル、普通ノ意味ニ於テ
犯罪トハ前ニ掲ケタル第一ノ意ニシテ從テ手段ハ犯罪構成要件
ニ于係ナキモノト見ルヲ得ヘシ、然レ茲ニ法律カ犯罪ノ手段
ハ行爲トハ主タル犯罪ト相接近シテ分ツヘカラサル于係ヲ有ス
ルモノヲ云フト解セサルヘカラス、若シ期ク解スレハ犯罪トハ
前掲第一ノ意味ニアラスシテ第二ノ意味ニ解シ一般ノ名称若ク
ハ已遂ト云フカ如キ意味ヲモツモノトスヘキナリ。
例ヘハ殺人罪ニテ殺人ト云フハ犯罪ニシテ毒殺スルカ爲メ
ニ(手段) 医師ノ証明書ヲ偽造ニヨリテ毒藥ヲ買ヒ求メ毒殺セ
リトセシニ醫師ノ証明書ヲ偽造スルトモ之レ固ヨリ犯罪ノ手段
ト云フヲ得ヘシト雖モ殺人ト于聯シテ分離スヘカラサル于係
ニ於ケル手段ト見ルヲ得ス、殺人ト相聯スル手段トハ犯罪ノ

着手ノ進シタル以後ノ行爲ニシテ或意味ニ於テハ犯罪ソノモノ
ト當ルヘカラサル行爲タルヲ要ス、例ヘハ人ヲ殺サンカ爲メ
ニ被害者ノ家宅内ニ忍ビ入ルト云フウ如キ又ハ其家屋ノ一部ヲ
破棄セリト云フカ如キモノニテ犯罪ノ着手ト見ルヘキ場合ノ行
爲ヲ指スモノナリ。

犯罪ノ手段トハ畧言スレハ一般ニ犯罪ト称セラルル、名称ノ罪
ヲ犯スニ付テ之レト分ツヘカラサル種々ノ直接必要ナル于係
存スル手段タル行爲ヲ意味ス。

犯罪ノ手段ハ上ノ如ク犯罪ニ相接近シタル必要ノ行爲ヲ云フ
トスル件ハ下ニ所謂犯罪ノ結果タル行爲ト云フテ自ラ説明セ
ラルルモノニシテ所謂結果タル行爲ニヨリ又手段ト合シク犯罪
ト甚メシク遠カリ居ルモノアリ著シク接近セルモノアリ、茲ニ
所謂犯罪ノ結果タル行爲トハ著シク接近セル指ス、例ヘハ結果
ニテモ甚メシク相分レ別個独立ノ犯罪ヲ形成スルト見ルヘキモ
ハ此中ニ入ラス從テ例ヘハ人ヲ殺シタルモノカ罪跡ヲ煙滅ス

ルカ為メニ屍ヲ傷ルカ如キ通帳ヲ盗ミタルモノカ之レヲ携ヘテ
詐偽取財ヲ為シタルカ如キ即チ銀行ニ至リテ賄金ヲ引出シタル
カ如キ主タル犯罪ニ最モ近キ行為ニシテ主タル犯罪ニヨリ普通
若クハ当然発生スヘキ結果ナルカ故ニ其中ニ含まルモノトナ
シ、ルヘカラス、然レモ之レニ及シ人ヲ殺セルモノカ数莫ノ盗
心ヲ起シ被害者ノ懐中ナル財布ヲ盗取セルカ如キ刀ヲ盗ミタル
モノカ之レヲ以テ切害シタル件ハ固ヨリ主タル犯罪ノ結果ニハ
相違ナキモ主タル犯罪ニヨリ当然又ハ普通ニ生スヘキモノニア
ラス、換言セハ独立スヘキモノト認メラル、カ故ニ茲ニ所謂結
果タル行為ト云フヲ得ス。

次点ハ説明セルヲ以テ先問題ニ戻リ一何ノ行為ヨリ教同ノ罪
名ニ触ル、ト云フコト如何ナルコトヲ意味スルカ自ラテ解セラレ
即チ犯罪ノ手段若クハ結果タル行為ニシテ他ノ罪名ニ触ル、場
合ニアラスレテ教同ノ罪名ニ触レ而シモ其罪名ニ触ル、行為所
チ意思ニ基ク身体ノ動止ハ一何ナル場合トセハ其場合ハ疑ヒ、

ナタヘ何ノ彈丸ヲ以テ二人ヲ殺傷シ又ハ一人ヲ殺シテ一人ヲ傷
ケ他人ノ器物ヲ破壊シタルカ如キ場合ヲ含ムモノト云ハサルヘ
カラス、以点ニ付キテハ或ハ茲ニ教同ノ罪名トアルカ故ニ右ノ
例ノ中第一例即一箇ノ彈丸ヲ以テ二人ヲ殺害セル場合ノ如キト
殺人トシテ一何ノ罪名ニ触ル、ニ過キス故ニ其中ニ包含セスト
云フモノアレモ余ハ教同ノ罪名トナルコトハ法律ニ触ル、ヘキ犯
罪カ数回アリタリト云フ意味ニシテ必スシモ犯罪ノ種類カ異ナ
ラサルヘカラスト云フ意味ニアラスト思考ス、若シ第五十四条
全部ノ規定ハ犯罪ノ手段又ハ結果タルハ一ニ付テノ右ノ説明ニ
就テモ了解セラレ得ルカ如ク犯罪カ因果ヲ採リ以テ相テ相
分クヘカラスナル状態ニ存シ所謂独立セル实体上ノ聯合即チ併合
罪ニモアラス、然レモ疑ヒナキ一何ノ犯罪ニモ非サル場合ニ要ス
ルニ此ニワノ場合ノ中間ニ位スル場合ニ付テハ之レニ対スル取
扱ヲ明カニセンカ為規定セルモノナルカ故苟モ牽連セルモノト
見ルヘキモノハ其犯罪ノ種類如何ニ拘ハラズ之レニ入ルモノト

スルヤ至当ト云ハサルヘカラサルカ故ナリ。

次ニ第二ノ問題ヲ説明スヘシ。

規定ノ全体ヲ通覧スル中ハ之ハ *Single* 一汎ノ行為論ニヨ

リシモノニシテ一罪タルヲ規定セルモノ、如ク考ヘラレ、モ

法律ハ第五十五條ニ於テ明カニ之レヲ一罪トシテ処罰スルトニ

テ均ラヌ本條ハ之レヲ又加セルヨリ看レハ立法者ニ於テ欠

一罪論ヲトリタルモ信シ難シ、從テ此規定ハ一罪ノ規定ナルカ

將タ二罪ノ規定ナルカハ學理ニ訴ヘ自由ニ裁断スルノ外ナシ、

之レニ就キテハ行為論結果論各學說歧ル、モ吾人ハ結果論ヲ採

ル、即チ姑ノ數罪論ヲ主張セルト欲ス、然レ之レハ双方水掛論

ニシテ何レモ決定スルヲ得ヌ唯吾人ノ一實明文ニヨリテ主張ヲ

確メ得ント信スル莫ハ第五十四條二項ノ規定ニヨレハ四十九條

二項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之レヲ適用ストアリ、四十九條第二

項ハ実体上ノ併合罪ニ于スル規定ナリ故ニ若シ第五十四條一

罪トシテノ規定ナリトセハ第四十九條ハ二罪ノ規定ナルカ故ニ

之レヲ適用スト云フヘク適用スト云フハ誤リナリ、然レニ法律
カ之レヲ適用スト云フ見レハ自ラ彼ハ全一ノモノニシテ即
ニ罪ナルヲ明カニセルモノナリ。

第八章 共犯

第一節 共犯ノ意義

共犯ノ意義ニ于シテハ人或ハ共犯ニ付キニツノ學說アリト説
ク、即チ一ハ犯罪合同説、他ハ為合同説之ナリ、犯罪合同説
トハ教人ノモノカ同一ノ犯罪ヲ共ニ犯ス場合ニ限リ之レヲ共犯
ト稱シ、行為合同説トハ例ハ教人ノ行フ犯罪ヲ各回ナリトス
ルモ之レヲ行フニ付テノ行為即チ身体ノ措置合同シテアレハ之
レヲ共犯ト云フヲ得トスルニアリ、
尚説ナシテ曰ク旧刑法ハ犯罪合同説ナルカ新刑法ハ行為合
同説ナリトス、然レ之ハ共犯ノ意義ニ于スル學說、共犯ノ所分
ナスル説トヲ混同シ、意義ト如分トヲ同一ニ考ヘタル誤リヨ

生じルモノニシテ全ク誤謬タルナリ。

共犯ノ意義ニ于スル吾人ノ定義ハ下ノ如シ。

共犯トハ二人以上ノモノカ共同シテ定マリタル罪ヲ犯スルヲ

云ヒ共同シテ罪ヲ犯スモ之レヲ共犯者ト称ス、

(イ) 二人以上ノ者カ共同シテ或ル定マリタル罪ヲ犯スルヲ要

スルカ故ニ特定セサル罪ヲ犯ス為メノ犯罪組合又ハ軍ニ特定

罪スルヲ謀議計画シタルニ過キサハ陰謀ニシテ未タ罪トナラ

ルモノハ爰ニ所謂共犯ニアラス。

(ロ) 二人以上ノ者カ共同シテ罪ヲ犯スル即罪ハ二人以上ノ者

ノ共同シテ發生シタルモノタルヲ要スルカ故ニ犯罪成ノ後

於ケル加担即チ贓物ニ于スル行為又ハ犯人藏匿ノ行為等通常

後從犯ト稱スルモノハ各獨立ノ行為ニシテ爰ニ所謂共犯ノ行為

ニアラス。

以上ノ如ク共犯ハ二人以上ノモノカ共同シテ一ノ罪ヲ犯スル

ヲ云フモノニシテ其共同シテ罪ヲ犯スルニ云フハ一ノ行為ニ

カ故ニ他ノ犯罪行為ト全シク心素ト体素トヲ以テ成立スルモノトス。

(1) 体素犯罪行為ニ加ユスルヲ即チ結果タル犯罪ニ對シテ原因

ヲナシタル身体ノ動作アルヲ要ス、從テ単ニ犯罪ヲ傍觀シ居

タリト云フカ如ク何等結果ノ發生ニ原因ヲ寄与セサル場合ニ於

テハ共犯ト云フヲ得ス、然レ共苟シクモ結果ニ對シテ原因ヲ寄

与シタル身体ノ措置アリトセンカ積極ナルト消極ナルト時タ有

形ナルト無形ナルトヲ向フヲ要セサルナリ。

(2) 心素結果ノ發生ニ原因ヲ寄与シタル身体ノ動止カ共犯ノ行

為トセラレカ為メニハ其モノニ於テ身体ノ動止ニヨリテ發生

スル結果カ犯罪タルヲ知ルト同時ニ他人ト共ニ之レヲ犯スノ意

思(親念)ヲ有スルヲ要ス、即チ先ツ、

(一) 犯罪タルノ情ヲ知ルヲ要ス、之レヲ知ルヲ要スルカ故

ニ例ヘハ殺人罪タルヲ知ラスシテ之レニ毒藥ヲ与ヘ、又ハ竊

盜犯タルヲ知ラスシテ之レニ合鍵ヲ与ヘタル行為ノ如キハ共

犯ノ行為ト云フヲ得ス。

(二) 共ニ犯スノ意思アルヲ要ス、從テ例ハ暴行脅迫ヲ受ケ
ルルヲ止ルヲ得スレテ僕婢カ強盜ニ金錢所在ヲ指示シル
カ如キ、役令強盜タルノ情ヲ知ルヲ明ナルモ共ニ犯スノ意思ナ
キカ故ニ共犯ヲ以テ論スルヲ得ス、之レト均シク偶然又ハ過テ
犯罪ニ加ヘラル、場合例ハ門番カ閉鎖スルヲ急リタル為メ
竊盜ノ侵入ヲ容易ニシタル場合ニ於テモ亦要件ヲ欠クカ故ニ罪
ヲ構成セサルモノトス、然レ共ニ其原則ヲ拡張シテ過失犯ノ如ク
無意犯ニハ共犯ナレト断スルハ正当ナラス。

過失犯ニ共犯アリヤ否ヤノ問題ハニワニ見ルヲ得。
消極説、過失犯ニ共犯ナレトスル説ハ其根拠ハ其共犯ノ心素
トシテ説明スル如ク犯罪タルヲ知リ共ニ之レヲ犯スノ意思ハ
ハ事ヲ要ス、然レニ過失犯ハ前述ノ如ク單獨ナル犯人ソレ自身
於テモ法益侵害ナル結果即チ過失犯罪ヲ構成スト云フ事柄ニ
付テハ毫モ知覺ヲ有セズ已ニ知覺ヲ有セズトモ共同ニテニ

犯ストモ意思アルヘキ道理ナシ、故ニ過失犯ニハ共犯ナレ
若シ事實上因果ノ于係上数人ノ力カ共同原因ヲ形成レテ一ノ結
果ヲ發生セシメタル場合ニ於テハ各自カ各別ニ過失罪ヲ犯シタ
ルモノトスセヘキモノナリト説明ス。

成程論者ノ説明スルカ如ク過失犯ノ罪ニ於テハ單獨犯人ノ場
合ニ於テモ過失犯トナルヘキ法益侵害ノ結果ヲ知ラズ從テ数人
ノモカ之レヲ知リテ共ニ犯スノ意思ヲ有スルヲ以テト云フヲ
得サルカ如ク見ユ從テ過失犯ニ共犯ナレト論セラル、カ如シト
雖モ吾人ノ考ニテハ犯人ニ於テ結果ヲ知ラズト云フハ過失犯ノ
本旨ニシテ之レヲ知ラサルカ為メニ必シモ共同ニ能ハスト云フ
ヲ得スト考フ、斯ノノ如ク罪ノ犯ス事柄ニ付テ相共同シ得ルト
云フハ、過失ノ原因ハ爰ニ数人カ相共同セラルヲ以テ之ヨリ生ス
ル結果ハ事實上多数ノ者カ相共同シテ過失犯ナルモノヲ犯シタ
リト云フヲ得ヘシ、今過失犯ノ發生スル原因ニ溯リテ考フル
時ハ過失犯ナルモノハソレヨリ生スヘキ結果ニ向テ知覺ヲ有セ

ナルカ其原因タル行為ニ付テハ認識即チ意思ヲ有スルヲ得
己ニ過失ノ結果ヲ發生セシムヘキ行為其モノニハ認識スルヲ得
而シテ又之レヲ共同シテ行フトモフ意思ヲ有スルヲ得ストス
レハ爰ニ謂ユル過失ヲ生スヘキ事柄自身ヲ知りテ共ニ此事柄ヲ
与ストモフノ意思アルヲ要ストモフ原則ニ當テハマラサルヲ以
テ收行為ニ共同シテ豫期セサル結果ヲ發生セシムタルモノハ共
犯ト云ハサル可カラスト信スルナリ。

積極説、有リトスル説ハ重ニ二説アリ、一ハ凡テノ場合ニ付
テ共犯アリト信シ、他ハ共同正犯ノ場合ノミニ限リ過失ノ共犯
アリト稱ス、共同正犯ノミニ付過失犯ヲ認ムルヤ否ヤニ付テ言
ヘハ凡テノ共犯者カ皆共同シテ之レヲ犯ストテ得ルモノト信ス
例ハ二人乗ノ自転車。道路ヲ疾走シテ人ヲ殺傷セル場合、如
キ之ナリ。

第二節 共犯ノ種類

犯罪ノ種類ニヨル分類

犯罪ノ種類ニヨリ之レヲ區別スルハ共同ニ之レヲ一ハ犯人、
竊盜、強盜、詐欺取財、其他數多ノ犯罪ノ如ク犯人ノ一方面ヨ
リ集合シテ結果ヲ發生セシムル集合的犯人ト、他ハ官吏收賄罪
贓物寄藏罪、重婚罪、姦通罪等ノ如ク犯人カ二個ノ方面ヨリ會
合シテ結果ヲ發生セシムル會合的共犯トノニツニ合ル。

(2) 犯罪ニ加エスル時ニヨル分類

時ニヨリテ之レヲ區別スルハ教唆者ノ如ク犯罪前ノ共犯即チ
事前ノ共犯ト正犯及或種ノ從犯ノ如ク犯罪當時ニ於テハ共犯即
チ事中ノ共犯ト罪人藏匿罪贓物寄藏罪ノ如ク犯罪後ニ行ハル、
共犯即チ事後ノ共犯トニ分ワテ得。

(3) 加エスル行為ニヨル分類

加エスル行為ノ如何ニヨリテ之レヲ區別スレハ各本条ニ記載
スル所ノ犯罪ソノモノヲ実演スル正犯ト之レヲ実演セシメタル
教唆犯ト正犯ヲ幫助シテ犯罪ヲ容易ナラシムル從犯トノ三ツ
ニ分ワテ得。

法律ハ之等ノ中第三分類ニヨリテ其如何ヲ定ムルカ故ニ一
之レヲ説明スヘシ

法律ハ三種ノ共犯ヲ認ム、正犯、教唆犯、從犯、之ナリ。

甲 正犯

第六十條ニ曰ク「二人以上共同ニテ犯罪ヲ実行シタルモノハ
皆正犯トス」本條ハ二人以上共同ニテ犯罪ノ同一行為ヲ行ヒタ
ルモノハ各其行為ニ付キ全責任ヲ負フヘキモノ（各自單獨ニ行
ヒタル場合ト同シク）ニシテ其間甲乙ナシト云フ、共同行為者
ノ責任ニ于スル一般原則ト犯罪ヲ実行シタルモノハ正犯タルヘ
トノ定義ヲ持約シタルモノニシテ正犯ノ定義ニ於一般ノ原則
ヲ併セ掲ケタルハ正犯ハ共犯中ノ標準又ハ基本トナルヘキモノ
ナルカ故ナリ、原則タルヘキ規定ヲ標準又ハ基本トナルヘキ重
ナル行為ノ規定中ニ掲ケ他ニ記載スルコトヲ省略セシモノ旧刑法
ニ其例少ナカラス。

(1) 犯罪ヲ完済シタルモノヲ正犯トスルカ故ニ法律ニ云フ正犯

トハ法律ヲ本條ニ記載シタル犯罪構成要件ノ一部又ハ全部ヲ行
ヒタルモノ即チ客觀的犯罪ソノモノヲ行ヒタルモノニシテ例ハ
ハ竊盜罪ニ於テ所有者ト全一ノ実力ヲ獲得セシト欲スルノ意思
ヲ以テ私カニ他人ノ物ヲ自己ノ所持内ニ運ビ入ル、モノト共ニ
物ヲ運ビ移スノ行為ニ從事シタルモノ、殺人罪ニ於テ被害者ヲ
捕ヘ居リテ之レヲ斬殺セシメタルモノ等ハ之等ノ如ク受ケタ
ル者ハ共ニ正犯タルハ勿論、強盜罪又ハ強姦罪等ニ於テ盜取又
ハ姦淫ノ行為ハ之レヲ行ハサルモ其構成要件ノ一部タル暴行脅
迫ヲ行ヒタルカ或ハ門戶墻壁ヲ損壞シテ行ヒタル竊盜ニ於テ物
ノ盜取ハ之レヲ為サハルモ門戶墻壁ヲ損壞ニ從事シタルモノモ
亦姦淫又ハ盜取ヲナシタルモノト共ニ正犯タルヘキモノトス。
茲ニ問題アリ、身合ナキモノ身合アルモノヲ利用シ身合ニヨ
リテ構成スヘキ罪ヲ行ハシメタルモ其罪ヲ間接正犯トシテ論
スルヲ得ヘキカ、之レ議論ニ派ニ別ル、モ余ハ收賄罪海通罪等
身合ニヨリテ構成スヘキ罪ハ直接ノ行為者タル身合ヲ有スルモ

ノニ於テ或ハ官職ヲ濫シ又ハ本夫以外ノ男子ト通スルノ意思ヲ
ルニヨリテテメテ構成シ之レヲ又如クハ場合ニ於テハ收賄又ハ
姦通ナルモ存スルヲナキカ故ニ間接ニ之レニ于テシタルモノ
モ亦之等ノ犯罪ヲ發生セシメリト云フヲ得ス、從テ間接正
犯ヲ以テ論スルヲ得サルモノト信ス、但シ之レ單純ナル解
論明文ヲ以テ処罰スルノ必要アルヲ論フ俟タス、然レモ之レニ
テリ強姦ハ男子ニアラサレハ之レヲ行フヲ得サルカ故ニ佞令女
子カ白痴ノ男子ヲ強姦シテ他ノ女ヲ姦セシタルモ強姦罪ノ間接
正犯ニアラスト信スルハ誤ナリ、此問題ハ前者ト純然之レヲ区
別スルヲ要スルナリ、前者ニ於テハ直接行為者ニ於テ罪トナル
ヘヨ行為ヲナスノ意思即チ官職ヲ濫シ又ハ貞操ヲ破ルノ意思ア
ルニアラサレハ犯罪ハ發生スルヲナキカ故ナリ、間接正犯ノ成
立ヲ妨クト雖モ本問題ニ於テハ強姦ハ白痴痴癡乃至幼者之レヲ
行フモ強姦タリ、女ノ之レヲ行フヲ得サルハ之レヲ行フ器具ヲ
有セサルニヨル、然ラハ佞令女ト雖モ器具ヲ有スル白痴痴癡其

他ノ者ヲ以テ強姦セシメタルハ毒物ヲ用ヒテ他人ヲ害シタル
間接正犯タルニ於テ何等ノ疑ナキト同シク強姦ノ間接正犯タル
ヲ明カナリトス。
(2) 正犯ヲ實行スルモノ必シモ手又ハ足ヲ以テスルヲ要セス、
棍棒劍銃其他ノ器具又ハ獸類ヲ使用スルモ又犯罪ヲ實行スルモ
ノナリ。

從テ幼者痴癡白痴等負責無能力者ヲ使啖シ若クハ負責能力ヲ
有スルモノト雖モ暴行若クハ脅迫ヲ加ヘテ之レヲ強制又ハ之レ
ヲ欺キテ錯誤ニ陷ラシメ若クハ錯誤ニ陷ルヲ防止スルノ義務
アルニ拘ハス之レヲ防止セシメテ其錯誤ヲ利用シ依テ罪ヲ犯シ
シタルモノモ後ニ云フ教唆者ニアラスシテ正犯ナリ(別ニ被
利用者ニ於テ過失犯タルヲ妨ケス)但シ之等ノ場合ニ於テハ
直接犯罪ヲ行ヒタルモノハ故ニ所謂器具獸類通常人ノ用ニ供セ
ラルヘキモノニアラス、通常ハ犯罪主体タルヲ得ヘキ人從
テ眞ノ正犯ハ恰モ教唆者ノ如キ地位ニ立ツカ故ニ學者ハ殊ニ之

レヲ間接正犯ト云フ（人ヲ介シ間接ニ犯罪ヲ実演スル正犯ナリ）
右説明スル間接正犯ノ場合ニ於テハ、実行者ハ正犯ノ器具ニシテ
署見ノ行為ハ正犯者ノ行為ノ性質又ハ程度等ハ（例ヘハ其時其
処又ハ已遂未遂中止等）皆署見ノ行為ヲ標準トシテ定ムヘキモ
ノトス、又曰ク他人ヲ署見トシテ罪ヲ犯スモノハ即間接正犯ナ
ルカ故ニ必スレモ教唆ノ地位ニ立ツテ要セズ、器具タルヘキモ
ノト共同シ又ハ其行為ヲ幫助シ若クハ之レヲ自己ノ行為ヲ
幫助セシムルモ署見タルヘキモノ、間接正犯トス。

(三) 共犯中犯罪構成ノ要件ニ触ル、モノ即チ正犯一人ナル時ハ
教唆者又ハ從犯ニ對シ之レヲ单独正犯ト稱シ正犯数人アル時ハ
之レヲ共同正犯ト云フ、其場合ニ於テ各共同正犯者ハ同一犯罪
事實ヲ構成スル行為ヲ実行スルト之レヲ実行スル意思トアル
トシ要スルハ前ニ説明セル共犯ノ意義ヨリ之レヲ知ルコトヲ得ヘ
キモ疑ヲ生スルコトアルヘキカ故ニ更ニ之レヲ説明セン。

(イ) 客觀的行為ノ点ニ付役令他人ト共ニ同一犯罪事實ヲ構成

スル行為ヲ共同シテ実行スルコトヲ通謀スルモ未ク犯罪事實ノ構
成スヘキ行為ヲ実行セザルモノハ共同犯罪タルヲ得ズ、然レバ
ニ他人ト共ニ同一犯罪事實ヲ構成スヘキ行為ヲ実行シタルモノ
例ヘハ甲ハ暴行ヲ加ヘ乙ハ盜取スルカ如ク犯罪行為ノ一部タル
ヘキ一部タルヘキ行為ヲ分担スルニ過キザルモノ又例ヘハ共同ニ
テ屋内ニ忍入り甲ハ衣類ヲ乙ハ金銭ヲ盜取スルカ如ク各自ソレ
自身单独ニ全部ノ犯罪ヲ構成スヘキ行為ヲナシタル共同正犯ト
ルヘキモノトス。

(ロ) 主觀的意思ニ付キ他人ト共ニ罪ヲ犯サントノ意思即チ犯罪
認許ハ必スシモ犯罪実行ノ前ニ存スルコトヲ要セズ、例ヘハ甲
カ一女子ヲ強姦セントシ之レヲ縛シタルモ情ヲ知り甲ト共ニ乙女
ノ姦淫シタル丙ハ甲ト共ニ乙女子ヲ強姦スルノ意思アルモノニシ
テ所謂承継的共同正犯タルヘキモノトス、而シテ更ニ此点ニ付
キ意思共通ノ範圍ハ同時ニ共同的責任ノ範圍ヲ為スモノナルカ
故意思共通ヲ超越シタル点ニ於テハ共同正犯ヲ認ムルコトヲ得ズ

甲ハ乙ノ身体ヲ傷害セントシテ之ヲ打撃セルニアリ之レト
共ニ乙ヲ打撃セル兩ハ更ニ之ニ乗シテ乙ノ所持品ヲ盜取シタ
ルカ如キ場合ニ於テハ甲ハ傷害罪ニテハ兩ト共同正犯タルモ乙
ノ所持品ノ盜取ニ付テハ之レト共同正犯タルモトス、然
レ氏各正犯ノ行為カ意思共通ノ範圍ヲ出テサルニ拘ラス或結果
ヲ發生シタル場合ノ例ニ於テ兩カ乙ヲ打撲シテ死ニ致シタル場
合ニ於テハ甲モ亦共ニ乙ヲ死ニ致サンメタルモノトシテ兩ト共
ニ共同正犯タルモノナリ。

(ハ) 已遂未遂ノ点ニ付キ已ニ着手以上ノ行為ヲ為シタルモノ即
チ犯罪構成ノ要件ノ一部又ハ全部実行シタルモノハ仮令已遂ノ
結果ノ發生ニ何等ノ影響ヲ与ヘサルモ之レヲ發生セシメタル
他ノモノト共ニ已遂ニ對スル正犯タルヘキモノ(共犯ハ一体ト
ルカ故ニ)ニシテ例ヘハ甲乙相謀リテ兩ヲ殺サントシニ人白刃
ヲ抜キテ之レニ迫リ甲先ウ一刀ヲ加ヘタルニ乙ノ更ニ之レヲ斬
ラントスル際内己ニ死シタル場合ニ於テハ甲ト共ニ殺人己

遂ノ共同正犯タルヘキモノトス。

乙 教唆犯

第六十一條ニ曰ク「人ヲ教唆シテ犯罪ヲ実行セシメタルモノ
ハ正犯ニ準ス」ト、即チ教唆犯ハ他人ヲシテ犯罪ヲ実行スル
ヲ決意セシメ由リテ犯罪ヲ実行セシメタルモノヲ云フモノニシ
テ之ヲ構成スルニハ三要件ヲ必要トス。
(一) 他人ヲシテ犯罪ヲ実行スルヲ決意セシメ由シ之レヲ実行
セシメタル行為アルヲ要ス、
他國其他ニ三ノ立法例ニテハ贈与、依頼、勧誘、忠告、脅迫
権力、又ハ威力ノ濫用、欺瞞、等特定ノ行為ヲ以テ教唆スル
ヲ要シ其他ノ場合ニ於テハ教唆ノ行為アルヲ認メサルモ我國
テハ之等ノ制度ヲ設ケサルカ故如何ナル方法ニヨルモ教唆実行
ノ行為アリト云フヲ得、然レ所謂教唆実行ノ行為ハ之レニヨリ
テ他人ヲシテ犯罪ヲ犯ス事ノ決意セシムルモノナルカ故他人ヲシ
テ犯罪ノ決意ヲナカシムル底ノ力ヲ有スルモノナラサルヘカラ

ス、換言スレハ放唆有ト認ムヘキモノ、行為ノ原因トナリ他人
 カ犯罪ヲ決意シタルト即チ因果ノ干渉アルヲ要ス、從テ単ニ
 意見ヲ陳述シタルニ過キサルカ如キハ（犯人ニ於テ之レヲ得テ
 他人ヲ放唆セント欲シ他人ニ於テ之レニヨリ決意シタル事實ア
 ルハハ格別）及令他人ニ於テ殺害ヲ決意スルモ之レニヨリテ犯
 意ヲ決シタリト認ムルヲ得サルカ故ニ特別ノ犯罪タルモノハ格
 別通常放唆ノ行為アリト云フヲ得サルモノトス、脅迫又ハ欺瞞
 カ放唆タルニ止マリ間接ニ正犯ノ行為タラサルカ為メニハ間接
 正犯ハ他人ヲ器具トシテ使用シル場合ニ於テ存スルモノナル
 カ故ニ脅迫ニ付テハ他人ヲ以テ自由意思ヲ亡失セシムル程ニ強
 度ナラサル（即チ不可抗力ト認ムヘキ程ニ強大ナラサル）
 ヲ要ス、詐瞞ニ付テハ犯罪ノモノ、上ニ存シ由テ生シタル錯
 謬カ故意ヲ阻却スルニ至ラサルヲ要ス。

(2) 他人ヲシテ犯罪ヲ実行スルヲ決意セシメ由リテ之レヲ実
 行セシムルノ意思アルヲ要ス。

即チ (1) 他人ノ実行スル行為カ犯罪タルヲ知り、(2) 且ツ自
 己ノ行為ニ基キ他人カ犯意ヲ生シ之レヲ実行スルヲ認識スルヲ
 要ス、

故ニ例ヘハ自己ノ所持品從テ之レヲ奪取スルモ罪ヲ構成スル
 ナレト信シ他人ノ財物ヲ奪取セシメタルカ如キ、又ハ他人ノ所
 有物ヲ奪取スル（即チ竊盜罪タルヲ知ルモ自己ノ行為カ原因
 トナリ之レニヨリテ他人カ竊盜ノ意思ヲ生シ之レヲ実行スル）
 ヲ認識セサルハ及令犯罪ヲ実行シタルモノニ於テ放唆者ト目
 セラレヘキモノ、行為ニ刺戟セラレ為メニ犯意ヲ決シ之レヲ実
 行スルニ至リタルモ放唆ノ意思アリト云フヲ得ス。

(3) 他人ノ行為ニ基キ他人カ犯罪ヲ実行シタル結果アルヲ要
 ス、

(1) 他人カ犯罪ヲ犯シタルヲ要スルカ故ニ自殺又ハ習慣犯罪
 ノ要素タルヲ得ヘキ一部ノ行為ノ如キ自體獨立ノ罪ヲナサ、
 モノニ係ルハ特別犯罪タルハ格別放唆犯タルヲ得ス。

(ロ) 次ニ他人ニ於テ罪ヲ犯シタル結果アルヲ要スルカ故ニ單ニ罪ヲ教唆シタルニ過キサルハ更ニ一步ヲ進メ他人ヲシテ罪ヲ犯サシムルヲ決意セシムルモ被教唆ニ於テ之レヲ実行セサルハ否尚ホ一步ヲ進メ正犯ニ於テ其決意ヲ実行シタルモ其行為カ未タ罪トシテ罰セラレハキ程度ニ達セサルハ又ハ已ニ達シタルモ大赦アリタル為ニ犯罪タル性質ヲ失シタルハ(或場合ニ於テ犯罪ヲ教唆シタルノカ独立シタル一種ノ犯罪タルハ格別)教唆犯ト云フヲ得ス、然レモ一面已ニ罪ヲ教唆シ他ノ一面被教唆者ニ於テ之レヲ実行シ其罪カ成ラレハキ程度ニ達シタルハ必ス此モ已遂タルヲ要セス、未遂中止乃至豫備又ハ陰謀ニ止マル場合ト雖モ教唆犯ヲ構成スヘク別ニ正犯ヲ(其身ニ專屬セル理由ニヨリ)實際之レニ由リテ所罰ヲ受クルト否トハ教唆犯ノ成立ニ何等ノ影響ヲ有セサルナリ。

(ハ) 教唆者ノ行為ト被教唆者ノ犯意從テ之レニ由リテ犯シタル犯罪トノ間ニ因果ヲ係アルノキ教唆ノ行為アリタルカ否ノ被

教唆者ニ於テ罪ヲ犯サント、意思ヲ有シタルハ教唆者ノ行為ハ或ハ後ニ所謂從犯ノ行為タルヘキモ教唆ノ行為タルヲ得ス、然レ苟モ教唆者ノ行為アリタルカ為ニ被教唆者ニ於テ全然犯罪ノ想像セサルヲ要セス、從テ被教唆者ニ於テ若シ千金ヲ与ヘテハ某ノ罪ヲ犯シントヲ申出テ教唆者之レヲ容レ千金ヲ与ヘタル場合ニ於テモ教唆ノ行為アリタルト云フヲ得。

(ニ) 已ニ教唆者ノ行為ト被教唆者ノ決意從テ其事實トノ間ニ因果ノ子係アリトモハ原因ハ必スシテモ結果ニ對スル唯一ノ條件タルヲ要件タルヲ要セサルカ故ニ例ヘハ甲乙同時ニ若クハ前後ニテ各千金ヲ与ヘンヲ申出テ丙実行者ニ於テ合計ニ千金ヲ得タルカ否ヲ始メテ決意シタル場合ニ於テモ甲乙共ニ教唆者タルヘキモノトス。

◎ 教唆犯ニ于聯スル重要ナル問題ニ三ヲ挙ケン。
(1) 教唆者ノ教唆シタル所ト被教唆者ノ行ヒタル如ト阻誤シタル場合ニ於テ被教唆者ノ行ヒタル罪カ教唆者ニ及ホス影響ハ如

何、之ニ就キ場合ヲ分テテ説明スルヲ要ス。

(イ) 被教唆者カ教唆者ノ教唆シタル罪ト全然テ係ナキ個別ノ罪ヲ犯シタル時、

此場合ニ於テハ教唆ト被教唆トノ于係ヲ阻却スルガ故ニ被教

唆者ノ行ヒタル罪ハ教唆者ニ何等ノ罪ヲ生セサルモノトス、例

ヘリ竊盜ヲ教唆シタルニ殺人ヲナセルカ如ク全然テ係ナキカ故

ニ教唆ハ何等ノ責任ヲ負ハス。

(ロ) 被教唆者カ教唆ニ乘シテ教唆者ノ指定シタル範圍ヲ超越シ更

ニ重キ罪ヲ犯シタル時、

此場合ニ於テハ教唆者ハ其指定シタル限度ニ於テ責任ヲ負フ

モノトス、例ヘリ竊盜ヲ教唆シタルニ被教唆者ハ強盜ヲナシタ

ルカ如シ、教唆者ハ竊盜罪ノ教唆者トシテ責任ヲ負フ。

(ハ) 被教唆者ハ教唆者ノ指定シタル罪ノ範圍ニ於テ更ニ輕キ罪

ヲ犯シタル時、

此場合ニ於テハ教唆者ハ被教唆者ノ現ニ行ヒタル罪ニ付キ責任

ヲ負フヘキモノニシテ前例ニ依リテハ教唆者ハ被教唆者ノ現

ニ行ヒタル竊盜罪ヲ負フヘキモノナリ。

(ニ) 被教唆者ノ行ヒタル方法ト教唆者ノ指定シタル方法トハ全

一ナラサルモ結果カ全一ナルカ為メ事實上教唆ノ意思ヲ阻却セ

サル場合ニ於テハ教唆者ハ被教唆者ノ行為ニ付キ全ク責任ヲ負

フヘキモノトス。

一、教唆者竊取ノ方法ニヨリテ財物ヲ騙取スヘキヲ教唆シタル

ニ被教唆者ハ詐欺ノ方法ニヨリテ財物ヲ騙取シタル場合ノ如シ

教唆者ハ詐欺取財ノ教唆者トシテ責任ヲ負フヘキモノナリ。

(ホ) 法律カ或行為ヨリ通常生シ得ヘキ結果ナルカ為メ其生シタ

ル場合ニ於テ個別ノ罪トセズ、單ニ刑ヲ加重シタル場合、

例ヘリ傷害罪ノ結果ノ如シ、此場合ニハ斯クノ如キ結果ヲ生

スルヲアルヘキ罪ヲ教唆スルモノナルカ故ニ教唆者ハ被教唆者

ト共ニ生シタル結果ニ付キ責任ヲ負フモノトス。

(二) 被教唆者ノ行ヒタル所カ教唆者ノ意思ハ齟齬スルモ法律上ニ於テハ全然價值ヲ同シラスル場合、即チ犯罪ノ性質及ヒ輕重ヲ異ニセサル場合ニハ教唆犯ヲ係ニ何等ノ影響ヲ及ボサ、ルモノトス、例ハ被教唆者カ教唆者ノ指定シタル所カ、又ハ如ト異ナル時又ハ如ト於テ犯罪ヲ実行シ又ハ法律上價值ヲ異ニセル目的物ヲ誤リタル場合ノ如シ。

(三) 教唆犯タルカ有メニ被教唆者ノ特定シタル犯罪ヲ特定シタルヲ要スルヤ否ヤ、通常ハ及対ニ決セサルモ余ハ積極論ヲ主張スルモノナリ。

(四) 教唆者カ已ニナシタル教唆者ノ行為ニ付キ責任ヲ免ルルハ、為ニハ必ス有形上正犯ノ行為ヲ妨テ結果タル犯罪ノ發生ヲ防止セサルヘカウサルカ時、正犯即チ被教唆者カ罪タル行為先ツテ教唆ノ意思ヲ取消スルヲ有効ニ被教唆者ニ通知スルニアリ、其責任ヲ免ルルヲ得ルヤ否ヤ、及対論者アルモ吾人ハ必スレモ前者ノ方法ニヨリテ要セス。

後者ノ方法ヲ以テシテモ之レニ依テ結果ノ于係ヲ臧却シタリト認レハキ場合ニハ其責任ヲ免ルルヘキ者ト考フ。

丙、徒犯

第六十二條ニ曰ク「正犯ヲ幫助シタルモノハ徒犯トス」ト即チ徒犯ヲ構成スルニハ決シテ三要素ヲ必要トス。

(一) 正犯即犯罪ノ実行者ヲ幫助セル行為アルヲ要ス、之レ徒犯カ教唆犯及ヒ正犯ト分ル、處ニシテ、(二) 教唆犯ト、區別ハ、教唆犯ハ正犯ヲシテ犯意ヲ生セシムルモノナリカ故ニ正犯末タ犯意ヲ生セサル前ニアラサレハ存セサルニ及ビ、徒犯カ之レヲ幫助スルモノナリカ故ニ正犯カ犯意ヲ生シタル後ニ始メテ存スルノ真ニアリ、(三) 正犯トハ區別ハ、正犯ハ犯罪ノ実行者タルニ及ビ、徒犯ハ之レヲ幫助セルヲ容易ナラシムルノ真ニアリ、然レモ其所謂幫助トハ如何ナルヲ云フヤニ付テハ徒犯種々ノ學說アリ、其主義ニ學說ハ、主觀說ハ客觀說ニシテ幫助ノ意義ニ就テ、其主ナル學說ハ、主觀說ハ客觀說ニシテ

後者の更ニ二派に分ル。客観的の行為如何ニ係ラ

(A) 主観説ハ犯人ノナシタル客観的の行為の狀態如何ニ係ラ
犯人ニ於テ自己ノモトシテオスル真意思若クハ自己ノ利益
有メラスルノ意思又リ目的ヲ以テ犯罪ニ于與シタル時ハ正犯
シテ他人ノモノトシテ為スノ意思、若クハ他人ノ利益ノ為
スルノ意思ハ又ハ目的ヲ以テ犯罪ニ于與シタル時ハ從犯ナリ
論ス。

(B) 客観説ハ犯人ノナシタル客観的の行為如何ニ状態ニヨリテ
區別シヘシト論シ、更ニ二派に分ル。

(1) 行為ノ性質如何ニ係ラス犯罪タル結果ノ發生ニ重要ナル
響ヲ与ヘタル行為ヲナシタルモノハ正犯ニシテ然ラサルモノハ
從犯ナリト

(2) 二者ノ區別ハ行為ノ差ニアラスシテ性質ノ差ニ存ス、即チ
犯罪ノ構成要件タル全部又ハ一部ヲ行ハタルモノハ犯罪其モノ
ナルカ故ニ正犯ナリ、之レニ及ン犯罪ノ構成要件其モノニハ直

接手ヲ触ル、ナリト直接之レニ手ヲ触ル、モノニ助力ヲ與ヘ間
接ニ犯罪ニ于テスルモノハ從犯ナリトスルナリ。

(C) 之ニヨリテ見ルニ現行法ハ旧刑法ト異ナリ單ニ正犯ヲ補
助シタルモノトアリテ如何ナル手段方法ニヨリ補助スルナリ要
スルヤヲ明言セサルカ故ニ議論ノ余地アルヘシト云々、余ハ客

観説ノ(1)即チ犯罪構成ノ要件タル行為ノ全部又ハ一部ヲ行ヒタ
ルヤ否ヤヲ區別スルノ説ヲ以テ正当ナリト信ス、從テ例ハ旧
刑法第百九条ニ所謂器具ヲ供与シ又ハ誘導指示スル行為乃至

見張又ハ助言ヲナス如キ行為等凡ヘテ犯罪実行ノ行為ニアラサ
シ度助ノ行為ハ有形ト無形ト積極ト消極トヲ問ハス皆補助ノ行
為ト信ス。

例ハ正犯ヲ補助シタル即放銃ノ場合ト全シテ先ツ正犯罪
ノ犯シタルノヲ要シ、次ニ補助ノ行為ト正犯ノ行為トノ間ニ因

果ト係リ有セサルカ故ニ正犯ノ行為ヲ利用セサルモノハ從犯ハ存セス。

(二) 正犯ヲ幫助スルノ意思アリトシテ要スル
又點ニ放唆ニ付キ説明シタル如キヨリ之レヲ明カニスルヲ得
ヘキカ故ニ爰ニ之レヲ省畧ス。

第三節 共犯ノ処分

共犯ノ一般ノ処分ニ于スルニ法ノ主義凡ソ四アリ。

(1) 平等主義即チ共犯者ノ責任ヲ平等一帯ノモノトシ其間ニ已
別ヲ説ケサルノ主義

最近 *von Bar* 等ノ主張スル如クナリ、其理由ハ犯罪ニ亦他ノ
諸般ノ現象ノ如ク無数ノ原因又ハ条件ヨリ産出セラレタルモノ
ニテ是等種々ノ原因又ハ条件ニハ何レモ其一ヲ欠カハ犯罪ノ発
生ヲ妨グルモノナリ、然ラハ之等諸種ノ原因又ハ条件ノ結果タ
ル犯罪ニ對スル影響ハ介留スヘカラサルナリ係ニ於テ皆同一均等
ナリト云ハサルヘカラス、

又主觀的ヨリ見ルモ彼等共犯ト其教唆者ト正犯タルト將
シ徒犯タルトヲ問ハス皆結果ノ發生從テ犯罪ヲ希望セルモノナ

ルカ故ニヨリ其間或者ハ自己ノ為、他ノ為、ハ他人ノ為、ニス
ルノ意ヲ以テ犯罪ニ加テスルモノナリ、從テ之レニ由リテ主從
ノ區別ニ得ヘキモ其犯罪ニ對スル責任ハ皆均一ナリト云ハサル
ヘカラスト云フニアリ。

(2) 不平等主義、即チ共犯者各自ノ地位ノ如何ニヨリ刑罰責任ニ
差等ヲ設クルノ主義

Garand 氏等ノ主張スル如クナリ、大底一面教唆者犯罪構成要素
ノ全部又ハ一部ニ手ヲ触レタルモノ、即チ客觀的ノ意義ニ於テ
ハ正犯及之レニ重大ナル助力ヲ加ヘタルモノト他ノ一面正犯ニ
重大ナル助力ヲ與ヘタルモノトヲ區別シ、前者ハ通常ノ刑ヲ課
シ、後者ハ減輕シタル刑ヲ科セリ、其理由ハ共犯者ハ皆結果ヲ
ハ犯罪ノ發生ニ原因ヲ寄與シタルモノナルカ故ニ均レシ結果即
チ犯罪ヲ發生セシメタルモノニシテ原因結果ト云フノモノニ上
ニ於テハ *Brown* 等ノ主張スルカ如ク共犯者皆全クナリト云モ結
果タル犯罪ノ發生ニ加テシタル強弱ニ於テハ各々差等アルカ故

ニ犯セル罪ニ對スル責任ニ至リテハ各々差等ナカルヘカラス。

(3) 個人主義 即チ共犯者ヲ各独立ノ犯罪者ト見做シ各自ニ付テ相々ニ其責任ヲ定ムルノ主義

Dispositio 等ノ主張スル所ナリ、其理由ハ從來ノ方法ニ於テハ重ク犯罪ノ大小徒テ共犯ニ伴テモ犯人カ犯罪ニ加工シタル行為ノ輕重ニ着目シテ刑ヲ定ムル主義ヲ採リ刑罰ヲ以テ恰カモ民事ノ賠償ト全一視セルカ之甚ク誤リナリ、刑罰ハ國家秩序ヲ維持セシカ爲メ犯罪人ニ附セラルモノニシテ其之レニ對スルハ尚匠菓ノ病者ニ對スルニ異ナラス、各犯人ノ状態ノ如何ニヨリテ其性質又ハ強弱ヲ異ニセサルヘカラス、徒又共犯ニ於テモ其責任ハ他ノ犯人ニ係ラス各人ニ付キ個々ニ之レヲ定メサル可カラスト云フニアリ。

(4) 加重主義 即チ共犯ノ場合ニ於テハ一般ノ場合ヨリモ更ニ刑ヲ加重スヘシト云フ主義

Lebens 等ノ主張スル如ナリ、其理由ハ合同ハ個人ノカヲ加

タルヨリモ更ニ大ナルカヲ生スルカ故ニ犯罪ヲ容易ニシ其遂行ヲ確定ス、又共謀ハ通常重大ナル犯罪ニ利用セラル、之レヲ統計ニ徵スルニ明ナリ、且共犯ハ初犯者又ハ偶発的犯罪人ニハ甚ク少ナク多クハ習慣犯人再犯者等危險ナル犯罪人ナルカ故ニ政策上殊ニ嚴重ナル制ヲ加ヘサルヘカラスト云フニアリ。

現行法第六十三條ニ從犯ノ刑ハ正犯ノ刑ニ照シテ減輕スト指足セルカ故ニ前掲ノ平等主義ヲ採リタルモノトス、今其規定ノ内容ヲ見ルニ、

- (一) 正犯二人以上共同シテ犯罪ヲ行シタルモノハ皆正犯トス
- トアルカ故ニ恰モ各自單獨ニ罪ヲ犯シタル場合ト各自犯罪ニ對シテ全責任ヲ負フモノトス。
- (二) 教唆犯ハ正犯ニ準ストアルカ故ニ自ラ正犯トシテ罪ヲ犯シタル場合ト合一ノ刑ニ處セラル、モノトス。
- (三) 從犯正犯ノ刑ニ照シテ減輕ストアルカ故ニ客觀的犯罪事實ニ付キ法律上正犯ノ処断セラルヘキ刑ヨリ減輕スルモノトス。

以上法律カ共犯処分ニ于テ是ルル如ク一般ノ規定ニキカ共
外法律ハ共犯処分ニ于テ尤ク二三ノ尚要ヲ解決ス。

(1) 教唆者又ハ從犯ヲ教唆又ハ幫助シタルモノハ如何、

コハ從來議論ノ多かりシ点ナルモ現行法第六十一條第二項ニ
教唆者ヲ教唆シタルモノ又同シク第六十二條第二項ニ從犯ヲ教
唆シタルモノハ從犯ニ準ストアルカ故ニ單ニ教唆者ヲ教唆シタ
ルモノヲ教唆者ト全一ニ從犯ヲ教唆シタルモノヲ從犯ト全一ニ
罰スルハ外他ハ皆之レヲ罰セサルモノトス。

(2) 教唆者及從犯ハ如何ナル犯罪ニ付テモ之レヲ罰スヘキカ、
之レニ付テハ法律ハ第六十四條ニ拘留又ハ科料ノシ、如スヘ
キ教唆者及從犯ハ特別ノ規定アルニテラサレヨリハ之レヲ罰
セサルモノトス、拘留及ヒ科料ノシ、如スヘキ犯罪ハ特殊ノ場
合ヲ除クノ外罪質輕微ニシテ所罰ノ必要ナキニヨルナリ。
身分ニヨリテ構成スヘキモノハ身分ナキモノ之レヲ共犯ト
スヘキカ、

スヘキカ、

之レ從來議論アリシ如ク法律ハ第六十五條第一項ニ積極
的ノ答解ヲ附セリ、所謂身分トハ如何ナルモノヲ云フヤ、之レ
法律干係ノ異ルニ從ヒ種々ノ意義ヲ有スルモノ刑法上ニ於テハ犯
罪ノ特別構成要件又ハ刑罰ノ加重輕減若クハ免除等ニ干係ヲ有
スル特殊ノ事情ニシテ犯人ノ一身ニ專屬スルモノヲ指スモノト
ス、從テ例ヘハ自首者ナルヲ累犯者タルヲ被拘禁者タルヲ公務
員タルヲ所有者タルヲ業務上特別ノ義務アルモノタルヲ医師藥
劑師弁護人タルヲ懐胎ノ婦女タルヲ配偶者アルモノタルヲ直系
親屬親タルヲ有夫ノ婦ナルヲ親族又ハ家族ナルコト他人ノモノ
ノ占有者タルコト等ハ皆身分ナリ。

(4) 共犯中刑ヲ加重又ハ輕減セラレヘキ身分ヲ有スルモノト之
レヲ有セサルモノトアル時ハ如何ニ処分スヘキカ、
法律ハ第六十五條第二項ニ於テ身分ニヨリ殊ニ刑ノ輕重アル
時ハ其身分ナキモノニハ通常ノ刑ヲ科ストシ之レヲ解決セリ、
故ニ例ヘハ甲乙共犯シテ乙ノ父ヲ殺害シタリトセシニ甲乙共ニ

正犯ナル時ハ之ハ第三百九十九条ニ依リ処断スヘク
ク乙ハ正犯ニシテ甲ハ教唆又ハ從犯ナル時ハ之ハ三百条甲ハ百
九十九条ト六十一条又ハ六十三條及ヒ六十八條ニ依リテ処断ス
ヘク、若シ又甲ハ正犯ニシテ乙ハ教唆モシクハ從犯ナル時ハ甲
ハ百九十九条乙ハ二百条ト六十一條又ハ六十三條及ヒ六十八條
ニ依リテ処断スヘキモノトス。

(附言) 共犯ト中止犯トノ于係ハ如何

之レ場合ヲ分チテ説明スル

(1) 正犯ハ犯罪ヲ中止シタル時ハ教唆者又ハ從犯ハ如何ニ処罰
セラルハキカ、

旧刑法ノ規定ニ依レハ正犯ハ犯罪ヲ中止セレハ犯罪ノ性質ヲ
妨クルカ故ニ正犯ハ処断セラレサルト同時ニ教唆及ヒ從犯モ亦
其責任ヲ免ルトセリ、

新刑法ニ於テハ單ニ其刑ヲ輕減又ハ免除スルニ止メ犯罪カ不
成立トナラサルカ故ニ教唆犯又ハ從犯ハ其罪ヲ免ルルコトヲ得ス

(2) 殺人ノ正犯中或者カ變心シテ犯罪ヲ中止シ結果ノ發生ヲ防
止シタル時ハ中止セサル他ノ者モ亦第四十三條但書ノ恩惠ニ浴
スルコトヲ得ルヤ否ヤ、

先点ハ從來議論ノ歧ル、処ニシテ吾人ハ他ノモノ、此恩惠ニ
浴スルコトヲ得トノ説ニ加担スルモノナリ。

(1) 教唆者又ハ從犯カ變心シテ正犯ノ行為ヲ妨ケ結果タル行為
ノ發生ヲ防止シタル場合、於テモ又全ク中止ノ結果ハ當ニ共
犯又ハ從犯ニ止マラスシテ正犯ニモ及フヘキモノトス右合一ノ
場合ナルカ故ニ同様ニ決定スヘキモノト考フ。

第九章 累犯

累犯トハ再犯及ニ犯以上ヲ包括セル名称ニシテ再犯トハ先キ
ニ有犯ノ確定判決ヲ受ケタルモ更ニ罪ヲ犯シタル状態ヲ云フ、
先キニ一度罪ヲ犯シ已ニ有罪ノ確定判決ヲ受ケタルニ拘ハラヌ
更ニ再ニ罪ヲ犯スル之レ畢竟其人ニ於テ普通ノ刑罰ヲ以テハ防

止スルヲ得ナル持種、反社会的悪性ヲ有スルモノナルヲ表
彰スルモノナルカ故ニ之レニ對シテ一般ノ場合ト異レル特殊ノ
心分ヲ施スヲ要スルノミナラス、他ノ一面ニ於テ初犯ノ者ヲシ
テ再ヒ罪ヲ犯シ由テ習慣犯人トナルトナカラシムルハ刑事政策
ノ最大急務ニシテ之カ目的ヲ達セシニハ出獄者保護、執行猶豫
等種々ノ制度ヲ設ケテ之レヲ完備セシムルヲ要スルハ勿論ナ
ルモ此外更ニ再犯者ニ對スル刑罰ノ力ヲ強大ニシ以テ犯人ヲ威
懾シテ之レヲシテ苟モ再ヒ刑罰ニ觸ルルヲホカラスルヘカ
ラス、之レ累犯処分ニ于スル規定ヲ存スル所以トス、
累犯処分ニ于スル法律ノ規定ハ凡テ下ノ二点ニ歸着ス、即チ
如何ナル条件ヲ具備シタルハ累犯ノ條アリトスヘキカ、如何
ナル処分ヲ施スヘキカ之ナリ。

(1) 条件

累犯ノ條ヲ定ムヘキ条件ニ付テハ此ノ五問題ヲ解決スルヲ要
ス(外國ニ於テ刑ノ執行ヲ了リ又リ具免除ヲ得ルハ累犯ノ

基礎ヲ得ヘキカノ問題、刑罰ハ之レヲ規定セズ当然消極ニ決ス
ヘキモノナルカ故ニ之レヲ省ク)

(一) 前ノ犯罪ノ種類ト全一又ハ類似セルトヲ要スルカ、
之レニ付テハ或ハ前後ノ犯罪全種類ナルトヲ要スルモノアリ
或ハ尚前後ノ犯罪同種類ナルノミナラス、更ニ賭博、強盜、
詐欺取財等ニ限ルヘシトスルモノアリ、或ハ全然之等ノ制限ヲ
設ケス一般ニ罪ヲ再犯シタルモノハ累犯トシテ處分スヘキモノ
トス、旧刑法ハ最後ノ主義ニヨリテ何等ノ制限ヲ設ケザリシカ
刑罰ハ前ノ罪ニ付テハ(1)懲役ニシテラシタルカ(2)懲役ニ當
ル罪ト全復シ罪ニ付テハ死刑ニシテラシタルカ(3)其執行ノ免除ヲ
又ハ懲役ニ減輕セラシタルカ(4)如断セラシタルカ(5)辯合罪中懲役
ニシテ今キ罪ヲ犯シタルカ(6)後ノ罪ニ付テハ有期ノ懲役ニ
シテハキ場合等ノミナラス要セリ、即チ之レ約言スルハ前後共ニ
前後ノ懲役ヲシテ又ハ如スヘキ場合タルトヲ要セリ、右ノ場合ニ
付テ有期ノ懲役ヲシテ要スルハ死刑ハ加重スルヲ得ス無期ノ

憲後、加へて死刑に入らば要せざるに由り、前後共に憲後
に犯せられ又ハ犯スヘキ場合ニ限り累犯ノ于テ認ムルコトセ
ルル之レ憲後刑ハ他ノ刑ト異ナリ一般ニ累犯トナルヘキ恐マ
ス慮ナル犯罪又ハ犯罪人ニ科セラルルモノタルニ由ルナリ。
(二) 前ノ刑ト後ノ刑ト輕重ハ之レ酌量スルコトヲ要セザルモ
旧刑法ニテハ前ノ刑カ後ノ刑ト全等若クハ重キ場合(例外ア
レトモ)ニ於テ累犯ノ係リ認ムトセシカ現行法ハ其必要ナレ
認メタルカ故ニ之レヲ採ラス。
(三) 前ノ罪ニ付キ單ニ有罪ノ確定裁判ヲ受ケタルノミヲ以テ
足レリトスヘキカ、將々刑ノ執行ヲ了リ差クハ免除ヲ得タルヲ
要スルカ、
旧刑法ハ單ニ有罪ノ確定裁判ヲ受ケタルヲ以テ足レリトセシ
カ、現行法ハ裁判ノ確定ノミニテハ未ダ犯人ノ再犯ノ防クニ足
ルヘキ完効ナキモノトシ、刑ノ執行ヲ了ルカハ執行ノ免除ヲ
得ルルコトヲ要ス。

故ニ刑ノ執行前、執行中、執行停止中、執行猶豫中ノモノ等
未ダ刑ノ執行ヲ了ラサル間ニ罪ヲ犯シタル場合ニハ累犯ニアラ
サルト同時ニ執行ノ免除ヲ得タル場合トハ時効特赦又ハ第五條
ニ依ル場合ニシテ彼ノ刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ取消シ、ルコトナシ
シテ猶豫ノ期間ヲ経過シタルモノ又ハ大赦セラレタルモノハ累
犯ノ基礎トナルヲ得サルモノトス、蓋シ刑ノ執行猶豫ノ完成ハ
單ニ刑ノ執行ヲ免除スルニ止マラス其後ノ効力ヲ滅却シテ大赦
ハ大赦セラレタル罪ハ曾テ犯シタルコトナシトスレハナリ。
(四) 前ノ犯後ノ罪トノ間ニ一定ノ期間ヲ過キタルコトヲ要
スルカ、

旧刑法ハ違刑罪ノミニ限り一年內再犯シタル時ニアラカレハ
再犯ヲ以テ論セストノ規定ヲ設リルノミナリカ故ニ他ノ罪ニ付
テハ何程長時間ヲ経過スルモ再犯ヲ以テ論スヘキモノトナスモ
前後二罪ノ間長時間ヲ経過スル片ハ右ノ罪ハ慣習性ヲ以テ犯
シタルモノトス、又前刑ニ憲リスレテ犯カレタルモノト認ムル

ヲ得サルモノニシテ旧刑法ノ規定ノ極メテ不当ナルカ故ニ刑法
ハ他ノ多クノ立法例ニ倣ヒ後罪ハ前罪ノ刑ノ執行ヲ終リタル日
又ハ執行ノ免除アリタル日ヨリ五年以内ニ犯サレタルトシテ要
ストセリ。

(五) 前ノ罪ト後ノ罪トノ場所ノ異同ハ之レヲ問フヲ要セサル
カ

旧刑法ニ於テハ違警罪ハ同一區ヲ判所ノ管轄内ニ於テ再犯レ
タル場合ニアラサレハ再犯ヲ以テ論スルヲ得ストセシカ刑法ハ
拘捕科料等ニ該ルヘキ場合ハ輕微ナル罪ニハ累犯ノ係ヲ認メサ
ルトセシカ故ニ当然之レヲ問ハサルトナセリ。

(2) 處分

曾テ再犯ノ罪ヲ加重スル。ト非ナリトスルモノアリ、然レ
モ今日ニ於テハ何人ニテモ再犯者ニ特別ノ処分ヲナスノ必要アリ
ルヲ爭フモノナク、問題トスル所ハ唯如何ナル特別処分ヲ要
スヘキカニ存セリ。

之レニ付テハ或ハ単ニ刑ヲ加重スヘシト云フモノアリ、加重ス
ルトナスモ犯罪ニ拘リラズ常ニ一級ヲ加重スヘシト云フモノアリ
リ、犯罪ノ加ハルニ從ヒ追加スヘシト云フモノアリ、或ハ終身
監獄ニ拘禁シテ出ツルヲ得サルトナスヘシト云フモノアリ、
或ハ不定期ニ拘禁シ改善ヲ俟テ出獄セシムヘシト云フモノアリ
或ハ刑ノ執行ヲ終了シタル後殖民地ニ送り一面本国ヲシテ惡令
子ノ迫害ヲ脱セシムルト同時ニ他ノ一面新カニシテ且ツ容易ナ
ク生活ニヨリ犯人ヲシテ良心ニ復故セシムルノ道ヲ得セシムヘ
シト云フモノアリ。

旧刑法ハ再犯ト三犯以上トヲ問ハズ單ニ刑一等ヲ加重スルニ
止マルモノトセシカ再犯防止ノ目的ヲ達スルニ不充分ナルニヨ
リ現行刑法ハ再犯ト三犯以上トヲ問ハズ其罪ニ付キ定メタル刑
ノ長期ノ二倍以下ニ於テ処断スルヲ得トセリ、但シ第十四条ノ
刑限アルカ故ニ二十年ヲ越ユルヲ得サルモノトス。
尚ホ処分ニ付テハ旧刑法ニテハ裁判確定ノ後再犯者タルトシテ
一八六

見シタル場合ノ規定ヲ欠キ累犯豫防ノ目的ヲ全フスルコト能ハ
ザリシカ現行法ハ第五十八條ニ於テ此場合ニハ第五十七條ノ規
定ニ依リ更ニ加重スヘキ刑ヲ定ムルトシ此欠点ヲ補ヘリ、(五
十七條ニ依リ更ニ加重スヘキ刑ヲ定ムル手續ハ刑法施行法第五
十三條ニヨル)然レモ既ニ憲法ノ執行ヲ了リ又ハ其執行ノ免除
ヤリタル後ニ至リテハ極令累犯者タリシヲ發見スルモ更ニ加
重スヘキ刑ヲ定メザルトセリ、稍々酷ニ先スルノ恐ルルカ故
ナラン。

第三編 刑罰

第一章 刑罰ノ意義

刑罰トハ國家カ其法的秩序ヲ維持セシカ爲メ犯罪ノ制メトシ
テ犯罪人ニ科スル処ノ法益ノ剝奪ナリ。

(1) 刑罰ハ法益ノ剝奪ナリ、
詳言スレハ通常ハ之ヲ保護スル利益ヲ法令自身カ傷害スル
コトナリ、法益ノ剝奪ナルカ故ニ損害賠償ノ如キ法益ヲ侵害セザ
ルモノハ仮令犯罪ノ原因トシ且ツ強制的ニ行ハル、モノト雖モ
刑罰ニアラス。

(2) 刑罰ハ犯罪人ニ科スル処ノモノナリ、
犯罪人ニ科スル処ノモノナルカ故ニ仮令法益ノ剝奪ナルモ犯
罪人以外ニ対スルモノハ刑罰ニアラス、例ハ監獄法所定ノ没
收又ハ廢棄、処分(監獄法四十七條五十一條五十三條五十四條)

偽造通貨ノ断截（明治九年四月五十七号布告）等ハ刑罰ニアラ
ス、之レニ依レハ酒造税法第三十二条混成酒税法第七条醬油税
法第二十五条烟草專賣法第二十八条電信法第四十八条ニ規定セ
ル処分等ハ刑罰ニアラスト云フヲ得ヘキカ如キモ之等ノ規定ハ
故意過失ナキニ製造者又ハ法人ヲ犯罪人具人ト認レルモノナ
ルカ故ニ又刑罰トナスヘキモノトス。

(ハ) 刑罰ハ犯罪ノ制キトシテ科スルモノナリ。

犯罪ヲ原因トシテ結果トシテ科セラルルモノ即チ過去ニ有ス
ル犯罪テフ不法行為ニ科セラルルモノナリ、
蓋シ刑罰ハ將來ノ犯罪ヲ豫防スルヲ目的トスト雖モ未ダ登
生セサル事實ニ對シテ科セラルルモノニアラズ、過去ニ犯罪ア
ルヲ要スルカ故ニ幼年者ニ對スル強制的感化教育ノ如キ犯罪
ノ存在ヲ認メサルモノハ刑罰ニアラズ、次ニ過去ノ犯罪ヲ原因
トシテ結果トシテ科セラルルモノシテ要スルカ故
ニ集合ノ解散社團ノ崩壊豫會命令安寧秩序ヲ妨害シ又ハ風俗ヲ

壞乱スルニ及ビ國志ノ發達禁止等ノ如ク專ラ將來ノ保安ノ為ニ行
ハルモノハ刑罰ニアラズ。

刑罰ハ國家カ一人シテ犯罪人ニ科スルモノナリ。

統治者シテ國家カ被治者タル一人ニ科スルモノナリ、故ニ
國際間ニ於ケル行為例ハ戦争又ハ報復ノ如キハ刑罰ニアラズ
又一私人タル犯罪人ニ對シテ國家カ之レヲ行フモノナルカ故ニ
例ハ違約金、父母若クハ復見人ノ子若クハ被復見人ニ對スル
懲戒行為ノ如キハ刑罰ニアラズ。

(ホ) 刑罰ハ國家カ法的秩序ヲ維持センカ為メニ科スルモノナ
リ、

國家カ一般法的秩序ヲ維持センカ為メニ科スルモノナルカ故
ニ彼ノ國家カ或特殊ノ階級ノ主宰者又ハ支持者トシテノ地位即
チ其内部ノ秩序ヲ維持センカ為メニ其階級ニ屬スルモノニ對シ
テ科スル如ク懲戒罰トハ其本質ノ異ニス、二者其本質ヲ特ニス
ルカ故ニ各一人ニ對シテ刑罰ト懲戒罰ト同時ニ合セ科スルヲ得

ルト全時ニ懲戒罰ハ懲戒セザルヘキ部面ノ存スルモノナリトシテ
テノ重キテ何ク科セラルルノ得刑法ノ規定ニ従フヲ要セザ
ルナリ。

(附言) 以上ノ外秩序罰(民法商法其他諸般ノ法律中実質カ
懲戒罰ニ準シスノ科料)所ルモノハ九款ニシテ(属ス)凡ク
行政罰(執行罰及制裁罰等)行政執行法第五條(警察官等)第
一百九十四條三百二十二條刑事訴訟法第四百十八條(第三百六
ノ罰)モ亦前項ノ科料ニ行テ秩序罰ニ準テ科セラルルモノナリ
所為ヲ強用等ノ科料ニ準テ科セラルルモノナリ(三)罰金
如ク犯罪人ノ懲戒ニシテ目的トスルモノナリ(四)罰金
斥クアラスルモノナリ(五)追放(六)然レモ此ノ三ニシテ
式罰ト刑罰トノ別、如ク実質、差別ニシテ(一)三、形式ノ差
アル、過キザルカ故ニ刑罰ノ罰ト別、(二)多ク罰金、附シ
形式ヲ異ニセシ場合、特別刑罰上ノ罰ト全一ノ罰名ヲ附シ、
形式ヲ異ニセシ場合、特別刑罰上ノ罰ト全一ノ罰名ヲ附シ、
形式ヲ異ニセシ場合、特別刑罰上ノ罰ト全一ノ罰名ヲ附シ、
形式ヲ異ニセシ場合、特別刑罰上ノ罰ト全一ノ罰名ヲ附シ、

一ノ規定ニ従フヘキモノトス、從テ此等ノ法規ニ違犯スタル結
果更ニ大ナル刑法上ノ犯罪ヲ發生セシメタル時ハ議論ノ岐ル、
所ナリト當モ余ハ刑法ノ制裁ノミヲ科シ他ハ之レヲ科スヘキモ
ノニアラスト信ス。

第二章 刑罰制度原則

近世文明諸國殊ニ裁カ刑法ノ刑罰制度ハ元ノ原則ニ基キテ定
メラレタルモノトス、凡ク次ノ九項トス。

(一) 刑ハ法律ニヨリ豫メ之レヲ定ムルヲ、
之レハ先キニ法律ノ解釈ニ付キ説明シタルモノナルカ故ニ再
言セス。

(二) 刑ハ犯人ノ一身ニ止マレルヲ、
昔時ハ刑三族又ハ九族ニ及フト云フカ如キ嫁座連座ノ法盛ニ
ニ行ハレタルモノ、現今ニ於テハ犯罪ノ責任ト行為ノ認識即チ意
思ハ行為者ヲ出テナルモノナルカ故ニ犯罪ノ責任ハ犯人一身ニ

止マリテ何等之レに對シテ如何ナル他ニ及ボスベキモノニテ
 ストセリ極論也如何ナル刑罰獨リ犯人ノ一親ニ及ボス
 毫毛原ハ他ニ及ボス無シナリ死刑自由刑財產刑皆然リト云
 フ得ハキモ諸法ハ直接罪ヲ犯シ以外ノ他ノニ及ボセシニ及
 今日本國ノ刑罰接犯者得ル刑罰之ハ及ボスノ点ニ於テ大差アリ
 (三) 死刑ハ肉體ヲ毀壞セシムル刑罰也其刑罰ノ種類ハ肉體刑ハ比
 古ノ宣刑ハ終刑ハ墨刑ハ管杖枷等諸種ハ肉體刑ノ用比臨凡
 一徒犯ニ犯人ヨシ若シハ其刑ノ在スル刑罰ノ目的モ違ヒカ
 一刑ハ人道對傷罪刑ハ凶惡凶殘ノ故也世之文明諸國ハ皆之レヲ
 廢棄セリ然レモ刑罰ノ種類寛嚴等ノ時ト知トノ人文ノ進歩如何
 ニ對シテ文明ニ對シテ其刑罰ノ存否ハ其刑罰ノ存否ハ其刑罰ノ存否ハ
 一之レハ野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻
 一之レハ歐洲文明諸國ハ於テ其刑罰ノ存否ハ其刑罰ノ存否ハ其刑罰ノ存否ハ
 一之レハ野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻
 一之レハ野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻野蠻

手セサルノニナラズ、此來有カナル學者ノ如キハ本國ニ於テモ
 輕微ナル肉刑例ハ皆扶メ如キ諸般ノ方面ニ於テ聲口彼ノ百害
 アリテ一利ナキ短期自由刑ニ優ルカ故ニ十分ナル用意ヲ怠ラナ
 ル條件ノ下ニ於テ之レヲ行フハ或ハ不可ナルベシト主張セリ
 又ノアリ。

(四) 刑ハ會黨費賤ニヨリテ別ヲ立テサルヲ
 唐律ニ倣ヒタル我大室積ニハ議諸獄ノ規定アリ、犯人ノ地位賢
 愚ニヨリ刑ヲ異ニセリ、尔來新律綱領ニ至ルマデ尚異制ヲ改メ
 ズ、歐洲ノ於テモ十七世紀ノ末葉ニ至ルマデハ其ノ制ヲ守持セ
 シカ *Recalcitra* 出ダ、之レヲ痛論シテヨリ漸ク其形ヲ改メ遂ニ
 刑法ノ最ニ四民平等ナリトノ原則ヲ確立セリ。

(五) 刑ハ一般人民ヲ警戒スルモノナルヲ
 之レ犯罪ヲ未然ニ防止スル所以ニシテ最必要ナル点トス、茲
 レに後ニ警戒ヲ之レ務メテ遂ニ刑罰竣嚴ニ過グルノ弊ニ陥リ
 ルトヤルハ歴史ノ証スル所ニシテ吾人ノ最留意スベキ所ナリト

ス。

(六) 刑ハ可成ク可分のナルヲ。

犯罪ノ種類已ニ夥多同種ノ犯罪ト虽モ千態万別、況ンヤ之レヲ
能ス、人亦各異レリ、ヨク各場合ニ適合シテ過不及ナカラシメ
ニハ刑ハ臆柱的不勤ノモノタル可ラズ、宜シク各場合ニ応ジ自由
ニ分割セラルベキモノタルヲ要ス。

(七) 刑ハ成ルベク原状ニ回復シ得ベキヲ。

茲多ノ判決中ニハ誤ナキヲ保セズ、若シ夫レ誤レリトセンカ
取消シテ原状ニ回復シ得ベキモノタルヲ要ス、又犯人中若シ
改過シテ遷善シタルモノアラシカ更ニ汚点ヲ拭ヒ去リ再ヒ吾人
ト共ニ安全ノ生涯ヲ遂ケシムルヲ要ス、此矣ヨリ看察セバ死
刑又ハ内刑ノ如キハ良刑ニアラズト云フヲ得。

(八) 刑ハ成ルベク犯人ヲ懲戒シ之レヲシテ遷善セシメ得ベキ
モノヲ根ヅベキヲ。

此点ヨリ見レハ右ト全シテ死刑ハ勿論終身刑モ亦其名ノ如ク

叙身ニシテ出獄ノ期ナキモノトセシ良刑ニテモ、犯人ニ對ス
ル行刑ノ目的ハ恰ニト時定ニ在ス、上は右ノ最モ留意ヲ要スヘ
キ所ナリ。

(九) 刑ハ已人的ナルヲ。

刑ハ罪ニ科スラシ、ニアラス、惡ヲ犯スル人ニ科スラズ、
一リ、而シテ犯ス如シ、罪念一、リトモ犯ス如シ、人而シテ、
或、偶然罪ヲ犯シタルモノ、徒テ多少同情ノ寄スヘシモノ、
或、必スレモ然ラズ徒テ通情、如シテ要スヘシモノ、
或、習慣性ヲナシテ犯スルモノ、最モ特別処分ヲ要ス、
此モノアルヘシ、是、故テ各刑罰、適用、各犯罪人、最モ就
是、又ハシ、極大的、
飛利尚學者及ヒ實際家ノ主張スル如シテ、又旧刑法改正ノ上、
一、
一、

第三章 刑罰ノ種類

第一節 概論

(1) 法律ニ先ツ刑ヲ分ケテ主刑及ヒ附加刑トス(第九條)
 主刑ハソレノミ單獨ニ科セラル、下ヲ得ルモノニテ、附加
 刑ハ主刑ニ隨伴スルニテ科セラル、下ヲ得サルモノト
 ノ、主刑ヲ分ケテ六種トナス、即チ、死刑、懲役、禁錮、罰金
 拘留、科料、之ナリ、附加刑ハ沒收、之、

(2) 刑 輕重ハ主刑ノ上ニ存シ、附加刑ハ其輕重ニ何等ノ影響
 ヲ与セサルカ故ニ法律ハ第十條ニ於テ單ニ刑ノ輕重ヲ定ム
 此規定ニヨリハ先ツ主刑ノ輕重ハ第九條記テノ順序ニヨリ
 改ニ、死刑ヲ最重トシ、下ヨリ懲役、禁錮、罰金、拘留、科料
 ノ順次トスルモ但モ規定ニヨリ無期ノ禁錮ト有期ノ懲役トハ
 禁錮ヲ重シトシ、又有期ノ禁錮ノ長期カ有期ノ懲役ノ長期ノ一
 倍ヲ超スルハ其禁錮ヲ以テ重シトナス、(懲役ト禁錮ト常ニ同
 等トシ、重シトスルカ故ニ) 税法違反等ニヨリ、數百金ニ達スル罰
 金モ僅々數百圓ニ過キハ其懲役禁錮ヨリ輕シトセラルハナラ

ス、懲役禁錮ト罰金トヲ比較スルニ必キ生スル場合ハ主トシ
 テ第五十四條及第五十五條等ヲ適用スヘキ場合ニシテ之レヲ要
 スヘキ場合ヲ生スヘキヲ稱ハシ、故實際ニ於テ格別ノ不都合ア
 ラサルヘキニ適當ナル規定ニアラス、又刑數ヲ簡單トスル、必
 要止シテ得サルニ出テタルモノトシテ認容スヘキノミ

刑ノ輕重ニテハ次ニ問題起ル、後次説明スヘシ。
 (A) 同種ノ刑ハ何ニヨリテ其輕重ヲ知ルヘキヤ、法律ニヨリ

(1) 長期ノ長キモノ、又ハ多額ノ多キモノヲ以テ重シトシ、
 (2) 長期又ハ多額ノ同シキモノハ其短期ノ長キモノ又ハ多額ノ
 少キモノヲ以テ重シトセリ、

長期ノ長キモノ、又ハ多額ノ多キモノヲ重シトスルハ裁判官ニ
 於テ長期ノ長キモノ又ハ多額ノ多キモノヲ以テ長期ノ短キモノ
 ノ又ハ多額ノ少キモノヨリ重キ刑ヲ科スル下ヲ得ルノ権能
 ヲ有スルカ故ニシテ長期又ハ多額ノ同シキモノハ其短期ノ長キ

又ハ寡額ノ多キモノヲ以テ重トスル 又判官ニ於テ各種
 刑又ハ寡額ヲ以テ罰スヘキモノトスル場合ニ於テハ通常ノ場合
 於テハ短期ノ長キモノ又ハ寡額ノ多キモノハ短期ノ短キモノ
 又ハ寡額ノ少キモノヨリモ重ク罰セサルヘカラサレハナリ
 (B) 二倍以上ノ刑金ノ同一ナルハ何レヲ重トスルカ、
 法律ノ規定ニテハ二倍以上ノ死刑又ハ長期若クハ多額及短
 期若クハ寡額ノ同一ノ種差ノ刑ハ犯情ヨリテ其輕重ノ定ムル
 可解夫セリ、故ニ死刑ト死刑、無期懲役ト無期懲役、無期禁錮
 ト無期禁錮、長短期ノ同一ナル二倍以上ノ有期ノ懲役、禁錮又ハ拘
 留、多額寡額ノ同一ナル二倍以上ノ罰金又ハ科料ハ犯情ノ重キ
 罪ニ屬スルヲ以テ重トスヘキモノトス、然レ其本規足ハ不倫
 理ナリ、蓋シ同一ナルモノ、依然トシテ同一ナルハ事理明白ナ
 リ、而カモ立法者之レヲ放テシムルハ第三十三條併合罪ノ規定
 等ヲ適用スルニ當リテ法律ノ規定上必ス併合罪中ニ付キ一ノ重
 キ刑ヲ選擇スルノ事ニ依リテ已ニ得サレニ出テシムモノ
 トス。

(3) 刑法規定スル処ノ刑ハ其剝奪スル処ノ法益ノ如何ニヨリテ
 更ニ之レヲ分類スル時ハ、生命刑、自由刑、財産刑、ノ三トス
 ルトヲ得ヘク、死刑ハ生命刑ニ屬シ、懲役禁錮拘留ハ自由刑ニ
 屬シ、罰金科料沒收ハ財産刑ニ屬ス。

第二節 生命刑

(一) 死刑ハ犯人ノ生命ヲ亡夫セシムル刑罰ニシテ刑罰中最重
 キモノトス

昔時ハ何レノ國ニ於テモ生命ヲ奪フノ方法及ヒ犯人ニ与フル
 若痛ノ大小ニヨリテ種々ノ死刑ヲ設ケタリシカ、近世開明諸國
 ニ於テハ旧刑法ノ發布セラレ、マテ死刑ノ濫用ニ別セズ、又歐
 州ニ於テハ十八世紀ノ中葉迄我國ニ於テハ旧刑法ノ發布セラレ
 、迄死刑ヲ濫用シ現今重キ自由刑ヲ科スヘキモノ、多クハ皆死
 刑ヲ科セシカ近來ニ於テハ何レノ國ニ於テモ漸次之レヲ科スヘ
 可場合ヲ減少シツ、アリ、即我國ニ於テハ旧刑法以來著シク之

レヲ科スヘキ場合ヲ減少シ旧刑法ニ於テハ死刑ノミナ科スヘキ
場合ニ十ヶ条トナリ現行法ニ於テハ之レヲ科シ得ヘキ場合ニ付
テハ旧刑法ト大差ナキモ死刑ノミヲ科スヘキ場合ハ更ニ減シテ
僅カニ四ヶ条トシ其他ハ他ノ刑ト撰擇的ニ科セラルルニ過キサ
ルニ至レリ。

(二) 死刑存廢ノ当否ハ已ニ十三世紀頃ヨリ學者實際家ノ註
争スル所ニシテ廢止論ハ *Abolitionist* 以テ漸ク盛ンニ一時ハ刑法
界ヲ風靡セントセシカ最近ニ至リテハ一面英佛其他ノ諸國ニ於
テ重大ナル犯罪稍々増加セントスル傾向アルト他面ニ伊國新學
派ノ學說ノ影響トニヨリ其勢ハ稍々頓座シタルノ感アリ。

(甲) 廢止論者ノ主張スル重ナル理由ハ、
(イ) 死刑ハ地ノ刑ト階級ヲ異ニシテ全然補償ヲ保タサルカ故ニ
不可ナリ、蓋シ死刑ハ自由刑ト之レヲ以テ法律ハ其差僅カニ一
階ナリトスルモ事實上ニ於テハ生死ノ別ニシテ其間踰越スヘカ
ラサル間隙アリ、從テ法律カ一階ナリトシテ死刑ニ処スルモノ

ト自由刑ニ処スルモノトノ間ニ於テハ責任ト刑罰トハ全然權衡
ヲ失スルヲ以テナリ。

(ロ) 殺戮ハ人生ノ最嫌惡スヘキモノ國家已ニ之レヲ以テ重刑ト
ナス、然ルニ他ノ半面ニ於テ國家自ラ刑名ノ下ニ之レヲ行フ必
スシモ矛盾セスト由モ人道ヲ破ルル甚クシ。

(ハ) 何程法律ヲ改正シテ刑官ヲ精選スルモ誤判ナシト云フヘカ
ラス、死刑一度誤テ之レヲ科センカ後令後ニ至ワテ其誤判ヲ發
見スルモ赦削スルノ道ナシ、斯クノ如キ危險ナル刑罰ハ之レヲ
廢セサルヘカラス。

(ニ) 無期刑又ハ長期ノ自由刑ハ皆能ク死刑ト全一ノ好果ヲ納
ルヲ得、必スシモ死刑ヲ用ユルヲ要セス。

(乙) 存續論者ノ主張スル理由ハ死ハ人生ノ最モ恐ル、死ニシ
テ重大ナル犯罪ニ至リテハ之レヲ以テ威嚇スルニ非スハ以テ
之レヲ防止スルヲ得ス、及討論者ハ無期刑又ハ長期ノ自由刑ニ
ヨリ死刑ト全一ノ好果ヲ收ムルヲ得ヘキカ故必スシモ死刑ヲ

用エルヲ要セスト主張スルモ無期刑又ハ長期ノ自由刑ト死刑
トハ其威嚇力ハ之ヲ同一ニ論スルヲ得ス、若シ一朝死刑ヲ廢テ
シカ悪人天下ヲ横行シ吾人ハ枕ヲ高クシテ卧スルヲ得サルニ至
ルヘシト云フニアリ予ヲ以テ之ヲ見ルニ死刑ヲ用フル場合ハ
出未得ヘキ文ヲ減少スルヲ要スルモ全然之ヲ廢スルハ必ス
シモ策ヲ得タルモノト云フヲ得ストスルヲ以テ正當ト考フ、故
ニ曰ク死刑廢スヘク廢スヘカラスト。

第三節 自由刑

(1) 主義

自由刑トハ犯人ノ自由ヲ剝奪又ハ制限スル刑ニシテ、拘禁ト配
論トノニ主義アリ。

拘禁主義、配論主義何レヲ採ルヘキカ、
第一、拘禁主義トハ犯人ヲ内地ノ一定ノ監獄ニ拘禁スルノ主
義ニシテ之レニ屬スル制度ニハ雜居制、半犯房制、犯房制等種
々ノ制度アリ。

第二、配論主義トハ犯人ヲ国外ノ殖民地ニ送出シ其地ニ於テ
刑ヲ執行スル主義ナリ、之レヲ以テ拘禁主義ニ優ル利益アリト
主張スルモノハ内地ノ監獄ニ於テハ到底犯人ヲ改善シテ良民ト
ラシムルヲ能ハス、即チ例ヘハ犯人ニ於テ改善スルモ既ニ秩序
整然タル古キ社会ニ於テ生存競争激甚ナルカ故ニ彼、如キ配
生存競争ノ敗者タルモノハ到底以競争場裡ニ立ツ力ヲ有セス
優劣之レヲ有シタリトモ彼ノ周囲ハ皆彼レノ歴史ヲ知ルカ故
之レヲ擯斥スルノ結果正義ニ就ク道ナリ為メニ復罪ヲ犯スル
コトヲ得サルニ至ル、其極途ニ至ルヘキ慣習犯トナルニ至ル、
ハニ新天地タル殖民地ハ勞力ニ渴スルト今時ニ彼ノ歴史ヲ知
サルカ故ニ彼レ犯人ノ如キ生存競争ノ敗者ト雖モ尚容易ニ職業
ニ從事スルヲ得遂ニ眞實善良ノ民ト化スルニ至ルヘシ、若シ
夫レ然ラレカ母國ハ惡劣子ヲ国外ニ逐斥シテ莫害惡ヲ免レ殖民
地ハ之レニヨリ富源ヲ開發セラシムル而シテ彼レ犯人ハ正業ヲ得テ
眞實ノ良民トナルカ故所謂一挙兩得ヲ語ルルノ利アリト主張ス