

者等の場合を云ふ非ざるあり故母後の場合より強ち教唆者無しとも斷言し難
うらん例えバ人あり煙草小賣商人に向く無印紙にて煙草を販賣を可しと教唆し
たるときハ獨り教唆者たるの責任を科せらるゝが如し

第百六條 正犯の身分より因り刑を加重す可た時は
他の正犯從犯及び教唆者より及不すを得ば

人の身分より附着したる責任の他人に利害の關係を及ぼすと能はざるハ獨り刑法
上の責任より止まらざる民法上の一大原則ありとす例せば甲が乙ある幼年者より金圓
を貸附けたる時幼年者ハ其不能力中より借りたる者なれば之れが辨償の義務を免
れり然れ共同一の場合より若し丁年以上の保証人を立てたる時其保証人ハ幼年者
の義務無犯の故を以て決して其義務を免るゝ者非を如何んとなれば不能力
者が契約を無効とするを得るの特權ハ素と法律上不能力者を保護したる者ハ
れば不能力者ならざる保證人が其恩澤より浴せると能はざるハ固り當然のとなれ
むあり

是れより本條の意義を説明せん本條ハ所謂ゆる正犯の身分より子たるの身分

又ハ官吏たるの身分を有するハ如犯者罪を犯し其身分を有するの故を以て刑を
加重す可き原由となるとあるも之れが正犯從犯若くハ教唆者たる通常人即ち是
等の身分を有せざる者の刑を加重せずと云ふに在り例へバ殺人罪の場合より於て
通常謀殺ハ死刑より處し(第二百九十二條)故殺ハ無期徒刑より處せらる(第二百九
十四條)其從犯ハ正犯の刑より一等を減せらるゝを以て謀殺の從犯ハ無期徒刑と
爲り故殺の從犯ハ有期徒刑と爲る可し然るも若し子孫として其祖父母又ハ父母
を殺したる時の謀殺故殺を問はざれば死刑より處せらるゝ者とす(第三百六十二條)叔
て後の場合より於て若し甲なる者の子乙が丙なる他人の幫助を得て其親甲を故殺
したる時は乙ハ子たるの身分より依て通常謀殺の刑を加重し死刑より處せらるゝと
雖も丙ハ其死刑より一等を減じて無期徒刑より處せらるゝと無くして通常故殺の
刑即ち無期徒刑より一等を減せられハ有期徒刑より處せらるゝが如し若し又ハ
同一の場合より丙ハ正犯若くハ教唆者たるときハ通常の刑即ち無期徒刑を科せら
れ決して親殺しの刑即ち死刑より處せらるゝと云ふは是れ即ち本條より所謂ゆる「他
の正犯從犯及び教唆者より及ぼすとを得ず」とある所より適中するあり、又一例を

掲げれば官吏自ら監守する所の金穀物件を窃取したる場合(第二百八十九條)之
 と通常の窃盜よりも加重して輕懲役に處する所以に其職務上金穀物件を看守す
 可き義務を破りたるが爲を以り此罪を犯すを得る者の獨り官吏たるの身分を
 有する者に限れり通常人が官の金穀物件を窃取すとも通常の窃盜犯に問はるべ
 しされば若し前の場合ならず通常人民が官吏の從犯とあるも輕懲役より一等を
 減む可き非も通常の窃盜犯より一等を減せざる可からず換言すれば正犯たる
 官吏の身分に因り刑を加重する場合に其加重の理由を從犯たる通常人に及ぼ
 すと能はざるなり而て本條に單に加重の場合を規定したれば共減輕の場合も
 亦に包含する者と知る可し但し此事に就ては第一百十條の末項に明文あるなり
 茲に一問題あり曰く正犯即ち下手者の身分に因り加重の理由あるとき之れを
 教唆者に及ぼすを得るや否や或る學者の説に依れば此場合に二個に區別し
 て論ずるを要す即ち教唆者が初の教唆する時下手者の果して加重の理由と爲る
 可き身分を有するや否やを調べ若し教唆者にして之れを知て教唆したると其
 其加重の責任を負はしむ可し若し又た之を知らずして教唆したると其決し

て其責任を負はしむるに能はざるを云ふなり假りに論者の説を正當なりとせん乎
 從犯にも亦た同一の論法を適用せざる可からず即ち何某に何某の子なりを知り
 つ、之れを幫助して其親を殺害するに功したる時も亦た加重の理由を從犯
 に及ぼさざる可からざるに至るべし然りと雖も本條に於ては單に「正犯の身分
 に因り刑を加重す可し時」他の正犯從犯及び教唆者に及ぼすを得ず」とあり
 て其間決して加重の理由を知ると否とを問はざる又も從犯より教唆者たるの區別
 を立くも一切他に及ぼすを得むとしたれば論者の説たる所謂ゆる法律に明文
 無犯者と云はざる可からざるを毫も價值なき議論と評せざる可からざる蓋し論者
 の説たる草案第九條より得來る者なるべし

第一百七條 犯人の多數に因り刑を加重す可し時は
 教唆者を算入して多數と爲るを得る

「犯人の多數に因り刑を加重す可し時」とい各本條に於て二人以上云々の罪を犯
 す時、一等を加ふ(第三百七十九條一項參看)と定めたる如き場合を云ふ、而て
 何故犯人の多數なる時の刑罰を加重する乎蓋し犯人多數なれば罪を犯すに易く

して防ぐに難し且つ犯人の多數なる時の往々被害者を威迫し被害者の爲を不
 懼の念を發するの傾向を有し従て社會の危險も亦た一人一個の犯罪に比して大
 ひからざるを得ざるべし果して斯くの如き理由に基き犯人の多數なる時に刑罰
 を加重する者とせむ必を現に其犯罪の場所に臨みし者を以て多數の標準と爲さ
 る可からざる如何となれば假令ひ百の教唆者有りとも雖とも現に犯罪の場所に
 臨まずんば之れに依て所謂ゆる罪を犯すに易く防ぐに難しと云ふ可からざる之れ
 に依て被害者を威迫し被害者をして畏懼心を懐かしむると云ふ可からざる之れ
 を以て社會の危險一層強大を致すと云ふ可からざる是れ即ち本條に於て犯罪の現
 場が臨まざる教唆者を以て犯人に多數に因り刑を加重せる場合に算入して多數
 と爲さざる所以なり

第百八條 事を指定して犯罪を教唆するに當り犯
 人教唆に乘し其指定したる以外の罪を犯し又は
 其現に行ふ所の方法教唆者の指示したる所と異
 なる時は左の例に照して教唆者を處断す

一所犯教唆したる罪より重き時に止た其指定し
 たる罪に從て刑を科す

二所犯教唆したる罪より輕き時に現に行ふ所の
 罪に從て刑を科す

夫凡そ犯罪は自己の與り知るとそのみ責任を負ひ自己の與り知らざると其關し
 て決して責任を負ふとなしとの刑法一般に通ざる原則あり蓋し事を指定して
 教唆する乎或は現に行ふ方法を教唆するに當り其教唆通りを犯せば論無し
 と雖も若し被教唆者にして雄壯活潑の者ありせば或は其教唆せられたる罪より
 も重き罪を犯すともあらん若し又被教唆者にして卑怯小膽れ者ならん乎或は其
 教唆せられたる罪よりも輕き罪を犯すともありぬ可し斯く共極端に走りたる
 場合の如何にして教唆者に罰す可き乎素より右の原則に依て教唆者の與り知
 りたるそのみ關し責任を負ひしめ其與り知らざると即ち教唆以外の事に関
 して責任を負ひしむ可きに非ず是れ本條の規定ある所以に今も例を擧ぐ之れを
 説明せん其例せば毆打の教唆を受けたる者其目的とせる人の住所に忍入り將き

に毆打せんと欲する際他人の爲めに見咎められ其罪を遂げざるときは下手者の勿論第七十一條の罪に問はる可だが教唆者の何を以て罰す可き乎と云ふ是れ亦た其生じたる害即ち同條の罪のみを科せざる可らむ其故如何んとおれば此場合よ於て教唆者の毆打は教唆と爲したりと雖も被教唆者の其罪を遂げせしめて單一家宅侵入罪を犯したるものなれば好し教唆者の心中よ毆打せしむるてふ意思存在するも社會の人の内部即ち心中よ立入て罰すると能はざる只其外形よ發表せる害惡丈けを罰す可き者なればなり、又た例えは強盜の教唆を受けたる者窃盜を働きたる時の教唆者を罰するに強盜の罪を以てする乎同一の理由よ基き窃盜の罪を以て之を論ぜざる可からむ、然りと雖も教唆者の責任如何んを論むるに當ては其被教唆者の犯したる事柄の全く教唆者の教唆したる方法よ異ありし乎或は全く其性質を異ふしたる乎を區別せざる可からむ其方法を異したるときは猶も教唆者を罰するも現よ生じたる丈の害を以てすると得可きも若し全く其性質を異したる罪を犯したるときは決して教唆者よ責任を負はしむるに能はざるなり例えは教唆者強盜を教唆したるに下手者の全く盜罪を犯さずし

て詐偽取財を働きたるが如き、又同一の場合に被教唆者人家よ闖入し肝慎の盜罪を犯さむ其家の婦女を強姦したる場合の如きは素と強盜てふと詐偽取財若くは強姦とい其犯罪の性質全く異なるを以て教唆者よ毫も責任を負はしむ可からざるが如し、然れ共兇器を以て人を謀殺せよと教唆せられたる者毒藥を用ひて人を殺したる時の下手者の所爲たる教唆したる罪と性質を異したる罪を犯したる乎將た方法を異したる罪を犯したる乎を決定せざる可からざる此場合の單一方法を異したるよ過ぎむ故に教唆者よ責任を負はしむ可き充分の理由ありと斷言す可し如何んとおれば人を殺すに兇器を用ゆると毒藥を用ゆるとい所謂ゆる方法の異なるに過ぎむしく其罪質に至ては單一殺害の一点あり故に殺害だよ爲さば兇器を用ゆるも毒藥を用ゆるも罪質を異する者と云ふと能はざればなり、併し同一の場合よ於て下手者の被害者を殺害すること無く只毆打創傷罪を犯したる時の無論教唆したる謀殺罪と毆打創傷罪とい其性質を異するを以て教唆者をして其毆打創傷罪の責任を負はしむること能はざるや明かあり、然れ共這は是れ下手者が始めより其教唆よ背き單一彼れを毆打せ

は足れりと思惟して犯したる場合を云ふ者あれば若し下手者が其教唆に従ひ謀殺を行はんと欲して出掛たるも先方の者強力無雙等の故を以て之れを殺害すると能はざるが爲め單に毆打したる場合の如き下手者たる者は殺害するてふ意思繼續するを以て教唆者并に下手者を罰するに謀殺の未遂犯を以てせざる可からず何んとをれば此場合の罪の性質を異にしたるものと爲すこと能はざればなり

第二節 従 犯

第百九條 重罪輕罪を犯はしことを知て器具を給與

し又ハ誘導指示し其他豫備の所爲を以て正犯を幫助し犯罪を容易ならしめたる者の従犯と爲し正犯の刑は一等を減を但正犯現に行ふ所の罪に従犯の知る所より重た時ハ止た其知る所の罪に照し一等を減す

正犯が重罪輕罪を犯まとの事情を知る時ハ非むんば器具を給與するも誘導指示

するも其他豫備の所爲を以て正犯を幫助するも従犯の罪ハ成立せず、又た假令ハ従犯として犯罪の事情を知るも其知りたる處より正犯ハ現行處ハ罪ハ重きとある可し例を予ハ窃盜を爲す故汝の刀劍を貸せと依頼したるを以て之を貸したるハ正犯ハ之れを以て強盜を犯したる時の如し斯くは如き場合ハ止だ其知る處の罪即ち窃盜より一等を減せざる可からず是れ本條但書ハ依て起る所以なり

本條の器具を貸與するとの例ハ人を殺まの情を知て刀劍若くハ毒藥を給與するが如き所爲を云ひ誘導指示との例ハ盜を一室に誘導する乎或ハ此場所より侵入せば犯罪ハ容易なりと指示するが如き所爲と云ひ豫備の所爲との犯罪ハ至る以前種々の準備を爲して正犯を幫助するが如き所爲と云ひ犯罪を容易ならしめある者との盜犯の見張を爲したるが如き所爲を云ふ故に本條ハ依れば従犯ある者ハ或る一種の有形上の所爲を要する者の如し然らば茲に器具を給與せしむ誘導指示をも爲さず豫備の所爲をも爲さずして單に若し汝が其家ハ侵入するも予ハ汝を捕まざる可しと云ふが如き無形の事柄を約したるとたハ之れを従犯

と爲す可からざる乎、又例を以て國事犯人鎮臺の指令官と約すらく予が兵は擧ぐ
 る時敢て汝の應援を望まざると雖も只望むらくは汝が袖手傍觀して毫も予の軍を
 攻撃する勿からんとを以て指令官之れを諾し其旗擧の時當り一兵を出さずして
 其爲を處し一任したるが如き場合も之れを國事犯人の從犯を爲す可からざる
 乎、本條の明文に依れば如何に考ふるも從犯と組織せざる可し故に若し之れを
 以て從犯と爲さんよ、特別の條文をうる可からむ前例も就ては明文無ければ從
 犯と爲すこと能はざるを以て無罪たる可し後例も就ては第二百七十四條に於て
 特別の明文ありと雖も之れを以て國事犯人の從犯といふ爲さざる可し然りと雖
 も之れと實際に徴し之れと法理に照すとさし大いふ不都合のことと云ふ可し如何
 んと云ふは斯くも如く無形の所爲と雖も猶も從犯たるに於ては毫も彼の有形の
 所爲と異なるを認められしあり

佛國刑法第六十條以下の規定に依れば從犯は三種の區別ある者の如し即ち犯
 罪前の從犯、犯罪同時の從犯、及び犯罪後の從犯是れなり犯罪前の從犯といふ本條
 の規定せる如く豫備の所爲を以て正犯を幫助したる者を云ひ犯罪同時の從犯と

の盜賊を導ひて人家に侵入せしむるや如く所爲を云ひ犯罪後の從犯即ち所謂の
 事。後。の。從。犯。といふ犯人を藏匿又は隠避する乎又は強盜盜の贓物あると知て寄
 藏故買するが如き所爲を云ふなり、蓋し犯罪前又は同時に正犯を幫助したる者
 を以て從犯と爲すは毫も批難するの点なかる可しと雖も事後の所爲を以て從犯
 と爲すに至るは實に不當の甚しき者と云はざる可からむ如何にとされば抑も事
 後の犯罪即ち囚人藏匿若くは贓物寄藏の如き罪の素と別種の罪にして之れを囚
 人若くは強盜盜は從犯と爲すと能はざる若し又た之れは從犯と爲さん乎是等の罪
 として往々無期刑に處せらるゝ如き奇談を生むるに至る可し是れ我刑法に於
 て事後の犯罪を以て從犯と爲さむして特種の犯罪と爲したる所以あり（第四百
 十六條以下、第三百九十九條以下參看）

第一百十條 身分に因り刑を加重を可き者從犯と爲
 る時の其重たは從て一等を減す
 正犯の身分に因り刑を減免を可き時と雖も從犯
 の刑に其輕たに從て減免することを得ず

第一項の意義に例え甲者乙者を故殺するとき乙者の子丙者が甲者の従犯となりたる場合の如し此場合も通常なら甲者の無期徒刑に處せられ丙者の有期徒刑に減じらる可ければ共丙者の乙者の子たる身分を有する以て死刑より一等を効者てふ身分も因て其形を減免せらるゝと雖も従犯たる丁年者の通常の刑は科せられ決して減免の恩典を受くると無しと云ふに在り、這に前述の如く身分に固着したる罪に正犯従犯を論せむ其刑を加重減輕するに當り他の正犯従犯に及ぼすと能はむとの原則に基きたる者ありとす、此点に就き佛法の奇妙ある規定を爲せり即ち重罪、輕罪の従犯に重罪、輕罪の正犯と同一の刑に處すると爲し又も正犯又の従犯の身分に因り刑を加重する時他の身分と有せざる正犯又の従犯も其結果を及ぼすを得ると爲しとる是れあり故に或る數個の例外を除くの外法律上に於て従犯に正犯と同一の者となるの結果を生む可し是れ豈不權衡の甚しき者にして非ずして何ぞや

第九章 未遂犯罪

未遂犯罪の意義を文字に就て解釋する時に未だ遂げざる處の犯罪なり又た佛語の「タンタチーア」即ち未遂犯なる字に或る事を企て試みてふ義あり然れ共如何なる場合に未遂犯ある者の成立する乎、如何なる場合に未遂犯ある者を罰せ可き乎を確めんと欲せば宜しく先づ一の犯罪の成立するに至る迄犯人の内部即ち心中と外部即ち所爲と如何なる階級を経過する乎の論点を觀察せざる可らざる蓋し此点を充分に探究せんと欲せば事、人心究理學も關を可しされ共之れを探究するに非ざれば亦以て未遂犯の何者たる乎を知ると能はざるへし請ふ左に犯罪に至る迄經過する五個の段階を説ん

第一思考「イデア」若くは「パンセエ」抑も人類の善事を爲せと惡業を働くと問はむ凡て思考ある者を有する者とす思考とい偶然罪と犯さんと欲する乎或は或事を好み又は惡むが如き心情の云ひよして約言すれば人の心中に不圖生むる處の一種の感情ありとす之を例せば人の面を見て直ちに愛憎は起し或は直に嫌惡の情を惹き起さるが如し、是等の感情たる不圖心中に浮ぶ者にして本人自らも何んが爲め斯る感情を生じたる乎を知ると無し故に此感情の之れを起さ

んと欲して起る者非ず又た起さざらんとなれども起る者あり即ち到底之れを抑制せんと能はざる者と云はざる可からずされば人如何に惡しき思考を懐くも法律に無論道徳上と雖も之を責任を負はしむるに能はざるなり如何と云れば素と道徳ある者の自ら抑制するを得可き之れを抑制せざる者を咎むと雖も自ら抑制せんと能はざるとは關し責任を負はしむる能はざればなり

第二意思(「プロゼー」或は「アンタセー」) 一名企圖 前段の思考一步を進めたる者

を意思と云ふ意思とは第一に生じたる思考例え人殺さんと欲するが如き思考を如何んせむ實行するを得るやと心中に其方案を立つるが如き心状を云ふ猶ほ詳かみ之れを云はば第一に生じたる思考を其心中に於て養成し之を實行を希圖するの段階に進んで善惡邪正を識別するを得るに相違なき而かも猶ほ惡事と知りつゝ之を制止せむして養成するの意思なりとす、而て意思の思考と異なりて最早道徳上の責任あるべし如何んとなせば人の惡事と知る以上の之を抑制を可き答ふるべし之れを抑制せざるのとならず却て養成し其實行を企圖するものなり、然りと雖も此段階に於て未だ刑法上は責任を負ふ

と無きなり何んとなれば人の刑法上の責任を負はしめんとなれば少くも外部に發表せざる一種の所爲を要する者と然れば如何に不道徳の事を人の心中に於て企るも未だ外形に顯出せざる意思のみを以て刑罰を施すこと能はざる者なればなり

第三決意(レツリエション) 第二に罪を犯さんと欲する意思一步を進むる時の決意とある可し決意とは罪を犯さんと欲する意思を愈々決定し最早動かす可かきざるの決心を爲すの時期を云ふ、此時期に達すれば勿論道徳上罪ありと雖も單に決意のみにして未だ何等の結果を生ぜざる時即ち次ぎの段階に未だ達せざる時に決して刑法上の責任を負はしむるに能はざる者となれば如何んとなれば決意する者の人の内部に於て罪を犯さんと決定したる者の云ひ舟して刑法に人の内部に立入て之れを罰するに能はざる者なればなり、然るに世の學者動もすれば第百二十五條の末項に於て「内亂の陰謀を爲し未だ豫備に至らざる者の各二等を減す」とあるを以て刑法に時として未だ豫備の段階に達せざる決意をも罰せるとあるの例証と爲す者あり、然れ共是れ大ひなる誤解と云ふ可し其故如何んと

まきハ同條ハ陰謀とあれば單ハ心中のみ意思は決定したる所謂ゆる決意止
 まらぬ決意を一步進め未だ豫備ハ達せざる中間の時期即ち多少心中の決意を
 形ハ發表して他人と多少の協議を爲す乎或ハ通信の往復を爲したる場合を云ふ
 ハ相違あるべしとすれハ同條ハ純然たる決意を罰するの例として見ると能ハ
 ざらん之れを要するハ刑法上ハ於てハ未だ純粹の決意のみを罰すると絶て之れ
 なしと云ひざる可からむ

以上三個の段階ハ於てハ刑法上決して之れを罰すること能ハむ其故如何んとな
 れハ是等の段階たる單ハ人の心中のみ存することおれハ如何ある惡意を内部
 ハ蓄ふるも未だ其惡意の結果外部ハ發して社會ハ害惡を爲すこと無し既ハ社會
 の害惡を爲さずんハ社會の刑罰權を施すの理由無かる可し否ハ社會ハ未だ社會
 の害惡を爲さざ未だ社會の安寧を害せざる者ハ對して刑罰權を使用するの權利
 なされハなり

第四豫備(アクトブレパレートワール) 豫備の所爲とハ之を例えハ盜罪を犯さん
 と欲するものが繩梯若くハ合鍵等を需め謀殺を行ハんと企る者が刀劍若くハ毒

藥を購ふが如き決意ハ一步を進めて外形ハ顯ハれたる所爲を云ふ既ハ此段階ハ
 達すれば凡て刑法上の責任を負ハしむ可き乎一方より觀察せれば豫備の所爲た
 る既ハ外形ハ顯ハれたる者なれば凡ハ刑法上の制裁を科するを得るハ似たり
 然れ共亦た他の一方より觀察すれば若し豫備の所爲ハ就き凡ハ刑法上ハ責任を
 科することハせん乎恐らくハ裁判の錯誤を以て無辜を罰するハ至る可し如何ん
 となれば之を前例ハ徵もる再盜を犯さんが爲め繩梯若くハ合鍵を購ハ謀殺を爲
 さんが爲めハ刀劍若くハ毒藥を買ふと雖も單ハ此所爲のみと以て果して盜罪の
 爲め之を購求したる乎果して謀殺の爲め之れを購求したる乎ハ到底推測する
 こと能ハざる可し之れを推測すること能ハずんば果して盜罪又ハ謀殺の爲め之
 れを購求したるの確証を得るハ難からん而も猶ハ之ハ刑罰ハ科することとせば
 所謂ゆる裁判の錯誤を以て無辜ハ罰するの害ハ生むるハ明かなり、之れに反し
 て假リハ豫備の所爲ハ凡て之れを罰せむとせん乎爲めハ罪を犯さん爲め豫備を
 爲したる者僥倖ハも法網を脱するが如き弊害を生む可し、然りと雖も裁判の錯
 誤を以て無辜を罰するを以て可とす可き乎、將も假令ハ僥倖ハ法網を脱する者

あるも裁判の錯誤を防ぎ無辜を罰するの恐き無きおと以て可なりとする乎
 と言ひ、所謂る一無辜を殺さんより、寧ろ不刑に失せよの確言に基き裁判の錯
 誤を防ぎ無辜を罰するの恐無きからしめんが爲め豫備の所爲のみ母て刑法上
 の責任と科するること無しとせざる可からず、且つ夫れ前も云ふるが如く豫備
 の所爲のみ母て未だ以て社會の害惡を爲したる者と云ふ可からず例を繩梯
 を購ひ刀劍を需めたるのみ母て毫も其害惡の社會に生を可き云ひれ無たが如
 しきまれば豫備の所爲は刑法上の責任を負ひしめざるを以て原則と爲さる可
 からず、然りと雖も時として刑法に於て豫備の所爲を罰するとあり例を以て兵
 隊を招集し又は兵器金穀を準備し其他内亂の豫備を爲したる者の如き(第二百
 十五條)若くは夜間窃盜を爲さんが爲め一人の住居したる邸宅に侵入したるも
 家人を見咎められて其目的を達せざる時、第二百七十二條は罪を問はる、如し、
 (後の場合)未だ果して窃盜の爲め乎將た其家の令嬢に懇懇を通せん爲め忍び
 入りし乎明のあらざる時を云ふ、然れ共是等の場合、内亂の豫備又は窃盜の豫
 備として罰するに非ざり、其既生じたる結果即ち所爲のみを罰する者とを「終

り、臨んで一の注意を可き要点に、茲に所謂ゆる豫備と第二百九條の從犯の場合、
 所謂ゆる豫備との區別は、れなり同條に於て豫備の所爲を以て正犯を幫助し犯罪
 を容易ならしたる者を以て從犯として罰するに單獨に豫備の所爲のみを罰する
 に非ざりて正犯犯罪既遂に達する乎否からざれば、少くも正犯の罪
 の未遂に達したる時たるを要するなり而て之れを罰する所以に、既正犯に斯
 くの如き犯罪の度に達したることなれば、其從犯の豫備の所爲を罰するも裁判の
 錯誤を生じ無辜を罰するの恐れ無たが爲めあり、之れに反して、茲に謂ふ處の豫
 備は未だ一方に斯くの如き結果の生ぜざる時即ち果して犯罪の爲め、云々の所
 爲を爲したる乎將た否らざる乎の不明なる時を云ふ故に注意して二者の區別
 を明かすに混淆すること勿かりんと望むなり
 第五執行の端緒(コンマンステキユゼキユション)豫備の所爲一步を進むるに犯
 罪執行の端緒と爲る是れ即ち純粹の未遂犯ありとも、執行の端緒即ち未遂犯と
 は既犯罪に着手すと雖も未だ其犯罪を遂げざる場合を云ふ、而て此未遂犯に
 就ては三個の區別を立てざる可からず、即ち第一犯人既犯罪に着手すと雖も自

ら其所爲を止めたる場合例は人を殺害せんと欲し其人の腕を斬附けたるも鮮血淋漓として被害者の煩悶痛苦を見るを視て急ふ側隱の情を發し自ら殺害の所爲を止めたる場合の如し、第二犯人の徹頭徹尾犯罪の目的を達せんと欲し既に其事着手せし雖も所謂ゆる意外の障礙に依て未だ其罪を遂げざる場合例は判官公が殿中に於て師直を殺害せんと欲し其額に微傷を負ひしめ猶不進んで目的を達せんとする際不意に加古川本藏の爲めに懷き止められ遂に其罪を遂ぐるに能はざるが如き、或ハ人を殺せんと欲し銃を擬して今や將き發砲せんと欲する時巡査より其銃を奪られたる場合の如し、第三犯罪の所爲に悉く爲し遂げたりと雖も所謂ゆる意外の升錯に依て全く其効果を生ぜざる場合例は人を砲撃せんと欲して既に發砲するを雖も其狙ひ逃れて砲丸の被害者ふ命中せざる場合の如き、或ハ人を毒殺せんと欲して現に毒藥を之れに吞ましめあるも被害者直ちに消毒藥を服して幸ひ一命を保ちたる場合の如し、最後の如き場合の第百十二條に於て未遂犯の部に包含せしめたりと雖も之れを學理上より云ふときは未だ遂げざるの罪に非ざりて凡て犯罪に就き爲る可き事を爲し遂げたる

も幸に其効果を生ぜざりし者をれば之れは欠効犯なる名稱を附するを以て適當ありと思惟するあり

又た茲に不能犯と稱するものあり不能犯といは彼の幸ひに其効果を見ること能はざる者と異なりて如何にして罪の成立せること能はざる者を云ふ例は臥床に在る人を刺さんや欲し其褥上より刀を刺し能く其人を撿れば既其以前に死亡し居りたる場合の如き、或ハ人を毒殺せんと欲し常に毒藥を所持したるも其人の忠僕窃かに他の良藥と交換したり然るに犯人の之を知らずして被害者に吞ましめたる場合の如き、或ハ懷妊を信し墮胎藥を服せしめたるも其婦女の服臍病に罹り居りたる場合の如き、或ハ人を殺せんと欲し銃砲を備え置きあるを他人が窃かに其銃砲を抜去りたり然るに犯人の空砲なりといふ夢にも知らずして被害者に向け砲發したる場合の如し、多くの學説に依れば是等の場合も於て如何にして罪の成立すること無く又如何に思考するも罪を犯す可き原因と爲ると無きと以て之を不能犯と爲さざる可からず之を不能犯とせれば固り刑罰を科す可き謂れ無たや明かなりと云えり、然らば一步を進めて彼の死

人を刺したる場合より何故之れを無罪とせる乎曰く凡て犯罪は其目的物とする者なる可からざる目的物の必だ人たるを要するは有形の人と無形の人との區別あり其二種の人の權利を有する處の人ならざる可からざるは死人なる者の素と何者ぞ真の人即ち有形の人に非ざる無形の人にも非ざる又た毫も權利を有する者よりも無し斯くの如き者は決して犯罪の目的物と爲ることなく犯罪の目的物と爲るも能はざる者を刺すも罪の成立すること無きや明かあり、墮胎犯の場合に婦女が墮胎することを承知し他人が之れに墮胎薬を吞ましめたる時の犯罪の目的物の何れは存在する乎曰く其婦女の懷中に在る胎兒あり故に若し前述の如く婦女の脹滿病に罹りしと知らざりて墮胎薬を盛りたるも生憎胎兒の存在せざる時は墮胎罪の成立すること無きや明かあり但し之れが爲め婦女として疾病を醸さしめたる時に別種の罪を組成することあるべし、砲殺せんが爲め空砲を發し毒殺せんが爲め良薬を盛りたる時に何故之れを不能犯と爲り其罪を問はざる乎今日の學説は依れば是等の場合より前述の如く如何にして罪の成立する道理無きが爲めあり何んとなれば空砲を發回連發せるも人を斃すこと能はざる可く又も良薬と幾度吞ましむるも人を殺せしむるも能はざるなり然れ共砲死と籠めたる銃状以て數理上到底達すると能はざる距離より立つ人を砲撃する時に不能犯なる乎將た欠効犯なる乎の議論未だ一致せざる者の如し予は此場合を以て斷然欠効犯と爲し決して不能犯と云はざるなり其故如何んとせば不能犯といふ如何にして罪の成立せること無き場合は云ひ欠効犯といふ罪の成立せること能はざるに非ざる幸ひは其効果を見ること能はざる場合を云ふべきは前例再於て果して如何にして罪を犯すこと能はざる乎人を斃すこと能はざる乎否を犯人一定の場所を動かさずして連發すれば格別其足を進めて距離の縮まるに従ひ充分其目的を達するを得可し是れ予が此場合を以て欠効犯と爲る所以なりとす

以上の所論に依て未遂を以て罰するを得るに犯人意外の障礙又は升錯に因て遂げざる者等も在ること明かならん、然らば前述の如く他人の障礙も非ざる自己の手段の升錯に依て罪と遂げざるも非ざるして犯人自ら既し其罪を犯すことに着手すと雖も真心悔悟し依り自ら其所爲を中止しある時に如何に之れを所

斷可き乎曰く此場合に於て實際に生じたる害惡丈けを罰するを得可し然も
 共第百十二條に於て前二個の場合を規定したるも自ら其所爲を止まりたる場
 合を規定せざるなり、又た草案第百二十七條に於て此事に關し下の如く規定
 せり即ち「重罪を犯さんとして已に其事を行ひ又其所爲を盡すと雖も本犯の真
 心悔悟に因て自ら之を遂げざる時に止た現に加へたる毀傷損害の罪を論ま」と
 ありたり、之れを如何に論決せば可あらん乎予の假令は法律に明文無しと雖も
 猶其實際は生じたる結果文けに之れを罰するを得べし否を罰せざる可からずと
 思惟する者なり、請ふ然る所以を説ん抑も刑法上に於て人を毆打創傷せんと
 るの目的を以て毆打創傷したる時に之に應むるの責任あり否を竟し斯くの如き
 目的を以て人を創傷せしむる者を罰するの之を過失殺傷の如き單に不注
 意を以て人を殺傷したる者をも罰するに非ざるは是れより數歩を進めて人
 を殺害せんと欲して負傷せしめたる者を罰せざるの故あらんや況んや人を殺さ
 んと欲するの意思を以て犯罪し着手し單に創傷の之を以て自ら其所爲を止むる
 と雖も其人を殺さんと欲するの意思及び其生じたる處の害惡に決して消滅する

こと無きに於て之を也是れ予が法に明文無しと雖も既生じたる害惡丈けに充分
 之れを罰する可き理由ありと主張する所以なり

第百十一條 罪を犯さんことを謀り又其豫備を
 爲すと雖も未だ其事を行はざる者の本條別に刑
 名を記載ふるに非ざるは其刑を科せず

本條に前述したる豫備の所爲を規定したる者に於て其の未遂犯に非ざる故に之れ
 を罰せざるなり而て別に豫備の所爲を罰する場合に第百二十五條以下に規定し
 たる者如し是等の事就く前段に於て詳述したれば今復た再説せざる可し
 第百十二條 罪を犯さんとして己に其事を行ふと
 雖も犯人意外の障礙若くは外錯に因り未だ遂げ
 ざる者の己に遂けたる者の刑に一等又は二等を
 減す

本條に前述せる執行の端緒即ち其の未遂犯を規定したるを以て其說明の如き
 の前段に於て詳述したれば再び説明の勞は取るの必要を有るべし

第百十三條 重罪を犯さんとしく未だ遂げざる者は前條の例に照して處断を
 輕罪を犯さんとしく未だ遂げざる者の本條別記載するは非さまは前條の例に照して處断することを得す
 違警罪を犯さんとしく未だ遂げざる者の其罪を論せず

以上の法文の單に未遂犯の解釋を爲したるは過ぎざして凡ての未遂犯を罰す可きや否やを規定したるとおし故に本條に於て其問題を決定したるなり本條に依れば重罪の未遂犯の凡て之れを罰すと雖も輕罪の未遂犯に就ては罰する者と否との區別あり而して二者の差異ある所以に決して重罪に其害重く輕罪に其害輕きが爲めは非を如何んとせば重罪の未遂犯と云ひ輕罪の未遂犯と云ひ皆を多少の害惡無しと云ふ可からざればなり然からば何故斯くの如き區別を立てたるや蓋し重罪の未遂犯に在ては必ず重罪を犯さんと缺して未だ遂げざりし者と斷

定するを得可きを以て從て之れを罰するも可なり之れに反して輕罪の未遂犯に於ては果して犯罪の爲めなる乎否やの確証を擧ると難し而かも之れを罰するとせば往々裁判の錯誤を以て無辜を罰するの恐れあれむなり例せば他人の邸宅を覗込みたる者が果して窃盜を働かん爲め乎處女通せんが爲め乎を知ると能はざる可し(輕罪の例)之れに反して強盜と爲るときは其未遂の場合に於て強盜を爲さんが爲めなると明瞭なるべし其故に強盜に概ね兇器を携帯して忍び入ると多きを以てあり然れ共仮令ひ輕罪の未遂犯と雖も犯罪の証跡明確なる者も在ては各本條に於て之れを罰するを規定せり「違警罪に就ては凡て未遂犯を罰するに無きあり其故に輕罪の未遂犯且つ犯罪の証跡を確むる能はざるも況んや違警罪の如き輕微の罪に至ては到底其証跡を確むると能はざるや明かあり若し又た之れを確かむるとを得るとするも非常の例外と云はざる可あらざ殊も其既遂犯と雖も意思の有無を問はざるが如き者なきはなり

第十章 親屬例

第百十四條 此刑法に於て親屬と稱するは左に記

載しとる者を云ふ

- 一 祖父母父母夫妻
 - 二 子孫及び其配偶者
 - 三 兄弟姉妹及び其配偶者
 - 四 兄弟姉妹の子及び其配偶者
 - 五 父母の兄弟姉妹及び其配偶者
 - 六 父母の兄弟姉妹の子
 - 七 配偶者の祖父母父母
 - 八 配偶者の兄弟姉妹及び其配偶者
 - 九 配偶者の兄弟姉妹の子
 - 十 配偶者の父母の兄弟姉妹
- 第百十五條 祖父母と稱するは高曾祖父母外祖父
母同じ父母と稱するは繼父母嫡母同じ子孫と稱

けるは庶子曾玄外孫同一兄弟姉妹と稱するは異父母の兄弟姉妹同じ

養子其養家に於る親屬の例は實子に同一

刑法上、於て親屬例なる者の何の必要在て制定したる乎現行法に依れば犯罪人又ハ逃走の囚徒及び監視に付せられたる者なることを知て之を藏匿し若くハ隠避せしめたる者乎、又ハ他人の罪を免かれしめんことを圖り其罪証と爲る可き物件を隠蔽したる者、若し他人の親屬に係るときの無罪あり、(第百五十一條以下參看)又た親屬互ハ其財物を窃取したる者も無罪なり、其他各條に於て或ハ親屬の告訴を待て其罪と論むと云ひ或ハ治罪法に於てハ被告人の親屬に証人と爲るとを許さず(治罪法第百八十一條)等の規定あり、然れば是等の場合母親屬とい如何なる血統迄及ぼす可き歟の範圍を規定せざる可うらむ是れ親屬例の制ある所以あり、然らば何故斯く親屬の囚人隱匿罪に罰せざ、親屬間の窃盜に罰せざ、親屬の告訴を待て其罪を論ぜ、被告人等の親屬に証人と爲るを許さざと規定したる乎、這ハ親屬なる者の通常人と其愛情の点に於て大ひハ差異ありて其囚人を隱匿

37
2
47

するに人情の止む可からざる處にして、其親屬間の窃盜と罰し若くは或る犯罪
に付き親屬の告訴をも待ぎして罰するときを爲す一家の風波を亂し一身の名
譽を毀損するの恐れあり、又た被告人の親屬として証人たらしめば或は實を蔽
ひ偽証を爲す等の恐れあればあり、然りと雖も一步を進めて現行法の親屬例に
適當の制度ありやと云ひ、然りと斷言するは苦まざらんば非ざるあり如何とな
れば其親屬なる者の範圍廣濶し失し中より其愛憎の点に於て常人と殆んど異な
ると無た者あればあり

明治廿二年一月十二日印刷
明治廿二年一月十五日出版

禁賣買

印刷者兼

東京麹町區三番町五十三番地

横田敬太

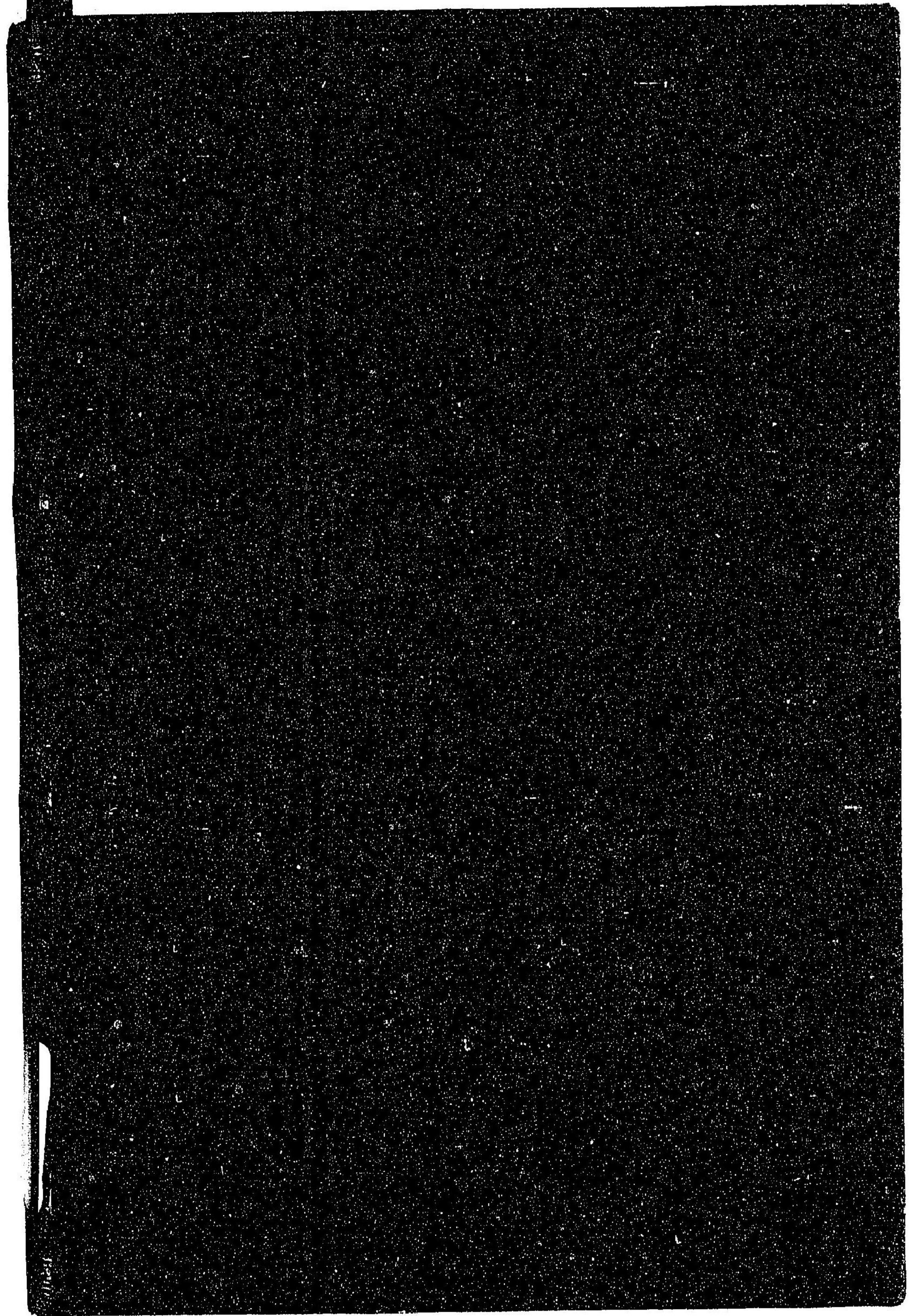
編輯者

東京牛込區矢來町三番地

田原榮

65

37
47



37

47

036110-000-1

37-47

日本刑法

磯部 四郎/述

M22

BBP-0765



