

4444

14

3354

刑部直隸典史院

刑法統編

汪大燮

14 1/27  
335+

刑法汎論

目次

緒論

第一章 刑法ノ沿革

第二章 總說

第三章 一般刑法ノ沿革

第四章 日本刑法ノ沿革

第五章 現行刑法ノ淵源

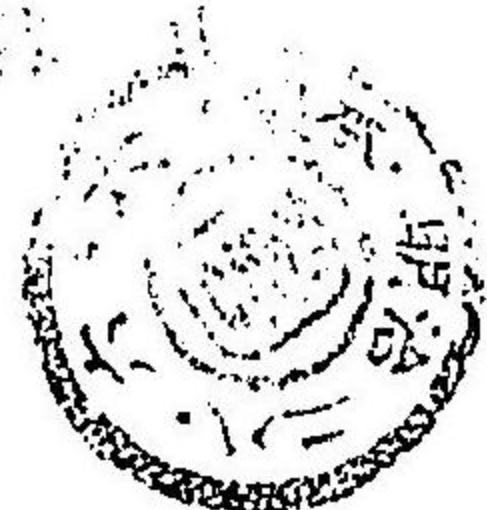
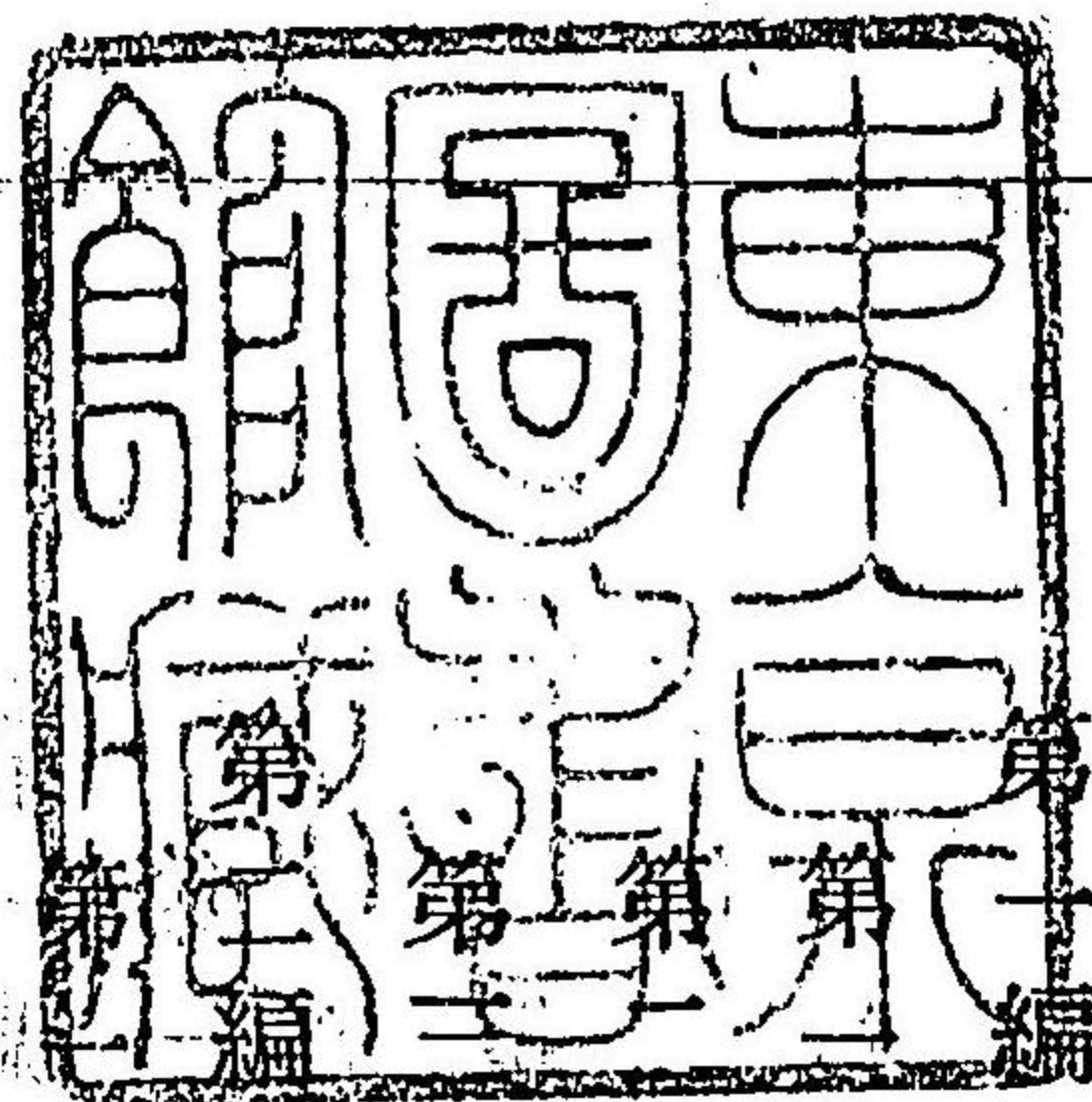
第六章 刑法諸法典

第七章 刑法諸主義

第八章 現行刑法ノ主義

第九章 折衷主義

刑法汎論目次



一 二 全 五 九 一 一 二 三 全  
丁 丁 丁 丁 丁 丁 丁 丁 丁 丁

第二章 利益主義

第三章 加特力主義

本論

第一編 犯罪

第一章 犯罪及區別

第一節 犯罪ノ定義

第二節 犯罪ノ種類

第二章 犯罪ノ成立

第一節 犯罪ノ主體物體及手段

第一款 犯罪ノ主體

第一段 犯罪ノ主體タル可キ者

第二段 主體タル犯罪者ノ能力

第三段 犯罪主體ノ不能力

第一項 瘋癲者及幼者

第二項 白痴者及瘡癩者

第三項 一時ノ智能ノ喪失ニ基ク不能力

第四項 不能力者ノ處分

第二款 犯罪ノ物體

第一段 犯罪物體ノ物理的能力

第二段 犯罪物體ノ法律上ノ能力

第三段 犯罪物體ノ法律上ノ不能力

第一項 各個人ノ棄權ニ基ク不論罪

第二項 國家ノ棄權ニ基ク不論罪

第三項 不得已ニ出テタル所爲

第四項 正當防衛ニ出テタル所爲

第三款 犯罪ノ手段

第二節 犯罪タル所爲

第一款 所爲上責任上ノ關係

三八丁

四〇丁

四五丁

全丁

四六丁

五〇丁

全丁

五五丁

全丁

全丁

五七丁

五九丁

六〇丁

六三丁

六四丁

六五丁

六六丁

全丁

六八丁

六九丁

七〇丁

七四丁

七八丁

八四丁

八七丁

八九丁

全丁

三

第一段	所爲ノ責任トノ關係ノ發生	全丁
第二段	所爲ノ責任トノ關係ノ消滅	九二丁
第三節	所爲ノ狀態	一〇三丁
第一段	總說	全丁
第二段	犯意及過怠	一〇四丁
第一項	犯意	全丁
第三項	過怠	一一三丁
第三項	故意及過怠ノ併發	一一七丁
第三段	既遂犯及未遂犯	一一九丁
第一項	既遂犯	全丁
第二項	未遂犯	一二〇丁
第三項	既遂犯及未遂犯ノ併發	一二五丁
第三章	數人共犯	一三六丁
第一節	總說	全丁

四

第二節	正犯	一三八丁
第三節	教唆	一四〇丁
第四節	從犯	一四七丁
第五節	共犯者ノ身分	一五一丁
第二編	刑罰	一五四丁
第一章	刑制	全丁
第二章	死刑	一五八丁
第一節	死刑ノ性質	全丁
第二節	死刑ノ執行	一五九丁
第三章	身體刑	一六一丁
第四章	自由刑	一六三丁
第一節	主刑	全丁
第二款	自由刑ノ性質	一六四丁
第二款	自由刑ノ執行	一七〇丁

刑法概論目次

五

第三款	假出獄	一七一丁
第四款	放免囚ノ處分	一七六丁
第二節	附加刑及其執行	一七八丁
第五章	財産刑	一八二丁
第一節	主刑及其執行	全一丁
第二節	附加刑及其執行	一八六丁
第六章	名譽刑	一九五丁
第一節	名譽刑ノ性質	一九六丁
第二節	剝奪公權及停止公權	一九七丁
第三節	治産禁	二〇四丁
第七章	刑期計算	全一丁
第一節	刑期ノ定準	二〇五丁
第二節	刑期ノ經過	二〇六丁
第三節	刑期ノ起算	二一〇丁

第三編	刑ノ適用	二二三丁
第一章	刑法典ノ體裁	全一丁
第二章	刑法ノ管轄	二二四丁
第一節	時ニ關スル刑法ノ管轄	二二四丁
第一款	刑法ノ頒布	全一丁
第二款	刑法ノ致反効	二二五丁
第三款	刑法ノ廢止	二二〇丁
第二節	處ニ關スル刑法ノ管轄	二二二丁
第一款	國內ニ於ケル刑法ノ管轄	全一丁
第二款	外國ニ於ケル刑法ノ管轄	二二五丁
第三款	國外ニ於ケル刑法ノ管轄	二二二丁
第三節	人ニ關スル刑法ノ管轄	二二三丁
第一款	外國ノ君主及公使	全一丁
第二款	治外法權	二二三丁

第一段 我國人ノ外國ニ於ケル治外法權 全一丁

第二段 外國人ノ我國ニ於ケル治外法權 全一丁

第四節 事ニ關スル刑法ノ管轄 二三六丁

第三章 刑ノ加重減輕 二三九丁

第一節 本刑 全一丁

第二節 加減例 二四一丁

第一款 通則 全一丁

第二款 重罪刑ノ加減 全一丁

第三款 輕罪刑ノ加減 二四三丁

第四款 違警罪刑ノ加減 二四五丁

第五款 附加刑ノ加減 二四七丁

第三節 宥恕減輕 全一丁

第四節 自首減輕 二四九丁

第五節 酌量減輕 二五二丁

第六節 再犯加重 全一丁

第一款 再犯ノ意義 全一丁

第二款 再犯ノ處分 二五三丁

第三款 執行ノ順序 二五六丁

第七節 數罪俱發 二五七丁

第一款 一罪及數罪 全一丁

第二款 數罪俱發處分 二五九丁

第一段 吸收主義 全一丁

第二段 併科主義 二六一丁

第三段 折衷主義 二六四丁

第八節 反覆罪處分 二六九丁

第九節 加減順序 二七二丁

第四編 刑ノ消滅 二七五丁

第一章 總說 全一丁

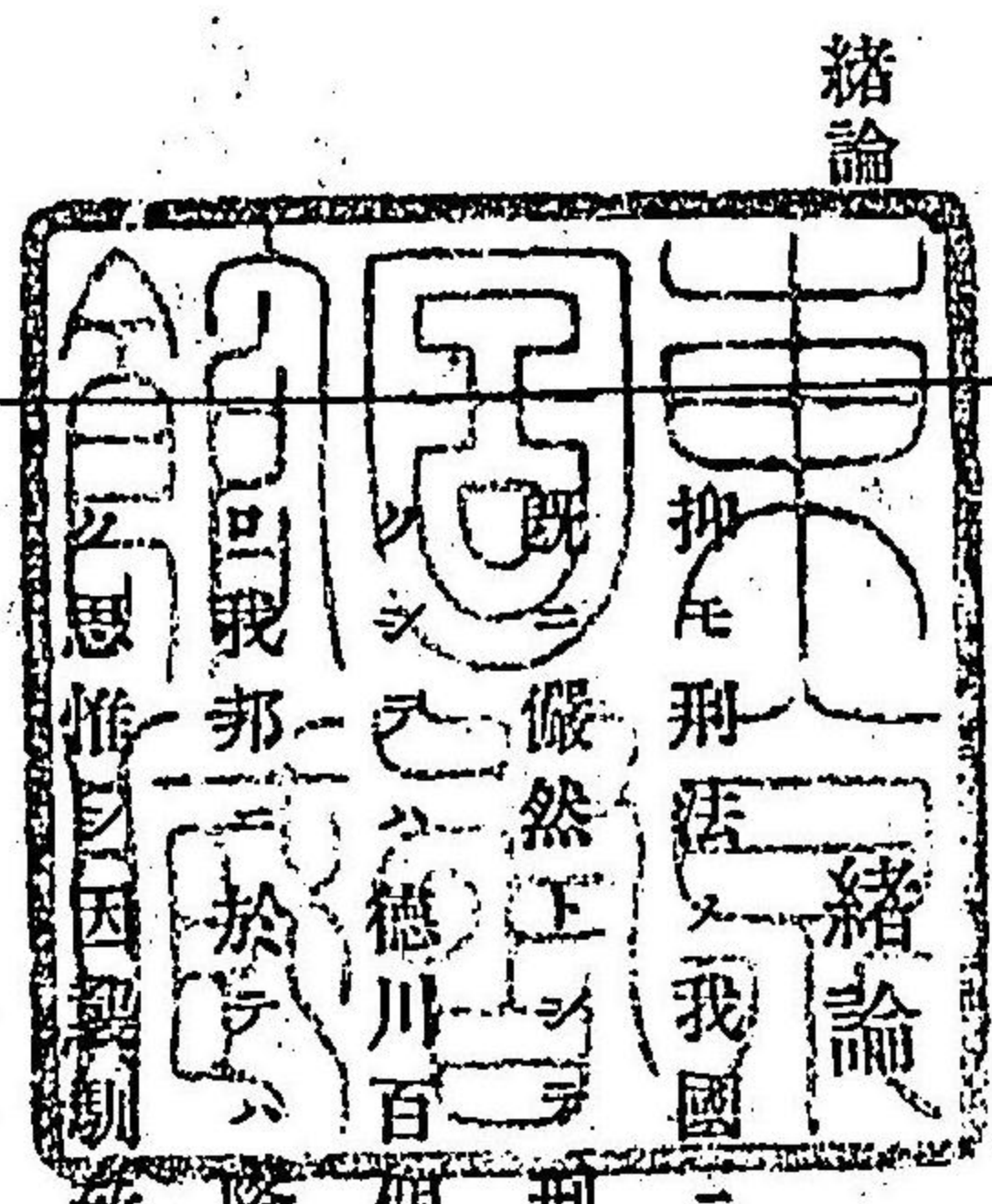
第二章 犯人ノ死去 二七六丁  
第三章 期滿免除 二七七丁  
    第一節 期滿免除ノ理由 二七八丁  
    第二節 期滿免除ノ期限 二七九丁  
    第三節 期限ノ起算點 二八二丁  
第四章 恩典 全丁  
    第一節 總說 全丁  
    第二節 大赦 二八四丁  
    第三節 特赦 二八六丁  
    第四節 復權 二八七丁

刑法汎論目次終

刑法汎論



法學士 江木 衷 講義  
卒業生 田 中文 藏 編輯



緒論  
抑在刑法ニ我國ニ存スルハ特リ明治維新後ノ今日ニ肇マレルニ非ス維新以前業  
既ニ儼然上ニテ 刑法ノ存在セルヲ認ム即チ之ヲ違フシテハ大寶律令ヨリ之ヲ近  
ノメテハ德川百箇條ニ至ル迄一トシテ刑法上ノ規定ヲ包有セサルハナシ否ナ寧  
ク我邦ニ於テハ 隆古以來法律トシ謂ヘハ單ニ刑法ノミチ意味スルモノナルカ如  
ク思惟以因襲馴致ノ久シキ犯罪若クハ刑罰ナル言辭ハ殆ト世人一般ノ套語ト爲  
リ未ダ實チ法學ノ門ニ執ラサル者ト雖モ尙ホ能ク其意義ヲ悟了スルノ趨勢ニシ  
テ刑法上ノ概念ハ民商法等ニ比シ其發達進歩ノ効著ナル寔ニ驚クニ堪ヘタルモ  
ノアリ然ルニ諸子ハ此時ニ際シテ刑法ヲ研究セントス豈ニ管ニ字句ノ末ニ拘泥  
シ文意ノ瑣ニ齷齪タル可ケンヤ宜シク活眼ヲ開テ深ク其法理ノ在ル所ヲ敲キ遠

其精神ノ存スル所ヲ窮ム可キナリ是故ニ余ハ始メテ法學ヲ攻脩スルノ諸子ニハ較理解シ易カラサルノ虞アルニモ拘ハラズ敢テ現行刑法ノ討索ヲ忽慢ニ附セサルト同時ニ深ク刑法ノ原理ニ溯源シテ論斷ヲ下シ諸子ヲシテ眞個ニ刑法ヲ學知シ得タリト公言シテ毫モ憚カル所勿ラシメント期ス

### 第一編 刑法ノ沿革

#### 第一章 總說

從來刑法ノ沿革ヲ説明スル者單ニ歲月ノ順序ヲ追ヒ某ノ年ニ某ノ布告出テタリ某ノ月ニ某ノ法令出テタリ等ノ事實ヲ列擧シ來リシト雖モ是余カ茲ニ所謂沿革ト稱スルモノニ非ス即チ余カ所謂沿革トハ刑法ノ發達進歩セル事跡ヲ云フ蓋シ發達進歩セサルモノニ沿革アル可キ理由ナシ夫ノ路上ノ一石塊ハ開闢以來ノ石塊ニシテ毫末ノ變遷ナクシテ從テ之カ沿革ナルモノアルコトナシ刑法モ亦然リ發達進歩セサル刑法ハ沿革ナシ唯發達進歩セル刑法ニ付テノミ其沿革ヲ論スルコトヲ得ヘシ然ラハ即チ如何ナル刑法カ發達進歩セルヤト云フニ大古ニ在リテハ世界何レノ國ト雖モ刑法ト宗教トハ互ニ相一致シ犯罪ヲ以テ天神ノ訓戒ヲ破

ルモノト爲シ刑罰ヲ以テ天神ノ命スル所ト爲シタリシカ後世ニ至リ其宗教ト分離セルモノト其宗教ト分離セサルモノトノ二者ヲ生シタリ而シテ其宗教ト分離セルモノハ駸々トシテ發達シタリト雖モ其宗教ト分離セサルモノハ遲々トシテ毫末モ進歩スルコトナカリシ何トナレハ天神ハ萬代不易ニシテ刑法ハ天神ノ命令ナレハ天神ニシテ進歩セサル以上ハ其命令タル刑法モ亦進歩ス可キノ理由ナケレハナリ然リ而シテ宗教ヨリ分離獨立セル刑法中之ヲ以テ或ハ復讎ノ具ト爲シ或ハ公益ノ保護者ト爲シ或ハ正義ヲ維持スルノ規矩トセルモノハ獨リ長大足ノ進歩ヲ爲シタルノ痕跡ヲ發見スルヲ得ヘシ左ニ此復讎公益及正義ヲ以テ主義トスル刑法カ何故ニ發達進歩ノ特性ヲ具備スル乎ヲ説明セム

(第一) 復讎ハ己ノ損害セラレタル權利ヲ回復シテ自ラ其感覺ヲ満足セント欲スルモノニシテ野蠻ノ風習タルハ免ガレサル所ナリト雖モ各人ニ獨立不羈ノ權アルコトヲ認メ各人ニ獨立自由ノ意思アルコトヲ認ムルヤ明カナリ是レ復讎主義ノ刑法カ自ラ發達ス可キ性質ヲ有スル所以ナリ然レトモ復讎ハ私人ノ情慾ヲ満足セント欲スルモノナレハ復讎トシテ施ス所ノ懲罰ハ往々ニシテ過度ニ失シ犯



罪ノ度ト權衡ヲ得サルモノアルハ其常ナリ於是乎國家ハ私人復讐ノ權ヲ殺テ之  
 ナ國家ニ收攬シ同時ニ二様ノ制限ヲ設ケタリ第一、ナ反坐(Talion)ノ制度トス即チ  
 生命ハ生命ヲ以テ償ヒ眼ハ眼ヲ以テ償ヒ齒ハ齒ヲ以テ償フ可キモノト爲スナリ  
 第二、ナ贖罪(Composition)ノ制度トス即チ金錢ヲ以テ體刑ヲ贖フコトヲ許シ生命、眼  
 齒、手足等損害ヲ受ケタル物體ノ輕重ニ依リ贖罪金ノ多寡ヲ定ム可キモノト爲ス  
 ナリ故ニ法律史ヲ讀ミ反坐贖罪ノ制度ヲ採用セルヲ見レハ當時ノ刑法ハ復讐主  
 義ニ基クコトヲ證明シ得ヘク又進歩發達ス可キ性質アル刑法タルコトヲ推敲シ  
 得ヘシ我國ニ於テモ明治十四年頃迄ハ贖罪ノ制度行ハレタリ  
 (第二) 公益ヲ以テ基本トセル刑法ハ犯罪ヲ以テ社會ノ利益ヲ害スルモノトシ刑  
 罰ニ依リテ之ヲ賠償セシメ因テ以テ一旦害セラレタル利益ヲ保全シ得ヘキモノ  
 ト爲ス是故ニ此主義ニ基キタル刑法ハ社會ノ發達ト共ニ進歩ス可キノ性質ヲ具  
 備スルコト明白ナリ

(第三) 國家ノ維持スル所ノ正義ヲ以テ刑罰ノ基本ト爲シ道義上善ハ善ヲ以テ報  
 シ惡ハ惡ヲ以テ報スルト同シク國家ノ正義ヲ破ル者ハ即チ犯罪者ナルカ故ニ國  
 家ハ刑罰ヲ以テ之ニ應報ス可キモノトスルモノナリ此主義ヲ採用セル刑法ハ素  
 ヲリ能ク刑罰ノ本性ヲ認メ得タルモノニシテ其發達進歩シ得ヘキハ贅辯ヲ須  
 ナシテ炳然タリ

一般刑法  
ノ沿革

第一章 一般刑法ノ沿革

前章ニ縷述セル原理ニ基キ刑法ノ沿革ヲ分テ上古中世近世ノ三期ト爲シ先ツ萬  
 國ニ於ケル一般刑法ノ發達進歩セル事跡如何ヲ理論的ニ考究セム  
 (上古) 上古ノ世界ナルモノハ東ハ印度波斯及亞細亞ノ西部ヲ限リ西ハ希臘羅馬  
 等歐洲南部地中海々岸ノ諸國ヲ限レリ故ニ上古ノ刑法沿革ナルモノハ即チ此等  
 諸國ノ刑法發達ノ事跡ナリ蓋シ太古ノ事邈乎トシテ攷フ可カラスト雖モ今史家  
 ノ證明スル所ニ依リ其大綱ヲ要言セハ東方ノ刑法ハ宗教ト分離スルコトヲ得ス  
 西方ノ刑法ハ直ニ宗教ト分離セリ即チ東方ニ在リテハ人民ハ天神ノ奴隸ニシテ  
 曾テ獨立ノ一個人アルコトヲ認メス國家ヲ以テ宗教ノ機關ト爲シ國家ノ元首ハ  
 同時ニ宗教上ノ元首ニシテ法律ハ即チ教典ナリ世界最古ノ法典タル「マニユ」ノ  
 法律ハ天神ヨリ之ヲ授ガリマホメツトノ教書タル「コトラシ」聖典ハ同宗民ノ法律

ナリ故ニ此等ノ諸邦ニ於テハ私人モ國家モ悉ク宗教中ニ吸入セラレ共ニ獨立ノ  
痕跡ヲ留メサリシヲ以テ三千年ノ今日ニ至ル迄毫モ發達スルコトナシ之ニ反シ  
テ西方ニ在リテハ各個人ヲ以テ自己自身ノ意思ヲ備ヘタル獨立ノ一體ト認メ又  
宗教ト國家トヲ分離シテ嘗テ之ヲ混同スルコトナカリキ語ヲ換ヘテ之ヲ云ヘハ  
東方ハ法律ハ天權ニ基キ西方ハ法律ハ人權ニ基ケリ斯ク希臘ト羅馬トハ共ニ人  
權ニ基キシモ又大ニ其趣ヲ異ニスルモノナキニ非ス即チ希臘ノ法律ハ公權ヲ以  
テ其基本ト爲シ羅馬ノ法律ハ私權ヲ以テ其基本ト爲ス希臘ノ法律ニ於テハ國家  
アルヲ認メテ一私人アルコトヲ認メス今日ニ在リテハ私權利私義務トシテ私人  
ノ意思ニ一任ス可キ事項モ悉ク希臘ニ於テハ之カ國法上ノ公權利公義務ト爲セ  
リ故ニ希臘ハ國ヲ擧ケテ皆兵ニシテ人民ハ一ノ兵器ニ過キス試ニスバルタノ制  
度ヲ見ヨスバルタノ全國ハ一ノ兵營ナリスバルタノ人民ハ此兵營ニ在ルノ兵士  
ナリ人ヲ殺傷スル者ハ國家ノ武器ヲ毀損スルノ故ヲ以テ之ヲ罰セリ一私人ノ權  
利ヲ害スルカ故ニ非ス其教育ノ如キモ亦此銳利ナル兵器ヲ製造スルニ過キサリ  
シ故ニ希臘ノ法律ハ國家ノ存在ヲ認ムルモ私人ノ存在ヲ認メサルモノニシテ夫

ノ東洋諸國カ宗教アルヲ認メテ私人アルヲ認メサルモノト其軌チ一ニセリ然ル  
ニ之ニ反シテ羅馬法律ハ專ラ私權利ヲ基トシ國家ト宗教トハ殆ト之ヲ度外ニ置  
ケリ故ニ犯罪者ヲ處罰スルニモ所爲ノ大小ヨリハ寧ロ獨立ノ一個人タル犯者ノ  
意思ノ善惡ヲ考察シ惡意アル犯罪ハ之ヲ嚴罰スルモ過失ニ出テタル所爲ノ如キ  
ハ共和政府ノ時代ニ在リテハ全ク之ヲ無罪ト爲シ之ニ反シテ苟モ惡意ノ存スル  
以上ハ未遂犯ト雖モ之ヲ既遂犯ト同一ノ刑ニ處スルノ甚シキニ至レリ之ヲ要ス  
ルニ上古ニ在リテハ東洋ハ宗教ノ權希臘ハ國家ノ權羅馬ハ私人ノ權ヲ以テ法律  
ノ主眼トセリ故ニ史家ハ上古ヲ稱シテ宗教國家私人ノ三權偏倚ノ時代ト云フ  
〔中世〕中世史上ノ一大奇觀ハ基督日耳曼主義ノ發生衝突ナリトス即チ基督主  
義ハ歐洲ノ南部ニ起リ日耳曼主義ハ歐洲ノ北部ニ起リ一ハ羅馬法王ニ密着シテ  
法王ヲ代表シ一ハ羅馬皇帝ト密接シテ國家ヲ代表ス此時ニ方リ羅馬帝國ヲ願ミ  
レハ世界ニ號令シ宇内ヲ一統セル權勢榮華ハ昔日ノ夢ト化シ去リ公私ノ德義敗  
頽シ太甚哀微ヲ極メタリシカハ日耳曼人歐洲ノ北部ヨリ漸々南進シ來リ羅馬ノ  
城壁ヲ攻取シ悉ク羅馬ノ舊物舊觀ヲ破壊シテ茲ニ混沌タル暗黒世界ヲ現出セリ

然レトモ歐洲ノ文明ハ此暗黒時代ニ胚胎セルモノニシテ二主義鬭争ノ極ハ遂ニ其和合一致ニ終局セリ  
今法律上ヨリ右ノ二主義ヲ觀察スルトキハ基督主義ハ天權ヲ代表シ日耳曼主義ハ人權ヲ代表セリ故ニ史家ハ中世ヲ稱シテ天權人權兩立ノ時代ト云フ今更ニ一歩ヲ進メ之ヲ刑法ニ論及セハ基督主義ニ於テハ犯罪ヲ以テ神意ニ反スル心裡ノ害惡ト爲シ刑罰ヲ以テ此罪惡ノ心ヲ改良スルノ應報ト爲セリ故ニ苟モ惡意アル以上ハ未ダ外形ニ顯出セサルモノト雖モ之ヲ處罰スルノ傾向ヲ有シタリ今日ノ刑法上犯罪ニ惡意故意アルヲ必要トスルノ原理并ニ刑罰ヲ以テ改良ノ手段トスルノ原理ハ茲ニ胚胎シ就中基督主義ニ於テハ刑罰ハ天神ノ命スル所トスルカ故ニ上君主ヨリ下奴僕ニ至ル迄法律上萬民同等ノ權アリトスルノ原則ハ實ニ此主義ヨリ發生セルモノナリ之ニ反シテ日耳曼主義ハ心意如何ヲ問ハス犯罪ヲ以テ全ク外形上ノ所爲ト爲シ刑罰ヲ以テ外形上ニ犯罪ノ損害ヲ賠償スルモノニ過キスト爲セリ故ニ過失罪ヲ罰スルコト極メテ嚴ニシテ未遂犯ヲ罰スルコト極メテ寛ナルノ結果ヲ發生セリト雖モ外形ノ所爲ニ顯出シタルモノニ非サレハ犯罪ト

日本刑法ノ沿革

シテ之ヲ罰スルコト能ハストスル今日ノ原理ハ此主義ニ胚胎セルモノトス  
(近世) 斯ノ如ク中世ニ於テハ基督日耳曼ノ二主義相分立シ一ハ犯罪ノ心意如何ニ偏シ一ハ外形ニ顯ハレタル所爲ノミニ拘泥シタリシカ近世ニ至テハ之ヲ折衷シ犯罪ニハ惡意及外形ノ所爲共ニ必要ナリト爲スコトナレリ其後又グロースアス、ホツプス、プツヘンドルフ等ノ性法主義ノ學者輩出シテ大ニ刑法ノ理論ヲ左右シ後世ニ至リテハホルテール、ベツカリア、フヒランシエリ等專ラ理論ニ基キタル改進主義ノ論者ヲ輩出シ其説ク所大ニ刑法ノ發達ニ勢力ヲ有セシヲ以テ之ニ相對スル沿革法理家モ亦輩出シ互ニ辯難駁撃セシカ最近世ニ至リテハ此二者モ亦相並行シテ必スシモ抵觸ス可キモノニ非ス沿革ト理論トナリテ共ニ刑法ノ眞理ヲ研究ス可キモノトセリ故ニ史家ハ近世ヲ稱シテ折衷主義ノ時代ト謂フ

第三章 日本刑法ノ沿革

前章ニ論述シタル沿革法理ニ基キ予ハ茲ニ日本刑法ノ大要ヲ講説セント欲スレトモ刑法ハ一般國家ノ制度ト并行ス可キモノナレハ日本ニハ復タ日本固有ノ沿革アリテ存スルカ故ニ聊カ陳辯セサルヲ得ス而シテ予ハ社會上政治上ノ變遷ニ

從ヒ分テ之ヲ四期ト爲ス即チ第一期ハ太古ヨリ大寶律ノ發布ニ至リ第二期ハ大寶律ノ盛時ヨリ藤原氏ノ下ニ於ケル刑法ノ衰頽ニ至リ第三期ハ封建尙武ノ時代ヨリ徳川氏ノ時代ニ至リ第四期ハ維新以來今日ニ至ルノ明治時代トス

(第一期) 日本太古ノ人民ハ人類ハ其性至善ニシテ決シテ罪惡ヲ犯スコト能ハサルモノト思惟セリ然レトモ現ニ罪惡ヲ犯シタル者アルトキハ其犯者ハ不幸ニシテ禍神八十柱津日神及大柱津日神ノ誘惑スル所ト爲リ以テ身自ラ惡魔ト化シ去リ先ツ人性ヲ變シタル後始メテ諸般ノ罪惡ヲ行ヒタルモノト爲シ又幸ニシテ更ニ福神直日神及ヒ大直日神ノ誘引スル所ト爲ルトキハ迷霧忽チ消散シテ善惡ヲ識別シ人性ノ良心ニ復歸シ得タルモノトセリ故ニ當時ニ在リテハ犯罪ヲ以テ惡魔ノ所爲トシ刑罰ヲ以テ惡魔ヲ除去スルモノト思惟シタルカ故ニ未ダ生命刑身體刑等ノ存在スルモノナカリシト雖モ苟モ人ニシテ一タヒ惡魔ニ化シ罪惡ヲ犯シタルトキハ犯者ノ身體汚レ從テ其財產モ亦穢レタルモノト爲シ盡ク之ヲ水中就中河水ノ渦旋スル所即チ當時ノ人民カ禍神ノ出入スル宮門ト信シタル場所ニ投入シ以テ其汚穢ヲ盪滌清淨セリ稱シテ之ヲ祓ト云フ蓋シ神ニ誓フテ罪惡ヲ

祓除スルノ意ニシテ世々中臣氏ノ掌ル所タリシ而シテ治罪上ニ於テモ亦同一ノ主義ニ基キタル手續ヲ用非犯罪ノ證明ニ付キ直接ノ證據ヲ得ルコト能ハサルトキハ盡ク神意ヲ請フテ裁斷スト爲シ或ハ探湯ト稱スル法ヲ設ケ泥土ヲ釜中ニ納メテ煮沸シ手ヲ攘シテ之ヲ探ラシメ或ハ斧ヲ火色ニ燒キ掌ヲ其上ニ置カシメ火傷ノ有無ヲ以テ其有罪無罪ヲ判別スルノ標準ト爲セリ由是觀之日本太古ノ刑法ハ他ノ諸國ト同シシ宗教ト混同シ會テ區別ナキカ如シト雖モ古代ノ法律中自ラ宗教ト分離シテ世界獨歩ノ發達進歩ヲ爲ス可キ元素ヲ備ヘタルハ歷々掩フ可カラサルモノアリ即チ第一犯者ノ財產ヲ無益ニ水中ニ投入スルノ制ハ一轉シテ之ヲ被害者ニ給付スルノ法ト爲リ再轉シテ損害賠償ノ思想ヲ惹起スルニ至リ第二犯罪ヲ天罪國罪ノ二種ニ區分シ宗教ト法律トノ分離ヲ促ズノ機會ヲ與ヘ第三刑事ト兵事トヲ混淆シタルカ爲メ却テ刑罰ヲ宗教ヨリ分離シ之ヲ國家ノ公務トスルノ思想ヲ養成スル等特ニ他國ノ古法ニ優ルモノ甚タ多シ我國刑法ノ大家ト稱ス可キ源光國カ其著書大日本史ニ於テ凡人民所犯罪名若干條如害稼穡汚齋殿類謂之天罪傷人姦淫蟲毒類謂之國罪皆從其輕重徵致贖物爲善惡二祓(中畧)今所傳中

臣禊詞即其遺事也、若其元惡大愆、怙終罔悛、則甲兵戮之、甲兵之事物、部氏所掌、而刑亦寓焉。下云、ハ簡ニシテ能ク我古代刑法ノ三、大美、質、ヲ盡セリト謂フ可シ、而シテ斯ク發達進歩ス可キノ特性ヲ備ヘタル我古代刑法ハ爾來駸々乎トシテ長大足ノ進歩ヲ爲シ、繼體天皇二十四年(西洋紀元五百三十年)ノ後ニ至リテハ又刑事ニ關シテ神明ノ裁判アルヲ聞カス、宗教ト法律トハ全ク分離シ、從テ生命刑、身體刑、財産刑等ヲ發生セリ、特ニ驚ク可キハ當時ノ刑法カ復讎主義ニ基キタルコト、即チ贖罪ノ制度ヲ認メタルハ一事ニ在リ、然レトモ刑法ノ成典トシテ始メテ顯ハレタルハ推古天皇ノ時代(紀元五百五十三年ヨリ全六百二十八年ニ至ル)ニシテ有名ナル聖德太子ノ憲法十七條ニ過キサレトモ其性質ニ至テハ全ク道德法タルヲ免レス、其後同天皇二十八年ニ至リテ眞ニ刑法ノ性質ヲ備ヘタル法典ノ頒布アリシト雖モ其區域タル甚タ狹少ニシテ單ニ不忠不義ノ罪ヲ規定スルニ止レリ、更ニ降テ天智天皇ノ時(紀元六百六十二年)ニ及ンテ立法上ノ新面目ヲ開キ、一大法典ヲ編纂シタリ、是レ天皇鎌足ニ勅シテ古來ノ法典慣例ヲ蒐集セシメタルモノニシテ所謂近江朝ノ大寶律ナレトモ惜哉今日已ニ之ヲ亡失シ、唯後世ノ法律ニ引用セル條項ヲ見テ

僅ニ其大體ヲ推知シ得ルニ過キサレナリ

(第二期) 日本刑典中最モ有名ニシテ又最モ美ナルモノナリ大寶律令トス、此法典ハ文武天皇藤原不比等ニ命シテ編纂セシメタル所ノモノニシテ當時大ニ支那ノ文物制度ヲ輸入シタルヲ以テ此法典モ亦單ニ我國古來ノ法規慣例ヲ蒐集セルノミナラス大ニ隋唐ノ法典ニ模倣シタルモノアリト雖モ國家ノ體制要素ニ至テハ毫モ我帝國固有ノ性質ヲ損スルコトナキハ立法ノ要旨ヲ失ハサルモノト謂フ可シ、而シテ此大法典ハ之ヲ律ト令トノ二大部ニ區分セラレ、律ハ禁令及刑罰ニ關スル規定ヲ含ミ、令ハ主トシテ行政令ニ關スル規定ヲ含メリ、其詳細ニ至リテハ之ヲ法典及令義解令集解又ハ法曹至要鈔等ノ注釋書ニ讓リ、茲ニハ單ニ其立法ノ精神如何ヲ講述セン

(一) 神祇ヲ尊崇スルハ古來ノ定例ニシテ又帝國ノ原規ナリ、蓋シ我國ニ於ケル神祇ハ即チ皇祖皇宗ノ神靈ニシテ萬世一系ノ天皇ハ即チ現世ニ於テ皇祖皇宗ヲ代表シ玉フモノナリ、是レ帝國憲法ニ於テ天皇ハ神聖ニシテ犯ス可カラズト明言セル所以ナリ、故ニ大寶律令ハ神祇ニ對スル犯罪ヲ以テ諸般ノ犯罪ノ主ニ

置キ特ニ之ヲ嚴罰セリ  
 (三) 大寶律令ハ天皇ニ對スル罪ヲ以テ大逆罪ト稱シ之ヲ以テ國家ノ主權ヲ害スルノ罪トセルハ能ク君主國ノ刑法タルノ體裁ヲ備ヘ得タルモノニシテ蓋シ現行刑法ノ企テ及ハサル所ナリ

(三) 高等官吏ヲ保護スルノ精神ハ特ニ大寶律令ノ採用スル所ナリ蓋シ大寶律令編纂ノ當時ハ即チ藤原氏ノ盛時ニシテ滿朝ノ高等官吏ハ殆ト皆藤原氏ニ非サル者ナカリキ故ニ此法典ノ編纂者タル藤原氏カ自ラ己ヲ保護セントスルノ精神ヨリ一般朝廷ノ高等官吏ニ就テ刑法上特別ノ保護ヲ與ヘタルハ掩フ可カラサルノ事實ナリ是ヲ以テ萬民同等ノ原理ハ大寶律令ノ認メサル所ナリ  
 (四) 孝道ハ我國家制社會ノ常規ニシテ亦忠道ノ素因ナリ大寶律令カ尊屬親ニ對スル犯罪ヲ嚴罰セルハ素ヨリ當然ナリ現行刑法モ亦歐洲ノ法典ニ模倣シタルニ拘ハラズ此遺風ヲ採用シタレトモ子孫ノ權利ヲ滅殺スルノ甚シキニ至リテハ大寶律令ニ數歩ヲ進メタリ現行刑法カ祖父母父母ニ對シテハ學者カ各人天與ノ大權ト稱スル正當防衛ノ權ヲ殺キ又挑發憤激ノ天性ニ出テタル宥恕減輕等ノ法ヲ用ササルカ如キハ或ハ酷ニ失スルノ患ナキ能ハサルナリ

此他大寶律令ハ其全體ニ於テハ實ニ完美ヲ得タルモノニシテ敢テ野蠻殘酷ノ性質アルヲ見サリシカ時勢ノ變遷ニ從ヒ藤原氏權ヲ失ヒシヨリ亂賊四方ニ峰起シ法典全ク行ハレサルニ至レリ於是乎脅嚇主義ニ基ケル刑法顯ハレタリ是レ源光國ノ所謂亂國重典ナルモノニシテ刑ヲ嚴ニシ法ヲ峻ニシ以テ此亂世ニ處センコトヲ企テタリ即チ延曆十一年(紀元七百九十二年)ニ延曆式ヲ布キ治罪ノ手續ヲ定メ同時ニ檢非違使ヲ置キ犯者ノ逮捕囚人ノ監督ヲ掌ラシメ貞觀年間(紀元八百五十九年)ヨリ八百七十六年ニ至ルニ格十二卷ヲ布キ法律ヲ新定シ式二十卷ヲ作テ舊法ノ不完全ヲ補充シ更ニ延喜年間(紀元九百一年)ヨリ九百二十二年ニ至ルニ延喜格式ヲ發布セリ然レトモ藤原氏ノ權力衰フルト共ニ此等ノ法律ヲ實行スルノ任ニ堪ユル者ナク遂ニ一片ノ空文タルニ過キサリシ  
 第三期) 藤原氏ノ權勢衰ニテヨリ實權ハ常ニ武門ノ間ニ歸シ英雄四方ニ割據シ諸族互ニ權力ヲ爭ヒ其間小康ナキニ非サリシモ徳川氏ノ一舉天下ヲ一統スルニ至ル迄ハ干戈相續キ殆ト寧歲ナカリキ此間ニ於テモ大寶律令ハ依然トシテ存

セリト雖モ之カ實行ニ任ス可キノ職官ナカリシカ故ニ各地ノ諸侯ハ各自隨意ノ法律ヲ制定シタリ即チ北條氏ハ聖德太子ノ憲法十七條ヲ三倍シテ五十一條ノ貞永式目ヲ發布シ(千二百三十一年)嚴酷ノ刑ヲ設ケタリ其後建武十四年建武式目ノ發布アリシカ應仁以後ニ至リテハ秩序全ク紊亂シテ復タ刑典ノ見ル可キモノナシ今封建時代ニ於ケル刑法ヲ通觀スルニ諸侯各々相競テ一大強國ヲ創設シ以テ天下ニ覇ヲラント欲シ武人ヲ以テ國家存在ノ要素トシ法律上特ニ武人ノ一族ヲ保護シタルノ痕跡ハ歷然トシテ掩フ可カラス恰モ古昔希臘ノ法律ト其趣ヲ同フセルモノアルニ似タリ降テ徳川氏ノ時世ニ及ヒテハ茲ニ大平ノ基ヲ開キ支那法典就中明律ト日本古來ノ法典トヲ比較シテ法理ヲ研究スルノ學者輩出シ遂ニ寛保二年(千七百四十一年)有名ナル徳川百ヶ條ノ一法典ヲ編纂シ明治維新ノ際ニ至ル迄之ヲ實行セリ今其編纂ノ體裁刑罰ノ方法治罪手續等ハ之ヲ法典ニ讓リ其精神ヲ一言スルトキハ徳川氏ノ世タル昇平ノ久シキ自ラ戰國時代ノ法律ト其趣ヲ異ニシ專ラ公ノ秩序ヲ維持シテ邦家ノ平和並ニ徳川氏ノ長久ヲ保存センコトヲ目的トシ各私人ノ自由及社會ノ發達進歩ノ如キニ至リテハ毫末モ顧慮スル所ナ

ク人民ヲ以テ飲食ノ消化機ト爲シタルコト瞭然タリ彼ノ大船ノ製造ヲ罰シ外國トノ交通ヲ禁セルカ如キ其一例ナリ

(第四期) 維新以來世界各國トノ交通日ニ月ニ頻繁ヲ極メ三百年間大平ノ天地ニ醉生夢死シ社會進歩ノ何物タルヲ知ラサルノ人民ヲシテ萬國ト其優劣ヲ競ハシムルニ至レリ此時ニ際シテハ治安主義ニ基キタル徳川氏ノ法典ハ以テ時勢ニ應スル能ハス故ニ明治四年ニ新律綱領ヲ發シ同六年ニ改定律令ヲ布キ大ニ古來ノ弊風ヲ一掃シタリト雖モ元來此等ノ法典タル其基礎トスル所ハ大寶律令及明清ノ支那法典タルニ外ナラサリシヲ以テ遂ニ明治十三年現行刑法ヲ發布シ實行ノ後已ニ十數年ノ星霜ヲ經過セリ此現行刑法タル多少我國古來ノ習慣ヲ採用セルモノナキニ非サルモ我立法官ハ普ク歐洲諸國ノ法典ヲ參酌セルモノナルヲ以テ大ニ從來ノ法典ト其趣ヲ異ニセルト同時ニ採擇其宜ヲ得スシテ識者ノ非難ヲ免レサルモノ頗ル多シト雖モ實行日既ニ久シク今遽カニ其全體ノ結構ヲ變シ得ヘキニ非サレハ爾後單行法律ヲ以テ修正ヲ加ヘタルモノ亦尠少ニ非ズ

第二編 現行刑法ノ淵源

現行刑法ノ淵源

刑法汎論 現行刑法ノ淵源 刑法諸法典

第一章 刑法諸法典

現行刑法ハ大ニ歐洲諸法典ニ基キタルヲ以テ其淵源ハ日本古代ノ刑法ヨリハ寧  
ロ遠ク之ヲ歐洲ノ現行諸法典ニ求メサル可カラズ左ニ現時ニ於ケル歐米ノ現行  
法典ヲ示ス可シ

(佛國) 佛國刑法典ハ刑制上及國事犯者處分上ニ就キ那破翁帝カ其專制主義ヲ施  
サソカ爲ニ編纂シタル所ニシテ千八百十年ノ公布ニ係レリ當時ニ於テハ歐洲  
第一位ノ法典タリシト雖モ今日ニ至リテハ大ニ時世ノ進歩ニ後レタルモノト  
云ハサルヲ得ス但千八百三十二年四月二十八日ノ法律及千八百六十三年五月  
十三日ノ法律ヲ以テ刑制上多少ノ修正ヲ加ヘタレトモ其全體ニ至リテハ依然  
タル現行法律ナリトス

(英國) 英國ニ於テハ未ダ刑事ニ關スル法典ナク條例ト慣習法トヲ以テ刑法トス  
レトモ千八百六十一年法律編集條例ヲ發シテ以來今日ノ刑法ハ殆ト條例ノ成  
文法ヨリ成立シ從テ法典編纂ノ舉ヲ促シ千八百七十八年ニ至リテ刑法典ノ草  
案ヲ制定シタレトモ未ダ之ヲ實行セズ

(獨逸) 獨逸ニ於テハ獨逸新帝國ノ創立以來新ニ刑法典ヲ發布シ千八百七十二  
年一月一日ヨリ之ヲ實行セリ

(丁抹) 丁抹ノ刑法ハ千八百六十六年二月十日ヨリ實行セル一大新法典ニシテ編  
纂ノ體裁條文ノ明晰及其詳密ノ點ニ於テハ近世學者ノ最モ稱揚スル所ナリ

(和蘭) 和蘭ニ於テハ近世迄佛國法典ヲ採用シ來リシカ一千八百八十一年ニ新刑  
法ヲ發布セリ

(白耳義) 白耳義ニ於テモ亦佛國法典ヲ基トシ千八百六十七年ニ新刑典ヲ頒布セ  
リ然レトモ此法典ニ於テハ全ク佛國法典ノ專制主義ヲ排除シ且佛典ノ缺ヲ補  
ヒ未遂及共犯ノ處分ニ關シテ適當ノ規定ヲ設ケ刑名ヲ簡單ニシテ刑罰ノ本性  
ヲ確認セル等新ニ一生面ヲ開キタリ

(米國) 米國ニ於テハ各州各々其刑法ヲ異ニシルイザアナニニューヨーク、ペンシル  
バニア及マリラントハ近世ニ於テ刑法典ヲ編纂シ就中ニューヨーク州ニ於  
テハ千八百八十二年ニ於テ完全ナル新法典ヲ頒布セリ  
右ノ外千八百六十四年ノ瑞典刑法千八百四十二年ノ諾威刑法千八百七十年ノ西



班牙ノ改正刑法千八百六十六年ノ魯西亞刑法等アリ何レモ近世ノ立法ニ出テタルモノタリト雖モ我立法官ハ此等ノ新法典アルヲ認メ又歐米諸國ノ諸刑法ヲ參酌シタルコトヲ明言スルニ拘ハラズ鐵道電信等ノ如キ文明ノ利器未ダ社會ニ顯出セサル八十年前ノ法典ニシテ今日ヨリ之ヲ見レハ殆ト古代法ト稱ス可キ佛國刑法ヲ以テ我カ刑法典ノ精神骨子トセルカ故ニ大ニ時勢ノ進步ニ後レ爲メニ近世ノ學理ヲ以テ照ストキハ頗ル陳腐ニ屬シテ取ルニ足ラサルモノ亦甚タ少シトセサルナリ

### 第二章 刑法諸主義

抑モ刑法ナルモノハ罪ト刑トヲ規定スルノ法律ナルカ立法官カ罪刑二者ノ權衡ヲ量定スルニ就テハ必スヤ一定セル大主義ニ依ラサル可カラズ我現行刑法ノ淵源タル歐米諸法典概ス然リトス而シテ其主義タル頗ル數多ニシテ時勢ニ從ヒ又各盛衰アリト雖モ今學理上ヨリ此等ノ主義ヲ大別スルトキハ之ヲ三種ト爲スコトヲ得ヘシ**絕對主義**、**相對主義**、及**折衷主義**是ナリ**絕對主義**ニ於テハ刑罰ハ他ノ目的ヲ達ス可キ手段ニ非スシテ刑罰ノ目的ハ刑罰自身ニ存シ刑法ハ即チ犯罪必罰ノ正理ニ基クモノニ外ナラスト爲シ**相對主義**ニ於テハ刑法ハ他ノ目的ヲ達スルノ手段ニ爲テ刑罰以外ニ其目的ヲ有ス可キモノト爲シ**折衷主義**ニ於テハ以上ノ兩主義ヲ折衷シ刑罰ノ性質ハ犯罪必罰ノ正理ト他ノ目的ヲ達ス可キ手段トヲ併有ス可キモノト爲スニ在リ請フ左ニ此等三種ノ主義ヲ分說セン

#### 第一、絕對主義

絕對主義ハ國法上國法ノ觀念ヲ以テ左ノ二原則ニ原因スルモノトスルノ結果タリ即チ

(甲) 國家ハ人類カ自ラ好シテ隨意ニ作爲セル製造物ニ非ズ國家ハ人類固有ノ天性ニ基キ一團結ヲ成立スルモノニシテ國家ノ存在ハ全ク道義上ノ必要ニ出ツルモノナリ故ニ國家ハ決シテ各人各個カ自由ヲ契約意思ニ依リ創立シタル商業會社ノ類ニ非ス

(乙) 夫レ斯ノ如ク國家ノ存在ハ道義上ノ必要ニ基ク可キモノナルヲ以テ國家ハ單ニ社會人民ノ利益其他ノ目的ノ爲メニ存在スルモノニ非ズ國家ハ國家自身ニ於テ國家自存ノ目的ヲ有シ全ク社會人民ノ利害ヲ超脱シテ人類ノ天性タル

道義上ノ必要ヲ充タスモノニ外ナラサルナリ故ニ國家ノ高等ナル職務ハ毫モ

國家以外ニ特別ナル利益ヲ計畫スルモノニ非ス

今ヤ國法上ニ認メタル右ノ二原則ヲ刑法ニ適用スルトキハ其結果トシテ必然左

ノ二原則ヲ生ス可シ

(甲) 刑罰ノ施行ハ國家職務中ノ一部タルヲ以テ刑罰モ亦單ニ道義上ノ必要ニ基

クモノナリ

(乙) 故ニ刑罰ノ施行ハ決シテ一個人若クハ社會ノ利益其他ノ目的ノ爲メニスル

手段ニ非ス刑罰ハ刑罰以内ニ於テ刑罰自身ノ目的ヲ有ス可キモノニシテ犯罪

必罰ノ正理ハ刑罰權ノ基本ナリ

要之以上ノ二原則ニ基キタル諸主義ハ皆絕對主義ノ範圍ニ屬ス可キモノナレト

モ絕對派ノ諸主義モ亦分テ之ヲ治癒及反坐ノ二種トスルコトヲ得ヘシ

(一) 治癒主義 治癒主義ニ於テハ犯罪ヲ以テ恰モ一ノ疾病ト同視シ刑罰ハ單ニ

此疾病ヲ治癒スルノ手段タルニ過キスト爲スニ在リ而シテ治癒主義ハ亦之ヲ分

テ二派トス即チ其第一ハ復舊主義ニシテキニツツ氏ノ主張ナル所ナリ而シテ此

主義ニ於テハ刑罰ヲ以テ既ニ行ハレタル犯罪ヲ舊體ニ復シテ犯罪ナキニ至ラシ

ムルモノトスルニ在リ又其第二ハ賠償主義ニシテクライン及シユルツ諸氏ノ主

張スル所ナリ而シテ此主義ニ依レハ總テ損害ヲ受ケタル者ハ裁判所ニ於テ其賠

償ヲ得ルト同シク刑罰ヲ以テ犯罪ノ賠償ヲ得ト爲スモノニシテ唯民事ニ於テハ

實物上ノ賠償ナルモ刑事ニ於テハ無形的ノ賠償タルノ差異アルニ過キス

(二) 反坐主義 反坐主義ハ刑罰ヲ以テ犯罪ノ應報ニ過キスト爲スモノナリ夫ノ

カント氏ノ如キ此主義ノ最モ有名ナル主張者タリ氏ノ説ニ曰ク抑モ善ニ報スル

ニ善ヲ以テシ惡ニ報スルニ惡ヲ以テスルハ人類自然ノ常理ナリ然ルニ國家ノ正

義ニ反對シテ犯罪ヲ行フ者ハ即チ不正ノ所爲ヲ行フモノタルカ故ニ刑罰ヲ以テ

之ニ報セサル可カラズト然レトモ此反坐主義ノ論者中亦自ラ其論旨ヲ異ニスル

モノナキニ非ス即チツアハリエト氏ノ如キハ全ク物格的觀察ニ基キ外形ニ顯ハ

レタル所爲ノ結果ヨリ此主義ヲ説明シテ曰ク萬般ノ犯罪ハ他人ノ身體自由ヲ毀

損スルモノナルカ故ニ之ニ反坐ス可キ刑罰モ亦必ス自由刑ヲ用非毀損セラレタ

ル自由ノ大小ニ從ヒ其刑罰ノ輕重ヲ定ム可シト然レトモ此説ノ如ク全然外形上

ニ現出シタル結果ヨリ刑罰ヲ定ムルトキハ遂ニ未遂犯ヲ不問ニ付スルニ非サレハ論理ノ抵觸ヲ免レサルニ至ル可シ反之ヘンケト氏ハ全ク主格的觀察ニ基キ犯者ノ心意上ヨリ刑罰ノ何物タルヲ論下シ刑罰ハ總テ犯者ノ惡意ヲ消滅セシム可キモノニシテ犯者ノ惡意ニシテ消失スルコトアラハ刑罰亦茲ニ完了ス可キモノトセリ然レトモ若シ氏ノ説ヲシテ行ハレシメハ如何ナル輕小ノ犯罪ト雖モ苟モ惡意ノ消滅セサル限りハ之ニ重大ノ刑罰ヲ施サ、ル可カラサルニ至ル可シ故ニ兩氏ノ説自ラ偏倚スル所アルヲ免レヌ於是乎有名ナル哲學家ヘーゲル氏ハ斬新ナル一説ヲ案出シテ曰ク法律ハ社會一般ノ意思ノ表徴ニシテ各人特別ノ意思ハ此一般ノ意思ヲ破ルコトヲ得ス然ルニ所謂犯罪ナルモノハ犯者カ自己特別ノ意思ヲ以テ一時社會一般ノ意思ヲ破リタルモノニ外ナラサレハ法律ハ其犯者ヲ罰シ罪刑互ニ相殺シテ各人ノ私意ハ到底一般ノ意思ニ勝ツコト能ハサルノ實ヲ保全セサル可カラズ故ニ犯罪ハ法律ハ拒否(Negation des rechtes)ニシテ刑罰ハ法律ハ拒否ノ拒否(Die negation dieser negation des rechtes)ナリト

第二 相對主義

前世紀ノ終リ今世紀ノ初メニ當リテハ佛ノルーソー一タヒ民約説ヲ唱道セシヨリ學者多クハ國家ヲ以テ恰モ商事會社ト一般各人各個ノ私益ヲ達ス可キ人爲ノ一制度ト看做シ國家ニハ國家自存ノ理由アルヲ承認セサリキ故ニ刑法上ニ於テモ亦此原理ヲ適用シ刑罰ノ執行ハ唯國家ノ職務ノ一ニ過キサルヲ以テ刑罰ヲ設クルハ目的モ亦各人各個ノ利益ニ在リトシ刑罰ハ刑罰以外ノ目的ヲ達スルノ方法タルニ外ナラズトセリ而シテ此等ノ國家思想ニ出テタル諸主義ハ總テ相對主義ノ範圍ニ屬ス可キモノニシテ學理上古來七派ノ主義アルコトヲ認ムルヲ得シ學者或ハ此等ノ主義ヲ概稱シテ利益主義ト謂フ請フ左ニ之ヲ分説セム

(一)脅嚇主義 犯者ヲ罰シテ他ノ一般人民ヲ恐怖セシメ以テ犯罪ヲ行フコトヲ避ケシメントスルハ此主義ノ主眼トスル所ニシテ刑罰ヲ公行シ嚴刑ヲ施スカ如キハ從テ生ス可キ結果タリ蓋シ此主義ハ犯者ヲ以テ社會一般ノ利益ニ供ス可キ器械ト爲スノミナラズ此主義ニ基キタル刑法ハ實際其目的ヲ達スルコトヲ得サル可シ何トナレハ若シ刑罰ニシテ嚴酷ニ過クルコトアラハ一般人民ハ勿論法官ノ如キモ亦却テ德義上犯罪ヲ隱蔽シ却テ刑罰ノ適用ヲ確實ナラシムルコト能ハ

サルノ大弊ヲ發生スレハナリ

(二) 改良主義 改良主義ハ刑罰ヲ以テ犯者自身ヲ改良シ罪惡ノ心ヲ消失セシメ再犯ニ陥ルコトナキヲ期スルニ在レトモ若シ此主義ニ依ルトキハ到底改良スルコト能ハサル惡漢ハ無罪タラサル可ガラス又犯者ノ歸善ハ人々ニ於テ各々其遲速アル可キヲ以テ刑法ヲ制定セントスル立法官ハ豫メ罪刑二者ノ權衡ヲ規定スルコト能ハサルニ至ル可シ

(三) 防衛主義 此主義ハ國家ノ刑罰權ヲ以テ國家ノ正當防衛權ト同視スルモノナリ然レトモ刑罰ト防衛トハ全ク其性質ヲ異ニシ正當防衛ノ權タル之ヲ未ダ犯罪ノ實行セラレサルノ前ニ用ユ可ク已ニ行ハレタル犯罪ニ就テハ又之ヲ如何トモスルコト能ハサルナリ

(四) 豫防主義 此主義ハヘッス邦ノ大臣フオン、グロールマン氏ノ主唱スル所ニ係ル氏ノ説ニ依レハ犯罪ハ現ニ法律ニ反對スル不法ノ所爲タルノミナラス仍ホ再犯ノ恐レアル可キモノニシテ刑罰ハ又此恐ヲモ除去スルノ要具タラサル可カラサルモノト爲シ刑罰ヲ以テ國家ハ之ヲ豫防スルノ權アル可キモノト論定セリ

然レトモ未來ノ犯罪ヲ豫防スルノ方策ハ已ニ行ハレタル犯罪ノ刑罰タルコトヲ得サル可シ若シ夫レ果シテ氏ノ説ノ如クナラシメハ或ル特種ナル情況ニ依リ決シテ再犯ノ恐ナキ場合ニ於テハ現ニ行ハレタル犯罪ト雖モ之ヲ不問ニ付セサルヲ得サルノ不都合ヲ來ス可シ

(五) 制心主義 此主義ハ脅嚇主義ニ一步ヲ進メタルモノニ過キスト雖モ有名ナルフオイエル、パッサン氏ノ主張スル所ナリ即チ刑罰ノ苦痛ヲシテ犯罪ニ依リ得ラル可キ利益ヨリ大ナラシメ人ヲシテ犯罪ヲ行フノ心ヲ強制セシメントスルニ在リ然レトモ此主義タルヤ犯者ノ過半ハ法網ヲ免ル、ノ僥倖ヲ期シ豫メ刑罰ノ苦痛ト犯罪ノ利益トヲ比較スルモノニ非サルノ事實ヲ忘却シタル架空説ニ過キスシテ實際上其目的ヲ達シ得ヘキモノニ非サルナリ然レトモ現ニ一千八百十三年ノ

ハ、ハリア刑法ハ此主義ニ基ケリ  
(六) 警戒主義 警戒主義ハパウエル氏ノ始メテ唱ヘタル所ニシテ氏ハ國家カ犯罪ヲ禁止スルハ教育、警察、及刑罰ヲ三手段ヲ用非教育、警察、兩者ノ已ニ及ハサルモノニ對シテ刑罰ヲ手段ヲ實行スルノ必要アル可キモノトセリ故ニ刑罰ハ脅嚇ノ

性質ヲ具有セサル可カラサルモ制心主義ニ於ケルカ如ク單ニ罪ヲ犯サントスルモノニ對シテ其心意ヲ制スルノミニ止ラス汎ク一般人類ノ德義心ニ對シテ犯罪ノ行フ可カラサルコトヲ警戒ス可キモノヲササル可カラスト論定セリ是ヲ以テ此主義モ亦脅嚇及制心ニ主義ニ對スル批難ヲ免レサルナリ

(七) 民約主義 前世紀ノ末年ニ行ハレタル民約説ニ依レハ凡ソ人ニシテ社會ノ一員ト爲ルヤ默諾ニ依テ社會ノ刑罰ヲ受ク可キ義務ヲ發生スルモノタルヲ以テ國家ハ此默諾ニ依リ各人ニ對シ刑罰執行ノ權ヲ有ス可キモノトセリ然レトモ契約ノ有無ハ未ダ以テ刑罰權ノ正否ヲ論定スルニ足ラサルナリ故ニフヒテ氏ハ斯ル民約説ヲ修正シ民約主義ヲ主張シテ曰ク契約ニ背キ他人ノ權利ヲ害スル者ハ國家ハ其契約ノ履行上直チニ之ヲ罰スルコトヲ得サレトモ國家ハ契約違反者ニ對シテ社會ノ一員タル權利ヲ剝奪スルコトヲ得ルハ明白ナレハ社會ハ唯犯罪者ヲ人類社會外ニ放逐セラル、ヨリハ寧ロ甘ンシテ刑罰ヲ受クルノ勝レルニ如カス是レ刑罰權ノ本原ハ民約ニ在ル所以ナリト然レトモ今日ニ在リテハ沿革上學理上決シテ斯ル契約ノ存在ス可キ所以ヲ認メサルナリ

第三、折衷主義

抑絕對主義ニ於テ國家ハ國家自存ノ目的アリ刑罰ハ刑罰自身ノ目的アリトスルノ説ハ一理ナキニ非ス國家ノ正義ハ單ニ利益ハ奴隸ニ非サレハ刑罰ヲシテ正理ニ適ハシムルハ正義ノ然ラシムル所ニシテ利益ノ然ラシムル所ニ非ス然レトモ亦國家及法律ノ二者ハ人類ノ爲メニ存ス可キ者ニシテ國家及法律ノ爲メニ人類ノ存スルモノニ非ス於是乎近世ニ至リ折衷主義ナルモノ起リテ正義ト社會ノ利益トヲ協合シ共ニ之ヲ刑罰ノ目的ト爲サノコトヲ企テタリ而シテ此二者配合ノ度ニ從ヒ折衷主義モ亦分レテ三説ト爲リ第一説ハ正義ハ即チ利益ナリト説キ第二説ハ正義ノ許容スル區域内ニ於テ社會ノ利益ヲ保全スト云ヒ第三説ハ利益ヲ許ス限リニ於テ正義ヲ保全スト主唱セリ第一説ハアツベツグ氏ノ採ル所ナリ氏ノ説ニ曰ク刑罰ハ絕對主義ノ如ク正義ノ要求ニシテ犯罪必罰ノ應報タリト雖モ犯罪ハ唯其所爲ノ大小ノ點ノミニ止ラス又其惡意ノ大小ノ點ヨリ考察ヲ下サハル可カラズ犯罪ノ恐ル可キハ管ニ犯罪タル外形ノ所爲ナルノミニ止ラス併セテ

犯者ノ心意ニ在リ夜間ノ放火ハ晝間ノ放火ヨリ其罪ノ大ナルハ單ニ其外形ノ所爲ヲミナラズ其罪惡ノ度ニ於テ亦然ラサルヲ得ス即チ相對主義ノ達セントスル目的ハ全ク此犯者ノ心意中ニ包含セラレ絶對主義ノ論旨ハ外形ノ所爲ニ付キ反坐ノ實想ヲ顯ス可シ故ニ正義ノ實行ハ同時ニ社會ノ目的タル利益ヲ保全スト第一、二説ハウヰキルトメルケル等ノ主張スル所ナリ其論ニ曰ク凡ク刑罰ハ二個ノ目的ヲ有ス(第一)刑罰ハ犯者ニ對シテ物格的ノ目的ヲ有シ外形止ニ犯罪ヲ反坐シテ正義ヲ保持シ(第二)刑罰ハ犯者ニ對シ主格的ノ目的ヲ有シ犯者ノ心ヲ改良シ併セテ他人ヲ脅嚇ス而シテ其主格的ノ目的ハ家族、學校及教會之ヲ實行シ國家ハ唯物格的ニ屬スル目的ヲ實行シ以テ間接ニ主格的ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘシト故ニ此説タル社會ノ利益ヲ第二位ニ置クモノナリ、第三説ハ正義ヲ以テ社會ノ利益ノ奴隸トスルモノニシテオルトラシ、ロツシ諸氏之ヲ主張シ正義ト公益トノ二者ヲ以テ刑罰ノ目的ト爲シ苟モ社會ノ利益ヲ害セサル限ハ刑罰ヲ施シテ社會ノ正義ヲ計圖スヘキモ左トセリ故ニ此主義ニ於テハ利益ヲ主トシテ正義ヲ第二位ニ置キタルモノト云ハサルヲ得然ラハ則チ折衷主義ハ如何ナル原則ニ其基礎

ヲ定立シ以テ罪ト刑トヲ定ム可キカ夫ノ單ニ折衷主義ヲ以テ兩主義ヲ折衷スルモノトスル單簡ノ理由ハ未ダ折衷主義ノ何物タルヲ了知セシムルニ足ラサルナリ左ニ近世學者ノ認メタル折衷主義ノ原理ヲ論述ス可シ  
抑モ刑罰ハ正義ヲ回復シ不正不義ヲ消滅セシムルモノタルヲ以テ刑罰ハ正義ノ一種ナリ語ヲ換ヘテ之ヲ言ハ、刑罰ハ犯罪ノ應報ニシテ刑罰ノ本原ハ反坐ニ在リ故ニ折衷主義ノ目的タル社會ノ利益若クハ改良脅嚇等ハ宜シク正義ノ範圍内ニ於テ之ヲ計畫セサルヲ得ス是レ近世折衷主義ノ真相ナリ左ニ此原則ヲ説明セ

ノ  
(一) 凡ク有形物ノ性質上ノ存在ニシテ一定ノ分量ニ關係スルニ當リ若シ其定量ニ過不及アルトキハ全ク其有形物質上ノ存在ナキニ至ルカ然ラサレハ全ク他ノ性質ヲ備ヘタル有形物ニ變化ス可シ例ヘハ水ノ性質上ノ存在ハ温度ノ分量ニ關係スルヲ以テ若シ其分量ヲ變スルトキハ從テ其流動性ヲ變シテ氷若クハ蒸發氣ニ化ス可キハヘーゲル氏ノ論定スル所ナリ今此理ヲ推シテ無形ノ性質上ノ存在ニ及ホスコトヲ得ヘシ例ヘハ道德上ノ美德タル寛大ナルモノモ消費スル金額ノ

多キニ過クレハ放肆ニ變シ節儉ナルモノモ其少キニ過クレハ吝嗇ニ化シ勇氣ナ  
 ルモノモ其度ヲ超ユレハ狂妄ト爲リ遠慮ナルモノモ其度ヲ失スレハ卑怯ト爲ル  
 故ニ正義モ亦自ラ其定量ヲ有シ刑罰ヲシテ正當ナル反坐ノ性質ヲ保全セシメ  
 ト欲セハ刑罰ノ苦痛上必スヤ一定ノ分量ヲカシテ反坐ノ正義ハ即チ刑罰  
 ハ性質ナリ苦痛ハ即チ刑罰ノ分量ナリ其量ニシテ過多ナラシ平刑罰ハ變シテ復  
 讎トナル可ク其量ニシテ輕少ナラシ平刑罰ハ化シテ狗彘トナル可シ共ニ正義ノ  
 本性ニ適スルモノニ非サルナリ

(三) 斯ノ如ク一物ノ存在ハ有形タルト無形タルトヲ問ハス苟モ其定量ヲ變セサ  
 ル以上ハ決シテ其性質ヲ變セサルモノタルヲ以テ其定量中ニ於テハ自ラ自由ノ  
 加減ヲ爲ス可キ範圍ノ在ルアリ例ヘハ華氏ノ零度ヨリ三十二度ノ間ニ於テハ氷  
 ハ依然タル氷タル可ク三十二度ヨリ二百十二度ニ至ルノ間ハ水ハ依然タル水ニ  
 シテ此範圍内ニ於ケル温度即チ分量ノ多少ハ毫モ其物質ノ性質ヲ變スルモノニ  
 非ス又例ヘハ幾何ノ金額ヲ消費スルヲ以テ寛大ヲ超ヘテ放肆ニ變シ幾多ノ金額  
 ヲ拂ハサルヲ以テ節儉ヲ下リテ吝嗇ニ陷ユル可キ乎敢テ確定ノ金額ヲ明示スル  
 コト能ハスト雖モ人間普通ノ良心ニ於テ其間自ラ制限ト範圍ノ存スルモノアル

ヤ明カナリ故ニ正義ニ依リ刑罰ヲ以テ犯罪ニ反坐シ苦痛ノ分量ヲシテ刑罰ノ性  
 質ヲ失フコト勿ラシムルニ於テモ亦之ト同一理由ニ基キ刑罰ノ性質ハ飽迄反坐  
 タラサル可ラサルモ刑罰ノ分量ニ至リテハ必ス其範圍アリ最高點ト最下點トノ  
 間ニ於テ自ラ自由ノ活動ヲ爲ス可キノ餘地ヲ存ス

(三) 是ヲ以テ折衷主義ニ基キタル刑法ニ於テハ立法官ハ必ス刑ノ最長期ト最短  
 期トヲ定メ以テ反坐ノ性質ヲ明示シ而シテ此期間ノ範圍内ニ於テ法官ハ或ル犯  
 罪ノ社會ノ利益ヲ害シタル程度ヲ斟酌シテ現ニ犯人ニ科ス可キ刑ヲ定メ行政官  
 ハ又特赦假出獄等ノ制度ニ依リテ現ニ犯人ニ對シテ實行ス可キ刑期ヲ確定ス例  
 ヘハ刑法ニ於テ竊盜犯ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處ス可キモノト規定シタ  
 ルハ反坐ノ性質ヲ明示スルモノナリ即チ如何ナル竊盜犯タルヲ問ハス之ヲ罰ス  
 ルニ二月以上四年以下ノ範圍内ヲ以テスル以上ハ水カ三十二度以上二百十二度  
 以下ニ於テ其流動性ヲ失ハサルト等シシ刑モ亦反坐ノ性質ヲ失フコトナシ故ニ  
 犯人ニシテ再犯三犯等ニ依リ社會ノ利益ヲ害スルコト大ナル者アラハ法官ハ宜

シク之ヲ罰スルニ最長期タル四年ノ刑ヲ以テスルコトヲ得ヘク之ニ反シ犯罪ノ物體輕微ニシテ又社會ヲ害スルコト太甚少キモノハ最短期タル二月ノ刑ヲ以テ之ニ科スルコトヲ得レトモ共ニ刑ノ本性即チ反坐ノ性質ニ於テ異ナル所ナキカ如シ

(四) 斯ク刑罰ノ分量ハ必ス其範圍アル可キモノタルヲ以テ改良脅嚇等其他社會ノ利益ハ此範圍内ニ於テ其影響ヲ刑罰ノ分量上ニ及ホシ尙ホ刑罰ノ正義タル反坐ノ性質ヲ變スルコト勿ラシムルヲ得ヘシ

(五) 然レトモ社會ノ利益ハ反坐ノ性質ヲ失ハサル限度ニ於テ之ヲ計畫セサル可カラサルカ故ニ範圍ヲ許サ、ル性質ノ刑ニ至リテハ單ニ反坐ヲ以テ其主義ト爲サ、ル可カラズ死刑、無期刑ノ如キ即チ是ナリ

### 第三編 現行刑法ノ主義

#### 第一章 折衷主義

我現行刑法ハ其淵源ヲ古來ノ慣例法規ニ採リタルヨリハ寧ロ之ヲ歐米ノ刑法典ニ採リタルコトハ前章ニ於テ既ニ論述シタル所ノ如シ然レトモ現行刑法ハ果シ

テ何如ナル主義ニ基キタル乎又其新舊刑法ハ如何ナル關係ニ於テ其大原則ヲ異ニスル乎ヲ論述セサレハ未タ以テ我刑法全體ヲ考察シ得タルモノト云フ可カラズ因テ余ハ是ヨリ章ヲ追ヒ刑罰權ニ關スル主義及國體上並ニ宗教上ノ三點ヨリ之ヲ觀察セントス

我刑法起案者ハポアンナード氏ナリ今氏カ草案ノ説明ニ依レハ氏ハ折衷主義ニ依リテ我刑法ヲ編纂シタルコトヲ明言スレトモ氏ハ未タ近世ニ於ケル折衷主義ノ真義ヲ了解セサルモノ、如シ即チ氏ハ折衷主義中最モ古代ノ陳腐論ヲ唱道シ折衷主義ヲ解シテ純正利益兩主義ヲ參酌シ道德上ノ本務ト社會上ノ本務トニ併セテ反對ス可キ所爲ヲ以テ犯罪トシテ之ニ刑罰ヲ科ス可キモノトセリ蓋シ此舊説タル互ニ反對シテ共ニ協合シ得ヘカラサル社會ノ利益ト道德上ノ正義トヲ折衷セントスルモノニシテ到底行ヒ得ヘカラサル架空ノ希望ナリ若シ又強テ之ヲ混合スルモ二者ハ相互ノ協合一致ヲ缺キ其結果ハ終ニ正義ニ非ス又利益ニ非サル無主義タルニ歸ス可キ而已即チ草案者タルボ氏ノ意見ニ依ルモ亦此二者ハ性質上共ニ對比ス可カラズ又共ニ秤量シ得ヘカラスシテ常ニ適當ノ平均ヲ得ルコ



ト能ハサルモノト爲シ此説ノ適當ニ實行シ得ヘカラサル事實ヲ自認セリ草案者ノ唱道セル折衷主義ノ根據ハ其薄弱ナルコト斯ノ如ク其曖昧ナルコト斯ノ如シ若シ此主義ニ從ヒ法典ヲ制定スルコトアラン乎罪ト刑トノ權衡ハ果シテ何如ナル標準ニ據リテ其宜キヲ得ノコトヲ望ム可キヤ余輩ハ懼ル這般ノ希望ハ所謂木ニ縁テ魚ヲ求ムルノ類ナランコトヲ然レトモ強テ草案者ノ趣旨ヲ辯護セントスル者ハ或ハ云ハシ法律上道德ヲ害スル大ナルモノハ併セテ社會ヲ害スルコト大ナル可ク道德ヲ害スルコト小ナルモノハ亦社會ヲ害スルコト小ナル可シト蓋シ此説タルヤ昔日アツベツ氏ノ主張セル所ナレトモ折衷主義ノ論者ニ取リテハ自家撞着ノ説タルヲ免レヌ何トナレハ此論旨ニ從ヘハ利益ト正義ハ同一物タル可キヲ以テ折衷ス可キ二個以上ノ原素アルコトヲ認ムルコトヲ得サレハナリ語ヲ換ヘテ之ヲ云ヘハ草案者ノ維持セル折衷説ハ折衷シ得ヘカラサル二個ノ標準ヲ置キ以テ罪ト刑トノ權衡ヲ定メントスルノモナルカ故ニ罪刑二者ノ平均ヲ得ントスルハ到底希望シ得ヘキ所ニ非ス然ルニ近世折衷主義ノ原理ハ罪刑ノ權衡ヲ保持スルニ正義利益二個ノ標準ヲ設ケス正義ヲ以テ刑罰ノ基本ト爲シ正義ノ範

圍内ニ於テ社會ノ利益ヲ計畫保全セントスルニアルコトハ前章ニ於テ既ニ説明セル所ノ如シ是ヲ以テ現行刑法カ刑罰ニ範圍ヲ設ケタルハ或ハ能ク折衷主義ニ適スルカ如シト雖モ是レ皮相ノ見ニシテ又必シモ然ラサルモノアリ彼ノ總則ニ於テ酌量減輕ノ法ヲ設ケ又ハ再犯加重ノ法ヲ置キ萬種ノ犯罪ニ對シ一等又ハ二等ヲ減輕シ又ハ一等ヲ加フルコトヲ許容シタルハ根底ヨリ折衷主義ノ原理ヲ抹殺シ去リ刑罰ヲシテ反坐ノ性質ヲ失ハシメタルモノト謂ハサル可カラス例ヘハ刑法第二百九十二條ニ豫シメ謀テ人ヲ殺シタル者ハ謀殺ノ罪ト爲シ死刑ニ處スト云ヒ第三百六十六條ニ人ノ所有物ヲ竊取シタル者ハ竊盜ノ罪ト爲シ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處スト云ヘルハ外觀上能ク反坐ノ性質範圍ヲ備フルカ如キモ更ニ總則ニ於テ酌量減輕ノ制アルコトヲ想ヒ起サハ取リモ直サス謀殺罪ハ死刑無期徒刑若クハ有期徒刑ニ處スト云ヒ竊盜罪ハ一月以上二年以下若クハ四年以下ノ重禁錮ニ處スト云ヘルト同一ナリ誰カ是ヲ以テ能ク反坐ノ性質ヲ失ハサルモノト云フヲ得ンヤ余ハ眼玉大ノ惡事ニ赤豆大以上白大以下ノ苦痛ヲ應報スルノ感ナキ能ハサルナリ再犯加重ノ制モ亦然リ既ニ刑法各條ニ於テ反坐ノ性質

ヲ超過セサル刑罰ノ範圍ヲ設ケ乍ラ總則ニ於テ一般ニ加重ノ法ヲ設ケタルハ定  
 量以外ニ於テ社會ノ利益ヲ計畫スルモノアルニ似タリ然レトモ更ニ現行刑法ノ  
 全體ニ就テ大觀察ヲ下ストキハ正義ノ範圍ヲ超ヘ刑罰ノ反坐タル性質如何ヲ問  
 ハス全然社會上ノ利益ヲ害スル程度ノ大小ニ從ヒ之ヲ處スルニ死刑若クハ無期  
 徒刑ノ重刑(例ヘハ放火罪ノ死刑貨幣偽造罪ノ無期徒刑)ヲ以テスルモノアルカ故  
 ニ酌量減輕ノ法ト相待テ始メテ刑罰ノ反坐タル性質ヲ見ルニ至ルカ如キ觀テ  
 キニ非ス但如何ニ我刑法カ社會ノ利益ノミニ注目スルトモ再犯ノ故ヲ以テ加重  
 シテ死刑ニ處スルハ反坐ノ性質ニ適セサルノ太甚シキモノナルヲ以テ我刑法モ  
 亦一制限ヲ設ケ加ヘテ死刑ニ入ルヲ禁スルハ立法官ノ良心不知不識正義ノ範圍  
 ヲ離ル、コト能ハサリシモノナル可シ

利益主義

第二章 利益主義

我刑法ノ起案者ボアソナード氏ハ共和國ノ一平民ナリ君臣ノ名分臣子ノ大義ニ  
 至リテハ豈ニ能クボ氏ノ辯スル所ナランヤ現行刑法ニ於テモ亦皇室ニ對スル罪  
 ヲ嚴罰スルモ單ニ之ヲ嚴罰スルノ一事ハ未タ以テ君主國ノ刑法タル體面ヲ全フ

スルモノト云フ可カラス抑モ君主國ニ於ケル君主ハ立憲國タルト將ク專制國  
 タルトナ間ハス其主權ヲ君主ノ一身ニ收攬スルヲ以テ在位ノ天皇ニ對シテ加  
 ヘタル危害ノ所爲ハ君臣ノ名分上之ヲ主權ニ對スル一種ノ國事犯即チ大逆罪ト  
 爲スハ英獨等君主國刑法ノ認了スル所ニシテ又我國古代法就中大賚律令等ノ確  
 認スル所ナレトモ現行刑法ニ於テハ全ク此等ノ思想ヲ欠キ皇室ニ對スル罪ヲ以  
 テ國事犯トスルコトヲ明定セス曾テ君臣タルノ名分ヲ明カニスルコトナキハ余  
 カ各論ニ於テ講述スル所ニ依リテ明白ナラン君臣ノ名分已ニ斯ノ如シ我刑法豈  
 ニ皇室ヲ以テ社會ノ利益ノ上ニ置カンヤ現行刑法ハ曰ク天皇ニ對スル危害ノ罪  
 ハ之ヲ死刑ニ處スト然レトモ我刑法起案者ハ折衷主義ヲ採用スルニ社會ノ利益  
 ヲ主トシテ國家ノ正義ヲ後ニシ酌量減輕ノ法ヲ設ケ法官ヲシテ一等又ハ二等ヲ  
 減スルコトヲ許スカ故ニ現行刑法ノ眞面目ヲ暴露スルトキハ天皇ニ對スル危害  
 ノ罪ハ死刑無期徒刑又ハ有期徒刑ニ處スト規定シタルト毫モ異ル所ナキナリ而  
 シテ判官カ死刑若クハ徒刑ノ何レノ刑ニ處スル乎ハ該犯罪カ現ニ社會人民ノ利  
 益ヲ害シタルノ大小如何ニ依ル可キヲ以テ天皇ニ對スル危害罪ヲ罰スルニ死刑

ノ嚴刑ヲ以テスルト否トハ社會人民ノ利益ヲ損害スル大小如何ニ一任スルコト  
ナル可シル一證ノ民約說其他ノ利益主義ハ實ニ能ク現行刑法ノ精神ヲ支  
配シ得タリト云フ可シ噫

第三章 加特力主義

現行刑法ノ起案者ハ「カトリック」教旨ノ信徒ナリ耶蘇基督ノ前ニハ萬民同等ニシ  
テ君臣ナク父子ナシ忠ト孝ト豈ニ現行刑法ノ維持スル所ナランヤ於是乎皇室及  
父母ニ對スル罪ヲ嚴罰スルモ其名分ヲ失シ其精神ヲ無ニスルコト已ニ前章ニ講  
述スル所ノ如シ而シテ此等ノ點ニ於テハ現行刑法ハ我國古來ノ慣習道義ニ重大  
ノ關係ヲ有スルハ勿論ナレトモ刑法上「カトリック」教旨ヲ採用シ我臣民ヲシテ不  
知不識ノ間ニ「カトリック」教旨ニ支配セラル、ニ至ラシメタルハ更ニ大ニ驚ク可  
キ者アリ抑モ歐洲中世史上ノ一大奇觀ハ「カトリック」教派ト「プロテスタント」教派  
ノ鬭爭ナリシヨトハ前編已ニ之ヲ論シタリ此慘憺タル多年ノ鬭爭ハ遂ニ信教自  
由ノ原理ニ其局ヲ結ヒ佛伊白等羅匈種族ノ邦國ニ概ネ「カトリック」主義ニ歸着シ  
英佛蘭等「チユート」ニツク種族ノ邦國ハ概ネ「プロテスタント」主義ニ歸着シタリシカ

此強大ナル兩主義ハ各國ノ法律制度ニ其差異ヲ及ホシタル者太甚鮮シトセス就  
中「カトリック」教派ハ羅馬法皇ヲ尊奉シテ之ヲ宗教的邦國ノ主權者トスルモノナ  
レハ宗教上ノ思想ヲ以テ法律制度ノ理論ニ混入シ刑法上ニ於テ犯罪ト刑罰トノ  
權衡ヲ規定スルニモ亦主トシテ人類内部ノ心意上ヨリ觀察シ惡意ノ大小ヲ以テ  
刑罰ノ輕重ヲ量定ス可キ最上ノ標準トセリ之ニ反シテ「カトリック」主義ヲ排除シ  
全ク宗教ノ思想ヲ離レテ刑法ヲ論スルノ邦國ニ於テハ單ニ犯罪ヲ外形上ヨリ觀  
察シ其外部ニ顯出シタル形跡結果ノ大小ニ從ヒ刑罰ノ輕重ヲ定ム可キモノト爲  
セリ現行刑法ノ如キハ其制定ニ際シテハ普ク歐米諸邦ノ法典ヲ參酌折衷シタル  
ハ既ニ世人ノ公許スル所ナレトモ其本體骨子ヲリシモノハ「カトリック」教民ヲ支  
配スル佛國刑法ナリ草案起草ノ大任ヲ擔當セル者ハ「カトリック」邦國ノ人民ナリ  
「カトリック」教旨カ全法典ヲ貫通スルノ痕跡アルハ蓋シ怪ムニ足ラサルナリ試ニ  
現行刑法カ未遂犯罪ヲ處斷スルノ方法ヲ見ヨ敢テ佛國刑法ノ如ク之ヲ既遂犯ト  
同視スルノ酷ニ達セサルモ既遂犯ノ刑ニ照ラシテ僅ニ一等又ハ二等ヲ減スルニ  
過キサルニ非スヤ既遂犯ハ犯罪タル外形ノ結果ヲ生シタルモノナリ未遂犯ハ惡

意アルモ結局其結果ヲ生セサルモノナリ夫レ人ノ生命ヲ絶テタル所爲ト人ヲ殺スノ意思ヲ以テ單ニ己ノ手足ヲ動カシ毫モ實害ヲ他人ニ加ヘサルモノト其間僅ニ一等又ハ二等ノ差異アルニ過キストスルハ宗教的ノ思想ヲ以テ犯罪ノ惡意ノミヲ責ムルノ大ナルモノアリト爲スニ非サレハ誰カ能ク其理由ヲ發見センヤ之ニ反シテ所謂中止犯ナルモノハ已ニ犯罪タル所爲ニ着手シ外形上未遂犯ト其形跡ヲ同フスルモ自己ノ發心ニ依リテ犯罪タル結果ヲ生スルニ至ラサラシメタルモノナルヲ以テ全ク其罪ヲ論セサルハ現行刑法カ消極的ニ規定スル所ナリ宗教上ノ思想ニ基キ犯者ノ歸善心ヲ賞スルモノアリト爲スニ非サレハ誰カ能ク此惑ヲ解カンヤ又試ニ我刑法カ教唆者及從犯者ヲ處斷スルノ方法ヲ見ヨ佛國刑法ノ如ク酷シキニ至ラサルモノアリト雖モ教唆者ヲ以テ正犯者ト同一ノ刑ニ處シ從犯ハ正犯ノ刑ニ照ラシ僅ニ一等ヲ減スルノ差アルノミ夫レ教唆者ハ人ヲシテ犯罪ノ意思ヲ決セシムルモ毫モ之カ實行ニ加ハリタル者ニ非ス從犯ハ唯正犯ノ罪ヲ犯スコトヲ知リテ其豫備タル所爲ヲ幫助スルモノ而已毫モ犯罪タル所爲自身ニ加功セルモノニ非ス然ルニ其刑ノ斯ノ如クナルハ是レ宗教上ノ觀念ヲ以テ犯

者ノ惡意ヲ責ムルニ嚴ニシテ外形上ノ形蹟ヲ問フノ寛ナルモノト謂ハサルヲ得ス又試ニ其他編制ノ精神不論罪及ヒ宥恕等ニ關スル我刑法ノ規定ヲ見ヨ悉ク宗教的ノ理論ヲ以テスルニアラサレハ其眞義ヲ解スル能ハサルニアラスヤ而シテ我刑法ニ於ケル此等ノ特性ハ全ク現行刑法ヲ以テ新ニ我帝國ニ輸入セル原質タリ決シテ我國古來ノ法律ヨリ遺傳シ來レルモノニ非サルナリ試ニ眼ヲ轉シテ僅々十有餘年前迄我帝國ノ人民ヲ支配シタル新律綱領ヲ見ヨ謀殺既遂ヲ罰スルニ死ヲ以テスルモ其從犯ニ至リテハ流三等ニ止メ人ヲ傷スルニ至ラサル未遂犯ハ徒三年其從犯ハ杖一百ニ過キサル等各罪ニ付キ犯罪ノ形蹟ニ顯ハレタル結果ニ依リ適宜ニ罪ト刑トノ權衡ヲ定メタリ故ニ現行刑法ニ於ケルカ如ク一種ノ大主義ヲ以テ一般ノ犯罪ニ適用ス可キ洪大ナル總則ヲ設クルコトナケレハ癡篤疾ニ至ル可キ重傷ヲ負ハシメタル謀殺未遂犯ト單ニ殺意ヲ以テ毒藥ヲ食卓上ニ備ヘタル所爲トテ以テ同一ナル無期徒刑ニ處スルカ如キ大膽ノ規定ナキハ英獨法律ト畧其趣ヲ同フセルモノアリ蓋シ我立法官ハ特ニ「カトリック」教旨ヲ以テ我刑法ヲ編纂スルノ意思ヲカリシヤ素ヨリ明白疑ナシト雖モ不知不識ノ間ニ我帝國臣

民ヲ擧ケテ遂ニカトリック教旨ノ拘束スル所ト爲ラシメタリ  
 尙ホ終リニ臨ンテ一言ス可キハ我刑法ハ右ニ述ヘタル如ク「カトリック」教旨ヲ以  
 テ支配セラレタルカ故ニ故意ナキ過失殺罪ヲ處罰スルコト極メテ寛ナルノ點是  
 ナリ即我刑法ニ依レハ過失殺罪ハ之ヲ二十圓以上二百圓以下ノ罰金ニ處スルニ  
 過キス宗教上ニ於テハ惡意ナキ過失ヲ問フノ要ナシテフ理由ヲ以テスルニ非サ  
 レハ誰カ能ク其所以ヲ解センヤ夫ノ英法ノ如キハ過失殺罪ヲ處罰スルニ必スシ  
 モ罰金ノ刑ニ止メサルナリ今其實例ヲ示サンニ嘗テ「ノルマントン」號沈没シ數十ノ  
 同胞ヲ空シク鰐魚ノ腹中ニ葬ルヤ世人ハ嚚々トシテ同號ノ船長ドレイキヲ難シ  
 其謀殺罪ニ問擬セラレンコトヲ望メリ然ルニ在横濱ノ英國法廷ニ於テ之ヲ過失  
 殺罪ト爲シ三月ノ重禁錮ニ處スル旨ヲ言渡スヤ世人ハ憤然トシテ英國法廷ノ  
 ドレイキヲ處スル寛ナルヲ怒レリ余輩ハ當時世人カ同胞ハ不幸ヲ憐ミ外奴ヲ憎  
 ムノ情切ナルヲ諒セルト同時ニ英國法廷ノ法ヲ執ル必スシモ其當ヲ失セサルコ  
 トヲ認メタリ其後百貫丸カ白晝内海ニ於テ火ヲ失シ數多ノ生靈ヲ殺スヤ我裁判  
 所ハ同船長ニ對シ無罪ヲ言渡シタルモ漸ク檢事ノ上訴ニ依リ大審院ニ於テ罰金

百圓ニ處シタルニ止マリタリキ較シ來レハ其刑ノ輕重殆ント日ヲ同フシテ話ル  
 可カラサルモノアリ  
 之ヲ要スルニ本章ニ論述スル所ニ依リ新舊刑法ヲ比較セハ舊法ハ一般ニ刑ノ殘  
 酷ナルモノアリシニ拘ラス罪刑二者ノ權衡ヲシテ其平ヲ得セシムルカ如キ重要  
 事項ニ至リテハ遠ク現行刑法ノ及ハサル所ナリ況ンヤ大寶律令ノ如キニ至リテ  
 ハ眞ニ萬國ニ對シテ其美ヲ誇稱スルニ足ル然ルニ今ヤ誤認ノ折衷論ト民約論ト  
 加特力教旨トヲ以テ悉ク我帝國三千年來固有ノ美質ヲ打破シ了レリ余輩又何ヲ  
 カ謂ハンヤ  
 上來講述シタル所ニ依リ諸君ハ刑法ノ概念刑法ノ沿革刑法ノ主義現行刑法ノ大  
 體如何ヲ知得セラレシナラン是ヨリ本論ニ入り犯罪及刑罰ノ何物タルヤニ就テ  
 講述スル所アル可シ

本論

第一編 犯罪

第一章 犯罪及區別

本論  
 犯罪  
 犯罪及區別

刑法汎論 犯罪 犯罪及區別 犯罪ノ定義

第一節 犯罪ノ定義

犯罪トハ何ソヤ古來學者ノ間異論紛々タレトモ今普通ニ學者ノ下ス所ノ定義ニ從ヘハ罪トハ法律ニ於テ罰ス可キ所爲ヲ謂フト云フニ在リ現ニ此定義ハ我刑法草案ノ採用セル所ナレトモ余ヲ以テ之ヲ見レハ此定義ハ管ニ定義タルノ要件ヲ缺クノミナラス無用且妄誕タルヲ免レズ請フ試ニ之ヲ論セム

(第一) 今此定義ニ從ヘハ法律ニ於テ罰スルモノニ非サレハ犯罪ニ非スト爲スモノナレトモ苟モ法律ニ於テ犯罪ト認ムルノ所爲ハ縱令法律ニ於テ之ヲ罰セサルモ亦犯罪ナリ刑罰ヲ以テ犯罪ノ一性質トセルハ必要ナラサル性質ヲ以テ定義中ニ加ヘタルモノト云ハサルヲ得ス抑モ法律ニ於テ罪ト認メサレハ法律上ノ罪ナキハ明カニシテ「法律ナクシテ」ト云ヘル格言ハ其正確ヲ失ハス又法律ニ於テ罰ス可キモノト定メサル所爲ハ之ヲ罰スルコトヲ得サルモ亦明カニシテ「法律ナクシテ」ト云ヘル格言モ亦確實ニシテ共ニ批難ス可キノ點アルヲ見ス然レトモ此二原則ヲ根據トシテ法律ニ於テ罰スルモノニ非サレハ犯罪タルコトヲ得ストノ論結ヲ得ントスルハ論理ヲ誤リタルモノト云ハサル可カラズ予ハ

未ダ曾テ「刑罰ナクシテ」トノ格言原則アルヲ聞カサルナリ故ニ苟モ法律ニ於テ或ル所爲ヲ以テ犯罪ナリト認ムレハ即チ其所爲ハ犯罪ナレトモ法律ニ於テ同時ニ之ヲ罰スルコトヲ定メサレハ之ヲ犯罪ニ非スト云フコトヲ得ス試ニ其一例ヲ示セハ夫ノ期滿免除ヲ得タル犯罪ノ如キハ法律ニ於テ之ヲ罪ト認ムルモ又法律自身ハ社會ノ公益上之ヲ以テ却テ罰ス可カラサルモノトセリ又親屬間ニ於ケル盜罪ノ如キモ法律ハ之ヲ以テ一ノ犯罪トスレトモ亦決シテ之ヲ罰ス可キモノトスルコトナシ然ルニ反對論者或ハ期滿免除ヲ得タル犯罪モ亦罰ス可キ性質アルモノト爲セトモ余ノ言ヲ以テ之ヲ云ハ、單ニ之ヲ罪トス可キ性質アルハ所爲ト云フノ意ナルカ如シ刑罰ノ點ヨリ云ハ、余ハ寧ロ之ヲ罰ス可カラサル性質ノ犯罪ナリト斷言センノミ抑モ法律ハ主權者ノ制定スル所ニシテ法律ノ力ヤ萬能ナリ何故ニ法律ハ或ル所爲ヲ犯罪ナリト定メ乍ラ同時ニ之ヲ罰セサルコトヲ定メ得サルヤ憲法上刑罰ヲ科セサル犯罪ヲ設クルコトヲ禁シテ立法權ヲ制限スルモノアルニ非スハ犯罪ハ當然之ニ對スル刑罰ナカル可カラサルモノトスルコトヲ得サル可シ論者又或ハ刑罰ヲ科セサル犯罪ナルモノヲ認ムルハ無益ナルコトヲ得サル可シ

ルヲ稱スル者アル可シト雖モ一ノ所爲ヲ以テ犯罪ナリト定ムルノ關係効果ハ決シテ刑罰ノ一點ニ止ラズ諸種ノ法律ハ必スシモ人ノ刑ニ處セラレタルノ一事ヲ以テ刑餘人ノ權利ヲ制限剝奪スルノミニ非ス縱令刑ニ處セラレスト雖モ罪ヲ犯シタルノ一事ヲ以テ犯者ノ權利ヲ制限剝奪スルコト太甚多シ其他親族盜ノ竊取シタル贓物ノ如キ刑法上之ヲ贓物トシテ處分スルカ如キモ亦同一理ナリ由是觀之犯罪ヲ以テ法律ニ於テ罰ス可キ所爲ト云フカ如キ定義ノ妄誕タル又多言ヲ須ダスシテ明了ナル可シ而シテ我刑法ガ斷然草案ノ定義ヲ删除シ別ニ犯罪ノ定義ヲ設ケス之ヲ學者ノ議論ニ一任シテ願ミルコトナキハ法律ノ良教師タル名譽ヲ捨テ能ク老練ノ立法官タル伎倆ヲ顯ハシタルモノト云フ可シ然ルニ其第一條ニ「法律ニ於テ罰ス可キ罪分テ三種ト爲ス」ト云ヒ罰ス可キ罪ノ一句ヲ用井タルハ曖昧模糊トシテ其意ノアル所ヲ知了スルニ苦ムト雖モ余ハ唯此條ヲ以テ法律ハ道德上若クハ宗教上ノ罪ヲ罰セサルノ原則ヲ指示シタルモノニ過キスト云ハシ而已

第二 犯罪アリテ而シテ後法律ハ之ヲ罰スルコトアル可キハ當然ナレトモ此定義ハ罰ス可キ所爲ヲ罪ト爲スト云ヒ犯罪ノ制裁タル刑罰ヲ以テ犯罪自身ヲ解説セントスルモノナルカ故ニ如何ナル所爲ハ果シテ罰ス可キモノニシテ罪ト爲ル可キモノナルヤ否ヤヲ明カニスルニ足ラサルナリ例ヘハ今茲ニ人アリ余ニ對ヒ犯罪ハ法律ノ罰スル所タルヲ知レトモ如何ナル所爲ハ果シテ犯罪ナルヤ否ヤヲ問フ者アラシニ余ハ之ニ答ヘテ犯罪ハ法律ノ罰スル所爲ナリト云ハ、或人ノ疑點ハ果シテ氷解スルコトヲ得ヘキヤ余ハ或人ノ問ヲ以テ直チニ其答辭ニ充テタルノミ論理學上之ヲ以問爲答ノ誤謬ト云ヒ問題ニ向ヒテ毫末ノ答辭ヲ與ヘタルモノニ非ス定義ニシテ既ニ其主眼タル要點ノ何物タルヲ解説スルニ足ラサルモノハ更ニ其定義ヲ下スノ必要ナキモノト云フ可シ由是觀之犯罪ヲ以テ「法律ニ於テ罰ス可キ所爲」ト云フカ如キ定義ノ無用タル又多言ヲ須ダスシテ明了ナル可シ然ラハ則チ上來論述セル所ノ批難ヲ容レサル定義ハ如何此定義ニ二種アリ一ハ外形上ノ定義ニシテ一ハ實體上ノ定義ナリ今先ツ外形上ノ定義ヨリ云ヘハ「犯罪トハ刑法ニ規定セルノ所爲ト爲ス」ノ外ナシ此定義タルヤ誤謬ニ非サルモ又以テ犯罪ノ何物タルヲ説明スルニ足ラサル無益ノ定義ト謂フ可シ次ニ實體上ノ定義

ハ如何ト釋スルニ之ヲ説カント欲セハ事自ラ立法論ニ涉ラサルヲ得ス何トナレ  
 ハ法律ハ如何ナル所爲ヲ以テ罪ト爲ス可キヤ否ヲ定ムルハ立法上ノ議論ナレハ  
 ナリ即チ立法官ハ如何ナル所爲ヲ犯罪トセルヤト云フノ問題ニ歸着ス今博士ベ  
 ルネル氏ノ下セル定義ハ輒近學者ノ採用スル所ニシテ又最モ普通ニ行ハル、所  
 ナリ氏ノ言ニ曰ク犯罪トハ各人カ社會一般ノ意思ニ反シ公權若シハ私權ヲ破リ  
 又ハ國家ヲ維持スルニ必要ナル風儀道德ヲ紊ル所ハ不正ナル所爲ヲ云フト今此  
 定義ヲ分析スルトキハ(第一)犯罪ノ所爲ハ不正ナラサル可カラス(第二)其不正ノ事  
 柄ハ必スヤ外形ニ顯出シタル所爲ナラサル可カラス(第三)公私ノ權利ヲ害シ又ハ  
 國家ヲ維持スルニ必要ナル風儀若シハ道德ヲ紊ル所ノ所爲ナラサル可カラス茲  
 ニ注意ス可キハ犯罪ハ必スヤ公權ヲ害スルモノナラサル可カラスシテ唯單ニ一  
 個人ノ私權利ノミヲ害スルカ又ハ風儀道德ヲ紊ルノミニテハ或ハ一個人ニ對シ  
 損害賠償ノ責ニ任スルカ若シハ社會ヨリ道德上ノ制裁ヲ受クルノミニシテ未ダ法  
 律上之ヲ犯罪ト爲ス能ハサルナリ然リト雖モ刑法ニ於テ一個人ノ私權利ヲ害シ又  
 ハ或ル風儀道德ヲ紊ルヲ禁スルノ明文アルニ拘ラス之ニ違犯セル所爲ヲ行フト

キハ一個人ノ私權利ヲ害シ又ハ或ル風儀道德ヲ紊ルト同時ニ國家ノ公權ヲ侵害  
 シタルモノナレハ之ヲ以テ犯罪ト爲サ、ル可カラズ之ヲ約言スレハ犯罪ハ直接  
 ニ國家ノ公權ヲ犯スカ又ハ私權ト公權トヲ併セテ犯スカ又ハ國家カ國家ヲ維持  
 スルニ必要ナリト認了シタル風儀道德ヲ紊ルノ所爲ナラサル可カラス(第四)犯罪  
 ノ所爲ハ社會一般ノ意思ニ背反セサル可カラストノ四要素ニ歸着ス然レトモ此  
 定義タル立法ノ作用上如何ナル所爲ヲ犯罪トス可キカヲ定ムルノ標準タルニ過  
 キスシテ此定義ニ該當セサル所爲ヲ以テ犯罪ト定ムルモ既成ノ法律上ニ於テハ  
 尙ホ之ヲ犯罪トセサルヲ得サルナリ由是觀之犯罪ノ定義タル或ハ外形上ヨリ或  
 ハ實體上ヨリ畫一ノ定義ヲ下スコトアルモ既ニ成文トナレル刑法ヲ解釋スルニ  
 ハ毫モ其要ヲ爲サスト云フモ不可ナカル可シ

第二節 犯罪ノ種類

我刑法ハ罪ヲ分テ重罪、輕罪、違警罪ノ三種トス此區別タル今日文明諸國ノ概不採  
 用スル所ニシテ重罪ハ死刑、徒刑若シハ流刑、懲役及禁獄ノ刑ノ一ヲ以テ罰シ輕罪  
 ハ禁錮、罰金ノ刑ヲ以テ罰シ違警罪ハ拘留、科料ノ刑ノ一ヲ以テ之ヲ罰ス故ニ立法

犯罪ノ種類



官カ法律ニ於テ此三種ノ區分ヲ爲シタルノ理由ハ全ク犯罪カ國家ノ正義ヲ侵害スル程度ノ輕重大小ニ基キタルモノナル可シト雖モ業既ニ法律制定セラレタル今日ニ至リテハ唯其結果ヨリ之ヲ觀察シテ重キ刑ヲ以テ罰スルモノハ之ヲ重罪トシ輕キ刑ヲ以テ罰スルモノハ之ヲ輕罪トスルノ外ナカル可シ但此犯罪ノ區別ハ裁判管轄等刑事訴訟上ノ手續ヲ整理スルノ上ニ於テ重大ナル法律上ノ差異ヲ立ツルカ爲メ又欲ク可カラサル必要ノ理由アルハ勿論ナリ

儲茲ニ一問題アルハ重罪トハ如何ナル所爲ヲ云ヒ輕罪トハ如何ナル所爲ヲ指スヤト云フニ在リ若シ夫レ重罪ヲ以テ重罪ノ刑ヲ以テ罰スルモノト爲シ輕罪ヲ以テ輕罪ノ刑ヲ以テ罰スルモノトスルトキハ自首減輕宥恕減輕酌量減輕等ヲ爲ス可キ場合ト雖モ其減輕シタル結果ノ刑ヲ以テ其所爲ノ罪名ヲ定メサル可カラス故ニ本來重罪タル可キ犯罪ト雖モ判官之ヲ減輕シテ現ニ之ニ科スルニ輕罪ノ刑ヲ以テシタルトキハ該犯ハ即チ一ノ輕罪犯ニシテ重罪犯ニ非サルナリ然レトモ酌量減輕ノ情狀アル犯罪ノ如キハ裁判言渡ノ上ニ非サレハ其罪種ヲ定ムル能ハサルモノトスレハ訴訟上裁判管轄ヲ定ムルコト能ハサルカ如キノ不都合ヲ來タ

大○可○シ○故○ニ○未○タ○判○決○ヲ○經○サ○ル○犯○罪○ニ○付○テ○ハ○重○罪○ノ○刑○ヲ○以○テ○罰○ス○可○キ○モ○ハ○重○罪○ニ○シ○テ○輕○罪○ノ○刑○ヲ○以○テ○罰○ス○可○キ○モ○ハ○輕○罪○ト○ス○ル○ニ○ハ○法○律○上○未○タ○加○重○減○輕○セ○サ○ル○刑○ヲ○以○テ○其○罪○名○ヲ○定○メ○サ○ル○可○カ○ラ○ス○但○刑○法○第○二○編○以○下○ノ○各○條○ニ○記○載○セ○ル○加○重○減○輕○ハ○此○限○ニ○在○ラ○ス○ト○ス○蓋○シ○刑○法○總○則○即○チ○一○般○ノ○加○重○減○輕○ト○二○編○以○下○ノ○各○條○即○チ○特○別○ノ○加○重○減○輕○ト○ハ○大○ニ○其○性○質○ヲ○異○ニ○シ○一○ハ○唯○刑○ノ○加○減○ニ○過○キ○サ○ル○モ○一○ハ○罪○質○ヲ○變○更○ス○ル○ニ○足○ル○モ○ノ○ナリ○試○ニ○思○ヘ○丁○年○未○滿○ノ○者○重○罪○ヲ○犯○シ○刑○法○第○八○十○一○條○ニ○依○リ○一○等○ヲ○減○シ○テ○輕○罪○ノ○刑○ニ○處○ス○ル○ハ○何○故○ソ○ヤ○幼○者○カ○重○罪○ヲ○犯○ス○モ○將○タ○丁○年○者○カ○重○罪○ヲ○犯○ス○モ○社○會○國○家○ヲ○害○ス○ル○點○ニ○至○リ○テ○ハ○同○一○ナリ○故○ニ○重○罪○ハ○依○然○タ○ル○重○罪○ナル○モ○幼○者○ノ○故○ヲ○以○テ○只○其○刑○ヲ○減○ス○ル○ノ○ミ○ニ○シ○テ○其○罪○ヲ○減○シ○タル○モ○ノ○ニ○非○ス○之○ニ○反○シ○內○亂○罪○ニ○與○シ○諸○般○ノ○職○務○ヲ○爲○シ○タル○者○ニ○シ○テ○刑○法○第○百○二○十○一○條○第○三○項○ニ○依○リ○輕○禁○獄○ニ○該○ル○者○ハ○重○罪○ナレトモ其豫備ヲ爲スニ止マルモノハ第百二十五條ニ依リ各一等ヲ減シ輕禁錮ノ刑ニ處ス可キトキハ其罪質ハ輕罪ナリ法律ノ明文ニハ一等ヲ減スト云ヒ恰モ刑ヲ減スルノ意タルヲ推測スルコトヲ得ルニ似タレトモ是レ立法官カ逐一其刑名ヲ記載スルノ煩ヲ避ケ單ニ某々ノ條ニ照ラ

シ一等ヲ減スト記載シタルニ過キス否ラヌンハ即チ第二百二十五條モ亦第二百一  
一條ト等シシ極メテ冗長ナル法文ヲ設ケサル可カラサルニ至ル可ケレハナリ蓋  
シ特別ノ加重減輕ハ皆此類ニシテ其實眞ニ本刑ヲ加重減輕シタルモノニ非ス但  
殺傷ニ關スル宥恕減輕ハ刑法第三編中ニ記載スルモ其性質ハ一般ノ減輕ニ屬セ  
サル可カラサル所以ハ各論ノ講義ニ於テ論述スル所アル可シ

### 第一章 犯罪ノ成立

抑モ犯罪ノ成立ヲ論スルニ二様ノ方法アリ一ハ犯罪ノ成立ニ必要ナル原素ヲ集  
合スルモノニシテ之ヲ犯罪ノ構成法ト云ヒ一ハ犯罪ノ成立ニ必要ナル原素ヲ離  
散スルモノニシテ之ヲ犯罪ノ分析法ト云フ然レトモ已ニ犯罪ノ原素ヲ分析スレ  
ハ此元素ハ必然犯罪ノ構成ヲ爲ス可キモノナルヲ以テ余ハ此兩様ノ方法ヲ併セ  
テ之ヲ利用セント欲スルナリ

凡ソ犯罪ハ外形ニ顯出シタル一ノ所爲ナルコトハ前章ニ於テ已ニ論述シタル所  
ナルカ此所爲ノ外犯罪ハ尙ホ他ニ必要ナル條件ヲ具備スルニ非サレハ成立スル  
コトナシ即チ第一此所爲ヲ行フ所ノ主體即チ犯人(第二此所爲ヲ受ケル所ノ物體

即チ被害者第三主體ト物體トヲ連結スル所ノ手段アルヲ要ス此三條件中其一ヲ  
欲シトキハ犯罪ハ決シテ成立スルコトヲ得サルナリ今之ヲ左ノ數節ニ分テ詳  
述セム

### 第一節 犯罪ノ主體物體及手段

#### 第一款 犯罪ノ主體

##### 第一段 犯罪ノ主體タルヲ得ヘキ者

犯罪ノ主體即チ犯罪者タルコトヲ得ヘキ者ハ唯五官ヲ有スル吾人人類ノミニ限  
レリ人類ト人類ニ非サル動物トノ區別ハ暫ク之ヲ動物學ニ譲リ夫ノ風伯激シテ  
人畜ヲ斃シ火神怒テ家屋ヲ燒クモ犯罪ニ非ス又夫ノ怪物精神ヲ惱マシ禽獸人ヲ  
傷クルモ亦之ヲ刑法ニ問フコトヲ得ス況ンヤ生ナキ草木金石ノ如キオヤ是レ最  
モ親易キノ原理ニシテ何人ト雖モ敢テ之ヲ疑フ者ナカル可シ然ルニ我刑法ハ或  
ハ生ナキ物件ヲ以テ尙ホ能ク犯罪ノ主體タルヲ得ヘキモノトハルコトナキヤ否  
ヤ大ニ疑ハサルヲ得ス試ニ第四十三條及第四十四條ヲ見ヨ法律ニ於テ禁制シタ  
ル物件ハ何人ノ所有ヲ問ハス附加刑トシテ之ヲ沒收シ且必ス裁判ニ於テ之ヲ宣

犯罪ノ主體物體及手段  
犯罪ノ主體  
犯罪ノ主體  
得タル者

告不可キモノト定メタリ然レトモ犯人ノ所有ニ非サル他人ノ物件ヲ沒收シ痛痒相感セサル犯人ニ向ヒテ之ヲ宣告スルノ謂レナケレハ此裁判ハ必スヤ沒收セル物件自身ニ對スルモノヲサレテ得ス物件ヲ以テ犯罪人ト爲スカ如キハ到底法理ノ許サ、ル所ナリ事ハ仍ホ後編ニ於テ詳論セム

又民法ニ於テハ法律上人ヲ分テ有形人、無形人トスレトモ此區別ハ單ニ民法及行政法ノ範圍ニ於テ許容ス可キモノニシテ刑法ノ承認スル所ニ非ス刑法問フ所ノ犯人ハ唯肉體ノ感覺ヲ有スル有形人ノミニ限レリ國家、府縣、區、郡、市、町、村、會社等ノ如キハ唯無形ナル想像上ノ一個人ノミ此等無形人ハ外觀上無形人タル資格ヲ以テ罪ヲ犯スモノ、如クナレトモ其實此等ノ無形人ヲ組織スル有形人ノ所爲タルニ過キサレハ法律ハ唯現ニ犯罪ニ手ヲ下シタル有形人ヲ罰ス可シ例ハ警察規則ヲ以テ設ケタル屋上制限ノ如キハ市内一般ノ家屋建築物ノ所有主ヲシテ其義務ヲ負ハシメタルモノニシテ官民共ニ之ヲ遵守セサレハ火災警察ノ目的ヲ達スルコトヲ得ス故ニ市邑又ハ官署等ニシテ此制限ニ違ヒタル家屋ヲ建築スルトキハ其市邑官署ニ奉仕スル會計若シハ營繕ノ主務吏員ヲ罰セサル可カラズ蓋シ

主體タル  
犯罪者ノ  
能力

此等ノ官吏ハ長官ノ命令ニ依リ該家ヲ建築スルモノナレトモ苟モ此法律アル以上ハ其法律ヲ知ルノ義務アル可シ又長官ノ命令ヲ執行スルニハ必ス法律ノ規定ニ從ヒ屋上制限ニ適シタル家屋ヲ建築スルノ義務アルモノナレハナリ又他方ヨリ觀察スルモ市町村ノ如キ會社ノ如キ無形人ハ如何ナル方法ヲ以テ之ニ刑罰ヲ科スルコトヲ得ヘキヤ又假リニ刑罰ヲ科スルコトヲ得ルトスルモ肉體ノ感覺ナキ無形人ヲ處罰シテ果シテ刑罰ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘキヤ論シテ茲ニ至ラハ犯罪ノ主體タル者ハ吾人人類タル可キコト復々喋々ノ辯明ヲ要セサル可シ

第二段 主體タル犯罪者ノ能力

前段ニ於テ講述シタルカ如ク犯罪ノ主體タルヲ得ヘキ者ハ獨リ吾人人類ノミニ限レトモ吾人人類ハ復々必スシモ犯罪ノ主體タルヲ得ヘキモノニ非ス語ヲ換ヘテ之ヲ云ヘハ犯罪ノ主體タルニハ其能力即チ刑罰ノ責任ヲ負フニ足ル可キ能力ナカル可カラズ其能力ハ左ノ三原素ヨリ成立ス

(第一) 自己ニ關スル知覺 即チ自己自身ナル我アルコトヲ知ルノ智識ナリ夫ノ幼者ノ如キハ我アルヲ知ラス或ル一箇ノ所爲ハ果シテ我ノ爲ス所ナル乎將タ他

人ノ爲ス所ナル乎ヲ區別スルコト能ハサル者ナリ

(第二) 他人又ハ外物ニ關スル知覺 即チ我ヨリ外ナル事物ノ關係ヲ知ルノ智識ニシテ或ル一箇ノ所爲ハ我ノ爲ス所タルヲ知ル(即チ自己ニ關スル知覺アリ)ト雖モ我ノ所爲ハ我ヨリ外ナル他人又ハ外物ニ對シテ如何ナル結果ヲ與フルヤ否ヲ知ラサル者ハ他人又ハ外物ニ關スル智覺ナキモノナリ例ハ白刃ヲ振テ人ヲ毆ツハ我ノ所爲ナルコトヲ知ルモ其所爲ハ果シテ如何ナル結果ヲ生スルヤ否ヲ知ラサル幼者ノ如キ是ナリ

(第三) 是非ヲ辨別スルノ知覺 自己及他人若クハ外物ニ關スル智識アリト雖モ其所爲ノ是非善惡ヲ知ラサル場合アリ例ハ或ル程度ノ未丁年者ノ如キ我レ我カ腕力ヲ用ユルトキハ此刀ヲ振フコトヲ得ヘシ此刀ヲ振テ他人ヲ毆ツトキハ自然ノ理ニ依リ他人ノ身體ヲ傷ケ他人ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生スルコトヲ知ルモ(即チ自己及他人若クハ他物ニ關スル知覺アルモ)尙ホ他人ヲ傷ケ他人ヲ殺スハ正理ニ反スルヤ否ヲ知ラサルナリ

以上ノ三原素ヲ稱シテ智能ト云ヒ犯罪ノ主體即チ犯罪者ニシテ之ヲ具備セルモ

ノチ犯罪者タルノ能力アルモノト云フ故ニ三原素中其一ヲ缺クモ尙ホ犯罪不能力者ニシテ犯罪ノ責任ヲ負フノ能力ナキモノトス故ニ犯罪ノ責任ニハ輕重大小ノ度ナクシテ縱令一原素ヲ缺クモ全ク犯罪ノ責任アル可キモノニ非ス我刑法ハ十六歳以上二十歳未滿ノ幼者ハ本刑ニ一等ヲ減シテ之ヲ罰スルモ是レ犯罪ノ責任ニ關スル能力ニ程度アルニ非ス唯年齢ヲ以テ法律上其刑ヲ宥恕スルノ情狀トスルモノニ過キサルナリ

茲ニ注意ス可キハ犯罪ノ責任自身ト此責任ヲ負フノ能力トヲ混同スルコトアル可カラズ犯罪ノ責任ハ所爲ニ就キ其責任ノ有無ヲ論シ責任ヲ負フ可キ能力ノ有無ハ犯罪者タル人ニ就テ論スルモノナリ即チ一ハ所爲如何ニ就テ論シ一ハ人ノ能力如何ニ就テ論スルモノナリ然ルニ學者往々此二者ヲ同一視シ犯罪ノ責任ヲ負ハシムルニハ智識ト自由トヲ以テ其要件トスレトモ智識ノ有無ハ犯人ノ能力有無ノ問題ニ屬シ自由ノ有無ハ所爲ノ存否ノ問題ニ屬ス但自由ト責任トノ關係ニ就テハ仍ホ本章後節ニ於テ詳述スル所アル可シ

犯罪主體ノ不能力

第三段 犯罪主體ノ不能力

刑法汎論 犯罪ノ成立 犯罪ノ主體物體及手段 犯罪ノ主體 五九

第一項 瘋癲及幼者

瘋癲ハ全ク前段ニ於テ講述シタル人類ノ智識ヲ缺ク者ナリ狂者ノ其己レヲ見ルヤ或ハ君主タリ或ハ耶蘇タリ自己ニ關スル智覺アル可キモノニ非ス其監禁セラ  
 ル、所ノ密室ハ或ハ宮城タリ或ハ天界タリ其着クル所ノ短衣ハ或ハ大禮服タリ  
 或ハ荷衣タリ而シテ其伴フ所ノ同室患者ハ或ハ臣下タリ或ハ信者タリ他人若ク  
 ハ外物ニ關スル智覺アル可キモノニ非ス況ンヤ其所爲ノ是非善惡ヲ辨別スルノ  
 智識オヤ傳ヘ聞ク某氏カ或ル瘋癲病院ヲ見舞ケルニ一婦人ノ臉下羞テ含ミ頻ニ  
 袖ヲ以テ其面ヲ掩フ者ヲ見タリ之ヲ醫員ニ問ヘハ彼レハ自ラ平清盛ノ妾常盤御  
 前ト信スルナリト又一男子ノ木片ニ跨リ馬ヲ御スルノ狀ヲ爲スヲ見ル之ヲ問ヘ  
 ハ彼レ自ラ加藤清正ナリト信シ今ヤ朝鮮ニ在リテ三軍ヲ叱咤スルノ所ナリト瘋  
 癲者カ人類ノ智能ヲ缺ク夫レ斯ノ如シ犯罪ノ責任ヲ負フノ能力ナキヤ素ヨリ明  
 白ナリ然レトモ我刑法ハ單ニ第七十八條ニ於テ罪ヲ犯ス時智覺精神ノ喪失ニ因  
 リ是非ヲ辨別セサル者ハ其罪ヲ論セスト云ヒ瘋癲者ノ所爲ノ點ヨリ其罪ナキコ  
 トヲ定メ人ノ能力ノ點ヨリ其不論罪タルヲ定ムルコトナキハ稍學理ニ違フノ嫌

ナキニ非サルモ夫ノ間發症ノ瘋癲者カ精神靜止ノ時ニ於テ罪ヲ犯シタルヲ不問  
 ニ付スルカ如キコト勿ラシメントノ注意ニ出テタルモノニ似タリ但精神靜止ノ  
 時ニ犯シタル罪ハ之ヲ罰スルコトヲ得ルモ再ヒ精神ノ錯亂ヲ來シタルトキハ其  
 刑ヲ執行シ得ヘキモノニ非ス何トナレハ獄室ヲ以テ宮城ト思惟シ獄丁ヲ以テ從  
 臣ト信スル囚徒ニ對シテ其刑ヲ執行スルモ決シテ刑罰ノ目的ヲ達シ得ヘキモノ  
 ニ非サレハナリ

次ニ幼者ハ其年齡ニ從ヒ智能發達ノ度ヲ異ニスルカ故ニ我刑法第七十九條乃至  
 第八十一條ニ於テハ年齡ニ依リ之ヲ分テ三級ト爲シ第一ノ幼者ハ十二歲以下  
 第二ハ十二歲以上十六歲以下第三ハ十六歲以上二十歲以下ト爲ス而シテ第一ノ  
 幼者ハ全ク其罪ヲ論セス第二ノ幼者ハ犯時其所爲ノ是非善惡ヲ辨別シタルト否  
 トヲ審査シ辨別ナクシテ犯シタルトキハ其罪ヲ論セス第三ノ幼者ハ全ク犯罪ノ  
 責任ヲ負ハシムルモ唯其刑ヲ減輕スルニ止マレリ故ニ犯罪ノ責任ヲ負フ可キ能  
 力ノ點ヨリ茲ニ論ス可キハ第一第二ノ幼者ニ在リ  
 倍第一ノ幼者ハ全ク智能ヲ缺ク者ナリ幼者ノ己レヲ稱スルヤ予ナル代名詞ヲ用

非スシテ自ラ直チニ其名ヲ稱シ又ハ一般幼者ヲ稱スル普通名辭ヲ用ヰルカ如キハ是レ自己ニ關スル智覺ナキノ證ナリ又幼者ノ見聞スル萬種ノ顯象ハ幻境ナリ夢裏ナリ暴風ノ人ヲ斃スノ顯象モ兇漢ノ人ヲ殺スノ顯象モ其間敢テ差異アルナシ是レ他人又ハ外物ニ關スル智覺ナキノ證ナリ況ンヤ其所爲ノ是非善惡ヲ識別スルノ智識ヲ有スルオヤ是レ我刑法カ第一ノ幼者ヲ以テ全ク犯罪ノ主體タル可キ能力ナキモノト定メタル所以ナリ

然レトモ第二ノ幼者ニ在リテハ既ニ自己又ハ外物ニ關スル智覺ヲ有シ刀ヲ振ヘハ人ヲ傷ケ物ヲ撲テハ之ヲ破ルコトヲ知レトモ其所爲ノ是非善惡ニ至リテハ或ハ之ヲ知ルコト能ハサル者ナキニ非ス故ニ我刑法ハ各事件ニ付キ是非辨別ノ有無ヲ以テ犯罪ノ有無ヲ分ツ可キ標準トセリ

斯ク幼者ハ犯罪ノ主體タル可キ能力ナキモノニシテ罪トナル可キ所爲ヲ行フト雖モ其所爲ハ大風ノ家屋ヲ倒シ禽獸ノ人ヲ害スルト一般重罪、輕罪、違警罪ヲ問ハス其責任ナキヤ明カナリ但我刑法カ其第八十三條ヲ以テ特ニ違警罪ニ限リテ第二ノ幼者即チ十二歳以上十六歳未滿ノ者ハ是非ノ辨別ナキモ仍ホ其刑ヲ宥恕ス

ルニ止マリ其犯罪ノ責任ヲ負フノ能力アルモノト定メタルニ至リテハ予ハ其理由ヲ發見スル能ハサルナリ論者往々說ヲ爲シテ曰ク違警罪ハ故意ヲ要セサル犯罪タルヲ以テ幼者ト雖モ其罪ヲ論セサル可カラスト違警罪ハ故意アルヲ要セストスル論理ノ誤謬ハ各論ノ末編ニ於テ之ヲ論ス可シト雖モ假リニ一步ヲ譲リ違警罪ハ故意ヲ要セサルモノトスルモ故意ヲ要セサル犯罪ハ必スシモ違警罪ノミニ限ラス輕罪ト雖モ過失ヲ罰スル場合アルヲ如何セン又更ニ一步ヲ譲リ假リニ違警罪ハ幼者ト雖モ其罪ヲ問フ可キモノトスルモ此論理ニ從ヘハ第一第二ノ幼者ヲ問ハス共ニ其罪ヲ論セサル可カラサルニ我刑法カ第一ノ幼者及瘖啞者ニ就テハ違警罪ト雖モ其罪ヲ問ハサルヲ如何セン知ル可シ該條ハ到底學理ヲ以テ其理由ヲ發見スル能ハサルコトナ

第二一項 白痴及瘖啞者

瘖啞者ハ耳聽ク能ハス口言フ能ハサル者ニシテ智能ノ發達極メテ緩慢ナル者ナレトモ必スシモ犯罪ノ責任ヲ負フノ能力ナキ者ニアラス特ニ近世瘖啞者ヲ教育ズルノ道モ整備セル邦國ニ於テハ瘖癡者ト雖モ能ク智能ヲ具備スル者ナキニ非

白痴及瘖啞者

然ルコ我刑法ハ此場合ニ於テハ第七十八條ヲ適用セズ第八十二條ニ於テ瘖癡者罪ヲ犯シタル時ハ其罪ヲ論セスト明定シ智能ヲ有スル者ト否ラサル者トヲ區別スルコトナシ

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

第三項 一時ノ智能ノ喪失ニ基ク不能力

前項ノ外仍ホ二三ノ不能力者アリ即チ非常ノ憤激ニ依リ一時智能ヲ喪失シタル場合ニハ全ク犯罪ノ責任アルコトナシ又睡眠中覺ヘズ驚テ罪ヲ犯スカ如キハ所謂夢狂ナル者ニシテ往々見聞スル所ナリ此等犯者ノ動作スル境域ハ眞ノ夢境ニシテ現世界ニ非サルヲ以テ自己及外物ニ關スル智覺ナキハ明カナリ決シテ犯罪ノ責任ヲ負ハシム可キモノニ非ス又醉狂者ノ犯罪ノ責任ニ就テハ學者ノ議論頗

一時ノ智能ノ喪失ニ基ク不能力

ル數多ニシテ學者或ハ醉狂ヲ全醉半醉等ト分別シ以テ責任ノ有無ヲ定ムルノ標準ト爲ス者アレトモ我刑法ハ斷然此等ノ區別ヲ用ヰズ唯第七十八條ニ依リ知覺精神ヲ喪失シ是非ノ辨別ナキニ至レル者ハ其罪ヲ論セス故ニ縱令罪ヲ犯スニ便宜ナル爲メ大醉シテ其目的タル罪ヲ遂クルモ苟モ眞ニ精神喪失シテ是非ノ辨別ナキモノニ至リテハ敢テ其罪ヲ問フコトナシ但此場合ニハ精神喪失ノ事實ヲ證明スルノ極メテ困難ナル可キコトヲ注意セサル可カラズ

第四項 不能力者ノ處分

夫レ斯ノ如ク犯罪責任ノ不能力者ハ其所爲罪ト爲ラス從テ何等ノ刑ヲ科ス可キモノナキヲ以テ全ク此等不能力者ヲシテ其爲ス所ニ放任シ社會ニ横行セシメテ可ナル乎曰ク否宜シク行政上ノ處分ヲ施シ以テ社會ノ平和ヲ保タサル可カラズ是ニ於テ我刑法ハ情狀ニ依リ滿八歳以上ノ幼者ハ滿十六歳ニ過キサル時間(第七十九條)十二歳以上十六歳未滿ノ幼者ハ滿二十年ニ滿タサル時間(第八十條)瘖癡者ハ五年ニ過キサル時間(第八十二條)之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得ヘキモノトセリ但此留置ハ敢テ刑ノ性質ヲ帶フルモノニ非ス幼者ノ場合ニ於テハ國家カ父母

不能力者ノ處分

ニ代テ施ス所ノ強迫教育ニシテ瘖啞者ノ場合ニ於テハ豫防警察ノ目的ニ出テダ  
ル行政處分ナリ

然レトモ我刑法ハ瘋癲白痴及其他第七十八條ニ該當スル不能力者ニ就テハ敢テ  
其處分ヲ定ムルコトナシ就中瘋癲ノ如キハ之ヲ社會ニ放逸セシムルハ宛モ虎ヲ  
市ニ放ツカ如キ感ナキ能ハサルナリ然レトモ是レ決シテ我刑法ノ缺點ニ非ス蓋  
シ瘋癲ハ瘋癲者タルノ一事ヲ以テ當然之ヲ私宅又ハ病院ニ監禁セサルヲ得サル  
モハナルヲ以テ幼者ノ如ク犯罪ニ相當ス可キ所爲アルヲ待ツテ始メテ留置ノ處  
分ヲ爲スモハト大ニ其趣ヲ異ニスル所以ナリ

### 第二款 犯罪ノ物體

#### 第一段 犯罪物體ノ物理的能力

犯罪ハ物理上之ヲ行フコトヲ得ヘキ物體ニ對スルニ非サレハ成立スルコトヲ得  
ス夫ノ偶像ヲ殺シ人影ヲ斬ラントスルカ如キハ物理上不能ノ物體ニ對スル所爲  
ニシテ之ヲ稱シテ不能犯ト云ヒ法律ノ罪トセサル所ナリ故ニ不能犯ナルモノハ  
其所爲ノ不能ニアラスシテ其物體ノ不能ナリ能ク此區別ヲ了知スルニ非サレハ

犯罪ノ物體  
犯罪物體  
物理的能力

不能犯ト缺効犯若クハ未遂犯ヲ混同スルニ至ル可シ即チ或學者ノ唱道スル如ク  
爲シ能ハサルノ所爲ヲ稱シテ不能犯ナリト云フトキハ如何ニシテ其未遂犯トチ  
區別スルヲ得ヘキヤ例ヘハ此學者ノ說ニ依レハ夫ノ偶像ヲ斬チ人影ヲ斬ルカ如  
キハ到底爲シ能ハサルノ所爲ナルヲ以テ之ヲ不能犯ナリト云フニ在レトモ試ニ  
未遂犯ノ場合ヲ想像セヨ甲者乙者ヲ狙撃セルニ彈丸正路ヲ失シテ乙者ノ傍ナル  
樹木ヲ射撃セリ此場合ニ於テ天帝ノ眼ヨリ見レハ甲者ノ彈丸ハ最初ヨリ其樹木  
ニ向ヒタルモノニシテ乙者ニ向ヒタルモノニ非ス若シ然ラスシテ最初ヨリ乙者  
ニ向ヒタルモノナラジメハ乙者ニ的中セサルノ理アルコトナシ故ニ乙者ヲ狙撃  
センコトハ到底爲シ能ハサル所爲ナリト云ハサル可カラス然レトモ何人モ之ヲ  
未遂犯ト斷言スルニ躊躇セサル可シ故ニ爲シ能ハサルノ所爲ヲ不能犯ト云フト  
キハ能ク未遂犯ト區別スルコトヲ得サルナリ  
不能犯トハ斯ク罪ト爲ス可キモノニ非サルヲ以テ各國ノ法律共ニ之ヲ罰スルコ  
トナキモ其所爲ニシテ尙ホ他ノ法律ニ觸ル、トキハ素ヨリ之ヲ不問ニ附ス可キ  
モノニ非ス例ヘハ人ト誤認シテ偶像ヲ銃撃スルモ殺人ノ罪ナシト雖モ猥リニ銃



砲ヲ放チタル罪ニ至リテハ之ヲ違警罪ニ問フコトヲ得ヘシ

### 第二段 犯罪物體ノ法律上ノ能力

犯罪者ヲシテ其犯罪ノ責任ヲ負ハシムルニハ犯罪ノ物體ハ管ニ物理上ノ能力ヲ有スルノミナラス尙ホ法律上ノ能力ヲ帶フルコトヲ必要トス法律上ノ能力トハ即チ其物體ノ權利ノ目的物タルコトノ謂ヒナリ語ヲ換ヘテ之ヲ云ヘバ犯罪ノ物體ハ他人ノ權利内ニ存スルモノタルコトヲ要スルナリ故ニ所有主ナキ物品ヲ竊取スルヲ以テ竊盜ノ罪ヲ構成スルコトナキノ類是ナリ而シテ凡ソ人ノ犯罪物體上ニ有スル權利ニ二種アリ一ハ一般ノ權利ニシテ一ハ特別ノ權利ナリ一般ノ權利トハ國家ノ有スル公權利ヲ指シ特別ノ權利トハ私人ノ有スル私權利ヲ指ス故ニ犯罪ノ物體ニシテ一般權利ニ係ルトキハ直接又ハ間接ニ國家又ハ社會ニ對スル犯罪ニシテ特別ノ權利ニ係ルトキハ直接ニ各個人ノ權利ヲ破リ財產身體等ニ對スル犯罪ナレトモ其所爲タル素ヨリ法律ノ禁スル所タルヲ以テ加何ナル場合ニ於テモ間接ニハ當然公權利ヲ破ル可シ然レトモ風儀宗教ヲ紊ルノ犯罪ニ於テハ特ニ各人各個ノ權利ヲ破ルコトナキヲ以テ國家ノ外之カ被害者タル可キモノ勿ル可シ

斯ク犯罪物體タルモノハ必ス之ニ對スル權利者アルヲ要ス而シテ此權利ナルモノハ人類ノ外之ヲ有スルコト能ハサルヲ以テ天帝禽獸若クハ草木等ニ對スル犯罪ナシ我刑法ニ所謂財產ニ對スル犯罪トハ其實財產ニ對スルモノニ非スシテ其財產ノ所有者タル人類ニ對スル者タリ犯者モ必ス人類ニシテ被害者モ亦必ス人類ナリ人爲ニ成リタル法律ノ問フ所ハ到底人類ト人類トノ關係タルニ外ナラサルヲ知ル可シ但天帝ニ對スル犯罪ト雖モ國家ノ外之ヲ社會ノ德義ヲ紊ルモノトシテ法律上ノ罪ト爲シ又獸類ト雖モ他人ノ所有ニ係ルトキハ一般財產ニ對スル罪トナシ或ハ牛馬ヲ逆使スル者ハ社會ノ風儀ヲ害スルモノト爲シ之ヲ法律上ノ犯罪トスル場合ハ如キハ素ヨリ此原則ト牴觸スルコトナシ

### 第三段 犯罪物體ノ法律上ノ不能力

斯ク犯罪物體ハ法律上權利ノ目的物アラサル可カラサルカ故ニ其物體ニ對スル權利者ナキトキハ即チ法律上ニ於ケル能力ナキモノニシテ之ニ對スル犯罪モ亦成立スルコトナシ而シテ此物體上ニ於ケル權利ハ場合ニ依リ其權利者ナル各私

人若クハ國家(社會ノ代表者)ノ意思ニ從ヒ之ヲ拋棄スルコトヲ得ヘク又危急若クハ正當防禦ノ場合ニ於テハ當然此權利ノ消滅ヲ來タス可シ今左ニ之ヲ分論セン

第一項 各個人ノ棄權ニ基ク不論罪

抑モ各個人ナル權利者カ自己ノ意思ヲ以テ犯罪物體上ニ於ケル權利ヲ放棄シタルトキハ犯罪ノ物體ハ爲メニ法律上ノ能力ヲ缺クモノニシテ素ヨリ犯罪ノ成立ナシト雖モ此棄權ノ場合ト親告罪即チ被害者ノ訴ヲ待テ罰ス可キ犯罪ニ就キ被害者ノ意思ヲ以テスル棄權トハ混同スルコトアル可カラズ茲ニ論スル所ノ棄權ハ犯罪ノ不存ヲ來スモノナルヲ以テ其棄權ハ犯罪前ニ於テ豫メ之ヲ爲スコトヲ要スレトモ親告罪ノ場合ニハ犯罪ノ當時ニ於テハ未ダ棄權ナク犯罪既ニ成リテ而シテ後ニ告訴ノ權ヲ放棄スルモノニ過キス一ハ犯罪ノ物體上ノ權利ノ放棄ニシテ其結果ハ罪ノ不存トナリ一ハ告訴權ノ放棄ニシテ犯罪既ニ成立シ其結果ハ單ニ刑罰ヲ免カルモノトナル然ラハ即チ權利者ハ如何ナル場合ヲ問ハス右ノ棄權ヲ爲スコトヲ得ヘキヤ若シ果シテ然リトセバ千百ノ犯罪其存不存ハ一ニ私人ノ意思ニ存セサルヲ得ス是レ豈ニ刑法ノ許ス所ナランヤ

各個人ノ棄權ニ基ク不論罪

〔承諾ニ出テタル所爲ハ權利ヲ犯スモノニ非ス〕トハ羅馬法ノ一原則ナリ故ニ他人ノ所有物ヲ竊取スルモ其奪取ニ付テ豫メ所有者ノ承諾ヲ得タルトキハ縱令其所<sup>有</sup>權ヲ讓受ケサルモ素ヨリ盜罪ノ成立勿ル可シ然レトモ此原則ハ唯三者ノ權利若シハ公ノ利害ニ關係ナキ權利又ハ人タルハ德義ヲ損スルコトナク自由ニ存廢讓與シ得ヘキ私權利ヲ破リタル場合ニ於テハミ之ヲ適用スルコトヲ得ヘシ例ヘハ財産ニ關スル權利ヲ放棄シタル右ノ一例ノ如キハ盜罪ヲ成立セズ又承諾ニ出テタル擊劍角力等ハ毆打罪ヲ成立スルコトナキカ如シ然ルニ今火ヲ放チテ人ノ家屋ヲ燒燬シ奴隸トシテ人身ノ賣買ヲ爲シ又ハ人ヲ毆打シテ之ヲ死ニ致シタルカ如キ場合ニ於テハ全ク權利者ノ承諾ニ出テタルモノナルモ公安ヲ破リ又ハ人類タルノ道義ヲ紊ルノ所爲タルヲ以テ決シテ之ヲ不問ニ附スルコトヲ得サルナリ然レトモ斯ノ如キハ是レ立法上ノ議論ナリ權利ノ拋棄シ得ヘキモノト否ラサルモノトハ法律ノ明文上宜シク之ヲ規定スルコトヲ要ス故ニ近世ノ編纂ニ成リタル刑法典ニ於テハ特ニ「權利ナクシテ」ノ一句ヲ法文中ニ挿入シテ私人ノ自由ニ拋棄シ得ヘキ權利タルヲ表明セリ例ヘハ「權利ナクシテ家宅ニ侵入シタル者ハ云

々ノ罪ト爲ス又權利ナクシテ人ヲ逮捕監禁シタル者ハ云々ノ罪ト爲スト規定スルノ類ナリ我勿稚ナル刑法ハ必スシモ一定ノ規準ナシト雖モ猥リニ若クハ故ナク等ノ句ヲ以テ棄權即チ承諾ニ依リ無罪タル可キ所爲ヲ區別スルコト往々ニシテ之アリ猥リニ人ヲ監禁スト云ヘルハ監禁ノ承諾ナキヲ示シ故ナク家屋ニ侵入スト謂ヘルハ承諾ナクシテ家宅ニ侵入スルノ意ヲ示セリ權利者ノ棄權ニ關スル一般ノ原則ハ右ニ說明シタル所ヲ以テ其大綱ヲ盡シタルモノトスレトモ今茲ニ論述ス可キモノハ自殺ニ關スル犯罪ノ存不存如何ノ論議ニ在リ

國家若クハ他人ハ一人ニ對シテ其生存ヲ強ユルハ權利ナク一私人ハ又國家若クハ他人ニ對シテ其生命ヲ保スルノ義務ナシ故ニ自殺ハ自己ノ權利ヲ害スルノ外他ニ國家若クハ他人ノ權利ヲ破ルコトナキモノナルヲ以テ生命權ハ決シテ賣買讓與スルコト能ハサルモノナルニ關セテ刑法ノ問フ可キモノニ非ス又承諾ノ上ニテ自ラ其身ヲ賣ル者ノ如キ買主ノ外ハ罪トシテ之ヲ論スルコトヲ得ス唯民法上ニ於テ其賣買ヲ無効トスルノ外勿ル可シ

自殺ハ斯ク他人ノ權利ヲ害スルコトナシト雖モ德義ヲ破リ公安ヲ害スルノ所爲

タルノ點ヨリ刑法ニ於テ或ハ其罪ヲ定メ以テ自殺ノ惡習ヲ禁スルコトヲ得サルニ非ス現ニ英領印度ニ於テハ自殺ノ未遂ヲ以テ罪ト爲シ羅馬法ニ於テハ兵士ノ自殺未遂ヲ罰シタリト雖モ其既遂罪ニ至テハ罰金若クハ其他ノ財産刑又ハ宗教法ニ於テハ破門刑ノミニ止マリ未遂罪ノ外之ヲ罰スルコトヲ得サレハ自殺ノ所爲ヲ罰スルハ到底刑ノ權衡ヲ得タルモノニ非ス且一般自殺者ノ心意精神ヲ考察スルトキハ統計上十中ノ八九ハ精神錯亂ニ出テタル者ニシテ之ヲ罰スルコトヲ得サル場合極メテ多シトス是レ刑法カ一般ニ自殺者ヲ罰セサル所以ナリ

自殺ニ加功シテ之ヲ幫助シタル者モ亦犯罪トシテ之ヲ論スルコトヲ得ス何トナレハ本來罪ト爲ル可カラサル所爲タルヲ以テ其加功者モ亦罪ト爲ル可キ所爲ナリ行フコトヲ得サレハナリ然レトモ自殺ハ即チ自ラ其生命ヲ亡ホスノ所爲ナレハ彼ノ他人カ手ヲ下シテ自殺ヲ行ヒ又ハ自殺ヲ教唆シタル場合ノ如キハ素ヨリ純然タル殺人罪ニシテ單ニ之ヲ自殺ニ加功ト爲スニ止マテ得ス但刑法ハ自殺ノ加功補助者ト雖モ尙ホ之ヲ罰ス可キモノト定メタリ事ハ尙ホ各論ノ講義ニ於テ詳カニスル所アル可シ

棄權ノ原理ニ關シ尙一ノ論ス可キモノアリ即チ承諾ヲ得テ人ヲ殺シタル場合ト  
 夫已ニ論述シタルカ如ク自殺ハ道德ニ反スルノ所爲タルモ自ラ其權利ヲ放棄ス  
 ルモノナレハ敢テ刑法ノ罪トシテ論スルモノニ非スト雖モ生命權ナルモノハ決  
 シテ之ヲ賣買讓與シ得ヘキ私權利ニ非サレハ承諾アリト雖モ人ヲ殺シタルモノ  
 ニ至ツテハ毫モ犯罪ノ責任ヲ免ルコトヲ得ルナリ但此場合ニ於テハ唯國家  
 ノ人命ヲ保護スルノ權利ヲ害スルニ止マリ各私人ノ權利ヲ損スルコトナキヲ以  
 テ其刑ニ至リテハ謀殺ト同シク之ヲ論スルコトヲ得ス尙ホ我刑法ノ規定如何ニ  
 就テハ之ヲ各論ノ講述ニ讓ル可シ

第二項 國家ノ棄權ニ基ク不論罪

國家ノ意思(即チ法律自身)ヲ以テ放棄シタル權利ハ之ヲ破ルコトヲ得ス蓋一ノ所  
 爲ニシテ各個人ノ私權利ヲ破ルコトアルモ國家ニ屬スル權利ヲ破ルコトナキトキ  
 ハ決シテ罪ト爲ル可キモノニ非サルヲ以テ國家ニ於テ自ラ其權利ヲ放棄シタル  
 場合ニ於テモ亦犯罪成立スルコトナシ例ヘハ不得已ハ危急又ハ正當防禦ニ出テ  
 タル所爲ノ如キハ各私人ノ權利ヲ損スルコトアルモ社會ノ安寧ニ關シテ國家ノ

國家ノ棄  
 權ニ基ク  
 不論罪

有ス可キ權利ハ國家自ラ之ヲ放棄シタルモノナレハ當然犯罪タルコトヲ得サル  
 ナリ但死刑ノ宣告ヲ受ケタル者ニ就テハ國家ハ唯國家ノ適法ナル機關ニ由リテ  
 其生命ヲ奪フコトヲ得ルニ止マリ各個人ニシテ猥リニ之ヲ殺スモノ、如キハ素  
 ヲリ殺人犯タルヲ免レス之ニ反シテ法律自身ノ禁セサル所爲ハ縱令各個人ノ私  
 權利ヲ破ルモ國家ノ權利ヲ破ルモノニ非サレハ罪トシテ之ヲ論スルコトヲ得ス  
 況ンヤ國家ノ意思即チ法律ノ命令スル所ヲ執行スルニ於テオヤ我刑法第七十六條  
 ニ曰ク本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ爲シタル者ハ其罪ヲ論セスト即チ其  
 所爲ノ無罪タルニハ(第二)本屬長官ノ命令ニ從ヒ(第二)其職務ヲ以テ爲シタルモノ  
 ヲラサル可カラズ例ヘハ逮捕官吏カ豫審判事ノ命令ニ由テ犯人ヲ捕縛シ兵士カ  
 長官ノ命令ニ從ヒ敵軍ヲ襲撃スル等素ヨリ明白ニシテ疑フ可キモノナシト雖モ  
 長官ノ命スル所不當ノ所爲タル場合ニ於テハ頗ル疑義ノ存スル者アリ余ハ先ツ  
 左ニ一二ノ例ヲ示シ而シテ後其論局ヲ結ハシ  
 豫審判事カ逮捕ヲ命スル所ノ甲某ハ決シテ犯人ニ非サルヲ知リ逮捕官吏ニシテ  
 尙ホ之ヲ捕縛セン乎豫審判事ハ職權ヲ以テ之ヲ命シ逮捕官吏ハ職務ヲ以テ之ヲ

刑法汎論 犯罪ノ成立 犯罪ノ主體物體及手段 犯罪ノ物體

執行ス豈ニ犯罪ヲ以テ逮捕官吏ノ所爲ヲ論スルコトヲ得シヤ將官カ襲撃ヲ命スル所ノ山上ノ一軍ハ官軍タルコトヲ知リ尙之ヲ砲撃スルノ兵士アラシ乎將官ハ職權ヲ以テ之ヲ命令シ兵士ハ職務ヲ以テ之ヲ行フ安ソ罪ノ問フ可キモノアラシヤ蓋長官ノ命シタル甲某ハ果シテ犯人ナルヤ否ヤ又山上ノ一軍ハ果シテ敵軍ナルヤ否ヤハ事實ノ問題ニ屬シ其之ヲ斷定ヲ爲スハ長官ノ權内ニ存在シ兵士又ハ官吏ハ敢テ其斷定ノ當否ヲ争フコトヲ得ス命令ノ不當ナルヲ知ルト雖モ苟モ事其職務ニ係ル以上ハ即チ法律ノ命スル所ナリ然レトモ今若シ豫審判事ニシテ逮捕官吏ニ向ヒ違警罪犯ハ悉ク之ヲ捕縛ス可シ又ハ甲某ハ無罪者ナリ故ニ之ヲ逮捕ス可シト命令シ又將官ニシテ兵士ニ向ヒ苟モ官軍ヲラシニハ悉ク之ヲ襲撃ス可シ又ハ彼ノ山上ノ一軍ハ官軍ナリ故ニ之ヲ襲撃ス可シト命令スルコトアラシ乎官吏兵士ハ其命令ノ不正ナルヲ知ルト否トヲ問ハス共ニ之ヲ不問ニ附ス可キモノニ非ス蓋違警罪犯又ハ無罪者ハ本來逮捕ス可キモノナルヤ否ヤ又官軍ニ對シテ襲撃ヲ爲ス可キモノナルヤ否ハ法律ノ問題ニ屬シ官吏兵士ノ共ニ知ラサル可カラサルノ義務アルモノナリ命令ノ正否ヲ知ラスト雖モ苟モ事不正不法ニ係

ルモノハ即チ法律ノ禁スル所ナリ之ヲ要スルニ長官ノ命令ノ當否ニシテ法律ノ問題ニ屬スルトキハ之ヲ知ルト否トヲ問ハス事不正ニ係ルモノハ刑法ヲ以テ之ヲ問ヒ事實ノ問題ニ屬スルトキハ之ヲ知ルト否トヲ別タス其罪ヲ論スルコトヲ得ス然ルニ我刑法ハ單ニ長官ノ命令ニ從ヒ云々ト記載シ法律ト事實ニ係ルモノトヲ分タス更ニ命令ノ當否ヲ問ハサルニ似タリト雖モ第二ノ條件トシテ職務ヲ以テ爲シタルコトヲ要スルカ故ニ命令ノ當否法律ノ問題ニ屬シ法律ニ於テ之ヲ禁スル場合ハ即チ官吏ノ職務ニ非ストシ又其事實ノ問題ニ屬シテ法律ニ於テ之ヲ命スル場合ハ職務ヲ以テ爲シタルモノト爲ス可シ故ニ我刑法ノ明文ハ其用サル所ノ文字ヲ異ニスルモ其論局ニ至リテハ上來論述シタル論理ト同一ナリ如何トナレハ自己ノ職務ノ有無ヲ判定スルハ是又法律ニ屬スル問題ニシテ法律ノ不識ハ以テ其罪ヲ免ルノ理由タラズ又事實ニ屬スル問題ニ係リ職務ヲ以テ之ヲ行フトキハ命令ノ不正ナルヲ知ルト雖モ是法律ノ強ユル所ニシテ其罪ヲ論ス可キモノニ非サレハナリ

上來論述スル所ノ論理ニ依リ我刑法第七十六條ノ精神ハ一言ニシテ能ク之ヲ盡

スコトヲ得可シ即チ該條ハ法律ノ命スル所ハ所爲ハ罪ト爲ラサルコトヲ示スモ  
 ハニ過キス受命ノ官吏カ其長官ノ命令法律ニ違ヒ又ハ自己ノ職務ニ屬セス其所  
 爲ニシテ罪ト爲ル可キヤ否ヲ定ムルハ唯其所爲ハ法律ノ命スル所ナルヤ否ヲ決  
 スルノ一事ニ在リ夫ノ長官ノ命スル所法律ニ反スルコトタルヲ知ルト否トニ從  
 ビ犯罪ノ有無ヲ決スルノ標準トスルカ如キ論者ハ未タ人ヲシテ法律規則ヲ知ラ  
 サルノ故ヲ以テ其罪ヲ免カレシメントスルノ誤見ヲ脱スル能ハサルモノナリ但  
 法律ノ不識及事實ノ不識ニ關スル法理ハ後章ニ於テ之ヲ詳述ス可シ

第三項 不得已ニ出テタル所爲

抗拒ス可カラサル強迫又ハ避ク可カラサル天災若クハ意外ノ變ニ遇ヒ身體生命  
 ヲ保全スル爲メ已ムヲ得スシテ他人ニ屬スル權利ヲ害スルノ所爲ヲ稱シテ不得  
 已ニ出テタル所爲ト云ヒ國家ニ屬スル權利即チ被害者ヲ保護スル國家ノ權利ハ  
 國家自ラ之ヲ放棄シ刑法上之ヲ罪トシテ論セサルモノナリ何トナレハ斯ル場合  
 ニ際シ自己ノ生命ヲ捨テ他人ノ生命ヲ保全スルハ實ニ非常至高ノ德義タル可キ  
 モ國家ハ敢テ一般ノ人民ニ向テ仁人君子ヲラフコトヲ強ユルモノニ非サレハナ  
 リ更ニ之ヲ詳述スレハ國家ハ常ニ吾人ニ向テ普通人タレト強ユルモ仁人君子又  
 ハ呆子痴漢タレト強ユルモノニ非サルナリ但國家ハ不得已ニ出テタル所爲ヲ以  
 テ正理ニ合スルモノトセサルカ故ニ唯其罪ヲ免除スルニ止マリ加害者ニ與フル  
 ハ自己ノ生命ヲ保全シ他ノ生命ヲ斷絶ス可キノ權利ヲ以テスルモノニ非サルナ  
 リ是不得已ニ出テタル所爲ト正當防禦ニ出テタル所爲ト大ニ其趣ヲ異ニスルノ  
 一點ナリ今一二ノ事例ヲ舉ケテ以上ノ原理ヲ説明センニ例ハ洋中ノ船舶颶風  
 ニ遇フテ覆没シ甲乙二人ノ乗客僅ニ一人ヲ保テ可キ一片ノ木板ヲ爭ヒ各危難ヲ  
 免レンコトヲ欲シテ遂ニ乙者ヲ海中ニ沈メ甲者自ラ其身ヲ全フシタル場合ノ如  
 キ又ハ甲者アリ乙者ヲ強迫シ丙者ノ財物ヲ強奪スルニ非サレハ直チニ乙者ヲ殺  
 害ス可シト強制シ乙者ハ己ムヲ得スシテ丙者ノ財物ヲ強取シタル場合ノ如キハ  
 甲者ハ他人ノ權利ヲ害シ自己ノ生命ヲ全フシタルモノニシテ其不正ノ所爲タル  
 ヤ明カナリト雖モ國家ハ仁人君子タル至高ノ德義ヲ以テ甲者ニ強ユルコトヲ得  
 サルモノト爲シ被害者ヲ保護スルノ權利ヲ棄テ之ヲ不問ニ附スルモノナリ

不得已ニ  
 出テタル  
 所爲

刑法第七十七條ニ曰ク抗拒ス可カラサル強制ニ遇ヒ其意ニ非サルノ所爲ハ其罪

ヲ論セス天災又ハ意外ノ變ニ因リ避ク可カラサル危難ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出テタル所爲モ亦同シト蓋此法文ハ予ノ茲ニ論セントスル所ノ不得已ニ出テタル所爲ニ關スル法理ヲ包含スルモノナリ而シテ該法文タル我刑法學者間ニ於テ異說紛々タル所ノモノナレハ今左ニ之ヲ分析シテ評論ヲ試ム可シ

(一) 抗拒ス可カラサル強制トハ何ソヤ通常學者ハ之ヲ二種ニ別テ有形無限ノ暴力及ヒ無形強迫ノ威力ト爲セリ我刑法ノ所謂強制トハ即チ此二者ヲ包含スルノ意ナル可シト雖モ第一種ノ有形無限ノ暴力ニ係ル場合ハ不得已ニ出テタル所爲ニ非サルナリ例ヘハ甲者暴力ヲ用キテ乙者ノ手ヲ執リ強テ丙者ヲ殺シタルカ如キハ是甲者ノ所爲ニシテ乙者ノ所爲ニ非ス乙者ハ單ニ甲者カ犯罪ノ器械手段ト爲リシモノニ過キサルナリ既ニ乙者ノ所爲ニ非ス之ヲ乙者カ不得已ニ出テタル所爲トスルコトヲ得ス故ニ乙者ノ無罪タルハ不得已ニ出テタル所爲タルカ故ニ非スシテ本來乙者ノ所爲ヲラサルノ故ニ出ツルナリ此理由ニ基ク所ノ不論罪ハ後段ニ論ス可キモノニシテ茲ニ論ス可キモノニ非ス之ニ反シテ無形ノ強制即チ

強迫ニ遇ヒ又ハ本條第二項ノ場合ニ於ケル所爲ハ眞ニ乙者カ己ムヲ得スシテ爲シタルモノニ屬ス故ニ抗拒ス可カラサル有形ノ強制ト無形ノ強制トハ共ニ不論罪ノ原因タルモ其基ク所ノ理由ニ於テハ實ニ霄壤ノ大差アリ我刑法ハ之ヲ同一ノ法條ニ收メタルモ決シテ此差異ヲ看過スルコトアル可カラヌ又中世自由說ノ流行セルヨリ學者往々本條ノ不論罪ヲ以テ犯罪構成ノ元素ナル自由ヲ欲クニ原因スルモノト爲シ有形ノ強制ハ外部即チ身体ノ自由ヲ奪ヒ無形ノ強制ハ内部即チ精神ノ自由ヲ失フモノト説クモノアリト雖モ元來自由ナルモノハ犯罪構成ノ元素ニ非ス何トナレハ有形ノ強制ニ出テタル場合ハ強制ヲ受ケタル者ノ所爲ニ非サルヲ以テ素ヨリ犯罪ノ責任ヲ負フコト勿ル可キカ故ニ自由ノ必要ヲ説クノ要勿ル可ク又無形ノ強制ニ出テタル場合ハ決シテ精神ノ自由ヲ失ヒタル者ニ非ザレハナリ甲者アリ乙者ニ向テ曰ク汝ニシテ丙者カ住居セル家屋ニ放火セスハ予ハ今汝ヲ斬ラント乙者遂ニ火ヲ丙者ノ家ニ放チ之ヲ燒燬セリ乙ニシテ苟モ幼者瘋癲等犯罪責任ノ不能力者タルニ非スンハ乙己チ知リ他チ知リ又是非曲直ヲ辨知スルノ智能アリ論者尙ホ之ヲ精神ノ自由チ欠クモノトスルカ乙ハ丙家

ニ放火スルノ犯罪タルコトヲ知リ又己ヲ殺シテ他人ヲ害スルト他人ヲ害シテ己  
 ナ全フスルト二者其一ヲ擇フノ自由能力ヲ有セリ但乙カ丙ヲ害セントスルノ意  
 ナ決シタルノ趣旨ニ至リテハ危害ノ己ニ迫ルモノナキ場合ト自ラ異ナル所アル  
 可キモ犯罪ノ趣旨ノ善惡如何ハ或ハ減刑ノ一理由タル可キモ以テ不論罪ノ原因  
 トスルニ足ラサルナリ蓋無形ノ強制ハ内部即チ精神ノ自由ヲ奪フモノトスルハ  
 舊時刑法學者ノ主張スル所ニシテ其說タル既ニ陳腐ニ屬シ近世獨英學者ノ容レ  
 サル所ナリ是ヲ以テ有形ノ強制ニ由リ行ヒタル所爲ハ既ニ其人ノ所爲ニ非サレ  
 ハ其無罪タル可キハ固ヨリ喋々ノ辯ヲ俟タサル所ナリ今唯茲ニ論ス可キハ無形  
 ノ強制及天災又ハ意外ノ變ニ依リ不得己ニ出タル所爲ニ屬スルモノノミニ在リ  
 (二) 其意ニ非サルノ一句ハ法文ニ明示スル所ナレトモ敢テ過失ニ出テタル所爲  
 例ハ失火ノ如ク家屋ヲ燒燬スルノ意思勿リシ場合ノ如キモノヲ指スニ非ス何  
 トナレハ前項ニ講述セルカ如ク無形ノ強制ノ場合ニ於テハ斯ル意思ハ充分存在  
 セルモノナレハナリ蓋本條ニ所謂其意ニ非ストハ唯之ヲ希望スルノ念ナキコト  
 ナレトモ唯不得己ニ出テ、之ヲ行フモノニシテ他人ノ家屋ヲ燒キ他人ヲ害スル  
 コトヲ希望スルノ本意ニ非サルナリ而シテ事苟モ強制ニ出テタル以上ハ斯ル本  
 意ナキハ當然ニシテ其意ニ非サルノ意ハ已ニ強制ナル語中ニ包含スルモノナレ  
 ハ素ヨリ特ニ之ヲ明記スルノ必要ナキノミナラズ爲ニ却ツテ理論ノ混雜ヲ生ス  
 ルニ至ル可シ我刑法草案カ此語ヲ除キタルハ能ク理論ニ合シタリト云フ可シ然  
 ルニ我立法官ニシテ特ニ此一句ヲ加ヘタルハ或ハ強制ヲ以テ自由ヲ飲クモノト  
 スル舊刑法學者ノ說ヲ襲踏シタルモノナラシムル歟

(三) 既ニ強制ニ無形ナルモノアル以上ハ抗拒ス可カラサル強制ニモ亦無形上抗  
 拒ス可カラサルモノアル可シト雖モ疎遠ナル親屬ノ生命若クハ自己ヲ僅少ナル  
 財産ニ對シテ他人ノ生命ヲ絶ツ可シト強迫ヲ受クル場合ノ如キハ之ヲ抗拒ス可  
 カラサルモノト云フコトヲ得ス即チ受クル所ノ害ト行ハントスル所ノ害ト多少  
 ハ無形上抗拒ス可カラサルモノナルヤ否ヲ識別スルノ標準ナリ刑法第七十五條  
 第二項ニ於テハ自己若クハ親屬ノ身體ニ限リ第一項ニ於テハ此制限ヲ設ケス又  
 其強制ノ財産ニ及フト將タ生命身體ニ及フト區別スルコトナキヲ以テ住居學者



ノ論議ヲ來セリト雖モ余ヲ以テ之ヲ見レハ其害ヲ受クル所ノ人ト物ト又強迫又ハ天災ニ際シ其行ハントスル所ノ加害ノ程度ノ如キハ事實ノ問題ニ屬セリ法官ノ着眼ス可キハ唯之ヲ無形上抗拒ス可カラサルモノトス可キヤ否ヲ一定スルニ在ル而已

- (四) 第二項ノ場合ハ唯自己若クハ親屬ノ身體ヲ保全スル時ニ限りタルヲ以テ自己ノ財産又ハ他人ノ身體財産ニ就テハ不論罪ノ限ニ在ラサルヲ知ル可シ
- (五) 法文ニ天災又ハ意外ノ變ト明記スレトモ意外ノ變トハ如何ナル變災ヲ包含ス可キヤ茲ニ逐一枚擧スルコトヲ得スト雖モ此場合ハ第一項ノ場合ト異ナリ智能ナキ物體ヨリスル所ノ有形ナル強制ノミヲ指スモノト知ル可シ
- (六) 要スルニ以上論スル所ノ強制又ハ變災ハ現在ニシテ避ク可カラサルモノタルヲ要ス現在ナラス又避ケ得可キ強制ハ抗拒ス可カラサルモノニ非ス又現在ナラサル災變ハ避ク可カラサルモノニ非ス是法文ニ抗拒ス可カラサル強制ト云ヒ又ハ避ク可カラサル危難ト明言セル所以ナリ

正當防衛  
ニ出テタ

第四項 正當防衛ニ出テタル所爲

我刑法ハ正當防衛ヲ總則中ニ列セサルヲ以テ其詳密ナル原理ハ之ヲ各論ノ講義ニ讓ル可シト雖モ其梗概ヲ云ヘハ正當防衛ハ目前ノ不正ナル攻撃ニ對スル防衛ノ所爲ナリ今正當防衛ト前段ニ講述シタル所爲トノ區別及差異ヲ示スコト左ノ如シ

- (一) 不得已ニ出テタル所爲ハ各個人ノ權利ヲ害スルモ國家ハ此被害者ヲ保護ス可キ自己ノ權利ヲ棄テ唯罪トシテ之ヲ論セサルニ止マリ他人ヲ害スルノ權利ヲ認ムルコトナキモ正當防衛ノ場合ニ於テハ國家ハ單ニ其權利ヲ放棄スルニ止マラス更ニ不正ノ攻撃ヲ受クル者ニ附與スルニ正當防衛ヲ行フノ權ヲ以テス
- (二) 不得已ニ出テタル所爲ノ場合ニ於テハ加害者被害者共ニ同等ノ地位ニ在ルモ正當防衛ノ場合ニ於テハ攻撃者ノ所爲ハ必ス不正ナルコトヲ要ス故ニ正當防衛者ニ對シテ反撃ヲ爲シタル者ハ之ヲ不得已ニ出テタル所爲トシテ不論罪ヲ主張スルコトヲ得ス
- (三) 不得已ニ出テタル所爲ノ場合ニ於テ自己ノ生命ヲ捨テ他人ノ生命ヲ全フスルハ非常至高ノ徳義ニシテ仁人君子ノ所爲タル可キモ正當防衛ノ場合ニ於テ自

ノ論議ヲ來セリト雖モ余ヲ以テ之ヲ見レハ其害ヲ受クル所ノ人ト物ト又強迫又ハ天災ニ際シ其行ハントスル所ノ加害ノ程度ノ如キハ事實ノ問題ニ屬セリ法官ノ着眼ス可キハ唯之ヲ無形上抗拒ス可カラサルモノトス可キヤ否ヲ一定スルニ在ル而已

(四) 第二項ノ場合ハ唯自己若クハ親屬ノ身體ヲ保全スル時ニ限リタルヲ以テ自己ノ財産又ハ他人ノ身體財産ニ就テハ不論罪ノ限ニ在ラサルヲ知ル可シ

(五) 法文ニ天災又ハ意外ノ變ト明記スレトモ意外ノ變トハ如何ナル變災ヲ包含ス可キヤ茲ニ逐一枚擧スルコトヲ得スト雖モ此場合ハ第一項ノ場合ト異ナリ智能ナキ物體ヨリスル所ノ有形ナル強制ノミヲ指スモノト知ル可シ

(六) 要スルニ以上論スル所ノ強制又ハ變災ハ現在ニシテ避ク可カラサルモノタルヲ要ス現在ナラス又避ケ得可キ強制ハ抗拒ス可カラサルモノニ非ス又現在ナラサル災變ハ避ク可カラサルモノニ非ス是法文ニ抗拒ス可カラサル強制ト云ヒ又ハ避ク可カラサル危難ト明言セル所以ナリ

正當防衛ニ出テタル所爲

第四項 正當防衛ニ出テタル所爲

我刑法ハ正當防衛ヲ總則中ニ列セサルヲ以テ其詳密ナル原理ハ之ヲ各論ノ講義ニ讓ル可シト雖モ其梗概ヲ云ヘハ正當防衛ハ目前ノ不正ナル攻撃ニ對スル防衛ノ所爲ナリ今正當防衛ト前段ニ講述シタル所爲トノ區別及差異ヲ示スコト左ノ如シ

(一) 不得已ニ出テタル所爲ハ各個人ノ權利ヲ害スルモ國家ハ此被害者ヲ保護ス可キ自己ノ權利ヲ棄テ唯罪トシテ之ヲ論セサルニ止マリ他人ヲ害スルノ權利ヲ認ムルコトナキモ正當防衛ノ場合ニ於テハ國家ハ單ニ其權利ヲ放棄スルニ止マラス更ニ不正ノ攻撃ヲ受クル者ニ附與スルニ正當防衛ヲ行フノ權ヲ以テス

(二) 不得已ニ出テタル所爲ノ場合ニ於テハ加害者被害者共ニ同等ノ地位ニ在ルモ正當防衛ノ場合ニ於テハ攻撃者ノ所爲ハ必ス不正ナルコトヲ要ス故ニ正當防衛者ニ對シテ反撃ヲ爲シタル者ハ之ヲ不得已ニ出テタル所爲トシテ不論罪ヲ主張スルコトヲ得ス

(三) 不得已ニ出テタル所爲ノ場合ニ於テ自己ノ生命ヲ捨テ他人ノ生命ヲ全フスルハ非常至高ノ德義ニシテ仁人君子ノ所爲タル可キモ正當防衛ノ場合ニ於テ自

己ノ權利ヲ捨テ他人ヲシテ其非行ヲ遂クシムルハ非常極度ノ蠢愚ニシテ呆子痴漢タルヲ免レサル可シ

(四) 正當防衛權ハ他人ノ爲メニ之ヲ行フコトヲ得ルモ不得已ノ所爲ハ之ヲ行フコトヲ得ス

今一二ノ例ヲ擧ケテ前項ノ區別差異ヲ説明セシムルニ甲乙二人海中ニ漂流シ各其生命ヲ保全セント欲シ一小木片ヲ争ヒ甲遂ニ乙者ヲ溺死セシメタルハ不得已ニ出テタル所爲ニシテ山賊旅人ヲ強迫シ金錢ヲ強奪セントスルニ際シ旅人ニシテ山賊ヲ殺シタルハ正當防衛ニ出テタル所爲ナリトス故ニ乙者ノ所爲ハ正ナルモ山賊ノ所爲ハ不正ナル可ク(一)甲者ハ乙者ヲ殺スノ權ナキモ旅人ハ山賊ヲ殺スノ權アル可ク(二)若シ山賊ニシテ旅人ノ攻撃ヲ免ルハ途ナク反撃シテ却テ旅人ヲ害シタルトキハ之ヲ不得已ニ出テタル所爲トシテ不論罪トスルコトヲ得サル可ク(三)甲者ニシテ自ラ其生命ヲ捨テ乙者ノ生命ヲ全フシタルトキハ君子ノ行タル可キモ旅人ニシテ自ラ生命ヲ捨テ山賊ヲ害スルコト微リセハ非常ノ愚者タル可ク(四)又他人ニ在リテハ乙者ノ生命ヲ全フシ甲者ヲ殺スノ權勿ル可キモ山賊ヲ殺シ

犯罪ノ手段

旅人ヲ救フハ傍觀者ト雖モ之ヲ爲スコトヲ得可シ但不得已ニ出テタル所爲ト正當防衛ニ出テタル所爲トノ區別差異ニ至リテハ尙此四者ノミニ止マラサルコトハ各論ノ條下ニ於テ之ヲ詳述ス可シ

第三款 犯罪ノ手段

犯罪ノ主體タル加害者及犯罪ノ物體タル被害者アリト雖モ犯罪ノ手段ニシテ其間ニ介スルモノナクハ犯罪ノ實行ヲ見ルコト能ハス故ニ犯罪ヲ以テ一ノ所爲トシ論スルニハ犯罪ノ手段モ亦犯罪ノ成立ニ必要ナル條件ナリ但犯罪ノ手段中ニハ犯罪ノ物體又ハ犯罪ノ主體タルコトヲ得可キモノヲ包含スレトモ之ヲ手段トシテ論スル場合ニ於テハ唯犯罪ノ主體ニ使用セラレタル器械ト見做ス可ク犯罪ノ主體又ハ物體ハ尙ホ他ニ存在ス可キモノトス犯罪ノ手段ハ其主體タル犯罪者ノ意思ニ從テ動作スル所ノ器械ナリ抑モ意思ナル者ハ本來吾人ノ心裏ノ境界ニ存シ目以テ視ルコトヲ得ス耳以テ聽クコトヲ得ス手足以テ之ニ觸ルコトヲ得ス故ニ意思ノ外形ニ顯出シテ其作用ヲ爲スニハ無形ノ心裏境ト有形ノ現世界トノ間ニ架セラレタル橋梁勿ル可カラス此橋梁ハ即チ意思ニ服スル所ノ手段ナリ

而シテ吾人ノ身體全體ハ言フニ及ハズ其手足耳目等ハ人ノ生レ乍ラニシテ有スル所ノ天爲ノ器械ニシテ人ハ此等ノ器械ヲ其意思ニ首服セシメ此等ノ手段ヲ以テ其意思ヲ現世界ニ發顯シテ始メテ其目的タル物體ヲ左右スルコトヲ得ルナリ又犯者ハ其手足耳目等生レ乍ラシニテ本來有スル天爲ノ器械ノ外尙人爲ニ依テ得可キ諸種ノ器械ヲ以テ其意思ノ實行ニ使用スルコトヲ得可シ  
 犯罪ノ手段ハ(第一)犯罪ノ證明ニ供ス可キモノニシテ茲ニ犯罪ノ手段アレハ其犯罪ノ所爲タル意思ノ存在ヲ推測シ得可ク(第二)犯罪ノ手段ハ其使用シタル器械ノ種類ニ依リ刑ノ加重減輕ヲ來タシ(第三)犯罪ノ手段ニ種々アリ而シテ其手段ノ如何ハ準備未遂等ヲ定ムルノ點ニ於テ重要ノ關係ヲ有ス  
 犯罪ノ手段タル物件モ亦能力ヲ有セサル可カラズ若シ此能力ナキトキハ犯罪ノ手段ノ不能ニ基キタル不能犯タル可シ例ヘハ人ヲ毒殺セント欲シ毒藥ト思料シテ清水ヲ與ヘタル場合ノ如シ故ニ手段ノ不能ニ基ク不能犯ハ所爲ノ不能ニ非スシテ手段タル物質自身ノ不能ナリ尙ホ後章未遂犯ヲ論スルノ節ニ於テ詳カニスル所アル可シ

## 第二節 犯罪タル所爲

### 第一款 所爲ト責任トノ關係

#### 第一段 所爲ト責任トノ關係ノ發生

犯者ハ其心裏ニ發生スル意思ヲ以テ意思ナキ手段ニ移ストキハ手段ハ茲ニ活氣ヲ得テ犯人ノ意思ヲ以テ犯罪ノ物體上ニ實行シ以テ犯者ノ意思ト犯罪ノ事實トヲ連絡セシム此意思ト事實ト連絡ヲ稱シテ所爲ト云フ故ニ所爲ト事實トハ其間主客ノ區別アリ其事ナ一ニスルモ其看ル所ヲ異ニス今語ヲ換ヘテ之ヲ云ハ、事實トハ人ノ殺サレ家屋ノ燒ケ又ハ内亂ノ起ル等單ニ或出來事ヲ指スモノニシテ風ノ吹キ火ノ燃ヘ氷雪ノ冷ナル等均シク客觀上ノ意義タルニ過キサルモノ之ニ反シテ所爲トハ人ヲ殺シ家屋ヲ燒燬シ又ハ内亂ヲ起ス等意思ノ實行ニ顯ハル、モノヲ指シ凡テ主觀上ノ意義ヲ有ス故ニ苟モ所爲タル以上ハ其所爲ノ起源タル意思ト事實ト相結合セルモノ、謂ニシテ既ニ所爲ト云ヘハ意思モ事實モ自ラ其中ニ包含セラル、ナリ  
 犯罪タル所爲中ニハ法律ノ禁スル所ヲ爲シ又法律ハ命スル所ヲ爲サ、ルモノア

犯罪タル所爲ト責任トノ關係  
 所爲ト責任トノ關係  
 責任トノ發生

リ一チ行爲ト云ヒ一チ不爲ト云フ而シテ又此等ノ所爲タル故意ニ出ツルモノト故意ニ出テサルモノトアリ其故意ニ出テタルモノハ後章別ニ講スル所アル可シト雖モ不爲即チ爲ス可キコトヲ爲サ、ル所爲モ亦是一ノ所爲ニシテ犯罪ノ責任ヲ免ル、コトヲ得ス但此等不爲ノ犯罪タル多クハ國家ノ危害ヲ未然ニ豫防スルノ意ニ出テ利益ヲ増進スルノ目的ニ出ツル者甚タ少シトス今此種ノ犯罪ヲ別チテ左ノ三種ニ區分スルコトヲ得即チ

(一) 安寧警察ノ必要ニ出テ、僅少ノ違警罪ヲ認ムル場合アリ例ハ崩壞セシトスル家屋ノ修理ヲ爲サ、ル者危險ノ井溝凹所ニ防圍ヲ爲サ、ル者溝渠下水ヲ浚ハサル者等ノ如シ

(二) 公ノ職務又ハ營業タルノ性質ヲ有スルヨリシテ官吏若クハ人民ニ強ユルニ其義務ノ執行ヲ以テスルコトアリ例ハ官吏ニシテ法律規則ヲ公布施行セシ兵隊ヲ要求スルノ權アル官吏地方ノ騷擾ヲ鎮撫スルノ處分ヲ爲サス又ハ陸海軍ノ委任ヲ受ケ物品ヲ供給スル者交戦ノ際ニ軍備ノ缺乏ヲ致シ其他辯護人醫師技師等裁判所ノ呼出ニ應ゼサル等ノ場合はナリ

(三) 一般人民ノ義務タル可キモノヲ舉行セサル場合アリ例ハ水火其他ノ變ニ際シ官吏ヨリ防禦ス可キノ求ヲ受ケ傍觀シテ之ヲ肯セサル者ノ如キハ違警罪犯トシテ之ヲ處罰ス但我現行刑法ニ於テハ國事ニ關スル陰謀其他ノ重大ナル犯人アルコトヲ知リテ官ニ告ケサル者等ヲ罰スルコトヲキテ以此種ニ屬スル犯罪極メテ少シトス

上來論述シタル三種ノ所爲ヲ以テ我刑法カ不爲ヲ罰スル一般ノ場合ナリトス而シテ此不爲ヲ罰スルト否トニ付キ學者ノ間古來多少ノ論議アルハ一擧手一投足ノ勞ヲ取レハ事足ル可キ場合ニ於テ水火震災其他ノ危難ニ陷ラントスル者ヲ救助セサルノ所爲ヲ以テ犯罪トス可キヤ否ニ在リ而シテ此等ノ所爲ヲ以テ單ニ道德上ノ義務ヲ盡サ、ルモノト爲シ法律ニ於テ問フ可キモノニ非ストスルハ近世學者ノ定論ナルカ如シト雖モ我カ刑法ニ於テハ特ニ之ヨリ甚シキモノアリ即チ刑法第三百四十條ノ犯罪ナリトス同條カ自己ノ管守シ又ハ所有ノ地内ニ昏倒スル者アルヲ知テ之ヲ救助セサルノ所爲ニ對シテ輕罪ノ刑ヲ科スルハ刑ノ甚タ酷ナルモノアルニ似タリ但刑法第三百六十四條ニ於テ子孫奉養ヲ缺クノ所爲ヲ罰

刑法汎論 犯罪 犯罪ノ成立 犯罪タル所爲 所爲ト責任トノ關係

所爲ト責  
任トノ關  
係ノ消滅

第二段 所爲ト責任トノ關係ノ消滅

所爲ト責任トノ關係ニ就キ前段ニ論述シタル所ヲ以テ推論スルトキハ意思事實  
及意思ト事實ノ連絡ノ三者中其一ヲ缺クトキハ所爲ト責任トノ關係ハ自ラ消滅  
ス可キモノタルコトヲ知了シ得可シ今左ニ此消滅ノ場合ヲ分論セン

(一) 意思ナキ場合  
刑法第七十七條ニ曰ク「罪ヲ犯ス意ナキハ所爲ハ其罪ヲ論セス」ト是學者間ニ異論  
紛々タルノ條文ナリ今其意義ヲ例解スレバ例ニハ誤テ落馬シテ通行人ヲ傷ケ火  
ヲ失シテ人家ニ類焼シタルガ如キハ素ヨリ人ヲ傷ケ家ヲ燒クノ意思ナキモノナ  
レハ法律ニ於テ一般ニ之ヲ罪トスルコトナシト云フニ在リ故ニ此場合ハ第七十  
五條ノ抗拒ス可カラサル強制ニ出テタル所爲及天災ニ因リ避ク可カラサル危難  
ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身體ヲ保全スルニ出テタル所爲ト混同スルコトナキヲ  
要ス何トナレハ強制ニ由リ若クハ天災ニ際シ自己ヲ全ラスルト他人ヲ害スルト  
ハ自ラ之ヲ擇フコトヲ得可キモノニシテ其所爲ニ就テハ更ニ意思ナキモノニ非

サレハナリ然レトモ抗拒ス可カラサル有形ノ強制即チ暴力ニ出テ又ハ自己ノ生  
命身體ヲ保全スル爲メニ非スシテ天災等ノ強制ニ出テタル所爲ハ罪ヲ犯スノ意  
思ノ有無ハ措テ論セス全ク所爲ニ非サルヲ以テ特ニ刑法上其不論罪タルコトヲ  
規定スルノ要ナシ例ニハ甲者強テ予ヲシテ白刃ヲ持タシメ予カ手ヲ拘束シテ乙  
ヲ殺シタルガ如キ又ハ予カ人力車ニ乗シテ道路ヲ通行スルニ際シ大風俄然吹キ  
來リテ予カ車ヲ轉覆シ爲ニ通行人ヲ死ニ致シタル場合ノ如キハ決シテ予ノ所爲  
ニ非サルナリ故ニ我刑法第七十五條第一項ハ唯抗拒ス可カラサル無形ノ強制ニ  
出テタル所爲(即チ意思アル場合)ノミニ適用スルコトヲ得可シ其有形ノ強制ニ出  
テタル所爲ハ特ニ刑法ノ規定ヲ要セザルノ不論罪アリ學者往々有形ノ強制ヲ以  
テ第七十五條ノ場合トスルハ法文ニ拘泥シテ學理ノ大本ヲ誤ル者ト云フ可シ然  
レトモ我刑法第七十七條ハ「罪ヲ犯ス」ノ意ナキ云々ト云ヒ當ニ故意ナキ所爲ヲ罪  
トセサルニ止マラス故意アルモ尙ホ罪ヲ犯スノ意ナキ所爲ニ非サレハ罪ニ非サ  
ルモノトセルニ似タレトモ純然タル學理上ヨリ論スレハ刑法ノ總則即チ一般ニ  
犯罪ノ要素ヲ論スルノ條下ニ於テハ唯故意ナキ所爲ハ罪ニ非ズト規定スルヲ以

刑法汎論 犯罪 犯罪ノ成立 犯罪タル所爲 所爲ト責任トノ關係 九三

テ足レリトス而シテ我刑法カ特ニ罪ヲ犯スノ意ト明言シタル所以ノ理由如何ニ至リテハ後章ニ於テ詳述ス可シ

(二) 事實ノ存在セサル場合

意思ノ尙ホ各人ノ心裏ニ存シ外形ニ顯出シテ其作用ヲ示サ、ル以上ハ未タ事實ノ存在セサルモノニシテ犯罪ノ責任ナキヤ明カナリ例ハ竊盜ヲ爲シ又ハ人ヲ殺害セントノ意思ハ存在スルモ未タ竊盜シタル事實又ハ殺害シタル事實ニシテ現出セサル以上ハ犯罪ノ責任ナキガ如シ是事理明白ニシテ特ニ説明ヲ要ス可キナシ

(三) 意思ト事實トノ連絡ヲ缺ク場合

刑法第七十七條第二項ニ曰ク「罪ト爲ル可キ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者ハ其罪ヲ論セス」其第三項ニ曰ク「罪本重カル可クシテ犯ス時知ラサル者ハ其重キニ從テ論スルコトヲ得ス」ト是即チ意思ト事實ノ連絡ナキノ場合ナリ意思及事實ニシテ共ニ存在スルモ意思ト事實トヲ連絡シテ相應スルコトナクハ犯罪ノ責任勿ル可シ例ハ甲者乙女ノ有夫ノ婦タルコトヲ知ラス之ト姦通シタルトキハ甲ハ乙

ト姦通スルノ意思アリ且有夫ノ婦ト姦通シタルノ事實アリト雖モ甲者ハ乙者ノ有夫ノ婦タルコトヲ知ラサルカ故ニ甲者ノ意思ハ唯乙ナル處女ト通セントスルモノニ過キス意思ト事實ノ連結符合スルコトナキモノニシテ甲ハ有夫姦タル犯罪ノ責任ヲ負フコト勿ル可シ今法文ニ從ヒ本條ノ意義ヲ分析スレハ即チ左ノ數項ニ歸ス

(甲) 本條ノ不論罪ハ罪ヲ構成スル事實ヲ知ラサルモノニシテ法律ヲ知ラサル場合ニ非ス有夫ノ婦タルコトヲ知ラスシテ之ト姦通スルハ無罪ナルモ有夫ノ婦ト姦通スルハ法律ノ許ス所ト思料シテ犯シタル者ハ事實ノ不識ニ非スシテ法律ノ不識ニ屬シ決シテ之ヲ不問ニ附ス可キモノニ非ス刑法第七十七條第四項ニハ法律規則ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯スノ意ナシトスルコトヲ得スト明言シタルトモ余ヲ以テ之ヲ看レハ己ニ第二項ニ於テ事實ノ語ヲ用ヒタレハ此明文ハ自ラ不用ニ屬スルニ似タリ然レトモ我刑法ノ正文ヨリ論下ズルトキハ此第四項ハ第二項及第三項ノ例外ヲ示シタルモノニ非スシテ第一項ノ例外ヲ示シタルモノトセザルヲ得ス何トナレハ第一項ニ罪ヲ犯スノ意ナキ云々ト云ヒ所爲ヲ行フノ意ナキ

場合ノミニ限ラス頗ル汎博ナル語ヲ用ヒタルカ故ニ法律ヲ知ラスシテ犯シタル  
 場合例ハ有夫ノ婦ト姦通スルモ法律ノ禁止スルモノニ非スト思料シテ犯シタ  
 ル者ノ如キモ亦罪ヲ犯スノ意ナキモテセサルヲ得サルニ至ルヲ以テ特ニ之ヲ  
 明言スルノ必要アレハナリ學者往々第四項ヲ以テ第二項及第三項ノ事實ノ不識  
 ニ屬シ法律ノ不識ニ屬セサル所以ヲ明記スルモノトスルモノアリト雖モ是未ダ  
 學理ニ熟セサルノ淺見ト云ハサル可カラス

(乙) 事實ノ不識ニ二様アリ一ハ全ク罪ト爲ル可キ事實ヲ知ラサル場合ニシテ全  
 ク犯罪ノ責任ナシ一ハ唯罪ノ重カル可キ事實ヲ知ラサルモノニシテ其重キ部分  
 ニ就キ犯罪ノ責任ナキモノ是ナリ例ハ有夫ノ婦タルヲ知ラスシテ之ト姦通シ  
 タル如キ又ハ瓢箪ト思料シテ之ヲ兩斷シタルニ人ノ頭顱ナリシカ如キハ罪ト爲  
 ル可キ事實ヲ知ラサルモノニシテ全ク犯罪ノ責任ナシ又例ハ他人ト思料シテ  
 之ヲ殺害シタルニ犯者ノ父ナリシトキノ如キハ即チ罪ノ重カル可キ事實ヲ知ラ  
 サルモノニシテ通常人ヲ殺害シタルノ責任アレトモ父ヲ殺害シタルノ責任ナキ  
 カ如シ是本條第二項及第三項ノ明記スル所ナリ

(丙) 意思ト事實ト相連結符合セサル場合ト雖モ尙ホ怠慢若クハ過失ヲ罰スルコ  
 トアル可キハ前項ニ論述スル所ノ如クナレトモ此怠慢過失ヲ罰スル場合ニ於テ  
 ハ罪ト爲ル可キ事實ヲモ知ラサルトキト雖モ亦之ヲ罰スルコトヲ得可キヤ例ハ  
 ハ一獵夫アリ前面ノ山上一頭ノ羊アルヲ認メ之ヲ銃撃シタルニ羊ニ非スシテ單  
 ニ全身羊皮ヲ被リタルノ一狂人ナリシトキハ尙ホ之ヲ過失殺傷罪ニ問フ可キ乎  
 予ハ斷シテ此罪ナキモノトスル者ナリ蓋縱令過失怠慢ヲ罰スル場合ト雖モ其事  
 實ヲ識ラサルハ犯者ノ怠慢若クハ過失ニ源因スル者タルコトヲ要ス即チ前例ニ  
 於テ全身ニ羊皮ヲ被フリタル者ハ何人ト雖モ之ヲ羊ナリト思惟スルハ當然ナリ  
 其一狂人タルヲ知ラサルハ素ヨリ當然ノコトニシテ敢テ之ヲ怠慢若クハ過失ニ  
 出テタルモノト云フ可カラス

(丁) 法律ノ正條ニ明記スルコトナキモ爰ニ一言ス可キハ所爲ハ錯誤ナリ抑モ所  
 爲ノ錯誤ハ目的物ノ錯誤ト相對スルノ語ニシテ二者相似テ全ク其性質ヲ異ニセ  
 リ即チ目的物ノ錯誤トハ所爲ノ向フタル目的物ハ其信シタル目的物ヨリ他ノ物  
 體タリシ場合ヲ云フモノニシテ例ハ甲乙ヲ銃撃セント欲シ乙ト信シテ丙ヲ銃



撃シタルカ如キヲ指シ所爲ノ錯誤トハ犯者ノ所爲ハ其信スル所ノ目的ニ向ヒタルモ其方向ヲ誤リ他ノ物體ニ及ビタル場合ヲ云フモノニシテ例ハ甲乙ヲ銃撃セント欲シ乙ニ向ヒテ發砲シタルモ偶然ニシテ乙ノ背後ニ立テタル丙ヲ銃撃シタルカ如キヲ指ス而シテ目的物ノ錯誤ノ場合ニ在リテハ其目的物全ク犯罪物體タル能力ナキトキハ不能犯ニシテ全ク犯罪ノ責任ナキモ若シ犯罪物體タル能力ヲ具ヘタル者ニ係ルトキハ第七十七條第二項及第三項ノ區別ニ從ヒ處分セサルヲ得ス例ハ乙ナル有夫ノ婦ニ姦通セリト思惟セシニ丙ナル處女ナリシ場合ハ罪ト爲ル可キ事實ナキモノニシテ全ク無罪タル可ク又甲其父ナル乙ヲ銃殺セシト欲シ乙ト信シテ丙ナル他人ヲ銃殺シタルトキハ罪本ト重カル可クシテ其重キ事實ナキモノナレハ通常人ヲ殺スノ罪アル可キモ親ヲ殺スノ罪勿ル可シ之ニ反シテ所爲ノ錯誤ノ場合ニ在リテハ偶然ノ事變犯人ノ意思ト犯罪ノ事實トノ連結ヲ解除シ犯人ノ意外ナル結果ヲ生ズルヲ以テ苟モ故意ヲ要スル犯罪ニ就テハ其責任ナク唯之ヲ犯人ノ意内ニ存シタル物體ニ對スル未遂犯ト爲シ其意外ニ發シタル結果ハ之ヲ故意ヲ要セサル過失怠慢ノ罪ニ問フノ外勿ル可シ例ハ甲乙ヲ銃殺セント欲シ乙ニ向テ發砲シタルモ銃丸他物ニ觸レテ其正路ヲ失シ誤テ丙ナル傍人ヲ殺シタルトキハ甲ノ乙ニ對スル所爲ハ未遂犯罪ニシテ甲ノ丙ニ對スル所爲ハ過失殺人罪タル可シ

(戊) 抑モ所爲ノ結果ハ永遠無窮ニシテ際限ナシ試ニ一例ヲ舉ゲテ之ヲ示サシニ今夫レ予ハ充分ノ注意ヲ用井予カ机上ノ短銃ヲ動シタリトセン乎此一箇ノ所爲ヨリシテ短銃中ニ裝置セル火藥ヲ爆發セシメ銃丸飛ンテ甲ノ身體ニ觸レ甲ハ重傷シ久シノ病床ニ臥シテ遂ニ其死ヲ致シ遺族爲メニ生計ニ苦ミ依テ甲ノ長子乙ノ醫學修業ヲ中止セシメ業未タ成ラスシテ丙ナル患者ヲ診察シ過テ丙ヲ死ニ致ス結果ヲ生セリ予カ不注意ノ所爲ハ此丙者ヲ死ニ致シタルノ結果ニ就キ尙ホ責任アル可キヤ其無責任タル素ヨリ言ヲ俟タスト雖モ予ニシテ若シ白及ヲ執リ甲某ヲ兩斷セハ甲ハ忽チ死スルコトナラン人子ヲ目シテ甲ヲ殺スモノトスレトモ予ハ唯甲ヲ兩斷セルニ過キス甲ハ自ラ死スル而已苟モ天帝ニ非スハ誰カ甲ノ生命ヲ奪フコトヲ得ン故ニ甲ノ死ハ唯予カ所爲ノ結果ナリ予ハ此結果ニ付テモ亦其責任勿ル可キヤ否予ノ責ヲ免ルハコト能ハサルヤ又多言ヲ俟タスシテ明

カナリ然ラハ則チ犯者ヲシテ其所爲ノ結果ニ責任ヲ負ハシムルト否トハ如何ナル標準ヲ以テ之ヲ定ム可キ乎曰ク所爲ニ直接ナル自然ノ結果及豫メ想像シ得可キ直接ノ結果ヲ以テ犯者ノ責任ニ歸スルニ在リ例ハ人ヲ兩斷シテ其死ヲ來スハ所爲ニ直接ナル自然ノ結果ニシテ觀客ノ充滿セル劇場ニ放火シ多數人ノ死ヲ來タス可キハ豫メ想像シ得可キ直接ノ結果ナリ事實ト意思トノ結合チ欠クモノト云フ可カラス之ニ反シテ所爲ニ直接ナル自然若クハ豫メ想像シ得可カラサル結果ハ其事實ト犯者ノ意思トノ連結ナキモノニシテ從テ犯罪ノ責任ナシ故ニ過失殺ノ如キニ至リテハ輕少ノ毆打ニ依リ遂ニ被害者ヲ死ニ致スカ如キ重大ノ結果ヲ生スルモ法律ハ唯其過失ノミヲ罰シテ犯者ノ意思外ナル結果ヲ問フコトナク結果ノ大小ハ單ニ過失ノ大小ヲ推測スルノ標準タルニ過キサルナリ

上來論述シタル所ハ主觀上ヨリ犯意ノ何物タルコトヲ解釋シタルモノナリト雖モ今又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ナルモノハ單ニ或事實ノ存在ヲ知ルコトヲ云フニ過ギサルナリ其事實トハ即チ該條明示スル如ク左ノ四種ノモノヲ云フ

- 一、 法律規則ノ存在ヲ知ルコト
  - 二、 或ル事實ノ現存ヲ知ルコト
  - 三、 犯狀ヲ重カラシム可キ事實ノ現存ヲ知ルコト
  - 四、 或ル所爲ノ結果トシテ發生ス可キ事實ヲ知ルコト
- 右ノ如ク四種ノ事實ヲ悉ク知リツ、行ヒタル所爲ヲ犯意ニ出ツルモノト云ヒ第四ノ事實ト第二若クハ第三ノ事實トヲ知リツ、行ヒタル行爲ヲ惡意ニ出ツルモノト云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云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非スト思惟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未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下明言シ法律規則ノ不識ハ犯意ナキモ犯罪ノ責任ヲ免カル、コトヲ得サル旨ヲ規定セル所以ナリ又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既ニ現存セルコトヲ知ルナリ己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

犯意  
惡意

ヲ重カラシム可キ或ル事實ノ既ニ現存セル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ト爲ル可シ第七十七條第二項及第三項ノ規定スル所  
 即チ是ナリ又現存セル事實ヲ知リ並ニ罪狀ヲ重カラシム可キ現存セル事實ヲ知  
 リ且其所爲ニ依リ發生ス可キ將來ノ結果タル事實ヲ知ルトキハ之ヲ惡意ト云フ  
 故ニ例ハ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可  
 キコトヲ知ラサルトキハ人ヲ殺スモ殺人罪ノ意思勿ル可ク門戸ニ放火スルモ家  
 屋ヲ燒失スルノ結果ヲ生ス可キコトヲ知ラサルトキハ家屋ヲ燒燬スルモ放火ノ  
 罪勿ル可シ

由是觀之法律上ニ責任ヲ負ハシム可キ所謂犯意ニ出ツルノ所爲トハ或ル現存セ  
 ル事實ヲ知リ或ル將來ニ發生ス可キ結果ヲ知リツ、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リ如何ナル結果ヲ知レハ如何ナル犯罪ヲ構成ス  
 ルヤ否ハ刑法各條ノ規定スル所ニシテ人タル現存ノ事實ヲ知リ其生命ノ喪失ス  
 ル結果ヲ生ス可キコトヲ知リツ、或ル所爲ヲ加フルヲ殺人罪トシ人ノ所有物ヲ  
 ルコトヲ知リ其占有ノ奪取セラル、ノ結果ヲ生ス可キコトヲ知リツ、之ヲ竊取  
 スルヲ盜罪ト爲スカ如シ

所爲ノ狀  
 態  
 總說

第三節 所爲ノ狀態

第一段 總說

意思ト事實ト連結符合スルトキハ之ヲ稱シテ故意ニ出テタルモノト云フ意思ト  
 事實ト連結符合セサルモ注意若クハ謹慎ヲ欠キタルトキハ其所爲ヲ稱シテ過怠  
 ニ出テタルモノト云フ故ニ今主觀上即チ所爲ヲ行フ者ヨリ見ルトキハ所爲ニ故  
 意及過失ノ二狀態アレトモ若シ客觀上即チ所爲ヲ受クル者ヨリ見ルトキハ所爲  
 ニ已ニ遂ケタルモノト未ダ遂ケサルモノトアリ所爲ノ既遂未遂ハ又所爲ノ二狀  
 態ナリ一言以テ之ヲ蔽フトキハ主觀上所爲ニ故意ト過怠トノ區別アルハ恰モ客  
 觀上所爲ニ既遂未遂ノ區別アルカ如シ例ハ茲ニ一ノ殺人ノ所爲アリトセヨ犯  
 者ヨリ之ヲ云ハハ此所爲ハ故意ニ出テタルモノ(謀故殺)ト過怠ニ出テタル者(過失  
 殺)トアル可キモ被害者ヨリ之ヲ云ハハ已ニ殺サレタル者(既遂)ト未ダ殺サレサル  
 モノ(未遂)トアル可シ蓋有意犯ト云ヒ無意犯ト云フモノハ主觀上ノ觀察ニシテ既  
 遂犯ト云ヒ未遂犯ト云フモノハ客觀上ノ觀察タルニ過キサルナリ予ハ是レヨリ

段ヲ追ヒ項ヲ重ネテ此等ノ事項ヲ詳論セントスレトモ所爲ノ考察上當ニ主觀客觀ノ區別アルコトヲ看過ス可カラズ

犯意及過

第二段 犯意及過意

第一項 犯意

第一 犯意總說

今ヤ犯意ノ何物タルヲ説明スルニ先チ其一般ヲ畧述ス可シ抑モ人ノ意思ハ其欲スル所ノ必要ヲ満足セント希望スルニ依リ發動セラル、モノニシテ此等ノ必要ヲ満足スルコトヲ稱シテ人ノ欲望ト云フ即チ犯罪ヲ爲スノ趣旨又ハ目的ト成ルモノ是ナリ例ヘハ君父ノ讐ヲ復シ金錢ヲ貧リ又ハ飢餓ヲ醫セントスルカ如キハ皆是人ノ必要ヲ満足セントスルノ意思ナリ而シテ此等ノ必要ヲ充タサンカ爲メ犯者更ニ其意思ヲ轉シテ他人ノ金錢ヲ自己ノ有ト爲シ又ハ人ノ生命ヲ絶ツ等其他ノ結果ヲ生セントスルノ方向ヲ取リタルトキハ之ヲ故意ト云フ此意思尙ホ一步ヲ進メテ外形ニ顯出シタルトキハ之ヲ決心ト云フ例ヘハ他人ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生セントスルヲ求ムルノ意思ハ單ニ故意ナレトモ其人ヲ斬ラントシ又ハ之

ヲ毒殺セント思料ヲ定ムルトキハ即チ決心ナリ又他人ノ金錢ヲ自己ノ有ト爲サントスルノ意ハ只故意ニ止マレトモ其金錢ヲ竊取セントスルハ決心ナリ故ニ犯罪ハ目的ノ進ノテ故意ト爲リ故意ノ進ノテ決意ト爲ルニ成立スルモノナレトモ惡意ノ實行ニ顯ハル、形跡ノ順序ヨリ云ハ、決心先ツ發シテ人ヲ斬リ又ハ金錢ヲ竊取スルノ所爲ト爲リ次キニ故意ヲリシ人ヲ殺シ金錢ヲ奪フノ結果ヲ生シ最後ニ犯人ハ讐ヲ報シ貪欲ヲ充タシ又ハ飢餓ヲ救フノ目的ヲ達スルモノト云フ可シ依テ余ハ形跡ノ順序ニ從ヒ先ツ決心ノ何物タルヨリ説キ起サン

第二決心

決心トハ所爲ノ實行ヲ爲スノ直接ナル原因タル意思ヲ云フモノニシテ犯意ノ淺深輕重ノ度ハ決心ノ模様如何ニ關ス可キモノトス抑モ犯者カ其思料ヲ一定シテ決心シタルトキハ此決心ハ外形ニ顯出シテ犯罪ヲ實行スル端緒ノ所爲ト爲ル可シ然レトモ決心ニハ程度ノ在ルアリ即チ斯ク心裏ノ思料一定シテ決心ト爲リ決心ヨリ進ミテ端緒ノ行爲ニ至ルニハ或ハ深思熟慮ニ出ツルアリ或ハ一時ノ感動憤激ニ出ツルアリ其熟慮ニ出テタル決心ヲ豫謀ト云ヒ一時ノ憤激ニ出テタル決

心ヲ感激ト云フ請フ左ニ之ヲ詳論セシ

(一) 豫謀 豫謀トハ唯深思熟慮ニ出テタル決心ヲ指スモノニシテ決心ヨリ着手若クハ實行ニ至ル時日ノ長短ハ豫謀ノ有無ニ關係ナク決心ト實行トノ間久シキカ故ニ必スシモ豫謀アルニ非ス又短少ナルカ故ニ必スシモ豫謀ナキニ非ス時日ノ久シキハ唯豫謀アルノ證據ヲ示スモノニ過キサレナリ然リ而シテ一般ノ犯罪ニ在リテハ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リテ人ヲ殺シタル者ハ謀殺ノ罪ト爲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可キモノト定メタリ

(二) 感激 感激トハ一時ノ憤激ニ出テタル決心ニシテ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可キ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可キモノ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ズ今左ニ區別ノ標準ト爲ス可キ原則ノ一二ヲ示サン

(一) 感激ニ依テ犯罪ヲ決心シタリトスル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スレハナリ例へハ一時ノ憤怒ニ依リ忽チ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刀其命ヲ斷ナタルトキノ如シ

(二) 深思熟考シテ罪ヲ犯スノ意ヲ決スルモノ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例へハ甲者熟慮シテ乙者ヲ殺シテ舊怨ヲ報ヒント決意セル既ニ久シキトキ偶乙者ヲ爲メニ感激セラレテ忽チ之ヲ銃殺シタルトキノ如シ

(三) 既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非ス例へハ甲者豫メ謀リテ

乙者ヲ殺サント欲シ乙者ヲ道ニ要シテ襲撃シタルニ却テ乙者ヲ反撃ニ依リ憤怒ヲ發シテ乙者ヲ殺シタルトキノ如シ  
以上ノ三則ニ依リ諸君ハ豫謀ト感激トノ何物タルヲ了知セラレタル可シト雖モ二者共ニ所爲ハ實行ニ就テ立言セルモノナルコトヲ忘却ス可カラズ即チ沈思熟考ソ上犯罪ヲ實行シタルトキハ之ヲ豫謀ノアリタルモノトシ之ニ反シテ一時ニ憤激シテ犯罪ヲ實行シタルトキハ之ヲ感激ニ出テタルモノト爲スカ如シ

第三 故意

故意ト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將タ感激ニ出ツルトニ關係スル所ナシ例へば人ノ生命ヲ絶ツツ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勿ル可シ然レトモ茲ニ注意ス可キハ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唯其所爲ヨリシテ或ル結果ヲ生ス可キコトヲ知リツ、之ヲ行フモノハ即チ故意タルニ外ナラサルコト是ナリ例へば觀客ノ充滿セル劇場ニ放火スル者ハ其

意專ラ劇場ヲ燒燬スルニ在リテ敢テ觀客ノ死亡ヲ希望スルニ在ラサル可キモ爲メニ觀客ノ死亡ヲ來タスコトアル可キコトヲ知リツ、之ニ放火シ人ヲ殺シタル者ハ殺人罪タルヲ免カレス然レトモ法學ノ幼稚ナル我刑法ニ於テハ現ニ此結果ヲ來タス可キコトヲ知リタル場合ノミナ以テ故意アルモノトスルニ似タレハ若シ茲ニ愚人アリ人ヲ兩斷スルモ其死亡ヲ來ス可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ザルヲ得然ルニ英國法ハ更ニ一步ヲ進メテ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可カラサル場合及特ニ之ヲ知ル可キ義務アルモノニ對シテ仍ホ之ヲ故意ニ出テタルモノト推定セルハ大ニ其當ヲ得タルモノト云ハサル可カラズ  
學者故意ヲ別テ左ノ三種ト爲セリ即チ  
(一) 必然結果ノ發生ヲ期スル故意ヲ必定ノ故意ト云フ例へば甲者乙者ヲ殺サント欲シ甲者銃口ヲ乙者ニ向ケ之ヲ放ツトキハ銃丸乙者ヲ貫キ必ス其生命ヲ絶ツ可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ト云フ例へば甲者銃口ヲ乙者

ニ向テ之ヲ放ツトキハ銃丸乙者ヲ貫キ或ハ其生命ヲ絶ツコトアル可ク或ハ銃丸  
 正路ヲ失シテ乙ノ生命ヲ全フスルコトアル可キコトヲ豫知シ而シテ尙ホ之ヲ放  
 ナテ乙者ヲ殺シタルトキハ甲者ハ不定ノ故意ヲ以テ乙者ヲ殺シタルモノナリ  
 (三) 同一ノ所爲ヨリシテ二三ノ結果ヲ生シ得可キ場合ニ於テ必然一ノ結果ヲ期  
 シ必スシモ他ノ結果ヲ期セサルトキハ之ヲ必定不定併發ノ故意ト云フ例ハ甲  
 者銃口ヲ乙者ニ向テ之ヲ放ツトキハ銃丸乙者ノ身體ヲ貫キ必ス乙者ノ生命ヲ絶  
 ツノ結果ヲ生スルコトヲ期スルモ此銃丸ハ或ハ乙者ノ身體ヲ通過シ併セテ乙者  
 ノ背後ナル丙者ヲ貫キ丙者ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生スルヤモ知ル可カラスト思  
 料シテ之ヲ放チタルニ銃丸果シテ乙丙ヲ貫キ二人ノ生命ヲ絶チタルトキハ甲者  
 ハ必定及不定ノ故意ヲ以テ乙丙二人ヲ殺シタルモノナリ  
 以上掲ケタル故意三種ノ區別ハ今日學者ノ説ク所ナレトモ是等三種ノ故意共ニ  
 一ノ故意ニシテ犯罪ノ構成上更ニ關係スル所ナキヲ以テ學者ノ之ヲ區別スルハ  
 全ク不要ニ屬スルニ似タリト雖モ不定又ハ併發ノ故意モ法律上尙ホ之ヲ故意ト  
 シテ論ス可キモノナルコトヲ注意セシムルニ過キサルナリ

第四 目的

目的ハ犯人カ犯罪タル所爲ノ結果ヨリ得ル所ノ満足ナリ例ハ人ヲ殺シテ讐ヲ  
 復シ金錢ヲ強奪シテ貪慾ヲ飽カシムル等凡テ人心ノ内部ニ存スルモノナレトモ  
 犯罪ノ目的ハ刑法上如何ナル關係ヲ有スルヤ否ヲ知ラント欲セハ須ラシ先ツ故  
 意ト目的トノ性質上ハ區別ヲ了解セサル可カラス抑モ故意ハ直接ニ所爲ノ結果  
 ヲ見ントスルノ意思ニシテ故意ト結果トハ恰モ合シテ内外一體ヲ爲スカ如キモ  
 ノナレハ故意ト結果トハ各人各個ノ心意以外ヨリ之ヲ看察スルコトヲ得可シ語  
 ナ換ヘテ之ヲ云ハ、故意ハ各人各異ノ性質ナリシテ各人一般ノ性質ヲ帶フルモ  
 ノナレトモ目的ニ在リテハ然ラス縱令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異ラサルヲ得ス例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モノハ何人ニ於テ此  
 罪ヲ犯スモ毫モ其人ニ依リテ異ルコト無キモ其目的ニ至リテハ然ラス或ハ君父  
 ノ讐ヲ復スルカ爲メニスルモアラン或ハ金錢ヲ奪フカ爲メニスルモアラン  
 或ハ單ク快樂ノ爲メニスル者モアラン目的ニ各人一般ノ性質ナキヲ以テ見ル可

シ之ヲ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邪正ニ依リテ生スル關係ハ道德ノ範圍内ニ屬ス可シ是ヲ以テ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可キモ目的ノ善惡邪正ハ單ニ裁判官カ各犯罪ノ情狀ニ付キ法律ニ定メタル刑期内ニ於テ刑ノ輕重ヲ爲スノ標準タルヲ得ルニ過キサルナリ

第五 犯罪ノ證明ニ付テ一言ス可シ抑モ犯罪ノ證明ハ甚々困難ナルコト少カラス例ハ謀殺犯者ト雖モ容易ニ豫謀及故意アリシコトヲ自白セサル可シ創傷犯者ハ必ズ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辯護ス可シ故ニ裁判官ハ犯罪ノ手段目的等所爲全體ノ性質及犯罪ノ日時場所等一般ノ情況ヲ照察シ惡意ノ有無ヲ決セサル可ガラス但其證明ノ方法論定ノ規矩ニ至リテハ宜シク證據法ノ原理法則ニ從フ可キハ當然ナリ

過怠

第一項 過怠

第一 過怠總說

過怠ノ所爲ハ避ケ得可キ過誤ニ依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ケ得可キモノトハ一般通常ノ注意ヲ用ユルトキハ此過誤ヲ生スルコト勿クシコトヲ云フ然レトモ我刑法ハ過怠ノ如何ナル程度ニ限リテ法律上罰ス可キモノト定メタルカ敢テ其限界ヲ點ヲ發見スルコト能ハス民事上ノ責任ヲ負フ可キ過怠ハ其區域極メテ廣汎ニシテ犯罪ノ責任ヲ負擔セシム可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ヲ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可カラス今一般ノ原則ヨリ之ヲ云ハ、犯罪ハ必ズ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ト云ハサルヲ得ス故ニ法律上特ニ之ニ反對スル明文ヲ掲ケサル以上ハ必ズ故意ヲ要スル犯罪ト爲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擧ケレハ左ノ三種ニ歸ス

刑法汎論 犯罪ノ成立 所爲ノ狀態



(一) 犯罪物體ノ貴重ニシテ怖ル可キ重大ノ結果ヲ生スル場合即チ危害品及健康ヲ害ス可キ物品製造ニ關スル罪(第二百五十二條)健康ヲ害ス可キ飲食物及藥劑ヲ販賣スル罪(第二百五十五條)私ニ醫業ヲ爲スノ罪(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)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(第二百八十二條)乃至第二百八十二條)看守又ハ護送者囚徒ヲ逃走ヲ知ラサル罪等是ナリ

(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ナリ

以上三種ノ犯罪ハ全ク之ヲ過怠ニ出ツルモノ、ミトスルコトヲ得サルモ管ニ故意ニ出テタルモノ、ミニ止ラス過怠犯罪ノ場合ヲ包括スルヤ明カナリ今我刑法ヲ以テ獨英ノ刑法ニ比照セハ其過怠犯罪ノ場合稍少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可キモノナレトモ管テ是等ノ怠慢ヲ罰ス可キノ正條アルヲ見ス

第二 過怠ノ種類

過怠モ亦別テ三種ト爲スコトヲ得即チ疎虞懈怠及疎虞懈怠ノ併發是ナリ請フ左ニ之ヲ説明セシ

(一) 疎虞トハ意外ノ結果ヲ生スルコトアル可キコトヲ覺ラサルニ非サルモ充分ノ注意ヲ用キテ此結果ヲ來タサ、ル可シト信スル所ノ過怠ヲ云フ例ハ余ハ射的ヲ試ミソカ爲メ木片ノ標的ヲ余カ牆壁ニ掲ケ之ニ向テ發射セントスルニ際シ余ハ銃丸カ標的及牆壁ヲ貫キ通行人ヲ殺害スルコトアル可キヲ知レトモ余ハ充分ノ調査ヲ爲サス標的及牆壁ノ堅固ナル銃丸ノ之ヲ貫キ得可キモノニ非スト輕信シテ發射シ遂ニ意外ノ結果ヲ來タル時ハ余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可キコトヲ覺ラサル所ノ過怠ヲ云フ例ハ前例ニ於テ余ハ全ク銃丸ノ牆壁及標的ヲ貫キ通行人ヲ

害スルコトアル可キヲ覺ラス意外ノ結果ヲ來タシタル場合ハ如シ  
 疎虞懈怠ハ共ニ是レ過怠ノ一種類ナレトモ仍ホ諸君ヲシテ其區別ヲ明了ナラシ  
 メンカ爲メニ更ニ一例ヲ示サンニ例ヘハ甲者アリ散彈ヲ裝置セル獵銃ヲ以テ一  
 狂犬ヲ殺サント欲スルニ際シ熱心ノ餘乙者アリ狂犬ノ傍ニ立ツヲ知ラス乙  
 者ヲ殺スハ懈怠ナリ而シテ甲者若シ乙者アリ狂犬ノ傍ニ立ツコトヲ知ルモ散彈  
 ノ飛散ス可キ距離如何ヲ熟察セス必ス狂犬ヲミナ射テ乙者ヲ傷スルコトヲキモ  
 ソト輕信シタルトキハ疎虞ナリ若シ又之ニ反シテ甲者ハ或ハ乙者ト狂犬トヲ併  
 セテ殺傷スルコトアル可キコトヲ知リツ、乙者ヲ害シタルトキハ故意ニシテ過  
 怠ニ非サルナリ  
 (三) 次ニ疎虞及懈怠ハ同時ニ相互ニ併發スルコトアリ例ヘハ前項射的ノ一例ニ  
 於テ甲者ハ乙者アリ狂犬ノ傍ニ立ツコトヲ知ルモ銃丸ハ單ニ狂犬ヲミナ必中シ  
 テ乙者ヲ傷クルコトヲキモソト輕信シ而シテ乙者ヲ害シタルトキハ其乙者ヲ害  
 シタルノ所爲ハ疎虞ニ出ツルモノナレトモ若シ更ニ丙者アリ乙者ノ傍ニ立ツコ  
 トヲ知ラスシテ併セテ丙者ヲ殺傷シタルトキハ其丙者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併發ト云フ

故意及過怠ノ併發

第三項 故意及過怠ノ併發

是ヨリ故意及過怠ノ併發ニ就キテ講說セムニ此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今左ニ之ヲ分論セン  
 (一) 同一ノ所爲ヨリ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過怠ノ併發ト云フ例ヘ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怠ニ出テタル  
 犯罪トス或ハ古來ノ學者ハ往々之ヲ別種ノ故意トシ意外ノ結果ニ出テタル場合  
 ナ稱シテ間接ノ故意ト稱シ或ハ又有名ノ學者ニシテ之ヲ故意ニ基キタル過失ト  
 稱セシ者アリ今日ニ於テハ斯ル舊主義ハ實際上理論上共ニ採用スル者ナキ至  
 レリ  
 (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ズ第二ノ所爲ニ付テハ故意ナキモ結局同一ノ故意ニ出テ  
 タル結果ヲ生セシ時モ亦故意過怠二者ノ併發トス例ヘハ甲者白刃ヲ揮テ乙者ニ

加へ全ク其生命ヲ絶テタリト信シ罪證ヲ湮滅セシカ爲メニ其死體ヲ水中ニ投シ  
 タリシニ豈ニ料ラシヤ乙者ハ甲者ノ白刃ノ爲メニハ未ダ其命ヲ殞セス水ノ爲メ  
 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可ク第二ノ所爲ハ過怠ニ出テタルモノニシテ之ヲ過失殺  
 人ト云ハサル可カラズ古來ノ學者往々故意過怠二者ノ併發ヲ誤認シ斯ル場合ニ  
 於テハ共同一體ノ故意ナルモノアリト主張セシカ此說タル自家撞着ノ謬見タル  
 ナ免レス何トナレハ若シ第二ノ所爲ニシテ唯單ニ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クハ不定ノ故意ニ出テタルモノ  
 ト云ハサルヲ得サレハナリ例ヘハ前例ニ於テ甲者カ乙者ノ死體ヲ水中ニ投シタ  
 ルハ罪證湮滅ノ爲メニ非スシテ單ニ乙者ヲシテ再生セシムルコト勿ラシムル爲  
 メナリシトキハ是故意ナリ之ニ反シテ第二ノ所爲ニシテ第一ノ所爲ヲ堅固ナラ  
 シムルカ爲メニ非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過怠ニ出テタルモノニ外ナラス故  
 意過怠ノ二者ハ本來其性質ニ於テ相反シ之ヲ合同シテ單獨ノ一體ヲ爲サシムル  
 コト能ハサルナリ

第三段 既遂犯及未遂犯

第一項 既遂犯

既遂犯及未遂犯

刑法ノ講歩ハ愈進ミテ法理愈深遠ナリ今ヤ將ニ汎論中ノ骨子骨髓トモ稱ス可キ  
 區域ニ入ラシトス先ツ既遂犯未遂犯ノ區別ヨリ説キ起サン  
 既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モノヲ云フ  
 凡百ノ犯罪必スシモ然ラスト雖モ一般ヨリ云フトキハ故意ニ出テタル結果ハ發  
 生シテ故意ヲ達シタル場合ヲ總括ス但此場合ト雖モ既遂犯ナルモノハ唯故意ノ  
 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否トニ關係スルコ  
 トナシ例ヘハ第三百六十六條人ノ所有物ヲ竊取シタル者ハ竊盜ノ罪ト爲シ二月  
 以上四年以下ノ重禁錮ニ處スト云ヒ又ハ第二百九十三條豫メ謀テ人ヲ殺シタル  
 者ハ謀殺ノ罪ト爲シ死刑ニ處スト云フカ如キ其他比々皆然ラサルハナシ然レト  
 モ既遂犯ト雖モ或ル場合ニ於テハ刑ヲ輕減シ又ハ免除スルコトアリ即チ謀殺故  
 殺ヲ除ク外一般ノ犯罪ニ付テハ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(貨幣偽造罪)第九十三條(内亂陰謀罪)第二百二十六條(場合ニ於テハ其刑ヲ全免ス但如何ナル場合ニ於テモ不論罪ト爲ルコト能ハサルハ當然ナリ)

未遂犯

第二項 未遂犯

第一段 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ヲ云フ例ヘハ甲者乙者ヲ殺サント欲シ短銃ヲ以テ樹間ヨリ狙撃セシニ彈丸外ツレテ遂ニ乙者ヲ殛ス能ハサリシ場合ノ如シ即チ其故意ニ至リテハ既遂ノ場合ト異ナルナキモ其故意ト符合スル所ノ實効ヲ得サルモノナリ故ニ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  
我刑法ノ制度(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ク而シテ輕罪ノ未遂犯ニ至リテハ本條特ニ記載シタル場合ニ限リテ之ヲ處罰ス但未遂犯ヲ罰スルニハ何レノ場合ヲ問ハス既遂犯ノ刑ニ照ラシテ一等又ハ二等ヲ減ス可キモノト定メタリ(第百二十條)

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ニ至ラサル所爲ヲ以テ本罪トシテ之ヲ罰スルカ故ニ仍ホ更ニ總則ヲ適用シテ其罪ノ未遂犯罪ヲ罰スルコトアル可シ

第二段 豫備

余ハ未遂犯ニ就キテ詳細ナル論議ヲ爲スニ當リ先ツ犯罪ノ豫備陰謀ノ何物タルヲ講述センニ凡テ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可キモノハ豫備ノ所爲ナリトス  
抑モ本罪アリテ始メテ豫備ノ所爲ナルモノアリ既ニ豫備ト云ヘハ他ニ本罪アル可キハ當然ナレトモ豫備ト本罪トハ全ク別箇ノ所爲ナリ豫備ノ所爲ハ毫モ本罪タル所爲ノ一部ヲ構成スルモノニ非ズ例ヘハ人ヲ毒殺センカ爲メニ毒藥ヲ買入ル、所爲ノ如キ又ハ人ヲ斬殺センカ爲メニ刀劍ヲ買入ル、所爲ノ如キ毫モ毒殺又ハ斬殺ノ所爲ヲ構成スルコトナキカ如シ故ニ法律ハ本罪ニ照ラシテ豫備ヲ罰

ハルコトナキハ原則トス然レトモ玆ニ注意ス可キハ法律ハ本罪ヨリ云ヘハ豫備ノ所爲ナルモ之ヲ本罪ノ豫備トセズシテ全ク獨立ナル一個ノ犯罪トシテ之ヲ罰スルコト少ナカラサルニ在リ例ヘハ甲ナル者乙者ヲ殺サシカ爲メニ丙者ノ短銃ヲ竊取シタルトキハ此竊盜ノ所爲ハ殺人罪ノ豫備ナレトモ毫モ殺人罪ノ所爲ニ加ハリタルモノニ非サレハ法律ハ殺人罪ノ豫備トシテ之ヲ罰セサレトモ他人ノ所有物ヲ竊取シタル所爲ニ至リテ盜罪トシテ之ヲ罰ス可シ又毒物ノ賣買ヲ禁止スル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法律ハ毒殺罪ノ豫備トシテ之ヲ罰スルコトナクシテ毒物販賣規則ノ違反トシテ之ヲ罰スルコトヲ得可シ我刑法第百十一條ニ於テ凡ソ罪ヲ犯サシコトヲ謀リ又ハ其豫備ヲ爲スト雖モ未ダ犯罪ノ執行ニ着手セサル者ハ其罪ヲ論セスト云ヘルハ即チ此意ナリ然レトモ法律ハ豫備ノ所爲ヲ罰スルノ必要アルトキ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例ヘハ内亂ノ豫備陰謀ハ特ニ各條ノ明文ヲ以テ之ヲ罰ス可キコトヲ規定セリ但其刑罰ニ至リテハ之ヲ未遂犯罪ノ例ニ準セサルハ勿論ナリ

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「罪ヲ犯サシトシテ既ニ其事ヲ行フ」ト云ヘル一句ヲ指示スルモノニシテ第百十一條ニ「罪ヲ犯サシコトヲ謀リ又ハ其豫備ヲ爲スト」云ヘルハ未ダ執行ニ着手セサル以前ノ所爲ヲ云フモノナリ夫ノ犯罪ノ手段タル毒物兇器等ヲ買取調製スルカ如キハ豫備ノ範圍ニ屬シ之ヲ用ヰテ犯罪ノ執行ヲ始ムルト又ハ之ヲ中止スル上ハ尙ホ未ダ一ニ犯者ノ意中ニ存シ他人ノ得テ窺知ス可カラサル所ナリ

然レトモ執行ノ着手ト犯罪ノ豫備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ト豫備トノ區別ヲ決定スルコトヲ要ス令一二ノ設例ヲ擧ケテ之ヲ説明スレハ同一所爲ナルモ或ハ未遂犯ト爲リ或ハ單ニ豫備ノ所爲タルニ止マルコトアリ例ヘハ室内ノ人ヲ殺サシカ爲メ窓戶ヲ開クモ未ダ之ヲ以テ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カ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ヲ得可シ斯ク同一所爲ニシテ場合ノ異ナルニ從ヒ或ハ未遂犯罪爲リ或ハ豫備ノ所爲タルニ過キサルコトアル

ヲ以テ或ル所爲ハ果シテ或ル犯罪ノ未遂犯ナルヤ將タ單ニ豫備ノ所爲タルニ止  
 マルヤチ了解センニハ須ラク先ツ余カ各論ノ條下ニ於テ講述スル所ヲ聞キ法律  
 ハ如何ナル範圍ノ所爲ヲ以テ犯罪ト爲シタルヤ否ヤチ研究セサル可カラズ是ヲ  
 以テ汎論ヲ講究セツ、アル諸君ニ於テハ唯執行ノ着手即チ犯罪タル所爲ノ範圍  
 ニ入りタルモノヲ以テ未遂犯ト爲シ未タ其範圍以外ニ在ル所爲ヲ以テ犯罪ノ豫  
 備ト爲スコトヲ注意スレハ可ナリ而シテ如何ナル所爲カ果シテ盜罪ヲ構成ス可  
 キヤ將タ殺人罪ヲ構成ス可キヤ否ヤノ如キ各犯罪ノ説明ハ各論ノ講義ニ於テ之  
 ナ詳カニス可シ

前既ニ講述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  
 立アルコトナシ既ニ犯罪ノ成立ナキトキハ之ニ對スル未遂犯モ亦成立スルコト  
 ナキハ素ヨリ明白ナリ例ヘハ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ヰテ人ヲ毒殺セントスルカ如キ不能犯ニ在リテ  
 ハ之ニ對スル未遂犯罪モ亦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可カラサレハナリ故ニ犯罪ノ物體ニ能力アリ犯罪

ハ手段ニ能力アルトキハ縱令犯罪ノ實効ヲ生セサルモ既ニ之ニ着手スル以上ハ  
 尙ホ未遂犯トシテ之ヲ處分セサルヲ得ス例ヘ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ヰ又ハ發射シタル銃丸ハ堅固  
 ナル鎧甲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  
 能力ナキモノニ非サルヲ以テ之ヲ未遂犯トセサルヲ得ス何トナレハ此手段ハ所  
 謂絕對的不能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ナリ然レ  
 トモ學者往々說ヲ爲シテ毒藥ト思料シテ清水ヲ飲マシメタルハ絕對的ノ不能犯  
 ナリ少量ノ毒藥ヲ與ヘタルハ相對的ノ不能犯ナリ而シテ前者ハ之ヲ罰ス可カラ  
 サルモ後者ハ之ヲ罰スルヲ得可シト主張スルモノアレトモ後者ノ場合ハ未遂犯  
 ニシテ到底不能犯ノ名稱ヲ下スコト能ハサルモノナリ蓋シ學者カ此說ヲ爲スニ  
 至リタル所以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  
 ダ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スル誤見ニ出  
 テタルモノナリ例ヘハ甲者乙者ヲ殺サント欲シ乙者ニ向ヒテ短銃ヲ放チタルニ  
 銃丸乙者ノ頭上ヲ超過シテ乙者ニ適中スルコト能ハサリシトキハ何人モ之ヲ以

テ未遂犯ト爲ス可ク又如何ナル學者モ此斷案ニ對シテ異議ヲ挾ム者勿ルヘシ然ルニ若シ不能犯ヲ以テ到底爲シ能ハサルノ犯罪ト定解スル以上ハ甲者ノ所爲モ亦之ヲ不能犯トシテ其罪ヲ問フコト能ハサルノ不都合ヲ見ルニ至ル可シ何トテレハ銃丸ノ乙者ニ適中セサルハ甲者ノ眇着初メヨリ其方向ヲ誤リ乙者以外ノ物體ヲ狙フタルニ原因スルモノニシテ當初ヨリ眇着ヲ誤リタル方向ヲ以テ乙者ヲ狙撃セントスルハ到底爲シ能ハサル犯罪ナレハナリ其他、人ヲ毒殺セントシテ毒藥ノ分量不足ナリシ場合ノ如キ初メヨリ分量不足ノ毒藥ヲ以テ人ヲ殺サシトスルハ是亦到底爲シ能ハサル不能犯罪ト云ハサルヲ得サルニ至ル可シ是余カ既ニ犯罪物體ノ物理的能力ヲ講スルノ際ニ於テ諸君ニ注意セル所ナリ是ヲ以テ不能犯ノ如何ハ犯罪ノ物體主體及手段ノ能力ノ有無ニ依リテ之ヲ決セサル可カラス而シテ其能力ノ有無ハ之ヲ其性質如何ニ依リテ決ス可クシテ決シテ其結果如何ニ就テ斷案ヲ下ス可カラサルナリ

次ニ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例ヘハ賊アリ特種ノ寶物ヲ窃取セント欲シテ神殿ニ入ルモ其

寶物ハ既ニ他ノ倉庫ニ移シタル爲メ殿中ニ之ヲ捜査スルモ遂ニ得ル所ナクシテ去リタルトキノ如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罪トシテ之ヲ罰スルコトヲ得サルナリ然レトモ若シ此賊ニシテ寶物ヲ收メタル倉庫ニ入り得ルコト能ハスシテ去リタルトキハ之ヲ未遂犯ニ問フコトヲ得可シ又學者ノ常ニ引用セル一例ナルカ夫ノ掏賊カ金錢ヲキ衣囊中ニ其手ヲ挿入シタル場合ノ如キモ亦之ト同一理由ナリ

第四段 未遂犯ノ種類

前段ニ於テ説明セル如ク豫備ハ未タ犯罪タル所爲ニ着手セサルモノナルヲ以テ未遂犯ヲ構成スルコトナシ故ニ未遂犯ナルモノハ執行着手ヨリ起ルモノナルヲ以テ着手以後ニ於テハ未遂犯ハ唯二種類アルニ止マレリ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既ニ執行行爲ヲ終ルモ尙ホ犯罪ノ効果ヲ生セサル者はナリ前者ヲ着手ノ未遂犯ト云ヒ後者ヲ欲効ノ未遂犯ト云フ我現行刑法ニ於テハ其第一百二十二條ヲ以テ「罪ヲ犯サントシテ既ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障礙若シハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ」云々ト記載シ「其事ヲ行フト云ヘル

一句中ニハ單ニ着手ニ止マル場合ト執行ヲ終ルモ尙ホ犯罪ノ効果ヲ生セサル場  
 合トナ混同シ所爲ノ進行ノ度ヨリ二者ノ區別ヲ明言セスト雖モ犯罪ノ効果ヲ生  
 スルコト能ハサル原因ヲ分テ障礙ト舛錯トノ二者ト爲シ未遂犯罪ニ二種アルコ  
 トヲ認メタリ故ニ我刑法上ヨリ云フトキハ第一種即チ着手ノ未遂犯ヲ障礙ニ基  
 以ノ未遂犯ト稱シ第二種即チ缺効ノ未遂犯ヲ舛錯ニ基クノ未遂犯ト稱スルヲ適  
 當トス今設例ヲ以テ二者ノ區別ヲ說明セシニ例ハ甲者乙者ヲ殺サント欲シ其  
 携フル所ノ白刃ヲ以テ乙者ニ向フテ一撃ヲ試ミタルモ丙者傍ニ在リテ甲者ヲ扼  
 シタル爲メ甲者ハ遂ニ乙者ニ其刀ヲ加フルコト能ハサリシ場合ノ如キハ着手ノ  
 未遂犯ニシテ其所爲(即チ刀ヲ加フルノ所爲)未ダ了ラサル者ナリ而シテ丙者ノ所  
 爲ハ即チ障礙ナリ我刑法ヨリ之ヲ云ハ、障礙ニ依リ未ダ遂ゲサルモノナリトス  
 然ルニ甲者既ニ白刃ヲ乙者ニ加フルモ治療其宜シキヲ得乙者ハ其生命ヲ全フシ  
 タル場合又ハ毒藥ヲ飲マシメラレタル者其毒藥タルヲ知リテ直チニ消毒藥ヲ服  
 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ホ犯罪ノ効果  
 ヲ生セサルモノニシテ之ヲ缺効ノ未遂犯又ハ單ニ缺効犯ト云フ我刑法ヨリ之ヲ

云ハ所謂意外舛錯ニ依リ未ダ遂ゲサル者ナリ  
 上來論述スル所ノ第一種ノ未遂犯ハ事理頗ル單一ニシテ別ニ喋々ノ論議ヲ埃  
 スシテ自ラ明白ナレトモ唯第二種ノ未遂犯即チ缺効犯ニ至リテハ學者ノ異論少  
 ナカラス今其異説ヲ概括シテ三種ト爲ス即チ左ノ如シ  
 (第一説)ニ曰ク凡ソ缺効犯タラシニハ犯罪者ハ犯罪ノ既遂ニ必用ナル所爲方法ハ犯  
 者ノ之ヲ知ル上知ラサルトナ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ダ及  
 ハサルカ若クハ其執行方法ノ拙劣ナルニ基クトキハ缺効犯ニ非スシテ從テ又之  
 ナ罰スルコト能ハサルニ至ル可シ何トナレハ犯罪者ハ未ダ盡ク犯罪ヲ遂クルニ必  
 要ナル所爲ヲ爲シタルモノニ非サレハナリ例ヘバ甲者乙者ヲ殺殺セント欲シ其  
 首ヲ縊リシニ腐敗シタル繩網ヲ以テシタル故遂ニ其中途ニシテ斷絶シタル場合  
 ハ如キ又ハ甲者乙者ニ毒藥ヲ飲マシメタルニ毒藥少料ニシテ乙者ノ生命ヲ絶ツ  
 ニ至ラサル場合ノ如キ堅牢ナル繩網ヲ用キス適當ナル分量ノ毒藥ヲ用キサルモ  
 ノナレハ犯罪者ハ未ダ以テ犯罪ヲ遂クルニ必用ナル方法ヲ盡シ了リタルモノニ非



ス故ニ此説ヲ主張シテ能ク自家撞着ノ誤ナカラシメシニハ遂ニ缺効犯ナルモノ  
ナキニ至ル可シト雖モハノトブルウルテシブルヒ、バーデン等獨逸諸邦ノ刑法ハ  
現ニ此説ヲ採用セリ

(第二説)ニ曰ク凡ソ缺効犯ヲラシムル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故ニ此説ニ依ルトキハ第一説ノ如ク腐敗シ  
タル繩網ヲ以テ人ヲ縊殺セントシ又ハ少量ノ毒藥ヲ用キ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勿ル可シ現ニサリソノ國ニ於  
テハ此説ヲ採用シタルトモ未ダ完全ノ説トスルニ足ラサルナリ何トナレハ此説  
ニ於テハ苟モ犯者カ自ラ信シテ罪ヲ遂クルニ足ル可キモノト思惟スル所爲方法  
ヲ盡ス以上ハ即チ未遂犯ヲ構成スルニ足ル可キモノ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ヲ爲サス若シ愚カニモ犯者ハ單ニ毒  
藥ヲ毒殺セントスル者ノ室内ニ放置セルノミニテ能ク之ヲ毒殺スルニ足ル可シ  
ト思惟セルトキハ尙ホ之ヲ缺効ト未遂犯トスルコトヲ得可クレハナリ要之此説  
ハ誤認タルハ其適用ノ該博ニ過クルニ在リトス

(第三説)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  
ホ其結果ヲ生セザリシモノトスルニ在リ故ニ此説ハ第一説ノ如ク其所爲執行ノ  
方法ハ必スシモ巧妙ニシテ犯罪既遂ニ必要タルコトヲ要セス又第二説ノ如ク犯  
者カ犯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モノナリ近世學者ノ採用  
スル所モ亦此説ニ在リトモ我刑法(第一百十二條)ノ正條ニ於テハ果シテ何レノ説ニ  
依リタルカ既ニ其事ヲ行フト第一説ノ意カ將タ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  
外トシテ第二説ヲ取ルカ[舛錯]ノ文字ヲ挿入シテ缺効ノ原因ヲ示シタルヨリ之ヲ  
推サハ或ハ第三説ニ依リ所爲ハ直チ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之ヲ定ムルコト能ハスト雖モ兎ニ角余ハ最モ論理ニ適  
シタル第三説ヲ以テ我刑法ニ適用スルヲ穩當ナリト信ス

第五段 中止犯

以上講述シタル所ニ依リ諸君ハ未遂犯ニ二種アルコト及其何物タルコトヲ了解

セラレシナラシカ茲ニ注意ス可キハ未遂犯ノ場合ハ意外ノ原因ニ依リ發生スルモノナルカ若シ意内ノ原因ニ因リ犯罪タル故意ノ結果ヲ顯ハサ、リシトキハ如何ニ之ヲ處分スヘキヤト云フニ法律上之ヲ中止犯ト稱シ法律ノ罪トシ罰セサル所ナリ即チ中止犯ナルモノハ犯人既ニ犯罪ノ執行ニ着手スルモ尙ホ自ラ之ヲ中止シテ目的タル結果ノ發生ヲ防止スルモノナレトモ其中止タルヤ單ニ停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犯者ニシテ一ヒ其所爲ノ執行ヲ放擲スルトキハ他日再ヒ同一ノ犯罪ヲ行フノ故意アルモ亦中止犯タルヲ妨ケス語ヲ換ヘテ之ヲ云ハ、自ラ犯罪ノ執行ヲ中止シタル以上ハ其中止シタル理由如何ヲ問フコトナシ

中止犯ハ通常着手ハ未遂犯ノ場合ニ現出スルモノニシテ缺効犯ニ於テハ其行爲ハ既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既ニ晚キニ屬シ之ヲ中止シ得可キ場合甚タ少ナル可シ然レトモ所爲執行ノ結果ニシテ尙ホ中止スルコトヲ得可キ場合ニ於テハ之ヲ其自然ノ成リ行キニ一任セス殊更ニ別箇ノ手段ヲ用井テ自然ノ結果ノ發生ヲ防止シ目的タル犯罪ノ結果ヲ生スルコト勿ラ

シメタルトキハ之ヲ缺効犯ノ中止トスルコトヲ得可シ例ヘハ人ヲ毒殺セント欲シ既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カ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遂犯罪トシテ其罪ヲ問フコト能ハズ然レトモ其中止ニ至ル迄ニ既ニ行ヒ了リタル所爲ハ又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當然ナリ例ヘ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コト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)ヲ以テ論セサル可カラ

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サルコトヲ指スル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ノ如何ヲ問フコトナシ故ニ或ハ恐怖心ヨリ之ヲ中止スルモ亦真心悔悟ノ念ヨリシテ之ヲ中止スルモ其間更ニ彼此區別ナシ學者往々悔悟ノ念ニ出テタル中止ニ非サレハ中止犯タルコトヲ得サルモスト爲シ現ニ其說ヲ採用セル邦國ナキニ非サルモ我刑法第百十

二條カ單ニ意外ノ障礙若クハ舛錯ト斷言シ斯ル誤見ヲ排除シタルハ余ノ大ニ贊同スル所ナリ

次ニ中止犯ヲ罪トシ論セサルノ理由ニアリ一ハ法律上ノ理由ニシテ一ハ政畧上ノ理由ナリ

凡ソ自己ノ意思ヲ以テ所爲ノ執行ヲ中止スルトキハ其所爲ハ未遂犯タル性質ヲ失ヒ從テ又其罪ヲ問フコトヲ得サルナリ何トナレハ中止犯ノ場合ニ於テハ犯罪ノ故意ハ其幾分ヲ外形ニ顯出スト雖モ尙ホ未タ其實行セサル部分ハ之ヲ取消スコトヲ得可ク犯罪未タ了ラサルカ故ニ犯人ニシテ自ラ之中止スルトキハ犯罪ノ真意ハ未タ外形ニ顯出スルコトナキモノナレハナリ是法律カ中止犯ヲ不問ニ附スルノ理由トシテ學者ソ採用スル所ナレトモ沿革史ヲ緝キ其本源ヲ探究スルトキハ全ク宗教的思想ニ基クモノナレトモ余ノ既ニ緒論ニ於テ講述シタル所ナリ

犯人カ自ラ其犯罪ノ結果ヲ發生スル旨ヲ防止スル以上ハ可成其結果ヲ防止スルハ甚タ嘉ミス可キ事ナリ

既遂犯及未遂犯ノ併發

第四節 既遂犯及未遂犯ノ併發

モ尙ホ之ヲ罰ス可キモノトシ凡百ノ犯罪盡ク其惡結果ヲ見スルハ止マサル至ル可シ是立法者カ政畧上中止犯ヲ問ハサルノ理由ナリ

上來講述セル所ニ依リ諸君ハ既遂犯及未遂犯ノ區別ヲ了解セラレシナランカ一  
個ノ犯罪ノ未遂犯ハ別種ナル他ノ犯罪ノ既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爲リ他ノ一罪ノ既遂ト爲ル可シ之ヲ既遂犯未遂犯ノ想像上ノ併發ト稱ス例ヘハ甲者乙者ヲ燒殺セント欲シ乙者ノ住居スル家屋ニ放火シテ之ヲ燒燬シタルモ乙者ヲ燒殺スルコトヲ得サリシ場合ノ如キハ放火罪ノ既遂ト謀殺罪ノ未遂ナリ

然レトモ玆ニ諸君ノ注意ス可キハ未遂タル所爲ニシテ既遂犯タル所爲ヲ行フニ必然缺ク可カラサルモノナルトキハ既遂未遂ノ併發ナシ例ヘハ何人ト雖モ人ノ身體ヲ傷害スルコトナクハ謀殺ヲ行フコトヲ得サル可ク又暴行強迫ヲ用井ルコトナクハ強姦罪ヲ犯スコトヲ得サル可シ故ニ謀殺未遂ハ毆打創傷ノ既遂ト謀殺未遂ノ併發ニ非ス強姦未遂ハ強迫既遂罪ト強姦未遂罪トノ併發ニ非サル

ナリ而シテ二罪併發ト然ラサルモノトノ區別ヲ明定スルノ必要ハ後章數罪俱發  
ヲ講スルノ條下ニ於テ自ラ明了ナル可シ

數人共犯

第三章 數人共犯

總說

第一節 總說

共犯トハ犯罪ノ趣意ハ單一ニシテ主體ノ數多ナルモノヲ云フ故ニ今之カ定解ヲ  
下ストキハ共犯トハ數人一致シテ共ニ一罪ニ加効スルモノナリト云フコトヲ得  
ヘシ斯ク數人共犯ナルモノハ數人一致シテ共ニ一罪ヲ犯スモノナルニ英佛ノ學  
者ハ往々從犯ヲ二種ニ區分シニ事前ノ從犯一チ事後ノ從犯トシ夫ノ囚徒藏匿  
罪ノ如キハ理論上之チ事後ノ從犯ト稱スルモノアリ然レドモ是素ヨリ探ルニ足  
ラサル淺薄ノ議論ニシテ數人共犯ヲ以テ果シテ以上ノ定義ノ如クナラシメハ決  
シテ事後ノ從犯ナルモノアル可キ理由ナシ例ヘハ一般ノ囚徒藏匿罪タルヤ既ニ  
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効セ  
ントスルモ得可カラサルカ如シ是ヲ以テ囚徒藏匿ノ罪ハ獨立ナル別罪トシテ之  
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但  
夫ノ囚徒ノ未タ罪ヲ犯ササル以前ニ於テ豫メ之ヲ藏匿セシコトヲ計リタルトキ  
ノ如キハ即チ共犯ニシテ所謂從犯タル可シ何トナレハ其罪事後ニ在ラズシテ事  
前ニ在レハナリ

過失ニ依リテ加効シタル者ハ共同ナキヲ以テ共犯者トスルコトヲ得ス蓋シ共犯  
ハ數人一致スルコトヲ要スルモノニシテ而シテ此一致ニハ必ず故意ヲ要スレハ  
ナリ然レトモ過失罪ニ加効スルコトハ敢テ爲シ得可カラサルニ非ス例ヘハ車馬  
ヲ疾馳セシ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銃殺シタル等ノ如シ但此場合ニ於テ教唆自身ハ固ヨリ故  
意ナキモノニ非ス  
共犯ハ犯罪ノ發起者若クハ補助者ノ二者ニ過キス即チ間接又ハ直接ニ犯罪ノ所  
爲ニ加効シ或ハ唯犯罪ヲ教唆指示シ其實行ヲ他人ニ一任スルモノナリ故ニ共犯  
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之ヲ正犯中ニ列  
シタリ  
我刑法(第四百條)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

第二節 正犯

ヲ欲クト雖モ其意ハ之ヲ罪ヲ犯スノ句中ニ包含セシタタルモノ、如シ

數人一致シテ共ニ一罪ヲ執行シタルトキハ之ヲ正犯トス今此定義ヲ分析説明スルコト左ノ如シ

(一) 犯罪ハ有形ノ所爲ニ顯ハル、モノナリ故ニ其所爲執行ハ一部分ニ加功シタルモノト雖モ尙ホ之ヲ正犯ト爲スモノニシテ加効ハ多少如何ナ問ハサルナリ而シテ犯罪ニハ或ハ數多ノ所爲ヲ聚合シテ始メテ一罪ヲ爲スモノアリ或ハ單一ニ所爲ヲ以テ一罪トスルニ過キサルモノアリト雖モ苟モ犯罪タル所爲ノ一部ニ加効シタル者ハ皆正犯タリ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何トナレハ強盜罪ナルモノハ暴行強迫ヲ以テ他人ノ管轄ヲ侵シ財物ヲ己レノ管轄ニ入ル、ノ所爲ニシテ家人ヲ縛スル者ハ暴行ヲ爲ス者ナリ門戸ヲ守ル者ハ他人ノ管轄ヲ侵ス者ナリ倉庫ヲ搜查セントスル者ハ財物ヲ己レノ管轄ニ入レントスル者ナリ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可キ距離内ニ在ル者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効セシヤ否ヤヲ證明スルハ標準タルニ過キサルナリ強姦罪ノ如キモ亦然リトス正犯中ノ一人ハ婦女ノ兩手ヲ扼シ一人ハ其兩足ヲ扼シ一人ハ之ヲ姦スル者共ニ正犯タルヲ免レス事ハ仍ホ各論ニ於テ各罪ノ所爲如何ヲ論定シ其性質ヲ明定シタル後ニ於テ自ラ明白ナラン數所爲ヲ聚合シテ一罪ヲ構成スル場合ノ如キニ在リテハ犯人ハ悉ク各所爲ニ着手セサレハ其未遂犯ヲ構成セスト云ヘルカ如キ淺見ヲ以テ容易ニ是非ヲ論定スルコトナキヲ要ス

(二) 正犯トシテ加効セル所爲ハ犯罪ノ着手若シハ執行中ヲサカラス唯犯罪ノ豫備ニ加効シタル者ハ從犯タルニ過キサル可シ故ニ未遂ノ所爲ハ皆正犯ノ所爲タルヲ得可キモ豫備ノ所爲ハ唯從犯ノ所爲タルコトヲ得ルニ過キス

(三) 各々之ヲ正犯ト爲ストハ意義明白疑ナキカ如クナレトモ若シ謀殺罪ニ付キ正犯中ノ一人被害者ノ子ナルトキハ其子タルモノ、ニ獨リ「殺親罪」ヲ犯ス者ニシテ他人ハ唯通常ノ謀殺罪ヲ犯シタルモノナル可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可キヤ否此等共犯者ノ身分ニ關スル異同ニ就テハ

別ニ之ヲ後段ニ詳論スル所アル可シ  
 (四) 加効ノ度ハ如何ニ僅少ナルモ苟モ正犯ヲ助テハ其全體ノ所爲ニ對スル責任ヲ負擔セサル可カラズ之ヲ共犯ノ責任ニ關スル原理トス蓋シ其然ル所以ノモノハ他ナシ元來共犯者ハ既ニ犯者一人ニテモ全犯罪ヲ遂ケントスルモノナレハ偶々他ノ共犯者ノ之ニ加効スルモノアルモ其加効タルヤ犯者各人ヨリ之ヲ見レハ恰モ天然力ノ加効ヲ得タルニ異ナラサレハナリ此原理ノ適用ハ仍ホ刑事訴訟法上特ニ著大ナル關係アリ事ハ他日刑事訴訟法ノ講義ニ於テ了解セラレ可シ

### 教唆

#### 第三節 教唆

我刑法ニ於テハ教唆者ヲ以テ正犯ノ中ニ列スレトモ其性質ニ至リテハ二者全ク相異ナル所アリ今ヤ教唆者ノ責任ニ付テハ其學說ニ三種アリ即チ客觀主義主觀主義及折衷主義是ナリ請フ左ニ之ヲ分説セム

(第一説) 客觀主義ニ於テハ犯罪ヲ論スルニ全ク其外形ニ顯出シタル形跡上ニ於テシテ敢テ犯者ノ心事如何ヲ問ハサルナリ故ニ此主義ヲ教唆者ニ論及スルトキハ教唆者ハ犯罪ノ發起者ニ非ス又幫助者ニモ非スト何トナレハ苟モ犯罪ノ發起

者若クハ幫助者ダランニハ自ラ其所爲ヲ行ハスノハアル可カラズ然ルニ教唆者ニ在テハ毫末モ其所爲ニ關係ナク之ニ反シテ教唆ヲ受ケタル者ハ其教唆ニ拘ハラズ尙ホ自由ニ其所爲ヲ中止スルコトヲ得可ケレバ獨リ實行者ハ其責任ニ任ス可キモノナレハナリ

(第二説) 主觀主義ハ前説ト異ナリ犯罪ヲ以テ全然犯者ノ心事ヨリ觀察シ犯意ハ實ニ教唆者ノ創始スル所ナレバ教唆者獨リ其責任ヲ負フ可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且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可カラサルニ至ル可シ

(第三説) 折衷主義ハ即チ前兩主義ヲ折衷シタルモノナリ既ニ論シタルカ如ク客觀主義ニ於テハ如何ニ教唆ヲ爲ス者アルモ苟モ教唆ヲ受クル者ニシテ能力者ヲラシニハ其所爲ヲ實行スルト否トハ其自由内ニ存スルヲ以テ之ヲ實行スルコトナクシ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者トシ敢テ教唆者ヲ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  
 ハ即チ足レリトナルモニシテ二主義各々一理ナキニ非ズ故ニ折衷主義ニ於テ  
 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  
 リ即チ其第一ハ教唆者ヲ客觀主義ニ從ヒ其罪ナキモノト爲シ實行者ヲ主觀主義  
 ニ從ヒ又罪ナキモノト爲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テ實行者ヲ客觀主義ニ從テ罪アルモノト爲シ教唆者モ亦主  
 觀主義ニ從テ罪アルモノト爲シ遂ニ二者共ニ之ヲ罰ス可キモノトスルニ在リ而  
 シテ所謂折衷主義ナルモノハ第一法ヲ以テ短ヲ採リ却テ長ヲ捨テタルモノト爲  
 シ第二法ヲ以テ長ヲ採リ短ヲ捨テタルモノトスレトモ兩法孰レモ折衷ニシテ彼  
 此更ニ其區別アルヲ見ス然ラハ即チ長短ノ取捨ハ果シテ何物ヲ以テ其標準ト爲  
 ス可キヤ曰ク教唆ハ方法程度ノ如何ヲ以テ兩主義ヲ結合スルハ關鎖トスルハ外  
 ナ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シカ通常人  
 ナシテ犯罪ノ決心ヲ爲サシムルニ足ラサル可ク總テ斯ル犯罪ノ實行者ハ獨リ自  
 ラ其責ヲ負フノ外勿ル可ク然レトモ苟モ其方法ニシテ贈與契約強迫威權等通常

人ナシテ犯罪ノ決心ヲ爲サシムル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テ獨佛ノ刑法ニ贈與契約強迫又ハ威權其他ノ方法ヲ以テ人  
 ナシテ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カニ此折衷主  
 義ヲ採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ホ其理ヲ推シテ之ヲ折衷主義ニ出テタルモノ  
 ナスルヲ穩當ニ解釋ナリトセシ其條ニ曰ク人ナシテ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタ  
 ル者ハ亦正犯ト爲スト云々ニ其條ニ於テハ正犯ト爲スト云々トモ亦從犯ナリ故  
 ニ刑法ハ特ニ人ナシテ教唆シ云々ト明記シ教唆ヲ受クル者ハ汎シ正犯從犯又ハ教唆  
 者タルヲ問ハサルコトヲ明示セリ然ルニ論者往々法文ヲ重罪輕罪トハ單ニ直接  
 ニ實行シタル重罪輕罪ヲミテ指示スルモノニシテ教唆ヲ受クル者ヲ指シテ以  
 ル者アレトモ教唆ノ所爲ニ亦重罪若シハ輕罪ナル可キヲ以テ教唆者ヲ教唆タル  
 者モ亦重罪若シハ輕罪ヲ教唆タル者タルコトヲ知ラハ論者ハ容易ニ自說ヲ謬レ  
 ルコトヲ了解スルコトヲ得テ例ハ甲ナル者乙ニ怨恨アリ乙ヲシテ重罪ヲ刑

受ケシメント欲スルニ際シ偶々丙ノ寸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可ク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重罪タル可シ蓋シ此原理ハ國事犯及兇徒嘯聚罪等ニ於テ多少其適用ヲ見ル可シ但從犯ノ從犯ナルモノアルヤ否ハ後ニ至リテ之ヲ論ス可シ

(二) 一般ニ教唆ヲ罪トスルニハ犯者カ既ニ犯罪ニ着手シタルコトヲ要ス故ニ從犯ノ教唆ハ從犯カ其正犯ヲ幫助スルノ所爲ニ着手シタルコトヲ以テ之ヲ罰スルコトヲ得ス必ス正犯カ既ニ其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非ズ唯其輕微タルノ故ニ外ナラスト雖モ苟モ教唆者ヲ正犯トスル以上ハ法律カ違警罪ニ就テ教唆ヲ問ハサルハ學理上其當ヲ得タルモノニ非サルナリ

(四) 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ヲ實行ヲ決意セシムルニ足ル可キモノタルヲ必要トス是等ノ方法ニ出テサル教唆ハ所謂刑法上ノ

教唆ナルモノニ非サルナリ

(五) 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ニ問フモノトス

(六) 教唆者ハ現ニ其教唆シタル犯罪ヲ行ハレタルトキニ非サレハ其責任ナシ否ヲサレハ即チ法律ハ其意思ノミチテ罪スルニ至ル可クレハナリ今此場合ヲ分析スレハ則チ左ノ如シ

(イ) 正犯ナクシテ又罰ス可キ教唆者ナキモトハ言テ竣ダスシテ明カ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教唆者ノ無罪タルニハ正犯ノ所爲ニシテ本來罪ト爲ル可キモノニ非サルコトヲ要ス

(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教唆者即チ共犯ナルモノ勿ル可シト雖モ此場合ニ於テハ不能力者ハ只他ノ犯罪ノ器械ト爲リタル者ニシテ不能力者ハ素ヨリ犯罪ノ責任ナキモ器械トシテ之ヲ使用シタル者ハ犯者自ラ犯シタル所爲トシテ其責任ヲ負ハサル可カラズ故ニ我刑法ハ重輕



罪に教唆ニ非サレハ之ヲ處罰セザルモ之ヲ係トラス苟モ不能力者ノ場合ニ係ルトキハ違警罪ト雖モ自己獨立ノ犯罪トシテ其責ヲ負ハシメザル可カラズ論者往々不能力者ヲ教唆スル者ハ亦教唆者タルヲ免レズト主張スル者アリト雖モ若シ此説ヲ採ラザラバ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者ナキニ至ル可シ豈ニ不都合ナラスヤ

(六) 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ズ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可シ正犯ニシテ未遂ニ止マルトキハ教唆者モ亦未遂犯タルニ過キサルヘシ

(七) 苟モ犯罪ヲ教唆シタル以上ハ其實行ニ際シ過誤不熟練等ヨリ他ノ罪又ハ重キ罪ヲ犯シタルトキト雖モ教唆者ハ尙ホ該犯罪ニ就テモ其責ニ任セサル可カラズ何トナレバ被教唆者之ヲ行フモ教唆者自ラ之ヲ行フモ等シク之ヲ同一體ト看做ス可ケレバ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場合ニ犯人其指定以外ハ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業之ヲ刑ヲ科ス可ク若シ又所犯教唆シタル罪ヨリ輕キトキハ法律ハ意思ヲ以テ罰スルコトヲ得ルヲ以テ現ニ行ヒタル罪ニ從ヒ其刑ヲ科セザル可カラズ第百八條ノ規定即チ是ナリ但法律ヲ犯罪ノ事件ヲ指定スル云フニ止マシ其犯罪ヨリ自然發生シ得キ結果ノ指定外ナルト否ト未問ハテ其例ハ毆打罪ヲ教唆シタル者ハ其結果ハ毆打殺傷罪ニ對シテモ亦其責ヲ免ルヘシトナ得ズ又教唆者ノ指示シタル方法ハ縱令現ニ行フ所ノ方法ト異ナルトモモ事件ノ性質上矛盾スルニトナキ程度迄ハ教唆者モ亦犯罪ノ責ヲ免ルヘシトナ得ズ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キモノナル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キモノナルトキハ教唆者ハ其方法ヲ指定以外ナル之故ヲ以テ其責ヲ免カレトシトナ得ザルナリ

從犯

第四節 從犯

從犯ヲ責任ニ就テモ亦三主義ヲ別客觀主義主觀主義及折衷主義是ナリ

(第一説) 客觀主義ニ於テハ從犯ヲ論スルニ全ク犯罪ノ所爲ニ顯ハシタル形跡ニヨリ考察シ從犯ヲ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トシ

テ從犯ハ即チ別種獨立ノ犯罪ナルカ故ニ毫モ正犯ノ行為ニ關係ナキモノトセリ  
(第二說) 主觀主義ニ於テハ全ク犯者ノ心事ヨリ從犯タル犯罪ヲ考察シ從犯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サルモノトセリ

(第三說) 折衷主義ニ於テハ前兩義ヲ折衷スルモノナリ既ニ論述セルカ如ク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タル犯罪ヲ執行スルノ所爲ニ非ストスルモ從犯ニシテ故意ニ依リ其所爲ヲ以テ正犯ノ所爲ノ原因トシメタルトキハ從犯上ニ於テ之ヲ罰ス可キモノトスルニ在リ刑法第九條ニ曰ク重罪輕罪ヲ犯スヨト知テ器具ヲ繪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ニ罪從犯不知ル所ヨリ重キトキハ唯其知ル所ノ罪ニ照シ

一等ヲ減ス下即チ我刑法ハ此折衷主義ニ基キタルモノニシテ左ニ之ヲ分析詳説ス可シ  
(一) 從犯ハ唯正犯ヲ從犯ヲ罰スルニ止リ從犯從犯ヲ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既ニ論述セルカ如ク教唆者ヲ教唆スル者ハ正犯ニシテ從犯ヲ教唆スル者ハ從犯ナレハ法律ニ於テハ當然之ヲ罰セサルヲ得ス是教唆ノ條文(第五條)ハ「人ヲ教唆シ」云々ト明言シ正犯ヲ教唆シト明言セサル所以ナリ  
(二) 不能力者ノ惡事ヲ幫助シタル者ハ犯罪ヲ幫助シタル者ニ非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ニ理歸セサル可カラズ即チ此場合ニ於テ不能力者ヲ幫助シタル者ハ恰モ天然力ニ加功シ天然力ヲ助ケニ依リテ自ラ犯罪ノ結果ヲ生セシメタル者ニ異ナラサルカ故ニ自ラ獨立シテ全責任ヲ負擔シ從犯ヲ減等ヲ受ク得可キ者ニ非ス論者往々反對シ説ヲ爲シ不能力者ノ所爲ニモ亦從犯アリ可キモノトスルモ固ヨリ正鵠ヲ得タルモノニ非ス試ニ思ヘ「狂人ヲ赤手將シ人ヲ殺サントスルニ際シ狂人タルヲ知リツ」故ラ

ニ其手ニ刀劔ヲ貸渡シテ之ヲ殺害セシメタル者アラハ是天然力ニ刺激ヲ與テ  
 自ラ之ヲ殺シタルモノニ非スシテ何ソヤ不能力者ヲ教唆スルニ非テ幫助スルモ各々  
 同ナル獨立ノ犯罪モシテ犯者ハ犯者自身ノ犯罪ニシテ獨リ其全部ノ責任ヲ負  
 擔セサル可カラズ  
 (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ハ故ニ正犯ノ所  
 爲中ニハ更ニ從犯ノ所爲ノ一分子ヲモ包含スルコトナリ是數人ノ正犯相互ノ  
 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ヲ與ル所ニ非ス  
 (四) 從犯ノ所爲ハ豫備中ノ爲ナラス犯罪ヲ執行中ニ雖モ存在スルコトキニ非  
 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非サ  
 レバ從犯タルニ責任ヲ負カル可ク唯豫備ノ所爲ヲ幫助スルモノ正犯ニシテ犯罪中

共犯者ノ身分

止シタルトキハ其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從ツテ正犯ヲ以テ論セラル可シ  
 (五) 從犯ハ正犯ノ所爲ヲ犯罪タルコトヲ知ルニ非サレバ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唯之ヲ知リタル範  
 圍内ニ過クルコトナカレ可シ  
 (六) 正犯ノ刑ニ照シ一等ヲ減スルハ正犯ノ罪ニ相當スル刑ノ意ニシテ正犯ハ現  
 ニ受クル所ノ刑ニ非ス故ニ犯者ハ現ニ受クル所ハ從犯ハ刑却テ正犯ハ刑ヨリ重  
 キコトアル可シ  
 (七) 從犯ハ正犯ノ重罪輕罪ヲ犯シタル場合ニ限り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從犯ノ受ク可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 共犯者ノ身分**

共犯者中身分ノ異同アリ從テ其罪ト刑ト異ニスルトキハ之ヲ處分ズル方法ニ  
 付キ學者間異說紛々タレトモ要スルニ三說アリ

(第一說) ハ共犯者中一人ノ身分ハ等シク他人共犯ニ及フ可キモノトスルモノナリ親ヲ殺スコトヲ教唆シタル者ハ他人ト雖モ殺親罪ト爲シ又再犯者ト共ニ罪ヲ犯シタル者ハ初犯者ト雖モ再犯ノ加重ヲ受ク可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可キモノニ非ズトスルモノニシテ此說ニ從フトキハ他人ニシテ親ヲ殺スコトヲ教唆シタル者ハ通常人殺人罪ト爲リ官吏賄賂ヲ收受シタル罪ヲ教唆シタル通常人ハ更ニ罪ナキモノトセリ

(第三說) ハ身分ハ他ノ共犯者ニ及フモノト否ラサルモノトヲ區別スルモノナリ即チ正犯ノ身分ニ基ク所ハ刑ハ加重減輕ハ他ノ共犯者ニ及ハズト雖モ正犯ノ身分存否ニシテ罪ハ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可キモノトスルナリ例ハ官吏收賄ノ罪ハ官吏タルノ身分ニ依リ刑ヲ加重シタルモノニ非ズ官吏タルノ身分ニ依リ刑ヲ加重スルコトナク子孫缺奉養罪ハ子孫タルノ身分ニ依リ刑ヲ加重スルモノニ非ズ子孫タルノ身分ニ依リ刑ヲ成立スルコトナク又子孫タルモノニシテ其親ヲ殺スル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可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者ニ及フ可シ是ニ反シテ再犯加重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セズ又之ヲ爲メニ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ハズコトヲ得サレバ是レ我刑法(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可キ場合ヲ除キタル所以ナリトス

我刑法ハ單ニ身分ノ加重ニ係ル場合ノ罪ヲ規定シ其減輕ニ係ル場合ヲ明定セズト雖モ刑ノ加重モ減輕モ等シク他ノ共犯者ニ及フコトナキヤ明カ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輕ス可キ時ト雖モ從犯ノ刑ハ其輕キニ從テ減免スルコトヲ得」ト云ヒ正犯ノ身分ヲ減免ハ從犯ニ及ハサルコトヲ明カニシ且同條第一項ニ於テ「從犯ノ身分ニ屬スル刑ヲ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可キコトヲ規定スレハナリ」蓋シ此點ニ關シテハ刑法學者間異說アルコトナシ

第二編 刑罰

第一章 刑制

余ハ前編ニ於テ犯罪ノ何タルコトヲ講了シタルハ是ヨリ犯罪ノ制裁タル刑罰ノ如何ニ就テ講述ス可シ抑モ刑罰ハ犯罪ニ對スル強制ナリ然レトモ犯人ノ心裏ニ潛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可キ物體ハ(第一)意思ノ本源タル生命(第二)意思ヲ發顯スルノ要具タル身體及ヒ自由(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可キ物體ヨリ區別シテ生命刑身體刑自由刑財産刑及名譽刑ノ五種ト爲スコトヲ得之ヲ五刑ト云フ然レトモ此五刑中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ニシテ又稍ヤ良刑ノ性質ヲ帶フルモノト爲ス蓋シ學者ノ説ク所ニ依レハ所謂良刑ナルモノハ

(第一) 正理ニ違ハサルモノ  
(第二) 犯人ノ感覺上ニ苦痛ヲ與フ可キモノ

(第三) 各人ニ平等ノ苦痛ヲ與フ可キモノ

(第四) 罪惡殊大小ニ從ヒ輕重ノ差ヲ設クルコトヲ得ヘキモノ

(第五) 分割シ得ヘキモノ

(第六) 犯人ノ一身ニ止ル可キモノ

(第七) 執行ヲ中止シ得ヘキモノ

タルコトヲ要ス可キモノト爲セトモ是等ノ七條件ヲ具備セル刑罰ハ恐クハ今日

ニ於テ之ヲ發見スルコト極メテ難カル可シ

抑國家司法權ハ本務於此ル所ニ在レトモ苟モ國家ノ正義ヲ維持スルニ在レトモ苟モ國家ノ正義ヲ維持シ得ヘキ限リハ行政ノ便宜國費ノ減少ヲ計畫スルハ所謂司法政畧ニ本旨ヲ就中刑名多數ヲ以テ其性質上充分區別ナキカ如キハ徒ラニ刑罰執行ノ費用ヲ增加シ且刑罰之目的ヲ達スルニ非サザルハ學理ノ明定スル所ニシテ又實際ノ經驗ニ基キタル萬國監獄議會決議決アル所ニシテ我刑法ハ實ニ驚ク可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並刑ヲ以テ重罪輕罪違警罪ノ三種ニ配當セ

於余則是以主司法以政畧其宜キ夫得ル是ノ事ヲ養同養同コト能ハザルナ  
 リ然レドモ其ノ刑ヲ科スルニ其ノ刑ノ輕重ハ其ノ罪ノ輕重ニ依リテ科スルコト  
 主刑トシテ獨立ニ科スル他ノ刑アルハ其刑ヲ科スルニ依リテ適用スル得ヘ  
 刑ニ附從スル刑トシテ主刑ニ共之テ科スルコト得ヘキ然レドモ主刑ニ但主  
 刑ニ常ニ宣告スル之ヲ科シテ附加刑トシテ法律ニ於テ宣告スルモノハ宣告セサル  
 トシテ定ム(第六條)刑ノ種類ハ主刑トシテ宣告スルモノハ宣告セサル  
 我刑法ニ設ケル刑名左ノ如シ即チ國刑ニ依リテ科スル刑ニ依リテ科スル刑  
 ①主刑ニ依リテ科スル刑ハ主刑トシテ宣告スルモノハ宣告セサル  
 ②重罪刑ニ依リテ科スル刑ハ主刑トシテ宣告スルモノハ宣告セサル  
 ③死刑ニ依リテ科スル刑ハ主刑トシテ宣告スルモノハ宣告セサル  
 ④徒刑ニ依リテ科スル刑ハ主刑トシテ宣告スルモノハ宣告セサル  
 ⑤懲役ニ依リテ科スル刑ハ主刑トシテ宣告スルモノハ宣告セサル  
 ⑥禁錮ニ依リテ科スル刑ハ主刑トシテ宣告スルモノハ宣告セサル  
 ⑦罰金ニ依リテ科スル刑ハ主刑トシテ宣告スルモノハ宣告セサル  
 ⑧拘留ニ依リテ科スル刑ハ主刑トシテ宣告スルモノハ宣告セサル  
 ⑨主刑科スル刑ハ主刑トシテ宣告スルモノハ宣告セサル  
 ⑩附加刑ニ依リテ科スル刑ハ主刑トシテ宣告スルモノハ宣告セサル  
 ⑪剝奪公權ニ依リテ科スル刑ハ主刑トシテ宣告スルモノハ宣告セサル  
 ⑫禁止公權ニ依リテ科スル刑ハ主刑トシテ宣告スルモノハ宣告セサル  
 ⑬禁治產ニ依リテ科スル刑ハ主刑トシテ宣告スルモノハ宣告セサル  
 ⑭監視ニ依リテ科スル刑ハ主刑トシテ宣告スルモノハ宣告セサル  
 ⑮罰金ニ依リテ科スル刑ハ主刑トシテ宣告スルモノハ宣告セサル  
 ⑯沒收ニ依リテ科スル刑ハ主刑トシテ宣告スルモノハ宣告セサル  
 ⑰右以外幼者又ハ癡癩者ノ如キハ懲治場ニ留置命スルモノトシテ此留置ハ刑  
 罰ニ非サルヲ以テ刑名中ニ列ス可キモノニ非ス以下追次各刑ノ性質ニ就テ講述  
 ス可シ

罰金 拘留 主刑科 附加刑 剝奪公權 禁止公權 禁治產 監視 罰金 沒收 右以外幼者又ハ癡癩者ノ如キハ懲治場ニ留置命スルモノトシテ此留置ハ刑  
 罰ニ非サルヲ以テ刑名中ニ列ス可キモノニ非ス以下追次各刑ノ性質ニ就テ講述  
 ス可シ

第二章 死刑

第一節 死刑ノ性質

死刑ハ人ノ生命ヲ絶ツノ刑ナリ其存廢如何ニ就テハ學者ノ議論紛々然ス一定ナルコトナク或ハ全ク死刑ヲ廢シ又ハ一旦廢止シテ之ヲ再興スルノ邦國アリト雖モ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リ今學理上ヨリ死刑ノ性質ヲ考察スレハ前既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ヌ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決シテ用テ可キノ刑ニ非ストセリ然レトモ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可カラサルノミナラス現ニ我刑法ニ於テハ此刑ヲ設ケタルヲ以テ今更之ヲ詳論スルノ要ナシト雖モ死刑ヲ存スルノ必要ヲ主張スルニハ刑罰ノ反坐タル性質上ヨリシテ或ル極惡ノ犯罪ハ死刑ヲ以テ之ヲ報スルニ非サレハ國家ノ正義ヲ維持スルニ足ラサル所以ヲ證明スルノ外他ニ其方法ナシ彼等死刑論者カ死刑ヲ以テ良民ヲ恐嚇シ犯罪ヲ豫防スルニ缺ク可カラサルモノトスルカ如キハ犯者ヲ以テ他ノ目的ヲ達スルノ手段トスルモノニシ

第二節 死刑ノ執行

テ万民平等ノ原理ニ反スルコト明白ナリ唯國家ノ正義ヲ維持セントスルニ於テハ各人相互ノ間ニ於ケル万民平等ノ原理亦始メテ之ヲ打破シ得ヘキモノナラズ

古昔死刑ニ數種ナリ各々其執行ノ方法亦異ニシ我刑法ニ於テハ死刑ニ唯絞首ノ一法ヲ止メ然リ古昔ハ往々死刑ヲ公行シテ衆庶ニ縱覽ヲ許シ又死刑執行ノ時ニ際シ鐘鼓ヲ鳴シテ之ヲ一般ノ人民ニ報スルノ邦國アリト雖モ人民ヲテ殘忍ニ慣ラシムルハ惡弊ヲ生シ可キモノトシテ我刑法ニ之ヲ密行ス可キモノト定メタリ第十三條

諸死刑ノ裁判確定ス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可キ理由アリト認ムルハ之ヲ止奏シテ裁可ヲ乞フ其理由ナキト認ムルハ直ニ死刑ヲ執行ス可キコトヲ命令ス故ニ此命令スルニ非サレハ死刑ヲ執行スルヲ得ズ斯ク鄭重ノ手續ヲ要スルハ一度之ヲ執行セハ再ヒ回復スルヲ得ザルモノナリ第十三條又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ハ法律ノ禁ムル所ナリ(第十四條) 死刑ノ宣告ヲ受ケタル婦女懐胎ナル時ハ刑法第十五條ハ死刑ノ執行ヲ停止シ分娩後一百日ヲ經テ始メテ之ヲ行フ可キモノトセリ我刑法ハ懐胎ノ婦女ヲ死刑ヲ停止スルハ善シ然レトモ産後一百日ヲ待ツニ至リテハ其理由ノ在ル所ヲ知ルニ苦マズンハ非ス之ヲ刑ハ一人ニ止マルトハ歐洲流ノ原理ニ求メシ乎一百日以内ニ於テ婦女ノ分娩シタルトキト雖モ仍ホ法律ハ死刑ノ執行ヲ許サ、ルヲ如何セシ又之ヲ支那律風ノ法理ニ依リタルモノト爲シ一百日ノ期間ハ分娩シタル子カ母乳ヲ離レテ自活ヲ得ルニ成育期トセン乎其子カ一百日以内ニ死亡セル場合ト雖モ法律ハ仍ホ死刑ノ執行ヲ許サ、ルヲ如何セン又更ニ一步ヲ進メ我刑法ハ單ニ懐胎ノ婦女ヲ憐ムハ精神ヨリシテ一百日ノ猶豫ヲ與ヘタルトセン乎分娩後一百日ハ生兒カ將ニ發育シテ母子ノ愛情漸ク熱セントスルノ時期ナリ此時ニ於テ法律ガ始メテ産婦ノ生命ヲ絶トントスルハ却テ母子ヲ憐ムモノトスルヲ得サルヲ如何セン到底學理ヲ以テ其精神如何ヲ發見ス能ハサルナリ

死刑ハ犯人ノ生命ヲ絶ツモノナリ第十二條ニ死刑ハ絞首ナト云ヘルハ唯執行ノ方法ヲ示シタルモ過キス故ニ(第一)一定ノ時間犯者ヲ絞臺ニ上シテ絞首ヲ行フモ仍ホ其生命ヲ絶ツニ至ラサレハ再三之ヲ絞首スルコトヲ得シ(第二)死刑ハ犯者外生命ヲ絶テ即足ヲ敢テ苦痛ヲ犯者ニ與フルノ意アルニ非サレハ其執行ノ方法ハ可成苦痛ヲ與ヘザルモノヲ可成リトス米國ニ於ケル電氣刑ノ如キモ亦此意ニ出テタリ(第三)治マヒ之ヲ執行シテ其生命ヲ絶テタリトシテ其遺骸ヲ棄毀シ又ハ之ヲ梟首スル等ノ處置ヲ爲ス可キモノニ非ス死刑ヲ遺骸ハ親屬故舊請ヌ者アレバ之ヲ下付ス可キモノトスルモ亦此故ナリ(第十六條)但式ヲ用非テ之ヲ葬スルコトヲ禁マタルハ單ニ國事犯者ノ如キ盛大ノ式ヲ用非テ送葬ヲ爲メニ治安ヲ害スルカ如キニ出テナラバ意ニ出テテ外ナラザルナリ故ニ此禁ヲ犯ス別ニ刑法上ノ制裁ヲ附シテ行政官吏ヲ制止ニ一任ス可キモノトセリ

身體刑

第三章 身體刑

身體刑ハ直接人ノ身體ニ苦痛ヲ與フル刑ニテ管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テ今日於テハ文明諸邦ニ法律殆ント全ク之



夫廢止セリ夫ノ英國ノ刑法ハ尙ホ管刑ノ名義ヲ存スルモ實際之ヲ行フコト甚ダ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ブノ刑トズルモノアレトモ本來死刑ハ生命ヲ奪フノ刑ニシテ身體ニ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非サルハ既ニ論セル所ノ如ク又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ハ此勞役タル決シテ身體ニ對シテ苦痛ヲ感セシムル目的ニ非サルナリ而シテ更ニ禁獄リ如キニ至リテハ毫モ身體ニ對シテ苦痛ヲ與フルモノニ非ス之ヲ獄舎ニ入レテ外圍ヲ鎖ス所以ノモノハ其逃走ヲ豫防スル方法タルニ過キサルナリ法律ノ奪フ所ノモノ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ニ方法アラハ敢テ獄舎外圍ヲ必要アルヲ見ヌ又其堅牢ナル者要セサルナリ獄舎ノ外圍ハ囚徒ノ身體ニ對シテ決シテ痛苦ヲ與フル具ニ非ス之レ自由刑ノ身體刑ト異故所以ナリ

前既ニ述スル如ク身體刑ハ今日諸國法律ニ廢止スル所ナリ何トナレハ身體刑ハ決シテ正理ニ適フモノニ非サレハナリ(第一)身體刑ハ或ル一部ノ囚徒ニ限リ

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)身體刑ハ破廉恥甚シキ犯者ニ對シテ其効ナク廉恥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カ如キノ感ヲ生セシム是レ刑罰ハ法律ノ命スル所ニ非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可シ然レトモ身體上ノ強制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眞ニ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具トスルモノニシテ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可カラサレハナリ

自由刑  
主刑

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)刑罰ノ場所(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島地ニ發遣シテ定役ニ服ス(第十七條)但婦女ハ島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 モ亦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島地ノ獄ニ幽閉シ定役ニ服セス但流刑ハ定役ニ服セサルヲ以テ婦女ト雖モ仍ホ島地ニ發遣ス

(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 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所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タル場所期限及定役ニ付キ左ニ其性質ヲ評說セン

(第一)場所 ハ先ツ地理上ヨリ島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島ナルノミナラス夫ノ英佛ノ如ク傍ラ殖民ノ目的ヲ以テ發遣ス可キ附屬ノ島地又ハ大陸チ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リナリ次ニ懲役禁獄禁錮ノ如キ等シク内地ニ在ルモ獄舍ノ種類ヨリ各刑ノ場所チ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ノミチ異ニスルニ止ムルモノナキニ非ス

自由刑執行ノ場所チ稱シテ監獄ト謂フ本來法律制度ハ諸國各固有ノ沿革アリ各其性質形狀チ異ニスト雖モ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ネ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ニ據ラスンハ隔離法即チペンシルバニヤン制度ヲ採用セルモノニ過キササルナリ抑モ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シヤミン、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ァイラデルヒヤ監獄改良協會ナルモノヲ起シ千七百七十六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バ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所ナリベルネル氏カ英米二國ノ制度ハ全歐洲ノ監獄制定ニ向テ一大改革ノ波動ヲ與ヘタリト謂ヘルハ眞ニ適當ノ評ナリト謂ツ可シ而シテ英米改良家ノ鑒ニ倣ヒ次キニ監獄制度ノ改良ニ着目セルハ佛人ブリッソ<sup>リ</sup>及リアンゴ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ッヅビユノ二氏千八百三十六年ニデーメ及ブル<sup>イ</sup>エノ二氏英國ハ千八百三十三年ニクロー<sup>イ</sup>ガ<sup>フ</sup>ド氏普國ハ千八百三十四年ニユー<sup>リ</sup>ウス氏等ヲ米國ニ派遣シテ其實況ヲ視察セシメタリ其後千八百四十六年ニ萬國監獄會議ヲフランフ<sup>グ</sup>ア<sup>イ</sup>トニ開キ千八百七十八年第五回ノ會議ヲスト<sup>ツ</sup>フ<sup>オ</sup>ルムニ開キ第六回ハ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

(第二期限) 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可キ良性質ヲ有スルモノナレトモ惜ムラクハ我立法官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抑モ期限ハ無極ナリ期限ハ制限アル可キ筈ナシト雖モ我立法官カ自ラ期限ニ制限ヲ設ケテ立法ノ自由ヲ拘束シ而シテ自ラ罪ト刑トノ權衡ヲ得セシムルコト能ハサルハ不得策ノ最モ甚シキモノト謂ハサルヲ得ス

(第三)定役 ハ刑法上輕重ナシ徒刑モ懲役モ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可シト雖モ定役ニ輕重ノ差ヲ立ツルハ到底行ハル可キモノニ非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判定セサルヲ得サルナリ

抑モ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非ズ古代ノ學者ハ勞役ノ苦痛ヲ以テ刑罰ノ苦痛ト誤認シ重罪囚ノ如キハ最モ困難ニシテ且嫌惡ス可キ勞役ニ服セシメ以テ重罪囚ニ相當スル苦痛ヲ與ヘ得タルモノトセル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ハ徒刑ノ囚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問ハス體力相當ノ役ニ非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可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非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ハ兩性質ヲ有スルニ依レリ若シ夫レ勞役ニシテ人々ノ自由ニ出テ又其勞力ノ報酬ハ勞者自ラ之ヲ收メシ乎其勞役ノ苦痛ハ如何ニ過大ナルモ決シテ之ヲ刑罰ト謂フコトヲ得サルナリ監獄ニハ必ズ就役就眠ノ時間アリ囚徒ヲシテ如何ニ苦痛ノ定役ニ服セシメント欲スルモ夫ノ社會ノ良民カ寢食ヲ忘レテ業務ニ從事スルノ辛苦ノ大ナルモノアルニ及ハサルナリ定役ノ苦痛ヲ以テ定役ノ刑罰タル性質トスルカ如キハ到底其目的ニ適ス可キ定役ヲ發見スルコト能ハサルノミナラス理論ニ於テモ亦今日學者ノ採ラサル所ナリ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可カラサル方法ナリ唯囚人工錢ノ多寡ニ應シテ其幾分ヲ給與ス可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ノミナラス大ニ治獄ノ要旨ヲ誤ルモノト云フ可シ何トナレハ囚徒ニ給與ス可キ金錢ノ多

刑法汎論 刑罰 自由刑 主刑 自由刑ノ執行 一六九

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ノ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シ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取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於テ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下規定セルハ敢テ其理由アルヲ發見スルコト能ハサルナリ

### 第二款 自由刑ノ執行

自由刑ノ執行

自由刑執行ノ方法ハ監獄則ノ規定スル所ナリ余ハ今爰ニ之ヲ論述セスト雖モ左ニ治獄ノ要務ニ關スル一二ノ原則ヲ説明セシ

(第一) 治獄ノ必要上囚徒ニ給スルニ上流ノ良民ノ生計ニ比ス可キ衣食ヲ以テスルハ決シテ其當ヲ得タルモノニ非サルモ囚徒ノ衣服食料及寢室等ハ囚徒ノ健康ヲ保全スルニ足ル可キモノヲラサル可カラズ

(第二) 囚徒ノ精神ノ發達ヲ爲サ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可キモノニ非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如何ハ司法政策上最モ考究ヲ要ス可キ點タリ抑モ監獄ハ營業ノ目的ニ出テタル工場ニ非ス自由刑ヲ執行スルノ場所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非ス然レトモ全ク利益ナキ定役ヲ執ラシメ毫末モ其利益ニ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亦決シテ策ノ得タルモノニ非ス就中地方ノ費用ヲ以テ維持ス可キ監獄ヲ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非サルナリ但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

### 第三款 假出獄

假出獄

假出獄ハ英國ノ制限出獄ニ胚胎シテ和蘭ニ發育セルニ起ル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程度ヲ撰ハサル可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ナリ既ニ行ハレタル各犯罪ニ附キ其範圍内ノ程度ヲ定ムルハ法官ノ任ナリ又法官ノ言渡シタル刑ニ附キ現ニ之ヲ實行ス可キ期限ヲ定ムルハ治獄官吏ノ任ナリ故ニ囚徒ノ行狀方正ニシテ改悛ノ狀アル者ハ刑期ノ範圍内ニ於テ其刑期ヲ短縮セサル可カラス是レ假出獄ノ制度ノ因テ起ル所以ナリ

(第二) 假出獄ノ處分ハ確定裁判ノ効力ヲ紊亂スルモノニ非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可キコトヲ豫知シテ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ノ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可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ホ將來ニ屬シ此自由ヲ得メカ爲メ囚徒ヲシテ其品行ヲ正スルコトヲ獎勵セシムルモノニシテ第二期ハ既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) 假出獄ノ許可ヲ與フルニハ左ノ成規ニ從フ可キモノトス  
(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徒刑ノ囚ハ假出獄ヲ許スモ尙ホ島地ニ居住セシム(第五十三條第五十四條及第五十七條)

(ロ) 流刑ノ囚及違警罪囚ハ假出獄ヲ許サス但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改悛ノ狀アル者タルヲ要ス否ラヌンハ再ヒ公安ヲ害スルノ患アル可シ(第五十三條)

(ニ) 我刑法ハ假出獄ヲ受ク可キ期限ニ就キ其長短ヲ問ハサルヲ以テ僅ニ數日

ノ期限アルモ尙ホ假出獄ヲ許可スルコトヲ得ヘシ然レトモ斯ノ如キハ實際上不便甚シキノミナラス短期囚ニ就テモ亦假出獄ヲ許スハ理論ノ當ヲ得タルモノニ非サルナリ故ニ短期囚ニ在リテハ獄吏ハ既ニ囚徒入獄ノ日ニ於テ豫メ假出獄ヲ上官ニ上申シ其許可ヲ得置キ刑期四分ノ三ニ滿ツルヲ待テ直ニ之ヲ言渡シ以テ假出獄ノ上申ノ手續中ニ刑ノ殘期ノ經過スルカ如キ不都合ヲ匡濟スルコト今日往々實際ニ見ル所ナレトモ是假出獄ノ本性ヲ害スルモノナリ何トナレハ假出獄ナルモノハ刑ノ幾分ヲ實行シタル後ヲ於テ始メテ犯人ノ改悛ヲ認め而シテ後之ヲ行フ可キモノナルニ入獄ノ當日ニ於テ早ク既ニ改悛ノ情アリトスルハ理論ノ抵觸ヲ免レサレハナリ

(第五) 假出獄ノ許可ヲ取消スニハ左ノ成規ニ從フモノトス

(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可キモノトス(第五十六條)是我刑法ノ規定スル所ナレトモ既ニ獄則ヲ謹守シ改悛ノ狀アルヲ以テ假出獄ヲ許可スルノ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ス改悛ノ狀ナキトキハ之ヲ行フ可キモノニ似タリ否ラズンハ恩典ヲ失ハシムルノ恐ヲ以テ犯人ノ品行ヲ慎マシムルコトヲ得サレハナリ

(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トハ我刑法第五十六條ノ規定スル所ナレトモ其成規稍々嚴ニ過ク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ズ行政ノ處分ヲ以テ直ニ之ヲ行フカ故ニ司獄官吏ハ其一己ノ意見ヲ以テ假出獄ヲ命シ置キ出獄ノ期限既ニ久シキニ涉リテ更ニ假出獄ヲ許スノ價值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ヲ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ハ特ダスシテ之ヲ行ヒ且其出獄ノ日數ヲ刑期ニ算入スルヲ以テ假出獄ノ制度ノ本性ニ適スルモノト思惟スレトモ我刑法ハ又甚シク嚴ニ涉リタルモノニ非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管ニ品行ノ不正ナルヲ以テ足レリトセス必ス重罪輕罪ヲ犯シタルコトヲ要スレハナリ

ノ期限アルモ尙ホ假出獄ヲ許可スルコトヲ得ヘシ然レトモ斯ノ如キハ實際上不便甚シキノミナラス短期囚ニ就テモ亦假出獄ヲ許スハ理論ノ當ヲ得タルモノニ非サルナリ故ニ短期囚ニ在リテハ獄吏ハ既ニ囚徒入獄ノ日ニ於テ豫メ假出獄ヲ上官ニ上申シ其許可ヲ得置キ刑期四分ノ三ニ滿ツルヲ待テ直ニ之ヲ言渡シ以テ假出獄ノ上申ノ手續中ニ刑ノ殘期ノ經過スルカ如キ不都合ヲ匡濟スルコト今日往々實際ニ見ル所ナレトモ是假出獄ノ本性ヲ害スルモノナリ何トナレハ假出獄ナルモノハ刑ノ幾分ヲ實行シタル後ヲ於テ始メテ犯人ノ改悛ヲ認め而シテ後之ヲ行フ可キモノナルニ入獄ノ當日ニ於テ早ク既ニ改悛ノ情アリトスルハ理論ノ抵觸ヲ免レサレハナリ

(第五) 假出獄ノ許可ヲ取消スニハ左ノ成規ニ從フモノトス

(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可キモノトス(第五十六條)是我刑法ノ規定スル所ナレトモ既ニ獄則ヲ謹守シ改悛ノ狀アルヲ以テ假出獄ヲ許可スルノ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ス改悛ノ狀ナキトキハ之ヲ行フ可キモノニ似タリ否ラズンハ恩典ヲ失ハシムルノ恐ヲ以テ犯人ノ品行ヲ慎マシムルコトヲ得サレハナリ

(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トハ我刑法第五十六條ノ規定スル所ナレトモ其成規稍々嚴ニ過ク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ズ行政ノ處分ヲ以テ直ニ之ヲ行フカ故ニ司獄官吏ハ其一己ノ意見ヲ以テ假出獄ヲ命シ置キ出獄ノ期限既ニ久シキニ涉リテ更ニ假出獄ヲ許スノ價值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ヲ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ハ特ダスシテ之ヲ行ヒ且其出獄ノ日數ヲ刑期ニ算入スルヲ以テ假出獄ノ制度ノ本性ニ適スルモノト思惟スレトモ我刑法ハ又甚シク嚴ニ涉リタルモノニ非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管ニ品行ノ不正ナルヲ以テ足レリトセス必ス重罪輕罪ヲ犯シタルコトヲ要スレハナリ

(第六) 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其停止ヲ受

クサル以上ハ假出獄ノ滿期ト共ニ刑ヲ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ズルコト

ヲ得但本刑期限内ハ特別監視ニ附セラル可シ(第五十五條)

放免囚ノ處分

第四款 放免囚ノ處分

囚徒放免後ノ處分ニ二様アリ一ハ國家ノ行政事務ニ屬シ一ハ私人ノ慈惠事業ニ屬ス請フ左ニ之ヲ説明セム

(第一) 久シク監獄内ノ規則ニ制限セラレタル囚徒ニシテ期滿ナク一朝放免セラレハニ至ラ急ニ自由ノ天地ニ復スルヲ以テ再ヒ罪ヲ犯スノ恐甚ク少シトセズ我刑法ハ監視ヲ制テ放免囚ヲ監督ヲ行フト雖モ監視ハ一ノ附加刑トシテ之ヲ犯者ニ科スルモノナレハ其詳細ナルコトハ後章附加刑論スル所ニ於テ之ヲ述ベ之ヲ國家ノ行政事務ニ屬スル放免囚ノ處分ニテ詳述ス

(第二) 政府ハ監視ノ制ニ依リ放免囚ノ行狀ヲ監督スト雖モ放免セラレタル囚徒ハ特ニ生業ヲ得ルコ難キニ拘ハラス未タ其生業ヲ得サレハ忽チ衣食ノ缺乏ヲ來シ飢餓ハ再ビ放免囚ヲ驅テ獄舎ニ復セシムルハ自然ノ勢ナリ於是乎英米獨佛蘭等文明諸邦ニ於テハ數多ナル放免囚救濟會ヲ設キテ其慈惠ヲ財貨ヲ以テ其費用ヲ維持セリ英國ニ如キニ在リテハ親王其會長ト爲ル王室ノ保護モ亦淺カラズ我國ニ於テモ亦類似ノ協會アルコトヲ傳聞スレトモ能ク其事業ノ性質ヲ了解スルニ非サレハ却テ社會ノ害ヲ爲スノ恐アル可シ就中志ヲ茲ニ抱ク者宜シク左ノ諸點ヲ注目センコトヲ要ス

(一) 放免囚ニ給スルニ現金又ハ其他衣食ノ料ヲ以テスルハ其當ヲ得ス協會ハ主トシテ雇人口入ノ業務ヲ以テ其本旨トスルコトヲ要ス

(二) 故ニ協會々員タル可キ者ハ農工ノ事業家製造場主等トシ之ヲ補助スルニ獄吏及僧侶ノ輩ヲ以テスルコトヲ要ス官吏學者輩ノ如キハ適當ナル會員ニ非サルナリ

(三) 放免ノ囚徒ト雖モ一旦社會ヲ害シ良民ノ負擔ヲ爲サズモノナラハ故ニ協會ノ費用ノ如キハ他ニ有益ナル事業ヲ起スニ足ラサル細微ノ金錢ヲ集メテ之ニ



充ツルコトヲ要ス衆人ノ持寄リタル親睦會費小額ノ殘金ニシテ再ヒ之ヲ各人ニ配當スルコト能ハサル金額ノ如キハ最モ此協會費ニ充ツルコト妙ナリ此協會ヲ起サントセハ先ツ會社中細金ヲ集合スルノ制度ノ確定スルコトヲ要ス他ノ有益事業ヲ起スト同一ナル徵費ノ方法ハ此會ノ本旨ニ適スルモノニ非サルナリ

### 第二節 附加刑及其執行

#### 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ド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ヰズ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附加ス可キモノナルヲ以テ必ス之ヲ宣告ス(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可キモノニシテ決シテ二刑ヲ併科スルモノニ非サルナリ故ニ期滿免除ト爲リタル死刑又ハ無期刑又ハ特赦ニ依リ免

セラレタル刑等ハ犯罪アルモ既ニ其主刑ナキモノニシテ別ニ監視ヲ附スルノ理由アルナシ附加刑ハ刑ニ附加スルモノナリ罪ニ附加スルモノニ非サルナリ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可ク最初ヨリ刑ノ執行ナキ者ニ對シテ監視ヲ附スルモノニ非ス否ラスノハ附加ノ刑ニ非スシテ獨立ナル一個ノ刑ト爲ル可シ然ルニ我刑法第三十九條ハ何ノ必要ナキニ死刑及無期刑ノ期滿免除ヲ得タル者ハ別ニ宣告ヲ用ヰズ五年間監視ニ附スト云ヘルハ政畧上ニ於テモ學理上ニ於テモ共ニ其當ヲ得タルモノト云ナ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爲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爲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監視ノ期滿免除ニ就テハ後篇ニ於テ論述スル所アラン

(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可キ期限ヲ定メ(第三)警察官署ヲシテ現ニ實行ス可キ期限ヲ定メシメサル可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至リ在監中ノ行跡如何ヲ考察シ裁判言渡ノ期限ヲ超過セサル時間適當ノ期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未ダ囚徒ノ在監中ノ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ヲシテ各犯者ニ就キ適當ノ執行期限ヲ定メシムルコトヲ許サス行跡善良ニシテ既ニ監視ヲ要セサルモノト雖モ尙ホ裁判宣告ニ於テ定メタル期間間之ヲ執行セサル可カラサルナリ然レトモ我刑法モ亦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爰ニ之ヲ詳述セスト雖モ其主タル要點ヲ摘擧スレハ(第一)監視ノ期間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ク(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附キ警察官署ノ許可ヲ要シ(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コト等トス

(第五) 監視ハ被監視者ノ爲メ及公安ノ爲メ警察官吏カ放免セラレタル囚徒ノ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ヲ便利ニスルノ目的ニ出テタルモノナラサル可カラズ故ニ其住所ヲ定メシメ旅行ノ自由ヲ制限シ又ハ官吏ニ與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可キモ被監視者ヲシテ或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ヲラシムルノ弊ヲ生ズ可シ加之斯ノ如キ規則タル監視ノ本性即チ官吏カ唯被監視者ノ行狀ヲ觀察スルノ目的ニ反シ被監視者ニ命スルニ或所爲ヲ爲ズコトヲ以テスルモノ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可シ然レトモ監視ハ唯行政上ノ觀察ナルカ故ニ監視規則執行ハ監視自身ノ執行ニ非ス若シ之ヲ以テ監視自身ノ執行トスルトキハ監視規則ノ違犯ハ即チ監視ヲ逃ル、モノ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ノ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モノハ循環窮  
 リナキニ至ル可シ法律ノ制裁ハ宜シク直ニ之ヲ實行シテ結了シ得ヘキモノタル  
 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非サルナリ我  
 刑法第百五十五條ニハ附加刑ノ執行ヲ遁ル、罪ナルモノヲ設ケタリト雖モ監視  
 ナリテ單ニ官吏ノ視察トシ被監視者ニ或事ヲ命スルモノニ非ストスルトキハ此  
 罪ハ決シテ被監視者ノ犯シ得ヘキモノニ非ス尙ホ監視違犯ノ罪及囚徒逃走罪ニ  
 就テハ各論ヲ講スルノ際ニ於テ其詳ヲ了知セラレ可シ

第五章 財産刑

第一節 主刑及其執行

主刑及其執行  
 財産刑

主刑タル財産刑ハ罰金及科料トス

(第一) 科料ハ五錢以上一圓九十五錢以下ト爲シ罰金ハ二圓以上ト爲シ尙ホ各本  
 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  
 ハ罰金ノ上ニハ復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可カラ  
 ス我刑法カ親屬其他ノ者ヲシテ代テ之ヲ納ムルコトヲ許スハ敢テ不可ナルニ非  
 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此訴訟ヲ待テ  
 テ初メテ刑罰ノ執行ヲ全フシタルモノトスルカ如キノ感覺アルヲ免レス

(第三) 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  
 置キ直ニ國庫ハ金額請求ノ權ヲ取得ズ可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可キコトヲ定メタレトモ是犯者  
 ニ與フルニ敢テ上納猶豫ノ期限ヲ與ヘタルモノニ非スシテ只其換刑處分ヲ爲シ  
 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モ民事上ノ手續  
 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ホ完納ス  
 ル能ハサルモノハ一月又ハ十日ノ期限ノ經過ヲ待テ換刑處分ヲ行フコトヲ得

へ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爲シ如何ナル富有ノ者ト雖モ期限内ニ納完セサルトキハ直ニ換刑ノ處分ヲ爲ス可キモノトスレトモ是レ法理ノ原則ヲ誤リタルモノ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ナキニ至ル可シ(第二十七條)

(第四) 前述ノ理由ニ依リ既ニ身代限ノ處分ヲ爲シ尙ホ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ヲ以テ既ニ身代限ノ處分ヲ爲シ限内納完スル能ハサル者及期限後納完セス又ハ納完スル能ハサル者ト雖モ共ニ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三第四兩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

期限トシ限内タル以上ハ之カ督促ヲモ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コキモノトスルコトヲ得へ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非サルヲ以テ我國實際ニ於テハ從來此解釋ヲ用ヰタル場合モ亦少々ニ非サル可シ(第五) 換刑處分ハ一圓又一圓未滿チ一日ニ折算シ罰金拘留ノ區別ニ從ヒ裁判確定後一月若クハ十日ヲ經過シタルトキハ何時ト雖モ之ヲ輕禁錮又ハ拘留ニ換フ但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サルノミナラス換刑處分ハ二年ニ超ユルコトヲ許サ、ルヲ以テ巨額ノ罰金ハ一日數圓ニ相當スルコト、爲ル可シ(第二十七條)

(第六) 換刑處分ハ刑罰執行上ノ處分ナルヲ以テ更ニ裁判ヲ用ヰス檢察官ノ求ニ因リ裁判官之ヲ命ス若シ又禁錮若クハ拘留期限内罰金若クハ科料ヲ納メタル者ハ其經過日數ヲ控除シテ禁錮若クハ拘留ヲ免ス(第二十七條)

(第七) 然レトモ換刑處分ニ出ルモ既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可シ例へハ監視ハ特別ニ