

刑法講義卷之一目次

緒論

第一編 總則

第一部 犯罪

第一章 犯罪ノ定義及ヒ種別

第一節 犯罪ノ定義

第二節 犯罪ノ種別

第二章 刑罰法ノ及フ時地及ヒ人

第一節 刑罰法ノ及フ時

第二節 刑罰法ノ及フ地及ヒ人

第三章 犯罪ノ主體及ヒ物體

第四章 犯罪構成ノ要素

第一節 有形的ノ要素

第二節 無形的ノ要素

目次

一

四四

全

四五

全

五六

八四

全

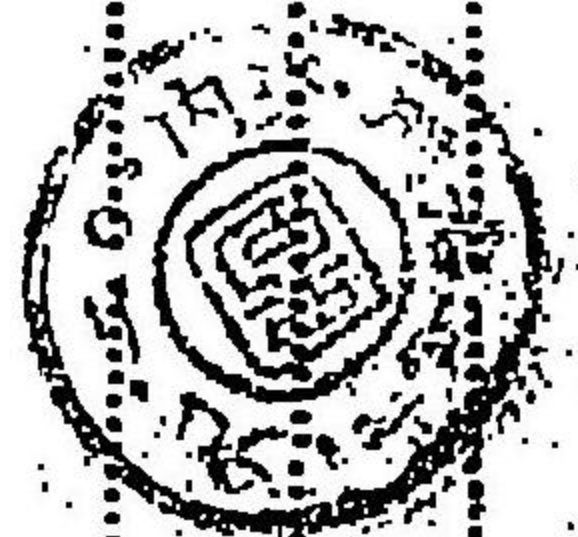
一一一

一三〇

一三四

一三五

一五一



第五章 無罪責ノ理由……………一五二

第一節 幼年……………全

第二節 知覺精神ノ喪失……………一六九

第三節 瘖啞……………一七二

第四節 強制……………一七四

第五節 無意……………一八八

第六節 職務又ハ權利ノ執行……………二〇一

第二部 刑罰……………二〇八

第一章 刑罰ノ定義及ヒ種別……………全

第一節 刑罰ノ定義……………全

第二節 刑罰ノ種別……………二一八

第二章 刑罰處分……………二二五

第一節 主刑處分……………全

第二節 附加刑處分……………二五四

第三章 刑期計算……………二九二

第四章 刑罰ノ執行停止……………三〇六

第五章 刑罰ノ消滅……………三一六

第三部 犯罪及ヒ刑罰ノ上ニ影響ヲ及ホス可キ情狀……………三三五

第一章 加重ノ情狀……………三三六

第二章 減輕ノ情狀……………三四七

第一節 宥恕減輕……………全

第二節 自首減輕……………三四九

第三節 酌量減輕……………三五九

第四節 從犯及ヒ未遂ノ減輕……………三六二

第三章 加重減輕ノ方法順序……………三六三

第一節 加重減輕ノ方法……………三六四

第二節 加重減輕ノ順序……………三七三

第四部 犯罪及ヒ犯人ノ多數……………三七七

# 刑法講義卷之一

法律學士 龜山貞義 講述

## 緒論

刑、  
人ハ宇宙間ノ一動物ノミ饑ヘテ食ヒ渴シテ飲ミ勞シテ眠リ老テ死ス以テ其本  
分ヲ盡シタリト謂フ可キ乎ルソ一及ヒフゾンドルフハ必ス然リト答ヘン何  
トナレハ彼輩ハ人類ハ自然ノ情態ニ依テ個々獨居ス可キモノナリト信スレハ  
ナリ然レトモ古來幾千年間ノ歴史ニ徴スルニ當初ハ三々五々相合シテ部落ヲ  
成シ漸ク進ンテ一大社會ヲ成スニ至リタルノ事實アルモ未タ群ヲ離レテ個々  
獨居スルコト所謂ル神仙其者ノ如キ人類アルヲ見ス左レハ人類ハ群居シテ社  
會ヲ成ス可キ性情ヲ具ヘタルモノニシテ即チ社交的動物ナリト断定スルコト  
ヲ得ヘシ殊ニ天爲ノ災禍ヲ防制シ猛獸毒蛇ノ害ヲ除去スルカ如キ其他種々  
必要上ヨリ之ヲ觀ルモ各自互ニ協力シ相依リ相扶ケサルヲ得サルモノアリテ  
存ス何ソ獨居ヲ以テ其自然ノ情態ナリト謂フ可ケンヤルソ一等ノ說固ヨリ

刑

信スルニ足ラサルナリ  
 人類果シテ社會ヲ成サ、ルヲ得サルモノナリトセンカ則チ退テ社會ヲ害スル  
 ノ所爲ヲ行ハサルノミナラス進ンテ社會ヲ利シ其一般ノ幸福ヲ増スコトヲ勉  
 メサル可カラズ若シ人々自家ノ私情ニ徇ヒ唯私利是レ事トセハ社會ハ遂ニ土  
 崩瓦解シテ已マン一個ノ動物トシテハ饑ヘテ食ヒ渴シテ飲ミ勞シテ眠リ老テ  
 死スル千古不易ノ天法ニ服スルノ外社會ノ一員トシテハ力ヲ社會ニ致シテ決  
 シテ社會ヲ害スルコトナキヲ要ス之ヲ人ノ本分トス  
 同シク是レ人ノ本分ナリト雖モ其中他ヨリ強制シ得ヘキモノト否ラサルモノ  
 トアリ是レ法律ト道德ト相岐ル、所以ナリ蓋シ法律ハ人ノ直ナランコトヲ命  
 令スルニ止マルモ道德ハ人ノ善ナランコトヲ命令ス例ヘハ貧人ノ饑餓ニ泣ク  
 ヲ見ル誰カ吾カ餘財ヲ與ヘテ其窮苦ヲ救フコトヲ念ハサルモノアランヤ是レ  
 實ニ道德カ吾人ノ良心ヲ藉リテ善ヲ爲セト命令スルモノニ外ナラス吾人此命  
 令ニ從ハンカ心中自ラ快樂ヲ感ス可キモ之ニ反シ袖手傍觀シ去ランカ良心吾  
 カ身ヲ責メ一種言フ可カラサルノ苦ヲ感セン此苦ハ即チ道德ニ違背シタルノ

法

刑

制裁ナリ而シテ吾人ハ此制裁ヲ受クルノ外決シテ他ノ制裁ヲ受クルコトナシ  
 他ナシ吾人ハ不仁ニシテ善ヲ爲サ、ルモ未タ不正不直ノ所爲ヲ行ヒタルモノ  
 ニ非サレハナリ故ニ其貧人ハ吾人ニ對シテ財物ノ施與ヲ強要スルノ權ナク社  
 會モ亦其救恤ヲ吾人ニ逼迫スルコトヲ得ヘキモノニ非ス要スルニ道德ハ人類  
 カ本分トスル所ノモノヲ悉ク盡サシメンコトヲ求ムルカ故ニ其命令極メテ密  
 ニ且嚴ナリト雖モ吾人ヲシテ其命令ニ服從セシムルノ強制力ハ唯之ヲ吾人ノ  
 良心ニ存セシムルニ過キス  
 貧人饑餓ニ迫リテ他人ノ財物ヲ竊取ス此場合ニ於テハ密ニ道德ノ制裁ヲ受ク  
 ルノミナラス又法律ノ制裁ヲ受ケサル可カラズ何トナレハ竊取ハ善事ニ非サ  
 ルノミナラス不正不直ノ所爲ニシテハ善ヲ爲セトノ命令ニ違ヒ一ハ直ヲ爲  
 セトノ命令ニ背クモノナレハナリ而シテ此場合ニ於ケル法律ノ制裁ハ自然ニ  
 様ニ別ル可シ一ハ其財物ヲ本主ニ返還セシメ以テ不正不直ヲ遂クルコトナカ  
 ラシム之ヲ民事上ノ制裁トス一ハ刑罰ヲ加ヘテ惡事必ス惡報アルコトヲ知ラ  
 シム之ヲ刑事上ノ制裁トス此ノ如ク法律カ二个ノ制裁若クハ其中一个ノ制裁

法

刑 法

ヲ付シテ吾人ニ或ル所爲ヲ行ヒ若シハ行ハサルコトヲ強制スルモノハ何ソヤ  
 吾人相互ニ善事ヲ爲サ、ルモ以テ社會ヲ維持スルコトヲ得ヘシト雖モ其不正  
 不直ノ所爲ハ直接若クハ間接ニ社會ヲ害シ其生存ヲ危殆ナラシムルヲ以テナ  
 リ一言以テ之ヲ蔽ヘハ曰ク法律ハ備ハルコトヲ吾人ニ求メス止ク社會若クハ  
 其一員タル他人ヲ害スルコト勿レト命令スルノミ故ニ法律ノ範圍ハ道德ノ範  
 圍ノ如ク廣カラサルモ其強制力ハ反リテ大ナリ之ヲ吾人ノ良心ニ存セシムル  
 ト同時ニ吾人以外ノ者ノ手ニモ存セシメ社會若クハ他人ヲシテ吾人ニ強要ス  
 ルコトヲ得セシム是レ法律ト道德トノ差別ナリ知ル可シ道德ハ吾人ニ遵守ノ  
 本分アルモ他ニ之ヲ強フルノ權利アル者ナク法律ハ吾人ニ遵守ノ本分即チ術  
 語ノ所謂ル義務アリテ而シテ他方ニ之ヲ強フルノ權利者アルコトヲ  
 正直ハ即チ善ノ一ニシテ而シテ不善ハ正直ニ非ス果シテ然ラハ道德ノ命令ス  
 ル所ノモノ法律之ヲ禁止シ道德ノ禁止スル所ノモノ法律之ヲ命令スルカ如キ  
 コト萬々アル可カラス須ク二者并ヒ行ハレテ相悖ラサルヘシ然ルニ古來ノ事  
 蹟ニ徴スルニ往々道德ノ命令スル所ノモノ法律之ヲ禁止スルコトアリ乞巧ニ

刑 法

財物ヲ施與スルコトヲ禁止スルカ如キ是ナリ又道德ノ禁止スル所ノモノ法律  
 之ヲ命令スルコト亦之ナキニ非ス人ノ罪惡ヲ許キ官ニ告發スルコトヲ命令ス  
 ルカ如キ是ナリ此ノ如ク法律道德時ニ相鑿相容レサルノ觀アルヨリ此二者互  
 ニ關係ナシト説キ甚シキハ道德ノ存在ヲ認メサル者アルニ至レリ然レトモ余  
 ハ此等ノ事ヲ以テ法律道德相撞突スルモノト思惟スルコト能ハス何ソヤ道德  
 ハ吾人ニ法律ヲ遵守スルコトヲ命令ス故ニ法律ノ命令禁止ニ從ヒタル所爲ハ  
 決シテ道德ニ違背スルモノニ非ス其法律ノ命令禁止ナキ以前ニ在リテハ乞巧  
 ニ財物ヲ施與スルハ決シテ不善事ニ非ス人ノ罪惡ヲ許クハ決シテ善事ニ非サ  
 ルヤ明ナリ然レトモ懶惰ニシテ生業ヲ營マサル者ニ施與スルカ如キハ之ヲ善  
 事ナリトスルモ至小ノ善事ニシテ所謂ル婦人ノ仁タルニ過キス却テ其施與ノ  
 結果益懶惰ニ陷ラシムルモノナレハ道德ハ必シモ之ニ施與セヨト命令セス故  
 ニ法律其施與ヲ禁止スルモ敢テ道德ニ抵觸スル所ナカル可シ又人ノ罪惡ヲ許  
 クハ之ヲ不善事ナリトスルモ至小ノ不善事タリ殊ニ其社會公益ノ爲メニスル  
 モノハ所謂ル大義滅親ノ意ニシテ道德必シモ之ヲ禁止セス否其善事ノ爲メニ

刑

小不善事ヲ忍フハ却テ道德ノ本旨ニ適セン故ニ法律之ヲ命令スルハ道德ト相容レスト謂フ可カラズ但余ハ何レノ時代ニ於ケルモ法律道德常ニ相一致スルコトヲ斷言スルコト能ハス暴君汚吏法律ノ力ヲ假リテ道德ヲ蹂躪スルコト絶ヘテ之ナシトセザレハナリ然レトモ此稀有絶無ノ事アルカ爲メニ法律ハ道德ニ關係ナシ又世ニ道德ナルモノナシト言フカ如キハ不當ノ太甚シキモノト謂ハサル可カラズ

以上論スル所ニ依リ法律ノ何物タルコトヲ知ルニ足ル可シ法律ハ道德ト同シク吾人行爲ノ規則ナルモ他ヨリ其遵守ヲ強制スルモノ即チ是レ法律ナリトス法律ノ種類タル一ニシテ足ラス今之ヲ大別スレハ左ノ如シ

第一、性法 人定法

性法トハ天理自然ノ法律ニシテ主權者ノ命令ヲ待タス吾人相互ニ遵守セサル可カラサルモノヲ謂フ近時ノ學者此法律ノ存在ヲ認メサルモノ少カラス蓋シ此法律タル固ヨリ成文アルニ非ス又衆人ノ認メタル慣習アルニ非ス從テ甲者ノ以テ性法ニ合ヘリトスルモノハ乙者ハ以テ然ラスト爲スコトアルヲ免カレ

法

刑

法

ス此ノ如ク人々意見ヲ異ニスルハ畢竟此法律ノ存在セサルニ由ラスシハアラス然ルニ空漠不定此ノ如キノ法律アリト爲スハ古來ノ迷想ニシテ陳腐ノ論ナリト云フニ過キササルカ如シ然レトモ成文法ニ付テモ人々其解釋ヲ異ニスルコトアリ而カモ之カ爲メ成文法存在セスト謂フ可カラズ試ミニ本邦今日ノ現狀ヲ見ヨ民事ニ關スル人定法實ニ曉星モ營ナラス故ニ裁判所ハ多クハ條理ニ依テ裁判シ而シテ其裁判ノ果シテ條理ニ合ヘルヤ否ハ上告裁判所ノ鑒査ヲ受ケツ、アルニ非スヤ此條理トハ吾人カ自然ノ道理上然ラサルヲ得スト認識スル所ノ規則ニシテ即チ性法ニ外ナラサルナリ彼ノ人ヲ殺スコト勿レ人ノ財物ヲ盜ムコト勿レ借用シタル金品ハ返還セサル可カラストハ古今不易ノ規則ニシテ人定法ヲ待タスシテ吾人ハ其義務アルコトヲ認識スルニ非スヤ若シ之ヲシモ人定法アルノ致ス所ナリト云ハ、余復何ヲカ言ハシ

人定法トハ其名稱ノ如ク人類カ此社會ニ必要ナリト認メテ制定シタル所ノ法律ヲ謂フ此法律ヲ細別シテ成文法慣習法ノ二ト爲ス甲ハ主權者カ制定頒布シタルモノニシテ乙ハ多年ノ慣行ニ因リ自然吾人カ遵守ス可キコト、爲リタル

歐洲大陸各國ニ於テハ今日多クニ成文法ヲ用ユ本邦モ亦此傾向アリ故ニ性法ハ勿論慣習法ヲ行ハル、區域漸次狹隘ト爲ル可シ即チ成文法ノ不備ナル部分ニ付テハ性法ヲ適用シテ之ヲ補充シ當事者ノ意思ヲ解釋シテ制定シタル部分ニ付テハ慣習法ヲ舉示シテ反對ノ意思ナルコトヲ主張スルコトヲ得ルニ過キサルニ至ラン

第二、公法 私法

公法トハ國家ノ組織及ヒ國家ト人民トノ關係ヲ規定シタルモノヲ謂ヒ私法トハ人民相互ノ關係ヲ規定シタルモノヲ謂フ是レ内部ノ公法私法ニ付テノ定解ナリ其外部ニ關スルモノニ付テハ外部ノ公法ハ即チ國際公法ト稱シ國家ト國家トノ關係ヲ規定シ外部ノ私法ハ即チ國際私法ニシテ一國人民ト他國人民トノ關係ヲ規定スルモノナリ

第三、主法 助法

主法トハ事物ノ本体ヲ規定シタルモノニシテ云々ノ事ヲ爲ス可シト命令シ云

々ノ事ヲ爲ス可カラスト禁止シ又ハ云々ノ事ハ云々ノ權利義務ヲ生ス可シト規定スルノ類ハ皆主法ニ屬スルモノトス此主法ヲ實際ニ運用スルニ付テノ手續ヲ規定シタルモノハ即チ助法ナリ故ニ主法ヲ一ニ根本法ト稱シ助法ヲ手續法ト稱ス

刑法ハ以上列記シタル法律ノ種類中如何ナル種類ニ屬スル乎第一人定法ニシテ而カモ成文法ナルコト言フ俟タス第二其規定スル所ハ人民ニシテ云々ノ所爲ヲ行ヘハ國家ハ之ヲ犯罪トシ云々ノ刑ヲ科ス下云フニ在ルヲ以テ其公法而カモ内部ノ公法タルコト亦明ナリ第三右ノ如ク罪刑二者ヲ規定スルニ止マリ其罪ヲ治メ刑ヲ科スルノ手續ニ及ハス故ニ其主法タルコト勿論ナリトス今ヤ刑法ヲ講究セントスルニハ先ツ其古今ノ沿革ヲ說示スルヲ順序トス然レトモ余ヤ淺學寡聞ニシテ本邦ニ於ケル刑法ノ沿革スラ猶ホ未タ之ヲ詳ニセズ況ヤ外國刑法ノ沿革ヲヤ故ニ載籍ノ傳フル所先進ノ說ケル所ニシテ余カ耳目ニ觸レタルモノヲ略言シ以テ之カ責ヲ塞カントス

メイン氏曰ク古法ト今法トノ間著キ差異アルヲ見ルハ刑事法律ト民事法律ト

刑

ノ比例全ク相異ナルコト是ナリ古代ニ溯ルニ從ヒ刑事ニ關スルモノ最モ大部分ヲ占メ且ツ詳密ニ涉ルコトヲ覺ル可シト東西各國ノ歴史ニ徴スルニ實ニ此言ノ如シ己ニ前ニモ陳ヘタル如ク人類其性質ニ從ヒ必要ニ基キ團結シテ社會ヲ成スヤ之カ維持ヲ計ラサル可カラス從テ直接又ハ間接ニ社會ヲ害スルモノハ社會自ラ之ヲ防制スルヲ必要トス而シテ其防制ノ方法ハ刑罰ヲ用ユルニ若クモノアラス是レ刑罰ノ設社會ノ創造ニ伴ヒ其法律ノ最モ早ク備ハリタル所以ナラン劉惟謙等カ進大明律表ノ中ニ天生蒸民不能無欲々動情勝詭偽日滋強暴縱其侵凌柔懦無以自立故聖人者出因時制治設刑憲以爲之防欲使惡者知懼而善者獲寧傳所謂獄者萬民之命所以禁暴止邪養育群生者也譬諸禾黍必刈稂莠而後苗始茂方於白粲必去砂礫而後食可養苟梗化敗俗之徒不有以誅之雖堯舜不能以爲治トアル如ク古往今來如何ナル時代ト雖モ刑罰ハ一日モ社會ニ闕ク可カラス乃チ刑法ハ社會維持ノ必要ヨリ生出シタルモノト謂フ可シ

本邦太古ニ在リテハ營ニ人爲ノ惡事ヲ以テ罪ト爲シタルノミナラス疾病不具等ヲモ亦罪ノ中ニ算ヘタリ大祓ノ詞ニ天律罪止波畔放溝埋繩放煩詩申刺生剝

法

逆剝尿戶……………國律罪止波生乃膚斷死乃膚斷白人胡久美己母犯留罪己子犯留

刑 法

罪母與子與犯罪子與母與犯罪畜生犯罪昆虫乃災高律神乃災高律鳥乃禍畜生仆志、蠱物爲罪云々トアリテ水利ヲ妨ケ稼穡ヲ害シ畔放以下或ハ生獸ノ皮ヲ剝キ若クハ逆ニ剝キ(生剝逆剝)或ハ齋殿ヲ汚穢シ(尿戶)或ハ人ヲ殺傷シ(生乃膚斷)死屍ヲ毀損シ(死乃膚斷)或ハ亂倫姦通シ(己母犯留罪以下)或ハ畜類ヲ姦シ(畜生犯罪)又ハ殺傷シ(畜生仆志)或ハ人ヲ呪詛スル(蠱物爲罪)等ノ外皮膚白哲ニ過クル病者(白人)贅肉アル不具者(胡久美)又ハ蟲類鳥類ニ傷ケラレ(昆虫乃災)高津鳥乃禍若クハ落雷ノ擊ツ所ト爲リタル者(高津神乃災)亦罪ヲ犯シタルモノナリト爲セリ蓋シ當時ノ人謂ヘラク神ハ一切ノ不淨ヲ厭忌ス人身苟クモ汚穢ニ觸レンカ忽チ神ニ厭忌セラレ是ニ於テ乎禍日神即チ惡魔ノ乘スル所ト爲リ益惡事ヲ行フニ至ルト是レ身體ノ不具疾病負傷ヲモ罪ノ中ニ列シタル所以ナリ

一切ノ不淨ハ即チ罪ニシテ罪ハ畢竟惡魔ノ所爲ナリ其惡魔ヲ除カスハ彼益其魔力ヲ逞フシ災厄ヲ生スルノ虞アリ是ニ於テ乎祓ノ制起レリ祓トハ不淨ヲ去リ惡魔ヲ逐スノ意ニシテ其方法ニアリ犯人ヨリ物品ヲ徵收シテ其不淨ニ汚



カレタル部分ヲ河流ニ投棄スルト他ノ部分ヲ神ニ供スルト是ナリ此第一ヲ惡ノ祓ト稱シ惡魔ヲ逐フヲ以テ其目的トス第二ヲ善ノ祓ト稱シ神ノ降臨保護ヲ請フヲ以テ其目的トス此物品ノ徵收ハ後世ノ贖罪沒收等ト全ク其趣意ヲ異ニスルモ之ヲ當時ノ犯罪ニ對スル刑罰ナリト言フモ決シテ不當ニ非サル可シ史ニ依ルニ蛭子ヲ流シ迦具土神ヲ斬リ素盞鳴尊ヲ放ツ等ノ事蹟アリ是ニ由テ觀レハ神代ノ古ニ在リテ早ク已ニ特別ノ罪ニ付テハ死刑流刑追放刑等ノ設アリタルカ如シ神武帝ヨリ天智帝ニ至ルノ間ニ在リテハ是等ノ肉刑自由刑ヲ用ヒタルハ勿論祓具徵收ノ外別ニ贖罪トシテ物品ヲ徵收シタル等ノ事蹟アリ刑罰ノ漸ク複雑ニ傾キタルコト見ル可シ但當時未タ成文ノ法律アラザリシカ故ニ云々ノ所爲ハ罪トシテ論ス可キ乎又如何ナル刑ヲ適用ス可キ乎ハ事アル毎ニ朝臣相議シ至尊ノ御批ヲ經テ之ヲ定メタルモノナルコトハ疑ヲ容レズ應神帝以來三韓トノ交通開ケ漸ク彼國及ヒ支那ノ文物ノ輸入シ遂ニ孝德帝ノ天化ノ革新ト爲リ天智帝ノ時ニ至リ律令ヲ有司ニ頒タレタリ是レ本邦ニ成文ノ刑法典アルノ始トス然レトモ此律令共ニ今日ニ傳ハラサルヲ以テ固ヨリ其

刑

法

規定如何ヲ知ルコト能ハサルモ必ヤ多少支那主義ヲ包含セシナラン後幾モナク天武帝ノ十年ニ至リ律令改正ノ著手アリ令先ツ成リテ持統帝ノ三年有司ニ頒タレタリト云フ

大寶律令ハ藤原不比等々文武帝ノ勅ヲ奉シ撰定シタルモノニ係リ大寶二年天下ニ頒布セラレタリ此律令ハ蓋シ前ノ律令ヲ修正シタルモノナラン而シテ其律ノ大部分ハ已ニ亡失シ今日ニ傳フル所ハ僅ニ名例律二十五條衛禁律十四條職制律五十三條賊盜律五十三條ト并ニ罪ト刑トノ名目トニ過キス餘ノ條項ハ令義解其他後世ノ法律及ヒ裁判至要抄金玉掌中抄法曹至要抄等ノ書ニ散見スルノミ然レトモ今此殘編ニ就テ之ヲ考フルニ此律ハ大ニ唐律ヲ參酌シ否寧ロ之ニ摸倣シタルモノ、如シ刑名ノ如キハ彼我全ク同一ニシテ答ハ一十ヨリ五十ニ至リ杖ハ六十ヨリ一百ニ至リ徒ハ一年ヨリ三年ニ至リ而シテ死ニハ絞斬ノニアリ唯流ニ付テ彼ハ二千里二千五百里三千里ノ三等ニ別チタルヲ我ハ近流中流遠流ノ三等ニ別チタルノミ又罪名ノ最モ重キモノ彼ハ謀反謀大逆謀叛惡逆不道大不敬不孝不睦不義內亂ノ十惡ト爲シタルヲ我ハ其不睦內亂ノ二ヲ

刑

法

刑

法

去ツテ八虐ト爲シ又彼ハ議親、議故、義賢、議能、議功、議貴、議勤、議實ノ八議ノ法アルヲ我ハ議勤、議實ノ二ヲ捨テ六議ト爲シタル等幾分ノ取捨ヲ施シタルニ過キス又法文ノ如キモ各條殆ト同一ニシテ例ハ名例律第一條ニ彼ハ諸八議者犯死罪、皆條所坐、及應議之狀、先奏請議、令定奏裁、流罪以下減一等、其犯十惡者、不用此律トアルヲ我ハ凡六議者犯死罪、皆條所坐、及應議之狀、先奏請議、令定奏裁、流罪以下減一等、其犯八虐者、不用此律ト改メタルカ如キ彼ノ八議ヲ六議ニ彼ノ十惡ヲ八虐ニ改メタルノ結果トシテ此等ノ文字ヲ改メタルノ外諸ノ字ヲ凡ノ字ニ變更シタルニ止マル餘ハ推シテ知ル可シ

光仁帝ノ時ニ至リ放火盜賊ハ格殺シテ以テ後惡ヲ懲ス可シトノ勅令下リ而シテ此格殺ニ當ル者ハ恩赦ニ遇フモ輕減セサルコト、爲シタリ是レ絞斬ニ死ノ外ニ新ニ格殺ト稱スル刑名ヲ生シタルカ如シ桓武帝ノ時吉備眞備大和長岡等ニ勅シテ律令三十四條ヲ刪定セシメタル事蹟アルモ其刪定ノ如何ナルモノナリヤハ今之ヲ知ルコト能ハス此他華山帝ノ時左兵衛尉藤原齊明カ彈正大弼大江匡衡ヲ傷クルヤ齊明ヲ誅シテ梟首シタル等ノ事實アリテ大寶律必シモ斷ヘ

刑

法

ス實行セラレタルモノニ非サルニ似タリ檢非違使カ其權力ヲ專ラニシタル時代ニ於テ殊ニ然リトス

政權ノ武門ニ移リ源賴朝總追捕使ト爲ルヤ刑罰ノ事一ニ其意ニ隨テ處斷シ復タ成文ノ法律アルヲ見ス北條氏陪臣ヲ以テ國命ヲ執ルヤ式目五十一條ヲ制定セリ其成ルヤ貞永年間ニ在ルヲ以テ世之ヲ貞永式目ト稱ス

貞式永目ハ專ラ刑事ニ關スルモノニ非スシテ民事ニ關スルモノ亦少カラス故ニ眞ノ刑法ヲ以テ之ヲ視ル可カラス而シテ其刑事ニ關スルモノト雖モ謀叛人事ノ條ニ右式目之趣兼日難定歟且任先例且依時儀可被行之又強竊ニ盜罪科事附放火人事ノ條ニ右既有斷罪之先例何及猶豫之新儀哉次放火人事准據盜賊宜令禁遏トアルカ如ク特ニ其處分法ヲ規定セサルモノアリ又密懷他人妻罪科事ノ條ニ右不論強姦和姦懷抱人妻之輩被召所領半分可被罷出仕無所帶者可處遠流也女所領同可被召之無所領者又可被配流之也次於道路辻捕女事於御家人者百箇日之間可止出仕至郎從已下者任右大將家御時之例可削除片方之鬢髮也但於法師罪過者當其時可被斟酌トアルカ如ク特ニ刑罰ヲ定メタルモノ、外概

刑

先例ニ依リ殊ニ大寶律ニ準テ取リテ處分シタルカ如シ當時ノ明法家中原章任カ金玉掌中抄一卷ヲ著シ其中ニ大寶律ノ或ル部分ヲ抄出シ以テ執法者ノ便ニ供シタルコトアルヲ以テ之ヲ證ス可シ殊ニ此式目タル元ト專ハラ武家ノ爲メニ設ケタルモノニシテ公卿朝臣ニ及ハス乃チ事ノ公卿朝臣ニ關スルモノニ付テハ從前ノ律例仍ホ其効力ヲ存セシコト以テ推知スルニ足ル可シ

貞永式目ニ次テ建武式目ナルモノアリ是レ建武年間足利尊氏カ二階堂道昭等ニ命シテ作爲セシメタルモノナリト云フ此式目モ亦專ハラ武家ノ爲メニ設ケタルモノニシテ其性質全ク貞永式目ニ同シ

應仁以降天下麻ノ如ク亂レ英雄四方ニ割據シテ各其一家ノ法ヲ設ケタリ北條早雲ノ二十一个條武田信玄ノ家法朝倉敏景ノ十七个條長曾我部元親ノ百个條ノ類是ナリ是等ノ家法ハ概ネ皆貞永建武ノ式目ニ準據セリ

織田豊臣二氏ハ政柄ヲ秉ルノ日久シカラス隨テ其一代ノ刑法ヲ制スルニ違アラス一ニ舊例及ヒ便宜ニ從テ處理シタルカ如シ世ニ大間ノ式目ト稱スルモノ七十三个條ヲ傳フルモ恐クハ後人ノ僞作ニ係ルモノナル可シ

法

刑

法

御定書百个條ハ元和以降寛保ニ至ル時々ノ法令ヲ編纂シタルモノニシテ實ニ徳川氏一代ノ法典ナリ其中ニ規定スル所民事ニ關スルモノアリ又訴訟手續ニ關スルモノアリト雖モ刑事ニ關スルモノ其十中ノ七八ニ居ル故ニ之ヲ徳川氏ノ刑法ト稱スルモ敢テ失當ノ言ニ非サル可キヲ信ス而シテ此法典タル徳川氏直轄ノ土地人民ヲ支配スルニ止マリ諸侯所轄ノ土地人民ニ付テハ各藩別ニ其法律アリシモ概ネ皆準テ此法典ニ取リシカ故ニ其大体ニ至リテハ彼此大差ナシ乃チ當時ノ刑法全國ニ通シテ同一ナリシト言フモ決シテ不可ナルコトナシトス

今武臣專權時代ノ刑律ヲ通觀スルニ一方ニ於テハ峻刑酷罰以テ衆庶ヲ威嚇シ他ノ一方ニ於テハ武人ヲ厚遇シ以テ其特權ヲ保護センコトヲ勉メタルヤ瞭然タリ古ノ絞斬二死ノ外録倉瀨府カ獄門ト磔トノ二ヲ加ヘ武田氏カ釜煎ノ刑、織田氏カ鋸挽ノ刑ヲ用ヰタル及ヒ徳川氏カ是等ノ例ヲ承ケテ死刑ヲ鋸挽、磔、獄門、火罪、斬罪、死罪、下手人ノ七種ニ別チ之ヲ併用シタルカ如キ是レ威嚇以テ民ニ臨ムモノニ非スシテ何ソヤ又武人ノ爲メニハ召籠、勅勘又ハ逼塞閉門、蟄居、改易、切

腹等ノ閏刑ヲ設ケタルガ如キ是レ其特權ヲ保護スルノ意ニ出テタルヤ言ヲ待  
タス要スルニ軍律獨リ存シテ常律未タ之アラザリシト言フモ恐クハ失當ニ非  
サル可シ

王政維新百事コ、ニ革マリ明治元年首トシテ假律ヲ設ケ以テ德川氏ノ苛刑ヲ  
除キ餘ハ姑ク舊例ニ依ラシム三年新律綱領六卷ヲ頒布セラル此律ハ主トシテ  
大寶ノ古律ニ則リ德川氏ノ舊例ト明清ノ二律トヲ參酌シタルモノナリ其刑名  
ノ如キ笞杖徒流死絞斬ノ五ト爲シ全ク大寶ノ古ニ復シタリ六年改定律例ヲ頒  
布セラレ上諭ニ曰ク朕曩ニ司法ニ勅シ國家ノ成憲ニ基キ各國ノ定律ヲ酌ミ改  
定律例ヲ修撰セシム云々知ル可シ此律例ハ幾分カ歐洲諸國ノ定律ヲ參酌シ  
タルコトヲ然レトモ彼ノ文物日ニ月ニ本邦ニ輸入シ來リ復々是等ノ法例ヲ以  
テ之ヲ律スルコト能ハス是ニ於テ乎八年命アリ司法省新刑法ノ起草ニ著手シ  
十年十一月ニ至リテ稿ヲ脱シ之ヲ太政官ニ呈ス太政官乃チ審査委員ヲ命シテ  
之ニ付ス十二年六月審査ノ業竣リ十三年元老院ノ議決ヲ經同年七月布告第三  
十六號ヲ以テ此刑法ヲ頒布セラレ而シテ十五年一月一日ヨリ實施セラレタリ

刑

法

刑

法

以上ハ本邦ニ於ケル刑法沿革ノ大要ヲ示シタルニ過キスト雖モ之ニ因テ我刑  
法ノ如何ニ變遷シ進化シタル乎ヲ知ルニ足ラン即チ其法理ノ變遷ニ付テ之ヲ  
觀レハ本邦固有ノ法理時代(太古ヨリ天智帝ノ時ニ至ル)ヨリ支那法理折衷時代  
(近江朝廷律令以降)ニ遷リ其末武斷主義ヲ交ヘ(中古王政ノ末ヨリ維新ノ初ニ至  
ル)而シテ遂ニ歐洲法理折衷ノ時代(改定律例以降)ニ推移シタルモノナリ  
所謂ル支那法理トハ如何易ニ曰ク天垂象聖人則之觀雷電而制威刑觀秋霜而有  
肅殺ト春秋符ニ又曰ク霜者刑罰之表也季秋霜始降鷹隼擊王者順天行誅成肅殺  
之威ト故ニ人惡ヲ爲セハ則チ獲罪於天ト云ヒ之ヲ刑スレハ則チ恭行天之罰ト  
云ヘリ是ニ由テ觀レハ彼國ノ刑罰亦一種ノ宗教主義ニ基キタルモノ、如シ然  
レトモ書契ノ傳フル所彼ニハ疾病不具等總テ汚穢ヲ罪ト爲シタルノ事蹟ナ  
ク又絞除ノ制アルヲ見ス夙ニ墨辟劓辟剕辟宮辟大辟ノ五刑備ハルアリ書ノ舜  
典ニ帝曰皐陶蠻夷猾夏寇賊姦宄汝作士五刑有服五服三就五流有宅五宅三居云  
々トアリ又大禹謨ニ刑期於無刑民協於中時乃功懋哉トアリテ刑ハ專ハラ姦邪  
ヲ禁止スル爲メニ用非決シテ上帝ノ保護ヲ求ムルヲ以テ其目的ト爲シタルモ

刑

ノニ非ス書ニ金作贖刑トアルモ甫侯ノ訓ニ墨辟疑赦其罰百鍰則辟疑赦其罰惟倍荆辟疑赦其罰倍差宮辟疑赦其罰六百鍰大辟疑赦其罰千鍰トアルカ如ク疑罪ニ對スル特別法ニシテ敢テ上帝ニ向テ其罪ヲ贖ハシムルノ旨趣ニ出テタルモノニ非ス左レハ我太古ニ於ケル刑罰ノ主義ト其趣全ク相異ナレリト謂ハサル可カラス傳ニ依レハ夏ノ刑ハ三千條アリ周ハ初メ二千五百後又三千ニ上ホレリト云フ周衰ヘテ戰國制ヲ異ニス魏ノ文侯李悝ヲ師トシ諸國ノ刑典ヲ集メテ法經六篇ヲ造ル盜法、賊法、囚法、捕法、雜法、具法是ナリ漢ノ蕭何更ニ戶、興、厠ノ三篇ヲ加ヘテ九章ノ律ト爲ス曹魏ハ漢律ヲ敷衍シテ十八篇ト爲シ晋又増シテ二十篇ト爲ス宋齊梁以下大概因襲シテ改メス以テ唐ニ至レリ唐律ハ十二篇曰ク名例曰ク衛禁曰ク職制曰ク戶婚曰ク廩庫曰ク擅興曰ク賊盜曰ク闘訟曰ク詐僞曰ク雜曰ク捕亡曰ク斷獄是レ支那中古刑法ノ最モ備ハレルモノニシテ即チ實ニ我大寶律ノ母法タリシモノナリ彼刑法ノ系統此ノ如ク唐律ノ遠ク李悝ノ法經ニ淵源スル點ヨリ之ヲ推スニ李悝ノ法經亦唐虞三代ノ法ニ則ラスト斷定ス可カラス否唐律十惡ノ目ヲ設ケ以テ君臣父子上下ノ分ヲ正シ嚴ニ名教ヲ維持セ

法

刑

ンコトヲ勉メ又八議ノ法ヲ立テ以テ親賢故舊ヲ重ンシ賓貴功能ヲ尊フ等ニ由テ之ヲ觀レハ彼刑法ノ主義唐虞以下唐ニ至リテ變セス終始純然タル東洋仁義ノ道ヲ以テ一貫シタリト謂フモ可ナリ此仁義ノ主義實ニ唐ニ至ルマテ變セサルノミナラス今ノ清律ハ主トシテ明律ニ則リ明律ハ主トシテ唐律ニ則リ多少増損スル所互ニ之アリト雖モ其主義ニ至リテハ一ニ之ヲ唐律ヨリ繼承セルコト各律文ニ照シテ炳焉タリ故ニ余ハ支那刑法ハ道德主義ニ基キ古今變セス而シテ其影響ヲ我中古以降維新當初ノ法律ニ及ホシタリト斷言スルコトヲ憚ラサルナリ

法

如何ナルヲ歐洲主義ト云フ其太古未開ノ時代ニ在リテハ社會公權ノ設ケ未タ全カラス故ニ人ヲ害スル者アルモ社會之ニ干涉セス被害者若クハ其家族ノ私ニ復讐スルニ任セテ顧ミザリシナリ然レハ復讐ハ輒モスレハ其度ヲ過スノ弊アリ是ニ於テ乎社會ハ漸ク此復讐ノ權ヲ其手ニ收メ而シテ自ラ其度ヲ制限セリ生命ハ生命ヲ以テ償ヒ目ハ目ヲ以テ償ヒ齒ハ齒ヲ以テ償フ可シト云ヘルタリヨシ反座法是ナリ此反座法元ト以テ社會ヲ維持スルニ足ラス因テ又コンボ

刑

ジシヨシニ贖罪法起ル此法タル犯人金錢ヲ被害者ニ與ヘ以テ刑罰ヲ免カル、モ  
 ノナリシカ後ニハ別ニ社會ニ對シテモ亦贖罪金ヲ拂ハサル可カラサルコト、  
 爲レリ是ヨリ先キ宗教稍開ケ僧侶社會ノ實權ヲ掌握スルヤ總テノ死罪ハ上帝  
 ニ對スルモノナリト爲シ刑罰ノ權ハ一ニ僧侶ノ手中ニ歸シタリ此ノ如ク復讐  
 主義一旦宗教主義ニ變シタルモ幾ナラスシテ宗教ト法律ト全ク相分離スルニ  
 至レリ是レ希臘羅馬二國文化ノ發達然ラシメタル所ナリトス然ルニ日耳曼人  
 種北方ニ起リ大ニ其固有ノ贖罪主義ヲ擴張セントスルヤ南方爭テカ之ニ屈服  
 セン更ニ往古ノ宗教主義ヲ復活セシメ以テ之ト相頡頏スルニ至レリ蓋シ宗教  
 主義ハ羅馬法王ニ密著シテ神權ヲ代表シ日耳曼主義ハ羅馬皇帝ニ密著シテ人  
 權ヲ代表ス甲ハ犯罪ヲ以テ神意ニ悖戾スルノ惡ト爲シ刑罰ヲ以テ其惡ヲ懲改  
 スルノ應報ト爲ス故ニ惡意アリテ未タ外形ノ所爲ニ顯ハレサルモノ尙ホ之ヲ  
 罰スルノ傾向ナキヲ得ス然レトモ犯罪ニ惡意若クハ故意アルコトヲ必要トス  
 ルノ原理及ヒ法律ノ前ニハ萬民同等ナリトノ原理ハ實ニ此主義ニ胚胎セリ乙  
 ハ犯罪ヲ以テ國家ヲ害スル外形的ノ所爲ト爲シ刑罰ハ其國家ニ加ヘタル損害

法

刑

法

ヲ贖ハシムルモノナリト爲ス故ニ犯人意思ノ有無ハ之ヲ度外ニ措キタリ然レ  
 トモ外形ニ顯ハレサルノ所爲ハ犯罪トシテ罰ス可キモノニ非ストノ原理ハ實  
 ニ此主義ニ基ケリ近世ニ及ヒ哲理ノ學勃興シ遂ニ此甲乙二主義ヲ折衷シ刑罰  
 ハ正義ニ偏セス又國家ノ利益ニ偏セス此二者ヲシテ調和セシメサル可カラス  
 トノ主義ニ歸著スルニ至レリ我改定律例以後ノ法律ニ於テ參酌シタル所ノモ  
 ツハ即チ此折衷主義ナリ  
 以上略我刑法ノ沿革ヲ說示シタリト信ス因テ是ヨリ社會ハ刑罰權ヲ有スル乎  
 若シ此權ヲ有ストセハ其基礎ハ何レニ在ル乎ト云ヘル刑法學上ノ二大疑問ヲ  
 決定セントス  
 此第一疑問ニ付テハ古來學者皆社會ニ刑罰權アルコトヲ認メ敢テ異說ヲ立ツ  
 ル者殆ト之アルヲ見ス唯エミールド、ジウルダン氏ハ社會ニ此權ナシト說ケリ  
 其理由ヲ聞クニ刑罰ハ犯罪ヲ消滅スルコト能ハサルノミナラス亦其數ヲモ滅  
 少スルコト能ハス到底其効用ヲ顯ハスコト能ハサルモノナリ社會豈此ノ如キ  
 無用ノ事ヲ行フノ權アラシヤト云フニ過キス左レハ刑罰ニシテ有効ナラシニ

ハ氏モ亦社會ニ此權アルコトヲ認メサルヲ得サル可シ畢竟氏ハ社會ノ刑罰權ヲ否認スルニ非スシテ寧ロ刑罰ノ効用ヲ否認スルニ外ナラス又人類學者ノ中犯罪人ハ先天性疾病ニ罹リタルモノナレハ刑罰ノ責任ナシト論スル者アリ然レトモ此種ノ論者モ暗ニ社會ノ刑罰權ヲ認メタリ何トナレハ其說ニ依レハ優勝劣敗ハ自然ノ法則ニシテ何人モ其支配ヲ免カルコトヲ得スト云フ乃チ劣者タル犯罪人ハ優者タル社會ノ定ムル所ノ法律ニ服從セサル可カラサレハナリ

第二ノ疑問ハ最モ困難ニシテ而カモ最モ必要ナルモノナリ何トナレハ罪刑二者ニ付キ其真正ノ目的ヲ明ニシ又社會カ刑罰ヲ用ユルノ條件ト限界トヲ定メ且ツ刑罰方法ニ付キ如何ナル性質ヲ有スルモノヲ用ユ可キ乎此一ニ此疑問ノ決定如何ニ關係スレハナリ此疑問ニ付キ古來學者ノ說區々ニ涉レリ然レトモ其大主義ニ至リテハ要スルニ民約主義、道德主義、實利主義、析衷主義ノ四者ニ歸著ス乃チ之ヲ左ニ列擧シ聊カ辯明スル所アル可シ

刑

法

第一、民約主義

此主義ハホッペス、グロチウス、ルソー、モンテスキウ、ベッカリア、フヒテ等英、蘭、獨、伊、佛諸國有名ノ學者カ盛ニ唱導シタル所ニシテ其說ノ大要ハ人類ハ元ト獨立自由ナリシカ相互ノ契約ヲ以テ茲ニ社會ヲ組織シ隨テ各種ノ社會的制度ヲ建設シタリ刑罰ハ社會的制度ノ一ニシテ其根元ハ即チ此人民相互ノ契約ヨリ出テタルモノナリト云フニ在リ而シテ此說ヲ小別スレハ左ノ三派ト爲ル  
甲派ノ說ニ曰ク人類ノ未タ社會ヲ成サ、ルヤ人々各自ラ防衛スルノ權ヲ有セリ若シ此防衛ノ權ナクハ將タ何ニ依テ其生存ヲ保全スルコトヲ得ンヤ故ニ此權ハ人類固有即チ天賦ノ權利ナリト謂ハサル可カラス然ルニ其一旦契約ヲ以テ社會ヲ組織スルヤ此天賦ノ權利ヲ擧ケテ之ヲ社會ニ讓與シ社會ハ之ヲ讓受ケテ各人ノ防衛即チ刑罰ヲ行フコト、爲レリ是レ社會刑罰權ノ由テ來ル所ナリ云々

刑

法

乙派ノ說ニ曰ク人類ハ自然ノ狀態ニ於テ復讐ヲ爲スノ權ヲ有セリ復讐ハ加害行為ニ報應スルノ方法ニシテ刑罰ノ意自ラ其中ニ寓ス然ルニ其社會ヲ組織ス

ルニ方リ此復讐ノ權即チ私ノ刑罰ノ權ヲ社會ニ讓與シ社會ハ之ヲ讓受ケタルモノナリ云々

刑

丙派ノ説ニ曰ク人類社會ヲ組織スルノ初ニ當リ法律ナクンハ安全ナル生活ヲ遂クルコト能ハス且ツ法律ニハ制裁ナカル可カラサルコトヲ覺知シ因テ苟モ社會ニ伍セントスル者ハ其法律ヲ遵奉ス可ク萬一之ヲ犯ストキハ制裁トシテ生命自由財産等ヲ奪ハルモ敢テ異議ナキコトヲ盟約シタリ是レ社會ガ刑罰權ヲ有スルノ基礎ナリ云々

法

甲派カ人類ニ防衛權アリト云ヘルハ敢テ非難ス可キモノニ非ス危急ニシテ且ツ不正ナル攻撃ニ對シテハ各人實ニ此權利ヲ有セサル可カラス然レトモ一旦攻撃ヲ受ケ終リ危害已ニ去リタル後ニ於テハ復々所謂防衛ナルモノアル可キノ理ナク隨テ防衛ノ權利アル可カラス各人已ニ過去ノ犯罪ニ對シテ防衛ノ權利ナシトセンカ安シク此空無ナル權利ヲ社會ニ讓與スルコトヲ得ンヤ  
乙派ハ人類ニ復讐ノ權利アリ是レ即チ刑罰ノ權ナリト云ヘルモ復讐ハ決シテ權利トシテ視ル可キモノニ非ス蓋シ人類カ他ノ攻撃ヲ受クルヤ自然復讐ノ情

刑

念ヲ發スルコトヲ免カレサルモ是レ惡情念ニシテ正且ツ善ナルモノニ非ス此惡情念安ンシ能ク正當ナル刑罰權ノ基礎ト爲ル可ケンヤ  
丙派ハ社會ノ法律ヲ犯ス者其生命等ヲ奪ハルモ異議ナキコトヲ盟約シタリト云フモ法理上人ノ生命ノ如キハ決シテ合意ノ目的物ト爲スコトヲ得ス故ニ此ノ如キ合意アリシトスルモ其合意ハ成立ス可キモノニ非サルナリ  
要スルニ民約主義ハ實ニ妄誕ヲ極メタルモノニシテ各國ノ歴史ニ徴スルニ其人民ノ祖先タル者此ノ如キ契約ヲ爲シ以テ初メテ社會ヲ組織シタリトノ痕跡アルヲ見ス然ルニ此妄説一時歐洲全土ヲ席卷シタルモノハ以テ王家ノ權力ヲ抑ヘ以テ封建制度ヲ倒スノ具ト爲スニ足レリシニ由ラスンハアラスベンザム氏曰ク犯罪人ハ社會共同ノ敵ナリ其敵ヲ攻伐シ再ヒ起ツコト能ハサラシムルニ何ソ彼ノ承諾ヲ受クルコトヲ要センヤト此説ヲ評シ得テ頗ル妙ナリ

法

第二、道德主義

此主義ハ獨ノカント之ヲ主唱シツアフリエ、ヘンケ、ヘーゲル等之ニ賛同シタリ其説ノ大要ハ人類カ社會ヲ成シ國家ヲ建ルハ決シテ各人ガ自由任意ノ契約ニ



刑

依リタルモノニ非スシテ、其社交的動物タル固有ノ天性ニ基キタルモノナリ、乃チ國家ノ存在ハ一ニ道義上ノ必要ニ基キ國家ハ各人ヲシテ其道義上ノ必要ヲ充タサシムル爲メ正理ヲ以テ各制度ノ根據ト爲サ、ル可カラス國家ノ制度ノ一タル刑罰法ニ付テモ亦固ヨリ其基礎ヲ正理ニ取ル可シ正理トハ善ニ報スルニ善ヲ以テスルト同シク惡ニ報スルニ惡ヲ以テスルモノニシテ此罪惡必罰ノ正理ハ則チ社會刑罰權ノ基礎ナリト云フニ在リ

罪惡ノ應報トシテ刑罰ヲ科スルニ付テハ如何ナル標準ニ依ル可キ乎此點ニ付テハ前記諸學者ノ說一致セスカントハ刑罰ノ痛苦犯罪ノ損害ト相匹敵スレハ則チ足ル必シモ毆傷ニ報スルニ毆傷ヲ以テスルカ如キ極端ニ奔ルニ及ハスト

說キツアフリエハ總テ犯罪ハ人ノ自由ヲ侵害スルモノナレハ刑罰モ亦自由刑ヲ用キ其侵害ノ度ニ應シ之カ輕重ヲ定ム可シ財產權ノ侵害ニ止マル如キモノハ普通貨錢ヲ標準トシテ損害金額ニ相當スル日數ヲ算出シ其日數間自由ヲ停止ス可シト說キヘシゲハ犯人カ改過遷善ノ時ヲ以テ刑罰消滅ノ期ト爲ス可シト說キ又ヘーゲルハ法權ハ社會ノ總意思ニシテ犯罪ハ個人特別ノ意思ナリ此

法

刑

ノ意思固ヨリ彼ノ意思ニ勝ツコト能ハス乃チ法律ハ犯罪ノ制裁トシテ刑罰ヲ科ス是レ實ニ正理ノ命スル所ナリ畢竟犯罪ハ法律ノ否認ニシテ刑罰ハ法律否認ノ否認ナルカ故ニ刑罰ノ性質全ク犯罪ト同一ナラサル可カラスト說ケリ

前記諸說ノ中獨リカントノ說其當ヲ得タルモ餘ノ三說ハ余之ニ同意スルコト能ハスツアフリエカ總テ犯罪ハ自由ヲ侵害スルモノナリト云ヘル所謂ル自由ノ語中ニ國家ノ安寧秩序及ヒ個人ノ生命名譽等ヲ含蓄シ得ヘキ乎甚タ疑ナキコト能ハス又ヘンケノ說ノ如クンハ大罪ヲ犯スモ忽然俊改スルトキハ刑罪ヲ科スルコト能ハス之ニ反シ小罪ヲ犯スモ頑梗ニシテ悔フルコトナクンハ身ヲ終ルマテ刑罰ヲ免カル、コト能ハサルノ結果ヲ生ス此ノ如クニシテ社會ノ安寧秩序ヲ保ツコトヲ得ヘケンヤ又ヘーゲルノ說ハ古ノ反坐法ト殆ト擇フ所ナシ是レ余カ此三說ニ同意スルコト能ハサル所以ナリ

法

第三、實利主義

此主義ハベンサムノ主張スル所ニシテ今其大要ヲ擧クレハ國家ハ人民ノ利益ヲ目的トシテ組織セラレタルモノナレハ其百般ノ制度一ニ人民ノ利益ヲ圖ル

ヲ以テ之カ基本ト爲サレ可カラス然リ而シテ刑罰ナルモノハ亦國家制度ノ一ナリ左レハ他人ノ制度ト同シク人民ノ利益ヲ圖ルヲ以テ其終極ノ目的ト爲ス可シ人民ニ利益ナル是レ即チ刑罰ノ正當ナル所以ナリト云フニ在リ

然ラハ如何ナル刑罰ヲ用ユルトキハ以テ人民ノ利益ト爲ル可キ乎其刑罰ニハ如何ナル性質ヲ含有セシム可キ乎此疑問ニ付テハ此主義ニ屬スル學者ノ說別レテ數派ト爲ル

刑

法

甲派ノ說ハ學者名ケテ恐嚇主義ト稱スル所ノモノニシテ其要旨ハ所謂ル一人ヲ刑シテ千萬人ヲシテ怖レシメ以テ後ノ罪ヲ犯ス者ヲ防止ス可シト云フニ在リ

乙派ノ說ハ恐嚇主義ニ一步ヲ進メタルモノニシテ學者之ヲ名ケテ制心主義ト稱ス其說ニ謂ラク既ニ犯罪アリタル後之ヲ罰スルハ寧ロ未タ犯罪アラザルニ前チ將ニ罪ヲ犯サントスル者ノ心意ヲ抑制シ其レヲシテ罪ヲ犯スコトナカラシムルニ若カス其方法タル他ナシ犯罪ニ因テ得ントスル所ノ利益ニ比較シ犯罪ノ制裁トシテ受ク可キ所ノ刑罰ノ苦痛ヲ大ナラシムルニ在リト

刑

法

丙派ノ說ハ刑罰ヲ以テ犯罪人ヲ懲戒シ其レヲシテ悔過遷善再ヒ罪ニ陥ルコトナカラシムルノ具ト爲ス可シト云フニ在リ學者ハ之ヲ名ケテ懲戒主義又ハ改良主義ト稱ス

丁派ノ說ハ學者ノ豫防主義ト稱スルモノニシテ其要旨ハ社會ハ自ラ其生存ヲ維持スルノ權アリ隨テ自ラ防衛スルノ權ヲ有ス然リ而シテ犯罪ナルモノハ密ニ一タヒ社會ノ害ヲ爲スノミナラス將來復タ之カ害ヲ爲スノ恐レアリ故ニ犯罪人ニ對シテハ其再犯ニ陥ルヲ豫防シ他人ニ對シテハ其ノ犯罪人ニ倣フヲ豫防セサル可カラス刑罰ハ實ニ此豫防ノ目的ニ出ルモノナリト云フニ在リ

戊派ノ說ハ所謂ル警戒主義ト稱スルモノナリ其說ニ曰ク犯罪ヲ防止スルニハ三手段アリ第一ニ教育以テ罪ノ犯ス可カラザルコトヲ知ラシメ第二ニ警察以テ罪ヲ犯スニ由ナカラシメ而シテ此二ノ手段其效ナク犯罪ノ生スルニ及ンテ始メテ第三ノ手段タル刑罰ヲ用ユ可シ乃チ刑罰ハ固ヨリ恐嚇ノ性質ヲ有スルコトヲ必要トスルモ彼ノ制心主義ニ於ケルカ如ク單ニ罪ヲ犯サントスル者ノ心意ヲ抑制シ其レヲシテ惡念ヲ離サシムルノミヲ以テ満足ス可キニ非ス世人

全般ヲ警戒シ罪ノ犯ス可カラサルコトヲ覺知セシムルヲ以テ其目的ト爲サ、  
ル可カラスト

以上數說多少眞理ヲ含ムコトハ余ノ認メテ爭ハサル所ナリ然レトモ各一方ニ  
偏スルノ譏ヲ免カレス甲乙戊三派ノ說ニ從ヘハ峻刑酷罰ヲ實際ニ用非又ハ之  
ヲ法文中ニ存スルノ結果ヲ生ス思フニ罪ヲ犯ス者必シモ罪ノ犯ス可カラサル  
コトヲ知ラサルニ非ス而カモ峻刑酷罰ヲ用ユルノ時代ニ在テ猶ホ其跡ヲ絶タ  
サルモノハ畢竟免刑ヲ僥倖スルノ意アルニ由ル左レハ如何ニ刑罰ヲ峻嚴ナラ  
シムルモ到底犯罪ヲ杜絶スルコトヲ期シ難シ殊ニ甲派ノ說ノ如キハ專ラ一般  
人民ヲ恐嚇スル爲メ犯罪ヲ罰スルモノニシテ即チ犯罪人ヲ以テ社會一般ノ利  
益ニ供ス可キ器具ト爲スニ異ナラス是レ不條理ノ太甚シキモノニ非スシテ何  
ンヤ又丙派ノ說ノ如クナランニハ前段ヘンケノ說ニ付テ說示シタルト同シク  
犯後悔改シタル大罪人ハ罰スルコトヲ得スシテ悔改セサル小罪人ハ永ク之ヲ  
刑辟ノ下ニ立タシムルノ結果ヲ生ス又丁派ノ說ハ一面ニ於テハ危害已ニ去リ  
タル後仍ホ防衛權アルコトヲ認ムルノ不條理アリ一面ニ於テハ甲派ノ說ト同

刑

法

刑

法

シク犯罪人ヲ以テ將來ノ犯罪ヲ防制スルノ器具ト爲スノ嫌アルヲ免カレス故  
ニ此五派ノ說ハ孰レモ專用ス可キノ價值ナシトス  
按スルニ刑罰ニシテ社會ノ利益ヲ爲サス若クハ社會ノ利益ニ反對センカ寧ロ  
初ヨリ刑罰ヲ用非サルノ優レルニ若カス故ニ刑罰ヲシテ社會ノ利益ト相關係  
セシメサル可カラサルハ勿論ナラン然レトモ此實利主義ノ如ク一ニ社會ノ利  
益ヲ圖ルヲ以テ刑罰ノ目的ト爲サンカ事ノ正邪善惡ヲ別タス苟クモ社會ノ利  
益ニ反スルモノハ悉ク之ヲ罰シテ憚カラサルニ至ル是レ此主義ノ一大關點ト  
スル所ナリ

第四、折衷主義

民約主義ノ妄誕ニシテ探ルニ足ラサルコトハ今更喋々スルヲ要セス唯其レ探  
ル可キモノハ道德主義ト實利主義トノ二者ニ在ラン然レトモ此二主義共ニ各、  
一方ニ偏シ道德主義ハ單ニ事ノ正邪善惡ニ著眼シテ敢テ社會ノ利不利ヲ顧ミ  
ス其極社會ノ害ナキモノヲモ罰シ且甚シキハ刑罰ヲ用非テ反テ社會ノ不利ヲ  
醸成スルコトナキヲ保シ難シ實利主義ハ全ク之ニ反シ偏ニ社會ノ利益ニ重キ

ヲ置キ毫モ道德上ノ觀察ヲ加ヘサルヲ以テ其極道德ノ命スル所ノモノヲモ罪トシ又道德ノ禁スル所ノモノヲ命令シ從ハサレハ之ヲ罰スルニ至ル此ノ如クニシテ社會ノ安寧ヲ保護シ綱常倫理ヲ維持セント欲スルモ豈能ク得ヘケンヤ折衷主義ノ起ル所以ナリ

刑

折衷主義ハ道德即チ正義ト社會ノ利益トヲ調和シ此二者ヲ以テ刑罰ノ目的ト爲サントスルモノニシテ其說ノ要旨ハ善ニ善報アリ惡ニ惡報アル可キハ天地自然ノ道理ニシテ吾人ニ良心アリテ明ニ之ヲ指定ス乃チ彼ノ邪惡ノ所爲ニ對シ刑罰ヲ科スルハ吾人良心ノ命スル所ニシテ由テ以テ正義ヲ満足セシムルコトヲ得ヘシ故ニ犯罪ノ應報トシテ刑罰ヲ用ユルハ基本ニ於テ實ニ正當ナリト謂ハサル可カラス然レトモ總テ邪惡ノ所爲必シモ社會ノ利益ヲ害スルモノニ非ス社會ノ利益ヲ害セサル上ハ社會之ニ干涉シ刑罰ヲ用ユルノ權アル可カラス何トナレハ凡百ノ制度皆社會生存ノ爲メニ設クルコトヲ得ヘキモ其生存上必要ナキニ之ヲ設クルコトヲ許ス可カラス而シテ刑罰ノ制度ニ限り之ヲ例外ニ置ク可キノ理ナケレハナリ故ニ社會ノ利益ノ許容スル限度ニ於テ正義ヲ維

法

持ス可ク決シテ正義維持ノ爲メニモセヨ社會ノ利益ヲ攪乱スルコトアル可カラス又如何ニ社會ノ生存上必要アリト雖モ道德正義ヲ蹂躪シ吾人天賦ノ良心ヲ滅却スルコトヲ許ス可カラス故ニ正義ニ反シテ刑罰ヲ用ユルコトアル可カラス社會ハ正義ノ許容スル限度ニ於テ其利益ヲ保全セサル可カラスト云フニ在リ

刑

左レハ此主義ニ從ヘハ道德ニ背反スル所爲ニシテ社會ノ利益ヲ害スルモノニ限り社會ハ之ヲ罰スルコトヲ得ヘク道德ニ背反スルモ社會ノ利益ヲ害セス又ハ社會ノ利益ヲ害スルモ道德ニ背反セサル所爲ハ其ニ之ヲ罪ト爲サス故ニ彼ノ道德主義實利主義ノ如ク極端ニ奔ルノ弊ナキヲ得ヘシ又刑罰ニ至リテハ正義ノ命スル所ニ從テ其分量ヲ定メ而シテ其分量内ニ於テ犯罪カ社會ニ加ヘタル實害ニ應シ或ハ輕ク或ハ重ク伸縮自在以テ其權衡ヲ保タシム要スルニ此主義ハ道德ヲ經トシ社會ノ利益ヲ緯トスルモノニシテ殆ト間然スル所ナク今日多數ノ學者カ贊同シテ措カサルモノハ寔ニ其以アルナリ然ルニ世ニ一種ノ論者アリ敢テ異說ヲ立テ曰ク善ノ爲ス可ク惡ノ爲ス可カラ

法

サルハ真理タルニ相違ナシ然レトモ其善タルト惡タルトハ何物カ果シテ能ク之ヲ指定スル乎道德主義ハ勿論折衷主義ノ論者ハ吾人ニ良心アリ之ヲ指定スト云フモ吾人果シテ此ノ如キ心性能力ヲ有スル乎假ニ之ヲ有スルトスルモ常ニ一定不動ニシテ時ト處トニ依テ變更スルコトナキ乎昔人ノ是トスル處今人之ヲ非トスルモノアリ君父ノ爲メニ復讐スルカ如キ是ナリ又今人ト雖モ處ニ依テ各自其見ル所ヲ異ニスルモノアリ歐洲人カ決闘ヲ名譽トシ本邦人カ之ヲ野蠻視シ又一ノ犯罪ト爲スカ如キ是ナリ獨リ此レノミナラス同一人ニシテ昨是今非アルヲ免カレス否良心カ同時ニ正反對ナル指定ヲ與ヘ其去就ニ迷フコトアルニ非スヤ此等ノ場合ニ於テハ何ニ依テ其是非ヲ判別スルコトヲ得ル乎復讐ニシテ正義ニ反セハ昔人カ之ヲ忠孝視シタルハ非ニシテ昔人ハ良心ヲ有セザリシモノナリト謂ハサル可カラズ決闘果シテ正義ニ反セハ本邦人ハ良心ヲ有スルモ歐洲人ニハ之ヲ缺クト謂ハサル可カラズ良心已ニ有耶無耶ノ界ニ在リ其指定スル所亦隨テ一定セス而カモ此空漠ナルモノヲ以テ刑罰ノ基本ヲ論斷スルノ根據ト爲ス是レ道德主義折衷主義ノ共ニ採ルニ足ラサル所以ナリ

刑

法

ト

右論者ノ說一理ナキニ非ス成ル程論者ノ言ヘルカ如ク昨是今非ハ人世免カル可カラサルノ状態ニシテ其是トスルモノ果シテ是ナル乎其非トスルモノ果シテ非ナル乎粹ニ判斷シ難キモノ往々ニシテ之アリ然レトモ是レ畢竟異常ノ事ニシテ此異常ノ事アルノ故ヲ以テ吾人々類ニ良心ナルモノナシト斷定ス可カラズ試ミニ問ヘ私怨ノ爲メニ人ヲ殺シ火ヲ放チ又私慾ノ爲メニ人ノ財物ヲ掠奪スルハ善事ナル乎惡事ナル乎ト古人モ今人モ東洋人モ西洋人モ恐ラクハ善事ニシテ惡事ニ非スト答フル者ナカル可シ(論者若シ眞實是等ノ所爲ヲ善事ナリト信セハ余ハ謹ンテ降ヲ乞ハンノミ)果シテ然ラハ殺人放火盜奪等ノ惡事ナルコトハ何物カ能ク之ヲ指定スルカ吾人々類ニ普通ナル良心ヲ措テ他ニ之ヲ指定スルモノナカル可シ又試ミニ問ヘ仁義ハ惡事ナル乎忠孝ハ善事ニ非サル乎ト狂者ニ非サルヨリハ誰カ之ヲ惡事ナリト斷定スル者アラシヤ論者其人モ亦普通人ト同一ノ觀念ヲ懷クナラン知ル可シ吾人々類ニ良心アリテ仁義忠孝ノ善事ナルコトヲ指定スルヲ唯夫レ復讐ノ如キ決闘ノ如キ時ト處トニ依テ之

刑

法

刑

ヲ善事ナリトスルモノハ其時處ニ於ケル特別ノ慣習若クハ感情之ヲシテ然ラシムルニ過キス其特別ノ慣習若クハ感情ヲ除斥シ雲霧一タヒ披キ去ラハ復タ廬山ノ眞面目ヲ見ルコトヲ得ヘク良心ノ指定明々白々タラン凡ソ天下ノ事物有形ト無形トヲ問ハス其相距ルノ極端ニ就テ之ヲ觀察スルトキハ彼此ノ間至大ナル懸隔アルヲ見ルモ其相接著スル點ニ就テ之ヲ一見スルトキハ彼此ノ分界判然タラサルヲ常トス(此刑法ノ講義ニ於テ屢此場合ニ遭遇ス可シ未遂犯ト不能犯トノ區別ノ如キ是ナリ开ハ後ニ詳説ス可シ)然レトモ其分界初メヨリ之ナキニ非ス深察熟視セハ必スヤ細微ノ間ニ於テ其分界アルコトヲ發見ス可シ故ニ一見シテ其分界判然タラサルモ此一事ヲ以テ彼此分界ナク初メヨリ同一事物ナリト妄斷ス可カラス事ノ正邪善惡ニ付テモ亦然リ其邪惡ノ極小ナルモノト正善ノ極小ナルモノトヲ取り來リテ彼此相比較セヨ其正邪善惡孰レニ屬スル乎ノ判斷ニ躊躇スルコトナシトセス然レトモ一切ノ忘念ヲ排除シ更ニ良心ノ明鏡ヲ研磨シテ之ヲ照セハ必スヤ其正善タリ邪惡タルコトヲ看破スルニ至ラン故ニ人ニ良心ナク假ニ良心アリトスルモ區々ニシテ一定セズ隨テ良心

法

ヲ以テ刑罰基本ノ論據ト爲スニ足ラストノ論ハ倫理ヲ蔑如シ人類ヲ侮辱スルノ僻説ニシテ余ハ決シテ之ニ與ス可能ハサルナリ

刑

以上諸主義ノ外命令主義ト稱スルモノアリ其要旨ハ社會ハ命令權ヲ有ス隨テ其命令ニ違背スル者ニ制裁ヲ加フルノ權ヲ生ス是レ社會刑罰權ノ正當ナル所以ナリト云フニ在ルモ何故社會カ命令權ヲ有スル乎ヲ説明セサルヲ以テ余ハ之ヲ一箇特別ノ主義ナリト認ムルコト能ハス此主義ノ首唱者ベルトール氏ノ所論全体ニ就テ之ヲ論斷セハ此説ハ寧ロ實利主義ノ一派ナリト謂フモ可ナラシ

法

我刑法ハ孰レノ主義ヲ採用シタル乎起草者ボアソナード氏ノ言ニ依レハ折衷主義ヲ採用シタルト云ヘリ余モ亦爾ク信シ且折衷主義ヲ採用シタルヲ賀セント欲ス何トナレハ數主義ノ中ニ於テ此主義ニ優ルモノアラサレハナリ

諸刑法學ハ一ノ科學トシテハ犯罪ヲ法律的現象ノ一トシテ觀察シ其原理ヲ講究スルヲ以テ主眼ト爲ス之ヲ詳言スレハ立法論ノ區域内ニ於テハ前段ニ説示シタルカ如ク社會刑罰權ノ基礎如何其限界如何等ノ問題ヲ首トシ如何ナル所

## 刑

## 法

爲テ罪ト爲ス可キ乎罪ノ成立ニ如何ナル條件ヲ要ス可キ乎又罪ノ制裁トシテ如何ナル刑罰ヲ用フ可キ乎其刑罰ノ必要條件及ヒ限度ハ如何ナル可キ乎等ノ問題ヲ講究シ解釋論ノ區域内ニ於テハ或ル事實ハ法律カ認メタル事實ニ該當スル乎罪ニ該當スルモノトセハ如何ナル種類ニ屬スル罪ナル乎其制裁タル刑罰ハ如何等ノ問題ヲ講究ス是レ實ニ此科學ノ本領ナリ

刑法學ノ外別ニ刑事ニ關スル一ノ科學アリ之ヲ刑事社會學ト稱ス此科學ニ於テハ犯罪(自由意思等無形ノ條件ヲ欠ク爲メ法律上罪ト爲ラサルモ殺人放火等有形ノ條件ヲ具ヘタル事實ヲ包含ス)ヲ以テ社會的現象ノ一トシテ觀察シ其原因ヲ探求シ其撲滅法ヲ講究スルヲ主眼ト爲ス乃チ此科學ニ就テ言ハ、刑罰ハ犯罪撲滅ノ一方法タリ是レ刑法學ト關係ヲ有スル所以ニシテ余カ茲ニ此科學ニ關シ一言セント欲スルハ亦實ニ之カ爲メナリトス

又々無機物界ノ事ハ有機物界ノ事ト同シク千古不易ノ法ニ服シ互ニ相關連セサルモノナシ然ラハ人類社會ノ事モ亦同一ナル乎古來人皆之ヲ別物ナリト爲セリ蓋シ人類社會ノ事ハ人類之ヲ製出ス而シテ人類ニハ爲不爲ノ自由アルカ

## 刑

## 法

故ニ或ハ製出スルコトアル可ク或ハ製出セサルコトアル可ク其之ヲ製出スルハ全ク人意ノ偶然ニ出ルモノト信シタルナリ然ルニ近世ニ及ヒ人類社會ノ事モ亦自ラ一定ノ法ニ服シ彼ノ婚姻ノ如キ將タ離婚ノ如キ最モ人意ニ關スルモノト雖モ之ヲ爲スト爲サ、ルトハ人意ノ偶然ニ出テスシテ之ヲシテ必ス然ラシムルモノアルコトヲ發見スルニ至レリ

犯罪ハ人ノ製出スル所ニ係ルヤ勿論ナリト雖モ人ヲシテ之ヲ製出セシムルニハ必スヤ其原因アリ又其一定ノ法アリ此犯罪ノ運動ヲ規定スル法ヲ發見セシカ爲メ近世ノ學者左ノ二方法ヲ取レリ

第一ハ犯罪人ニ就テ其ノ他人ト異ナル所アリヤ否ヤヲ觀察シ其身體上知識上道德上ノ性質ヨリ其平素ノ行爲習慣言語等ニ至ルマテ之ヲ研究ス是レ其身内ニ蟄伏スル犯罪ノ原因ヲ探ランカ爲メナリ此研究ニ因テ得タル結果ヲ綜合シテ別ニ一科學ヲ成ス之ヲ刑事人類學又ハ犯人學ト稱ス

第二統計ハ社會ニ生シタル萬般ノ事ヲ其種類ニ依リ計算スルモノニシテ刑事統計ハ犯罪ノ増減等之ニ關スル一切ノ數量ヲ示ス乃チ一方ニ於テハ刑事統計

刑

法

ニ依テ犯罪ノ員數、場所、場合、犯人ノ男女性、年齢、妻子ノ有無、教育ノ度等ヲ觀察シ、他ノ一方ニ於テハ各種ノ統計ニ依テ年ノ豊凶、生死ノ多寡、酒類ノ消費額、金融ノ狀況、氣候ノ寒暖等ヲ觀察シ以テ彼此相對照スルトキハ犯罪ハ地方、政治、工業、知識、宗教、理財等ノ狀況ニ大關係ヲ有スルコトヲ發見ス可シ

此ノ如ク或ハ各個ノ犯罪人ニ就キ或ハ地勢、風土等天然の狀況ニ就キ或ハ政治、理財、宗教、教育等人爲の狀況ニ就テ犯罪ノ原因ヲ探求シ而シテ後之カ撲滅ノ方法ヲ講究ス是レ實ニ刑事社會學ノ大目的トスル所ナリ

然ルニ地勢、風土等ハ概ネ人カヲ以テ之ヲ左右スルコト能ハス故ニ是等天然の狀況ニ原因スル犯罪ハ社會ノ力ヲ以テスルモ到底撲滅スルコト能ハサル可シ其人爲の狀況ニ原因スル犯罪ニ付テハ或ハ教育ヲ普及シ宗教ヲ改良シ或ハ政治ノ方針ヲ變更シ財務ヲ整理シ以テ犯罪ノ原因ヲ杜絶スルコトヲ得ヘキ

モ年ノ豊凶、人口ノ増減等ニ原因スル犯罪ニ至テハ是レ亦社會ノ力奈何トモスルコト能ハサル可シ

個人的ノ狀況ニ原因スル犯罪ニ付テモ亦撲滅スルコトヲ得ヘキモノト否ラサ

刑

法

ルモノトアリ學者ハ先ツ犯罪人ヲ區別シテ生來ノ犯罪人、慣習ノ犯罪人及ヒ偶然ノ犯罪人ノ三者ト爲シ又改良ノ點ヨリ區別シテ不治ノ犯罪人、可治ノ犯罪人ノ二者ト爲ス生來ノ犯罪人トハ先天的身心ノ不具ニ原因シテ罪ヲ犯ス可キ性質ヲ固有シ又其甚シキハ罪ヲ犯スニ非サレハ生存スルコトヲ得サル狀態ニ在ル者ヲ謂フ世上果シテ此ノ如キ怪物アリヤ否ヤハ刑事人類學者間未決ノ問題ナレハ今姑ク措テ論セサル可シ慣習ノ犯罪人トハ後天的原因即チ特別ノ疾病、無教育又ハ交際等ニ因リ犯罪ノ惡癖ニ陥リタル者ニシテ犯罪ヲ疾病ニ譬フレハ此種類ノ者ハ即チ痼疾ニ罹リタル者ナリ偶然ノ犯罪人トハ一時偶發ノ情ニ激セラレ罪ヲ犯スニ至リタル者ニシテ之ヲ感冒ニ罹リタル者ニ譬フルコトヲ得ヘシ然リ而シテ此種ノ犯罪人ハ投藥以テ全治ヲ期ス可キモ慣習ノ犯罪人ニ至リテハ絶對的全治ノ望ナキ者ト相對的全治ノ望ナキ者トノ區別アルコトハ今日マテノ實驗ニ徴シテ殆ト明白ナル事實ナルカ如シ果シテ絶對的全治ノ望ナキ者アリトセハ社會ハ如何ニ之ヲ處分スルヲ適當トス可キ乎又相對的全治ノ望ナキ者アリトセハ這ハ從來ノ刑罰若クハ監獄制度ノ宜シキヲ得サルノ致



ス所ナル乎是等ノ疑問一旦氷釋スルニ至ラハ必スヤ其影響ヲ刑法學ノ上ニ及  
ホス可シ思フニ將來刑事社會學刑事人類學ハ共ニ長足ノ進歩ヲ爲ス可ク其進  
歩ノ日ハ即チ刑法大變革ノ期ナリト知ル可シ

刑

今ヤ緒論ヲ終ルニ臨ミ講義ノ順序ニ付テ一言ヲ費サント欲ス开ハ他ナシ我刑  
法ハ別テ四編ト爲シ第一編ニハ總則即チ此刑法ノ全編及ヒ他ノ刑罰法ニ適用  
ス可キ一般ノ原則ヲ規定シ而シテ第二編ニハ公益ニ關スル重罪輕罪第四編ニ  
ハ違警罪ヲ規定シタリ此編別ニ付テハ余敢テ異論ヲ容レサル可シト雖モ其第  
一編總則中ニ於ケル規定ノ順序ニ付テハ聊カ其當ヲ得サルモノアルヲ覺フ殊  
ニ法理ヲ講究スルニハ右法律規定ノ順序ニ從フコト能ハサルモノ往々之アリ  
故ニ余ハ別ニ順序ヲ立テ第一ニ犯罪第二ニ刑罰第三ニ犯罪及ヒ刑罰ノ上ニ影  
響ヲ及ホス可キ情狀第四ニ犯人及ヒ犯罪ノ多數ニ關スル事項ヲ順次講說セシ  
トス

法

### 第一編 總則

#### 第一部 犯罪

#### 第一章 犯罪ノ定義及ヒ種別

##### 第一節 犯罪ノ定義

刑

凡ソ刑罰法問フ所ノ事之ヲ名ケテ罪ト稱ス此罪ナルモノハ神學者等ノ所謂罪  
ト必シモ其意義ヲ同フスルモノニ非ス然ラハ法律殊ニ刑罰法ニ於テ罪ト稱ス  
ルハ如何ナルモノナル乎先ツ之カ定義ヲ下サ、ル可カラス

法

我刑法ハ第一條ヲ以テ凡法律ニ於テ罰ス可キ罪別テ三種ト爲ス云々下規定シ  
而シテ罪ノ定義ヲ與ヘス而カモ法律ニ於テ罰ス可キ罪ト云ヘルヨリ法律ニ於  
テ罰セサル罪アルコトヲ暗ニ認メタルノ嫌ナキ能ハス論者或ハ此法文ヲ辯護  
シテ是レ彼ノ道德上ノ罪即チ法律カ干涉セサル所ノ罪ト區別センカ爲メニシ  
タルモノナリト分疏スルモ第二條ニ明言スル如ク法律上罪トシテ罰スルモノ  
ハ法律ニ正條アルモノニ限レリ彼ノ道德上ノ罪ノ如キハ即チ法律ニ正條ナキ  
モノニシテ法律上認メテ以テ罪ト爲ス可キモノニ非ス隨テ此法律ニ於テ罰ス  
可キノ數語ヲ加ヘタルハ全ク無用ニ屬シ何等ノ意味ヲモ有セサルモノト謂ハ  
サル可カラスポアソナード氏ノ佛文章按ニハ法律ニ依テ罰セラル可キ行爲又

刑

ハ不行爲ヲ罪ト爲ス罪ヲ別テ三種ト爲ス云々トアリテ之ヲ現行法ノ法文ニ比  
スルニ固ヨリ正確ナリ其所謂行爲トハ法律ノ禁止シタル所ノ事ヲ行フヲ指シ  
不行爲トハ法律ノ命令シタル所ノ事ヲ行ハサルヲ指ス而シテ其行爲不行爲ニ  
付キ法律上刑罰ノ制裁アルモノハ即チ罪ナリト云フノ意ニシテ罪ノ定義是ニ  
於テ始メテ明確ト爲ル

法

然レトモ右ホアソナトド氏ノ與ヘタル定義モ一ニ欠點アルヲ免カレス一般  
ニ論スレハ法律上刑罰ノ制裁ヲ付シテ禁制シタル所ノ事ヲ行ヒ又ハ其命令シ  
タル所ノ事ヲ行ハサルハ常ニ罪ト爲ルカ如シト雖モ或ル場合ニ於テハ決シテ  
罪ト爲ラサルコトアリ例ヘバ正當防衛ノ爲メ人ヲ殺傷スルノ類ナリ一般ノ場  
合ニ於テハ殺傷ノ行爲ハ罪ト爲ルモ正當防衛ノ場合ニ於テ罪ト爲ラサルモノ  
ハ正當ニ自己ノ權利ヲ行使シタルモノナレハナリ今右ノ定義ニ依レハ殺傷ハ  
法律カ刑罰ノ制裁ヲ付シテ禁制シタル所ノ行爲ナレハ縱令正當防衛ノ爲メニ  
出テタルモ仍ホ罪ト爲ルヲ免カレスト謂ハサルヲ得ス又法律ニ依テ罰セラル  
可キ行爲不行爲ト云ヘルノミニテハ其行爲不行爲カ法律ノ命令禁止以後ニ在

刑

ルト否トヲ問ハサル乎ノ疑ヲ避クルコトヲ得ス是レ右定義ニ於ケル小瑕瑾ナ  
リ故ニ罪トハ豫メ法律ヲ以テ刑罰ノ制裁ヲ付シテ禁制シタル所ノ事ヲ行ヒ又  
ハ其命令シタル所ノ事ヲ行ハス且本人ニ於テ其責ニ任ス可キ所ノモノナリト  
云フヲ以テ最モ完全明確ナル定義ナリトス

法

此定義ニ從ヘハ第一法律カ豫メ禁制命令シタルニ非サレハ罪成立セス第二法  
律カ豫メ禁制命令シタルモ刑罰ノ制裁ヲ付セサルトキハ罪成立セス第三法律  
カ豫メ刑罰ノ制裁ヲ付シテ禁制命令シタルモ其行爲不行爲ノ責ヲ本人ニ負ハ  
シム可キトキニ非サレハ罪成立セスト三原則ヲ生ス此中第二ノ原則ニ付テ  
ハ批難ヲ試ムル者アリ其言ニ曰ク苟モ法律ニ於テ或行爲ヲ以テ犯罪ナリト認  
ムレハ即チ其ノ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  
サレハ之ヲ犯罪ニアラスト云フコトヲ得ス設例ヘハ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法律自身ハ社會ノ公益上之ヲ以テ却テ罰  
スヘカラサルモノトセリ親屬間ニ於ケル盜罪ノ如キモ亦此類ナラン法律ハ之  
ヲ以テ一ノ犯罪トスレトモ又決シテ之ヲ罰スヘキモノトスルコトナシ論者或

ハ期滿免除ヲ得タル犯罪モ亦罰スヘキ性質アルモノトスレトモ予ノ言ヲ以テ之ヲ言ハ、單ニ之ヲ罪トスヘキ性質アルノ所爲ト云フノ意ナルニ過キサカ如シ刑罰ノ點ヨリ云ハ、予ハ寧ロ之ヲ罰スヘカラサル性質ノ犯罪ナリト云ハソノミ云々〔江木學士著刑法原論〕奇ナル哉此言ヤ抑法律ニ於テ或ル所爲ヲ犯罪ナリト認ムルハ元ト其所爲ヲ罰センカ爲メナリ其所爲ヲ罰スルノ意ナクシテ之ヲ犯罪ナリト認ム是レ兒戲ノミ何ノ必要カ之アラン論者ハ法律ハ主權者ノ制定スル所ニシテ法律ハ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ト云ヘリ余モ亦法律ノ萬能ナルコトヲ認ム然レトモ主權者カ法律ヲ制定スルハ必ス依ル可キノ條理アリ而カモ實際上ノ必要アリテ之ヲ制定スルナリ兒戲ノ爲メニ之ヲ制定スルカ如キハ其本然ノ性質ニ反ス論者ノ言ノ如クナランニハ法律ハ或ル所爲ヲ犯罪ナリト定メナカラ同時ニ之ヲ善行トシテ賞揚スルコトヲ得ヘシト云フニ至ラン咄々怪事ト謂ハサル可カラス且論者カ擧ケタル設例ノ第一ハ最モ奇々怪々ニシテ論者ハ法律上期滿免除ヲ得タル犯罪ト稱スル一種特別ノ犯罪アルコトヲ認ムル

刑

法

刑 法

モノ、如シ余ハ法令全書ノ全部ヲ閱讀スルモ未タ此ノ如キ特別ノ犯罪ヲ規定シタル法律アルヲ發見セス思フニ論者カ所謂期滿免除ヲ得タル犯罪トハ犯罪ノ後法律規定ノ期間ヲ經過シタルニ因リ公訴ノ時効ヲ得タルモノヲ指スナラソ果シテ然ラハ其犯罪ニ付テ刑罰ノ制裁ヲ付セサルモノト謂フ可カラス法律ハ刑罰ノ制裁ヲ付シタルモ時効ニ罹リタルノ故ヲ以テ公訴ヲ免カレシメ隨テ刑罰ヲ免カレシメタルニ過キス初ヨリ期滿免除ヲ得タル犯罪ト稱スル刑罰ナキノ犯罪アルニ非サルナリ又第二ノ設例タル親屬間ノ竊取ニ付テハ我法律ハ竊盜ヲ以テ論スルノ限ニ在ラスト定メタリ已ニ竊盜ヲ以テ論セサル上ハ其竊取ノ所爲タル法律カ所謂ル竊盜罪ニ非サルヲ以テ之ニ對シ刑罰ヲ科ス可カラサルハ勿論其所爲ヲ指シテ犯罪ナリト稱ス可カラス要スルニ論者カ刑罰ナケレハ犯罪ナシトノ原則ヲ否認スルノ理由タル法律ハ無法ノ事ヲ規定スルコトヲ得ヘシト云フニ過キス固ヨリ以テ通論ト爲スニ足ラサルナリ

第一ノ原則ハ法律ナケレハ犯罪ナシト云フニ歸スルモノニシテ我法律ハ第二條ニ之ヲ規定シタリ曰ク

「法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス」

帝國憲法モ亦此原則ヲ認メ第二十三條ニ明言シテ曰ク

「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ……處罰ヲ受クルコトナシ」

刑

法

左レハ如何ニ社會ヲ害シ又道德ニ背反スルコト太甚シキ所爲ナルモ法律ニ於テ之ヲ犯罪トシテ處罰ス可キコトノ規定アルニ非サレハ決シテ處罰スルコト能ハサルモノトス蓋シ何レノ邦國ニ於テモ往古ハ固ヨリ刑罰ノ法備ハラス主權者又ハ執政者ノ意見ヲ以テ若クハ從來ノ習慣ニ依リ或ル所爲ヲ罪ト認メ之ヲ罰シタルコトアリ否之ヲ當時ノ常態ト爲シタリ人文ノ漸ク開明ニ趣クニ及フヤ知ラシメスシテ刑スルノ不當ナルコトヲ悟リ遂ニ刑法ヲ設クルニ至リシト雖モ今日ノ如ク法律ニ正條アルモノ、ミヲ罰スルニ止マラスシテ明文ナキモノモ亦往々之ヲ罰シタルコトアリ舊律ニ不應爲ノ條アリ又比附援引以テ正條ナキモノヲ罰スルコトヲ許シタルガ如キ即チ是ナリ清國法ノ如キハ現今ニ於ケルモ亦仍ホ然リトス

舊律ニ依ルニ「正條ナキ者ハ他律ヲ援引比附シテ加フヘキハ加ヘ減スヘキハ減

刑

法

シ罪名ヲ擬定シテ上司ニ申シ議定シテ奏聞ス若シ輒ク罪ヲ斷シ出入アルコトヲ致ス者ハ故失ヲ以テ論ス」ト清律ノ規定亦之ニ同シ而シテ解スル者ハ曰ク法限リアリテ情窮リナシ罪正條ナキ者ハ上下比附ス是レ限リアルヲ以テ窮リナキヲ待ツノ道ナリト臣民ノ權利ヲ認メサル上ハ此理由亦正當ナリト謂フ可シ然リ而シテ比附援引罪名ヲ擬定スルニ付キ上司ニ申シ奏聞スル等ノ手續ヲ要シタルハ畢竟法官ノ橫斷ヲ避ケンカ爲メニシタルモノナレトモ往々罰ス可カラサル所爲ヲ罰シタルコトナキニ非ス又不應爲ノ條ニハ「凡律令ニ正條ナシト雖モ情理ニ於テ爲スヲ得應カラサルノ事ヲ爲ス者ハ答三十事理重キ者ハ杖七十」トアリ其情理ニ於テ爲スヲ得應カラサルノ事トハ如何ナル事ナル乎茫漠トシテ其區域ヲ判明ナラシムルコト能ハス遂ニ各人ノ感覺認定ニ一任セサルヲ得サルコト、爲リ隨テ甲者ハ之ヲ罰シ乙者ハ之ヲ罰セサル等ノ不都合ヲ生スルヲ免カレサリシ蓋シ舊律ニ是等ノ規定アリタルハ畢竟立法者如何ニ注意ヲ加フルモ人間ノ所爲中罰ス可キモノヲ遺漏ナク豫想シ之ヲ法律ノ正條ニ掲クルコト能ハス萬一其正條ナキヲ奇貨トシ大惡事ヲ爲ス者アルニ當リ之ヲ不問ニ

附シ去ランカ狡猾ナル者益々猾智ヲ逞スシ公安ヲ害スルヲ奈何セント云フノ理由ニ外ナラス乃チ其意ハ寧ロ嘉ス可ク決シテ咎ム可キモノニ非スト雖モ此ノ如キ法律ノ下ニ立ツ者安心シテ事ヲ爲スコト能ハス人心畏縮シテ卑屈ニ陥リ國民敢爲ノ氣象ヲ挫折スルノ害アリ是レ此法律ニ於テ範ヲ開明國ノ法律ニ取り法律ナケレハ犯罪ナシトノ原則ヲ採用シ茲ニ之ヲ明言シタル所以ナリ

借第二條ニ法律ニ正條ナキ者ト云ヒ帝國憲法ニ法律ニ依ルニ非スシテト云フ其所謂法律トハ如何ナルモノナル乎從來政府ノ發布シタル法令中或ハ條例ト稱シ或ハ規則ト稱シ又は等ノ名稱ヲ付セサルモノアリシト雖モ要スルニ當初ハ布告布達達ノ三アルニ過キス其後改メテ法律命令ノ二ト爲シ而シテ法律ハ元老院ノ議定ヲ經ルヲ必要トシ又命令ハ勅令閣令省令警察令府縣令等ニ區別シ勅令ハ時ニ元老院ノ議定ヲ經タルコトアルモ其他ハ決シテ同院ノ議ニ付セラレタルコトナシ帝國憲法實施後ニ於ケルモ法律命令ノ區別ハ仍ホ從前ノ例ニ從ヒ唯法律ハ帝國議會ノ協贊ヲ經サル可カラサルコト、爲レリ左レハ今日以後ニ於テハ苟クモ一ノ罪ヲ定メテ之ヲ處罰スルニ付テハ必ス法律ニ依ラサ

刑

法

刑

法

ル可カラス換言スレハ帝國議會ノ協贊ヲ經サル可カラス之ヲ正則ト爲ス但從前已ニ規定シタルモノハ帝國憲法第七十六條ニ法律規則命令又ハ何等ノ名稱ヲ用非タルニ拘ラス此ノ憲法ニ矛盾セサル現行ノ法令ハ總テ遵由ノ効力ヲ有ス下アルニ依リ憲法ニ矛盾セサル上ハ法律タルノ効力アルヤ勿論ナリトス

罪ヲ定ムル必ス法律ヲ以テシ一々帝國議會ノ協贊ヲ經ルハ正則ナルモ若シ常ニ必ス然カセサルヲ得ストセンカ管ニ事ノ煩雜ニ涉ルノミナラス實際上大ニ不都合ヲ生スルヤ明白ナリ夫レ行政權ハ法律ノ施行ヲ確ムル爲メ又ハ公共ノ安全秩序ヲ保持スル爲メ必要ナル命令ヲ發スルノ權アリ此憲法上ノ權ニ基キ命令ヲ發スルモ其命令ヲ強行セシムル爲メニハ刑罰ノ制裁ヲ付スルコトヲ必要トスル場合アリ此場合ニ於テモ猶ホ刑罰ヲ定ムルコトヲ得ストセハ其命令ハ遂ニ徒法ト爲リテ了ランノミ左リトテ其制裁ヲ設クル爲メ別ニ帝國議會ノ協贊ヲ經テ法律ヲ制定センカ實ニ奇怪ナル法律ヲ見ルニ至ル可シ何ヲ以テ之ヲ言フ夫レ法律ノ性質トシテ全國畫一ニ出テサル可カラス然ルニ命令ハ必スシモ各地同一ナルヲ望ム可カラス甲地方ニ於テハ或ル命令ヲ必要トスルモ乙

刑

法

地方ニ於テハ之ヲ必要トセサルコトアル可ク殊ニ警察ニ關スルモノハ同一地方ニ於テモ市街ト村落トノ間寛嚴ノ差ヲ設ケサル可カラサルモノアリ然ルニ法律ニ於テ一々其制裁ヲ設クルトセハ非常ニ煩雜ヲ來タスカ又ハ必要ナキ地ニマテ之ヲ施行スルガ二者其一ノ不都合ヲ免カレス今是等ノ不都合ヲ避ケ實際上其宜シキヲ得ントスルニハ別ニ適當ノ方法ヲ求メサル可ガラス

佛國ノ例ヲ按スルニ法律自ラ行政命令ニ違犯スル者ノ罪ヲ定ムルモノアリ例ヘハ或ル法律ノ末ニ於テ此法律ヲ施行スル爲メ必要ナル方法細目ハ行政命令ヲ以テ之ヲ定ム其命令ニ違犯スル者ハ云々ノ刑ニ處スト記載スルノ類是ナリ又此ノ如キ規定ヲ爲サ、ル場合ニ於テハ刑法第四百七十一條第十五項ノ刑ヲ適用ス其法文ニハ「行政官署ノ適法ニ爲シタル規則ニ違背スル者ハ一フラン以上五フラン以下ノ科料ニ處ス」トアリ要スルニ彼國ニ於テハ刑罰ノ制裁ハ法律自ラ之ヲ定ムルヲ常トス

右佛國ノ例ハ正則タルコト勿論ナルモ實際上ノ不便不都合ヲ避ルコトヲ得ス第一ノ方法ニ依ルモ第二ノ方法ニ依ルモ行政命令ニ違犯シタル者ハ其所爲ノ

刑

法

輕重如何ヲ問ハス法律若クハ刑法ニ掲ケタル一定ノ刑ニ處セサルヲ得サレハナリ乃チ我法律ハ此ノ如キノ例ヲ採用セスシテ或ル程度内ノ刑罰ヲ設クルノ權ヲ行政權ニ委任シタリ明治二十三年法律第八十四號ニ曰ク「命令ノ條項ニ違犯スル者ハ各其ノ命令ノ規定スル所ニ從ヒ二百圓以内ノ罰金若クハ一年以下ノ禁錮ニ處ス」ト故ニ命令ニ於テハ右規定ノ範圍ヲ超ヘサル上ハ隨意ニ禁錮罰金ノ制裁ヲ付スルコトヲ得ヘク又必要ナラサル部分ニ付テハ此制裁ヲ付セサルコトヲ得ヘク實ニ便宜ノ方法ナリト謂フ可シ但命令ニ種々アリ悉ク皆右ノ制裁ヲ設クルコトヲ得ルモノニ非ス同年勅令第二百八號ヲ以テ「各省大臣ハ法律ヲ以テ特ニ規定シタル場合ヲ除クノ外其ノ發スル所ノ省令ニ二十五圓以内ノ罰金若ハ二十五日以下ノ禁錮ノ罰則ヲ附スルコトヲ得地方長官及警視總監ハ其ノ發スル所ノ命令ニ十圓以内ノ罰金若ハ拘留ノ罰則ヲ附スルコトヲ得」ト定メ省令以下ニ付テ各其制限ヲ立テタリ

前述ノ如ク正則トシテ法律自ラ刑罰ノ制裁ヲ定ムルノ外法律ノ委任ニ依リ命令ニモ亦刑罰ノ制裁ヲ定ムルコトアリ左レハ此刑法ニ於テ法律ト稱スルモノ

ハ總テ純然タル法律ノミヲ指シタルニ非スシテ命令モ亦此語中ニ包含スルモノト解釋セサル可カラス

### 第一 犯罪ノ種別

犯罪ハ或ハ其輕重ノ度ニ付キ或ハ犯人ノ意思ニ付キ或ハ犯罪ノ模様ニ付キ或ハ其目的物ニ付キ或ハ其及フ所ノ限域ノ廣狹ニ付キ種々ニ區別スルコトヲ得ヘシ以下是等ノ區別ニ付キ聊カ説明ヲ下サン

第一、輕重ノ度ニ關スル犯罪ノ區別。夫レ犯罪ニハ必ス大小輕重ノ別アリテ千百ノ犯罪悉ク其度ヲ同シフスルモノニ非ス社會ヲ害シ道德ニ背クコトノ大方ルモノハ其罪重ク之ニ反スルモノハ輕カラサル可カラス而シテ罪ノ重キモノハ重ク之ヲ罰シ其輕キモノハ輕ク之ヲ罰ス可キハ亦是レ當然ノ事ナリトス若シ誤テ其大小輕重ヲ顛倒シ大罪ニ科スルニ輕刑ヲ以テシ小罪ニ科スルニ重刑ヲ以テセンカ社會ノ公安將タ何ニ依テ維持スルコトヲ得ン故ニ千百ノ犯罪ニ付キ其大小輕重ヲ度リ各之ニ適當スル所ノ刑ヲ用ヰサル可カラス  
我法律ハ犯罪ヲ三種ニ區別シ重罪、輕罪、及ヒ違警罪ト爲シタリ佛獨諸國ノ法亦

刑

法

同シ但伊蘭兩國ノ法ノ如キハ僅ニ二種ニ區別シタルニ過キス

刑 法

此三種ノ區別ニ付テハ或ハ非難ヲ試ムル者ナキニ非ス曰ク犯罪ノ數幾千百ヲ以テ數フ可シ然ルニ今之ヲ別テ僅ニ三種ト爲ス其何ノ理由ニ出ルヲ知ラス恐クハ立法者ノ專横ニ出テタルモノニシテ杜撰ノ譏ヲ免カルコトヲ得サル可シト然リ犯罪ハ必シモ三種ニ區別セサル可カラサルノ理ナシ伊蘭諸國ノ法ノ如ク之ヲ二種ニ區別スルモノ可ナリ又四種五種ニ區別スルモノ害ナケン然レトモ物ニ大小輕重アルト同シク犯罪ニモ亦大小輕重ノ區別ヲ具フルヲ以テ乃チ先ツ之ヲ區別シテ其重キモノヲ重罪トシ輕キモノヲ輕罪トシ而シテ別ニ輕微ノ極度ニ在ルモノヲ違警罪トシテ之ニ加ヘ合シテ三種ト爲シタルモノナリ且下ニ說示スル如ク此三種ノ區別ニ付テハ數多ノ便利アルヲ以テ強チ立法者ノ所爲ヲ咎ム可キニ非ス

法律已ニ重罪、輕罪、違警罪ノ區別ヲ爲シタルモ第四編ニ記載シタル犯罪即チ違警罪ヲ除クノ外ハ如何ナル罪カ重罪ナリヤ又ハ輕罪ナリヤヲ明ニスルコト能ハス何トナレハ第二編第三編ニハ重罪、輕罪ヲ混シテ規定シ其各條項ニ於テハ

刑

法

單ニ何々ノ罪ハ何々ノ刑ニ處スト記載スルニ過キサレハナリ然レトモ第七條第八條ニ死刑徒刑流刑懲役禁獄ヲ以テ重罪ノ主刑ト爲シ禁錮罰金ヲ以テ輕罪ノ主刑ト爲ストアルニ依リ各條項ニ記載シタル刑名ニ照シテ始メテ其罪ノ重罪ナリヤ輕罪ナリヤヲ知り得ヘシ即チ罪ノ重罪ナリヤ否ヤハ其受クヘキ刑ノ如何ニ依テ之ヲ判知スルノ外ナキナリ此點ニ付テモ亦非難ヲ容ル、者アリ曰ク罪ノ輕重ハ元ト其罪自体ニ具ハルモノニシテ刑ノ如何ニ依テ其度ノ定マルモノニ非ス例ヘハ殺人ノ罪ハ重シ故ニ重キ刑ヲ科スト云フハ至當ナルモ殺人ノ罪ハ重キ刑ニ當ルカ故ニ重キ罪ナリト云ハ、人誰カ其言ノ不倫ナルヲ笑ハサルモノアラシヤ然ルニ今立法者ノ爲ス所ヲ見ルニ自然ノ順序ニ背キ刑ノ輕重ニ依リ罪ノ輕重ヲ定メントス是レ宛モ世人ニ向ヒ此罪ハ元ト輕微ナルモ余ハ重キ刑ヲ科スルカ故ニ重罪ナリト知了ス可シト命令スルニ異ナラス專横モ亦極マレリト謂フ可シト此言一應其理アルカ如シト雖モ畢竟是レ字句ノ末ヲ爭フモノニシテ毫モ採ルニ足ルモノナシ思フニ立法者ト雖モ刑ノ輕重ヲ定メタルモノニ非スシテ先ツ罪ノ輕重ヲ量リ而シテ後之ニ科ス可キ刑ヲ定メタル

刑

法

モノナルヤ疑ナシ例ヘハ謀殺罪ハ極メテ重キカ故ニ死刑ニ處ス可ク故殺罪ハ謀殺罪ニ比シ稍輕キカ故ニ無期徒刑ニ處ス可ク窃盜ハ輕キカ故ニ重禁錮ニ處スルヲ以テ十分ナリトスルモ強盜ハ重キカ故ニ輕懲役ニ處セサル可カラスト爲シ各罪ニ付テ一々之ニ適應スル刑ヲ定メ而シテ後便宜上輕懲役以上ノ重刑ニ該ルモノヲ重罪ト名ケ禁錮罰金ニ該ルモノヲ輕罪ト名ケ其以下ノ刑ニ該ルモノヲ違警罪ト名ケタルニ過キス之ヲ譬ヘハ罪ハ猶ホ商品ノコトク刑ハ猶ホ價格ノコトシ商品ノ價格ハ其物質ノ良否加工ノ精粗ニ依テ定マル可キハ勿論ナルモ已ニ其良否精粗ヲ鑑別シテ相當ノ價格ヲ付シタル上ハ一々其繁雜ナル物質又ハ加工ノ如何等ニ依テ之ヲ呼稱スルヨリハ寧ロ其已ニ定マリタル價格ニ依リ幾十圓以上ノモノヲ上等品ト呼ヒ幾圓以上ノモノヲ中等品ト呼ヒ幾圓以下ノモノヲ下等品ト呼フノ簡且ツ便ナルニ若カス立法者カ各罪ニ付キ一々其價格ヲ定メタル後其價格ノ高卑ニ依テ重罪輕罪違警罪ノ名稱ヲ下シタルモ亦決シテ不當ニ非サルナリ

罪ヲ三種ニ區別シタルハ固ト立法上ノ便利ニ出テタルモノニシテ今其顯著ナ



刑

法

- (一) 罪ノ種別ニ依テ附加刑ヲ異ニス剝奪公權及ヒ禁治産ハ重罪ニノミ用井停止公權及ヒ罰金ハ輕罪ニノミ用井監視ハ必ス重罪ニ用井輕罪ニハ或ル場合ニ限リ之ヲ用井而シテ違警罪ニハ決シテ之ヲ用ユルコトナシ其重罪、輕罪、違警罪ニ通シテ用ユルモノハ唯沒收アルノミ
- (二) 重罪、輕罪ノ自由刑ニ付テハ假出獄ヲ許スモ違警罪ノ自由刑ニ付テハ之ヲ許サス
- (三) 重罪、輕罪ニ付テハ犯人十二歳以上十六歳未満ナルトキハ是非辨別ノ有無ヲ審按シ辨別ナケレハ其罪ヲ論セス辨別アレハ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ス又犯人十六歳以上二十歳未満ナルトキハ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減スルモ違警罪ニ付テハ十二歳以上十六歳未満ノ犯人ニ對シ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減スルニ止マリ不論罪ト爲スコトナク又十六歳以上ノ者ハ宥恕減輕スルコトナシ
- (四) 重罪ノ刑ニ處セラレタル者再ヒ重罪、輕罪ヲ犯ストキハ本刑ヲ加重シ輕罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ再犯輕罪ナル場合ニ限り加重シ重罪ナレハ加重セス違

刑

法

- 警罪ニシテ法定ノ條件ヲ具タル場合ハ加重ス
- (五) 重罪、輕罪ニ付テハ數罪俱發スルトキ一ノ重キニ從テ處斷シ其刑ヲ併科セサルモ數箇ノ違警罪俱發スルトキハ各其刑ヲ科ス
- (六) 重罪、輕罪ニ付テハ教唆者及ヒ從犯ヲ罰スルモ違警罪ニ付テハ之ヲ罰スルコトナシ
- (七) 重罪ノ未遂犯ハ常ニ之ヲ罰シ輕罪ノ未遂犯ハ法律ニ明文アル場合ニ限り之ヲ罰シ違警罪ノ未遂犯ハ決シテ之ヲ罰セス
- (八) 偽證罪及ヒ誣告罪ハ事件ノ重罪タルト輕罪タルト違警罪タルトノ區別ニ依リ其刑ノ輕重ヲ異ニス
- (九) 重罪、輕罪ヲ犯スニ便利ナル爲メ又ハ已ニ犯シテ其刑ヲ免カル、爲メ人ヲ殺傷シタル者ハ其刑ヲ重クスルモ違警罪ニ係ルモノハ常刑ヲ科スルニ止マル以上ハ刑法上ニ於ケル犯罪區別ノ便利ニシテ此他刑事訴訟手續上ニ於テモ亦多少ノ便利アルヲ見ル
- (一) 罪種ノ如何ニ依テ公訴時効ノ期間ヲ異ニス即チ重罪ハ十年輕罪ハ三年違警

刑

罪ハ六月トス  
 (二)重罪ハ必ス豫審ヲ行ヒ輕罪ハ其輕重難易ニ從ヒ或ハ豫審ヲ行ヒ或ハ行ハス  
 違警罪ニ付テハ豫審ナシ  
 (三)重罪ノ公判ニハ辯護人ヲカル可カラス輕罪、違警罪ニ付テハ之ヲ必要トセス  
 罪ノ區別ニ依リ法律ノ規定ヲ異ニスルハ右例示シタル所ノ如シ然ルニ今此區  
 別ヲ廢止セシカ勢ヒ法文ノ繁雜ヲ來タスヲ免カレス縱令各罪ニ付キ一々其附  
 加刑ノ如何假出獄ノ許否等ヲ示スニ及ハストスルモ少クトモ云々ノ刑ニ該ル  
 可キ罪ニ付テハ云々ト記載セザル可カラス是レ實ニ無益ノ業ニ屬ス立法者カ  
 此三種ノ區別ヲ爲シタルハ即チ此不都合ヲ避ケンカ爲メニシタルモノナリ  
 倍罪ノ重罪タルカ將タ違警罪タルカハ第七條乃至第九條ニ基キ法律カ各罪ニ  
 付キ規定シタル所ノ刑如何ヲ見テ容易ニ之ヲ判知スルコトヲ得ヘシ例ハ謀  
 故殺ノ如キハ死刑、無期徒刑ニ該ルカ故ニ重罪ナリ過失殺ノ如キハ罰金ニ該ル  
 カ故ニ輕罪ナリトスルノ類ナリ然レトモ各罪ニ付キ規定シタル所ノ刑固ヨリ  
 一定不變リモノニ非スシテ法律上ノ宥恕又ハ裁判上ノ減輕ニ因リ幾等ヲ下ス

法

刑

コト往々之アリ而カモ其減等ノ爲メニ重罪ノ刑ニ該ル罪ト雖モ實際ハ輕罪ノ  
 刑ニ下リ輕罪ノ刑ニ該ルモノ遺警罪ノ刑ヲ科スルニ止マルコトアリ此場合ニ  
 於テハ其罪ノ種類ハ如何ニ之ヲ定ム可キカ此點ニ付テ學者ノ說數個ニ別カレ  
 タリ甲說ニ曰ク凡ソ犯罪ニハ種々ノ情狀附着スルヲ以テ甲罪ハ必ス重罪タリ  
 乙罪ハ毎ニ輕罪タリト斷定スルコトヲ得ス其種々ノ情狀ヲ審按シ結局犯人ニ  
 科スル刑ヲ定ムルニ至リ始メテ其種類如何ヲ知ル可キナリ例ヘハ未成年ニシ  
 テ強盜ヲ犯スニ其強盜ノ罪タル之ヲ法條ニ照セハ輕懲役ニ該ルヲ以テ即チ其  
 所爲タル重罪ナルカ如シト雖モ未成年者ノ故ヲ以テ宥恕減輕ヲ與ヘ結局重禁  
 錮ノ刑ヲ科スルニ止マル即チ輕罪ノ刑ヲ以テ罰スルニ過キス何故ニ重罪タル  
 可キ所爲ニ對シ此ノ如ク輕罪ノ刑ヲ用ユルカト云フニ未成年者ハ知慮淺薄ニ  
 シテ是非ノ辨別未タ十分ナラス隨テ其所爲ヲ重罪トス可キノ價值ナキニ由ル  
 裁判上ノ減輕即チ酌量減輕ノ爲メ重罪ノ刑ヲ輕罪ノ刑ニ輕罪ノ刑ヲ違警罪ノ  
 刑ニ下ス場合ニ於テハ亦其所爲ヲ重罪若クハ輕罪トス可キノ價值ナシト裁判  
 官ニ於テ認定シタルニ由ル左レハ減輕ノ爲メ輕罪若クハ違警罪ノ刑ニ下リタ

法

ルモノハ初メヨリ其刑ニ該ルモノト同シク之ヲ待遇スルヲ至當ナリトス即チ實際犯人ニ科スル所ノ刑ヲ見テ其罪ノ如何ナル種類ニ屬スルカヲ判定ス可シ」乙説ニ曰ク法律上ノ減輕ハ犯罪ノ性質元ト輕キニ基クカ故ニ此減輕ノ爲メ重罪ノ刑ヲ輕罪ノ刑ニ下シタル場合ハ其犯罪ハ即チ初メヨリ輕罪タルニ過キストノ論ハ其當ヲ得タリ然レモ裁判上ノ減輕ハ之ヲ與フルト否トハ一ニ裁判官ノ判定ニ在リテ之ヲ與ヘタルカ爲メ犯罪ノ性質ヲ變更ス可キモノニ非ス故ニ此減輕ノ爲メ重罪ノ刑輕罪ノ刑ニ下ルモ其犯罪ノ種類ハ依然重罪ニ屬スルモノトス此點ニ付テハ甲説ハ失當タルヲ免カレズ

丙説ハ全ク前二説ニ反シ毎ニ法律ノ各條項ニ規定シタル刑即チ本刑ニ依リ犯罪ノ種類ヲ定ム可シト爲スモノニシテ其説ニ曰ク酌量減輕ハ犯人ニ懲諒ス可キ情狀アルカ爲メ其刑ヲ減スルニ止マリ之カ爲メ犯罪ノ性質ヲ變更ス可キモノニ非サルコトハ乙説ニ言フ所ノ如シ而シテ乙説ニ於テ法律上ノ減輕ハ之ニ反シ犯罪ノ性質ヲ變更スルモノト爲シタルハ其當ヲ得ス法律上ノ減輕ト雖モ犯人ノ智識不十分ナルカ又ハ犯罪後發覺前自首シタル等ノ情狀アルヲ以テ之

刑

法

刑

〇

法

ヲ與フルモノニシテ犯罪構成ノ要素ニ變更アルカ爲メ其刑ヲ下スニ非ス未成年者ノ強盜ヲ罰スルニ輕罪ノ刑ヲ以テスルハ其強盜罪變シテ竊盜罪ト爲リタルカ爲メニ非ス未成年者カ犯スモ成年者カ犯スモ其罪ノ強盜ナルコトハ一ナリ其性質決シテ變更スルコトナシ況ヤ犯人自首シタル場合ノ如キ其自首前ニ在リテハ重罪ナルモ自首後ハ輕罪ニ變スト云ヘル條理萬々之アルコトナシ故ニ犯罪ノ種類ハ本刑ニ依テ定マリ法律上裁判上ノ減輕ノ爲メ變更スルモノニ非スト斷定ス可シ

余ハ此丙説ニ贊成スルモノナリ然レトモ所謂本刑トハ必シモ法文ニ云々ノ刑ニ處ストアル其刑ノミヲ指スモノニ非スシテ法文ニ云々ノ刑ニ何等ヲ減ストアルニ因リ減輕シタル所ノ刑モ亦本刑トナルコトアルヲ以テ此點ハ深ク注意ヲ要スルモノトス

第九十九條ノ但書ニ依ルニ「從犯及ヒ未遂犯罪ノ減輕其他各本條ニ記載スル特別ノ加重減輕ハ其加減シタル者ヲ以テ本刑ト爲ストアリ故ニ從犯又ハ未遂遂罪ナルカ爲メ重罪ノ刑ヲ輕罪ノ刑ニ下シ又ハ殺傷ニ關スル宥恕ノ爲メ同シク

重罪ノ刑ヲ輕罪ノ刑ニ下ス場合ノ如キハ總テ其減輕ニ因リ實際犯人ニ科スル所ノ刑本刑ト爲リ即チ重罪タル可キ罪變シテ輕罪ト爲リタルモノ、如シ然レトモ一概ニ然リト斷定スルコト能ハス反テ前例ノ場合ノ如キハ罪質ニ變更ナク減輕ニ因リ科スル所ノ刑ハ眞ノ本刑ニ非スト信スルナリ

刑

法

先ツ從犯ノ減輕ニ付テ之ヲ考フルニ法律カ減輕ヲ與ヘタル所以ノモノハ其罪質ノ元來輕微ナルカ爲メニ非スシテ從犯カ其犯罪ニ加功シタルノ度淺小ナルニ基クヤ爭フ可カラズ即チ此減輕ハ犯罪ニ附着スルモノニ非スシテ犯人ノ一身ニ附着スルモノナリ彼ノ未成年ナルノ故ヲ以テ宥恕減輕ヲ與フルト其趣相異ナルコトナシ左レハ強盜ノ從犯ハ實際輕罪ノ刑ニ處セラル、ニ過キサズモ其犯シタル所ノ罪ハ仍ホ重罪ナリト謂ハサル可カラズ同一ノ強盜罪ニシテ正犯ヨリ觀レハ重罪ナルモ從犯ヨリ觀レハ輕罪ニ過キストスルノ理アル可カラズ是レ此減輕ニ因リ科スル所ノ刑ハ眞ノ本刑ニ非スト言フ所以ナリ  
未遂犯ニ付テハ之ニ因テ害ヲ生スルコト少ク若クハ全ク害ヲ生セサルカ故ニ其刑ヲ減輕スルモノニシテ是レ亦犯罪ノ性質輕微ナルカ爲メ之ヲ減輕スルニ

刑

法

非ス既遂ニモアレ未遂ニモアレ強盜ハ常ニ強盜ニシテ未遂ナルカ故ニ竊盜若クハ特別ノ盜罪ニ變更シタルニ非ス故ニ依然重罪タル本質ヲ有スルモノトス、若シ然ラストセハ同一ノ要素ヲ具備スル犯罪ニシテ或ハ重罪ト爲リ或ハ輕罪ト爲リ其罪質一定セサルノ奇觀ヲ呈スルニ至ル例ヘハ十二歳未滿ノ幼女ヲ強姦セントシテ遂クサル者ハ其本刑タル重懲役ヨリ一等又ハ二等ヲ減ス若シ裁判官ニ於テ一等減ニ止メ輕懲役ニ處シタルトキハ其罪依然重罪ナルモノニ等テ減シテ重禁錮ニ下シタルトキハ輕罪ト爲ルモノト謂ハサル可カラズ反對論者之ヲ首肯スルコトヲ得ル乎

第二編以下各本條ニ記載スル特別ノ減輕ニ付テハ其減輕シタル刑眞ノ本刑ト爲ル場合ト然ラサル場合トアリ彼ノ殺傷ニ關スル宥恕ノ爲メ重罪ヨリ減輕シテ輕罪ノ刑ニ下スモノ、如キハ余ハ斷シテ其重罪タルコトヲ失ハサルヲ信スルナリ何トナレハ此減輕タル其犯罪ノ性質輕キカ爲メニ基クモノニ非スシテ全ク其犯人ニ宥恕ス可キ情狀ノ存スルニ由ル即チ犯罪ニ附着スル減輕ニ非スシテ犯人ノ一身ニ附着スルモノナレハナリ此他總テ犯罪構成ノ要素ニ増減變

更ナキモノハ縦令其刑ハ重罪ヨリ輕罪ニ下リ輕罪ヨリ違警罪ニ下ルモ決シテ其罪質ヲ變セサルモノトス二人以上共ニハ毆打創傷シ其傷ヲ成スノ輕重ヲ知ルコト能ハサルトキハ輕懲役ニ一等ヲ減シ重禁錮ニ處スル類是ナリ之ニ反シ犯罪構成ノ要素ニ増減變更アルカ爲メ重罪ヲ減輕シテ輕罪ノ刑ニ下シ輕罪ヨリ違警罪ノ刑ニ下スモノハ其實減輕ノ爲メニ次等ノ罪ニ下スモノニ非スシテ初メヨリ其犯罪ノ種類ハ第一ノ場合ニ於テハ輕罪ニ屬シ第二ノ場合ニ於テハ違警罪ニ屬スルモノト爲サ、ル可カラス但タ立法者カ一々其本刑ヲ明示スルノ煩ヲ省カンカ爲メ「何々ノ刑ニ照シ何等ヲ減ス」ト記載シタルノミ例ヘテ百九十條ニ「偽造變造ノ情ヲ知テ其貨幣ヲ取受シ之ヲ行使シタル者ハ偽造變造シテ行使シタル者ノ刑ニ照シ各二等ヲ減ス其未タ行使セサル者ハ各三等ヲ減ス」トアリ故ニ變造ニ係ル内國通用ノ金銀貨及ヒ紙幣ヲ取受行使シタル者ハ第百八十二條第二項ノ輕懲役ヨリ二等ヲ減シ内國通用ノ外國金銀貨ノ偽造ニ係ルモノヲ取受シ未タ行使セサル者ハ第百八十三條第一項ノ有期徒刑ヨリ三等ヲ減シ又偽造ニ係ル内國通用ノ銅貨ヲ取受行使シタル者ハ第百八十五條第一

刑

法

刑

法

項ノ輕懲役ヨリ二等ヲ減シ共ニ輕罪ノ刑ニ處セラル可シト是レ其身重罪ヲ犯シテカテ特別ノ情狀アル爲メ減輕シテ輕罪ノ刑ニ下リタルモノト謂フ可カラズ第一第三ノ者ハ初メヨリ一年六月以上三年九月以下ノ重禁錮ニ該ル輕罪ヲ犯シ第二ノ者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ該ル輕罪ヲ犯シタルニ過キサレノミ彼ノ金銀貨ノ變造行使及ヒ外國金銀貨内國銅貨ノ偽造行使ハ元ト重罪ノ性質ヲ有スルモ其變造若クハ偽造ナル要素ヲ缺クモノハ之ヲ變造行使偽造行使ノ罪ト其性質ヲ同シフズルモノト謂フコトヲ得ス乃チ知情行使ニ止ルモノハ之ヲ特別ノ罪ト看做サ、ル可カラス第百八十三條第一項ニ「内國ニ於テ通用スル外國ノ金銀貨ヲ偽造シテ行使シタル者ハ有期徒刑ニ處ス」ト定メ同條第二項ニ「若シ變造シテ行使シタル者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處ス」ト定メ偽造行使ハ之ヲ重罪ト爲スモ變造行使ハ之ヲ輕罪ト爲シタルト同シク犯罪構成ノ要素ニ増減變更アルカ爲メ重罪ノ刑ヲ減輕シテ輕罪ノ刑ニ下シタル上ハ其犯罪ノ性質亦隨テ變更シタルモノト解釋ス可シ是レ此種ノ減輕ハ犯人ノ一身ニ屬スル情狀ニ基ク減輕ト異ナリテ罪質變更ノ効力ヲ生スルモノト爲ス所以

ナリ

論者或ハ曰ク第九十九條但書ニ從犯及ヒ未遂犯罪ノ減輕其他各本條ニ記載スル特別ノ加重減輕ハ其加減シタル者ヲ以テ本刑ト爲ス」ト言ヘリ已ニ本刑ト爲ス上ハ之ニ依テ罪ノ重罪、輕罪、違警罪タルコトヲ定メサル可カラズ即チ從犯ナルカ爲メ重罪ヨリ輕罪ノ刑ニ下リタルモノハ輕罪ト爲ス可シ未遂犯罪ノ減輕及ヒ特別ノ減輕ニ付テモ亦同シ法理上ハ兎ニ角解釋上ニ於テハ此間區別ヲ立ルコトヲ得ス然ルニ眞ノ本刑ト爲ルモノト然ラサルモノトアリト言ヘルハ法律ヲ解釋スルニ非スシテ立法權ニ侵入スルモノナリト然レトモ余ハ信ス該條ニ所謂ル本刑トハ各罪ノ定刑タル眞ノ本刑ヲ意味スルモノニ非スシテ單ニ總則上ノ加重減輕ヲ行フニ付テ其基本ト爲ル可キ刑ヲ指稱シタルモノニ過キスト請フ尙ホ進ンテ其所以ヲ辯明セン

該條ニハ「犯罪ノ情狀ニ因リ總則ニ照シ同時ニ本刑ヲ加重減輕ス可キ時ハ左ノ順序ニ從テ其刑名ヲ定ム但云々」トアリ左レハ該條ハ法文ニ明言スル如ク同時ニ本刑ヲ加重減輕ス可キ場合即チ換言スレハ一方ニハ加重ノ情狀アリ他ノ一

刑

法

刑

法

方ニハ減輕ノ情狀アル場合ニ於テ加重ヲ先キニス可キカ減輕ヲ先キニス可キカ其先後ノ順序ヲ定ムルカ爲メニ設ケラレタルモノナリ但書「從犯云々」ヲ以テ本刑ト爲ス」トアルモ亦此場合ニ付テノ規定ニシテ之ヲ一般ノ場合ニ及ホスノ旨趣ニ非ス果シテ然ラハ加重ノ情狀ナク單ニ此種ノ減輕ノミヲ行フ場合ニ於テモ其減輕シタル刑ヲ本刑ト爲ス可シトノ意ニ非サルヲ推知スルニ餘アリ唯同時ニ加重減輕ヲ行フ可キトキハ從犯未遂犯罪等ノ減輕ヲ先キニシ其減輕シタル刑ヲ本刑ト看做シ此上ニ就テ第一再犯加重ヲ爲シ第二宥恕減輕ヲ爲シ以テ順次ニ自首減輕酌量減輕ニ及ホス可シトノ規定ヲ爲シタルニ外ナラス然ルニ此法文ニ本刑ト爲ストアルニ拘泥シ一般ノ場合ニ於テ從犯等ノ減輕ハ罪質變更ノ効果ヲ生スルモノト爲スハ之ヲ法意ヲ得タル解釋ナリト謂フ可カラズ是レ余カ從犯未遂犯罪ノ減輕ハ其減輕ノ爲メ決シテ罪質變更ノ効果ヲ生セズ第二編以下各條ニ規定スル特別ノ減輕ニハ此効果ヲ生スルモノト然ラサルモノトノ區別アリト主張スル所以ナリ

第三、犯人ノ意思ニ關スル犯罪ノ區別 夫レ人ノ行爲不行爲ハ意思アリテ爲ス

刑

法

可キヲ爲サス爲ス可カラサルヲ爲スモノト意思ナクシテ之ヲ爲シ若クハ爲サ  
 、ルモノトノ別アリ犯罪タル可キ行爲不行爲ニ付テモ亦同シ而シテ法律上其  
 行爲不行爲ニ付キ意思アルコトヲ必要トスル所ノ犯罪ヲ名ケテ有意犯ト云ヒ  
 意思アルコトヲ必要トセサル所ノモノヲ無意犯ト稱ス  
 有意犯ハ意思アルコトヲ必要トスルカ故ニ外觀上其犯罪ヲ構成ス可キモノ、  
 如ク見ユルモ本人意思ナクシテ之ヲ爲シ若クハ爲サ、ルトキハ其犯罪決シテ  
 成立スルコトナシ謀故殺又強竊盜ノ如キ人ヲ殺スノ意思ナク人ノ所有物ヲ盜  
 取スルノ意思ナキニ於テハ縱令實際人ヲ死ニ致シ又ハ人ノ所有物ヲ我カ掌中  
 ニ入ル、モ此犯罪アリト謂フコトヲ得ス  
 無意犯ハ意思アルコトヲ必要トセサルニ止リ意思ナキコトヲ必要トセス故ニ  
 此種ノ罪ハ意思アリテ之ヲ犯スコトヲ得ルモノトス論者或ハ曰ク過失殺傷ノ  
 如キハ殺傷ノ意思ナキモノナレハ無意犯ニ屬スルモノナリ然ルニ犯人ニ此意  
 思アルトキハ其罪タル過失殺傷ニ非スシテ謀故殺又ハ毆打創傷ト爲ル可シ故  
 ニ意思アリテ之ヲ犯スコトヲ得ルト云フハ非ナリト然リ過失殺傷ハ殺傷ノ意

刑

法

思アリテ犯スコト能ハサルハ論ヲ俟タス然レトモ殺傷ノ意思ナキコトヲ必要  
 トスルハ畢竟此罪タル殺傷ノ原因過失ニ在ルコトヲ必要トスルノ結果タルノ  
 ミ而シテ此過失タル必ス無意ニ出ルモノニ非ス時ニ或ハ有意ニ出ルコトアリ  
 其有意ニ出ル場合ト雖モ過失殺傷ノ罪アルニ止マル可シ余カ意思アリテ之ヲ  
 犯スコトヲ得ヘシト言ヘルハ即チ此意味ニ外ナラサルナリ  
 犯罪ニ意思アルコトヲ必要トスルハ一般ノ原則ニシテ意思ナキモノヲ罪ト爲  
 スハ例外ニ屬ス(第七十七條第一項)現行法律上有意犯多クシテ無意犯少キハ之  
 カ爲メナリ且ツ無意犯ハ重罪ニ絶ヘテ無クシテ輕罪中僅ニ二三アルヲ見ル  
 ミ但違警罪ニ付テハ其性質トシテ無意犯其多分ヲ占ムルヲ見ル  
 第三犯罪ノ模様ニ關スル區別 夫レ犯罪ハ必ス人ノ感覺ニ觸ル可キ所ノ所爲  
 ニ因テ成立ス而シテ其所爲カ犯罪ト成ルノ模様ハ各罪相同シカラス今之ヲ區  
 別スレハ大約左ノ如シ  
 (甲)行犯不行犯 法律ニハ命令スルモノアリ禁止スルモノアリ其命令ニ違背  
 シテ爲ス可キ事ヲ爲サ、ルモノヲ不行犯トシ其禁止ヲ犯シテ爲ス可カラサル

刑

法

事ヲ爲スモノヲ行犯トス重罪輕罪ハ十中ノ八九行犯ニ屬スルモ違警罪ニハ不行犯反テ其ノ多キニ居ルヲ見ル蓋シ社會全般ノ害ト爲リ又ハ一個人ノ權利ヲ侵ス可キ行爲ハ之ヲ嚴禁セサル可カラスト雖モ社會又ハ一個人ノ利益ノ爲メニ或ル事ヲ命令スルハ已ムヲ得サル場合ニ限ル可ク而カモ峻刑酷罰ヲ以テ其制裁ト爲ス可キモノニ非ス是レ刑法ニ禁止多クシテ命令少ク隨テ行犯ニ比シ不行犯ノ數少ク且ツ其制裁ノ極メテ輕キ所以ナリトス

或ハ曰ク刑法ハ單純ナル制裁法ニシテ禁止命令ヲ包含セスト法文上ニ於テハ實ニ然ルカ如シ然レトモ必シモ他ニ禁止法命令法アリ而シテ後此刑法アルニ非ス内亂ヲ起ス可カラス貨幣ヲ偽造ス可カラス人ヲ殺傷ス可カラス強盜ヲ爲ス可カラスト禁止シタル法律アル乎又水火ノ取扱ニ注意ス可シト命令シタル法律アル乎是等ノ法律ナキニ拘ハラス内亂ヲ起スヨリ過失ニ因テ水害火災ヲ生スルニ至ルマテ皆之レヲ罪ト爲ス是レ恰モ云々ノ事ヲ禁止ス犯ス者ハ云々ノ刑ニ處ス云々ノ事ヲ命令ス違フ者ハ云々ノ刑ニ處スト言ヘルト異ナルコトナシ即チ刑法ハ制裁法ナルト同時ニ禁止法命令法ヲ兼スルモノナリト謂フ

刑

法

可シ

(乙) 即時犯、繼續犯。 此區別ハ管ニ學理上ノ利益アルノミナラス實際上或ル所爲ノ一罪トシテ見ル可キ乎數罪トシテ見ル可キ乎ヲ決スルノ標準ト爲ルモノナレハ深ク之ヲ研究スルヲ緊要ナリトス

犯罪ノ中瞬時ニシテ終ルモノト多少ノ時間繼續スルモノトアリ其瞬時ニシテ終ルモノハ即チ毎ニ必ス即時犯ニシテ多少ノ時間繼續スルモノハ即チ毎ニ必ス繼續犯ナリト斷定ス可カラス佛國ノ有名ナル刑法學者オルトラン氏ハ此區別ニ付テ一ノ標準ヲ示セリ其言ニ依ルニ行爲ヲ別テ第一着ノ所爲第二着ノ所爲ト爲ス法律カ罰スル所第一着ノ所爲ニ止マルトキハ其罪ハ即時犯タリ若シ之ニ反シ第二着ノ所爲ヲ罰スルトキハ其罪ハ繼續犯ナリ例ヘハ竊盜ノ如キ他人ノ所有物ヲ竊取スルハ第一着ノ所爲ニシテ其竊取シタル物品ヲ占有スルハ第二着ノ所爲ナリ法律ハ第二着ノ所爲タル占有ヲ罰セスシテ單ニ第一着ノ所爲タル竊取ヲ罰ス故ニ此罪ハ即時犯ニシテ繼續犯ニ非ス又監禁罪ニ付テ之ヲ觀ルニ監禁ヲ爲スニハ先ツ第一着ノ所爲トシテ人ヲ逮捕セサル可カラス已ニ



逮捕シタル後第二着ノ所爲トシテ其人ヲ拘禁スルモノナリ而シテ法律ハ其孰レノ所爲ヲ罰スル乎ト云フニ第一着ノ所爲ニ非スシテ第二ノ所爲ヲ罰ス故ニ此罪ハ繼續犯ニシテ即時犯ニ非ス

刑

オルトラン氏ノ說其當ヲ得サルニ非サルモ余ハ之ニ満足スルコト能ハス何ソヤ其性質ヨリ論スレハ即時犯ニ屬ス可キモノト雖モ往々繼續犯ト同視セサル可カラサルモノアレハナリ例ヘハ内亂ニ關スル罪ノ如キハ政府ヲ顛覆スル等ノ目的ヲ以テ内亂ヲ起スノ所爲即チ兵ヲ擧ケテ政府ニ敵スルコトヲ罰スルモノナリ而シテ此罪ニ付テハ其擧兵抗敵ヲ第一着ノ所爲ト爲シ其目的ヲ達シ政府ヲ顛覆シタル等ヲ第二着ノ所爲ト爲サ、ル可カラス果シテ然ラハ法律ハ第一着ノ所爲ヲ罰スルモノナレハ此罪ハ即時犯ナリト謂ハサル可カラス若シ之ヲ即時犯ナリトセハ最初兵ヲ擧ケタル時ニ於テ其犯罪ハ終了シ爾後戰爭數月ニ涉ルモ最早之ヲ罪ト看做スコト能ハサルカ若クハ戰爭アル毎ニ別コ一罪ヲ構成スルモノト爲スカ孰レニモセヨ不條理不都合ナル決定ヲ取ラサルヲ得サルニ至ラン故ニ戰爭ノ繼續スル間ハ犯罪モ亦繼續スルモノト爲スヲ允當トス

法

刑

唯擧兵ノ當時直チニ官兵ノ爲メニ擊破セラレ即時鎮壓ニ就キタル場合ノミ即時犯ト爲リ然ラサル場合ハ繼續犯ナリト爲ス可シ法律カ第一着ノ所爲ヲ罰スルモノハ毎ニ必ス即時犯ナリト斷定ス可カラス

然ラハ何ヲ以テ此區別ノ標準ト爲スヲ適當ナリトスル乎曰ク所爲ト意思ト兩ナカラ繼續スルニ非サレハ其罪ヲ構成セサルモノハ毎ニ必ス繼續犯タリ監禁罪ノ如キ以テ之カ例ト爲スヘシ今假ニ之ヲ絶對的ノ繼續犯ト稱ス所爲ト意思ト繼續スルヲ法律上必要ノ條件トセサルモ偶ニ二者共ニ繼續スルトキハ亦之ヲ繼續犯ト看做ス可シ内亂ニ關スル罪ノ如キ是ナリ假ニ之ヲ相對的ノ繼續犯ト稱ス第一ノモノハ法律上繼續シ第二ノモノハ事實上繼續スルノ別アリト雖モ其繼續スルノ點ハ同一ナルヲ以テ法律ハ等シク之ヲ一罪ノ繼續スルモノト看做サ、ル可カラス

法

所爲ハ繼續セサルモ意思ノミ繼續スル場合アリ例ヘハ一倉庫内ニ在ル米十俵ヲ悉皆竊取セント欲シ昨夜五俵ヲ取出シ今夜又五俵ヲ取出シタリ此場合ニ於テハ昨夜ノ所爲ハ即時一罪ヲ成シ今夜ノ所爲亦別ニ一罪ヲ成シ二箇ノ即時犯

刑 法

アルモノ、如シト雖モ犯人ノ意思ハ最初ヨリ十俵ヲ竊取スルニ在リテ昨夜ノ所爲モ今夜ノ所爲モ共ニ此同一ノ意思ヨリ生シ唯一時ニ十俵ヲ取出スコト能ハサル爲メニ夜ニ互リテ之ヲ取出シタルニ過キス即チ此二箇ノ所爲ハ同一ノ意思ヲ以テ之ヲ連絡スルカ故ニ無形上ニ於テハ繼續スルモノトシ必ス一罪トシテ處分セサル可カラス是レ猶ホ甲室ニ於テ金圓ヲ竊取シ乙室ニ移リテ衣類ヲ竊取シタルト同シク其竊取ノ時ニ多少ノ間斷アルモ同一ノ意思ニ出ルヲ以テ一罪トシテ處分スルト其理異ナルコトナシ但最初ノ所爲ト次ノ所爲トノ間數十日ヲ隔ル等其間ニ於テ意思一旦斷絶シタリト認ム可キ場合ハ固ヨリ此例ニ在ラサルナリ

(丙) 單一犯慣行犯 苟クモ法律ノ禁止命令ニ違犯スル行爲不行爲アレハ直チニ罪ヲ成スモノ之ヲ單一犯ト稱ス犯罪百中ノ九十九ハ此種ニ屬ス然ルニ例外トシテ或ル所爲ヲ爲シ若クハ爲サ、ルコト一回ニ止ルモノハ罪ト爲サス其數回ニ渉ルニ及ンテ始メテ罪アリトスルモノアリ之ヲ慣行犯ト稱ス第四百二十五條第十二號ニ定リタル住居ナク平常營生ノ產業ナクシテ諸方ニ徘徊スル者

刑

法

トアルカ如キハ即チ慣行犯ノ一ナリト謂フ可シ

(丁) 附帶犯、非附帶犯  
(戊) 現行犯、非現行犯

此二ノ區別ハ單一刑事訴訟手續ノ爲メニ設ケタルモノニシテ刑事訴訟法第八十五條ニ列記シタルモノヲ附帶犯トシ其以外ヲ非附帶犯トス又同法第五十六條第五十七條ニ於テ現行犯准現行犯ノ何物タルカヲ明示セリ詳細ハ同法ニ就テ之ヲ見ル可シ

第四 犯 罪 ノ 目 的 物 關 係 區 別 犯罪ノ目的ト爲ル可キ事物ハ各犯罪ニ付キ仔細ニ之ヲ視察スルトキハ其數固ヨリ二三ニシテ足ラス然レモ今之ヲ大別スレハ左ノ二者ト爲ル

(甲) 公益ニ對スル罪、私益ニ對スル罪 凡ソ犯罪ハ一トシテ多少公益ヲ害セサルハナシ然レトモ其中主トシテ公益ニ對スルモノアリ又其主タル目的ハ私益ニ在ルモ私益ヲ害スルヨリ延テ公益ニ關係ヲ及ホスモノアリ彼ノ國家ノ成立、獨立、信用、靜謐等ヲ害スル罪ノ如キハ同時ニ一私人ニ害ヲ及ホスコトナキニ非

刑

ナルモ是レ一小餘波タルニ過キス其真ノ目的ハ公益ニ在リ故ニ此種ノ罪ハ之ヲ公益ニ對スル罪ト稱シ又約シテ公罪ト言フ之ニ反シ殺傷放火盜奪詐欺ノ如キ間接ニ公益ノ害ヲ爲スモ其真ノ目的ハ一私人ノ身體財産ニ在リ故ニ此種ノ罪ハ之ヲ私益ニ對スル罪ト稱シ又約シテ私罪ト言フ

我法律ハ重罪輕罪ニ付テハ公益ニ對スルモノト然ラサルモノトノ區別ヲ立テ甲者ハ第二編ニ乙者ハ第三編ニ之ヲ列記シタリ然レトモ違警罪ニ付テハ復タ此區別ヲ立テス是レ同一ノ刑ニ該ル各罪ヲ一條ノ下ニ集合スル簡便法ニ從ヒタルノ結果ナリ

(乙)政事犯常事犯 政事犯ハ政治上ノ改革ヲ目的トスル所ノ罪ニシテ我法律ニ所謂ル國事ニ關スル罪即チ是ナリ其目的毫モ政事ニ關セサルモノハ之ヲ常事犯ト稱ス

我法律ハ第二編第二章ニ於テ國事ニ關スル罪ヲ規定シタルモ此以外ノ罪ニ付テハ其政事犯ナリヤ常事犯ナリヤノ區別ヲ示サス故ニ第二編第二章ニ規定シタルモノヲ除キ餘ハ皆常事犯ニ屬スルモノト言フモ不可ナキニ似タリ然レト

法

刑

モ余ハ然ク信スルコト能ハス第二編第二章ニ規定シタル罪ノ中ニモ學理上政事犯ト認ムルコトヲ得サルモノアルト同ク其規定以外ノ罪ノ中ニモ學理上政事犯ト認メサル可カラサルモノアリト確信ス此事ニ付テハ第二編ニ至リ詳論スル所アル可シト雖モ聊コ、ニ一言ヲ附加セン

政事犯ハ政治上ノ改革ヲ目的トスルモノナリ即チ國體若クハ政體ヲ變更シ政府ヲ顛覆シ施政ノ方針ヲ改メシメ其他憲法ニ變更ヲ加ヘシメントスル罪ハ皆此種ニ屬ス而シテ是等ノ改革タル或ハ腕力ヲ用キテ之ヲ強要スルコトアル可ク或ハ言論ニ籍リテ之ヲ逼迫スルコトアル可シ其腕力ヲ用ユルモノ政事犯ナル上ハ言論ニ籍ルモノモ亦政事犯トセサル可ラス其方法手段ハ異ナルモ其目的トスル所彼此相同シケレハナリ故ニ新聞紙又ハ演說ヲ以テ政府ヲ攻撃スルモノ、如キハ決シテ常事犯トシテ見ル可カラス又公選ノ投票ヲ偽造スル罪其他議員選舉ニ關スル罪ノ如キモ歸スル所言論ニ藉リテ改革ヲ促シ又ハ改革ヲ實行スルノ結果ヲ生スルモノナレハ是レ亦政事犯ニ非スト謂フ可カラス是レ余カ第二編第二章ニ規定シタルモノ、外性質上政事犯ト認メサル可カラサ

法

ルモノアリト断定スルヲ憚カラサル所以ナリ然ラハ犯人ノ意思政事上ノ改革ヲ求ムルニ在ルモノハ總テ政事犯ト爲ス可キ乎曰ク否罪ノ政事犯ナルト否トハ其性質ニ因リテ別ル可ク敢テ犯人ノ意思ニ拘ハル可キニ非ス故ニ政治上ノ改革ヲ望ムノ意思ニ出テタリトスルモ有力ナル當路ノ大臣ヲ毆打創傷シ又ハ監禁シ以テ其朝ニ立ツコトヲ妨クルカ如キハ決シテ政事犯ナリト爲ス可カラス彼ノ國事ヲ愛フルノ義心ニ出テスシテ自己カ威福ヲ逞セントノ私意ニ出タルモノト雖モ兵ヲ擧ケテ政府ニ抗敵スルトキハ仍ホ之ヲ政事犯ナリト爲スト其理相同シ要スルニ犯罪其者ノ目的物如何ニ依テ之カ區別ヲ爲ス可キモノトス政事犯ヲ罰スル古今大ニ其趣ヲ異ニス古ハ各國皆峻刑酷罰ヲ以テ之ニ臨ミタルモ今ハ則チ之ニ反シ專制政事ノ邦國ヲ除クノ外ハ概ネ其刑ヲ輕クシ常事犯ニ於ケルカ如ク嚴ナラス然ル所以ノモノハ第一此罪ハ社會生存ノ基礎ニ害ヲ加フルヨリハ寧ロ其既存ノ秩序ヲ破壞スルニ止マルモノニシテ其害タル常事犯ノ如ク至大ナラスト認メタルニ由ル彼ノ殺人罪ノ如キハ社會ヲ組織スル一分子タル人ノ生命ヲ害スルモノニシテ其極端ヲ擧クレハ今日一人ヲ殺シ明日

刑

法

刑

法

又一人ヲ殺シ遂ニ社會ヲ滅亡セシムルニ至ル即チ此罪ハ社會ノ生存ヲ危クスルモノナレハ社會維持ノ爲メ之ヲ嚴罰セサル可カラス然レトモ政事犯ハ單ニ現時ノ政體ヲ變更シ政府ヲ顛覆セントスル等政治上ノ爭ヲ爲スニ過キスシテ社會ノ生存ヲ危クスルモノニ非ス政體改マリ政府變シタリトテ社會ハ依然存在ス可シ故ニ必シモ重ク之ヲ罰スルコトヲ要セサルナリ又第二ニハ常事犯ハ利慾怨恨嫉妬ノ私意ニ出ルモ政事犯ハ概シテ社會ニ忠ヲ致シ公衆ニ利ヲ與ヘント欲スル等ノ公義心ニ出ツ左レハ其事ハ非ナルモ其心ハ寧ロ嘉ス可キモノニシテ道德上ヨリ觀察スレハ其罪惡ノ度頗ル輕シト謂ハサル可カラス此點ニ於テモ嚴刑ヲ用ヰスシテ輕刑ニ止ムルヲ允當トスルナリ我法律カ國事ニ關スル重罪ニ付テハ徒刑懲役ノ刑ヲ用ヰスシテ別ニ流刑禁獄ノ刑ヲ設ケタルハ即チ此旨趣ニ出テタルモノナリ

第五犯罪ノ限域ニ關スル區別 國民一般ニ通シテ遵守ノ義務ヲ負ハシメタル法律ヲ普通法ト名ケ其普通法ニ背反スル罪ヲ普通犯ト稱ス此刑法ハ普通法ニシテ其規定スル所ノ罪ハ即チ普通犯ナリトス又國民一般ニ及ホサスシテ單ニ

刑

特別ノ身分職業等ヲ有スル者ノ爲メニ設ケタル法律ヲ特別法トス其特別法ニ背反スル罪ハ即チ特別犯ト稱スルモノナリ  
特別犯ノ著キモノハ軍事犯ニシテ軍事ニ關シ犯ス所ノモノ皆此種ニ屬ス而シテ其犯人ノ軍人タルト常人タルトヲ問フコトナシ但常人ハ軍旗ノ下ニ立タサルモノナレバ自然此罪ヲ犯ス場合少シ陸海軍刑法ハ特例トシテ常人ヲ罰スルコトアルナリ

第二章 刑罰法ノ及フ時地及ヒ人

第一節 刑罰法ノ及フ時

凡ソ刑罰法ハ何レノ時ニ及ホスコトヲ得ル乎之ヲ換言スレバ現行法律ノ罪トスル所ノモノハ其行爲不行爲ノアリタル時ノ如何ヲ問ハス皆現行法律ニ照シテ處斷スルコトヲ得ル乎第三條ハ法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得ス下明言シ以テ法律カ既往ニ溯ルノ効力ヲ有セサルコトヲ定示シタリ  
抑刑罰法ノ設タルヤ既往ノ事蹟ニ照スニ當時ノ法律カ或ル事ヲ禁止セス若クハ命令セサルヨリ人民隨意ニ其事ヲ行ヒ若クハ行ハス爲メニ公益私益ヲ害セ

法

刑

法

シコト少カラス爾後ハ復タ人民ノ爲ス所ニ任ス可カラストシ是ニ於テ初メテ禁止命令ヲ下シ之ニ附スルニ刑罰ノ制裁ヲ以テス是レ刑罰法ノ起ル所以ナリ  
左レハ其禁止命令ハ將來ニ向テ効力アル可キハ勿論ナルモ既往ノ事ニ向テ其効力ヲ及ホスコキモノニ非ス既往ノ事ニ及ホサントスルハ立法ノ本旨ニ反スルノミナラス既往ノ事ヲ禁止命令セント欲スルモ道理上決シテ能シ得ヘキモノニ非ザルナリ故ニ法律ハ其性質トシテ既往ニ溯ルノ効力ナシトス  
假ニ道理上既往ニ溯ラシムルコトヲ得ルトスルモ之ヲ既往ニ溯ラシ舊法ノ罰セサルモノヲ新法ニ照シテ罰スルトキハ之カ爲メ人民既得ノ權ヲ害ス可シ蓋シ人民カ舊法ノ下ニ於テ其事ヲ行ヒ若クハ行ハサリシハ當時ノ法律之ヲ禁止セス又命令セサリシニ由ル即チ其事ヲ行フト否トハ自己ノ權内ニ在リシカ故ニ之ヲ行ヒ若クハ行ハサリシノミ左レハ其行爲不行爲ニ付テハ當時既ニ刑罰ヲ受ケサルノ權之ヲ換言スレバ刑罰ヲ防禦スルノ權ヲ得有シタルモノニシテ此權ハ爾後ノ法律ヲ以テ之ヲ奪フ可キニ非ス之ヲ奪フハ即チ法律ニ正條ナキモノヲ罰スルニ外ナラスシテ暴逆コレヨリ甚シキハナシ

刑 法

法律ハ既往ニ溯ルノ効力ヲ有セストノ原則ハ舊法ニ罪名ナクシテ新法ニ之ヲ設ケタル場合ニ適用ス可キノミナラス舊法ノ刑輕キニ新法之ヲ重クシタル場合ニモ亦之ヲ適用セサル可カラス何トナレハ新法ヲ以テ重クシタル部分即チ例ヘハ舊法ノ刑期五年ニ止マリシヲ新法之ヲ七年ニ上シタルトキハ其五年ヨリ七年ニ至ルマテノ部分ハ全ク創設ニ係リ初メヨリ舊法ニ無カリシ所ノ刑ヲ設ケタルト異ナルコトナケレハナリ左レハ此部分ニ係ル新法ハ單ニ將來ニ向テ効力アルニ止マリ決シテ之ヲ既往ノ事ニ及ホシ以テ人民既得ノ權ヲ害ス可カラズ第三條第二項ニ若シ所犯頒布以前ニ在テ未タ判決ヲ經サル者ハ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷ストアリテ舊法輕ケレハ舊法ニ從テ處斷ス可キコト勿論ナリトス

然ラハ法律ハ常ニ必ス既往ニ溯ルコトヲ得サル乎曰ク否前掲第三條第二項ニ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷ストアルニ依レハ新法ノ刑舊法ノ刑ヨリ輕キトキハ新法ニ從ハサル可カラス即チ新法輕ケレハ之ヲ既往ニ溯ラシムルナリ何故ニ此例外ノ規定アル乎他ナシ舊法或ル所爲ヲ罪トシ之ヲ罰シタルモ爾

刑

法

後之ヲ罰スルノ非ナルコトヲ覺リ又ハ公益上復タ之ヲ罰スルノ必要ナシト認メ新法ヲ以テ其刑ヲ廢止シ又ハ舊法ノ刑嚴酷ニ過キ必要ノ度ヲ超ヘタルコトヲ認メ新法ヲ以テ其刑ヲ寬ニシタルニ拘ハラス仍ホ舊法ヲ適用センカ是レ即チ非ヲ知テ尙ホ之ヲ遂ケントスルモノニシテ道理ノ決シテ許容セサル所ナリ且ツ刑罰權ノ基礎ヨリ論スルモ舊法ハ正義ニ反シ又實利ニ副ハスト認メ之ヲ改廢シタルモノナレハ社會ハ舊法ノ刑罰ヲ用ユルノ權ヲ失ヒタルモノト謂ハサル可カラス殊ニ輕キ新法ニ從フハ人民ノ利益ニシテ毫モ其既得ノ權ヲ害セス旁以テ新法ノ輕キモノハ直チニ適用セラレサル可カラス

法律ノ改廢頻繁ニシテ僅々數年月ノ間ニ於テ數回變更ヲ見ルコトナシトセス此場合ニ於テハ新法ハ孰レノ法律ト之ヲ比照ス可キ乎例ヘハ犯罪當時ノ法律ニ於テハ無期徒刑ニ處シタルヲ爾後ノ法律ヲ以テ重懲役ニ處ス可キモノト改メ尋テ又有期徒刑ニ改メタル今日ニ至リ其罪發覺シタリトセハ今日ノ法律ト犯罪當時ノ法律トヲ比照シ有期徒刑ニ處ス可キ乎又ハ中間ノ法律ヲモ其比照ノ中ニ加ヘ而シテ其法律最モ輕キカ故ニ之ヲ適用シ重懲役ニ處ス可キ乎此第

刑 法

一ノ方法ニ依ルモ犯人ハ無期徒刑ヨリ輕キ刑ヲ受クルヲ以テ之カ爲メ既得ノ權ヲ害セラル、コトナキカ如シ又社會ノ必要上ヨリ觀ルモ重懲役ハ輕キニ失シ不當ナリトシテ有期徒刑ニ改メタルモノナレハ此刑ヲ適用スルモ決シテ正義ニ反スルコトナキニ似タリ然レトモ社會ハ一旦其罪ヲ罰スルハ重懲役ニテ十分ナリ其以上ノ刑ヲ用ユルハ不當ナリトシ法律ヲ改メタルモノナレハ爾後更ニ其刑ヲ重クシタリトテ之ヲ既往ニ溯ラシムルコトヲ得ス之ヲ溯ラシムルハ前言ヲ食ミ不正ヲ行フニ外ナラス又中間ノ法律施行ノ時ニ於テ其罪發覺シタルナランニハ犯人ハ其法律ニ依リ重懲役ニ處セラル可ク若シ社會カ之ヨリ重キ刑ヲ科セントセハ犯人ハ之ニ對抗シ正當ニ己レヲ防禦スルノ權ヲ有セシナリ然ルニ其罪ノ發覺遲延セシ爲メ防禦ノ權ヲ失ヒ重キ有期徒刑ニ處セラレサル可カラストスルノ理萬々之アルコトナシ今少シク前例ヲ變シテ最初ハ禁錮五年ノ刑ニ處シタルモ爾後其刑ヲ廢止シ今又其所爲ヲ罪ト爲シテ禁錮三年ニ處ス可キモノト定メタリト假想ヨリ此場合ニ於テハ第二ノ法律ニ依リ其所爲ニ對スル公訴權已ニ消滅シタルヲ以テ縱令今日ノ刑ハ犯罪當時ノ刑ヨリ輕

刑 法

キモ之ヲ適用シテ禁錮三年ニ處スルコトヲ得ヘシト論スルコト能ハス前例ノ場合モ亦之ニ異ナラス中間ノ法律全ク刑ヲ廢止セサルモ其重キ部分ハ之ヲ廢止シタルモノナレハ今日ニ至リ更ニ其廢止セラレタル部分ヲ用ユルコトヲ得サル可シ故ニ法律ノ改廢數次ニ涉リタルトキハ其數箇ノ法律ヲ悉皆相比照シ其中最モ輕キモノヲ適用ス可キモノトス

備新舊ノ法律ヲ比照シ其輕重ヲ判別スルハ如何ナル標準ニ依ル可キ乎明治十四年第八十一號布告ハ此刑法ト舊法タル新律綱領改定律例トノ比照ニ付テ左ノ如ク規定ヲ爲シタリ曰ク

「刑法第三條第二項ニ依リ新舊法ヲ比照スルニハ左ノ例ニ從フヘシ」

第一條 新舊法比照スルニハ左ノ如シ

- 新法 舊法
- 一 死刑 斬絞
  - 二 無期徒刑 懲役終身
  - 三 有期徒刑 同

刑 法

- 四 無期流刑 禁獄終身
  - 五 有期流刑 同
  - 六 重懲役 懲役十年
  - 七 輕懲役 懲役七年
  - 八 重禁獄 禁獄十年
  - 九 輕禁獄 禁獄七年
  - 十 重禁錮 懲役十一日以上五年以下
  - 十一 輕禁錮 禁獄鎖錮十一日以上五年以下
  - 十二 罰金 贖罪收贖罰金科料二圓以上
  - 十三 拘留 懲役禁獄鎖錮拘留十日以下
  - 十四 科料 贖罪收贖罰金科料二圓未滿
- 第二條 舊法ノ刑期新法主刑ノ刑期內ニ在ル時ハ新法ニ從フ但舊法ノ刑期ニ過クルコトヲ得ス(舊法ニ於テ懲役百日ニ該ル者新法ニ照シ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ該ル時ハ新法ニ從ヒ二月以上百日以下ノ重禁錮ニ處スル)

刑 法

ノ類)

若シ舊法ノ刑期新法主刑ノ短期ニ等シクシテ舊法ニ定役ナク新法ニ定役アル時ハ舊法ニ從フ(舊法ニ於テ禁獄三十日ニ該ル者新法ニ照シ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ該ル時ハ舊法ニ從ヒ禁獄三十日ニ處スルノ類)

第三條 舊法新法ノ刑共ニ短期長期アル者ハ其短期ノ短キ者ニ從フ但其長期ノ短キ者ニ過クルコトヲ得ス(舊法ニ於テ一年以上三年以下ノ懲役ニ該ル者新法ニ照シ三月以上四年以下ノ重禁錮ニ該ル時ハ新法ニ從ヒ三月以上三年以下ノ重禁錮ニ處スルノ類)

若シ舊法新法ノ刑其短期等シクシテ舊法ニ定役ナク新法ニ定役アル時ハ舊法ニ從フ(舊法ニ於テ二月以上三年以下ノ禁獄ニ該ル者新法ニ照シ二月以上二年以下ノ重禁錮ニ該ル時ハ舊法ニ從ヒ二月以上二年以下ノ禁獄ニ處スルノ類)

第四條 舊法ノ贖罪收贖若クハ罰金科料ノ金額新法主刑ノ金額內ニ在ル時ハ新法ニ從フ但舊法ノ金額ニ過クルコトヲ得ス



第五條 舊法新法ノ罰金科料共ニ多數寡數アル者ハ其寡數ノ寡キ者ニ從フ  
但其多數ノ寡キ者ニ過クルヲ得ス

第六條 舊法ニ於テ單ニ體刑ニ該ル者新法ニ於テ罰金ヲ附加ス可キ時ハ其  
罰金ヲ附加セス

第七條 舊法ニ於テ體刑ニ該ル者新法ニ於テ罰金科料ニ該ル時ハ新法ニ從フ  
舊法ニ於テ贖罪收贖若クハ罰金科料ニ該ル者新法ニ照シ體刑ニ該ル時ハ  
舊法ニ從フ

刑 法

第八條 舊法ニ從ヒ贖罪收贖ニ處シタル者其金額ヲ延期限内ニ納完スル能  
ハサル時ハ一圓ヲ一日ニ析算シ輕禁錮又ハ拘留ニ換フ但一圓未滿ト雖モ  
仍ホ一日ニ計算ス

第九條 舊法ニ於テ體刑ニ該ル者新法ニ從ヒ重罪ノ刑ニ處スル時ハ新法ノ  
附加刑ヲ適用セス但除族追奪位記沒收ノ類ハ舊法ニ從フ  
第十條 舊法ニ於テ體刑ニ該ル者新法ニ從ヒ禁錮ノ刑ニ處スル時ハ監視ヲ  
附加セス

第十一條 華士族ノ犯罪新法ニ於テ輕罪ニ該ル者舊法ニ從ヒ處斷スル時ハ  
其族ヲ除セス

第十二條 新法ト舊法トヲ比照スルニハ各其本法ニ照シ加減シタル者ヲ以  
テ本刑ト爲ス

刑

第十三條 舊法ニ於テ棒鎖ニ該ル者ハ仍ホ棒鎖ニ處ス

法

故ニ此刑法ト舊法トノ比照ニ付テハ其孰レカ輕キ乎重キ乎ヲ判別スルノ標準  
ヲ他ニ求ムルノ必要ナク單ニ右布告ノ規定ニ從フヲ以テ足レリトス然レトモ  
此刑法實施後ニ於テ法律ニ變更ヲ生シタル場合例ヘハ明治二十三年法律第九  
十九號ヲ以テ家屋外ノ竊盜ニ對シ特別ノ刑ヲ定メタルカ如キ場合ニ於テ其二  
法ノ輕重如何ハ右布告ノ規定ニ依テ定ムルコトヲ得サルカ故ニ勢ヒ他ニ之ヲ  
判別スルノ標準ヲ求メサル可カラズ今衆學者ノ說ニ基キ試ミニ之カ標準ヲ立  
ツルコト左ノ如シ

第一則 凡ソ法律ノ輕キハ罰セサルヨリ輕キモノアラス故ニ舊法ニ於テ罪  
ト爲シタルモ新法其刑ヲ廢止シタルトキハ新法ヲ適用ス可シ尤モ此場合ニ於

刑

法

テハ刑事訴訟法第六條ニ規定スル如ク公訴權消滅スルカ故ニ裁判所ハ別段新舊法ヲ比照スルノ勞ヲ執ルヲ要セザルコト勿論ナリトス

第二則、 輕罪ハ重罪ヨリ輕ク違警罪ハ輕罪ヨリ輕シ故ニ新舊法ノ一方ニ於テ重罪ト爲スモ他ノ一方ニ於テハ輕罪タルニ過キサルトキハ其輕罪ト爲ス一方ノ法律ヲ適用ス可シ輕罪ト違警罪トノ關係ニ付テモ亦同シ

第三則、 死刑ハ刑ノ最モ重キモノニシテ無期徒刑ト有期刑トハ無期刑ヲ以テ重シト爲ス又自由停止ノ刑ト財産刑トハ自由停止ノ刑ヲ以テ重シト爲サ、ル可カラズ故ニ舊法ノ死刑ヲ無期徒刑ニ改メ又禁錮ヲ罰金ニ改メタル場合ニ於テハ新法ヲ輕シト爲シ之ヲ適用ス可シ他ハ此例ニ準ス

禁錮ハ必シモ罰金ヨリ輕キモノニ非スト論スル者アリ曰ク禁錮ノ刑期僅ニ二十一日以上一月以下ニ過キサレ舊法ヲ改メテ數百圓ノ罰金ニ處ス可キモノト爲シタル場合ノ如キハ十分ノ資産アル者ニ非サルヨリハ必ス舊法ニ依テ處分セラル、コトヲ望マン何トナレハ一月以内ノ禁錮苦ハ則チ苦ナリト雖モ將來ニ大影響ヲ及ホスコトナシ之ニ反シ一旦其財産ノ全部若クハ多分ヲ失フトキハ將

刑

法

來其生活ノ途ニ迷ラニ至レハナリ且ツ其罰金ヲ納完スルノ資力ナキ者ハ結局數百日ノ禁錮ニ換ヘラル可ク若シ然ルトキハ一月以内ノ禁錮ヲ重シトシテ之カ適用ヲ禁シナカラ實際トハ之ヨリ重キ數百日ノ禁錮ヲ科スルノ結果ト爲ラシ故ニ一概ニ禁錮ハ罰金ヨリ重シト論スルハ非ナリト此言一應其理アルカ如シト雖モ法律上決シテ之ヲ是認スルコト能ハス吾人一般ノ觀ル所ニ依ルモ生命最モ重ク身體ノ自由之ニ亞キ而シテ財産ハ其下ニ位スルニ過キス或ハ終身獄ニ繋カレ自由ヲ奪ハル、ヨリハ寧ロ一時ニ生命ヲ斷タル、コトヲ望ム者アラント雖モ是レ吾人普通ノ觀念ニ反ス法律ハ決シテ本人ノ希望ニ因ルモ死刑ヲ以テ終身刑ニ換フ可カラズ禁錮ト罰金トノ比較ニ於ケルモ亦同シ拜金宗ノ徒財産ヲ以テ自由ノ上ニ置クモ是レ普通ノ論ニ非ス法律ハ須ク吾人普通ノ觀念ニ基キ自由ヲ奪フ所ノ禁錮ヲ以テ財産ヲ奪フ所ノ罰金ヨリ重キモノト爲スヘキナリ既ニ性質上禁錮ヲ重シト爲ス上ハ其刑期僅々十數日乃至數十日ニ過キサレモ仍ホ數百圓ノ罰金ヨリ重シト謂ハサル可カラズ刑期金額ノ多少ニ依リ其性質ヲ變ス可キノ理ナケレハナリ或ハ換刑ノ爲メ論者カ言ヘルカ如キ

刑

結果ヲ生ス可シト雖モ其換刑ハ萬已ムヲ得サル場合ニ於テ行フモノナルノミ  
ナラス換刑ノ處分アリタリトテ輕禁錮ニ處シタル者ト其待遇ヲ同シフスルコ  
トナシ且ツ殘餘ノ罰金ヲ納完スルトキハ何時ニテモ其換刑ヲ止ムルモノトス  
左レハ實際上ニ於テハ多小權衡ヲ失スルカ如キノ嫌アルヲ免カレサルモ法律  
上ニ於テハ刑ノ性質ニ從ヒ總テノ場合ニ於テ禁錮ハ罰金ヨリ重キモノト爲サ  
ル可カラス

法

第四則 刑期相等シキトキハ定役アルモノヲ以テ重シト爲ス例ハ重懲役  
ト重禁獄トハ其刑期ハ共ニ九年以上十一年以下ニシテ彼此差異ナキモ重懲役  
ニハ定役アルヲ以テ重禁錮ヨリ重キモノト爲サ、ル可カラス又一月以上二年  
以下ノ重禁錮ト一月以上一年以下ノ輕禁錮トニ付テハ重禁錮ニ該ルモノヲ以  
テ重キモノト爲ス可シ

第五則 刑ノ長期短期多數寡數共ニ他ノ上ニ在ルトキハ其上ニ在ルモノヲ  
以テ重シト爲ス故ニ舊法ノ有期徒刑ヲ改メテ重懲役ト爲シ二月以上二年以下  
ノ重禁錮ヲ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ二十圓以上百圓以下ノ罰金ヲ五圓以上

刑

法

五十圓以下ノ罰金ニ改メタル場合ノ如キハ新法ヲ輕シト爲シ之ヲ適用セサル  
可カラス

舊法ニ於テ或ル所爲ヲ國事ニ關スル罪ト認メ重禁獄ノ刑ヲ用ヰタルニ新法ハ  
其所爲ヲ常事犯ト爲シ隨テ其刑ヲ變シ輕懲役ヲ科シタル場合ノ如キ或ハ犯人  
ニ於テハ舊法ニ依テ處分セラル、コトヲ望ムコトアラシ何トナレハ刑ノ性質  
重禁獄ノ方上品ニシテ定役ニ服セラル、コトナケレハナリ然レトモ其刑期タ  
ル一八九年以上十一年以下ニシテ一ハ六年以上八年以下ニ過キス人身ノ自由  
ヲ停止スルコト甲ハ大ニ乙ヨリ長シ故ニ法律上ニ於テハ乙ヲ以テ輕シト爲シ  
之ヲ適用セシメサル可カラス

以上ハ學者ノ認ムル所ニシテ今後ト雖モ恐クハ之ヲ爭フ者ナカル可シ然レト  
モ新舊二法ノ刑ノ長期短期又ハ多數寡數互ニ相交錯スルトキ例ハ舊法ノ刑  
二月以上四年以下ナリシヲ新法六月以上三年以下又ハ一月以上五年以下ニ改  
メタル場合ノ如キハ何レヲ以テ重シト爲シ輕シト爲ス可キ乎ノ點ニ付テハ學  
者ノ說區々ニ分カレタリ

刑 法

甲說ニ依レハ此場合ニ於テハ新舊二法ヲ取捨シ各法ノ重キ部分ヲ捨テ輕キ部分ヲ取リ其範圍内ニテ處分ス可シト云ヘリ是レ恰モ前掲新舊比照ニ關スル明治十四年第八十一號布告第二條第三條等ノ規定ニ合スルモノナリ蓋シ此說ノ要旨ハ舊法ノ短期寡數新法ノ規定ヨリ輕キニ之ヲ適用セサルトキハ犯人カ其短期寡數ニ處セラル可キノ利益ヲ失フ可ク又新法ノ長期多數舊法ノ規定ヨリ輕キニ仍ホ之ニ超過スルコトヲ許スハ已ニ廢止シテ存在セサル所ノ刑ヲ適用スルニ異ナラスト云フニ在リテ其論旨ハ甚タ可ナリ然レトモ是レ立法論トシテ可ナルニ止マリ解釋論トシテハ決シテ之ヲ採用スルコトヲ得ス何トナレハ新法ニモ依ラス舊法ニモ依ラス二者ヲ折衷取捨スルカ如キハ裁判官ノ職權上爲シ得ヘキ所ニ非サレハナリ

乙說ハ犯人ヲシテ新舊二法ノ一ヲ選擇セシメ而シテ其選擇シタル所ノ法律ニ依テ處分ス可シト云フニ在リ蓋シ犯人ヲシテ選擇セシムルトキハ渠レ必ス其身ニ利ナル方ヲ選擇スルナラントノ想像ヨリシテ此說ヲ爲スモノナル可シ然レトモ長期多數ノ一方ヨリ觀レハ舊法輕ク若クハ重ク短期寡數ノ一方ヨリ觀

刑 法

レハ全ク之ニ反シ裁判官猶ホ其輕重ノ判別ニ苦ム安ソ通常ノ犯人タル者之ヲ判別シテ誤ナキコトヲ得ンヤ且ツ此說ヲ貫カント欲セハ裁判官ヲシテ新法ニ從ヘハ云々ノ刑ニ處シ舊法ニ從ヘハ云々ノ刑ニ處ス可キ見込ナルコトヲ犯人ニ告知セシメ而シテ後選擇セシメサル可カラサルニ至ル此ノ如ク犯人ヲシテ其受ク可キ刑期金額ヲ定メシムルハ裁判法上決シテ許容ス可キモノニ非サルナリ

丙說ハハルトールガロー諸氏ノ說ク所ニシテ余ハ其最モ當ヲ得タルモノナルコトヲ信ス因テ之ヲ第六則ト爲ス

第六則、新舊二法ノ中長期ノ最モ短ク多數ノ最モ寡キモノヲ以テ輕シト爲ス即チ前例ノ第一即チ二月以上四年以下ヲ六月以上三年以下ニ改メタルトキハ新法ヲ輕シト爲シ其第二即チ同上ノ刑期ヲ一月以上五年以下ニ改メタルトキハ舊法ヲ輕シト爲シ之ヲ適用ス可キモノトス蓋シ此ノ如クスルトキハ犯人ハ決シテ新法ヲ以テ改メタル舊法ノ過重ノ部分即チ第一例ニ於ケル三年以上四年以下又ハ新法ヲ以テ新ニ設ケタル過重ノ部分即チ第二例ニ於ケル四年以

上五年以下ヲ適用セラル、コトナク即チ不當ノ刑ヲ受ケ其既得ノ權利ヲ害セラル、コトナキナリ尤モ犯人ハ新舊法中短期寡數ノ最モ短少ナルモノ(即チ第一例ニ於ケル二月以上六月以下第二例ニ於ケル一月以上二月以下)ノ適用ヲ受ク可キ利益ヲ失フカ故ニ其既得ノ權利ヲ害セラル、カ如キ嫌ナキニ非スト雖モ其實決シテ此權利ヲ害セラル、コトナシ何トナレハ其短期寡數ヲ適用スルト否トハ裁判官ノ職權内ニ在リテ犯人ヨリ之カ適用ヲ求ムルノ權利ナケレハナリ唯此場合ニ於テハ其短期寡數ヲ適用セラル、ノ希望ヲ害セラル、ニ過キサルモノトス

刑

法

以上ノ六則ニ從ヒ新舊ノ法ヲ比照スルハ第三條第二項ニ明言スル如ク所犯頒布以前ニ在リテ未タ判決ヲ經サル場合ニ限ル其已ニ判決ヲ經テ執行中ニ在ルモノ、如キハ縱令新法ノ刑極メテ輕キモ更ニ之ヲ適用シ以テ舊法ノ刑ニ代フルコトヲ得サルヤ論ヲ埃タス然レトモ所謂ル未タ判決ヲ經サルトハ何等ノ判決ヲモ經サルモノヲ指ス乎將タ一旦或ル判決ヲ經タルモ更ニ他ノ判決ヲ經ヘキモノハ未タ判決ヲ經サルモノト看ル可キ乎此點ハ犯人ノ利害ニ大關係アル

刑

法

ヲ以テ最モ適當ノ決定ヲ與ヘサル可カラス  
抑、判決ニハ第一審ノ判決アリ第二審ノ判決アリ第三審即チ終審ノ判決アリ若シ法律ノ所謂ル判決トハ第一審ノ判決ニ限ルモノト解釋センカ現ニ控訴中ニ於テ輕キ新法ノ頒布實行アルモ之ヲ適用スルコト能ハサル可シ然レトモ控訴ナルモノハ事實及ヒ法律ノ二點即チ訴訟事件ノ全部ニ付キ覆審ヲ求ムルモノナレハ其審理中ニ於テ法律ノ變更アリタルトキハ其新法ヲ舊法ト比照シ輕キニ從テ處斷スルヲ適當ナリトス殊ニ控訴ヲ理由アリトシテ第一審判決ヲ取消シタルトキハ其訴訟ハ未タ判決ヲ經サル状態ニ復スルヲ以テ控訴裁判所ハ必ス新舊法ノ比照ヲ爲サ、ル可カラス此點ニ付テハ世ニ異說ヲ唱フル者アルヲ見サルナリ  
訴訟事件已ニ第二審ノ判決ヲ經タル後輕キ新法ノ頒布實行アリタルトキハ上告裁判所ハ其輕キ新法ヲ適用スルコトヲ得ル乎或ル論者ハ曰ク此場合ニ於テハ最早新舊法ノ比照ヲ爲ス可キモノニ非ス事實ノ點ハ第二審ノ判決ヲ經テ已ニ確定シ唯法律ノ點確定セサルノミ而シテ上告裁判所ハ第二審ノ判決ニ於ケ

刑

ル法律ノ適用其當ヲ得タリヤ否ヤヲ鑑査スルニ止マル可シ然ルニ第二審ノ判決ハ其判決當時ノ法律ニ從ヒ相當ノ刑ヲ言渡シタルモノニシテ毫モ瑕瑾ナシ偶、其判決後ニ至リ法律ノ改正アルモ這ハ是レ前ノ判決ニ關係ナシ關係ナキ後ノ事柄ヲ以テ相當ナル前ノ判決ヲ破毀スルノ原因ト爲ス可キノ理ナシト此說ノ如クナレハ所謂ル判決トハ第二審ノ判決ヲ指シタルモノト爲ルナリ

余ハ論者ノ說ニ服スルコト能ハス抑、新法ヲ以テ舊法ノ刑罰ヲ廢止シ又ハ減輕スルハ孰レモ公ノ秩序ニ關セサルハナシ其新法ニシテ未タ實行ノ效力ヲ生セサル場合ハ格別已ニ實行セラレタル上ハ公ノ秩序上直チニ之ヲ適用セサル可カラス國家ハ已ニ刑罰權ノ全部又ハ一分ヲ拋棄シナカラ判決未確定ノ罪ニ對シ仍ホ其拋棄シタル權利ヲ行使セントス余ハ其正當ナル名義ノ存スルコトヲ認ムルコト能ハス且ツ論者ハ上告裁判所ハ云々ト論スルモ上告裁判所ニ訴訟ノ繫屬スル上ハ其事件ノ未決事件タルヤ論ヲ俟タス未決事件ニ付キ新法即チ現行ノ法律ヲ適用スルハ何ノ妨カアラン論者ハ曰ク上告裁判所ハ何ヲ理由トシテ第二審ノ判決ヲ破毀ス可キ乎之ヲ破毀スルニハ其判決ノ法律ニ違背シタ

法

①

刑

法

ルコトヲ要スルハ刑事訴訟法第二百六十八條ノ規定スル所ナリ然ルニ第二審ノ判決ハ當時ノ法律ニ違背セス安ソ之ヲ破毀スルコトヲ得ンヤト余ハ之ニ答ヘテ曰ハン第二審ノ判決法律ニ違背スルニ非サレハ之ヲ破毀セサルハ通常ノ場合ニ於テハ原則ト爲ス可シ然レトモ法律ノ改正廢止アル等非常ノ場合ニ當リテハ此原則ヲ墨守ス可キモノニ非ス凡ソ公ノ秩序ニ關スル事柄ハ上告裁判所ニ向テ始メテ之ヲ申立ツルコトヲ得ヘク上告裁判所ハ亦職權ヲ以テ其公ノ秩序ニ關スル法律ノ規定ヲ適用セサル可カラス例ヘハ第二審ノ判決アリタル後大赦令ヲ發セラレタリトセハ上告裁判所ハ其大赦ヲ理由トシテ第二審ノ判決ヲ破毀シ更ニ免訴ノ言渡ヲ爲サ、ル可カラス新法ヲ以テ公訴ノ時効期間ヲ短縮シタルニ因リ本件ノ公訴已ニ時効ニ罹リタルコト、爲リタル場合モ亦同シ果シテ然ラハ本問ノ場合ニ於テモ刑ヲ廢止シ又ハ減輕シタルハ無論公ノ秩序ニ關スルヲ以テ上告裁判所ハ直チニ其新法ヲ適用セサル可カラス即チ此場合ニ於テハ上告裁判所ハ第二審ノ判決ニ瑕瑾アルヲ理由ト爲シ之ヲ破毀スルニ非スシテ第三條第二項ノ規定ニ基キ之ヲ破毀シ更ニ相當ノ判決ヲ爲ス可

刑

法

キナリ佛國ノ例ニ徴スルニ其大審院ハ千八百六十三年六月十二日ノ判決ニ於テハ或ル論者ノ説ト同一ナル見解ヲ執リタルモ千八百七十六年一月十四日ノ判決ニ於テ之ヲ改メ第二審ノ判決後ニ係ル法律ノ改廢モ其以前ニ係ルモノト同シク其輕キモノハ直チニ適用セサル可カラスト爲シタリ此後ノ判決ハ我法律ノ解釋ニ付テモ之ヲ援用スルコトヲ得ヘシ

以上ノ理由ニ依リ余ハ所謂判決トハ確定判決ヲ指シタルモノナリト解釋ス左レハ第一審ノ判決タルト第二審ノ判決タルトヲ問ハス其判決ノ確定シタル後ニ至リ法律ノ改正アルモ之ヲ適用スルコトヲ得ヌ又其判決ニ對スル上訴ノ期間内ニ於テ法律ノ改正アルモ上訴スル者ナクシテ其判決確定シタルトキハ其確定ノ効力ハ判決言渡ノ日ニ溯リテ生スルモノナルカ故ニ是レ亦判決確定後ノ改正ニ外ナラストシ其新法ヲ適用スルニ由ナキモノトス

立法論トシテハ新法ノ利益ヲ判決確定ノモノニモ及ホス可シト説ク者アリ草案第六十八條ハ即チ此説ヲ採用シタリト雖モ余ハ寧ロ之ニ反對シ現行法カ右草案ノ條項ヲ削除シタルヲ以テ其當ヲ得タリト信ス何ソヤ此説ニ從ヘハ確定

刑

法

判決ノ効力ヲ減殺シ殆ト之ヲ無視スルノミナラス新法ヲ以テ舊法ノ刑ヲ輕クスル毎ニ再ヒ公訴ヲ起シ事實ノ審理ヲ求メサルヲ得サルニ至ル然ラザレハ新法ニ從ヒ適當ナル刑ヲ定ムルニ由ナカラシ例ヘハ舊法ノ刑二月以上四年以下ノ重禁錮ナリシニ裁判所ハ其範圍内ニ於テ二年ノ重禁錮ニ處シ其判決確定シタル後新法ヲ以テ其刑ヲ一月以上三年以下ノ重禁錮ニ改メタリ此場合ニ於テハ新法ノ輕キコト勿論ナルモ此新法ヲ適用シ犯人ヲ何年何月ノ重禁錮ニ處スルヲ以テ適當ナリトスル乎算術的比例ヲ以テ其刑期ヲ定ム可キノ謂ハレナキカ故ニ必スヤ裁判所ニ訴求シ而シテ裁判所ハ更ニ其犯罪ノ情狀等ヲ斟酌シ新法ノ一月以上三年以下ノ範圍内ニ於テ刑期ヲ定ムルノ外適當ナル方法ナカル可シ此ノ如キハ一事不再理ノ原則ニ反スルノミナラス實際上亦甚タ煩雜ヲ免カレス是レ余カ此説ニ同スルコト能ハサル所以ナリ若シ舊法ノ刑極メテ嚴酷ニ過キ其儘執行スルニ忍ヒサルニ於テハ天皇ノ大權ニ訴ヘ特赦減刑ヲ奏請スルハ可ナリ當然新法ノ利益ヲ正當ノ處刑ヲ受ケタル者ニ及ホサントスルハ余其可ナルヲ見サルナリ

刑

新法ニ於テ舊法ノ刑罰ヲ變更スルニ非スシテ單ニ其執行ノ方法ヲ改正シ又ハ刑ノ時効即チ期滿免除ノ期間ヲ伸縮シタルトキハ何レノ法律ニ從フ可キ乎刑ノ時効ニ關スル問題ニ付テハ佛國學者ノ說區々ニ分カル先ツ之ヲ臚列シ而シテ鄙見ヲ其下ニ陳述セシ

甲說ハ其民法第二千二百八十一條第一項ニ「此卷ヲ頒布スルトキ已ニ始マリシ時効ハ從前ノ法律ニ從フ可シ」トアルヲ援用シテ刑ノ期滿免除モ亦總テ舊法ニ從フ可シト云ヘリ此說ヲ駁スル者ハ曰ク民事ノ時効ハ舊法ニ從フ可キモ刑事ノ時効ニ付テハ此規定ヲ援用ス可カラス蓋シ民事ニ於テハ當事者其當時ノ法律ニ依レハ未タ時効ニ罹ラスト信シ其權利ノ行使ヲ猶豫シ居リタルニ突然新法出テ、時効ノ時間ヲ短縮シ因テ直チニ時効ニ罹ラシムルトキハ其者ノ權利ヲ害スルヤ必然ナリ故ニ舊法ニ從フ可キモノト爲サ、ル可カラス然レトモ刑事ニ於テハ國家カ其刑罰權ヲ行フノ必要ナシトシテ時効ノ期間ヲ短縮シ大カラ仍ホ從前ノ刑罰ニ付テハ舊法ノ時効ニ依ラシムルトセンカ其旨趣相矛盾スルヲ免カレス且ツ例ヘハ舊法ノ十年ヲ五年ニ改メタル場合ノ如キ舊法ノ下ニ

法

刑

法

在リテ執行ヲ遁レタル者ハ新法ノ頒布後五年ヲ經ルモ時効ニ罹ラス之ニ反シ新法ノ頒布後始メテ執行ヲ遁レタル者ハ五年ヲ經テ時効ニ罹ルコト、爲リ執行ヲ遁ル、ノ年月少キモノ却テ其年月多キモノヨリ前ニ時効ニ罹ルノ不權衡ヲ生ス故ニ甲說ハ採用ス可キモノニ非スト此言蓋シ當ヲ得タリ

乙說ハ術算的比例ヲ以テ新舊ノ二法ヲ適用ス可シト云フニ在リ此說ニ依レハ例ヘハ舊法ノ期間十年ナルヲ新法五年ニ改メタル場合ニ於テ已ニ舊法ノ下ニ在リテ其期間ノ半數五年ヲ經タルモノハ殘餘ノ半數ハ新法期間ノ半數即チ二年六月ニ達スルヲ以テ時効ニ罹リタルモノト爲ス可シ此說甚タ奇ナリ而カモ確タル證據アルニ非サレハ彼大審院ニ於テ初メ此說ヲ用非タルモ幾モナクシテ之ヲ改メタリ

丙說ハ刑罰其者ニ於ケルト同シク新舊ノ法ヲ比照シ其最モ寬ナルモノニ從フ可シト云フニ在リテ彼判決例ノ今尙ホ認ムル所ナリ

丁說ハ新法ヲ適用ス可シト云フニ在リ其要旨ニ曰ク時効ニ關スル法律ハ犯人ノ利益ノ爲メニ設クルニ非スシテ社會公益ノ爲メニ設クルモノナリ而シテ新



法ハ一般ニ舊法ノ非ヲ悟リ之ヲ改良シタルモノト看做サ、ル可カラス即チ時  
 效ニ關スルモノハ一層社會ノ公益ヲ増進スルモノト看做ス可シ果シテ然ラハ  
 此新法ハ直チニ之ヲ適用セサル可カラズ且ツ新法ニ於テ時効ノ期間ヲ伸長シ  
 タリトスルモ犯人ハ之カ爲メニ其既得ノ權利ヲ害セラレハコトナシ唯舊法ノ  
 短キ期間ニテ時効ヲ得ントノ希望ヲ遂クルコトヲ得サルニ過キヌ又新ニ時効  
 ノ期間ヲ短縮シタリトテ檢事ハ之ヲ争フコトヲ得ス國家自ラ其利益ナリトシ  
 テ改正ヲ爲シタルモノナレハナリ云々

右四說中丙說ハ彼國判決例ノ是認シ採用スル所ナルモ學者ハ多ク丁說ニ左袒  
 セリ今我法律ヲ觀ルニ亦彼國ニ於ケルカ如ク明文ノ之ヲ決スルモノナシ是ニ  
 於テ乎學者ノ說紛々タルコトヲ免カレズ  
 或ル者ハ曰ク第三條第二項ノ意ヲ推シテ右丙說ニ如ク新舊法ノ中最モ寬ナル  
 モノニ從フ可シト論スル者アリ然レトモ第三條第二項ニハ明ニ未タ判決ヲ經  
 サル者トアルヲ以テ已ニ判決ヲ經タル以後ノ事柄タル刑ノ時効ニ付キ此規定  
 ヲ援用スルコトヲ得スホアソナード氏ノ佛文章按ニハ然レトモ新法ノ最モ寬

刑

法

刑

法

ナル規定ハ直チニ之ヲ適用ス可シトアリテ判決云々ノ語ナカリシカ故ニ時効  
 ニ付テモ新法ノ寬ナルモノヲ適用スルコトヲ得ルヤ勿論ナリシモ我立法者ハ  
 何故カ此佛文ノ意ヲ採ラスシテ未タ判決ヲ經サル者云々ト改メタリ故ニ丙說  
 ハ到底採用スルコト能ハサルナリ又丁說ノ如ク新法ヲ適用ス可シトノ論アル  
 モ是レ亦採用スルコト能ハサルノ理由アリ何ソヤ我刑事訴訟法ハ公訴ノ時効  
 ニ付テモ新法ヲ既往ノ犯罪ニ及ホスコト、爲シタルニ拘ハラヌ刑法ハ第三條  
 第一項ヲ以テ法律ハ頒布以前ノ犯罪ニ及ホスコトヲ得スト一般ニ規定シタル  
 カ故ニ時効ニ關スルモノモ亦總テ舊法ニ從ハサル可カラス  
 余ハ右ノ說ニ服スルコト能ハス夫レ刑法ヲ既往ニ及ホスコトヲ許サ、ルハ前  
 ニ說示シタルカ如ク一ハ國家ハ將來ニ向テ禁制命令ヲ爲スコトヲ得ルモ既往  
 ニ向テ之ヲ爲スコト能ハサルト一ハ新法ヲ既往ニ及ホスコトキハ爲メニ人民ノ  
 既得權ヲ害スルコトアルトノ理由ニ基ク左レハ縱令刑法中ニ規定シタル事項  
 ナルニモセヨ之ニ關スル新法ヲ既往ノ犯罪ニ及ホスコトヲ得又之ヲ及ホスモ  
 人民ノ既得權ヲ害セサルニ於テハ其新法ノ規定ヲ直チニ適用スルモ何ノ不可

カ之アラン第三條第一項ハ一般ノ規定ノ如ク見ユルモ這ハ是レ罪ノ有無刑ノ輕重ニ關スルモノニ付テノミ規定シタルモノト解釋スルヲ允當ナリトス同條第二項ハ右第一項ノ例外タルコトハ何人モ爭ハサル所ナリ而シテ其規定ヲ見レハ罪ノ有無刑ノ輕重ニ關スルモノタルニ過キス旁以テ前述ノ如ク解釋セサル可カラス且ツ或ル者ノ説ヲ是ナリトセンカ刑ノ執行方法等ニ關スル新法ノ規定モ亦既往ノ犯罪ニ及ホスコトヲ得スト謂ハサル可カラス彼ノ假出獄ノ如キ何カ故ニ舊法時代ニ處斷ヲ受ケタル者ニ及ホスコトヲ得サル乎論者ノ言ニ依レハ舊法時代ニ處斷ヲ受ケタル者ノミナラス新法實施後新舊二法ヲ比照シ輕キ新法ニ從ヒ處斷シタル者ニモ此利益ヲ及ホスコトヲ得サル可シ何トナレハ此利益ハ新法ノ制定ニ係リ舊法ニ之ナク假ニ類似ノ規定アリシトスルモ第三條第二項ニ依リ新舊ノ法ヲ比照ス可キ事柄ニ非サレハナリ此他徒流刑ノ執行ハ此法律ニ於テハ島地ニ於テ之ヲ爲ストノ規定ナルモ將來島地ニ於テ執行スルヲ不便ナリトシ新法ヲ以テ更ニ内地ニ於テ執行スルコト、改メタリト假想セヨ論者ノ説ノ如クナランニハ其囚徒ハ依然島地ニ置カサル可カラス此ノ

刑

法

如クナラサル可カラサルノ理何クニカ在ル余ハ之ヲ發見スルニ苦シム  
 因テ余ハ時効ニ關スル新法ハ勿論刑罰ノ執行ニ關スルモノハ其性質トシテ總テ既往ニ溯ルノ効力ヲ有シ其頒布實施セラル、ヤ直チニ之ヲ適用ス可キモノナリト斷言スルヲ憚カラサルナリ

刑

第二節 刑罰法ノ及フ地及ヒ人

刑罰法ハ如何ナル土地如何ナル人ニ及フ可キ乎ノ問題ニ付テハ古來數説アリ  
 甲説ハ所謂ル屬地主義ニシテ其説ニ依レハ刑罰法ハ國土ヲ支配スルモノナレハ其國土内ニ於テ罪ヲ犯ス者ハ其國籍ノ如何ヲ問ハス此法律ヲ之ニ及ホスコシ然レトモ其國土外ノ罪ニ付テハ犯人本國人ナルモ刑罰法ヲ及ホスコトヲ得スト云フニ在リ

法

乙説ハ右ニ反シ刑罰法ハ本國人ヲ支配スルモ外國人ヲ支配セス故ニ本國人ノ犯罪ハ其犯所ノ如何ヲ問ハス本國ノ法律ヲ適用シ之ヲ處罰ス可キモ外國人ノ犯罪ニ付テハ縱令國土内ニ於テ犯シタルモ之ヲ處罰スルコトヲ得スト云フニ在リ之ヲ屬人主義ノ説ト稱ス

丙說ハ即チ折衷主義ノ說ト稱ス可キモノニシテ其要旨ハ刑罰法ハ偏ニ國土ニ屬セス又本國人ニ屬セス國土ト本國人トヲ併セテ支配スルモノナリ故ニ國土内ノ犯罪ハ犯人ノ國籍如何ヲ問ハス之ヲ處罰ス可ク本國人ノ國土外ニ於ケル犯罪ニ付テモ或ル制限内ニ於テ之ヲ處罰ス可シト云フニ在リ

刑 法

右三說中甲說ハ英米諸國ニ行ハレ丙說ハ歐洲大陸諸國之ヲ採用シタルモ乙說ハ未タ何レノ國ニモ行ハレタルコトナシ我法律ハ果シテ何レノ主義ヲ採用シタル乎草按ニ依レハ丙說ヲ採用シタルコト明ナルモ現行法ニハ何等ノ規定ナキヲ以テ此點頗ル曖昧ニ屬スルヲ免カレス然レトモ余ハ何等ノ明文ナキニ拘ハラス其精神ハ依然草按ニ於ケルト異ナラサルヲ信ス因テ折衷主義ニ付キ聊カ辯スル所アラシ

第一刑罰法ハ國土ヲ支配スルノ効力ナカル可カラス抑國家ハ自ラ其維持保存ヲ計ルノ權利義務ヲ有ス今其維持保存ノ必要ノ爲メ其主權ヲ以テ刑罰法ヲ設ケタル上ハ苟クモ之ニ違犯スル者アラハ必ス其法律ヲ適用シ處罰セサル可カラス其法律ニ違犯スルモ之ヲ處罰スルコトヲ得ストセハ刑罰法ハ空文徒法ニ

刑

法

歸シ其甚シキニ至リテハ國家ノ土崩瓦解ヲ招クモ亦知ル可カラス故ニ本國人タルト外國人タルトヲ問ハス此國土ニ居住スル者ヲシテ總テ刑罰法ニ服從セシメ犯罪スルニ當リテハ毫毛假借スルコトヲ必要トスルニシテ前ニ述ブル所ノ如シ所謂我刑罰法ハ日本國土ヲ支配スルノ効力アルコトハ前ニ述ブル所ノ如シ所謂日本國土トハ日本帝國主權ノ及フ所ノ場所ニシテ之ヲ細別スレハ左ノ如シ  
甲、日本ノ領地ハ即チ地理學上日本ト稱スル土地ニシテ本州四國九州北海道其他附屬ノ島嶼ヲ包含ス他日植民地ヲ海外ニ有スルニ至レハ其植民地モ亦日本ノ領地ト爲ル可ク外國ヲ征服スルトキモ亦同シ  
乙、日本ノ領海ハ夫レ海洋ハ何レノ國ニモ專屬セス其性質タル自由ニシテ世界萬國ノ共同物ナリト謂ハサル可カラズ何トナレハ何レノ國ト雖モ間斷ナク常ニ海上ニ其主權ヲ施行スルコト能ハサルノミナラス用方ヨリ之ヲ觀ルモ各國交通ノ大道ニシテ常ニ各國人民ニ向テ開カレ其使用ニ供セラシム可キモノナレハナリ然ラハ則チ海上ニ付テハ何レノ國モ司法權ヲ及ホスコトヲ得サル乎此點ニ付テハ區別ヲ立テサル可カラス

刑

法

海ヲ別テ公海領海ノ二ト爲ス公海ハ即チ各國共用ノ部ニシテ何レノ國ト雖モ  
 專ラ其上ニ司法權ヲ施行スルコトヲ得サルモノトス領海ハ之ニ反シ或ル一國  
 カ專ラ其上ニ司法權ヲ施行シ敢テ他國ノ干涉容喙ヲ許サス是レ國際公法ノ明  
 ニ認ムル所ナリ所謂ル領海トハ港内灣内ハ勿論陸地ニ沿フタル或ハ並行線以  
 内ノ部分ニシテ其以外ハ即チ公海ナリ而シテ其線ノ分界ハ今日公法家多數ノ  
 説ニ依レハ最大礮丸ノ達スル部分ヲ以テ限度ト爲ス可シト云ヘリ  
 左レハ日本ノ領海内ニ於ケル犯罪ニ付テハ其犯人ノ國籍如何ヲ問ハス日本ノ  
 法律ヲ以テ之ヲ處罰ス可シ日本ノ安寧秩序ヲ害スルハ日本ノ領地内ニ於ケル  
 犯罪ト毫モ異ナル所ナケレバナリ但外國軍艦内ノ犯罪ニ付テハ後段ニ説示ス  
 ル理由アルニ依リ我カ司法權ヲ及ボスコトヲ得サルモノトス  
 丙、日本ノ船艦ニ乗ル船員ハ國際公法上其所屬國ノ一部分ト看做スカ故ニ日本  
 ノ船艦内ニ於ケル犯罪ハ日本ノ法律ヲ以テ之ヲ處罰ス可シ然レトモ其船艦所  
 在ノ場所如何ニ因リ區別ナシトセス  
 日本ノ船艦ニシテ公海ニ在リトセンカ其犯人及ビ被害者ノ日本人タルト外國

刑

法

人タルトヲ問ハス日本ノ法律ヲ以テ處分ス可キ言フ埃タサルモ外國ノ領海  
 内ニ在ル場合ニ於テハ日本ノ主權ト其外國ノ主權ト正ニ相衝突スルヲ免カレ  
 ス即チ國際公法ハ之カ區別ヲ立テ軍艦ハ常ニ其本國公權ノ一部ヲ搭載スルモ  
 ノナルカ故ニ決シテ外國ノ主權ニ服從スルコトナキモ商船ニ至リテハ縱令其  
 本國ノ國旗ヲ翻スモ元來一ノ私有物ニシテ本國ノ公權ヲ搭載スルモノニ非ス  
 故ニ船内ノ紀律ハ本國法ニ從フモ外部ノ事ニ關シテハ其所在地タル外國ノ法  
 律之ニ干涉スルモ決シテ之ヲ拒ムコト能ハサルモノト爲セリ而シテ其干涉ノ  
 程度ハ各國ノ法律慣習互ニ相同シカラス或ハ全然司法權ヲ外國ノ船内ニ及ボ  
 スモノアリ或ハ一定ノ法律具備スルニ非サレハ敢テ干涉ヲ爲サルモノアリ  
 今日未タ區々ニ渉ルヲ免カレサルモ將來必ス一定ニ歸スルニ至ル可シ  
 丁、日本軍隊ノ占領スル場所ニ平時ト戰時トヲ問ハス一國ノ軍隊カ現ニ占  
 領スル土地ハ刑罰法ノ適用ニ付テハ之ヲ其國ノ領地ト同一視スルヲ例トス是  
 レ亦國際公法ノ認ムル所ナリ故ニ日本ノ軍隊ニシテ外國ノ土地ヲ占領スル場  
 合ニ於テハ日本軍旗ノ下ニ立ツ者ハ勿論其地ニ在ル外國人ニ對シテモ亦我カ

刑

法

法律ヲ適用ス可シ然レトモ同盟國又ハ中立國ハ承諾ヲ得テ其領地内ニ我カ軍隊ヲ派遣スル場合ノ如キハ其軍隊所屬入軍人軍屬ニ限リ我カ法律ヲ適用シ爾餘ノ者ニ對シテハ我カ法律ニ服從セシムルコト能ハサル可シ是レ我カ兵力ヲ以テ彼ノ主權ヲ壓服スル場合ニ非サレハナリ

以上列記シタル場所ノ外清國及ヒ朝鮮國ニ付テハ彼我ノ締約ヲ以テ彼國在留ノ日本臣民ハ日本内地ニ在ル下同シク總テ日本ノ司法權ニ服從シ決シテ彼ノ審判ヲ受ケサルモノトス故ニ日本ノ法律ハ清國及ヒ朝鮮國ニ及フカ如キ觀アルモ其實ハ然ラス我カ司法權彼ノ土地ニ及フニ非スシテ彼ノ土地ニ在ル日本臣民ニ及フニ過キサルナリ此他外國ニ駐劄スル我カ外交官亦治外法權ノ下ニ立ツモノナルモ此一事ヲ以テ我カ司法權外國ニ及フモノト誤認ス可カラズ猶ホ後段ニ説示スル所ヲ參考ス可シ

借日本國土即チ日本帝國主權ノ及フ場所ニ於テ日本法律ニ照シ罪ヲ爲ル可キ行爲不行爲アル者ハ日本人外國人ノ區別ナク一切日本法律ニ從ヒ日本裁判所ニ於テ之ヲ處罰ス可キ原則トス然レトモ此原則ニ付テ二三ノ例外アリ

刑

法

先ツ内部ノ公法ニ就テ之ヲ觀ルニ天皇ハ日本帝國ノ主權者ナリ其神聖ニシテ侵ス可カラサルコトハ帝國憲法第三條ノ明文ヲ要セスシテ明ナリ左レハ天皇モ亦日本人中ノ一人ニ御座シマスコトハ勿論ナルモ通常ノ日本人ト同シク日本法律ノ支配ヲ受ケサセ給フ可キモノニ非ス刑罰法ヨリ觀レハ犯罪構成ノ諸要素ヲ具備スル行爲不行爲ナルモ天皇ノ爲シ給ヘルモノニ付テハ決シテ其法律ヲ適用スルコト能ハス之ヲ第一ノ例外トス

又帝國憲法第五十二條ニ依レハ帝國議會ノ議員ハ議會ニ於ケル意見及ヒ表決ニ付キ院外ニ於テ責ヲ負フコトナシ左レハ其言論ニシテ誹毀侮辱ニ涉リ犯罪構成ノ諸要素ヲ具備スルモ此法律ヲ適用シ之ヲ處罰スルコトヲ得ス唯其議會ハ處分ニ任ズルノ外ナシ之ヲ第二ノ例外トス

次ニ外部ノ公法則チ國際公法ニ就テ之ヲ觀ルニ外國駐劄ノ外交官ハ大使全權公使、辦理公使、代理公使其他何等ノ名義アルヲ問ハス其駐劄國ノ司法權ニ服從セサルヲ以テ通義トス是レ其駐劄國ヨリ否認セラレサル限りハ本國ノ主權ヲ代表スルモノト看做サル可カラサテ以テナリ元來國ト國トハ互ニ防衛ノ權

刑

利ヲ有スルモ決シテ刑罰ヲ加フルノ權利ヲ有セス外交官ニシテ果シテ其本國  
 ヲ代表スルモノトセハ之ニ對シ刑罰ヲ加フルコトヲ得サルヤ爭フ可カラズ若  
 シ外交官ヲ罰スルコトヲ得ルモノトセンカ其駐劄國政府ハ外交上ノ策略トシ  
 テ名ヲ其外交官ノ犯罪ニ籍リ之ヲ逮捕監禁シ又ハ逮捕監禁セント脅迫スル等  
 ノ弊ヲ生スルヤ必然ナリ是レ外交官ヲ治外法權ノ下ニ立タシムルヲ必要トス  
 ル所以ナリ

然ラハ外交官ノ犯罪ハ其性質如何ヲ問ハス一切處罰スルコトヲ得サル乎或ル  
 學者ハ其駐劄國ノ安寧ヲ害スル罪例ヘハ其國ノ内亂ニ加功スル等ノ所爲アル  
 トキハ復タ其本國ノ代表者ヲ以テ視ル可カラサルカ故ニ之ヲ處罰シテ妨ナシ  
 ト説ケリ然レトモ其外交官タルノ資格ヲ失ハサル上ハ其本國ノ代表者トシテ  
 之ヲ待遇セサル可カラズ故ニ此ノ如キ所爲アルトキハ我レ其駐劄ヲ拒絕シ又  
 ハ其本國ノ處分ヲ要求スルニ止メサル可カラズ

今日ノ慣例ニ依レハ外交官ノ外其隨行員及ヒ家族ト雖モ等シク治外法權ノ下  
 ニ立ツモノトシ外交官ト其待遇ヲ一ニスルナリ

法

刑

法

外交官ニ司法權ヲ及ホスコトヲ得サルノ結果トシテ其旅館大使館公使館モ亦  
 侵ス可カラサルモノトス然レトモ此旅館ノ侵ス可カラサルハ治外法權ノ假想  
 ニ基クモノニ非ス若シ其旅館ヲ以テ外國ノ土地ト同視センカ其旅館内ノ犯罪  
 ハ何人ノ犯スヲ問ハス外國ニ於ケル犯罪トシテ之ヲ取扱ハサル可カラズ隨テ  
 外國人ノ犯罪ニ係ル場合ニ於テハ其犯罪ノ爲メ現ニ日本ノ安寧秩序ヲ害セラ  
 レタルニ拘ハラス之ヲ奈何トモスル能ハサルニ至ラン天下豈此理アラシヤ  
 要スルニ帝國政府ノ傍ニ駐劄スル外國ノ外交官及ヒ其隨行員家族ノ犯罪ニ付  
 テハ我法律ヲ及ホスコトヲ得ス之ヲ第三ノ例外トス

右ノ例外ヲ除キ其餘ノ外國人ニシテ日本ニ在留スル者ハ日本法律ニ服従スル  
 ノ義務アルカ故ニ若シ日本國土内ニ在テ罪ト爲ル可キ行爲不行爲アルトキハ  
 日本法律ニ從ヒ處罰ス可キヤ勿論ナルモ彼我ノ締約ヲ以テ彼ノ治外法權ヲ認  
 メタルモノアリ不幸ニシテ此不公不正ナル締約未タ廢棄ニ至ラサルカ故ニ此  
 締約アル外國ノ人民ニ對シテハ我法律ヲ及ホシ我裁判所ニ於テ之ヲ處罰スル  
 コトヲ得サルナリ之ヲ第四ノ例外トス

又今日ノ慣例ニ依レハ外國ノ帝王來遊スル場合ニ於テハ其國賓タルト否ト又其目的ノ如何ナルヲ問ハス之ニ對シ司法權ヲ及ホサ、ルモノトス佛國ノ如キハ其來遊ノ旨ヲ政府ニ通知シタル場合ニ非サレハ帝王ヲ以テ視サルヲ例ト爲セリ

刑

帝國ノ領海ニ碇泊スル外國ノ軍艦ハ亦治外法權ノ下ニ在ルモノナレハ其艦内ニ於ケル犯罪ニ付テハ我法律ヲ及ホスコトヲ得ス是レ前段日本ノ船艦ニ付テ説示シタル所ト同一ノ理由ニ基クモノナリ

法

以上内外公法上ニ於ケル例外ヲ除キ餘ハ總テ刑罰法ハ國土ヲ支配ストノ原則ニ從ハサル可カラス然ルニ第四條ハ此刑法ハ陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ論ス可キ者ニ適用スルコトヲ得スト規定シ陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ論ス可キ者ヲモ例外ニ置キタルカ如シ然レトモ此法文ノ意ニ陸海軍人軍屬等ニ對シテハ一切此刑法ヲ適用セスト云フニ非スシテ陸海軍刑法ニ特別ノ規定アル犯罪ニ付テハ特別法ハ普通法ニ優ルトノ格言ニ依リ普通法タル此刑法ノ規定ヲ適用セスト云フニ過キス故ニ陸海軍刑法ニ特別ノ規定ナキモノハ固ヨリ此刑法ニ從

刑

テ處分ス可ク犯人ノ身分軍人軍屬ナルカ故ニ此刑法ノ支配ヲ受ク可カラサルノ理アルコトホシ故ニ第四條ハ決シテ一ノ例外ヲ定メタルモノニ非ス右法文ニ論ス可キ者トアルハ軍人軍屬等陸海軍々法會議ノ裁判ヲ受ク可キ人ヲ指シタルニ非スシテ陸海軍ノ法律ヲ以テ特別ニ規定シタル罪ヲ指シタルモノト解釋スルヲ要スルナリ

法

第二刑罰法ハ國土ヲ支配スルノ外又本國人ヲ支配セサル可カラス抑、日本人タル者ハ其身日本國內ニ在ルモ日本國外ニ在ルモ日本國民タルノ分限ヲ喪失セサル上ハ終始日本國法ヲ遵奉スルノ義務ヲ有ス其外國ニ在ルニ當リテハ固ヨリ其外國ノ法律ニ服從セサル可カラサルモ之カ爲メ日本國法ノ支配ヲ免脱スルコトヲ得ルトセンカ日本國ニ抗敵スルモ可ナリ日本國ノ安寧秩序ヲ害スルモ可ナリト謂ハサル可カラス豈此ノ如キノ道理アラシヤ故ニ日本國法ハ日本人ニ對シテハ其所在ノ如何ヲ問ハス其跡ヲ追フテ常ニ之ヲ支配スルノ効力アリト爲サ、ル可カラス但日本國ノ主權ハ日本國外ニ及ハサルカ故ニ外國ニ在ル日本人ノ犯罪ニ付テハ

其者ノ日本國ニ歸リ來ルヲ待テ又ハ其引渡ヲ得テ之ヲ處罰スルカ若クハ關席  
判決ヲ爲スノ外適當ノ方法ナシ決シテ外國ニ於テ之ヲ逮捕シ處罰スルコトヲ  
得サルモノトス(我ニ於テ治外法權ヲ有スル外國ハ此例ニ在ラス)  
然ラハ日本人外國ニ在テ罪ヲ犯シタルトキハ其罪ノ輕重大小ヲ問ハス總テ日  
本法律ヲ適用シ之ヲ處罰ス可キ乎此點ニ付キ刑法草案ハ左ノ如ク之カ區別ヲ  
規定シタリ

刑

法

第四條 日本人外國ニ在テ日本國ノ安寧ニ關シ又ハ日本ノ貨幣及ヒ貨幣ニ  
代用スル銀行ノ證券ヲ偽造シ若クハ國璽官印記號極印ヲ偽造スル重罪輕  
罪ヲ犯シタル者ハ日本ノ法律ニ依テ處斷ス  
若シ其罪ヲ犯シタル外國ニ於テ既ニ確定ノ裁判ヲ受ケタル者ハ再ヒ之ヲ  
裁判スルコトナシ  
第五條 日本人外國ニ在テ前條ニ記載シタル以外ノ重罪輕罪ヲ犯シタル時  
ハ左ノ條件ヲ具備スルニ非サレハ日本ノ法律ニ依テ處斷スルコトヲ得ス  
一、罪ヲ犯シタル國ニ於テ未ダ確定ノ裁判ヲ受ケサル時

二、犯人日本國ニ歸來リ又ハ外國ヨリ交付ヲ得タル時

三、日本國ノ法律及ヒ罪ヲ犯シタル國ノ法律ニ照シテ重罪輕罪ト爲ス可キ  
時

刑

法

四、被害者又ハ外國政府ヨリ日本政府ニ告訴告發ヲ爲シタル時  
五、罪ヲ犯シタル國ニ於テ大赦ヲ受ケサル時  
六、罪ヲ犯シタル國ノ法律ニ照シテ公訴ノ期滿免除ヲ經サル時

蓋シ皇室ニ對スル罪、内亂外患ニ關スル罪、貨幣ヲ偽造スル罪、官印ヲ偽造スル罪  
ノ如キハ孰レモ直接ニ日本國ノ安寧秩序ヲ害スルモ其他ノ罪ハ概シテ直接ニ  
日本國ノ安寧秩序ヲ害スルコトナシトシ右ノ如ク區別ヲ立テタルモノナラン  
余ハ其大體ニ於テ此區別ノ適當ナルコトヲ認ムルモ外國ニ於テ既ニ確定判決  
ヲ受ケタル者ハ再ヒ之ヲ裁判セスト規定シ又第五條第四號乃至第六號ノ條件  
ヲ要シタル點ニ付テハ反對ノ意見ヲ有スルナリ蓋シ立按者ノ意ヲ察スルニ外  
國ニ於テ既ニ確定判決ヲ受ケタル者ニ對シ再ヒ我法律ヲ適用スルトキハ犯人  
ハ一罪ニ付キ二重ノ刑罰ヲ受ケルコト、爲リ一事不再理ノ原則ニ觸ル、ノ嫌



アリ又外國ニ於テ大赦ヲ受ケ又ハ公訴ノ時効期間ヲ經タルモノ及ヒ其犯罪ニ付キ告訴告發ナキモノ、如キハ我國ニ於テ之ヲ處罰スルノ必要ナシト認メタルニ外ナラサル可シ然レトモ外國ノ判決ハ單ニ其外國ノ利益ノ爲メニシタルモノニシテ我國ノ利益ニ何等ノ關係ヲ有セス其犯罪ニシテ苟クモ直接ニ我國ノ安寧秩序ヲ害スルモノタル上ハ我カ公益ノ爲メニ之ヲ處罰セサル可カラズ外國ノ判決ヲ受ケタルカ爲メニ我カ刑罰權ヲ拋棄セサル可カラサルノ謂ハレナシ其犯人カ二重ニ刑罰ヲ受クルハ即チ我法律ヲ犯スト同時ニ外國ノ法律ヲ犯シタルノ報復ニシテ毫モ顧慮ス可キモノニ非サルナリ又外國ニ於テ大赦ヲ與ヘ又ハ其法律ニ定メタル時効ノ期間ヲ經過シタルニモセヨ我カ公益ノ爲メニ之ヲ處罰スルコトヲ要スル場合ナシト斷定ス可カラズ然ルニ一概ニ我法律ニ依テ處斷スルコトヲ得スト規定シタルハ我自ラ我カ刑罰權ヲ制限縮少スルモノニシテ恐ラクハ其當ヲ得タルモノニ非サル可シ但第五條第二號第三號ノ條件ヲ要シタルハ普通ノ犯罪ニ付テハ適當ナリトス何ソヤ犯人現ニ外國ニ在ルニ拘ハラズ種々ノ手續ヲ盡シテ關席判決ヲ爲サ、ル可カラサル程ノ必要モ

刑

法

ナク又外國ニ於テ其所爲ヲ罪トセサルカ故ニ之ヲ行ヒタル者ノ如キハ日本ニ歸リ來ルモ直チニ日本ニ危險ヲ與フルコトナシ日本法律其所爲ヲ罪トスル上ハ渠レ復タ同一ノ所爲ヲ再ヒスルコトナカル可シト推定スル方寧ロ穩當ナル可キヲ以テナリ

刑

法

刑法草按ニハ右ノ如キ規定アリタルモ審査修正ノ際此法條ヲ削除シ隨テ頒布ノ法律即チ現行刑法ハ全ク外國ニ於ケル犯罪ノ規定ヲ闕如スルニ至レリ然ラハ則チ今日ニ於テハ日本人日本國外ニ在テ罪ヲ犯スモ日本ニ於テ之ヲ處斷スルコトヲ得サル乎曰ク否刑事訴訟法第二十九條ニ「外國ニ在テ犯シタル罪本邦ノ法律ニ依リ處斷ス可キモノニシテ内地ニ於テ被告人ヲ逮捕シタルトキハ逮捕ノ地ノ裁判所ヲ以テ其管轄ナリトス又外國ヨリ送致シタルトキハ送致ノ地ノ裁判所ヲ以テ其管轄ナリトス云々」トアリテ外國ニ於ケル犯罪ノ裁判管轄ヲ規定シタリ是ニ由テ觀ルモ立法者ノ意ハ外國ニ於ケル犯罪ヲ罰スルニ在ルヤ推知スルニ足ル可シ且ツ前ニモ述ヘタル如ク日本人タル者終始日本國法ヲ遵守ス可キノ義務アルモノナレハ其義務ニ背反スルニ於テハ正義ノ命スル所必

刑

要ノ存スル所ニ從ヒ其外國ニ於ケル犯罪ニ對シ我カ刑罰權ヲ施用ス可キヤ固ヨリ當然ノ事ナリトス草案ノ如キ明文ナキヲ根據トシテ此國家カ當然ニ有スル刑罰權ヲ否認スルコトヲ得ス草按ハ單ニ此刑罰權ノ施用ニ付テシ制限ヲ規定シタルニ過キサルノミ

論者或ハ曰ク右刑事訴訟法第二十九條ノ法文ニ外國ニ在テ犯シタル罪本邦ノ法律ニ依リ處斷ス可キモノトアルニ依レハ外國ニ於ケル犯罪ニシテ本邦ノ法律ニ依リ處斷ス可キモノト否ラサルモノトアルハ立法者自ラ認ムル所ナルヤ自ラ明ナリ若シ一概ニ其犯罪ヲ罰セントスルノ意ナランニハ故ラニ本邦ノ法律ニ依リ處斷ス可キモノトノ語ヲ附加スルノ必要ナク又之ヲ附加ス可キニ非サルナリ果シテ本邦ニ於テ罰スルモノト否ラサルモノトアリトセシカ其區別ハ法律ヲ以テ之ヲ定メサル可カラス然ルニ現行法律中復々刑法草按ノ如キ規定アルコトナシ左レハ右刑事訴訟法ノ規定ハ將來其區別ヲ定ムルノ法律出ルニ非サレバ其效ヲ生ズ可キモノニ非ス隨テ今日ニ於テハ此規定ナキト相異ナルコトナシ故ニ此規定ヲ以テ外國ニ於ケル犯罪ヲ罰スルノ論據ト爲スニ足ラ

法

刑

スト此言一應其理アルカ如シ然レトモ余ハ單ニ此規定ヲ根據トシテ外國ニ於ケル犯罪ヲ罰ス可シト論スルモノニ非サルコトハ前段繰述スル所ヲ以テ了解ス可シ且ツ論者ハ刑法草按ノ如キ規定アラサル今日ニ於テハ此刑事訴訟法ノ規定ハ初メヨリ之ナキト一般ナリト論スルモ余ハ之ヲ首肯スルコト能ハス刑罰權ノ基本ヨリ論シテ外國ニ於ケル犯罪モ亦日本國ニ於テ之ヲ處罰ス可シト斷定スルモ這ハ是レ大體論ニシテ其細節目ニ至リテハ日本國ニ於テ處罰ス可カラサル犯罪即チ例外ノモノモ必ス之アル可シ故ニ此規定ハ今日ニ於テハ空文ナリ徒法ナリト論スルハ非ナリトス

法

此ク論シ來レハ論者必ス難詰シテ曰ハン然ラハ如何ナル犯罪ハ例外トシテ日本國ニ於テ處罰セサル乎其例外ノモノタルト否トハ何人カ之ヲ判定スル乎ト余ハ之ニ答ヘテ曰ハン此區別ハ固ヨリ法律ヲ以テ之ヲ定ムルヲ相當トスルモ今日ノ如キ法律上何等ノ規定ナキ上ハ各犯罪ニ就キ一々其性質ヲ究メ以テ日本國ニ於テ處罰ス可キト否トヲ定メサル可カラス即チ日本人外國ニ在ルモ仍ホ日本國ニ在ルト同シク遵守セサル可カラサル所ノ法律ニ違犯シタル場合ニ

於テハ日本國ニ於テ之ヲ處罰ス可キモ其日本國疆ヲ出ルヤ復々遵守スルコトヲ要セサル所ノ法律ニ違犯シタル場合ニ於テハ日本國ニ於テ之ヲ處罰ス可カラズ例ヘハ皇室ニ對スル罪内亂外患ニ關スル罪ノ如キハ日本國民タルノ本分ニ背クモノナレハ必ス常ニ之ヲ處罰ス可ク又殺傷盜奪ノ如キモ法律ハ日本人日本國ニ在ルカ故ニ之ヲ禁スルニ非スシテ日本人ニ對シテハ絶對的ニ之ヲ禁シタルモノナル可キカ故ニ是レ亦日本國ニ於テ之ヲ處罰ス可シ之ニ反シ傳染病豫防規則其他行政上ノ諸規則ノ如キハ其性質單ニ日本國內ニ施行セラル、ニ止マリ日本人外國ニ在ル上ハ之ヲ遵守スルコトヲ要セス又法律其遵守ヲ強フ可キモノニ非サルカ故ニ外國ニ在テ是等ノ規則ニ違犯スル所爲アルモ日本國ニ於テ之ヲ處罰ス可キモノニ非ス而シテ之ヲ處罰スルト否トノ區別ハ固ヨリ法律ヲ適當ニ解釋スルノ任アル裁判所之ヲ判定ス可キモノトス

外國人外國ニ在テ罪ヲ犯シタルトキハ日本國ニ於テ日本法律ヲ適用シ處罰スルコトヲ得ヘキ乎今試ミニ外國ノ法律ヲ閱スルニ佛獨ノ刑法ハ外國人外國ニ在テ佛國又ハ獨國ノ安寧ヲ害スル罪及ヒ國璽又ハ貨幣ヲ偽造スル罪等ヲ犯シ

刑

法

タルトキハ佛獨ノ法律ニ照シテ處罰スルコトヲ規定シ伊國ノ刑法ノ如キハ尙ホ一步ヲ進メ一般ノ犯罪ニ付テモ其犯人伊國ニ來リ而シテ司法大臣ノ請求又ハ被害者ノ告訴アレハ伊國ノ法律ニ照シテ處罰スルコトヲ規定シタリ蓋シ犯罪ノ地ハ外國ニシテ犯人ハ外國人ナリ然ルニ仍ホ之ヲ處罰スルハ刑罰法ハ國土ヲ支配シ又國民ヲ支配ストノ原則ニ基クニ非スシテ一ニ國權國利ヲ保護スルノ必要ニ出テタルモノナリ見ヨ歐洲大陸諸國ノ如キ互ニ其土壤ヲ接シ彼此人民ノ往來織ルカ如ク殆ト國疆ナキト一般ナリ左レハ國疆外ノ犯罪ニシテ外國人ノ犯ス所ニ係ルト雖モ之カ爲タ直接ノ害ヲ受クルコト國疆内ノ犯罪ト取テ異ナル所ナシ伊國ノ伊國ニ在テ伊國ノ貨幣ヲ偽造センカ佛國貨幣ノ信用忽チ地ニ墮チ佛國內ニ於ケル貨幣ノ流通上ニ大妨害ヲ加フ可シ佛國人佛國ニ於テ獨國皇帝ヲ殺サンコトヲ謀リ又ハ獨逸聯邦ノ分離解體ヲ計畫ス獨國ノ安寧ヲ害セスト謂フヲ得ス是レ自國ノ權利利益ヲ防衛保護スルノ必要上ヨリ右ノ如キ規定ヲ爲スニ至リタルモノナリ

然レトモ右ノ規定ハ非常ノ例外ニシテ法律ノ明文アリテ殆メテ行ハル可シ法

刑

法

刑

第三章 犯罪ノ主體及ヒ物體

律ハ外國ニ在ル外國人ニマテ其効力ヲ及ホスコトヲ得ヘキモノニ非サレハナ  
 リ左レハ外國人外國ニ在テ日本國ノ安寧ニ對スル罪ヲ犯シ日本國ニ來リタリ  
 トスルモ現行刑法之ヲ處罰スルノ明文ナキヲ以テ日本法律ヲ適用シ處罰スル  
 コトヲ得サルモノトス但其外國人ノ日本國ニ在ルヲ危險ナリトスルトキハ日  
 本國固有ノ權利ヲ以テ之ヲ日本國疆外ニ放逐スルコトヲ得ヘキヤ論ヲ埃タス

凡ソ法律ナルモノハ吾人々類間ノ關係ヲ規定シタルモノニシテ刑罰法ハ吾人  
 ノ爲ス可キ事ト爲ス可カラサル事ト及ヒ其制裁ヲ規定シタルモノナリ左レハ  
 刑罰法上ノ罪ハ吾人々類ニ非サレハ之ヲ犯スコト能ハサルナリ雷霆人ヲ殺傷  
 スルモ殺傷罪ニ問フ可カラス地震颶風ノ災家屋ヲ顛覆スルモ建造物毀棄ノ刑  
 ヲ用ユルニ由ナシ此他鳥獸蟲魚ノ屬ニシテ人ノ身體財産ヲ害スルモ亦之ヲ刑  
 罰法上ノ罪アリト謂フ可カラス犯罪ノ主體ト爲ル可キ者ハ唯人類アルノミ學  
 者多クハ其理由トシテ犯罪ノ責ハ知識ヲ具ヘ自由ヲ有スル者ニ非サレハ之ヲ  
 負ハシム可カラス其知識ト自由トヲ具有スル者ハ人類ノ外之アルコトナシ是

法

刑

法

レ犯罪者ハ人類ニ限ル所以ナリト云ヘリ此說當レリトセハ他ノ動物ニシテ人  
 類ト同シク知職自由ヲ有スルモノアリ動物學上其事ノ證明セラル、ニ於テハ  
 刑罰法ヲ之ニ及ホスコト、爲ル可シ若シ然ルトキハ檢事ハ其動物ト法廷ニ爭  
 ヒ裁判所之ニ對シテ刑罰ヲ宣告スルノ奇觀ヲ呈ス可シ故ニ余ハ此理由ヲ採ラ  
 ス犯罪ノ主體タル可キ者ノ人類ニ限ルハ法律ハ人類間ノ關係ヲ規定シタルモ  
 ノナルニ由ル此他別ニ理由ナシト信スルナリ

人ニ二種アリ有形人無形人はナリ有形人ハ即チ眞ノ人ニシテ肉體ノ感覺ヲ有  
 スル者ナリ無形人ハ假想上人ト看做スニ過キスシテ肉體ノ感覺ヲ有セサル者  
 ナリ其有形人カ犯罪ノ主體ト爲リ罪ヲ犯スコトヲ得ヘキハ勿論ナルモ無形人  
 ニ至リテハ犯罪ノ主體ト爲ルコトヲ得ヘキヤ否ヤ是レ實ニ一ノ疑問ニ屬ス

國家ト云ヒ府縣ト云ヒ市町村ト云ヒ會社ト云フ是等ハ皆無形人ニシテ自ラ動  
 作ノ能力ヲ有セス其動作ハ必ス有形人ノ助力ニ依ル即チ代表者アリテ始メテ  
 動作ヲ爲スコトヲ得ルナリ左レハ其代表者タル有形人ニ於テ代表者ノ資格ヲ  
 以テ罪ヲ犯スコトアル可キモ動作ノ能力ナキ無形人自ラ罪ヲ犯スコト能ハサ

刑

法

ルヤ疑ヲ容レヌ且ツ假ニ罪ヲ犯スコトヲ得ルトスルモ刑罰ハ肉體ノ感覺ヲ有  
 スル者ニ科ス可ク其感覺ナキ者ニ科ス可カラス此點ヨリ論スルモ無形人ハ決  
 シテ犯罪ノ主體ト爲ル可キ者ニ非サルナリ  
 無形人ニハ人團ト財團トノ別アリ人團ハ人ノ集合シテ一體ヲ成スモノナリ若  
 シ其代表者罪ヲ犯ストキハ其代表者ヲ罰ス可ク會員皆罪ヲ犯ストキハ共犯ト  
 シテ其會員ヲ罰ス可シ財團ハ財産ノ集合體ニ過キサレハ別ニ會員ナル者ナシ  
 故ニ其代表者獨リ罪ヲ犯スコトヲ得ルニ止マリ隨テ刑罰ハ獨リ其代表者ニ科  
 ス可シ人團財團共ニ刑罰ヲ受ク可キモノニ非サルナリ  
 然ルニ歐洲諸國ノ例ヲ考フルニ近年ニ至ルマテ無形人ヲ罰シタルコト往々之  
 アリ佛國ノ法一邑ノ人民舉テ囂集ノ罪ヲ犯シタルトキハ其邑ニ對シ罰金ヲ科  
 シタルカ如キ是ナリ獨逸ニ於テモ亦之ト同シク都府又ハ村落ニ對シ罰金ヲ科  
 スルノ法律アリタリ然レトモ兩國共ニ今ハ無形人ヲ罰スルコトナシ  
 我法律ニ於テモ無形人ヲ罰スルコト殆ト之ナシ但其例外ハ國立銀行條例第百  
 十條ニ此條例ニ於テ規定セシ罰金ヲ以テ處置スヘキ罪科ニ付テハ裁判所又ハ

刑

法

府縣ノ聽斷主任官員之ヲ裁判處分スヘシ但シ此條例中現ニ罰金ノ明文無キ箇  
 條ヲ犯スコトアルトキハ其時ニ當リ其裁判所又ハ府縣ノ聽斷主任官員ニ於テ  
 相當ト思考スル罰金(三圓ヨリ少ナカラス五拾圓ヨリ多カラサル額數ヲ右犯罪  
 ノ銀行又ハ頭取取締役其他ノ役員ニ命スヘシ)トアリテ無形人タル銀行モ亦罪  
 ヲ犯スコトアリト認メ之ニ對シ罰金ヲ科スルコトヲ許シタルノ一アルノミ  
 前述ノ如ク無形人ハ條理上犯罪ノ主體ト爲ル可キモノニ非サルモ有形人ト同  
 シク犯罪ノ物體即チ被害者ト爲ル可シ蓋シ犯罪ハ元ト權利ノ侵害ニ基クモノ  
 ニシテ而シテ權利ナルモノハ有形人ニ限ラス無形人モ亦之ヲ有ス殊ニ國家ノ  
 如キハ種々ノ權利ヲ有スルカ故ニ多クノ場合ニ於テ犯罪ノ物體ト爲ル可シ否  
 一個人ニ對スル犯罪ト雖モ同時ニ國家ノ權利ヲ害セサルハ莫シ故ニ國家ハ常  
 ニ犯罪ノ被害者ナリト謂フ可シ此他會社ノ如キ私ノ無形人モ亦財産上ノ權利  
 ヲ有スルカ故ニ財産ニ對スル犯罪ノ被害者ト爲ル可シ  
 有形人無形人ノ外犯罪ノ物體ト爲ル可キモノナキ乎歐洲ノ古法ハ神聖ヲ汚ス  
 罪ナルモノヲ規定シ而カモ嚴刑ヲ以テ之ヲ罰シタリ是レ神モ亦犯罪ノ物體ト

爲ルコトヲ認メタルモノナリ我刑法ニモ神祠佛堂禮拜所ニ對シ公然不敬ノ所爲ヲ行フ者ヲ罰スルノ條アリテ神佛等モ亦被害者ト爲ルコトヲ認メタルカ如シ然レトモ其實決シテ然ラス神佛ヲ被害者ト認メタルモノニ非ス又其神佛ヲ安置スル建造物ヲ被害者ト認メタルモノニモ非ス唯公然不敬ノ行爲ヲ行ヒ衆人之ヲ目撃スルニ於テハ之カ爲メ信教者ノ感觸ヲ害スルノミナラス遂ニ良風美俗ヲ敗ルノ原因ト爲ランコトヲ恐レ即チ風俗維持ノ爲メ此所爲ヲ罰スルニ過キス此場合ニ於ケル被害者ハ警察權ヲ有スル所ノ國家ニ外ナラサルナリ余カコ、ニ犯罪ノ物體ト稱シタルハ犯罪ノ目的物タル權利ノ主體即チ所有者ヲ指シタルモノナリ若シ分析的ニ之ヲ論スレハ一物ノ微猶ホ犯罪ノ物體ト爲ル可シ盜罪ニ付テノ金錢物品放火罪ニ付テノ家屋殺傷罪ニ付テノ人ノ身體ノ如キ皆是ナリ

#### 第四章 犯罪構成ノ要素

犯罪構成ノ要素ヲ別テ一般ノ要素特別ノ要素ト爲ス一般ノ要素トハ各罪必ス具備セサル可カラサル所ノモノヲ謂ヒ特別ノ要素トハ或ル罪ニ限り具備スル

刑

法

コトヲ要スル所ノモノヲ謂フ後段ニ説示スル知識自由ノ如キハ如何ナル犯罪ニ付テモ必ス無カル可カラサルモノナレハ之ヲ一般ノ要素トス竊盜罪ニハ他人ノ所有物ナルコト竊取スルコト等ノ要素ヲ闕ク可カラサルモ這ハ是レ竊盜罪ニノミ要スル所ノモノナレハ之ヲ特別ノ要素トス此ノ如ク各罪ニ普通ナラサル特別ノ要素ハ第二編以下各條ニ就テ研究ス可キモノナレハ今之ヲ略シコ、ニハ專ハラ一般ノ要素ニ付テ講究ヲ爲サントス  
一般ノ要素ヲ細別スレハ有形的ノ要素無形的ノ要素ノ二ト爲ル因テ之ヲ分説スルヲ便宜ナリトス

#### 第一節 有形的ノ要素

夫レ犯罪ナルモノハ常ニ或ル所爲行爲不行爲ヲ包含スノ實行即チ外部ニ顯ハル、有形的ノ所爲アリテ始メテ成立ス可キモノニシテ苟クモ其所爲ノ實行アラサルニ於テハ法律ノ所謂ル犯罪ナルモノアルコトナシ然レトモ犯罪ノ念ヲ發シタルヨリ之ヲ實行スルニ至ルマテハ多少時間ノ長短アルモ概シテ左ノ階級ヲ經ルヲ通例トス第一ハ發念第二ハ決意第三ハ計畫第四ハ豫備第五ハ着手

刑

法

第六ハ實行ナリ第一乃至第三ハ内部ニ屬シ第四乃至第六ハ外部ニ屬ス  
 右ノ如ク犯罪ノ發念決意計畫ハ内部ニ屬シ即チ其罪ヲ犯サントスル者ノ心裏  
 ニ存スルニ止マリ未タ外部ニ顯ハレサルカ故ニ社會ニ於テ之ヲ知ルニ由ナシ  
 隨テ之ヲ罰ス可キヤ否ヤノ問題ヲ生スルコトナカル可シ然レトモ本人自白ス  
 ル等ニ因テ其事外部ニ顯ハレタルトキハ如何ス可キ乎此場合ニ於テモ法律ハ  
 之ヲ處罰ス可キニ非ス何トナレハ法律ハ個人ト國家トノ關係又ハ個人相互ノ  
 關係ヲ規定スルニ止マリ個人ノ心裏ニマテ立入り之ニ干涉ス可キモノニ非ス  
 而シテ右ノ場合ニ於テハ未タ外形的ノ所爲アラサルニ因リ國家又ハ他人トノ  
 關係ヲ生セサレハナリ但本人ノ決意確固動カズ可カラズ其計畫亦殆ト熟シタ  
 ル場合ノ如キハ甚タ危險ナルヤ勿論ナルモ這ハ是レ警察權ヲ以テ其犯罪ノ成  
 立ヲ豫防ス可キモノニシテ司法權ヲ以テ之ニ臨ム可キモノニ非サルナリ  
 余ハ計畫ハ内部ニ屬スト云ヘリ是レ必要ニ於テ如何ナル方法手段ヲ用ヰテ犯  
 罪ヲ遂成ス可キカト考量スル點ニ付テ之ヲ言ヘルノミ若シ夫レ一人先ツ發念  
 決意シテ之ヲ他人ニ諮リ他人之ニ同意シテ共ニ計畫スルトキハ其所爲タル已

刑

法

ニ内部ヲ去テ外部ニ顯ハル法律ハ之ヲ陰謀ト稱ス陰謀ハ即チ純理ヨリ論スレ  
 ハ豫備ノ一ニシテ法律ハ豫備ノ所爲ニ於ケルト同シク之ニ干涉スルコトヲ得  
 ヘシ

第百十一條ニ曰ク罪ヲ犯サンコトヲ謀リ又ハ其豫備ヲ爲スト雖モ未タ其事ヲ行  
 ハサル者ハ本條別ニ刑名ヲ記載スルニ非サレハ其刑ヲ科セス故ニ陰謀豫備ハ  
 外部ニ顯ハル、モ之ヲ罰セサルヲ原則トシ之ヲ罰スルヲ例外トス内部ニ屬ス  
 ル發念決意計畫ニ付テハ如何ナル情狀アルモ之ヲ罰スルコトヲ許サ、ルナリ  
 陰謀豫備ヨリ進ンテ著手ニ至ルモ其目的ヲ達セサルモノアリ之ヲ未遂犯又ハ  
 缺效犯ト稱ス未遂犯缺效犯ハ法律或ハ之ヲ罰シ或ハ之ヲ罰セス此他中止犯又  
 ハ不能犯ト稱スルモノアリ左ニ遂次之カ説明ヲ下サン

先ツ著手トハ如何ナルモノヲ謂フ乎第百十二條ニ罪ヲ犯サントシテ已ニ其事  
 ヲ行フト雖モ云々トアリ其事ヲ行フトハ即チ犯罪ニ著手スルコトヲ指シタル  
 モノナリ然レトモ如何ナル事ヲ行ヒタルヲ以テ著手ト認ム可キ乎ハ各犯罪ニ  
 付キ又實際ノ模様ニ因リ異同アル可ク法律上豫メ一定スルコトヲ得ヘキモノ

刑

法

刑

法

ニ非ス故ニ事實ニ就テ之ヲ判定スルノ外ナシトス但著手トハ必シモ犯罪ヲ構成スル有形的要素ノ一ヲ行フヲ要セス其要素ノ一タル所爲ニ直接ナル所爲ニ著手スルヲ以テ足レリトス例ヘハ窃盜ヲ行フノ意ヲ以テ人ノ家宅ニ侵入シ財物ヲ搜索スルカ如キハ未タ手ヲ其財物ニ觸レサルモ窃盜ニ著手シタルモノニシテ即チ窃盜ノ未遂犯ナリト爲サ、ル可カラズ或ハ曰ハン此場合ニ於テ家宅侵入ノ罪アルハ疑ナキモ窃盜ノ未遂犯ナリト論スルハ非ナリ何トナレハ其犯人ノ意ハ窃盜ニ在ル乎殺人ニ在ル乎將タ他ノ目的ニ在ル乎得テ知ル可カラズ縱令窃盜ノ意ニ出タルノ證アリトスルモ未タ外部ニ顯ハレタル所爲即チ財物ヲ握取スルノ所爲アラザル上ハ犯人或ハ自ラ其事ヲ中止スルモ知ル可カラザレハナリ且ツ之ヲシモ窃盜ノ未遂犯ナリトセンカハヲ殺サント欲シテ其人ノ家宅ニ侵入シ其所在ヲ搜索スル者ハ即チ謀故殺ノ未遂犯ナリト爲サ、ル可カラズ天下豈此理アラシヤト余ハ之ニ答ヘテ曰ハン犯人ニ窃盜ノ意アルコト分明ナラサル場合ハ格別ナルモ其意アルコト分明ニシテ而カモ財物窃取ニ必要且ツ直接ナル所爲ニ著手シタル上ハ之ヲ窃盜ノ未遂犯ニ非スト論ス可カラズ

刑

法

成ル程犯人ハ中途ニシテ自ラ其事ヲ中止スルカモ亦知ル可カラサルモ這ハ是レ未然未必ノ事ニシテ其中止ニ至ラサル上ハ犯人ノ意ハ飽クマテモ其當初ノ目的ヲ遂ケントスルニ在リト認メサル可カラズ且ツ之ヲ未遂犯ニ非ストセンカ強盜ヲ行フノ意ヲ以テ人ヲ脅迫シ而シテ未タ手ヲ財物ニ觸レサル者モ亦強盜ノ未遂犯ニ非スシテ單ニ脅迫ノ罪アルニ過キスト論セサルヲ得サルニ至ラシテ論者恐ラクハ之ヲ首肯スルニトヲ得サル可シ彼ノ殺人云々ノ例ハ大ニ此場合ト其情況ヲ異ニス犯人ノ意ハ人ヲ殺スニ在ルモ未タ其目的タル人ニ對シテ殺害ニ直接ナル所爲ヲ行ハス故ニ銃ヲ擬シ若クハ刀ヲ拔テ迫ル等直接ナル所爲ニ著手セサル上ハ謀故殺ノ未遂犯ナリト論ス可カラサルヤ固ヨリ辯ヲ俟タス之ニ反シ窃盜ノ場合ニ於テハ目的タル財物犯人ノ目前ニ在リ唯犯人ハ此ヲ取ラン乎彼ヲ取ラン乎ト意中撰擇ヲ爲シ居ルニ過キスト謂フモ可ナリ其窃盜ノ已遂犯ト爲ルハ實ニ一轉瞬ノ間ニ在リ豈之ヲ未遂犯ニ非スト論ス可ケンヤ是レ余カ或ル者ノ論ニ服スルコト能ハサル所以ナリ



然レトモ法理上ヨリ之ヲ論スレハ犯罪ニ間接ナルモノハ豫備ノ所爲ニシテ犯  
 罪ニ直接ナルモノハ著手ノ所爲ナリト断定セサル可カラス而シテ其犯罪ニ直  
 接ナル所爲ナル乎間接ナル所爲ナル乎ハ事實上ノ問題ナルカ如キモ其實ハ然  
 ラス佛國大審院ハ初ハ之ヲ事實上ノ問題ニシテ其判定ハ一ニ事實裁判官ノ權  
 内ニ在リト判決シタルモ爾後其判決例ヲ改メテ之ヲ法律上ノ問題ナリト判決  
 スルニ至レリ是レ實ニ至當ノ事ト謂ハサル可カラス例ヘハ甲家ニ入り強盜ヲ  
 爲サント欲シ自家ヲ立出テ途上ニ在テ逮捕セラレタル者ノ如キ舊律ハ特別ノ  
 罪トシテ之ヲ罰シタルモ現行法ニハ之ヲ適用ス可キ規定ナシ然ルニ此所爲ヲ  
 以テ強盜ノ未遂犯ナリトシ之ヲ罰シタリトセシカ法律裁判所ハ此ノ如キ判決  
 ヲ破毀シ更ニ無罪ノ判決ヲ下サ、ル可カラス何トナレハ此所爲ハ豫備ノ所爲  
 ニシテ未タ強盜ニ著手セサルモノナレハナリ  
 豫備ノ所爲ハ第二百二十五條第三百三十三條第四百八十六條ノ場合ヲ除ク外之ヲ罰  
 セサルヲ原則トス是レ已ニ前ニ一言シタル所ナリ抑、法律ハ何故原則トシテ罰  
 セサル乎蓋シ此所爲タル縱令外部ニ顯ハル、モ所爲其モノハ決シテ不正不法

刑

法

ニ非ス唯其所爲ヲ行フ者罪ヲ犯サントシテ之ヲ行フカ故ニ相對的ニ不正ト爲  
 ルノミ例ヘハ刀劍ヲ研磨スルハ元ト正當ノ事ナルモ人ヲ殺スノ準備トシテ之  
 ヲ爲セハ不正ト爲ルカ如シ然ルニ若シ之ヲ罰スルコト、センカ正當ノ事ヲ行  
 フ者モ亦犯罪ノ意アリテ之ヲ行フナラントノ嫌疑ヲ受ケ刑事被告人ト爲ルコ  
 トヲ免カレス良民ニ煩累ヲ及ホスコトナキヲ保シ難シ縱令犯罪ノ意アリテ其  
 事ヲ行ヒタルニモセヨ法律上之ヲ不問ニ置クヲ得策ナリトス何トナレハ一旦  
 豫備ノ所爲ヲ行ヒタル上ハ到底刑罰ヲ免カレサルモノナリトスルニ於テハ進  
 ンテ其目的トスル所爲ヲ行フモ罰セラレ退テ其事ヲ中止スルモ罰セラル等シ  
 ク刑罰ヲ受クル上ハ寧ロ進ンテ犯罪ノ實行ヲ遂ケ免刑ヲ萬一ニ僥倖スルニ若  
 カスト決心スル者ナシトセス其社會ニ對シ未タ實害ヲ及ホサ、ル豫備ノ所爲  
 ヲ罰スル爲メ反テ社會ニ對シ實害ヲ及ホサシムルノ結果ト爲ルノ恐アレハナ  
 リ是レ豫備ノ所爲ヲ罰セサルヲ以テ原則ト爲ス所以ナリ  
 或ル犯罪ヲ目的トシテ其豫備ノ所爲ヲ行フ場合ニ於テ其所爲別ニ一罪ヲ成ス  
 トキハ即チ特別ノ罪トシテ之ヲ罰ス可シ人ヲ殺スノ用ニ供センカ爲メ他人ノ

刑

法

刀劍ヲ竊取スルカ如キ殺人罪ニ付テハ豫備ノ所爲タルニ過キサレカ故ニ之ヲ罰スルコトヲ得サルモ竊取ノ罪ハ已遂ニ係ルカ故ニ之ヲ罰セサル可カラヌ又定期ヲ増減シタル度量衡ヲ所有スル罪ノ如キハ其實詐欺取財罪ノ豫備ナリ然レトモ法律ハ特別ノ罪トシテ之ヲ罰スルナリ又數人共犯ノ場合ニ於テハ豫備ノ所爲ニ加功シ正犯ヲ幫助シタル者ハ從犯トシテ處罰セラル、コトヲ免カレヌ故ニ豫備ノ所爲ヲ罰セスト云フハ其目的トスル犯罪ニ付テ言フモノニシテ絶對的ニ罰セストノ意ニ非スト知ル可シ

犯罪ニ著手シ未タ目的ヲ遂ケサルモノ即チ法律ノ所謂ル未遂犯ハ常ニ之ヲ罰スル乎第百十三條ニ依レハ重罪ノ未遂犯ハ常ニ之ヲ罰シ輕罪ノ未遂犯ハ法律ニ明文アル場合第百四十九條第百五十九條第百七十六條第百九十七條ニ限り之ヲ罰シ而シテ違警罪ノ未遂犯ハ決シテ之ヲ罰スルコトナシ蓋シ重罪ハ背徳加害ノ大ナルモノナレハ實害十分ニ生セサルモ之ヲ罰スルノ必要アリ輕罪ニ付テハ罰スルノ必要アルモノトナキモノトアリ而シテ違警罪ハ極微ノ罪ナレハ其未遂犯マテヲ罰スルノ必要ナシト認メ此區別ヲ設ケタルモノナリ是レ實

刑

法

ニ至當ノ事ナリト謂フ可シ

未遂犯トシテ罰スルニハ左ノ三箇ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一罪ヲ犯サントシタルコト換言スレハ罪ヲ犯サントノ意アルコト若シ夫レ毫モ犯罪ノ意思ヲ有セサル者ハ縱令犯罪タル可キ所爲ニ直接ナル所爲ヲ行フモ決シテ未遂犯トシテ罰スルコトヲ得ヌ是レ無意犯ニ未遂犯ナキ所以ナリ

第二其事ヲ行フコト換言スレハ犯罪タル可キ所爲ニ直接ナル所爲ニ著手シタルコト此條件ハ已ニ前ニ詳述シタルヲ以テ今復々贅セス

第三犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ其目的ヲ遂ケサルコト例へハ人ヲ殺サント欲シ抜刀之ニ迫ルニ當リ他人又ハ對手ノ爲メニ其刀劍ヲ奪ハレ因テ殺意ヲ遂クルコト能ハヌ又ハ其殺害ノ目的タル人ニ對シ發砲シタルモ銃丸命中セサル等犯人ノ意ニ非スシテ犯罪ノ效果ヲ生セサルノ類ナリ又其殺害ノ目的タル人ヲ傷ケ已ニ之ヲ殺シタリト信シタルニ其人未タ全ク死セス蘇生スルニ至リタルカ如キ犯罪ノ效果タル實害幾分カ生シタル場合モ亦未遂犯タルコト勿論ナリトス學說上ヨリ論スレハ犯人十分ニ其爲ス可キ事ヲ爲サヌ半途ニシテ

刑

法

刑

法

他ノ爲メニ阻止セラレタル場合ヲ未遂犯トシ之ニ反シ犯人已ニ其爲ス可キ事ヲ爲シタルモ其效ヲ生セサル場合ヲ缺効犯トシ兩者ノ間其區別ヲ爲スヲ相當トス然レトモ犯人其目的ヲ達セサルハ彼此同一ニシテ其背徳加害ノ程度モ殆ト甲乙ナシ故ニ我法律ハ特ニ區別ヲ設ケス總テ之ヲ未遂犯トシ其處分ヲ同一ニス

右ノ如ク犯人ヲ意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ目的ヲ遂ケテアルモノハ未遂犯ト爲スモ其目的ヲ遂ケサルノ原因他ニ存スルモノハ未遂犯ト爲スコトヲ得ス一旦犯罪ノ意思ヲ以テ其實行ニ著手シタルモ或ハ悔悟ノ念ヲ生シ或ハ刑罰ノ慘ナルヲ思ヒ自ラ其事ヲ中止スルモノハ未遂犯ニ非ス學者ハ之ヲ中止犯ト稱ス中止犯ハ我法律之ヲ罰スルノ規定ナシ故ニ不問ニ置カサル可カラズ蓋シ立法上ヨリ論スルモ中止犯ハ之ヲ罰セサルヲ相當トス其理由ハ豫備ノ所爲ヲ罰セサルノ理由ト同一ニシテ法律之ヲ罰ス可キモノト爲ストキハ反テ犯罪ヲ獎勵スルニ異ナラサルノ結果ヲ生ス可シ故ニ刑罰ヲ科セサルコト、爲シ以テ犯人ノ自止ヲ促ス可キナリ

刑

法

然レトモ中止以前ニ行ヒタル所爲ニシテ已ニ一ノ犯罪ヲ成ストキハ犯人其責ヲ免カル、コト能ハス例へハ人ノ家宅ニ侵入シ竊盜ノ所爲ニ著手シタル後犯人自ラ竊盜ヲ中止シタルトキハ竊盜ニ付テノ責任ヲ免カル可キモ家宅侵入ニ付テハ其責任ヲ免カル、コトヲ得ス家宅侵入ハ竊盜中止以前已ニ遂ケタルモノナレハナリ

又中止スルモ其效ナキトキハ中止犯トシテ處分ス可カラズ例へハ已ニ毒藥ヲ服セシメタル後毒殺ノ意ヲ斷テ消毒藥ヲ服用セシメタルモ毒藥已ニ全身ニ滿テ被害者ヲ救フニ至ラサルカ如キハ仍ホ毒殺ノ已遂犯ト爲サ、ル可カラズ唯此場合ニ於テハ情狀ノ酌量ス可キモノアルニ過キサレノミ

缺効犯ニ似テ其實大ニ異ナルモノアリ不能犯ト稱スルモノ是ナリ例へハ毒藥ナリト信シテ砂糖ヲ服用セシメ人ナリト信シテ石佛ヲ刺スノ類ナリ是等ノ場合ニ於テハ本人ニ犯罪ノ意思アリ之ヲ外部ニ顯ハシタリ唯爲メニ實害ヲ生スルニ至ラサリシモノナレハ缺効犯トシテ處分シ若クハ缺効犯ニ准シテ處分ス可キモノ、如シ然レトモ缺効犯ニ在テハ犯罪ノ效果偶然ニ生セサリシニ過キ

刑 法

ス之ニ反シ前例ノ場合ニ於テハ如何ニ犯罪ノ效果ヲ生セシメント欲スルモ事  
 理ニ於テ之ヲ生セシムルコト能ハス其形相似テ其實異ナリ左レハ不能犯ニ付  
 テハ法律犯罪ノ決意ヲモ罰ストノ主義ヲ執ルニ於テハ之ヲ罰ス可キモ現行法  
 ノ如ク決意ヲ罰セサルヲ以テ原則ト爲ス上ハ決シテ之ヲ罰ス可キニ非サルナ  
 リ不能犯ヲ罰セサル點ニ付テハ學者間殆ト異論ヲ唱フル者ナシ然レトモ如何  
 ナル場合ヲ不能犯ト爲ス可キ乎ノ罪ニ付テハ學者ノ說往々一致セサルヲ見ル  
 一般ノ說ニ依レハ犯罪ノ不能ニ犯罪ノ物體ニ關スルモノト犯罪ノ手段ニ關ス  
 ルモノトアリ又其不能ニ絶對的ノモノト相對的ノモノトアリト云ヘリ今先ツ  
 之ヲ解説シ而シテ鄙見ヲ其下ニ付セン

第一、犯罪ノ物體ニ關スル絶對的不能 凡ソ犯罪ハ事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ナシ殺人罪ハ活人ニ對スルニ非サ  
 レハ成立セス盜罪ハ他人ノ所有物ニ對スルニ非サレハ成立セサルノ類ナリ故  
 ニ活人ト信シテ死人ヲ刺シ他人ノ所有物ト信シテ自己ノ所有物ヲ握取占領ス  
 ルモ決シテ殺人罪盜罪アリト謂フコトヲ得ス縱令手段ヲ變更シ幾回其事ヲ行

刑 法

フモ死人ハ到底復タ殺ス可カラズ自己ノ所有物ハ到底盜取スルコト能ハサル  
 ナリ即チ是等ノ場合ニ於テハ物體トノ關係上犯罪ハ絶對的成立スルコト能ハ  
 サルモノトス

第二、犯罪ノ物體ニ關スル相對的不能 犯罪ノ物體ハ此世ニ存在スルモ犯罪  
 タル可キ所爲ヲ行フノ當時其場所ニ存在セサルカ爲メニ犯罪ノ成立ニ至ラサ  
 ル場合ハ相對的不能トス例ヘハ甲者ヲ殺サント欲シテ其寢室ニ忍入り臥褥ノ  
 上ヨリ之ヲ刺シタルニ偶、甲者はヨリ先キ外出シテ其臥褥中ニ在ラサル場合ノ  
 如シ此場合ニ於テハ甲者若シ其臥褥中ニ在リシナランニハ犯罪ハ必ス成立ス  
 ルコトヲ得ヘカリシモ偶然ニモ不在ナリシカ爲メ成立スルニ至ラザリシモノ  
 ナリ佛國ノ判決例ヲ按スルニモンペリエシンヘリー等ノ重罪裁判所ハ右ノ如  
 キ場合ヲ不能犯ナリト判決シタルモ大審院ハ之ニ反スル判決ヲ下シタリ其理  
 由ニ曰ク此場合ニ於テ犯罪ノ遂ケサリシハ偏ニ非常ノ情況ニ基クモノニシテ  
 犯人タル者其利益ヲ享ク可キニ非スト然レトモ多クノ學者ハ不能犯トスルノ  
 說ニ左袒ス

刑

法

又甲者ノ所有ニ屬スル或ル特定ノ物件ヲ盜マント欲シ甲者ノ家宅ニ侵入シ之ヲ搜索スルニ其物件タル是ヨリ先キ甲者之ヲ他ニ賣却シ又ハ他處ニ保管シタルカ爲メ之ヲ盜取スルコトヲ得サリシカ如キモ亦相對的不能犯ナリト爲サ、ル可カラス然レトモ實際ノ情況如何ニ依リ一概ニ此ノ如ク斷定ス可カラス例ヘハ犯人ノ意ハ當初ハ金錢ヲ盜ムニ在リテ物件ノ盜取ハ容易ニ發覺スルノ虞アルカ故ニ之ヲ爲サスト決心シタルモ遂ニ金錢ヲ發見セサルトキハ其初志ヲ變シテ物件ヲ盜取スルニ至ルモ知リ難ク又實際上此ノ如キ事ハ往々之アリ故ニ犯人果シテ金錢以外ノ物件ヲ目的トセス又中途變心スルコト決シテ之ナカル可シト確認スルニ足ルトキニ非サレハ不能犯ナリト斷定ス可カラス

第三犯罪ノ手段ニ關スル絕對的不能 犯罪ニハ必ス手段アリ而シテ其手段ニハ犯罪ヲ成立セシムルニ足ル可キ能力ナカル可カラス砂糖ハ如何ニ多量ヲ用ユルモ人ヲ死ニ致スノ能力ヲ有セス故ニ砒石ト信シテ砂糖ヲ服セシムルモ之ヲ毒殺ノ未遂犯ナリト論スルコトヲ得ス此ノ如キハ即チ手段ニ關スル絕對的不能トス彈丸ヲ裝置セサルニ裝置シタリト信シテ發銃シタルカ如キモ亦事

刑

法

理ニ於テ同一ノ決定ヲ與フ可キモノナルモ佛國アジャンノ重罪裁判所ハ殺人罪ノ未遂犯ニシテ不能犯ニ非スト判決セシコトアリ

○第四犯罪ノ手段ニ關スル相對的不能 犯罪ノ手段ニ能力アルモ効果ヲ生スルニ至ラサルトキ例ヘハ彈丸ノ裝置アリタルモ彈藥偶濕氣ヲ帶ヒタルカ爲メ發火セザルトキノ如キ其犯罪ノ不能ハ相對的タルニ過キス而カモ此場合ハ即チ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ其目的ヲ達セサルモノナレハ缺效犯トシテ之ヲ罰ス可ク決シテ不能犯トシテ不問ニ置ク可キモノニ非ス唯學者ハ前ノ絕對的不能ニ對シ假ニ相對的不能ノ名ヲ下シタルニ止マリ眞ノ不能犯ナリト論スル者殆ト之ナキカ如シ

毒藥ノ分量ヲ誤マリ爲メニ人ヲ殺スコト能ハサル場合ハ絕對的不能ナル乎將タ相對的不能ナル乎是レ學者ノ議論紛々未タ一定セサル所ナリ或ハ曰ク其分量ニシテ到底人ヲ殺スニ足ラストセハ縱令其物質ハ毒藥ノ部類ニ屬スルモ絕對的不能ト爲サル可カラス其毒藥ノ效果ヲ生スルコト能ハサルハ毒藥ニ非サル物質ヲ用キタルト毫モ異ナルコトナケレハナリト或ハ曰ク使用シタル物

質毒藥ノ部類ニ屬スル上ハ相對的不能即チ缺効ト爲サ、ル可カラズ其分量ノ不足ナリシハ犯人意外ノ舛錯ニ基キタルモノニシテ若シ犯人ニ此舛錯ナク相應ノ分量ヲ用井タランニハ必ス犯罪ノ效果ヲ生ス可キモノナレハナリト余ハ寧ロ後者ノ説其當ヲ得タリト信ス何トナレハ此手段ハ絶對的ニ能力ヲ有セサルモノニ非ス其能力ヲ缺キタルハ偶犯人カ分量ヲ誤マリタルニ由ルモノニシテ恰モ人ヲ射撃スルニ方向ノ僅ニ外レタルカ爲メ彈丸命中スルニ至ラザリシ場合ト異ナルコトナケレハナリ

之ヲ要スルニ犯罪ノ物體全ク世ニ存在セサルカ又ハ存在スルモ他ノ場所ニ在リテ更ニ日時場所ヲ異ニスレハ格別當時其場所ニ於テハ到底犯罪ノ效果ヲ生セシムルコト能ハサル場合ハ犯罪ノ物體ニ關スル不能犯ナリトス又其使用シタル手段ニ能力ナク日時場所又ハ人ヲ更ヘテ之ヲ行フ到底犯罪ノ效果ヲ生セシムルコト能ハサル場合ハ手段ニ關スル不能犯ナリトス唯犯罪不能ノ原因カ犯人ノ未熟拙劣等ニ在リテ偶然ニモ其效果ヲ生スルニ至ラザリシ場合ハ缺効犯ニシテ法律ノ制裁ヲ免カレサルモノトス

刑

法

第二節 無形的ノ要素

刑

犯罪ノ主體ト爲ル可キ者ニシテ犯罪ト爲ル可キ所爲ヲ行フモ必シモ其者ニ罪アリト謂フ可カラス其所爲ヲ其者ニ歸シ其者ヲシテ責ニ任セシム可キ場合ニ非サレハ有罪トシテ之ヲ罰スルコトヲ得ス是レ有形的要素ノ外無形的要素ヲ具備セサル可カラストスル所以ナリ  
無形的要素トハ如何ナルモノナル乎知識ト自由ト是ナリ此二者具備シ始メテ本人ニ其責ヲ歸シ之ヲ罰スルコトヲ得ヘシ  
何ヲカ知識ト謂フ第一彼ニ對スル我ナルモノアルコトヲ知り第二我カ爲ス所他人又ハ外物ニ對シ如何ナル結果ヲ與フル乎ヲ知り第三我カ爲ス所是ナル乎非ナル乎ヲ知ル此三者ヲ知ルニ非サレハ知識アリト謂フ可カラス  
何ヲカ自由ト謂フ已ニ知識アリテ我アルコトヲ知り又我カ爲ス所非ニシテ他ニ對シ惡結果ヲ與フ可キコトヲ知リナカラ故ラニ其非ヲ選擇シテ之ヲ行フ是レ即チ自由アリテ非行ヲ爲スモノナリ縱令知識ヲ具有スルモ他ヨリ強制セラレ已ムコトヲ得スシテ或ル所爲ヲ行フカ如キハ我之ヲ爲スト爲サ、ルトヲ選

擇スルノ自由ヲ有セス全ク他ノ器械ト爲リテ使用セラル、ニ過キス故ニ我ニ於テ其所爲ノ責ニ任ス可キ謂ハレナシトス  
要スルニ知識ト自由トヲ具有スル者ニシテ罪ト爲ル可キ事ヲ行フトキハ本人ヲシテ其責ニ任セシム可ク隨テ法律ハ之ヲ處罰スルコトヲ得ヘキモ本人若シ知識ト自由トヲ具有セス又ハ其一ヲ缺クトキハ責任ヲ之ニ歸セシムルコトヲ得サルカ故ニ法律ハ之ヲ處罰ス可キモノニ非サルナリ

第五章 無罪責ノ原由

前章ニ説示シタル如ク犯罪ノ主體タル可キ者ニシテ罪ト爲ル可キ事ヲ行フモ知識又ハ自由ヲ有スルニ非サレハ之ヲ有罪トシテ處罰スルコトヲ得ス其智識ハ自由ヲ有スルヤ否ヤハ一ニ裁判官ノ判定ニ任ス可キ乎將タ法律上豫メ推定ヲ下スヲ相當ナリトスル乎又知識自由ノ二要素ヲ具備スル者ハ常ニ有罪トシテ處罰ス可キ乎將タ特別ノ情態ニ在ル者ハ罪責ナシトスルヲ相當ナリトスル乎是レ本章ニ於テ詳説セントスル所ノモノナリ

第一節 幼年

夫レハノ此世ニ生ル、ヤ直チニ其身體ノ自由ヲ得サルハ勿論其精神上ノ能力ヲ自由ニ働カスコトヲ得ルモノニ非ス彼ノ嬰兒ヲ見ヨ唯呱呱トシテ饑ニ泣クノミ而カモ其泣クヤ乳ヲ求ムルノ意思アリテ然ルニ非ス自然ニシテ然ルノミ故ニ此ノ如キ者ハ我アルコトヲ知り我カ所爲ノ結果如何ヲ知り又我カ所爲ノ是非善惡ヲ知レリト謂フ可カラス其稍長シテ二歳三歳ト爲ルヤ漸ク彼我ヲ辨別スルニ至ルモ未ニ其所爲ノ結果如何ヲ知ルニ至ラス四歳五歳ト爲リ其所爲ノ結果如何ヲ知ルニ至ルモ未タ其所爲ノ是非善惡ヲ辨別スルニ至ラス即チ人ノ知識ハ猶ホ其身體ノコトク漸ヲ追フテ發達スルモノニシテ其完全ニ至ルマテハ許多ノ年月ヲ經ルヲ通例トス

人ニ賢不肖アリ又教育風俗氣候等ノ如何ニ因リ其知識發達ノ程度ニ差異ナキコト能ハス左レハ裁判官ヲシテ一々其人ニ就テ知識ノ有無及ヒ完全不完全ヲ判定セシムル方相當ナルニ似タリ若シ法律上豫メ甲歳以下ノ者ハ知識ナク乙歳以上ノ者ハ知識アリト推定ヲ下ストキハ實際知識完全ナルモ甲歳ニ達セサルノ故ヲ以テ伴ニ罪責ヲ免カレ之ニ反シ全ク知識ヲ缺クモ乙歳以上ノ故ヲ以

テ處罰ヲ受クルノ不都合ヲ生ス可シ佛國法カ十六歲以上ノ者ヲ罪責アリトシ  
 十六歲未滿ノ者ハ其是非ノ辨別アルト否トニ從ヒ或ハ罪責アリトシ或ハ罪責  
 ナシトシ裁判官之ヲ判定ス可シト規定シタルハ其不都合ノ一部分ヲ避ケンカ  
 爲メニシタルモノナラン

刑  
 然レトモ裁判官ニ此判定ノ權ヲ與フルトキハ或ハ三歲ノ童子猶ホ知識アリト  
 シ之ヲ處罰スルカ如キ奇怪ナル結果ヲ生スルコトナキヲ保セス縱令此ノ如キ  
 結果ヲ生スルノ恐ナシトスルモ檢事ニ於テ其童子ノ知識ノ有無ニ付テ疑アル  
 トキハ之ニ對シテ起訴シ以テ裁判官ノ判定ヲ請求スルコトナシトセス是レ亦  
 普通ノ感情ニ適合スルモノニ非サルナリ蓋シ普通ノ感情ニ於テハ三歲ノ童子  
 ノ以テ智識アル者ト認ムルコトナク如何ナル所爲アルモ之ヲ處罰ス可シト思  
 惟スル者恐クハ一人モアラサル可シ況ンヤ未タ三歲ニ達セサル兒童ニ於テオ  
 ヤ左レハ法律上或ル年齢ニ達スルマテハ知識ナキモノトノ推定ヲ下シ一切ノ  
 所爲ヲ不問ニ付スルモ決シテ條理ニ背クコトナク寧ロ相當ノ事ナラント信ス  
 ルナリ

今此點ニ關スル歐洲諸國ノ法律ヲ考フルニ其規定スル所左表ノ如シ

國名	無罪年齡	辨別ノ有無ニ因リ有罪責又ハ無罪責	有罪責トス但宥恕シテ其刑ヲ減輕ス	完全有罪責ノ年齡
佛國	七歲未滿	十六歲未滿	”	十六歲以上
英國	七歲未滿	自七歲至十四歲	”	十四歲以上
獨逸	十二歲未滿	自十二歲至十八歲	”	十八歲以上
伊國	”	十四歲未滿	自十四歲 廿一歲	廿一歲以上
奧國	十歲未滿	自十歲至十四歲	自十四歲至廿一歲	廿一歲以上
露國	七歲未滿	自七歲至十四歲	自十四歲至廿一歲	廿一歲以上
白耳義	”	十六歲未滿	”	十六歲以上
西班牙	九歲未滿	自九歲至十五歲	自十五歲至十八歲	十八歲以上
荷蘭	七歲未滿	自七歲至十四歲	自十四歲至廿一歲	廿一歲以上
荷蘭	十歲未滿	自十歲至十六歲	”	十六歲以上
瑞典	”	十五歲未滿	自十五歲至十八歲	十八歲以上
諾威	十歲未滿	自十歲至十五歲	自十五歲至十八歲	十八歲以上
丁抹	十歲未滿	自十歲至十五歲	自十五歲至十八歲	十八歲以上
希臘	十歲未滿	自十歲至十四歲	”	十四歲以上



刑 法

瑞 四 法 聯 邦 典	十二歲未滿	自十二歲至十六歲	十六歲以上
ジュネーヴ	十歲未滿	自十歲至十六歲	十六歲以上
各 ベ ル	十二歲未滿	自十二歲至十六歲	十六歲以上
邦 フ リ アー ル	十四歲未滿	自十四歲至十八歲	十八歲以上
ウ ア レ	十二歲未滿	自十二歲至十六歲	十六歲以上
匈 牙 利	十四歲未滿	自十四歲至十八歲	十八歲以上
土 耳 其	十二歲未滿	自十二歲至十六歲	十六歲以上
リニクサンブール	”	十六歲未滿	十六歲以上
ルーマニア	八歲未滿	自八歲至十五歲	廿歲以上

右ノ如ク各國其規定ヲ異ニスルモ其中年齡ヲ二期ニ別ツモノ最モ少ク四期ニ別ツモノ最モ多キニ居ル我法律ハ即チ此比歲の多數ノ例ニ倣ヒ同シク四期ニ別チ十二歲未滿ヲ第一期トシ十二歲以上十六歲未滿ヲ第二期トシ十六歲以上二十歲未滿ヲ第三期トシ二十歲以上ヲ第四期トシ而シテ第一期ノ者ハ如何ナル所爲アルモ絶對的ニ罪責ナク第二期ノ者ハ是非ノ辨別アルト否トニ從ヒ或ハ罪責アリトシ或ハ罪責ナシトス其是非ノ辨別アリ隨テ罪責アリトスル者ト

刑 法

雖モ知識ノ程度大ニ低キモノト推定シ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ス第三期ノ者ハ一般ニ罪責アリトスルモ是レ亦其知識未タ完全ノ域ニ達セサルモノト推定シ同シク宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス第四期ノ者ハ知識完全ナルモノト推定シ一般ニ有罪責トシ本刑ヲ科ス

左レハ裁判官タル者ハ第二期ノ者ニ付テハ其罪責ノ有無ヲ判定スルノ權アルモ其他ノ者ニ付テハ法律ノ推定ニ服從セサル可カラ十分知識アリト認ムル者ト雖モ其年齡第一期ニ在ル上ハ之ヲ有罪ト爲スコト能ハス又第三期以下ノ者ニ付テハ特別ノ事由アラサル限ハ之ヲ無罪責ト爲スコト能ハサルナリ

茲ニ第七十九條第八十條ノ法文ニ付テ一言ヲ附加セン法文ニハ「罪ヲ犯ス時云々其罪ヲ論セス」トアリ故ニ十二歲若クハ十六歲未滿ノ者ノ行ヒタル所爲ト雖モ法律上固ヨリ罪質ヲ有シ本人其罪責ヲ免カル可カラサルモ法律ノ特恩ヲ以テ其罪ヲ免除シ不問ニ付スルノ意ナルカ如ク見ユ然レトモ是レ決シテ立法ノ真意ニ非ス罪ヲ犯ス時トハ普通ニハ罪ト爲ル可キ所ノ事ヲ行ヒタル時ト云フノ意ニシテ罪ヲ論セストハ罪トシテ論セス即チ法律ノ所謂ル罪ニ非スト云フ

ノ意ナリト解釋セサル可カラス此事佛文章案ニ照セハ明々白々一點ノ疑ヲ容ル可キモノナキモ現行法文少シク曖昧ニ涉ルヲ以テ一言ヲ添ユルコト此ノ如シ他ノ不論罪ニ付テモ亦同一ナリ

又第七十九條第八十條ニ依レハ十二歳未滿ノ者ハ不論罪トスルモ其滿八歳以上ノ者ハ情狀ニ因リ滿十六歳ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得ヘク滿十二歳以上十六歳未滿ニシテ是非ノ辨別ナキ者ハ同シク不論罪トスルモ情狀ニ因リ滿二十歳ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得ルモノトス蓋シ是等ノ幼者ハ知識ナキノ故ヲ以テ罪責ヲ負ハシメサルモ其社會公衆ヲ害シタルハ毫モ知識アル者ノ罪ヲ犯シタル場合ト異ナル所ナシ而シテ其害ヲ致スニ至リタルハ畢竟父兄等ノ教育ヲ施サス又監督ノ嚴ナラサルニ由ラスンハアラス左レハ無罪責ナリトテ之ヲ其儘自由ニ放チ置カンカ再ヒ其害ヲ爲スモ亦計リ知ル可カラス且ツ本人成長スルヤ其幼時ノ惡習ニ慣レ眞ノ大罪人ト爲ルニ至ルナキコトヲ保シ難シ故ニ社會ノ安寧上又本人ノ保護上相當ノ處分ヲ施スヲ必要ナリトス是レ懲治場ニ留置シ嚴重ナル監督ノ下ニ於テ教育ヲ

刑

法

施シ惡ヲ去テ善ニ就カシメントスル所以ナリ

懲治場留置ハ前述ノ如ク豫防ノ所分ニシテ決シテ刑罰ヲ以テ見ル可キモノニ非ス刑罰ナレハ其罪ニ相當スル法定ノ期限ヲ超過スルコトヲ得サルヤ勿論ナルモ此留置ハ刑罰ニ非サルカ故ニ其期限ハ反テ本罪ノ刑期ヨリ長キニ涉ルコトアリ例ヘハ滿十二歳ノ者窃盜ヲ爲シタル場合ニ於テ之ヲ有罪責トシテ刑ニ處スルトキハ本刑ノ二月以上四年以下ノ重禁錮ヨリ二等ヲ減シ一月以上二年以下ノ重禁錮ニ處セサルヲ得ス即チ長期ニ處スルモ二年ヲ超過スルコトナシ之ニ反シ無罪責トシテ懲治場ニ留置スルトキハ其期限ハ本人二十歳ニ達スルマテ即チ八年間ニ及フコトヲ得ヘシ有罪責ノ者ハ僅ニ二年以内ノ約束ヲ受クルニ止マルニ無罪責ノ者ハ反テ八年ノ久シキ時間約束ヲ受ク一見甚タ不權衡ノ如クナルモ強迫教育ノ必要上固ヨリ此ノ如クナラサルヲ得サルナリ

懲治場留置ハ何人カ之ヲ命ス可キ乎法律ニ明文ナキモ裁判所之ヲ命ス可キモノトス何トナレハ此法律ノ適用ヲ管掌スルハ裁判所ナルノミナラス草按ニハ裁判所之ヲ命スル旨ノ明文アリ而シテ之ヲ削除シタルハ別段ノ意味アリテ然

リシモノニ非サレハナリ他國ノ法律ヲ參考スルニ亦此命令ヲ裁判所ノ職權ニ屬セリ蓋シ此所分タル豫防ノ爲ニスルモノナレハ其性質行政所分ニ屬スルカ如キモ苟クモ本人ノ意思ニ反シ其身體ノ自由ヲ停止スルハ司法處分トシテ獨立不羈ナル裁判所ヲシテ之ヲ爲サシムルヲ相當ナリトス

刑

然ラハ何レノ裁判所ニ於テ此命令ヲ爲ス可キ乎若シ本案事件ニ付キ公訴ノ提起アリタルトキハ其公訴ヲ受ケタル裁判所ニ於テ無罪ノ言渡ヲ爲スト同時ニ此命令ヲ爲ス可シ然レトモ十二歳未滿ノ者ニ付テハ是非ノ辨別ナキモノト推定シ常ニ之ヲ不論罪トスルカ故ニ檢事ニ於テ公訴ヲ提起ス可キ謂ハレナシ又十二歳以上ノ者ト雖モ其是非ノ辨別ナキコト初メヨリ分明ナルトキハ亦公訴ヲ提起スルコトナカル可シ左レハ是等ノ者ニ對シ留置ノ命令ヲ爲ス可キ裁判所ヲ別ニ規定スルヲ必要ナリトス然ルニ現行法律之ヲ規定シタルモノナシ是レ疑問ヲ決スルニ於テ最モ困難ヲ感スル所以ナリ或ハ曰ク法律別ニ裁判所ヲ規定セサル上ハ何レノ裁判所モ此命令ヲ爲スヲ拒ムヤ必然ナリ故ニ今日ニ於テハ此命令ヲ爲スニ由ナキモノト決セサルヲ得スト此言一應其理ナキニ非ス

法

刑

然レトモ已ニ主法タル此刑法ニ規定シタル所ノモノニシテ偶助法ノ明定ヲ缺クモ之カ爲メ其實行ニ障礙ヲ來タス可キノ謂ハレナシ此言ノ如キハ第七十九條但書及ヒ第八十條但書ノ規定ヲ以テ徒法空文ト爲サントスルモノナリ由テ思フニ裁判所構成法ニ依レハ區裁判所ノ權限及ヒ大審院ノ特別權限ニ屬セサル一切ノ刑事訴訟ハ地方裁判所ノ管轄ト定ム左レハ此留置ノ處分ハ純然タル刑事訴訟ニ非サルヤ勿論ナルモ此刑法ノ適用ヲ目的トスルモノナレハ仍ホ之ヲ一ノ刑事訴訟ト看做シ一般ニ刑罰法ノ適用ヲ請求スルノ職任アル檢事ヨリ地方裁判所ニ向テ其命令ヲ請求シ地方裁判所ハ普通ノ刑事訴訟手續ニ準據シテ事實ヲ取調ヘ且ツ強迫教育ヲ必要トスルヤ否ヤヲ審按シ以テ其命令ヲ下スト否トヲ判定ス可シ然ルトキハ此刑法ノ規定決シテ徒法空文ニ歸セス實際上亦些ノ不都合ナカル可シ是レ公訴ノ提起ナキ場合ニ於テハ地方裁判所此命令ヲ爲スノ任ニ當ル可シト解釋スル所以ナリ

法

留置ノ處分ハ裁判所ニ於テ豫メ何年何月間又ハ本人何歳ニ至ルマテト云ヘルカ如ク期限ヲ定メ之ヲ言渡ス可シ其期限滿了ニ至ルマテハ懲治場ヨリ出タス

可カラサルハ論ヲ埃タス然レトモ已ニ強迫教育ノ目的ヲ達シ本人再ヒ惡事ヲ爲スノ虞ナシト認ムルトキハ強テ其留置ヲ繼續シ依然其身體ノ自由ヲ停止スルノ必要ナシ自由刑ニ付テモ免幽閉及ヒ假出獄ノ規定アリ留置ノ處分ニ限リ特別ノ規定ナクシテ可ナランヤ是ニ於テ乎明治十九年内務省令第二十四號ヲ以テ假出場規則ヲ定メラレタリ曰ク

刑

〔刑法第七十九條第八十條第八十二條ニ依リ懲治場ニ留置セラレタル者ニシテ獄則ヲ遵守シ改悛ノ狀アルトキハ警視總監北海道廳長官府縣知事ハ左ノ規則ニ據リ假ニ出場ヲ許スコトヲ得

第一條 假出場ヲ許ス可キ者アルトキハ典獄ヨリ其長官ニ狀ヲ具シテ認可ヲ受ク可シ

第二條 假出場ヲ許シタルトキハ典獄ヨリ其證票ヲ本人ニ下付ス可シ

第三條 假出場證票ニハ左ノ條件ヲ記載ス可シ

- 一 本人ノ屬籍氏名年齢住所懲治期限及ヒ宣告並ニ滿期ノ年月日
- 一 殘期何年何月何日間假出場ヲ許ス何年何月何日
- 一 起滿

法

一 本日出場ヲ許スニ由リ住居ノ地ニ歸著ノ上ハ即チ所轄警察署ニ其旨ヲ届出ツ可シ

一 毎月一回謹慎ヲ表スル爲メ所轄警察署ニ到リ假出場證票ヲ出シ警察官吏ノ認印ヲ受ク可シ但己ムヲ得サル事故アレハ其事由ヲ届出ツ可シ

一 一日程ヲ過クル地ニ旅行スルトキハ其行先並往復滞在日數等ヲ詳記シ所轄警察署ニ届出ツ可シ但シ其滞在一月以上ニ涉ルトキハ一箇月毎ニ其滞在地ノ警察署ニ到リ前項ノ手續ヲ爲ス可シ

一 事故アリテ其住居ヲ轉スルトキハ所轄警察署ニ届出ツ可シ  
一 第三項以下ノ事ハ本人自ラ爲ス能ハサル場合ニ於テハ親屬故舊代リテ之ヲ爲スコトヲ得

法

刑

右ノ各項ニ違背シタルトキハ直チニ出場ヲ停止シ出場中ノ日數ヲ懲治期限内ニ算入スルコトヲ得ス

右ノ如ク假出場ハ殆ト假出獄ト同一ノ方法同一ノ條件ヲ以テ之ヲ行フコト、定メラル其當否ハ今詳論セサル可シト雖モ唯一言右規則第三條ノ末段ニ付テ

批評ヲ試ミント欲ス同條末段直チニ出場ヲ停止ストノ規定ハ固ヨリ相當ナリ然レトモ出場中ノ日數ヲ懲治期限内ニ算入スルコトヲ得ストノ規定ハ恐クハ懲治場留置ノ本旨ニ副ハサルノ譏ヲ免カレサル可シ已ニ前ニモ述ヘタルカ如ク此留置ハ刑罰ニ非ス其期限ハ刑罰ノ期限ト同一ナラス法律ハ八歳以上十二歳未滿ノ者ニ付テハ其十六歳ニ至ルマテノ間又十二歳以上十六歳未滿ノ者ニ付テハ其二十歳ニ至ルマテノ間強迫教育ヲ施スニ於テハ以テ普通ノ人ト相伍セシムルモ危険ナカル可シト認メ留置ノ期限ヲ定メタルノミ換言スレハ前者ニ在テハ十六歳以後後者ニ在テハ二十歳以後ハ復タ強迫教育ノ必要ナシト認メタルモノナリ然ルニ今此省令ノ規定ニ依レハ十六歳以後二十歳以後ニ至ルモ仍ホ留置シテ強迫教育ヲ施スコト、爲リ甚シキハ二十五六歳ノ成年者カ他ノ幼者ト相伍シテ強迫教育ヲ受クルノ奇觀ヲ呈スルニ至ラン例ヘハ十二歳ニシテ七年六月間懲治場ニ留置スルノ言渡ヲ受ケ二年ノ後假出場ノ恩典ニ浴シタル者其年齡十九歳六月ニ達セントスル前月所轄警察署ニ到リ謹慎ヲ表セサルトキハ假出場中ノ日數即チ五年五月ハ全ク空無ニ屬スルヲ以テ其十九歳六

刑

法

月ニ達シタル月ヨリ起算シテ更ニ五年六月間即チ二十五歳ニ至ルマテノ間留置ノ處分ヲ受ケサル可カラス此ノ如キハ立法ノ精神ニ適合スルモノニ非サル可シ是レ一言ノ批評ヲ試ミサルヲ得サル所以ナリトス

刑

法

儲年齡ハ罪責ノ有無ニ付キ至大ナル關係ヲ有スルモノナレハ其計算ノ方法ハ最モ正確ナラサル可カラス我カ從來ノ判決例ニ於テハ明治六年第三十六號布告ニ自今年齡ヲ計算候儀幾年月ト可相算事但舊曆中ノ儀ハ一干支ヲ以テ一年トシ其生年ノ月數ハ本年ノ月事ト通算シ十二个月ヲ以テ一年ト可致事トアルニ根據シ月ヲ以テ計算ス可キモノト爲セリ故ニ例ヘハ明治十五年七月三十一日ニ生レタル者明治二十七年六月一日人家ニ放火シタリトセンカ若シ其者是非ノ辨別アルトキハ放火ノ定刑タル死刑ヨリ二等ヲ減シ十二年以上十五年以下ノ徒刑ニ處セラル可シ其生月及ヒ犯罪ノ月ハ共ニ僅ニ一日ノ幾分ニ過キサルモ仍ホ各一月トシテ之ヲ計算スレハ其者ハ十二歳ニ達シタリト謂ハサル可カラサルヲ以テナリ然レトモ正確ニ之ヲ計算スレハ滿十二歳ト稱スルハ一年ノ日數ヲ十二倍シタルモノナラサル可カラス一年ノ日數ヲ十二倍スレハ(十

刑

二年間ニ閏月三回アリトシ三ノ數ヲ加算ス(四千三百八十三日ト爲ル然ルニ前例ノ者ハ四千三百二十五日ヲ經歷シタルニ過キス即チ眞ノ滿十二歳ト爲ルニハ五十八日ノ不足アリ是レ月ヲ以テ計算スルノ方法其當ヲ得サル所以ノ一ナリ又此方法ハ不公平ノ結果ヲ生ス例ヘハ明治十五年八月一日ニ生レタル者即チ前例ノ者ヨリ一日後レテ生レタル者明治二十七年六月三十日同シク人家ニ放火シタリト假想セヨ此者ハ已ニ四千三百五十三日ヲ經歷シ即チ前例ノ者ヨリ二十八日間多ク經歷シ隨テ其知識モ前例ノ者ヨリ幾分カ多ク發達シタルモノト看做スヲ相當トス然ルニ月ヲ以テ計算スルノ方法ニ依レハ此者ハ放火ノ當時ハ十一歳十一ヶ月ニシテ未タ十二歳ト爲ラサルカ故ニ縱令事實十分ノ辨別アルモ法律上之ヲ不論罪ト爲サ、ルヲ得ス生後多クノ日數ヲ經歷シタル者ハ無罪ト爲リ之ニ反スル者ハ有罪ト爲ル不公平不權衡ノ太甚シキモノニ非スヤ是レ此計算ノ方法其當ヲ得サル所以ノ二ナリ

法

然レトモ明治六年ノ布告ニシテ果シテ月ノ端數タル日ハ一日ト雖モ猶ホ一月トシテ計算ス可シトノ意ナランカ判決例ハ其當ヲ得タリト謂ハサル可カラス

刑

法

理ハ以テ法ニ勝ツコト能ハサレハナリ因テ先ツ右布告ノ眞意ヲ討究スルヲ必要ナリトス余ハ確信ス右布告ノ意ハ決シテコ、ニ在ラサルコトヲ何ヲ以テ之ヲ言フ明治五年十一月第三百三十七號布告ヲ以テ從來ノ太陰曆ヲ廢シ新ニ太陽曆ヲ用サ同年十二月三日ヲ以テ明治六年一月一日ト定メラル已ニ曆法ヲ改メタル上ハ年齢計算ノ方法モ亦隨テ之ヲ改ムルヲ相當ナリトス從來太陰曆ノ下ニ於テハ年齢ハ單ニ歳ヲ以テ計算シ月ハ之ヲ計算外ニ置キ而カモ其一歳ト稱スルハ滿一歳ニ非スシテ一千支中ノ日數ハ一月一日ト雖モ猶ホ之ヲ一歳トシテ計算シタリ即チ前年ノ十二月晦日ニ生レタル者其翌日即チ翌年ノ正月元日ニ至レハ二歳ニ達シタルモノト爲シタリ此ノ如キハ實ニ數理ヲ度外ニ置キタルモノニシテ不當モ亦太甚シ是レ右布告ヲ以テ自今年齡ハ幾年幾月ト計算ス可シト定メラレタル所以ナリ要スルニ從來月ヲ計算外ニ置キタル不當ノ例規ヲ改正シ數理ノ正確ヲ得ンコトヲ期シタルモノニシテ月ノ端數ハ一月トシテ計算ス可シトノ意ヲ包含スルコトナシ其但書ニ舊曆中ノ儀ハ云々トアルハ改曆ノ詔書ニ我邦通行ノ曆タル太陰ノ朔望ヲ以テ月ヲ立テ太陽ノ躔度ニ合ス

刑 法

故ニ二三年間必ス閏月ヲ置カサルヲ得ス下アルカ如ク或ハ二年或ハ三年ニ一回閏月ヲ置キタルカ故ニ今改メテ舊曆中ノ年齢ヲ正確ニ計算セントセハ勢ヒ日數ニ改算スルカ又ハ太陽曆ヲ既往ニ推及ホシテ計算スル等ノ煩雜ヲ免カレヌ故ニ姑ク一千支ヲ以テ直チニ一年ト爲シ其閏月アルモノハ三百八十餘日ナルモ猶ホ一年トシテ計算スルノ便宜ヲ得セシム。但生年ノ月數ト本年ノ月數トヲ計算外ニ置ク可カラサルハ勿論ナルヲ以テ彼此ノ月數ヲ通算シ積テ十二个月ニ達スルモノハ一年トシテ計算セシム。是レ亦一月ニ滿タサル日數ヲ一月トシテ計算ス可シトノ意ヲ包含セス反テ十二个月ヲ以テ一年ト可致事トアル其十二个月トハ滿十二个月ヲ指シタルモノト解釋スル方寧ロ妥當ナル可シ是レ余カ判決例及ヒ世間普通ノ說ニ反對ヲ試ムル所以ナリ。

年齢ノ如何ハ何ニ依テ之ヲ判定ス可キ乎凡ソ人ノ生年月日ハ之ヲ戶籍ニ登記ス故ニ戶籍ヲ以テ之ヲ證明ス可シ然レトモ無籍者ノ如キ此公正證書ノ之ヲ證明スルモノナキトキハ他ノ證據ニ依ラサル可カラス若シ生年ヲ知ルモ生月ヲ知ルコト能ハス生月ヲ知ルモ生月ヲ知ルコト能ハサルトキハ如何證人アリテ

刑 法

被告人ハ明治十五年ニ生レタルモ其生月ヲ知ラス又ハ同年一月ニ生レタルモ其生日ヲ知ラスト供述シ其供述ノ信用スルニ足ル可キ場合ノ如シ此場合ニ於テハ前者ニ在テハ明治十五年ノ最終ノ日後者ニ在テハ同年一月ノ最終ノ日ニ生レタルモノト判定スルヲ相當ナリトス何トナレハ其日以前ニ生存シタルノ證ナキモ其日ニ生存シタルコトハ確實ニシテ疑ナク又此ノ如ク判定スルハ寧ロ被告人ノ利益ト爲ルモ決シテ其害ト爲ルコトナケレハナリ。

第一節 知覺精神ノ喪失

幼者ニシテ是非ノ辨別ナキ者ニ罪責ナキコトハ前段説示スル所ノ如シ然ルニ是非ノ辨別ナキ者ハ獨リ幼者ニ限ラス或ハ精神病其他ノ疾病ニ因リ或ハ身體精神ノ衰弱ニ因リ永遠ニ又ハ一時是非ノ辨別ヲ缺クニ至ル者ナシトセス八九十歳以上ノ老人ノ如キハ俗ニ所謂ル小兒ニ復歸シ其甚シキハ自己ニ關スル知覺ヲモ喪失スル者往々之アリ此ノ如キ者ニ對シ刑罰ノ責任ヲ負ハシム可キニ非ス白痴者ニ付テモ亦同シ。

瘋癲ニハ時發性ノモノアリ其發作ノ際ニ於ケル所爲ニ付テハ責任ヲ負ハシム

可カラサルハ勿論ナルモ其精神常態ニ復シタル時ニ於テ罪ヲ犯シタルトキハ固ヨリ罪責アルヲ免カレス爾後發病ノ故ヲ以テ既往ノ犯罪ヲ消滅スルコトナシ但瘋癲人ニ對シ訴訟手續ヲ續行ス可キ乎又刑ヲ執行ス可キ乎ハ自ラ別問題ニ屬スルヲ以テ今コ、ニ詳論セス

刑

第七十八條ニ曰ク「罪ヲ犯ス時知覺精神ノ喪失ニ因テ是非ヲ辨別セサル者ハ其罪ヲ論セス」ト故ニ所爲ヲ行フノ當時知覺精神ヲ喪失シタル者ハ其原因ノ如何ヲ問ハス總テ罪責ナシト爲サ、ル可カラス然ルニ醉狂者ノ所爲ニ付テハ世間異論ヲ唱フル者アリ其言ニ曰ク自己ノ意ニ非ス全ク他ヨリ強ヒラレテ飲酒シ因テ醉狂ニ至リタル者ハ如何ナル所爲ヲ行フモ其責ニ任セシム可カラサルモ自ラ好ンテ飲酒シ殊ニ犯罪ノ氣力ヲ買ハンカ爲メニ飲酒シタル者ノ如キハ一ハ狂亂シテ惡事ヲ爲スコトアル可キヲ豫知シ一ハ其惡事ヲ期望シタルモノナ

法

レハ縱令所爲ノ當時全ク知覺精神ヲ喪失シタルモ決シテ其罪責ヲ免カレシム可カラスト蓋シ飲酒ハ善事ニ非ス其泥酔シテ醜態ヲ公衆ニ示ス者ノ如キハ之ヲ違警罪トシテ罰スルハ可ナリ然レトモ這ハ是レ別問題ニシテ醉狂シテ知覺

刑

精神ヲ喪失シタル者ヲ罰スルノ理由ト爲スニ足ラス若シ論者ノ言ヲ可トセハ痴情利慾等ニ惑溺シ其失望ノ極精神病ニ罹リタル者ノ如キモ亦其原因不善事ニ在リトシ之ニ罪責ヲ負ハシメサル可カラス恐ラクハ論者ト雖モ首肯スルコト能ハサル可シ且ツ知覺精神ヲ喪失シタル者ハ何等ノ名義ヲ以テ之ニ罪責ヲ負ハシムル乎其名義ナキヲ奈何セン而カモ知覺精神ヲ喪失シタル上ハ醉狂前ノ惡意モ自ラ消散シタルヤ必然ナリ縱令前ニ期望シタル惡事ヲ實行シタリトスルモ是レ全ク偶然ノ事ト謂ハサル可カラス一方ニ知覺精神ヲ喪失シタルコトヲ認メナカラ他ノ一方ニ於テ罪責アリト論スルハ知識ハ犯罪構成ノ要素ニ非スト論スルニ異ナラス是レ余カ此論ヲ排斥シテ已マサル所以ナリ然レトモ犯罪ノ意思アリテ勇氣ヲ酒力ニ借り其事ヲ實行シタル後罪責ノ倖免ヲ圖リ其犯罪ノ當時泥酔シテ知覺精神ヲ喪失シタリト稱スル者ナキニ非サル可シ此ノ如キ者ハ固ヨリ罪責アルノミナラス其情狀大ニ憎ム可キモノナレハ毫モ假借スルコトアル可カラス裁判官タル者深ク事實ヲ究盡シ適當ノ判定ヲ下ス可キナリ

法



第三節 瘖啞

第八十二條ニ曰ク瘖啞者罪ヲ犯シタル時ハ其罪ヲ論セス但情狀ニ因リ五年ニ過キサル時間懲治場ニ留置スルヲ得ト即チ瘖啞者ハ彼ノ十二歳未滿ノ幼者等ト同シク一般ニ罪責ナシト爲シタルモノナリ

瘖啞者トハ單ニ其文字ニノミ依ルトキハ口言フコト能ハサル者ニ限ルカ如キモ法律ノ意ハ然ラス啞ニシテ聾ヲ兼ヌル者ヲ指ス即チ先天的又ハ後天的ノ原因ニ由リ聽音ノ官能ヲ失シ爲メニ發音ノ官能ヲモ失スルニ至リタル者是ナリ何カ故ニ瘖啞者ニ罪責ナシトスル乎學者皆曰ク耳聞クコト能ハス口言フコト能ハサル者ハ教育ヲ受ケサレハ事ノ是非善惡ヲ辨別スルノ知識ナキハ必然ナリ是レ罪責ナシト爲ス所以ナリト我立法者ノ意モ亦實ニ此ニ在リタルナラン然レトモ法文單ニ瘖啞者トアリテ草按ニ於ケルカ如ク生來又ハ幼稚ノ時ヨリ瘖啞ノ者トアラス故ニ十分教育ヲ受ケタル後疾病等ノタメ聾ト爲リ啞ト爲リタル者モ亦此語中ニ包含スルモノト謂ハサル可カラス隨テ此者ヲモ無罪者ト爲サ、ル可カラズ左レハ無教育ナリ無知識ナリトノ推定ハ必シモ常ニ的中ス

刑

法

刑

法

ルコトヲ望ミ難シ假ニ右ノ如キハ千百ノ一ニ居リ立法者之ヲ其眼中ニ置カザリシトスルモ生來又ハ幼稚ノ時ヨリ聾且ツ啞ナル者必シモ無教育ニ非ス曠近文明ノ諸國是等不具者ノ爲メニ特ニ學校ヲ設ケ以テ其知識ノ開發ヲ勉ム我國亦夙ニ盲啞學校ノ設アリ而シテ其啞生中文字ヲ解スルコト常人ト異ナラサルノミナラス往々文學ノ趣味ヲ會得シ和歌ヲ作ル者アルニ至レリ左レハ瘖啞者ヲ一般ニ無教育無知識ナリト推定シ不論罪ト爲シタルハ到底不當ノ規定タルヲ免カレス獨國法ノ如ク其行フタル事ノ罪ト爲ル可キコトヲ了解スルニ足ル可キ知識ヲ缺キタル瘖啞者ハ無罪トスト改ムルカ白國法ノ如ク十六歳以上ノ瘖啞者是非ノ辨別ナキトキハ無罪トスト改ムルカ又ハ佛國法ノ如ク知識ナキ者ハ無罪ナリトノ原則ノ支配ニ任セ別ニ瘖啞者ノ爲メニ規定ヲ爲スコトヲ止ムルカ孰レカ其一ニ從ヒ改正ヲ加フルヲ必要ナリトス然ルニ現行法ノ規定ヲ相當ナリトシ之カ維持ヲ勉ムル者アリ其說ニ曰ク瘖啞者ハ耳聞クコト能ハス口言フコト能ハス隨テ自ラ辯護ノ權利ヲ行フコトヲ得サルモノナリ自ラ辯護スルコトヲ得サル者ヲ被告人トセンカ裁判ハ必ス被告

刑

人ノ不利益ニ歸セシ乃チ無辜ヲ刑スルノ不幸ヲ見ルヤ必然ナリ故ニ寧ロ此ノ如キ者ヲ無罪責トシ以テ惡結果ヲ防止スルヲ可ナリトスト然レトモ瘡痍者果シテ知識ヲ有センカ或ハ書面ニ依リ或ハ通事ニ依リ以テ十分ニ辯護ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス辯護ノ難易等ハ手續上ノ問題ニシテ罪責有無ノ問題ニ關係ヲ有セス此說ノ採ルニ足ラサルハ深ク辯スルヲ要セサルナリ

第四節 強制

前三段ニ於テハ知識ヲ缺ク者ノ罪責ナキコトヲ說示シ了レリ因テ以下自由ヲ缺ク者モ亦無罪責ナル可キコトニ論及ス可シ

抑々人ノ自由ヲ缺クヤ必ス他方ニ之ヲ強制スルモノアルニ由ラスンハアラス而シテ其強制ニハ有形的ノモノアリ無形的ノモノアリ有形的強制ハ人ノ身體上ニ及ヒ無形的強制ハ人ノ心意上ニ及フ此強制ハ他人ノ所爲ヨリ來リ又ハ自然力ヨリ來ルモノトス

甲者アリ乙者ノ手ヲ執リテ丙者ヲ毆傷ス乙者元來膂力ニ乏シク甲者ノ暴力ニ抗拒スルコト能ハス已ムヲ得ス其爲スニ任セタリ此場合ニ於テハ外觀上乙者

法

刑

自ラ丙者ヲ毆傷スルニ相違ナキモ其實ハ乙者ハ甲者ノ器械ト爲リタルニ過キス乙者ハ毆傷ス可キヤ否ヤ二者其一ヲ擇フノ自由ナシ故ニ無罪責ト爲サ、ル可カラス是レ他人ノ所爲ヨリ來ル有形的強制ノ一例ナリ

瓦工アリ屋上ニ在テ其職ニ從事ス偶大風ニ吹飛ハサレテ地ニ墮チ通行人ニ負傷セシム瓦工ハ其通行人ノ頭上ニ墮チ爲メニ負傷セシムルコトヲ知ラサルニ非スト雖モ飛下ノ勢自ラ之ヲ制スルニ由ナク即チ爲不爲ノ自由ヲ缺クモノナレハ無罪責ト爲サ、ル可カラス是レ自然力ヨリ來ル有形的強制ノ一例ナリ監視ニ付セラレタル者規則ニ從ヒ謹慎ヲ表スル爲メ所轄警察署ニ出頭セントスルモ洪水ノ爲メニ支ヘラレテ其義務ヲ盡スコト能ハサル等不行犯ニ付テハ往々此種ノ強制ニ因リ當ニ爲スヘキコトヲ爲サ、ル者アル可シ一体ニ皆不論罪ト爲ス可シ

法

要スルニ有形的強制ハ人爲又ハ自然ヨリ來ル不可抗力ノ爲メ直接ニ身體ヲ強制セラレ爲不爲ノ自由ヲ失ヒタルモノナレハ本人ニ罪責ヲ負ハシム可キノ理ナク法律ノ明文ナキモ只無罪責タルコト明瞭ニシテ何人ト雖モ異論ヲ唱フル

者アラサル可シ而シテ此場合ニ於テハ強制者即チ直接ノ加害者ナレハ固ヨリ其責任ス可ク若シ強制ノ原因自然力ニ在ルトキハ被害者ノ不幸トシテ之ヲ吊スルノ外ナシトス

甲者アリ乙者ニ迫リテ曰ク汝丙者ヲ殺セ否ラサレハ汝カ身首立ロニ其處ヲ異ニセント乙者拒ムコト能ハス已ムヲ得スシテ其言ニ從フ此場合ニ於テハ乙者ハ爲不爲ノ自由ナキヲ以テ殺人ノ責ニ任セシム可キノ理ナシ是レ他人ノ所爲ヨリ來ル無形の強制ノ一例ナリ

颶風船ヲ覆シ乗客皆溺レントス此時ニ當リ甲乙二者一箇ノ板片ヲ發見シ各之ヲ擁シテ死ヲ免カレントス然レトモ其板片小ニシテ到底二人ヲ救フニ足ラス是ニ於テ乎甲者忽チ乙者ヲ排擠シ其板片ヲ奪フテ己レ獨リ免カレタリ此場合ニ於テハ乙者ノ死ハ實ニ甲者ノ致ス所ナリ然レトモ甲者爲不爲ノ自由アリテ乙者ヲ殺シタルニ非ス故ニ罪責ヲ負ハシメサルナリ是レ自然力ヨリ來ル無形の強制ノ一例ナリ

無形の強制ハ前例ノ如ク直接ニ人ノ身體ヲ強制スルコトナク唯其心意ヲ強制

刑

法

スルニ過キス即チ其身體ノ自由ヲ全ク失フコトナク第一例ノ場合ニ於テハ己レ甲者ニ殺サル、カ將タ丙者ヲ殺スカ二者其一ヲ擇フノ自由アリ又第二例ノ場合ニ於テモ己レ乙者ヲ排擠シテ獨リ免カル、カ將タ己レ溺死スルカ二者其一ヲ擇フノ自由アルニ似タリ是ヲ以テ學者或ハ之ヲ無罪責ト爲スコトヲ疑ヒ議論紛々タルヲ免カレス芬蘭土刑法ノ如キハ之ヲ無罪責ト爲シ又ハ有罪責ト爲スハ一ニ裁判官ノ判定ニ任シタリ是レ立法者自ラ疑フテ自ラ決スルコト能ハサルモノト謂フ可シ

刑

法

余ハ前例ノ場合ニ於テハ本人ニ自由ナク隨テ無罪責ト爲ス可キモノト確信ス元來危害ヲ去テ安全ニ就カントスルハ人ノ常情ニシテ又動物一般ノ天性ナリトス前例ノ場合ニ於テハ危害目前ニ迫ル之ヲ遁ル、ノ途ハ唯丙者ヲ殺シ乙者ヲ排擠スルノ一事アルノミ本人乃チ一般ノ性情ニ從ヒ此一事ヲ行ヒタルニ過キス初メヨリ二以上ノ事物アリテ其中ノ一ヲ擇ヒタルモノニ非ス或ハ我身ヲ殺スノ一事アリト言フモ我身ヲ殺スハ非常ノ事ニシテ法律ハ常人ニ向テ此非常ノ事ヲ以テ選擇ノ目的物中ニ置ク可シト命ス可キニ非ス道德上ヨリ論スレ

刑

ハ身ヲ殺シテ仁ヲ成スハ實ニ德行ノ最上ナルモノナル可シト雖モ這ハ是レ仁人君子ニ望ム可ク常人ニ對シ法律上之ヲ責ム可カラズ左レハ前例ノ場合ニ於テ法律ノ所謂ル自由ナシト論スルモ決シテ不當ニ非サル可シ假ニ一步ヲ讓リ選擇ノ自由アリトスルモ其自由タル痛ク制限セラレタルモノナレハ罪責負擔ノ原素ト爲スニ足ラス是レ無罪責論ヲ主張スル所以ナリ

無形の強制カ罪責免脱ノ原由ト爲ルニハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一、強制ノ偶然ニ出ルコト 換言スレハ本人強制ヲ受ク可キコトヲ豫知セズ又豫知スルコトヲ得サリシコト是ナリ若シ本人之ヲ豫知シ又ハ豫知スルコトヲ得ヘカリシトキハ縱令如何ナル強制ニ遇フモ罪責ヲ免カレシム可カラズ自ラ好シテ其強制ヲ招キタル者ハ其結果ニ付テ責任ヲ辞ス可キノ謂ハレナケレハナリ故ニ例ヘハ内亂ノ際好シテ敵兵群集ノ地ニ入り遂ニ強制セラレテ其補助ヲ爲スカ如キ又火災ノ際好奇心ニ驅ラレ必要ナキニ故ラニ炭煙中ニ投シ遂ニ生命ノ危難ヲ免カル、爲メ人ヲ火中ニ排擠シ死傷ニ致シタルカ如キ共ニ無罪責ト爲ス可カラズ

法

刑

第二、強制ヲ避クルノ手段ナキコト 故ニ甲者乙者ニ向ヒ丙者ヲ殺サ、レハ汝ヲ殺サント脅迫スルモ甲乙二者ノ間數歩ヲ隔テ而カモ甲者肥滿ニシテ行歩ニ艱ム場合ノ如キハ乙者疾走遁逃以テ其強制ヲ避クルコトヲ得ヘシ然ルニ乙者ノ所爲コ、ニ出テス遂ニ甲者ノ言ニ從フ乙者ハ罪責ナシト謂フ可カラズ

第三、危害確的ニシテ心上ニ畏懼ヲ感セシムルニ足ルコト 故ニ纖弱ナル少女空手偉丈夫ニ向ヒ此家ニ放火セサレハ汝ヲ殺サント言フカ如キ何人モ其危害ノ確的ナルコトヲ信シ又其偉丈夫爲メニ畏懼ノ念ヲ生スルナラント信スル者ナカル可シ然レトモ其少女ニシテ銃器ヲ携帯シ偉丈夫其言ニ從ハサレハ直チニ發射セントシ其決心顯然タル場合ノ如キハ偉丈夫ト雖モ畏懼ヲ感スルコトアル可シ此條件ニ付テハ裁判官タル者強制者被強制者雙方ノ性質體力年齢等及ヒ當時ノ狀況ニ就キ最モ綿密ナル觀察ヲ下スコトヲ必要トス

第四、危害大ニシテ被強制者カ行フ所ノ害ニ比シ大懸隔ナキコト 害ノ大小輕重ハ固ヨリ比較的ノ論ナリ豫メ一定スルコトヲ得ヘキモノニ非ス故ニ人ヲ殺サ、レハ汝ヲ毆打セント迫ルカ如キ毆打ノ害ハ殺人ノ害ヨリ輕小ナルニ似

法

刑

法

タリ然レトモ毆打ニ因テ死ニ致スコトアルヲ以テ必シモ彼此ヨリ輕小ナリト  
 斷定ス可カラス且ツ死ニ致サ、ルコト分明ナルモ廢篤疾ニ致スモ知ル可カラ  
 ス而シテ廢篤疾ハ終身ノ患ヲ爲スモノナレハ人ノ之ヲ忌ムコト死ヲ忌ムト殆  
 ト異ナル所ナシ故ニ毆打ヲ實行スルモ其害ノ極メテ小ナルコトヲ知リ得ヘキ  
 場合ハ格別其他ハ此條件ヲ具フルモノト認ムルヲ相當ナリトス  
 第五危害ノ目前ニ在ルコト 故ニ人ヲ殺サ、レハ明日汝ヲ殺サント言フカ  
 如キハ殺害切迫セス又明日ニ至ルマテニハ官私ノ保護ヲ求ムルコトヲ得ヘシ  
 決シテ自由ヲ失フニ至ラス是レ此條件ヲ要スル所以ナリ  
 以上ノ五條件ヲ具備スル上ハ本人ニ自由ナシト認メ無罪責ト爲サ、ル可カラ  
 ス然ルニコ、ニ一ニ疑問アリ第一ハ危害ノ他人ニ及フ可キ場合ハ仍ホ其本  
 人ニ及フ可キ場合ト同視ス可キ乎第二ハ危害ノ身體ニ及フニ非スシテ財産ニ  
 及フ可キ場合モ亦無罪責ト爲ス可キ乎ト云フモノ是ナリ此疑問ニ付テハ學說  
 未タ一致スルニ至ラス  
 右ノ疑問ニ付テハ余ハ共ニ無罪責論ヲ主張セント欲ス第一他人ト雖モ其親愛

刑

法

ノ情密切ニシテ其危害ヲ受クルハ我身ニ危害ヲ受クルト同一ノ感ヲ懷クモノ  
 ナキニ非ス孝子ニ向テ汝ノ父ヲ殺サント言ヒ慈父ニ向テ汝ノ兒ヲ殺ラント言  
 ヒ忠僕ニ向テ汝ノ主人ヲ害セント言フ其孝子慈父忠僕ノ心情果シテ如何ソヤ  
 必スヤ其危害ヲ防カントスルノ情我身ノ危害ヲ免カレントスルヨリモ切ナル  
 可シ果シテ然ラハ其心意ノ自由ヲ缺クコト己レ危害ニ遭遇シタル場合ト異ナ  
 ルコトナシ已ニ自由ヲ缺クモノトスル上ハ之ヲ無罪責ト爲ス可キヤ論ヲ俟タ  
 サルナリ第二財産ハ通例生命身體ノ下ニ在ルモ其所有者ヨリ觀レハ生命ニモ  
 易ヘ難シト思惟スルモノナシトセス一家ノ傳寶タル古器物古書畫又ハ祖先ノ  
 遺物ノ如キ是ナリ左レハ云々ノ事ヲ行ハサレハ其寶物ヲ毀棄セント追ラル、  
 ハ恰モ汝ヲ殺サント追ラル、カ如ク感シ心意ノ自由ヲ缺クニ至ル者ナシト斷  
 定ス可カラス苟クモ自由ヲ以テ犯罪構成ノ要素ト爲ス上ハ此ノ如キ者ニ罪責  
 アリト爲ス可カラサルヤ亦勿論ナリ要スルニ前掲ノ五條件ヲ具備スルト否ト  
 ニ從ヒ罪責ノ有無ヲ判定ス可ク害ヲ受ケントスル者ノ自己ナルト他人ナルト  
 又其害ノ及フ所生命ナルト身體ナルト財産ナルトヲ區別ス可キモノニ非ス法

理上當ニ然ラサルヲ得サル所ナリト確信ス  
我刑法ノ規定ハ果シテ前述ノ理論ニ適合スル乎此點甚タ疑ナキヲ得ス第七十五條ニハ

刑

「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タル所爲亦同シ」

法

トアリテ其第二項ハ自然力ヨリ來ル無形の強制ノ場合ヲ規定シタルコト明白ナルモ其第一項ハ單ニ抗拒ス可カラサル強制ト云フニ止マリ其如何ナル強制ヲ指シタルモノナル乎分明ナラス是レ實ニ疑ヲ容レサルヲ得サル所ナリ  
或ハ曰ク第一項ハ一般ノ原則ヲ示シ第二項ハ其適用ヲ示シタルモノナリト余ハ能ク可クンハ此解釋ニ從ハント欲ス然レトモ法文ノ上ニ就テ觀察ヲ下スニ到底此ノ如ク解釋スルコト能ハサルヲ奈何セン因テ余ハ成ル可ク不理不當ノ結果ヲ生スルコトナカラシメシカ爲メ左ノ解釋ヲ取ラン曰ク自然力ヨリ來ル無形の強制ハ第二項ノ規定ニ從ヒ其餘ノ強制ハ總テ第一項ノ規定ニ從フ可シ

刑

法

ト  
何カ故ニ自然力ヨリ來ル無形の強制ヲモ第一項ニ包含セシメスシテ特ニ第二項ニ之ヲ規定シタル乎是レ立法者此種ノ強制ニ制限ヲ付シ其自己又ハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出タルモノニ限リ無罪責トシ其他人(親屬以外)ノ身體ヲ防衛スル爲メ又ハ自己ニ屬スルト否トヲ問ハス財産上ノ害ヲ防衛スル爲メニシタルモノヲ有罪責ト爲サンカ爲メナリ蓋シ親屬ニ付テハ自然ノ愛情其間ニ存シ其身體生命ノ貴重ナル我身體生命ト相擇フ所ナキモノアルモ他人ハ之ト異ナリ其痛痒相關セサルヲ通例トス左レハ他人カ危害ニ迫ラル、モ我ニ於テ自由ヲ失フニ至ルコトアル可カラス且ツ同シク他人ナルニ其中ノ一人ヲ救ハンカ爲メ他ノ一人ヲ害スルカ如キハ其罪責ヲ免スルニ及ハスト認メ被強制者ノ自己又ハ親屬ナルコトヲ要シタルモノナラン又財産上ノ害ヲ防衛スルニ出タルモノヲ無罪責トスルトキハ破船ノ際我荷物ヲ積去ランカ爲メ他人ヲ端艇ヨリ排擠シ又ハ火災ノ際我財物ノ燒燬ヲ免カレンカ爲メ之ヲ他人ノ頭上ニ投下シ因テ死傷ヲ致スモ無罪ト爲ル可シトシ人々爭フテ此ノ如キ所爲ヲ行フニ至ル

ノ危険アルコトヲ免カレヌ故ニ寧ロ此危険ヲ避ケンカ爲メ身體上ノ害ヲ防衛スルニ出タルモノヲ例外ニ置キタルナラン

立法者ノ意固ヨリ善シ其顧慮スル所亦一理ナキニ非ス然レトモ罪責ノ有無ハ元來要素ノ具備スルト否トニ因テ決ス可シ苟クモ其要素ニ欠缺アラシカ之ヲ不論罪ト爲ス可シ防衛ノ目的トスル所自己又ハ親屬ノ身體ナルト他人ノ身體ナルト又財産ナルトヲ問フ可キモノニ非サルナリ今親屬ニ付テ之ヲ觀ルニ親屬中ニモ親疎アリ隨テ愛情ノ厚薄アルヲ免カレヌ其從兄弟姉妹ノ如キハ殆ト他人ト異ナラス否朋友ノ親シキニ及ハサルモノアラン況ヤ朋友以上ノ者ト比較スルニ其愛情ノ厚薄日ヲ同シフシテ論ス可カラサルモノアラン然ルニ從兄弟姉妹ノ急ヲ救フ爲メニスルトキハ罪ナク主人師友又ハ恩人等ノ急ヲ救フ爲メニスルモノハ當時眞實ニ自由ヲ失ヒタルモ刑罰ヲ免カルコト能ハス是レ果シテ法理ニ適スルモノナル乎又財産ニ付テモ前已ニ説述シタル如ク其貴重ナルコト我身體生命ニモ易ヘ難シト思惟スルモノナシトセス然ルニ一意其財産

刑

法

刑

法

ノ安全ヲ圖ルニ急ナルヨリ些少ノ害ヲ他人ニ加フルトキハ罰セラル而シテ其自由ヲ失ヒタルト否トヲ問ハス是レ亦法理ニ適シタルモノト謂フ可キ乎殊ニ第一項ノ規定中ニ人爲ヨリ來ル無形の強制ヲ包含セサレハ則チ已ム余カ解釋スル如ク此強制ヲモ包含スルモノトセンカ同シク無形の強制ナルモ其原因人爲ニ在レハ無罪責ト爲リ自然力ニ在レハ罪責アルヲ免カレサルコト、爲リ彼此ノ權衡大ニ其平ヲ失スルノ結果ヲ致ス何トナレハ第一項ハ將ニ危害ヲ受ケントスル者ノ親屬ナルト他人ナルトヲ問ハス又財産上ノ害ヲ例外ニ置カサレハナリ若シ人爲ヨリ來ル無形の強制ヲ第一項ノ規定中ニ包含セストセハ此不權衡ヲ致スコトナキモ然ルトキハ別ニ又一大不權衡ヲ生スルノミナラス大ニ法理ニ反スルニ至ル自然力ノ爲メ父母ノ生命危急ニ迫リタル場合ニ於テ其生命防衛ノ爲メニ人ヲ殺ストキハ無罪ト爲シ同シク父母ノ生命ヲ救フ爲メニ人ヲ殺スモ其危急ノ人爲ヨリ來ルトキハ罪責アリト爲サ、ルヲ得サレハナリ故ニ立法上ノ論トシテハ余ハ第二項ヲ削除シテ第一項ノミヲ存センコトヲ望マサルヲ得ス現行法ノ解釋トシテハ第二項ノ自然力ヨリ來ル無形の強制ニ關

スル制限的規定ナルコトヲ認メザルヲ得ス是レ前ニモ言ヘル如ク不當不理ノ結果ヲ生スルコトヲ成ル可ク減少セシメンカ爲メナリ

終ニ臨ンテ一疑問ヲ決セン饑餓ニ迫リテ人ノ飲食ヲ竊取シタル者ハ罪責アリヤ否ヤト云フモノ是ナリ此疑問ニ付テハ古來種々ノ議論アリ罪責ナシト論スル者ハ曰ク饑餓ニ迫リ將ニ死ニ瀕セントスル者ハ一意飲食ヲ思ヒ毫モ他ノ意思アルコトナシ即チ知覺精神ノ常ヲ失ヒタルモノナレハ無罪責ト爲スコシト罪責アリト論スル者ハ曰ク饑餓ハ自己ヨリ來リ外ヨリ來ラス而シテ法律ハ強制ノ原因外ヨリ來ルコトヲ要スルカ故ニ無罪責ト爲スコトヲ得スト前者ノ論ハ固ヨリ採ルニ足ラス本人果シテ知覺精神ヲ喪失センカ其故ヲ以テ無罪責ト爲スコキヤ論ヲ俟タスコニ疑問トスル所ノモノハ彼ニ在ラスシテ本人知覺精神ヲ喪失セサルモ其饑餓ニ迫ラル、ヲ以テ強制ニ遇ヒタルモノト同視スコキヤ否ヤノ點ニ在リ而シテ論者ハ此疑問ヲ決セス是レ採ルニ足ラスト言フ所以ナリ後者ノ論モ亦採ル可キモノナシ論者ハ饑餓ハ自己ヨリ來ルト言フモ余カ見ル所ハ之ニ反ス若シ夫レ美酒佳肴ノ口腹ヲ充テ可キモノアルニ拘ハラス

刑

法

刑

法

自ラ好ンテ之ヲ飲食セサル者アラシカ其饑餓ハ自己ヨリ來ルト言フモ可ナラシ然レトモ天下ノ人皆伯夷叔齊ニ非ス好ンテ饑餓ヲ招ク者アラシヤ故ニ一概ニ自己ヨリ來ルモノト斷言スコカラス或ハ水火ノ災ニ遇ヒ財産ノ全部ヲ失ヒ僅ニ身ヲ以テ免カレタル者或ハ羈旅ノ途中ニ在テ盜ニ遇ヒ衣服金錢ヲ奪ハレタル者數日ノ久シキ飲食ヲ得ルニ由ナク遂ニ餓死セントスル場合ニ臨ミ偶々人ノ飲食物ヲ携帶スルヲ見テ之ヲ奪ヒ又ハ飲食物ノ路上ニ遺失シアルヲ發見シ之ヲ拾得シテ以テ萬死ヲ免カル、カ如キ其饑餓ハ外ヨリ來リタルモノニ非ス又本人未タ自由ヲ失ハスト謂フ可キ乎余ハ確信ス此場合ノ如キハ其饑餓ハ前例ニ在テハ自然力ヨリ來リ後例ニ在テハ他人ノ所爲ヨリ來ル而シテ本人ハ自由ヲ失ヒ人ノ携帶物ヲ奪ヒ又ハ遺失物ヲ費消セサルヲ得サル場合ニ強制セラレタルモノナレハ無罪責ト爲サ、ル可カラス彼ノ破船ノ際他人ヲ海中ニ排擠シテ己レ獨リ免カル、場合ト毫モ異ナル所アラスト然レトモ水火ノ災又ハ盜難ニ遇ヒタル者ハ必ス常ニ自由ヲ失フモノナリト言フニ非ス唯是等意外ノ事故ニ遭遇シタル者百方救濟ノ途ヲ求メテ得ス途ニ餓



死ニ瀕スルニ至リ始メテ罪責ヲ免カル可シト言フニ過キス故ニ初メ災害ニ遭  
遇シタルモ恬然トシテ何事ヲモ爲サス徒ニ饑餓ノ迫ルヲ待チタル者ノ如キハ  
無罪責ト爲スノ限ニ在ラス況ヤ放蕩無賴ニシテ生業ヲ事トセス自ラ糊口ニ窮  
スルコトヲ致シタル者ニ於テヲヤ要スルニ是等ノ者ハ其危害ヲ豫知シ得ヘキ  
境遇ニ在テ前ノ總論中ニ掲ケタル五條件ノ一ヲ缺クモノナレハ決シテ其罪責  
ヲ免カル、コトヲ得サルモノトス

第五節 無意

智識自由ノ二要素カ犯罪ノ構成ニ缺ク可カラサルモノナルコトハ前二段ニ於  
テ説示シタルカ如シ然レトモ此二要素ノ具備スル上ハ必シモ犯罪ヲ構成スル  
モノト誤解ス可カラス犯罪ノ多數ハ此二要素ノ外尙ホ罪ヲ犯スノ意思アルコ  
トヲ必要トス第七十七條ニ罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セス但法律規則  
ニ於テ別ニ罪ヲ定メタル者ハ此限ニ在ラス「下」アリテ原則トシテ犯罪ノ意思ヲ  
一要素ト爲セリ

凡ソ人ノ或ル所爲ヲ行フヤ知覺精神ヲ喪失シタル場合ヲ除クノ外必ス其所爲

刑 法

刑

法

ヲ行フノ意思アリテ之ヲ行フモノナリ然ラハ則チ其所爲ヨリ生シタル結果ニ  
付テ完全ナル責任ヲ負ハシム可キ乎換言スレハ其結果ニシテ罪ト爲ル可キ事  
ナランニハ本人其罪ヲ犯スノ意思アリテ之ヲ行ヒタルモノト看做シ刑罰ヲ科  
スルコトヲ得ヘキ乎曰ク否本人其結果ヲ生セシメンコトヲ希望シ若クハ其結  
果ノ生ス可キコトヲ豫知シタルトキハ其意思其結果ト相連絡スルカ故ニ固ヨ  
リ犯罪ノ意思アルコト明ナルモ之ニ反スルトキハ其結果ハ其意思以外ニ於テ  
偶然ニ生シタルニ過キス決シテ其意思ト相連絡スルコトナシ即チ此場合ニ於  
テハ犯罪ノ意思アリト謂フ可カラス例ヘハ獵夫アリ鳥ヲ撃ント欲シテ發射シ  
タルニ彈丸鳥ニ中ラスシテ通行人ニ中リ因テ死傷ニ致シタリ獵夫ハ發射スル  
ノ意思アリテ發射シタルニ相違ナシ然レトモ此悲ム可キ結果ヲ生セシメンコ  
トヲ希望セサルノミナラス此結果ノ生スルコトヲモ豫知セス單ニ鳥ヲ撃ンコ  
トヲ希望シタルニ過キササルノミ故ニ意思アリテ人ヲ死傷ニ致シタル罪アリト  
爲スコトヲ得ス刑罰權ノ基礎ヨリ論スルモ獵夫ハ社會ヲ害シタルモ道德ニ背  
キタルコト殆ト之ナシ決シテ重大ナル罪責ヲ負ハシム可キモノニ非サルナリ

故ニ其過失ニ付テ制裁ヲ加フルハ格別意思アリテ罪ヲ犯シタルモノト論ス可  
カラス

犯罪ノ意思ニハ幾等ノ階級アリ學者ハ之ヲ四等ニ別テ通常ノ意思特別ノ意思  
最特別ノ意思及ヒ熟考上ノ意思ト爲ス

通常ノ意思トハ單ニ或ル事ヲ行ハントスルノ意思ニシテ此意思アレハ以テ或  
ル犯罪ヲ構成スルニ足ルモノヲ謂フ即チ社會若クハ他人ヲ害シ自己若クハ他  
人ヲ利センカ爲メニスルト否トヲ問ハサルノミナラス社會若クハ他人ノ利ヲ  
圖ルノ趣旨ニ出テ道德上嘉尙ス可キモノアル場合ト雖モ苟クモ其事ヲ行フノ  
意思アリテ之ヲ行ヒタルトキハ罪責ヲ免カル、コト能ハサルナリ

多クノ犯罪ハ通常ノ意思アルノミニテ成立ス公益ニ關スル罪ノ中靜謐ヲ害ス  
ル罪健康ヲ害スル罪風俗ヲ害スル罪ノ如キハ罪人ニ特別ノ意思アルコトヲ要  
セス例ヘハ多衆ヲ嘯聚シテ暴動ヲ爲スニ其意思官吏ニ抗抵スルニ在ルト又ハ  
其廢黜ヲ要請スルニ在ルト又ハ紛雜ニ乘シ私慾ヲ逞フセントスルニ在ルトヲ  
問ハス苟クモ暴動ヲ爲スノ意思アリテ之ヲ爲ス者ハ兇徒聚衆ノ罪アリト爲ス

刑

法

ノ類ナリ又身體財産ニ對スル罪ノ中謀殺毆打創傷等二三ノ犯罪ヲ除クノ外  
ハ單ニ其事ヲ行フノ意思アルヲ以テ足レリトス婦女自ラ墮胎スルハ養育ノ困  
難ヲ慮ルニ出ルモノアル可ク其醜行ヲ掩蔽シ名譽ヲ保持センカ爲メニスルモ  
ノモアル可ク又土地ノ惡風陋俗ニ從ヒ之ヲ行フモノアル可シ然レトモ法律ハ  
其意思ノ如何ニ依リ罪責ノ有無ヲ區別セス苟クモ墮胎スルノ意思アレハ以テ  
墮胎罪ヲ構成スルニ十分ナリト爲スノ類ナリ餘ハ推シテ知ル可シ

刑

法

右ニ反シ法律上犯人ニ特別ノ意思アルコトヲ要スル犯罪アリ貨幣印章又ハ文  
書ヲ偽造スル罪ノ如キハ單ニ眞物ニ模擬シタルモノヲ造ルノ意思アルノミニ  
テハ其罪成立セス眞物ノ如ク之ヲ使用セントスルノ意思アルコトヲ必要トス  
即チ偽造ノ意思アルニ非サレハ偽造ノ罪ナキモノトス是レ他ナシ詐僞ノ意思  
ナキ上ハ害ノ生スヘキ虞ナキノミナラス其眞物ヲ模造シタルハ一時ノ戲若ク  
ハ技術實驗ノ爲メニシテ不正ノ分子ヲ包含スルコトナケレハナリ又毆打創傷  
罪ノ如キモ單ニ人ヲ毆打シ身體ノ一部ニ傷クルノ意思アルノミニテハ十分ナ  
ラス人ニ苦痛ヲ與フルノ惡意アルコトヲ必要トス按摩手カ人ノ肩腰ヲ打チ醫

刑

法

師カ人ノ手足ヲ切斷スルカ如キ一ハ毆打ニシテ一ハ創傷ヲ負ハスニ相違ナキ  
 モ誰カ之ヲ有罪ノ所爲ト論スル者アラン是レ他ナシ按摩手醫師共ニ毫厘ノ惡  
 意ヲ有セス或ハ鬱血ヲ散シ或ハ疾病ヲ療スルノ方法トシ善良ノ意思ヲ以テ之  
 ヲ行フモノナレハナリ知ル可シ犯罪ノ中通常ノ意思ノミニテハ其罪成立セス  
 詐僞ノ意又ハ惡意等特別ノ意思アルコトヲ必要トスルモノアルコトヲ  
 又法律上或ル犯罪ヲ構成スルニハ最モ特別ナル意思アルコトヲ要スルモノア  
 リ故殺罪ノ如キ是ナリ今惡意ヲ以テ人ニ致命傷ヲ負ハシメ因テ死ニ致シタル  
 トキハ故殺罪成立ス可キ乎曰ク否初メヨリ殺意ナキ上ハ毆打致死罪ニ問フノ  
 外ナシ故殺罪アリトスルニハ惡意ト云ヘル特別ノ意思ニ一歩ヲ進メ殺意ト云  
 ヘル最特別ノ意思ナカル可カラズ若シ之ヲ欲クトキハ他ノ犯罪ヲ構成スルハ  
 格別故殺罪ハ決シテ成立スルコト能ハサルナリ  
 又熟考上ノ意思アルコトヲ要スル犯罪ハ此刑法中僅ニ謀殺アルノミ即チ此罪  
 ハ豫謀即チ熟考アリテ始メテ成立ス可ク熟考ニ出テサルモノハ故殺罪タルニ  
 過キサルナリ

刑

法

又犯罪タル可キ所爲ノ結果ニ就テ其犯罪ノ意思ヲ觀察スルニ特定ノ意思ト不  
 特定ノ意思ト偶然ニ委スル意思トノ區別アルヲ見ル可シ所謂ル特定ノ意思ト  
 ハ甲者ヲ殺サント欲シテ發銃シテ果シテ甲者ヲ殺スニ至ル等初メヨリ犯人ノ  
 意思特ニ一定セラレタルモノニシテ通常一般ノ場合ニ見ル所ナリ不特定ノ意  
 思トハ其所爲ヨリ種々ノ結果ヲ生ス可キコトヲ豫知スルモ初メヨリ其結果中  
 ノ一ヲ特定セス如何ナル結果ヲ生スルモ可ナリトシテ其所爲ヲ行フモノヲ指  
 ス群衆ニ向テ發銃シ其中ノ甲者ヲ殺シ又ハ乙者ニ負傷セシムルカ如キ是ナリ  
 偶然ニ委スル意思トハ一所爲ヲ行フニ當リ其目的以外害惡ノ或ハ生ス可キコ  
 トヲ豫知シナカラ其所爲ヲ行ヒ果シテ之カ爲メ他ノ害惡ヲ招致シタルモノニ  
 シテ人ノ現在スルコトヲ知テ其家屋ニ放火シ遂ニ其人ヲ燒死ニ至ラシムルカ  
 如キ是ナリ

特定ノ意思ニ付テハ其特定シタル害惡ニ付キ十分ノ責任ヲ負ハシメサル可カ  
 ラス前例甲者ヲ殺シタル場合ハ勿論意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ其目的ヲ遂  
 ケス縱ニ甲者ヲ創傷シタルニ止マル場合ト雖モ仍ホ謀故殺ノ罪アルコトヲ免

カレス決シテ單純ナル毆打創傷ヲ以テ論ス可キモノニ非ス犯人ノ意思ハ初メ  
 當リ彼ニ在テ此ニ在ラサレハナリ  
 不特定ノ意思ニ付テハ實際生シタル結果ニ付キ責任ヲ負ハシム可シ犯人ノ意  
 思中ニハ此結果ヲモ包含スレハナリ即チ前例甲者ヲ殺シタルトキハ殺人罪ア  
 リトシ乙者ニ負傷セシメタルトキハ毆打創傷罪アリトス然レモ其生シタル結  
 果以外ニ付テハ責任ヲ負ハシム可カラズ單ニ甲者一人ヲ殺シタルニ過サルニ  
 仍ホ乙丙以下群衆ノ全體ニ對シ殺人罪アリトスルハ意思ヲ缺キ且未タ生セサ  
 ル害惡ニ付キ責任ヲ負ハシムルモノニシテ法理ノ容認スル所ニ非サルナリ  
 『偶然ニ委スル意思ニ付テモ亦實際生シタル害惡ニ付テノミ責任ヲ負ハシム可  
 シ前例放火ノ爲メ居住者ヲ死ニ致ストキハ犯人此結果ヲ豫期セサルモ之ヲ豫  
 知シタルモノナレハ殺人ノ口實ヲ以テ其責任ヲ免カル、コト能スハ  
 借法律ハ第七十七條但書ニ明示シタルカ如ク意思ナクシテ行ヒタル所爲ト雖  
 モ例外トシテ之ヲ罰スルコトアリ過失殺傷失火其他違警罪ノ大部分ハ此例外  
 ニ屬ス之ヲ無意犯ト稱ス』

刑

法

刑

報

無意犯ニ付テハ法律ハ犯罪ノ意思アルコトヲ要セサルニ止マリ其意思ナキコ  
 トヲ必要トセス故ニ意思アリテ之ヲ犯スコトヲ得ヘキヤ勿論ナリトス但意思  
 アルカ爲メ別段ノ罪ヲ構成スル場合ハ固ヨリ此例ニ在ラス  
 無意犯ニ付テハ法律ハ本人ノ疎虞懈怠若クハ規則慣習ヲ遵守セサルコト即チ  
 過失ヲ責罰スルモノナレハ本人過失ナキコトヲ證明スルトキハ以テ其罪責ヲ  
 免カル、コトヲ得ヘシ有意犯ニ付テハ意思實ニ其犯罪構成ノ要素ナルカ故ニ  
 意思ナキコトノ證明確立スルトキハ亦其罪責ヲ免カル、コトヲ得ヘシ而シテ  
 此意思ナキコトヲ證明スル方法ハ恐クハ左ノ三條ノ外ニ出テサル可シ  
 第一、本人直接ニ犯罪ノ意思ナキコトヲ申立ル場合 例ヘハ文書偽造罪ノ公  
 訴ニ對シ本人毫モ詐僞ノ意思ナク全ク原作者ノ書風ヲ愛慕シ筆蹟ヲ學ハンカ  
 爲メニシタル旨ヲ主張シ其證據トシテ原作者ノ手ニ成レル書ヲ平生愛玩スル  
 事實ヲ申立ルカ如シ此場合ニ於テ事實其主張スル所ニ違ハスト認ムルトキハ  
 無罪ト爲サ、ル可カラス又謀故殺罪ノ公訴ニ對シ本人殺意ナキコトヲ證明シ  
 タルトキハ之ヲ謀故殺罪ニ問フ可カラサルハ勿論ナルモ其他人ヲ死ニ致シタ