

現行刑法原論

江木

10
3
30

035975-001-5

10-30

現行刑法原論

江木 衷 / 著

M25

BBP-0586

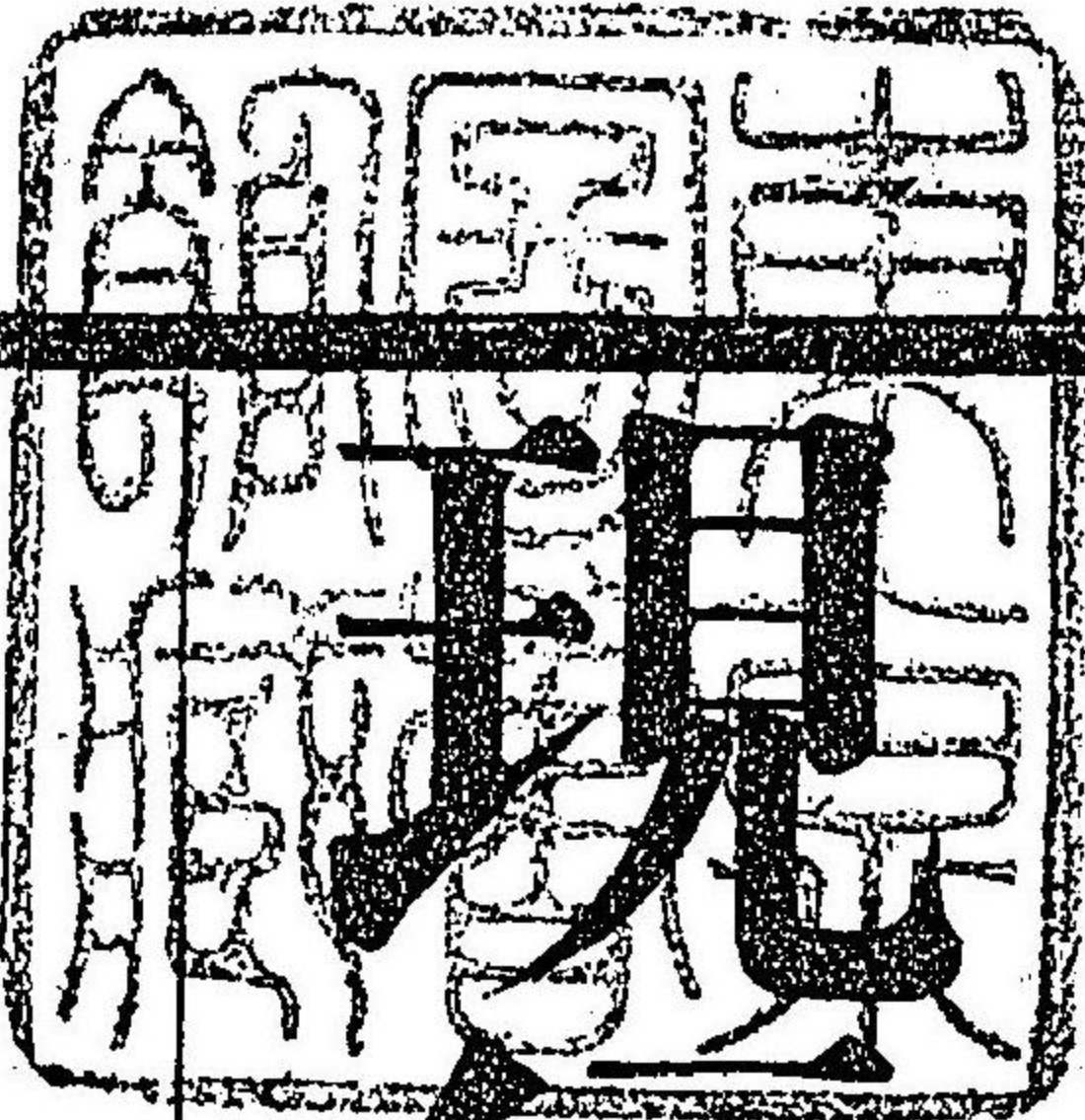


10
2
30

館書圖京東				
三	三	二	一	
	〇		〇	
冊	號	架	函	類 門

現行刑法原論

卷一



191534/100-

現
行
刑
法
原
論



即禧二十五年
門戶新刊

序

法律者治國之典則人世之常經也而非識達古今學究東西心境
淡然不置異同之嫌於其間者則不可以語法理矣方今學者各立
門戶黨同伐異是非紛々了不知所適從焉偏見私說相爭之極遂
至誤國家紊世道是爲近時斯學之通弊也曩我政府之頒刑法也
不出數日註釋義解紛然百出不遑指數而其說取諸佛國斟酌失
宜去取誤當其卓然可傳於世者蓋無幾耳當時余在于大學專攻
法學竊憾焉業成參事于司法鞅掌時務益覺有偏見私說混撓實
務者而滔々天下無敢議之者何哉蓋浸染之久鮑肆忘臭者歟於
是不自揣著刑法汎論及刑法各論以公諸世爾來重版四回然二

書急遽構思忽卒脫稿遺逸不亦尠近在劇職不得閒今茲春尾得疾入夏覺少佳乃援筆收錄前書所未盡者哀然成數篇名曰刑法原論庶幾有以攘斥乎時弊裨益於後學也哉明治二十五年八月江木衷撰

凡例五則

- 一 此書分ツテ三卷ト爲ス。第一卷ヲ緒論トシ、刑法ノ沿革淵源及ヒ主義ヲ論シ、第二卷ヲ汎論トシ、犯罪、刑罰、刑ノ適用及ヒ刑ノ消滅ニ就キ一般ノ原理ヲ論シ、第三卷ヲ各論トシ、各種ノ犯罪ニ就キ其ノ性質及ヒ相互ノ異同ヲ論ス。
- 一 此書ハ刑法ノ學理ヲ審明スルヲ主眼トシ、徒ニ法文ノ條項字句ニ拘泥シ又ハ實例比喩ノ引用ニ纏礙スルコトナシ、故ニ無數繁雜ノ問題ニシテ往々片言隻句ノ之ヲ裁斷スルモノアリ。初學ノ輩務メテ潛心熟讀センコトヲ要ス。
- 一 我刑法ヲ論述スルニ方リ、特ニ困難トスヘキモノニアリ。一ハ條項ノ有形的文學ニ富ミ、抽象的思想ニ乏シキト一ハ法術現在ノ斷例往々理論ト相背馳スルモノアルトニ在リ。著者ハ此等ノ場合ニ際シテハ先ツ學理的及ヒ抽象的ノ斷定ヲ下シ而シテ後條文及ヒ斷例ノ當否ニ論及セリ。
- 一 我國刑法ハ我國固有ノ刑法ナリ、固ヨリ異邦ノ實例理論ヲ以テ之ヲ解說スヘキ

ニアラス。然レトモ現行刑法ニ至テハ其ノ淵源ノ專ラ歐洲法典ニ存スルハ何人モ疑ナ容レサル所ナリ。然則歐洲大家ノ所説モ亦決シテ之ヲ度外ニ置クヘカラス。要ハ唯取捨其ノ宜シキヲ得ルニ在リ。佛國刑法ハ距今數十年ノ昔日ニ顯ハレ外形大ニ備ハル所アリ。當時歐洲諸邦ノ耳目ヲ驚カシタレトモ之ヲ今日ノ學理ニ照セハ業ニ既ニ陳説妄誕ニ屬セサルモノ幾ント罕ナリ。之ニ反シ獨逸刑法ハ近世ノ編纂ニ成リ學者概シテ理論ヲ根據トシテ之ヲ解説スルカ故ニ法理ノ高尙ニシテ且新奇ナルハ遙ニ他邦ニ傑出セリ。然レトモ施行日尙ホ淺ク經驗未タ足ラサル所アリ。往々架空ノ理論ニ陷ルノ弊ナキニアラス而シテ英國刑法ニ至テハ既往數百年來實際ノ必要アルニ應シ社會ノ進歩ニ伴ヒ老練着實能ク君民ノ信ヲ得タル名士カ司直ノ父トシテ其ノ職務ヲ履行シタル沿革事蹟ナリ。外形ノ驚クヘキナク理論ノ喜フヘキナシト雖復タ陳腐ノ偏見ヲ固守シ茫漠タル空理ニ失墜スルカ如キハ絶テ見ル能ハサル所ナリ。著者ノ用心一ニ茲ニ在リ。

一書中ニ挿入セル洋語ハ概シテ羅匈語ニ係ル。學術上ノ用語ハ羅匈語ヲ以テスルヲ學者ノ通規トスレハナリ。但シ傍訓トシテ施シタル假名字ニ係ルモノハ用語ノ意義ヲ明瞭ナラシメンカ爲メニセル英佛若クハ獨語トス。

明治二十五年八月

著者識

現行刑法原論目錄

○卷之一目錄

緒論

第一編 沿革法理

第一章 沿革總說

第二章 一般刑法沿革

第三章 日本刑法沿革

第二編 現行刑法ノ淵源

第一章 刑法諸法典

第二章 刑法諸主義

第三編 現行刑法ノ主義

一 一
一 四
一 〇
二 二
二 二
二 五
四 二

第一章 折衷主義 四二
 第二章 利益主義 四六
 第三章 加特力主義 四八

○卷之二目錄

汎論

第一編 犯罪 一
 第一章 犯罪ノ定義及區別 一
 第一節 犯罪ノ定義 一
 第二節 犯罪ノ種類 七
 第二章 犯罪ノ成立 一〇
 第一節 犯罪ノ主體、物體及手段 一一
 第一款 犯罪ノ主體 一一

第一段 犯罪ノ主體タルヲ得ヘキ者 一一
 第二段 主體タル犯罪者ノ能力 一三
 第三段 犯罪主體ノ不能力 一五
 第一項 瘋癲及幼者 一六
 第二項 白痴及瘖啞者 一九
 第三項 一時ノ智能ノ喪失ニ基ク不能力 二一
 第四項 不能力者ノ處分 二二
 第二款 犯罪ノ物體 二三
 第一段 犯罪物體ノ物理的能力 二三
 第二段 犯罪物體ノ法律上ノ能力 二四
 第三段 犯罪物體ノ法律上ノ不能 二六
 第一項 各個人ノ棄權ニ基ク不能 二六

第二項	國家ノ棄權ニ基ク不論罪	三二
第三項	不得已ニ出テタル所爲	三六
第四項	正當防衛ニ出テタル所爲	四四
第三款	犯罪ノ手段	四六
第二節	犯罪タル所爲	四九
第一款	所爲ト責任トノ關係	四九
第一段	所爲ト責任トノ關係ノ發生	四九
第二段	所爲ト責任トノ關係ノ消滅	五二
第三節	所爲ノ狀態	六五
第一段	總說	六五
第二段	犯意及過怠	六六
第一項	犯意	六六

第一	犯意總說	六六
第二	決心	六七
第三	故意	七〇
第四	目的	七三
第五	犯意ノ證明	七五
第二項	過怠	七六
第一	過怠總說	七六
第二	過怠ノ種類	七八
第三項	故意及過怠ノ併發	八〇
第三段	既遂犯及未遂犯	八三
第一項	既遂犯	八三
第二項	未遂犯	八四

第一	總說	八四
第二	豫備	八五
第三	執行ノ着手	八七
第四	未遂犯ノ種類	九一
第五	中止犯	九五
第四節	既遂犯及未遂犯ノ併發	九九
第三章	數人共犯	一〇〇
第一節	總說	一〇〇
第二節	正犯	一〇二
第三節	教唆	一〇五
第四節	從犯	一一四
第五節	共犯者ノ身分	一一九

第二編 刑罰

第一章	刑制	一一二
第二章	死刑	一二二
第一節	死刑ノ性質	一二六
第二節	死刑ノ執行	一二七
第三章	身體刑	一三〇
第四章	自由刑	一三二
第一節	主刑	一三二
第一款	自由刑ノ性質	一三三
第二款	自由刑ノ執行	一四〇
第三款	假出獄	一四二
第四款	放免囚處分	一四七

第二節	附加刑及其ノ執行	一四九
第五章	財産刑	一五四
第一節	主刑及其ノ執行	一五四
第二節	附加刑及其ノ執行	一五九
第六章	名譽刑	一七〇
第一節	名譽刑ノ性質	一七〇
第二節	剝奪公權及停止公權	一七二
第三節	治産禁	一八〇
第七章	刑期計算	一八一
第一節	刑期ノ定準	一八一
第二節	刑期ノ經過	一八二
第三節	刑期ノ起算	一八八

第三編	刑ノ適用	一九一
第一章	刑法典ノ體裁	一九一
第二章	刑法ノ管轄	一九三
第一節	時ニ關スル刑法ノ管轄	一九三
第一款	刑法ノ頒布	一九三
第二款	刑法ノ致反効	一九四
第三款	刑法ノ廢止	一九九
第二節	處ニ關スル刑法ノ管轄	二〇一
第一款	國內ニ於ケル刑法ノ管轄	二〇一
第二款	外國ニ於ケル刑法ノ管轄	二〇五
第三款	國外ニ於ケル刑法ノ管轄	二一二
第三節	人ニ關スル刑法ノ管轄	二一三

第一款	外國ノ君主及公使	二一三
第二款	治外法權	二一四
第一段	我國人ノ外國ニ於ケル治外法權	二一四
第二段	外國人ノ我國ニ於ケル治外法權	二一五
第四節	事ニ關スル刑法ノ管轄	二一八
第三章	刑ノ加重減輕	二二一
第一節	本刑	二二二
第二節	加減例	二二三
第一款	通則	二二三
第二款	重罪刑ノ加減	二二四
第三款	輕罪刑ノ加減	二二五
第四款	違警罪刑ノ加減	二二九

第五款	附加刑ノ加減	二三一
第三節	宥恕減輕	二三一
第四節	自首減輕	二三二
第五節	酌量減輕	二三六
第六節	再犯加重	二三六
第一款	再犯ノ意義	二三七
第二款	再犯ノ處分	二三八
第三款	執行順序	二四一
第七節	數罪俱發	二四二
第一款	一罪及數罪	二四二
第二款	數罪俱發處分	二四五
第一段	吸收主義	二四五

第二段	併科主義	二四七
第三段	折衷主義	二五〇
第八節	反覆罪處分	二五六
第九節	加減順序	二五九
第四編	刑ノ消滅	二六四
第一章	總說	二六四
第二章	犯人ノ死去	二六四
第三章	期滿免除	二六六
第一節	期滿免除ノ理由	二六七
第二節	期滿免除ノ期限	二六七
第三節	期限ノ起算點	二七一
第四章	恩典	二七二

第一節	總說	二七二
第二節	大赦	二七四
第三節	特赦	二七六
第四節	復權	二七七

○卷之三目錄

各論

第一編	犯罪ノ分類及區別	一
第一章	犯罪ノ分類	一
第二章	犯罪ノ區別	九
第二編 ^上	皇室ニ對スル罪	一
第一章	皇室ニ對スル犯罪ノ性質	一
第二章	皇室ニ對スル國事犯	一五

第三章 皇室ニ對スル常事犯	二〇
第二編 _下 國家ニ對スル罪	二四
第一款 國事犯	二四
第一章 國事犯ノ性質	二四
第二章 内亂ニ關スル罪	二八
第三章 外患ニ關スル罪	四〇
第二款 外國ニ對スル罪	四三
第三款 官權ノ執行ニ抗スル罪	四六
第一章 官吏ノ職務ヲ行フヲ妨害スル罪	四六
第一節 抗命ノ罪	四六
第二節 官吏侮辱ノ罪	五〇
第二章 囚徒逃走ノ罪	五四

第三章 罪人藏匿ノ罪	五八
第四章 附加刑ノ執行ヲ逃ル、罪	六三
第五章 官ノ封印ヲ破毀スルノ罪	六五
第四款 政權ノ執行ニ抗拒スル罪	六七
第一章 立法議會ノ議事ヲ妨害スル罪	六七
第二章 公選ノ投票ヲ偽ルノ罪	六八
第五款 官吏瀆職ノ罪	七〇
第一章 總說	七〇
第二章 官吏公益ヲ害スル罪	七二
第三章 官吏人民ニ對スル罪	七七
第四章 官吏財産ニ對スル罪	八五
第三編 社會ニ對スル罪	八七

第一款 社會ノ靜謐ヲ害スル罪	八七
第一章 兇徒聚衆ノ罪	八七
第二章 人ノ住所ヲ侵スル罪	九二
第三章 軍用ノ銃砲彈藥ヲ製造スル罪	九七
第二款 社會ノ危難ヲ釀成スルノ罪	九七
第一章 放火失火ノ罪	九七
第二章 決水ノ罪	一〇四
第三章 船舶ヲ覆没スル罪	一〇六
第四章 公共ノ健康ヲ害スル罪	一〇八
第五章 往來通信ヲ妨害スル罪	一一一
第三款 社會ノ營業ノ自由ヲ妨害スル罪	一一六
第四款 社會ノ公務ヲ怠ル罪	一二八

第五款 社會ノ信用ヲ害スル罪	一二〇
第一章 貨幣ヲ偽造スル罪	一二〇
第一節 貨幣偽造變造ノ罪	一二〇
第二節 偽造貨幣ヲ受取行使スルノ罪	一三一
第二章 文書偽造ノ罪	一三二
第三章 印章偽造ノ罪	一四三
第四章 免狀鑑札及疾病證書ヲ偽造スル罪	一四六
第五章 度量衡ヲ偽造スル罪	一四八
第六章 身分ヲ詐稱スル罪	一四九
第六款 社會ノ風儀ヲ紊ル罪	一五一
第一章 偽證ノ罪	一五一
第二章 誣告ノ罪	一五八

第三章 賭博犯及富籤興行ノ罪	一六三
第一節 賭博犯	一六三
第二節 富籤興行ノ罪	一六五
第四章 猥褻姦淫重婚ノ罪	一六七
第一節 猥褻ノ罪	一六七
第二節 姦淫ノ罪	一七一
第三節 重婚ノ罪	一七五
第七款 社會ノ信仰ヲ害スル罪	一七七
第一章 宗教ヲ蔑如スル罪	一七七
第二章 死屍ノ毀棄及墳墓發掘ノ罪	一七八
第四編 私人ニ對スル罪	一八二
第一款 生命ニ對スル罪	一八二

第一章 總說	一八二
第一節 殺人罪一般ノ性質	一八二
第二節 正當防衛	一八八
第三節 挑發	一九五
第二章 謀殺故殺ノ罪 △	一九七
第三章 決闘ノ罪	二〇五
第四章 自殺ニ關スル罪	二〇七
第五章 過失殺 △	二〇八
第六章 墮胎ノ罪	二一〇
第二款 身體ニ對スル罪	二一二
第一章 毆打創傷ノ罪 △	二一三
第二章 人ヲ疾苦セシムル罪 ○	二一八

第三款 自由ニ對スル罪	二二〇
第一章 強迫ノ罪	二二〇
第二章 逮捕監禁ノ罪	二二三
第三章 幼者老疾者ヲ遺棄スル罪	二三〇
第四章 畧取誘拐ノ罪	二三二
第四款 名譽ニ對スル罪	二三八
第五款 祖父母父母ニ對スル罪	二四八
第一章 祖父母父母ニ對スル通常罪	二四八
第二章 子孫奉養ヲ缺クノ罪	二四八
第六款 財産ニ對スル罪	二四九
第一章 竊盜ノ罪 △	二四九
第一節 竊盜ノ定義	二四九

第二節 竊盜既遂及未遂 △	二五七
第三節 竊盜ノ種類 △	二六〇
第一段 單純竊盜	二六〇
第二段 踰越盜及偽鍵盜	二六二
第三段 持兇器竊盜	二六五
第四段 際變竊盜	二六六
第五段 共同竊盜 △	二六七
第六段 田野盜	二六七
第七段 山林盜及海河盜	二六九
第八段 牛馬盜	二六九
第九段 親族相盜 △	二六九
第二章 受寄財産費消	二七〇

第三章 強盜ノ罪 △	二七四
第一節 強盜ノ定義	二七四
第二節 強盜ノ種類 △	二七七
第四章 詐僞取財ノ罪	二八二
第一節 詐僞罪ノ定義 △	二八二
第二節 詐僞罪ノ種類 △	二八九
第五章 家資分散ニ關スル罪	二九二
第六章 贓物ニ關スル罪 △	二九四
第七章 遺失物埋藏物ニ關スル罪	二九六
第一節 遺失物藏匿ノ罪	二九六
第二節 埋藏物隱匿ノ罪	三〇一
第八章 財産毀損ノ罪 △	三〇三

第五編 違警罪	三〇八
第一章 總說	三〇八
第二章 刑典中ノ違警罪	三一四
第三章 刑典以外ノ違警罪	三一八

現行刑法原論目錄畢

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ス而シテ天神ハ萬世不動嘗テ寸毫ノ變遷アルヘキモノニアラサレハ法教相混シテ二者一體ヲ爲スノ刑法モ亦發達進步スヘキ素因ナシ之ヲ沿革ナキノ刑法ト爲ス之ニ反シテ法教二者ヲ分離獨立セシメ刑法ヲ以テ或ハ復讐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スルモノニ在リテノミ始メテ其ノ發達進步ノ痕跡ヲ見ルヘシ之ヲ沿革アルハ刑法ト爲ス刑法ノ主義ニ關スル詳細ノ理論ニ至リテハ予ハ之ヲ後章ニ讓ルヘシト雖今マ此ノ復讐公益及ヒ正義ヲ以テ主義トスル刑法カ何故ニ發達進步ノ特性ヲ具備スルカヲ論定セサルヘカラス

〔第一〕復讐ハ己レノ損害セラレタル權利ヲ回復シテ自ラ其ノ感覺ヲ満足セント欲スル所ノモノ野蠻ノ風習タルヲ免カレスト雖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讐主義ノ刑法カ自ラ發達進步ノ素性ヲ有スル所以ナリ然レトモ私人ノ情慾ヲ滿タサントスルハ復

フオースタン
エリク氏著佛國
刑法第三號

讐ノ本性復讐トシテ施ス所ノ懲罰ハ往々過度ニ失シテ犯罪ノ度ト權衡ヲ得サルモノアルハ其ノ常ナリ故ニ國家カ私人復讐ノ權ヲ殺テ之ヲ國家ニ收攬スルヤ復讐主義ニ施スニ二様ノ制限ヲ以テセリ第一ナ反坐(Talion)ノ制度トス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ヘキモノト爲シ第二ナ贖罪ノ制度(Compositio)トス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テ贖罪金ノ多寡ヲ定ムヘキモノトセリ故ニ何レハ時代ヲ問ハス苟モ反坐贖罪ノ制度ヲ採用セル刑法アラハ其ノ刑法ハ即チ復讐主義ナルコトヲ證明シ得ヘク又發達進步スヘキ性質アル刑法タルコトヲ推知シ得ヘシ

〔第二〕公益ヲ以テ基本トセル刑法ニ於テハ犯罪ヲ以テ社會ノ利益ヲ害スルモノト爲シ刑罰ニ依リテ之ヲ賠償セシメ以テ一旦害セラレタル利益ヲ保全シ得ヘキモノト爲ス故ニ此主義ニ基キタル刑法ハ社會ト共ニ發達スヘキ性質ヲ具備スルコト明カナリ

〔第三〕ハ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モノハ即チ犯罪者タルカ故ニ國家ハ刑罰ヲ以テ之ニ應報スヘキモノトスルモノナリ。此主義ヲ採用セル刑法ハ素リ能ク刑罰ノ本性ヲ認メ得タルモノニシテ其ノ發達進歩シ得ヘキハ素リ當然ナリ

第二章 一般刑法沿革

前章ニ論述シタル所ノ原理ニ依リ刑法ノ沿革ヲ分ツテ上古中世近世ノ三期ニ區分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考究セム

〔上古〕所謂上古ノ世界ナルモノハ東ハ印度波斯及ヒ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。上古ニ於ケル刑法ノ沿革ナルモノハ則チ此等諸邦ニ於ケル刑法發達ノ事跡ナリ。太古ノ事遯乎トシテ詳ナラスト雖史家ノ證明スル所ニ依ルニ古來東西ノ刑法ハ大ニ其ノ主義ヲ異ニセリ。東、印度、波斯

マイエル氏著刑
法論第二〇葉
ペルテル氏著刑
法論第四四葉

等ノ刑法ハ全ク宗教ニ基キ法律ニ於テ嘗テ獨立シタル各個人アルコトヲ認メス。人民ヲ以テ天神ノ奴隸ト爲シ國家ヲ以テ宗教ノ機關ト爲ス。國家ノ元首ハ即チ宗教上ノ元首ニシテ教書ハ即チ法律ナリ。世界最古ノ法典タル印度「マニユ」ノ法律ハ天神ヨリ之ヲ授カリマホメツトノ教書タル「コーラン」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盡ク宗教中ニ吸入セラレテ共ニ獨立ノ痕跡ヲ留ムルコトナカリキ。之ニ反シテ西希臘羅馬等ニ於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。語ヲ換ヘテ之ヲ言ハ、東方ノ法律ハ天權(Jus divinum)ニ基キ西方ノ法律ハ人權(Jus humanum)ニ基ケリ。但シ希臘羅馬等ニ於テモ刑法最古ノ起源ニ至リテハ宗教上ノ信仰ニ發生シ萬種ノ犯罪ヲ盡ク天神ニ對スルモノトナシ刑罰ハ唯タ其ノ罪惡ヲ償フノ具タリシト雖久シカラスシテ全ク宗教ト法律トノ分離ヲ見ルニ至レリ。然ルニ東方ノ諸國ニ在リテハ嘗テ法律ヲ以テ宗教ヨリ分離セントス

ルノ思想ナク從テ毫末ノ發達進歩ヲ見ルコトナシ千百年ハ久シキ常ニ上古ノ狀態ニ靜止シテ刑法沿革上ニ其ノ跡ヲ絶テタリ是レ東西其ノ趣ヲ異ニセルノ要點ナリト雖西洋ノ諸國カ宗教ト法律トヲ分離シ法律ヲ以テ全ク人爲ノ管轄内ニ歸セシメタルノ事跡ニ至リテハ希臘ト羅馬トハ又大ニ其ノ趣ヲ異ニセルモノアルナリ希臘ノ法律ハ公權(Jus publicum)ヲ以テ其ノ基本トナシ羅馬ノ法律ハ私權(Jus privatum)ヲ以テ其ノ基本ト爲ス希臘ノ法律ニ於テハ國家アルヲ認メテ嘗テ私人アル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ヘキ事項モ希臘ニ於テハ盡ク之ヲ國法上ノ公權利公義務ナリトセリ試ニスバルタノ制度文物如何ヲ見ヨスバルタノ全國ハ一個ノ兵營ナリスバルタノ人民ハ此ノ兵營ニ在ルハ兵士ナリ人ヲ殺傷スルモハ國家ノ武器ヲ毀損スルハ故テ以テ之ヲ罰セリ一人ノ權利ヲ害スルカ故ニアラサルヘシ其ノ教育ノ如キモ亦此ノ銳利ナル武器ヲ製造スルハ方法タルニ過キサリシナリ故ニ希臘ノ法律ハ國家ノ存在ヲ認

ハ一氏著刑法提要第七一葉以下

ムルモ私人ノ存在ヲ認メサルモノニシテ東洋諸國カ宗教アルヲ認メテ私人アルヲ認メサル者ト其ノ趣ヲ同フセリ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共ニ之ヲ度外ニ置ケリ故ニ犯罪者ヲ處罰スルニモ其ノ犯罪タル所爲ノ大小ヨリ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ナシ之ニ反シテ苟モ惡意ノ存スル以上ハ未遂犯罪ト雖之ヲ既遂犯罪ト同一ノ刑ヲ科スルノ甚シキニ至レリ概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謂フ

〔中世〕中世ニ於テハ基督主義ト日耳曼主義トノ發生衝突ヲ以テ史上ノ一大觀トス

一、歐洲南方ニ起リ一、歐洲北方ニ起ル一、羅馬法王ニ密着シテ法王ヲ代表シ一、羅馬皇帝ト密接シテ國家ヲ代表ス此時ニ當リ願テ從來存在セル羅馬帝國ノ

舊世界ヲ望見スレハ公私ノ德義共ニ敗退シテ衰微ヲ極メタリ。基督日耳曼ニ主義ノ歐洲南北ニ振起セルヤ北狄南進シテ忽チ羅馬ノ城壁ヲ攻取シ盡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。然レトモ此ノ暗黒世界ハ再ヒ光輝ヲ發シテ歐洲全土ニ文化ノ發達進步ヲ醸成スヘキ一大段落ヲ成シ歐洲ノ發達進步ハ此ノ暗黒世界ニ掩ハレタル基督日耳曼ニ主義ノ抵觸鬭爭ニ起原シ其ノ協合一致ニ終局セリ。抑モ基督日耳曼ノ二主義タル其ノ相異ル所ハ已ニ前陳セル所ノ如クナレトモ法律ノ關係ヨリ之ヲ考察スレハ一ハ天權(Jus divinum)ヲ代表シ一ハ人權(Jus humanum)ヲ代表ス。故ニ史家ハ中世ヲ稱シテ天人兩立權(Jus utrumque)ノ時代ト謂フ。而シテ更ニ一步ヲ進メ之ヲ刑法ノ範圍ニ論及センニ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ナシ刑罰ヲ以テ此罪惡ノ心ヲ改良スルノ應報ト爲ス故ニ苟モ惡意アル犯罪ハ未ダ外形ニ顯出セサルモノト雖之ヲ處罰スルノ傾向ヲ有シタリ。然レトモ今日ノ理論ニ於テモ犯罪ニ惡意若クハ故意ア

ルヲ必要トスルノ原理並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ヲ以テ天神ノ命スル所トスルカ故ニ上君主ヨリ下奴僕ニ至ルマテ法律上萬民同等ノ權アリトスルノ原則ハ實ニ此主義ニ發生セリ。之ニ反シテ日耳曼主義ニ於テハ犯罪ヲ以テ全ク外形上ノ所爲トナ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ス。故ニ犯者ノ心意ノ如何ハ全ク之ヲ度外ニ置キ過失罪ヲ罰スルコト嚴ニシテ未遂犯ヲ罰スルコト極メテ寬ナルノ結果ヲ發生セシト雖外形ノ所爲ニ顯出シタルモノニアラサレハ犯罪トシテ之ヲ罰スルコト能ハストスル所ノ今日ノ原理ハ此主義ニ胚胎セリ。

〔近世〕前已ニ論シタル如ク中世ニ於テハ基督日耳曼ノ二主義ニ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相互ニ權力ヲ爭ヒ國家宗教兩者ノ大革命結了ノ時ニ至ルマテ兩者各々其ノ適當ノ範圍ナク教會ニシテ數々人事ノ裁判ニ干涉シ中世ニ於ケル法理ハ宗教法其ノ過半ヲ占メタリシカ

遂ニ近世ニ至リテハ罪刑ヲ論スルニ基督日耳曼兩主義ヲ折衷シテ二者ノ牴觸ヲ防シコトヲ得ルニ至レリ。但シ十七世紀以來ニ於テモ仍ホ舊主義ヲ固守スルモノナキニアラス。就中プロテスタント派ノ邦國ニ於テハ宗教偏執主義ノ一派アリ犯罪ヲ以テ天神ニ對スルノ所爲ト主張セルモノ甚ダ少カラサリシ。然ルニ之ニ繼テグロージアスホツブ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ヤフヒランゾエリ等專ラ理論ニ基キタル改進主義ノ論者ヲ輩出シ其ノ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論辯駁撃シテ其ノ理論ヲ上下セリ。然レトモ最近世ニ於テハ此二者モ亦相併行シテ必スモモ牴觸スヘキモノニアラサルコトヲ發見シ沿革ト理論トヲ併セテ共ニ刑法ノ眞理ヲ研究スヘキモノトスルニ至レリ。故ニ史家ハ近世ノ沿革ヲ稱シテ折衷主義ノ時代ト謂フ

第三章 日本刑法沿革

巴氏者刑法提要第五節乃至第六節

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論述セントスレトモ刑法ハ一般國家ノ制度ト並行スヘキモノナルヲ以テ日本ニハ日本固有ノ沿革アリ予ハ社會上政治上ノ變遷ニ從ヒ分ツテ之ヲ四期トナス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〕太古人民ノ思想ニ於テハ人類ハ其ノ性至善ニシテ決シテ罪惡ヲ犯スコト能ハサルモノトセリ。然レトモ現ニ罪惡ヲ犯シタルモノアルトキハ其ノ犯者ハ不幸ニモ禍神八十柱津日神及ヒ大柱津日神ノ誘引スル所トナリ身自ラ惡魔ニ化シテ先ツ人性ヲ變シタル後始メテ諸般ノ罪惡ヲ行フ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ナルトキハ忽チ善惡ヲ識別シ嘗テ犯シタル罪惡ヲ悔悟シ人性ノ良心ニ復歸シ得タルモノトセリ。故ニ當時ニ於テハ

日本書紀第一卷 第一五葉

犯罪ヲ以テ惡魔ノ所爲トシ刑罰ヲ以テ惡魔ヲ除去スル者ト思惟シタルカ故ニ未
 タ生命刑身體刑等ノ存在スルモノナカリシト雖、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財產ハ自ラ穢レタルモノト爲シ盡ク之ヲ水中就中
 河水ノ洄旋スル所即チ當時ノ人民カ禍神ノ宮門ト信シタル場所ニ投入シ以テ其
 ノ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。治罪上ニ於テモ亦同一ノ原則ニ基キタル手續
 チ用キ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
 テ判斷シ探湯ト稱スル法ヲ設ケ泥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有罪無罪ヲ判別ス
 ルノ標準トセリ。由是觀之日本太古ノ刑法ハ他ノ諸邦ト同シク宗教ト混同シ嘗テ
 其ハ區別ナキカ如シト雖、古代ハ法律中自ラ宗教ト分離シテ獨立ノ發達進步ヲナ
 スハ萌芽ヲ備ヘタルハ歷然トシテ掩フヘカラサルモノアリ。第一犯者ノ財產ヲ無

益ニ水中ニ投入スルハ一轉シテ之ヲ被害者ニ給付スルノ法トナリ再轉シテ
 損害賠償ノ思想ヲ起ス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
 ハ分離ヲ促スノ機會ヲ與ヘ第三刑事ト兵事ヲ混交シタルカ爲メ却ツテ刑罰ヲ宗
 教ヨリ分離シ之ヲ國家ノ事務トスルハ思想ヲ釀成スル等特ニ他邦ノ古法ニ優ル
 モハ甚々多シ。日本刑法ノ大家ト稱スヘキ源光國カ其ノ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毒類謂之國罪皆從其輕
 重徵致贖物爲善惡二種、中畧今所傳中臣禊詞即其遺事也、若其元惡大惡怙終罔悛則
 甲兵戮之、甲兵之事物部氏所掌而刑亦寓焉ト云ヘルハ簡ニシテ能ク我日本古代刑
 法ハ三大美質ヲ盡セルモノト謂フヘシ。今日ノ歐洲刑法學者中誰レカ能ク此大手
 腕ヲ有スルモノゾ。而シテ斯ク發達進步ノ特性ヲ備ヘタル我刑法ハ爾來駸々乎ト
 シテ進步シ來リ已ニ繼體天皇二十四年(西洋紀元五百三十年)ノ後ニ至リテハ嘗テ
 刑事ニ關シテ神ノ裁判アルヲ聞カス宗教ト法律トハ全ク分離シテ更ニ其ノ混同

ナク從テ生命刑身體刑財產刑等ヲ發生シ且ツ當時ノ法律ニ於テモ已ニ贖罪制度(Compositio)ヲ認メタルコトアルヲ以テ已ニ前章ニ論述シタル所ノ沿革法理ノ原則ヨリ之ヲ推究スルトキハ予ハ當時ノ刑法ヲ以テ復讐主義ニ基キタルモノト論定セサルヲ得ス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同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ノ性質ニ至リテハ全ク道德法タルヲ免レス其ノ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其ノ區域甚タ狹少ニシテ單ニ不忠不義ノ罪ヲ規定スルニ止マレリ更ニ降テ天智天皇ノ時(紀元六百六十二年)ニ及ンテ始メテ立法上ノ新面目ヲ開キ天皇鎌足ニ勅シテ古來ノ法典慣例ヲ蒐集シ一大法典ヲ編纂セシメタリ所謂近江朝ノ大寶律ナルモノ是レナリ嗚呼之ヲ歐洲ノ刑法沿革史ニ照サハ我刑法ノ發達進步ハ實ニ萬國ニ比例ナキヲ知ルヘシ而シテ此大寶律ナルモノハ後世ノ大寶律令編纂ノ一大基本タリシト

雖惜哉今日已ニ之ヲ亡失シ唯タ後世ノ法律ニ引用セル條項ヲ見テ僅カニ其ノ大體ヲ推知シ得ルニ過キサルナリ

(第二期)日本刑典中最モ有名ニシテ又最モ美ナルモノヲ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宗教道德立法ノ事等大ニ支那ノ文化ヲ輸入シタルヲ以テ此法典モ亦單ニ本邦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擬シタルモノアリト雖國家ノ體制要素ニ至リテハ毫モ我帝國固有ノ性質ニ損スル所ナキハ立法ノ要旨ヲ失ハサルモノト謂フヘシ而シテ此大寶ノ法典ハ律及ヒ令ノ二大部ニ區分セラレ律ハ禁令及ヒ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ノ詳ニ至リテハ之ヲ法典及ヒ其ノ註釋書ニ讓リ茲ニ之ヲ論述セサルヘシト雖其ノ立法ノ精神如何ニ至リテハ特ニ數言ノ批評ヲ下サルヘカテサルモノアリ

一、神祇ヲ尊敬スルハ古來ノ定例ニシテ亦我帝國ノ原規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。蓋シ我邦ニ於ケル神祇ハ即チ皇祖皇宗ノ神靈ニシテ万世一系ノ天皇ハ則チ顯世ニ於テ皇祖皇宗ヲ代表シ玉フモハタリ天皇ノ權利ノ神聖侵スヘカラサル臣民ノ義務トシテ皇室ニ忠ナラサルヘカラサル其ノ淵源皆ナ茲ニ存セリ。皇室ノ尊嚴ト忠君ノ美風トヲ以テ全ク敬神ノ氣風ニ基クモノトスル近世沿革法理學家ノ所說ハ獨リ我帝國ニ於テノミ其ノ適例ヲ見ルコトヲ得ン。耶蘇敎國ノ俗君主以外ニ至重至尊ナル基督アルヲ認メ博愛平等君臣尊卑ノ別ナキモノ豈ニ忠君ノ道ヲ知ラシ。異邦ノ蹟王室ノ系統繼承常ナキモノ豈ニ君權ノ神聖ヲ確認スルヲ得ン。

二、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リ。其ノ能ク君主國ノ刑法タルノ體裁ヲ備ヘ得タルハ現行刑法ノ遠ク及ハサル所ナリ。事ハ仍ホ後章ニ於テ詳述スル所アラシ。

三、高等官吏ヲ保護スルノ精神ハ特ニ大寶律ノ採用スル所ナリ。蓋シ大寶律令編纂ノ時代ハ藤原氏ノ盛時ニシテ滿朝ノ高等官ハ殆ト皆ナ藤原氏ニアラサルモノナカリキ。是ヲ以テ此法典ノ編纂者ナル藤原氏カ自ラ己レヲ保護セントスルノ傾向ヨリシテ一般朝廷ノ高等官吏ニ就テハ刑法上特別ノ保護ヲ與ヘタルハ明白ナリ。法律上萬民同等ノ原理ハ大寶律令ノ奉スル所ニアラサルモ亦之カ爲メナリ。

四、孝道ハ我家制社會ノ慣習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。現行刑法モ亦範ヲ歐洲ニ取リタルニ係ハラシ此遺風ヲ採用シタレトモ子孫ノ權利ヲ減殺スルノ甚シキニ至リテハ遠ク大寶律令ノ及ハサルモノアリ。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等ノ法ヲ用非サルカ如キハ或ハ酷ニ失スルノ嫌ナキ能ハサルナリ。

此他大寶律令ハ其ノ全體ニ於テハ實ニ完美ヲ極メタルモノニシテ刑罰ノ如キモ

纂ノ時代ハ藤原氏ノ盛時ニシテ滿朝ノ高等官ハ殆ト皆ナ藤原氏ニアラサルモノナカリキ。是ヲ以テ此法典ノ編纂者ナル藤原氏カ自ラ己レヲ保護セントスルノ傾向ヨリシテ一般朝廷ノ高等官吏ニ就テハ刑法上特別ノ保護ヲ與ヘタルハ明白ナリ。法律上萬民同等ノ原理ハ大寶律令ノ奉スル所ニアラサルモ亦之カ爲メナリ。

四、孝道ハ我家制社會ノ慣習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。現行刑法モ亦範ヲ歐洲ニ取リタルニ係ハラシ此遺風ヲ採用シタレトモ子孫ノ權利ヲ減殺スルノ甚シキニ至リテハ遠ク大寶律令ノ及ハサルモノアリ。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等ノ法ヲ用非サルカ如キハ或ハ酷ニ失スルノ嫌ナキ能ハサルナリ。

此他大寶律令ハ其ノ全體ニ於テハ實ニ完美ヲ極メタルモノニシテ刑罰ノ如キモ

亦敢テ野蠻殘酷ノ性質アルヲ見ス。此法典ヲ一讀セハ當時ノ文化ハ之ヲ當時ノ歐洲ニ比スレハ遙ニ數等ノ上ニ在ルヲ知ルヘシ。若シ當時ノ法典編纂委員タル藤原不比等ヲシテ歐洲當時ノ刑法ヲ評サシメハ必ス之ヲ以テ蠻族ノ刑法ナリト公言セシムルニ苦シム所ナカリシナルヘシ。然レトモ時勢ノ變遷ニ從ヒ藤原氏ノ權力漸ク衰頽シテ亂賊四方ニ蜂起シ法典全ク行ハレサルニ至リテヨリ源光國ノ所謂亂國重典ノ原則ニ依リ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ルハ脅嚇主義ニ基キ人民ヲシテ刑罰ノ恐ルヘキヲ知ラシメントスルノ趣アリシニ似タリ。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)ニ至リテ延喜格式ヲ發布セリ。然レトモ藤原氏ノ門閥政治全ク衰ヘ能ク此等ノ法律ヲ實行スルノ

任ニ堪ユルモノナク遂ニ戰國ノ時世ニ變遷シ武斷政治ノ發生ヲ見ルニ至レリ
 (第三期)藤原氏ノ權勢漸ク衰ヘテヨリ實權ハ常ニ將門ノ間ニ歸シ源平北條足利織田豐臣互ニ其ノ權力ヲ爭ヒ其ノ間小康ナキニアラサリシモ家康ノ一舉天下ヲ一統スルニ至ルマテ干戈相續キ殆ト寧歲ナキノ時期ナリシ。此間ニ於テモ大寶律令ハ尙ホ依然刑法ノ大本タリシト雖現ニ之カ實行ニ任スヘキ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テ之ヲ其ノ治下ニ行ヘリ。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)嚴酷ノ刑ヲ設ケテ當時ノ國家ヲ維持セント企テタリ。故ニ後醍醐天皇ノ如キハ決斷所ヲ置キ刑罰ノ峻酷ヲ救濟センコトヲ企テタレトモ遂ニ其ノ目的ヲ充分スルコト能ハサリシ。其ノ後建武十四年建武式目ノ發布ヲ見ルニ至リシカ應仁以後ニ至リテハ秩序全ク紊亂シテ復々刑典ノ見ルヘキモノナシ。抑モ封建戰國時代ニ於テハ諸侯各々相競フテ一大強國ヲ創設セ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此等ノ法律式目中ニ瞭然タリ故ニ當時ニ在リテハ刑罰ノ頗ル嚴酷ニシテ往々人性ニ戾ルモノアルニ關セス刑法ヲ以テ國家ヲ維持スル要具トスルノ思想ヲ養成シ恰モ古昔希臘ノ法律ト其ノ趣ヲ同フセルモノアルニ似タリ然レトモ降テ徳川氏ノ時世ニ及ン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マテ之ヲ其ノ治下ニ實行セリ其ノ編纂ノ體裁刑罰ノ方法治罪手續等ハ之ヲ法典ニ讓リ今茲ニ之ヲ畧スト雖徳川氏ノ世タル太平ハ久シキ自ラ戰國時代ノ法律ト其ノ趣ヲ異ニシ專ラ公ケノ秩序ヲ維持シテ邦家ノ平和徳川氏ノ長久ヲ保存セシコトヲ目的トシ各私人ノ自由及ヒ社會ノ發達進歩ニ至リテハ毫末ノ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歴然タリ大船ノ製造ヲ罰シテ外國トノ交通ヲ禁セルカ如キ亦其一例ナリ

〔第四期〕維新已來萬國ノ交通日一日ヨリ盛ニ彼此往來絡繹織ルカ如ク數百年間無事ノ天地ニ生死シテ社會進步ノ何物タルヲ知ラサルノ人民ヲシテ萬國ト其ノ優劣ヲ爭ハシムルニ至レリ此時ニ際シテハ治安主義ニ基キタル舊幕府ノ法典ハ時世ニ應スルニ足ラ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新シタリト雖此等ノ法典タル其ノ基ク所ハ大寶律令及ヒ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ヲ經過セリ此現行刑法タル多少本邦古來ノ習慣ヲ採用セルモノナキニアラサルモ我立法官ハ汎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ノ趣ヲ異ニスルハ勿論採擇其ノ當ヲ得スシテ學者ノ非難ヲ免レサルモノ頗多シト雖已ニ十數年ノ經驗ヲ積ミタル一法典ニシテ官民共ニ其ノ耳目ニ慣熟スル所ノモノタリ容易ニ其全体ノ構造ヲ變シ得ヘキニアラサレハ爾後單行ノ法律ヲ以テ修正ヲ加ヘタルモノ亦少ナカラス

第二篇 現行刑法ノ淵源

第一章 刑法諸法典

現行刑法ハ大ニ歐洲諸邦ノ法典ニ基キタルヲ以テ現行刑法ノ淵源ハ日本古代ノ刑法ヨリ寧ロ之ヲ歐洲ノ現行諸法典ニ求メサルヘカラス。左ニ現時ニ於ケル歐米ノ現行法典ヲ示ス

〔佛國〕佛國刑法典ハ刑制上及ヒ國事犯者處分上ニ就キ那破翁帝カ其ノ專制主義ヲ施サンカ爲メ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。但シ千八百三十二年四月廿八日ノ法律及ヒ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ノ全體ニ至リテハ依然タル現行法律ナリトス

〔英國〕英國ニ於テハ未タ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

ルツエンドル
フ氏著法學通論
第八八葉

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ン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タ之ヲ實行セス

〔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セリ千八百七十二一年一月一日ヨリ之ヲ實行ス

〔丁馬克〕デノマルクノ刑法ハ千八百六十六年二月十日ヨリ實行スル一大新法典ニシテ編纂ノ體裁條文ハ明晰及ヒ其ノ詳密ノ點ニ於テハ近世學者ノ最モ稱揚シテ措カサル所ナリトス

〔和蘭〕和蘭ニ於テハ近世マテ佛國法典ヲ採用シ來リシカ數年前即チ千八百八十一年ニ新刑法ヲ布キ今日之レヲ實行ス

〔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テ佛典ノ缺ヲ補ヒ未

遂、及、ヒ、共、犯、ノ、處、分、ニ、關、シ、テ、適、當、ノ、規、定、ヲ、設、ケ、刑、名、ヲ、單、簡、ニ、シ、テ、刑、罰、ノ、本、性、ヲ、確、認、セ、ル、等、頗、ル、學、者、ノ、非、難、ヲ、免、レ、タ、リ、

〔米國〕米國ニ於テハ各州各々其ノ刑法ヲ異ニシルイシヤナニウヨルクベシルバニ
ア及ヒマリーラントハ近世ニ於テ刑法典ヲ編纂シ就中ニウヨル州ニ於テハ千
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スカーテン刑法千八百四十二年ノノルウエー刑法千八
百七十年ノ西班牙改正刑法千八百五十二年ノ葡萄牙刑法千八百六十六年ノ魯國
刑法典等アリ何レモ近世ノ立法ニ出テタルモノタリト雖我カ立法官ハ此等ノ新
法典アルヲ認メ又歐米諸國ノ諸刑典ヲ參酌シタルコトヲ明示スルニ拘ハラスシ
但
和蘭新法典ハ佛譯ノ存スルモノアルヲ知ラサルカ爲メニ參
照ニ供スルコト能ハサリシコトハ草案者ノ明言スル所ナリ
鐵道電信等文明ノ利
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ント古代
法律ノ名義ヲ下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最モ

アンナ・エドワード
氏ボビエール
エンサイクロ
ペディア第四卷第一
八一葉
ホワイソン氏著
刑法哲學第一卷

進歩ノ甚シキ近世ノ學理ヲ以テ之ヲ照ラストキハ頗ル陳腐ニ屬シテ取ルニ足ラ
サルモノ甚タ少シトセサルナリ

第二章 刑法諸主義

前章ニ列記セル歐米諸法典ハ現行刑法ノ淵源ナレトモ其ノ淵源タル諸法典ニハ
概ネ一定セル刑法ノ主義ナルモノアリ其ノ主義タル頗ル數多ニシテ時勢ニ從ヒ
又各々其盛衰アリト雖今マ學理上此等ノ主義ヲ大別スルトキハ之ヲ三種ニ區分
スルコトヲ得ヘシアンナ・エドワード絕對主義相對主義及ヒコム・バイン折衷主義是ナリ。絕對主義ニ於テハ刑罰
ハ他ノ目的ヲ達スヘキ手段ニアラ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シ相對主義ニ於テハ刑法ハ他ノ目的
ヲ達スルハ手段ニシテ刑罰以外ニ其目的ヲ有スヘキモノトシ折衷主義ニ於テハ
右ノ兩主義ヲ協合シ刑罰ノ性質ハ犯罪必罰ノ正理ト他ノ目的ヲ達スヘキ手段ト
ヲ併有スヘキモノト爲ス。左ニ此等三種ノ主義ヲ説明セム

第一、絶對主義

絶對主義ハ國法上國家ノ觀念ヲ以テ左ノ二原則ニ基キタルモノトスルノ結果トス

一、國家ハ人類カ自ラ好ムテ隨意ニ作爲セル製造物ニアラス。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道義上ノ必要ニ出ツ。故ニ國家ハ決シテ各人各個カ自由ノ契約意思ニ依リ創立シタル商業會社ノ類ニアラス

二、斯ノ如ク國家ノ存在ハ道義上ノ必要ニ基クヘキモノナルヲ以テ國家ハ單ニ社會人民ノ利益其ノ他ノ目的ノ爲メニ存スルモノニアラス。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離レテ人類ノ天性タル道義上ノ必要ヲ充タスモノニ過キス。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アラス

國法上ニ認メタル右ノ二原則ヲ以テ刑法上ニ適用スルトキハ其ノ結果トシテ當然左ノ二原則ヲ生スヘシ

一、刑罰ノ施行ハ國家職務中ノ一部タルヘキヲ以テ刑罰モ亦國家ト等シク單ニ道義上ノ必要ニ基ク
二、刑罰ノ施行ハ決シテ一個人又ハ社會ノ利益其ノ他ノ目的ノ爲メニスル手段ニアラス。刑罰ハ刑罰以內ニ於テ刑罰自身ノ目的ヲ有スヘキモノニシテ犯罪必罰ノ正理ハ即チ刑罰權ノ基本ナリ

右ノ二原則ニ基キタル諸主義ハ皆絶對主義ノ範圍ニ屬スヘキモノナレトモ絶對派ノ諸主義モ亦分ツテ之ヲ治癒及ヒ反坐ノ二派トスルコトヲ得

(イ)治癒主義ヒリソン、セリリス 治癒主義ニ於テハ犯罪ヲ以テ一ノ疾病ト同視シ刑罰ハ單ニ此疾病ヲ治癒スルモノニ過キササルモノト爲ス。治癒主義中ニ又二派アリ第一ハ復舊主義レシジョンニシテキユツツ氏ノ主張スル所ナリ。此主義ニ於テハ刑罰ヲ以テ已ニ行ハレタル

ビンジンク氏著
刑法論第一八葉

フラング氏著
佛國刑法理論第二

犯罪ヲ舊體ニ復シテ犯罪ナキニ至ラシムルモノトス。第二ハ賠償主義ニシテク
イン、シユルツ諸氏ノ主張スル所ニ係ル。此主義ニ於テハ凡テ損害ヲ受ケタルモノ
ハ裁判所ニ於テ其ノ賠償ヲ得ルト同シク刑罰ハ犯罪ヲ賠償スヘク唯タ民事ニ於
テハ實物上ノ賠償ナルト刑事ニ於テハ無形的ノ賠償ナルトノ差異ノミトス。學者
往々此主義ヲ以テ相對主義中ニ列スレトモ固リ其ノ當ヲ得サルナリ

(ロ)反坐主義レタリエトシヨシヒカリ反坐主義ニ於テハ刑罰ハ犯罪ノ應報ニ過キスト爲ス。カント氏ノ如
キハ此主義中最モ有名ノ主張者タリ。氏ハ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天賦ノ本性ナリトシ國家ハ正義ニ反對シテ犯罪ヲ行フモノ
ハ即チ不正ノ所爲ヲ行フモノタルヲ以テ刑罰ヲ以テ之ニ報セサルヘカラサルモ
ハト論定セリ。然レトモ此反坐主義ノ論者中ニハ自ラ其ノ論趣ヲ異ニスルモノナ
キニアラス。ツアハリエー氏ノ如キハ全ク物格的觀察ニ依リ外形ニ顯ハレタル所
爲ノ結果ヨリ反坐主義ヲ説明シテ曰ク萬種ノ犯罪ハ悉ク他人ノ自由ヲ毀損スル

モノナルカ故ニ之ニ反坐スヘキ刑罰モ亦必ス自由刑ヲ用ヒ毀損セラレタル自由
ノ大小ニ從ヒ刑罰ノ輕重ヲ定ムヘシト。然レトモ斯ク全ク外形上ニ顯出シタル結
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アラサレハ論理ノ抵觸
ヲ免レサルニ至ルヘシ。之ニ反シテヘンケー氏ハ全ク主格的觀察ニ依リ犯罪ノ心
意上ヨリ刑罰ノ何者タルヲ論下シ刑罰ハ凡テ犯罪ノ惡意ヲ消滅セシムヘキモノ
ニシテ犯罪ノ惡意ニシテ消失スルコトアラハ刑罰モ亦茲ニ完了スヘキモノトセ
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苟モ惡意ノ
消失セサル限りハ之ニ重大ノ刑罰ヲ施スコトヲ得ルニ至ルヘシ。故ニ兩氏ノ説自
ラ偏倚スル所アルヲ免レズ。於是乎有名ナル哲學者ヘーゲル氏ハ一種ノ新説ヲ案
出シテ曰ク法律ハ社會一般ノ意思ハ表出ナリ各人特別ノ意思ハ此一般ノ意思ニ
勝ツコトヲ得ス所謂犯罪ナルモノハ各人特別ノ意思ヲ以テ形體上一時一般ノ意
思ヲ破ルモノニ過キス是以テ法律ハ此意思ヲ破ル者ヲ罰シ罪刑互ニ相殺シ各人

ハ私意ハ到底一般ノ意思ニ勝ツコト能ハサルハ實チ保全ス故ニ犯罪ハ法律ハ拒否 (Negation des reches) ニシテ刑罰ハ法律ハ拒否 (Die negation dieser negation des reches) 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ヘ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認メ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タ國家職務ノ一ニ過キサルヲ以テ刑罰ヲ設クルノ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ス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ヘキモノニシテ學理上古來七派ノ主義アルヲ認ムルコトヲ得ヘシ學者又或ハ此等ノ主義ヲ概稱シテ利益主義ト謂フ

ベルテル氏著刑
法論第二葉以
下
アンナンテ
氏ボビウラ
ンサイクロー
ア第イクロ
業四卷第一
一八

(イ)脅嚇主義 犯者ヲ罰シテ他ノ一般人民ヲ恐怖シ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犯罪ヲ公行シ嚴刑ヲ施スカ如キハ從テ生スヘキ結果タリ蓋シ此主義ハ犯者ヲ以テ一般ノ利益ニ供スヘキ器械ト爲スノミナラス此主義ニ基キタル刑法ハ實際其ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルヘシ何トナレハ若シ刑罰ニシテ嚴格ニ過クルコトアラハ一般ノ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

(ロ)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歸スルニアレトモ此主義ニ依ルトキハ到底改良スルコト能ハサル惡漢ニ對シテ刑罰ヲ施スノ必要ナカルヘシ又犯者ノ歸善ハ人々ニ於テ各々其ノ遲速アルヘキヲ以テ此主義ニ依リ刑法ヲ制定セントスル立法官ハ豫メ罪罰二者ノ權衡ヲ規定スルコト能ハサルヘシ

(ハ)防衛主義^{アラエニス} 此主義ハ國家ノ刑罰權ヲ以テ國家ノ正當防衛權ニ歸シ國家ハ刑罰ヲ以テ國家ニ危害ヲ加フルモノニ對シ己レヲ防衛スルノ權利アルヘキモノトナス。然レトモ刑罰ト防衛トハ全ク其ノ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ヘ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

(ニ)豫防主義^{アリベシヨシ} 豫防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ナリ。其ノ說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れアルヘキモノニシテ刑罰ハ又此ノ恐れヲ除去スルノ要具タラサルヘカラサルモノトナシ刑罰ヲ以テ國家ハ之ヲ豫防スルノ權アルヘキモノト論定セリ。然レトモ未來ノ犯罪ヲ豫防スルノ方策ハ已ニ行レタル犯罪ノ刑罰タルコトヲ得サルヘシ。若シ夫レ果シテ然リトセンカ或ル特種ナル情況ニ依リ決シテ再犯ノ恐れナキ場合ニ於テハ現ニ行ハレタル犯罪ト雖之ヲ不問ニ付セサルヲ得サルノ不

都合ヲ生スヘシ

(ホ)制心主義^{サイコソシカル、レストレイント} 制心主義ハ脅嚇主義ニ一步ヲ進メタルモノニ過キスト雖有名ナルフオイエルパツハ氏ノ主張スル所ニ係レリ。此主義ニ依レハ刑罰ノ苦痛ヲシテ犯罪ニ依リ得ラルヘキ利益ヨリ大ナラシメ人ヲシテ犯罪ヲ爲スノ心ヲ強制セントスルニ在リ。然レトモ此主義タル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ヲ比較スルモノニアラサルノ事實ヲ忘却シタル架空ノ一說ナリ實際上決シテ其ノ目的ヲ達シ得ヘキモノニアラサルナリ。然レトモ現ニ千八百十三年ノバ、リヤ刑法ハ此主義ニ基キタリ

(ヘ)警戒主義^{ワリニシツ} 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ニハ教育警察及ヒ刑罰ノ三手段ヲ用ヒ教育警察兩者ノ已ニ及ハサルモノニ對シテ刑罰ノ手段ヲ實行スルノ必要アルヘキモノトセリ。故ニ刑罰ハ脅嚇ノ性質ヲ有セサルヘ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

モノニ對シテ其ノ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爲スヘカラサルコトヲ警戒スヘキモノヲラサルヘカラストセリ。此主義モ亦脅嚇及ヒ制心ニ主義ニ對スル批難ヲ免レサルモノナリ

(ト)民約主義^{コンバクト} 民約主義ニ依レハ凡ソ人ニシテ社會ノ一員トナルヤ默諾ニ依テ社會ノ刑罰ヲ受クヘキ義務ヲ發生スヘキモノタルヲ以テ國家ハ此默諾ニ依リ刑罰執行ノ權ヲ有スヘキモノトセリ。然レトモ正理ニ反シタル契約ハ敢テ之ヲ履行スルノ義務ナキモノナルカ故ニ契約ノ有無ハ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說ヲ修正シテ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モノハ國家ハ其ノ契約ノ履行上直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タ犯罪者ヲ人類社會外ニ放逐スルノ大權ヲ有スヘシ。然レトモ人類ハ社會的ノ動物ナリ社會外ニ放逐セラル、ヨリ寧ロ甘シテ刑罰ヲ受

クルノ勝レニ若カス故ニ刑罰權ノ本原ハ民約ニ在リト。然レトモ今日ノ學理ニ於テハ決シテ斯ル契約ノ存在スヘキ所以ヲ認メス

第三、折衷主義

絶對主義カ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說ハ一理ナキニアラス。蓋シ國家ノ正義ハ單ニ利益ノ奴隸ニアラ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アラス。然レトモ又國家及ヒ法律ノ二者ハ人類ノ爲メニ存スヘキモノニシテ國家及ヒ法律ノ爲メニ人類ノ存スルモノニアラス。於是乎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說トナリ第一說ハ正義ハ、即チ、利益ナリト説キ第二說ハ正義ハ、許容スル區域内ニ於テ社會ノ利益ヲ保全スト云ヒ第三說ハ社會ノ利益ハ許ス限リニ於テ正義ヲ保全スト主唱セリ。第一說ハアツベツグ氏ノ採ル所ナリ

氏ノ論ニ曰ク刑罰ハ絶對主義ノ如ク正義ノ要求ニシテ犯罪必罪ノ應報タリト雖
犯罪ハ唯々其ノ所爲ノ大小ノ點ノミニ止マラス又其ノ惡意ノ大小ノ點ヨリ考察
セサルヘカラス犯罪ノ恐ルヘキハ管ニ犯罪タル外形ノ所爲ナルノミニ止マラス
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ノ罪ノ大ナルハ單ニ其
ノ外形ノ所爲ノミナラス其ノ罪惡ノ度ニ於テモ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罪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ヘシ故ニ正義ノ實行ハ同時ニ社會ノ目的タル利
益ヲ保全スト第二説ハウヰルトメルケル等ノ主張スル所ナリ其ノ論ニ曰ク凡ソ
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上ニ
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
心意ヲ改良シ併セテ他人ヲ脅嚇ス而シテ其ノ主格的ノ目的ハ家族學校及ヒ教會
之ヲ實行シ國家ハ唯々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ン、ロツシー諸氏之ヲ
主唱シ正義ト公益トノ二者ヲ以テ刑罰ノ目的トナシ苟モ社會ノ利益ヲ害セサル
限リハ刑罰ヲ施シテ社會ノ正義ヲ計圖スヘキモノ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謂ハサルヲ得ス
然ラハ則チ折衷主義ハ如何ナル原則ニ其ノ基礎ヲ定メ罪ト刑トヲ定ムヘキカ單
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タ以テ折衷主義
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
原理ヲ論述セム
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ハ基本ハ反坐ニ在リ故
ニ折衷主義ハ目的タル社會ノ利益若クハ改良脅嚇等ハ正義ハ範圍内ニ於テ之ヲ

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ム。

一、凡ソ有形物ノ性質上ノ存在ニシテ一定ノ分量ニ關係スルトキニ當リ、若シ其ノ
定量ニ過不及アルトキハ、全ク其ノ有形物質上ノ存在ナキニ至ルカ否ラサレハ
全ク他ノ性質ヲ備ヘタル有形物ニ變化スヘシ。設例ヘハ、水ノ性質上ノ存在ハ、温
度ノ分量ニ關係スルヲ以テ、若シ其ノ分量ヲ變スルトキハ、從テ其ノ流動性ヲ變
シ、氷若シクハ蒸氣ニ化スヘキハ、ヘーゲル氏カ論定スル所ナリ。此理ヲ推シテ、無
形の性質上ノ存在ニ及ホスモ亦然リ。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、其ノ少キニ過クレハ、吝嗇
ニ化シ、勇氣ナルモノモ、其ノ度ヲ超ユレハ、狂妄トナリ、遠慮ナルモノモ、其ノ度ヲ
失スレハ、卑怯トナル。故ニ正義モ亦其ノ定量ヲ有シ、刑罰ヲシテ、正當ナル反坐ノ
性質ヲ保全セシメ、メント欲セハ、刑罰ノ苦痛上一定ノ分量ナルヘカラス。反坐ハ
正義ハ、刑罰ノ性質ナリ、苦痛ハ、刑罰ノ分量ナリ。其ノ量ニシテ過多ナランカ、刑罰

ハ變シテ復讎トナルヘク、其ノ量ニシテ輕少ナランカ、刑罰ハ化シテ狗糞トナル
ヘシ。共ニ正義ニ適フモノニアラス。

二、斯ク一物ノ存在ハ有形タルト無形タルトヲ問ハス、苟モ其ノ定量ヲ變セサル以
上ハ決シテ其ノ性質ヲ變セサルモノタルヲ以テ、其ノ定量中ニ於テハ、自ラ自由
ノ加減ヲ爲スヘキ範圍アリ。即チ華氏ノ零度ヨリ三十二度ノ間ニ於テハ、水ハ依
然タル水タルヘク、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、此ノ範圍内ニ於ケル温度即チ分量ノ多少ハ毫モ其ノ物質ノ性質ヲ變スルモ
ノニアラス。又幾分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、吝嗇ニ陥ルヘキカ、敢テ確定ノ金額ヲ指示ス
ルコト能ハスト、雖人間普通ノ良心ニ於テ、其ノ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ナカシムルニ於テ、モ亦之ト同一理由ニ基キ、刑罰ノ性質

ハ、他クマテ反坐ヲサレハカサレモ刑罰ノ分量ニ至リテハ必ス其ノ範圍アリ最長點ト最下點トノ間ニ於テ自由ノ活動ヲ爲スヘキ餘地ヲ存ス。

三、故ニ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ノ程度ヲ斟酌シテ現ニ犯人ニ科スヘ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ヘキ刑期ヲ確定ス。設例ヘハ刑法ニ於テ竊盜犯ハ二月以上四年以下ノ重禁個ニ處スヘキモノト定メタルハ反坐ノ性質ヲ明示スル者ナリ。如何ナル竊盜犯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内ニ於テ流動性ヲ失ハサルト等シク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係リ社會ノ利益ヲ害スルコト大ナルモノアラハ法官ハ宜シク之ヲ罰スルニ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

微ニシテ社會ヲ害スルコト甚タ少ナキモノハ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欠ケル所ナキカ如シ
四、斯ク刑罪ノ分量ハ必ス其ノ範圍アルヘキモノタルヲ以テ改良脅嚇等其ノ社會ノ利益等ハ此範圍ニ於テ其ノ影響ヲ刑罰ノ分量上ニ及ホシ仍ホ刑罰ノ正義タル反坐ノ性質ヲ變スルコトナカラシムルコトヲ得

五、然レトモ社會ノ利益ハ反坐ノ性質ヲ害セサル限りニ於テ之ヲ計畫セサルヘ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ノ主義トセサルヘカラス死刑無期刑ノ如キ即チ是レナリ

第三編 現行刑法ノ主義

第一章 折衷主義

現行刑法ハ其ノ淵源ヲ古來ノ慣例法規ニ採リタルヨリ寧ロ之ヲ歐米ノ刑法典ニ採リタルハ前章ニ於テ論述シタル所ノ如シ然レトモ現行刑法ハ果シテ如何ナル主義ニ基キタルカ又其ノ新舊刑法ハ如何ナル關係ニ於テ其ノ大原則ヲ異ニスルカヲ論述セサレハ未タ我刑法全體ヲ考察シ得タルモノト謂フヘカラス予ハ章ヲ追ヒ刑罰權ニ關スル主義及ヒ國體上並ニ宗教上ノ三點ヨリ之ヲ觀察セン

我刑法起草者ハボ氏ナリ氏カ草案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折衷主義ノ眞義ヲ了解セサルニヤ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ヘキ所爲ヲ以テ犯罪トシテ之ニ刑罰ヲ科スヘキモノトセリ蓋シ此舊說タル互ニ相反對シテ共ニ協合スルコト

ヲ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爲シ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相互ノ協合一致ヲ缺キ其ノ結果ハ終ニ猫ニ非ス又虎ナラサルノ無主義タルニ歸スヘキノミ草案者ノ意見ニ依ルモ亦此二者ハ性質上共ニ對比スヘカラス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ナシ此說ノ適當ニ實行シ得ヘカラサル事實ヲ自認セリ草案者カ唱道セル折衷主義ノ根據ハ其ノ薄弱ナルコト斯ノ如ク其ノ曖昧タルコト斯ノ如シ若シ其ノ主義ニ從ヒ法典ヲ創定スルコトアリト假想セヨ罪ト刑トノ權衡ハ果シテ如何ナル標準ニ據リテ其ノ宜シキヲ得ンコトヲ望ムヘキヤ木ニ縁リテ魚ヲ求ムルノ類ナラン然レトモ強テ草案者ノ趣旨ヲ辯護セントスルモノ或ハ云ハン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ヘク道德ヲ害スルコト小ナルモノハ亦社會ヲ害スルノ度モ小ナルヘシト蓋シ此論タル昔日アツベツク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ス。何トナレハ此論旨ニ從ヘハ利益正義ハ同一物タルヘキヲ以テ折衷スヘ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。語ヲ換ヘテ之ヲ言ハ、ボ氏ノ維持セル折衷説ハ折衷ヲ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モノ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モノニアラス。然ルニ近世折衷主義ノ原理ハ罪刑ノ權衡ヲ保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ナ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在ルコトハ前章ニ於テ已ニ説明セル所ノ如シ。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又必スシモ然ラサルモノアリ。總則ニ於テ酌量減輕ノ法ヲ設ケ又再犯加重ノ法ヲ置キ萬種ノ犯罪ニ對シテ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暗殺シ刑罰ヲシテ反坐ノ性質ヲ失ハシメタルモノト謂ハサルヲ得ス。刑法第二百九十二條ニ豫メ謀

テ人ヲ殺シタルモノ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モノ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見上能ク反坐ノ性質範圍ヲ備フルカ如キモ他ニ酌量減輕ノ法アルコトヲ知ラハ取モ直サス謀殺罪ハ死刑無期徒刑若シハ有期徒刑ニ處スト云ヒ竊盜罪ハ一月以上二年以下若シハ四年以下ノ重禁錮ニ處スト云ヘルト同一ナリ。反坐ノ性質ヲ失ハサルモノト云フコトヲ得ヘキヤ。眼玉大ノ惡事ニ赤豆大以上白大以下ノ苦痛ヲ應報スルハ感ナキ能ハス再犯加重モ亦然リ。已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クルハ定量外ニ於テ社會ノ利益ヲ計畫スルモノアルニ似タリ。然レトモ現行刑法ノ全體ニ就テ考察スル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ク社會上ノ利益ヲ害スルノ程度ニ從ヒ之ヲ處スルニ死刑若クハ無期徒刑ノ重刑(設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ノ觀ナキニアラ
 ス。但シ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知ラス識ラス正義ノ範圍ヲ
 離ル、コト能ハカリシモノト謂フヘシ

第二章 利益主義

我カ刑法ノ起案者ハ共和國ノ平民ナリ君臣ノ名分臣子ノ本務ニ至リテハ豈ニ能
 クボ氏ノ辯スル所ナラシヤ。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ダ以テ君主國ノ刑法タル體面ヲ得タルモノト謂フヘ
 カラス。抑モ君主國ニ於ケル君主ハ立憲國ト專制國トヲ問ハス其ノ主權ヲ君主ノ
 一身ニ收攬スルモノナ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スルハ英獨等君主國刑法

ノ認ムル所ニシテ又我國古代法就中大寶律令等ノ確認スル所ナレトモ現行刑法
 ニ至テハ全ク此等ノ思想ヲ缺キ皇室ニ對スル罪ヲ以テ國事犯トスルコトヲ明定
 セス嘗テ君臣ノ名分ヲ正スコトナキハ予カ各論ニ詳述スル所ニ依リテ明々白々
 タラシ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。然レトモ我刑法起
 草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
 刑ハ法ヲ設ケ判事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ナル所ナカルヘシ。而シテ判官カ死刑若シハ徒刑ノ何レ
 ノ刑ニ處スルカハ該犯罪カ現ニ社會人民ノ利益ヲ害シタルノ大小ニ依ルヘキヲ
 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ハナルヘシ。ル一輩ノ民約說其ノ他

利益主義ハ能ク現行刑法ノ精神ヲ支配シ得タリト謂フヘシ噫

第三章 加特力主義

現行刑法ノ起草者ハ「カトリック」教旨ノ信徒ナリ。耶蘇基督ノ前ニハ萬民同一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。於是乎皇室及ヒ父母ニ對スル罪ヲ嚴罰スルモ其ノ名分ヲ失シ其ノ精神ヲ無ニスルコト已ニ前項ニ論述スル所ノ如シ。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支配スルニ「カトリック」教旨ノ法律ヲ以テスルニ至リテハ更ニ大ニ驚クヘキモノアリ。抑モ歐洲中世史中最モ著大ノ顯象ハ「カトリック」教派ト「プロテスタント」教派ノ鬭爭ナリシハ前章已ニ之ヲ論シタリ。此慘憺タル多年ノ鬭爭ハ遂ニ宗教自由ノ原理ニ其ノ局ヲ結ヒ佛、伊、白耳義等羅丁種族ノ邦國ハ概ネ「カトリック」主義ニ歸着シ英、佛、蘭等「ユートーニック」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ノ差異ヲ及ホシタルモノ甚ク少シトセス。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トスルモノナレハ宗教上ノ觀念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考察シ惡意ノ大小ヲ以テ刑罰ノ輕重ヲ量定スヘ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ハ邦國ニ於テハ單ニ犯罪ヲ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ヘキモノトセリ。現行刑法ノ如キハ其ノ制定ニ際シテ汎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ノ本體骨髓タリシモノハ「カトリック」教民ノ支配スル佛國刑法ナリ。草按起草ノ大任ヲ擔當セルモノハ「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ハ痕跡アルヘキハ蓋シ自然ノ結果ナリト云フヘシ。試ニ見ヨ現行刑法カ未遂犯罪ヲ處斷スルノ方法ヲ見ヨ。之ヲ既遂犯ト同視スル所ノ佛國刑法

ノ酷ニ達セサルモ既遂罪ノ刑ニ照シテ僅カニ一、等、又ハ二、等、ヲ減スルモノアルニ過キ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終局其ノ結果ヲ生セサルモノナリ人ノ生命ヲ絶テタル所爲ト人ヲ殺スノ意ヲ以テ己ノ手足ヲ動シ毫モ實害ヲ他人ニ加ヘサルモノト其ノ間單一、等、又ハ二、等、ノ差異アルニ過キサルヘキ乎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ナスニアラスンハ誰レカ能ク其ノ理由ヲ辯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ノ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ルモノタルヲ以テ全ク其ノ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罪者ノ歸善心ヲ賞スルモノアリトナスニアラスンハ誰レカ能ク此惑ヲ解カンヤ試ミニ見ヨ我刑法カ教唆者及ヒ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教唆者ヲ以テ正犯ト同一ノ刑ニ處シ從犯ハ正犯ノ

刑ニ照シテ僅ニ一、等、ヲ減スルノ差アルノミ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モノニアラス從犯ハ唯正犯ノ罪ヲ犯スコトヲ知リテ其ノ豫備タル所爲ヲ幫助スルモノハ毫モ犯罪タル所爲自身ニ加功セシモノニアラス然ルニ其ノ刑ノ此ノ如クナルハ是レ宗教上ノ思想ヲ以テ犯罪者ノ惡意ヲ責ルニ嚴ニシテ外形上ノ形跡ヲ問フノ寬ナルモノト謂ハサルヲ得ス試ミニ見ヨ其ノ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ノ真意ヲ解スルニ難キヲ而シテ我刑法ニ於ケル這般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本邦古來ノ法律ヨリ遺傳シ來レルモノニアラサルナリ試ミニ眼ヲ轉シテ僅々數年前迄我帝國ノ人民ヲ支配シタル新律綱領等ヲ見ヨ謀殺既遂ヲ罰スルニ死ヲ以テスルモ其ノ從犯ニ至リテハ流、三、等、ヲ止メ人ヲ傷スルニ至ラサル未遂犯ハ徒、三、年、其ノ從犯ハ杖、一、百、ニ過キサル等各罪ニ就キ犯罪ノ形跡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ヘキ洪大ノ總則ヲ設クルコトナケレハ廢篤疾ニ至ルヘ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ナシ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ハ趣ヲ同フスルモノアリ。蓋シ我立法官ハ特ニ加特力教旨ヲ以テ我刑法ヲ編纂スルノ意ナカリシヤ素ヨリ明白疑ナシト雖不知不識ノ間ニ於テ我帝國臣民ヲ擧テ遂ニ加特力教旨ノ拘束スル所トナラシメタリ。八万四千ノ光明モ亦之ヲ照スノ勢ナク科戸ノ神ノ神風モ亦之ヲ拂フノ力ナシ

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關ハラス罪刑二者ノ權衡ヲシテ其ノ平ヲ得セシムルカ如キ重要事項ニ就テハ遠ク現行刑法ノ及ハサルモノアルヲ知ルヘシ況ンヤ大寶律令ノ如キニ至リテハ眞ニ萬國ニ對シテ其ノ美ヲ誇稱スルニ足ルモノタルニ係ハラヌ今ヤ誤謬ノ

折衷論ト民約說ト加特力教旨トヲ以テ悉ク我國固有ノ美質ヲ打破シ了レリ。夫ノ歐米ノ人士カ現行刑法ヲ以テ文明邦國ノ法典トシテ稱揚スルカ如キハ日本ヲ以テ野蠻未開ノ邦國トナシ是非ノ標準ヲ卑巽スルニ由レリ。我刑法ノ沿革ヲ知リ又歐米ノ法ニ通スルモノ誰レカ能ク之ヲ肯センヤ

現行刑法原論卷之一畢

10
3
30

