



明治二十六年所求



明治二十六年四月

坂口理事寄附

刑法(汎論)ノ部目録

刑法學ノ概念

刑法沿革史

國家刑罰權ノ主義

- 第一 絕對主義
- 第二 相對主義
- 第三 折衷主義

犯罪ノ主體タルヘキ者

犯罪ノ物體

各人各個ノ棄權ニ基ク不論罪
 國家ノ棄權ニ基ク不論罪



刑法汎論 目録

一	九	二	三	三	四	五	六	七	七
丁	丁	丁	丁	丁	丁	丁	丁	丁	丁



不得已ニ出テタル所爲

正當防禦ニ出テタル所爲

犯罪ノ手段

犯罪ノ所爲

所爲ノ結果

所爲ノ情態

犯意

第一 決心

第二 故意

第三 目的

過怠

故意ト過怠トノ混合

八二丁

八八丁

九〇丁

九三丁

一〇七丁

一一〇丁

同丁

一一二丁

一一七丁

一一九丁

一二一丁

一二四丁

已遂犯

未遂犯

未遂犯罪ノ種類

已遂犯ト未遂犯トノ混交セル場合

數人共犯

正犯

教唆犯

從犯

共犯者身分上ノ關係

刑罰ノ制度

假出獄

一二六丁

一二七丁

一三五丁

一四七丁

一四九丁

一五二丁

一五六丁

一六三丁

一六七丁

一六九丁

一九一丁

附加ノ自由刑

財産刑

附加ノ財産刑

名譽刑

停止公權

禁止產

刑期計算

刑期起算點

刑ノ適用及消滅

時ニ關スル刑法ノ効力

刑法ノ致反効

四

一九六丁

二〇一丁

二〇四丁

二一九丁

同

二二〇丁

二二二丁

二二五丁

二二六丁

二二七丁

六十

六十一

土地ニ關スル刑法ノ管轄

内國ニ於ケル刑法ノ管轄

外國ニ於ケル刑法ノ管轄

國外ニ於ケル刑法ノ管轄

人ニ關スル刑法ノ管轄

一外國ノ君主及公使

二治外法權

日本人ノ外國ニ於テ有スル治外法權

外國人ノ日本ニ於テ有スル治外法權

事ニ關スル刑法ノ管轄

刑ノ加重減輕

本刑

二三二丁

二三三丁

同

二四〇丁

二四一丁

同

二四二丁

二四三丁

二四四丁

二四八丁

二五一丁

二五二丁

五

加減例

重罪刑ノ加減

輕罪刑ノ加減

違警罪刑ノ加減

附加刑ノ加減

宥恕減輕

自首減輕

酌量減輕

再犯加重

再犯ノ意義

再犯處分

數罪俱發

二五四丁

二五五丁

二五六丁

二六四丁

二六六丁

二六八丁

二七〇丁

二七六丁

二七七丁

同丁

二七九丁

二八四丁

一罪、數罪

數罪俱發處分

第一吸收主義

第二併科主義

第三折衷主義

反覆罪

加減順序

刑ノ消滅

總說

犯人ノ死去

期滿免除

期滿免除ノ理由

二八五丁

二八七丁

同丁

二九〇丁

二九三丁

二九八丁

三〇五丁

三〇七丁

同丁

三〇八丁

三一丁

同丁

期滿免除ノ期限
期限ノ起算點

恩典

總說
大赦
特赦
復權

八

三一五丁

三二〇丁

同丁

三二一丁

三二四丁

三二七丁

三二九丁

刑法汎論目錄 終

六十四

刑法(汎論之部)

法學士 江 木 衷講義

校 友 芳賀重太郎筆記

第一回

余ハ今學年モ復タ日本刑法ノ講義ヲ負擔スルコト、ナリシガ直チニ日本刑法ノ規定ニ付講義スル前ニ先ツ刑法一般ノ概念ハ如何ノ刑法ノ發達進歩ハ如何ン又タ刑罰權ノ起源ハ如何ノ問題ニ付キ小シク日時ヲ費シテ講述スル所アラント欲ス

刑法學ノ概念

刑法

三十一

抑モ刑法學ト云フ以上ハ單ニ日本刑法ノ明文ヲ朗讀シ正條ヲ解釋スルノミチ
以テ未タ其目的ヲ達シタリト云フ可カラス須ラク學術的ニ刑法ノ法理原則ヲ
研究セサル可カラサルナリ然レモ其刑法ノ法理ヲ說キ原則ヲ講スルハ素ト法
理學ヲ研究スルノ目的ニ非レハ敢テ奇論妙說ヲ唱ヘテ机上ノ空論ヲナスモノ
ニ非ス必スヤ一ノ制定法ヲ基トシテ刑法ノ法理原則ヲ研究セサル可カラス故
ニ刑法學ナルモノハ刑法ノ明文正條ノミチ講義スルモノニ非ス其法理原則即
チ立法論ヲモ亦タ刑法學ノ範圍内ナルコトヲ記臆セサル可カラス是レ刑法學
ハ管タニ裁判官若クハ代言人ニ必要ナルノミナラス併セテ立法官ニモ亦タ必
要ナル所以ナリ果シテ然ラハ刑法學ノ範圍ハ實ニ廣大ナルモノニシテ管タニ
成文法ノ解釋ノミニ止マラス立法論モ包含スルモノナレハ苟モ刑法學ヲ研究
セントスル人ハ歴史學、心理學、社會學、道德學、化學、物理學等諸般ノ學術ヲ學ハサ
ル可カラズ然レトモ既ニ立法ノ時代ヲ去リテ一ノ成文法ヲ制定サレタル以上
ハ立法論ハ最早過去ノモノトナレハ餘リ必要ニハ非スシテ却テ解釋法分拆法
コソ必要トナルヘキナリ故ニ余カ日本刑法ヲ講義スル方法ハ敢テ文章ニ拘泥

シ字句ニ局束スル如キ方法ニ倣ハス專ラ法理ニヨリテ成條ヲ解釋セント欲ス
然レモ社會ノ進歩ト法律ノ發達トハ相隨伴スル能ハサルハ自然ノ道理ナレハ
假令ヒ刑法ヲ制定シタル當時ハ完全無缺ノ金科玉條ト雖モ今日ヨリ見レハ不
完全ノ点アルヤ明カナリ而シテ其法條ノ正否曲直ヲ論究スルニハ單ニ解釋法ノ
ミニテハ之ヲ判定スルコトヲ得ス須ク立法論ノ力ヲ籍リテ之ヲ論究セサル可
カラサルナリ依テ余ハ日本刑法ノ明文正條ヲ講義スルニ當リ法理ニ照シテ不
條理不完全ノ点アルトキハ立法上ヨリ一々之ヲ論斷シ其他ハ總テ理論上ヨリ
日本刑法ヲ解釋セント欲スル也
是レヨリ尙ホ刑法學ノ範圍ヲ一層詳細ニセンカ爲メ刑法ノ位地及ヒ諸他法律
トノ關係如何ヲ論センニ凡ソ刑法カ犯罪人ニ刑罰ヲ加フル所以ノモノハ敢テ
一私人ノ權利ヲ保護スルカ爲メニ非ス全ク社會ノ公益ヲ保維スルカ爲メナリ
從テ其刑罰權ハ國家カ執行スルモノナレハ刑法ノ位地ハ法律ノ部門中公法ノ
一部分ナルコトハ明カナリ既ニ刑法ヲ公法ノ一部分ト見做ス以上ハ此刑法ト
諸他法律トノ關係如何ヲ觀察スルハ實ニ必要ナリトス

第一行政法ト刑法トノ關係 總テ刑罰權ハ行政權ノ一部ナレハ刑法モ亦タ行政法ノ一部分タルニ相違ナキナリ故ニ總テ國家カ行政ヲナスノ權力ヲ實行スル行政法中ニモ刑法ト同一ノ事柄ニ付キ制裁ヲ加フルコトアリ又タ別法中ニモ其實行政法ニ屬ス可キ事柄ニ制裁ヲ加フルモノアリ

第二警察權ト刑法トノ關係 國家ノ行政權ニハ種々アルモ陸海軍ノ行政ヲ外ニセハ先ツ行政權ヲ三種ニ區別スルコトヲ得ヘシ曰財務行政曰警察行政曰司法事務行政是レナリ而シテ刑法ハ即チ司法事務ノ一部分ナリ既ニ刑法ヲ司法事務ノ一部分ト見做ストキハ警察權ト刑法トハ以下ノ三点ニ於テ其關係アルヲ見ルヘシ

(甲) 警察權ハ公權私權ノ妨害ヲ豫防スルモノニシテ消極的ニ活動スルモノナリ就中尤モ必要ナルモノハ犯罪豫防ノ點是レナリ例ヘハ盜賊カ墻壁ヲ踰越シテ將ニ他人ノ邸宅ニ侵入セント欲スルモノアルモ未タ財物ヲ竊取スルノ所爲ナキヲ以テ之ヲ刑法ニ照シテ罰スルコトヲ得ス唯タ行政權ニヨリテ盜賊ノ横行ナキ様ニ豫防スルノミ即チ警察權ハ刑法取締ノ前働キヲ

ナスモノナリ

(乙) 警察權ハ前述ノ如ク管タニ犯罪ヲ未發ニ豫防スルノミナラス公私ノ權利ヲ増進スルモノニシテ積極的ニ活動スルコトアリ即チ犯人ノ搜查證據ノ蒐集ノ如キ是レナリ

(丙) 警察權ハ消極積極ノ兩様ニ活動スルコトアリ即チ刑法ニ於テ重罪輕罪ノ外ニ違警罪ヲ設クル所以ハ畢竟警察權ヲ兩様ニ活動セシメンカ爲メナリ例ヘハ違警罪ヲ以テ喧嘩口論ヲナス可カラスト規定スル所以ハ若シ人民ノ喧嘩口論スルニ任セテ之ヲ制止セサルトキハ終ニ人ヲ殺傷スル如キ惡結果ヲ生スルヲ以テナリ此ノ如ク違警罪ヲ以テ瑣末ノ事柄ニ至ルマテ之ヲ禁止スルハ終ニ大罪重惡ト化シテ刑法ニ違反スル如キ所爲ノ生センコトヲ豫防スルカ爲メナリ即チ此場合ハ警察權カ消極ト積極ノ兩様ニ活動スルモノナリ

第三民法ト刑法トノ關係 刑事裁判權ハ民事裁判權ト同一ノ裁判所ニ屬スルモノニシテ刑事裁判權ト民事裁判權トハ同一ナルカ如キモ其性質ニ至リ

テハ自ラ差異ノアルアリ即チ民法ノ規定ハ未タ以テ刑法ニ適用ス可カラ
ス刑法ノ規定ハ未タ以テ民法ニ適用ス可カラサルナリ即チ民法ノ動産、不
動産ノ區別ニヨレハ動産ハ移轉シ得キモノナクハ不動産ハ移轉ス可カ
ラサルモノナクモ彼ノ家屋ニ附着スル戸、障子、土地ニ附着スル牛馬ノ如
キハ其性質移轉シ得キ動産タルニ相違ナキモ不動産ニ附着スルヲ以テ
用法ニヨレル不動産トナセリ然レモ此民法上ノ動産、不動産ノ區別ハ未タ
以テ刑法上ノ動産、不動産ノ區別トナス可カラス例ヘハ窃盜罪ハ動産ヲ盜
取スルヨリ成立スルモノニシテ不動産ニ付キテハ之ヲ盜取スルノ物体ナ
ケレハ窃盜罪ノ成立スル理由ナシ然レモ彼ノ民法上ニ於テ云フ用法ノ不
動産ハ刑法上ニテハ純然タル動産ト見做スヲ以テ窃盜罪ノ物体トナスコ
トヲ得ヘシ又タ婚姻ハ民法上ニ於テハ幾多ノ年月間同居シテ事實上夫妻
タル形跡アルモ法律上送籍ノ手續ヲナサズハ未タ以テ真正ノ婚姻トハ見
做ス可カラサルモ刑法上ニ於テハ既ニ事實上夫妻タルノ形跡アル以上ハ
假令ヒ法律上未タ送籍ノ手續ヲ經由セサルモ真正ノ婚姻成立スルモノト

見做スヲ以テ若シ婦女カ再ヒ他人ニ嫁シタルトキハ重婚罪ヲ以テ論スル
モノトス是レ民刑裁判權ノ相異ナル所以ナリ

第四治罪法ト刑法トノ關係

刑法ハ罪事ノ如何及ヒ之ニ加フル刑罰ノ如何ヲ
規定シ治罪法ハ或ル格段ナル場合ニ於テ刑罰ヲ適用スル方法手續ヲ規定
スルモノナリ

第五刑法ト刑事上政畧トノ關係

凡ソ裁判官ハ司法上ノ正義ニヨリ裁決スル
ノ義務アリ然レトモ斷然司法上ノ正義ニ基キテ裁決セシニ社會ノ幸福安
寧ヲ傷害スルヲ奈何セシ又タ社會ノ幸福安寧ヲ保維セシカ司法上ノ正義
ヲ曲害スルヲ奈何セシ此場合ニ於テ社會ノ幸福安寧ト司法上ノ條理正義
トナ一致セシムルノ術之ヲ刑事上ノ政畧ト云フ之ヲ換言スレハ刑事上ノ
政畧ハ便宜ニシテ刑法ハ道理ニ基クモノナレハ刑法ト刑事上ノ政畧トノ
關係ハ便宜ト道理トノ關係ト謂テ可ナリ此ノ如ク裁判ハ正義ニ基キテ判
決ス可キモノナレトモ刑法ハ強ク道理若クハ正義ノミニヨリテ編纂サル
、モノニ非ス習慣ニモ幾分カ其源ヲ取ルモノナレハ便宜ト道理トナ混合

シテ編纂サル、モノアリ若シ此ノ如ク便宜ト道理トナ折衷シタル刑法アレハ別ニ刑法ト刑事上ノ政畧トノ關係ヲ生スルコトナキカ如キモ此ノ刑事上ノ政畧ハ一ノ學術ト見做シ研究シテ可ナリ例ヘハ彼ノ監獄ノ如キハ刑罰ノ目的ヲ達スルニ必要ナル機械ナレハ必スヤ善良完美ナル監獄ヲ設ケサル可カラス然レトモ其監獄ヲ設置スルノ入費ハ之ヲ良民ノ膏血ヨリ絞出セサル可カラサルヲ以テ社會ノ幸福ヲ傷害スルノ恐レアルヲ奈何セシ去リトテ社會ノ幸福ヲ保維セント欲セハ善良完美ナル監獄ヲ設置シテ刑罰ノ目的ヲ達スルコト能ハサルヲ奈何セシ到底一舉兩全ノ策ヲ講ス可カラス必スヤ便宜ト道理トナ折衷シタルモノヲ以テ満足セサル可カラサルナリ又タ刑罰ノ種類ニ付キテモ日本刑法ノ如キハ二十程ノ刑罰アリテ各々其刑名ヲ異ニスレハ從テ其執行方法モ亦自ラ異ナラサルヲ得ス例ヘハ彼ノ重懲役輕懲役ノ區別ノ如キ各々其刑名異ナルヲ以テ從テ其執行方法ヲモ異ニセサル可カラス大ニ監獄ノ經費ニ其ノ影響ヲ及ホシ政畧上ニ關係スル一極メテ多シ

刑法沿革史

是レヨリ余カ講述セント欲スル刑法沿革史トハ何レノ時代ニ印度ニ如何ナル刑法ヲ生シ何レノ年代ニ希臘ニ如何ナル刑法ヲ生セシヤノ歷史上ノ沿革史ニ非スシテ刑法原理ノ沿革史ナレハ或ハ諸君ニ解シ難キ点アルヤモ計ラレスト雖モ暫ク困難ヲ忍ンテ聽講サレナハ後日大ニ發見セラル、所アラント信スルヲ以テ茲ニ之ヲ講述ス

今刑法ノ沿革ヲ畧言スレハ之ヲ四時期ニ區別スルコトヲ得可シ第一宗教カ基礎トナルモノ第二私人ノ權利カ基礎トナルモノ第三國家ノ公權カ基礎トナルモノ第四一個人ノ私權ト國家ノ公權トヲ基礎トナスモノ即チ現今刑法ノ如キ是レナリ然レモ第一ノ宗教ヲ基礎トスル刑法ハ進歩ノ形跡ナキヲ以テ刑法沿革史中ニ入ラス何トナレハ總テ歴史ハ人生發達ノ途筋ナルヲ以テ進歩ナケレハ從テ沿革アルノ理ナケレハナリ故ニ沿革ノ形跡ヲ有スルモノハ一個人ノ私權ヲ基礎トスル刑法及ヒ國ノ公權ヲ基礎トスル刑法ノ二者ニ限ルモノナ

リ而シテ今此ノ二者ノ沿革ヲ講述スルニハ之ヲ一般刑法ノ沿革日本刑法ノ沿革ノ二ニ區別シテ以テ講述セント欲ス

第一、一般刑法ノ沿革 一般刑法ノ沿革ヲ講述スルニハ之ヲ上古中世今世ノ三時期ニ區別シテ以テ分論セント欲ス

(甲) 上古刑法ノ沿革 上古刑法ノ沿革ニ付キテモ之ヲ東洋刑法印度、ペルシヤ、西洋刑法(羅馬、希臘)ノ二ニ區別シ其沿革ノ遲速如何ヲ觀察セント欲ス今東洋刑法ト西洋刑法トノ沿革ヲ考查スルニ全ク反對ノ發達ヲナスモノ、如シ即チ東洋刑法ハ皆チ宗教主義ニ基クモノニシテ天神アルヲ知リテ一人ノ權利アルコトヲ知ラサルナリ故ニ宗教上ノ大僧官ハ國家ノ主宰者トナリ國家ノ主宰者ハ宗教上ノ大僧官ヲ兼任スルモノニシテ法律ト宗教トノ區別アルコトヲ知ラサルニ試ニ看ヨ彼ノ古代ニ有名ナル「マニ」ノ法典及「ヒ」コローラ「ン」ノ法典ノ如キハ一ノ純然タル宗教ノ聖書ニ過キサルナリ即チ法宗混合トハ東洋、古刑法ノ有様ヲ指スモノナリ之ニ反シテ西洋刑法ハ一人ノ權利ヲ基礎トスルモノニシテ人民ノ權利アルヲ知リテ天神アルヲ知ラサル

ナリ故ニ國家ト宗教トヲ分離スルノ必要ヲモ感シタリ今東洋刑法ト西洋刑法トノ起源ノ差異ヲ畧言スレハ東洋刑法ハ神權ニ基キ西洋刑法ハ人權ニ基クモノナリ東洋刑法ハ神造ナリ西洋刑法ハ人造ナリ然レトモ西洋刑法トテモ其大古時代ニ溯リテ其淵源ヲ探ルトキハ矢張り宗教法ヨリ流出スルモノニシテ犯罪ハ天帝ニ對スル惡事ナリ制裁ハ天帝カ加フル禍害ナリトノ思想甚タ盛カンナリシナリ唯タ西洋ニ於テハ此神權ノ思想直チニ消滅スルモ東洋諸國ニ於テハ此神權說永ク人民ノ腦裏ニ感染シテ消滅スルコトナシ是レ東洋ト西洋ト其刑法ノ發達進歩ニ遲速消長ノ差異アル所以ナリ此ノ如ク西洋大古ノ刑法ハ發達ノ原質ヲ有スルヲ以テ進歩ノ形跡アリ從テ其沿革ヲモ觀察スルコトヲ得可キナリ而シテ西洋ニテモ希臘ト羅馬トハ各々其刑法ノ基礎ヲ異ニスルモノナリ即チ希臘ハ公權ヲ基礎トシ羅馬ハ私權ヲ基礎トスルモノナリ故ニ希臘刑法ハ國家アルヲ知リテ一個人アルコトヲ知ラス依テ今世ハ私事ナリ細事ナリトシテ人民ノ自由權内ニ放任スルコトモ國家ノ權力ヲ以テ法律上ヨリ關係シタルコトアリ

現ニスバルタノ如キ法律ヲ以テ人民ノ食事運動等ノ細末ノコトニ至ル迄悉ク規定セラレタリ是レ恰モ東洋刑法ニ於テ宗教アルヲ知リテ一私人ノ權利ヲ認識セサルト同一ナリトス之ニ反シテ羅馬法ハ人民ノ私權ヲ基礎トシテ制シタルモノナレハ國家及ヒ宗教ノコトハ之ヲ度外ニ措キテ顧ミス只管一私人ノ私權ヲ保護スルニ汲々タリ此ノ如ク羅馬法ハ一個人ヲ認メテ自由意思アルモノト見做スヲ以テ其意思ヲ重要視セリ故ニ罪惡ノ如キモ外形ニ顯ハル、所爲ヨリモ寧ロ無形的ノ意思ヲ以テ必要ノ原素トナスモノ、如シ即チ惡意アル犯罪ハ之ヲ重刑ニ處セシモ過失殺傷ノ如キ無意ノ所爲ハ共和政府ノ時代ニ於テハ殆ント無罪視スル如キ有様ナリ去レハ既ニ犯人ニ惡意アル以上ハ其所爲ノ既遂未遂ハ毫モ意思ノ有無ニ關係セサルヲ以テ其既遂未遂モ同一ニ責罰セサル可カラサルノ奇怪ナル結果ヲ生スヘシ是ヲ上古刑法ノ沿革トス

乙
中古刑法ノ沿革 中古歴史中ニ於テ第一ニ着眼ス可キ點ハ基督教主義ト日耳曼主義トノ戰爭是ナリ基督教主義ハ歐洲ノ南方ニ起リ日耳曼主義ハ

歐洲ノ北方ヨリ起ルモノニシテ日耳曼主義ハ羅馬皇帝ヲ奉戴シ基督教主義ハ羅馬法ヲ奉戴スルモノナリ而シテ基督教主義ハ宗教ヲ代表シ日耳曼主義ハ國家ヲ代表スルモノナリ此ノ二主義カ歐洲ノ南北ニ起リテ互ニ犄角ノ勢ヲナセシニ當リテヤ羅馬帝國ハ宗教心撲滅シ道德地ヲ拂フテ孤城落日ノ姿ナリシナリ依テ此二主義ハ羅馬城郭ヲ破リテ侵入シ羅馬府ノ安寧秩序ヲ紊乱シテ暗黒世界ヲ創出スルニ至レリ然レトモ此二主義ノ戰爭カ折衷和合シタルヨリ發シタル文明ノ光輝ノ羅馬ノ暗黒世界ヲ照シ其餘光ハ終ニ歐洲大陸ニマテ赫々ノ光輝ヲ放ツニ至レリ此ノ如ク基督教主義ハ宗教ヲ代表シテ神權ヲ主張シ日耳曼主義ハ國家ヲ代表シテ人權ヲ主張セリ是レ中古ニ於テ神權人權ノ兩立スル時代ナリ而シテ此二主義ノ主旨ハ刑法上ニ如何ナル影響ヲ及ホスヤト云フニ此二主義ノ主旨ハ隱然刑法理論ノ基礎ヲナスモノナリ試ニ看ヨ彼ノ今世刑法ニ有名ナル犯罪ハ故意若クハ惡意ヲ要スルトノ原則又タ刑罰ハ犯人ヲ懲戒スル者ニ非スシテ改良スルカ爲メナリトノ原則ノ如キモ畢竟基督教主義ノ彼ノ犯罪ハ神命ニ反

ナル心ノ害悪ナリ故ニ刑罰ヲ以テ之ヲ責罰スルハ惡意兇念ヲ改良スルカ
爲メナリトノ主旨ヨリ流出シタルノ結果ナリ又此基督教主義ハ神裁ニヨ
リ事ノ是非曲直ヲ判定スルヲ以テ貴賤貧富ノ區別ナク人民ヲ同一視シテ
裁判セシモノナレハ彼ノ有名ナル萬民同等ノ原理モ此主義ヨリ法律上ニ
及ホシタルノ思想ナリ之ニ反シテ日耳曼主義ハ單ニ人民ノ外形上ノ所爲
ニ付キニノミ干涉スルモノニシテ人民ノ内部上ノ意思ニハ干涉セサルヲ
以テ毫モ犯人ノ意思念慮ノ如何ヲ問ハサルナリ故ニ此主義ニヨルトキハ
意思ナキ過失罪ヲ罰スルコト大ニシテ意思アル未遂犯ヲ罰スルコト輕キ
如キ奇怪ナル結果ヲ生ス可キナリ然レモ今世刑法ノ原理タル彼ノ犯罪ハ
外形上ノ所爲タルヲ要シ刑罰ハ外形上損害ノ賠償ヲナスモノナリトノ原
則ノ如キハ皆ナ此ノ日耳曼主義ヨリ産出シタルノ分子ナリ而シテ此日耳曼
主義ハ最初一私人復讐ノ念慮ニ起リシモ社會ノ進歩ト共ニ刑罰權ハ國家
カ有スルモノナリトノ思想ヲ生スルニ至レリ

(丙)

近世刑法ノ沿革 前述ノ如ク中世時代ニ於テハ基督教主義ト日耳曼主義

ト相對立シテ各々虎視狼據ノ姿ナリシモ中世ノ末期ニ至リテ終ニ日耳曼
主義カ勝ヲ制シテ基督教主義ヲ自己ノ軍門ニ誘致スルニ至レリ加之ナラ
ズ宗教ハ終ニ國家ノ下ニ位ス可キモノニシテ宗教ト法律トノ境界ハ判然
區別ス可キモノナルコトヲ發見スルニ至レリ然ルニ近世ニ至リテハ此二
主義ヲ折衷シテ刑罰ノ責任ニハ意思ト行爲トヲ兼有スルヲ要スルコト、
ナセリ去レトモ十七世紀以來ニ至リテモ尙ホ宗教熱心ノ徒アリテプロテ
スタント教ヲ尊奉シシローア、ホップ氏ノ如キハ性法學ヲ主張シテ盛ニ自
然法ノ純理ヲ説キタリ之ニ反シテボルテリヤ、ベツカリヤ氏等ノ理論家カ
大ニ改進主義ヲ主張セシヨリ沿革法理學ナルモノヲ生スルニ至レリ此性
法學派ト沿革法理學派トノ爭論モ一時ハ甚タ盛大ナリシモ終ニ刑法ハ沿
革ノ純理ヨリ成立スルコトニ一決シテ爭論ヲ止ムルコト、ナレリ

第一一回

今回ハ日本刑法ノ沿革ヲ講述セントス而シテ日本刑法ノ沿革ヲ述フルニ先ツ

テ一般刑法ノ沿革ハ既ニ前回ニ於テ講述セシ如ク總テ刑法ハ一個人ヲ基礎ト爲シ又ハ社會ヲ基本ト爲シ又ハ國家ヲ基ト爲シ此ノ三個ヲ根據トシ刑法ヲ制定スル者ニシテ尙ホ近世ニ至リテモ此ノ主義ニ屬スルモノトス而シテ日本刑法ノ沿革ヲ述フルニ大凡四個ノ時期アリ

第一日本刑法上古ヨリ大寶令ニ至ル迄ノ時期

第二大寶令ノ時ヨリ藤原氏ノ刑法衰頽ニ至ルノ時期

第三藤原氏ノ法令衰頽ヨリ徳川氏ノ時代

第四維新以來今日ニ至ルノ時代

第一日本ノ法律上古ニ在テハ如何ナル有様ナルヤヲ推釋スレハ他ノ文明諸國ト等シク政治ト云ヒ宗教ト云ヒ相密接混同シテ決シテ之ヲ分離セサルモノナリ日本刑法上古ニ在テハ人ハ生來善良ナル性格ヲ有スルモノナリトセリ蓋シ人ノ性ハ果シテ善性ナルヤ否ハ夙ニ學者ノ論辨スル所ニシテ今復其議論ヲ要セサルヘシト雖モ此ノ理ニ依テ之ヲ觀レハ苟モ人類ノ人類タル資格ヲ具備スルニ於テハ惡事ヲ爲シ法ヲ犯スコト能ハサルモノナリ故ニ善性ナル人間ノ資

格ヲ變遷スルカ或ハ禽獸ニ化スルニ非サレハ法ヲ犯シ惡事ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ然ラハ如何ナル時代ニ於テ人間ノ性格ヲ變シ罪ヲ犯スコトヲ得タルヤ蓋シ上古ハ所謂神代ノ世態ニテ其神ニ惡神ト善良ナル神トノ二者アリ而シテ其惡魅ノ神ヨリ誘導サレ善良ナル人間ハ邪惡ナル精神ニ變ス此ニ於テ惡事ヲ爲シ法ヲ犯スコトヲ肇始スル者タリ然レモ此レ等ノ神ハ一旦惡事ヲ爲シタル人ト雖モ眞心悔悟スルモ復タ善事ニ誘引サレ元ノ善良ナル人間タル性質ニ復歸シ純粹潔白ナル人間ト爲ルモノトス故ニ犯罪ト刑罰トノ二者ヲ之レニ配置スレハ犯罪ハ惡神ニシテ刑罰ハ善神ト爲ルモノナリ偕テ此ノ時代ニ於テハ善惡良否ハ素ヨリ神ノ識別判斷スル所ニ依リ其惡事ヲ爲シタルモノ、身体ハ汚穢物ト云ヒ皆ナ是ナ河川ニ投棄シ尙ホ甚シキニ至リテハ犯者ノ貨物財產ニ至ル迄皆ナ悉ク之ヲ川ニ棄テタリキ蓋シ斯ノ如ク惡事ニ誘導サレタル人間ハ汚穢物タル性質ヲ帶フルヲ以テ身体財產ニ至ル迄川ニ棄テ人間ハ清潔ナルモノト爲シタリ是ヲ古代ノ拔除ト云フ是レ即チ中臣氏ノ掌握スル所トナリ今尙ホ我邦ニ拔除ノ法ノ傳ハル所以ナリ然レモ聽訴斷獄ハ神ノ裁判ナルヲ以

テ仮令ハ爰ニ犯罪アリト雖モ直接ノ證據アルニ非ラサルモハ其證據取集ノ方法ハ先ツ犯者ヲシテ熱湯ニ手足ヲ注キ又ハ火煙ヲ採リ其傷跡ノ有無ヲ試ミ以テ之ヲ證據ト爲シ有罪無罪ヲ判斷セリ是レ極メテ便利ナル神ノ裁判ト云フヘシ然レモ上古ニ在テハ豫メ確定シタル法律アルニアラス皆其事ニ臨ミ時ニ應シテ刑ヲ制シ豫メ法ヲ設ケサルナリ然リト雖モ刑法ハ此ノ時代ニ於テハ各法ヨリ獨立分離シテ尙ホ一步進ンタル世ト爲リテ財產ハ河川ニ投棄シタルモノヲ遂ニ其被害者ニ還附スルコト、ナリ設例ハ今日ノ所謂金時計ノ如キハアラサルヘシト雖モ其社會應分ノ財產ハ皆十之ヲ被害者ニ給與セリ

古代ノ刑法ハ犯罪ニ天罪國罪アリ則チ天ニ對スル罪ト國ニ對スル罪トノ別アリ仮令ハ人ヲ殺傷シ姦淫竊盜ノ如キハ人ニ對スル罪ト爲シ稼穡ヲ害シ齋殿ヲ汚ス不敬ノ罪ノ如キハ天ニ對スル罪ト爲シタリ此ノ如ク天罪國罪ト區別ヲ爲シタルヲ以テ宗教ト刑法トノ區別ヲ生スルニ至レリ日本刑法ハ此ノ時代ヨリ刑ト兵トハ常ニ一致連結シテ分離セサルモノナリシカ故ニ却テ宗教ト刑法トハ全ク分離シタルモノナリ大日本史刑法ノ部ヲ參照スヘシ

願フニ斯ク宗教ト刑法トハ分離シタルカ故ニ聖德太子ノ時代ニ於テハ神ノ裁判ナルモノハ日本歴史ニ存セサルナリ要スルニ此ノ時代ヨリ稍ヤ刑法ノ面目ヲ一變シ生命刑、身体刑、財産刑則チ死刑、入墨等ノ如キハ歴史ニ徴シテ明カナリ然レモ其内最モ注意ヲ要スルコトハ贖罪ト云フ即チ金錢ヲ以テ其罪ヲ贖フモノトス

此ノ点ヨリ推論スルモハ日本刑法ハ復讐主義ニ淵源シタルモノナラン歟何トナレハ此ノ余習ハ明治ノ時代ニ至ル迄遺傳シタルモノナレハナリ

斯ク刑法ハ社會ノ進歩ト共ニ變遷シタリト雖モ古代ニ於テハ刑法ト云フ成文法ナルモノアルニ非ラス悉ク決定法ナリ而シテ其後聖德太子憲法十七條ヲ制定シ之ヲ天下ニ頒布セリ此ノ憲法ハ禮ヲ以テ基礎ト爲シ若シ禮ナキモノハ必ス罪アリ亦タ贅ヲ絶テ棄テ訴訟ヲ明辨ストアリ蓋シ國家ノ法ヲ制定スルモノ是レヨリ肇マルモノトナスナリ而シテ漸次亦タ改正ヲ加ヘ刑法ヲ撰定セリ其載スル所不忠不孝ナル者ヲ罪スルノ法ナリ

天智帝ノ世ニ在テ内臣中臣ノ連鎌足ニ命シ其舊法ヲ採捨シテ法令ヲ撰定セシ

ム所謂近江ノ朝廷ノ法令是ナリ
 第二大寶令ヨリ藤原氏ノ刑法衰頽ノ時代
 此ノ時代ハ日本刑法有名ナル大寶令ノ實行セラレタル時期ナリ蓋シ此ノ時代
 ニ在テハ支那ト交通ノ便開ケルニ隨テ支那ト日本ノ關係ヨリ支那ノ法律ヲ我
 國ニ輸入セリ故ニ日本刑法ハ概シテ支那ノ法律ヲ參照シテ以テ是ニ模倣シ我
 法律ヲ制定シタルモノナレハ恰モ現行法ヲ西洋諸國ニ倣フト同一ナリ
 文武帝即位四年刑部親王藤原不比等ニ敕シテ律令ヲ撰定セリ大寶元年ニ至テ
 之ヲ天下ニ頒布ス所謂大寶律令ナルモノ是レナリ而シテ大寶律令ノ組織ハ別
 テ二部ト爲シ第一律即チ刑法ノ部第二令即チ行政ノ部トナス而シテ此ノ大寶
 律令ヲ組織シタル根據ハ如何ト云フニ元來刑法ナルモノハ其國ニ必要ナルモ
 ノヲ保護スルノ目的ニ外ナラス果シテ然リトスルキハ此ノ時代ノ國家ハ如何
 ナルモノヲ必要ト認メタルヤト云フニ概シテ左ノ四個ニアリ
 第一神社
 第二皇帝陛下

第三尊屬親

第四高等官吏

大寶ノ典ハ右ノ四者ヲ保護スルノ精神ニ基ケリ蓋シ此ノ四個ノモノハ其當時
 ノ國家ニ必要ナル原素ナレハナリ
 第一大寶律令ハ神ニ違背スル犯罪ヲ初欸ニ載セ殊ニ神社ニ對スル不敬罪ノ如
 キハ頗ル嚴刑ヲ以テ之ヲ罰セリ
 第二天皇陛下則チ皇室ニ對スル犯罪モ前ト等シク嚴刑ヲ以テ處分セリ蓋シ當
 時ノ學者ハ宗教上ノ事柄ハ真正ナリト認メ大寶律令ニ由テ之ヲ確定シタルモ
 ノナリ故ニ此ノ思想ハ長ク我國ニ遺傳シ遂ニ現今ニ至ル迄皇室ニ對スル罪ハ
 格段ナル嚴刑ヲ以テ之ヲ罰セリ
 第三尊屬親ニ對スル罪日本ニ於テハ古代ヨリ尊屬親即チ祖父母父母ノ權力強
 大ナルコトハ恰モ羅馬法ニ於テ父ノ權力ニ於ケルカ如ク尊屬親ニ對スル子孫
 ハ恰モ無權利ノ位地ニアルカ如ク毫モ萬民平等ノ原理ハアラサルナリ故ニ大
 寶令ニ於テ此ノ犯罪ヲ嚴刑ヲ以テ罰シタル理由ヲ知ルニ足ル然レモ此ノ余習

ナ今日ニ傳ヘ現行刑法ハ祖父母父母ニ對シテ子孫ハ正當防衛ノ權ナシト云フ抑モ正當防衛ナルモノハ人類固有ノ權ナリ然ルニ此ノ權ナシト云フニ至テハ純正平等ノ理ニ反シ其當ヲ得タルモノニアラサルナリ又挑撥ノ場合ニ於テモ尊屬親ニ對シテハ宥恕減輕ヲ用フサレハ同一ナリ依之見是現行法ハ大寶令ヨリモ尙ホ嚴酷ナル感ナキ能ハサルモノ、如シ

第四高等官吏ニ對スル罪高等官吏モ亦タ保護スルノ精神ニアリト雖モ蓋シ其理由ナキニアラス何トナレハ藤原氏ノ盛ナル時代ニ在テハ朝廷ニ職ヲ奉スルモノハ概シテ藤原家ノ門閥ヨリ就職シタルモノナレハナリ故ニ藤原不比等法律ヲ制定スルニ多クノ高等官ハ則チ立法官ニシテ我カ種族ヲ保護セント欲スルハ人情ノ然ラシムル所ナルカ故ニ是レニ對スル犯罪ハ重キ刑罰ヲ以テ高等官ヲ保護セリ此ノ如キ理想ヨリ日本刑法ハ法律上萬民平等タルノ精神缺如スルモノトス要スルニ右ノ四個ハ大寶令ノ精神骨体ト爲セシモノナリ蓋シ斯ノ如ク多少ノ缺点ナキニアラスト雖モ大寶令ハ我國ニ在テ稍ヤ完全ナル法律ト云フヘシ何トナレハ此ノ時代ノ刑法ニ在テハ歐洲諸國ニ是ト比較スヘキ刑法

アルコトナケレハナリ

其後元正帝ノ世ニ至テ刑法ヲ撰定スト雖モ當時ノ刑法ハ大寶令ノ衰頽セシヨリ制定シタルモノナリ而シテ漸次藤原氏ノ衰フルニ隨テ惡事ヲ爲シ法ヲ犯スモノ益々顯出スルヨリ之ヲ防禦セント欲シ頗ル刑ヲ嚴ニセリ蓋シ續々法ヲ犯スモノ夥多ナルヲ以テ之ヲ防クニ恐嚇主義ニヨリ國家ヲ治ント欲シ嚴刑ヲ以テ人民ヲ恐嚇セリ爰ニ於テ肇テ聽訴斷獄即チ治罪ノ手續ヲ生スルニ至レリ亦タ嗟峨帝ノ世ニ至テ新刑法ヲ設ケリ而シテ大寶令ノ刑ヨリ以降當時ノ刑法ハ悉ク刑ヲ嚴ニセシト雖モ到底國家ヲ治メ人民ヲ維持スルコト能ハサルナリ故ニ恐嚇主義ニヨリ刑法ヲ制定シ之ヲ實行スルコト能ハサルヲ知ルニ足ル

第三藤原氏ノ衰ヘタルヨリ徳川ノ時代

藤原氏ノ衰ヘタル後ハ武門ニ移リ源平カ双ニ權力ヲ爭ヒ遂ニ賴朝天下ヲ一統シ府ヲ鎌倉ニ開クニ至リ武斷ヲ以テ法律ヲ制定シ其嚴明ナルコト前世ニ優ルト雖モ其治ヲ爲スニ專ラ威力ニヨリ刑法ノ如キハ復タ見ルヘキモノナシ其後北條氏ヨリ足利氏ニ至ル迄ハ戰國ノ世ニシテ乱逆踵ヲ接シ騷擾常ニ絶ヘス刑

法亦タ論スルニ足ルヘキモノナシ然レモ復タ回顧スレハ苟モ人類社會ニ在テハ仮令戰國ノ世ト雖モ多少ノ法ナキ能ハサルナリ果シテ然ラハ此ノ時代ノ法律ハ如何ト繹ルニ當時ノ世ニ在テハ法律ヲ以テ國家ヲ治ルカ如シト雖モ戰國ノ世ニ於テハ實際之レヲ施行スルコト能ハス管ニ刑罰ノミヲ嚴ニシ以テ人民ヲ脅嚇シテ國家ヲ維持セント欲セシモノナリ而シテ北條氏陪臣ヲ以テ國命ヲ執ルニ及ヒ少シク意ヲ法律ニ用フルニ依テ刑法ヲ制定シ之ヲ天下ニ頒布ス蓋シ此ノ法律ハ聖德太子ノ憲法ニ準據シ十七條ヲ三倍シテ五十一條トナシ專テ當時ノ武人ヲ戒嚴スルノ一点ニアルモノ、如シ降テ足利氏ノ世ニ至テハ乱逆相踵キ綱紀頽敗刑法復タ論究スルノ暇マアルコトナシ然レモ願テ若シ此ノ時代ニ刑法アルト假ニ見做スモ其刑法ノ目的ト爲ス所單ニ一身一家ヲ維持スルニ過キサルカ故ニ國家ヲ治メ人民ノ權利ヲ保護セント欲スル思想ハ毫モ顧慮セサル所ナリ何トナレハ此ノ戰國ノ時代ニ在テハ天下悉ク兵馬ヲ以テ治ムル勝負ノ時代ナレハナリ故ニ國家アルヲ認メ各人各個ヲ認メサル者ナレハ人民悉ク國家ノ原素ハ兵事ナルヲ以テ其法ト爲ス所

兵事ヲ維持スルノ法律ナリ此ノ如キ有様ナルヲ以テ今日行ハル、所ノ各人各個ノ權利ナルモノハ毫モ存セサルモノトス然レモ是レ等ノ法律ハ國家ヲ基礎ト爲シタル刑法ニ非サルヤ否ハ稍ヤ疑ヲ生スルノ点ナリ
徳川氏ノ世ニ至テ漸ク天下ヲ一統シ泰平無事ノ世ト爲リ隨テ法律ニ意ヲ用フル所アリテ元和元年公家條目武家法度ヲ撰定ス亦タ寛永十二年ニ至リ和漢法制ヲ撰定セリ其後寛保二年ニ至リ徳川百ヶ條ヲ制定シ聽訟斷獄ヲ施行セリ是レ即チ明治維新ニ至ル迄實行セリ然レモ徳川百ヶ條ハ多ク我國古法ニ倣ヒ就中大寶令ニ依リ取捨シテ以テ制定セシモノタリ又科條類典ノ撰定アリ此ノ書ハ徳川氏一代ノ成典ニシテ大ニ見ルヘキモノアリ其重ナル箇條ハ大岡越前守申請ニ出ルモノ許多ナリトス然レモ徳川ノ世ニ至リ天下泰平ナルヲ以テ戰國時代ノ如ク兵事ニ關スル保護ノ必要アルニアラス蓋シ徳川ノ世ニ於テハ管ニ國家ヲ整理シ之ヲ統禦セント欲シ諸侯ハ所謂參勤交代ト稱シ曾テ江戸ニ駐在スルノ政策ナルヲ以テ其法律ハ專ラ統御主義ニ依リ制定セリ故ニ國ヲ文明ト爲シ人民ニ智識ヲ發達セシメ安寧幸福ヲ増進セント欲スルカ如キハ毫モ顧慮

セサル所ナリ要スルニ此ノ如ク徳川氏ノ世ニ在テハ統御主義ニ依リ天下ナ一
統ニタリト雖モ大凡三百年間泰平安樂ノ時代ナレハ彼ノ徳川百ヶ條ノ如キ自
ラ見ルヘキモノアリ諸君宜シク參考スヘシ

第四明治維新ノ時代

明治維新ノ世ニ在テハ歐米諸國ト交通ノ便開ケタルノミナラス日本國民ハ安
眠座視スルコトヲ得ス奮起シテ以テ人民ハ各自ニ發達シテ各國ト競争セサル
ヘカラサル時代トナリ茲ニ於テカ法律ハ舊慣例ニ依リ適宜ノ處分ヲ爲スコト
ヲ得ス故ニ明治四年ニ至リ新律綱領ヲ頒布ス是レ大寶令ト徳川ノ例規ト明清
律ヲ取捨シテ制定シタルモノナリト云フ然レモ人民ノ發達進歩スルニ從テ刑
法ニ改正ヲ要スル点少ナカラサルヲ以テ明治六年ニ至リ改定律例ヲ發布セリ
蓋シ維新以來ハ社會進歩ニ從ヒ法律ヲ設定スルノ必要在テ明治十三年ニ至リ
現行刑法ヲ制定ス而シテ此ノ刑法ハ歐米各國ノ新刑法ヲ參考シ其英ヲ拔キ共
華ヲ取り之ヲ集テ以テ基礎ト爲シタル者ナリト云フ尤モ白耳義ノ刑法ハ草案
中ニ依リ參照セサルハ起草者ノ甚タ遺憾ト爲ス所ナリト云フ故ニ現行刑法ハ

泰西諸國ノ法典ヲ其淵源トナシタルコトハ明カナリ然ラハ西洋各國ノ刑法ハ
如何今其二三ヲ掲ケ讀者ノ參考ニ供セン

歐米諸國ニ在テハ先ツ第一ニ佛蘭西ノ刑法ヲ按スルニ佛國ノ刑法ハ千八百十
年ニ至リ有名ナル拿破崙氏ノ制定シタルモノナレハ壓制主義ニ依リタル刑法
ナリ

英國ノ刑法ニ在テハ成文法ナルモノアルニ非ス古來ノ習慣法ニヨルト雖モ英
國ニ於テハ年々國會ヨリ條例ヲ發布シ以テ其缺點ヲ補充シ之ヲ積テ其基礎ヲ
鞏固ニシ近世ニ至テハ此ノ條例ニテ刑法ノ体ヲ爲シ殆ント成文法ニ等シキ刑
法ナリ亦タ千八百八十二年ニ至リ印度刑法ヲ撰定スルノ際英國刑法草案ヲ編
纂セリ然レモ此ノ草案ハ未タ實行スルニ至ラスト雖モ其理由ナキニアラス何
トナレハ若シ之ヲ實行スルニ於テハ人民ハ偏ニ文字ニ拘泥スルノ恐アレハナ
リ然レモ此草案タルヤ夙ニ學者ノ信用スル所ナリ
獨逸ニ在テハ千八百七十一年ニ制定シタル刑法アリ又改正ヲ爲シタル新刑法
アリ

丁抹國ノ刑法ハ近世ニ至テ制定シタル刑法ナリ故ニ歐洲大陸諸國ノ刑典ヲ參照シテ編纂シタルモノナレハ大ニ見ルヘキモノアリ

和蘭國ニ於テハ千八百八十七年ニ制定頒布シタル新刑法アリ

白耳義ニ在テモ等シク近世ニ至テ制定シタル新刑法アリ此刑法タルヤ佛國ノ如キ壓制主義ニ基キタル法律ニアラス故ニ近來學者ノ大ニ贊稱スル所ナリ

合衆國ニ於テハ各州ニ由リ多少ノ異同アリト雖モ就中「ルイジアナ」ノ法典ニ「ヨルク」ノ刑法ノ如キハ近來ノ刑典ニシテ參照スヘキモノアリ

西班牙ノ刑法ノ如キモ近世ノ主義ニ依テ制定シタルモノナリ

日本刑法ハ歐米各國ノ刑法ヲ參考シ文明國ノ新刑法ニ倣ヒタルモノナリト云フト雖モ現行刑法ヲ按スルニ概シテ佛國ノ刑法ニ依リタルモノナリ是レ文明時代ノ新刑法ナリト云フヲ得ヘキカ何トナレハ今日ヨリ是レヲ觀レハ千八百十年ノ法律ハ古法ナレハナリ要スルニ前ニ列擧シタル近世ノ法律ニ依ラス佛國ノ古法ニ準據シテ編纂セラレタルハ大ニ遺憾トスル所ニシテ余ハ未タ其理由ヲ發見スル能ハサルナリ

第三回

國家刑罰權ノ主義

刑罰權ノ主義トハ國法學上總テ國家カ犯罪人ヲ罰スルコトハ正當ナルヤ否ヤニ就テ論究スル者也蓋シ刑罰權ノ當否ニ就テハ諸學者間ニ種々ノ異論ヲ生シ殆ント其歸スル所ヲ知ラサルカ如シ故ニ其主張スル主義ニ至リテモ亦種々アリ而シテ其主義ノ異ナルニ從テ刑罰ノ制度ニ差異ヲ生スル者ナリ是國法學士ヨリシテ學者ノ議論少カラサル所ナリ刑罰權ノ主義種々アリト雖モ學理上之ヲ大別シテ左ノ三個トス

第一 絕對主義

第二 相對主義

第三 折衷主義

絕對主義ニ於テハ國家ニハ正義ナル者在テ存ス刑罰ハ正義ニ基因シタル道理ナリトス又刑罰ハ犯罪ニ對シ刑罰自身ニ目的アリ故ニ刑法ハ正義ニ基キ制定

ナル者ナリ是ニ反シ相對説ニ在テハ國家ハ社會公衆ノ利益ヲ保護スルノ目的ニシテ刑罰ハ其刑罰ノ外ニ目的アルカ故ニ刑罰ハ單ニ國家ノ目的ヲ達スル方法手段ニ過キサルナリ

第一 絶對主義

國法學上總テ人類集合シテ社會ヲ組成スル所以モノハ敢テ人間各自ノ約束ニ依ルモノニ在ラス各人各個カ社會ヲ組成スル約束ニ出タル者ニ在ラス人民カ國家ヲ組成スル所以ノモノハ素ト是人間固有ノ天性ニ出タルモノニシテ人間ニハ群集シテ以テ相團結スルノ性アリ蓋シ人間カ依テ以テ一社會ヲ爲スルハ國家ヲ組織スル必要ヲ生スルハ德義上自然ノ勢ヒナリ故ニ國家ヲ成立スル所以ハ道義上ノ必要ニ基キタル者ト云フヘシ果シテ然ラハ國家ハ社會公衆ノ利益ヲ保護スルカ爲ニ設ケタルモノニアラス例令ハ商業會社ノ如キハ社員各自ノ利益ヲ計畫スルノ目的ヲ以テ組織スヘシト雖モ人類社會ハ此ノ如キ會社ノ例ニ在ラス國家ニハ國家固有ノ目的アリ敢テ人民ノ利益如何ニ關係セサル者

ナリト是則チ正義ニ基キタル理論ニシテ之ヲ直ニ刑法上ニ用ヒント欲スルカ故ニ從テ刑法上此主義ヲ主張スル者トス蓋シ國家カ刑罰ヲ實行スル所以ノ者ハ國家ノ職務上其範圍内ノ一分子ナリ刑罰ニハ刑罰自体ニ目的アリ敢テ一個人社會ノ利益ヲ計畫スルノ目的ニアラス刑罰ハ犯罪ニ對スル必要のナリ是絶主義ニ基キタル理論ニシテ此說別レテ二個トナル

第一 治療主義

第二 反坐主義

第一 治療主義 此ノ主義ハ犯罪ナル者ハ恰モ人民ノ病ニ等シキ者ニシテ刑罰ハ國家ノ病シテ治療スルノ良藥ナリ故ニ病ヲ治スルニ刑罰ヲ以テスル何ノ不可ナルコトアラント此說復別レテ二主義トナル

甲 復歸主義

乙 賠償主義

甲復歸主義ハ犯罪ニ對スル刑罰ヲ以テ元トノ善良ナル人間ニ復セシム故ニ犯罪ヲ消滅シテ復歸セシムルニ刑罰ヲ以テ遇スル所以ナリ

乙賠償主義此主義ハ犯罪ナル者ハ恰モ民事ニ於テ人ニ損害ヲ加フルト等シク
刑罰ハ則チ損害賠償ト均シキモノナリ唯タ民事ニ於テハ其實物ヲ以テ恢復ス
ルト刑事ニ在テハ其刑罰ヲ以テ回復セル有形的ト無形的ノ差異アルノミナリ
ト

第二反坐主義 此ノ主義ニ在テ刑罰ハ犯罪ニ對スル因果應報ナリト夫レ人ニ
ハ善惡邪正ヲ識別判斷スルノ智能アリ善正ヲ擇ヒ善惡ヲ避クルハ固ト是レ人
間固有ノ性理ナルヲ以テ人若シ善事ヲ爲セハ善正ヲ以テ報ユルト同シク善惡
ヲ爲セハ之ニ應スルニ亦善惡ヲ以テ報ヒント欲スルハ人間固有ノ本性ナリ故
ニ之テ統御スルノ國家ハ正義ニ基キ苟モ國家ノ正義ニ違背スル犯罪ニハ刑罰
ヲ以テ之ニ反坐セシム國家ノ正義ヲ維持シ犯罪ヲ遇スルニ刑罰ヲ以テ反照セ
シムル者ナリ是獨逸ノ「カント」氏等ノ主唱スル所ナリ然レモ反坐主義ハ復是ヲ
主唱スル所ノ學者ニ依リ多少ノ差異ナキ能ハサルナリ
ツハリエー氏ノ主唱スル説ノ如キハ人間ノ外形上ヨリ考案シタル者ニテ都テ
犯罪ナル者ハ人間ノ自由ヲ奪却シ延テ國家ノ自由ヲ滅殺セシムル者ナリ故ニ

是ニ報スルニ國家ハ刑罰ノ必要ヲ生スル所以ナリ而シテ其刑罰ノ作用ニ依テ
犯罪人ノ自由ヲ奪返ス者ナリト而シテ刑罰ノ權衡ヲ得ルニ至リテモ又自由ノ
大小輕重ヲ斟酌シテ其自由ノ害重大ナル犯罪ニハ隨テ嚴正ナル刑罰ヲ施シ若
シ自由ノ害輕少ナル場合ニ於テ輕キ刑罰ヲ施スハ亦然リ是犯罪ノ結果ヨリ觀
察シタル者ニシテ犯罪ノ原因如何ハ毫モ顧慮セサル所ナリ然レモ凡テ犯罪ナ
ル者ハ其原因ノ異ナルニ隨テ之カ區別ヲ爲サ、ル可カラサルハ自然ノ理ナリ
若シ亦假リニ此ノ説ニ從ヒ刑法ヲ規定スルモ未遂犯ヲ罰スルヲ得サルナ
リ何トナレハ犯罪ハ其自由ヲ奪ハント欲シ既ニ其事ニ着手スルト雖モ意外ノ
舛錯或ハ眞心悔悟シテ中止スル乎總テ是等ノ場合ニ於テハ犯罪ニ着手シタリ
ト雖モ未タ其自由ヲ奪フノ結果ヲ顯出セサルニ於テハ到底之ヲ罪トシテ論ス
ルヲ得サルナリ

「ヘンケ」氏ノ説ニ在リテハ都テ犯罪ナル者ハ犯人ノ意志ヨリ觀察シテ以テ犯
罪タル所爲ノ結果如何ハ毫モ問ハサル者ナリ蓋シ社會ニ犯罪ノ發生スル所以
ノモノハ犯人ハ惡意アルニ原因スル者ニシテ國家其惡心ヲ消滅セシムルニ刑

罰ヲ以テ處分シ而シテ犯人ノ惡意ヲ消滅セシメ歸善心ニ至ラシムル者トス若シ犯罪ニシテ惡意ナキニ於テハ國家ハ何ノ必要アリテ益罰ヲ設クル乎是犯者ノ惡意ヲ消滅セシムルニ刑罰ヲ以テスシ所以ナリト然レモ此說ニ於テモ復異論ナキ能ハサルヘシ先ツ其犯人ノ惡意ヲ全ク消滅スルニ至ル迄懲戒シ獄裏ニ繋留セサル可カラス果シテ此ノ如クシハ若シ犯人ハ悔悟スルコト能ハサルモノ或ハ到底改心セサル内ハ生涯間繋置シ終ニ獄裏ノ泉旅ニ歸セサル可カラス是刑罰ノ不權衡ヲ生スル所以ナリ要スルニツハリ一及ヒヘンケ一ノ兩氏ハ有名ナル哲學家ナリト雖モ刑罰權ノ主義ニ就テハ近世學者ノ排難ヲ免レサル者トス

「ヘーケル」氏ノ主唱スル說ニ於テハ凡ソ法律ハ社會一般ノ意志ヲ表示シタル者ナリ例令ハ諸君カ此ノ講堂ニ於テ書籍其他ノ物ヲ保護セシトシテ諸君カ合意ヲ以テ規則ヲ設ケルト同シク法律ハ人間ノ意志ヲ顯示シタル者ナリ然ルニ社會ノ輿論ハ各人ノ意志ヲ以テ冥々ノ間ニ成立スル者ナレハ其一人ノ意志ヲ以テ社會ノ公義輿論ヲ擊破スルコト能ハサルナリ例令ハ竊盜ヲ爲スモノアリト雖

モ是社會ノ公義輿論ニ背反スルト同シ理由ニ基キ國家ノ意志則チ一般ノ意志ヲ擊破スル者ナレハ犯罪ニ就テモ又然リ何トナレハ犯罪ナル者ハ己レ一個ノ意志ヲ以テ各人一般ノ意志ニ擊テ勝タント欲スルモノナレハナリ而シテ國家ノ刑罰ハ一般ノ意志ヲ保持セシク爲メ犯人ノ意志ヲシテ擊破セサル様之ヲ妨禦スルニ刑罰ヲ以テスル所以ナリ故ニ國家ノ刑罰ハ法律上罪ト刑トチ双ニ相殺スル者ナリト云フヘシ依之觀之ハ都テ法律ハ一般ノ意志ニ否拒スル者ハ犯罪ニシテ刑罰ハ其否拒ノ否拒ナリ故ニ刑罰ハ常ニ犯罪ニ反對スル反照ナリト是有名ナル「ヘーケル」氏ノ論スル所ナリ

第二 相對主義

相對主義ハ往昔百年前ヨリ發出シテ學者ノ議論尠カラスト雖モ其說ノ所都テ國家ハ各人各個ノ利益ヲ保護センカ爲メ之ヲ組織スル者ナリ故ニ國家ハ人間ノ合意約束上ヨリ組成シタル者ナレハ苟モ國家ハ各人各個ノ便利ト認ムル者ハ之ヲ保護セサル可カラス何トナレハ素ト國家ナル者ハ人間在テ肇テ組織ス

ル者ニシテ國家アリテ始テ人間社會ヲ爲ス者ニアラスト斯ノ如キ理論ヲ刑法ニ適用セント欲スル者ニシテ則チ國家カ犯罪ニ對シ刑罰ヲ以テ處分スル所以ノモノハ其刑罰自身ハ犯罪ニ對スル目的ニアラス國家ノ目的ヲ達セント欲スル方法手段ニ過キサルナリ故ニ刑罰ノ目的トナス所其他ニ在テ存スルモノナリ此ノ主義別レテ七個トナル以下順次之ヲ論セン

第一 恐嚇主義 恐嚇主義トハ曾テ犯罪ニ對スル刑罰ハ社會公衆ノ人ニ危懼ノ念ヲ懷カシム害惡ヲ制禦スル者ナリ故ニ國家ノ刑罰ハ犯罪人ノ爲ニ施行スル者ニアラスト論スル舊主義ナリ然レモ此議論ハ取ルニ足ラサルナリ何トナレハ刑罰ハ犯罪人ノ以外ニ目的アリト爲スキハ犯罪人ヲ犠牲ニ供シ則チ人間ヲ機會ト爲スノミナラス此主義ニ隨フキハ刑罰ハ犯罪ノ夥多ナルニ從テ益々嚴格トナリ遂ニ慘刻言フ可カラサルニ至リ刑罰ノ權衡ヲ得ル能ハサルナリ又死刑ノ如キハ公ケニ之ヲ執行スルノ必要ヲ生スルニ至ル可シ果シテ然ルキハ實際刑罰ノ目的ヲ達スルヲ能ハサルナリ若シ又此主義ニ依リ刑罰ヲ嚴ニスルキハ實際之ヲ適用スルコトヲ得ス何トナレハ裁判官ハ如何ニ衡平正直ナリト

雖モ些細ノ竊盜ヲ爲シタル者ニ死刑ヲ言渡スカ如キヲアラハ其刑ノ嚴ナルヲ恐レ自カラ良心ニ顧鑑シ自然無罪ト爲スノ弊害ヲ生スルハ人性ノ免カル可ラサル者ナリ又告訴發テ爲ス場合ニ於テモ其告訴發テ爲ス能ハサル事情ヲ生ス可シ故ニ到底此主義ニ從フヲ得サルナリ

第二 改良主義 改良主義ハカント氏ノ主唱スル主義ト類似セリ而シテ此說ハ刑罰ハ犯罪人自ラ改心セシムル爲ナリ即チ犯罪人ニ悔悟セシメ惡意ヲ改メ善ニ歸セシムルニ國家ハ刑罰ヲ以テスル所以ナリ設例ハ竊盜ヲ爲シタル者ニ刑罰ヲ以テ改良セシメ犯罪者ノ惡意ヲ消滅セシムル者トス然レモ此主義ハ實際之ヲ實行スルヲ能ハサルハリ何トナレハ犯罪人ノ過半ハ刑罰ヲ施シ改良スヘシト雖モ或ル犯罪者ハ到底改良ス可ラサル者アレハナリ而シテ此ノ如ク改良セサル犯罪者ハ數年間苦役ニ服スル乎甚シキハ生涯死ニ至ル迄獄裏ニ繋置セサル可カラス復犯人ノ惡意ヲ消滅セシメ善心ニ改良スト雖モ其意志ノ如何ハ各自犯人ニ依リ異ナルモノナレハ到底刑罰ノ權衡ヲ得ル能ハサルナリ

第三 防衛主義 此主義ノ說ハ正當防衛ノ權ヲ以テ刑罰權ノ基礎トセリ其說

ニ曰ク國家ニ防衛權アルハ人民ニ防衛權アルト等シク無形人タル國家ヲ害スル者ハ之ヲ防クニ刑罰ヲ以テ防禦スル者ナリ若シ國家ニシテ此權ナクシハ終ニ之ヲ維持スルコト能ハサルニ至ルヘシト然レモ此說ニ隨フコト能ハサルナリ何トナレハ抑モ正當防衛權ハ目前ニ攻撃ヲ受ケ此危難ヲ避クルニ暴行ヲ以テ防クコト非ラサレハ他ニ方法ナキモ當リ始メテ之レヲ行フト雖トモ一旦危害ヲ去リテ經過シタル後ニ至リ防衛權アリト云フ可カラズ然ラハ國家ニ於ケル刑罰ハ犯罪ノ既ニ實行セラレタル後ナレハ國家ニ防衛權アリト云フ可カラサルナリ

第四 豫防主義

クローレルマン氏曰凡テ犯罪ハ法律ニ反スル不法ノ所爲ナリ然ルニ多クノ犯罪ハ皆再犯ノ恐アリ國家ハ此ノ如ク再犯參犯ト數々法律ヲ破リ國家ヲ害スル者ヲ防カント欲シ刑罰ヲ設ケ犯人ヲ懲戒シ將來ヲ豫防スル者ナリト此說誤レリ例令ハ虎列刺病ノ如シ其未タ蔓延セサル前ニ豫防スルノ要アルヘシト雖モ既ニ其患者ニ消毒法ヲ行ヒ虎列刺病ノ消滅シタル後ニ豫防スルノ必要アラサル可シ是ト等シク犯罪ハ未タ實行セラレサル前ニ於テ豫防ス

ルハ必要ナリト雖モ既ニ行ハレタル後ニ至リ豫防スルハ不可ナリ

第五 制心主義

此主義ハ前ニ述ヘタル恐嚇主義ト相類シタル說ニシテ凡テ犯罪人ニ害惡ヲ爲ス可ラストノ觀念ヲ惹起セシム即チ換言スレハ犯人ニ邪惡ヲ爲ス可ラストノ意志ヲ生セシムル者ナリ蓋シ犯人ニハ常ニ惡事ヲ爲スト慾心アルヲ以テ是ヲ制御スルニ國家ハ刑罰ヲ以テスル所以ナリ而シテ刑罰ノ權衡ヲ得ル方法ニ至リテハ國家ノ刑罰ハ害者カ犯罪ノ爲ニ得ル所ノ利益ト對照比較シテ其刑罰ノ輕重ヲ量定シ犯罪ノ利益大ナルニ從テ刑罰モ復嚴刑ヲ加フ可シ犯罪人ノ利益少ナキモ亦然リ都テ刑罰ト犯人ノ利益トノ計算上ニ依リ所謂觀念ノ反照ニ基キ人間ノ意志ヲ制スル法ナリト然レモ此說ニ從フモハ實際之ヲ行フコト能ハサルヘシ例令ハ竊盜ヲ爲スモノハ常ニ他人ノ物件ヲ竊取シテ得ル所ノ利益ト刑罰トヲ對照比較シテ其輕重ヲ計リ竊取スルモノニ非ス元來犯罪人ナルモノハ其始メヨリ犯罪ノ爲メ得ル所ノ利益ト刑罰トノ比較ヲ取リ而シテ後ニ至リ犯罪ヲ行ハント欲スルカ如キハ毫モ犯者ノ顧慮セサル所ナリ故ニ此說ハ實際ニ適セサル者ナリト攻撃排難スル反對說アル所以ナリ然レモ

予ヲ以テ之ヲ見レハ現ニ法ヲ犯シ竊盜ヲ爲サ、ル者ハ如何斯ノ如キ良民ノ惡事ヲ爲サ、ル所以ノモノハ犯罪ニハ必ス刑罰ノ相伴フカ故ニアラスシテ何ソヤ果シテ然ラハ法ヲ犯シ害惡ヲ爲サ、ル良民ニ對スルハ制心ナリ

第六 警戒主義　パウエル氏ノ論究スル處ニ依レハ凡テ犯罪ヲ禁止スルニ三様ノ方法アリ則チ第一教育第二警察第三刑罰是レナリ夫レ人間社會ニ於テハ幼稚ノ内ヨリ是非善惡ヲ識別スルニ至ルハ父母若シクハ教員ノ薰陶教育ノ力ニ依ル者ナリ故ニ其害惡ヲ懲戒シ之ヲ制スルハ専ラ教育ノ力ニ依ル若シ教育ノ力ニ及ハサルキ始メテ警察ノ力ニ依ル若シ又警察ノ力ニ及ハサルキ爰ニ刑罰ヲ行フモノナリト此主義ニ從フキハ國家ノ刑罰ヲ以テ單ニ害惡ヲ爲ス可ラスト戒ムルニ過キス設例ハ竊盜ヲ爲シタル者ニ刑罰ヲ以テ竊盜ヲ爲ス可ラスト警戒スルモノナリ

第七 民約主義　此主義ハ佛國ノルソー氏ノ主唱スル說ニシテ其舊主義ニ依レハ人間社會ヲ爲スハ都テ社會公衆ノ黙諾ノ約束ヨリ出タル者ナリ苟モ此社會ヲ組織シタル仲間ノ一人タル以上ハ何人ト雖モ必ス此黙諾ニ從ハサル可ラ

ス故ニ國家ノ刑罰ハ其約束ヲ履行スルモノナリト然レハ此理論ハ立タサルモノアリ何トナレハ若シ此ノ契約ニシテ不正ナラハ國家ハ約束ヲ履行スルノ權ナケレハナリ然レハヒフター氏ハ此ノ說ヲ巧ミニ辨護シテ曰ク其約束ニ背反シ社會ヲ害シ人ノ權利ヲ傷フニ於テハ其社會ヲ脱去スヘシト論セリ例令ハ茲ニ會社ヲ設置セント欲スルキハ其會社員ノ合意一致ヲ以テ會社ヲ維持スルノ規則ヲ制定ス可シ若シ社員カ此規則ニ反スルキハ其社員ハ會社ヲ退去スヘシ是ト等シク人間社會ノ約束ニ反シ害惡ヲ爲ス者ハ宜シク脱去ス可シ若シ社會ヲ脱去セサルニ於テハ之ニ對シ國家カ刑罰ヲ行フハ何ノ不可ナルコトアラン然レハ約束上ヨリ社會ヲ組成シタル者ニ非サルコトハ國法學上近來學者ノ論スル所ナリ之ヲ要スルニ以上講述シタル七說ハ相對主義ニ關スル概綱要領ノミ次ニ折衷主義ニ移リ順次之ヲ論セン

第三 折衷主義

折衷主義トハ犯罪ハ不正ナリ刑罰ハ正義ナリト論究スル絶對主義ノ說ト社會

ノ利益ヲ主トスル相對主義ノ二說共ニ採用シ其長ヲ捨テ短ヲ取り合併シタル者ヲ折衷主義ト云フ故ニ折衷主義ニハ國家ニ正義アリ又利益アリ然レハ人間ハ社會ノ爲メニ生存スル者ニ非ス人間ノ爲メニ社會アリ復國家ヲ組織スルモノナリ而シテ折衷主義ヲ解剖シ詳細ニ是ヲ論究セント欲スルニ先ツテ重要ナル三個ノ原則アリ左ニ是ヲ論ゼン

第一正義ハ則チ利益ナリ社會ノ利益ハ正義ナリ總テ正義ト利益トハ同一ナリ

第二凡テ社會ノ利益ヲ計畫スヘシト雖モ國家ノ正義ニ反對ス可カラス此原則ハ社會ノ利益ヲ主トシ國家ノ正義ヲ從トナスモノナリ

第三正義ノ範圍内ニ於テ利益ヲ計畫ス可シ

近世學問上ニ就テ折衷主義ノ如何ナルモノナルヤハ右ノ三原則ニ依リ知ルニ足ル蓋シ日本刑法ハ折衷主義ニ基キ編纂シタルモノナリト云フ然レハ如何ナル者ヲ折衷シテ犯罪ト刑罰トノ權衡ヲ得タルカ又正義ト利益ヲ計ルニ如何ナル分量ニ基キタル乎容易ニ是ヲ發見スルコト能サルナリ

第一原則ハ刑罰ハ正義ヲ回復シ不正ナル犯罪ヲ消滅セシムル者ナリ而シテ其結果ハ未タ満足ト云フニ過キス故ニ刑罰ニハ其自身ニ目的アリ然レハ相對主義ノ目的ト爲ス所刑罰ノ外ニ在テ存スト雖モ正義ノ範圍内ニ於テ國家ノ利益ヲ計畫スヘシト主唱スル說ハ近世學者ノ採用スル所ナリ蓋シ此原則ハ如何ナル標準ニ依リ正義ト利益ヲ配置シ刑罰ノ權衡ヲ得ル乎刑罰ノ定量則チ刑罰ノ分量如何ト云フ問題ヲ發生ス可シ而シテ此分量ニ關スル問題ヲ氷解セント欲セハ暫ク論理學上物ノ性質ハ分量トノ關係ヲ知ラサル可カラス左ニ之ヲ詳論セシ

性質ト分量トノ關係

茲ニ一物アリ其有形物ノ性質上ノ存在ハ物ノ分量ニ關係ヲ有スルハ其分量ヲ超過ス可カラス若シ其分量ヲ超過スルハ其形体ヲ消滅スルカ或ハ全ク他ノ物ニ變化スル者ナリ設例ハ水ハ方圓ノ器ニ從フト云フカ如ク水ノ性質ハ流動体ニシテ且有形物ナリ然レハ此水温度ニ關係ヲ有スル者ナルカ故ニ若シ其温度ノ分量ヲ減少シ最底点ニ達スルハ氷トナリ水ノ性質ヲ失フ可シ又温度

ノ分量ヲ増加シテ最高点ニ至レハ湯トナリ沸騰シテ遂ニ蒸發氣トナリ空中ニ昇騰スルモノナリ是有形物ニ就テ論究シタル者ナレハ無形物ニ於テモ亦同一ノ原理ヲ有セサル可カラズ例令ハ寛大ト云フコトアリ即チ人ニ金錢ヲ貸與スルニ寛大ナルキハ道德上賞嘉スヘキ善良ナル性質ヲ有スル者ナリ然レハ此寛大ナルモノハ金錢ノ收入支出ニ關係ヲ有セリ故ニ一定ノ分量ヲ有スル者ニシテ若シ其分量ヲ超過シテ非常ニ寛大ナルキハ或ハ驕奢トナリ或ハ贅澤トナルナリ又經濟上儉約ト云フコトアリ是亦金錢ノ分量ニ關係ヲ有シ若シ其分量ヲ減少スルキハ吝嗇トナリ又増加スレハ驕トナリ或ハ遊戯ト爲ルモノナリ之ヲ要スルニ此ノ如ク有形無形ヲ論セス都テ物ノ性質上分量ニ關係アルキハ一定ノ制限アルモノナリ之ヲ刑罰ニ適用スルモ復同一ノ理ニ基キ國家ニ於ケル刑罰ニモ分量アリ又刑罰ハ反坐ノ性質ヲ帶フル者ニシテ此ノ兩者相待テ刑罰ヲ成立スルモノナリ而シテ刑罰ノ分量ナルモノハ犯罪人ニ對シ與フル所ノ痛苦ニニヨリ刑罰ニハ分量アリ分量ニハ隨テ範圍アリ其範圍ハ正義ニ依リ定ムル者トス故ニ此規則ハ前二個ノ原則ヲ折衷シテ刑罰ハ國家ノ正義ニ根據シ一定ノ

範圍ヲ定メ其範圍内ニ於テ社會ノ利益ナリ又ハ改良ナリ警戒ナリ都テ其分量ニヨリ相對主義ニ依ルコトヲ得可シト論究セリ要スルニ折衷主義ヲ組織セント欲セハ暫ク以上講究シタル三原則ヲ基礎トナシ宜シク利害得失ヲ研究スヘシ而シテ刑罰ニ須臾モ離ル可ラサル者ハ犯者ニ與フル苦痛ノ分量ハ一定ノ範圍ヲ超過ス可カラサルコト是ナリ上來陳述セシ所ハ近世學者ノ論スル折衷主義ナリ

顧テ日本刑法ハ折衷主義ニ基キ編纂セラレタル者ナリト云フト雖モ犯罪ト刑罰トノ權衡ハ如何ナル法則ニ依ラレタル乎刑罰ノ分量ハ如何ナル規則ニ依リ定メタル歟之ヲ知ルコト能ハサルナリ何トナレハ人ヲ殺シタル者ハ死刑以下有期徒刑迄ト規定スルトキハ其刑罰ハ反坐ノ性質ヲ失フノ感ナキ能ハサルヘシ然ルニ日本刑法ハ第二編以下各條ニ於テハ死刑ニ處スルノ明文アリト雖モ犯罪ノ事情ニヨリ總則ニ於テ二等ヲ減スル場合アリ斯ノ如キ場合ニ在テハ刑罰ハ反坐ノ性質ヲ失フモノニ非サル乎稍々疑ヲ生スルモノ、如シ

以上論述シタル所ハ國家ノ刑罰權主義ニ關スル概梗要領ノミ諸君ハ既ニ刑罰

權ノ如何ナルモノナルヤチ畧了知セラレタルヘシ然レモ前ニ講述セル所ハ唯學者ノ諸説ヲ論評シタルニ過キス社會刑罰權ノ主義タルヤ深淵ノ學理ニシテ余ハ敢テ哲學者ニ非サレハ其主義ノ是非得失ハ諸君ノ判斷ニ任セントス

第四回

前回ニ於テ國家刑罰權ノ主義ヲ説了セルヲ以テ今回ヨリハ日本刑法ノ本論ニ移リ先ツ犯罪ノ何物タルヲ論述シ次ニ刑罰ヲ論シ終リニ刑罰ノ適用ヲ論セントス

犯罪ヲ論スルニ際シ予ハ先ツ犯罪ノ定義及ヒ種類ヲ示スヘシ罪ト刑ト異ナル所以ハ今更喋々スルヲ竣タサルヘシ然リ而シテ如何ナルモノヲ罪ト云フヘキヲ繹ルニ日本刑法草案ニハ之カ定義ヲ與ヘテ曰ク罪トハ法律ニ於テ罰スヘキ所爲ナリト蓋此定義ハ往々諸學者ノ下セルモノナレモ此定義ハ無用ニシテ且虛妄ナリ左ニ其無用虛妄ノ所以ヲ述ヘン

第一 何故ニ無用ノ定義ナリヤ曰ク此定義ニ依レハ罪トハ法律ニ於テ罰ス可

キ所爲ヲ云フト雖モ固ヨリ犯罪アリテ始メテ刑罰ヲ科スルモノナレハ罪アリテ而シテ後ニ刑ヲ生スルモノナルニ此定義ニ於テハ刑ヲ本トシテ説キタルモノナレハ既ニ其順序ニ於テ轉倒セリト云ハサルヲ得ス加之此定義ニ據レハ如何ナル所爲カ法律ニ於テ罰スヘキモノナルヤノ問題ヲ生スヘシ然ルニ罪ノ何モノタルヤヲ説明セサレハ未タ以テ定義ト爲スニ足ラサルナリ是所謂論理學上環論ノ誤ニ陥リタルモノニシテ其間ヲ以テ直チニ答トナシタルナリ例之父母其兒子ニ向ヒ汝惡事ヲ爲スヘカラスト懲戒シタル時兒子ヨリ惡事トハ如何ナルモノヲ指稱スルヤト反問サレ父母ハ之レニ對シ惡事トハ總テ予カ懲戒スルモノナリト答ヘタルニ等シカルヘシは無用ノ定義タル所以ナリ

第二 何故ニ此定義ハ虛妄ノ定義ナリヤ犯罪アリテ而シテ法律ノ之レヲ罰スルコトアルハ當然ナレモ此定義ニ於テハ罰スヘキ所爲ヲ罪ト爲スト云ヒ犯罪ノ制裁ヲ以テ犯罪自身ヲ解説シタルニ依リ如何ナル所爲ハ果シテ罰スヘキモノニシテ罪トナルヘキモノナルヤ否ヤヲ明カニスルニ足ラサルナリ今爰ニ人アリ予ニ向ヒ犯罪ハ法律ノ罰スル所タルヲ知レモ如何ナル所爲ハ果シテ犯罪

タルヤ否ヤヲ問フモノヲ予ハ之レニ答ヘテ犯罪ハ法律ノ罰スル所爲ナ
 リト云ハ、或人ノ疑点ハ果シテ氷解スルコトヲ得ヘキヤ予ハ或人ノ問ヲ以テ直
 ニ答辨ニ充テタルノミ論理學上之レテ環論ノ誤謬ト云ヒ問ヲ以テ直チニ答辭
 ニ備ヘタルノミ故ニ犯罪ヲ以テ法律ニ於テ罰スヘキ所爲ト云フカ如キ定義ハ
 敢テ之レヲ下スノ必要ナシ是虛妄ノ定義ト爲ス所以ナリ何トナレハ更ニ法律
 ニ於テ如何ナル所爲ヲ罰スヘキモノト定メタルヤ否ヤノ問ヲ起スモノアレハ
 其所爲ハ即チ盡ク我刑法各條ニ記載スルモノナリト答フルニ過キサレハナリ
 然レモ上來論述セル所ノ批難ヲ容ル、コト能ハサル犯罪ノ定義ヲ下サント欲セ
 ハ事自ラ立法論ニ涉ラサルヲ得ス何トナレハ法律ハ如何ナル所爲ヲ以テ罪ト
 ナスヘキヤ否ヤヲ定ムルハ立法上ノ議論ナレハナリ若シ立法上ノ議論ヲ捨テ
 ハ單ニ現行法律ニ就キ犯罪ノ何物タルヲ問フモノアラハ予ハ我刑法全篇ノ定
 ル所ハ即チ犯罪ニシテ別ニ定義ヲ下スコト能ハスト答ヘンノミ若シ強テ其定義
 ヲ下サント欲セハ刑法ノ規定ニ反スル所爲ト云フカ如キ無用ノ定義ニ過キサ
 ルヘシ故ニ犯罪ノ定義ハ之レヲ立法上ヨリスルノ外ナシト雖モ立法上ノ定義

モ學者種々ニ之レヲ下シ多少ノ批難アルヲ免レス然レモ博士ベルネル氏ノ定
 義ハ輒近學者ノ採用セル所ニシテ最モ普通ニ行ハル、モノナレハ左ニ之レヲ
 論述セン氏ノ言ニ曰ク

犯罪トハ各人カ社會一般ノ意志ニ反シ公權若クハ私權ヲ破リ又ハ國家ヲ維
 持スル風儀若クハ道德ヲ紊ル所ノ不正ナル所爲ヲ云フト

今此定義ヲ分拆解説スレハ左ノ數項ニ歸ス

第一 犯罪ノ所爲ハ不正タルコトヲ要ス 然レモ各國ノ法律ヲ通覽セハ所爲ハ
 啻ニ不正ナラサルノミナラス極メテ正當ノ所爲ト雖モ尙之レテ罪トスルモノ
 アリ設例ヘハ人ヲ殺スハ何人モ其所爲ノ不正タルヲ知ルモ人民ノ幸福ヲ増進
 スルノ目的ヲ以テ内乱ヲ起シタルモノ、如キハ其所爲敢テ之レヲ不正ト云フ
 コトヲ得ス蓋シ是等ハ其所爲自身ニ於テハ敢テ不正ナルコトナシト雖モ苟モ法律
 ノ之レヲ禁止スルニ拘ハラス此國禁ヲ破ルモノハ國家ノ秩序ヲ紊ルモノトシ
 テ法律上尙之レテ不正ノ所爲トス

第二 不正ノ事柄ハ外形ニ顯出シタル所爲タルコトヲ要ス 所爲ノ何物タルニ

就テハ後ニ至リテ詳論スレトモ苟モ法律ノ犯罪トスル所爲ハ必ス外形ニ顯ハレタルモノニシテ人ノ心裏ニ存スル思想ニ止マラサルヲ要ス

第三 公私ノ權利ヲ害シ又ハ風儀道德ヲ紊ルモノタルヲ要ス 犯罪ノ過半ハ公私ノ權利ヲ破ルモノナレトモ又單ニ風儀道德ヲ紊ルモノヲ以テ罪トスルコトアリ設例ハ猥褻姦淫ノ罪又ハ神祠佛堂等ニ對スル不敬ノ罪ノ如キ是ナリ但シ風儀道德ヲ乱ルノ所爲ハ必スシモ犯罪ナルニ非ス各國政教二者ノ關係ノ度ニ從ヒ國家カ之ヲ社會ノ秩序ヲ保スルニ必要ナリト認メ國家ノ權力ヲ以テ之ヲ維持スルモノニ限レリ

第四 犯罪ノ所爲ハ社會一般ノ意志ニ反スルモノタルヲ要ス 此一要件ヲ論スルニ當リ爰ニ一言スヘキハ社會ト國家トノ區別ナリ社會ハ自然ニ成リ國家ハ人爲ニ成ル故ニ社會ハ國境ナクシテ能ク歐洲ヲ通シテ一社會ヲ爲シ又一種ノ營業者ヲ通シテ商業社會農業社會等ヲ爲スト雖モ國家ハ國境アリ英佛日等皆其確定セル區域ヲ有ス又社會ハ一個人タル資格ナキモ國家ハ無形ノ一個人ニシテ權利義務ヲ有スルヲ得然レトモ又一國ニハ一國ノ社會アルヲ想像ス

ルヲ得ルカ故ニ英國ハ英國ノ一社會ヲ爲シ日本ハ日本ノ一社會ヲ爲スヲ得ヘシ而シテ此社會ハ所謂政治社會ナルモノニシテ本來自然ニ成リタル社會ノ一休ヲ國家アリテ始メテ之ヲ代表シタルモノナリ爰ニ所謂社會一般ノ意志ニ反スルモノタルヲ要ストハ間接ノ文字ヲ用ヰタルモノニシテ直接ニ之ヲ云ヘハ國家ノ意志即法律ニ反スルモノタルヲ要スト云フニ過キサルナリ即公私ノ權利ヲ破ルノ所爲ト雖モ之ヲ禁スル法律ニ反スルニ非スハ是所謂私犯ニシテ私法上損害賠償ノ責任ヲ負フニ止マルヘク風儀德教ヲ紊ルノ所爲ト雖モ唯德義ノ罪タルニ外ナラサルヘシ

我刑法ハ罪ヲ分チテ重罪輕罪違警罪ノ三個トセリ此區別タル今日文明諸邦ノ概ネ用ユル所ニシテ重罪トハ死刑徒刑若クハ流刑懲役及禁獄ノ刑ノ一ヲ以テ罰シ輕罪トハ禁錮罰金ノ刑ノ一ヲ以テ罰シ違警罪トハ拘留科料ノ刑ノ一ヲ以テ之レヲ罰ス故ニ法律ニ於テ此三種ノ區別ヲ爲シタルノ理由タル犯罪性質上ノ輕重ノ度ニ從ヒタルモノナルヘキモ法律制定ノ後ニ至リテハ唯重キ刑ヲ以テ罰スルモノハ重罪ニシテ輕キ刑ヲ以テ之レヲ罰スルモノハ之レヲ輕罪トス

ルノ外ナシト雖此區別ヲ爲スノ理由ハ裁判管轄等治罪上ノ手續ヲ整理スル
 ノ上ニ於テハ重大ナル法律上ノ差異ヲ立テサルヘカラスナルニ在リテ刑法上ニ
 ハ重大ナル必要ナシ
 重罪トハ如何ナル所爲ヲ指シ輕罪トハ如何ナル所爲ヲ云フヘキカ若シ重罪ハ
 重罪ノ刑ヲ以テ罰スルモノヲ云ヒ輕罪ハ輕罪ノ刑ヲ以テ罰スルモノヲ云フト
 定ムルキハ自首減輕宥恕減輕酌量減輕等ヲ爲スヘキ場合ト雖其輕減シタル
 結果ノ刑ヲ以テ其所爲ノ罪名ヲ定メサルヘカラス酌量減輕ノ情狀アル犯罪ノ
 如キハ裁判言渡ノ上ニ非サレハ裁判管轄ヲ定ムルヲ能ハサルカ如キノ不都合
 ナ來スヘシ故ニ重罪ノ刑ヲ以テ罰スヘキモノハ重罪ニシテ輕罪ノ刑ヲ以テ罰
 スヘキモノヲ輕罪トスルニハ法律上未タ加重減輕セサル刑ヲ以テ其罪名ヲ定
 メサルヘカラス但刑法第二篇以下ノ各條ニ記載セル加重減輕ハ此限リニ非ス
 トス蓋刑法總則即一般ノ加重減輕ト各條即特別ノ加重減輕トハ大ニ其性質ヲ
 異ニシ一ハ止タ刑ノ加減ニ過キサレモ一ハ罪質ヲ變更スルニ足ルモノナリ設
 例ハ丁年未滿ノ者重罪ヲ犯シ刑法第八十一條ニ依リ一等ヲ減シテ輕罪ノ刑ニ

處スルモ重罪ハ尙依然タル重罪ニシテ幼者ノ故ヲ以テ唯其刑ヲ減スルモノニ
 シテ其罪ヲ減シタルモノニ非ス之ニ反シ内乱罪ニ與シ諸般ノ職務ヲ爲シタル
 モノハ刑法第二百一十一條第三項ニ依リ輕禁獄ニ該ルモノハ重罪ナレハ其豫備
 ニ止マルモノハ^{百二十五條}第二百十五條ニ依リ各一等ヲ減シ輕禁錮ノ刑ニ該當シテ其罪
 質ハ輕罪ナリトス法律ノ明文ニハ一等ヲ減スト云ヒ恰モ刑ヲ減スルノ意タル
 ナ推測スルヲ得ルニ似タレハ是立法官カ逐一其刑名ヲ記載スルノ煩勞ヲ避ケ
 テ單ニ某々ノ條ニ照シ一等ヲ減スト記載シタルニ過キス否ラズンハ即第二百
 十五條ニ於テモ亦第二百一十一條ト等シク極メテ冗長ノ法文ヲ設ケサルヘカラ
 サルニ至ルヘシ特別ノ加重減輕ハ皆此類ニシテ其實真ニ他ノ本刑ヲ加重減輕
 シタルモノニ非ス
 以上論述セシ所ハ學者ノ議論モ甚カラサルヲナレハ今之レヲ詳論スルヲ措
 キ其他詳細ノ事柄ハ刑法ノ本篇ニ至リテ之レヲ講述セン

第五回

前回ニ於テ犯罪ノ定義及ヒ區分ヲ論シタルヲ以テ予ハ犯罪ノ成立ニ論及セム
 而シテ犯罪ノ成立ヲ論述スルニモ亦之レヲ別テ汎論各論ノ二トシ汎論ニ於テ
 ハ一般ニ犯罪ノ事ヲ通論シ各論ニ於テハ詐欺取財トハ如何殺人罪トハ如何ト
 犯罪ノ種類ヲ擧ケテ一々之レヲ論究スルモノナリ然リ而シテ今日予ノ講述ス
 ル所ハ汎論ニ屬スルヲ以テ先ツ一般犯罪ノ成立ニツキ之レヲ述ヘン
 犯罪ハ一ノ所爲タルヲハ既ニ之レヲ論述シタルニ此所爲ノ外犯罪ハ尙他ニ必
 要ナル條件ヲ具備スルニアラサレハ成立スルヲナシ即第一此所爲ヲ行フ所ノ
 主体即犯人第二此所爲ヲ受クル所ノ物躰即被害者第三主體ヨリ物體ニ向テ施
 ス所ノ手段アルヲ要ス此三條件中其一ヲ欠ク時ハ犯罪ハ決シテ成立スルヲ
 得ス今之レヲ左ノ數項ニ分チテ詳述セン

犯罪ノ主體タルヘキ者

犯罪ノ主體トハ犯罪ノ主人ナリ其主人トハ生命智能ヲ有スル所ノ人類ヲ云フ
 モノニシテ縱ヒ人間ナリト雖モ死シタルモノハ之レカ主體タルヲ能ハス況ン
 ヤ禽獸草木ノ如キ若クハ風伯天狗等ニ在テハ固ヨリ犯罪ノ主體タルヲ得サ

ルナリ是故ニ狂犬ノ人ヲ咬ミ颶風ノ人家ヲ毀ツコアルモ風伯狂犬ヲ裁判所ニ
 引致シテ之レヲ處分スルヲ得ス是其犯罪ノ主體タルヲ得サル所以ナリ
 民法ニ於テハ法律上人ヲ分チテ有形人無形人トスレモ此區別ハ單ニ民法及行
 政權ノ範圍ニ於テ許容スヘキモノニシテ刑法ノ承認スル所ニアラス刑法問フ
 所ノ犯人ハ唯肉躰ノ感覺ヲ有スル有形人ノミニ限レリ國家府縣市邑會社等ノ
 如キハ唯無形ナル想像上ノ一個人ノミ蓋シ是等無形人ハ外觀上無形人タル資
 格ヲ以テ罪ヲ犯スモノ、如クナレモ其實是等ノ無形人ヲ組織スル有形人ノ所
 爲タルニ過キサレハ法律ハ唯現ニ犯罪ニ手ヲ下シタル有形人ヲ罰スヘシ設例
 ハ警察規則ヲ以テ設ケタル屋上制限ノ如キハ市内一般ノ家屋建築物ノ所有主
 ナシテ其義務ヲ負ハシメタルモノニシテ官民共ニ之レヲ遵守セサレハ火災警
 察ノ目的ヲ達スルヲ得ス故ニ市區官署等ニシテ此制限ニ違ヒタル家屋ヲ建
 築スル時ハ其市區官署等ニ奉仕スル會計若クハ營繕ノ主務官吏ヲ罰セサルヘ
 カラス何トナレハ是等ノ官吏ハ長官ノ命令ニ依リ該家屋ヲ建築スルモノナル
 モ苟モ此法律アル以上ハ其法律ヲ知ルノ義務アルヘク又長官ノ命令ヲ執行ス

ルニハ必ス法律ノ規定ニ從ヒ屋上制限ニ適シタル家屋ヲ建築スルノ義務アルモノナレハナリ

犯罪ノ主体タルヲ得ヘキ能力ハ人類タルニ止マラス尙智能ナルモノヲ有スルヲ要ス其智能トハ左ノ如シ

(一) 自己ニ關スル智覺 即チ自己自身ナル我アルヲ知ルノ智識ナリ人アリ物ヲ探ラントスルノ意志ヲ起ス時ハ頭腦ノ作用ニ依リテ其手忽チ運動シテ物品ニ觸レ前ニ進マント欲スル時ハ足之ニ從フテ歩行スルカ如キハ即自己ヲ知ルノ智覺ナリ幼者ノ如キハ我アルヲ知ラス或一個ノ所爲ハ我ノ爲ス所カ他人ノ爲ス所カヲ區別スル能ハサルモノアリ

(二) 他人又ハ外物ニ關スル智覺 即チ我ヨリ以外ナル事物ノ關係ヲ知ルノ智識ニシテ或一個ノ所爲ハ我ノ爲ス所タルヲ知ルト雖モ其所爲ハ我ヨリ外ナル他人又ハ外物ニ對シテ如何ナル結果ヲ與フルヤ否ヤヲ知ラサルモノハ他人又ハ外物ニ關スル知覺ナキモノナリ設例ハ刀ヲ振テ人ヲ打ツモ如何ナル結果ヲ生スルヤ否ヲ知ラサル幼者ノ如キ是ナリ

(三) 是非ヲ辨別スルノ智覺 自己及ヒ他人若クハ外物ニ關スル智識アリト雖モ其所爲ノ是非善惡ヲ知ラサル場合アリ設例ハ未丁年者ノ如キハ我レ我カ腕力ヲ用ヒハ此力ヲ振フヲ得ヘシ此力ヲ振テ他人ヲ毆ツ時ハ自然ノ理ニ依リ他人ノ身軀ヲ傷ケ他人ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生スルヲ知ルモ(即チ自己及ヒ他人若クハ外物ニ關スル智覺アルモ)尙他人ヲ傷ケ他人ヲ殺スハ正理ニ反スルヤ否ヲ知ラサルナリ

右ノ三原素ヲ稱シテ智能ト云フ犯罪ノ主體即犯罪者ニシテ之ヲ具備セルモノヲ犯罪者タルノ能力アルモノト云フ故ニ三原素中其一ヲ欠クモ尙犯罪不能力者ニシテ犯罪ノ責任ヲ負フノ能力ナキモノトス故ニ犯罪ノ責任ニハ輕重大小ノ度ナクシテ設ヒ一原素ヲ次クモ全ク犯罪ノ責任アルヘキモノニ非ス十六歲以上二十歲未滿ノ幼者ノ如キハ本刑ニ一等ヲ減シテ之レヲ罰スルモ是犯罪責任ノ程度アルニ非ス唯年齢ヲ以テ法律上其刑ヲ寬恕スルノ情狀トスルニ過キス爰ニ諸君ノ注意ヲ要スル事アリ犯罪ノ責任自身ト此責任ヲ負フノ能力トヲ混同スヘカラサルヲ是ナリ凡ソ能力ハ主體ヨリ論スルモノニシテ所爲ニ就テ

論スルニ非ス之レニ反シ責任ハ所爲ニ就テ之レヲ論スルモノナリ一例ヲ擧ケテ之レヲ示セハ甲アリ乙ノ手ヲ執リ強テ丙ヲ打タシメタル場合ノ如キ乙ハ固ヨリ前述三個ノ智覺ヲ具有スルニモ拘ハラズ其丙ヲ打チタルハ全ク甲ノ器械トシテ爲シタルモノニシテ自身ノ所爲ニ非サレハ丙ニ對シテ何等ノ責任ナク甲者却テ其責ニ任スヘキナリ

上來論述シタル能力ノ例外即犯罪主體ノ不能力ニ付キ是ヨリ論述セム

瘋癲者ハ全ク人類ノ智能ヲ欠クモノナリ何トナレハ瘋癲者ハ自己ニ關スル智識ナキヲ以テ垢ヲ蒙リ穢ニ處シ括トシテ耻ツルヲ知ラサレハナリ蓋シ身ハ濫縷ヲ纏ヒ體ハ陋室ニ監禁セラレナカラ以爲ラク我ハ天神ナリ耶蘇ナリ釋迦ナリト甚シキニ至テハ國王ナリト思フモノアリ既ニ己レヲ知ルノ智覺ナキト夫レ斯ノ如シ況ンヤ他人及外物ニ關スル智識ナキト固ヨリ論ヲ竣タサルナリ之レヲ要スルニ瘋癲者ノ自カラ武士ナリト思フモノハ自己以外ノ者ハ皆己カ家臣ナリト思惟シ又自ラ帝王ナリト惟フモノハ監房ハ之レヲ宮殿ナリト思惟シ自ラ天神ナリト思フ者ハ疊床ニ在リテ雲上ニ坐スト思惟スルヲナラン是レ

少シモ外物ニ對スル智覺ナキヲ以テナリ或人瘋癲病院ニ至リタル時ノ一話アリ一人加藤清正ナリト自稱スル患者アリシカ其者ヲ一見シテ小西行長ト呼ビタリト瘋癲者ノ心神タル率ニ此ノ如クナルヲ以テ苟モ自ラ王ト思フテ人ヲ殺スモ之ヲ罪トシ論スルヲ能ハサルナリ

日本刑法ニハ瘋癲者ニ關スル個條ナレト雖モ其第七十八條ニ於テ「罪ヲ犯ス時智覺精神ノ喪失ニ依リ是非ヲ辨別セサルモノハ其罪ヲ論セス」トアリ依テ一般ノ規則ヨリ無論瘋癲者ハ其罪ナキヲ知ルヘシ然レモ瘋癲者ノ所爲ノ点ヨリ其罪ナキヲ定メ人ノ能力上ヨリ其不論罪ヲ定ムルヲナキハ稍學理ニ違フノ嫌ナキニ非サレモ間發症ノ瘋癲カ精神靜止ノ時ニ於テ罪ヲ犯シタルモノヲ不問ニ附スル如キヲナカラシメントノ注意ニ出テタルモノニ似タリ

幼者ハ其年齢ニ從ヒ智能發達ノ度ヲ殊ニスルカ故ニ我刑法第七十九條乃至第八十一條ニ於テハ年齢ニ依リ之レヲ分チテ三級トナシ第一ノ幼者ハ十二歲以下第二ハ十二歲以上十六歲以下第三ハ十六歲以上二十歲以下トナス而シテ第一幼者ハ全ク其罪ヲ論セス第二ノ幼者ハ犯時其所爲ノ是非善惡ヲ辨別シタル

ト否トナ審案ニ辨別ナクシテ犯シタル時ハ其罪ヲ論セス第三ノ幼者ハ全ク犯罪ノ責任ヲ負ハシメテ唯其刑ヲ減輕スルニ止マレリ故ニ犯罪ノ責任ヲ負フヘキ能力ノ点ヨリ爰ニ論スヘキハ第一第二ノ幼者ニ在リ

第一ノ幼者ハ自己ヲ知ルノ能力ナキハ兒童其母ニ對シテ物ヲ乞フ時自己ノ代名詞ニ三人稱ヲ用ヒルヲ見テモ其一班ヲ窺ヒ知ルヘキナリ幼者ノ見聞スル萬種ノ顯象ハ幻境ナリ夢裏ナリ大風ノ人ヲ斃スノ顯象モ兇漢ノ人ヲ殺スノ顯象モ其間敢テ差異アルコトシ是他人又ハ外物ニ關スル智覺ナキノ證ナリ況ンヤ其所爲ノ是非善惡ヲ識別スルノ智覺ヲ有セシヤ是我刑法カ第一ノ幼者ヲ以テ全ク犯罪ノ主體タル能力ナキモノト定メタル所以ナリ然レモ第二ノ幼者ニ在リテハ既ニ自己又ハ他人若クハ外物ニ關スル智覺ヲ有シ設例ハ人ヲ斬レハ傷シ物ヲ撲テハ破ル、コトヲ知レモ其所爲ノ是非善惡ニ至リテハ或ハ之ヲ知ルコト能ハサルモノナキニ非ス故ニ我刑法ハ辨別ノ有無ヲ以テ犯罪ノ有無ヲ別ツヘキ標準トセリ斯ノ如ク幼者ハ犯罪ノ主體タルヘキ能力ナキモノニシテ罪トナルヘキ所爲ヲ行フト雖モ其所爲ハ大風ノ家屋ヲ斃シ禽獸ノ人ヲ害スルト一般

天爲ニ出テタルモノト人爲ニ出テタルモノト識別スル所ナシ故ニ重罪輕罪違警罪ヲ問ハス共ニ其責任ナキヤ明カナリ然レモ我刑法第八十三條ニ於テ特ニ違警罪ニ限リテ第二ノ幼者即十二歳以上十六歳未満ノ者ハ是非善惡ノ識別ナキモ尙其刑ヲ宥恕スルニ止マリ其犯罪ノ責任ヲ負フノ能力アルモノト定メタルニ至リテハ予ハ其理由ヲ發見スルコト能ハサルナリ之レヲ辨解スル論者曰ク固ト違警罪ナルモノハ故意アルコトヲ要セス過失モ尙ホ之レヲ罰スト果シテ故意ナルコトヲ要セストスレハ蓋ンク全ク能力ヲ有セサル十二歳以下ノ孩兒或ハ風癲白痴瘖啞者ノ如キモ皆等シク之ヲ罰セサルヤ瘋癲白痴孩兒ヲ罰セサルハ其是非善惡ヲ識別スルノ能力ヲ具備セサルカ爲ノミ然ラハ特リ十二歳以上十六歳未満ノ者ニ限リ之ヲ罰スルノ理由果シテ安クニカ在ル此ノ如ク難シ來ラハ論者ハ竟ニ之レヲ辨解スルノ辞ナカルヘキナリ我刑法ハ第一ノ幼者及瘖啞者ハ違警罪ト雖モ其罪ヲ問ハサルモノトセルヲ如何セン予ハ唯謹ンテ大家ノ明解ヲ待タントス

瘖啞者トハ耳聽ク能ハス口言フ能ハサルモノニシテ智能ノ發達極メテ緩慢ナ

ナルモノナレハ必スシモ犯罪ノ責任ヲ負フノ能力ナキモノニアラス然ルニ我
 刑法ニ於テハ其第八十二條ニ瘖啞者罪ヲ犯シタルキハ其罪ヲ論セストアルヲ
 以テ瘖啞者ハ如何ナルヲ爲スモ之ヲ罰スルヲ能ハサルナリ然レハ其理由ニ
 至リテハ頗ル明確ナラサルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ瘖啞者ト雖モ
 敢テ一概ニ人物ノ善惡ヲ分別スル能ハサルモノ、ミナリト言ヒ難ケレハナリ
 殊ニ近來ニ至リテハ是等ノ者ヲ教育スルノ道アリテ充分ニ是非善惡ヲ知ラシ
 ムルヲ得ヘク且ツ西洋ニ於テハ之ヲ教育シテ通常人ニ讓ラサル智識ヲモ養成
 スルヲ比々皆然リトス現ニ近來瘖啞學校ヨリ出テ、裁判所ノ書記ヲ奉職シタ
 ルモノアリト云フ果シテ瘖啞者ニシテ既ニ成人トナリ尽ク三能力ヲ具有スル
 ニ於テハ何ソ不具者ノ故ヲ以テ之ヲ寛假スヘキノ理アラソヤ然ラハ仮令瘖啞
 者タリトモ其善惡ヲ識別シ得ルモノ、爲シタル所爲ハ之ヲ罰セサルヘカラス
 故ニ第八十二條ノ規定ハ現今我國ニ在テ適當ナルヤ否ヤハ余ノ知ラサル所ナ
 レハ道理上ニテハ瘖啞者ト雖モ其罪ヲ問ハサルヘカラサル場合アルヲ信スル
 ナリ

白痴モ亦智能發達ノ緩慢ナルモノニシテ其甚シキニ至リテハ自己ニ關スル智
 覺ヲ欠クモノアリト雖モ概ネ是非ヲ辨別スルノ智覺ナキヲ以テ通常トス我刑
 法ニ於テハ別ニ白痴者ヲ以テ犯罪ノ主體タル能力ナキモノト明定セス各所爲
 ニ就キ第七十八條ヲ適用スヘキモノト爲シタレハ智覺精神ノ喪失ニ至ラス是
 非ノ辨別アルモノハ常人ト同一ノ刑ヲ科シ法律上ノ宥恕ヲ與フルヲモナキモ
 ノトス又「ナイトウオーカー」ト稱スル一種ノ智覺ヲ缺乏スル疾病アリ「ナイトウ
 オカー」トハ其精神ハ全ク睡眠シナカラ唯身軀ノミハ恰モ醒覺セルモノ、如ク
 運行動作スル病ニシテ是ニ關スル奇談ハ屢新聞紙上ニ散見スル所ニシテ夜中
 蹶起シ夢中ニテ同室ノ人ヲ魑魁ナリト思ヒ之ヲ刺殺スルカ如キハ往々吾人ノ
 聞ク所ナリ而シテ此患者ノ爲シタル所爲ハ凡テ無罪トス何トナレハ前陳セル
 三個ノ原素ヲ備ヘサルヲ以テナリ我刑法ニ於テハ之ヲ處スルニ第七十八條ヲ
 適用シ果シテ犯罪ノ時智覺精神ヲ喪失セシモノト認定スル時ハ其罪ヲ論セザ
 ルナリ
 一時ノ憤激ニ依リ行ヒタル犯罪ハ刑罰宥恕ノ原因タルヲ得ヘキモ不論罪ノ

限ニ非ス然レモ其甚シキニ至リテハ全ク智覺ヲ喪失シ犯罪責任ヲ負ハシムル
 一能ハサルヲナキニ非ス
 醉狂者ノ犯罪責任ニ就テハ學者ノ議論頗ル數多ニシテ之ヲ全醉四分醉六分醉
 半醉生醉等ニ區別スルモ我刑法ハ之ヲ別タス各事件ニ從ヒ犯罪ノ當時是非善
 惡ヲ識別セシヤ否ヤヲ審判シ第七十八條ヲ適用シテ之カ處分ヲ爲スナリ然ル
 ニ或論者ハ曰ク自ラ人ヲ殺スノ意志アリテ其氣勢ヲ鼓スル爲メ故ラニ酒ヲ被
 リ醉狂ニ乘シテ之ヲ殺シタル時ハ智覺精神ヲ喪失スルノ有無ニ拘ハラズ殺人
 罪ヲ以テ論セサルヘカラスト是誠ニ迂濶ノ論ノミ何トナレハ縱令人ヲ殺サン
 爲メ故ラニ飲酒シ自ラ求メテ其精神ノ喪失ヲ致シタルモノナリト雖モ苟モ人
 ナ殺スノ當時醉狂ノ爲メ全ク其智覺精神ヲ喪失シ是非善惡ヲ識別スル能ハサ
 ルニ於テハ無論之ヲ無罪トナサ、ルヘカラスト但シ此場合ニ於テ其無罪ノ證明
 ナ爲ス一極メテ困難ナルヘキナリ
 予ハ已ニ能力ノ場合ヲ論述シ了リタルヲ以テ是ヨリ其罪ヲ犯シタル不能力
 者ニ就キ其處分ニ論及セム

犯罪責任ノ不能力者ハ其所爲罪トナラサルモノナレハ刑ヲ科スヘキモノナク
 從テ刑ノ宥恕スヘキモノナシト雖モ社會ハ傍觀生視シテ以テ之ヲ放置スルコ
 能ハサレハ須ラク其安寧ヲ維持セシカ爲メニ之レカ取締ヲナサ、ルヘカラスト
 是ニ於テ乎我刑法ニ於テハ其第七十九條ニ罪ヲ犯ス時八歳以上ノモノハ情狀
 ニ依リ滿十六歳ニ過キサル時間懲治場ニ留置スルコトヲ得第八十條ニ罪ヲ犯ス
 時十二歳以上十六歳以下ノ者ハ其情狀ニ依リ二十歳ニ過キサル時間之レヲ懲
 治場ニ留置スルコトヲ得第八十二條ニ瘖啞者罪ヲ犯シタル時ハ其情狀ニ依リ五
 年ニ過キサル時間之レヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得トアリ此等ノ個條ニ依リ社
 會ハ其安寧ヲ維持セシカ爲メ相當ノ處置ヲナスナリ然レモ此處分ヲ以テ刑罰
 ナリト思フヘカラスト全ク政府カ不能力者ヲ取締ルカ爲メニ懲治場ニ留置シ強
 制教育ヲ用ヰテ瘖啞者又ハ幼者ヲ改心セシメントノ意ニ出タルモノニシテ我
 國ニテハ裁判官ノ命令スル所ナルモ固ヨリ行政上ノ處分ナリトス然レモ我刑
 法ハ瘋癲白痴其他第七十八條ニ該當スル不能力者ニ就テハ敢テ其處分ヲ定メ
 ス就中瘋癲ノ如キハ之ヲ社會ニ放逸セシムヘキモノニ非サルヲ以テ法官ハ之

ヲ瘋癲院又ハ私宅ニ監禁スヘキヲ命セサルヲ得スト雖モ我現行法ニ於テハ之ヲ純然タル行政處分ニ一任シ法官ハ敢テ其處分ニ干涉スルヲナシ上來論述セル所ヲ以テ犯罪ノ主體ヲ講了セリ仍テ次回ヨリ犯罪物體ニ就キ之ヲ講述セ

第六回

犯罪ノ物體

前回ニ於テ犯罪タル主體ニ能力ヲ要スルヲ論述セリ故ニ今回ハ犯罪タル物體ニ付キ是ヲ論究セント欲ス蓋シ犯罪ノ物體タルヘキモノハ前段講述セル主體ニ能力ヲ要スルト等シク犯罪タル物體ニ就テモ又能力ヲ要スルモノトス而シテ其能力トハ罪ヲ犯サレ得ヘキ能力ノ意義ニシテ若シ此能力ヲ有セサルモノニ對シテハ如何ナル所爲ト雖モ法律上犯罪ヲ以テ論スルヲ得サルナリ而シテ此物體ノ能力ニ二様ノ別アリ一ハ物理的ノ能力一ハ法律上ノ能力是ナリ以下順次之ヲ論セン

第一 犯罪物體ノ物理的能力

犯罪ノ物體ニ物理上ノ能力ヲ有セサルヘカラストハ有形上ノ能力トノ意義ニシテ彼ノ物理學上ノ物理トハ少シク其意義ヲ異ニス然リ而シテ物理上ノ能力トハ他ヨリ害惡ヲ加ヘラレ得ヘキ咄々怪事的ノ能力ヲ以テ足レリトス故ニ犯罪ハ物理上之ヲ行フヲ得ヘキ物體ニ對スルニ非サレハ成立スルヲ得ス例之ハ人影ヲ屠リ石地藏ヲ殺サント欲シ刀ヲ揮フテ之レヲ斫ルカ如キハ無論其罪ナシトス何トナレハ人影石地藏ニハ生命ヲキチ以テナリ斯ノ如ク犯罪物體ニ物理上ノ能力ナキ場合ヲ稱シテ之ヲ不能犯ト云ヒ法律ニ於テ罪ト認ムルコトナシ然レモ爰ニ諸君ノ注意ヲ要スルハ不能犯ハ犯罪ノ物體ニ付キ能力ナキ場合ニシテ其所爲ニ關シテハ毫モ區別アルニ非サルコト是ナリ換言スレハ不能犯ハ物體上ヨリ論シ未遂犯及未遂犯ハ所爲ノ上ヨリ論スルモノナリ然ルニ學者或ハ所爲上ヨリ不能犯ヲ論シ其所爲ノ細微ノ点ニ涉リテハ終ニ不能犯ト未遂犯及未遂犯トノ區別ヲ爲ス能ハサルモノアリ是必竟單ニ其字面上ニ拘泥シテ不能犯トハ到底爲シ能ハサル犯罪ナリ坏ト誤解シテ物體ニ能力ヲ要スルト否

トチ知ラサルニ生スル淺見薄識ノ議論ト云ハサルヘカラス設例ハ今鉄砲ヲ以テ人ヲ狙撃セント欲シテ中ラサルキハ欠効犯ニシテ縱令命中セサルモ不能犯ニ非サルハ如何ナル學者モ同意スルコトナルヘシ然ルニ不能犯ヲ以テ單ニ所爲上ヨリ到底爲ス能ハサルモノトスル時ハ右ノ場合ニ彈丸ノ命中セサルハ鉄砲ノ方向始メヨリ異ナリタルモノナリ角度ノ違ヒタル彈丸ノ線路ハ到底命中スルノ理由アルヘカラサルナリ

第二 犯罪物體ノ法律上ノ能力

犯者チシテ犯罪ノ責任ヲ負ハシムルニハ犯罪ノ物體ハ管ニ物理上ノ能力ヲ有スルノミナラス尙法律上ノ能力ヲ帶フルヲ要ス法律上ノ能力トハ則其物體ノ權利内ニ存スルモノタルヲ要ス故ニ所有者ナキ物品ヲ竊取シ又ハ自己ノ物品タルヲ知ラスシテ之レヲ盜ムアルモ竊盜ノ罪ヲ構成スルヲナカルヘシ何トナレハ其物體ニハ法律上ノ能力ヲ存セサレハナリ

凡ソ人ノ犯罪物體上ニ有スル權利ニ二様アリ一ハ一般ノ權利ニシテ一ハ特別

ノ權利ナリ一般ノ權利トハ國家ノ有スル權利ヲ指スモノニシテ或ハ之レヲ公權ト稱ス特別ノ權利トハ各私人ノ有スル權利ヲ指スモノニシテ或ハ之ヲ私權ト云フ設例ハ此書ハ余ノ所有物ナルヲ以テ余ノ此書籍上ニ有スル權利ハ私權ニシテ所謂各人各個ニ属スル權利ナリ而シテ國家モ亦余ノ書籍ヲ保護スルノ權利ヲ有セリ是一般ノ權利ニシテ公權ニ属スルモノナリ故ニ他人若シ之レヲ竊取スルキハ國家ハ刑罰ヲ行フノ權利アリトス斯ノ如ク一ノ所有物ニ付公權ト私權トチ存スルカ故ニ多クノ犯罪ハ公權私權ヲ併セテ侵害スルモノナリト雖モ犯罪ハ必スシモ此二權ヲ害スルヲ要セス或ハ格段ナル場合ニ於テハ公權ノミチ傷害スルヲ以テ犯罪ヲ構成ス然レモ是ニ反シ私權利ノミチ害スルキハ決シテ犯罪ヲ成立スルモノニ非スシテ民事上損害ヲ賠償スルニ止マルモノナリ設例ハ此物件ハ余ノ所有品ニシテ權利ヲ有スルカ故ニ他人之チ盜ムキハ竊盜罪ヲ成立スト雖モ予若シ此物品ヲ取ルヲ他人ニ許容シタル場合ニ於テハ他人之レチ取ルモ敢テ法律上盜罪ヲ構成スルモノニ非ス何トナレハ此物品タルヤ予ハ他人ニ所有權ヲ移スノ意ニアラス又之チ賣買讓與シタルニ非ス

ト雖モ余カ權利ハ毫モ害セラレサルヲ以テナリ是ニ反シ公權ヲ害スルキハ私
 權ノ如何ニ拘ハラヌ直チニ犯罪ヲ成立ス前ニモ既ニ陳述シタルカ如ク道德及
 宗教ニ背反スル犯罪ノ如キモノ即神社佛閣ニ對シ不敬ノ所爲ヲ爲シタルモノ
 ナ罰スルカ如シ又ハ風儀ヲ乱ス猥褻姦淫ノ罪或ハ牛馬ヲ逆使スルモノヲ違警
 罪トシテ罰スル國アルカ如シ總テ是等ノ犯罪ハ各人各自ノ權利ヲ破リタルニ
 非ス全ク政府ニ於テ認ムル所ノ一般國家ノ權利ヲ害シタルカ爲メ之ヲ罰スル
 モノナリ之ヲ要スルニ一般權利ニ係ルキハ直接又ハ間接ニ國家ニ對スル犯罪
 ニシテ特別ノ權利ニ係ルキハ直接ニ各個人ノ權利ヲ破リ財產身軀等ニ對スル
 犯罪ナリトス然レモ其所爲タル素ヨリ法律ノ禁スル所タルヲ以テ間接ニ國家
 即社會ノ權ヲ破ルモノナリ

斯ク犯罪物軀タルモノハ必ス之ニ對スルノ權利者アルヲ要ス而シテ此權利ナ
 ル者ハ人類ノ外之ヲ有スルコト能ハサルヲ以テ天帝禽獸若クハ草木等ニ對スル
 犯罪ナシ刑法ニ所謂財產ニ對スル犯罪トハ其實財產ニ對スルモノニ非スシテ
 其財產ノ所有者タル人類ニ對スルモノタリ犯罪者タルモノモ亦必ス人類ニシ

テ被害者モ亦必ス人類ナリ人爲ニ成リタル法律ノ問フ所ハ到底人類ト人類ト
 ノ關係タルニ外ナラス但シ天帝ニ對スル犯罪ト雖モ國家ハ之ヲ社會ノ德義ヲ
 紊ルモノトシテ法律上ノ罪トナシ獸類ト雖モ他人ノ所有物タルニ於テハ一般
 財產ニ對スル罪トナシ猥褻罪ノ如キハ社會ノ風儀ヲ害スルモノトナシ之ヲ法
 律上ノ犯罪トスル場合ノ如キハ素ヨリ此原則ニ牴觸スルモノニアラサルナリ

第三 犯罪物軀ノ法律上ノ不能

犯罪物軀ハ法律上權利ノ目的物タラサルヘカラサルカ故ニ其物軀ニ對スル權
 利者ナキモハ即法律ニ於ケル罪質ナキモノニシテ之ニ對スル犯罪モ亦成立ス
 ルコトナシ然レモ此物軀上ニ於ケル權利ハ場合ニ依リ之レヲ放棄スルコトヲ得ル
 ナリ故ニ國家ハ國家ノ意志ニ依リ其權利ヲ放棄シ各私人ハ又其意志ニ依リテ
 棄權スルコトヲ得ヘシ又危急若クハ正當防禦ノ場合ニハ此權利ノ消滅ヲ來スヘ
 シ今左ニ是ヲ詳論セン

各人各個ノ棄權ニ基クテ不論罪

各個人ナル權利者カ自己ノ意志ヲ以テ犯罪物軀上ニ於ケル權利ヲ放棄シタル

キハ犯罪物跡タル法律上ノ資格ヲ欠クモノニシテ素ヨリ犯罪ノ成立スルコトナシト雖モ此棄權ノ場合ト親告罪即チ被害者ノ訴ヲ竣チテ罰スヘキ犯罪ニ就キ被害者ノ意志ヲ以テスル棄權トチ混同スルコトアルヘカラス設例ハ友人アリ予ノ承諾ヲ得テ此書籍ヲ携持シ去ルキハ其所爲タル竊盜罪ニ非ス何トナレハ予ハ承諾ニ依リ予ニ屬スル權利ヲ放棄シタレハナリ故ニ爰ニ論スル所ノ棄權ハ犯罪ノ不存ヲ來スモノナルヲ以テ其棄權ハ犯罪前ニ於テ豫メ之ヲ爲スヘキモノナリトス然ルニ親告罪ノ場合ニ於テハ犯罪ノ當時ニハ未タ棄權ナク犯罪既ニ成リテ而シテ後告訴ノ權ヲ放棄スルモノナリ設例ハ姦通罪ノ如キ夫ニ於テ棄權スルコトヲ得ルト雖モ犯罪ハ依然トシテ成立セリ之ヲ要スルニ一ハ犯罪物跡上ノ權利ノ放棄ニシテ其結果ハ罪ノ不存トナリ一ハ告訴權ノ放棄ニシテ犯罪既ニ成立シ其結果ハ唯刑罰ヲ免ル、ノミ

然ラハ即權利者ハ如何ナル場合ヲ問ハス右ノ棄權ヲ爲スコトヲ得ヘキヤ若シ果シテ然リトセハ千百ノ犯罪其存不存ハ一ニ各私人ノ意志ニ依ラサルヲ得ス是豈刑法ノ許ス所ナランヤ抑モ各人各個ノ棄權ニ依リ犯罪ヲ成立セサル所以ノ

モノハ羅馬法ノ格言ニ依ル其格言ニ曰ク承諾ニ出テタル所爲ハ權利ヲ犯スモノニアラスト然レモ此格言ハ如何ナル点迄之ヲ推及スルヲ得ヘキヤ即各私人ハ如何ナル程度迄其權利ヲ放棄シ得ヘキヤ論究セサルヘカラス例之ハ他人ノ所有物ヲ取ルモ豫メ權利者ノ承諾ヲ得タルキハ素ヨリ盜罪ノ成立ナキモ他人ニ自己ノ家屋ヲ燒燬スルコトヲ許シ若シハ諸君カ校長ノ承諾ヲ得テ此講堂ニ放火スルコトアルキハ直ニ放火罪ヲ成立ス故ニ此原則ハ唯第三者ノ權利若クハ公ノ利害ニ關係ヲ有セサル權利又ハ人タルノ德義ヲ損スルコトナク自由ニ存廢讓與賣買シ得ヘキ私權利ヲ破リタル場合ニノミ之ヲ適用スルコトヲ得ヘシ例之ハ財産ニ關スル權利ヲ放棄シタル前ノ一例ノ如キハ盜罪ヲ成立セス又承諾ニ出タル擊劍角力等ノ如キハ毆打罪ヲ成立スルコトナキカ如シ然ルニ今若公然猥褻ノ所爲ヲ爲シ或ハ奴隸トシテ人身ヲ賣買シ又ハ人ヲ毆打シテ之ヲ死ニ致シタル過失殺ノ如キハ全ク權利者ノ承諾ニ出テタルモノト雖モ公安ヲ破リ又ハ人類タルノ道義ヲ紊ルノ所爲タルヲ以テ決シテ之レヲ不問ニ附スルコトヲ得サルナリ

權利者ノ棄權ニ關スル一般ノ原則ハ既ニ説明シタル所ヲ以テ其大綱ヲ尽シタ
 リト雖氏尙一ノ必要ナル問題アリ則自殺ヲ以テ罪ト認ムヘキヤ否是ナリ此疑
 問ヲ氷解セント欲セハ主トシテ吾人ハ吾人ノ生命ヲ永續スルノ義務アリヤ又
 國家ハ吾人ニ強ユルニ此義務ヲ以テスルノ權利アリヤ否ヤテ攻究スヘシ蓋シ
 吾人ハ國家ニ對シテ吾人ノ生命ヲ永續スルノ義務アルヲナク從テ國家ハ吾人
 ニ此義務ヲ強ユルノ權利ヲ有スルヲナシ故ニ自殺者ハ自己ノ權利ヲ害スルノ
 外他ニ國家若クハ他人ノ權利ヲ破ルヲナキヲ以テ其權利ハ賣買讓與スルヲ能
 ハサルモノニ關セス敢テ刑法ノ問フヘキモノニ非ス又承諾ノ上ニテ自ラ其身
 ヲ賣ルモノ、如キ買主ノ外ハ罪トシテ之ヲ論スルヲ得ス唯民法上ニ於テ其
 賣買ヲ無効トスルノ外ナカルヘシ
 夫レ斯ノ如ク自殺ハ以テ他人ノ權利ヲ破ルモノニ非サレハ罪トシテ論スルモ
 ノニ非スト雖モ其道德ヲ破リ公安ヲ害スルニ至リテハ大ナリト云フヘシ特ニ
 野蠻社會ニ在テハ自殺ヲ以テ名譽トナスノ弊風行ハル、モノニシテ往昔封建
 ノ情態タル此弊風ヲ免カレサリシハ人ノ見聞スル所ナリ故ニ此弊害ヲ矯正シ

社會ノ道義ヲ維持セズト欲シ爲メニ往々自殺ヲ罰スルノ制ヲ設ケ之ヲ防禦セ
 ントシタルヲ各國其例少シトセス現ニ英領印度ニ於テハ自殺ノ未遂ヲ以テ罪
 トナシ是ヲ罰セリ蓋シ自殺ヲ罰スルノ理由ニ至リテハ敢テ他人ノ權利ヲ破ル
 ト云フニ非スシテ其他ニ存スルモノトス希臘ノ如キ法律上國家アルヲ知テ各
 私人ノ權利ヲ認メサル邦國ニ在リテハ自殺ハ即國家ノ權利ヲ害シ國ノ組織ヲ
 滅殺スルノ結果ヲ生スルカ故ニ此點ヨリ自殺ヲ罪トセリ又羅馬國ニ於テハ兵
 士ノ自殺ヲ罰シタリ是等ハ蓋シ自殺者ノ多キヲ以テ之ヲ防遏セントスルノ目
 的ニ出テタル法律ナルヘシ

斯ノ羅馬ト云ヒ希臘ト云ヒ自殺ヲ罰スルノ國アリト雖モ法律上ヨリ論究スル
 モ理論上ヨリ觀察スルモ之ヲ罰スルノ理由毫モ存セサルナリ假令多少ノ理由
 アリトスルモ其効果ニ至テハ實ニ薄弱ニシテ殆ント見ルヘキモノナシ何トナ
 レハ自殺ノ既遂者ニハ刑ヲ執行スル能ハスシテ却テ其情輕キ未遂者ノミ刑ノ
 執行ヲ爲スカ如キ不權衡ヲ來セハナリ又自殺ヲ罰スルノ法律ト雖モ其既遂犯
 ニ至リテハ單ニ罰金若クハ其他ノ財産刑ニ止マル又宗教法ニ於テハ破門刑ノ

ミニ止リ未遂犯ノ外之ヲ罰スルヲ得ス且一般自殺者ノ心意精神ヲ考察スルハ統計上十中ノ八九ハ精神錯乱ニ出テタルモノニシテ之ヲ罰スルヲ得サル場合極メテ多シ是歐米及本邦ノ法律ニ於テ自殺者ヲ罰セサル所以ナリ
 自殺ニ加功シテ之ヲ補助シタルモノ及從犯者モ亦之ヲ罪トシテ論スルヲ得ス如何トナレハ自殺ハ本來罪トナルヘカラサル所爲ナルヲ以テ其加功者モ亦罪トナルヘキ所爲ヲ行フヲ得サレハナリ然ルニ我刑法ハ自殺ヲ補助シタルモノヲ罰スト規定セリ前陳セシ如ク如何ナル點ヨリ考察スルモ之レヲ罰スルノ理由ヲ發見スル能ハサルナリ故ニ彼ノ佛國有名ノ學者フオースタンエリー氏ノ如キモ自殺ノ補助者ヲ罰セサルハ理論ニ適合セリト云ヘリ
 棄權ノ原理ニ關シ尙一ノ論スヘキヲアリ即承諾ヲ得テ人ヲ殺シタル場合トス既ニ論スルカ如ク自殺ハ道德ニ反スル所爲タルモ自ラ權利ヲ放棄スルモノナレハ敢テ刑法ノ罪トシテ論スルモノニ非スト雖生生命ハ決シテ賣買讓與シ得ヘキ私權利ニ非サレハ假令承諾ニ基キタル決闘又ハ自殺ノ場合ト雖モ人ヲ殺シタルモノニ至リテハ毫モ犯罪ノ責ヲ免カル、ヲ得ス但シ此場合ニ於テハ

唯國家カ人命ヲ保護スルノ權利ヲ害スルニ止マリ各私人ノ權利ヲ損スルヲナキヲ以テ其刑ニ至リテハ謀殺ト同シク之ヲ論スルヲ得ス故ニ我刑法ニ於テモ之ヲ通常ノ謀殺ト同一視セス尙其詳細論ニ就テハ各論ニ於テ講述セム
 上來論述セシ所ヲ以テ各私人ノ權利放棄ニ基因スル不論罪ヲ終レリ以下國家ノ權利ヲ放棄スル場合ノ不論罪ヲ述ヘントス茲ニ注意ヲ要スルハ此不論罪ニ於テハ假令各私人ノ權利ヲ破ルヲアリト雖モ併セテ國家ノ權利ヲ破ルモノニ非サレハ決シテ犯罪トナラサルコト是ナリ

國家ノ棄權ニ基ク不論罪

國家ノ意志即法律自身ヲ以テ放棄シタル權利ハ之ヲ破ルヲ得ス蓋シ一ノ所爲ニシテ各個人ノ權利ヲ破ルヲアルモ國家ニ屬スル權利ヲ破ルヲナキハ罪トナスヘキモノニ非サルヲ以テ國家ニ於テ自ラ其權利ヲ放棄シタル場合ニ於テモ亦犯罪ノ成立ナシ例令ハ已ムヲ得サルノ危急又ハ正當防衛ニ出テタル所爲ノ如キハ各私人ノ權利ヲ損スルヲアルモ社會ノ安寧ニ關シテ國家ノ有スヘキ權利ハ國家自ラ之ヲ放棄シタルモノナレハ當然犯罪タルヲ得ス設例ヘハ

獄司典獄ノ命ヲ受ケ犯人ヲ絞殺シ或ハ囚人ヲ獄舎ニ監禁シ又ハ之レヲ逮捕スルカ如キハ則國家ニ於テ其犯人或ハ囚人ニ對シテ人命保護ノ權利ヲ棄テタルモノニシテ且獄司典獄ニ在リテハ法律ノ命令ニ服從シ其絞殺監禁ヲ行ヒタルモノナレハ素ヨリ犯罪トナルヘキモノニ非ス然レモ死刑ノ宣告ヲ受ケタルモノニ付テハ國家ハ唯國家ニ適法ナル機關ニ依リテ其生命ヲ奪フヲ得ヘキモノニシテ各個人ニ於テ妄リニ之ヲ殺スモノ、如キハ素ヨリ殺人犯タルヲ免レヌ要スルニ法律自身ノ禁セサル所爲ハ假令各私人ノ權利ヲ破ルモ國家ノ權利ヲ破ルモノニ非サレハ罪トシテ之ヲ論スルヲ得ス況ンヤ法律ノ命令スル所ヲ執行スルニ於テオヤ我刑法第七十六條ニ曰ク本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ爲シタルモノハ其罪ヲ論セスト是法律ノ命スル所ハ國家ノ棄權ナルヲ以テ其命令ニ從ヒナシタル所爲ハ罪ノ成立スルヲナシ然レモ其所爲ノ無罪タルニハ第一本屬長官ノ命令ニ從ヒ第二其職務ヲ以テ爲シタルモノナラサルヘカラス設例ハ逮捕官吏カ豫審判事ノ命令ニ依リ犯人ヲ捕縛シ兵士カ將官ノ命令ニ從ヒ敵軍ヲ襲撃スル等素ヨリ明白疑フヘキモノナシト雖モ本屬長官ノ命令

正當ナレハ罪ナク若シ正當ナラサルニ於テハ其罪アリトノ議論ハ學者ノ論據ニシテ常ニ所說ノ當否ヲ爭フ所ナルカ如シ然レモ余ハ左程困難ナル疑問ニ非スト思考ス左ニ一二ノ例ヲ舉ケテ此場合ヲ開說セン
 豫審判事巡查ニ對シ甲某ヲ逮捕スヘシト命セシ場合ニ於テ巡查ハ甲ハ犯罪人ニアラスシテ犯罪人ハ却テ乙者ナルヲ知リナカラ豫審判事ノ命令ニ從ヒ甲ヲ逮捕シタリ此場合ニ於テ巡查ハ甲ノ逮捕スヘキモノニ非サルヲ知リツ、之ヲ逮捕シタルモノナレハ其所爲ハ犯罪ト爲スヘキヤ余ハ斷シテ無罪ト云ハン或ハ又將校兵卒ヲ率テ賊軍ヲ征討スルニ當リ命ヲ傳ヘ且指シテ曰ク彼ノ軍營ヲ攻撃シテ之ヲ拔クヘシト是ニ於テ兵士ハ其情ヲ知レリト雖モ將校ノ命令ナルヲ以テ攻撃シテ大ニ味方ノ軍ヲ斬破セリ是亦兵士ハ犯罪者ニ非サルナリ何トナレハ總テ是等ハ皆長官ノ命ニ從フテ爲シタル所爲ニ出ツルモノナレハナリ然レハ本屬長官ノ命令ハ如何ナル場合ニモ犯罪トナラサルヤノ疑問ヲ生スヘシ蓋シ此問題ヲ決セント欲セハ事實ノ不識ト法律ノ不識トニ依リ其別ヲ立テサルヘカラス故ニ前例ニ於テ豫審判事ノ命令將校ノ指揮ハ事實ニ屬スルモ

ノニシテ法律ノ範圍内ニ非ストス而シテ巡查兵士ハ其命令指揮ニ抗拒スルヲ得サレハ仮令不當ノ事ナリト雖モ之ヲ執行セサルヘカラス是巡查兵士ハ無罪トナス所以ナリ

然レモ今若シ豫審判事ニシテ逮捕官吏ニ向ヒ違警罪犯ハ盡ク之ヲ逮捕スヘシト命シ又ハ甲某ハ無罪者ナリ故ニ之ヲ逮捕スヘシト命令シ將校官ニシテ兵士ニ向ヒ苟モ官軍ト認ムルニ於テハ悉ク之ヲ襲撃スヘシ又ハ彼ノ山上ノ一軍ハ官軍ナリ故ニ之ヲ砲撃スヘシト命令スルコトアラフ乎官吏兵士ハ其命令ノ不正ナルヲ知ルト否トナ問ハス共ニ之ヲ不問ニ附スヘキモノニ非ス何ントナレハ違警罪犯又ハ無罪者ハ本來逮捕スヘキモノナルヤ否ヤ官軍ニ對シテ襲撃ヲナスヘキモノナルヤ否ハ法律ノ問題ニ属シ官吏兵士ノ共ニ知ラサルヘカラサルノ義務アルモノナリ命令ノ正否ヲ知ラスト雖モ苟モ事ノ不正ニ係ルモノハ則法律ノ禁スル所ナリ是ヲ要スルニ長官ノ命令ノ當否ニシテ法律ノ問題ニ属スル時ハ之ヲ知ルト否トナ問ハス事ノ不正ニ係ルモノハ刑法ヲ以テ之ヲ問ヒ事實ノ問題ニ属スル時ハ之ヲ知ルト否トナ問ハス其罪ヲ論セサルモノナリ然ル

ニ我刑法ハ單ニ長官ノ命令ニ從ヒ云々ト記載シ法律ト事實ニ係ルモノトナ分タス更ニ命令ノ當否ヲ問ハサルモノニ似タリト雖モ第二ノ條件トシテ職務ヲ以テ爲シタルコトヲ要スルカ故ニ命令ノ當否法律ノ問題ニ属シ法律ニ於テ之ヲ禁スル場合ハ即官吏ノ職務ニ非ストシ事實ノ問題ニ属シテ法律ニ於テ之ヲ命スル場合ハ職務ヲ以テ爲シタルモノナリトス故ニ我刑法ハ其用ユル所ノ文字ヲ殊ニスルモ其論局ニ至リテハ上來論述シタル論理ト同一ナリ如何トナレハ自己ノ職務ノ有無ヲ判定スルハ是又法律ニ属スル問題ニシテ法律ノ不識ハ以テ其罪ヲ免カル、ノ理由タラス又事實ニ属スル問題ニ係リ職務ヲ以テ之ヲ行フキハ命令ノ不正ナルヲ知ルト雖モ法律ノ強ユル所ニシテ其罪ヲ論スヘキモノニ非サルナリ

上來論述セシ所ノ論理ニ依リ我刑法第七十六條ノ精神ハ一言ニシテ能ク之ヲ悉スコトヲ得ヘシ則該條ハ法律ノ命スル所ノ所爲ハ罪トナラサルコトヲ示スニ過キス長官ノ命令法律ニ違ヒ又ハ自己ノ職務ニ属セズ其所爲ニシテ罪トナルヘキヤ否ヤヲ定ムルハ唯其所爲ハ法律ノ命スル所ナルヤ否ヲ決スルノ一事ニ在

リ夫ノ長官ノ命スル所法律ニ反スルコトタルヲ知ルト否トニ從ヒ犯罪ノ有無ヲ決スルノ標準トスルカ如キ論者ハ未タ人ヲシテ法律規則ヲ知ラサルノ故ヲ以テ其罪ヲ免カレシメントスルノ誤見ヲ脱スル能ハサルモノナリ

不得已ニ出テタル所爲

已ムテ得サルニ出テタル所爲トハ抗拒スヘカラサル強迫ニ遇ヒ或ハ天災若クハ意外ノ變ニ遭遇シ^リ身軀生命ヲ保全スル爲メ己ムテ得スシテ他人ニ屬スル權利ヲ害スル所爲ヲ云フ此場合ニ於テハ仮令他人ニ屬スル權利ヲ毀損スト雖モ國家ハ被害者ヲ保護スルノ權利ヲ放棄シテ其罪ヲ論セサルモノナリ如何トナレハ斯ル場合ニ際シ自己ノ生命ヲ捨テ他人ノ生命ヲ保全スルハ非常至高ノ徳義タルヘキモ國家ハ敢テ一般人民ニ向テ仁人君子ノ行ヲ強ユルモノニ非ス然レハ國家ハ敢テ不得止ニ出テタル所爲ヲ以テ正理ニ合スルモノトセサルカ故ニ唯其罪ヲ免除スルニ止マリ加害者ニ與フルニ自己ノ生命ヲ保全シ他人ノ生命ヲ絶ツノ權利ヲ以テスルモノニ非サレハ被害者ハ行害者ニ對シテ尙正當防禦ノ權利ヲ有スルモノトス設例ハ難船ノ際一人一片ノ木板ニ憑リ漂流セシテ

他人已レノ生命ヲ保全セント欲シ其木板ヲ奪ヒ爲メニ溺死セシムルカ如キハ固ヨリ各私人ノ權利ヲ害シタルモノナリト雖モ此場合ハ國家ハ被害者ノ生命ヲ保護スルノ權利ヲ放棄シ敢テ其罪ヲ問ハサルナリ果シテ然ラハ何故ニ國家ハ各私人ノ生命ヲ保護スルノ權利ヲ放棄スルヤノ疑問ヲ生スヘシ是別ニ理由アリテ然ルナリ則此場合ニ於テハ他ノ一人ヲ殺スニ非サレハ其身ヲ全フスル能ハサル危難ニ遭遇シタルモノニシテ例之ハ甲アリ乙ヲ脅迫シ丙者ノ財産ヲ強奪スルニ非サレハ直チニ乙者ヲ殺サント言ヘルヲ以テ乙者ハ已ムコト得スシテ丙者ノ財物ヲ強取シタル場合ノ如キハ乙者ハ他人ノ權利ヲ害シ自己ノ生命ヲ全フシタルモノニシテ其不正ノ所爲タル明ナリト雖モ國家ハ至高ノ徳義ヲ以テ乙者ニ強ユルコトヲ得サルモノトナシ被害者ヲ保護スルノ權利ヲ棄テ、之ヲ不問ニ措クモノトス

我刑法第七十五條ニ曰ク抗拒スヘ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ト其第二項ニ天災又ハ意外ノ變ニ因リ避クヘカラサル危難ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身軀ヲ防衛スルニ出テタル所爲亦同シトアリ蓋シ此條項

ハ余ノ論述セシ所ノ己ムヲ得サルニ出テタル所爲ニ關スル法理ヲ含蓄セリ然レモ悉ク包含シテ餘蘊ナキモノニ非サレハ予ハ先ツ第七十五條ヲ基礎トシ論究スル所アラント欲ス而シテ抗拒スヘカラサル強制ニ二種アリ

第一 無限ニ抗拒スヘカラサル強制

第二 強迫ノ強制

抗拒スヘカラサル強制トハ雷ニ抗拒スルコト能ハサル有形無限ノ暴力ノミニ止マラス又無形強迫ノ威力ヲ指ス然ルニ或學者ハ第一ヲ有形ノ強制第二ヲ無形ノ強制ト云ヘリ法文ノ所謂強制トハ則此二者ヲ包含スル意ナルヘシト雖モ有形無限ノ暴力ニ係ル場合ハ己ムヲ得サルニ出テタル所爲ニ非サルナリ設例ハ梅ヶ谷ノ如キ人ヲ兼ヌルノ強力アルモノ手ヲ握リテ人ヲ打タシメタルカ如キ又ハ甲者乙者ノ手ヲ執リ強テ丙者ヲ殺サシメタルカ如キ皆是甲者ノ所爲ニシテ乙者ノ所爲ニ非ス乙者ハ單ニ甲者ノ犯罪ノ器械手段トナリタルモノニ過キス故ニ乙者ノ無罪タルハ不形止ニ出テタル所爲タルカ故ニ非スシテ本來乙者ノ所爲タラサルノ故ニ出ツルナリ是ニ反シテ強迫ノ強制則チ第二ノ場

合ハ汝若シ某ヲ殺サ、レハ予汝ノ家宅ニ放火シテ之ヲ焦土ニ歸セシムヘシト強迫スルカ如キ場合ナリ我刑法第七十五條ハ兩ラ含蓄セシメタリト雖モ眞ニ抗拒スヘカラサル有形ノ強制ト無形ノ強制トハ其ニ不論罪ノ原因タルモ其基ク所ノ理由ニ至リテハ實ニ霄壤ノ大差アリ我刑法ハ之ヲ同一ノ法條ニ収メタルモ決シテ此差異ヲ看過スルコトアルヘカラス則一ハ國家ノ棄權ニ出テ一ハ當初ヨリ犯罪成立セサルナリ

學者往々本條ノ不論罪ヲ以テ犯罪構成ノ原素ナル自由ヲ欠クニ原因スルモノトナシ第一ヲ外部ノ自由ナク第二ヲ内部ノ自由ナキモノトシテ之ヲ論スレモ第一ハ雷ニ犯罪人ノ器械トナリタルニ過キサレハ何ソ故ラニ外部ノ自由如何ヲ論スルヲ要センヤ之ニ反シ第二ノ場合ハ内部ノ自由ヲ失ヘルモノト云テ得ス何トナレハ予ヲ強迫シテ汝人ヲ殺サ、レハ汝ノ家ヲ燒クヘシト云ト雖モ余ハ家ヲ燒カル、カ或ハ人ヲ殺ス乎ノ兩者中其一ヲ撰フノ自由アレハ決シテ内部ノ自由ヲ失ヘルモノト云フヘカラス故ニ佛國ノフオースタンエリー氏モ此第二ノ場合ヲハ内部ノ自由ヲ失フヲ以テ不論罪トスルノ說ナレモ氏ハ多少疑

ナ狭ミテ此場合ハ幾分カ自由ヲ失フモノナリト云ヘリ夫レ斯ノ如ク幾分カ自由ヲ失ヘリト云ヘルカ如キ曖昧ナル理由ヲ以テ罪ヲ斷スルヲ得サルナリ蓋シ無形ノ強制トハ内部則精神ノ自由ヲ奪フモノトセルハ舊時刑法學者ノ主張セシ所ニシテ其說既ニ陳腐ニ屬シ近世學士ノ容レサル所ナリ

斯ク有形ノ強制ニ依リ行フタル所爲ハ既ニ其人ノ所爲ニ非サレハ其無罪タルヘキハ喋々ノ辯ヲ竣タサルヲナレハ今爰ニ論スヘキハ無形ノ強制及天災又ハ意外ノ變ニ依リ不得已ニ出テタル所爲ニ屬スルモノナリ

第七十五條ニ其意ニ非サルノ所爲云々トアルハ別ニ深意アルニ非スシテ失火ノ如キ家屋燒燬ノ意志ナカリシ場合ヲ指シタルモノニ非ス如何トナレハ無形ノ強制ノ場合ニ於テハ充分斯ル意志ノ存在セルモノナルヲハ前既ニ論述スル所ノ如クナレハナリ蓋シ本條ニ所謂意ナキトハ其之ヲ希望スルノ意即本意ニ非サルヲ殊更ニ表出シタルニ過キス例セハ脅迫ニ遭ヒ他人ノ家ニ放火スルハ其所爲素ヨリ有意ナレト唯不得已ニ出テ、之ヲ行フモノニシテ他人ノ家ヲ燒キ他人ヲ害スルヲ希望スルノ本意ニ非サルナリ而シテ事苟モ強制ニ出テ

タル以上ハ斯ル本意ナキハ當然ニシテ其意ニ非サルヲハ業既ニ強制ノ語中ニ包含セリ素ヨリ殊ニ之ヲ明記スルノ必要ナキノミナラス爲メニ却テ理論ノ混雜ヲ生スルニ至ルヘシ我刑法草案ニハ此語ヲ除キタルハ能ク理論ニ合シタリト云フヘシ然ルニ我立法官ニシテ特ニ此一句ヲ加ヘタルハ或ハ強制ヲ以テ自由ヲ欠クモノトスル舊時刑法學者ノ所說ヲ採用シタルモノニ非サルカ

第七十五條第二項ノ場合ニ於テ唯自己若クハ親屬ノ身軀ヲ保全スル時ニ限りタルヲ以テ自己ノ財産又ハ他人ノ身軀財産ニ於テハ不論罪ノ限ニ非サルヲ知ルヘシ而シテ法文ニ天災又ハ意外ノ變ト明記スレト意外ノ變トハ如何ナル變災ヲ包含スヘキカ爰ニ枚擧スルヲ得スト雖モ此場合ハ第一項ト異ニシテ智能ナキ物体ヨリスル所ノ有形ナル強制ノミヲ指スモノト知ルヘシ

要スルニ以上論スル所ノ強制又ハ變災ハ現在ニシテ且ツ避クヘカラサルモノタルヲ要ス若シ現在ナラス又避ク得ヘキ強制ハ抗拒スヘカラサルモノニ非ス是法文ニ抗拒スヘカラサル強制ト云ヒ又ハ避クヘカラサル危難ト明言セル所以ナリ

正當防衛ニ出タル所爲

正當防衛トハ目前ニ不正ナル攻撃ヲ受ケ之ヲ防禦スルノ權ヲ稱スルモノナリ
此權ニ就テハ各論ニ於テ詳論スヘシト雖モ今簡單ニ正當防衛ト前段ニ講述
タル不得已ニ出テタル所爲トノ區別ヲ開説セシ

第一 不得已ニ出テタル所爲ハ各個人ノ權利ヲ害スルモ國家ハ被害者ヲ保護
スヘキ自己ノ權利ヲ棄テ唯罪トシテ之ヲ論セサルニ止マリ他人ヲ害スルノ權
利ヲ認ムルコトナキモ正當防衛ノ場合ニ於テハ國家ハ單ニ其權利ヲ放棄シタル
ニ止マラス更ニ不正ノ攻撃ヲ受クルモノニ附與スルニ正當防衛ヲ行フノ權ヲ
以テス故ニ此場合ニ在リテハ前既ニ論シタルカ如ク法律ハ仁人君子タルノ德
義ヲ人民ニ強ユルモノニ非サルト等シク亦極度ノ愚者トナルヘキコト欲スル
モノニ非ス則普通人タルヲ欲スルノ意義ナリ

第二 不得已ニ出テタル所爲ノ場合ニ於テハ加害者被害者共ニ正當ニシテ何
レモ不正ノ所爲ナシト雖モ正當防衛ノ場合ニ於テハ攻撃者ノ所爲タル必ス不
正ナルヲ要ス

第三 不得已ニ出テタル所爲ノ場合ニ於テハ自己ノ生命ヲ捨テ他人ノ生命ヲ
全フスルハ非常至高ノ德義ニシテ仁人君子ノ所爲ナリト雖モ正當防衛ノ場合
ニ於テ自己ノ權利ヲ捨テ他人ヲシテ其非行ヲ遂ケシムルハ非常極度ノ蠢愚ニ
シテ呆子痴漢ノ所爲タルヘシ

第四 正當防衛權ハ他人ノ爲メニ之ヲ行フコト得ルモ不得已ニ出テタル所爲
ハ之ヲ行フコト得ス

今一二ノ例ヲ設ケテ前項ノ區別差異ヲ説明センニ甲乙二人海中ニ漂流シ各其
生命ヲ保全セント欲シ一小木片ヲ争ヒ甲遂ニ乙者ヲ溺死セシメタルハ不得止
ニ出テタル所爲ナリ之ニ反シ山賊アリ旅人ノ所持スル金錢ヲ奪ハント欲スル
ヲ以テ旅人ハ此難ヲ追レンカ爲メ之ヲ斬ラントスルハ正當防衛ノ所爲ナリト
雖モ山賊若シ其危難ヲ避ケント欲シ旅人ヲ殺傷シタル時ハ正當防衛ト云フヘ
カラス何トナレハ山賊ハ自己ノ不正ニ因テ危難ヲ招キタルモノナレハ仮令眞
實防衛ノ爲メ殺傷シタルモノニモセヨ決シテ之ヲ正當防衛ト云フヲ得サレハ
ナリ故ニ甲者ノ所爲ハ正ナルモ山賊ノ所爲ハ不正ナリ

一 甲者ハ乙者ヲ殺スノ權利ナキモ旅人ハ山賊ヲ殺スノ權利アリ

二 甲者ニシテ自ラ其生命ヲ捨テ乙者ノ生命ヲ全フシタル時ハ實ニ君子ノ行ヒタルヘキモ旅人ニシテ自ラ其生命ヲ捨テ山賊ヲ害スルヲナカリセハ實ニ非常ノ愚物タルナリ

三 又他人ニ在リテハ乙者ノ生命ヲ全フシ甲者ヲ殺スノ權ナカルヘキモ山賊ヲ殺シ旅人ヲ救フハ何人ト雖モ之ヲ爲スヲ得ヘシ

以上論述シタル所ハ立法上之ヲ區別シタル理由ヲ示シタルモノナリト雖モ不
得己ニ出テタル所爲ト正當防衛ニ出テタル所爲トノ差異ニ至リテハ尙此四者
ノミニ止マラス宜シク正當防衛ニ必要ナル條件如何ヲ攻究シテ其詳細ヲ知ル
ヘシ

犯罪ノ手段

前回ニ於テハ犯罪ノ主體タルモノト物體タルヘキモノトヲ論究シタリト雖モ
犯者ト被害者ノミニシテ犯罪ノ手段ナケレハ到底犯罪ハ成立スルモノニ非ス

即チ手段在リテ主體ト物體トノ間ニ媒介シ其連絡ヲ通シ始メテ犯罪トナルモノトス故ニ犯罪ハ此三者ナケレハ成立サセザルモノト謂フヘシ然レモ手段ト物體トハ全然之ヲ分離スルト雖モ物體ハ時トシテ手段トナルコトアリ假例ハ余ハ犯罪ノ主體タリ及物體タルコトヲ得ルノ能力アリ亦タ諸君モ此能力ヲ有セリ然レトモ若シ梅カ谷ノ如キ強方者來リテ余ノ手ヲ緊握シ他人ヲ打タシメタル場合ニ於テハ主體或ハ物體ヲ以テ論セラレテ余ハ唯タ手段トシテ論セラル、モノトス何トナレハ此場合ハ余ハ犯罪ノ主體ニ使用セラレタル器械ト見做シ單ニ犯罪ノ媒介タルニ過キサレハナリ

倍テ犯罪ノ手段トハ如何ナルモノヲ稱スルヤト釋ヌルニ總テ犯者ノ意志ニ隨テ動作スル所ノ器械ナリ然レモ意志ナル者ハ本來心裏ノ世界ニ存シ目視ルコトヲ得ス耳聽クコトヲ得ス手足以テ之レニ觸ル、コトヲ得ス故ニ今夫レ余ニ於テ一ノ意志ヲ胸中ニ懷抱スルモ諸君ハ之ヲ知ルコト能ハサルヘシ爰ニ於テカ人ノ意志ヲ外形ニ顯出セント欲セハ其間ニ媒介ヲ要スルモノトス而シテ意思ノ外形ニ顯出シテ其作用ヲ示スニハ無形ノ心裏境ヨリ有形ノ實世界ニ架ス

へキ橋梁アルヲ要ス此橋梁ハ即チ意思ニ服スル所ノ手段ニシテ人ノ手足耳目等ハ生レナカラニシテ有スル所ノ天爲ノ器械ナリ故ニ人ハ此等ノ器械ヲシテ其意思ニ主服セシメ此等ノ手段ヲ以テ其意思ヲ現界ニ發顯シテ始メテ其目的タル物體ヲ左右スルヲ得又人ハ其手足耳目等生レ乍ラニシテ本來有スル天爲ノ器械ノ外尙ホ人爲ニ依テ得有スへキ諸種ノ器械ヲ以テ其意思ノ實行ニ使用スルコトヲ得へキモ其使用タル一ハ直接ニシテ一ハ間接タルヲ免レサルナリ

犯罪ノ手段タル物件モ亦能力ヲ有セサルヘカラス若シ此能力ナキハ犯罪ノ手段ノ不能ニ基キタル不能犯トナル假例一人ヲ毒殺セント欲シ毒藥ト思惟シテ清水ヲ與へタル場合ノ如シ故ニ手段ノ不能ニ基ク不能犯ハ所爲ノ不能ニアラスシテ手段タル物質自身ノ不能ナリ然レトモ犯罪ノ手段ニシテ苟モ能力ヲ具備スルニ於テハ其分量ノ多少ハ問ハサルナリ故ニ毒殺ヲ行フモ分量ノ足ラサルカ爲メ其人死セサルカ或ハ毒氣ニ中リタルヲ覺リ直チニ消毒劑ヲ服シテ横死ヲ免レタル場合ノ如キ毒殺ノ結果ナシト雖モ未遂犯ヲ以テ論シ決シテ無

罪ト爲サ、ルモノトス是故ニ犯罪ノ手段ニ能力ナキ中ハ犯罪ノ成立セサルコトハ多言ヲ要セズシテ知ルヘキナリ

第七回

犯罪ノ所爲

前回ニ於テ犯罪ノ構成ニ必要ナル條件即チ主體物體手段ノ三個ノモノヲ要スルヲ講述セリ就テハ今回ヨリ犯罪タル所爲其自身ニ就テ講説セソ
倍テ犯罪ノ所爲トハ如何ト云フニ凡ソ犯人ノ心裏ニ發生スル意思ヲ以テ手段ニ移スルハ活氣ヲ得テ動キ犯者ノ意思ヲ以テ犯罪ノ物體上ニ實行シ以テ犯者ノ意思ト犯罪ノ事實ヲ統合スルコトヲ稱シテ所爲ト云フ而シテ其統合連結シタル所爲ハ必ス人間ノ所爲ナルヲ以テ隨テ責任ヲ生スルモノナリ故ニ苟モ犯罪ハ法律上人ノ所爲ナリト謂フ以上ハ必ス此意思ト事實ノ連絡ナカル可ラス蓋シ其所爲ト云ヒ或ハ事實ト稱スルモ畢竟異名同物ナルモノニシテ唯之ヲ觀

ル點ニ依テ主客ノ差異ヲ生スルノミ即チ一ハ犯者ノ心思ノ上ヨリ考案シテ所爲ト云ヒ一ハ他ノ傍觀上ヨリ視テ之ヲ事實ト唱フルモノナリ設例ハ人ヲ殺害シテ金圓ヲ奪ヒ去リタル結果ヲ來ストキハ所爲トモナリ亦事實トモ爲ルナリ然レモ其犯人ノ心中ヨリ見ルキハ竊盜ノ所爲ト言ヒ或ハ殺人ノ所爲ト謂フ皆ナ是レ主觀上ヨリ考察スル者ナリ復專修學校ヲ燒失シタルトカ國事犯者諸方ニ蜂起シタリ或ハ人ノ殺サレタル事實在リト云フカ如キハ傍觀上ヨリ視察スルモノナリ是ヲ要スルニ所爲ハ當局ヨリ觀タルモノニテ事實ハ客觀上ヨリ視察スル所ノ稱呼ナリ

總テ人間ニハ各々欲スル所ノ欲望アリ意思アリ其意思ニ就テ動キ縱令ハ人ヲ殺スノ意思アルヲ以テ此意思ヲ外形ニ表顯シ意思ト事實ヲ統合シテ所爲トナル故ニ苟モ人ノ所爲タルニ於テハ從テ人ニ對スル責任ヲ發生スルモノトス何トナレハ責任トハ或ル事實ニ一箇ノ意思ヲ賦當スルモノナレハ一事實アレハ其事實タル何人ノ意思ニ出テタルヤヲ調査シテ事實ト意思トヲ配當スルニ於テハ其者之カ責任ヲ負擔スヘキナリ檢察官ハ若シ殺人ノ事實アリト知得セハ

直ニ臨檢シテ其殺人ハ果シテ何人ノ所爲タルヤヲ捜査シ犯者ノ意思ニ配置セサル可ラス而シテ犯者ノ所爲ニハ法律ノ禁スル所ヲ爲スモノト其命令スル所ヲ爲サ、ルモノトノ二者ヲ包括セリ乃チ法律ノ禁止スル所ヲ犯ス所爲ヲ行爲ト云ヒ其命令スル所ヲ爲サ、ルヲ不爲ト稱スルモノナリ
所爲トハ前陳スルカ如シト雖モ此所爲ニ責任ヲ構成スルニハ左ノ三箇ノ要素アルコト必要ナリ

第一 意思

第二 事實

第三 意思ト事實ノ連絡

犯罪タル所爲ニ責任ヲ生スルニハ此三條件ヲ具備スルコトヲ要ス若シ此三箇ノ一ヲ缺クルキハ其所爲ニハ責任ヲ起生スル者ニアラス隨テ犯罪ハ成立セサルナリ例ヘハ余ハ九段ニ於テ馬ニ跨リ競馬ノ際誤テ落馬シ諸君ヲ負傷セシメタルキハ余ノ落馬シタルニ依テ諸君ヲ負傷シタルノ事實アリト雖モ余ハ敢テ諸君ヲ苦痛セシメント欲スル意思ヲ存セサルモノナレハ法律上所爲ト謂フ可

ラス故ニ余ハ刑法上ノ責任ヲ負フヘキモノニアラス仍ホ此場合ヲ左ニ項ヲ別テ詳説セン

第一 意思ナキ場合

我刑法第七十七條ニ罪ヲ犯スノ意ナキ所爲ハ其罪ヲ論セストアルハ爰ニ論スル所ノ意思ナキ場合ニ恰當セリ譬ヘハ余ハ乘馬シテ市街ヲ通行スルノ際豈計ラシヤ馬車ノ爲メニ馬驚キ逸馳シテ往來ノ人ヲ負傷シ終ニ死ニ致シタリト雖モ之ヲ人ヲ毆打創傷シ死ニ致シタルモノト云フ可ラス何トナレハ余ハ往來ノ人ヲ死ニ致スノ故意ヲ有セサル者ナレハナリ故ニ其人ヲ殺シタルノ事實アレモ余ハ意思ヲ有セサルニ於テハ犯罪ヲ成立セサルヤ瞭然タリ亦余ハ無限ノ暴力ヲ以テ強制ヲ受シ場合即チ前段掲ケタル梅ヶ谷ノ如キ強力者ニ強迫ヲ受シ場合ニ於テモ余ノ意思ハ當然存在セサルノミナラス予ハ唯犯罪ノ機會ト爲リタル者ニ過キサレハ意思ノ有無ヲ問フノ必要ヲ見サルナリ然レモ無形ニ強制ヲ受タル場合ニ在リテハ斯ル撰擇ノ意思アルコトモ前已ニ講述シタルカ如シ我刑法第七十七條ニ罪ヲ犯スノ意ナキ云々トアレモ之單ニ故意ト云フ義ニ過

キサルナリ然レモ此点ニ就テハ諸學者間ニ種々異様ノ解釋ヲ爲スモノナキニ非スト雖モ余ハ故意ト解釋スルモ決シテ憶斷ニ非サルナリ何トナレハ刑法ノ總則ニ於テハ一般ニ關スル犯罪ノ成立ヲ論スヘキモノナレハナリ然レモ單ニ故意ナキ場合ハ甚ダ僅少ナルノミナラス其犯罪ノ成立ニハ一般ニ關スル故意ノ外特別ノ意思ヲ要スル場合甚ダ尠カラス縱令ハ竊盜罪ニハ他人ノ有形動産ヲ不正ニ領得シ之ヲ自己ノ物ト爲シ處理スル特別ノ意思ヲ要スルカ如シ又誣告罪ニハ人ヲ犯罪ニ陷ルルノ惡意ヲ必要ト爲シ或ハ姦通罪ニハ其没入ノ結果ヲ見ント欲スルノ意思ヲ要スルカ如シ其他枚舉ニ遑アラサルナリ

第二 事實ノ存在セサル場合

此場合ハ特ニ講義ヲ要セサルカ如シト雖モ今簡單ニ一二ノ例ヲ舉ケレハ諸君ハ上野公園ニ散歩セント欲シ布街ヲ通行スルキハ黒塗リノ兩頭馬車ニ遭遇スレハ彼レモ人ナリ我モ人ナリ余モ此ノ如キ馬車ニ乘リ紳士然トシテ上野廣小路モ今ヤ狹シト馬車ヲ驅馳セント欲スルノ意思アルモ亦ハ窺窕タル令嬢ヲ視テハ己レカ蓄妾權的ニ爲サントスルノ意思アル乎或ハ他人ノ黄金ヲ褫奪シテ

車ヲ北廓ニ飛サントスルノ慾望アリト雖モ之管ニ諸君ノ思想ニ止リ袖手傍觀スルニ於テハ固ヨリ犯罪ノ事實ナキヤ明カナリ苟モ其胸中ノ意思ヲ外形ニ顯シ彼ノ淑女ノ袖ヲ牽キ手ヲ握ルカ如キ事實アルニ非サレハ犯罪ヲ組成セサルヤ敢テ喋々ノ辯ヲ要セサルナリ

第三 意思ト事實ノ連絡ナキ場合

夫レ犯罪トハ犯者ノ意思ト事實ノ統合牽連シタル所爲ナルヲ以テ若シ此意思ト事實ノ連絡セサル場合ハ犯罪ヲ成立スルモノニ非ス譬ヘハ余ハ人ヲ撃殺セント思ヒ刀ヲ揮テ攻撃シタルニ豈圖ラシヤ其人ハ既ニ自ラ死去シ居タル場合ノ如キハ意思ト事實ト符合セサルモノナレハ強テ余ノ所爲ト謂フ可ラス故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ刑法上ノ罪ト爲ルヘキモノニアラサルナリ

我刑法第七十七條第二項第三項ノ規定ハ意思ト事實ノ統合ナキ場合ヲ定メタル者ナリ即チ第二項ニ罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者ハ其罪ヲ論セスト是レ意思ト事實ノ連絡セサル場合ナリ縱令ハ余ハ人ノ妻タルヲ知ラズシテ之ト密通スルトキハ姦通ノ事實アリテ姦通ノ意思ナシ亦甲ハ乙ノ妻ト

通セント欲シ知ラス識ラス其娘ト通シタル如キハ姦通ノ意思アリテ姦通ノ事實ナクテハ奈何ニ意思ト事實ヲ連絡セント欲スルモ能ハサル者ニシテ不論罪タルハ固ヨリ論ヲ待タサルナリ然レモ我刑法ハ罪ヲ犯スノ意ナキ所爲云々ト規定シタルヲ以テ意思ナキ場合ハ勿論意思ト事實ノ連絡セサル場合ナル第二項第三項モ第一項ニ包含スヘキナリ若シ余カ解釋ノ如ク故意ナキ所爲ト爲スルハ分明ノ識別ヲナスヲ得ヘシ乃チ第一項ハ意思ナキ場合ニシテ第二項第三項ハ意思ト事實ノ連絡ナキ場合トナリテ學理上分明ニ區別セラルヘシ又第三項ニハ罪本ト重カルヘクシテ犯スル者ハ其重キニ從フテ論スルヲ得ストアリ是レ復タ當然意思ト事實ノ連絡ハ其重キ部分ニ就テハ存セサルナリ例ヘハ余ハ人ヲ殺サント欲シ刀ヲ以テ其人ヲ殺シタルニ豈圖ラシヤ其人ハ自巳ノ親タルルルハ余ハ人ヲ殺スノ意思アリ事實アリト雖モ親ヲ殺スノ意思ナク隨テ親タル事實ヲ知ラサルモノナレハ是ヲ刑法第三百六十二條ニ適用シ子孫其祖父母ヲ殺シタル者トナシ死刑ニ處スヘキ者ニ非ス矢張り普通ノ謀殺故殺ニ依テ論セラルヘキモノナリ

刑法第七十七條第二項第三項ノ不論罪ハ事實ヲ知ラサル場合ニシテ法律ヲ知ラサル場合ノ規定ニアラス故ニ他人ノ妻タルヲ知ラスシテ之ト通シ自己ノ父タルヲ知ラスシテ之ヲ毆打スル如キハ事實ト意思ト連絡ナキヲ以テ姦通罪トシテ論シ祖父母父母ヲ毆打スルノ罪ト爲ラサルナリ然レモ之ニ反シテ他人ノ妻ト通スルモ法律ノ間フ所ニアラスト信シ他人ノ妻ト通スルトキハ不論罪ノ限リニアラサルナリ是法ノ不識ハ其罪ヲ許サストノ意ニ由テ生スルモノナリ

其第二項ニ罪トナルヘキ事實ヲ知ラスト規定シアルヲ以テ事實ノ不識ハ不論罪ニシテ法律ノ不識ハ不論罪ノ限リニアラサルヲハ明了ナルヘシ然ルニ又第四項ニ法律ヲ知ラサルヲ以テ犯スノ意ナシトスルヲ得ストアリ實ニ重複ニ渉ルモノト云ハサル可ラス然レモ此四項ハ第二項第三項ノ事實ヲ識ラサルノ例外トシテ規定シタルモノニアラスシテ第一項ノ例外トシテ規定シタルモノナリ何トナレハ第一項ニ罪ヲ犯ス意ナキ所爲トアルヲ以テ法律ヲ知ラサルモ罪ヲ犯スノ意ナキモノナルキハ第一項ノ範圍ニ入ラサル可ラス例ヘハ他人ノ

妻ト通スルモ法律ノ罰スル所ニアラスト思ヒ之ト通シタルキハ固ヨリ罪ヲ犯スノ意ナキ所爲ナレハ第一項ニテ不論罪トナサ、ル可ラサルニ至ラン如斯奇怪ノ結果ヲ生スルヲ以テ此第四項ヲ設ケ法律ノ不識ハ不論罪ノ限リニアラサルヲ示シタル所以ナリ學者或ハ第四項ヲ以テ第二第三項ニ比照スルモノアリト雖モ決シテ然ルニ非ス今論セシ如ク第一項ノ例外ニシテ第二第三項ニハ關係ナキモノナリ

事實ヲ知ラサルコトニ二様アリ第一全ク罪トナルヘキ事實ヲ知ラサル場合第二罪ノ重カルヘキ事實ヲ知ラサル場合之レナリ

(一) 全ク罪トナルヘキ事實ヲ知ラサル場合ハ固ヨリ意思ト事實トノ連絡ナキヲ以テ不論罪トナルハ論ヲ待タサルナリ

(二) 罪ノ重カルヘキ事實ヲ知ラサル場合ハ其重キ点ニ付テハ事實ト意思ト連絡ナキモ其他ノ点ニ無論連絡アルモノトス仮令ハ父母タルヲ知ラスシテ是ヲ毆打シタル場合ニ於テハ祖父母父母ニ對スル毆打ノ罪ハ成立セス何トナレハ父母ナルヲ知ラサレハナリ然レモ通常ノ毆打罪ヲ以テ論セラル、コトハ論ヲ

待タサナリ

刑法ニ於テハ苟モ意思ト事實ノ連絡セサルトキハ罪トナラサルコトハ上來開陳セシ如シト雖モ其法律ハ例外ヲ設ケ過失怠慢ヲ罰スヘキモノト規定セリ第十七條ノ第一項但シ書ニ法律規則ニ於テ別ニ罪ヲ定メタルモノハ此限りニアラスト是レ譬ヘ意思ナキ所爲タリトモ法律ハ特別ニ過失若クハ怠慢ニ出テタル所爲ヲ罪トシ罰スル場合アリ即チ安寧警察營業警察等ノ目的ニ出テタル違警罪ノ如キハ多ク此ノ例外ニ属スルモノトス復タ過失殺傷ノ罪失火ノ罪ト云ヒ法律上罰金若クハ科料ノ刑ヲ以テ處分スル犯罪ニハ鮮ナカラサルヘシ都テ是等ノ場合ハ怠慢過失ニ出テタル所爲ヲ罪ト爲ス者ナリ而シテ此怠慢過失ニ基因シタル場合ニ犯者ノ心中ヨリ之ヲ看察スレハ二様ノ別アリ一ハ故意ナクシテ或結果ヲ生シタル場合一ハ事實ヲ知ラサル場合はナリ左ニ之ヲ説明セン

第一 故意ナクシテ或結果ヲ生シタル場合

故意ヲ有セスシテ二三ノ結果ヲ生スル場合トハ縱令ハ余カ市街ヲ通行スルニ乘馬シテ之ヲ馭セント欲セシニ豈圖ランヤ衢路ニ至リ余ノ不注意怠慢ヨリ馬

驟キ往來人ヲ蹶殺シタルキハ余ハ事實ヲ知ラサルニ非サレトモ故意ナキ過失怠慢ナリ何トナレハ往來ノ人ヲ踏殺スノ意思ヲ有セサルヲ以テナリ其屋上制限ノ規則ニ背シ家屋ヲ建築シ或ハ道路橋梁等ノ掃除ヲ怠リ若クハ酩酊シテ路上ニ醉臥セル違警罪ノ如キハ故意ノ奈何ヲ問ハサルナリ

第二 事實ヲ知ラサル場合

此場合ハ過失怠慢ハ事實ヲ識ラサリシ場合タリト雖モ其事實ヲ知ラサルハ怠慢過失ニ原因シタルモノニ非サレハ罰スルコトヲ得ス仮令ハ一獵夫アリ前面ノ山上ニ一頭ノ羊アルヲ認メ之ヲ銃撃シタルニ羊ニアラスシテ單ニ全身羊皮ヲ被リタルノ一狂人ナリシトキハ尙ホ之ヲ過失殺傷ニ問フヘキカ予ハ斷シテ此罪ナキ者トセン何トナレハ獵夫ハ人ヲ殺シタル事實アレモ其人タルノ事實ヲ識ラサルコトカ獵夫ノ不注意過失ニ出テタルモノニ非サレハナリ然レモ其事實ハ充分ニ注意スルコトヲ要スルカ故ニ普通ノ智識經驗ヲ以テ充分ノ注意ヲ用ヒタリトモ仍ホ其事實ヲ識ラサル場合ハ過失ト謂フ可ラス假令ハ山野ニ赤毛鹿ヲ被リ偃臥セシ人ヲ雉子ト思ヒ之ヲ砲撃シタル如キハ怠慢ナリト云フヘシ斯ノ

如キ長大ニシテ且ツ渾身赤色ナル雉子ノ在ルヘキモノニアラサレハナリ之ニ反シ諸君カ鹿皮ヲ被リ夜半深谷山間ヲ通行シタルニ獵夫ハ鹿ナリト信認シテ發砲シ以テ其人ヲ擊殺シタル如キハ過失殺トナラサルヘシ如何トナレハ此ノ如キ鹿皮ヲ被リ夜半ニ山間ヲ通過スルハ普通人ノ爲ス可ラサル者ナレハ却テ被害者タルモノニ不注意過失ノ責アルヘキモノナレハナリ尙ホ此意思ハ事實ノ連絡ナキ場合ニ學問上區別ヲ要スルモノハ犯者ノ目的物ノ錯誤ト所爲ノ錯誤トノ區別是ナリ蓋シ此區別ハ法律ニ明文正條アルモノニ非サレハ精神ヨリ此ノ如キ區別アリト解釋スルモノニシテ之亦タ學理上意思ト事實ノ統合ナキ場合ト爲シ論スル者トス

一 目的物ニ就テノ錯誤(エルロルインオアゼシシテ)
 二 所爲ノ錯誤(アベラシチテリクト)

第一 目的物ニ就テノ錯誤ノ場合ハ犯罪タル所爲ノ向フ所ノ目的カ他ノ物ナリシ場合ニシテ特ニ説明ヲ要セサレトモ一例ヲ舉ケレハ甲ナリト思惟シテ狙撃シタルニ甲ニ非スシテ乙ナリシ場合ノ如キ是ナリ

第二 所爲ノ錯誤トハ犯罪タル所ノ所爲ハ偶然ノ事實カ犯罪人ノ意思ト事實トノ間ノ關係ヲ解除シ爲メニ犯人ノ意思ヨリ他ノ結果ヲ生セシ場合ナリ設例ハ今予カ諸君ノ内孰レカ殺サント欲シ鉄砲ヲ以テ狙ヲ極メ充分ナリト信シ發砲シタリト雖モ其狙ヒハ外レテ後ノ松樹ニ中リ彈丸流レテ他人ヲ殺傷シタル如キハ所爲ノ錯誤ナリ又余甲ヲ狙撃シ其狙ヲ誤リテ乙ヲ殺シタル場合モ亦タ然リ之ニ反シ予ハ諸君ト思惟シテ發砲シタルニ不圖キ他人ヲ殺シタルカ如キハ無論目的物ノ錯誤ナリ

然ラハ斯ク所爲ノ錯誤ト目的物ノ錯誤ト區別スルハ法律上如何ナル結果ヲ來スヤト云フニ目的物ノ錯誤ハ犯罪タル物體ニ能力アルヤ否ニ關シ區別セラレヘキモノトス若シ目的物體ニ能力ナキハ無罪ナレモ苟モ目的物ニ能力ヲ有スルトキハ犯罪ハ成立シテ不能犯ノ限リニ在ラサルナリ例ヘハ爰ノ書籍ヲ竊取セント欲シ他人カ之ヲ取ルトキハ竊盜罪タルヲ免レスト雖モ若シ此書籍ハ自己ノ物體タルニ於テハ無論不能犯タリ然レモ目的物體ニシテ殺傷等ノ能力アルモ或ル特種ナル犯罪ニ付テ能力ナキハ第七十七條第二項第三項ノ

區別ニ從ヒ不論罪ノ原因トナルモノナリ例ヘハ甲者アリ乙ノ妻ト通セント欲シ遂ニ通シタリト雖モ其女ハ乙ノ妻ニアラスシテ娘ナリシ如キハ縱令姦通ノ意思アルモ事實ナキヲ以テ犯罪ハ成立スルコトナシ然レモ其娘ハ犯罪ニ付テハ能力ヲ有スル物躰タリトモ姦通罪ニ就テハ有夫ノ婦ニアラサレハ目的物躰ノ能力ヲ有セサルヲ以テ甲ハ不論罪ト爲ルモノナリ又重キ事實ヲ識ラサル場合則チ前已ニ論シタルカ如ク自己ノ親タルコトヲ知ラスシテ殺シタル場合モ目的物ノ錯誤ニシテ第七十七條第二第三項ニ據テ論スヘキモノナリ

然ルニ所爲ノ錯誤ノ場合ハ過失罪ト未遂犯トノ二罪ヲ生スヘシ例ヘハ今甲チ狙撃シ其狙ヲ誤リテ乙チ殺シタル場合ハ其狙ヒノ誤リタルハ全ク加害者タル者ノ所爲ノ錯誤ニヨリ意思ト事實トノ關係ヲ破リ乙ノ死去セシ結果ヲ生シタルヲ以テ二罪發生スルモノタリ即チ甲チ銃殺セント欲シ其意思ヲ果サ、リシハ是レ甲ニ對スルキハ未遂犯ニシテ乙チ殺シタルハ過失罪ト云フヘシ此ノ如ク所爲ノ錯誤ハ目的物ノ能力如何ニ關セス又故意ナキ所爲ニシテ過失ヲ以テ犯罪ト爲ルト雖モ之レ故意ヲ要セサル犯罪ニ限ルナリ

所爲ノ結果

前段ニ掲載シタル諸例ニ於テ苟モ事實ト意思トノ連絡アルキハ其所爲ノ結果ニ就テハ予ハ其責任ヲ負ハサルヘカラス然レモ此所爲ノ結果ハ永遠無究ニシテ如何ナル程度迄推及スルカ之ヲ決定セサル可ラサルナリ今予カ手ヲ擧ケテ茶碗ヲ諸君ノ頭部ニ放擲スルトキハ此所爲ノ結果タルヤ先ツ諸君ノ頭ヲ負傷シタルノ結果ヲ生ス之レカ爲メ諸君ハ病氣ト爲ルノ結果ヲ醸シ又其苦痛甚シキカ爲メ醫師ノ藥劑ヲ求ムルモ結果ナリ又其病氣カ益々重シ危篤ニ迫リ遂ニ死去シタルモ結果タリ復其レカ爲メ親タル者ハ郷里ニ在リテ慷慨悲憂ノ情ヲ發スルモ結果ナリ又夫レモ原因トナリ父母ハ遂ニ肺病ト爲リタルモ結果ニシテ其肺病ヲ治療セント欲シ爲メニ醫藥料其他諸雜費ノ嵩ミ爲メニ身代ハ益々貧窮ニ迫リ遂ニ身代限りノ處分ヲ受ケタルモ結果ナリ斯ク身代限りニ依テ社會ノ信用ハ地ヲ拂ヒ他ニ營業ヲ爲ス能ハサルヨリ衣食住ニ窮シ竊盜ヲ働キタルモ結果ニシテ他人ノ物ヲ盜ミタルコトノ露顯シ遂ニ懲役ト爲リタルモ其結果

ニシテ又首尾克ク服役ヲナシ放免トナルモ結果ナリ
 要スルニ余ハ以上ノ結果ニ對シ責任ヲ負ハサル可ラサル乎蓋シ余カ一ノ所爲
 ヨリ此ノ如キ永遠無極ノ結果ヲ發生スルモノニシテ實ニ循環シテ際限ナキモ
 ノナリ然レモ余ハ如何ナル結果ニ對シ責任ヲ負擔スヘキヤハ法學上緊要ナル
 問題ナリ
 抑モ責任ナルモノハ豫シメ想像シ得ヘキ直接ノ結果ニシテ其所爲ヨリ必然生
 シ得ヘキモノニ對シ責任ヲ負擔スルハ法律上一般ノ原則ナリ然レモ直接ノ結
 果トハ如何ナル程度迄ヲ指示スルカ此ノ点ニ就テハ諸學者間ニ種々議論アリ
 テ未ダ此原則ハ學者ノ批難ヲ免レス例ヘハ余カ人ヲ殺サント欲シ刀ヲ振テ攻
 撃シタルノ所爲ニヨリ死去シタル場合ハ被害者自カラ死去シタルモノナリ何
 トナレハ人ノ生命ヲ剝奪スルハ人類ノ爲シ能ハサルモノニシテ天帝ノ外他ニ
 アラサルモノトス故ニ此直接間接ト結果ノ區別ヲ論スルハ刑法上ニ必要ヲ見
 サルナリ何トナレハ今予カ人ヲ殺ストキハ直接ト間接トヲ問ハス苟モ人ヲ殺
 スノ故意ヲ以テ爲シタル所爲ノ結果ニ就テ責任ヲ負ハサルヘカラス語ヲ換ヘ

テ之ヲ言ヘハ余ハ或ル所爲ヲ爲スニ其心中ニ在ル丈ケノ結果ニ對シテハ責任
 ナ免ル、能ハサルナリ然レモ亦一方ヨリ看視スルトキハ予カ諸君ニ對シ直接
 ニ爲シタル所爲ト其他人ノ妻子ヲ疾苦セシメント欲シ親タルモノヲ殺シタル
 場合ハ余ハ其婦女子ヲ苦痛セシムルノ意思ヲ以テ父母ヲ殺傷シタルモノナレ
 ハ是ヲ人ヲ疾苦セシメタルモノト爲シ余ハ婦女子ニ對シテモ責任ヲ負擔スヘ
 キカ之レ蓋シ故意ノ何物タルチ知得スルニ於テハ決シテ然ラサル所以ヲ發見
 スヘシ何トナレハ此場合ニ於テ妻子ヲ疾苦セント欲スルハ犯罪ノ目的ナリ犯
 人ノ目的ナルモノハ各人各異ノ性質ヲ帶フル者ニシテ犯罪ノ責任ヲ定ムルノ
 標準トナスニ足ラス故ニ此ノ如キ場合ト雖モ故意ニ聯絡シタル事實ニ對シ責
 任ヲ負擔スルチ以テ足レリトス若シ法律上故意ナキ事實ニ就テモ仍ホ責任ヲ
 負フトキハ法律上特別ニ規定スルコトヲ要ス假例ハ今誤テ人ヲ殺傷シタル所爲
 ノ結果ニ對シ責任ヲ負擔スルキハ法律ニ明文アルコト必要ナリ以上論述スル所
 ナ以テ所爲ト責任トノ關係ノ概要ヲ講終セリ

所爲ノ情態

前既ニ講説シタルカ如シ犯者ノ意思ト事實ノ相統合スルキハ所爲トナリ隨テ其所爲ニハ責任ヲ生ス是ヲ故意ニ出テタル所爲ト云フ又縱令意思ト事實ノ連結セサル場合ト雖モ法律ハ特ニ或場合ハ即チ過怠ニ出テタル所ノ所爲ト云フ故ニ犯罪ノ所爲ナルモノハ種々様々ノ有様ヲナス者ニシテ之ヲ犯者ノ心中ヨリ見レハ犯罪ノ所爲ニハ故意ニ出ツル所ノモノト故意ニ非サル所ノ所爲トノ二様アリ然レモ犯罪ノ被害者ヨリ之ヲ視レハ殺害サレタルモノト未タ然ラサル者トノ別アリ是レ既遂未遂ト爲ルモノニテ之亦所爲ノ一有様タリ此等ノ事柄タル所爲ノ情態ナルヲ以テ後ニ至リ詳論スル所アラントス畢竟スルニ主觀上ヨリ視ルキハ故意ト過怠トノ二箇ノ所爲アリ客觀上即チ害ヲ受ケルモノヨリ觀ルトキハ已遂犯未遂犯ト爲ルナリ

犯意

總テ人間ニハ各々欲スル所ノ希望ナルモノアリ例ヘハ遊廓ニ就テモ醜會チキ酒ヲ呑ムニ於テモ又講義ヲ聽クニ付テモ皆各自ニ希望アリ故ニ人ハ各自欲スル所ノ希望ヲ最初ニ發生シ此希望ヲ満足センカ爲メ人ノ意思ヲ左右シ意思ニ從テ身軀ノ運動ヲ爲スモノナリ則チ諸般ノ働キヲ爲シテ金儲ケヲ爲サント欲スルカ如キハ人ノ希望ニシテ是レ犯罪ニ對スル旨趣及目的トナルモノナリ假例ハ竊盜ヲ働キ人ノ貨物ヲ取り之ヲ自己ノ財産ト爲サント欲スルハ犯者ノ目的ナリ又自己ノ親ヲ殺害サレタルヲ以テ親ノ讐ヲ報セント欲シ遂ニ其人ヲ擊殺シタルハ犯罪ノ目的タリ然レモ此等ノ希望ヲ滿サントスルニハ如何ナル方法ヲ施スヘキカト云フニ君父ノ仇ヲ報センカ爲メ他人ノ金錢ヲ奪ハント欲スルカ如キ結果ヲ生スヘキ方法ニ向ケルキハ故意ナリ蓋シ故意トハ或ル結果ヲ目サス所ノ所爲ニシテ即チ或人ノ金員ヲ奪ヒ又ハ人ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ見ント欲スルハ故意ト云フヘシ而シテ今此故意ヲシテ更ニ一步ヲ進メ外形ニ表レ得ヘキ所爲ニ對スル意思ナルキハ之ヲ決心ト云フ之ヲ前例ニ對照スレハ其人ヲ殺スニ當リ毒殺ニセンカ慘酷殺ニセンカ或ハ竊盜ヲ爲シ殺サントスル

乎詐欺ヲ運テサンカト種々ノ工夫ヲ凝ラシ竟ニ孰レカ其方法ヲ定メ着手セシトスルハ決心ナリ故ニ犯人ノ心中ヨリ見ルルハ犯者ノ目的ヨリ故意トナリ故意ヲ進ンテ決心トナル者ナリ然レハ傍觀上則チ外形ニ顯レタル結果上ヨリ之ヲ觀ルルハ前ノ順序ニ遡リテ第一此所爲ハ決心アリテ斯々ノ切害ヲ爲シ此殺人ハ毒殺タルヲ以テ故意ニ出テタルナラント云ヒ遂ニ何故ニ人ヲ殺シタルヤハ犯者ノ目的ヲ問フモノナリ左ニ順次之ヲ論述セントス

第一 決心

決心トハ犯罪タル故意ノ實行ニ直接ナル原因ヲナスモノニシテ其決心ノ深淺輕重ノ程度ハ各決意ノ模様ニヨリテ異ナルモノナリ而シテ犯者ノ決意外形ニ表ハル、其ハ犯罪ヲ實行スル端緒ノ所爲トナルモノトス然レハ犯人ノ決意ヨリ外形ニ表レ端緒ノ所爲トナリ現在ノ結果ヲ生スル迄ニハ種々ノ有様ニ至ルモノニシテ或ハ深思熟考シテ始メテ實行スルアリ或ハ怒ニ乘シテ着手スルアリ或ハ一時ノ感激ニ依テ出スルヲアリ今マ人ヲ殺サント欲スルノ意ヲ挾持ス

ルキハ之レ故意ナリト雖ハ斬殺ニ據ランカ將タ毒殺ニ依ランカト其心ニ兩端ヲ抱キ斷然一ノ方法ヲ定ムルハ決心ナリ而シテ此決心所爲ニ發生スルニハ豫謀ニ出ツルモノト一時ノ感激ニ出ツルモノトノ差アリ

第一 豫謀

豫謀トハ深思熟考ニ出テ犯罪ニ接着スル決意ヲ云フモノニシテ豫謀ハ決心以前ニ生スルモノニアラサレハ故意ニシテ如何ニ深思熟慮シテ或事ヲナサント豫メ謀ルト雖ハ此ヲ以テ豫謀アリト云フ可ラス何トナレハ決心以前ニ豫謀アルヘキモノニ非サレハナリ又決心ニシテ外形ニ表レ犯罪タル所爲ノ實行ニ至ル迄ニハ永キ歲月ヲ經過スルモノアリ否ラサルモノアリト雖ハ年月ノ長短ハ敢テ豫謀ノ有無ヲ決スルニ關係アルトナク決心ヨリ着手ニ達スル間ニ於ケル歲月ハ縱令幾多ノ星霜ヲ經ルモ豫謀トナスニ足ラサルトアリ之ニ反シ其經過セル年月ハ甚ダ短キモノヲ以テ直チニ豫謀ニアラスト言フ可ラサルナリ何トナレハ許多ノ年月ヲ經過スル間ニハ初メ謀リタルヲ中止シ或ハ取消シ更ニ決心ヲナシタルヤ未ダ知ル能ハサレハナリ然レハ經過スル年月ノ長久ナル事

實ハ豫謀ニ出テタルノ證據トナスコトヲ得即チ長キ歲月ヲ經タル事實ハ豫謀アリト法律上推測スルコトヲ得レモ事實ノ長短ニ依リ豫謀ト感激トヲ區別スルノ標準ト爲スヲ得サルナリ蓋シ豫謀ノ有無ハ犯罪ノ成立不成立ニ關係ナシト雖モ犯罪ノ情狀ヲ輕重スルニ至テハ大ニ關係ナ有スルノミナラス日本刑法ニ於テハ豫謀ノ有無ニ依テ罪科ヲ定メ即チ豫メ謀テ人ヲ殺シタルモノハ謀殺ノ罪トナシ之ヲ死刑ニ處シ同シ殺人罪ト雖モ豫謀ナキ者ハ故殺ノ罪トナシ之ヲ無期徒刑ニ處スヘキモノト定メタリ之レ皆チ豫謀ノ有無ニ依ルモノニシテ一ハ生命ヲ失ヒ一ハ人命ニ關係ナキ者ナレハ此ノ如キ場合ニ在リテハ特ニ必要ナル一原素タルヲ知ルヘシ

第二 感激

感激ニハ種々ノ程度アリ其甚シキニ至リテハ全ク意思ナキヲ以テ不論罪トナル場合アリ或ハ感激殆ント皆無ニシテ豫謀ト同一ノ刑ヲ科スルモノアリト雖モ通常ノ場合ニ於テハ感激ハ罪ノ成立如何ニ關係ナ有スルモノニアラス日本刑法ニ於テハ唯タ身軀ニ對スル犯罪ノ外豫謀ト感激トノ差異ヲ以テ別ニ法律

上ノ差異ヲ設ケス之ヲ犯罪ノ情狀トシテ法官ノ酌量ニ一任セリ然レモ豫謀ト感激トハ二者相混同錯雜シテ頗ル其分界ニ苦ム場合アリ然ルニ我刑法ニ於テハ殊ニ此區別ノ重要ナル所以ハ前既ニ説明セシ如クナレモ豫謀感激二者區別ノ標準ハ學者間左ノ三箇ノ原則アリ

第一 犯者ノ決心スルキハ感激ニ因リテ決心シタリト雖モ熟慮シテ犯罪ヲ實行シタルトキハ豫謀ニ出テタルモノト爲ス何トナレハ此場合ニ於テハ其決心タル一時感激ニ出テタルモノナルモ犯罪ニ着手スルニ際シ熟考シテ實行シタル者ナレハ前ニ生シタル感激ハ其熟慮ニ依リ消滅シタル者ト看做サハル可ラズ設例ハ人ヲ殺スニ當リ感激ニ由リテ決心シタリトスルモ其人ヲ殺スノ方法殘酷ヲ極メ耳目ヲ斬リ或ハ手足ヲ切り遂ニ命ヲ絶ツカ如キ所爲ハ豫謀ニ出テタル者ト謂ハサル可ラス如何トナレハ殺意ハ感激ニヨリ生シタリトスルモ殘忍ナル所爲ヲナシテ之ヲ殺ス間ニハ自ラ深思熟慮スルノ暇アルモノト見做セハナリ

第二 決心ヲ爲スキハ深思熟慮シテ犯罪ノ意ヲ決スルモ一時ノ感激ニ依リ之

ナ實行シタルキハ却テ感激ニ出テタルモノト爲ス何トナレハ此場合ニ於テハ
 感激ハ犯罪ノ實行ニ刺激ヲ與ヘ犯罪ノ着手ニ至ラシメタルモノハ感激ニ外ナ
 ラサレハナリ假例ハ親ノ讐ヲ報セント欲スル故意ヲ有シ彼ハ俱ニ天ヲ戴ク可
 ラス希クハ彼ヲ殺シテ甘心セント日夜其策ヲ旋ラシテ自ラ禁スル能ハサリシ
 ニ偶然他ノ爲ニ恥辱ヲ受ケ感情激昂終ニ彼ヲ殺害シタルコアルモ之レ豫メ謀
 リテ殺シタル者ト論ス可ラス何トナレハ其殺意ヲ生シ手ヲ下シタルハ一時ノ
 感激ニ原因スルモノニシテ前ニ謀リタルコトハ消滅スヘケレハナリ
 第三 既ニ熟慮シテ決意スルモ其犯罪ノ實行中感激ヲ發シタルキハ此感激ハ
 必シモ豫謀ヲ消滅セシムルモノニアラス例ヘハ甲乙ヲ殺サント決心シ豫謀熟
 慮ノ上甲ハ山中ニ於テ之ヲ要撃セント欲セシニ乙來テ之ヲ過キルニ遇ヒ突然
 起テ之ヲ襲撃ス乙大ニ怒リ其手段ノ卑劣ナルヲ詬罵ス甲直チニ激昂シ依テ乙
 ナ殺シタル場合ノ如キハ之ヲ處分スル一定ノ規則ナク唯各場合ノ事實ニ付判
 斷スヘキモノナリ故ニ感激ハ必スシモ其實行中ニ發シタレハトテ熟慮セル決
 意ヲ消滅セシムルモノニアラサルヘシ

第二 故意

故意トハ犯罪タル所爲ノ結果ヲ生スルコトヲ知ルノ意ニシテ犯者ハ或ル未來ノ
 結果ヲ生セシメント欲シ爲シタル所爲ハ故意ニ出テタルモノトナス此等ノ事
 柄タル不日各論ヲ講スルニ於テ詳説スヘシト雖モ今一例ヲ舉グレハ彼ノ新富
 座ノ如キ劇場ニ放火シタル場合ハ如何ト云フニ之レ放火罪タルコトハ瞭然タリ
 ト雖モ人ノ住居シタル家屋ヲ燒燬シタル者ト爲シ之ヲ死刑ニ處スヘキカ或ハ
 人ノ住居セサル家屋ニ放火シタル者トナシ是ヲ無期徒刑ニ處スヘキ乎其適用
 ニ至リテハ蓋シ諸學者間ニ躊躇スルモノナキニ非スト雖モ之レ畢竟故意ノ何
 物タルヲ知ラサルノ論ノミ縱令劇場タリトモ人ノ住居スルヲ知リツ、放火シ
 タルキハ其結果ヲ欲スルト否トヲ問ハス其責任ヲ免ル、コトヲ得サルヘシ然
 ルニ或ル論者ハ疑ヲ懷テ曰ク果シテ然ラハ柴草肥料等ヲ貯フル屋舎ニ人ノ現
 住スルヲ知り之ニ放火シタル場合モ仍ホ人ノ居シタル家屋ヲ燒燬シタルモ
 ノト爲シ之ヲ死刑ニ處スヘシト是レ取ルニ足ラサル論ノミ何トナレハ柴草肥

料等ヲ貯フル屋舎ノ如キハ常ニ人ノ住居スルモノニ非サレハナリ然レモ譬ヒ人ノ住居セサル家屋ナリトモ現ニ人ノ住スルヲ知リツ、放火シタル場合ハ殺人罪ト放火罪トノ數罪俱發ニシテ苟モ之ヲ殺スノ故意ヲ以テ此等ノ所爲ヲナシタルキハ其所爲ノ結果ヲ欲スルヲ要セス豫メ謀リタル者トナリ謀殺若クハ故殺ニ問フヘシ都テ之レ等ハ學者ノ議論アル所ナルヲ以テ殊ニ諸君ノ注意ヲ喚起セント欲スル所タリ而シテ學者ハ故意ニ三様ノ差アルヲ主唱セリ

第一 必然結果ノ發生ヲ期スル所ノ故意例へハ甲ハ實丸ヲ裝置シタル小銃ヲ取り乙ヲ狙ヒ發砲シタルニ乙ハ生命ヲ失フニ相違ナシト思惟スル場合ノ如キ之レナリ

第二 不定ノ故意即チ必然結果ノ發生スヘキヲ期セサル所ノ故意ナリ設例ハ甲乙熟レカ其一人ヲ殺サント欲シ二人ヲ狙テ發銃シタル場合ノ如キハ不定ノ故意ト云フヘキナリ

第三 混交ノ故意即チ一ノ所爲ヨリ二三ノ結果ヲ生スル場合ニシテ其一ノ結果ハ必然期シ得ルモ他ノ結果ヲ期セサルトキハ之ヲ必定不定混交ノ故意ト云

フ假例ハ甲砲銃ヲ以テ乙ニ向テ之ヲ發砲スルキハ銃丸乙ノ身軀ヲ貫キ必ス乙ノ性命ヲ絶ツノ結果ヲ生スルヲ期スレモ此銃丸ハ或ハ乙ノ身軀ヲ通過シ併セテ乙ノ背後ナル丙ヲ貫キ内ノ生命ヲ絶ツノ結果ヲ生スルハ必スシモ期スヘカラスト思惟シテ之ヲ放チタルニ銃丸果シテ乙丙ヲ貫キ二人ノ生命ヲ絶チタルトキハ甲ハ必定不定混同ノ故意ヲ以テ乙丙二人ヲ殺シタルモノナリ斯ノ如ク學者ハ故意ニ三級ノ區別ヲナスモ實際ニ於テハ三種トモ一ノ故意ニシテ犯罪ノ構成上更ニ關係スル所ナキヲ以テ學者ノ之ヲ區別スルハ全ク不要ニ屬スルニ似タリト雖モ不定又ハ混同ノ故意モ法律上尙之ヲ故意トシテ論スルモノタルヲ注意スルニ足レリ

第三 目的

目的ハ犯人カ犯罪タル所爲ノ結果ヨリ得ル所ノ満足ヲ云フナリ例へハ人ヲ殺シテ仇ヲ報シ金錢ヲ強奪シテ欲チ遂クルカ如キ場合ノ如シ而シテ犯罪ノ目的ハ人心ノ内部ニ存スルモノナレトモ此ノ目的ハ刑法上如何ナル關係ヲ有スル

ヤ否ヤヲ知ラント欲セハ先ツ故意ト目的トノ性質區別ヲ知ラサル可ラス今マ聊カ之ヲ説明セン

故意ハ直接ニ所爲ノ結果ヲ見ントスルノ意思ニシテ故意ト結果トハ恰モ合シテ一躰ヲ爲スカ如キモノナレハ故意ト結果トハ各人各個ノ心意外ヨリ觀察スルコトヲ得ヘシ語ヲ換テ之ヲ云ハ、故意ハ各人各異ノ性質ナクシテ各人一般ノ性質ヲ帶フレトモ目的ニ在リテハ否ラス總テ犯罪ノ目的ハ各人各異ノ性質ヲ有スルモノナリトス例ヘハ故殺罪ナルモノハ人ノ生命ヲ絶ツ所ノ事實ト殺サントスルノ意思トアリテ其罪ヲ成立スルモノナレハ其結果ト意思トハ之ヲ何人ニモ適用スルコトヲ得ヘシ然レモ目的ニ至リテハ各自其向フ所ヲ異ニシ讐ヲ報セント欲スルアリ金圓ヲ得ント欲スルアリ復同シ金圓ヲ竊盜スルニモ父母ノ赤貧ヲ愁ヒ親ノ飢餓ニ迫リ死ニ瀕スルヲ見ルニ忍ヒス偏ニ奉養ノ孝心ヨリ出ツルアリ之ニ反シ身ニ巨萬ノ富ヲ有シ乍ラ矯奢或ハ遊戯ノ情慾ヲ自ラ禁スル能ハスシテ遂ニ不義ヲ働クアリ要スルニ千差萬別ニシテ固ヨリ各人同一ナルコト能ハス故ニ故意ハ法律上罪科ヲ定ムルノ標準タルヲ得ヘシト雖モ目的

ハ全ク徳義上ノ問題ニ属シ未ダ以テ法律上罪刑ヲ識別スルノ標準トナスニ足ラサルナリ果シテ然ラハ目的ナルモノハ法律上毫モ關係ナキヤト云フニ決シテ然ラス目的ノ善惡正否ハ裁判官ハ各犯罪ノ情狀ニ就キ法律ニ定メタル刑期ノ範圍内ニ於テ刑罰ノ輕重ヲ定ムルニ必要アリ同シ竊盜ノ罪ニ於テモ遊廓又ハ驕奢的ニ消費スルヲ目的ト爲シタルハ法官ハ之ヲ重禁錮四年ニ處スルヲ得ヘシ亦親ノ飢餓ニ迫ルヲ救ハント欲シ他人ノ金ヲ竊取シタル者ノ如キハ之ヲ重禁錮二月ニ處スルカ如シ曾テ此レ等ハ法官ノ職權ニ放任シタルモノナリ

第八回

過怠

過怠ノ所爲トハ避ケ得ヘキ過誤ニヨリテ意外ノ結果ヲ生セシ場合ヲ云フナリ而シテ過怠ノ避ケ得ヘキ者トハ通常一般ノ注意ヲ用ユレハ決シテ斯ノ如キ結果ヲ呈セサル場合ヲ云フ然リ而シテ如何ナル場合ニ於テ刑法ハ過怠ヲ罰スル

ヤト云フニ一般ノ犯罪成立ノ原因ニハ故意ヲ要スルヲ以テ刑法上過怠ヲ罰スルハ例外トス故ニ特ニ明文アルニ非レハ之ヲ罰セサルナリ我刑法ニ於テモ過怠ヲ三ツニ區別シテ之ヲ罰スルノ明文ヲ掲ケリ

第一 犯罪ノ物体甚タ貴重ニシテ恐ルヘキ重大ノ結果ヲ生スル場合例ヘハ人ノ健康ヲ害スヘキ飲食物或ハ藥劑等ヲ販賣シタル場合或ハ人ノ生命ニ關スル場合若クハ往來通信ニ關スル場合等是ナリ

第二 官吏若クハ人民ニ於テ特ニ注意セサル可ラサル義務アル場合例ヘハ相當官吏囚人ヲ護送ノ際ニ逃走セシメ又火災水難ノ際之等ノ囚人ヲ獄舎ヨリ出サ、ル場合ノ如シ

第三 安寧警察ノ目的ヲ達スル爲メ過怠ヲ罰スル場合即チ過半ノ違警罪ハ皆ナ是ナリ

過怠ノ種類ニ二種アリ以下順次之ヲ論述セン

第一 疎虞 疎虞トハ意外ノ結果ノ生スヘキコトヲ知ラサルニハ非サレトモ充分ノ注意ヲ用井スシテ斯ノ如キ結果ハ敢テ生セサルヘシト信スル過怠ヲ云

フ例ヘハ射的ヲ爲スニ方リ通常ノ木片ノ標的ナレハ彈丸或ハ貫申スルコトアルモ此標的ハ堅固ナレハ決シテ彈丸ノ之ヲ貫キ人ヲ害スルノ恐レナカルヘシト思惟シ充分ノ調査ヲ爲サズ之ヲ輕信シ以テ街道ニ面セル自宅ノ垣牆ニ懸ケテ發銃セシニ案外ニモ其標的ヲ貫キ通行セル人ヲ負傷セシメタル場合ノ如シ

第二 懈怠 懈怠トハ不注意ニ由テ全ク意外ノ結果ヲ生スヘキコトヲ識ラサリシ所ノ過怠ヲ云フ例ヘハ射的ヲ爲ス者射場ニ損所アルコトヲ知ラスシテ發銃セシニ射場ニ損所アリシガ爲メ彈丸流レテ外ニ出テ通行人ヲ負傷セシメタル場合ノ如シ

然レトモ疎虞ト懈怠トハ極メテ混交シ易キ場合アリ例ヘハ甲者銃ヲ捉リ乙ノ傍ニアル犬ヲ狙撃セントスルニ際シ甲ハ若シモ彈丸ノ流ル、コトアラハ或ハ乙ニ中ルコトアルヤモ計ラレサルコトヲ慮ラサルニハアラサルモ我カ此技ニ巧ミナル決シテ如何誤リヲ生スルコトナシト輕信シテ以テ發銃セシ場合ニ於テ犬ニ中ラスシテ反テ乙ニ中リタルカ如キハ之疎虞ナリ然レモ乙ノ傍ニ丙者

ノ在ルコトヲ知ラヌシテ其犬ヲ狙撃セシニ案外犬ノ傍ニハ丙者アリシニ彈丸流レシ爲メ此丙者ヲ害セシ如キ場合ニハ之ヲ懈怠ト云ハサル可ラス。

故意ト過怠ノ混合

故意ト過怠ト混合スル場合二種アリ曰ク同一ノ所爲ニヨリ混合スル場合曰ク二三ノ所爲ニヨリ混合スル場合はナリ
第一 同一ノ所爲ヨリシテ故意ニ出テタル不正ノ結果ト故意ナキモ尙ホ豫算シ得ヘキ不正ノ結果ト發生シタルトキハ之ヲ稱シテ故意及過怠混合ノ場合トハ云フナリ例ヘハ強姦ヲ爲セル者其婦女ヲ強姦セントスルノ所爲ハ故意ニ出テタルニ相違ナシト雖也之カ爲メ婦女ヲ負傷セシメ遂ニ死ニ致シタル所爲ハ即チ過失ニ出テタルモノト謂ハサル可ラサルカ如シ古ノ學者ハ或ハ之ヲ一種ノ故意トシテ間接ノ故意ト稱シ又有名ナル碩學フオイエルバツハ氏ノ如キハ之ヲ故意ニ基キタル過失ト稱シタリ然レモ今日ニ於テハ最早此ノ如キ理論ハ行ハレサルナリ

第二 一ノ犯罪人ニシテ二三ノ所爲ヲ行フトキ第一ノ所爲ハ故意ニ出テタルモ其功ヲ奏スルコト能ハス第二ノ所爲ニシテ初メテ之テ遂ケタルモ其第二ノ所爲ニハ故意ナカリシモ結局故意アリシト同一ノ結果ヲ生スル場合例ヘハ甲アリ乙ヲ謀殺セント欲シ之ヲ橋上ニ要セシニ會々乙者來レルヲ以テ甲撃テ之ヲ仆シ全ク絶命シタルモノト信シ其死骸ヲ隱匿セシカ爲メ之ヲ川中ニ投棄セリ然ルニ乙ハ昏倒シテ氣息未タ絶タサルニ甲ハ已ニ死セリト誤信シテ川中ヘ投シタルカ爲メ溺死シタルモノナルニ於テハ第一ノ所爲即チ橋上ニテ乙ヲ要撃セルハ無論故意ナレモ其意ヲ遂クルヲ得サリシ何トナレハ乙ハ昏倒シタルニ過キサルヲ以テナリ然レトモ甲其死骸ヲ隱匿セシカ爲メ水中ヘ投シタル第二ノ所爲ニヨリ初メテ第一ノ故意ノ結果ヲ生シタルモノトス此ノ如キ場合ニ於テハ甲ノ第一ノ所爲ハ謀殺未遂犯ニシテ第二ノ所爲ハ過失殺トスヘシ或ル學者ハ此ノ場合ヲ論シテ曰ク之レ故意ト過失ト混交セルモノニアラス共同一体ノ故意ナリト之レ實ニ撞着ノ甚タシキ者ト云フヘシ何トナレハ其第二ノ所爲タル第一ノ所爲ヲ貫徹セシムル爲メ尙ホ水中ニ投シタルモノナラハ故意

ナリト云フコトヲ得ヘキモ然レモ第一ノ所爲ニテ充分ナル結果ヲ生シタルモ
ノナリト思惟シテ第二ノ所爲ヲ行フタルモノナレハ之レ過失ニシテ故意トハ
ナラサルモノナレハナリ

已遂犯

已遂犯トハ犯罪タルヘキ所爲ヲ實行シ既ニ其結果ヲ生シタルモノヲ云フ之ヲ
換言スレハ故意ニ出テタル結果ノ發生シテ其故意ヲ達シタル所ノモノヲ云フ
ナリ然レモ已遂犯ナルモノハ實際故意ノ實行ヲ仕遂クルニ於テハ即チ之ヲ以
テ足レリトシ犯罪ノ目的ヲ充分ニ達シタルト否トニ至テハ元ヨリ關係スル所
ニアラサルナリ是ヲ以テ已遂犯ナルモノハ已遂犯タルノ故ヲ以テ法律上別ニ
刑ヲ減免スルノ原因トナルコト通常之レアルコトナク總テ普通ニ於テ規定セ
ル所ノ刑罰ヲ科スルモノトス夫レ此ノ如ク已遂犯ハ刑ヲ輕重スルノ原因トナ
ルコトナキヲ以テ其不論罪ナキヤ固ヨリ多言ヲ俟タサルナリ然リト雖モ謀殺
故殺ヲ除キタル其餘ノ犯罪即チ内亂、隱謀、偽証、貨幣、偽造罪等ニ就テハ自首ニ依

リ或ハ其刑ヲ全免シ或ハ減等スルコトナキニシモアラサルナリ

未遂犯

未遂犯トハ犯罪ノ實行ニ着手スルモ未タ結局ニ至ラサル所ノモノヲ云フ故ニ
故意アル點ニ至リテハ未遂犯ト云ヒ已遂犯ト云ヒ更ニ異同アルコトナシト雖
モ一ハ其結果故意ニ符合スルモノニシテ一ハ未タ之カ結果ニ達セサルモノナ
リ之ヲ要スルニ兩者ノ間ニハ唯ダ故意ニ符合スル結果ヲ得ルト否ラサルトノ
區別アリテ存スルノミ是故ニ未遂犯ナルモノハ已遂犯ト同シク必ス故意ヲ要
スル所ノ犯罪タルヤ明カナリ我刑法ニ於テハ重罪ノ未遂犯ハ總テ之ヲ罰シ輕
罪ノ未遂犯ハ法律ニ於テ罰スルモノト否トチ區別シ其明文アルモノ、ミチ罰
シ明文ナキモノハ一切之ヲ問ハス又違警罪ニ至テハ全ク之ヲ罰セサルコト、
定メタリ然リ而シテ皇室ニ對スル罪及國事ニ關スル罪ノ如キハ其未遂犯ニモ
尙ホ本刑ヲ科シ殊ニ國事ニ關スル罪ニ在テハ嘗ニ其未遂犯ヲ處罰スルコト已
遂犯ト相同シキノミナラス未タ未遂犯ニ至ラサル豫備ノ手段ヲモ罰スルモノ

トセリ加之ノミナラス時トシテハ尙ホ之ヲ問フコトアリ故ニ是等ノ點ニ至リテハ敢テ刑法ノ總則ヲ適用スルノ必要ナク只各條ニ就キ其罪タルヤ否ヤヲ判定シテ之ヲ所斷セサルヘカラサルナリ
以上講述セル所ハ未遂犯ノ梗概タルニ過キサレハ之ヨリ順序ヲ追フテ之ヲ詳述セント欲ス

第一 豫備 犯罪ノ意思最初ニ心中ニ發生シタルヨリ之カ終局ヲ結フニ至ル迄ノ事間ニハ若干ノ段階アリ第一ヲ豫備ノ所爲ト云フ而シテ其豫備ノ所爲ト犯罪ノ所爲トハ全ク別物ナルコトヲ注意セサル可ラス夫レ此ノ如ク豫備ノ所爲ハ其別物ナルニ拘ハラヌ所謂豫備ノ所爲ナルモノハ他ノ所爲即チ犯罪ノ所爲ニ關係シテ始メテ發顯スルモノナリ
豫備ノ所爲ト犯罪ノ所爲トハ固ヨリ同一ナルモノニアラサルコト前段講述セル所ノ如シ而シテ犯罪ノ所爲即チ主タル所爲ニ關係ナクシテ法律上豫備ノ所爲チ一個ノ別罪ト見做シ之ヲ罰スルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テハ其豫備ノ所爲チ以テ主タル犯罪ノ所爲ニ附隨スル所ノ罪トセスシテ豫備自身チ出テ全

ク獨立シタル一ノ犯罪ト見做サ、ル可ラス尙ホ之ヲ換言スレハ此ノ如キ所爲ハ豫備ニ似テ其實豫備ニ非サルモノナリ例ヘハ余人ヲ銃殺セシカ爲メ他人ノ小銃ヲ盜ミタル場合ニハ余ノ意思タルヤ元來人ヲ殺サントスルニアルチ以テ其小銃ヲ盜ミタルハ豫備ノ所爲ニ外ナラスト雖モ之ヲ法律ニ擬シ其罪ヲ論スルニ至テハ矢張竊盜犯チ以テ處斷スヘキモノニシテ決シテ謀殺豫備ノ所爲トシテ罰スヘキモノニ非ス此例ノ理由タルヤ單簡ニシテ明白ナルモノナレハ更ニ贅言ヲ要セサルヘシ右ト同シク毒藥ノ賣買ヲ禁スルノ法律アルトキ人チ毒殺セシカ爲メニ毒藥ヲ買取ル者アレハ假令ヒ未タ其毒藥ヲ使用シテ人チ殺スニ至ラスト雖モ法律ハ之ヲ不問ニ置クモノニ非ス然レモ其之ヲ罰スルハ毒殺豫備ノ所爲トシテ罰スルニ非スシテ法律ノ禁制ヲ犯シタル點ヨリシテ全ク一個特別ノ罪トシテ之ヲ罰スル者ナリ何トナレハ彼小銃ヲ盜取シ又毒藥ヲ購求シタルハ全ク人チ殺スノ意思ニ出テタルニモセヨ人チ殺スニハ必シモ小銃若クハ毒藥ヲ使用スルニ限ラス他ノ機械チ以テスルモ或ハ他ノ物チ使用スルモ亦タ能ク殺害チ行ヒ得ヘケレハナリ是チ以テ我刑法第百十一條ニ罪チ犯サシ

「ヲ」謀リ又其豫備ヲナスト雖モ未タ其事ヲ行ハサルモノハ本條別ニ刑名ヲ記載スルニ非サレハ其刑ヲ科セスト規定セラレタリ之レ即罪ヲ犯サント謀リタルモ未タ實行ノ所爲ニ至ラサルモ或ハ此等ノ者ニ科スルニ別ニ規定スル所ノ刑ヲ以テスル「アル」ヘキモ豫備ノ所爲トシテ處斷スヘカラサル「ト」示シタルモノナリ

豫備ヲナスト雖モ未タ犯罪ノ所爲ヲ執行スルニ至ラサル者ハ未遂犯トシテ之ヲ罰スルコトヲ得ス但シ其所爲タル他ノ刑名ニ觸ル、所ノ者ナルモハ格別ナリトス豫備ノ所爲ヲ以テ未遂犯罪トシテ罰シ得ヘカラサル「ト」ハ前述ノ如シト雖モ立法官ニ於テ豫備ノ所爲ヲ以テ一個ノ別罪トシテ之ヲ罰スル場合少シトセズ即チ我刑法ニ於テ内乱ノ場合ニ豫備ノ所爲等ヲ特ニ明文ヲ掲ケ以テ罰スルカ如キハ著ルシキ例ナリ

第二 實行ノ着手 我刑法第一百十二條ニ於テ罪ヲ犯サントシテ既ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ己ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減スト規定シタリ本條中ニ其事ヲ行フト雖モ云々トハ

所謂實行ノ着手即犯罪ノ執行ニ着手シタルコトヲ示スモノナリ故ニ第一百十一條ノ場合ノ如ク未タ犯罪ノ事實明カナラサルモノハ縱令罪ヲ犯サント謀リ又其豫備ヲ爲スト雖モコハコレ未タ執行ニ着手セサル以前ノコトナレハ直ニ之ヲ以テ犯罪ト爲スコト能ハサルヤ論ヲ俟タズ從テ斯ル豫備ノ所爲ハ犯罪ノ範圍外ニ在ルモノナルコト明ナリ然リ而シテ所謂實行ノ着手ナルモノハ犯罪ノ所爲ノ一部分ニ入ルヘキモノニシテ此實行ノ着手カ犯罪ノ所爲タル範圍中ニ屬スル所爲トナルニハ必ズ直接ニ犯罪ノ結果ヲ生シ得ヘキモノナラサル可ラス故ニ間接ノ所爲ニテハ未タ以テ犯罪ノ所爲ノ一部分ト見做スコトヲ得ス例ヘハ人ヲ毒殺セント欲シ毒藥ヲ其者ノ平常食スル所ノ繕部ニ配合スルトキハ縱令ヒ未タ其毒藥ノ配合シアル膳部ヲ食スルニ至ラスト雖モ之レ犯罪ノ執行ニ着手シタルモノナリ然レモ其毒殺ノ爲ニ用意シタル所ノ毒藥ヲ其者ヨリ二三丁モ離隔セル所ニ置キタリトテ毫モ被害者其人ニハ危險ヲ及ホスノ恐れナキヲ以テ未タ犯罪ノ所爲ノ範圍内ニ入ルヘキモノトハ爲スヘカラサルカ如シ

爰ニ尙ホ諸君ノ注意ヲ促サント欲スルコトアリソハ他ニアラス則犯罪ノ着手ト豫備トノ間ニハ多少ノ段階アルヲ以テ或ル所爲カ犯罪ノ着手ナリヤ將タ豫備ナルヤハ各事件ニ就キ之ヲ判斷セサルヘカラサルコト是ナリ例ヘハ一室内ニ在ル所ノ人ヲ殺サンカ爲メニ門戸ヲ開ク者アリトモ未タ以テ謀殺ノ未遂犯トハ云フ可ラス然レモ若シ其人タル竊盜ヲ爲スノ意ヲ以テ余カ寢室ノ窓ノ戸ヲ開クトキハ之ヲ竊盜ノ未遂犯トシテ罰スルコトヲ得ヘシ此ノ如ク犯罪ノ着手ト豫備トノ區別ハ犯罪ノ性質犯人ノ意思等ニヨリテ異ナルモノナレハ豫メ確定スル規則ヲ設ケ之カ區別ヲ示スコト能ハサルナリ

前述シタルカ如ク犯罪ノ手段及物体ニ能力ナキトキハ犯罪成立セサルヲ以テ此場合ニ於テハ固ヨリ未遂犯ノ成立スヘキ理由アラサルナリ即石地藏ヲ殺サントシ人影ヲ斬ラントシ或珈琲ヲ侷メテ以テ人ヲ毒殺セント謀リタルカ如キハ元來犯罪ノ成立スヘカラサル不能犯ナルヲ以テ固ヨリ未遂犯ノ成立スヘキ理アルコトナシ何トナレハ全ク犯罪ノ成立セサル所爲ニ其犯罪ノ一部分タル未遂犯ナル一罪ノ成立スヘキ道理ナケレハナリ然レトモ之ニ反シテ犯罪ノ手

段及物体ニ能力アルトキハ假令實際ニハ犯罪ノ實効ヲ生セサルモ尙ホ未遂犯トシテ之ヲ處分スルコトヲ得ヘシ例ヘハ人ヲ殺サント欲シ毒藥ヲ盛りシニ其分量少クシテ効驗ナキカ如ク或人ヲ銃撃セシニ其人タル堅牢ナル甲冑ヲ着ケタリシカ爲メニ銃丸體ニ徹ラサリシ場合ノ如ク假令毒藥ノ分量少キニ過キ或ハ堅牢ナル甲冑ニ妨ケラレ其効ヲ奏セサリシト雖モ犯罪ノ手段トシテ使用セラル毒藥其物自身ニハ充分人ヲ殺スノ能力アリ又銃丸其物自身ニハ充分人ヲ殺スノ能力アリ且ツ犯罪ノ物体タルモノハ生命アル人類ナレハ勿論罪ヲ犯サレ得ヘキ能力アルヲ以テ尙ホ之ヲ未遂犯トシテ罰スヘク無罪ヲ以テ論スヘカラサルナリ

然ルニ學者輩或ハ斯ノ如キ場合ヲ指シテ不能犯ナリト殊ニ知ラス通常人ニシテ能力アル手段ヲ用非能力アル物体ニ對シ施セル罪惡ハ犯罪ノ原素ヲ具備スルヲ以テ假令ヒ其目的ヲ達セサリシモ尙ホ未遂犯ヲ以テ罰スルコトヲ彼等ハ敢テ犯罪ノ手段及物体ノ能力ノ有無ヲ論究セスシテ單ニ所爲ノ點ヨリ論了シテ不能犯トナス者ナリ實ニ淺見皮相ノ論ト謂フヘキノミ余ハ飽マテ之ヲ未遂犯

トシテ論スルノ學理ニ適合スルコトヲ知レリ何トナレハ犯罪ノ手段及物件ニ能力アル以上ハ縱令ヒ充分ニ其効果ヲ生セサルモ純然タル未遂犯ナレハナリ又或學者ハ不能犯ヲ絕對的ノ不能犯ト相對的ノ不能犯トニ區別スルモノアリ固ヨリ犯罪ノ手段ハ之ヲ絕對的ト相對的ニ區別シ得ヘカラサルニ非スト雖モ不能犯ト云フニ至テハ抑モ誤レリ何トナレハ苟モ不能力ナル以上ハ敢テ絕對的相對的ノ區別ヲ要スルノ理アラサレハナリ蓋學者ノ所謂相對的ノ不能犯トハ余カ爰ニ論スル所ノ未遂犯ヲ指スニ外ナラス

右犯罪物体ニ能力ナキ場合ノ論理ハ移シテ以テ犯罪物体ナキ場合ニモ亦之ヲ適用スルヲ得ヘシ例ヘハ人アリ三種ノ神器ヲ奪ハントシテ宮殿ニ忍ヒ入りタルニ折惡シク其宮殿ニ三種ノ神器ノ在ラサリシ場合ニハ之ヲ未遂犯トシテ其罪ヲ問フコトヲ得ス然ルニ之ト少シク場合ヲ異ニシ其盜賊ハ現ニ三種ノ神器ノ納メアル土藏ニ忍ヒ入りタルモ之ヲ發見スルコト能ハサルカ爲メ終ニ竊取スルコトヲ得スシテ逃レ去リタル場合ニハ未遂犯トシ罰スヘキモノトス何トナレハ此場合ニ於テハ其犯罪ノ物体現存セシルモ只之ヲ發見スルコト能ハサリ

シカ爲メ盜マサリシニ過キサレハナリ學者ノ毎ニ引例トナセル彼拘模ノ場合モ亦之ト同シ理由ニテ人ノ懷中セル物品ヲ奪ハシカ爲メニ手ヲ入レテ其懷中ヲ探リタルニ一物モ在ラサリシ場合ニハ之ヲ未遂犯ト云フコトヲ得ス之ニ反シ苟モ物品ノ懷中ニ現存セシ場合ニ於テハ假令ヒ之ヲ得ルコト能ハサリシト雖モ尙ホ未遂犯トシテ罰スヘキモノナリ而シテ被害者ノ知ルト知ラサルトハ敢テ問フ所ニアラサルナリ

第九回

未遂犯罪ノ種類

前段講述セシカ如ク豫備ヲ以テ未遂犯ノ第一段トスルノ說ハ昔時ニ行ハレタルモノニシテ既ニ陳腐ニ属シ今日ニ於テハ敢テ斯ノ如キ說ヲ採用スル者アルコトナシ然ラハ未遂犯トハ如何ナルモノヲ稱スルヤ曰ク未遂犯トハ犯罪タル所爲ノ實行ニ着手セシヨリ始マルモノナリ是ヲ以テ既ニ前ニモ論述セルカ如

ク未遂犯ニハ二種ノ區別アリ即チ一ハ犯罪ノ着手ニ止リ未タ効果ヲ生セサル
 モノニシテ一ハ犯罪ノ着手ヲ過クルモ尙ホ犯罪ノ効果ヲ生セサルモノ是ナリ
 而シテ前者ハ之ヲ着手ノ未遂犯ト云ヒ後者ハ之ヲ實行ノ未遂犯ト云フナリ
 我刑法第百十二條ヲ案スルニ罪ヲ犯サントシテ既ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意
 外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ既ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ
 二等ヲ減ストアリテ其條文中ニ事ヲ行フト雖モトアルハ單ニ着手ニ止ル場合
 及實行ヲ終リタル場合ヲモ之ヲ併稱シタルモノナリ故ニ我刑法ニ所謂事ヲ行
 フト雖モト云ヘル文字中ニハ勿論着手ト實行トノ二個ノ事柄ヲ包含セシメ單
 ニ事ヲ行フト云々ト規定シテ其事ヲ行フト所爲ノ程度ヨリ之カ區別ヲ立テスト雖
 モ其本文中ニ明文アリテ二種ノ未遂犯アルヲ認メタルカ如シ即チ我刑法ニ就
 キ之ヲ區別スレハ一ハ障礙ニ原ク未遂犯トシ又一ハ舛錯ニ原ク未遂犯トシテ
 見ルコトヲ得ヘシ今學理上ヨリ論スルモハ障礙ハ着手ノ未遂犯ニ該當シ舛錯
 ハ實行ノ未遂犯ニ該當スルモノニシテ我刑法ニテハ所爲ノ程度ヨリ區別ヲナ
 サスシテ之カ原因ヨリシテ其區別ヲナシタルモノナリ而シテ障礙トハ着手シ

三十七

テ未タ遂ケサリシ者ヲ云ヒ舛錯トハ實行ヲ終ルノ妨害トナリ其意ヲ達スルコ
 ト能ハサリシモノヲ指スナリ

例ヘハ甲者アリ乙者ヲ殺サント欲シ其携アル所ノ刀ヲ抜キテ既ニ乙者ノ頭上
 ニ加ヘントシタルニ偶々傍ラニ丙者アリテ甲者ノ手ヲ捕ヘテ止メタルカ爲メ
 終ニ乙者ヲ殺スコト能ハサリシカ如キハ障礙ノ場合ニシテ即チ着手ノ未遂犯ナ
 リ之ニ反シテ甲者ハ思フカ儘ニ乙者ヲ斬リ伏セタリシモ乙者ハ案外死亡セサ
 リシ場合ハ全ク所爲ノ實行ヲ終ルモ尙ホ之ヲ以テ未遂犯トナスモノニシテ所
 謂實行ノ未遂犯トハ即チ是ナリ故ニ今學理上ヨリ論究スルモハ第一種ノ場合
 ハ純然タル未遂犯ニシテ第二種ニ属スルモノハ素ト欠効犯タリト雖モ尙ホ未
 遂犯ノ一種ト爲スモノナリ而シテ其第一種ニ位スル純然タル未遂犯ノ場合ニ
 在テハ誠ニ明了ニシテ殊更ラニ喋々スルヲ要セサルモ第二種ニ属スル欠効犯
 ノ場合ハ學者中ノ議論區々ニシテ随分ヤカマシケレモ概スルニ三說アリ今左
 ニ之ヲ掲ケン

第一說 第一說ニヨレハ犯罪ノ欠効犯トナルニハ犯罪ヲ遂クルニ必要ナル所

爲方法ヲ盡シタル後ナラサルヘカラス而シテ其必要ナル所爲方法ナルモノハ
 犯人ニ於テ之ヲ識ルト識ラサルトナ問ハス只其所爲ノ終リタル事ヲ要スルモ
 ノナリト故ニ此說ニ從ヘハ自己ノ思料足ラスシテ鉄砲ニテ喉ヲ突クトキハ死
 スルモノナリト信シテ之ヲ實行シタリシニ其手段ノ拙ニシテ何等ノ効果ヲ生
 セサリシハ之即チ欠効犯ニ非スト謂ハサル可ラス何トナレハ犯者ハ輕舉ニ失
 シテ用意周到ナラサリシカ爲メ其所爲ヲ行フタリト雖此之カ結果ヲ生スルニ
 必要ナル所爲ヲ盡シタルニ非サレハナリ例ヘハ人ヲ絞殺セシカ爲メ繩ヲ以テ
 首ヲ緊縊シタルニ其繩脆弱ニシテ斷絶シ又人ヲ毒殺セシカ爲メ毒藥ヲ備メタ
 ルニ毒藥ノ分量足ラスシテ其目的ヲ達スル能ハサリシ場合ノ如キハ之レ未遂
 犯ニシテ欠効犯ニ非サルナリ何トナレハ人ヲ殺スニ足ルノ強繩ヲ用ヰス又人
 命ヲ絶ツニ足ルノ毒藥ヲ盛ラサリシモノナルヲ以テ犯罪ヲ遂グルニ必要ナル
 所爲ヲ用ヰサリシカ故ナリト斯ノ如ク論了シ去ルニ於テハ到底欠効犯ナルモ
 ノハ存在セサル如シ然レトモハンブルク、ウルデンボルクノ刑法ハ嘗テ其說ヲ
 採用キテ之ヲ實行シタルコトアリキ

第二說 第二說ニヨレハ凡ソ欠効犯タル所爲ハ犯人タル者犯罪ヲ行フニ當リ
 自カラ必要ナル所爲ナリト信シテ之ヲ爲セハ可ナリト此說ニ從ヘハ只犯人自
 己カ充分ナリト思料シタル所爲ヲ盡セハ其レニテ足レリト云フニ外ナラサル
 ナ以テ前例ニ於ケル人ヲ縊リ殺サント欲シテ使用シタル其繩紐タルヤ既ニ腐
 朽ニ属シ實際人ヲ殺スニ足ルモノニ非ルモ其毒殺セシカ爲メニ備メタル毒藥
 タル其分量誠ニ僅少ニシテ到底人命ヲ絶ツニ足ラサル場合ニテモ苟モ犯人自
 ラ犯罪ヲ行フニ充分ナリト思料シテ之ヲ使用シタルニ於テハ則チ可ナリト謂
 ハサル可ラス故ニ此說ニ據ルトキハ唯第一說ノ如キ太甚シキ不都合ナシト雖
 此尙ホ奇怪ナル結果ヲ生スル場合アルヲ免レサルナリ何トナレハ毒害ヲ爲サ
 ノカ爲メニ將サニ食セントスル所ノ食卓ノ上ニ毒藥ヲ置キタル場合ニ於テ之
 レヲ飲マサルトキハ則チ欠効犯トスヘキモ若シ犯人ニ於テハ自ラ彼レハ他日
 必ス來テ之ヲ服スルコトアルヘシト確信シテ其毒ヲ廚房ノ床下ニ入レ置キタ
 ル場合ニハ之ヲ未遂犯トシテ論セサル可ラサルニ至レハナリ豈ニ迂ナラスヤ
 然リ而シテ此說ノ誤謬ヲ免レサル現ニ斯ノ如キ不都合ヲ釀成スルニモ拘ハラ

ス從來久シク行ハレ大ニ勢力ヲ得タルモノニシテ一時サキソノ國ノ如キハ此
 說ニ從フテ刑法ヲ編成シタルコトアリタリキ
 第三說 此說ハ第一第二ノ說トハ異ナリ敢テ犯罪執行ノ方法カ巧妙ナルヲ要
 セス又犯人自ラ罪ヲ犯スニ必要ナル行為ナリト信シタルヤ否ヤヲ問ハス唯犯
 人カ直接ニ犯罪ノ結果ニ對スル所爲ヲ執行シ終レルコトヲ以テ充分ナリトス
 ルノ說ナリ此說ハ實ニ簡單ナル理由ニヨリテ未遂犯ヲ論判スルモノニシテ近
 世學者ノ採用スル所ノ說ナリ今此說ニ從フキハ犯人カ犯罪ヲ遂クルニ必要ナ
 ル方法ヲ盡シタルヤ否ヤヲ問ハス又犯人カ犯罪ヲ行フニ當リ必要ナル所爲ナ
 リト自信シテ爲シタルモノナルヤ否ヤヲ論セス唯其犯罪タル結果ヲ生スヘキ
 所爲自身ニ直接ニ關係スル所爲ヲ實行スレハ其犯罪タル結果ヲ生スルト否ヤ
 トヲ問ハス以テ未遂犯トナスコトヲ得ヘシ
 我刑法第百十二條中ニハ「唯タ事ヲ行フ」トノミアリテ其果シテ第一說ニ據リタ
 ルヤ第二說ニ據リタルヤ將タ第三說ニ據リタルヤ頗ル曖昧ニシテ妄リニ之ヲ
 速斷スルコト能ハスト雖此續テ「犯人意外ノ外錯」云々ト云フ文字アルニヨリテ之

カ考按チ下スルハ或ハ我刑法ハ第二說ヲ採用シタル者ノ如ク見ユレモ徒ニ文
 字ニ拘泥シタルノ見解ハ以テ法律ノ正鵠ヲ得ルニ難カルヘキナリ然レモ顧ミ
 テ夫ノ舛錯ト云フ文字ヲ深ク玩味スルトキハ犯罪ノ結果ニ直接ニ關係セル所
 爲ヲ實行スル際誤テ遂ケサリシ者トモ見ルコトヲ得ヘシ去レハ我刑法ハ第三
 說ニ據リタルモノナルヘシト論スルモ復タ敢テ牽強附會ナル妄言ニ非サル可
 キ歟
 茲ニ又未遂犯ニモ非ス欠効犯ニモ非サル一種特別ノ中止犯ナルモノアリ即犯
 人ニ於テ既ニ犯罪タル所爲ノ實行ニ着手セシモ犯人自ラ之ヲ中止シテ其目的
 タル結果ノ發生ヲ防止スル場合ヲ云フ是故ニ其中止タルヤ只一時其執行ヲ停
 止シタルノミニテハ未タ以テ中止犯トスルニ足ラス必ヤ全ク所爲ノ實行ヲ抛
 棄セサル可ラス乍併一度實行ノ所爲ヲ中止シテ放擲シタル以上ハ假令ヒ後日
 ニ至リ再ヒ之ヲナサントスルノ故意アルモ敢テ中止犯タルニ於テ妨ケアルコ
 トナシ例ヘハ今盜偷ヲ爲サント欲シ深夜ニ乘シ某家ニ侵入セシモ折節燈明カニ
 人覺ルノ有様ナルヲ以テ其露顯センコトヲ恐レ翻然其實行ヲ停止シ何レ後日好

機會ヲ待テ爲ス所アルヘシトテ歸リ去リタルカ如キモノ之中止犯ニシテ無罪
 ナ以テ論スヘキモノナリ故ニ中止犯トハ通常其着手セシ所ノ所爲ノ未遂ナル
 場合ニ現出スルモノナレモ欠効犯ハ既ニ其所爲ヲ行ヒ終リタルモノナレハ最
 早中止スヘキ所爲ナキヲ以テ如何ニ之ヲ中止セント欲スルモ爲シ得ヘカラサ
 ルモノトス例ヘハ刀ヲ以テ人ヲ斬リ痛ク之ヲ傷ケタル後ニ於テハ假令ヒ其殺
 害ヲ中止セント欲スト雖モ能ハサル可シ何トナレハ其負傷者ハ自然ノ結果ト
 シテ鬼籍ニ上ルハ理ノ當然ナレハナリ
 然リト雖モ欠効犯ノ場合ニ於テモ尙ホ中止スルヲ得可キ場合ナキニシモア
 ラス即若シ犯罪所爲ノ結果カ未タ生セサル場合ニ於テハ欠効犯ニシテ尙ホ能
 ク之ヲ中止スルヲ得ヘキナリ而シテ此場合ニ於テハ其所爲ノ自然ノ徵候ニ
 一任セスシテ未タ之カ結果ノ生セサル前ニ於テ新ナル別個ノ手段ヲ以テ早ク
 既ニ結果ノ發生ヲ防止スル者ナリ即チ別個ノ手段ヲ用ヒテ當初犯人ノ行ヘル
 ヨリ自然ニ生スル結果ノ發生ヲ防止シ其目的タル犯罪ノ結果ヲ生スルコトナ
 カラシメタル場合ニ於テハ尙中止犯ト云フヲ得ヘキナリ

例ヘハ人ヲ毒殺セント欲シ既ニ毒藥ヲ飲マシメタルモ未タ殺害ノ結果ヲ生セ
 サル前ニ於テ犯人更ニ別個ノ手段ヲ盡クシテ消毒藥ヲ與ヘ初メ飲マシメタル
 毒藥ノ效果ヲ防止シ以テ殺害ノ結果ヲ生セシメサルトキハ中止犯トナルモノ
 ナリ夫レ此ノ如ク犯人自己ノ意思ヨリシテ既ニ着手シタル犯罪ノ所爲ヲ中止
 シタルキハ欠効犯ナリト雖モ尙ホ未遂犯トシテ其罪ヲ問フコトヲ得サルモノ
 トス夫レ然リ然リト雖モ假令ヒ其所爲タル未遂犯トシテ論ス可ラストスルモ
 其中止犯ニ至ル迄ニ生シタル所爲結果ニ付テハ豈ニ之ヲ不問ニ附スルノ理由
 アランヤ去レハニヤ概ネ之ヲ別種ノ罪科トシテ罰スルヲトナレリ是故ニ人ヲ
 毒殺センカ爲メ既ニ毒藥ヲ飲マシメタリト雖モ未タ殺害ノ結果ヲ生セサル前
 ニ犯人自カラ消毒劑ヲ與ヘテ其人ノ生命ヲ保全スルコトヲ得タルキハ固ヨリ
 中止犯ニシテ未遂犯ヲ以テ罰ス可ラスト雖モ若シ被害者ニシテ毒藥ヲ服シタ
 ルカ爲メ健康ヲ害セラレタル場合ニ於テハ其健康ヲ害セシ點ヲ以テ該犯人ヲ
 罰スルコトヲ得ヘシ何トナレハ人ニ毒物ヲ與フルニ於テハ假令ヒ消毒劑ヲ施
 シテ生命ヲ保維スルコトヲ得ヘキモ大ニ其健康ヲ害スヘキハ必然ニシテ犯人

ハ其責ヲ免ル、丁能ハサレハナリ況ンヤ我刑法第三百七條ニハ健康ヲ害ス可
 キ物品ヲ施用シテ人ヲ疾苦セシメタル者ハ豫メ謀テ毆打創傷スルノ例ニ照シ
 テ處斷スト明記シアルニ於テオヤ尙一言スヘキコトハ夫ノ犯罪ヲ中止スルトハ
 自己以外ナル舛錯ニヨリテ中止スル場合ニ非サルコトヲ指スニ過キスシテ決シ
 テ犯人カ之ヲ中止シタル原因趣旨ノ如何ヲ問フニ及ハサルナリ故ニ犯人願慮
 シテ頓ニ畏懼ノ念ヲ生シタルカ爲メニ中止スルモ或真心悔悟シテ其所爲ヲ中
 止スルモ亦或犯罪ヲ實行セントスルニ當リ意外ノ障礙ニヨリ犯人自ラ之ヲ中
 止シタル場合即チ犯人其所爲ヲ爲サントスルニ當リ偶々巡査ノ巡行スルニ遭
 ヒ其咎ムル所ト爲ランコトヲ恐レテ之カ實行ヲ停止シタルモ毫モ其間ニ彼此
 ノ區別アルコトナシ然ルニ或ハ中止犯ヲ罰セサルノ理由ハ全ク犯人ニ於テ真心
 悔悟シ良心ニ立返リタルカ故ナリト論スル學者アリト雖モ敢テ取ルニ足ラサ
 ルノ説ナリ何トナレハ前段既ニ論述シタルカ如ク犯人單ニ畏懼心ヨリシテ其
 實行ヲ中止シタル場合ニモ尙ホ之レヲ中止犯トシ其罪ヲ論セサルヲ以テナリ
 今我刑法ハ何故ニ中止犯ヲ罰セサルカト云フニ我刑法第百十三條ニ意外ノ障

礙若クハ舛錯ニ因リ云々トアルヲ以テ見レハ我刑法ノ中止犯ヲ罰セサルハ固
 ヨリ犯人ノ悔悟シテ良心ニ復シタルノ故ニアラサルヲ知ルコトヲ得ヘシ何ト
 ナレハ犯人ニ於テ顧ミル所アツテ其所爲ヲ中止シタルモ又既ニ其所爲ヲ實行
 セシ後良心ニ省ミテ疚シキ所アリ竟ニ悔悟ノ念ヲ煥發シ依テ以テ之ヲ中止シ
 タルモ同シク意内ノ事ニシテ意外ノ事ニアラサレハナリ
 然レトモ學理上ヨリ論スルトキハ中止犯ヲ罰セサルノ理由ニアリ曰ク法律上
 ノ理由曰ク政畧上ノ理由はナリ請フ之ヲ左ニ講述セン
 第一 法律上ノ理由 法律上ノ理由ヨリシテ中止犯ヲ罰セサル所以ハ中止犯
 ノ場合ニ在テハ犯人カ有スル犯罪ノ意思ノ幾分ハ既ニ犯罪着手ニヨリテ多少
 外形ニ表ハル、ト雖モ尙ホ未タ實行セサル幾分ハ犯人ノ胸中ニ伏在スル者ニ
 シテ之ヲ取消スコトヲ得ルモノナレハ犯人ニシテ既ニ着手シタル犯罪ノ行爲
 ナ中止シタルトキハ犯人ノ滿胸ニ鬱結スル犯罪ノ真意ハ全ク外形ニ顯出スル
 コトナカルヘキナリ此ノ如ク犯人ノ心中ニアル意思ニシテ未タ外形ニ表ハレ
 サル所爲ハ犯人自由ニ之ヲ取消シ得ヘキモノナリトノ理由ヨリシテ法律ハ中

止犯ヲ罰セサルコト、ナシタリ

第二 政署上ノ理由 政署上ノ理由トスル所ハ犯人一旦犯罪ニ着手スト雖モ中途ニ自分ノ意思ヨリ其犯罪ヲ中止シテ其結果ヲ生セシメサルハ實ニ嘉スヘキ事柄ニシテ常ニ法律ノ希望スル所ナリ然ルニ中止犯ヲモ尙ホ罰スルコト、スレハ偶々良心勃興シテ之ヲ中止セント欲スルモ一旦着手シタル犯罪ハ到底免ル、能ハサルコトヲ思ハ、誰カ坐ラ刑辟ニ觸ル、ノ拙策ヲ擇ハンヤ終ニハ凡百ノ犯罪悉ク其惡結果ヲ見サレハ止マサルニ至ルヘシ果シテ斯ノ如クナルニ於テハ社會ニ犯罪ノ數ヲ増加シ適々良心ニ復セル者アルモ却テ其意ヲ翻シテ犯罪實行ニ熱心スルカ如キ弊害アラフ事ヲ慮リ政署上中止犯ハ罰セサルコト、定メ益々犯人ヲシテ犯罪實行ノ中途ニ中止スルノ希望ヲ喚起セシメタリ

前述ノ如ク我刑法ニ於テハ中止犯ハ罰セサルモバーラン、サクソン等ニ於テハ唯着手未遂犯ノ中止ノミヲ以テ無罪トナシ欠効犯ノ中止ハ既ニ其行爲ヲ行ヒ了リタル者ナルヲ以テ唯其刑ヲ減等シテ罰スルノミト定メタリ又獨國佛國ニ於テハ我國ノ刑法ト同シク中止犯ヲ處罰スルノ説ハ敢テ之ヲ採用セサル所ナ

リ畢竟スルニ刑ヲ減シテ中止犯ヲ罰スルハ中止犯ニ至ル迄ノ所爲ヲ他ノ一個別段ナル所爲トシテ罰スル場合ト目的タル所ノ中止犯其レ自身トナ區別シタルニ外ナラス蓋シ中止犯ヲ罰スヘシト論スル所ノ學者ハ所爲ニ二個ノ區別アルコトヲ遺忘シタルモノナラン歟

又數人共犯ニ係ル中止犯ハ假令ヒ共犯者中一人ノ中止ニ係ル場合ト雖モ尙ホ他ノ共犯者ヲ罰スルコトナシ是レ共犯トハ數人一體ノ共同ニ出タルモノニシテ其中一人ノ中止進取ハ其全體ヲ左右スルニ足ルヘキモノトスルノ原則ニ基キタル結果ナリ但シオッペンホッフ氏及ヒ其他ノ學者ハ反對ノ説ヲ主張セリ

已遂犯ト未遂犯ノ混交セル場合

一個ノ犯罪ノ未遂犯ハ時トシテハ別種ナル他ノ犯罪ノ已遂犯トナルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テハ同一ノ所爲ニシテ一方ニ在テハ未遂犯トナリ他方ニ在テハ已遂犯トナルモノアリ之ヲ稱シテ已遂未遂罪ノ想像上ノ混同トハ云フナリ例ヘハ乙者甲者ヲ燒キ殺サント欲シテ甲者ノ家ニ放火シタルニ甲者ハ之ヲ

豫知シタリシヲ以テ速ニ其家ヲ逃レ去リタル場合ニハ其犯人ハ放火ノ已遂犯ト謀殺ノ未遂犯トノ二罪ヲ犯シタルモノナリ然レモ若シ其已遂犯タル他ノ未遂犯ヲ行フニ必要欠ク可ラサルモノナルトキハ已遂犯ト未遂犯ト相混合シテ一時ニ併發スルコトナシ凡ソ人家ニ火ヲ放ツ所爲タル必スシモ人ヲ殺スニ欠ク可カラサルモノニアラス乙者ハ火ヲ放ツテ甲者ノ家ヲ燒カサレトモ甲者ヲ殺スノ方法ハ蓋シ少ナカラサルヘシ然ルニ甲家ニ火ヲ放テ甲者ヲ殺サント試ミタルハ即チ同時ニ二罪ヲ犯シタルモノナリ然レトモ人ヲ殺サントスルハ必スヤ其身体ヲ傷害セサル可ラス故ニ此場合ニ於テハ假令ヒ其人傷ヲ負フタルノミニシテ死セサルモ決シテ犯人ニ謀殺ノ未遂犯ト人ヲ傷ケタル已遂犯ノ二罪成立スルモノニアラサルナリ之ト同シ強姦ノ場合ニ於テモ強姦ヲ爲サントスルニハ必スヤ多少ノ暴力ヲ用ヒサルヘカラスサレハ犯人其目的ヲ達スルモ強姦ノ未遂犯ト脅迫ノ已遂犯トノ二罪混交シテ成立スルモノニアラス何トナレハ暴力ヲ用井サレハ強姦ハ之ヲ行フコト能ハサレハナリ

第十回

數人共犯

凡ソ犯罪ハ一人ニテ犯スコトアリ又數人共同シテ犯スコトアリテ種々一樣ナラス而シテ一人ニテ罪ヲ犯ス場合ニ於テハ普通刑法ノ規則ヲ適用シテ可ナリト雖モ數人共同シテ罪ヲ犯シタル場合ニ於テハ豫メ法律ヲ以テ數人共犯トハ如何ナル場合ヲ指スカ又數人カ其犯罪ニ就キテノ責任如何ヲモ定メサルヘカラス是我刑法ニ數人共犯ノ規定アル所以ナリ共犯トハ數人一致シテ共ニ同一罪ニ加功スルモノヲ云フ此定義ニ就キ注意ヲ要スヘキ點アリ

第一囚徒藏匿罪ノ場合ニ於テ其囚徒ト之ヲ藏匿シタル者トハ共ニ罪ヲ犯シタル者ニアラサルニ依リ之ヲ數人共犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス然レトモ若シ其囚徒カ罪ヲ犯ス前ニ於テ其犯罪ノ發覺スルコトアラハ余之ヲ藏匿シ以テ逮捕ノ憂ヲ免カレシムヘシト約諾スルカ如ク豫メ謀テ囚徒ヲ藏匿シタル場合ハ取

リモ直サス共犯ニシテ其藏匿者ハ犯罪者ノ從犯トナルヘシ例ヘハ盜賊余カ家ニ來リ頻リニ救助ヲ乞フニ依リ余之ヲ憐ミ藏匿スルモ予ハ其共犯ヲ以テ論セラル、コトナシ何トナレハ即チ一般ニ囚徒藏匿罪ナル者ハ其犯罪ヲ遂ケ終リタルノ後ニ成立スル者ナレハ假令之ヲ藏匿スルモ囚徒ノ犯罪ニ對シ加功シタルモノニアラサレハナリ故ニ囚徒藏匿罪タル全ク一個獨立ノ別罪ナレハ之ヲ罰スルニモ亦他ノ別罪トナスヘキ者ニシテ囚徒ノ共犯ヲ以テ罰ス可キ者ニアラサルナリ然ルニ英佛ノ學者ハ從犯ヲ事前ノ從犯ト事後ノ從犯ト二種ニ區別シ現ニ囚徒藏匿罪ノ如キハ事後ノ從犯トナセリ然レモ是大ニ理論ヲ誤リタル者ト謂ハサルヲ得ス何トナレハ即チ前定義ニモ示セルカ如ク共犯ナル者ハ犯罪ノ當時互ニ一致共同シテ共ニ同一ノ罪事ニ加功シタル者ノ謂ナレハ必スヤ犯罪ノ前ニ於テ加功シタルヲ必要トス事後ニ在テハ事既ニ晚キニ屬シ假令ヒ其犯罪ニ加功セント欲スルモ加功シ能ハサルヤ明カナリ

第二過失ニ依テ犯罪ニ加功シタルモノハ共犯ニアラス何トナレハ過失罪ナルモノハ素ト無意ノ所爲ナルニ共同一致スルノ理由ナケレハナリ然レモ過失罪

ニ加功スルコトハ敢テ爲シ難キニアラス例ヘハ茲ニ甲者アリ馬丁ヲ教唆シテ馬車ヲ疾行セシメ通行人ヲ殺傷セシメタルカ如キ又銃砲ヲ所持スル者ヲ教唆シテ發砲セシメタルニ誤テ砲丸他人ニ的中シタルカ如キハ孰レモ過失ニ加功シタル者ニシテ其教唆者ノ意思タル過失ニ依テ生シタル結果ハ之ヲ欲シタルニアラスト雖モ之ヲ教唆シタル爲メ他人ヲ負傷セシメタルニ於テハ過失罪ノ共犯者タルコトハ免カレサルモノトス

右ハ共犯ノ定義ニ就キ注意ヲ要スル點ヲ述ヘシカ次ニ講述スヘキハ共犯トハ犯罪ヲ惹起シタルモノヲ云フカ將タ犯罪ヲ幫助シタルモノヲ云フカ之レヲ換言セハ共犯トハ直接ニ犯罪ニ加功シタル者ナラサルヘカラサル乎將タ間接ニ加功シタル者ニテモ可ナルヤト云フニ共犯タルニハ直接ニ犯罪ニ加功シタルト間接ニ犯罪ニ加功シタルトトキハ共犯ヲ以テ論スヘキモノトス故ニ犯罪ノ發起者ノ如キ單ニ無形上ノミニ於テ相一致シ有形上ノ實行ハ一ニ之ヲ他人ニ放任スルモ尙共犯ナリトス是ヲ以テ共犯ニハ有形上無形上ノ區別アルコトヲ知ルヘキナリ

尙注意ヲ要ス可キ點ハ我刑法第百十四條三二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ正
 犯トナシ各自ニ其刑ヲ科ストノミアリテ一致云々ノ文字アルコトナシ唯之ヲ歐
 文ニ翻譯スルニ方リテハ常ニ一致云々ノ文字ヲ加フルナリ然レモ該條ノ成文
 ニヨルトキハ單ニ罪ヲ犯スト云ヘル文字中ニ二人以上一致シテ爲ス者ハ云々
 ノ意味ヲ包含セシメタル者ナラン歟凡ソ法律ハ其文章ノ簡短明瞭ヲ尊フト雖
 モ我刑法ノ如キハ餘リ簡ニ失シ却テ明瞭ヲ欠クヲ以テ之カ解釋ニ困ム個所少
 ナカラサルナリ

正犯

數人一致シテ共ニ一罪ヲ實行スルトキハ各自正犯ヲ以テ論スヘキ者トス抑モ
 犯罪ナル者ハ素ト意思ノ外形ニ顯出シタル所爲ナルニヨリ假令ヒ其所爲ノ實
 行ニ付キ止タ其一部分ノミニ加功シタルトキト雖モ尙ホ之ヲ正犯トナスヘシ
 是故ニ苟モ犯罪タル所爲ノ實行ニ着手スル者ハ凡テ之ヲ正犯ト見做シ決シテ
 其犯罪ニ加功スルノ度ノ輕重多少ヲ問ハサルナリ然レモ一罪ニシテ幾多ノ所

爲ヨリ成立スルモノアリ又單一ナル所爲ヨリ成立スルモノアレハ宜シク之カ
 區別ヲナサノルヘカラス例ヘハ強盜罪ニ於テ一人ハ家人ヲ縛シ一人ハ箆筒ヨ
 リ衣類ヲ奪ヒ取り又一人ハ戶外ニ徘徊シテ人ノ來襲ニ備ルカ如キハ各自別個
 ノ所爲ヲナス者ナレトモ是唯役向ヲ分擔シタルノミニシテ共ニ同一ノ犯罪ニ
 付キ互ニ相通謀シ加功シタル者ナレハ等シク強盜ノ正犯ト云ハサルヘカラス
 英國ノ學者ハ正犯ヲ區別スルニ前例ノ如キ場合ニ於テハ犯人相互ノ距離ノ遠
 近ヲ以テシ苟モ犯人相互ニ救援ヲ爲シ得可キノ距離内ニ在ルトキハ總テ之ヲ
 正犯トナセリ然レモ距離ノ遠近如何ハ其犯罪タル所爲ニ加功シ得ルヤ否ヤヲ
 證明スルノ標準タルニ過キサレハ假令ヒ犯人相互ニ救援ヲナシ得ヘキ距離内
 ニアリト雖モ之ヲ以テ直チニ正犯トスルコト能ハサルヘシ此ノ如キ場合ニ於
 テハ唯其犯罪ニ加功シタリトノ推測ヲ惹起セシムルニ足ルノミナルヘシ之ニ
 反シ數人ニテ婦女ヲ強姦スルニ當リ甲者ハ婦女ノ兩手ヲ捉ヘ乙者ハ其兩足ヲ
 抑ヘ丙者ハ之ヲ強姦シタル場合ニ於テ唯タ皮相上ヨリ之ヲ觀察スルトキハ強
 姦罪ヲ犯シタル者ハ單ニ丙者一人ニシテ甲乙ノ二人ハ全ク丙者ノ所爲ヲ援助

シタルノ從犯ニ過キスシテ直接ニ婦女ヲ強姦シタル丙者ノミ獨リ正犯タルカ
 如シト雖モ之レ決シテ然ルニアラス甲乙丙三人共各正犯ヲ以テ論スヘキモノ
 トス何トナレハ素ト強姦罪ナルモノハ婦女ニ對シ暴行脅迫ヲ加フルコトヲ要
 スルハ勿論ノコトナレトモ敢テ婦女ノ身体ヲ侵害スル所爲ヲ罰スルニアラス
 シテ其犯罪ノ主眼タル點ハ獸心ヲ以テ婦女ノ貞操ヲ破ルニアリ故ニ唯婦女ノ
 局部ニ觸ル、ノ理由ノミヲ以テ強姦トナスニ足ラス苟モ婦女ノ貞操ヲ破ルカ
 如キ所爲ヲナスニ於テハ其局部タル手足ヲ抑フルトニ論ナク等シク強姦ノ
 正犯ナリトス然ルニ昔時ニ在テハ強姦罪ヲ以テ單ニ婦女ノ局部ヲ侵スノ暴行
 ナリト誤解セリ現ニ今日ニ於テモ尙此說ヲ主張スルノ學者ナキニアラス然レ
 是是既ニ陳腐ノ說ニシテ探ルニ足ラサルナリ
 又共犯者ノ加功セル所爲ハ犯罪ノ着手若クハ實行中ナラサルヘカラス即犯罪
 ノ着手又ハ實行中ニ於テ加功シタル者ユアラサレハ共犯ヲ以テ論スルコトヲ
 得サルナリ故ニ唯タ犯罪ノ豫備中ニ於テ犯罪ノ用ニ供スル器具ヲ給與シタル
 カ如キハ直接ニ犯罪ニ加功シタルモノニアラサレハ之ヲ以テ共犯トナスコト

ヲ得ス此ノ如キ所爲ハ即從犯ナリトス

以上講述シ來リタル所ニヨリテ見レハ正犯從犯ノ區別ハ單ニ其犯罪ノ着手若
 クハ實行中ニ加功シタルト犯罪ノ豫備中ニ加功シタルトノ差違ニ依ルモノナ
 ルコトヲ知ルヘシ而テ其着手又ハ實行中ニ加功シタル所爲ノ正犯タルニハ其
 加功ノ程度ハ如何ニ輕微ナリト雖モ苟モ加功シタル事實アレハ等シク正犯ヲ
 以テ論スヘキ者トス之ヲ擅言スレハ如何ニ輕微ノ加功ト雖モ其犯罪ノ全体ニ
 對スル責任ヲ負ハサルヘカラスト云フニアリ其理由タルヤ蓋シ主タル犯罪ハ
 正犯者一人ニテ能ク其全部ヲ仕遂ントスルモノナリ故ニ偶々他ノ共犯者來テ
 之ニ加功スルコトアルモ各正犯者ニ取テハ更ニ何等ノ關係ナク犯者各人ヨリ
 之ヲ見レハ恰モ天然力ノ助勢ヲ得タルト同一ナルヲ以テナリ
 尙又茲ニ一言述ヘ置キタキコトハ我刑法第四百條ニ二人以上現ニ罪ヲ犯シタ
 ル者ハ皆正犯トナシ云々トアリ故ニ該法文ニヨリテ解スルトキハ假令ヒ共犯
 者ノ身分ニ於テ異同アル場合ト雖モ其刑名ニ至テハ更ニ差異ナク等シク正犯
 者ヲ以テ論スル者ニシテ唯其共犯者ノ一人カ特別ノ身分ヲ有スルトキ其刑ヲ

加重スルノミナリ例ハ甲者其親ヲ殺害スルニ當リ乙者之ニ加功シタルトキハ甲者ハ殺親ノ罪ヲ以テ論セラレ一般ノ殺人罪ニ比シ其刑ヲ加重スルモ乙者ハ斯ル身分ヲ有セサルヲ以テ他ノ通常ノ殺人罪ヲ以テ罰セラレ、ノ差アルノミ決シテ甲乙共ニ同シク正犯タルニ至テハ敢テ差異ヲ生セサルナリ尙ホ共犯者ノ身分ノ異同ニ關スルコトニ就テハ他日詳論スルノ場合アルヘシ

教唆

教唆者ヲ以テ正犯トナシ之ニ責任ヲ負ハシムルニ三主義アリ即チ左ノ如シ

第一 客觀主義

第二 主觀主義

第三 折衷主義

第一 客觀主義トハ犯罪ノ全ク外形のニ顯レタル形跡上ヨリ教唆者ノ責任ヲ論スルモノニシテ決シテ犯者ノ心術ノ如何ハ問ハサルナリ之ヲ以テ教唆者ハ犯罪ノ發起者ニアラス又幫助者ニモアテサレハ之ヲ有罪トシ罰スルヲ得スト

云フニアリ何ゾトナレハ苟モ犯罪ノ發起者又ハ幫助者ナルニハ自ラ進ンテ其犯罪トナルヘキ所爲ヲ實行セサルヘカラズ然ルニ教唆者ニ於テハ秋毫モ罪犯事件ニ關涉スルコトナク被教唆者ハ教唆ノ有無ニ拘ラス自由ニ其所爲ヲ中止シ若クハ實行スルコトヲ得ヘキモノナレハナリ

第二 主觀主義トハ全ク犯人ノ心術上ヨリ觀察ヲ下スモノニシテ其主義ニ據

ルトキハ犯意ハ全ク教唆者ノ作爲スル所ニシテ被教唆者ハ唯教唆者ノ命令ニ

從ヒ或ル犯罪トナルヘキ所爲ヲナシタル迄ニシテ其犯罪ノ原因ハ全ク教唆者

自身ニアルモノナレハ被教唆者ハ單ニ教唆者カ犯罪ヲ遂クルノ器械トシテ之

ヲ使用シタルニ過キサルノミ既ニ被教唆者ヲ以テ器械視スル以上ハ其惡意ナ

キヤ明白ナレハ從テ之ヲ罰スルコトヲ得ス然ルニ尙之レヲシモ罰スルヲ得ル

ト也ハ彼ノ犯罪ノ用ニ供シタル銃砲刀劍モ尙且之ヲ罰セサルヲ得サルニ至ラ

ン故ニ此主義ニ據ルトキハ幼年者瘋癲白痴者等ノ如キハ勿論強壯活潑ナル有

爲ノ大丈夫ト雖モ尙ホ教唆者カ犯罪ヲナスノ器械ニ過キスシテ自斷ノ能力ナ

キモノト論定セサルヘカラサルニ至ルヘシ

第三 折衷主義トハ第一第二ノ二主義ヲ兩ナカラ採用シテ其長ヲ取り短ヲ捨テタルモノナリ即チ客觀主義ニ依レハ被教唆者ハ教唆者ノ指示ニ從ヒ之ヲ行フト否トハ全ク自己ノ自由任意ニシテ假令ヒ教唆セラル、モ自己ニ於テ欲セサルコトナレハ強テ之ヲ行ハサルモ可ナリ然ルニ尙之ヲ執行スルニ於テハ犯罪タルヲ免カレサルナリ即チ之ヲ換言スレハ苟モ被教唆者ニシテ能力者ダラシニハ教唆ヲ受ケタルト否トニ係ハラス自己ニ判斷力ヲ有スルヲ以テ一旦或所爲ヲ決行シタル以上ハ之ヲ罰スト云フニ有リ又主觀主義ニ於テハ前段既ニ講述セルカ如ク活潑有爲ノ大丈夫ト雖モ之ヲ不問ニ付スルカ如キ不都合アレハ二主義共一理ナキニアラスト雖モ各一方ニ偏スル者ニシテ到底完全ノ者ニアラス之レ折衷主義ノ説起ル所以ナリ今折衷主義トハ如何ナル者ヲ云フヤト云フニ此主義ハ前段客觀主義ト主觀主義トノ長ヲ取り短ヲ捨テタル者ナリ而シテ其取捨ニ二箇ノ方法アリ即チ第一方法ニヨレハ教唆者ヲ主觀主義ニ從ヒ罪ナキ者トナシ執行者ヲ主觀主義ニ從ヒ又罪ナキ者トナスヲ以テ遂ニ教唆者被教唆者共之ヲ罰スルコトヲ得ス之ニ反シテ第三方法ニヨレハ執行者ヲ客觀

主義ニヨリ罪アルモノトナシ教唆者モ亦主觀主義ニヨリ罪アルモノトナシ二者共ニ之ヲ罰スヘキモノトスルニアリ而シテ折衷主義ハ第一方法ヲ以テ短ヲ採リ却チ長ヲ捨テタルモノトシ第二方法ヲ以テ長ヲ採リ短ヲ捨テタル者トナシトモ兩方共孰レモ折衷ニシテ二者其間ニ於テ更ニ區別スルヲ見サルナリ然ラハ即チ其ノ長短ノ區別ハ果シテ何レニアルヤ之カ標準ヲ立テサルヘカラス而シテ其標準如何ハ相互ノ間ヲ結合スル方法ナレハ如何ナル教唆ニテモ皆以テ罪アリトスルニアラスシテ其ノ教唆タル贈與契約強迫威權等ノ如キ通常人ナシテ犯罪ヲ決心セシムルニ足ル丈ノ事柄ダラサルヘカラス即チ通常人カ其教唆ニヨリ犯罪ヲ決行スヘキ者ト見做シ得ル程度ノ者ナルトキハ教唆者被教唆者共ニ罰セラルヘキ者トス然リ而シテ斯ク教唆者ノ所爲タルヤ其教唆ヨリシテ被教唆者ニ犯罪タル所爲ヲ實行スルコトヲ決心セシムルニ足ルヘキ者ト雖モ單ニ決心セシムルニ足ルノ故ノミヲ以テ教唆者ヲ罰スルコトヲ得ス必スヤ被教唆者カ教唆者ニヨリ或ル所爲ヲ實行シタルトキ始メテ被教唆者ニ犯罪ノ責任ヲ生スル者トス

我刑法第五條ニハ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ云々トノミ記
 載シ嘗テ草案ニ記載セシ贈與契約云々ノ文字ヲ删除セリ然レモ該法文ノ精神
 ダル贈與契約強迫威權等ニヨリ通常人ヲシテ犯罪ノ決心ヲナサシムルニ足ル
 程ノ事柄タラサレハ教唆者ヲ以テ論セサルカ如シ即チ該條ハ拆衷主義ニ基キ
 ダル者ノ如ク思ハル、ナリ今該條ニ付キ注意ヲ要スル點ヲ講述セシニ其人ヲ
 教唆シ云々トハ果シテ如何ナル人ヲ教唆シタル者ヲ云フカ單ニ人ヲ教唆シ云
 ヲトアル以上ハ正犯從犯及ヒ教唆者ヲ教唆シタルモノモ亦教唆者ナリト解セ
 サルヲ得ス即チ從犯ヲ教唆シタル者ハ從犯ニシテ教唆者ヲ教唆シタル者モ亦
 教唆者ナリトス故ニ此場合ニ於テハ教唆者ニ二人アレトモ其教唆者ハ何レモ
 數人共犯トシテ各々其罪ヲ問フヘキモノトス然リ而テ教唆者ヲ罰スルニハ必
 ス被教唆者タルモノ其教唆ニヨリ犯罪ニ着手セルヲ要ス故ニ從犯ヲ教唆ス
 ルコトアルモ其根源タル正犯ニシテ若シ犯罪ニ着手セル時ハ從犯ヲ教唆ス
 ルモノ及教唆者ヲ教唆スル者ノ犯罪ハ成立セサルナリ又犯罪ニシテ未遂犯ト
 ルトキハ教唆者及其教唆者モ亦未遂犯ナリトス其理由タル蓋被教唆者ニシテ

二五九

其犯罪タル所爲ヲ實行セサルニ尙ホ教唆者ヲ罰スルニ於テハ法律ハ遂ニ人ノ
 意思ヲ罰スルニ至ルヘケレハナリ然レモ新聞條例集會條例其他公安ニ重大ノ
 關係ヲ有スル者ニ至リテハ別罪トシテ教唆者ノ罪ヲ問フコトアリ又我刑法ニ
 於テ教唆者ヲ罰スルハ重罪輕罪ニ止リ違警罪ハ之ヲ罰セサルナリ
 右講述セルカ如ク正犯ノ犯罪成立セサルトキハ隨テ教唆者ノ犯罪モ亦成立セ
 サルコトハ明ナリト雖モ然レトモ正犯者ノ死亡逃亡若クハ不能力ナル場合ノ
 如キハ教唆者其罪ヲ免レ得ヘキニアラス故ニ教唆者ノ無罪トナルニハ正犯ノ
 所爲ニシテ本來罪トナルヘキ者ニアラサル場合タルコトヲ要ス但シ不能力者
 教唆ニ乘シ犯罪ヲナシタル時ハ其ノ教唆者ハ正犯ヲ以テ論セラルヘシ何トナ
 レハ不能力者ハ素ト犯罪ノ主体タルコトヲ得サルヲ以テ唯教唆者ノ器械タル
 ニ過キサレハナリ
 又苟モ或ル犯罪ヲ教唆シタル以上ハ假令正犯者ノ事ヲ行フニ當リ過怠若クハ
 不熟練等ヨリシテ他ノ犯罪ヲナシタル時ト雖モ尙ホ教唆者ハ夫レヨリ生シタ
 ル犯罪ニ對シ責任ヲ負ハサルヘカラス何トナレハ正犯者カ教唆ニ乘シ事ヲ行

フモ被唆者自ラ之ヲ行フモ共ニ同一体ト見做スヘキモノナレハナリ然レトモ
 教唆者豫メ犯罪事件ニ付其執行ノ方法等ヲ示シ置キタルニ正犯者其指定外ノ
 罪ヲ犯シタルトキハ前段ト同一ノ法理ヲ以テ推論スルコト能ハサルナリ此ノ
 場合ニ於テハ現ニ被教唆者ノ實行シタル所爲若クハ方法ハ教唆者ノ教唆シタ
 ル事柄ト其輕重ヲ比較シ以テ教唆者ノ責任ヲ定メサルヘカラス即若シ所犯指
 定シタル罪ヨリ重ク又其方法ヲ異ニシタルトキハ唯タ其指定シタル罪ニ從テ
 刑ヲ科シ又所犯教唆シタル罪ヨリ輕キトキハ現ニ行フ所ノ罪ニ從テ刑ヲ科ス
 ヘキ者トス是レ我刑法第百八條ノ規定スル所ニシテ其理由タルヤ蓋法律ハ未
 タ曾テ外形ニ發露セサル意思ヲ罰スル者ニ非サルヲ以テ若シ正犯ノ罪其教唆
 シタル所ヨリ重キトキハ唯其ノ犯シタル所ノ罪ニ從テ刑ヲ科スルト云フニア
 リ
 斯ノ如ク被教唆者ニシテ指定外ノ所爲ヲ行フタル場合ニハ教唆者ノ責任ハ被
 教唆者ト同等若クハ輕キコトアリト雖モ若シ其教唆ノ事柄ヨリ自然發生シ得
 へキノ結果ナルトキハ教唆者モ亦其責ニ任セサルヘカラス是レ法文ニ唯タ犯

第十二回

從犯

罪ノ事件ヲ指定シ云々トノミ掲ケタル所以ナリ例ヘハ歐打罪ヲ教唆シタルニ
 於テハ其結果遂ニ死ニ至ラシムルコトアルモ教唆者ハ又毆打致死罪タルノ責
 任ヲ免ルヘカラサルナリ

從犯ノ責任ニ就テモ亦三個ノ主義アリ即左ノ如シ

第一 客觀主義
 第二 主觀主義
 第三 拆衷主義

第一 客觀主義ニヨレハ全ク犯罪ノ外形のニ顯ハレタル外形上ヨリ論究スル
 ナリ以テ正犯ト從犯トヲ各々一個獨立ノ犯罪トナシ毫モ正犯ノ所爲ニハ關係ナ
 有セズトスルニアリ

第二 主觀主義ハ全ク第一客觀主義ニ反シ犯人ノ心事ヨリ之ヲ論究スルモノニシテ即チ從犯ヲ以テ正犯ノ所爲ノ第二ノ原因タリトス而シテ正犯及從犯ハ等シク同一所爲ノ原因タルニ外ナラズト云フニアリ

前段ニ主義ハ孰レモ妥當ノ者ニアラス何ントナレハ即チ第一客觀主義ニヨルトキハ正犯者カ其犯罪トナルヘキ所爲ヲ實行セサルトキト雖モ尙從犯者ノ罪ハ之ヲ問ハサル可ラス即正犯者ハ全ク刑法上ノ責任ナキニ獨リ從犯者ノミ罰セラル、ノ不公平アレハナリ又第二主觀主義ニ從ヘハ正犯者ニ於テ犯罪タル所爲ヲ實行セハ從犯者モ罪アリ又實行セサレハ罪ナシト云フニアリ即從犯ノ罪ノ有無ハ偏ニ正犯ノ罪ノ有無ニ從フト云フニアレハ一應不可ナキ說ノ如ク思ハルレトモ此主義ニ於テハ一旦犯罪ノ成立セル場合ニ於テハ正犯ト從犯トノ區別ヲ立テサルヲ以テ共ニ同一ノ刑ヲ以テ罰セサルヲ得ス其刑ノ權衡ヲ失スルコト甚シキ者ト云フヘシ斯ノ如クニ主義ハ孰レモ不完全タルコトヲ免カレサレハ探テ以テ所爲ノ規則トスルニ足ラサルナリ是折衷主義ノ說起ル所以ナリ

第三 折衷主義ニヨレハ從犯ノ所爲タル全ク正犯ノ所爲ト異ニシテ主タル犯罪ヲ實行スルノ所爲ニハアラスト雖モ正犯ヲ助ケルノ意思ヲ以テ正犯ノ所爲ノ原因タラシメタルキハ之ヲ從犯トナシ其犯罪ノ現ニ實行セラル、ト否トニ依テ之カ罪ノ有無ヲ定ムルト云フニアリ

我刑法第九條ニ曰ク重罪輕罪ヲ犯ストテ知テ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタル者ハ從犯トナシ正犯ノ刑ニ一等ヲ減ス但正犯現ニ行フ所ノ罪從犯ノ知ル所ヨリ重キキハ止タ其知ル所ノ罪ニ照シ一等ヲ減スト是即チ折衷主義ニ基キタルモノナリ今之ヲ分拆講述セシニ前段教唆者ノ場合ニ於テ説明シタルカ如ク教唆者ノ場合ニ於テハ當ニ正犯ヲ教唆シタル者ノミナラス教唆者ヲ教唆シタル者モ尙罰セラルヘシ然ルニ從犯ハ唯正犯ニ對スル從犯ノミヲ罰シ從犯ノ從犯ハ其問フ所ニアラサルナリ是第五條ニ人ヲ教唆シタル者ハ云々ト明記シ第九條ニ於テハ「正犯ヲ幫助シ云々ト記載スル所以ナリ而ノ從犯ノ從犯ヲ罰セサルノ理由タルヤ蓋シ違警罪ノ教唆者ヲ罰セサルト同一ニシテ正犯トノ關係極メテ輕微ナリ

ト云フニアリ
 又從犯ノ所爲ハ正犯ノ所爲ニ對シテ秋毫モ加功スルコトナシ故ニ正犯ノ所爲中ニハ從犯ノ所爲ノ分子ハ少シモ含有セサルナリ是正犯數人間ノ相互ノ關係ト正犯ト從犯トノ關係ヲ異ニスル要点ナリ此故ニ縱令千百ノ從犯者アリト雖モ之カ爲メ正犯ノ所爲ハ更ニ減少スルコトアラサルヘシ例ヘハ正犯者人ヲ殺害セントスルニ際シ或ハ之レニ劍ヲ與ヘ或銃砲ヲ與ヘ或殺害ノ方法ヲ教示シ其他種々ナル豫備ノ所爲ヲナシ之ヲ補助スルモノ無慮數百人ノ多キニ至ルト雖モ苟モ直接ニ犯罪ニ加功シ正犯者ヲ助力スルニアラサレハ從犯若ノ所爲ハ正犯者ノ所爲ニ影響ヲ及ホスコトナカルヘシ
 又從犯者ハ正犯者カ犯罪ヲ爲スノ情ヲ知テ之ヲ補助シタル者ナルコトヲ要ス故ニ其情ヲ知ラスシテ爲シタル助力ハ刑法上問フヘキモノニアラス故ニ正犯者ニシテ從犯者ノ知ラサル以外ノ罪ヲ犯シタルキハ唯其知ル所ノ所爲ニ對シ刑ヲ科スルノミニ止マルモノトス又正犯ノ刑ニ照シ一等ヲ減ストハ正犯者ノ罪ニ相當スル刑ノ意ニシテ正犯者ノ現ニ受クル所ノ刑ニアラス故ニ時ニ或從

犯ノ刑却テ正犯ノ刑ヨリ重キトアルヘシ又從犯トナルノ所爲ハ雷ニ腕力ヲ用ヒタル場合ノミナラス器具ヲ貸與シ又誘導指示スル等ノ如キ種々ナル豫備ノ所爲ヲ以テ重罪輕罪ノ正犯者ヲ幫助シタルモノハ皆從犯ナリトス

共犯者身分上ノ關係

共犯者ノ身分カ同一ナラサル場合ニ當リ之ヲ處分スルノ方法ニ三說アリ即左ノ如シ

第一說ハ共犯者ノ身分ハ他ノ共犯者ニ及フト云フニアリ故ニ此說ニ從ヘハ親ヲ殺スコトヲ教唆シタルキハ假令教唆者ハ全ク緣故ナキ他人ト雖モ尙ホ親殺罪トナリ再犯者ト共ニ罪ヲ犯シタルキハ初犯者ト雖モ再犯加重ノ刑ヲ受ケサル可カラズ

第二說ハ共犯者ノ身分ハ各共犯者ニ伴隨スル者ナレハ假令ヒ如何ナル身分ト雖モ決シテ他ノ共犯者ニ及ハスト云フニアリ例ヘハ子ヲ教唆シテ其父ヲ殺サシメタルキハ子ハ子タルノ身分ヲ有スルヲ以テ殺親罪ヲ以テ問ハルヘキモ其

身分ハ教唆者ニ及ハサルヲ以テ教唆者ハ只通常ノ殺人罪ニヨリ罰セラル、ノ
 ミナリ又官吏ヲ教唆シテ賄賂ヲ收受セシメタル場合ニ於テハ官吏ハ固ヨリ官
 吏瀆職罪ニヨリ罪セラル、モ其教唆者ハ無罪トナルヘシ何トナレハ官吏瀆職
 罪ハ官吏タルノ身分アリテ始メテ犯罪成立スルモノナルニ依リ其身分ナキ者
 ハ固ヨリ無罪ナリトス

第三説ハ共犯者ノ身分カ他ノ共犯者ニ及フモノト否ラサルモノトヲ區別スル
 モノナリ即正犯者ノ身分ニ從ヒ刑ヲ加重減輕スル場合ハ他ノ共犯者ニ及ハス
 ト雖正犯者ノ身分ノ存否ニヨリ罪ノ有無ニ關係ヲ有スルキハ他ノ共犯者ニ
 及ホスト云フニアリ例ヘハ官吏賄賂收受ノ罪若クハ子孫奉養ヲ缺ク罪ノ如キ
 ハ其身分アルカ爲犯罪ノ成立スルモノニシテ身分アルニヨリ刑ヲ加重シタル
 ニアラス故ニ此等ノ場合ハ他ノ共犯者ニ及フ可キ者ナリ之ニ反シテ殺親罪ノ
 如キハ子タル身分アルニ由リ通常ノ殺人罪ニ其刑ヲ加重シタルモノニシテ子
 タルノ身分ナキモ犯罪ハ成立スル者ナリ故ニ此場合ニ於テハ正犯者ノ身分ハ
 他ノ共犯者ニ及ハサルナリ是我刑法第百六條ニ正犯ノ身分ニヨリ別ニ刑ヲ加

三十七

重スヘキトキハ云々ト記載シ犯罪ノ存否ニ關スル場合ヲ除キタル所以ナリ而
 シテ第百六條ハ單ニ身分ニヨリ刑ヲ加重スル場合ノミヲ規定シ其減輕ニ係ル
 場合ヲ明記セサレモ加重減輕其他ノ共犯者ニ及ハサルヤ明ナリ何トナレハ其
 第百十條第二項ニ正犯ノ身分ニヨリ刑ヲ減免スヘキ時ト雖從犯ノ刑ハ其輕
 ニ從ヒ減免スルコトヲ得スト云ヒ正犯者ノ身分ニヨリ刑ヲ減免スル場合ハ從
 犯者ニ及ハサルコトヲ明ニシ又其第一項ニモ身分ニヨリ刑ヲ加重スヘキモノ
 從犯トナルキハ其重キニ從テ一等ヲ減スト規定シタレハナリ

刑罰ノ制度

凡ソ法律制度ハ諸國各固有ノ沿革アリテ各其形狀ヲ異ニシ又其性質相同シカ
 ラスト雖モ現今文明諸國ニ於テハ各國ニ固有ノ特種ナル制度ヲ捨テ擧ケテ之
 ナ同一制度ニ歸セシムルモノ、如シ蓋シ歐洲諸國カ古來ノ陋風ヲ剔去シ治獄
 ノ惡制ヲ去リ今日ノ如ク改良ヲ致シタル所以ノモノハ二種ノ監獄制度之カ摸
 範ト爲リ諸國擧ケテ之ニ則トリ特種ノ制度ヲ改良シタルニヨルナリ其所謂ニ

種ノ模範タル監獄制度トハ第一沈黙法 (Auburn system) 第二離隔法 (Pennsylvania system) ニシテ沈黙法ヲ取ラスハ離隔法ヲ採用セルニ過キサルナリ然リ而シテ此模範ハ彌々蔓延シテ我國ニモ渡航シ爲ニ我國特種ノ獄制モ頓ニ其針路ヲ改メ歐洲ニ發芽シタル善良ノ獄制ハ施テ今日我國ノ獄制ニ沿革ヲ生セシムルニ至レリ

因ミニ云フ古昔ノ獄制ハ年齢ノ老若ヲ問ハス刑ノ輕重ヲ分タス皆同獄中ニ無暗ニ幽閉シ置キタルヲ以テ大罪人等ハ惡事ヲ爲スノ手段方法等ヲ己レニ及ハサル者ニ教訓指示スルノ便ヲ有シタルカ故ニ懲戒ヲ目的トスル監獄モ却テ罪人ノ養成所ト變シタルヲ以テ茲ニ始メテ世人ノ注意ヲ惹起シ右述ヘタル二種ノ方法ヲ按出スルニ至リシナリ然リ而シテ其所謂沈黙法トハ文字ノ示ス如ク談話發言ヲ禁スル法ノ謂ニシテ離隔法トハ各々室ヲ分チ一人々々ニ幽閉シ置ク法ナリトス

今歐洲ニ於テ其制度ノ發生スル大要ヲ略叙スレハ則チ實際ニ是尊トナストノ評名高キ英國ヲ以テ嚆矢トス時ニ千七百七十四年シヨシハワードナル者出テ

始メテ監獄ノ制度ニ着眼シ英國及ウエールス兩國ノ監獄實況ト名クル書籍ヲ著述シ以テ世ニ公ニシ且氏ハ此事ヲ以テ國會ニ建議シタルコトモアリタリキコレ則チ歐洲諸邦ニ於テ獄制改良ノ意ヲ鼓動シタル基礎ヲ爲シタルモノニシテ英國々會ニ於テハ遂ニ氏ノ說ヲ採用シテ漸ク獄制ノ改良ヲ施シタリ英國ニハ今日尙ホハワード協會ナル者存シ其盛大ヲ極メ年々刑制ノ事ニ就キ國會ニ建議ヲ爲シ或ハ此事ニ關スル雜誌ヲモ發刊セリ而シテ刑制ノ良法我國ニ渡航シ來リ以テ獄制ノ改良ヲ促シタル所以ノモノハ實ニハワード氏ノ說其淵源ヲ爲スモノナリ

次ニ監獄ノ改良ニ着手セシハ米國ナリ今其起因ヲ尋テルニハワード氏ノ說一タヒ出テ、ヨリ英國ニ於テ監獄改良ノ說盛ニ行ハル、ニ際シ彼ノ有名ナル米人ペンシヤミンフランクリン氏歐洲ニ滞在シタリシカハワードノ說ヲ聞テ心竊ニ之ニ左袒シ後本國ニ歸ルニ及ンテ其意ヲ受ケテ之ヲ本國ニ輸入シ以テフヒラヤルヒヤ監獄改良協會ナルモノヲ設立シ千七百六十六年ニ至リ遂ニ其自家ノ意見ニ從ヒペンシルバニヤ州ニ一ノ監獄ヲ設ケタリ之レ則チ方今ノ離隔

法ノ濫觴ナリトス故チ以テ今尙ホ離隔法ヲベンシルハニヤ制度ト稱スルナリ
 尋テ千八百十九年ニ至リニユーヨーク州ニ於テモ沈黙法ニ從ヒ監獄ノ制度ヲ
 定メオーバーンニ之ヲ創設シタリ故ニ沈黙制度ヲ「オーバーン」制度トハ稱スルナ
 リ之ヲ要スルニ監獄制度ノ改良ハ英國ニ發起シ米國ニ於テ直ニ採用シテ實施
 シタルモノナリ獨人ベルテル氏此有様ヲ評シテ曰ク獄制ノ波動ハ英米ヨリ勃
 興シテ全歐ニ及ヒタリト氏ノ評言實ニ至レリト云フヘシ而シテ今日ニ於テハ
 我國迄其波動ヲ及ホシタリキ次ニ英米改良家ノ譽ニ倣ヒテ監獄制度ノ改良ニ
 着目セルハ佛人ブリッソー等ニシテ千八百十九年監獄改良協會ナルモノヲ設
 立シ今尙ホ存セリ
 是ヨリ以後獄制ノ事ニ干シテハ全歐人ノ着目スル所トナリ殊ニ米國ニ於テハ
 活潑ナル改良ヲ實施シタルヲ以テ歐洲諸國ヨリ特ニ委員ヲ發遣シテ其實地ヲ
 視察セシムルコト恰モ今日日本政府ニ於テ頻リニ何々事務ヲ取調ヘノ爲メ英
 國ニ派遣セシムトカ獨國ニ派遣セシムトカ云フテ其實際ヲ取調ヘシムルト一
 般ナリシ而シテ該委員歸朝ノ後各大ニ監獄ノ改良ヲ行ヒタリ即佛國ニ於テハ

千八百三十一年ボーモントトールビール兩氏及千八百三十六年デーメーブル
 ユーノ兩氏ヲ英國ニ於テハ千八百三十七年ポロポール氏ヲ獨逸國ニ於テハ千
 八百三十四年ユーリユース大學者ニシテ且ツ有名ナル政治家ヲ派遣シ米國ノ
 監獄制度ノ實況ヲ視察セシメタリ其後千八百四十六年彼ノ有名ナル萬國監獄
 改良會議ナルモノ起リ之ヲフランスクホールドニ開キ次テ千八百四十七年ブル
 ツセルニ千八百三十七年フランスニ千八百七十二年ロンドンニ及千八百七十
 八年ストツクホルムニ於テ之ヲ開ケリ乃チ其會議ハ既ニ五回ニ及ヘリ而シテ
 今年ハ露都セントペートルスボルグニ於テ第六回目ヲ開會セントノ準備ヲ爲
 シ我國ヘモ其照會アリタリトカ聞ク殊ニロンドンニ開會アリテヨリ以來ハ二
 十四餘國ヨリ官名ヲ以テ委員ヲ發遣シ之カ討議ヲ爲サシメタリ其議事ハ載セ
 テ各所ノ議事録ニ存在セリ今之ヲ一言スレハ監獄制度ノ改良ハ英國ニ發生シ
 米國ニ於テ銳意以テ之ヲ實施シタルヨリ大ニ歐洲全体ノ模範トナリ今日ニ至
 リテハ萬國ニ普及シ歐洲ニ於テ學者及政事家ノ常ニ着眼スル所トナリタルコ
 ト之ヲ諸氏ノ著書ニ徵スレハ明々白々ナル事實ナリ

以上陳述セシ如シ英米ノ改良制度カータヒ全歐ニ傳播シテヨリ歐洲學士等大ニ刑制學理ニ注目シ後學術上ノ著書モ亦甚タ多クシテ到底其說一ニ歸スルコトナキモ今尤モ學者ノ採用セル學說ニ基キ良刑ノ性質ヲ枚擧スレハ即チ左ノ如シ

- 第一 刑罰ハ正理ニ違フコトアルヘカラス
 - 第二 刑罰ハ人ノ感覺ニ觸レ得ヘキ苦痛タラサルヘカラス
 - 第三 刑罰ハ可成各人平等ナルモノナラサルヘカラス
 - 第四 刑罰ハ罪科ノ大小ニ從ヒ輕重スルヲ得ルモノナラサルヘカラス
 - 第五 刑罰ハ可成分割シ得ヘキモノナラサルヘカラス
 - 第六 刑罰ハ可成犯人ノ一身ニ止マルモノナラサルヘカラス
 - 第七 刑罰ハ容易ニ其執行ヲ中止シ得ヘキモノナラサルヘカラス
- 以上ニ掲ケタル七條件ヲ具備スルモノヲ以テ良刑ノ性質トハナセトモ實際此ノ如キ性質ヲ具備スルノ刑罰ハ殆ント稀ナルノミナラス恐ラクハ此等ノ條件ヲ具備セル良刑ハ發見スルコト能ハサルヘシ殊ニ第三ノ刑罰ハ各人平等ニ科

セサル可ラスト云フニ至リテハ實際企及シ得ヘキノ業ニアラサルナリ之ヲ要スルニ右ノ七條件ハ到底實際ニ適用スルコト能ハサルモノニシテ單ニ學理上刑罰ノ目的ヲ示シタルニ過キサルナリ

第十二回

刑罰ノ手段

刑罰ノ手段ヲ講述スルニ當テ先ツ刑罰トハ如何ナルモノナルヤヲ知ラサルベカラス刑罰トハ何レ犯罪人ノ意思ヲ強制スルモノナリ即チ諸君ノ内ニ或ハ竊盜ヲナサントカ或ハ偽証ヲ爲サントカ欲スルノ意思ヲ強制スルカ刑罰ナリ併シ意思トハ只心中ニ思惟スルノミナレハ誰モ之ヲ抑制スルコト能ハサルハ恰モ諸君ノ時々發動シ來ル意思ヲ他人カ得テ抑制スル能ハサルト同一ナリ然ラハ如何ニシテ之ヲ抑制スルヤト云ハニ即チ外形ニ見ハレタル後ニ至リ其手段ト其根本トヲ抑制スルナリ扱テ然ラハ第一ニ來ルモノハ何カト云フニ生命ヲ

取ルコ之レナリ生命ヲ奪ヘハ當然思考モナクナル故ニ窃盜ヲ爲サントスル人ニ向テ其生命ヲ奪ヘハ從テ盜心モ消滅スルナリ第二ハ意思ヲ發露シテ實行スル手段ヲ抑制スルナリ即チ身体ヲ抑制シテ苦痛ヲ感セシムルナリ第三ハ犯罪ヲナスニハ手カ必要ナリ(彼ノ歸天齊ノ手品ヲ扱フカ如キ幻術ハ例外トシテ)故ニ人ノ自由ヲ抑ヘテ獄裡ニ投スルナリ三井ノ財寶モ獄中ヨリハ迎モ盜ムコト能ハサレハナリ其他財産ヲ沒シ名譽ヲ剝クコト亦是犯罪ノ意思ヲ強制スルノ手段ナリ今之ヲ分テハ生命身体自由財産名譽トナル之ヲ稱シテ五刑トハ云フナリ學問上ヨリ論セハ數多ノ罪名モ此五刑中ニ出テサルナリ五刑中尙ホ一ヲ減スルコトヲ得ヘシトスルモノヲ增加スルコト能ハス彼ノ罪名ヲ多クスルハ經濟上ノ不利ト刑名ヲ區別スルノ困難アリ經濟上ノ不利トハ例ヘハ刑名ノ異ナルニ從テ執行ノ方法ヲ異ニセサルヘカラス馬車ノ如キモ色合若クハ構造ノ異ナリタル種々ノモノヲ要スルガ如シ此点ニ付キ萬國監獄協會ニ於テモ夙ニ刑名ノ多キヲ非難シテ刑名ハ三個ニ區別スルヲ以テ足レリト決セリ然ルニ日本ノ立法官ハ我國ヲ富國ナリト思ヒシカ不思議ニモ經濟上ノ考慮ヲハ外ニシテ許多ノ

區別ヲ立テ來リ現在刑名ノ數二十ニ渡レリ刑典配列上ヨリ見レハ實ニ奇麗ナリ恰モ三月ノ節句ニ雜樣ノ一列ヨリ二列二列ヨリ三列ト多ク配列シアル方見ハエアルカ如シ故ニ余ハ云ハシ日本刑法ハ節句主義ナリト

此數多ノ刑名ヲ大別シテ主刑付加刑ノ二トナセリ又主刑ヲ分テ重罪輕罪違警罪ノ三トセリ重罪ノ主刑ハ死刑無期徒刑有期徒刑無期徒刑重懲役輕懲役重禁獄輕禁獄ノ九ケトナシ輕罪ノ主刑ハ重禁錮輕禁錮罰金ノ三トナシ違警罪ノ主刑ハ拘留料科ノ二トセリ而シテ付加刑ハ剝奪公權停止公權禁治產監視罰金沒収ノ六トナセリ

我刑法ニ記セル刑罰ノ手段ハ上陳ノ如シ(幼者癡癲者ノ罪ヲ犯シタルキ懲治場ニ留置スルノ定アルモ之レ刑罰ニ非サレハ刑名中ニ記入セズ)去レモ理論上必ス五刑中ニ吸収サルヘシ此手段中主要ノモノハ自由刑即チ徒刑流刑懲役禁獄禁錮拘留是レナリ此等ハ生命ニ關係ナキモノ故ニ必ス他日放免セラルヘシ但無期ノモノアルヘシト雖モ都合ニ因リテハ恩典モアル故必スシモ無期ニ終ルモノニ非ラス此等ノ囚徒カ多年獄中ニ呻吟シ一朝放免ノ日自由ノ空氣ヲ呼吸

スレハ其身ノ拘束ヲ受クルコトナキヨリ他ノ欲望ヲ起シ先ツ第一ニ牛店へ飛入
 リ會計不足ト云フカ如キニ至ラハ再ヒ強盜ヲナスカ如ク放免囚ハ實ニ危険
 ニシテ再犯ノ恐アル故ニ再犯豫防ノ策ヲ講スルコト必要ナリ其方法ニアリ
 ハ監視ト云ヒ政府即チ警察署ニテ行政上之ヲ管督スルコトニシテ他ノ一法ハ全
 シ政府ノ關係スル所ニ非ラス各私人間ノ行フ慈惠上ノ救護方法ニシテ西洋諸
 國ニテハ何レノ國トシテカアラサルハナシ放免囚ノ出獄スルヤ身ニハ寸鐵寸
 土モナク且ツヤ縮衣ハ剝カレ之ヲ救養スルノ親戚ハナシ之ヲ救濟シ相當ノ職
 業ヲ授ケ社會ノ良民ト爲サシカ爲メニ慈善者輩ノ成立セシ協會ナリ我國ニテ
 モ近年此協會ノ必要ヲ解シモノ多キニ至レリ夙ニ設立シタル感化院ノ如キハ
 此方法ノ一ナリ昨年ボアソナード氏ハ此救濟會ノコトニ關シ同院ニ於テ演說セ
 ラレタリ諸君ハ當時ノ紙上ニ於テ必ス閱讀セシナラン然レモ其說ニ從フキハ
 大ニ目的ヲ誤レルモノアリ只余ハ諸君ノ經濟上ニ直接ノ關係アル点ノミニ付
 テ注意ヲナシ置クヘシ諸君見ラレヨ感化院設立者ノ名簿ハ多ク大審院諸裁判
 所判事有勳有位者輩ヨリ成レリ實ニ盛ナリト云フヘシ然レトモ其性質ヨリ考

フレハ此等ノ人ヨリ成立シ得ルモノニ非ラス官吏ヨリ贖金シテ不正ノ行爲ア
 リタル囚人輩ニ賞與ヲナスカ如キハ万々アルヘカラサルコトナリ西洋諸國ニテ
 ハ重ニ職業ヲ授クル爲ニ周旋スルモノナレハ其會員タルモノモ官吏ニアラス
 シテ日本ニテ例セハ岩谷松平ノ水撒キニ於ケル新燈社ノマツテ製造ニ於ケル
 鑛業社ノ坑夫ニ於ケル雇人口入宿ノ僕婢ニ於ケル主人ノ如キモノナリ然ルニ
 今日日本ニハ此種ノ會員ハ一人モナキニ非スヤ又一方ニハ寄付金ヲナスニ一圓
 以下ハ聞ヘ惡シト考ヘ一圓以上二圓若クハ五圓云々トアリ全体放免囚ヲ救
 濟スルニハ無理算段シテ寄付スルニアラス彼ノ靴ノ調度ニ窮々タル官吏又ハ
 牛肉一喫ノ資力ナキ書生輩ノ所業ニアラサルナリ西洋ニテハ例ヘハ芋ヲ買フ
 ニハ多シ故ニ餘リヲ寄付セントカ或ハ旅金ヲ用意セシニ旅行ヲハ止メシ故ニ
 其金ヲ寄付セントスルカ如キ此類ノ金ヨリ積テ一ノ資本トナスナリ彼ノ入用
 ノ金ヲどろばうに與フルカ如キハ實ニ愚ノ極リナリト云フヘシ

死刑

死刑ノ事ニ關シテ之ヲ存廢スルノ議論學者間ニ行ハルレトモコハ一ノ大議論ナリ若シ之ヲ詳論セント欲セハ一學期間ヲ費スモ尙能ハサルナリ荒増云ヘハ生命ヲ取ルハ理論上不可ナルコトナレトモ亦實際取ラサル可ラサルノ必要アルナリ廢死刑論者ノ或ル説ニ曰ク生命ナルモノハ天ニ在シマス神ノ與ヘ給フタルモノナレハ吾々人類ノ濫ニ之ヲ奪フハ不可ナリト此アイメン主義ハ吾人法學者ノ採用スヘキ限ニ非ラス今手短ク考フルニ生命ヲ奪フノ不可ナル他ノ理由アリ即チ生命ハ最モ貴重ナルモノナリ貴重ナルモノナレハ宜シク他人ニ與ヘテ可ナルモ決シテ奪フヘカラサルナリ一人カ他人ヲ殺セハトテ法律カ直ニ爲害者ヲ殺セハ是レ亦貴重ノ生命ヲ一人分丈ク此世間ヨリ減セシムルナリ例ヘハ日本ノ人口三千五百万人ノ中一人殺サレナハ三千四百九十九万九千九百九十九人ナリ然ルニ尙ホ爲害者ノ生命ヲモ奪フテ三千四百九十九万九千九百九十八人トナサントスルハ自説撞着ノコニアラスヤト尙ホ譬ヲ以テ喩フニ茲ニ親戚トテナキ親子二人暮シノ一家アリト假定セヨ父ハ子ノ孝養ニ依テ安樂ニ老年ヲ送レリ一朝或ル事ヨリシテ子ハ父ヲ害セリ父ハ其子ノ助命ヲ欲スル

ノ意ナルモ法律ハ之ニ頓着セズ死刑ヲ科スヘシ是ニ於テ父ノ希望ハ空クナリ且ツ其血縁ハ斷絶セリ之ヲ大キク云ヘハ日本人民カ二手ニ分レ一方ノ千七百五十万人カ他ノ千七百五十万人ヲ塵殺セハ法律ハ必ス爲害者タル千七百五十万人ヲ殺サシ是ニ於テカ日本人種ハ尽クルナリ尙世界ヲ將テ例スルニ同一ノ論決ヲ得ルニ至ラン死刑ノ不可ナルコト然リ却説死刑論ハ措キ死刑トハ如何ナルモノナルヤト云フニ我刑法第十二條ニ死刑ハ絞首ス但規則ニ定ムル所ノ官吏臨檢シ獄内ニ於テ之ヲ行フトアリ此死刑ハ絞首ストハ虚言ナリ死刑ハ人ノ生命ヲ奪フモノナリ首ヲ絞ムルカ死刑ニ非ラス果シテ然ラハ本條ノ解釋ハ如何ト云フニ此レ死刑ノ定義ニ非ラスシテ死刑ヲ執行スル手段ヲ示シタルナリ或學者ハ曰ク若シ犯罪人カ絞臺上ニ於テ十五分時ヲ過クルモ尙ホ絶命セサルキハ如何之レ死刑ヲ執行シテ後ニ蘇生シタルモノトシテ放免スヘキヤ又ハ再ヒ絶命スル迄絞首スヘキヤト論セリ余ハ曰ク再ヒスヘシ生命ノアラシク限リハ死ニ至ル迄行フヘシト何トナレハ絞首ハ生命ヲ絶ツノ手段ナレハナリ

死刑ハ苦痛ヲ感セシムルモノニアラサル故可成の苦痛ヲ與ヘサルノ良法ヲ探用セサルヘカラス米國ニテハ學理上ヨリ考究シ電氣ヲ以テ死刑ヲ執行セリ我國モ古代ハ鋸刑烙刑及ヒ斬刑等種々アレモ今ハ只絞ノ一法アルノミ絞ト斬トハ何レカ能ク此目的ヲ達スルヤト云フニ余モ諸君ト共ニ無經驗ナレハ堅ク斷言スル能ハサルモ絞ハ斬ヨリ多クノ苦痛ヲ與フルモ斬ハ秋水一刀身首所ヲ異ニスルトキ冷風ノヒヤリト切口ニ感スルノ心地スルマテナリト云フ又死刑ハ身体ヲ害スルコトアルヘカラス彼ノ鼻首ノ如キハ無論不可ナリ第十六條ニ死刑ノ遺骸ハ親屬故舊請フモノアレハ之ヲ下付ス但式ヲ用ヒテ葬ルコト許サスト是レ生命ヲ奪ヒタル殼ハ何ノ必要モナケレハサモアルヘシ然ルニ親屬故舊ト制限シタルハ不可ナリ尙ホ但書ハ尤モ理論ニ合ハサルナリ併シ一ノ考慮スヘキハ國事犯者ノ如キ場合ニ盛大ナル葬儀ヲ營ム等ノコトアリテハ社會多數ノ人民ヲ激セシムルコトアルニ由リ斯ク規定セシナラシムルモ此般ノコトハ堂々タル刑典ニ記スヘクモアラズ單ニ警察取締ノ處分ニ一任スヘキナリ

第十三條ニ曰ク死刑ハ司法卿ノ命令アルニ非レハ之ヲ行フコト得ス故ニ死刑

ノ宣告アルモ直ニ執行スルヲ得ス又司法卿ノ命令アルニモセヨ大祀令節國祭ノ日ニハ執行セサルナリ第十四條又婦女ノ懷妊ナルキハ猶豫スルナリ第十五條此猶豫ノ理由ハ我刑法ニ於テ十分ノ趣旨ヲ見サルト雖モ學者ノ說ニ因レハ刑ハ一身ニ止マルノ意ナリト即チ西洋流ノ說ニシテ懷妊ノ母ヲ殺スルハ併セテ罪モナキ胎内ノ兒子ヲ殺スニ至ル故ナリト云フ果シテ然ラハ分娩後一百日ヲ俟ツヲ要セス直ニ執行シテ可ナリ然ルニ尙一百日ノ猶豫ヲナスモノハ古來ヨリ因襲シ來リタル支那流儀ニテ其子ノ養育ノ爲メナリトスルモ其子ノ死スルキハ直ニ之ヲ執行シテ可ナラシムルニ尙ホ百日ヲ俟ツモノハ只母子ヲ憐ムノ意タルニ過キサルヘシ

身体刑

身体刑トハ前回ニモ述ヘタルカ如ク犯人ノ身体ニ苦痛ヲ與フルノ刑ニシテ若痛ガ目的ナリ舊律ノ笞杖黥烙是ナリ此レハ今日文明國ニテハ只英國ノミニ存シ(但破廉耻甚シキ犯人ニノミ用ユ)他ノ諸國ニテハ已ニ之ヲ廢セリ

犯人ノ種類ニ因リテハ大ニ此刑ノ目的ヲ達スルコトアリ例ヘハ無錢遊興者ノ如キ又ハ生計困難ノ爲メ故ラニ入獄セント欲スル者ノ如キ是ナリ我國ニテハ今日之ヲ用ヒスト云ヒナカラ尙ホ存スルカ如キ外觀アルハ是身體刑ト自由刑トヲ混セシカ故ナリ且ツ或學者ノ如キハ死刑ト身體刑ト自由刑トヲ混交シテ論セリト雖モ身體ト生命トハ別箇ノモノニシテ生命ヲ奪ヒタレバトテ敢テ身體ニ故障ハナキナリ即チ身體ヲ毀傷セス又痛苦ヲ感セシメサル様ニ行ヘハナリ自由刑ト身體刑ノ如キハ一寸皮想ノ見ヲ以テスレハ彼ノ入獄セシムルハ畢竟人ヲ苦シメシムルモノニシテ自由ヲ奪フモノニ非ラスト思ハル、ナリ獄中ニ鐵鎖ヲ用ルハ苦痛ヲ與フル爲ニアラス獄中一房ニ數人ヲ入ル、モ狹隘ニシテ膝ヲ安スルノ餘地ナシト云フニ非ラス其周圍ニ在ル牆壁ハ逃走ヲ防クノ用ノ懲役ノ石ヲ負フカ如キアルナリ有形的ニ見テ肩ニ在ル石ハ重カラシ或ハ痛カラント想像シ此誤解ニ陥リシナリ之ヲ以テ果シテ身體刑ナリトセハ勞力社會ノ勞働ハ尙ホ焉ヨリ甚シキモノアリ嗚呼思ハサルカナ

今日文明國ニテ身體刑ヲ用ヒタルノ理由ハ三個アリ

一、公然ノ場所ニテ笞杖ヲ施スハ廉耻ヲ重スル人ニ對シテハ有効ナルヘキモ彼ノ八公熊公連ニ於ケル被廉耻者ニハ何ノ効力モナク却テ盜百杖姦二百杖ト云フカ如キ相場付チナスニ至ルノ弊アリ加之廉耻ヲ重スル人ト雖モ一度此刑ニ遇フキハ失望ノ餘リ良民トナルノ念ヲ放棄シ却テ益々猛惡ノ人トナルニ至ルノ恐レアリ

二、不公平ナル刑ナリ何トナレハ杖百ニテ平氣ナル野郎モアレハ杖五十ニテ死スル老人モアルナリ現在諸君中ニモ強壯ナル人ト蒼白キ顔ノ人トニ因テ必ス痛苦ヲ感スルノ度甚タ異ナルヘシ

三、笞杖ハ苦痛ヲ與フルモノナレトモ其苦痛ハ有形人カ腕力ニ任シテ科スルモノナレハ強ク打ツモ柔カニ撲クモ寬嚴自由ナリ若シ嚴ニ執行スルキハ其過嚴チ怒テ法律ノ命令スル所ナリト思惟セス却テ執行官ノ已レチ苦痛セシムルモノナリト妄想ヲ生スルノ弊アリ

自由刑

日本刑法ニハ身体刑ナク生命刑ニハ付加刑ナシ付加刑アルハ只自由刑ト財産刑トノミ自由刑ノ主刑ハ我刑法ニ照セハ徒刑流刑懲役禁獄禁錮拘留是ナリ此等ノ刑ノ性質上相異ナル所ハ刑期ノ長短服刑ノ場所定役ノ有無ノ三点ナリ

一、徒刑ハ有期無期ニ區別シ島地へ發遣シテ定役ニ服セシムルナリ有期徒刑ハ十二年以上十五年以下ナリ(第十七條)但シ徒刑ノ婦女ハ島地へ送ラスシテ内地ハ留ムルナリ之レモ哀レ主義カ

二、流刑モ同ク有期無期ニ區別シ只島地ノ獄ニ幽閉シテ別ニ定役ニ服セシメサルナリ有期流刑ハ十二年以上十五年以下ナリ(第二十條)

三、懲役ハ重輕ノ別アレトモ徒流刑ノ如ク島地ニ發遣セズ只内地ノ獄ニ繋キ定役ニ服セシム重懲役ハ九年以上十一年以下輕懲役ハ六年以上八年以下ナリ(第二十二條)

四、禁獄モ重輕ノ別アリ其場所ハ懲役ト同ク内地ナリト雖モ定役ニハ服セサルナリ重禁獄ハ九年以上十一年以下輕禁獄ハ六年以上八年以下ナリ(第二十三條)

五、禁錮ハ懲役禁獄ト同ク其重輕ヲ區別セリト雖モ其期限ニ至テハ輕重共二十

一日以上五年以下ニシテ各事件ニ付キ其長短ヲ定ムルモノナリ即各本條ニ定メタル範圍内ニテ處置スルモノナリ而シテ場所ハ内地ノ禁錮場ニ留置スルモノトス重禁錮ニハ定役アリテ輕禁錮ニハ定役ナシ(第二十四條)

六、拘留ハ重輕ノ別ヲ立テス又定役ニ服セシメス一日以上十日以下ノ期限内ニ於テ各本條規定スル所ニ從ヒ拘留所ニ留置スルモノナリ(第二十八條)

以上ハ我刑法上認メタル各種ノ自由刑ナリ是レヨリ場所刑期定役ニ付キテ論述スヘシ

第一我刑法ニハ徒刑流刑ハ島地ニ發遣ストアレドモ地理上我國ニハ島嶼ナシ八丈小笠原ヲ以テ島地トナセシカ今尙ホ之レニ監獄ノ設ケナシ日本國自身島地ニシテ日本人民已ニ罪人同様ナルニ然ルニ此規定アルモノハ畢竟政府ノ認メタル一定ノ土地ナリトノ義ナルヘシ是ハ佛國刑法ノ正條ヲ其儘摸倣セシナレモ佛國ハ大陸ニシテ海外ニ數多ノ島嶼ヲ有シ且ツ其地へ實際囚徒ヲ發遣シ居レリ

今假ニ島地アリト見テ論セハ徒刑流刑ノ外ハ悉ク内地ニテ執行スルナリ但シ