

和仏法律学校講義録

古賀, 廉造

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

1-25

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

48

(発行年 / Year)

1902-12-24

和佛法律學校講義錄

第九拾貳號

三十五年度 第一學年ノ二十五

明治三十五年十二月二十四日發行

(明治三十五年十一月四日第三種郵便物認可 毎月十九日三日五日六日八日十日十一日十三日十五日十六日十八日十九日廿一日廿三日廿五日廿六日廿八日廿九日卅日發行)

和佛法律學校



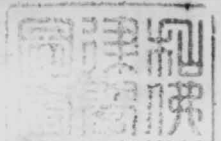
第一學年第二十五號目次

刑法總論(五八〇) 法律學士 古賀 廉 造

雜報

○家屋税問題仲裁裁判部ノ構成○違法ノ判決言渡ニ由ル違法ノ判決ニ對スル控訴判決○祝宴會○校友會秋季大會 校長送迎會 寺尾博士歸朝祝宴會遊ニ校友懇親會○討論會

090
1902
1-1-25



刑法總論

緒言 日知公天... 第一章 刑法ノ沿革

大ニ衆合體ノ力ニ依ルニ非サレバ其生存ノ途ヲ全クスル能ハズ人ヲ衆合體ノ名クテ國家ト謂フ國家安全ナリハ則チ各人ノ生存安全ニシテ國家危險ナレハ則チ各人ノ生存モ亦危險ト爲ラサルヲ得ス然ルニ國家ハ犯罪ナルモノアリ大能ク其安寧秩序ヲ妨害セシトス故チ國家ノ安全ヲ保テシトスルニ必ス此犯罪ヲ撲滅スルノ方法ヲ講セサルベカク其方法之ヲ名クテ刑罰ト謂フナリ刑罰ハ國家ノ安全ヲ妨害スル犯罪ヲ撲滅スル所爲ト爲テ用テ起所ノ方法ニシテ

刑法總論 緒言 刑罰ノ沿革

古ヨリ命ニ至ルニ天世界何レノ國ト職術有キ國家ノ組織ヲ爲シタル所ニ於テ刑罰ノ設ナキモノアリテ刑ヲ加フルナリ我日本國ニ於テ亦古來刑罰ノ設アリ古代法史ニ據ルニ我國成文法ハ推古天皇十二年ニ憲法十七箇條ヲ制シテ依リテ始メテ降テ天智天皇元年令三十二卷ヲ制ス所附近江朝廷之令即チ是ナリ天武天皇十年額シテ令更ニ律令ヲ定メ法式ヲ改メシムトアリテ持統天皇三年額更ニ令ニ都ニ十二卷ヲ班賜ストアリテ始メテ全國ニ法令ヲ實施セラルレバ亦モノノ如シ然レトモ此等ノ憲法律令ト云フモノハ大抵皆官吏ノ職責ヲ戒飭スルノ目的ヲ有スルニ過キスシテ一般人民ノ爲メニ普ク行ハルヘキ所ノモノニ非タルナリ今日ヨリ之ヲ觀レハ官吏服務規律ノ類ニシテ殆ト法律ノ性質ヲ有セヌ文武天皇四年勅シテ律令ヲ撰定セシム大寶元年ニ至リテ成功ス二年新律ヲ頒ツトアリ元正天皇ノ養老二年更ニ律令ヲ撰シ各十卷ト爲ストアリ是レ後世傳フル所ノ大寶令ナリ大寶令ハ我國皇朝時代ニ行ハレタル最初ノ刑律ニシテ源ヲ唐律ニ汲ミ多少斟酌ヲ加ヘタルモノニ外ナラス源賴朝始メテ府ヲ鎌倉ニ開キ及ヒテ政令未タ完備セス北條時代ニ至リ貞永元年北條時房北條泰時等心ヲ政道ニ専ラシシ相讓シテ御成敗ノ式條ヲ作ル通計五十箇條ヲ以テ成澤貞永式目即チ是ナリ足利時代ニ於テ綱紀總ニ政令整備セズ僅ニ鎌倉評定衆ノ遺老ニ階堂道昭等カ常氏ノ下問ニ答ヘテ政要意見書ヲ採リテ以テ時ノ斷斷ノ法律ト爲セリ後世之ヲ稱シテ建武式目ト云クト雖モ其實ニ篇ヲ封事ニシテ法律ニ體ヲ爲スモノニ非タルナリ徳川時代ニ至リ幕府ノ制度稍々整頓シ法令亦大ニ見ルヘキモノ尠カラズ慶長二十年大阪陣ノ事訖セリテ諸大名ニ武家諸法度又頒布シ禁中方御條目十七條ヲ定メ正徳元年江戸六所ノ高札ヲ設ケテ一般人民ニ諭示セシム今ノ違警罪目ノ類ナリ御定書百箇條ハ加保二年吉宗將軍ノ旨ヲ得テ決定シタルモノニシテ寛政二年松平越中守之ヲ改修シ始メ百箇條ナリシモ此時増シテ百三條ト爲セリ徳川一代ノ刑法訴訟法ハ悉ク此書ニ備ハレリ然レトモ當時封建ノ世各藩諸侯ニ於テモ亦各別ニ法律ヲ制定シテ之ヲ其領内ニ行フヲ以テ徳川百箇條ノ行ハルル區域ハ僅ニ江戸並ニ其他ノ幕領諸藩過半ナリシ徳川政府既ニ倒レテ維新政府ト爲ルニ違ヒテ從來ノ封建制度ヲ廢シテ統一主義ヲ行フニ至レリ此時ニ當リ國家ノ急務トシテ最も速ニ着手スルノ必要アリ感シ

タル所ハモノハ實ニ刑法ノ一致ニ在リシナリ然レトモ刑法ノ制定ハ如何ニ不
 完全ナルモノヲ以テスルモノ一朝一夕ノ事業ヲ以テ備クベキモノニ非ス是
 於テ卒カニ假刑律ナルモノヲ制定シテ一時ノ必要ヲ充テセリ明治三年ノ末明
 律及ヒ日本舊來ノ刑法ヲ參酌シテ始メテ日本全國ニ行ハルル刑法ヲ制定シタ
 リ之ヲ名ケテ新律綱領ト謂フ是レ維新後我國ニ於テ始メテ制定シタル法律ニ
 シテ不完全ナル所甚々多キヲ以テ明治六年之ヲ改正シテ更ニ改定律例ヲ作リ
 タリ此改定律例ハ新律綱領ノ不完全ニ比シテ殆ト同日ノ論ニ非ス頗ル日本當
 時ノ現狀ニ適當シタルモノトシテ恰モ現行刑法實施ノ時マテ行ハレタリ是
 リ先キ明治三四年ノ交日本ニ於テ始メテ佛國六法ヲ翻譯セルコトアリ日本人
 ハ始メテ外國法律ヲ觀テ實ニ其整然タルニ驚キ時ノ司法卿江藤新平氏ハ大ニ
 日本民法制定ノ必要ヲ説キ類ニ政府ニ迫レリ又氏ハ佛國刑法ノ改定律例ニ比
 シ遙ニ完美ナルコトヲ知リ更ニ歐洲主義ノ刑法ヲ設タルノ志ヲ有セリ然レト
 モ氏ハ不幸國事ニ倒レ遙ニ其目的ヲ達セスシテ逝ケリ其後大木伯出テ司法卿
 ト爲ルヤ佛國法律學者ボアンナード氏ヲ聘雇シ氏ヲ以テ法律ノ顧問ト爲セリ

氏日本ニ渡來シテ裁判所ノ實況ヲ觀察シ拷問制度ノ行ハルルヲ觀テ大ニ驚キ
 テ非常ニ之ヲ攻撃シ一剎モ速ニ之ヲ全廢シテ且刑法ヲ改正スルノ必要ヲ論シ
 タリ當時司法省ニ於テハ能ク裁判制度ノ不完全ナルコトヲ熟知セルヨリ議忽
 ニシテ行ハレボアンナード氏乃チ政府ノ命ヲ承ケテ自ら起草者ト爲リ日本刑
 法治罪法ノ二法ヲ起草シテ之ヲ政府ニ呈出セリ政府ハ之ヲ翻譯シテ元老院ニ
 送リ其審議ヲ經タリ元老院ニハ支那律學者尙ホ多クボアンナード氏ノ草案ヲ
 審議シテ多少修正スル所アリ其決議確定スルニ及ヒテ明治十三年一旦之ヲ世
 ニ公ニシ越エテ十五年一月始メテ之ヲ實施シタリ是レ即チ今日ノ刑法ニシテ
 諸君カ是ヨリ將ニ研究セントスル法律ナリ

現行刑法ハ佛人ボアンナード氏ノ起草セシ所ノモノニシテ日本人ハ實ニ多少
 ノ修正ヲ爲シタルニ過キス故ニ現行刑法ハ十中ノ八九佛國刑法ノ精神ヲ取リ
 シモノト謂ヒテ不可ナル所ナシ凡ソ一國ノ法律ハ其國ノ風土人情習慣ニ適當
 スルニ非ナレハ其用ヲ爲ササルモノナルコトハ何人モ能ク知ル所ナリ然ルニ
 佛國刑法ノ精神ヲ以テ組成セル刑法ヲ以テ直チニ之ヲ日本國ニ行ヒタルハ極

ナテ大膽ナル政策ニシテ今日ヨリ之ヲ考フレハ實ニ危險ト謂ハサルヘカラス
 幸ニシテ非常ノ弊害ヲモ生スルコトナク遂ニ今日マテ吾人ノ生命財產ヲ保護
 スル唯一ノ機關ト爲リテ行ハレタルハ實ニ不可思議ト謂ハントモ然レトモ若
 シ當時日本人中ニ刑法學者アリテ外國法律ト日本法律トヲ參酌シ能ク日本ニ
 適當スル所ノ法律ヲ制定スル者アランニハ日本ノ犯罪ハ此二十年間ニ於テ今
 日ヨリモ好ク之ヲ退治スルヲ得タリシナルヘシ予ハ實ニ現行刑法ハ其方體ク
 日本ノ犯罪ヲ撲滅シ又ハ之ヲ減少スルノ功ヲ奏スルニ足ルヤ否ヤニ付テ多少
 ノ疑ナキ能ハサルナリ或ハ知ラン此現行刑法ハ其實施以來今日ニ至ルマテ日
 本ノ犯罪ヲ増加シタルモノニ非ザルナキコトヲ佛國刑法ハ佛國革命時代ニ於
 テ制定サレタルモノニ係リ其以前ニ於ケル佛國ノ刑法ハ未タ多少ノ殘酷ヲ免
 レナリキ其殘酷ナル刑法ハ革命當時ノ人民ヲ治ムルニ適當ナラサルモノトシ
 テ別ニ今日ノ現行法タル佛國刑法ヲ制定シタリシナリ故ニ佛國今日ノ現行刑
 法ハ革命以前ノ殘酷ナル刑法ノ反動力ニ因リテ成リシモノナレハ其寛容ノ傾
 向ヲ有セシハ當時ノ趨勢上然ラザルヲ得ザルナリ是ヲ以テ刑法其モノニ付テ之

ヲ觀察スレバ誠ニ寛容ニ失シタル刑法ナリト謂フヲ得ヘシ今日ニ至リ此刑法
 ヲ以テ佛國ノ民度ニ適セザル所ノモノ多シト爲シ數十年來著現行刑法ニ付
 キ部分改正ヲ爲シ或ハ監視ノ制度ヲ改ムルアリ或ハ刑ノ執行ヲ猶豫スルアリ
 其他必要ノ改正ヲ爲セルモノ往往ニシテ之アリ此佛國刑法ハ即チ日本刑法ノ
 母法ニシテ而シテ其母法既ニ佛國ノ社會ヲ治ムルノ力ヲ有セザルニ拘ハラズ
 日本ハ却テ其儘之ヲ採リテ以テ實地ニ行ヒタルナリ夫レ改定律例ノ果シテ日
 本人民ニ適當セザルヤ否ヤニ付キ未タ深ク之ヲ研究セズシテ唯佛國刑法ノ外
 形上完美ナルモノヲ以テ直チニ之ヲ日本ニ實施シタルモノハ非常ナル刑法ノ
 急變ト謂ハサルヲ得ス而シテ其急變ノ弊害ハ之ヲ犯罪ノ増加ニ歸著セスンハ
 非チルナリ何トナレバ改定律例ニ定ムル所ノ刑罰ハ至テ嚴ニシテ而シテ現行
 刑法ノ刑罰ハ甚タ寬ニ流レタレバナリ改定律例ニ於テハ凡ソ竊盜三百圓以上
 及ヒ三稅五十圓以上ハ並ニ終身懲役ノ刑ナリシニ現行刑法ニ於テハ竊盜ノ再
 犯以上ハ僅ニ一等ヲ加フルニ過キスシテ其本刑ハ二月以上四年以下ノ重禁錮
 タルニシテ然ラズ則チ改定律例ノ時代ニ於テハ竊盜三稅五十圓以上ノ者ハ終身

其自由ヲ賄セタルヲ得ナリシニ現行刑法ニ於テハ何犯ニテモ四年ニ一等ヲ加
 フルノミニシテ如何ニ重キモ七年ノ重禁錮ヲ超ニス比較上ヨリ論キハ今日ニ
 於テハ少クモ財産ニ對スル犯罪ハ必ス明治十五年以前ヨリモ以後ニ於テ非常
 ニ増加セルモノト斷言シ得ヘシ夫レ刑法ハ犯罪ヲ撲滅スルノ力ヲ有シ少クモ
 之ヲ減少スルノ效ヲ奏セサルヘカラス然ルヲ現行刑法出テ而シテ犯罪愈増殖
 セリトセハ是レ刑法ノ本旨ニ反スルモノナリト謂ハサルヘカラス之ヲ實際上
 ヲリ觀察スルモ現行刑法ハ今日ニ在リテ總テノ犯罪ヲ抑制スルニ付キ其威力
 頗ル薄弱ナルモノアルコトヲ信スルナリ特ニ再犯以上ノ犯罪人ノ數益増加ス
 ルヲ見ハ何人ト雖モ予ノ言ヲ疑ハサルヘシ蓋シ再犯ノ多キハ刑法ノ威力ノ薄
 弱ナル確證ニシテ若シ刑法ノ威力一層峻嚴ナラハ一タヒ此刑罰ニ觸レタル者
 ハ或ハ改悛シ或ハ畏怖シテ容易ニ再犯ヲ爲スニ至ラザレハナリ

第二章 犯罪ノ原因

犯罪ノ原因大別スレハ三アリ氣候社會並ニ犯人ノ身上ニ基クモノ即チ是ナリ

第一 氣候 氣候ノ犯罪ニ及ホス影響ハ頗ル大ナルモノアリ蓋シ人類ノ生活
 ニ必要ナルモノハ衣食住ノ三ニシテ此三ヤ常ニ其一ヲ缺クヘカラサルモノナ
 ルモ氣候ノ變動ニ因リテ多少其必要ノ程度ヲ異ニスルコトアリ冬ニ在リテハ
 衣食住共ニ同等ノ必要アリト雖モ夏ニ在リテハ衣服ヲ要スルノ程度冬ニ比シ
 テ稍ヤ減ス而シテ人ハ我ヲ養フノ需要多キヲ加フルニ隨ヒテ之ヲ求ムルノ途
 益々困難ト爲ル之ヲ求ムルノ途益々困難ト爲リテ而シテ之ヲ凌クコト能ハサル
 トキハ則チ遂ニ罪ヲ犯スノ已ムヲ得サルニ至ルモノナリ之ヲ實際ノ經驗ニ徵
 スルモ冬ノ氣候ニ進ムニ隨ヒテ財產ニ對スル犯罪漸ク増加スルヲ見ル蓋シ冬ハ
 我ヲ養フノ必要品タル衣食ヲ需用夏ニ比シテ頗ル大ナルカ故ニ財產ニ對スル
 犯罪増加スルナリ之ニ反シ夏期ニ至レハ身體ニ對スル犯罪増加スルヲ見ル抑
 モ暖和ノ氣候ハ人ノ精神ヲ發揚スルノ原因ト爲ルモノニシテ精神ノ發揚其度
 ラ越エシカ所謂精神病者ト爲リ然ラサルモ其結果或ハ憤怒シ易ク或ハ耐忍ノ
 性ヲ失シ遂ニ人ト爭鬪ヲ願シ身體生命ヲ害スルコト多シ之ヲ世界ノ地理ニ徵
 スルモ熱帶國ニ於ケル人種ハ其性質概チ殘忍ニシテ生命身體ニ對スル罪ヲ行

フモノ至テ多ク又寒帶國ニ於ケル人民ハ概テ温順ニシテ人ヲ害スルコト極メ
 テ少シ彼ノ南洋群島中ニ食人島アルカ如キ臺灣生蕃ノ性悍悍ナルカ如キハ南
 方ニ位スル國ノ人種ノ殘忍ナルヲ證スルニ足リ又北極地方ニ住スルエスキモ
 一入種ノ性質温順ニシテ屢探見者ノ危難ヲ拯スコトアルカ如キハ北方ニ位ス
 ル地方ノ人種ノ從順ナルヲ證スルニ足ルヘシ又歐洲中ニ於テモ伊太利西班牙
 ハ其氣候最モ温暖ナリ隨テ殺人犯ヲ出スコト甚タ多ク毎年平均七百乃至八百
 ヲ昇降ス佛蘭西ハ此二箇國ニ比シ人口頗ル多キニ拘ハラヌ殺人犯ヲ出スコト
 平均二百乃至三百ニ過キス英吉利ニ至リテハ其數一層減少セルヲ見ル是ヲ以
 テ之ヲ觀レハ氣候カ犯罪ノ一原因タルコトハ昭昭トシテ明カナリ
 此原因ヲ除クノ方法ハ到底人方ノ能クスヘキ所ニ非ス多ハ自ら冬ニシテ夏ハ
 自ら夏ナルナリ然レトモ生活ノ必需品ヲ求ムルノ方法ニシテ少シク其宜キヲ
 得ルコトアラハ或ハ幾分カ救正ノ效果ヲ奏スルコトヲ得ン
 第二 社會 人類ハ社會ノ力ニ籍ルニ非アレハ安全ニ其生ヲ保ツコト能ハナ
 ルモノナリ然ルニ其社會カ犯罪ノ製造所ナリト言ハハ誰カ一驚ヲ喚セザル者

アラン今社會ノ事物ニ付キ犯罪ノ原因ト爲ルヘキモノヲ舉クハ殆ト數フル
 ニ逸アラスト雖モ就中其最重要ナルモノヲ舉クレバ左ノ如シ

(一) 經濟上ノ關係 農事愁ラス商工業振ハサルトキハ則チ人民ノ生活甚タ困

難ト爲リテ而シテ犯罪ノ數忽チ増加スルヲ見ルハ古今ノ通例ナリ然レトモ
 年豊ニシテ商工業蕃盛ナル時ニ方リ猶ホ犯罪人ノ増加スルコトヲ見ルアリ
 蓋シ年豊ニ商工業活潑ナル時ニ方リテハ何人モ生活ノ困難ヲ感セザルカ故
 ニ其心自ラ怠惰ニ流レ奢靡ニ傾キ其弊ハ及フ所遠ニ慣習ト爲リ勞働シテ以
 テ生活ヲ爲スコトヲ好マス博徒起リ遊民出テ正業ニ就カントスル者漸漸減
 少シテ惡業ヲ爲ス者愈増加スルニ至ル此ノ如ク遊民生シテ而シテ犯罪増加
 スルニ至ルハ生活ノ困難ナルヨリハ寧ロ其容易ナルニ基因ス當局者宜シク
 注意シテ適當ノ救正方法ヲ講スヘキモノナリ

(二) 教育 教育ハ人ノ智識ヲ發達シテ善良ニ導クヲ以テ其目的ト爲ス然ルニ

實際却テ屢犯罪ノ原因ト爲ルコトアリ元來無教育ノ徒カ罪ヲ犯スコト多キ
 ハ從來ノ經驗上明カナル所ニシテ現今監獄内ニ於テ簡易ナル教育法ヲ設ケ

ルモ亦犯罪人ノ數ヲ減セントスルノ趣旨ニ外ナラス然ルニ教育ヲ以テ犯罪ノ原因ナリト主張スル所以ノモノハ蓋シ實際ニ徴シ其例乏シカラサルニ因ルナリ露國ニ於ケル虛無黨佛國ニ於ケル共產黨伊國ニ於ケル社會黨ノ如キ其爲ス所殘忍暴戾或ハ帝王ヲ殺シ或ハ皇后ヲ害シ或ハ豪産家ヲ倒シ或ハ一都府ヲ焦土ニシテ尙ホ憊然タラサルモノアリ凡ソ此等ノ人ハ其才智多クハ衆人ニ傑出シ其學識モ亦大ニ一世ヲ風靡スルニ足ルヘキモノアリ若シ此等ノ人ニシテ普通以上ノ教育ヲ受クルコトナカリセハ或ハ此ノ如キ罪惡ヲ犯スコトナケン理想ノ人ヲ制スル實ニ測ルヘカラサルモノアリ豈ニ懼レザルヘケンヤ且教育ハ管ニ犯罪ノ原因タルノミナラス又大ニ犯罪ノ方法ヲ進歩セシムルコトアリ後ノ爆裂藥ヲ使用スル犯罪ノ如キハ全ク化學ノ進歩ニ原因セスンハ非サルナリ

茲ニ一言スヘキコトアリ法律學ノ如キモ其研究ヲ誤ルトキハ則チ屢々詐欺取財ノ如キ不正手段ヲ行ヒ人ヲ害スルコトヲ圖ルノ徒ヲ出スニ至ルコトアリ諸君ヨ深ク此處ニ留意シ自己ノ懷抱スル利器ニ因リテ却テ自己ヲ害スルカ

如キコトヲ爲ス勿レ

(三)

政治思想 是レ亦犯罪ノ一原因タルヲ免レス蓋シ政治思想ノ熱度甚シキニ過タルトキハ則チ身ヲ損シ人ヲ害スルモ尙ホ顧ミルコトヲ知ラサルニ至ル彼ノ國事犯者ノ舉動又ハ議員選舉ノ場合ニ於ケル慘狀ヲ見ハ思ヒ半ニ過キ

(四)

新聞紙 新聞紙ハ文明ノ一大利器ナリ然ルニ予カ之ヲ以テ犯罪ノ一原因ト爲ス所以ノモノ蓋シ理由アリ諸君ヨ試ニ毎日ノ新聞紙ヲ一覽セヨ必ス殺人強盜詐欺取財ノ如キ凡ソ重要ナル犯罪ハ一トシテ之ヲ掲ケサルモノナシ之ヲ購讀スル者不知不識ノ間其感化ヲ受ケテ而シテ犯罪ヲ企圖シ又ハ犯罪ノ方法ヲ發見スルコト亦尠シトセス新聞紙ノ取締其宜キヲ得サルニ於テハ文明ノ利器モ亦却テ社會ノ害惡タラントス

(五)

遊藝 演劇ニ付テハ切リニ之カ改良ヲ唱フル者出テシヨリ近來大ニ面目ヲ改メタリト雖モ其改良ハ刑事學上ノ目的ニ出ナタルニ非ス特ニ演劇類似ノ興行ニ至リテハ未ダ曾テ之カ改良ヲ企テタル者アルヲ聞カス講師ノ如

キ又講談師ノ如キ衆人公坐ノ場所ニ於テ惡漢毒婦ノ來歴ヲ説キ盜賊博徒ノ事蹟ヲ語り往往ニシテ賞賛ノ言語ヲ交ヘテ以テ之ヲ演スルノ結果愚民ヲ犯罪ニ誘引スルノ弊害ヲ生スルニ至ル現ニ或竊盜犯者ノ語ル所ヲ聽クニ其初メ犯罪ニ陥リタルハ銀座ノ某寄席ニ於テ義盜傳ノ講談ヲ聽キタルニ原因スト云ヘリ

(六) 法律 法律ハ犯罪ヲ撲滅スルノ要具ナルニ拘ハラス却テ反對ノ結果ヲ生スルコトアリ凡ソ一法律ノ發布アレハ必ス之ニ伴フニ犯罪ノ増加ヲ以テスルヲ見ル故ニ立法者一法律ヲ發布セントスルニ當リテハ先ツ其法律ノ必要ト之ヨリ生スル犯罪トヲ比較シ其必要ノ程度ハ犯罪ノ増加ヨリモ大ナルモノアルヲ確認シタル後ニ非サレハ蓋ニ新法ヲ制定スヘキモノニ非サルナリ
其他人口ノ繁殖飲食物ノ性質等ニシテ犯罪ニ影響ヲ及ホス所ノモノ亦甚タ寡シトス
第三 犯人ノ身上 前述ノ二原因ハ犯人ヲ圍繞セル外物ヨリ來ルモノニシテ

茲ニ掲クル所ノ原因ハ犯人ノ身上ニ基クモノナリ近來ノ學者犯人ト爲ルヘキ人種ヲ類別シテ三種トセリ遺傳性ノ犯人慣習性ノ犯人偶發性ノ犯人即チ是ナリ

(一) 遺傳性ノ犯人トハ生レナカラニシテ犯人ノ血統ヲ承繼スル者ナリ猶ホ惡疾患者ノ子孫其遺傳ヲ受クルカ如シ然レトモ犯罪人中果シテ此ノ如キ種類アルヤ否ヤニ付テハ予ノ未タ研究セサル所ナルカ故ニ茲ニ之ヲ斷言スルヲ得ス研究ノ結果後日或ハ其然ルヲ發見スルコトアルヘシ

(二) 慣習性ノ犯人トハ此世ニ生レテ以來生育ノ途宜キヲ得ス家庭ノ教育其當ヲ失ヒ近隣ノ交際其法ヲ誤リ漸次善良ノ性ヲ失ヒ一方ニ於テハ廉耻ノ心ヲ磨滅シ他方ニ於テハ殘忍ノ氣象ヲ増長シ惡業ヲ行フヲ以テ毫モ自ラ愧ト爲スヲ知ラサルノミナラス犯罪ヲ以テ人生ノ正業ナリト信シ刑罰ヲ以テ犯罪ノ租稅ナリト考ヘ犯罪ニ因リテ以テ其一生ヲ終ラントスル者ナリ此ノ如キ徒ハ再犯人連犯人等ニ於テ屢目擊スル所ニシテ毫モ刑罰ヲ恐レサル者ナルカ故ニ刑罰モ殆ト其威力ヲ失ハントス此性ノ犯罪ハ甚タ多ク現ニ市中ニ律

細スル無類ノ少年ニハ其統領アリテ之ヲ率ヒ不正方法ニ因リテ得タル收入ノ幾分ヲ得テ以テ犯罪ノ秘密ヲ教授ス此少年輩一旦成長スルニ及ヒテハ遂ニ著名ナル大盜賊ト爲ラントス此惡業未タ發達セザル時期ニ於テ嚴峻ナル刑罰ヲ行フヲ以テ之ヲ懲スコトアラハ或ハ社會ノ害ヲ減少スルニ至ラシカ
 (三) 偶發性ノ犯人トハ性質不善ナルニ非ス行狀亦惡事ニ浸染シタルニ非ス唯一時ノ機會ニ制セラレテ偶然不良ノ念ヲ發シ犯罪ヲ決行スルニ至ルモノニシテ彼ノ困窮者カ途上ノ遺失物ヲ拾得シ神經質ノ人カ憤怒ニ乘シテ他人ヲ害スルカ如キ此類ナリ此類ノ犯人ハ生來ノ遺傳ナク又惡習ニ傳染シタルモノニモ非サルカ故ニ之ヲ矯正スルノ途亦容易ナリ然ルニ之ヲ顧ミスレテ妄ニ嚴刑ヲ科センカ遂ニ濫刑ト爲リ了ラシム

以上三原因中其最モ嫌惡スヘキモノハ社會ヨリ來ルモノ、犯人ノ身上ニ基クモノ即チ是ナリ而シテ刑事學ニ於テ研究スル所ノモノ亦此二者ニ在リ

慣習性ノ犯人ハ生レテ而シテ生長ノ途其宜キヲ得サルカ爲メニ惡事ヲ行フコトニ慣レ殆ト其性ヲ成セル者ナレハ此種ノ犯人ニ對シテ刑罰ノ力ヲ恃ミテ以

テ改悛セシメ之ヲ以テ善人ト爲スコトハ到底期スヘカラサルノ事業アリ一々ヒ罪ヲ犯シテ刑罰ヲ受ケ再ヒ罪ヲ犯シテ刑罰ヲ受ケ三タヒ罪ヲ犯シテ刑罰ヲ受ケ而シテ尙ホ罪ヲ犯シテ止マサル所ノモノハ既ニ刑罰ノ長ルヘキコトヲ知ラサルノ犯人ナリ刑罰ヲ長レサルノ犯人ニ對シ刑罰ヲ以テ之ヲ懲治セントスルモ其功ヲ奏セザルヤ多辯ヲ埃タサルナリ之ニ反シ偶發性ノ犯人ハ一時ノ過誤ヨリ偶然罪ヲ犯スニ至リタルモノナレハ其罪ヲ犯スヤ忽ニシテ悔悟ノ心ヲ起シ犯罪ノ再ヒスヘキモノニ非サルコトヲ知レルモノナリ這種ノ犯人ニ於テハ實ニ刑罰ノ長ルヘク監獄ノ惡ムヘキヲ知レル者ナルカ故ニ之ニ加フルニ刑罰ノ制裁ヲ以テスレハ其苦痛ノ加ハルニ隨ヒ益、刑罰ノ長ルヘキコトヲ感シ隨テ益犯罪ノ再ヒスヘカラサルコトヲ悟リ一旦獄ヲ出ツルヤ完全ナル善良ノ人ト爲リ此社會ニ伍スルコトヲ得ルモノナリ是故ニ刑法ノ規定ハ一ナリト雖モ之ヲ適用スルノ途ニ至リテハ必ス二ナカルヘカラス即チ懲治スヘカラサル犯人ニ對スル場合ト懲治スヘキ犯人ニ對スル場合トヲ區別シテ之ヲ適用ヲ誤ラサルニ在リ

此ノ如ク刑罰ノ適用ハ犯人ノ種類ニ依リテ之ヲ異ニセサルヘカラストスルトキハ則チ刑罰ノ輕重ハ必スシモ犯罪事實ノ輕重ノミニ準據シテ之ヲ定ムヘキモノニ非ス語ヲ換ヘテ之ヲ言ヘハ犯罪ヨリ生スル損害ノ輕重ハ必スシモ刑罰ノ輕重ヲ定ムルノ標準ト爲ルヘキモノニ非サルナリ故ニ犯罪ノ所爲ハ輕微ナリト雖モ若シ其犯人ハ慣習性ノ種類ニ屬スル者ナルトキハ之ヲ罰スルコト必ス重カラサルヘカラス之ニ反シ犯罪ノ所爲ハ重大ナリト雖モ若シ其犯人ハ偶發性ノ種類ニ屬スル者ナルトキハ之ヲ罰スルコト輕カラサルヘカラス但裁判官ハ立法者ノ豫定シタル規則以外ニ出テテ妄ニ刑罰ノ輕重ヲ定ムルコトヲ得ヘシト謂フニ非ス必ス刑法ノ定メタル範圍内ニ於テ其輕重ヲ測ルヘキハ論ヲ埃タサル所ナリ然ルニ實際ニ於テハ大ニ予ノ所論ト其趣ヲ異ニシ裁判所カ犯人ヲ罰スルニ當リテハ概テ先ツ犯罪行為ノ輕重ヲ見テ其重キ者ニハ重キ刑ヲ科シ其輕キ者ニハ輕キ刑ヲ科スルヲ以テ通常トス例ヘハ茲ニ竊盜アリト假定セヨ之ヲ罰スルニ付テ贖額千圓ノ財物ヲ奪ヒタル者ト贖額一圓ノ財物ヲ奪ヒタル者トアレハ贖額千圓ノ者ニ對シテハ必ス重キ刑ヲ科シ一圓ノ者ニ對シテ

ハ必ス輕キ刑ヲ科スルヲ以テ通例ト爲ス予ノ主義ハ全ク之ニ反シ贓物ノ多寡ハ必スシモ刑ノ輕重ヲ測ルノ標準ト爲スニ足ラス宜シク犯人ノ種類ニ應ジテ之カ輕重ヲ測ラサルヘカラスト爲スカ故ニ若シ其千圓ノ竊盜カ偶發性ノモノニ屬スルトキハ之ヲ罰スルニ輕キ刑ヲ以テスヘク一圓ノ竊盜モ慣習性ノモノニ屬スルトキハ最重ノ刑ヲ科スルモ決シテ不可ナル所ナシ刑法ノ許ス限ハ重ク之ヲ罰シ一日モ長ク社會ヨリ之ヲ遮斷シテ其自由ヲ奪フニ若クハナシ此犯人カ一日長ク自由ヲ失ヘハ社會ハ一日長ク危害ヲ免ルヘシ到底刑罰ノ效力ニ依リ其非ヲ改ムルコトヲ知ラス刑罰ハ自己營業ノ租稅ナリト爲ス者ニ對シ尙ホ刑罰ニ由リテ之ヲ懲戒セント爲スハ殆ト朽木ヲ彫スルニ均シ其功ナキ聖明カナリ凡ソ刑罰ノ目的ニアリ一ハ犯罪ノ遮斷法ト爲リ一ハ犯罪ノ懲戒法ト爲ルノ目的ヲ有ス懲治スヘカラサルノ犯人ニ對シテハ刑罰ハ遮斷法ト爲リ此犯人ト社會トノ間ヲ遮斷シテ社會ニ害ヲ少クスルノ目的ヲ有シ懲治スヘキ犯人ニ對シテハ刑罰ハ懲戒法ト爲リ之ヲ以テ犯人ヲ善道ニ導クコトヲ得ルナリ世論者特ニ監獄學者流此刑罰ヲ以テ單一ニ或ハ懲戒ノ目的ニ出ツルモノトシ

或ハ改良ノ目的ニ出ツルモノトシ又或ハ威嚇ノ目的ニ出ツルモノト爲シテ種
種ノ説ヲ爲スト雖モ是レ未タ刑法學ノ進歩セザル時代ニ行ハレシ説ニシテ到
底今日採用スヘキノ論ニ非サルナリ

第三章 刑罰權

凡ソ生ヲ得テ此世ニ存在スルモノ一物トシテ生命ノ保存ヲ欲セザルモノ非ス
故ニ其生存ニ對シテ之ヲ侵害セントスル者アレハ之ヲ防衛スルノ方法ヲ有ス
地球上ノ生存物カ防衛ノ方法ヲ有スルハ是レ皆其生存ヲ保存セントスルノ目
的ニ外ナラス角アルモノハ突テ而シテ防衛セント欲シ蹄アルモノハ蹴テ而シ
テ防衛セント欲シ牙アルモノハ嚙テ而シテ防衛セント欲ス或ハ孤立シテ而シ
テ防衛スルモノアリ或ハ群集シテ而シテ防衛スルモノアリ防衛ノ方法ニ至リ
テハ動物ノ性ニ從ヒテ異ナル所アリト雖モ其生命ヲ保存セントスルノ目的ニ
付テハ皆一ナリ然ルニ人ハ生レテ而シテ爪牙ノ鋭ヲ備フルニ非ス蹄角ノ利ヲ
有スルニ非サルカ故ニ其生命ヲ防衛セントスルニ付テ甚タ困難ヲ生ス若シ夫

レ人ハ禽獸ト等シク孤立シテ而シテ生活セザルヘカラストセハ弱肉強食實ニ
人相害スルノミナラス屢他ノ動物ノ爲メニモ亦侵害ヲ受クルノ虞ナシトセス
人自ラ稱シテ萬物ノ靈ナリト云フ而シテ我レ自ラ防衛スルノ途ヲ知ラストセ
ハ實ニ禽獸ニ耻ツルモノト謂ハサルヘカラス人果シテ防衛ノ具ナキカ人ハ各
人ニ於テ防衛ノ具ナク生命ヲ完ウスルノ危キヲ知ル是ニ於テカ人ハ國家ヲ設
ケ國家ノ聚合力ニ依リテ以テ自ラ生命ヲ保存スルノ備ト爲サント欲シタリ故
ニ人ニ社會アルハ他ノ動物ノ各自ニ防衛ノ具ヲ備フルカ如シ他ノ動物ニシテ
一日モ防衛ノ具ナケレハ自ラ生存スルコト能ハス人ニシテ一日モ國家ナケレ
ハ自ラ生活ヲ安スルコト能ハス既ニ國家ノ聚合力ハ人ノ生命ヲ維持スルニ必
要ナル防衛ノ具ナリトセハ國家ノ生存ト人ノ生存トハ必ス相待ツニ非サレハ
其全キヲ得ルモノニ非ス故ニ人其生命ヲ維持セント欲セハ必スヤ國家ノ保全
ヲ圖ラサルヘカラス國家保全セラレサレハ則チ人ノ防衛權益ニ亡ヒテ而シテ
人ノ生命モ亦共ニ亡ヒサルヲ得サルニ至ル今夫レ犯罪ハ國家ノ生存ヲ害スル
ヲ以テ其目的ト爲ス犯罪亡ヒサレハ國家ノ生存全キヲ得ス國家ノ生存ヲ全ウ

スルニハ犯罪必ス亡ヒサルヲ得ス即チ國家ト犯罪トハ氷炭相容レサル所ノ性質ヲ有シ決シテ兩立スヘキモノニ非サルナリ犯罪亡ヒサルハ國家ノ生存全キヲ得ス國家ノ生存全カラザレハ人ノ生存モ亦危キニ陥ルモノナレハ人自ラ其生存ヲ全ウセント欲セハ必ス國家ノ安全ヲ圖ラサルヘカラス國家ノ安全ヲ圖ルニハ此犯罪ヲ防衛セサルヘカラス而シテ犯罪ヲ防衛スルノ手段ハ實ニ刑罰權ニ在レハ刑罰權ハ則チ國家ノ防衛權ト云フモ毫モ其不可ヲ見サルナリ敵國ノ襲撃ハ兵馬權ヲ以テ之ヲ防禦シ犯罪ノ侵害ハ刑罰權ヲ以テ之ヲ防禦ス兵馬權ハ國家ノ防衛權ナレハ則チ刑罰權モ亦同一ナリト謂フヘキノミ
論者曰ク防衛權ハ現在又ハ將來ノ危害ニ對シテ之ヲ行フヘシ過去ノ危害ニ對シテ之ヲ行フヘカラス現ニ危害ノ切迫スルカ又將ニ切迫セントスル場合ニ臨ミテ我身ヲ全ウスルノ目的ヲ以テ防衛權ヲ行フモノナレハ防衛權ハ則チ自存權ノ異名ニ過キスト謂フモ不可ナル所ナシ然ルニ我生命既ニ亡ヒ我財產既ニ奪ハレタル後ニ至リテ尙ホ且防衛權行ハルヘシト言ハハ此防衛權ハ果シテ何ヲ目的トシテ成立スルモノナルカ刑罰權ハ常ニ犯罪ニ對シテ之ヲ行フモノナ

リ而シテ犯罪ハ危害ノ發生ト共ニ發生スルモノナルカ故ニ之ヲ罰スルノ刑罰權ハ常ニ過去ノ危害ニ對シテ之ヲ行フモノト謂ハサルヘカラス世豈ニ此ノ如キ防衛權アラシヤト是レ反對論ノ最モ鞏固ナルモノナリ然レトモ論者ハ刑罰ノ目的ヲ誤レルカ故ニ此ノ如キ論難ヲ爲スニ至リタルモノナリ若シ論者ニシテ能ク刑罰ノ目的ヲ明カニスルアラハ決シテ此ノ如キ論難ヲ試ミルコトヲ爲ササルヘシ論者ハ刑罰ヲ以テ過去ノ危害ヲ罰スルモノナリト曰フ即チ過去ノ危害ニ對スル復讐ヲ行フモノナリト曰フ刑罰權ハ復讐主義ニ出ツルモノナリトノ議論ヲ爲セル者ナキニ非ス又往古ノ刑法ノ主義ニ於テハ大抵刑罰ヲ以テ復讐ナリト信シタリ今日ニ於テモ尙ホ刑罰權ハ社會ノ復讐權ナリトノ辭ヲ爲ス者アリ故ニ刑罰ヲ以テ復讐ナリト云フハ必スシモ怪シムニ足ラズト雖モ刑罰ハ決シテ過去ノ危害ニ害シテ復讐ヲ行フカ爲メニ之ヲ用フルモノニ非ス過去ノ危害ヲ罰シ依テ以テ現在又ハ將來ノ危害ヲ豫防センコトヲ欲スルモノナリ何ヲ以テ之ヲ言フ今犯人ハ人ヲ殺シ又ハ火ヲ放テリト假定セヨ既ニ殺サレタル者ハ再ヒ活スヘカラス既ニ燒燼セル家屋ハ之ヲ舊ニ復スヘカラス故ニ死

者ノ爲メ又燒燼ノ家屋ノ爲メ防衛ヲ行フノ必要ナキコトハ三尺ノ童子ト雖モ能ク之ヲ知ル然レトモ人ヲ殺シ火ヲ放テタル者ニ對シテ尙ホ刑罰ヲ科スル所以ノモノハ彼カ再ヒ人ヲ殺シ火ヲ放ツノ危害ヲ防カント欲スルノミ試ニ刑法ナシト人ヲ殺シ火ヲ放ツノ危害ヲ爲ス者アルヲ防カント欲スルノミ試ニ刑法ナシト假定セヨ人ヲ殺シ火ヲ放ツ者アルモ誰カ得テ之ヲ制セン故ニ一タヒ人ヲ殺シタル者ハ再ヒ人ヲ殺スヘク又三タヒ人ヲ殺スヘク一タヒ火ヲ放チタル者ハ再ヒ火ヲ放ツヘク又三タヒ火ヲ放ツヘシ而シテ幾タヒ人ヲ殺シ幾タヒ火ヲ放ツモ之ヲ制スル者ナクンハ予ト雖モ或ハ之ヲ行ハン或ハ之ヲ再三セシ唯リ予カ之ヲ再三スルノミナラス予ト心ヲ同シクスル者亦予ノ所爲ヲ學ヒ殺人放火ノ犯罪ヲ再三スルニ至ラン此ノ如クニシテ日本全國殺人放火ノ犯罪熾ニ行ハルルモ得テ之ヲ制スルモノナクンハ國家ノ安寧ハ果シテ能ク之ヲ維持スルコトヲ得ルカ吾人ハ果シテ能ク一日モ其枕ヲ高クスルコトヲ得ルカ今日吾人カ多少其枕ヲ高クスルコトヲ得ル所以ノモノハ是レ全ク刑法ノ德ニ依ラスンハ非ス即チ刑罰ノ力ニ依リテ以テ一タヒ人ヲ殺シタル者ヲ制裁シ一タヒ火ヲ放チ

タル者ヲ制裁スルニ因リ現ニ殺人放火ノ罪ヲ犯シタル者ハ其所爲ヲ再ヒスル能ハサルノ地位ニ立チ又之ニ倣ハントスル者ハ之ニ因リテ獨リ自ラ戒ムルニ至ル畢竟國家ニ於テ犯罪ノ増殖其著シキヲ加ヘサル所以ノモノ是レ皆過去ノ犯罪ヲ罰シテ將來ノ犯罪ヲ豫防スルノ結果ナラスンハ非ス刑法ノ目的果シテ茲ニ在リトセハ刑法ハ一箇人ノ有スル防衛權ト等シク現在又ハ將來ニ對シテ危害ノ防衛ヲ爲スモノナルコト毫無疑ヲ容レサルナリ是レ予カ論者ノ批難ハ畢竟刑罰ノ目的ヲ誤解スルノ過ニ坐シタルモノナリト云フ所以ナリ

論者又曰ク刑罰ノ目的茲ニ在リトスルモ尙ホ未タ刑罰權ヲ以テ防衛權ト同視スヘカラサルモノアリ一箇人カ防衛權ヲ行フハ必スヤ眼前急迫ナル危害ニ遭遇シタル場合ニ於テセサルヘカラス然ルニ社會カ犯罪ノ侵害ヲ受クルニ方リテハ既ニ行ハレタル犯罪ニ對シテノミ刑罰權ヲ行フニ過キスシテ其犯罪以外ニ何等急迫ナル危害ノ到來セルモノアルヲ見サズルナリ現在又ハ將來ニ於ケル危害ヲ豫防スト云スト雖モ其現在又ハ將來ノ危害ハ一モ眼前ニ現ハレサルニ非スヤ茲ニ人アリ將來我ヲ害スルナラント豫想ヲ以テ其人ヲ殺サハ果シテ

我ハ防衛權ヲ行ヒタリト謂フコトヲ得ルヤ若シ國家ハ未ダ現レハレタル危害ニ對シテ之ヲ防衛シ得ト云ハハ一箇人ト雖モ未ダ侵害ヲ受ケサルニ先チ自ラ進ミテ防衛權ヲ行ヒ得ト謂ハサルヘカラス果シテ此ノ如クシハ防衛權ヲ許スノ害ハ却テ之ヲ許ササルノ害ヨリ大ナルヘシ若シ強テ刑罰權ヲ以テ防衛權ナリト云ハハ是レ未ダ顯ハレタル危害ニ對スル防衛權ナルヲ以テ到底真正ノ防衛權ナリト謂フヲ得スト此論亦一理ナキニ非ス然レトモ是レ論者ハ一箇人ニ對スル危害ト國家ニ對スル危害トヲ混一ニシテ論スルモノナリ一箇人ハ眇タル一身軀ノ外ナク此一身軀ニ對スル危害ハ或ハ時アリテカ來リ或ハ時アリテカ來ラス即チ一箇人ニ對スル危害ハ常ニ間斷アリテ發生スルモノナリ而シテ一箇人ハ危害既ニ發生シテ我ニ迫レルトキニ非サレハ防衛權ヲ行フヘキモノニ非ス然レトモ國家ノ危害ハ少シク之ニ異ナルモノアリ國家ノ危害ハ單ニ吾人カ一身ノ存在スル場所ニ於テ之ヲ目撃セザルトキハ即チ是レ國家ニハ危害ナシト速了スル能ハス今此場所ニ於テハ危害ハ現在モザルモ他ノ場所ニ於テハ危害必ス現在スヘク其他ノ場所ニ於テモ亦危害必ス發生スヘシ試ニ日本全國

ノ犯罪ノ事實ヲ想像セヨ其夜トナク晝トナク間斷ナク犯罪ノ發生シツツスル事實ヲ見ハ國家カ犯罪ノ危害ヲ受ケルノ瞬時モ間斷ナキモトハ何人モ疑ヲ容ルルノ餘地ナカルヘシ此危害ニ對シテ防衛ノ要衝ニ立ツ警察官ヲ目スルニ不眠官ノ名稱ヲ以テスルカ如キ亦以テ之ヲ證スルニ足ル國家ノ危害カ既ニ此ノ如ク間斷ナク發生スルモノトセハ國家ハ常ニ間斷ナク防衛權ヲ行ハサルヘカラス論シテ茲ニ至レハ社會ノ危害ハ間斷ナク防衛權ヲ行ハサルヘカ爲メニ用フル刑罰權ハ是レ即チ社會ノ自存ヲ謀ル爲メアルヲ以テ之ヲ名クテ防衛權ト謂フモ亦妨ナカルヘシ

論者又曰ク若シ刑罰權ヲ以テ防衛權ト爲サハ國家ノ安寧ヲ害スル行爲ハ如何ナル行爲ト雖モ悉ク之ヲ罰セザレ得スト云フニ至ラシ之ヲ換言スレハ國家ハ其危害ヲ防衛スルニ付テハ無制限ニ其權力ヲ用フルモ至ルヲ以テ屬一箇人ノ權利ヲ傷フノ弊害ヲ見ルニ至ラン刑罰ハ一方ニ於テハ國家ノ生存ヲ防衛スルヲ要シ他ノ一方ニ於テハ正義ノ軌道ヲ脫セザルコトヲ要ス即チ不正ノ刑罰ハ之ヲ行フヘキモノニ非ス然レモ若シ防衛主義ニ出ツルモトモハ苟モ防衛

ニ必要ナルトキハ如何ナル行爲モ之ヲ罰スルコトヲ得ルヲ以テ刑罰ハ殆ト正義ノ原素ヲ滅却スルニ至ルニシテ隨テ刑罰ハ不正不義ノ性質ヲ帶フルニ至ルヘシト然レトモ國家カ防衛權ヲ有スト云フト雖モ其防衛權ハ之ヲ濫用シテ可ナリト云フニ非ス無制限ニ之ヲ用フルモ亦不可ナルナシト云フニ非ス即チ國家カ防衛權ヲ行フニ付テハ必ス其制限ナカルヘカラス論者ニシテ其制限アルコトヲ知ラハ又必ス首肯スル所アラシク何ヲカ防衛權ノ制限ト云フ曰ク國家ハ其有スヘキ權利以上ノモノヲ行フノ權利ヲ有スルモノニ非ナルカ故ニ國家ノ防衛權ハ國家ノ權利ヲ以テ之ヲ制限スルナリ元來人カ國家ヲ組織セシムル其目的各自ノ生存ヲ全ウスルニ在リ人若シ國家ノ組織ヲ成ササレハ生存競争ノ結果弱肉強食各自其生命ヲ全ウスルコト能ハサルニ至ル是ニ於テ人カ此世ニ在リテ生存スルニ付テハ何人モ能ク其生存ヲ全ウスル所以ノ途ヲ圖ラサルヘカラサルノ思想ヲ起シ各人カ其生存ニ必要ナル權利義務ノ關係ヲ定メ各人ヲシテ能ク其權利ヲ行ヒ其義務ヲ盡スノ途ヲ得セシムンコトヲ欲シタリ權利トハ各人カ生存ニ付テ自ラ行フコトヲ得ルノ能力ナリ義務トハ各人カ自ラ爲

ストキ戒ムル能力ノ制限ナリ即チ各人ハ其生活ニ付テ之ニ必要ナル總タノ行爲ヲ行フノ能力ヲ有スト雖モ總テノ能力ヲ行ヒテ之ヲ制限スル所ナケレハ他人ノ能力ト必ス低觸スルニ至ルカ故ニ其低觸ヲ避ケンカ爲メ各人ノ有スル能力ノ上ニ多少ノ制限ヲ置キタリ其制限ヲ名ケテ義務ト謂フ各人ハ各ニ區ノ領域ヲ占有シ其領域内ニ於テハ自由ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ルモ一歩モ其領域以外ニ出ツルコトヲ許サス故ニ予ハ自由ノ權ヲ以テ予ノ領域ヲ守リ他人ノ之ヲ侵害スルコトヲ許サス又他人ノ領域ヲ侵害スルコトヲ爲ササルナリ此ノ如ク各人ヲシテ自ラ行フコトヲ得ヘキモノト其得ヘカラサルモノトノ分界ヲ明カニシテ之ニ由ラシムル所ノモノハ則チ國家ノ力即チ法律命令ノ力ニ在リ蓋シ人カ國家ヲ設ケンハ各人ヲシテ此權利ノ領域ニ安セシムルカ爲メ又義務ノ分界ヲ起エサラシメンカ爲メナリ即チ國家ハ各人ヲ強制シテ其本領ヲ出ツルコトナカラシムルヲ以テ其目的ト爲シ他ニ何等ノ目的ヲ有スルコトナシ國家ハ此目的ヲ達センカ爲メニ一ノ無形人ト爲リテ人民ノ上ニ至大ノ權力ヲ行フモノナリ一且權利義務ノ關係定マレハ予ノ所有權ニ屬スル物ハ何人モ之ヲ奪フ

能ハス予モ亦他人ノ所有權ニ屬スル物ハ之ヲ奪フ能ハス人皆自己ノ權利ヲ行ヒ自己ノ義務ヲ盡シテ各其安スル所ヲ知ラハ國家ハ實ニ安寧ナリ然ルニ其堅牢ナル國家ノ組織ニ對シテ之ヲ破ラントスル者アリ他ノ權利ヲ侵ス者アリ自己ノ義務ヲ行フコトヲ欲セサル者アリ是ニ於テカ國家ハ之ヲ強制シ之ニ對シテ制裁ヲ加ヘント欲スルナリ此制裁ヲ名ケテ刑罰權ト謂フ故ニ國家ハ如何ナル侵害ニ對シテモ無制限ニ刑罰權ヲ行フノ必要ナク又之ヲ行フノ理ナシ國家ノ強制力ハ其權利義務ヲシテ各其所ヲ得セシムルニ止マリ此以上ニ出ヅルコト能ハス若シ國家カ其侵害ヲ口實トシテ權利以上ノ事ヲ行ヒ些細ノ侵害ニ對シテ至大ノ權利ヲ行ヒ一微物ノ竊取ニ對シテ其人ヲ殺スカ如キコトヲ爲サハ國家ハ權利義務ノ關係ヲシテ其所ヲ得セシムルニ非スシテ却テ之ヲ蹂躪スルモノタリ世或ハ此ノ如キ立法者ヲ出スコトナシトセサルヘシ然レトモ是レ國家侵害者ノ一人ニシテ決シテ正當ノ立法者ナリト謂フヘカラス天定マリテ而シテ後人ニ勝テ經令一時國家ノ軌道ヲ脫スルノ立法者ヲ出スコトアルモ何レノ日ニカ常道ニ復歸スルノ時ナカラシヤ國家カ防衛權ヲ行使スルハ各人ノ權

利義務ヲシテ其所ヲ得シムルニ止マルノミ其程度ヲ超エテ而シテ之ヲ行フコトヲ得ルモノニ非サルナリ故ニ論者カ防衛權ノ名稱ヲ以テ不正不義ノ刑罰權ヲ行フニ至ルノ悞アリト云フハ道理上之ヲ承認スルコトヲ得ス若シ論者ノ說ノ如ク國家ハ其有スル權利以外ニ於テ尙ホ權利ヲ行フコトアリトセバ是レ國家ハ既ニ闇黒時代ト爲リ了リシ時ナリ

論者又曰ク防衛權ニ付テハ多少ノ制限アリトスルモ或ハ一箇人ノ德義ヲ傷フノ弊害ヲ生スルコトナキヤ刑罰ハ國家生存上ノ必要ヨリスル防衛ナリト謂ハハ如何ナル行爲モ皆之ヲ防衛シ之ヲ處罰スルヲ得ヘク嘉言善行モ亦之ヲ國家ノ危害ト認メハ之ヲ處罰スルヲ得ヘク刑法ノ區域ハ道德ヲ蹂躪スルニ至ラント然レトモ是レ亦論者カ道德ノ定義ニ付キ見解ヲ下ス其宜キヲ得サルヨリ此ノ如キ議論ヲ爲スニ至レルノミ道德ハ相對的ノモノニ非ス必スヤ絕對的ノモノタラサルヘカラス國家ノ或部分ニ對シテハ道德タルモ他ノ部分ニ對シテハ不道德ナルモノハ則チ之ヲ真正ノ道德ト謂フヲ得ス真正ノ道德ハ一箇人ニ對シテモ道德タリ國家ニ對シテモ亦道德タルヘシ一箇人ニ對シテ道德タルノ外

觀スルモ國家ニ對シテ其安寧ヲ害スルモノハ國家ニ對スル不道德タルヲ以テ其行爲ハ真正ノ道德ニ非ス蓋シ人ヲ老母病ニ臥スルモ窮困ニシテ之ヲ看顧スル所以ノ途ヲ得テ面モ拱手庶祝スルニ忍ヒズ乃チ他人ノ財物ヲ竊取シテ以テ其看顧ヲ盡セリトモ其心ヲ賤ハハ實ニ老母ノ垂死ヲ救ハントスル至孝ノ情ニ出ツルナリ然レトモ其孝道ヲ全クセンカ爲メ他人ノ財物ヲ竊取スルハ直チニ國家ノ安寧ヲ害スルモノタリ孝道ノ爲メニハ國家ノ安寧ヲ害スルノ權利アルカ何人モ之ヲ是認スル能ハサルヘシ然ラハ則チ一方ニ於テ國家ノ安寧ヲ害スルノ行爲ハ他ノ一方ニ於テ道德ノ行爲タルヘキモノニ非ス即チ一箇人ニ對シテ道德タルモノハ必ス國家ニ對シテモ亦道德タラサルヘカラス國家ノ安寧ヲ害スル行爲ハ必ス一箇人ニ對シテモ亦不道德タルヘシ是ヲ以テ刑罰權ハ防衛權ナリト云フモ未ダ曾テ道德ヲ毀損スルノ害アルヲ知ラサルナリ

第一編 犯罪

第一卷 犯罪事實

第一章 犯罪ノ定義

犯罪ノ定義ハ各刑法學者ニ於テ異ナリ管ニ其探ル所ノ主義同シカラサルカ故ニ異ナルノミニ非スシテ同主義ノ學者ノ間ニ在リテモ亦多少ノ異同ナキ能ハス予ハ殆ト其探釋ニ苦シマントス故ニ予ハ予ノ主義ニ依リ自ラ定義ヲ下スコト左ノ如クセント欲スルナリ是レ亦批難ヲ免レサルヘシト雖モ予ハ之ヲ以テ其正鵠ニ庶幾スルモノト信ス

犯罪トハ刑罰ノ制裁アル法律ニ依リ豫メ禁制又ハ命令シタル事項ニ違反スル行爲ヲ謂フ

此定義ヲ説明スルニハ之ヲ分析シテ三要件ト爲スヘシ

第一要件 刑罰ノ制裁アル法律アルコトヲ要ス

凡ソ法律ハ其目的一國ノ安寧秩序ヲ維持スルニ在リト雖モ總テノ法律悉ク同一ノ目的ヲ有スト謂フコトヲ得ス或ハ國家ノ公益ヲ維持スルヲ目的トスルモノアリ或ハ一箇人ノ私益ヲ保護スルヲ目的トスルモノアリ一箇人ノ私益ヲ保

護スル法律ハ之ニ違背スルモ何等ノ制裁ナシ即チ一箇人ハ其私權ヲ拋棄シ得ルヲ以テ私益ニ關スル法律ノ保護ヲ受ケサルコトヲ得ヘシ此種ノ法律ハ主トシテ民法ヲ推ス而シテ國家ノ公益ヲ維持スル法律ニ至リテハ何人ト雖モ之ニ違背スルコトヲ許サス若シ之ニ違背スルトキハ其制裁二種アリ一ハ其違背ノ所爲ヲ無効トスルニ在リ一ハ其所爲ヲ行ヒシ者ヲ處罰スルニ在リ而シテ犯罪構成ノ一要件タル法律ハ則チ此刑罰ノ制裁アル法律ナラサルヘカラス抑モ刑罰トハ如何ナルモノヲ謂フカ刑罰トハ刑法ノ總則ニ於テ規定スル制裁ヲ謂フ故ニ刑罰ハ必スシモ刑法ニ於テ設ケタル制裁ニ止マラス刑法以外ノ法律ニシテ刑法ノ總則ヲ適用スヘキ法律ニ規定スル所ノ制裁ハ皆刑罰ノ性質ヲ有セザルハナシ諸稅則及ヒ取締ニ關スル規則等即チ是ナリ刑事訴訟法民事訴訟法等ニモ亦刑罰ノ制裁ヲ設ケタル規定アリ證人ノ召喚ヲ受ケテ故ナク出廷セザル者ニ罰金ヲ科スルノ規定ノ如キ即チ是ナリ凡ソ此ノ如キ或事項ニ違背スルトキハ其制裁トシテ刑罰ヲ科スルノ規定ヲ設ケアル場合ハ其刑罰ノ身體自由ニ關スルモノト將タ財産ニ關スルモノトヲ問ハス皆之ヲ指シテ刑罰ノ制裁アリ

ト謂ヒ而シテ其制裁ハ刑事裁判所ニ於テ之ヲ科スルト民事裁判所ニ於テ之ヲ科スルトヲ問フコトナシ然レトモ刑法ノ規定スル制裁ニ非サルモノハ之ヲ以テ刑罰ナリト謂フコトヲ得ス例ヘハ懲戒法ノ如キ是ナリ方今裁判所ニ於テ適用スル所ノ懲戒法ニ二種アリ裁判官ニ關スル懲戒法及ヒ辯護士ニ關スル懲戒法即チ是ナリ此懲戒法ハ豫メ制裁ヲ設ケ或事項ニ違反スルトキ即チ之ヲ罰スルヲ目的トスル法律ナリ故ニ其性質ハ恰モ刑罰ノ制裁アル法律ナリト謂フヲ得ヘキカ如シ然レトモ懲戒法ノ懲戒ハ全ク刑罰ト同シカラサルモノタルコトヲ知ラサルヘカラス其刑罰ト同シカラサル要點ハ三アリ(一)其目的ニ於テ異ナレリ即チ懲戒法ノ目的ハ或業務ノ執行ヲ確實ニスルニ在リ故ニ其業務ニ任スル者ニ於テ其業務ヲ執行スル爲メニ命セラレタル特別ノ義務ヲ盡ササル場合ニ限り始メテ此懲戒法ノ制裁ヲ受クルニ至ルモノナリ一般人民カ一般ノ法律命令ニ違背スル場合ト全ク其趣ヲ異ニス(二)其性質ニ於テ異ナレリ即チ普通ノ刑罰ハ人ノ財産名譽自由身體ニ對シテ痛苦ヲ與フルノ性質ヲ有シ懲戒法ノ制裁ハ唯其業務ノ執行ニ必要ナル程度ニ止マル之ヲ輕クシテハ譴責之ヲ重クシ

テハ除名若クハ免官ニ過キス(三)其證據方法ニ於テ異ナレリ即チ普通刑事ノ裁
判ニ於テハ必ス證據ノ上ニ多少ノ辯論ヲ經ルヲ要シ所謂確實ナル證據ノ存ス
ルニ非テハ有罪無罪ヲ決スルコトヲ得ス之ニ反シ懲戒法ニ依ル處分ハ確實
ノ證據ヲ要セス證據ニ付キ何等ノ辯論ヲモ經ス或事實アルコトヲ推測スルニ
足ルヘキモノアレハ直チニ其制裁ヲ科スルコトヲ得ヘシ

第二要件 禁制又ハ命令ノ事項アルコトヲ要ス

人ノ行爲ハ自由ヲ以テ其本然ト爲ス若シ法律ニ於テ之カ制限ヲ爲スコトナク
ンハ如何ナル行爲ヲ爲スモ他人ハ之ヲ咎ムルコトヲ得ス然ルニ法律ハ此人ノ
自由ナル行爲ヲ制限シテ或ハ爲ス勿レト禁制シ或ハ爲スヘシト命令スルコト
アリ法律カ爲ス勿レト禁制セルトキハ人ノ行爲ハ其禁制ノ範圍内ニ於テハ全
ク自由ヲ失ヒタルモノナリ法律カ爲スヘシト命令シタルトキモ亦人ノ行爲ハ
其命令ノ範圍内ニ於テハ全ク自由ヲ失ヒタルモノナリ即チ禁制ノ場合ニハ進
ムコトヲ得ス命令ノ場合ニハ進マサルコトヲ得ス孰レモ自己ノ意思ニ反シテ
爲サント欲スル所ヲ慎ミ爲スヲ欲セサル所ヲ爲スニ至リ此範圍内ニ於テハ人

裁

ハ自由ナシト謂フヘシ此ノ如ク人ノ行爲ニ付キ一種ノ疆界線ヲ劃シテ其線ヲ
超ユルコトヲ得サラシムル所ノ規定ハ則チ所謂禁制又ハ命令ノ事項ナリ故ニ
若シ法律ニ於テ刑罰ノ制裁ヲ設ケ豫メ禁制又ハ命令ノ事項ヲ定メサレハ人ハ
如何ナル禁制ヲ犯スコトヲ得サルカ又如何ナル命令ニ從ハサルコトヲ得サル
カ之ヲ知ルニ由ナク隨テ之ニ對シテ刑罰ノ制裁ヲ科スルヲ得サルヘシ即チ此
制裁ヲ科スルコトヲ得ルハ豫メ禁制又ハ命令ノ範圍ヲ設ケ其範圍ニ於テスル
ニ非サレハ自由ノ行爲ヲ爲スヲ得スト定メタルカ爲メナリ

第三要件 其事項ニ違反スル行爲アルコトヲ要ス

其事項ニ違反スル行爲トハ必ス外部即チ國家ニ表白シタルモノナラサルヘカ
ラス蓋シ犯罪ハ國家ノ安寧秩序ヲ妨害スルカ爲メニ之ヲ處罰スルモノナリ既
ニ然ラハ其違反ノ行爲ハ必ス國家ニ影響ヲ及ホス所ノモノナラサルヘカラス
其行爲カ未ダ國家ニ對シテ何等ノ影響ヲ及ホササルモノ之ヲ換言セハ尙ホ人
ノ意思中ニ在リテ未ダ行爲トシテ外部ニ出テサルモノハ縱令違反ノ行爲ナリ
トスルモ未ダ曾テ國家ニ何等ノ關係アラサルヲ以テ國家ハ之ニ對シテ處罰ノ

權利ヲ有セス即チ侵害ノ事實ナキ以上ハ防衛權ヲ行フノ理ナキナリ故ニ違反ノ行爲ハ必ス外部ニ表白シタルモノナラサルヘカラス違反ノ行爲ニ二種アリ一ハ作爲ノ行爲一ハ不作爲ノ行爲即チ是ナリ作爲ノ行爲トハ我レ自ラ進ミテ法律ノ禁制シタル事項ヲ爲スコトヲ謂ヒ不作爲ノ行爲トハ我レ自ラ退キテ法律ノ命令シタル事項ヲ爲ササルコトヲ謂フ例ヘハ刑法カ人ノ生命ヲ保護セント欲シテ人ヲ殺ス勿レト禁制シ人ノ財産ヲ安固ニセント欲シテ人ノ財産ヲ奪取スル勿レト禁制シタルニ其禁制ニ從ハス自ラ進ミテ人ヲ殺シ人ノ財物ヲ奪取セハ是レ自ラ進ミテ其事項ヲ爲スニ因リ罪ヲ成スモノニシテ即チ作爲ノ犯罪タリ刑法ノ規則中最モ多キヲ占メタル犯罪ハ概テ此作爲ノ犯罪ニ非サルハナシ又例ヘハ刑法カ自己ノ所有地内ニ老者幼者ノ遺棄サレタル者アラハ之ヲ扶助シ又ハ官署ニ申告スヘシト命令セルニ其命令ニ從ハス座視傍觀シテ扶助又ハ申告ヲ爲ササルカ如キ又刑法カ父母祖父母ヲ奉養スヘシト命令セルニ其命令ニ從ハス奉養ヲ缺クカ如キ是レ自ラ其事項ヲ爲ササルニ因リテ罪ヲ成スモノニシテ即チ不作爲ノ犯罪タリ然レトモ不作爲ノ犯罪ハ刑法ノ規則中之ヲ

見ルコト甚タ夥ク此二例ノ外ハ他ニ二三アルニ過キス元來不作爲ノ犯罪ハ爲スヘキ事項ヲ爲ササルモノナルヲ以テ一見或ハ毫モ國家ニ表白シタル行爲ニ非サルカ如シ凡ソ何事モ我レ之ヲ行フニ因リ始メテ之ヲ行ヒタル痕迹ヲ國家ニ印スルモノニシテ我ニ於テ何ノ行フ所ナクハ國家ニ其痕迹ヲ見ルノ理ナシ故ニ作爲ノ行爲ハ常ニ必ス國家ニ表白スルモノタリト雖モ不作爲ノ犯罪ハ殆ト國家ニ其痕迹ナク之ヲ國家ニ表白シタルモノト謂フヘカラサルカ如シ然リト雖モ是レ唯觀察ノ方法ヲ異ニスルノミ不作爲ノ犯罪ハ犯人ニ就テ之ヲ觀レハ其何事ヲモ爲ササルニ因リ國家ニ表白スルモノナキニ似タリト雖モ其事項其モノヨリ觀レハ犯人カ之ヲ爲ササリシ行爲アルコト顯然タリ前例ニ示スカ如ク予ノ所有地内ニ老者幼者ノ遺棄サレタル者アル場合ニ於テ予カ之ヲ扶助セシ官署ニ申告セサルトキハ其老者幼者ハ依然トシテ予ノ所有地内ニ存在スヘク其存在スルハ則チ予カ爲スヘキノ事項ヲ爲ササル痕迹ニシテ其事項ハ國家ニ表白スヘシ尊屬親ニ對スル奉養ヲ缺ク場合モ亦同シク其尊屬親カ飢渴ニ困シム事實ハ則チ不作爲ノ行爲ノ痕迹ナリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ不作爲ノ

犯罪ト雖モ常ニ國家ニ表白シ國家ニ關係ヲ有スルコトハ些子ノ作爲ノ行爲ト異ナル所アラス即チ作爲ノ行爲ト不作爲ノ行爲トハ其性質ニ於テ多少ノ相違アリト雖モ其社會ニ表白シテ法律ノ禁制又ハ命令シタル事項ニ違反スル行爲ナルコトハ二者全く同一ナリ

近來不作爲犯ノ區域ヲ擴張シテ現行刑法ノ規定外ニ於テ尙ホ不作爲ヨリ生スル作爲犯アリト主張スル者アリ此說ハ夙ニ佛國刑法學者ノ主唱セシ所ニシテ爾來大ニ獨逸刑法學者ノ論題ト爲レリ獨逸刑法學者ノ數ヲ奉スルノ徒亦頻ニ此論ヲ主張シ宛モ天文學者カ新一遊星ヲ覺見セシカ如ク著書ニ雜誌ニ議論シテ已マス我輩多少不作爲ヨリ生スル作爲犯ノ成立ヲ認めサル者ニ非スト雖モ獨逸學者ノ所論ヲ採リテ以テ直チニ我現行法ヲ解決セントスルノ非ナルコトハ固ク信シテ疑ハサル所ナリ以下獨逸刑法學者ノ所論ノ大要ヲ掲ケテ其我刑法ノ趣旨ニ副フ能ハサル所アルヲ明カニセン

論者ハ不作爲ヨリ生スル作爲犯ノ責任ヲ以テ先行行爲ニ原因スト爲セリ先行行爲トハ不作爲ニ先チテ存スル種種ノ行爲即チ契約又ハ不法行爲ヲ謂フ

(一) 契約ノ場合法律ノ命令ヲ包含ス凡ソ作爲ノ義務ヲ負擔スル者故ラニ義務ヲ履行スルコトヲ爲サスシテ作爲犯ヲ發生スルニ至リタルトキハ自己ノ作爲ニ原因スル犯罪ニ非サルモ尙ホ其責ニ任セサルヘカラスト曰フ例ヘハ精神病ノ看護人患者ノ人ヲ殺サントスルヲ見テ故ラニ之ヲ制止セスシテ殺害ヲ行ハシメタル場合ノ如ク水練教師其門人ノ溺レントスルヲ見テ故ラニ之ヲ救護セスシテ溺死セシメタル場合ノ如ク外科醫患者ヲ手術シテ故ラニ必要ノ手當ヲ爲サスシテ致死セシメタル場合ノ如シ官吏其職責ヲ盡サスシテ故ラニ作爲犯ヲ發生セシメタル場合ニ於テ亦然リ

(二) 不法行爲ノ場合 凡ソ過失又ハ故意ニ人ニ對シテ害ヲ加ヘタル者其害ヲ修復セスシテ故ラニ之ヲ重大ナラシメ因テ作爲犯ヲ爲スニ至リタルトキハ其加害者ハ其結果ニ付キ作爲犯ノ責ニ任セサルヘカラスト例ヘハ過チテラシムルヲ顛覆シテ火ヲ發セシメタルニ過失者ハ故ラニ其火ヲ消スコトヲ務メスシテ火災ヲ起セシ場合ノ如シ

第一ノ場合ニ於テ外科醫ノ所爲ハ猶ホ乳母カ其子ヲ殺サント欲シ乳汁ヲ給

セスシテ餓死セシメタルモノト同一ニシテ外科醫ハ必要ノ手當ヲ施ササル
 ヲ以テ患者ヲ殺スノ方法ニ供シ乳母ハ乳汁ヲ給セサルヲ以テ嬰兒ヲ殺スノ
 方法ニ供シタルモノナレハ之ヲ斬殺シ若クハ壓殺スルモノト理ニ於テ異ナ
 ル所ナシ此ノ如キ場合ヲ以テ不作爲ヨリ生スル作爲犯ナリトシテ之ヲ罰ス
 ルハ何人モ反對セサル所ナルヘシ然レトモ精神病ノ看護人水練教師其他官
 吏ノ不作爲ヲ以テ殺害ノ方法ニ供シタルモノナリト論スルハ理論ノ極端ニ
 馳セテ法律ノ精神ヲ誤ルノ甚シキモノト謂ハサルヘカラス所謂論理ニ似テ
 非ナルモノニシテ彼ノ稀有ノ物ハ價貴シ而シテ馬ノ善良ニシテ價廉ナルモ
 ノハ稀有ナリ故ニ物ノ價廉ナルモノハ貴シト謂フ論鋒ト何ソ擇フ所アラシ
 ヤ看護人ノ場合ニ於テ人ヲ殺シタル者ハ看護人ニ非スシテ精神病者ナリ水
 練教師ノ場合ニ於テ人ヲ殺シタル者ハ教師ニ非スシテ自ラ溺死シタルナリ
 人之ヲ殺シ自ラ溺死シタル者ヲ指シテ尙ホ我之ヲ殺シタリト謂フハ論理ノ
 軌道ヲ逸シタル辯說ノミ固ヨリ採ルニ足ラサルナリ論者ノ說ノ如クセハ刑
 法第三百四十條ニ於テ幼者老疾者アルコトヲ知リテ之ヲ扶助セス又ハ官署

ニ申告セサルカ爲メニ死亡シタル者アルトキハ其死亡ヲ以テ不作爲者ノ責
 任ナリトシテ殺人罪ヲ以テ論セサルヘカラサルカ如シ若シ果シテ殺人罪ノ
 成立ヲ見ルトスレハ第三百六十四條第二項ニ於テ因テ疾病又ハ死ニ致シタ
 ル者ハ云云ノ規定ヲ設クルノ理由ト大ニ抵觸ス若シ夫レ官吏カ其職責ヲ盡
 ナスシテ故ラニ作爲犯ヲ發生セシメタル場合ノ如キハ我刑法上別段ノ規定
 ヲ除クノ外之ヲ罰スルノ餘地アラサルナリ例ヘハ強盜人ノ財ヲ強奪セント
 スル者アリ巡查之ヲ目撃シテ故ラニ逮捕セス強盜ハ其目的ヲ達シタリ論者
 ハ此巡查ヲ以テ強盜ノ共犯ナリトシテ論セント欲スルカ然レトモ實行正犯
 ハ現ニ罪ヲ犯スコトヲ必要トシ而シテ巡查ハ實行ノ事實ナク又幫助ノ行爲
 ナキヲ以テ現行法ノ規定上共犯ノ責任ナキヤ明カナリ又例ヘハ刑法第二百
 七十七條ノ場合ニ於テ人ノ身體財産ヲ妨害スルノ犯人アルニ當リ豫審判事
 檢察警察官吏其報告ヲ受ケテ速ニ保護ノ處分ヲ爲サスシテ人ノ身體財産ニ
 對スル犯罪ヲ生セシムルニ至リタルトキハ豫審判事檢察警察官ヲ以テ其犯
 罪ノ共犯ナリト謂ハサルヘカラサルカ論者ト雖モ此論決ヲ下スノ勇ナカル

第二ノ場合ニ於テランプヲ顛覆者ハ其顛覆ヨリ生ズル結果ニ付テハ其責ヲ免ルヘカラサルヲ以テ失火ニ至ラハ失火罪ノ責ニ任スヘキモ放火ノ責ニ任スヘキノ理由アラサルナリ何トナレハ我刑法ニ於テハ「火ヲ放テ云云」ト謂フヲ以テ放火ノ必要條件ト爲スヲ以テ火ヲ放ツノ事實アルニ非サレハ放火罪ヲ構成スヘキモノニ非サルナリ論者徒ニ外國刑法學者ノ學說ニ心醉スルコトナクシテ少シク現行法ノ成文ヲ研究シテ可ナランカ

以上三要件ハ總テノ犯罪ヲ構成スル必要原素ナリ佛國刑法學者ガロ「氏ハ此他ニ於テ更ニ一要件ヲ加ヘ權利ノ執行ニ屬セザル行爲ナルコトヲ要スト曰ヘリ然レトモ此事ノ不必要ナルハ多辯ヲ埃タス上來論述セル如ク人ハ自由ナルヲ原則トシ唯法律ノ禁制又ハ命令ノ範圍内ニ於テ其自由ヲ失フニ過キス故ニ其自由ヲ失ヒシ者之ヲ行フトキハ茲ニ犯罪ヲ構成スルモノニシテ其範圍以外ニ於テハ人ハ依然原則ニ依リ自由ノ行爲ヲ爲スノ權利アリ其權利ヲ執行セシ場合ニ於テ犯罪ヲ構成スルノ理ナシ日本及ヒ佛國ノ刑法ニ於テモ其ニ正當防

衛ノ規定アリ又本屬長官ノ命令ニ因ル職務ノ執行ハ罪ト爲ラストノ規定アリ此規定ニ依リ殺人其他犯罪ノ外觀アル行爲ヲ爲スモ此等ノ行爲ハ人ノ權利ノ執行ニ屬スルヲ以テ犯罪ト爲ラズガロ「氏ノ要件ハ此等ノ場合ヲ指稱スルノ意ナルヘシ然リト雖モ正當防衛ハ法律ニ於テ爲スヘシト命令セルモノニシテ本屬長官ノ命令ニ因ル職務ノ執行モ亦法律ノ命令ニ從フ行爲ニ外ナラス法律ノ命令ニ從フ行爲ハ犯罪ニ非サルコト明カナレハ特ニ之ヲ以テ一條件ト爲スノ必要ナシ

論者或ハ定義中ニ犯人ノ意思ヲ舉ケ之ヲ犯罪ノ要件ト爲ス者アリ總テ禁制命令ニ違反スル行爲ハ單ニ其違反セシ事實ノミヲ以テ足レリト爲スヘキニ非ス必ス其違反スル意思アルコトヲ要ス若シ夫レ罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ罪ト爲ラスト云フニ非サト是レ犯人ノ責任ト犯罪ノ構成トヲ混同セルモノニシテ探ルニ足ラサル論ナリ蓋シ犯罪ハ一ノ事實ニシテ法律ノ設ケタル疆界線ヲ超ユルニ於テ成立スル所ノモノナリ其之ヲ超ユタル人ノ何人タルヤハ措テ問フ所ニ非ス犯罪一旦成立シタル後其犯人ノ責任ヲ論スルニ當リテ意思ノ問題ヲ

生ス若シ其犯人ニシテ自由ノ意思ナカリシトキハ其責任ナシト云フニ過キス即チ人ニ關スルモノト事實ニ關スルモノトハ嚴シキカ區別ヲ爲スヘシ犯罪ノ定義ハ單ニ犯罪ノ事實ヲ問フモノニシテ意思即チ人ニ關スルモノハ措テ問フ所ニ非ス然ルニ之ヲ以テ定義中ニ加ヘントスルハ是レ寧ロ犯罪ノ定義其モノノ範圍ヲ明悉セサルノ過ニ坐スルノミナリ

第二章 犯罪ノ區別

第一節 犯罪輕重ノ區別

刑法ニ於テ重罪輕罪違警罪ノ區別ヲ設ケテアリ此區別ハ唯名稱ノ區別ニ過キスシテ其孰レヲ重罪ト云ヒ孰レヲ輕罪ト云ヒ又孰レヲ違警罪ト云フカ其定義ニ至リテハ刑法一言ノ之ニ及フコトナシ唯重罪ノ刑ヲ科スヘキ罪ヲ名ケテ重罪ト云ヒ輕罪ノ刑ヲ科スヘキ罪ヲ名ケテ輕罪ト云ヒ又違警罪ノ刑ヲ科スヘキ罪ヲ名ケテ違警罪ト云フノミ故ニ犯罪ノ輕重ヲ知ルニハ必ス先テ刑罰ノ輕重ヲ知ラサルヘカテサルナリ然ラハ則チ刑法ハ何故ニ三種ノ區別ヲ設ケテ而シテ

其定義ヲ下スコトヲ爲ササリシヤ蓋シ三種ノ犯罪ニ付キ一ニ之カ定義ヲ下スハ實際困難ナルノミナラス又其必要ヲ見サルニ因リテナリ若シ各種ノ罪實ニ付キ之カ定義ヲ下スヘシトセハ到底僅少ノ文辭ヲ以テ總テノ犯罪ノ性質ヲ表明スルコト能ハサルカ故ニ必スヤ刑法ノ各本條ニ規定スル所ノモノヲ採リ重罪ノ刑ヲ以テ罰スヘキモノ輕罪ノ刑ヲ以テ罰スヘキモノ又違警罪ノ刑ヲ以テ罰スヘキモノノ事實ヲ列舉シテ是レ重罪ナリ是レ輕罪ナリ又是レ違警罪ナリト云フノ外ナシ果シテ然ラハ則チ各本條ニ規定スル所ノモノト何ノ擇フ所アラシヤ唯疎密ノ差アルノミ各國刑法ニ於テモ未ダ曾テ此定義ヲ下シタルモノナキハ畢竟定義ヲ下スノ困難ナルニ職由モスンハ非サルナリ然レトモ假令如何ナル困難アリトスルモ實際ノ必要上之ヲ下ササルヘカラストモ或ハ之ヲ下スコトヲ得サルニ非サルヘシ然ルニ實際ニ於テハ全ク此ノ如キ困難ナル定義ヲ下スノ必要アルヲ見サルナリ蓋シ犯罪ノ輕重ヲ知ルニハ刑罰ノ輕重ニ依ルヘシトスレハ其重罪タリ輕罪タリ又違警罪タルヲ見ルニハ各本條ノ規定ヲ一讀スレハ則チ可ナリ例ヘハ各本條ニ於テ人ヲ殺ス者ハ無期徒刑ニ處スレト

ノ規定アレハ無期徒刑ハ重罪ノ刑ナルヲ以テ殺人罪ハ是レ重罪ナルコトヲ知ルヘク又人ノ所有物ヲ竊取スル者ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處ス^トノ規定アレハ重禁錮ハ輕罪ノ刑ナルヲ以テ竊盜罪ハ是レ輕罪ナルコトヲ知ルヘク違警罪ニ付テモ亦同シ故ニ刑法ニ於テ各種ノ犯罪ニ付キ^一之ヲ定義ヲ下スコトナキモ裁判官ハ各本條ノ規定ニ照シテ容易ニ各犯罪ノ性質ヲ知ルコトヲ得ヘシ是レ其定義ヲ下スノ必要ナシトスル所以ナリ

刑法ニ於テハ原則上重罪ノ刑ヲ科スヘキモノヲ以テ重罪トシ輕罪又ハ違警罪ノ刑ヲ科スヘキモノヲ以テ輕罪又ハ違警罪ト爲スモ此刑罰ハ屬減輕スルコトアルニ因リ減輕ノ結果重罪ノ刑ヲ科スヘキ犯罪ニ對シテ輕罪ノ刑ヲ科スルコトアリ例ヘハ毆打致死罪ハ重罪ノ刑ヲ以テ罰スヘキ重罪ナリ然ルニ重罪ノ刑ヲ減輕シテ之ニ科スルニ輕罪ノ刑ヲ以テスルコトアリ若シ刑法ノ原則ニ照シテ之ヲ論セハ此場合ニ於テハ毆打致死罪ハ輕罪ノ刑ヲ科スルニ因リ輕罪ナリト謂フヘシ此ノ如ク犯罪ノ本質素ト重罪ノ刑ヲ科スヘキモノヲ減輕シテ輕罪ノ刑ヲ科シタルトキハ其犯罪ヲ以テ重罪ナリトスヘキカ將タ輕罪ナリトスヘ

キカ此問題ハ後日更ニ深ク研究スルノ時アルヲ以テ唯茲ニ一言スルニ止マラシノミ

此問題ヲ決定スルニハ刑法第九十九條ノ規定ニ依ルヲ要ス該條ノ規定ニ依レハ^一同時ニ本刑ヲ加重減輕ス可キ時ハ左ノ順序ニ從テ其刑名ヲ定ム但從犯及^二未遂犯罪ノ減等^三ハ其減輕シタル者ヲ以テ本刑ト爲ス^トアリ其所謂順序ハ^二再犯加重^三宥恕減輕^四自首減輕^五酌量減輕ト爲セリ此規則ハ本來刑罰ノ加減順序ヲ定メシモノニシテ本問ノ爲メニ設ケタルモノニ非ス法文ニハ^二同時ニ本刑ヲ加重減輕ス可キ時云^トアリ而シテ本問ハ唯減輕ノ場合ノミニ係レリ然レトモ減輕ノミニ場合ニ於テモ刑法ノ精神ヲ知ルコトハ決シテ難キニ非サルナリ即チ加重ノ事ヲ措キ減輕ノミニ付テ該條ヲ見レハ該條ハ^一本刑ヲ減輕スレハ其減輕セルモノニ依リ刑名ヲ定ム云^トノ規則ナリ隨テ宥恕減輕ニ依リ重罪ノ刑ヲ減輕シテ輕罪ノ刑ト爲セシ場合其他自首又ハ酌量ニ依リ減輕セル場合ニ於テモ總テ其減輕セシ刑名ヲ以テ本刑ト爲スモノニ非ス之ヲ換言スレハ^一刑法ノ各本條ニ於テ重罪ノ刑ヲ以テ罰スヘシト規定シタル犯罪ノ本刑ハ

其重罪ノ刑ニシテ之ヲ減輕シテ輕罪ノ刑ヲ科スルモ是レ唯重罪タル犯罪ニ輕罪ノ刑ヲ科スト云フニ過キス決シテ重罪タル犯罪一變シテ輕罪タル犯罪ト爲リタルモノニ非サルナリ犯罪ノ性質ハ一旦各本條ニ於テ之ヲ規定シ再ヒ之ヲ變更スルコトヲ許サス唯減等ノ結果ニ因リテ之ヲ科スル刑罰ノミヲ變更シ重罪ノ刑ハ變更シテ輕罪ノ刑ト爲リ輕罪ノ刑ハ變更シテ違警罪ノ刑ト爲ルニ過キス但從犯又ハ未遂犯ハ初ヨリ本刑ヲ有セス未遂犯ハ既遂犯ニ準シ從犯ハ正犯ニ準シテ減輕スルモノナレハ其減輕シタル刑ヲ以テ本刑ト爲スナリ故ニ本來重罪タル犯罪モ其從犯又ハ未遂犯タルカ爲メニ減輕シテ輕罪ノ刑ヲ科スルニ至リタルトキハ是レ其從犯未遂犯ハ重罪ニ非スシテ輕罪ナリ

佛國刑法ニ於テハ我刑法第九十九條ノ如キ規定ナシ故ニ論者ハ減輕ノ場合ヲ區別シ法律上ノ減輕ハ犯罪ノ性質ヲ變更シ裁判上ノ減輕ハ犯罪ノ性質ヲ變更セザルモノト爲セリ法律上ノ減輕トハ法律カ裁判官ニ對シテ減輕ノ命令ヲ爲シ裁判官ハ義務トシテ減輕セザルヲ得サル場合ヲ謂フ宥恕減輕即チ是ナリ裁判上ノ減輕トハ法律カ裁判官ニ減輕ノ權利ヲ賦與セシモノニシテ裁判官ハ減

輕ヲ爲スト爲ササルトノ自由アル場合ヲ酌量減輕即チ是ナリ我日本刑法ヲ説ク者モ亦動モスレハ此解釋ニ雷同スル者アリ甚シキ誤謬ナリト謂フヘシ是ヨリ立法論ニ入り現行刑法ノ爲シタル重罪輕罪及ヒ違警罪ノ區別ハ果シテ之ヲ設クルノ必要アルヤ否ヤニ付キ論究スル所アラン蓋シ違警罪ハ犯罪中稍ヤ特殊ノ性質(危害豫防ノ性質)ヲ有スルモノナルヲ以テ刑法ノ規定ニ於テ此罪質ヲ設クルハ最モ必要ニシテ何人モ之ヲ批難セスト雖モ重罪ト輕重トハ其性質共ニ危害ノ性質全ク同一ニシテ殆ト之カ區別ヲ爲スノ理由ヲ知ルニ困シム

現今各國ニ行ハルル刑法ヲ見ルニ我現行法ノ如ク犯罪ノ種類ヲ三別シテ重罪、輕罪及ヒ違警罪ト爲シタル刑法ヲ用フルモノハ佛蘭伊其他佛法系ノ諸國ニ屬シ又重罪、輕罪ノ區別ヲ廢シ唯犯罪ト違警罪トノ二種ト爲シタル刑法ヲ行フモノハ和蘭ナリ我邦ノ改正刑法草案ハ此和蘭刑法ノ主義ヲ採リ現行法ニ於ケル重罪輕罪ノ區別ヲ廢シテ單ニ之ヲ重罪トシ其違警罪ヲ改メテ輕罪ト爲セリ故ニ此草案ハ重罪、輕罪ノ名稱ハ舊ニ依リテ之ヲ襲用セルモ其所謂重罪ハ現行法ノ重罪ト輕罪トヲ混同シ其所謂輕罪ハ現行法ノ違警罪ノ別名ニ過キス蓋シ現

行法ノ區別ハ學理上毫無根據ナキ區別タルノミナラス實際上亦其區別ノ必要ヲ認メタルナリ以下第一學理上ヨリ第二實際上ヨリ其區別ノ不必要ナル所以ヲ説ケン

第一 學理上ヨリ之ヲ論ゼンニ刑法カ重罪輕罪ヲ區別スルニ方リテハ如何ナル標準ヲ採リテ以テ此區別ヲ爲セシヤ此問題ヲ研究スレバ刑法ノ區別ハ殆ト其理由ナキコトヲ知ルヲ得ン先ツ其區別ノ標準トシテ假ニ二三ヲ想像スヘシ

(一) 刑法ハ犯罪ノ目的ヲ標準トシテ重罪輕罪ノ區別ヲ爲スコトヲ得即チ或ハ財產ニ對スル犯罪ハ皆之ヲ輕罪ナリトシ身體生命ニ對スル犯罪ハ皆之ヲ重罪ナリトスルヲ得ヘシ蓋シ財產ハ之ヲ身體生命ニ比スレバ甚タ重要ナラサルモノナルヲ以テ之ニ對スル危害ハ身體生命ニ對スル危害ヨリモ小ナリ身體生命ニ對スル危害ハ財產ニ對スル危害ヨリモ大ナリト謂フコトヲ得ヘシ

現行刑法ハ果シテ此標準ヲ採リシヤ曰ク然ラス現行刑法ノ規定ヲ見ルニ或ハ財產ニ對スル犯罪中ニ重罪ノ規定アリ又輕罪ノ規定アリ又身體生命ニ對スル犯罪中ニモ重罪ノ規定アリ輕罪ノ規定アリ然ラハ則チ現行刑法ハ人ノ

蓄

身體生命ヲ重シトシ財產ヲ輕シトシテ重罪輕罪ノ區別ヲ設ケシニ非ザルコト明確ナリ

(二) 刑法ハ被害者ノ損害ヲ標準トシテ重罪輕罪ノ區別ヲ爲スコトヲ得即チ被害者ノ被リタル損害大ナルトキハ其財產ニ對スルト身體生命ニ對スルトヲ間ハス之ヲ以テ重罪ナリト爲シ又被害者ノ被リタル損害小ナルトキハ亦常ニ之ヲ以テ輕罪ナリト爲スコトヲ得ヘシ現行刑法ノ主義ハ甚タ複雑ナルヲ以テ或ハ被害者ノ損害ノ程度ヲ標準トシテ罪ノ輕重ヲ定メタルモノアリ或ハ被害者ノ損害ハ全ク之ヲ顧ミスシテ罪ノ輕重ヲ定メタルモノアリ故ニ現行刑法ハ被害者ノ損害大ナルカ故ニ必スシモ重罪ナリト爲スニ非ス又被害者ノ損害小ナルカ故ニ必スシモ輕罪ナリト爲スニ非ス蓋シ假ニ被害者ノ損害ノミヲ以テ犯罪ノ輕重ヲ定ムルノ標準ト爲セハ或ハ古代ニ行ハレタリシ復讐主義ヲ再演スルノ恐アルニ因リ絕對ニ此標準ヲ取ルヘキニ非スト爲セシナリ古代ノ刑法ニ於テハ全ク損害ノ程度ニ依リテ以テ刑罰ヲ定メタルモノアリ例ヘハ人ノ一指ヲ折レハ其罰モ亦一指ヲ折リ人ノ一目ヲ瞎セハ其罰

モ亦一目ヲ睹ス是レ損害ト刑罰トハ全ク相匹敵セサルヘカラストシテ刑罰ヲ以テ一ノ復讐手段ト爲セシニ出ツ現行刑法ハ多少此復讐主義ノ趣旨ヲ採ラサルニモ非ス例ヘハ不法監禁罪ノ場合ニ於ケルカ如ク又殴打創傷罪ノ場合ニ於ケルカ如シ不法監禁罪ニ於テハ監禁ノ日數十日ヲ超ユル毎ニ刑一等ヲ加フトセリ故ニ監禁ノ日數ノ長キニ應シ其刑モ亦重ク恰モ損害ノ程度ニ應シ刑罰ノ輕重ヲ定ムルナリ殴打創傷罪ニ於テモ亦然リ單純ノ殴打ハ違警罪ヲ以テ罰シ毆打創傷シテ疾病休業ニ至ラサル者ハ輕罪ノ輕キ刑ヲ以テ罰シ又創傷シテ二十日以上ノ疾病休業ニ至リタル者ハ輕罪ノ重キ刑ヲ以テ罰シ若シ夫レ人ノ一目ヲ瞎シ四肢ヲ折リ其他癱瘓疾ニ致シタル者ハ重罪ノ刑ヲ以テ罰シ殊ニ死ニ致シタル者ハ更ニ重キ刑ヲ以テ罰ストノ規定ヲ設ケタリ此等ノ規定ハ全ク被害者ノ損害ノ程度ヲ標準トシテ罪ノ輕重ヲ定メタルモノニシテ其趣旨殆ト古代ノ復讐主義ヲ採リタルモノト謂ハサルヲ得ス然レトモ現行刑法ハ亦常ニ此主義ヲ採リ此主義ニ依リテ以テ罪ノ輕重ヲ定ムルコトヲ欲セス或場合ニ於テハ被害者ノ損害ノ程度ハ全ク之ヲ顧ミズシテ

社會一般ノ危害ノ程度ヲ以テ罪ノ輕重ヲ定ムルノ標準ト爲セル規定アリ例ヘハ未遂犯ノ如キ是ナリ未遂犯ハ後ニ至リ詳ニ研究スベキ問題ナルヲ以テ茲ニ深ク説明スルコトヲ爲ササルモ要スルニ未遂犯ナルモノハ被害者ノ損害ノ程度ヲ標準トシテ之ヲ規定シタルモノニ非ス被害者ハ犯罪ニ因リテ何等ノ損害ヲ受タルコトナキ場合ニ於テモ亦之ヲ罰スルコトヲ得ル規定ナルヲ以テ其被害者ノ損害ノ程度ヲ顧ミサルモノナルコトハ多辯ヲ要セス例ヘハ短銃ヲ執リテ人ヲ狙撃シタルニ誤テ命中セス此場合ニ於テ殺人未遂罪アルコトハ何人モ疑ヲ容レサル所ナリ然ルニ被害者ヲ顧ミレハ何ノ負傷ナク何ノ損害ナシ又一步ヲ進メテ被害者ハ此狙撃ノ爲メニ負傷セリト假定セヨ此場合ニ於テモ刑法ハ殺人未遂罪ヲ以テ之ヲ論スルナリ然レトモ被害者ハ死セス僅ニ負傷スルノミ若シ夫レ損害ノ程度ヲ以テ罪ノ輕重ヲ定ムルノ原則ヲ貫徹セハ被害者微傷タモ負ハサル場合ニ於テ殺人未遂罪アリトシテ其刑ヲ科スルノ理由ナシ又被害者僅ニ負傷シタル場合ニ於テモ殺人未遂罪ヲ以テ之ヲ罰スルノ理由ナシ然ラハ則チ現行刑法ハ或ハ被害者ノ損害ノ程

度ヲ標準トシテ罪ノ輕重ヲ定ムルコトアリ或ハ社會ノ危害ノ程度ヲ標準トシテ罪ノ輕重ヲ定ムルコトアリ到底一原則ヲ以テ刑法全部ノ規定ヲ支配セラルモノニ非サルコトハ之ヲ知ルニ難カラズ

此故ニ現行刑法ハ重罪輕罪ノ區別ヲ爲スニ方リテ必スシモ被害者ノ損害ノ輕重ヲ標準トセシモノニ非ス又必スシモ社會ノ危害ノ輕重ヲ標準トセシモノニモ非ス然ラハ則チ第三ノ假想ニ依ルカ

(三) 犯罪ニ二種アリ或ハ被害者ノ告訴ヲ待タズシテ其公訴ヲ提起スヘキ犯罪

アリ或ハ被害者又ハ其親屬ノ告訴ヲ待チテ始メテ其公訴ヲ提起スヘキ犯罪アリ此被害者又ハ其親屬ノ告訴ヲ待チテ公訴ヲ提起スヘキ種類ニ屬スル犯罪ヲ名ケテ親告罪ト謂フ親告罪ハ如何ナル場合ニ於テモ被害者又ハ其親屬ノ告訴ナキニ於テハ假令檢事又ハ警察官ニ於テ犯罪アルコトヲ目撃スルモ自ラ進ミテ之カ公訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノナリ左レハ親告罪ノ種類ニ屬スル犯罪ハ全ク一箇人ノ私權ニ屬スル犯罪ナリト看做スヘキモノナリ一箇人ハ其私權ニ付キ之ヲ處分スルノ權利アリ自己ノ財産ハ之ヲ賣却シ抛

棄シ又ハ毀壞スルコトヲ得何人モ之ニ干渉スルヲ得ス又人ニ對シテ債權ヲ有スル者ハ其債權ヲ請求スルト否トノ自由權ヲ有シ何人モ之ニ干渉スルヲ得ス而シテ親告罪モ亦殆ト此私權ノ執行ト異ナル所ナキナリ被害者ニ於テ之ヲ罰セント欲セハ之ヲ告訴スヘシ被害者ニ於テ之ヲ罰スルコトヲ欲セサルハ之ヲ告訴セサルヘシ即チ告訴スルト否トハ一ニ被害者ノ一身ニ專屬シテ何人モ此被害者ノ權利ヲ動スコトヲ得ス而シテ被害者ノ告訴ナクハ檢事モ亦公訴ヲ提起スルコトヲ得サルヲ以テ被害者ハ此犯罪ニ付キ殆ト刑罰權ヲ有スト謂フモ敢テ不可ナシトス故ニ親告罪ノ種類ニ屬スル犯罪ハ若シ英法ノ語ヲ假リテ之ヲ説明スルコトヲ許サハ之ヲ名ケテ私犯ト謂フモ可ナラン其他ノ犯罪ハ之ニ反シ總テ國家ノ公益ヲ害スル性質ヲ有スルモノナリト看做サレタル所ノモノナルカ故ニ國家ハ檢事ト稱スル原告官ヲ置キテ進ミテ其犯罪ヲ訴ヘ之ヲ罰セント欲ス檢事カ之ヲ訴フルノ權限ヲ有スルハ是レ國家一般ニ代リテ訴ノ權利ヲ行フモノナルカ故ニ檢事カ犯罪ニ對シテ起ス所ノ訴ハ之ヲ名ケテ公訴ト謂フ蓋シ檢事ノ訴ハ檢事一己ノ訴ニ非ス

シテ國家一般ノ代表者トシテ起ス訴ナレハナリ私ノ訴ニ非スシテ公ノ訴ナレハナリ夫レ親告罪ハ一箇人ノ私益ヲ保護スルカ爲メニ之ヲ設ケ其他ノ犯罪ハ國家ノ公益ヲ保護スルカ爲メニ之ヲ設ケ而シテ一箇人ノ私益ハ小ニシテ國家ノ公益ハ大ナルヲ以テ一箇人ノ私益ニ關スル犯罪ハ其性質ノ如何ニ拘ハラズ悉ク之ヲ以テ輕罪ナリト爲スコトヲ得ヘク而シテ國家ノ公益ニ關スル犯罪ハ是レ亦其性質ノ如何ニ拘ハラズ悉ク之ヲ以テ重罪ト爲スコトヲ得ヘキナリ然ルニ現行刑法ノ規定ヲ觀レハ親告罪ノ中ニモ輕罪アリ又重罪アリ強姦罪ハ親告罪ニシテ重罪ノ刑ヲ以テ罰ス而シテ其他ノ犯罪中ニモ重罪アリ又輕罪アリ是ニ於テカ現行刑法ハ此公益ノ犯罪ト私益ノ犯罪トヲ標準トシテ以テ重罪、輕罪ノ區別ヲ爲セルモノニ非スト斷言シテ不可ナル所ナシ

論シテ茲ニ至レハ現行刑法ハ第一ノ假想ニ依リシモノニ非ス第二ノ假想ニ依リシモノニ非ス又第三ノ假想ニ依リシモノニモ非ス果シテ然ラハ現行刑法ノ區別ハ如何ナル標準ニ依リシヤ是レ予輩カ想像ノ及マ所ニ非ス故ニ刑法ノ理

論上現行刑法ノ區別ハ何等ノ根據ナキ區別ナリト宣告スルモ彼ハ上訴ノ途ヲ有セサルヘシ

第二 實際上ヨリ論スルモ亦此區別ハ無益ナルコトヲ主張スルヲ得ヘシ管ニ無益ナルノミナラス却テ害ト爲ルヘキ場合アリ蓋シ現行刑法カ重罪ト輕罪トヲ區別スルノ目的ハ重罪ニ對シテハ重罪ノ刑ヲ科シ輕罪ニ對シテハ輕罪ノ刑ヲ科セント欲スルニ在リ即チ重罪ニハ重キ刑ヲ科シテ犯人ノ苦痛ヲ多クシ且長クセント欲シ輕罪ニハ輕キ刑ヲ科シテ犯人ノ苦痛ヲ少クシ且短クセント欲スルニ在リ故ニ重罪ノ刑ト云ヒ輕罪ノ刑ト云フモ其執行ノ方法ニ於テ苦痛ノ程度ヲ異ニスルニ非サレハ其區別モ亦全ク徒法ト謂ハシノミ今現行刑法ノ規定ヲ見ルニ重罪ノ主刑ハ第七條ニ規定ス其數九種アリ輕罪ノ主刑ハ第八條ニ規定ス其數三種アリ第七條ニ於ケル九種ノ刑ニ付テハ一一其執行方法ノ規定アリ死刑ノ執行方法ニ付テハ始メ措テ之ヲ論セス無期徒刑以下ニ付テ其執行方法ノ如何ヲ見シ第十七條ニ徒刑ハ無期有期ヲ分タス島地ニ發遣シ定役ニ服ス云云トアリ監獄則ハ果シテ此規定ニ基キ實際島地ニ發遣スルカ現行監獄則

ハ監獄ヲ大別シテ二種ト爲シ十年以上ノ囚徒ヲ置クヘキ監獄ヲ集治監ト謂ヒ其數全國ニ五箇所アリ又十年以下ノ囚徒ヲ置クヘキ監獄ヲ地方監獄ト謂ヒ其數各府縣ニ付キ一箇所ナリ而シテ其他ニ於テ徒刑囚ヲ發遣スヘキ島地ノ監獄ナルモノナシ往時ハ八丈島小笠原島ニ囚徒ヲ發遣セシコトアリシモ此等ノ島地ハ近來文化大ニ開ケ復タ囚徒ヲ發遣スルニ適セス故ニ刑法ノ規定ハ全ク徒法ト爲リ了レリ是レ管ニ徒刑ニ於テノミ然ルニ非ス流刑禁獄等國事犯ニ關スル刑ノ執行ハ姑ク之ヲ除クトスルモ重懲役輕懲役ノ執行方法モ亦刑法ニ規定スル所ノモノニ同シカラス實際ニ於ケル執行方法ヲ觀レハ唯拘禁ノ場所ヲ異ニシ此期間ノ長短ヲ異ニスルニ止マリ決シテ多種ノ執行方法アルニ非サルナリ且夫レ重罪ノ刑ト輕罪ノ刑トハ其名稱ニ於テモ異ナレハ又其性質ニ於テモ亦異ナリ重罪刑ノ最モ輕キモノハ輕懲役ニシテ輕罪刑ノ最モ重キモノハ重禁錮タリ現行刑法ノ規定ニ依レハ二者ノ執行方法ハ全ク之ヲ異ニセサルヘカラス第二十二條ニ懲役ハ内地ノ懲役場ニ入レ定役ニ服ス云云トアリ而シテ第二十四條ニ禁錮ハ禁錮場ニ留置シ重禁錮ハ定役ニ服シ云云トアリ此法文ニ依レ

ハ懲役囚ハ懲役場ニ禁錮囚ハ禁錮場ニ入ルヘキモノニシテ留置ノ場所相異ナラサルヘカラス然ルニ其實ヲ見レハ二者共ニ同シク地方監獄ニ留置スルニ過キス殊ニ其服役ノ方法モ亦二者殆ト共通ノモノタリ故ニ二者ハ其名稱ニ於テ異ナル所アリト雖モ實際ハ全ク同一ナリ諸君或ハ曰ハシ懲役ハ刑期長ク六年以上十一年以下ニシテ禁錮ハ刑期短ク十一日以上五年以下ナリ刑期ノ長短大ニ異ナルニ非スヤト然レトモ是レ亦必スシモ然ラサルナリ懲役ノ最モ輕キハ六年ニシテ而シテ禁錮ノ最モ重キハ七年ニ至ルコトアリ第七〇條第二項即チ重罪ノ刑ハ輕クシテ輕罪ノ刑ハ却テ重キコトアリ此ノ如キ奇觀ヲ呈スルモ尙ホ重罪輕罪ヲ區別スルノ必要アリト爲スカ此區別ノ必要ナキコト益々明確ナリト謂フヘシ更ニ一步ヲ進メテ之ヲ論スレハ重罪ト輕罪トヲ區別スルカ爲メ實際上屢々不權衡ナル刑罰ヲ科セサルヲ得サル場合ヲ生スルコトアリ現行刑法ノ規則ニ依レハ社會ノ危害ノ小ナル場合ニ於テ却テ重キ重罪ノ刑ヲ科セサルヘカラサル場合アリ又社會ノ危害ノ大ナル場合ニ於テ却テ輕キ輕罪ノ刑ヲ科セサルヘカラサルコトアリ此ノ如キ結果ヲ生スルハ畢竟重罪輕罪ヲ區別シテ

ルニ原由セスンハ非ス今簡單ニ重罪輕罪ノ區別ヨリ生スル弊害ニ付キ一言セシニ重罪犯ニシテ實際重罪ノ刑ヲ科スルニ足ラサルモノアリ又輕罪犯ニシテ實際輕罪ノ刑ヲ以テシテハ輕キニ失スルモノアリ例ヘハ官文書ノ一文字ヲ變造スル行爲ト十萬圓ノ借用證書ヲ偽造スル行爲トハ其情ニ於テ前者ノ輕クシテ後者ノ重キヲ知ル然レトモ今日ノ刑法ニ於テハ前者ハ重罪ノ刑ニ處セラレタルヘカラスシテ而シテ後者ハ輕罪ノ刑ニ處セラルヲ以テ足レリトス又半錢銅貨ヲ變造シテ二十錢銀貨ト爲スノ行爲ト詐欺賭博ノ方法ヲ以テ數千圓ノ財產ヲ騙取スルノ行爲トハ其情ニ於テ前者ハ輕クシテ後者ハ重キナリ然レトモ刑法ハ前者ヲ罰スルニ重罪ノ刑ヲ以テシテ後者ヲ罰スルニ輕罪ノ刑ヲ以テス又人ヲ脅迫シテ一圓ヲ強取スルノ行爲ト土藏ヲ破壞シテ數萬圓ノ古金銀貨幣ヲ竊取スルノ行爲モ亦其情ニ於テ前者輕ク後者重シトス然レトモ刑法ハ重罪ノ刑ヲ以テ前者ヲ罰シ輕罪ノ刑ヲ以テ後者ヲ罰スルコトト爲ス此ノ如キ例ハ實ニ枚舉ニ遑アラス此ノ如ク犯罪ノ事實ト刑罰トノ權衡其宜キヲ得サルニ至ルハ畢竟重罪輕罪ノ區別アルニ因ル

第二節 犯罪成立上ノ區別

犯罪ノ成立ニ付テハ其成立ノ狀態異ナルニ從ヒ解釋上種種ノ名稱アリ即時犯繼續犯未遂犯既遂犯等ノ名稱即チ是ナリ其他或ハ單行犯慣行犯ノ名稱ヲ有スル犯罪アレトモ日本刑法ニ於テハ此名稱ニ相當スル犯罪ナシ又解釋上連續犯ト稱スヘキモノアリ此名稱ハ犯罪成立ノ狀態ヲ指示セルモノニ非スシテ唯罪數ノ重複セルモノヲ指示スルモノナレハ罪名トシテ之ヲ掲グルノ必要ナシ其他又犯罪ノ責任上ヨリ下シタル名稱アリ正犯從犯ノ區別即チ是ナリ次ニ刑事訴訟法ノ規定ニ於テ犯罪發覺ノ狀態ニ付キ法律上ノ名稱ヲ下シタルモノアリ現行犯非現行犯又ハ附帶犯即チ是ナリ此等ハ刑事訴訟法上ノ區別ニ係ルヲ以テ茲ニ之ヲ論セス此外刑法ニ於テ犯罪ノ目的上ヨリ設ケタル名稱アリ國事犯、常事犯即チ是ナリ然レトモ若シ犯罪ノ目的上ヨリ罪名ノ區別ヲ爲ストキハ凡ソ各本條ニ規定スル總テノ犯罪ハ皆特別ノ目的ヲ有スルモノナルニ因リ獨リ國事犯ト常事犯トノ區別ノミナラス各本條ニ於ケル各犯罪ニ付テモ亦一一其

區別ヲ爲サナルヘカラス故ニ此國事犯常事犯ノ區別モ亦必要ノ區別ト爲スヲ得ス唯現行刑法ニ於テ論スヘキ必要ノ區別ハ二アルニ過キス即時犯ト繼續犯及ヒ未遂犯ト既遂犯即チ是ナリ而シテ正犯從犯ノ區別ハ犯人ノ責任上ニ關スル區別ナルヲ以テ後段責任論ノ部ニ之ヲ述フヘシ

第一款 即時犯及ヒ繼續犯

第一 即時犯

即時犯トハ或行爲ノ成就スルヤ直チニ一犯罪ノ構成ヲ終了スヘキモノヲ謂フ凡ソ犯罪ナルモノハ刑法ノ規則ヲ犯ス所爲ヲ謂フモノナルヲ以テ刑法ノ規則ヲ犯スノ所爲ヲ爲シテ其所爲ヲ爲シ畢レハ之ト同時ニ一犯罪ノ成立終了スルトキ之ヲ名ケテ即時犯ト謂フ例ヘハ人ヲ殺スノ所爲ノ如シ又物ヲ盜ムノ所爲ノ如シ人ヲ殺スノ事實ヲ行ヒ終レハ茲ニ殺人罪ノ成立終了シ物ヲ盜ムノ事實成就スレハ茲ニ竊盜罪ノ成立終了ス殺人罪ト云ヒ竊盜罪ト云フ之ヲ犯スニ付テ必要ナル準備又ハ此犯罪ヲ行フノ時間ハ如何ニ延長スルモ犯罪成立ノ上ニ

於テ何等ノ影響ヲモ及ホスモノニ非ス故ニ人ヲ謀殺セントシテ一週間ノ準備ヲ爲シ二日間ヲ以テ殺害行爲ヲ終了セリトスルモ是レ殺害行爲カ其一週間及ヒ二日間繼續シタリト謂フヘキニ非ス此殺害行爲ハ被害者カ死去スルトキ其處ニ於テ成立ヲ了ルモノナレハ準備及ヒ實行ノ時間ハ成立ノ上ニ影響スル所ナシ之ヲ要スルニ即時犯ハ犯罪ノ實行カ終ルト同時ニ成立ヲ了ル所ノ犯罪ヲ謂フナリ

第二 繼續犯

繼續犯トハ犯罪ノ成立シテ以來同一ノ狀態ヲ以テ多少ノ時間繼續スルモノヲ謂フ是レ犯罪ノ實行ニ付テ長キ時間ヲ要シタルヲ謂フニ非スシテ犯罪ノ實行ヲ終レル後尙ホ其成立セシ時ノ狀態ヲ以テ多少長キ時間繼續スルモノヲ謂フ成立ノ繼續ト實行ノ繼續トハ決シテ混一スヘカラス例ヘハ不法監禁罪ノ如シ又勅章紀章借用罪ノ如シ不法監禁罪ハ監禁ヲ行ヘハ茲ニ犯罪成立スルモ監禁後其監禁ヲ解カサルトキハ則チ屢ノ監禁ノ狀態ニテ監禁罪ハ長ク繼續スルナリ即チ監禁事實ノ存在スル間ハ犯罪ハ終了セザルナリ之ヲ繼續犯ト謂フ故

ニ解釋上即時犯ト繼續犯トノ區別ヲ知ラント欲キハ各犯罪ニ就テ其成立ノ要件ヲ討究シ其成立ハ直チニ終ラ告ケルカ又ハ其成立ハ長ク繼續スルカラ詳ニモハ茲ニ其區別ヲ知ルコトヲ得ヘシ殺人罪ノ如キ竊盜罪ノ如キハ即時犯ニシテ監禁罪ノ如キ勳章紀章借用罪ノ如キハ其繼續犯ナルコトヲ知ルハ最も容易ナリト雖モ或種類ノ犯罪ニ至リテハ能ク繼續犯ニ似テ而モ全ク即時犯ノ種類ニ屬スルモノアリ例ヘハ重婚罪ノ如シ重婚罪ハ第一ノ婚姻未タ解消セスシテ第二ノ婚姻ヲ爲ス時始メテ成立スル所ノ罪ナリ然レトモ夫婦ノ關係ハ長ク繼續スルモノナルニ因リ重婚罪モ亦其關係ト共ニ繼續スルモノナリト信スル者アリ是レ大ニ誤レリ重婚罪ノ成立ハ同時ニ二ノ婚姻ヲ爲スニ在リ故ニ曩ニ一婚姻ヲ爲シテ後ニ又第二ノ婚姻ニ付キ儀式ヲ舉行セハ茲ニ第二ノ婚姻ハ成立ス而シテ儀式ノ舉行ハ長ク繼續スル性質ノモノニ非ナルヲ以テ其儀式ノ終ル時ハ則チ婚姻ノ成立シタル時ニシテ婚姻ノ成立シタル時ハ即チ重婚罪ノ成立シタル時ナリ故ニ重婚罪モ亦即時犯ナリト謂フヘシ爾來其狀態ノ繼續スルハ是レ婚姻ノ結果ニ過キス有夫妻モ亦同シ又或届出ヲ怠ルノ罪モ亦同シ或届

出ヲ爲スノ義務ニシテ其義務ヲ缺ク時ハ則チ犯罪ノ成立スル時ナルヲ以テ此義務ヲ缺クノ狀態多少繼續スルコトアルモ尙ホ即時犯タルヲ失ハス要スルニ繼續犯ハ犯罪ノ成立多少ノ時間繼續スルモノヲ謂フ

即時犯ト繼續犯トヲ區別スルニ付テハ二三ノ利益アリ

(一) 刑ノ適用ニ付テ利益アリ即時犯ハ犯罪ノ成立繼續セサルヲ以テ犯罪成立上ニ付テハ加重ノ原因ナシ之ニ反シ繼續犯ハ犯罪ノ成立繼續スル時間ノ長短ニ從ヒテ刑ノ適用ヲ異ニス例ヘハ不法監禁罪ノ如シ不法監禁罪ノ日數十日ヲ過タル毎ニ一等ヲ加フルモノニシテ百日過クレハ十等ヲ加フ

(二) 公訴時効ノ起算點ニ付キ利益アリ即時犯ハ其犯罪行為ノ終ラ告ケシ日ヨリ時効ヲ起算シ繼續犯ハ繼續ノ狀態止ミタル日ヨリ之ヲ起算ス

(三) 舊法ニ於テ罰セサル所爲ニシテ新法ニ於テ之ヲ罰スルトキハ繼續犯ニ付テハ假令同一ノ事實ナルモ舊法時代ノ繼續行為ハ之ヲ罰セスシテ新法時代ニ入りテ尙ホ繼續シタル行為ハ之ヲ罰セサルヘカラス即時犯ハ之ニ異ナリ其犯罪ハ舊法時代ニ於テ終ルヲ以テ新法ノ規定ニ依リ之ヲ罰スルコトヲ得

(四) 裁判管轄ノ上ニ付テ差異アリ即時犯ノ犯罪地ハ大抵一箇所ナルヲ以テ其管轄裁判所モ亦一箇所ナリ之ニ反シテ繼續犯ハ許多ノ場所ニ跨ルコトアルカ故ニ同時ニ數箇ノ裁判所ヲ以テ其管轄ト爲スコトアリ但即時犯ト雖モ數箇ノ管轄裁判所ニ跨リテ發生シタルトキハ殆ト繼續犯ノ場合ト異ナル所ナシ

第二款 未遂犯

未遂犯ノ一項ハ刑法ノ總則中ニ在リテ最モ困難ノ問題ニ屬スルカ故ニ十分ナル研究ヲ爲サントスルニハ到底少時間ノ能クスル所ニ非ス予ハ唯其大趣旨ヲ示スニ止マラントス
刑法ニ於テ刑罰ヲ科スヘキ場合ハ獨リ犯罪事實ヲ行ヒタルノミニシテ足レリトセス之ヲ行フノ意思アリテ之ヲ行ヒタルヲ要ス犯罪ノ意思ト犯罪ノ事實ト二者全ク一致シタル場合ニ於テ始テ刑罰ノ責任生スルナリ我刑法第七十七

條第一項ニ於テ罪ヲ犯スノ意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セストノ規定ハ蓋シ此原則ヲ明カニシタルモノナリ然ルニ犯罪ノ意思ト犯罪ノ事實ト一致セスシテ而シテ尙ホ刑罰ノ制裁ヲ科スヘキ場合ニアリ是レ例外ノ場合ニ屬ス其一ハ犯罪ノ意思ナクシテ唯犯罪ノ事實ノミヲ行ヒタル場合之ヲ名ケテ過失罪ト謂フ刑法ハ過失罪ニ付テハ犯人ノ意思如何ヲ問フコトナク唯事實ノ成立ノミニ付キ之ヲ罰スルナリ其二ハ犯罪ノ事實ハ不完全ナルモ犯罪ノ意思ハ十分ニ成立シタル場合即チ犯罪ノ事實ト犯罪ノ意思ト大ニ齟齬スル場合ニ於テ犯罪ノ意思確實ナルトキハ之ヲ名ケテ未遂犯ト謂フ未遂犯ハ犯罪ノ意思ト犯罪ノ事實ト一致スル所ナク例ヘハ犯罪ノ意思ハ一尺ニシテ犯罪ノ事實ハ一寸ナル場合ニ於テ刑法ハ全ク重キヲ犯罪ノ意思ニ置クモノナリ之ニ反シ過失罪ノ場合ニ於テハ重キヲ犯罪ノ事實ニ置クモノナリ此二者ハ共ニ刑法ノ例外ヲ成ス從來過失罪ノ例外ナルコトハ何人モ能ク之ヲ論セシモ未遂罪ノ例外ナルコトハ未ダ會テ之ヲ論シタル者アルヲ聞カス隨テ未遂罪モ亦原則ノ適用ニ過熟スト爲スカ故

ニ許多ノ場合ニ於テ屢解クヘカラサルノ難問ヲ生ズルニ至ル然レトモ羅馬時代ニ於テモ既ニ既遂犯ト未遂犯トノ區別アリテ羅馬刑法ニ於テ規定スル所ノ未遂犯ハ犯人ノ意思ヲ罰スヘキ規則ナリトモ今日各國ノ刑法ニ於テ既遂犯未遂犯ノ區別アルモ畢竟羅馬刑法ノ因襲ニ外ナラス既ニ羅馬刑法ノ因襲ナリトモ今日ノ刑法ニ於テ規定スル未遂犯ハ羅馬刑法ノ精神ヲ承繼シテ同以テ犯人ノ意思ヲ罰セスト欲スルモノナルヤ明クシ若シ夫レ羅馬以來今日マテノ各國刑法ニ於ケル未遂犯ノ規則ハ或時代ニ於テ多少沿革ノ變遷アリトモ證據アラハ措テ論セス苟モ然ラサル以上今日ノ未遂犯モ羅馬刑法ノ未遂犯モ其性質ニ於テハ差異アル所ナシト謂ハサルヘカラス故ニ予ハ法律ノ淵源ニ溯リテ未遂犯ハ犯罪ノ意思ヲ罰スルノ規則ナリト斷言スルモノナリ彼ノ和蘭ノ刑法學者スウインデレン氏ノ著書中ニ過失罪ハ重キヲ事實ニ置キ未遂罪ハ重キヲ意思ニ置クトノ一言アルヲ以テ觀ルモ亦予ノ見解ノ根據ナキニ非ザルヲ徵スルニ足ルヘシ

モ犯人意外ノ錯誤ニ因リテ之ヲ遂クルコト能ハサラン場合ヲ謂フ此定義ハ第三百十二條ノ規則ト殆ト同一ニシテ少シク文字ヲ修正シタルニ過キス同條ニ曰ク「罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障礙若クハ外錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ云云ト即チ是ナリ」

未遂犯ノ定義ヲ説明スルニ付テハ犯罪成立ノ順序ヲ述ヘサルヘカラス何トナレハ犯人カ罪ヲ犯サントシテ事ノ一部若クハ全部ヲ行ヒタル際其如何ナル程度ニ於テ錯誤アリタルカヲ知ルノ必要アレハナリ而シテ如何ナル犯罪ト雖モ一躍シテ成效ニ至ルモノニ非スシテ之ヲ行フニハ必ス之ヲ行フノ意思アリ準備アリテ而シテ後之カ實行ヲ爲スニ至ルヘシ其實行ニ至ルニ及ヒテ或ハ事實上ノ錯誤ヲ爲スコトアリ或ハ事實上ノ錯誤ヲ爲ササルコトアリ事實上ノ錯誤ナキ場合ヲ指シテ既遂犯ト謂ヒ事實上ノ錯誤アル場合ヲ稱シテ未遂犯ト謂フ今事實上ノ錯誤ヲ生シテ未遂犯ト構成スルニ至ル順序ヲ舉ゲレハ則チ第一犯人カ一定ノ罪ヲ犯ス思考ヲ有スルトキ之ヲ名ケテ犯罪ノ發意ト謂ヒ第二其犯罪ノ發意ヲ實行スルカ爲メニ必要ナル準備ヲ爲ストキハ之ヲ名ケテ犯罪ノ豫

備ト謂フ第三犯罪ノ豫備ヲ終リテ犯罪ノ事實ニ進歩シ之ヲ行ヒ畢ルヤテ之ヲ名ケテ犯罪ノ實行ト謂フ此ノ如クニシテ犯人ハ克ク其意思ヲ實行シ得レハ悉ク既遂犯ト爲ス然ルニ犯罪ノ實行ニ至リテ屢々犯人意外ノ錯誤ニ因リテ妨害ヲ見ルコトアリ其場合ヲ區別スレハ(一)犯人犯罪事實ノ一部ヲ行ヒ未タ全部ノ實行ヲ終ラズシテ意外ノ妨害受ケタルニ因リ之ヲ止メタル場合之ヲ名ケテ著手未遂犯ト謂ヒ(二)犯人ハ犯罪ノ手段ヲ行ヒ盡シテ其目的ヲ達スルコト能ハサリシ場合之ヲ名ケテ既遂犯ト謂フ二者ハ共ニ犯人ノ意思ニ反シテ犯罪ノ目的ヲ達スル能ハサリシ場合ニレテ犯人ノ自由意思ニ依リテ犯罪ヲ遂ケサル場合ハ之ヲ名ケテ中止犯ト謂フ又犯人ノ目的トスル所ノモノ若クハ其用フル所ノ手段ニ於テ犯罪ヲ構成スルニ足ラサル場合ハ之ヲ名ケテ不能犯ト謂フ此數箇ノ名稱ハ是レ皆刑法ノ明文上ヨリ出テタルモノニ非スシテ解釋上未遂犯ト區別センカ爲メニ之ヲ用ヒタルナリ

以上ハ總テノ犯罪成立ヲ分解シタルモノナリ以下此順序ニ依リテ未遂犯ノ各場合ヲ論セントス

第一 犯罪ノ發意

犯罪ノ意思トハ一定ノ罪ヲ犯サントシテ其目的ヲ達スルニ必要ナル計畫ヲ定メテ將ニ外部ニ顯出セントスルノ形勢ニ至リタル人ノ思考ヲ謂フ抑モ人ノ意思ハ何ニ因リテ發生スルヤ其因リテ發生スル所以ニ付テハ少シク之ヲ知ラサルヘカラス人カ此生ニ世活スルニ付テハ我身體ヲ圍繞スル所ノ外物アリ獨リ我身體ニ近接シテ圍繞スルノミナラス我目ノ達スル所我耳ノ及フ所ノ遠キニ於テモ亦我身體ヲ圍繞ス而シテ此外物ハ間斷ナク我身體ヲ刺撃シ寒冷ノ空氣アレハ我ニ寒冷ヲ感シ温熱ノ空氣アレハ我ニ温熱ヲ感シ聲アレハ聞キ色アレハ視音アレハ嗅ク凡ソ外物一トシテ我身體ヲ刺撃セサルモノナシ而シテ其刺撃ハ悉ク我精神ニ感通ス人ノ五官ト精神トノ間ニハ一定ノ連絡アリテ精神ハ其中央ニ位シ五官ハ外圍ヲ守ル其狀宛モ電話交換局ノ電線ニ於ケルカ如シ電線ニ觸ルル所ノモノハ傳リテ交換局ニ達シ五官ニ觸ルル所ノモノハ聚リテ精神ニ感ス而シテ其精神ニ感スル所ノモノ止マリテ觀念ト爲リ其觀念ノ必要ヲ充タサントスルトキ發スル所ノモノ之ヲ意思ト名ケ例ヘハ寒冷ヲ感スレハ

之ヲ防キテ暖氣ヲ得ント欲シ又温熱ヲ感スレハ之ヲ防キテ涼氣ヲ得ント欲スルナリ其欲望ニシテ犯罪ニ向フトキハ之ヲ名ケテ犯意トハ謂フナリ即チ人ヲ怨ミテ其怨ヲ露サンカ爲メニ之ヲ殺スノ意思ヲ起シ寒ヲ防クニ衣ナキカ爲メニ人ノ衣ヲ竊取セントスルノ意思ヲ起スノ類ナリ意思ハ或事ヲ爲サント欲シテ其目的ヲ達セントスル慾心ニ外ナラサレハ必ス其得ント欲スル目的ニ對シテ一定セサルヘカラス故ニ或犯罪ヲ犯サント欲スル場合ニ於テモ其犯サントスル犯罪ニ對シテ一定スヘキモノナレハ之ヲ以テ決心ト謂フモ毫モ不可ナル所ヲ見ス若シ夫レ漠然刑法ノ罪ヲ犯サントスルノ考ヲ起スカ如キハ是レ唯未定ノ意思ニシテ未タ以テ犯罪ノ發意アリト謂フヘキモノニ非サルナリ犯罪ノ發意ハ一定ノ犯罪ニ對シテ發シ總テノ犯罪ハ犯罪ノ發意アリシ後ニ於テ成立ス發意ナケレハ原則上犯罪ハ成立セズ然ラハ犯罪ノ發意ハ犯罪ノ構成上最モ必要ニシテ犯罪ノ根源ナリ是ヲ以テ刑法ハ大ニ此發意ヲ惡ム即チ犯罪ノ發意ハ總テ犯罪ヲ生スル根源ナレハ其危險ナルコト之ヨリ甚シキモノアラス故ニ若シ刑法ハ犯

罪ノ發意ノ場合ニ之ヲ防遏スルコトヲ得ルアテハ所謂禍ヲ未萌ニ防クモノニシテ社會ノ犯罪ハ其痕跡ヲ斷ツニ至ルヘシ知ラス刑法ハ果シテ人ノ犯罪ノ發意ヲ防遏スルコトヲ得ルヤ
 犯罪ノ意思ハ刑法之ヲ罰セサルヲ以テ原則トス而シテ此原則ハ刑法ノ明文上既ニ一定セルモノナルヲ以テ法律論トシテハ毛厘ノ疑ヲ容レズ然レトモ立法上ヨリ觀察スレハ犯罪ノ意思ヲ罰セサルノ原則ハ果シテ如何ナル理由ニ基クヤ其理由ニアリ
 其一 人ノ意思トハ如何ナルモノナリヤ人ノ意思ハ人カ其身體ヲ圍繞スル所ノ外物ノ刺撃ニ因リ受ケタル感觸ヨリ來ル所ノモノニシテ此感觸ヨリ更ニ外部ニ向ヒテ事ヲ爲サントスル思考ヲ謂フ故ニ人ノ意思ハ一身ニ潛伏スルモノナルカ故ニ其人以外ニ之ヲ知ルコトヲ得ズ之ヲ知ラント欲セハ勢ヒ其人ノ自白ヲ求メサルヘカラス而シテ其人ノ意思ニ反スルコトハ人情トシテ自白スルモノニ非ス斯ル困難ナル自白ヲ探ルニ非サレハ犯罪意思ノ有無ヲ知ルヲ得ス且ヤ其自白ヲ爲サシメシムニハ人情ニ反シテ之ヲ求メサルヘカラスシテ或場合

ニ於テ之ヲ知リ得ルトスルモ例外ノ場合ニ屬シ却テ弊害ヲ生ス且夫レ意思ハ俄ニ發生シ俄ニ消滅ス例ヘハ人ニ毆打サレテ苦痛ヲ感スルトキハ人ヲ殺スノ意思發生ス既ニシテ其苦痛去レハ人ヲ殺スノ自己ニ不利ナルヲ想ヒテ其意思忽チ消滅ス既ニシテ怒氣再ヒ動ケハ之ヲ殺スノ意思復タ再發ス一日一剎ノ間其變遷スルヤ知ラサルナリ街上ヲ散步シテ商舖ノ店頭ニ於ケル美麗ノ物品ヲ見ルヤ忽ニシテ之ヲ取ラントスルノ意思ヲ生シ既ニシテ法律ヲ恐レ之ヲ中止スルノ意思ヲ生ス是レ時トシテハ賢人君子ト雖モ免ルル能ハサル所ノモトタリ唯賢人君子ニハ至大至剛ノ意思アリテ犯罪ノ意思ヲ制スルノミ其他常人ニ至リテハ朝ニ犯罪ノ意思アリテ夕ニ其意思ナク變遷極マリナク隨テ果シテ人ハ犯罪ノ意思ヲ有シタルヤ否ヤノ證據ヲ舉グルコトノ非常ニ困難ナルカ故ニ犯罪ノ意思ヲ罰スルノ規則ヲ設ケサルナリ佛國ノ刑法碩學フオースタン、エリ、氏ノ說ニ曰ク犯罪ノ意思ハ犯人ノ胸中ニ埋伏セルモノニシテ毫モ外部ニ發表セルモノニ非ス隨テ犯罪ノ意思ヲ包藏スルモノナルヤ否ヤ之カ證據ヲ舉グルニ於テ甚タ困難ナルノミナラス實際ニ犯罪ノ意思ヲ有スルノ證據ヲ得ル

コトハ殆ト不能ノ業ニ屬スト蓋シ意思ハ無形ノモノナルヲ以テ其立證ノ困難ナルハ實ニ論者ノ言ノ如シ論者カ之ニ依リテ刑法ハ之ヲ罰スルコトヲ爲サスト曰フハ決シテ「理ナキノ論ニ非サルナリ然レトモ若シ果シテ證據ヲ舉グルノ困難ナルカ故ニ之ヲ罰セスト言ハハ證據擧ガリシ場合ニ於テハ必ス之ヲ罰スヘシト謂ハサルヘカラス若シ犯人カ犯罪ノ意思ヲ有スルコトヲ自白シ又ハ犯罪ノ意思ヲ書面ニ記載シテ之ヲ他人ニ示シ以テ其犯罪ノ意思アル事實ヲ十分ニ證明シタルトキハ刑法之ヲ罰スルカ曰ク然ラス此場合モ亦刑法ハ之ヲ罰セス然ラハ則チ刑法カ之ヲ罰セサルハ單純ナル證據問題ヲ唯一ノ證據ト爲スヲ得ス

其二 刑罰權ハ國家ノ生存ヲ維持センカ爲メニ之ヲ行フモノナリ即チ國家ノ生存權ニ對スル危害ヲ防衛スルノ要具ナリ故ニ國家ノ生存ニ對シテ生シタル危害現存スル場合ニ非サレハ此刑罰權ヲ行フヘキモノニ非ス國家ニ於テ何等ノ危害ナク生存權ハ能ク維持セラレアル場合ニ於テ決シテ刑罰權ノ執行ヲ許スモノニ非サルナリ國家ハ素ト入ノ聚合體ヨリ成ル所ノ秩序アル狀態ヲ謂フ

人ハ各生存スルノ必要アルニ付テハ必ス其生存ノ途ヲ求メサルヘカラス而シテ生存ノ途ハ各人皆之ヲ得ント欲スルモノナルニ因リ忽ニシテ生存ノ競争ヲ生ス此場合ニ於テ各人自ラ有スル所ノ區域ヲ守ルノ方法ナクシテハ弱肉強食國家ノ秩序ハ忽チ破壞スルニ至ル故ニ法律ハ我爲スヘキモノト我爲スヘカラスアルモノトノ分界ヲ定メテ我爲スヘキ所爲ハ之ヲ爲シ我爲スヘカラスアル所爲ハ之ヲ爲スヘカラスト命シタリ我爲スヘキ區域ヲ名ケテ權利ト謂ヒ我爲スヘカラスアル區域ヲ名ケテ義務ト謂フ此權利義務ノ關係ノ紊ルルコトナキ有様ヲ指シテ國家ノ秩序ト謂フ國家ノ秩序十分鞏固ナレハ刑法其他何等ノ法律モ之ヲ用フルヲ要セス世ハ變遷ノ世ト爲ルナリ然ルニ國家ニハ此權利義務ノ關係ヲ顧ミサル者アリ此關係ヲ維持スルコトヲ欲セサル者アリ又此關係ヲ蹂躪シテ我獨リ暴慾ヲ肆ニセントスル者アリ凡ソ這般ノ關係ヲ破壞セントシ又此關係ヲ破壞スル者ハ即チ謂フ所ノ犯罪ナリ故ニ國家ノ秩序ヲ維持セントスルニハ此犯罪ナルモノヲ撲滅セサルヘカラス乃チ之ヲ撲滅スルカ爲メニ刑罰權ヲ行フナリ是ヲ以テ刑罰權ハ國家ノ秩序即チ權利義務ノ關係ヲ破壞スル者アルト

キニ於テセザレハ之ヲ用フルコトヲ得ス未タ此關係ヲ破壞スルコトヲ爲ササル場合ニ於テ此刑罰權ヲ用ヒントスルモ之ヲ用フルノ途ナク又之ヲ用フルノ理ナシ然ルニ犯罪ノ意思ハ犯人ノ胸中ニ潜伏シテ未タ外部ニ顯ハレサルモノナリ故ニ國家ノ權利義務ノ關係ヲ破壞セルモノニ非ス又破壞シ得ヘキモノニ非ス犯罪ノ意思ト國家ノ秩序トハ何等ノ關係ナシ此關係ナキモノニ付キ刑罰權ヲ行フノ理アラシヤ一言ヲ以テ之ヲ言ヘハ刑罰權ハ其性質トシテ犯罪ノ意思ニ及フモノニ非サルナリ

之ヲ要スルニ犯罪ノ意思ハ刑法之ヲ罰スルモノニ非ス此原則ニハ例外アルコトナシ

第二 犯罪ノ豫備

犯罪ノ豫備トハ犯罪ノ意思一定シテ之ヲ事實ト爲サンカ爲メニ行フ所ノ準備即チ犯罪事實ノ實行ニ必要ナル準備ヲ謂フナリ犯罪ノ意思一タヒ發生シテ其決心ヲ翻スコトナケレハ必ス之ヲ事實ト爲ササルヘカラス其意思ノ命スル所ニ從ヒ國家ノ秩序ヲ紊スノ所爲ヲ行ハサルヘカラス意思ノ命令ノ下ニ立チテ

多少ノ奔走ヲ爲ササルヘカラス然レトモ意思ノ命令ヲ奉シテ國家ノ秩序ヲ紊
 スニハ必スヤ之ニ必要ナル手段ヲ求メサルヘカラス凡ソ何事ヲ行フニモ之ヲ
 行フノ手段ナクシハ到底其目的ヲ達シ得ヘキニ非ス而シテ意思ノ命令ヲ奉シ
 テ國家ノ秩序ヲ紊スカ爲メニ用フル必要ノ手段ト爲ルヘキモノヲ豫備フルコト
 是レ即チ犯罪ノ豫備ナリ故ニ犯罪ノ豫備ハ外部ニ表白シタル事實ニシテ既ニ
 國家トノ關係ヲ發生シタル所ノモノナリ犯罪ノ意思ハ犯人ノ胸中ニ潜伏セル
 モノニシテ之ヲ罰セサルモ犯罪ノ豫備ハ意思ノ命令ヲ奉シテ國家ノ秩序ヲ紊
 サシトスル目的ニ向ヒテ進行ヲ始メシモノナレハ既ニ一事實ト爲リテ而シテ
 國家ト關係ヲ保ツニ至レリ豫備ノ事實ニシテ果シテ國家ト關係アラシカ他日
 之ニ原因シテ國家ノ秩序ヲ紊スノ結果ヲ生スヘキモノナルヲ以テ宜シク刑罰
 權ヲ用ヒテ以テ其事實ヲ罰スルコト却テ禍ヲ未萌ニ防クノ良策ナラン刑法ハ
 果シテ此犯罪ノ豫備ヲ罰スルモノナルヤ否キ刑法ノ規定スル所ニ依レハ犯罪
 ノ豫備ハ之ヲ罰スル場合アリ又之ヲ罰セサル場合アリ其第一百十一條ニ曰ク「罪
 ヲ犯サンコトヲ謀リ又ハ其豫備ヲ爲スト雖モ未タ其事ヲ行ハサル者ハ本條別

罪

雜 報

○家屋稅問題仲裁裁判部ノ構成 本邦元居留地家屋稅問題ニ付キ我政府ト
 獨佛英三國トノ條約ニ依リ之ヲ萬國仲裁裁判所ノ裁判ニ付スルコトト爲リシ
 カ法學志林第三〇號第九四頁乃至一〇〇同第三六號九四頁乃至九八頁參照同
 議定書第一條ニ依リ仲裁裁判官トシテ我政府ハ佛國駐劄特命全權公使法學博
 士本野一郎氏ヲ又獨佛英三國ノ政府ハ共同シテ佛國新進ノ國際法學者トシテ
 有名ナル同國外務省法學顧問巴里法科大學教授全權公使「ルイ、ルノール」(Louis
 Renault)氏ヲ選定シ右兩氏ハ議定書第一條ニ依リ上級仲裁裁判官選定ノ爲メ互
 ニ會同シ國際紛爭平和的處理條約ニ依リ設定シタル常設仲裁裁判所ノ裁判官
 タル前諾威國國務大臣「エー、グラム」(G. Gramel)氏ヲ選定シ同氏ハ之ヲ承諾シ此ニ
 同事件仲裁裁判部ノ構成完成セリト云フ(本月十二日官報) 第一審ニ於テ判決
 ○違法ノ判決言渡ニ由ル違法ノ判決ニ對スル控訴判決 第一審ニ於テ判決
 言渡ノ際檢事ノ立會ナク隨テ判決裁判所ヲ構成スルコトナクシテ言渡シタル

一

二

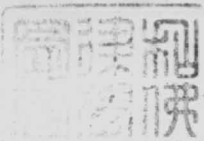
三

判決ハ取りテ以テ控訴審ノ基礎ト爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ對シ大審院ハ刑事訴訟法中第一審裁判所カ不當ニ管轄違フ言渡シタル場合ノ外第二審裁判所ニ於テ控訴事件ヲ第一審ニ差戻ス場合ノ規定ナキヲ理由トシテ右ノ場合ニ於ケル控訴審ノ審理裁判ヲ無効ニ非スト判斷セラレタリ其說明ニ曰ク第一審公判始末書中其判決言渡ノ際立會檢事ノ記載ナキハ畢竟檢事ノ立會ナクシテ判決ヲ言渡シタルモノト見做ササルヲ得サレハ第一審判決ノ言渡ハ形式上欠ク所アリテ違法ノ判決タルコトハ辯護士所論ノ如シ然レトモ刑事訴訟法中第一審カ不當ニ管轄違フ言渡シタル時ノ外第二審裁判所ニ於テ控訴ニ係ル事件ヲ第一審ニ差戻シ更ニ審判セシムヘントノ規定アルニアラサレハ本件ノ如ク第一審カ判決裁判所ヲ構成セサル判決言渡ニ係ル場合ト雖モ第二審裁判所ハ之レヲ取消シ更ニ判決ヲ爲スヲ以テ足レリトスト(大審院明治三十五年(代)第七日第三十五號十一月凡ソ第二審裁判所ハ第一審裁判所ノ判決ヲ覆審スルニ在リテ第一審ノ裁判ナクシテ第二審ノ裁判アルコトナキヲ常トスト雖モ形式上第一審ノ判決アリ之ニ對シ上訴シタル者アリテ事件カ第二審ニ繫屬シタル以

上ハ其第二審ニ於テ本案ノ判決ヲ下スモ必スシモ不當ナリト謂フコト能ハサルヘキカ何トナレハ第一審ニ於テ其事件ニ付キ更ニ審理裁判スルモ其裁判ニ對シ更ニ上訴ヲ爲セハ則チ第二審ノ判斷ヲ受クルコト初ノ場合ト異ナルコトナケレハナリ是レ我刑事訴訟法中第二審裁判所カ事件ヲ第一審ニ差戻ス場合ヲ第一審カ不當ニ管轄違フ言渡ヲ爲シタル場合ニ限リタル所以ナラシメ刑民事訴訟法第二六二條第二項參照

○祝宴會 本校出身者ニシテ本年施行ノ判事檢事登用第一回試驗文官高等試驗辯護士試驗ニ及第セラレタル諸氏及ヒ講師清水一郎氏ノ榮轉ヲ祝スルカ爲メ本月六日午後五時ヨリ宴ヲ九段坂上富士見軒ニ催シタリ當日來會者數十名ニ及ヒ梅校長ノ及第者ニ對スル祝詞並ニ訓誨ノ演說及第者總代土屋忠夫氏ノ答詞校友守屋此助氏ノ演說等アリテ頗ル盛會ナリキ

○校友會秋季大會校長送迎會寺尾博士歸朝祝宴會並ニ校友懇親會 本月七日午後二時ヨリ本校内ニ於テ校友會秋季大會ヲ開キ議事議了後午後五時ヨリ柳橋龜清樓ニ於テ校長送迎會ニ寺尾博士ノ歸朝祝宴會及ヒ校友懇親會ヲ併合



開會シ發起者總代守屋此助氏開會ノ趣旨並ニ新舊校長ニ對スル感辭ノ辭等ヲ
 述ヘ梅宮共寺尾三博士ノ答詞アリ宴酬ニシテ飯田學士ノ起テ劍舞スルアリ尙
 ホ餘興ノ催アリテ和氣霽然實ニ近來ノ盛會ナリキ也
 ○討論會 去ル十一月二十二日午後五時ヨリ本校第一講堂ニ於テ第四回討
 論會ヲ開キ秋山會長ノ整理ノ下ニ左ノ問題ニ就キ討論シタリ
 憲法廢止ハ我國法上之ヲ認ムヘキヤ否ヤ若シ之ヲ認ムヘシトセハ如何ナル
 手續ニ依ルヘキヤ(竹井學士出題)
 積・論ノ要旨ハ(一)憲法第七十五條ニ憲法ハ攝政ヲ置クノ間ハ變更スルコトヲ
 得スト規定セリ此變更ノ中ニハ全部變更即チ廢止ヲ含ム(二)國權ノ作用ニ由リ
 憲法法典ヲ廢スルコトヲ得ルコト其自由ナリト云ヒ消極論ノ要旨ハ(一)變更ニ
 ハ廢止ヲ含マス(二)我國家建國以來憲法ノ存スルアルヲ以テ縱令憲法法典ヲ廢
 スルモ眞ノ憲法ハ到底廢止スルニ由ラント云フニ在リキ也
 (正誤 編輯一三頁乙竹井氏ハ乙竹井氏ノ誤)

稟告

一 三十五年度第一學年講義錄中古賀學士擔任刑法總論ハ未タ完結ニ
 至ラス候處今般學士ニ於テ大ニ原稿ヲ訂正改竄セラレ全ク一新セラ
 レタルニ由リ彙ニ掲載シタル分ハ廢棄スルモノト御心得有之度候尙
 ホ殘部ハ一冊若クハ二冊ニ分チ成ルヘク一月中ニ完結可致候間此段
 御諒承被下度候
 二 第三種郵便物認可ノ都合上號附ヲ變更セルヲ以テ誤解ナキ様御注
 意可被成候

十二月

和佛法律學校編輯局

法學志林

每月一四十五日發行
校友、生徒、校友生二限
一冊特價郵稅共金九錢
十冊前金郵稅共金八十錢

第三十八號

十二月十五日發行

最近判例批評

法學博士 梅 謙次郎

志林

○委託裁判所ノ裁判長カ人事訴訟法ノ規定ニ從ヒ無
能カ者ノ爲メニ選任シタル代理人ノ性質ヲ論ス
法學士 松岡 義正

外國會社

法學士 志田 鉦太郎

纂論

○婚嫁ノ入ニ對スル口頭ノ意思表示 I. Y 生
○無職權ノ遺少、人權ノ論議
醫 護 士 信岡 雄四郎

批評

○在廷訟入凱門ノ申出ト裁判
法學士 遠藤 忠次

解疑

○公理抹消請求ノ訴ヲ登記抹消ノ訴ニ變更スルコト
ヲ得ルカ
法學士 遠藤 忠次

○一人ニシテ犯罪ノ教唆ト其實行ノ補助ヲ爲シタル
者ノ處分
法學士 谷 野 格

○買戻ノ特約ニ依ラサル解除權保留ノ效力
法學博士 梅 謙次郎

其他

判例、雜報、記事 數十件

發行所 **和佛法律學校**

明治三十五年十二月廿三日印刷
明治三十五年十二月廿四日發行

(定價金貳拾錢)

編輯兼 發行所 萩 原 敬 之
東京市牛込區牛込北町十番地

印刷者 小 宮 山 信 好
東京市牛込區矢來町三番地

印刷所 金 子 活 版 所
東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地

發行所 司法省 **和佛法律學校**
指 定 者
東京市麴町區富士見町六丁目十六番地
(電話番町百七十四番)

(明治二十二年十二月九日內務省許可)
(明治三十五年十一月四日第三號郵便物認可) 毎月十九日、三日、五日、六日、八日、十日、十一日、十
(三日、十五日、十六日、十八日、十九日、廿一日、廿三日、廿五日、廿六日、廿八日、廿九日、十日發行)