

ルノミ故ニ夫ノ思想即チ陰謀(第二百二十五條第二項)ノ如キ  
又ハ爲スヘキヲ爲サ、ル者ノ如キハ此文詞ニ包含セシム  
ルノ意ニアラサルコト是ナリ

第十三 實害

社會刑罰權ノ原則ヨリ之ヲ言ヘハ凡ソ刑罰ハ犯罪ニ因テ  
成リ犯罪ハ社會ノ禁令即チ法律ニ違犯シタルヨリ來ルモ  
ノトス故ニ苟クモ法律ニ違犯シタルノ所爲アルキハ其所  
爲ノ果ソ實害ヲ加ヘタルヤ否ハ殆ソト之ヲ探求スルノ必  
要ナキモノトス然レモ此レニハ變例アリ  
例ヘハ第三百十七條以下ノ數條ニ記載シタル過失殺傷ノ  
如キハ其實害アリテ始テ成立スルカ故ニ其實害ハ即チ犯  
罪ヲ構成スル原素ト爲ルヘキ者ナリ

○以上講説スル所ヲ以テ犯罪ヲ構成スル原素ノ大種ヲ悉  
セリト思料ス要スルニ犯罪ハ必ス右等原素ノ二三ヲ包含  
スル者ナリ而シテ上來論述シタル犯罪ニシテ其成立ニ必要  
ナリトスル原素ヲ欠ク時ニ於テハ縱令ヒ如何ナル所爲ナ  
リト雖モ又如何ナル惡意アル場合ナリト雖モ決メ之ヲ罰  
スルコトヲ得ス何トナレハ則チ其犯罪ハ到底成立セサルモ  
ノナレハナリ  
○茲ニ最モ注意セサル可ラサルモノアリ何ソヤ他ナシ加  
重減輕ノ情狀ト犯罪構成ノ原素トヲ混同ス可ラサルコト即  
チ是レナリ蓋シ加重減輕ノ情狀ハ之レナキガ爲メ敢テ犯  
罪ノ成立ニ影響ヲ及ホスコトナシト雖モ苟クモ犯罪構成ノ  
原素ヲ欠クルハ則チ犯罪ハ固ヨリ成立スルコト能ハサルモ

ノタリ更ニ之ヲ約言スレハ凡ソ犯罪ノ原素ハ犯罪ノ成否ニ關係スルヲ以テ亦タ罪ノ有無ヲ判ス可シト雖モ犯罪ノ情狀ハ則チ之レニ異ナリ犯罪ノ成否ニ關係ヲ有スルモノニアラズ唯リ罪ノ輕重ニ關係スルノミコソ二者ノ決メ混同ス可ラサル所由ナリトス

○茲ニ原素ノ一ヲ欠キタルカ爲メ甲罪成立セスシテ却テ乙罪ノ成立スヘキ場合アリ例ハ賄賂トシテ金圓ヲ收受シタルモ犯人ハ實際官吏ニアラザリシトセン乎第二百八十四條ノ官吏收賄罪ノ刑ヲ科スルヲ得ス何トナレハ犯罪成立ノ一原素タル地位ヲ欠キタルモノナレハナリ然リト雖モ其人ヲ欺騙シテ賄賂ト做シ金圓ヲ收受シタルノ所爲ハ即チ詐欺取財ナルカ故ニ到底第三百九十條ノ刑ヲ免レ

サルカ如キ是ナリ

○刑罰ヲ加重減輕スル情狀ノ事ハ畢竟刑罰適用上ニ關係スルモノナレハ次篇即チ刑罰論ヲ講説スルニ方リ詳述スヘキヲ以テ此ニハ只ダ縱カニ其加重又ハ減輕ノ場合一二ヲ揭示スルニ已マン

第一刑ヲ加重スヘキ情狀トハ假令ハ第三百四十九條ニ記載シタル強姦罪ノ被害者十二歳ニ滿タサル場合第三百六十九條ニ記載シタル竊盜二人以上共犯ノ場合第三百七十条ニ記載シタル兇器ヲ携帯シテ竊盜ヲ犯シタル場合ノ如キコレナリ是レ被害者ノ年齢又ハ共犯者ノ員數若クハ犯罪者ノ携帯物カ刑罰加重ノ情狀トナリタル場合ナリ何故ニ之ヲ加重ノ情狀ト云フ乎他ナシ尋常ノ場合即チ十

二歳以上ノ婦女ヲ強姦シタルルキ(第三百四十八條)又ハ單身若クハ赤手ニテ窃盜ヲ犯シタルルキ(第三百六十六條)ニ比シテ其刑何レモ重キヲ加フレハナリ

第二刑ヲ減輕スヘキ情狀トハ假令ハ第八十條第八十一條ニ云ヘル犯罪者ノ年齢丁年又ハ十六歳ニ滿タサル場合ノ如キ是ナリ

何故ニ之ヲ減輕ノ情狀ト云フ乎他ナシ尋常ノ場合ニ比シテ其刑何レモ輕減セラレハナリ

○今也予ハ諸君ヲシテ犯罪ノ原素ヲ了解セシメンカ爲メ試ニ二三ノ犯罪ヲ解剖シテ其原素ヲ揭示スヘシ

○第一第三百三十九條ニ記載シタル官吏ノ職務ヲ行フヲ妨害スル罪

此ノ犯罪ハ左ノ三個ノ原素ヨリ成立ス

- (一) 被害者ノ官吏タルヲ
  - (二) 法律規則又ハ官署ノ命令ヲ職務上執行スルニ對シ抗拒スルヲ
  - (三) 暴行強迫ヲ用フルヲ
- 故ニ被害者官吏ニ非ラサルカ又設ヒ官吏ナルモ其職務ニ對スルニアラサルカ又ハ官吏ノ職務執行ニ對スルモノナルモ暴行強迫ヲ用ヒス單ニ忠告シタルカ如キ場合等ハ決シテ該條ノ犯罪人ト看做スヲ得サルモノトス
- 第二第二百二條以下ニ記載シタル文書偽造ノ罪
- 此犯罪ニハ左ノ三個ノ原素アリ
- (一) 眞實ノ變更アルヲ

(二) 他人ニ害ヲ加フルノ意思アルヲ  
 (三) 他人ニ損害ヲ生シ又ハ生シ得ヘキヲ  
 是ナリ而シテ詔書偽造ヲ除クノ外其官文書タルト私文書タルトヲ問ハス之ヲ行使スルヲ以テ亦犯罪成立ノ一原素トナスナリ

○第三第二百九十四條ノ故殺罪

此犯罪ハ左ノ二個ノ原素ヨリ成立ス

(一) 人ノ性命ヲ失ハシムルニ足ルヘキ外形ノ所爲アル

而シテ其所爲ニ供シタル物品ノ刀ヲリ銃タルハ固ヨリ茲ニ問フ所ニアラス故ニ赤手ヲ以テ緊縛スルモ其所爲人ノ性命ヲ絶ツニ耐フルルハ則チ本罪ヲ構成スルニ於テ毫モ支

障アルヲナシ然リ而シテ其使用スル所ノ器物到底人ヲ殺スニ耐ヘサルカ將タ其所爲到底人ノ性命ヲ絶ツニ足ラサルモノナルハ決メテ故殺罪ヲ構成スルヲナシ即チ(一)ノ原素ヲ欠キタルモノトナス是レ猶ホ人ヲ毒殺セシト欲シ毒藥ト誤認シテ純水ヲ飲マシメ又ハ只僅カニ一時ノ苦悶ヲ與フルニ過キサル藥餌ヲ服サシメタル時毒殺罪ヲ構成セサルカ如シ

又人ニ對シテ行ヒタルニアラサレハ故殺罪成立スルヲナシ而シテ苟クモ被害者ノ人タル上ハ其大患方ニ死ニ瀕スル病者タルモ又ハ精神錯亂人事ヲ辨知セサル者ナルモ尙ホ又元來癡疾者篤疾者ナルモト雖モ而カモ之ヲ殺シタルヲ以テ故殺罪ヲ構成スルニ充分ナリトス何トナレハ病者ハ

勿論縱令ヒ精神錯亂者癡疾篤疾者ト雖ヒ之ヲ以テ人ニア  
ラスト云フ能ハサレハナリ

(二) 人ヲ殺スノ惡意アルヲ

所謂惡意ハ嘗テ怨望スル所アリタルカ爲メ生シタルカ將  
ヲ嫉妬ニ出ツルカ其原因ハ本罪構成ノ上ニ於テ曾テ之ヲ  
問フノ必要ナキ者トス

人ヲ殺スノ意思アリテ而シテ其惡意ニ出テサル場合アリ例  
ヘハ彼ノ被害者ノ正當防衛ニ於ケル又ハ兵士ノ戰場ニ於  
ケルカ如キ是ナリ此等ハ決シテ犯罪ヲ構成スルヲナシ何ト  
ナレハ其正當防衛ハ自己ノ身軀財產ヲ保全スルカ爲メ又  
其戰鬪ハ一國ノ主權ヲ維持セシガ爲メ吾人カ權利タリ又  
ハ義務トシテ之ヲ爲シ得可ク又之ヲ爲サ、ル可ラサルモ

ノナレハナリ

○佛國ニ於テ犯罪構成ノ原素ニ付キ頗ル困難ヲ呈スルモ  
ノアリ何ソヤ他ナシ決闘(即チ果シ合)ナルモノ即チ是ナリ  
蓋シ決闘ハ相約シテ運命ヲ上帝ニ期シ雌雄ヲ拮鬪ノ間ニ  
決スルモノニシテ或ハ短銃ニ依リ又或ハ刀槍ヲ用フルモ  
ノアリ而シテ其結局タル或ハ出血スルヲ以テ其期トナスモ  
ノアリ又ハ一方ノ落命スルニ非サレハ以テ其最終ト爲サ  
サルモノモアリ而シテ醫員見證人等亦之レニ立會シテ其事  
ヲ斡旋スルヲ常トス夫レ如斯決闘ハ素下相約シテ成ルモ  
ノナレハ其社會ノ公益ヲ害スル所爲ナルニ拘ラス強チ之  
ヲ通常謀殺ニ關スル惡意アルモノナリト謂フチ得サル  
可シ而シテ佛國刑法ニ於テハ其正條ナキカ爲メ判決例モ

亦タ殆ント一定スル所ナシ去レハ今ヲ距ルコト凡ソ三十餘年ノ以前マテハ概シテ之ヲ不問ニ措クコトセリ降テ近世ニ至リ始メテ毆打殺傷罪ヲ以テ之ヲ罰スルコト定マリタルナリ

○茲ニ又復讎ノ黜ニ付キ一言セサル可ラサルモノアリ抑も我國古來風俗淳樸君臣ノ義父子ノ情頗ル厚ク君父ノ讐ハ俱ニ天ヲ戴カサルヲ以テ忠臣孝子ノ本義ト爲シ加フルニ我國人ノ尙武ニ富メル唯此ノ讎ト雖ヒ必ス之ヲ復スルヲ期シ苟モ斯メ如クナラザレハ眷屬顧ミス郷黨亦共ニ伍スルヲ耻ツ去レハ復讎ハ殆ント武人ノ義務ト云フモ敢テ不可ナキカ如キノ形勢ナリキ降テ近世ニ至ルモ餘習依ホ未タ全ク除去セサル者アリ故ニ今日ト雖ヒ我國ノ人情ヨ

リ之ヲ考フレハ復讐ハ全ク惡意ナキ者トスルモ却テ寢ニ事實ニ適スルカ如シ然リト雖ヒ苟モ復讐者ニ假借スル時ハ又必ス復讐者ノ復讐者ニモ亦假借セサルヲ得サル可ク其極ヤ幾ンド際涯ナキニ至ラン公益ヲ害スルコト蓋シ焉ヨリ大ナルハ莫シ是以テ其情理ノ憫諒スヘキモノアルニ關ラス當今復讐ノ爲メ人ヲ殺死スル者アル時ハ必ス尋常殺人罪ノ刑ヲ科セサルヲ得サルナリ且ツヤ社會刑罰權ノ趣旨ニ因リ之ヲ論スルモ社會ノ認メテ至當ナリト爲シ制定シタル刑罰ヲ以テ未タ意ニ滿テリトセズ自カラ擅ニ刑罰ヲ行フカ如キハ縱令ヒ其情狀ノ憫諒スヘキモノアルモ其復讐者ニハ到底公刑ヲ科セサルヲ得サルナリ

○又佛國ニ於テハ自殺人ノ爲メ補助シタル者ヲ罰スヘキ

ヤ果ノ之ヲ罰スルトスレハ其刑如何今ニ迄テ未ダ一定ノ議論アルコトナシ然レモ我刑法ハ其第三百二十條ニ於テ自殺人ヲ補助シタル者ニ對スル制裁ヲ明定シタルハ復タ此等ノ議論ヲ生スルコトナシ

○第四第三百六十六條ノ竊盜罪

此犯罪ハ左ノ三個ノ原素ヨリ成立ス

(一) 物品ヲ安置シタル場所ヲ竊カニ變スルコト  
安置シタル場所ヲ變ス云々故ニ其物品ハ必ス有形ノ動產ヲラサル可ラス如何トナレハ無形ノ物件ハ安置シ云々ノ言詞ヲ以テ之ヲ形容スルコトヲ得ス又動產ニアラサル物品ハ之ヲ此處ヨリ彼處ニ移轉セシムルコト即チ場所ヲ變スルコトヲ得サレハナリ

例ヘハ負債者債主ノ家ニ忍入リテ其豫テ交付シ置キタル自己記名ノ證書ヲ竊取シタルカ如キ之ヲ竊盜犯トナス所以ハ畢竟有形ノ動產即チ證書ヲ竊取シタルカ爲メニシテ敢テ夫ノ無形ノ動產即チ債主權ヲ竊取シタル者トスルカ故ニハ非サルナリ

竊カニ變スル云々故ニ必ス所有者ノ意思ニ反シタル場合タルヲ知ル可シ苟モ所有者ノ承諾アレハ之ヲ竊カニスルノ謂ナクナレハナリ  
之ヲ要スルニ竊カニ他人ノ占有ヲ侵シテ之ヲ自己ノ占有ニ屬シタルモノト云フヘキナリ

(二) 人ヲシテ物品ヲ失ハシムルノ意思アルコト  
故ニ必スシモ惡意アルヲ要セス又必スシモ目カラ利スル

ノ意思アルヲ必トセス只タ故意ニ人ノ占有ヲ奪フヲ以テ可ナリトス去レハ夫ノ貧困者ヲ賑恤セシカ爲メニ犯シタルキ又ハ人ノ贅澤品ヲ所持スルヲ嫉ムノ情ヨリ之ヲ竊取シテ海中ニ投入シタルキ等ノ如キ場合ト雖モ亦竊盜罪ヲ成立スルニ於テ曾テ支障アルコトナキ者トス

(三) 他人ノ所有物タルヲ要ス

故ニ自己ノ所有ニ係ルモノハ之ヲ竊盜ト云フコト得ス但シ第三百七十一條ニ於テハ自己ノ所有物ト雖モ典物トシテ他人ニ交付シ又ハ官署ノ命令ニ因リ他人ノ看守スルキ之ヲ竊取シタル者ハ竊盜ヲ以テ論ストアリコソ例外ニシテ純然タル竊盜犯ニハ非サルナリ

○第五第三百四十八條ノ強姦罪

此罪ハ左ノ原素ヲ有ス

(一) 暴行脅迫ヲ加ヘタルコト

故ニ彼ノ睡眠ニ乘シテ竊ニ姦淫シタルカ如キハ之ヲ強姦ト云フ可ラス但シ本條第二項ニ於テハ藥酒等ヲ用ヒ人ヲ昏睡セシメ又ハ精神ヲ錯亂セシメテ姦淫シタル者ハ強姦ヲ以テ論ストアリ此レ尋常睡眠者ニ對スル者ト大ニ徑庭アリト雖モ仍ホ之ヲ強姦罪トセス單ニ強姦ニ準シテ處斷スルノミ乃チ強姦ヲ以テ論ストアルニ依テ明ナリ然リト雖モ單純ノ理論ヲ以テスレハ第二項ノ姦罪モ亦或ハ暴行ヲ加ヘタル者ナリト云フコト得ヘキ歟何トナレハ則所謂暴行トハ管ニ人ノ外部ニ加ヘタルモノ、ミナラスシテ復タ其内部即チ精神ニ加ヘタルモノト雖モ苟クモ人ヲシ



昏睡セシメ又ハ精神ヲ錯亂セシメタルカ如キハ之ヲ罪アリト云フ敢テ率強羅織ノ誣言ニテサレハ可ケレハナシ

(二) 交接シ若クハ交接セントスル

故ニ此原素ノ成立セサルニ於テハ或ハ尋常ノ脅迫罪タルヘク又或ハ猥褻犯タル可シ然ラサレハ則チ無罪ト決スベキヲ以テ到底強姦罪ヲ構成セサルナリ

(三) 被害者ハ必ス婦女タルヘキ

故ニ婦女男子ニ對シ暴行脅迫ヲ爲シ姦淫ヲ促シタルニアリト想像セシニ決シテ強姦罪ヲ構成スルコトナシ

(四) 被害者犯罪人ノ配偶者ニアラザル

故ニ苟クモ配偶者タルキハ非除ヤ不第若クハ其他ノ事故ニ因リ別居シタル時ト雖モ決シテ強姦罪ヲ構成スルコトナシ

### 第三章 犯罪者ノ責任ヲ論ス

○凡ソ立法者ノ制定頒布シタル禁令即チ法律ニ違犯スル者ニ對シ制裁即チ刑罰ヲ當行センニハ必ス其犯罪者ニ辨知力ト自由力ノ二者ヲ具備スルヲ要ス故ニ苟モ之ヲ具備セサル者ナル時ハ縱令ヒ其所爲ハ如何ナル害惡ヲ生ス可キモノナリト雖モ之ヲ以テ決シテ犯罪ヲ構成スルコトナシ此ニ依テ之ヲ觀レハ辨知力ト自由力トハ犯罪成立上必要ナル條件ト云フ可キナリ

○予ハ既ニ法律ハ元ト社會ノ秩序ヲ維持シ吾人ノ安寧ヲ保全センカ爲メニ制定シタル者ニシテ苟モ之ニ違犯スル者アルキハ社會ハ其違犯者ヲ罰スルノ權アルコト即チ法律ノ制裁ヲ實行スルノ權アルコトヲ述ヘタリ然レモ此法律ノ

制裁ナルモノハ徒ニ法律ニ違犯セルノミヲ以テ何等ノ差別ナク之ヲ當行スヘキモノニアラス乃チ前述ノ二能力ヲ具備シタル人ニシテ始メテ之ヲ當行シ得ルノミ蓋シ其所以タル辨知力アルカ故ニ能ク善惡ヲ識別シ得可ク自由力アルカ故ニ又能ク善惡ヲ取捨スルヲ得ル者ナルニ其善ニ從ハス却テ惡ヲ行フ者ナレハ其採擇スル所ニ因テ生スル責任即チ刑罰ハ豫シメ之ヲ期シタル者ト謂ハサル可ラサレハナリ

要之其辨知力及ヒ自由力ヲ具備スル者ニシテ法律ニ違犯シタルハ社會ノ之ヲ罰スルハ即チ至當ナリ至正ナリト雖ヒ其善惡ヲ辨別スルノ能力ナク其此能力ヲ有スルモ善惡ヲ取捨スルノ能力ナキ者ニシテ法律ニ違犯シタルハ之

ヲ罰スルハ即チ不當ナリ不正ナリト云フ可シ何トナレハ此等ノ者ハ元來常人ノ能力ヲ有セス若クハ利用スルヲ能ハサル者ナレハナリ

斯ク論シ來レハ人或ハ曰ハン縱令ヒ右二個ノ能力ヲ具備セスト雖ヒ苟モ法律ニ違犯シタル者ハ即チ社會ノ秩序ヲ紊亂シタル者ナルカ故ニ須ラク之ヲ罰スヘシ然ラサレハ則チ或ハ法律ノ効力ヲシテ微弱ナラシムルニ至ラン否ナ得テ社會ノ安寧ヲ維持スルヲナケント  
 其レ然リ豈ニ其レ然ランヤ論者ノ駁說ハ歸皮相ノ見タルヲ免レス何トナレハ幸ニシテ社會ニハ此二個ノ能力ヲ具備セサル者甚タ鮮ク又其自由力ヲ利用スルヲ能ハサル場合モ亦極テ稀有ナレハナリ加之ナラス若シ社會ニ辨知力

ナキ者アルキハ法律上自カラ處分ノアルアリテ能ク社會ノ秩序ヲ保護スルコトヲ得可キカ故ニ決シテ法律ノ効力ヲ徹弱ナラシムルカ如キ患アルコトナシ假リニ其患アリトスルモ前述ノ二能力ヲ具備セシテ法律ニ違犯シタル者ヲ罰スルノ不正不當ナルコトハ殆ント喋々ノ辨ヲ要セサル所ナリト云フ可シ

右講述シタル辨知力又ハ自由力ヲ具備セサル者ノ所爲ニ付テハ刑法第七十五條以下(佛國刑法第六十四條以下)ニ於テ之ヲ規定セリ

○茲ニ右二個ノ能力ニ付キ注意スヘキモノアリ

曰ク自由力アル者ハ必ス辨知力アリ

曰ク辨知力アル者ハ必スシモ自由力アリトセス

是也其然ル所以ノモノハ他ナシ自由力ノ用ハ必ス辨知力ノ活動アリテ後ニ起ルモノナリト雖モ之レニ反シテ辨知力ハ畢竟自由力ニ伴隨セシテ其以前ニ活動スル者ナレハナリ

予ハ既ニ犯罪者ノ責任ニ關スル二個ノ條件ヲ説示シタリ而テ此二個ノ能力ニ付テハ頗ル緊要ナル事項アルヲ以テ今ヤ欸ヲ別テ之ヲ左ニ詳説スヘシ

第一款 辨知力ヲ論ス

第一節 精神錯亂

○予カ本節ニ於テ將ニ講究セントスル者ハ第七十八條ニ云ヘル知覺精神ノ喪失シタル者即チ精神錯亂シタル者ノ犯罪コレナリ

所謂精神錯亂トハ辨知力ヲ全ク喪失シタル者ヲ云フナリ  
 ○茲ニ一ノ注意セサル可ラサルモノアリ他ナシ精神錯亂  
 ノ事ニ付テハ佛國ニ於テハ民法上ノ規定ト刑法上ノ規定  
 トノ間互ニ差異アルト是ナリ

但我國ニ於テハ未タ民法ノ制定ナシト雖モ其制定セラ  
 ルハニ至テハ佛法ニ於テ存スル所ノ差異ハ必ラス採用  
 セラルヘシト確信ス蓋シ此區別ハ法理上當ニ存スヘキ  
 ノ差異ナレハナリ

民法上ノ規定ニ依レハ或ル所爲ヲ行ヒタル時果シテ現ニ精  
 神ノ錯亂シタル者ナリシヤ否ニ關セズ唯其治産ノ禁ヲ受  
 ケタル者ナルノ一事ヲ以テ其結ヒタル契約其署名シタル  
 證書等ハ總テ其効ナキモノトス(佛國民法第五百二條)

刑法上ノ規定ハ全ク之ニ異ナリ縱令ヒ精神錯亂ノ故ヲ以  
 テ治産ノ禁ヲ受ケタル者ナリト雖モ而カモ其所爲ヲ行ヒ  
 タル時果シテ現ニ精神ノ錯亂シタルヤ否ニ依テ刑法上ノ  
 制裁ヲ有シ若クハ有セサル者トス但シ其舉證ノ任ハ檢察  
 官ニ屬スルモノナルト復言ヲ竣タス

○精神錯亂即チ我刑法ノ所謂知覺精神ノ喪失シタル者ニ  
 ハ種々ノ狀體アリ今之ヲ左ニ列擧スヘシ  
 第一白痴 是レ生レナカラニシテ全ク辨知力ナキ者ナリ  
 第二痴愚 是レ生レナカラニシテ辨知力完全ナラサル者  
 ナリ前白痴ニ比スレハ幾分カ辨知力アル者トス  
 第三本然ノ精神錯亂 是レ天稟ノ辨知力ナキ者ニ非サル  
 モ精神ヲ過度ニ使用スルカ又ハ其他種々ノ原因ヨリ漸次

腦力ノ衰耗シタル者ナリ

第四狂癡 是レ亦精神ノ漸次錯亂シタル者ニシテ或ハ放火シ或ハ人ヲ殺害スル等ノ慾ヲ自ラ抑制スルヲ能ハサル者ナリ又其狂癡ハ或ル一定ノ事物ニ止マル者アリ之ヲ偏狂癡ト云フ

第五夢狂 是レ亦一種奇怪ノ疾病ニシテ睡眠中忽チ起テ運動シ或ハ屋上等ニ上リ或ハ園内ヲ疾走シ又忽チ寢ニ就キ睡覺メテ向ニ其屋上ニ上リ又ハ園内ニ走リタルヲ知ラサルカ如キ者ナリ

實例アリ曾テ佛國ノ某地ニ夫婦寢ヲ同フシテ睡眠セルモノアリ其漸ク熟眠スルニ方リ夫忽チ蹶起シテ刀ヲ揮ヒ一擊其婦ヲ兩斷シ其儘再ヒ寢ニ就キ翌日睡覺メテ始テ其婦

ノ殺害セラレタルヲ知り吃驚セリト是レ甚タ奇怪ナルカ如シト雖モ未ダ必スシモ然ルニアラス疾病ノ作用ニ因リ知ラス識ラス斯ノ如キニ至ルカ如キモノ醫學的上間之レアルヘキノ事ナリト聞ク

第六醉醜(泥醉)是レ酒力ニ因テ不穩ノ舉動ヲナス者ナリ今之ヲ區別シテ左ノ數者トナス

- (一) 一人ノ勸誘スル所トナリテ飲酒シ醉醜ニ至リタル者
- (二) 偶然自カラ好シテ醉醜ニ至リタル者
- (三) 醉醜ヲ以テ常ト爲ス者
- (四) 罪ヲ犯ヌノ氣力ヲ買ハンカ爲メ故テ醉醜ニ至リタル者

而シ其(一)ヨリ(三)迄ノ場合ニ於テ醉醜ノ爲メ精神錯亂シタ

ルニ因リ法律ニ違犯シタル者アリトセン其責任ナキヤ面ヨリ論ヲ待タス然リ而シテ其(四)ノ場合例ヘハ人ヲ殺害セント欲シ之ヲ行フノ氣力ヲ得ンカ爲メ故ラニ飲酒シ醉酩ニ乘シテ人ヲ兇殺シタル者ノ如キハ之ヲ謀殺ノ責任アル者トナスヘキ耶將タ精神錯亂シタルニ因リ法律ノ責任ナキ者トナス可キ耶是レ極メテ困難ナル一大疑問ナリ而シテ是等ハ元來其事實ニ依テ其判定ヲ異ニスルコトアルヘシト雖モ荷モ實際其兇行ノ當時ニ在テ精神錯亂シタル者ナリトシテ證據確實ナルキハ究竟之ヲ罰スルコトヲ得サルモノト決セサルヘカラス

其然ル所以ノ理由タル刑法第七十八條ニ於テハ罪ヲ犯スルキ知覺精神ノ喪失ニ因テ云々トアリテ其原因ノ天稟ニ出

ル手將タ人造ニ成ル手又常時ニ彌ルヤ將タ一時ナルヤヲ區別セサルニ依テ之ヲ視レハ良シヤ其原因即チ登初酒力ヲ藉リテ犯罪ヲ遂ケントスルノ意思ハ酷々之ヲ惡ム可シトスルモ現ニ其罪ヲ犯ス時ニ於テ事實精神ノ錯亂シタルニ於テハ本條ノ明文アルカ爲メ之ヲ罰セント欲スルモ能ハサルヲ以テナリ

○或ハ夫ノ酒力ヲ藉リテ人ヲ殺害シタル者ノ如キ畢竟飲酒ハ其犯罪ノ手段タルニ過キサルヲ以テ之ヲ尋常ノ精神錯亂者ト同視シ不問ニ措クコトノ不可ナル旨ヲ主張スルノ論者アリ

然レモ予ハ其論趣ヲ以テ正鵠ヲ得タルモノト信セス何者其當初酒力ヲ藉リテ罪ヲ犯サントスルノ意思ハ甚々憎ム

ヘシト雖モ現ニ罪ヲ犯スノ時ニ在テハ精神ノ錯亂ニ因リ其所爲ノ善惡ハ已ニ之ヲ識別スルヲ得サル者ナレハナリ蓋シ法律ノ間フ所ハ畢竟犯時ニ於テ精神錯亂シ是非ヲ辨別スルノ能力ナキ者ナリシヤ否ノ一照ニアルノミ其犯時以前ノ意思ハ散テ問フ所ニ非サルナリ但シ法律ニ於テ特ニ其意思ヲ罰スル場合ハ之ヲ格別ナリトス

茲ニ最モ注意スヘキハ此第六ノ場合ハ他ノ場合ニ比ヌレハ犯時ニ於テ其果ノ精神ノ錯亂シタリヤ否ヤニ付キ一層精密ノ審査ヲ要スルナリ是ナリ其然ル所以タル元來醉度ニ輕重アリ加之ナラヌ一旦醉狂ニ至ルモ其醉酩ハ永久ニ繼續スルモノニアラサルヲ以テナリ故ニ其輕重ノ度及ヒ其

醉醒ノ如何ニ付テハ事實裁判官ノ最モ注意セサルヘカラサル所ナリトス

○之ヲ要スルニ右講述シタル第一乃至第六ノ一ニ居ル者ニシテ法律ニ違犯スルコトアルモ其所爲ノ責任ニ關スル條件ノ一(即チ辨知力)ヲ具ヘサル者ナルヲ以テ法律ニ於テハ其所爲ヲ問フコトナシ

第二節 幼年者

○前節ニ於テ講述シタル所ハ其精神ノ喪失シタル者ニシテ其年齢ノ丁年以上ナルト否ヲ問ハスト雖モ寧ロ丁年以上ノ者ニ付テ説明シタル者ナリ今將ニ本節ニ於テ講述セントスル者ハ其精神ノ喪失シタル者ニ非スシテ未タ完全ノ精神ヲ具ヘサル者即チ幼年者ノ犯罪是ナリ

蓋シ人ノ生ルハヤ知能ヲ具有スルハ素ト天稟ニ出ルト雖  
 其知能ハ漸次發達スルモノニシテ年齢ト經驗トヲ積ム  
 ニアラサレハ得テ是非善惡ヲ辨別スルニ完全ナルモノニ  
 アラヌコレ法律ニ於テ犯罪人ノ年齢ヲ細別シ其責任ニ關  
 シ數箇ノ等差ヲ定メタル所以ナリ

佛國刑法ト我刑法トハ此點ニ付テ大差アリ佛國刑法ハ十  
 六歳以上ヲ以テ丁年ト爲シタルモ我刑法ハ二十歳以上ヲ  
 以テ丁年ト定メ而シテ尙ホ十二歳十六歳ノ年齢ニ依リ其實  
 任ニ關シテ等差ヲ立テタリ

○佛國ニ於テハ一般ニ二十一歳ヲ以テ民法上ノ丁年ト爲  
 シタリ故ニ民法上ニ在テ二十一歳以上ノ人ノ爲シタル所  
 爲ハ治産ノ禁ヲ受ケタル者ナルカ又ハ其他取消ノ原由アリ

ルニアラサレハ決シテ之ヲ取消ヲ請求スルコトヲ得ス其二  
 十一歳以下ノ者ノ所爲ニ付テハ爲メニ受ケタル損害ヲ證  
 明シ之ヲ取消ヲ請求シ得ルヲ以テ原則トセリ

然レモ刑法上ニ於テハ前述ノ如ク十六歳以上ヲ以テ丁年  
 ト定メタルカ故ニ他ニ之ヲシテ其實ニ任セシメサルノ原  
 由アルニ非レハ此年齢以上ノ者ハ必ラス其所爲ノ責ニ任  
 セサルヲ得ス而シテ其十六歳以下ノ者ニ係ルト雖モ豫メ之  
 カ責任ノ有無ヲ斷スルコトヲ得ス其是非ヲ辨別シテ犯シタ  
 ルヤ否ヲ審判シ始メテ其如何ヲ知ルヘキノミ  
 ○何ヲ以テ民法上ノ丁年ト刑法上ノ丁年トヲ斯ノ如ク異  
 ナラシメタル乎

凡ソ事ノ善惡邪正ヲ辨別スルコトハ尙モ良心ヲ具有スル者



ノ爲シ能フヘキ所ナルモ事ノ利害得失ヲ判断スルコトハ經驗アル者ト雖モ尙且ツ之ヲ艱シクシテ世故ヲ履マサル者ニ於テヲヤ例ヘハ人ノ所有物ヲ竊取スルコトノ不善不良ナルコトハ良心以テ之ヲ判スヘシト雖モ財産上契約ヨリ生スル利害得失ノ結果ハ之ヲ識別スルコト甚々難キカ如シ是レ民刑二法ニ於テ丁年者タルノ年齢ヲ異ナラシメタル所以ナリ

○我刑法第七十九條ニ於テハ罪ヲ犯ス時十二歳ニ滿タサル者ハ其罪ヲ論セス云々ト規定シ此年齢ニ達セサル者ハ其行ヒタル所爲ニ付キ常ニ是非ヲ辨別セサル者ト做シ之カ反證ヲ許サ、ルモノトセリ之ヲ佛法ノ所定ニ比スルニ寛大ナルヤ論ヲ蒞タス蓋シ佛法ニ從ヘハ十六歳未滿ノ者

ト雖モ其是非ノ辨別アリタルヤ否ヤヲ審判スルハ一ニ裁判官ノ權内ニ在リトスルカ故ニ動モスレハ不都合ノ結果ヲ呈スルニ至ル實例アリ一千八百五十四年甫メテ六歳ノ童兒ヲ輕罪ノ犯人ナリトシテ輕罪裁判所ニ引致シ又一千八百七十五年ニ於テハ漸ク十歳ノ童兒ヲ重罪ノ犯罪人ナリトシテ重罪裁判所ニ引致シタルコトアリ是レ佛法ノ規定其當ヲ得サルノ結果ニシテ學者ノ痛ク論難スル所ナリトス

○我刑法第八十條ニ依レハ日ク「罪ヲ犯ス時滿十二歳以上十六歳ニ滿サル者ハ其所爲是非ヲ辨別シタルト否トヲ審案シ辨別ナクシテ犯シタル時ハ其罪ヲ論セス云々」又同條第二項ニ日ク「若シ辨別アリテ犯シタル時ハ其罪ヲ宥恕シ

テ本刑ニ二等ヲ減スト此ニ依テ之ヲ視レハ凡ソ十二歳以  
 上十六歳未滿ノ者罪ヲ犯シタル時ハ或ハ罪ヲ論セサルカ  
 又ハ罪ヲ論スルモ通常人ヨリ二等ヲ減シテ處斷スルモノ  
 ニシテ最モ實際ノ人情ニ適セリト謂フ可シ  
 茲ニ注意スヘキハ該條其所爲是非ヲ辨別云々ノ一句ニ在  
 リトス何者其所爲云々トアルヲ以テ縱令ヒ一般ノ場合ニ  
 於テ已ニ是非ヲ辨別スル者ナリト雖モ法律ハ特ニ其行ヒ  
 タル所爲ニ就テ其是非ヲ辨別シタルヲ要スル者ナリ故ニ  
 苟モ其行ヒタル所爲ニ就キ是非ノ辨別ナキ時ニ於テハ良  
 シヤ一般ノ場合ニ於テ已ニ是非ノ辨別アル者ナリト雖モ  
 決シ其罪ヲ論スルヲ得サル者トス而テ其年齢ハ身分證  
 書(即チ戸籍)ヲ以テ之ヲ證スヘク若シ其證書ナキニ於テハ

或ハ事實ヲ審察シ或ハ證人ヲ喚問スル等ノ方法ニ據テ之  
 ヲ證明セサルヲ得ス要スルニ是レ事實上ノ事ニ關スルモ  
 ノナルヲ以テ專ハラ承審官ノ認定ニ任セサル可ラス去レ  
 ハ是等ノ點ニ關スル判定ニ對シテハ決シテ上告スルヲ  
 得サルモノナリトス

○又夫ノ七八十歳ノ老者ニ至テハ實際或ハ耄耋殆ント是  
 非ヲ辨別セサル者アリ是レ恰モ幼齡ニ復歸シタルカ如キ  
 趣アリト雖モ法律ニ於テハ此等ノ者ニ對スル特例ナク又  
 アルヘキノ道理ナキヲ以テ幼者ノ如ク之ヲ處分スルヲ得  
 サルヲ勿論ナリト雖モ其老耄ノ爲メ眞ニ是非ノ辨別ナキ  
 證憑明瞭ナル時ハ宜シク第七十八條ニ依テ知覺精神ノ喪  
 失シタル者ト做シ其罪ヲ論セサルヲ至當トス但シ其是非

ノ辨別アル者ナルヒハ尋常ノ刑罰ヲ受クルヲ勿論ナリト雖ヒ其徒刑ニ該ル者ハ第十九條ノ恩典ヲ受クヘキヲ復タ論ヲ竣タヌ

第三節 瘖啞者

○抑モ瘖啞者ハ耳聞クヲ得ス口言フヲ得サル者ナルカ故ニ素ヨリ社會ノ交情ヲ辨知セヌ既ニ社會ノ交情ヲ辨知セサレハ彼ノ十二歳以下ノ幼者ト何ソ擇マン是レ刑法上ノ責任ナキ所以ナリ然リト雖ヒ世運漸ク進ミ教育ノ徳斯ノ不幸ナル瘖啞者ニ及フニ至レハ薰陶ノ効其辨知力ヲ養成スルヲ或ハ之レアルヘシト雖ヒ而カモ現今我邦ノ實況ニ照シ都テ之ヲ辨知力ナキ者ト推測シ其罪ヲ問ハサルハ特リ實際ニ適スルノミナラス抑亦法律ノ寬典ニ出ルト

謂フ可キノミ

○以上第一節乃至第三節ニ講述シタル者ハ法律上之ヲ其辨知力ナキ者ト推測シタルモノナリ今ヤ予ハ本款ヲ終ルニ莅ミ此等ノ犯罪ニ關スル證據ノ事ニ付キ聊カ茲ニ一言スヘシ

第七十九條ニ於テハ十二歳ニ滿サル者ハ是非ノ辨別ナキ者ナリト法律上推測シタルカ故ニ檢察官ハ其推測ニ反シテ辨知力アリトノ舉證ヲ爲シ能ハサルヲ既ニ說述シタルカ如シ

第八十條ニ於テハ檢察官ハ第一ニ犯罪トナルヘキ所爲ノ成立ヲ證明シ第二ニ是非ヲ辨別シテ其所爲ヲ爲シタルヲ證明セサルヘカラス

第七十八條及ヒ第八十二條ノ場合ニ於テハ檢察官ハ只其  
犯罪トナルヘキ所爲ノ成立シタルヲ證明スルヲ以テ足  
レリトス故ニ其所爲ニ付キ責任ナキヲ即チ精神錯亂シテ  
之ヲ行ヒタルヲ或ハ瘖啞者ニシテ之ヲ行ヒタルヲ證明  
スルハ則チ被告人又ハ辯護人ノ任ナリトス又何レノ場合  
ト雖モ年齡ハ被告人ニ於テ自ラ之ヲ證明スヘキ任アルモ  
ノトス

右説明スル所ハ其等シク辨知力ヲ欠ク者ト雖モ其舉證ノ  
任ニ至テハ則チ各異ナル所アルヲ示シタルニ過キサルナ  
リ

第二款 自由力ヲ論ス

第一節 強制

○前款既ニ講述シタルカ如ク凡ソ自由力ハ辨知力ノ後ニ  
來ルモノナリ更ニ之ヲ詳言スレハ既ニ善惡邪正ヲ辨知ス  
ルモ甘シテ其善ト正トヲ捨テ惡ト邪ニ就キ以テ犯法ノ所  
爲ヲ行ヒタルニ因リ始メテ一箇ノ犯罪ヲ構成スルモノタ  
リ故ニ其辨知力アリタリトテ苟クモ自由力ナキ場合即チ  
善惡邪正ヲ撰ムノ暇ナキ場合ニ於テハ非除ヤ人ヲ殺害シ  
タリト雖モ之ヲ以テ罪ヲ犯ス者ト謂フヲ得ス何トナレ  
ハ勢ヒ之ヲ殺害セサレハ以テ其身ヲ脱ルハニ途ナケレハ  
ナリ蓋シ犯罪構成ニ辨知カト自由力ヲ要スルト云ヘルハ  
畢竟其事ノ善惡邪正ヲ辨別スルノ能力ト之ヲ行ハント欲  
スレハ行ヒ得ヘク之ヲ行ハザラント欲スレハ又行ハサル  
ヲ得可キ場合即チ本心ノ方向ニ依テ動止スルヲ得ルノ自

由ヲ具備スル場合ニ於テ罪ヲ犯シタルヲ要スト云フニ在  
 リ若夫レ其本心ノ方向ニ依テ動止スルヲ得ス所謂已ヲ得  
 サルニ出テ其行爲ノ偶罪トナルヘキ所爲ニ觸レタリトテ  
 之ヲ法律ニ違犯シタル者ナリト云フコトヲ得ヌ去レハ縱令  
 ヒ法律ニ其明文ナシト雖モ道理上同一ノ判定ニ出テサル  
 ヲ得ヌ然レモ法律ハ特ニ此明文ヲ掲テ一層吾人ノ權利ヲ  
 保護シタルナリ

○第七十五條ニ所謂抗拒ス可ラサル強制トハ即チ自由力  
 ヲ牽制スル者ニシテ其有形(即チ外部)ニ關スルモノト無形  
 (即チ心意)ニ關スルモノトアリ

第一項 有形上ノ強制

○有形上ノ強制ニニアリ即チ左ノ如シ

(一) 外人ヨリ來ル強制

外人ヨリ來ル強制トハ例ヘハ甲者乙者ノ手ヲ把テ文書ヲ  
 偽造セシメ又ハ丙者ヲ毆打セシメタル場合ノ如シ乙者ハ  
 文書偽造若クハ毆打ノ不正タルヲ辨知スト雖モ甲者ノ強  
 制スル所又之ヲ如何トモスルニ由ナシ是レ其意ニ非サル  
 ノ所爲ニ非スシテ何ソヤ否ナ乙者ハ甲者ノ機械ニ供セラ  
 レタルニ過キサルモノト謂フヘシ是レ法律ニ於テ其所爲  
 ヲ罪視セサル所以ナリ

○有形上ノ強制ニシテ外人ヨリ來ル者ハ其例甚々多カラ  
 ス就中共有的犯ニ係ルモノ(即チ前段偽造毆打ノ場合ノ如  
 シ)ハ實際稀有ナリトス然レモ其無的犯ニ至テハ實際往々  
 ニシテ之レアルヲ見ル例ヘハ裁判所ヨリ召喚ヲ受ケタル

ニ方リ外人ノ抑制スル所トナリ之レニ應スルヲ能ハスシ  
テ遂ニ罪トナルヘキ所爲ニ觸ル、カ如キコレナリ

(二) 宇宙間ノ現象ヨリ來ル強制

例ヘハ天災洪水等ノ妨遮スル所トナリ裁判所ノ召喚ニ應  
スルヲ能ハサリシ時ノ如キ是レナリ

以上講述シタル二個ノ場合ハ何レモ有形上ノ強制ニ遭遇  
シテ其自由力ヲ失ヒタル者ナリ之ヲ要スルニ有形上ノ強  
制ハ之ヲ無形上ノ強制ニ比スルニ其例甚々稀ナリトス

第二項 無形上ノ強制

○此無形上ノ強制ハ有形上ノ強制ニ比スレハ其間多少ノ  
差異アリ

例ヘハ甲者乙者ニ對シ汝丙者ヲ毆打スヘシ然ラサレハ余<sup>〇〇〇</sup>即時<sup>〇〇〇</sup>

汝ノ家ニ放火シ又ハ汝ノ親族ヲ殺傷スヘシト脅迫シタル  
如キ是レナリコレ其有形上ノ實力ヲ用ヒス無形上(即チ心  
意)ノ強制ヲ爲シタル場合ナリトス此場合ニ於テハ乙者放  
火ヲ受クルモ又ハ親族ヲ殺傷サル、モ尙ホ丙者ヲ毆打ス  
ルヲ敢テセサル乎寧ロ丙者ヲ毆打シテ自己又ハ親族ノ  
危害ヲ免ル、乎二者其一ヲ撰擇スルノ餘地アリ是レ有形  
上ノ強制ニ比スルニ緩急<sup>急</sup>裕<sup>裕</sup>迫<sup>迫</sup>ノ差異アリト謂フ可シ故ニ  
若シ乙者ニ於テ寧ロ一身ト親族ヲ孤注トナスモ丙者ヲ毆  
打スルヲ決シ之ヲ爲スニ忍ヒスト決心シ甲者ノ脅迫ニ  
應セサリシトセン乎コレ即チ自由力ヲ保持シ得タルモノ  
ナリ

然リト雖モ凡ソ法律ハ大勇ヲ人ニ責メサル者ナルカ故ニ

苟モ強制ノ爲メ已ヲ得サルノ實情アルモハ偶其所爲ノ罪  
 罪ニ觸ル、カ如キアルモ之ヲ罰セサルヲ常トス去レハ前  
 例ニ於テ乙者ハ其自家ノ放火ヲ防キ又ハ親族ノ殺傷ヲ防  
 クカ爲メ已ヲ得ス丙者ヲ毆打シタル場合ノ如キ素ト乙者  
 ノ本意ニ非ラサルヲ以テ法律ハ其罪ヲ論セサルモノトス  
 往時哲學者等ニ於テハ非除ヤ如何ナル強制ヲ受ケタルニ  
 モセヨ苟モ法律ヲ犯スノ所爲アラハ則チ之ヲ罰セサル可  
 ラスト説キタル者アリト雖モ抑モ法律ハ難キヲ人ニ責ム  
 ルモノニ非ラサルヲ以テ其主説ハ當今學者ノ敢テ之ヲ口  
 ニセサル所トナリタルナリ

○第七十五條ニ云ヘル強制ノ二字ハ頗ル汎濶ノ意義ヲ有  
 スル者ニシテ翅ニ有形上ノ強制ノミナラス自己ノ心意上

ニ於テ感シタル抗拒スヘカラサル無形ノ場合ト雖モ亦此  
 中ニ包含シタルヲ既ニ前段ニ講述シタルカ如シ  
 然ラハ則チ自己ノ心意上ニ生シタル情慾ノ抗拒ス可ラサ  
 ルモニ於テモ亦其所爲ハ之ヲ罪トシ論セサルカ否ナ決シ  
 不論罪ニ置クノ限リニアラス今請フ其然ル所以ヲ述シ  
 夫レ法律カ已ヲ得サル強制ト云ヘルハ其有形ナルト無形  
 ナルトハ素ト問フ所ニアラスト雖モ其所謂強制ハ必ス他  
 ハ原因ヨリ來リタル者ナラサル可ラス更ニ之ヲ詳言スレ  
 ハ自己ノ心意即チ情慾ノ抑制シ能ハサル場合ヲ言フニア  
 ラス外人又ハ宇宙間ノ現象カ其強制ノ原因トナリタル場  
 合ヲ云ヘルナリ唯タ然ルノミナラス其罪ヲ論セサランニ  
 ハ亦タ必ス其強制カ自己ノ過失ヨリ生セサルヲ要ス若シ

夫レ情慾ノ抗拒ス可ラサルニ至リタルハ果ソ誰ノ愆チソ  
ヤ情慾ノ暴激スル所少シモ之ヲ抑制スルコトナク徒ニ不羈  
放恣ニ任シタルニ職トシテ由ラサルナキヲ得ンヤ何トナ  
レハ苟モ躬カラ抑制スル所アラシメハ情火慾焰ハ自カラ  
雲消霧滅スルニ至ル可ケレハナリ

之ヲ要スルニ凡ソ自己ノ心意上ニ生シタル情慾ハ之ヲ外  
人又ハ宇宙間ノ現象ヨリ來リタルモノト謂フ可カラス又  
眞ニ所謂抗拒ス可カラサル強制ト謂フ可カラサルヲ以テ  
決ソ不論罪ノ原因タラサルモノト決ス可キナリ  
○或ハ此論趣ヲ難スル者アリ曰ク先ニ第七十八條ノ講説  
ニ於テ人ヲ殺害セント欲シ勇氣ヲ鼓センカ爲メニ酒ヲ仰  
テ泥酔シ果ソ其兇行ヲ遂ケタル場合ニ於テハ其精神錯亂

ノ故ヲ以テ之カ罪ヲ論セスト説キ今ヤ自己ノ情慾暴激シ  
テ遂ニ抗拒スヘカラサルノ強制トナリ罪ヲ犯シタル者ハ  
不論罪ノ限ニアラストスルハ前後納鑿相容レサル者ナリ  
何トナレハ彼ト云ヒ此ト云フ共ニ自己ハ所爲ハ生シタ  
ル者ナレハ二者ノ間涇渭ノ別アル筈ナシ故ニ其前者正當  
ナレハ後者ハ則チ誤謬後者正當ナレハ前者ハ則チ誤謬夫  
子必ス一ニ茲ニ居ラント  
然レモ難者ノ言非ナリ抑モ或ル場合ニ於テ泥酔者ハ其公  
益ヲ害シ道德ニ背クノ故ヲ以テ之ヲ一箇ノ犯罪トナスハ  
素ヨリ可ナルヘシト雖モ前例ノ如キ其犯罪ノ發時ニ在テ  
ハ精神錯亂人事不省ノ境界ニ在ルヲ以テ之ヲ殺害者ノ罪  
アリトシテ論スルコト能ハスト雖モ而カモ彼ノ自己ノ情慾



ニ動カサレ弱カラ抑制スルヲ能ハサル者ノ如キ決シテ精神ノ錯亂シタルニアラス唯タ纒カニ情慾ノ暴進シタルニ過キサル者ナリ而シテ其情慾ノ暴進ハ素ト自己ノ過失ニ淵源ス自己ノ過失ハ決シテ不論罪ノ原因ト爲スヲ得サル者ナリ此ニ依テ之ヲ視レハ二者ハ元來其根元ヲ異ニスル者ナレハ其決定ノ表裏ニ出ルハ豈ニ復タ宜ナラスヤ

○或ハ又難スル者アリ曰ク第七十八條ニ於テ或ル狂癡アル者カ罪ヲ犯シタル時其狂癡充分ノ度ニ至リテ全ク精神ノ錯亂シタル者ナルキハ之ヲ同條ノ不論罪トナスヘキモ若シ其未タ充分ノ度ニ達セサル者ニ係ルキハ其罪ヲ問ハサル可カラスト講述セラレタリ然レモ其未タ充分ノ狂癡者ニアラサレハトテ夫ノ放火殺人等ヲ快樂トスル如キハ

要スルニ抗拒ス可カラサル一種偏癡ノ情慾ニ強制セラレタル者ナルカ故ニ縱令ヒ第七十八條ノ不論罪タラサルモ之ヲ第七十五條ノ不論罪トナス可キ道理アルニ似タリト是レ亦畢竟法律ヲ逮了シタルノ誤認ニ坐スル而已難者見スヤ第七十五條ニ於テハ云々其意ニ非サルノ所爲ハ其罪ヲ論セストアルヲ然リ而シテ彼レ狂氣者ノ狂癡ヲ果タスカ如キ情慾ノ趨ル所之ヲ抗拒スルヲ得スト云フト雖モ既ニ情慾云々ト云フニ依ルモ其意ニ從テ事ヲ遂ケタル者ナルヲ論ヲ竣タサルカ故ニ到底其意ニ非サルノ所爲ト謂フ可ラスコレ第七十五條ノ不論罪トナス可カラサル所以ナリ

○要解スルニ第七十五條第一項ニ云ヘル強制ハ其無形ノ

原因タルト有形ノ原因タルトヲ問ハヌ必ス他ヨリ來リタル原因ナラリルヘカラス故ニ其自己ノ心意ニ出テタル原因ハ以テ本條ノ不論罪ト爲ストヲ得サルモノトス然ルニ茲ニ一ノ問題アリ例ヘハ一個ノ赤貧者窘苦逼迫將ニ餓死セントス依テ人ノ食物ヲ盜食セリトセン是レ實ニ其生命ヲ保維スルノ手段タリ而シテ生命ヲ保維スルハ素ト人情自然ノ理ナリ貧人ノ爲メニハ之ヲ抗拒スヘカラサルノ強制ニ出テ已ヲ得ヌ犯シタルモノトナシ其罪ヲ不論ニ寔ク可キカ如何トコレナリ抑モ此貧者カ盜食ノ所爲ハ畢竟其生命ヲ保全スルノ窮策ニ出タリトハ云ヘ其強制ハ敢テ他人又ハ現象ヨリ出テタル者ニアラスシテ要スルニ自己ノ心意ニ生シタルモノナ

ルカ故ニ法律上之ヲ抗拒スヘカラサル強制ヲ受ケタル者トシテ不論罪ノ部ニ入ル、トヲ得ヌ但シ單ニ道德上ノミニ付テ之ヲ論スルハ其別ニ惡意アルニ非サルノ故ヲ以テ之ヲ宥恕スルヲ却テ穩當トナスヘキナリ此事ニ付キ佛國學者中或ハ曰ク凡ソ都府ニハ貧院ノ設ケアリ以テカノ鰥寡孀獨自カラ存スル能ハサル者ヲ救郵スルノ所トス又其僻邑貧院ノ設ケナキ土地ニ於テモ貧困死ニ瀕スル者ヲ見テ爲メニ一飯ヲ惠與スルノ慈善者ナキニアラス去レハ荷クモ行フ所道ニ背カス據ル所正シケレハ縱令ヒ乞丐ヲ爲スモ尙ホ且ツ飢餓ヲ免ル、ヲ得ヘシ故ニ其盜食ヲナスカ如キ決シテ已ムヲ得サルニ出タルニアラス好ンテ自カラ已マサル者ナリ惡ソ之レニ假借スルノ理

アル可ケン況ンヤ其所謂貧窮即チ飢餓ハ又必ス遊蕩懶惰ノ結果タラサルヲ得サルヲヤト  
 學者ノ所説復タ其理アリト謂フ可シ蓋シ本邦未タ貧院ノ設ケナシト雖モ其飢餓ハ畢竟自カラ招キタルモノナルヲ勿論ナルカ故ニ之ヲ以テ罪ヲ免スノ理由タラサルハ則チ佛國ト同一ナラサル可ラス今假リニ之ヲ抗拒ス可カラサルノ強制ニ出テタリト做シ其罪ヲ論セサル者トセンカ又夫ノ巨額ノ負債者債主ノ督促スル所トナリタルモ一時之レカ辨濟ノ方法ニ窮シ去レハトテ一朝名譽ヲ汚損シテ家資分散ヲ爲スニ忍ヒス百計茲ニ盡キ遂ニ他人ノ金圓ヲ竊取シテ之ヲ負債ノ辨濟ニ宛テタル者ノ如キ亦タ之ヲ不論罪ト決定セサルヲ得サルニ至ラン奈何トナレハ人ノ名譽

ヲ重ンスルヲ却テ生命ヨリ甚シキ者アルヲ以テ前者即チ飢餓ニ迫リ盜食シタル者ハ性命保維ノ爲メナルカ故ニ重シ否ナ抗拒ス可カラサル強制ニ出ツル者ト做ス可キモ後者(即チ負債辨濟ノ爲メ竊盜シタル者)ハ名譽保全ノ爲メナルカ故ニ輕シ否ナ抗拒ス可カラサル強制ニ出ツル者ト做ス可カラストハ到底言ヒ能ハサル所ナレハナリ  
 ○上來說述シタル抗拒ス可ラサル強制ニ付テハ眞ニ所謂抗拒ス可ラサルモノナリヤ將タ必スシモ抗拒ス可ラサル者ニアラサリシヤヲ審按シ其彼此如何ヲ判定スルハ一ニ裁判官ノ思量ニ在リ去レハ裁判官タル者ハ勉テ其實ヲ審明シ苟モ早々判斷シ去ルカ如キヲ決メ之レアル可ラス而シ之カ審按ノ方タル素ト裁判官ノ巧拙ト勉否如何ニ在

テ存スルヲ以テ今一々之レカ準繩ヲ立ツルヲ得スト雖此  
而カモ其強制者ト被強制者トノ實力如何ハ必ス之ヲ比較  
セサル可ラス佛國民法第千百十二條第二項ニ示ス所ノ者  
ハ素ト契約成否ヲ討求スルカ爲メニ定メタル者ナリト雖  
此之ヲ茲ニ參照スルヲ得ヘシ  
今予ハ其一ニヲ左ニ述ン

第一 被強制者ノ氣力智愚及ヒ體質ニ注意スルヲ要  
ス

概シテ其精神ノ遲鈍ナル者ハ強制ヲ感スルヤ深ク其體質  
軟弱ナル者ハ又畏懼ノ情ヲ生スルヤ切ナリコレ裁判官ノ  
決シテ忽セニス可ラサル所ナリトス

第二 被強制者ノ年齢男女ノ性及其地位ニ注意スル

ヲ要ス

年ノ長幼ニ因リテ外物刺衝ノ感ヲ異ニスルヲ論ヲ俟タス  
又カノ女子ノ男子ニ於ケル屬僚ノ長官ニ於ケル其強制ノ  
度ハ同一ニシテ其之ヲ感スルハ則チ常人ニ倍蕪スルモノ  
アリ又必スシモ然ラサルモノモアリコレ其注意ス可キ所  
以ナリ

第三 現在ニシテ且重大ナル危害ニ迫リタルモノナ  
ルヤ否ヤノ狀況ニ注意スルヲ要ス

現在ノ危害ハ千差萬別豫メ茲ニ枚擧スヘカラスト雖此其  
目的物ハ概チ自己親戚又ハ朋友ノ身體名譽若クハ財産ナ  
ルヘシ例ヘハ甲者乙者ニ對シ汝丙者ヲ殺害セサレハ余汝  
ノ家屋ニ放火スヘシ若クハ汝ノ子女又ハ汝ノ親友ヲ殺ス

可シト云ヘルキノ如キ其家屋若クハ子女又ハ親友ノ身體  
ハ即チ脅迫ノ目的物ナリ而シテ此目的物ノ大小輕重又ハ  
危害ノ限度ニ依リテ乙者ノ感覺ニ差等アルヘキヲ以テ此  
レニ注意スヘキヲ勿論ナリトス

○茲ニ須ラク注意セサル可ラサルモノニアリ其一ハ夫ノ  
強制ヲ受クルト雖モ其罪トナル可キ所爲ヲ行ハスシテ道  
レ得ヘキ場合ニ於テ罪ヲ犯シタルキノ決定コレナリ例ヘ  
ハ甲者乙者ニ對シテ曰ク汝丙者ヲ殺スカ若クハ余ニ千金  
ヲ與ヘヨ此二者ノ一ヲ爲サレハ余汝ヲ殺スヘシト而シ  
乙者ハ元ト富有ニシテ千金ヲ出スニ難カラサルモ其之ヲ  
出スヲ嚮ミ丙者ヲ殺シタル場合ノ如キ是ナリ  
此場合ニ於テハ乙者ハ決シテ不論罪ニ措クヘキ者ニアラス

何トナレハ乙者ハ千金ヲ與ヘテ其罪ト爲ルヘキ行爲ヲ爲  
サ、ルヲ得ルモノナルカ故ニ乙者ノ爲メニハ之ヲ抗拒  
ス可ラサル強制ト云フヲ能ハサレハナリ  
其二ハカノ親子主僕夫婦等ニ於ケルカ如ク其間元來尊卑  
ノ區別アルト雖モ單一ノ命令而已ヲ以テ之ヲ抗拒ス可  
カラサル強制ト謂フ可ラサルヲコレナリ  
故ニ其不論罪トナルヘキ場合ハ必ス他ニ抗拒ス可ラサル  
強制アリタルヲ要スルモノトス

○第七十五條第一項ハ既ニ説述シタルカ如ク果シテ汎濶ノ  
意義ヲ有スル者ニシテ其強制ハ他人ヨリ來ルト宇宙間ノ  
現象ヨリ來ルトヲ問ハス又其有形上ト無形上トニ關ラヌ  
苟モ抗拒スヘカラサル強制アル場合ハ舉テ此中ニ包含ス

ルモノナリトスレハ第一項ヲ以テ既ニ網羅シ得タルカ故ニ復々第二項ヲ必要トセサルカ如シ是レ必ス當サニ起ルヘキ疑問アリ

○或ハ曰ク第一項ハ有形上ノ強制アル場合ニシテ第二項ハ無形上ノ強制アル場合ナリト

若シ果シテ此説ヲ以テ然リトスレハ夫ノ外人ヨリ來レル無形上ノ強制即チ脅迫ハ法文ニ之ヲ欠漏セリト謂ハサル可カラサルノ結果ヲ生スルニ至ラン奈何トナレハ則第二項ニ於テハ天災又ハ意外ノ變ニ因リ避ク可カラサル云々トアリ而シテ所謂意外ノ變トハコレ外人ヨリ來レル強制ニアラス即チ天災ト殆ント同一ナル出來事ニシテ失火難船又ハ戰爭ノ變ノ如キ人ノ意外ニ生スル者タルヲ復々喋々

論述スルヲ要セス而シテ其他ノ條項ニ於テモ復々遂ニ外人ヨリ來レル強制ノ規定アルヲナケレハナリ

○又或ハ曰ク本條第一項ハ其有形上ト無形上トニ拘ハラズ外人ヨリ來レル強制ノ場合ヲ指シ第二項ハ專ラ外人ニ非サルモノ即チ宇宙間ノ現象ヨリ來レル強制ノ場合ヲ指スト

此説亦タ是ニアラス何トナレハ則チ本條第二項ニ於テハ云々自己若クハ親戚ノ身体ヲ防衛スルニ出タル者ハ云々トアリテ即チ其場合ヲ制限シタルヲ以テ例ヘハ夫ノ天災又ハ意外ノ變ニ因リ避ク可カラサル危難ニ遭ヒ其平素刻頭ノ交誼アル親友ノ身体ヲ防衛スルカ爲メ罪トナル可キ所爲ヲ行ヒタル者ノ如キ之ヲ不論罪ノ限ニ在ラスト決定

セサル可カラサルニ至ラン然レモ世間或ハ親友ヲ愛スル  
骨肉モ尙ホ且ツ若カサル者アリ然レハ其親族ノ爲メニ  
スルハ則チ善シ其親友ノ爲メニスルハ則チ不善ナリトス  
ルカ如キハ特リ其人情ニ背戾スルノミナラス又此間反對  
ノ規定ヲ爲サ、ル可カラサルノ必要ハ予ノ發見スルヲ能  
ハサル所ナレハナリ

○然ラハ則チ第一項ト第二項トハ到底重複ノ規定ニ係ル  
乎予以爲ラク然ラス第一項ト第二項トハ兩立シテ決ソ相  
戾ラサルモノナリト今乞フ其然ル所以ヲ説明セン  
抑モ本條第一項ハ一般ノ原則ヲ掲ケ第二項ハ其適用ヲ示  
シタルニ過キス要スルニ此第二項ニ規定スル所ハ法律ノ  
推測ニ因リ規定シタル正當防衛ナルカ故ニ第三百十四條

是し連

及第三百十五條ノ正當防衛ト其趣旨毫モ異ナルヲナシ而  
シ唯其強制一ハ天災又ハ事變ニ出テ一ハ外人ニ出ルノ差  
アルノミ更ニ之ヲ複言スレハ本條第二項ト第三百十四條  
第三百十五條トハ共ニ其淵源ヲ本條第一項ニ採リタルモ  
ノト謂フ可シ其レ然リ然ラハ則チ第一項ヲ以テ既ニ諸多  
ノ場合ヲ包括スルカ故ニ故ラニ本條第二項又ハ第三百十  
四條等ノ明文ヲ必要トセサルカ如シ然リト雖モ各場合ニ  
依リテ其制限スル所必スシモ一ナラス故ニ先ツ其原則ヲ  
掲ケ續テ其適用ヲ示スハ特リ本條ヲ然リトスルニアラス  
法律上吾人カ往々遭遇スル所ナリ  
○何ヲ以テ第七十五條第二項ニハ法律上ノ推測アリト謂  
フ乎他ナシ自己若クハ親屬ノ生命ハ普通ノ人情ニ照シテ

之ヲ重スルヤ極メテ深カラント看做シ之レカ防衛ノ權利  
ヲ擁護スルヲ認メタル是ナリ詞ヲ更テ言ヘハ自己又ハ  
親族ノ身体ヲ防衛スルカ爲メナルハ己レヲ愛シ又ハ親  
族ヲ愛スルノ情盛ンニシテ其意ニ非サルノ所爲ヲ遂ケタ  
ルヲ証明スルヲ要セス左ノ二者ヲ証明シテ以テ其罪ヲ  
不論ニ措ク可キモノトスルノ意旨ナリ

第一 自己若クハ親族ノ身体ヲ防衛スルニ出ラタル  
所爲ナルヲ

第二 避ク可カラサル危難ニ遇ヒタルヲ

是レナリコレ法律上當然抗拒ス可カラサルノ強制アル者  
ト推測スルニ由ル

○之レニ反シテ自己若クハ親族ノ身体ヲ防衛スルニ非ラ

スシテ朋友他人ノ身体ヲ防衛スルニアリシトセン乎第二  
項ヲ適用ス可ラス即チ第一項ノ規定ニ依ルヘキ者ナルカ  
故ニ左ニ記載スルモノヲ証明スルニアラサレハ以テ不論  
罪トナルヲナシ

第一 朋友他人ノ身体ヲ防衛スルノ所爲ニ出タルヲ

第二 避ク可カラサルノ危難ニ遇ヒタルヲ

第三 其意ニ非サルノ所爲即チ自己ノ情誼ニ於テ實  
ニ抗拒ス可カラサルノ強制ヲ感シタルヲ

是レナリ其前者ト異ナルハ法律ノ推測ナキニ由ル

○果シ本條第二項ハ第三百十四條及第三百十五條ト同シ  
ク本條第一項ノ原則ニ出ラタル正當防衛ナリトスルハ  
二者其決定ヲ同一ニスヘキ筈ナルカ如シ而シテ一ハ自己及



ヒ親族ノ身体ニ限リ一ハ其自己ノ爲メニスルト他人ノ爲メニスルトニ關セス又其身体ト財産トヲ間ハス齊シク之ヲ不論罪トナスハ抑如何ナル理由ニ基ケル乎コレ宜ク解釋ヲ要スヘキ所ナリトス

蓋シ其然ル所以ノモノハ他ナシ第三百十四條及第三百十五條ノ殺傷ヲ受ケル者ハ即チ暴行人ナリ故ニ該二條ノ防衛權ハ其暴行人ノ惡業ヲ制止セントスルニ出テタル者ナルモ本條第二項ノ所爲ヲ受ケル者ハ即チ暴行人ニアラズ今一例ヲ掲テ之ヲ明カニセン

茲ニ漁夫アリ他人ヲ伴ヒ一葉ノ小舟ヲ操テ海中ニ漁ス偶、颶風ノ漂ハス所トナリ瀕カニ孤島ニ達スルヲ得タリ而シテ漁夫ハ既ニ一粒ノ貯ヘアルヲナシ他人ハ尙ホ一日ノ食

ヲ貯フ而シテ此一日ノ量ハ只僅ニ他人一日ノ生命ヲ救フニ足ルカ若クハ漁父一日ノ生命ヲ救フニ足ルモノナリ漁父腕力ヲ以テ其食ヲ奪ヒ之ヲ喰フ他人ハ爲メニ餓死シ漁父ハ爲メニ一日ノ生命ヲ延シ因テ通船ノ之ヲ救助スルモノアリテ終ニ其生命ヲ全フスルヲ得タリト假想セヨ此例ニ於テ漁父ノ所爲ヲ受ケタル者即チ他人ハ第三百十四條等ニ於ケルカ如ク暴行ヲ以テ之ヲ招キタル者ニアラサルナリ宜ナリ二者ノ間其規定ヲ異ニスルコト

○今本節ヲ曇ルニ方リ尙ホ以上ノ講説ヲ約言スレハ第七十五條ノ第一項ハ他人又ハ宇宙間ノ現象ヨリ來レル抗拒ス可カラサル有形及ヒ無形ノ強制ニ付テ云ヒ第二項ハ宇宙間ノ現象ニ因リ避ク可カラサル危難ニ遇ヒ自己若クハ

親族ノ身體ヲ防衛スルニ出テ抗拒ス可カラサル無形ノ強  
制ヲ受ケタル一ノ推測ヲ示シタル者ナリト謂フ可シ

第二節 正當防衛

第一項 身體ニ關スル正當防衛

○予ハ本項ニ於テハ他人ヨリ來レル身體又ハ生命ニ對ス  
ル或ル無形ノ強制ニ就キ講述セントス其之ヲ記載シタル  
刑法ノ正條ハ即チ第三百十四條第三百十六條是ナリ而シ  
該條ニ於テハ身體又ハ生命ヲ防衛スルノ結果遂ニ人ヲ殺  
傷シタルモ此殺傷者ヲ以テ不論罪ト爲スヘキ旨ヲ明載シ  
以テ人ノ身體生命ヲ防衛スルノ權利ヲ確認シタルモノナ  
リ  
抑該條ノ正當防衛ハ身體生命ヲ防衛スルカ爲メ實ニ已ム

コトヲ得サルニ出テ其暴行人ヲ殺傷シタル者ニシテ事ノ  
素ト當然ニ出ル者ナレハ假令ヒ之カ明文ナキモノトスル  
モ純理ニ照シテ尙ホ無罪ト決スルコトヲ得ヘシ然レモ法律  
ハ明カニ是等ノ原理ヲ明揭シテ尙ホ吾人ニ防衛ノ權アル  
コトヲ一層著明ナラシメタルナリ今一例ヲ掲ケテ之ヲ説カ  
ン  
人アリ遽然抜刀ヲ揮テ予ヲ襲撃セリ事機方ニ緊迫官私ノ  
救援ヲ呼ハンカ其暇ナキヲ奈何セン遁逃セン乎追及セラ  
ル、ヲ奈何セン故ニ予暴行人ヲ殺傷スルニ非サレハ暴行  
人予ヲ殺傷セン依テ已ムコトヲ得ス暴行人ヲ殺傷シタル場  
合ノ如キ是レナリ而シテ此場合ニ於テハ暴行人ノ果シテ通常  
ノ精神ヲ具有スル者ナルカ將タ精神ノ錯亂シタル者ナル

サハ毫モ茲ニ問フノ必要ナキモノトス要スルニ其暴行人ヲ殺傷シテ正當防衛トナランニハ眞ニ抗拒ス可カラサル強制ヲ感シタルヲ要ス苟モ然ラサレハ決シテ正當防衛トシテ不論罪ニ措クノ限リニアラス尙ホ左ニ之ヲ詳説セ

○正當防衛ニ必要ナル條件ハ左ノ如シ

第一 其暴行ノ所爲ハ不正ニ出テタルヲ要ス

故ニ正當官憲ニ依リ拘禁セラレタル囚徒看守ノ隙ニ乘シテ逃走セントスルニ際シ看守者之ヲ覺リ事機ノ猶豫スヘカラサルヲ以テ直ニ其囚徒ヲ逮捕セントスルカ如キ其所爲ハ即チ官憲ヲ主持スルモノニシテ不正ノ所爲ニ出ツル者ト云フ可ラス囚徒ハ決シテ之ヲ逮捕ニ對スル正當ノ防衛

權アルモノニアラス

第二 其暴行ノ所爲ハカヲ以テナシタルヲ要ス

故ニ人ノ讒謗罵詈ヲ拒クカ爲メニ其者ヲ殺傷シタルハ之ヲ正當防衛ニ出ルモノト云フコトヲ得ス

第三 其暴行ハ現在ニシテ且ツ危急ナルヲ要ス

故ニ暴行ノ所爲現在ニ非ラスシテ其危害ノ既ニ去リタル後ニ於テ忿怒ニ乘シ暴行人ヲ殺傷シタルカ如キハ決シテ正當防衛ニ出ルモノト云フ可ラス何トナレハ危害既ニ去リタルハ之ヲ官ニ告訴シテ正當ノ裁判ヲ請フヲ得ルヲ以テナリ

第四 其暴行人ヲ殺傷スルニ非サレハ其生命若クハ

財産ヲ防衛スルノ手段ナキ時ナルヲ要ス

例へハ暴行人ノ體質軟弱ニシテ其暴行ヲ受ケタル者ノ力能ク之ヲ制止スルニ足ルヘキ場合ニ於テ之ヲ制止セヌシテ直ニ暴行人ヲ殺傷シタル場合ノ如キハ決シテ正當防衛ニ出ルモノト云フ可カラス

又既ニ捕獲シタル暴行人ヲ殺傷シタルキノ如キモ亦同シ故ニ正當防衛ハ其防衛手段トシテ施ス所其必要ナル度ヲ超過セサルヲ要ス其必要ナル度ヲ超過シタルキハ之ヲ正當防衛ニ出ルモノト云フ可カラス故ニ其必要ハ即チ正當防衛權ノ制限ヲ爲スモノト云フ可シ但シ其必要ノ度ニ止マリタルカ將タ必要ノ度ヲ超過シタルカハ專ハラ事實上ニ關スルヲ以テ予カ先ニ説示シタル男女ノ性體質年齢地位等ニ就キ其如何ヲ判定スルヲ要スヘシ

第五 暴行ハ之ヲ受ケル者ノ不正ノ所爲ニ原因セサルヲ要ス

故ニ事實自己ノ身體財産ヲ防衛スルニ出テ已ムコトヲ得ヌシテ其暴行者ヲ殺傷シタリト雖モ不正ノ所爲ニ因リ自カヲ暴行ヲ招キタルキハ決シテ正當防衛ト謂フヘカラス

例へハ本夫其妻ノ姦通ヲ覺知シ其姦夫姦婦ヲ毆撃スルニ方リテハ姦夫姦婦ハ事實自己ノ身體ヲ防衛スルニ出タル時ト雖モ苟モ本夫ヲ殺傷シタルキハ決シテ通常ノ刑罰ヲ免ルハコトヲ得ス

又婦女ヲ強姦セントシタルキ却テ婦女ヨリ暴行ヲ加ヘラレ已ムコトヲ得ヌ之ヲ殺傷シタル場合又ハ盜犯事主ノ追撃ニ逢ヒ已ムコトヲ得ヌシテ事主ヲ殺傷シタル時ノ如キ何レ

モ正當防衛ト謂フ可ラス何トナレハ其暴行ハ畢竟已レカ  
不正ナル所爲ニ因リ招キタルモノナレハナリ

○予ハ今尙ホ左ニ二三ノ疑問ヲ掲テ上來ノ適用ヲ見ント  
ス

○第一本夫其妻ノ將ニ姦通セントスルヲ撞見シ其姦罪ヲ

如左名譽ヲ遂ケサラシメンカ爲メ已ムコトヲ得ス姦夫ヲ殺傷シタルハ

即チ本夫殺傷ヲ行ハサレハ姦通ヲ防止スルヲ能ハサルハ

ハ如何之ヲ正當防衛ニ出ル者トナシ不論罪ト決スヘキ乎

將タ第三百十一條ノ宥恕ニ止ム可キ乎

予ハ此場合ニ於テハ本夫ハ正當防衛ノ權ヲ擁護シタル者

ナリ即チ其罪ハ之ヲ論ス可カラサルモノナリト謂ハント

欲スルナリ

其然ル所以ノモノハ他ナシ凡ソ人ノ名譽ヲ重スルヤ生命

モ重ナラサルモノアリ焉ソ名譽ハ財産ニ比シテ輕シト云

フコトヲ得ン然リ而シテ法律ハ已ニ財産ニ於ケル正當防衛權

ヲ明定シタルニアラスヤ然レハ則チ名譽ノ爲メニモ亦タ

同シク正當防衛權ノアルヘキヤ論ヲ竣ヌ今夫レ犯姦ヲ

防止スルハ即チ自己ノ名譽ヲ防衛スル所以ン否ナ一家ノ

名譽ヲ防衛スルニ出ツルモノト謂フ可キ而已果ソ然レハ

則チ之ヲ不論罪ニ措ク可キヲ復タ至當ナリト謂ハサルヲ

得ス要スルニ名譽ハ該條身體ト云ヘル文字ニ含蓄スル者

ト解シテ可ナリト思料スルナリ

然ラハ第三百十一條ノ場合ハ何故ニ宥恕ニ止マルカ曰ク

該條ノ場合ハ業已ニ姦通ヲ遂ケタル後ニ係ルヲ以テナリ

既ニ姦通ヲ遂ケタル後ニ於テ本夫ノ姦夫ヲ殺傷シタルハ  
是レ決シテ防衛ニ出ルモノト謂フ可ラス畢竟其忿怒ニ乘シ  
テ之ヲ殺傷シタルモノナルノミ是レ其刑ヲ宥恕スルニ止  
マル所以ナリ

○第二茲ニ二人ノ格闘スル者アリ何ノ故タルヲ知ラス然  
レモ甲者ノ乙者ヲ搏テ之ヲ僵シ將ニ之ヲ刺ントスルヲ見  
テ側怛ノ情傍觀スルニ忍ヒス而シテ事機正ニ緊迫ナルヲ以  
テ尋常手段ノ加フヘキ暇ナク乃チ短銃ヲ發シテ甲者ヲ射  
殺シ以テ乙者ヲ九死ノ中ニ救助シタル者アリトセン之ヲ  
正當防衛ニ出ルモノトセン乎將々尋常故殺犯ト做ス可キ  
乎

之レニ答ヘンニハ宜ク區別スルヲ要スヘシ何トナレハ乙  
者必スシモ正人ナラス甲者モ亦未タ必スシモ暴行人ニア  
ラサレハナリ故ニ若シ乙者ハ眞ニ甲者ノ暴行ニ遇ヒ之ヲ  
防衛シタルモ力敵セス事ノ茲ニ至リシモノトセン乎乙者  
ノ爲メニ甲者ヲ銃殺シタルハ則チ良シ然レモ乙者初メ甲  
者ニ對シテ暴行ヲ加ヘタルカ爲メ甲者ハ之ヲ防衛スルニ  
出テ已ムコトヲ得スシテ搏テ乙者ヲ僵シタルノ場合ナリト  
セン乎乙者ハ則チ暴行人ナルモ甲者ハ元來無罪ノ人ナリ  
無罪ノ人ヲ殺シテ有罪者ヲ救フコトノ不正タルヤ更ニ喋々  
ヲ要セサル所タリ然レハ則チ乙者ノ暴行人ナルト否ラサ  
ルトニ依テ下手者ノ所爲其罪ヲ論セサルカ將々然ラサル  
カヲ判セサル可ラス是レ區別ヲ要スルト云ヘル所以ナリ  
故ニ右場合ノ如キ正邪善惡ノ識別スルコトヲ得サル場合ニ

於テハ尋常ノ手段例ヘハ其刀劍ヲ奪フカ若クハ之ヲ制止  
スルカノ方法ニ據ルノ外ナキモトス

○第三第三百九條ト第三百十四條トハ等シク正當防衛ノ  
場合ナルニ其之ヲ權揮シタル者ノ處分一ハ宥恕ニ止マリ  
一ハ不論罪トナスノ差異アルハ抑モ如何ナル理由ニ基ク  
乎

此レニ答フル難キニ非ラス即チ其防衛權ヲ實行シタル場  
合ヲ異ニシタルニ由ル何ヲカ場合ヲ異ニシタリト云フ手  
曰ク他ナシ第三百九條ハ自己ノ身體ニ暴行ヲ受クルニ因  
リ直チニ怒ヲ發シ云々トアリテ即チ既ニ暴行ヲ受ケタル  
後ニ係ルノミナラス第三百十四條ニ規定スル者ニ比スル  
ニ其暴行ニ自カラ涇渭ノ別アリ即チ未タ生命ヲ失フカ如

キ甚シキニ至ラサル場合ナルヤ文詞ニ徴シテ了知ス可シ  
抑々人民相互ニ復讐スルノ公益ヲ害スルモノナルヲ及ヒ  
決ソ之ヲ許ス可カラサルヲハ予カ既ニ詳述シタル所ノ如  
シ故ニ苟モ事機緊急正當官憲ノ保護ヲ受クルヲ能ハサル  
場合ニアラサレハ復々自カラ刑罰ヲ操縦スルヲ得ス今  
夫レ本條ニ規定スル所果ソ危害ノ既ニ去リタル場合ナリ  
トスレハ其暴行ヲ受ケタルモノハ之ヲ警察官ニ告訴スル  
モ可ナリ直ニ裁判所ニ出訴スルモ亦可ナリ否ナ由ル所ノ  
道十ヤニアラス然リ而シテ其事ヲ處スルヤ茲ニ出テス怒ニ  
乘シテ其暴行人ヲ殺傷スルカ如キハ是レ自カラ社會ノ刑  
罰ヲ行フモノナリ是レ其不論罪トナス可カラサル所以ナ  
リトス然リト雖モ其心事モ亦タ原諒スル所ナカル可カラ

ス故ニ法律ハ其罪ヲ宥恕スヘキモノトナセリ  
 之レニ反シテ第三百十四條ノ場合ハ既ニ詳述シタルカ如  
 ク現ニ暴行ヲ受クル場合ニシテ苟モ暴行人ヲ殺傷スルニ  
 アラサレハ以テ身體生命ヲ防衛スルニ道ナキ時ニ就テ規  
 定シタルモノナリ之ヲ前者ノ危害既ニ去リタル後怒ヲ發  
 シ暴行人ヲ殺傷シタルモノト同視スルヲ得可カラス是  
 レ二者ノ間其決定ヲ異ニシタル所由ナリ

第二項 財産ニ關スル正當防衛

○予ハ前項ニ於テ既ニ身體ニ關スル正當防衛ノ場合ヲ講  
 述シタリ今ヤ本項ニ於テハ財産ニ關スル正當防衛ノ權ヲ  
 講説セントス而シテ此事ヲ規定シタル刑法ノ正條ハ即チ第  
 三百十五條是レナリ

本條ニ於テ其財産ニ關スル正當防衛ノ權ヲ行フヲ得ヘキ  
 ヲ明記シタルヲ以テ其成立ニ付毫モ疑義アルヲナシ然  
 レモ佛國刑法ニ於テハ財産ニ關スル防衛權ノ明文ナキヲ  
 以テ論議久シク決セサル所ナリ但予ノ見ヲ以テスレハ佛  
 國刑法ニハ縱令ヒ其明文ナキモ尙ホ我刑法ト同シク財産  
 ニ關スル正當防衛權アリト斷言セサルヲ得ス乞フ其然ル  
 所以ヲ説述シテ以テ我第三百十五條ニ比較セン  
 佛國刑法第三百二十九條ニ曰ク左ニ記スル二箇ノ場合ハ  
 防衛ノ爲メ現ニ止ムヲ得サル場合中ニ包含セラレ、モノ  
 トス

第一 夜間ニ人ノ住スル家屋房室又ハ其附屬物ノ牆圍  
 牆壁又ハ入り口ノ踰越又ハ損壞ヲ防止スルニ因リ殺



害ヲ行ヒ又ハ創傷ヲ加ヘ又ハ毆打ヲ爲シタル時

第二 暴行ヲ以テ行ヒタル盜罪又ハ劫掠ノ犯者ニ對シテ防衛スルニ因リ右ノ所行アリタル時

之ヲ我刑法ニ比スルニ其第一項ハ第三百十五條ノ第三項ニ當リ第二項ハ第三百十五條第二項ニ當ル(但盜賊取還ノ事ハ佛國ニハ規定ナシ)今右第一項ヲ解剖スレハ左ノ二條件ヨリ成レリ

第一 被害者カ人ノ住居シタル家屋等ノ門戶牆壁ヲ除

越若クハ損壞シタルヲ要ス

第二 其所爲ハ夜間ニ生シタルヲ要ス

右二箇ノ條件備ハリタル時ハ則チ該條第一項ニ依リ正當ニ防衛シタル者ト爲シ罪ヲ論セサル者トス

而シテ佛國ニ於テ財產ニ關スル正當防衛權ナキヲ主張スル論者ハ乃チ曰ク抑法律ニ於テ人ノ住居シタル家屋ヲ要スル所以ノ者ハ蓋シ其財產ニ關スル正當防衛權ナキノ證ナリ若シ夫レ財產ニ關スル正當防衛ノ權アリトスレハ人ノ住居シタルト否トヲ問フノ必要ナキモノトス何トナレハ人ノ住居セサル家屋ト雖モ亦等シク財產タレハナリ是ニ依テ之ヲ視ルモ法律カ人ヲ主ト爲シタルヤ斯ケシ況ンヤ該條第二項ニ據ルモ專ラ人ヲ保護シタルノ趣旨ナルヲハ其暴行ヲ以テ行ヒタル盜罪云々ト云ヘルニ徴シテ知ルニ足ルヲヤト

予ハ此說ヲ以テ其當ヲ得タルモノトセズ抑該條ニ於テ人ノ住居シタル家屋ト云ヘルハ現ニ人ノ在リタルヲ要スル

ノ趣旨ニアラスシテ即チ人ノ住居タルヲ以テ充分ナリト  
スルノ趣旨ナルヲハ蓋シ反對論者ト雖モ必ス首肯シテ然  
リト云ハン今一例ヲ掲テ之ヲ明示ス可シ

茲ニ夜間牆壁ヲ踰越損壞シテ人ノ住居シタル邸宅ニ侵入  
セントスル者アリ偶家内ニ人ナシ(コレ人ニ對スルヲ能ハ  
サル場合)家主外ヨリ歸來リテ此ノ犯人アルヲ目撃シ直ニ  
之ヲ格殺セリ

此場合ニ於テハ前掲二箇ノ條件(即チ人ノ住居スル家屋ノ  
門戶牆壁ノ踰越損壞及ヒ夜間)ヲ具備シタル者ニシテ論者  
ト雖モ決シ之ヲ尋常殺人犯ナリト云フコトハ之ヲ敢テセサ  
ル所ナラン

果シ然ラン乎財産ニ關スル正當防衛權ノ存スルハ又疑ヲ

容ルヘキニアラス何者苟モ人ノ住居セル家屋ナレハ其人  
ノ現在スルト否トニ拘ラス即チ設ヒ其家内ニ人ナク偶外  
ヨリ歸來リタル家主ノ暴行者ヲ殺害シタル場合ト雖モ仍  
ホ正當防衛アリトスルニ依テ之ヲ視レハ到底人ノミヲ主  
要トセサルノ證明瞭ナリト謂ハサルヲ得ス否ナ人ノ現在  
セサル家屋ハ畢竟財産タルニ外ナラサレハ此場合ニ於テ  
ハ人ニ關スル正當防衛ヲ行ヒタル者ナリトハ到底謂フコ  
ト得サレハナリ

之ヲ要スルニ該條ハ無形上(即チ心意上)ニ抗拒スヘカラサ  
ル強制ヲ感シタルモノト推測シテ規定セラレタルモノナ  
レハ人ニ就テ之ヲ感シタルト財産ニ就テ之ヲ感シタルト  
ヲ問フヘキニアラサルナリ

○然レ此論者又或ハ曰ハン凡ソ正當防衛ハ決メ回復ス可  
 ラサル場合ニ於テノミ爲スヘキモハ其ハ更ニ之ヲ詳言ス  
 レハ夫ノ身體生命ノ如ク苟モ一タヒ亡失スレハ復タ決メ  
 回復スルコト能ハサル者ニ就テ而已之レアルヘキモノトス  
 若夫レ財産ノ損害ハ決シテ之ヲ回復スルコト能ハサル者ト  
 云フ可ラス何者一タヒ犯人ノ手裏ニ落チタルモノト雖モ  
 苟モ其之ヲ滅失セシメサル間ハ或ハ警察ノ公力ニ依リ又  
 ハ裁判上ノ訴訟ニ據テ之ヲ取還スルノ方法ナキニ非ラサ  
 レハナリト

此說亦非ナリ論者ハ其一タヒ失ヒタル財産ハ官憲ノ力ニ  
 依リテ之ヲ取還スルノ方法ナキニアラスト云フト雖モコ  
 レ恐ラクハ實際ノ事情ニ通セサル者ト謂ハサルヲ得ヌ例

ヘハカノ山中ニ於テ強盜ノ脅迫スル所トナリ其携帯セル  
 金嚢ヲ擧テ之ヲ彼ノ手ニ委シタリトセン固ヨリ其那邊ノ  
 者タルヲ知ラサレハ果シテ如何ナル手段ニ依リ異日之レカ  
 取還ヲ爲シ能フヘキ乎此場合ニ於テハ警察ノ力ト雖モ之  
 レヲ施スニ由ナケン況ンヤ裁判所ノ裁決ヲ仰キ其執行ニ  
 依テ之ヲ取還セントスルノ迂濶ナルヲヤ是レ那ソカノ轍  
 跡ヲ枯魚ノ市ニ見ルノ諺ニ異ナラン

加之ナラス道德公義上ヨリ之ヲ論スルモ到底財産ニ關ス  
 ル正當防衛權アリト斷言セサルヲ得ヌ試ミニ視ヨカノ兇  
 賊ノ難ニ遭遇シ積日辛酸ノ貯蓄ヲ擧テ一朝將ニ之ヲ失ハ  
 ントスルニ方リ幸ニ兇賊ヲ斃シテ其難ヲ免カレタル者ノ  
 如キ之ヲ道德ニ問フモ又ハ公義ニ照スモ誰カ此所爲ヲ以

テ不正ナリ否ナ殺人犯ノ罪人ナリト謂フ者アラン況ンヤ  
 カノ士族ノ公債券ニ依テ纒カニ其一家ヲ維持スル者ノ如  
 キ其公債券ノ存失ハ即チ一家存亡ノ係ル所寧ロ之ヲ生命  
 ヲリ重シトスル者復タ之レナキニアラス惡ソ之レカ正當  
 防衛ノ權ナクシテ可ナランヤ否ナ誰カ其下手者ハ心ニ抗  
 拒スヘカラサル強制ヲ感シタル者ニアラスト確言スル者  
 アラン

○然リ而ソ論者尙ホ或ハ言ハン苟クモ財産ヲ防衛スルノ  
 故ヲ以テ人ヲ殺害シタルモ仍ホ之レカ罪ヲ論セサル者ト  
 スルカ如キハ實ニ人命ヲ重ンセサルノ嫌アルノミナラス  
 コレ恰モ各人民ニ與フルニ兇行者ヲ死刑ニ處スルノ權ヲ  
 以テスルニ異ナラス是レ豈ニ正當ト謂フ可ケント

此說亦決ソ予ノ是認スルコ能ハサル所ナリ何ソヤ防衛權  
 ト刑罰權トヲ混同シタルノ謬說ナレハナリ蓋シ防衛權ト  
 刑罰權トノ決シテ混淆スヘカラサルコハ予前編第二章ニ  
 於テ既ニ之ヲ說示シタリ今乃シ簡單ニ之レカ區別ヲ示ス  
 ニ止マラン

第一防衛權ハ實ニ危機切迫苟モ其犯人ヲ殺傷スルニ非サ  
 レハ以テ他ニ生命財産ヲ防衛スルノ道ナキモニ生スルモ  
 ノタリ刑罰權ハ則チ否ラス既ニ犯人ヲ逮捕シテ之ヲ裁判  
 官ニ交付シ而ソ裁判官ニ於テハ立法官ノ制定シタル法律  
 ヲ案シテ以テ之ニ相當ノ制裁ヲ適用スルモノトス故ニ毫  
 モ危機ニ迫リタル等ノ事情アル可キ理ナシ

第二防衛權ハ其兇行者ノ何者タルヲ問ハス等シク之ヲ實

行シ得ルモ刑罰權ハ則チ否ラス其精神ノ錯亂シタル者又ハ元來精神ヲ具備セサル者例ヘハ禽獸蟲魚等ニ對シテハ決シテ之ヲ當行スルヲ能ハサルナリ

夫レ斯ノ如ク防衛權ト刑罰權トノ差異アルヲ以テ固ヨリ之ヲ同視シ得可キモノニアラス而シテ其人民ニ死刑ヲ科スルノ權ヲ許ス云々ノ如キハ亦以テ財產ニ關スル正當防衛權ヲ排斥スルノ理由トナスコトヲ得ヌ何トナレハ其理由ニシテ至當ナルモノト假定セン乎尙ホ身體ニ關スル正當防衛ニ付テモ亦之ヲ述ルコトヲ得可キ筈ナルニ其身體ニ關スル正當防衛ハ論者ト雖ヒ之ヲ認ムル所ナレハナリ之ヲ要スルニ佛國刑法ニ就テ論スルモ到底身體ニ關スル正當防衛ノ權ト同時ニ財產ニ關スル正當防衛ノ權ヲモ認メタリ

ト謂ハサルヲ得サルナリ

○我刑法ニ於テハ左ノ如クニ規定シタリ

第三百十五條 左ノ諸件ニ於テ已ムコトヲ得サルニ出テ人

ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ論セス

一 財產ニ對シテ放火其他暴行ヲ爲ス者ヲ防止スルニ出タル時

二 盜犯ヲ防止シ又ハ盜賊ヲ取還スルニ出タル時

三 夜間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ門戶牆

壁ヲ踰越損壞スル者ヲ防止スルニ出タル時

何ヲカ財產ト云フ乎他ナシ金銀寶玉其他ノ動產ト家屋倉庫其他ノ不動產トヲ包括スルモノトス而シテ本條ニ相當スル草案第三百五十一條ニ於テハ自己ノ動產不動產ニ對シ

云々トアリタルモ刑法ニ於テハ單ニ財産ニ對シト云ヘルニ依リ之ヲ視レハ其財産ハ必スシモ自己ノ所有タルヲ要セズ即チ一時他ヨリノ付托ニ係レル物件ト雖モ亦可ナリトス

何ヨカ暴行ト云フ乎他ナシ毀壞劫掠等ノ所爲是ナリ而シテ草案第三百五十一條ニ於テハ其暴行ハ衆人ニテ爲サレタルヲ要シタリシモ刑法ニハ此條件ナシ故ニ單身ニテ爲シタル暴行ト雖モ之ヲ防止スルカ爲メ殺傷ノ眞ニ已ムヲ得サルニ出タルモハ乃チ正當防衛ノ場合ニ適スルモノナリ

○第四百二條及第四百三條ニ記載セル人ノ家屋ニ放火シタル場合ニ於テハ其人ノ住居スルト否トヲ區別スルヲ要スト雖モ本條第一項ニ所謂財産ニシテ家屋ニ係ルモハ曾テ之ヲ區別スルノ要ナキモトス何トナレハ縱令ヒ人ノ住居セサル家屋ナリト雖モ所有者ニ取リテハ最重ノ財産ニシテ爲メニ抗拒スヘカラサル強制ヲ感スルノ推測ヲ爲スヘキモノナレハナリ

○今己レノ住居シタル家屋ニ放火セントスル者アルニ方リ之ヲ防衛シテ其暴行人ヲ殺傷シタル者アリトセン其防衛者ノ意思ニ因リ或ハ第三百十五條ノ適用ニ入ラスシテ前第三百十四條ノ適用ヲ受クルヲアルヘシ例ヘハ老幼又ハ疾病者アル場合ノ如キ寧ロ人ノ身體生命ヲ防衛スルノ意思ナルヲ實際必ス之レアルヘキノ理ナレハナリ之レヲ要スルニ財産ニ關スル正當防衛ト雖モ予カ既ニ説

述シタル身體ニ關スル正當防衛ト等シク諸多ノ條件ヲ具備セサル可ラス而シテ身體ニ關スル防衛ノ場合ト雖モ其果シ已ムコトヲ得サル強制ヲ感シタルヤ否ニ付テハ裁判官ノ宜シク深ク靜思スヘキ所ナリ況ンヤ財産ノ身體生命ニ比シテ其已ムコトヲ得サル場合ノ稀有ナル可キコト勿論ナルヲヤ故ニ苟モ其財産ノ甚タ貴重ナラサル物件ナルカ其シヤ貴重ナル物件ナルモ異日之レカ賠償ヲ要求スルノ方法アル可キ場合ニ於テハ決シテ之ヲ正當防衛ニ出タル者ト云フコトヲ得ス但シ其審判ノ責ニ當ル者ハ須ク防衛者ノ貧富又ハ性質等ニ就テ深ク注意スヘキコト勿論ナリ何トナレハ是等ノ事項ハ何レモ其已ムコトヲ得サル強制ヲ感スルニ於テ大小輕重ノ區別ヲ來タス原由ナレハナリ去レハ第三百十

五條ノ主眼トスル所ハ已ムコトヲ得サルニ出テハ一句ニ在リ即チ眞ニ抗拒スヘカラサル強制ヲ感シタルヤ否ヲ探求スルヲ肝要トスコレ此等ノ場合ハ畢竟第七十五條第一項ノ原則ニ出タル一ノ適用ナルコト予カ既ニ講説シタル所ノ如クナレハナリ

○本條ニ於テハ前條ニ於ケルカ如ク不正ノ所爲ニ因リ自カラ暴行ヲ招キ云々ノ但書ヲ設ケス然レモ其決定ハ敢テ前條ニ異ナラサル者ト信ス故ニ其暴行人ヲ殺傷シタル者不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタルノ事情アルハ決シテ不論罪ト爲スノ限リニ非ス例ヘハ戸長人民ノ金穀ヲ私用シタルニ因リ人民ノ爲メニ家屋又ハ其他ノ財産ニ對スル暴行ヲ受ケタル場合ノ如キ其暴行ハ即チ戸長ノ自ラ招

キタル所ナルカ故ニ此際人民ヲ殺傷シタルキハ本條ノ不  
論罪トナル可キ者ニアラヌ

○第三百十五條ニ於テハ前條即チ第三百十四條ニ記載シ  
タル自己ノ爲ニシ他人ノ爲ニスルヲ分タヌ云々トノ文詞  
ナキヲ以テ之ヲ視レハ本條ノ場合ニ於テ他人ノ爲メニ之  
ヲ防衛シ已ムヲ得サルニ出テ、暴行人ヲ殺傷シタル者  
ハ本條ニ依リ不論罪トナスノ限リニ在ラサル乎コレ人ノ  
疑團ヲ懷ク所ナリ

蓋シ我草案ニ於テハ自己ノ財産ヲ防衛スルカ爲メ云々ト  
特記シタルヲ以テ其他人ノ財産防衛ノ爲メ暴行人ヲ殺傷  
シタルキハ之ヲ不論罪ニ措クノ限リニアラサルヲ固ヨリ  
疑ナカリシナリ然リ而シテ刑法ニ於テハ單ニ左ノ諸件ニ於

テ云々ト云ヘルヲ以テ或ハ前掲ノ疑問ヲ生スルニ至リタ  
リト雖モ予ヲ以テ之ヲ視レハ刑法ノ趣旨タル敢テ草按ノ  
趣旨ト異ナラサルモノト思惟セリ故ニ其單ニ他人ノ財産  
防衛ノ爲メ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ縱令ヒ其財産ノ尤モ  
高貴ナル物タル時ト雖モ決シテ不論罪ノ限リニ在ラスト決  
定セサルヲ得ヌ然リト雖モ茲ニ注意ス可キ事項ハ予カ右  
ニ論スル所ハ單ニ財産防衛ニ就テ云ヘルト是ナリ若シ夫  
レ財産ヲ防衛セサレハ施テ人ノ身體生命ニ危殆ヲ生スル  
ノ患アル場合ハ之ヲ不論罪ニ措ク可キ者固ヨリ之レアル  
ヘシ例ヘハ人ノ住居シタル家屋ニ放火セントスル場合ノ  
如キハ其自己ノ爲メニスルハ勿論他人ノ爲メニスルキト  
雖モ之ヲ不論罪ニ措ク可キト最モ至當ナル場合多カルヘ



シ  
之ヲ要スルニ財産ニ關スル暴行ニシテ其結果施テ人ノ身  
體生命ニ危害ヲ及ボスノ慮アルキハ其他人ノ爲メニ暴行  
人ヲ殺傷シタル場合ト雖モ之ヲ不論罪ニ措ク可キナリ

○本條第一項ノ暴行者ハ徒ニ謂ハレナキ怨恨又ハ嫉妬等  
ニ出テタル者ヲ指シタル者ニシテカノ強竊盜ノ所爲ニ出  
テタル者ヲ包含セヌ何トナレハ其強竊盜ノ目的ヲ以テ財  
産ニ放火又ハ其他ノ暴行ヲ加ヘタル場合ノ如キハ則チ第  
二項ノ盜犯ヲ防止シ云々ト云ヘル中ニ包含シタルヲ以テ  
ナリ

又復讐ノ意思ヲ以テ放火若クハ其他ノ暴行ヲ爲ス者アル  
ニ方リ之ヲ防衛スルカ爲メ暴行人ヲ殺傷シタル時其復讐

ヲ受ク可キ不正ノ原因アル者ニ係ルキハ之ヲ不論罪ニ措  
ク一ヲ得ス只タ情狀ニ因リテ酌量減輕ヲ爲シ得ヘキ而已  
○本條第二項ノ一ニ付草按ハ強盜ヲ防止シ又ハ強盜ノ贓  
ヲ取還スル爲メ人ヲ殺傷シタル時ハ之ヲ不論罪ト爲シタ  
リト雖モ竊盜ヲ防止シ又ハ竊盜ノ贓ヲ取還スル場合ハ之  
ヲ第三百四十條ニ規定シテ其防衛ノ爲メ人ヲ殺傷シタル  
者ハ其罪ヲ宥恕スル一ト爲シタリシ然ルニ刑法ハ單ニ盜  
犯ヲ防止シ云々ト記シテ之レカ區別ヲ爲サス故ニ其強盜  
タルト竊盜タルトヲ問ハス齊ク正當ノ防衛權アル者トス  
但シ其竊盜ハ多數人ニテ侵入スルカ若クハ兇器ヲ携帯シ  
タルカ否ラサルモ其盜犯標悍ニシテ尋常手段ノ能ク抗拒  
シ得可キ所ニアラサルカ等實ニ已ム一ヲ得サルニ出テ其

盜犯ヲ殺傷シタル場合ニ限り本項ニ依テ不論罪トナスコトヲ得可キナリ

○又盜賊ヲ取還スルニ方リ竊盜ノ臨時暴行脅迫ヲ爲シタルルルハ第三百八十二條ニ依リ強盜ヲ以テ論スヘキ者ナルカ故ニ若シ此場合ニ於テ本主又ハ他人ノ身體生命ニ危害アルヲ以テ其防衛ノ爲メ已ムコトヲ得ス盜犯ヲ殺傷シタルルルハ本項ニ依ラス直チニ第三百十四條ヲ適用スルコトヲ得可シ而シテ其危害ノ只財産ニ止マルルルハ本項ヲ適用スヘキ者トス但シ此場合ニ於テハ其財産ノ貴重ナル物件ニ係ルト殺傷ノ必要ニ出タルト交モ其權衡ヲ得タル者ナラサル可ラス故ニ苟モ些少ノ財産ヲ防衛シ又ハ取還スルカ爲メニ盜犯ヲ殺傷シタル場合ニ於テハ本項ヲ適用シテ不論

罪ニ措クコトヲ得ス故ニ其物件ノ如何ナルモノナルヤ又當時ノ事情如何アリシヤ等ヲ審察シ果シ本項ヲ適用スヘキヤ否ヲ決スルハ一ニ事實裁判官ノ認定ニ委セサルヲ得ス  
○又強盜ノ場合ニ於テ強盜ノ意思ハ單ニ財産ヲ奪フノミニ在ル場合ト雖モ其暴行脅迫ノ動スレハ人ノ身體生命ヲ損傷スヘキ場合アルコト勿論ナルニ付其場合ニ於テハ身體生命ヲ防衛スル者ト做シ直ニ第三百十四條ヲ適用スヘキ者トス故ニ其脅迫ノミニシテ別ニ身體生命ニ危害ヲ被フルノ慮ナク單ニ財産ヲ防衛スルニ出タル時ノミ本項ヲ適用スヘキ者トスヘシ  
然レハ其盜賊ヲ取還スル場合ニ於テモ亦眞ニ已ムコトヲ得サルニ出テタルニ非サルカ又ハ其財産ノ甚々些少ナル場

合ノ如キハ本項ニ依テ不論罪ト爲ス可ラサルハ猶ホ竊盜ノ場合ニ異ナラサルヤ明ナリ  
 概シテ強盜ノ場合ハ事實上竊盜ノ場合ニ比シテ其不論罪トナルヘキ場合多カルヘシト雖モ此等ノ事實ヲ審判スルハ總テ事實裁判官ノ認定ニ在ルヘキヲ以テ茲ニ豫シメ汎言スルヲ能ハス

論者或ハ曰フ盜賊ヲ取還スルカ爲メノ殺傷ハ之レヲ正當防衛ニ出テタルモノト謂フヘカラス何者盜犯ハ既ニ財産ヲ攫取シタル者ナルカ故ニ其殺傷ハ即チ危害ノ已ニ生シタル以後ニ係ル者ト謂フ可シ否ナ其財産ハ他日之ヲ官ニ出訴シテ能ク取還スルヲ得ヘキモノナルニ其之ヲ爲サスシテ直ニ犯人ヲ殺傷スルカ如キハ事ノ素ト忿怒ニ出テ

タルヤ明ナレハナリ之ヲ要スルニ危害未タ生セサル前ニ非サレハ決シテ正當防衛ノ權ヲ適用シ得可キモノニ非スト此說ハ到底皮相ノ見タルヲ免レス何トナレハ盜犯ニ於テ只タ財産ヲ攫取シタルノミナレハ未タ之ヲ以テ危害ノ全ク生シタル以後ニ係ルト謂フヘカラス即チ危害ノ繼續スル時間中ナルカ故ニ若シ追躡シテ之ヲ取還スルヲ得タルハ其財産ノ危害ヲ免ルヘキヲ得レハナリ且ツヤ裁判所ニ出訴云々ノ如キハ其迂濶ニシテ殆ント奏功ヲ見ルニ難キヲ是レ予カ既ニ講述シタル所ナリ

○上來説述シタル盜賊取還ノ爲メ盜犯ヲ殺傷シタル者ハ則チ他人ニシテ所有者ニアラサリシキハ如何本條第二項ヲ適用スルヲ得ルヤ否予ハ之ヲ適用スルヲ得可ラス

ト思料ス其理由タル前既ニ述ヘタルカ如ク凡ソ財産ニ對スル防衛ハ自己ノ財産ニ係ル時ト雖モ尙ホ其尤モ貴重ナル財産ニシテ眞ニ盜犯ヲ殺傷スルコトノ已ムヲ得サル場合ニ非サレハ決シ之ヲ不論罪トセス然ルニ其他人ノ財産ニ係ルキハ其財産ノ果シテ眞ニ所有者ノ爲メ尤モ貴重ナルモノナルヤ否ヲ知ルニ由ナキナリ又縱令ヒ之ヲ知ルトスルモ他人ノ爲メニ抗拒スヘカラサル強制ヲ感スルコトナルヘシコレ他人ノ財産防衛ノ爲メニハ殺傷人ヲ不論罪ト爲サ、ル所以ナリ

但シ此ニハ自カラ例外トナルヘキモノアリ例ヘハ官私ノ看守者カ盜犯ヲ防止シ又ハ其贓品ヲ取還センカ爲メ其犯人ヲ殺傷シタル場合ノ如キ其財産ハ即チ官署又ハ一私人

ノ所有物ニ係ルト雖モ抑モ看守者ハ之ヲ看守防衛スルノ義務アル者ナルカ故ニ自己ノ所有物ニ於ケルト全一ノ決定ヲ爲シ第二項ニ照シテ不論罪ト爲スヘキコト固ヨリ當然ナリトス

茲ニ一話アリ曾テ余カ郷里ノ某家ニ強盜五人ノ侵入セルアリ隣佑之ヲ覺リ走テ急ヲ警察官ニ申告シタルモ彼レ怯情援ニ赴カヌ依テ之ヲ同郷某氏ニ告ク蓋シ某氏ハ槍術ニ妙ナルヲ以テ名アリ偶門人ヲ會シ酒ヲ置テ獻酬ス急報ヲ聞テ相與ニ踴躍シテ曰ク是レ好下物ナリト走テ屋後ニ埋伏シ人ヲシテ屋前ニ進ミ強盜々々ト連呼セシム強盜吃驚以爲ラク屋前人アリ屋後ニ遁ル、ニ若カスト依テ走り出ツ某氏等蹶起斬殺殆ント殲ク爾後某氏等檢事ノ公訴スル

所トナリ一大紛議ヲ醸生シタリト予ハ其結局如何ヲ聞知セスト雖モ予ヲ以テ之レヲ視レハ此等ノ所爲ハ啻ニ財産ニ對スルヲ以テ人ノ身體生命ニ危害ナキ場合ナルノミナラス他人ノ爲メニ其已ムコトヲ得サルニ非スシテ輕佻勇氣ヲ負ミ盜犯ヲ殺死シタル者ナレハ到底法律ノ罪人タルヘシト思惟セサルヲ得サルナリ

○第三項ハ宜シク第三百十二條ト共ニ比較ス可キ者トス乃チ彼ハ晝間ニシテ此ハ夜間ノ場合ナリ而シテ此二者ノ規定ハ何レモ一ノ推測ニ基キタルモノナリ推測トハ何ソ他ナシ人ノ住居シタル邸宅内ノ暴行ハ即チ人ノ身體生命財産ニ對シテ危害ヲ及ホス可キ者ナリトノ推測是ナリ此ニ依テ之ヲ視レハ本項ハ第三百十四條第三百十五條第一第

二項ノ精神ト同一ニ出タルヤ晰ナリ如何トナレハ同シク身體生命財産ニ對スル危害ヲ防衛スルノ趣旨ニ外ナラザレハナリ而シテ第三百十二條ト本項トハ唯僅カニ晝夜ノ差アルニ依リ一ハ則チ不論罪ナリ一ハ則チ其刑ヲ宥恕スルニ止マル夫レ如斯其刑ヲ異ニスル所以ハ何如シ是レ凡ソ夜間ハ人ノ救護ヲ乞フノ便ナク且畏懼ヲ感スルコト晝間ニ比シテ一層甚シキニ由ル但シ晝間ト雖モ夜間ノ如クニ人ノ救護ヲ呼フノ便ナク一層畏懼ノ感切ナルヘキ場合ナキニアラス

例ヘハ村落遠隔ノ地ニ在ル家屋ニ婦女ノ留守スルニ方リ晝間門戸牆壁ヲ踰越損壞スル者アル場合ノ如キ隣佑ナケレハ救援ヲ求ムルニ由ナシ夫レ斯ノ如キ場合ニ在テハ寧

日尋常夜間ノ場合ヨリ危害ヲ感スルノ切ナルヤ言ヲ淡ク  
 ス然レモ刑法ニ於テハ此等ノ場合ニ關スル區別ナキヲ以  
 テ若シ此婦人ニ於テ已ムコトヲ得ス暴行人ヲ殺傷シタルモ  
 ハ本項ニ依テ不論罪ニ措クノ限リニ非ラス即チ第三百十  
 二條ニ照シテ其罪ヲ宥恕スルヲ得ルノミ  
 ○本項所謂人ノ住居シタル邸宅トハ如何蓋シ邸宅トハ單  
 ニ人ノ住居スル家屋ノミヲ云フニアラス即チ附屬ノ建造  
 物ハ勿論範圍内ノ土地ヲモ包括シテ之ヲ邸宅ト稱シ得ヘ  
 キ者ト解スヘシ  
 ○又本項ノ故ナクノ文字ハ最モ忽諸ニ付ス可ラサルモノ  
 トス故ニ故アリテ人ノ邸宅ニ入ル者例ヘハ豫審判事檢事  
 又ハ警察官カ其職權ニ據リ人ノ邸宅ニ入りタル場合ニ於

テ此等ノ官吏ヲ殺傷シタル者ハ決シ本項ヲ適用シテ不論  
 罪トナスコトヲ得サルヤ復タ更ニ疑ナシ而シテ如此場合ハ  
 實際甚タ稀有ナルコト勿論ナリト雖モ而カモ亦絶無ノ事ニ  
 非ス予ノ往年佛國ニ留學中ノ事ナリキ曾テ某所ニ於テ僧  
 徒等多衆ヲ嘯集シ物情頗ル穩カナラサルモノアリ政府ハ  
 之カ解散ヲ命シタルモ僧徒等固ク執テ命ヲ奉セズ依テ更  
 ニ警察官吏ヲ遣ハシ其閉鎖シタル門戸ヲ破壞シテ嚴ニ其  
 解散ノ命ヲ傳ヘタルニ僧徒等却テ之ヲ怒リ防衛シテ遂ニ  
 警察官吏數名ヲ殺傷セリト聞ケルコトアリ此等僧徒ノ處分  
 ハ其結局如何ヲ聞クコトヲ得サリシト雖モ我刑法ヲ以テ其  
 所爲ニ擬スレハ僧徒ハ到底本項不論罪ノ限リニ在ラサル  
 ヤ知ル可シ何者其故ナク云々ノ條件ヲ欠クヲ以テナリ

○茲ニ又本項及ヒ第三百十二條ノ場合ニ似テ而カモ法律ノ推測存セサル實例アリ千八百五十七八年ノ交ト覺フ佛國ノ某所ニ於テ甲男乙女ト懇懇ヲ通スル者アリ情交日ニ深シ乙女ノ母之ヲ推知シ竊カニ其下僕ニ命シテ甲男ヲ狙撃セシム甲男之ヲ夢視セス暗夜微行シテ園樹ヲ攀チ將ニ乙女ノ邸宅内ニ潛入セントスルニ際シ銃聲一發甲男ノ胸部ヲ洞シ即死シタリ此事忽チ人口ニ膾炙スル所トナリ續テ又之レニ類スル一事ヲ生セリ

某家ノ子女夜陰屢其情人ヲ曳キ己レノ閨閣ニ忍ハシム女ノ父之ヲ覺知シ豫メ其長男某ヲシテ窻下ニ伏セシメ某夜情人ノ窻ヲ踰テ潛入スルヲ窺ヒ之ヲ銃殺シタリ

此二獄ヲ裁判スルニ當リ事實判定ノ權ヲ有スル陪審官ハ

佛國刑法第三百二十九條第一項正當防衛ノ場合ヲ援用シテ無罪ノ陳告ヲ爲シタリ然レモ予ヲ以テ之ヲ視ルニ斯ノ如キ場合ニ於テハ到底佛國刑法第三百二十九條第一項及ヒ我刑法第三百十五條第三項ヲ適用ス可キ者ニ非スト信スルナリ何者右ノ場合ニ於テ何レモ豫メ其財產若クハ身體生命ニ關スル暴行ニ非ラサルヲ知リテ而シテ之ヲ謀殺シタル者ナレハ元來危害ヲ感シタルヘシトノ法律ノ推測ヲ下ス可ラサルヲ以テナリ否ナ其已ムヲ得サルニ非スシテ人ヲ謀殺シタルノ反證際然アレハナリ

●本項ノ場合ニ於テモ亦其殺傷ノ罪ヲ論セストスルハ只其邸宅内ニ住居スル者ニ限ル可キモノニシテ外人カ偶來リテ此犯人ヲ殺傷シタルハ不論罪ノ限リニ非スト爲ス

可シ奈何トナレハ此場合ニ於テハ只身體生命ニ對シテ危害アル可シトノ想像ニ止マルノミニシテ未タ確乎タル危害アリト謂フヲ得ヌ即チ或ハ單ニ財產ニ對スル強竊盜タルヤモ固ヨリ知ル可ラサレハナリ

○今本節ヲ終ルニ方リ正當防衛ニ關スル一ノ問題ヲ揭ケテ此ニ對スル諸説ト予ノ主論トヲ茲ニ説示スヘシ  
其問題タル例ヘハ公權ヲ執行スル官吏ニ於テ正當ノ令狀ヲ携帶セヌシテ人ヲ拘留セントスル者アリトセンニ此ノ如キ場合ニ於テハ其人ハ正當ニ之ニ抵抗スルノ權即チ已ヲ防衛スルノ權アリヤ更ニ之ヲ詳言スレハ其人已ムトヲ得サルニ出テ執行ノ官吏ヲ殺傷シタル時ハ第三百十四條ニ依リ不論罪ト爲ヌ可キ乎如何ト是ナリ

第一説 官吏ノ不法ノ所爲ニ對シテハ常ニ之ニ抵抗スルノ權アリ何トナレハ此官吏ノ不法ノ所爲ニ對シ己ヲ防衛スルハ即チ其實真正ノ官憲ヲ尊敬スル者ナレハナリト  
第二説 縱令ヒ官吏ニ於テ不法ノ所爲ヲ行フニ拘ラス既ニ官吏ノ名義ニ依リ之ヲ行フ時ハ其官吏ノ所爲ニ對シテ抵抗スルノ權即チ己ヲ防衛スルノ權アルトナシ必ス其所爲ニ服從セサル可ラスコレ吾人カ官憲ヲ尊敬スル所以ナリト  
第三説 官吏式ヲ履マス不法ノ所爲ヲ行フト雖ヒ其官吏ト稱スル者ノ真正ナル官吏ニ非サルトヲ認ムル時ハ格別荷モ管轄官吏タルノ證左ヲ示シタル時又ハ縱令ヒ其證左ニ就キ多少ノ疑惑アル時ト雖ヒ一時其執行ニ從ハサル



ヲ得ス蓋シ拘留ノ如キハ一旦其不法ノ所爲ニ服從シタリト雖モ果シテ犯罪ナキニ於テハ他日其引致セラレタル官署ニ於テ充分ニ之レカ辨護ヲ爲シ得可ク即チ自由ノ身體ニ回復シ得ルヲ容易ナレハナリ然レモ其他日回復シ得可ラサル場合例ヘハ死刑ヲ言渡タル裁判ナキニ己ニ對シテ死刑ヲ執行セントスルカ如キ場合ニ於テハ其不法ノ所爲ニ對シ己レヲ防衛シテ可ナリ何トナレハ此場合ニ於テハ其執行ハ回復スヘカラサルノ結果ヲ生スレハナリ要スルニ官吏ノ所爲不法ニ涉ル時ト雖モ其管轄タル官吏ノ資格ニ付眞正ナル證左ヲ示シタル時又ハ其眞偽ノ間差疑惑アル場合ト雖モ其所爲ノ結果ニシテ回復スヘカラサルモノニ非サル限リハ一般ニ其所爲ニ對シ抵抗スルノ權アルコト

ナシト

惟フニ第三説ハ實ニ社會ノ秩序ヲ重ンヌルニ出ル者ナリ若シ其所爲ノ不法ナルカ爲メ直ニ之ニ抵抗シテ執行官吏ヲ殺傷スルコトヲ得可シトスル時ハ有罪者モ亦或ハ官ノ處分ヲ不法ニ出ルモノト稱シテ之ニ抵抗スル者アルニ至ラシテ苟モ此ノ如クシテハ何ヲ以テ社會ノ秩序ヲ保維スルヲ得ン故ニ予ハ此第三説ヲ是認スル者ナリ

第三節 正當官憲ノ命令

○凡ソ法律ノ禁止シタル事ヲ行ヒ命令シタル事ヲ行ハサル者アルキ之ヲ犯罪者ナリトシテ法律ニ定メタル刑罰ヲ科スルハ是レ即チ刑法ノ原則ナリト雖モ而カモ此レニハ例外アリテ縱令ヒ罪ト爲ル可キ所爲ヲ行ヒタリトテ倘シ

自由力カ又ハ辨知力ノ一ヲ缺キタル者ニ係ル時ハ其罪ヲ論セサルヲ予既ニ之ヲ述マリ而シテ第七十六條ニ記載スル所モ亦其自由力ヲ缺キタル場合即チ又一ノ抗拒ス可ラサル強制ヲ受ケ已ムヲ得サルニ出テ罪トナル可キ所爲ヲ行ヒタル場合ニシテ予カ本節ニ於テ將ニ講究セントスル所ナリ

○本條ハ草案第八十八條第三項ニ該當スル者タリ蓋シ草案ノ規定スル所ニ據レハ正當官憲ノ命令ニ依テ行ヒタル所爲トシテ其罪ヲ論セサルカタメニハ法律ニ循テ行ヒタルカ又ハ本屬長官ノ命令ニ循テ行ヒタルカヲ以テ充分ナリトセリコレ其法文ニ法律ニ命令シ又ハ本屬長官云々トアルニ依テ明ナリ

本條ト參看スルハ佛國刑法ノ正條ハ第三百二十七條是ナリ該條ニ曰ク「法律ノ命シ及ヒ正當官憲ノ命令スルニ依リ人ヲ殺傷毆打シタル時ハ重罪モ輕罪モアラサルモノトスト之ヲ我刑法草案ニ比スルニ其規定ヲ一ニセス蓋シ佛國刑法ニ依レハ第一法律ノ命スルト第二本屬長官ノ令セルトトシ二者ハ具備スルニ非サレハ以テ不論罪ト爲スコトヲ得サルモ草案ハ即チ之レニ異ナリ法律ヨリ命セルカ又ハ本屬長官ヨリ命令セルカ二者中ノ一アル時ハ其行ヒタル犯法ノ所爲ハ之ヲ罰セスト爲シタレハナリ刑法ニ於テハ法律云々ノ文字ナシト雖モ抑法律ヲ執行スル一ニ行政官ノ職務ナリトスルモハ其法律ノ所定ニ從テ爲シタル命令ノ意ヲ推知スルヲ得可シ是レ其法律云々ノ文字ヲ削除シ

タル所以ナラン歟

○今試ニ第七十六條ヲ解剖スレハ即チ左ノ諸件ヨリ成立スル者タルヲ知ル

第一 本屬長官ノ命令アルヲ要ス

第二 適法ノ命令ナルヲ要ス

第三 職務上爲シタル命令ナルヲ要ス

第四 職務上受ケタル命令ナルヲ要ス

予ハ尙ホ之ヲ左ニ詳説ス可シ

第一本屬長官云々トハ例ヘハ兵士ノ司令官ニ於ケルカ如キ是ナリ司令官ハ即チ兵士ノ本屬長官ナルカ故ニ其號令ニ從テ人ヲ殺傷シタル兵士ハ是レ即チ本條ニ依テ不論罪トナルヘキ者タリ反之其命令ハ本屬長官即チ司令官ニ非

スシテ他ノ高等官吏ニ出テタリトセン乎其命令ニ從テ人ヲ殺傷シタル兵士ニハ決シテ本條ヲ適用スルノ限ニアラサルナリ

第二適法ノ命令トハ例ヘハ豫審判事カ發シタル命令ノ如キ是ナリ故ニ此命令ヲ執行シタル巡查ハ本條ニ依リ不論罪トナルヘキモ若シ命令ヲ携帶セス單ニ豫審判事ノ口頭ノミノ命令ヲ以テ人ヲ拘留シタルキノ如キハ本條ヲ適用スルノ限リニ在ラス是レ其一ハ定式ヲ履行シタルモ一ハ則チ定式ヲ履行セサルノ差異アルニ由ル  
第三職務上爲シタル命令トハ例ヘハ檢察官カ典獄ニ指揮シテ死刑ヲ執行セシムルカ如キ是ナリ故ニ其死刑ヲ執行シタル典獄ハ本條ニ據リ不論罪トナルヘキヤ言ヲ俟タス

ト雖モ若シ之ヲ指揮シタルハ裁判官ナリトセン乎元來死刑ノ執行ヲ指揮スルハ裁判官ノ職務ニ屬スルモノニアラサレハ此典獄ニ對シテ本條ノ不論罪ヲ適用スヘキニアラス

第四職務上受ケタル命令トハ例ヘハ兵卒本屬長官ノ命令ヲ受テ陸軍刑法ニ依リ死刑ノ宣告ヲ受ケタル者ヲ砲殺スルキノ如キ是レナリ故ニ此場合ニ於テハ本條ニ依リ不論罪ト爲ヌヘキモ若シ司法々衙ニ於テ死刑ノ宣告ヲ受ケタル者ニ係ルコトヲ知ルキハ設ヒ本屬長官ノ命令ニ從ヒタルキト雖モ本條ニ據リ不論罪ニ措クコトヲ得ヌ

○以上四箇ノ條件具備シタルキハ縱令ヒ其所爲罪ト爲ル可キ事柄ニ觸ル、ト雖モ本條ニ據リ其罪ヲ論セス抑本條

ノ適用ハ事甚タ簡單ナルカ如シト雖モ實際決シテ然ラサルモノアリ例ヘハ陸軍卿隊長ニ對シテ某市街ニ放火シ其人民ヲ壑殺ス可シト命令シタリトセン隊長ハ竊ニ自カラ陸軍卿ノ命令ノ暴戻不正ナルコトヲ知ルモ本屬長官ノ命令スル所之ヲ黙止スルニ由ナク乃チ其命令ニ從ヒ某市街ノ人民ヲ殺傷シテ殆ント殲滅セリトセン之ヲ不論罪ニ措ク可キヤ否ヤ(コレ無辜ノ人民ニ就テ云フ若シ謀反其他國家ニ對スル犯罪ノ證明瞭ナルキ之ヲ殺傷シタルカ如キ所爲ノ罪トナラサルコトハ固ヨリ論ヲ俟タサル所ナリ)右問題ノ如キハ實際其稀有ナルコト勿論ナリト雖モ未タ必スシモ之レナキニアラス現ニ佛國革命ノ際ニ於テハ此ト同一ノ場合ヲ生シタルコトアリシナリ而シテ此問題ニ付テハ

諸説一ナラス

第一説 僚屬ノ所爲ハ前掲四箇ノ條件ヲ具備シタルニ於テハ常ニ不論罪ナリトス何者僚屬ハ畢竟長官タル陸軍卿ノ機械ト爲リタルニ過キサレハナリ故ニ其實ノ當ニ歸ス可キ者ハ僚屬ニアラスシテ即チ陸軍卿ナリ抑僚屬ノ長官ニ於ケル縱令ヒ其事ノ暴戻不正タルヲ信スル時ト雖ヒ決シ之レニ抗拒スルコトヲ得サル者タリ就中軍律ノ嚴格ナル苟モ長官ノ命令ヲ奉セサルコトアレハ輒チ嚴刑ニ處セラルハノ恐アリ是レ其命令ヲ奉セサルノ自由ナキ者トスル所以ナリ

第二説 凡ソ人ノ辨知カト自由カヲ具備スルハ素ト其天稟ニ出ルカ故ニ人タル者此二カヲ活用シテ事ノ正邪曲直ヲ判別シ取捨スル所ナカル可ラス去レハ其命令ノ暴戻不正ナルコトヲ信スル場合ニ於テハ固ク執テ之ニ從ハサルコト僚屬其人ノ宜ク然ラサルヲ得サル所ナリ如何トナレハ現在罪ト爲ル可キ所爲ヲ行フ可シトノ命令ハ命令ノ名アリテ其實適法ノ命令ニ非サレハナリ要スルニ此ノ如キ命令ヲ受ケタル僚屬ハ素ト其辨知カト自由カトニ問テ其暴戻不正ナリト認ムルニ於テハ之ニ抗拒スルノ權アリ否ナ其命令ニ從ヒタルノ故ヲ以テ本條不論罪トナスノ限ニ非ラスト

以上二説ハ何レモ其極端ニ奔リタルモノニシテ共ニ正鵠ヲ得タルモノト謂フ可ラス予ハ左ノ第三説ヲ以テ最モ穩當ナリト認ムルナリ

第三説 本屬長官ノ命令ヲ受テ之カ執行ヲ爲スハ即チ其職務ヲ盡ス者ナリ故ニ其行ヒタル所縱令ヒ罪ト爲ル可キ所爲ニ觸レタリトテ第七十七條ヲ適用シ其僚屬ヲ罰セサル可キヲ至當ナリトス故ニ此等ノ場合ニ於テハ其責ニ當ル可キ者ハ獨リ命令ヲ爲シタル長官アル而已但シ此場合ハ僚屬ニ於テ其命令ヲ受ケタル所爲ノ別ニ暴戻不正ニ非スト思惟シテ循行シタル時ニ就テ云ヘルナリ而シテ其命令ノ暴戻不正ナルヤ否ヲ確知スルヲ能ハサル場合ニ於テモ亦同一ニ決定セサル可ラス何者其自カラ疑惑スル所アルニ拘ハラヌ長官ノ命令ヲ遵奉スルヲ素ト僚屬當然ノ服務ナルカ故ニ此場合ニ於テ其行ヒタル所爲ノ縱令ヒ法律ニ觸ル、トアルモ是レ實ニ抗拒ス可ラサル強制ヲ感シタル

可シト法律ニ於テ推測スレハナリ然レモ若シ長官ノ命令スル所眞ニ暴戻不正ナルトヲ確知シナカラ其命令ヲ執行シタル時ノ如キハ元來僚屬ニ於テ之ニ抗拒スルノ權利寧ロ義務アルヲ以テ之ヲ稱シテ已ムトヲ得サルニ出ルモノト爲ス可ラス其罪ハ到底法律ノ問フ所ナリト決定ス可キナリ

抑モ本條ノ重モナル適用ハ僚屬ニ於テ其受ケタル命令ノ暴戻不正ナルヤ否ヲ確知スルヲ能ハサル場合即チ其命令ヲ受ケタル所爲ノ罪トナルトニ付キ疑惑ヲ懷キテ之ヲ爲シタル場合ニアリトス此場合ニ於テハ其命令ニ從フト從ハサルトヲ撰ムトヲ得ス即チ心意上ノ強制ヲ受ケタル者ト謂フヘキナリ

但シ本條ニ付キ須ラク注意スヘキ者アリ文官ト武官トノ  
 間違其適用ヲ異ニス可キヲ是ナリ更ニ之ヲ詳言センニ抑  
 文官ハ本屬長官ノ暴戻不正ナル命令ヲ諫止スルヲ得ルト  
 雖モ武官ノ本屬長官ニ於ケル其間上下ノ頗ル懸隔スル所  
 アリテ往時ノ君臣モ齟ナラサル者アレハ良シヤ其命令ノ  
 適法ニ非サルヲ知ルモ實際之ヲ諫止スルヲ能ハサルノ  
 事情ナキニアラス蓋シ武官ハ性質標悍ヲ以テ尋常トスル  
 カ故ニ其紀律モ亦隨テ嚴格ナラサルヲ得ス然ラサレハ則  
 縱令ヒ將校ニ異常ノ軍略ヲ有スルアルモ焉ソ能ク千百ノ  
 羆虎ヲシテ其手足ノ如クナラシムルヲ得ン否ナ其命令  
 行ハレスシテ勝算アル者未タ曾テ之レアラサルナリ去レ  
 ハ兵士ハ將校即チ本屬長官ノ機械ニ供セラル、者ナリ其

命令ノ適法ナルト否トハ概シテ之ヲ判断スルノ自由ナシ  
 ト云フモ固ヨリ可ナリ是ヲ以テ苟モ命令ニ従ハサルモハ  
 直ニ抗命ノ罪アル者トセラル、ヲ常トス要スルニ不適法  
 ノ命令タルヲ確知スルニ拘ハラヌ之ヲ執行シタル者文官  
 ナリセハ必ス處罰セラルヘキ場合ナリト雖モ若シ其武官  
 ナルニ於テハ本條ノ適用ヲ受ケ不論罪ニ措カル、ノ場合  
 必ス多カル可キナリ

○予ハ今試ニ第七十七條ノ解釋ヲ爲サン蓋シ本條ハ不論  
 罪ノ章中ニ記載シアリト雖モ其實犯罪ノ原素ニ關係スル  
 規則ニシテ純然タル不論罪ノ場合即チ犯人ノ責任ニ關シ  
 タル場合トハ異ナレリ蓋シ不論罪ノ言タル法律ニ背テ禁  
 止シタル事ヲ行ヒ命令シタル事ヲ行ハサル者ニシテ辨知

カカ又ハ自由力ノ一ヲ缺キタルニ因リ其罪ヲ論セサルヲ云フ之ヲ再言スレハ不論罪トハ罪ト爲ル可キ所爲即チ犯罪ノ構成ニ必要ナル條件ノ具備スル時ニ於テ其犯法人ニ辨知力若クハ自由力ノ缺失アルヲ以テ其罪ヲ論セサルヲ云フ即チ其所爲ヲ以テ罪トシ論セサルノ謂ナリ之ニ反シテ本條ニ記載スル者ハ辨知力ト自由力トヲ缺キタルニアラスト雖モ其行ヒタル所爲ハ犯罪ノ構成ニ必要ナル條件即チ原素ノ一ヲ缺キタルヲ以テ元來犯罪成立セス既ニ犯罪成立セサレハ其罪ヲ論セスト云ヘルノ妥當ニ非サルヤ固ヨリ断ケシ是レ予カ本條ヲ以テ純然タル不論罪ノ場合ニアラズト云ヘル所以ナリ

○然ニ所謂犯罪ノ構成ニ必要ナル原素ノ一トハ何ソ曰ク他

キシ予カ前章ニ於テ既ニ講述シタル惡意若クハ意思是也蓋シ惡意若クハ意思ハ犯罪ノ構成ニ付キ一原素トナルヲ以テ通則トス而シテ其例外即チ惡意若クハ意思ヲ要セザルモノヲ稱シテ無意犯ト云フ是レ亦予カ既ニ説示シタル所出リ然リ而シテ其所謂例外ノ場合ハ姑ク措キ其通則ノ場合ニ於テ若シ惡意若クハ意思ノ存セサルモハ縱令ヒ如何ナル外形ノ所爲アルモ之ヲ以テ犯罪ナリト云フ可ラス否キ犯罪トナラサルナリ例ヘハ自己ノ所有品ナリト誤認シテ他人ノ動産ヲ取リタル者ハ之ヲ竊盜犯ト謂フ可ラサルカ如シ此ニ由テ之ヲ視ルモ亦本條ヲ不論罪ノ章中ニ列シテ不可ナルヲ知ルニ足ル可キナリ

○第廿項ニ曰ク「罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セス云



カ下例へハ樵夫ノ伐木セントスルニ方リ其斧柄ヲ脱シテ  
 樹下ノ人ヲ殺傷シタル場合ノ如シ樵夫ハ伐木ニ専心ナル  
 モ人ヲ殺傷スルノ悪意アルニ非ラス即チ罪ヲ犯スノ意ナ  
 キ者ナリコレ其罪ヲ論セスト爲ヌ所以ナリ  
 但シ右ニ述ル所ハ樵夫ニ過失ナキ場合ニ就テ云ヘル而已  
 故ニ其過失ノ責ム可キ者アル場合ニ於テハ他ノ罪ヲ成ス  
 一固ヨリ之ナキニアラス之ヲ審察スル一最モ肝要ナリト  
 ス例へハ其伐木セントシタルハ深山幽谷ノ中ニシテ樹下  
 輒ク人ノ來ル可キ箇所ニ非サルヲ以テ眞ニ樵夫ニ過失ナ  
 カリシトセン乎法律上之ヲ不問ニ措ク可キモ若シ其樹下  
 ハ來往頻繁ナル街路ナリトセン乎樵夫ハ須ク之カ用意ヲ  
 爲ヌ可キ者ナルニ其用意ヲ欠キタルカ爲メニ人ヲ殺傷シ

タリトスレハ由シヤ之ヲ有意ノ殺傷犯(即チ謀故殺又ハ毆  
 打殺傷ヲ云フ)ト爲ヌヲ得サルモ而カモ其疎虞懈怠アルノ  
 故ヲ以テ之ヲ第三百十七條乃至第三百十九條ノ過失殺傷  
 ト爲ヌ可キカ如キコレ也

○第二項ニ曰ク「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

是レ第一項ヨリ生シタル格段ナル一ノ適用ヲ示シタル者  
 ナリ例へハ其情ヲ知ラスシテ偽造變造ノ度量衡ヲ販賣シ  
 タル場合ノ如キ是ナリ若シ其偽造變造ノ情ヲ知ル者ナル  
 非ハ即チ意アル者ニシテ第二百二十八條ノ犯罪ヲ成スヤ  
 論ヲ竣タスト雖モ其情ヲ知ラサル者ナル時ハ則チ該條ノ  
 要件ヲ缺キタルカ故ニ犯罪成立セヌ何者其情ヲ知ルノ一

事ハ即チ該罪構成ノ一原素ナレハナリ  
又夫ノ處女ト信シテ密通シタルニ其婦人ハ既ニ結婚シタル者ナリシ時ノ如キモ亦其人ノ妻タルヲ知ラサルヲ以テ所謂ル罪ト爲ル可キ事實ヲ知ラサル者ト爲シ之ヲ不問ニ措ク可キ者トス

○第三項ニ曰ク「罪本重カル可クシテ犯ス時知ラサル者ハ其重ニ從テ論スルヲ得ヌ」ト

是レ亦前項ト同趣旨ニ出タルモノナリ例ヘハ子孫其祖父母父母タルヲ知ラスシテ毆打創傷シタリトセン元來祖父母父母ニ對スル犯罪ニ就テハ第三百六十二條以下ニ於テ凡人ノ刑ニ照シ二等ヲ加フルノ規定アリト雖モ尋常毆打創傷ノ刑ヲ科ス可キ者トスルカ如シ是レ其尊屬親タルヲ

知ラサリシハ即チ所謂刑罰加重ニ就テノ原素ヲ缺キタルニ由ル

○第四項ニ曰ク「法律規則ヲ知ラサルヲ以テ犯スノ意ナシト爲ヌヲ得ヌ」ト

諺ニ云人ハ皆テ法律ヲ知ラヌト看做サル、トヲ得ヌト蓋シ此諺ハ事實ニ反スルモノナリ實際ニ在テ夫ノ僻村陬邑ノ人民ノ如キ法律規則ヲ知ラサル者素ヨリ之レナキニアラス然レモ本項ニ掲載スル所ハ即チ法律規則ノ適用上自然ノ推測ヲ示シタルニ過キサルナリ  
其然ル所以タル抑法律カ禁止スル所ノ所爲命令スル所ノ事柄ハ其不正不義ナルヲ勿論ナルカ故ニ省テ自カラ其良心ニ問ヒ良心ノ指導スル所ニ由テ舉止スルハ必ス法律

ニ違犯セサルヲ得可キ筈ナルニ事ノ茲ニ出テスシテ法律ニ違犯スルカ如キハ畢竟其者ノ過失タルヲ免レサレハナリ且ツ若シ法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ通ル、ノ口藉ト爲スヲ得ル者タラシメハ殆ント實際ニ法律ヲ適用スルヲ得可キ場合ナキニ至ル可シ何者何人モ皆ナ法律ヲ知ラスト言ヒ得ルヲ以テナリ

又過失罪及違警罪ノ多クノ場合ノ如キハ無意犯ニシテ元來犯スノ意思ヲ必要トセサルモノニシテ其法律ヲ知リタルヤ否ヲ論セス苟モ法律ノ禁令ニ違犯シタルヲ以テ乃チ犯罪成立スル者トスルカ故ニ本條ノ適用ニ入ラサルヲ勿論ナリ

○之ヲ要スルニ本條ハ辨知力ト自由力ノ缺失ニ付キ規定

シタル本章不論罪中ニ置ク可ラサル者ニシテ寧ロ犯罪ヲ構成スル原素ニ關係スル者トス然レヒ予カ前章犯罪構成ノ原素ヲ論スルニ方リ本條ヲ解釋シタランニハ亦同時ニ不論罪ノヲ詳述セサル可ラサルニ至リ講説上頗ル錯雜ヲ生スルノ恐アリタルカ故ニ之ヲ茲ニ讓リタルナリ

以上講説シタル所ヲ要言スレハ凡ソ犯罪人トシテ刑罰ヲ當行センニハ必ス辨知力ト自由力トヲ具備スルヲ要ス然ラサレハ則チ縱令ヒ如何ナル所爲ヲ行フト雖ヒ法律上其實ニ任セシムルヲ得スト謂フニ外ナラサルナリ

第四章 犯罪ノ區別ヲ論ス

第一 重罪輕罪及ヒ違警罪

○刑法第一條ニ曰ク凡法律ニ於テ罰ス可キ罪別テ三種ト

爲ス」ト

○ 所謂法律トハ特リ此刑法ヲ指スノミナラス諸規則諸罰則  
 ヲモ汎稱シタル者ナリト知ル可シ  
 凡罪ニハ法律上ノモノアリ道德上ノモノアリ又ハ宗教上  
 ノモノアリ而シテ刑法ニ定ムル所ハ則チ單ニ法律上ノ罪而  
 已是レ本條ニ法律ニ於テ罰ス可キ罪云々ト云ヘル所以ナ  
 リ法律ノ禁令ニ違反スルノ所爲即チ犯罪ハ素ト千態萬狀  
 ニシテ一様ナラス而シテ彼ヲ重トナシ此ヲ輕ト爲スハ一ニ  
 立法者ノ判別スル所ニ在リ但シ立法者ト雖モ其禁令ノ輕  
 重ヲ量定スルニ方リ私擅ノ所爲アル可ラサルヲ勿論ナレ  
 ハ宜ク守ル可キノ標準ナキ能ハス標準トハ何ゾ曰ク他ナ  
 シ左ニ述ルモノ是也

(一) 所爲ノ道德ニ背キタル程度ノ輕重

(二) 所爲ノ公益ヲ害スル程度ノ輕重

故ニ立法者ニ於テ例ヘハ所爲ノ道德ニ背クヲ重ク公益ヲ  
 害スルヲ大ナリト認メタルハ乃チ重罪ト爲シ又其道德  
 ニ背クヲ稍輕ク公益ヲ害スルヲ稍小ナリト認メタルハ  
 乃チ輕罪ト爲スカ如シ

論者或ハ此背德加害ノ二者ヲ以テ乃チ刑罰權ノ基礎ナリ  
 ト説ケリ然レモ余ハ之ヲ刑罰權ノ基礎ニ非スシテ立法者  
 カ罰スヘキ所爲ヲ定メ而シテ其所爲ニ該當スヘキ刑ヲ定ム  
 ルノ標準ト爲スモノタルニ過キスト信スルナリ  
 蓋シ立法者ニ於テ罰スヘキモノトスルノ所爲ハ概チ皆道  
 德ニ背キ公益ヲ害スル者ナリト雖モ而カモ公益ヲ害スル

ノ大小ヲ以テ刑ヲ定ムルノ主要ナル標準ト爲サ、ル可カ  
 ラサルヲアリカノ國事犯ノ如キハ殊ニ然リトス而シテ又  
 或ル場合ニ於テハ公益ヲ害セス單ニ道德ニ背クノ故ヲ以  
 テ之ヲ罰シ又或ル場合ニ於テハ道德ニ背カスト雖ヒ公益  
 ヲ害スルノ故ヲ以テ之ヲ罰スルノ例ナキニアラス要スル  
 ニ刑罰ヲ當行スルニハ必スシモ道德ニ背キ公益ヲ害スル  
 ノ二者アルヲ必要トセス單タ其一アルヲ以テ處罰スル  
 アリ但シ其一アルヲ以テ直チニ之ヲ犯罪ト爲ス場合ハ實  
 際他ニ比シテ甚タ多カラサルヲ勿論ナリ

○立法者ニ於テ背徳加害ノ二者ヲ以テ標準ト爲シ罪ノ輕  
 重ヲ定ムヘキモノナル以上ハ之ニ當行スヘキ刑罰ニモ亦  
 輕重ノ別アルヘキナリ之ヲ判決スヘキ裁判所及ヒ審判手

續等ニモ亦區別アル可キ一固ヨリ當然ナリ否ナ社會及ヒ  
 被告人ノ利益ノ爲メ必ス之カ區別ナカラサルヲ得ス何ト  
 ナレハ其輕罪ナルト重罪ナルトニ論ナク等一ノ刑罰ヲ施  
 スカ如キハコレ條理ニ背反スルモノニアラスシテ何ソヤ  
 又其輕罪ナルト重罪ナルトヲ問ハス之ヲ判決スヘキ裁判  
 所及審判手續ヲ區別セサルカ如キハ亦是社會及ヒ被告人  
 ノ利益ヲ害スル者ニアラスシテ何ソヤ然リト雖ヒ立法者  
 ハ夫ノ千態萬狀概括スヘカラサル許多ノ所爲ニ就キ一々  
 其區別ヲ立ルキハ徒ニ錯雜ヲ來シ却テ其益ナシト思考セ  
 ルヲ以テ予カ既ニ說示シタル二箇ノ標準ニ照シテ其大槪  
 ヲ別テ三種ノ罪ト爲シタルナリ曰ク重罪曰ク輕罪曰ク違  
 警罪是ナリ

抑此三種ノ區別ハ所爲ノ性質上ニ出タルモノニ非ス一ニ  
 犯罪處分上ノ便益アルカ爲メハ爲テ以テ設定シタル者ナ  
 リ故ニ立法者ハ罪ヲ三種ニ區別スルヲニ檢束セラレタル  
 ニアラヌ之ヲ五種ト爲シ二種ト爲スヲ固ヨリ其隨意ナリ  
 是次段(犯罪區別云フ第)ニ述フヘキ犯罪ノ區別ト大ニ異ナル  
 所ナリトス

何ヲカ重罪ト云ヒ輕罪ト云ヒ又ハ違警罪ト云フ乎蓋シ第  
 七條ニ記載シタル刑ヲ以テ罰スヘキ所爲之ヲ重罪ト云ヒ  
 第八條ニ記載シタル刑ヲ以テ罰ス可キ所爲之ヲ輕罪ト云  
 フ而シテ違警罪ノ刑ハ揭テ第九條ニ在リ依此觀之我刑法ハ  
 先ツ犯罪ヲ揭ケ何々ノ罪ハ重罪ナリ又ハ輕罪ナリト規定  
 セスシテ其結果タル可キ刑罰ヲ先キニシ此刑罰ノ如何ニ

照シテ始テ某所爲ノ重罪タリ輕罪タルヲ知ルヲト爲シタ  
 ル者ナリ元來刑ハ末ナリ罪ハ本ナリ故ニ本末ノ順序ニ依  
 ルキハ罪ニ據テ刑ヲ定ムルヲ理ノ當ニ然ル可キ所ナリ然  
 リ而シテ我刑法ノ規定茲ニ出サル所以ハ苟モ然ラサレハ何  
 々ノ所爲ハ輕罪ナリ某々ノ所爲ハ重罪ナリト一大表目ヲ  
 制定セサル可カラサル等ノ煩アリ是ヲ以テ先ツ刑ヲ定メ  
 其刑ニ據テ其重罪タリ輕罪タリ違警罪タルヲ知ルノ便益  
 ヲ擇ミタルナリ

右犯罪三種ノ區別ハ歐洲各國ノ實踐スル所タリ而シテ此  
 區別ハ犯罪ノ大別ニシテ前ニモ述ヘタルカ如ク犯罪處分  
 上ノ便益ヲ得ルカ爲メナルヲ以テ各種ニ屬スル各犯罪ニ  
 付テモ立法者ハ其道德ニ背キタルノ度ト公益ヲ害シタル

ノ度トヲ精細ニ量定シテ以テ其罪ニ適應スル刑罰ヲ定ム  
ヘキヤ固ヨリ當然ノコトナリトス

右ノ如ク犯罪ヲ三種ニ區別シタルカ爲メ處分ヲ異ニスル  
點ヲ掲クレハ凡ソ左ノ如シ尤モ此中ニハ三種ノ區別ニ涉  
リテ處分ヲ異ニセサルモノアリ

第一 科スル所ノ刑罰ヲ異ニス(第七條第八條第九條)

第二 公訴期滿免除ノ期限ヲ異ニス(治第十一條)

第三 刑ノ期滿免除ノ期限ヲ異ニス(第五十九條)

第四 附加刑ノ處分ヲ異ニス(第三十二條以下)

第五 宥恕減輕ヲ異ニス(第八十條以下)

第六 未遂犯罪ノ處分ヲ異ニス(第一百十三條)

第七 再犯加重法ヲ異ニス(第九十一條以下)

第八 教唆者及ヒ從犯ノ處分法ヲ異ニス(第一百五條第百  
九條)

第九 數罪俱發ノ處分法ヲ異ニス(第一百條第一百一條)

第十 假出獄ヲ許スト否トノ區別アリ(第五十三條)

第十一 管轄裁判所ヲ異ニス(治第三十八條)

第十二 再審ノ訴ヲ爲シ得ルト否トノ區別アリ(治第四  
百三十九條)

第十三 公廷内ノ犯罪處分法ヲ異ニス(治第二百七十三  
條以下)

右臚列スル所ノ外治罪法中告訴告發(第九十三條第九十六  
條)檢察官ノ起訴(第一百七條)民事原告人ノ起訴(第一百十條)現行  
犯ノ處分(第一百二條)第百五條)檢證處分(第一百五十八條)等諸多

ノ場合ニ於テ其規定ヲ異ニセリ然レモ余ハ只其大要ヲ示シタルノミ

第二 有意犯及ヒ無意犯

此犯罪ノ性質及ヒ區別ハ前既ニ之ヲ講説シタレハ復タ茲ニ詳説スルノ要ナシ  
只有意犯ハ故ヲニ或ル所爲ヲ行フノ意思アルヲ要ス苟モ此意思ヲ欠クハ犯罪ヲ構成スルコトナシ之レニ反シテ無意犯ハ其意思ナキモ法律ノ罪トシ定メタル所爲ヲ行ヒタルノミヲ以テ乃チ犯罪成立スル者タリト言フニ止マン  
○然レハ有意犯ト無意犯トヲ區別スルノ利益ハ取モ直サヌ有意犯ノ場合ニ於テハ意思ハ其犯罪構成ノ一原素ナルカ故ニ若シ之ヲ缺クハ犯罪ハ成立セス之ニ反シテ無意

犯ノ場合ニ於テハ意思ノ有無ヲ問ハス苟モ犯罪トナルヘ

キ事實ヲ生セシメタル者ハ即チ犯人ナリトス要スルニ此區別ヨリ生スル利益ハ唯犯罪ノ成否ヲ知ルニアルノミ

第三 即時犯及ヒ繼續犯

即時犯トハ禁令ニ違背スルノ行爲又ハ不行爲ニシテ之ヲ行ヘハ直ニ終了シ其以後ニ繼續セサルモノヲ云フ

例ヘハ強竊盜謀故殺殴打創傷犯等ノ如キ是也何トナレハ財物ヲ盜奪スルカ如キ又ハ人ヲ殴打シ殺傷スルカ如キノ所爲ハ何レモ之ヲ行ヘハ直チニ終了スルモノナレハナリ  
繼續犯トハ禁令ニ違背スルノ行爲又ハ不行爲ニシテ若干時間繼續シ得ヘキ性質アルモノヲ云フ

例ヘハ賭場ヲ開張シテ利ヲ圖リ又ハ博徒ヲ招結シタル罪



(第二百六十條)擅ニ人ヲ私家ニ監禁シタル罪(第三百二十二條)成規ニ背キ危險物ヲ貯藏シタル罪(第四百二十五條第二項)等ノ如キ其所爲ハ必ス多少ノ時間繼續スル者ニシテ直ニ消滅ス可キ者ニアラス蓋シ法律ハ賭場ヲ設クルノ所爲、博徒ヲ招集スルノ所爲、私ニ人ヲ捕ヘテ一室ニ入ル、ノ所爲、及ヒ危險物ヲ倉庫ニ運搬スルノ所爲、ノミヲ罪視スルニアラスシテ其賭場ヲ開張シ又ハ博徒ヲ招結スルノ間、人ヲ監禁スルノ間、危險物ヲ貯藏スルノ間ハ其何レモ引續キ法律ノ禁令ニ違背スルモノ即チ犯罪ト做スニ由ル

○右數例ハ皆ナ行犯即チ有的犯ニ就テ説示シタル者ナリ今尙ホ不行犯即チ無的犯ニ就テ右ノ區別ヲ左ニ例示スヘシ

不行犯ニシテ即時犯ナルモノハ例ヘハ第七十七條以下ニ記載シタル公務ヲ行フコトヲ拒ム罪ノ如シ海陸軍ノ將校カ出兵ノ要求ヲ受ケ故ナクシテ之ヲ肯セサル時醫師化學家及ヒ證人等カ官署ヨリ解剖鑑定又ハ檢疫ノ命令ヲ受ケ故ナクシテ之ヲ肯セサル時ハ何レモ之ヲ肯セサルノミヲ以テ直チニ犯罪成立スル者ニシテ敢テ爾後ニ繼續スル者ニアラス而シテ其犯罪ハ即チ命令ニ背キテ爲ス可キヲ爲サハリシモノタリ是レ不行犯ニシテ即時犯ナル所以ナリ但シ第七十八條ノ徵兵忌避者中ニハ其犯罪ノ多少ノ時間繼續スル者アルヲ以テ之ヲ其前後ノ法條ト聊カ區別スル所ナカル可ラス不行犯ニシテ繼續犯トハ例ヘハ自己ノ所有地又ハ看守ス可キ地内ニ遺棄セラレタル幼者老疾者ア

ルヲ知テ之ヲ扶助セス又ハ官署ニ申告セサル罪(第三百四十條)子孫其尊屬親ニ對シ衣食ヲ供給セス其他必要ナル奉養ヲ缺キタル罪(第三百六十四條)官署ノ督促ヲ受ケテ崩壞セントスル家屋牆壁ノ修理ヲ爲サ、ル者(第四百二十五條第六項)等ノ如シ之ヲ不行犯ニシテ繼續犯ナリト云フ所以ハ其幼者老疾者ヲ扶助シ又ハ官署ニ申告スルカ、尊屬親ニ對シテ衣食其他ノ奉養ヲ全フスルカ、家屋牆壁ノ修理ヲ爲スニ至ル迄ハ何レモ本條記載ノ犯罪繼續シテ終了セサルニ由ル

斯ノ如ク犯罪ノ性質ヨリ說來ルキハ外面上極メテ簡易ナルカ如シト雖モ其實各場合ニ付キ之カ區別ヲ爲スノ頗ル困難ナシトセス而シテ予ハ其詳解ヲ與フルニ先チ此區別ヨ

リ生ヌル利益ヲ茲ニ說示セシ

○即時犯ト繼續犯トヨ區別スルノ利益ハ重ニ公訴期滿免除ノ點ニ在リ即時犯ニ在テハ犯罪タル行爲ハ同時ニ終始スルヲ以テ即チ其所爲ノ生シタル時ヨリ期限ヲ起算スルト雖モ繼續犯ハ則チ否ラス其犯罪ノ行爲始マリテヨリ其終ル迄ノ間多少ノ時間繼續スル者ナルモ其初日ヨリ期限ヲ起算セスシテ其最終ノ日ヨリ起算スルモノトス是レ治罪法第十三條ニ規定スル所ナリ

又此區別ハ裁判所ノ管轄ニ付キ須ラク注意ス可キモノアリ

治罪法第四十條第一項ニ於テハ先ツ犯罪ノ地ノ裁判所ヲ以テ豫審及ヒ公判ノ管轄トスルノ原則ヲ定メ第二項ニ於

テハ犯罪ノ地分明ナラサルモハ被告人逮捕ノ地ノ裁判所  
 ヲ以テ管轄ト爲ス旨ヲ規定シ第四十一條第一項ニ於テハ  
 數箇ノ裁判所ノ管轄地内ニ於テ生シタル一箇ノ繼續犯ニ  
 係ル時ハ其中ニテ被告人逮捕ノ地ノ裁判所ヲ以テ之カ管  
 轄ト爲スト云ヘリ是レ取モ直サス第四十條第一項ノ適用  
 ニシテ同條第二項ノ適用ニアラサルヤ言ヲ竣タス蓋シ第  
 四十一條ニ於テハ右ノ繼續犯ノ場合ニハ犯罪ノ地ノ裁判  
 所數箇アルヲ以テ其中何レノ裁判所ヲ以テ管轄ト爲スモ  
 ノナルヤヲ定メタルニ過キサルナリ而シテ即時犯ニハ一箇  
 ノ犯罪ニシテ數箇ノ裁判所ノ管轄内ニ於テ生ス可キ理由  
 ナシ故ニ即時犯ト繼續犯トヲ區別スルハ此點ニ付テモ亦  
 有用ノトナリトス

○尙ホ一ノ注意ス可キコトアリ抑繼續犯ハ其行爲ノ若干時  
 間繼續スル者ナルカ故ニ其繼續時間ノ長短ニ因テ其刑ニ  
 輕重スル所アル可キト是也是レ裁判官カ法律ヲ實地ニ適  
 用スルニ方リ宜ク深ク注意シテ寬嚴交々其宜ニ從ハサル  
 可ラサルノ要點タリ但シ其繼續時間ノ長短ニ因リ法律ニ  
 於テ明言シタル者ナキニアラス例ヘハ第三百二十二條ニ  
 於テ擅ニ人ヲ私家ニ監禁シタル者監禁日數十日ヲ過クル  
 毎ニ一等ヲ加フト云ヘルカ如キ是レナリ然レモ予カ右ニ  
 說述スル所ハ此等加等ノ場合ヲ云ヘルニアラス刑期ノ範  
 圍内ニ在テ宜ク斟酌スル所ナカル可カラサルヲ云ヘル而  
 已

○夫レ繼續犯ノ者タル假令ヒ如ク長時間繼續スルト雖

是到底一箇ノ犯罪ニシテ之ヲ數箇ノ犯罪ト做ス可ラス是  
 レ數罪俱發ノ場合ト異ナル所以ニシテ元來一箇ノ目的ニ  
 因リ生ヌル一箇ノ犯罪ナルカ故ニ其訴モ亦單一ナルヘク  
 其刑モ亦單一ナルヘキナリカノ即時犯ノ數罪俱發ノ場合  
 ニ於テハ一罪ゴトニ其目的ヲ異ニシ所爲ヲ別ニスル者ナ  
 レハ法律上之ヲ一箇ノ犯罪ト看做スコトヲ得スコレ第百條  
 ニ於テ一ノ重キニ從テ處斷スト云ヘル所以ナリ

○予ハ前ニ此犯罪ヲ區別スルノ容易ナラサルコトヲ告ケタ  
 リ然レモ要スルニ犯人カ其犯法ノ所爲ニ依リ社會又ハ他  
 人ヲ害スルカ爲メ最モ決心爲シタルノ行爲即時ニ終了ス  
 ルモノ之ヲ即時犯ト云ヒ其決心爲シタル行爲即時ニ終了  
 セス引續テ若干ノ時日ヲ經過スヘキモノ即チ異別ノ行爲

ニ屬セヌシテ同一ノ行爲繼續スヘキモノ之ヲ繼續犯ト云  
 フト解シテ可ナリ而シテ所謂最モ決心爲シタルモノトハ何  
 ソヤ乞フ之ヲ左ニ例示セン

例ヘハ盜罪ノ場合ニ於テハ他人ノ物品ヲ取ルノ所爲ハ即  
 チ犯人ノ最モ決心爲シタル所ナリ而シテ爾後其贓物ヲ占有  
 又ハ隱匿スルノ行爲ハ其決心爲シタルノ行爲即チ物品盜  
 取ノ行爲ト繼續スル者ニアラス又占有及ヒ隱匿ノ事實ハ  
 盜取ト同一ノ所爲ニアラス去レハ占有及ヒ隱匿ノ所爲ハ  
 元來繼續スル者ナルモ盜罪ハ則チ即時犯ナリ何トナレハ  
 占有及ヒ隱匿ノ所爲ハ之ヲ盜犯者ノ最モ決心爲シタル行  
 爲ニアラスシテ只爲ス可キコトヲ爲サ、ルノ位置ニ在ル而  
 已(即チ贓物ヲ本主ニ返還セサルヲ云フ)ナレハナリ

○又之ヲ重婚ノ場合ニ援用スルモ敢テ異ナルヲナシ則チ其重テ結婚スルノ行爲ヲ以テ最モ決心爲シタルモノト爲ス可シ故ニ其爾後夫婦ノ情交ヲ契リ俱與ニ生活スルノ行爲ハ素ト繼續スヘキモノナルモ重婚罪ノ即時犯タルニ毫モ支障アルコトナシ蓋シ法律ハ其重テ結婚スルノ行爲其者ヲ罪視スルモ其繼續シテ夫婦ノ關係ヲ有スルノ如何ニ至テハ其問フ所ニアラサレハナリ

論者或ハ云ハン抑即時犯ト雖モ其決心豫備等ノ段階ヲ經ルニ非レハ以テ禁令ニ違背スルコト無シ然レハ則チ即時犯ト云フモ畢竟亦タ繼續犯ト異ナラサルモノアルニ似タリト論者ノ言是ナラス如何トナレハ所謂繼續犯ニ付テモ即時犯ニ於ケルト等シク其決心豫備等ノ所爲アリテ而シテ

其所爲ハ通常犯罪其物ヲ成サ、ルモノナレハナリ

又例ヘハ監禁罪ノ場合ニ於テハ私家ニ人ヲ監禁スルノ行爲ハ即チ犯人ノ最モ決心爲スモノニシテ而シ其決心ノ繼續スル間ハ監禁ノ事實モ亦繼續シ從フテ其犯罪繼續ス但シ屢其監禁ノ場所ヲ變更スルノ事狀ハ以テ監禁罪ノ繼續ヲ妨遮スルコトナシ

○又茲ニ繼續犯ニシテ模樣ノ寔異ナル者アリ即チ其行爲ノ目的及ヒ決心ノ唯一ニ出テ而シ其同種ノ行爲ヲ再三繰返ス者コレナリ外貌ヨリ之ヲ視レハ即時犯ノ疊積シタルニ過キサルカ如シト雖モ其實無形ニ繼續スル者タリ學者之ヲ稱シテ連續犯ト云フ

例ヘハ第百八十二條ニ記載シタル貨幣偽造ノ罪ノ如キ是

ナリ蓋シ其目的ハ貨幣ノ偽造ニ在リ其行爲モ亦同一ニ出ツ故ニ一回一圓ノ貨幣ヲ偽造スルモ既ニ直ニ貨幣偽造ノ罪ハ成立スト雖モ而カモ其行爲數回ニ涉リ數百千圓ノ多キヲ偽造シタリトテ之ヲ以テ數百千箇ノ犯罪成立シタリト云フヘカラス乃チ一箇ノ犯罪ト做シテ處分スヘキモノナリ

第五 單行犯及ヒ慣行犯

單行犯トハ法律ノ禁令ニ一回違犯シタルノミヲ以テ直ニ犯罪ト爲ルモノヲ云フ  
慣行犯トハ法律ノ禁令ニ一回違犯シタルノミヲ以テ未タ犯罪ト爲ルモノニ非スシテ同一ノ所爲數回アリタルニ因リ始テ犯罪ト爲ル者ヲ云フ或ハ之ヲ集合犯ト稱スル學者

アリ

蓋シ慣行犯ハ其例甚々多カラス我刑法ニ於テ定ムル重輕罪中ニハ只僅カニ第二百五十六條官許ヲ得スシテ醫業ヲ爲スノ所爲ノミナルカ如シ茲ニ所謂醫業トハ惟々一回人ヲ診察シ若クハ投劑シタル所爲ヲ指スモノニ非サルヘシ何者只僅ニ一回ニ止マリタル所爲ハ未タ醫業トスル者ト云フ可ラサルヲ勿論ナレハナリ故ニ其所爲ノ數次ニ及ヒ之ヲ常業ノ如クニ爲ス者ニ非サレハ敢テ本條ヲ適用ス可キ者ニアラス佛國ニ於テハ成規以外ノ高利貸ヲ罰スルノ規則アリト雖モ其所爲數回ニ及ヒタル者ニ非サレハ未タ以テ罪ヲ成ヌ者トセス是レ學者ノ常用スル慣行犯ノ例ナリトス

我刑法違警罪中ニ於テハ慣行犯ト云フヘキモノ尙之アル  
ヲ見ル例ヘハ第四百二十九條第七項制止ヲ肯セスシテ路  
上ニ遊戯ヲ爲シ行人ノ妨害ヲ爲スノ所爲又其第十一項道  
路ニ於テ放歌高聲ヲ發シテ制止ヲ肯セサルノ所爲ノ如キ  
是レナリ蓋シ制止前ニ係ル妨害又ハ發聲アリ其後ニ係ル  
妨害又ハ發聲アリ即チ二回以上ノ所爲アリテ始メテ犯罪  
ト爲ルヘケレハナリ

要スルニ單行犯ハ一回ノ所爲ニ因リ犯罪成立スト雖ヒ慣  
行犯ハ數回ノ所爲アルニ非サレハ犯罪成立セス  
此差異ヨリシテ左ノ利益ヲ生ス

(一) 公訴期滿免除ノ起算ニ關シテ單行犯ハ一回ノ所爲  
終リタル時ヨリ其期限ヲ起算スト雖ヒ慣行犯ハ最終ノ

了不

所爲ノ終リタル時ヨリ之ヲ起算スヘキモトス

(二) 管轄裁判所ニ關シテ單行犯ハ一回ノ所爲ヨリ成ル  
モノナルヲ以テ其所爲ノ生シタル地ノ一箇ノ裁判所ヲ  
以テ其管轄トスルモ慣行犯ハ數回ノ所爲アリテ始メテ  
成ルモノナルヲ以テ其數回ノ所爲ノ生シタル地異ナル  
トハ其各地ノ裁判所中被告人逮捕ノ地ノ裁判所ヲ以テ  
管轄ト爲スヘキモトス

此最終ノ事ニ付キ尙之ヲ左ニ例示セン

例ヘハ官許ヲ得スシテ甲地ニ於テ一回醫術ヲ施シ轉シテ  
乙地ニ至リ再ヒ施治ヲ爲シタル者アリトセン抑甲地ニ於  
テハ只一回ノ施治ニ止マリ固ヨリ未タ犯罪ノ成立セサル  
者ニシテ其犯罪ノ成立スルハ即チ乙地ニ於テ再ヒ施治シ

タルカ爲メナレハ其逮捕ノ乙地ニ在ルキハ勿論甲地又ハ  
 丙地ニ在ルト雖モ仍ホ犯罪成立ノ地即チ乙地ノ裁判所  
 ノミヲ以テ之カ管轄ト爲ス可キニ似タリ然レモ甲地ノ施  
 治ナカリセハ乙地ノ施治ハ未タ犯罪ト爲ラサル可ク否ナ  
 第二ノ所爲ハ其効果ヲ第一ノ所爲ニ及ホシ相合シテ始テ  
 犯罪成立スル者ナルカ故ニ第一ノ所爲モ亦犯罪ノ一部ト  
 做スヘシコレ治罪法第四十一條ノ規則ト同一ニ決定スヘ  
 キ所以ナリ  
 故ニ若シ被告人丙地ニ於テ逮捕セラレタルキハ治罪法第  
 四十二條第一項ニ則リ甲乙二者ノ中最近ノ裁判所ニ之ヲ  
 送致ス可キナリ

第四<sup>五</sup> 行犯及ヒ不行犯

行犯トハ法律ノ禁止シタル所爲ヲ行ヒタルモノニシテ不  
 行犯トハ法律ノ命令シタル事柄ヲ爲サ、ルヲ云フ是レ予  
 カ第一編ニ於テ既ニ詳述シタルモノニ係ル蓋シ此區別ノ  
 利益タル法律制定及ヒ成法解釋ノ上ニ在テ存スルモノト  
 ス即チ行犯ハ概シテ故意ヲ以テ法律ノ禁止ヲ犯シタルモ  
 ノナルモ不行犯ハ概シテ怠慢ニ成ルモノタリ其情狀ノ徑  
 庭アルヤ大ナリト謂フ可シ是ヲ以テ行犯ノ刑ハ大抵不行  
 犯ノ刑ヨリ重シ我刑法ノ規定ニ依ルニ不行犯ニハ重罪ノ  
 刑ナキモ亦之レカ爲ナリ

第五<sup>六</sup> 現行犯及ヒ非現行犯

法律ハ非現行犯ヲ以テ犯罪普通ノ場合ト爲シ現行犯ヲ以  
 テ例外ニ係ル犯罪ノ場合ナリトセリ但是レ治罪ノ手續ニ



關シテ然ルノミ蓋シ現行犯ノ定義ハ治罪法第百條ニ於テ之ヲ示セリ曰ク「現行犯罪トハ現ニ行ヒ又ハ現ニ行ヒ終リタル際ニ發覺シタル罪ヲ謂フ」ト是レナリ而シテ其純然タル現行犯ニ非サルモ其犯罪ノ終局ニ甚タ接近シタルヲ以テ之ヲ現行犯ニ準シテ治罪ノ手續ヲ行フヘキモノアリ同法第百一條ニ記載シタル三箇ノ場合はナリ故ニ以上二條ニ記載シタル犯罪ヲ除クノ外皆ナ普通即チ非現行犯ナリトス但シ明治十四年第四十六號布告ヲ以テ其舉動犯人ト思料ス可キ者アルキハ當分ノ内現行犯ニ準シ處分スルヲ得ル旨ヲ定メラレタリ故ニ當今ニ於テハ仍ホ全上ノ準現行犯アリト知ル可シ

○現行犯ト非現行犯トヲ區別スルノ利益ハ左ノ如シ

- (一) 非現行犯ノ場合ニ於テ被告人ヲ逮捕センニハ必ず豫審判事ヨリ發シタル令狀若クハ命令アルヲ要スト雖ヒ現行犯ノ場合ニ於テハ何等ノ令狀又ハ命令ナクシテ直ニ犯人ヲ逮捕スルヲ得(治第百二條參看)
- (二) 非現行犯ノ場合ニ於テ被告人ヲ逮捕スルハ警察官巡查又ハ憲兵ニ非サレハ能ハスト雖ヒ現行犯ノ場合ニ於テハ是等ノ官吏ハ勿論何人ト雖ヒ直チニ之レヲ逮捕スルヲ得ルモノトス(治第百五條參看)
- (三) 非現行犯ノ場合ニ於テハ豫審判事ニ非ザレハ臨檢又ハ家宅搜索等都テ豫審ノ處分ヲ爲スヲ得スト雖ヒ現行犯ノ場合ニ於テハ檢事又ハ司法警察官ト雖ヒ是等ノ處分ヲ爲スヲ得(治第百三條第百五條參看)

(四) 現行犯ニ非サレハ罰スルヲ能ハサル犯罪アリ例ヘハ第二百六十一條財物ヲ賭シテ博奕ヲ爲シタル者ノ如シ此等ノ犯罪ハ現行犯ニ非サレハ決シテ之ヲ罰スルヲナシ

(五) 現行犯ニ非サレハ被害者ニ正當防衛ノ權アルヲナシ

○現行犯ト非現行犯トノ區別ニ因リ治罪ノ手續ヲ異ニスル理由ハ左ノ如シ

凡ソ普通ノ場合ニ於テ豫審判事ヨリ發シタル令狀若クハ命令アルニアラサレハ輒ク人ヲ逮捕スルヲ許サ、ル所以ハ或ハ誤テ無辜ノ人ヲシテ縲紲ニ苦シマシムルノ患アラシキヲ恐レテナリ然レモ其現行犯ニ係ルキハ誤テ無辜

ヲ逮捕スルノ患ナキノミナラス犯人逃亡シタルキハ却テ誤テ他ノ無辜ヲ逮捕スルノ患ヲ生スル等ノ事アルニ由ル又其檢證ニ就テノ規則ヲ異ニスルノ所以ハ一時ヲ空フスレハ一時ノ證憑ヲ失ヒ一日ヲ過レハ一日ノ證憑ヲ失フノ慮アルニ由ル

第六 國事犯及ヒ非國事犯

國事犯ノ定義ヲ明瞭ナラシメンコトハ學者ノ夙ニ難ンスル所ナリ然レモ多數ノ學者カ採擇シタル定義ニ從ヘハ國事犯トハ其犯法ノ所爲ニ因テ生スル加害ハ直接ニ社會ノ受クル所トナリ且其加害ハ重モニ社會ノ組織ニ關スルモノナリト解ヌ可キナリ故ニ國事犯ハ畢竟社會ノ組織ヲ紊亂シ政權ヲ妨害セント企圖スル者ナリト云フ可シ

所謂社會ノ組織ヲ紊亂云々トハ憲法ノ所定ヲ破壞スルヲ以テ其目的ト爲スモノナリ蓋シ憲法ハ社會ノ組織ニ關スル大則ヲ規定シ併セテ人民固有ノ權利ヲ確認スルモノタリ然レハ此憲法ヲ犯スノ所爲即チ國事犯ハ社會ノ根本ヲ擾亂スルノ所爲ナリト謂フ可シ

以上ハ國事犯ナルモノ、一般ノ解釋ニ止マルノミ

○抑、我刑法ニ於テ國事犯トハ如何ナルモノナルカ余ハ之ヲ内亂ト外患トニ關スル犯罪ナリト云フヘキノミ  
内亂トハ則チ第二百一十一條ニ規定シタル犯罪是ナリ而シテ其第二百二十三條ニ規定シタル者ハ則チ内亂ニ准シタル所爲ナリトス但シ大臣參議等凡ソ施政ノ要路ニ在ル者ヲ殺傷シタル場合ノ如キハ其目的ニ從テ或ハ國事犯トナリ又

或ハ非國事犯トナルコトアル可シ此等ハ皆十事實上ニ於テ宜ク判別スヘキモノトス

外患トハ第二百二十九條ヨリ第二百三十四條ニ至ル諸條ニ規定シタルモノニシテ即チ本國又ハ同盟國ニ抗敵シ其他本國ノ不利ヲ圖リ又ハ外國ニ對シテ私ニ戰端ヲ開キ若クハ外國交戦ノ際本國ニ於テ局外中立ヲ布告シタル時其布告ニ違背シタル等ノ所爲ヲ云フ

又國事犯ト非國事犯ト合併シタル犯罪ヲ成スコトアリ例ヘハ第二百二十八條ニ記載スル場合ノ如キ是ナリ蓋シ是等ノ場合ニ於テハ其數箇ノ犯罪中一ノ重キモノニ從テ處斷スヘキモノトス

○國事犯ト非國事犯トヲ區別スルノ利益ハ左ノ如シ

(一) 重罪ニ付キ死刑ヲ除クノ外其刑ヲ異ニス即チ國事犯ハ刑ハ流刑禁獄輕禁錮ナルモ非國事犯ノ刑ハ則チ徒刑懲役重禁錮ナリ

(二) 管轄裁判所ヲ異ニス即チ國事犯ノ重罪ハ高等法院ニ於テ裁判シ非國事犯ノ重罪ハ重罪裁判所ニ於テ裁判ス(治第八十三條第七十條十六年太政官第四十九號布告參看)

(三) 國事犯ハ輕罪ト雖モ常ニ監視ヲ付加ス非國事犯ノ輕罪ニ處セラレタル者ニハ或ハ監視ヲ付加スルコトアリ或ハ付加セサルコトアリ(第三百三十五條第三十八條參看)

○以上ノ區別アル理由ハ左ニ説明スル所ノ如シ  
一凡ソ國事犯人ハ彼ノ非國事犯人例ヘハ盜犯者ノ如ク人

ヲ害シテ己レノ財ヲ肥サント欲スル者或ハ其他一個ノ怨恨情慾ニ因テ犯法ノ所爲ヲ行フ者等ト固ヨリ同日ノ論ニアラス或ハ國威ノ不振ヲ憂ヘ或ハ施政ニ不平ヲ懷ク等ヨリ事ノ茲ニ至リタル者多キニ居レリ其行爲ハ法律ヲ犯シタルモノナルカ故ニ固ヨリ之ヲ惡ム可シト雖モ其志ハ亦タ哀ム可キ者ナキニアラス要スルニ之ヲ非國事犯人ニ比スルニ道德上ノ害輕キ者タリコレ其刑ヲ異ニスル所以ナリ  
二其管轄裁判所ヲ異ニスル所以タル凡ソ國事犯ハ世人ノ最モ注目スル所ナルノミナラス現國憲現政府ニ對シ抗敵スルモノナルカ故ニ勉テ其待遇ヲ鄭重ニシ特ニ其審判ヲ公平ナラシムルノ旨趣ニ出ツ

三輕罪ノ刑ヲ受ケタル者ニ對シテ常ニ監視ヲ付加スルノ所以ハ凡ソ國事犯人ハ最モ社會ニ對シ將來ノ危險ヲ感セシムルヲ切ナルニ由ル

第八 附帶犯及ヒ非附帶犯

附帶犯トハ數罪並起リ其數罪ノ間氣脈互ニ相通シテ牽連スルモノヲ云フ故ニ附帶犯ハ到底二箇以上ノ犯罪並起リタル場合ニ非サレハ決シテ之レアルヲナシ而シテ附帶犯ト非附帶犯トハ事實上裁判官又ハ檢察官ノ判定ニ任ス可キモノナリト雖モ治罪法第三十九條ニ於テハ其三箇ノ場合ヲ列舉セリ但シ此ハ例示ニシテ敢テ制限シタルニハ非サルナリ

第一項ニ曰ク同一ノ場所ニ於テ同時ニ一人又ハ數人ニテ

數罪ヲ犯シタル時ト此場合ニ於テハ其數罪間互ニ相牽連スルヲ固ヨリ多カルヘシ例ヘハ兇漢アリ一夜途中ニ於テ會テ恨ム所ノ人ニ逢フ直ニ縛シテ之ヲ毆打創傷シタル後尙ホ其挈フ所ノ婦ヲ強姦シタリトセン其創傷強姦ノ二罪ハ元來別箇ノ犯罪ナリト雖モ同一ノ場所ニ於テ同時ニ一人ニテ犯シタル犯罪ニシテ二者互ニ相牽連スルモノナルカ故ニ之ヲ同時ニ審判スルノ利アリコレ附帶犯ト爲ス所以ナリ  
又一人ノ兇賊男ヲ殺シテ其財ヲ奪フニ方リ偶然他ノ一人來リテ婦ヲ強姦シタリトセン手此二人ノ兇賊ハ元來通謀シタル者ニ非スト雖モ本項所謂同一ノ場所ニ於テ同時ニ數人ニテ犯シタル時ト云フニ當ルヲ以テ亦附帶犯ト爲シ

審判ス可キモノトス

第二項ニ曰ク「數人通謀シテ日時又ハ場所ヲ異ニシ數罪ヲ犯シタル時」ト例ヘハ數人内亂ヲ謀リ一人ハ甲地ニ在テ兵器金穀ヲ準備シ他ハ乙地ニ在テ兵隊ノ招集ニ盡力シタル時ノ如シ其場所日時ハ同一ナラスト雖モ思想相通シ即チ率連シタル者ナルカ故ニ亦之ヲ附帶犯ト爲スナリ

第三項ニ曰ヘル「自己又ハ他人ノ犯罪ヲ容易ニスル爲メ又ハ其罪ヲ免ル、爲メ他ノ罪ヲ犯シタル時」トハ例ヘハ一賊アリ寂寞無人ノ境ニ於テ男女二人ノ行旅ヲ認メ其女ヲ強姦セント欲シ先ツ其男ヲ殺シ而シテ後強姦ヲ遂ケタルカ如キノ類ナリ

而シテ其罪ヲ免ル、カ爲メ云々トハ例ヘハ犯罪ノ顯末ヲ目

撃シタル者或ハ告發ヲ爲シ又ハ他日證人トナリテ陳述セシムルヲ恐レ之ヲ殺害シタル等ノ類ヲ指シタル者トス又所謂其トハ獨リ自己ノ字ノミナラス他人ノ字ヲモ受ケタル者ト解ス可キヲ勿論ナリ

○附帶犯ニ付テハ非附帶犯ニ比シテ左ノ異ナル規則アリ

(一) 裁判所ノ管轄ニ付キ異ナル規則アリ即チ違警罪ハ違警罪裁判所、輕罪ハ輕罪裁判所、重罪ハ重罪裁判所ニ於テ管轄ス可キヲハ揭テ治罪法第三十八條ニ在リ是レ即チ裁判管轄ノ原則ナリトス然ルニ其附帶犯ニ係ルキハ原則上ノ管轄ニアラスト雖モ他ノ附帶ノ事件ト共ニ上等ノ裁判所之ヲ管轄スルコトアリ例ヘハ附帶シタル重輕罪ノニアル時ハ輕罪事件ニ付テモ亦上等即チ重罪裁判

所ニ於テ重罪事件ト併セテ之ヲ管轄スルカ如シ

(二) 凡ソ裁判所ニ於テハ訴ヲ受ケサル事件ニ付裁判ヲ爲ス可ラサルヲ法律上ノ大原則ナルニ其附帯犯ニ係ルルハ非除檢察官ノ起訴ナシト雖モ其發覺シタルルハ之カ審査及ヒ裁判ヲ爲スヘキモノトセリ治罪法第二百五十五條第二百七十六條第四百二條等ニ於テ此點ニ關スル規定及ヒ附帯犯ニ格別ナル規定アルヲ見ル可シ

(三) 附帯犯ナルカ爲メ尋常ノ場合ヨリ其刑ノ加重セラレ、フアリ例ヘハ刑法第三百八十一條ニ記載シタル犯罪ノ如キハ即チ強盜罪ト強姦罪トノ附帯シタルモノナリ今之ヲ分別スルルハ二罪共ニ輕懲役ニ上ルヲナシ(第三百四十八條第三百七十八條)然ルニ本條ニ於テハ此二

罪ノ附帯シタルカ爲メ無期徒刑ニ處ス可キ者トセリ是レ即チ附帯犯ニ因リ刑ノ加重セラレ、場合ナリ

此加重タル立法者カ數罪俱發例ニ照シテ處斷スルノミニテハ未タ以テ此犯人ヲ懲戒スルニ足ラスト思惟シタルニ由ルナリ

○附帯犯ヲ一箇ノ裁判所ニ合併スルノ理由ハ左ノ如シ

- (一) 有罪及無罪ノ證據蒐集ノ便アルニ由ル
- (二) 事實發見ノ利アルニ由ル
- (三) 二重ノ審査又ハ手續ヲ省クノ利アルニ由ル
- (四) 日子ト經費ヲ省クノ利アルニ由ル

夫レ如此社會及ヒ被告人ノ利益アルモ曾テ被告人ノ不便不利ヲ生スル場合アルヲナシ是レ裁判所ノ管轄ニ變例ヲ

置キタル所以ナリ

第九 普通犯及ヒ特別犯

普通犯トハ總テ此刑法ニ於テ規定シタル犯罪ヲ云フ  
此犯罪タル風俗人情若クハ開明ノ度ノ差異ニ從テ其刑ニ  
寬嚴ノ度ヲ同フセスト雖ヒ而カモ各國ノ齊シク處罰スル  
所ノモノ多キニ居ル且ツ時勢ノ風潮ニ從テ或ハ罰シ或ハ  
罰セサル等ノ變動アルヲ稀ナリトス  
特別犯トハ特別法即チ刑法以外ノ法律規則ニ違背シタル  
犯罪ヲ云フ

蓋シ特別法ハ一部又ハ一地方ノ人民或ハ或ル職業營業者  
ニ限り爲シタル禁令ニシテ元來時勢ノ需要ヲ追テ創廢セ  
ラル、規則ナルカ故ニ朝ニ令シテ夕ニ之ヲ改ムルヲ亦之

レナキニアラヌ固ヨリ夫ノ普通犯即チ刑法ノ禁令ニ於ケ  
ルカ如ク輒ク廢設又ハ變更ス可ラサルモノニハアラサル  
ナリ

例ヘハ出版新聞紙、集會郵便、電信等ノ諸條例及ヒ海關、徵兵、  
賣藥、證券印稅等ノ諸規則ハ何レモ特別規則ナリトス

此特別規則ノ事ニ關シテ重要ナル布告アリ即チ明治十四  
年第七十二號ノ布告是ナリ此布告ニ據レハ其第五條ニ於  
テ法律規則ヲ犯シタル者ニハ刑法ノ再犯加重、數罪俱發ノ  
例ヲ用ヒサルヲ示シ第七條ニ於テ拘留科料ニ處スル者  
ト雖ヒ輕罪裁判所ニ於テ裁判ス若シ其地ニ於テ輕罪裁判  
所在ヲサルハ治安裁判所ニ於テ處分ス可キ旨ヲ定メタ  
リ



特別法ト普通法ト同一ノ規則アルルル(例ヘハ第百七十八條ノ徵兵忌避者ト徵兵令第四十四條ノ徵兵忌避者トノ如シ)ハ特別法ニ從フヘシトハ抑、一般ノ原則ナリト雖、其頒布ノ前後ニハ須ク注意スル所ナカル可ラス則チ若シ特別法ノ頒布刑法頒布以前ニ在ルルハ刑法ニ從テ處斷スヘク(但シ刑法ニ正條ナク特別法ニ明文アリテ之ヲ廢止スルノ布告ナキハ特別法ニ從フ可キヲ勿論ナリ)若シ特別法ノ頒布刑法頒布以後ニ係ルルハ特別法ニ從テ處斷スヘキモノナリトス

特別法ノ普通法ニ於ケルヤ猶ホ商法ノ民法ニ於ケルカ如シ民法ニテハ或ル一部ノ人民ト營業トヲ保護スルニ足ラサルヲ以テ商法ヲ制定シテ之ヲ補充シタルモ商法ニ規定

ナキモノハ皆チ民法ノ總則ヲ適用スルヲ通則トス之ト等シシ若シ特別法ニ總則ヲ掲ケサルモノハ刑法ノ總則ニ從テ之ヲ補充ス可キヲ勿論ナリ然レハ特別法ニ於テ刑法ノ總則ニ從ハサルヲ明言シタルルル例ヘハ船稅規則、新聞紙條例等ニ於テ刑法ノ自首減輕、再犯加重、數罪俱發ノ例ヲ用ヒスト云ヘルカ如キ場合ニ於テハ其特別法ニ從フ可キヲ固ヨリ論ナキ所ナリ(第五條治第二十八條參看)

○普通犯ト特別犯トヨ區別スルノ利益ハ左ノ如シ

- (一) 普通犯ナレハ必ス刑法ノ總則ニ從フ可キモ特別犯ナレハ或ハ刑法ノ總則ニ從ハサルモノアリ
- (二) 普通犯ハ何人ト雖、其之ヲ犯スヲ得ルモ特別犯ハ或ル一部ノ人民或ル營業者等ニ非サレハ之ヲ犯スヲ能ハ

特別法中尤モ重ナルモノハ陸海軍ノ刑法ナリ而シテ普通刑法第四條ニ於テ「此刑法ハ陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ論ス可キ者ニ適用スルコトヲ得ス」ト云ヒ又治罪法第二十九條ニ於テ「此法律ハ陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ處分ス可キ者ニ適用スルコトヲ得ス」ト云ヘリ以テ普通刑法ニ依リ論スヘキ者ト陸海軍ノ刑法ニ依リ論スヘキ者トヲ區別シタルヲ知ルヘシ而シテ此第四條ニ比照シテ講述ス可キハ第九十六條ナリト雖モ此ハ再犯加重ノ所ニ於テスルヲ便利ナリト思惟スルヲ以テ姑ク之ヲ次編ノ講義ニ讓ル可シ(陸軍刑法第四十五條海軍刑法第四十二條參看)

陸海軍ニ關スル犯罪ハ軍人軍屬ニ非サル者モ之ヲ犯スコト

アリ即チ陸軍刑法第十二條第十三條海軍刑法第三條第四條ニ於テ云々ノ罪ヲ犯ス者ハ軍人ニ非スト雖モ軍人ト同ク論スル旨ヲ明揭スルニ依テ知ル可シ

軍人ト雖モ亦常律ヲ犯スコトナキニアラス其普通刑法ノ禁令ヲ犯シタル所爲即チ是レナリ

○軍事犯ト常事犯トヲ區別スルノ利益ハ一ハ陸海軍ノ法術ニ於テ審判シ一ハ司法法術ニ於テ審判スルノ別アルコレナリ

又我刑法ハ第二編以下ニ於テ犯罪ヲ公益ニ關スル罪身體財産ニ關スル罪違警罪ノ三類ニ大別シタリ是レ皆ナ犯罪ノ性質又ハ種類ニ據テ類聚シタルモノナリ

元來講義ノ順序ヲ以テスレハ予ハ尙本編ニ於テ數罪俱發

數人共犯ノ事ニ論及セサル可ラスト雖此二者ハ專ラ刑ノ適用上ニ關係スルモノナルカ故ニ今便宜ニ依テ之ヲ第三編即チ刑罰論ノ後ニ讓ルヲトナシタリ

第三編 刑罰論

第一章 刑罰ニ希望スヘキ性質ヲ論ス

○刑罰トハ社會カ司法官ヲシテ犯法者ニ對シ科セシムル所ノ苦痛ヲ云フ其苦痛ハ則犯法者ニ取テハ社會ノ秩序安寧ヲ保維センカ爲メニ制定セル法律ニ違犯シタルノ結果ナリ今之ヲ換言スレハ苦痛ヨリ成ル所ノ刑罰ハ犯罪アルカ爲メニ始メテ科セラル、モノニシテ即チ刑罰ト犯罪トハ因果ノ關係ヲ有スルモノト謂フ可キナリ  
苦痛トハ何ソ他ナシ人類ノ尤モ貴重シ尤モ好愛スルモノ、全部若クハ一部ヲ失フニ因リ生スル所ノ感覺ヲ云フ蓋シ權利ト自由トハ人ノ尤モ貴重スル所ナリ故ニ人之ヲ失ヘハ必ス心裏ニ其苦痛ヲ感スル者ナリ生命ト財産トハ人

人尤モ好愛スル所ナリ故ニ人之ヲ失ヘハ亦必ス其心裏ニ  
苦痛ヲ感セサルヲ得ス而シテ此苦痛ハ即チ所謂刑罰ナリト  
ス依此觀之凡ソ刑罰ハ通常人ノ貴重シ好愛スル所ノモノ  
ヲ剝奪シ若クハ滅殺スルニ因テ成立スルモノナルヲ知ル  
可シ

○夫レ社會カ犯罪者ニ對シテ刑罰ヲ當行スル權利ノ實ニ  
適正ナルヲハ第一編第二章ニ於テ予既ニ之ヲ講究シタリ  
然レモ苦痛即チ刑罰ヲ科スルノ目的如何ニ至テハ予カ未  
タ講究セサル所ナリ蓋シ此點ニ就テハ學者ノ論議殆ント  
一定スル所無ク或ハ刑罰ノ目的ハ犯人及ヒ他人ヲ鑑戒ス  
ルニ在リト云ヒ又或ハ單ニ犯罪人其者ヲ懲戒スルニ在リ  
ト論スル者アリ然レモ余ハ以爲テ刑罰ノ目的ハ即チ社

會刑罰權論ノ主義是ナリト故ニ予ノ說ニ從ヘハ刑罰ノ目  
的ハ即チ社會ノ秩序安寧ヲ保維センカ爲メニ必要ナル法  
律ノ効力ヲ維持スルニ在リ若夫レ刑罰ナケレハ何ヲ以テ  
カ能ク法律ノ効力ヲ維持スルヲ得ン否ナ法律ノ名アリテ  
其實無ク結局無用ノ長物タルヲ免レサラン是レ刑罰ヲ設  
テ其効力ヲ維持スルノ必要アル所以ナリ  
蓋シ論者カ刑罰ノ目的ハ犯罪者其人ヲ懲戒スルニアリト  
云ヒ又犯人及ヒ他人ヲ鑑戒スルニ在リト論スルカ如キ何  
レモ變一理ナキニアラス然レモ要スルニ皆テ目的ト性質  
トヲ同視シタルノ誤謬ニ出タルモノ、ミ何者如斯ハ畢竟  
刑罰ノ目的ニ非ヌシテ唯刑罰ニ冀望スヘキノ性質ト云フ  
可キモノナレハナリ凡ソ刑罰ニ希望ス可キ性質種々アリ

之ヲ具備シタル刑罰ニシテ始メテ善良適正ナルモノト稱  
 ス可シ然レモ國ノ東西ヲ問ハス時ノ古今ヲ論セス終ニ完  
 全無瑕ノ刑罰ヲ制定シ得タルモノアルコトナシ殊ニ夫ノ無  
 期刑ノ如キハ諸國ノ法律ニ之レアリト雖モ決シテ完全ナ  
 ルモノニアラス而シテ其刑ニ長短期ノ區別アルモノニ至テ  
 ハ稍冀望ス可キ種々ノ性質ヲ具備スルニ庶幾キ而已去レ  
 ハ立法者カ法律ヲ制定スルニ方テハ是等ノ事ニ就キ最モ  
 注意ノ周密ヲ要スルモノアル可シ

○刑罰ニ希望ス可キ性質ハ左ノ如シ

第一 他人ノ鑑戒ト爲ル可キ性質ヲ具フルヲ要ス  
 此性質ハ他ノ性質ニ比スレハ尤モ得易キモノナリ蓋シ一  
 人ノ刑ニ處セラレタル者アルヲ視レハ他人モ亦必ス自カ

ラ戒慎スル所アル可キヲ以テナリ然レモ附加刑中公權剝  
 奪ノ如キハ或ハ公權ヲ執行スルコトヲ欲セサル者アル可キ  
 ヲ以テ未タ必スシモ此等ノ人ノ鑑戒ト爲ルモノニアラス

第二 犯罪者ヲ懲戒ス可キ性質ヲ具フルヲ要ス  
 此性質ハ尤モ緊要ノ者ナリトス然レモ死刑ノ如キハ此性  
 質ヲ具フルコト能ハサルヤ明瞭ナリ既ニ其生命ヲ絶ツキハ  
 犯罪者ノ懲戒ヲ望ムモノ之ヲ得ルニ由ナケレハナリ是レ死  
 刑廢止論ノ出ル所以ナリ而シテ其他懲役禁錮ノ如キハ單ニ  
 刑ノ性質ヨリ之ヲ論スレハ何レモ此性質ヲ備フルモノナ  
 ル可シ然レモ刑罰實施ノ規則即チ監獄則ノ完全ナルモノ  
 ヲ得ルニ非サレハ懲戒ノ目的ハ或ハ却テ兇惡養成ノ結果  
 ニ變化セサルヲ保セス豈ニ復タ慎マサル可ケン哉

◎ 第三 道德ニ背反セサルヲ要ス

刑罰ハ重モニ他人ノ鑑戒ト爲リ犯罪者ヲ懲戒スルノ性質ヲ具有ス可キヲ主要トスルト雖而カモ此二者ニ專ニシテ道德ニ背反スル等ノ事決シテ之レアル可ラス奈何トナレハ道德ニ背反シタル刑罰ハ前述二者ト併立スルモノニ非スシテ却テ他ノ弊害ヲ生スルノ憂アレハナリ故ニ近時各國ノ法律ニ於テハ勤テ其道德ニ背反シタル刑罰ヲ删除スルニ至リタリト雖往時開明ノ風未ダ普カラサル當時ニ在テハ夫ノ炮烙磔殺准死公示等ノ刑アリタリ是皆道德ニ背反スルノ尤モ甚シキモノナリトス

第四 分割シ得可キ性質ヲ具フルヲ要ス  
 有期ノ體刑及ヒ罰金科料ノ如キハ何レモ長短ノ期多寡ノ

數アリテ之ヲ分割シ得可キハ故ニ犯罪情狀ノ輕重ニ應シテ之カ刑罰ヲ軒輊シ兩者ノ權衡宜キヲ得可シト雖其無期ノ刑及ヒ死刑ノ如キハ元ト分割ス可ラサル性質ヲ有スルカ故ニ犯罪ト刑罰トノ間其權衡ノ宜キヲ得ルト難シ

第五 犯罪者ノ一身ニ止ルヲ要ス

此性質ハ實ニ得難キモノナリ蓋シ何等ノ刑ト雖其影響ハ必ス間接ニ犯罪者ノ一家親屬ニ及ホヌ可キヲ以テナリ故ニ到底直接ニ他人ニ及ハサルヲ以テ先ツ満足セサルヲ得スカノ往時犯罪者ノ財産ヲ擧テ之ヲ沒收シタルカ如キハ即チ直接ニ他人ニ刑ヲ及ホシタルト甚シキモノト謂フ可シ

第六 平等ニ苦痛ヲ感セシムルノ性質アルヲ要ス

此性質ヲ具フルヲ亦甚々難シ例ヘハ罰金ノ如キ貧者ニ對  
スル十圓ノ罰金ハ富者カ百圓ノ罰金ヲ科セラレタルニ比  
シテ更ニ一層嚴ナルヲ感スルヲアル可ク又夫ノ公權剝奪  
若クハ公示ノ刑ノ如キハ人々決ソ同一ノ苦痛ヲ感セス何  
トナレハ人々榮辱毀譽ヲ感スルヲ同シカラサレハナリ然  
レモ刑ニ長短多寡ノ差等アルモノニ至テハ幾分カ此性質  
ヲ有スルヲ得可シ何者裁判官ニ於テ犯罪者ノ地位又ハ貧  
富ニ因テ其刑ヲ輕重スルヲ得可ケレハナリ

第七 取消スヲ得可キ性質アルヲ要ス  
取消スヲ得可ラサルモノハ即チ死刑ナリ苟モ裁判官ノ  
錯誤ニ因リ宣告シタル死刑ヲ一旦執行シタルハ他日之  
ヲ取消サント欲スルモ死者復々生ク可ラサルヲ奈何トモ

スル能ハサレハナリ此レ死刑廢止論者ノ藉テ以テ重ヲ爲  
ス證據ナリトス

蓋シ取消シ得可キ性質アル刑ト雖モ既ニ一タヒ與ヘタル  
苦痛ヲ取消スヲハ人カノ決シテ能ハサル所ナリ故ニ所謂  
取消トハ既往ニ遡テ其苦痛ヲ取消スノ謂ニ非スシテ唯之  
ヲ將來ニ取消スヲ謂ヘルモノタルヲ知ル可シ

第八 執行後其痕跡ヲ遺存セサルノ性質アルヲ要ス

執行後其痕跡ヲ遺存スルノ刑ハ現時之ヲ見スト雖モ往時  
ニ在テハ或ハ手足ニ烙印シ面部ニ黔印スルノ刑アリ而シ  
テ其痕跡ハ永久消滅セサル者多ク元來刑餘ノ人ハ社會カ  
之ト共ニ齒スルヲ欲セサルヲ以テ其生計ニ苦シミ終ニ再  
ヒ罪ヲ犯スニ至ルノ事情ナキニアラス况ヤ所刑ノ痕跡ヲ

遺存スル者ニ於テヲヤ是レ立法者ノ宜ク注意ス可キ所ナリ

第二章 刑罰及ヒ其處分ヲ論ス

第一款 主刑ヲ論ス

第一節 重罪ノ主刑

○重罪ノ主刑ハ第七條ニ列記セリ即チ左ノ如シ

- 一 死刑
- 二 無期徒刑
- 三 有期徒刑
- 四 無期流刑
- 五 有期流刑
- 六 重懲役
- 七 輕懲役
- 八 重禁獄
- 九 輕禁獄

右死刑以下輕禁獄ニ至ルマテノ刑名タル併テ重罪ノ刑ニ付キ其輕重ノ順序ヲ示シタルモノナリ

第一項 死刑

死刑ハ重罪ノ主刑中第一ニ位シ常事犯及國事犯ニ適用ス可ク人ノ生命ニ關スル最上ノ無期刑ナレトモ又期滿免除ヲ得可キ刑ナリ佛國ニ於テハ既ニ國事犯ニ關シテ死刑ヲ廢シタルヲ以テ獨リ常事犯ニ對シテノミ適用ス可キノ刑トハ爲レリ

○歐洲若干ノ國ニ於テハ死刑ヲ廢シタルモ日本及ヒ佛國ニ於テハ之ヲ刑法中ニ記載セリ蓋シ死刑ヲ廢スルノ可否ハ第十八世紀以來ノ一大問題ニ係ル然レモ社會ノ現況ニ就テ之ヲ視ルモ未タ遽ニ廢ス可ラサルノ事情ナキニアラス

死刑廢ス可シトノ論者ハ則チ曰ク抑生命ハ天ノ賦與スル所ニシテ社會ノ與フル所ニ非ス故ニ又社會ハ其生命ヲ奪



フノ權ナシト然レモ若シ生命ハ社會ノ與フル所ニ非サル  
 カ故ニ社會ハ之ヲ奪フノ權ナシト云ハ、自由モ亦社會ノ  
 與フル所ニアラサルカ故ニ社會ハ之ヲ奪フノ權ナシト謂  
 ハサルヲ得ヌ苟モ斯ノ如クナレハ社會ハ遂ニ刑罰權ヲ實  
 行スルヲ得サルニ至ラン豈復タ危カラヌヤ  
 死刑ハ必スシモ實行セサルモ之ヲ刑法上ニ記載スルト否  
 トハ大ニ其結果ヲ異ニスヘシ譬ヘハ民法ニ民事上ノ禁錮  
 ヲ記載シタルカ如シ必スシモ實行セサルモ人民ハ之ヲ見  
 テ寒心竊ニ自ラ戒ムル所アリ以テ負債ノ辨濟ヲ爲スニ汲  
 ヲタルモノアル可シ死刑モ亦然リ之ヲ刑法ニ記載スルモ  
 ハ之ヲ屢實行セスト雖モ凡ソ罪ヲ犯サント欲スル者モ其  
 刑ノ或ハ己レニ適用執行セララル、トアルヘキヲ恐レ惡事

ヲ爲サ、ル可ク或ハ之ヲ爲スモ中途ニシテ自ラ斷念スル  
 者亦必ス多カル可キナリ  
 之ヲ要スルニ猛惡ノ所爲ニ對シテ酷刑ヲ用フルハ宛カモ  
 難症ニ對シテ劇藥ヲ投スルカ如ク事ノ素ト當然ニ出テ且  
 ツ必要ニ應スルモノト云フ可シ然レモ社會ノ風俗漸ク醇  
 良ニ趨クニ從ヒ無期徒刑ヲ以テ死刑ニ代フルモ人民ノ無期  
 刑ヲ感スル一猶ホ現時ノ死刑ヲ感スルカ如ク切ナルニ至  
 ラハ之ヲ廢スル固ヨリ可ナリ否ナ必ス廢セサル可ラサル  
 ナリ予ハ只現時ニ在テ死刑ノ廢ス可ラサルヲ信スル者ナ  
 ルノミ但シ死刑ヲ實行スレハトテ決シテ無益ノ苦楚ヲ犯  
 人ニ與ヘサルヲ要ス譬ヘハ夫ノ肢體ヲ截斷シ死屍ヲ暴示  
 スルカ如キハ翹ニ正理ト人情ニ背戾スルノミナラス偶以

テ殘忍刻薄ノ習俗ヲ養成スルノ具タルニ足ランノミ  
○夫レ死刑ノ現時ニ廢ス可ラサルコトハ前既ニ説ケルカ如  
シ然リト雖モ現今ノ人民ハ彼ノ往時ノ蠻民ニ同シカラス  
文物風俗ト共ニ既ニ開明ノ化ニ灌ム須ラク漸次死刑ノ數  
ヲ減セサル可ラヌ且ツ死刑ハ荷モ一旦之ヲ實行スレハ復  
タ回復ス可ラサル者ナルカ故ニ其裁判及執行等ノ手續ハ  
勉テ之ヲ鄭重ニセサル可ラス

○死刑ノ執行方ニ二アリ曰ク斬首曰ク絞首是ナリ(但シ陸海  
軍律ニ於テハ銃殺ノ法アリ)而シテ各國其方ヲ一ニセヌ或ハ  
斬ヲ採ルモノアリ或ハ絞ヲ用フルモノアリ然レモ二者ノ  
中孰レヲカ擇マント云ハ、寧ロ絞首ヲ採ランノミ蓋シ斬  
首ハ身首其處ヲ異ニシ人ヲシテ慘憺忍ヒサルノ感ヲ生セ

シメ受刑者ノ兇賊タルヲ忘レ却テ法律ノ苛酷ヲ恨ムカ如  
キノ感情ヲ生セシムルコト必スシモ之ナキヲ保セサレハナ  
リ此等ノ理由アルカ故ニ我刑法ハ其第十二條ニ於テ死刑  
ハ絞首スルコト定メタリ

凡ソ刑ノ言渡確定シタル時ハ直ニ之ヲ執行スルヲ原則ト  
ナス是レ治罪法第四百六十一條ニ掲記スル所ナリ然レモ  
死刑ノ者タル既ニ講述シタルカ如ク人ノ生命ヲ剝奪スル  
最大無上ノ刑罰ナルカ故ニ苟モ輕舉速斷ノ事アル可ラス  
去レハ此刑ヲ執行スルニ方リテハ諸多ノ手續法式ヲ要ス  
治罪法第四百六十條ニ依レハ曰ク「死刑ノ言渡確定シタル  
時ハ檢察官ヨリ速ニ訴訟書類ヲ司法卿ニ差出ヌ可シ」司法  
卿ヨリ死刑ヲ執行ス可キノ命令アリタル時ハ三日内ニ其

執行ヲ爲ス可シト是レ即チ刑罰執行ノ原則ニ對スル例外ナリトス

右ノ法式又ハ手續ヲ要スル所以タル一ニ人ノ生命ヲ重スルノ趣旨ニ出ラサルハ莫シ而シテ司法卿ハ檢察官ヨリ差出シタル書類ヲ檢閲シ其特赦ヲ與フ可キ情狀アル者ハ何時ニテモ特赦ヲ上奏スルコトヲ得又特赦ハ檢察官監獄長即チ典獄ヨリモ之ヲ申立ルコトヲ得可シ(治第四百七十七條第四百七十八條)

司法卿書類ヲ檢閲シ特赦ヲ上奏ス可キ情狀ナキ時又ハ檢察官監獄長ヨリ爲シタル特赦ノ申立棄却セラレタル時ハ司法卿ニ於テハ死刑ヲ執行ス可キノ命令ヲ爲ス可ク又此命令アリタル時ハ其言渡ヲ爲シタル裁判所ノ檢察官ハ三

日内ニ執行ヲ指揮シテ之ヲ爲サシメサルヘカラス死刑ノ宣告ヲ受ケタル者其執行ニ至ルマテノ間ハ何時ニテモ獄司ノ許可ヲ得テ親族故舊ニ接見スルヲ得コレ刑法附則第七條ニ明記スル所ニシテ畢竟罪ヲ惡テ其人ヲ惡マサルノ趣旨ニ出ツルモノト云フ可シ

死刑ノ執行ハ公行ス可キ乎將タ密行ス可キ乎佛國其他ノ諸國ニ於テモ往昔ハ公然之ヲ執行シタルヲ以テ其之レアル毎ニ遠近ノ老幼先ヲ爭テ廢集傍觀セリ蓋シ當時之ヲ公行セル趣旨タル死刑ハ尤モ人ノ鑑戒ト爲ル可キ性質アルカ故ニ苟モ一タヒ之ヲ目撃シタル者ハ必ス深ク自ラ省ル所アリテ其惡ヲ悛メ善ニ遷ルノ効アリトスルニ在リシナリ然レモ其結果ハ殆ント豫想ノ外ニ出テ其兇奸ノ徒之ヲ

視レハ更ニ殘忍刻薄ノ培養ト爲ルニ過キヌ善良ノ人之ヲ  
 視レハ却テ殺伐ノ氣象ヲ生出スルニ足ル而已此ノ弊害ア  
 ルカ故ニ各國大概其執行ヲ隱密ニセリ縱令ヒ刑法ニハ之  
 ヲ公行スルトノ一ヲ記載スル國ト雖モ其實之ヲ密行スル  
 モノ多シ我刑法ハ獄内ニ於テ之ヲ行フモノト定メタリ  
 死刑執行ニ立會フ可キ官吏ハ檢察官書記及ヒ典獄ナリ(附  
 則第一條)

死刑ハ或日ニ於テ執行スルヲ禁ス即チ大祀令節國祭ノ  
 日(例ヘハ元始祭祀元節新嘗祭等ノ當日)ニ於テ之ヲ執行ス  
 ル一ヲ得ス是レ朝野ノ俱ニ歡喜ヲ表ス可キ日ナルニ拘ラ  
 ス死刑ヲ執行シテ其親屬故舊ノ悲歎ヲ顧ミサルカ如キハ  
 寧ロ人情ニ背戾スルモノナルニ由ル(第十四條及附則第四

條參看)

死刑ノ執行ハ午前第十時前トス蓋シ十時前ハ人ノ精神尤  
 モ靜肅ニシテ且ツ先非ヲ悟リ法律ヲ畏ムコトナキ等ノ理由  
 アルニ由ル邪(監獄則第三十二條附則第一條末段)

死刑執行後ノ手續ハ刑法附則第三條及ヒ監獄則第三十三  
 條ニ於テ規定シタリ宜ク就テ見ル可シ

上來講説シタル如ク死刑ハ之ヲ公行セスト雖モ而カモ他  
 人ノ鑑戒ト爲ルカ爲メニハ他ノ方法ヲ用フルトセリ即  
 チ死刑ヲ執行シタル時ハ犯人ノ屬籍氏名年齢職業住所及  
 ヒ其罪狀刑名ヲ記載シテ之ヲ其刑ヲ宣告シタル裁判所ノ  
 門前犯罪ノ地犯人住居ノ地ノ三ヶ所ニ榜示公告スルモノ  
 トス(附則第八條)又其遺骸ハ死相ヲ檢シタル後尙ホ二分時