

自身詐欺ノ計策ナル文字ノ中ニ包含セラル、モノナレハナリトアリテ慕氏ハ贈與又ハ約束ノ如キ詐欺ノ要素ヲ含マサル惡手段モ亦詐欺又ハ惡意ノ計策即チ偽計ナリト爲セルト(ロ)第二百七十條及ヒ其母法タル佛國刑法第四百十四條所謂「Manœuvre frauduleuse」(詐欺又ハ惡意ノ計策)ナル文字ニ對スル牙勞氏ノ說明(同氏佛國刑法論第五卷第四二五號)ニ「詐欺又ハ惡意ノ計策」トハ極メテ漠然タル文字ニシテ妄ニ擴張セハ極メテ平穩ナル同盟罷工ヲモ尙ホ之ヲ罰スルコトヲ得ヘシト雖モ千八百六十四年ノ法律(舊刑法第四百十四條)ヲ現行刑法第四百十四條ノ法文ニ改正シタル法律(原案理由書)ニ「詐欺又ハ惡意ノ計策」ト爲ルヘキモノト否トヲ例示セリ曰ク或ル工業主カ他ノ競争者ヲ倒サンカ爲メ其職工ヲ買収シテ一時ニ罷工セシメ又ハ同盟罷工ノ首謀者カ其反抗ヲ成功セシメンカ爲メ事實ヲ虛構シ何等ノ計畫ヲモ爲サ、ルコトヲ知リナカラ雇主ハ何々ノ計畫ヲ爲セリト譏誣シ詐チ隣市ニ於ケル同盟ノ成功ヲ揚言スルカ如キハ詐欺又ハ惡意ノ計策ナリト以テ其意義ノ在ル所ヲ知ルヘキナリトアルト同時ニ第二百六十八條ニ

相當スル佛國刑法第四百十二條所謂贈與及ヒ約束ニ對スル同氏ノ說明ニ此目的ト此結果トヲ有スルモノニシテ法律ノ罰スル詐欺又ハ惡意ノ計策ハ偏ニ贈與及ヒ約束ノミナリトアリテ偽計ニ相當スヘキ草按「Manuvres frauduleuses menaces」ナル文字ハ必スシモ詐欺ノ要素ヲ包含シタル行爲ノミナラス贈與又ハ約束ノ如キ單純ナル惡手段ヲモ包含スルモノタルト(二)威カトハ本條所謂偽計威力ナル熟語カ第二百七十條ノ母法タル佛國刑法第四百十四條ノ「暴行脅迫詐欺」ノ計策(故箕作博士ノ翻譯ニハ暴行脅迫偽計トアリ)ニ相當スルモノニシテ法律カ詐欺又ハ惡意ノ計策ヨリ暴行ニ至ルマテノ手段ヲ網羅シタルニ依テ之ヲ觀レハ其所謂「menaces」(脅迫)ハ極メテ輕キ脅迫即チ權力ノ濫用ヲモ含ムモノナリトスルコト佛國一般ノ解釋ニシテ最モ適當ト認ムルト同時ニ暴行脅迫ナル熟語アルニモ拘ハラステニ威力ナル文字ヲ擇ヒタルハ輕キ脅迫ヲモ含マシムルノ精神ナリト認ムルコトヲ得ヘキト

乙 理論上ヨリ之ヲ案スルニ物品ノ賣買又ハ農工業ノ阻害セラル、ハ夫ノ

餓饉等ノ喜フヘカラサルト一般假令自然ノ結果トシテ發生スルモ決シテ喜フヘキニ非ス唯ソレ自身犯罪タラサルハ平穩ナル手段ニ依ルモノ隨テ經濟上自然ノ現象ト見做スヘキモノナルカ故ノミ荷モ或不正ナル手段ヲ用ヒ強テ之ヲ發生セシメタル者アランカ法ハ決シテ不問ニ付スヘキノ理由ナキトニ依テ之ヲ觀レハ茲ニ所謂偽計威力トハ詐欺ノ計策又ハ暴行及ヒ重キ脅迫ノミニ止マラス賄賂其他ノ方法ヲ以テスル諸般ノ惡策乃至輕キ脅迫若クハ權力ノ濫用等ヲモ包含スルモノト確信ス

(二)偽計又ハ威力ヲ手段トシタルコトヲ要スルカ故ニ夫ノ凶年ニ際シ物品ヲ賣買セハ人民塗炭ニ陥ラント云ヒ單ニ賣主又ハ買主ニ利害ヲ説キテ其賣買ヲ中止セシメタルカ如キ特別ノ奸策ヲ施サ、ル平穩ノモノハ之ヲ包含セサルハ勿論假令偽計威力ヲ用ユルモ之ヲ手段トシタルコト即チ偽計威力ト賣買ノ妨害トノ間ニ原因結果ノ關係アルニ非スンハ罪ヲ構成セサルモノトス

(注意) 本要素ノ説明ハ第二百六十八條乃至第二百七十一條所謂偽計威力ニ共通ノモノナルカ故ニ右數條ノ解釋ニ付テモ亦之ヲ應用スルコトヲ要ス

第二ノ要素 妨害ノ目的ハ物品ノ賣買タルコト

一、物品 物品トハ廣ク有形物ヲ意味スルカ如キモイ一般ノ用語ニ於テ物品トハ動產物ノミヲ指スノ語タルト(ロ)本條ニ相當スル佛文第一草按第二百九十八條第一項ニ米其他一般ノ需用ニ缺ク可カラサル食料、油薪、建築ノ材木云々第二項ニ本條ニ記載セサル其他ノ商品云々トアルニ依テ之ヲ見レハ商品即チ普通商業上賣買取引ノ目的トスル動產物即チ貨物ヲ指シ公債、株券、諸般ノ債權等無形ノモノハ勿論有形物ト雖モ不動産ノ如キハ此中ニ入ラス但次條糶賣入札ニ付テハ廣ク諸般ノ物ノ糶賣入札ヲ保護スルト同時ニ本條保護ノ目的ハ次條ヨリモ或點ニ於テ廣キ行為タル賣買タルニモ拘ハラス之ヲ貨物ノ賣買ニ限リタルハ果シテ何ノ意カ? 昔時ハ兎ニ角現今ニ於テハ株券ノ如キ取引ノ目的物トシテ最モ重要ナルモノタリ畢竟立法者ハ商業上賣買ノ目的物ハ貨物ニ限ルト云フカ如キ古キ思想ニ羈束セラレシニ非スヤ?

二、賣買 賣買トアルカ故ニ單ニ民法上ノ賣買ノミヲ意味スルカ如キモイ

立法ノ精神ヨリスレハ獨リ之ヲ賣買ニ限ルノ理由ナキノミナラス(草案)ニハ現ニ荷揚荷卸運轉又ハ賣買トアルニ依テ之ヲ觀レハ茲ニ所謂賣買トハ廣ク賣買其他ノ商取引ヲ意味スルモノトス

三、物品ノ賣買ヲ妨害ノ目的トシタルコトヲ要ス、本條ハ物品ノ商取引ヲ保護スルガ爲メニ規定セラレタルモノナルカ故ニ或物品ノ賣買ト云フコトニ關セシテ單ニ或一人又ハ數人ノ營業ヲ妨害スル者ハ前述ノ如ク本條ノ關スル所ニ非ス

第三ノ要素 賣買ヲ妨害シタル結果アルコト 法律ハ妨害シタルモノトアリテ結果ノ生シタルコトヲ要ス故ニ偽計又ハ威力ニ依テ一時若クハ永久ニ賣買ヲ阻害セラレタル事實ナキ場合例ヘハ賣主又ハ買主ニ於テ一時偽計ノ爲メ盡感セラレ又ハ威力ノ爲メニ其意思ヲ左右セラレタルモ敢テ其賣買ヲ終了シタルトキハ單ニ未遂犯タルニ止マリ而シテ未遂犯ハ法律之ヲ罰セザルカ故ニ無罪タリ但賣買ハ一ノ行爲ニシテ一部分ノ阻害モ亦賣買其モノ、阻害ナルカ故ニ罪ヲ構成スヘキコト論ヲ俟タス

第四ノ要素 賣買ヲ妨害スルノ意思アルコト 本罪ハ夫ノ郵便妨害罪ト同シク賣買妨害ノ結果ハ必スシモ之ヲ希望スルコト無クシテ生シ得ヘク又犯人ニ於テモ妨害ト爲ルヘキコトヲ知ラサルニモ拘ハラズ敢テ妨害ノ結果ヲ生スヘキ行爲ヲ爲スコトアリト雖モ本條ノ性質法律ハ特ニ此意思アルコトヲ要スルカ故ニ夫ノ單ニ商人ト爭鬪ヲ爲シ依テ負傷セシメタル結果遂ニ其賣買ヲ妨害シタルカ如キ場合ハ別罪ヲ構成スルハ格別本罪ヲ構成スルノ限ニ在ラス

乙 處分 法律ハ穀類其他衆人ノ需用ニ缺クヘカラサル食用物即チ米麥醬油等一般人民ノ生活ニ缺クヘカラサル必要ノ食用物ニ關スルト其他ノ物即チ食用物以外ノ必需品乃至有用品、資澤品ニ關スルトヲ區別シ前者ニ係ルトキハ一月以上六月以下ノ重禁錮及ヒ三圓以上三十圓以下ノ罰金ニ處シ後者ニ係ルトキハ一等ヲ減ス 人或ハ法文所謂「以外」トハ食用物ニノミニ係ルノ語ニシテ食用物以外ニ於テ衆人ノ需用ニ缺クヘカラサル物品例ヘハ薪炭、材木、綿布等ノ如キ必要物ヲ云フト

論スル者アリト雖モ是レ大ナル誤謬ナリ蓋シ法文前項ニ記載シタル以外ノ物  
品トハ文法上獨リ食用物ニノミ係ルト解スルヲ得サルノミナラス現ニ本條ニ  
相當スル佛文第一章按第二百九十八條第二項ニハ前項ニ記載シタル以外ノ凡  
テノ商品トアリテ佛文第二章按第二百九十八條ノ理由中六一九號茲ニハ諸種  
ノ商品ヲ區別シ第一級ハ衆人ニ必要ナルモノト思料セラレタル商品第二級ハ  
其他單ニ衆人ニ有用ナル商品トセリ蓋シ第一級ノ物ニ對スル害惡ハ第二級ニ  
對スルヨリモ嚴重ニ處斷セサル可カラサレハナリ云々之ニ反シ第二級ハ其他  
ノ商品即チ金屬乃至織物器械等ノ贅澤品ヲモ包含ストアリテ確定法文カ之ヲ  
排除シタルノ痕跡毫モ見ル可キモノ無ケレハナリ

終ニ臨ミ一言注意スヘキモノアリ本罪ハ脅迫ヲ以テ行ハル、コトヲ得ヘキモ  
ノニシテ脅迫ハ第三百二十六條以下ノ條件ヲ具備スルトキハソレ自身罪ヲ構  
成シ其目的ノ如何ハ之ヲ問ハサルモノナルカ故ニ茲ニ掲クル所ノ目的ヲ以テ  
脅迫スルモ其脅迫カ第三百二十六條ノ條件ヲ具備シタルトキハ則チ該條ニ入  
ル可キモノニシテ本罪ヲ構成セス隨テ脅迫カ本罪ノ手段タルカ爲メニハ該條

ノ條件ヲ具備セサル場合タルヲ要スルコト是ナリ

第二欸 糶賣又ハ入札ヲ妨害シタル罪

本罪構成ノ要素ハ下ノ四トス(一)妨害ノ手段ハ偽計又ハ威力ナルコト(二)妨害ノ  
目的ハ糶賣又ハ入札ナルコト(三)糶賣又ハ入札ヲ妨害シタル結果アルコト(四)糶  
賣又ハ入札ヲ妨害スルノ意思アルコト是ナリ

第一ノ要素 妨害ノ手段ハ偽計又ハ威力ナルコト 偽計威力ノ何物タルコト  
偽計又ハ威力ト糶賣又ハ入札ノ妨害トノ間ニ於テ原因結果ノ連絡ナカルヘ  
カラサルコト等ハ已ニ之ヲ詳説シタルカ故ニ之ヲ贅セス茲ニハ單ニ其適用  
ノ一例ヲ示スニ止ムヘシ偽計ハ奸策ニシテ贈與又ハ約束ヲ含ミ威力ハ權力  
ノ濫用ヲ含ムカ故ニ例ヘハ糶賣又ハ入札セント欲スル者ニ贈與又ハ利益ヲ  
與フルノ約束ヲ爲シ又ハ權力ヲ濫用シ糶賣又ハ入札ニ關係セハ出入ヲ禁ス  
ヘシト宣言シ以テ糶賣又ハ入札ニ關係セシメサリシ者モ亦本罪ノ犯人タル  
ヘシ

然ラハ糶賣又ハ入札ニ關セントスル者後日一人ノ得タル利益ヲ分配セント

ノ約束ヲ以テ私ニ相團結シテ入札又ハ糶賣ニ關與シタルトキハ本條所謂偽計ヲ以テ糶賣又ハ入札ヲ妨害シタルモノニ相當スヘキヤ佛國ノ牙勞氏等ハ各自獨立シテ爲スヘキ自由ノ糶賣入札ヲ妨害シタルモノナルカ故ニ本罪ヲ成スヘシト主張セリト雖モ余ハ自由ナル糶賣又ハ入札ヲ假面ノ下ニ於テ不正ノ利益ヲ壟斷シタルモノナルカ故ニ詐欺取財ヲ構成スト思料ス

第二ノ要素 妨害ノ目的ハ糶賣又ハ入札ナルコト

一 糶賣トハ最モ高キ價ヲ以テ買ハント申込ミタル者ニ賣渡ス事ヲ入札トハ最モ低キ價ヲ以テ賣ラント申込ミタル者ヨリ買入ル、コトヲ云フ二者共ニ法律ハ其目的物ノ何物タルコトヲ限定セサルカ故ニ動不動産ノ物權債權等ノ賣買取引ハ勿論供給契約作業又ハ工事請負契約等諸般ノ契約ニ關スル競争入札ハ廣キ意味ニ於テ云フモ亦本罪ノ目的タルコトヲ得ル  
二 前條ハ廣ク物品其モノ、賣買ヲ妨害スルコトヲ目的トシタル行爲ヲ罰シタルモノニシテ賣買取引ヨリハ寧ロ物品ニ重キヲ置キテ觀察スヘク本罪ハ糶賣又ハ入札ト云フ一種ノ取引其モノヲ妨害スルコトヲ目的トシタル行爲ヲ罰シタルモノニシテ目的物ヨリハ寧ロ糶賣又ハ入札ト云フ事實ニ重キヲ置キテ觀察スヘシ故ニ或賣買ノ事實ニ關シ本條ニ該當スヘキヤ將タ前條ニ該當スヘキヤヲ區別スルニハ偏ニ此點ニ着目スヘク假令糶賣又ハ入札ヲ妨害シタル行爲ト雖モ糶賣又ハ入札ト云フ一種ノ賣買ヲ妨ケントニ非スシテ或物品ノ賣買又ハ取引其モノヲ妨クルニ在ルトキハ前條ニ入ルヘキモノトス

三 右ノ結果ヨリシテ前條ノ行爲ハ廣ク其物品ノ賣買ト云フコトニ對スルニ非スンハ罪ヲ構成セサルモ本條ノ犯罪ハ假令一個又ハ數個ノ糶賣又ハ入札ニ對スルモノト雖モ罪ヲ構成ス蓋シ彼ハ廣ク物ノ賣買取引ト云フコトカ公ノ性質ヲ帶ヒ此ハ公衆ノ競争ニ依ル賣買取引ト云フコトカ公ノ性質ヲ帶フレハナリ

四 本罪ハ右ニ説明スルカ如ク公衆ノ競争ニ依ル賣買取引ト云フコトカ已ニ公ノ性質ヲ帶フルモノタルト同時ニ法律ハ糶賣又ハ入札ノ官府又ハ公ノ團體ニ屬スルコトヲ要セサルカ故ニ一私人ニ屬スルモノト雖モ罪ヲ構

第三ノ要素 糶賣又ハ入札ヲ妨害シタル結果アルコト 前條已ニ説明シタル所ニ係リ別ニ説明セス唯結果ヲ生セスシテ未遂タルトキハ法律之ヲ罰セサルカ故ニ無罪タルト同時ニ若シ第三百二十六條ニ記載シタル脅迫ニ依テ行ハレタルトキハ既遂ト未遂トニ論ナク直ニ該條ニ依リ處斷スヘキモノタルコトヲ注意スヘキノミ

第四ノ要素 糶賣又ハ入札ヲ妨害スルノ意思アルコト 亦説明シタル所ニ依リ茲ニ贅セス唯妨害スル意思ハ糶賣又ハ入札ト云フ一種ノ取引其モノニ關スヘキコトヲ忘却セサルヲ要ス

處分ハ十五日以上三月以下ノ重禁錮及二圓以上二十圓以下ノ罰金タリ亦説明ヲ要セス

## 第二節 農工業ノ妨害ニ關スル罪

第二百六十九條ハ農工業其モノニ關シ第二百七十條第二百七十一條ハ農工業

ノ雇賃及ヒ景況ニ關シ共ニ農工業ノ妨害ニ關スルカ故ニ余ハ亦本節ノ表題ヲ以テ之ヲ併括セリ

### 第一款 農工業ヲ妨害スル罪

本罪ハ第二百六十九條ノ規定ニ係リ別ニ説明スヘキモノ無シ唯タ左ノ數點ヲ注意スルニ止ム可シ

- 一 前二條特ニ第二百六十七條ハ廣ク或一種又ハ數種ノ物品ノ賣買取引ヲ妨害シ以テ公益ヲ害スル罪ヲ規定シタルモノナルカ故ニ之レト對向スル本條モ亦例ヘハ自己ノ農工業ヲ繁盛ナラシメンカ爲メ自己ノ農工業ト衝突スル他ノ種類ノ農工業ヲ妨害シ以テ公益ヲ害スル類ノ罪ヲ規定シタルモノニシテ夫ノ一人又ハ數人ノ農工業ヲ妨害スル所爲ヲ包含セス
- 二 第二百七十條及ヒ第二百七十一條モ亦其結果ハ農工業ヲ妨害スルニ至ルヘキモノナリト雖モ彼ハ犯人終局ノ目的カ農工業其モノ、妨害ニ在ラスシテ雇賃ヲ増減シ又ハ農工業ノ景況ヲ變セントスルニ在ルヲ以テ彼ト此トハ犯人終局ノ目的如何ニ依テ區別スヘキナリ

## 第二款 雇賃ヲ増減セシメ又ハ農工業ノ景況

## ヲ變セシメントスル罪

第二百七十條第二百七十一條共ニ雇賃ヲ増減セシメ又ハ農工業ノ景況ヲ變セシメンカ爲メニスルノ要素ヲ通有セルカ故ニ余ハ之ヲ併括シ命スルニ本款ノ表題ヲ以テモリ

此二條ハ佛國刑法第四百十四條乃至第四百十六條ニ淵源シ最モ沿革ニ當ルモノナルカ故ニ余ハ本規定ノ精神ヲ明ナラシメンカ爲メ先ツ佛國ニ於ケル沿革ヲ叙述シ次ニ各條ノ説明ニ移ラン

沿革 昔時佛國ニ於テハ職業組合ナル制度アリテ同一ノ職業ニ從事スル者ハ皆同一ノ組合ニ入り各團結ヲ組織スルコトヲ要セシカ故ニ當時ニ於テハ職工同盟ハ法律ノ制定スル所ニシテ其レ自身正當ノモノタリシカ千七百九十一年三月ノ法律ヲ以テ全ク之ヲ解放セシヨリ茲ニ雇賃ヲ減少スルノ目的ヲ以テ雇人ニ對シ雇主カ互ニ相同盟罷工スルノ行爲ヲ犯罪ト認ムルノ必要ヲ生シ共和十七年第七月ノ法律第六條ヲ以テ始メテ之ニ關スル規定ヲ設ケ千八百十年刑

法制定ノ時ニ及ヒ第四百十四條ヲ以テ之ヲ繼承スルト同時ニ第四百十五條ヲ以テ雇賃ヲ増加セシメンカ爲メ雇主ニ對シ雇人カ互ニ相同盟スル行爲ヲ罰スルノ規定ヲ追加シ以テ彼此ノ權衡ヲ圖レリ然レトモ雇主ニ關スル第四百十四條ノ規定ハ不正ニ又ハ權力ヲ濫用シ強テ雇賃ヲ減セシメントシタル場合ニ非サレハ罪ヲ構成セサルニ拘ハラズ雇人ニ關スル第四百十五條ハ其目的ノ正否ヲ問ハス勞働ヲ中止シ又ハ勞働ヲ中止スルカ爲メ單ニ同盟シタルノミヲ以テ直ニ罪ヲ構成シ尙ホ權衡ヲ失スル所アリシヨリ千八百四十九年十二月法律ヲ以テ雇主ニ關スル規定中不正又ハ權力ヲ濫用シテノ文字ヲ刪除シ以テ其權衡ヲ全フセリ

然ルニ其後單ニ雇賃ヲ増減セシメンカ爲メニ同盟罷工スルハ恰モ商人カ相當ノ價格ニ非サレハ物品ヲ賣買セサルト一般純然タル經濟上ノ必要ニ出テ毫モ農工業ノ自由ヲ妨害スルモノニ非ス否ナ之ヲ罰スルコソ却テ農工業ノ自由ヲ妨害スルモノナレ從テ同盟罷工其モノト眞ニ所謂農工業ノ妨害トハ全ク分別シテ觀察スルヲ要ストノ思想ヲ生シ遂ニ千八百六十四年五月ノ法律ヲ以テ同盟其

モノヲ罰シタル舊第四百十四條乃至第四百十六條ノ規定ヲ改正シテ第四百十四條何人ト雖トモ雇賃ヲ増減シ又ハ工業若クハ勞働ノ自由ヲ妨害スル爲メ暴行脅迫又ハ偽計ヲ以テ同盟罷工ヲ誘發シ持續シ又ハ誘發若クハ持續センコトヲ圖リタル者ハ云々第四百十五條若シ豫メ共謀シテ前條ノ罪ヲ犯シタル者ハ云々第四百十六條雇人雇主及ヒ工業ノ企業者豫メ共謀シ罰金排斥放逐停止等ヲ宣告スルノ方法ヲ以テ工業ノ自由ヲ妨害シタルトキハ云々ト爲シ爾後暴行脅迫又ハ偽計等ニ依ルモノ隨テ工業ヲ妨害スル行爲ノミヲ罰スルコト、セリ然ルニ右示スカ如ク第四百十四條ニ於テハ暴行脅迫又ハ偽計等ニ依ルモノニ非スハ工業ヲ妨害スルモノニ非スト看做シ同盟罷工其モノハ之ヲ罰セサルニモ拘ハラヌ第四百十六條ニ於テハ單ニ豫メ共謀シタルノ事實アルノミヲ以テ之ヲ罰シ明ニ第四百十四條ノ本旨ニ反スルヨリ遂ニ千八百八十四年三月ノ法律ヲ以テ全ク第四百十六條ヲ刪除シ現今ニ於テハ單ニ第四百十四條及ヒ第四百十五條ノミヲ存スルコト、爲レリ而シテ我刑法ハ明治十四年中始メテ發布セラレ千八百八十四年ノ改正以前ニ制定セラレタルモノナルモ當時已ニ右

第四百十六條ハ學者ノ非難スル所タリシカ故ニ之ヲ學ハサリシノ結果我刑法ハ佛國現行法ノ規定ト大差ナキ規定ヲ見ルニ至リシナリ  
 結論之ヲ要スルニ佛國ニ於テ始メテ之ヲ制定シタル當時ニ於テハ其第四百十九條ニ於テ商品所有者ノ同盟貯藏物品買占ノ一種ヲ罰シタルト同一ノ思想即チ商業取引ノ極メテ幼稚ナル時代ノ思想ニ依リテ同盟罷工ハ夫レ自身農工業ノ自由ヲ妨ケ從テ公益ヲ害スト思惟シ同盟其ノモノヲ罰スルコト、セシガ現今ニ至テハ其思想全ク一變シ同盟罷工ハ農工業ノ自由ヲ表彰スルモノニシテ之ヲ罰スルハ却テ自由ヲ妨害スルモノナルカ故ニ決シテ犯罪トスヘカラス唯暴行脅迫又ハ偽計ニ依リ自由ニシテ安全ナル農工業ニ従事セル雇主又ハ雇人ヲ妨害シタル者ハミニ限リ之ヲ罰スルニ至リシモノニシテ我法規ノ精神モ亦茲ニ在ルカ故ニ此思想ヲ準則トシテ我規定ニ接セハ希クハ大過ナキヲ得ン本罪ハ下ノ要素ヲ以テ成立ス(一)犯罪ノ主体客体ハ共ニ農工業ノ雇主又ハ雇人タルコト(二)妨害ノ手段ハ偽計又ハ威力タルコト(三)妨害ノ目的ハ農工業ノ自由ニ在ルコト(四)農工業ノ自由ヲ妨害シタル結果アルコト(五)妨害ノ意思即チ遠因



ハ雇賃ヲ増減シ又ハ農工業ノ景況ヲ變スルニ在ルコト是ナリ

第一ノ要素 犯罪ノ主体及客体ハ共ニ農工業ノ雇主又ハ雇人タルコト

一 農工業ノ雇主又ハ雇人タルコトヲ要ス是レ法文ニ農工業ノ景況ヲ變セシムル爲メトアルニ依テ明ナリ故ニ商業ノ雇主又ハ雇人ノ行爲ニ關スルトキハ第二百六十七條第二百六十八條等ノ犯罪ヲ構成スルハ格別本罪ヲ構成セス

二 雇主又ハ雇人タルコトヲ要ス(一)雇主トハ賃銀ヲ拂フテ勞役者ヲ雇用スル者雇人トハ賃銀ヲ受ケテ勞役ニ從事スル者ヲ云フ(二)賃銀ヲ以テ雇ヒ又ハ雇ハル、者タルコトヲ要スルカ故ニ農工業ノ業主ト其見習徒弟トノ關係ハ茲ニ所謂雇主雇人ノ關係ニ非ス然ラハ雇主又ハ雇人ハ共ニ現在雇主又ハ雇人タル者ニ限ルヤ曰ク雇主トハ勞役者ヲ雇入レタルノ事實ニ因リ始メテ生スヘキ名稱ナルカ故ニ現在勞役者ヲ使役シツ、アル者ニアラザレハ茲ニ所謂雇主ト云フヲ得スト雖モ雇人トハ草案ニ"ouvriers(職工)トアリテ賃金ヲ受ケテ勞役ニ從事スルコトヲ生業トスル者ノ義ナルカ故ニ現在

他人ノ雇人タラサルモ當時此ノ如キ位地ニ在ル者ハ茲ニ所謂雇人タルハシト信ス

三 雇主又ハ雇人トアリテ官吏公吏ハ任命又ハ選舉ノ方式ニ依リ國家ノ政務ニ從事スル者ナルヲ以テ雇人ニ非サルト同時ニ官署モ亦雇主ニ非サルカ故ニ假令農工業ニ關スル國務ニ從事スル官吏公吏カ俸給ヲ増加シ又ハ執務時間ヲ減少センカ爲メ本條ノ如キ行爲ヲ行フモ懲戒處分ヲ受クルニ止マリ本條ノ關セサル所トス

第二ノ要素 妨害ノ手段ハ偽計又ハ威力タルコト 偽計威力ノ何タルヤハ已ニ説明セシカ故ニ單ニ之ヲ例示スルニ止ムヘシ(一)雇主カ雇人又ハ他ノ雇主ニ對シテ例ヘハ強ヒテ雇賃ヲ減少セシメンカ爲メ雇人ニ對シ雇賃ノ減少ニ應セサル者ハ何レノ雇主ニ於テモ之ヲ雇入レサル協議ヲ遂ケタリト詐言シ若クハ協議スヘシト恐喝シ又ハ他ノ雇主ニ物ヲ與ヘ又ハ同意セハ物ヲ與ヘント約束シ若クハ同意セスハ爾後爾ヲ組合ヨリ除名スヘシト脅迫シ依テ其農工業上ノ自由ヲ妨害シタルカ如キヲ云ヒ(二)雇人カ雇主又ハ他ノ雇人ニ

對シテハ右ト正反對ニシテ例ヘハ雇賃ヲ増加センカ爲メ雇主ニ對シ若シ雇賃増加ノ請求ニ應セスンハ何人モ爾ノ農工業ニ從事セサルコトヲ協議シタリト詐言シ若クハ協議スヘント脅迫シ又ハ他ノ雇人ニ物ヲ與ヘ又ハ同意セハ或利益ヲ與ヘント約束シ又ハ同意セスンハ職工組合ヨリ除名スヘント脅迫シ依テ其農工業上ノ自由ヲ妨害シタルカ如キラ云フ

第三ノ要素 妨害ノ目的ハ農工業ノ自由ニ在ルコト (一) 詳言セハ犯罪ノ手段タル偽計又ハ威力ハ(イ)雇主又ハ雇人ヲシテ雇賃ヲ増加シ又ハ減少スルニ非スンハ安全ニ農工業ニ從事スルコト能ハサルニ至ラシメ又ハ(ロ)他ノ雇主又ハ雇人ヲシテ同盟スルニ非スンハ安然ニ農工業ニ從事スルコト能ハサルニ至ラシメ以テ其自由ナル農工業ヲ妨害スルニ在ルコトヲ要ス(二)故ニ假令偽計威力ヲ用ユルモ雇賃又ハ同盟ニ關係ヲ有セス隨テ農工業ノ自由ヲ妨害スルコトヲ直接ノ目的トセサルトキハ他ノ犯罪ヲ構成スルコトアルモ本罪ヲ構成セス(三)人或ハ本罪ノ目的ハ雇賃ヲ増減シ又ハ農工業ノ景況ヲ變動セシムルニ在リト思惟スト雖モソハ犯人カ犯罪ニ依テ得ントスル目的即チ遠因

ニシテ本罪其モノ、目的ハ農工業ノ妨害ニ在ルコトナルカ故ニ混同セサルコトヲ要ス(四)此ノ如ク本罪ノ目的ハ農工業其モノ、自由ヲ害スルニ在リテ夫ノ單ニ一人ノ雇主カ一人ノ雇人ニ對シ又ハ一人ノ雇人カ他ノ一人ヲ雇人ニ對スルカ如キ行爲ハ其人一人ノ職業ヲ害シタリト云フニ止マリ廣ク農工業其モノ、自由ヲ妨害シタリト云フヲ得サルカ故ニ本罪ヲ構成セス  
第四ノ要素 農工業ヲ妨害シタル結果アルコトニ故ニ假令人ヲ欺キ又ハ害スヘキ奸策ヲ施シ又ハ人ヲシテ恐怖ノ念ヲ起サシムヘキ威力ヲ弄シタルモ對手者カ直ニ奸策ヲ看破シ又ハ威力ニ感應セサル等ニ因リテ毫モ農工業ノ自由ヲ妨害セラレザリシトキハ未遂犯タルニ止マリ而シテ本罪ノ未遂犯ハ之ヲ罰セサルカ故ニ罪ヲ構成セス  
第五ノ要素 妨害ノ意思即チ遠因ハ雇賃ヲ増減シ又ハ農工業ノ景況ヲ變セシムルニ在ルコト

(一) 景況ヲ變スルトハ何ソヤ法律之ヲ定義セサルカ故ニ其意ヲ知ル可カラスト雖モ佛文第一草案ニ「勞働ノ條件又ハ有様」トアルニ依リテ之ヲ觀レハ恐ラ

ク労働時間ヲ増減又ハ變更スルカ如キコトヲ意味スルモノト信セラルル(二)雇賃ヲ増減シ又ハ農工業ノ景況ヲ變セシメンカ爲メナルコトヲ要スルカ故ニ之ヲ缺如スルトキハ第二百六十九條ノ犯罪タルコトアルヘキモ本罪ヲ構成セズ

本罪ノ處分ニ付テハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ處シ三圓以上三十圓以下ノ罰金ヲ附加ス別ニ説明スヘキモノ無シ

終ニ立法ニ關スル意見ヲ一言セシニ同盟罷工ツレ自身ハ固ヨリ經濟上ノ必要ヨリ生スル正當ノモノタリト雖モ其結果ハ決シテ農工業ニ妨害ヲ與ヘスト云フヘカラス特ニ一般公衆ノ利便ニ關スル工業等ニ於テ然リトス故ニ之ニ關シテハ十分ナル取締法ヲ設クヘク其規定ヲ要スヘキ重ナル點ヲ摘示セハ大約左ノ如シ

- 一、農工業ノ雇主又ハ雇人ハ凡テ或一定ノ期間内ニ於テ豫告スルニ非サレハ同盟罷工スル能ハサルコト
- 二、右ノ場合ニ於テハ直チニ其事情ヲ主務官廳又ハ所轄警察署ニ具陳スヘキ

コト

三、主務官廳又ハ警察署ハ相當官吏ヲシテ事情ヲ調査セシメ可成の期間内ニ於テ其調停ヲ試み可キコト

四、公衆ノ需用ニ供スル電燈瓦斯燈給水及ヒ一般ノ交通又ハ運輸ニ關スル業務ニ從事スル雇主又ハ雇人ハ相當官廳ノ許可ヲ受クルニ非ザレハ業務ヲ廢スルヲ得サルコト

### 第三款 衆人需用物品ノ價值ヲ昂低セシムル罪

本罪ハ第二百七十二條ノ規定ニ係リ佛國刑法第四百十九條及ヒ第四百二十條ニ淵源スルモノナルカ佛國法ニ於テハ管ニ詐欺ノ手段ニ依ルモノ、ミナラス同盟ノ手段ニ依ルモノモ亦之ヲ罰スルコト、セシカ我法律ニ於テハ商人同盟ハ職業同盟ト同シク經濟上當然ノ必要ヨリ出ツルモノニシテ其レ自身罪ト爲ルヘキモノニ非サルノミナラス交通ノ自由ナル今日ニ於テハ何等ノ害惡ヲモ生セサルモノナリトノ觀念ニ因リ單ニ詐僞ノ方法ヲ用ヒタル者ノミヲ罰スルコト、セリ

本罪ハ下ノ要素ヲ以テ構成ス(一)犯罪ノ手段ハ虚偽ノ風説ヲ流布スルニ在ルコト(二)犯罪ノ目的ハ穀類其他衆人ノ需用物品ノ價值ノ昂低ニ在ルコト(三)自然ノ價值ヲ昂低セシメタル結果アルコト(四)自然ノ價值ヲ昂低セシムルノ意思アルコト是ナリ

第一ノ要素 犯罪ノ手段ハ虚偽ノ風説ヲ流布スルニ在ルコト 虚偽ノ風説ヲ流布スルトハ例ヘハ隣國ニ戦争アリ米穀ノ需用額ニ増加セシ又ハ葡萄酒ハ衛生ニ害アリト云フカ如キ虚偽ノ風説ヲ一般公衆ニ流布スルヲ云フ

第二ノ要素 犯罪ノ目的ハ穀類其他衆人ノ需用物品ノ價值ノ昂低ニ在ルコト(一)穀類其他衆人ノ需用物品ノ穀類其他トアルカ故ニ第一級ノ必要品タルコト疑ヲ容レスト雖モ第二百六十七條第一項ノ如ク食品ニ限ルノ文字ナキカ

故ニ衣食住ニ必要ナルモノハ皆本罪ノ目的タルコトヲ得例ヘハ薪炭油綿布等ニ係ルモノモ亦本罪ヲ構成スヘシ(二)價值ノ昂低ニ關スルコトヲ要スルカ

故ニ賣買等ニ關スルトキハ第二百六十七條ノ罪ヲ構成スヘキモ本罪ヲ構成セス

第三ノ要素

自然ノ價值ヲ昂低セシメタル結果アルコト (一)法文「昂低セシメタル者」トアルカ故ニ市場ニ於テ自然ニ定マルヘキ價值ヲ虚偽ニ昂低セシメタルノ事實アルコトヲ要シ假令昂低セシムルノ意思ヲ以テ虚偽ノ風説ヲ流布スルモ昂低ノ事實ナキハ未遂犯タルニ止マリ未遂犯ハ法律之ヲ罰セサルカ故ニ無罪トス(二)然レトモ物價ノ昂低ハ諸般ノ事情ニ因ルモノニシテ假令事實昂低アルモ之ヲ證明スルコト困難ナルカ故ニ本條ハ到底實際ニ之ヲ適用スルコトヲ得スト主張スルカ如キハ證據法ノ原則ヲ了解セサル者ト云ハサルヘカラス蓋シ虚偽ノ風説ヲ流布シタルノ事實ト價值ノ昂低シタル事實トヲ證明セハ檢事ハ一應犯罪ノ成立ヲ證明シタルモノニシテ其昂低カ被告ノ所爲ニ非スト云フハ寧ロ被告ノ責任ニ存スレハナリ

第四ノ要素 自然ノ價值ヲ故ラニ昂低セシムル意思アルコト 本罪ハ通常低價ヲ以テ物品ヲ買ヒ高價ヲ以テ物品ヲ賣ラント欲スル者ノ所爲ニ出ツルモノナルモ法律ハ單ニ自然ノ價值ヲ昂低セシムルノ意思アルノミヲ以テ満足スルカ故ニ遠因ノ如何ハ本罪ノ成立ニ關係ヲ有セス

本罪ノ處分ハ十圓以上百圓以下ノ罰金トス單ニ罰金ニ處スルハ必竟本條ノ犯人ハ多クハ暴利ヲ貪ラントノ慾心ニ出ツルモノナルカ故ニ之ヲ制止スルニハ罰金ト云フ反對ノ損失ヲ以テスルヲ適當ナリトシタルト罪情敢テ重カラサルトニ因ルナラン

### 第九章 官吏瀆職ノ罪

犯罪ハ官吏タル資格ヲ有スル者カ之ヲ犯スニ因リテ始メテ成立スルモノト否トアリ後者ニ付テハ官吏ノ資格ハ單ニ加重ノ情狀ヲ成スニ過キサカ故ニ一般犯罪ノ規定ニ附隨シテ其處分ヲ掲クルヲ便宜トスルモ前者ニ付テハ特ニ一章ヲ設ケ之ニ關スル諸般ノ犯罪ヲ網羅スルヲ便宜トス是レ法律カ特ニ本章ノ規定ヲ設ケタル所以トス

右ノ如ク本章規定スル所ハ官吏ト云フ資格アル者カ特ニ犯スヘキ諸般ノ犯罪ナルカ故ニ法律ハ一般人民ノ犯スヘキ普通ノ犯罪ニ對スルト同一ノ觀念ニ因リ更ニ之ヲ公益ヲ害スルモノト人民ニ對スルモノト財產ニ對スルモノトノ三

種ニ分類セリ

官吏ト云フ資格アル者カ之ヲ犯スニ因リテ始メテ成立スルカ故ニ本章ノ犯罪ハ官吏ト云フ資格アル者カ主トシテ之ヲ犯スノ事實アルニ非スンハ發生スルコト無シト雖モ之ヲ發生セシムルニ必要ナル行爲ノ或モノハ必スシモ官吏タルヲ要セス一私人ト雖モ亦之ヲ分擔シ得ヘキカ故ニ官吏ト云フ資格アル者ニ加效シテ本罪ヲ發生セシメタル一私人ハ資格ナシト雖モ總則共犯ノ原則ニ依リ本罪ノ共犯タル可シ夫ノ或一派ノ學者カ身分ニ因リテ構成スヘキ犯罪ハ身分ナキ者ニ於テ共犯タルコトヲ得スト云フカ如キハ凡ソ犯罪ヲ發生セシメタル者ハ必ス犯罪者ノ一人トシテ責任ヲ負ハサル可カラスト云フ總則共犯ノ原則ニ對シ例外ノ條文ヲ特設スルニ非スンハ不通ノ謬論タリ  
誤解ナカラシメンカ爲メ更ニ之ヲ復說センニ本章ノ犯罪等身分ニ因リテ構成スヘキ犯罪ハ身分アルニ因リテ始メテ責任ヲ生ストスルモ敢テ不可ナキカ故ニ立法論トシテハ余ハ必スシモ論者ノ說ヲ非認セス(身分ナキ共犯者ヲ他ノ特別罪ノ犯人トセシ)然レトモ刑法ノ解釋ハ必ス明文ニ據ラサル可カラサルト同

時ニ總則ニハ凡ソ犯罪ヲ發生セシメタル者ハ犯罪者ノ一人トシテ其責ヲ負ハサルヘカラストノ原則アリテ本章特ニ之ニ依ラストノ例外ナキカ故ニ強姦ニ加效シテ犯罪行為ノ一部分ヲ分擔シタル婦女モ亦共犯タル可シト云フト同一ノ論法ニ出テサルヲ得スシテ論者ノ説ハ必竟明文ニ依ラサル一片ノ臆斷ヲ前提トシタルニ過キサレモノ、ミ

又論者或ハ第六六條正犯ノ身分ニ依リ別ニ刑ヲ加重スヘキトキハ他ノ正犯從犯及教唆者ニ及ホスコトヲ得ス「トアルヲ引用シ身分ナキ者ハ加重タモ尙ホ之ヲ負ハス況ンヤ犯罪其モノ、責任オヤト論スト雖モ是レ身分アルカ故ニ犯罪ニ拘ラス特ニ負フヘキ責任ト犯罪アルカ故ニ一般ニ負フ可キ責任換言スレハ客觀的犯罪ハ同一ナルモ主觀的刑ヲ加重セラルヘキ身分アルカ故ニ特ニ負フヘキ責任ト客觀的犯罪ヲ發生セシメタルカ故ニ之ニ對應シテ負フヘキ責任トヲ混同シタルモノニシテ探ルニ足ラサル謬見タリ

官吏タルノ資格ナクシテ官吏ト爲リタル者カ本章ノ罪ヲ犯シタル場合ニ於テハ本章ノ罪人トシテ處罰スルコトヲ得ヘキヤ否ヤノ問題アリト雖モ余ハ前ニ

之ト同一ナル問題即チ資格ナキ證人ノ僞證ハ有罪ナルヤ否ノ問題ニ付キ消極論ヲ主張セシカ故ニ本問ニ於テモ亦同一ノ決定ヲ探ラント欲ス但本問ハ裁判官カ行政命令ノ實質ニ入りテ其當否ヲ審判スルコトヲ得ヘキヤ否ト云フ重大ナル特別問題ニ關スルカ故ニ尙ホ鄭重ナル研究ヲ要ス終リニ注意スヘキハ屢々説明シタル如ク明治二十三年法律第百號ニ依リ刑法上公吏ハ官吏ト同視セラル、カ故ニ公吏本章ニ該當スヘキ罪ヲ犯シタルトキハ本章ニ據テ處斷セラレヘキモノトス

### 第一節 官吏公益ヲ害スル罪

本節ハ第二百七十三條乃至第二百七十五條ノ三條ヨリ成リ(一)法律規則ヲ公布施行セス又ハ其公布施行ヲ妨害シタル罪(二)兵權ヲ以テ鎮撫スヘキ場合ニ於テ其處分ヲ爲サ、ル罪(三)規則ニ違背シテ商業ヲ爲ス罪ノ三ヲ規定セリ

#### 第一款 法律規則ヲ公布施行セス又ハ其公布施行ヲ妨害スル罪

本罪ハ例ヘハ政黨員ニシテ地方官タル者カ選舉ノ際之ニ關スル取締法ヲ公布施行ス可キニ自黨ノ運動ニ障害ヲ生スルノ虞アルヨリ故ラニ之ヲ見合ハセ又ハ或營業ニ關スル減稅ノ法律規則ヲ公布施行ス可キニ一時財政ニ困難ヲ生セシコトヲ虞カリテ之ヲ見合セタルカ如キ行爲ヲ罰スルモノナリ然レトモ斯ノ如キハ實際其例ヲ見ルコト殆ント無ク若シ之レアリトセハ疎虞懈怠ニ出ツル等僅ニ懲戒處分ニ該當スルニ過キサレヘキカ故ニ本條ハ既往將來共ニ殆ト適用セラル可キ機會ナキ條文ト云フモ敢テ過當ニ非ス

第二款 兵權ヲ以テ鎮撫ス可キ場合ニ於テ其處分ヲ爲サ、ル罪

本罪ハ明治二十六年十月勅令第六十二號地方官官制第九條明治十四年第八十二號達第二條及ヒ明治二十七年八月二十日勅令第四百十九號捕獲審檢令第三十條等ノ法律ニ對照シテ規定セル制裁ニシテ兵隊ヲ要求スル權アル官吏トハ府縣知事裁判官檢察官司法警察官等ヲ云ヒ之ヲ使用スル權アル官吏トハ師團長旅團長等ヲ云フ亦前條ト同ク故意ニ兵隊ヲ要求セス又ハ要求ニ應シタル

モ故意ニ鎮撫ノ處分ヲ爲サ、ル場合ニ於テ罪ヲ構成スルモノニシテ疎虞懈怠ニ出テタルトキハ單ニ懲戒處分ニ該リ故ナク要求ニ應セザルトキハ第七十七條ニ該ルヘシ此點ニ付キ人或ハ内亂又ハ兇徒嘯聚罪ノ犯人ト通謀シタルトキハ其共犯タル可シト云フト雖モ非ナリ單ニ情ノ重キ本罪タルヘキノミ蓋シ通謀ノ事實ハ共犯ノ行爲タリト雖モ内亂又ハ兇徒嘯聚罪列記ノ處分中之ニ該當ス可キ項目ヲ發見セザレハナリ

第三款 規則ニ違背シテ商業ヲ爲ス罪

是レ羅馬法ノ古ニ於テ已ニ其規定ヲ見ルモノニシテ近世ノ法律ハ之ヲ繼受シタルニ過キス蓋シ官吏ニシテ商業ニ從事センカ(一)商事ニ熱中シテ職務ヲ忘却シ(二)利慾ノ念ニ慣レテ清廉ノ心ヲ失ヒ不知不識ノ間ニ威嚴ヲ失墮スルノミナラス(三)甚タシキハ職務ニ因リ知り得タル秘密ヲ利用シテ不正ノ利ヲ獲得シ遂ニ商業界ノ自由競争ヲ攪亂スルニ至ルノ虞アレハナリ

商業禁止ニ關スル規則ニ付テハ明治八年四月二十三日太政官達第六十五號明治九年第六號布告國立銀行條例第二十九條明治十四年五月六日太政官達第

三十七號明治二十年七月二十九日勅令第三十九號官吏服務規律第十一條等ヲ  
參照スヘシ

本節ニ規定スル犯罪ノ處分ニ付テ第二百七十三條及ヒ第二百七十四條何レモ  
輕禁錮ニ處スルハ其性質政事犯ニ類スルモノアルカ故ニシテ第二百七十五條  
罰金ニ處スルハ利殖ノ念ヨリ生スルモノナルカ故ナリ

### 第二節 官吏人民ニ對スル罪

本節ハ第二百七十六條乃至第二百八十八條ヨリ成リ八個ノ犯罪ヲ規定セリ官  
吏威權ヲ濫用スル罪、人ノ身體財產ヲ妨害スル犯人アルニ當リ保護ノ處分ヲ爲  
サ、ルノ罪、不法ニ人ヲ逮捕又ハ監禁スル罪、囚人ヲ虐待スル罪、拷問ヲ爲ス罪、裁  
判ヲ爲サ、ル罪、賄賂ニ關スル罪、枉法ノ罪、是ナリ

#### 第一款 官吏威權ヲ濫用スル罪

本罪ハ第二百七十六條ノ規定スル所ニシテ特ニ犯罪ヲ構成スヘキ場合ハ各條  
別ニ規定アルカ故ニ條文所謂官吏ノ爲サシムヘキ權利ナキコトヲ行ハシメ又

ハ人民ノ爲スコトヲ得ヘキ權利ヲ妨害スルトハ特ニ犯罪ヲ構成セサル事項ニ  
付テ人民ノ權利ヲ蹂躪スル行爲ヲ云フ例ヘハ府縣知事カ強テ人民ヲシテ自己  
ノ出入ヲ送迎セシメ、又ハ自己ノ手荷物ヲ負荷セシメ、又ハ擅ニ道路ニ繩張ヲ爲  
シテ往來ノ自由ヲ妨害スルカ如キヲ云フ但官吏擅ニ威權ヲ用井トアルカ故ニ  
官吏タル身分ニ憑據シタルノ事實換言スレハ豫メ官吏タルノ身分ヲ知ラシメ  
依テ威權ヲ濫用シタルノ事實ナクハ罪ヲ構成セス

#### 第二款 人ノ身體財產ヲ妨害スル犯人アルニ當

##### リ保護ノ處分ヲ爲サ、ル罪

本罪ハ第二百七十七條ノ規定ニ係リ佛國刑法第百十九條ヲ修正シタルモノニ  
シテ佛國刑法及ヒ草案ニ於テハ不法監禁ニ限リシヲ凡テ身體財產ニ對スル犯  
罪ニ推シ廣ケタルナリ

法律ハ豫審判事、檢事、警察官トアリテ行政警察官ハ勿論豫審判事、檢事、司法警察  
官、警視總監、地方長官、警視、警部長、警部、憲兵將校、憲兵上等兵、島司、郡長、林務官、市町  
村長モ亦本條ノ犯人タル可キコトヲ規定スト雖モ他ノ法規トノ關係上本條ノ



適用ハ行政警察官ノミニ限ラレ豫審判事、検事、司法警察官ニハ適用スルコトヲ得ス蓋シ行政警察官ニハ明治八年三月七日太政官達第二十九號警察規則第一條及ヒ明治十四年十月二十五日内務省達乙第五十二號行政警察事務規定第一條第一項ニ於テ被害者保護ノ義務アルコトヲ規定スト雖モ豫審判事、検事、司法警察官ニ付テハ單ニ訴ヲ審理シ訴ヲ提起シ又ハ犯罪ヲ捜査スルノ職務ヲ有スルノミニシテ何レノ法條ニ於テモ此義務ヲ規定スルモノ無ケレハナリ此點ニ付キ人或ハ義務ヲ規定シタル特別ノ法條ナキカ故ニ適用ナシト云ハ、人ヲ殺ス勿レ物ヲ盜ム勿レト云フ特別ノ禁令ナクハ謀故殺、竊盜ニ關スル刑罰法ヲ無用トス可キカト嘲笑スル者アリト雖モ是レ(一)佛國ニ於テ本規定ヲ設ケタル所以ハ同國刑事訴訟法第六百十六條ニ區裁判所判事、豫審判事、検事等ハ被害者ヲ保護スヘキ職務アルコトヲ規定スルノミナラス同法第六百十七條ハ其職務ヲ執行スルニ必要ナル手續ヲモ尙ホ之ヲ規定シアルカ故ニ之ト對應セシメンカ爲メニ出テタルモノナルニモ拘ハラズ我立法者ハ全ク此等ノ規定ヲ遺忘シ單ニ本條ノミヲ規定シタルモノタルヲ知ラサルト同時ニ(二)人ヲ殺ス勿レ物ヲ

盜ム勿レト云フカ如キ一般普通ノ義務ハ一般ノ教育其他ノ習慣ニ依テ各人ノ自覺スルモノナルカ故ニ之ヲ明示スルノ要ナキモ職務ヨリ生スル義務ノ如キハ特別ノ義務ニ關シ特別ノ義務ハ特別ノ明文アルニ因テ發生スヘキモノナルカ故ニ必ス明文ヲ要スルモノタルヲ知ラサルニ出テ採ルニ足ラサル認見タリ蓋シ我豫審判事ノ如キハ佛國ノ如ク司法警察官ニ非ス純然タル裁判官即チ訴ヲ受ケサレハ受理セサルヲ原則トスルモノニシテ本罪規定スル處分ノ如キハ裁判官ノ本質ヲ滅却スルモノタルノミナラス論者ノ論法ヲ以テスレハ何故ニ豫審判事ノミ獨リ此義務アリテ一般人民ハ此義務ナキヤヲ疑ハサルヲ得サレハナリ

之ヲ要スルニ本條ハ本來立法者ノ疎漏ニ基ク跛的ノ規定ニシテ理論上豫審判事、検事、司法警察官ニハ適用スルコトヲ得サルカ故ニ刑法改正ノ期ニ臨マハ到底修正ヲ免レス

右説明シタル所ニ因リ本條ハ行政警察官ニノミ適用セラル、モノトシテ左ノ三點ヲ注意セント欲ス

一、報告ヲ受ケス自ラ知覺シタル場合ニ於テ本條規定ノ處分ヲ爲サ、ルトキハ本條ノ犯人トシテ處分スルコトヲ得ルヤ、人或ハ明ニ報告ヲ受ケテ「トアルカ故ニ報告ヲ受ケサル場合ニ於テハ假令自ラ知覺スルモ罪ヲ構成セスト云フト雖モ」(イ前ニ掲クルカ如ク我母法タル佛國ニ於テハ先ツ第一ニ職權ニ基キテ爲スヘキ場合ヲ明記スルノミナラス(ロ)本條規定スルカ如キ行政ノ處分ハ裁判事務ト異ナリ進テ之ヲ爲スヘキコトヲ原則トスルモノニシテ(明治八年三月二十日太政官達第二十七號行政警察規則第一條、明治十四年十月二十五日内務省達乙第五十二號第一條第一項)其或ハ報告ヲ受ケテ之ヲ爲スハ畢竟未タ自ラ之ヲ知り得サリシカ爲メタルニ因テ之ヲ觀レハ本條報告ヲ受ケテ「ナル文字ノ裏面ニハ當然自ラ知り得タル場合ヲ包含スルヤ論ヲ俟タス

二、警察官ハ不眠ノ職ヲ奉スルモノナリ隨テ勤務時間外又ハ賜暇中等ト雖モ報告ヲ受ケテ保護ノ處分ヲ爲サ、ルトキハ本罪ヲ構成ス可キヤ否ヤ曰ク警察官ハ不眠ノ官吏ナリト云フハ警察ノ職ヲ奉スル者カ不眠ナリト云フノ義ニ非スシテ其奉スル所ノ職務カ不眠ナリト云フノ義ナリ隨テ其職務ヲ執リ

ツ、アル間ハ不眠ノ職ヲ執ルモノナルカ故ニ食事又ハ寢臥中ト雖モ必ス保護ノ處分ヲ爲サ、ル可カラスト雖モ職務ヲ了リテ私宅ニ安居スル者又ハ賜暇中ノ者ハ不眠ノ職ノ休止中ニ在ル者ナルカ故ニ假令保護ノ處分ヲ爲サ、ルモ本條ノ罪人タルコト無シ

三、法律所謂「速ニ云々トハ屢々説明スルカ如ク一般ノ事情ニ訴ヘテ遲滯ナシト認ムヘキ時間中ノ義ニシテ畢竟各事實ニ付キ各別ノ判定ヲ要スヘキ問題トス

第三款 不法ニ人ヲ逮捕監禁スル罪

牙勞氏曰ク「人ノ自由ハ擅ニ侵害セラル、コト無シト云フ憲法上ノ保障ニ關スル法規ハ(一)不法ノ逮捕又ハ監禁ヲ豫防スヘキ規定ト(二)不法ノ逮捕又ハ監禁ヲ中止シ以テ被害者ヲ保護セシムヘキ規定ト(三)此兩者ニ對シ刑罰ヲ付スルノ規定トノ三者何レカニ屬ス可キモノトス」(牙勞氏刑法論第三卷第二八號)ト本款ハ則チ其第三種ニ屬ス

不法ニ人ヲ逮捕又ハ監禁スルノ所爲ハ一私人ノ所爲ニ係ルト官吏ノ所爲ニ係

ルトアリ同一逮捕又ハ監禁ノ所爲アルニ拘ハラス前者ハ第三百二十二條ニ後者ハ第二百七十八條以下ニ彼此二様ノ規定ヲ設ケタル所以ハ前者ハ昔時ニ在テモ已ニ罪ヲ構成スヘキ不法ノモノトセシカ後者ハ佛國千七百九十一年憲法ノ制定セラル、マテ敢テ之ヲ罪トセサルノ慣習アリシヨリ特ニ之ヲ罰スルノ趣旨ヲ明ニセンカ爲メニシタルモノニシテ畢竟沿革上ノ理由ニ出ツ

法律ハ官吏ノ行爲ニ係ル不法ノ逮捕又ハ監禁罪トシテ逮捕官吏ノ行爲ニ係ルモノト司獄官吏ノ行爲ニ係ルモノトノ二ヲ豫見セリ

甲、逮捕官吏ノ行爲ニ係ルモノ

本罪ハ第二百七十八條ニ規定セラレ之ヲ構成スルニハ三要素ヲ具備スルコトヲ要ス(一)犯罪ノ主体ハ逮捕官吏タルコト(二)程式規則ヲ遵守セサルコト(三)人ヲ逮捕シ又ハ監禁シタルコト是ナリ

一、逮捕官吏トハ或ハ之ヲ命シ或ハ命ヲ奉シテ之ヲ執行スル總テノ官吏即チ豫審判事、檢事、司法警察官、憲兵上等兵、巡查等ヲ云フ然レトモ本罪ハ逮捕官吏カ其職務ノ執行トシテ犯シタル場合ニシテ單ニ逮捕官吏タル身分アル者ノ

犯シタル行爲ヲ規定シタルモノニ非サルカ故ニ假令逮捕官吏タルノ身分ヲ有スル者ト雖モ一私人トシテ爲シタル行爲ハ普通ノ一私人ノ行爲ト同シク第三百二十二條ノ範圍ニ屬ス

二、(一)程式規則ハ許否ニ關スルモノト許サレタル場合ニ遵守スヘキ手續ニ關スルモノトノ二種アリ被告人定マリタル住所アラサル時被告人罪證ヲ湮滅シ又ハ逃亡ノ恐アルトキ等ニ非サレハ囚引狀ヲ發スルコトヲ得ス若クハ禁錮以上ノ刑ニ該ルモノト思料スルニ非サレハ勾留狀ヲ發スルコトヲ得スト云フカ如キ規定ハ前者ニ屬シ現行犯ニ非サレハ令狀ナクシテ逮捕スルコトヲ得ス被告人ヲ引致シタル後四十八時間ヲ經過シタルトキハ勾留狀ヲ發スルニ非サレハ勾留スルコトヲ得スト云フカ如キ規定ハ後者ニ屬ス(二)法律ハ「程式規則ヲ遵守セス又ハ不正ニ」トアリト雖モ遵守セサルモノハ必ス不正ニシテ不正ナルモノハ必ス遵守セサルモノナルカ故ニ二者單ニ其語ヲ改メタルニ過キス(三)然ラハ程式規則ヲ遵守セサレハ總テ有罪ナルヤ曰ク本條ハ有意犯ヲ罰シタル規定ナルカ故ニ定リタル住所アル者ヲ住所ナキ者ト思料シ

又ハ現行犯ヲ非現行犯ナリト誤信シタルカ如キ事實ノ錯誤ニ出テタル者ハ單ニ懲戒處分ノ範圍ニ屬シ本條ノ關スル所ニ非ス然レトモ法律ノ解釋ヲ誤マリ非現行犯ト雖モ或種類ノ犯罪ニ付テハ令狀ナクシテ之ヲ逮捕スル事ヲ得ヘシト信シ程式規則ニ違背シタル處分ヲ爲シタル者ハ總則ノ適用ニ依リ罪ヲ犯スノ意ナシトスルコトヲ得サルカ故ニ有罪タルヘキモノトス

三、逮捕トハ單ニ來往去就ノ自由ヲ剝奪スルノ義監禁トハ之ヲ剝奪シテ一定ノ場所ニ多少ノ時間留置スルコトヲ云フ

四、佛國ニ於テハ刑法第百十四條第二項ノ規定アルカ故ニ假令犯人ニ於テ其行爲ノ犯罪タルコトヲ知ルモ長官ノ命令ニ依リテ爲シタルモノナルトキハ其刑ヲ免除セラルヘシト雖モ我國ニテハ右ノ如キ總則ニ對スル例外ノ規定ナキカ故ニ假令長官ノ命令ニ依リ執行スルモノト雖モ長官カ罪ヲ犯スコトヲ知リナカラ其命ヲ奉シタル者ハ則チ共犯ノ一人ニシテ有罪タラサルヲ得ス(長官カ無罪ノ者ヲ有罪ナリト信シテ發シタル令狀ヲ執行スル場合トハ自ラ別問題タリ此場合ニ於テハ長官ノ權限内ニ屬スル命令ヲ執行スルモノナ

ルカ故ニ假令無罪タルコトヲ知ルモ罪ヲ構成セサルノミナラス長官ト雖モ亦或ハ懲戒ノ處分ヲ受クルコトアルニ過ギス)

乙、司獄官吏ノ行爲ニ係ルモノ  
 本罪ハ第二百七十九條ニ規定セラレ前條ト大同小異ナルカ故ニ其要點ノミヲ説明セム

一 司獄官吏 司獄官吏トハ佛文草案所謂 *Tout Gardien-chef de prison* (獄舎ノ看守首長)ニ該當スルカ故ニ監獄ヲ司典スル官吏即チ典獄又ハ之ニ代ハル可キ者ヲ云ヒ看守長又ハ看守等ヲ包含セサルカ如キモ第二百八十條ニ「前二條ニ規定シタル官吏又ハ護送者」トアリテ若シ茲ニ所謂司獄官吏ヲ以テ典獄又ハ之ニ代ハルヘキ者ノミヲ指スノ語ト解スルトキハ假令護送者ヲ以テ第四百四十八條以下所謂護送者即チ押丁ノ義トセスシテ現在護送ノ任ニ在ル者トスルモ護送セス單ニ獄舎ニ於テ看守ノ任ニ在ル看守長又ハ看守カ第二百八十條ノ罪ヲ犯シタル場合ニ於テハ適用スヘキ法條ナシト云ハサル可カラサルニ至リ尤モ屢々遭遇スヘキ場合ヲ脱漏スルコト、爲ルニ依テ之ヲ觀レハ茲

ニ所謂司獄官吏トハ獄務ニ從事スル官吏ト云フノ義ニシテ護送者即チ所謂官吏ト云フコトヲ得サル押丁以外ノ官吏即チ看守以上ノ獄吏ヲ指スモノト云ハサル可カラス(監獄則所謂六種ノ監獄中罰金ヲ禁錮ニ換ユル者又ハ拘留ニ處セラレタル者ヲ拘禁スルコトヲ得ヘキ警察署内ノ留置場ハ警察署長ノ司典スル所ナルカ故ニ其獄務ニ從事スル官吏即チ巡查以上ハ茲ニ所謂司獄官タルヘシ)

二、囚人 監獄則ニハ囚人懲治人及ヒ刑事被告人トアリテ所謂囚人トハ有罪ノ確定判決ニ依リ刑罰ノ執行ヲ受クル者ノミヲ指スト雖モ(一)第二百八十一條ハ監獄則第九條ニ對スル制裁ナルト同時ニ(二)本條ニ相當スル佛文第一章案第三百十三條ニ Prisonniers (被拘禁者)トアルカ故ニ茲ニ所謂囚人トハ法律ノ規定ニ因リ獄舎ニ拘禁セラル、者ヲ總稱シ監獄則所謂囚人ハ勿論刑事被告人懲治人別房留置人ヲモ包含スルモノトス

三、司獄官吏程式規則ヲ遵守セシテ囚人ヲ監禁スルトハ例ヘハ監獄則第六條ノ規定ニ違背シ令狀又ハ宣告書ヲ査閲セス又ハ文書ナクシテ引致セラレ

タル者ヲ入監セシメタルカ如キ場合ヲ云ヒ程式規則ヲ遵守セス囚人ヲ出獄セシムヘキノ時ニ至リ之ヲ放免セストハ監獄則第十條ノ規定ニ違背シ翌日ノ午前十時以後マテ拘禁シ置キタルカ如キ場合ヲ云フ即チ一ハ入監ニ關スル程式規則ノ違背ニ係リ一ハ出監ニ關スル程式規則ノ違背ニ係ル故ニ入監以後出監迄ノ間ニ於テ正當ニ入監シタル者ニ對スル程式規則ノ違背ハ本條ノ關スル所ニ非ス

四、前條ト同シク亦有意犯ヲ罰スル規定ナルカ故ニ過失ニ出ツルトキハ懲戒處分ノ範圍ニ屬シ法律ノ不知又ハ誤解ニ出ツルトキハ本條ノ範圍ニ屬ス本款所謂程式規則ニ付テハ刑事訴訟法監獄則其他之ニ關スル諸般ノ法規ヲ參照スルコトヲ要ス

終ニ臨ミ一ノ問題アリ官吏ト共ニ本款ノ罪ヲ犯シタル一私人ハ本款ノ罪人トシテ處斷セラルヘキヤ將タ第三百二十二條ニ依テ處斷セラルヘキヤ極メテ困難ナル問題ニシテ有力ナル反對論アルヘシト雖モ官吏ノ程式規則不遵守ト云フ特別ノ條件ヲ備ヘテ發生スル特別ノ犯罪ナルカ故ニ總論ニ於テ説明シタル

四二〇  
カ如ク官吏ト共ニ之ヲ犯シタル一私人ハ本款記載ノ各條ニ依テ處斷セラルヘキモノト信ス

處分ハ十五日以上三月以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス但監禁日數十日ヲ過クル毎ニ一等ヲ加フ

#### 第四款 囚人ヲ虐待スル罪

余ハ第二百八十條囚人ニ對シテ苛刻ノ所爲ヲ施シタル罪及ヒ第二百八十一條囚人ノ監禁ヲ解クコトヲ怠リタル罪ヲ併括シ命スルニ本款ノ罪名ヲ以テス

第一、囚人ニ對シテ苛刻ノ所爲ヲ施シタル罪

一、第二百八十條法文前二條ニ記載シタル官吏トハ逮捕官吏及ヒ司獄官ヲ云ヒ「護送者」トハ第四百四十八條以下所謂護送者即チ押丁(押送ノ丁)即チ護送者ノ義ヲ云フ

二、苛刻ノ所爲、苛刻ノ所爲トハ普通ノ慣習上忍フヘカラサル殘酷ノ所爲ヲ云ヒ如何ナル所爲カ忍フヘカラサルヤハ各事實ニ付キ諸般ノ事情ヲ斟酌シ判斷スヘキ問題トス法律ハ苛刻ノ所爲ノ一例トシテ飲食衣服ヲ屏去シタル

場合ヲ掲クト雖モ其監獄則第四十二條及ヒ第四十三條ニ許サレタル減食處分ヲ含マサルハ勿論ナリ

第二、囚人ノ監禁ヲ解クヲ怠リ因テ死傷ニ致シタル罪

一、本罪第二百八十一條ハ監獄則第九條ニ對當スルモノニシテ法律ハ風災ヲ豫見セスト雖モ所謂水火震災ハ厄災ノ重ナル者ヲ例示シタルニ過キサカ故ニ之ヲ包含スルヤ論ヲ俟タス又「官吏」トアリテ其規定廣濶ナリト雖モ典獄看守警察官等獄務ニ從事スル司獄ノ官吏タラサルヘカラサルヤ論ヲ俟タス

二、法律ハ「監禁ヲ解クコトヲ怠リ」トアリテ無意ノ場合ヲ指スカ如キモ前條苛刻ノ所爲ヲ施シ因テ囚人ヲ死ニ致シタル者ト同一ニ處斷セラル、ニ依テ之ヲ見レハ故サラニ監禁ヲ解カサリシ場合即チ有意犯ノ場合ヲ規定シタルモノタルヤ疑ヲ容レス從テ疎虞懈怠等無意ニ出テタル場合ハ懲戒處分ニ屬スルニ過キス但囚人ヲ死傷ニ致サンカ爲メ故サラニ監禁ヲ解カサリシ場合ハ不解監禁ト云フ手段ニ依テ謀故殺傷ヲ行フモノニ外ナラサルカ故ニ殺人若クハ傷人ノ各本條ニ依テ處斷スヘキハ勿論トス

第五款 拷問ヲ爲ス罪

昔者罪ヲ斷スルニ必ス自白アルコトヲ要セシカ故ニ自白ヲ求ムル必要手段トシテ法ハ被告人ヲ拷問スルコトヲ公認セシカ拷問ハ雷ニ野蠻陋醜ノ手段ナルノミナラス自白セシムルハ苦痛ヲ受クヘク苦痛ヲ受ケサラント欲セハ自白セサルヘカラスト云フカ如キ審訊ノ方法ハ被告人ノ身体ニ對スル一種ノ犯罪トスルニ至レリ是レ拷問ニ關スル第二百八十二條ノ存スル所以トス

一、被告人ニ對シ罪狀ヲ陳述セシムル爲メタルコトヲ要ス故ニ假令罪狀ヲ陳述セシムル爲メナルモ證人又ハ參考人ニ對スルモノ及ヒ被告人ニ對スルト雖モ罪狀ヲ陳述セシムルカ爲メニ非サルモノハ他罪ヲ構成スルハ格別本罪ヲ構成スルコト無シ

二、法律ハ警察官トアリテ警察官ハ行政上ノモノト司法上ノモノトアリト雖モ罪狀ヲ陳述セシムルカ爲メナルカ故ニ其所謂警察官ハ司法警察官ヲ意味シ刑事訴訟法第四十七條ニ記載スル所ノ官吏ヲ云フ

三、陵虐、清律陵虐罪四ノ條ノ註解ニ凡以非理之事加于罪囚皆謂陵虐有所侵

犯日陵有所殘害日虐陵虐所指者廣而毆傷則陵虐之甚者也トアリテ猶ホ殘虐若クハ苛刻ノ所爲ト云フカ如シ

第六款 裁判ヲ爲サル罪

裁判所ハ人民ノ之ニ據テ枉ヲ伸ヘ冤ヲ訴フル所然ルニ若シ之ニ當ルノ官吏拒ンテ訴ヲ受ケス又ハ遷延シテ之ヲ理セシムルハ民據ル所ヲ失ヒ弱ノ肉ハ強ノ食トナリ國遂ニ壞廢ニ委セン是レ本罪第二百八十三條ノ規定アル所以ナリ

一、裁判官檢察官 (一) 刑事又ハ民事ノ訴ニ係ルモノナルカ故ニ所謂裁判官ハ司法裁判官即チ判事ヲ指シ行政又ハ特許等ニ關スル評定官若クハ審判官ヲ包含セス (二) 檢察官トハ檢察事務ヲ司掌スル官吏即チ檢事又ハ其代理ヲ云ヒ司法警察官ヲ包含セス故ニ若シ此等ノ官吏訴ヲ拒ンテ其手續ヲ爲サルトキハ單ニ懲戒ノ處分ヲ受クルニ止マリ本罪ヲ構成スル事ナシ

二、受理セス又ハ審理セス (一) 受理セストハ初ヨリ拒ンテ受ケサルヲ云フヤ將タ棄却却下ノ言渡又ハ不起訴ノ處分ヲモ亦之ヲ包含スルヤ曰ク棄却却下ノ言渡又ハ不起訴ノ處分ハソレ自身他ノ言渡又ハ處分ト同シク審理ノ結果

ニシテ受理セサルモノト云フヲ得サルカ故ニ茲ニ所謂「受理セス」ノ中ニハ包含セス(故ニ若シ妄ニ此等ノ言渡又ハ處分ヲ爲シタルトキハ第二百八十七條ニ依テ處斷セラルヘキノミ)(二)審理トハ通常裁判ニ關シテノミ用非ラル、語ナルモ本條ニ於テハ檢察事務ニ付テモ亦流用セラル、カ故ニ檢事遷延シテ起訴不起訴ノ處分ヲ爲サルモノモ亦所謂審理セサルモノトス

### 第七款 賄賂ニ關スル罪

至公正ノ職ニ在テ賄賂ヲ收受スル者ハ是レ官職ヲ零賣シテ不義ノ利ヲ圖ル者當ニ社會ヲ害スルノミナラス其陋劣ヤ實ニ云フヘカラス法ノ之ヲ罰スル所以亦多辯ヲ要セス  
賄賂ハ之ヲ受クル者(即チ受働者)ト之ヲ授クル者(即チ爲働者)トノ二ヲ以テ成立ス故ニ諸般ノ立法ハ佛國ノ規定ノ如ク受働者ト爲働者トノ二面ヨリ各別ニ觀察シテ此カ規定ヲ設クルモノト我規定ノ如ク單ニ受働者ノ一面ヨリ觀察シテ此カ規定ヲ設クルモノトノ二派ニ分レ其解釋亦二派ニ分ル  
甲、受働者ト爲働者トノ二面ヨリ各別ニ規定ヲ設クルモノニ付テ

此規定ハ一方ニ受働者ノ收賄行爲ヲ一罪トスルト同時ニ他ノ一方ニ爲働者ノ贈賄行爲ヲ格別ノ一罪トスルカ故ニ爲働者受働者各自ノ行爲ハ二段ニ觀察スルコトヲ得

(天) 單獨行爲 即チ受働者カ爲働者ニ對シ利益ヲ提供スヘキコトヲ約シ又ハ促シタルモ爲働者之ニ應セサル場合又ハ爲働者之ヲ受働者ニ約シ又ハ提供シタルモ受働者之ニ應セサル場合等ニ於テハ多クノ學者ハ各自未遂犯ヲ構成スルモノトシテ格別ニ議論ナシ(然レトモ余ハ受働者ノ單獨行爲ハ收賄ヲ誘引スル豫備ノ行爲ニ過キスト信ス)

(地) 交渉行爲 即チ爲働者ト受働者カ意思ヲ共通セシメタル場合ノ行爲此場合ニ於テハ各自固有ノ罪ヲ構成スルト同時ニ他ノ教唆又ハ共同正犯タラサル可カラサルカ故ニ常ニ數罪ヲ構成スト解釋スル者ト單ニ各自固有ノ一罪ヲ構成スルニ過キスト解釋スル者トアリ數罪ヲ構成ストノ說ハ説明ヲ要セス各自固有ノ一罪ヲ構成スルニ過キスト主張スル者ハ此規定ニ於テハ立法者ハ必要上他ノ共犯タルヘキ交錯シタル行爲ヲ折半シテ各自ニ專屬セシ



メタルモノナルカ故ニ再ヒ舊態ヲ想像シテ別ニ一罪ヲ發生セシムルコトヲ許サスト説明ス(我法規ト異ナルモノナルカ故ニ深ク説明セス)

乙、受働者ノ一面ヨリ單獨ノ規定ヲ設クルモノニ付テ

此規定ハ受働者ノ行爲ノミヲ豫見スルカ故ニ爲働者ハ單ニ受働者ノ交渉行爲ノ裏面ニ存スルノミ是ニ於テ乎此規定ニ付テモ爲働者タル贈賄者ハ總則共犯ノ原則ニ依リテ罰スルコトヲ得ヘシト解釋スル者ト之ヲ否認スル者トアリ余ハ後者ニ屬ス

積極論、贈賄者ハ官吏ヲシテ收賄即チ犯罪行爲ヲ行ハシメタルモノニシテ總則教唆ノ原則ニ漏ル、所ナキノミナラス若シ之ヲ無罪トセンカ例ハ收賄シタル官吏カ贈賄者ノ請託ヲ容レ被告人ヲ陷害シテ死刑ニ處スルモ贈賄者ハ何等ノ責任ヲモ負ハサルニ至ル即チ普通人ヲ教唆シテ殺人行爲ヲ行ハシメタル者ハ殺人罪ノ正犯トシテ重刑ヲ免レサルニ拘ハラヌ官吏ヲ教唆シテ殺人行爲ヲ行ハシメタル者ハ常ニ無罪トシテ何等ノ責任ヲモ負フコト無キニ至ル人或ハ選舉法等ノ明文ニハ贈賄者ヲ罰スルノ明文アルニモ拘ハラヌ本罪ニ於テハ

之ヲ缺如スルカ故ニ無罪ナリト主張スト雖モ思ハサルノ甚シキナリ蓋シ法理上當然罪ヲ構成スヘキ者ニ對シ更ニ之ヲ罰スルコトヲ明言スルノ法條アルモ是レ唯蛇足ノミ何ソ之ニ依テ明言ナキ場合ハ之ヲ不問ニ附スルモノナリトノ論決ヲ爲ス可ケンヤ

消極論、然レトモ我輩ノ信スル所ニ依レハ賄賂トハ賍物ニ關スル罪及ヒ偽造貨幣ヲ取受(受取リタル場合ニ付テ云フ)シテ行使シタル罪等ト同シク授クル行爲ト受クル行爲ト各々要素ト爲リテ組成セラレタル一個ノ行爲換言スレハ收賄ハ其レ自身裏面ニ於テ贈賄ヲ包含シ贈賄者ト收賄者ハ各自共同シテ賄賂受授ト云フ罪ヲ發生セシメタルモノナルカ故ニ二者ヲ以テ各賄賂受授ト云フ一ノ犯罪ニ對スル不可分ノ正犯トシテ各自刑ヲ科スルノ規定ヲ設クルハ固ヨリ理論ニ適合スト雖モ論者ノ如ク二個ノ要素ヲ以テ成立シタル收賄行爲ヲ行ヒタルト共ニ不可分ノ行爲ヲ行ヒタル贈賄者ヲ以テ其教唆者ナリト云フハ眞ノ正犯ヲ指シテ教唆者ナリト云フト一般論理ヲ沒却シタルモノト謂ハサルヲ得ス、然ラハ贈賄者ハ之ヲ正犯トシテ罰スルコトヲ得ヘキカ?、曰ク右ニ説明スル

カ如ク贈賄ト收賄トハ必要的不可分ノモノナルカ故ニ各要素ニ關スル犯罪人ヲ處罰セント欲ヒハ「官吏ト私人トカ賄賂ヲ受授シタル場合ニ於テハ」ト云フカ如キ明文ヲ設クルカ若クハ各自ノ方面ヨリ觀察シタル明文ヲ設ケサル可カラスシテ他ノ類似ノ法條ニ於テハ皆此例ニ依ルニモ拘ラス(第二百三十四條其他選舉ニ關スル罰條等皆然ラサルハナシ)法文ノ規定茲ニ出テス單ニ收賄者ノ一面ノミヨリ此カ規定ヲ設クルニ因テ之ヲ見レハ收賄者ノミヲ罰スルノ法意ト解スルカ少ナクトモ法律ノ缺點トシテ贈賄者ハ之ヲ罰スルコトヲ得スト云ハサルヘカラス夫ノ論者カ若シ之ヲ無罪トセハ官吏ニ請託シテ殺人行爲ヲ行フモ尙ホ無罪タル可キカト絶叫スルカ如キハ收賄其モノト收賄ノ手段ニ依リテ教唆シタル犯罪其モノトハ全ク別個タルコトヲ了解セサル誤認ニシテ其有罪タルヤ論ヲ俟タス(但本論收賄ニ關スルモノハ夫ノ常ニ他ノ一方ニ必要的其犯アルコトヲ想像セサル姦通又ハ重婚罪ノ場合ト大ニ其趣ヲ異ニスルモノナルカ故ニ混同セサルコトヲ要ス)

要之ニ立法論トシテハ固ヨリ積極論ヲ採用スヘク消極論ハ單ニ贈賄者ニ依テ

收賄罪ノ發覺ヲ容易ナラシムト云フカ如キ薄弱ナル理由ノ存スルノミ、毫モ採用ノ價值ナシト雖モ解釋論トシテハ到底消極論ヲ主張セサルヲ得スト確信スル

官吏收賄罪ハ第二百八十四條乃至第二百八十六條及ヒ第二百八十八條ヲ以テ規定セラル余ハ之ヲ成立要素ト處分トニ分テ説明スヘシ

**第一項 官吏收賄罪ノ成立要素**

第二百八十四條以下ニ曰ク「官吏裁判官」人ノ囑託ヲ受ケ賄賂ヲ收受シ又ハ聽許シタル者」ト即チ官吏收賄罪トハ官吏職務ノ執行ニ關シ他人ノ請託ヲ容ル、ヲ條件トシテ或利益ヲ受クルコトヲ云ヒ之ヲ構成スルニハ下ノ要素ヲ具備スルコトヲ要ス(一)犯罪ノ主體ハ官吏タルコト(二)職務ノ執行ニ關スルコト(三)請託ヲ容ル、ヲ條件トシテ或利益ヲ受クルコト是ナリ

第一ノ要素、官吏タルコト 官吏ノ何タルヤハ屢述ヘシ所ナルヲ以テ茲ニ贅セス

第二ノ要素、職務ノ執行ニ關スルコト 是レ法文「民事ノ裁判ニ關シ」刑事ノ裁判ニ關シ」トアルヨリ流出スル要素ニシテ爭ナキモノトス蓋シ收賄罪ハ

單ニ官吏カ一私人ヨリ物廣ク云ヘハ利益ヲ受クルノ罪ニ非スシテ官吏カ職務ノ執行ヲ賣買スル罪換言スレハ自己ノ所信ニ依リ職務ヲ執行スルノ自由ヲ賣買スルノ罪ナレハナリ

(一)職務ニ關スルコトヲ要スルカ故ニ普通ノ交際トシテ又ハ一私人ノ資格ヲ以テセル勞力ノ報酬トシテ一私人ヨリ物ヲ受クルカ如キ毫モ職務ニ關セサルモノハ或ハ場合ニ因リテ懲戒等ノ理由ト爲ルモ本罪ヲ構成スルコト無シ  
(二)職務ノ執行ニ關スルコト即チ之ヲ執行スルノ自由ニ關スルコトヲ要スルカ故ニ假令職務ニ關スルモノト雖モ自己若クハ自己ノ屬僚ニ屬セサル職務隨テ其執行ニ關スル自由ヲ有セサル他ノ官吏ノ職務ニ關シ例ヘハ斡旋ノ勞ヲ採ルカ爲メニ一私人ヨリ利益ヲ收受シタルガ如キハ懲戒處分ノ範圍ニ屬シ本罪ノ限外タリ(三)隨テ其適用トシテ他ノ官吏ノ職務ニ關スルコトヲ知ラスシテ囑託ヲ受ケタル場合ハ不能犯即チ無罪ト爲リ自己ノ職務ニ關スルカ如ク欺瞞シテ囑託ヲ受ケタル場合ハ或ハ詐欺取財ト爲リ或ハ單ニ民事賠償ノ責任ヲ生スルコトアルノミ

然レトモ苟モ職務ノ執行ニ關センカ其行爲ニ關スルト不行爲ニ關スルト又枉法ニ關スルト不枉法ニ關スルトヲ問ハス罪ヲ構成ス(不枉法又ハ正實ニ職務ヲ執行スヘキコトヲ條件トスルハ皮相ノ見ヲ以テセハ罪ト爲ルヘキ理由ナキカ如キモ官吏ノ職務ハ其所信ニ因リテ自由ニ執行スヘク他人ノ請託ニ因リテ或ハ法ヲ枉ケ或ハ法ヲ枉ケサルコトアルヘカラサルカ故ニ古來各國ノ法律皆枉法ト不枉法トヲ問ハス)

第三ノ要素、請託ヲ容ル、ヲ條件トシテ或利益ヲ收受シ又ハ聽許シタルコト

一、請託ヲ容ル、ヲ條件トシタルコトヲ要ス、是レ法文「囑託ヲ受ケ」云々トアルヨリ生スル要素ニシテ亦爭ナキモノトス故ニ(一)假令職務ノ執行ニ關スト雖モ豫メ請託セラル、コト無ク單ニ職務ノ執行ヲ終リタル後慰勞又ハ報酬トシテ偶然一私人ヨリ贈與セラレタル物ヲ收受スルカ若クハ請託ヲ容ル、ノ意思ナクシテ利益ヲ收受シ又ハ聽許シタルトキハ或ハ懲戒處分ノ範圍ニ屬シ或ハ詐欺取財罪ヲ構成スルノミ本罪ヲ構成スルコト無シ(二)然レトモ苟モ之ヲ容ル、コトヲ條件トシタルトキハ其明示ナルト默示ナ

ルト又利益ノ授受カ執行以前ニ在ルト以後ニ在ルトヲ問ハス罪ヲ構成ス  
ヘキモノトス

- 二、利益ヲ收受シ又ハ聽許シタルコトヲ要ス 利益——法文收受シ没収シ  
又ハ其價ヲ追徴ス等ノ語アルヲ觀レハ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ利益タ  
ルハ勿論進テ有形ノ物件タルコトヲ要スルカ如キモ(イ)本罪ヲ規定シタル  
佛文第一草案第三百十九條ニ贈與物又ハ進物ヲ受ケ若クハ金錢有價物其  
他利益ノ提供又ハ申込ヲ諾約シタル者トアルト(ロ)法文「聽許」ノ語ハ金錢ニ  
見積ルコトヲ得ヘキ有形ノ物件以外ニモ適用シ得ヘキト(ハ)苟モ或利益ノ  
授受ヲ原因トシタルトキハ假令金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ有形ノ物件ニ  
依ラサルモ職務ノ執行賣買タルニ於テ毫モ異同ヲ見サルトニ依リ余ハ或  
學者ト共ニ賄賂ノ目的ハ必スシモ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ有形ノ物件  
タルコトヲ要セス單ニ利益タルノミヲ以テ十分トシ金錢ニ見積リ得ヘカ  
ラサル人ノ行爲若クハ勞力ト雖モ本罪ノ目的タルコトヲ得ヘシト確信ス
- 三、收受シ又ハ聽許シタル者トアリテ何レカ其一ヲ具備スルノミヲ以テ十

分トスルカ故ニ假令未タ何等ノ利益ヲ收受セサルモ之ヲ收受スヘキコト  
ヲ諾約シタルトキハ直ニ本罪ヲ構成ス  
收受シ又ハ聽許シタル行爲アルノミヲ以テ十分トシ依テ請託セラレタル  
コトヲ行ヒタルト否トハ犯罪ノ完成ニ影響セサルカ故ニ假令聽許シタル  
後翻然悔悟シテ其利益ヲ收受スルコトヲ中止シ若クハ之ヲ收受シタル後  
自己ノ意思又ハ意外ノ障礙ニ因リ請託セラレタル行爲ヲ遂ケサルモ常ニ  
本罪ヲ完成ス

### 第二項 官吏收賄罪ノ處分

本罪ノ處分ハ法律之ヲ主タルモノト從タルモノトニ區別セリ

#### 甲、主タル處分

主タル處分ニ付テハ裁判ニ關スルモノト否トヲ分チ

- 一、裁判事件以外ノ職務ニ關シ一般ノ官吏賄賂ヲ收受シ又ハ之ヲ聽許シタル  
トキハ一月以上一年以下ノ重禁錮及ヒ四圓以上四十圓以下ノ罰金ニ處シ因  
テ不正ノ處分ヲ爲シタルトキハ一等ヲ加フ

二、裁判事件ニ付テハ民事ニ於ケルモノト刑事ニ於ケルモノトヲ分チ

(一) 民事ノ裁判ニ關シ(イ)裁判官賄賂ヲ收受シ又ハ之ヲ聽許シタルトキハ二月以上二年以下ノ重禁錮及ヒ五圓以上五十圓以下ノ罰金ニ處シ(ロ)因テ不正ノ裁判ヲ爲シタルトキハ一等ヲ加フ

(二) 刑事ノ裁判ニ關シ(イ)裁判官檢察官警察官賄賂ヲ收受シ又ハ之ヲ聽許シタルトキハ二月以上二年以下ノ重禁錮及ヒ五圓以上五十圓以下ノ罰金ニ處シ(ロ)陷害シタルトキハ二年以上五年以下ノ重禁錮及ヒ二十圓以上二百圓以下ノ罰金ニ處シ若シ枉斷シタル所ノ刑此刑ヨリ重キトキハ第二百二十一條、第二百二十二條ノ例ニ照シテ反坐ス

法文ニハ「裁判ニ關シトアルモ佛文第一章案第三百二十條ニ「刑事々件」トアルト警察官違警罪ノ即決裁判ヲ除クノ外及檢察官ハ裁判ヲ爲スモノニ非サルトニ因テ之ヲ觀レハ此裁判ニ關シトハ訴訟ヲ裁判スルコトニ關シテノ義ニ非スシテ民事又ハ刑事ノ事件ニ關シテノ義ト解セラル隨テ民事ニ付テハ非訟事件、刑事ニ付テハ檢察官ノ起訴不起訴ノ處分又ハ司法警察官ノ犯罪搜查等ノ事務ニ關ス

ルモノト雖モ亦之ニ包含スルモノニ非サルカ暫ク疑フ存ス

乙、從タル處分

第二百八十八條ニ曰ク前數條ニ記載シタル賄賂已ニ收受シタルモノハ之ヲ沒收シ費消シタルモノハ其價ヲ追徴ス

一、收受シタル者トアルカ故ニ單ニ聽許シタルニ止マルモノハ從タル處分ノ何レニモ該當セス

二、沒收ハ一ノ刑罰ニシテ犯罪人ニ對スルモノナルカ故ニ沒收ノ目的ト爲リ得ヘキモノハ犯人ノ手ニ存スルモノヲサレ可カラス

三、費用トハ沒收スヘキ現物カ犯人ノ手ニ存セサルコトヲ意味ス故ニ例ヘハ收受シタル金、錢ヲ以テ物品ヲ購求シタルトキハ假令其物件犯人ノ手ニ存スルモ沒收ノ目的タルコトヲ得ス唯其始メ收受シタル金、錢ヲ追徴スヘキノミ

第八款 枉法ノ罪

本罪ハ各國收賄罪ニ附隨シテ規定スルモノニシテ他國ニ於テハ一般官吏ノ枉法ニ關スルモノナルモ我國ニ於テハ第二百七十八條ヲ以テ一方ニハ之ヲ裁判

官檢事警察官ニ限ルト同時ニ他ノ一方ニハ被告人ヲ曲庇陷害シタルモノニ限  
リ刑事ニ關スルコトヲ要スルカ故ニ他ノ官吏ニ關スルハ勿論假令裁判官檢事  
警察官ニ關スト雖モ刑事ニ關セサル枉法ノ行爲ハ徵戒處分ノ範圍ニ屬スルニ  
過キス

法文情ニ恠カヒ怨ヲ挾ミ云々ハ犯人ノ意思ニ關シ其證明殆ント不能ナルヘキ  
カ故ニ本條ハ單ニ理論的ノ法條タルニ止マリ實際其適用ヲ見ルコト能ハサル  
ヘシ

### 第三節 官吏財産ニ對スル罪

法律ハ本節ノ表題ノ下ニ於テ二個ノ犯罪ヲ規定セリ曰ク監守スル所ノ金穀物  
件ヲ竊取スル罪及ヒ正數外ノ金穀ヲ徵收スル罪是ナリ

#### 第一款 監守スル所ノ金穀物件ヲ竊取スル罪

本罪ハ第二百八十九條ノ規定ニ係リ下ノ要素ヲ以テ成立ス(一)犯罪ノ主体ハ官  
吏タルコト(二)犯罪ノ目的物ハ官吏自ラ監守スル所ノ金穀物件タルコト(三)竊取

ノ所爲アルコト是ナリ

第一ノ要素 犯罪ノ主体ハ官吏タルコト 官吏ノ何モノタルヤハ復説ヲ省ク

第二ノ要素 犯罪ノ目的物ハ官吏自ラ監守スル所ノ金穀物件タルコト

一、監守 唐律賊盜律ニ曰ク諸監臨主守自盜及盜所監臨財物者……云云清

律賊盜律監守自盜倉庫錢量ノ條ニ曰ク凡監臨主守自盜倉庫錢量物……云

々唐律名例律ニ曰ク諸稱監臨者統攝案驗爲監臨稱主守者躬親保典爲主守

雖職非統典臨時監守亦是云々清律名例律ニ曰ク凡稱監臨者內外諸司統攝

所屬有文案相關涉及雖非所管百姓但有事在手者即爲監臨稱主守者該管文

案吏典專主掌其事及守掌倉庫獄囚雜物之類官吏庫子斗級攢欄禁子並爲主

守○其職雖非統屬但臨時差遣管領提調者亦是監臨主守云云

佛文第一章案第三百二十四條ニ曰ク官金ヲ出納スル者國家又ハ行政官廳

ニ屬スル物件ヲ保管シ若クハ看守スル者云々ト是ニ因テ之ヲ觀レハ「監守」

ハ監臨主守ノ畧語ニシテ「監」トハ統攝ノ任ニ在ル者ニ付キ「守」ハ其監督ノ下

ニ於テ現在其事ニ當ル者ニ付テ之ヲ云ヒ共ニ職務上官ノ金穀物件ヲ出納

シ保管シ又ハ看守スルコトヲ意味ス而シテ凡ソ官吏カ職務上取扱フ所ノ金穀物件ハ皆其保管又ハ看守ノ下ニ在ルモノナルカ故ニ茲ニ所謂監守タルカ爲メニハ必スシモ特ニ出納吏又ハ保管吏若クハ看守吏タルノ名稱ヲ以テ看守スルモノタルヲ要セス苟モ長官トシテ之ヲ看守シ屬僚トシテ之ヲ取扱フ所ノ金穀物件タル以上ハ皆之ニ包含ス隨テ例ヘハ技師カ其職務上使用スル所ノ官ノ器具通信ノ事務ニ當レル者(通信事務官、通信書記、通信書記補其他之ニ關スル雇員等)カ取扱フ所ノ郵便物等ハ其監守スル所ノ物件ニシテ此等ノ官吏之ヲ私セハ本罪ヲ構成ス

二、金穀物件、金穀物件トアリテ物件ハ通常動カシ得ヘキ物ニ付テ用ユル語ナルカ故ニ本罪ノ目的タルヘキモノハ動カシ得ヘキ物タルコトヲ要ス(動カシ得ヘキ物トハ民法ノ動産ト同義ニ非ス人方ヲ以テ現實ニ移動シ得ヘキ物ノ義ナルカ故ニ山林ノ材木又ハ鑛山ノ鑛石モ亦此内ニ入ル)

職務上監守スル所ノ金穀物件タルコトヲ要スルカ故ニ單ニ職務ヲ機會トシテ竊取シタルモノハ一般ノ竊盜罪ヲ構成スルニ過キス

第三ノ要素、竊取ノ所爲アルコト、竊取トハ後ニ詳説スルカ如ク物ヲ他ノ場所ヨリ犯人ノ占有ニ入ル、コトヲ云ヒ竊取ノ目的物ハ犯人ノ手中ニ在ラサル物タルコトヲ要ス、本罪犯人ノ行爲ハ其監守スル所ノ物件ニ係レリ是レ果シテ普通所謂竊取ノ行爲ト云フ可キヤ? 曰ク凡ソ犯人ノ物ヲ占有スルノ狀態ハ二個ノ方面ヨリ觀察スルコトヲ得一ハ客觀的ヨリシ他ハ主觀的ヨリス客觀的ヨリ觀察スルトキハ自己ノ責任ヲ以テ之ヲ保有スルモ單ニ他人ノ機械トシテ之ヲ保有スルモ均シク犯人ノ占有ニ在ルモノナルカ故ニ如何ナル場合ニ於テモ犯人ハ之ニ對シテ竊取ノ行爲ヲ行フコトヲ得スト云ハサル可カラス然レトモ若シ主觀的ヨリ觀察スルトキハ質又ハ或職業上例ヘハ仕立又ハ染物職ノ如キ或勞力ヲ施スカ爲メ他人ノ物件ヲ保有スル者ハ自己ノ責任ヲ以テ之ヲ保有スルモノナルカ故ニ完全ナル占有ノ行爲アルモノニシテ其之ヲ私スルノ行爲ハ委託物ニ對スル行爲タルヘキモ其主人ノ物件ヲ保有スル商家ノ番頭又ハ丁稚ノ如キハ主人ノ責任又ハ監督ノ下ニ於テ器械的ニ之ヲ代表シテ保有スル者換言スレハ實際ノ占有者タル主人ニ其勞力ヲ貸ス

ニ過キサルモノナルカ故ニ一朝主人ノ器械タル位地ヲ脱スルノ意思ヲ發生シ其保有セル物件ヲ私シタルトキハ其勞力ヲ借りテ占有セル主人ノ占有ヨリ之ヲ自己ノ手中ニ移シタルモノニシテ竊取ノ行爲ヲ行ヒタルモノト云フヲ得ヘシ是ニ於テ乎古者本罪ヲ以テ竊盜罪ノ一種トシタル一般立法ノ主義ヲ案スルニ古代ノ立法ハ現今ノ立法ト全ク其觀察ヲ異ニシ現今ノ如ク法律ハ形式的ノモノニシテ道德ハ實質的ノモノナリト云フノ區別ヲ爲サス法律モ道德ノ一部ナリト觀察セシカ故ニ其法制ノ主義モ亦専ラ主觀的觀察ニ依リ隨テ本罪ヲ竊取ノ行爲トシタルモ亦主觀的觀察ニ基キタルモノニシテ之ヲ主觀的ニ觀察スルトキハ本罪所謂官吏ハ國家ノ機關トシテ國家ノ占有スル所ノ物件ヲ保管スルモノ換言スレハ勞力ヲ提供シテ國家ノ占有ヲ代表スルニ過キサルモノナルカ故ニ主人ノ物件ヲ保有スル商家ノ番頭又ハ丁稚ト同シク一朝國家ノ機關タルノ位置ヲ脱スルノ意思ヲ起シ其保管セル物件ヲ私シタルトキハ其勞力ニ因リテ占有セル國家ノ占有ヨリ之ヲ自己ノ手中ニ移シタルモノニシテ竊取ノ行爲ヲ爲シタルモノト云フヲ得ヘシ我法律カ之

ヲ以テ竊取ノ行爲トシタル所以亦偏ニ茲ニ基因シ他ノ客觀的ニ立法セラレタル法條ト同視スルヲ得ス隨テ茲ニ所謂竊取トハ之ヲ主觀的ニ觀察シテ物ハ占有ヲ移動シタリト認ムヘキ行爲ハ全體ヲ包含スルモノニシテ其竊ニ之ヲ着服スルノ行爲(草案所謂 [Surrender]) 竊攘之ヲ費消スルノ行爲及ヒ之ヲ携帶スル(草案所謂 [Retourner]) 横領若クハ費消等ノ行爲ハ皆茲ニ所謂竊取ノ行爲トス然レトモ之ヲ竊取ノ行爲トスルハ偏ニ主觀的觀察ニ基キタルモノナルカ故ニ竊取ノ行爲アリシヤ否ノ判斷ハ偏ニ此標準ニ據ルヘク本罪ハ竊盜ト委託物費消罪トノ混和シタルモノト云フカ如キ説明ハ杜撰ノ譏ヲ免レス(本罪ノ時効ハ竊取ノ時ヨリ起算シ費消ノトキヨリ起算セス)

本罪ハ右ノ如ク犯人ノ行爲ヲ主觀的ヨリ觀察シタル一種特別ノ犯罪ニシテ加重刑ヲ定メタルモノニ非サルカ故ニ官吏ニ加効シテ本罪ヲ犯シタルニ私人ハ當然本罪ノ共犯者ニシテ普通竊盜罪ノ犯人ニ非ス然レトモ其名稱ハ寧ロ竊盜ニ屬スヘキモノナルカ故ニ其贓物ヲ寄藏故買若クハ牙保シタル者ハ第三百九十九條ニ依ル可キモノナラン疑ヲ存ス



本罪ノ處分ハ輕懲役ニ處シ、因テ官ノ文書簿冊ヲ増減變換又ハ毀棄シタルトキハ第二百五條ノ例ニ照シテ處斷シ、輕罪ノ刑ニ處ス可キ場合ニ於テハ六月以上二年以下ノ監視ニ付ス法文、因テトハ監守盜ニ關聯シテノ義ナルヲ以テ盜ヲ行フノ前後ヲ問ハス之ニ關聯シテ官ノ文書簿冊ヲ増減變換又ハ毀棄シタルノ行為アルトキハ常ニ本條ヲ適用スヘシ、而シテ竊取行為ナルカ故ニ偽造スルコト稀ナリト雖モ之ヲ揭ケサルハ法ノ缺點タリトス

### 第二一欸 正數外ノ金穀ヲ徵收スル罪

本罪第二百九十條ハ租稅其他法律上ノ入額ヲ徵收スル行為トシテ其官吏カ法律ノ規定ニ背キ徵收スヘカラサルモノ又ハ徵收スヘキ金穀ヲ超過シタルモノヲ徵收シタル罪ニシテ昔時ニ於テハ最モ多ク行ハレタル犯罪タリシト雖モ現今ニ於テハ殆ント其實例ヲ見ルコト無シ  
租稅……徵收スル官吏カ徵收ノ行為トシテ正數注多收稅糧解面ノ條作正數ノ注即以平收者作正數トアリ以外ノ金穀ヲ徵收シタル罪ナルカ故ニ之ヲ構成スルニハ(一)犯罪ノ主體ハ租稅其他諸般ノ入額ヲ徵收スル職務ヲ有スル官吏タルコト(二)租稅其他諸般ノ入額

ヲ徵收スルノ行為トシテ徵收シタルコト(三)正數以外ノ金穀タルコトヲ知り之ヲ徵收スルノ意思アルコトノ三要素ヲ具備スルコトヲ要ス

一、犯罪ノ主體ハ租稅其他諸般ノ入額ヲ徵收スル職務ヲ有スル官吏タルト同時ニ之ヲ徵收スルノ行為トシテ徵收スルコトヲ要スルカ故ニ職務アルカ如クニ欺瞞シ又ハ法律上徵收ヲ要スヘキモノトシテ徵收シタルニ非サルトキハ詐欺取財又ハ恐喝取財等ヲ構成スルコトアルモ本罪ヲ構成セス然レトモ法律ハ租稅其他諸般ノ入額トアリテ租稅ニ限ラサルカ故ニ執達吏又ハ公證人等カ正數以外ノ手數料ヲ徵收シタルカ如キ行為モ亦本條ノ範圍ニ屬ス  
二、正數以外ノ金額ナルコトヲ知テ之ヲ徵收スルノ意思アルコトヲ要スルカ故ニ過失ニ出テタルトキハ本罪ヲ構成セス然ラハ苟モ之ヲ知テ徵收スルノ意思アルトキハ假令自ラ利スルノ意思ナク單ニ官府ニ納メ入ル、ノ目的ヲ以テスルモ尙ホ罪ヲ構成スヘキヤ曰ク本罪ノ財產ニ對スル罪ノ一トシテ監守盜ト同列ニ記載セラレタルト佛文第一章案ニ「自己ニ私スルノ目的ヲ以テ之ヲ受ケ又ハ拂ハシメタル者」トアルトニ依テ之ヲ觀レハ本問ノ如キハ寧ロ

法律ノ豫見セザル場合ニシテ消極ニ決ス可キカ如キモ他人ノ物件タルコトヲ知リ之ヲ奪取スルノ意思ヲ以テ竊取シタル者ハ初ヨリ第三者ニ贈與スルノ意思ヲ以テスルモ尙ホ且竊盜タルヲ失ハサルト一般積極ニ決スルヲ以テ論理ノ正ヲ得タルモノトセサルヲ得ス

本罪ハ二月以上四年以下ノ重禁錮及ヒ五圓以上五十圓以下ノ罰金ニ處シ六月以上二年以下ノ監視ニ付ス別ニ説明スヘキモノ無シ

### 第三編 身体財産ニ對スル重罪、輕罪

茲ニ身体財産ニ對スル重罪輕罪トアルハ佛國法ニ所謂一個人ニ對スル罪ニ相當スルモノトス蓋シ犯罪ハ常ニ國家ニ對スルモノナリト雖モ之ヲ種別スルトキハ主トシテ一個人ノ身体財産ニノミ害ヲ及ボスカ如キモノアレハナリ

#### 第一章 身体ニ對スル重罪、輕罪

身体ニ對スル罪ト云フトキハ單ニ肉体ニノミ關スルモノヲ指スカ如キモ茲ニ

所謂身体ニ對スル罪トハ獨リ人ノ生命若クハ有形ノ体驅ニ對スルモノ、ミニアラスシテ自由又ハ榮譽ニ對スル罪ヲモ包含スルモノトス

#### 第一節 殺人ノ罪

古代ニ在テハ人命ノ授受ハ生存競争ニ必要ノ事項ニシテ法律ハ敢テ之ヲ罪視セス然レトモ社會ノ少シク進歩スルニ及ヒテハ殺人ノ行爲ハ唯其被害者ヲ害スルノミナラス又併セテ常ニ共同團體ヲ害スルモノナリトノ觀念ヲ生シ茲ニ之ヲ罪トシ罰スルニ至レリ又其刑罰ニ付テモ彼埃及希臘ノ時代ヨリシテ羅馬ノ未ニ至ル迄ハ殺人行爲ヲ以テ犯罪ノ最モ重キモノト思惟シ常ニ嚴刑ヲ以テ處罰セシカ北狄ノ羅馬ニ侵入スルニ迄ヒテ從來ノ制度ヲ一變シ刑罰ハ被害者ニ對スル賠償ト化シ十二世紀ノ頃迄此風習ヲ存セリ然ルニ此時代ヨリシテ更ニ古代ノ有様ニ復歸シ嚴刑ヲ以テ殺人行爲ニ加ヘシカ千七百九十一年ノ佛國法出ツルニ及ヒ再ヒ刑罰ヲ寬ニシ殺人行爲ト雖モ必スシモ死刑ヲ以テ待タサルコト、ナリ爾後歐米各國ノ法律皆之ニ倣フニ至レリ吾現行法ノ規程亦範ヲ

此ニ採リ故殺ノ場合ニ於テハ必スシモ死刑ヲ以テ待タサルコト、セリ蓋シ我國ニ於テモ遠ク大寶令以來見サル所ノ刑罰例トス

### 第一款 殺人罪ノ成立要素

殺人トハ何ゾ曰ク他人ノ生命ヲ不正ニ破壊スルコトナリ故ニ此殺人テフ所爲ヲ構成スルニハ三個ノ要素ヲ必要トス(一)破壊セラレタル人ノ生命カ豫メ存在シタルコト(二)他人ノ死ヲ惹起シタル原因トナリタル所爲アルコト(三)犯人ニ於テ死ト云フ結果ヲ惹起セシメントノ意思アルコト是ナリ

第一 破壊セラレタル人ノ生命カ豫メ存在シタルコト 是レ殺人テフ犯罪行爲ニ付テノ目的上ノ要件ニシテ之ナクハ殺人罪ヲ構成セス乃チ既ニ死亡シタル人ニ對シテハ犯人ニ於テ人ヲ殺スノ意思アリ人ヲ殺スニ足ルノ行爲ヲナスモ尙ホ犯罪ノ未遂タモ構成セス又人ノ生命ノ存在スルコトヲ要スルカ故ニ人ニアラサル所ノ鳥獸若クハ未タ人ト言フコトヲ得サル所ノモノハ殺人罪ノ目的トナルコトヲ得サルナリ彼ノ胎兒ニ對スル犯罪ノ如キハ別ニ罰スヘキ條項アリテ存シ決シテ殺人罪ヲ規定シタル條項ノ管轄スヘキニア

ラス凡ソ人ニハ社會上若クハ自然上ニ種々ノ階級アリ隨テ被害者ノ如何ニ依リテ主觀的ニハ犯人ノ惡意ニ増減アリ客觀的ニハ社會ノ公益ヲ害スルニ輕重ノ差ヲ成ス是ニ於テ乎古代ノ法律ハ彼ノ奴隸ノ如キ階級ニ對スル行爲ハ殆ント禽獸ニ對スル行爲ト同一視シタリ但近世ノ法律ハ此ノ如キコトナク凡テ人ヲ平等ト見做シ唯其人ノ社會上若クハ自然上ノ位置如何ニヨリテ多少殺人罪其モノ、處分方法ヲ異ニスルコトアルノミ終ニ臨ミテ一言スヘシ所謂人トハ何ソ古ノ學者ハ其當時ニ行ハレタル一般ノ思想ニ迷ハサレ人ニ類シテ非ナル所ノ怪物アルヲ認メ之ニ對スル殺害行爲ハ犯罪ヲ構成スルヤ否ヤヲ論究シタルコトアレトモ近世ノ醫學ハ此ノ如キ怪物アルヲ認メス苟シクモ吾人々類男女兩性ノ結合ニヨリテ生出シタルモノハ皆之ヲ人類トス

第二 他人ノ死ヲ惹起シタル原因タルヘキ所爲アルコト 即チ死ト云フ結果ト犯人ノ行爲トカ原因結果ノ關係ヲ有スルコトヲ要ス原因結果ノ關係ト云フハ學理上ノ語ニシテ想像上ノモノニ非サルコトヲ注意スヘシ學理上ニ死

テフ結果ヲ惹起スヘキ行為アリテ其原因ヨリ死ノ結果ヲ起サ、ル場合ニハ如何ニ害惡ヲ生スヘキ行為ニシテ如何ニ惡意アルモ殺人行爲ヲ遂ケタルモノト云フ可カラス

右ニ述ヘタル如ク法律ハ學理上ニ於テ死ノ結果ヲ惹起シタルコトノ證明セラレタル行為アルノミヲ要シ又其手段ノ如何ヲ問ハサルカ故ニ如何ナル方法ニ依ルモノト雖モ常ニ犯罪構成ノ一要素ヲ形成ス換言スレハ犯人ノ行為カ有形ナルト又無形ナルト積極的ナルト消極的ナルトハ毫モ犯罪ノ成立ヲ左右セス即チ他人ノ身体ニ白刃ヲ加フルカ如キ行為ノミナラス精神ニ大苦痛ヲ感セシメ因テ死ニ致シタルモノト雖モ亦殺人行爲ヲ構成スヘシ但其深ク留意スヘキハ其行為ト死ト云フ結果トノ間ニ因果ノ關係カ證明シ得ラルヘキコト是ナリ

第三 犯人ニ於テ死ト云フ結果ヲ惹起セシムルノ意思アルコト 是レ殺人罪ニ付テノ意思ニ關スル要素ナリ凡ソ人ノ舉動ニ因テ死ナル結果ヲ生スルモ其舉動ニ意思アリテ爲スモノト意思ナキモノトアリ而シテ其舉動ニ意思ナ

キ場合ハ總則ノ所謂意思ノ自由ヲ失ヒ若クハ辨別意識ヲ失フタルモノニシテ犯罪ヲ構成セサルハ明ナリ又其意思アルモノト雖モ舉動其モノヲ知ルト同時ニ其舉動ヨリ生スル結果ヲ知ル場合ト單ニ其舉動ノミヲ知リテ之ヨリ生スル結果ヲ知ラサル場合トノ二アリ而シテ此後者ノ場合ハ別ニ毆打致死又ハ過失殺トシテ規定スル所アルヲ以テ殺人罪ノ所謂意思ナルモノハ他人ノ死ヲ惹起スヘキ行為ヲナスノ意思即チ死ヲ希望スルノ意思換言スレハ死ナル結果ヲ生スルコトヲ知ルヲ要スルナリ此意思ノ存否コソ犯罪ノ構成ニ大ナル影響アルモノナレハ常ニ細心留意スルコトヲ要ス

以上殺人罪構成ニ普通ナル要件ヲ説明セリ之ハ如何ナル殺人行爲ニモ必ス無カル可カラサル所ノ必要條件ナルヲ以テ何等ノ殺人行爲ヲ研究スルニ當リテモ先ツ此要件ヲ具備スルヤ否ヤヲ精査スヘシ尙ホ意思ト云フコト、目的ト云フコトニ付テ一言スルノ要ヲ見ル

(甲) 目的 法律ノ求ムル所ハ生命アル人ヲ目的トスルコトヲ要スルカ故ニ生命ヲ破壊セラレタル者カ苟クモ人ナル以上ハ縱令其人ハ犯人ノ殺サント欲セ

シ所ノモノニ非ルモ少シモ犯罪構成ノ條件ニ欠クル所ナシトス蓋シ犯人ノ意中ニハ錯誤アリト雖モ目的物体ノ人タルニ於テ更ニ異ナル所ナケレハナリ

(乙) 意思 苟クモ殺人ノ意思アルニ於テハ甲ヲ殺サント欲シ誤テ乙ヲ殺シタルカ如キ場合ニ於テモ人ヲ殺スノ行為ニ付テハ毫モ錯誤ナキヲ以テ其目的物体カ犯人ノ着眼シタル人タルト否トニ關セス常ニ犯罪ヲ構成ス人或ハ豫謀ハ外形ノ行為ニ依リテ知ラル、モノナレハ人ヲ誤リ又ハ胎兒ニ對シタル等ノ場合ニハ豫謀ニ出タル行為アリト云フコトヲ得スト説ク者アレトモ是レ大錯誤ナリ豫謀トハ主觀的意思ノ状態ヲ指ス既ニ目的物体ニ錯誤アル場合ニ於テモ殺人ノ意思アリト云ヒ得ヘクンハ胎兒等ニ對シテ豫謀アリト云フニ於テ亦何ソ妨ケンヤ

### 第二款 殺人罪ノ躰様

上來説ク所ノモノハ殺人罪ニ通スル普通原則ナリ尙ホ法律ハ犯人ノ意思被害者ノ自然上社會上ノ地位犯人ノ行ヒタル特別ノ手段及犯人ノ殺人行爲ニ依リテ達セント欲スル目的ノ如何等ニ由リ其刑罰ヲ輕重ス余ハ其區別ニヨリ更ニ

説明スル所アラシ

### 第一、 故殺謀殺

故殺トハ一時ノ憤激ニ依リテ殺人ノ行為ヲ爲シタルモノノ換言スレハ決心ト行爲トカ殆ト同時ニ行ハル、モノニシテ謀殺トハ熟慮精思ノ結果殺人ノ行為ヲナシタルモノナリ是レ既ニ總則ニ於テ諸君ノ諒知スル所ナルヘキカ故ニ茲ニ喋々ノ辯ヲ費サス或一派ノ學者ハ謀殺ニハ外ニ顯ハレタル熟慮精思ノ形跡ナカルヘカラスト云フモ是レ誤謬ナリ故意ト云ヒ豫謀ト云フモ同シク主觀的意

思ノ状態ヲ指シタルモノ、ミ外部ノ行為ニ其事カ顯ハル、ト否トハ決シテ故殺ト謀殺ヲ區別スルノ標準ニアラサルナリ

故殺ト謀殺ト其刑罰ヲ異ニスル所以蓋シニアリ (一)ハ主觀的ノモノニシテ犯人ノ意思カ熟慮精思ノ餘ニ出テシトキハ一時ノ感激ニ出テ、犯罪行為ヲナシタルモノヨリ其情狀重シ (二)ハ客觀的ノモノニシテ熟慮精思ニ成リタル行為ハ多クノ場合ニ於テ其目的ヲ達ス即チ一時ノ感激ニ出テ、豫謀ナキモノ、比ニアラサルナリ是ソ吾邦及歐洲支那等凡テ舊式ノ刑罰法ノ制度ナレ併シナカラ近

世新興ノ學派ニ在テハ犯罪ノ責任ハ主觀的ニ犯人ノ事情ヲ觀察スヘキモノニシテ其行爲ノ豫謀ニ成ルト否トヲ論スヘキモノニアラス寧ロ其犯罪行爲ノ原因ニ溯リテ責任ヲ測度スヘキモノ別言スレハ犯人ノ殺人行爲ヲナシタル理由ニ依リテ刑罰ヲ輕重スヘキモノナリト説ク頗ル有力ナル議論ト認メラル

## 第二、毒殺

是レ第二百九十三條ニ規定スル所ニシテ一種ノ殺人罪ナリ故ニ人ノ生命ヲ破壞スルコト人ヲ殺スノ意思ナカルヘカラサルコトヲ要スルハ單一ノ殺人罪ニ異ナル所ナシ唯特別ニ講論ヲ要スルハ毒物ノ施用ヲ以テ殺人ノ手段トシタルコト是ナリ請フ之ヲ説カン

所謂毒物トハ何ソヤ蓋シ單ニ健康ヲ害スヘキ物品ト云フ義ニアラスシテ人体ニ吸收セラレ血液ニ混化シ一種ノ化學作用ヲ起シテ遂ニ人命ヲ斷ツヘキ特別ノ性質能力ヲ具フルモノヲ意味ス是ヲ以テ多量ニ酒ヲ飲マシメテ人ヲ殺スモ酒其モノニ於テ性質上人ヲ殺スノ特能ヲ有セサルカ故ニ之ヲ毒殺ト云フコト能ハサルナリ

所謂施用トハ何ソヤ法律ハ別ニ定義ヲ掲ケサルヲ以テ苟クモ毒物ヲ用井ルトキハ盡ク之ヲ施用ト云ヒ得ルカ如シト雖モ吾輩ハ思フ所謂施用トハ毒物當然ノ使用法ナリ毒ノ毒タル所以ノ使用法ナリ精言スレハ人体ニ吸收セラレヘキ方法ニ置クナリ左レハ施用トハ必スシモ服用セシムルニ限ラサルナリ  
尚ホ毒物使用ニ關スル歴史ノ大要ト其刑罰論トヲ附説セン先ツ之ヲ三時期ニ分ツコトヲ得ヘシ第一ハ動物毒使用ノ時期第二ハ植物毒使用ノ時期第三ハ動物毒使用ノ時期トス如此使用セラル、毒物ノ時代ニヨリテ異ナルハ必竟世運人智ノ進歩ニ伴フタルモノナリ太古ニ在テハ人民多ク遊散狩獵ヲ事トス隨テ動物ニ接スルコト多ク自ラ毒虫ニ螫サレテ斃レタル等實驗上ヨリ動物ノ毒ヲ發見シテ之ヲ殺人ノ具ニ供シタリ進ンテ農耕ノ時代ニ及ヒテハ植物ニ接スルコト多キカ故ニ植物ノ毒ヲ發見シテ之ヲ使用シ近世理化學ノ研究起ルヤ乃チ礦物ノ毒ヲ發見スルニ至レリ於是乎礦物ノ毒ハ主トシテ殺人ノ用ニ供セラレ古代ニ在テハ中毒ヲ發見スルコト極メテ困難ナリシヲ以テ毒殺罪ハ最モ重刑ヲ以テ罰シタレトモ其後醫學ノ進歩スルニ及ヒ容易ニ中毒ヲ識別スルニ至リ

シヲ以テ或學者ノ如キハ如此發見シ易キ方法ヲ以テ犯罪ヲ爲スモノハ決シテ完全ナル能力ヲ具備スル者ナラサルカ故ニ重刑ヲ以テ罰スルノ要ナシト論スルニ至レリ乍去近世ニ至リ彼一度中世ニ用ヒラレタル植物ノ毒ヲ「ポタス」トシテ使用スルトキハ如何ナル方法ヲ以テスルモ其毒ヲ發見スルコト能ハサルヲ知リ遂ニ再ヒ古代ノ如ク重罰ヲ加フヘキノ感覺ヲ生セリ  
最後ニ一言セン古來毒殺罪ニ殊ニ重罰ヲ加フル所以ノ理由蓋ニアリ(一)ハ其行爲ノ陰險ナルコト(二)ハ之ヲ犯スニ易ク防クニ難クシテ而モ適之ヲ發見スルモ多ク醫治スヘカラサルコト是ナリ

第三、慘刻ノ所爲ニ依ル故殺

第二百九十五條ニ曰ク「支解折割其他慘刻ノ所爲ヲ以テ人ヲ故殺シタル者ハ死刑ニ處ス」ト

是レ佛蘭西刑法第三百三條ヲ摸シタルモノナレトモ此ル規定ハ獨リ佛國ノミナラス支那法系ノ國ニモアルナリ

本罪ニ特別ナル條件ハ殺人ノ手段トシテ慘刻ナル所爲アリタルコト及ヒ人ヲ

故殺シタルコト是レナリ

慘刻ナル所爲トハ如何ナルモノヲ云フヤ法文ハ其一例ヲ示シテ曰ク「支解折割」即チ身体ヲ割キ若クハ四肢ヲ折ルト要之普通人情ニ反シタル所爲ニシテ裁判官ノ判斷ニ委スヘキナリ是ニ於テ乎「白耳義ノハウス氏」ノ如キハ漠然タル規定トシテ之ヲ攻撃セリ余思フニ漠然タルモノ何ソ必スシモ本條ニ限ラン彼ノ「不正若クハ不敬」ノ所爲ト云フカ如キ又ハ「故ナク」云々ト云フカ如キ皆裁判官ノ判定ヲ俟テ定ルモノナリ「ハウス氏」ノ説未容易ニ首肯ス可カラス但一事ノ注意スヘキハ慘刻ノ判定ハ何人ニ屬スルヤニ在リ人或ハ之ヲ以テ事實裁判官ノ判定ニ屬ストナセトモ余ハ以テ法律論ニ屬シ彼ノ如何ナル事柄カ竊盜ナルヤ如何ナルモノカ詐欺ナルヤ等ヲ決スルト同シク一ニ破毀裁判所ノ定ムヘキモノトスルナリ

法律ハ故殺シタルコトヲ要スルカ故ニ謀殺シタルモノハ何等慘刻ノ手段ヲ用ユルモ本條ノ罪ニアラスシテ第二百九十二條ノ罪ナリ又慘刻ノ所爲ニ依リテ死テウ結果ヲ生スルヲ要スルヲ以テ生命ヲ奪ヒタル後ニ慘刻ナル所爲ヲ加フ

ルモ決シテ本條ノ管スル所ニ非ス

第四、牽聯故殺

余カ茲ニ所謂牽聯故殺トハ第二百九十六條ノ規定ヲ指スナリ法文ニ曰ク「重罪  
輕罪ヲ犯スニ便利ナル爲メ又ハ已ニ犯シテ其罪ヲ免カル、爲メ人ヲ故殺シタ  
ル者ハ死刑ニ處ス」ト

本條ハ殺人罪ノ規定中最モ難解ノモノニ屬ス依テ余ハ茲ニ其成立要素ヲ説明  
スルニ當リ先ツソノ疑ナキモノヲ擧テ漸次難解ノモノニ説到セント欲ス

(一) 先ツ「故殺シタル者」トアルカ故ニ第一ノ要素トシテ故殺シタルコトヲ要ス  
ルハ疑ナキ所トス隨テ謀殺ノ場合ハ勿論故殺ノ場合ト雖トモ普通ノ故殺ニ  
非サル場合即チ慘刻ノ所爲アル場合ハ本條ノ支配スル所ニ非ス

(二) 次ニ「重罪輕罪ヲ犯スニ便利ナル爲メ又ハ其罪ヲ免カル、爲メ」云々トアル  
カ故ニ第二ノ要素トシテ犯人カ、故殺ヲ爲シタルノ、目的ハ、依テ以テ重罪輕罪  
ヲ犯スコトヲ便利ニシ又ハ其罪ヲ免カレントスルニ在ルコトヲ要スルハ亦  
疑ナキ所トス故殺ハ重罪輕罪ヲ便利ニシ又ハ免カレントヲ原因トシタル

コト詳言スレハ本條ノ故殺罪ト其目的トスル所ノ重罪輕罪トハ互ニ原因結  
果ノ關係アルヲ要スルカ故ニ夫ノ單ニ犯罪ノ時又ハ場所ヲ同フシ若クハ犯  
人ニ於テ錯誤アリタル場合例ヘハ依テ以テ重罪輕罪ヲ犯スコトヲ便利ニシ  
又ハ免カレ得ヘシト誤信シタル結果其目的ニ無關係ノモノヲ故殺シタル場  
合等ニ於テハ常ニ本罪ノ構成ヲ妨クヘシ

(三) 又次ニ「重罪輕罪」……又ハ已ニ犯シテ其罪トアルカ故ニ第三ノ要素トシ  
テ故殺ニ依テ之ヲ犯スコトヲ便利ニシ又ハ之ヲ免カレントセラレタル罪ハ  
常ニ重罪又ハ輕罪タルコトヲ要スルハ亦疑ナキ所トス隨テ違警罪ヲ犯スコ  
トヲ便利ニセンカ爲メ又ハ違警罪ヲ免カレントカ爲メ二人ヲ故殺シタル場合  
ハ本條ノ管スル所ニ非ス

(四) 以上三點ハ何レモ法文ノ明示スル所ニシテ毫モ疑義ナシト雖トモ茲ニ所  
謂「……便利ニスル爲メ」トハ果シテ如何ナルコトヲ意味スルヤ換言スレハ  
茲ニ所謂「便利ニスル爲メ」テフ場合トシテ本條ヲ適用スルコトヲ得ルカ爲メ  
ニハ單ニ犯人ニ於テ重罪又ハ輕罪ヲ犯スコトヲ便利ニセントノ意思ヲ以テ



故殺シタルノミヲ以テ足レリトス可キヤ將タ犯人ニ於テ少クトモ已ニ重罪  
 輕罪ニ着手シタルコトヲ要スルヤハ學者間議論ノ存スル所ニシテ其積極ニ  
 決セラル、ト積極ニ決セラル、トニヨリテ前述ノ要素ノ外尙ホ第四ノ要素  
 トシテ犯人ニ於テ更ニ少クトモ其之ヲ便利ニシ又ハ免カレントシタル重罪  
 輕罪ニ着手シタルコト換言スレハ故殺ト重罪又ハ輕罪トカ數罪俱發シタル  
 コトヲ要スルト否ノ差ヲ生ス余カ始メニ本條ヲ以テ難解ノ法條トシタルノ  
 點偏ニ茲ニ存ス蓋シ沿革ノ一面ヨリスルトキハ積極ニ答フルヲ可トスヘキ  
 カ如キモ沿革ノ他ノ方面及ヒ法文自体ニヨルトキハ寧ロ消極ニ答フルヲ可  
 トス可キカ如キノ結果斷然タル答解ヲ與フルニ躊躇セサルヲ得サルモノア  
 レハナリ仍チ請フ左ニ之ヲ詳説シ以テ余カ見ル所ヲ示サン

(甲) 沿革、本條ハ其淵源ヲ佛國刑法ニ酌ミタルモノナルコト幕氏草案註釋  
 前段ノ叙説ト其彼我大ニ相類似スルモノアルトヲ以テ之ヲ知ルコトヲ得  
 ヘシ

(イ) 沿革ノ一方面ヲ觀察スルトキハ本條ハ其源泉ヲ現行佛國刑法第三百

四條ノ基本タル同國千八百十年ノ刑法第三百四條即チ故殺ノ罪ヲ他ノ  
 重罪輕罪ノ前同時若クハ後ニ犯シタル者ハ死刑ニ處ストアリテ恰モ故  
 殺ト他罪ト併發シタル場合ニ限リ或條件ノ下ニ於テ數罪俱發從重論ノ  
 總則ヲ破リタル特例ヲ規定シタル如キ觀アル法條ヨリ發シタルモノナ  
 ルカ故ニ故殺ト他罪トノ併發シタル場合ニ於ケル數罪俱發ノ特例ヲ規  
 定シタルモノニシテ本條ノ場合ヲ構成スル爲メニハ數罪俱發ノ場合ニ  
 於ケルト同一ノ狀態即チ故殺ノ原因タル重罪輕罪ハ故殺ト共ニ處斷セラ  
 ル可キ狀況詳言スレハ其所謂重罪輕罪ハ着手以上ノ狀況ニ在ルコトヲ  
 要スルカ如ク思惟スルコトヲ得ヘキカ如キモ

(ロ) 沿革ノ他ノ方面ヨリ觀察スルトキハ(一)佛國千八百十年ノ刑法第三百  
 四條ノ條文ニハ「故殺ノ罪ヲ他ノ重罪又ハ輕罪ノ前同時若クハ後ニ云々  
 トアリテ二罪互ニ相接近スルカ故ニ殺人自体ノ行爲其情狀重キヲ加フ  
 ルモノニシテ單ニ他罪ト俱發シタルカ故ニ然ルニ非サルコトヲ明ニス  
 ルト(二)又其千八百三十二年時又ハ場所ノ關連ト云フカ如キ漠然タル規

定ハ不可ナルカ故ニ重罪輕罪ヲ便利ニシ又ハ其刑ヲ免カル、カ爲メ人ヲ殺シタル者ハ死刑ニ處ストナスノ政府提出改正案ヲ修正シテ現行法即チ故殺ノ罪ヲ他ノ重罪ノ前同時又ハ後ニ犯シタル者ハ死刑ニ處ス。輕罪ヲ豫備シ容易ニシ又ハ實行スル爲メ若クハ其輕罪ノ正犯從犯ノ遁走ヲ幫助シ又ハ刑ヲ免カレシメンカ爲メニ故殺ノ罪ヲ犯シタル者亦同シトナスノ際調査委員タル議員ノ報告ニ「政府案ハ最モ適理ノモノナリト雖トモ如何セン重罪ヲ犯スヲ便利ニシ又ハ其刑ヲ免カレシメンカ爲メニシタル故殺ト云フカ如キ意思ノ情狀ハ之ヲ確知スルコト極メテ困難ナリ寧ロ舊法ノ如クニシテ故殺カ時又ハ場所ニヨリ他罪ト相關聯シタルトキハ重キ狀況ト爲スニ如カス」此報告ノ結果折衷ノ説行ハレ次ヒテ現行法ヲ生セリトアルヲ見ルモ舊法ヲ維持スルノ意見スラ尙ホ罪狀重キヲ加フルハ數罪俱發ノ爲メニ非スシテ他罪ヲ犯サンノ意思ニヨル故殺ナルカ故ニ然ルヲ認ムルト(三)幕氏草案註釋後段ノ説明ニ本條ノ故殺ハ他罪ヲ犯シ又ハ免カレントノ意思ヲ以テスルノミヲ以テ加重ノ

情アルモノトスト云ヘル等沿革上ニ於テモ亦寧ロ數罪俱發ノ特例ヲ規定シタルモノニ非スト云フヲ以テ至當トス可キノミナラス

(乙)

法文、法文自体ニ依テ之ヲ觀察スルニ(一)便利ナル爲メ又ハ免カレンカ爲メトアリテ便利ナル爲メ又ハ免カレンカ爲メトハ故殺ノ意思ニ付着シタル遠因タルコトヲ示シ毫モ其所謂他罪ト俱發セサル可カラサルコトヲ見ル可キノ點ナキノミナラス若シ本條ハ數罪俱發ノ特例トシテ重ク論スルモノナルカ故ニ二罪以上俱發スルコトヲ要スルトキハ本條アルカ故ニ或ル場合ニ於テハ却テ立法ノ趣旨ニ反スルノ結果ヲ生ス可シ如何トナレハ法文ニハ重罪輕罪トアリテ謀殺モ亦重罪ナルカ故ニ若シ已ニ遂ケタル謀殺ノ刑ヲ免カレンカ爲メ人ヲ故殺セントシテ遂ケサルトキハ普通ノ例ニ於テハ當然死刑ニ處セラル可キモノカ却テ本條ノ未遂犯トシテ死刑ヲ免カル、ノ結果ヲ生スレハナリ(二)良シ一步ヲ退キ本條ハ數罪俱發從重論ノ原則ニヨリ故殺ノ刑ヨリ重ク罰スルコト能ハサルノ弊ヲ矯メンカ爲メ置キタル條文ナルカ故ニ數罪俱發例ニヨリ當然故殺ノ刑ヨリ重ク處斷シ

得ル場合ハ茲ニ之ヲ包含セサルモノナルカ故ニ故殺ヨリ重キ刑ヲ以テ處斷セラル可キ罪ノ俱發スル場合ハ本條ノ中ニ包含セストスルモ尙ホ一個奇怪ナル結果ヲ生ス可キ點アリソハ他ニ非ス故殺又ハ其原因タルノ他罪カ各時ヲ異ニシテ發覺シ二個ノ中何レカ、已ニ確定判決ヲ經ルカ若クハ時効ニ係リタル場合ニ於テハ常ニ立法ノ本旨ヲ達スルヲ得サルト同時ニ二罪ノ併發スルト否トニヨリテ犯人ハ或ハ輕ク或ハ重ク罰セララル、ノ結果ヲ生ス可シ

以上論述スル所ニヨリ沿革ノ一方面ノミ見ルトキハ本條ヲ以テ數罪俱發ノ特例ヲ置キタルモノナリト觀察シ得サルニ非サルノ結果人或ハ本條ノ場合ヲ構成スル爲メニハ犯人ニ於テ少ナクトモ其所謂重罪又ハ輕罪ニ着手シタルコトヲ要スト云フモノアル可キモ余ハ本條故殺罪ノ加重セララル、ハ夫ノ慘刻殺人行爲ノ重ク處斷セララル、ト同シク主觀的殺意ノ狀況ニ於テ加重ス可キ情アルカ故ニ故殺自体ノ加重セララル、モノナリト確信スルカ故ニ本條ハ前ニ示シタル三個ノ要素即チ(一)故殺シタルコト(二)故殺ノ目的ハ重罪輕罪

ヲ犯スコトヲ便利ニシ又ハ其罪ヲ免カレントスルニアルコト(三)犯スコトヲ便利ニシ又ハ免カレントシタル罪ハ重罪輕罪ナルコトヲ以テ構成スルモノニシテ更ニ本問掲クルカ如キ要素ヲ要セサルモノト論定セント欲ス處分ニ付テハ法律ノ明示スルカ如ク死刑ニ處ス説明ス可キモノナシ

第五 誘導殺人

第二百九十七條ニ曰ク人ヲ殺スノ意ニ出テ詐稱誘導シテ危害ニ陷レ死ニ致シタル者ハ故殺ヲ以テ論シ其豫メ謀ル者ハ謀殺ヲ以テ論ス」ト本條ハ清律人命律戲殺誤殺過失殺傷人ノ第二項若知津河水深泥濘而詐稱平淺及橋梁渡船朽漏不堪渡人而詐稱牢固誑令人過渡以致陷溺死傷者亦以鬪殺傷論及ヒ其之ヲ繼承シタル新律綱領人命律下詐稱殺人ノ條ニ所謂凡津河水深ク泥濘ナルヲ平淺ト詐稱シ及ヒ橋梁渡船朽漏ナルヲ牢固ト詐稱シ人ヲ過渡セシメ因テ陷溺死傷ニ致ス者ハ鬪殺傷ヲ以テ論ス」トアルノ規定ヲ假借シ殺人ノ意思アル場合ニ敷衍シタルモノトス

普通謀故殺ノ規定アルニモ拘ハラス立法者ニ於テ特ニ之ヲ規定シタル所以ハ

蓋シ本條ノ場合ニ於テハ被害者ニ於テ殺人ノ誘導又ハ勸告ヲ取捨スルノ自由アルニモ拘ハラヌ其言ヲ眞實ナリト妄信シ自カラ死地ニ陥リタルモノニシテ犯人ニ於テハ直接ニ死ノ結果ヲ惹起シタル原因トナリタル殺人行爲ヲ爲サ、ルカ如キ觀アリシカ故ナル可シト雖モ先ニモ説明シタルカ如ク凡テ手段ノ直接ナルト間接ナルトハ殺人罪ノ構成ニ變動ヲ生ス可キモノニ非サルノ結果本條規定スルカ如キ間接ノ所爲モ亦已ニ普通謀殺ノ條下ニ規定セラレタルモノナルカ故ニ本條ハ無用ノ法文ナリ刑法改正ノ期ニ臨マハ排除ス可キモノトス

第六、誤殺

第二百九十八條ニ曰ク「謀殺故殺ヲ行ヒ誤テ他人ヲ殺シタル者ハ仍ホ謀殺故殺ヲ以テ論ス」ト

從來本條ヲ解スル者説ヲ爲シテ曰ク本條ハ例ヘハ甲ヲ謀殺セント欲スル者乙ナル他人ヲ以テ甲ナリト誤信シテ之ヲ謀殺シタル場合即チ人違ヒ殺人罪ヲ規定シタルモノニシテ畢竟立法者ノ老婆心ニ出テタル無用ノ長文ナレハ刑

法改正ノ期ニ臨マハ須ク一抹ニ付ス可キモノナリト

然レトモ余ヲ以テ之ヲ觀レハ本條ハ例ヘハ甲ヲ謀殺セント欲シ甲ヲ銃撃スルノ際彈丸誤テ乙ナル他人ヲ斃シタル場合換言スレハ謀殺ノ行爲ニ伴フテ併發シタル過失致死ノ場合ヲ規定シタルモノニシテ論者ノ説明スルカ如ク人違ヒ殺人罪ヲ規定シタル無用ノ法文ニ非ス請フ證左ヲ舉ケテ其理由ヲ詳論セシ

(一) 現行刑法ノ原文トモ云フ可キ佛文日本刑法第一草案(明治十年八月司法卿

ヨリ元老院ニ提出セラレタルモノ)ヲ案スルニ其第三百三十三條ニ「Celui qui, ayant l'intention de donner la mort a une personne, avec ou sans préméditation, aura par hasaid ou accident, tué une autre personne, subira la peine de cette infraction, comme si elle était volontaire 即チ豫謀若クハ豫謀ナク或ル人ヲ殺スノ目的ヲ以テ偶

然又ハ事變又ハ變災ニ因リ他人ヲ殺シタル者ハ其行爲カ有意ナリシト同様ニ此犯罪ノ刑ヲ受クヘシ」トアリ殺スノ目的ヲ以テナル一句ヲ見ルトキハ或ハ説者ノ見解散テ不當ナラサルカ如キ觀アリト雖トモ次ニ記載セラレタ

ル。偶然。又ハ事變。變災ニ因リ。一句ハ明ニ其然ラサルヲ示セリ蓋シ偶然又ハ變災テフ文字ハ平易ニ云ハ、甲ニ向ケタル祖ヒカ外レテ計ラス乙ニ中ツタト云フカ如ク所爲ノ結果カ無意ナル場合ニ用ユヘキ文字ニシテ主觀的目的物ニ對スル錯誤アルモ其所爲自躰ニ毫末ノ仕損シナキ場合ニ用ユヘキ文字ニ非サレハナリ果セルカナ慕氏佛文日本刑法修正草案(此草案ハ現行刑法發布以後即チ明治十九年中現行刑法ニ對スル修正案トシテ慕氏カ司法省ノ命ヲ受ケテ提出シタルモノニシテ其現行刑法ニ類似ノ點ニ於テハ第一草案ノ如クナラスト雖トモ僅カニ現行刑法ノ欠漏ヲ補修シタルニ止マリ其法文規定ノ趣旨ニ於テハ第一草案ト大差ナシ)第三百三十三條ニハ「Celui qui, ayant l'intention de donner la mort à une personne, dans l'une des circonstances prévues aux articles précités, l'aura [dans l'execution] donnée à une autre personne, par hasard ou accident, subira la peine de cette homicide, comme s'il l'avait commis volontairement.—」298. 即チ前數條ニ記載シタル場合ノ一ニ於テ或ル人ニ死ヲ與ヘントノ目的ヲ以テ其實行ノ際、偶然又ハ事變ニ因リ死ヲ他ノ人ニ與ヘタル者ハ恰モ有意

ニテ之ヲ爲シタルカ如ク此殺人ノ刑ヲ受クヘシトテ故ラニ實行ノ際ナル文字アリ而シテ其註文六百七十三號ニ「茲ニ豫見シタル場合ハ明文ナクシテ之ヲ決スルコト甚タ困難ナリ蓋シ本文ノ場合ニ於テハ犯人ハ其之ニ打撃ヲ向ケタル者ヲ打撃セスシテ打撃ヲ向ケサル他ノ者ヲ打撃セシカ故ニ、要前者ニ對シテハ多クトモ着手又ハ欠效未遂ヲ構成シ後者ニ對シテハ無意殺人(過失殺人)ヲ構成スルニ過キサレノ結果一般ノ原則ニ從フトキハ茲ニ規定スルヨリモ多少輕キ刑罰ヲ科セサルヘカラサレハナリ……佛國ニ於テハ重罪ノ着手又ハ欠效ノ未遂罪ハ其已遂罪ト同一ニ處斷セラル、カ故ニ本問ニ付テ格別ノ困難ヲ感セスト雖トモ日本ニ於テハ欠效犯ハ一等又ハ二等ヲ減スルノ制度ナルカ故ニ之ヲ問題トスルノ價值アリ茲ニ於テカ法律ハ問題ヲ最モ適理ナル意義ニ決定シテ最モ嚴重ニ處斷スルコト、セリ云々又其註文六百七十五號ニ「草案ノ明文ニ於テハ他ノ決意セラレタル殺人ニ代テ生シタル此偶然ナル殺人ハ他ノ殺人行爲實行ノ際ニ生シタルモノタルヘキコトヲ明言セス故ニ余ハ更ニ之ヲ茲ニ明言セリ如何トナレハ若シ夫レ之ヲ明言セス」

ハ人或ハ本條ハ夫ノ甲ヲ打撃センカ爲メ已ニ裝彈シタル銃ヲ手ニシ其未タ希望シタル受害者ニ銃口ヲ向ケサル以前ニ過テ彈丸ヲ發セシメタルカ如キ場合ニモ亦適用セラルヘキモノニ非サルヤヲ疑フ者アルヘク畢竟本條ニ所謂事變ハ其實行々爲中ニ生スルコトヲ要スレハナリ云々トアリテ明ニ本條ハ殺人行爲ニ伴ヒテ生シタル過失致死ノ場合ヲ規定シタルモノニテ論者カ云フ如ク人違ヒ殺人ノ場合ヲ規定シタルモノニ非ルコトヲ示セリ蓋シ若シ夫レ本條ノ規定ニシテ人違ヒ殺人ノ場合ヲ規定シタルモノナリセハ假令後者ニ對シテハ假リニ過失殺ヲ構成スルトスルモ前者ニ對シテハ常ニ不能犯タルヘキモノニシテ着手又ハ欠效未遂犯ヲ構成ス可キノ理萬是レ有ルヘカラサレハナリ

斯ク論下スルトキハ論者或ハ曰ハン慕氏ノ第二草案ニ於テハ子ノ説明或ハ至當ナラン然レトモ同草案ハ是レ畢竟現行法ヲ修正シタルモノナリ現行法ヲ修正シタルモノニ依テ説ヲ爲ス豈ニ誰カ信ヲ措カンヤ草案ニ依テ説明ヲ試ント欲セハ須ク第一草案ニ依テ之ヲ爲セ第一草案ニハ明ニ人ヲ殺スハ目

的ヲ以テトノミアリ子ノ説クカ如キ意義アルヲ見ス偶然又ハ事變等ノ文字ニ關スル説明ハ單ニ子カ我田引水ノ私説ノミ耳ヲ傾クルノ限ニ在ラスト然リ若シ第二草案ニシテ第一草案ト別途ノモノナリセハ余ハ數歩ヲ退テ勝ヲ論者ニ獻セン然レトモ曩ニモ説明シタルカ如ク第一草案ト第二草案トハ法文ニ於テ多少ノ異同コソアレ其趣旨ニ於テハ全ク同一ナリ(因ニ云フ世間往々第一草案ト第二草案トハ大ニ異同アルカ如クニ信スルモノアレモ第二草案ハ慕氏カ第一草案ノ現行法ノ如ク修正セラレタルヲ不滿ナリトシ現行法ノ修正ヲ名トシテ第一草案ノ復活ヲ圖ランカ爲メニ發行シタルモノナレハ條文コソ多少ノ異同ハアレトモ其趣旨ニ於テハ彼此殆ント毫末ノ差ナキモノトス)請フ本條ニ關スル第一草案ノ註文(佛文ノ註文ハ余未タ之ヲ獲ス)ヲモ之ヲ引接シテ論者ノ妄ヲ闢カン即チ刑法草案註解(現行刑法發布ノ當時此名ヲ以テ司法省ヨリ各裁判所ニ頒與セラレタル書籍ニシテ慕氏ノ第一草案ヲ註解シタルモノ)第八百九十八頁第三百三十三條謀殺故殺ヲ行ヒ誤テ他人ヲ殺シタル者ハ仍ホ謀殺故殺ヲ以テ論ス下アル註文ニモ亦本條ニ論スル場合ハ

正條アルニ非レハ之ヲ決スルコト甚タ難カル可シ抑々此場合ニ在テハ一般ノ原則ニ於テ更ニ寛ナル見解ヲ下ス可キニ似タリ何トナレハ該犯其撃殺セント欲セシ所ノ人ヲ殺サスシテ意外ノ人ヲ殺シタルカ故ニ其第一ノ犯罪ハ多クハ着手ニ止リ又ハ行フテ遂ケサリシ罪トシテ罰ス可キカ如ク又第二ノ犯罪ハ過失殺ニ止マルモノニ似タルヲ以テナリ………佛國ニ以テハ此ノ如キ障礙ナカルヘシ何トナレハ重罪ニ着手シ又ハ重罪ヲ行フテ遂ケサル者ハ既遂犯罪ノ如クニ之ヲ罰スレハナリ然ルニ本邦ノ如キ重罪ヲ行フテ遂ケサル者ハル者ヲ罰スルニ一等等又ハ二等ヲ減スルノ法ニ於テハ右ノ疑惑ヲ生スルモ其理ナキニ非サル可シ故ニ本法ハ更ニ條理ニ適シ且ツ更ニ嚴ナル所ノ意義ヲ以テ此疑惑ヲ斷定シタリ云々トアリテ余カ前ニ引證シタル第二草案ノ註文ト毫モ異ル所アルコトナシ

(二) 右ノ如ク論シ來ルモ論者尙ホ或ハ説ヲ爲サン曰ク草案ノ註文ニ於テハ子ノ説或ハ然ラン然レトモ明文ニ於テハ單ニ謀殺故殺ヲ行ヒ誤テ他人ヲ殺シタル者ハ仍ホ謀殺故殺ヲ以テ論ストノミアリテ子ノ説明スルカ如キ意義アル

ヲ表示ヒサルノミナラス却テ余カ説ヲ確ムルモノニ似タリ蓋シ法文ニハ誤テ云々トアリ若シ子ノ説クカ如クナラシメハ何故ニ過失犯ニ付テノ普通ノ用語タル過字ヲ使用セサル之ヲ使用セスシテ誤字ヲ用井タルヲ觀レハ正文ノ意ハ誤字ニ依テ人違殺人ノ場合タルヲ明ニシ以テ之ヲ過失殺人ノ場合ト區別セント欲スルモノニ非サルナキヲ得ンヤト惟フニ論者カ人違殺人説ヲ執テ疑ハサル所以ノ近因偏ニ此ニ存セン然レトモ是亦一面ニ於テ法文ヲ無視シ他ノ一面ニ於テ誤字ノ意義ヲ知ラサルニ基ク謬見タリ

(甲) 法文ノ無視、法文ヲ案スルニ法文ニハ謀殺故殺ヲ行ヒトアリ若シ夫レ論者ノ云フカ如ク解セント欲セハ謀殺故殺ヲ行フノ目的ヲ以テト云フノ義ニ解セサルヘカラス果セルカナ論者ノ或ル者ハ此文字ノ解釋ニ窮スルノ餘リ行ヒトハ行ハント欲シ又ハ行フノ目的ヲ以テノ義ナリト曲解セリ行ヒナル文字ノ用例上論者ノ如ク解スルノ例アルカ若クハ少クトモ草案ニ於テ此意義アルニ於テハ余亦何ソ言ハシ然レトモ茲ニ行ヒナル文字ハ  
 第一百十二條云々已ニ其事ヲ行フト雖トモ云々ト同一ニシテ論者ノ如ク解

スルノ例ナキノミナラス草案文中所謂實行ノ際ナル文字ノ意義ヲ見ハサント欲シタルノ痕跡蔽フ可カラサルモノアリ然ラスンハ論者カ此文字ヲ或ハ行ハント欲シ又ハ行フノ目的ヲ以テノ義ナリト曲解シ以テ之ヲ徒過セントスルハ畢竟是レ法文ノ無視ニ非スシテ何ソヤ

(乙) 誤字ノ不知 我刑法ニ使用セラル、用語ノ意義ハ多クハ其本源ヲ支那法ニ酌メリ夫ノ強竊盜詐欺取財恐喝取財受寄物費消遺失物隱匿賭博等其他枚擧ニ違アラス隨テ現行刑法中ノ用語ハ其特ニ彼ト異ナレル意義ヲ有セシメタル證據アルモノヲ除クノ外ハ之カ意義ニ於テ凡テ彼ニ依ルヲ以テ正確ナリトセザル可カラス今論者ハ本文誤字ヲ讀テ恰モ佛文[crime]〔錯誤〕ニ該當スルカ如ク思惟シ被害躰ヲ誤認シタル義ナリト云フト雖トモ論者ノ云フカ如ク誤字ノミヲ以テ目的躰ニ於ケル錯誤ト云フノ義ニ讀マシメタルノ例未ダ曾テ我現行刑法ノ用例ニ於テ是レ有ルヲ見サルノミナラス草案ノ如キハ先キニ說明シタルカ如ク明ニ其然ラサルヲ表白セリ茲ニ於テカ支那法及ヒ其之ヲ繼承シタル我新律綱領ニ依テ誤字ノ用例ヲ案ス

ルニ

(イ) 唐律ニ諸鬪毆而誤殺傷傍人者以鬪殺傷論至死者減一等……疏議曰鬪

毆而誤殺傷傍人者假如甲共乙鬪甲用刃杖欲擊乙誤中於丙或死或傷者以

鬪殺傷論不從過失者以其元有害心故各依鬪法至死者減一等流三千里

(ロ) 明律人命律戲殺誤殺過失殺傷人(罪名)ノ節ニ凡因戲而殺傷人及因鬪毆

而誤殺傷傍人者各以鬪殺傷論其謀殺故殺人而傷殺傍人者以故殺論……

若過失殺傷人者各准鬪殺傷罪依律收贖給付其家

(ハ) 清律人命律戲殺誤殺過失殺傷人(罪名)ノ節ニ凡因戲而殺傷人及因鬪毆

而誤殺傷傍人者各以鬪殺傷論……若過失殺傷人者各准

鬪殺傷罪依律收贖給付其家……

此言明和同相戲因致殺傷人及因與人鬪毆而誤殺傷在傍之人此等戲誤殺

傷各以鬪毆傷論死者絞傷而不死自成傷以上至折傷癢疾篤疾照依輕重科



之若其本意是謀殺人、故殺人而誤殺傍人者、以故殺論斬、夫戲本和同、非有爭鬪、然其事則堪以殺傷人之事也、既知堪以殺傷而甘心爲之、雖曰相戲而人之成傷致命、則實被其毆矣、故以鬪殺傷論、誤中傍人、出于不意、然其心則欲殺傷之心也、雖未及于欲毆欲殺之人、而傍人已被殺、則其毆與殺之事、已施於人矣、故由鬪毆而誤者、以鬪殺傷論、由謀故殺而誤者、以故殺論、……過失殺傷之事、註內開載甚詳、事出偶然、發于意外、既非殺傷人之事、亦無殺傷人之心、惟其人之不幸而致之耳、與戲誤殺傷之事、懸結不同、然過失之情、可原、殺傷之人、何辜罪坐、所因不能概免、故各准鬪毆殺傷人之罪、傷者照鬪毆條內笞杖徒流等法定罪、死者照鬪絞罪各依律收贖、……)

(二) 新律綱領、人命律下、誤殺傍人ノ節ニ「凡鬪毆シテ誤テ傍人ヲ殺傷スル者

ハ鬪殺傷ニ準シテ論ス、罪流三等ニ止ル、……其謀殺故殺ヲ行ヒ、誤テ傍人ヲ殺ス者ハ故殺ヲ以テ論シ、傷スル者ハ仍ホ鬪毆ヲ以テ論ス、

其過失殺傷人ノ節ニ「凡過失ニテ人ヲ殺傷スル者ハ各鬪殺傷ニ準シ法ニ依リ收贖シテ其家ニ給付ス、

トアリテ遠ク唐律ノ制定セラレタル一千有餘年ノ古ヨリ新律綱領ノ編纂セラレタル近世ニ至ルマテ誤字ト過字トハ律文上一定ノ區別アリト雖モ論者ノ云フカ如ク目的ノ錯誤ト手段ノ錯誤ニ對スル區別ニ非ス誤字ト過字トヲ對スルトキハ誤字ハ人ヲ害スルノ意思アル場合ニ於ケル過失ヲ過字ハ人ヲ害スルノ意思ナキ場合ニ於ケル過失ヲ意味スルノ語ニシテ本條余カ解釋ト相合シテ恰モ符節ヲ合スルカ如キモノアリ論シテ茲ニ至レハ本條立法者カ誤字ヲ用非タルハ支那律以來ノ用例ヲ襲踏シタルモノニシテ論者ノ思惟スルカ如キ意義ニ非サルヤ火ヲ賭ルヨリモ明カナルモノナリ

(三) 凡ソ殺人又ハ傷人ノ罪タルヤ生命アル人ヲ殺傷スルノ意思ト生命アル人ヲ殺傷スルノ所爲ト人トシテ生命アル身軀トノ三ヲ具備スルニ於テハ假令犯人ニ於テ客體ノ誰タルヲ誤認スルコトアルモ是レ畢竟犯罪ノ客體タル目的ノ品格ニ付テ錯誤ノ存スルノニシテ犯罪構成ノ要件ニ付テハ毫末ノ錯誤ナキカ故ニ之ヲ完成スルコト些ノ疑アルコトナシ然ラハ則チ如何ニ我立

法者ヲ以テ迂ナリトスルモ斯ノ如キ顯著ナル場合ニマテ特別ノ法文ヲ置キ  
タリト信スルコトヲ得ス蓋シ若シ夫レ論者ノ云フカ如クナラシメハ吾人ハ  
我立法者ニ於テ何故ニ夫ノ翫弄時計ヲ金時計ナリト誤認シテ竊取シタル如  
キ場合ニ於テモ亦本條ト同一ノ明文ヲ置カサリシヤヲ疑ハサルヲ得サレハ  
ナリ

論者尙ホ或ハ説ヲ爲シテ云ハン殺人ト傷人ノ罪ハ他ノ場合ト異リ法律ハ豫  
謀ノ有無ニ依テ刑ヲ異ニセリ、隨テ立法者ノ意ハ子ノ云フカ如ク單ニ之ヲ有  
意殺人ノ行爲トストノ意ヲ明ニスルニ在ラスシテ其豫謀ヲ以テ論ス可キヤ  
將タ故意ヲ以テ論ス可キヤノ疑問ヲ決セントニ在リ是レ彼レカ殺傷ノ場合  
ニ於テノミ此規定ヲ必要ナリトシタル所以ナリ子何ソ思ハサルノ甚シキヤ  
ト論者ノ辯解ハ愈出テ愈拙ナリ豫謀ト云ヒ故意ト云フモ共ニ是レ主觀的、意  
思ハ狀態ニシテ、所爲ノ目的物ニ附着シタル條件ニ非ス、隨テ已ニ意思ノ點ニ  
於テ別條ヲ要セストセハ豫謀ト故意トニ於テ何ニカアラン(因ニ云フ佛國ニ  
於テ意思ノ點ニ付テハ *l'élément* 以來學者ノ之ヲ問題トシタル者ナク豫謀ノ點ニ

付テハ千八百五十三年以來千八百七十九年中一タヒ問題トナリシコトアリ  
シモ豫謀ハ主觀的、意思ノ狀態ニシテ所爲ノ目的物ニ附着ス可キ條件ニ非サ  
ルカ故ニ意思ト同一ニ決定セラルヘキモノナリトノ一言ニ排斥セラレテヨ  
リ學者間亦異議ヲ唱フルモノアルヲ聞カス)

以上論スル所ニ因リ之ヲ案スルニ本條ハ殺人行爲ニ伴フテ併發シタル過失殺  
人罪ヲ規定シタルモノニシテ其或ハ從來一般ノ學者カ之ヲ以テ専ラ人違殺人  
罪ノ場合ノミヲ規定シタルノ法條ナリト思惟シタルハ是レ畢竟(イ)歐米ノ學者  
カ其著書ニ於テ人違殺人ノ場合ヲ説明セルト(ロ) *error* ナル文字ハ通常之ヲ譯シ  
テ錯誤ト云フトハ(余カ本條ニ付テ説明スルカ如キ場合ハ敢テ別條ヲ設ケサル  
モ未遂犯ト過失犯トノ俱發トシテ多少ノ制裁ヲ加ヘ得ルトニ因リ條文ヲ一讀  
スルヤ否ヤ直チニ本條誤ナル文字ハ *error* ノ譯語ナリト速了シ遂ニ本條行ヒナ  
ル文字ヲモ尙ホ之ヲ無視スルニ至リタルノ結果ニシテ其謬見タルヤ蓋シ疑ヲ  
容レサルナリ

然リ而シテ立法者カ本條ヲ設ケタルノ趣旨ハ是レ畢竟本條ノ場合ハ夫ノ學者

カ所謂人違殺人行爲ノ場合ト格別ノ差異ナキニモ拘ラス(主觀的犯人ニ於テ殺意ノ存スルト客觀的之ニ因テ人ヲ死ニ致シタル結果アリタルトノ二點ニ於テハ毫末ノ差異ナシ唯僅カニ彼ハ犯人カ無形上知覺ノ錯誤ニ因リテ目的物ヲ誤リ此ハ有形上手段ノ錯誤ニ因リテ目的物ヲ誤リタルノ差アルノミ)普通ノ原則ニ依ルトキハ數罪俱發ノ條ニ依リ人違殺人ノ場合ヨリモ較ヤ輕ク處斷セラレサル可カラサルノ結果彼此刑罰ノ權衡ヲ失フニ至ルヨリシテ之ヲ纏繞セントニ在ルモノニシテ現行刑法ニシテ假令改正セラル、コトアルモ若シ其主義ニ於テ新舊敢テ異同ナキニ於テハ本條ハ多少有用ノ文字ニシテ決シテ普通學者ハ主張スルカ如ク一抹ニ付ス可キモノニ非スト確信ス

尙ホ終ニ(一)余カ本條ニ付テ茲ニ數千言ヲ費ス所以畢竟本條ヲ以テ人違殺人罪ノ規定ナリトスルノ說ヲ攻撃セントニハ非ス偏ニ本條ノ殺人行爲ニ伴フテ併發スル過失殺人ヲ規定シタルモノタルヲ主張シ以テ夫ノ之ヲ一抹ニ付セントスルノ暴論ヲ排斥セントニ在ルモノナルカ故ニ假令人違殺人說ヲ執ルノ論者タリト雖モ若シ夫レ余カ茲ニ主張スルカ如キ場合ヲモ亦之ヲ包含スルモノタ

リトノ說ヲ認ムルニ於テハ(一)方ニ於テ幕氏カ其草案ニ於テ明ニ余ノ主張スルカ如キ場合ヲ規定シタルモノタルヲ明言スルニモ拘ラス人違殺人罪ヲ規定シタル白耳義刑法第三百九十二條ヲ註解ノ註文ニ引用シテ本條ト對照シタルノ點ニ於テ多少曖昧ナル點アルト他ノ一方ニ於テ結果ニ異同ナキトニ依リ余ハ敢テ之ヲ非難セサルヘシ(二)余ノ見解ニ依レハ本條ハ殺人行爲ニ伴フテ併發シタル過失殺人ヲ規定シタル一種ノ特例(數罪俱發從重論ノ規定ヲ避クルカ爲メ)ナルカ故ニ過失殺人ト爲ラサル場合即チ毫モ人ヲ過失殺傷セサルカ若クハ單ニ過失傷シタルニ過キサル場合ハ普通ノ原則ニ依テ論ス可キモノニシテ本條ノ範圍外トス

## 第二節 傷人ノ罪(毆打創傷ノ罪)

法律ハ第二百九十九條以下第三百八條ノ規定ニ命スルニ毆打創傷ナル名稱ヲ以テセリ抑モ毆打創傷ナル文字ハ果シテ能ク其全躰ノ所爲ヲ包含スルニ足ルモノナルヤ否ヤ?先ツ毆打ノ字義ヲ驗スルニ普通ノ意義ニ於テハ固形体ヲ以

テ打撃スルヲ指シ液体氣體ヲ以テスルモノヲ含マサルハ勿論縱令固形体ヲ以テスルモ摩擦若クハ切斷スルカ如キ行爲ヲ包含セス又創傷ナル文字ハ表面ニ表ハレタル開口創傷詳ニ言ヘハ切り、刺キ、刺シタル等ニ依テ生シタル表見的ノモノ、ミヲ意味シ表面ニ顯ハレサル創傷即チ骨肉又ハ内臓ノ或部分ニ生シタル不表見的ノ損傷例ヘハ夫ノ通俗ニ所謂疾病ノ如キハ之ヲ包マサルモノトス、茲ニ於テカ人或ハ強テ用語ノ修正ヲ主張スル者アリト雖モ本節所謂毆打創傷トハ佛語ノ「Coup et Blesure volontaire」即チ夫ノ支那律ニ所謂鬪毆ト云フト同シク凡テ人身ニ對シ損害ヲ與ヘタル行爲ヲ總括シタル一種ノ專門語ナルヲ以テ若シ夫レ普通一般ニ了解シ易カラントヲ希望スルヨリシテ例ヘハ之ヲ修正シテ人身ヲ損害スル罪ト云フカ如キ名稱トス可シト云ハ、格別通俗ノ意義ヲ以テ法律上ノ專門語ヲ解シ用語不完全ナルカ故ニ之ヲ修正スヘシト云ハ、識者ノ嗤笑ヲ免レサルヘシ

第一款 成立要素

前述ノ如ク毆打創傷トハ人身若クハ人體ヲ損害スルノ義ナルヲ以テ本罪ヲ構

成スルニハ下ノ要素ヲ具備スルコトヲ要ス(一)犯罪ノ客體ハ生活セル人ノ身體ナルコト(二)生活セル人ノ身體ヲ損害スルノ所爲アルコト(三)其所爲ノ結果トシテ人身ニ損害ヲ生シタルコト(四)不法ノ所爲ナルコト(五)人身ニ損害ヲ與フヘキ所爲ヲナスノ意思アルコト是ナリ

第一ノ要素 犯罪ノ客體ハ生活セル人ノ身體ナルコト 生活セル人タルコトヲ要スルカ故ニ縱令人ノ身體ト雖モ死屍ニ對スル行爲ハ本罪構成ノ要件ヲ成サス又身體即チ體軀タルコトヲ要スルカ故ニ人ニ對スルモノト雖モ其名譽若クハ自由等ニ對スルモノハ本罪ヲ構成セス

第二ノ要素 生活セル人ノ身體ヲ損害スルノ所爲アルコト 法文ニハ毆打シテトアレトモ其意ハ人身ヲ損害スト云フニ在ルヲ以テ苟モ人身ニ損害ヲ與フヘキ所爲ナルニ於テハ直ニ本罪ヲ構成ス、又嘗テ殺人罪ノ條ニ於テ説明シタルカ如ク本罪ニ於テモ亦其所爲ト結果トノ間ニ因果ノ聯絡アルコトヲ要スルカ故ニ本罪トシテ罰スルコトヲ得ル爲ニハ常ニソノ之レ有ルコトヲ證明スルヲ要ス然レトモ既ニ此證明アルニ於テハ其行爲ノ直接ナルト間接ナ

ルト積極ナルト消極ナルトハ敢テ問フ所ニアラサルナリ

四八二

第三ノ要素 其所爲ノ結果トシテ人身ニ損害ヲ生シタルコト 凡ソ生活機能ヲ有スル物體カ他ノ物體ニ接觸スルヨリシテ生スヘキ結果ニ二様アリ一ヲ病理的作用トシ一ヲ生理的作用トス病理的作用トハ醫療ヲ要スヘキ創傷ヲ指シ生理的作用トハ單純ナル物理的現象ヲ指ス物ヲ假リテ説明セハ電信ノ線ヲ切りテ其原形ヲ毀損セシムルハ是レ病理的作用ニシテ電線ニ他ノ物體ヲ觸レシメテ一ノ震動ヲ起シ音響ヲ發セシムルハ則チ生理的作用ニ屬ス此ニ謂フ所ノ殴打創傷トハ病理的作用ヲ云フモノニシテ生理的作用ヲ含マス生理的作用ハ第四百二十五條第九號ノ場合ニ相當ス即チ單純ナル殴打ト殴打創傷トノ別アル所ナリ

既ニ病理的作用ヲ起ストキハ其大小ノ如キハ刑ノ輕重ヲ來スノミニシテ犯罪構成ノ要件ニハ何等ノ影響ヲ及ボサス又過失犯ト同シク結果ヲ生スルコトヲ要スルカ、故ニ何程危險ナル行爲ト雖モ又犯人ニ於テ如何ニ重大ナル損害ヲ與フルノ目的アリト雖モ被害者タルヘキ者ノ身體ニ未タ何等ノ損害ヲ

モ生セサル間ハ殴打創傷トシテハ常ニ無罪ニシテ未遂犯ナルモノナシ

第四ノ要素 不法ノ所爲ナルコト 所爲ノ不法ナルコトヲ要スルハ必シモ本

罪ニ於テ獨リ然ルニ非ス凡百ノ犯罪皆然リ而ルニ余カ其特ニ之ヲ茲ニ掲クル所以ハ是レ左ニ掲クル數個ノ場合ニ於テ多少ノ疑問ヲ生スレハナリ

(一) 父母後見人等子弟教誨ノ任アル者カ懲戒ノ爲メ本節ニ記載スル所ノ所爲ト類似ノ所爲ヲナシタル場合例ヘハ盜心アル小兒ヲ懲戒セントシテ之ヲ鞭撻シ又ハ灸點ヲ施シ依テ身體ニ或創傷ヲ負ハシメタル場合(二) 醫師カ外科治療ノ爲メ身體ノ一部ヲ切斷シ或ハ藥品ヲ以テ一時患者ヲ疾苦セシメタル場合(三) 被害者ノ承諾アリタルニ依リ其身體ノ一部ヲ毀損シタル場合等ニ於テハ殴打創傷罪トシテ處罰スルコトヲ得ヘキヤ?

此中第三ノ場合ハ下文自殺ノ條ニ於テ説明スルヲ便宜トスルカ故ニ茲ニ之ヲ省キ第一第二ノ場合ニ付テ説述セン成程此等ノ所爲ハ法律ニ所謂殴打創傷ノ外觀ヲ具フル行爲ナルモ第一ノ場合ニ於テ父母後見人等ハ監督上子弟ヲ懲戒スルノ必要アルカ故ニ法律又ハ慣習上常ニ懲戒權ナルモノ、存在ヲ

認メ監督上必要ナル限度ニ於テハ之ヲ行フコトヲ是認セリ故ニ此場合ニ於テハ罪トシ論スルコトヲ得サルモノトス但シ今日ノ民法ハ勿論古來未タ嘗テ明ニ父母後見人等ノ懲戒權ノ範圍ヲ規定シタルモノナキカ故ニ何レマテヲ懲戒權ノ實行トシ何レヨリテ刑法ノ犯罪行為ト見做ス可キヤハ一般ノ慣習ニヨリテ之ヲ判定スルノ外ナシ即チ輕微ナル打撃又ハ灸點ヲ施スカ如キハ今日一般ノ慣習上普通ナル懲戒ノ手段トシテ是認スル所タリト雖モ其小兒又ハ被後見人ノ身軀ニ重大ナル損害例ヘハ之ヲシテ疾病又ハ癡篤疾ニ至ラシムルカ如キハ既ニ懲戒權ノ範圍ヲ超越シタルモノトシテ之ヲ排斥セサル可カラズ第二ノ場合ニ於テモ亦之ト同シク治療ノ爲メ必要ナル限度ニ於テ人ノ身体ヲ毀損スルハ法律慣習ノ是認スル所ナルカ故ニ醫術ノ施行トシテ法律ノ認ムル限度ニ於テハ罪ヲ構成セサルモノトス要之、本罪ヲ構成スルニハ其行為カ常ニ法律又ハ慣習ノ認メサル所ノモノナルコトヲ要ス是レ吾輩カ不法ナラサル可カラストノ條件ヲ特標スル所以ナリ

(附言) 法律執行ノ爲ニ人ヲ殺傷スル行為モ亦罪ヲ構成セサルハ右ノ場合ヨ

リモ尙ホ一層明了ナルモノアリ説明ヲ要セス

第五ノ要素 人身ニ損害ヲ與フヘキ所爲ヲ爲スノ意思アルコト 既ニ此意思アルニ於テハ犯罪ハ爰ニ構成セラル其或ハ被害者ヲ死癡篤疾ニ致スト否ト又ハ故意ニ出ツルト豫謀ニ出ツルトハ單ニ刑罰ノ輕重ニ影響ヲ有スルノミ但注意スヘキハ(一)若シ人ヲ殺スノ意思アルトキハ別ニ殺人罪ノ規定アルカ故ニ爰ニ謂フ所ノ人身ニ損害ヲ與フヘキ意思トハ殺人ノ意思以外ニ於ケル人身損害ノ意思ナリトス(二)又吾輩ハ人身ニ損害ヲ與フヘキ所爲ヲナスノ意思尙詳言スレハ人身ニ損害ヲ與フル性質ノ所爲ヲ爲スノ意思アルヲ以テ足レリトスルカ故ニ其所爲カ荷モ人ヲ傷クルニ足ルヘキモノタルコトヲ知リテ之ヲ爲シタル以上ハ優ニ本罪ヲ構成スヘク更ニ人ヲ傷クルノ意思アルコトヲ要セスト確信ス或學者カ「縱令毆打スルノ意思アルモ傷害ヲ與フルノ意思ナクンハ本罪ヲ構成セス如何トナレハ此ノ如キ場合ニ於テ尙ホ本罪ヲ以テ論スヘキモノトセハ是レ豫期セサリシ結果ヲ負擔セシムルモノニシテ刑法ノ原則ニ反スレハナリ」ト言フカ如キハ是レ毆打創傷罪ハ或然ニ於テ過失

犯ニ類スルモノタルコトヲ知ラサルニ基ツク謬見ナリ(毆打創傷罪ノ結果ハ不期ノモノナリト雖モ豫期セサルヘカラサル當然ノモノナルカ故ニ有意犯ナリ、純然タル無意犯ニ非ス是レ過失犯ニ類スト云フ所以ナリ注意スルコトヲ要ス)宜シク排斥スルコトヲ要ス蓋シ此說ノ主張者カ人ノ一手一足ヲ傷ケントスル意思ヲ以テ之ヲ毆打シ其結果人ヲ死ニ至ラシメタル場合ニ於テ其結果ハ現ニ犯人カ豫期セサリシ所ノモノタルニモ拘ハラズ猶ホ毆打致死ナリト決定セルヲ見ルモ以テ其論理ノ貫徹セサルコトヲ知ルニ足ルヘケレハナリ

終リニ臨ミ本罪ノ構成要素トシテハ更ニ他人ヲ害スルノ意思アルコトヲ要ストノ一要素ヲ附加スルコトヲ要スルモ第四不法ノ所爲ナルコトヲ要ステア要素ノ中ニ自ラ包含セラル、モノナルカ故ニ之ヲ省ケリ

### 第二欸、處分

法律ハ毆打ニヨリテ生シタル結果ノ輕重ヲ標準トシテ其刑罰ヲ定ムルト同時ニ他ノ一方ニ於テハ殺人罪ニ於ケルカ如ク其決意ノ單純ナルト豫謀ニ出ルト

ニヨリテ亦刑ヲ輕重セリ之ヲ普通ノ處分トス而シテ又法律ハ本罪ニノミ限リ或一種ノ特別處分ヲ規定セリ依テ本欸ノ處分ハ之ヲ二分シ(一)普通處分(二)特別處分トシテ説明スルヲ便宜ナリト信ス即チ先ツ普通處分ヨリ説キ起サン

### 第一項 普通處分

第一、法律ハ先ツ毆打創傷ノ行爲カ人身ニ及ホシタル損害ヲ四個ニ區別シテ刑罰ヲ定メタリ(第二百九十九條乃至第三百一條)

一、死ニ致シタル場合 死ニ致シタル場合トハ犯人ノ行爲カ原因トナリテ死ノ結果ヲ惹起シタルヲ云フ故ニ犯人ノ所爲以外ノ影響即チ風土氣候等特別ノ事項ニヨリ死ノ結果ヲ生シタルトキハ之ヲ毆打致死ト云フコトヲ得ス其行爲ト死トノ間ニ原因結果ノ關係アリシヤ否ヤハ事實ノ問題ニ屬シテ法律ノ問題ニアラス須ラク專問家ノ判定ニ委スヘキナリ苟モ專問家ノ判定ニヨリテ行爲ト死トノ間ニ明白ナル因果ノ關係アルニ於テハ其經過時間ノ多少遲速及當時被害者ニ於テ特ニ死ノ結果ヲ惹起シ易キ狀況ヲ其身体ニ具ヘタリシカ爲メ意外ノ結果ニヨリテ死ニ至リタルト否トハ犯罪ノ構成ニ何等

ノ影響ヲモ有セサルナリ蓋シ毆打創傷罪ハ或點ニ於テハ過失犯ニ類スレハナリ

二、篤疾ニ致シタル場合 法律ハ規定シテ曰ク「人ヲ毆打創傷シ其兩目ヲ瞎シ兩耳ヲ聾シ又ハ兩肢ヲ折り及ヒ舌ヲ斷チ陰陽ヲ毀敗シ若クハ知覺精神ヲ喪失セシメ篤疾ニ致シタル者ハ輕懲役ニ處ス」ト兩目云々トハ讀ンテ字ノ如ク目若クハ耳ノ作用ヲ失ハシムルヲ云フ兩肢(上肢又ハ下肢ノ左右ヲ云フ)ヲ折り及舌ヲ斷チ陰陽ヲ毀敗スル云々等ノ文字ハ多少有形ノ結果ノミヲ指スカ如キ感アルモ本文字ノ字源ハ唐明清等ノ支那律及ヒ之ヲ繼承シタル新律綱領等ヨリ出テタルモノニシテ損傷ノ狀態ヲ形容シタル文字ナルカ故ニ必スシモ有形ノ結果ノミニ止マラス無形ノ結果即チ單ニ手足ヲ不隨タラシメ又ハ言語聲音ヲ發スルコトヲ得サラシメ又ハ交接ヲ不能ナラシメタルカ如キモノヲモ之ヲ包含ス知覺精神ヲ喪失セシムルトハ白痴又ハ瘋癲等ニ致スヲ云フ

〔注意〕 兩目兩耳又ハ兩肢(即チ上肢ノ左右又ハ下肢ノ左右)云々トアルカ故ニ

始メヨリ一目一耳又ハ上肢若クハ下肢ノ左又ハ右ノ一肢ノミヲ有スル者ノ一目一耳又ハ一肢ヲ損傷シテ不能ナラシメタル結果恰モ普通完全ナル體軀ヲ具フル者ノ兩目兩耳又ハ兩肢ヲ不能ナラシメタルト同一ノ結果ヲ生セシメタル場合又ハ完全ナル體軀ヲ具フル者ノ一目ト一耳若クハ上肢ノ一ト下肢ノ一即チ一足ト一手トヲ不能ナラシメタル場合等ニ於テハ本項ニ入ル可キカ如キモ文法上ノ解釋ハ之ヲ許サ、ルカ故ニ次項即チ癡疾ニ致シタル者ノ中ニ入ルヘキモノト解セサルヲ得ス(尙ホ注意ス兩トハ雙對ト云フノ義ニシテ二ト云フノ義ニ非ス誤ル可カラス)

三、癡疾ニ致シタル場合 此場合ハ則チ篤疾ニ比スレハ稍輕キモノヲ云フ法律ハ其重ナルモノヲ列擧シテ他ハ身體ヲ殘虧シ、即チ不具ナラシムルコトノ一語ヲ以テ之ヲ包括ス詳細ハ第二ノ場合ニ依テ之ヲ推スコトヲ得ルカ故ニ復タ反覆セス唯爰ニ謂フ所ノモノハ身體ヲシテ永久ノ損害ヲ負ハシムルモノ、中前項ノ中ニ入ラサルモノ、總テヲ指スモノタルコトヲ注意スルニ止ム



四、疾病又ハ休業ニ至ラシメタル場合 法律ハ此場合ヲ更ニ二分シテ二十日以上ト以下ノ疾病休業トセリ休業トハ何ソヤ或學者ハ茲ニ疾病ノ外更ニ職業ヲ營ムコト能ハサルニ至ラシメ云々ノ文字アルヨリ之ヲ解シテ職業上ノ休業トナセリ隨テ其結果トシテ如何ニ微細ナル創傷ト雖モ之ニ因テ其常職ヲ執ルコト能ハサルニ至ラシメタル場合例ヘハ彼ノ美術工藝等ノ如キ精巧ナル技藝ヲ爲ス者ノ指頭ニ輕微ナル擦過傷ヲ負ハシメタルニ過キサレモ因テ之ヲシテ其ノ常業タル美術ニ従事スル能ハサルコト二十日以上ニ至ラシメタル場合ニ於テハ第三百一條ノ第一項ヲ以テ處斷スヘキモノナリト説明セリ成程法文ニハ職業ヲ營ムコト能ハサルニ至ラシメタル者云々トアルカ故ニ單ニ文字ノ上ヨリ之ヲ解釋スルトキハ學者ノ言或ハ正當ナルカ如キ觀アリト雖モ吾輩ハ下文三個ノ理由ニ基キ斷然謬見ナリト確信ス

(一) 職業ヲ營ムコト能ハス云々ナル文字ハ從來ノ吾カ刑罰法ニ於テ之ヲ見タルコトナキ用語ニシテ恐ラクハ草案又ハ佛國法所謂「*Travail personnel*」ナル語ノ譯字ナラン若シ夫レ然リトセハ「*Travail personnel*」トハ「*Travail carpoirel*」

(休軀ノ働作)ニシテ「*Travail professionnel*」(職業上ノ働作)ニ非サルカ故ニ茲ニ職業ヲ營ムコト能ハサルシメトハ吾人日常ノ働作ヲ爲スコト能ハサルシムルノ意ナリト解セサル可カラス

(二) 先ニ説明シタルカ如ク毆打創傷罪ハ身體ニ加ヘタル損害ノ輕重ニヨリテ其刑ヲ定ムルモノナリ身體ニ加ヘタル損害ノ輕重トハ醫學上ノ觀察ニシテ經濟上ノ觀察ニアラス若シ或學者ノ如ク解スルトキハ此場合ニノミ限リ特ニ經濟上ノ影響ヲモ斟酌スルコトナリテ他ノ場合ト大ニ性質ヲ異ニスルニ至ル是レ豈立法ノ趣旨ナランヤ

(三) 第三百二條豫メ謀テ人ヲ毆打創傷シタル場合ヲ規定シタル條文中休業癡篤疾又ハ死ニ致シタル場合ハ之ヲ明記スルモ疾病ニ致シタル場合ヲ闕如セルカ故ニ若シ夫レ或學者ノ云フカ如クナラシメハ豫謀ヲ以テ人ヲ毆打シ因テ疾病ニ至ラシメタル處分ハ無罪トセサル可カラサルノ結果ヲ生ス是レ豈ニ亦立法ノ趣意ニ適合シタルモノト云フ可ケンヤ

以上説明スル所ニヨリ吾輩ハ茲ニ休業ニ至ラシメ云々トハ身體ノ動作即チ

吾人日常ノ働作ヲ爲スコト能ハサルニ至ラシメタルハ義ニシテ畢竟疾病ノ意義ヲ註釋センカ爲メ疾病ニ付加シテ一個ノ熟語トシタルモノト確信ス蓋シ醫學上ヨリ觀察スルトキハ單ニ創傷ヲ負ハシメタルノミニシテ未タ休業ニ至ラサルモノモ亦之ヲ疾病ト云フコトヲ得ヘキノ結果單純創傷ト疾病トノ限界ハ之ヲ明ニスルコトヲ得サルニ至ルノ恐アルノミナラス第三百一條ノ末文ニモ單純創傷ニ對シテ疾病休業ノ文字アリテ疾病カ單純創傷ニ對スルト同時ニ休業モ亦之ニ對向セラレアルヲ見ルモ思ヒ半ニ過クルモノアレハナリ

第二、普通處分第二ノ場合ハ別ニ説明ス可キモノナシ唯第三百二條ト他ノ條項トノ關係ノミ詳言スレハ犯人ノ人ヲ毆打スル意思カ豫メ謀議計畫セラレタルモノナルト否トニ依テ刑罰ヲ異ニシ故意ニ出テタル場合ニ於テハ第二百九十九條乃至第三百一條ニ依テ處斷シ若シ豫謀ニ出テタル場合ニ於テハ第三百二條ニ據リテ一等ヲ加フ

第二項 特別處分

法律ハ本罪ニ關スル共犯ニ付テ第三百五條第三百六條ノ特別處分ヲ規定セリ人或ハ此規定ヲ以テ共犯ト同時ニ行ハレタル別個ノ犯罪ニモ尙ホ適用スルコトヲ得ト説クモノアリト雖モ吾輩ハ條文ノ体裁上此説ヲ是認スルコトヲ得ス何トナレハ(一)第三百五條及ヒ第三百六條共ニ同ク二人以上共ニノ文字アリ而シテ二人以上共ニトハ共犯ノ事項ヲ規定シタル第四百四條ノ二人以上現ニノ文字ト相釋フ所ナキノミナラス寧ロ一層明白ナルモノアレハナリ(二)第三百五條ノ末段ニハ但シ教唆者ハ云々ノ文字アリテ亦明ニ共犯ニ關スル規定タルコトヲ明ニスレハナリ(三)若シ夫レ之ヲ以テ別個ノ犯罪ニモ適用スルコトヲ得ヘキ條文ナリトスルトキハ單ニ他人ト同時ニ毆打ノ所爲ヲ爲シタリトノ故ノミヲ以テ自己ノ毫モ關與セサル結果ニ付テ責任ヲ負ハシメラル、ノ結果他人ノ所爲ニ付テ責任ヲ負ハステフ刑法ノ大原則ヲ破壞スルニ至ルヘケレハナリ以下先ツ法律ノ條項ヲ説明シ次ニ其何カ故ニ斯ノ如キ特例ヲ見ルニ至リシヤヲ説述セン

一、第三百五條ニ曰ク二人以上共ニ人ヲ毆打創傷シタル者ハ現ニ手ヲ下シ傷

ヲ成スノ輕罪ニ從テ各自ニ其刑ヲ科ス若シ共毆シテ傷ヲ成スノ輕罪ヲ知ル  
 コト能ハサル時ハ其重傷ノ刑ニ照シ一等ヲ減ス但教唆者ハ減等ノ限ニアラ  
 ス  
 二、第三百六條ニ曰ク二人以上共ニ人ヲ毆打スルニ當リ自ラ人ヲ傷セスト雖  
 モ幫助シテ傷ヲ成サシメタル者ハ現ニ傷ヲ成シタル者ノ刑ニ一等ヲ減ス  
 第三百五條前段中段ハ共同正犯ニ對スル規定、後段但書ハ其教唆者學理上ノ準  
 正犯ニ對スル規定、第三百六條全部ハ從犯ニ對スル規定タリ蓋シ第三百五條前  
 段中段及第三百六條中共ニ云々現ニ手ヲ下シ云々ハ第四百四條二人以上現ニ罪  
 ヲ犯シタル云々ト同一文字ニシテ其共同正犯タルコトヲ明ニシ、第三百五條末  
 段教唆者ハ、第三百五條其他ニ於テ使用セラレタル所謂犯罪ノ教唆者ナル文字ト  
 同一ニシテ正犯ノ原動力トナリタル者タルコトヲ明ニシ、第三百六條自ラ人ヲ  
 傷セスト雖モ幫助シテ傷ヲ成サシメタル云々ハ、第九條正犯ヲ幫助シテ犯罪  
 ヲ容易ナラシムタル云々ト同一義ヲ表スルノ文字ニシテ從犯タルコトヲ明ニ

スレハナリ

其適用ニ付テハ法文ノ意義明ニシテ更ニ説明ヲ須ヒスト雖モ此規定ハ前ニ説  
 明シタル如ク總則ノ共犯例ヲ排除シタルモノ換言スレハ毆打創傷罪ノ共犯ニ  
 關スル刑罰ノ適用ニ付テハ如何ナル場合ト雖モ總則ニ所謂犯罪ノ共犯者ハ各  
 自ノ力ノ集合ニヨリテ生シタル法律上ノ結果ニ對シ不可分ノ責任ヲ負フモノ  
 ナリトノ原則ヲ排除シタルモノニシテ大ナル特例ナルカ故ニ或ハ之カ適用ヲ  
 誤ル者ナキヲ保セス依テ余ハ左ニ設例ヲ掲ケテ其適用ヲ明ニシ以テ誤謬ナカ  
 ラシメントス

例ハハ甲乙丙丁ノ四人中、甲乙ハ共同正犯トナリ丙ハ甲ヲ幫助シ丁ハ乙ヲ幫  
 助シテ從犯ト爲リ戊ナル教唆者ノ使喚ヲ受ケ四人共通ノ意思ヲ以テ己ナル  
 被害者ヲ毆打シ甲ハ第三百條第二項ノ創傷ヲ負ハシメ乙ハ第三百一條第一  
 項ノ創傷ヲ負ハシメタリトセハ甲ハ第三百條第二項ノ刑之ヲ幫助シテ其傷  
 ヲ成サシメタル丙ハ之ヨリ一等ヲ減シタル刑、乙ハ第三百一條第一項ノ刑之  
 ヲ幫助シテ傷ヲ成サシメタル丁ハ之ヨリ一等ヲ減シタル刑、教唆者戊ハ第三

百條第二項ノ刑ヲ以テ處斷ス可ク

若シ被害者己ノ身体ニ甲乙ノ負ハシメタル創傷一ハ第三百條第二項一ハ第三百一條第一項ニ相當スルモ何レヲ甲又ハ乙カ負ハシメタルモノナルヤヲ知ルコト能ハサルトキハ第三百條第二項ノ刑ヨリ一等ヲ減シタルモノヲ以テ甲乙二人ノ刑トシ之ヨリ更ニ一等ヲ減シタル刑ヲ以テ丙丁ノ刑トシ第三百條第二項ノ刑ヲ以テ教唆者戊ノ刑トスルモノトス

〔注意〕 身分上ノ特別關係ニ因テ更ニ刑ヲ加減スルコトヲ要スル場合ニ於テ

ハ之ニ總則第六條第十條ノ規定ヲ加味スルコトヲ要ス蓋シ茲ニ所謂特別規定ニヨリ排除セラレザル點ナレハナリ

然ラハ茲ニ法律カ斯ノ如キ特例ヲ設ケタル所以抑モ何クニ在ルヤ曰ク是レ先キニモ説明シタルカ如ク毆打創傷罪ハ他人ノ身体ニ創傷ヲ負ハシム可キ行爲ヲ爲スノ意思ニ基キタル所爲ヨリ生シタル必然ナル不期ノ結果ニ依テ其責任ヲ論スルノ罪ニシテ過失犯ニ類スル性質ヲ有スルヨリ自然ノ結果トシテ流出シタルノ規定トス蓋シ過失犯ニ共犯ナシトノ説此説ハ現今多數學者ノ是認ス

ル所ニシテ恐ラク我立法者ノ探ル所ナリシナランヲ探ルトキハ不期ノ結果ニ向テ責任ヲ負フモノナリト云フノ點ニ於テ之ト形體ヲ同フスル毆打創傷罪ニ於テモ亦其因テ被害者ニ蒙ラシメタル創傷ハ各自各別ニ蒙ラシメタルモノニシテ(假令毆打セントノ意思ノミノ點ニ於テハ共犯者互ニ共通ノ意思又ハ所爲アリト雖モ)毫モ共同ノ實ナキカ故ニ普通ノ原則即チ共犯者ハ互ニ其依テ被害者ニ蒙ラシメタル法律上ノ結果ニ付テ共同不可分ノ責任ヲ負フモノナリトノ原則ニ反シタル原則ヲ採リ共犯者ハ各自其自ラ負ハシメタル創傷ノ大小ニ從テ責任ヲ負フ可キモノトセサルヲ得ス茲ニ於テ法律ハ第三百五條前段及ヒ第三百六條ノ規定ヲ置ケリ然レトモ單純ニ此原則ノミヲ勵行スルトキハ共犯者ノ加ヘタル各創傷ノ輕重明カナラサル場合ノ各共同正犯及ヒ(何レノ場合ニ於テモ)教唆者ニ對シテハ或ハ證據不十分若クハ共同シテ傷ヲ負ハシメタルノ事實ナシトノ理由ニ依リ全く不問ニ措カサルヲ得サルノ結果ヲ生ス茲ニ於テヤ法律ハ再ヒ總則共犯ノ原則ヲ加味シ第三百五條中段及ヒ末段ノ規定ヲ置キタルモノトス

以上ヲ以テ毆打創傷罪ノ成立要素及ヒ處分ノ大綱ヲ說了セリ、第三百三條、第三百四條、第三百七條、第三百八條ヲ剩セリト雖モ此等ノ各條ハ曩ニ殺人罪ノ規定ニ於テ説明シタル所ト對比セハ自ラ了解スルコトヲ得ヘシ隨テ亦説明ヲ重ヌルノ必要ナシト信スルモ尙ホ誤解ナガラシクコトヲ期シ茲ニ其彼ト較ヤ行文ヲ異ニスルモノ、ミ、ニ付キ一言ノ説明ヲ附加セント欲ス

一、第三百七條ノ規定ニ付テ(一)健康ヲ害ス可キ物品、——健康ヲ害スルトハ從前被害者ノ保持セシ身体ノ自然ノ有様ヲ變シテ病的ナラシムルコトヲ云フモノニシテ法律ハ茲ニ其果シテ如何ナルモノカ吾人ノ身体ヲ病的ナラシムルモノナルヤヲ定義セサルカ故ニ假令如何ナル物品ト雖モ(例言セハ毒物ト雖モ苟モ其施用ニ因テ吾人ノ身軀ヲシテ病的ナラシムルニ足ル可キ物ハ皆之ヲ健康ヲ害ス可キ物品ト云フコトヲ得ヘシ然レトモ一言注意ス可キハ健康ヲ害ス可キ物品トアルカ故ニ其物自体ニ於テ人ノ健康ヲ害ス可キ性質ヲ有スルモノタルコトヲ要ス隨テ夫ノ寧ロ身軀ヲ健康ナラシム可キ物品例ヘハ牛乳又ハ米麥等ヲ多量ニ飲食セシメ爲メニ被害者ノ健康ヲ害スルモ健康

ヲ害ス可キ物品ノ施用ニ因リテ人ヲ疾苦セシメタルニ非ス分量ノ過度ニ因リテ病苦セシメタルモノナルカ故ニ本條ノ支配ヲ受ク可キ行爲ニ非サルモノトス(二)疾苦、——疾苦ト云フトキハ疾病ヲ醸シ其結果トシテ苦痛ヲ生シタル場合ノミヲ云フカ如キモ茲ニ疾苦トハ身軀ノ健康ヲ損害シタル有様ヲ無形ニ形容シタル語ニシテ吾人ノ身軀ノ健康ヲ害シタル諸般ノ病的結果ヲ包含スルモノナルカ故ニ假令被害者ニ於テ事實寸毫ノ苦痛ヲ感セサル場合ト雖モ健康ヲ害ス可キ物品ヲ施用シタル結果茲ニ被害者ヲシテ其身體ノ健康ヲ失ハシメタルトキハ皆本條ノ支配ヲ受ク可キモノトス蓋シ若シ夫レ然ラストセハ夫ノ單ニ被害者ヲシテ白痴又ハ瘋癲タラシメタル場合ノ如キハ法ノ以テ罰ス可キモノナキニ至リ立法ノ趣旨ニ反スレハナリ又茲ニ疾苦トハ右ニ説明スル如ク身體ノ健康ヲ害シタル諸般ノ病的結果ヲ意味スルモノニシテ畢竟他ノ場合ニ於ケル創傷ニ對向スルモノナルカ故ニ假令因テ健康ヲ害スルモ其程度極メテ輕ク曩ニ我輩カ説明シタル疾病休業即チ吾人身軀ノ日常ノ働作ヲシテ不自由ナラシムルト云フマテニ至ラサルモノハ第三百一

條未項ノ刑ニ一等ヲ加フ可キモノニシテ同條第二項ノ刑ニ一等ヲ加フ可キモノニ非サルモノトス

二、第三百八條ノ規定ニ付テ——人ヲ殺スノ意ニ非スト雖モ詐稱誘導シテ危害ニ陷レ云々(一)第二百九十七條ノ行文ト異リ人ヲ殺スノ意ナキ場合タルコトヲ要スト雖モ注意ス可キハ本條ノ罪ハ決シテ無意犯罪ニ非サルカ故ニ本條ヲ適用スル爲メニハ犯人ニ於テ必ス詐稱誘導シテ危害ニ陷ル、ノ意思アルコトヲ要ス(二)毆打創傷ヲ以テ論ストアリテ第二百九十七條ノ如ク故意ト豫謀ニ出テタル場合トヲ區別セスト雖モ行文自然ノ性質ヨリ省略シタルモノナルカ故ニ故意ニ出テタルトキハ普通毆打罪ニ豫謀ニ出テタルトキハ第三百二條ヲ適用シテ豫謀毆打罪ニ擬ス可キモノトス

### 第二節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

吾輩カ爰ニ殺傷ニ關スル特別ノ規定ト稱スルモノハ本章第三節ニ規定スル宥恕及ヒ不論罪、第四節ニ規定スル過失殺傷罪、第五節ニ規定スル自殺ニ關スル罪

及ヒ特別法ニ規定セラル、決闘罪ノ五者ヲ包含ス而シテ其之ヲ爰ニ併括シテ説明スル所以ハ是レ其前二節即チ殺傷罪ノ普通ナルモノニ對スル特別ノ場合ト看做ス可キモノナルヲ以テ彼此相對照シテ攻究セハ講學上多少ノ便宜アリト思料スルカ故ナリ

#### 第一款 殺傷ニ關スル宥恕及ヒ不論罪

本款ハ之ヲ(一)殺傷ニ關スル宥恕及ヒ(二)殺傷ニ關スル不論罪ノ二項ニ分チテ説明スヘシ

#### 第一項 殺傷ニ關スル宥恕(若クハ挑發ヲ原因トシタル殺傷罪)

法律カ殺傷ニ關スル宥恕ノ節目ヲ設ケ殺傷行爲ニ對スル刑罰ヲ宥恕ス可キモノトシタル場合ハ第三百九條乃至第三百十三條ノ規定ニシテ(一)自己ノ身体ニ對スル暴行ヲ原因トシタル場合(二)之ニ準シタル場合(三)現行ノ姦通ヲ原因トシタル場合(四)晝間ニ於ケル住居侵入ノ行爲ヲ原因トシタル場合ノ四トス  
右四個ノ場合ニ於テ法律カ其殺傷行爲ヲ宥恕ス可キモノトシタルハ是レ一方

ニ於テ犯人ノ之ヲ爲シタルハ元ト被害者ノ不法行爲ヨリ挑發セラレタル憤情  
 ノ今ヤ腦漿ヲ焦シツハアルハ際行ヒタルモノ換言スレハ普通ノ場合ニ比セハ  
 多少意思ノ中正ヲ失ヒタル際ニ行ヒタルモノナルカ故ニ刑法ノ大原則トシテ  
 總則ニ於テ意思ノ自由ヲ有スル程度ノ大小ニ從ヒ犯人ノ責任ヲ輕重スルヲ主  
 義ヲ採用スル以上ハ當然ノ結果トシテ主觀的犯人ハ自体其責任ヲ輕減セラレ  
 可キモノトセサルヘカラサルト他ノ一方ニ於テ其殺傷行爲タルヤ被害者ノ不  
 法行爲ヲ原因トスルモノニシテ不正ノ行爲ヲ爲シタル者ヲ害スル行爲タルカ  
 故ニ客觀的ニ其行爲モ亦普通ノ場合ニ比セハ輕キモノタルカ故ナリ

茲ニ於テカ此規定ニ關シ下ノ注意ヲ爲スコトヲ要ス  
 一、右ニ説明シタル如ク法律カ此宥恕ヲ認メタルハ總則所謂罪ヲ犯ストキ知  
 覺精神ヲ喪失シタル者意思ノ自由ヲ喪失シタル者又ハ辨識力ヲ欠損シタル  
 者ヲ免刑又ハ宥恕ストノ規定ヲ敷衍シタルモノニシテ畢竟原則ノ適用ニ過  
 キサルモノナルカ故ニ純理上ニ於テハ殺傷以外ノ犯罪例ヘハ放火若クハ毀  
 棄財物等ノ犯罪ニ付テモ同一ノ適用ヲ爲ス可キモノタリト雖モ法律ハ之ヲ

廣ク總則ノ規定例ヘハ凡ソ罪ヲ犯ストキ意思若クハ精神ノ常態ヲ欠損シタ  
 リト認ム可キ者ハ罪ヲ宥恕スト云フカ如キトセシテ單ニ殺傷ニノミ關ス  
 ル場合ノ特例トスルカ故ニ殺傷罪ニ關スル場合ニ非スハ假令茲ニ規定ス  
 ルト同一ノ宥恕ヲ與フ可キ事情ノ存スル場合ト雖モ單ニ總則酌量減輕ノ規  
 定ヲ適用シ得ルニ過キス

二、本規定ハ犯人ニ於テ意思ノ中正ヲ失ヒタル際ニ行ヒタルモノタルヲ理由  
 トスルモノナルカ故ニ純理ノ上ニ於テハ事情ノ如何ニ拘ハラズ事實上犯人  
 ニ於テ意思ノ中正ヲ失ヒタルコトヲ要スト雖モ法律ハ他ノ條項ニ於テモ其  
 例ヲ示スカ如ク第三百九條以下第三百十二條ニ規定シタル外形ノ事實ノミ  
 ヲ具備スルトキハ更ニ事實意思ノ中正ヲ失ヒタル際ニ行ハレタルモノナル  
 ヤ否ヤヲ調査スルコトヲ許サスシテ直チニ意思ノ中正ヲ失ヒタルモノ隨テ  
 宥恕ノ理由アルモノト推定スルカ故ニ第三百九條以下各條項ニ該當ス可キ  
 要件ヲ具備シタル場合ニ於テハ裁判官ハ更ニ事實上意思ノ中正ヲ失ヒタル  
 ヤ否ヤヲ調査スルコトナク直チニ法律上ノ宥恕ヲ言渡ス可キモノトス

三、本規定ハ前ニ説明シタルカ如ク一方ニ於テ犯人ニ於テ意思ノ中正ヲ失ヒタルヲ理由トスト雖モ他ノ一方ニ於テ被害者ニ於テ不正ノ所爲ヲ爲シタルヨリ生シタル犯罪行爲ニシテ犯人ノ所爲自体ニ於テ輕減ス可キモノタルヲ理由トスルカ故ニ茲ニ規定スル宥恕ハ夫ノ酌量減輕ノ如ク單ニ刑罰ヲ輕減スルニ止マラス犯罪ソノモノヲモ輕減セラレ、モノ換言スレハ罪質ヲモ變ス可キモノトス(第九十九條參照)隨テ本規定ニ適合スルノ事情アルノ外更ニ主觀的輕減スヘキ事情アルトキハ第三百十三條ヲ適用シテ本刑ニ二等又ハ三等ヲ減シタル上尙ホ總則酌量減輕ヲ適用シテ一等又ハ二等ヲ減スルコトヲ妨ケサルモノトス

是レヨリ以下法文ノ順序ニ因リテ法律カ特別宥恕ノ場合トシテ掲ケタル四ノ場合ヲ説明ス可シ

第一 自己ノ身体ニ對スル暴行ヲ原因トシタル場合

第三百九條ニ曰ク自己ノ身体ニ暴行ヲ受クルニ因リ直チニ怒ヲ發シテ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ス但不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタ

ル者ハ此限ニ在ラスト

即チ本條ノ場合ニ相當スル爲メニハ下ノ各要素ヲ具備スルコトヲ要ス(一)自己ノ身体ニ暴行ヲ受ケタルコト(二)之ヲ受ケタルニヨリ直ニ怒ヲ發シテ暴行人ヲ殺傷シタルコト(三)其暴行ハ不正ノ所爲ニヨリ犯人ノ自ラ之ヲ招キタルモノニ非サルコト是レナリ

第一ノ要素 自己ノ身体ニ暴行ヲ受ケタルコト (一)法律ハ暴行ノ行ハレタル

目的カ身体ナルコトヲ要スルカ故ニ財物ニ對スル暴行ナルトキハ本場合ニ相當セス(二)自己ノ身体タルコトヲ要スルカ故ニ假令身体ニ對スルモノト雖モ自己以外ノ人ノ身体ニ對スル暴行ハ亦本場合ノ恩典ニ浴スルコトヲ得ス是レ我母法タル佛法ノ規定ト異ル所ニシテ佛法ニ於テハ本場合ニ相當スルコトヲ得ル爲メニハ單ニ暴行カ身体ニ對シ行ハレタルコトヲ要スルノミニシテ其自己ニ對スルト他人ニ對スルトヲ問ハサルナリ(三)右ニ述ヘタルカ如ク法律ハ暴行ノ身体特ニ自己ノ身体ニ對スル場合ニアラサレハ本場合ノ恩典ニ浴スルコトヲ得サルコトヲ明言スルカ故ニ解釋上ニ於テハ一言ノ論議



ヲ試ムルノ餘地ナシト雖モ立法上ノ議論トシテハ些カ異論ナキヲ得ス蓋シ  
 本場合ノ宥恕ハ犯人ニ於テ主觀的自由意思ヲ缺損セリトノ推測ヲ原因トス  
 ルモノニシテ其犯人ニ於テ主觀的自由意思ヲ缺損スル場合ハ必スシモ自己  
 ノ身体ニ對スル暴行ヲ受ケタル場合ノミニ限ラス自己ノ財物(例ヘハ平素自  
 己ノ愛養セル家畜ニ對シ暴行ヲ受ケタル場合)又ハ親戚師友等ノ身体ニ對シ  
 テ暴行ヲ受ケタル場合ニ於テモ往々之ニヨリテ憤情ヲ惹起シ以テ意思ノ中  
 正ヲ失フコトアリ隨テ法律ヲ以テ自己ノ身体ニ對スル場合ノミニ限ルハ規  
 定稍ヤ狹隘ニ失スルノ感アレハナリ余ノ觀ル所ニ因レハ自己ノ身體ニ暴行  
 ヲ受ケタルトキト云フカ如ク法律ヲ以テ豫メ犯人ニ於テ意思ノ中正ヲ失フ  
 可キ場合ヲ限定セスシテ例ヘハ他人ノ不正行爲ニ因リテ挑發セラレ意思ノ  
 自由ヲ欠損シタル者ハ云々ト云フカ如キ明文ヲ設ケ以テ意思ノ自由ヲ欠損  
 シタルヤ否ハ偏ニ裁判官ノ判定ニ委スルヲ以テ至當ナリト信ス(四)暴行トハ  
 之ヲ廣義ニ解ズルトキハ荷モ不正ニ腕力ヲ弄シ又ハ弄セントスルノ所爲ハ  
 皆之ヲ暴行トセサルヘカラサルモノニシテ有形ノモノト無形ノモノトニ分

ツコトヲ得(シ然レトモ刑法ノ用語上暴行トハ常ニ其有形ノモノ、ミヲ指  
 シ無形ノモノニ付テハ脅迫テフ文字ヲ用ユルヲ通例トスルカ故ニ爰ニ所謂  
 暴行モ亦有形ノモノヲノミ指スモノトス有形ノ暴行トハ白刃又ハ銃砲ヲ擬  
 スルノ類ヲ云フ隨テ形容又ハ言語ヲ以テ汝ノ身體ヲ害セント脅迫シタルモ  
 ノニ對スル行爲ハ本場合ノ特典ヲ受クルコトヲ得ス尙ホ暴行云々ノ文字ニ  
 付テ一言注意ス可キハ爰ニハ暴行トアリテソレ自身不法ノモノタルコトヲ  
 明ニセルカ故ニ夫ノ正當防衛ノ行爲及ヒ官吏職務執行上ノ行爲等適法ナル  
 行爲ニ對スルモノハ本場合ノ宥恕ヲ受クヘキモノニ非サルモノトス

第二ノ要素 暴行ヲ受ケタルニヨリ直ニ怒ヲ發シ暴行人ヲ殺傷シタルコト

此條件ノ存在ハ以テ犯人ノ責任カ輕減セラル、唯一ノ基本ニシテ本場合ノ  
 規定中最モ重要ナルモノナルカ故ニ細心留意シテ研究スルコトヲ要ス(一)先  
 ツ怒ヲ發シタルコトヲ要ス怒ヲ發スルトハ憤激ヲ挑發セラレテ意思ノ平均  
 ヲ失ヒタル狀態ヲ指スナリ憤激シタルコトヲ要スルカ故ニ之ヲ欠如スル場  
 合ニ於テハ縱令暴行ヲ受ケ因テ人ヲ殺傷スルモ宥恕ヲ受クルノ限ニ非ス蓋

シ之ヲ以テ普通意思ノ中正ヲ失ヒタル行爲ト速斷スルヲ得サレハナリ(二)暴行ヲ受ケタルニ因リ直ニ怒ヲ發シ其熱情カ直ニ外部行爲ニ見ハレテ殺傷行爲トナリタルコトヲ要ス(イ)爰ニ直チニト云フノ文字ハ怒ヲ發シタルコト、暴行人ヲ殺傷シタルコト、ノ二者ニ繫屬スルノ文字ニシテ單ニ怒ヲ發シ云々ノ文字ニノミ繫屬ス可キ文字ニ非ス是レ余カ直ニ怒ヲ發シ其熱情カ直ニ外部行爲ニ見ハレテ殺傷行爲トナリタルコトヲ要ストスル所以ナリ蓋シ假令怒ヲ發シタルハ暴行ヨリ瞬時ノ間ニ在リト雖モ殺傷行爲ニシテ暴行ノ行ハレタル時間ヲ距ルコト遠キトキハ其殺傷行爲ハ以テ犯人カ意思ノ中正ヲ失シタル際ニ生シタルモノト認ムルコトヲ得サレハナリ(ロ)法律ハ直ニ怒ヲ發シテ殺傷シタルニアラスンハ本場合ノ特典ヲ與ヘサルカ故ニ犯人ノ殺傷行爲ハ暴行ヲ受ケタルヨリ殺傷行爲ヲ爲スマテノ間ニ於テ沈思熟慮スルノ違ナカリシコトヲ要ス殺傷行爲ハ沈思熟慮ノ結果ニ非サルコトヲ要スルカ故ニ本場合ノ殺傷ハ常ニ故殺傷ノ場合ニシテ豫謀殺傷ノ場合ニ非サルヲ知ル可シ蓋シ沈思熟慮ノ違ナシト云フコト、豫謀アルコト、ハ相違矛盾シテ

相容レサルノ事柄ナレハナリ(ハ)又曰ク法律ハ茲ニ因リノ文字ヲ置クカ故ニ暴行ト憤怒及ヒ殺傷行爲トハ其間互ニ因果ノ關係アルコトヲ要ス直チニ怒ヲ發スルモ其暴行ヲ原因トスルニアラスンハ本條ノ場合ニ相當セス(三)殺傷行爲ノ被害者ハ暴行人タルコトヲ要スルカ故ニ暴行人以外ノ人ニ對スル行爲ハ假令其親族故舊等ニ對スルモノト雖モ本條ノ場合ニ相當セス(四)殺傷シタル者トアリテ特別ノ規定ハ嚴正ノ解釋ヲ要スルカ故ニ殺傷以外例ヘハ逮捕監禁放火財物毀棄等ノ行爲ニ係ルトキハ假令犯人ニ於テ意思ノ中正ヲ失ヒタル際ニ爲シタルモノタルコトノ明白ナル事情(即チ他條件ヲ完備シタル場合)アルモ本條ノ宥恕ニ該ルコトヲ得ス此點ハ先ニ第一ノ要素ヲ説明スルノ際述ヘタルカ如ク立法上非難スヘキ規定ナリトス

第三ノ要素 其暴行ハ不正ノ所爲ニ因リ犯人ノ自ラ之ヲ招キタルモノニ非サルコト 不正ノ所爲トハ何ソヤ此點ニ付テハ學者間見解ヲ異ニスルモノアリト雖モ我輩ハ信ス不正ノ所爲トハ草案所謂「Fauter」(失行)又ハ不正ノ行爲ト譯ス可シ過失ト譯ス可カラス或ル學者カ之ヲ過失ト譯シタルハ大ナル謬ナ

リ詳細ハ第三百十四條ノ説明ニ於テ再説ス可シヲ指スモノニシテ自己ニ責任ヲ引ク可キ不法行為ト云フノ義ナリ(不法行為ナルカ故ニ有意ノ行為ハ勿論過失ニ出テタル行為モ亦之ヲ包含ス)然ラハ如何ニ輕微ナル行為ト雖モ苟モ不法ノ行為タルニ於テハ常ニ本場合ノ特典ヲ受クルヲ得サルカ? 曰ク法律ハ其末文ニ於テ因リ自ラ暴行ヲ招キタルモノ云々トアリテ他人ヲシテ自己ノ身体ニ暴行ヲ加ヘシムルノ原因トナリタル不正ノ所爲ハ自ラ即チ主觀的ニ暴行ヲ招キタルモノニシテ偶然即チ客觀的ニ暴行ヲ招キタルモノニ非サルヲ明ニスルカ故ニ犯人ニ於テ豫メ自己ニ暴行ヲ加ヘシムルノ原因トナルヘキモノタルコトヲ自覺シ得ヘキ行為タルコトヲ要スルモノニシテ夫ノ過失懈怠乃至極メテ輕微ナル有意ノ行為爲等偶然暴行ヲ招クノ原因トナリ得ヘキモノ換言スレハ犯人ニ於テ豫メ自己ニ暴行ヲ加ヘシムルノ原因トナルヘキ行為タルコトヲ自覺シ得ヘカラサルモノハ之ヲ包含セサルモノトス然リ而シテ法律カ此一條件ヲ要シタル所以ハ是レ畢竟草案註釋ノ説明スルカ如ク此條件ナクンハ挑發ヲ名トシテ殺傷行為ヲ逞フシ以テ宥恕ノ特典ヲ叨

リニスル者アル可キカ故ニ汝ニ出テタルモノハ汝ニ還ルハ原則ヲ攝ケ以テ「若シ本條ノ恩典ニ浴セント欲セハ宜シク己レ先ツ不正ノ行為ヲ爲スコト勿レ然ラスンハ夫ノ不正ニ宥恕ノ恩典ヲ受ケシコトヲ企圖シ己レ先ツ對手者ニ不正ノ行為ヲ加ヘ之ヲシテ自己ノ身体ニ暴行ヲ加ヘシメ之ニ因テ憤情ヲ惹起セラレタルヲ名トシテ豫メ圖リタル殺傷行為ヲ遂ケ以テ本場合ノ恩典ヲ受ケンコトヲ欲スル者タラサルヲ保スヘカラサルカ故ニ法律ハ恩典ヲ與ヘサル可シト豫告シ以テ恩典ヲ與フ可キ理由ノ明白ナラサル者ヲ除外スルト同時ニ夫ノ證據ノ明白ナラサル豫謀殺傷者ニ恩典ヲ附與スルハ危險ヲ避ケントシタルモノトス

第二 自己ノ身体ニ對スル暴行ヲ原因トシタル場合ニ準シタル場合(即チ交互毆打ノ場合)

第三百十條ニ曰ク「毆打シテ互ニ創傷シ其手ヲ下スノ先後ヲ知ルコト能ハサルモノハ各其罪ヲ宥恕スルコトヲ得」ト

此場合ハ前條ノ規定ヲ敷衍シテ前條宥恕ノ理由アルモノト推定シタルモノト

ス蓋シ二人相争闘シ何レカ先キニ手ヲ下シタルヤヲ知り得ヘキ場合ニ於テ、後ニ手ヲ下シタル者ニシテ若シ前條規定スル所ノ條件ヲ具備スルトキハ其者ハ前條ノ適用ニ依リ其罪ヲ宥恕セラレヘキモノタリ、然ラハ其下手ノ前後ヲ知ルコト能ハサルトキト雖モ場合ニ依リ宥恕ノ特典ニ與ル可キモノアルヲ保セス隨テ何レカ果シテ此特典ニ與カルヘキモノタルヤヲ知ル可カラストテ實際特典ヲ受ク可キモノアルニモ拘ハラス之ヲシテ特典ニ與カルノ利益ヲ失ハシムルノ酷ナランヨリハ寧ロ與フ可カラサルモノニ之ヲ與フルノ寬ニ失レ以テ實際恩典ニ與ルコトヲ得ヘキモノニシテ其受ク可キ利益ヲ失ハサラシムルニ若カストシタルニ因ルナリ、尙ホ二三ノ注意ス可キハ(一)毆打シテ云々トアルカ故ニ假令下手ノ前後ヲ知ルコト能ハサル場合ト雖モ何レカ一方ニ於テ殺意アルトキハ本條ノ場合ニ相當セス(二)互ニ創傷シタルカ故ニ何レカ一方ニ於テ未タ病的損害ヲ受ケサル者アルトキハ亦本條ノ場合ニ相當セス(三)各犯罪ヲ宥恕スルコトヲ得トアルカ故ニ一方ニ之ヲ與ヘテ他ノ一方ニ之ヲ與ヘサルコトヲ得ス(四)宥恕スルコトヲ得トアルカ故ニ其宥恕スルト否トハ事實裁判官ノ判定

ニ委ス可キモノトス

第三 現行ノ姦通ヲ原因トシタル場合

第三百十一條ニ曰ク本夫其妻ノ姦通ヲ覺知シ姦所ニ於テ直チニ姦夫又ハ姦婦ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ス但シ本夫先ニ姦通ヲ縱容シタル者ハ此限ニ在ラスト

即チ本條ノ場合ニ相當スルコトヲ得ルカ爲メニハ下ノ要素ヲ具備スルコトヲ要ス(一)犯罪ノ主体ハ本夫ナルコト(二)犯罪ノ客体ハ姦夫又ハ姦婦若クハ姦夫及ヒ姦婦タルコト(三)姦所ニ於テ姦通ヲ覺知スルト同時ニ殺傷行爲ヲ爲シタルコト(四)本夫ニ於テ先ニ姦通ヲ縱容シタルノ事實ナキコト是ナリ

第一ノ要素 犯罪ノ主体ハ本夫タルコト 本夫トハ戶籍上本夫タルノ身分ヲ有スル者ヲ云フ犯罪ノ主体ハ必ス本夫タルコトヲ要スルカ故ニ彼歐洲ノ或邦國又ハ吾邦ノ古代ニ於テ見タル所ノ場合即チ妻若クハ夫ノ尊族親等カ夫ニ謝スル爲メ又ハ不義姦通ノ行爲ヲ成敗スル爲メニ姦通者ヲ殺傷シタルノ行爲ハ總則ノ適用上或ハ酌量減輕ノ恩典ニ浴スルコトアル可キモ決シテ本

條ノ恩典ヲ受クルコトヲ得ス

第二ノ要素 犯罪ノ客体ハ姦夫又ハ姦婦若クハ姦夫及ヒ姦婦ナルコト (一) 姦婦トハ本夫アルニモ拘ハラズ是ニ對スル貞操ヲ破リテ他ノ男子ト不正ノ交接ヲ爲ス女ヲ云ヒ姦夫トハ有夫ノ婦女ト法律ノ認メサル結合ヲ爲ス男ヲ云フ茲ニ注意ス可キハ爰ニ所謂姦夫タルカ爲メニハ夫ノ第三百五十三條所謂相姦スル者ト異リ必シモ其對手ノ婦女カ有夫ノ者タルヲ知ルコトヲ要セス蓋シ有夫ノ婦タルコトヲ知ラスシテ法律ノ認メサル結合ヲ爲ス者ハ業ニ已ニ過失懈怠ノ恕ス可カラサルモノアルノミナラス若シ夫レ姦夫タルカ爲メニハ對手ノ婦女ノ有夫ノ者タルコトヲ知ル者タルヲ要ストセハ本夫ニ於テ本條ノ恩典ニ浴センカ爲メニハ常ニ先ツ豫メ其妻ノ對手者カ其妻ノ有夫ノ婦タルコトヲ知ルヤ否ヲ調査セサル可カラサルカ故ニ多クノ場合ニ於テ本條ノ殺傷ハ豫謀ニ出テサル可カラサルノ結果後ニモ論述スルカ如ク本條ノ殺傷ハ現ニ姦通ヲ目撃シテ突然憤情ヲ發シ熟慮スルノ違ナク行ハレタルモノニシテ本夫ニ於テ意思ノ中正ヲ失ヘルカ故ニ其罪ヲ宥恕スルコトハシタ

ル立法ノ趣旨ニ背馳ス可ケレハナリ(二) 法律ニハ姦夫又ハ姦婦トアルモソハ姦夫姦婦ノ中何レカ一方ヲ殺傷シタル場合ニ非サレハ宥恕セストニ非スシテ姦夫又ハ姦婦若クハ姦夫ト姦婦トヲ併セテト云フ義タリ是レ我輩カ茲ニ姦夫又ハ姦婦若クハ姦夫及ヒ姦婦ト云フ所以ナリ(三) 犯罪ノ客体ハ姦夫又ハ姦婦若クハ姦夫及ヒ姦婦タルコトヲ要スルカ故ニ此等以外ノ者例ヘハ其媒合者等ヲ殺傷シタル行爲ハ本條ノ宥恕ヲ受ク可カラサルモノトス

第三ノ要素 姦所ニテ姦通ヲ覺知スルト同時ニ殺傷行爲ヲナシタルコト (一) 殺傷シタルコトヲ要スルカ故ニ其他ノ行爲ニ付テハ本條ノ特典ナシ(二) 姦所ニ於テ直ニ云々殺傷シタル者トアルカ故ニ姦所以外ニ於テ殺傷シタル者ハ凡テ之ヲ包含セサルカ如キ觀アリト雖モ法文ノ意ハ姦所ニ於テ殺傷行爲ニ着手シ其場所ニ於テ之ヲ遂ケタル者及ヒ其場所ヨリ繼續シテ他ノ場所ニ於テ殺傷ヲ遂ケタル者ヲ包含セシムルニ在リテ要スルニ殺傷行爲ノ姦所ニ於テ開始セラレタルコトヲ必要トスルニ過キサレモノトス(三) 姦通ヲ覺知スルト同時ニ殺傷行爲ヲナシタルコトヲ要スルカ故ニ豫メ妻ノ姦通ヲ覺知シ竊

ニ時ヲ計リ機ヲ窺フテ姦所ニ闖入シ以テ姦夫姦婦ヲ謀殺傷シタルカ如キハ決シテ本條ノ特典ヲ受クルコトヲ得ス從來刑法學者中此點ニ關シテ往々謬見ヲ有スル者アリ其言ニ曰ク條文ハ姦通ヲ知リテ而シテ後ニ姦所ニ於テ殺傷シタルモノトノ意ニ解スヘキカ故ニ豫メ姦通ヲ知ルト否トハ毫モ關與スル所ニアラスト然レトモ條文所謂姦通ヲ覺知シ姦所ニ於テ直ニ云々ハ草案ノ夫カ姦夫姦婦ノ姦通ノ現行犯ヲ撞見シタル其時ニ該當スルモノニシテ姦通ヲ覺知シ姦所ニ於テ直ニト直ニヲ覺知ト殺傷トニ係ラシメテ一氣下聲ニ讀ミ下タス可キモノナルヲ以テ本條宥恕ノ特典ニ浴ス可キ殺傷ハ姦通ヲ覺知シタルト同時ニ行ハレタルモノ即チ故殺ナラサル可カラズ蓋シ若シ夫レ論者ノ云フカ如クニ解釋センカ法律ハ不俱戴天ノ仇敵ヲ討チタル孝子ニ對シテスラ尙ホ謀殺ニ出テタル者ハ何等ノ恩典ヲ與ヘサルニモ拘ハラズ之ヨリモ輕減ス可キ理由ナキ姦通ニ限リ謀殺ニ出テタル場合ニ於テモ尙ホ宥恕ノ恩典ヲ與フルコトナリテ彼是大ニ其權衡ヲ失スルノミナラス法律カ本節ノ規定ヲ設ケタルハ皆ナ其行爲ノ故意ニ出テタルモノ隨テ意思ノ中正ヲ

失ヒタルモノナルカ故ナリトノ一般ノ趣旨ニ反ス可ケレハナリ(謀殺傷ハ沈思熟考ノ上行ハル、モノナルカ故ニ毫モ意思ノ中正ヲ失フコトナシ)

第四ノ要素 本夫ニ於テ先ニ姦通ヲ縱容シタルノ事實ナキコト 讀テ字ノ如ク別ニ説明ヲ要セス唯縱容ノ範圍ニ就テ一言ヲ要スルノミ即チ夫カ汎ク妻ノ淫行ヲ許諾シタル場合ニ於テハ別ニ問題ヲ生セサルモ若シ或一人又ハ數人ヲ限リテ縱容シタルニ其以外ノ者ト不正ノ結果ヲナシタル場合ニ於テハ如何?曰ク姦通罪ハ一種風俗ニ關スル罪ニシテ夫ノ許諾ハ其處罰權ノ拋棄ニシテ妻ノ一身ニ存スル姦通罪ト云フ不可分ノモノニ對スルモノナルカ故ニ假令人ヲ限ルモ制限ノ効ナキモノタリ隨テ本問ノ場合ニ於テハ宥恕ノ恩典ニ浴スルコトヲ得サルモノト信ス

第四 晝間ニ於ケル住居侵入ノ行爲ヲ原因トシタル場合

第三百十二條ニ曰ク晝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セントスル者ヲ防止スル爲メ之ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ス

即チ此場合ノ宥恕ヲ受クルカ爲メニハ下ノ各要素ヲ具備スルコトヲ要ス(一)晝間ニ於テスルコト(二)故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ其門戸牆壁ヲ踰越シテ越損壞セントスル者ヲ防止スルニ出テタルコト(三)之ヲ殺傷シタルコト是レナ

第一ノ要素 晝間タルコト 晝間トハ日出ヨリ日没マテノ間ヲ云フ説明ヲ要セス

第二ノ要素 故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ其門戸牆壁ヲ踰越損壞セントスル者ヲ防止スルニ出テタルコト (一)人ノ住居シタル邸宅若クハ門戸牆壁トアルカ故ニ必スシモ家屋タルコトヲ要セス單ニ家屋ヲ構成スルトコロノ邸宅ノ一部ニ侵入シ又ハ之ヲ踰越損壞セントスルモノタルヲ以テ十分トス(二)人ノ住居シタル邸宅トハ現在人ノ住居スル所ノ邸宅ヲ意味スルモノトス蓋シ單ニ人ノ住居ニ供シタルニ過キサルモノナルトキハ人身ハ勿論財産ニ對シテモ亦必シモ損害ヲ生スルノ恐ナキカ故ニ特ニ宥恕ノ規定ヲ以テ之ヲ保護スルノ必要ナキカ故ナラン(三)之ヲ防止スル爲メタルコトヲ要ス

ルカ故ニ其未タ邸宅ニ入り若クハ門戸牆壁ヲ踰越損壞セサル以前ナラサルヘカラス既ニ之ヲ遂ゲタル後ナルニ於テハ或ハ第三百十四條ノ正當防衛トシテ無罪トナルコトアルヘキモ決シテ本條ノ範圍ニ屬セス

第三ノ要素 之ヲ殺傷シタルコト 邸宅ニ侵入スル者ヲ殺傷シタルコトヲ要スルカ故ニ門戸牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ人ノ邸宅ニ入ラントスルモノヲ殺傷スルニアラサレハ本條ノ特典ニ浴スルコトヲ得ス殺傷シタルコトヲ要スト云フカ故ニ其他ノ行爲ニ出ルトキハ亦本條ノ特典ニ與ルコトヲ得サルナリ要之殺傷ニ關スル宥恕減輕ハ普通ノ原則ヲ破リタル特別ノ規定ナルカ故ニ其解釋ハ極メテ嚴格ナラサル可カラズ

以上殺傷ニ關スル宥恕ノ場合ヲ證明セリ其處分法ハ第三百十三條ニ規定スル所ニシテ各本刑ニ照シ二等又ハ三等ヲ減ス別ニ説明スルノ要ヲ見ス

第二項 殺傷ニ關スル不論罪

殺傷ニ關スル不論罪ハ第三百十四條乃至第三百十六條ニ規定セラル即チ第三百十四條及ヒ第三百十五條ハ正當防衛ノ場合ヲ規定シ第三百十六條ハ正當防

衛ニ似テ非ナル行爲ニ關スル特別有恕ノ場合ヲ規定ス

### 第一段 正當防衛

凡ソ近世開明ノ社會ニ於テハ各個人ノ權利ハ常ニ必ス公ノ權利ヲ藉リテ實行セラル、モノナルカ故ニ假令純理ニ於テハ毫モ正義公道ニ反セサル行爲ト雖モ公ノ權力ヲ藉リテ實行セラレサルモノハ皆不法ノ行爲トシテ處罰ノ目的ヲラサルヲ得サルヲ以テ原則トス然レトモ公ノ權力ハ何レノ時何レノ所ニ於テモ常ニ吾人ノ身邊ヲ圍繞シテ吾人ノ權利ヲ擁護スルコトヲ得ルモノニアラス隨テ事態重大且ツ切迫シテ公力ノ保護ヲ待ツノ違ナキ場合ニ於テモ尙ホ且ツ必ス之ヲ藉ラスンハ甘シテ損害ヲ受ケサル可カラストセンカ吾人ハ己レヲ保護セラル可キ公ノ權力アルカ爲メニ却テ權利ヲ傷害セラル、ノ結果ヲ生スヘシ於是乎法律ハ事態重大ニシテ且ツ切迫シ公ノ保護ヲ待ツノ違ナキ場合ニ限リ特ニ一個人ヲシテ自ラ腕力ニ訴ヘテ其權利ヲ全フスルコトヲ得セシメサル可カラス是レ正當防衛ニ關スル規定ノ存スル所以ナリ

第一 生命身體ニ關スル正當防衛

第三百十四條ニ曰ク「生命ヲ正當ニ防衛シ已ムコトヲ得サルニ出テ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ自己ノ爲メニシ他人ノ爲メニスルヲ分タス其罪ヲ論

セス但不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス」ト

即チ本場合ノ正當防衛タルカ爲メニハ下ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス(一)自己若クハ他人ノ生命身體ヲ正當ニ防衛スル爲メ自己若クハ他人ノ生命身體ニ對スル暴行者ヲ殺傷シタルコト(二)已ムコトヲ得サルニ出テタルコト(三)不正ノ所爲ニ因リ自ラ(暴行ヲ受クル者自ラ)暴行ヲ招キタルニアラサルコト是ナリ

第一ノ要素 自己若クハ他人ノ生命身體ヲ正當ニ防衛スル爲メ自己若クハ他人ノ生命身體ニ對スル暴行者ヲ殺傷シタルコト 更ニ之ヲ分析セハ(一)防衛ノ目的ハ自己若クハ他人ノ生命身體ニ在ルコト(二)防衛ノ行爲ハ自己若クハ他人ノ生命身體ニ暴行ヲ加フル者ニ對シテ行ハレタルコトノ二要件ト爲スコトヲ得

一、防衛ノ目的ハ自己若クハ他人ノ生命身體ニ在ルコトヲ要ス

(一)生命ニ付テハ別ニ説明スヘキモノナシ(二)生命ニ付テハ我刑法第三編第



一章ノ表題ニ身体ニ對スル罪トアリテ生命又ハ人身ヲ組成スル体軀ニ對スル有形ノ傷害行為ハ勿論其自由清淨(通常貞操ト云フ)及ヒ榮譽ニ對スル不法行為ヲモ之ヲ包含スルカ故ニ文理當然ノ解釋ヨリスルトキハ榮譽モ亦茲ニ所謂身体ナル語中ニ包含スルモノト解ス可キカ如キモ一方ニ於テ身体生命トアリテ身体ノ中ニ生命ヲ包含セシメサルト他ノ一方ニ於テ……暴行人トアリテ暴行トハ我刑法ノ用例上常ニ有形ノ体軀ニ對シテ行ハル、不正ノ腕力ヲ意味スルモノニシテ不正ノ腕力ハ我刑法所謂名譽ヲノミ害スル行為即チ誣告誹毀等ノ手段トナル可キモノニアラサルト同時ニ凡ソ正當防衛ナルモノハ正當ニ又ハ「已ム」ヲ得サル等ノ文字ニ依テ推知スル「得ル」カ如ク物其當ヲ得タル場合換言スレハ事正義若クハ衡平ノ觀念我立法者ハ吾人ハ先天的ニ一ノ良心鏡ヲ有シ正義又ハ衡平テフ觀念ヲ會得スルモノナリトノ獨斷ヲ基礎トセルハ何人モ爭ハサル所ナリニ合シ且ツ「已ム」ヲ得サル場合ニ於テ始メテ之ヲ認ムルモノノ換言スレハ正義又ハ衡平ノ觀念ヲ基礎トスルモノニシテ凡ソ防衛行為トシテ行ハル

、殺傷ト之ヲ惹起シタル暴行トハ畧ホ相對比シテ過不及ナキヲ期スルモノナルカ故ニ假令不法ノ行為者ニモセヨ夫ノ生命又ハ体軀ニ對スル損害ト異ナリ後日挽回スルニ困難ナラサル名譽ヲノミ防衛スル爲メ之ヲ殺傷スルコトヲ許スヘキモノニアラサルトニ依リテ之ヲ觀レハ茲ニ所謂「暴行ニ依テ害ヲ生スヘキモノ即チ人身ヲ組成スル物質其自由清淨等ヲハミ包含スルモノニシテ榮譽ヲ包含スルモノニアラスト確信ス」因ニ云フ或ル學者カ名譽ハ財産ヨリモ重シト云フノ理由ヲ以テ身体ナル語ノ中ニハ榮譽ヲモ亦包含スルモノナリト云フカ如キハ説明漠然採ルニ足ラスト雖モ其之ニ對シテ或ル他ノ學者カ榮譽ニ對スル危害ハ腕力ニ依テ之ヲ防衛スルコトヲ必要トセス正當ノ手續ヲ踏ミ法衛ニ訴フルノ餘地アルノミナラス名譽ニ對スル行為ハ之ヲ爲スノ以前ニ在テハ果シテ名譽ヲ毀損セントスルヤ否ヤヲ知り難シト論スルモ亦議論適切ナラス蓋シ單ニ防衛ノ一邊ニノミ着目セハ榮譽ニ對スル危害ト雖モ必ス法衛ニ訴フルノ餘地アリト云フ可カラサルト同時ニ之ヲ爲スノ以前ニ在テハ必スシモ常ニ豫

知—例へハ演壇ニ於テ公衆ニ對シ某ハ云フニ忍ヒサル惡事醜行アリ今左  
ニ之ヲ詳述セント云ヒタルカ如キハ依テ以テ明ニ是ヨリ名譽ニ對シ危害  
ヲ加フルノ行爲ヲ豫知セシムルニ足ル可キ行爲タリ—スルコトヲ得サル  
モノニ非サレハナリ(三)自己ノ爲メニスルト他人ノ爲メニスルトヲ分タサ  
ルハ是レ先キニ本段ノ序說ニ於テ説明シタルカ如ク正當防衛ノ行爲ハ公  
カハ、闕欠ヲ補フノ行爲ニシテ公力ノ闕欠ヲ補フノ行爲ハ自己ニ罹ルト他  
人ニ罹ルトヲ區別スヘキモノニアラサレハナリ

二、防衛ノ行爲ハ自己若クハ他人ノ生命身体ニ暴行ヲ加フル者即チ暴行人  
ニ對シテ行ハレタルコトヲ要ス

是レ第七十五條第二項所謂緊急危難ト異ナル所ニシテ亦正當ノ文字アル  
所以ナリ、暴行人即チ正當ノ權利ナクシテ他人ノ身体ニ損害ヲ與フ可キ不  
法ノ行爲ヲ爲シタル者(幼者、瘋癲、白痴、及ヒ緊急危難ニ遇ヒタル者ノ無責任  
行爲ハ權利行爲ニ非サルカ故ニ暴行トス)ニ對シテ行ハレタルコトヲ要ス  
ルカ故ニ正當防衛又ハ法令執行ノ爲メ或ル行爲ヲ行フ者ニ對シテハ正當

防衛タルコトヲ得ス

尙ホ本要素ノ説明ヲ終ルニ臨ミ一言ス、後ニモ説明スルカ如ク茲ニ所謂正當  
防衛タルカ爲メニハ加害者ノ行爲ハ常ニ自己又ハ他人ノ生命身体ニ對スル  
暴行タラサル可カラスト雖モ其之ヲ防衛スル行爲ハ常ニ必スシモ暴行者ニ  
對スル重キ殺傷タルコトヲ要セス蓋シ殺傷以外ノ輕キ行爲例へハ逮捕スル  
カ如キハ刑事訴訟法其他ノ法令ニ於テ特ニ適法トセラル、ノミナラス殺傷  
タモ尙ホ之ヲ許スニ於テハ之ヨリ輕キ手段ヲ許スハ當然ノ結果ナレハナリ  
(宥恕ノ場合ト異ナルハ彼我規定ノ性質ヲ異ニスルニ依ル)

第二ノ要素 已ムコトヲ得サルニ出テタルコト 法文ノ所謂已ムコトヲ得サ  
ルニ出テタルコト、ハ必要ニ出テタルコト、云フノ義ニシテ(一)防衛ソノモ  
ト(二)防衛ノ手段トノニ係ル語トス即チ

一、防衛ソノモノカ已ムコトヲ得サルニ出テタルコトヲ要スルカ故ニ(一)攻  
撃カ急迫ナリシコトヲ要ス行爲者ニ於テ故ラニ他人ヲシテ自己ノ生命身  
体ニ危害ヲ加ヘサルヘカラサルニ至ラシメタルカ若クハ豫メ此事アルヲ

知得シタル場合ニ於テハ其攻撃ハ急迫ニ非サルカ故ニ本條所謂正當防衛者トシテ無罪タルコトヲ得ス蓋シ此場合ニ於テハ正當ノ手續ニ依リ公權ノ保護ヲ受クル餘裕アルカ故ニ行為者ノ行為ハ公ノ權力ヲ代表スルモノニアラスシテ寧ロ公ノ權力ヲ蹂躪シタルモノナレハナリ(二)他日回復スルコトヲ得サル重大ナル危害ヲ受クルノ恐アルコトヲ要ス蓋シ正當防衛ハ加害者ヲ殺傷シテマテモ之ヲ行ヒ得ヘキ行為ニシテ法律カ特ニ一私人ニ附與シタル重大ナル權力ナルカ故ニ殺傷行為ヲ爲スモ尙ホ防衛セサル可カラサル程ニ危険ナル加害行為ニ非スハ防衛ソノモノハ於テ已ムヲ得サルモノト認ムルヲ得サレハナリ(例ヘハ殺害スルニ非スハ他ニ之ヲ防止スルノ道ナキ加害行為ト雖モ若シ其加害行為ニシテ僅カニ手腕ヲ以テ輕微ナル打撃ヲ加フルモノタルニ過キサルトキハ法律ハ其人ヲ殺害シテマテモ之ヲ防止スルノ權アルヲ認メス)

二、防衛ノ手段ソノモノカ已ムヲ得サルコトヲ要ス故ニ(一)假令防衛ノ爲メニスルモノナリト雖モ其手段ニ於テ必要ノ限度ヲ踰ヘタルトキ例之ハ之

ヲ防止スルニハ必スシモ殺傷ノ行為ヲ要セサルニ拘ハラス故ラニ暴行人ヲ殺傷シタルカ如キ場合(二)一旦正當ニ防衛シ危害已ニ去リタルニモ拘ハラス勢ニ乘シ害ヲ暴行人ニ加ヘタルカ如キ場合ニ於テハ常ニ正當防衛タルヲ得サルモノトス

尙ホ本條件ニ關シ一言ス本條件所謂已ムヲ得ス云々ハ所爲者ト暴行者ノ年齢男女強弱及ヒ行為ノ行ハレタル時又ハ場所其他種々ノ狀況ニヨリテ變ス可キ事實ノ問題ニ屬スルモノナルカ故ニ裁判官ハ此等諸般ノ狀況ヲ考察シ其果シテ已ムヲ得サルニ出テタルモノナルヤ否ヤヲ定ム可キモノナリ

第三ノ要素 不正ノ所爲ニヨリ自ラ暴行ヲ招カサルコト 第三百十四條未段但書ニ曰ク但不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラスト此但書ノ解釋ニ付テハ從來學說紛々未タ歸着スル所アルヲ聞カス請フ先ツ從來之ニ關シテ行ハレタル學說ノ重ナルモノヲ掲ケ其當否ヲ論評シテ終ニ余カ所見ヲ述ヘン

第一說 不正ノ所爲ニヨリ自ラ暴行ヲ招キタル者云々トハ他人ヲシテ正當

防衛權ニヨリテ自己ヲ殺傷セサル可カラサルニ至ラシメタル場合ニ於テハ之ニ對スル殺傷行為ハ正當防衛ニ非ス約言セハ正當防衛ニ對シテハ正當防衛權ナシト云フコトヲ規定シタルモノナリ故ニ假令自己ノ不正行為ヲ原因トスル殺傷行為ト雖モ其行為カ正當防衛權ノ實行ニ非サル限リハ之ニ對シテ正當防衛權ヲ失フコトナシト正當防衛ニ對スル正當防衛權ナシトハ正當防衛其モノ、性質上自明ノ原則ナリ否現ニ本文中ニモ暴行人(即チ正當防衛其他適法ノ行為ヲ爲ス者ニ非スシテ不正ノ行為ヲ爲ス者)ヲ殺傷シタル者云々トアリテ正當防衛ハ不正ノ行為ヲ爲ス者ニ對シテノミ行ハル、モノタルヲ明言スルノ結果本説ノ如ク解スルトキハ此不正ノ所爲ニ依リ云々ノ文字ハ全ク無用ノモノト爲リ了ス可シ是レ豈ニ正當ノ解釋トス可ケンヤ

第二説 本條但書ニ相當スル草案第三百五十條第二項ニ但シ過テ自カラ(Par. 50 (a)) 暴行ヲ招キタル者ハ其罪ヲ宥恕ストアリタリ而シテ起草者カ此但書ヲ必要トシタル所以ハ是レ彼ノ他人ヲ殺傷センカ爲メ故ラニ之

ヲ侮辱シ以テ其暴行ヲ誘發シ正當防衛ヲ口實トシテ其目的ヲ達シタル者換言セハ正當防衛ヲ口實トシテ謀殺傷ヲ行ヒタル者ヲシテ其刑ヲ免カレシムル危險ヲ防止センカ爲メニシテ法文ノ意ハ故意ヲ以テ暴行ヲ招キ依テ人ヲ殺傷シタル者ハ勿論假令過失ニヨリテ暴行ヲ招キ依テ人ヲ殺傷シタル者ト雖モ尙ホ防衛權ヲ失ヒ單ニ刑ヲ宥恕セラル、ニ過キストスルニ在リキ而ルニ修正ノ際草案ノ過チテト云フ無意ノ場合ニ適合スル文字ハ刪除セラレテ不正トナリ其罪ヲ宥恕ストノ規定ハ此限ニ在ラス即チ防衛ニ非スト改メラレ以テ本條但書ヲ成シタルカ故ニ彼此ノ對照上草案ニ於テハ過失隨テ宥恕ノ場合ヲ規定セシカ本條但書ニ於テ之ヲ斥ケテ故意ノ場合ヲ規定シタルモノトセサル可ラサルノ結果本條但書ハ防衛ヲ名トシテ刑ヲ免カレンカ爲メ故意ニ暴行ヲ招キタル者ハ假令身體生命ニ危險アリト雖モ正當防衛トナラス約言セハ正當防衛ヲ口實トシタル謀殺傷ハ正當防衛ニ非スト云フコトヲ示シタルモノト解セサル可ラス隨テ假令姦所ニ於テ本夫ニ襲撃セラレタル姦夫姦婦ト雖モ其之ニ依テ本夫ノ暴行ヲ挑

發シ之ニ乘シ殺傷セントノ意ナキ場合ニ於テハ決シテ正當防衛權ヲ失フコトナシト——此說ハ雷ニ前者ト價值ヲ同フスルノミナラス立論ノ根據ヲ佛文ノ誤讀ニ酌ミ且ツ論理紛亂セルノ點ニ於テハ寧ロ前說ヨリモ劣レルモノタリ(一)先ツ論者ハ其證據ヲ佛文ノ草案ト確定法文ノ對照ニ酌ミ佛文草案第三百五十條第二項ニハ「但シ過チテ自ラ(Par sa Faute)暴行ヲ招キタル者ハ其罪ヲ宥恕ス」トアリシヲ確定法文ニ於テハ「但シ不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス」トシ草案所謂「過チテ」云フ無意ハ所爲隨テ宥恕スルノ規定ヲ斥ケ之ニ代ユルニ不正云々此限ニ在ラス即チ正當防衛權ヲ與ヘストノ規定ヲ以テシタルカ故ニ彼ハ無意ノ場合ナレトモ此ハ故意ニ出テタル場合ト解セサル可カラストテ草案所謂「Par sa Faute」ナル佛語ヲ過失ニ因テノ義ナリト解セリ是レ大ナル謬ニシテ此謬ハ實ニ論者ヲシテ邪徑ニ入ラシメタルノ原因タリ佛文草案所謂「Faute」ナル語ハ猶ホ我國ニ於テ「過チ」ナル語ト同一ニシテ或ル場合(抽象的ニ所爲自他ノ性質ヲ形容スル場合)ニ於テハ過失ト云フコトヲ意味スルモ或他ノ場合責任ノ

負擔ノ點ヨリ人ノ行爲ヲ品評スル場合ニ於テハ落度ト云フコトヲ意味ス(過ヲ改ムルニ吝ナル勿レノ如シ過失ニ非スシテ不法行爲若クハ自己ニ責任ヲ引ク可キ失行ナリ)草案茲ニ所謂「Par sa Faute」ハ第二ノ意義即チ失行ニシテ第一ノ意義即チ過失ニ非ス是レ佛文ヲ讀ム者ノ普ク了解シ得ル所ニシテ確定法文不正ノ所爲ニ因リ云々ハ佛文草案所謂「Par sa Faute」ヲ意譯シタルニ過キス(此點ニ付テ論者ノ謬レルハ夫ノ第三百九條但書但「不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス」ニ相當スル佛文草案第三百四十二條ノ但書ニモ「Celle excuse sera refusée a celui qui Par sa Faute se sera expose a la provocation」此宥恕ハ其失行ニ因リテ(Par sa Faute)挑發セラレタル者ニ拒絕セラル可シ)トアリテ論者ノ譯法ニ依レハ彼ハ過失トアリテ無意ノ場合ノミニ限レトモ此レハ之ヲ斥ケタルカ故ニ故意ヲ以テ暴行ヲ邀ヘタル場合ニノミ限リ宥恕ノ特典ヲ與ヘスト云ハサル可ラサルニモ拘ハラス之ヲ默過シ不正ノ所爲ニ因リト「Par sa Faute」ト同一義ノ語ナリト思惟セルヲ見ルモ思ヒ半ハニ過キン(岡田氏刑法論總論ノ部第二五六號

乃至二五九號及ヒ同書各論ノ部五二四號末段——以上説明シタル所ニヨ  
 リテ之ヲ見レハ草案ト確定法文トハ其間彼ハ正當防衛ニ非スト雖モ宥恕  
 ヲ與フ可シト明言シ此ハ單ニ正當防衛ニ非ストノミ云ヒタルノ差アルノ  
 ミ若シ僅ニ此差異アルニ過キサルヲ知リタランニハ蓋シ論者ト雖モ彼ハ  
 過失ノ場合ヲ此ハ故意ニ出テタル場合ヲ規定シタルモノナリト云フ如キ  
 論決ヲ爲スノ勇ナカリシナラン(二)假ニ數百歩ヲ讓リ論者草案ヲ誤讀セス  
 トスルモ論者ノ議論ハ論理紛錯見ル可カラサルモノアリ何ヲ以テ之ヲ云  
 フ曰ク好シ假ニ草案ニハ過失トアリタルニモセヨ之ニ代リタル確定法文  
 ニハ不正ノ行爲トアリ不正ノ行爲トハ普通ノ意味ニ於テ不法ノ行爲ノ義  
 ニシテ過失ヲ包含スルヤ論ヲ俟タス隨テ論者ニ於テ論理ヲ正フセント欲  
 セハ草案ニ於テハ過失ノ場合ノミヲ豫見シタルカ故ニ常ニ宥恕ストシタ  
 ルモ確定法文ニ於テハ過失ト故意トヲ合セテ規定シタルカ故ニ單ニ正當  
 防衛ニ非ストノミ明言シテ言宥恕ニ及ハスト云ハサル可カラス然ルニ議  
 論茲ニ出テスシテ不正ノ行爲ノ中ニハ過失ヲ包含スルコトヲ知リナカラ

一 躍遽ニ採テ以テ故意ニ出テタル場合ヲノミ規定シタルモノナリト論斷  
 セリ是レ論理ニ適シタルモノト信スルヲ得サレハナリ(三)論定ノ由ル所即  
 チ理由ノ可否ハ暫ク措キ單ニ論決ノミニ付テ之ヲ見ルモ論者ノ説ニヨル  
 トキハ究竟本條但書ハ正當防衛ヲ口實トシテ謀殺傷ヲ爲ス者換言スレハ  
 謀殺傷ハ謀殺傷ナリト云フコトヲ明言シタルニ外ナラサルコト、ナリテ  
 亦第一説ト共ニ無用ノ文字タラン!

以上我輩ハ本但書ニ關スル重ナル學說ヲ擧ケ之ヲ論評セリ依テ是ヨリ我輩  
 ノ見解ヲ述ヘンニ我輩ノ見ル所ニヨレハ本但書ノ意義ハ疑ニ第三百九條但  
 書ニ於テ説明シタル如ク自己ノ失錯落度若クハ失行即チ自己ニ責任ヲ引ク  
 可キ不法ノ行爲ニヨリ他人ヲシテ自己ニ暴行ヲ加ヘサル可カラサルニ至ラ  
 シメタル者ハ之ニ對シテ正當防衛ヲ爲スノ權ヲ失フ可シト云フニ在リテ其  
 理由モ亦立法者ニ於テ第三百九條ノ但書ヲ設ケタルト同シク若シ此但書ナ  
 クンハ證據ノ上ニ於テハ之ヲ知ルコトヲ得サルモ事實ノ上ニ於テハ所爲者  
 ニ於テ豫メ他人ヲ殺傷センコトヲ決意シ故ラニ之ヲシテ自己ニ暴行ヲ加ヘ

シムルニ至ル可キ原因ヲ與ヘ其計圖ニ陥リ暴行ヲ爲スニ乘シ名ヲ正當防衛ニ藉リテ之ヲ殺傷シタル者ノ刑律ヲ免ル、コトアル可キカ故ニ廣ク自己ニ責任ヲ引ク可キ行爲ニ因リテ暴行ヲ招キタル者ハ假令事實上其人カ豫メ謀テ人ヲ殺傷シタルモノニ非サル可シト雖モ之ヲ甄別スルコト甚タ困難ナルカ故ニ正當防衛ノ權ヲ喪失スルコト、ス可シト規定シ以テ一般人民ニ對シ汝等ハ本來正當防衛ノ權ヲ有スト雖モ之ヲ行フニ至リタル原因ニ於テ不正ノ所爲アリタルトキハ法律ハ之ヲ剝奪ス可キカ故ニ固有ノ正當防衛權ヲ失ハサラント欲セハ常ニ潛心注意シテ不正ノ行爲ナキコトヲ期スヘシト警戒スルニ在リ、隨テ襲ニ示シタル設例ノ如キ場合即チ姦所ニ於テ本夫ノ襲撃ヲ受ケタル姦夫姦婦ハ本夫ニ對シテ正當防衛ノ權ヲ喪失スルモノトス蓋シ本夫ノ襲撃ハ姦夫姦婦ノ不正行爲之ヲ招キタルモノナレハナリ然レトモ終ニ臨ミ一言注意スヘキハ不正ノ所爲トハ有意ノ所爲ハ勿論過失ノ如キ無意ノ所爲ヲモ亦之ヲ包含スヘキ廣キ文字ナリト雖モ法文ニハ「因リテ自ラ暴行ヲ招キ」トアリ亦第三百九條ニ於ケルカ如ク暴行ヲ招ク可キコトヲ豫知スルニ

足ルヘキ有意ノ行爲ヲノミ指スモノトス

第二 生命身軀以外ノモノニ關スル正當防衛

第三百十五條ニ曰ク「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、財産ニ對シ放火其他ノ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

本條ノ規定ニ對シ學者或ハ前條ニハ正當ナル文字アルモ本條ニハ之ヲ缺如スルヲ理由トシ是レ夫ノ幼者又ハ瘋癲白痴者等カ罪ヲ犯シタル場合若クハ緊急危難等ニ因リテ罪ヲ犯シタル場合ト同シク一種ノ無責任行爲ヲ規定シタルモノニシテ正當防衛ニアラスト主張スル者アリト雖モ(一)法律ハ前條ト同シク已ムコトヲ得サルノ語ヲ用非第七十五條ニ規定スル場合ノ如キ若シ聖人君子ナリセハ已ムコトヲ得ヘキ場合ト區別シ以テ其事ノ不正ニ非サルコト即チ正當

ナルコトヲ表白セルト(二)若シ夫レ前條ト性質ヲ異ニスルモノタリトセハ第三  
 百十六條ニ於テ二條ヲ併括シテ同一ノ但書ヲ置クヘキ理由ナキト(三)本條ニ相  
 當スル佛文草案第三百五十一條ニ「Le meurtre ainsi que les violences volontaires sont  
 encore justifiées et exemptés de peine, comme moyens de *defens legitime et necessaire* lorsqu'ils  
 ont eu lieu dans les suivantes:.....」(次ニ列擧スル場合ニ於テモ亦殺傷行為ハ正當  
 且必要ナル手段トシテ正當トシ且免刑セラル可シ)トアリテ明ニ正當行為タル  
 ヲ明言セルトニ依リテ之ヲ觀レハ學者ノ說ハ畢竟立法者ニ於テ已ニ前條ニ「正  
 當ニ.....」ノ文字ヲ用井タルヲ以テ本條ニ於テ再ヒ之ヲ反復スルノ要ナキヲ  
 信シ故ラニ之ヲ省略シタルヲ知ラサルニ基因スルモノニシテ探ルニ足ラサル  
 謬見タリ蓋シ若シ夫レ然ラストセハ本條ノ場合ニ相當ス可キ行為ヲ爲ス者ニ  
 加効シタル者ハ有罪タラサルヲ得サルノ結果例ヘハ自己ノ家屋ヲ燒燬セラレ  
 シトスル者ニ於テ力能ク其兇行ヲ防止スルコト能ハサルヨリ應助ヲ第三者ニ  
 求メタル場合ニ於テモ第三者ハ手ヲ束ネテ之ヲ傍觀セサル可カラサルノ結果  
 ヲ生ス可シ是レ豈立法ノ趣旨ナラムヤ

本條規定スル所ハ三個ノ事項ニ係ル

一 財産ニ對シテ放火其他ノ暴行ヲ爲ス者ヲ防止スルニ出テタルトキ

(一)放火其他暴行トアリテ放火ハ單ニ暴行ノ一例タルニ過キサルカ故ニ尙モ  
 不正ニ腕力ヲ弄スル行為ハ皆此中ニ包含セラル(二)財産ニ對スル暴行タルヲ  
 要スルカ故ニ生命身体ニ對スルモノハ本條ノ管スル所ニ非ス然レトモ財産  
 トアリテ其規定極メテ廣濶ナルカ故ニ證書類ヲモ亦此中ニ包含セラル(三)防  
 止スルニ出テタルトキトアルカ故ニ暴行ヲ終リタル後ニ於ケル行為ハ本條  
 ノ特典ヲ受クルノ限リニアラス

二 盜犯ヲ防止シ又ハ盜賊ヲ取還スルニ出テタルトキ

盜犯又ハ盜賊トアルカ故ニ強姦盜ヲ區別セスト雖モ(一)第一ノ場合ニ於テハ  
 防止タルヲ要スルカ故ニ已ニ盜ニ終リタル者ニ對スル行為ハ無罪タルヲ得  
 ス(二)第二ノ場合ニ於テ盜賊ヲ取還云々トアリテ時ヲ擇ハサルカ如キモ已ム  
 コトヲ得ス云々ノ文字アルカ故ニ直ニ取還セスハ遂ニ之ヲ奪取セラルハ  
 ノ恐アル場合即チ現行犯ノ場合タルコトヲ要スルモノトス



三 夜間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ門戸牆壁ヲ踰越損壞スル者ヲ防止スルニ出タルトキ

是レ第三百十二條ノ規定ト全ク同一ニシテ其間唯晝間ト夜間ノ差アルノミ隨テ更ニ説明ヲ要セス

終ニ臨ミ第三百十四條ニ於テハ其行爲ノ自己ノ爲メニシ他人ノ爲メニスルヲ分タスト雖モ本條ニ於テハ之ヲ缺如スルカ故ニ他人ノ行爲ヲ幫助シタル者ハ格別主トシテ他人ノ爲メニシタル者ハ本條所定ノ特典ニ浴スルヲ得サラン

第二段 正當防衛ニ似テ非ナル行爲ニ關スル規定

第三百十六條ニ曰ク「身体財産ヲ防衛スルニ出ツルト雖モ已ムコトヲ得サルニ非スシテ害ヲ暴行人ニ加ヘ又ハ危害既ニ去リタル後ニ於テ勢ニ乘シ仍ホ害ヲ暴行人ニ加ヘタル者ハ不論罪ノ限ニアラス但情狀ニ因リ第三百十三條ノ例ニ照シ其罪ヲ宥恕スルコトヲ得ト

但書ナクンハ本條ハ全ク無用ノ法文タリ隨テ但書以前ノ法文ハ但書ヲ喚起ス

ル爲メニ置キタル枕詞ニ過キスト云フ可キノミ情狀ニ因リ第三百十三條ノ例ニ依ラシメタルハ我輩ノ養成スル所ナリ

第二款 過失殺傷ノ罪

過失殺傷トハ過失ニ因テ他人ノ身体ヲ損傷スル罪ヲ云フ第三百十七條乃至第三百十九條ニ規定セラル即チ第三百十七條ニ於テハ死ニ致シタル場合ヲ次ノ二條ニ於テハ創傷殊ニ疾病休業以上發篤疾ニ致シタル迄ノ場合ヲ規定ス條項三個アリト雖モ畢竟過失ニ因テ生シタル結果ノ大小ニ依テ刑罰ヲ異ニセンカ爲メノミ約シテ之ヲ規定セハ第一項ニ於テ疎虞懈怠又ハ規則慣習ヲ遵守セス過失ニ因テ(若クハ不注意又ハ規則慣習ノ不遵守ニ因テ)人ノ身体ヲ損傷シタル者ハ左ノ例ニ照シテ處斷ストシ第二項ニ於テ其之ニ依テ生シタル損傷ノ種類ト之ニ對應スル刑罰トヲ掲ケタル一條ヲ置クヲ以テ足レリトス故ニ本節ノ說明ハ主トシテ過失ノ何物タルヤヲ明ニスルヲ以テ十分ナリト信ス

過失トハ何ソヤ?  
第一 凡ソ一ノ事實カ或人ニ對シテ責任ヲ生ス可キモノナルヤ否ヤノ問題ヲ

生スルハ常ニ其事實カ其人ノ身体ト多少ノ關係ヲ有スル場合タルコトヲ要ス即チ之ヲ種別スレハ凡ソ三アリ曰ク(一)其人ノ身体ノ一部又ハ全部カ其事ヲ惹起シタル原因若クハ媒介タリシモ心意上其人ノ與リ知ラサル場合即チ結果ト其之ヲ生セシメタル原因ノ一タリシ人ノ身体トノ間ニ於テ實体的關係アルモ無体的若クハ精神的關係ナキ場合例ヘハ意識ノ欠缺シタル者、錯亂シタル者、不十分ナル者等ノ行為ヨリ生シタル事實ノ如シ(二)一ノ事實カ或人ノ有意行為ヨリ生シタル不期ノ結果ナル場合即チ其事實ニ關與シタル人ハ有意ニテ或行為ヲ爲シタルモ之ヨリ生シタル結果ハ其人ノ營テ豫期セザリシモノタル場合(三)一ノ事實カ或人ノ有意ノ行為ヨリ生シタル豫期ノ結果ナル場合即チ或ル一定ノ結果ノ生スヘキコトヲ希望又ハ豫知シテ爲シタル或人ノ行為ヨリ生シタル豫期ノ結果ナル場合(通俗ニ所謂有意犯ト稱スル場合)是ナリ本間所謂過失ハ右三個ノ場合中第二ニ屬スルモノニシテ尙ホ圖ヲ以テ之ヲ明ニセハ左ノ如シ

舉動

有意

豫期ノ結果ヲ生シタルモノ(通俗ニ所謂有意犯罪之ニ屬ス)不期ノ結果ヲ生シタルモノ(過失之ニ屬ス)

無意

故ニ過失トハ先ツ或人カ有意ノ行為ヨリ不期ノ結果ヲ生セシメタル状態ナリト云フコトヲ得是ヨリシテ直チニ下ノ結果ヲ生スルコトヲ注意スヘシ曰ク(イ)過失ハ常ニ有意行為ノ一ニ屬スルモノナルカ故ニ瘋癲、白痴、幼者等ノ爲シタル行為即チ無意ノ行為ヨリハ決シテ之ヲ生セザルコト(ロ)過失ハ所爲者ノ舉動ト生シタル出來事トノ間ニ物理的原因、結果ノ關係ノミアリテ精神的、原因、結果ノ關係ヲ缺クモノ(若クハ行為又ハ舉動其モノニ結合セル意思ト生シタル結果トノ間ニ連絡ナキモノ)ナルカ故ニ有意ノ行為ヨリ生シタル豫期(一般又ハ限定的ナル)ノ結果ハ過失タルコトヲ得ザルコト是ナリ

第二 然レトモ有意ノ舉動ヨリ不期ノ結果ヲ生セシメタル状態常ニ必スシモ過失ニアラス有意ノ行為ヨリ豫期ノ結果ヲ生セシメタルモノニ種々ノ區別

アルカ如ク不期ノ結果ヲ生セシメタルモノニモ(一)不注意ヲ原因トシタルモノト(二)然ラサルモノトアリ本問所謂過失ハ第一ニ屬ス尙ホ圖ヲ以テ之ヲ明ニセハ左ノ如シ

豫期ノ結果ヲ生セシメタルモノ

有意ノ舉動

不期ノ結果ヲ生セシメタルモノ

不注意ヲ原因トスルモノ

不注意ヲ原因トセサルモノ(自由ノ欠缺ニ基ク行爲之ニ屬ス)

故ニ結局過失トハ不注意ナル有意ハ行爲ヨリ不期ハ結果若クハ不注意當然ハ結果ヲ生セシメタル状態ニシテ一種ハ有意犯罪ト云フヲ得ヘシ(本論以外ニ於テハ余ハ過失ヲ無意ノ行爲ト云フ是レ了解ニ容易ナラシメンカ爲メノミ請フ諒セヨ敢テ矛盾スルニ非ス)蓋シ過失ニ因テ責任ヲ負フ所以一ハ注意ヲ怠ラサリセハ其結果ヲ生セサルヘシトノ推測アルト同時ニ他ハ不注意不注意ハ所爲者ノ自由ナルニモ拘ハラズ注意セスト決心消極的ニシタル有意行爲當然ノ結果タルニ因ルモノナレハナリ—犯人不期ノ結果ニ行爲當然ノモ

ノト不當然ノモノトアリ過失ハ不注意ナル有意ノ行爲ヨリ當然ナル不期ノ結果ヲ惹キ起シタル有様ナリ—是ヨリシテ直チニ又下ノ結果ヲ生スルコトヲ注意スヘシ曰ク(一)所爲者カ其ノ行爲自体ノ上ニ十分ナル注意ヲ採リタル場合ニ於テハ過失ノ問題ヲ生セサルコト(例ヘハ鐵道線路内ニ入ル可カラスト榜示シアルト同時ニ當時機關手カ十分危険ヲ避ケ得キ距離ニ於テ適當ノ笛聲ニ依リテ瀛車ノ進行シ來リタルコトヲ報シタルニモ拘ハラズ不可見地ニ在リタル被害者不幸ニシテ墮者ナリシ爲メ之ヲ知ラサリシ場合ニ於ケル殺傷ノ如キ其一例トス)(二)注意不注意ノ問題ハ一方ニ於テ法令又ハ慣習ニ照査シテ決定スヘキモノタルト同時ニ他ノ一方ニ於テ所爲者其人ノ能力如何ニ關スル個人的問題ナルカ故ニ先ツ法令慣習ヲ案シ次ニ所爲者其人ノ能力(智力、体力、男女、老幼等)ヲ案シテ常ニ關係的ニ判定スヘキモノナルコト(三)過失ハ所爲者其人ニ存スル不注意ナルカ故ニ右説明シタル諸般ノ事情ニ依リテ已ニ所爲者ニ於テ不注意ノ行爲アリト認ムヘキ場合ニ於テハ其レノミヲ以テ過失アリトスヘク被害者ノ不注意ハ所爲者ノ過失ヲ滅却スルノ原因ト

ナラサルコト(普通所謂犯行ニ相殺ナキカ如ク過失ニモ亦相殺ナシ)是ナリ  
 (附言) 上來説明シタル點ニ關シ學者或ハ過失ハ常ニ犯罪其他不正ノ行爲ヨ  
 リ生スルモノニシテ正當行爲ヨリ出ツルモノニ非ス故ニ適當ノ方法ヲ以  
 テ夫ノ擊劔柔術角力等凡ソ風俗慣習ノ一般ニ認ムル行爲ヲ爲シタル場合  
 於テ人ヲ殺傷スルモ過失ニ非スト主張スルモノアリ學者ノ所謂不正行  
 爲ナル語ニシテ不注意ヲ意味スルトモ我輩ノ説ト其間言語ノ差ノミニ  
 シテ毫モ異同アルコトナシト雖モ其例示スルカ如ク風俗慣習ノ認ムル方  
 法ヲ以テ風俗慣習ノ認ムルコトヲ爲シタル場合即チ適法ノ行爲ヨリハ過  
 失ヲ生セスト斷言スルニ在ラハ是レ大ナル誤謬ナリ蓋シ假令適法ノ行爲  
 ヲ行フノ際ニ生シタルモノタリト雖モ其之ヲ生セシメタル原因カ所爲者  
 ノ不注意ニ存スルコトノ明白ナル場合ニ於テハ茲ニ一ノ過失アリト云フ  
 可キハ甚タ親易キ所ナレハナリ  
 今通俗ノ觀察ニ基キ過失トナル可キ不期ノ結果ヲ惹起スル所ノ原因ヲ尋ヌ  
 ルトキハ凡ソ二個ト爲スヲ得ヘシ即チ一ハ所爲者ノ思慮毫モ其結果ニ及ハ

サリシ場合他ハ思慮必シモ之ニ及ハサルニテアルモ此事ナカルヘシト思  
 信シ萬一ノ危險ヲ避クルノ策ヲ怠リシ場合復言セハ前者ハ所爲者ニ於テ少  
 シク思慮ヲ回ラサハ容易ニ危險ノ虞アルコトヲ發見スルヲ得ルノ結果過失  
 ヲ爲サハルコトヲ得ルニ拘ラズ沈重事ニ從ハサルヨリ之ヲ發見スルコト  
 能ハスシテ遂ニ不測ノ危險ヲ醸シタル場合(俗ニ所謂ソ、ウニ出テタル場合)  
 後者ハ所爲者ニ於テ已ニ危險ノ虞アルコトヲ發見セルカ故ニ其事ヲ廢スル  
 ニアラスンハ須ラク危險ヲ防止スルノ方法ヲ講セサルヘカラサルニ其勞ヲ  
 厭ヒ萬一ヲ僥倖センコトヲ企圖シ放膽事ニ從ヒシヨリ遂ニ其本意ナラサル  
 豫見ノ危害ヲ生セシ場合(俗ニ所謂横着ヲ構ヘタル場合)是ニシテ法律カ所謂  
 疎虞トハ前者ヲ懈怠トハ後者ヲ指ス然レトモ是レ畢竟事情ニ因ル程度ノ區  
 別ニ過キス學理上ニ於テハ二者何レモ不注意若クハ不用心換言セハ豫見シ  
 得ヘキニ豫見セサリシト云フニ歸着スル者ニシテ區別ノ要ナキモノトス  
 尙ホ此點ニ付テ一言以テ注意スヘキハ右ニ説明スルカ如ク不注意若クハ不  
 用心中懈怠ニ屬スルモノハ所爲者ニ於テ或結果ヲ生ス可キコトヲ豫見スルニ

モ拘ハラス之ニ要スル所ノ必要ナル注意ヲ怠リタル者ナルカ故ニ其状態恰モ普通所謂有意犯罪ノ行爲ト同一ナルカ如キ感アリト雖モ其間判然タル區別ノ存スルアリ即チ所爲者ノ豫見シタル結果カ必然ノモノタル場合ニ於テ之ヲ避クルノ策ヲ講ゼサル場合ニ於テハ普通所謂有意犯罪ノ行爲ニ屬シ(毆打創傷罪ノ有意犯タル所以此ニ存ス)所爲者ノ豫見シタル結果カ必然ノモノトシテ、サ、ル場合換言スレハ其生シ得ヘキコトヲ豫見シ得ルト同時ニ其生シ得ヘカラサルコトモ亦之ヲ豫想シ得ヘキ場合ニ於テ之ヲ避クルノ道ヲ求メサル場合ニ於テハ懈怠ニ屬スルコト是ナリ

以上説明スルカ如ク過失ハ常ニ不注意ニ原因スルモノナルカ故ニ或一ノ行爲カ過失ナルヤ否ヤノ問題ヲ決スルカ爲メニハ常ニ所爲者ニ於テ不注意又ハ不用心ノ行爲アリタルヤ否ヤヲ調査セサル可ラスト雖モ若シ夫レ犯人ニ於テ一定ノ規則慣習ヲ遵守セサリシ事實アルトキハソレ自身不注意ノ要素ヲ包含スルモノナルカ故ニ裁判官ハ更ニ不注意ノ行爲アリタルヤ否ヤヲ調査スルコトヲ要セス是レ法律カ過失ノ原因ノ一トシテ規則慣習ノ不遵守ヲ掲クル所以ト

又法文ニハ疎虞懈怠又ハ規則慣習ヲ遵守セス過失ニ因テ云々トアルカ故ニ疎虞懈怠又ハ規則慣習ノ不遵守ヲ原因トセサル過失アルカ如キモ是レ畢竟一方ニ於テ刑法第一條法律ニ於テ罰ス可キ罪ヲ分テ三種トストアルハ裏面ニ於テ法律ノ罰セサル罪アルヲ示シタルニ非スシテ罪ノ何モノタルヲ定義シタルト同一般過失ノ何モノタルヲ定義シタルト同時ニ他ノ一方ニ於テ次ノ二條ニ於テ再ヒ疎虞云々ヲ復言スルノ煩ヲ避ケンカ爲メノミ、疎虞懈怠又ハ規則慣習ノ不遵守ヲ原因トセサル過失アリト云フニ非ス

處分——處分ニ付テハ別ニ言フ可キモノナシ法律ノ罰ス可キ場合ハ死ニ致シタル場合、癡篤疾ニ致シタル場合、疾病休業ニ致シタル場合ノ三トス、法文ヲ一讀セハ明ナラン——疾病休業以下ノ結果ヲ生シタル場合ヲ不問ニ付スルハ事態輕微、罪トシ論スルノ必要ナキニヨル

臨終過失犯ニ共犯アリヤ否ヤトノ問題ハ從來議論アル問題ナレモ一方ニ於テ先ニ余カ過失ハ有意ノ行爲ヨリ生シタル不期ノ結果、不期ノ結果自体カ已ニ有

意ナリト云フノ論ハ暫ク之ヲ措キ學者間争ナキ點ニ付テ之ヲ論セシナルコトヲ明ニシタルト同時ニ有意ノ行爲ハ共同スルコトヲ得ヘキカ故ニ(例ヘハ二人以上同一ノ馬車ニ乘リテ群衆ノ中ヲ馳驅セシト云フカ如シ)理論上過失犯ニ共犯アル可キハ是ノミヲ以テモ斷定シ得ヘキノミナラス他ノ一方ニ於テ詳細ノ說明ヲ爲サント欲セハ共犯ノ原則ヲ援引セサルヲ得サルノ結果深ク總則ノ範域ニ入ラサルベカラサルヲ以テ詳細ハ總則ノ說明ニ讓リ茲ニハ單ニ理論上ニ於テハ過失犯ニモ亦共犯アリト云ハサテ可カラサルモノタルコトヲ告クルニ止ルヘシト理論上ト云フ所以ハ法律人他ノ規定ヲ參酌シテ立論スルトキハ明文ノ規定上ニ於テハ共犯トシト云フノ說正鵠ヲ得タルカ如キモノアレハハ

**第三款 自殺幫助罪**

本款ノ說明ニ入ルニ先テ暫ク自殺ノノモノニ付テ一言セシムルニ當リ凡ソ人ハ自己ノ利益又自由ニ處分スルノ權ヲ有スルカ故ニ生命モ亦之ヲ自由ニ處分シ以テ自ラ其存立權ヲ拋棄スルコトヲ得ヘキカ? 換言スレハ自殺ノ行

爲シノモノハ立法上之ヲ不問ニ措ク可キモノナルヲ將テ或規定ニヨリ相當ノ制裁ヲ要ス可キモノナルヤハ近世ニ至ル迄屢々哲學家宗教家又ハ法律家ノ論題トナリタルモノニシテ古今ノ立法例モ亦區々タリ古代埃及希臘ノ時ニ於テハ自殺ハ私ニ天與ノ生命ヲ絶ツモノニシテ神ニ對スル不法ノ所爲トセリ故ニ自殺ヲ遂ケザリシ者ハ勿論其之ヲ遂ケタルモノト雖モ其遺骸ヲ刑シ若クハ其遺産ヲ官沒セリ降テ羅馬ノ時代ニ於テハ自殺ヲ單ニ自己ノ不名譽又ハ苦痛ヲ免レンカ爲メニスルモノト刑罰殊ニ死刑ヲ免カレンカ爲メニスルモノト二種ニ分テ前者ニ對シテハ常ニ之ヲ罰セサルノミナラス時トシテハ却テ名譽アル行爲トシ獨リ後後者ニ對シテノミ刑罰ヲ加ヘ其遂ケタルモノニ對シテハ其遺産ヲ官沒セリ羅馬ノ末世基督教ノ漸ク其勢力ヲ得ルニ及ヒ其思想延テ國法ニ及ヒ遂ニ復タ古代ノ埃及希臘ニ於ケルカ如ク自殺ヲ以テ神ニ對スル背法ノ行爲トシ一方ニ於テ自殺者ノ身體ニ或一種ノ刑罰ヲ加ヘ他ノ一方ニ於テ其財産ヲ官沒スルト同時ニ其遺言ヲ無効トセリ然レトモ近世文化漸ク進ムニ及ヒ自殺ハ一方ニ於テ自殺者以外ニ何等ノ害惡ヲ生セサルノミナラス假令之レ有リ

トスルモ他ノ一方ニ於テ自殺者ハ其行爲自體ニ於テ己ニ死モ尙ホ之ヲ避ケサルモノナルヲ以テ之ニ對シテ刑罰ヲ加フルモ何等ノ效果ヲ奏ス可キモノニ非サルモノナルヨリシテ或ハ道德ノ範圍ニ屬ス可キモノトスルモ國法ノ關ス可キモノニ非ストノ思想ヲ生ジ其結果近世開明諸國ノ法律ニ於テハ全ク之ヲ罰スルノ形迹ヲ絶テリ

然レトモ他人ノ自殺ヲ幫助シ又ハ之ヲ容易ニスルハ自殺ソノモノト異リ管ニ背德ノ行爲ナルノミナラス多クノ場合ニ於テ自殺者ハ狂者ト同一視ス可キモノニシテ之カ兇行ヲ助グルハ一種ノ殺人ト看做スコトヲ得ヘキモノナルト同時ニ之ニ對スル刑罰亦能ク其目的ヲ達シ以テ其害惡ヲ防止スルコトヲ得ルカ故ニ何レノ時何レノ國ニ於テモ之ヲ處罰スルヲ例トス隨テ茲ニ一ノ注意ヲ要ス即チ自殺幫助ノ行爲ヲ罰スルハ自殺其モノカ罪トナルカ故ニ非スシテ自殺幫助ソノモノカ一種ノ害惡タルカ故ナルヲ以テ其性質ハ自殺行爲ノ從タル行爲ニ非スシテ一種獨立ノ行爲タリ故ニ本罪ニ付テ更ニ共犯ノ原則ニ依リ共ニ正犯又ハ從犯トシテ罰セララル、他ノ犯人アリ得ヘキコトヲ忘ル可カラサルコト是ナリ

以上自殺ニ關スル法律上ノ沿革及ヒ自殺幫助罪ノ性質ヲ説明セリ是ヨリ法律ノ各條ニ入リ自殺幫助罪ノ構成及ヒ其處分ヲ説明ス可シ

第三百二十條ニ曰ク「人ヲ教唆シテ自殺セシメ又ハ囑託ヲ受ケテ自殺人ノ爲メニ手ヲ下シタル者ハ六月以上三年以下ノ輕禁錮ニ處シ十圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス其他自殺ノ補助ヲ爲シタル者ハ一等ヲ減ス」

第三百二十一條ニ曰ク「自己ノ利ヲ圖リ人ヲ教唆シテ自殺セシメタル者ハ重懲役ニ處ス」ト

右二條解釋ノ骨子トシテ説明ヲ要ス可キモノハ(一)自殺ノ何モノタルコト(二)自殺ノ教唆下手補助ノ何モノタルコトノ二點ニシテ此二點ヲ説明セハ他ハ特ニ説明ス可キモノナシ

第一 自殺ノ定義 自殺ノ何モノタルヤハ自殺ト他殺人命亡失ノ原因ハ之ヲ大別スレハ天爲ニ出ツルモノト人爲ニ出ツルモノトニ區別スルコトヲ得而シテ自殺他殺ハ人爲殺ノ種別タルカ故ニ茲ニ所謂他殺ノ中ニハ天爲殺ヲ包

合セサルモノトス)トハ何ヲ標準トシテ區別ス可キヤ詳言スレハ二者ノ區別ハ殺人行為ヲ爲スニ至リタル唯一ノ原因タル意思カ死者自身ヨリ出ラムルト否トニ因ル可キカ將タ單ニ殺人ノ行為爲其モノヲ實行シタル者カ死者自身ナルト否トニ因ル可キカノ問題ヲ決スレハ之ヲ了解スルコトヲ得ヘキモノトス故ニ我輩ハ先ツ自殺ト他殺トハ何ヲ以テ區別ス可キモノナルヤヲ説明シ次ニ自殺ノ何モノタルヤヲ定義ス可シ

余ハ先キニ謀故殺即チ他殺ハ(一)被害者タル人ノ生命カ豫メ存在シタルコト(二)他人ヲ殺スノ所爲アルコト(三)他人ヲ殺スノ意思アルコトノ三要素ヲ以テ構成スルモノタルコトヲ説明セリ茲ニ於テカ此條件ノミニ依テ自殺ト他殺トヲ區別スルトキハ假令殺人行為ヲ導キタル原動力ナリタル意思カ死者自身ニ出ラタルトキト雖モ尙モ之ニ因テ他人カ生命ヲ亡失スルノ結果ヲ生スルコトヲ知リナカク他人ノ生命ヲ亡失セシム可キ行為若クハ舉動ヲ爲シタル者ハ皆凡テ謀故殺罪ヲ犯シタル者ト判定スルコトヲ得ヘキカ故ニ自殺ト他殺トノ區別ハ殺人行為爲其モノヲ實行シタル者ノ死者自身ナルト否トニ因ル

可キモノニシテ生命ヲ奪フニ至ル可キ行為ヲ爲サシメタル唯一ノ原動力カ死者ニ存スルト否トヲ問ハサルカ如キ觀アリ我刑法ニ於テモ佛國刑法ノ如ク自殺幫助罪ノ規定ナクシテ此見解蓋シ正確ナリト雖モ第三百二十條中段ニ囑託ヲ受ケテ自殺人ノ爲メニ手ヲ下シタル者云々トアリテ假令下手即チ殺人ノ行為アリ隨テ殺人ノ意思アルモ其行為ヲ導キタル原因カ死者自身ノ囑託ニ在ルトキハ謀故殺ノ行為ニ非スシテ自殺ノ幫助罪タルニ依テ之ヲ觀レハ自殺ト他殺トハ單ニ生命ヲ亡失セシメタル行為即チ舉動ソノモノヲ爲シタル者カ死者自身タルト否トニ依テ區別ス可キモノニ非スシテ殺人行為ソノモノハ誘發シタル原動力タル唯一ノ原因(意思)カ死者自身ニ存スルト否トニ依テ區別ス可キモノト云ハサル可カラズ是ニヨリ我輩ハ其當然ノ結果トシテ自殺トハ死者自身ノ意思ヲ原動力トスル殺人行為(行為爲其モノ、死者自身ノ舉動ナルト他人ノ舉動ナルトニ關セズ)ナリト定義ス可キモノト確信ス一此點ニ關シ從來一ノ問題アリ死者ノ承諾ヲ得テ之ヲ殺害シタルモノハ謀故殺人罪ヲ犯シタルモノナルヤ將タ自殺幫助罪ヲ犯シタルモノナル



ヤノ問題はナリ此問題ニ對シ論者或ハ第三百二十條中段ノ場合ハ下手者ニ於テ初メヨリ他人ヲ殺害セントスルノ意思アルニ非ス會自殺者其人ノ懇請ヲ受ケタル爲メ已ムヲ得ス其手足ニ代ハリテ自殺者ハ生命ヲ絶テタル場合ナリ然ルニ本問ノ場合ハ之ニ反シ初メヨリ下手者ニ殺人ノ意思アリテ之ヲ實行スル爲メ死者ノ承諾ヲ得タルモノ換言スレハ所爲者ニ於テ豫メ其腦裏ニ形造リタル殺人ノ意思ノ實行ヲ死者ノ認諾ヲ停止條件ニ係ラシメタルニ過キサレハ到底殺人ノ行爲タラサルヲ得スト主張スルモノアル可シト雖モ我輩ハ先ニ下シタル定義當然ノ應用トシテ自殺幫助罪ヲ犯シタル者ニシテ謀故殺罪ヲ犯シタル者ニ非スト斷言ス蓋シ(一)他人ノ請求ヲ容レテ生命ヲ授ケルモ(其事柄カ契約トシテ民法上成立セサルモノナリト云フノ論ハ別問題トス)他人ニ囑託シテ其生命ヲ奪ハシムルモ其間言語ノ上ニ少許ノ差アルノミ實質上其行爲カ殺人行爲ソノモノヲ惹起スル唯一ノ原動力ヲ形成シタルトノ點ニ於テハ彼此毫末ノ區別アルヲ見サルノミナラス(二)論者ノ主張スルカ如クソハ例ヘハ甲者乙者ヲ殺害セントノ意思ヲ實行センカ爲メ先ツ乙

者ニ對シ負限ニ泣カソヨリハ寧ロ自盡シテ其苦痛ヲ免ルハニ如カサラソト勸誘シ遂ニ之ヲシテ自殺セシコトヲ決意セシメタル末乙者ノ囑託ヲ受ケ其生命ヲ奪フノ所爲ヲ爲シタルモ亦(前者ト同シク停止條件付ナリ)謀故殺罪ヲ犯シタルモノト云ハサル可カラサルニ至ルノ結果明ニ法文第三百二十一條ノ規定ト相矛盾スルノ結果ヲ生スレハナリ

第二 教唆下手及ヒ補助 是レ自殺ヲ幫助シタル者ヲ區別シテ自殺ヲ惹起シタル唯一ノ原動力ヲ形成シタル者ト自殺者カ自殺ノ意思ヲ形成シタル後ニ於テ主若クハ從トシテ之ニ加効シタル者トノ三種トシタルニ過キス(教唆ハ讀ンテ字ノ如シ下手ハ介錯補助ハ手傳直接又ハ間接ト云フカ如シ)於是乎次ノ問題ヲ決スルコトヲ得曰ク人ヲ教唆シテ自殺ヲ決意セシメタル末其囑託ヲ受ケテ下手又ハ補助シタル者ハ自殺ノ教唆者ニシテ同時ニ下手又ハ補助罪ヲ犯シ又ハ單ニ下手罪若クハ補助罪ノ一ヲ犯シタル者ニ非ス蓋シ(一)右ノ者ノ行爲ハ單純ナル下手又ハ補助罪ノ如ク受働的行爲ニ非サルノミナラス(二)若シ二罪以上ノ俱發トスレハ自殺者ノ死ナル一事ヲ一方ヨリ自殺セシメ

タルコト、看他ノ一方ヨリ下手又ハ補助シタルコト、看ルノ結果一事ヲ雙面ヨリ處罰スルノ結果ヲ生スレハナリ(總則共犯ノ場合ニ於テ本間ノ如キ場合ヲ生シタルトキハ自ラ別途ノ説明アリ總則ノ説明ニ讓ラン)

處分——處分ニ付テ法律ハ(一)教唆者即チ自殺ノ決意ヲ促シタル唯一ノ原動力ヲ形成シタル者ニ付テハ其遠因ノ如何ニヨリテ之ヲ二種ニ分チ單ニ教唆シタル者ハ六月以上三年以下ノ輕禁錮十圓以上五十圓以下ノ附加罰金ニ處シ自己ノ利ヲ圖リテ教唆シタル者ハ重懲役ニ處ス(二)囑託ニ應シテ下手シタル者ハ六月以上三年以下ノ輕禁錮十圓以上五十圓以下ノ附加罰金ニ處ス(三)補助ヲ爲シタル者ハ前者ヨリ一等ヲ減シテ四月十五日以上二年三月以下ノ輕禁錮七圓五十錢以上三十七圓五十錢以下ノ附加罰金ニ處ス別ニ説明ス可キコトナキモ左ノ三點ニ付テ一言注意ス

一 自己ノ利ヲ云々トハ自己ノ怨恨又ハ嫉妬ノ情ヲ満足セシメンカ爲メ又ハ之ニ因テ其相續權ヲ得若クハ義務ヲ免脱センカ爲メニスルコト等ヲ意味スルモノトス——此點ニ付キテ一ノ問題アリ甲男其情婦乙女ヲ殺害シテ丙女

ト通センカ爲メ自己モ亦共ニ情死ス可シト詐リ乙女ヲ教唆シテ自殺ヲ決意セシメタル未其囑託ヲ受ケテ之ヲ殺害シタル場合ニ於テ右甲男ハ謀故殺罪ヲ犯シタル者トス可キヤ將テ第三百二十一條ノ所謂自殺幫助罪ヲ犯シタル者トス可キヤ是ナリ本間ニ付キ論者或ハ謀故殺罪ヲ犯シタル者ナリト主張スル者アリト雖モ余ハ本間甲男ノ詐欺ニヨル錯誤ハ乙女ヲシテ自殺ヲ決意セシメタル遠因ハ上ニ存シ生命ハ亡失即チ死ハ上ニ存セサルカ故ニ斷然第三百二十一條ノ罪ヲ犯シタルモノト確信ス

二 (一)第三百二十一條ノ場合ニ於テ加辱ノ刑ヲ科シ其前條ノ場合ニ於テ非加辱ノ刑ヲ科スル所以ハ主觀的犯人ノ心意上ニ存スル敗徳ノ有無ニ因ル(二)第三百二十一條ノ場合ハ重罪ナルカ故ニ總則ノ適用上未遂ナルトキモ第百十二條以下ノ適用ニヨリ處斷セラル可シ

### 第四款 決闘罪

我立法者ハ明治二十二年法律第三十四號ヲ以テ特ニ決闘罪ノ規定ヲ設ケタリ先ツ其條文ヲ掲ケ後ニ之カ説明ヲ下サン

第一條ニ曰ク「決闘ヲ挑ミタル者又ハ其挑ニ應シタル者ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ十圓以上百圓以下ノ罰金ヲ附加ス」

第二條ニ曰ク「決闘ヲ行ヒタル者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處シ二十圓以上二百圓以下ノ罰金ヲ附加ス」

第三條ニ曰ク「決闘ニ依テ人ヲ殺傷シタル者ハ刑法ノ各本條ニ照シテ處斷ス」

第四條ニ曰ク「決闘ノ立會ヲナシ又ハ立會ヲナスコトヲ約シタル者ハ證人介添人等何等ノ名義ヲ以テスルニ拘ハラズ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス」

情ヲ知テ決闘ノ場所ヲ貸與シ又ハ供給セシメタル者ハ罰前項ニ同シ」

第五條ニ曰ク「決闘ノ挑ミニ應セサルノ故ヲ以テ人ヲ誹毀シタル者ハ刑法ニ照シ誹毀ノ罪ヲ以テ論ス」

第六條ニ曰ク「前數條ニ記載シタル犯罪刑法ニ照シ其重キモノハ重キニ從テ處斷ス」ト

吾邦ニ在テハ未タ曾テ其例ヲキモノトス、故ニ決闘罪ノ沿革ヲ知ラント欲セハ須ラク之ヲ歐米ノ歴史ニ徵セサル可カラズ、案スルニ「デュエル」即チ決闘ナルモノハ彼ノ羅馬ニ侵入シタル北方ノ野蠻即チセルマン種屬ニ創リタルモノニシテ希臘羅馬ノ時代ニ於テハ未タ曾テ見サル所ノ習慣トス、故ニ吾邦ノ古代及ヒ歐米諸國(日耳曼種屬ヲ除ク)ノ昔時ニ於ケル「クガタチ」(探湯)等ト其淵源ヲ異ニス蓋シ決闘ハ爭鬪ノ結果ヲ以テ毀損セラレタル名譽ヲ恢復スルノ所爲ニシテ探湯等羅馬及ヒ我邦ノ古代ニ行ハレタルモノハ裁判上ノ疑問ヲ決ス可キ證據ヲ求ムルノ行爲ナレハナリ、然レトモ其「デュエル」即チ決闘ヲ爲ノ方法若クハ儀式ハ佛國ニ於テ始メテ大成シタルモノニシテ十六七世紀ノ頃ニハ其流行尤モ盛ナリキ、於是乎決闘ハ罰ス可キモノナルヤ、若シ罰ス可キモノトセハ其制裁如何等ノ問題ヲ生シ、有名ナル法學者「デュース」ノ如キハ寧ロ普通ノ殺人行爲ヨリモ重ク處罰ス可キモノナリト論セシニモ拘ハラズ終始未決ノ問題タリシカ、近來ニ到リ遂ニ佛國ノ大審院ハ同院連合部ノ議決ニヨリ斷然普通殺人罪ノ規定ニ照シテ處斷スルコト、セリ、然レトモ佛國ノ刑法ヲ學ヒタル多數諸外國ノ刑法

ハ決闘罪ヲ殺傷罪ノ規定ニ一任スルヲ以テ不可ナリトシ特ニ明文ヲ設ケ決闘ハ勿論其豫備ニ關スル或ル行為及ヒ之ニ參與シタル行為マテヲモ罰スルコトセリ我立法者カ右ノ特別法律ヲ設ケタルモ亦之ニ倣ヒタルモノトス以上吾輩ハ決闘ニ關スル沿革ト性質トヲ説述セリ以下決闘罪ノ定義ヲ擧ケテ之ヲ説明ス可シ

決闘罪トハ如何何レノ國ニ於テモ之カ定義ヲ下サ、ルヲ以テ例トス隨テ學者間多少ノ議論アリト雖モ吾輩ハ茲ニ歐米ノ習慣ニ鑑ミ決闘罪トハ當事者ノ約束ニ基キ人ヲ殺傷ス可キ行為ヲ以テ優劣ヲ争ヒ以テ其毀損セラレタル名譽ヲ回復スルノ所爲ナリト定義セント欲ス故ニ決闘罪ノ成立ニハ下ノ條件ヲ要ス(一)争闘者カ豫メ相互ニ約束シタルコト(二)人ヲ殺傷ス可キ行為ヲ以テ互ニ優劣ヲ争フコト(三)争闘ハ毀損セラレタル所ノ名譽ヲ回復スルカ爲メナルコト是ナリ

第一ノ要素 争闘者カ豫メ相互ニ約束シタルコト 之ヲ要スルカ故ニ偶然出會シテ争闘ヲ爲シタルモノナルハ假令其意思ハ毀損セラレタル名譽ヲ回復スルニ在ルモ未タ以テ決闘ト云フコトヲ得ス單ニ普通ノ殺傷行為ノミ蓋シ此條件ハ決闘罪ニ最モ重要ナルモノナレハナリ

第二ノ要素 人ヲ殺傷スルニ足ル可キ行為ヲ以テ相争フコト 之ヲ要スルカ故ニ假令名譽ヲ回復スルニ在ルモ此ノ結果ヲ生セサル或ル偶然ノ出來事ニ由ルモノハ法律ノ所謂決闘ニハアラサルナリ

第三ノ要素 争闘ヲナスノ遠因ハ毀損セラレタル名譽ヲ回復スルニ在ルコト名譽ヲ回復スルニ在ルコトヲ要スルカ故ニ單ニ事實ノ曲直正邪ヲ判断セントスルニ在ルモノハ決闘ト謂フ可カラス

以上三個ノ條件ヲ具備スルトキハ常ニ之ヲ決闘ト云フコトヲ得而シテ決闘ニハ通例立會人又ハ介添人アルヲ常トスルモ是レ事實上決闘ト云フコトニ附着スルモノ(所謂常素)ニシテ決闘罪ノ成立ニ必要ナル條件ニアラス是レヨリ法文ノ大要ヲ説カン其第一條ニ於テハ決闘ヲ申込ミ又ハ之ヲ承諾シタルモノヲ罰セリ其承諾ノ方法ニ到リテハ法律之ヲ特定セサルカ故ニ文書ヲ以テスルト言語ヲ以テスルト乃至符號ヲ以テスルトヲ論セス苟クモ其行為ア

レハ法律ノ制裁ヲ受ク第二條ハ第一條ノ結果ヲ規定ス即チ決闘ヲ行ヒタル場合ナリ第三條ハ決闘ノ結果人ヲ殺傷シタルトキノ規定ニシテ殺傷スルノ意思ヲ以テ決闘ヲナシ人ヲ殺シタルトキハ殺人罪ヲ以テ論シ人ヲ傷ツクルノ意思ヲ以テナシ由テ人ヲ殺シ若クハ傷ケタルトキハ毆打創傷ノ各本條ニ擬ス第四條ハ決闘ノ立會ヲ約シ若クハ立會ヲナシタル者ハ其名義ノ何タルヲ問ハスシテ之ヲ罰ス其第二項ハ場所ヲ給與シ又ハ給與セシメタル者ヲ罰ス第五條ハ決闘ノ挑ミニ應セサル場合ニ於テ其應セサル者ヲ誹毀シタル場合ナリ(要スルニ決闘律ヲ以テ刑法ノ缺典ヲ補ヒタルハ第一、第二、第四ノ諸條ニシテ第三、第五ノ兩條ニ規定スル所爲ノ如キハ刑法ニヨルモ當然處罰セラル、モノナルカ故ニ特ニ法文ヲ設クルノ必要ナシ畢竟疑問ヲ絶タントノ婆心ニ出テタルモノナル可シ屢々説明シタル所再説ヲ要セス

#### 第四節 擅ニ人ヲ逮捕監禁スル罪

人ハ法律ニ依ルニ非スンハ逮捕監禁ヒラル、コトナシトハ憲法ノ明言スル所

ニシテ刑法上二個ノ規定ニヨリテ保護セラル、即チ第二百七十八條乃至第二百八十一條及ヒ第三百二十二條乃至第三百二十五條ノ規定是ナリ第一ハ官吏ノ爲シタル場合第二ハ一人ノ爲シタル場合ニシテ之ヲ各別ニ規定シタルハ先ニモ説明シタルカ如ク古來ノ沿革ニ原キタルノミ深キ理由アルニ非ス法律改正ノ機ニ臨マハ宜シク併括スヘキモノトス

第二ノ場合即チ我輩カ此處ニ擅ニ人ヲ逮捕監禁スル罪トシテ論セントスル所ノモノハ第三百二十二條以下第三百二十五條ニ規定スル所ノモノニシテ之ヲ構成スル爲メニハ下ノ要素ヲ具備スルコトヲ要ス(一)人ヲ逮捕監禁シタル所爲アルコト(二)逮捕監禁ノ所爲ハ不正ナルコト是ナリ

第一ノ要素 人ヲ逮捕若クハ監禁シタルコト 逮捕監禁共ニ何レモ去留ノ自由ヲ失ハシムルノ行爲ニシテ其些カ異ル所ハ逮捕ハ時間ノ觀念ト關係ヲ有セサルモ監禁ハ時間ノ觀念ト關係ヲ有スルカ故ニ前者ハ即時犯ニシテ其時効ハ直チニ流出スルモ後者ハ繼續犯ニシテ時効ハ行爲ヲ終リタル時ヨリ流出スルノ差アルノミ

第二ノ要素 逮捕監禁ノ所爲ハ不法ナルコト 曩ニ毆打創傷罪ニ付テモ述ヘタル如ク此條件ハ本罪ニ付テノミ特ニ必要ナルニ非ラス(一)刑事訴訟法ニヨリテ一私人カ重罪輕罪ノ現行犯ヲ逮捕スル場合(二)貴衆兩院ノ議長カ院内ニ於ケル現行犯人ヲ逮捕スル場合(三)船長カ船内ニ於ケル犯罪人ヲ逮捕スル場合(四)父母後見人教師等カ懲戒權執行ノ爲メ適法ノ限度内ニ於テ其子弟ヲ監禁スル場合(五)醫師カ適法ノ囑託ニ應シテ精神病者ヲ監禁スル場合等適法ノモノハ本罪ヲ構成セサルコトヲ明ニセンカ爲ナリ

處分 (一)普通ノ場合ハ第三百二十二條ニ定ムル所ニシテ十一日以上二月以下ノ重禁錮ニ處シ貳圓以上貳拾圓以下ノ罰金ヲ附加ス、監禁日數十日ヲ過ル毎ニ一等ヲ加フトハ例ヘハ十一日ヨリ二十日マテ二十一日ヨリ三十日マテ各一等ヲ加フルヲ云フ(二)特別ノ處分トシテハ苛酷ノ所爲ヲ用非タルトキト監禁ヲ解クコトヲ怠リ因リテ死傷ニ致シタルトキヲ規定セリ(イ)前者ハ第三百二十三條ノ定ムル所ニシテ其所謂毆打拷責シ又ハ飲食衣服ヲ屏去シ云々ハ例示的ニシテ制限的ニ非ス故ニ凡テ苛酷ト認定ス可キ所爲ハ皆特別處分ヲ要スヘク若

シ之カ爲メ疾病死傷ニ致シタルトキハ毆打創傷ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス(ロ)後者ハ第三百二十五條ノ定ムル所ニシテ人ヲ監禁制縛シ水火震災ノ際其監禁ヲ解クコトヲ怠リ因テ死傷ニ致シタルトキハ亦毆打創傷ノ各本條ニ依リ重キニ從テ處斷ス

### 第五節 脅迫ノ罪

脅迫罪ハ第三百二十六條乃至第三百二十九條ニ規定セララル脅迫トハ人ヲシテ法律ニ規定シタル所ハ危害ヲ受クヘキコトヲ想像セシメ、以テ之ヲ恐怖セシムルハ所爲ヲ云フ故ニ本罪ヲ構成スルニハ(一)人ヲシテ恐怖セシムルノ所爲アルコト(二)法律ニ規定シタル所ノ危害ヲ加フヘキコトヲ以テ人ヲ恐怖セシムルノ材料トシタルコト(三)人ヲシテ恐怖セシムルノ意思アルコトノ三要素ヲ具備スルコトヲ要ス

第一ノ要素 人ヲシテ恐怖セシムルノ所爲アルコト 法律ハ單ニ人ヲ脅迫シタル者云々トアリテ佛國刑法ノ如ク別ニ其方法又ハ條件ヲ限定セサルカ故

ニ苟モ人ヲシテ恐怖セシムルノ所爲アルニ於テハ其手段ノ言語、文書等無形ノ所爲ニ依ルト將タ短銃ヲ擬シ白刃ヲ加ヘントスル等有形ノ所爲ニ依ルトヲ問ハス

第二ノ要素 法律ニ規定シタル危害ヲ加フヘキコトヲ以テ人ヲ恐怖セシムルノ材料トシタルコト 法律ノ規定シタル脅迫ノ材料ニ二種アリ其一ハ第三百二十六條第一項ニ規定スル所ニシテ人ヲ殺シ又ハ人ノ住居スル家屋ニ放火スルコトヲ以テスルモノトス前者ハ殺人罪ノ説明ニ詳ナルヲ以テ復説ノ要ナシ後者ノ人ノ住居スル家屋トハ單ニ人ノ住居ニ供シタル建造物ト云フノ義ニ非スシテ人ノ住居セル家屋ヲ指ス蓋シ人ノ住居ニ供シタル家屋ニ止マル場合ニ於テハ其放火ノ行爲タルヤ人身ニ危害ヲ及ホスノ恐ナキモノニシテ本條人ヲ殺サント脅迫シタル場合ト對向セシメタル立法ノ旨趣ニ適合セサルモノアレハナリ而シテ放火ノ何物タルヤハ後ニ第四百二十條以下ニ之ヲ詳論ス可キヲ以テ茲ニ贅セス其二ハ毆打創傷其他暴行ヲ加ヘント脅迫シ又ハ財産ニ放火シ若クハ之ヲ毀壞劫掠セントスルモノトス毆打創傷トハ

人ノ体軀ニ有形ノ損害若クハ損傷ヲ與フル總テノ結果ヲ指シ第二節ニ所謂毆打創傷ト全ク同義タリ其他ノ暴行トハ或ハ人ヲ逮捕監禁シ或ハ猥褻ノ行爲ヲ爲スカ如ク人ノ身体ニ對シテ有形ノ損害ヲ與フルモノヲ指ス又財産トハ人ノ利益ノ目的ト爲ル可キ物件即チ人カ之ニ依テ或利益ヲ享有スル所ノ物件ヲ云フ而シテ放火毀壞トハ文字自体及ヒ第四百二條以下ノ法文ニ依テ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ劫掠トハ強奪ノ義ニシテ暴行ヲ加ヘテ奪取スルノ謂ニ外ナラス

第三ノ要素 人ヲシテ恐怖セシムルノ意思アルコト 脅迫罪ハ人ヲシテ其安全ナル生活ヲ完フスルコト能ハサラシムル所爲ニシテ法律カ之ヲ罰スル所以主ハラ此點ニ存ス故ニ脅迫ノ罪ヲ構成スルニハ恐怖セシムルノ意思アレハ足り更ニ進シテ脅迫ノ材料ニ供シタル危害ヲ實行スルノ意思アルコトヲ要セス否ナ管ニ之ヲ實行スルノ意思ナキノミナラス單ニ戲謔ヲ以テスルモ犯人ノ意思ニシテ人ヲシテ恐怖ノ念ヲ起サシメントニ存スルトキハ脅迫罪ヲ構成スルハ意思トシテ毫モ缺點アルコト無シ

抑モ脅迫ノ所爲即チ人ヲシテ安全ナル生活ヲ爲スコト能ハサラシムルノ所爲ハ之ニ依テ被害者カ安全ナル生活ヲ營ムコト能ハサルノ位地ニ在ラズンハ犯罪ヲ構成セス換言スレハ被害者ニ於テ恐怖ノ念ヲ惹起スルニ非スンハ茲ニ其人ノ靜謐ヲ害シ若クハ自由ヲ害スルコトナキヲ以テ脅迫ノ所爲ハ猶ホ彼ノ犯人ニ於テ罪ヲ犯スノ意思アリト雖モ之ニ適當ナル方法ヲ行ハサリシ場合ト一般ニシテ單ニ主觀的犯人ニ於テ人ヲ恐怖セシムルノ意思アルノミ臺モ社會ノ秩序安寧ヲ害セサルカ故ニ犯罪ヲ構成セス一言以テ之ヲ蔽ヘハ脅迫罪ヲ構成スルニハ常ニ主觀的情況ト其之ニ依テ反響スヘキ客觀的情況ノ相合致スルコトヲ要ス(是レ未遂犯ヲ罰セサルノ結果ナリ)

以上脅迫罪ノ成立要素ヲ說明セリ、是ヨリ其處分法並ニ第三百二十九條ノ規定ヲ說明セム、第三百二十八條ノ規定ハ別ニ說明ヲ要セサルヲ以テ之ヲ略ス脅迫罪ノ處分法ハ人ヲ殺シ又ハ人ノ住居シタル家屋ニ放火セント脅迫シタル場合ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ處シ貳圓以上貳拾圓以下ノ罰金ヲ附加シ又毆打創傷其他暴行ヲ加ヘント脅迫シ若クハ財産ニ放火シ及ヒ毀壞劫掠セン

ト脅迫シタル場合ハ十一日以上二月以下ノ重禁錮ニ處シ貳圓以上拾圓以下ノ罰金ヲ附加ス又タ兇器ヲ持シテ此等ノ罪ヲ犯シタル場合ハ各一等ヲ加テ兇器トハ通常人ヲ殺傷スルノ用ニ供セラル、物件例ヘハ刀劍槍又ハ棍棒ノ類ヲ云フ

脅迫罪ハ一方ニ於テ前述ノ如ク其構成ハ主觀的情況ト客觀的情況トノ相合致スルコトヲ要シ其所謂客觀的情況ノ生シタルヤ否ヤハ脅迫ヲ受ケタル被害者ノミ獨リ能ク之カ判斷ヲ下シ得ルモノナルト他ノ一方ニ於テ脅迫ヲ受ケタルコト即チ之ニ依テ畏懼ノ念ヲ惹起シタルコトヲ世上ニ發表スルハ自己ノ怯臆若クハ柔弱ヲ表示スルモノニシテ之ヲ表示スルハ多クノ場合ニ於テ却テ被害者ノ不利ト爲ルトニ因リ法律ハ茲ニ第三百二十九條ノ特例ヲ設ケ脅迫罪處罰ノ要件トシテ被害者又ハ其親族ノ告訴アルヲ要スルコト、爲セリ

### 第六節 墮胎ノ罪

墮胎ハ嬰兒殺ト全ク其性質ヲ同フシ父母タル者ニ於テ養育教育ノ勞ヲ免レ若



クハ其原因タル不名譽ノ結合ヲ蔽ハンカ爲ニ行ハル、モソニシテ唯一ハ尙ホ母體ニ存スル間ニ行ハレ他ハ已ニ母體ヲ分離シタル後ニ行ハル、ノ差アルノミ(我國ニ於テハ嬰兒殺ヲ以テ特別ノ罪トセス廣ク謀故殺ノ各條ヲ適用シテ處斷スト雖モ歐米大半ノ刑法ニ於テハ一種獨立ノ犯罪トナセリ而シテ其主義ニ二種アリ一ハ佛國ノ如ク防禦若クハ抵抗ノ能力ナキ者ニ對スル行爲ナルカ故ニ其行爲自体ニ於テ已ニ兇惡ナルノミナラス未タ戸籍簿ニモ登録セラレサル者ニ對スル行爲ナルカ故ニ犯人ハ往々刑罰ヲ免ル、コトアルヲ以テ加重ノ情アル一種ノ殺人罪トス可シトスルモノ他ハ歐米大半諸國ノ規定ノ如ク普通ノ殺人罪即チ怨恨、嫉妬、復讐等ニ基ク行爲ト異ナリ犯人ニ於テ敢テ重大ナル惡意アルニ非ス否ナ却テ自己ノ生命ヲ絶ダンコトヲ決意スル者ト同シク嗚咽、斷腸、縊ニ之ヲ決行スル者ナルカ故ニ寧ロ墮胎罪ト輕重ナシトスルモノ是ナリ此二主義中後者ハ多數學者ノ贊同スル所ニシテ前ノ主義ヲ取ル國ハ勿論我國ノ如ク普通殺人罪ノ規定ニ委スル國ト雖モ事實上ニ於テハ常ニ後ノ主義ヲ採用シ裁判官ハ可及的輕減ヲ試ミルヲ例トス)隨テ古昔文化尙ホ未タ發達セス父母ヨ

リ産出セルモノハ父母ノ所有物ナリト思惟セシ時代ニ於テハ二者何レモ國法ノ間フ所ニ非サリキ否ナ現ニ希臘及ヒ羅馬ノ古代ニ在テハ人口ノ増殖ヲ平均セシムルカ爲メ之ヲ獎勵シ若クハ分娩ノ苦痛ヲ免ル、カ爲メ之ヲ認許シタルコトアリキ然レトモ之ヲ行ヒタル順序及ヒ之ヲ罪ト認ムルニ至リタル順序ニ於テハ墮胎ハ嬰兒殺ニ次ク蓋シ古代ハ生理解剖ノ學尙ホ未タ明ナラサルノ結果其尙ホ母體ノ中ニ在ル間ニ之ヲ外ニ分離セシムルノ法ヲ知ラサリシカ故ニ嬰兒殺ノ行爲ハ墮胎ノ行爲ニ先ツヘキハ自然ノ順序ナルト同時ニ古代ニ於テハ情義ノ觀念極メテ粗笨ナルノ結果吾人ト同一ナル生活ヲ爲ス者ニ對シテハ愛憐ノ情ヲ惹起シ易キモ胎兒ノ如キ外形上吾人トノ關係稍密ナラサル者ニ至テハ此情ヲ惹起スルニ困難ナルハ亦自然ノ順序ナレハナリ是ヲ以テ社會漸ク進ミ墮胎ヲ以テ一ノ犯罪ト認ムルニ至リテモ尙ホ之ヲ胎兒其者ニ對スル罪トセス其父母ニ對スル罪トナセリ故ニ當時ニ在リテハ父母自ラ之ヲ行フカ若クハ父母ノ承諾ヲ得テ之ヲ行ヒタル場合ハ決シテ罪ヲ構成セサリキ其父母ニ對スルノミナラス胎兒ニ對シテモ亦一ノ犯罪ナリト認ムルニ至リタルハ羅馬ノ

末葉基督教ノ漸ク隆盛ニ趣キ其ノ勢力ニ及ヒタル時代ニシテ遂ニ歐米諸國ニ於テハ之ヲ罪トセサル國ナキニ至リシナリ我カ刑法ニ於テ本罪ヲ規定シタルモ亦此大勢ニ從ヒタルモノニシテ蓋シ我國ニ於テハ支那法ニ則リタル古法以來新律綱領改定律例ノ近代ニ至ル迄一尤モ幕政中或藩ノ刑法ニハ之ヲ規定スルモノアリシト聞ク一本罪ヲ規定シタル普通法アルヲ見ス

墮胎ニ關シ更ニ一言注意スヘキモノアリ他ナシ墮胎ハ胎兒其者ニ對スル罪ナルモ他ノ一方ニ於テ其父母ノ利益ヲ害スヘキ行爲ナルカ故ニ本罪ノ刑罰ハ墮胎其モノ、ミナラス父母ノ利害ヲモ斟酌シテ加重セラレタルモノナルコト是ナリ

墮胎罪ハ第三百三十條乃至第三百三十五條ニ規定セラル墮胎トハ自然ハ分娩期ニ先チテ人工ヲ以テ不正ニ胎兒ヲ母體ヨリ分離セシムル所爲ヲ云フ故ニ墮胎罪ヲ構成スルニハ下ノ各要素ヲ必要トス(一)自然ノ分娩期ニ先チ人工ヲ以テ胎兒ヲ母體ヨリ分離セシメタルコト(二)其所爲ノ正當又ハ適法ナラサルコト(三)墮胎セシムルノ意思アルコト是ナリ

第一ノ要素 自然ノ分娩期ニ先チ人工ヲ以テ胎兒ヲ母體ヨリ分離セシメタルコト 醫家ニ於テハ自然ト人工トヲ問ハス自然ノ分娩期以前ニ於ケル胎兒ノ分娩ニ關シ胎兒カ生理上母體ノ外ニ於テ生育スルコトヲ得サル發育ノ程度ニ於テ母體ノ外ニ分離シタルトキハ之ヲ流産又ハ墮胎ト云ヒ生理上母體ノ外ニ於テ發育スルコトヲ得ヘキ程度ニ於テ母體ノ外ニ分離シタルトキハ之ヲ早産若クハ死體分娩ト云フ然レトモ刑法所謂墮胎ハ醫家ノ所謂墮胎ト異ナリ胎兒カ母體ニ生シテヨリ其自然ノ分娩期ニ至ル迄ノ間ニ於テ行ハル、總テノ分離行爲ヲ包含ス此點ハ學者間絶テ争ナキ所ナリ然レトモ既ニ之ヲ自然ノ分娩期ニ先チテ母體ノ外ニ分離セシメタルノ所爲アリタルトキハ假令生兒ハ幸ニシテ其生ヲ保ツモ尙ホ墮胎罪ヲ構成スヘキヤ否ヤハ學者及ヒ實際家ノ間ニ於テ常ニ論議ノ絶ヘサル所トス本問ニ對シ余ハ一方ニ於テハ本罪ノ規定ヲ見ルニ至レル重ナル立法ノ理由ハ胎兒ノ生命ヲ保護セントニ在リ隨テ本問ノ如キ場合ハ恐ラク立法者ノ豫想セサリシ場合ナルト他ノ一方ニ於テ本問ノ如キ場合ニ於テハ敢テ著シキ害惡ナキカ故ニ不能又ハ未

遂犯トシテ無罪タリト云フヲ可トスヘキカ如キモ一方ニ於テ墮胎即チ「Abortion」ナル文字カ古來分婉セラレタル胎兒ノ生育シ得ルト否トニ關セテ一般ニ流用セラレタル語ナルト他ノ一方ニ於テハ沿革上墮胎罪ノ規定カ國法上ニ創設セラレタル當時ニ在リテハ本問ノ如キ場合モ亦之ヲ豫想シ尙ホ墮胎罪ヲ構成スルコトヲ妨ケストセルノミナラス本問ノ如キ行爲ハ多クノ場合ニ於テ生兒ノ發育ヲ害スルモノタルヲ以テ刑罰ニ多少ノ斟酌ヲ爲スハ格別墮胎罪ヲ構成スルモノトシテ處罰セサルヘカラサルモノト信ス

第二ノ要素 其所爲ノ正當又ハ適法ナラサルコト 所爲ノ不正ナルコトヲ要スルハ前ニ毆打創傷罪ニ於テ説明シタルカ如ク總テノ犯罪ニ必要ナル條件タリ而シテ特ニ之ヲ本罪構成ノ一要素ト算ヘタル所以亦毆打創傷罪ニ於ケルカ如ク醫師穩婆等ニ於テ往々母體ヲ安全ナラシメンカ爲メ治療上人工ヲ以テ胎兒ヲ殺シテ分娩セシムルコトアリテ其所爲ハ法律若クハ慣習ノ正當トスル所ニシテ罪トナルヘキモノニ非サルヲ以テ之ト區別センカ爲ニ外ナラス

第三ノ要素 墮胎セシムルノ意思即チ胎兒ヲ母體ヨリ分離セシムル意思アルコト 墮胎罪ニ付テハ第三百三十四條前段ノ場合ヲ除クノ外總テ此意思アルコトヲ要ス即チ右ノ一場合ヲ除クノ外胎兒ヲシテ母體ノ外ニ分離セシムルノ意思換言スレハ一ノ結果ヲ見ントノ意思アルコトヲ要ス單ニ墮胎ノ結果ヲ生スルノ恐アルヘキ所爲ヲ爲スノ意思アルノミヲ以テハ未タ罪ヲ構成スルニ足ラス

以上墮胎罪ノ構成ニ關スル一般ノ要素ヲ説明セリ是ヨリ法律ノ各條ニ入り其豫見セル各個ノ場合ヲ説明スヘシ  
法律ノ規定ヲ案スルニ先ニ説明シタルカ如ク法律ハ其行爲カ胎兒ノミヲ害スルモノ(即チ胎兒ノミヲ害スルノ意思アル場合)ト胎兒ノミナラス母體ヲモ害スルモノ(即チ有形又ハ無形上其母ヲモ害セントノ意思アリ若クハ意思アリト推定セサル可カラサル場合)トニ分テテ各其制裁ヲ異ニセルカ故ニ余ハ便宜上此標準ニ基キ前者ヲ普通墮胎ノ所爲、後者ヲ加重ノ情アル墮胎ノ所爲ト命名シ之ヲ二分シテ説明スヘシ

甲 普通墮胎ノ所爲

普通墮胎ノ所爲ハ第三百三十條乃至第三百三十二條ニ規定セララル  
第三百三十條ハ婦女自身ノ所爲ニ係リ、第三百三十一條、三十二條ハ婦女以外ノ  
者ノ所爲ニ係ル。前條ニ同シ又ハ前條ノ罪ナル文字ヲ以テ第三百三十條ニ連結  
セシメタル規定ナルガ故ニ婦女自身ノ行爲ト同視スヘキ性質ノ行爲即チ單ニ  
胎兒ノミヲ害シ婦女ヲ害スル意思ナキ行爲タルヤ明ナリ(一)藥物其他ノ方法ト  
アルカ故ニ如何ナル行爲ト雖モ墮胎ノ結果ヲ生スヘキ行爲ハ皆之ヲ包含ス即  
チ墮胎藥ノ服用ニ依ルト外部器械ノ作用ニ依ルト其他如何ナル方法ニ依ル  
トヲ問ハス(二)本場合ノ規定ニ付テハ格別説明スヘキ點ナシ唯右ノ外一應説明  
スヘキモノハ共犯ニ關スル問題是ナリ即チ第三百三十條所謂婦女自身ノ行爲  
ニ醫師穩婆藥商其他ノ者カ教唆者又ハ從犯トシテ加效シタル場合ニ於テハ第  
三百三十條ノ教唆者又ハ從犯トシテ同條ト第五條及第四百四條若クハ第九  
條トヲ適用シテ處斷スヘキヤ將タ又教唆者タルト從犯タルトニ論ナク資格ノ  
如何ニ依リ第三百三十一條又ハ第三百三十二條ノ犯人トシテ單ニ第三百三十

一條又ハ第三百三十二條ノミヲ適用處斷スヘキヤ將タ又第三百三十一條又ハ  
第三百三十二條ノ教唆者又ハ從犯トシテ同條及ヒ第五條、第四百四條若クハ第  
百九條ヲ適用處斷スヘキヤ余ハ第三ノ擬律ヲ以テ其當ヲ得タリト信ス蓋シ第  
一擬律ハ第三百三十條乃至第三百三十二條ニ墮胎行爲ヲ行ヒタル者ノ身分如  
何ニ因リテ刑ヲ異ニセンカ爲ニ規定セラレタルモノナルニ拘ラス婦女ト共  
ニ正犯行爲ヲ行ヒタル場合ニ於テハ身分ノ有無ヲ論シ婦女又教唆シ又ハ幫助  
シタル場合ニ於テハ之ヲ論セス常ニ婦女ノ刑ヲ標準トシテ之ト同等若クハ輕  
キ刑罰ヲ科スルコト、ナルノ結果彼此權衡ヲ失スヘク第二擬律ハ婦女以外ノ  
者ノ墮胎行爲ニ限り明文ナキニ故ナク總則共犯ノ規定ヲ除外スルコト、ナリ  
テ刑ノ輕重其宜シキヲ失フノミナラス本問ノ場合ハ夫ノ他人ト共ニ教唆者又  
ハ從犯トシテ自己ノ父母ヲ殺傷シタル場合ト同シク第六條、第一百十條ノ規定  
ニ從ヒ犯人ノ身分ニ因リ藥物其他ノ方法ヲ以テ墮胎セシメタル者若クハ藥  
物……墮胎セシメタル醫師……テフ一個ノ正犯ヲ豫想シ之カ刑罰ヲ標準  
トシ或ハ同シク或ハ輕ク處斷スヘキモノナレハナリ(三)婦女自身ト否ト又醫師