

43P29

刑  
法  
新  
論

判事北島博田巽著

東京國文社



東京國文社印行

## 自序

法律は治國の典則安民の要具也故  
に能く理論に合し實地に適せざる  
べからず矣此合理適實は管に羽翼  
車輪の偏廢すべからざる如きのみ  
ならず表裏二面は團扇の實體たる  
に異ならず故に彼の表面は裏面を  
離れ難く裏面は表面を分つ能はさ

ると同じく實地を離れたる理論は  
架空の妄想となり理論に基かさる  
の應用は非理苛虐に陥るへきは數  
の免れざる所なり爰を以て苟も法  
理を學はんとする者は先づ日常社  
會に起る諸種の事實を參酌し仔細  
に之を分拆して其類同點と差異點  
を區分し更に此等各種の殊質特性

を契合し以て原理原則を立つるな  
らば能く其目的を達するを得へし  
余此思想を藏して其時を得ざるや  
久矣時哉昨明治廿六年の七月夏期  
の休暇を得て男鹿半島の温泉に遊  
ひ無聊の餘平素の思想を實地に試  
みんと欲し曾て法廷に於ける實地  
事件の記憶經驗を喚起し類を以て

之を區分し理想を以て之を纏め單  
に自家審理斷訟の參考に供せんか  
爲め綴て一括となし題して「休暇週  
賜」と稱ふ一日友人金高橋の二氏茅  
屋を敲き談偶々刑法に及ぶ余因て  
休暇週賜を示せしに二氏涉獵する  
こと一過余に慙して謂く徒らに  
筐底に埋め蠹魚の腹を肥さんより

は寧ろ梓に上せ世に公にせんには  
と余敢て其意にあらずと雖も萬言  
の一句我法學社會に益する所あれ  
は是意外の幸なり依て茲に二氏の  
言に従ひ公務の餘暇聊か増補訂正  
を加へ更に「刑法新論」と題し之を梓  
に上すと云爾

明治廿七年五月

著者識

目次

緒言

一丁

第一篇 刑法

一三丁

第一章 刑法ノ定義

全丁

第二章 國家

一九丁

第二篇 犯罪

二九丁

第一章 犯罪ノ定義

全丁

第二章 事實

五一丁

第一款 事實所爲事實ノ區別

全丁

第二款 內部ノ動作

五八丁

第三款 外部ノ動作

八六丁

第四款	所爲ノ能力	一〇八丁
第五款	數人ノ所爲	一一七丁
第六款	事狀ノ分類	一四三丁
第三章	意思所爲事狀ノ關係	一四八丁
第一款	善意ニ基ク合意所爲ト順事狀ノ關係	一五四丁
第二款	善意ニ基ク合意所爲ト逆事狀ノ關係	一七二丁
第三款	善意ニ基ク不合意所爲ト順事狀ノ關係	一七四丁
第四款	善意ニ基ク不合意所爲ト逆事狀ノ關係	一七八丁
第五款	惡意ニ基ク合意所爲ト順事狀ノ關係	二〇四丁
第六款	惡意ニ基ク合意所爲ト逆事狀ノ關係	二二四丁
第七款	惡意ニ基ク不合意所爲ト順事狀ノ關係	二三五丁
第八款	惡意ニ基ク不合意所爲ト逆事狀ノ關係	二三九丁

第九款	所爲事狀關係ノ客觀的類別	二四四丁
第四章	所爲事狀ノ結果	二六六丁
第一款	犯罪ノ種類	二六七丁
第二款	一罪及ヒ數罪ノ區別	二八〇丁
第三篇	刑罰	三〇八丁
第一章	社會刑罰權ノ基礎	全丁
第一款	從來學者ノ刑罰主義	三〇九丁
第二款	著者ノ刑罰主義	三一四丁
第二章	刑例	三三〇丁
第一款	刑罰ノ性質及ヒ種類	全丁
第二款	主刑處分	三三九丁
第三款	附加刑處分	三四六丁

第四款	假出獄	三六一丁
第五款	數罪俱發處分	三六三丁
第六款	刑期計算	三七二丁
第三章	刑ノ加重減輕	三七六丁
第一款	再犯加重	三七七丁
第二款	宥恕減輕	三八一丁
第三款	自首減輕	三八三丁
第四款	酌量減輕	三八六丁
第五款	加減例	三八九丁
第四章	刑ノ消滅	四〇二丁
第一款	總論	全丁
第二款	犯人ノ死去	四〇三丁

第三款	期滿免除	四〇四丁
第四款	大赦	四一〇丁
第五款	特赦	四一一丁
第六款	復權	四一二丁

刑法新論目次畢

# 刑法新論

北嶋傳四郎著



## 緒言

凡ソ吾人々類 目的ハ天地開闢ノ原始ヨリ廿六世紀ノ今日ニ至ル迄  
未ダ確實ニ認メラレスト雖モ優美ナル生活ニアリト看做シテ大過ナ  
カルヘシ然リ而シテ此一大目的ヲ達セントスルニハ宇宙萬有ノ蘊奧  
ヲ究メ其眞理ヲ求メ以テ實地ニ應用スルニアリ此求理ノ手段ヲ稱シ  
テ學術ト云フ故ニ學術ハ總テ萬有ニ就キ其眞理ヲ發見スルニアレハ  
重大困難ノ業ナルコト言テ俟タスト雖モ就中法學ナルモノハ困難中ノ  
困難ナルモノト云ハサル可ラス何トナレハ法律學ハ所謂無形學ノ一



種ナレハナリ今讀者ハ暫ク其思想ヲ普ク宇宙ノ間ニ注ケヨ彼ノ吾人  
カ萬有ト稱スルモノ、内ニハ人類ノ思想ノ如キ無形ナルモノト日月  
星辰金石動植物ノ如キ有形ナルモノトアルヲ知ルヲ得ヘシ之レ即チ  
有形學無形學ノ別ル、處ナリ

夫レ天文學ト云ヒ物理學ト云ヒ生物學ト云ヒ固ヨリ之ヲ學フハ容易  
ノ業ニ非ラス然レモ之ヲ講スルニハ現象ノ宇宙間ニ燦然タルアリ就  
テ學フモハ學理燦々乎トシテ會得スルニ甚タ難カラス之レニ反シ無  
形ノ學科ニ至テハ實物ノ目前ニ横ルモノナキヲ以テ之レヲ視ルニ形  
色ナク之ヲ捉フルニ形容ナク其體質ハ方圓何レナルヤ識別ス可ラス  
其容量ハ大小何レナルヤ知得ス可ラス只タ人類ノ本義社會ノ沿革日  
常ノ便宜等ニ就テ厯カニ吾人ノ腦裡ニ權義想像ヲ畫キ文章言語ヲ假  
リテ之ヲ講論會得スルニ過キサレハナリ

法學ナルモノハ如此困難ナル學科ナルニモ不拘他一般ノ學術ニ比シ  
テ講學ノ必要大ナルモノト云ハサルヘカラス何トナレハ法學ハ處世  
ノ道中記ニシテ且ツ其不識ハ責任ヲ免ル、ノ理由トスル能ハサレハ  
ナリ彼ノ道義學ノ如キモ人類本義ノ學ニシテ講究知得ノ必要アリト  
雖モ不識ノ責任ニ至テハ其緩嚴法律學ト同日ノ論ニ非サルナリ  
余ハ法學ハ諸學科中ノ尤モ困難ナルモノト斷言シタリ而シテ余ハ復  
タ云ハント欲ス刑法ハ法學中ノ困難ナルモノナリト何ヲ以テ斯カ云  
フヤ之レ法學中ノ無形學ナレハナリ彼ノ民法ノ如キモ素ヨリ無形權  
義ヲ斷定スル學術ナリト雖トモ有形物ニ關スル點多クシテ無形論ハ  
有形事實ヨリ推論スル結果ト云フモ過言ニ非サルナリ今一例ヲ舉ケ  
ン甲者乙者ニ金千圓ヲ支拂フノ義務アリトセンカ之レ甲ノ權利乙ノ  
義務ハ無形ナリト雖モ此無形ノ結果ハ會テ乙カ甲ニ金ヲ貸シタリト

ノ有形事實ニ關スルナルヘシ然ルニ刑法ハ之ト反對ニテ無形事實ヨ  
リ無形權義ヲ推論スル處多シト云ハサル可ラス今一例ヲ示サン甲ガ  
乙ヲ打殺シタリトセンニ甲ノ義務ヲ定ムルニハ此有形ナル毆打事實  
ニ付キテ論スルノ必要ヨリ甲者ノ無形意思ヨリ論セサル可ラサル點  
多カルヘシ何トナレハ甲カ始メヨリ殺意ノ所爲ナラハ謀故殺トナル  
可ク毆打ノミノ意ナラハ毆打致死罪トナルヘク過失ナラハ過失殺罪  
ナルヘク純粹無意ナラハ無罪ナルヘケレハナリ  
併シ右ノ一項ハ純然嚴格ノ論ニ非スシテ寧ロ多少廣狹ノ點ニ基ク比  
較的ノ論辯ナリ  
尙ホ刑法ハ公法ニシテ主法ニシテ強行法ナル所以ヲ説明セン  
凡ソ事物ハ之ヲ無差別上ヨリ觀察スレハ萬有ト云フ一觀念ニ集合シ  
來ルモ之ヲ差別的ヨリ觀察スレハ種々區分スルヲ得ルヲ理法ニ漏レ

ス法律モ亦タ國家的人類共存ノ法則ト云フ觀念ヨリスレハ決シテ差  
別スヘキモノニ非サレトセシテ差別的ヨリ觀察シテ其支配ヲ受クヘキ  
人ノ資格ハ如何其法律ノ命令スル處ハ如何或ハ其法律ノ目的如何等  
ノ點ニ基キ區別スルニ於テハ又種々ニ分類スルヲ得ヘシ故ニ余ハ此  
差別的觀察ヲ以テ刑法ノ屬スル處ヲ讀者ニ示サントス  
先ツ第一ニ刑法ハ公法ナル所以ヲ説カン  
抑法律ハ之ヲ公法私法ノ二種トスルヲ得ヘシ此區別ハ其法律ノ關ス  
ル對手者ノ資格ニ基キ區別シタルモノナリ即チ其法律ノ爲メ權利者  
トナル者義務者トナル者共ニ公人ナルカ或ハ一方カ私人ナルモ一方  
カ公人ナルカハ其法律ハ公法ナリ反之其對手者共ニ私人ナルカハ其  
法律ハ私法ナリトス而シテ公人私人ノ説明ハ後章詳ニスルノ期アリ  
ト雖モ簡單ニ之ヲ云ヘハ公トハ國家主權ノ体ヲ指モノニシテ私トハ

通常人ノ義ナリ故ニ國家ト國家ノ關係ヲ支配スル法律ハ國際公法ニシテ國家ト人民トノ關係ヲ支配スル法律ハ內國公法ナリ尤モ或場合ニ於テハ國家モ私人ト看做サレ又人民モ私人ト看做サル、下ナキニアラス例ヘハ國家カ一私人同様ニ他人ト私法上ノ契約ヲ取結フカ如キ或ハ一私人ニ向テ損害賠償ヲ求ムル場合ノ資格ノ如キハ公ニ非スシテ私ナリ故ニ國家モ一私人同様私法ノ下ニ服從セサル可ラサルナリ何トナレハ此場合ハ國家ハ主權ヲ實行スルニ非サレハナリ反之人民モ國家主權作用ノ機關トナルキハ私人ニ非スシテ私人ナリ即チ彼ノ司法官タリ行政官タル如キハ主權者ヨリ委託セラレタル資格ナレハ之レ私人ナリ故ニ其職務上服從スヘキ法律ハ公法ナリトス

故ニ刑法行政法國際公法憲法刑事訴訟法民事訴訟法ノ類ハ公法ニシテ民法商法ノ如キハ私法ナルヲ知ルヘシ何トナレハ刑法ハ人民ガ國

家ニ害ヲ加タル場合ニ適用スル法律ニシテ一方ノ對手ハ國家一方ハ私人ナレハナリ反之民法ノ如キハ私人間ノ權義ヲ定ムル法律ナレハ私法タルヲ明瞭ナラン餘ハ讀者自ラ類推發明セラレンヲ望ム

如斯公法私法ハ國家權カ一方ノ對手タルト然ラサルトテ標準トシテ區別シタルモノナルニモ不拘或論者ハ公法トハ權力關係ノ法規ニシテ私法トハ權利關係ノ法規ナリト説ケリ其要ニ曰ク社會ハ權力關係ト權利關係トニ要素ヨリ組織セラレタルモノナリ即チ權力關係トハ人類不平等觀察上ノ關係ニシテ即チ主權者ト人民ト主ト家族船長ト船子ノ關係ノ如キ之レナリ此等ハ命令服從ノ關係ニシテ不平等事實ト云ハサル可ラス又權利關係トハ各人平等上ノ觀察ニシテ彼ノ債權者ト債務者ノ關係ノ如キ一方ハ請求ノ權利一方ハ支拂ノ義務アルモ命令スルノ權利服從スヘキノ義務アルニアラサルナリ公法私法ノ區

別ハ是レ之レニ基カサルヘカラスト  
此議論タル法律區別ノ一方法トスルノ趣旨トスレハ素ヨリ著者モ異  
論ナキ處ニシテ法律ニハ元來此區別アリト信スルモノナリ然レモ之  
ヲ以テ公法私法ノ區別トセントスルニ於テハ大ニ反對セサルヲ得ス  
何トナレハ權力關係法中ノ戶主權船長權ニ關スル法律ノ如キハ決シ  
テ公法ト認ムルヲ得サレハナリ故ニ論者ノ主張スル處ハ唯之レ法律  
ヲ區別スルノ一標準トシテ見ルヘキノミ權力ト權利トヲ標準トシテ  
法律ヲ區別スルヲ得ルノ法方アルノ故ヲ以テ國家權ヲ標準トシテ法  
律ヲ區別スルノ標準立タサルモノニ非サルナリ  
次ニ刑法ハ主法ナル所以ヲ説明セン  
法律ハ又他ノ點ヨリ主法助法ノ二種トスルヲ得ヘシ此區別ハ其法律  
ノ目的ヲ標準トシテ區別シタルモノトス即チ主法トハ直接ニ國人共

存テ目的トシテ規定セラレタルモノニシテ他ノ法律ニ深ク關係セス  
詰リ獨立ノ形狀ヲ有スル者ナリ反之助法トハ主法ヲ特別ノ場合ニ適  
用センカ爲メ規定セラレタル者ニシテ結局主法ノ付屬物ナリ故ニ獨  
立ノ形狀ナシト云フモ不可ナキカ如シ例セハ刑法民法ノ如キハ直接  
ニ國人共存ノ目的ヲ達セン爲メ設定セラレタルモノナレハ主法ナリ  
反之民事訴訟法ノ如キハ他ノ法律ヲ運用センカ爲メ設定セラレタ  
ルモノナレハ助法ナリトス併シ主法ハ助法ニ依テ活動シ助法ハ主法  
ニ依テ成立スヘキモノナレハ雙互相俟テ始テ法律タルノ効ヲ奏スル  
モノタルヤ論ヲ俟タサルナリ  
次ニ刑法ハ強行法ナル所以ヲ説カン  
法律ハ又他ノ點ヨリ強行法聽容法ノ二種トスルヲ得ヘシ此區別ハ其  
法律カ人民ニ求ムル所ノ緩嚴ヲ標準トシテ分タルモノナリ即チ強行

法トハ人民ヲシテ強テ之レニ從ハシメント期シタルモノニシテ其法條命令的ナリ聽容法トハ強テ之レニ從ハシメントスルニ非スシテ可成如斯セヨト求ムルモノニシテ其法條希望的ナリ故ニ強行法ハ人民之レニ從ハサレハ國家カ進テ或罰即チ積極的制裁ヲ加フルモノニシテ聽容法ハ人民之レニ從ハサルモ國家カ進テ罰ヲ加フルモノニ非ス唯其事柄ヲ無効ニスルカ左ナクハ唯放任シ置クノミナリ例セハ刑法ハ強行法ナルカ故ニ人民之レニ反シテ他人ノ所有物ヲ竊取スル等ノ「アレハ國家ハ之ヲ竊盜犯者トシテ重禁錮ノ刑ヲ科スルモ甲乙或手續ニ背キ契約ヲ結ヒタル如キハ其契約無効ナルノミニシテ他ニ責罰ヲ受クルモノニ非サルヘク又彼ノ刑事訴訟法第五十條ニ「告訴人ハ成ル可ク其證憑及事實參考ト爲ルヘキ」ヲ申立ツ可シ」トアルハ最モ寛裕ナル聽容法條ナルベシ何トナレバ此場合ハ前例手續ニ背キタル

契約ノ無効トセラル、場合ト異ナリ單ニ成ル可ク證憑ヲ申立ヨトアルノミナレバ其規定ニ背キ證憑ヲ申立ストスルモ其告訴告發ハ無効ナルモノニアラザレハナリ故ニ聽容法ニ背キタル所爲ニ無効タルベキモノト無効トナラザルモノトアリト知ルベシ  
如此ナルヲ以テ刑法其他ノ制裁法即チ徵兵令烟草稅則酒造稅則等ハ強行法ナリト知ルベシ  
刑法ノ性質夫レ如斯其道ニ入ラントスルモノ覺悟セサルベカラザルナリ

## 第一篇 刑法

### 第一章 刑法ノ定義

刑法トハ何物ヲ云フカヲ知ラント欲セハ先ツ法律ノ何物ナルカノ問題ヨリ定メサル可ラサレモ事錯雜ニ亘ルノミナラス此等ノ問題ハ特ニ刑法ノミニ關スルモノニ非スシテ一般法律ニ關スルモノナレハ之ヲ法律學ニ讓リ茲ニ這般ノ議論ヲ省キ一言簡單ニ余ノ信スル人定法律ノ定義ヲ示スニ止ムヘシ曰ク法律トハ人類カ國民タルノ資格上各自ノ所行ヲ定ムル標準ナリト右定義ニ付キ當否ノ議論ハ拙著日本商法義解ニアリ愚意ノアル所ヲ知ラント欲セハ一讀ノ勞ヲ探ラレントヲ望ム

次ニ余ハ自己ノ刑法定義ヲ表白スルノ前二三先輩ノ定義ヲ掲ケ之ヲ

評論シテ余カ定義ヲ説クノ便ニ供セントス  
或學者ハ曰ク刑法トハ人類爲不爲ノ必要ニシテ制迫手段ハ若干ノ痛苦ヲ受ケシムルニ在ルモノナリト此定義ハ不充分ナリト謂ハサルヲ得ス何トナレハ範圍廣汎ニ過キ刑法ト稱スルコト能ハサル他ノ規則ニモ包含スレハナリ何ヲ以テ如カ云フカ民法上ニ認メラレタル親權或ハ雇主權ノ作用モ或場合ニ於テハ人類爲不爲ノ必要上制迫手段ニ苦痛ヲ用ユルコトアレハナリ  
讀者諸君モ知ル、ナルヘシ彼ノ船長ハ一葉ノ輕舟ヲ以テ地球ノ東西ニ航スルニ當リ洋中暴濤逆浪ニ逢ヒ船体九海ノ藻屑トナラントスルノ際船子ノ懈怠ナルモノアルハ鞭ヲ加ヘ自由ヲ奪フモ自分ノ命令ニ従ハシムルノ權アルコトヲ右ハ非常ノ際ナルノ故ヲ以テ或ハ反駁ヲ試ムルノ人アランカ夫レ固ヨリ然リ然リト雖モ船長ニ於テ強テ船子

ナ使役スルノ權即チ多少ノ苦痛ヲ與ヘテ服役セシムルノ權ハ平常ニ  
テモ有スルコトハ各國法律ノ認ムル處ナリ又父母タルモノハ子女ヲ懲  
戒ノ爲メ或程度ノ苦痛ヲ與フルノ權ハ又同様ナリトス彼ノ兒童ヲ通  
學ヲ嫌忌スルニ當リ父母カ輕微ノ痛苦ヲ與ヘテ通學セシムル如キハ  
親權ノ一部ナリト云ハザル可ラス此種ノ權タル雇主父母ノミナラス  
夫カ婦ニ對シ小學教員カ小年書生ニ對シ保有スルヲ認メタル國ナキ  
ニ非ズ左レバ刑法ノ定義ニ人類爲不爲ノ必要ニシテ制迫ノ手段ハ若  
干ノ痛苦ヲ受ケシムルニアル者ナリト云フヲ得ザル可シ何トナレハ  
若シ此定義ヲ以テ正當ナリト云ハ、或家法船法小學校規則等モ刑法  
ナリト云フニ至ルベケレバナリ世豈ニ如此刑法アラシヤ之レ余ノ不  
充分ナリト云フ所以ナリ

又或論者ハ曰ク刑法ハ左ノ四個ノ事ヲ規定シタルモノナリ犯罪刑罰

刑事裁判所ノ構成刑事訴訟ノ手續ヲ云フ而シテ前二者ヲ定メタルモ  
ノヲ刑法ト云フナリト

右ノ定義モ亦同ク不充分ナルヲ免レズ何トナレバ極端ナル形体的ノ  
定義ニシテ刑法トハ刑法ナリトノ以問爲答ノ語ト異ナラズ余ハ信ズ  
如此ノ定義ハ間違ナキモノナリト雖モ不必要ノモノナリト夫レ吾人  
ガ腦漿ヲ敲キ思想ヲ練リ刻苦艱難シテ事物ニ定義ヲ與フルハ何ノ用  
ゾヤ其性質、本体、範圍、ヲ定メンカ爲メナルヘシ然ルニ人トハ何者カト  
ノ問題ニ對シ人ハ人ナリトノ語ヲ以テ答トナサバ吾人ハ其間違ナキ  
ヲ知ルト同時ニ不用ノ定義タルヲ知ルヲ得ベシ併シ如何ナル定義ト  
雖モ言語文章ヲ以テ事物ノ本体ヲ云ヒ明カスモノナルヲ以テ多少形  
体的タルヲ免レザルモノナリ何トナレバ言語文章ハ事物ノ符號ナル  
ヲ以テ如何ニ適切ニ云ヒ明カスモ實體其物ヲ指示スルガ如クスルヲ

得ザレバナリ故ニ事物ノ定義ヲ與ヘントスル者ハ吾人社會ニ於テ使用セラレ居ル言語中ノ最モ適切ナル語ヲ以テ爲ササル可ラス假令ハ水ノ定義ヲ與フルニ水トハ流動体ノ一種ニシテ水素酸素ノ化合物ナリト云ハ、多少形体的ノ定義ナリト雖モ理學上ニ於テ水ハ二原ヨリ成ルトノ一般ノ理ヨリスレハ先ツ適切ノ定義ナリト信スルナリ何トナレハ若シ一層適切ニ示サントセハ一碗ノ水ヲ持テ來テ水トハ此物ナリト實物ニ就キ指示スルヨリ他ナク實物ヲ措テ語言ニ依ラント欲セハ右ノ定義ヲ以テ満足セサル可ラサレハナリ然ルニ水トハ高キヨリ低キニ流レ下ルモノナリ或ハ水トハ水ナリトノ論ハ間違ナカルヘケレモ余ハ善良ノ定義ト云フヲ得サルモノト斷言スルニ躊躇セサルヘシ之ヲ要スルニ事物ノ定義ハ言語ニ據ルモノナルカ故ニ多少形体的タルヲ免レスト雖モ論者ノ定義ノ如ク極端形体的ノ定義ハ定義タ

ルノ目的ヲ達セサルヘシト云フニアリ  
「ナルトラン氏曰ク刑法ハ則チ人ノ法律ニ背戾シタルノ廉ヲ以テ社會カ此背戾者ニ或苦痛ヲ受ケシムルノ權アル所ノ社會ト一個人トノ關係ニ依テ生シタル辨知力ノ會得論ナリト  
右ノ定義ハ高尚ニシテ間然スル處ナキカ如シト雖モ深ク玩味スル片ハ尙ホ不完全ナルヲ知ルヲ得ヘシ何トナレハ右定義ノ明示スル處ハ刑法トハ制裁權アル社會ト一個人ノ關係ヨリ生シタル辨別力ノ觀念ナリト云フニアリ即チ之ヲ復言セバ刑法ハ人類ガ非行アレバ制裁ヲ受クベキモノナリト社會モ人民モ覺悟シタルモノニシテ社會ガ殊更ニ構造シタルモノニ非ズト云フニアリ左レバ右ノ定義ハ社會刑罰權ノ基礎モ云フベキモノニシテ未ダ刑法ト名稱スルノ域ニ達シタルモノト認メ難シ今一步ヲ讓リ社會ト人民トノ會得ヲ以テ刑法ナリトス



ルモ之レ刑法ノ体ニシテ用ト云フ可ラズ然ルニ今日吾人カ刑法ト信ズル處ノモノ及ビ各國立法者ノ刑法ト名稱スル處ノモノヲ見ルニ刑法ノ体ト其用トヲ記載スルモノ、如シ今一例ヲ示サン我刑法第三百六十六條ヲ見ルニ他人ノ所有物ヲ竊取シタルモノハ「ト明記シテ他人ノ所有物ヲ竊ニ取ル」ハ法ノ禁ズル處ナリトノ意即チ刑法ノ体ヲ示シ次ニ「三月以上四年以下ノ重禁錮ニ處ス」ト刑法ノ用ヲ示スガ如シ左レバ刑法ノ定義ヲ與ヘントスルモノハ体用二個ヲ網羅セザルベカラズ然ルニナルトラン氏ノ定義ハ懇切ニ体ヲ示シタルモ用ヲ示サ、ルヲ以テ余ハ不完全ナリト信スルナリ

右諸大家ノ定義モ尙ホ且ツ刑法ノ何モノタルヲ確定スルニ足ザル所アリ然ラバ如何ナルモノガ完全ノ定義ナリト謂フヲ得ベキカ是レ一大難問ナリト雖モ著者ハ已ニ答案ノ責任ヲ負ヒタリ依テ余方或ハ眞

ニ近カラント思惟スル定義ヲ掲ケ以テ自己ノ責ヲ了シ併セテ本章ヲ結バント欲スルナリ

刑法トハ一私人ガ國家ノ公ナル資格ニ對シ害ヲ蒙ラシメタルニ當リ其被害ノ種類ニ從ヒ國家ガ自身ノ目的ヲ達センガ爲メ加フベキ制裁ヲ定メタル法律ナリ

右ノ定義ヲ分拆スル片ハ制裁權ヲ保有スル者即チ國家、國家ニ蒙ラシメタル害即チ犯罪、行害者ニ加フル制裁即チ刑罰ノ三トナルベシ故ニ此三者ノ性質ヲ示サバ刑法全般ノ明瞭ヲ得ベシト信ズルヲ以テ余ハ此三者ニ就キ以下順次説明スル處アレントス

## 第二章 國家

單リ刑典ノミナラズ彼ノ法律規則ト稱セラル、烟草稅則酒造稅則徵

兵令等ノ如キ一般制裁法ニ於テ背法者ニ蒙ラシムル痛苦即チ刑罰ヲ  
司ルモノハ國家ナルトハ各國同一轍ニ出ルガ如シ之レ宇内一般ニ刑  
法進歩ノ現象トシテ看做サ、ル可ラズ  
今法律ノ沿革ニ溯リ大古矇昧野蠻ノ時代ヲ探リ見ルニ完全ニ法律ト  
稱ヘ得ベキモノナク其法律ナルモノハ宗教ト混ジ或ハ一小社會ノ申  
合規則ニ合著シ或ハ道德法ト雜リ彼我名別スベカラザル有様ニ措カ  
レ殊ニ刑法ノ如キハ一種族内ニアリテハ酋長ノ喜怒哀愛憎ニ一任シ他  
種族間ニアリテハ復讐ト名ケテ被害種族ト行害種族ト鬪爭以テ制裁  
トナシタルガ如シ其後人智漸ク開ケ國家ノ基礎鞏固確實トナリ法學  
隨テ進歩スルニ當リ刑罰ハ國家權ノ一ニシテ一酋長一私族ニ放任ス  
ルモノニ非ス國家自身ニ保有スルモノニテ其秩序安寧ヲ維持スルニ  
利用スヘク之ヲ一私人ノ復讐報怨ニ用ユヘキ者ニ非サルヲ悟リ方今

ニ至リテハ或僅少ノ部分即チ正當防衛ノ如キ法力ノ及ハサル場合ヲ  
除クノ外一私人ニ制裁權ヲ委子ス總合一括國家自身ニ掌握スルトト  
ナレリ  
如斯刑罰權ハ專ラ國家ノ保有スルニ至リタルモノハ他ナシ犯罪ハ公  
安公益ヲ害シタルモノニシテ國家ハ被害者ナリトノ觀念ニ由ル依テ  
左ニ國家ノ何モノタルカヲ説明セントス  
國家トハ普ク定義ヲ下セハ人類カ獨立ノ資格ヲ保有シ永久存續ノ現  
象アル無制限ノ結合體ナリ之ヲ分拆セハ  
第一國ハ人類ヨリ成立ス  
右ノ如ク國家ハ人類ヨリ成立スヘキモノナリト雖モ實際ニ於テ幾何  
人以上タルヲ要スルカノ問題ニ至テハ頗ル困難ナリ之ヲ各國ノ歴史  
ニ徴シ見ルモ千人以上ニ至ラスシテ國ト稱シタル所アリ數百萬人以上

シテ始メテ國ト認メラレタルモノアリ故ニ人員ノ數ニ至テハ一定劃然何人以下ハ國ニ非ス何人以上ハ國ナリト區別スル能ハス又古來公法學者間ニ於テモ詳細ノ說ヲ爲シタルモノアルヲ聞カス左レハ此等人員ノ數ハ事實上ノ問題ニシテ國土ノ地勢其他諸般ノ關係上一國ノ獨立ヲ保有スルニ必要ナル丈ノ人員アレハ可ナリト思考スルナリ此條件ヨリ考察スルモ三五ノ人カ本籍國ノ關係ヲ絶ツノ決心ヲ以テ洋中一孤島ニ居所ヲ占ムルモ未タ國家ト云フヲ得サルヘシ

## 第二其人員間結合ヲ爲ス

多數人一所ニ集合スルモ其人員ノ集合ニシテ一ノ結合体ヲ爲サ、レハ國家ト稱スル能ハス蓋シ國家ナルモノハ一躰トナリテ善ク全体ノ意思ヲ表白シ善ク團體ヲ爲サ、ル可ラス此一點ヨリ見ルモ國家ノ獨立ナルモノハ個人的獨立ニ非スシテ團體ノ獨立ナルヲ知ルヲ得ヘシ

左レハ廣漠無量ノ土地ニ數多ノ人類居住シ甲ハ東澤ニ窟居シ乙ハ西山ニ棲住シ各個獨立一モ聯結ノ事實ナケレハ未タ以テ國家ト稱スルニ足ラサルヘシ

夫レ國家ナルモノハ如此全體ノ意ヲ表シ全体ノ働ヲ爲サ、ル可ラサルモノナルカ故ニ苟モ國ト稱センニハ多數人ノ集合連結シテ其全体ノ意思ヲ表白スル機關勿ル可ラサルナリ

## 第三何事ニテモ爲シ得ル即チ無制限ナル

前二箇ノ要件即チ多數人員結合スルト雖モ未タ以テ國ト稱ス可ラス必スヤ其結合体カ行フ所ノ所爲無制限ナルヲ要シ若シ或一定ノ所爲ノミヲ爲シ得ルトセハ商事會社學校組合町村組合宗教徒ヲモ國家ト云フヲ得ルニ至ルヘケレハナリ何トナレハ彼レ會社組合ノ如キハ農工商ヲ目的トシ或ハ布教慈善ヲ目的トシテ多數ノ人員結合シ其目的

事項ニ限り爲シ得ルモノナレバナリ如此モノハ決シテ國家ト稱ス可  
ラズ故ニ國ナルモノ、行爲ハ他國ノ權利ト衝突セザル限りハ何事ヲ  
モ爲ノ權利アルモノニシテ國家ノ行爲ハ何々ニ限ルト定ムルヲ得ザ  
ルモノナリ思フニ國家ハ人類カ生活ノ目的ヲ達センガ爲メノ結合ナ  
レバ人類慾望ノ範圍ヲ定ムルヲ得サル今日ニアリテハ從テ國家行爲  
ノ範圍ヲ定ムルヲ得ザルベシ之レ此一要素ハ行政司法立法權等ノ根  
原ナレバ讀者ハ記憶ニ留メ置キ後章刑罰權ヲ讀ムノ材料ニ滿テラレ  
ンヲ請フ

第四獨立ノ資格ヲ有シ他ヨリ干涉セラレザル  
完全ノ國家ハ他國ノ干涉ヲ受クルコトナク即チ他ニ隸屬セズ獨歩獨立  
以テ政務ヲ辨ズルノ權アルヲ要ス而シテ其政權ノ他ヨリ授與セラレ  
タルモノニ非ラズ又他ヨリ褫奪セラレ、ノ恐レナキヲ要スルナリ之

レ此一要件ハ地方自治体ト區別アル處トス讀者諸君ハ知ラル、ナル  
ベシ彼ノ地方自治体ナルモノハ多數人ノ結合アリト雖モ彼レカ保有  
スル政權ハ國家ノ授與ニ出テタルモノニシテ又國家ヨリ褫奪セラレ  
、ノ恐レアリ且ツ中央政府ノ監督ヲ受ケ居ルモノナレバ之レヲ國家  
ト稱スルヲ得ズ

第五永久存續ノ現象アルコト  
永久存續ノ現象ハ模様ニ依リ判斷スル事實問題ナリトス而シテ本項  
云フ所ノ永久存續トハ永世萬劫存續セザレバ國家ト稱スル能ハズト  
云フニアラズ唯現時ニ於テ永ク存續スベキ模様ヲ具備スレバ可ナリ  
ト云フニアリ

第六一定ノ土地ヲ領スルコト  
此一要件ハ國家ヲ組織スルニ必要ナルヤ否ヤノ點ニ付キ學說兩様ニ

別レ居ルガ如シ而シテ國家ニハ國土ヲ要セストノ論者曰ク現今國ト稱セラル、モノハ何レモ或特定ノ領地ヲ保有スルガ故ニ國家ニハ土地ヲ要スルガ如クナレトモ這ハ只一個ノ感想ノミ素ト水草ヲ逐ヒ居テ移シタルノ人類ガ文化ノ進度ニ依テ土地占有ノ必要起ルモノナリ而テ文化ノ度茲ニ達シテ始メテ純然タル國家ヲ組織スル位置ヲ得ルモノナルガ故ニ國ニ國土アルハ國ヲ組織スルノ必要條件ニ非ズシテ文化ノ度國ヲ組織シ得ルノ程度ニ達スレバ必ず其人民ハ土地ヲ占有スルニ至ルモノナルニ因ルト

右土地不必要ノ論正確ナルガ如シ然リト雖モ壽永ノ昔壇ノ浦ニ數百艘ノ兵船ヲ舳へ生死ノ運命一戰ニ覺悟シタルノ平家ハ國ト稱スルヲ得ルヤ否ヤ

以上ノ條件ヲ具備シタル結合ヲ政治的完全ノ團體ト云フナリ己ニ政治的結合ナル以上ハ彼ノ何事ニテモ爲シ得ル權中ニ包含セラル、モノ政權實行ノ資格アルヲ知ルヘシ之ヲ公ノ資格ト云フナリ然リ而シテ吾人ガ研究スル處ノ渾テノ法律ニ於テ公ナル文字ハ右國家ノ公資格ヲ云フモノニシテ時ニ官吏或ハ行政區ノ如キヲ公人ト稱スル所以ノ者ハ右權利ノ分與或ハ委任ヲ受ケタルカ爲メナリ右公資格即チ政權實行ノ所爲ノ外國家カ一人同様に働キテ爲スニアリ例ヘハ國家カ政費獲收ノ爲メ鐵道ヲ布設シ來客ヲ求ムルカ如シ如此ノ所爲ハ假令國家ノ所爲ナリト雖モ一人同様に取扱ハル、者ナルカ故ニ客人ニ對シテハ普通運輸業者同様に注意ヲ用ヒサル可ラス又國家カ地所ヲ所有スルニハ登記ヲ受ケサル可ラス何トナレハ土地所有ノ權ハ私權ニシテ公權ナラザレハナリ又彼ノ山林局カ盜伐者アルニ當リ裁判所ニ私訴ヲ起スカ如キ之レ皆一人ノ所爲ナリトス右等ノ點ニ付キ

法律ハ恰モ國家ヲ一會社ノ待遇ヲ爲スモノナリ  
右ハ各國一般ニ普通ナル要素ニ過キス其各國々ニ特別ナルモノハ各  
國憲法ノ規定ニ基カサル可ラサルハ勿論ナリトス  
以上刑法上ノ制裁權者ヲ概論シ了リタリ以下次編ニ移リ犯罪ノ何モ  
ノナルカヲ説カントス

## 第二編 犯罪

### 第一章 犯罪ノ定義

犯罪トハ是非辨別ノ智識ヲ備フル一私人カ任意ニ國家ノ公ナル資格  
ニ對シ害ヲ蒙ラシメタル事實ナリ此定義ヲ分拆セハ  
第一犯罪トハ是非ヲ辨別スル人ノ所爲ナラサル可ラス  
犯罪ハ人類ノ行爲ナラサル可ラサルコトハ論ヲ俟タサル義ナリ彼ノ風  
伯ノ家屋ヲ倒シ雷公ノ臍ヲ拔ク等ハ決シテ家屋毀壞罪毆打創傷罪ニ  
非ス其外金石土木ノ人ヲ傷ケ水火ノ害ヲ爲ス等ハ一個ノ事狀タルニ  
止マリ罪トシ論スヘキモノニ非サルナリ併シナカラ這ハ今日法律進  
歩ノ結果ノミ遠ク古代ニ溯テ考フレハ風雨火災禽獸土石等カ人類ニ  
害ヲ與ヘタルコトモ一般ニ犯罪ト認メタル迹ナキニ非サルナリ這般ノ

事蹟ハ後編刑罰ノ部ニ於テ説明セン  
如斯犯罪ハ人類ノ所爲ナラサル可ラサルノミナラス其所爲者カ其所  
爲ニ付キ是非善惡ヲ識別シタル上ノ所爲ナラサル可ラス何トナレハ  
是非善惡ヲ知ラスシテ行フ處ノ善行ハ眞ノ善行ニ非ス又其惡行ハ眞  
ノ惡行ニ非サレハナリ例ヘハ小兒ヲ背負ヒアルノ母カ前ニ倒レント  
シタル際偶々小兒カ急ニ後ニ傾キタルカ爲メ中心ヲ保テ倒レストス  
ルモ之ヲ以テ孝ナル者ト云フ可ラス又小兒カ母ノ懷ニ在リテ一手ニ  
乳房ヲ捉ヘ一手ニテ母ノ腦ヲ打ツモ不孝ノ子ニ非サル可シ故ニ詰リ  
是非ヲ辨別セザルノ所爲ハ善惡何レニモ非ザルカ爲メ從テ犯罪ト稱  
スベキ者ニアラザルヤ明ナリ且ツ國家カ一ノ所爲ヲ認メ之ヲ犯罪ト  
シテ刑ヲ科スル所以ノモノハ只々所爲者ニ痛苦ヲ感セシメントノ趣  
旨ニ非ズシテ現行者ヲ懲戒シ併セテ他一般ノ人ヲ豫戒スルニアリ故

ニ此點ヨリ見ルモ是非ノ辨別ナキ所爲ハ罪トスルヲ得ザルヲ知ルベ  
シ何トナレバ是非ノ辨別ナキモノヲ罰スルモ懲戒スルニ足ラザル耳  
ナラズ他ノ不能力者ヲ豫戒スルヲ得ザレバナリ  
是非ヲ辨別スル智能ナキノ所爲ハ罪トシテ論スヘキモノニ非サル  
以上論スル如シ以下如何ナル者カ是非ヲ辨別スルノ智力ナキ者ト看  
做サル、者ナルベキカチ一言セン

(甲)幼者 人ノ始メテ母ノ胎内ヲ出ツルヤ意識作用未タ發顯セズ其僅  
ニ存スルモノハ本能運動ノミナルモ漸ク歲月ヲ積ニ從テ智情意ノ發  
達ヲ見ル

此點ニ基キ我刑法ハ幼者ヲ三段ニ區別シ第一ノ幼者ハ十二歳ニ滿タ  
サル者(七十九條)此幼者ハ法定推測ヲ以テ是非ノ辨別ナキモノト看做  
シ其所爲ヲ罪ニ非ズトスルモノナリ然レモ此種ノ幼者カ其害行ヲ爲

シタルハ家庭教育ノ不備ニ基クト見ルルハ十六歳ニ過キサル時間懲治場ニ留置シ強制教育スルヲ得ヘシ第二ハ十二歳以上十六歳ニ滿タサル者(八十條)此幼者ノ所爲ハ各事實ニ付是非ヲ辨別シテ犯シタル者ナルヤ否ヤヲ審案シ辨別ナクシテ犯シタル時ハ罪トセサルモ廿歳ニ過キサル時間懲治場ニ留處スルヲ得若シ辨別アリテ犯シタルモノト認ムルハ犯罪成立スルモ智力ノ度完備シタルモノナラサルノ故ヲ以テ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減スルモノトセリ第三ノ幼者ハ十六歳以上廿歳未滿ノ者(八十一條)此部ニ屬スル者ハ犯罪成立ヲ妨ケサルモ宥恕シテ本刑ヨリ一等ヲ減スルモノトセリ

如斯第二第三ノ幼者ヲ罪スルニハ宥恕減等スル所以ヲ考フルニ法律ハ通常人ノ完全ナル智力ヲ或程度ト定メ犯罪成立ノ智力ハ其程度ヨリ下リタルモノニテ足ルト認メ其程度ニ達スレハ犯罪成立スルモ尙

ホ通常人ノ智力ノ度ニ比シテ低度ナリトシテ減等スルモノ、如シ以上ハ重輕罪ノ場合ナリ違警罪ニ付キテハ滿十六歳以上廿歳ニ滿タサル者ト雖モ其罪ヲ宥恕スルヲナシ又滿十二歳以上十六歳ニ滿タサル者ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス十二歳ニ滿タサル者ハ其罪ヲ論セス

(乙)瘖啞者 ハ自己ニ存スル疑義ヲ他人ニ訊サントスルニモ口言フ能ハス亦他人語ル所ノ事實モ耳聽ク能ハサル事情アルカ爲メ智力ノ發達遲緩ナルヲハ素ヨリ論ヲ俟タサルノ事實ナレモ瘖啞者タルノ一事ハ未タ無智ノ確定事實ト云フヲ得サルカ如シ殊ニ此等ノ人ニ智識ヲ授クル學舎ノ設アル今日ニ至テハ決シテ無責任ノ人トスルヲ得サルヘシ然レモ我刑法ハ瘖啞者罪ヲ犯スモ罪トシテ論セサルトト定メ重輕罪ノ場合ハ五年ニ過キサル時間懲治場ニ留置スルヲ得ト定メタ

50  
48  
70



リ此留置ハ保安ノ爲メナルヘキナリ

(丙)瘋癲白痴狂疾醉狂激感 等知力ヲ妨グル原因種々ニシテ或ハ長時間ニ亘ル精神病者モアルヘク或ハ一時的の心性作用ニ止ル者モアルヘシト雖モ我刑法ハ此等種々ニ區別スルコトナク罪ヲ犯ス時智覺精神ノ喪失ニ因テ是非ヲ辨別セサル者ハ罪トシ論セサルコト定メタリ(七八條)故ニ其智覺精神ヲ失フノ原因何タルニモセヨ既ニ失フタル後ニ行ヒタルノ所爲ハ無責任ナルモノニシテ瘋癲狂疾ノ如キ病者ナルト或ハ飲酒ノ爲メ精神ヲ失ヒタルト激烈ナル感情ノ爲メ智力ヲ失スルト或ハ間發的精神病者ノ所爲ナルトテ不問是非ヲ辨別スル智力ヲ失スルニ至リタル者ハ無罪トセサルヘカラサルナリ

第二犯罪ハ一私人カ國家ノ公ナル資格ヲ害シタルモノナリ  
故ニ何レノ場合ニ於テモ犯罪ノ被害者ハ國家ニシテ他ニアルモノニ

非ス故ニ刑事訴訟法ヲ繕クモ其第一條ニ公訴ハ云々檢事之ヲ行フトアリ又第三條ニ公訴權ナル者ハ直接被害者ノ棄權和解ヲ以テ消滅スル者ニ非サル旨ヲ明記セラレタリ之レ此等ノ原則タル犯罪ノ被害者ハ國家ナルカ故ニ一私人ノ所爲ヲ以テ責任ヲ免レシメ能ハサル理由ニ基キタル者ナリ然ルニ第六條第二項ニ告訴ヲ待テ受理スヘキ犯罪ニ付テハ直接被害者ノ棄權ヲ以テ公訴權消滅ノ原因ト爲シタルカ故ニ皮相ノ見ヲ以テスレハ彼レ親告罪ノ被害者ハ國家ニアラスシテ直接被害者ナルカ如キ感ナキニ非サレモ之レ大ナル誤見ナリトス抑モ親告罪ニ於テ國家カ直接被害者ノ告訴ヲ待テ公訴權ヲ行フ所以ノ者ハ國家自身ニ保有スル刑罰權ノ目的ヲ達センカ爲メナリ讀者ハ暫ク余ニ其理由ヲ説カシメヨ  
夫レ國家カ背法者ヲ罰スルノ目的ハ只ニ犯行者ニ苦痛ヲ與ヘントノ

趣旨ニ非スシテ國家自身ノ秩序安寧ヲ保タンカ爲メ犯法者ヲ懲戒シ  
他一般ヲ豫戒スルニアルトハ前段論スルカ如シ故ニ其目的ニ反對ノ  
結果ヲ生スルノ恐レアル片ハ國家自身カ自身ノ公訴權ヲ放棄スルモ  
ノナリトス

今姦通罪ノ例ヲ舉ケテ右ノ原理ヲ適用センカ甲者ノ妻乙者カ丙者ト  
姦通シタルニ當リ甲者其事情ヲ知ルト雖卍之ヲ公廷ニ引出シ衆人ノ  
面前ニ於テ有夫姦ノ事實ヲ發カハ反テ自己ノ不名譽トナルノミナラ  
ス世間ノ義理ニ對シテモ最愛ノ乙者ヲ離別セサル可ラス若カス此事  
實ヲ秘密ニシテ後來ヲ戒メ偕老同穴ノ契ヲ結ハンニハト甲者ノ覺悟  
如此甲家浪靜マリ琴瑟相合フノ片ニ當リ國家カ自己ノ公訴權ヲ利用  
シ乙丙ヲ公廷ニ引出シ刑ヲ適用スルコアラハ甲家ノ安寧ヲ破リ併セ  
テ甲者ノ名譽ヲ害スルニ至ルヘシ諸君ハ前編ノ說明ヲ以テ國家ノ分

子ハ一私人ナルヲ知ラレタルナルヘシ左レハ甲家ノ安寧ハ又社會ノ  
安寧ナルヲ知ルニ甚タ難ラサラン果シテ如此ナラハ彼ノ刑罰ノ目的  
ニ適シタルモノト云フヲ得サルヘシ然ルニ甲者自ラ訴ヘ出ルヲ待テ  
國家自身ノ公訴權ヲ行ハ、一方ニ於テハ甲者ヲ害スルコナク一方ニ  
於テハ非行ノ徒ヲ懲ラシメ能ク刑罰ノ目的ヲ達スルヲ得ヘシ之レ此  
種ノ犯罪ヲ親告罪トシタル所以ナリ故ニ何レノ場合ニ於テモ犯罪上  
ノ被害者ハ國家ニシテ直接被害者ハ私犯上ノ權利者ナルノミ刑事訴  
訟法第二條第五條第七條此原則ニ付テハ一モ例外ノアルコナシ故ニ  
刑事上ニ於テハ直接被害者ハ甚タ重大ナル問題ニ非サルナリ例ヘハ  
甲ナル者自白シテ予ハ二年前東京小川町通ニ於テ何號ノ金時計ヲ竊  
取セリト官衙之ヲ取調フルニ其當時ニ於テ其警察署ニ同號ノ金時計  
盜難ニ罹リタル届出アルモ被害者ノ名義ハ竊ニ合ヒ知ルヲ得サリ

シトスルモ尙ホ甲者ヲ窃盜者トシテ刑ヲ科スルヲ得ヘシ然ルニ世上ノ法律家カ被告人ノ罪ヲ斷スルニ當リ直接被害者ヲ求ムルニ汲々スル如キハ著者ハ其何ノ故タルヲ知ルニ苦ム處ナリ

如斯犯罪上ノ被害者ハ國家ト看做モノナルヲ以テ甲者乙者喧嘩ノ末互ニ毆傷スルモ甲乙共ニ毆打創傷犯ノ被告トナルヘク又丙者丁者互ニ表面親密ノ交際ヲ装ヒ居ルモ互ニ恨ヲ貯フ一日丙丁互ニ煙火ヲ弄スルニ當リ丙者丁者ヲ害セント密カニ多料ノ火藥ヲ烟筒ニ込ミタルニ丁者モ亦丙者ヲ害セント多數ノ火藥ヲ込ミ之ヲ打上タルニ烟筒破裂丙丁互ニ負傷シタル如キハ丙者丁者共ニ毆打犯者トセサル可ラサルナリ尙ホ此種ノ原理ハ後章所爲事狀ノ關係ヲ論スル場合ニ詳說セ

今本項ヲ終ルニ蒞ミ一言スヘキヲアリ他ナシ彼ノ「承諾」ニ出テタルモ

ノハ權利ヲ害セストノ原則之レナリ

此原則タル民法上ニ於テハ一般ニ適用セラルヘキモノナリト雖モ刑法上ニ於テハ一般ニ適用スルヲ得サルノミナラス只或例外ノ部分ノミニ採用セラル、モノナリ何トナレハ犯罪上ノ被害者ハ國家ナリ何ソ無關係ナル一私人ノ承諾有無ニ因テ満足スヘキノ理アラシヤ左レハ刑法上正面ノ理由ハ決シテ一私人ノ承諾ヲ以テ犯罪ノ存否ニ關スルモノニ非ス只其例外即チ一私人ノ承諾ニ出テ爲シタル行爲ヲ罪トセサルハ其直接被害ノ權利ハ國家カ一私人ニ賣買讓與放棄或ハ或程度ノ制限ヲ加フルヲ許シタル範圍ニ止リ他ニ及ハサルモノナリトス

今例ヲ擧ケテ説明センニ讀者諸君ハ民法ニ於テ財産權ナルモノハ私人自由ニ賣買讓與放棄スルヲ得ルモノナルヲ學ハレタルナルヘシ左

レハ所有權者カ權利ヲ放棄シタルモノヲ竊取スルモ竊盜ノ罪ヲ構成セサルヘシ彼ノ豐大閣カ曾テ藤吉ト稱シ蜂須賀ニ屬シタルノ片小六ノ刀ヲ盜ミ取りタルカ如キ之レナリ  
又所有者カ道路ニ捨て去リタルモノヲ拾ヒ取り官ニ届出ス所有主ニ返還ノ手續ヲ爲サ、ルモ遺失物隱匿ノ罪トナラサルヘシ  
又諸君ハ各人カ貴重ナル身體權モ或程度ノ制限ハ自由ニ加ヘ得ルモノナルヲ知ラレタルナルヘシ故ニ擊劍角力等ハ毆打罪トナラサルナリ然リト雖モ此身體權ノ制限ハ或程度ニ止ルモノナルヲ知ラサル可ラス故ニ此程度ヲ越エ即チ一指ヲ切り一手ヲ折り一目ヲ瞎シ或ハ生命ヲ斷リテ承諾スル如キ免罪ノ理由トナルモノニ非サルナリ  
又火ヲ放テ人ノ家屋ヲ燒燬シ河水ヲ塞キテ家宅ヲ流失セシムル如キハ如何ナル嚴式ノ手續ヲ以テ承諾ヲ與フルモ行害者ノ罪ヲ免レシム

ルヲ得サルモノトス併シ右等ノ場合ニ於テモ被害者ノ承諾ハ私訴權ヲ消滅セシムルコトハ勿論ナリ之レ私訴ハ公訴ト異ニシテ一私人ニ屬スルモノナレハナリ  
斯ク論シ來テハ反對論者或ハ云ハン若シ著者ノ言ノ如クセハ刑法中自殺教唆ノ罪自殺人ノ囑託ヲ受ケテ手ヲ下シタル罪ノ條項并ニ彼ノ決闘條例等ヲ定ムルノ必要ナカラン何トナレハ此等ハ謀故殺犯ナル可ケレハナリ然ルニ彼ノ法規アルヲ見レハ承諾ニ出タル者ハ刑法上ニ於テモ罪トナラサルハ原則ナルカ爲メ特ニ此等ノ者ヲ罰スルノ例外ヲ設ケタルモノナラント  
著者ハ論者ト反對ノ意見ヲ有スルモノナリ彼ノ自殺ニ關スル罪決闘條例等ヲ設ケタルハ無罪タルヘキ性質ノモノヲ特ニ該條項ヲ以テ有罪ト定メタルニ非スシテ謀故殺タルヘキ種類中ヨリ其情狀少シク異

ナル者ヲ撰ミテ別刑ヲ科シタルモノト信スルナリ例セハ刑法第三百六十六條以下ノ條項ヲ以テ竊盜犯ニ問フヘキ性質種類ヨリ其情狀輕キ五圓以下ノ屋外竊盜ヲ明治廿三年法律第九十九號ニ定メタルト一般ナリト故ニ彼ノ九十九號ノ法律ナカシメハ五圓以下ノ屋外竊盜モ刑法上ノ竊盜ニ問ハル、ト同ク自殺ニ關スル罪決闘條例ノ設ケナクハ謀故殺犯トナルヘキナリ左レハ自殺ニ關スル罪決闘條例アル故ヲ以テ承諾ニ出テタルモノハ犯罪トナラサルノ證據トナラサルヘシ

以上ノ例解説明ヲ以テ承諾ニ出テタルモノハ權利ヲ害セストノ原則範圍ヲ示シタリ諸君一層熟慮セハ法ノ精神ヲ知ルニ難ラサルヘシ彼ノ例外ノ場合モ國家ノ許容アルカ爲メ罪トナラサルモノニシテ一人ノ承諾ニ基キタルモノニ非サルヲ故ニ余ハ斷言セントス一人ノ

承諾ニ出テタルモノハ罪トナラストノ原則ハ刑事上聊カモ認ムルモノニ非スシテ彼ノ例外ト見ユル處ノモノハ一人ノ權利ヲ拋棄スルト同時ニ國家モ自身ノ權利ヲ拋棄シタリトノ觀念ニ基クモノナリト第三一私人カ國家ノ私ナル資格ニ對シ蒙ラシメタル害ハ犯罪ニ非ス余ハ前編ニ於テ國家ノ資格モ其働ノ點ヨリ公私ノ二個ニ區別スルヲ得ル旨ヲ論シタリ故ニ國家モ亦此等ニ資格ニ於テ被害者ノ地位ニ立ツヲ得ルモノナリ然リ而テ國家カ一人ノ爲メニ私ノ資格ニ害ヲ受クルト同時ニ公ノ資格ニ害ヲ受クルトアリ例令ハ官林ヲ盜伐セラレタル如キ之ナリ彼ノ官林盜伐ノ所爲ナルモノハ官ノ私ナル資格即チ所有權ヲ害シタル點ヨリ觀察スルハ私犯上ノ問題ニシテ純然タル民事ニ屬シ又公ナル資格即チ國家ノ財產保護權ヲ破リタル點ヨリ觀察スレハ刑事上ノ問題ニシテ取モ直サス竊盜犯ナリ如此モノハ一

個ノ所爲ヨリ國家カ公私ニ資格ニ害ヲ蒙リタルモノナリトス故ニ國家ノ公資格ノ一面ハ檢事之レカ代人トナリテ裁判官ニ刑罰ノ適用ヲ請求シ國家ノ私資格ノ一面ハ山林局ノ官吏之レカ代人トナリテ犯罪ヨリ生シタル損害ノ賠償贖物ノ返還ヲ請求ズルナリ  
又國家ハ公ノ資格ノミニ害ヲ蒙リ直接被害者ハ一私人ナルコトアリ之レ犯罪ノ通常場合ニシテ彼ノ甲者カ乙者ノ所有物ヲ竊取シタルカ如キ或ハ毆打家宅侵入等其他各種ノ犯罪之ナリ如此場合ハ民事上ノ權利者ハ一私人ナリトス又一私人ハ國家ノ私ナル資格ノミニ付キ害ヲ加フルコトアリ例セハ官林誤伐ノ如キ之レナリ如此所爲ハ民法上ノ支配ヲ受クヘキモノナリト雖モ決シテ刑事上ノ問題トナルモノニ非サルナリ左レハ何レノ場合ニ於テモ國家ノ私ナル資格ヲ害シタルノ點ハ純然タル民事ニシテ只犯罪ト認ムル處ノモノハ彼ノ公ナル資格ヲ

害シタル部分ナルノミ  
第四公ナル資格ヲ有スル人民カ公資格ニ於テ國家ノ公資格ニ蒙ラシメタル害ハ犯罪ニアラス  
私人公人ノ區別ハ既ニ前編ニ於テ説明シタリ左レハ讀者諸君ハ公人トハ公ノ職務ヲ帶フル處ノモノナルヲ知ラレタルナルヘシ彼等公人ハ其資格ニ於テ國家ノ公ナル資格ニ害ヲ加フルルハ職務上ノ匪行ニシテ服務規律其他ノ法律ニ於テ處斷セラルヘキ者ナリト雖モ決シテ刑法ノ支配ヲ受クルモノニ非サルナリ然ルニ茲ニ一言セサレハ讀者ノ惑ヲ起スカ如キモノアリ彼ノ官吏公吏瀆職ノ罪之レナリ抑モ一私人ヲ公人ト看做ハ國家ノ公權利ヲ委託シアルカ爲メナリ然リ而テ國家カ一私人ニ自己ノ權利ヲ委任スル所以ノ者ハ正當ノ職務ヲ行ハシメンカ爲ナリ何リ犯罪ノ用ニ供セシムルノ目的ニ出ルモノナランヤ

左レハ官吏カ其職權ヲ濫用シテ刑事ノ制裁ヲ受クルノ範圍ニ踏ミ込ミタルノ所爲ハ、何レモ一私人ニ歸スルモノニシテ最早ヤ國家ノ代理人タラサルナリ此法理タルヤ只ニ公吏官吏ニ適用セラル、ノミナラス民事代人ノ原則トシテ一般ニ認メラル、モノナリ例令ハ甲者乙者ヲ代理人トシテ丙者ニ貸金千圓ノ催促ヲナサシメタルニ乙者ハ甲者ヨリ委託ヲ受ケサルニ千圓ノ外他ニ五百圓ノ證書ヲ偽造シ丙者ヨリ金千五百圓ヲ受取りタリトセヨ此場合ニ於テ金千圓ヲ受取ルヘキ委任ハ甲者ニ於テ爲シタルモノナルモ五百圓ノ證書ヲ偽造シテ餘分ノ金ヲ騙取スルコトハ甲者ノ委任シタルモノニ非サレハ乙者其部分ノ所爲ハ自身一己ノ働ニシテ其責任ハ自身一己ニ負擔セサル可ラス第五犯罪ハ任意ノ所爲ナルコトヲ要ス任意トハ自ラ爲サントシ又ハ爲サ、ラントスル心裡界ノ決定ニ他ノ

制迫ヲ受ケサル事實ナリ故ニ任意ノ所爲トハ取モ直サス自主心ノ命令ニ因ル働作ヲ云フモノトス而シテ法律上犯罪トシテ刑ヲ科スルハ此種ノ所爲ニ限ルモノニシテ之ニ反スル不任意ノ所爲ニ於テ罪トシ認メサルモノナリ何カ爲メニ然ルヤ之レ刑罰ノ目的ヲ達スルヲ得サレハナリ

抑モ國家カ犯罪者ニ刑罰ヲ加フル所以ノモノハ社會ノ安全ヲ保タンカ爲メ現犯者ヲハ之ヲ懲戒シ併テ世人ヲ豫戒スルニアリ故ニ犯罪者任意ノ所爲ニ非サレハ刑罰ヲ加フルノ價值ナシ何トナレハ不任意ノ所爲ハ止ムヲ得サルニ出ルモノナレハ之ヲ罰スルモ現犯者ヲ懲戒スル能ハス又一般人ヲ豫戒スルニ足ラサレハナリ  
今一例ヲ舉テ説明センニ甲者寂漠タル原野ニ於テ乙者ヲ脅迫シテ曰ク汝丙者ヲ毆打セサレハ余ハ直ニ汝ヲ殺傷スヘシト乙恐怖出ツル所

ヲ知ラス遂ニ丙者ヲ打撲傷セシメタリトセヨ之レ乙者ノ所爲ハ本項所謂不任意ノ所爲ナレハ國家ハ刑ヲ科セサルナリ若シ此場合ニ於テ國家カ乙者ニ嚴刑ヲ加フヘシト規定スルモ卓群ノ豪傑無上ノ德義家ハ「イザ」知ラス通常人ヲシテ其轍ヲ履マシメサルヲ能ハサルヘク乙者其人ヲ矯正スルヲ得サルヘシ左レハ通常人ヲ標準トスルノ法律ハ右等ノ所爲ニ對シ刑ヲ科ス可ラサルナリ

今本項ヲ終ルニ臨ミ讀者ノ爲メニ一二示スヘキコトアリ他ナシ無限ノ強力ト過失犯之レナリ彼レ無限ノ強力ナルモノハ本項所謂不任意ノ所爲ト大ニ異ナル所アリ依テ便利ノ爲メ無限強力ノ例ヲ示サン例令バ甲ナル力士ガ乙女ノ手ヲ握テ丙者ヲ打チ傷ヲ負ハセタル如キ又乙者山間ノ小路ヲ通行スルノ際俄然大石轉シ來リテ乙者ノ腰部ヲ打チ爲メニ乙者倒レテ其傍ニ居ル丙者ヲ壓死セシメタル如キ之レナリ

右等ノ場合ニ於テ乙者ノ働作ハ他人ノ手段或ハ天然ノ出來事ニシテ任意不任意ヲ論ズル處ニ非サルナリ何トナレバ彼ノ不任意ノ場合ハ行害者自身ハ自ラ甲者ノ爲メニ毆打セラル、且又ハ丙者ヲ殺傷スルノ二者擇一ノ地位ニアリテ一ヲ實行スルノ意思及ビ決心アリ續テ外部ノ働作アルモノナレバ始終自動的ニシテ通常ノ犯行ト大ナル差異ナシト雖且無限ノ強力ハ始終他動的ニシテ自主心ハ毫モ與リ知ラザレバナリ

次ニ過失犯ヲ説カン讀者諸君ハ世上多クノ論者ガ過失犯ヲ以テ無意犯ナリト云フノ故ヲ以テ過失ノ罪ハ任意不任意ヲ問フノ必要ナキモノト速斷スベカラズ何トナレバ過失ノ罪モ任意ノ所爲ナルヲ要スルモノナレハナリ  
抑モ過失トハ通常人ナラバ或程度ノ注意ヲ用テ其結果ヲ豫想スベキ



1チ犯行者が其注意ヲ用キザルガ爲メニ引起シタル害悪ナリ  
今例ヲ舉ゲテ説明センニ例令バ甲者銃砲ノ稽古セント欲シ椽先ニ於  
テ砲發シ花樹ノ蔭ニ居ル庭師ヲ打チ殺シタルカ如シ此場合ニ於テ甲  
者ハ銃砲ニ玉ヲ込ミ雷管ヲ付ケ引金ヲ落等一々自己ノ所爲ニ付自由  
任意ノ決定心アリタルヤ明ナリ左レハ吾人カ寐延ニ手足ヲ動カシ或  
ハ彼ノ眠遊病者カ夜中書ヲ讀ミ或ハ歩行スル如ク純然タル無意ナル  
モノニアラサルナリ  
以上論スル處ノ如クナルヲ以テ純然タル無意或ハ不任意ノ所爲ナル  
片ハ過失ノ犯罪モ成立セサルナリ故ニ前例ニ於テ甲者發砲シタルハ  
甲者任意ニ爲シタルニ非スシテ丙者甲者ニ向ヒ發砲セサレハ余汝ヲ  
殺スヘシト脅迫シタルカ爲メナル片ノ如キ或ハ純然無意タル彼ノ睡  
遊病者ノ所爲ノ如キ場合ハ甲者ニ過失ノ罪ナカルヘキナリ

右任意不任意ヲ説明シ了リタルヲ以テ次ニ章ヲ改メ事實ノ何タルヲ  
説明スヘシ

## 第二章 事實

### 第一款 事實所爲事狀ノ區別

本項ニ論セントスル處ハ事實所爲事狀ノ區別ナリ依テ事實ノ何タル  
ヲ定メンカ爲メ其定義ヲ掲グヘシ抑モ事實トハ普ク定義ヲ下セハ心  
界物界ノ諸狀態ナリト云フヲ適當ナリトス故ニ太陽ノ東天スル大陰  
ノ傾山スル晨星ノ發現スル風伯ノ聲ヲ爲ス陰雨ノ窓ヲ打チ瀑水ノ疾  
下スル人獸ノ生死スル或ハ道德ノ消長法律發布セラレタル議院ノ招  
集セラレタル解散セラレタル犯罪ノ意思アル豫謀アル人ヲ殺シタル  
殺サレタル等ノ如キ惣テ覆載間ノ出來事ハ之レ皆事實ナリトス然リ

而ノ此事實ナルモノハ權義ノ發生消滅ニ大ナル關係ヲ有スルモノナリト雖モ至重至大ノ關係アルモノハ事實ノ一部ナル所爲ナルヲ以テ法理學者ハ通常之ヲ二個ニ大別セリ曰ク事實曰ク所爲之レナリ依テ余ハ此二個ノ事實ニ就テ詳細ノ説明ヲ與フヘシ

事狀 トハ前段論述スル如ク事實ノ一部ニシテ權利者義務者外ナル人類ノ行爲并ニ自然ニ發生スル諸顯象ヲ云フニアリ之ヲ前例ニテ云ハ、月ノ出テタル如キ日ノ入りタル如キ他人ノ婚姻シタルカ如キ子ヲ生ミタルカ如キ或ハ死シタルカ如キ物品ノ有無ノ如キ時間ノ經過ノ如キ總テ權利者義務者ノ左右スル不能事實ヲ云フ者ナリ故ニ權利者義務者自身カ肉體上ノ動作ナリト雖モ其意思ヲ以テ左右スル能ハサル處ノモノハ事狀ト知ルヘシ然リ而ノ此事實ニ屬スルモノハ何レノ場合ニ於テモ其レ自ラノミニテハ決シテ犯罪トシ論セラル、モノ

ニ非サルナリ例令ハ吾人カ疾病ノ爲メ裁判所ノ呼出ニ應セサルモ罪トシテ刑ヲ科セラル、トナキカ如キ之レナリ然リト雖モ此事實ナルモノハ總テノ犯罪ニ關係ヲ有シ又多クノ場合ニ所爲ト結合連絡シテ一個ノ犯罪ヲ構成スルコトアルモノナリトス例セハ甲者乙者ヲ途ニ要撃シテ斫リ殺シタル犯罪ノ如キ甲者カ乙者ヲ斫リタルハ甲者ノ所爲ナルヘシト雖モ乙者カ甲者ノ待チ受ケタル場處ニ來リタル如キハ事狀ナルヘク從テ甲者ノ殺人犯罪ニ大ナル關係ヲ有スルナルヘシ又甲者カ乙者ニ毒藥ヲ與ヘタルニ乙者ハ一個ノ病氣アリテ藥毒其病勢ト和シ乙者ヲ死ニ至ラシメタル如キ乙者ノ病氣ハ事狀ナリト雖モ甲者ノ投藥ノ所爲ト結合シテ甲者ノ殺人罪ヲ成就セシメタルモノ也

次ニ所爲トハ如何ナル者ナルヤヲ論センニ法律上所爲ト稱スル所ノモノハ只ニ吾人カ肉體ノ運動ノミヲ云フニ非ス必スヤ身體ノ運動ヲ

司ル所ノ意思ノ加ハリアルヲ要スルモノナリ故ニ「ホルラント」氏ノ定義ニ所爲トハ意思ノ感覺世界ニ表顯シタルモノナリト云ハレタリ右ノ定義ニ依テ見レハ吾人カ意思ノ司令ニ因リ運動スル處ノ諸動作ハ總合一括之ヲ所爲ト云ハサル可ラス故ニ吾人カ君主ニ忠ナルモ兩親ニ孝ナルモ酒ヲ飲ムモ飯ヲ喫スルモ人ヲ撲ツモ財物ヲ竊取スルモ詐欺ヲ行フモ皆之レ所爲ノ範圍ニ洩レサルモノトス而シテ吾人々類カ責任ノ因テ起ル處ハ所爲ニ基スルヲ以テ犯罪モ亦所爲ノ一部ナリトス故ニ刑法ヲ學ハントスル者ハ此問題ヲ忽ニス可ラサルナリ所爲ニ二個ノ別アリ行爲不爲之レナリ行爲トハ積極的ノ動作ニシテ刑法上ノ犯罪ニテ云ヘハ爲スヘカラサルヲ爲シタルノ犯行ナリ例セハ人ヲ殺害シタルト他人ノ所有物ヲ竊取シタルト偽造ノ證書ヲ行使シタルカ如キ之レナリ此種ノ犯罪ヲ行爲犯ト云フ又不爲トハ消極的ノ動作

ニシテ爲スヘキヲ爲サ、ルヲ云フニアリ例ヘハ陸海軍ノ將校カ相當官衙ヨリ出兵ヲ求メラレタルニ正當ノ事故ナクシテ之レニ應セサルカ如キ之レナリ此種ノ犯罪ヲ不行爲犯ト云フ此區別ニ於テ尤モ注意セサル可ラサルヲハ行爲犯ハ不行爲ヲ以テ犯シ難ク不行爲犯ハ行爲ヲ以テ成立セシメ能ハサルト之レナリ例セハ甲ナル老衰者路傍ノ小堰ニ陥リ頻リニ救ヲ乞フニ際リ乙ナル壯丁者カ袖手傍觀シタル爲メ終ニ死ニ至リタルモ之ヲ以テ殺人罪トナスヘキニアラス何トナレハ右乙者ノ所爲ノ如キ實ニ惡ムヘキモノナリト雖モ殺人罪ハ行爲犯ニシテ不行爲犯ニ非サルヲ以テ乙者ノ如キ何事ヲモ爲サ、ルモノ、成立セシメ得ルモノニ非サレハナリ又甲ナルモノ其父乙者ニ種々ノ食物ヲ脩メ爲メニ乙者食滯病ヲ醸シタリトセン此場合ニ於テ甲者ハ養料ヲ缺キタル罪トナラサルヘシ何トナレハ甲者ノ所爲ハ行爲ニシ

テ不行爲ナラザレバナリ右等ハ現著ナル事例ナルヲ以テ不必要ノ議論ノ如シト雖モ實地問題ニ至テハ行爲不行爲カニ付キ甚ダ疑ハシキモノナキニ非ザルナリ

次ニ注意スベキハ行爲犯ハ即時成立スルモ不行爲犯ハ法定ノ時間或ハ相當ノ時間ヲ要スルトノ之レナリ例セバ毆打竊盜ノ如キハ行爲犯ナルヲ以テ行爲ノ當時犯罪成立スベキモ小兒出産ハ十日内ニ届出デザル可ラズ烟艸製造者ハ製造煙草ニ印紙ヲ貼用セザル可ラズ裁判所ヨリ證人トシテ呼出サレタル者ハ指定ノ時刻迄ニ出頭セザル可ラズ此際届出ヲ爲サズ印紙ヲ貼用セズ出頭セザル等ハ皆不行爲犯ナリ此不行爲犯ノ場合ニハ其指定ノ時間即チ十日内或ハ裁判所ヨリ指定セラレタル時刻前ニ届出ヲナサズ又ハ出頭セズト決心スルモ其一事ヲ以テ犯罪トスルヲ得ズ必ズヤ十日或ハ指定ノ時刻ヲ過ギ去リタル

トチ要スルナリ故ニ以前如何ナル量見ニテアリタルモ十日内ニ届出ルカ指定時刻ニ出頭スレバ罪トナラザルナリ若シ又法定ノ時刻ナキ彼ノ煙草印紙ヲ貼用スベキトノ如キハ相當ノ時間内ニ貼用スレバ可ナルベシ若シ然ラズトセバ天下ノ煙草製造家悉ク犯罪者トナルニ至ラン何トナレバ煙草ハ其製造臺ヲ出ヅル瞬間ニ印紙ヲ貼用スル如キハ到底人類ノ爲シ能ハサルコトナレバナリ而テ相當時間ハ時ト場合トニ依リ解釋スヘキ問題ナレハ豫メ一定スルヲ得ス執法者各事實ニ付キ判定スヘキノミ故ニ甚ダ長キ時間ニテモ相當時間ト看做スヘキ場合モアルヘク又短時間ニテモ不相當ト看做サル可ラサルコトモアルヘキナリ

尙ホ一言スヘキハ刑法上ノ犯罪ハ多ク行爲犯ニシテ不行爲犯ハ僅少ナリトノ之レナリ其然ル所以ノモノハ法律道德ノ大原則ニ基クモ

ノナリ曰ク法律ハ他人ノ權利ヲ侵ス可ラス道德ハ善事ヲ爲セト云フ  
ニアリ思フニ吾人々類カ一ノ社會ヲ形リ三五集合共存ノ生活ヲ遂ク  
ル以上ハ忠國公義共益ヲ致スヲ先ニシテ自營利已私益ヲ爲スヲ後ニ  
スヘキハ社會ノ欲スル處ナルヘシト雖凡之レ望ムヘクシテ行ハレ難  
キノミ何トナレハ利已ヲ捨テ、利他ヲ採ルハ卓群人傑ノ行爲ナレハ  
普通人ニ求ムルノ難事ニ屬スレハナリ左レハ通常人ヲ目標トスル刑  
法ニアリテハ他利ヲ害ス可ラストノ境界ニ止メ利他ヲ命スルハ道義  
法ニ任スルノ已ムヘカラサルモノアレハナリ

### 第二款 内部ノ働作

予ハ前款ニ於テ所爲ノ何モノタルヲ論シ且ツ犯罪タルヘキ所爲ハ内  
外二働作ヲ要スルヲ述ヘタリ本款ニテハ内部働作ヲ説明スヘシ

内部ノ働作トハ感覺世界ニ影響セサル人類心裡ノ活動ヲ云フモノナ  
リ而シテ此心界ノ模様カ人類ノ責任ヲ定ムルニ付至重至要ノ關係ヲ  
有スルモノナレハ法學ニ志アル者ハ最モ注意ヲ用ユヘキノ要點ナリ  
故ニ予ハ第一第二ノ兩項ニ分ケ第一項ニ於テハ心性一般ノ理法ヲ説  
キ第二項ニ於テハ刑法ニ關スル心性ヲ説明セン  
第一項曰ニ内部ノ働作ハ心裡ノ活動ナリトセハ他ニ其体ナカル可ラ  
ス即チ活動ハ作用ナレハ別ニ本体アルヲ想定スルヲ得レハナリ其本  
体ハ靈魂ト名稱セラル、モノ之レナリ  
靈魂 予ハ靈魂ヲ以テ吾人々類ノ眞我ニシテ心性ノ本体トセン古來  
靈魂ニ對スル思想ハ種々ニシテ古代人ノ思想ニテハ一個ノ人ニ有形  
ノ一人ト無形ノ一人アリト信シ夢想ヲ以テ無形人ナル靈魂ノ遊歴ト  
考ヘ死亡ヲ以テ有形無形人ノ分離シタル結果ナリト爲シ或ハ肉体ハ

靈魂ノ宿ル家屋ニシテ靈魂ハ主人ナリ人類ノ死ハ靈魂ガ天國へ旅立チタルモノナリト爲シ睡眠中死去シタル人ヲ夢ムヲ以テ其幽靈ニ邂逅シタルナリト想像シタルカ如シ我邦或他方ノ慣習ニ天國嚮導者タラシムルノ目的ニテ死人ノ棺ニ金紙銀紙ヲ以テ作りタル燕ヲ飾ルノ例アリト又或國ニ於テハ小兒ノ墳墓ニ於テ犬ノ頭ヲ燒クノ例アリト這ハ幼少者ハ冥途ノ旅客トシテ其途ヲ失ハンヲ恐レ犬ヲシテ嚮導セシムルカ爲メナリト此靈魂天國旅行ノ說ハ今日尙ホ宗教家ノ說トシテ行ハレ居ルカ如シ

又或一派ノ哲學者ハ心性ハ身体物質ノ結果トシテ發現シタル一勢力ナリト云ヒ又或學者ハ云ク萬界ハ一ノ心性アルノミニシテ身体物質ハ勿論森羅萬象皆此靈妙ナル作用ヨリ現レ來ルモノナリト或學者ハ物心二境ハ眞如ノ理体ヨリ現レ來ル二個ノ形態ニシテ恰モ鏡ノ一体

ニ二面ヲ存スルカ如シト

如斯心性事体ニ關スル議論ハ種々ニ分レ甲論乙駁未ダ一定ノ議論ナキノミナラス專純正哲學ニ屬シ刑法ヲ論スルニ直接ノ關係ナキモノナルニ依リ予ハ爰ニ靈魂ヲ以テ心性ノ本体ト立ツルノミ

此靈魂ニ種々ノ作用アリ彼ノ吾人カ目ニハ色ヲ見耳ニハ音ヲ聞キ口ニテ味ヲ知リ或時ハ憤然トシテ怒ヲ發シ或時ハ欣然トシテ喜悅ヲ覺ヘ或ハ笑ヒ或ハ哀ミ或者ヲ憎ミ或者ヲ愛シ或時ハ現物ノ差別ヲ知り或ハ昔時ノ經驗ヲ想起シ或時ハ事物ノ道理ヲ悟リ或ハ動ントシテ動キ止ラントシテ止マル等千態萬象端睨ス可ラサル如ク種々ノ作用アリト雖モ心理學者ハ其種類系統ヲ基本トシテ情感智力意思ノ三種ニ區別セリ左ニ畧述セン

智力トハ事物ヲ識別思量スル心性作用一切ヲ云フモノニシテ最モ

單純ナル感覺ヨリ複雑ナル概念推理等皆此部ニ屬スルモノナリ余今  
簡單ニ其一班ヲ説明センニ第一ニ感覺ト稱セラル、モノアリ此感覺  
トハ求心神經ノ末端ニ起ル心性作用ヲ云フニアリテ彼ノ吾人が目ヲ  
開ケバ青黃赤白黒ノ物色ヲ映射シ來ルガ如キ(視感)耳ニ靜濁大小ノ音  
ヲ聞ク如キ(聽感)蒸香ノ鼻ヲ突ク(嗅感)酒肉ノ味アル(舌感)皮膚ノ寒暖粗  
滑ヲ感ズル(摩感)ノ如キヲ云フ之ヲ人類ノ五感トス此他肉體上ニ於ル  
疲勞饑渴等ノ感覺(有機感覺)ヲ合シテ六感トスルヲ通常トス  
此ノ如ク感覺ハ外界カ内界ニ入ルノ初期ニアルモノナレモ最モ單純  
ナル者ニテ赤或ハ青寒或ハ暖ト感射シ來ルノミニシテ之ヲ總合ノ特  
別ナル一体ト認ムルノ力ナシ之ヲ一物體トシテ認ムルノ作用ヲ智覺  
ト云フ例バ赤丸香味ト云フガ如キ單純ナル形狀ハ感覺ナレモ赤ニ  
丸ニシテ香味ヲ備ヘタル一体ハ橙ナリト認ムルハ智覺ナリ

人ハ又感覺智覺ノ如キ現場ノ智識ノミナラズ曾テ見聞シタル事柄ヲ  
心内ニ想ヒ起テアリ之ヲ再想構想ト云フ即チ再想トハ曾テ見聞シタ  
ル形象其儘ヲ想起スルヲニシテ吾人が死亡シタル友人ノ面ヲ思ヒ出ガ  
如キ高岳山上ヨリ男鹿島ヲ眺ミタル風景ヲ思ヒ出カ如キ之レナリ構  
想トハ吾人が見聞シタリシ形象其儘ヲ想起スルニ非ズシテ之ヲ變形  
シテ想起スルヲナリ即チ令嬢妙子ニ穂庵ノ畫中ナル紫式部ノ衣服ヲ  
着セ秋田公園ヲ遊歩セシムル如キ或ハ甲ノ鼻ト乙ノ眼ヲ丁者ニ添ヒ  
見ル如キ之レナリ  
以上ハ如何ニ變形スルニモセヨ其各部ハ皆各實物ノ諸形象ニ外ナラ  
サレモ尙ホ玆ニ個々ノ實物ヲ離レタル智力作用アリ之ヲ概念斷定推  
理ト云フ其概念トハ一種類一群族ニ對スル觀念ニシテ彼ノ木或ハ草或  
ハ人ト云フ如キ普通名詞ニ對スルノ思想之レナリ此概念ハ梅モ想像

セス櫻モ想像セス杏モ想像セサル一般木種ノ觀念ナルヘシ又斷定トハ二個ノ概念ヲ結合シテ生スル作用ニシテ水ハ流ル、者也人ハ死スル者ナリナト、斷定スル作用ヲ云フ又推理トハ諸斷定ヲ契合シテ生スル所ノ論理作用ニシテ一斷定ヨリ次第ニ論及メ他ノ斷定ヲ結フ者也例ヘハ甲ハ乙也然ルニ丙ハ甲也故ニ丙ハ乙也ト論斷スルカ如シ

情感 トハ苦樂ノ狀態ヲ有スル一切ノ心性作用ニ與ヘタル名稱也而メ通常之ヲ感覺情緒ノ二種トス然レモ感覺ハ外界ノ事情ヲ内界ニ報スル作用ナレハ智力ニモ屬スル者トス故ニ感覺ハ智力情感兩屬ノ者ニシテ前段ニ論シタルヲ以テ茲ニ贅セス

情緒トハ内部作用ニ因テ起サレタル苦樂ヲ義トスル者ニシテ智力ノ場合ニ例フレハ智覺以上ニ位スルノ作用ナリ此作用ハ感覺ノ如ク所作用的ニ非スニ專ラ能作用的ナリトス而シテ通常之ヲ分テ十二種ト

ナシ即チ驚情愛情恐情懼情我情力情行情同情智情美情德情宗教ノ情是ナリ

要スルニ渾テ情感ハ痛苦ヲ避ケテ快樂ニ就カントスル心性ノ傾向ヨリ發シ來ルモノニ外ナラズ彼ノ美麗ナル色ヲ以テ爽快ヲ感スル如キ水火ニ遭テ苦痛ヲ感ズル如キ單純ナル感覺モ幻口氣ナガラ快樂ニ傾注シタル心性ヨリ來ル者ナルベク複雜ナル情緒ノ如キハ最モ然リトス即チ自尊自高等ノ我情ハ名譽富貴ニ傾注シタル心性ヨリ來ルモノナルベク美情ハ審美ニ傾注シタル心性ヨリ來ルナルベク德情ハ善行ニ傾注シタル心性ヨリ來ルモノナルベシ而シテ此心性傾向ニ反抗スルモノ之レ痛苦也茲ニ予ハ心性ノ傾向ナル文字ヲ得タリ此傾向性ハ人類行爲ノ由テ來ル根原ナレハ左ニ數言ヲ費サントス

心性傾向ハ之ヲ道德學ヨリ觀察シテ其或ル者ヲ抽キ採リタルナラバ



良心は道義心は名稱セラル、者ナルベク又審美學上ヨリ觀察シテ其  
或者ヲ抽探リタルナラハ好美心美術心は名稱セラル、モノナルベシ  
其他種々ナル點ヨリ觀察ノ名稱ヲ付スルヲ得ベケレハ其實快樂ニ傾  
向シタル心性ニ外ナラザルナリ然リ而シテ茲ニ一個ノ問題アリ開ハ之  
レ他事ナラズ人ニ此傾向ヲ存スルハ先天ノ本性ナルカ后天ノ經驗ナ  
ルカ之レナリ之ヲ先天ノ本性ナリト説ク天賦論者アリ後天ノ經驗ヨ  
リ來ルト論ズル經驗論者アルモ予ノ考ヲ以テスレハ一部ヲ先天ニ歸  
シ一部ヲ經驗ニ歸スル折衷論者ノ説至當ト信スルナリ即チ人類ノ原  
始ニ於テ少クモ傾向性トナルヘキ心性ノ種子アリタルナルヘク此微  
々ニ存スル心性カ祖先數代ノ經驗ニ因テ養成セラレ以テ吾人ニ遺傳  
セラレタルナルヘク吾人モ亦經驗ニ依テ得タル處少カラサルヘシ彼  
ノ善良ノ教育ハ良心ヲ發達セシムルヲ度々酒ヲ喫スレハ益々酒味ノ

佳ナルヲ知ルニ至ルヲ朱ニ交テ赤クナルト云フヲ等ハ能ク傾向性カ  
經驗ノ結果ナルヲ示スモノナラン此傾向性ハ意思作用ノ發現ヲ促  
ス力ヲ有ス之ヲ衝動力ト云フ  
意思トハ行爲不行爲擧作進退即チ吾人ノ動止ニ關スル心性ヲ義ト  
スルモノナリ彼ノ吾人カ或事ヲ行ハントスルハ或ハ爲サ、ラント思  
惟スルハ或ハ動ントスルハ或ハ止ラントスルハ心内ニ起ル作用之レ  
ナリ  
以上智情意ノ三作用ハ素ト之レ一ノ心性ニ外ナラス故ニ互ニ連絡結  
合援助セントスル性質ヲ有ス即チ一作用起レハ他ノ二作用モ從テ興  
ル者ナリ例令ハ微妙ナル學理ヲ考定スル智力モ學理ノ快樂ト之ヲ實  
行セントノ意思ニ依テ益々活動セラレ、如キ或ハ應擧ノ畫ニ對スル  
美情モ眞ノ應擧ナルヲ知ルニ依テ益々快樂ヲ増スカ如キ又彼ノ進軍

中ノ兵士ノ行爲モ國ヲ愛スヘキ情ト國民タルノ本分ヲ知ルニ依テ益々敏活ニスル如キニ依テ見ルモ三作用共ニ結合セントスルノ性質アルヲ知ルベシ之ヲ連結性ト云フ然レモ心性ノ三作用ハ其性質ニ於テ異ナル處アリ故ニ一作用熾ナレバ他ノ二作用停止セラル、カ左ナクモ第二位ニ置カル、モノナリ

彼ノ感情非常ニ激發シタルモハ齒ヲ切り目ヲ瞋シ智量モナク行爲モナキニ至ルモ其一例ナラン其ヤ右ノ度迄ニ至ラザルモ他ノ作用ヲ弱カラシムルハ事實也

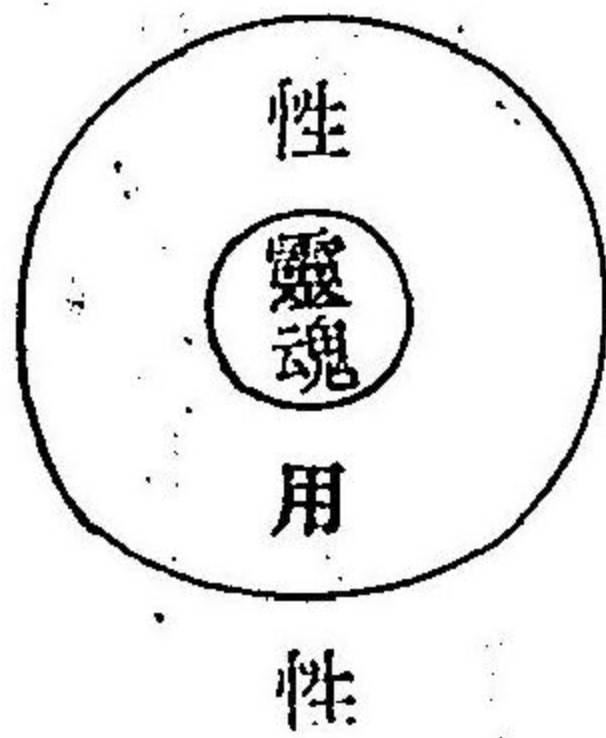
予幼少ノ時祖父ニ聞キタルノ一話アリ甲乙ノ朋友アリ共ニ劍客ヲ以テ稱セラレ最モ刀劍ヲ愛セリ一日甲者圖ラズ村正ノ一刀ヲ求メ大悦ノ餘リ同夜乙朋友ヲ訪テ之ヲ示シタリ乙者其刀ヲ抜キ滴々タル神色ヲ見テ「アツ」ト一聲スルト同時ニ甲者ヲ斫リ殺シタリト乙者ノ此行爲

タル神色靈然タル刀劍ニ感動セラレ智力作用ヲ壓止セラレテ行ヒタルモノナリ又明智光秀カ山崎合戦ノ前日頻リニ軍量ヲ練リツ、アルノ際人民共諷卷ヲ侑メタルニ包ヲ剝カスシテ喰ヒタリト云フ如キハ智力熾ニシテ他ノ作用壓止サレタルノ例ナラン其他行爲ノ心性即チ意思熾ニシテ智力情感ノ足ラザル行爲ハ輕忽ナル人ニ多ク見ル所ニシテ彼ノ大間記ナドヲ繙クニ軍中ノ若武者共ノ行爲ニ徃々其例アルヲ見ル

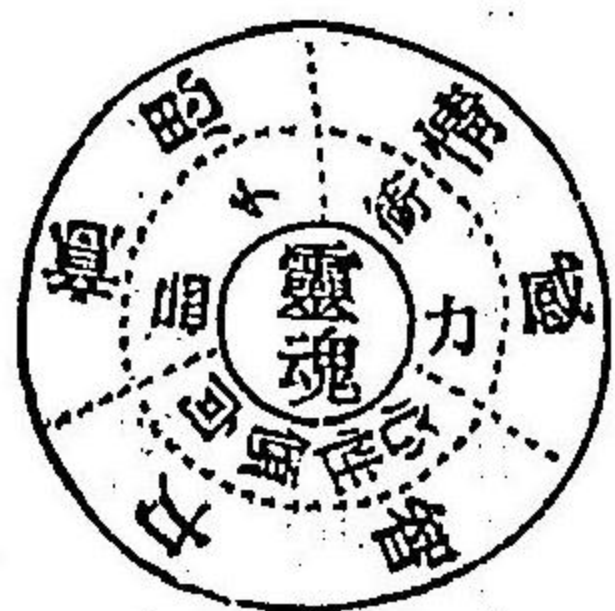
如此情智意ノ三作用分立ノ性アルヲ分離性ト云フ

右論スル處之ヲ圖解セバ

第一圖



第二圖



第一圖ノ如ク靈魂ハ本体ニシテ作用ハ其外ニアルヲ及ヒ第二圖ノ如ク心性作用ハ情智意ノ三ニ別ル、一併ニ智力情感ヲ以テ收得シタル事柄ハ心性ノ傾向トナリテ保存セラレ意思ノ衝動力トナルヲ知ルニ足ル可シ

以上ハ之レ心性一般ノ畧論也讀者其詳細ヲ知ラント欲セバ之ヲ心理學ニ求メヨ著者ハ刑法關係ヲ説明スルノ目的ニテ其一班ヲ掲ケタルノミ

第二項著者ハ更ニ右心性ノ原理ヲ刑法ノ上ニ適用シテ説明セン抑モ刑法ハ人類ノ行爲不行爲ヲ支配スル法則ナレバ心性作用中重ナル關係ヲ有スルモノハ意思ニシテ智力情感ハ第二位ニアリト云フモ不可ナキガ如シ尤モ憤怒ノ所爲是非ヲ辨別セザル所爲等ヲ論スルニハ情感智力ハ直接ノ關係アリト雖モ此ハ寧ロ特別ノ場合ニシテ一般ノ場

合ハ意思ヲ以テ第一位ニ置カサル可ラザルナリ

扱テ意思作用ヲ起サシムル直接ノ原因ハ前段所謂衝力ナリ

衝力ハ情感智力ヨリ來ル衝動力ニシテ意思ヲ促スノ力也而シテ此衝動力ヲ起サシメタル理由ヲ趣旨ト云ヒ衝力カ後來ニ假定スルモノヲ目的ト云フ例ハ吾人カ古物店ニ行キ幅物ヲ買ハントノ意思ハ其幅物ニ對スル美情愛情等ノ情感ト其幅物ハ智テ應舉ナリトシテ視タル幅ト同一ナリ他ノ普通品ト異ナリテ高尙ナル處アレハ必ス應舉ニ相違ナシトノ智力トカ結合シテ買フノ意ヲ促シタルモノナルヘシ而シテ其促シタルノ力ハ衝力ナルヘク美ヲ愛スヲハ趣旨ナルヘク得テ満足セントスルハ目的ナルヘシ故ニ衝力ハ情感ト智力ヨリ來ルモノナリ

衝動力ハ智力情感ヨリ來ルモノナルヲ右ノ如シト雖モ其モノタル常

ニ同一ノ配合ヲ爲スモノニ非ス或時ハ智力情感ノ能ク平等配合シタルモノアリ或時ハ其一性熾ンニシテ一性壓セラレタルモノナルヲアリ或時ハ單純ナル感覺智覺ノミナルヲアルモノナリ而テ此單純ナル情ヨリ來ル衝動力ハ道德法ノ支配ニモ屬セサルモノナリ何トナレハ吾人ノ責任ハ自制力ノ範圍ト一致スルモノニテ感覺ヨリ來ル單純ナル念慮ノ如キハ何人モ自制シ能ハサル所ナレハ也彼ノ吾人カ爛熳タル美花ヲ見テ一枝ヲ欲スル單純ナル觀念ノ如キハ何人モ排斥スルヲ得サル所ナラン然レモ此道ハ之レ即刻短時ノ念慮ニ就テ云フノミ若シ永キ時間心裡ニ留メ處クニ於テハ他ノ心性起ルヘキ事茲ニ至レハ道德法ノ支配ニ入ラサル可ラサルナリ

又茲ニ一言スベキハ趣旨ト目的トニ善惡アルト是也此善惡ニ付キテハ犯罪成立ノ要素ニ非スト雖モ酌量減輕ニ大ナル關係ヲ有スル者ト

ス(刑法第八十九條第九十條例セバ大石良雄ノ吉良上野介ヲ殺害スルモ權利ナクシテ殺シタル者ナレハ謀殺犯タルヲ勿論ナリト雖モ當時ノ武士道主君ノ誓不俱戴天ノ趣旨ヲ以テ行フタルトニシテ其目的モ亡君ノ靈魂ヲ慰メントスルニアレハ其趣旨目的共ニ善ナリ故ニ酌量ノ情狀アリ又定九郎ノ與市兵衛ヲ殺シタルモ謀殺犯タルヲ前例ト同一ナリト雖モ酒色ニ徒費セシカ爲メ天下ノ良民ヲ殺シタルモノナレバ其趣旨目的共ニ惡也故ニ酌量ノ情狀ナキ者也

右衝動力ニ因テ引起サレタル心性作用ハ意思也

意思トハ行爲不行爲ニ向ヒタル心性ヲ云フニアリ之ヲ大別シテ三種トスルヲ得ベシ單意故意決心是也

(甲)單意ハ通常ニ意思ト稱フモノナレモ予ハ總稱ノ意思ト區別センガ爲メ單意トシタルナリ而シテ其如何ナルモノナルカト云フニ吾人ガ行

爲不行爲ノ意思アルモ其結果ニ思ヒ及バザルノ意思ヲ云フ  
例ヘバ甲ナル車夫アリ人馬絡繹往復織ルガ如キ街衢ヲ疾行スルノ際  
一小兒ノ遊ビ居ルニ會ヒ其車輪ガ小兒ノ足上ヲ轉環スルヲ知リタ  
ルモ未ダ足上ヲ挽キ行ハ小兒ガ負傷スルナラントノ結果ニ思ヒ及ハ  
ズシテ挽キタルニ小兒カ負傷シタリトノ如キ甲車夫ハ意思アルモ故  
意ナラサルモノナリ或ハ乙小兒カ長鞭ヲ以テ丙陶器店ニ至リ陶器ヲ  
打毀ハシタル如キ小兒ハ常ニ打ノ意ハアルモ破壊ノ結果ヲ知ラサル  
ト多シ如此モノハ意思アルモ故意ト云フヲ得サルナリ  
右單意ノ所爲ハ素ト之レ無意ノ所爲ニアラサルヲ以テ私訴上ノ責任  
ハ免レサルモ刑法上ノ責任ナキモノナリ何トナレハ這ハ所謂罪ヲ犯  
スノ意ナキノ所爲ニシテ其罪ヲ論セストノ範圍ナレハ也然レモ其結  
果ヲ知ラザリシハ其者ノ過失ノ爲メナル片ハ過失犯トシテ處分セラ

ル、トアリ其原理ハ後章ニ説カン

乙故意 トハ所爲ノ結果ヲ知テ行フノ意思也

例セハ死スヘキヲ知リナカラ人ノ首ヲ切り破壊スヘキヲ知リナ  
カラ陶器ヲ打カ如キ是也

故意ハ種々ナル點ヨリ區別スルヲ得ヘシ左ニ分論セン

第一希望ヲ有スル故意ト希望ヲ有セサル故意ノ區別

例令ハ師父カ怠學ノ子弟ヲ撲ハ重ニ威嚴ヲ示スノ手段ニシテ其結果  
タル痛苦ヲ感セシムルノ點ニ付テハ別ニ希望アルニ非サルヘキモ車  
夫馬丁等ノ喧嘩打撲ハ一層痛苦ヲ感セヨカシト希望スルナルヘシ  
之ヲ區別スルノ利益ハ犯罪成立ニ關スルモノニ非ザレモ酌量減輕ス  
ルノ材料トナルモノ也何トナレハ希望ヲ有スル所爲ハ惡ムベキ情狀  
アルモ希望ナキノ所爲ハ所犯情狀原諒スベキモノアレハナリ

第二確定故意ト不確定故意ノ區別

確定故意トハ必其結果ノ發生スベキヲ豫期シタル故意ニ例令ハ  
甲者棍棒ヲ以テ乙者ノ洋燈ヲ打チ毀シタルガ如キヲ云フニアリ此際  
甲者ハ當然破碎スルナラント覺悟シタルモノナル可シ不確定故意ト  
ハ結果ノ發生ハ確然タルモノナラザルモ多分其結果發生スベシトノ  
故意也例ヘバ丙者丁者ヲ毒殺セントシテ丁家ニ毒酒ヲ送ル如キ是也  
此際使人カ途中ニ於テ其壘ヲ毀壞スルモ知ル可ラズ若シ丁家ニ届キ  
タリトスルモ丁者ノ飲ムヤ否ヤ知ル可カラズ然レモ若シ丁者飲ミタ  
ルナラバ丙者ニ責任アルヲ勿論也  
此等ノ區別ハ學術上存スルノミニシテ何レモ故意タルニ妨ケナキニ  
依リ犯罪成立ニ何ノ影響モナキモノナレモ音讀者ニ注意ヲ乞フハ右  
ノ如キ不完全ノ故意モ法律上故意トシテ論スルモノタルト是也

右論明シタル諸種ノ故意ハ我刑法第七十七條ニ「罪ヲ犯ス意」トアルニ  
該ルモノニ犯罪成立ノ要件ナリ故ニ此故意ナキ所爲即チ結果ヲ豫  
知セサル所爲ニ付キテハ例外ノ場合ナル彼ノ過失犯ノ外刑ヲ科セラ  
ル、モノニ非サルナリ是レ該條ニ罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論  
セス但法律規則ニ於テ別ニ罪ヲ定メタルモノハ此限ニ在ラズト規定  
アル所以ナリ

如斯故意ハ所爲ノ有形結果ヲ豫知シタル心性ヲ義トスル者ニシテ心性  
ノ作用上ヨリ付スル名稱ナレハ故意ハ直チニ探テ惡意ト云フヲ得ス  
何トナレハ善意惡意ハ心性ノ性質上ヨリ附スル名稱ニシテ作用上ヨリ  
附スル名稱ニアラサレハナリ故ニ善ナル故意惡ナル故意ノアルヘキ  
ハ當然ノ理ナリ例セハ甲兵卒乙賊將ヲ砲撃スルノ際甲者ハ自己ノ所  
爲ヨリシテ乙者死スルノ結果ヲ知リシナラン之レ善ナル故意ナリ又

丙山賊丁旅人ヲ砲撃スルノ際丁者死スルノ結果ヲ知リシナラン之レ  
惡ナル故意ナリトス又戊者己女ト通スルモ己者ノ有夫ノ婦タルヲ知  
ラスシテ通スルモアラン然レモ陰陽投合ノ結果ハ知リシナルヘシ  
之レ善ナル故意ナリ或ハ有夫ノ婦ナルヲ知リテ通スルモアラン  
之レ惡ナル故意ナリトス此區別ハ善意惡意ノ分ル、處ナリ  
如斯善意惡意ハ心性ノ性質ニ屬シ性質ノ如何ハ事實ニ屬スルモノナ  
ルカ故ニ刑法第七十七條二項ニモ罪ト爲ルヘキ事實ヲ知スシテ犯シ  
タル者ハ其罪ヲ論セスト規定シタルモノナリ即チ同條第一項ハ心性  
作用ノ進度ヨリ見解ヲ下シテ其所爲ノ結果ヲ知ラサルヘカラサルヲ  
規定シ第二項ハ性質上ヨリ見解ヲ下シテ罪トナルヘキ事實ヲ知ラサ  
ル可ラサルヲ定メタルモノナリ然レモ該七十七條第一項ニハ罪ヲ犯  
ス意ナキ云々トアリテ箇ニ所爲ノ結果ヲ知ルノミニ止ラス罪タルヘ

キ事ヲ行フノ意アルヲ要スル如ク即チ有夫ノ婦タルヲ知テ之レト  
通スルカ如キヲ要スルモノ、如シト雖モ余ハ前段論述ノ如ク該條  
一項ハ結果ヲ知ルノミニトセン何ントナレハ若シ罪タルヘキ事ヲ行  
フノ意トスレハ第二項ノ罪トナルヘキ事實云々ハ不用ノトナレハ  
ナリ故ニ第一第二ノ兩項併立セシメテ解釋セントセハ前段ノ論述ハ  
確實タルヲ知ルヲ得ヘシ之レ故ニ刑法上惡意トハ罪トナルヘキ結果  
ヲ知リナカラテ之ヲ行フノ意思ヲ云フモノナリ  
尙ホ余ハ刑法上ノ善意惡意ハ通常社交的ニ使用スル善意惡意ト聊カ  
異ナルヲ例示セン

例セハ甲ナル者隣人乙者ノ貧窮飢餓ニ困リ居ルヲ看ルニ忍ヒス寧ロ  
之ヲ獄舎ニ入レ地方税ノ白米ヲ喰ハシムルニ如カスト異ナル慈悲心  
ヲ起シ乙者ノ無罪ナルヲ知リナカラ窃盜セリト官衙へ訴へタル如キ

其意想タル害惡ニ非スト雖法律ハ尙ホ惡意ト爲シ誣告罪ニ論スルモノナリ然ルニ或學者ハ誣告罪ノ意思ハ毀害心ヲ要スルモノト論シタルハ穩當ナラサルカ如シ又彼ノ四十七士カ主君ノ警ヲ報センカ爲メ吉良上野介ヲ殺害シタル如キハ道德上却テ賞讃スヘキ傾向アリト雖法律ハ決シテ不問ニ措ク能ハス何トナレハ彼ノ四十七士ハ自己ニ上野介ヲ殺スノ權利ナキコトヲ知リナカラ行フタルモノニ法律上惡意ト云フヘキモノナレハ也

決心 トハ必然或事ヲ行ハントノ決定作用ニ名ケタルモノナリ而シテ決心其モノハ或事ヲ行ハントノ心往ナレハ此點ヨリ見ルルハ總テ同一ノモノナレハ決心ヲ促シタル心性ノ事情ヨリ種々ニ區別スルヲ得ヘシ即チ一時ノ感激ヨリ或人ヲ打ント決心シタルトモ種々思慮ノ後或人ヲ打ント決心シタルトモ打ントノ決心ハ同一ナルヘキモ其決心

ヲ促シタル事情ハ異ナルヘキナリ然リ而シテ決心ヲ促スノ事情ハ前ニ所謂衝動力ナレハ其種類上ヨリ左ノ如ク區別スルヲ得ヘシ

(甲) 激烈ナル感情ニ制セラレ智力ノ作用全ク壓止セラレタル場合

此場合ノ所爲ハ罪トシテ論セサルヘシ即チ我刑法第七十八條ニ罪ヲ犯スル智覺精神ノ喪失ニ因テ是非ヲ辨別セサル者ハ其罪ヲ論セストノ範圍ニ人レサルヘカサルモノニシテ要スルニ是非ノ辨別ナキ所爲ト云フニ過キス

(乙) ハ智力ノ働キナキニアラサレハ情感熾ンニシテ智力作用不完全ナル場合之ヲ感激ノ決心ト云フ

決心ヲ促スノ情感種々アラン例ヘハ或場合ニ於テハ愛情ヨリ來ラン或場合ハ懼情ヨリ或場合ハ色情ヨリ或場合ハ怒情ヨリスルモノアラシ然ルニ我刑法ハ第三百九條ニ他人ヨリ暴行ヲ受ケテ怒情ニ因リ暴



行者ヲ殺傷シタル場合ニ宥恕スルノミニシテ他ノ情感ニ激セラレタルトキハ宥恕ノ原因トセサルナリ併シ故殺謀殺ノ場合ニ於テ感激豫謀ノ區別必要ナルヲ以テ次ニ説明スヘシ

(丙)情感智力共ニ充分ナル場合及ヒ智力熾ンニシテ情感寧ロ不完全ナル場合之ヲ豫謀ノ決心ト云フ即チ深思熟慮ニ出テタル者ナリ

(丙)豫謀(乙)感激ハ皆決定ヲ助クルノ力タルニ止マリ一般ノ犯罪ニ取リテハ唯情狀ヲ輕重スルニ過キサレテ謀殺故殺ノ場合ニハ最モ注意ヲ要スルノ區別ナリトス何トナレハ感激ニ出テタル者ハ之ヲ故殺犯トナシ無期徒刑ニ處スヘキモ豫メ謀テ人ヲ殺シタルモノハ謀殺犯トシテ死刑ニ處スヘキモノタレハナリ終リニ臨ミ一言スヘキコトアリ他ナシ豫謀感激ヲ區別スルカ爲メ度々出會スヘキ疑問是也通常人ノ考ヲ以テスレハ深思熟慮トハ發意ヨリ長時間以後ニ決定シタルモノハ如

ク又感激トハ即刻實行ヲ云フ如クナレテ刑法上ノ意味ハ決シテ如斯狹隘ナルモノニ非ス何トナレハ豫謀トハ犯人方靜思本心ニ問ヒ決定シタルモノハ謂ヒニシテ感激トハ情感ニ激セラレ決定シタルモノナレハナリ故ニ多クノ場合ニ於テハ豫謀ハ長時間ヲ要シ感激ハ一時的ノモノナルヘシト雖モ然リト斷言スルヲ得サルヘシ例セバ甲者乙者ヲ親父ノ仇トシテ恨ヲ含ムコト久シ一夕甲者寄席ニ乙者ト會ヒタルニ圓朝ノ講談曾我兄弟富嶽ノ下ニ工藤祐經ヲ殺スルノ場ニ至ル語言音調ノ巧ナル悲愴慷慨轉々懦夫ヲシテ起タシムルニ至ル爲メニ甲者感激乙者ヲ殺シタル如キ甲者ハ發意ヨリ實行ニ至ルノ時間長キニモ不拘決心ハ感激ニ出テタルモノナルヲ以テ故殺トナサハル可ラス之レニ反シテ甲者乙者ト平常親密ニ交際スルモノナルニ或時山中ニ乙者千百ノ金員携帯スルニ出會ヒ甲者忽チ惡意ヲ生シ前後思慮ノ後

乙者ヲ殺害シタル如キハ時間ノ甚タ短キニモ不拘謀殺犯ナリトス又甲ナル者アリ乙者ノ爲メ甚タシク無禮ヲ加ヘラレ感憤前後ヲ思慮スル能ハサルト一週日ニ及ヒタル如キ或ハ甲者乙者ノ爲メ繼續シテ無禮ヲ加ヘラル、ト一週日ニ及ヒタル場合ニ甲者此感憤繼續中ニ乙者ヲ殺害シタルカ如キハ故殺ナリ左レハ豫謀感激ハ決心ヲ促スノ原力ニ付キ判別スルモノニシテ時間ノ長短ハ一ノ證據タルニ過キササルナリ又一事件ニ於テ豫謀感激ノ混交スルモノアリ例セハ甲者乙者ノ爲メ無禮ヲ加ヘラレタルカ爲メ棍棒ヲ以テ乙者ヲ殺害スルノ意ヲ決シ(感激)一二撃ノ後感憤散シタルモ尙ホ害意ヲ逞フシ豫謀連撃死ニ至ラシメタル如キ又甲者アリ深思熟慮ヲ以テ乙者ヲ打殺スルノ意ヲ決シ一二撃ノ後豫謀甲者或事柄ヨリ感憤ヲ發シ(感激)連撃乙者ヲ死ニ至ラシメタル如キ之レナリ右二例ハ何レモ謀殺犯ト論セラル、モノ也何

ントナレハ(第一例)感激ヲ以テ着手シ豫謀ヲ以テ終リタル如キハ豫謀ヲ以テ爲シ遂タルモノ也(第二例)豫謀ヲ以テ着手シ實行中感激ノ起リタルモノハ豫謀ニ感激ノ付加セラレタルモノナレハナリ然リト雖モ前二個ノ例ニ於テ着手ノ際ニ包藏セル意思ト中間發生ノ意思ト連絡セサルモノニシテ全ク別異ノ意思ニ基因スルモノナルキハ未遂已遂ノ二罪成立スルモノニシテ豫謀感激混交ノ場合ニ非サル也故ニ第一例ハ故殺未遂ニ謀殺已遂ニシテ第二例ハ謀殺未遂ト故殺已遂ナリトス一罪及ヒ數罪ノ原理ハ後章詳説スル處アルヘシ以上説明シタル處ハ專ラ神法道義法ノ支配ニ屬シ人定法律ノ關スル處ニ非ス何トナレハ吾人々類ハ他人ヲ害セサル範圍ニ於テ天賦ノ自由權ヲ保有スルモノナルカ故ニ神聖ナル心裡世界ニ在テハ吾人ノ專有ニシテ他人ノ干涉ヲ受クヘキモノニ非サル也又人定法ノ目的ハ有

形社會ノ秩序安寧ヲ維持スルニアレハ民刑諸法一致此必要程度ニ止マルモノナレハ吾人心裡ノ自由ト抵觸スルモノニアラス故ニ内部ノ動作ハ内部ノミニ止ルルハ何レノ場合ニ於テモ犯罪トナルコナク此原則ニハ一ノ例外アルコナシ然リト雖モ内部ノ動作カ内部ノミニ止マラス之ヲ外部ニ表顯シタル以上ハ其心裡ノ如何ニ依リ罪質犯情ヲ輕重スルモノナルヲ忘ル可ラス故ニ意思故意決心ノ如キ事形而上ニ關シ頗ル困難ノ問題ナリト雖モ刑法ヲ會得セントスル者ノ苟ニスヘキモノニ非サルナリ

### 第三款 外部ノ動作

外部ノ動作 トハ吾人体軀ノ諸動作ヲ云フ者也然リ而シテ此外部動作

ニ三種アリ一ハ即チ單純ナル外部ノ動作ニシテ内部動作ノ與ラザルモノ一ハ内部動作ノ司令ニ從ヒ運動シタルモノ之レナリ依テ左ニ類別説明スベシ

#### 第一項外部ノ動作

前款ニ於テ内部ノ動作カ内部ノミニ止ルルハ法律ノ責任ナシト論ジタルガ如ク外部ノ動作モ單ニ外部ノミニ動作タルルハ法律上何等ノ責任モナキノミナラズ道德上ノ責任モナキモノ也何トナレバ之レ所謂事狀ニ屬シ善惡正邪ノ區別ナキ者ナレハ也抑モ人類社會ニ於テ善惡正邪ノ語ハ吾人が心裡ニ寓スル靈妙不可思議ナル精神作用ニ基ク所爲ノ名稱ニシテ心意ノ與ラザル事實ニ關スル者ニ非サル也故ニ單ニ社會ノ損失ヨリ論スルルハ落雷ノ人畜ヲ壓殺スルモノ人類ノ謀殺故殺犯モ擇フ所勿ル可シト雖モ彼ノ雷公ノ如キハ法律道德ノ制裁ヲ加フ

ヘキモノニ非サルヘシ故ニ假令人類肉体上ノ働作ト雖モ精神ノ司令ニ基カサルモノハ社會ノ免レ難キ出來事ト觀念セサル可カス一層嚴格ノ意味ヨリ論スルモハ精神即チ眞我ノ與ラサルモノナレハ自己ノ所爲ニ非サレハ也故ニ此等ハ雷公風伯ト一般事狀ノ範圍ナレハ善惡ヲ司ル道德法律ノ問題外ナリトス例セハ甲ナル者熟睡中眠伸ノ際其友人乙者ヲ蹴タリトスルモ毆打犯ナラサルノミナラス不義ノ人タラサルヘク又逆臣北條高時ヲ蹴殺シタリトスルモ忠勇ノ臣ナラサルヘシ左レハ道德法律ノ問題ハ總合一括意思アルヲ要スルヤ明也尙ホ本項無意ノ働作ヲ深ク研究スルニ更ニ甲乙ノ二個ニ區別スヘキ者アリ

(甲)自働的働作

這ハ世ニ所謂反射運動ナルモノニシテ彼ノ吾人カ熱セル物体ヲ握ル片ハ不思投棄スル如キ又前例甲者カ睡眠中乙者ヲ蹴タル如キ意思ノ

加ハリ居ラサルモ自身自ラノ運動ヲ謂フモノナリ

(乙)他働的働作

這ハ無限ノ暴力ヲ云フモノニシテ他人ノ所爲ニ係ルト天然ノ出來事ヨリ來ルノ別アリト雖モ無限暴力タルニ於テ妨ケナキモノナリ例セハ(一)甲ナル小女カ手ニ利刀ヲ握ラセラレ且ツ勝平ノ如キ力士ノ爲メ其手ヲ扼セラレテ強テ乙者ニ斫付ケタル如キ(二)又甲ナル旅客平和街道ノ險ヲ越ユルノ際大石轉シ來テ其ノ腰ヲ打チ爲メニ甲者轉倒傍ニ居ル乙者ヲ壓死シタル如キ是也右甲女甲旅客ハ刑事上ノ犯行ナラサルノミナラス乙者ニ對シ民事ノ責任モナキモノトス

第二項内部働作ノ司令ニ基ク外部働作

此場合ハ「ホルラント」氏ノ所謂意思ノ感覺世界ニ表顯シタルモノニシテ取モ直サス所爲ナリトス然リ而シテ吾人カ無形界ナル心意ヲ有形世

界ニ發表スルニハ通常二個ノ方向ニ因テ來ルモノナリ一ハ即チ決心ヲ實行セラル可キ方向ニ因テ來ルモノ一ハ實行方法外ナルモノナリ左ニ詳細説明スヘシ

(甲)決心カ實行以外ノ方法ニ因リ發表セラル、場合這ハ英國刑法ノ所謂外形ノ所爲ナルモノニシテ實行外ニ現出セラレタルモノナリ例セハ甲者カ乙ノ富有者ナルヲ知り其土藏ヲ破リ黃白ヲ竊取セント決心シ之ヲ友人丙者ニ語リタル如キ或ハ甲者乙者ヲ殺サント決心シ書面ニ認メ之ヲ其親屬丙者ニ遣ハシタル如キヲ云フモノニ彼ノ堀部彌兵衛カ吉良家ニ亂入ノ前夜親族吉川某へ暇乞ノ書翰ヲ遣ハシタル如キモ實行外心意表白ノ一例ナリトス如斯外形所爲ハ實行的ノモノナラサルカ故通常一片ノ談話ト同一ナレハ刑法上責任ナキヲ原則トス我刑法第百十一條ニ罪ヲ犯サンコト謀リ云々其刑ヲ科セストハ此原

理ヲ意味スルモノナリ只彼ノ大犯逆罪ト稱セラル、處ノ萬一實行セラレシナラハ重大ナル結果ノ發生スヘキ特別犯行ハ決心ヲ表白スルノミヲ以テ世人ニ恐怖ノ念ヲ懷カシメ社會ヲ不穩ノ境ニ陥ルニ依リ外形ノ所爲ノミヲ以テ國家ヲ害シタリト爲シ刑ヲ科スルノミ即チ同條末文ニ本條別ニ刑名ヲ記載ス「トアルハ之ヲ云フモノ也而シテ我刑法中外形所爲ヲ罰スル場合ハ第百廿五條内亂ノ罪ニ内亂ノ陰謀ヲ爲シ未タ豫備ニ至ラサル者ハ各ニ等ヲ減ス」第百十六條第百十八條皇室ニ對スル不敬罪ニ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ云々「トアル場合ニ限レリ

右等ノ犯罪ニ於テ讀者ニ注意ヲ望ムハ外形所爲ノ犯行ハ前説明ノ如ク外形ノ所爲ノミニテ一罪構成スルト看做シ刑ヲ科スルモノニシテ本犯ノ未遂犯ニ非サルコト外形ノ所爲ハ確定シタル決心ヲ表白シタ

ルモノナラサレハ刑ヲ科セストノ是也故ニ甲者カ内亂ヲ起スノ不確定ナル意思ヲ以テ乙者ニ談シタル如キハ罪トナラサルナリ。世上多クノ法學者ハ本項ノ所爲ヲ以テ二人以上ニテ合議決定シタルヲナラサレハ罪トナラサル如ク論スレモ予ハ反對ノ意見ヲ有スルモノナリ何トナレハ内亂罪ハ一人ニテ犯シ能ハサルモノニモ非ス又二人ナレハ犯シ得ヘキモノニモ非サルノミナラス彼ノ皇室ニ對スル反逆罪ノ如キハ一人ニテ犯シ得ヘキハ其例歷史上現然タル事實ナリ左レハ一人ノ決心ヲ表白シタル場合モ犯罪成立セシメ得ルヲハ論ヲ俟タサルヘシ

(乙)決心カ犯罪實行ノ方向ニ發表セラル、場合

抑モ犯人ノ意思内ニ一定シ之ヲ外部ナル感覺世界ニ實行スルノ場合ニ着目スルニ單純ナル殴打侮辱罪等ヲ除クノ外一般ノ犯行ハ豫備着

手ノ順序ニ因テ來ラサルハナシ依テ左ニ分類説明スヘシ。第一豫備ノ所爲トハ文字自ラ示カ如ク犯罪實行ノ準備手續ニシテ我刑法第一百十一條ノ其豫備ヲ爲スト雖モ未タ其事ヲ行ハサル者ハ「下アル」ヲ云フモノナリ例セハ甲者乙者ノ家屋ニ放火セントシテ磨付木石油等ヲ買求メ或ハ松明ヲ製造スル如キ又甲者カ乙者ヲ殺害セントシテ毒藥ヲ求メ刀劍ヲ研カシムルカ如キ總テ犯罪決心ヲ實行スルノ準備計畫ナリトス如斯豫備ノ所爲ハ犯罪所爲ノ道行キタレモ實行所爲ト全ク別物ニシテ犯罪ハ尙ホ未來ニ屬スルノ場合ナルニ依リ善意ヲ喚起シ犯意ヲ中斷セシムルノ目的ト社會ニ實害ナキノ理由ヨリ之ヲ罰セサルヲ原則トス何トナレハ若シ豫備ニモ尙ホ刑罰ヲ加フルト爲サハ一度準備ノ手續ニ及ヒタル者ハ寧ロ犯意ヲ實行スルニ如ストノ猛念ヲ惹起ニ至ルヘキノミナラス犯罪トハ社會ヲ害シタル事實ノ名稱

ナレハ未タ社會ニ實害ヲ與ヘサルモノハ刑罰ヲ加フヘキ限リニ非サレハナリ然リト雖モ豫備ノ所爲ハ恐ルヘキ犯意ヲ瞑境ニ止メス進テ現界ニ發表シ且ツ實行ノ方針ニ由テ來ルモノナレハ特種ノ犯罪ニ在テハ社會ヲ畏怖セシムルヲ大ナリ故ニ此畏怖即チ社會ヲ不穩ニ陷レタル害ヲ以テ一罪トナシ刑ヲ科スルコアリ同條ニ本條別ニ刑名ヲ記載スル者ハ刑ヲ科ストハ此ノ原理ヲ意味スルモノナリ而シテ我刑法中豫備ノ所爲ニ刑ヲ科シタル場合ヲ擧レハ第百廿五條第一項内亂ニ關スル犯罪條下ニ兵隊ヲ招募シ又ハ兵器金穀ヲ準備シ其他内亂ノ豫備ヲ爲シタル者ハ云々第百卅三條外患ニ關スル罪中豫備ニ止ル者ハ云々第百八十六條二項貨幣偽造罪ノ條ニ若シ偽造ノ器械ヲ豫備シテ未ダ着手セサル者ハ云々トアル三場合ニ過キス而シテ此等ノ犯行ハ前段説明ノ如ク何レモ獨立ノ一犯罪ト爲シ罪スルモノニシテ本犯ノ未遂

犯ト看做シタルモノニ非サルナリ  
刑法上豫備ノ所爲ヲ罰スルハ右三場合ニ限ルモノニシテ一般ノ豫備ハ刑ヲ科セサルヲ前論斷ノ如シト雖モ予ハ此際特ニ讀者ニ注意ヲ促スコアリ他ナシ豫備ノ所爲ニ刑ヲ科セストハ豫備犯トシ刑ヲ科セストシテ義ニシテ如何ナル行爲モ或犯罪ノ豫備ニ屬スルモノハ刑ヲ科セストシテ義ニ非サルナリ故ニ其豫備行爲カ他ノ法條ニ當ルモノナルハ其條下ニ於テ制裁スルハ勿論ナリトス一例ヲ擧レハ甲者乙者ノ土藏ヲ破ラントシテ丙鐵工ヨリ鐵槓ヲ竊取シタリトセハ甲者ハ土藏破リノ豫備犯トシテ罰セラル、コナキモ竊盜犯トシテ論セラル、ナリ又甲者乙者ヲ殺害セントシ丙者ヨリ藥品取締規則ニ反シ毒藥ヲ買求メタリトセハ甲者ハ殺人豫備犯者ナラサレモ該取締規則ヲ以テ罰セラ

第二實行ノ着手トハ犯罪結果ヲ生セシムヘキ直接ナル働作ヲ云フニアリテ我刑法第百十二條三罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フトアルニ當ルモノナリ如斯法文ヲ一讀スルルハ事理分明ナルカ如シト雖モ實際ノ問題ニ至テハ豫備ノ所爲ト實行所爲トノ分界頗ル困難ナルモノアリ只各事實ニ就キ被告カ爲サントシタル犯罪ト直接ノ關係ヲ有スル働作ナルヤ否ヲ判定スルノ外ナキモノナリトス

例セバ甲者乙者ヲ殺サントシテ刀ヲ買求メ乙者ヲ或宴席ニ招キ酒ヲ侑メ喧嘩ヲ持チ掛ケル等ハ豫備ノ所爲ナルヘキニ甲者已ニ斫リ付ケントシテ刀ノ柄ニ手ヲ掛ケタルハ着手ノ所爲ナルヘシ又甲者乙者ヲ毒殺セントシテ藥品ヲ買求メ食物ニ混和スル所爲ハ豫備ナルヘキモ一旦乙者ノ面前ナル配膳ニ載セントシタルナラハ着手ナルヘシ又甲者乙家ニ放火セントシテ其宅地内ニ忍入ルハ豫備ノ範圍ナルヘキモ

乙家ノ簷下ニ此草等ヲ配置スルカ或ハ石炭油ヲ注グノ手段ニ及ビタルハ着手ナルベシ又甲者乙者ノ家屋内ノ物品ヲ竊取セントシテ宅地内ニ忍入リタル豫備ナルベキモ窓戸ヲ開カントシタル所爲ハ着手ナルベシ

右引例ノ如ク着手ノ所爲ハ所謂犯罪所爲ニシテ被告物体ニ向ヒ恐ルベキ決心ヲ實行シ大ニ社會ノ公安ヲ破リタルモノナレバ着手以後ノ所爲ハ刑法上不問ニ付スルヲ得ザルナリ然リト雖モ着手ノ所爲ハ其結了即チ犯罪完結ニ至ル迄ハ多少ノ手續ヲ要ス從テ多少ノ時間アルヲ以テ毎ニ己遂罪タルヲ得ス時ニ他物ノ妨害スル所トナリ或ハ手續不備ノ爲メ犯意ヲ満足スル能ハサルコトアリ刑法上之ヲ未遂犯ト云フ此場合ハ犯意ノ惡ムヘキ程度ヨリ論スルルハ既遂犯ト異ナルナシト雖モ社會ノ實害ヨリ論スルルハ既遂犯ト大ニ異ナル處アルヲ以テ法



學上既遂犯行ヨリ遙カ輕微ノ制裁ヲ加フヘキノ理由アルモノナリ我  
刑法第百十二條ニ罪ヲ犯サントシテ己ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外  
ノ障礙若シクハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ己ニ遂ケタルモノハ刑  
ニ一等又ハ二等ヲ減ス「トアルハ右ノ原理ヲ意味スルモノトス而シテ未  
遂犯ニ於テ減等スル所以ノモノハ前段説明ノ如ク犯意ノ善惡ニ非ス  
シテ社會ニ實害ナキノ理由ニ基クモノナルカ故ニ司直官タル者ハ一  
等又ハ二等ヲ減スルノ際彼ノ情狀酌量ト混同セザラン「ト要ス何ト  
ナレハ犯意ノ善惡ハ情狀酌量ニ基ク減等ノ理由ナリト雖モ未遂犯減  
等ノ理由ナラサレハナリ今左ニ其適用ヲ例解スヘシ

(一) 甲者其實父乙者カ長病ニ罹リ頗ル藥價ニ窮スル爲メ丙旅客ヲ殺害  
シテ金ヲ得ント欲シ一刀ヲ斬リ付ケタル際偶々丁者ノ爲メ引キ止メ  
ラレタリトセン(二) 甲者遊興ニ散財スヘキ金圓ニ窮シ乙旅客ヲ殺害

セントシテ刀ヲ揮リタルニ丙者ノ爲メニ差押ヘラレタリトスヘシ  
右二個ノ場合ニ於テ第一例ハ情狀ニ於テ第二例ヨリ輕キモ結果ニ於  
テハ第二例ヨリ重シ故ニ未遂犯ノ減等トシテ第二例ニ等ヲ減スルモ  
ノナラハ第一例ハ情狀ノ輕キニモ不拘一等ノ減等ヲ以テ足ルヘキナ  
リ如斯未遂犯ノ減等ハ結果ニ基ク者ナルカ故ニ一等又ハ二等ト爲シ  
犯行ト刑罰トノ權衡ヲ得セシメント期シタリ立法者ノ注意至レリト  
云ハサル可ラス然ルニ世上未遂ノ減等情狀酌量及ヒ各條刑期ノ範圍  
等ヲ以テ裁判官ノ自由ナリト論スルモノアリ慎マサル可ラサルナリ  
未遂犯ニ二種アリ

(一) ハ實行ニ着手スト雖モ意外ノ障礙ニ因リ實行シ了ラサル者  
例セハ甲者乙者ヲ殺害セント佩刀ヲ振上ケタルニ丙者背後ヨリ之ヲ  
抱キ止メタル如キ是也之ヲ稱シ着手未遂犯ト云フ

(二)ハ實行シ終リタルモ意外ノ原因ヨリシテ犯罪結果ノ生セサル者  
例ヘハ甲者乙者ヲ銃殺セントシテ發砲シタルニ方法ノ拙ナルヨリ彈  
丸其角度ヲ外レ乙者ニ當ラサル如キ又甲者乙者ニ毒藥ヲ服サシメタ  
ルニ乙者頗ル健康ニシテ毒藥小量ナルカ爲メ死セザリシカ如キ法文中  
ノ舛錯ナル文字ニ當ルモノニシテ法學上之ヲ飲効犯ト稱スルモノナリ  
茲ニ注意ヲ乞フハ實行シ了リタリトハ結果ノ發生ヲ物理的作用ニ任  
セ犯人カ進テ爲スヘキノ所爲ナキニ立至リタルモノ、故ナリ故ニ引  
鐵ヲ下シタル者ハ彈丸發射セサルモ欠効犯ナルヘキナリ  
右ノ如キ未遂犯ハ犯罪所爲ノ實行カ他ノ妨害ニ因リ遂ケサルモノヲ  
云フニアリテ缺効犯ハ犯罪結果ノ生スベキ所爲ヲ執行シ了リタルモ  
尙ホ結果ノ發生セサルモノ、稱ナレハ讀者ハ各事實ニ付此見解ヲ誤  
ラサラントテ要ス例令ハ甲者乙者ヲ殺殺セントシテ麻繩ヲ以テ絞リ

ツ、アルノ際他ノ妨害スル處トナリタルハ未遂犯ナルモ既ニ絞メ了  
リ之ヲ路傍ニ捨テ去リタルノ後丙者其繩ヲ解キタルカ爲メ死セサル  
ハ缺効犯也又甲者乙者ヲ十本ノ針ヲ以テ殺サントシ二三本或ハ八九  
本ヲ刺込ミタルノ際丙者ニ發見セラレ遂ケサルハ未遂犯ナリト雖  
既ニ爲シ了リタルノ後丙者之ヲ發見シ即座ニ採取リタルカ爲メ乙者  
ノ死ニ至ラサルハ飲効犯ナリトス  
以上二種ノ未遂犯ハ本刑ヨリ一等又ハ二等ヲ減シ處分スベキモノナ  
レトモ重輕違背ノ三罪通シテ未遂犯罪ノ成立スヘキモノニ非ス何トナ  
レハ未遂犯ナルモノハ社會ニ犯人ノ目的タル結果ヲ發生セシメタル  
ニ非サルモ恐ルヘキ決心或ハ不徳不義最モ世人ノ嫌惡スベキ決心ヲ  
表題シテ惡感想ヲ世人ニ與ヘ社會ノ嚴肅正美ヲ攪亂シタルノ點ヲ以  
テ罪トスルモノナルカ故ニ重罪未遂犯ハ總テ罰スヘキモノナルモ犯

意ノ輕微ナル違警罪ノ如キハ全部未遂犯タルヲ得ス從テ或種ノ輕罪  
モ未遂犯罪タルヲ得サルカ故ニ我刑法ハ輕罪犯ニ限り未遂犯タルヘ  
キモノト然ラサルモノトヲ定ムルトセリ(第百十三條)如此違警罪并  
ニ或種ノ輕罪ノ未遂犯ハ刑ヲ科セスト雖モ其未遂ノ事實カ若シ他ノ  
法條ニ觸ル、片ハ其條下ニ於テ刑ヲ科スルハ勿論ナリトス(一)例セハ  
甲者乙者ニ傷ヲ負ハセントノ目的ニテ打撲シタルモ其棒ノ細キカ爲  
メ創傷ニ至ラサル如キハ毆打創傷ノ未遂犯ナラサルモ違警罪ニ問ハ  
ル、ナルヘシ(二)又甲者乙官吏ヲ侮辱セント惡口ヲ吐キタルモ或事柄  
ヨリ未遂ニ止リタルモ其事實タル通常人ニ對スル罵詈訾弄ニ當ルモ  
ノナラハ違警罪タルヘキナリ然ルニ或學者ハ一罪ノ意思ハ他罪ノ意  
思タルヲ得サルカ故ニ未遂犯トシ刑ヲ科セサルノ未遂犯ハ悉ク無罪  
ナリ何トナレハ前例甲者ノ意思ハ毆打創傷ノ意ト官吏侮辱ノ意ナル

ヘキニ之ヲ單純毆打或ハ罵詈訾弄罪トスレハ犯罪ハ意思ヲ要スルノ  
原則ニ背ケハナリト  
右ノ論旨ハ一應尤モナルカ如シト雖モ深ク考究スルハ大ナル誤論  
タルヲ知ルヲ得ヘシ何トナレハ右論者ノ説ク所ハ意思ト趣旨及希望  
ト混同シタルモノナレハナリ余ハ見易キ(一)例ニ就キ其然ル所以ヲ説  
明スヘシ彼ノ甲者カ負傷セシメント乙者ヲ毆打シタルニ負傷ニ至  
ラサリシ場合ヲ仔細ニ考フルニ甲者カ乙者ヲ打ツノ趣旨及其結果ト  
シ得ントノ希望ハ遂ケサリシナラン然レモ甲者カ乙者ヲ打ツノ際其  
棒ヲ振り上ケ之ヲ疾下スルニ於テハ乙者ノ身体ニ果シ觸ル、ノ結果  
ヲ知ラサルノ理ナカルヘシ之レ即チ毆打ノ故意ナリ既ニ此意アル以  
上ハ單純毆打トシ刑ヲ科スルニ何等ノ不都合モ勿ルヘキナリ千百  
ノ例此理ニ外ナラサレハ讀者類推發明スヘシ

尙ホ着手以後ノ出來事トシテ本項ニ説明スヘキコトアリ中止犯之ナリ前ニ説明シタルカ如ク着手ト結果發生ノ間多少ノ時間アルヲ以テ國家ハ害惡ヲ未發ニ防クノ目的ヨリ此分時間ニ於テモ犯人ニ犯行中止ヲ促スノ規定勿ル可ラス之レ我刑法第百十二條ニ罪ヲ犯サントシ己ニ其事ヲ行フト雖トモ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ云々トアリテ犯人ノ意ヲ以テ止ミタルコトニ及ハス即チ正面的ニ意外ノ事柄ヨリテ遂ケサル者ハ罰スヘシト定メ裏面的ニ自身ニ止ミタル者ハ罰セサルノ意ヲ示シタルモノ也又タ刑法新草案第百五條ニ「罪ヲ行フノ際犯人自ラ中止シ又ハ所爲ヲ盡スモ自ラ効果ヲ缺カシメタルキハ止タ現ニ生シタル害ニ從テ之ヲ罰ストハ右ノ理由ニ基クモノナリ之ヲ中止犯ト云フ中止犯ニ二種アリ

(一)ハ罪犯實行中ニ中止シタルモノ

這ハ第一種未遂犯トナリ得ル場合ニ於テ犯人自ラ中止シタルモノハ故ニ第百五條ノ「罪ヲ行フノ際犯人自ラ中止シ」ノ文字ニ當ルモノ也例セハ甲者乙者ヲ銃殺セントシ銃口ヲ向ケ將ニ引鐵ヲ下サントスルノ際偶々考フル所アリテ事ヲ後日ニ行ハンカ爲メ中止シタルカ如キ又甲者乙者ヲ殺殺セントシ絞ツ、アルノ際偶々道義心ノ呵責スル處トナリ眞心悔悟自止シタルカ如キヲ云フモノ也

(二)ハ犯罪所爲ノ結了後ニ其害惡ヲ防止シ其効果ヲ缺カシメタルモノ也

這ハ右草案ニ其所爲ヲ盡スモ自ラ効果ヲ缺カシメタルキハトアルニ當ルモノニ例セハ甲者乙者ヲ毒殺セントシ既ニ毒藥ヲ服用セシメタル後ニ至リ後日自身ニ及フヘキ刑罰ヲ畏レ消毒藥ヲ與ヘ乙者ノ生命ヲ復シタル如キ又甲者乙家ヲ燒カントシ既ニ放火シタルモ隣人丙

者ノ迷惑ヲ思ヒ瀉水鎮火セシメタル如キヲ云フ者也  
右ノ如ク中止犯ハ犯人自ラ犯行ヲ差止ルヲ以テ足ルモノナルカ故ニ  
犯人カ後日事ヲ行ハントノ念慮ヨリ今日中止スルモ眞ニ道義心ニ歸  
リタルモ唯々刑ヲ畏レタルモ他人ノ迷惑ヲ思ヒタルモ其中止ノ原因  
ハ何ニ基タルヤヲ問フモノニ非サル也只此場合ハ其結果ニ就キ刑ヲ  
科スヘキ旨規定シアルヲ以テ結果皆無ノ場合ハ勿論刑アルヘキモノ  
ニ非サレモ若シ多少結果アルノ場合ハ其條下ニ於テ制裁ヲ加フヘキ  
ノミ其ノ一二場合ヲ想像スレハ毒殺犯ノ中止ハ多分健康ヲ害シタル  
罪ナルヘク殺殺中止ハ毆打罪ナルヘク竊盜中止ハ家宅侵入罪タルヘ  
ク其理由ハ未遂犯ノ場合ニ説明シタルト同一ナリトス又第一類ノ中  
止犯ハ消極的動作即チ不行ヲ以テ足ルモ第二類ノ中止犯ハ消極的動  
作即チ將ニ來ラントスル惡結果ヲ防グノ所爲ナカル可ラス故ニ第二

類ノ中止犯タラントスルニハ惡結果ノ發生スヘキ場合タルヲ要スル  
モノトス此理由ヨリノ實ニ奇怪ノ場合ヲ呈シ來ルモノナリ左ニ之ヲ  
論セン

(第一)例セハ甲者乙者ヲ銃殺セントシテ發砲シタルニ彈丸角度ヲ失シ  
乙者ニ當ラサルニ甲者眞心悔悟善心ニ歸リタリトセヨ此場合ハ彈丸  
既ニ空ヲ掠メテ去レリ時間ハ人ヲ待タスシテ往キタリ甲者如何ニ後  
悔スルモ既ニ成立シタル缺効ノ未遂犯ハ消滅セシムルヲ得サルニ依  
リ殺人罪ヨリ一等又ハ二等ヲ減シテ處分セラルヘシ  
(第二)又丙者丁者ヲ銃殺セントシテ發砲シタルニ彈丸丁者ノ腹部ヲ貫キ  
丁者將ニ死セントスルノ際丙者後日ノ刑罰ヲ怖レ醫藥ヲ與ヘ丁者ノ  
生命ヲ回復シタリトセヨ此場合ハ(草案第百五條後段ニ基キ殺人犯ト  
ナサズノ毆打創傷罪ノ例ニ依リ處分セザル可ラス

右二個ノ引例ニ於テ甲者ノ所爲ハ丙者ニ比シテ社會ニ實害少ク其心意ノ如キモ丙者ヨリ善ミスベキ處アルニモ不拘丙者ヨリ重キ刑ヲ科セラル、ニ至ルベク又丙者ハ甲者ヨリ大ナル害ヲ社會ニ與ヘ其心意モ甲者ヨリ惡ムベキモノアルニモ拘ラズ甲者ヨリ輕キ刑ヲ科セラル、ニ至ルベシ此點ヨリ論斷スルルハ百五條ノ規定法理ニ適合セザルカ如シ併シ中止犯ハ害惡ヲ未發ニ防クノ目的ヨリ犯人ノ意思ヲ以テ惡果ヲ減シタルモノハ一旦成立シタル未遂犯ヲモ不得止不問ニ付スト規定シタルモノナレバ甲者ノ如キ自己ノ改心ヲ以テ社會ニ何等ノ益ヲモ爲サ、ルモノニ及バザルモノト論斷スレバ又大ニ理由ノ存スルモノ也立法者ノ意蓋シ茲ニアラント歟

#### 第四款 所爲ノ能力

所爲ノ能力トハ犯罪結果ヲ成サシムル手段ノ力ヲ云フモノナレバ犯罪構成上最モ必要ニ屬スル條件トス何トナレバ若シ所爲ニ能力ナカランカ犯人ノ意思如何ニ猛獐ナルモ之ヲ被害物ニ加フルト能ハザルベク從テ幾度行爲ヲ重ヌルモ到底期スル目的ヲ達シ能ハザル可ケレバ也如此キ者ヲ絶對的不能力ノ所爲ト云ヒ之ニ反シ充分犯罪ヲ爲シ遂グ得ベキ能力ヲ具備セルノ行爲ト稍々能力ヲ備フルノ所爲アルヲ以テ通常之ヲ三個ニ區別セリ勿論所爲ノ力量ニ就キ仔細ニ其程度ヨリ區別スルルハ只ニ三個ノミナラス千百モ管ナラサルモノアラント例令ハ銃殺犯ニ使用スル銃砲ノ如キモ烟管ヲ打チ潰シタル小銃ヨリ堅城鐵壁ヲ破碎スル巨礮迄大小幾多ノ差異アルヘク又毒殺犯ノ毒藥モ其分量或ハ性質等數千ノ段落アルヘシ如此ノ區別ハ吾人思想ノ緻密ナルニ隨ヒ幾階級ニモ別チ得ヘキノミナラス到底區別シ盡シ難ク好

シ區別シ了リタリトスルモ煩勞ニ不堪ノミニテ實際ニ益アル處ナカ  
ルヘシ故ニ刑法上ニ於テハ所爲ノ能力ヲ被害物体ニ對照シ犯人ノ目  
的ヲ達シ得ルモノト能力皆無ノモノト比較的不能力ナルモノトセリ  
左ニ之ヲ論ゼン

第一完全能力ノ所爲トハ犯人ノ手段ニ充分犯罪結果ヲ生セシメ得  
ル力ヲ具備スルヲ云フニアリテ例令ハ毒殺犯ナレハ其毒藥カ人ヲ殺  
スニ足ルノ性質ヲ有スルコト又誣告罪ナレハ無實ノ犯罪ヲ相當官衙ニ  
申告スル如キ都テ犯罪ヲ成立セシムルニ足ルノ手段方法ヲ云フモノ  
也尤モ此能力ノ問題ハ各事實特別ノモノニシテ一般的ノモノニ非サル  
カ故ニ其能力カ當事實ニ充分ナルモノタルヲ以テ足ルモノニシテ若シ  
他ノ場合ニ用ヒシナラハ犯罪ヲ遂ケサリシナラントノコトハ能力ノ完  
全ヲ害スルモノニ非ラザル也例令ハ甲者乙小兒ヲ少量ノ毒藥ヲ以テ

殺害シタルハ毒殺犯ノ完全能力ヲ有スルモノニシテ若シ丁年ニ用ヒシ  
ナラハ死セサリシナラントノコトハ甲者ノ責任ヲ輕減スルニ足ラサル  
モノ也

第二絶對的不能力ノ所爲トハ其使用セラレタル方法些カモ能力ヲ有  
セサル手段ヲ云フ者ニシテ法學上之ヲ手段能力ノ缺乏ニ基ク不能犯ト  
爲シ罪トシ論ゼザル者也例セハ甲者乙者ヲ毒殺セントシ純良ノ水ヲ  
與ヘタル如キ或ハ丙者丁家ヲ燒カントシ氷塊ヲ丁家椽下ニ差置キタ  
ル如キヲ云フモノ也故ニ不能犯ノ所爲ハ當事實ニ比較的特別ナル能  
力問題ニ非ズシテ同種犯罪一般ニ對スル不能力ナリ假令ハ前例甲者  
カ使用シタル水ノ如キハ只ニ乙ナル壯丁者ヲ毒害スル能ハサルノミ  
ナラス丙老衰者丁幼年者ト雖モ到底毒殺スルニ足ラサルヘシ又丙者  
カ使用シタル氷塊ノ如キハ只ニ丁家ヲ燒失セシメ能ハサルノミナラ

ス何レノ家屋ニモ放火スルヲ得サルヘシ然リト雖モ不能犯ノ手段ハ同種ノ犯罪ニ不能力ナルヲ以テ足ルモノニシテ他ノ犯罪ニ對シ能力アルモ妨ケサルモノ也即チ前例丙者ノ氷塊ハ毆打ノ犯行ニハ屈竟ノ利器ト爲シ得ヘケレハ也

本項不能犯ノ外ニ被害物体ノ無能力ニ基ク不能犯アリ其發生ノ場合ハ後章説明スヘシト雖モ余ハ茲ニ此等二個ノ不能犯トナルヘキ場合ニハ未遂犯中止犯豫備犯トナラサルトテ一言シ置クヘシ何トナレハ性質上到底罪ト爲ラサルモノハ未遂犯中止犯トナルヘキ理由ナク又木刀席旗不能ノ準備ヲ爲スモ國事ノ豫備犯トナラサルヘケレハ也  
第三相對的不能力ノ所爲トハ犯人ノ所爲タル能力ナキニ非サレモ其目的物体ト比較上完全ナラサルノ所爲ヲ云フ故ニ相對的不能力ノ所爲ハ當事實ニ特別ナルモノニシテ一般的ノ者ニ非サル也例令ハ甲者乙

者ヲ毒殺セントシテ或分量ノ毒藥ヲ服サシメタルニ乙者壯健ノ度到底其毒藥ニテ死ニ至ラシメ能ハサルモ之ヲ丙者丁者ニ用ヒタルナラハ目的ヲ達シ得ヘカリシモノハ丙丁ノ問題ニテハ完全能力ノ所爲ナルヘキモ甲乙ノ場合ハ相對的不能ノ所爲トナサ、ル可ラス故ニ此所爲ハ絕對的不能ノ如ク危險ナキニ非サレハ刑法上不問ニ付スル能ハサルモノ也

如斯相對的不能力ノ所爲ハ犯人ノ使用シタル手段能力ナキニ非ス只目的物体ニ比較上劣等能力ナルカ爲メ結果ノ發生セサルモノナレハ犯人意外ノ事ナルニ由リ缺効ノ未遂犯トナルヘキモノニシテ決シテ不能犯トスヘキモノナラサルナリ故ニ犯人ノ目的タル結果ノ發生セサルノ點ハ前項絕對的不能力ノ場合ト同一ナルモ本項ハ前項ニ反シ着手未遂犯ヲモ成立セシメ得ヘク豫備犯中止犯トナルヘキナリ



右ノ如ク相對的不能ノ所爲ハ缺効犯ノ原因トナルヘキモノニ不能犯トナラサルノ理由實ニ看易キモノナルニモ不拘世上多クノ學者ハ迷想ヲ解ク能ハサルノ狀アリ而シテ其誤解ノ原因ハ所爲ナルニ字ヲ本項場合ニ適用テ誤リタルニ基クカ如シ左ニ辨明スヘシ  
抑モ所爲トハ前章ニ於テ説明シタルカ如ク犯人ノ意思ヲ外界ニ顯シタルヲ云フ者ナレハ其所爲ハ單ニ肉体ノ運動ノミナルヲアラン即チ人ヲ拳ニテ撲キ殺スカ如キ手ヲ伸テ隣家ノ柿ヲ盜ムカ如キ是也又肉体ノ運動ノミナラス他ノ物件ヲ使用スルヲモアラン即チ人ヲ殺スニ鐵砲ヲ用ユルカ如キ毒藥ヲ使用スルカ如キ他人ノ所有物ヲ竊取セントノ僞鍵ヲ用ユルカ如キ毆打ニ棒ヲ用ユルカ如キ總シテ所爲タルニ外ナラス故ニ所爲ノ能力ヲ論セントスルニハ肉体ノ運動使用物件通シ一塊ト爲シ斷定セサル可ラス之ヲ例解セハ(一)甲者乙者ヲ銃殺セン

トノ發砲シタルニ手術ノ拙劣ナルカ爲メ彈丸乙者ノ耳邊空ヲ飛テ去リタリトセヨ(二)丙者丁者ヲ銃殺セントノ發砲シタルニ丁者ノ位置彈丸到達距離ヨリ些カ遠キカ爲メ的中セザリシトセヨ(三)戊者己者ヲ銃殺セントノ發砲シタルニ火藥少量ナルカ爲メ到達セサルカ如キ(尤モ合ニハ効ヲ奏スル程ノ能力アル場合ナリ)孰レモ相對的不能ノ所爲ナレハ缺効未遂犯ト爲サハル可ラス然ルニ世上ノ論者第一例ヲ以テ手段ニ能力アルモ手術ノ拙劣ニ基クモノナルカ爲メ未遂犯ナリト爲シ第二第三例ハ丙者戊者ノミナラス假令他人カ他ノ場合ニ於テ爲スモ彼ト同一ノ方法ニテハ効ヲ奏スヘカラストノ不能犯ナリト論斷スルモノ、如シ然ラハ余ハ論者ニ借問セン第一例ヲ其儘他ノ場合ニ使用シタルナラハ如何果シ効ヲ奏スルヤ又第二第三例ニ於テ今一層被害者ニ近付カハ如何第三例ニ於テ今少々火藥多カリシナラハ如何果シ効ヲ奏セサルヤ第一

例ニ於テ今少々手術ノ巧ナリシナラハノ言ト第二例ニ在テ今少々近カリシナラハノ語ト第三例ニ於テ今少々火薬多カリシナラハノ語ト法理上何等ノ差異カアル余ハ差異ナシト斷言スルニ躊躇セサルヘシ要スルニ論者ハ所爲手段ナル語ハ肉体ノ運動ト使用物件ヲ包含スルノ語ニシテ其能力問題ハ手術ノ如キ肉体運動ニ係スルモノト火薬少量ナル如キ正宗ナラスノ竹光ナル如キ使用物件トニ通スルモノタルヲ知ラサルニ坐スルモノナリ何トナレハ手術拙ナク彈丸或角度ノ方面ニ向ヒ爲メニ的中セサルト火薬少量ノ爲メ達セサルトハ所爲全体ノ上ニ於テ能力ノ缺キタル點ハ同一ナレハ也

右能力ノ三區別ニ付キ其結果ノ異同ヲ舉グレハ完全能力ノ所爲ハ豫備犯着手未遂犯欽効未遂犯中止犯已遂犯ノ原因タルヲ得ヘキモ手段ノ不能犯トナリ得サルヘシ(目的物ニ關スル不能犯ハ此限りニ非ス)

絶對的不能力所爲ハ手段ノ不能犯ノ原因トナルノミニノ他ニ何犯ヲモ成立セシメ能ハサルヘク相對的不能力ノ所爲ハ豫備犯着手未遂犯缺効犯中止犯ノ原因タルヲ得ヘキモ既遂犯及ヒ手段ノ不能犯トナル能ハサルヘシ而シテ一個ノ所爲ヲ擇テ其能力ノ何ノ部ニ屬スヘキヤハ事實問題ナレハ或場合ニ於テハ醫學學等ノ特別伎倆者ヲシテ鑑定セシムルカ又ハ證人參考人等ヲ證言セシムルカ其他各種ノ證據物ニ因リ判官ノ判定セサル可ラサル點ナリトス

### 第五款 數人ノ所爲

本款數人ノ所爲トハ二人以上ノ直接間接ナル數所爲カ一罪ヲ成就セシメタル場合ニ相互ニ他人ノ所爲ニ付キテ責任ヲ有スルモノヲ云フニアリ故ニ結局他人ノ所爲ト看做スヘキモノニアラスシテ自己ノ所

爲ト同一ニ歸スヘシ刑法學上之ヲ共犯ト云フナリ共犯ヲ大別シテ正犯  
從犯ノ二種トセリ而シテ其分界ノ標準ハ犯罪構成ニ必要缺ク可ラサル  
要素ニ加効シタルヤ否ヤヲ以テスルモノトス故ニ正犯者モ自ラ二種  
ニ區別セラル、ニ至ル何トナレハ犯罪構成ニハ内部動作ト着手以後  
ノ外部動作ヲ要スレハ也我刑法ニ於テハ内部動作ニ加効シタル者ヲ  
教唆ノ正犯ト爲シ外部動作ニ加効シタル者ヲ實行ノ正犯者ト云フカ  
如シ又犯罪成立ニ必要缺ク可ラサル事實ナラサルモ正犯ヲ幫助シ其  
成効ヲ容易ナラシムルモノアリ之ヲ從犯者ト云フ左ニ類別詳説スヘ  
シ

第一實行ノ正犯トハ我刑法第一百四條數人一致ノ一罪ヲ實行シタルモ  
ノナリ故ニ正犯ハ第一ニ數人共同一致シタルノ事實勿ル可ラス若シ  
共同ノ事實ナカランカ之レ他人ノ行爲ハ事狀タルベキモノニシテ決  
共犯タルヘキモノニ非サル也其法理ハ後款ニ説クヘシ然リト雖モ共  
同一致ハ明言ノ約定ヲ要スルモノニ非ラス只以心傳心相互ニ犯罪實  
行ノ頼諾アルヲ以テ足ルモノ也此一致ノ事實ハ他人ノ所爲ニ基キ責  
任ヲ負フヘキノ因原ナリ讀者ハ前章ニ於テ吾人ノ精神ハ眞我ナル  
其司令ニ基クモノハ手足自体ノ動作モ自己ト分離セル棍棒刀劍ノ運  
動モ所爲トノ自己ニ責任アルヲ知ラレタルナルヘシ然ラハ即チ甲乙  
ノ精神相通シ聯合一括以テ司令ノ本部ヲ作りタルナラハ其命令ニ從  
ヒ行ヒタル所爲ハ甲者乙者ノ所爲ト區別スヘキ者ニ非サルヘケレハ  
也  
次ニ數人各自實行ノ所爲ニ加効シタルヲ要ス之レ實行ノ正犯タル  
以所ナレハ也故ニ如何ナル行爲ヲ以テスルモ豫備中ノ加効ハ正犯ト  
ナラサルモノ也然リト雖モ一旦實行ニ加効シタル以上ハ其加効ノ程

度ハ如何ニ僅少ナルモ正犯タルニ妨ケナキ者トス何トナレハ甲者萬貫ノ火藥ヘ乙者一炬ノ火ヲ移シタル如ク有形ノ所爲ハ如何ニ些少ナルモ無形勢力ハ如何ニ鴻大ナルヤモ知ル可ラザルノミナラズ其所爲ハ結果ノ原因タルベキ所爲ナレバ結果全体ニ不可分的ニ瀰漫スル者ナルヘケレバ也故ニ甲乙共謀丙者ヲ毒殺スルニ當リ甲者十杯ノ毒酒ヲ丙者ニ侑メ乙者ハ僅カニ一杯ヲ飲マシメタルモ可ナリ又實行ノ所爲ニ加効スル以上ハ已遂タルベキ所爲其モノヲ行ハザルモ可也即チ甲女ノ兩手兩足ヲ乙丙ニテ扼シ丁者其局部ヲ犯シタル者ハ乙丙丁三人ハ強姦罪ノ正犯ニノ只ニ丁者ノミナラザル也又強盜犯ニ於テ甲者ハ家人ニ暴行脅迫ヲ加ヘ乙者ハ金庫ヲ開テ黃白ヲ攫取シ丙者ハ門外ニアリテ外人ヲ防キ居ル如キハ孰レモ正犯ニノ唯ニ乙者ノミニ非ザル也何トナレバ此等ハ孰レモ實行ノ所爲ナレバ罪ヲ犯スノ所爲ニノ

「罪ヲ犯シタル者」ノ文字中ニ包含スレバナリ

右ノ如ク共同正犯ハ意思ノ一致アリ實行ノ所爲アルガ爲メ各自全部ニ責任アルモノナリ我刑法第四百條ニ皆正犯ト爲シ各自ニ其刑ヲ科ス下ハ此理ニ外ナラズ故ニ此等正犯者ハ各自一人ニテ一罪ヲ犯シタル時ノ如ク刑ヲ科セラルベシ何トナレバ心意一致ノ所爲ハ總テ自己ノ所爲ト同キ法理ノ存スルノミナラズ其犯人ニ刑ヲ分配スルトセバ暗ニ共犯罪ヲ誘導スルガ如キ結果トナレバ立法政畧ヨリ論ズルモ如斯セザル可ラザレバ也又正犯ハ實行ニ加功シタルモノナレバ實行時期ニ加功シタルモノハ總テ正犯タルモノニ非スノ稀ニ從犯タルヘキモノ、現出スルコトアリ一例ヲ舉ケレハ甲者乙者ニ對スル殺人犯實行中丙者實行所爲ニ加ラスノ單ニ器具ヲ供與スル如キ所爲ヲ以テ之ヲ幫助スルヲ得レハナリ故ニ時期ヨリ論スレハ豫備ノ時間ニ加功シタ

ル者ニハ從犯ノミニ正犯ナク實行時間ニ加功シタル者ニハ正犯從犯アリト知ルヘシ  
尙ホ一言スヘキハ犯人ノ多數ニ依リ刑ヲ加重スヘキ場合ニ於テ實行正犯ト教唆犯從犯ノ關係是也元來刑法中犯人ノ多數タル故ヲ以テ刑ヲ加重スルハ犯勢ヲ猛盛ニスルト之ヲ防クノ困難ナルトニ由ルモノ也左レハ教唆者及ヒ豫備中ノ從犯者ノ如キハ犯罪現場ニ居ラサルヘケレハ之ヲ加ヘテ多數人ト爲シ難カルヘキモ實行中ノ從犯者ハ人數ノ中ニ加ヘサル可テサル也第百七條

第二教唆ノ正犯トハ我刑法第百五條ニ規定スル處ニ即チ人ヲ教唆ノ重罪輕罪ヲ犯サシメタルモノヲ云フニアリ故ニ教唆罪成立ニハ四個ノ條件ナカル可ラス第一ハ犯罪ヲ決心セシムル丈ノ事實ヲ以テ教唆スルヲ要ス若シ教唆ニシテ兇賊ニ類スル者ナルカ左ナク凡人ヲ決心セシメ得サルモノハ手段不能力ノ場合ト同ク犯罪ト爲シ能ハサレハ也然リト雖モ實行者ヲ決心セシメタル以上ハ犯意全体ノ創造者ナルト決心勢力ノ加功者ナル等ヲ問フコトナシ  
例ヘハ甲者乙ナル善意者ニ金錢ヲ與ヘ或ハ威嚇ノ丙者ヲ殺害スルノ意ヲ決セシメ之ヲ實行セシメタルモ又丁者戊者ヲ恨ムルコトアリテ殺否未タ決セサル情ヲ知り甲者丁者ヲ教唆ノ殺意ヲ決セシメテ實行セシメタルモ同ク教唆罪ニシテ差異ノアルコトナシ唯其教唆ノ爲メ決心シタルヤ否ノ問題アルノミニナリ故ニ教唆者ヲ以テ一概ニ犯意ノ創造者ナリト云フハ過テリ

第二ハ其教唆シタル犯罪ハ現ニ實行セラレタルカ左ナクモ着手セラレタルコトヲ要ス何トナレハ前ニ説明スル如ク教唆ノ所爲ハ内部動作ノ加功ナレハ單ニ決心セシメタルノミヲ以テ罰スルトセハ彼ノ意思

ノミニテハ刑法ノ責任ナシトノ原則ニ反スレハナリ然リト雖モ集會條例出版條例ノ如キ特別法律ハ教唆ノ所爲ノミニテ以テ一罪ト爲シ刑ヲ科スルコトアリ此場合ニ於テハ被教唆者ハ廣ク一般人民ニ涉ルヲ以テ社會全般ノ氣風ヲ猛惡ニスルノミナラス多數ノ被教唆者中何時實行スルヤモ知ル可ラサル等最モ危險ノ多キ所爲ナルヲ以テ教唆者ニ刑ヲ科シ再ヒスルモノナカランコトヲ期シタルモノナリトス

〔第三〕ハ被教唆者即チ實行者ハ是非善惡ヲ區別スル辨別力アル者タルヲ要ス何トナレハ若シ被教唆者ニ其能力勿ランカ之レ恰モ器具ト一般ナレハ教唆者ハ教唆者ナラスノ實行者トナルヘキナリ

例セハ甲ナル壯年者カ三四歳ナル乙者ニ菓子ヲ與フルコトヲ約シ丙家ニ放火セシメタル如キハ甲者教唆者ナラスノ放火實行者トナルヘケレハナリ右ノ法理ト我刑法ノ教唆犯ハ重罪輕罪ニ限ルノ條文ト對照

推究スレハ壯年者ヲ教唆ノ違警罪ヲ犯サシメタル者ハ無罪ナルヘク幼者瘖啞者ヲ教唆ノ違警罪ヲ犯サシメタル者ハ違警罪犯者ナルヘシ

第四ハ重罪輕罪ヲ教唆シタルコトヲ要ス此條件ノ必要ナルハ我刑法ニ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者トアリテ違警罪ヲ除キタルヲ以テ知ルヲ得ヘシ故ニ違警罪ヲ教唆シタル者ハ無罪タルヘク只幼者瘖啞者等ヲ教唆シタルハ違警罪實行者タルヘキ而已

右ノ如ク我刑法ニ於テハ違警罪教唆者ヲ無罪トナシタレモ之レ法學上當然ノ理ニ非ス故ニ余ハ我立法者ノ意何レニアルカヲ知ルニ苦ムモノ也近時世上ニ説ヲ爲ス者アリ曰ク立法者ノ違警罪教唆者ヲ罰セサルハ其罪質甚タ輕微ナルカ爲メ實行者ヲ罰スルヲ以テ後來ヲ戒メ再發ヲ防クニ足ルト看做タルモノナリト或ハ然ラン乎

以上四條件ヲ具備スルモノハ教唆ノ正犯トシ犯罪實行者ト同一ノ刑

ヲ科セラル、ハ我刑法明文ノ如シ而ノ其然ル所以ノモノモ亦四條件ノ理由ニ外ナラス即チ前項屢々論シタル如ク教唆者ハ犯罪成立ノ必要條件ナル意思ニ加効シタルモノ也讀者ハ犯罪成立ニハ意思ト實行ヲ要シ而ノ實行ノ一部ニ加効シタル者ハ正犯者トスルノ理ヲ會得シタルナルヘシ然ラハ則チ意思ニ加効シタル教唆者ヲモ正犯者ト論スルモ妨ケナキノ理ヲ會得スルハ甚タ難キニ非サルヘシ

第三從犯トハ主タル犯罪構成ノ必要ナル條件ニ加効シタルニ非サルモ之ヲ幫助ノ犯行ヲ容易ナラシメタル者ヲ云フニアリテ我刑法第九條ニ規定スル處タリ蓋シ刑法ノ目的ハ社會ヲ害スル者ヲ豫戒スルニアレハ從犯ノ如キ正犯ヲ幫助スル者ヲ罰スルハ頗ル其理アリト云ハザル可ラズ然リト雖モ從犯ハ主犯其者ヲ實行スルモノニ非サレハ正犯ト同一ノ刑ヲ科スルノ必要勿ルヘシ尙ホ左ニ詳細説明セン

「第一」從犯ハ正犯者ノ意思ヲ知り幫助シタルトヲ要ス

正犯從犯ハ共犯ナリ故ニ互ニ意思ヲ知ルハ通常也トス例令ハ(一)甲者カ丙者ヲ毒殺スルノ意ヲ乙者ニ告ケテ毒藥ヲ讓リ受ルカ如キ是也如此正犯者ト從犯者ハ互ニ犯意ヲ通スルヲ通例トスレモ稀ニ從犯者カ正犯者ノ意ヲ知ルモ正犯者カ從犯者ノ意ヲ知ラサルトアリ例令ハ(二)甲者丙者ヲ殺害スルノ意ヲ決シ其準備ヲ爲シツ、アルモ刀劍ナキニ困リアルルヲ乙者其情ヲ知り何トナク甲者ニ正宗ノ名刀ヲ贈リタル如キ之レ也此場合ニ於テモ乙者ノ從犯者タルトハ第一例ト同一ナリトス反之幫助者カ正犯者ノ意ヲ知ラサル中ハ從犯者トノ論セラル、者ニ非サルナリ

「第二」正犯實行セラレタルトヲ要ス

何トナレハ正犯ニノ實行セラレサルハ豫備ノ所爲タルニ外ナラサ

レハ刑法上之ヲ罰スルノ必要ナキモノナリ然リト雖モ若シ正犯カ實行セラレ犯罪成立スルニ於テハ正犯者ニ科スルノ刑ナキモ從犯者ノ罪ハ成立スルモノ也

〔第三〕從犯ハ重罪輕罪ニ限リ違警罪幫助者ハ從犯者タラサルナリ故ニ刑ヲ科セラル、トナシ其理由ハ教唆罪ノ項ニ説明シタルカ如シ

〔第四〕從犯者ハ自己カ正犯者タルモハ科セラルヘキ刑ヨリ一等減シタル刑ヲ科セラル、ナリ前ニ説明シタル如ク從犯者ハ犯罪成立ノ必要條件ニ加効シタル者ニ非サルカ故ニ正犯者ト同一ノ刑ヲ科スルノ價値ナキヤ明カナルモ犯罪ノ責任ハ特種ナル身分ニ因リ輕重セラル、トアリ故ニ如此場合ニ於テハ其身分ヲ標準トシテ責任ヲ定メサル可ラサルナリ

例令ハ甲者乙者ヲ殺害セントスルニ際シ乙者ノ子丙者甲者ニ刀劍ヲ

給與シタル如キハ甲者ハ通常殺人罪ナルヘキモ從犯者タル丙者ハ殺親罪ヨリ一等ヲ減シタル刑ヲ科セラル、ナリ

右論述シタル所ヲ以テ正犯從犯ノ區別畧ホ盡シタリ依テ之レヨリ共犯者相互ノ關係ニ論及スヘシ

〔第二〕刑法中人員ノ多數ナル故ヲ以テ刑ヲ加重スルノ場合ニ(百四十五條三百六十九條三百七十九條ノ如キ)於テ實行ノ正犯者及ヒ實行ノ時ニ於ケル從犯者ノミヲ算入スヘクテ教唆者及豫備中ノ從犯者ハ算入スル能ハサルヘシ蓋シ刑法中犯人ノ多數ナル故ヲ以テ刑ヲ加重スルハ犯威ヲ猛盛ニシ之ヲ防衛スルノ困難ナルニ基クモノ也左レハ教唆者及ヒ豫備中ノ從犯者ノ如キ現場ニ居ラサル者ハ之ヲ算入シテ加重スヘキノ原因ト爲シ能ハサルハ勿論ナレモ教唆者及從犯者モ多數人ノ故ヲ以テ加重セラレタル刑ヲ科セラル、トナキニ非ス何トナレハ



教唆者從犯者ハ自ラ人員ニ加ルヲ得サルモ自己カ加功シタル本犯カ  
多人數ニテ犯サル、片ハ自然其刑ノ自己ニ及フヘキハ當然ナレハナ  
リ

假令ハ甲者丙丁兩人ヲ教唆シテ竊盜ヲ爲サシメタルニ乙從犯者其情  
ヲ知テ犯罪ノ用ニ供スヘキ器具ヲ給與シタルカ如キ之レナリ此場合  
ニ甲乙兩人ヲ算入ノ四人ノ竊盜犯トスルヲ得サルヘキモ丙丁二人ニ  
テ竊盜シタル故ヲ以テ通常竊盜ノ刑ニ一等ヲ加ヘタル刑ヲ丙丁ハ勿  
論甲乙ニモ科セサル可ラサルナリ

(第二)共犯人ノ身分ニ因リ刑ノ加重減輕スルモノハ他ノ共犯人ニ及ハ  
サルモノナリ故ニ謀殺共犯者中ノ一人カ被害者ノ實子ナル片ハ其者  
一人殺親ノ刑ヲ受クヘク他ノ共犯人ハ通常ノ謀殺犯者ナルヘシ又共  
犯中ノ一人カ再犯者ナルモ他ノ共犯者ハ再犯ノ加重ヲ受ケサルヘシ

又共犯者ノ一人カ幼者瘖啞者ナルカ爲メ減輕セラル、片他ノ共犯者  
ハ減輕セラレサルヘキナリ

(第三)共犯人ノ身分カ犯罪成立ノ條件ニシテ若シ其身分ナキ片ハ犯罪ト  
ナラサル片ハ他ノ共犯人ニ及フ關係如何

抑モ共犯人ノ身分カ犯罪成立ノ條件ヲ爲ス場合トハ官吏收賄罪ノ如  
キ子孫祖父母母ニ奉養ヲ缺タル如キ其身分アルカ爲メ罪トナル場  
合ニシテ若シ官吏タラス子孫タラサレハ罪トナラサル犯罪ヲ謂フニア  
リ因テ如此犯罪共犯人中其一ニハ子孫或ハ官吏ナルモ其一ニハ通常  
人ナル片ハ如何ニ處分スベキヤノ問題ナリトス此場合ニ於テハ一刀  
兩斷ノ答辯ヲ付シ難キモノアリ左ニ詳説セン

(一)實行ノ正犯者中ノ一人カ犯罪成立ノ身分ヲ有シ他ノ正犯者及ヒ教  
唆者從犯者カ通常人ナル片

此場合ハ其身分ノ關係カ一般ニ及フモノニ他ノ正犯者教唆者從犯者モ刑ヲ科セラルベシ  
凡ソ國家カ或種ノ身分ニ於ケル或所爲カ國家ノ害惡ナリト看做シ之ヲ禁スルニ於テハ配下臣民ニ於テ其犯行ヲ共ニシ或ハ之ヲ幫助スルカ如キ所爲アル可ラサルノ義務アルモノニ其義務ニ反スル者アルハハ嚴刑セサル可ラサルハ勿論ナルノミナラス犯罪ハ實行者ニ於テ成就セラル、モノナレハ之レニ加効シタル者ハ其犯罪ヲ爲シ遂ケタル者也左レハ此等共犯人ニ相當ノ刑ヲ科スルハ當然ノ理ナルヘシ故ニ甲者其祖父母父母ニ奉養ヲ欠クニ當リ他人モ力ヲ添テ實行シタル者ハ共ニ正犯者ナルヘク甲者ヲ教唆シタル者ハ教唆者ナルヘク幫助シタル者ハ從犯者ナルヘシ  
(ロ) 教唆者カ犯罪成立ノ身分ヲ有シ實行ノ正犯者從犯者カ通常人ナル

井

此場合モ前項ト同一理由ニ正犯從犯共ニ犯罪成立スルモノナリ故ニ甲ナル子孫カ自己ノ父母乙丙ハ常食ヲ與フヘカラスト丁ナル通常人ヲ教唆シ丁者之ヲ實行シ戊者之ヲ幫助シタリトセハ甲丁戊共ニ奉養ヲ欠キタル犯罪者ナルヘシ又甲官吏乙ナル通常人ヲ教唆シ賄賂ヲ收取シ丙者之ヲ幫助シタルハ共ニ收賄犯者ナルヘシ  
(ハ) 從犯者カ犯罪成立ノ身分ヲ有シ正犯教唆者通常人ナル片  
此場合ハ前二項ト反シ從犯者ノ特種ナル身分カ正犯者教唆者ニ及ホシ能ハスノ正犯者教唆者ノ通常身分カ從犯者ニ及フノ結果トナルヘシ故ニ正犯從犯教唆者共ニ無罪タルヘキナリ  
彼ノ刑法第百十一條二項三正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減免スヘキ時ト雖正犯從犯ノ刑ハ其輕キニ從テ減免スルコトヲ得ストハ正犯從犯共ニ犯

罪成立スルモ正犯ノ身分ニ依リ刑ノミヲ免スルモハ從犯ハ其レカ爲メ免刑トナルモノニアラスト云フニアリテ本段ノ如ク正犯ハ全ク罪ナキノ場合ヲ謂フニ非サルナリ故ニ正犯教唆者全ク罪ナキノナルモ亦無罪タルヘキナリ  
要スルニ正犯者教唆者ハ犯罪ヲ作成スル處ノ者ナレハ若シモ此等ノ人カ犯罪成立セシメ得ル身分アレハ之ト共ニシ或ハ幫助シタル者ハ犯罪者トナルヘキモ從犯者ハ直接ニ罪ヲ爲ス者ニ非サルカ故ニ自己ノ身分ヲ以テ實行者ノ無罪タルヘキ所爲ヲ罪ト變スル能ハサルヘク況ンヤ從犯者カ正犯者ノ情ヲ知ルモ正犯者カ從犯者ノ意思ヲ知ラザル場合アルニ於テチヤ之レ畢竟正犯ナケレハ從犯ナキノ故ナルヘシ  
(第四)犯人ノ意思ニ基ク減等トハ刑法第八十九條ノ酌量減等ヲ云フモノナリ此場合ハ各人各個ノ意思ニ基キ一等或ハ二等ヲ減スルモノナ

レハ共犯人中ノ一人カ如何ニ愍諒スヘキ意思アリトスルモ之ヲ全般ニ及ホシ能ハサルヘシ然リト雖モ或犯罪ニ於テハ共犯人全般同一ノ意思ナルカ爲メ一樣ニ酌量減等セラレ共犯人ノ運命同一ニ基ヒスヘシトノ感アラシムルコトアルヘシ例セハ赤穂ノ四十七士カ異体同心吉良上野介ヲ討チ果シタル如キ是也併シ如此場合ニ一樣ニ減等スルハ共犯人ナルカ故ニ非スノ數人一樣ノ意思ナルカ爲メナレハ意思ニ關スル減等ハ他ノ共犯人ニ及ハサルモノト知ルヘシ  
(第五)手段方法ヲ異ニスルカ爲メ犯罪ヲ輕重スル場合

此項ニ於テ讀者ニ注意ヲ促スコトアリ开ハ項目ニモ示カ如ク手段方法ノ異ナルカ爲メ犯行ニ輕重ヲ生シ從テ刑罰ヲ加減スルノ場合ニノ譬ヘハ持兇器竊盜ト單純竊盜門戶牆壁ノ踰越盜ト強盜謀殺ト故殺單純詐欺ト官文書偽造詐欺ノ如キ場合ヲ謂フニアリテ全ク別種ノ犯罪即

手竊盜ト強姦官吏侮辱ト家宅侵入下駄ニ燒味増ノ如キ場合ヲ云フニ非サル也何トナレハ全ク別種ノ犯罪ハ共犯者ニ何等ノ關係モナキモノナレハ本項ニ論スルノ必要ナケレハナリ  
儲テ本項ヲ論スルニ當リテ勢ヒ二個ニ區別セサル可ラサル者アリ其然ル所以ハ讀者後段ノ説明ヲ以テ知ラレヨ  
(イ) 共犯者互ニ其實行ニ關スル意思ヲ明定シ置キタル場合  
例令ハ教唆者ハ實行者ニ斯々ノ犯罪ヲ斯々ノ方法ニテ犯スヘシト指定シタル如キ或ハ實行者互ニ斯々スベシト申合せ置キタル如キ或ハ從犯者が正犯者ニ足下ハ斯々ノ罪ヲ犯スナラン依テ此器具ヲ給與スベシトテ幫助シタル如キノ場合ナリ  
此場合ニ於テ實行者が其豫定犯罪ヨリ重キ刑ヲ科セラルベキ罪ヲ犯シタル片ハ他ノ共犯者ハ豫定ノ犯罪ニ相當スル刑ヲ科セラルベキヲ以

テ足ルヘシ何トナレバ實行者ノ犯シタル罪ハ方法ヲ異ニセルガ爲メ刑ヲ重クシタルノミニノ其罪質異ナルモノナラザルガ爲メ共犯者ニ責任アルハ論ヲ待ズト雖モ抑モ亦共犯者ガ他人ノ所爲ニ付キ責任ヲ負フハ合意即チ精神ノ一致ニ基クモノナリ左レハ他ノ共犯人ハ合意ノ程度ニ限ラルベキハ當然ノ理ナルヘシ  
(ロ) 共犯者互ニ其方法手段ノ詳細ヲ通議セス只或犯罪ヲ共ニセシトノミチ合意シタル片  
例令ハ甲教唆者が如何ナル器械ヲ以テ如何ナル方法ニ於テ乙某ヲ毆打スベシト指示シタルニ非ズノ單ニ乙某ヲ打ツベシト教唆シタルガ如キ又丙丁實行者が如何ナル方法手段ヲ以テ戊家ヨリ何物ヲ竊取セシト約シタルニ非ズ只ダ單ニ今夜戊家ニ入り盜ヲ爲スベシト約シタル如キ又己從犯者盜ヲ稼クヲ知リナガラ之レニ器具ヲ給與シ如何

ナル盜ソミテ幫助スルノ意ナリト明示セサル如キ都テ前項ニ反スルノ場合ナリ  
此場合ニ於テ豫メ謀リタルト謀ラサルトニ不拘現ニ行ヒタル者ハ其刑ヲ加ヘラルヘキモ現ニ其加重ノ事柄ヲ行ハサル者ニ至テハ單純ノ答辯ヲ以テ決シ難シ例令ハ甲乙丙丁四名戊家ニ竊盜ニ入りタルニ甲乙短劍ヲ懷中シ居リタル如キハ假令ハ兇器携帯ノ申合セアルト無シトニ不拘甲乙兩名ハ持兇器竊盜ノ刑ヲ科セラルハナルヘシ又丙丁兩名門戸墻壁ヲ踰越損壞シタルナラハ其事ノ豫約シタルト否トニ不拘丙丁ハ踰越盜ノ刑ヲ受ケサル可ラサルハ勿論ナリト雖モ若シ本項ノ如ク豫メ一致シタルコトナク且其加重ノ事柄ヲ行ハサル他ノ共犯人ニ付テハ其事情ヲ知りタルヤ否ヲ區別シ若シ知りタリトセハ其責任ヲ負ハサル可ラサルモ知ラステセハ責任ナカルヘシ何トナレハ共犯ハ

明意ノ契約ヲ要スルモノニアラサルヲ以テ其事情ヲ知りナカラ之レト共ニスル者ハ責任アルコト勿論ナレ共犯者ハ又一致以外ニ責任ナキモノナレハ知ラサル事情ノ責ナキハ當然ナレハナリ故ニ自己カ門戸ヲ踰越セサルモ他人カ之ヲ爲スヲ見ツハアリタルカ如キ或ハ自ラ兇器ヲ携帯セサルモ共犯人カ之ヲ帶ヒ行クヲ知り居ルモ如キハ自分モ加刑セラルヘキナリ又被害者ノ家ハ四面墻壁ノ圍ム處ナルカ爲メ之レニ忍ヒ入ラントスレハ門戸ヲ踰越損毀セサル可ラサルコト或ハ實行者ノ一人カ短刀ヲ所持スル者ナルカ故ニ之レニ竊盜セシメタルナラハ必ス持兇器盜ヲ爲スヘキコトヲ教唆者從犯者豫メ知り居ルナラハ亦加刑ヲ免ルハ能ハサルヘシ  
我刑法新草案第九十八條ニ本段ノ場合ヲ規定ノ曰ク他ノ共犯者カ實際其事ヲ知ラサルモ其事情ヲ豫知シ得ヘキモ其加重ヲ免ルハコトヲ

得ス」トアリテ當然知り居ルベキ事柄ハ知りタルモノト同罪ナリト規定セラレタルモノ、如クナレハ這ハ本項特殊ノ者ナラスノ各法一般ノ「ナラン」ノミ即チ人ノ首ヲ斬リ落シタル者ハ死スルヲ知レリトスルト一般ナラン左レハ不必要ノ規定ニ非スヤ若シ又該條文ヲ以テ豫知シ得ヘキ「チ」其者ノ注意セサルカ爲メ知ラサル片ハ知りタル者ト同罪トスヘシトノ意味トスレハ之レ過失ヲ罪スルモノニシテ穩當ヲ缺クモリト云フヘシ

(第六)犯罪結果ノ模様ニ基ク加重減輕ハ一般ニ及フヘシ故ニ其犯行ニシテ未遂犯ナラハ教唆者從犯者共ニ一等又ハ二等ヲ減セラルヘク中止犯ナラハ無罪ナルヘシ皮想ノ見ヲ以テスレハ此場合ハ既ニ教唆及從犯ハ既往ニ屬スルカ故ニ實行正犯ノ未遂中止ナルニモ不拘教唆者從犯者ニハ既遂ノ刑ヲ科スルヲ得ルカ如クナレハ彼教唆及從犯ハ實行

正犯ノ在テ初メテ責任アルモノナレハ若シ此場合ニ教唆者從犯者ニ既遂ノ刑ヲ科スルトスレハ法律ハ意思豫備ノミヲ罰スルノ奇觀ヲ呈スヘケレハナリ

余ハ此際一言讀者ニ告ケタキ「チ」アリ即チ共犯人ノ一人カ犯行中止ノ意ヲ以テ實行者ヲ妨ケ實行ヲ遂ケサラシムルカ若クハ實行ヲ了リタル後其結果ヲ防キタル片ハ未遂犯ナラスノ中止犯ナル「チ」之レナリ例令ハ甲者乙者ヲ斫ラント一刀ヲ揮リ上ケタルニ甲者ノ教唆者ナル丙者眞心悔悟甲者ノ脊後ヨリ其刀ヲ抑ヘタルカ爲メ遂ケサル如キ或ハ既ニ斫リ付ケ將ニ死セントスルノ際丙者其切リ口ヲ縫ヒ合セ回春ノ功ヲ奏シタル如キ是也此際丙者若シ外來人ナリセハ未遂犯ナルヘキモ此場合中止犯トシ論スル所以ノモノハ共犯人タルカ爲ナリ讀者ハ前款中止犯ノ法理ト本款共犯人ノ法理ヲ玩味シ共同一致ハ數人一

人タルノ理ヲ看破スルアラハ其理由ヲ會得スルニ甚ダ難カラサルヘシ

前段結果ニ基クノ減等ハ一般ニ及フト同一ニ當然ノ結果ニ基クノ加重ハ又一般ニ及ボザ、ル可ラス例ヘハ甲者乙者ヲ毆打スヘシト教唆シ丁者乙者ニ棍棒ヲ給與シタルニ乙者丙者ヲ打撲ノ死ニ致シタル如キ是也此場合ハ毆打致死ノ刑ヲ乙者ノミナラス甲丁ニモ及ボザ、ル可ラサルナリ又甲者乙者ヲ教唆ノ丙者ヲ監禁セシメタルニ丁者其情ヲ知テ乙者ニ器具ヲ給與シ遂ニ丙者ヲ監禁ノ其日數廿日以上ニ及ヒタリ而シテ甲者丁者共ニ其初メニ於テ乙者ニ幾日間後ハ釋放スヘシト指示セサリシトセハ甲乙丁三名共ニ廿日間ノ監禁刑ヲ受ケサル可ラサルナリ何トナレハ右二例ハ所爲ニ伴フ當然ノ結果ナレハナリ

### 第六款 事狀ノ分類

前款ニ於テ事狀ナルモノハ所爲ヲ除ク外都テ天地間ノ出來事ヲ意味スルモノナルト並ニ渾テノ犯罪ニハ事狀ノ加ハリアルモノナルトテ論シタリ

然リ所爲ト事狀トカ結合ノ犯罪ヲ構成スルモノナルカ故ニ所爲事狀ハ犯罪ノ原因ニシテ犯罪ハ所爲事狀ノ結果ナリ而シテ此原因自体ニ就キ論スレハ所爲ハ犯罪ノ主因ニシテ事狀ハ所爲ヲ成ラシムル結果トシテ事情ナレハ從緣ト云ハサル可ラス(詳細ハ後)如斯事狀ハ所爲ヲ成ラシムル結果ヲ生セシムル事情即チ緣ナルニ依リ仔細ニ觀察ヲ下セハ種々ニ分割スルヲ得ヘシ依テ左ニ二三ノ分類ヲ示サン

#### (一) 順事狀逆事狀ノ區別

這ハ事狀カ意思ニ隨伴シタルヤ否ヤノ點ヨリ觀察シタル者也  
前段論スル如ク事狀ハ所爲ヲ然ル結果ヲ生セシムル事情ナレハ一  
々所爲ノ勢力ヲ補助スルモノ、ミニ非サルヘシ而シテ其勢力ヲ妨クル  
モノ之ヲ逆事狀ト云ヒ勢力ニ伴フモノ之ヲ順事狀ト云フナリ  
例令ハ淺野内匠殿カ吉良上野介ヲ殺害セントシタル其脊後ヨリ梶  
川與摠兵衛ニ抱キ止メラレタルハ内匠殿ノ所爲ニ對スル逆事狀ナル  
ヘシ又與市兵衛ガ老年ナルガ爲メ歩ミモ撈取ラズ定九郎ニ追ヒ付カ  
レ殺害セラレタルハ定九郎カ殺人所爲ニ對スル順事狀ナルヘキナリ  
(二) 強事狀弱事狀ノ區別  
這ハ事狀ノ勢力ヨリ觀察シタルモノナリ、  
強事狀トハ勢力強キ事狀ニシテ其結果ヲ生スヘキ事  
狀ヲ云ヒ弱事狀トハ勢力弱キ事狀ニシテ其結果ヲ生

セサルモノヲ云フ  
例ハ甲ナル者乙者ヲ毒殺セントシテ毒藥ヲ與ヘタルニ乙者以前ヨリ  
危篤ナル病氣ニ罹リ假令甲者ガ毒藥ヲ與ヘサルニモセヨ死スヘカリ  
シニ偶々甲者投藥シタルカ爲メ毒藥病氣ト和シ死シタルト云フ如キ  
ハ乙者ノ病氣強事狀ナルモノナリ又丙ナル者丁者ヲ毆打シタルニ丁  
者以前ヨリ輕症ナル腦病ニ罹リアリ夫レノミニテハ死スル程ノモノ  
ナラサリシモ丙者毆打ノ所爲カ其頭痛ト和シ爲メニ丁者カ死シタリ  
ト云フ如キハ弱事狀ナルモノトス  
(三) 疎遠ナル事狀近密ナル事狀ノ區別  
這ハ因縁ノ關係疎遠ナルモノト密着シタルモノトノ區別ナリ  
例ハ甲者乙者ヲ途ニ要撃斫殺シタル犯罪ノ如キ甲者ハ乙者ヲ斫リ  
タルハ甲者ノ所爲ナルヘク乙者カ甲者ノ待受ケタル場所ニ來合セタ



ルハ事狀ナリ而シテ二者共ニ乙者死亡事實ニ對スル原因タルヘシト雖  
モ所爲事狀ノ關係疎遠ナルモノナルヘシ又所爲ト事狀ノ關係近密ナ  
ル者トハ例令ハ丙者カ丁者ナル病患者ニ毒藥ヲ與ヘタルニ毒藥病勢  
ト和シ丁者ヲ死ニ致シタル如キ丙者投藥ノ所爲ト病患ノ事狀トハ近  
密ナル關係アリト云ハサル可ラス

(四) 人爲事狀ト自然事狀ノ區別

這ハ其事狀カ人爲ヨリ來ルカ自然力ヨリ來ルカヲ以テ區別シタルモ  
ノナリ

例セハ甲者乙者ヲ殺サントシテ發砲シタルニ偶然他人モ乙者ニ向テ發  
砲シタル如キハ甲者ヨリ見ルルハ事狀ナルヘシト雖モ并ハ人爲ヨリ  
來ルモノナリ反之偶然前面ノ山上ヨリ石ノ落來リタル如キハ自然事  
狀ナラン又人爲事狀ニ自己ヨリ出ルモノト他人ヨリ來ルモノアリ彼

ノ眠伸ニ足ヲ突出シタルカ如キハ自己ヨリ出テタルモノナルヘク前  
例他人ノ發砲ノ如キハ他發ノモノナラン

右ノ區別ハ所謂縱橫區別ナル者ナレハ彼レニ屬スルト同時ニ之レニ  
屬シ之レニ屬スルト同時ニ彼ニ屬スルハ勿論ナリ即チ順事狀ニ弱  
事狀ニ遠疎事狀ナル者アルヘク又逆事狀ニ強事狀ニ近密事狀  
ナルモノアルベキモノナリ

此等ハ讀者諸君ガ各場合ニ於テ判斷セラルベシ併シ玆ニ一言スベキ  
ハ彼ノ疎遠事狀ナルモノモ廣義ニ解スルルハ結果ニ付キ關係ナキニ  
非ザルベキモ責任ヲ左右スルニ足ラザルモノナルニ依リ刑法上深ク  
論究スルノ必要ナキモノト知ルベシ

以上四類別ノ外其觀察スル點ノ異ナルニ依リ種々雜多ニ分割スルヲ  
得ベシト雖モ余ガ本書中ニ論ゼントスル範圍ハ右ノ分類ニテ足ルヲ

以テ以下章ヲ更メ所爲ト事狀ノ双互關係ヲ説明スベキナリ

### 第三章 意思所爲事狀ノ關係

吾人々類ノ生ヲ委子死ヲ托スルノ現界ハ因果ノ理法ニ支配セラル、モノナレバ一事ト雖モ無原因ニ突然トシテ發生スヘキ謂ハレナク一物ト雖モ卒爾ニ消滅スベキモノニ非ズ必ズヤ其然ルベキ原因ノアルアリテ然ルノ結果アルモノナリ然リ而シテ原因其者モ又仔細ニ分拆シ來レバ因ト縁ノ二個トナスヲ得ベキヲ知ルベシ

今吾人が圓滿タル理想ヲ以テ熟々宇宙間ノ事物ヲ觀察スルニ何レモ錯雜混淆シタル數個ノ關係ヨリ形成セラル、モノニシテ單純一原ヨリ成立スルモノナシ之ヲ大ニシテ天體ノ配列其宜キヲ得テ遠ク大空ニ懸ルノ理合ヨリ小ハ塵埃ノ其位地ヲ保ツノ事實ニ至ル迄決メ各自一

個ニ然ルニ非スノ他物ノ關係上然ラサルヲ得サル因縁アリテ然ルノ果報アルモノナリ即チ太陽ノ天ニアルハ地球星球等ノ天體相關ヨリ生スル遠心力ト求心力ノ關係ニ因ルヘク塵埃ノ大地ニアルハ磁竄性引力性等ニ依ルナルヘシ然ルニ一見太陽ノ天ニ懸ルハ自存自立ノ如ク塵埃ノ大地ニ在ルハ單乎トシテ他物ト關係ナキカ如ク見ユルモノハ表面ヲ見テ裏面ヲ徹觀スルノ眼識ナク果報ヲ知テ思フ因縁ニ及ボシ能ハサルニ因ル吾人カ犯罪事實ヲ單ニ所爲ノミナリト誤信スルモ亦此理ニ外ナラサルナリ

犯罪モ亦萬有相關ノ道理ニ漏レサルカ故ニ單ニ所爲ノミヨリ成立スル者ニ非スノ何レノ場合モ所爲事狀ノ關係ヨリ由來セサルハナシ即チ復言スレハ犯罪ハ所爲ヲ因トシ事狀ヲ縁トシ害惡刑罰ヲ果報トスル者ナリ故ニ因縁果報ノ理ヲ明ニシ責任ノ歸スル所ヲ知ラント欲セ

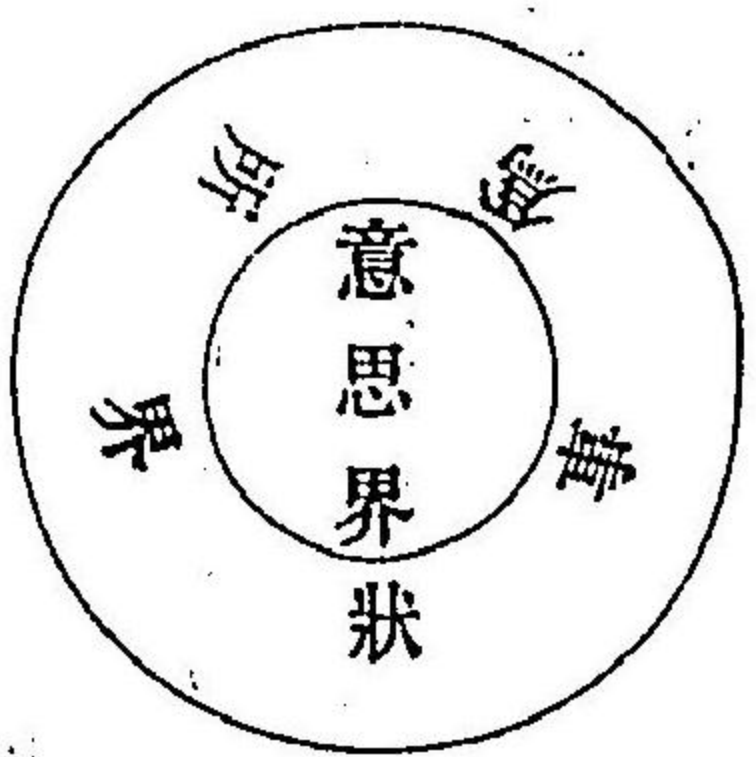
ハ因縁トハ如何ナルヲテ意味スルカヲ知ルハ蓋シ必要ノ事ナルヘシ  
抑モ因縁トハ事物ノ原因ヲ云フモノニシテ其差異スル所ハ主要原因從原  
因ノ區別アルノミ即チ主タル原因ハ因ニシテ從タル原因ハ縁ナリトス  
例ヘハ撞木ヲ以テ梵鐘ヲ打ツルハ必ス其結果トシテ鳴聲ヲ發スルニ至  
ラン然ラハ則チ鐘聲ノ原因ハ撞木梵鐘ノ二個ナリト雖モ梵鐘ハ主タ  
ル原因ナラン故ニ因ナリ撞木ハ從タル原因ナルカ故ニ縁ナリトス何  
トナレバ若シ撞木が主ニシテ梵鐘が從ナレバ鐘聲ト云ハズノ木聲ト云  
ハザルベカラザルナリ今此理ヲ犯罪ニ就キ説明センニ甲者乙者ニ向  
テ發砲シタルニ彈丸乙者ヲ貫キタルガ爲メ乙者死シタリトセンカ甲  
者ノ發砲ハ所爲ナルベキモ乙者ノ其場所ニ居合セタルハ事狀ナルベ  
ク而シテ所爲事狀共ニ乙者死亡ノ原因ナリト雖モ所爲カ主要原因ナル爲  
メ本例ハ殺人己遂ノ犯罪ナリトス故ニ若シ事狀が主要原因ナラバ是只

一種ノ事狀タルニ外ナラザルベシ  
如斯森羅萬象都テ原因アルモノタルノミナラズ渾テノ結果又其原因  
ト同一ナルモノトス假令バ茲ニ一升ノ水ヲ注ガバ地上ヲ濕フス處水  
一升ノ物質範圍ト同一ナラン此故ニ犯罪タルベキ惡結果モ所爲事狀  
ノ關係模様ト符一適合大ナラズ小ナラズ毎ニ恰同一致スルモノトス  
即チ窃取ノ所爲アリ窃取セラル、ニ足ルノ事狀アラハ竊盜罪構成ス  
ベク人ヲ殺スニ足ラザルノ所爲アリテ死セザルノ事狀アラバ殺人罪  
成立セザルベケレバナリ故ニ原因ノ形狀其者ヲ會得セバ結果自ラ明  
瞭ナルヘキヲ以テ余ハ本章ニ於テ意思所爲事狀ノ三關係ヲ説クニ止  
メ結果ニ論及セザルベシ是原因ヲ論了スルルハ結果ヲ論ズルノ餘地  
ナキニ依ル而シテ如此原因結果ハ同形ナルモノナルカ故ニ余ハ本章論  
述中或ハ結果ノ形像ヲ引キ説明スルノ場合アルヘシト雖モ是レ原因

ヲ知ルノ便宜手段ニ外ナラサレハ此事アルヲ以テ結果ニ論及シタル  
 モノト誤認スヘカラス  
 尙ホ本論ニ入ルニ先チ意思所爲事狀ノ三關係ハ如何ナル觀察ニ基キ  
 テ説明スヘキカチ一言セン凡ソ學術上事物ヲ觀察スルニ主觀客觀ノ  
 二法アリ然リ而シテ其主觀ナルモノハ事物ヲ内方ヨリ觀察スル義ニシ  
 客觀トハ之ヲ外方ヨリ觀察スルノ義ナリ今一ノ犯罪ヲ持チ來テ此理  
 法ヲ適用シ其内方トハ何者カト問ハ、無論意思ト答ヘサル可ラス何  
 トナレハ意思ハ無形ニシテ内部ニアリ所爲ハ意思ニ基テ起リ事狀ハ所  
 爲ヲ特殊ノ結果ヲ結ハシムル事情ナレハナリ故ニ主觀的觀察ニ於  
 テハ意思ヲ基本トシテ分界セサル可ラス而シテ意思ニハ人カ社會ヲ害セ  
 ント思惟シタルモノト惡意社會ヲ害セサラント思惟シタルモノト善  
 意二種アリ所爲ハ意思ノ如ク行ハレタルモノ(合意所爲)ト意思ノ如ク

行ハレサルモノ(不合意所爲)ノ二種トナリ事狀ハ意思ニ反抗シタルモノ  
 (逆事狀)ト意思ニ伴隨シタルモノ、(順事狀)二種トナルヘシ之ヲ圖解  
 セハ

第壹圖



第貳圖



第一圖ノ如ク所爲事狀ハ外界ニシテ意思ハ内界ナルヲ知ルヲ得ヘク第  
 二圖ノ如ク意思ヲ基本トシテ區別スルハ相互ノ關係上八個ノ場合ト  
 ナルヲ知ルヘキナリ  
 又客觀トハ所爲ノ能力ト事狀ノ勢力ノ關係所爲ト事狀ノ發生時期ノ

關係等外界ノ關係ヨリ責任ノ歸スル所ヲ論スルノ方法ナリトス依テ  
余ハ先ツ主觀的類別ニ基キ論明シ次ニ客觀的類別ノ説明ニ移ルヘシ

### 第一款 善意ニ基ク合意所爲ト順事狀ノ

#### 關係

本款ニ於テ論セントスル所ハ所爲者カ正當ノ事ヲ行ハントノ其事ヲ  
行ヒタルニ外界ノ事狀モ之ヲ妨ケサリシ場合ナリ然リ而シテ本款ニ屬  
スヘキモノニアリ

#### 第一項 日常行爲

吾人々類ノ日常行爲ハ總テ此部ニ屬スルモノニシテ彼ノ忠孝仁義ノ行  
爲ヨリ平常業務ノ作業取引ニ至ル迄此内ニ包含セラル、モノナルヲ  
以テ素ヨリ刑法上ノ責任ナキトハ論ヲ待タサルノ儀ナレモ余ハ讀者

ニ注意ヲ乞フヘキトアリ本章ノ善意惡意有害無害ハ刑法ノ眼鏡ヲ以  
テ萬界ヲ觀察シタルモノナレハ道德ノ觀察ト自ラ異ナル所以是ナリ  
何トナレハ道德ハ至善人タレト責ムル者ニシテ法律ハ通常人タレト求  
ムルモノナレハナリ故ニ道德上惡意ト看做ストモ法律上善意ト看做  
ストアルナリ又道德ハ社會的人類行爲ノ標準ニシテ法律ハ國家的人類  
行爲ノ標準タルノ差アリ此故ニ道德ハ一人カ他ノ一人ヲ憂苦ニ陥ラ  
シムルトハ都テ害行ト認ムルノ傾向アレモ法律ハ其認メタル權利ノ  
執行ニ屬スルモノハ他人ヲ憂苦ニ陥ラシムルモ害行ト看做サ、ルモ  
ノナリ

例ヘハ甲者貧困ナル乙者ニ家屋ヲ貸與シタルニ乙者契約通り家賃ヲ  
支拂ハストセヨ此場合ニ甲者カ乙者ノ貧者ナルヲ知リ若シ家屋ヲ取  
返シタルナラハ甚々窮迫スヘキトナリナカラ家屋取戻ヲ請求ノ強

テ立退カシメタル如キ或ハ甲者過テ火ヲ失シ乙者ノ木小屋ヲ燒失シタルヲ丙者之ヲ告發シタル如キ道德上ヨリスルハ惡意害行タルヲ免レ難キカ如シト雖モ法律上善意無害行トセラル、モノナリ何トナレハ法律ハ人民ニ債權或ハ告發權等ヲ付與シタルモノナルカ爲メ人民之ヲ行フ者ナレハ若シ之ヲ惡意害行ト看做スニ於テハ法律ハ自ラ許ノ自ラ詰ルノ不道理ヲ爲モノトナルヘケレハナリ要スルニ吾人カ事物上ニ付スル善惡利害ナル名稱ハ觀察點ヨリ映射シ來ル假像ニ固有ノ實體ナラス即チ相對的ニ絶對的ナラサルモノナリ故ニ觀察點ノ異ナルニ從ヒ多少ノ變化ナキヲ保セサルナリ

尙ホ余ハ茲ニ刑法第二條ノ法意ヲ説明スレハ益々前段ノ意味明瞭ナルヘシト信スルヲ以テ彼ノ法條ニ就キ一言スヘシ法條ニ曰ク法律ニ正條ナキモノハ何等ノ所爲ト雖モ罰スルヲ得スト是明カニ法律上

ノ善惡正邪ヲ區別スルノ限界ヲ示シタルモノナリ故ニ彼ノ法律ニ正條ナキモノハ何等ノ所爲ト雖モ罰スルヲ得スト是明カニ法律上ノ作業取引モ前段引例ノ甲者ノ債權執行モ丙ノ告發ノ如キモ合蕃スルモノトセサル可ラス何トナレハ忠孝仁義ノ行モ甲者丙者ノ行爲モ同ク之レ法律ニ明文ナキモノナレハ加刑以外ノモノタルコト同一ナレハナリ例ヘハ甲ナル者其父乙者ノ奉養ヲ缺キタリトシ檢事ヨリ起訴アリタルニ當リ之ヲ取調ヘタル處乙者腸窒扶斯ニ罹リ發熱酷シキカ爲メ腸胃ノ害アランコトヲ恐レ食ヲ與ヘサルモノニシテ其實孝行ナルコトヲ公廷ニ於テ發見シタリトセハ刑法第二條及ヒ刑事訴訟法第二百廿四條ヲ適用シテ無罪トセサルヘカラサルコト勿論ナルヘシ

然ルニ此點ニ對シテ反對議論ヲ唱フル者ナキニアラサレモ此等ノ論者ハ刑法上ノ善惡ハ刑法ヲ標準トシテ區別スルモノタルコトヲ看過シタル

モノナレハ深ク反駁ノ必要ナシト信ズ  
第二項正當防衛ノ所爲トハ吾人々類ガ法律ノ保護外ニアリテ天賦ノ  
威力ヲ用ヒ暴行者ヲ制裁スルノ所爲ヲ云フモノナリ故ニ第一項ニ屬  
スル所爲ト大ニ異ナル所アリ何トナレバ第一項第二項ノ所爲ハ何レ  
モ法律ニ於テ善意無害ノ行爲ト看做ノ點及ビ刑法ノ制裁ナキ點ハ同  
一ナレト第一項ノ所爲ハ其行爲者ガ身ヲ法律ノ監督範圍ニ置キテノ  
行爲ナリ故ニ其行爲モ法律ノ監督内ニアリト云フモノナルモノナリ  
反之正當防衛ノ行爲ハ行爲者ガ法律ノ範圍外ニアリテ行フノ差アリ  
其詳細ハ以下論スル處ニ付テ見ルベシ  
今讀者ガ暫ク其思想ヲ遠ク古代ニ遡ラシメ見ヨ其時代ハ刑法尙ホ幼  
稚無勢力ニシテ吾人ノ身体財産ヲ委ルニ足ラサルニ依リ各人其身体財  
産ヲ保護スル爲メ暴行者ヲ排除シ非行者ヲ制裁セザル可ラザル必要

アルヲ知ルベシ然リ而シテ時勢稍進ムニ從ヒ刑法亦進化發達シ來ルモ  
ノナリ而シテ此進化ヲ助ケルノ原因ハ種々アルベシト雖モ其一分子ト  
シテ人民各個ニ大ナル制裁權ヲ保持セシムルハ不可ナリトスル國家的  
思想ノ含マル、ヲ見ルベシ如斯ク時勢ハ益々進ミ法律進歩スルニ從  
ヒ各人ノ制裁權ハ其侵奪スル所トナルカ爲メ今時ニ至テハ個人的制  
裁ノ行ハル、範圍實ニ少々ノ部分ナリトス此部分ハ是正當防衛ノ行  
ハル、範圍ナリ今他ノ例ヲ採テ説明スレハ正當防衛ハ尙ホ各國ノ占  
領ヲ免レ居ル洋中ノ一孤島ニ異ナラス即チ太古矇昧ノ蠻民ハ水草ヲ  
逐フテ居テ移シ寸地ノ占領タモ企テサリシモ時勢彌々進ムニ從ヒ國  
土ヲ領スルノ必要起ルモノナリ然リ而シテ國權ノ進歩シタル今日ニテ  
ハ普天ノ下卒土ノ濱惣テ王國ニ歸シタルカノ感アラシムルニ至リタ  
ルモ限リアルノ人力ハ到底廣漠タル地球ノ全部ニ及ホシ能ハサル事

情アルカ爲メ渺茫タル洋中何國ノ占領ニモ屬セサルノ島嶼アルハ各人ノ知ル所ナリ然リ而シテ各國之ヲ占領セントスルノ念慮ハ内ニ熾ナリト雖モ國權ノ程度之ヲ占領スルヲ得サルカ爲メ止ムヲ得ズ占領外ニ置クモノナリ是レト同ク法律カ各人ニ天賦ノ制裁權存留スルヲ欲サルカ爲メ之ヲ國家權ニ移サントノ念慮特ニ抱ク者アリト雖モ法律ノ力到底其場合ニ及ホシ能ハサル事情アルニ依ルモノナリ故ニ苟モ法律ノ保護ヲ與ヘ得ル場合ニハ正當防衛權成立スルモノニ非スト知ルヘシ依是觀之ハ他日法律完備ノ曉ニハ刑法中正當防衛ノ正條抹殺セラル、モ亦知ル可ラサルナリ

正當防衛ノ所爲ハ右論スル如キ者ナルヲ以テ之ヲ行フニハ彼攻撃者カ法律ノ保護ヲ受クル能ハサル場合ナラサル可ラス何トナレハ法律カ被攻撃者ヲ保護シ得ル場合ハ之レカ制裁權ヲ認メサル者ナルニ依リ被攻撃者ガ自ラ手ヲ下サ、ルモ之ヲ官ニ報告ノ公力ノ補助ヲ受ケ得ルカ左ナクモ其ノ場ヲ逃レ得ル場合ニハ正當防衛ノ權發生セサル者ナリ反之若シ法律自身カ彼攻撃者ヲ保護シ得サルハ他人暴行者ヲ排撃スルモ亦正當防衛ノ所爲ト看做サ、ル可ラス何トナレハ法律自ラ人民ヲ保護スルヲ得ス、其保護者トナリタル者ヲ罪スヘキノ理由ナケレハナリ(法律ノ力ハ國內ニ充満スルモノニシテ恰モ空氣ノ地由ナケレハナリ)球ヲ破リ恰モ虛室ノ如キ場所ト造出シタルモノ被攻撃者カ其場ヲ逃レテタルナラハ之レト同時ニ法律ノ保護ヲ受ケタルモノナリ又正當防衛ハ制裁ナルヲ以テ不正ノ攻撃即チ暴行ヲ受ケタル場合ニ非サレハ行フヲ得ス何トナレハ善行者ニ制裁ヲ加フヘキ者ニ非サレハナリ故ニ反對者ノ正當防衛ニ對スル正當防衛ナリ反對者ノ已ムヲ得スノ行ヒタル所爲或ハ無意ノ所爲ニ對スル正當防衛權アルヘキ謂ハレナシ又未來ニ來ルヘキ暴行ニ對シ今時ニ於テ正當防衛



權ヲ有スル理由勿ルヘシ何トナレハ未來ニ屬スル者ハ今時ニ於テ之ヲ暴行者ト稱スル能ハサルヘク已ニ暴行者ニ非サレハ之ニ制裁ヲ加ヘ得サルハ勿論ナルヘキナリ然リト雖モ此場合ニハ止ムヲ得サルノ所爲トナルコトアルヘキニ依リ其詳細ハ後章ニ論述スヘキナリ以上論スル所ニ就テ吾人ハ正當防衛ニ理論上左ノ三條件ヲ要スルヲ知ルヘシ

第一自己又ハ他人ノ權利ニ攻撃ヲ受ルコト

第二其攻撃ハ不正ノモノナルコト

第三其攻撃ヲ排除スルニハ私力ヲ用ユルノ必要ナルコト

右三條件ヲ具備スル以上ハ何レノ場合ニ於テモ正當防衛ト認メサル可ラサルハ理論上動ス可ラサルコトナリトス何トナレハ(第一)吾人ノ權利ナル以上ハ生命權ナルト身體權ナルト財產權ナルト親權ナルト夫

權ナルト名譽權ナルトヲ不問第二謂ハレナク他人ニ侵害セラルハニ於テハ(第三)之ヲ排除除去スルハ人類天賦ノ能力ト云ハサル可カラサレハナリ

正當防衛權ニ關スル當然ノ理論ハ前段論述ノ如シト雖モ立法者ハ政界上唯ク理論ニノミ放任セスノ多少ノ制限ヲ付スルコトアルモノナリ故ニ當時ノ法律ニ於テ正當防衛ハ如何ナル範圍ヲ有スルカヲ知ラント欲セハ現行刑法ノ正文ニ求メサル可ラス而シテ我刑法中總則ノ部ニ正當防衛ノ正文ナクシテ第三編身體財產ニ對スル犯罪中ノ身三節殺傷ニ關スル宥恕及ビ不論罪ノ部ニ左ノ規定アルヲ見ル第三百十四條身體生命ヲ正當ニ防衛シ己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

第三百十五條左ノ諸件ニ於テ已ム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 夜間故ナク人ノ住所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

此法文ヲ一讀スルルハ我刑法上正當防衛ノ權ハ自己ノ身體財産或ハ他人ノ身體ニ暴行ヲ受ケタルルルニ成立スル者ニシテ身體財産外ノ權利即チ親權名譽權夫權等ニ暴行ヲ受ケタル場合ニハ正當防衛權ナキカ如クナレモ法ノ眞意ハ左様ノ意味ニ非サルナリ則チ暴行ヲ受ケル者カ不正ノ事ヲ行ヒタルニ非スノ自己ノ身體財産或ハ他人ノ身體ニ暴行ヲ受ケタル場合ニ非サレハ暴行者ヲ殺傷スルヲ得スト規定シタルニ

過キサルモノナリ復言セハ立法者ハ如何ナル權利ニ受ケル暴行ニ對スルモ正當防衛權アルヲ認メタルルモ正當防衛ノ極暴行者ヲ殺傷スルヲ得ルモノハ不正ノ所爲ニ因リ自ラ招キタルニ非スノ身體財産ニ暴行ヲ受ケタル時ニ限ルヘシト規定シタルモノナリ左ニ二三ノ例ヲ舉ケテ説明セン

(イ) 甲者其妻乙者ト市中通行ノ際乙者ノ密夫丙者乙者ヲ引立テ行カントシタルニ乙者甘シテ之ニ從ヒタリトセハ甲者身體ニモ財産ニモ暴行ヲ受ケタルモノニ非スノ夫權ニ暴行ヲ受ケタルモノナリ故ニ此際丙者ヲ排撃スルカ爲メ殺傷ノ極ニ至ルヲ得サルモ丙者ニ相當ノ毆打等ヲ加ヘテ乙者ヲ取戻如キハ正當防衛權ナリトス  
(ロ) 甲者乙者ニ唾ヲ吐キ掛ケタルニ乙者怒テ佩劍ヲ拔キ甲者ニ迫リタリトセハ此場合甲者不正ノ所爲ヲ以テ自ラ暴行ヲ招キタルモノナル

カ故ニ甲者自ラモ又第三者ナル丙者モ乙者ヲ殺傷スルヲ得サルモ危  
險ヲ排除スルカ爲メ相當ノ打撃ヲ乙者ニ加ヘ得ルコトハ正當防衛權ナ  
リ  
(ハ) 甲者乙強盜者ノ爲メニ將ニ白刃ヲ頭ニ加ヘテレントシタリトセハ  
是甲者カ不正ニ非スノ身体生命ニ害ヲ受クルニ至リタルモノナレハ  
甲者自身ハ勿論第三者ナル丙者モ乙者ヲ殺害スルヲ得ヘシ  
(ニ) 甲者自己ノ財産ニ乙者カ暴害ヲ爲スヲ發見スル所ハ之ヲ防止スル  
爲メ乙者ヲ殺害スルモ正當防衛權ナレハ第三者タル丙者カ乙者ヲ殺  
害スルヲ得サルヘシ併シ丙者ト雖正當防衛權ノ打撃等ヲ乙者ニ加ヘテ之  
ヲ排除スルハ正當防衛權ナリトス  
要スルニ我刑法ハ「身体生命財産ニ對スル暴行ニ非ラサレハ正當防衛  
權ナシ」ト規定シタルモノニアラス「自己ノ身体生命財産又ハ他人ノ身

体生命ニ暴行ヲ受ケ且ツ其暴行カ暴行ヲ受クル者カ不正ノ事ヲ爲シ  
タルカ爲ニアラサル時ニ非サレハ暴行者ヲ殺傷ス可ラス」ト制限ヲ設  
ケタルニ過キサルナリ故ニ暴行者ヲ殺害スルニ非サル限りハ自己ノ  
名譽權ナルト夫權ナルト或ハ他人ノ財産權ナルト親權ナルトニ不拘  
是ニ暴行ヲ加フル者アルニ於テハ防止排撃スルノ所爲ハ所謂正當防  
衛權ナリトス是ニ由テ之ヲ觀レハ我刑法上ニ於テモ一般ノ正當防衛  
ニハ前ニ掲ケタル三條件ニテ足ルト雖正當防衛權ノ極暴行人ヲ殺  
傷スルヲ得ルノ場合ハ尙ホ  
第四第一條件ノ攻撃ハ自己ノ身体生命財産或ハ他人ノ身体生命ニ係  
ルモノナルコト  
第五被攻撃者カ不正ノ所行ヲ爲メ暴行ヲ喚起シタルニ非サルコトノ二  
條件ヲ要スルヲ知ルヘシ而シテ此二條件ハ立法者ニ於テ殺傷ハ重大ノ

事件ナルヲ以テ政署上正當防衛權ニ制限ヲ與ヘタルモノナリ然ルニ世上ノ學者該法文ヲ見テ正當防衛權ノ設定ナリト誤解シ正當防衛ハ總則ニ置クヘキモノナルニ此處ニ置キタルハ不可ナリ或ハ正當防衛權ハ殺傷ノミノ權トシタルハ狹隘ナリナト、論スルハ立法ノ手段ニ表裏二様アルヲ知ラサルノ議論ト云ハサル可ラス余ハ信ス我立法者ハ法律ノ及ハサル所ニ正當防衛權アルハ論ヲ俟タサルト見做シ只タ其制限ヲ殺傷ニ關スル不論罪中ニ裏面的ノ法條ヲ設ケタルハ蓋シ老練ノ手腕ナリト

本項ノ終リニ茲ミ尙ホ讀者ニ告グヘキコトアリ他ナシ(一)正當防衛權成立ニハ暴行ヲ實際上免レ能ハサル時ニ限ルカ或ハ模様上免レ能ハスト信スル時ニテモ可ナルカ(二)正當防衛ヨリ生スル私法上ノ權利義務ハ如何是ナリ此第一問題ヲ明ニセンカ爲メ一例ヲ掲グヘシ例令ハ甲

者三面山ニテ蔽レタル俗ニ山懐ロト云フ如キ場所ニ於テ開キタル一方ヨリ乙者ノ爲メ白刃ニテ迫ラレタルニ依リ免レ得サル處ト信シ有合セタル棍棒ニテ乙者ヲ打殺シタリ併シ甲者カ免レ能ハスト信シタルハ其脊後ニアル一小路ヲ見出サ、ルニ依ルモノニシテ實際ニ於テハ其小路ヨリ免レ得ヘカリシト云フ如キ或ハ山賊丙ノ妻丁者夫丙カ屢々良民ヲ害スルヲ歎キ一日丙者ノ不在ヲ窺ヒ丙カ秘藏ノ村正ト銀ヲ塗リタル木刀ト取換ヒ置キタルニ丙者其事實ヲ知ラスノ木刀ヲ帶ヒ途ニ旅人ヲ要メ拔刀以テ之ヲ嚇シタリ旅客戊者其木刀ナルヲ知ラス免レサル所ト信シ丙者ヲ殺害シタリト云フ如キ是ナリ如此キモノハ定九郎ニ粉裝シタル俳優ヲ山賊ト信シ斫リ殺シタルト同ク後歎ニ論スル事實不知ノ場合ニ入ルヘキモノニ正當防衛ノ所爲トナルヘキモノニ非サルナリ何トナレハ正當防衛ハ法律ノ保護ヲ受ケ得ル場

合ニ發生セサルコトハ前段論シタルカ如シ而シテ法律ハ外部ニアリテ人民ヲ保護スルモノナルカ故ニ其人カ知ルト知ラサルトニ關セサルナリ故ニ實際上法律ノ保護ヲ受ケ得サル時ニ非サレハ法律外ニ立チタル人ト云フ可ラス左レハ正當防衛ハ實際上免レ能ハサル時ニ限ルモノニシテ摸樣上免レ能ハスト信シタル如キハ其者カ免ルヘキ事情アルヲ知ラスノ免レ能ハスト信シタルモノナレハ是罪トナルヘキ事實ヲ知ラスノ行ヒタルモノナレハナリ論者或ハ難キヲ責ムルモノナリト難スル者アルヘシト雖モ事實不知ノ所爲トシテ無罪トスルコト誤信ヲ以テ權利ヲ得セシムルノ事實トスルニ足ラサルヲ知ラハ思半ハニ過ルモノアラン尙ホ後欺事實不知ノ場合ト對照發明スル所アルヘシ次ニ正當防衛ヨリ生スル私法上ノ權利義務如何ヲ説カン這ハ前ニモ論シタル如ク正當防衛ハ權利ノ執行ナレハ防衛者カ對手人ヨリ損害

要償等ノ訴ヲ受ケヘキモノニ非サルノミナラス却テ暴行者ニ對シテ損害ヲ求ムルコトヲ得ヘシ例セハ甲者カ乙者ノ爲メ暴行ヲ受ケタル爲メ乙者ヲ打撃シ其暴行ヲ免レタリトセハ甲者ハ乙者ヨリ損害ヲ需メラレサルノミナラス乙者ニ向テ打撃料ヲ求ムルヲ得ヘシ即チ乙者ヲ打撃シタルカ爲メ紫檀ノ杖ヲ折レタリトカ或ハ手カ痛ミタルカ爲メ休業シタリトシ乙者ニ賠償ヲ需ムルカ如キ之ナリ

### 第二款 善意ニ基ク合意所爲ト逆事狀ノ

#### 關係

本款ニ於テ論セントスル所ハ所爲者カ正當ノ事ヲ行ハントシテ其事ヲ行ヒタルニ外界ノ事狀カ突然之ヲ妨ケ惡結果ヲ結ハシメタル場合ナリ

此部ニ屬スルモノハ犯罪成立スヘキモノニ非スノ刑法上無責任ノ行爲ナリトス而シテ其然ル所以ヲ説明スルニ了リテ二三言セサル可ラサルモノアリ

凡原因ナキノ結果アラサルコトハ本章冒頭ニ論シタル如シ故ニ世人カ偶然ノ結果ト名稱スルモノハ唯是意外ノ結果ナルノミ如何ソ突如偶然ノ結果ナルモノアラシヤ

故ニ結果ヲ其種類ノ上ヨリ區別スルハ第一所爲者カ豫メ想定シタル結果即チ甲者カ其破壊スヘキコトヲ知リナカラ乙者ノ洋燈ヲ打チテ破毀シタルカ如キ是レナリ第二意外ノ結果即チ甲者カ乙小兒ニ水練セシメントノ河流ニ入レタルニ死シタル如キ或ハ山中ニ熊ヲ認メテ發砲シタルニ熊ニ非ス熊皮ヲ着ケタル人ナリシト云フ如キ是ナリ何トナレハ此場合ハ甲者ノ意外ナルコトナレハナリ而シテ此意外ノ結果

ヲ更ニ二個ニ區別スルヲ得ヘシ(甲)ハ通常ノ注意ヲ用ユルハ豫知スルヲ得ヘキ結果ナルニ所爲者カ其注意ヲ用ヒサルカ爲メ知ラザリシモノ例セハ赤毛布ヲ着ケ道路通行スル旅人ヲ拂々ナリト信シ銃殺シタルカ如キ是ナリ此種ノ所爲ハ所爲其モノカ既ニ正當ノ注意ヲ缺キタル所爲ナレハ正當ノ所爲ト云フ可ラサレハ所謂過失ノ所爲ニ本歟ニ屬スルモノニアラサルナリ(乙)ハ通常人ノ注意ヲ用ユルモ到底知ル可ラサルノ結果ニシテ詰リ卓群ノ智者ナラサレハ知ルヲ得サルカ若クハ此等ノ智者ト雖モ未タ知ルヲ得サルノ結果之レナリ(此種ノ結果ニ區別スルヲ得ルモ刑法上ニ於テハ區別スルノ必要ナキモノナリ何トナレハ刑法ハ通常人ヲ目的トスルモノナルカ故ニ通常注意以上ノモノヲ其詳細ハ後々歟ニ要ナケレ)例ハ甲者其父乙者ニ美酒ヲ侑メタルニ乙者突然一種ノ病患ニ罹リタルカ爲メ其美酒カ反テ害トナリ乙者ヲ死セシメタリト云フカ如キ是ナリ此種ノ所爲ハ通常人ノ須ク爲

スヘキ所爲ニノ當然ノ行ヒナレハ其所爲ヲ非難スルノ點ナク詰リ正當ノ所爲ナラン故ニ善意ニ基ク合意所爲ニノ其惡果ヲ結ハシメタルモノハ逆ナル事狀アリタルカ爲メノミ此場合ハ是レ本款ノ場合ナリトス

如斯本款ノ場合ハ實ニ行爲者ニ過失ノ責ムヘキナク其心事ハ善良無邪一點ノ非難スル所ナキヲ以テ偶々惡果ノ現出シタリトスルモ人事ノ免レサル所ト觀念セサル可ラサルナリ

### 第三款 善意ニ基ク不合意所爲ト順事狀ノ關係

本款ハ其標目ノ如ク意思ト所爲ト齟齬シタル場合ナルヲ以テ余ハ先ツ意思ト所爲ハ如何ナル理由ニ依テ齟齬スヘキモノナルヤ即チ意思

ト所爲ノ違フヘキ一般ノ原理ヲ説キ次ニ本款ノ本論ニ入ルヘシ抑モ吾人ノ靈魂ニハ元來善惡正邪ヲ識別スル原能力アル者ナレ其判斷ヲ下スノ材料ハ感覺并ニ知覺及ヒ智テ感覺知覺ヲ以テ識得シタル記憶ヲ喚起再現セシメ此等諸種ノ意識事物ノ上ニ判定ヲ下スモノナリ故ニ若シ感覺知覺ニ錯誤アリテ充分ニ眞實ヲ心界ニ報セサルカ記憶缺乏ノ爲メ現想構想等ノ不充分ナルハ其判斷誤謬ニ陥リ實際上害トナルヘキ事柄ヲモ無害ノトト信シ決行スルニ至ルヘシ今例ヲ以テ説明センニ吾人カ物体ノ色ヲ識別スルニハ視感機關タル眼ヲ以テ感覺シ之ヲ知覺トシ心界ニ送レハ心界ニハ又他ノ作用ヲ以テ智テ取得シタル色ヲ再現シ原能力ハ新ニ得タル心意材料ニ比較シテ彼ハ黒シ之レハ白シト判斷スルナリ即チ原能力ハ審判官ニノ感覺知覺再想構想ハ證據ノ如シ故ニ證據ニ誤謬アレハ判斷正シキヲ得ス今材料

ニ誤謬アル一例ヲ舉グレハ讀者モ知ラル、如ク光線ノ反射ニ因テ黒キモノモ白ク見ヘ白キモノモ黒ク見ユルヲアルハ疑ノナキ事實ナリ彼ノ漆黒ナル板面ニ水ヲ注キテ日光ニ照シ斜ニ之ヲ窺ヘハ其色白ク見ユルナラン故ニ正面ヨリ見サル人ハ白板面ト感覺シ靈魂モ亦實物ト相違ノ判斷ヲ與フルニ至ルヘシ是レニ由テ之ヲ觀レハ實際害タルヘキヲテ心意カ善トスルハ害トナルヘキ材料カ意識内ニ有ラサルカ爲ナリ復言セハ害トナルヘキ事物ヲ知得セサルニ出ルモノナリ如斯シテ現出スルモノハ意思ト所爲ト違フモノナリトス

以上ハ意思ト所爲ノ齟齬スル一般ノ理論ナリ以下本款ノ場合ヲ論セ  
ン  
本款ニ於テ論セントスル所ハ所爲者ノ心事ハ無邪ナルモ其行ヒタル所爲ハ正當ノヲナラサリシニ外界ノ事狀ノ爲メ心意ノ如ク無害ノ結

果ヲ生シタル場合ナリ

此種ノ所爲ハ前款意外ノ結果中ノ甲ノ結果ヲ發生スヘキ所爲ニ他ノ事狀カ加ハリ來テ善良ノ結果ヲ結ハシメタルモノナレハ過失犯ノ未遂トモ云フヘキ場合ニモ刑法上ノ責ヲ負フヘキモノニ非サルナリ  
例セハ甲者赤毛布ヲ着ケ道路通行スル旅人ヲ見テ拂々ナリト信ジ(惡爲スノ意ニア)發砲シタルニ(忽ト云フヲ得サル正當所)其旅人カ瞬時ニ避ケタルカ爲メ的中セサリシ(意思ノ結果ヲ得タリ)ト云フ如キ或ハ甲者乙小兒ニ大白糖ヲ與ヘントモルヒ子ヲ與ヘタルモ小兒之ヲ吐キ出シタルカ爲メ死ニ至ラスト云フ如キ是ナリ

此種ノ所爲ハ正當ノ注意ヲ缺キタルニ基クモノニノ危險ノヲナレハ法律ハ刑ヲ以テ注意ヲ促スモ可ナルカ如シト雖モ社會ニ實害ナキト心意ノ憎ムヘキモノナキヲ以テ刑ヲ科セサルナリ



#### 第四款 善意ニ基ク不合意所爲ト逆事狀ノ關係

本款ニ於テ論セントスル所ハ所爲者ノ心意ハ惡事ヲ爲ス積リナラサルモ其行爲ハ輕忽ナルカ或ハ思慮ノ足ラサル爲メ正當ノト認メ難キ行ヒアリタルニ外界ノ事狀モ心意ニ反對ノ事情アル爲メ惡結果ノ發生スルニ至リタル場合ナリ然而本款ニ屬スルモノ四アリ

第一項故意ナキ所爲トハ所爲者カ其結果ヲ豫想セスノ行ヒタル所爲ヲ云フモノナリ即チ所爲者カ所爲ノ結果ニ思ヒ及ハスノ行ヒタルモノナリ例ヘハ小兒カ小鞭ヲ以テ陶器類ヲ打チ叩クガ如シ彼等小兒カ其鞭ヲ以テ打ツノ意アリシヤ明ナリト雖モ其結果トシテ陶器ノ破壊スルニ思ヒ及ハサルヲアルハ一般心理學ノ認ムル所ナリ如此ノ所爲ハ

成人ノ後ニテモ或場合ニ生スルヲアルハ前ニ内部働作ノ説明スルニ當リ引例シタルカ如シ彼ノ車夫カ人馬絡繹往返織ルカ如キ衝衢ヲ疾走スルノ際一小兒ノ遊ヒ居ルニ會ヒ其車輪カ小兒ノ足上ヲ轉環スルヲ知リタルモ未タ足上ヲ挽キ行カハ小兒カ負傷スルナラントノ結果ニ思ヒ及ハスノ挽キ行キタルニ小兒ノ負傷シタルカ如キ之レナリ尤モ此等ノ所爲ノ或モノハ過失犯トナルヲアレモ這ハ別問題ニ屬スルヲナレハ余ハ後段ニ説クヘキナリ右故意ナキノ所爲ハ頗ル單純ナル行爲ニシテ法律上刑罰ヲ加ヘテ戒シムヘキ害念ナキモノナレハ刑法上罪セサルヲ以テ原則トスルモノトシ我刑法第七十七條三罪ヲ犯ス意ナキ所爲ハ其罪ヲ論セストハ此場合ヲ意味スルモノナリ而シテ本項故意ナキノ所爲ニ反スル罪ヲ犯スノ意アルノ所爲即チ故意ノ所爲ナルモノハ所爲ノ結果ヲ知リツ、行ヒタル者ヲ云フナリ之ヲ前例ニシ

テ云ヘハ小兒カ陶器ヲ打ツノ際其破壊スヘキヲ知リナカラ之ヲ打  
チ車夫カ小兒ノ負傷スヘキヲ知リナカラ挽ク如キハ故意タルモノ  
ナリトス然ルニ或論者ハ故意トハ罪トナルヘキ所爲ヲ行フノ意思ナ  
リ例セハ有夫ノ婦タルヲ知テ之レト通スル如キヲ云フ者ナリ之ニ  
反スル罪ヲ犯ス意ナキノ所爲トハ罪タルヘキ所爲ヲ行フニ非サルノ  
意即チ謀故殺タルヘキヲ知ラスノ行フカ如キヲナリトナシ其論結  
トメ罪トナルヘキ事實ヲ知ラサルノ所爲ト罪ヲ犯スノ意ナキノ所爲  
ト同一ナリトシタルハ余ハ誤謬ト信スルナリ何トナレハ罪ヲ犯スノ  
意ナキノ所爲ト罪トナルヘキ事實ヲ知ラサルノ所爲トニ判然タル區  
別アルハ余カ内部動作ノ項ニ於テ論シタル所ノ如クナレハナリ  
第二項法律不知ノ所爲トハ法律ヲ不知シテ法律上罪ト認ムル因果ヲ  
發生セシメタルヲ云フモノナリ而シテ斯ノ如キ所爲ハ今日何國ノ法律

ニ於テモ無罪ノ原因トナスヲ得サルモノトセリ我刑法第七十七條  
末項ニモ「法律規則ヲ知ラサルヲ以テ犯スノ意ナシト爲スヲ得ス」ト  
アルハ此法意ニ外ナラス即チ該法文ノ意味ハ犯人ニ於テ法律ヲ實際  
知ラサルカ故ニ其眞意ハ罪ヲ犯スノ積リニ非サルヘキモ法律ハ罪ヲ  
犯スノ意ナキモノトセスノ罪ヲ犯スノ意アルモノト看做スヘシト云  
フニアリテ結局法律不知ノ所爲ハ有責任ト規定シタルモノナリ「ロー  
ドエレンボロー」氏曰ク若シ法律不知ヲ無責任ノ原由トスルハ到底  
裁判事務ヲ實行スルヲ能ハス其法律不知ノ波及スル所際涯アルヲ知  
ラサルヘシ如此ナレハ法律ハ全ク死文トナリ社會ノ不幸是ヨリ大ナ  
ルハナシト惟フニ國民タル者ハ其法律規則ニ依リ自己ノ身體財產ヲ  
保護セラレ居ルモノナルカ故ニ自分モ其法律規則ヲ知得メ背反セサ  
ランヲ期セサル可ラス若シ人アリ自分ハ自己ノ利益ノ爲メ法律ノ

保護ヲ受クルヲ欲セス依テ余モ亦國法ニ從フノ意ナシ故ニ之ヲ知ルノ必要ナシト拒ムモ國家ハ保安ノ必要上知ルヘキヲ命スルモノナリ故ニ政權ノ下ニアル人民ハ法律ヲ知ラサル可ラサルノ義務アルモノナレハ其不知ハ義務ヲ破リタルモノナリ法律ノ不知已ニ義務ヲ破リタルモノナル以上ハ之ヲ以テ無責任ノ理由トナシ得サルヤ明瞭ナル事實ナリ此點モ亦法律道德ノ異ナル處ナルカ如シ何トナレハ無智文盲德義ノ何タルヲ辨セサル者ハ多少德義ニ反スルコトアルモ道德法上ニテハ酷タ責メサルカ如クナレハナリ今左ニ法律不知ノ一例ヲ示サン

例ヘハ甲者刑法中ニ毆打罪ノ條項アルヲ知ラス乙者ヲ打チ負傷セシメタル如キ或ハ丙者烟艸稅則アルヲ知ラスノ無免許ニテ烟草小賣シタル如キ甲丙ノ心事ニ立入ルルハ法律アラス故ニ惡事ニ非スト思

ヒタルヘキモ其所爲ヤ國家カ惡ト認メタル所爲ナレハ烟草稅則違犯毆打創傷罪トシ刑ヲ科セラル、モノナリ

羅馬法ニ於テハ此際罪質上ヨリ自然罪人定罪ノ區別ヲ設ケタリ即チ自然罪トハ殺人竊盜毆打ノ如キ人定法ヲ待タズノ一般人カ罪惡タルヘキコトヲ知り居ル犯罪ヲ云フ者ニ人定罪トハ烟草稅則酒造稅則ノ如キ天然ノ理ニ於テ罪トナルヘキモノニ非サルモノ人定法ニテ罪ト定メタル者ヲ云フニアリ而シテ人定法犯ノ場合ニハ幼者婦人兵士ノ如キハ實際其法律アルヲ知ラサル反證ヲ許シタルカ如ク記憶セリ此規定ハ實際取締上困難ナルヘシト雖モ余ハ法理ニ適合スルモノト信スルナリ

因ニ一言セン幼者ナルノ故ヲ以テ減等或ハ免刑スル場合ニ人定罪自然罪ノ區別ヲ立テ其丁年期ヲ異ニスルハ至當ナルカ如シ即チ人定罪

ハ廿才ヲ丁年トスレハ自然罪ハ十六歳ヲ丁年トスルカ如キ是ナリ何  
トナレハ自然罪ノ惡行タルコトハ人定罪ノ惡行タルヨリ以前ニ知得ス  
ヘケレハナリ

第三項事實不知ノ所爲トハ所爲者カ自己ノ所爲ヨリ生スヘキ有形結  
果ハ之ヲ知リタルモ法律カ認メテ以テ罪トスヘキ事實アルヲ知ラサ  
ルヲ云フモノナリ例セハ(一)甲者狩獵ノ爲メ或山中ニ入りタルニ谷ヲ  
隔テタル峰ニ於テ兔面虎鬚ノ大男子ト竊窺可憐ノ小女ト爭鬪スルヲ  
發見シ甲者謂ラク彼レ男子ナル者必ス山賊ナラント砲發一聲男子ヲ  
斃シタルニ豈料ン女子ハ山賊ニノ男子ハ旅人ナリト云フ如キ(二)或ハ  
乙者丙者ヲ處女ト思ヒ通シタルニ丙者ハ有夫ノ婦ナリシト云フ如キ  
(三)丁者所有ノ山林戊者所有ノ山林ト相隣スルアリ一日丁者自己ノ山  
林ナリト信メ伐採シタルニ戊者ノ山林ナリシト云フ如キ之レナリ

右第一例ニ於テ甲者ハ男子ノ必スヤ死スヘキコトヲ知リナカラ行ヒタ  
ルモノナルヘク其知ラサルハ旅人ナリシトノ事實ナリ第二例ニ於  
テ乙者ハ陰陽投合ノ結果ハ知リナカラ行ヒタルモノナルヘク只タ知  
ラサルハ丙者ニ夫ノアル事實ノミナルヘシ又第三例ニ於テ丁者ハ所  
爲ノ結果トノ樹木ノ仆ル、コトヲ知リナカラ行ヒタルモノナルヘク  
其知ラサルハ境界線ナラン是ニ依テ之ヲ觀レハ事實不知ノ所爲ハ何  
レモ結果ヲ知リタル場合ニ起ルモノナレハ故意アル所爲中ノ一現象  
ニシテ彼ノ故意ナキノ所爲即チ前例小兒カ陶器ヲ打チタルカ如キ車夫  
カ足上ヲ挽キ行キタル如キト大ナル差アリト知ルヘシ  
本項事實不知ノ所爲ハ刑法上ノ責任ナキヲ以テ原則トス何トナレハ  
事實ノ種類タル千万無量限ナク時々ニ起リ刻々ニ變リ到底人類ノ能  
力ヲ以テ記憶スルヲ得サルモノナルニ依リ法律ハ之ヲ知ルヘキコトヲ