

Z48W30

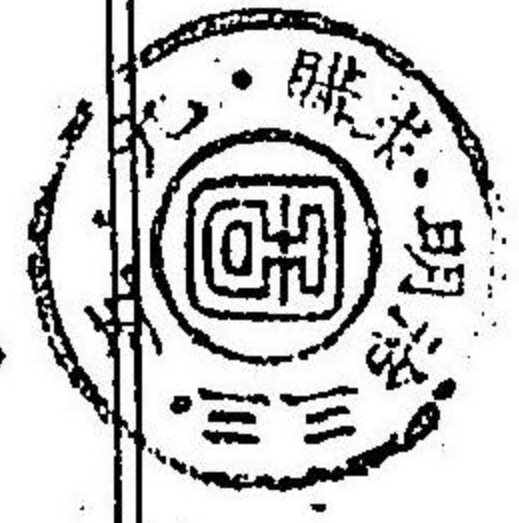
86  
55

法學士勝本勘三郎著

刑法

析義

各論下  
之部卷



東京

明治法律學校  
講法會  
有斐閣書房

刑法析義各論卷之二目次

丁數

第二編 身體財產ニ對スル重罪輕罪……………一

第一章 身體ニ對スル重罪輕罪……………二

第一節 殺人ノ罪……………三

第一款 殺人罪ノ成立要素……………四

第二款 殺人罪ノ體樣若クハ各種ノ殺人罪……………九

第一項 故殺及ヒ謀殺……………九

第二項 毒殺……………一二

第三項 虐殺……………一四

第四項 牽聯故殺……………一七

第五項 誘導殺人……………二六

目次

二

第六項 誤殺……………二八

第二節 傷人ノ罪(毆打創傷ノ罪)……………四八

第一款 成立要素……………五〇

第二款 處分……………五八

第一項 普通處分……………五八

第二項 特別處分……………六六

第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定……………七六

第一款 殺傷ニ關スル宥恕及ヒ不論罪……………七六

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)……………七七

第二項 殺傷ニ關スル不論罪……………一〇一

第一段 正當防衛……………〇二

第二段 正當防衛ニ似テ非ナル行爲ニ關スル規定……………二六

第二款 過失殺傷ノ罪……………二七

第三款 自殺幫助罪……………三九

第四款 決闘罪……………五一

第四節 擅ニ人ヲ逮捕監禁スル罪……………五八

第五節 脅迫ノ罪……………六二

第六節 墮胎ノ罪……………六九

第七節 幼者老疾者ヲ遺棄スル罪……………八九

第八節 幼者ヲ略取誘拐スル罪……………九九

第九節 猥褻姦淫重婚ノ罪……………一〇〇

第一款 猥褻ノ罪……………一一一

目次

第二款	淫行ヲ勸誘シテ媒合スル罪	二一三
第三款	強姦ノ罪	二一七
第四款	姦通ノ罪	二二五
第五款	重婚ノ罪	二四一
第十節	誣告及ヒ誹毀ノ罪	二四三
第一款	誣告ノ罪	二四四
第二款	誹毀ノ罪	二五一
第三款	陰私漏告ノ罪	二六九
第十一節	祖父母父母ニ對スル罪	二七八
第二章	財産ニ對スル重罪輕罪	八四
第一節	財物ヲ横奪スル罪(即チ清廉ノ念ヲ缺クニ基 ク罪)	二

第一款	盜罪	二九四
第一項	竊盜罪	三一七
第一段	普通竊盜	三一八
第二段	加重竊盜	三二六
第二項	強盜罪	三三四
第一段	普通強盜	三三八
第二段	加重強盜	三四二
第三項	恐喝取財ノ罪	三五三
第四項	詐欺取財ノ罪	三六六
第一段	所謂詐欺取財ノ罪(即チ第三百九十條 ノ場合)	三六六
第二段	準詐欺取財罪	三七六

第二款 横領罪	三八一
第一項 冒認罪	三八一
第二項 委托物費消罪	三九六
第一段 所謂委托物費消罪即チ第三百九十五條ノ場合	三九六
第二段 準委托物費消罪	四一六
第三項 遺失物埋藏物ニ關スル罪	四一七
第四項 家資分散ニ關スル罪	四二九
第三款 盜罪ト横領罪トニ共通スル附隨ノ罪即チ贓物ニ關スル罪	四三五
第二節 財物ヲ毀損スル罪(即チ單ニ他人ノ利害ヲ害セントノ意思ニ基ク罪)	四四五

第一款 放火失火ノ罪	四四五
第一項 放火罪	四四五
第二項 失火罪	四五五
第三項 準放火及ヒ失火罪	四五七
第二款 洪水ノ罪	四五九
第三款 船舶ヲ覆没スル罪	四七六
第四款 家屋物品ヲ毀壞シ及ヒ動植物ヲ害スル罪	四七九
第三編 違警罪	四九二

刑法析義各論卷之二目次

目次

刑法析義 各論卷之二

法學士勝本勘三郎著

第二編 身體財產ニ對スル重罪輕罪

法律六第三編ニ於テ佛國法所謂一個人ニ對スル罪ヲ規定シ更ニ之ヲ身體ニ對スルモノト財產ニ對スルモノトニ區別セリ、畢竟犯罪ニ依テ

傷害セラルヘキ目的物ノ方面ヨリ觀察シタル客觀的ノ區別ニシテ伊國Garofalo氏所謂「慈仁感情ノ欠乏ニ基クモノ」及ヒ「廉潔感情ノ欠乏ニ基クモノ」テ主觀的區別ニ對當スルモノトス(但シ必スシモ正確ナル區

第二編 身體財產ニ對スル重罪輕罪

別ニ非ス)

## 第一章 身體ニ對スル重罪輕罪

身體ニ對スル罪ト云フトキハ單ニ肉體ニ對スル有形ノモノ、ミテ指  
スカ如キモ茲ニ所謂身體ニ對スル罪トハ單ニ吾人ノ生命若クハ體軀  
ニ對スル有形ノモノ、ミニ止マラス自由又ハ榮譽等ニ對スル無形ノ  
モノヲモ包含スルモノトス  
法律ハ本章ヲ分チテ謀故殺ノ罪、毆打創傷ノ罪、殺傷ニ關スル宥恕及ヒ  
不論罪、過失殺傷ノ罪、自殺ニ關スル罪、擅ニ人ヲ逮捕監禁スル罪、脅迫ノ  
罪、墮胎ノ罪、幼者又ハ老疾者ヲ遺棄スル罪、幼者ヲ略取誘拐スル罪、猥褻  
姦淫重婚ノ罪、誣告及ヒ誹毀ノ罪、祖父母父母ニ對スル罪ノ十三節トセ  
リ然レトモ余ハ說明ノ便ニ依ルト同時ニ讀者ノ了解ヲ容易ナラシメ

ンカ爲メ(一)殺人ノ罪、(二)傷人ノ罪、(三)殺傷ニ關スル特別ノ規定、(四)猥リニ  
人ヲ逮捕監禁スル罪、(五)脅迫ノ罪、(六)墮胎罪、(七)幼者老疾者ヲ遺棄スル罪、  
(八)幼者ヲ略取誘拐スル罪、(九)猥褻姦淫重婚ノ罪、(一〇)誣告及ヒ誹毀ノ罪、(二)  
祖父母父母ニ對スル罪ノ十一節ニ分チテ說明ス可シ

### 第一節 殺人ノ罪

古昔野蠻矇昧ノ時代ニ在テハ人命ノ授受ハ單純ナル生存競争上ノ出  
來事トシテ之カ制裁又ハ賠償ハ偏ニ利害關係者ノ自由ニ一任シ法律  
ハ敢テ之ニ干渉スルコトナカリシカ人智漸ク進ミ結社的觀念稍ヤ發  
達スルニ迫ンテヤ殺人ノ行爲ハ單ニ個人ヲ害スルノミナラス亦併セ  
テ常ニ共同團體ヲ害スルモノナリトノ觀念ヲ生シ遂ニ之ヲ罪トシ罰  
スルニ至レリ

其刑罰ニ付テ——遠ク埃及希臘ノ時代ヨリシテ羅馬ノ末葉ニ至ルマテ殺人ノ行爲ハ犯罪ノ最モ重キモノト思惟セシカ故ニ其刑罰極メテ峻嚴ナリシカ北狄ノ羅馬ニ侵入スルニ追フテ再ヒ古代矇昧ノ觀念ヲ呼ヒ起シ刑罰變シテ被害者ニ對スル賠償ト化シ十二世紀ノ頃マテ此風習ヲ存セリ然ルニ此時代ヨリシテ復タ更ニ希臘羅馬ノ有様ニ復歸シ賠償ノ制度ヲ廢シ代フルニ嚴刑ヲ以テセリ千七百九十一年佛國刑法ノ制定セラレ、ニ及ヒ一般ノ刑罰ト共ニ殺人行爲ニ對スル刑罰稍ヤ寛和ニ赴キ故殺ノ如キハ必スシモ死刑ヲ以テ之ヲ待タサルニ至レリ近世歐米各國ノ刑法特ニ我刑法カ死刑ヲ以テ故殺ヲ罰セサルハ範ヲ此ニ採リタルモノニシテ大寶令以來嘗テ見サル所ノ刑罰例トス

**第一款 殺人罪ノ成立要素**

殺人トハ他人ノ生命ヲ不正ニ破壊スルコトヲ云フ故ニ本罪即チ殺人

ノ所爲ヲ構成スル爲メニハ下ノ三要素ヲ必要トス(他人ノ生命ニ關シ且ツ不正ナルコトハ説明ヲ要セサルカ故ニ之ヲ云ハス)(一)破壊セラレタル人ノ生命カ豫メ存在シタルコト(二)他人ノ死ヲ惹起ス可キ行爲即チ殺人ノ所爲アルコト(三)他人ノ死ヲ惹起スヘキ行爲ヲ爲スノ意思即チ殺人ノ意思アルコト是ナリ

第一ノ要素 破壊セラレタル人ノ生命カ豫メ存在シタルコトヲ要ス』是レ本罪ノ目的ニ關スル要件ニシテ之ヲ欠クトキハ罪ヲ構成セス故ニ胎兒ノ如キ始メヨリ法律上人ト云フコトヲ得サルモノ及ヒ人ノ遺骸ニ對スル行爲ハ他罪ヲ構成スルコトアルモ本罪ヲ構成スルコトナシ然レトモ近世ノ刑法殊ニ我刑法ニ於テハ物ト同視スヘキ奴隸ナルモノアルコトヲ認メサルカ故ニ苟モ生命アル人ニ對スルモノハ皆本罪ヲ構成シ被害者ノ自然上又ハ社會上ノ位地如何ハ



犯罪ノ構成ニ何等ノ影響ヲモ及ホスコトナシ  
 然ラハ如何ナルモノヲ指シテ人ト云フヘキヤ之ニ付キ古ノ學者ハ  
 其當時ニ行ハレタル一般ノ妄想ニ迷ハサレ人ニ類シテ非ナル怪物  
 アルコトヲ認メ之ニ對スル殺害行為ハ犯罪ヲ構成スヘキヤ否ヤノ  
 問題ヲ論究シタルコトアルモ近世科學ノ發達ハ此ノ如キ怪物アル  
 コトヲ認メス苟モ吾人々類異性間ノ結合ニヨリテ生出シタル者ハ  
 皆之ヲ人類トス

第二ノ要素 他人ノ死ヲ惹起ス可キ行為(殺人ノ所爲)アルコトヲ要ス  
 『此行為アルコトヲ要スルカ故ニ如何ニ殺意アルモノト雖モ殺害ノ  
 結果ヲ生セシムルニ足ラサル行為ハ以テ本罪ヲ構成スルニ足ラス  
 然レトモ學理上此結果ヲ生シ得ヘキモノタルコトヲ證明セラルハ  
 ニ於テハ其行為ノ直接ナルト間接ナルト積極ナルト消極ナルトハ

毫モ犯罪ノ構成ヲ左右セス(但シ間接ナルモノ及ヒ消極ナルモノハ  
 往々正確ナル證明ヲ得ルコト能ハサルノ結果多數ノ場合ニ於テハ  
 無罪タルニ至ルヲ常トス)

第三ノ要素 他人ノ死ヲ惹起ス可キ行為ヲ爲ス意思即チ殺人ノ意思  
 アルコトヲ要ス  
 本罪ヲ構成スルニハ單ニ人ノ身體ニ危害ヲ生ス可キ行為ヲ爲スノ  
 意思ノミヲ以テ満足セス必スヤ之ニ由テ人ノ生命ヲ害セントノ意  
 思アルコトヲ要ス是レ毆打創傷ノ罪ト異ナル所ノ要點タリ細心留  
 意スルコトヲ要ス

以上余ハ殺人罪ノ構成ニ必要ナル一般ノ要素ヲ説明セリ乃チ此外更  
 ニ説明ス可キモノナキモ世人往々疑義ヲ懷ク者アルカ故ニ余ハ更ニ  
 意思ト云フコト、目的ト云フコトニ付テ一言ヲ附加セン

一 目的 法律カ本罪構成ノ一要素トシテ要求スル所ノ目的物ハ生命アル人タルコトヲ要スルノミニシテ其何人タルヤヲ要セサルカ故ニ苟モ犯人ノ行爲ニ依テ生命ヲ破壊セラレタル者カ人タルニ於テハ縱令犯人ノ殺サント欲シタル所ノ人ニ非サルモ犯罪ノ構成ヲ妨クルコトナシ蓋シ犯人ヨリ觀察スレハ其目的トシタル人ノ上ニ錯誤アリト雖モ法律ヨリ觀察スルトキハ犯人ハ人ヲ殺サントシテ人ヲ殺シタルモノニシテ法律カ本罪構成ノ一要素トシテ要求シタル目的物ノ上ニ於テハ毫モ錯誤ナクレハナリ

二 意思 目的ニ關スル場合ト同シク法律カ本罪構成ノ一要素トシテ要求スル所ノ意思ハ殺人ノ意思ニシテ其何人ヲ殺スノ意思タルヤヲ要セサルカ故ニ苟モ此意思ヲ以テ殺人行爲ヲ行フニ於テハ縱令犯人ノ殺サント欲スル所ノ人ニ對シテ行ハレサルモ尙ホ犯罪ノ

構成ヲ妨クルコトナシ

人或ハ豫メ謀テ甲ヲ殺サントスル者誤テ乙ヲ殺シタル場合ニ於テハ乙ニ對シテハ豫謀ノ事實ナキカ故ニ故殺罪ヲ構成スルニ過キスト云フ者アリト雖モ是レ故意及ヒ豫謀ハ主觀的決意ノ狀況ニシテ目的物ニ關セサルモノタルコトヲ知ラサルニ職由スル誤謬タリ

**第二款 殺人罪ノ體様(若クハ各種ノ殺人罪)**

法律ハ犯人ノ意思、目的及手段ノ如何ニ因リ殺人罪ヲ數個ニ種別セリ

**第一項 故殺及ヒ謀殺**

故殺トハ故意即チ一時ノ感激ニ因リ決定セラレタル意思ニ依テ行ハレタル殺人行爲ヲ云ヒ、謀殺トハ豫謀即チ熟慮精思ノ結果決定セラレタル意思ニ依テ行ハレタル殺人行爲ヲ云フ

人或ハ豫メ謀ルノ當時目的物ナキカ(嬰兒分娩セハ殺害セント謀ルカ

如キ若クハ熟慮精思シタル決意ヲ遂行シタルモ其實行カ臨時ハ手段ニ依テ行ハレタルトキハ謀殺ニ非スシテ故殺ナリト云フ者アリト雖モ是レ先ニモ説明シタルカ如ク故意又ハ豫謀ノ區別ハ主觀的犯人カ犯罪ノ決意ヲ内ニ成形シタル狀況ノ咄嗟ナルト否トニ存シ之ヲ實行スルカ爲メニ要スル所ノ目的物又ハ手段等客觀的ノ事情如何ニ關セサルモノタルコトヲ識ラサルニ基因スル謬見ニシテ取ルニ足ラサルナリ蓋シ若シ夫レ論者ノ説ヲ以テ正當ナリトセハ夫ノ理學者カ幾多ノ星霜ヲ積ンテ案出シタル發明品モ考案ヲ廻ラシツ、アリシ間ハ尙ホ未タ目的物ノ存在ナカリシカ故ニ咄嗟ノ際ニ發明セラレタルモノトシ不俱戴天ノ仇ヲ仆シ多年ノ宿望ヲ遂ケタル者モ尙ホ之ヲ以テ一時ノ感激ニ出テタルモノトセサルヲ得サルニ至ルヘクレハナリ！然ラハ彼レ若シ余カ請求ヲ容レズンハ殺害セントノ決意即チ條件付

殺害ノ意思ヲ以テ爲シタル殺人ハ故殺ナリヤ將タ謀殺ナリヤ？余ハ是レ單ニ犯罪ノ實行ヲ條件ニ係ラシメタルニ過キサルモノニシテ犯罪ノ意思ハ犯罪ノ實行ヲ條件ニ係ラシメントノ狀態ニ於テ豫メ決意セラレタルモノナルカ故ニ謀殺ナリト確信ス  
故殺ト謀殺トノ間刑罰ヲ異ニスル所以ハ一時ノ感激ニ出テタルモノト熟慮精思ノ餘ニ出テタルモノトハ主觀的情狀ニ輕重アルト熟慮精思シテ行ハレタル行爲ハ一時ノ感激ニ因テ行ハレタル行爲ヨリモ其結果ヲ見ルコト確實ナルトニ因ルモノトス然レトモ是レ舊刑法制度ノ觀念ニシテ近世伊太利等ニ於テ唱道セラレ、學說ニ於テハ刑罰ハ寧ロ犯罪行爲ノ行ハレタル遠因ニ遡リテ輕重セラレキモノニシテ其故意ニ出テタルト豫謀ニ出テタルトハ刑罰ヲ輕重スルノ理由トス可キモノニ非ストセリ

① 熟慮精思  
② 一時ノ感激  
③ 豫メ決意  
④ 主觀的情狀  
⑤ 遠因ニ遡リテ輕重セラレキモノニシテ

## 第二項 毒殺

是レ第二百九十三條ニ規定スル所ニシテ殺人ニ關スル一般ノ要素ハ已ニ之ヲ説明シタルカ故ニ本罪ニ特種ノ點即チ毒物ノ施用ヲ以テ殺人ノ手段トシタル點ニ付テノミ説明ス可シ

一 毒物 毒物トハ人体ニ吸收セラレ血液ニ混和シ「種ノ化學的作  
用ヲ起シ以テ遂ニ其生命ヲ亡失セシムル」キ特種ノ能力ヲ有スル物  
質ヲ云フ故ニ硫酸、硝酸等ヲ灌キカケ又ハ鐵片、硝子粉ヲ服用セシム  
ルカ如キ機械的損傷ヲ生セシメ若クハ多量ニ酒ヲ飲マシメ因テ人  
命ヲ斷ツカ如キハ普通ノ殺人ニシテ毒殺ニ非ス

二 施用 單ニ施用トアリテ之ヲ解釋セサルニ因テ之ヲ觀レハ毒物  
當然ノ使用ヲ意味スルモノ換言スレハ毒物トシテ效果ヲ奏セシム  
ヘキ方法ニ置クノ義ニシテ服用、注射、灌腸スルカ如キヲ云フモノト

ス

毒物ノ施用ニ關スル歴史ハ大凡ソ之ヲ三期ニ分ツコトヲ得第一期ハ  
動物毒施用ノ時代、第二期ハ植物毒施用ノ時代、第三期ハ礦物毒施用ノ  
時代是ナリ、時代ニヨリ施用セラル、毒物ノ種類ヲ異ニスルハ畢竟人  
文ノ進歩ニ伴ヒタルモノニシテ古代蒙昧ノ時代ニ於テハ人皆畝收ヲ  
業トセシカ故ニ實驗上專ラ動物ノ毒ヲ知覺シ、人文漸ク進ミ農耕ノ業  
ヲ知ルニ及ヒテハ植物ノ毒ヲ實驗シ、近世科學ノ進歩スルニ及ンテハ  
遂ニ礦物ノ毒ヲ發見スルニ至リシニ因ル

中毒ノ發見ニ關シ——古ハ中毒ヲ發見スルコト極メテ困難否、不能ナ  
リシカ故ニ之ヲ以テ重刑ヲ科スルノ一理由トセシカ後醫學ノ進歩ス  
ルニ及ヒ容易ニ中毒ヲ發見スルノ方法ヲ案出スルニ至リ或學者ノ如  
キハ此ノ如キ發見シ易キ幼稚ナル方法ヲ以テ殺人罪ヲ犯ス者ハ寧ロ

完全ナル能力ヲ有セサル者ナルカ故ニ毫モ重刑ヲ科スルノ要ナシト  
論スルニ至リシカ近世更ニ醫學ノ大ニ進ミ屍体ノ中ニハ毒殺ノ爲メ  
ニ用井ラル、植物毒ト毫モ相異ラサル一種ノ植物毒アルカ故ニモル  
ヒネ等植物ノ毒ヲ越幾斯トシタルモノヲ使用シタル毒殺ハ到底之ヲ  
發見スルコト能ハサルコトヲ知ルニ至リシヨリ學說更ニ一變シ再ヒ  
古代ノ如ク重刑ヲ科ス可キモノナリトスルニ至レリ

處分ニ關シ——法律ハ死刑ニ處スルコト、セリ、特ニ重刑ヲ科スル所  
以ハ古來ノ慣習ヲ襲踏シタルモノニシテ其理由ハ右ニ述ヘタルモノ  
、外毒殺ハ陰險ノ行爲ニシテ主觀的情狀ノ惡ム可キモノアルト、犯ス  
ニ易ク防クニ難ク適々之ヲ發見スルモ醫治ス可カラサルコト甚タ多  
キトニ因ルナリ

### 第三項 虐殺

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

是レ佛國刑法第三百二條ノ規定ヲ模シタルモノナリト雖モ此種ノ規  
定ハ獨リ佛國ノミナラス支那法及ヒ唐律ヲ模倣シタル我古法ニモ亦  
之レ有ル所ノモノトス

本罪ノ構成ニ特別ナル要素ハ(一)慘刻ナル所爲ヲ以テ殺人ノ手段トナ  
シタルコト(二)人ヲ故殺シタルコトノ二トス

第一ノ要素 慘刻ナル所爲ヲ以テ殺人ノ手段トシタルコトヲ要ス  
慘刻ナル所爲トハ如何ナルコトヲ云フヤ? 法律カ、支解折割、即チ身  
躰ヲ裂キ四肢ヲ折ル等ノ行爲ヲ以テ其一例トスルニ依テ之ヲ觀レ  
ハ凡テ人情忍ブ可カラサル殘忍ノ行爲ヲ云フモノニシテ其ノ判定  
ハ偏ニ裁判官ニ存スルモノトス、茲ニ於テヤ白耳義ノHans氏ハ痛ク

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪第一章 身体ニ對スル重罪輕罪第一節 殺人罪 一五

其規定ノ漠然タルヲ非難セリト雖モ是レ何事ヲモ正確ニ規定セシ  
ト欲スル舊學派ノ觀念ニ基キタル非難ニシテ、法律ハ凡テノ事項ヲ  
正確且ツ綿密ニ規定シ得ヘキモノニ非サルカ故ニ須ラク抽象的ノ  
文字ヲ以テ諸般ノ事項ヲ包括的ニ規定シ其運用ハ偏ニ裁判官ノ學  
識ニ委ス可キモノナリトノ新思想ヨリ觀察セル本規定ハ寧ロ至良  
ノ規定ト云ハサルヲ得ス(人往々慘刻ノ所爲ナルヤ否ヤハ事實裁判  
官ノ判定ニ在リト云フ者アリト雖モ余ハ從來屢々説明シタル如ク  
法律裁判官ノ判定ニ屬スルモノニシテ破毀ノ理由トナルヘキモノ  
ト確信ス)慘刻ノ所爲ハ之ヲ以テ殺人ハ手段トシタルコトヲ要スル  
カ故ニ殺人行爲ヲ行ヒ了リタル後ニ於ケルモノハ如何ニ慘刻ナル  
モノト雖モ本罪ヲ構成スルコトナシ

第二ノ要素 故殺シタルコトヲ要ス

故殺シタルコトヲ要スルカ故ニ謀殺ニ出テタルトキハ第二百九十  
二條ノ範圍ニ屬シ本罪ヲ構成セザルモノトス  
處分ニ付キ普通ノ故殺ト異リ死刑ニ處スル所以ハ主觀的罪狀重キ  
ヲ加フルカ故ナリ

第四項 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  
同條ニ曰ク、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舉テ漸次難解ノモノニ説  
到セント欲ス

第一 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

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪第一章 身体ニ對スル重罪輕罪第一節 殺人罪 一七

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モ普通ノ故殺ニ非サル場合即チ慘刻ノ所爲ニ依ル場合ハ本條ノ支配スル所ニ非ス

第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、爲メトアルカ故ニ第二ノ要素トシテ犯人カ故殺ヲ爲シタルハ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ノコ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タルニ過キサレ場合ニ於テハ常ニ本罪ノ構成ヲ妨クルモノトス

第三次ニ又次ニ重罪輕罪……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ハトセテ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シカ爲メ又ハ違警罪ヲ免カレシカ爲メニ人ヲ故殺シタル場合ハ本條ノ關スル所ニ非ス

第四 以上ノ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レト消極ニ決セラルトニヨリテ前述ノ要素ノ外尙ホ第四ノ要

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第一節 殺人罪 一九

素トシテ犯人ニ於テ更ニ少クモ其之ヲ便利ニシ又ハ免カレシ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トハ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更ニ沿革ノ他ノ方面及ヒ法文自体ヨリスルトキハ寧ロ消極ニ答フルヲ可トスヘ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譯前段ノ叙説ト其彼我大ニ相類似スルモノアルヲ以テ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ

一 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

二 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

第二編 身體財產ニ對スル重罪輕罪第一章 身體ニ對スル重罪輕罪第一節 殺人罪 二二



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為カ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シ(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犯スコト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、トシタル政府提出ノ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逃走ヲ幫助シ又ハ刑ヲ免カレシメンカ爲メ故殺ノ罪ヲ犯シタル者亦同シトスルノ際ニ於ケル調査委員ノ報告ニ政府案ハ最モ適理ノモノナリト雖モ如何セ

(乙)

ノ重罪ヲ犯スチ便利ニシ又ハ其刑ヲ免カレシメカ爲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情狀アルモノト爲スニ如カス(此報告ノ結果折衷ノ説行ハレ遂ニ現行法ヲ見ルニ至リシモノトス)トアリテ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トノ意思ニヨル故殺ナルカ故ナルコトヲ認メ(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云ヘリ然ラハ寧ロ數罪俱發ノ特例ヲ規定シタルモノニ非ストスルヲ以テ至當トス可キカ如キノミナラス

法文 法文自体ニ依テ之ヲ觀察スルモ(一)便利ナル爲メ又ハ免

カレソカ爲メトアリテ便利ナル爲メ又ハ免カレソ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モノトスルトキハ本條アルカ故ニ或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クタル謀殺ノ刑ヲ免カレソカ爲メ人ヲ故殺セントシテ遂ク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ナルニ却テ本條ノ未遂犯トシテ死刑ヲ免カル、ノ結果ヲ生スヘクレハナリ(二)頁シ假リニ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ニ

設ケラレ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ヘキ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ル、ノ結果ヲ生ス可シ!

以上論述スル所ニ因リ沿革ノ一方面ノミヨリ見ルトキハ本條ハ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ル、ハ夫ノ慘刻殺人罪ノ重ク處斷セラル、ト同シク主觀的殺意ノ情重キヲ加フルカ故ニ故殺自体カ加重セラル、モノナリト確信スルカ故ニ本條ハ何レノ場合ニ於テモ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

### 第五項 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、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ス其言ヲ眞實ナリト妄信シ自ラ死  
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為ヲ爲サルカ如キ觀アルカ故ナル可シト雖  
モ先ニモ説明シタルカ如ク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  
ノ所爲モ已ニ普通謀故殺ノ條下ニ包含セラル、モノナルカ故ニ本條  
ハ無用ノ法文タリ刑法改正ノ期ニ臨マハ宜シク排除ス可キモノトス

### 第六項 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

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故殺セント  
欲スル者乙ナル他人ヲ以テ甲ナリト誤信シテ之ヲ謀故殺シタル場合

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ルガ故ニ刑法改正ノ期ニ臨マハ須ク一抹ニ付ス  
可キナリト

然レトモ余ヲ以テ以テ之ヲ觀レハ本條ハ例ヘハ甲ヲ謀故殺セント欲  
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  
謀故殺ノ行為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ン

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 à une personne, avec*  
*ou sans préméditation, aura, par hasard ou accident, tué une autre personne,*

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第一節 殺人罪 二九

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ハ目的ヲ以テ偶然又ハ事變又ハ變災ニ因リ他ノ人ヲ殺シタル者ハ其行爲カ有意ナリシト同ク此犯罪ノ刑ヲ受クヘシトアリ殺スハ目的ヲ以テナル一句ヲ見ルトキハ或ハ説者ノ見解敢テ不當ナラサルカ如キ觀アリト雖モ次ニ記載セラレタル偶然又ハ事變變災ニ因リノ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、甲ニ向ケタル狙ヒカ外レテ計ラスモ乙ニ中リシ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客觀的目的物ニ對スル錯誤アルモ其所爲自體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幕氏佛文日本刑法修正草案此第二章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幕氏カ司法省ノ命

ヲ受ク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 précédents, l'aura (dans l'exécution) 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ニ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ル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既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ン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シテ論者ノ云フカ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之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、幕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タリ、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ノ目的ヲ以テトノミアリ子ノ説シ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の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く同一ナリ(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者アレトモ第二草案ハ幕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著述シタルモノナルカ故ニ條文ノ上ニ於テハ多少ノ異同アリト雖モ其趣旨ニ於テハ彼此殆ソ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)ヲモ之ヲ引援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モノニシテ幕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論ス、ト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墮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ク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  
 ニ於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  
 罪ヲ行フテ遂ク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クサル者ヲ罰スルニ一等又ハ二等ヲ  
 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  
 モ異ナル所アルコトナシ

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セ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ヲキテ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レ亦  
 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  
 基ク認見タリ

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ハ目  
 的ヲ以テト云フノ義ニ解セサルヘカラス果セルカヲ論者ノ或ル



者ハ此文字ノ解釋ニ窮スルノ餘リ行ヒトハ行ハシト欲シ又ハ行  
 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モ云々トアル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  
 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遣

失物隱匿賭博等其<sub>其</sub>他枚舉ニ追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サル可カラ  
 ス今論者ハ本文誤字ヲ讀テ恰モ佛語「*errem*」又ハ羅甸語「*error*」(錯誤)  
 ニ該當スルカ如ク思惟シ被害體ヲ誤認シタル義ナリト云フト雖  
 モ論者ノ云フカ如ク誤字ノミヲ以テ目的體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之レ  
 有ルヲ見サルノミナラス草案ノ如キハ先キニ説明シタルガ如ク  
 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

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

八 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如比較準而殺傷人及因鬪而誤殺傷傍人者各以鬪殺傷論殺傷者並坐罪重其謀殺故殺人而誤殺傍人者以故殺論仍處斬不……若過失殺傷人者愈較戲殺各准鬪殺傷罪依律收贖給付其家  
思慮所不到如彈射禽獸固事投擲磚瓦不用而殺人者或因外高險足有踏跌累及同伴……凡初無害人之意而偶致殺傷人者皆准鬪殺依律(其集解ニ曰)凡將堪以殺人傷人之事彼此言明和同相戲

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殺傷論死者絞傷而不死自成傷以上至折傷癱疾篤疾照依輕重科之若其本意是謀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為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干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……

ニ 新律綱領、人命律下、誤殺傍人ノ節ニ、凡闕毆シテ誤テ傍人ヲ殺傷スル者ハ闕殺傷ニ準シテ論ス、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闕毆ヲ以テ論ス、

其過失殺傷人ノ節ニ、凡過失ニテ人ヲ殺傷スル者ハ各闕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蹈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ミ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斃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シ「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ノ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シク因ニ云

フ佛國ニ於テ意思ノ點ニ付テハ Jousse 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一言ニ排斥セラレテヨリ學者間亦異議ヲ唱フル者アルヲ聞カス

以上論述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專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云フ「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ク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ナ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認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細縫セントニ在

ルモノニシテ現行刑法ニシテ假令改正セララル、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ノ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説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説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説ヲ認ムルニ於テハ(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為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(一)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(殴打創傷ノ罪)

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殴打創傷ナル名稱ヲ以テセリ、抑モ殴打創傷ナル文字ハ果シテ能ク其全軀ノ所爲ヲ包含スルニ足ルモノナルヤ否ヤ?先ツ殴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

ノヲ合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為ヲ包含セス又創傷ナル文字ハ表面ニ表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、ミテ意味シ表面ニ顯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殴打創傷トハ佛語ノ「Coup et blessure volontaire」即チ夫ノ支那律ニ所謂毆ト云フト同シク凡テ人身ニ對シ、損害ヲ與ヘタル行為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シコ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

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第二節 傷人罪 四九

### 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ヲ要ス  
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ヲ要ス  
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

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ヲ要ス  
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チ病理的作用トシ一チ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リ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体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毆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ズ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毆打ト毆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重輕ヲ來スノミニシテ犯罪構成ノ要件ニハ何等ノ影響ヲ及ホサズ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体ニ未タ何等ノ損害ヲモ生セサル間ハ毆打創傷トシ

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ヲ要ス

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毆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テ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シ成程此等ノ所爲ハ法律ニ所謂毆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ハ懲戒權ノ實行トシ何レヨリテ刑法ノ犯罪行爲ト見做ス可キヤハ一般ハ慣習ニヨリテ之ヲ判定スルハ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癲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ス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爲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爲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ヲ要ス

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シ注意スヘキハ(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苟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シ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點ニ於テ過失犯ニ類ス  
 ルモノタルコトヲ知ラサルニ基ク謬見ナリ(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ヲ知ルニ足ルヘクレハナリ  
 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

コトヲ要ステフ要素ノ中ニ自ラ包含セラレ、モノナルカ故ニ之ヲ省ケリ

### 第二款 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節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専門家ノ判定ニ委スヘキナリ苟モ専門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在テ特ニ死ノ結果ヲ惹キ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リ及ヒ舌ヲ斷テ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微役ニ處スト兩目云々トハ讀シ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)ヲ折リ及舌ヲ斷テ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モ亦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舉シテ他ハ身體ヲ殘廢シ即チ不具ナラシムルコトノ一言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  
体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ルモ因テ之ヲシテ  
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  
斷然認見ナリト確信ス

(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 corporel」(體軀ノ働作)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ラシメ  
トハ吾人日常ノ働作ヲ爲スコト能ハサラ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体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クゾヤ

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、ノ、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ガ單純創傷ニ對スル  
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<sub>(め)</sub>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ハ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方故ニ斯ノ如キ特例ヲ見ルニ至リシヤヲ説述セシ

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重ニ從テ各自ニ其刑ヲ科ス若シ共毆シテ傷ヲ成スノ輕重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

第二編 身体財産罪ニ對スル重罪輕罪第一章 身体ニ對スル重罪輕罪第二節 傷人罪 六七

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ヒ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四百五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九九條正犯ヲ幫助シテ犯罪ヲ容易ナラシメ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已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

若シ被害者已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一百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サル點ナレハナリ然ラハ茲ニ法律カス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殴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說(此說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シ)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殴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(假令殴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ク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ク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彙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カラ

ン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ザ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体ヲシテ病的ナラシムルニ足ル可キ者ハ皆ナ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体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

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第二節 傷人罪 七三

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モ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癡癡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曇ニ我輩カ説明シタル疾病休業即チ吾人身軀ノ日常ノ動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末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ハ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トニ出テタル場合

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

### 第三節 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為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)自己ノ身體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為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為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為ヨリ挑發セラレタル憤情ノ今ヤ腦漿ヲ焦シツ、アルノ際行ヒタルモノ換言

第二編 身體財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身體ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

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ノ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ル可キモノトセ  
サルヘカラサルト他ノ一方ニ於テ其殺傷行為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為ヲ爲シタル者ヲ害スル行為タ  
ルカ故ニ客觀的ニ其行為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ス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  
ハラス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ヲ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

ヲモ輕減セラル、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可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ズト

即チ本條ノ場合ニ相當スル爲メニ上下ノ各要素ヲ具備スルコトヲ要

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

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ナリ

第一ノ要素 自己ノ身体ニ暴行ヲ受ケタルコトヲ要ス

(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テ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(例ハ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

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

定セシテ例ハ他人ノ不正行為ニ因リテ挑發セラレ意思ハ自由ヲ欠損シタル者ハ云々ト云フカ如キ明文ヲ設クテ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スルトキハ苟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ヘシ然レトモ刑法ノ用語上暴行トハ常ニ其有形ノモノ、ミチ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擲スルノ類ヲ云フ隨テ形容又ハ言語ヲ以テ汝ノ身軀ヲ害セント脅迫シタルモノニ對スル行為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為及ヒ官吏職務執行上ノ行為等適法ナル行為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 暴行ヲ受クタルニヨリ直ニ怒ヲ發シ暴行人ヲ殺傷シタルコトヲ要ス

此條件ノ存在ハ以テ犯人ノ責任カ輕減セラレ、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状態ヲ指スナリ、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ク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為ト速斷スルコトヲ得サレハナリ(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為ニ見ハレテ殺傷行為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、ノ二者ニ繋屬スルノ文字ニシテ單ニ怒ヲ發シタル云々ノ文字ニノミ繋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為ニ見ハレテ殺傷行為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為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為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為ハ暴行ヲ受ケタルヨリ殺傷行為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為ハ沈思熟慮

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、ハ柄鑿矛盾シテ相容レサルノ事柄ナレハナリハ(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為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)殺傷行為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為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為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

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

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ヲ要ス

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 *Unlawful* 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爲ト云フノ義ナリ(不法行爲ナルカ故ニ有意ノ行爲ハ勿論過失ニ出テタル行爲モ亦之ヲ包含ス)然ラハ如何ニ輕微ナル行爲ト雖モ苟モ不法ノ行爲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爲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爲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シハ挑發ヲ名トシテ殺傷行爲ヲ違フシ以テ宥恕ノ特典ヲ明リニスル者アル可キカ故ニ汝ニ出テタルモノハ汝ニ

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

還ルノ原則ヲ掲ク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爲ヲ爲スコト勿レ然ラスハ夫ノ不正ニ宥恕ノ恩典ヲ受クンコトヲ企圖シ己レ先ツ對手者ニ不正ノ行爲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爲ヲ遂ク以テ本場合ノ恩典ヲ受クンコトヲ欲スル者タラサルコトヲ保ス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ハ證據ノ明白ナラサル豫謀殺傷者ニ恩典ヲ附與スルノ危険ヲ避ケンコトシタルモノトス

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爭鬪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ル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可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シ以テ實際恩典ニ與ルコトヲ得ヘキモノヲ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

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪第一章 身体ニ對スル重罪輕罪第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

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)互ニ創傷シトア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ヲ要ス

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ノ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

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

トヲ要ス

(一) 姦婦トハ本夫アルニモ拘ハラズ是レ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追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、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ノ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ヲ要ス

(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隱見ヲ有スル者アリ其言ニ曰ク條文ハ姦通ヲ知り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「L'Instant ou il les surprind en flagrant délit d'adultère」(即チ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知覺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り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三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

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

ナ其行為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クレハナリ(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ヲ要  
ス

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  
ト不正ノ結合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  
ヲ限ルモ制限ノ效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 晝間ニ於クル住居侵入ノ行為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  
ハ其門戶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(三)  
之ヲ殺傷シタルコト是ナリ

第一ノ要素 晝間タルコトヲ要ス

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戶牆壁ヲ

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節  
殺傷ニ關スル特別ノ規定

踰越損壞セントスル者ヲ防止スルニ出テタルコトヲ要ス

(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ケ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ヲ要ス

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シ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ス

以上殺傷ニ關スル宥恕ノ場合ヲ説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

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定



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宥恕ノ場合ヲ規定ス

### 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力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タ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追ナキ場合ニ於テモ尙ホ且ツ必ス之ヲ藉ラズンハ甘シテ損害ヲ受クサル可カラストセシ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暇ナキ場合ニ限り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 生命身軀ニ關スル正當防衛

第三百十四條ニ曰ク、身体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体ヲ正當ニ防衛スル爲メ自己若クハ他

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

正當防衛

人ノ生命身体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体ヲ正當ニ防衛スル爲メ自己若クハ他人ノ生命身体ニ對スル暴行者ヲ殺傷シタルコトヲ要ス更ニ之ヲ分析セハ(一)防衛ノ目的ハ自己若クハ他人ノ生命身体ニ在ルコト(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体ニ在ルコトヲ要ス(一)生命ニ付テハ別ニ説明スヘキモノナシ(二)身体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驅ニ對スル有形ノ傷害行爲ハ勿論其自由清淨(通常貞

操ト云フ)及ヒ榮譽ニ對スル不法行爲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驅ニ對シテ行ハル、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爲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「已ムコトヲ得サル」等ノ文字ニ依テ推知スルコトヲ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争ハサル所ナリ)ニ合シ

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

且ツ已ムコトヲ得サル場合ニ於テ始メテ之ヲ認ムルモノ換言ス  
 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身体トハ暴行ニ依  
 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  
 説明漠然探ルニ足ラスト、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——例ヘ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為ヲ豫知セシムル  
 ニ足ル可キ行為タリト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  
 ニ本段ノ序説ニ於テ説明シタルカ如ク正當防衛ノ行為ハ公力ハ

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節  
 殺傷ニ關スル特別ノ規定

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  
ト他人ニ罹ルトテ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シ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ヲシテ他人ノ身体ニ  
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

ニテ限リ見カ

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ヘ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ヲ要ス

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)防衛ノモノト(二)防衛ノ手段トノ二ニ係  
ル語トス即チ

一、防衛ノモノカ已ムコトヲ得サルニ出テタルコトヲ要スルカ

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

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爲者ノ行爲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爲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爲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爲ニ非スハ防衛ソノモノニ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爲ト雖モ若シ其加害行爲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爲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

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

行者ノ年齢、男女強弱及ヒ行爲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タリ

第三ノ要素 不正ノ所爲ニヨリ自ラ暴行ヲ招カサルコトヲ要ス

第三百十四條末段但書ニ曰ク、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爲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爲ヲ原因トスル殺傷行爲ト雖  
モ其行爲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爲ヲ爲ス者ニ非スシテ不正ノ行  
爲ヲ爲ス者)ヲ殺傷シタル者云々トアリテ正當防衛ハ不正ノ行爲  
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說  
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

第二說 本條但書ニ相當スル草案第三百五十條第二項ニ、但シ過チ  
テ自カラ(Par sa Faute)暴行ヲ招キタル者ハ其罪ヲ宥恕ストアリタ

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節  
殺傷ニ關スル特別ノ規定

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シ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謀殺傷ヲ行ヒタル者ヲシテ其刑ヲ免カレシムルノ危險ヲ防止セシ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ハ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」ト云フ規定ハ「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ガ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シカ爲メ故意ニ暴行ヲ招キタル者ハ假令身軀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テ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——此說ハ管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ナリ(一)先ツ論者ハ其論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 Partie)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

第二編 身体財產ニ對スル重罪輕罪第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

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ト云フ無意ノ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タル語ト同一ニシテ或ル場合抽象的ニ所爲自體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(過チ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(此點ニ付テ論者ノ認レルコト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「cette 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絶セラル可シ)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り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〕トテ同一義ノ語ナリト思惟セルヲ見ルモ思ヒ半ハニ過キ(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レテ知リタラシ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)假リ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リ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探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說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事ヲ明言シタルニ外ナラサルコト、ナリテ亦第一說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卑見ヲ述ヘンニ我輩ノ見ル所ニヨレハ本但書ノ意義ハ襲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為ニヨリ他人ヲシテ自己ニ暴行ヲ加ヘサル可カラズ、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為ニ因リテ暴行ヲ招キ

然レモ  
此ノ點  
ハ本  
但書  
ニ關  
スル  
重  
要  
ノ  
點  
ナ  
リ  
ト  
ス

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為ヲキコトナ期スヘシト警戒スルニ在リ、隨テ疑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、姦婦ノ不正行為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

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

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 生命身體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贖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ト

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確モ(一)法律ハ前條ト同シク已ムコトヲ得サルノ語ヲ用井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章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 défense légitime et nécessaire lorsqu'ils ont eu lieu dans les suivants:.....* (次ニ列擧スル場合ニ於テモ亦殺傷行爲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爲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

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定 一一三

井タルヲ以テ本條ニ於テ再ヒ之ヲ反覆スルノ要ナキヲ信シ故ラニ之ヲ省畧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隠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爲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ン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

故ニ苟モ不正ニ腕力ヲ弄スル行爲ハ皆此中ニ包含セララル(二) 財産ニ對スル暴行タルヲ要スルカ故ニ生命身體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爲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贓ヲ取還スルニ出テタルトキ

盜犯又ハ盜贓トアルカ故ニ強竊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ミ終リタル者ニ對スル行爲ハ無罪タルヲ得ス(二) 第二ノ場合ニ於テ盜贓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ノハ遂ニ之ヲ奪取セララル、ノ恐アル場合即チ現行犯ノ場

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

合タルコトヲ要スルモノトス

三 夜間故ナク人ヲ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テタルトキ

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ズ

終ニ臨ミ第三百十四條ニ於テハ其行為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為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コトヲ得サラン

### 第二段 正當防衛ニ似テ非ナル行為ニ

#### 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

但書ナクシ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贊成スル所ナリ

### 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癡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

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

結果ノ大小ニ依テ刑罰ヲ異ニセシカ爲メノミ、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説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

過失トハ何ゾヤ?

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實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爲ヨリ生シタル事實ノ如シ(二)一ノ事實カ或人ノ有意行爲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爲ヲ爲シタルモ之ヨリ生シタル結果ハ其人ノ管テ豫期セサリシモノタル場合(三)一ノ事實カ或人ノ有意ノ行爲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爲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)是ナリ本問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ハ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ハ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ハ行為ヨリハ決シテ之ヲ生セサルコト(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ハ關係ハミナリテ精神的原因結果ハ關係ヲ缺クモノ(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サルコト是ナリ

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為之ニ屬ス)

故ニ結局過失トハ不注意ナル有意ノ行為ヨリ不期ノ結果(若クハ不注意當然ノ結果)ヲ生セシメタル状態ニシテ一種ハ有意犯罪ト云フ

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

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シ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可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襲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環劍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ニ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セハ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テ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アラサルモ此事ナカルヘシト妄信シ萬一ノ危険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険ノ虞アルコトヲ發見スルヲ得ルノ結果過失ヲ爲サ、ルコトヲ得ルニ拘ハラス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険ヲ醸シタル場合(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険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険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モノ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ノ生ス可キコトヲ豫見スルニモ拘ハラズ之ニ要スル所ノ必要ナル注意ヲ怠リタルモノナルカ故ニ其狀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ハモハタル場合ニ於テ之ヲ避クルノ策ヲ講セ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ハモハタラ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ス  
 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シ—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トモ  
 一方ニ於テ先ニ余カ過失ハ有意ハ、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爭ナキ

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(例ハ二人以上同一ノ馬車ニ乘リテ群集  
 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  
 ナリ以テモ斷定シ得ヘキノミナラス他ノ一方ニ於テ詳細ノ説明ヲ爲サ  
 ント欲セハ共犯ノ原則ヲモ援引セサルヲ得サルノ結果深ク總則ノ範  
 域ニ入ラサルヘカラサルヲ以テ詳細ハ總則ノ説明ニ譲リ茲ニハ單ニ  
 理論上ニ於テハ過失犯ニモ亦共犯アリト云ハサル可カラサルモノタ  
 ルコトヲ告グルニ止ムヘシ—理論上ト云フ所以ハ法律ノ他ノ規定ヲ  
 參酌シテ立論スルトキハ明文ノ規定上ニ於テハ共犯ナシト云フノ説  
 正鵠ヲ得タルカ如キモノアレハナリ

### 第三款 自殺幫助罪

本款ノ説明ニ入ルニ先チ暫ク自殺ソノモノニ付テ一言セシ

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

凡ソ人ハ自己ノ利益ヲ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ソノモノハ立法上之ヲ不問ニ措ク可キモノナルヤ將タ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サリシモノ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ノ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者ニ對シテノミ刑罰ヲ加

ヘ其途ク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途ニ復テ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モ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已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ト非ストノ思想ヲ生シ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

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徳ノ行爲ナルノミナラス多シ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ク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り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

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

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

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含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爲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テタルト否トニ因ル可キカ將タ單ニ殺人ノ行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爲ヲ導

キタル原動力トナリタル意思カ死者自身ニ出テタルトキト雖モ苟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ラ他人ノ生命ヲ亡失セシム可キ行爲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爲ソノ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爲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ハ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爲アリ隨テ殺人ノ意思アルモ其行爲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爲ニ非スシテ自殺ノ幫助罪タルニ依テ

之ヲ觀シハ自殺ト他殺トハ單ニ生命ヲ亡失セシメタル行爲即チ舉動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爲ノモハテ誘發シタル原動カタル唯一ハ原因(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カトスル殺人行爲(行爲其モノ、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々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チ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テフ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モノニシテ謀故殺罪ヲ犯シタルモノ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辭ノ上ニ少許ノ差アルノミ實質上其行爲カ殺人行爲ノモノヲ惹起スル唯一ノ原動カヲ形成シタリ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

ルカ如クンハ例ヘハ甲者乙者ヲ殺害セントノ意思ヲ實行セシカ爲メ先ツ乙者ニ對シ貧賤ニ泣カノヨリハ寧ロ自盡シテ其苦痛ヲ免ルハニ如カサラン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ク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ナリ(總則其犯ノ場合ニ於テ本問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

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定



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二點  
 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シカ  
 爲メ又ハ之ニ因テ其相續權ヲ得若クハ義務ヲ免脱セシカ爲メニス  
 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末其囑託ヲ受ケテ之  
 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

ヤ將タ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  
 是ナリ本問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問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ノ上ニ存シ生命ノ亡失即チ死ノ上ニ存セサル  
 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德  
 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  
 設ケタリ先ツ其餘文ヲ掲ケ後ニ之カ説明ヲ下サン

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節  
 殺傷ニ關スル特別ノ規定

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一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上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用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

爰ニ法律カ決闘罪トシテ規定スル所ノモノハ佛語ノ所謂「ヂユエル」(duel)ニシテ吾邦ニ在テハ未ダ曾テ其例ナキモノトス、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「ヂユエル」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ダ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

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

證據ヲ求ムルノ行爲ナレハナリ、然レトモ其、シユエル、即チ決闘ヲ爲ス  
 ノ方法若クハ儀式ハ佛國ニ於テ始メテ大成シタルモノトシテ十六七  
 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  
 ガユ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爲及ヒ之ニ參與シタル行  
 爲マテモ罰スルコト、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說述セリ以下決闘罪ノ定義  
 ヲ舉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爲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)争鬪者カ豫メ相互ニ約束シタ  
 ルコト(二)人ヲ殺傷ス可キ行爲ヲ以テ互ニ優劣ヲ争フコト(三)争鬪ハ毀  
 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 争鬪者カ豫メ相互ニ約束シタルコトヲ要ス  
 之ヲ要スルカ故ニ偶然出會シテ争鬪ヲ爲シタルモノナルトキハ假  
 令其意思ハ毀損セラレタル名譽ヲ回復スルニ在ルモ未ダ以テ決闘

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節  
 殺傷ニ關スル特別ノ規定

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ヲ要ス』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テサルナリ

第三ノ要素 争鬪ヲナスノ遠因<sup>モチ</sup>ハ毀損セラレタル名譽ヲ回復スルニ在ルコトヲ要ス

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シ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タルノ意思ヲ以テテ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

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第三節 殺傷ニ關スル特別ノ規定

第五條ハ決闘ノ挑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第六條ハ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セラル、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ヲ要ス

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

第二編 身体財産ニ對スル重罪 第一章 身体ニ對スル重罪 第四節 擅ニ人ヲ逮捕監禁スル罪

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

一六〇

第二ノ要素 逮捕監禁ノ所爲ハ不法ナルコトヲ要ス  
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  
酷ノ所爲ヲ用井タルトキト監禁ヲ解クコトヲ怠リ因リテ死傷ニ致シ  
タルトキトヲ規定セリ(イ)其苛酷ノ所爲ヲ用ヒタル場合ハ第三百二十  
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アラサルカ故ニ凡テ苛酷ト認定ス可キ所爲  
ハ皆此特別處分ヲ要スヘキモノニシテ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)監禁ヲ解ク  
コトヲ怠リタル場合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(其殺意アリテナシタ  
ル場合ニハ殺人罪ノ各條ニ問フヘキハ勿論トス)

第二編 身体財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪輕罪 第四節  
擄ニ人ヲ逮捕監禁スル罪

一六一

### 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レ、脅迫トハ人ヲシテ法律ニ規定シタル所ノ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ノ所爲ヲ云フ

故ニ本罪ヲ構成スル爲メニハ(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ヲ要ス

法律ハ何レノ場合ニ於テモ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クモ人ヲ

シテ恐怖セシムルノ所爲アルニ於テハ其手段ノ言語又ハ文書等無形ノ所爲ニ依ルト將タ短銃ヲ擬シ又ハ白刃ヲ加ヘントスルカ如キ有形ノ所爲ニ依ルトハ常ニ本罪ヲ構成ス

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ヲ要ス  
法律ノ規定シタル所ノ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ニ付テハ殺人罪ノ説明ニ於テハ詳ナルヲ以テ更ニ複説スルノ要ナカル可シ然レトモ後者ニ付テハ聊カ説明ヲ要スルモノアリ茲ニ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現ニ人ノ住居セル家屋ヲ指スモノナリ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條以下ヲ説明スルニ當リ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體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要スルニ人ノ身體ニ對シテ有形ノ損害ヲ與フルモノヲ指ス又財産ノ何タルヤヲ詳説スルハ民法ノ範圍ニ屬スルカ故ニ茲ニハ唯タ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トノ定義ヲ掲クルニ止メント

ス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猶ホ第二百二十二條ニ於ケル劫掠ノ語ニ同シ

第三ノ要素 人ヲシテ恐怖セシムルノ意思アルコトヲ要ス

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力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爲メニハ恐怖セシムルノ意思アレハ足り更ニ進ノ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臟腑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ノ意思トシテ毫モ缺點アルコト無シ是ニ於テ乎近世新ニ刑法ヲ改正シ若クハ制定スル國ノ法律ニ於テハ本罪ヲ公



安ヲ害スル罪又ハ人ノ自由ヲ害スル罪ノ中ニ列セリ蓋シ能ク脅迫罪ノ性質ヲ明ニセルモノト謂フヘシ

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ス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毫モ社會ノ秩序安寧ヲ害セサルカ故ニ犯罪ヲ構成セサルモノタリ一言以テ之ヲ蔽ヘハ脅迫罪ヲ構成スル爲メ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

セサルノ結果ナリ若シ未遂犯ヲ罰スルトキハ犯人ニ於テ被害者ヲシテ恐怖セシムルニ足ル可キ所爲ヲ爲シタルトキハ茲ニ罪ヲ構成ストセサル可カラス

以上脅迫罪ノ成立要素ヲ説明セリ是ヨリ其處分法並ニ第三百二十九條ノ規定ヲ説明セム第三百二十八條ノ規定ノ如キハ別ニ説明ヲ要セサルヲ以テ之ヲ略ス

脅迫罪ノ處分法ニ付テハ若シ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兇器ヲ持シテ此等ノ罪ヲ犯シタル場合ハ各一等ヲ加フルモノトス兇器ト

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右ニ説明スルカ如ク其構成ニハ主觀的情況ト客觀的情況トノ相合致スルコトヲ要スルモノニシテ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懦若クハ柔弱ナルコト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モノナルトニ因リ法律ハ茲ニ第三百二十九條ノ特例ヲ設ク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スルモノ詳言スレハ其ニ齊シク之カ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シガ爲メニ行ハル、モノニシテ唯其間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ルコト、ナセリト唯モ歐米大半ノ刑法ニ於テハ普通ノ殺人罪ト分離シテ一種獨立ノ犯罪トナセリ而シテ其之ヲ一種獨立ノ犯罪トスル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ダ戶籍簿ニモ登錄セラレサル者ニ對スル行爲ナルカ故ニ之カ

犯人ハ往々ニシテ刑罰ヲ免カル、コトアルヲ以テ加重ノ情アル一種ノ殺人罪トス可キモノナリ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アラス否ナ之ヲ實行スルノ前ニ方リテ恰モ夫ノ自己ノ生命ヲ絶タンコトヲ決意スル者ト同シク嗚咽斷腸血涙ヲ被害者ノ面ニ濺キツ、漸クニシテ之ヲ決行スル者ナルカ故ニ寧ろ墮胎罪ト輕重スル所ナシトスルモノ是ナリ此ニ主義ノ中後ノモノ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ノ上ニ於テハ常ニ後ノ主義ヲ採用シ裁判官ハ可及的ノ輕減ヲ試ミルヲ以テ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、爲メカ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モノトス蓋シ古代ニ在テハ生理解剖ノ學尙ホ未タ明カナラサルノ結果其尙ホ未タ母體ノ中ニ在ル間ニ於テ之ヲ外ニ分離セシムルノ法ヲ知ラザリシカ故ニ嬰兒殺ノ行爲ハ墮胎ノ行爲ニ先キ立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ニシテ今日ノ如ク精緻ナラサルノ結果吾人ト共ニ吾人ト同一ナル生活ヲ爲ス者ニ對シテハ些カ愛憐ノ情ヲ惹起シ易キ點アルモ胎兒ノ如キ外形上吾人トノ關係稍ヤ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茲ニ於テヤ後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以テ胎兒ソノモノ

ニ對スル犯罪トセス之カ製作者タル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ニ於テハ決シテ罪ヲ構成スルコトナカ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夫ノ羅馬ノ末葉基督教ノ漸ク隆盛ニ趣キ其ノ勢力國法ニ及ヒタル時代ニシテ遂ニ爾來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

墮胎ニ關スル小沿革ヲ終ルニ臨ミ一言ヲ附加シ以テ注意ヲ喚起セント欲ス他ナシ墮胎ハ廣ク胎兒ノモノニ對スル罪ナルモ他ノ一方ニ

於テ之カ製作者ノ利益ヲ害スルコトアルヘキ行為ナルカ故ニ本罪ノ刑罰ハ墮胎ソノモノ、ミナラス製作者タル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

是ヨリ本罪ノ規定ニ入テ説明スヘシ

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ノ分娩期ニ先タ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爲メニハ下ノ各要素ヲ必要トス

(一) 自然ノ分娩期ニ先タ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 自然ノ分娩期ニ先タチ人工ヲ以テ胎兒ヲ母體ヨリ分離セシメタルコトヲ要ス

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  
 兒ノ分娩ニ關シ其分娩セラレタル胎兒發育ノ程度(若クハ時期)ニ因  
 リテ之カ名稱ヲ異ニ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  
 フ然レトモ茲ニ刑法カ所謂墮胎ナル者ハ右ニ所謂醫家ノ墮胎ト異  
 ナリ胎兒カ母體ニ生シテヨリ後チ其自然ノ分娩期ニ至ル迄ノ間ニ  
 於テ行ハル、總テノ分離行為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「Abortio」ナル文字カ古來分娩セラレタル胎兒ノ生育シ  
 得ルト否トニ關セス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(唯刑罰ニ多少ノ區別アルノミ)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(普通ノ分娩ニヨリ  
 テ生レ出テタル場合ヨリモ)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ヲ要ス

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我輩カ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シ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ノモノニシテ罪トナルヘキモノニアラサルヲ以テ之ト區別セシカ爲メニ外ナラス

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ヲ要ス

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故ニ余ハ假リニ之ヲ以テ犯罪構成ノ一要素トス即チ右ノ一場合ヲ除クノ外墮胎罪ヲ構成スルニハ夫ノ殺人罪ニ於ケルカ如ク犯人ニ於テ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ハ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キ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

意思アリ若シハ意思アリト推定セサル可カラサル場合トノニ分チ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シ本罪ノ規定ハ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ル

第三百三十條ニ曰ク、懷胎ノ婦女藥物其他ノ方法ヲ以テ墮胎シタル者ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ處ス

第三百三十一條ニ曰ク、藥物其他ノ方法ヲ以テ墮胎セシメタル者亦前條ニ同シ因テ婦女ヲ死ニ致シタル者ハ一年以上三年以上ノ重禁錮ニ處ス

第三百三十二條ニ曰ク、醫師、穩婆又ハ藥商前條ノ罪ヲ犯シタル者ハ

各一等ヲ加フト

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カ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カナリ(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普通若クハ平穩ナル墮胎ノ方法ハ通常之ヲ二分ツテ得、墮胎藥ノ服用ニ依ルモノト外部器械的ノ作用ニヨルモノ是ナリ前者ハ説明ヲ須ヒス後者ハ通常骨角又ハ護謨棒ノ鋭尖シタルモノヲ子宮内ニ挿入シ卵子ヲ破壊スルノ方法ニ依ル此法尤モ有效ニシテ而カモ母體ヲ害スルコト甚タ稀ナルヲ以テ近時行ハル、墮胎法ハ之ニ依ルヲ多シトス然ルニ茲ニ法律カ藥物

其他トシテ藥物ニ重キヲ置キタルカ如キ規定ヲ爲シタルハ往時未タ  
 墮胎術ノ發達セサル時代ニ在テハ多ク藥物服用ノ方法ニ依リシカ故  
 ニシテ亦自ラ老廢ノ法律タルヲ示セルモノト云フヘシ(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百五條及第百四條若  
 クハ第百九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百五條第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ノ如  
 クスルトキハ第三百三十條乃至第三百三十二條ハ墮胎行爲ヲ行ヒタ  
 ル者ノ身分如何ニ因リテ刑ヲ異ニセンカ爲メニ規定セラレタルモノ  
 ナルニモ拘ハラズ婦女ト共ニ正犯行爲ヲ行ヒタル場合ニ於テハ身分  
 ノ有無ヲ論シ婦女ヲ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ルコト、ナリ第二擬律ノ如クスルトキハ  
 婦女以外ノ者ノ墮胎行爲ニ限リ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  
 場合ト同シク第百六條第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………テフ一箇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)婦女自身ナルト否ラサルト醫師、穩婆等特別ノ資格アルモノナルト否ラサルトニ因リテ刑罰ヲ異ニスル所以ハ一ハ婦女ヲモ害スルノ結果ヲ生スルト否ラサルト他ハ業務上犯人ニ特別ノ義務アルト否ラサルトニ因ルナリ

乙 加重ノ情アル墮胎ノ所爲  
加重ノ情アル墮胎ノ所爲ハ第三百三十三條乃至第三百三十五條ニ規定セラル

第三百三十三條ニ曰ク、懷胎ノ婦女ヲ威逼シ又ハ誑騙シテ墮胎セシメタル者ハ一年以上四年以下ノ重禁錮ニ處ス

第三百三十四條ニ曰ク、懷胎ノ婦女ナルコトヲ知テ毆打其他暴行ヲ加ヘ因テ墮胎ニ至ラシメタル者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ

處ス其墮胎セシムルノ意ニ出テタルモノハ輕懲役ニ處ス

第三百三十五條ニ曰ク、前二條ノ罪ヲ犯シ因テ婦女ヲ癡篤疾又ハ死ニ致シタル者ハ毆打創傷ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス

第一、第三百三十三條ノ場合(本條ノ規定ハ草案ハ勿論外國法ニモ殆ント其例ヲ見サルモノナルヨリシテ學者間多少ノ議論アリト雖モ多クハ附會ノ臆斷採ルニ足ラス)本場合ノ解釋ニ付テハ下ノ二點ヲ説明スルヲ以テ足レリトス(一)威逼又ハ誑騙シテ墮胎セシムルトハ如何ナル意味ナルヤ(二)本條ノ罪ヲ構成スル爲メニハ單ニ懷胎ノ婦女タルコトヲ知ルノミヲ以テ足ルヤ將タ進テ墮胎セシムルノ意思アルコトヲ要スルヤ

一 威逼シ又ハ誑騙シテ墮胎セシムルトハ如何ナル意味ナルヤ(イ)威逼………トハ威力若クハ脅嚇ニ藉リテ之ニ墮胎ヲ強要シ因リテ

之ヲシテ其意ニ非サル墮胎ヲ爲サシメタル場合詳言セハ父又ハ情夫等カ汝若シ墮胎セサレハ親子兄弟又ハ夫妻ノ縁ヲ絶ツヘシト威嚇シテ之ニ墮胎ヲ強要シタル場合乃至白刃ヲ擬シテ之ニ墮胎ヲ強要セル場合等凡テ婦女ヲシテ若シ墮胎セスハ有形又ハ無形上ノ損害ヲ受クヘキコトヲ恐怖セシメル結果墮胎ヲ決行セシメタル場合ヲ云ヒ(口)誑騙……トハ之ヲ欺キ恰モ墮胎ノ結果ヲ生スヘキモノニアラサルカ如クニ思惟セシメ以テ之ヲシテ墮胎セシメタル場合詳言スレハ高處ニ手ヲ舉ク若クハ疾走シテ運動セハ胎兒ヲシテ強壯ナラシムヘシト欺キ因テ墮胎セシメタル場合若クハ解熱藥ナリト詐リテ墮胎藥ヲ服用セシメ因テ墮胎セシメタル場合ヲ云フモノトス此點ニ關シ學者或ハ墮胎セハ百金ヲ與フヘシト婦女ヲ欺キ因テ之ヲシテ墮胎ヲ決行セシメタル場

合モ亦本場合ニ入ルヘシト主張スルモノアリト雖モ余ヲ以テ之ヲ觀レハ是レ單純ナル教唆行爲ノ或ル場合ニシテ本場合ニ入ルヘキモノニ非ス蓋シ右ノ場合ニ於ケル欺罔ハ墮胎ソノモノ、上ニ行ハレタルニ非スシテ單ニ其原因ノ上ニ行ハレタルノミ、墮胎ヲ強要シ又ハ墮胎其モノ、上ニ詐欺ヲ行ヒ婦女ヲシテ其意ニ非サル墮胎ヲ行ハシメタルモノト同一視スルハ大ニ權衡ヲ失スルモノアルノミナラス之ヲシモ尙ホ加重ノ情ナリトセハ獨リ本罪ニノミ之ヲ揭クルノ理由ヲ了解スルコト能ハサレハナリ

二 本罪ヲ構成スル爲メニハ單ニ懷胎ノ婦女タルコトヲ知ルノミヲ以テ足ルヤ將タ進テ墮胎セシムルノ意思アルコトヲ要スルヤ、此點ハ學者間異論ナキ所ナルカ故ニ別ニ説明ヲ要セサルモ些カ注意ノ爲メニ一言セント欲ス曰ク本條ニ於テ墮胎セシムルノ意

思アルコトヲ要ストセスハ威逼又ハ誑騙ノ行爲ソレ自身ハ次條所謂毆打等ト異ナリ通常多クノ場合ニ於テ墮胎ノ結果ヲ生スヘキモノニアラサルニモ拘ハラズ殆ソト次條ノ場合ト同一視スルノ結果甚タ酷ニ失スルノミナラス我刑法中無意ノ結果ヲ罰スル場合ニ於テハ常ニ因テ云々至ラシメ又ハ致シタル者等ノ文字アリテ普通ノ場合ト同シガラサルコトヲ表白スルヲ例トスルヲ以テ本條ニ適合スル爲メニハ必ス墮胎セシムルノ意思アルコトヲ要スルモノトス

第二、第三百三十四條ノ場合 本場合ハ毆打其他暴行ヲ加ヘテ墮胎セシメタル場合ニシテ法律ハ之ヲ墮胎セシムルノ意思アル場合ト否ラサル場合トニ分チテ各別ノ刑ヲ定ム別ニ説明スヘキモノナシ只タ下ノ二點ニ付テ一言スルヲ以テ足レリトス(一)毆打其他暴行ト

ハ何ソヤ(二)墮胎セシムルノ意思ナキモ尙ホ結果ニ付テ責任ヲ負フ所以如何

- 一 毆打其他ノ暴行トハ何ソヤ 暴行トハ人身ニ對シテ不正ノ腕力ヲ用ユルノ義ニシテ毆打ハ其一例タリ故ニ單ニ人身ヲ打撲スルカ如キ行爲ノミナラス之ヲ逮捕シ之ヲ監禁シ之ヲ強姦スルモ亦本罪ヲ構成スヘキモノトス但婦女ヲ殺害セントシテ遂ケス單ニ之ヲ毆傷シタル結果之ヲシテ墮胎セシメタル場合ニ於テハ單純ナル殺人罪ノ未遂犯ニシテ本罪トノ俱發ニアラス蓋シ本場合ニ於テハ凡テノ結果ハ殺人行爲ノ中ニ包含セラレハナリ
- 二 墮胎セシムルノ意思ナキモ尙ホ結果ニ付テ責任ヲ負フ所以如何 是レ毆打創傷罪ニ於テ毆打ノ意思ト所爲トアルトキハ創傷セシムルノ意思ナキモ創傷ノ結果ニ付テ責任ヲ負ハシムルト同

一般、行爲自體ノ性質上犯人ノ豫想スル所ト認メサルヘカラサレ  
ハナリ但懷胎ノ婦女タルコトヲ知ルヲ要スルカ故ニ假令毆打シ  
テ墮胎セシムルモ懷胎ノ婦女タルコトヲ知ラザリシトキハ(墮胎  
罪トシテハ)間擬スヘキ法條ナシ蓋シ欠典トス

附言) 第三百三十五條前二條ノ罪ヲ犯シ因テ婦女ヲ癡篤疾又ハ死ニ  
致シタル者ハ毆打創傷ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス(イ是レ前  
條ノ性質上之ヲ附加セスンハ本條規定スルカ如キ結果ヲ生シタル  
場合ニ於テモ尙ホ前二條ニ依リ墮胎ノ一罪ヲ構成スルニ過キサ  
ルヤノ疑ヲ生スヘキカ故ニ數罪俱發タルコトヲ明言シタルニ過キ  
ス但本條ヲ引用セスシテ直ニ第百條ヲ引用スルトキハ擬律ノ錯誤ト  
ス(ロ本條規定ノ結果ヲ生シタル場合ニ限り始メテ毆打創傷ノ各條  
ト照スヘキモノナルカ故ニ二十日以上ノ疾病休業以下ノ結果ヲ生

シタルトキハソハ當然前二條ノ中ニ包含セラレ、モノナルカ故ニ  
直チニ前二條ノ一罪トシテ處斷スヘキモノトス  
臨終一言ス先ニモ述ヘタルカ如ク第三百三十二條以下ニ於テ之ヲ法  
律カ加重ノ情アル場合トスルハ普通ノ場合ト異ナリ管ニ胎兒ノミナ  
ラス婦女ヲモ之ヲ害スルカ故ナリ

### 第七節 幼者老疾者ヲ遺棄スル罪

本罪ハ第三百三十六條乃至第三百四十條ニ規定ス

第三百三十六條ニ曰ク八歳ニ滿サル幼者ヲ遺棄シタル者ハ一月以  
上一年以下ノ重禁錮ニ處ス

自ラ生活スルコト能ハサル老若、疾病者ヲ遺棄シタル者亦同シ、  
第三百三十七條ニ曰ク八歳ニ滿サル幼者又ハ疾病者ヲ寥閱無人ノ

第二編 身体財産ニ對スル重罪 輕罪 第一章 身体ニ對スル重罪、輕罪 第七節  
幼者、老疾者ヲ遺棄スル罪