

故ニ佛國ニ於テハ彼ノ民法第三條ノ原則ヲ以テ之ヲ定ム
 我國ニ於テハ刑法治罪法頒布以前未タ法律ノ完全ナルモ
 ノ備ハラサリシヲ以テ之カ起草者タルボアソナード氏ハ
 刑法草案第七條ニ於テ故ラニ之カ明文ヲ掲ケタリ其文ニ
 曰ク「外國人日本ノ邦土内若クハ其附屬國ニ於テ罪ヲ犯シ
 タルモノハ日本ノ法律ニ從ツテ罰スヘキモノトス」下故ニ
 他日治外法權ノ壞ル、ニ至リテ草案法文ノ實行セラルヘ
 キ日ニ際シテハ内國人ト外國人トニ論ナク苟クモ日本管
 内ニ在ルモノハ總テ日本刑法ニ服從スヘキモノトス
 然ラハ此原則ニ付テハ毫モ例外ノモノアラサル乎先ニ佛
 國ニ付テ講述シタル所ノ例外即チ皇帝及ヒ外國ノ外交官
 ノ如キハ假令法律ノ明文ナキモ政治上及ヒ外交上ノ理由

ニヨリテ到底日本刑法ニ服從セシムルコト能ハサルナリ
 而シテ彼ノ代議士ノ如キハ他日憲法ノ設ケアリテ國會ノ
 規律定マルニ至ルマテハ豫シメ之ヲ斷言スルコト能ハサ
 ルナリ然レモ是又其開會中若クハ議場ノ言論ニ付テハ多
 少例外ノ處置アルヘキコト、信スルナリ

第三 日本刑法ハ其邦土外即チ外國ニ於テ犯シタル如
 何ナル犯罪ニ及フヘキヤ

此問題ニ付テハ彼ノ刑法ハ土地ニ屬シ又人ニ屬スト云ヘ
 ル原則ノ人ニ屬スル部分ニ關スルモノトス言ヲ換ヘテ云
 ヘハ日本人ノ外國ニテ犯シタル罪ヲ日本國ニ於テ處斷ス
 ヘキハ如何ナル罪ナルヤ我刑法草案ノ定ムル所ニ依レハ
 日本人ノ外國ニ於テ犯シタル罪ニシテ日本刑法ニ依テ處

斷スヘキモノ大別シテ二類トス
 第一類ハ草案第四條ニ定ムル所ナリ諸君ノ參考ノ爲メ佛
 語原文ニ付キ之カ直譯ヲ示サン
 曰ク日本人外國ニ在リテ日本ノ安寧ニ關シ又法律上通用
 スヘキ日本ノ貨幣及ヒ之ニ準スル銀行ノ證券ヲ偽造若ク
 ハ變造シ又國璽官印記號印紙ヲ偽造スル重罪若クハ輕罪
 ヲ犯シタルモノハ日本ノ法律ニ從テ罰スヘキモノトス但
 シ其罪ヲ犯シタル外國ニ於テ已ニ終結ノ裁判ヲ受ケタル
 モノハ日本ニ於テ起訴スルコトナカルヘシト
 右第一類ノ犯罪ヲ分解スレハ日本ノ安寧ニ關スル罪ト一
 般ノ信用ヲ害スル偽造罪ノ二類トス而シテ其所謂日本ノ
 安寧ニ關スル罪トハ起草者ノ旨意ニヨレハ第二編第一章

第二章第三章ノ犯罪ナリト云ヘリ偽造罪ニ付テハ別ニ解
 釋ヲ要スルモノナシ
 俎此條ノ定ムル所ノ第一類ノ犯罪ヲ罰スルニハ一ノ條件
 アリテ存スルナリ即チ第二項ニ明記スル如ク其罪ヲ犯シ
 タル外國ニ於テ終結ノ裁判ヲ經サルコト是ナリ故ニ若シ
 此犯罪ニシテ未タ外國ノ裁判ヲ受ケサル時ハ日本政府ハ
 犯人ノ歸リ來ルト外國政府ノ交付アルトヲ問ハス其他第
 五條ニ定ムル所ノ犯罪處罰ノ爲メニ必要ナル條件ノ具備
 ヲ要セスシテ直チニ之レヲ處斷スルヲ得ルナリ即チ犯人
 ノ日本國內ニ在ルカ又ハ交付ヲ得タル片ハ直チニ之レヲ
 處罰シ然ラサル片ハ欠席裁判ヲ以テ處斷スヘキナリ
 今之ヲ佛國治罪法ニ比照スレハ同法第五條第一項ニ當ル

モノナラン然レモ佛國ノ法律ニ於テ單ニ佛國ノ法律ニヨ
 リ罰スヘキ重罪トノミアリテ廣ク一般ノ重罪ヲ合セ稱ス
 ト雖モ日本刑法草案ニ於テハ其犯罪ノ公ニ對スルモノト
 一個人ニ對スルモノトヲ區別シ其犯罪ノ種類ヲ限リ而シ
 テ其重罪ト輕罪トノ間ニ於テ區別ヲ立テサルナリ是レ佛
 國治罪法ノ定ムル所ト日本刑法草案ニ定ムル所ノ間ニ於
 テ著シキ差異ヲ見ル所トス其理由ハ次ノ條ニ於テ述フヘ
 シ

次ニ草案第五條ニ定ムル所ノ第二類ノ犯罪ニ説キ及ハン
 ニ此犯罪ハ第四條ニ記載シタル以外ノ一切ノ重罪、輕罪ト
 ス蓋シ專ラ一個人ニ對スル罪ニ係ルモノトス今尙ホ前例
 ニヨリ直譯文ヲ示サントス

曰ク日本人外國ニ在リテ前條ニ記載シタル以外ノ重罪、輕
 罪ヲ犯シタル片ハ左ノ條件ノ具備スルニ非サレハ日本ニ
 於テ日本法律ニ從ヒ起訴ヲ爲シ裁判スルコトヲ得ス

一 罪ヲ犯シタル國ニ於テ未タ終結ノ裁判ヲ受ケサル
 時

二 犯人自カラ欲シテ日本國ニ歸リ來リ又ハ外國ヨリ
 交付ヲ得タル時

三 (以下六ニ至ルマテ草案文ト大差ナキヲ以テ之ヲ畧
 ス)

此條ニ付テ注目スヘキモノハ第一前條記載セル犯罪ヲ除
 クノ外罪ノ種類ヲ限ラス廣ク一般ノ重罪、輕罪ヲ指稱スル
 コト第二其被害者ノ日本人タルト外國人タルトヲ問ハサ

ルコト第三許多ノ條件ノ具備ヲ要スルコト
以下右各條件ニ付キ聊カ解釋スル所アラントス

第一 罪ヲ犯シタル國ニ於テ未タ終結ノ裁判ヲ受ケサ
ル時

此條件ハ前條第二項ニ記載スルモノト同一トス蓋シ羅馬
法以來傳來スル所ノ法律格言ヲ適用シタルモノナリ其格
言トハ所謂一事不再理ノ格言是ナリ此格言タル既ニ萬國
相互ノ間ニ於テモ公認スル所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ一個ノ
要件トナシタルナリ故ニ前條ノ犯罪ニ付テモ此條ノ犯罪
ニ付テモ己ニ其犯罪事件ノ爲メ外國ニ於テ裁判ヲ受ケタ
ル片ハ其裁判ハ刑ヲ言渡シタルモノタルト無罪ヲ言渡シ
タルモノタルトニ論ナク又日本國ニ於テ何程其裁判ヲ不

満足トスルモ到底其事件ニ付キ更ニ公訴ヲ起シ裁判スル
コトヲ得サルナリ

第二 犯人自カラ欲シテ日本國ニ歸リ來リ又ハ外國ヨ
リ交付ヲ得タル時

右第二ノ要件ニ於テ最モ注意スヘキコトハ即チ此條ノ罪
ニ付テハ欠席裁判ヲ爲スヲ得サルコト是レナリ蓋シ此條
ノ犯罪タル元來外國ニ在リテ犯セルモノニシテ直接ニ日
本ノ大害ヲ爲スモノニアラス故ニ強テ穿鑿シテ之ヲ罰ス
ルヲ要セス然レモ若シ其犯罪人ニシテ内國ニ歸リ來ル時
ハ他ノ良民ノ爲メニ危害アル而已ナラス罪ヲ犯シ無罰ニ
過クルノ惡例ヲ示スノ恐アルヲ以テ之ヲ不問ニ置クコト
ヲ得ス又其被害者若クハ外國政府ノ告訴告發アル片ハ是

レ又不問ニ置クコトヲ得ス故ニ犯人ノ自カラ歸リ來ラサル片ハ之カ交付ヲ求メサルヲ得ス而シテ之ヲ求メテ交付ヲ得サレハ則チ己ム若シ其交付ヲ得ルニ於テハ必ラスヤ之カ裁判ヲ爲サ、ルヲ得ス是レ即チ第二ノ要件アル所以ナリボアソナード氏曰ク「犯人交付ノ手續ヲ以テ本邦ニ於テ之ヲ罰スル所以ノモノハ他ノ良民ノ危害アリ且ツ醜惡ノ俗ヲ生スルノ恐アルニアラスシテ當然ノ裁判權ニ付シ且ツ欠席裁判ヲ爲サスシテ對審ノ上、審理ヲ遂ケンカ爲メナリ」ト

第十九回 明治十八年九月三日

本日ハ前回ノ續ヲ説カントス

此第二要件ニ付テハ草案文ニハ犯人日本國ニ歸リ來リテトアリテ自カラ欲シテノ文字ナシ然レモ原文ニハ「ウオロントールマン」ノ一語アリテ自カラ欲シテ又ハ自カラ好シテト云ヘル義ヲ表セリ蓋シ草案者ノ此語ヲ加ヘタルハ偶然ニアラス佛學者ノ説ニ論究スル所ノモノヲ掲出シタルナリ而シテ其犯者ノ自カラ欲シテ歸リ來ルコトヲ必要トスル論旨ニ曰ク「抑外國ニ於テ罪ヲ犯シタル者ヲ罰スルニ其歸リ來ルヲ待ツヲ要スルハ其者ノ内國ニ在リテ重ネテ惡事ヲ爲サンコトノ危險ヲ避クルカ爲メナリ然ラハ彼ノ難船風雨ノ爲メニ偶然本國ニ漂着シ又ハ他ノ事故ノ爲メニ捕ハレ人トナリテ本國ニ送致セラレ、片ノ如ク自意ニ反シテ歸リ來ル者ノ如キハ本國ニテ惡事ヲ爲スノ意ナキ

モノナリ從ツテ又危險ノ憂ナシ既ニ危險ナケレハ之レヲ
罰スルノ理ナシ況ンヤ危難災厄ニ罹リテ不幸ニモ本國ニ
歸リ來ルヲ僥倖トシ之レニ刑罰ヲ科スルハ頗フル人情ニ
反スルモノナリ故ニ自カラ欲シテ歸リ來リタル時ノ外ハ
之レヲ罰スルコトヲ要セス」ト

是レ即チ佛國其他ノ學者カ論スル所ニシテ日本刑法起草
者カ之レヲ明記シタル所以ナリ然ルニ今草案ノ文中ニハ
「自カラ欲シテ」ノ一語ヲ見ス是レ立法者カ不用ト認メタル
カ將タ翻譯者カ脱落セシヤハ知ルヘカラサル所ナレトモ只
此事ヲ一言シテ諸君ノ參考ニ供スル而已

第三 日本國ノ法律ニ於テ罰スル所ノ犯罪ニシテ之レ
ヲ犯シタル國ノ法律ニ於テ重罪輕罪ト爲ス片

此條件ニ付テハ大ニ佛國ノ法律ト異ナル所アリ佛ニ於テ
ハ治罪法第五條第二項ニ定ムル所ノ如ク單ニ佛國ノ輕罪
タルヘキ罪ニ付テノミ其罪ヲ犯シタル國ノ法律ニ於テモ
之ヲ罰スルモノタルコトヲ必要トセリ

然ルニ草案ニ於テハ重罪ニ及ホシ重罪輕罪共ニ同一ノ條
件ニ從フヘキモノトセル即チ是レナリ

佛國ニ於テ獨リ輕罪ニ付テノミ彼我ノ法律ニ於テ罰ス
ル所タルヲ必要トナシタル所以ハ凡ソ重罪ヲ以テ稱スル
所ノ罪ハ其害概ネ重大ナルヲ以テ文明諸國ノ法律大抵相
同シキ所ナリト雖ト輕罪ニ至テハ其事其害共ニ輕微ニ屬
スルヲ以テ甲ノ國ニ於テ輕罪ト爲ス所ノモノモ乙ノ國ニ
於テハ無罪タルモノモ多カラシ然ルニ其所爲ノ無罪タル

ヘキ乙ノ國ニ於テ公然タル事ヲ甲ノ國ニ於テ罰スル所ナ
リトテ甲ノ國ノ法律ニ由テ之ヲ處斷スルハ頗ル不當ナリ
トノ論アルニ由リ遂ニ輕罪ニ付テハ之ヲ犯シタル國ニ於
テモ之ヲ罰スルモノタルヲ必要トセリ而シテ此例ヲ以テ
重罪ニ及ホスニ至ラザリシナリ

我草案起草者ニ於テハ更ニ一層ノ議論ヲ進メ即チ思ラク
「重罪ヲ以テ稱スルモノト雖凡萬國悉ク同一轍ニ出テンコ
トハ期スヘカラサルモノナリ甲ノ國ニ於テ重罪ト爲ス所
ノモノニシテ乙ノ國ニ於テ輕罪ト爲スモノモアルヘク甲
國ノ輕罪ト爲ス所ノモノニシテ乙國ノ重罪ト爲ス所ノモ
ノモアラシ然ルヲ只重罪ト輕罪トノ罪名ノ異ナルノミヲ
以テ之ヲ罰セス又其罪名ノ同シキモノ、ミ之ヲ罰スルト

云フハ頗フル事理ニ適セサル論ナリ勿論其所爲ヲ罰セサ
ル國ニ於テ之ヲ犯シタル者ニ付テハ必竟其國ニ於テ禁セ
サル所ナルヲ以テ其所爲アリシモノニシテ若シ其國ニシ
テ其事ヲ禁シタランニハ其所爲ヲ爲サ、リシナラン去レ
ハ素ヨリ之ヲ禁スルノ本國ニアラハ決シテ之ヲ犯サ、ル
モノアラントノ推測ヲ立ツルヲ得ヘキヲ以テ彼此ノ法律
共ニ之ヲ罰スルヲ要スルノ點ニ付テハ至當ナリ然ルニ其
之ヲ輕罪ニ限ルノミナラス彼此共ニ輕罪ト爲スモノニ限
ル彼此ノ法律共ニ輕罪タルヲ要
ノ論ナリ故ニ日本ニ於テハ重罪輕罪ヲ別タス又日本ニ重
罪トナス所ノモノハ外國ニ於テ之ヲ重罪ト爲スト輕罪ト
爲ストヲ問ハサルヘシト

以上日本刑法草案者カ歐洲諸國ノ先例ニ倣ハスシテ此ノ
法例ヲ制定シタル所以ナラン乎果シテ然ラハ余輩モ亦此
改正ヲ賛成セサルヲ得サルナリ

第四 被害者ヨリ告訴ヲ爲シ又ハ外國政府ヨリ日本政
府ニ告發ヲ爲シタル時

此條件ヲ要スル所以ノモノハ本條ノ罪タル元來外國ノ犯
罪ニ係ルヲ以テ一時ノ浮説訛傳ヲ信シテ輕忽ニ事ヲ處シ
テ失誤ナカラシムコトヲ欲シタルニ由ルモノトス

第五 罪ヲ犯シタル國ニ於テ大赦ヲ受ケサル時

第六 罪ヲ犯シタル國ノ法律ニ照シ公訴ノ期滿免除ヲ

經サル時

第五ノ大赦トハ諸君モ既ニ知ラル、所ナランカ大赦トハ

固ト「アムニスチー」(羅甸語)ニシテ其義ハ忘ル、ノ意ナリ即
チ犯罪アリシコトヲ忘レ去ルノ意味ニシテ原ヨリ罪ナキ
モノトスルノ赦典ナリ此特典ヲ受ケタル片ハ其罪跡ヲシ
テ全ク消滅ニ歸セシムルモノナリ故ニ日本ニ於テ其罪ヲ
理スルコトヲ得ス又期滿免除ノ如キモ其旨意ハ異ナリト
雖モ到底其罪跡ヲ消滅スルモノナリ故ニ此二者アルニ於
テハ日本國ニ於テ其罪ヲ治スルコトヲ許サ、ルナリ但シ
期滿免除ノ期限ハ一ニ其罪ヲ犯シタル國ノ法律ニ定ムル
所ニ據ルヘキノ明文アルヲ以テ假令日本ノ法律ニ於テハ
未タ期滿免除ノ期限ヲ經過セサルモ已ニ外國ノ期滿免除
期限ヲ經過シタルモノハ日本ニ於テハ之ヲ如何トモスル
コト能ハサルナリ

右ノ如ク草案第五條ノ外國犯罪ニ付テハ以上列叙セル六簡ノ條件ヲ具備スルニアラサレハ之ヲ罰スルコトヲ得サルナリ

以上講述シタル所ノモノハ日本人カ外國ニ在リテ罪ヲ犯シタル場合ニシテ此場合ニ於テハ實際日本國ト罪ヲ犯シタル外國トノ兩國ニ於テ裁判權アル場合多カルヘシ則チ日本ニ於テハ刑法ハ人ニ屬スルノ原則ニ由リ裁判權ヲ有シ外國ニテハ刑法ハ邦土ニ屬スルノ原則ニ依テ裁判權ヲ有スル是レナリ左レハ日本人外國ニ在リテ罪ヲ犯シ日本ニ歸リ來ルニ當リ外國政府ヨリ自カラ之ヲ罰センコトヲ欲シテ日本政府ニ向ヒ犯人ノ交付ヲ請求スル片ハ之ニ處スル如何即チ草案第七條ハ之ニ答フル所以ノモノナリ

曰ク日本人ハ外國政府ヨリ之ヲ裁判シ及ヒ之ヲ罰スルカ爲メニ其交付ヲ求ムト雖モ之ヲ交付セスト
今先ツ前條及ヒ此條ニ於テ單ニ交付トアルモノハ如何ナルモノナルヤト云フニ佛語ニ所謂「エキストラヂション」ニシテ自國ヨリ他ノ國ニ犯罪人ヲ引渡スノ義ナリ此犯罪人交付ノ事ニ付テハ歐米學者ノ間ニ於テモ頗ル議論アル所ナリ然レモ此事タル到底各國相互ノ事ニ屬スルヲ以テ相互ノ條約定款ヲ以テ互ニ其場合ヲ定ムルニアラサレハ法律上ノ効力ヲ有スルコトナシ勿論其未タ條約有ラサル國ト國トノ間ニ於テモ犯人ノ交付ヲ求ムルコトヲ得ヘク又求ヲ受ケタル國ニ於テ之レニ應スルコトモ之レアルヘシト雖モ必竟是レ交際上ノ處置ニ過キサルヲ以テ一方ニ於

テハ之ヲ強ユルノ權ナク他ノ一方ニ於テハ之ニ應スルノ義務ナキモノナレハ決シテ頼ムニ足ラス左レハ犯人交付ノコトニ付テハ各國ト條約アルニアラサレハ日本ノ法律ニ於テ之ヲ定ムルコト能ハス故ニ草案ニ於テモ犯人ノ交付ヲ請求シ得ヘキ場合ト又如此請求ニ應スヘキ場合ト云ハスシテ何レノ國ニ對シテモ何レノ場合ニ於テモ他國ノ請求ニ應セサル場合ノミヲ明記シタリ獨リ此場合ニ限リ自國ノ法律ヲ以テ定メ得ル所以如何ト云フニボアソナー
 氏曰ク本條ニ於テ明記スル所ノ文義ハ犯人内國人ニシテ現ニ内國ニ在ル者ヲ犯罪ノ國ニ交付セサルヲ云フナリ蓋シ其然ル所以ノモノハ其罪ハ之ヲ外國ニ於テ犯シタルモノト雖モ第四條第五條ニ依レハ日本ノ法律ニテ之ヲ處

分スルノ權アリ加之外國ニ於テハ所犯其内國ノ犯罪ニ係ルヲ以テ欠席裁判ヲ以テ之ヲ罰スルヲ得ヘシ之ヲ外國ニ交付スルハ至當ナラサルノミナラス之ヲ交付シテ自國ノ裁判權ヲ拋棄スルハ自國人民ニ對シテ保護ト裁判權トヲ有スルノ大義ニ背クニ至レハナリ今假リニ一國ノ政府ヨリ他ノ外國政府ニ向ツテ犯罪ノ交付ヲ請求シ得ヘキ場合ヲ述フレハ左ノ如シ

第一 日本人内國ニ在リテ罪ヲ犯シ逃亡シテ外國ニ在ル片

此場合ニ於テハ犯人ノ交付ヲ請求シ得ヘシト雖モ其罪國事犯ニ係ル片ハ歐米各國大抵ハ之カ交付ヲ肯セサルナリ其所以ハ第一國事犯ナルモノハ必竟政事上ノ意見ヲ異ニ

シ之カ改良ヲ圖ルノ愛國心ニ原因スルモノナリトノ推測ト一ハ其犯人ノ外國ニ在ルモ其外國人民ノ爲メ毫モ危険ナキヲ以テノ故ナリ

第二 日本人外國ニ在リテ第四條又ハ第五條ノ罪ヲ犯シタル場合

此場合ニ於テモ亦當然犯人ノ交付ヲ求メ得ヘシト雖モ外國政府モ亦自ラ之ヲ裁判シ得ヘキヲ以テ請求ニ應セスシテ其國ニ於テ裁判スルコトアルヘキナリ

第三 外國人其本國ニ在リテ第四條ノ罪ヲ犯シテ猶ホ其國ニ在ル片

此場合ニ於テハ交付條約ノ定款ニ依リ或ハ之ヲ請求スルコトヲ得ヘキヤモ知ルヘカラスト雖モ已ニ日本ニ於テ第

六條ノ原則ヲ定ムル以上ハ他ニ於テモ同様ナルヘキヲ以テ恐ラクハ之ヲ望ムコト能ハサルヘシ

第四 外國人其本國ニ在リテ第四條ニ記載セル罪ヲ犯シ而シテ後他ノ外國ニ在ル片例セハ英國人英國ニ在リテ第四條ノ罪ヲ犯シ而シテ後佛國ニ在ル片

此場合ニ於テ日本政府ハ直チニ佛國ニ向ツテ其英國人ノ交付ヲ請求スルコトヲ得ヘシト雖モ是亦歐米諸國ニ於テハ實際之カ求メニ應スルモノナシト云フ

右第三及第四ノ場合ハ即チ草案ノ第八條ニ定ムル處ニシテ佛國治罪法第七條ニ定ムル所ト相同シ此場合ニ於テハ外國ニ於テ未タ終結ノ裁判ヲ受ケサルト犯人カ日本ニ歸リ來ルトノ二條件ヲ具備スルニアラサレハ之ヲ處分スル

コトヲ得ス佛ノ法律ニ依レハ佛國ニ於テ逮捕セラレ、カ
又ハ外國政府ノ交付ヲ得タル片トアレモ草案ニハ交付ノ
コトヲ云ハス是レ蓋シ前ニ述ヘタルカ如ク實際外國ニ於
テ之レニ應セサルノミナラス是等ハ要スルニ條約ノ定マ
ルヲ待ツテ定ムヘキモノナルカ故ニ豫シメ之ヲ明言セサ
ルモノナラン

第二十回 明治十八年
九月八日

前數回ニ於テ佛國刑法并ニ日本刑法草案ニ付テ外國犯罪
ノコトヲ説キ了レリ依テ本日ハ刑法々例中ノ第四條ニ付
テ講述スル所アラントス

刑法第四條ニ曰ク此刑法ハ陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ論

ス可キ者ニ適用スルヲ得ス下

此條ハポアソナード氏ノ起草セラレタル草案ノ文義ト相
表裏スル所ノ文例ヲ用ヒタルヲ以テ或ハ此條ノ旨意ヲ解
スルコトヲ得ストマテニ論スル者アリ故ニ此條ノ旨意ヲ
説クニ先チ此ニ刑法草案ノ譯文ヲ示サン

其第九條ニ曰ク此刑法及ヒ諸罰則ハ軍人軍屬ニ於テモ之
ヲ適用ス但シ陸海軍ニ關スル特別ノ法律ヲ以テ論スル者
ハ此限ニアラス下

右ノ文義ヲ以テ見レハ此刑法ハ軍人軍屬ニモ之ヲ適用ス
ルヲ以テ其正面トナス然ルニ現行法律ノ明文ハ之ト相反
シテ此刑法ハ陸海軍ノ法律ヲ以テ罰スヘキモノニ適用ス
ルヲ得スト云フヲ正面ト爲ス蓋シ陸海軍ノ法律ヲ以テ論

スヘキ者ニハ即チ其軍法ヲ適用スヘクシテ此刑法ヲ適用
スヘカラサルハ固ヨリ言フ俟タス去レハ此條ハ畢竟無用
ニ屬セン諸君モ知ラル、如ク各國大抵普通刑法ノ外ニ陸
軍海軍ノ法律ヲ設ケ一層其取締ヲ嚴重ニスルナリ而シテ
其軍法ハ他ノ各種ノ單行罰則ノ類トハ同シカラスシテ自
カラ一個ノ法典ヲ爲スノミナラス之レニ服従スル者ニ至
リテモ一層明確ナル義務ノ存スル有ルヲ以テ之ヲ一種ノ
モノト爲スナリ

佛國ニ於テハ我刑法第四條ト同一ノ規則ヲ掲ケタリ曰ク
「此法典ノ條例ハ軍事ノ違警罪、輕罪、重罪ニ適用セサルモノ
トス」ト

我刑法ノ起草者タルボアソナード氏ニ於テハ此佛國ノ刑

法ニ於テモ一二ノ非難ヲ免カレサルヲ以テ草案ニハ之ヲ
改メタルモノナルヘシト雖モ審査官ニ於テ又此草案ヲ改
メタルニ付テモ何カ理由ノアリタルコトナラント察スル
ナリソハ兎モ角モ第四條ノ規則ハ佛蘭西刑法第五條ノ文
例ト相似タルヲ以テ余ニ於テハ第四條ヲ解スルニハボア
ソナード氏ノ旨意ニ從ハンヨリハ寧ロ姑ラク佛國立法者
ノ旨意ニ從テ日本立法者ノ精神ヲ推究スルヲ以テ却テ其
當ヲ得ルコトナラント信スルナリ請フ先ツ佛國刑法第五
條ト日本刑法第四條トヲ比照センニ其旨意ニ於テハ彼此
全ク相同シト云フテ可ナリ只タ彼レニハ軍事ノ違警罪、輕
罪、重罪云々トアリ日本刑法ニハ陸海軍ニ關スル法律ヲ以
テ論スヘキモノ云々トアルノ別アルノミ倍此條ハ佛國刑

法第五條ト其旨意ヲ同フスルモノトスル片ハ此條ヲ解スル如何シテ可ナラン之ニ答フルニハ先ツ本條ニ所謂陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ論スヘキモノトハ果シテ何者ヲ指セルヤヲ解セサルヘカラス或註解者ハ之カ解ヲ爲シテ曰ク是レ即チ軍事犯ヲ指スモノナリト若シ之ヲ純粹ノ軍事犯ト解スルトキハ彼ノ陸海軍刑法ニ定ムル所ノ抗命違令逃亡等ノ如キ其軍人タルニアラサレハ犯スコト能ハサル罪ニ止マルヘキナリ果シテ然ラハ常人ニシテ犯スコトアルヘキ軍事ニ關スル罪及ヒ其罪ハ普通刑法ノ犯罪タルモ其犯人ノ軍人タルノ故ヲ以テ軍法ニ特例アル者ノ如キハ之ヲ包含セサルモノト云フニ至ルノ恐アリ左レハ陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ論スヘキ者トハ單ニ純粹ノ軍事犯ヲ

指スノミニアラシテ左ノ三個ノ犯罪ヲ指稱スルモノト解セサルヲ得ス

第一 軍人ニアラサレハ犯スコト能ハサル軍事犯例ヘハ抗命違令逃亡ノ如キ是ナリ

第二 常人ノ犯シタル軍事ニ關スル罪例ヘハ陸軍刑法第十二條第十三條海軍刑法第三條及第四條ニ總稱スル所ノ罪ノ如キ是ナリ

第三 通常ノ犯罪ニシテ軍人ノ犯シタル場合ニ於テ特

ニ陸海軍刑法ニ明文アルモノ

以上此條ニ所謂陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ論スヘキモノニシテ即チ此刑法ヲ適用スヘカラサルモノトス去レハ此條ノ正面ヨリ云ヘハ以上三個ノ場合ニ於テハ何レノ裁判

所ニ於テモ此刑法ヲ適用スルコトヲ禁スルモノトス而シテ其背面ヨリ云ヘハ其他普通刑法ニ定メタル普通ノ犯罪ニ至リテハ悉ク普通ノ刑法ヲ適用スヘキモノトスポアソナード氏ハ即チ本條ノ背面ヲ以テ草案第九條ノ正面ト爲シ前ニ述ヘタル三箇ノ場合ヲ以テ例外ト爲シタルナリ蓋シ論理上ヨリ云フモ亦其區域ノ點ヨリ考フルモ草案ノ文例或ハ其ノ當ヲ得ルモノ、如シト雖氏未タ審査官ニ於テ之ヲ改メタル所以ノ理由ヲ解セサルヲ以テ今俄カニ之カ判斷ヲ下スコトヲ爲サ、ルナリ

余ハ今前述ノ軍法ニ關スル法律ヲ以テ論スヘキ者以外ノ普通刑法ニ定ムル所ノ犯罪ニ就テハ軍人ニ對シテモ無論普通刑法ヲ適用ス可キモノナリト云ヘリ其適用ス云々ト

ハ普通裁判所ニ於テ裁判スルニアラスシテ軍法會議ニ於テ普通刑法ヲ適用スヘキヲ云フナリ語ヲ換ヘテ云ヘハ法律ヲ適用スルト適用スル管轄トヲ混同スヘカラサルヲ云フナリ

偕其管轄ノコトニ付テハ治罪法ノ講義ニ於テ詳説アルヘキヲ以テ茲ニ此事ヲ説クヲ要セスト雖氏諸君ノ爲メニ茲ニ一言スヘキモノアリ即チ本年太政官第十二號ノ布告ヲ以テ大ニ従前ノ處分法ヲ變更シタルコト是ナリ而シテ其變革ノ最モ著シキモノハ該布告ノ第一條ニ定メタル所ノモノ即是レナリ其文ニ曰ク「常人ニシテ陸軍刑法海軍刑法ノ罪ヲ犯シタルモノハ普通裁判所ニ於テ之ヲ審判ス但シ刑ノ執行ハ普通ノ規則ニ從フ」ト

此條ニ付テ注意スヘキハ第一此布告ヲ以テ普通裁判所ニ陸軍及ヒ海軍刑法ノ適用ヲ許シタルコト是レナリ従前ニ在リテハ軍法會議ニ於テ普通刑法ヲ適用シタリト雖モ未ダ普通裁判所ニテ陸海軍刑法ヲ適用スルノ權アルコトヲ聞カサルナリ第二此布告ニ依レハ常人ノ正犯タルト從犯タルトニ論ナク凡テ普通裁判所ノ管轄ニ屬セシメタルコト是レナリ従前ニ在リテハ前ニ述ヘタル三箇ノ場合中第二ノ場合及ヒ其他軍事犯若クハ軍人ノ從犯タル場合ニ於テハ常人ト雖モ尙ホ且ツ軍法會議ノ審判ヲ受クヘキ者タリシナリ然ルニ此布告ニ依レハ舊ニ其軍事犯ニ於テ若クハ軍人ノ從犯タル場合ニ於テ普通裁判所ノ審判ヲ受クヘキノミナラス前述第二ノ場合即チ常人ノ犯シタル軍事ニ

關スル罪ノ場合ニ於テモ尙ホ普通裁判所ノ審判ヲ受クヘキノトセリ斯ク前ニ述ヘタル第二ノ場合ヲ以テ普通裁判所ノ管轄ニ屬セシメタルヲ見テ或ハ刑法第四條ノ刑法ノ適用ヲ禁止セル一ノ場合ヲ減シタルモノナラント誤解スルノ恐レアリ蓋シ此布告ヲ以テハ未ダ第四條禁止ノ場合ヲ減セサルナリ其故如何ト云フニ假令前述第二ノ場合ヲ普通裁判所ニ於テ審判スルモ其適用スル所ノ法律ハ陸海軍ノ刑法ニシテ決シテ普通刑法ヲ適用スヘキモノニアラサレハナリ諸君或ハ茲ニ惑ヲ生センコトヲ恐レテ一言此布告ノコトニ及ヒタルナリ

第二十一回 明治十八年九月十日

本回ニハ此刑法ト他ノ法律規則トノ關係ヲ説カントス
 第五條第一項ニ曰ク「此刑法ニ正條ナクシテ他ノ法律規則
 ニ刑名アル者ハ各其法律規則ニ從フ」ト
 法律ニ普通法、特別法ノ別アルコト及ヒ其之ヲ分別スル所
 以ノ理由ハ犯罪ノ種別ヲ説クニ當リ既ニ之ヲ詳説セリ故
 ニ茲ニ再説セス

此條第一項ニ定ムル所ノ規則ハ普通法ニ正條ナクシテ特
 別法ニ刑名アルニ於テハ普通法タル刑法ニ正條ナキノ故
 ヲ以テ之ヲ不問ニ付セス特ニ正條アル他ノ法律規則ニ依
 テ處斷スヘシト云フニ在リ理論上ヨリ云フ片ハ敢テ之レ
 カ明文ヲ要セサルモノ、如シ然レモ此刑法頒布前ニ行ハ
 ル、所ノ許多ノ規則ハ刑法ノ頒布後ヨリ之ヲ廢止シタル

モノナルヤ否ヤノ疑ナキヲ保セス此條ハ即チ刑法ト他ノ
 法律規則トハ其所用ヲ異ニスルモノニシテ共ニ並ヒ行ハ
 ル、モノタルコトヲ明示セルモノナリ故ニ此點ヨリ曰フ
 片ハ刑法第五條ハ特ニ刑法頒布以前ニ關スルモノ、爲メ
 定メタルモノナルカ如シ

於是乎或註解者ハ此條ハ全ク頒布前ノ規則ニ對スル關係
 ヲ定メタルモノナリト云ヘリ勿論此刑法頒布ノ當時ニ在
 リテハ其効用ハ既往ノ法律規則ニ對シテ之アルモノナリ
 ト雖モ抑此條ヲ設ケタル所以ノ精神ニ至リテハ決シテ獨
 リ既往ノ規則ニ對スル關係ヲ定メタルニアラスシテ尙ホ
 將來ノ法律規則ノ關係モ亦之ヲ豫定スルモノナリ
 右ノ如ク此條ノ規則ハ既往將來ノ法律規則ニ對スルモノ

ナルカ故ニ茲ニ一二ノ疑問ヲ生シタリ
 第一此條ハ刑法ニ正條ナクシテ他ノ法律規則ニ刑名アル
 場合ノコトニ係ル然レハ若シ其裏面即チ此刑法ト他ノ法
 律規則ト共ニ正條アル場合ニ於テハ彼此何レノ法律ニ從
 ツテ處斷スヘキヤト
 此疑問ニ付テハ既ニ刑法審査ノ際ニ議論アリシヲ以テ特
 ニ立法者ノ注意スル所トナリ刑法實施前明治十四年第七
 十二號ノ布告ヲ以テ此疑問ヲ決シタリ其第六條ニ曰ク「法
 律規則中罰例アリト雖モ刑法ニ正條アルモノハ刑法ニ依
 テ處斷ス」ト然リト雖モ此布告ノ全體ニ付テ其精神ヲ求ム
 ルニ此規則コソ頒布以前ニ對スルモノト云フテ可ナリ果
 シテ然ラハ此刑法以後ニ頒布シタル者ニシテ刑法ト同一

ノ正條アルモノニ付テハ未タ何レニ從フヘキヤノ疑問ナ
 キヲ得ス是ニ於テカ説ヲ爲スモノハ普通法ハ特別法ヲ廢
 スル効ヲ有セス特別法ハ普通法ニ勝ツ等ノ格言ニ依リ此
 刑法頒布以後ノ法律規則此刑法ト共ニ同一ノ正條アル場
 合ニ於テハ必ス特別法ナル他ノ法律規則ニ從フヘキモノ
 ナリト斷定スルニ至レリ
 余モ亦全ク此説ヲ不當ナリト謂フニアラサレモ駁説ノ如
 ク本條ハ獨リ此刑法頒布以前ノ關係ヲ定メタリト云ヒ以
 後ノ特別法刑法ト同一ノ正條アル片ハ其特別法ノ何タル
 ニ論ナク一概ニ特別法ニ從フヘシト論斷スルニ至リテハ
 之ヲ不當ト爲サ、ルヲ得ス第一此條ノ獨リ既往ノ法律規
 則ニ對スル關係ヲ定ムルノミナラサルコトハ立法者ノ精

神ニ付テモ論理ニ於テモ自ラ判然タル所ナリ若シ駁者ノ
 解スル如クナリトスル片ハ此條ハ此刑法頒布ノ當時ノミ
 ニ必要ナルニ過キスシテ畢竟一時ノ法則ト云フニ過キス
 果シテ一時ノ處分法タランニハ宜シク彼ノ明治十四年第
 七十二號布告ノ如キモノヲ以テ之ヲ定メテ可ナリ何ソ之
 ヲ刑法總則第一章ノ法例中ニ掲クヘキモノナランヤ況ン
 ヤ立法者ノ意ニ於テ然ラサルニ於テオヤ故ニ余ハ此規則
 ヲ以テ刑法頒布以前ノ特別法ニ對スルモノナリトノ說ハ
 謬說ナリト斷定スルヲ憚カラサルナリ
 次ニ又頒布後ノ特別法ト刑法トノ抵觸スル場合ニ於テ一
 概ニ特別法ニ從フヘシトノ說ノ如キモ尙ホ未タ盡サ、ル
 所アルコトハ既ニ諸君ニ呈シタル刑法義解増補ニ於テ其

大畧ヲ闡陳シタレハ其意ヲ領セラレタルナラン元來特別
 法ナルモノハ一種ノ事業若クハ一部分ノ人民ニ限リテ施
 行スルモノニシテ其及フ所ノ區域ハ概ネ判然タルモノナ
 レハ大抵普通法ト同一ノ正條アルヘキ理ナキナリ然レモ
 彼ノ増補ニ於テモ示シタル例ノ如ク已ニ刑法ニ賣藥ニ關
 スル正條アリテ後ニ設ケタル賣藥取締規則ニ於テモ亦同
 一ノ正條ヲ掲クルカ如キコトナシトセス是等ハ所謂其關
 スル所ノ區域判然タルカ故ニ其普通人民ニ對シテハ普通
 法ヲ適用シ其特別法ニ從フヘキ營業人ニ對シテハ特別法
 ヲ適用スルヲ以テ當然ノ處分ト信スルナリ是レ或說ノ盡
 サ、ル所アリト云フ所以ナリ
 如此論スル片ハ諸君或ハ曰ハシ前例ノ如ク全ク其管スル

人民ノ部分即チ區域ノ判然タルモノニ付テハ或ハ然ラン然レレ例ヘハ鐵道規則ノ如キ全國一般ノ人民カ遵奉スヘキ規則中刑法第百六十五條ト同シク氣車ノ往來ヲ妨害スルカ爲メ鐵道及ヒ其標識ヲ毀壞シタルモノハ重懲役ニ處ストノ明文アリト假定センニ此場合ニ於テハ普通一般ノ人民ニ對スル法則ナルヲ以テ前例ノ如ク彼此ノ分別ヲナスコトヲ得ス或者ノ特別法ニ從フヘシトハ蓋シ此ノ場合ヲ指スモノナラン下余ハ此場合ニ於テモ其裁判宣告ノ文ニ右二法ノ正條ヲ併セ掲クルカ若シ否ラスシテ其ノ一ニヨルヘキモノトスル片ハ尙ホ刑法ニ從ツテ處斷スヘキモノト論スルナリ其所以ハ第五條ノ文義ヲ正當ノ解釋法ニ依テ解説スル片ハ其裏面ノ意義ハ刑法ニ正條アルモノハ

刑法ニ從フヘシト云フニ在リテ立法者ノ主意モ亦然ルコトハ審査委員ニ於テ此場合ノ爲メ明文ヲ掲ケントスルノ説アリシコト、此説ノ採用セラレサリシ所以ノ理由ニ於テ判然タレハナリ

以上第一項ヲ説キ了レリ是ヨリ第二項ニ説キ及ハントス第二項ハ此刑法ノ總則ハ獨リ刑法ニ適用スヘキノミナラス他ノ法律規則ニモ亦適用スヘキモノナルコト、他ノ法律規則ニ於テハ別ニ總則ヲ設ケスシテ刑法ノ總則ニ從フコトヲ得ルト雖レ又別ニ其總則ヲ設クルコトヲ得ル旨ヲ明示スルモノナリ蓋シ若シ之ヲ明示スルノ法文ナキ片ハ特別ノ法律規則ニ於テ各其總則ヲ定ムルヲ要シ實際無益ノ煩勞ヲ致スノ弊アレハナリ然レレ亦一概此刑法ノ總則

ニ依ルヘキモノトスル片ハ第一今日ノ立法者ノ權ヲ以テ
將來ノ立法者ヲ檢束スルニ至ルノ不當アルノミナラス實
際或ハ犯罪ノ事柄ニヨリ或ハ一時ノ弊害ヲ矯正センカ爲
メニ別段ノ處分ヲ施サントスルニ當リテ大ナル不便アル
ヘキヲ以テナリ

第二十二回 明治十八年
九月十四日

本回ヨリ刑法第一編第二章及ヒ第三章ニ説キ移ルヲ以テ
其順序トス然レモ此兩章ハ之ヲ解スル敢テ困難ノ法章ニ
アラサレハ暫ク茲ニ省略シ直ニ第四章ニ説キ入ラントス
若シ他日學期内ニ於テ餘暇ヲ得ハ再ヒ溯リテ右兩章ヲ講
述スルコトアルヘシ諸君之レヲ諒セヨ

第四章 不論罪及ヒ減輕

第四章ハ一般ノ不論罪及ヒ減輕ノコトヲ定ムルモノニシ
テ之ヲ分ツテ三節ト爲ス第一節ニ不論罪及ヒ宥恕減輕ノ
コトヲ定メ第二節ニ自首減輕ノコトヲ定メ第三節ニ於テ
ハ酌量減輕ノコトヲ定メタリ今此第一節ヨリ講シ始メン
トスルニ當リ刑法ノ順序ニ拘ハラヌ第一節ヲ分ツテ二ト
ナシ第一ニハ特ニ不論罪各種ノ事理ヲ説キ第二ニハ宥恕
減輕ノコトヲ説カントス

第一 不論罪ノ事

抑不論罪トハ刑法第一條ノ所謂罪ト爲ルヘキ所爲アルモ
之ヲ罪トシテ論セサルノ謂ナリ法律ノ正文ニ於テハ某々
ノ罪ハ其所爲ヲ論セスト在リテ其所爲ヲ以テ正條ノ正面

ト爲スト雖在其實其所爲ノ成跡ニヨリテ罪ノ有無ヲ定ム
 ルニアラスシテ必竟其罪ヲ論セサル所以ノ原理ハ其所爲
 ヲ行フタル人ノ行爲ニ關スル有形無形ノ情況ニ在ルモノ
 トス故ニ其所爲アルモ其罪ヲ論セサルモノ、コトヲ説カ
 ントスルニハ先ツ其所爲アレハ其罪ヲ論スヘキモノニ付
 テ一言セサルヲ得サルナリ嚮ニ刑罰ノ原理ヲ説クニ當リ
 テ人類ニハ生ナカラニシテ靈智アリ靈智アルカ故ニ自由
 アリ自由アルカ爲メニ責任アルコトヲ云ヘリ凡ソ人ノ罪
 ヲ犯シ刑罰ヲ免カレサルノ原理ハ即チ此責任アルカ故ナ
 リ左レハ若シ人ニシテ偶此責任ヲ歸スヘカラサルノ理由
 アルモノ即チ無責任ノ者アルニ當リテハ假令何等ノ所爲
 アルモ之ヲ罪トシ之ニ刑罰ヲ科スヘカラサルコトハ原理

當然ノ結果トス

右畧述スル所ノ原理ニヨレハ人ニ有形ノ惡事ヲ行フコト
 アルモ其所爲ノ罪タルコトヲ辨別シ若クハ辨別シ得ヘク
 シテ之ヲ行フニ自由アリシ片ニアラサレハ之ヲ罪トシテ
 罰スルコトヲ得ス然レハ彼ノ靈智是非ヲ辨別スヘキ精神ト自由トハ
 人ノ所爲ヲ罪トスルカ爲メ必須ノ二原素ニシテ苟クモ其
 一ヲ欠ク片ハ之ヲ罪トシテ罰スヘキモノニアラス即チ此
 章ニ所謂不論罪ノ内ニ入ルヘキモノトス故ニ余ハ今此章
 不論罪ノ事ヲ靈智ナキ者自由ナキ者ノ二題目ニ分ツテ講
 述セントス

(甲) 靈智ナキ者

凡ソ人ノ始メテ生ル、ヨリシテ死ニ至ルマテノ間或ハ天

然ノ原由ニヨリ或ハ一時ノ事由ニ由リテ智覺精神ナキ者
一ニシテ止マラス今其天然ニシテ最モ普通ナルモノヲ舉
クレハ年齢ニ原因スル無智即是トス故ニ余ハ今刑法ノ正
條ノ順序ニ拘ハラズ之ヲ不論罪第一ノ原由トナサントス

一 年齢ニ原因スル無智

凡ソ天ノ人類ニ與フル所ノ智覺ノ能力タルヤ一時ニ其全
キヲ得ヘキモノニアラス其最モ幼稚ノ時ニアリテハ僅カ
ニ感覺(アンスタン)ヲ有スルニ過キス而シテ漸ヤク肉體ノ
生長スルニ從ヒ其智能モ亦發育ス然リト雖也是非ヲ辨別
スルニ付キ充分ナル能力ヲ得ルニ至ルマテハ又許多ノ年
月ヲ要スルモノトス而シテ刑法ハ所謂靈智ヲ備フル者ノ
外ニ及ハサルモノトスル片ハ即チ其是非ノ辨別ヲ爲スニ

足ルヘキ能力ヲ有スル時ニ至ルマテハ之ニ對シテ其効力
ヲ止メサルヲ得サルナリ此智覺能力ヲ有スルニ至ルノ時
期如何ハ時ノ古今人種風土ノ異ナルニ由リテ同シカラサ
ルモノナルカ故ニ古今萬國ニ通用スヘキ定則アルヘキモ
ノニアラス彼ノ羅馬ノ如キハ男ハ十歳半、女ハ九歳半ニシ
テ始メテ犯罪ノ責ニ任スヘキノ時期トナシ而シテ其後智
能全熟ニ至ルマテハ只其刑ヲ減輕スヘキモノトセリ佛國
ノ古法モ一時羅馬ノ例ニ倣フタリト云フ然レモ現行ノ法
ニテハ人ノ生涯ヲ分ツテ二期ト爲シ十六歳以下ト其以上
トヲ以テ之ヲ區分シ其十六歳以下ノ者ニ付テハ辨別ノ有
無ヲ以テ罪ノ有無ヲ定ムルモノトナス故ニ佛國ニ於テ全
ク不論罪中ニ入ルヘキモノハ十六歳以下ノ幼者ニシテ是

非辨別ナキモノト判定セラレタル者ニ限ル其他別ニ法律ノ明文ナシ然レモ余ノ聞ク所ニ依レハ實際ニ於テハ司法大臣ノ訓令ニ由リテ八歳以下ノ幼者ニ對シテハ一切起訴スルコトナシト云フ然レハ寧ロ純然タル不論罪中ニ入ルヘキ時期ハ八歳以下ニ在リト云フヲ以テ穩當ナリトス又日耳曼ニ於テハ犯罪ノ時十二歳未滿ノ者ハ之ヲ裁判所ニ起訴スルコトヲ得スト定メタリ即チ其年齡以下ノ者ハ未タ犯罪ノ責任ヲ負フヘギ智能ヲ有セサルモノト爲スナリ

魯西亞ノ刑法ニ於テハ右無責任ノ時期ヲ定メテ滿七歳以下トナシ以太利刑法草案即チ我刑法編纂ノ爲メ最モ參考トナリタルモノニ於テハ九歳以下ヲ無責任ト定メタリ右

ノ如ク純然タル無責任即チ不論罪ノ年齡ニ付テハ各國其制ヲ異ニスルヲ以テ一定ノ區畫ヲ示スコト能ハサルモノナリ

我刑法ハ右年齡ニ原因スル犯罪ノ責任ニ關スル時期ヲ分ツテ四期ト爲ス即チ十二歳未滿ヲ以テ第一期トシ十二歳以上十六歳未滿ヲ以テ第二期ト爲シ十六歳以上二十歳以下ヲ第三期ト爲シ二十歳以上ヲ第四期ト爲ス

以上我刑法ニ定ムル所ノ分界ナリ蓋シ其第二期中ノ是非ヲ辨別シタル者ヨリ第三第四期ノ者ハ不論罪ノ部ニ入ルモノニアラス宥恕減輕ニ入ルモノナルヲ以テ後段ニ讓リ第一期ト第二期中ノ是非ノ辨別ナキモノ、コトヲ講セントス

第一期ノ幼者ニ關スル不論罪ノ事ハ刑法第七十九條ニ於テ之ヲ定ム即チ左ノ如シ

曰ク罪ヲ犯ス時十二歳ニ滿サル者ハ其罪ヲ論セス但滿八歳以上ノ者ハ情狀ニ因リ滿十六歳ニ過キササル時間之ヲ懲治場ニ留置スルヲ得_ト

此ノ如ク十二歳未滿ノ者ハ前ニ述ヘタル如ク僅ニ感覺アルノミニシテ未タ人ノ人タル所以ノ靈智即チ智覺精神ノ備ハラサルヲ以テ假令何等ノ所爲アルモ全ク之ヲ無責任ノモノトナス而シテ此ノ無責任タルノ推測ハ法律上ノ推定ニシテ之ニ反證ヲ許サ、ル所ノモノトス故ニ其ノ幼者ハ神兒若クハ奇童ヲ以テ稱セラル、所ノ者ニシテ通常ノ大人ニモ勝ルヘキ智能アルノ證アリト雖モ檢察官ハ之ニ

對シテ公訴ヲ起スコトヲ得ス從ツテ又刑罰ノ科スヘキモノナシ然レモ此ノ幼者ニ對シテ刑罰ヲ科スルノ權ナキヲ以テ又此幼者ノ不良ノ感覺ニ對シテ豫防ヲ行ヒ及ヒ社會一般ノ利益并ニ幼者一身ノ利益ノ爲メニ再ヒ同様ノ所爲アルコトヲ防止スルコトヲ得サルモノト論定スヘカラス寔ニ此場合ニ於テハ社會及ヒ幼者ノ爲メ之ヲ改良ニ導クノ方法ヲ定メ得ヘキコト最モ必要トス是レ本條但書ニ於テ懲治場ニ入ルコトヲ許セル所以ナリ
次ニ不論罪中ニ入ルヘキモノハ第八十條第一項ニ定ムル所ノモノ是レナリ
曰ク罪ヲ犯ス片滿十二歳以上十六歳ニ滿サル者ハ其所爲是非ヲ辨別シタルト否トヲ審案シ辨別ナクシテ犯シタル

時ハ其罪ヲ論セス但情狀ニ因リ十歳ニ過キササル時間之ヲ懲治場ニ留置スルヲ得下

右二期ノ幼者ニ在リテハ法律ハ是非辨別ノ有無判然セサルモノト假定スルヲ以テ各事件ニ付テ辨別ノ有無ヲ判定セサルヲ得ス而シテ辨別ナクシテ犯シタルモノハ前述第一期ノ幼者ト全ク同一ナルヲ以テ茲ニ再述セス

以上第一期ト第二期トノ分解如何ニ由テ幼者ノ爲メニハ大ナル利害アルコトハ前ニ述ヘタル所ノ如シ要スルニ其幼者ノ十二歳未滿ナルト否トハ罪ノ有無ヲ斷スルニ最も必要ナルモノト知ルヘキナリ左レハ之カ年齢ハ如何シテ之ヲ證明スヘキモノナリヤ

凡ソ年齢ノ證據中其最も普通ニシテ且ツ確實ナルモノハ

出産ノ證書ヲ呈出スルニ在リ然レモ時トシテ此證書ヲ得難キコトアリ殊ニ我國ノ如キ人ノ身分ニ關スル法律ノ未タ完全ナラサル國ニ於テハ此弊更ニ多シトス現ニ日本裁判所ニ於テハ其裁判宣告書中年齡未詳ト記スル者往々之レアリ若シ夫レ茲ニ説ク所ノ如キ場合ニ在リテ年齢詳カナラスト云フヲ以テ裁判ヲ爲シ得ヘキカ他ノ場合ハ知ラス此年齢ノ分別ニ由テ甚シキ利害アル場合ニ於テハ必スヤ之カ年齢ヲ質サ、ルヲ得ス故ニ其出産ノ證書ヲ得カダキ片ハ被告人ハ萬般ノ方法ヲ以テ之ヲ證明スルノ權利アルモノト論定セサルヲ得サルナリ右ノ如ク年齢ノ分明ナラサル場合ニ當リ之カ如何ヲ裁定スル管轄權ハ陪審官ニ在ルヤ將タ重罪裁判所ニ屬スルヤ是レ佛國ニ於テ起リタ

ル疑問トス同國ノ大審院ニ於テハ最初即チ千八百三十六年九月十六日ノ判決ニ於テハ重罪裁判所之ヲ裁定スヘキモノト判決シタリ然レモ後ニ千八百三十九年五月四日及ヒ其他數多ノ判決例ニ於テハ此疑點ハ陪審官ノ判決スヘキモノト爲セリ蓋シ此場合ニ於テハ年齡ハ罪ノ有無ニ關スル至要ナル原素ナルヲ以テ罪ノ有無ヲ定ムル陪審官ニ屬スルト云フニ在リ我國ニハ未タ陪審官ノ設ナキヲ以テ罪ノ有無モ亦重罪裁判所ノ判定スル所ナルカ故ニ此疑點ノ如キモ同裁判所ノ裁決スル所ナラン

茲ニ又諸君ノ參考ノ爲メ佛國ノ一疑問ヲ示サンニ裁判所ニ於テハ被告人カ十六歳以下タルコトヲ信セシムルニ足ルヘキ論辨モナク被告人ニ於テモ此點ニ付テ辨護スル所

ナク遂ニ陪審ノ裁判ヲ受ケタル後大審院ノ公廷ニ於テ始メテ其年齡ノ問題ヲ呈出スルヲ得ヘキ乎トノ疑問是レナリ判決例ニヨレハ之ヲ呈出スルコト能ハサルモノトナス其理由ニ曰ク既ニ陪審ニ於テ之ヲ有罪者ナリト判定シタル以上ハ暗ニ其十六歳以上ナルコトヲ斷定シタルモノナリ而シテ此事タル事實ノ判定ニ係ルヲ以テ大審院ニ提出スルコトヲ得スト

然レモ學者社會ニ於テハ悉ク此判例ヲ非難スルナリ其說ニ曰ク被告ノ年齡ハ大審院自カラモ云ヘル如ク罪ノ有無ヲ定ムル原則ノ一ナリ其至要ナル原素ヲ知ラスシテ與ヘタル判決ニシテ何ソ之ヲ動カスヘカラサルモノト云フヲ得ンヤ却ツテ彼ノ是非辨別ヲ定ムル法律ノ如キハ被告人

自ラト雖_レ此_レ拋棄シ能ハサル所ノ公益ニ關スル法律ナルヲ以テ若シ之ニ違犯スルモノナル片ハ大審院ニ於テ破棄ノ理由トナスヘキモノナリト斷定セントス云々」ト
以上學者ノ所論トス他日我國ニ於テモ如此問題ノ起ルアラハ余輩モ亦此學者ノ說ニ左袒スル者ナラン

第二十三回 明治十八年九月十七日

前回ニハ不論罪中ノ知覺精神ナキ者ノ第一ノ事由ヲ述ヘタリ今回ハ第二ノ事由ヨリ說キ始メシ

二 精神ノ變態ニ因リテ靈智ナキ者即チ知覺精神ノ喪失ニ因リ是非ヲ辨別セサル者

我刑法ハ第七十八條ニ於テ此不論罪ノコトヲ定メタリ

曰ク「罪ヲ犯ス時知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

此條ニ所謂知覺精神ノ喪失トハ如何ナル義ナルヤ法律ハ其原由ノ何タルヲ說カス然レハ痴愚ニ原因スルト狂癡ニ原因スルトニ論ナク要スルニ是非ノ辨別ナキニ至リシモノヲ總稱スルモノナリト解スヘキナリ然レ_レ此其知覺精神喪失ノ度ニ就テハ自ラ輕重多少ノ別アルヘキナリ而シテ其知覺精神ノ全部ヲ失フタル者即チ人事百般ノ事ニ付テ概シテ是非ノ辨別ナキモノ、如キハ此條ノ正面ニ當リ固ヨリ其罪ヲ論セサルモノタルヤ疑ヲ容レサル所ナリ然レ_レ此_レ佛語ニ所謂「マニヤ」(偏狂)ト云ヘル精神ノ一部ヲ喪失シテ或ル一事ニ付テ是非ノ辨別ナキモノ、如キハ本

條不論罪中ニ入ルヘキモノナルヤ否ヤノ疑ナキヲ得ス此
偏狂ナル語ハ日本ニ於テ從來聞カサル所ノ語ナルヲ以テ
或ハ其意義ヲ解シ難キノ恐レアレハ左ニ一二ノ類例ヲ示
シテ其意ヲ解カン

我國ノ俗語ニ「色氣違ヒ」ト云フコトアリ蓋シ此語ハ色慾ノ
爲メ深ク己レノ懸戀スル所ノ女子若クハ男子ノ事ニ關シ
テハ平生ノ學識才能ニ拘ハラズ全ク瘋癲ト一般ナル者ア
リ此類ハ今日尙ホ世間ニ往々見ル所ニシテ其甚シキモノ
ハ人ヲ殺シ又ハ自ラ死スルニ至ルモノアリ此類中其最モ
甚シキ者ニ至リテハ或ハ之ヲ一種ノ偏狂ト云フヘキモノ
アラント信スルナリ又余カ親シク實驗シタル所ノ一例ヲ
舉クレハ先年笈ヲ負フテ當地ニ來リタル始メ或ル下宿屋

ニ寄宿シタルニ其家ノ主人稍狂態アルヲ以テ之ヲ其妻ニ
糺シタルニ妻答テ曰ク主人ハ素ト舊小藩ノ士族ナリシモ
廢藩ノ後糊口ノ術ナキヲ以テ資力ヲ盡シ當地ニ於テ若干
ノ地所ヲ買得シタリ後チ人アリ該地所ヲ懇望シタルニ由
リ之ヲ千圓餘ノ代價ヲ以テ賣渡セリ然ルニ其後數日ヲ經
テ其人ハ同地所ヲ一萬五千圓ノ高價ヲ以テ轉賣シタリト
聞キ憤恨ノ餘リ遂ニ少シク狂氣スルニ至レリト余其人ヲ
見ルニ人品モ卑野ナラス多少文字モアリ手跡亦美ニシテ
之ト對談スルニ毫モ狂スル所アルヲ見ス然レモ半時間若
クハ一時間ニ長嘆大息シテ一萬五千圓ト叫フコト數回又
平生筆ヲ手ニスレハ必ス一萬五千圓ノ文字ヲ書シ曾テ其
所ヲ撰ハス故ニ其家ノ柱壁窓戶ハ固ヨリ日用百般ノ什具

ニ至ルマテ一萬五千圓ノ文字アラサルハナシ此一點ニ付
テハ全ク狂人ナリ然レモ適之ト他事ヲ談スルニ至テハ言
語動作常人ト異ナルコトナシ於是乎余ハ是レ即チ佛語ニ
所謂「モノマニ」ノ類ナラント信スルナリ今諸君ノ參考ノ
爲メ茲ニ之ヲ一言ス

右ノ如キ偏狂者ニ就テハ其狂病ノ性質ニ由テ自ラ此疑問
ヲ決シ得ヘキナリ即チ其所爲カ其偏狂スル事物ニ關スル
片ハ之ヲ此條ニ入ルヘキモノトナシ此偏狂以外ニ關スル
片ハ其偏狂ト關係ナキヲ以テ常人ト同一視スヘキコト是
ナリ

前ニ痴愚ノコトヲ一言セリ痴愚ノコトニ付テハ最モ注意
ヲ要スヘシ何トナレハ世間ニ痴人愚者ヲ以テ呼ハルヽモ

ノト雖モ全ク是非ノ辨別ナキハ稀ニシテ大抵ハ多少善惡
ヲ識別スルヲ得ル者多シ故ニ痴人愚者ニ付テ智識ヲ論ス
ルニハ先ツ其者ノ知覺能力ハ如何ナル度ニ達シタルモノ
ナルヤ其罪ヲ犯スニ當リ其行フタル事柄ニ付テ辨別ヲ有
シタルヤ否ヤヲ探究スルヲ必要トス左レハ此條ニ入ルヘ
キ痴愚ノ者トハ大白痴若クハ至愚ノ者ニシテ所謂黑白ヲ
辨セサル程ノ者ト知ルヘキナリ本條ニ所謂知覺精神ヲ喪
失シタルモノ、内ニハ真正ノ狂癡最モ其多キニ居ルヘシ
而シテ其狂癡中ニ間斷ナク狂スル者ト狂人ニシテ一時全
ク常態ニ復スル者トノ別アリ若シ此狂人ニシテ一時常態
ニ復シタル時ニ當リ罪ヲ犯シタル片ハ本條不論罪ニ入ル
ヘキモノニアラス其所以ハ本條特ニ罪ヲ犯ス片ト云ヘル

一句ヲ冠シタルヲ以テ知ルヘキナリ
 此分別ハ既ニ羅馬法ニテ明文アリシ所ナリト云フ只此場
 合ニ於テ注意スヘキコトハ其犯罪ノ以前已ニ狂人タルコ
 トヲ公認シタル者(既ニ瘋癲病院ニ入ルノ類)ニ就テハ先ツ
 其狂人タルノ推測アルモノナルヲ以テ之ニ其犯罪ノ片知
 覺精神ヲ具ヘタリト論告センニハ檢察官ニ於テ其果シテ
 知覺精神ノ常ニ復シタリシコトノ證ヲ舉クルヲ必要トス
 ルナリ
 以上ニ述フル所ノ外犯人ノ精神ヲ喪失セシメ之レヲシテ
 無責任タラシムル所ノ理由ナキカ如何歐洲學者ノ説ク所
 ニ依レハ尙ホ一二ノ之ニ加フヘキモノアリ即チ猛烈ナル
 熱病ニ依テ精神ヲ錯亂セル者ノ如キ是ナリ

其説ニ曰ク熱病ハ固ト精神ノ病ニアラス肉體ノ病ニ係ル
 モノナリ然レモ其激烈ナルモノニ至テハ一時精神ノ錯亂
 ヲ來セルモノナルカ故ニ之ヲ瘋癲ニ準セシムヘシ例ヘハ
 熱力ノ過度ナルニ當リテ其看病人ヲ殺傷シタルモノ、如
 キ其所爲ヲ行フ片ハ全ク知覺精神ヲ喪失シテ是非ノ辨別
 ナキモノト謂フヘキナリト
 此他ボアソナード氏ノ註解ニモ一言スル所ノソナンビ
 ユリスム(睡遊)ノ如キハ我國ニ於テ未タ此ノ如キモノアル
 ヲ聞カスト雖モ歐洲ニ於テハ往々之アル所ナリト云フ此
 況中ニ在ル者ハ其身體ヲ行動スルノ能力ニ付テハ敢テ平
 生ニ異ナルコトナキノミナラス或ハ非常ノ高キ所ニ登リ
 或ハ甚シキ危險ノ場所ヲ歩行スルモ恰モ坦途ヲ踏ムカ如

クナリト云フ然レ氏是非辨別ノ能力及ヒ意思ノ如キニ至
 リテハ全ク熟睡中ニ在ルヲ以テ此時間ノ所爲ニ付テハ其無
 責任タルヘキコト尙ホ狂人ノ無責任タルカ如キコト是ナリ
 茲ニ又此不論罪中ニ加フヘキモノナルヤ否ヤニ就テ頗ル
 議論アル所ノモノアリ醉狂是ナリ醉狂ノ故ヲ以テ犯罪ノ
 責任ヲ滅却シ得ルヤ否ヤニ就テハ頗ル議論アル所トス然
 レ氏以上講述シタル所ノ主義ヲ以テ之ヲ論決スル片ハ敢
 テ難カラサルヘント信ス抑醉狂ノ事タル之ヲ道德上ヨリ
 云フ片ハ至重ノ過失タルヤ論ヲ俟タス寔ニ醉狂ハ人ノ精
 神ヲ錯亂喪失セシメ殆ント禽獸ニ劣ルノ所爲ニ陷ラシム
 ルモノナリ然レ氏醉狂ノ極度ニ達シ全ク知覺精神ヲ喪失
 シタル時ニ當リテ行フタル所爲ノ如キハ之ヲ罰スルコト

ヲ得サルモノナラント信スルナリ
 蓋シ此場合ノ如キハ全ク一時ノ大白痴一時ノ瘋癲トモ云
 フヘキモノニシテ己ニ自由アリ其他靈智アリテ事理ヲ理
 解シ意思ヲ以テ事ヲ行フヘキ人ニアラサレハナリ
 人或ハ難シテ曰ク「抑醉狂者ノ罪ヲ犯スヤ先ツ己ニ一ノ過
 失アルモノナルカ故ニ決シテ其罪ヲ宥スヘカラス」ト寔ニ
 醉狂ハ道德上ノ過失タリ然レ氏刑法ニ於テ罰スヘキノ過
 失ハ獨リ道德ノ一點ニアラスシテ罪責ヲ歸スヘキモノニ
 限ル然ルニ所謂狂人ハ己ニ良心ヲ有セサルモノナリ是非
 ノ辨別ナキモノナリ安ソ之ヲ知覺精神自由アリテ犯シ
 タルモノト同視スルヲ得ヘケンヤ然レ氏此不論罪中ニ入
 ルヘキモノナリト云フ醉狂者ハ只タ不意ニシテ全然醉狂

シタルモノニ限ルヘシ若シ夫レ其犯人ハ極度ノ醉狂ニア
ラサルカ若クハ其飲料ハ必竟犯人ノ惡僻ヲ激勵シタルニ
過キサル片ハ其所爲ノ重罪タリ輕罪タルモノニ付テ其責
任ヲ逃ル、コト能ハサルヘシボアソナード氏ハ此場合ニ
於テモ裁判所ハ之ヲ有罪トナシ或ハ無罪ト爲スコトヲ得
ヘク又酌量減輕ヲ以テ刑罰ヲ減輕スルコトヲ得ト云ヘリ

第二十四回 明治十八年
九月廿一日

本回ハ前回ニ述ヘタル醉狂者ノコトニ付キ尙ホ説ク所ア
ラントス

今亦其醉狂ノ度ハ極點ノ度ニ達シタル者ト雖モ而モ其犯
罪ノ責ヲ免スヘカラサルモノアリ即チ豫テ罪ヲ犯スノ企

アルモ之ヲ犯スノ勇氣ニ乏シキヲ以テ故ラニ醉狂シタル
者是ナリ此場合ニ於テハ其醉狂ノ度ノ如何ナルヲ問ハス
決シテ其罪責ヲ逃ルヘカラス寔ニ醉狂ノ故ヲ以テ其罪責
ヲ免センニハ必ス其精神知覺ヲ喪失シタルモノタラサル
ヘカラス然ルニ此場合ノ如キハ果シテ之ヲ喪失シタルヤ
將々之ヲ失フタル體ヲ裝フテ其所爲ヲ爲シタルモノナル
ヤ頗ル疑フヘキモノアリ勿論醉狂者ニ付テハ其面色其他
ノ舉動ニ付テ其内部ノ能力如何ヲモ推知シ得ヘキモノナ
ルヘシト雖モ是亦往々錯誤アルヲ免カレサル所ナリ殊ニ
此場合ノ如キ其知覺精神ノ完全ナル片ニ於テ其罪ヲ犯サ
シコトヲ企圖シ之ヲ犯サンカ爲メ醉狂シ而シテ其醉狂中
ニ犯シタルヲ以テ見レハ其醉狂ハ未タ極點ニ達セサルモ

ノト見做スコトヲ得ヘキナリ何トナレハ最初未タ醉狂セ
 サル片ノ企ヲ思ヒ起スノ記憶ヲ有シ之ヲ決行スルニ充分
 ノ知覺ヲ有シタルモノナレハナリボアソナード氏ノ註解
 ニ依レハ其論旨前ニ述ヘタルモノヨリ更ニ一步ヲ進メタ
 ルモノ、如シ今左ニ其註解文ヲ一讀セン
 重罪又ハ輕罪ヲ行ハント欲シ勇氣ヲ得ンカ爲メニ酒ニ醉
 フタル者ヲ處分スルハ更ニ困難ナリ
 其有罪ナルヲ疑ナキニ似タルノミナラス豫謀ノ爲メ加重
 スヘキ情狀アルカ如シ然レモ能ク之ヲ熟考セヨ却テ其大
 ニ然ラサルヲ覺ユ夫レ一罪ノ責ニ任スルハ之ヲ行フ時ニ
 方リテ知覺ト自由ト意トヲ有スルヲ要ス例ヘハ人ヲ殺ス
 者其罪ヲ犯ス時ニ臨ミ忍ヒサルノ人情ヲ忍フヘキノ決意

ナケレハ能ク爲シ得ス然ルニ此決意犯罪ノ時ヨリ以前ニ
 アリテ却テ犯罪ノ時ニコレナケレハ夫ノ謀殺ノ場合ト相
 同シカラス犯人此罪ヲ犯サント欲シ故ラニ醉フハ其時事
 ナクシテ唯意アルモノナリ而シテ其罪ヲ犯ス時ハ意念知覺
 ノ爲メニ指揮セラレサル者ナリ
 然リト雖モ法律ハ理論ヨリ後ル、トヲ得ヘシ故ニ前ニ言
 ヘル場合ニ於テ其罪ヲ有意ニ出ツルモノト看認ルノ法律
 ヲ立ツルモ大ニ非難スルヲ得ス且ツ罪ヲ行フカ爲メ故ラ
 ニ醉ヒ實ニ之ヲ行フ者ハ罰ヲ受クヘキ知覺アリト言フヲ
 得ヘシ

本條ノ草案ハ、此點ニ就テ一個ノ規則ヲ明言シタリシ
 ニ討論ノ上削除セラレタリ削除スル者ノ説ニ曰ク罪ヲ行

ハント欲シテ故ラニ酔フ者ヲ有罪ナリト明記スル時ハ其意ナクシテ酔フ者ヲ知覺ナシトシテ放免セサルヲ得ス豈不條理ナラスヤト遂ニ削除ノ説行ハレタリ然リト雖モ余ハ之ヲ可トセス酔狂者處分ノ如キ一問題ヲ以テ全ク審廳ノ決ニ任スルハ立法者ノ爲メニ取ラサル所ナリ立法者ハ宜ク此問題ヲ一決シテ法律ニ明示スヘシ即チ其削除セラレタル舊文ヲ左ニ示サン

罪ヲ行ハント欲シテ故ラニ酔狂セル者ハ本條放免ノ限リニ非ス

以上ポアソナード氏註解ノ一段トス彼ノ憤怒ノ甚シキモノニ至リテモ亦知覺精神ヲ失フコトアリト云フモノアリ然レモ憤怒ノ故ヲ以テハ決シテ罪責ヲ全免スヘキモノニ

アラス何トナレハ人ノ心意ハ以テ其憤怒ヲ抑止スルニ足ルヘキ勢力ヲ有スルモノナレハナリ故ニ我刑法ニ於テモ其犯罪ノ憤怒ニ原因スルモノハ不論罪ニ入レス唯第三百十一條ノ如キ憤怒ニ正當ノ理由アル場合ニ於テ多少其罪ヲ宥恕スルノミトス

以上知覺精神ノ喪失ニ因レル不論罪ヲ説キ了レリ夫ノ犯罪ノ後ニ至リ精神ノ錯亂セルモノ、處分如何ニ付テハ治罪法中明文アルモノアリ又明文ナキモノアリト雖モ要スルニ治罪法ノ範圍ニ入ルヘキヲ以テ治罪法ノ講義ニ讓ルヘシ

(乙) 自由ナキ者

此題目中ニ於テ其最モ著シキモノハ刑法第七十五條ニ定

ムル所ノ抗拒スヘカラサル所爲ニ逢ヒ其意ニアラサルノ所爲即チ是レナリ予ハ今左ノ三項ニ分ツテ講セントスルナリ

- 一 有形ノ強制
- 二 無形ノ強制
- 三 正當防衛

一 有形ノ強制

有形ノ強制トハ例ヘハ抗敵スヘカラサル程ノ強力者ヨリ腕力ヲ以テ強テ惡事ヲ行ハシメラレタル類ニシテ其之ヲ行フタル者ニ於テ毫モ自由ヲ有セサル場合ヲ云フナリ是等強制ノ種類ハ實際甚々稀レナルモノニシテ別ニ解釋ヲ要スルモノナシ

二 無形ノ強制

無形ノ強制トハ畢竟犯人ノ心意上ニ付テ強制セララル、モノヲ云フ今之ヲ細別シテ他人ノ脅迫ニ依テ強制セララル、モノト天災又ハ意外ノ變ニ依テ強制セララル、モノト爲ス先ツ本條第一項ノ場合即チ他人ノ威迫脅迫若クハ他人ノ暴行ニ因レル強制ノコトヲ説カン

凡ソ人ヲシテ恐怖措ク能ハサルノ念ヲ起サシメンカ爲メニ用エル所ノ方法即チ威迫脅迫ハ之ヲ受ケタルモノヲシテ果シテ恐怖ノ念ヲ起サシムルニ足ルヘキ性質ノモノタルヲ必要トス而シテ其威迫脅迫ノ輕重ハ之ヲ受ケタルモノノ氣力ノ強弱ニ從テ量定スヘキモノトス故ニ其強制ハ以テ罪ヲ犯サシムルニ足ルヘキモノナリシヤ否ヤハ之ヲ

各事件ニ付テ探究スヘキ事實ノ一問題トス
 凡ソ人ノ恐怖ノ念ヲ起スヤ或ハ威迫ニ在ルアリ或ハ暴行
 ニ在ルアリ然レモ其ノ不論罪ノ原由タルヘキ威迫ハ其威
 迫ト罪ノ決行ノ間ニ於テ時間ノ隔リアルヘカラス何トナ
 レハ若シ此時間ノ隔リアルニ於テハ其威迫ヲ受ケタル者
 ハ法律又ハ社會公權ノ援助ヲ求ムルコトヲ得ヘケレハナ
 リ故ニ威迫ヲ以テ恐怖ノ念ヲ起サシムルコトノ當然ナリ
 トスルニハ必ス緊急ノ危害ニ罹リ而シテ社會ノ公權ニ於
 テ保護ノ處分ヲ施ス前ニ決行シ得ラルヘキコトニ係ルヲ
 必要トス或論者ハ本條第一項ニ於テ抗拒スヘカラサル云
 ヲトアリテ其威迫ニ用ユル所ノ害惡ハ特ニ重大ナルノ意
 ヲ示スモノナレハ刺殺若クハ重傷ヲ以テ脅迫スルモノ、

外彼ノ財産ニ關スル脅迫ノ如キハ假令幾許ノ巨額ニ上ル
 モ未タ以テ犯罪ノ責ヲ免セシムルニ足ラスト爲ス此事ハ
 既ニボアソナー^ト氏ノ註解ニ答フル所アルヲ以テ今之ヲ
 一讀セン
 曰ク本條謂フ所ノ脅迫ハ重大ニシテ抗拒シ難キモノヲ云
 フナリ然レモ死ヲ以テ脅迫セラレタルモノニアラサレハ
 殺人ノ罪ヲ免セスト云フノ理ナシ毆傷強姦又ハ財産破壊
 ヲ以テ脅迫スルモ犯人ヲシテ已ムヲ得サラシムルモノト
 見做スヲ得ヘシ殊ニ其犯セル事ノ脅迫セラレタル災害ヨ
 リ輕キ片ハ此ノ如ク見做シテ可ナラント
 即チ此條中財産ニ關スル強迫モ包含スルヲ知ルヘキモノ
 ナリ

第二項定ムル所ノ強制ハ有形ニシテ且ツ緊要ナル危害ノ
 場合ニ限ル彼ノシセロンカ其著書ニ於テ例示セル二ツノ
 場合ヲ以テ之カ例ト爲サンニ第一難船ニ逢フタル一人ノ
 旅客アリ一片ノ板子ヲ持シテ海岸ニ達セントスル者アル
 ヲ見テ他ノ一人又自ラ生命ヲ全フセンコトヲ欲シテ其板
 子ヲ奪ヒ前ノ旅客ヲ死セシメタル者又一軍ノ敗北シテ敵
 軍ノ尾撃ヲ蒙ルニ當リ馬ニ騎シテ逃カル、者アルヲ見
 テ他ノ一人又自カラ逃カレンコトヲ欲シテ馬ヲ奪フタル
 場合ノ如キ是ナリ

右二人ノ所爲タル之ヲ純粹ノ道德上ヨリ云フ片ハ或ハ怒
 スヘカラサル所ナレト然レト刑法上責任ノ點ヨリ論スル
 片ハ之ヲ無罪トナス固ヨリ至當ナラント信スルナリ如何

トナレハ人ノ自カラ生命ヲ存セントスル感情ニ對シテハ
 實ニ抗拒スヘカラサル所ノモノニシテ特ニ他人ヲ害セン
 トノ意ニアラスシテ單ニ自己ノ生命ヲ全フセントスルノ
 目的ニ出テタルノ所爲ヲ以テ之ヲ有罪ト爲スカ如キハ頗
 ル人ノ常情ヲ酌量セサル法律ト云フヘケレハナリ此論旨
 ハ各國刑法學者ノ認許スル所トナレリ從テ又彼ノ飢テ死
 ニ瀕スルニ當リテ他人ノ食物ヲ盜ミ食ヒタル者モ亦前述
 ノ場合ナリト云フヘキモノ、如シ蓋シ此場合ニ付テハ之
 ヲ非トスルノ論者甚々多シ然レト要スルニ飢渴モ亦以テ
 無形ノ強制ヲ加ヘ得ヘキモノナリ何トナレハ一面ニ在リ
 テハ生命保存ノ感情アリ他ノ一方ニ在リテハ現在餓死ニ
 迫ルノ急アルニ當リテハ恐ラクハ人ノ行爲ノ自由ヲ奪ヒ

從ツテ罪トナルノ罪責ヲ消滅スヘケレハナリ
 然レモ此論旨ハ或ハ社會ノ爲メニ甚タ危険ナルヘシ特ニ
 之ヲ法律ノ明文ニ掲ケテ必ス之ヲ適用スヘキモノト爲ス
 ニ至リテハ實際甚タシキ危険アルニ至ラン只其罪ヲ論ス
 ヘカラスト云フモノハ特ニ非常ノ飢ニ迫リ而シテ他ニ百
 方食ヲ得ルノ方法ヲ求メ而シテ其方法ヲ見出サ、ル片ニ
 限レルナリ

尙ホ茲ニ一言スヘキモノアリ他人ノ脅迫ヲ受クルモ若シ
 其脅迫ハ正當ノ權利ノ執行ニ屬スル片ハ以テ罪責ヲ消滅
 スルコトヲ得ス例ヘハ債主カ負債主ニ迫リ一ノ罪ヲ犯サ
 ヲル片ハ汝ヲ訴ヘント威迫シタルカ爲メニ負債主ノ竊盜
 ヲ犯シタルカ如キ是ナリ之ヲ要スルニ強制スルモノニ於

テ多少之ヲ爲スノ權利アリ之ヲ受クル者ニ於テ威迫ヲ受
 クルノ理由アル場合ニ於テ威迫アリ強制ヲ受ケタルト云
 フヲ以テ之カ爲メニ犯シタル罪責ヲ免ルヘカラス

第二十五回 明治十八年十一月九日

以上無形ノ強制ニ引續キ法律上ノ強制即チ法律若クハ長
 官ノ命令ニ原因スル不論罪ノコトヲ説カントス
 刑法第七十六條ニ曰ク「本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以
 テ爲シタル者ハ其罪ヲ論セス」ト

此條ハ即チ自由ナキニ原由スル不論罪ノ一ノ場合ヲ定メ
 タルモノナリ本屬長官ノ命令又其職務ヲ以テ云々ト云フ
 ニ付テハ諸君ノ既ニ解スル所ナラント信スルヲ以テ敢テ

之カ解釋ヲ爲サス只前條ノ旨意如何ニ就テ聊カ論スル所
アラントス

佛文ノ草案ニ依レハ其第九十條第三項ニ於テ此事ヲ定メ
タリ而シテ其文義ハ刑法ノ正文ト稍異ナル所アリ依テ其
直譯ヲ示サン

曰ク「被告人カ法律又ハ正當ナル上長官ノ命令ヲ執行スル
カ爲メ一ノ者及ヒ他ノ者命令ヲ爲ス長官ト之ヲ執行スル
者トヲ指ス」ノ權限内ノ事ヲ行フタル片_下

蓋シ刑法ニ於テハ右草案中ノ法律ト云ヘル一語ヲ削リ又
其命令ヲ爲ス者ト之ヲ執行スル者トノ權限内ニ在ルコト
ヲ行フタル云々ノ意味アル一句ニ代フルニ其職務ヲ以テ
爲シタル者ノ一句ヲ以テシタリ故ニ刑法ニ依レハ本屬長

官ノ命令ナクシテ獨リ法律ニ從テ行ヒタルコトニ付テハ
本條ノ不論罪中ニ入ラサルモノ、如シ又其行フタル事柄
ハ命令スルモノト之ヲ執行スルモノトノ雙方ノ權限内ノ
事タルヲ要スル旨意ニ記セスシテ獨リ之ヲ執行スル者ノ
職務ヲ以テ爲シタル片ニ限レリ蓋シ立法者ニ於テハ凡テ
法律ニ從テ事ヲ處スルハ長官タル者ノ職分ナルヲ以テ本
屬長官ノ命令ハ即チ法律ニ從テ發スルモノト爲シ又之ヲ
執行スルモノハ必ス長官ノ命令ヲ待ツテ事ヲ行フタル者
ト爲シタルニ原因スルモノナランカ若シ果シテ然ラハ其
命令ヲ執行スル者ハ其命令ノ法律ニ適スルモノナルヤ否
ヤヲ考究スルヲ要セス又其命令ヲ發スル長官ノ權限内ノ
事ナルヤ否ヤヲ顧ミルヲ要セサルモノ、如シ此條ノ旨意

果シテ然ルヤ否ヤヲ論究スルニ付テハ本條ニ所謂本屬長官ノ命令トハ如何ナルモノナルヤヲ説クヲ必要トス
 本屬長官ノ命令トハ司法卿ノ爲シタル死刑執行ノ命令又ハ法律ノ許可シ又ハ命令シタル場合ニ於テ豫審判事ノ爲シタル命令ノ如キ是ナリ故ニ此ノ如キ命令ニ從ヒ死刑若クハ令狀ノ執行ヲ爲スヘキ職務ヲ有スル者ニ於テ之ヲ行フタル片ハ本條ニ所謂本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ爲シタルモノト云フヘキナリ若シ武官ニシテ警察官ニ命令シ若クハ司法官吏ニシテ兵士ニ命令スルカ如キハ所謂本屬長官ノ命令ニ非サルヲ以テ固ヨリ之ニ從フヲ要セス若シ如此命令ニ從テ罪トナルヘキ所爲ヲ行フタルモノハ本條不論罪ノ限ニアラサルコトハ勿論トス

借前ニ説キタル如ク日本刑法ニハ單ニ本屬長官ノ命令トノミアルヲ以テ其命令ハ其長官權内ノ事ナルヤ否ヤヲ顧ミルヲ要セサルモノト定メタルモノナルカ若シ然ランニハ刑法草案ノ旨意ト甚タ相反スルモノナリボアソナード氏曰ク假令其命令ヲ爲シ得ヘキ者ニ出テ而シテ之ヲ受クヘキ者ニ命セラル、時ト雖其命令ノ法律ニ反シ錯誤ニ出テタルコトノ判然タル場合ナシトス例ヘハ軍隊ノ指令官ヨリ部下ノ兵士ニ向ツテ罪ナキ集民若クハ政府ノ官吏ニ向ツテ發砲ヲ命シタル場合ノ如キ兵隊ハ固ヨリ司令官ノ命令ニ從フヲ要スル者ナリト雖此ノ如キ不法ノ命令ニ從テ大罪タルヘキ所爲アルヲ以テ之ヲ無罪ト爲スコト難シ此ノ如キ場合ニ於テハ其命令ニ從ハサルモ之ニ從テ

犯ス所ノ害ニ均シキ害ヲ受クヘキモノニアラサルヲ以テ
 即チ法律上ノ強制アル場合ニアラサレハナリ然ルニ右ボ
 アンナード氏ノ議論ニ反對スル説アリ其説ニ曰ク凡ソ屬
 官タル者ハ只其長官ノ正當ナルヤ否ヤヲ顧ミルヲ要スル
 ノミニシテ其命令ノ正當ナルヤ否ヤヲ顧ミルヲ要スルヤ
 否ヤノ問題ニ付テハ陸海軍ノ本屬長官ノ命令ト行政官若
 クハ司法官ノ命令トニ付テ之ヲ區別スルヲ要ス其所以ハ
 凡ソ兵隊ハ完全ニシテ且ツ迅速ノ服從ヲ要スルモノニシ
 テ長官ノ命令如何ヲ爭論スルノ權ナキモノナリ故ニ只管
 其命令ヲ執行スルノ外ナシ若シ之ニ違フテ口論スル片ハ
 抗命ノ罪アルモノナリ故ニ陸海軍本屬長官ノ命令ニ從テ
 行ヒタル所爲ニ付テハ只其命令ヲ執行シタルモノナリト

云フヲ以テ其所爲ノ無罪トナルニ足ルモノトス然レモ行
 政若クハ司法ノ長官ヨリ發シタル命令ニ付テハ其命令ヲ
 受クヘキ屬官ノ之ニ服從スヘキノ義務ハ彼ノ軍人ニ於ケ
 ル如ク嚴格ナラス從テ其命令ヲ受ケタル者ニ於テハ其執
 行ニ付テ軍人ヨリモ一層ノ注意ヲ要スルモノトス故ニ其
 命令ノ故ヲ以テ罪ナキヲ證明スルカ爲メニハ左ノ四箇ノ
 條件アルヲ必要

第一 其命令ノ事柄ハ之ヲ發シタル官吏ノ權限内ノ事
 タルコト

第二 其命令ヲ行フコトハ之ヲ受ケタル者ノ服從スル
 コトヲ要スルモノタルコト

第三 其命令ハ法律ニ定メタル方式ニ從ツテ下サレタ

ルモノタルコト

第四 其命令ハ法律ノ明文ニ反セサルモノタルコト
此論者ノ説ニ據レハ彼ノボアソナード氏ノ例ト爲シタル
軍隊カ不法ノ命令ニ從フタル場合ノ如キハ只其命令アリ
シコトヲ證スルノミヲ以テ不論罪トナルヘキモノナリ而
シテ行政官若クハ司法官吏ニ在リテハ只其命令アルヲ證
シタルノミヲ以テ未ダ不論罪ト爲スコトヲ得スシテ前述
ノ四要件ヲ要スト云フニ在リ

余ハ茲ニ右二説ノ優劣ヲ判斷スルコトヲ爲サス又軍人ト
他ノ官吏トノ間ニ於テ必ス之カ分別ヲ爲スヲ要スルヤ否
ヤニ付テ斷言スルコト能ハス故ニ軍人ハイザ知ラス行政
司法ノ官吏ニ於テハ單ニ其命令ハ本屬長官ノ命令ニシテ

之ヲ執行シタルハ我職務ヲ以テ爲シタル者ナリト云フヲ
以テ其所爲ノ何タルニ論ナク悉ク之ヲ無罪トナスヘキモ
ノトハ信セサルナリ從ツテ刑法ニ於テ草案ニ記載シタル
所ノ法律ノ二字ヲ削リ又命令者及ヒ受命者ノ權限内ノ事
タルヲ要スル旨ヲ記セスシテ單ニ其命令ヲ受ケタル者ノ
職分ヲ以テ爲シタルモノ、ミヲ以テ不論罪ト定メタルモ
ノハ蓋シ現行ノ法文ヲ以テ草案ノ旨意ト同様ナリト信シ
タルニアラサレハ例ノ行文ノ不雅ヲ厭ヒ如此ナシタルモ
ノナラント信スルナリ聊カ其所以ヲ述ヘンニ若シ刑法ニ
於テ草案及ヒ佛蘭西刑法ニ於テ明記スル所ノ法律ノ一語
ヲ削リタルモノハ凡テ執行官ハ悉ク本屬長官ノ命令ヲ待
ツヲ要スルノ主意ニテ之ヲ削リタルモノトセンカ若シ長

官ノ命令ナクシテ單ニ法律ニ從ヒ法律ノ命令スル所ノ事柄ヲ其職務ヲ以テ行フタル片ハ之ヲ有罪トシテ論セサルヲ得ス果シテ然ラハ諸君カ司法警察官ノ職務ヲ以テ現行犯罪人ヲ逮捕スルカ如キハ如何此場合ニ於テハ何ノ命令ニ據テ此處分ヲ爲スカト云フニ刑法第七十六條ニ所謂本屬長官ノ命令ニ從フモノニアラスシテ法律ノ命令ニ從フモノナラント信スルナリ若シ夫レ獨リ本屬長官ノ命令アル場合ノミヲ以テ不論罪トナスノ精神ナリト云ハ、法律ニ從フテ行フタル場合即チ前例ノ場合ニ於テモ亦罪アリト爲サ、ルヲ得ス然ルニ此場合ニ於テ其所爲ヲ罰セサルコトハ毫モ疑ヲ入レサル所ナリ然レハ本案ノ精神ハ獨リ本屬長官ノ命令ニ從フタル場合ヲ以テ不論罪トナスノミ

ニアラス法律ノ命令ニ從フタル者モ亦無罪ト爲スノ精神ナルコトハ得テ知ルヘキナリ

次ニ又命令者受令者ノ權限内ノ事タルヲ要スルノ文義ヲ變シテ獨リ受令者ノ職務ヲ以テ爲シタルモノトナシタルハ其命令ハ之ヲ發シタル者ノ權限内ナルヲ顧ミルヲ要セストノ旨意ニ出テタルモノトセンカ果シテ然ラハ例ヘハ地方ノ警部長カ部下ノ巡查ニ命令ヲ下シテ政談演說者ノ議論スルヲ惡ミ彼レ公安ヲ危スル者ナリ官吏ヲ侮辱スル者ナリ速ニ其演說者及ヒ之ヲ聽テ贊成ノ意ヲ表スル者ヲ捕縛スヘシ而シテ若シ抗論スル者アラハ悉ク之ヲ斬殺スヘシト命令シタリトセンカ無學文盲豪勇ヲ以テ自カラ誇レルノ警察官アリテ此命令ヲ執行シタリトセンニ如此場

合ニ於テハ其命令ヲ下シタル者ノ不法ニシテ且ツ罪アル
 ヘキハ勿論ナリト雖也又其命令ニ從ヒ聽衆ヲ捕縛シ演說
 者ヲ斬殺シタル者ニ至リテハ只其命令ニ從フタル者ナリ
 ト云フヲ以テ之ヲ無罪ト爲スヲ得ス即チ之ヲ不論罪トナ
 スノ精神ニアラサルコトハ我人共ニ疑ヲ入レサル所ナラ
 ン左レハ此ノ改正ヲ加ヘタル如ク見ユル者モ亦別ニ意見
 アリテ改正シタルニアラスシテ必竟草案ノ文義ト同一ニ
 歸スルナラント信シタルニ由ルモノナラント察スルナリ
 故ニ刑法ノ解釋ハ故ラニ嚴格ヲ要スルノ格言アルニ拘ハ
 ラス本條ノ旨意ハ之ヲ草案ノ文義ト同様ニ解セサレハ不
 當至極ノ法文ト云フヘキモノナルヲ以テ寧ロ之ヲ草案ト
 同義ニ解釋スヘキモノト信スルナリ

第二十六回 明治十八年九月廿五日
 前回ニ於テハ彼ノ自由ナキニ因レル不論罪ノ事ヲ説キ了
 リタレハ本回ハ正當防衛ヲ説カン

三 正當防衛

正當防衛トハ他ノ襲撃ヲ受クルニ當リ腕力ヲ以テ之レヲ
 反撃スルノ權利ヲ云フナリ此權利ノ正當タルコトハ羅馬
 人已ニ之ヲ云ヘリ
 曰ク「カヲ以テカヲ防ク自然ノ法ニ適スルモノナリ吾人ノ
 身體ヲ防衛スルカ爲メニスル所ノ事ハ吾人正當ノ權利ヲ
 行フモノナリ」ト

又佛國ノ學士ジューヌ氏云ヘルコトアリ曰ク「正當防衛ノ

權利ハ人爲ノ法律ヲ以テ抑制スルコトヲ許サ、ル所々權利ナリ凡ソ人ノ社會ニ在ルヤ人々自カラ裁判スルコトヲ得サルハ勿論ナリト雖モ抑此原則ヲ適用スルニハ他ノ不正ノ襲撃ニ對シ社會之ヲ保護スト云フノ條件ヲ必要トス然レハ若シ社會公權ノ保護ヲ待ツ片ハ時ヲ失シ其保護ノ處分後レテ無用ニ屬スヘキ時ニ當リテハ即チ自カラ防衛セサルヲ得ス若シ此場合ニ當リ罪トナルヘキ所爲アルモ其所爲ノ爲メニ罪トナラサルノミナラス實ニ自然ノ權利ヲ行フタル者ト云フヘキナリト

佛國學者ホール氏曰ク此ノ如キ場合ニ當リテハ法律ハ人人社會ノ保護ト救助トヲ待ツテ而シテ之ニ復讐ノ處分ヲ依頼センコトヲ命令セス何トナレハ若シ如此スル片ハ其

罪人タル者カ當然刑罰ヲ受クルノ前早既ニ一個無罪ノ人ヲ殺スニ至ルヘケレハナリト

正當防衛ノ自然ノ理ニ於テ正當ナルヤ此ノ如シ然レモ實際上之ヲ行フニ於テハ頗フル危險アル所ノモノトス殊ニ此正當防衛ヲ名トシテ惡事ヲ遂ケントスル者ナキヲ保ツヘカラサレハナリ是ヲ以テカ我刑法ニ於テモ大ニ注意ヲ加ヘ其第三百十四條ニ於テ其場合ヲ定メタリ左ノ如シ曰ク「身體生命ヲ正當ニ防衛シ己ム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カラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス」ト

此條中「己ムトヲ得サルニ出テ」トノ一句ハ佛語ニテ「チセ、

「ル」直譯ニテ必要若クハ必須ト云ヘル一語ヲ意譯シタル
 モノニテ即チ他ニ救護防衛ノ方法ナキ場合タルコトヲ明
 示スルモノナリ而シテ此條但書ニ云々スル所ノモノハ未
 タ他國ノ法律ニ於テ其例ヲ見サル所ナレト此例ハ最も正
 當ノ注意ト信スルナリ
 今ヨリ正當防衛ノコトハ之レヲ左ノ三點ニ分ツテ説カン
 トス

- (一) 襲撃ノ目的ハ何ニ在ルヲ要スルヤ
- (二) 襲撃ノ所爲ノ性質ハ如何ナルヲ要スルヤ
- (三) 正當防衛權ノ限界如何

凡ソ人ノ最も緊要トシ最も貴重トスル所ノモノハ生命自

由名譽是ナリ故ニ人ハ是等ノモノヲ保護スル爲メニハ其
 腕力ヲ以テスルコトヲモ得ヘキナリ例ヘハ生命若クハ自
 由ヲ害セラレントスル者強姦若クハ節操ヲ汚スヘキ猥褻
 ノ所行ヲ試ミントセラレタル婦人ノ如キハ自カラ防衛ス
 ルカ爲メニ其腕力ヲ用ユルヲ得ルカ如キ是ナリ而シテ此
 腕力ヲ用ユルコトヲ許スハ獨リ自己ノ生命自由名譽ノ爲
 メノミニアラスシテ他人ノ爲メニスルモ亦之ヲ許セルコ
 トハ本條自己ノ爲メニシ他人ノ爲メニスルヲ別ダストア
 ルヲ以テ明カナリ蓋シ羅馬法佛國ノ古法ニ於テハ正當防
 衛ハ自己ト最近ノ親族ノ外ニ認許セサリシナリ而レト其
 後カドリツク「教」ノ主義ニ從ツテ自他親疎ノ別ヲ爲サ
 ンニ至リシモノナリト云フ

我國ニ於テハ敢テ此宗教ノ主義ヲ採ルト云フニモアラサ
ルヘシト雖モ同類互ニ防衛スルコトヲ認許シ而シテ彼ノ
強制ノ場合ニ於ケル如キ他人ト親族トノ間ニ於テ區別ヲ
爲サ、ルナリ

「人若シ其財産ニ對シテ襲撃ヲ受クルニ當リ所謂正當防衛
ノ權利ヲ行フヲ得ヘキヤ如何」ト

此問題ハ古來頗ル議論アル所トス往昔及ヒ近世ノ刑法學
者ニ於テモ其所有權ヲ防衛スルハ正當防衛ニアラスト主
張スル者多シ其說ニ曰ク其場合ニ於テハ襲撃ヲ受クル目
的物ト防衛ノ方法トノ間ニ於テ平均ヲ得サルモノナリ何
トナレハ所有物ハ假令何様貴重ナルモノタルモ人ノ生命
ハ更ニ一層貴重ナルモノナレハナリ故ニ唯其財産ヲ奪ハ

ントスルニ過キサレ所ノ人ヲ殺傷スルヲ許サステニ佛國
刑法ニ於テハ自己又ハ他人ノ防衛云々トアルヲ以テ即チ
其身體生命ノミノコトヲ云フヤ明白ナリト云フ此說ヲ主
張スル者ハミユ非ヤールドウーグラン氏カルノー氏及ヒ
フオースタンエリー氏等ノ諸氏トス

然レモ亦此說ニ反シテ財産ノ場合ト雖モ其場合ニアリテ
ハ正當防衛トナルコトアルヘシト論スル者アリ曰ク「財産
ニ對スル襲撃ト雖モ時ニ或ハ人ノ生命ヲ防禦スルノ感情
ト殆ント同一ノ感情ヲ起スコトアルヘシ例ヘハ茲ニ一個
ノ商人アリ其財産ノ全額ヲ擧ケテ之ヲ一個ノ手形トナシ
而シテ其手形ハ其持參人ニ支拂フヘキ性質ノモノタル片
ニ當リテ盜賊アリ之ヲ奪フテ逃ケ去ル場合ノ如キ若シ之

ヲ捕ヘテ其手形ヲ取返スニアラサレハ明日ハ破産者トナ
 リ自己ノ名譽ヲ失ヒ一家親族生活ノ道ヲ失フニ至ラント
 ス然ルニ盜賊ハ既ニ逃レ之ヲ追フモ及フヘカラサルヲ以
 テ之ヲ銃殺シタリトセンカ此場合ニ當リテハ決シテ之ヲ
 罰スヘキモノト論スルコトヲ得サルナリ反對論者ハ人ノ
 生命ハ如何ナル財産ニ比スルモ更ニ一層貴重ナリト云フ
 ヲ以テ辨難スト雖此場合ニ於テハ單ニ人ノ生命ト財産
 トノ比較ヲ以テ論スヘキニアラス只其犯人ハ其所爲ヲ行
 フ片ニ當リテ自由アリシヤ否ヤヲ問フニ在リ而シテ予輩
 ハ此場合ニ於テハ犯人ハ其意欲ヨリモ一層強キ強制ニ逢
 フタル者ト信スルナリ云々」ト

此說ノ旨意ヲ考フルニ假令佛國刑法第三百二十八條ノ正

當防衛中ニ入ラサル者トスルモ第六十四條ノ原則ニ從ツ
 テ之ヲ不論罪中ニ入ルヘキモノナリト云フニ在リ今ヤ我
 刑法ハ何レノ說ヲ採用シタルヤト云フニ第二說ノ旨意ニ
 從フタル者ノ如シ即チ其三百十五條ニ於テ明カニ之レカ
 不論罪タルヲ掲載セリ左ノ如シ

第三百十五條ニ曰ク「左ノ諸件ニ於テ己ムトヲ得サルニ出
 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暴行ヲ爲ス者ヲ防止スルニ出
 テタル時

二 盜犯ヲ防止シ又ハ盜賊ヲ取還スルニ出テタル時

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

故ニ我刑法ニ於テハ財産ニ對スル場合ニ於テ正當防衛ノ有無如何ノ問題ハ法律ノ明文ニ於テ判然タルヲ以テ敢テ議論ヲ要セサルナリ

(二) 襲撃ノ所爲ノ性質ハ如何ナルヲ要スルヤ

第三百十四條ノ場合即チ人ノ身體生命ニ關スル場合ニ於テ法律其襲撃ノ性質ヲ指定セス只暴行人ヲ殺傷シタル云トアリテ暗ニ其襲撃ハ暴行ヲ以テシタル者アルトヲ知ルヘキノミトス然レモ第三百十五條ノ場合ニ於テハ財産ニ對シ放火其他暴行ヲ爲ス者トアリ又夜間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ門戸牆壁ヲ踰越損壞スル者トアリテ其襲撃ノ所爲ノ性質ヲ指定スルナリ然レモ其他ノ暴行ヲ爲スモノト云ヘル如キ汎博ナル語ヲ用ヒタルヲ以

テ見レハ是又必竟例示ノ文タルニ過キスシテ此他ノ襲撃ノ方法モ亦包含スヘキナリ左レハ其他ノ暴行ト云ヘル語中ニハ果シテ如何ナル者ヲ包含スルカ蓋シ法律ニ於テ一之カ性質ヲ定ムルトハ實際爲シ能ハサル所ナリ故ニ其法律ニ指定セサル所ノモノニ付テハ其襲撃ノ所爲ノ性質防止ノ所爲ヲシテ正當防衛タラシムルニ足ルヘキモノナルヤ否ヤハ裁判所之ヲ審定スルノ權利アルモノトス然レモ裁判所之ヲ審定スルニ付テハ必ラス其襲撃ノ所爲ニ付テハ左ノ二個ノ性質ヲ認ムルヲ要スルナリ

第一 暴行ト稱スルニ足ルヘキ所爲即チ力ヲ以テスル所爲アルト

第二 其所爲ノ不正タルト

故ニ彼ノ威迫強迫ノ如キハ假令何程重大ナリト雖モ未タ之ヲ本條ニ所謂暴行ト爲スニ足ラサルナリ然レモ又若シ其威迫強迫ニシテ即時實行セラルヘキ場合ニ於テハ其危害緊急ナルヲ以テ之ヲ防クニ腕力ヲ以テスルモ亦之ヲ正當ト云ハサルヲ得ス其被害者タラントスル者ハ必ラスシモ其暴行ノ着手アルヲ待ツヲ要セス其故ハ若シ之ヲ待ツ片ハ只其第一着手ノ爲メニ已ニ防止スルヲ能ハサルニ至ルヘケレハナリ

次ニ其襲撃ノ所爲ハ不正タルヲ要スト云フニ付テハ若シ其襲撃者ノ官吏タル片ニシテ法律ヲ執行スルニ抵抗スル片ハ音ニ正當防衛タラサルノミナラス別ニ一個ノ罪ヲ爲スコトヲ知ラサルヘカラス然レモ其官吏ノ所爲不法ナル

場合ニ於テハ當然之ニ抗拒スルヲ得ルヤ否ヤ此問題ニ付テハ古來頗ル議論アル所ニシテ其說大抵三アリ此問題ハ諸君ノ公務上ニ於テモ稍必要ナラント信スルヲ以テ次回ヲ待ツテ之ヲ講述セントス

第二十七回 明治十八年十月廿六日

前回ノ終リニ於テ襲撃ノ性質ニ因テ之レニ對スル防止ノ所爲ヲ正當防衛ト見ルニ足ルヤ否ヤヲ審定スルニハ二個ノ條件ヲ必要トスルヲ即チ第一其襲撃ノ所爲ハ暴行ト稱スルニ足ルヘキモノタルヲ第二其所爲ノ不正タルヲ而シテ此第二ノ要件ニ付キ若シ其襲撃者ノ官吏タル片ハ如何ト云フニ付テ種々ノ說アルヲ述タリ依テ本回ハ其三說

ヲ説カン

第一説ニ曰ク凡ソ公ケノ權柄ヨリ發スル命令ハ如何程不法ナルモ又其式ニ於テ何程ノ不規則アルモ之レニ抵抗スルハ不正ナリ故ニ權柄ノ命令ハ一旦先ツ之レヲ尊敬シテ之レニ服従スルヲ要ス但シ其不法ノ命令ニ因テ害ヲ被リタルモノハ後ニ之レヲ取消サシムルヲ得ルハ格別ナリ他又其命令ノ執行ニ依テ損害ヲ被リタル者ハ其官吏ニ對シテ損害ノ賠償ヲ要ムルヲ得ヘシ蓋シ其官吏タルノ地位ハ其賠償ヲ擔保スルニ足ルヘキモノナリト是レ第一説ノ大要ナリ

余輩モ亦諸君ト同シク公ケノ權柄即チ官署ニ對シテ充分ノ尊敬ヲ表セシメント欲スル者ナリ然レモ其所爲如何程ノ專横ニ涉ルモ何程不法ナルモ尙之ニ服従スヘシト云フニ至ツテハ之レニ服従スルヲ得ス故ニ余輩ハ彼ノ亂世ニ於テ往々其例ヲ見タル如キ不法ノ逮捕監禁ヲ受ケントスル場合ノ如キニ至テハ之レニ抵抗スルヲ許スヘキモノナリト信スルナリ第一説ノ旨意ニ依レハ其損害ヲ蒙ムルコトアルモ後ニ之レカ賠償ヲ受クルコトヲ得ヘシト曰フト雖モ其償金ハ何程巨額ナルモ之ヲ以テ不法不正ノ逮捕若クハ繫獄ヨリ生スルコトアルヘキ損害ヲ償ヒ得ヘキモノニアラス況ンヤ此ノ如キ不法不正ノ行ハル、片ニ當リテハ被害者ノ生命モ亦其安全ヲ保ツヘカラサルニ於テオヤ故ニ余輩ハ前述ノ第一説ヲ取ラサル者ナリ

第二説ハ全ク第一説ト反對スルモノナリ其説ニ曰ク凡ソ

其命令ノ何タルヲ問ハス苟モ不法タルカ若クハ執行式ノ不規則ナルニ當リテハ腕力ヲ以テ之ニ抵抗スルヲ得ヘシト此説タル專ラ佛國ニ於テ行ハル、所ノモノニシテ而シテ此説ヲ爲ス者ハ彼千七百九十三年佛國大革命ノ時ニ方リテ布告シタル「デクラシヨン、デ、ドロワードローム」(即チ直譯シテ人ノ權利ノ布告トモ謂フヘキモノナリ)ノ第十一條ノ主義ヲ取ルモノナリ同條ニ曰ク「凡ソ法律ニ定メタル場合以外ニ於テ法律ニ定メタル法式ヲ用弗スシテ行フタル所爲ハ悉ク之レヲ專横苛逆ノ所爲ト爲ス故ニ此所爲ヲ行ハントスル者ニ對シテハ人皆腕力ヲ以テ攻撃スルノ權アリ」ト第二説ハ即チ此主義ニ從フモノナリ余輩ハ此説ニモ亦敬服スルトヲ欲セサルナリ何トナレハ若シ夫レ各人民ニ

於テ政府ノ行爲ニ付テ自由ニ爭論スルノ權アリ又不規則ナル所爲ニハ腕力ヲ以テ之ニ抵抗スルノ權アリト爲スニ於テハ政府ヲシテ其職ヲ盡スト能ハサルニ至ラシメ人民ト官權ノ代理者即チ官吏トノ間ニ於テ爭鬪ノ絶ル間ナキニ至ルヘケレハナリ故ニ余輩ハ此説モ亦取ルニ足ラサルモノト爲ス

第三説ニ曰ク「此問題ニ付テハ先ツ其所爲ノ正不正ニ付テ疑アルカ若クハ之レニ耐忍シ得ヘキ場合又ハ其不正タルトノ顯然タルカ若クハ之レニ耐ルト能ハサル場合トヲ分別スルヲ必要トス而シテ第一ノ場合ニ於テハ一時之ニ服従スルヲ要シ第二ノ場合ニ於テハ之ニ服従スルトヲ要セスシテ却テ之ニ抵抗シ得ヘキナリ」ト

此説タル第二ノ場合ニ於テハ其抗敵ノ所行ハ即チ以テ正當ノ防衛ト見ルトヲ得ヘシト云フニ歸スルモノナリ蓋シ此説ハバルベイヤツクト云ヘル人ノ主唱シタル所ニシテ前二説ヲ折衷シタル説ナリ余輩ハ寧ロ此説ニ左袒セントスルモノナリ

我刑法第三百三十九條ヲ見ルニ曰ク「官吏其職務ヲ以テ法律規則ヲ執行シ又ハ行政司法官署ノ命令ヲ執行スルニ當リ暴行脅迫ヲ以テ其官吏ニ抗拒シタル者ハ云々」トアリ此法文ニ依レハ凡ソ官吏ニ抗拒シテ官吏ノ職務ヲ行フヲ妨害スル罪アリト爲スニハ其官吏カ職務ヲ以テ法律規則又ハ命令ヲ執行スル場合ニ限ルモノトス左レハ我刑法ニ於テモ官吏ニ對スル抵抗ノ所爲ハ其何タルヲ問ハス悉ク之レ

ヲ一個ノ罪ト爲スト云フニアラサルトヲ見ルヘキナリ右第三説ハ之レヲ純粹ノ論ニ從ツテ論スル片ハ或ハ其當ヲ得サルモノタルヤモ知ルヘカラスト雖而カモ官權ニ必要ナル命令ト人民ニ必要ナル自由トヲ調和シテ其當ヲ得セシムルモノト謂フヘキナリ今其主義ヲ略説センニ凡ソ社會ノ權柄ニ對シテハ人皆之レニ服従スルヲ要ス然レモ其所爲ノ不正タリ不法タルトノ確然トシテ且ツ明カナル片ニ於テハ道理ニ於テ之レニ抗敵スルヲ得ヘキナリ右ニ述フル所ノ如ク第三説ノ旨意ニ從フヘキモノトスルモ尙ホ左ノ問題ヲ講究スルヲ必要トス曰ク其所爲ノ不正タルト顯然ニシテ且ツ之レニ耐ユヘカラサル場合トハ如何ナル場合ヲ云フカ又之レニ反シテ其正不正ノ判然セス

シテ之レニ耐ヘ得ヘキ場合トハ如何ナル場合ヲ云フカト
 即チ是レナリ佛國學士トレピユタン氏ハ其命令ノ正當ニ
 シテ之レヲ執行セシメサルヲ得サルモノト爲スニハ四個
 ノ要件アリト説ケリ即チ第一其命令ハ管轄ノ官署ヨリ發
 シタルモノナルト第二其之ヲ受クヘキモノニ對シテ證明
 セラルト第三何レノ法律ニ於テモ其命令セラレタル所
 爲ヲ禁止セサルト第四其所爲ハ其職務ヲ以テスル公ケノ
 官吏ニ依テ執行セラルト是レナリ
 第一其命令ハ管轄ノ官署ヨリ發シタルト
 凡ソ國民ノ權利ヲ保障シテ各其安全ヲ得セシムル所以ノ
 モノハ專ラ公權ノ組織構成ニ於テ之レアルモノトス故ニ
 若シ官吏ニシテ其權限以外ニ出テ法律ノ之レニ許サ、ル

所ノ命令ヲ下ストアル片ハ人皆之レニ抵抗スルトヲ得ヘ
 キナリ寔ニ如此場合ニ於テハ其命令ハ公權ノ受托者ヨリ
 發シタルモノニアラスト云フヲ得ヘシ如何トナレハ其官
 吏ハ如此命令ヲ爲スカ爲メニ法律上ノ職權ヲ有セサルモ
 ノニシテ一個私人ノ命令ニ異ナラサレハナリ
 第二其命令ヲ受クヘキ者ニ其命令ヲ證明スルヲ要スルト
 若シ夫レ單ニ其命令アルトノ口達ノミヲ以テ之レニ服從
 セシムルニ足レリトスル片ハ人民ハ官吏ノ爲ス所ニ任ス
 ヘキニ至リ官吏ハ亦之レニ由テ非理ノ所行ヲ爲スニ自由
 タルヘケレハナリ
 第三何レノ法律ニ於テモ其命令セラレタル所爲ヲ禁止セ
 サルト

凡ソ公ケノ權柄ハ必竟法律ノ執行ヲ正確ナラシムルニ任
 スル者ナリ左レハ法律ニ反スル命令ヲ爲スト得サルヤ
 勿論トス故ニ若シ法律ニ反スル命令ヲ爲スニ當リテ之ニ
 服セサルハ即チ法律ニ從フモノニシテ即チ正當ノ所爲ヲ
 爲スモノナリ佛國ニ於テモ此旨意ヲ以テ判決シタル裁判
 ノ事例少カラス然レモ千八百三十八年六月五日パリー裁
 判所ノ判決ニヨレハ其抵抗ヲ以テ正當ノ所爲ト爲スニハ
 法律ノ文義殊ニ明白ナル場合タルトテ必要トセリ即チ若
 シ法文ノ兩義ニ解シ得ヘキモノニシテ官署ニ於テハ之レ
 ヲ許セルモノト解釋シ人民ニ於テハ之レヲ禁止スルモノ
 ト解釋シ得ル場合ノ如キハ人民ハ後チニ裁判所ニ向ツテ
 其權利ヲ伸暢スルハ格別假リニ其命令ニ服從セサルヲ得

ス若シ之レヲ然ラストスル片ハ此解釋ノ自由ニ依テ每事
 觸權ノ爭論絶ユヘカラサレハナリト

第四其命令ハ相當ノ官吏職務ヲ以テ執行スルヲ要スル
 凡ソ命令ノ執行ニ就テ相當ノ官吏之レヲ行フトテ要スル
 ハ猶ホ其命令ヲ發スルハ相當ノ官署タルヲ要スルト異ナ
 ル所ナシ故ニ其執行官ノ資格ナキ者ノ爲セル執行ハ又管
 轄違ノ官署ヨリ發シタル命令ノ不法タルト同一ナリ隨テ
 之レニ對スル抵抗ノ不正タラサルモ亦同一ナリト知ルヘ
 キナリ然レモ若シ其命令ニシテ管轄ノ官署ノ達スル所タ
 リ而シテ其職務ヲ以テスル官吏ニ由テ執行セラル、場合
 ニ於テハ假リニ其執行官ニ於テ少シク不規則ノ事アリト
 スルモ己ニ其緊要ナル條件ノ具備スルヲ以テ其執行官吏

ニ對シテハ腕力ヲ以テ之ニ抗敵スルヲ許サ、ルナリ此他尙少シク敷衍スヘキモノアリト雖、凡己ニ稍冗長ニ亘リタルノ感アルヲ以テ之ヲ茲ニ止メ今ヨリ本題ニ立チ歸リ説ク所アラントス

凡ソ襲撃ノ果シテ不正タル場合ニ於テハ其襲撃ハ幼者若クハ瘋癲ノ如キ是非ノ辨別ナキ者タルモ尙ホ之レニ對シテ抗拒スルヲ許スヘキナリ蓋シ法律上正當防衛ノ場合ニ於テハ其襲撃者ノ能力ノ如何ニ關セス凡ソ不正ノ襲撃ニ對シテハ之レニ抵抗スルノ全權ヲ認許スルモノナリ茲ニ注意スヘキ一事アリ佛國ノ刑法ニ依レハ其襲撃者ハ自己ノ父母タル片ト雖、凡尙ホ之レニ抗シテ正當防衛ト爲スヲ得ヘキナリ然レ凡我刑法ニ於テハ第三百六十五條ニ

於テ祖父母父母ニ對シタル殺傷ノ罪ハ特別ノ宥恕及ヒ不
論罪ノ例ヲ用フルヲ得ス但其犯ス時知ラサル者ハ此限
ニ在ラストノ明文アルヲ以テ苟モ其祖父母父母タルヲ
知ル場合ニ於テハ決シテ正當防衛ノ不論罪ヲ適用スルヲ
得サルナリ

或人間ノ例ヘハ竊盜ノ現行犯ヲ認メタル所有者之レヲ殺
サントスル場合ニ當リ盜賊之レヲ防カントシテ却テ其所
有者ヲ殺傷シタル場合ノ如キ之レヲ正當防衛ノ場合ト云
フヲ得ヘキカ此問題ノ旨意ヲ畧言スレハ抑正當防衛ノ權
理ナル者ハ此盜賊ノ如キモノモ亦認許スヘキモノナルヤ
如何ト云フニ在リ若シ此盜賊ハ其罪ヲ避ケンカ爲メニ其
所有者ヲ殺傷シタルモノトスル片ハ當ニ其正當防衛タラ

サルノミナラス却ツテ第二百九十六條ノ重罪ヲ犯ス者ニシテ正當防衛ノ場合ニアラサルト明カナリ然レモ若シ其盜賊ハ免カレントセサル場合ニ當リテ所有者ハ其盜ヲ試ミタルヲ憤リ之レニ暴行ヲ加ヘントシタルモノナリトセシカ若シ盜賊ニ於テ威迫ノ所爲ナク又逃レ去ラントセサルニ當リテハ其所有者ニ於テ自ラ裁判スルノ權ナキカ故ニ此場合ニ於テハ盜賊ニ於テモ亦其暴行ニ對シテハ正當防衛ノ權アリト謂ハサルヲ得ス然レモ如此場合ニ當リテハ其盜賊ト所有者トノ相方ノ行爲明白ニ證明セラルトヲ要スルナリ

第二十八回 明治十八年十月廿九日

前回ニ於テ正當防衛アリトスルニハ其襲撃ノ目的何ニ在ルヲ要スルヤ又襲撃ノ所爲ノ性質ハ如何ナルヲ要スルヤノ二問題ヲ説了シタリ故ニ本日ハ第三ノ點ヨリ説キ始メントス

(三) 正當防衛權ノ限界如何

凡ソ防衛ノ事タル其必要ナルニ非ルヨリハ之ヲ正當ト爲スヲ得ス社會ハ其人民ヲ防衛スヘキモノナリ故ニ社會自カラ其人民ヲ保護シ能ハサル場合ニ非サレハ人民ノ自カラ防衛スルヲ許サス此場合ニ於テ特ニ之ヲ許スハ必竟社會ノ防衛ヲ恃ムコト能ハサルカ故ニ全ク例外ノ場合ト知ルヘシ左レハ必要ト云フコトハ正當防衛ノ基礎タルモノニシテ從ツテ又其權限ノ定度タルモノナリ故ニ一言ニシ

テ之ヲ云ヘハ防衛ハ其必要ノ時間限内ニ於テシテ始メテ
正當ト云フヘキナリ

一 必要ノ時間

若シ夫レ襲撃ノ所爲ノ終リタル片ハ即チ之ヲ防衛スルノ
必要ナシ故ニ其後ニ爲シタル暴行ハ法律ニ於テモ道德ニ
於テモ共ニ禁スル所ノ復讐ト爲ス是レ刑法第三百十五條
ニ於テ已ムトヲ得サルニ出テ人ヲ殺傷シタル者ハ云々ト
ノ條項アル所以ナリ

二 必要ノ限内

若シ襲撃者ノ勢力ヲ失ヒ己ニ暴害ヲ爲シ能ハサルニ至リ
シ後ハ之ヲ虐待シ若クハ之ニ對シテ暴行ヲ用ユルコトヲ
許サ、ルナリ只其後ニ於テ之レニ刑罰ヲ科シ得ヘキモノ

ハ獨リ裁判所アルノミトス

或問ニ曰ク若シ被害人ハ逃亡シテ襲撃ヲ免カレ得ヘキ場
合ニ當リ暴行ヲ以テ之ニ抵抗シタルカ如キ尙之ヲ正當ト
云フヲ得ヘキカト

此問題ノ如キハ實際ニ於テハ恐クハ屢生スル所ノモノニ
ハアラサルヘシ如何トナレハ其被害者ニシテ逃走シタラ
ンニハ其安全ヲ得ヘキヲ豫定スルコトハ蓋シ爲シ難キ所
ニシテ或ハ之カ爲メ一層其ノ危険ヲ増スコトモ之アルヘ
キモノナルヲ以テナリ然レモ若シ其遁走ニ因テ果シテ安
全ヲ得ヘカリシコト確實ナル片ニ於テハ腕力ヲ以テ之ニ
抵抗シタル者尙ホ之ヲ正當ト云フヘキヤ否ヤノ問題ヲ起
スヲ得ヘシ佛國ノ學者中ニハ往々此場合ニ於テモ尙ホ其

防衛ハ正當ナリト答フル者アリ
 其説ニ曰ク「防衛ノ事タル道徳ニ於テ許ス所タルノミナラ
 ス凡ソ毆打ニ答フルニ毆打ヲ以テセント欲スルハ人情制
 シ難キ所ノ感覺ニシテ此間一種無形ノ強制アリト云フヲ
 得ヘシ而シテ其逃ケ去ルト云フ一ハ卑怯ノ所爲ナリ卑怯
 ノ所爲ハ實ニ卑怯ナル者ト雖モ尙ホ其外見ニ表ハル、ヲ
 厭フ所ナリ加之逃走ハ以テ敵手ニ勢力ヲ増サシムルコト
 アリト雖モ銳意ヲ以テスル抗抵ハ却ツテ之ヲ恐怖セシメ
 以テ其暴行ヲ止ムルコトアリ逃走以テ其安全ヲ保ツヘキ
 ヲ得ル時ニ於ケル防衛モ亦之ヲ正當ト爲スヘキナリ」此説
 ハ專ラトレビダン氏ノ唱フル所ナリト余ハ此説ニ服スル
 コト能ハサルナリ何トナレハ右ノ問題ノ場合ノ如キハ前

ニ説キタル必要ナキモノニシテ法文ノ所謂ル己ムヲ得サ
 ルニ出テタルモノト信スルコト能ハサレハナリ前説ヲ爲
 ス者モ同條ノ場合ニ於テハ悉ク正當防衛ナリト言ハス蓋
 シ襲撃者ノ知覺精神ナキ者ナル片ハ逃走スルハ或ハ却ツ
 テ人ノ本分ナラント云ヘリ而シテ其理由トスル所ヲ聞ク
 ニ狂人ヲ恐レテ逃クルハ決シテ之ヲ卑怯ト爲サス又前ニ
 述ヘタル人情制シ難キ所ノ憤怒ノ情ヲ起サシメサルヘケ
 レハナリト
 右ノ一説ハ只諸君ノ參考ニ供スルノミ

附言

曩ニ靈智ナキニ原因スル不論罪ヲ講スルニ當リ刑法第
 八十二條ニ定ムル所ノ瘖啞者ノ事ヲ説キ加フルヲ失念

シタリ故ニ今一言附言シ置カントス
 第八十二條ニ曰ク瘖啞者罪ヲ犯シタル時ハ其罪ヲ論セ
 ス但情狀ニ因リ五年ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置
 スルヲ得下瘖啞者トハ生來耳ノ聽エサル爲メ言語ヲ
 解スルコト能ハス言語ヲ解スルコト能ハサルカ故ニ自
 カラ言フコトヲ得サルモノナリ此ノ如クナルカ故ニ假
 令年齢ヲ加フルモ父母若クハ師友ノ教育ヲ受クルコト
 ヲ得サルカ故ニ大抵ハ是非ヲ辨スルノ智力ナキモノト
 ス故ニ立法者ハ其年齢如何ニ拘ハラス凡テ十二歳以下
 ノ幼者ト同視シテ其罪ヲ論セサルコト、爲シタルナリ
 以上靈智ナキト自由ナキトニ原因スル不論罪ノ事ヲ説了
 シタリト信ス然ラハ此ノ外不論罪トナルヘキ者ハアラサ

ルカト云フニ別ニ我刑法ニ於テ靈智アリ且ツ自由アリテ
 犯シタル者ニシテ猶且ツ不論罪タルヘキ者アリ即チ第七
 十七條第一項及ヒ第二項ニ定メタル所ノモノ是ナリ
 其第一項ニ曰ク罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セスト
 アル即チ是ナリ本條ニ所謂罪ヲ犯スノ意ナキモノトハ知
 覺精神ナキモノニアラス又有形若クハ無形ノ強制ヲ受ケ
 テ自由ナキモノニモアラズ靈智自由共ニ有ツテ存スルモ
 只其罪ヲ犯スノ意思ナキ者ヲ云フナリ例ヘハ他人ノ所有
 品ヲ誤認シテ自己ノ所有品ト爲シ之ヲ持去リタル者所有
 者ノ不在中之ヲ一時借用スルノ意ニテ持去リタル者ノ類
 ニシテ學問上ノ所謂罪情(キユルパビリテ)若クハ罪責(レ
 スホンサビリテ)ヲ構成スルニ必要ナル罪スヘキ意思即

チ犯意ナキモノ是レナリ而シテ之ヲ不論罪ト爲ス所以ノ
モノハ刑罰權ノ基礎タル道德ニ背キタル者ニアラサレハ
ナリ

又第二項ニ所謂罪ト爲ル可キ事實ヲ知ラストハ例ヘハ人
ノ妻タルヲ知ラスシテ姦通シ又ハ二十年以下ノ幼女タル
ヲ知ラス之ヲ誘拐シタル類ヲ云フ通常ノ和姦ハ法律ノ罰
セサル所ナレモ有夫姦ハ之レヲ罰ス蓋シ有夫姦モノノ和
姦ニ過キサルモノナラン然ルニ獨リ之レニ罰アルハ單ニ
其夫アルカ故ナリ左レハ其婦人ニ夫アリトノ事實ハ其罪
ヲ構成スルノ原素トス故ニ其原素タルヘキ事實アルコト
ヲ知ラスシテ姦通シタル者ハ其罪ヲ論セスト定メタルモ
ノナリ余竊カニ思ラク此第二項ニ定ムル所ノモノハ第一

項ニ定ムル所ノ罪ヲ犯ス意ナキモノト同一ニ歸スルモノ
ナラント言ヲ換ヘテ云ヘハ第一項ト第二項ノ罪ト成ルヘ
キ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者トハ之ヲ分別スルヲ要セ
サルモノナラン何トナレハ第二項ニ所謂罪トナルヘキ
事實ヲ知ラサルモノハ罪ヲ犯スノ意ナキモノナラント信
スレハナリ

今若シ茲ニ有夫姦ハ法律ノ罰スル所タルヲ明知スル者ニ
シテ和姦ヲ爲スニ當リ先ツ其夫ノ有無ヲ質スニ姦婦其夫
アルヲ語ル片ハ彼ノ拒ム所トナラント察シ斷然處女ナ
リト答ヘタルヲ以テ即チ之レト姦通シタル場合ノ如キ罪
トナルヘキ事實ヲ知ラサルモノト謂ハンヨリハ寧口罪ヲ
犯ス意ナキモノト云フヘキモノナラント信スルナリ蓋シ

刑法ノ起草者ハ世間或ハ此間ニ於テ惑ヲ生スル者アラシ
コトヲ慮リテ故ラニ之ヲ分別シテ記載シタルモノナルカ
將タ自カラ分別セサルヲ得サルノ理由アリテ然シタルモ
ノナルカ余其何レタルヲ斷言スルヲ得ス暫ク茲ニ疑ヲ存
スルナリ此他第三項第四項並ニ第一項但書例外ノ場合ノ
如キハ已ニ世間ノ註解書ニモ解釋スル所ニシテ諸君ノ已
ニ詳知セラル、所ナラント信スルヲ以テ茲ニ之ヲ省ク

第二 宥恕減輕ノ事

凡ソ人ノ知覺精神ト自由トハ犯罪ヲ構成スルノ要件タル
コト並ニ此ノ二者并ヒ存セサルニ於テハ假令何等ノ證據
アルモ其罪ヲ論セス從ツテ之ニ刑罰ヲ科スヘキモノニ非
サルハ前數回ニ於テ説キ了レリ(犯意ノナキ者モ亦同シ)今

之レニ反シテ知覺精神ト自由トノ并ヒ存シテ犯シタル片
ハ固ヨリ其罪ヲ論シ隨テ之ニ刑罰ヲ科スヘキモノナリ然
レモ其犯人ノ惡意ノ度ニ於テハ常ニ同一ナリトセス即チ
年齢又ハ自首又ハ被害者ノ挑激其他別段ノ情狀ニ因テ犯
人ノ惡意ニ輕重ヲ爲スモノアリ即チ其罪狀ヲ輕減シ從ツ
テ其刑ヲ輕減スルモノアリ今之レヲ二ニ分ツテ説クヘシ

一 其罪情ヲ輕減スル事實

二 刑ヲ輕減スル事實

第一ノ場合即チ罪情ヲ輕減スル事實ヨリ説キ始メントス
罪情ヲ輕減スル事實又分ツテ二ト爲ス曰ク宥恕減輕即チ
法定ノ減輕曰ク酌量減輕即チ裁判上ノ減輕是ナリ但此酌
量減輕并ニ自首減輕ハ此章各別ニ一節ヲ爲スカ故ニ茲ニ

ハ只其他ノ宥恕減輕ノミヲ説カントス宥恕ハ法律ノ明文ヲ以テ定ムル所ノ事實トス故ニ苟モ其事實アルコトヲ證明セラレタル以上ハ輕減スル者トス故ニ宥恕減輕ニ就テノ裁判官ノ職ハ事實ノ有無ヲ檢證スルニ止マル故ニ若シ其事實存スル片ハ必ラスヤ其刑ヲ減セサルヲ得ス(我刑法中二箇ノ例外ヲ除ク)而シテ裁判所ハ他ニ惡ムヘキノ情狀アルヲ以テ宥恕ヲ爲サスト云フヲ得ス之ニ反シテ彼ノ酌量減輕ナルモノハ一ニ裁判官ノ所見ニ委メルモノトス故ニ宥恕減輕ノ情狀ニ於ケル如ク豫メ法律ニ明示セル事實ヲ以テ之カ原因ト爲サシテ被告事件ノ模様ニ付キ或ハ犯人ノ情實ニ就テ裁判官ノ認定スル所ノモノヲ以テ之レカ原由トスルモノナリ刑法ニ於テ宥恕スヘキモノト定メ

タル所ノ事實即チ宥恕ノ原由トナル所ノ者ハ第一、年齢第二、自首減輕第三、挑激其他一種特別ナル二三ノ事實等トス右宥恕ノ事實ノ内年齢ト自首ニ係ルモノハ一般ノモノトシ挑激其他ノ二三ノモノハ特別ノモノトス

第廿九回 明治十八年十一月二日

本日ハ年齢ニ原由スル宥恕減輕ヲ説カン

一 年齢ニ原由スル宥恕減輕

凡ソ年齢十二歳ニ滿タサルモノハ之ヲ是非ノ辨別ナクシテ犯シタルモノトシテ其罪ヲ論セサルヲハ前既ニ之ヲ説ケリ故ニ此年期以下ノ者ニ付テハ宥恕減輕ニ關係ナシ然レモ滿十二歳以上十六歳以下ノ者ニ至リテハ其所爲ノ是

非ヲ辨別シタルト否ヤトヲ審按シ辨別ナクシテ犯シタル
 片ハ其罪ヲ論セサルト猶ホ十二歳以下ニ於ケルカ如シト
 雖モ是非ノ辨別アリト審定セラレタル者ニ於テハ即チ其
 罪ヲ論スヘキモノニシテ已ニ有罪者ト爲ス然レモ尙ホ其
 十二歳以上丁年以下ノ幼者ニ於テハ所謂年齢ノ故ヲ以テ
 法律上其罪ヲ宥恕シテ左ノ如ク刑ヲ減輕スルモノトス

一 十二歳以上十六歳以下ニシテ是非ノ辨別アリテ犯
 シタル片ハ其罪ノ重罪ニ係ルト輕罪ニ係ルトヲ問ハ
 ス共ニ本刑ニ二等ヲ減ス

一 滿十六歳以上二十歳未滿ノ者ニハ同シク重罪輕罪
 ヲ分タス本刑ニ一等ヲ減ス

一 違警罪ニ付テハ單ニ十二歳以上十六歳未滿ノ者ニ

於テノミ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減シ滿十六歳
 以上ノ者ニ於テハ其罪ヲ宥恕スルトナシ

以上年齢ニ原由スル宥恕減輕ノ大要トス

偕此宥恕減輕ヲ爲ス所以ノ理由如何ト云フニ法律ハ假令
 其犯人カ是非ヲ辨別シテ犯シタル者トスルモ之ヲ丁年以
 上ノ罪ヲ犯シタル者ニ比スレハ其過失ノ輕重ヲ知ルニ付
 テ充分ノ智力ヲ具ヘサルモノト云フニ基クモノナリ佛國
 ノ學士ホール氏曰ク法律ニ於テハ其犯人カ假令其事ノ惡
 事タルトモ明知シテ犯シタルモノトスルモ而カモ尙ホ其
 過失ニ付テ凡テノ區域ヲ感知シ及ヒ其己レノ受クヘキ刑
 罰ノ嚴重ナルトモ辨知スルノ地位ニ達セサル者タルノミ
 ナラス其年齢ノ幼少ナル其悔悟ヲ望ムヘク又或ハ他日一

簡有用ノ人物ト成ル_トアラ_ンモ知ルヘカラス此期望ハ亦以テ多少其犯人ヲ宥恕スルノ原由タルヘキモノナリ是レ年齢ノ幼少ノ故ヲ以テ假令其罪アルモ尙ホ之ヲ宥恕シテ其刑ヲ減スル所以ナリ_ト

佛國ノ刑法ニ於テハ年齢ニ原由スル宥恕ニ付テハ獨リ減輕ノ利益アルノミナラス又其裁判ノ管轄廳ヲ異ニス而シテ又其減輕ノ方法ニ付テハ我刑法ノ如ク重罪輕罪違警罪ニ付テ區別ヲ爲サスシテ重罪ト輕罪トノ間ニ於テ之ヲ分テリ即チ重罪ノ減等ニ付テハ佛國刑法第六十七條ニ於テ其減等ノ原由ヲ定メ輕罪ニ付テハ第六十九條ニ於テ之ヲ定メタリ而シテ違警罪ニ付テハ凡テ減等スル_トナシ又千八百二十四年マテハ十六歲以下ノ幼者ハ單ニ前述ノ刑ノ

減等ヲ受クル者ナリシカ千八百二十四年五月廿五日ノ法律ヲ以テ重罪ヲ犯シタル幼者ハ重罪裁判所管轄ニ屬セスシテ輕罪裁判所ノ管轄スル所トナレリ但シ之レニ二個ノ例外ノ場合アリ即チ丁年以上ノ者ノ從犯タリシ時幼者一人ニテ犯シタル罪ノ死刑無期徒刑流刑若クハ囚獄ノ刑ニ當ル時はナリ此二個ノ場合ニ於テハ今日ト雖_レ尙ホ重罪裁判所ノ裁判ヲ受クヘキモノトス

二 自首減輕

自首減輕モ亦一ノ法律上ノ宥恕トス蓋シ此宥恕ハ歐洲各國ニ於テ未タ其例ヲ見サル所ニシテ元來支那律ヨリ我舊法ニ傳來シ舊律ヨリシテ此新法ニ傳ハリタル所ノモノトス然レ_レ支那律並ニ我舊律ニ於テハ凡テノ犯罪ニ對シテ

自首減輕ヲ許シタルニアラスシテ竊盜其他財産上ノ罪ニ對シテ之ヲ許シタルノミ然ルニ新法ニ於テ之ヲ採用シタル所以ノ理由ニ至テハ舊律ノ理由トスル所ト其旨意相同シカラス如何トナレハ舊律並ニ支那律ニ於テ一種ノ減輕ヲ與ヘタル所以ハ特ニ犯人ノ悔悟ヲ賞スルノ一點ニ在リト雖旧新法ニ於テハ獨リ犯人ノ悔悟ヲ賞スルノ旨意ニ止マラスシテ第一罪ヲ犯シテ罰ヲ免カル、ノ弊ヲ免カレ第二人違ニテ冤罪ニ陥ルモノアルノ弊ヲ防ク等ノ利益アルヲ以テ之カ理由ト爲セハナリ此他尙ホ新法ニ於テ自首減輕ヲ設ケタル所以ノ理由ト爲スヘキモノアリ即チ官ニ於テ犯人搜索ノ勞及ヒ費用ヲ省ク、又犯罪ノ後或ハ其罪ヲ掩ヒ其罪ヲ免カレンカ爲メニ再ヒ罪ヲ犯スコトアルノ恐

レナカラシムル、即チ是ナリ我刑法ハ自首減輕ヲ分ツテ二種トナス第一謀殺故殺ニ係ル犯罪ト財産ニ對スル犯罪ヲ除クノ外一切ノ犯罪ニ付テノ自首第二財産ニ對スル罪ニ付テノ自首而シテ第一ノ犯罪ニ付テハ只其本刑ニ一等ヲ減スルニ過キスト雖旧第二ノ自首ニ付テハ一等ノ減輕ノ外左ノ事實アル片ハ更ニ減等ヲ與フルモノト爲ス

- 一 贓物ヲ還給シテ損害ヲ賠償シタル片ハ本刑ニ二等ヲ減シ自首ヲ通算シテ三等ヲ減ス
- 二 贓物還給損害賠償半數以上ニ及フ者ハ本刑ニ一等ヲ減シ自首減輕ヲ通算シテ二等ヲ減ス

又財産ニ對スル罪ノ自首ニ付テ異ナル所ハ獨リ減等ノ等數ヲ異ニスルノミナラス別ニ一ノ異ナル點アリ即チ其被

害者ニ首服シタル者ヲ以テ官ニ自首シタル者ト同視スル
ト是レナリ

此他自首ニ付テ必要ナル條項及ヒ其理由ニ付テハ己ニ刑
法義解ニ於テ其大要ヲ示シ其他諸氏ノ註解書ニモ解釋ス
ル所アルヲ以テ茲ニ略ス

右自首ノ本條タル第八十五條ハ之ヲ佛文草案ノ第九十七
條ノ條文ニ比スルニ彼は大ニ其趣ヲ異ニス是レ蓋シ審査
委員ニ於テ之ヲ改正シタルモノナラン然レモ余ヲ以テ之
ヲ見レハ此修正ハ寧ロ惡シキ方ニ改メタルモノト信スル
ナリ故ニ諸君ノ參考ノ爲メ草案原文ノ直譯ヲ示サン

草案第九十七條ニ曰ク「犯人カ自己ニ對シテ一ツノ證據モ
出テス若クハ發覺モセサル前ニ自ラ官ニ首出シ而シテ自

ラ捕ニ就キタル片モ尙ホ又法定ノ宥恕アリ而シテ其刑一
等ヲ減セラルヘシ但シ第二篇ニ定メタル若干ノ重罪輕罪
ノ發覺ノ爲メニ與フル所ノ全免ノ宥恕ト相牴觸スルトナ
カルヘシト

今之ヲ現行刑法第六十條ニ比照スルニ其改正シタル點左
ノ如シ

第一 草案ニ所謂犯人ノ自己ニ對シ一ノ證據モ出テス
發覺モセサルノ一句ニ代ルニ事未タ發覺セサルノ一
句ヲ以テシタルト

第二 自ラ首出シ而シテ自ラ捕ニ就キタル片ト云フニ
代ルニ單ニ官ニ自首シタル者ノ一句ヲ以テシタルト

第三 第二篇全免ノ宥恕云々ヲ削テ謀殺故殺ニ係ル者

ハ自首減輕ノ限ニアラスト爲シタルト
 右第一ノ改正即チ事未タ發覺セサル云々ニ付キテハ新法
 頒布ノ當時頗フル疑義ヲ生シタリ即チ法文ニ所謂事トハ
 犯罪ノ事件ノ事ナルヤ將タ犯人ノ誰タルトヲ指スモノナ
 ルヤ當時余輩ハ審査委員カ故ラニ事ノ一字ヲ用ヒタルハ
 必ラス自首減輕適用ノ場合ヲ狭クセントノ旨意ニテ斯ク
 ハ改メタルモノナラント信スルト事ノ字ヲ以テ人ノ義ニ
 解スルノ困難ナルトニ由テ本條ニ所謂事トハ即チ事件ノ
 トナリト解シタルトアリ然ルニ審査委員ニ於テハ此ノ如
 キ旨意ノアルアルニアラスシテ例ノ不文ヲ厭ヒ杜撰ニ事
 ノ字ニ改メタルトヲ聞クニ及ンテ始メテ前説ノ非ナルト
 ヲ悟レリ今日實際ニ於テモ此事ノ字ハ即チ犯人ノ事ヲ指

ス者ト解釋スルモノ、如シ然レモ事ノ字ヲ以テ專ハラ人
 ヲ指スト云フカ如キハ文字上解スヘカラサルトナルヲ以
 テ他年此刑法改正ノ時モアラハ宜シク改正ヲ加フヘキモ
 ノナリト信スルナリ

第二 自ラ捕ニ就キタル片ノ一句ヲ削除シテ單ニ官ニ自
 首シタル者ト改メタルハ想フニ自首ト云ヘハ即チ自ラ
 出テ來リテ自ラ捕ニ就クハ勿論ナリトノ旨意ニ出テタ
 ルモノナラン歟自首ノ字ニシテ其義アリトセハ即チ可
 ナリト雖モ抑起草者カ故ラニ自カラ捕ニ就キ云々ノ一
 句ヲ加ヘタル者ハ例ヘハ其身潜伏スルカ遠ク外國ニ逃
 ケ去リ書面ヲ以テ首出シタル者ヲ除クノ旨意ニ出テタ
 ルモノナリ知ラス果シテ自首ノ文字ヲ以テ自ラ是等ノ

自首ヲ除ケル者ナルヤ否ヤヲ

第三 第二篇云々ヲ削除シタルニ就テハ固ヨリ大ナル影響ナカルヘシト雖氏之ニ代ルニ但書ヲ加ヘ謀殺故殺ニ係ル者ハ自首減輕ノ限ニアラスト爲シタルニ付テハ大ニ草案ト其旨意ヲ異ニス勿論審査委員ニ於テモ此但書ヲ加ヘタルニ付テハ全ク旨意ナキニアラス蓋シ謀殺故殺ノ如キハ多クハ宿怨遺恨ヲ抱クニ原由スル者ナルヲ以テ一旦其宿怨ヲ霽ラシ直チニ官ニ自首スル片ハ我一命ヲ失ハスシテ恨アル者ヲ殺スヲ得ルカ故ニ假令重刑ヲ受クルモ自己ノ宿怨ヲ霽ラスヲ以テ足レリトスル者アルヲ恐レ之ヲ防カントノ旨意ナルヘシ而シテ此議論ハ草案編纂ノ時ヨリ之レアリシモ遂ニボアソナード氏

ノ説ニ勝ツ丁能ハスシテ一旦此取除ヲ爲サ、ル丁ニ決シタルモノナリ而シテ同氏ノ論旨如何ト云フニ曰ク反對論者ノ憂フル所一理ナキニアラスト雖氏抑自首減輕ノ法ヲ設クル所以ノ理由アルヤ專ハラ社會ノ二大危険ヲ避クルニ在リ即チ犯人ノ刑ヲ免カレシムル丁無辜者ヲシテ冤罪ニ陥ラシムル丁是ナリ左レハ謀殺故殺ノ如キ死刑ニ處スヘキ罪ニ於テモ同シク自首ノ宥恕ヲ與フヘキノミナラス如此重犯人ヲシテ其刑ヲ免レシメ又如此重罪ノ冤罪ヲ蒙ムラシムルハ更ニ重大ノ丁ナルヲ以テ自首ノ宥恕ヲ與ヘテ自首スル者ヲ獎勵スルカ爲メ更ニ一層ノ理由アルモノナリト

ボアソナード氏ノ論旨ノ論理ニ適スル丁ハ固ヨリ言ヲ

待マス然レモ委員ノ懸念スル所モ亦一理ナキニアラス
特ニ已ニ刑法ノ正條ト爲シタル以上ハ如何トモスル丁
ヲ得スト雖モ余ハ右刑法頒布以後其犯人ノ知レサル犯
罪ノ内恐ラクハ自首ノ宥恕ヲ與ヘサル謀故殺犯ノ數其
多キニ居ルナラント信スルナリ若シ統計上果シテ自首
ノ宥恕ヲ與ヘサル罪ニシテ其犯人ノ知レサル者多シト
セハ宜シク本條但書ヲ削除シテ一般ノ犯罪ニ自首ノ宥
恕ヲ及ホサン丁ヲ希望スル者ナリ

第三十回 明治十八年十一月十二日

前回ニハ宥恕減輕ノ第二ノ場合即チ自首減輕ノ事ヲ説キ
了リタレハ第三ノ場合即チ挑激ニ原因スル宥恕減輕ノ丁

ニ説キ及ハン

三 挑激ニ原由スル宥恕減輕

今茲ニ題目トスル所ノ挑激若クハ挑發ナル語ハ我刑法ノ
明文ニハ見ヘサル所ナレモ學理上此宥恕ヲ與フルノ原由
ハ即チ被害人ニ於テ始メ他ヲ挑ミ激スルノ所爲アルニ在
リ故ニ此ニ此題目ヲ掲ケテ刑法第三編第一章第三節ニ記
載スル所ノ宥恕減輕ノ事ヲ説カントス

挑激トハ何ソ佛語ニ所謂「プロウオカシヨ」ト同義ニシテ
「アロウオカシヨ」トハ呼ヒ起シ又ハ招キ起スノ義ナリ今
之ヲ譯スルニ挑發又ハ挑激ノ文字ヲ以テスルモノニシテ
要スルニ結局ノ被害人カ始メ不當ノ所爲ヲ以テ加害者ノ
憤怒ヲ起シ即チ激發シタルコトヲ指スモノナリ凡ソ内外

古今ノ法律ニ於テ宥恕ノ一原因ト爲ス所ノモノハ憤怒又ハ畏懼ノ激發スルヨリシテ罪ヲ犯スニ至リタル者タルノ情狀ニ在リ之ヲ虚心平氣ニシテ且ツ何ノ理由モアラサルニ罪ヲ犯サントスル者ニ比スルニ其情甚ハタ輕シ蓋シ人各自ラ其情慾ヲ抑制スルニ足ルヘキ知覺精神ヲ具フルヲ以テ其情慾ヲ制スルニ至ラスシテ罪ヲ犯シタル者ハ罪ナキヲ得ス然レモ其遂ニ情慾ノ爲メニ制セラレシカ如キハ之ヲ猛惡ナル證ト云ハンヨリハ寧ロ其者ノ柔弱ナル證ト云フヘシ左レハ法律ノ此者ニ對シテ憫諒ヲ加フルモ亦之ヲ正當ト謂ハサルヲ得ス是レ其挑激アルヲ以テ宥恕ノ理由ト爲スノ理由トス

我刑法ニ於テハ前述挑激アルヲ以テ宥恕スル場合ハ左ノ

三個トス

- 一 自己ノ身體ニ暴行ヲ受クルニ由テ怒ヲ發シ暴行人ヲ殺傷シタル場合
 - 二 本夫其妻ノ姦通ヲ覺知シ姦所ニ於テ直チニ姦夫姦婦ヲ殺傷シタル場合
 - 三 晝間故ナクシテ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ニ出テタル時
- 此他尙ホ殴打シテ互ニ創傷シ其手ヲ下スノ前後ヲ知ル能ハサル場合及ヒ身體財産ヲ防衛スルニ出ツルモ不得已ニアラスシテ害ヲ加ヘタル場合アリト雖モ是レ聊カ其趣ヲ異ニスルモノナルヲ以テ前三個ノ場合ヲ講述シ後之ニ及

ハントス

第一ノ場合ハ第三百九條ニ定ムル所ナリ

曰ク自己ノ身體ニ暴行ヲ受クルニ因リ直チニ怒ヲ發シ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ス但不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラスト

此條ハ即チ他人ノ暴行ニ因リ殺傷ノ所爲ヲ挑激セラレタル場合ヲ定ムルモノナリ而シテ本條ノ正面ニ當ルカ爲メニハ三個ノ條件アルヲ必要トス

第一 暴行アルト

第二 其暴行ヲ自己ノ身體ニ受クルト

第三 其暴行ヲ受ケテ直チニ怒ヲ發シタルト

佛國刑法第三百二十一條ニ依レハ此他尙ホ其暴行ノ至重

ナルトヲ必要トセリ我刑法ニ於テハ此事ヲ明言セス(蓋シ其暴行ト云フヤ其至重ナルトヲ知ルニ足レリト爲シタルモノナランカ然ラサレハ若シ茲ニ至重ノ暴行云々ト記スル片ハ或ハ正當防衛ノ場合ト混同センコトヲ恐レタルモノナルヘシ)

右三個ノ條件ノ外一般ノ原則ニ由リテ其暴行ノ不正ノモノタルヲ要スルトヲ附加スヘキナリ前回ニ於テハ彼ノ襲撃者ノ暴行若シ其被害者ヲシテ防衛ノ位置ニ立タシムル片ハ全ク其罪ヲ論セサルトヲ説ケリ蓋シ此不論罪ノ場合ト本條宥恕ノ場合トノ差別ハ要スルニ其襲撃即チ暴行ノ輕重ニ由テ生スルモノトス故ニ裁判所ハ各事件ニ付キ注意ヲ以テ其被告人ハ其身ノ危害ヲ恐レ他ノ暴行ヲ防衛ス

ルニ出テタル者ナリヤ將タ其身ノ危険ハ敢テ恐ル、ニ足
 ラサルモ一時ノ憤怒ニ乗シ若クハ畏懼ノ餘リニ殺傷ヲ以
 テ之ニ應報シタルモノナルヤヲ探究スルヲ要スルナリ而
 シテ尚ホ正當防衛ト挑激トニ原由スル宥恕ノ差異ヲ述ヘ
 ンニ正當防衛ハ現ニ不當ノ攻撃ヲ防クニ在ルヲ以テ其襲
 撃ノ終リタル片ハ又正當防衛者タルトナシ之ニ反シテ本
 條ノ場合ハ必竟情慾ヲ制スルト能ハスシテ之ニ從ヒタル
 ニ原由スルモノナレハ苟クモ精神ノ常ニ復スヘキ時間ヲ
 過キサル間ニ犯シタル犯罪ニ付テハ假令多少ノ時間ヲ經
 ルアルモ尚ホ其宥恕ヲ與フルヲ得ルモノトス此論旨ハ佛
 國ニ於テモ共和第十年大審院ニ於テ採用シタル所ナリ
 ポアソナード氏ノ刑法草案注解ニ依レハ稍此説ト異ナル

カ如キモノアルヲ以テ茲ニ之ヲ示サントス

(前畧) 然レモ該犯此ノ如ク法律上ノ宥恕ヲ受ケ爲メニ頗
 ル大ニ其刑ヲ減輕セラレンニハ其怒ヲ發シテ直チニ返報
 ヲ爲セシトヲ要スルナリ蓋シ其間辨別スルヲ得ヘキ猶豫
 アリシナルヘキハ固ヨリ疑ヲ容レサル所ナリト雖モ決シ
 テ其間頗ル長フシテ熟考ノ効ヲ生シ得ルニ足ラサリシト
 ヲ要ス此時間ノ長短ハ裁判所ニ於テ之ヲ判定スヘキナリ
 暴行ヲ受ケタル者若シ先ツ誹毀又ハ凌辱ヲ以テ應答シ然
 ル後暴行人ニ向テ手ヲ下シタル片ハ宥恕ノ恩典ヲ許サル
 ルト難カルヘシ況ンヤ其者若干ノ離距アルヘキ所へ行キ
 テ兇器ヲ搜索シタル片ハ假令其間短フシテ豫シメ謀リタ
 ル邊ナカルヘキ片ト雖モ無論此恩典ヲ許サルヘカラス此

最後ノ場合ニハ謀殺罪ヲ構成スルモノタルヲ以テ暴行ヲ受ケ怒ヲ發シタルニ付テノ法律上ノ宥恕ノ問題タルヲ得
スト

是ヨリ本條中三個ノ條件ヲ説カン

第一 暴行ノ條件トハ例ヘハ殴打創傷制縛監禁ノ如キ所
爲アルヲ必要トス○故ニ最モ恥ツヘク厭フヘキノ惡事
ヲ爲シタルモノナリト誣言セラレ重大ノ威迫ヲ受クル
トアルモ之ヲ以テ挑激ノ暴行アリト云フヲ得サルナリ
第二 其暴行ハ自己ノ身體ニ受クルヲ要ス○故ニ例令何
程ノ價額アリトスルモ家畜若クハ所有品ニ對スル暴行
ハ固ヨリ他人ノ身體ニ對スル暴行ニ付テモ本條宥恕ノ
原由トナサ、ルナリ佛文草案ニ依レハ第三百四十四條

ニ於テ他人ノ暴行ヲ受クルヲ目撃シ直チニ怒ヲ發シ暴
行人ヲ殺傷シタル場合ヲ定メタリト雖氏刑法ニ於テハ
之ヲ削除シタリ故ニ現行刑法ニ於テハ只裁判官ノ酌量
減輕アルヲ望ミ得ヘキノミニシテ宥恕ノ限ニアラス

第三 直チニ怒ヲ發シタルヲ要ス○此條件ニ就テハ己ニ

ボアソナード氏ノ註解ヲ引テ起草者ノ旨意ヲ示シタリ
ト雖氏余ヲ以テ見レハボアソナード氏ノ解釋ハ或ハ嚴
ニ過クルノ恐ナキ能ハス如何トナレハ同氏ノ所謂暴行
ヲ受ケタル者先ツ誹謗又ハ凌辱ヲ以テ應答シ然ル後暴
人ニ向ツテ手ヲ下シタル片ハ宥恕ノ限ニ在ラスト爲ス
ト雖氏若シ其誹謗又ハ凌辱ヲ爲スノ間ト雖氏其憤怒ノ
度ニ於テ最初ヨリ間斷ナク引續キタル片ハ此場合ト雖

臣尚ホ宥恕ヲ與フヘキモノ、如シ故ニ余ニ於テハ暴行ヲ受ケテ其場ヲ逃ケ去リ一旦怒ノ鎮マリタル後カ昨日ニ暴行ヲ受ケタルト今日思ヒ出シテ再ヒ憤怒ノ念ヲ起シ以テ殺傷ノ念ヲ生シタル者ノ如キハ此條ノ宥恕ノ限ニアラスト信ス

以上三個ノ條件ノ外暴行ノ不正タルヲ要スルトヲ附言シタリ凡ソ一個ノ人民ヨリ前ニ述ヘタル如キ暴行ヲ加フルカ如キハ皆其不正タルヘキハ論ヲ待タス然レ臣官吏ノ職務ヲ執行スルニ當リ擅ニ暴行ヲ爲シタルニ宥恕ヲ適用スヘキヤ否ヤ疑ナキ能ハス然レ臣此問題ニ對シテハ先キニ不論罪ヲ講述スルニ當リ説述シタル所ニ付テ諸君自カラ其答ヲ得ヘント信スルヲ以テ茲ニ之ヲ贅セサルナリ

此條但書ニ於テ不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ宥恕ノ限リニアラスト爲シタルハ歐洲各國ニ於テモ未タ其例ヲ見サル所ナリト雖臣頗フル其當ヲ得タルモノト信スルナリ如何トナレハ本條ノ宥恕ヲ與フル所以ハ他ノ暴行ヲ受ケタルカ爲メナリ然ルヲ其暴行ハ自カラ招キタルモノトスル片ハ本條ノ宥恕ヲ受クヘキモノハ取りモ直サス第一ノ挑激者ニシテ其暴行ヲ爲シタル者却ツテ本條ノ宥恕ヲ受クヘキ者タルヘケレハナリ

第二ノ場合ハ第三百十一條ニ於テ之ヲ定メタリ曰ク「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本夫先ニ姦通ヲ縱容シタル者ハ此限ニ在ラスト」

此條ニ於テ第一ニ注意スヘキハ本條ノ宥恕ヲ得ヘキ者ハ
 獨リ本夫ニ在リテ其妻ニアラサルト是ナリ而シテ之ヲ其
 妻ニ及ホサ、ルハ獨リ我刑法ノミナラス彼ノ男女同權ヲ
 以テ主義ト爲ス佛國刑法ノ如キモ亦然リ而シテ學者ノ此
 說ヲ爲スヲ聞クニ曰ク夫婦ノ間ニ於テ此差別ヲ生スル所
 以ハ婦ノ姦通ハ夫ノ姦通ニ比スレハ一層甚シキ惡結果ヲ
 生スヘケレハナリ即チ他姓ノ子ヲ生ムトアルヘキヲ以テ
 ナリト然レモ此理由ハ未タ以テ充分ト爲スヲ得ス如何ト
 ナレハ此宥恕ヲ與フル所以ハ一時制シ難キ憤怒アリト云
 フニ原因スルモノナレハ自己ノ配偶者カ現ニ姦通スルヲ
 見テ憤怒スルノ情ニ至リテハ夫婦男女ノ間ニ於テ差別ア
 ラサレハナリ右ノ當否ハ暫ク措キ我國ノ風俗ノ如キニ在

テハ敢テ之ヲ不當ノ制定トモ謂フヘカラサルモノ、如シ
 此他此條ノ要件ハ姦所ニ於テ直チニ殺傷スルニ在リ此ノ
 解釋ニ付テハボアソナード氏ノ註釋ヲ以テ之レニ代ヘン
 トス

曰ク本條ノ明文ニ於テ宥恕ヲ爲スニ付キ要スル所ノ條款
 ニ關シ許多ノ注意ヲ爲スヘキナリ即チ第一本夫姦所ニ於
 テ姦夫姦婦ヲ襲フトヲ要ス故ニ本夫艶書若クハ誠實ナル
 人ノ密告ニ因リ其婦ノ姦通ノ證ヲ得タルヲ以テハ未タ足
 レリトセス第二其姦通ヲ發見シテヨリ報讐ヲ爲スニ至ル
 間頗ル長フシテ怒ヲ和クルニ至ルノ時間ナキヲ要ス第三
 其姦罪ヲ犯シタル婦ハ本夫ノ正妻タルトヲ要ス故ニ妾ニ
 關シテハ本夫ハ法律上ノ宥恕ヲ受クルトヲ得サルヘシ假

令民法ニ於テ妾ノ爲メニ或ル適法ノ權利及ヒ特益ヲ與ヘシ片ト雖氏是レ其正妻ノ有スル權利及ヒ特益タルニ非サルヘキヤ必セリ
抑妾ノ契縁タルヤ婚姻ノ契縁ニ比スレハ極メテ破レ易キヲ以テ妾ニハ妻ノ如ク極メテ嚴ナル貞實尊敬ヲ盡スヘキ本分アラサルナリ故ニ本夫ハ其凌辱ヲ感覺スルノ度大ニ輕キモノト推測セラル、ナリ云々」ト

第三十一回 明治十八年十一月十八日

佛蘭西刑法ニ依レハ夫婦同居ノ家屋内ニ於テスル現行犯ノ場合タルヲ要スト雖氏我刑法ニ於テハ其場處如何ヲ問ハス只其姦通ヲ確知シ姦處ニ於テ直チニスルヲ必要トス

左レハ此條ニ於テモ謀殺ノ場合ヲ包含セスシテ單ニ故殺ノ場合ノミヲ云フモノト解スヘキナリ例ヘハ疾ク其婦ノ姦通スルヲ確知シ其現行犯ヲ取押ヘテ豫シメ之レヲ殺傷セン」ヲ決心シ而シテ其姦通ノ時ヲ望ミ之レヲ殺傷スル者ノ如キ本條宥恕ノ限リニアラサルナリ

第三ノ場合ハ刑法第三百十二條ニ定ムル所トス曰ク「晝間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ門戸墻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」ト

此條ノ場合ハ前二條ノ如ク一時ノ憤怒ニ乘シタル場合ニアラスシテ畏懼ノ念ニ因テ殺傷シタル場合ヲ云フナリ此條單ニ晝間ト爲シタルハ夜間ニ此所爲アル場合ハ第三百

十五條ニ於テ不論罪ノ場合ト爲シタレハナリ
以上挑激アルニ原由スル宥恕減輕ノ主タル場合ヲ說了シ
タルモ此他尙稍其趣ヲ異ニスル宥恕アリ以下之レニ論及
セントス

刑法第三百十條ニ曰ク「毆打シテ互ニ創傷シ其手ヲ下スノ
先後ヲ知ル丁能ハサル者ハ各其罪ヲ宥恕スルコトヲ得ト」
此條モ亦挑激アルノ故ヲ以テ宥恕ヲ與フルモノナリ凡ソ
鬪爭ヲ爲ス者ニシテ雙方同一時ニ手ヲ下ス丁ハ蓋シ稀レ
ナルヘシ必ラスヤ其一方ノ者ニ於テ先ツ手ヲ下シ遂ニ爭
鬪ニ至ルモノ多カルヘシ本條ノ場合ノ如キ現ニ其最初ノ
下手者タル丁ヲ目撃シタル證人モナク他ニ之レヲ知ルヘ
キ事實ナキ場合ニ於テモ必ラスヤ先キニ手ヲ下シタル者

即チ挑激者アルヘク從ツテ其宥恕ヲ受クヘキ被激者モ亦
之レアルヘキナリ然カモ只其何レカ被激者タルヲ知ル丁
能ハサルノミ此場合ニ於テ若シ宥恕ヲ與ヘサルモノトセ
ン乎當然之レヲ受クヘキモノ、爲メニ不幸ヲ來タス若シ
又之レヲ雙方ニ與フルトセン乎宥恕ヲ受クヘカラサル者
ニ宥恕ヲ與フルノ不當アルニ至ラン然レモ此不當ヲ恐レ
當然宥恕スヘキ者ノ不幸ヲ致サンヨリハ寧ロ此不當ヲ冒
シ他ノ不幸ヲ避クルノ勝レルニハ若カス本條ハ即チ此旨
意ニ出タル者ニシテ所謂罪ノ疑シキハ之レヲ輕クセヨ
若クハ寧ロ不經ニ失セヨトノ格言ヲ遵奉シタル者ト謂フ
ヘレ但シ本條ノ宥恕ヲ與フルハ下手ノ前後ヲ知ル丁能ハ
サル場合即チ證人モナク又他ニ其前後ヲ推知スルニ足ル

ヘキ事實毫モアラサル場合ノミニ限ルヘシ故ニボアソナ
 ード氏ノ註解ニ云。ヘル如ク假令ハ争鬪者ノ一人ハ己ニ其
 右手ニ於テ其手ヲ用フヘカラサル程ノ重傷ヲ蒙リ他ノ一
 人ハ頭部若クハ腹部ニ於テ右手ヲ以テシタルモノト認ム
 ルニ足ルヘキ創傷ヲ蒙リタル場合ノ如キ即チ其右手ニ創
 傷ヲ受ケタル者第一ノ下手者タルトヲ推知シ得ヘシ此場
 合ニ於テハ本條ノ宥恕ヲ適用スルト能ハサルナリ
 又第二ノ場合ハ刑法第三百十六條ニ定ムル所ナリ曰ク身
 體財産ヲ防衛スルニ出ルト雖用己ムトヲ得サルニ非スシ
 テ害ヲ暴行人ニ加ヘ又ハ危害己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在ラス
 但情狀ニ因リ第三百十三條ノ例ニ照シ其罪ヲ宥恕スルト

ヲ得ト彼不論罪タルヘキ正當防衛ニ於テハ其防衛ノ所爲
 ノ必要ナル區域及ヒ時間ヲ超過セサラントヲ要ス故ニ其
 必要ノ時期ヲ過クレハ即チ己ニ正當防衛ニアラスシテ寧
 ロ復讐ノ所爲ニ屬スルトハ己ニ説了シタリ本條定ムル所
 ノ主眼ハ此復讐ノ所爲ノ不論罪タラサルトヲ明示スルニ
 アラスシテ却ツテ其但書ニ於テ其宥恕ヲ與フルトヲ得ル
 旨ヲ定ムルニ在リト云フヘシ如何トナレハ其己ニ正當防
 衛タラサル者ノ不論罪ノ限リニアラサルトハ本條ノ明文
 ヲ待ツテ然ルニアラスシテ自ラ明カナル所ナリ而カモ不
 得己ニアラスシテ害ヲ加ヘタル者危害既ニ去リタル後ニ
 於テ害ヲ加ヘタル者ニ宥恕ヲ與フルヤ否ヤニ付テ本條ノ
 明文ヲ要スル所ナケレハナリ

右二箇ノ場合ヲ目シテ一種別段ノ宥恕ト稱シタリ蓋シ如
 此宥恕ハ外國ノ法律ニ於テハ未タ其例ヲ見サル所タルノ
 ミナラス右ノ宥恕ハ宥恕スル丁ヲ得ルト有リテ裁判所ノ
 之レヲ必行スヘキモノニアラス要スルニ之レヲ許スト許
 サルトハ裁判官ノ隨意ナレハナリ特ニ第三百十六條ニ
 於テハ其情狀ニ因リト有リテ而シテ其情狀ノ何タル丁ヲ
 明示セサルヲ以テ其及フ所ニ於テ廣狹ノ差異アレ其性
 質ニ於テハ彼酌量減輕ノ場合ト臺モ差異ナキモノト云フ
 ヘキナリ右ノ二條ニ於テ如此宥恕ヲ定メタルノ不當ナル
 所以及ヒ佛文草案ニハ之レヲ命令文ニ記シタル事ハサキ
 ニ已ニ説述シタルヲ以テ茲ニ之レヲ贅セス但シ草案第百
 三十四條ニ於テ獨リ宥恕スル丁ヲ得ルトノ文義アルハ起

草者ノ誤リナルヤ將タ他ニ理由アリテ存スルヤハ之レヲ
 起草者ニ質シテ後之レヲ明言セン丁ヲ約シタリ而シテ之
 レヲ起草者ニ質問スルニ先チ此頃起草者カ多少ノ補訂ヲ
 加ヘタル佛文草案并ニ其註解ナル者ヲ一見スルヲ得タル
 ヲ以テ先ツ之ニ就テ或ハ之ヲ改正シタルカ否ヤヲ見タル
 ニ其本文ハ依然トシテ舊文ノマヽニ存スルノミナラス舊
 註解ノ外更ニ左ノ如キ一項ヲ加ヘタリ曰ク本條ノ場合ニ
 於テハ宥恕ハ法律ニ因リテ與ヘラルヽ者ト云ハンヨリハ
 寧ロ裁判所ノ認定ニ由ルモノナル丁ニ注意スヘシ即チ本
 條ニ於テハ宥恕スル丁ヲ得ト有リ又情狀ノ全體ニ因テト
 ノ明文アルヲ以テナリ寔ニ彼ノ己レ直接ニ受クルニアラ
 サル暴行アルヲ好機會トナシ(即チ他人ノ暴行ヲ受クル機

會ニ乗スルノ義一己ノ私怨若クハ隱秘スル所ノ嫉妬心ヲ
 露ラサンカ爲メ又ハ其必要ナキニ一族ノ争鬭ニ參加セン
 トスル者ノ如キハ之レニ宥恕ヲ與フヘカラサレハナリト
 是ニ由テ之ヲ見レハ起草者カ此條ニ限り聽任文法ヲ用ヒ
 タリシハ一時ノ誤ニアラスシテ故ラニ此文法ヲ用ヒタルト
 明カナリ然レモ右註解ニ記スル所ノ理由ニ過キサル片ハ
 余ハ尙ホ之レニ服スルト能ハス何トナレハ其起草者カ懸
 念スル所ノ場合即チ私怨若クハ嫉妬ノ念ヲ露ラサントシ
 テ暴行人ヲ殺傷スル如キハ本條ニ所謂ル他人ノ暴行ヲ受
 クルヲ目撃シテ直チニ怒ヲ發シ其暴行ニ敵對シタシモノ
 ニアラスシテ必竟其機會ニ乘シ自己ノ私怨若クハ嫉妬ノ
 念ヲ露サント欲スル者ニシテ之レヲ例セハ己レ平生憎ム

所ノ者ト曾テ知ラサル者ノ争鬭スル機會ニ乘シ其憎ム所
 ノ者ヲ毆打創傷シタルト同一ナレハ假令法律ニ於テ宥恕
 ストノ命令文法ヲ以テスルモ此ノ如キ場合ニ於テハ決シ
 テ宥恕ヲ與フルノ恐レナケレハナリ若シ此理由ヲ以テ宥
 恕減輕ノ許可ヲ裁判官ノ認定ニ任スヘキモノトセハ姦通
 其他ノ場合ニ於テモ悉ク之レヲ聽任法ト爲サ、ルヲ得ス
 余ハ到底此說ニ服スルト能ハサルヲ以テ前述ノ理由ヲ述
 ヘ更ニ之レヲ起草者ニ質シタリ然ルニ起草者ニ於テハ右
 ノ一條ハ他日草案ヲ再閱スルトモアラハ之レヲ改正スヘ
 シトノ簡單ナル答ヲ與ヘラレタリ依テ然ラハ其増註ニ加
 ヘラレタルハ如何トノ事ヲ質シタルニ是レ又強チニ聽任
 文法ノ理由トシテ加ヘタルモノニアラストノ答ヲ得タレ

ハ即チ此一箇條ノ宥恕スルヲ得トノ文意ハ最早起草者一時ノ錯誤ニ出タル者ト断定スルヲ得ルナリ而シテ審査修正委員カ此一條アルヲ見テ之レヲ他ノ場合ニ及ホシタルモ法定減輕ト認定減輕トノ區別ヲ知ラサルニ原由シタルモノト云フヘキナリ以上法律上宥恕スル場合及宥恕シ得ヘキ場合ニ於テ宥恕スルヲ定リタル以上ハ刑法第三百十三條ニ於テ減輕セサルヲ得ス而シテ其二等ハ必ラス之レヲ減セサルヲ得ス唯其三等ヲ減スルト否ニ付テ裁判官ノ見ル所ニ任スルノミ

以上宥恕ノ事ヲ説キ了リタレハ今ヨリ酌量減輕ノ事ニ移ラントス

第三 酌量減輕ノ事

酌量減輕ノ一ハ刑法第八十九條及ヒ第九十條ニ於テ之レヲ定メタリ

第八十九條ニ曰ク「重罪、輕罪、違警罪ヲ分タス所犯情狀原諒スヘキ者ハ酌量シテ本刑ヲ減輕スルヲ得」法律ニ於テ本刑ヲ加重シ又ハ減輕スヘキ者ト雖モ其酌量スヘキ時ハ仍ホ之ヲ減輕スルヲ得」ト

又第九十條ニ曰ク「酌量減輕ス可キ者ハ本刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス」ト

刑法定ムル所ノ酌量減輕ノ制ハ新法ノ創設ニ係ル者ナリト雖モ我舊律ニ於テモ庶人犯罪不的決ノ律アリ即チ「凡ソ庶人罪ヲ犯シ過誤、失錯、連累其他不幸ニ出テ事矜憫ス可ク情原諒ス可クシテ的決シ難キ者ハ法ニ依リ贖罪ヲ準ス」ト

ノ明文アリシヲ以テ假令其性質ト方法ニ於テ差異アルモ其情狀ヲ酌量スル所以ニ至リテハ同一ナルヲ以テ已ニ諸君ノ其要旨ヲ知ラル、ノミナラス前數回ノ講義中屢酌量減輕ニ説キ及ヒタルト本文ノ一讀判然タルトニ由リ茲ニ贅辨ヲ須ル丁ヲ爲サスポアンナード氏註解中稍酌量ヲ與フヘキ標準ト爲スヘキ一段ヲ拔萃スルニ止メントス

(前略) 是ニ於テ法律宥恕ト酌量減輕トノ差別アリ宥恕ハ法律ノ豫定スル所ナレハ裁判官ハ唯犯人ノ宥恕スヘキモノナル丁ヲ證明スルノミ之レニ反シテ酌量スヘキ情狀ハ法律之ヲ豫定セス故ニ裁判官タル者自ラ其良心ト知覺トニヨリ犯人カ犯罪ノ際ニ於テ有セシ情狀ヲ見テ其情狀ハ罪惡ノ度ヲ減スルヤ否ヤヲ勘定スルナリ此際裁判官ハ罪

人ヲシテ罪ヲ犯スニ至ラシメタル原因ヲ探ラサルヘカラス情欲中ニ恕スヘキ情欲アルヲ察セサルヘカラス又教育或ハ習慣ノ惡シキカ爲メニ道德ヲ敗壞シタル者ヲ恕スルヲ得又時トシテ生來正直ナルヲ見テ一時ノ過失ヲ恕スルヲ得又罪ヲ犯セシ後悔悟セルモノヲ恕スルヲ得ヘシ且其酌量減輕スヘキハ唯道德上ノ損害少キモノノミニ限ラス社會ノ損害少キモノヲ減輕シテ可ナリ例ヘハ盜罪ヲ犯スモ被害者ノ身代巨萬ニシテ之レヲ苦シマサル片又ハ贓物ノ全部若クハ一部ヲ返還スル片(自ラ好シテ返還セサルモノナリトモ)裁判官ハ之ヲ以テ酌量減輕ノ情狀トスルヲ得ヘシ又故殺ノ未遂犯罪ニ於テ被害人未タ一點ノ害ヲ蒙ラサル片裁判官ハ法律ニヨリ二等又ハ三等減輕スル上(第百

二十三條ヲ見ヨ更ニ酌量減輕ヲ爲スヲ得ヘシ
 曩ニ宥恕減輕ノ講義ヲ始ムルニ當リ罪情ヲ減輕スル事
 實刑ヲ減輕スル事實ノ二ツニ分ツヘシト述タリ然ルニ
 講述ノ順序其言ノ如ク爲スノ却ツテ弊アルヲ覺リ之レ
 ヲ混同シテ説キタレハ茲ニ一言シ置クナリ右ノ區別ニ
 從フ片ハ第一罪狀ヲ輕スヘキ事實ノ部ニ於テ宥恕減輕
 ト酌量減輕トノ一ヲ説キ第二ノ刑ヲ減輕スル事實ノ部
 ニ於テハ總則ノ自首減輕ト各本條ノ自首減輕ノ事ヲ講
 スヘキナリ然レモ此ノ如クスル片ハ刑法ノ順序ト違フ
 ノミナラス法定ノ減輕ト認定ノ減輕トヲ混雜スルニ至
 ラントヲ恐レ遂ニ前言ヲ踏マサリシナリ諸君幸ニ之レ
 ヲ諒セヨ

第三十二回 明治十八年十一月十九日

本日ハ刑法第五章再犯加重ノ事ニ説キ及ハントス

第五章 再犯加重

凡ソ各犯罪ニ於ケル本刑ナル者ハ加重セラレ或ハ減輕セ
 ラル、トアルモノナルトハ諸君ノ己ニ知了スル所ナリ而
 シテ其主タル減輕ノトハ己ニ説了シタルヲ以テ今ヨリ其
 加重ノ事ヲ説カントス而シテ此加重ニ於テモ彼ノ減輕ニ
 於ケルカ如ク一般ニ渉ルモノト特別ノ者トノ別アリ然レ
 モ本章ノ題目ニ於テ單ニ再犯加重トアルヲ以テ即チ其一
 般ノ加重ニ屬スル者ノミヲ説カントス
 抑刑法ニ所謂ル加重ニ於テモ彼ノ減輕ニ於ケルカ如ク必

ラス其原由ナキヲ得ス然ラハ其原由トハ如何ナル者ヲ云
 フカ蓋シ其犯罪ノ性質ニ就テハ別ニ變更スヘキモノナキ
 モ立法上其犯罪ノ爲メ其刑罰ニ更ニ一層ノ重キヲ加フヘ
 キノ理由ヲ云フナリ仍ホ言ヲ代ヘテ云ヘハ事實ノ罪情ハ
 變スル所ナキモ特ニ其犯人ノ罪情ニ於テ異ナル所アルヲ
 云フナリ右ノ定義ニ依レハ我刑法中如此加重ノ原由ニシ
 テ其一般ニ涉ルモノハ獨リ再犯加重アルノミトス此他尙
 ホ特別ノ加重ノ原由アルノミナラス刑法中刑罰ニ加等ス
 ヘキモノ往々ニシテ之レ有リ例ヘハ刑法第三百七十九條
 ニ定ムル所ノ強盜罪ノ如キ二人以上共ニ犯シタル片ト兇
 器ヲ携帯シタル片ノ如キ各其刑ニ一等ヲ加フヘキナリ然
 レモ是等ハ前ニ所謂ル加重ノ原由ト稱スヘキモノニアラ

スシテ之レヲ加重ノ情狀ト云フヘキモノナリ蓋シ其刑ヲ
 加フル所以ハ必竟其犯罪ノ事實ニ變更アルカ故ニシテ其
 犯人ノ一身上ニ付テ加重スルモノニアラサルヲ以テナリ
 以上加重ノ原由ト稱スルモノ佛語ニ之レヲ「コーズ」ダグラ
 ヲハシヨント云ヒ加等ノ情狀ト云フモノ之レヲ「シルコン
 ス」ダンス、ダクラハシヨント云フ本章規定スル所ノ再犯ノ
 如キハ加重ノ情狀ト同カラスシテ甲乙全ク同一ノ罪ヲ犯
 スモ其刑ニ於テハ彼是相同カラサル所ノ者トス蓋シ立法
 者カ此原由ニ依テ其刑更ニ一層ノ嚴ヲ加ヘタル所以ハ專
 ラ其犯人ノ一己ノ觀察ニ依テ然ルモノナリ
 何ヲカ再犯ト云フヤ曰ク再犯トハ一回罪ヲ犯シテ處刑ヲ
 受ケタル後再ヒ罪ヲ犯シタルト云フナリ然シテ此再犯

ノ故ヲ以テ其刑ヲ加重スルト之レヲ再犯加重ト稱スルナ
 リ而シテ此加重ヲ爲ス所以ノ目的ト其加重ヲ爲スノ正當
 タルトハ共ニ見易キ所ナリ蓋シ此犯人タル通常ノ刑罰ヲ
 以テハ未タ之レヲ懲ラヌニ足ラサルトテ證明シ而シテ其
 法律ノ勢力ノ不足ナルトテ確信セシムルモノト謂フヘシ
 於是乎法律ハ其權カヲ以テ之レニ從ハシムルヲ得ルカ故
 ニ之レカ爲メ更ニ一層ノ嚴刑ヲ加ヘ其頑愚ナル心意ヲ矯
 正スルニ足ルヘキ刑ヲ以テ之レヲ懲罰セント欲スルナリ
 是レ其再犯者ノ爲メニ其刑ヲ加重スル所以ナリ今若シ此
 論理ヲ推シテ論スル片ハ初犯ヨリ一犯ヲ加フル毎ニ其刑
 ヲ加重セサルヲ得サルナリ即チ再犯ニ於テ其刑一等ヲ加
 フルモノトセハ其三犯四犯ニ付テハ二等若クハ三等ヲ加

フヘキナリ然レ凡ソ何レノ國ノ法律ニ於テモ右純粹ノ
 論理ニ從ハスシテ假令幾回ノ犯罪アルモ單ニ其刑一等ヲ
 加フルヲ以テ足レリト爲シ我刑法ニ於テモ又此例ニ倣ヒ
 其第九十八條ニ於テ三犯以上ノ者ト雖モ其加重ノ法ハ再
 犯ノ例ニ同シト定メタリ斯ク内外ノ法律ニ於テ三犯以上
 常ニ一等ヲ加フルニ止マル者ハ抑亦他ニ理由ノ存スルア
 ルナリ

右ノ如ク内外ノ法律ニ於テ二犯以上其刑ヲ加ヘサルハ之
 レヲ論理ニ適セサル不當ノ法制ト云フヲ得ス寔ニ數理上
 ヨリ云フ片ハ再犯ニシテ一等ヲ加フルトセハ三犯ニ於テ
 ハ二等ヲ加フヘキモノナリト雖モ而カモ刑法ナル者ハ其
 犯サレタル事實ノ實價即チ其犯罪ノ罪情ニ從ツテ算出シ

タルモノナリ然ラハ則チ犯人ノ大惡如何ナルモ其再犯ノ罪自體ニ於テハ決シテ其性質ヲ變セサルナリ即チ其犯罪ノ實價ニ於テハ前後何回ニ及フモ毫モ異ナル所ナシ果シテ然ラハ其犯人ノ頑愚改メサルヲ惡ミ之レニ其罪ト權衡ヲ失スヘキ重刑ヲ科スルカ如キハ公義ノ許サ、ル所ナリ若シ強テ之レヲ毎回加重スルモノトスル片ハ彼ノフオースタンエリー氏ノ云ヘル如ク初犯違警罪ニ過キサル者モ遂ニハ無期徒刑ニ處セサルヲ得サルニ至ルヘキナリ是レ我國ノ模範トナシタル外國ニ於テモ三犯以上皆同一トセルモノナリ右ノ原則ヨリシテ若シ第一犯ノ刑ト第二犯ノ刑トノ間ニ於テ著シキ輕重アリテ第二犯ノ刑ヲ以テ其犯人ヲ懲スニ足ラスト云フヲ得サル程ノ差異アル場合ニ於

テハ更ニ之レニ加重ヲ爲スノ原由ヲ失ヒ從ツテ之ヲ加重スルノ不當タルニ至ルモノトス我刑法モ亦此論旨ヲ遵奉シタルトハ後ニ講述スル所アルヘシ

以上説述スル所ノ論理并ニ原則ハ一朝一夕ニシテ得タル所ノモノニアラスシテ古來各國ニ於テ漸次改良ヲ加ヘタルノ結果ナリ再犯ノ爲メニ刑ヲ加重スルトハ已ニ羅馬法ニ於テ之レアリキ但シ其方法今日各國ニ於テ行ハル、所ノ如クナラスシテ再犯ノ爲メ其刑ヲ加重スヘキモノハ前後同種類ノ罪ヲ再犯シタル場合ニ限レリ而カモ當時ノ學者ハ前ニ述ヘタル論理ノ主義ヲ推スニ過キテ第二ノ再犯ニ於テハ第一ノ再犯ニ於ケルヨリモ一層其刑ヲ重クスヘキモノト論定シタリ其他各國古法ノ下ニ在リテハ刑罰ノ

制概ネ今日ノ如ク精確ナラサルヲ以テ再犯ノ爲メ其刑ヲ加重スル寛嚴ノ如キハ全ク裁判官ノ隨意タリシナリ降リテ稍其方法ヲ明定スル法律若クハ習慣アルニ至リテモ其法例ハ實ニ不當ノ者タリシナリ今其一例ヲ舉クレハ佛國ブールゴーニノ習慣ニ依レハ盜罪ノ再犯ヲ罰スルニ死刑ヲ以テシ又千七百廿四年三月四日ノ布告ニ於テハ盜罪ニ關スル再犯ノ例ヲ定メテ初犯ハ之レヲ笞刑ニ處シ再犯ハ之ヲ徒刑ニ處シ三犯ハ之レヲ死刑ニ處スルト爲シタルカ如キ是レナリ

右ノ二例ノ如キ今日ニシテ之レヲ聽ク片ハ實ニ驚クニ堪ヘタルモノアリ然レモ退テ近ク我國舊幕時代ノ事ヲ顧ミレハ僅ニ數年以前ニ在リテモ是等ノ弊ハ蓋シ枚舉ニ暇ア

ラサルヘシト信スルナリ之レニ引續キテ少シク佛國刑法上ノ再犯ニ關スル沿革ノ事ヲ説カント欲シタレモ稍冗長ニ亘ルノ恐アルヲ以テ之レヲ省キ直チニ左ノ問題ニ論及セントス

曰ク何ヲ以テ再犯ニ於ケル一般ノ要件ト爲スカ如何シテ其要件ノ備ハルトヲ證明スルヤト

凡ソ再犯アリトスルニハ第一初犯ノ爲メ刑ノ宣告ヲ受ケ而シテ其裁判ノ確定シタルトヲ要シ第二初犯ノ裁判確定ノ後再ヒ罪ヲ犯シタルトヲ要スルナリ抑再犯ノ罪ニ對シ其刑ヲ加重スルノ必要ヲ生スル所以ハ一ニ裁判所ヨリ爲シタル最初ノ懲戒ノ無益タリシトノ證アルニ原因スルモノナリ而シテ此懲戒ハ其宣告ノ確定スルニアラサレハ其

實行ヲ生シ得ヘキモノニアラス左レハ初犯ノ刑ヲ言渡シタル裁判ハ已ニ何等ノ上訴ヲモ爲シ得ヘカラサルモノナルヲ要スルナリ然ラハ上告期限内ニ於テ再ヒ罪ヲ犯シタル者ノ如キハ如何此場合ニ於テハ其裁判未タ確定ニ至ラサルヲ以テ其限内ニ於テ再ヒ罪ヲ犯ス₁アルモ未タ再犯アリト謂フ₁ヲ得サルナリ然ラハ又彼ノ欠席裁判ノ場合ノ如キ第二ノ犯罪アルモ之レヲ再犯ト云フヲ得サルカ此場合ニ於テハ犯人若シ再犯ノ爲メニ捕ヘラレ而シテ初犯ノ裁判ニ對シテ之レカ故障ヲ爲シ之レヲ取消サシムルニ至ラサルカ若クハ其再犯ノ時既ニ期滿免除ノ經過シタル片ハ即チ茲ニ再犯アリト云フヘキナリ

以上初犯ノ裁判ノ確定ニ關スル₁ヲ説ケリ然ルニ尙ホ茲

ニ一問題ノ提出スヘキモノアリ曰ク右ニ所謂ル初犯ノ裁判トハ必ラス本國裁判所ノ言渡シタル裁判タルヲ要スルヤ如何ト人或ハ曰ハシ「假令外國裁判官ノ言渡シタル裁判ト雖モ之レヲ受ケテ尙ホ悔改セサルモノハ已ニ再犯ノ加重ヲ受クヘキ理由アル者ナルヲ以テ固ヨリ外國裁判ヲ以テ再犯加重ノ基礎ト爲スニ足ルヘキナリ」ト夫レ然リ然リト雖モ抑再犯ニ加重ヲ爲ス所以ハ專ラ通常刑罰ノ不充分ナル₁ヲ證シタルニ原由スル者ナリ果シテ然ラハ右問題ノ場合ニ於テハ犯人ハ外國法律ニ依テ言渡サレタル刑罰ヲ蔑視シタルモ然カモ未タ本國ノ法律カ彼レニ對シテ微弱ニ過クルノ證明ヲ爲シタル者ト云フヘカラス左レハ苟モ未タ其證ナキニ當リテ之レニ刑罰ヲ加重スルハ之レヲ

不當ト謂ハサルヲ得ス而シテ其外國ノ刑ト本國ノ刑ト相
異ナラサル場合ニ於テモ亦然リ是レ佛國學者ノ論定スル
所ニシテ同國實際ノ判決例ニ於テ適用スル所ナリ我刑法
ニ於テハ此事ニ付テ明文ナク又未タ學者ノ説アルトモ聞
カスト雖モ余ニ於テハ我國ニ於テモ亦此論理ヲ適用スヘ
キモノナラント信スルナリ

第三十三回 明治十八年十一月廿六日

前回ハ外國裁判官ノ言渡シタル裁判ハ之レヲ再犯加重ノ
基礎ト爲シ得ヘキヤ否ヤニ論及シテ其局ヲ結ヒタリ本回
ニハ此再犯加重ノ爲メニ必要ナル條件即チ第一ノ犯罪ノ
處刑ニシテ一タヒ已ニ動カスヘカラサルモノト爲リタル

以後ニ生スル變動ニヨリテハ毫モ影響ヲ及ホスナキト
ヲ説カントス

初犯裁判ノ以後ニ生スル所ノ變動トハ例セハ第一犯ノ裁
判ニ於テハ輕罪ヲ以テ罰セラレタルモ後ニ法律ノ改正ニ
ヨリテ同一ノ所爲ヲ罪スルニ違警罪ノ刑ヲ以テシ若クハ
無罪ト爲シタルカ如キ是レナリ此場合ニ於テハ初犯ノ裁
判宣告ハ決シテ之レカ爲メニ消滅セサルナリ故ニ其刑法
改正ノ後ニ於テ再ヒ罪ヲ犯セル片ハ第一ノ處刑ハ即チ再
犯加重ノ基礎トナルヘキナリ但シ其裁判後ノ變動ニシテ
其裁判宣告ヲ取消スヘキカアル片ハ格別トス
右述フル所ノ道理ニ據リ初犯ノ裁判一タヒ確定シタル後
ニ於テ恩赦ヲ得復權ヲ許サレ期滿免除ヲ得ルトアリト雖

氏再犯加重ニ付テハ毫モ變スル所ナシ蓋シ是等ノ法則タルヤ必竟其宣告ヲナシタル裁判ノ執行ヲ免シ若クハ一タヒ失フタル能力若クハ權力ヲ回復スルモノタルニ過キスシテ決シテ其宣告シタル裁判ヲ消滅スル者ニアラサレハナリ然ルニ茲ニ犯罪ノ事實ト裁判ノ宣告トヲ消滅ニ歸セシムルモノアリ大赦是レナリ大赦ノ目的タルヤ之ヲ受ケタル者ハ嘗テ毫末ノ罪科ナキモノト見做スニ在ルヲ以テナリ故ニ假令裁判確定ノ後ト雖氏獨リ大赦ヲ受ケタル者ニ至リテハ後ニ再ヒ罪ヲ犯ス丁アルモ之レヲ論スルニ再犯ヲ以テスル丁ヲ得ス我刑法第九十七條ニ於テ「大赦ニ因テ免罪ヲ得タル者ハ再ヒ罪ヲ犯スト雖氏再犯ヲ以テ論スル丁ヲ得ス」ト定メタルモ此理ニ外ナラス

以上説述スル所ノ如クナレハ今若シ裁判官ノ錯誤ニ因リテ言渡サレタル裁判アリトセンニ尙ホ之レヲ再犯加重ノ基礎ト爲サ、ルヲ得サルヤ如何トノ問題ヲ生スルナリ此ノ如キ場合ハ實際甚ダ稀レナルカ如シト雖氏彼ノ法律ニ有名ナル佛國ニ於テスラ尙且ツ往々之レアル所ニシテ現ニ其罪輕罪タルヘキモノニシテ重罪ニ處セラル、者少トセス況ンヤ我國ノ如キ始メテ新法ヲ設ケ始メテ之ヲ實行スルノミナラス其統轄ニ任スル長官ハ所謂ル東洋風ノ英雄豪傑ヲ以テ自ラ任シ之レカ命令ヲ受ケ實行ニ任スル者モ亦識者ヲ以テ自ラ許ス國ニ於テハ嘗ニ錯誤ニ由テ此場合ヲ生スルノミナラス或ハ英斷果決等ノ稱ヲ以テ故ラニ前例ニ類スル處斷ヲ爲ス者ナシトセス果シテ然ラハ若

シ茲ニ違警罪若クハ無罪タルヘキモノニシテ輕罪ニ處セラレタル者アリトセンニ後再ヒ罪ヲ犯シタル場合ニハ前ノ無實不當ノ裁判ハ之レヲ再犯加重ノ基礎トスヘキヤ否ヤ此問題ハ佛國ニ於テモ生シタルアリ之レニ付テ二説アリ其第一説ハ千八百二十五年十二月三十日及千八百三十年九月十六日ノ裁判ヲ以テ其根據ト爲スモノナリ其説ニ曰ク大審院ハ再犯加重ノ基礎ハ之レヲ犯罪ノ眞實ノ性質ニ取ルヘキモノニシテ決シテ其裁判官ノ付與シタル名稱ニ係ハルヲ要セスト斷定スルニ就テ躊躇セサリシナリ而シテ其理由タル甚タ容易ナリ曰ク本案ノ場合ニ於テハ重罪ニ向ツテノ裁判言渡アルニアラサレハ裁判ヲ成立セサルモノナリ然ラハ茲ニ裁判言渡アリテ之レヲ以テ施體

加辱ノ刑ヲ宣告シ恰モ一個ノ重罪ヲ罰スルカ如キ宣告ヲ爲スト雖而カモ其外見ハ必竟錯誤ニ出ラタル者ニシテ其實決シテ重罪ノ有テ存シタルニアラス然ラハ則チ此犯人ハ決シテ再犯者ニアラサルナリト是レ即チ第一説ノ旨趣トスル所ナリ

第二説ニ曰ク第一説ハ之レヲ人情ニ適スル者ト云ヘキモ是レ亦錯誤ニ陷レルノ説ト謂ハサルヲ得ス如何トナレハ已ニ裁判アリ之レヲ重罪ノ爲メニ宣告シ而シテ之レニ施體加辱ノ刑即チ重罪ノ刑ヲ適用シタル以上ハ假令之レニ對シ是レ即チ錯誤ナリ冤罪ナリト呼號スル者アルモ蓋シ其宣告ハ已ニ裁判既決ノ力ヲ得タル者タルヲ考察セサル者タレハナリ看ヨ己ニ上告ノ期限ヲ經過シ去リタル後

ニ在リテハ決シテ裁判ノ宣告ヲ更改シ能ハサルトヲ若シ夫レ之ヲ爲シ得ヘキト云ハ、何ノ規則カ確定ト稱スヘキモノアラシヤ然レハ第一ノ裁判宣告ハ毫モ之レヲ變更スルコトナクシテ其宣告スル所及ヒ其外觀ノ儘ニ取ラサルヲ得ス但シ此場合ニ於テ之レヲ救済スルノ方法ハ恩赦ヲ請求スルノ一法アルノミト

此説ハ專ラ佛國ノ學者ブラン氏ノ主唱セシ所ナリ余ハ固ヨリ第二説ニ左袒スル者ナリ然レモ前ニ述ヘタル所ノ如ク法律ノ適用上ニ於テ不都合多キ國ニ於テハ寧ロ第一説ノ旨意ニ從フヲ以テ勝レリト信スルナリ故ニ右兩説ノ取舍ニ付テハ茲ニ斷言セスシテ諸君ノ撰擇スル所ニ委子ントス

以上何ヲ以テ再犯加重ニ關スル一般ノ要件ト爲スカト云ヘル問題ニ付テ説述セリ是レヨリ第二ノ問題即チ如何シテ其要件ノ存在ヲ證明スヘキヤノ問題ニ移ラントス右説述シ來レル所ノ如ク犯人ニ對シ初犯ノ刑ノ宣告アリテ存スルコトハ實ニ緊要ノトトス左レハ之レカ存在ヲ證明スルハ如何シテ可ナランヤ彼ノ初犯裁判ノ謄本ヲ呈出スルカ如キ最モ其確證タルヘキヤ疑ナシト雖モ之レヲ徵スル獨リ此方法アルニ止マリ他ノ證據ハ之レヲ採用スヘカラサルヤ如何是此問題ノ主眼トス寔ニ再犯ノ加重ヲ爲スニ付テハ初犯ノ處刑ヲ證明スル殊ニ重要ノ件ナリト雖モ其事實アリシコトヲ證明スルニ過キサルヲ以テ通常證據トシテ許用セラル、所ノ方法ハ之レヲ採用スヘキナリ而シ

テ裁判官タル者ハ其處斷ノ有無ヲ審定スルニ付テハ全權
 ヲ有スル者ナリ凡ソ國ノ何タルヲ問ハステニ法制ノ備ハ
 ル國ニ在リテ之レカ證據ヲ得易カラシメンカ爲メ各裁判
 所ノ書記局ニ於テ各犯罪人ノ姓名簿ヲ存ス佛國ニ於テハ
 是帳簿ヲ稱シテ「カシエー」ジユシエール（既決人名録）ト云
 フ蓋シ此帳簿ニ於テ犯罪人ノ姓名アリ殊ニ其犯人ノ再犯
 人タルトテ自白スル場合ニ於テハ固ヨリ之レヲ以テ其再
 犯人タルヲ證明スヘキナリ然レモ犯人自ラ再犯人ナリト
 白スルノミニテ毫モ他ノ證據アラサル片ハ未タ以テ之レ
 ヲ再犯者ト斷定スルニ足ラサルナリ其故何トナレハ抑刑
 罰ハ犯人ノ意思ニ由テ消長スヘキモノニアラスシテ法律
 ノ命スル所ナリ隨テ之レヲ適用スル裁判官ノ職務ハ社會

ノ爲メニスルヲ以テ嚴明ノ處斷ヲ要スル者ナリ以下佛國
 ノ判例ヲ舉ケテ諸君ノ參考ニ供セン千八百二十八年ノ判
 例ニ依レハ其犯人ノ監禁セラレタル監獄署長ノ證明アリ
 テ其犯人ノ之レヲ認メタル片ハ之レヲ以テ充分ノ證明ア
 リトセリ又同年七月十日ノ判例裁判官ハ之レカ爲メニ別
 段ノ吟味ヲ命令スルノ權アリトセリ又千八百四十六年二
 月廿八日ノ判例並千八百六十四年八月廿五日ノ判例裁判
 官ノ初犯ノ刑ノ宣告アリタルトニ付テハ漠然タル確言ヲ
 以テ足レリトセス明確ニ其判決ヲ指示スルヲ必要トセリ
 蓋シ何月何日某裁判所ノ第何號ノ裁判ト指示スルノ類ヲ
 云フナラン
 右初犯ノ處斷ヲ受ケタルノ證ハ再犯ノ刑ノ處斷前ニ呈出

セラル、ヲ要ス若シ此證ヲシテ再犯處斷ノ後ニ出タリト
センカ檢察官ノ證據ヲ呈出セサルカ爲メ若クハ其事ヲ知
ラサルカ爲メ犯人ノ利益ト爲リテ加重ヲ爲ス、得サル
ヘシ若シ又此證據ハ再犯タルヘキ罪ノ控訴中ニ出タリト
センカ此場合ニ於テハ檢事ハ之レヲ控訴廳ニ呈出シテ之
レニ加重ヲ爲サシムルヲ得ヘク又控訴裁判宣告ノ後ハ或
ハ之ヲ以テ上告ノ理由ト爲ス、得ヘシト雖、其已ニ一
且確定スルニ至ル後ハ遂ニ犯人ノ利益ニ歸シテ加重ヲ爲
ス、得サルナリ

以上證據ノ取捨ヲ審定スルノ職權ニ付テハ我國ニ於テハ
全ク裁判官ノ任スヘキ所ナリト雖、凡彼ノ佛國ノ如キ重罪
ノ陪審官ヲ設クル國ニ於テハ法律ノ裁判官ト事實ノ裁判
官トノ區別アリテ其何レノ裁判官カ其取捨ヲ審定スヘキ
モノナルヤノ問題アリテ紛々ノ説アリト雖、凡我國ニ於テ
ハ必要ナラサルヲ以テ此ニ之ヲ略スルナリ

第三十四回 明治十八年十一月三十日

本回ハ再犯加重ノ條例ニ説キ移ラントス我刑法定ムル所
ニ依レハ再犯ノ爲メニ加重スヘキ場合ハ總テ四個トス

- 第一 初犯再犯共ニ重罪タル片
- 第二 初犯重罪再犯輕罪タル片
- 第三 初犯再犯共ニ輕罪タル片
- 第四 初犯再犯共ニ違警罪ニシテ一箇年内其裁判所ノ同
管轄地内ニ於テ犯シタル片

右第一ノ場合ハ第九十一條ニ定ムル所ナリ該條ニ於テ注
 意スヘキトハ其重罪ニ該ルトアル重罪ノ刑ニハ無期徒刑ヲ
 包含セスシテ殊ニ有期ノ刑ノミヲ包含スルト是レナリ(但
 シ本條ノ重罪ノ刑ニ處セラレタルト云フ重罪ノ刑中ニハ
 死刑并ニ無期徒刑ヲ包含スルナリ)蓋シ單ニ重罪ト稱スル
 片ハ死刑無期徒刑及ヒ無期ノ流刑ヲモ包含スヘキ筈ナリ
 ト雖モ本條ニ所謂ル重罪ニ該ルトアル重罪刑ノ中ニハ之
 レヲ包含セシムルト能ハサルナリ其故何トナレハ第六十
 六條但書ニ於テ加ヘテ死刑ニ入ルトヲ得スト定メタルヲ
 以テナリ勿論立法上ヨリ論スル片ハ彼佛國ニ定ムル所ノ
 如ク再犯ノ刑無期徒刑ニ當ル片加ヘテ死刑ニ入ルヘク無
 期徒刑ハ無期徒刑ニ入ルトヲ得ヘキモ我刑法ニ於テ加ヘ

ρ

テ死刑ニ入ルノ嚴酷ナルト國事犯ヲ處スルニ通常犯罪ノ
 刑ヲ以テスルノ不當ナルヲ以テ此方法ニ從ハサルナリ
 第二及第三ノ場合ハ第九十二條ニ定ムル所ナリ曰ク「先ニ
 重罪輕罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯輕罪ニ該ル時ハ本刑
 ニ一等ヲ加フ」ト本條ニ於テ注意スヘキトハ第一本條ニ所
 謂ル輕罪ノ刑ニ處セラレタル云々ノ内ニハ罪原ト重罪タ
 ルモ減輕ニ因リテ輕罪ノ刑ニ處セラレタル重罪ヲ包含ス
 ルト第二本條初犯ノ刑ノ重罪タルト輕罪タルトヲ分タス
 ト雖モ其再犯ハ獨リ輕罪ニ當ル片ニ限レルヲ以テ先ニ輕
 罪ニ處セラレタル者ニシテ再犯重罪ニ當ル片ハ加重ノ限
 ニアラサルト是レナリ蓋シ其加重ヲ爲サ、ルハ再犯ノ加
 重ハ固ト初犯ノ刑ノ不充分ニシテ未タ之レヲ懲スニ足ラ

ストノ推測ニ原由スルモノナルヲ以テ再犯ノ罪自ラ重罪ノ刑ニ當ル片ハ此論理ヲ以テ推スト能ハサルヲ以テナリ其他輕罪ニ付テハ加減ノ例ヲ異ニシ即チ本刑ノ四分ノ一ヲ以テスル丁及ヒ輕罪ハ加ヘテ重罪ト爲ストヲ得ス但禁錮ノ刑ハ加ヘテ七年ニ及フ丁ヲ得ルニ注意スヘシ是レ第七十條ニ定ムル所ナリ

第四ノ場合ハ第九十三條ニ定ムル所ナリ本條ニ於テ注意スヘキモノハ第一初犯重罪若クハ輕罪ノ刑ニ處セラレタル片ハ後ニ違警罪ヲ犯スモ再犯加重ヲ爲ス限ニアラサル丁第二ニ違警罪ノ再犯加重ヲ爲スニ付テハ其一箇年内ニ在ルト同管轄地内ニ於テ犯シタルトノ二條件ヲ要スル丁是レナリ其他加等ノ方法ハ第七十二條ニ付テ見ルヘシ

以上刑法上再犯ノ爲メニ加重スヘキ場合トス而シテ今其再犯ノ爲メ加重セサル場合ヲ略言スヘシ

第一 初犯重罪ニ處セラレタル者ニシテ再犯無期徒刑ニ該ル片

第二 初犯重罪若クハ輕罪ニ處セラレタル者ニシテ再犯違警罪タル片又ハ之レニ反對ノ場合

第三 初犯輕罪ニ處セラレタル者ニシテ再犯重罪ニ該ル片

第四 二條件ノ一ヲ缺タル違警罪再犯ノ場合

此他第九十四條ニ定ムル所即チ再犯加重ハ初犯ノ裁判確定後ニアラサレハ之レヲ論スル丁ヲ得サル丁及ヒ第九十七條ニ定ムル所即チ大赦ニ因テ免罪ヲ得タル片ハ再犯ヲ

以テ論セサル一及ヒ第九十八條ニ定ムル所ノ規則等ニ付
テハ前回ノ講義ニ於テ已ニ說了シタレハ此他本章中ノ規
則ニシテ未ダ論及セサル者ハ第九十五條第九十六條ノ規
則アルノミトス

第九十五條ノ定ムル所ハ初犯ノ刑期限内ニ再犯アリシ片
ノ刑ノ執行ノ順序方法ヲ定ムルニ過キス而カモ多少ノ説
明ヲ要スル者ナキニアラスト雖此是亦諸氏ノ註解書ヲ一
讀シテ明瞭ナルヘキヲ以テ之レヲ畧ス

第九十六條ノ規則即チ陸海軍ノ裁判所ニ於テ判決ヲ經タ
ル者ハ初犯ノ非常律ニ據リ處斷シタル者ノ外再犯ヲ以テ
論スル一ヲ得ストアルカ如キモ前已ニ論究シタル一アル
ノミナラス別ニ解釋ヲ要スルモノナキヲ以テ是亦省畧セ

ントス但シ此條ノ反對ノ場合即チ初犯刑法ノ罪ニシテ再
犯軍律ノ罪ニ當ル片ハ如何トノ疑ヲ存スル者ノ如シト雖
此是レハ陸海軍ノ法律ニ於テ定ムヘキ一ニシテ即チ已ニ
陸軍刑法第四十五條海軍刑法第四十二條ニ於テ定メタレ
ハ就テ見ルヘシ此他他ノ法律規則ニ定ムル所ノ罪ト此刑
法ニ定ムル所ノ罪トヲ前後再犯シタル片又同シク此再犯
加重ノ例ヲ用フヘキヤ如何ノ問題ニ付テハ已ニ明治十四
年第七十二號布告ヲ以テ法律規則ヲ犯シタル者ニハ刑法
ノ再犯加重及ヒ數罪俱發ノ例ヲ用ヒスト定メタルヲ以テ
別ニ説明ヲ要セス只少シク諸君ノ注意ヲ要スル者ハ第五
條第二項ノ原則ニ依レハ他ノ法律規則ニ總則ヲ掲ケサレ
ハ此刑法ノ總則ニ從フヘキモノナルヲ以テ他ノ法律規則

ニ於テ特ニ再犯ノ例ヲ定メサル片ハ此刑法ノ例ニ從フヘキ答ナリ然ルニ右第七十二號布告ヲ以テ之レカ反對ノ原則ヲ定メタルヲ以テ最早今日ニ在リテハ特ニ刑法再犯ノ例ヲ用フルトノ明文アルニアラサレハ刑法ノ規則ニ從フトヲ得サルトトナリタルト是レナリ

第三十五回 明治十八年 十二月三日

第六章 加減順序

本章ハ僅ニ一箇條ニ過キス然レモ此條ニ就テハ立法者ニ向ツテハ其不注意ノ責ムヘキモノアリ亦之レカ起草者ニシテ余輩ノ教師タルボアソナード氏ニ於テモ聊カ粗漏ノトナキニアラサルヲ以テ寧ロ此條ノ講義ヲ爲サ、ラント

ヲ欲スルナリ然レモ若シ之レヲ講セサル片ハ余カ本分ヲ欠キ諸君ノ爲メニ盡サ、ルノ恐レアルヲ以テ不得已之レカ講義ヲ爲スヘシ

元來此條ニ定ムル所ノ法則ハ未タ他國ニ於テ其例ヲ見サルナリ然レモ凡ソ何レノ國ヲ問ハス犯罪ノ狀情ニ由リ或ハ刑ヲ加重スヘキモノアリ或ハ減輕スヘキモノアリ而シテ其狀情一ニ止マラス故ニ其加ヲ先ニスルト減ヲ後ニスルトニ付テハ結局犯人ノ爲メニ大ナル得失ヲ生スルモノアリ是ニ於テ乎ボアソナード氏ハ先ツ佛國ノ各裁判所ニ於テ實行スル所ノ例ニ從ヒ我國裁判所ノ判例ヲシテ一轍ニ出テシメントヲ欲シ即チ加減順序ノ一章ヲ設ケタリ草案百十一條即チ是レナリ其文左ノ如シ