

ナレ重罪タルト輕罪タルト違警罪タルトニ因テ必スモ豫メ區別スル克  
 ハ不<sup>ハ</sup>要<sup>スル</sup>スルニ重罪ノ未遂犯ヲ一般ニ罰スル規定ノ權衡ヲ失ハサラントセ  
 ハ須ク輕罪モ亦其未遂犯ヲ罰スルチ原則トシ證據不明ニシテ無罪ヲ宣告  
 スルハ裁判官ノ權内ニ投入スルチ要ス(刑法論綱第一百十九頁以下參照)  
 違警罪ノ未遂ハ刑ヲ加ヘス(第一百三條第三項)此規定ヲ說明シ違警罪ノ性  
 質輕微ナルカ爲メナリト言フ學者アリ罪輕ケレハ何故ニ其割合ニ輕ク罰  
 スヘシト主張セサルカ蓋シ違警罪ハ所爲ノ結果現出セサレハ國家生存ニ  
 一定ノ危害ヲ與ヘサルチ以テ未遂ノ所爲ヲ罰セサルモノナラズ但シ現行  
 刑法ノ違警罪ニ關スル規定中必スモ此理由ニ適合セサルモノアルハ基  
 礎ノ理論異ナレハナリ

第四款 中止犯ヲ論ス

〔七十九〕第一百十二條ノ規定ニ因レハ未遂犯ノ成立スル一條件トシテ犯人  
 意外ノ障礙舛錯ニ因リ未タ遂ケサル事ヲ必要トス(七十五號七十六號說明  
 參照)故ニ意外ノ障礙若クハ舛錯無キ内ニ犯人自ラ好<sup>ク</sup>テ遂ケサル時ハ未

遂犯ニ非サル一種ノ所爲ナリ犯人自ラ好<sup>ク</sup>テ遂ケサリシ場合トハ如何ナ  
 ル意義ヲ有スルカ本問ハ未遂犯ヲ著手未遂犯ト區別シテ解答  
 セサル可カラズ著手未遂犯ノ場合ニ在リテハ犯罪著手ノ所爲ヲ爲シタル  
 モ意外ノ障礙起ラサル内ニ自ラ實行ノ所爲ニ至ラスシテ止ミタルモ、缺  
 効犯ノ場合ニ在リテハ既ニ犯罪實行ノ所爲ヲ了リタルモ意外ノ舛錯無キ  
 内ニ自ラ結果ヲ生セサラシメサルモノハ何レモ犯人自ラ好<sup>ク</sup>テ遂ケサル  
 モノニシテ通常之ヲ中止犯ト名ク犯人自ラ中止シタル時ハ未遂犯ノ成立  
 條件ヲ缺クニ基ク無罪ナルカ故ニ中止犯ト云フ用語或ハ不適當ナラント  
 雖モ暫ク普通ノ例ニ從フ  
 右ノ論旨ニ誤謬無シト假定スレハ二箇ノ學說ヲ批難スル事ヲ得(江木氏  
 曰ク)犯人既ニ犯罪ノ執行ニ着手スルモ尙ホ之ヲ中止シテ目的タル結果ノ  
 發生ヲ防止スル之ヲ中止犯ト謂フト(同氏著刑法原論第二卷九六頁)目的タ  
 ル結果ノ發生ヲ防止スルハ一ナリト雖モ實行ノ所爲ニ至ラスシテ止ミダ  
 ルカ爲メニ結果發生セサリシ場合ト實行ノ所爲ヲ了リ結果發生セサル内

意外ノ舛錯ニ基カスシテ犯人自ラ進メテ別ノ所爲ニ因リ之ヲ防止シタル場合ト共ニ中止犯タルニ注意スル事必要ナリ(二)富井博士曰ク「障礙又ハ舛錯ナキ内ニ犯人自己ノ意思ヲ以テ犯罪ノ實行ヲ中止シタル時ハ中止犯ナリ」(同氏著刑法論綱一〇五頁)實行ヲ中止セス之ヲ結了シタル後ト雖犯人自ラ結果ノ發生ヲ防止スルニ因リ中止犯ト成ル事ヲ得ン歟凡ソ中止犯ノ性質ヲ文字ノ上ヨリ考フレハ恰モ所爲ヲ中途ヨリ絶止シタル場合ノミヲ含蓄スル如キ皮相アリト雖モ其實障礙舛錯無キ内ニ犯人自己ノ意思ヲ以テ遂ケタル場合ノ總稱ニ外ナラス其所謂遂ケタルト言ヒ遂ケサルト言フ義ハ刑法ノ各罪ニ下シタル定義ニ從ヒ時ニ所爲ヲ中止シタル意味ヲ有シ時ニ所爲ヲ了テ結果ノ發生ノミヲ缺キタルモノト解スルハ法理ノ肯綮ヲ得ルニ似タリ果シテ然ラハ結果ノ發生ヲ俟テ既遂犯ニ問フ種類ノ犯罪ハ其實行ヲ了リタル後ト雖モ意外ノ舛錯無キ間ハ犯人自ラ結果發生ヲ防止シテ中止犯ノ場合ト成ヌヲ得ン尙ホ二三ノ例ニ就テ右ノ論旨ヲ明ニス可シ

至

(一)人ヲ銃殺セムトシ既ニ狙ヲ定メタルモ遽ニ發砲ヲ見合セタル場合人ヲ斬殺サントシテ刀劍ヲ振上ケタルモ斬付ケスシテ止ミタル場合他人ノ住居ヲ燒カントシテ適當ノ位置ニ燃料ヲ積上ケ今ヤ「マツチ」ヲ擦ラントスル際急ニ立去リタル場合(其他之ニ均シキモノ)ハ何レモ犯罪着手ノ所爲アリ意外ノ障礙無キ内ニ犯人自己ノ意思ヲ以テ中絶シ實行ノ所爲ニ至ラスシテ止ミタルモノナルカ故ニ中止犯ナリ此場合ニ付テハ異論アルヲ聞カス

(二)他人ノ住居ヲ燒ク目的ヲ以テ火ヲ放テ事極メテ微小ナル内ニ自ラ打消シタル場合毒殺ノ目的ヲ以テ毒藥性質緩慢ニシテ其効ヲ見ルニ多少ノ時間ヲ要スルモノヲ服用セシメ遽ニ自ラ消毒藥ヲ與ヘテ死ヲ免レシメタル場合等ハ共ニ犯罪實行ノ所爲ハ終結シタルモノナリト雖モ未ダ家屋ノ燒失若シハ被害者ノ死亡ト云フ結果ヲ見サル所以ハ犯人意外ノ舛錯アリシ爲ニ非ス意外ノ舛錯無キ内ニ犯人自己ノ意思ヲ以テ結果ノ發生ヲ防止シタルカ故ニ中止犯ナリ此等ノ場合ニ付テモ亦反對說ナシ

(三)人ヲ殺サントシテ斬付ケ其未タ死セサル内ニ自ラ中止シタル場合(人ヲ銃殺セントシテ發砲シタルニ的中セザリシカ若クハ負傷セシメタルニ過キサル内ニ自止シタル場合モ亦同シ)ハ缺効犯ナリヤ判決例并ニ學說ノ多數ハ中止犯ナリト論決ス(明治十九年十一月十五日、同二十年一月二十九日大審院判決、井上氏刑法講義再版一〇〇頁以下、磯部氏同一〇四九頁宮城氏十七年印行同四七三頁ガロオ氏一〇三號末文……)獨リ富井博士ハ缺効犯ナリト主張セラレ法理ニ適ヒタルハ即チ少數ノ後說ナリト信ス乞フ其理由チ一言セシ前ニ言ヘル如ク缺効犯ハ未遂犯ノ一ナリト中止犯ハ罪ト成ラサル別種ノ所爲ナリ故ニ一旦缺効犯成立シタル後ニ至リテハ復自己ノ意思若クハ所爲ヲ以テ之ヲ消滅セシムル能ハス本問一刀ヲ斬付ケタルニ尙ホ被害者ノ死亡セザリシハ意外ノ舛錯即チ仕損シアルニ原因シタルモノナリ故ニ初ヨリ一刀若クハ二刀ニテハ殺サ、ル意思アリシ場合ヲ除カサル可カラズ(例ニハ其後ニ及シテ所爲ヲ中止スルモ何ソソ先ニ成立シタル缺効犯ヲ消滅セシムルヲ得ンヤ)着手未遂

犯ニ付テモ同一ノ理論ヲ適用シ得可シ先ニ意外ノ障礙ノ爲ニ遂サル能ハザリシ時ハ後ニ至リ縱令犯人ガ再舉ノ念ヲ斷ツモ既ニ成立シタル着手未遂犯ヲ消滅セシムル途無シ他人ヲ刺殺スル目的ヲ以テ懷劍ヲ提ケ相手ヲ組伏セザリト假定セヨ未タ何等ノ障礙ナキ内ニ自ラ中止スレバ中止犯タル事一點ノ疑ナシト雖モ其惡事ヲ知レル第三者來リテ加害者ノ兇器ヲ奪ヒ志ヲ遂ケザル時ハ縱令再舉ノ働作ヲ止ムルモ既ニ遅ク着手未遂犯ハ完全ニ成立セリ我輩ハ前段ノ說明ニ於テ中止犯分成立スルニハ意外ノ舛錯若クハ障礙無キ内ニ所爲ヲ中止スルカ結果ノ發生ヲ妨止スルコトヲ要スト言ヘル故ニ一旦舛錯(若クハ障礙)アルカ爲ニ遂ケザリシ後ニ至テハ中止犯ノ成立スル餘地無シト斷言スル亦理論上已ニ得サルモノナリ

終ニ二箇ノ注意スヘキ點アリ(一)實行ノ所爲ヲ盡シ尙ホ意外ノ舛錯無キ内ニ犯人自ラ結果ノ發生ヲ妨止シテ中止犯ノ場合ト成ルニハ犯人ノ目的トシタル犯罪カ結果ノ發生ヲ俟テ既遂犯ニ問フ種類ノモノナラザ

ル可カラス之ニ反シテ犯人ノ企圖シタル害悪生セスト雖モ實行ノ所爲ヲ盡クシタル一斷ニ因リ既遂犯トナルモノハ其後自己ノ意思ヲ以テ中止スルモ中止犯トナル事無シ貨幣若クハ官印ヲ偽造スル罪ノ如キハ偽造ノ成ルト同時ニ既遂犯成立ス(第百八十六條、第百九十五條)故ニ未タ之ヲ行使セサル中ニ毀棄シタルト雖モ既ニ成立シタル既遂犯消滅セス竊盜罪ニ付テモ亦同シ其既遂犯ノ成立スルニハ竊取ト云フ成行ノ所爲ヲ要スルノミニシテ寸時モ贓物ヲ占有スル必要ナキカ故ニ一旦竊取シタル上ハ遽ニ贓物ヲ返還スルモ既遂竊取消滅セス唯此ノ如キ場合ニハ宥恕ト酌量トニ因リ充分ニ刑ヲ減輕スベキノミ(八十六條參照)中止犯ヲ以テ單ニ犯人自己ノ意思ニ因リ既遂犯ヲ成立セシメザリシ場合ト解釋スレハ汎キニ失ス殺人犯ハ被害者ノ死亡ト云フ結果アツテ初メテ既遂犯トナルモノナリ故ニ若シ犯人自己ノ意思ニ因リ既遂ニ至ラザリシモノヲ盡ク中止犯トスレハ第三ノ例ノ如ク既ニ一刀ヲ斬付ケタル後被害者ノ死亡セサル内ニ中止シタル場合ハ中止犯トナルベシト雖モ先ニ一

度未遂犯成立シタル時ハ其後犯人自己ノ意思ニ因リ既遂ニ至ラスシテ止ムト雖モ成立シタル未遂犯ハ消滅スル事無シ前例ニ於テ一刀ヲ斬付ケ尙ホ被害者死亡セザリシハ意外ノ舛錯アリ故ニ由來ニ意外ノ舛錯アルト同時ニ缺効犯成立シタルヲ以テ縱令ニ太刀ヲ見合セ殺サスシテ止ムト雖モ缺効犯ハ依然存在スルモノナリ

中止犯即チ意外ノ障礙若クハ舛錯無キ中ニ犯人自ラ着手又ハ實行ノ所爲ヲ中斷シ若クハ結果ノ發生ヲ妨止シタルモノハ之ヲ罰スル明文ナシ明文無キヲ以テ無罪ナリ立法者カ中止犯ヲ無罪トシタル理由如何某學者ノ曰フ如ク犯人ハ悔悟ヲ促ス政策ニ非ズ悔悟ヲ促ス政策ナラシメハ畏懼哀憐等總テ悔悟ニ出テサル中止犯ヲ罰スルノ已ムヲ得サルニ至ラシ我國ヲ初メ文明國多數ノ刑法ノ中止犯ヲ罰セザルハ全ク犯人ヲシテ自ラ制止セシムル目的ニ出ツ夫レ然リ一度犯罪ニ着手シタル以上ハ遂クシテ刑セラルレ之ヲ遂ケサルモ刑セラル、如キ規定ハ犯人ヲシテ寧ロ目的ヲ達シテ刑セラル、ノ念ヲ生セシムルヤ必セリ故ニ唯犯人ノ自止ヲ促ス目的ヲ以

テ中止犯ヲ無罪トシタル我刑法ノ下ニ於テハ悔悟シテ止ミタルト否トテ問ハス全然犯罪ノ企テ廢棄シタルト一時之ヲ見合セタルトテ區別スル必要ナシ(明治十九年十二月十五日大審院判決參照)

(註) 中止犯ノ場合ニ既ニ生シタル結果ノミチ特別ノ一罪トシテ罰スル事ヲ得ルヤ例ヘハ毒藥ヲ吞マシテ繼テ消毒劑ヲ與ヘタルニ因リ被害者幸ニ死ヲ免レタルモ之カ爲ニ疾病ニ罹リタル時ハ毒殺ヲ以テ中止犯トシ無罪トスルモ疾病ニ罹ラシメタル理由トシ第三百七條ニ問擬スル事ヲ得ルヤ本問ヲ決スルニ消極積極二様ノ論アリ消極論者曰ク既ニ生シタル結果ヲ一罪トシテ罰スルハ犯意無キ所爲ヲ罰ス可カラスト云フ原則ニ反ス前例ニ於テ加害者ハ人ヲ殺ス意思アリシト雖モ人ノ健康ヲ害シ疾苦セシムル意思ハ無カリシモノナリ之ヲ第三百七條ニ問フハ犯意無キ所爲ヲ罰スルモノナリ(刑法論綱一〇八頁以下參照)消極論者ハ理論ヲ貫ク爲ニ既ニ生シタル結果ヲ一罪トスルニハ删除サレザル草案第一百二十七條ノ如キ特別ノ明文アルヲ要スと言ヘリ積極論者之ヲ駁シ

テ曰ク一罪ヲ犯サン下シタル爲ニ無意ノ結果ヲ生スル事無シト斷言スル克ハズ然レトモ之ヲ遂クルニ付キ當然生スヘキ事實ハ意思アル結果ナリ前例ニ於テ加害者ハ毒藥ニ因リ他人ノ生命ヲ失ハシトシタルモノナレハ其健康ヲ害シ疾病ヲ招クカ如キ結果ニ對シテモ亦初ヨリ其意アリシヤ論ヲ俟タズ之ヲ第三百七條ニ問フハ意アル所爲ヲ罰スルモノナリ草案第三百二十七條ノ如キ明文無シト雖モ一般ノ原則ヲ適用シテ有罪ノ判決ヲ下スコトヲ得ト多數ノ學者ハ之ヲ贊成ス(明治二十一年一月二十五日大審院判決其他ノ著書參照)

第五款 不能犯ヲ論ス

(八十) 著手若クハ實行ノ所爲アリテ意外ノ障礙舛錯ノ爲メニ遂ケサル時ハ未遂犯ナリ犯人自己ノ意思ヲ以テ障礙舛錯無キ中ニ制止シタル時ハ中止犯ナリ即チ遂ケサル原因未遂犯ノ場合ニハ意外ノ錯礙舛錯ニシテ中止犯ノ場合ニハ犯人自己ノ意思ナリ果シテ然ラハ未遂犯ノ場合ニ意外ノ障礙舛錯無ク中止犯ノ場合ニ犯人自己ノ制止無クシハ必ス罪ヲ遂ケルモノ

ト推測セサル可カラス少クモ罪ヲ遂ケ得ル有様ヲ以テ著手若クハ實行シタルモノト断定セサル可カラス  
 不能犯ト名シル所爲モ罪ヲ犯サントスル決心ヲ外部身體ノ働作ニ發表シ之ヲ遂クル事無クシテ止ム點ハ未遂犯又ハ中止犯ノ一ナリト雖モ其遂ケサル原因ニ至ツテハ彼我雲泥ノ差アリ凡ソ不能犯ハ犯罪ノ目的物存在セサルカ若クハ手段ノ無能力ナル場合ニ生スルモノナルカ故ニ假令意外ノ障礙舛錯起ラズシテ犯人ノ企望シタル所ハ之ヲ爲シ了ルト假定スルモ尙ホ且犯罪ハ成立セス此一點ニ付キ未遂犯並ニ中止犯ト區別アリ  
 不能犯ノ場合ニ其遂ケサル原因ヲ目的物存在セサルカ若クハ手段ノ無能力ナルニ歸スル事ハ學說稍ニ致スト雖モ之ヲ實際ニ適用スルニ方リ未遂犯ト區別スル標準ニ付テハ甲乙二說アリ甲說ハ不能犯ヲ絕對的ト關係的トニ分チ獨リ絕對的ノ不能犯ヲミテ爰ニ所謂不能犯ナリトシ關係的ノ不能犯ハ未遂犯又ハ中止犯トナル事アリト云ヒ(オルトラン)氏第一卷四二五頁以下ハウズ氏第一卷四六〇號參照之ニ反シテ乙說ハ不能犯ノ絕對的ナ

五三

ルト關係的ナルトニ因リテ未遂犯ト識別ス可カラス犯人カ實行シタル手段並ニ同一ノ條件ニ因リ何人ト雖モ罪ヲ遂クルハサルモノハ不能犯ニシテ單ニ犯人ノミ遂ケ得サリシモノハ未遂犯ヲ生スル事アラント主張ス今二三ノ例ヲ掲ケテ三說ノ適用ヲ示サシ  
 (八十一) 學說上所謂絕對的不能犯ニ目的物ノ存在セサル場合ト手段ノ無能力ナル場合トアリ

甲、相續ニ因リ嘗テ自己ニ所有權移轉シタル物品ヲ他人ノ財産ト信シテ竊ニ持歸リ(刑法第三百四十九條)ノ禁ヲ犯シタル如ク誤信セシニ其實婦女ノ年齢十二歳ヲ超過シ先ニ卒中ノ爲ニ死シタル者ヲ睡眠中ト信シテ一刀ヲ加ヘ強盜暗夜ニ旅人ト思ヒ樹幹ニ發砲シ石地藏ヲ斬付ケ分娩ノ際死シタル生子ヲ瘡腫者ナラント信シテ縊殺ヲ企テ某女私通ノ結果ヲ隱秘セント欲シテ墮胎藥ヲ服用シタルニ便々タル腹舊ニ因ツテ依然ヨリシハ全ク懷妊ニ非スシテ張囁ナリシ如キ何レモ犯罪ノ目的物ナシ甲說ヲ採ル學者曰ク此等ハ盡ク犯罪ノ目的物無キ絕對的不能犯ナルカ故ニ未遂犯ト別

種ノモノナリト乙説ヲ採ル學者曰ク目的物ヲ缺ク場合ニハ犯人ヲ使用シタル手段ニ因リ何人ト雖モ罪ヲ遂クル能ハサルカ故ニ不能犯ナリト

(註) 犯罪ノ目的物ト犯人ノ企望シタル物品トハ必スシモ同シカラス右ノ例ニ付キ他人ノ家ヨリ竊ニ持歸リタルモノハ犯人ノ企望シタル物品ナリト雖モ他人ノ財産ニ非サルヲ以テ盜罪ノ目的物ニ非ス此區別ヲ明カニセントシテ犯罪ノ目的無キ場合目的物トナル能力無キ場合ト云フ者アリ甚タ妥當ナラス犯人ノ企望シタル物品アルモ罪體トナル能力無クハ犯罪ノ目的物無シ  
乙 婦墮胎ノ目的ヲ以テ水若クハ砂糖ヲ服用シ毒殺ヲ企テタル者砒石ト信シテ「カル」ヲ飲シメ嫉妬ノ餘リ夫ノ情婦ヲ殺サント欲シテ丑ノ刻詣ヲ爲シ瀛車ヲ轉覆セシムル意ヲ以テ鐵軌ノ上ニ竹ヲ横ヘ他人ノ住居ヲ燒燬セントシテ煉瓦又ハ土藏ノ壁ニ「マツチ」火ヲ近ケ牧場ノ馬ヲ盜ム爲シ之ヲ誘ハントシテ牧草ヲ與ヘ先ニ彈丸火藥若クハ發火器ヲ除カレタル村田銃ヲ擬シテ人ヲ銃殺セシムル如キ何レモ手段ニ罪ヲ遂ケシムル能

六四

力無シ乙説ノ學者ハ何人モ此ノ如キ手段ニ因リ罪ヲ遂クル克ハサルカ故ニ不能犯ナリト云ヒ甲説ノ學者ハ手段ニ基ク絕對的不能犯ナルカ故ニ未遂犯ニ非スト云フ

之ヲ要スルニ右甲乙二箇ノ例ハ絕對的ニ目的物存立セサルカ手段無能力ナルカ故ニ其不能犯トスヘキ事不能犯ナルカ故ニ無罪ナル事ハ一點ノ疑無シ

(八十二) 關係的ノ不能犯モ亦目的物ニ基ク事アリ手段ニ基ク事アリ手段ニ基ク關係的不能犯ト稱スルモノハ手段ニ罪ヲ遂クル能力無キニ非ズ目的物モ存在スルニ拘ラスシテ犯人ノ豫期シタル犯罪既遂ニ至ラサル場合ヲ謂フ未遂犯ハ全ク此場合ニ成立スル事學者ノ異論無キ所ナリ其主トシテ説ノ分ルハ目的物ニ基ク關係的不能犯ノ場合ナリトス  
甲 手段ニ基ク關係的不能犯トハ例ヘハ毒殺ノ目的ヲ以テ人ヲ死ニ致スニ足ル分量ノ砒石ヲ服用セシメタルニ其人先ニ砒石ノ有毒質ヲ奪フ食物若クハ藥劑ヲ飲ミ居ル爲ニ死ヲ免レタル如キ若クハ人ヲ斫ラント欲シテ

其背後ヨリ一刀ヲ加ヘントスルモ刀韃ヲ脱セサル如キ場合ヲ謂フ砒石ヲ服用セシムルハ相當ノ分量ヲ以テ毒殺罪ヲ遂クル能力アル手段ニシテ之ヲ盡クスモ敵ノ死亡セサルハ全ク意外ノ舛錯アルニ基キ刀劍ヲ振テ人ヲ斬ルハ殺人罪ヲ遂クル能力アル手段ナルモ韃ヲ脱セサル爲ニ實行スル能ハサリシハ明ニ意外ノ障礙アルニ由來ス果シテ然ラハ此等ノ場合ハ擧ケテ未遂犯ナリト謂ハサル可カラス(縱令關係的トイフ文字ヲ冠スルニセヨ不能犯ト稱セサルカ妥當ナラン歟此點ハ學說一致スル所ナリ(ハウズ氏第一卷二三四六頁以下ガロオ氏四版一三九頁以下其他))

乙 目的物ニ基ク關係的不能犯トハ犯罪ノ目的物存在セサルニ非ス只犯人ノ信スル所ニ存在セサル爲ニ能力アル手段ヲ用ヒタルモ(遂クル能ハサリシ場合ヲ謂フ例ヘハ巷賊カ懷キ手ヲ入レテ探リタルニ紙入無カリシ如キ竊盜カ出火ノ際空地ニ持出シアル箆筒ノ抽斗ヲ開キタルニ一點ノ衣類贖物モ無リシ如キ若クハ神社佛閣ノ囊錢箱ヲ開キタルニ無ク物ナリシ如キ人ヲ殺サント欲シ平常坐ヲ占ムル室ニ發砲シタルモ偶其時他處ニ在リ

シ如キ其他オルトラン氏ノ引用シタル家ノ例ノ如キ是ナリ甲說ノ學者曰ク此ノ如キ場合ノ不能ハ關係的ノモノナルヲ以テ未遂犯ニ問フ可シト(千八百六十二年十二月十九日七十六年十一月四日七十七年四月十二日佛國大審院判決ハウズ氏第一卷四六二號)乙說ノ學者ハ之ニ反對シテ曰ク此ノ如キ場合カ全然目的物無キ場合ト同シカラサルハ勿論ナリト雖モ目的物カ犯罪ノ生スル能ハサル所ニ存在スル以上ハ其不能タル一ナリ到底人力ヲ以テ犯罪ヲ遂クル能ハサルモノナルカ故ニ不能犯ニシテ未遂犯ニ非スト(ガロオ氏四版一〇六號刑法論綱一三〇頁以下刑法汎論一九四頁)通常目的物ノ存在スル所ニ存在セサルハ意外ノ障礙舛錯ニシテ若シ乙說ノ如ク犯人ト同一ノ手段同一ノ條件ニ因リ何人ト雖モ遂クル能ハサルカ故ニ不能犯ナリトイハ、缺效犯無キニ至ラン歟暫ク疑問ヲ掲ケテ識者ノ訂正ヲ待ツ

八十三) 不能犯ハ罪トナラサルモノナリ目的物存在セサルカ又ハ手段無能力ナル時ハ外ニ現ハレタル所爲ハ第一百十二條ニ所謂「……罪ヲ犯サント



シテ其事ヲ行フ……ト云フ能ハス全部成立シ得サルモノ、一部(着手ノ所  
爲又ハ實行ノ所爲ヲ謂フ)成立スヘキ道理無シ若シ夫レ犯罪ノ所爲一部分  
モ無クハ單ニ罪ヲ犯サントスル決心ノミチ罰セサル一般原則ノ適用ト  
シテ無罪ノ宣告ヲナスヘキノミ(第百十一條)

(註) 法律カ各罪ニ下シタル定義ヨリ推究スル時ハ理論上到底未遂犯ノ  
成立スル能ハサルモノアリハウス氏ハ之ヲ名ケテ法理上ノ不能犯トイ  
ヘリ

命令ニ對シテ成立スル犯罪ハ不行犯ナリ換言スレハ刑法カ吾人ニ或所  
爲ヲ爲ス可シト命スル時ハ其所爲ヲ爲サ、ル(即チ消極的行爲)ニ因ツテ  
犯罪成立ス此ノ如キ場合ニ成立スル不行犯ニハ通常未遂犯無シ蓋シ某  
所爲ヲ爲サ、ルニ因ツテ犯罪成立セハ即チ某所爲ヲ爲スヘキ義務アル  
モノナルカ故ニ原則トシテハ法律カ之ヲ履行スヘキ期間ヲ示スモノト  
ス而シテ一旦其期間必スシモ時間ナイフニ非ス或事實ノ發生ヲ指スコ  
トアリ來レハ既遂犯罪成立シ期間來ラサレハ何等ノ犯罪モ成立スル事

無シ(第百七十六條、第百七十九條、第百八十條、第百八十一條、第二百七十  
條後半、其他參照)

右不行犯ノ外偽證罪、脅迫罪、誣告罪ニハ未遂犯無シ(第二百十八條以下、第  
三百二十六條以下、第三百五十五條以下參照)

第二節 意思 (犯罪ノ精神的要素)

(八十四) 刑法第一編第四章ニハ不論罪(及ヒ減輕トイフ題名アリ)之ヲ解シ

テ罪ヲ論セストイフ義ナリトスレハ恰モ犯罪ハ成立スト雖トモ刑罰ハ科  
セストイフヲ意味スル如キ皮相アリ然リト雖モ其眞意ノ在ル所ハ犯人カ  
精神的要素ノ一以上ヲ缺クニ基ク無罪トイフニ外ナラス我輩ハ前節ニ於  
テ客觀的ニ犯罪ノ成立上必要ナル所爲ヲ論シタルヲ以テ本節ニ於テハ主  
觀的ニ犯罪ノ成立上犯人ニ缺ク可カラサル心性作用ヲ説明セン

(八十五) 犯罪ノ成立スル爲ニ主觀的ニ犯人ノ具備スルヲ要スル精神的要  
素トハ何ソ辨別自由、犯意ノ三是ナリ故ニ縱令某所爲ノ爲ニ社會ニ一定ノ  
害迹ヲ止ムルモ(一)是非善惡ヲ識別シ其所爲ノ惡事タルヲ知リ(二)惡事タル

ヲ識ルヲ以テ之ヲ爲サ、ラント欲スレハ爲サ、ル事ヲ得ルニ拘ラス(三)故  
ラニ非行ヲ擇ミテ實施シタル者ニ非サレハ罪トシ刑ヲ科セストスル是現  
今文明國一般ノ採用スル一大原則ナリ  
精神的要素ノ第一タル辨別無ケレハ其第二ナル自由無シ夫レ然リ是非善  
惡ヲ識別スル能力無クハ惡ノ爲サント欲シテ彼ヲ取り爲サ、ラント  
欲シテ此ヲ捨ツル自由アリトイフヲ得ンヤ辨別ヲ缺クニ基ク無惡ハ刑法  
第七十八條以下ニ之ヲ規定ス  
辨別無ケレハ自由無シ然レトモ其裏面ヨリ辨別有ル者ハ常ニ自由アリト  
イフ能ハス是非善惡ヲ識別スル能力アリナカラ重大ナル強制若クハ危難  
ノ爲ニ己ムヲ得ス非惡ヲ行フ事アルハ疑無キ事實ナリ爰ヲ以テ自由ト辨  
別トハ之ヲ區別シ第七十五條ニ自由ヲ缺クニ基ク無罪ノ場合ヲ規定ス  
辨別自由ノ二條件ハ有意犯タルト無意犯タルトヲ問ハス重罪タルト輕罪  
タルト違警罪タルトニ論無ク一般ニ之ヲ具フルヲ要ス之ニ反シテ第三ノ  
條件タル犯意ニ至リテハ之ヲ缺キテ尙犯罪成立スル例外ノ場合アリ學理

上名ケテ無意犯又ハ過失犯ト謂フ

〔八十六〕某所爲ニ因リ社會ニ一定ノ害ヲ與フルモ何故ニ辨別自由犯意無  
ケレハ罪トセサルヤ國家ハ何故ニ客觀的ニ加害ノ所爲アルモ主觀的ニ精  
神的要素ヲ缺キタル者ヲ罰スル能ハサルヤ刑罰權ノ基本ニ關スル學說ノ  
異同ニ因リ本問ニ對スル解答モ一様ナラス  
折衷主義ノ學者曰ク國家ハ單ニ背德加害ノ所爲ヲミチ罰スル事ヲ得故ニ  
社會ニ損害ヲ與フルモ德義ヲ破ラサルモノハ罪トスル能ハス爰ニ某所爲  
ニ因リ社會ニ一定ノ損害ヲ與ヘタル者アリトセン社會ノ受ケタル損失ノ  
ミニ就テ言ハ、本人カ辨別自由犯意アリト否トニ因ツテ輕罪アル事無  
シト雖モ德義ノ大則ヨリ觀察ヲ下サハ其間天地ノ差アリ精神的要素ヲ缺  
キタル者ハ一點モ道德ノ規則ヲ破ラス德義ニ違背セサル者ハ本人ニ刑ヲ  
受クヘキ責任無ク國家ニ之ヲ罰スル權力ナシト(草案第百六十一號註釋參  
照)

自然法主義即チ進化主義ニ因リ試ニ之カ理由ヲ解スレハ國家ハ吾人々類

ノ結社の生活ニ必要ナル條件ヲ認定保護スルヲ權力ノ限界トス故ニ犯罪ノ實質刑罰ノ範圍ヲ定ムルニ方リテモ常ニ其限界ヲ固守シ權力外ニ強力ヲ使用セサル事ヲ要ス今假ニ辨別自由犯意無キ所爲ヲ罪トシ刑ヲ科スルモノトセンカ既ニ辨別自由無クハ爲ニ悔改ノ効無カル可シ故ニ罪トセス刑ヲ科セストセン世人カ刑無キヲ奇貨トシテ罪ヲ犯ス恐レ無シ何トナレハ刑無キヲ奇貨トシテ罪ヲ犯ス如キハ其實辨別自由犯意共ニ具ハルモノニシテ刑ヲ免ル、克ハサレハナリ此ノ如ク刑スルモ悔改ノ効無ク刑セサルモ示例ノ途ニ缺ケサル者ヲ罰スルハ國家カ吾人結社の生活ヲ保護スル權力ノ限界ヲ踰越シ吾人ノ所爲ニ責任アル根據ヲ誤ルモノトス精神的要素ヲ缺ク所爲カ果シテ德義ヲ破ラサルヤ否ヤハ我輩之ヲ證明スル克ハストイハシノミ

〔註〕 Girardin 氏曰ク「刑罰ハ罪人ヲ悔改セシムル能ハス罪人ヲ悔改スル克ハサル刑罰ノ如キモノハ國家之ヲ吾人ニ科スル權力無シ」ト刑罰ハ罪人ヲ悔改スルト同時ニ世人ノ手本トスルモノナリ故ニ悔改示例ノ効ナキ

刑罰ノミハ國家モ之ヲ設クル權力ナシトイハ、可ナラン

第一款 辨別ヲ缺クニ基ク無罪ヲ論ス

〔八十七〕 辨別ヲ缺ク者若クハ法律カ辨別無シト推測シタル者ハ(一)知覺精神ヲ喪失シタル者(二)幼者(三)瘡癩者ノ三種ナリ以下此三種ノ者ノ責任ニ關スル規定並ニ學理ヲ説明セントス

〔八十八〕 甲 知覺精神ヲ喪失シタル者——第七十八條ニ曰ク「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」ト本條ノ規定ヲ分テハ(一)犯罪ノ同時知覺精神ヲ喪失シタル事ヲ要ス(二)知覺精神ヲ喪失シタル原因ノ如何ニ因リ責任ヲ異ニセストイフニ要點ヲ生ス

(一)知覺 精神ノ喪失ヲ理由トシ無罪ヲ宣告スルニハ所爲ノ當時喪失シタル事ヲ必要トスル是レ現今多數ノ刑法ノ採用スル所タリ(佛刑六四、獨刑五一、伊刑四六、埃刑二)立法上此主義ヲ採用シタル上ハ解釋上二個ノ重大ナル結果ヲ生ス(一)曰ク縱令精神病者トシテ入院シタルコトアル者ト雖モ全瘡ノ後罪ヲ犯セハ其責任ヲ免ル、能ハス(二)曰ク罪ヲ犯シタル後知覺精神喪

失ノ状態ニ陥リタル者ハ刑ノ執行ハ停止スル事アリトスルモ無罪無責任トスル能ハズ此二點ニ付テハ毫モ疑無シ獨リ或種類ノ發狂者ニ關シ特別ノ條文無キハ恐ク缺點ナラン後ノ註ヲ參照スヘシ

(二)知覺精神ヲ喪失シタル原因ノ如何ニ因リ責任ヲ異ニスル事無シ故ニ知覺精神ヲ喪失シタル事實確定シタル上ハ盡ク無罪ノ宣告ヲ爲サ、ル可ラス但シ裁判官ハ其事實ヲ認定シタル理由ヲ示サ、レハ破毀ヲ免レサル(刑事訴訟法第二百六十九條第九)カ故ニ知覺精神ハ如何ナル原因ニ因リテ喪失スヘキカトイフ事實論ニ十分ノ注意アルヲ要ス

第七十八條ノ無罪ヲ宣告スルハ喪失ノ原因ニ因テ異ナルヘキニ非ス故ニ假令酒ヲ多分ニ飲用シ銘酊カ原因トナリシモノトスルモ果シテ知覺精神喪失中ニ罪ヲ犯シタル事實アレハ亦無罪タリ但シ罪ヲ犯ス勇氣ヲ酒ニ藉ラント欲シ故テニ銘酊シテ之ヲ遂ケタル場合ハ通常有罪ナラン何トナレハ銘酊ノ後未醉中ノ企謀ノ如ク罪ヲ遂ケタルハ一般ニ知覺精神ヲ喪失セザリシ反證トナスニ足ルヲ以テナリ(章一七一)露西亞刑法ハ此ノ如キ場合

ニ却テ刑ヲ加重ス(露刑一〇六)

(註) 知覺精神ヲ喪失シ辨別ナクシテ罪ヲ犯スモノハ精神病者ニ最モ多シ(精神病者ニ非スシテ知覺精神喪失中ニ罪ヲ犯スハ稀ニ夢狂ト名クルモノニ於テ見ルコトアリ夢狂ハ通常精神病ノ中ニ入レサルモノ、如シ)精神病ニハ缺損症アリ變質症、抑鬱症、興奮症、懦弱症アリ又之ヲ細別スレハ痴呆、道德狂、定時狂、躁狂、錯迷狂等一ニシテ足ラサルカ故ニ犯人カ精神病中如何ナル種類ニ屬スルカ如何ナル種類ノ精神病者ニシテ愈犯時ニ知覺精神ヲ喪失シテアリシカ等ノ難問ヲ決スルハ固ヨリ十分ニ醫學上ノ知識ヲ具ヘタル者ニ非サレハ之ヲ決スル能ハスト雖モ爰ニ法律家ノ推敲ヲ熱望スル一問題アリ他無シ先天若クハ後天ニ精神病ニ罹リ通常預後ノ不良ナル者ハ縱令其間歇時ニ罪ヲ犯シタル者ト雖モ之ニ刑ヲ執行セシテ一定ノ病院ニ送致スヘキ特別ノ條文ヲ設クル事是ナリ犯罪責任論ヲ嚴格ニ適用スレハ決シテ刑ヲ科スヘキ基礎ヲ缺クニ非ス從テ其間歇時又ハ全快後刑ヲ執行ス可キ規定ヲ設クルハ不可ナシト雖モ此

ノ如キ理論一點ニ偏執シタル制度ハ實際ニ非常ナル不便ヲ醸ス事アリ  
 蓋シ(一)獄内ニ於テハ十分ニ治療ノ途ヲ盡ス能ハサルカ故ニ全癒ノ望アル  
 モノモ遂ニ立タサ、ルコトアリ(二)間歇時ニ刑ヲ執行シ定役ニ服セシ  
 ムルモ突然病ヲ發シ失笑、啼泣、放歌、躁暴スル等ノ事アリ他ノ囚徒ノ服役  
 ナ害シ若クハ之カ取締ヲ困難ナラシムルヲ以テ寧ロ病院ニ投シ一定ノ  
 取締ヲ設クルノ優レルニ如カサル可シ(露刑九五、九六、九七、伊刑、四六、第二  
 項參照)

精神病者中特ニ裁判官カ注意シテ無罪ヲ宣告スヘキモノハ道德狂是ナ  
 リ道德狂ハ推理、記憶、智力等ハ殆ト完全ニシテ獨リ善惡ノ感覺ノミナ缺  
 者トス竊盜ニ屢々見ル處ニシテ他人ノ財物ヲ掠ムルノ惡事タル事ハ到  
 底理會スル能ハサルカ故ニ罪ヲ犯ス時モ辨別アリト云フ能ハス又刑ヲ  
 科シテ更ニ悔改ノ効ナシ

〔八十九〕乙 幼者——犯時ニ知覺精神ヲ喪失シ辨別無キカ爲ニ所爲ノ責  
 任ヲ負ハサルモノ、事ハ前段ニ説明セリ爰ニハ知覺精神ヲ喪失シタルニ

非ス精神ノ發達不十分ナルカ爲ニ辨別ヲ缺ク幼者ノ無責任ノ事ヲ述ヘン  
 トス蓋シ吾人ノ心性作用ヲ視ルニ其精神ハ恰モ軀幹ノ生長スル如ク漸ク  
 追ヒ徐ニ發達スルモノニシテ一點ノ辨別無キ幼稚ノ狀態ヨリ進ンテ不十  
 分ナカラ善惡ヲ知覺スル時期ニ入り更ニ發達シタル後始メテ是非ヲ辨ヘ  
 利害ヲ知ル普通成人ノ域ニ至ルハ甚ク親易キ事實ナリ爰ニ於テカ一國立  
 法ノ任ニ當ルモノハ年齢ト責任トノ關係ヲ定メ之ヲ法律ニ規定スル必要  
 ナ生ス之ヲ規定スルニ方リ(一)法律ニ一定ノ年齢ヲ示シ之ニ達セサル幼者  
 ハ盡ク辨別ヲ缺キ從テ其所爲ハ舉ケテ無罪ノモノトシテ裁判官ノ反證ヲ  
 舉ケル事ヲ禁センカ凡ソ智識ノ發達ハ自然的原因(氣候地勢等)社會的原因  
 (宗教、風俗、教育、財政等)若クハ個人的原因(遺傳、腦組織等)ニ因リ遲速緩急一様  
 ナラス、同一ノ年齢ニ達シタルモノト雖モ甲ト乙トヲ比較スレハ智識發達  
 ノ程度千差萬別ナルヲ以テ此ノ如キ方法ハ屢事實ニ反シ辨別有ルモノヲ  
 無罪トシ辨別ナキモノヲ有罪トスル不公平ヲ生スルヤ必セリ然ラハ(二)各  
 被告人ニ就キ裁判官ヲシテ辨別ノ有無ヲ審判セシムルモノトシ敢テ法律

ヲ以テ豫メ何歳以下ノ幼者ニ辨別無シト断定スル如キ事無カラシカ第一ノ方法ト異ナリ事實ニ反スル不公平ノ場合ハ生セサル可シト雖モ現ニ辨別ヲ具ヘサル事疑ヒ無キ幼者及ヒ辨別ヲ具フル事疑ヒ無キ成人ニ就キ一々辨別ノ有無ヲ審査シテ然ル後有罪無罪ヲ決セシムルハ亦迂濶不便ノ極ト云ハサル可カラズ爰ニ於テ(三)法律カ豫メ一定ノ年齢ヲ畫シ之ヲ境界トシテ辨別ノ有無ヲ推測スルト同時ニ裁判官ノ反證ヲ舉ケテ法律ノ推測ヲ覆ヘスコトヲ禁セサル主義ヲ優レリトス但シ此思想ニ出テタルモノト雖モ各國ノ現行成典ヲ比較スレハ少クモ三種ノ異同アリ左ノ如シ

(九十) 年齢ト責任トヲ定ムル各國ノ法制ニ三種アリ(一)第一ノ主義ハ法律ヲ以テ一定ノ年齢ヲ示シ之ヲ超過シタルモノハ辨別アリト推測スルモノニ達セサルモノ、中ニ就テ當然辨別無シト断定シタル時期ヲ設クル事無ク各被告人ニ就キ先ツ辨別ノ有無ヲ審査セシメ而シテ後責任ノ有無ヲ判定セシメ一度法律カ辨別アリト認ムル年齢ニ達スレハ一般ノ刑ヲ科シテ減等スル事無キモノトス(二)第二ノ主義ハ法律ヲ以テ當然辨別無シト定メ

裁判官ニ其有無ヲ審査セシメサル時期ト各被告人ニ就キ辨別ノ有無ヲ審査シタル上ニテ責任ノ有無ヲ決スヘキ時期トヲ認メ其他ハ一般ノ刑ヲ科スルモノ是ナリ(三)第三ノ主義ハ當然辨別無ク責任無シトスル時期辨別ノ有無ニ因リ責任ノ有無ヲ決スヘキ時期ヲ認ムル上ニ法律カ辨別アリト認ムルト同時ニ尙ホ其智力不十分ナリトシ刑ヲ減シタル時期ヲ認ムルモノトス左ノ表ヲ參照スヘシ

主義	國名	當然無責任ナル時期	辨別ノ有無ヲ審査シテ責任ノ有無ヲ決スヘキ時期	法律カ辨別アリト認メ且刑ヲ減シタル時期	一般ノ刑ヲ科スヘキ年齢
第一ノ主義	佛蘭西		十六歳以下		十六歳以上
	白耳義		十六歳以下		十六歳以上
	リニクザンブル		十六歳以下		十六歳以上
	土耳其		十五歳以下		十五歳以上
	英吉利	七歳以下	七—十四		十四歳以上

刑法(總則) 犯罪ノ成立要素

第二ノ主義

第三 主義

希臘	十歲以下	一〇—一四	—	十四歲以上
和蘭	十歲以下	一〇—一六	—	十六歲以上
シユネブ州	十歲以下	一〇—一六	—	十六歲以上
瑞西	十二歲以下	一一—一六	—	十六歲以上
ベルヌ州	十二歲以下	一一—一六	—	十六歲以上
フリブル州	十二歲以下	一一—一六	—	十六歲以上
匈牙利	十二歲以下	一一—一六	—	十六歲以上
獨逸	十二歲以下	一一—一八	—	十八歲以上
ヴオド州	十四歲以下	一四—一七	—	十八歲以上
露西亞	七歲以下	七—一四	一四—二一	廿一歲以上
ポルトガル	七歲以下	七—一四	一四—二〇	二十歲以上
ルマニエ	八歲以下	八—一五	一五—二〇	二十歲以上
伊太利	九歲以下	九—一四	一四—一八及ヒ一八—二一	廿一歲以上
西班牙	九歲以下	九—一五	一五—一八	十八歲以上

奥地利	十歲以下	一〇—一五	一四—二〇	十二歲以上
デンマアク	十歲以下	一〇—一五	一五—一八	十八歲以上
瑞典	十歲以下	—一五	一五—一八	十八歲以上
ノルヴェジユ	十歲以下	一〇—一五	一五—一八	十八歲以上
ヴァレ州	十四歲以下	一四—一八	一八—二三	廿三歲以上

(九十一) 我現行刑法ハ第三ノ主義ニ因テ年齢ト責任トノ關係ヲ定メタリ  
 即チ第七十九條ニ曰ク罪ヲ犯ス時滿十二歲ニ滿タサルモノハ其罪ヲ論セ  
 ス……ト十二歲以下ノ幼者ハ立法者カ辨別無シト認定シタルモノニシテ  
 裁判官カ犯時辨別アリシト云フ反證ヲ擧ケ有罪ノ判決ヲ下ス能ハサルヤ  
 論ヲ俟タス

同條ノ但書ニ曰ク……但シ滿八歲以上ノモノハ情狀ニ因リ滿十六歲ニ過キ  
 サル時間之ヲ懲治場ニ留置スル事ヲ得ト蓋シ十二歲ニ達セサル程ノ幼者  
 ハ(稀ニ例外アリトスルモ)是非善惡ヲ辨別セサルカ常ノ事實ナリト雖モ其

辨別無キ幼者ヲシテ惡事非行ヲ爲ス餘地アラシムルハ家庭教育父兄ノ監督其宜シキヲ得サルモノ比々トシテ皆是ナリ法律カ責任ヲ負ハシメサルカ爲メニ直ニ家ニ歸ラシムルモノトセハ再ヒ不十分ナル教育監督ノ下ニ起臥シテ遂ニ畢生復治懲ス可ラサル不長ノ徒トナラサルヲ保セズ是實ニ一國ノ不利益犯者ノ不幸ナルヲ以テ此ノ如キ事情アルモノハ八歳以上十二歳以下ノ者ニ限り滿十六歳ニ達スル迄懲治場ニ留置スル事ヲ得ト定メタルモノナリ但書ニ所謂「情狀ニ因リトハ右ニ述フル如キ教育監督ノ不十分ナル疑アルヲ謂フ者ニシテ辨別アルノ疑ヒ有ル時ハ」ト云フ意味ニ非ス〔九十二〕第八十條ニ曰ク「罪ヲ犯ス時滿十二歳以上十六歳ニ滿タサル者ハ其所爲是非ヲ辨別シタルト否トヲ審案シ辨別無クシテ犯シタル時ハ其罪ヲ論セス……若シ辨別アリテ犯シタル時ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ス」ト本條ハ各被告人ニ就キ辨別ノ有無ヲ審判シ以テ責任ノ有無ヲ定ムヘキ時期ヲ示シタルモノニシテ其時期ハ十二歳ニ始マリ十六歳ニ終ル辨別無クシテ罪ヲ犯シタルモノニ責任ナキ理由ハ既ニ一言セリ

十二歳以上十六歳以下ノ幼者辨別アリテ罪ヲ犯シ責任ヲ免ル、能ハサル場合ニ何故ニ刑ニ減スルヤ折衷主義ノ論旨ニ曰ク凡ソ人間ノ智識ノ發達スル順序ヲ考フルニ道德ノ規則ニ照シテ物ノ善惡ヲ知覺スル能力ハ社會的關係ヲ察シテ事ノ利害得失ヲ識ル能力ニ先テ發生スル者ナリ故ニ己ノ所爲ノ惡事タル事ヲ識ル幼者ト雖モ其所爲カ社會ニ如何ナル損害ヲ與フルカハ尙ホ之ヲ知ラサル者トス十二歳以上十六歳以下ノ幼者ノ如キ多ク此類ニ屬スルヲ以テ辨別アリ責任アル場合ト雖モ責任ノ程度ハ普通成人ニ比シテ二等ヲ減セサル可カラスト我刑法ハ草案ノ主旨ニ因リ恐ク此理由ヲ採用シタルモノナラン(ガロオ氏第百二十八號草案第百七十三號參照)其當否ニ至テハ全ク別ノ問題ナリ

第八十條ノ但書ニ曰ク「但情狀ニ因リ滿二十歳ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得」ト其理由ハ八歳以上ノ幼者ニ付テ前段ニ述ヘタル所ト同一ナリ

(註) 懲治場ニ留置スルハ刑ヲ科スル謂ニ非ス國家カ不注意ナル父兄親



族ニ代リ教育監督スル主旨ナルカ故ニ其待遇ニ至リテモ普通囚人ト全ク區別アリ(監獄則及ヒ同施行細則參照)既ニ刑罰ニ非ス從テ幼時懲治場ニ留置サレタルモノ成年ニ達シタル後罪ヲ犯スモ再犯ヲ以テ論ス可カラス

懲治人ハ囚人ト家屋待遇全ク異ナリ嚴肅懇切ナル戒護者教悔師等ノ獎勵保護アルカ爲メニ十分其目的ヲ達シ得ヘキ道理ナルニ實際其然ラサル觀アルハ深ク注意スヘキ點ナリ各懲治場ノ情况ヲ觀察スレハ蓋シ思ヒ央ニ過クルモノアラン七十九條八十條ノ但書ニ尙ホ二個ノ規定ヲ設ケ適當ナル學校感化院等ノ設立アル場所ニ於テハ裁判官ヨリ之ニ幼者ヲ寄託スルコトヲ得ルモノトセハ惡漢無賴ノ少年ヲ常ニ目撃スル獄内ノ懲治場ヨリモ遙ニ効ノ大ナルニ至ルヘキカ

〔九十三〕 第八十一條ニ曰ク滿十六歲以上二十歲ニ滿サルモノハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減スト此年齡ニ達シタル者ハ立法者カ辨別アリト認定シタルカ故ニ裁判官ハ知覺精神ノ喪失等特別ノ事情アリシヲ證明セス

單ニ辨別無シト断定シテ無罪トスルコトヲ得ス但有罪ノ宣告ヲ下スト同時ニ必ス刑一等ヲ減セサル可カラス何トナレハ立法者ニ於テ智識ノ發達不十分ト認メ常ニ輕刑スヘキヲ明言シタルヲ以テナリ

十六歲以上二十歲以下ノ者ニ當然刑一等ヲ減スル規定ノ當否ニ至リテハ我輩大ニ疑ナキ能ハス固ヨリ智識ノ發達ハ緩且徐ナルヲ以テ成人ノ域ニ達シタルト否トテ全然事實ニ反セサル様ニ規定センハ到底人力ノ企テ及ハサル處ナリト雖モ此困難ヲ避クル爲メニ動カス可カラサル法律上ノ推定ヲ設ケ一日ノ差ヲ以テ十九歲ノ者ハ二十歲ノ者ヨリ必ス一等輕ク處罰サル、モノトスルハ頗ル果斷ニ過クル嫌アリ寧ロ此場合ノ減等ハ裁判官ノ自由トスル主義ニ改メ刑一等ヲ減スルコトヲ得ト修正シテハ如何

〔九十四〕 右ニ論スル所ハ重罪輕罪トナルヘキ所爲ヲ犯シタル場合ニ付テ言ヘリ違警罪ニ付テハ大ニ其處分ヲ異ニス第八十三條ニ曰ク「違警罪ハ滿十六歲以上二十歲ニ滿タル者ト雖モ其罪ヲ宥恕スルコトヲ得ス、滿十二歲以上十六歲ニ滿サル者ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス、十二歲ニ滿

ヲサル者…ハ其罪ヲ論セス」ト故ニ重罪輕罪ノ場合ニ在リテハ當然無責任ナル時期ト辨別ノ有無ニ因テ責任ノ有無ヲ定ムル時期ト辨別アルモ不十分ト認メ刑一等ヲ減スル時期ト認ムルモ違警罪ノ場合ニ在リテハ當然辨別ナシトスル時期及ヒ刑一等ヲ減スル時期ノミヲ認メ辨別ノ有無ニ因リ責任ノ有無ヲ定ムヘキ時期ヲ認メス蓋シ其理由トスル所ハ違警罪ノ性質上無意ノ害迹ヲモ罰スヘシト云フニ在ル可シト雖モ是甚タ安ナラサル規定ナリ凡テ年齢ト責任トノ關係ハ主觀的ニ犯人ノ精神狀態ヲ推測シテ輕重ヲ立テタモノニシテ客觀的ニ所爲ヲ觀察シ其損害ニ大小アリトシテ論シタルモノニ非ス重罪輕罪ノ如キ比較的ニ大ナル事件ニ對シテスラ惡事タルヲ辨別セサル者アリト認メタル十二歳以上十六歳以下ノ幼者カ其性質ノ一層輕微ナル違警罪ニ對シテハ擧ケテ辨別アリト云ハ、誰カ其無稽ニ驚カサラン而シテ辨別無キニ拘ハラス責任ヲ負ハシムルコトヲ得ト云ハ、第七十九條第八十條第八十一條ノ如キ幼者ノ無責任ニ關スル規定ハ何ニ因テ之ヲ設ケタルカ要スルニ違警罪ニ對シテ幼者ノ責任ヲ異ニス

ル規定ハ全ク其當ヲ得ス

〔九十五〕老人ハ其高齢ニ達シタルヲ理由トシテ責任ヲ免ル、事無シ唐明清ノ刑律大寶律新律綱領等ニハ九十歳以上ノ者ニ限リ縱令死刑ニ相當スル大罪ヲ犯ス下雖モ刑ヲ加ヘサル規定アリ其主旨恐クハ九十以上ノモノハ辨別無シト認メタルニ非スシテ老ヲ憐ム恩惠主義若クハ之ヲ敬フ儒教ノ精神ニ出テタルモノナラン現行法ニハ固ヨリ斯ノ如キ條文ナシ然レトモ高齢ニ達シタルモノハ往々考案シテ知覺精神ヲ喪失シ(麻痺狂若クハ進行性麻痺ト稱スル神經疾患ト精神病トノ中間ニ位スル疾病ニ罹ルコト多シト聞ク)辨別ナシシテ罪ヲ犯スコト無シトセス此場合ニハ勿論第七十八條ニ因リテ無罪ヲ宣告スヘキモノナリ

〔九十六〕丙 瘖啞者…瘖啞者罪ヲ犯シタルトキハ其罪ヲ論セス(第八十二條)凡ソ人トシテ五感ノ媒介無クハ到底知識ノ發達ヲ望ム克ハサルヤ必セリ瘖啞者ハ耳アレトモ聞ク克ハス口アレトモ言フ克ハス此ノ如ク知識交通ノ二大機關ヲ失ヒタル者ハ是非得失ノ知覺缺損スヘキカ故ニ八十

二條ヲ以テ無責任タル規定ヲ設ケタルハ敢テ必スシモ不當ニ非スト雖モ爰ニ二個ノ注意スヘキ點アリトス(一)第八十二條ノ但書ニ瘡腫者ハ五年ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スル事ヲ得ト規定セリ先ニ一言セシ如ク懲治場ノ留置ハ被懲治人ヲ教育監督スル主旨ニ出テタルモノニシテ瘡腫者ノ如キハ良民ノ間ニ出沒セサル様監督スル事ハ敢テ爲シ得サルニ非スト雖モ懲治場内ノ教員書籍器具等ヲ以テ之ヲ教育スル事ハ到底企テ及ハサル所ナリ本條但書ノ規定ハ遂ニ事實ニ行ハレサル可シ(二)懲治場内ノ教員器具書籍等ニ因リテ瘡腫者ニ教育ヲ施シ智識ヲ増進セシメノハ殆ント不能ノ難事タリト雖モ今日ノ如ク適當ナル學校ノ設アルカ故ニ瘡腫者中辨別ヲ具ヘタルモノ無シトセス學校ノ教育ヲ受ケサル者ト雖モ大ニ先天的ノ才能ヲ具ヘテ少シモ十二歳以上ノ幼者ヨリハ智識經驗ニ富ムモノアリ此等ノ者ニ對シテモ總テ責任無シト定ムル理由ハ我輩其奈何ノ邊ヨリ來ルヲ知ラス之ヲ要スルニ瘡腫者ノ處分ハ(一)辨別ノ有無ヲ審査シテ後責任ノ有無ヲ決スルヲ(獨刑五八、伊刑五七、五八、白刑七六)主義ヲ採ルカ(二)然

ラスノハ實際ノ便宜ヲ料リテ有罪ノ判決ヲ下シタル者ハ一定ノ學校又ハ病院ニ監督教育セシムル制度ヲ採用セハ可ナラン歟  
 幼者ノ無責任ニ關スル規定ハ重罪輕罪ニ相當スル所爲アリシトキト違警罪ニ相當スル所爲アリシトキトニ從テ區別アリ瘡腫者ニ至リテハ何レノ場合ト雖モ其罪ヲ論スルコトナシ(第八十三條)

第二款 自由ヲ缺クニ基ク無罪ヲ論ス

〔九十七〕凡ソ犯罪成立シ刑罰ヲ科センニハ有形ノ所爲アル上ニ辨別自由犯意ト云フ無形精神上ノ要素ノ具ハル事ヲ要シ其辨別ヲ缺クニ基ク無罪(即チ我刑法ノ所謂不論罪)ヲ説明シ了レルヲ以テ今ヤ自由ヲ缺クニ基ク無罪ヲ説明セントス

我輩カ自由ヲ缺クニ基ク無罪ヲ規定シタルモノトシテ論セント欲スルハ刑法第七十五條是ナリ本條第一項ニ曰ク抗拒ス可カラサル強制ニ遇ヒ其意ニ非サルノ所爲ハ其罪ヲ論セスト又第二項ニ曰ク天災又ハ意外ノ變ニ因リ避ク可カラサル危難ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出テ

ル所爲亦同シ」此規定ニ付キ(一)本條ノ無罪ハ果シテ自由ノ喪失ヲ理由トシタルモノナリヤ(二)自由ノ喪失ヲ理由トシタルモノトシテ有形ノ自由ヲ喪失シタル場合ヲ含蓄スルヤ(三)第一項ト第二項トヲ設ケタル理由如何ト云フ三問題ヲ決セサル可カラス我輩ハ便宜上第二ノ問題ヲ初ニ解答セン〔九十八〕甲 刑法第七十五條ニハ有形ノ自由ヲ喪失シタル場合ヲ含蓄スルヤ否ヤ一人ハ他人ノ強力若クハ人以外ノ強力ニ抑壓セラレテ身體ノ自由ヲ喪失スル事アリ精神ノ自由ヲ喪失スル事アリ學術上ノ用語ニ有形ノ自由ト稱スルハ右身體ノ自由ヲ指シ無形ノ自由トハ精神ノ自由ヲ謂フ例ヘハ甲カ乙ニ手ヲ捕ヘラレ力及ハスシテ丙ヲ毆打負傷セシメラレタル如キ若クハ偽造ノ證書ニ捺印セシメラレタル如キハ他人ノ強力ニ抑壓セラレテ有形肉體ノ自由ヲ喪失シタルニ出テタル舉動ナリ囚徒カ船舶ヲ以テ他國ニ護送サル、際暴風ノ爲メニ絶海ノ孤島ニ漂着セシメラレ之ニ上陸シタル如キハ人以外ノ強力ニ抑壓セラレ同シク有形肉體ノ自由ヲ喪失シタルニ基ク事實ナリ此等ノ場合ニ甲ヲ毆打創傷(二九九以下)又ハ證書

偽造行使ノ罪(二一〇)ニ問ヒ囚徒逃走罪(二四二一)ニ問擬スル能ハサルヤ論ヲ俟タズ

此ノ如キ有形ノ自由カ喪失シタル場合ハ同シク第七十五條ノ中ニ含蓄スル如ク論スル學者アリ(井上氏刑法講義第二百七十二頁)ト雖モ誤ナリ有形ノ自由トハ隨意ニ身體ヲ運動スルヲ謂フニ非スヤ從テ有形ノ自由ヲ喪失スルニ基ク舉動ハ其者ノ所爲ト云フ克ハ前段ノ例ニ於テ甲ノ手ハ丙ノ身體ヲ毆打シテ傷ヲ負ハセ若クハ偽造ノ證書ニ印影ヲ捺シタリト雖モ固ヨリ甲ノ所爲ニ非ス甲ノ手ヲ機械ノ如ク使用シタル乙ノ所爲ナリ囚徒カ豫定ノ場所ニ往カザリシハ囚徒ニ逃走ト云フ所爲アリシニ非ス暴風カ他所ニ漂着セシメタル事實アルノミ既ニ罪ヲ犯ス所爲モナク且犯意モ無クハ其犯罪ノ成立セサルハ第七十五條ノ規定アルカ爲メニアラスシテ一般原則ノ適用ナリ故ニ本條ノ無罪ハ自由ノ喪失ヲ理由トシタルモノト假定シテモ有形ノ自由ヲ喪失シタル場合ハ之ヲ含マサルモノト知ル可ク本條ニ相當スル草案第八十八條ニハ特ニ有形ノ自由ヲ喪シタル者ヲモ明文ニ

因リ無罪トスル主義ナリシカ確定ノ際之ヲ删除サレタルハ恐ラク明文ヲ俟タス一般原則ノ適用トシテ一點ノ疑無キカ故ナラン

(註) 七十五條ニハ有形ノ自由ヲ喪失シタル場合ヲ含マスト明言シナカラ例ヲ示スニ方リテ之ヲ混出セシ著書アリ諸君幸ニ意ヲ注キテ誤ル勿レ(磯部氏刑法講義八〇一頁八〇三頁参照)

(九十九) 乙 第七十五條ノ無罪ハ無形ノ自由ノ喪失ヲ理由トシタルモノナリヤ——本問ニ答フルニ先ツ一二ノ例ヲ示サントス例ハ甲カ内亂ノ際ニ家屋ヲ燒拂ヒ一族ヲ塵ニスヘシト脅迫セラレ遂ニ賊軍ニ降參シタル如キハ他人ノ強力ニ抑壓セラレ精神即チ無形ノ自由ヲ喪失シタルモノトシテ屢學者ノ引用スル所ナリ又乙カ航海中船舶覆没シ波濤ノ間ニ浮沈スルニ方リ僅ニ一人ヲ救フニ足ル木片ヲ發見シテ之ニ取付キタル丙ヲ溺ラセ自己ノ全キヲ得タル如キハ人間以外ノ強力ニ無形ノ自由ヲ喪失セシメラレタルモノトシテ有名ナル一例ナリ

論者曰ク第七十五條ノ無罪ハ有形ノ自由ヲ喪失シタル場合ヲ含マズ右ニ

示ス例ノ如キ精神上ニ重大ナル脅迫ヲ受ケタル場合ノミチ規定シタルモノナリト雖モ之ヲ罪トシ論セサル理由ハ無形ノ自由ヲ喪失シタルカ爲メニ非ス國家ノ素權ニ基クモノナリト(刑法汎論一一〇頁)論者ノ使用スル素權ト云フ語ハ何ソ夫不明ナルノ甚シキヤ國家ハ吾人ノ結社的生活ニ必要ナル條件ヲ認定保護スルチ權力ノ限界トス故ニ其範圍ノ外ニ超過シタル所ハ威力ノ濫用ナリ其範圍ノ内ニ於ケル行爲ハ總テ權力ノ適用ナリ素權ト云フ語ノ意味ニシテ第七十五條ノ如キ規定ヲ設クルハ國家ノ權力ノ範圍外ナリト云フ義ナラシメハ遂ニ之ヲ删除スヘシト云フニ至ラン之ニ反シテ此ノ如キ無罪ヲ認ムルモ國家ノ權力ノ範圍ヲ超過セズハ素權ニ非スシテ權力ノ適用ナリ果シテ然ラハ論者ノ意ノアル所ハ第七十五條ノ如キハ國家カ被害者ヲ保護スル權利ヲ拋棄シタルモノナルカ故ニ國家ノ素權ニ基ク無罪ノ一ナリト云フニ在ランカ(同一一九頁)第七十五條ノ場合ト雖モ(論者自身ニモ言フ如ク)國家ハ被害者ニ正當防衛ノ權利アリト認メテ(同一二〇頁)之ヲ保護スル權力ハ拋棄スルコトナキチ如何セン論者ノ言ニ

國家ハ七十五條ノ如キ場合ニハ被害者ヲ保護スル權利ヲ拋棄スト云ヒ忽チ又被害者ニ正當防衛權アリト云フハ矛盾ニ非サルナキカ正當防衛ノ主旨ハ不正ニ害ヲ受クル者ノ身體生命ヲ保護スルモノナリ

論者又曰ク前示ノ例ニ於テ如何ニ精神上ニ重大ナル脅迫ヲ受クルモ其自由ハ喪失セス一族財産ヲ失フコトヲ甘ンセハ賊ニ下ラサラント欲スル事ヲ得自己ノ一命ヲ惜マスノハ他人ヲ殺サ、ラント欲スル事ヲ得ト(同二一四頁)精神ノ自由ヲ喪失スルト否トハ事實論ナルヲ以テ固ヨリ稀ニハ損失ノ爲ニ節ヲ屈シ道ヲ破ラサルノ有ル可シト雖モ法律ノ規定ハ普通ノ人情ヲ基礎トス他人ヲ殺サスンハ己レ全キヲ得スト信シタルトキハ通常己チ救ハント欲スルヤ必セリ此ノ如キ普通ノ情ヲ有スル者カ重大ナル脅迫ニ遇ヘハ自己ヲ捨テント欲スモ得ス他チ害セザラントスルモ得サルヲ以テ法律カ精神ノ自由ヲ失フ者ト推測シタルハ敢テ一點ノ不可ナルヲ見ス爰チ以テ第七十五條ハ又精神ノ自由ヲ喪失シタル場合チ無罪トシタル規定ナリト云ノミ者シ夫レ日本刑法ノ母法タル佛國西刑法ニハ如何ニ自由意

思ノ説ニ重キ置ケルカ草案チ初メ折衷主義ノ論者カ自由ト云フ思想チ如何ニ離ル、能ハサルカチ知ラハ我刑法カ精神ノ自由ニ關スル理論チ七十五條ニ適用シタルハ殆ント疑ナカラシ之ヲ採用スルノ可否ハ立法論タルニ注意セサル可カラス

〔百〕丙 第七十五條ニ第一項ト第二項トチ分チタル理由如何——本條第一項ニ於テハ單ニ抗拒ス可ラサル強制ニ遇ヒ……ト言ヘルカ故ニ苟モ被害ノ抗拒スル能ハサル強力ハ總テ其中ニ含蓄スル道理ナルニ第二項ニ於テ殊更ニ天災又ハ意外ノ變ニ因リ……ト言ヒ又第一項ニ於テ既ニ……其意ニ非サルノ所爲ハ其罪ヲ論セスト汎言シタルヲ以テ第二項ニ所謂……自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出タル所爲……モ其中ニ含蓄セラレタラソ然ルニ之チ別項トナシタルハ何ソヤ(一)第一ノ説ニ曰ク第一項ニ於テハ他人ノ爲ニ強制セラレテ自由(有形無形ヲ含ムト云フ説ト無形ノミチ指スト云フ説トアリ其當否ハ九十八號ニ説明セリ)ヲ喪失シタル場合チ規定シ第二項ニ於テハ人間以外ノ強力ノ爲メニ自由ヲ喪失シタル場合チ規定シ

タルモノナリト(刑法汎論一二九頁、磯部氏刑法講義八二三頁以下)然ラハ何故ニ人間以外ノ強力ノ爲メニ自由ヲ喪失シタルコト出テタル所爲ヲ自己若クハ親屬ヲ防衛スル所爲ニ限レルカ他人ニ強制サルレハ自由ヲ喪失シタルニ基ク所爲盡ク無罪トナリ人間以外ノ力ニ強制サルレハ自由ヲ喪失シタルニ基クト雖モ獨リ自己若クハ親屬ヲ防衛スル所爲ノミ無罪タルノ理アラシヤ(二)爰ニ於テ第二ノ説出テ、曰ク第一項ハ一般ノ原則ヲ示シタルモノナリ故ニ第二項ノ如キ場合モ其中ニ含蓄スト雖モ特ニ之ヲ別項トナシタルハ全ク事實審判ヲ禁シタル法律ノ推定ヲ示シ當然不論罪トナシタルモノナリ故ニ避ク可カラサル危難ニ遇ヒタルコト自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出テタル所爲ナルコトノ二點ヲ證明スレハ抗拒ス可カラサル強制ニ遇ヒ自由ヲ喪失シタルモノトシテ裁判官ハ當然無罪ノ宣告ヲナサ、ル可カラスト(改正草案一六八號後半、刑法論綱一六六頁、井上氏刑法講義一八五頁)第二ノ説ハ理論上沿革上其當ヲ得タルモノナラシ

(註) 本條ニ該當スル第一草案ノ第八十八條第一項ニ其處分ヲ掲ク第二

項以下ニ第七十五條ニ等シキ條文アリテ當然不論罪トナスノ意ナリシト云ヒ更ニ改正草案ニハ第二項トシテ左ノ場合ニ於テハ當然不論罪タルヘシト云フ一句ヲ加ヘラレタリ立法者モ確定ノ際此理由ヲ採用シタルモノト解釋シテ可ナリ(草案一六八號後半參照)

(百一) 第七十五條第二項ニ因リ無罪タルコトハ天災又ハ意外ノ變ニ因リ避ク可カラサル危難ニ遇ヒタル者ニシテ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スル所爲ナラサル可カラス爰ニ於テ自己若クハ親屬ノ財産知已朋友及ヒ刑法第百十四條第百十五條ニ示サ、ル縁者ノ身體財産ヲ防衛スルニ出テタル所爲ハ不論罪ノ限ニ非ストスル論者アリト雖モ其説誤レリ(刑法汎論一二九頁參照)第二項ニ示セルハ無形ノ自由ヲ喪失シタルモノトシ當然無罪ノ宣告ヲ受クルニ必要ナル條件ナルヲ以テ之ヲ缺キ自己親屬ノ財産及ヒ刑法上ノ親屬以外ノ縁者友人ノ身體財産ヲ防衛シタル所爲ト雖モ天災又ハ意外ノ變其他種々ノ強制ニ因リ無形ノ自由ヲ喪失シタルコト出テタルト否トヲ審案シ其無形ノ自由ヲ喪失シタルコト出テタルモノハ本條第一項ニ因

リ無罪ノ宣告ヲナスヘキノミ我國ノ如キハ古來君臣ノ關係ニ比類ナキ忠義ノ風アリテ今日尙ホ舊主ノ身ニ危難アルトキハ身ヲ忘レ險ヲ冒シテ其全キヲ計ルモノナシトセス本論ハ是等ノ場合ニ十分ノ適用アル可シ

〔百二〕抗拒ス可カラサル強制並ニ避ク可カラサル危難トハ如何ナル事實ヲ云フカ立法者カ明文ヲ以テ制限ヲ設ケサリシカ故ニ強制並ニ天災意外ノ變ノ大小輕重ノ如キハ固ヨリ裁判官ノ認定ニ任カスヘキモノナリト雖モ其事實ヲ認定スルニ方リ單ニ被告ノ目前ニ迫リシ危害脅迫ノ大小ト犯セシ罪ノ輕重トヲ比較シ無形ノ自由ヲ喪失シタルト否トヲ判斷セントスル時ハ大ナル誤ヲ生セシ凡ソ人ノ性癖ハ千差萬別ニシテ物ニ對スル愛惡ノ情一樣ナラス甲ノ意ニ介セサル事モ尙ホ能ク乙ノ自由ヲ失ハシムルモノアルカ故ニ危害脅迫ノ緩急ヲ視ルト同時ニ被告ノ男女年齡身分境遇等ヲ密案シ主觀的ニ精神ノ自由ヲ喪失シタルヤ否ヤヲ推究スルヲ要ス其一度自由ヲ喪失シタルニ出テタル所爲ハ盡ク無罪ニシテ犯罪ノ輕重ハ之ヲ問ハサルナリ

然ラハ情慾ノ爲メニ驅ラレ自ラ禁スル能ハス即チ無形ノ自由ヲ喪失シテ罪トナルヘキ所爲ヲ犯シタル者ハ同ク無罪ナリヤ蓋シ單ニ心理學的ニ觀察スレハ強制又ハ天災意外ノ變ニ因リ自由ヲ喪失シタル者ト情慾ノ爲メニ自ラ禁スル能ハサリシ者トハ共ニ五官ニ外物ノ刺衝ヲ感受シ更ニ愛惡ノ情緒トナリ之ヲ滿タサントスル所爲ノ社會ヲ害スル事ヲ知ルモ爲サハラント欲スル抵抗力ヲ失ヒ遂ニ罪トナルヘキ所爲ヲ犯スニ至リシ者ナルカ故ニ共ニ無罪ヲ主張シ得ル如キ皮相アリト雖モ甲ノ場合ハ危害脅迫目前ニ迫リ抗拒ス可カラス又避ク可カラサルヲ謂フ到底當人ヲ強ヒテ其意如ク赴ク處ヲ制セシムル克ハサル狀況ナリ之ニ反シテ乙ノ場合ハ目前ニ迫ル危害脅迫アルニ非ス自ラ抗拒ス可カラス避ク可カラスト信スル者ハ非分ノ愉快利益ヲ得ントスル劣情ナルカ故ニ之ヲ制セサル可カラサルモノナリ寧ロ刑法ハ此ノ如ク慾ノ趣ク所ニ不法ノ手段ヲ用ヒテ満足セントスル者ヲ抑壓スル主旨ニ出テタルヲ以テ情慾ノ強制ニ出テタル所爲ハ無罪ノ限ニ非ス只憫ムヘキ狀況アルニ方テ刑ヲ減スルコトアルノミ(第三百



九條、第三百十一條、第三百十六條)

(註) 饑餓ニ迫リテ死ニ垂トスル者飲食物ヲ盜ミタルハ有罪ナリヤ無罪ナリヤ余ハ無罪ナリト考フ此場合ノ強制ハ他ヨリ來ラス己ノ心中ヨリ生スルカ故ニ有罪ナリト云フ説アリ(井上氏刑法講義一七六頁)強制ハ常ニ己ノ心中ヨリ生スルモノニシテ之ヲ生セシムル原因ハ常ニ現象ナルニ注意セハ有罪説ノ薄弱ナルヲ看破スルニ難カラザラン

[百三] 第七十五條第一項ニ「其意ニ非サル」ト言ヘルハ如何ナル意義ヲ有スルカ「犯意ナクシテ」ト云フ義ニ非サルハ諸説軌チ一ニスト雖モ眞意ノ在ル處ヲ論スルニ方リテハ或ハ本意ニ非ス企望スル處ニ非スト云フ義ニ解スルアリ(宮城氏三四八頁)刑法汎論一二六頁或ハ改正草案第九十條首項ノ「自由ヲ缺キタル」ト云フ語ニ代用シタルモノトスルアリ(刑法綱論二四六頁)後ノ説其當ヲ得タルモノナラシム但シ一ノ注意スヘキ點ナキヲ得以「其意ニ非サル」ト云フ語カ自由ヲ欠キタル」ト云フ意味ナラシメハ本條ノ首文タル「抗拒スヘカラサル」トイフ語義ノ中ニ含蓄セラレタルヲ何故ニ特ニ之ヲ

言ヘルカ惟フニ抗拒スヘカラス」トハ強制ノ程度ヲ被告ノ境遇ヨリ測定シタル客觀的ノ形容語ニシテ「其意ニ非ス」トハ被害ノ心情ヲ強制ノ結果トシテ考ヘタル主觀的ノ形容語ナルヲ以テ歸着スル所ハ一ナリ甲ノ語アモハ乙ヲ省クモ法理上更ニ困難ヲ覺エサルモノナラン常ニ「犯意ナクシテ」ト云フ意ニ非サルヲ知ラバ可ナリ

### 第三款 犯意ヲ缺クニ基ク無罪ヲ論ス

[百四] 刑法第七十七條第一項ニ曰ク「罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セズ但シ法律規則ヲ以テ別ニ罪ヲ定メタルモノハ此限ニ非ス」ト右ハ犯意ナケレハ犯罪ナシト云フ原則ト犯意ナシト雖モ一定ノ條件ヲ具フレハ犯罪アリト云フ例外ト示シタルモノニシテ有意犯ト無意犯トノ因テ起ル所以ナリ

原則トシテ犯意ナキ所爲ヲ罪トセサル理由ハ既ニ一言セリ(八十六號說明参照)故ニ爰ニハ犯意トハ如何ナルモノカ犯意ト犯意ヲ起セシ遠因(或ハ趣旨ト云フモ可ナリ)トカ責任ニ及ホス影響ハ如何犯意ト過失トノ區別如何

ヲ説明シ此等ノ理論ノ適用ヲ示サントス  
 (百五) (一) 犯意ノ定義——犯意トハ國法カ犯罪ト認メタル所爲ヲ實行スル決心ヲ謂フ蓋シ吾人ノ心性作用ハ感情(感覺)情緒ヲ謂フ(智識)意思ノ三大別アリ其所謂心性作用カ一定ノ目的ニ向テ進行スルヲ意思ト稱シ通常内ヨリ吾人ノ行爲ヲ指揮スルモノトス心性作用カ進行スル所ノ一定ノ目的ニシテ國法ノ認メテ犯罪トナス所爲ナランカ其意思ハ之ヲ犯意ト云フ  
 犯意ハ國法カ犯罪ト認ムル所爲ヲ實行スル決心ナリ心ヲ決スルト決心ヲ所爲ニ現ハストハ共ニ其時間ニ遲速緩急ノ差アリ其情態ニ熟考ヲ經タルモノト然ラサルモノトノ區別アリト雖モ時間ノ長短ト熟考ノ有無トニハ論ナク苟モ法律ノ罪ト認ムル所爲ヲ實行スル決心アレハ犯意アルモノト云ハサル可カラス犯意アルハ一ナリト雖モ責任ハ加減スルコトアリト知ル可シ

(註) 豫謀 (Premeditatio) ト 感激 (impetus) トノ區別並ニ關係ヲ一言セン(一) 犯罪ノ初一念ト所爲トノ間ニ比較的長キ時間ト熟考トヲ費シタルモノハ

豫謀ニ出テタル犯罪ナリ而シテ時間ト熟考トカ初一念ト決心トノ間ニ在ルモ決心ト所爲トノ間ニ在ルモ共ニ同一ナリ豫謀ハ謀殺罪(第二百九十二條)ニ於テハ成立要素ト成リ毆打創傷(第三百二條)ニ於テハ刑罰加重ノ原因トナリ其他ノ場合ニ於テハ常ニ豫謀アリト假定シタルモノ若シハ豫謀ノ有無ハ責任ノ輕重ニ關係ナキモノトス(二) 他人ノ挑發ニ激シテ犯意ヲ生シ熟考セスシテ所爲ニ現ハレタルヲ感激ニ出ツル犯罪ト謂フ故ニ感激ニ出ル場合ニハ通常初一念ト所爲トノ間ノ時間短ク又熟考ヲ經タル事ヲキモノナリ而シテ挑發ノ度極點ニ達シ知覺精神ヲ喪失シタル爲ニ罪ヲ犯サハ第七十八條ニ因リ無罪ニシテ知覺精神ヲ喪失スルニハ至ラサルモ之カ自由ヲ缺カハ第七十五條ノ無罪ト成ルモノトス(三) 之ヲ要スルニ他人ノ挑發ニ激シ直ニ罪ヲ犯ス決心ヲ生シタル者ト雖モ其後手段方法場所等ニ付キ十分思慮ヲ費シテ實施セハ豫謀ニ出ツル罪ナリ先ニ熟考ヲ經テ犯罪ノ所爲ニ着手シタル上ハ感激ニ因テ之ヲ遂ケタルモ亦豫謀ニ出ツル罪ナリ豫謀シタル罪ト雖モ未タ其實施ヲ期セザル

中ニ挑發セラレ直ニ決行シタルモノハ感激ニ出ツル犯罪ナリ  
 [百六] 犯意ハ國法ノ犯罪ト認ムル所爲ヲ實行スル決心ナリ決心トハ意思  
 ノ一定シテ動カサル情態ヲ謂フ故ニ國法ノ犯罪ト認ムル所爲ヲ或ハ行ハ  
 ンカ或ハ行ハサランカ思料尙ホ定ラサル間ハ犯意アリト云フ克ハス甲ト  
 云フ者乙ニ仇ヲ報セント欲シ其思料一定セハ決心アルモノナリ然レトモ  
 仇ヲ報スルハ國法ノ犯罪ト認メタル所爲ニ非サルヲ以テ其決心ハ犯意ニ  
 非ス更ニ進テ復讐ノ方法トシテ乙ヲ殺戮シ若クハ創傷セント欲シ其思料  
 一定セハ犯意アルニ至リシモノナリ何トナレハ殺戮創傷共ニ法律ノ犯罪  
 ト認ムル所爲ナレハナリ而ルニ若シ甲ニシテ乙ヲ殺サシカ傷ケンカ思料  
 一定セスノハ法律ノ犯罪ト認ムル所爲ハ實行セントスル意アリト雖モ尙  
 ホ一定動カサル情態ニ非サルヲ以テ犯意アリト云フ能ハス  
 所爲トハ一定ノ決心ヲ表彰シタル身體ノ動作ヲ謂フ故ニ身體ニ動作アル  
 モ内ニ之ヲ指揮シタル決心ナクハ所爲アリト云フ能ハス所爲アル時ハ必  
 ス之ヲ命シタル決心アル場合ナリ但シ裏面ヨリ決心アレハ常ニ所爲アリ

ト云フハ誤ナリ思料一度定マリタルモ後ニ之ヲ翻シ所爲ナクシテ止ム時  
 ハ決心アルモ所爲ナキモノトス之ヲ要スルニ決心トハ思料ノ一定シタル  
 情態ヲ主觀的ニ命名シタルモノニシテ所爲ヲ伴ヒザカ故ニ客觀的ニ此ノ  
 如ク名ケタルモノニ非ス本問ヲ區別スルノ實益ハ次ノ説明ニ於テ明ナラ  
 ン  
 [百七] 某刑法學者ハ決心ト故意トヲ區別シ更ニ故意ニハ一定ノモノト不  
 定ノモノトアリト謂ヘリ而シテ其決心ト故意トニ下シタル定義ヲ見ルニ  
 決心トハ所爲ノ實行ヲ爲スノ直接ナル原因タル意思ヲ謂ヒ(刑法汎論一六  
 二頁)故意トハ犯罪ノ結果ヲ生セントスル意思ヲ謂フ(同一六六頁……)ト(一)  
 決心ヲ解シテ所爲ノ直接原因タル意思トスルハ其當ヲ得ズ所爲アレハ常  
 ニ之ヲ命セシ決心アルモ決心アリテ所爲ナキ場合即チ決心カ所爲ノ原因  
 トナラスシテ消滅シタル場合アリ得ヘシ決心ト云ヘハ學理上用法上只意  
 思ノ一定シテ動カサル情態ヲ示ス形容語ナルカ故ニ意思カ所爲ヲ伴フタ  
 ルト否トニ因リ決心タル性質ヲ負フト否トヲ分タントスルハ誤ナリ(二)論

者曰ク犯罪ノ結果ヲ生セントスル意思ハ故意ナリト可ナリ然レトモ決心ノ何タルヲ知ラハ故意ハ決心ノ一體様タルヲ了解スルニ餘アラン決心トハ意思ノ定テ動カサルヲ謂フモノニシテ犯罪ノ結果ヲ生セシメントイフ意思ハ一定ノモノナルカ故ニ犯罪ノ故意ハ同時ニ決心ナラスヤ更ニ裏面ヨリ論シテ此主旨ヲ明ニス可シ論者ハ犯罪ノ結果ヲ生セシメントスル意思ヲ故意ナリト曰ヘリ然ラハ犯罪ノ結果ヲ生セシメントイフカト云フ(不定ノ意思ハ論者モ故意ニ非ストイフノ已ムヲ得サルモノアラソ然ラハ決心ナクハ故意無キニ非スヤ之ヲ要スルニ故意ト決心トハ之分ツ能ハサルモノナリ)(三)故意ニ一定ノモノト不定ノモノトアリトスル學說アルモ誤ナリ故意ハ常ニ一定ノモノトス反對ノ學說ニ在リテハ甲カ乙ヲ銃殺セントスルニ方リ其的中スルコト的中スルモ死セサルコト全ク的中セサルコト等ノ事變ヲ豫知シテ實施シタル場合ヲ不定ノ故意アル一例トセリ然レトモ甲ノ意ハ彈丸ノ的中シ乙ノ死亡ヲ招カントスル意思一定シ(即チ決心アリ)タルカ故ニ發砲シタルモノニシテ故意ハ一定ノモノナリ

若シ之ニ反シテ的中セシメ乙ヲ殺サントスル意思無クソハ決心無キモノニシテ亦故意無キモノナリ其發砲セントモ殺サントモ意思ハ尙ホ決セサル中ニ不知不識引金ヲ引キ(無神識行爲ニ因リ)乙ヲ殺サハ無意ノ過失ノ過失罪ナラスシテ何ソ

〔百八〕(二) 犯意ト犯意ヲ起セシ遠因トノ差別——犯意トハ國法カ犯罪ト認ムル所爲ヲ實行スル決心ヲ謂フ故ニ之ヲ決心スルニ至ラシメタル理由ハ犯意ニ非ス甲カ乙ヲ斬殺セント假定セヨ刑法第二百九十二條以下ニ犯罪ト認メタル殺人ト云フ所爲ヲ實行セント欲シタル一定ノ意思ハ即チ殺人犯ノ意思(犯意)ナリ然ラハ何か故ニ之ヲ殺ス決心ヲ起セシヤ親ノ仇ヲ討タン爲メカ自己ノ嫉妬ノ情ヲ慰セン爲メカ天下ノ奸惡ヲ除カン爲メカ一家ノ資産ヲ早ク相續セン爲メカ此等ノ理由ハ犯意即チ犯罪ノ意思其者ニ非スシテ犯罪ノ遠因ナリ犯意ノ近因ナリ蓋シ犯罪ノ所爲ノ近因ハ罪ヲ犯ス決心ナルカ故ニ其決心ヲ生セシメタル理由ハ犯罪ニ對シテ遠因トナルモノトス

犯意ハ國法カ犯罪ト認メタル所爲ヲ實行スル決心ナリ然ルニ國法カ犯罪ト認メタル所爲ハ一定ノモノナルカ故ニ之ヲ實行セントスル決心モ亦一定ノモノナルヤ明ナリ之ニ反シテ犯罪ノ遠因ハ犯意ノ近因タルト同時ニ犯人最局ノ目的タルヲ以テ人ニ因リ一様ナラス例ハ竊盜ノ意思ハ常ニ刑法第三百六十六條ニ示ス所ノ他人ノ所有物ヲ竊取スルト云フ所爲ヲ實行スル決心ヲ謂フカ故ニ人ニ因リテ區別アル事無シト雖モ之ヲ以テ遊蕩ノ費用ヲ支ヘント欲シ若クハ親ノ貧苦ヲ救ハント欲スル如キ決心ノ理由即チ犯罪ノ遠因ハ人ニ因リ千差萬別取テ一定ノモノニ非ス

〔百九〕犯意ナケレハ犯罪成立セサルヲ原則トス第七十七條之ニ反シテ犯罪ノ遠因ハ之ヲ缺クト否トニ因テ犯罪ノ成立不成立ヲ來ス事無キヲ原則トス然ラハ遠因ハ毫モ被告ノ責任ニ關係無キカ曰ク然ラス(一)刑法第二編以下ノ各條ニ於テ遠因ノ如何ニ依リ往々刑ヲ加重シタル例アリ(第三百二十一條ノ如シ)(二)尙ホ一步ヲ進メテ犯罪成立ノ一要素トナシ特ニ之ヲ掲ケタルモノアリ(第二百十條ノ如シ)遠因カ成立要素タルハ例外ニ屬スルヲ以

テ特別ノ明文アルヲ要ス(三)特別ノ明文無キ場合ト雖モ遠因ニシテ原諒スヘキ情狀アラシカ裁判官ハ第八十九條第九十條ニ與ヘラレタル職權ニ因リ酌量減輕ヲ與フル事有ル可シ(四)終ニ尙ホ一ノ注意スヘキ點アリ凡ソ吾人カーノ所爲ヲ行フヤ内ニ之ヲ命シタル決心アリ決心ヲ促シタル遠因アルヲ通常ノ場合トス何トナレハ遠因ハ行爲ノ目的ニシテ目的無ケレハ一定ノ所爲ヲ行フ理無ケレハナリ故ニ若シ一定ノ目的即チ遠因無クシテ事ヲ行ヒシ者アラシカ其心性作用ノ異常ナルニ注意セハ往々瘋癲白痴タルヲ發見シ知覺精神ノ喪失ヲ理由トシテ無罪ノ宣告ヲ爲スヲ得ヘシ但シ此場合ニ其遠因ヲ缺クハ理由トシテ無罪ノ申渡ヲ爲サハ破棄ヲ脱レサル不當ノ裁判ナリ

〔百十〕(三)犯意ト過失トノ區別——犯意ハ國法カ犯罪ト認メタル所爲ヲ實行スル決心ナリ故ニ國法カ犯罪ト認メタル所爲ヲ實行スル決心ニ出テタルモノハ其所爲ノ結果ノ如何ニ因リ先ノ決心ニ犯意タル性質ヲ與フル事無シ例ハ銃獵ニ赴キタル者過テ農夫ヲ死ニ致シタリト假定セヨ銃獵

者ノ發砲ト謂フ所爲ヲ促シタル決心ハ國法ノ犯罪ト認メサル狩獵ヲナサ  
 ントシタルモノナルカ故ニ發砲ノ結果偶人ヲ殪シタルモノ之ヲ變シテ殺人  
 犯ノ意思(即チ犯意)タル性質ヲ生セシムル事無キカ如シ是先ノ百六號ノ說  
 明ニ言ヘル如ク一ノ決心ヲ犯意ト稱スルニ至ルハ犯人ノ心裡ヲ主觀的ニ  
 觀察シタル名稱ニシテ所爲ノ結果ヨリ客觀的ニ下シタル名稱ニ非サル所  
 以ナリ

諸君或ハ言ハン前例ノ銃獵者ニ第二百九十二條以下ニ示ス如キ殺人犯ノ  
 意思無カリシトスルハ可ナリ然レトモ過テ農夫ヲ死ニ致シタル所爲(即チ  
 發砲)ヲナサントシタル決心ハ第三百十七條ヲ犯シタル意思ニシテ同ク一  
 ノ犯意ニ非サル無キヤト此疑問ハ亦所爲ノ結果ヨリ客觀的ニ觀察シテ之  
 ヲ促シタル決心ノ犯意タルヤ否ヤヲ定メントシタル謬見ニ出ツ過テ農夫  
 ヲ死ニ致スト謂フ結果ノ生ズルニ先チ適法ナル銃獵ト謂フ所爲ヲ行ハン  
 トシタル時ニ其犯意ナラザリシ事ハ一定シタルモノトス

然ラハ犯意無キ所爲ハ其結果ノ如何ニ拘ハラズ常ニ無罪ナルヤ曰ク然ラ

ス法律カ規定スル犯意以外ノ條件(過失)ヲ具フル時過失犯成立スル事アリ  
 乞フ犯意ノ説明ヲ了ルニ及ソテ之ヲ説明セン

(註) 犯意ハ害ヲ生スル意思ヲ謂フト説明スル者アリ學者之ヲ駁シテ曰  
 ク(一)犯罪ノ中ニハ犯人ノ目途トシタル害ノ生ズルニ因リテ既遂犯トナ  
 ルモノアリ謀故殺毆打創傷墮胎ノ如シ未タ其害ハ生セサルモ手段ニ供  
 シタル所爲アリシノミニニシテ既遂犯トナルモノアリ偽造竊盜ノ如シ甲  
 種ノ罪ニ對シテハ害ヲ生スル意思即チ犯意ナリト謂フ敢テ不可ナシト  
 謂フト雖モ乙種ノ罪ニ對シテハ然ラス手段ニ供シタル所爲アレハ既遂  
 犯トナリ之ニ犯意アリト謂フヲ要スレハナリ(二)犯罪ニ因リテハ毫モ犯  
 人カ害ヲ生スル意無クシテ犯スモノ無シトセス國事犯ノ如キ若クハ繼  
 母ノ虐待ヲ救ハンカ爲メニ男女ヲ誘拐スルノ類是ナリ此等ノ場合ト雖  
 モ犯意無シト謂フ克ハサルカ故ニ害ヲ生スル意思必スシモ犯意ニ非サ  
 ルナリト(草案註釋一六二號刑法論網)犯意ハ害ヲ生スル意思ナリト謂フ  
 論者ニシテ其所謂害カ犯人ノ終局ノ目的タル害ヲ指スモノナラシメハ

右ノ駁論ハ固ヨリ間然スル所ナシト雖モ其所謂害ト云フ意味ニシテ立法者ノ示シタル社會ノ害ヲ云フモノナラシメハ必スシモ之ヲ不當トシテ駁スル克ハサラン(一)駁論第一ニ曰ク犯人ノ目途トシタル害ノ生スルヲ俟ダス國法ハ既遂犯ニ問フコトアリト然レトモ犯人カ終局ノ目的トセサル手段ノ所爲ヲ行ハント云フ決心ハ同シク國家カ社會ノ害ト認メタルモノヲ生セントスル意ニ非サル無キカ(二)駁論第二ニ曰ク國事犯ノ如キハ大低害ヲ生スル意無キモノナリト然レトモ終局ノ世ヲ益セントスル願望ヲ達センカ爲メニ國事犯ト云フ害ヲ生セントスル意アリト云フ克ハサルカ論シテ爰ニ至レハ犯意ハ害ヲ生スル意思ヲ謂フト云フ說ハ其害ト云フ文字ノ意味ニ因リテ必スシモ學理ノ容レサルモノニ非ス但シ其所謂害ト云ヒ益ト云フハ犯人ノ意思ニ因テ定マラス立法者ノ明文ヲ以テ示シタル所ノ如何ニ關係スルヲ以テ國法カ犯罪ト認ムル所爲ヲ實行セントスル決心ハ犯人カ害ト信セサルモ尙ホ犯意ナリト云フノ明カナルニ如カス

過失トハ注意ヲ缺キタル意思ノ状態ヲ謂フ故ニ心理學上ヨリ觀察スレハ過失モ犯意モ共ニ主觀的ノ名稱ナリ國法カ犯罪ト認ムル所爲ヲ實施スル決心ハ所爲ノ之ニ件ヒシト否トニ論無シ犯意ト名クル如ク或ル所爲ヲ行ハント欲スル決心アリテ之ヨリ意外ノ損害ヲ生シ得ル危險ヲ悟ラサレハ實際ニ損害ノ生スルヲ俟タス注意ヲ缺キタル意思ノ状態即チ過失アリト言ハサル可カラス然リト雖モ刑法ノ規定ヲ見ルニ犯意アツテ所爲無ケレハ罪トセサル如ク過失アツテ有害ナル結果無キモノハ刑ヲ加フル事無シ從テ刑法上ハ過失トハ相當ノ注意ヲ缺キタル意思ニシテ刑ヲ制裁トシタル有害ノ結果ヲ期セシメタル者ヲ謂フト曰フチ得テ蓋シ吾人カ法律ノ禁スル所ヲ爲ス可カラス法律ノ命スル所ヲ爲サル可カラサル義務アルハ勿論假令適法ノ所爲ヲナスニ方リテモ之カ爲メニ他人ノ生命若シハ身體財產ニ損害ヲ與フル危險アルモノハ宜シク相當ノ注意ヲ用ヒテ豫防ノ方法ヲ盡シス必要アルヤ明カナリ刑法カ過失ヲ罰スルハ結局此ノ如キ危險ナル所爲ヲ行ハントスル者ニ相當ノ注意ヲ促ス政策ニシテ犯

意無キヲ罰スルハ例外ナリト雖モ國家ノ生存條件ヲ維持スル點ハ刑罰權ノ基本ニ關スル原則ニ違背スル事無シ

〔百十一〕 犯意無キ場合ニ過失ヲ罰スルハ例外ニシテ明文アルヲ要ス是第七十七條但書ニ但法律規則ニ於テ別ニ罪ヲ定メタルモノハ此限ニ在ラスト曰ヘル所以ナリ刑法ハ如何ナル場合ニ特別ノ明文ヲ設ケテ過失ヲ罰スルカ本問ノ詳細ハ固ヨリ第二編以下ノ部ニ説明スヘキモノナリト雖モ爰ニ大略ヲ一言セン

法律規則カ特ニ過失犯ヲ設ケ注意ヲ促スルモノニ三様アリ貴重ナル權利ニ大害ヲ被ラセントスル危險ヲ豫防セントスルモノ官吏公吏ヲシテ職務ノ執行上注意ヲ深カラシメントスルモノ、警察規則ヲ守ラシメントスル政策ニ出ツルモノ是ナリ(但シ之ヲ一ノ獨立ノ過失犯トシテ他ノ罪ニ對シ數罪俱發例ヲ適用スヘキモノナルヤ否ヤニ就テハ後ノ百二十號(三)ノ説明ヲ參照スヘシ)

(一) 貴重ナル權利ニ危害ナカラシメントスル主旨ハ左ノ例ニ就テ之ヲ見

ル可シ、危害品又ハ健康ヲ害ス可キ物品ヲ製造シテ人ヲ疾病死傷ニ致シタル罪(第二百五十二條)健康ヲ害スル物品ヲ混和シタル飲食物又ハ規則ニ背キ毒藥劇藥ヲ販賣シ因テ人ヲ疾病又ハ死ニ致シタル罪(第二百五十五條)私ニ醫業ヲ營ミタル者治療ノ方法ヲ誤リ人ヲ死傷ニ致シタル罪(第二百五十七條)過失殺傷ノ罪(第三百十七條以下第三百十九條)失火ノ罪(第四百九條)

(二) 官吏公吏ヲシテ職務上其注意ヲ促ス目的ニ出ツルモノハ左ノ如シ、看守又ハ護送者懈怠ニ因リ囚徒ノ逃去ヲ覺ラサル罪(第一百五十條)看守者懈怠ニ因リ官ノ封印ヲ破棄シ又ハ其物件ヲ盜取毀壞スル者アルヲ知ラサル罪(第一百七十六條)水火震災ノ際官吏カ監禁ヲ解クヲ怠リ囚徒ヲ死傷ニ致シタル罪(第二百八十一條)其他第二百八十條第二百八十二條等ニ於テ其例アリ

(三) 警察規則ヲ守ラシメントスル政策ニ出ツルモノハ違警罪ノ多數是ナリ蓋シ違警罪ニハ全國ニ通スルモノ(即チ刑法第四編ニ列舉スルモノ)ト各地方限リニ行ハル、モノトノ二様アリト雖モ犯意ノ有無ヲ問ハスシテ之ヲ罰スルハ(草案第百六十三號)要スルニ吾人ヲシテ規則ヲ知ルニ注意セシ



メントスル主旨ニ出ツルモノナラン  
 [百十二] 右ノ如キ場合ニ如何ナル程度ノ注意アルヲ要スルカ刑法ニ此點  
 ナ規定シタル明文無キヲ以テ裁判官ノ認定ニ任スヘキモノナリ特ニ注意  
 ナ缺キタルヤ否ヤヲ知ルハ事實論ナルヲ以テ假令此點ニ付キ裁判官ト見  
 解チ異ニスルモ上告ノ理由トナルヲ得ス但シ學理ヲ研究スルニ方リテハ  
 吾人カ刑法上如何ナルモ注意チナサ、レハ過失犯ニ問ハル、コトアルヤ  
 裁判官ハ何ヲ標準トシテ注意チ缺キタルカ否ヤヲ區別スルヲ以テ其當ヲ  
 得タルモノトスヘキカノ點ハ特ニ一言セサル可カラス

ボチエ氏ハ民法上ノ責任ノ基礎ヲラシメンカ爲メニ過失ヲ重過失 (Culpa lata) 輕過失 (Culpa levis) 最輕過失 (Culpa levissima) ノ三ニ分ツテ以テ羅馬法ノ意  
 ナ得タルモノト主唱セシカ現今ハ其輕過失ト最輕過失トハ區別ス可カラ  
 サルモノニシテ只觀察ノ方法ヲ異ニスヘキ者ナリ即チ輕過失 (In concreto) ニ觀察スヘキモノト (In abstracto) ニ觀察スヘキモノトアリテ (concreto) ノ輕過失トハ自己ノ財產ナラハ犯サ、ル可キ過失ヲ謂ヒ (In abstracto) ノ輕過失ト

ハ善良ナル管理人ノ犯サ、ル可キ過失ヲ謂フ其重過失ニ至リテハボチエ  
 氏ノ主唱スル如ク恕ス可カラサル怠慢ヨリ生シタルモノヲ謂ハサル可カ  
 ラストスル說多數ナルモノ、如シ  
 右ノ過失論ハ民法上ノ說ニシテ直ニ刑法ニ應用スル克ハスト雖モ其輕過  
 失ヲ區別シタル方法ニ倣ヒ刑法上ノ問題ヲ提出スルヲ得ヘシ曰ク刑法ノ  
 各條ニ過失罪トシテ罰スル事實ヲ生シタルトキ犯人ノ注意チ缺キタルヤ  
 否ヤヲ觀察スルニハ一般普通ノ注意チ假想シ之ヲ標準トシテ問題ヲ決ス  
 ヘキカ將タ犯人其人ノ平生ヲ見テ之ニ望ミ得ヘキ注意チ欠キタル場合ニ  
 ノミ其責ニ任セシムヘキカ換言スレハ注意ノ有無ハ普通ノ程度ヲ標準ト  
 シテ決スヘキカ(即チ (In abstracto) ニ觀察スヘキカ)犯人ヲ主觀的ニ審案シ其  
 能力ヲ標準トシテ断定スヘキカ(即チ (In concreto) ニ觀察スルヲ要スルカ)  
 智力ノ程度ヲ主觀的ニ觀察シテ責任ノ輕重ヲ分ナタル我刑法ノ主旨ヨリ  
 曰ハ、過失ノ有無ヲ判定セントスルニ方リテモ亦犯人其人ノ智能ヲ標準  
 トシテ區別セサル可カラスト信ス換言スレハ刑法ノ範圍内ニ在リテハ過

失ヲ (In concreto) ニ觀察スヘシト謂フニ在リ蓋シ絶對的ニ考フレハ世人普通ノ注意ナルモノアリテ多數ノ者ハ之ヲ爲シ得ヘシト雖モ人ノ智能ヲ主觀的ニ觀察シテ他ニ比較スレハ周到ナルアリ輕忽ナルアリテ其輕忽ナル者ハ到底普通ノ注意ヲモナス克ハサルモノトス假ニ之ヲシテ普通ノ注意ヲナサ、リシ爲メニ責任ヲ負ハシムルモノトセンカ難キチ人ニ責ムルモノニシテ刑法全體ノ主旨ヲ相違セン

過失ノ有無ハ犯人ノ知能ヲ標準トシテ判定スヘシトスル時ハ一ノ結果ヲ生ス犯人ノ爲シ得ルヲケノ注意ヲ爲シ尙ホ害ノ意外ニ生シタル場合ニハ何等ノ刑ヲモ加フル克ハサル是ナリ

〔百十三〕 過失ニハ疎虞ト名クルモノアリ懈怠ト名クルモノアリ(第三百十七條)〔疎虞ハ草案第三百五十三條〕ノ不精巧(Maladresse)ト謂フ語ヲ譯出シタルモノニシテ將ニ行ハントスル所爲ハ意外ノ結果ヲ生スル危險アルヲ知ルモ自己ノ用心ハ之レヲ防クニ足ルト輕信シタルノ類ヲ謂フ例ハハ砲術ニ十分經驗ナキ者狩獵ニ出テ、彈丸ノ達シ得ヘキ距離ノ判斷ヲ誤リ人ヲ

死傷ニ致シタル如キ是レナリ(二)懈怠ハ(草案第三百五十三條)不用心(Imprudence)ノ譯語ニシテ全ク意外ノ結果ヲ生シ得ヘキ狀況アルヲ覺ラサルヲ云フ例ハ前例ノ狩獵者カ鳥獸ニ向テ發砲シ彈丸ノ達シ得ル場所ニ農夫ノ在ルヲ知ラスシテ之レヲ死傷ニ致シタル如キ是レナリ○前段ニ述フル所ニシテ誤謬ナシト假定スルトキハ此ノ二個ノ場合ニ於テ何レモ犯人カ其ノ及フタケノ注意ヲ爲シタルヤ否ヤヲ審案シ過失ノ有無ヲ判斷スルヲ要ス

〔百十四〕 (四) 犯意論并ニ過失論ノ適用ト第七十七條ニ曰ノ罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セスト之ヲ略言スレハ犯意無ケレハ犯罪ナシト謂フニ在リ犯意ナキ所爲ヲ罪トシ論セサル理由ハ復ヒ之ヲ示スノ要ナシ(八十六號說明參照本條第二項ニ曰ノ罪ト爲ル可キ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者ハ其罪ヲ論セスト所謂罪トナル可キ事實ヲ知ラズトハ或ル所爲ノ目的物若クハ手段ニ犯罪構成ノ要素ヲ具ハルヲ覺ラサリシヲ謂フ例ハ自己ノ下駄ト信シテ他人ノモノヲ履キ歸リタル如キ卵巢水腫ト信シテ藥

石ヲ投シ妊婦ニ墮胎スルニ至ラシメタル如キ、處女ト信シテ有夫ノ婦ニ通シタル如キハ何レモ目的物ニ犯罪ヲ構成スルニ足ル條件(他人ノ財産タルコト、懐胎ノ婦女ナルコト、有夫ノ婦ナルコトナルヲ知テサルモノナリ)故ニ無シト信シタル所ニ目的物有リシ場合ヲモ同様ニ論スルコトヲ得、又毒藥ヲ無害ノ飲食物ト信シ他人ニ服用セシメタル如キ、情ヲ知ラズシテ偽造變造ノ貨幣ヲ使用シ若クハ偽造變造ノ度量衡ヲ販賣シタル如キハ其手段ニ犯罪構成ノ要件具ハルヲ覺ラサルモノナリ

〔百十五〕 罪ト爲ル事實ヲ知ラスシテ犯ス者ハ或ル所爲ノ目的物又ハ手段ニ犯罪構成ノ要素アルヲ覺ラスシテ實行シタルモノナリ目的物又ハ手段ニ犯罪構成ノ要素アルヲ知ラハ實行スルニ至ラザリシモノナリ故ニ主觀的ニ犯人ノ心情ヲ解スレハ罪トナラサル所爲ヲ實行スル決心アリシニ過キサルヲ以テ犯意無キヤ必セリ罪ヲ犯ス意無キノ所爲ハ既ニ本條第一項ノ明文ニ因リ無罪トスヘキニ更ニ第二項ヲ設ケタル理由如何

〔二〕 第七十七條第一項ニ相當スル場合ニハ直接ニ犯意無カリシコトヲ證

明セサル可カラス罪トナル所爲ヲ實行スル決心無カリシ事ヲ證明セサル可ラス之ニ反シテ本條第二項ニ相當スル場合ニ直接ニ所爲ノ目的物又ハ手段ニ犯罪構成ノ要素アルヲ知ラザリシト云フ點ヲ證明スルヲ要ス此點ヲ證明スレハ其結果トシテ間接ニ犯意無カリシコトモ證明セラレテ無罪ノ宣告ヲ受ク可シ要スルニ第一項ノ場合ト第二項ノ場合トハ被告ヨリ犯罪無カリシヲ證明スル方法異ナルカ故ニ別項ニ規定シタル者ナリ(ガロウ氏一四三號刑法論綱一八七頁)

〔二〕 右第一ノ理由ハ既ニ學者ノ示ス處ナリト雖モ我輩ハ尙ホ他ニ一ノ理由アリト信ス他ナシ刑法ニ於ケルモ民法ニ於ケル如ク事實ノ錯誤ト法律ノ錯誤トヲ區別スルニ就テ大ナル實益アリ即チ事實ノ錯誤目的物又ハ手段ノ犯罪構成要素アルヲ覺ラサルモノハ第二項ニ因リ無罪トナルモ法律ノ錯誤ハ第四項ニ因リ無罪トナルノ限ニ非ス然ルニ罪トナル事實ヲ知ラズシテ犯スト云フ用語ハ往々コシテ法律カ罪ト認メタルコトヲ知ラズシテ犯スト云フト混同シ易シ故ニ法律ノ錯誤ニ出テタル所爲ヲ有罪トスル

明文ヲ示スニ先テ之ト區別スルニ必要アル事實ノ錯誤ヲ示スト云フ考  
ハ必ス立法者ノ意中ニ浮ヒシモノナラン

〔百十六〕事實ノ錯誤即チ罪トナル可キ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者ハ其  
罪ヲ論セストハ第七十七條第二項ノ明言スル所ナリ果シテ然ラハ其罪ト  
ナル可キ事實ヲ知ラサルニ付キテ本人ニ如何ナル過失アルモ擧ケテ之ヲ  
無罪ト判決スヘキカ本問ヲ決トセントスレハ意外ノ結果ニシテ過失犯ヲ  
問フ明文ノアルモノト然ラサルモノトヲ區別シ又過失犯ニ問フ明文アル  
モノ、中ニ於テ殺傷ニ關スルモノト否トヲ區別セサル可カラス

〔二〕罪トナル事實ヲ知ラサルニ付キ如何ニ重大ナル過失アルモ明文無キ  
モノハ罰スルヲ得ス故ニ他人ノ下駄ヲ自己ノモノト信シテ履歸リ有夫ノ  
婦ヲ處女ト信シテ私通又ハ結婚シタル如キ場合ニ如何ナル過失アルモ我  
刑法ニハ過失竊盜過失姦通過失重婚等ノ罪名無キヲ以テ盡ク無罪ナリ

〔註〕立法論トシテハ獨逸刑法第五十九條印度刑法第八十條若シハ英國  
刑法ノ如ク罪トナル事實ヲ知ラサルニ付キ本人ニ恕ス可カラサル過失

アルトキハ相當ノ刑ヲ加フル總則ヲ設クルモ可ナラン但今日我刑法ノ  
解釋トシテハ過失犯ノ成立ニ必ス明文アルヲ要スルモノト謂ハサル可  
カラス(第七十七條第一項但書)

〔二〕意外ノ結果ヲ過失犯ニ問フ明文アルモノト雖モ殺傷ニ關スルト否ト  
ニ因リ少シク解釋ヲ異ニセサル可カラス殺傷ニ關セサル過失犯(失火ノ如  
キヲ謂フ)ハ常ニ本人ニ責ムヘキ不注意アリシヤ否ヤヲ審察シテ責任ノ有  
無ヲ判定スルノ要アリト雖モ過失殺傷ニ至リテハ假令本人ヲ責ム可キ不  
注意ナシト假定スルモ之ヲ生シタル原因カ既ニ法律規則慣習ニ反シタル  
一個ノ犯罪ナルトキハ其罪ヲ免ル、能ハス(第三百十七條)此點ニ付キテハ  
尙ホ先キノ百十二號ノ說明及ヒ後ノ百二十二號(二)ノ說明ヲ參照ス可シ

〔百十七〕第七十七條第四項ニ曰ク「法律規則ヲ知ラサルヲ以テ犯スノ意無  
シト爲スコトヲ得ス」ト此規定ニ付テハ何故ニ法律規則ヲ知ラサル者モ責  
任ヲ免レシム可カラサルカ法律規則ヲ知ラスシテ犯シタル者ト犯意無キ  
者トノ間ニ區別アルカノ二點ヲ推究セント欲ス

〔百十八〕第一ノ點 何故ニ法律規則ヲ知ラサルヲ理由トシ責任ヲ免ル、能ハサルカ(一)第一說ニ曰ク法律規則ハ施行期限ニ至リテ實施力ヲ生ス實  
 施力ヲ生スルカ故ニ責任ヲ免ル、能ハサルモノニシテ之ヲ知ルニ因テ實  
 施力ハ發生スルモノニ非スト(刑法汎論三四二頁)此說ハ少シモ本問ニ解答  
 ナリトス本問ハ即チ其施行期限ニ至レハ何故ニ知ルト知ラサルトニ拘ハ  
 ラス實施力ヲ生セシメテ責任ヲ免レシメサルヤト云フ問題ナリ(二)第二說  
 ニ曰ク法律規則ハ施行期限ニ至レハ世人カ之ヲ知ルト推測スルヲ以テナ  
 リト此論鋒ヲ以テスルトキハ實際之ヲ知ラサル者ハ反證ヲ舉ケテ責任ヲ  
 免ルハコトヲ得ト云フノ已ムヲ得サルニ至リ(ルセリエ氏第一卷一、二六號  
 下)バストレ氏第二卷一三六號)直接ニ第七十七條第四項ニ反ナルヲ奈何セ  
 シ法律規則ヲ知ラサルモ犯意無キ無罪トスルヲ得スト規定スルニ非スヤ  
 (三)第三說ニ曰ク法律規則ハ期限ニ至テ實施力ヲ生ス之ヲ知ラサルハ自己  
 ノ過失ナリ自己ノ過失ヲ理由トシテ責任ヲ免ル、事ヲ得ンヤ加之ノミナ  
 ラス刑法ニ禁シ若クハ命令スル所ニ如キハ禁令命令アルヲ俟タス良心ニ照

シ其爲ス可キ事爲ス可カラサルコトタルヲ知ルニ足ルト(草案第一六五號)  
 果シテ此ノ如キ理由ニ出ツルモノトセンカ第一ノ論點ニ付テハ法律規則  
 ナ知ラサルノ罪トイフ一種獨立ノ過失罪ヲ設クル理由トナス事ハ得可シ  
 各事件ニ付キ本刑ヲ科スル理由トナスヲ得ス第二ノ論點ニ付テハ人民一  
 般ニ公布スル刑法ヲ設クル必要ナク只刑ヲ一定シテ裁判官ニ示ス幕府時  
 代ノ主義ヲ贊成スルニ至ラン(四)余ハ信ス法律規則ヲ發スルモノ之レヲ知ル  
 ト否トニ因テ責任ノ有無ヲ決スルトセハ凡百ノ被告必ス一度ハ法律規則  
 ナ知ラサルヲ主知リシト主張シ刑ヲ免レント試ル可シ換言スレハ各被告事件ニ就  
 キテ法律規則ヲ知リシヤ否ヤト云フ事實論ヲ生シ其之ヲ知リタルト云フ  
 證據ハ到底之ヲ舉グル能ハサルカ爲メニ遂ニ法律規則ノ完然ニ行ハル、  
 日無カラントス第七十七條第四項ハ實ニ此一大弊害ヲ芟除セントスル主  
 旨ナリト而シテ一度此主義ヲ採用スルトキハ別ニ一ノ利益アリ世人ニ於  
 テ十分意ヲ注キ法律規則ヲ知ルニ勉ムル無キヲ必セス  
 (註) 我輩ノ說ヲ難スル者アリ曰ク舉證ノ困難ヲ避ケンカ爲メニ法律ヲ

知ラサル者ヲモ罰スルハ當局者ノ手數ヲ省クカ爲メニ民ヲ刑スル殘酷ノ規定ナラスヤト此論難ハ我輩ノ論旨ヲ誤解シタルニ座セスンハアル可カラズ舉證ノ困難ヲ避ケント欲スルハ該規定ノ最終目的ニ非スシテ證據ノ擧カラサルヲ奇貨トシ法ヲ破ルモノ多カランヲ豫防スル主旨ニ出ツルモノナリ

〔百十九〕法律規則ハ之ヲ知ラサルヲ理由トシ責任ヲ免カル、能ハス故ニ立法ノ局ニ當ル者別ニ臣民ノ法律規則ヲ知り得ル途ヲ與ヘスシテ可ナラシヤ是公布式ノ規定アル所以ナリ保安條例ノ如キ特別ノ必要アルモノヲ除キ通常ハ人民ニ配布シ一定ノ時日ヲ經過シタル後ニ非サレハ實施ノ効力ヲ生セシメサルモノトス然ラハ正當ノ理由アリテ新ニ法律規則ノ公布サレタルヲ知ル能ハサリシトキハ如何立法者ハ公布式ニ定メタル方法ヲ盡クスニ非サレハ人民モ之ヲ知ル克ハサルモノト認定シタルカ故ニ天災時變ニ依リ到着期限ニ官報ノ達セサリシ場合ニハ其間如何ニ長日月ヲ經ルモ實施力ヲ生セシムルヲ無シ(明治十九年第一號勅令第十一條)但シ此理

由ナ外ニシテハ決シテ法律規則ヲ知ル能ハサリシト云フヲ基礎トシ刑ヲ免カル、能ハス

〔百二十〕立法者ハ到着期限ニ官報ノ達セサリシ場合ヲ除ケハ決シテ法律規則ヲ知ラサル爲ニ遵奉義務ヲ免スル事無シト雖モ裁判官ニアリテハ別ニ左ノ點ニ注意セサル可カラズ官報到着スルモ一文不知ノ野人アリ法律規則ヲ讀ミ得ル者ト雖モ各種ノ命令禁令ヲ熟知セサルハ敢テ奇シカラス特ニ刑法ノ如キ多年ノ慣習其他ノ原因ニ依リ容易ニ知り得ルモノハ兎モ角モ朝令暮改ノ法律規則ハ此外ニ尙ホ無數ニシ法律ヲ事トスル者スラ之ヲ知ラサルコト多シ故ニ若シ或ル所爲ヲ罪トシ罰スル法律規則ヲ知ラサリシト主張スル者アルトキハ其知ラサルニ就テ過失ノ程度ヲ考ヘ酌量減輕ヲ與フルニ吝ナル可カラス

百二十一 第二ノ點 法律規則ヲ知ラスシテ犯シタル場合ト犯意無クシテ犯シタル場合トハ如何ナル區別アリヤ 犯意トハ國法カ犯罪ト認メタル所爲ヲ實施スル決心ヲ謂フ官印ヲ偽造セントスル決心ハ官印偽造

罪ノ犯意ナリ住居ニ火ヲ放ダントスル決心ハ放火罪ノ犯意ナリ、犯意ノ定義ニ「國法カ犯罪ト認メタル所爲……」ト云ヘルハ畢竟各條ニ列舉シタル官印偽造又ハ放火住居ト云フ如キ所爲ノ體樣ヲ一々詳言スルニ代ヘタルモノトス官印ヲ偽造スルモ之ヲ罪トスル法律無シ、住居ニ放火スルモ之ヲ罰スル規則無シト考ヘ實施シタル如キハ法律規則ヲ知ラスシテ犯シタルニ外ナラサルハ更ニ疑無シト雖モ之ヲ以テ犯スノ意無キモノト混同ス可カラス假令罪トシテ刑ヲ科スル法律規則アルハ之ヲ知ラサルモ既ニ官印ヲ偽造セン、住居ニ放火セント云フ決心即チ國法カ犯罪ト認メテ第九十五條及ヒ第四百二條以下ニ明示シタル所爲ヲ實施セントスル決心アル以上ハ犯意アルモノト謂フ可シ某學者カ第七十七條第四項ハ第一項ノ例外ニシテ犯意無シト雖モ罰スルノ例ナリト云ヘルハ此區別ヲ明ニセサル誤ナリ(刑法汎論一四九頁)要スルニ一ノ犯意アリトスルニハ國法カ罪ト認メタル所爲ヲ實施セントスル決心アルヲ必要トスルノミニシテ其所爲ヲ罪トシタル法律規則アルヲ知テ犯サントスル決心アルヲ必要トセス法文ニ法

律規則ヲ知ラサルヲ以テ犯スノ意ナシト爲スコトヲ得スト云ヒ犯意無キ場合ト混視ス可カラサルヲ明カニシタルハ法理ノ正鵠ヲ得タルモノト謂ツ可シ

〔百二十二〕第七十七條第三項ト犯意過失ノ併發シタル場合トナ論ス  
故意ヲ以テ一罪ヲ犯スニ方リ之ニ刑罰加重ノ原因ノ伴フヲ知ラサルコトアリ更ニ意外ノ結果ヲ生スル危險ノ伴フヲ注意セサル事アリ

〔二〕第七十七條第三項ニ「罪本重カル可クシテ犯ス時知ラサル者……」ト曰ヘルハ故意ヲ以テ一罪ヲ犯スニ方リ之ニ刑罰加重ノ原因ノ伴フヲ知ラサル場合ヲ謂フ例ヘハ人ヲ殺傷シ其祖父母父母タルヲ知ラサル如キ若クハ婦女ヲ強姦シテ其十二歳以下タル事ヲ知ラサル如キ何レモ犯意無シト云フ能ハサルハ明瞭ナリト雖モ罪ヲ犯ストキ刑罰加重ノ原因アル事ハ犯人ノ毫モ豫知セサル所ナリ被害者カ祖父母父母ト云フ資格アル事第三百六十二條以下十二歳ニ達セサルコト(第三百四十九條)ハ更ニ知ラサル所ナリ此ノ如ク刑罰加重ノ原因アルヲ知ラサル時ハ其重キ點ニ付キテハ罪ト爲

ル可キ事實ヲ知ラサル者ニシテ其責任ヲ定ムルニ付テハ恰モ刑罰加重ノ原因無カリシ如ク處分セサル可カラズ即チ先ノ場合ニ於テハ常人ヲ殺傷シタル如ク若クハ十二歳以上ノ婦女ヲ強姦シタル如ク處分セサル可カラズ是本條第三項ニ……………其重ニ從テ論スルコトヲ得スト規定セル所以ナリ

然ラハ刑罰加重ノ原因アルコト即チ罪本重カルヘキ事ヲ知ラサルニ付テ如何ニ重大ナル不注意アルモ擧ケテ之ヲ論スルノ限ニアラサルカ此點ニ付テハ先ノ第十六號ニ説明シタル過失論ヲ適用セサル可カラズ故ニ罪本重カルヘキヲ知ラサルニ付キ懈怠又ハ不注意アリトスルモ之ヲ罰スル明文無キ以上ハ特ニ過失罪アリトシテ刑ヲ加重スル克ハサラン先キノ例ニ於テ疎虞懈怠ニ因リ祖父母父母タルヲ知ラスシテ殺傷シタル者若クハ十二歳以下ノ婦女タルヲ知ラスシテ強姦シタル者ハ第七十七條第三項ノ例外トスル明文ナキカ故ニ常ニ重ニ從テ論スルコト即チ過失アルヲ理由トシ刑ヲ加重スルコトヲ得ス

(二) 故意ヲ以テ犯シタル一罪カ原因トナリ他ノ意無キ結果ヲ生スル事アリ殺意無クシテ人ヲ毆打シ遂ニ死ニ致シタル如シ此ノ如キ場合ニ於テ被告ハ意外ノ結果ニ對シ如何ナル責任ヲ負フカ第七十七條第一項ヲ適用シ犯意無キ所爲ハ特別ノ明文アル場合ニ限り過失ノ有無ヲ審案シテ責任ノ有無ヲ判定スヘキモノトセハ右ノ例ニ於ケル被告ハ毆打創傷及ヒ過失致死(第三百條以下ト第三百十七條)ヲ犯シタルモノトシ第百條數罪俱發例ニ照シテ一ノ重キ毆打創傷ノ罪ニ問フヲ必要トスルニ至ラン然ルニ毆打ノ結果人ヲ死ニ致ス事アルハ何人ト雖モ豫見セサル可ラサル危險ニシテ之ヲ避ケント欲スレハ宜シク毆打罪ヲ犯サ、ルニ如カス其之ヲ力メスシテ危險ヲ冒シ一罪ヲ決行スルハ一ノ特別狀況トシテ觀察スル必要アルカ故ニ立法者ハ起草者ノ說ヲ容レ此ノ如キ場合ハ單ニ數罪俱發一ノ重ニ從フ原則ニ支配セシメス意外ノ結果ニ對シテハ常ニ過失アリトシ之ヲ刑罰加重ノ原因ト認メ明文ニ規定スルノ主義ヲ採用セリ(第二百九十九條故ニ第二百五十二條第二百五十五條第二百五十七條第二百九十九條第三百二十



四條第三百三十一條第三百三十四條第三百三十五條第三百三十九條第三百五十一條等ニ於テ刑ヲ加重シタル事實ハ過失犯アリシモノト解セサル可カラス而シテ立法者ハ之ヲ故意ニ出テタル一罪ト數罪俱發ハ例ニ照スコトナク必スヤ刑罰加重ノ原因ト看做セリ

然ラハ立法者ハ何カ故ニ右ノ思想ヲ布延シ故意ヲ以テ一罪ヲ犯シ爲メニ意外ノ一罪ヲ犯シタル場合ハ「刑一等又ハ二等ヲ加フ」ト云フ總則ヲ設ケサリシカ他無シ立法者カ無意ノ結果ヲ加重ノ原因ト看做シタル場合ヲ除ケハ他ニ其無意ノ結果ニシテ犯人ノ常ニ豫見セサル可カラサルモノ無シト認定シ單ニ數罪俱發例ヲ適用セシメントシタルヲ以テナリ故ニ例ハ亞烟片ヲ服用スル際火ヲ失シ他人ノ家ヲ燒キタル者アレハ亞片烟ヲ服用セシテ一罪(第二百四十一條)火ヲ失シタルヲ一罪(第四百九條)トシテ第百條ニ依リ適用スヘキ刑ヲ定ムルモノトス而シテ其火ヲ失シタルノ一事ニ就テハ必ス過失ノ有無ヲ審案セサル可カラズ(草案註釋一六五號)

### 第四節 無權利

### 第一款 總論

〔百二十三〕 國法上ノ犯罪即チ(形象的犯罪)ノ成立スルニハ明文アルヲ要シ(第一節參照)所爲アルヲ要シ(第二節參照)意思アルヲ要スルコト(第三節參照)前ニ述フル如シ然ルニ尙ホ此三要素ノ外ニ第四ノ要素トシテ主體ニ權利無シト云フ一條件ヲ具ヘサル可カラス(ガロオ)氏ノ不正的要素ト名クルモノニシテ所爲ヲ權利ヲラシムル原因(Cause Justificatif)ヲ缺キタルコト是ナリ主體ニ一ノ權利有リテ之ヲ實行スルニ出テタル所爲ハ如何ナルモノト雖モ犯罪ト爲ラス刑法第七十六條ノ場合並ニ正當防衛ニ出テタルモノ是ナリ此ノ如キ權利行爲ノ場合ト混同シ易キモノハ精神的要素タル辨別自由、犯意ノ一ヲ缺クニ基ク無責任ノ場合(即チ第三節ニ述ヘタル所ナリ)然レトモ我輩ハ左ノ五點ニ於テ實益アルカ故ニ斷然此二ノ場合ハ區別スヘキモノト信ス

〔二〕 權利行爲ノ場合モ無責任ノ場合モ國法上ノ犯罪ノ成立セサルハ一ナリ國法上ノ犯罪ノ成立セサルハ一ナリト雖モ甲ハ法律カ保護シテ他人ノ

侵害スルヲ許サ、ルモノニシテ乙ハ法律カ管ニ之ヲ保護セサルノミナラ  
大刑法(第四百二十六條第七)若クハ刑罰以外ノ制度(懲治場ノ留置ノ如キ)ニ  
因リ之カ豫防ノ策ヲ講スルモノナリ此一點ハ權利行為ノ場合ト無責任ノ  
場合トノ間ニ如何ナル區別アルカヲ知ル根本ノ思想ニシテ左ノ數點ノ區  
別モ之ト表裏スルモノナルニ過キス

(二) 權利行為ノ場合ニ在テハ其所爲法律ノ保護スルモノナルカ故ニ管ニ  
之ニ因リテ刑法上ノ責任ヲ生セサルノミナラズ民法上損害賠償ノ責任モ  
亦發生セサルモノナリ之ニ對シテ無責任ノ場合ハ主體ニ刑法上ノ責任ヲ  
生セシムル精神的要素無キヲ以テ其所爲ヲ罪トシ刑ヲ加ヘサルノミ固ヨ  
リ法律カ獎勵保護スルモノニ非サルヲ以テ民法上ノ責任ニ至リテハ發生  
セサルノ限ニ非ス故ニ人ヲ殺傷シタル幼者癡狂者若クハ瘖啞者ニ無罪ヲ  
言渡スト共ニ民事擔當人ニ對シ民法上ノ損害賠償ノ責アリト宣告スルコ  
トヲ得可シ

(三) 權利行為ノ場合ハ法律カ其所爲ヲ保護ス故ニ之ニ關係シタル者ハ幾

人アルモ盡ク無罪ナリ反之無責任ノ場合ハ責任ノ基礎トナル精神上ノ要  
素ヲ缺キシ者ノ所爲ノミカ刑ヲ受クル事克ハサルニ過キサルヲ以テ無責  
任ノ原因無キ者共ニ犯セハ責任ヲ免ル、ノ限ニ非ス故ニ正當防衛者ヲ助  
ケテ加害者ヲ殛シタル者ハ無罪ナルノミナラス亦法律ノ保護スル權利行  
爲ナリト雖モ(第三百十四條參照)幼者狂癡者若クハ瘖啞者ニ加功シ殺傷強  
竊盜其他ノ罪ヲ犯シタルモノハ此等ノ者ニ責任無キヲ理由トシ刑ヲ免ル  
能ハス

(四) 權利行為ノ場合ハ所爲ノ性質即チ法律カ保護スルヲ以テ罪トナラサ  
ルモノナリ故ニ如何ナル所爲ト雖モ盡ク此ノ如キ性質ヲ有シ得ルモノト  
イフヲ得ス不敬罪強姦罪ノ如キハ決シテ權利行為ヲ變スルコト無シ反之  
無責任ノ場合ハ人ヲ理由トシ即チ精神上ノ要素ヲ缺クカ故ニ責任ヲ發生  
セシメサルモノナルヲ以テ其人ヨリ出テタル所爲ハ如何ナルモノト雖モ  
罪ト爲ラス

(五) 權利行為ヲ侵害スルモノハ取モ直サズ他人ノ權利ヲ侵害スルモノナ

リ故ニ場合ニ依テハ一ノ犯罪ト爲ル事アル可シ第七十六條ニ因リ本屬長官ノ命令ヲ以テ職務ヲ執行スル者又ハ正當防衛者ニ對シ殺傷其他ノ暴行ヲ加フレハ全然一個ノ犯罪トナル反之無責任ノ場合ハ法律ノ保護スル所爲ヲ實行スルモノニ非ス從ツテ之ヲ防衛スルニ出テタル所爲ハ却テ法律ノ保護スル所ト爲リ權利ト爲ルコトアル可シ己ヲ殺傷セシトスル幼者癩狂者又ハ瘡腫者アルニ方リ已ムヲ得ス反擊シテ之ヲ殪スモ正當防衛タルニ害無キカ如シ

百二十四) 右ニ述フル五點ニ於テ確然タル區別アルカ故ニ權利行爲ノ場合ト無責任ノ場合トハ之ヲ混同セサル事ヲ要シ且ツ一般ニ犯罪ノ成立スル要素トシテハ主體ニ權利無シトイフ思想ヲ離ル可ラス是我輩カ無權利トイフナ一條件トシテ述フル所以ナリ

無權利トイフ條件ヲ缺キタルモノ(即チ權利行爲ニシテ刑法ニ明文アルモノハ第七十六條及ヒ第三百十四條是ナリ此三個ノ場合ヲ無責任ノ場合ニ比較スルニ方リテハ尙一ノ注意スヘキ點無キヲ得ス本屬長官ノ命令ニ因

リ職務ヲ執行セントスル者若クハ身體生命ニ對スル不法ノ暴行ヲ防衛スル者ハ或ル點迄精神上ノ自由ヲ喪失ス可シ亦精神上ノ自由ヲ喪失セスト假定スルモ犯意有リトイフヲ得ルヤ否ヤハ大ニ疑問ニ屬スルヲ以テ寧ロ前節ニ述フル無責任ノ場合ノ一體様トスルヲ可トスル學說アリト雖モ我輩ハ述ニ之ニ贊同スル能ハズ假令自由ヲ缺クモノ若クハ犯意ヲ缺クモノト假定スルモノ之ニ出ツル所爲ニシテ法律ノ保護スルモノト然ラサルモノトナ同一視スル如キハ學理ノ許サ、ル所ナラン此點ヲ明ニセサルカ爲ニ遂ニ一派ノ學者ハ前段ニ述ヘタル五點ノ區別ニ就キ往々曖昧ノ所論ヲ吐クコトアリトス

〔百二十五〕 被害者ノ承諾ハ必スシモ加害者ノ所爲ヲシテ權利ヲ侵シタルモノニ非スルノ所爲ノ權利タルト否トハ專ラ法律カ之ヲ保護スルト否トニ因リテ分ル、モノナリ蓋シ社會ニ刑罰權アルハ一人ノ利益ヲ計ルノミナ眼目トセサルカ故ニ若シ社會ノ刑罰權ノ行使ヲ害スルモノアランニハ被害者カ之ヲ許可スルモ社會カ之ヲ許可セサルナリ自然人ノ爲ニ手ヲ

下シタル罪(第三百二十條)決闘ノ罪(明治二十二年十二月二十八日第三十四號法律)協議墮胎罪(第三百三十二條)十二才以下ノ婦女ヲ和姦スル罪(第三百四十九條)等ニ於テ其例ヲ見ン但シ被害者ノ承諾ヲ經サルノ一點カ社會ヲ害スル性質ノモノハ此限ニ非ス第三百五十三條第二項末文ノ如シ但シ法律カ刑ヲ加ヘサルヲ以テ無罪トスト雖モ進メテ保護セサレハ尙未ダ一個ノ權利トイフ能ハサルナリ

第二款 刑法七十六條ノ解釋

〔百二十六〕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モノハ其罪ヲ論セス」ト本條ヲ適用シ一ノ所爲ヲ無罪トスルニハ(一)本屬長官ノ命令(二)職務上ノ所爲トイフ二條件具ハルヲ要ス其一ヲ缺カハ必スシモ無罪ノ限ニ非サルナリ

故ニ司法警察官カ豫審判事ノ令狀ヲ帶ヒ犯人ヲ逮捕拘引スル如キハ本屬長官(即チ此場合ハ豫審判事)ノ命令ニ從ヒ其職務(即チ司法警察官タル職務)ヲ以テ爲シタルモノナルカ故ニ其所爲罪トナラスト雖モ同シク司法警察

官カ非現行犯人ヲ豫審判事ノ令狀無クシテ逮捕シタルトキハ本條第一ノ條件ヲ缺キ又執達吏カ豫審判事ノ令狀ヲ帶ヒテ刑事被告人ヲ捕縛シタルトキハ本條第二ノ條件ヲ缺クヲ以テ必スシモ無罪ノ限ニ非サル可シ

〔百二十七〕果シテ然ラハ一方ニ本屬長官ノ命令アリ一方ニ自己其職務ヲ負フトキハ之ヲ執行スルニ出テタル所爲擧ケテ無罪タリヤ此點ニ付キ疑アル如ク論スル學者無キニ非スト雖モ余ヲ以テ之ヲ見レハ一ノ所爲カ屬官ノ職務内ニ在ルヤ否ヤヲ審案スルニ付テハ屢々之カ區別ニ困難ナル場合生スル事アリト雖モ一度其職務内タル事ヲ決シ之ガ執行ヲ命シタルモノ、本屬長官タルコトヲ明ニシタル以上ハ其所爲ノ擧ケテ無罪タルニ付キ聊モ疑ヲ容ルヘキ餘地無カラント信ス

何ヲ標準トシテ屬官ノ職務内ニ在ルト否トヲ區別スル事ヲ得ルカ本屬長官ノ命令ニシテ屬官カ其執行ヲ拒絕スル事ヲ得ルト否トノ一點是ナリ如何ナル命令ハ屬官其執行ヲ拒絕スルヲ得ルヤ一般人民ニ遵奉義務アル法律規則ニ違反シタルモノ是ナリ之ニ反シテ本屬長官限リニ命令シタル論

旨内訓ニ反シタル命令又ハ事實ノ判定ヲ誤リタル命令ニ至リテハ之カ執行ヲ拒絶スル能ハス

豫審判事カ無事ノ人民某ヲ捕縛ス可シト明言シタル令狀ヲ發シ之ヲ執行シタル司法警察官アリトセヨ本屬長官ノ命令アリト雖モ其命令ハ一般人民ノ遵奉義務アル法律ニ違反シ司法警察官執行ヲ拒絶スル事ヲ得ルモノニシテ亦其職務ニ屬セサルモノナリ故ニ之ヲ拒絶セスシテ執行シタルニ於テハ場合ニヨリ第二百七十八條ノ制裁ヲ免ル、克ハス

監視規則違反者其執行ヲ免レタル日數ハ期限ニ算入ス可ラズトイフ長官ノ命令ニ從ヒ官屬ニ於テ處分ヲ爲シタルニ其實潛ニ他出シタル如キハ期限ニ算入ス可キモノナリシトスルモ屬官ニ於テハ先ノ處分ニ付キ責任ヲ負ハス何トナレハ長官限リノ内訓若クハ指令ニ反シタル命令ニ過キスミテ屬官カ執行ヲ拒絶スル克ハサルモノタレハナリ

豫審判事ハ某ヲ犯罪人ト思料スルノ故ヲ以テ一定ノ式ヲ履ミ之カ逮捕ヲ命スルニ方リ司法警察官ハ某ヲ犯罪人ニ非スト思慮シ又其意見ハ事實ニ

適合スト雖モ此ノ如キ事實ノ認定ニ關シテハ屬官只意見ヲ陳述シ得ルニ止マリ進ンテ拒絶スル克ハス即チ之ヲ執行スルハ職務内ニ屬スルヲ以テ其所爲舉ケテ罪ト爲サス

〔百二十八〕論者曰ク本屬長官ノ命令ノ當否ニ付キ疑念ヲ抱キナカテ執行シタル屬官ノ所爲ハ第七十六條ヲ適用シ無罪トセザル可ラスト(刑法論綱一七二頁)法律規則ヲ知ラサルヲ以テ犯スノ意無シトスルヲ得サルハ第十七條第四項ノ明言スル所ニシテ普通人民スラ尙且法律規則ニ違反スルヤ否ニ疑念ヲ招キタルヲ理由トシ責任ヲ免ル、克ハス況ンヤ官吏公吏ニ於テオヤ前段ニ述フル區別ヲ捨テ只ニ本屬長官ノ命令ノ當否ヲ疑ヒタルノ一點ヲ以テ本條ヲ適用セントスルハ豈汎キニ失シタル解釋ナラサルヲ得ンヤ

〔百二十九〕論者又曰ク本屬長官ノ命令ノ法律ニ反シタルヲ知ツテ實行シタルモノニハ本條ヲ適用スル能ハスト(同一七三頁)命令ニシテ既ニ法律ニ反シタルモノナランカ何カ故ニ屬官ノ之ヲ知ルト否トチ區別スル必要ア

リヤ若シ夫レ知ラスシテ實施シタル者ニ本條ヲ適用スルトセハ前段ニ述  
フル論旨ノ如ク普通人民ニ對スル第七十七條第四項ト權衡ヲ失スル甚シ  
ト謂フ可シ

〔百三十〕論者又說ヲ爲シテ曰ク本屬長官ノ命令カ法律ニ反セサル場合ハ  
本條ノ適用無シ故ニ逮捕官吏カ豫審判事ノ命令ニ從ヒ犯人ヲ捕縛シ兵卒  
カ司令官ノ命令ヲ奉シテ賊軍ヲ砲撃シタル如キ場合ハ第七十六條ノ範圍  
外ナリト(同一七一頁)論者ノ意ハ蓋シ此ノ如キ所爲ノ罪トナラサルハ明文  
ヲ俟タスシテ明カナルノミナラス正當防衛ニ均シキ一ノ權利行爲ナルヲ  
以テ無責任ノ場合ヲ列擧セル第一編第四章ノ法意トナスヲ得スト云フニ  
在ラノ我輩ハ本條制定ノ沿革ニ照シ少シク意見ヲ異ニスルモノナリ  
惟フニ現行刑法第七十六條ハ草案第九十條第三ノ場合ニシテ草案第九十  
條第三ノ場合ハ佛國刑法第三百二十七條ヨリ脱化シタルモノタルハ殆ト  
疑ヲ容レサル所ナリ佛國刑法第三百二十七條ニ曰ク殺傷ニシテ法律及ヒ  
正當官府ノ命スルモノナレハ重罪モ輕罪モ無シト佛國刑法カ特ニ殺傷ノ

場合ヲ擧ケタルハ亦其沿革ニ照サスンハ眞ノ法意ヲ知ル能ハス蓋シ古昔  
ノ刑法學者ハ人ヲ殺スモ擧ケテ有罪トスル能ハストセハ其如何ナルモノ  
ハ罪トナリ如何ナルモノハ罪トナラザルガト云フ疑問ヲ決セントシ結局  
法律ノ命スル殺戮(Homicide lege)ハ無罪ナリト云フ說ヲ唱ヘタリキ佛刑法  
第三百二十七條ハ此ノ如キ沿革上ノ理由アリテ特ニ殺傷ノ語ヲ用ヒタル  
ノミ其精神ニ至リテハ敢テ殺傷外ノ所爲ヲ有罪トスルニ非サルハ學說判  
例ノ一致スル所トス爰ニ於テカ起草者ボアソナード先生モ法律及ヒ正當  
官府ノ命令ニ出テタル所爲ヲ無罪トスル規定ニハ特ニ殺傷ノ場合ノミヲ  
擧ケレハ不當ト認メ汎ク殺傷外ノ所爲ニ適用セシメントシ之ヲ總則ノ中  
ニ規定スル必要アルヨリシテ遂ニ其第九十條第三ノ場合トセラル、ニ至  
リシモノカ此沿革ニ照セハ第七十六條ハ夫ノ所謂適法殺戮ト云フ思想ヲ  
布延セシニ過キサル本屬長官ノ命令ノ法律ニ反セサル場合ニモ其適用ア  
リトスル豈我立法者ノ意ヲ得タルモノナラサルヲ得ンヤ

〔百三十一〕本屬長官ノ命令カ法律ニ反セサル場合ハ勿論本屬長官限リノ

内訓等ニ違反シタルモノ並ニ事實ノ認定ヲ誤リタルモノナルトキ之ヲ執行スルニ出テタル所爲ハ屬官ノ職務上ノ行爲タルニ害ナシ故ニ第七十六條ハ職務ニ基ク無責任若クハ無罪ト云フモ敢テ不可ナシト雖モ此ノ如キハ尙ホ一ノ重大ナル觀察ヲ脱シタルモノナリ屬官カ職務ヲ執行スルハ一般臣民ニ對シ正々堂々タル權利ヲ實行スルモノニシテ法律ノ保護スル所ナラスヤ(第百三十九條以下參照)權利行爲ト無責任ノ所爲トヲ區別セサル可カラサルハ第一款ニ述フル如シ

〔百三十二〕第七十六條ハ自由ヲ欲シニ基ク無罪ノ一トスルヲ至當トスル說アリ(草案第九十條第三、井上氏刑法二二四頁……)論者ノ所謂自由ヲ欠クトハ屬官カ法律規則ノ範圍内ニ於テ長官ノ命令ヲ拒絕スルヲ得サル制限ヲ謂フトスレハ敢テ我輩ノ論旨ト區別アル事無シ然リト雖モ之ヲ以テ第七十五條ニ曰フ如キ精神上ノ自由ヲ欠ク場合ノ一トスルニ至テハ我輩大ニ反對ノ意ヲ表セサルヲ得ス元來第七十五條ハ目前ニ抗拒ス可カラサル危害急迫アルヲ假定シタルモノニ非スヤ屬官カ本屬長官ノ命令アル毎ニ

抗拒ス可カラサル危害急迫アリト思惟シ精神ノ自由ヲ喪失スト曰ハ、誰カ其無稽ニ驚カサラン況ンヤ第七十五條ノ如キ無責任ノ場合ト本條ノ如キ權利行爲ノ場合トハ其間第一款ニ述フル如キ區別アルニ於テオヤ但シ一ノ注意アリ第七十五條ハ抗拒ス可カラサル強制カ人力ヨリ來リ強制サレタルモノカ屬官タルトキチモ含蓄スルヲ以テ長官カ威權ヲ弄シ重大ナル強迫ヲ與ヘテ屬官ノ意ニ非サル行爲ヲ行ハシメタルトキハ亦該條ニ因リ屬官ハ無罪タルヲ得可シ只我輩ハ第七十六條ノ場合ニ於テモ精神上ノ自由ヲ欠クノ一點カ無罪タル原因ナラサル可カラストスル說ニ反對スル者ナリ

〔百三十三〕本屬長官ノ命令及ヒ職務上ノ所爲ト云フニ要素ヲ具ヘタルモノハ何故ニ之ヲ罪トセサルノミナラス法律カ保護スル一個ノ權利トナシタルヤ此理由ヲ解セントセハ下級官吏ノ拒絕スル能ハサル命令ヲ設クル主旨ヲ明ニセサル可カラス夫レ行政事務ハ複雑煩多ナルモノニシテ動モスレハ其滯滞ヲ來シ易シ而シテ其最モ滯滞ヲ來ス危險アレハ下級官吏カ

長官ト意見ヲ異ニスル毎ニ己ノ不當ト認ムルモノヲ執行セサルヲ得セシムルニ在リ然リト雖モ又反對ノ極端ニ走セ如何ナル命令ト雖モ長官ヨリ出テタルモノハ盡ク拒絕スル能ハサラシメシカ法律規則ハ遂ニ長官ノ意ヲ以テ左右シ得ルノ奇觀ヲ呈セン何レモ政綱紊レ法規行ハレサルニ至ル可キカ故ニ一方ニ於テハ長官ノ命アルモ屬官ノ拒絕シ得ル爲メニ法律ニ反シタル命令ハ執行サル、事無キヲ得一方ニ於テハ長官ノ命アレハ屬官ノ拒絕シ得サル爲ニ之ヲ執行スルモ其責長官アルヲ明カニシテ以テ行政事務ノ澁滯ヲ避クルコトヲ得是本條ノ規定アル所以ナランカ

### 第三款 正當防衛

〔百三十四〕 我刑法ハ正當防衛ヲ以テ殺傷ニ關スル特別ノ不論罪ト看做シ之ヲ第三編第一章第三節ニ規定スト雖モ固ト正當防衛ニ出テタル所爲ハ獨リ殺傷ノミヲ無罪トスヘキモノニ非ス殺傷スラ無罪タリ況ンヤ殺傷ニ至ラサル必要ノ反撃ニ於テオヤ宜シク之ヲ總則ノ中ニ掲ケサル可カラス其詳細ハ更ニ論述スヘシ〔百四十六號說明參考〕ト雖モ要スルニ此ノ如キ理

由アルヲ以テ我輩モ亦法典ノ順序ニ拘ハラヌ之ヲ總則ノ講義ニ説明セシトスル所以ナリ

正當防衛ニ關シテハ先ツ其基本ヲ述ヘ次ニ必要條件ヲ辯明セント欲ス

#### 第一項 正當防衛ノ基本并ニ之ヲ權利ナリ

ト云フ理由

〔百三十五〕 正當防衛ニ離ル可カラサル者ハ害ヲ退クルハ一人ノ腕力ヲ以テスルト云フ觀念ニシテ一人ノ腕力ヲ以テ害ヲ退ケ得ル範圍ハ社會公權ノ發達ト反比例ヲナスモノナルニ注意セサル可カラス蓋シ社會尙ホ幼稚ニシテ公權ノ發達微弱ナリシ元始時代ニ於テハ一人ノ權利ヲ保護スルモノハ即チ一人ノ腕力タルヲ一般ノ定則トシタル如キ事迹アリト雖モ社會ト云ヒ公權ト云ヒ固ヨリ共ニ進化ノ大則ニ漏レス幾多ノ世紀ヲ重テテ發達スルニ方リ其一私人ノ權利保護ノ領地ニ一步ノ多キヲ加フレハ腕力ヲ以テ害ヲ退ケ得ル吾人ノ版圖ニ一步ノ短縮ヲ來シ遂ニ近來ノ國家ハ一般ニ個人ノ身體財產ヲ保護スルノ任ヲ社會公權ノ本分ト認ムルニ



至リ恰モ元始時代ト表裏ノ觀ヲ呈セリ爰ヲ以テ今日ハ一私人ノ腕力ヲ加害ノ所爲ニ反座シ或ハ自ラ強制シテ義務ヲ履行セシムル克ハサルヲ原則トナスモノトス

然ラハ權利保護ノ任ハ徹頭徹尾舉ケテ社會公權ノ作用ニ一任センカ社會公權ノ威力ハ法理上如何ニ強大ナリトスルモ事ノ實際ニ於テ之ヲ代表シ之ヲ適用スルモノハ限りアル有形ノ人ナリ吾人ノ身體財產ニ對スル無限ノ危害ハ到底之ニ因リテ盡ク防止スル克ハス防止スル克ハサル危害ニシテ後日回復ノ途アル損害ヲ加ヘントシタルモノハ猶ホ可ナリ夫ノ身體生命ノ如キ一度之ヲ失ヘハ復人力ヲ以テ舊ニ復スル法無キ權利ヲ損失セシメントスル巨害ノ目前ニ迫ル事アルハ敢テ珍シカラサルヲ奈何セン  
社會ノ公權ハ吾人ノ權利保護ヲ其本分トス然ルニ其力ノ及ハサル所ニ於テ吾人カ回復ノ途ナキ權利ヲ失ハントスル時ト雖モ決シテ之ヲ退クルニ固有ノ腕力ヲ以テスル能ハスンハ此點ニ付キテ公權ハ吾人ノ權利ヲ保護セサルモノト謂ハサル可カラズ爰ヲ以テ近世ノ國家ト雖モ巨害目前ニ迫

リ公權ヲ恃ムニ暇無キ場合ニ回復ノ途無キ權利ハ一私人ノ腕力ニ因テ自ラ保護スル事ヲ公認シ以テ權利保護ノ任ヲ全フス是正當防衛ノ規定アル所以ナリ

〔百三十六〕正當防衛ハ立法上一ノ權利トスヘキモノナルカ解釋上我刑法ハ權利ト認メタルモノトスヘキカ(一)正當防衛ハ社會ノ公權カ吾人ノ權利ヲ保護スルニ自ラ固有ノ腕力ヲ用ユルヲ公認シタル場合ニ生スルモノナリ然ルニ此腕力ヲ用ユルヲ公認シタルハ一私人ノ力ヲ以テ公權ノ及ハサル所ヲ補フ目的ニ外ナラサルヲ以テ之ヲ許シ之ヲ保護スルハ亦吾人ノ權利ヲ保護スルニ缺ク可カラサル手段ト謂ハサル可カラズ果シテ正當防衛ヲシテ此ノ如ク國家ノ保護スル必要アルモノナラシメハ立法論トシテ亦到底一箇ノ權利ト認メサルヲ得サル可シ(二)然ラハ我刑法ハ之ヲ一箇ノ權利ト認メタリヤ第三百十四條ヲ見ルニ「……正當ニ防衛……シタル者ハ……其罪ヲ論セス」ト規定ス罪ヲ論セストハ我刑法カ通常不論罪ノ場合ニ使用スル語ニシテ不論罪トハ犯罪ノ主體ニ精神的要素ヲ缺クニ基ク

無罪無責任ノ謂タル事ハ嘗テ之ヲ一言セリ無責任ノ場合ニ於テモ其罪ヲ論セスト云ヒ正當防衛ニ出テタル所爲ニ付テモ亦其罪ヲ論セスト云フ同一ノ語ヲ用ヒタルヲ以テ見レハ單ニ責任無キニ基ク無罪ト認ムルニ過キサルカ將タ又進テ之ヲ保護シテ以テ一箇ノ權利トスルノ精神ナルカ第三百十四條ノ但書ヲ見ルニ不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ニハ腕力ヲ以テ反撃スル事ヲ禁止ス不正ノ所爲トハ何ソヤ他人ノ權利ヲ侵犯スルモノヲ謂フ正當防衛者ハ己ノ權利ヲ侵犯サレントスルニ方リ之ヲ防衛スルカ爲メニ腕力ヲ用ユル者ナルヲ以テ他人ハ之ニ對シテ更ニ反撃スルヲ許サ、ルハ即チ國家カ正當防衛ノ所爲ヲ保護スルモノナル故ニ本條ハ但書ハ即チ之ヲ權利ト認メタルモノト云ハサル可カラス

第二項 正當防衛ノ條件

〔百三十七〕 我刑法ハ正當防衛ヲ認メ又之ヲ一箇ノ權利ト看做シタリト雖モ權利ヲ保護スルニ一私人ノ腕力ヲ以テスルヲ許シタル例外ノ規定ナルヲ以テ其成立ニ必要ナル條件ハ嚴格ニ解釋セサル可カス第三百十四條ニ

三

曰ク身體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シ不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタルモノハ此限ニ在ラスト此條文ヲ分折スル時ハ(一)防衛者ニ加ヘタル暴行ハ其身體生命ニ對スルモノナラサル可カラス(二)加害者ヲ反撃スルハ暴行ヲ防クニ必要ナル程度ヲ越ス可カラス(三)加害者ノ暴行ハ不正ノ所爲ニ因リ自カラ之ヲ招キタルモノナラサル可カラスト云フ三條件ヲ具フルヲ必要トス以下逐一之ヲ説明セシ

〔百三十八〕 甲 正當防衛ノ成立スルニハ防衛者ニ加ヘタル暴行ハ其身體生命ニ對スルモノナラサル可カラス是其第一條件ナリ——夫レ正當防衛ハ害ヲ防クニ一私人ノ腕力ヲ以テスルモノナリ一私人カ固有ノ腕力ヲ以テ自ラ權利ヲ保全スル克ハサル現今文明國一般ノ定則ニ對スル例外ナルヲ以テ之ヲ公認スルハ必スヤ他人ノ暴行ヲ甘受スレハ容易ニ償フ克ハサル損耗ヲ受ケントスル場合ナラサル可カラス然ラハ如何ナル權利ニ對スルモノハ復償フ克ハサル損害ト云フヲ得ルヤ各國ノ法制ヲ比較スルニ本

問ヲ解釋シタル立法者ノ意見ハ必スシモ一樣ナラスト雖モ我立法者カ生命身體ヲ以テ容易ニ回復スルノ途無キ權利ト認ムタルハ第三百十四條ノ首文ニ徴シテ一點ノ疑アル無シ亦極メテ至當ナル見解ニシテ身體生命ニ對スル危害ハ加害者ヲ殺傷シテモ之ヲ保全スルヲ公認スル是各國刑法ノ軌ヲ一ニスル所ナリ(佛及ヒ和刑三二八。白刑四一六。獨刑五三。魯刑一〇七。伊刑四一……)

〔百三十九〕第三百十四條ニ所謂身體生命ノ中生命ニ就テハ特ニ之ヲ言フヘキ無シ身體ニ就テハ殴打其他ノ暴行ニ因リ傷害ヲ與ヘ身體ノ一部ヲ毀損セントスル所爲ヲ指スハ勿論自由貞操ノ如キモ亦此語ノ中ニ含蓄スルモノトナス是學說判例共ニ一致スル所ナリ故ニ他人ノ爲メニ不法ニ監禁又ハ誘拐サレントスル場合若クハ暴行脅迫ヲ以テ強姦其他猥褻ノ所行ヲ被ラントスル場合ニ腕力ヲ用ヒ加害者ヲ殺傷シテモ自己ノ權利ヲ保全スル權利アリト云ハサル可カラス

〔百四十〕第三百十四條ノ身體ナル語ハ名譽ヲ含蓄スルヤ否ヤ某學者ハ積

極論ヲ採リ身體ノ語ノ中ニ名譽ヲ包含スト主張スレトモ其理由トズル所ハ極メテ明カナラス曰ク名譽ハ財産ニ比シテ重カルヘキモ決シテ輕キモノニ非ス我刑法ハ財産ニ對シテスラ正當防衛ノ權利ヲ認メタリ然ラハ惡ノ名譽ニ對スル正當防衛ヲ認メサル理アラザヤ故ニ名譽ハ身體ノ語中ニ含ムト解セサル可カラス(井上正一氏刑法講義一九三頁)名譽ト財産トノ輕重ハ論者ノ言ノ如ク容易ク之ヲ斷言スル能ハサラン而シテ財産ニ對シテ我刑法ハ正當防衛權ヲ認メサルモノ、如シ要スルニ此ノ如キ論鋒ハ尙ホ以テ身體ノ語中名譽ヲ含蓄スト云フ決論ヲ出タス能ハス多數且正當ナル見解ハ身體ノ語ニ名譽ヲ含マストナスニ在リ(ハウス氏六一七號以下フオスタン、エリ氏四卷一四八一號。ガロ氏四版一四九號。草案註釋六九八號。刑法論綱二〇九頁。刑法原論一九三頁以下)其理由他ナシ(一)名譽ニ對スル危害ハ之ヲ防衛スルニ腕力ヲ用ユルヲ必要トセス一般ノ順序ヲ履ミ法廷ニ訴フル餘地アリ(二)且危害ノ目前ニ在テ未タ去ラサル間ハ果シテ名譽ヲ毀損セントスルヤ否ヲ知リ難ク既ニ去テ後ニ至レハ縱令名譽ヲ毀

損スルモ反撃ヲ加ウルハ防衛ニ非スシテ復讐ナレハナリ但シ一ノ注意アリ身體生命ト各譽トヲ併セタル危害目前ニ迫レル時ハ其身體生命ニ對スル危害アルカ爲メニ正當防衛ヲ成立セシムルヤ論ヲ俟タス

〔百四十一〕身體生命並ニ自由貞操ニ對シ暴行ヲ加フル者アル時ハ自己ノ爲メニ防衛スル權利アルハ勿論假令他人ノ爲メニシタルモノト雖モ尙ホ正當防衛タルニ害ナシ(第三百十四條)蓋シ正當防衛ハ固ト社會公權ノ及ハサル所ヲ補フニ一私人ノ腕力ヲ以テスルモノナルヲ以テ普ク此權利ヲ與フルニ非サレハ權利保護ノ任ヲ全フスルニ足ラサル可シ

(註)一)本夫其妻ノ姦通セントスルヲ撞見シ其罪ヲ遂ケサラシムルニ己ムヲ得ス姦夫ヲ殺傷シタルハ第三百十四條ノ正當防衛ト謂フヲ得ルヤ將タ第三百十一條ノ宥恕ヲ以テ論スベキカ某學者ハ自己ハ名譽ヲ防衛シタルモノナルヲ以テ正當防衛ナリト主張ス(井上正一氏一九三頁)姦夫ヲ殺傷セズハ罪ヲ遂ケサラシムル克ハストハ如何ナル場合ヲ云フ意ナリヤ若シ妻ノ強姦サレントスルヲ謂フノ意ナラハ身體ノ語中ニ包含ス

ル貞操ニ暴行ヲ受クルモノナルカ故ニ他人ノ爲メニスルモ正當防衛ノ成立シ得ルハ第三百十四條ノ明言スル所ナリ妻ノ強姦サレントスルニ非スンハ本夫カ殺傷スルヨリ外ニ之ヲ遂ケサラシムル方法無キ場合無カラン假ニ之アリトスルモ論者ノ云フ如ク名譽ニ對スル害ナラシメハ正當防衛トナラス要スルニ本問ハ第三百十一條ニ擬セスハ破毀ヲ免カレサル不當ノ裁判ナリ

(二)二人ノ格闘スル者アリテ其中一人ノ將ニ殺サレントスルヲ遙ニ望見シ殺サントスルモノヲ銃殺シタルニ銃殺シテ殪シタルモノカ却テ正當防衛者ナリシキハ銃殺者ヲ如何ニ處分スベキカ暴行者ト信シテ殺シタルトキハ罪トナル事實ヲ知ラスシテ犯シタル者ナルカ故ニ第七十七條第二項ニ依リ無罪ナリ但シ過失アルトキハ第三百十七條ニ問ハル、コトアル可シ正當防衛者タルヲ知テ銃殺シタルトキハ尋常一般ノ人命犯ノ理論ヲ適用セサル可カラズ此ノ如キ場合ニ第一ニ被銃殺者カ正當防衛者ナルヤ否ヲ定メ第二ニ銃殺者カ之ヲ知テ銃殺シタルヤ否ヲ判定

セズ單ニ被銃殺者カ正當防衛者ナリシノ故ヲ以テ銃殺者ヲ人命犯ニ問ハ、理由ヲ附セサル裁判ニシテ破毀ヲ免カレス(刑訴二六九第九)井上正一氏一九四頁以下參照)

〔百四十二〕財産ニ對スル危害ニ關シテ正當防衛權ヲ認ムルハ法理上其當ヲ得タルモノナリヤ日本刑法ハ財産防衛權ヲ認ムルヤ否ヤ換言スレハ立法上果シテ身體生命ニ對スル危害アル場合ノミニ腕力ヲ反坐スルヲ許シ財産ヲ失ハントスルトキハ之ヲ許サ、ルヲ至當トスルカ解釋上日本刑法ノ下ニ於テハ正當防衛ノ第一ノ條件ニ付キ暴行カ身體生命ニ對スルモノタルヲ必要トスルカ將タ之ヲ財産ニ對スル危害ヲモ加フルコトヲ得ルカ本問ニ入ルニ先チ一ノ注意スルヲ要ス他無シ加害者ノ意ハ財産ニ損害ヲ加ヘントスル目的若シハ財産ニ對スル罪ヲ遂ケ逃去其他終局ノ効ヲ納メントスル目的ニ出ツルトキト雖モ之カ爲メニ被害者ノ身體生命ニ暴行ヲ加ヘタルトキハ其暴行ヲ防クニ必要ナル範圍内ニ於テ正當ニ防衛スル權利アルハ一點ノ疑無シ苟モ不正ニ身體生命ニ暴行ヲ加ヘントスルトキハ

目的ノ財産ヲ侵サントスルニ出ツルト否トヲ問ハサルナリ  
故ニ本問ノ意ハ身體生命ニ暴行ヲ加フル事無クシテ單ニ財産ヲ侵害セんとスル者ヲ腕力ヲ以テ防衛シ己ムヲ得サルトキハ殺傷スルモ尙ホ無罪ナリヤ否ニ無罪ナルノミナラス法理上若クハ解釋上堂々タル一箇ノ權利ナリヤ否ヤト云フニ在リ

〔百四十三〕本問ハ立法論トシテモ學者ノ見解一様ナラス積極論者曰ク財産ト雖モ權利タルノ點ハ身體生命ト更ニ異ナル處無シ且一度之ヲ侵犯サルレハ財産ト雖亦容易ニ回復スル能ハサル場合トシトセズ身體生命ニ至リテハ正當防衛權ヲ認ムヘキモノトシ同シク權利タル財産ニ對シテハ豈獨リ之ヲ認ム可ラストスヘキ理アランヤト(オルトラン氏第一卷四二一號)消極論者ノ說ニ曰ク財産ニ對スル損害ハ通常之ヲ償フコトヲ得ルモノトス又財産カ身體生命ト同シク一個ノ權利タルハ勿論ナリト雖加害者ノ身體生命ヲ毀損シテマテ之ヲ防衛シ得ルモノトスルハ所有權ノ範圍ヲ度外ニ汎ク解シタル說ニシテ到底理論ニ適合シタルモノニ非スト(フオスタン、

エリ氏第四卷一四八〇號、ハウス氏第一卷六一九號末文ガロー氏一四九號B) 刑法起草者ボアソナード先生モ消極論者ノ一人タルハ疑無シ但シ其理由ニ至テハ註釋書ニ之ヲ明言セラレヌ(草案註釋三五—一號)

[百四十四] 我刑法ハ財産防衛權ヲ認ムルカトイフ解釋論ニ至リテモ學者其意見ヲ異ニス多數ノ學者ハ第三百十五條ヲ以テ財産防衛權ヲ認メタルモノナリト主張スト雖モ(井上正一氏一九七頁以下刑法原論三卷一九二頁宮城氏九〇—一頁……)獨リ富井博士ハ反對ノ說ヲ主張シ正當防衛權ヲ認メタルモノニ非スト論セラレタリ(論網二—二頁以下)實ニ解釋ノ正鵠ヲ得タルモノト謂ハサル可カラス今ヨリ進テ同博士カ消極論ヲ採ラレタル理由ヲ略述セン(一)身體生命ニ對スル危害ヲ防止スルニ出テタル所爲ヲ規定シタル條文ニハ特更ニ正當ニ防衛シト謂フ文字アリ(三—四條)ト雖モ財産ニ關スル暴行ヲ防止スルニ出テタル所爲ヲ規定シタル條文ニハ此ノ如キ語無シ(三—五條)是立法者ノ意アツテ爲シタル書方ナリ(二)正當防衛ハ固ト一私人カ腕力ヲ以テ自ラ權利ヲ保全スル能ハサル定則ノ例外ナルヲ以テ宜

シシ其解釋ヲ嚴格ニセサル可カラス立法者カ正當防衛ト謂フ語ヲ加ヘタル條文ニハ身體生命ニ對シテ暴行アルヲ必要トスルノ明文アリト雖モ財産ニ對スル暴行ヲ反撃スル所爲ヲ無罪トシタル條文ニハ特更ニ正當ニ防衛シト謂フ文詞ヲ避ケタリ故ニ第三百十四條ノ語ヲ漫ニ次條ノ場合ニ布延スル能ハス(三)第三百十五條ノ第二ノ場合ハ改正草案第三百四十八條ニ宥恕ト明言シタルモノニシテ其第一ノ場合ト第三ノ場合トハ草案第三百五十一條第一及ヒ第三ニ正當防衛ニ準スト明言シタルモノナリ畧言スレハ第三百十五條ハ草案ノ宥恕ノ場合ト正當防衛ノ場合トヲ合併シ殊更ニ正當防衛トス(若シハ)正當防衛ニ準スト云フ語ヲ避ケタル條文ナルヲ以テ立法者ノ意ハ到底一種特別ノ不論罪ヲ規定スルニ在リシモノト解セサル可カラスト

我輩ハ博士ノ說ニ服スルモノナリ故ニ(一)正當防衛ノ成立スル條件ノ第一トシテハ身體生命并ニ自由貞操ニ對スル危害アルヲ必要トナシ(二)財産ヲ防衛スルニ出テタル所爲ハ正當防衛ニ非サル特別ノ不論罪ナルヲ以テ其

詳細ハ各論ノ講義ニ譲ル

(註) 財産防衛權ナシト云フ説ヲ採ルモ自己ノ財産ヲ失ハントシ之ヲ防  
止スルニ非ス其危險ニ強制セラレ精神ノ自由ヲ失テ敵ヲ殺傷シタル事  
實アルトキハ第七十五條ヲ適用スヘキ場合ヲ生ス可シ而シテ其財産ニ  
加ヘントスル危害ヲ防衛スルニ基クトキハ第三百十五條ノ範圍ニ入ル  
〔百四十五〕乙 加害者ヲ反撃スルハ暴行ヲ防クニ必要ナル程度ヲ越ス可  
カラズ是レ正當防衛成立ノ第二條件ナリ——暴行人ヲ殺傷スルハ身體生  
命ニ對スル危害ヲ防衛スルニ已ムコトヲ得サルモノナラサル可カラズ(第  
三百十四條)已ムコトヲ得ス殺傷ストハ殺傷スルノ外ニ暴行ヲ避ケ身體生  
命ヲ全フスル克ハサルニ因リ敵ヲ殫損スルノ謂ナリ如何ナル場合ニハ敵  
ヲ殺傷スルノ外暴行ヲ避クル途ナシト云フヲ得ルカ是レ固ヨリ事實論ナ  
ルヲ以テ豫メ之ヲ斷言スル克ハスト雖モ其事實ヲ認定スルニ方リ左ノ三  
點ヨリ推究スルヲ要ス

(一) 被害者ノ豫メ知ラザリシ暴行ナルヤ否ヤ若シ夫レ被害者ニ於テ豫メ

自己若クハ他人ノ身體生命ニ危害ヲ加ヘントスル者アルヲ知ラハ法廷ニ  
訴テ其保護ヲ恃ムヲ正當ノ順序トス然ルニ殊更ニ之ヲ捨テ、攻撃ノ起ル  
可キ場所ニ向ヒ敵ヲ殺傷シタル者ハ已ムコトヲ得サルニ出シニ非ス從ツ  
テ第三百十四條ヲ擬スルノ限ニ非サルナリ然ラハ此ノ如キモノハ如何ニ  
處分スヘキカ第三百十六條ニ因リ第三百十三條ノ例ニ照スコトヲ得ルハ  
第四百十七號以下ノ説明ニ述フル如シ

(二) 身體生命ニ對スル危害ノ目前ニ在ルヤ否ヤ身體生命ニ對スル危害目  
前ニ在リテ公權ノ保護ヲ恃ム暇無ケレハコソ一私人カ腕力ヲ以テモ自ラ  
之ヲ退クル事ヲ得ル害惡既ニ去ルノ後ナラシメハ已ムコトヲ得サルニ非  
ス防衛スルニ出テタル所爲ニ非スシテ復讐ナリ文明國ノ法律カ復讐ヲ公  
認セサルハ敢テ喋々ノ辯ヲ弄セスシテ明ナリ(第三百十六條)

(三) 殺傷以外ノ方法ハ身體生命ヲ防衛スルニ足ラサル狀況アリシヤ否ヤ  
即チ加害者ト被害者トノ年齢男女ノ別、犯罪ノ別、場所、方法等ヲ斟酌シ加害  
者ノ兇器ヲ奪ヒ若シクハ之ヲ制縛シ相當官署ニ引致スル事ヲ得サル狀況

アリシカ否ヤヲ審察セサル可カラズ若シ夫レ殺傷ニ至ラサル所爲ヲ以テ害ヲ防キ得ルニ拘ラス敵ヲ殺傷センカ第三百十六條ノ明文ニ因リ宥恕減輕ヲ受クルコトアルモ決シテ第三百十四條ニ掲クル權利ノ實行トナルコト無シ

(註) 身體生命ニ害ヲ加フル者アルニ方リ逃去シ得ルニ拘ラス逃去セスシテ敵ヲ反撃シタルモノハ已ムコトヲ得サルニ出テタル所爲ト云フヲ得ルヤ否ヤ若シ已ムコトヲ得サルモノトスレハ其所爲正當防衛ナリト雖モ之ニ反スレハ只宥恕サル、迄ナリ此ノ如ク其結果ノ及フ所重大ナリト雖モ本問ハ純然タル事實ノ問題ナリトス但シ一ノ注意スヘキ點アリ單ニ暴行ノ始ニ逃奔シ得ル狀況アリシハミチヲ以テ直チニ已ムヲ得サルニ出テタルモノニ非スト速斷ス可カラズ一度敵ニ後ヲ見スレハ却ツテ己ノ身體生命ヲ危シスルコトアリ得ヘキヲ以テナリ

〔百四十六〕 防衛ノ手段ハ殺傷ニ限ル可キカ某學者ハ別ニ理由ヲ附セスシテ積極論ヲ採リ殺傷以外ノモノハ縱令身體生命ヲ防衛スルニ出テタルモ

ノト雖モ正當防衛ノ限ニ非スト云ヘリ(刑法原論第三卷一九四頁)正當防衛ハ其成立條件ヲ嚴格ニ解釋シ明文外ニ布延スルヲ許サズ然ルニ其規定ハ殺傷ニ關スル特別ノ不諭罪ト云フ章ノ中ニ在リテ條文ノ中ニモ、暴行人ヲ殺傷シタル者、ト明言スルカ故ニ此ノ如キ說ヲ採用スルニ至レルモノナラン但シ其當ヲ得サルヤ明カナリ(一)第三百十五條ノ位置ハ佛國刑法第三百二十八條ニ倣ヒタル草案第三百五十條ノ轍ヲ履ミタルモノニシテ必スシモ殺傷外ノ所爲ヲ盡ク正當防衛ニセスト云フ考ニ非ス(二)佛國刑法第三百二十八條モ亦暴行人ヲ殺傷シタル者ト云フ語アリト雖モ殺傷以外ノ方法ハ正當防衛ニ非スト論スル學者アルヲ聞カス(三)自國刑法ノ母法ノ下ニ於テ此ノ如キ解釋行ハレ之ヲ我國ニ於テ排斥スルノ意ナラシメハ惡クシ立法者ニ於テ之ヲ明言セサランヤ(四)既ニ第三百十四條ノ明文カ殺傷スルモ一定ノ條件ヲ具フレハ正當防衛ト公認シ其他ノ所爲ニ反對ノ規定ヲ置カザリシナラン況ンヤ殺傷ヨリ輕微ナル防衛ノ所爲ニ於テチヤ當ニ殺傷ヨリ輕微ナル所爲ヲモ正當防衛トスル意ナルノミナラス本條已ムコト



ヲ得ス」ノ條件アルカ爲ニ殺傷ヨリ輕微ナル所爲ヲ以テ害ヲ防シニ足ル時ハ彼ヲ捨テ之ヲ取ラシムルノ意ナリト言ハサルヲ得ス本問ノ如キ場合ニ於テ彼ノ勿論解釋ノ効用ヲ見ル可シ(五十三號說明參照五)然ラハ立法者ハ佛刑法ノ用語ヲ避ケサリシハ如何他ナシ防衛ノ所爲トシテ現出スルハ通常殺傷ニシテ其他ノ場合ニハ勿論解釋ヲ適用スルヲ得ルヲ以テナリ

〔百四十七〕 丙 加害者ノ暴行ハ不正ノ所爲ニ因リ自ラ招キタルモノナル可カラス是レ正常防衛ノ第三成立條件ナリ——第三百十四條但書三「不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタルモノハ此限ニ在ラス」ト規定シタルヲ以テ正常防衛ノ成立上自ラ不正ノ所爲ニ因リ自己ノ生命身體ニ對スル(暴行ヲ招カスト云フ)必要條件ノ一トス可キハ論ヲ俟タスト雖モ之ヲ適用スルニ方リテハ大ニ疑ヲ容ル可キ場合ヲ生ス便宜上我輩ハ先ツ本條但書ノ適用ニ付キ困難ヲ感セサル場合ヲ說明セン

〔百四十八〕 (一) 他人ノ權利ヲ侵害シ得ル權利アル事無シ故ニ權利ヲ實行スル所爲ニ對シ正常防衛(一ノ權利)成立セス今若シ自己ノ所爲ニ因リ他人

ニ權利行爲ヲ生セシメタル者アリトセンカ權利行爲ノ爲ニ自己ノ生命身體ニ如何ナル危害アルモ之ヲ退ケントスル暴行ハ正常防衛ト成ル克ハサルナリ例ヘハ自己ノ所爲ヲ以テ他人ノ生命身體自由貞操ニ危害ヲ加フレハ被害者之ヲ防止スルニ已ムヲ得サル範圍内ニ於テ敵ヲ殺傷スル權利アリ殺傷サレントスルモ之ニ抗抵スル加害者ノ反撃ハ正常防衛ト成ル克ハス何トナレハ自己ノ所爲ニ因リ被害者ニ權利行爲(此場合ハ正常防衛タル權利行爲)ヲ生セシメ之ヲ侵害スル權利(加害者ノ正常防衛權)アル可カラサレバナリ故ニ甲ト云フ者乙ヲ殺サントシ傷ケントシ監禁セントシ強姦セントスルニ方リ乙之ヲ防カントシテ甲ノ生命身體ニ危害ヲ加フルモ甲之ヲ反撃シ正常防衛ヲ實行シタリト去フ克ハス

自己ノ犯罪ヲ理由トシ官吏カ本屬長官ノ命令ニ從ヒ若クハ法律規則ノ規定ニ從ヒ職務ヲ盡クサントスルトキハ之ガ爲ニ自己ノ生命身體ニ危害アルモ反撃スルニ出テタル所爲ハ正常防衛トナル事無シ官吏ノ職務ヲ盡クスハ被治者ニ對シ權利ヲ實行スルモノナリ(百三十一號參照)故ニ自己ノ法

律違反ノ所爲ニ因リ官吏ノ職務上ノ行爲ヲ生セシメタルトキハ之ヲ侵犯スル權利(正當防衛權)ヲ生セス司法警察官ニ捕縛サレントスル犯人又ハ司獄官ニ死刑ニ處セザレントスル囚徒カ自己ノ生命身體ニ危險アルヲ理由トシ防衛スル克ハサル如シ

之ヲ要スルニ自己ノ所爲不正ニシテ爲ニ他人ニ職務上ノ行爲若クハ正當防衛權ヲ生セシメタルトキ之ニ對スル正當防衛權ナキハ明ニシテ第三百十四條但書ノ適用上此場合ニ付テハ一定ノ疑團ヲ留メス之ヲ畧シテ職務上ノ行爲並ニ正當防衛權ニ對シ正當防衛ナシト云フ事ヲ得又一般學者ノ如ク正當防衛成立ノ條件トシテ不正ノ暴行ニ對スルニアラサレハ正當防衛權ナシト言フモ可ナリ

〔百四十九〕(二) 自己ノ不法ナル所爲ニ因テ招キタル他人ノ暴行カ權利行爲ト成ラス同シク一ノ犯罪タル場合ニハ之ニ對シ防衛權アリヤ例ヘハ姦所ニ於テ本夫ニ殺傷サレントシタル姦夫姦婦ハ正當防衛權ヲ有スルヤ第三百十四條ノ但書ノ適用ニ付テ最モ困難ヲ感スルハ即チ本問ノ場合ナリ

〔百五十〕第一ノ說ニ曰ク自ラ暴行ヲ招キタル場合ニ正當防衛權ヲ失フヤ否ヤハ招カレタル暴行カ權利行爲トナルト否トニ因リテ定ルモノナリ右ノ例ニ於テ姦通ト云フ不法ノ所爲ニ因リテ招カレタル本夫ノ襲撃ハ權利ノ實行ニアラス刑ヲ宥怒サルニ過キサル犯罪ナリ(第三百十一條)故ニ己ヲ殺傷センナスル本夫ニ對シ姦夫姦婦ハ正當防衛權ヲ失ハス(刑法原論第三卷一九三頁)刑法論綱二二八頁法理論トシテハ此說因ヨリ有力ナリト雖モ亦一大批難アルヲ免レス不文ノ法理上如何ニ有力ナルモ之ヲ以テ明文ノ規定ト正反對ノ解釋論ヲ出タスニ足ラサルヲ奈何セン姦通ハ不正ノ所爲ニ非サルカ之レニ因リ暴行ヲ招キタル者ニ汎ク正當防衛權アリトイハ、第三百十四條但書ノ規定ト正反對ニ非サル無キカ

〔百五十一〕第二ノ說ニ曰ク自ラ暴行ヲ招キタル場合ニ正當防衛權ヲ失フヤ否ヤハ招キタル不正ノ大ナルト否トニ因リテ定マルモノナリ蓋シ第三百十四條但書ノ文字ニ拘泥スルトキハ苟モ不正ノ所爲即チ法律違反ノ所爲ニ因リ暴行ヲ招キタルモノハ盡ク防衛權ヲ失フ如シト雖モ極メテ瑣小

ナル言行ニ因リ防衛權ヲ失フト解釋スルハ極端ニ失シ本條ノ精神ニ戻ラ  
 ン姦通ノ如キ大ナル不正ノ所爲ニ因リ暴行ヲ招キタルモノハ固ヨリ防衛  
 權ヲ失フト(刑法實用二七七頁宮城氏九〇三頁)蓋シ草案註釋ニ不正ノ所爲  
 ニ因リ暴行ヲ招キタル者ノ防衛權ヲ失フ一例トシテ甚シク人ヲ侮辱シタ  
 ル場合ヲ舉ケタルカ故ニ(六九八號)此ノ如キ說ヲ生スルニ至リシナラン然  
 レトモ(一)法律違反ノ所爲ハ盡シ不正ナリ事小ナリト雖モ苟モ法律カ刑ヲ  
 科シタル所爲ハ不正ナラスト云フ克ハス(二)法律違反ノ所爲ノ大ナルカ故  
 ニ防衛權ヲ失ヒ小ナルカ故ニ之ヲ失ハスト判決スルヲ得ハ裁判官ノ職權  
 ナ以テ本條但書ハ或ハ適用シ或ハ適用セサル事ヲ得ト云フニ均シ故ニ此  
 說モ到底正當ナル解釋ト云フヲ得ス

〔百五十一〕惟フニ第三百十四條但書ハ不正ノ所爲ニ因リ故意ヲ以テ身體  
 生命ニ對スル暴行ヲ招キタル者ノ防衛權無キヲ規定シタル注意ニ在ラサ  
 ル無キカ左ニ之ヲ一言セシ

第三百十四條但書ニ相當スル草案第三百五十條第二項ニ但シ過ナテ自ラ

<sup>ガレサフカト</sup>  
 (Parsa faute) 暴行ヲ招キタル者ハ其罪ヲ宥恕ストアリ此規定ハ同第三百四  
 十三條第二項(現行法第三百十條第二項)ト同一ノ主旨ニ出ツト曰ヘル(六九  
 八號註釋)ヲ以テ同條ノ註釋ヲ見ルニ……甚シク他人ヲ侮辱シテ暴行ヲ招  
 キ尙之モ防衛スル權利アリトスレハ他人ヲ謀殺セントスル者先ツ之ニ侮  
 辱ヲ與ヘ其怒ツテ暴行ヲ加フルニ及ヒ之ヲ殺傷シテ刑ヲ免ルニ至ラン  
 ト(六八七號註釋)故ニ起草者ノ意ハ故意ヲ以テ暴行ヲ招キ而シテ人ヲ殺傷  
 スル者ノ刑ヲ免レンコトヲ恐レ苟モ不正ノ所爲ニ因リ暴行ヲ招キタル者  
 ハ故意ヲ以テ迎ヘタル者ニ非スト雖モ防衛權ヲ失ヒ單ニ刑ヲ宥恕サル  
 ニ過キストスルニ在リシナラン換言スレハ一種ノ謀殺罪ヲ不問ニ附スル  
 危險ヲ避ケン爲メニ過ナテ暴行ヲ招キタル者モ自ラ不正ノ所爲アリシ以  
 上ハ防衛權ヲ失ハシムル意ナリシナラン然ルニ修正ノ際草案ノ……過ナテ  
 ……ト云フ無意ノ場合ニ適合スル文字ハ删除セラレ……其罪ヲ宥恕スト云フ  
 一句ハ……此限ニ在ラス[即チ正當防衛ニアラスト云フ辭ニ改メラレタリ  
 宥恕ハ犯罪成立シタルニ拘ハラス刑ノ全部又ハ一部ヲ免スルモノナリ故

ニ明文アルヲ要ス現行法ハ宥恕ノ語ヲ退ケ單ニ正當防衛ニ在ラスト云フ  
 ナ以テ不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者若シ襲撃者ヲ殺傷スレハ  
 普通ノ殺傷罪ニ問ハサル可カラス是レ宜シク注意スヘキ點ノ第一ナリ  
 法律違反ノ所爲ハ盡ク不正ナリ從ツテ罪狀ノ如何ニ拘ハラヌ又重罪タル  
 ト輕罪タルト違警罪タルトニ論ナク總テ第三百十四條但書ノ不正ト云フ  
 語ニ合マル然ルニ暴行ヲ招キタル所爲ニシテ苟モ法律ニ反スル以上ハ故  
 ニ之ヲ招カサルモ其所爲如何ニ輕微ナルモ防衛權ヲ失フトセンカ瑣小ノ  
 犯罪ニ因リ暴行ヲ招ケハ遂ニ殺傷罪ヲ犯サレハ一身ヲ全クスル能ハス  
 殺傷罪ニ犯人トナルヲ欲セサレハ暴行ヲ甘受スルノ已ムヲ得サルニ至リ  
 頗ル奇怪ナル結果ヲ生ス是宜シク注意スヘキ點ノ第二ナリ  
 法文ニ身體生命ヲ防衛シタル者ハ罪ヲ論セスト云ヒ但書ニ「自ラ暴行ヲ  
 招キタル者ハ此限ニ在ラス」ト云フ例外ヲ示スニ方リ草案ノ「過チテ」ト  
 云フカ如キ無意ノ場合ニ適合スル文辭ヲ避ケ一方ニ於テ「宥恕ス」ノ語ヲ  
 削除セシ結果普通ノ殺傷罪ニ問フヘキヲ示シタル以上ハ防衛ヲ名トシ刑

ヲ免レン爲ニ故意ニ暴行ヲ招キタル者ハ假令身體生命ニ危険アリシト雖  
 モ正當防衛トナル克ハスト云フ文意ニ解スル必スシモ附會ノ說ニアラサ  
 ルヘキカ

〔百五十三〕第三百十四條但書ハ故意ニ暴行ヲ招キタル者ニ防衛權ナキヲ  
 示シタル主旨ト解釋スレハ故意ニ暴行ヲ招キタル所爲極メテ輕微ナリト  
 雖モ苟モ不正即チ法律ニ反スル以上ハ防衛權ヲ喪失スト謂ハサル可カラ  
 ス故ニ例ヘハ某甲某ノ容易ニ怒ヲ發シ暴行ヲ働クヲ知リ暴行ヲ働クニ及  
 テ殺傷センカ爲ニ乙某其田圃ノ路ナキ個所ヲ通行シ(第四百二十九條第十  
 八)甲ノ怒ツテ鐵拳ヲ振フニ乘シ殺傷スルカ如キハ防衛トスル克ハサルナ  
 リ

〔百五十四〕之ニ反シ自己ノ犯罪ハ容易ナラサルモノト雖モ意外ニ暴行ヲ  
 招キタル場合ニ其暴行權利行爲ナラサルトキハ依然防衛權ヲ喪失セス故  
 ニ姦所ニ於テ本夫ニ襲撃セラレタル姦夫姦婦ノ姦通ト云フ所爲ハ固ヨリ  
 容易ナラサル犯罪ナリト雖モ故意ニ本夫ノ暴行ヲ迎ヘテ殺傷スルノ意無

シ本夫ノ襲撃ノ權利行爲ナラサル(第三百十條)ヲ以テ防衛權ヲ喪失セスト  
謂フ可シ

[百五十五] 論者ハ曰ハン防衛ヲ名トシ殺傷罪ノ刑ヲ免レン爲ニ不正ノ所  
爲ヲ以テ故意ニ暴行ヲ招キ人ヲ殺傷シタル者ハ豫メ謀リテ殺傷シタル者  
ナリ第三百十四條但書ノ制限ナシト雖モ敢テ不問ニ附スル恐ナシト夫レ  
然リ然レトモ論者ノ言ハ但書ヲ削除スヘシト云フ立法論トシテ價值アル  
ノミ直ニ余輩ノ解釋論ヲ非トスルニ足ラス況ンヤ削除シテ不都合ナキ場  
合ニ屬シ特別ノ明文アル我刑典ニ於テオヤ

[百五十六] 防衛權成立ノ第三條件ノ説明ヲ了ルニ臨ンテ尙ホ一ノ問題アリ  
一私人ハ官吏ニ對シテ正當防衛權ヲ有スルヤ官吏ノ職務ヲ妨害スル罪  
ノ成立スルニハ(一)官吏タル資格ヲ有シ(二)職務上(三)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方リ(四)暴行脅迫ヲ以テ抗拒シタルコト  
ヲ要ス此條件ノ一ヲ缺キタル場合ニ自己ノ生命身體ニ暴行ヲ受ケ殺傷ス  
ルノ外ニ途ナク且ツ自己ノ不正ノ所爲ニ因リ故意ニ招キタル者ニアラサ

レハ防衛權アル論ヲ俟タス襲撃者カ官吏タルノ一事ハ必スシモ防衛權ヲ  
喪失セシメサルナリ(ガロー氏一五〇號說明參照)

### 第四章 犯罪ノ種別

[百五十七] 一罪ヲ觀察スルニ種々ノ點ヨリセハ數多ノ種別アルヲ見ノ之  
ヲ觀察スル標準ハ(一)罪質ノ輕重(二)犯意ヲ要スルト否ト(三)所爲ノ狀態(四)發  
覺ノ模様(五)他ノ犯罪ニ牽連スルト否ト(六)客體ノ如何(七)違反シタル法則ノ  
如何(八)公訴ヲ受理スルニ告訴アルヲ要スルト否トヲ其重ナルモノトス  
犯罪ニ數多ノ種別アルハ恰モ合意ニ數多ノ種類アルカ如シ(民法財産編第  
二部第一章第一款參照)合意ニ雙務ノモノ有リ片務ノモノ有リ有償ノモノ  
有リ無償ノモノ有リ諾成ノモノ有リ要物ノモノアリ然ルニ此等ノ特色ハ  
一合意ノ觀察點ヲ異ニシテ得タル結果ニ過キササルヲ以テ一個ノ合意カ雙  
務ニシテ有償ナリ雙務有償ニシテ諾成タル事ヲ得之ニ均シク犯罪ニ重罪  
アリ輕罪アリ有意犯アリ無意犯アリ現行犯アリ非現行犯アリト雖モ皆是  
レ一犯罪ノ種別ニ過キササルヲ以テ有意犯ノ現行犯タル重罪アルヲ得之ヲ

夫ノ謀殺タルモノハ故殺タルヲ得ス、竊盜ハ同時ニ強盜タル能ハサルカ如キ種別ト混同ス可カラス故ニ一罪アルニ方リ以下各節ニ掲クル標準ニシテ照シ其第一節ニ所謂重罪タルカ輕罪タルカヲ定メ次ニ第二節ニ示ス有意犯タルヤ無意犯タルヤヲ明ニスルヲ要ス

### 第一節 罪質ノ輕重ヨリ觀察スル種別

〔百五十八〕 刑法第一條ニ曰ク「凡ソ法律ニ於テ罰ス可キ罪分テ三種ト爲ス、重罪、輕罪、違警罪」ト是即チ犯罪ノ種別ヲ觀察スルニ其性質ノ輕重ヨリシタル區別ナリ本條ノ規定ニ付テハ區別ノ標準範圍、實益ノ三點ヲ論ゼン

#### 第一款 重罪、輕罪、違警罪ヲ分ツ標準

〔百五十九〕 犯罪ヲ分テ重罪、輕罪、違警罪ノ三トナスハ諸外國ノ刑典多數ノ例ナリ(佛、刑一、白、刑一、獨、刑一、澳、刑一、二、四〇、魯、刑一、二、三)然レトモ外國多數ノ刑典ハ犯罪ニ重罪、輕罪、違警罪ノ三アルヲ示スト同時ニ之ヲ識別スル標準ヲ掲ク(一般ニ科ス可キ刑ニ因リテ識別セシムル主義ヲ採用ス)ルニ拘ハラヌ我刑法ハ唯三種ノ別アルヲ告クルノミニシテ敢テ其標

準ヲ擧ケサルナリ此一點ニ付キ我刑法ハ埃及并ニ土耳其格ノ刑法ニ均シ(埃、土、刑、一)

〔百六十〕 然ラハ重罪、輕罪、違警罪ノ區別ハ何ニ因リテ之ヲ知ルカ立法上ノ標準ト解釋上ノ標準トハ必スシモ一樣ナラス

立法上犯罪ノ輕重ヲ分ツ標準ハ亦其採用スル主義ニ因リテ異同アリ故ニ純正主義ヲ採ル立法者ハ道德ニ背ク事甚シキモノヲ重罪トシ必要主義ヲ採ル立法者ハ社會ニ與フル損害ニ大ナルモノヲ重罪トシ折衷主義ヲ採ル立法者ハ背德加害ノ深且大ナルモノヲ重罪トス若シ夫レ一國ノ立法者ニシテ自然法主義ヲ採ルモノアラシメンカ社會ノ生存條件ヲ害スルノ最モ甚シキモノヲ重罪トノ世人ノ所謂德義ヲ破ルノ大ナルヤ否ヤ犯罪ノ所爲ニ伴フ實害ノ大ナルヤ否ヤハ生存條件ヲ害スル深淺ヲ視ルノ參考ニ過キカラズ

解釋論トシテハ科、ス、ヘ、キ、刑、罰、ノ、外、罪、ノ、輕、重、ヲ、分、ツ、標、準、無、シ、第、七、條、ニ、列、舉、セ、ル、刑、罰、ハ、重、罪、ノ、主、刑、ナ、リ、第、八、條、ニ、列、舉、セ、ル、輕、罪、第、九、條、ノ、違、警、罪、ノ、主

刑ナリ故ニ其裏面ヨリ第七條ニ示ス刑罰ヲ科スヘキ罪ハ重罪ナリ第八條ノ刑ニ處スヘキハ輕罪第九條ノ刑ヲ適用スヘキハ違警罪ナリト謂ツ可シ是ニ由テ之ヲ觀レハ我刑法ハ第一條ニ於テハ重罪、輕罪、違警罪ヲ分ツ標準ヲ示サスト雖モ刑罰ノ種類ヲ列舉スルニ方リ自ラ其何レニ處斷サル、罪ノ重罪タルカ違警罪タルカヲ知ラシムルカ故ニ結果ハ刑ヲ見テ罪質ヲ知ル、普通ノ主義タルヲ明ニス

〔百六十一〕罪ハ本ニシテ刑ハ未ナリ罪重キヲ理由トシ重キ刑ヲ科スルハ可ナリト雖モ重キ刑ヲ科スルカ故ニ重罪ナリト謂フハ本末ヲ顛倒シタル主義ナリト〔ロシイ〕氏第一卷五四頁ボアタアル〔氏一五號〕此駁論ハ全ク其當ヲ得ス刑ヲ見テ罪質ヲ區別スル主義ヲ採用シタル法典ハ何レモ制定ノ初メ立法者カ犯罪ノ輕重(折衷主義)ノ立法者ナラハ即チ背德加害ノ大小深淺ヲ標準トシ輕重ノ區別ヲ立テタルモノニシテ其重キモノハ重キ刑ヲ科ルカ故ニ結局實際ノ便宜上科スヘキ刑罰ニ依リ罪質ヲ分タシムルニ至ルノミ

〔百六十二〕重罪、輕罪、違警罪ヲ分ツハ專ラ各條ニ記載スル本刑ニ依ル可キカ又ハ實際ニ宣告シタル刑名ニ依ル可キカ夫レ刑ヲ加重スル原因ハ總則ヲ示スモノニ再犯アリ第九十一條以下各本條ニ記載スル特別ノモノアリ(例ハ第三百六十九條ノ如シ)又之ヲ減輕スル原因ハ總則ニ掲グル宥恕第八十條第二條第八十三條第二項自首(第八十五條以下)從犯(第九九條)未遂犯(第一百十二條)アリ亦各本條ニ記載スル特別ノモノアリ(例ハ第三百十一條ノ如シ)而シテ此等ノ加重又ハ減輕ハ總テ法律ノ規定カ自ラ加減スルモノナリト雖モ尙他ニ裁判官カ職權ヲ以テ刑ヲ減スル事ヲ許セリ(第八十九條第九十條)今若シ重罪、輕罪、違警罪ハ專ラ各條ニ記載スル本刑ヲ以テ區別スヘキモノトセンカ強盜罪ヲ犯シタル者宥恕自首、從犯、未遂犯、酌量ノ一ニ囚リ一等ヲ減セラレ輕罪ノ主刑タル(第八條)禁錮ニ處セラル、モ本刑ハ輕懲役タルヲ以テ(第三百七十八條)第七條依然重罪ト謂フノ已ムヲ得サルニ至ラン之ニ反シテ實際ニ宣告シタル刑名ニ依リ區別スヘキモノトセンカ減輕カ法律ノ規定ニ基クト裁判官ノ酌量ニ基クトト問ハス共ニ罪名ヲ變ス

ルモノナレハ夫ノ強盜ノ如キハ輕罪犯人ト謂ハサル可カラサルニ至ラン  
 (註) 本問ハ加重ノ場合ニ實益ナキモノトス其理由ニアリ(一)裁判官ハ情  
 狀ヲ酌量シ本刑ヨリ一等又ハ二等ヲ減スル事ヲ得ルト雖モ之ニ一等又  
 ハ二等ヲ加重スル職權ナキカ故ニ裁判ニ因リ加重ノ結果刑名ヲ變シ從  
 ツテ罪名ヲ變シタルヤ否ノ疑ヲ起ス可キ場合ヲ生セス(二)法律ノ規定カ  
 加重スル場合ト雖トモ加重ノ結果違警罪ノ刑ハ輕罪ニ入ル克ハス(第七  
 十二條第二項)輕罪ノ刑ハ重罪ニ入ル克ハス(第七十條第二項)例ハ第三  
 百六十七條ノ罪ヲ犯シタル者第三百六十九條及ヒ第九十二條ニ因リ二  
 等ヲ加フレハ其最高度七年六個月トナリ輕罪ノ主刑タル禁錮ノ最高度  
 七年(七年ハ加重ノ結果トシテ法律ニ許サレタル禁錮ノ最高度ナリ第七  
 十條第二項)參照ス可シ)ヲ超過スト雖モ重罪ノ刑ニ入リ輕懲役輕禁獄  
 ニ處スル克ハサルカ故ニ同シク刑ヲ加重シタル結果罪名ヲ變シタルヤ  
 否ヤト云フ問題ヲ生セス  
 一方ノ學者ハ各條ニ記載シタル本輕ヲ以テ罪質ヲ分ツ可シト云フ說ヲ主

張ス(グレイ氏一二六頁)此說ヲ採ル者ハ裁判ニ因リ刑ノ一部ヲ免スル酌  
 量減輕ハ勿論法律自身カ之ヲ減スル宥恕ノ場合ト雖モ罪名ヲ變セスト云  
 へリ(同氏一五三頁)其理由トスル所ハ他無シ犯罪ノ輕重ヲ分ツ標準ハ所爲  
 ノ社會ニ與フル害ノ大小ニ在ルヲ以テ客觀的ノ品評タルニ過キス宥恕ノ  
 如キハ主觀的ニ犯人ノ責任ヲ輕クスルモノタルカ故ニ罪質ノ輕重ニ聊ノ  
 影響ヲ及ホス事無シト(同氏同頁)折衷主義ノ論鋒ヲ以テ容易ニ此說ノ欠點  
 ナ明ニスルヲ得ン犯罪ノ輕重ハ加害ノ大小ノミヲ標準トセス背徳ノ深淺  
 モ亦之ヲ論定スルニ必要ナルモノナリ徳義ヲ破ルノ深淺ハ主觀的ニ視察  
 ス可キモノニシテ宥恕ハ主觀的ノ理由ニ基ク減輕ナリト假定スルモ尙罪  
 質ヲ變スルニ足ル況ンヤ宥恕ハ盡ク主觀的ノ減輕ト謂フ克ハサルニ於テ  
 オヤ

第二ノ說ヲ採ル學者ハ一ノ區別ヲ立テ法律上ノ減輕ハ罪名ヲ變シ裁判上  
 ノ減輕ハ罪名ヲ變セスト主張ス(ガロオ氏四九號)我輩ハ之ニ同意ヲ表スル  
 者ナリ第一條ノ明文ニ「凡法律ニ於テ罰スヘキ罪……」ト謂フニ非スヤ宥恕



自首、從犯、未遂犯ハ何レモ總則又ハ第二編以下ニ於テ法律カ刑ヲ減スルモノニシテ裏面ヨリ言ヘハ法律ハ減輕シタル刑罰ヲ科スルニ在リ然ラハ何ソ之ヲ以テ罪名ヲ變スル効力無シト云フヲ得ン特ニ從犯、未遂犯ノ減輕及ヒ各本條ノ減輕ハ之ニ因テ減輕シタルモノヲ本刑トスヘキ事ハ第九十九條ノ明言スル所ナリ本刑變スレハ罪名モ亦從ツテ變化ス宥恕ニ付テハ明文ナシト雖モ亦是一個ノ法律上ノ減輕ナルノミナラス各條ニ記載スル宥恕ニ本刑ヲ變スル効力アルヲ明言スル以上ハ(第九十九條)獨リ總則ニ掲ケタル宥恕ノ本刑並ニ罪名ヲ變スル効無カラシヤ之ニ反シテ裁判上ノ減輕即我刑法ノ所謂酌量減輕ハ單ニ裁判官カ職權ヲ以テ減輕ヲナシ得ル任意的ノモノナリ從ツテ罪名ヲ變スル事無シ酌量減輕ニ因リ罪名ヲ變シタル場合ニハ裁判ノ未宣告シタル刑名ニ拘ラス減輕スル以前法律ノ科シタル刑名ニ依ツテ罪名ヲ定ム可シ

第二款 區別ノ範圍

〔百六十三〕 第一條ニ示シタル重罪、輕罪、違警罪ノ區別ハ刑法ノ第二編第三

編ニ列舉セル犯罪ノミノ區別ナルカ他ノ特別法ニ規定シタル犯罪ニモ適用スヘキ區別ナルカ本問ハ第五條第二項ニ因リテ明ニ決セラル若シ刑法外ノ法律規則ニ特別ノ明文アリテ刑法ノ總則ヲ適用ス可カラサル條項アレハ之ニ依ル可シ反對ノ明文無キ以上ハ刑法ノ總則ニ從フ故ニ前段ノ理論ヲ應用スルヲ要ス

論者曰ク重罪ノ主刑ヲ科シタルモノハ重罪ニシテ違警罪ノ主刑ヲ科シタルモノハ違警罪タル事論ヲ俟タズ特ニ此二個ノ場合ニ就テハ刑法ニ規定アルト反對ノ條項無キ特別法ニ規定アルトハ問ハサルナリ然レトモ輕罪ハ主刑ヲ科シタルモノハ盡ク輕罪ナリト謂フヲ得ス刑法外ノ法律規則ニ輕罪ノ主刑ヲ科シタル犯罪ニ成立上犯意ヲ要セサルモノアリ其犯意ノ有無ヲ問ハスシテ罰スルモノハ性質上違警罪ナリト本論ハ我國ニ於テ主張スル克ハス(一)重罪、輕罪、違警罪ノ區別スル標準ハ成立ニ犯意ヲ要スルト否トニアラスシテ之ニ科シタル刑名ノ如何ニアリ(二)第八條ハ禁錮罰金ヲ以テ輕罪タルヲ知ルノ標準トシ其他ヲ曰ハス(三)我刑法ハ現ニ成立上犯意ヲ

要セサルモノヲ輕罪ノ中ニ置ケリ(第三百十七條以下及ヒ第四百九條)豈特別法ニ於テ法理ヲ變スル事アラシヤ

### 第三款 區別ノ實益

(百六十四) 重罪輕罪違警罪ヲ別ツ實益ハ刑法ニ關スルモノト裁判所構成法ニ關スルモノト刑事訴訟法ニ關スルモノト其他ノ特別法ニ關スルモノトアリ各別ニ説明セン

刑法ニ關スル區別ノ實益九點アリ(一)主刑ヲ異ニス(第七條第八條第九條)(二)附加刑ノ處分ヲ異ニス(第三十二條以下)(三)假出獄ヲ得ルト否トニ別アリ(第五十三條)(四)宥恕減輕ノ法ニ差異アリ(第八十三條)(五)再犯加重ノ法同シカラズ(第九十一條以下)(六)數罪俱發ノ處分ヲ異ニス(第一百條第一百一條)(七)數人共犯ノ場合ニ正犯從犯ノ處分異ナリ(第一百五條第九條)(八)未遂犯ノ減等法均シカラス(第一百三條)(九)偽證罪ノ刑罰ニ大關係アリ(第二百十八條以下)其他第四百四十七條第五百十條ニ於テモ亦然リ

裁判所構成法ニ就テハ舊治罪法時代ニ於テ著キ實益アリキ即チ違警罪ハ

違警罪裁判所輕罪ハ輕罪裁判所重罪ハ重罪裁判所ノ管轄ニ屬シ罪名ヲ變スレハ管轄裁判所ヲ異ニシタリ(舊治第二編第二章第三章第五章)ト雖モ現行構成法ノ實施ヲ見ルニ至リ少シク其趣ヲ變ヘタリ同法第十六條第二十七條第五十條ヲ見テ知ル可シ

刑事訴訟法ニ屬スル實益ハ(一)公訴ノ時効ヲ得ルニ必要ナル期間ヲ異ニス(第八條)(二)司法警察官告訴ヲ受ケタルトキ手續ヲ異ニス(第四十九條第二項)(三)准現行犯ノ成立並ニ官吏亦ハ一私人ノ逮捕スル事ヲ得ルト否トノ差アリ(第五十七條第五十八條第六十條)(四)犯罪ノ搜查ヲ終リタル時檢事ノ手續異ナリ(第六十二條)(五)豫審ノ手續ヲ異ニス(第六十七條第六十九條第二百二十四條第五百四十二條第六百六十六條第六百六十七條第六百六十八條第七百七十二條以下)(六)公判ノ手續ヲ異ニス(第二百三十七條第二百四十條第二百四十一條)(七)再審ノ訴ヲナシ得ルト否トノ別アリ(第三百一條)

控訴豫納金ノ件ニ就キ亦區別ノ實益アリ明治十八年一月六日第二號布告同二十三年六月二十八日同布告改正同二十三年二月八日第二號法律ヲ參

照ス可シ

監獄則ニ關シ(一)工錢ノ分與法ヲ異ニス(同第二十二條)、(二)無期徒刑ノ囚徒更ニ犯シタル犯罪カ重罪タルト輕罪タルトニ因リ施鎖ノ期限ヲ異ニス(同第四十五條)

第二節 成立ニ犯意ヲ要スルト否トヨリ觀察スル犯罪ノ種別

〔百六十五〕 有意犯無意犯——有意犯トハ成立ニ犯意ヲ要スルモノヲ謂ヒ無意犯トハ成立ニ犯意ヲ要セサルモノヲ謂フ犯意ノ何タル事并ニ無意犯ノ性質ハ既ニ之ヲ説明セリ(百四號以下第百十四號説明參照) 無意犯ト過失犯トハ同一物ナリ犯罪ナシテ犯罪ノ成立スルニハ過失アルヲ要ス過失アルヲ要スルカ故ニ無意犯ヲ名ケテ過失犯ト稱スル事アルノミ

刑法上ノ犯罪ニ有意犯ト無意犯トノ別アルニ就キ折衷主義ノ論者ハ理由ヲ附シテ曰ク「刑罰權ノ基礎ハ背徳ト加害トノ二點ニアリ警察權ノ基礎ハ

五七

利益ノ一點ニ歸ス而シテ犯意アリテ罪ヲ犯スハ徳ニ背キ害ヲ加フルモノニシテ過失ニ因リ法ニ戾ルハ單ニ害ヲ加フルモノ、ミ徳ニ背クモノニアラス果シテ然ラハ國家カ有意犯ヲ罰スルハ刑罰權ヲ行使スルモノニシテ無意犯ヲ罰スルハ警察權ヲ行使スルモノト謂フ可シ」(ガロオ氏五十號説)ノ當否ヲ知ラント欲セハ刑罰權ノ基本ニ溯リテ推究セサルヲ得ス是レ爰ニ我輩ノ之ヲ評論セサル所以ナリ

〔百六十六〕 有意犯無意犯ヲ區別スル實益ハ解釋論ニ關スルモノト立法論ニ關スルモノトアリ

解釋論ニ關シ(一)定義ニ示ス如ク一罪ノ成立ニ犯意アルヲ要スルト否トハ其實益ノ一ナリ(二)重罪ニ無意犯無ク輕罪ノ無意犯有ルニハ必ス特別ノ明文ニ示サレ(第七十七條第一項但書)違警罪ハ通常無意犯ナリ(第百十一號説明參照)(三)有意犯ニハ未遂犯アリト雖モ無意犯ニ未遂犯無シ(七十五號七十六號説明參照)(四)第四十三條ニ因レハ犯罪ノ用ニ供シタル物件ハ附加刑トシテ沒收セラル然ルニ有意犯ニハ犯罪ノ用ニ供シタル物件アリ得ヘシト

雖モ無意犯ニ此ノ如キ物件アル道理ナシ(五數人共犯ノ場合ニ於テ無意犯ハ教唆スル克ハス)

立法論トシテハ更ニ重大ナル實益アリ(一)如何ナル主義ニ因リテ刑罰權ノ基礎ヲ論定スルモ無意犯ハ有意犯ニ比シ一般ニ其情輕キモノトス從ツテ或ル過失ヲ無意犯トシ罰スルコト罰スルトシテ刑罰ノ輕重并ニ種類ヲ定ムルコトニ就キ特別ノ審査ナカル可ラス(二)再犯ノ處分ヲ定ムルニ方リ初犯又ハ再犯何レカ一方カ無意犯ナルトキハ再犯ニ對シ加重法又ハ特別ノ處分法ヲ適用セサルヲ至當トス此點ハ現行法ノ注目セサリシ所ニシテ再犯論ノ部ニ更ニ之ヲ一言セン(三)假出獄ノ規定ニ就テモ亦我立法者ハ専ラ重罪輕罪ノ區別ノミニ留意シ有意犯無意犯ノ區別ニ基キ處分セサリシハ缺點ナリ假出獄ノ部ニ說明ス可シ(四)重罪輕罪違警罪ノ區別ハ第一節ニ述フル如ク數多ノ實益アリテ殆ント刑法ノ規定全體ニ關係ナ有スルモノナリ然リト雖モ所謂其實益タルヤ盡ク此ノ如キ區別ヲ假想シタル後ニ立法者ノ生セシメタルモノナラサルハ無シ故ニ將來若シ三種ノ區別ヲ全廢シ

五六

和蘭伊太利ノ刑法ノ如ク唯之ヲ二種ニ分ツテ適理且便益トスル時期ニ至ラハ有意犯無意犯ニ二大別スルヲ最モ至當ト考フ和蘭伊太利(六シヤール)ノ刑法ハ何レモ犯罪ヲ分チテ二種トナスト雖モ必スシモ有意犯無意犯ニ區別シテ漏ラス所無キニ至レルモノニアラス

### 第三節 所爲ノ狀態ヨリ觀察スル犯罪ノ種別

[百六十七] 所爲ノ狀態ヨリ觀察スル犯罪ヲ分チテ(一)豫備犯着手未遂犯缺効犯既遂犯(二)行犯不行犯(三)即成犯繼續犯(四)單行犯慣行犯連續犯トナス事ヲ得

#### 第一款 豫備犯、着手未遂犯、缺効犯、既遂犯

[百六十八] 此區別并ニ其實益ハ第三章第二節ニ詳論シタルヲ以テ更ニ之ヲ述ヘス六十八號以下ノ說明ヲ見ラレシコトヲ希望ス(中止犯不能犯ノ事ヲ言ハサルハ他ナシ此二者ハ犯罪ニ非サルヲ以テナリ)

#### 第二款 行犯、不行犯

[百六十九] 行犯トハ積極ノ行爲ニ依リテ成立スル犯罪ヲ謂ヒ不行犯トハ

刑法(總則) 犯罪ノ成立要素

消極ノ行為ニ依リテ成立スル犯罪ヲ謂フ、凡法律ノ規定ハ其數甚多シト雖モ要スルニ禁令命令ノ二ヲ出テス禁令ハ某所爲ヲ爲ス可ラスト命令スルモノナリ故ニ之ニ違反シテ犯罪ノ成立スルニハ進ンテ其所爲ヲ爲スト云フ積極ノ行為アリシヲ要ス反之命令ハ某所爲ヲ爲ス可シト命スルモノナリ故ニ其所爲ヲ爲サスト云フ消極ノ行為アリシヲ要ス甲ハ行犯ニシテ乙ハ不行犯ナリ由之觀之ハ更ニ行犯トハ禁令ニ對シテ成立スル犯罪ヲ謂ヒ不行犯トハ命令ニ對シテ成立スル犯罪ヲ謂フトイフモ可ナラン公務ヲ行フヲ拒ム罪(第七十七條以下)及ヒ第三百四十條第四百二十五條第六、第八ノ罪ノ如キハ不行犯ノ例ナリ

〔百七十〕行犯不行犯ノ區別ハ解釋論トシテハ殆ト實益無シ只不行犯ニハ通常未遂犯無キノ一事ヲ以テ實益ト見ルヲ得ン歟(八十三號註參照)反之立法論トシテハ一大實益アリ他ナシ一國ノ立法者カ犯罪ノ形象國法上ノ犯罪ヲ定ムルニ付キ須ク此區別ニ注目セサル可ラサル是ナリ蓋シ吾人ノ社會ニ生活アルヤ其生存條件ヲ毀損ス可ラサルカ故ニ或ル所爲ヲ爲ス可ラ

スト云フ消極ノ義務アルハ一般ノ狀態ナリト雖モ自ラ進ンテ或ル行為ヲ爲サ、レハ其生存條件害スト云フ積極ノ義務ヲ負フハ甚稀ナリトス爰ヲ以テ立法者タルモノ進ンテ或所爲ヲナス可キ積極ノ義務ニ負キタル犯罪(即チ或ル事ヲ爲サ、リシニ因テ成立スル不行犯)ヲ認ムルニハ宜シク慎重ヲ加ヘ適用ヲ慎マサル可ラス

第三款 即成犯、繼續犯

〔百七十一〕即成犯トハ實行ノ所爲ニ比較的僅ノ時間ヲ要スル性質ノ犯罪ヲ謂ヒ繼續犯トハ實行ノ所爲ニ比較的長キ時間ヲ要スル性質ノ犯罪ヲ謂フ實行ノ所爲ノ性質ヲ長キ時間ヲ要セサレハ實際犯人カ多クノ時ヲ費シテ實行シ了レル場合ト雖モ即成犯タルニ害ナシ之ニ反シテ其性質多クノ時間ヲ要スルモノナラシメハ犯人ノ意ヲ以テ僅ノ間ニ成就スルモ即成犯タル克ハス(オルトラン)氏一卷七五二號以下(ヱイレ)氏一三一以下(ガロオ)氏五二號ヲ參照セヨ總テ我輩ノ説明スル所ト多少ノ差異アリ)

〔百七十二〕某犯罪ノ實行ノ所爲カ性質上多クノ時間ヲ要スルヤ否ヤハ法

律カ其犯罪ニ下シタル定義ヲ熟讀詭味セサル可ラス何トナレハ其罪ノ實行ノ所爲ヲ如何ナルモノトスヘキカハ專ラ法律ノ定ムル所タレハナリ一例ヲ舉ケンニ日本刑法ハ重婚罪ノ定義ヲ下スニ方リ單ニ配遇者アル者重ネテ婚姻ヲ爲シタルトキト...言ヒ(第三百五十四條)之ト同居スルヲ成立要素トセサルカ故ニ婚姻ト云フ比較的僅ノ時間ヲ要スル實行ノ所爲ヲ要素トス即チ即成犯ナリト雖モ若シ立法ニシテ同居スルヲ成立要素タラシメント欲セハ斯ノ如ク規定センコト固ヨリ自由ナリ而シテ此場合ニハ繼續犯トナラン何トナレハ同居ト云フ所爲アラシニハ性質上多クノ時間ヲ要スレハナリ又我刑法ノ定義ニ依レハ強竊盜罪ハ寸時モ贓物ヲ所持スル事無クシテ成立スルカ故ニ即成犯ト謂ハサル可ラス是即成犯ト繼續犯トチ分タンニハ法律ノ定義ニ基キ如何ナル所爲ヲ成立要素トシタルカチ定ム可シト云ヘル所以ナリ

〔百七十三〕 犯罪ノ多數ハ即成犯ニシテ繼續犯ノ數ハ少シ我刑法上第六十條第百八十八條第百二十九條第百三十二條第百四十二條第百

五十九條第百七十八條第百二十二條ハ繼續犯ナリ

右ノ外第百五十一條ノ罪ニ就テ「ザイレ」氏ハ即成犯ナリト云フ説ヲ主張シ(同氏一九二頁)セリ「エ」氏等ハ繼續犯ナリト云ヘリ(同氏公私訴訟二卷四五九號)我刑法ノ解釋トシテハ後ノ説ヲ妥當トス何トナレハ犯罪人逃去シ囚徒又ハ監視ニ付セラレタル者チ情ヲ知テ藏匿スルニ囚リテ該條ノ犯罪ヲ成立セシム藏匿スルニハ若干ノ日子宿泊セシムルヲ要スレハナリ第三百四十一條ニ就テモ同様ノ問題起ル事アル可シ

〔百七十四〕 即成犯繼續犯ハ行犯ノ細別ニアラス例ヘハ謀故殺、毆打創傷、強竊盜ノ罪ノ如キハ行犯ニシテ即成犯ナリト雖モ證人トシテ裁判所ニ呼出サレタル者示定ノ刻限ニ出頭セサリシ罪又ハ官署ヨリ解剖分析又ハ鑑定ヲ命セラレタル醫師化學家等之ヲ肯セサリシ罪(第百七十九條第百八十條)ノ如キハ即成犯ニシテ不行犯ナリ又司獄官吏カ囚人ヲ出獄セシム可キノ時ニ至リ之ヲ放免セサリシ罪(第百七十九條)又ハ逮捕官吏司獄官吏其他ノ護送者カ囚人ノ衣服飲食ヲ屏去シタル罪(第百八十條)ノ如キハ繼續不

行犯ニシテ不正監禁第二百七十八條又ハ定規ヲ増減シタル度量衡ヲ所有シタル罪第二百二十九條ノ如キハ繼續行犯ナリ

〔百七十五〕區別ノ實益三アリ(一)公訴ノ時效ニ就キ即成犯ハ其犯時ヨリ起算シ繼續犯ハ其最終ノ日ヨリ起算ス(刑訴第十條)、(二)繼續犯ハ其日子ノ長キニ亘ル時刑ヲ加重サル、事アリ(第二百七十八條)、(三)繼續犯ハ多クノ時間ヲ要スルノ結果其初ト終ト土地ヲ異ニスル場合即成犯ヨリ多カラシム此ノ如キ場合ニ適用スヘキ法律及ヒ管轄裁判所ニ影響ヲ及ホス事ナシトセズ但シ即成犯ト雖モ犯地ヲ異ニスル事アルカ故ニ此第三ノ點ハ眞ノ區別ノ實益トスルヲ得ス

#### 第四款 單行犯、慣行犯、連續犯

〔百七十六〕單行犯トハ一回ノ所爲ニ因リ成立スル犯罪ヲ謂ヒ、慣行犯トハ數回同一ノ所爲ヲナサ、レハ成立セサル犯罪ヲ謂ヒ、連續犯トハ二個以上ノ單行犯ヲ貫徹スルニ一個ノ犯意ヲ以テシタル結果一罪トナル者ヲ謂フ〔百七十七〕犯罪ノ多數ハ單行犯ナリ而シテ數次ニ實施スル事ヲ得ル單行

犯ニシテ前後ヲ貫徹スルニ一犯意ヲ以テスレハ連續犯トナルナリ例ヘハ他人ノ財産ヲ竊取シ一回ニシテ單行犯ニ過キスト雖モ若シ他人ノ金庫ニ藏ムル紙幣全部ヲ竊取スル意思ヲ以テ毎夜若干圓竊取セハ連續竊盜犯ナリ又官私ノ印ヲ偽造シ行使スル罪ノ如キモ偽造行使一回ニシテ止マテハ單行犯ナリト雖モ偽造シタル印形ヲ漸次數回ニ證書類ニ押捺スル時ハ連續犯ナリ

第二百五十六條、第四百二十五條第一、第四百二十八條第九ノ如キハ慣行犯ノ例ナリ但シ一慣行犯ノ成立スルニ足ル所爲ノ回數ノ如キハ裁判官ノ職權ヲ以テ認定スヘキ事實論ナリ

〔百七十八〕單行犯ニ混シ易キモノハ前款ニ述ヘタル即成犯是ナリ但シ兩者ノ間一定ノ區別アリテ存ス單行犯ハ犯罪ノ成立ニ必要ナル所爲ノ度數ヨリ觀察シタルモノニシテ即成犯ハ其實行ノ所爲ノ性質上必要ナル時間ノ長短ヨリ觀察シタルモノトス

〔百七十九〕慣行犯、連續犯、連續犯ノ三者モ亦相混シ易シ左ニ其異同ヲ示サン

慣行犯ト連續犯ト相似タルハ長キ時間ヲ要スル點ニ在リ然レトモ連續犯ハ一回ノ所爲ニ因リテ長キ時間ヲ費シ慣行犯ハ數回ノ所爲アルヲ要スル結果多クノ時ヲ費ス是兩者ノ異ナル所ナリ

連續犯ト連續犯トハ亦長キ時間ヲ費ス點ニ於テ相同シト雖モ其間二個ノ差別アリ連續犯ハ一回ノ所爲アルノミニシテ連續犯ニハ數回ノ所爲アリ連續犯ニ含マル、各所爲ハ之ヲ連結スル犯意ヲ斷テハ各一罪トナルニ足リ連續犯ノ一所爲ハ數多ノ短キ時間ニ分割セハ一罪トナル能ハス

慣行犯ト連續犯トノ相似タルハ數回ノ同一ノ所爲アルコト及ヒ一犯意ヲ以テ貫徹スルコト長キ時間ヲ費スコトノ三點ニ在リ相異ナルハ慣行犯ヲ構成スル所爲ハ一回ニテハ罪トナラズ連續犯ノ各所爲ハ各一罪トナリ得ルニ在リ

〔百八十〕連續犯ハ同一ナル數個ノ所爲アリト雖モ之ヲ連絡スルニ一犯意ヲ以テシタル結果一個ノ犯罪成立スルニ止ル故ニ左ノ二點ニ注意セサル可カラス

〔二〕數罪俱發處分ヲ適用スレハ破毀ヲ免レサル不當ノ裁判ナリ例ヘハ一度私印ヲ偽造シテ證書ニ押捺シ登記ヲ經タル罪ヲ證書偽造登記簿偽造ノ數罪俱發ニ問ハ、上告并ニ破毀ノ理由トナラン(明治二十六年十月十六日判決參照)

〔三〕數回ノ所爲中一度刑罰加重ノ原由伴ヒシ時ハ全體ノ所爲ヲ加重スヘキ一犯罪トセサル可カラス若シ之ヲ加重シタル一罪ト加重セサル一罪トノ俱發ニ處分セハ破毀ヲ免レサラン例ヘハ他人ノ倉庫ニ藏ムル財産ヲ數回ニ竊取カルニ方リ一回二人以上共ニ犯シタル時ハ第三百六十九條ニ從リ一等ヲ加フヘキ一個ノ竊盜罪ト判決スルヲ要シ若シ之ヲ一人ニテ犯シタル竊盜罪二人以上共ニ犯シタル竊盜罪ノ數罪俱發處分ニ照ラサハ破毀ノ理由アルモノナラン固ヨリ之ヲ數罪俱發ニ照シ一ノ重キニ問フト加重シタル一罪ニ問フトハ犯人ノ受ク可キ刑罰ニ差異ナシト雖モ結果ノ如何ニ拘ラス不當ニ法律ヲ適用スレハ破毀ノ理由トナルニ餘アリ

〔百八十一〕單行犯慣行犯連續犯ヲ分ツ實益ハ主トシテ公訴ノ時効ノ起算



點ヲ定ムルニ在リ之ヲ示スニ先キ刑事訴訟法第十條但書ニ使用スル繼續犯罪ト謂フ文字ノ意味ヲ一言セシ該條ニ所謂繼續犯罪トハ單ニ公訴ノ時効ノ起算點ヲ定ムル爲ニ二日以上ニ亘ツテ一罪ノ成立スル場合ヲ假定シタルニ過キササルヲ以テ必スシモ我輩カ百七十一號以下ノ說明ニ言ヘル如キ法理上ノ繼續犯ヲ謂フニ非ス故ニ我輩ノ所謂慣行犯連續犯ノ二ハ共ニ該條ノ繼續犯ノ中ニ含マシムヘキモノニシテ公訴ノ時効ハ其最終ノ日ヨリ起算スヘキモノト信ス(寺尾刑事訴訟法講義二四七頁以下)

慣行犯連續犯ハ亦繼續犯ノ如ク始中終犯地ノ異ナル爲ニ適用スヘキ法律並ニ管轄裁判所ニ影響ヲ及ホスコト無シトセス但シ單行犯ト雖モ他ノ地方ニ亘ル能ハサルニアラサルヲ以テ此點ハ區別ノ實益トセサルヲ妥當トス

#### 第四節 發覺ノ摸樣ヨリ觀察スル種別

〔百八十二〕現行犯——現行犯ハ刑事訴訟法第五十六條ニ其定義ヲ示サル曰ク「現行犯トハ現ニ行ヒ又ハ現ニ行ヒ終リタル際ニ發覺シタル罪ヲ謂フ」

ト故ニ重罪タルト輕罪タルト違警罪タルトニ論無ク苟モ右ノ定義ニ示ス通り現ニ行フ際又ハ行ヒ終リタル際發覺スレハ現行犯ト謂ハサル可カラズ

〔百八十三〕然ルニ重罪輕罪ニ付キテハ特ニ現行犯ニ准スル場合アリ同シク刑事訴訟法第五十七條ニ之ヲ列擧ス曰ク「(一)犯人トシテ一人又ハ數人ニ追呼セラル、トキ(二)兇器贓物其他ノ物件ヲ携帶シ又ハ身體被服ニ顯著ナル犯罪ノ痕跡アリテ犯人ト思料ス可キトキ(三)家宅内ニ於テ犯シタル罪ヲ檢證スル爲メ又ハ其犯人ト思料スヘキモノヲ逮捕スル爲メ戶主ヨリ官吏ニ其處分ヲ求メタルトキ」ト

右三個ノ准現行犯ハ如何ナル必要ニ基キテ設ケラレタルモノナルカ或學者ハ犯罪ノ終局ト極メテ接近シタルカ故ナリト説明ス(井上氏二五七頁)此ノ如ク解釋スレハ刑事訴訟法第五十七條ハ第五十六條ニ所謂「……現ニ行ヒ終リタル際ニ發覺シタル……」モノ、適用ナリト言ハサル可カラサルニ至ラン蓋シ第五十七條ノ第一ノ場合ト第三ノ場合トハ通常犯罪終局ノ時

ヲ甚シク隔テサルナラント雖モ其第二ノ場合ニ至リテハ全ク此ノ如キ推測ヲ下ス克ハス犯罪終局ノ時ヲ隔ツル決シテ少カラサルモ夫ノ兇器贓物ト思料スヘキ物品ヲ携帶シ若シクハ衣服ニ血痕其他損所等ノアル爲ニ舉動犯人ト推測スヘキ場合ヲ生シ得ヘシ要スルニ准現行犯ハ訴訟手續ノ輕便迅速ヲ要スル場合ニ外ナラザラン

〔百八十四〕 刑事訴訟法第五十七條ハ舊治罪法第百一條ト同一ノ規定ナリ然ルニ舊治罪法第百一條ノ適用ニ付テハ別ニ一ノ規定アリキ明治十四年九月二十日附布告第四十六號ニ第四ノ場合ニ曰ク治罪法第百一條ニ准現行犯ノ場合列舉有之候處其舉動犯人ト思料ス可キモノアルトキハ當分ノ内現行犯ニ准シ處分スル事ヲ得ト若シ右ノ布告ヲシテ今日尙有効ノモノヲラシメハ刑事訴訟法第五十七條以外ニ更ニ准現行犯ノ場合アリト云フヲ得然ルニ該布告ニハ「治罪法第百一條……」ト云ヘリ治罪法ハ既ニ廢止サレテ假令其書方ハ同一ナリトスルモ現行刑事訴訟法第五十七條ハ治罪法第百一條ニ非サルカ故ニ刑事訴訟法ノ實施ト共ニ該布告モ消滅シタル

モノト解セサル可カラズ

〔百八十五〕 現行犯并ニ准現行犯ニ非サルモノハ盡ク非現行犯ナリ

〔百八十六〕 現行犯非現行犯ノ區別ハ純然タル犯罪ノ區別ト云フヲ得ス總テ犯罪ハ其實行ノ當時ニ在テハ現行犯ニシテ其時ヲ經過スレハ非現行犯ナリ如何ナル犯罪ト雖モ順次ニ此ニ段落ヲ經過スル者トスト云フ說アリ

〔ガロオ氏五五號刑法論綱七五頁〕現行犯非現行犯ノ區別ニシテ若シ其實行ノ當時タルト否トヨリ視察ヲ下シタルニ基カシメハ實ニ此說ノ如シト雖モ該區別ノ標準ハ實行ノ當時ト發覺ノ模様トノ關係ニ外ナラス一罪ノ實行ノ當時又ハ餘リ時ヲ隔テサル時ニ發覺スルカ又ハ刑事訴訟法第五十七條ニ列舉セル模様ニ發覺スレハ現行犯ニシテ然ラサレハ非現行犯タル以上ハ如何ナル犯罪ト雖モ順次ニ一度ハ現行犯トナリ次ニ非現行犯トナルモノニアラス現行犯タレハ非現行犯トナル克ハス非現行犯タレハ現行犯トナル克ハサルナリ順次ニ現行犯非現行犯ノ二段落ヲ經過スル事無シ

〔百八十七〕 現行犯ト非現行犯トヲ區別スル實益左ノ如シ

憲法ニ關シ國會々期中國會議員ヲ逮捕スルニ付キ現行犯タルト否トニ因リ議院ノ許諾ヲ要スルト否トノ區別アリ(憲第五十三條)

刑法ニ關シ現行犯ニ非サレハ罰セサルモノアリ(第二百六十一條)

刑事訴訟法ニ關スルモノハ此區別ノ實益ノ最上ニ位ス第五十八條第六十條第八十條及ヒ第四百四十二條以下ヲ參照スヘシ

### 第五節 他ノ犯罪ニ牽連スルト否トヨリ觀察スル犯罪ノ種別

#### ル犯罪ノ種別

〔百八十八〕附帶犯——附帶犯ノ定義ハ揭ケテ刑事訴訟法第百八十五條ニ在リ曰ク(一)同一場所ニ於テ同時ニ一人又ハ數人ニテ數罪ヲ犯シタルトキ(二)數人通謀シテ日時又ハ場所ヲ異ニシ數罪ヲ犯シタルトキ(三)自己又ハ他人ノ犯罪ヲ容易ニスル爲メ又ハ其ノ罪ヲ免ル、爲メ他ノ罪ヲ犯シタルトキト此ノ三個ノ場合ノ附帶犯タルハ同條第一項ノ明言スル所ニシテ更ニ疑無シト雖モ爰ニ一ノ問題アリ曰ク右ノ規定ハ單ニ例ヲ示シタルモノナルヤ將テ制限列舉ノ條項ニシテ此ノ他ニ附帶犯ナシトスル注意ナリヤ某

者ハ右ノ規定ハ例ヲ示シタルモノニ過キスト云ヒ別ニ之レカ理由ヲ附セス(井上氏二六三頁)然ルニ我輩ノ信スル所ニ依テハ該規定ハ制限列舉ノ條文ト云ハントス蓋シ附帶犯ヲ設クル理由ハ訴ヲ受ケサレハ裁判官ハ事件ヲ審理スル克ハスト云フ原則ノ例外ヲ置クニアルカ故ニ其解釋ハ宜シク狹カラサル可カラズ漫然之ニ例示的ノモノナリト云フ解釋ヲ下スハ全ク解釋ノ理論ヲ應用セサルモノナラン

〔百八十九〕附帶犯ニアラサルモノハ非附帶犯ナリ之ヲ區別スル實益ハ專ラ刑事訴訟法ニ關ス(一)附帶犯ダレハ裁判所構成法第十六條第二十七條第三十七條ノ管轄規則ニ依ラサル場合ヲ生ス(刑訴第二十五條)(二)裁判所ハ訴ヲ受ケサル事件ニ付キ裁判スル克ハス(刑訴第百八十四條)是公判ニ關スル原則ナリト雖モ若シ辯論ニ因リ附帶犯ヲ發見スルトキハ特ニ例外トシテ訴ヲ受ケサルモノモ裁判スルコトヲ得

### 第六節 客體ノ如何ヲ標準トスル犯罪ノ種別

〔百九十〕犯罪ノ客體ヲ標準トスルトキハ(一)公益ニ關スル罪、身體財産ニ對

スル罪(二)國事犯非國事犯ノ二トスル事ヲ得

### 第一款 公益ニ關スル罪、身體財産ニ對スル罪

〔百九十二〕犯罪ハ總テ社會ノ生存條件ヲ害スルモノナリ從ツテ犯罪ノ客體ハ常ニ社會ナリト云フ可シ故ニ苟モ一個ノ犯罪アレハ一私人ニ損害ヲ與ヘタルヤ否ヤヲ問ハス亦其訴ヲ起シタルト否トニ拘ハラズ社會ヲ代表スル檢事カ自ラ訴ヲ起シテ相當ノ制裁ヲ要求ス之ヲ公訴ト名ク然リト雖モ他ノ一方ヨリ見レハ其犯罪カ社會ヲ害スル状態ニ付キ一ハ先ツ一私人ノ身體財産ニ損害ヲ與フルニ因リテ間接ニ社會ヲ害シ一ハ直接ニ一國ノ生存獨立制度信用安寧ヲ害ス是蓋シ此區別ノ採用サル、所以ノ一ナラン古昔ノ刑罰制度ヲ考フルニ一國一社會ノ生存獨立信用等總テ直接ニ公益ヲ害スル犯罪ノミニ純粹ノ刑罰ヲ科シ其他ハ被害者ノ要求ヲ俟テ損害ヲ賠償セシムルト云フ思想ヨリシテ加害者ニ苦痛ヲ嘗メシメタル事迹アリ此ノ如キ歷史上ノ理由ハ佛國刑法編纂ノ際ニ公事ニ關スル事一私人ニ對スル罪ト云フ區別ヲ以テ犯罪ヲ大別シ刑典ノ順序ヲ整ヘシムル原因トナ

リテ之ヲ模擬シタルモノ歐羅巴各國ニ傳播シタル結果遂ニ我刑法ノ上ニモ公益ニ關スル罪身體財産ニ對スル罪トノ區別ヲ見ルニ至リシトスレハ右ノ分類ハ歷史上ノ理由モ亦與リテカナシトセス

### 第二款 國事犯非國事犯

〔百九十二〕國事犯ノ定義ハ其實質ニ關スルモノト形象ニ關スルモノトノ間ニ著シク煩簡難易ノ別アリ

國事犯ノ實質的定義ヲ下スニ方リ甲ノ學者ハ「國家ノ自斷權ヲ侵害シ以テ現存スル憲法國土ヲ紊亂シ又ハ國主ノ一身ヲ犯スノ所爲ヲ國事犯ト謂フ」ト云ヘリ(刑法原論三卷二五頁)法律違反ノ所爲ハ盡ク國家自斷ノ特權ヲ侵害スヤ以上ハ特ニ此點ヲ國事犯ノ特色トスル能ハサラン又乙學者ハ「社會ノ生存ヲ害セス單ニ其形狀ヲ變スル性質ノモノ之ヲ國事犯ト謂フ」ト主張ス(ボアタル氏一六七號)犯罪カ社會ノ生存ヲ害セストシテ唯其形狀ヲ害スルトトハ如何ナルモノナリヤ之ヲ答フルニハ第一ノ說ノ如ク憲法國土ヲ變亂スルモノナリト謂ヘリ此外或ハ直接ニ社會ノ組織ヲ害スルモノナリト

云ヒ(宮城氏七五頁)或ハ國家ノ組織ヲ害シ又ハ其生存ヲ害シ又ハ生存方法ヲ害スルモノナリト云ヒ(ウイレ氏一三〇P)甲論シ乙駁シ底止スル處ヲ知ラスト雖モ要スルニ國事犯ハ國家ノ政治上ノ序ヲ紊亂スル所爲ヲ謂フコ外ナラサル可シ

國事犯ノ形象の定義ニ至リテハ其實質的定義ヲ如ク數多ニ分ル、事無シ惟フニ一罪ノ形象ハ國法ノ正條ニ基キテ論定ス可キモノナルカ故ニ明文カ國事犯ノ中ニ列スレハ假令學理ニ反スルモ如何トモスル克ハサレハナリ  
我刑法ノ下ニ於ケル國事犯ノ形象ハ第二編第二章ニ示サレタリ換言スレハ刑法第二編第二章第一節ノ内亂ニ關スル罪及ヒ同第二節ノ外患ニ關スル罪ハ國事犯ニシテ他ハ盡ク非國事犯ナリト云ハサル可カラス即チ政府ヲ顛覆シ邦土ヲ僭竊シ朝憲ヲ紊亂スル爲ニ兵亂ヲ釀シ又外國ニ與ミシテハ本國ニ抗敵シ外國ト交戦中敵兵ヲ誘導スル等第二百一一條以下ノ明文ニ依ラスノハ國事犯タルヤ否ヤヲ定ムル克ハサルナリ詳細ハ固ヨリ第二

編以下ノ範圍ニ屬ス

(百九十三) 國事犯ト非國事犯トヲ區別スル實益ハ(一)刑法ニ關シ死刑ヲ除キ重罪ノ主刑ヲ異ニス(第六十七條第六十八條)即チ非國事犯ノ重罪ノ主刑ハ死刑ノ外徒刑懲役ニシテ何レモ定役ニ服シ國事犯ノ主刑ハ死刑ノ外流刑禁獄ニシテ共ニ定役ニ服セス又國事犯ノ輕罪ヲ犯セハ監視ニ附セラレ(第三百三十五條)非國事犯ノ輕罪ヲ犯セハ監視ヲ附セラレレサルコトアリ(二)次ニ裁判所構成法ニ關シ國事犯ハ大審院其裁判權ヲ有シ判決ニハ上訴ヲ許サス(裁構第五十條第二三)國事條約ニ關シ國事犯人ハ一般ニ之ヲ引渡サ、ルモノトス(明治十九年十月六日日米犯罪人引渡條約第四條第二十條勅令第四十二條逃亡犯罪人引渡條約第三條)此點ハ先ニ一言セリ(六十八號註)

右ノ實益ハ何レモ法律上ノ差異ナリト雖モ尙事實ニ就テ云ヘハ國事犯ハ大赦ノ恩典ニ俗スル事アルヘキモ非國事犯ニ此ノ如キ特典ヲ與ヘラルハ萬稀ナル可シ固ヨリ大赦ハ天皇ノ特典ニ屬シ(憲法第十六條)如何ナル犯

罪ニ附與シ給フモ敢テ大赦ノ性質ヲ變スル事ナシト雖モ現時文明國一般慣習トナシテ大赦ハ特ニ國事犯ニ與フル事迹アルノミナラス我國ニ於テモ既ニ其先例アルカ故ニ恐クハ今後モ大赦ニ遇フモノハ國事犯其多キニ居ルナラン(明治二十二年二十一日勅令第十二號參照)

第七節 違犯シタル法則ノ如何ヨリ觀察スル犯罪ノ種別

〔百九十四〕普通犯特別犯 刑法違犯ノ所爲ヲ普通犯ト謂ヒ刑法外ノ法律規則ニシテ刑罰ヲ制裁トシタルモノニ違反スル所爲ヲ特別犯ト謂フ 普通犯ト云フ用語ハ之ト對立セシムル語ニ因リ必スシモ爰ニ云フカ如キ刑法違犯ノ所爲ヲ意味スルモノニ非ス若シ之ヲ國事犯ニ對立セシメテ普通犯(又ハ尋常犯ト云フモ可ナリ)國事犯ト云フトキハ非國事犯ト云フ義トナル

刑法違犯ノ所爲ニ普通犯ノ名稱ヲ下ス理由他ナシ刑法ノ禁令命令ハ人ノ

身分事柄ノ性質ニ就キ其多數ヲ含蓄スルカ故ニ之ニ反シテ特別法(即チ刑法外ノ刑罰ヲ制裁トシタル法規)ハ一定ノ職業ヲ營ム者一定ノ身分ヲ有スル者特定シタル所爲ニ對シテ禁令命令ヲ布クモノナルヲ以テ其區域ハ固ヨリ之ヲ刑法ニ比シテ狭少ナリ是即チ特別犯ノ名アル所以トス

特別法中最モ重要ナルモノハ陸海軍刑法是ナリ(明治二十一年第三號法律陸軍刑法同第二號法律陸軍治罪法同年第四號法律海軍刑法同年第五號法律海軍治罪法明治二十二年第二十五號法律海軍々々人軍屬警罪處分例參照) 陸海軍刑法違反ノ所爲トハ陸海軍ノ軍人軍屬ト云フ身分ヲ有スル者ノ犯罪ナリト誤解ス可カラス即チ陸軍刑法第十二條第十三條海軍刑法第三條第四條ニ規定スル罪ノ如キハ常人ト雖モ軍律ニ照スノ明文アリ軍人ノ犯罪ト雖トモ特ニ軍律ニ照ス明文ナクシテ刑法ニ觸レタルモノハ刑法ニ依リテ處斷スルモノトス(刑第九十六條參照)

〔百九十五〕同時ニ刑法ノ規定ト特別法ノ規定トニ違反シタル所爲ハ普通犯ナリヤ特別犯ナリヤ特別法ハ普通法ニ優ルト云フ格言ニ因リ特別法ニ

從ツテ處斷スルヲ原則トス故ニ徵兵忌避ノ所爲ノ如ク刑法(第七十八條ト特別法(徵兵令第三十一條)トニ觸レタルモノハ特別犯ト謂フ可シ  
〔百九十六〕普通犯ト特別犯トヲ區別スル實益左ノ如シ

普通犯ニハ刑法ノ總則ヲ適用ス特別犯ニハ其特別法ニ總則アレハ之ヲ適用ス特別法ニ總則ナキ場合ニ限リ刑法ノ總則ニ則テ(刑五條)

(註) 明治十四年第七十二號布告第五條ニ於テ特別犯ニハ總テ再犯加重數罪俱發ニ關スル刑法ノ總則ヲ適用セスト規定シ其第七條ニ於テ拘留料料ニ處スルモノト雖モ輕罪裁判所アル地ハ其管轄トスル明文アリシカ故ニ普通犯ト特別犯トヲ區別スル實益更ニ一ヲ加ヘシカ現行刑事訴訟法ノ實施ト共ニ該布告ハ消滅シタルヲ以テ此實益モ亦從ツテ消滅シ了レリ

特別犯ノ一タル軍事犯ハ管轄裁判所ヲ異ニス但シ犯人カ軍人軍屬ナルトキハ普通犯ト雖モ軍法會議ノ判決ニ付シ軍事犯ト雖モ軍人軍屬ニアラサルモノ之ヲ犯サハ普通裁判所ノ管轄ニ屬スルナリ(明治十七年第十二號布

告)

### 第八節 公訴ヲ提起スルニ告訴アルヲ要スト否 トヨリ觀察シタル犯罪ノ種別

〔百九十七〕親告罪非親告罪——親告罪トハ檢事カ公訴ヲ提起スルニ被害者又ハ被害者ノ親屬ノ告訴アルヲ要スルモノヲ謂ヒ非親告罪トハ被害者又ハ其親屬ノ告訴ヲ待タスシテ檢事ノ公訴ヲ提起スヘキモノヲ謂フ

〔百九十八〕刑法ニ規定スル親告罪ハ(一)猥褻姦淫ノ罪(自第三百四十六條至第三百四十九條)有夫姦(第三百五十三條)、(二)幼者ヲ畧取誘拐スル罪(第三百四十一條以下)、(三)誹毀ノ罪(第三百五十八條以下)晉罵ノ罪(第四百二十六條第十二)、(四)脅迫ノ罪(第三百二十六條以下)、(五)牛馬外ノ家畜ヲ殺ス罪(第四百二十三條)ノ五ニシテ他ハ盡シ非親告罪ナリ

〔百九十九〕夫レ公訴ハ犯罪ヲ證明シ刑ヲ適用スルヲ目的トス(刑訴、二)故ニ苟モ犯罪アル以上ハ社會ヲ代表スル檢事公訴ヲ提起シテ刑ノ適用ヲ請求スヘキニ特ニ右五種ノ犯罪ニ限リ被害者又ハ其親屬ノ告訴アルニ非サレ

ハ公訴ヲ起スヲ能ハストナス理由如何親告罪ヲ認ムル基礎何處ニアルカ  
 親告罪ヲ認ムル理由三アリ(一)或種類ノ犯罪ハ之ヲ證明スルニ因リ更ニ被  
 害者又ハ其親屬ノ名譽ヲ毀損シ甚シキハ被害者ヲシテ畢生ノ幸福ヲ失ハ  
 シムルモノアリ此ノ如キハ犯罪ニ因リテ損害ヲ受ケタル者ニ再ヒ其損害  
 ナ重ネシムルモノニシテ到底公訴ノ最終目的ヲ達スル克ハス前段ニ掲ケ  
 シ親告罪ノ第一第二ノ如キハ蓋シ此理由ニ基キシモノナラン(二)又一種ノ  
 犯罪ハ被害者ノ感情如何ヲ聞カスンハ其成立ヲ認ムル困難ナルノミナラ  
 ス往々之ニ第一ノ理由加ハリテ犯罪ヲ證明スレハ被害者ノ損害ヲ増加ス  
 ルコトアリ是第三第四ノ親告罪アル所以ナリ(三)第五ノ親告罪ニ關シテハ  
 更ニ別個ノ理由ニ基クテ知ル牛馬外僅少ナル家畜ヲ殺シ檢事ノ公訴ニ因  
 リテ刑ヲ受ケタル者ハ更ニ憤情ヲ蓄ヘタル結果近隣相敵視シ平和ヲ破リ  
 タル爲ニ再ヒ一大犯罪ヲ生スル危險ナシトセサレハナリ

(二百) 親告罪非親告罪ヲ區別スル實益ハ即チ其定義ニ示セル如ク檢事カ  
 公訴ヲ提起スル一私人ノ告訴アルヲ要スルト否トノ一點ニアリ而シテ犯

罪アレハ公訴ヲ提起シ得ルヲ原則トスルカ故ニ親告罪タルニハ常ニ特別  
 ノ明文アルヲ要ス(刑訴第三條但書)故ニ百九十六號ニ列舉シタル外ハ舉ケ  
 テ非親告罪ナリト知ル可シ

(二百一) 親告罪ノ場合ノ一、私人ノ告訴ハ、唯檢事カ公訴ヲ提起シ犯罪ノ證  
 明刑ノ適用ヲ請求スルニ必要ナル一條件ニ過キザルヲ以テ犯罪成立要素  
 ト混視ス可カラズ、告訴ト云ヒ公訴ト云フ總テ犯罪成立要素ヲ具ヘ其既  
 ニ成立シタル後ノ事實ニ屬ス故ニ裁判官ハ公訴ヲ受理スルニ付テハ告訴  
 アルヤ否ヤヲ決セサル可カラスト雖モ受理シタル事件ニ有罪ノ判決ヲ下  
 スニハ一私人ノ告訴アリシヲ其一條件トナスニ及ハス

### 第二編 刑罰

#### 第一章 總論

##### 第一節 刑罰ノ定義

(二百二) 犯罪ニ實質ト形象トノ別アル如ク刑罰ニモ亦其實質ト形象トノ  
 別アリ刑罰ノ形象トハ一定ノ刑法カ刑罰トシテ示定スル事實ニ具ハル條



件ヲ謂フ而シテ犯罪ノ實質トハ事物本來ノ特性上刑罰トシテ容レシムルキ條件ヲ云フ之ヲ區別スル必要ハ以下ノ所論ニ就テ識ル可シ

### 第一款 刑罰ノ實質ノ定義

〔二百三〕犯罪ニ就テ述ヘシ如ク實質ハ一有リテ二ナシ而モ各探ル所ノ主義ニ因リテ所見ハ酷々相異ナリ

折衷主義ハ我刑法ノ採用セシ所ナリ故ニ其論旨ハ十分之ヲ明ニセサル可カラス該主義ヲ探ル學者ハ正義ト利益トノ二點ヲ社會的諸制度ノ基礎ナリトセリ從ツテ之ヲシテ刑罰ノ實質ニ定義ヲ下サシメハ「不正不利益ナル所爲ニ科スル惡報ニシテ正義ノ要求ヲ滿タシ社會ノ利益ヲ保持スル方法ナリ」ト謂ハシ又此ノ如ク云ハスノハ其論理ヲ貫カサルナリ刑罰ノ實質ヲ斯ク解スル結果トシテ「善ニ餘慶アリ惡ニ餘殃アル正義ノ觀念ニ基キ茲ニ一個ノ犯罪アラハ必ス刑罰ナカル可カラス罪惡必罰ト云フ一大原則ハ決シテ動カス可カラス」(二)刑罰ノ輕重ハ常ニ犯罪ノ大小ニ因リテ之ヲ定メ罪刑ノ間ニ權衡ヲ失ハサランコトヲ之力ヲ可シ(三)然レトモ其科ス可キ

刑罰ニ至リテハ社會ノ利益ヲ保持スルニ足ルモノヲ選マサルヘカラス世人ヲ鑑戒シ犯人ヲ懲改スルニ足ルモノヲ選ム可シト云フ觀念ヲ一定不動ノ真理ト確信セリ

我輩ノ探リテ以テ真理トスル自然法主義ニ於テハ人類ヲ以テ生物ノ一種トナシ類ニ因リテ成ル社會ヲ生物進化ノ原理ニ支配サル、一現象ト認ムル結果社會百般ノ制度ハ亦タ生物進化ノ理ニ依ラズンハ説明スル能ハストナスモノナリ其主義ノ論鋒ヲ以テ刑罰ノ本質ニ定義ヲ下サハ「國家ハ生存ヲ維持スル爲メニ其生存條件ニ危害ヲ加フル所爲ヲ淘汰スル方法ナリ」ト云ハントス夫レ二箇以上ノ生物共ニ存在スレハ常ニ其競争スルヲ見ル人モ生物界ノ一類ナリ一私人ノ間ニ於テモ有形ニ無形ニ日トシテ生存競争ノ止ム時ナシ眼ヲ轉シテ國家ト云フ政治的團體ト一私人トノ關係ヲ見ヨ亦其生存上常ニ相競争シテ止マス其相競争スルニ方リテヤ國家ハ刑罰ト云フ護身ノ利器ヲ振ツテ其生存條件ニ對スル危害ヲ芟除セントスル「恰モ禽獸ニ爪牙アリテ初メテ身ヲ全ウスルニ鬚鬣タリ」(穂積氏ノ警句)而モ

其最終目的ハ國家ノ生存ヲ維持スルニアルヲ以テ(一)刑罰ハ犯罪ヲ除クニ足ルモノヲ選マサル可カラズ其大小輕重並ニ期間方法ニ至リテモ盡ク犯罪ヲ現出セサラシムルヲ限度トシテ測定ス可シ(二)罪アルモノ刑ヲ科セスシテ國家ノ生存ヲ維持スルニ足ラハ之ヲ科セサルモ可ナリト云フ一大結果ヲ生ス試ニ此論旨ヲ實際ニ應用センカ(三)人ヲ殺シタルモノハ殺サン物ヲ盜ミタルモノハ常ニ人ヲ殺シタルモノヨリ其罰輕シト云フ反座主義ハ不適當ナリ(四)輕微ナル罪ヲ犯スモノト雖モ再三ノ處罰ニ懲改ノ迹ヲ見サレハ永ク良民ノ間ニ出沒スル途ヲ失ハシメ(五)一時ノ情勢ニ抑壓サレテ輕微ナル罪ヲ犯シタルモノ、如キ假リニ刑ヲ猶豫シテ試驗ニ附スルヲ可ナリトスル等現時多數ノ刑法ノ主義ニ一致セサル點一ニシテ足ラス

第二款 刑罰ノ形象ノ定義

(三百四) 刑罰ノ形象トハ其一定ノ刑法ノ上ニ現ハレタル條件ヲ謂フ我刑法上ノ刑罰ハ如何ナルモノカトイヘハ第七條第八條第九條第十條ノ四條ニ列舉シタルモノ是ナリト謂フ可キノミ之ヲ概括シテ一語ノ中ニ言現

ハシ「國家カ有罪ノ確定裁判ヲ經タルモノニ加フル苦痛ナリ」ト云ハ、是即チ形象ノ形象的定義ナリ此定義ヲ分割スルトキハ成法上ノ刑罰ニ關スル特色ヲ知ルニ足ラン

(一)刑罰ハ國家カ一私人ニ加フル苦痛ヲサレ可カラズ何トナレハ刑罰ハ之ヲ強制スル事ヲ要シ之ヲ強制スルニハ權力アルモノカ權力無キモノニ對スルニアラサレハ然ル克ハサルヲ以テナリ然リト雖モ國家ハ無形ノ法人ナリ自ラ刑ヲ加ヘ之ヲ執行スル克ハサルカ故ニ國家ノ權力ヲ代表スル一定ノ官吏其宣告並ニ執行ヲ司ル之ニ反シテ國家カ國家ニ對シ一私人カ一私人ニ對スレハ所謂平等ノ關係ヲ生スルニ過キサルヲ以テ如何ナル場合ト雖モ刑ヲ科スル事無キナリ

(二)刑罰ハ國家カ一私人ニ加フル苦痛ナリ權力アル國家カ權力ナキ一私人ニ加フルモノナルカ故ニ命令服從ノ關係ニシテ其苦痛ハ強制スル性質ナラサル可カラズ蓋シ法律ノ規定ニ違反シタルヲ理由トシテ國家カ吾人ニ強制スル所ノモノハ刑罰ノ外ニ損害賠償失權廢罷無効公用徵收等一ニシ

テ足ラス其之ヲ命セラル、ニ方リ吾人ハ屢痛苦ヲ感シ不快ヲ覺ユル事無キヲ保セスト雖モ此ノ如キ場合ニ生スル苦痛不愉快ハ國家カ之ヲ強制セシト欲シタルモノニアラサルヲ以テ亦刑罰ト謂フ克ハサルナリ

(三)刑罰ハ犯罪ヲ理由トシテ科スル苦痛ナラサル可カラス此點ニ於テ民事上ノ損害賠償、失權、廢罷、無効ト刑罰トノ因ツテ起ル所ニ差別アルヲ知ルコ足ラン刑罰ハ犯罪其モノヲ理由トシテ強制スル苦痛ナリ之ニ反シテ損害賠償、失權、廢罷、無効ノ如キハ犯罪無キ場合ニ命セラル、事アリ犯罪有ル場合ト雖モ犯罪其モノヲ理由トセハ犯罪ノ與ヘタル損害又ハ之ニ因リテ得タル利得ヲ理由トスルモノナルカ故ニ刑罰ニアラス

(四)刑罰ハ苦痛ナラサル可カラス罪ヲ犯シタル結果更ニ國家ヨリ愉快ヲ與フル如キハ普通思想タモ排斥スル所ナリ吾人ニ苦痛ヲ與ヘントスルニハ勢其幸福ノ元素ノ一若クハ一以上ヲ殺カサル可カラス是吾人ノ生命身體財產榮譽自由ノ中ニ損害ヲ與フルヲ刑ノ手段トスル所以ナリ

(五)刑ハ裁判宣告アルノ時ヨリ直チニ執行シ得ルモノニ非ス其宣告確定シ

テ後初メテ執行シ得ルモノナリ故ニ確定裁判ヲ經タル者ニ加フル痛苦ナリト言フ(刑五〇刑訴三一七條)

第一節 刑罰制度ニ關スル現行法ノ主義

(二百五) 我刑法上刑罰ノ何タルハ先ノ定義ニ示シタル如シ之ニ牽連スル制度ニ關シ現行法ヲ採用シタル主義ヲ略言セハ刑罰ハ(一)豫メ之ヲ法律ニ一定シ(二)公ニ宣告シテ(三)裁判確定後執行ス(四)一身ニ止リ(五)肉體ヲ毀損セズ(六)世人ヲ警戒シ(七)犯人ヲ改心セシメ(八)貧富貴賤ニ依リ別チ立テスト云フニ歸ス

(一)刑罰ハ法律豫メ一定ス蓋シ各國ノ刑法史上罪刑共ニ豫メ之ヲ示サス判官ノ擅斷ニ一任シタル時代アルハ讀者ノ熟知スル所ナラン現行法ハ豫メ刑ヲ一定ス但シ之ヲ一定スルニ方リ性質期間多寡ヲ指示シテ其範圍内ニ於テス裁判官ニ職權ヲ以テ自ラ加減スル餘地ヲ與ヘタリ

(二)刑法ハ公ニ宣告ス管ニ刑ノ宣告ノミナラス裁判モ亦公開シテ衆庶ノ傍聽ヲ許ス是文明國一般ノ通則ナリ而ルニ訊問並ニ辯論答辯ノ結果政事上

ノ機密ヲ暴露シ醜猥卑陋ナル事實ヲ陳列スル等ノ恐アル時裁判ノ傍聽ハ之ヲ禁スル場合ト雖モ裁判申渡ハ更ニ公ニスルヲ原則トス以テ裁判官ノ私曲ヲ萬一ニ防クニ足リ罪惡必罰ノ例ヲ見テ自カラ世人ヲ鑑戒セシムルニ足ラン

(三)刑ハ裁判確定後ニアラサレハ執行スル事無シ是上訴ヲ許シタル結果ナリ上訴ヲ許スハ無辜ヲ罰スル危險ヲ豫防シ擬律ノ錯誤ヲ訂サントスル主旨ニ出ツ裁判官如何ニ賢明ナリト雖モ稀ニ事實ノ認定ニ誤謬ナキヲ必セズ不當ニ法律ヲ適用セサルヲ保シ難シ茲ニ於テカ一切ノ訴訟關係人ニハ一定ノ期間内ニ上訴スルヲ許シテ上訴中ハ勿論上訴期間内ハ刑ノ執行ヲ停止ス若シ夫レ一方ニ於テ上訴ヲ許シタル主旨ニ戻反シ屬々冤枉ヲ舒フル克ハサラシムルニ至ラン(刑五〇刑訴三一九、二四二、二五三、二七二條)

(四)刑ハ一身ニ止ル是古法ト今法トノ異ル一大要點ニシテ基督敎旨ノ貴重ナル賜物ナリ惟フニ洋ノ東西ヲ問ハス一人罪ヲ犯サハ一族刑セラルト云フ制度ハ古ノ刑事法ニ汎ク採用セラレシ處ナラント雖モ中世ニ至リ基

督教徒切リニ夫ノ意思ト責任トノ關係ヲ痛論シテ犯人以外ノモノヲ罰スルハ無辜ヲ刑スル一大缺點タルヲ唱道シタル結果現時文明國ノ刑法ニシテ刑止一身ノ原則ヲ遵由セサルモノハ全ク其跡ヲ斷ツニ至レリ我國ニ於テモ第一期時代ハ勿論大寶律ニハ緣坐ノ法アリテ家人ノ罪ハ直接ニ親族ニ連リ近ク徳川氏ノ頃ニ至リテモ尙盛ニ緣坐法ノ行ハレシハ讀者ノ熟知スル所ナリ新律綱領ニ至リ其家人ニ犯罪アルヲ理由トシ直接ニ親族ヲ刑スルノ法ハ永ク廢止セラレテ今日ニ在リテハ當ニ親族ヲ連坐セシメサルノミナラス財産全部ノ沒收(徳川氏刑法ニ所謂闕所)ノ如キ假令間接ト雖モ必然親族ニ影響スルモノハ之ヲ避クルニ至レリ

(五)刑ハ肉體ヲ毀損セス是亦古法ニ見サル良制度ナリ往昔ハ世界各國肉刑ヲ採用セサルモノナクシテ其數其方法ヲ回顧スレハ戰慄栗ヲ生セサラント欲スルモ能ハサルナリ我國ニ於テモ黥刑ノ如キハ既ニ上代ヨリ採用セラレ大寶以後ニ成文上苜杖ノ肉刑アリテ徳川氏ノ頃ヨリ黥ト併ヒ行ハレタリキ現行法ニ至ツテ全ク其迹ヲ斷テリ

〔六〕刑ヲ以テ世人ヲ警戒ス是犯罪ヲ未發ニ防ク手段ノ一ニシテ社會ノ生存ヲ維持スルニ缺ク可カラサルモノナリグレン氏ハ之ヲ以テ刑ノ唯一ナル目的トシ戰亂ノ後ヲ襲フ刑法ハ通常此主旨ヲ服用シテ刑罰制度ヲ立ツルト雖モ而モ世人ヲ警戒セント欲スルニ過キテ必要ナキ嚴刑ヲ公行シ却テ國民ニ殘忍戾逆ノ氣風ヲ養成セシムル如キ惡結果ヲ發生セシメサルノ注意ナカル可カラス果シテ然ラハ如何シテ世人ヲ警戒スヘキカ惟フニ現時ノ如ク裁判ヲ公ニシ宣告並ニ執行ヲ秘密ニスル事ナク傍ニ人ヲ除ク刑罰アラハ必スシモ刑罰其モノヲ峻嚴ナラシムル必要無カラシ

〔七〕刑ヲ以テ犯人ヲ懲戒スル是亦最モ必要ナル條件ナリ犯人ニシテ惡癖ヲ滌除セハ累ネテ犯ス患無ク一國ノ幸ヒ此上無シ唯最モ困難トスル所ハ囚刑名徒ヲ改心セシムル良手段ヲ識ルニ在リ此點ハ更ニ論述スル事アラン

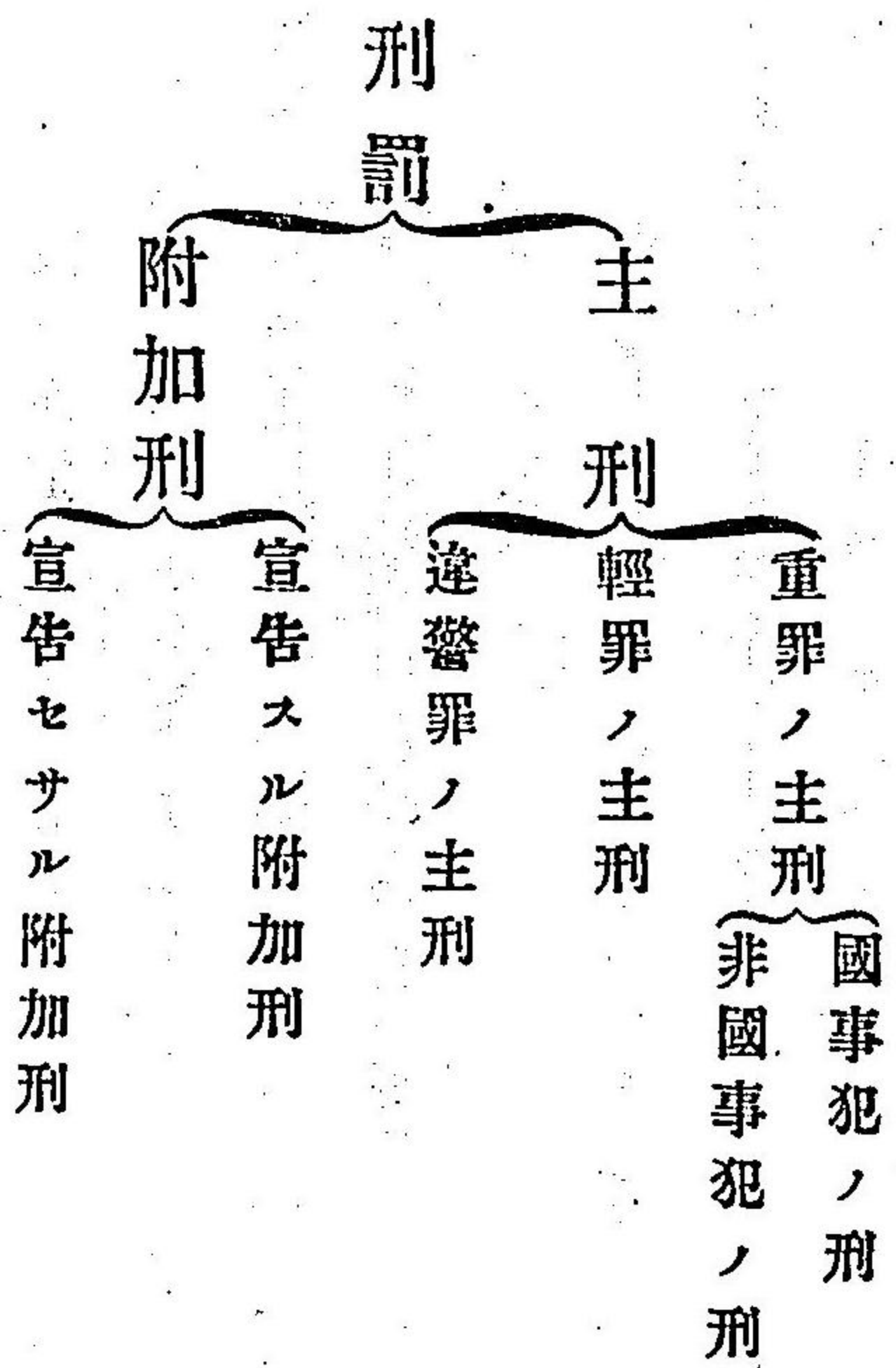
〔八〕刑法ハ貧富貴賤ニ依リテ別ヲ立テス此主義モ基督ノ教旨ヨリ脱化シタルモノニシテ亦古法ニ異ル要點ナリ我國ニ於テ大寶ノ刑律ニハ夫ノ議請減ノ規定アリ犯人ノ位階賢愚等ニ依リ刑ノ適用ヲ異ニス舊幕時代ニ至リ

テモ其主旨ヲ殘留セリ明治革命ノ後頒布セラレタル新律綱領改定律令ニ於テモ亦然リ(名例律第二以下改定律令第十一條以下參照)現行刑法ニ至リテモ初メテ刑法ノ前ニハ四民同等ナルヲ得刑法史上ノ一大革新ヲ實行セラル而シテ往昔身分ニ依リ刑ヲ異ニシタル時代ニ在リテハ一般ニ官吏其他貴族タルモノハ其身分アルカ爲ニ刑ヲ減免セラレシ事迹アリト雖モ現時佛國刑法ノ如キハ犯人ノ身分官吏タレハ之ヲ理由トシ却テ刑ヲ加重ス我法ニハ此ノ如キ規定無シ

### 第三節 刑名

〔二百六〕刑名トハ刑法第一編第二章第一部ニ冠セラレタル題名ニシテ文字ノ示ス如ク刑法ノ名稱ト云フ義ナリ我刑法ニ採用シタル刑ノ種類並ニ名目ハ該節ノ中ニ網羅セラル

〔二百七〕刑法ハ犯罪ト同シク之ヲ觀察スル點ヲ異ニスルニ從ヒ數多ニ區別シテ名稱ヲ附スル事ヲ得然レトモ我刑法カ明ニ明稱ヲ附シタル區別左圖ニ示ス如シ



第一款 主刑附加刑

〔二百八〕區別ノ標準一ノ刑カ主刑タルト附加刑タルトヲ識別スルハ其名  
稱ニ依ルヲ最モ簡單正確ナリトス  
主刑ノ名稱ハ曰ク死刑、無期徒刑、有期徒刑、無期流刑、有期流刑、重  
懲役、輕懲役、重禁獄、輕禁獄、重禁錮、輕禁錮、罰金、拘留、科料合  
セテ十四(七八九條)

附加刑ノ名稱ハ曰ク剝奪公權、停止公權、禁治產、監視、罰金、沒收、  
合セテ六(一〇條)

〔二百九〕罰金ハ主刑タルコアリ附加刑タル事アリ其附加刑タル場合ニハ  
必ス法律カ……若干ノ罰金ヲ附加ストイフ一定ノ用語ヲ以テ之ヲ明ニス  
〔二百十〕附加刑トイフ名稱アル所以——第十條ニ列擧サレタル六個ノ刑  
罰ニ附加刑トイフ名稱アルハ他無シ或ハ主刑ト同時ニ執行シ或ハ主刑ヲ  
了リシ後執行シ或ハ主刑ヲ全免サレタル時執行シ或ハ法律カ他ニ主刑ヲ  
科スヘキ犯罪アリトシテ設置シタル等總テ主刑アルヲ假想シ之ニ附屬セ  
シムルト云フ思想ヨリ脱化シタルモノナリ但シ附加刑ト雖モ特立シテ執  
行サル、事アリ主刑消滅スレハ當然附加刑モ消滅スルモノト誤解ス可カ  
ラス

〔二百十一〕主刑ノ設ケアルニ拘ハラズ更ニ附加刑ヲ設ケル理由如何其詳  
細ハ各附加刑ノ性質ヲ述ヘタル後ニアラサレハ之ヲ示ス能ハスト雖モ今  
其大要ヲ云ハ、曰ク主刑ノ實効ヲ確クスルニアリ曰ク再犯ヲ豫防スルニ

在リ(カ)ロオ氏一卷二五五號刑法論綱二八九頁)

(二百十二) 區別ノ實益 主刑ト附加刑トハ區別スルニハ大ナル實益アリ主刑ハ常ニ之ヲ宣告セサル可カラス之ニ反シ附加刑ニハ宣告スヘキモノト特ニ之ヲ宣告セサルモ當然或主刑ニ伴フモノトアリ(刑六、二二三)

(二百十三) 主刑ハ何故ニ必ス宣告スル事ヲ要スルカ罪ト相對スル獨立ノ刑ナルカ故ナリト云フ說アリ(刑法論綱二八九頁)隔靴ノ感無キ克ハス現行刑法ハ豫メ明文ヲ以テ刑ヲ一定スト雖モ十中八九ハ最高度ト最低度ヲ設ケ其範圍内ニ於テ隨意ノ刑ヲ選ハシムル趣向ナルノミナラス高低ノ極點無キ死刑ヲ科シタル場合ト雖モ汎ク裁判官ニ情狀ヲ酌量シテ減等ヲ與フルヲ許シタル故ニ實際ニ科スヘキ主刑ハ宣告アリテ始メテ一定ス是第六條第二項ノ規定アル所以ナリ

(二百十四) 附加刑ニハ宣告スルモノアリ宣告セサルモノアリ(六三) 宣告スルノ必要アル附加刑ハ輕罪ノ刑ニ附加スル監視(三八) 附加ノ罰金(四二) 沒收(四三) ノミナリ此三附加刑ノ中監視ニハ最長期ト最短期トヲ置キ

罰金ニ最高額ト最下額ト設ケタル場合並ニ金額ヲ一定セサル場合アルカ故ニ宣告セサルハ執行スヘキ刑期金額ヲ知ル克ハテ沒收ハ沒收スヘキ物件ニ付キテ其理由ヲ附スル必要アルヨリシテ又自ラ宣告スルノ已ムヲ得サルモノアリ

(二百十五) 宣告セスシテ當然科スヘキ附加刑ハ剝奪公權(三二) 停止公權(三三) 禁治産(三五) 重罪ニ附加スル監視(三七) 死刑無期刑ノ期滿免除ヲ得タルモノニ科スル監視(三九) ノ五ナリ此等ノ附加刑ハ(一)法律自ラ之ヲ科スルノ必要アルヲ認定シテ裁判官ニ取捨ノ自由ヲ與ヘス(二)實際科スヘキ刑期ハ法律ノ規定併ニ主刑ノ宣告ニ因リ一定スルヲ以テナリ

### 第二款 重罪ノ刑輕罪ノ刑違警罪ノ刑

(二百十六) 主刑ヲ細別シテ重罪ノ主刑輕罪ノ主刑違警罪ノ主刑ト三トス第七條第八條第九條ニ列舉セラレ

第七條 左ニ記載シタルモノヲ以テ重罪ノ主刑ト爲ス

#### 一 死刑

- 二 無期徒刑
  - 三 有期徒刑
  - 四 無期徒刑
  - 五 有期徒刑
  - 六 重懲役
  - 七 輕懲役
  - 八 重禁獄
  - 九 輕禁獄
- 第八條 左ニ記載シタルモノヲ以テ輕罪ノ主刑ト爲ス
- 一 重禁錮
  - 二 輕禁錮
  - 三 罰金
- 第九條 左ニ記載シタルモノヲ以テ違警罪ノ主刑ト爲ス
- 一 拘留

二 科料

第三款 國事犯ノ刑、非國事犯ノ刑

〔三百十七〕 國事犯ノ刑、非國事犯ノ刑ノ區別ハ重罪ノ主刑ノ細別ナリ第一編第二章第一節刑名ト題スル所ニハ法律之ヲ明言セスト雖モ同第三章加減例ト題スル所ニ之ヲ示セリ(六七六八)

非國事犯ノ重罪ノ主刑ハ死刑、徒刑、懲役ナリ分レハ五トナル

- 一 死刑
  - 二 無期徒刑
  - 三 有期徒刑
  - 四 重懲役
  - 五 輕重役
- 國事犯ノ重罪ノ主刑ハ死刑、流刑、禁獄ナリ分レテ亦五個トナル
- 一 死刑
  - 二 無期徒刑



三 有期流刑

四 重禁獄

五 輕禁獄

### 第二章 刑ノ分類

〔二百十八〕 刑ハ其最終目的ヲ達スル手段トシテ苦痛ヲ與フル爲メニ或ハ生命ヲ奪ヒ或ハ身體ヲ傷ケ或ハ自由ヲ殺キ或ハ財産ヲ徵收シ或ハ能力ヲ剝奪シ或ハ名譽ヲ毀損ス現行法上身體刑ハ全廢セラレタリ故ニ刑罰全體ヲ生命刑自由刑財産刑能力刑ノ四種ニ大別シ節ヲ分テ説明セン名譽刑ハ之ヲ能力刑ノ中ニ附論ス

〔二百十九〕 前第一章第三節ニ述フル所モ亦是一種ノ分類ナリ但シ何レモ我法ノ明文上一類毎ニ名稱アルモノ、ミテ列舉シタルカ故ニ之ヲ刑名ト題シタリキ之ニ反シテ本章ニ述ヘントスル所ハ刑法カ特ニ名稱ヲ施シタル種類ニアラス其性質ヲ説明スルニ最モ適當ナル特色ヨリ觀察シ假リニ名ヲ附シタルモノナリ

### 第一節 生命刑

〔二百二十〕 生命刑即チ死刑ハ刑罰ノ頂上ニ位シ國事犯非國事犯ノ重罪ノ主刑ナリ當初起草者ハ國事犯ニ對スル死刑ヲ全廢セン事ヲ希望セラレシト雖モ其說立法者ニ容レラレス遂ニ今日アルニ至レリ

現行刑法ハ之ヲ以前ノ刑法ニ比スレハ頗ル死刑ノ場合ヲ狭クシ主トシ人命ニ關スル重大ノ犯罪ニノミ科シタルヲ見ル

然レトモ人ヲ殺セシカ故ニ死刑ニ處ス可シト云フ基礎ノ考ニ誤謬アルヲ以テ尙實際ニ之カ適用ヲ慎ミ其缺點ヲ補ハサル可カラス實際ニ死刑ノ適用ヲ避ケント欲セハ酌量減輕ト特赦ノ請願トニ依ル可シ

### 第一款 日本ノ死刑沿革

〔二百二十一〕 絞斬二種ノ死刑ハ神代ニ於テ既ニ執行セラレシ痕跡アリ日本約纂疏―日本書紀建國以來大寶ノ頃迄ニ行ハレシ死刑ノ史ニ徵スルニ足ルモノ甚タ渺シトセス大寶律ノ明文ニ採用スル所ハ亦單ニ絞斬ノ二ナリ(古代法典一頁)ト雖モ漸次其空文ニ歸スルニ從ヒ實際ニ他ノ方法ヲ用ユ

ル死刑有リシヤ知リ難シ法曹至要ノ抄貞永式目ニ載スル所ハ再ヒ往昔ノ絞斬二種ナルカ應仁以後ニ及ヒテハ戰亂相踵キ殺伐ノ氣象ニ富ム國民ヲ御スルニ尙武ノ諸侯ヲ以テシタル結果勢數多ノ峻嚴酷烈ナル死刑ヲ現出セリ火刑磔鋸引斬梟自殺絞ノ七生命刑アルハ實ニ我刑法史上第二期ノ末路ノ特色ニシテ當時ニ在リテハ夫レ或ハ必要ナリシナラント雖モ之ヲ追想スレハ誰カ能ク戰慄寒キヲ覺ヘサルモノアラシヤ其最モ殘酷ナル時代ニ方リ始メテ我國ヲ交通シタル歐人ノ腦裡ニハ永ク其淋漓タル鮮血ノ記憶ヲ印シ去リテ拭ハントスレトモ拭フ克ハス遂ニ國際關係上今尙一種云フ可カラサル障害ヲ殘セシハ疑モナキ事實ナリ

二百二十二 錦旗一度東下シテ光彩爛熳タル明治ノ天地ヲ開キ爾來死刑ノ廢止セラレシ順序左ノ如シ

火刑 ハ明治元年十一月十三日ノ達ニ依リテ永ク廢止セララル其文ニ曰フ

一 火刑ハ永廢止之事

磔刑 ハ同一ノ達ニヨリ適用ノ場合ヲ狹クセララル其文ニ曰フ

一 殺君父ノ大逆罪ハ臨期勅裁之上可處磔刑事  
其他磔罪廢止之事

而シテ其全廢ハ明治三年十二月新律綱領ノ頒布ニ在リ

鋸引 ハ明治二年七月八日東京府ノ伺ニ對スル刑法官ノ指令ヨリ晒引

廻シ刑ト共ニ廢止セララル其文ニ曰フ

一 主人ニ爲手負候者及ヒ古主ヲ殺ス者ハ梟首……但シ晒引廻シ鋸引ハ廢止候事

梟示 ハ明治十二年一月四日第一號布告ニ依リ廢止セララル其文ニ曰フ

一 凡梟示ノ刑ヲ廢シ其罪梟示ニ該ル者ハ一體ニ斬ニ處ス

斬刑 ニ付キテハ特ニ一言スヘキモノアリ舊幕時代ニ於テハ斬ニ死罪ノ下手人ノ二種アリテ死罪ハ士分以上ノ者ニ科スル斬刑ノ下手人ハ庶民ニ科スル斬刑ヲ意味シタルモノ、如シ士分以上ノ者ニ科スル死刑死罪ニ至ラサルモノハ之ヲ自殺トス明治ノ初年夫ノ刑法

官ノ假刑律ヲ定ムルニ方リ死罪ト下手人トノ區別ハ廢セラレ自裁ハ自盡ト稱シ刎首梟首絞首ト併行レシカ明治三年新律綱領ノ頒布ト共ニ自盡ト云フ刑名ハ律ノ文面ヨリ除カレ刎首ノ名ヲ以テ傳ハリシ斬刑ハ明治十四年七月現行刑法ノ發布ト共ニ消滅シタルモノ、如シ今日ハ死刑ニ只絞ノ一種アルノミ

### 第二款 死刑ヲ存スルノ可否

(二百二十三) 死刑ハ存スヘキカ廢スヘキカ是刑法學上最モ困難ナル問題ノ一ナリ之ヲ詳細ニ論究セントスレハ特ニ之カ爲ニ一大冊子ヲ成スモ尙足レリトセス加之ナラス當ニセヨ否ニセヨ現行法ニ採用セラレタル以上ハ解釋論トシテ之ヲ述フル必要無シト雖モ假ニ我國ノ學者實際家中漸次寬弱ナル氣象ヲ養成セラレテ漠々タル感情ヨリ徒ニ其廢止說ヲ唱導セントスル徵候アリトセハ茲ニ其學理ヲ一言スル必スシモ無益ニ非サル可シ之ヲ論スルニ付キテ我輩ハ(一)廢止論ノ沿革(二)廢止主義ノ論旨并ニ其批評(三)存在ノ主義ノ論旨並ニ其批評(四)現行法カ死刑ヲ採用シタル主旨並ニ其

批評(五)結論ノ五段ニ分チテ述フル所アラントス

### 第一項 死刑廢止論ノ沿革

(二百二十四) 死刑ハ社會ト其起源ヲ共ニス而モ其廢止論ノ如キハ數多ノ世紀間人類ノ想像ニタモ浮ハサリシ所ナルカ尙宗教ト法律トノ分化ヲ見サリシ十二世十三世及ヒ十四世紀ノ頃ハ宗教ノ主旨ヨリ死刑ノ當否ヲ論究スルモノ輩出シテ基督派非基督派ノ學者間ニ一大論戰ヲ開ケリ後三世紀ヲ隔テ、十八世紀ニ至リ夫ノ伊太利ノベツカリア氏初メテ之ヲ社會ヨリ觀察シ刑法史上ニ永シ死刑廢止論主唱ノ者雷名ヲ留メルウツオフイラソヤユリマブレ諸氏之ニ和セリ爾來一派ノ學者ハ其存ス可カラサルヲ喋々シテ止ヤス

(二百二十五) 爰ニ注意ス可キハ前世紀ニ於ケル廢止論者多數ノ意向ナリ一般ニ非國事犯ニ對スル死刑ハ之ヲ廢セント欲シタリシモ國事犯ニ對シテハ却テ其存セサル可カラサルヲ主張シタリキ之ヲ佛國ニ於テ考フルニ其千七百九十一年ノ刑法ニハ死刑ヲ採用シタルヲ以テ國民會議(コシヴァ

ンシオン、ナシオナル、ニシテ千七百九十二年九月二十一日立法會議アツサ  
 ンブレ、レヤスラナヴニ代リ共和政體ヲ布告シタシモノナリ其繼續シタル  
 間ハ名ケテ恐怖テルウルノ時代ト謂フハ其非國事犯ニ對スルモノ、ミチ  
 廢止スルノ發議ヲナセシカ其論再ヒ共和十年ノ議ニ上リシト雖モ以後當  
 局者ハ斷乎トシテ之レヲ退ケシノミナラス千八百十年ノ法典ハ殺親罪ニ  
 對シ別種ノ死刑ヲ採用スルニ至レリ下ツテ千八百四十年ノ頃ニハ廢止論  
 ノ局面全ク一變シ遂ニ四十八年ノ憲法第五條ヲ以テ國事犯ニ科スル死刑  
 ナ全廢スルニ至リ非國事犯ニ科スル死刑ノ廢スヘキヲ主張スル者モ亦昔  
 日ノ熱心ナシ「ラボルド」氏刑法講義二五四號ガロオ氏四卷三一頁註「シヨ  
 ヲ」及ヒ「エフエリ」氏一卷六三號以下「オルトラン」氏二卷一三五七號參照而  
 シテ今日多數ノ說ヲ一括シテ云ハ、國事犯ニハ死刑ヲ廢ス可シ非國事犯  
 ニ對スルモノ、存廢ハ其國ノ情況ニ照シテ後之ヲ決セサル可カラスト云  
 フニアリ

第二項 死刑廢止主義ノ論旨並ニ其批評

〔二百二十六〕 死刑廢止主義ノ重ナル論旨ヲ云ハ、死刑ハ回復ノ途無シ曰  
 ク死刑ハ數多ノ等級ヲ設クル克ハス曰ク死刑ハ國民ニ殘惡ノ氣象ヲ養成  
 セシメ犯人ヲ自忘自棄セシム曰ク死刑ヲ存シテ何等ノ實益アル事無シト  
 云フニ在リ其他ハ論スルニ足ルモノ無シ

〔二百二十七〕 論者曰ク死刑ヲ存シ不幸ニシテ一度適用ヲ誤ランカ復償フ  
 克ハサル缺點アリ雷ニ殺サレタル無辜ノ冤ナルノミナラス一國ノ損害果  
 シテ如何ソヤ之ヲ思ハ、回復ノ途無キ「イレパラブル」死刑ノ如キハ須ラク  
 法ノ明文ヨリ抹殺シ去ラサル可カラスト「ドウバストレ」氏ノ論

適用ヲ誤テ無辜ヲ刑ス可ラサルハ豈觸リ死刑ノミナランヤ其初チ慎マ  
 サル可カラサルハ自由刑財産刑名譽刑ト雖モ一點ノ異ナル所無シ論者ハ  
 自由刑財産刑名譽刑ノ如キニ總テ回復ノ途アリトスルカ何ソ其論ノ淺薄  
 ナル一旦剝奪シタル自由若クハ財産若クハ名譽ハ人間ノ力能ク之ヲ取消  
 ス克ハス僅ニ之ヲ代フル賠償手段アルノミ且ツ夫レ今日文明國一般ノ司  
 法制度ヲ見ヨ證據ノ蒐集ニ綿密ナル治罪ノ手續ニ鄭重ナル無辜ヲ殺スカ

如キ失策ハ千載一遇ヲ思フモ尙杞慮ニ過キス假ニ萬一ノ過誤アリトスルモ其萬一ノ過誤ヲ捕ヘテ直ニ死刑其モノハ當否ヲ爭ハントス亦難カラスヤ誤ナテ人ヲ殺スモノハ瀛車ニ瀛船ニ醫術ニ化學ニ千ヲ以テ數フ可シ此等ノ事實モ亦廢スヘキカ

(二百二十八) 論者又曰ク罪ノ大小ト責任ノ輕重ト相平均シテ罪刑權衡ヲ保ツ必要アリ之カ爲ニ必然刑ハ差等ヲ設ケ得ルモノナラサル可カラス死刑ハ唯生命ヲ奪フノ一途ニ出テ差等ヲ設クル克ハサルカ故ニ之ヲ廢ス可シト(ロツシ氏ノ論)

試ニ此種ノ論者ニ問ハシテ差等ヲ設ケ得サルカ爲メニ死刑ヲ廢ス可キヤ否ヤチ云フニ先チ先ツ死刑ニ相當スル犯罪又ハ犯人アリヤト然ラズンハ寬嚴數等ノ死刑ヲ設ケ罪刑相應セシムル必要ノ有無ヲ知ル克ハス而シテ我輩ハ根據ヨリ此論ニ反對ス根據トハ何ソヤ他無シ犯罪カ社會ニ大損害ヲ與フレハ重キ刑ヲ科シ遂ニ死刑ノ用ハ最モ大罪ヲ犯シタル者ニ科シテ之ト權衡ヲ保タシメント云フ思想是ナリ惟フニ人ヲ除ク必要アリトセス

シハ到底死刑ヲ維持スルニ足ラザラン人ヲ除クハ豈差等アルヲ要センヤ(二百二十九) 論者又曰ク死刑ヲ存スレハ或種類ノ者ニ隱然人ヲ殺スル象ヲ養成セシメ(フェルナン、ナリ)氏二〇二頁又一度死刑ニ相當スル罪ヲ犯シタル者ヲシテ現世ニ望テ斷タシムルノ結果更ニ暴惡ヲ重ネシムルニ至ルト

刑法上死刑ヲ存シ年々多少ノ適用アルヲ見聞スル爲メ果シテ殺伐ノ氣象ヲ養成セラル、者アリヤ朦朧トシテ影ヲ捕フル如キ證據ト評セサルヲ得ス假リニ之アリトセハ如何ソシ其性癖ノ異常ニ驚カサル論者モ我輩ト共ニ死刑ノ宣告並ニ執行アルヲ聞カハ戰慄自戒ノ念ヲ生スルモノニアラサルカ否之ヲ聞キテ之ヲ恐ル、ハ多數ノ情ナラン其却ツテ殺氣ヲ發動セラル、如キ者アレハコソ死刑ヲ存スル必要ナキヲ得ンヤ

一度法律ノ死刑ヲ科シタル罪ヲ犯セシ爲メ自忘自拋罪惡ヲ重ヌル者ノ如キハ事實此レ有ラン然レトモ今日多數ノ刑法ハ酌量減輕ヲ許シ或ハ陪審官ニ減等ヲ請求セシムル趣向アリ更ニ特赦ト云フ救濟法ノ存スルアリ

テ唯一回之ヲ犯シタル者ヲ死刑ニ處スル如キ事ハ實際之無キヲ見聞セサルノ理無シ而モ尙己ヲ慎ム念ヲ發セサルモノアラハ前段ニ論スル所ト同シク普通ノ人間ヲ以テ目スル能ハサラン要スルニ論者ノ如ク犯人其者ヨリ觀察セントナラハ少シク現時多數ノ生物派ノ所論ヲ參酌セヨ

〔三百三十〕 又一派ノ論者ハ死刑ヲ存スル實益ナキヲ主張シ其證據トシテ事實統計ヲ引用シ來ラントス(フェルナン、ナリ)氏二〇〇頁)

死刑ヲ採用シクル主旨ノ如何ヲ問ハス實際ノ效用ハ主トシテ人ヲ除クト世人ヲ恐怖自警セシムルトノ二點ヨリ流出ス人ヲ除キタルカ爲メニ生スル利益ハ其者ノ再ヒ罪ヲ犯ス途ヲ失ハシムルニ在リテ世人ヲ恐怖自警セシメタルカ爲メニ生スル利益ハ犯罪ノ念ヲ抑壓セシムルニ在リ論者ハ果シテ如何ナル方法ニ依リ如何ナル手段ヲ施シ此利益ノ統計ヲ探ル事ヲ得ルカ其死刑ヨリ生スル利益ヲ統計スル克ハスンハ其實益ナキヲ統計シ得ルモ何ノ利益所カ是有ラン況ンヤ實益ナキヲ統計センハ到底人力ノ及ハサル所タルニ於テオヤ

### 第三項 死刑存在主義ノ論旨並ニ其批評

〔三百三十一〕 死刑廢ス可カラスト云フ論ハ亦甚多シト雖モ其主旨ノ重ナルモノヲ舉クレハ曰ク人ヲ殺シタル者ニ科スル死刑ハ正義ニ適フ曰ク死刑ヲ存スレハ再犯ノ途ヲ失ハシメ世人ヲ警戒スル利益アリ曰ク正義ニ適フト共ニ利益アリト云フニ在リ

〔三百三十二〕 俚諺ニ所謂人ヲ誼ハ、穴ニツト云フ語ハ正義ヲ基礎トシテ死刑ヲ存ス可シトスル論旨ヲ盡クシテ漏ラス所無シカント氏ハ人ヲ殺ス者ハ己ヲ殺ス者也ト曰ヒ(フラン)氏刑法哲學一二〇頁)オルトラン(氏ハ例ノ快達ナル筆ヲ振ヒ豫メ謀リテ人ヲ殺スモ恬然意ニ介セサル兇漢ヲ假想シ「……此ノ如キ場合ニ又此ノ如キ場合ニノミハ死刑ノ正當ナル更ニ疑ナシト云ヒ(全氏一三六一號)ハウス(氏ガロオ)氏之ニ唱和ス(ハウス)氏二卷七二三號)ガロオ(氏一卷二六二號)歸スル所ハ罪大ナレハ刑重カラサル可カラズ人ヲ殺シタル者ニ死刑ヲ科スルハ正義ニ適フト云フニアリ

罪刑其輕重ヲ同フシ權衡ヲ保タンハ正義ノ要求ナリ人ヲ殺ス程重キ罪

ヲ犯ス者ニ死刑ヲ科スル固ヨリ至當ノ賠償手段ナリトハ純正主義折衷主義ノ學者ノ常ニ主張スル所ナリト雖モ之ヲ駁スルニ二法アリ曰ク罪惡ト刑罰トノ輕重ヲ保タシムルト云フ基礎ノ考非ナル事ヨリシ曰ク假ニ賠償手段ヲ正當トスルモ人ヲ殺ス者ノ罪惡ト死刑ノ重サトハ權衡ヲ保ツト云フノ非ナル事ヨリスル是ナリ第一ノ論鋒ハ之ヲ他ニ譲リ第二ノ論鋒ヲ以テ爰ニ駁撃ヲ試ミン

罪惡ノ度ト死刑ノ度ト其權衡ヲ保ツト主張スル論者ニ問ハン死刑其者ノ痛苦ヲ測定スル事ヲ得ルヤト憶フニ夫ノ自由ヲ剝奪セラレ又ハ財産ヲ徵發セラレタル時ノ痛苦ノ如キハ或點迄之ヲ示シ之ヲ測ル事ヲ得ヘキモ死ヲ實驗シテ後學理ヲ研究シタル論者ナラサルヨリハ死刑ノ痛苦ヲ測定スル克ハサラン死刑ノ痛苦ヲ測ル克ハスシテ罪惡ノ度ニ權衡ヲ保テリト云フヲ得ルカ

死刑ヲ宣告セラレ其執行ヲ受ル迄ノ間犯人腦裡ノ悶絕想像スルタモ身ニ粟ヲ生ス然レトモ尙是死刑ニ非ス一度死刑ヲ執行セハ復此世ニ犯人無

シ而シテ能ク痛苦ヲ與フル事ヲ得ルカ論者ハ罪惡ニ死刑ヲ反座セシムルカ故ニ正義ノ要求ヲ滿タシ賠償ノ主旨ニ適フト云フ然レトモ死刑其モノハ痛苦ヲ與ヘントスル人ヲ奪去リテ人間ノ世界ニ於テハ復其影ヲモ捕フル克ハス如何ニシテ之ニ痛苦ヲ與フルカ痛苦無クシテ賠償シタリト云フヲ得ルカ賠償セスンハ論者ノ所謂正義ナカラシ

二百三十三 利益ヲ基礎トスル存在論者ハ曰ク死刑ハ再犯ノ途ヲ斷タシム曰ク死刑ハ世人ヲ警戒スト

死刑カ再犯ノ途ヲ失ハシムルハ事實ナリ死者再ヒ罪ヲ犯ス能ハス然レトモ再ヒ罪ヲ犯サ、リシト云フハ殺サ、レハ再犯ス可キヲ假定シタル論ナリ論者ハ何ニ因リテ不治ノ犯人タル事ヲ斷定シ得タルカ

生命ヲ斷ツハ再犯ノ途ヲ失ハシムル唯一ノ手段ナルカ鐵窓ニ獨居セシメ逃走ヲ防カハ亦再ヒ罪ヲ犯ス能ハサラン何故ニ投獄ノ手段ハ不可ニシテ死刑ハ可ナルカ

死刑カ世人ニ鑑戒ヲ與フルハ事實ナリ然レトモ或ル者ヲ鑑戒スルニ足ラ

サルモ事實ナリ情慾盛ニシテ刑罰ノ大ナルヲ思フニ違アラズ偶々之ヲ思フモ倖ニ免レン事ヲ企圖シテ罪ヲ犯ス者無シト斷言スルヲ得ンヤ加之ナラズ初ヨリ死ヲ甘シテ罪ヲ犯ス者アルヲ奈何セン斯ノ如ク死刑カ一部ノ者ヲ警戒スルモ一部ノ者ニ何等ノ効力無クハ其益スル所ノ頗ル大ナルヲ證明シテ漸ク之カ維持説ヲ主張スルニ足ラン犯人モ亦人ナリ殘虐暴戾タリト雖モ變シテ虎狼ト成ラス其生命ヲ斷ツニ何ヨリ其理由ノ薄弱ナル

〔三百三十四〕正義ト利益トノ二點ヲ根據トシテ死刑ヲ維持セントスル説ハ其論鋒頗ル多岐ニ亘レリ其最モ多數且有力ナルモノハ「人ヲ殺スモノニ死刑ヲ科スルハ敢テ不正ナリト云フニ非ス然レトモ尙之ニ利益無クレハ以テ維持スルニ足ラサルナリ利益ハ絶對且一般ノモノニ非スシテ關係且局部ノモノナルカ故ニ其存廢ハ時代ト場所トノ情況ヨリ決セサル可カラズ」ト云フニ在リ(オルトラン)氏一三六〇號以下(ハウズ)氏七二三號以下(カロオ)氏一六五號改正草案五二號)

折衷主義ノ論者ノ所謂死刑ハ必スシモ不正ニ非スト云ヘルノ大謬見タル

ハ既ニ論破セリ第二ノ論旨タル時代ノ情況場所ノ情況ノ何タルニ至リテハ未タ嘗テ満足ナル解答ヲ得ス

「ハウズ」氏ハ數年來自國(白耳義)ニ於テ死刑ヲ實施セサルモ敢テ殘逆ナル犯罪増加セスト云ヒ(ガロー)氏ハ輿論カ尙全廢説ヲ主張セスト云フ而シテ我起草者ハ我國カ數多ノ峻嚴ナル死刑アリシ時代ヲ隔テスト云フヲ根據トセラレタルニ似タリ犯罪増加セサルモ更ニ死刑ヲ實施シテ之ヲ減少スルノ必要ナキカ輿論ヲ待タツレハ眞理ヲ知ル能ハサルカ何故ニ遽ニ廢ス可カラサルカ

#### 第四項 現行刑法カ死刑ヲ採用シタル主旨並ニ其評

〔三百三十五〕現行刑法ハ折衷主義ヲ基礎トス故ニ死刑ヲ存シタル理由ノ如キモ死刑ハ正義ニ適ヒ社會ニ利益アリト斷定シタルニ由來セスノハアル可カラズ死刑ハ何故ニ正義ニ適フカ罪惡ノ最モ甚シキモノニ痛苦ノ最モ甚シキモノヲ反坐シ罪刑其權衡ヲ保ツカ故ナリ死刑ハ如何ナル利益ア



ルカ再犯ノ途ヲ失ハシメ世人ヲ警戒スト現行法カ此ノ如キ理由ニ因リ死刑ヲ採用セシ事ハ只ニ編纂ノ沿革上明ナルノミナラス正條ヲ綜合シテ之ヲ知ルニ足ル

死刑ハ苦痛ノ最モ甚シキモノナリ故ニ罪惡ノ最モ甚シキモノニ科スレハ正義ニ適フト云ト雖モ死刑其モノハ人ヲ除クカ故ニ復苦痛ヲ與フル能ハス死刑ノ宣告アリテヨリ執行サル、迄ノ間ノ苦痛ハ死刑其モノニ非ス死刑ノ痛苦ト罪惡ノ度ト權衡ヲ保テハ正義ニ適フト云フト雖モ何人モ死ヲ實驗シタルモノ無シ故ニ死刑ノ痛苦ヲ測ル能ハス死刑ノ痛苦ヲ測ル能ハスハ罪惡ノ度ト權衡ヲ保ツヤ否ヤヲ識ル能ハス

折衷主義ノ論者ハ正義利益ノ二條件ヲ刑罰ノ基礎トス故ニ死刑ニ如何ナル利益アリテモ正義ニ適ハスハ之ヲ存スル能ハサラン死刑ノ正義ニ適ハス賠償ノ途ヲ盡スニ足ラサルハ右ニ述フル如シ折衷主義ノ論者何故ニ絶對的ニ死刑廢止論ヲ唱ヘサルカ我輩ハ其理由ヲ解スルニ苦ムモノナリ

第五項 結論

(二百三十四) 試ニ死刑ニ對スル卑見ヲ吐露セン(一)社會ニ大害ヲ與ヘ且絶對的不治ノ罪人ニ科スル事(二)明文ニ存シ適用ニ廢シテ科學ノ歩ヲ待ツ事ヲ至當ト考フ

(一) 先天ニ惡癖ヲ具ヘ絶對的ニ不治ノ罪人アリト云フ說一度伊國ノ「フロソ」氏ノ筆端ヨリ逆リテ「フェリ」氏之レニ和シ「ガロ」氏之ニ和シ遂ニ先天派(デ)テルミニ(ズム)ノ名ヲ以テ學問世界ヲ騷然タラシムルニ至リシカ其實驗ノ二字ヲ根據トシ動カス可カラサル事實ノ統計ヲ雙翼トシタル所論ナルカ故ニ心理學派(スピリチユアリスム)ノ論難駁撃ハ從來一個ノ空想ヲ以テ事實ヲ倒サントスルモノトシ齒牙ニモ係ルニ足ラストセラレタリ爰ニ於テカ佛ノ「ルイ」プロアル氏亦多年ノ實驗ト事實ノ統計トニ依リテ反對ノ說ヲ主張シ氏ノ犯罪並ニ刑罰論(書名)ノ論メニハ先天派モ暫ク逡巡ノ色ヲ呈セリ

斯ノ如ク絶對的ニ不治ノ罪人アルヤ否ヤハ今日尙未決ノ一難問ニ過キスト雖モ若シ之アリトセンカ社會ハ何故ニ之ヲ除ククハサルヤ苟モ刑法上

ノ難問ヲ解セントセハ常ニ犯罪ノ實質ニ關スル思想ヲ離ル可カラズ犯罪ハ社會ノ生存條件ニ危害ヲ與フルモノナリ之ヲ淘汰スルニ不十分タラハ一身ヲ失ヒ一家ヲ失ヒ一國ヲ失フニ至ラン而モ其罪ヲ犯シテ懲治ノ方法無キ者ヲ除ク克ハスト云ハ、一國ヲ亡ホズ可シ一家ヲ倒ス可シ一身ヲ失フ可シト云フニ如何ナル差別カ有ル此場合ニ適用スル死刑ニ正義論者ノ曰フカ如ク犯人ニ痛苦ヲ與ヘントスルモノニ非ス世人ヲ警戒セントスルモノニ非ス將來其犯人ノ必然現出セシム可キ犯罪ヲ未發ニ防キ一國ノ社會ノ生存ヲ全ウスルニ在リ

然ラハ絶對的不治ノ罪人ハ死刑ニ處ス可シト云フヘキノミ何カ故ニ其大害ヲ與フルモノニ限ル可キカ今之ヲ人身ニ喩ヘテ説明セン社會ニ犯罪アルハ人身ニ疾病アルカ如シ疾病ニシテ直接間接ニ人ノ生命ヲ害セサルモノ無キカ如ク犯罪ニシテ社會ノ生存ヲ害セサルモノナシト雖モ其生命生存ニ危害ヲ加フル程度ハ遲速緩急ノ差ナキヲ得ス吾人ニ疾病アルニ方リ醫師ハ常ニ其生命ニ關スル大小ヲ診察シ時ニ一手一足ノ切斷ヲ必要トス

六六

六七

ルニ非スヤ是其不治ニシテ生命ニ急害アル時ナリ同シク不時ノ症ト雖モ生命ニ急害無クシテ尙且一手ヲ切ラシメ一足ヲ斷ダシムル如キハ注意スキ醫師ノナサ、ル所トス一人ノ民ヲ殺スハ恰モ手足ノ一部ヲ斷ツニ均シ豈ニ其大害ヲ與ヘサルモノヲ殺ス可ケンヤ正義論者ハ死刑ニ依リ犯人ニ大痛苦ヲ與フト云フ自然法主義ノ論者チシテ之カ説ヲ爲サシメハ以テ良民ノ身體財產ヲ保護シ一國ノ生存ヲ全キニ置クト云ハンノミ

(二) 死刑ヲ明文ニ存シ適用ニ廢ス可キ理由他無シ一度之ヲ全廢セハ再設スルニ甚シキ障害アルヲ以テナリ論者或ハ曰ハン明文ニ存シテ適用ニ廢セハ法律ノ威嚴ヲ殞シ之ヲ削除スルニ勝ル弊害アラント非ナリ明文ニ存スヘキ理由ニ再設ノ困難ヲ避クルニ在リテ適用ニ廢ス可キハ科ス可カラサル場合ニ之ヲ科シタルカ故ナリ

死刑ヲ科シテ正當ナルハ社會ニ大害ヲ與ヘ且絶對的ニ不治ノ者ヲ除ク場合ノミナリ即チ主觀的ニ人ヲ理由トシ之ヲ除キテ以テ大害ヲ淘汰スル最後ノ手段ナルニモ拘ラス現行刑法ハ一大謬見タル正義ノ觀念ニ基キ之ヲ

損害ノ大ナル犯罪事實ニ對立セシメテ以テ賠償ノ主旨ヲ盡シ權衡ヲ得タ  
リトスルノ狀太古ノ目ヲ以テ目ニ報ユル「タリチン」法ヲ再現シテ願ミル所  
無シ如何ソ其適用ヲ廢セサル可ケンヤ

再設ニ困難ナルヲ理由トシ明文ニ死刑ヲ存ス可シトスルハ決シテ「ホイエ  
ルバツハ」氏ノ如ク以テ世人ヲ脅迫セントスルニ非ス實ニ明文ニ嚴法ヲ存  
スト雖モ實際ニ之カ適用ヲ廢サハ法律ノ威嚴ヲ殞ス事アラントモ世人ヲ  
脅迫スルニ足ラサラン其之ヲ存セント欲スルハ異日適用スヘキ必用ヲ感  
スル事アラントスルニ在リテ適用スヘキ場合アラントスルハ絕對的不治  
ニシテ大害ヲ與フル惡人アラント假定スルカ故ナリ

論者或ハ曰ハシ大害ヲ與フル絕對不治ノ罪人アルヲ假定セハ適用ニ於テ  
モ死刑ヲ廢スル必要ナカラント然レトモ今日ノ科學ノ程度ハ未ク以テ絶  
對不治ノ大罪人ヲ識別セシムルニ足ラス僅ニ夫ノ現存スル所ノ刑罰制度  
又ハ道德宗教ノ鑑戒ニ懲リサル關係的不治ノ者ヲ捕ヘテ之ヲ絕對不治ノ  
徒ニ混同シ甚シキハ漠然タル自己ノ感情ヨリシテ之ヲ憎ムノ結果酌量減

輕又ハ特赦ノ請願ニ吝ナルノ恐ナキ能ハサルカ故ニ今日ニ於テハ決シテ  
其適用ヲ可トス可カラサルナリ一步ヲ進メテ絕對不治ノ大罪人アリト云  
フ假定カ全ク空想ニ過キサルカ否ヤハ少シク直接ニ犯人ヲ實驗セハ思半  
ハニ過クルモノアラン

### 第二節 自由刑

#### 第一款 自由刑總論

(二百三十七) 自由刑ハ國家カ有罪ノ確定裁判ヲ經タル者ノ自由ヲ剝奪若  
クハ制限スル刑罰ニシテ我刑法カ採用シタル所ハ其數十二曰ク無期徒刑  
有期徒刑無期流刑有期流刑重懲役輕懲役重禁獄輕禁獄重禁錮輕禁錮拘留  
監視(七八九七)

(二百三十八) (一)自由刑ハ自由ヲ剝奪若クハ制限スルモノナリ其所謂自由  
ノ何タルヲ明ニセサルヘカラス十八世紀ノ後半ニ歐洲ヲ跋扈セシ自由論  
者ハ一般ニ吾人カ未ク社會的生活ヲ營マサル時代ヲ案出シ其時代ニ吾人  
カ不羈獨立意ノ趣ク所ハ之ヲ行ヒ一點ノ拘束サル、所無キ假想的狀態ヲ

自由ト名ケタルニ似タリ茲ニ自由ト云フハ斯ノ如ク汎博ナル意味ニ非ス國民ノ普通生活上公法私法ニ觸レサル限リ隨意ノ行爲ヲ爲シ得ル状態ヲ謂フ實ニ自由刑ヲ執行サル、時ハ衣食住ヲ初メ業務舉動起臥對談ニ至ル迄盡ク獄則ニ遵由スルヲ要シ之ヲ國民普通ノ生活上數多ノ隨意舉動ヲ爲シ得ル状態ニ比スレハ自由刑ヲ剝奪セラレタルモノト云ハスシテ何ソヤ

〔二百三十九〕(一)自由ヲ制限スル刑トハ監獄外ニ於テ執行スル監視是レナリ之ヲ自由刑ト云ハスシテ自由制限ノ刑ト云フハ他ナシ其失フ所ノ自由少クシテ剝奪ト云ヒ得ルニ至ラサレハナリ若シ嚴格ニ語ヲ用ヒナハ自由ノ一部ヲ剝奪スルモノト云フモ不可ナカラシカ

〔二百四十〕(二)自由ヲ剝奪若クハ制限スルモノハ獨リ自由刑ノミナラス其自由ヲ剝奪若クハ制限スルモノニシテ刑罰タルト否トテ區別スル標準ハ專ラ國家カ犯罪ヲ理由トシテ執行シタルヤ否ヤノ一點ニ在リ即チ懲戒權ニ依リテ子ヲ幽閉スル如キ看護ノ責任アル者カ狂者ヲ閉籠ムル如キ未決囚ニ對スル拘留及ヒ或ル懲治場ノ留置ノ如キハ國家カ犯罪ヲ理由トスル

モノニ非サルヲ以テ刑罰ト云フ能ハサルヲ知ル

〔二百四十一〕 瘋狂者ヲ漫ニ往復セシメハ各種ノ危險ナキヲ得ス故ニ佛國ノ如キハ一定ノ場所ニ幽閉スルコトヲ許ス規則アリ(千八百三十八年六月三十日附法律)我國ニ於テ斯ノ如キ法規アルヲ詳ニセスト雖モ看護ノ責任アル以上ハ(四二六)當然幽閉スルヲ公許シタルモノナリ其所謂狂人ニ對スル幽閉ハ自由ヲ束縛スル事囚人ヲ待遇スルニ過クルモノ有リ得ヘシ而モ之ヲ自由刑ト云フ克ハサルハ國家カ犯罪ヲ理由トシテ執行スルモノニ非サレハナリ

〔二百四十二〕 未決囚チ一定ノ場所ニ幽閉スルハ刑事法ノ命スル所ナルカ故ニ懲戒權ニ依リ親カ子ヲ幽閉シ監督ノ責任アル者カ狂人ヲ閉籠ムルトハ大ニ趣チ異ニスト雖モ尙之ヲ自由刑ト云フ能ハサルハ他無シ犯罪ノ嫌疑アルヲ理由トシテ逃走ヲ防ク精神ニ出テタルノミ犯罪ヲ理由トシタル自由ノ剝奪ニ非サルナリ往昔ハ此區別ニ留意セサリシヲ以テ讀者試ニ江戸ノ古老ニ問ヘ三四ノ番屋ニ於ケル未決拘留ハ如何ニ其自由ヲ拘束スル