

人民ニ強ユル能ハサルモノナリ又法律ノ如ク一國統御ノ要具ニアラサルカ爲メ人民ニ強ユルノ必要ナキモノナリ故ニ人民ハ之ヲ知ルノ義務ナク之ヲ知ルノ義務ナキニ依リ其不知ノ所爲ハ義務ヲ破リタルモノニ非ス又憎ムヘキノ害念モナキニ依リ隨テ刑ヲ科スルノ必要モナキモノナリ併シ或場合ニ於テ過失トシ刑ヲ科サル、モノアリト雖此這ハ後段ニ於テ論述スヘキナリ

如斯法律ノ不知ハ刑罰ヲ免レ難ク事實ノ不知ハ責任ナシトスルノ原則アル以上ハ如何ナルモノカ事實ニシテ如何ナルモノカ法律ト云フヘキヤチ定ムルハ最大緊要ノ問題ナリ

此問題ニ就キ世上學者ノ論シタル者鮮ナカラスト雖此一モ要領ヲ得タルモノナク法律原論ノ著者「マークビー」氏ノ如キハ事實ト法律トハ理論上區別シ難キ理由ヲ説カレタリ以テ至難ノ問題タルヲ知ルヲ得

ヘシ併シナカラ引例ヲ以テ説明ヲ與フルハ甚ダ難キニ非サレハ一定ノ定義ヲ擧ケスシテ只タニ例解ノミニ據ルルハ千体萬狀ノ問題ニ應スルノ際不便ヲ感スヘシト信スルヲ以テ茲ニ余カ意見ヲ示スヘシ或事柄ノ有無ヲ定ムルハ事實ノ問題ニシテ其有無ニ基キ權義如何ヲ定ムルハ法律ノ問題ナリ之ヲ例解セハ甲者乙者ノ物品ヲ取リタルノ事件ニ於テ甲者ニ惡意有ヤ無ヤ甲者ハ乙者ノ同居親屬ナルヤ否ヤ果ノ物品ヲ取リタルヤ否ヤノ範圍ハ事實問題ナリ而シテ右等ノ事柄有無ヲ定メ然ラハ其權利義務ハ如何ト云フハ法律ノ問題ナリ故ニ甲者乙者ノ所有品ナルヲ知ラスノ自分ノ物ト信シタルカ或ハ甲者乙者ヲ同居ノ兄ナリト信シタル如キハ事實ノ不知ナルカ故ニ竊盜ノ刑ヲ科セサルヘキモ甲者乙者ノ物品タルヲ知リ且同居親ニ非サルヲモ知リタレハ刑法上竊盜罪トハ如何ナルモノヲ云フニアルカ又ハ刑法ニ竊盜罪ノ

條項アリヤ否ヲ知ラザリシカ如キハ即チ其事實アルニ於テハ自己ノ身上ニ及フ義務如何ヲ知ラサルモノナレハ法律ノ不知ナリトス故ニ窃盜ノ刑ハ免レ難カルヘキナリ

第四項過失ノ所爲 本項ヲ論スルニ當リ便利ノ爲メ先ツ左ニ我刑法上認メタル過失犯ノ定義ヲ下シ然ル後各種ニ分類ノ其法理ヲ説明スベシ

過失トハ當然用ユヘキ注意ヲ怠リ或ハ規則慣習ヲ遵守セサルヨリ惹起シタル害惡ナリトス故ニ我刑上ノ過失犯ハ之ヲ二個ニ大別スルヲ得ヘシ一ハ即チ當然用ユヘキ注意ヲ怠リタルモノ自然ノ過失犯一ハ即チ規則慣習ヲ遵守セサルモノ法定ノ過失犯之レナリ抑モ刑法正面ノ理由ハ惡結果ノ發生スヘキヲ知リナカラ之ヲ爲シタルモノ即チ惡漠ヲ懲罰スルニアリテ人ノ過失ヲ責ムルモノニアラ

サルモ或事柄ニ在リテハ社會ノ秩序安寧ヲ維持スルノ必要ヨリ刑罰ヲ以テ注意ヲ促カサル可ラサルコトアリ之ヲ人民ノ側ヨリ論スルハ吾人々類カ現界ニ生存スル間ハ共存ノ目的ヲ遂ンカ爲メ相當ノ注意ヲ用ユヘキノ義務アルモノナリ是レ過失犯ノ由テ來ル根基ナリトス故ニ我刑法第七十七條ニモ罪ヲ犯ス意ヲキノ所爲ハ其罪ヲ論セスト規定ノ法律ノ本則ヲ明示シ次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變則ヲ設ケ以テ過失犯ヲ罰スルノ餘地ヲ開キタリ如斯過失ヲ罰スルハ法律ノ變例ナルカ故ニ法文上過失ヲ罰スルノ意味顯然タルモノニ非サレハ刑ヲ科スルヲ得サルハ勿論ニ且其場合モ甚タ多カラス何トナレハ過失犯ハ吾人カ社會ニ對シ深キ注意ヲ用ユヘキ範圍ニ限ルカ爲メナリ

(第一)自然ノ過失犯トハ即チ當然用ユヘキ注意ヲ怠リ爲メニ發生スベ

キ惡結果ヲ豫想セザルヲ云フモノナレバ本項ヲ會得セントスルニハ當然注意ノ何モノタルヲ知ルハ最モ緊要ノ事項ナリトス  
凡ソ國家主權者ニ於テ法ヲ立ツル所以ハ以テ配下人民ヲ統御スルノ目的タルニ外ナラザレバ其標準ヲ天下最多數ノ人民ニ採ラザル可ラズ故ニ都テノ基礎ヲ通常人ニ定ムルヲ至當トス何トナレバ卓群人傑ノ所爲ハ嘉スバク慕フベキノ事柄ナリト雖凡之ヲ標準トシテ法ヲ立ツルハ一般人民ニ甚ダ難ヲ責ムルニ至リ其當ヲ得タルモノト云フ可ラズ亦下等ノ人物ハ到底不完全タルヲ免レザレバ天下立法ノ標準タルヲ得ス已ニ此等兩者ハ人類ノ例外ナリトスレバ人類ノ正則ハ通常人ナルヲ勿論ナリ然ラバ則チ立法ノ根基モ此等ノ人種ニ酌ムハ天理ニ合セリト云ハザル可ラサルナリ故ニ此點ヨリ注意ノ程度ヲ區別スルハ最高等ノ人カ用ユル上注意通常人ガ用ユル通常注意下等人ガ

用ユル下等注意ノ三段ニ分ツテ得ベシ而ノ本項ニ當然ノ注意トハ通常注意ノ義ナリト知ルベシ

人類ノ等差ニ基キ通常注意ノ何タルヲ求ムレバ前段説明ノ如シト雖凡通常注意ハ元來固定不變ノモノニ非ズノ時ト場處ト身分及ヒ被害權利ノ種類ニ因テ程度ヲ高低セラル、モノナリ

例ヘハ紙屑ヲ燒キ捨ルニモ日中ト夜中トニ於テ異ナルベク火藥ヲ運搬スルニモ廣漠タル原則ト人家稠密ノ場所トニ差等アルヘク又身分ニ於テモ官吏公吏或ハ醫師ト平人トニ差等アルヘク又被害ノ權利ニ在リテモ生命權ニ關スルト違警罪ノ各種トニ自ラ區別セサル可ラサルヘシ故ニ通常注意トハ官吏ハ官吏ノ通常タルヘク人民ハ人民ノ通常タルヲ云フニアリ而ノ過失犯トハ此通常注意ヲ缺キタル爲メ惹起シタル害惡ヲ云フモノニ通常注意ヲ用ヒタルモ尙ホ發生シタル

惡結果ハ過失犯ニ非ス此等ハ前ニ説明シタル人類ノ免レサル出來事トセサル可ラサルナリ

右ノ原理ヲ人民ノ側ヨリ論スルハ吾人々類カ生テ國家ニ保ツ以上ハ人並々ノ所爲アルヘキヲ責メラル、義務アルヘキモ其上ノ所爲ヲ求メラル、ノ義務ナカルヘシ此點ハ法律道德ノ大ニ異ナル所ナリ何トナレハ道德ハ何レノ場合ニ於テモ毎ニ最高ノ善行爲ヲ求ムレハナリ

今左ニ二三ノ例ヲ掲ケ過失ト過失ナラサルモノ、區別ヲ明ニスヘシ例ヘハ甲者人家稠密ナル市街ノ屋根ヲ修繕スルノ際外圍ヲ設ケスノ瓦片ヲ道路ニ抛下シタルニ通行人ノ頭腦ニ觸レ死ニ致シタルハ過失ナルヘキモ乙者僻村ノ家ヲ修繕スルノ際外圍ヲ設ケタルモ隣家ノ小兒カ窺カニ外圍ヲ探リ來リ乙者之ヲ知スノ木片ヲ投下シタルカ爲メ

死シタルハ過失ニ非サルヘシ丙者旅人ノ赤毛布ヲ被リ道路ヲ通行スルヲ見テ狒々ト信シ銃殺シタルハ過失ナルヘキモ丁者三冬嚴寒ノ頃我太平山上ニ於テ熊皮ヲ以テ身ヲ包ミ岩上ニ臥シ居ル者ヲ認メ熊ト信シ銃殺シタルニ人間ナリシト云フ如キハ過失ニ非サルヘシ何トナレハ雪中該山上ニ人跡ヲ絶ツハ地方一般ノ確信スル所ナルノミナラス熊皮ヲ以テ巧ニ身体ヲ包ミタル者ヲ熊ト信シタルハ丁者ノ輕信ナラサレハナリ故ニ甲丙ノ場合ハ刑ヲ科シ彼等ニ通常人ノ如キ注意ヲ要シ併セテ一般人民ヲ豫戒セサル可ラス反之乙丁ノ場合ハ不注意ノ責ムヘキナク社會人民ニ豫戒スヘキノ廉ナキヲ以テ乙者ハ罪ヲ犯スノ意ナキ理由ヲ以テ無罪タルヘク丁者ハ罪トナルヘキ事實不知ノ理由ヲ以テ無罪タルヘキナリ

〔第二法定ノ過失犯トハ則チ規則慣習ヲ遵守セス且其所爲ヨリ生スヘ

キ結果ヲ豫想セスノ惹起シタル害惡ヲ云フモノナリ而シテ余カ前項ヲ自然過失犯ト稱シタルハ前ニ説明シタルカ如ク一國人民トシテ當然用ユヘキ注意ヲ怠リタル者ナルカ爲メニ又本項ニ法定過失犯ナル語ヲ用ヒタルハ社會ノ慣習或ハ國家カ定メタル規則ヲ遵守セサルヨリ惡結果ヲ惹起シタルハ假令其結果ニ付キ充分豫防方法ヲ設ケタルニモセヨ何ノ注意モナサ、ルニモセヨ過失同様に刑ヲ科セラル、カ爲メナリ故ニ法定過失ノ場合ニ其實想ニ立入ルルハ種々異様ノモノアルヘシ例ヘハ甲者烟火打上ケノ際充分ナル注意ヲ用ヒタリト雖モ烟火筒破裂シ乙者ニ傷ヲ負ハセタルモ亦タ丙者何ノ注意スル所モナク最モ疎忽ニ烟火ヲ玩ヒ丁者ニ傷ヲ負ハセタルモ甲丙烟火取締規則ニ反シタルナラハ共ニ過失トシテ刑ヲ科セラル、モノトス而シテ本項ニ規則ト稱スルモノハ一私人ノ申合規則ヲ云フニ非スシテ國家權ニ基キ

執行セラル、諸規則ヲ云フモノナリ亦慣習モ公衆一般或ハ或社會ニ正肅ニ行ハレ居ル善良ノ慣習ヲ云フモノニシテ世ニ害ヲ與フルカ如キ惡慣習ノ一ニ非サルナリ要スルニ法律ニ於テ認めラル、慣習ニ限ルヘシ法律ノ認ムヘキ慣習ノ何タルハ拙著日本商法義解ニアリ」  
如斯自然ノ過失犯ト法定過失犯ト異ナルカ爲メ司直官カ自然過失ヲ判斷スルノ際ハ被告カ其行爲アリ而シテ其事タル通常人ノ思ヒ及ブナルヤ否ヲ判斷セサル可ラサルモ法定過失犯ノ場合ハ被告カ其行爲アリ而シテ其事タル規則慣習ト反スルヤ否ヤヲ判斷スルヲ以テ足ルヘキナリ  
尙ホ規則不遵守ニ基ク過失犯ニ付一言スヘキナリ他ナシ規則不遵守ノ過失犯トハ規則不遵守所爲ノ通常結果ニ非スノ非常結果ヲ云フニアリトシテ是ナリ例ヘハ銃砲取締規則ニ反シテ發砲シタル其發砲則

子音ヲ發シタルト彈丸ノ發射シタル等ハ通常結果ニメ人ヲ死ニ致シタル等ハ非常事實ナリ而シテ右通常結果ハ法律ニ關スルトナレハ假令所爲者カ實際法律ヲ知ラサルモ其責任ハ犯意アルモノト同様ナレハ過失ノ内ニ入ルヘキモノニ非スノ故意犯ノ内ニ入ルヘキモノナリ反之非常結果ハ事實ナレハ之ヲ知ラサルハ法律不知ニアラサルヲ以テ故意犯ノ部ニ入レルハモノニアラス是レ本項ノ過失犯ナリ故ニ規則不遵守ノ過失犯ノ場合ニハ規則ニ背キタル一罪ト其結果トノ生シタル過失罪ト二罪俱發スルモノナリ

以上ニ於テ余ハ自然過失犯法定過失犯ノ何モノタルヲ論了シタリ以下過失ノ種類ニ就テ一言スル所アラントス

(甲)過失ヲ或點ヨリ二種ニ區別スルヲ得ヘシ

(乙)錯誤トハ不注意ノ爲メ存在セサル事實ヲ存在セリト誤認シタル

夫云フモノナリ

例ヘハ甲者紙片ノ標的ニ向テ砲發スルニ當リ此紙片ノ蔭ニ鐵楯アリ故ニ彈丸ノ的ヲ貫通セサルヲ輕信シテ發砲シタルニ圖ラサリキ鐵楯ノナカリシ爲メ彈丸紙片ヲ貫キ通行人ヲ死ニ致シタル如キ甲ハ鐵楯ノ無キヲ有リト輕信シタルモノナリ

(丙)不知トハ存在スル事實ヲ不注意ノ爲メ覺知セサルモノヲ云フ例ヘハ乙者屋根ヲ修繕スルノ際其南方ニ人馬往復絶間ナキノ通路アルヲ不注意ノ爲メ悟ラスノ瓦片ヲ投下シ旅人ニ傷ヲ負ハセタル如キ

(丁)過失ヲ他ノ點ヨリ三種ニ區別スルヲ得ヘシ

前項二種ノ區別及ヒ本項三種ノ區別ハ所謂縱橫區別ニシテ彼レニ屬スルト同時ニ是レニ屬ス是レニ屬スルト同時ニ彼レニ屬スルモノナレ

ハ讀者此邊ニ注意セラレンコトヲ望ム

(イ) 疎虞 トハ不注意ノ爲メ勘カモ惡結果ノ發生スヘキニ思ヒ及ハサルノ過失ナリ

例ヘハ丙者土産祭ニ烟火ヲ弄スルノ際不注意ノ爲メ其烟筒ノ破裂ノ參詣人ヲ害スヘキコトヲ勘カモ思ヒ及ハス之ヲ打揚ケタルニ烟筒破裂シテ參詣人ニ傷ヲ負ハセタル如キ是ナリ

(ロ) 疎忽 トハ或ハ惡結果ノ發生スヘキコトモヤト思ヒタルモ深く注意セスノヨモヤ左様ノコアルマジト輕信シタルヲ云フ

例ヘハ丁者烟花ヲ弄スルノ際烟筒ニ缺所アルヲ以テ或ハ傍人ヲ害スルコトモアラシヤト思ヒタルモ目下ノ場合ニテハ左様ノコアルマジト輕信シ打揚ケタルニ烟筒破裂ノ友人ヲ害シタルカ如キ是ナリ

疎忽ハ斯如ク故意ニ接近シ彼ノ不確定故意トハ其間微カニ一髮ヲ見

ルノミ思フニ事物ノ分界ハ一線ヨリ成ルモノナレハ故意過失ノ間一髮ナル誠ニ故アリト云フヘキナリ

余ハ我刑法ニ於テハ(イ)(ロ)ノ二場合共ニ疎虞ナル文字ニ包含セシメアルコトヲ確信スルモノナリ而シテ其然ル所以ノ理ハ深ク議論ヲ用ユルヲ要セス其一ヲ罰シテ其一ヲ無罪ニスルノ理ナシト云フヲ以テ足ルヘキナリ

(ハ) 懈怠 トハ不注意ノ爲メ當サニ爲スヘキコトヲ爲サ、ルヲ云フ

例ヘハ戊者人ノ通行スヘキ場所ニアル危険ノ井溝ニ蓋又ハ防圍ヲ爲サ、ルカ如キ之レナリ

右五個ノ場合ニ於テ何レモ過失ナル一語ニ包含セラル、モノナレハ法條ノ下ニ於テ異ナルナキニ因リ茲ニ論スルノ必要ナキカ如シト雖モ法理上如此區別アルヲ知ラシメント欲シタルト過失ノ種類ニ依リ

刑期ノ間ニ於テ取捨スルノ材料トナルヘシト信シタルヲ以テナリ即チ彼ノ疎忽ノ如キ多少結果ヲ知リタルモノト疎虞ノ如キモノトハ用刑ノ場合ニ於テ多少ノ等差アルヘキハ當然ナレハナリ又彼ノ種類ニ付キ區別スレハ疎虞疎忽ハ爲ス可ラサルヲ爲シタルモノナレハ過失犯中ノ行爲犯ニシテ懈怠ハ爲スヘキヲ爲サ、ルモノナルカ故ニ過失犯中ノ不行爲犯ナリトス過失犯ニハ故意ナキモノナルカ故ニ未遂犯缺効犯中止犯不能犯等結果ノ程度ニ基キ罪名ヲ付スルノ區別アルコトナシ何トナレハ彼ノ未遂犯缺効犯不能犯ハ意外ノ事實ニ妨ケラレ故意ヲ遂ケサル場合ノ名稱ニノ中止犯ハ自身ニ故意ヲ中斷シタル場合ノ名稱ナレハナリ本項ノ終リニ臨ミテ尙數行ノ論辯ヲ試ミントズルモノアリ他ナシ過失罪ニ共犯ナキヤ否ヤ之レナリ

世上學者ノ所論ヲ聽クニ共犯ハ數人一致ヲ要スルモノナルニ因リ故意ナクシテ不可ナリ故ニ過失犯ノ如キ故意アラサルモノハ共犯アルヘキノ理由ナシト余ハ此議論ニ甚ダ服セサルノ廉多キニ依リ左ニ辯明スル所アラントス抑モ過失犯ハ前ニ説明シタルカ如ク純然タル無意ヨリ起ル者ニアラスシテ只タ結果ヲ豫想セサルカ爲メ惹起シタル事實ニ外ナラス復言スレハ所爲ニハ意思アレモ其所爲ヨリ生スル結果ニ思ヒ及ハサルモノ即チ故意ナキノ犯行ナリトス假令ハ甲者山上ヨリ大石ヲ轉シタルニ其麓ナル乙者ヲ壓殺シタルカ如キ或ハ丙者庭前ヨリ發砲シタルナル丁者ヲ死ニ致ラシメタル如キ彼レ甲者カ乙者ノ壓死スヘキヲ知ラサリシモ其大石ニ或ル動力ヲ加ヒ之ヲ轉下セシムルノ意思アリシナラン此點ニ於テハ反對論者モ否認スル所ニアラサルヘシ果シテ



然ラハ數人若シ其意思ニ一致シタルナラハ如何尙ホ共犯ト云フヲ得サルヤ否ヤ余ハ共犯者ト論斷スルニ躊躇セサルナリ假令ハ甲助乙手兩人ニテ或木材ノ兩端ヲ擔キ山上ヨリ共ニ西澤ニ轉下シタルニ山麓ニアル丁者之レカ爲メニ壓死シタリトセハ甲乙實行ノ共犯者ナルヘシ又戊者籬ニ紙片標的ヲ懸ケ其下僕己者ニ命シテ發砲セシメタルニ彈丸紙的ヲ貫キ其蔭ニ居ル庚者ヲ銃殺シタル如キハ戊者教唆者ナルヘシ又此際辛者銃砲彈藥等ヲ給與シタルナラハ從犯者ナルヘキナリ如此過失犯ニ於テモ正犯從犯教唆者ノアルヘキハ通常犯罪ト異ナラスト雖モ過失犯ハ結果ニ付テ合意スル能ハサルモノナルカ故ニ共犯罪ノ生スル場合モ通常ノ犯行ニ比シテ稀ナルヘク又共犯人ト看做サハル人員モ通常共犯ニ比シテ少數ナルヘキナリ何トナレハ前款ニモ論シタル如ク通常共犯ノ場合ニ於ケル實行者ハ已遂タルヘキ所爲其

モノヲ行ハサルモ實行者トセラル、モ(竊盜ノ場合ニ財物其物ヲ自ラ手ニ取ラサルモ門外ニ在テ見張スル如キ)過失犯ノ場合ニハ如此汎博ノ共犯人アラサルヘシ前例甲者乙者兩人山ノ頂上ニ在テ木ヲ轉シタル如キハ共犯ナルヘキモ丙者東澤ヨリ頂上ノ甲乙者ニ木ヲ送リタリトスルモ丙者ハ共犯人ナラサルヘシ何トナレハ甲乙カ木ヲ西澤ニ轉下シタル所爲ハ過失ナレモ丙カ東澤ヨリ運搬シタルハ正當ノトナレハナリ又己者カ發砲ノ場合ニ於テモ戊者命令ノ如ク其紙片ヲ打チ拔キテ餘勢庚者ヲ貫キタル場合ハ戊ハ共犯者トナルヘキモ己者一己ニ關スル錯誤ノ(手ノ振ヒタル如キ)爲メ彈丸角度ヲ失ヒ爲メニ庚者ニ的中シタルカ如キハ戊辛ハ教唆者從犯者ナラスノ己一人ノ過失殺ナレヘシ何トナレハ共犯者ハ一致以外ニ責任ヲ負ハサルハ原則ナレハ右引例ノ如キ一致以外ノトハ現實實行シタルモノ、外ニ及ホシ能ハ

サルナリ故ニ過失犯ノ如キ結果ニ合意スル能ハスノ方法手段ノミニ合意スルモノハ其手段方法ハ最モ嚴格ニ行ハサルヘカラサルナリ以上ハ過失犯ニ於ケル共犯罪ノ一例ナリ論辯簡單ナルカ爲メ讀者若シ解シ難キ所モアラハ前欸共犯ノ説明ト對照參觀スヘキナリ

### 第五欸 惡意ニ基ク合意所爲ト順事狀ノ關係

本欸ハ社會ノ害タルヘキヲ知リナカラ其事ヲ行ヒタルニ他ノ事狀モ之ヲ妨ケス始メ意思ニ期シタルカ如キ惡結果ヲ生シタル場合ナリ而シテ本欸ニ屬スルモノ四アリ  
第一項通常犯罪ノ所爲 這ハ別段説明スル迄モナク前ニ本編第一章ニ於テ論シタル如ク任意ニ國家ノ害ヲ爲シタルモノナレハ其責任ア

ルハ勿論ノコナリトス則チ他人ノ所有品ヲ竊取スルノ意ニテ竊取ノ所爲ヲ爲シ他ノ事情モ之ヲ妨ケサレハ竊盜罪成立スヘク又財物ヲ騙取スルノ意ニテ騙取ノ所爲ヲ爲シ他ノ事情之レニ伴ヒタルナラハ詐欺取財ノ罪トナルヘキナリ  
第二項無形強力ニ基ク所爲 這ハ世ニ所謂不任意ノ所爲ヲ云フニアリ而シテ不任意ノ所爲トハ所爲者カ其行フ所社會ノ害トナルヘキヲ知リ且ツ之ヲ行フチ厭惡スルト雖モ抵抗スヘカラサル強力ニ制迫セラレ止ムヲ得ス行フ所ノモノナリ  
此項ニ屬スルモノニアリ(甲)人爲ヨリ出ルモノト(乙)自然力ヨリ來ルモノ之レナリ  
(甲)例セハ兇賊某寂漠タル原野ニ於テ甲者ヲ脅迫シテ云フ汝乙者ヲ殺害セサレハ余直ニ汝ヲ殺スヘシト甲者恐怖出ツル處ヲ知ラス乙者

ヲ殺害シタルカ如キ或ハ暴漢某丙者ヲ脅迫ノ云ク汝丁者ヨリ金時計ヲ奪フヘシ然ラサレハ余汝ノ家屋ニ放火セント丙者不得止丁者ヨリ金時計ヲ奪タルカ如キ之レナリ

右甲者ノ乙者ヲ殺害シタルヲ丙者ノ丁者ヨリ金時計ヲ奪ヒタルヲハ兇賊暴漢等何レモ人爲ノ脅迫ニ基キタルモノナリ而シテ之レニ關スルノ規定ハ我刑法第七十五條一項ニアリ曰ク抗拒スヘ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ハ此場合ヲ云フモノナリ然ルニ世上多クノ論者該法文ヲ以テ有形無限ノ暴力(他動的外部動作)ヲ云フモノナリト云フト雖モ無限ノ暴力ナルモノハ前ニ論シタル如ク意思ナキ動作ヲ云フモノナレハ其意ニ非サル云々ノ文字ハ解スヘカラサルニ至ルヘシ然ルニ該法文ヲ以テ本例ノ場合トセハ甲丙ハ其欲セサル所ヲ不得止行フモノナレハ其意ニ非サルノ文字好適ナリト云フ

ヘシ殊ニ第七十五條第二項ノ自然力ヨリ來ル不得止事ノミヲ規定シアルヲ見レハ一項ハ本例ノ場合タルヲ益々明瞭ナラン若シ然ラストセハ本例ヲ以テ通常罪トナシ刑ヲ科セサルヘカラサルニ至ルヘケレハナリ斯ク論スルハ論者或ハ云ハン然ラハ無限暴力ハ刑法中何レニアルカト余ハ之ニ答テ云ハントス刑法中ニ其規定ナシ然レモ這ハ之レ立法者カ規定ヲ要セサル者トシタルナルヘシ何トナレハ論者カ行害者ト見ル處ノ者ハ其實他人ノ器械トセラレタルモノナレハナリ」

而シテ第七十五條第二項ノ場合ニハ自己及ヒ親族ノ身体ニ危害ノ迫リタル場合ニアラサレハ行フヲ得サルモ一項即チ本例ノ場合ニハ斯ク明ナル制限ナキヲ以テ何レノ權利ニ強制ヲ受ケタル場合ニテモ行フヲ得ヘシ併シナカラ止ムヲ得サル場合ニアラサレハ不可ナルヲ以テ彼ノ不得止ノ三字嚴格ナル事實的制限ナルヘシ故ニ其受ケントスル

危害ト行フ所ノ所爲トノ比較最モ必要ナリトス依是觀之ハ不得止ノ一句ハ所爲者ノ有責無責ノ岐ル、所ニシテ司直官ノ腦漿ヲ搾ル主點ナランノミ

(乙)例セハ戊己男鹿半島ヨリ八郎湖上ヲ過キリ面瀉村ニ渡ラントスルニ當リ湖中颶風ニ出遇ヒ船体破壊シタリ此際己者一片ノ木端ヲ得テ辛ク一命ヲ免レントシタルニ戊者何ノ得ル所ナキニ依リ止ムヲ得ス己者ト争フテ其木片ヲ奪ヒ取り命ヲ全フシ爲メニ己者ハ死シタル如キ又庚者深山ニ於テ飢虎ニ追ハレ一命將サニ危キニ迫リタルヲ以テ傍ニアル辛者ヲ飢虎ニ與ヘテ一命ヲ免レタル如キ之レナリ右戊者カ己ノ死スルヲ知リナカラ之ヲ奪ヒ取りタルヲ庚者カ辛者ヲ死ニ至ラシメタルヲハ颶風怒濤飢虎等何レモ人爲外ナル自然力ヨリ來ルモノナリ而シテ之レニ關スル規定ハ我刑法第七十五條二項ニアリ

云ク天災又ハ意外ノ變ニ因リ避クヘカラサル危難ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身体ヲ防衛スルニ出タル所爲亦同シトハ此場合ヲ云フモノナリ

此場合ハ(甲)ノ場合ト異ナリ自己若クハ親屬ノ身体生命ヲ防衛スル爲ニ非サレハ行フヲ得サルモノナルカ故ニ其強力カ自己カ或ハ親屬ノ身体生命ニ係ル時ナラサル可ラス即チ自己若クハ親屬ノ財産或ハ他人ノ身体生命財産ニ係ル時ハ不可ナリ又該法文ニハ明記ナキモ前(甲)ノ場合ニ論シタル如ク受クル害ト行フ害トノ比較ヲ見サルヘカヲサルハ法理ナルヘシ則チ甲者カ乙者ヲ脅迫シ乙者ヲ殺スヘシ若シ殺害セサレハ余ハ汝ヲ輕毆スヘシト云フカ如キハ乙者ヲ無罪トスルヲ得サルヘシ

以上ノ例解ヲ以テ讀者ハ本項ノ場合ヲ畧ホ會得シタルナラン即チ甲

者カ兇賊ニ迫ラレテ乙者ヲ殺シタルヲ丙者カ暴漢ニ迫ラレテ丁者ノ金時計ヲ奪ヒタルヲ戊者カ怒濤ノ爲メ一命危キカ爲メ己者ヲ死ニ至ラシメタルヲ庚者カ飢虎ニ逐ハレテ辛者ヲ喰ハシメタルヲ等ハ何レモ所爲者カ之ヲ爲スノ意アリテ之ヲ行ヒ事狀モ之レニ伴ヒタルモノナリ之レ本項ニ屬スヘキ所以ニシテ又無限暴力ニ基ク動作ト大ニ異ナル所ナリ

以上論スル所ニテ本項ノ説明畧ホ盡シタリ而シテ此項ニ屬スルモノハ刑法第七十五條ニモアル如ク罪トシテ論セサルモノナリ其然ル所以ハ不任意ノ所爲ナルカ爲メニシテ其詳細ハ本編第一章ニ論シタルヲ以テ再ヒ贅セス

尙ホ本論ヲ終ルニ臨テ一言スヘキヲアリ本項所爲ト正當防衛所爲ノ異ナル點之レナリ(一)本項所爲ハ不得已行フ處ナルヲ以テ之ニ刑罰ヲ加フルモ刑罰ノ目的ヲ達スル能ハサルカ爲メ刑ヲ科セサル迄ニシテ法律カ人民ニ如斯權利アリト認メタルモノニアラサルナリ何トナレハ若シ之ヲ權利トセハ反對者ヲ義務者トセサルヘカラス即チ甲カ乙ノ持チ居リタル板ヲ取ラントシ水中ニ争フノ際ニ於テ甲者ニ權利アリトセハ乙者ニ義務アリトセサルヘカラス然ルニ乙者之ヲ争フヲ得ルモノナルヲ以テ甲者ニ權利アリト云フヘカラス反之正當防衛ハ權利ノ執行ナレハ此點ニ於テ大ニ異ナル處アリ(二)正當防衛ハ強制者其者ニ對シテノミ行フモノニシテ本項ノ所爲ハ強制者ニモ其他ノ者ニモ行ヘ得ルモノナリ此故ニ(三)正當防衛ハ人爲ノ強制ノ場合ニノミ行フヲ得ヘク本項ノ場合ハ人爲ト自然ノ二個ノ強制事實ニ應用スルヲ得ヘシ又(四)正當防衛ハ自ラ不正ノ行爲ニ依リ暴行ヲ招キタル場合ニ成立セサレバ本項ノ場合ハ不正ノ行爲ニテ暴行ヲ招キタル場合ニモ成

立スルモノナリ

讀者ハ右第(二)ニ掲タル本項ノ場合ハ強制者ニモ行ヘ得ルト説キタル  
ト第(四)ニ掲ケタル不正ノ行爲ニテ自ラ暴行ヲ招キタル時ニテモ不  
得己所爲ノ成立スルト説キタルトニ付キ或ハ奇異ノ思ヒヲ起サレタ  
ルナラン依テ左ニ聊カ辯明スル所アラントス  
刑法ヲ緝キ見ルニ正當防衛ノ場合ニハ不正ノ行爲ヲ以テ暴行ヲ招キ  
タルニアラサルトナ要スル旨規定シアレモ第七十五條ノ場合ニハ此  
種ノ規定ナシ故ニ本項ノ場合ニハ不正ノ行爲ヲ以テ自ラ暴行ヲ招キ  
タル場合ニモ行ヒ得ルヤ明ナリ余ハ此兩條ノ差異アル點ニ付キ立法  
者カ深ク注意セラレタルモノト信スルナリ何トナレハ正當防衛トシ  
テ行爲者ニ權利ヲ與フルハ自ラ不正ナキヲ要スルト勿論ナレモ已ム  
ヲ得サル所爲トシテ免刑スルハ自ラ不正アルモ可ナルヘク假令所爲者

ニ不正ノトアリトスルモ其レカ爲メ他人ニ殺害セラル、モ抵抗スヘ  
カラスト命令スルノ必要ナカルヘケレハナリ

(一)例セハ甲ナル者乙ナル暴漢者ニ唾ヲ吐キ掛ケタルニ乙者怒テ利刀  
ヲ振り上ケ甲者ヲ斫リ殺サントシタリ甲者遁ル、ニ途ナク不得止乙  
者ヲ殺害シタリトセヨ甲者ハ不正ノトヲ爲メ暴行ヲ招キタルモノナ  
レハ是レニ正當防衛ノ權ヲ與フルノ必要ナカルヘシト雖モ左リトテ  
甲者ヲ通常殺人トスルヲ得サルヘシ何トナレハ其始メコソ不正ノト  
ヲ爲シタルナレ乙者ヲ殺害スルノ際ハ實ニ已ムヲ得サルノ必迫ニシ  
若シ彼ヲ殺害セサレハ自己ノ命ヲ損スルノ場合ナリシナリ其殺意ヲ  
起サシメタルハ任意ニアラサリシナリ此理ヲ以テ推究スレハ(二)丙山  
賊丁旅人ヲ殺害セントシタルニ丁者意外ノ劍客ニテ丙者終ニ受大刀  
トナリ一命危クナリタルカ爲メ遁レ去ラントスルノ意思ニナリタル

モ三面山ニ蔽ハレタルノミナラス丁者遁サスト付ケ入ルカ故ニ避クルニ途ナク不得已丁者ヲ殺害シタル如キモ不論罪タルハ正ニ法理ノ然ル處ナリ

右第一ノ例ニ於テ甲者ノ無罪タルトハ讀者モ認ムル處ナラン何トナレハ唾ヲ吐キ掛ケタル位ニテ殺サル、モ抵抗スルヲ得ストスルハ法理ニ非サルヘケレハナリ而シテ第二例ハ或ハ讀者カ非認スルモ知ルヘカラス然レモ這ハ讀者カ感情ニ制サレタルナリ丙山賊ヲ惡ムノ情熾ナルカ爲メ法理ヲ埋没スルニ因ル今若シ此感情ヲ除去スルニ於テハ容易ニ丙者カ無罪ノ人ナルヲ知ルヲ得ヘシ則チ丙者最初ニコソ丁者ヲ殺害セントシタルナレ後ニハ遁レ去ラントスルノ意思ニナリタルモノナリ讀者若シ善人惡人ノ區別ハ丙山賊ノ如キ面相ノ猛惡ヲ以テ區別スルニ非スモ心意ノ善惡ニ依ルモノナルヲ知ラス丙者ハ前ニ惡

人タリシモ後ニハ善人トナリシヲ知ルニ難カラサルヘシ而シテ此意思ノ變動ニ依リ前ノ所爲ト後ノ所爲ト中分セラレ前ノ所爲ハ強盜殺人ノ未遂犯トモ已往ニ屬ス後ノ所爲ハ不得已ノ所爲トナリテ無罪タルヘシ

自ラ不正ノ所爲ニ依リ暴行ヲ招キタル場合ニモ不得止所爲アルト右論スルカ如シト雖モ實地問題ニ在テハ彼ノ山賊ノ例ノ如キハ善意ニ歸リタルノ反證擧ラサルカ爲メ強盜殺人犯トモ罰セラル、モノ多カクルヘシ之レ冤罪ノ人ナレハ此事アルヲ以テ余ノ議論ヲ埋滅セラル、モノニアラサルナリ只タ世ノ司直官ヨリ辯護士タルノ人ニ如此誤判ナカラシメラレントヲ望ム

第三項本屬長官ノ命令ニ從ヒ職務上行ヒタル所爲トハ文字自ラ示スカ如ク法律上命令權ヲ有スル人ノ命令ニ從ヒ行ヒタル行爲ヲ云フニ

アリテ命令權ニ對スル義務ヲ執行シタルモノナレハ爲スヘキヲ爲シタルモノニ爲スヘカラサルヲ爲シタルニ非サルナリ左レハ此一事ニ付キ考フルモ犯罪トナラサルヤ明ナリ我刑法第七十六條三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下ハ此場合ヲ云フモノナリ

例セハ甲逮捕官吏乙者ノ無罪人ナルヲ知ルト雖モ丙豫審判事ノ命アルカ爲メ之ヲ逮捕シタルカ如キ丁兵卒戊者ノ官軍ナルヲ知レモ己長官ノ命令ニ依リ砲撃シタルカ如キ之レナリ  
右二例ニ於テ甲逮捕吏ハ乙者ノ無罪人ナルヲ丁兵卒ハ戊者ノ官軍ナルヲ知リ之ヲ逮捕或ハ砲撃スルハ惡キヲナルヲ知リタルモ上官ノ命令ナルカ爲メ行ヒタルモノニシテ事狀モ之ニ伴ヒタルモノナリ之レ本欺ニ屬スヘキ所以ニシテ又無罪タルノ理由ナリトス

凡ソ國家ノ秩序安寧ヲ保チ社會ノ公益進歩ヲ圖ントセハ宜シク施政ノ靈活ナルヲ要スルハ多辯ヲ待タサルノ儀ナリ然リ而シテ施政ノ靈活ヲ致サント欲セハ命令者ト實行者トノ職務ヲ定メ命令者ノ職務上命令スルヲ實行者之レニ從ハサルヘカラサルノ義務ヲ負ハシメサルヘカラス何トナレハ若シ實行者カ命令者ノ命令ニ對シ自己ノ意見ヲ提出シ拒ムヲ得ルハ施政之レヨリ滯滯スヘケレハナリ茲ニ於テカ本項ノ場合發生スルヲ見ルニ至ル則チ實行者カ命令者ノ職務上ノ命令ヲ拒ムヲ得サレハ假令實際ニ於テ惡結果ヲ生スヘキヲ知ルト雖モ職務上之ヲ行ハサルヘカラサルヘシ是國家組織ノ結果茲ニ至リタルモノニシテ得サルト云フヘキナリ  
本項ノ場合右論スル如キモノナルヲ以テ長官ノ命令其モノカ職務上ノモノタルヲ要ス若シ職務上ノモノナラサランカ被命令者ハ之ニ從



フノ義務ナク之ニ從フノ義務ナキニ之ヲ行フニ於テハ決メ無罪ノ人ニ非サルナリ  
而シテ職務上ノ問題ハ法律ノ問題ナリ假令ハ豫審判事カ犯罪者ヲ逮捕スルヲ得ルト將官カ賊徒ヲ砲撃セシメ得ルノ權等ハ法律ニ屬スルモノナリ故ニ其事實如何ニ不拘命令其モノニ形式上法律ニ合スルモノナルハ被命令者ハ之ヲ行フ義務アルモノニ形式ニ於テ缺ル處アルニ於テハ被命令者ハ之ヲ行フ義務ナキモノト知ルヘシ  
假令ハ甲豫審判事乙逮捕吏ニ丙者ハ犯罪人ナリ故ニ逮捕スヘシト云フ如キハ從ハサルヘカラサルモ丙者ハ無罪ノ人ナリ故ニ逮捕スヘシト云フ如キハ從フノ義務ナキ者ナリ之レト同ク命令ニ法律ノ形式ヲ備フルハ命令者其人カ惡意ヲ以テシタル命令ニテモ被命令者ハ之ニ從ハサルヘカラス併シナカラ此場合ハ被命令者カ命令者ノ惡意

ナルヲ知ラサルヲ要ス若シ惡意ナルヲ知リナカラ之ヲ行フニ於テハ之レ法律ヲ利用シテ共謀犯ヲ行フモノニ職務上ノ行爲ニアラサルナリ

以上論スル所ニテ本項ヲ説了シタリ因テ余ハ論題外ナリト雖モ玆ニ一言添ヘ置クヘキハ彼ノ命令者其人ノ義務ナリ本項ノ場合ニ係ル命令者ハ決メ被命令者ト同一ニアラサルナリ故ニ惡意ヲ以テ命令シタルナラハ純然タル犯人ナルヘク善意ヲ以テシタルナラハ其事實ノ模様ニ依リ過失犯或ハ事實不知ノ所爲或ハ職務上ノ過怠タルヘキナリ  
第四項憤怒ニ出テタル所爲トハ怒情熾ニシテ深キ思慮ヲ用ユルヲ得サル場合ニ行ヒタル行爲ナリ  
憤怒ノ程度ハ千種萬狀決メ一様ナラス即チ怒情甚タ熾ンニシテ思慮ヲ用ユルヲ得サルモアラン此等ハ憤怒ノ所爲ヲ通り過キテ是

非辨別ノ智能ヲ缺キタルノ所爲トナルヘク反之ノ怒情ノ甚ク輕微ナルモノアラン此等ハ憤怒ノ所爲トシテ宥恕スルモノニアラサルヘシ此等ノ區別ハ事實ニ屬スルカ故ニ茲ニ一々説明スルヲ得ス讀者ハ判官トナリ辯護士トナルノ際各事實ニ付キ判別セラルヘシ  
憤怒ノ所爲ハ如斯充分ナル思慮ナキノ所爲ナルニ依リ惡念ノ責ムヘキモノ多ラサルヲ以テ從テ刑罰モ輕カラサルヲ得サルハ明ナリ併シナカラ其所爲タルヤ憤怒ニ出テタルノミニノ權利ノ實行ニモアラス事實ヲ知ラサルニモ非ス不得已ニモアラス結局惡念ノ輕キ犯罪ナレハ刑罰ヲ全免スルヲ得サルナリ我刑法第三百九條ニ自己ノ身体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第三百十條ニ毆打シテ互ニ創傷シ其手ヲ下スノ先後ヲ知ルヲ能ハサル者

ハ各其罪ヲ宥恕スルヲ得第三百十一條ニ本夫其妻ノ姦通ヲ覺知シ姦處ニ於テ直チニ姦夫又ハ姦婦ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ス但シ本夫先ニ姦通ヲ從容シタル者ハ此限ニ在ラス第三百十三條ニ前數條ニ記載シタル宥恕スヘキ罪ハ本刑ニ照シニ等又ハ三等ヲ減ス第三百十六條ニ身体財産ヲ防衛スルニ出ルト雖已ムヲ得サルニ非スノ害ヲ暴行人ニ加エ又ハ危害已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りニ非ス但シ情狀ニ因リ第三百十三條ノ例ニ照シ其罪ヲ宥恕スルヲ得トハ右ノ法理ヲ意味スルモノナリ然リ而シテ第三百九條ハ本項ノ正面ニ當ルモノナレハ別段説明スル程ノモノナシト雖モ他ノ三ヶ條ニ付キ一言ス可シ  
第三百十條第三百十一條第三百十六條但シ以下ノ場合ヲ立法者カ此處ニ掲ケ宥恕スルニ至リタル者ハ何等ノ故ナルカ考フルニ此等三ヶ

條ニ通シテ具有スル所ノ性質ニシテ他一般ノ犯罪ト異ナル點ハ被害者トナルヘキ者カ前ニ惡行ヲ爲シタル者ナルト行爲者カ多ク場合ニ憤怒ヲ發スルノ場合ナリ立法者モ此點ヲ認メ善人ヲ害シタルトヨリ社會ノ被害少ナキト行爲者其人モ憤怒ニ出ツルト多キトテ以テ減刑ノ理由トナシ一般酌量減刑ノ外ニ宥恕減輕ヲ加フヘキモノトシタルナラシ故ニ余モ又多ク憤怒ニ出ルモノナルノ理由ヨリ憤怒ノ所爲ニ組込ミタリ併シナカラ讀者ニ一言ス第三百十條第三百十一條第三百十六條ニハ第三百九條ノ如ク直チニ怒ヲ發シ云々ノ文字ナキヲ以テ憤怒セズノ行ヒタル時ニテモ宥恕スル者ナリ此場合ニ於テハ立法者カ認メタル理由ノ一部タル被害者カ惡行者ナルカ故ナルヘシ而シテ第三百十三條ニ於テ二等又ハ三等ヲ減スル所以ノ者ハ憤怒ノ理由ト被害者ノ惡行ナルノ理由ト兼備スルカ或ハ憤怒ナク唯被害者ノ惡行ノ理

由ノミ存スルカ或ハ憤怒ノ熾ナルカ熾ナラサルカ惡行ノ甚シカラサルカ等ノ事情ニ依ルモノナラント信ス

本項宥恕ノ理由ハ被害者ノ惡人ナルト行爲者ノ憤怒ニ由ルト以上論スルカ如シ故ニ此理由ハ第三百十三條ニ基キ減輕スヘキモノニ酌量減刑ノ理由トナスヘカラス何トナレハ若シ此等ノ理由ヲ以テ酌量減刑セントセハ同一理由ニ二重ノ減等スルトナルノミナラス法律ノ適用ヲ過リタルモノト云ハサル可ラサレハナリ併シ這ハ宥恕減輕ノ理由ヲ以テ酌量減輕ノ理由ト爲スヘカラスト云フノミニモ宥恕減輕ノ理由ノ外他ニ酌量減輕ノ理由ノ存スルニ於テハ宥恕減輕酌量減輕ノ二個ヲ一犯罪ニ用ユルハ何等ノ差閥モナキトナリ讀者此點ニ注意セラレントテ望ム

本項ヲ草シ來テ偶々感スル處アリ我立法者ハ怒情ヨリ出タル所爲ニ

對シ緻密親切ニ規定スルコト以上論スル如シ只タ惟ム他ノ諸感情ヲ度外ニ措テ顧ミサルヲ彼ノ天地陰陽ノ氣ヲ稟テ啓發スル色情ノ如キ其甚シキモノニ至リテハ怒情ヨリ熾ンナルモノアラン即チ嬋妍窈窕花ノ如ク柳ノ如キ美人ノ爲メニ挑マレタル際ナトハ憎ニ憤怒ノ爲メ深キ思慮ヲ用ユル能ハサル如キモノニアラサルヘシ左レハ如斯場合ニ犯シタル姦通罪ノ如キ宥恕シテ可ナルカ如シ然ルニ我立法者ハ此邊ニ付何ノ規定スル處ナキハ木ノ肢カラテモ生レタルノ人カ阿々

第六款 惡意ニ基ク合意所爲ト逆事狀ノ關係

本款ハ社會ノ害タルヘキコトヲ知リナカラ其事ヲ行ヒタルニ他ノ事狀ノ爲メ妨ケラレ始メ意思ニ期シタル所ト異ナル結果ヲ生シタル場合

ナリ然リ而シテ本款ニ屬スルモノ五アリ

第一項被害權利ノ不存在ニ基ク不能犯トハ所爲者カ害セントシタル權利カ存在セサル爲メ犯罪ヲ成立セシメ能ハサルニ至リタルモノナリ

例セハ甲旅人其荷物ノ甚タ重キニ困シ或物品ヲ道路ニ捨テ去リタルニ乙者遺失品ト心得之ヲ拾得テ官ニ申告セサリシ如キ或ハ丙巷賊金錢ヲ窃取セントシテ紳士ノ鞆口ニ手ヲ差入レタルニ一金モアラサリシカ如キ或ハ戊者己ナル婦人ヲ隣人某ノ妻ナリト信シ之レト通シタルニ其以前已ニ離縁トナリアリシト云フ如キ或ハ庚者辛者カ眠リ居ルト信シ之ヲ毒殺セントシテ其口中ニ毒藥ヲ注キ込ミタルニ辛者ハ眠リ居ルニアラスシテ其以前已ニ死シ居タリト云フ如キ之レナリ如斯其害ヲ蒙ルヘキ權利カ存在セサルニ於テハ罪モ亦成立セサルナ

リ何トナレハ犯罪トハ權利ノ侵害セラレタル事實ヲ意味スルモノナレハ其侵害セラルヘキ權利アラサルノ場合ハ犯罪ノ成立スヘキ謂ハレナケレハナリ併シナカラ茲ニ注意スヘキハ其目的トシタル罪ノ成立ナキモ或場合ニ於テハ他ノ犯罪成立スヘキコト之ナリ即チ其手段方法等カ他ノ法條ニ觸ル、片ハ其條下ニ於テ刑ヲ科セラル、ハ勿論ナリトス

第二項事狀ニ妨ケラレタル未遂犯 トハ例令ハ甲者カ乙者ヲ殺サントノ刀ヲ振り上ケタルニ脊後ヨリ丙者ニ抱キ止メラレタル如キ丁者戊者ヲ銃殺セントノ砲發シタルニ戊者逃ケ去リタル如キ是ナリ此等ハ意思ト所爲ト一致シタルナレトモ事狀ノ爲メ結果ヲ得サリシナリ是レ本款ニ屬スル所以ナリ而シテ未遂犯ニ關スル法理ハ外部動作ノ場合ニ詳論シタルヲ以テ茲ニ贅セス

第三項被害者ノ異ナル場合 トハ犯人カ心意ニ期シタル所ノ人ト異ナル人ノ權利カ害ヲ受ケタルモノヲ云フニアリ

此場合ヲ論スルニハ三ニ區別セサルヘカラス

(甲)被害者ノ異ナルカ爲メ害惡ノ重キヲ加フル場合 トハ被害者其人ノ身分ニ依テ罪情ヲ重クスルモノヲ云フニアリ

例セハ甲者乙者ヲ通常人ナリト信メ殺害シタルニ實父ナリシト云フ如キ丙者丁者ヲ平人ナリト信メ誹謗シタルニ官吏ナリシト云フ如キ之レナリ

此ノ場合ハ右例解ノ如ク犯人ハ或惡結果ノ生スヘキコトヲ知り居リタルモ其重キ結果ノ生スヘキコトヲ覺知セサルモノナレハ其重キ部分ニ付キテハ所謂事實不知ノ所爲タルヘシ左レハ犯人カ意思ニ期シタル所ヨリ重キ責任ヲ負ハシムル能ハサルハ多辯ヲ待タサルナリ我刑法

第七十七條三項三罪本重カルヘクシテ犯ス并知ラサル者ハ其重キニ從テ論スルヲ得ストハ此法理ヲ意味スルモノナリ故ニ前例甲者ハ殺親犯ニアラスノ通常殺人犯ナルヘク丙者ハ官吏侮辱罪ニアラスシテ通常誹謗罪タルヘキナリ

(乙)被害者ノ異ナルモ社會ノ被害ニ差異ナキ場合トハ假令被害者其人カ異ナルニモセヨ罪質ノ異ナラサルモノニ從テ刑罰ニモ差異ナキ場合ヲ云フモノナリ

例セハ甲ナル者アリ乙者所有ノ山林ナリト信シ樹木ヲ盜伐シタル所其實丙者ノ山林ナリト云フ如キ丁ナル者アリ其前路ヲ通行スル者ヲ戊者ナリト信シテ暗夜ニ打タル處己者ナリシト云フ如キ庚者辛家ナリト信シテ放火シタルニ壬家ナリシト云フ如キ之レナリ

此等ノ場合ハ犯人ノ心裡ニ害セント期シタル者ト實際ノ被害者トハ

異ナルニモセヨ犯罪ノ成立ニ何等ノ影響スルモノニアラサレハ從テ刑罰ニモ差違ノアルヘキモノニ非サルナリ何トナレハ刑法上ノ被害者ハ國家ナルトハ前屢々論シタルカ如シ果シ然ラハ實際ノ被害者其人ノ異ナルニモセヨ國家權ノ害セラル、ハ一ナリ即チ乙者ノ山林盜伐セラル、モ丙者ノ山林盜伐セラル、モ國家財產保護ノ權ヲ害セラレタルハ同一ナルヘク戊者毆打セラル、モ己者毆打セラル、モ國家カ身體保護ノ權ヲ害セラレタルハ同一ナルヘク辛家放火セラル、モ壬家放火セラル、モ公安ヲ害セラレタルハ同一ナルヘキナリ  
又犯人ノ側ヨリ見ルルハ犯人ハ人ヲ害スルノ意思ヲ以テ人ヲ害シタルナリ管ニ人ヲ害セントノ意思ヲ以テ人ヲ害シタルノミナラス犯人其所爲ヲ行フノ當時其モノニ意思ヲ向ケ其モノヲ害セントシタルヤ明ナリ即チ前例ニテ云ヘハ丁者己者ヲ毆打スルノ際己者ノ頭部ヲ目

掛ケ其頭部ヲ打ツノ意思ヲ以テ毆打シタルヤ論ヲ俟タサルヘシ故ニ此點ヨリ見解ヲ下ス井ハ意思ト所爲ト一致シタルモノニシテ齟齬シタルニ非ス彼ノ戊者ナリト信シタル如キハ戊者ナレカシトノ希望ニ過キスト看做ヲ得ヘシ如斯論シ來レハ被害者ノ異ナルコトハ責任ヲ免ルハノ理由トナス能ハスシテ心意ニ企圖シタル犯罪ト同一ノ責任ヲ負ハサルヘカラサルヤ明瞭ナリトス

(丙被害者ノ異ナルカ爲メ社會ノ害少ナカリシ場合 例セハ甲者乙者ヲ官吏ナリト信ノ誹謗シタルニ平人ナリト云フカ如キ之レナリ此場合ハ犯人カ思惟シタル權利ノ一部カ成立シアラサルモノナルカ故ニ其點ハ罪トナルヲ得サルヘケレハ通常人トメノ名譽ノミ害セラレタルコトナルヘシ左レハ其害サレタル部分ニ相當スル犯罪成立スヘクシテ其他ニ責任ナカルヘキナリ

第四項被害物種ノ異ナル場合 トハ被害權利ノ種類ニ差異アルニアラスシテ只タ被害物質ノ異ナル場合ナリ

例セハ甲者乙者ノ足ヲ切斷セントシ足ナリト信ノ切り落シタルニ手ナリシト云フ如キ丙者丁者ヨリ米ヲ取ラントノ欺罔シタルニ丁者金ヲ渡シタル如キ戊者己者ノ食庫ニ忍ヒ入り通貨ヲ竊取セントノ持チ來リタルニ小判ナリシト云フ如キ之レナリ

右ノ諸例ニ於テ甲者乙者ノ足ト手トヲ取違ヒタルモ乙者ノ身體權ニ對スル毆打罪ナルノ點ハ同一ナリ丙者丁者ヨリ米ニアラスシテ金ヲ取リタルモノナレバ丁者ノ財產權ニ對スル詐欺取財ノ點ハ同一ナリ戊者己者ヨリ通貨ニアラスシテ小判ヲ竊取シタル者ナレバ竊盜タルノ點ハ同一ナリトス故ニ此等ノ場合ニ於テ思惟シタル處ト現實發生シタル結果ト刑罰ニ於テ差異ナキハ其生シタル結果ニ付罰セラル

ハモノニモ若シ思惟シタル所ヨリ結果カ重キハ第七十七條三項ノ罪本重カル可クシテ云々ノ規定ニ依リ思惟シタル罪ノ刑ヲ以テ論スヘク又輕キハ輕キニ從テ論スルモノナリ此等ハ總テ前項ト同一ニシテ其然ル所以モ亦前項ト同一ナリトス

第五項被害權利ノ異ナル場合トハ犯人カ害セント思惟シタル權利ニアラサル權利ノ現實ノ害ヲ被リタル場合ヲ云フモノナリ

例セハ甲ナル者乙家ノ門前ニ伏シ居ル者ヲ見テ乙者ノ洋犬ナリト信シ打チタルニ乙者泥酔ノ門前ニ倒レアリシト云フ如キ或ハ丙暴漢夜中寺僧丁者ヲ毆打セントシテ其寺ニ忍ヒ入り法衣圓顛ヲ目掛ケ鐵槌ヲ加ヘタルニ寺僧ニアラスノ達摩ノ木像ナリシト云フカ如ク倍テ所爲者カ害セントシタル權利ニアラサル他ノ權利カ害ヲ被リタルモノナリ即チ前例ニテ甲者ハ乙者ノ財産權洋犬ヲ害セントシテ乙者ノ身體權

ヲ害シタルナリ丙者ハ丁者ノ身體權ヲ害セントシテ財産權ヲ害シタルナリ如斯害セントシタル所ト現實害セラレタルモノト權利ノ種類ニ於テ異ナルハ前第三第四ノ兩項ト大ニ異ナル法理ヲ有スルモノナリ左ニ其然ル所以ヲ論述スヘシ

抑モ刑法ハ屢々論シタルカ如ク私法ニ非スノ公法ナルカ故ニ刑事犯上ノ眞ノ被害者ハ公即チ國家ナルモノナリ故ニ其權利者モ國家自體ニシテ他ニアルコトナシ我刑事訴訟法第二條ニ公訴權ハ國家ニ屬ス檢事之ヲ行フト規定セラレタルハ此法理ヨリ胚胎シタルモノナリ而シテ彼ノ現實害ヲ被リタル一私人ノ如キハ私犯上ノ權利者タルニ止マリ決シテ刑法犯上ノ權利者トナルヲ得サルモノトス如斯刑法上ノ被害者ハ國家自體ニシテ其侵害セラレ、ノ權利ハ國家組織自體ノ權ト國家カ配下人民保護ノ權トノ二者ニ限ルモノナレハ配下人民ノ財産權ヲ



害セラレ、ニ於テハ國家カ人民ノ財産保護ノ權利ヲ害セラレタルナリ其私人ノ甲者ナルト乙者ナルトニ何ソ關セン又人民ノ身體權名譽權等諸種ノ權利ヲ害サル、ニ於テハ國家カ人民ノ身體名譽等ヲ保護スルノ權利ヲ害セラレタルナリ何ソ其現實被害者ノ丙ナルト丁ナルトニ關センヤ又犯罪者ノ例ヨリ論スルモ犯人其者ハ國家カ人民ニ對スル或種ノ權利ヲ害セントシテ其種ノ權利ヲ害シタルナリ故ニ此點ニ於テハ聊カモ意外ナルモノナク意思所爲結果一致シタル者タルヲ論テ俟タサルヘク只其異ナルハ現實被害者其者ヲ異ニシタルノミ而シテ現實ノ被害者ハ私法犯上ノ權利關係ニ止マリ之ヲ公法上ニ及ホシ能ハサルモノナレハ被害者ノ異同及ヒ被害物種ノ異同等ハ私法上ノ觀察ニ於テ異同ナキニアラサレモ刑法上ヨリ觀察スルハ何ノ差別モナキモノトス即チ毆打ノ意思ニテ毆打罪ヲ犯シ殺人ノ意思ニテ殺人

罪ヲ犯シ竊盜ノ意思ニテ竊盜シタルモノナリ反之本項ノ場合ハ被害權利ニ差異アルモノナルカ故ニ國家保護權上ニモ自ラ差別ヲ生シ從テ罪質ヲ異ニスルモノトス之ヲ前例ニテ云ヘハ甲者ハ犬ヲ打ツノ意アルモノヲ毆打スルノ意ナカリシナリ丙者ハ人ヲ毆打スルノ意アリシモ木像毀棄スルノ意アルニアラサルナリ左レハ本項ノ場合ハ實ニ意外ノ結果ナレハ犯人カ心意ニ期シタル犯罪ハ權利ノ不成立ニ基ク不能犯トナリテ無罪タルヘク現ニ發生シタル結果ハ其事實ノ摸樣ニ依リ過失犯トナリ或ハ事實不知ノ所爲トナルヘキナリ

### 第七款 惡意ニ基ク不合意所爲ト順事狀ノ關係

本款ニ於テ論セントスル處ハ犯人カ或罪ヲ犯サントノ意思ニテ或事

ヲ行ヘタル處其所爲カ心意ト行違ヒタルモ他ノ事狀カ加ハリ來テ心意ニ期スルカ如キ結果ヲ發生セシメタル場合ヲ想像シタルモノナリ而シテ茲ニ揭クヘキモノニアリ  
第一項絕對的不能力所爲ニ關スル偶然結果トハ所爲自体ハ何等ノ能力モナキモノナレモ他ノ事狀ノ爲メ惡結果ヲ發生セシメタル者ヲ云フニアリ

例ハ甲者乙者ヲ毒殺セントシ毒藥ト誤信ノ清水ヲ與ヘタルニ乙者如何ナル病患アリテカ其水ヲ飲ミテ死シタル如キ丙者丁家ヲ燒カントメ爆發藥ナル積リニテ小石ヲ椽下ニ投込タルニ其前戊者丁家ノ椽下ニ爆發物置キ去リタル爲メ小石之レニ觸レ發火メ丁家ヲ全燒セシメタル如キ是ナリ

右引例ニ於テ甲者ノ水丙者ノ小石ハ其自体ニ於テ決メ人ヲ死ニ致シ

或ハ家ヲ燒ク等ノカナキモノナレハ甲丙ノ所爲ナキト同一ナルモノナリ然ルニ其惡果ノ發生スルニ至リタルモノハ是偶然ノ出來事ト云ハサルヘカラス已ニ其結果ニシテ偶然ナル以上ハ偶々所爲者ノ希望ヲ満足セシメタリトノ故ヲ以テ所爲者ニ責任ヲ負ハシムルノ理由トスル能ハサルトハ論ヲ俟タサルヘシ

如斯所爲者ノ意思ヲ満足セシメタル場合ニ於テモ仍ホ責任アラサルト前論スル如シ況ンヤ其満足ナル結果ナキニ於テチヤ然リト雖モ茲ニ注意セサルヘカラサルハ所爲者カ此際他ノ事狀ヲ知ラサルトチ要ス若シ其事狀ヲ知リタルニ於テハ決メ無責任タルモノニ非サルナリ前例ニテ云ヘハ甲者乙者ニ水ヲ飲マシムルノ際乙者ニ水ヲ禁スヘキ病患アルチ知ラサルチ要ス又丙者ハ丁家ニ小石ヲ投入ノ際爆發藥ノアルチ知ラサルトチ要ス若シ之チ知リナカラ水ヲ與ヘ小石ヲ投入シ

タルナラハ之レ事狀ヲ利用シタル所爲ニ病患ノ力ハ水ノ力トナリ  
爆發藥ノ力ハ小石ノ力トナルハク從テ所爲カ不能力ナルモノニアラ  
サルニ依リ本款ニ屬スルモノニアラスノ惡意ニ基ク合意所爲ト順事  
狀ノ關係トナリ所爲者ハ殺人放火ノ犯罪者ナルヘキナリ  
要スルニ罪ヲ犯スノ意アルトスルモ所爲ニノ絶對不能力ノモノナル  
ハ他ノ事狀ノ爲メ意思ノ満足ヲ得ルモ責任アルモノニアラスト云  
フニアリ

第二項不完全ナル所爲ノ補充セラレタル場合トハ所爲自身ニ能力  
ナキニアラサレモ其所爲ノミニテハ犯人ノ期シタル如キ罪ヲ構成ス  
ルヲ得サル場合ニ他ノ事狀カ加ハリ來テ其缺點ヲ補充シ犯人カ心意  
ニ期シタル如キ惡結果ヲ發生セシメタル場合ナリ  
例セハ甲者乙者ヲ銃殺セントシテ發砲シタルニ甲者ノ手腕振ヒ彈丸角

度ヲ失シタルニ偶々其處ニ大樹ノアル爲メ之レニ觸レテ終ニ乙者ニ  
中リ死ニ致シタル如キ丙者丁者ヲ毒殺セントシテ毒藥ヲ與ヘタルニ其  
量小分ナルカ爲メ痛苦ノ死ニ至ラサル折柄偶然丁者イシフヲエンザ  
一ニ罹リ毒勢病勢ト和シ丁者ヲ死セシメタル如キ是ナリ余ハ此種ノ  
責任如何ハ後章外觀的所爲事狀ノ關係説明ノ場合ニ説クヲ以テ茲ニ  
贅セス

### 第八款 惡意ニ基ク不合意所爲ト逆事狀

#### ノ關係

本款ハ所爲者カ罪ヲ犯スノ意ヲ以テ其事ヲ行ヒタルニ其手續上ニ行  
違ヒアリタルノミナラス事狀モ意思ニ反スルニ至リタル場合ヲ云フ  
ニアリ而シテ此場合ニ於テ論スヘキモノニアリ

第一項所爲ノ絶對的不能力ニ基ク不能犯トハ犯人カ行ヒタル所爲  
自体カ何等ノ能力ヲモ有セサルカ爲メ犯人カ心意ニ期シタルカ如キ  
惡結果ノ生セサル場合ヲ云フモノナリ

例セハ甲者乙者ヲ毒殺セントメ水ヲ飲マシメタル如キ丙者丁巷賊ノ  
爲メ佩刀ヲ拐替ラレタルヲ知ラス戊者ヲ殺サントシテ斫リ掛ケタル  
ニ正宗ナラスシテ竹光ナリシト云フ如ク總テ所爲自体ニ能力ナキ場  
合ヲ云フモノナリ此等ノ場合ハ被害權利不存立ノ場合ト同ク罪トナ  
ラサルモノニ其然ル所以ハ所爲能力ノ欺下ニ説キタルヲ以テ玆ニ  
贅セス

第二項惡意ト所爲ト程度ヲ異ニシタル場合トハ前項ト反シ所爲ニ  
能力ナキニアラスト雖モ惡意ノ度ト所爲ノ度トニ差異アルノ場合ナ  
リ此場合ニニアリ

(甲)惡意ノ度ハ少ク所爲ノ度大ナル場合

例ハ甲者乙者ヲ扇子ニテ打ントシテ過テ短刀ニテ打チ大ナル傷ヲ負  
ハセタル如キ丙者丁者ニ少分ノ毒藥ヲ與ヘ苦シメントメ暗處ニ於テ  
毒藥ヲ量リ之ヲ飲マシメタルニ分量ヲ愆リ過分ナリシカ爲メ丁者死  
シタルカ如キ之レナリ

如斯場合ハ刑法第七十七條三項ニ依リ罪本重カルヘクシテ犯ス時其  
重キヲ知ラサル者トメ始メ心意ニ期シタル處ノ罪ニ基キ刑ヲ科セサ  
ルヘカラス何トナレハ害ヲ受クル物ノ性質ヨリ來ル加重ノ場合ニ彼  
ノ條ヲ用ユル者トセハ所爲ノ錯誤ヨリ來ル加重ノ場合モ該條ニ依ル  
ヘキハ至當ノトナレハナリ然リト雖モ單ニ心意ノミノ錯誤ヨリ來ル  
者ハ該項ヲ適用スルノ限ニアラサルヘシ例令ハ前例甲者カ乙者ヲ打  
ツノ際其短刀ナルヲ知リ且其短刀ニ其程度ノ力ヲ加ヘテ打ツト承

知シタルモ心意ノミ小ナル傷ヲ負ハシムルノ積ナリシカ其結果大ナル傷ヲ負ハセタル如キ之レナリ此等ハ所爲ノ上ニ不知ノ點アルニアラス物体ノ上ニ不知ノ點アルニアラサレハ刀ヲ以テ人ノ首ヲ切りタルモ死ニ至ラシムルノ積ニアラサルト同一一般ナリ如此場合ニハ罪本重カルヘクノ犯ス片其重キヲ知ラサル者トシテ免刑スルモノニアラサルヘシ此範圍ニ至レハ通常ノ智識ナシトノ故ヲ以テ責任ヲ免レ能ハサルヘシ以上ノ關係ハ實ニ微妙ノ間ニ分界アリ讀者前後ノ引例ヲ比較ノ自ラ發明セラレンコトヲ望ム

(乙)惡意ノ度ハ大ク所爲ノ度ハ小ナル場合 此場合ハ犯人ノ意思ニ充分ナル満足ヲ與ヘサル已遂犯ノ發生スル場合ナリ

例令ハ(一)甲者千株ノ杉樹繁茂セル官林全部ヲ盜伐セントノ意ナリシモ僅カニ三本ヨリ伐倒セサルカ如キ乙者丙者ヨリ千圓ヲ詐取スルノ

意ニテ三圓取リタル如キハ甲乙カ心意ニ期シタル犯罪結果ノ一部ヲ發生セシメタルモノナリ故ニ甲者ハ千本盜伐ノ未遂犯ニアラスシテ三本盜伐ノ已遂犯ナリ故ニ明治廿三年法律第九十九號ノ規定ニテ罰セラルヘク乙ハ千圓詐欺ノ未遂犯ニアラスシテ三圓騙取ノ已遂犯ナリ反之(二)甲者伐採ニ着手シタルモ未タ一本モ伐リ倒サス乙者欺罔恐喝シタルモ未タ一金モ得サルカ如キ場合ハ甲者ハ數千本盜伐ノ未遂犯乙者ハ千圓騙取ノ未遂犯ナルヘキナリ

斯ノ如ク惡意ノ一部實果ヲ奏シタルト實果ノ生セサル時トニ區別アルハ奇恠ナルカ如シト雖モ一罪ト看做ノ結果ナリ而モ一罪ト數罪ノ見解ハ後章詳論スル處アラントス

第三項所爲ノ不完全ニ基ク未遂犯トハ所爲カ全ク能力ナキニアラサレモ不完全ナル點ノアルカ爲メ犯人ノ期シタル犯罪ヲ成立セシメ

能ハサルモノヲ云フ

例セハ甲者乙者ヲ毒殺セシトシテ毒藥ヲ服サシメタルモ毒藥少分ノ爲メ死セサルカ如キ或ハ丙者丁者ヲ銃殺セントシテ發砲シタルモ丙者射的術ニ拙劣ナルカ爲メ彈丸角度ヲ失シテ丁者ニ中ラサル如キ之レナリ

此種ノ事實ハ犯人意外ノ舛錯ヨリ已遂ニ至ラサルモノナレハ未遂犯ナリトス而シテ前ニ説明シタル未遂犯ト異ナル處ハ彼レハ其妨ケタルモノ所爲以外ニアリ是レハ其妨ケタル事實所爲内ニ存スルノ別アルナリ

### 第九款 所爲事狀關係ノ客觀的類別

前數款ヲ以テ所爲事狀ノ關係上主觀的觀察ヨリ起ル疑問ヲ論了シタ

ルニ由リ其客觀的觀察上ヨリ起ル疑問ヲ説カン

余ハ本論ニ入ルニ先チ茲ニ豫定シ置カサルヘカテサルモノニアリ(甲)

一ハ所爲ト事狀ト連合セス其結果判然區別スルヲ得ル場合ニ(乙)

一ハ結果ノ發現アルモ其結果ハ所爲ヨリ出テタルモノナルヤ事狀ヨリ出テタルモノナルヤ判明セサル場合之レナリ

(甲)例セハ甲者乙者ノ倉庫ヨリ米五十俵ヲ竊取シタルニ其同時ニ倉庫ニ落雷シ殘五十俵ヲ鳥有ニ飯シタリト云フ如キ或ハ丙者丁者ノ一肢ヲ切リタルニ其同時ニ前面ノ山上ヨリ大石轉シ來テ他ノ一肢ヲ折リタリト云フ如キ之レナリ此等ノ場合ハ甲者カ竊取所爲ノ結果ハ落雷ノ結果ト毫モ關係ナク丙者切肢ノ所爲ハ轉石ノ結果ト關係ナキモノナレハ甲者ハ五十俵竊取ノ結果ノミニ付責任アルモノニ丙者ハ一肢切斷ノ所爲ノミニ付責任アルノミ他ニ何等ノ責任モアルヲナキヤ

明カナリ詰リ此場合ハ所爲ト事狀ノ關係ナキモノナレハ本款ニ説明スルノ要ナキモノトス

(乙)例セハ甲者乙者ニ毒酒ヲ遣リタル處當時乙者病床ニアリテ之ヲ飲ミタルニ死シタリ其後其死尸ヲ解剖シタルモ病氣ノ爲メ死シタルモノナルヤ毒酒ノ爲メ死シタルモノナルヤ判明セサリシト云フ如キ或ハ甲乙共ニ丙者ヲ恨ムルトアリ一日丙者山中ヲ通行スルノ際甲者之ヲ銃殺セントノ樹木ノ蔭ニ待チ居レリ乙者モ亦丙者ヲ銃殺セントノ或ル樹蔭ニ待受ケアル處丙者此事ヲ知ラスノ其場ニ差掛リタルニ轟然ニ發ノ彈丸黒烟ヲ起シテ飛來リ一丸ハ空ヲ飛テ去リ一丸ハ丙者ノ胸間脊後ニ貫キ丙者ヲ斃シタリ而シテ甲乙此舉ニ及ヒタルハ共ニ謀リタルニアラス偶然同時ニ事ヲ爲スニ至リタルモノニテ其的中シタル一丸ハ甲者ノモノナルヤ乙者ノモノナルヤ判明セスト云フ如キ之レ

ナリ此等ノ場合ハ所爲ノ爲メ其結果生シタルモノナルヤ事狀ノ爲メ其結果發現シタルモノナルヤ到底知ルヲ得サル場合ナレハ其最大ノ結果即チ死亡ノ結果ニ付キテハ證據不充分ナルノ故ヲ以テ無罪トセサルヘカヲサルモ毒酒ヲ送リタルノ所爲砲發シタルノ所爲ハ明ニシ其所爲タル着手ノ所爲タルニ相違ナケレハ未遂犯トシ責任ヲ負ハサルヘカヲサルヘシ何トナレハ所爲ノ一部カ不明瞭ナリトノ故ヲ以テ證明セラレタル部分モ滅却ノ道理ナケレハナリ例ヘハ甲者乙家ノ門戸ヲ踰越シ忍ヒ入りタルニ當夜乙家ニ千金ヲ失ヒタリトセハ甲者カ其金圓ヲ竊取シタルノ事實ナシトシ竊盜ノ點ハ無罪ニ歸シタリトスルモ之カ爲メ證明セラレタル家宅侵入犯ハ無罪タラザルヘケレハナリ

右(甲)(乙)ノ二場合ハ余カ本款ニ説クノ主タル目的ニアラス何トナレハ

甲ノ場合ハ所爲ト事狀ト判然區別アル場合ニシテ乙ノ場合ハ所爲ノ結果ナルカ事狀ノ結果ナルカ判明セサル場合ナレハ之レ所爲ト事狀ノ關係トノ論スルニ適當シタルモノナラサレハナリ故ニ予カ本款ニ於テ論セントスル處ハ所爲ト事狀ト混交シテ結果ノ原因トナリタル場合ヲ云フニアリ

一例ヲ舉レハ甲者乙病患者ニ毒藥ヲ與ヘタルニ毒勢病勢ト和シ乙者ヲ死ニ致シタリトセハ前段(甲)ノ場合ノ如ク所爲ノ結果ト事狀ノ結果ト區分スルヲ得ルモノニアラサルヘシ何トナレハ所爲ノ力ト事狀ノ力ト混交シテ其結果ヲ生シタル者ナレハナリ又(乙)ノ場合ノ如ク不明ナルモノニモアラサルヘシ何トナレハ所爲ト事狀ト混交シタル力ハ死ノ原因ナレハナリ如斯場合ハ之レ本款ノ問題ナリトス  
如斯本款ハ所爲ト事狀ト混交シテ惡果ヲ結ハシメタル場合ニ其責任

ハ何レニ皈スヘキヤヲ定ムルノ問題ナレハ至難中ノ至難ト云ハサルヘカラス而シテ此問題ヲ充分明瞭ナラシメント欲セハ因縁ノ關係再説スルノ必要アリト信スルヲ以テ左ニ一言スル所アラントス  
余ハ本章劈頭ニ於テ吾人ノ生存スル現界ハ因果ノ理法ニ支配セラレ者ナルカ故ニ犯罪事實モ所爲ト事狀ヲ原因トシテ由來スル者ナルト及ヒ啻ニ所爲事狀ハ犯罪ノ原因タルノミナラス犯罪ハ所爲ヲ主因トシテ事狀ヲ從縁トシテ發生スル惡結果ニシテ若シ事狀カ主因トナリ所爲カ從縁タル場合ニハ犯罪トナラサルヲ論シタリ如斯ク所爲ト事狀カ原因トナリテ惡結果ノ發生セシメタル場合ニ於テモ事狀カ主因タル場合ハ犯罪ニアラスノ所爲カ主因タル場合ハ犯罪ナリトスレハ如何ナル理由ニ依リ主因從縁ノ區別ヲ立ツヘキヤ是頗ル困難ナル問題ナリトス



今此問題ヲ決セントスルニハ所爲事狀ノ量則チ度量分量等ヲ以テ答ヘ難キ處アリ何トナレハ甲者千貫ノ火藥ニ乙者一炬ノ火ヲ移シタル如キハ一見スル所火藥ノ量一炬ノ火ニ勝ルカ如シト雖其猛火狂熾ノ結果ヨリ見ルルハ未タ必シモ一炬ノ火ヲ以テ從タルモノト云フヲ得サルヘシ又此疑問ニ答フルニ所爲事狀ノ質即チ性質物質等ヲ以テ定メ難キ處アリ何トナレハ茲ニ研究セントスル所ハ所爲事狀共ニ惡結果ノ原因トナリタル場合ニ就キ論スルモノナレハ其性質ニ如何ナル區別アルモ物質ニ如何ナル差異アルモ問フ所ニアラザレハナリ例セハ甲者丁病患者ニ少分ノ毒藥ヲ與ヘテ死ニ至ラシメタル如キ毒藥ト病勢ト性質ニ於テ異ナル處アルヘキモ二原因ノ爲メ丁者死シタリトセハ死ノ原因トメ同一ナラン何ソ性質ノ如何ヲ問フノ必要アランヤ

然ラハ直接間接ヲ以テ區別ノ標準トスヘキカ是外形上至當ノ見解ナリ何トナレハ甲病人ニ乙者毒藥ヲ與ヘテ死ニ至ラシメタル如キ假令病勢毒勢ト和シ甲者ノ死ヲ致シタリトスルモ病患ハ以前ヨリアル所ニ毒藥ハ以後ノトナレハ死ノ結果ヨリ見ルルハ投藥ハ直接ニ病患ハ間接ナレハ乙者殺人ノ罪アルヘク又丙者丁家ヲ燒カントシテ火藥ヲ以テ後刻發火スヘキ裝置ヲ爲シ置キタルニ偶々落雷ノアルアリテ雷火火藥ト和シ全燒セシメタル如キハ丙者ノ所爲未タ實効ヲ奏スヘキ時期ニ至ラサル前ニ他ノ事變ノ爲メ其結果ヲ發生スルニ至リタルモノナレハ落雷ハ丁家燒失ノ直接原因ニ丙者火藥裝置ノ所爲ハ間接ナルヘク從テ丙者ハ未遂犯タルニ止マリ已遂犯ノ責任ナカルヘケレハナリ

如斯直接間接ノ區別ヲ立テ結果ニ直接ナルモノハ責任ノ版着スル處

ニ從テ主タル原因ト云ハサルヘカラストセハ外形上非難スル處ナク執法上便利ナルノ區別ナリト雖此這ハ是外形上ノ目標タルノミニノ法理ノ實體ニアサルナリ抑モ本款ハ所爲事狀ノ關係密接混交シタル者ニ就キテ研究スルニアリテ彼ノ無關係ナル事狀或ハ疎遠ナル事狀等ヲ云フニアラス何トナレハ無關係ナルモノ或ハ疎遠ナルモノハ假令有之トスルモ所爲ノ能力ヲ左右スルニ足ラサルヘキノミナラス何人モ疑義ヲ懷カサルヘケレハ玆ニ論究スルノ必要ナケレハナリ反之彼ノ近密混交シタル者ニ至リテハ眞微靈妙ノ關係アルヘケレハ容易ニ判斷シ難キモノアラン去リトテ事狀ヨリ起リタル惡果ノ責任ヲ理由ナク犯人ニ負ハシメ能ハサルヘク又所爲ヨリ起リタル惡果ノ責任ヲ理由ナク免レシメ能ハサルヘシ事玆ニ至レハ實ニ有形極テ無形ニ入ル所ナラン故ニ余ハ順

序正シキ理想ヲ以テ(イ)假令事狀アリタリトスルモ所爲ナカリセハ其結果アラサリシト斷定セラル、時ハ所爲カ主因タル場合ニモ被告ニ責任アルモ反之(ロ)假令所爲アリタリトスルモ事狀ナカリセハ其結果アラサリシト斷定セラル、時ハ事狀カ主因トナリタル場合ナルニ依リ被告ニ責任ナシトセン何トナレハ(イ)ノ場合ハ所爲ノ爲メ惡結果發生シタリト斷定スルヲ得ヘク(ロ)ノ場合ハ事狀ノ爲メ惡結果發生シタリト斷言スルヲ得ヘケレハナリ

既ニ事狀所爲ノ關係ニ主從ヲ立ルニハ順序正シキ理想ヲ以テスヘキモノナルヲ論シタリ依テ玆ニ順序正シキ理想トハ如何ナルモノナルカチ一言セン

凡ソ心性作用ハ長サアリテ幅ナク時間ニ亘ルモ定間ヲ占領スルモノニアラサルナリ故ニ同時ニ二個ノ事物ヲ考フルヲ能ハサルハ動スヘ

カラサル事實ナリ果シ然ラハ時間ノ前ナル者ヲ前ニ考ヘ時間ノ後ニ起リタル者ヲ後ニ考フルハ自然ノ道理ニ會シタルモノニシテ順序正シキ思想ト云ハサルヘカラス例令ハ甲病患者ニ乙者カ毒藥ヲ服サシメタリト云フ事實ヲ判斷スルニハ「甲者ニ病患アルモ未タ死セザリシニ其病勢ニ乙者毒藥ヲ與ヘタル爲メ死シタルナリ」ト思考スルカ如シ如斯論シ來レハ直接間接ノ論敢テ當ラサルニアラス何トナレハ彼ノ甲者ノ病患ハ投藥ノ所爲ヨリ以前ニアレハ死ノ結果ヨリ見ルルハ投藥ハ直接ニノ病患ハ間接ナレハナリ然リト雖モ直接間接ナル名詞ハ心意斷定ニ便利的付與シタル外形ノ名詞ナルニ過キサレバ此名詞ト此便利方法アルノ故ヲ以テ其眞理ノ本源ハ心意斷定ニアルヲ忘ルヘカラサルナリ

斯ノ如ク主因從縁ノ區別ハ順序正シキ思想ヲ以テ定メ順序正シキ思想トハ時間ノ前ナルモノヲ前トシ後ナルモノヲ後トスルニアリトスレハ時間ヲ本トシテ所爲事狀ノ關係ヲ區別シ其責任ノ販スル所ヲ論スルハ頗ル便利ノ方法ナルヘシ依テ余ハ此方法ニ基キ三項ニ分子説明スル所アラントス

第一項事狀カ所爲ノ以前ニアル場合 例セハ甲者乙者ニ毒藥ヲ與ヘタルニ乙者或種ノ病患アリテ藥毒病勢ト和シ乙者ヲ死ニ至ラシメタル如キ是ナリ

此場合ハ所爲者カ事狀ノ存スルヲ知ルト不知トニ拘ハラス所爲者カ責任アルヲ以テ原則トス何トナレハ以前ニ事狀ノアリタルニモセヨ未タ惡結果ノ生スルニ至ラザリシニ所爲ノ加リ來テ社會ヲ害スルニ至リタルモノナレハ所爲ノ爲メ發生シタル害惡ナリ左レハ所爲ハ害惡ノ主因ナルヲ勿論ナルヘク已ニ所爲カ主因ナル以上ハ所爲者ニ責

任ヲ販スルハ蓋シ當然ノコナルヘキナリ  
如斯論シ去ルルハ甚タ簡單ナル法理ナリト雖凡之ヲ種々雜多ナル實  
地問題ニ應用スルニ至テハ多少ノ疑義ナキヲ保セザラン故ニ余ハ事  
狀ト所爲ノ能力關係ヨリ通常本項ノ下ニ起ル疑問ヲ掲ケ左ニ説明ス  
ル所アラントス

(甲)弱事狀ニ強所爲ノ加リタル場合 弱事狀トハ前ニ説明シタル如ク  
事狀ノ勢力微弱ニシテハ其結果ヲ發生セサル事狀ノ義ニ  
シテ強所爲トハ所爲ノ能力強盛ニシテモ其結果ヲ發生セシ  
メ得ルノ所爲ヲ云フニアリテ詰リ完全能力ノ所爲ヲ意味スルモノナ  
リ

例ハ甲者乙者ヲ親愛スルヲ以テ自分所有ノ銀行株券ヲ或ハ呉レ與ヘ  
ント毎々思考スル折柄乙者詐言ヲ吐キ欺キ取りタル如キ甲者ノ乙者

ヲ信用シタルハ所爲以前ニアル弱事狀ニシテ乙者ノ詐言ハ有力ナル所  
爲ナルヘク此等二個ハ詐欺取財ノ原因トナリタルモノナルヘシ

(乙)弱事狀ニ弱所爲ノ加リタル場合 トハ例セハ甲家埋火ノ疎慮ナル  
ヨリ爐火爐縁ニ少々燒ケ移リアリタルモ其レノミニテハ到底失火ニ  
至ラサル場合ニ乙者甲家ニ放火セントシテ些少ノ火藥ト火ヲ移シタル  
卷烟草トヲ投入シタリ而シテ乙者ノ所爲ノミニテハ未タ甲家ヲ燒クニ  
足ラサルモノナリシ然ルニ乙者ノ火藥烟草疎慮ナル埋火ト和シタル  
カ爲メ甲家ヲ全燒ニ至ラシメタル如キ之レナリ

右(甲)(乙)二個ノ場合ハ所爲アラサリセハ其結果ノ發生セサル場合ナル  
ニ所爲ノ爲メ其結果アルモノタルニ依リ所爲者ニ責任アルハ多辯ヲ  
要セサルヘシ

(丙)強事狀ニ強所爲ノ加リタル場合 例ハ乙者到底死スヘキ不治病ニ

懼リタルノ際甲者激烈ナル毒酒ヲ與ヘ死セシメタル如キ之レナリ  
(丁)強事狀ニ弱所爲ノ加ハリタル場合 例セハ乙者或者ノ爲メニ數十  
回毆打セラレ將ニ死ニ至ラントスルノ際甲者一回毆打シテ死ニ致シ  
タル如キ之レナリ

右(丙)(丁)ノ場合モ(甲)(乙)ノ場合ト同ク所爲者ニ責任アルハ論ヲ俟タス何  
トナレハ(丙)(丁)ノ場合ハ事狀ノ爲メ死スヘキ場合ナリト雖モ所爲ノ加  
ハルヲナカリセハ今暫時乙者ノ生命ヲ保チタルヲ想像シ得ラルヘシ  
何トナレハ乙者カ死ニ至ルヘキ原因タル事狀一個ニ所爲一個ノ加ハ  
リ來ルモノナレハ其原因一個ナリシモヨリ強盛トナリタルヘシト想  
像シ得ラルヘク既ニ原因強盛ナリトセハ死ヲ早メタリト斷言スルニ  
難カラザラン然リ而シテ既ニ死ヲ早メタリト認ムルニ足ル以上ハ時間  
ノ關係上未タ死スヘカラサル者ヲ死ニ致シタルナリ未タ死スヘカラ

サル者ヲ死ニ致シタリトセハ所爲ハ死ノ主因タルヤ明ナリ  
抑モ吾人ノ權利ナルモノハ其權利トシテ成立スル以上ハ假令分秒ノ後  
消滅スヘキモノナルト永久恒存ノモノナルト或ハ權利者其人カ其權  
利ノ保存ニ熱心ナルト冷淡ナルトハ權利タルニ於テ差異ノアルヲナ  
シ是故ニ前例甲者カ一二分時ノ後死亡スヘキ乙者ヲ殺シタルト五十  
年百年ノ後死去スヘキ強壯者ヲ殺害シタルトニ於テ差違アルヲナカ  
ラン讀者此理ヲ會得シタルナラハ(丙)(丁)ノ場合ニ於ケル責任ヲ定ムル  
蓋シ難カラザサルヘシ尙ホ讀者ニ一言注意ヲ請フハ本欺各項ノ理論ハ  
刑法中何レノ犯罪ニモ應用スルヲ得ルヲ之レナリ余カ例ヲ殺人犯ニ  
引キタルハ其關係最モ明瞭ナルカ爲メナリ故ニ讀者引例ノ殺人犯ニ  
係ルノ故ヲ以テ人命犯ニ關スル時ニノミ限ル理論ナリト誤信スヘカ  
ラス

第二項事狀ト所爲ト同時ナル場合 例セハ(イ)甲者乙者ノ金時計ヲ毀壞セントノ棍棒ニテ打ツト同時ニ前面ノ山上ヨリ小石轉シ來テ該時計ニ衝突シ二個ノ原因ニテ微塵ニ破碎シタル如キ又(ロ)甲者乙者共謀通議セサレ共ニ丙者ヲ殺害スルノ念アリ或時甲者西山ヨリ丙者ヲ砲撃シタルニ偶々乙者東山ヨリ丙者ヲ砲撃シ二個ノ彈丸飛來テ同時ニ丙者ノ胸部ヲ貫キ死ニ致シタル如キ之レナリ  
本項ヲ區別スルルハ前項ト同ク四場合アルヘシト雖モ何レモ同一ノ論旨ヲ以テ斷定スルヲ得ルニ依リ余ハ細別ノ勞ヲ採ラサルヘシ  
然リ而シテ本項ノ如ク事狀所爲ノ同時ニ來テ犯罪ノ原因トナリタル場合ハ前項ト同ク其加効ノ多少ニ不拘所爲者ニ責任アル者ナリ何トナレハ若シ此場合ニ事狀カ微弱ナルモノニ所爲カ強盛ナルモノナラハ所爲ナカリセハ其結果發生セサルモノナルヘク若シ又事狀カ強盛

ナルモノニ所爲カ微弱ナルモノナリセハ前項(丙)(丁)ノ場合ノ如ク所爲ナカリセハ假令後刻此結果アリタルニモセヨ當時此結果ナカリシナラン然ルニ其場合其時刻ニ其結果アリタルハ所爲ノアリタルカ爲ナリト想像シ得ラルヘシ左レハ本項(イ)ノ場合ハ器物毀棄ノ犯行ナルヘク(ロ)ノ場合ハ甲乙共犯ニアラサルモ丙者ニ對スル殺人犯ナルト多辯ヲ要セサルヘシ而シテ(ロ)ノ場合ノ如ク二個ノ原因共ニ人爲ノモノナルルルハ各自ノ所爲ト意思ノ有様ニ依リ別種ノ犯罪現出スヘキナリ即チ一方ハ故意一方ハ過失ナルトアルヘク一方ハ謀殺一方ハ故殺ナルトアルヘク或ハ一方ハ毆打毒殺一方ハ毆打致死トナルカ如シ  
茲ニ他岐ニ渉ルノ嫌ナキニアラサレモ一言スヘキトアリ他ナシ刑事訴訟法第三百一條再審訴訟ノ第二項之レナリ該條ニ云ク「同一ノ本件ニ付共犯ニアラスノ別ニ刑ノ言渡ヲ受ケタルモノアリタルルハ再審

ノ訴ヲ爲スヲ得ヘシトアリテ該法條ヲ一讀スレハ同一ノ罪ハ共犯人ニ於ケルニアラサレハ二人以上ニテ犯スヲ能ハス故ニ若シ同一ノ事件ニ共犯ニアラスノ別ニ刑ノ言渡ヲ受ケタル者アルハ再ヒ審理判決ノ以テ其冤ヲ雪クヘシト規定シタルモノ、如ク立法者ハ本項ノ場合ニ思ヒ及ハサルモノ、如シト雖モ決メ左様ノ趣旨ニアラサルヘシ惟フニ立法者ハ訴訟法ハ手續ヲ定ムルニ過サルモノナルカ故ニ通常多々アル場合ニ付法ヲ立テ本項ノ如キハ稀有ノ場合ナルヲ以テ該條ニ例外ヲ設クルノ必要ナシト看做タルモノナラン故ニ假令共犯ニアラスノ別ニ刑ヲ受ケタルモノアルニモセヨ本項(日)ノ場合ノ如キハ再審訴訟ヲ提起スルノ限リニアラスト知ルヘシ

第三項所爲カ事狀ノ以前ニアル場合 例セハ甲者乙者ニ毒藥ヲ與ヘタルニ乙者尙ホ惡食シ此等原因ノ爲メ乙者ノ死亡シタル如キ或ハ丙

者丁者ヲ毆打シタル後前面ノ山上ヨリ大石轉シ來テ丁者ニ衝突シ毆打ト石ノ結果トシテ丁者カ死シタル如キ惣テ所爲ノアリタル後出來シタル事狀カ所爲ノ能力ト和シテ惡結果ヲ發生セシメタルヲ云フニアリ而シテ余ハ此場合ニ適用スヘキ法理ヲ論スルニ當リ豫メ二個ニ區別セサルヘカラス即チ所爲者カ事狀ノ發生ヲ知り居ルト知ラザリシ片是レナリ

(甲)所爲者カ事後發生スヘキ事狀ヲ豫メ知り居ル場合 トハ甲者乙者ヲ殺害スルノ意ニテ將ニ墜落セントスル岩下ニ繫キ置キ遂ニ壓死セシメタル如キ丙者後刻嚙ミ殺サル、ヲ知りナカラ猛獸多キ山中ニ小兒ヲ捨テ去リタルニ果シテ嚙殺サレタルカ如キ之レナリ

如斯所爲者ニ於テ事後發生スヘキ事狀ヲ知り居ル以上ハ所爲者カ其事狀ヲ進ンテ利用スルノ意思ナルト單ニ之レヲ知りタルニ止ルトニ

論ナク其責ニ任セサルヘカテサルヤ明ナリ何トナレハ如斯キ所爲ハ人ヲ水中ニ投シテ溺死セシメ火中ニ投メ焚殺シタルト同一ナレハ取モ直サス自然力ヲ使用メ犯意ヲ遂ケタルモノナリ果シテハ自然力タル火藥或ハ毒藥等ヲ以テ目的ヲ達シタルト一般異ナル所ナカルヘケレハナリ

(乙)所爲者カ事後ニ發生スヘキ事狀ヲ知ラサルル 此場合ハ缺効ノ未遂犯トナルヘキ場合ニシテ所爲者ハ發生シタル結果ニ就キ責任ヲ負フモノニアラサルナリ何トナレハ意外ノ事故ノ爲メ所爲ノ結果ヲ妨ケラレタルモノナレハナリ然リ而シテ所爲事狀ノ能力ニ基キ分拆スレハ此場合ニ屬スル問題モ第一第二ノ項下ニ論シタル如ク左ノ四個アルヘシ

(イ)弱所爲ニ強事狀ノ加ハリタルル 例セハ甲者乙者ヲ撲殺セントシ

二三回毆打シ捨テ置キタル後丙者亦烈シク乙者ヲ毆打シタルカ爲メ此等二原因ノ結果トシテ乙者死タル如キ之レナリ

(ロ)弱所爲ニ弱事狀ノ加ハリタルル 例セハ丙者丁者ヲ毒殺セントシテ少量ノ毒ヲ飲マシメタルニ丁者其後復少量ノ毒物ヲ食シ二種ノ毒勢ノ爲メ丁者カ死シタル如キ之レナリ

右(イ)(ロ)ノ二場合ハ事後ノ事狀ナカリセハ死セサリシルニ事狀ノ加ハリ來テ其惡果ヲ生セシメタルモノナレハ其死亡ノ原因ハ所爲ニアラスノ事狀ナルト明瞭ナレハ所爲者ニ責任アラサルト論ヲ俟タサルヘシ

(ハ)強所爲ニ強事狀ノ加ハリタル場合 例セハ戊者己者ヲ毒殺セントシテ充分ナル毒藥ヲ服サシメ以後三四分後ニ死スヘキ場合ニ或者亦己者ニ充分ノ毒ヲ與ヘタル爲メ即座ニ己者カ死シタル如キ之レナリ



(三)強所爲ニ弱事狀ノ加ハリタル場合、例セハ庚者辛者ヲ撲殺セント  
ノ數十回毆打シ最早死セントスル場合ニ或者カ一回毆打シタルカ爲  
ノ辛者死シタル如キ之レナリ  
右(ハニ)ノ二場合モ所爲者ハ欠効ノ未遂犯タルニ止リ決メ已遂犯ノ責  
ヲ負フヘキモノニアラサルナリ何トナレハ所爲者カ犯罪所爲ヲ行ヒ  
タリト雖モ未タ其所爲ノ實効ヲ奏スル時期ニ至ラサルニ他ノ事狀ノ  
加ハリ來テ目的物ヲ奪ヒ去リタルモノナレハ未タ已遂ト云フヲ得サ  
レハナリ此項ノ理由ハ第一項ニ於テ論シタルト反對ニ同一ナレハ  
讀者彼此對照判斷セラレシトテ望ム

#### 第四章 所爲事狀ノ結果

所爲ト事狀ノ關係ハ前章論シタル如クナルヲ以テ其關係上社會ヲ害

スルノ結果ヲ生スルモノト社會ヲ害セサル結果ヲ生スルモノ、二個  
アルトハ讀者既ニ了解シタルナルヘシ而シテ社會ヲ害スルノ結果トハ  
取モ直サス罪果其モノヲ云フニアリテ予カ本章ニ論セントスル處ナ  
リ依テ左ニ第一第二ノ二款ニ分チ説明スル處アラントス

#### 第一款 犯罪ノ種類

抑モ刑法上害ト云フ觀念ハ權利ノ侵犯ヲ意味スルモノナルカ故ニ萬  
般ノ犯罪ハ先ツ侵犯セラレタル權利アルトテ認メサル可ラス何トナ  
レハ若シ侵犯セラレヘキ權利ナキニ於テハ社會ハ損スル處ナキヲ以  
テ從テ罪トシ刑ヲ科スルノ必要ナケレハナリ例セハ甲者金錢ヲ竊取  
セントシテ乙者ノ懷中ヲ搜リタルニ一厘ノ貯モノナカリシト云フカ如  
キ或ハ丙者丁者ヲ殺サントシテ斫リ付ケタルニ石像ナリシト云フ如キ

之レナリ此種ノ所爲ハ前章ニ所謂被害權利ノ不成立ニ基ク不能犯ナルモノナリトス  
如斯犯罪ハ權利ノ侵犯ナルカ故ニ犯罪ノ大畧ハ權利ノ種類ヲ以テ區別スルヲ得ヘク其侵犯ノ手續ヲ以テ之ヲ細別スルヲ得ヘシ例セハ國家ニ對スル罪社會ニ對スル罪一人ニ對スル罪或ハ身体ニ對スル罪財產ニ對スル罪等ノ大別ヲ爲シ更ニ其所爲ノ模様ニ依リ竊盜強盜詐欺取財謀殺故殺兇徒聚衆官文書偽造等ニ區別スルカ如シ此種ノ分類ハ罪質上ノ區別ニシテ刑法各論ニ屬スル者ナレハ余ハ説明ノ勞ヲ探ラサルヘシ何トナレハ著者カ本論ヲ草スルノ目的ハ專ラ刑法一般ニ亘ル法理ヲ論セントスルニアリテ各種ノ法理即チ各論ヲ草スルノ意ニ非サルノミナラス各論ナルモノハ其實一般法理ヲ特別ノ場合ニ應用シタル結果ニ過キサレハ一般法理ヲ會得スルニ於テハ容易ニ各罪ニ

關スル法理ヲ窺フヲ得ヘケレハナリ又他ニ犯罪ヲ其罪情ヨリ區別スルノ方法アリ即チ罪ノ輕重ヲ以テ區別ノ標準ト爲ス之レナリ此方法ニ於テハ千百ニモ區分スルヲ得ヘク又二三トスルヲ得ヘシ而シテ其區別スルノ理由ハ敢テ高尚嚴格ナル法理ノ存スルニアラス只タ立法者カ時勢ト國情トニ基キ適當ト信スル所ヲ以テ區別スルノミ此種ノ見解ヨリ我立法者ハ刑法上ノ罪ヲ重罪輕罪違警罪ノ三種トナシ(第一條)罪果重クシテ重キ刑罰ヲ科スヘキ部類ノ犯罪ヲ重罪トシ罪果最モ輕ク從テ輕微ナル刑ヲ科スヘキモノヲ違警罪トナシ其中間ナル者ヲ輕罪ト定メタリ即チ重罪トハ死刑無期徒刑有期徒刑無期徒刑有期流刑重懲役輕懲役重禁獄輕禁獄ニ當ルヘキモノヲ云ヒ(第七條)輕罪トハ重禁錮輕禁錮罰金ノ刑ニ當ルモノヲ云ヒ(第八條)違警罪トハ拘留科料ノ刑ニ當ルモノヲ云フニアリ

今立法者ハ如何ナル必要アリテ三種ノ區別ヲ爲シタルヤヲ考フルニ其要ハ各條規定ノ手數ヲ省カンカ爲メ下刑事訴訟手續ニ便利アルニ由ルカ如シ例ヘハ重罪ノ未遂犯ハ常ニ罰スルモノトスレハ二編以下ノ各重罪ノ部ニ一々此節ニ記載シタル罪ノ未遂ハ之ヲ罰スト特記スルノ手數ヲ省クテ得ヘク又違警罪ノ教唆者從犯者ハ之ヲ罰セサルモノト定メ置クルハ違警罪ノ各條ニ於テ一々明言スルノ必要ナケレハナリ又刑事訴訟ノ手續ニ於テ此種ノ便益尠カラス今其重ナルモノヲ掲グヘシ

(一) 三罪ノ區別ニ因テ之ヲ審理判決スル裁判所ノ管轄權ニ區別アリ從テ其訴訟手續ノ煩簡アルモノナリ彼ノ裁判所構成法ヲ見ルニ重罪ト二月以上ノ禁錮百圓以上ノ罰金ニ該ル輕罪ハ地方裁判所ヲ一審裁判所トシ二審權ハ控訴院ニ三審權ハ大審院ニ屬セリ又二月以下ノ禁

錮百圓以下ノ罰金ニ當ル輕罪及違警罪ノ第一審裁判所ハ區裁判所ニシテ第二審ハ地方裁判所第三審ハ控訴院ナル旨ヲ定メタリ故ニ此管轄ノ點ヨリ觀察スレハ罪ニ二種ノ區別アリト云フテ得ヘシ又管轄裁判所ノ異ナルニ從ヒ訴訟ノ手續ヲ異ニセサルヲ得ス其一例ヲ掲グレハ區裁判所ニハ豫審判事ナケレハ豫審ノ手續ナク又一人ノ判事ヲ以テ組織スルモノナレハ地方裁判所ノ如ク三人ノ判事ヲサレカ如シ如斯訴訟ノ手續ニ煩簡ノ區別ヲナシタルハ適用スル刑ノ輕重并ニ事件ノ難易及ヒ件數ノ多少ニ基キタルナルヘシ何トナレハ用刑ハ素ト慎重ヲ要スルモノナリト雖モ其刑ノ輕重ニ依テ慎重ノ度ヲ異ニセサル可ラス又重キ刑ヲ科スルノ犯罪事件ハ毎ニ其成立巧ミニシテ充分鄭重ノ手續ヲ以テセサレハ其眞實ヲ發見スルニ難カルヘキモ違警罪ノ如キハ殊ニ單純ナルモノ多カルヘシ又重刑ニ當ル犯罪ハ其數少ナキ

故ニ地方裁判所ニ於テ判決スルヲ得ヘケレト輕微ノ罪ハ件數多カルヘキヲ以テ多數ノ區裁判所ニ於テ判決スルノ要アルヘキナリ

(二) 違警罪ハ十六歳以上廿歳以下ノ幼者ト雖モ法律上ノ宥恕セサルモノナレト(第八十三條)重罪輕罪ハ之ヲ用ユ(第八十一條)

(三) 重罪ノ未遂犯ハ常ニ之ヲ罰スト雖モ違警罪ノ未遂犯ハ常ニ罰セス輕罪ハ各本條ニ於テ罰スルモノト罰セサルモノトヲ定ム(第一百十三條)

(四) 重罪輕罪ノ教唆者從犯者ハ之ヲ罰スレト違警罪ハ之ヲ罰セス(第一百五條)(第九九條)

此外公訴期限ノ長短付加刑ノ有無假出獄數罪俱發再犯加重等ノ條項ニ於テ差違ノ點アリト雖モ次章再ヒ説明スルノ期アルヲ以テ茲ニ贅セス

尙ホ本款ノ終ニ臨ミ一言スヘキコトアリ他ナシ我邦古代ノ犯罪類別之

レナリ

我大倭ノ大古ニ於テモ羅馬古代ノ法制ノ如ク神事ト政事ト判然タル區別ナク彼ノ羅馬古代ニ「サクラ」ト稱スル祖先ノ祭事ニ於テ司法行政ノ會議ヲ遂ケタル如ク我國ノ古代ニモ一族會合シテ皇祖高祖ヲ祭ルノ式アリシナリ而シテ其族長カ神前ニ於テ部下ノ人々カ犯シタル罪ノ大小ニ依リ償ヒ物ヲ出サシメ之ヲ神靈ニ申告ケテ一族ノ罪穢ヲ清メ給ハラント祈リタルモノ、如シ而シテ族長ハ何シカ爲メ之ヲ神靈ニ申告シタルカヲ考フルニ當時族長ノ此種ヲ行フハ神ノ命ニ因ルモノト想像セシカ爲メナリ後世ニ至テハ神前ニ申告ルノ式ハ代々中臣氏ノ司ル所トナレリ然リ而シテ此時代ノ犯罪ニ二種ノ別アリ一チ天ツ罪ト云ヒ一チ國ツ罪ト云フ

彼ノ中臣氏ノ拔除ノ詞ニ天津罪止波辟放溝埋樋放頻蒔申刺生劍逆劍

屎戶許々太久乃罪乎宜別氣毆國律罪止彼生膚斷死膚斷白人胡久美已  
母犯罪己子犯罪母與子犯罪子與母犯罪云々トアルヲ以テ見レハ當時  
神事人事判然タラサルカ故ニ犯罪ト認ム可ラサル者ヲモ包含セシメ  
タリト雖モ天罪トハ他人ノ營業財產等ヲ害シタルノ罪ヲ云ヒ國罪ト  
ハ姦淫毆打殺人等ノ罪ヲ云ヒタルカ如シ此區別タル法理ノ進歩シタ  
ル今日ヨリ見ルルハ不完全タルヲ免レスト雖モ當時如斯法理思想ノ  
發達シタルハ之レ東方日出君子國タル所以ニ之ヲ彼ノ一千年以來  
人事ヲ辨シタル諸外國ニ比シテ數等ノ上ニアリト云ハサルヘカラス  
然ルニ當今世上多クノ法律家ハ我邦ニ在來ノ法律ナキカ如ク思惟シ  
獨佛英米等ノ法律ヲ直譯シ我帝國ニ施行セントスルモノ、如シ是何  
等ノ怪事ソヤ實ニ憂達ノ沙汰ト云ハサルヘカラス讀者モ知ラル、如  
ク歐洲今日ノ文明ハ其源泉ヲ希臘ニ發シ羅馬ヲ經テ來リタルト明ニ

ノ希臘ノ文明ハ其源遠ク印度ニアルトモ世上學者ノ認ムル所ナリ而  
シ又我邦ノ大古ニ在テ少彥名命素盞鳴尊ハ外國々即チ今日ノ支那ヤ  
印度ニ渡テ蠻民共ニ教ヲ施キタルモノナルトハ我正史ノ傳フル處ナ  
リ然リ而シテ彼ノ英國ノ法律大家緬氏ノ著ニ係ル古代法ヲ閱スルニ歐  
州古代ノ法律ハ我國大古ノ法制ト大畧同一ニシテ彼ノ祭事ハ政事ノ根  
基ナルト等大ニ見ルヘキモノアリ依テ著者ハ此等ノ事跡ヨリ推究ス  
レハ我邦ハ世界文明ノ淵源ナラント確信スルモノナリト云フ  
斯如キ大古ノ事迹ハ至難ノ事實ナレハ開ハ他日ノ研究トスルモ我邦  
人皇第一世神武天皇即位紀元ヨリ二千五百五十餘年ノ今日ニ至ル迄  
上ニ萬世一系ノ天皇文武ノ大權ヲ總攬シテ衆庶ヲ撫育スルコト  
父母ノ赤子ニ於ケルカ如ク下萬民ノ皇室ニ盡スニ身命ヲ以テシ  
天皇陛下ヲ國父ト仰キ皇后陛下ヲ國母ト仰キ奉ル

我國體已ニ斯ノ如シ故ニ我邦臣民ノ國家ニ忠ナルハ父母ニ孝ナルノ本義ニ基キ父母ニ孝ナルハ國家ニ忠ナルノ至誠ニ出ツ開闢以來君臣ノ分已ニ定リ未タ曾テ臣トシテ君ヲ侵ス者アラザリシナリ之レ我邦ノ大憲トス何ソ憲法ナシト云フヤ又臣民ノ營業トスル處農アリ商アリ工アリ何ソ動産法不動産法商法海上法ナキノ理アラシヤ一例ヲ舉グレハ水田ニ灌漑スルコト收穫ヲ運搬スルコト等ハ地役法ノ原理ニ基キタルモノナルヘク彼ノ商人カ物品所有權移轉ノ式トシテ拍手スル等ハ面白キ慣習ト云ハサルヘカラス又沙漠タル海上ヲ航スルノ船中ニハ船長船夫アリ然ラハ自然其間權義ノ見ルヘキモノアリタルヤ明ナリ予嘗テ和船ノ船長ニ就テ實ニ微妙ナル船法ノ我國ニアルヲ聞キタルコトアレモ之ヲ述ントセハ事枝葉ニ渉ルノ恐レアルヲ以テ云ハザルヘシ其他男女アル以上ハ婚姻式アリ夫婦アリ親族アルコトハ云フ迄モナキ

事實ナラン其今日迄平和ノ社會ヲ爲シ來リシモノハ自然相互間ニ法則ノアリタルヤ明瞭ナリトス  
彼ノ我邦ノ婚姻ニハ一族集ヒ來テ花婿花嫁ヲ祝ヒテ高砂の松住吉の松と壽き四海波靜かにて國も治まる時つ風ト御世ノ目出度ヲ諡フヲ以テ公式トシタルハ眞ニ優美ナル自然法ニアラスヤ之ヲ彼ノ赤髯連カ鮮血淋漓タル十字架ノ下ニ立テ握手スルニ比スレハ實ニ霄壤雲泥ノ差年ヲ同フシテ語ルヘキモノニアラスト思フナリ尙ホ益々論題外ニ渉ルノ嫌ナキニアラサレモ序ナカテ一言スヘシ  
余曾テ父ノ話ニ聞キ及ヒタルコトアリ這ハ今ヲ距ルコト八九十年前以前隣村ニ起リタルコトナリシトカ或甲家ノ飼ヒ犬カ隣家乙者ノ小兒ヲ嚙ミタルカ爲メ甲者其犬ヲ縛シ乙者ニ送リテ詫言セルニ乙者其犬ヲ刺殺サントノ過テ其傍ナル丙者ヲ槍殺シタリシ乙者大ニ驚キ代官所ニ自

訴シタルニ佐竹家評定奉行ノ判決ニハ過ヨリ出タルヲナリトテ二ヶ月間獄舎ノ刑ニ處セラレタリト此判決タル今日ノ刑法ニ比シ多少苛酷ニ傾キタルノ感ナキニアラスト雖モ過失犯ノ法理ヲ認メタル點ハ實ニ卓見ノ處置ト云ハサルヘカラス故ニ余ハ常ニ信スルコトアリ我國體ノ本義ト倭民俗ノ慣習ヲ基本トシ傍ラ我邦六十餘州舊藩廳ノ門ヲ叩キ其判決録ヲ參照シ華ヲ援キ能ク蒐集スルニ於テハ我國法ノ神髓ヲ確メ日本民俗ニ適當ナル大法典ヲ編纂スルヲ得ヘク彼ノ善長ナル法律ハ社會ノ反射ナリトノ言ト法律ハ編纂スヘクノ構造スヘカラストノ言ハ古今ヲ一貫スル金言ナリト

斯ク論スルハ反對論者必ス云ハン我邦ノ法律ナルモノハ聖德太子ノ憲法十七ヶ條北條氏ノ式目五十ヶ條德川氏ノ百ヶ條等小數ノモノニ止マリ見ルニ足ルヘキモノナシト此等ノ論者ハ成文法ナルモノハ

其原不文法ヨリ出ツルモノナルヲ知ラサルノミナラス成文法アルヲ知テ學理的解釋ノ進化アルヲ知ラサルモノナリ

今論者ニ借問セン彼ノ羅馬ニ於テハ「ジヤスチニア」帝以前如何ナル成文法アリタルヤト彼ノ十二銅標ノ如キ小數ノモノニ過キサルヘシ而シテ其十二銅標ノ法律カ時勢ノ進歩社會ノ必要ニ逼ラレ學理的解釋ヲ以テ後世驚クヘキ進化ヲ爲シタルコトハ事實ニ「ジヤスチニア」帝カ成文法ヲ制定スルモ決シテ創造シタルニアラスシテ在來ノ判決例慣習學說等ヲ編纂シタルモノナルコトハ論者モ認ムル所ナラン之レト同ク奈頗翁帝カ法律ヲ制定シタルモ是レ只蒐集整頓シタルノミ決シテ構造シタルモノニアラサルナリ

法律ノ進化夫レ斯ノ如シ故ニ我邦舊來ノ成文法ハ假令小數ノモノナリトスルモ六十餘州ニ日々起ル實地問題ノ必要ニ迫ラレ進化シタリ

シナルヘク是レト同時ニ社會ノ真相ヨリ發射スル慣習法ハ日々刻々發達シタルヲハ疑フナキ事實ナラン故ニ我國在來ノ法律ヲ整頓シ其缺處ヲ見出セシナラハ佛ナリ英ナリノ長所ヲ採テ補充スルノ順序トナサハ能ク國情ニ適スルノ法律ヲ制定シ得ヘキノミナラス我帝國ノ威嚴ヲ増スノ道理ナルヘキニ左ハセス一モニモナク外國ノ法律ヲ直譯スルヲ以テ之レ事トシ日モ尙ホ足ラサルカ如キハ實ニ嗟嘆ノ至ナリ著者感想茲ニ至ル毎ニ慷慨襟ヲ濕サスンハアラサルナリ嗟乎讀者諸君彼ノ屍ノ脛短シト雖モ之ヲ繼ハ憂ナン鶴ノ脛長シト雖モ之ヲ斷ハ悲ナシ民ヲ治ムル此理ニ同シキヲ知ラハ思ヒ半ハニ過ルモノアラン

## 第二款 一罪及ヒ數罪ノ區別

一罪トハ一個ノ罪ニ數罪トハ數個ノ罪ナリト皮相ノ答辯ヲ以テスル片ハ甚ダ簡單ナル問題ノ如ク又至當ナル言ノ如シト雖モ能ク其實相ニ立入リ一罪トハ果シテ何物ナルカ數罪ハ其實如何ナルモノヲ云フカヲ熟考スレハ種々困難ナル疑問ニ遭遇スルモノアラン  
今一例ヲ舉ケテ其然ル所以ヲ示サン假令ハ甲者乙家ノ馬ヲ殺スノ意ニテ一撃シタルニ棍棒ノ餘端丙者ニ當リ乙家ノ馬ト丙者トヲ死ニ至ラシメタリト云フ如キ丁者戊者ノ米ヲ竊取セントノ夜中戊家ニ忍入リ持チ歸リタルニ戊者ノ米ト己者ノ大豆ナリシト云フ如キ庚者辛者ナル有夫ノ婦ヲ強姦シタリト云フ如キ之レナリ倍テ此種ノ犯罪ハ或ル一方ヨリ觀察スル片ハ一個ノ罪ノ如ク又他ノ一方ヨリ考フル片ハ二个或ハ三个ノ犯罪ナルカ如ク未タ俄カニ辨シ難キモノアレハナリ一  
如斯區別ノ判然セサル犯罪ニ於テモ法律ヲ以テ職務トスルノ士ハ好



ク一定ノ理論ヲ以テ區分ヲ立テ其處分ヲ爲サ、ル可ラサルコハ論ヲ俟タサルノ義ナリ何トナレハ若シ一罪ナルモノヲ二罪トシ處分スルハ無辜ヲ罪スルノ結果トナリ二罪タルヘキモノヲ一罪トスルハ惡漢ヲノ法網ヲ免レシムルニ至レハナリ然ハ即チ如何ナル標準如何ナル理論ニ基キ其一罪タルト數罪タルトヲ區別スヘキカ是本款ニ於テ講究セントスル問題ナリトス

此問題ヲ決スルニ丁リ豫メ二個ニ區別セサル可ラザルモノアリ一ハ法理的見解ニ一ハ立法の見解ナリ左ニ之ヲ分論セン

第一項法理の一罪數罪

此見解ニ於テハ先ツ犯罪トハ其實何物タルカヲ腦裏ニ置キ然ル後判斷ヲ下サ、ル可ラス然リ而シテ犯罪ノ實相ニ就キテハ前々章ヲ重子欺ヲ逐フテ説明シタルカ如ク犯人カ故意或ハ不注意ヲ以テ國家ノ權利

ヲ害シタル事實ヲ云フニアリテ簡單ニ之ヲ云ヘハ意思ト害惡トノ關係ニ外ナラス故ニ意思ハ一個ナルヤ數個ナルヤ害ヲ受ケタル權利ハ一個ナルヤ數個ナルヤヲ標準トシテ區別セサル可ラス以下其各場合ヲ説明セン

(第一)一個ノ決心ヲ以テ一種ノ權利ヲ害シタルモノハ一罪ナリ例セハ甲者乙者ヲ毆打スルノ意思ニテ毆打シタル如キ甲者ノ心意ハ毆打ノ一意アルノミニテ其害ヲ受ケタルノ權利モ乙者ノ身體權一種ナレハ無論一罪タルモノナリ而シテ如此一個ノ意思ヲ以テ一種ノ權利ヲ害シタルハ其被害者ハ二人以上ナルモ可ナリ何トナレハ前ニ論シタル如ク刑事犯ノ被害者ハ國家ト見ルヘキモノナルカ故ニ假令現實被害者ノ人員ニ多少ノ別アルモ之レカ爲メ犯罪ノ數ニ多少ノ差ヲ來スヘキ道理ナケレハナリ故ニ甲者一撃ニ乙丙兩人ヲ毆打スルモノ一罪ニシ

二罪ニ非ス又丁者戊家ニ忍入り金二圓ヲ竊取シタル處一圓ハ戊ノ所有一圓ハ己ヲ處有ナリトスルモ戊者ニ對スル罪已者ニ對スル罪ノ二罪ニ非スシテ二圓ヲ竊取シタルノ一罪ナリトス又一個ノ意思ヲ以テ二種ノ權利ヲ害シタルルハ有形物件ハ數個ナルモノ一罪ナリトス例セハ甲者乙家ヨリ一厘錢一個ヲ盜ミタルモノ一罪ニ一厘錢千個ヲ盜ミタルモノ一罪錢ト衣類ト時計ト下駄ト燒味噌トヲ盜ミタルモノ一罪ナリ又一個ノ意思ヨリ一種ノ權利ヲ害シタル以上ハ外形動作カ一個ナルト數個ナルトヲ問ハス一罪ナリトス何トナレハ外形動作ハ意思ト結果トヲ結ヒ付クルノ手段タルニ止レハ其數ノ多少ハ犯罪ノ多少ヲ成スノ理ナケレハナリ例セハ甲者乙者ヲ一撃スルモ毆打ノ一罪ニ夕ニ三連撃スルモノ一罪ナリ丙者丁者ノ妻戊婦人ト一回通スルモノ一罪ニ夕ニ數回通スルモノ一罪ナリトス何トナレハ甲者ノ乙者ヲ連撃シタルハ乙

者ノ一身体權ヲ犯シタルモノニ丙者ノ戊者ト數回通シタルハ丁者ノ一夫權ヲ害シタルノミナレハナリ又一個ノ意思ヲ以テ一個ノ權利ヲ害シタルニ止ルルハ其場處ヲ異ニスルモノ可ナリ例セハ甲者官林盜伐スルニ當リ一本ハ南澤ヨリ一本ハ北山ヨリ一本ハ東林ヨリ一本ハ西谷ヨリスルモノ四罪ニアラスシテ一罪ナリ乙者丙有夫ノ婦ト通スルニ一回ハ乙家ニ於テシ一回ハ丙家ニ於テスルモノ一罪ナリ何トナレハ場處ヲ異ニスルモノ其侵犯セラレタル權利ニ一一個ナル以上ハ一害アルノミニ二害ニアラサレハナリ若シ然ラストスルルハ二物以上ニ關スル犯罪ハ總テ數罪トセサル可ラサルニ至リ其結果二圓ヲ盜ミタルモノハ二罪木材十本ヲ盜ミタルモノハ十罪一厘錢一圓ヲ盜ミタル者ハ千罪トセサル可ラサルニ至ラン何トナレハ物ニ碍竄性ナルモノアリテ決シ一時一處ニ二物アルヲ許サハルモノナレハ一圓ノ金圓ア

リタル場處ト他ノ一圓ノアリタル場處ト異ナルヘク一厘アリタル處ト他ノ九百九十厘アリタル處ト異ナルヘケレハナリ世豈如斯ノ數罪アランヤ又一個ノ意思ヲ以テ一權利ヲ害シタルニ止ルルハ時間ノ長短ニ不拘一罪ナリトス讀者モ知ラル、如ク吾人カ生存スルノ現界ハ時間ヲ經トシ空間ヲ緯トシ織リ出シタル幻像タルニ過キサレハ時間ヲ離レテ事物ノ成立スヘカラサルヤ明ナリ故ニ如何ナル犯罪事實モ多少ノ時間ヲ有スル者ナリ例ハ單一ナル毆打モ夫レニ相當スル時間アルヘク五年十年ニ跨カル山林盜伐モ時間ヲ有スル者ナリ然ラハ即チ時間上ヨリハ一罪二罪ノ區別ヲ立ツル能ハサルノミナラス即時犯繼續犯ノ區別モアルヘカラサルモノナルヤ明ナリ然ルニ世上多クノ法律家ハ即時犯繼續犯ナルモノ、區別ヲ立テ熾ニ之ヲ論スルノミナラス我立法者モ刑事訴訟法ヲ以テ之ヲ認メタリ而シテ彼諸論者ノ論

スル所ヲ聽クニ曰ク凡ソ人ノ行爲ニハ直ニ終ル者ト直チニ終ラサルモノ、二ツアリ而シテ即時犯トハ罪ヲ犯スヤ其所爲永ク繼續スルコトナク直チニ終ルモノヲ云ヒ繼續犯トハ罪ヲ犯ス即時ニ之ヲ遂クルト雖モ其所爲尙ホ繼續シ直チニ終ラサルモノヲ云フ例ヘハ謀殺故殺ノ罪強盜竊盜ノ如キハ即時ニ終ルカ故ニ即時犯ニシテ定規ヲ増減シタル度量衡ヲ所持スル罪人ヲ監禁スル罪ノ如キハ其所爲繼續シ直チニ終ラサルカ故ニ繼續犯ナリト論者ハ如斯定義ヲ與ヘタルモ尙ホ之レノミニテハ數時數日ニ渉ル所爲ノ一罪トナル場合ヲ云ヒ盡シ難キヲ發見シ前例ノモノヲ性質上ノ繼續犯ナリト名稱シ他ニ方法ニ因ル繼續犯アリトシテ左ノ如ク論シタリ

論者曰ク以上ハ性質上ノ繼續犯ナリ此他方法上ノ繼續犯アリ方法上ノ繼續犯トハ其性質異ノ即時犯ニシテ有形上間斷アレテ所爲ノ方法ニ

因テ無形ニ引續ク者ヲ云フ例ヘハ數日數月ニ涉テ貨幣ヲ假造スル罪  
或ハ數回ノ有夫姦數日數月ノ竊盜罪ノ如キ是ナリ而シテ罪ヲ即時犯繼  
續犯ト區別スルノ利益ハ若シ即時犯トスレハ犯罪ノ當時ヨリ公訴期  
限起算スレトモ繼續犯ナレハ最終ノ日ヨリ起算ス又即時犯繼續犯ト區  
別ハ數罪俱發例ヲ用ユル場合ニ必要アリト予ハ右ノ區別ニ付キ大ニ  
反對ノ意見ヲ有スルモノナリ第一論者ハ繼續犯トハ犯罪ノ繼續スル  
モノニシテ即時犯トハ即時ニ終ルモノナリト云フト雖モ其即時或ハ  
繼續ト云フ語ハ如何ナル意味ナルカ殆ント判斷ニ苦ムノミナラス其  
引例ニ依テ考フルモ區別ニ難キモノアリ前ニモ論シタル如ク現界ハ  
時間ヲ以テ組織セラレタルモノナリ故ニ如何ナル場合ト雖モ相當ノ  
時間ナキハアラス然ラハ論者カ即時犯トスルモノモ或ル時間ヲ有ス  
ルナルヘク繼續犯ト雖モ天地開闢ノ原始ヨリ萬界滅盡ノ時迄繼續ス

ルニアラサルヘシ論者ノ繼續犯ナルモノモ即時犯ナルモノモ或ル一  
定時ヲ有スルヤ明カナリ然ラハ論者ノ即時犯ナルモノハ一分間繼續  
シタルモノ乎然ラハ二分或ハ十分或ハ一時間繼續シタルモノハ如何  
若シ二分或ハ一時間繼續シタル者ヲ以テ繼續犯ト云フヲ得ルトセハ  
一分間ノモノモ一分間繼續犯ト云フヲ得ヘシ若シ又二日三日ニ涉ル  
者ヲ以テ繼續犯トスルノ儀ナラハ論者ニ反問スヘキトアリ甲者乙者  
ヲ朝ニ監禁シテ晩ニ放チタリトセハ即時犯トナリ丙者夜ノ十一時五  
十九分五十九秒ヨリ零時一秒ノ間ニ丁家ヨリ竊盜シタリトセハ繼續  
犯トナルヘキナリ世何ソ如斯ノ區別アル理アラシヤ又一方ヨリ考フ  
ルモ彼ノ論者カ繼續犯ナリト名稱スル所ノ監禁罪ノ如キモ敢テ長時  
間ヲ要セサルナリ即一分間ニテモ不法ニ人ノ自由ヲ束縛シタルナラ  
ハ監禁犯ナラン又論者カ即時犯ナリトスル毆打犯ノ如キモ二三連撃

シタルナラハ二三分間繼續スルナラン今一層好奇ノ例ヲ示セハ甲者二三萬丈ナル細繩ヲ乙者ノ股間ニ挾ミ其一端ヲ挽キ二三箇月間ニ挽キ終リ大ニ苦痛ヲ與ヘタリトセハ甚タ長時間ノ毆打犯ナルヘシ左レハ到底犯罪ノ性質上ニ付キ繼續犯即時犯ノ區別ヲ爲シ難カルヘシ第二ニ論者ハ方法ニ因ル繼續犯ナルモノアル旨説カレタレトモ這ハ論者カ一個ノ決心ヨリ出タル數所爲ニテモ一種ノ權利ヲ害シタルニ止ルルハ一罪ナルノ真相ヲ發見スルニ至ラス僅ニ其形跡ヲ悟リタルニ止ル議論ニソ所謂精練ヲ欠タル議論ナレハ玆ニ反駁スルノ必要ナシ要スルニ一個ノ決心ヲ以テ一種ノ權利ヲ害シタルモノハ如何ニ長時間ニ涉ルモ外形所爲ノ如何ニ數個ニ分ル、モ其場處ノ如何ニ異同アルモノ一罪ニ數罪ニアラス故ニ數罪俱發ノ例ニ依ルヘキモノニアラサルナリ又犯罪ハ着手ノ時ヨリ公訴期限起算スルモノニアラスノ結

了ノ時ヨリ起算スルモノナレハ長時間ノ犯罪ト短時間ノ犯罪ニ於テ區別アルヘキノ理ナケレハナリ  
(第二)一個ノ決心ヲ以テ二個以上ノ權利ヲ害シタルルハ左ノ區別ニ從フ

(イ)一權利ノ侵犯ハ何レノ場合ニ於テモ他ノ權利ノ侵犯ヲ要スルモノナルルハ一罪ナリ  
例セハ甲者豫メ謀テ乙者ノ首ヲ切り落シ死セシメタル如キ甲者ハ乙者ノ身體權(刀ヲ身體ニ加ヘタル)即チ毆打罪ト生命權(致命ノ)即チ殺人罪ノ二罪ヲ犯シタル如クナレトモ其實生命犯ノ一罪ナリ又丙者丁者ニ毒物ヲ喰ハシメ死ニ致シタル如キ丙者ハ健康ヲ害スヘキ物品ヲ施用シ人ヲ疾苦セシメタル罪(第三百七條)ト毒殺犯(第二百九十二條)トナ犯シタル如クナレトモ其實毒殺犯ノ一罪ナリトモ何トナレハ生命罪

ヲ犯サントセハ是非正身体權ヲ害セサル可ラサルモノナレハ生命犯  
其モノ、中ニハ身体權犯ノ所爲ヲモ包含スルモノナレハナリ然レ正  
讀者ハ此論斷ヲ以テ一罪カ他ノ一罪ノ手段トナリタル正ハ罪トナラ  
サル者ト誤認スヘカラス又或特別ノ場合ニ一罪ヲ犯スルカ一罪ヲ犯  
スカ爲メニ必要ナリトスルモノ一罪ニアラサルナリ例セハ甲者乙家ノ  
家族ヲ殺サントシ乙家ノ寐子靜マリタルノ際放火シタルカ如キ是ナ  
リ此例ニ於テ甲者ハ乙家ヲ燒クハ殺人犯ノ手段トシタルニ過キサレ  
正放火罪ト殺人罪ノ二罪ナリ又此際乙家族ハ室内ニ臥シ居リタル場  
合ナレハ甲者ノ目的ヲ達スルニハ放火ハ必要ノ手段ナリシナリ然レ  
正這ハ其格段ナル場合ニ必要ナリシノミニノ一般ノ場合ニ於テハ放  
火ハ殺人犯ニ必要ナルモノニアラサルナリ  
要スルニ(イ)ノ場合ハ其表題ニ掲ケタル如ク一罪ハ何レノ場合モ他ノ

一罪ヲ犯スノ必要ナル場合ニ適用スヘキモノニノ單ニ手段トシタリ  
ト云フ如キ或ハ特別ノ場合ニ其所爲カ必要ナリシト云フ如キ場合ニ  
適用スヘキモノニアラサルナリ

(ロ)侵犯セラレタルニ權利即チ二罪ノ間ニ相互連關ノ要素アル正ハ一  
罪ナリ

例セハ甲者乙ナル者ノ妻丙婦人ヲ強姦シタルカ如キ丁者戊ナル者ノ  
證書ヲ偽造行使シ己者ヨリ金圓ヲ騙取シタルカ如キ是ナリ尙ホ此場  
合ヲ充分了解セシメン爲メ右引例ニ就キ説明スヘシ

彼ノ甲者カ丙婦人ヲ強姦シタルハ乙者ノ夫權ニ對スル姦通罪ト丙者  
ニ對スル強姦罪ノ二罪ナルカ如クナレ正決メ左様ニアラサルナリ何  
トナレハ右罪ニ連關スル處ノ一要素アレハナリ

凡ソ強姦罪ハ暴行脅迫ノ手段ヲ以テ婦女ノ貞操ヲ破ルコトヲ要スルモ

ノナリ又姦通罪ハ婦女ノ貞操ノ上ニ成立スル夫權ヲ害スルノ事實ナリ故ニ之ヲ圖解セハ左ノ如クナラン

強姦罪



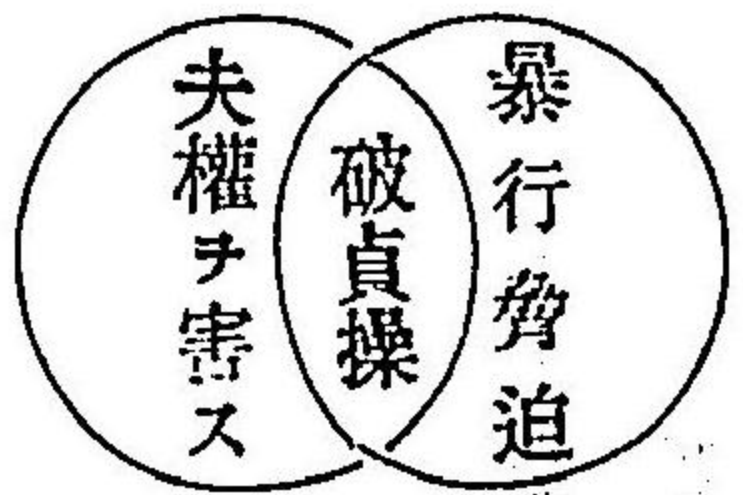
姦通罪



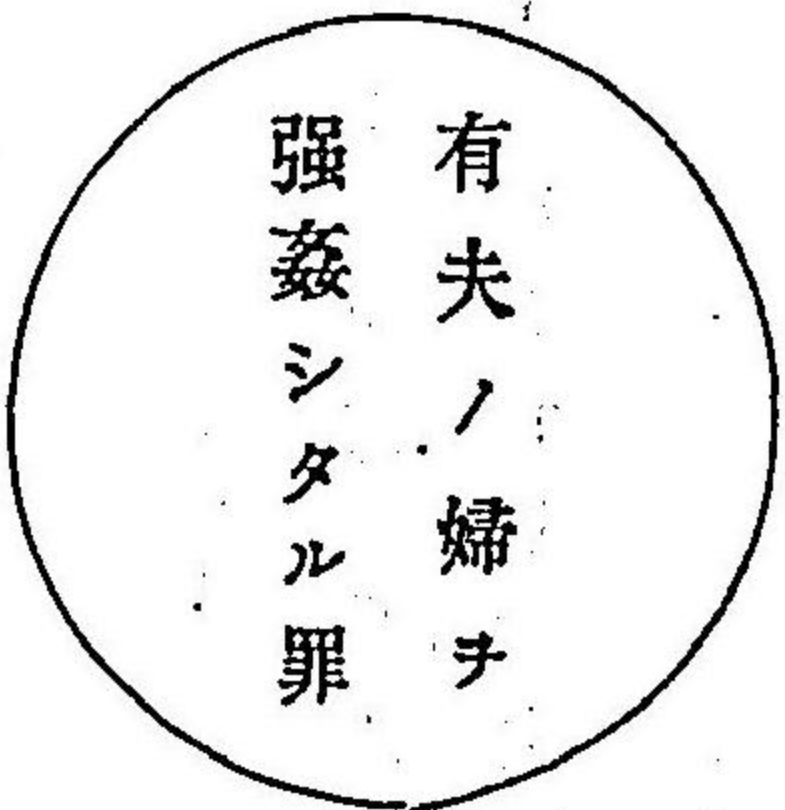
然ルニ前例甲者丙ナル有夫ノ婦人ヲ強姦シタル事實ハ其見様ニ依テ姦通ト強姦ノ二罪ノ如クナレト如何セン破貞操ハ一アルノミニニナキニ依リ若シ破貞操ヲ以テ姦通ノ例ニ引キ入ル、片ハ強姦ノ方一要素ヲ欠キ強姦ノ方ニ組込ム片ハ姦通ノ方一要素ヲ欠キ到底二罪成立セシメ能ハサルモノナリ其圖左ノ如クナラン

有夫ノ婦ヲ強姦シタル所爲

第一圖

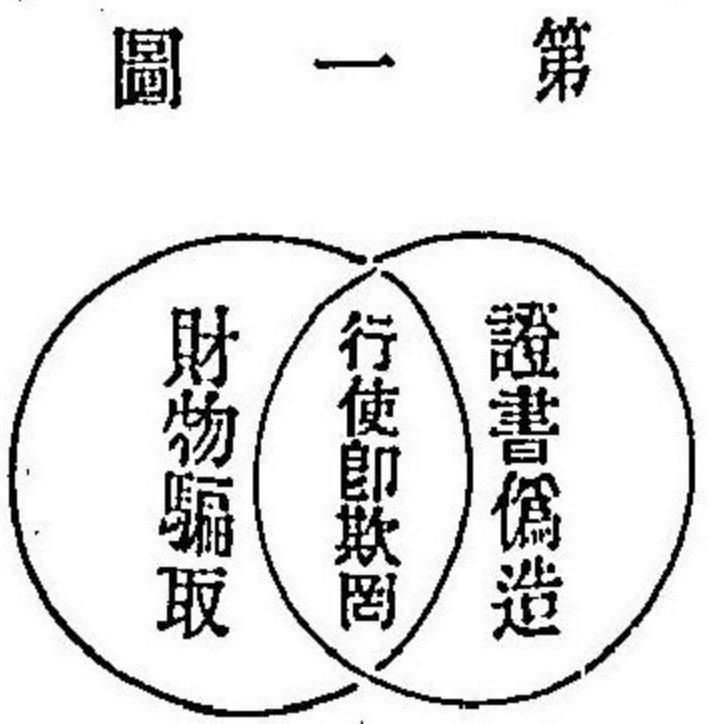


第二圖



右第一圖ノ如クナルヲ以テ強テ二罪トシテ刑ヲ加フルトセハ彼ノ一個ヨリアラサル破貞操ノ部ニ重子テ刑ヲ科スルコトナラン世何ソ如斯不道理ヲ認シヤ故ニ相互連關スル破貞操ノ要素ノ爲メ結合セラレテ第二圖ノ如ク一團トナラサル可ラサルヤ明ナリ已ニ一個ノ罪トセハ二罪ノ内重キ刑ヲ科セラル、方ノ罪トナルヘシ何トナレハ第二圖ノ一團ノ價直ハ重キ刑ニ相當スヘケレハナリ  
丁者戊ナル者ノ證書ヲ偽造行使ノ己者ヨリ金圓ヲ騙取シタルモ此理

ニ外ナラス何トナレハ證書偽造罪ハ偽造シテ行使スルコトヲ要ス又詐欺取財ノ罪ハ欺罔恐喝ノ財物ヲ騙取スルコトヲ要ス然ルニ本例丁者ハ證書ヲ偽造ノ行使シタルモノナレハ行使ノ所爲即チ欺罔ノ所爲ナレハ之ヲ圖解セハ第一圖ノ如クナルヘキニ依リ



第二圖ノ如キ一罪トセサルヘカラス然ルニ世上多クノ學者我刑法第三百九十條詐欺取財犯規定ノ次ニ第二項トシテ因テ官私ノ文書ヲ偽造シ又ハ増減變換シタル者ハ偽造ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス」ト

アルヲ見テ他人ノ文書ヲ偽造行使ノ財物ヲ騙取シタル者ハ二罪ナリト論スルモノ、如シト雖モ余ハ該二項ノ文詞ヲ右様ノ意味ニアラスト信スルモノナリ其理由ハ前段説明シタル處ニ加フルニ該項文法上ヨリ見ルモ論者ニ反對ノ意味ヲ表顯セラレアレハナリ如之ノミナラス若シ論者ノ如ク該項ヲ二罪トスルハ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス」ノ文字解スヘカラサルニ至ラン何トナレハ二罪ナル以上ハ其重キニ從フ」總則百條ノ命スル處ニテ足ルヘク敢テ三百九十條第二項ヲ要セサレハナリ故ニ予ハ思フ第二項ハ證書偽造詐欺取財ト云フ獨立一罪ナリト而シテ其是ニ科スヘキ刑ノ詐欺取財ト證書偽造刑ノ内ヨリ重キ刑ヲ撰ミテ科スルカ如キハ立法者カ(一)刑ノ權衡ヲ得セシメントスルノ意ト(二)數個條規定ノ勞ヲ省キタルモノナリ(三)即チ彼ノ明治廿三年法律第九十九號第一條ニ家屋其他ノ建造物外ニ於テ犯シタ



ル窃盜ニシテ未タ遂ケサル者又ハ已ニ遂ケタルモ其贓額五圓ニ滿サル者ハ十一日以上二月以下ノ重禁錮ニ處ストアリテ第二條ニ田野山林川澤池沼湖海ニ於テ其產物ヲ窃取セントシ又ハ牧場ニ於テ其獸類ヲ窃取セントシ未タ遂ケサル者又ハ已ニ窃取シタルモ其贓額五圓ニ滿サル者亦前條ニ同シトアル如シ此第二條ニ前條ニ同シトアルモ決メ二條ノ罪ハ一條ノ罪ニアラサルナリ其同シキモノハ刑ノ範圍ノミ假令一條ノ刑ヲ持チ來テ二條ノ場合ニ適用スレハトテ二條ト一條ト同一罪ニアラサルナリ之レト同シキ假令詐欺取財ト證書偽造ノ條トヨリ重キ刑ヲ撰ミ來テ適用スレハトテ同一ノ罪トスヘキノ理ナカルヘシ立法者ニ於テ斯ク規定シタル所以ノモノハ(一)數個條ヲ規定スルノ勞ヲ省キタルニ依ルモノナリ即チ官文書偽造ノ詐欺取財スルモアラシ權利義務ニ關スル私書ヲ偽造ノ詐欺スルモノモアラシ其餘ノ私書

ヲ偽造ノ詐欺スル者モアラシ此等一々規定スルルハ數十箇條ヲ得ヘシ故ニ立法者ハ其勞ヲ省キタルナリ尙ホ甚タ未ナル理由ナレハ一言スヘシ若シ該二項ヲ獨立一罪トセザレハ甚タ不都合ノ結果ヲ生スルヲアルヘシ今茲ニ甲ナル者官文書ヲ偽造ノ詐欺取財ヲ働キタリトセシニ無論官文書偽造條下ノ刑ヲ以テ罰セサルヘカザサルヘシ然ルニ官文書偽造罪ハ素ト破廉耻罪ニ非ス故ニ官文書偽造犯者ニ大赦特赦等ノ恩命ノ下ラサル者ニモアラザサルヘシ若シ如斯令ノ下リタル者ニハ或論者ノ説ノ如ク官文書偽造詐欺取財者モ官文書偽造條下ニ刑セラルレハ官文書偽造犯ナリトセハ甲者ノ如キ破廉耻漢ニモ此恩命ヲ及ボサハルヘカザルニ至ルヘシ豈如斯ノ理アラシヤ故ニ余ハ思フ文書偽造詐欺取財ハ場合ニ依リ重罪ニ輕罪ニナル獨立ナル一罪ニシテ純ナル詐欺取財或ハ單純ナル文書偽造罪ニアラズト故ニ假令文書偽

造者ニ大赦令ノアリタルニモセヨ前例甲者ノ如キニハ及バザルモノナリト信ズ

(ハ)侵犯セラレタル數權利ノ間ニ連關スルノ要素ナク全ク各個獨立シタルモノナルルハ數罪ナリ

例セハ甲者乙者ヲ殺サント乙家ニ放火シタルカ如キハ社會ノ安寧權ト乙者ノ生命權トヲ害サレタルモノナリ而シテ此權利侵害事實ノ上ニ相互連關ノ要素ナキモノナルカ故ニ本例ハ放火罪ト殺人罪ノ二罪ナリ又丙者丁家ノ馬ヲ殺サント發砲シタルニ彈丸馬ノ腹部ヲ貫キ餘勢戊者ヲ死ニ致シタル如キハ丁者ノ財産權ト戊者ノ生命權トヲ害シタル者ナリ故ニ本例ハ家畜殺ト過失殺犯ノ二罪ナリ又己者庚家ノ店ノ幕ニ墨黑筆太ニ辛者ノ惡事醜行ヲ書キ付ケタルナラハ庚者ノ財産權ニ對スル毀損罪ト辛者ノ名譽權ニ對スル誹毀罪ノ二罪成立スヘ

キナリ

右ノ如ク判然權利ノ上ニ區別アル事實ヲ數罪トセスノ一罪トセントスルルハ何レノ罪ト云フヘキモノナルカ一定ノ標準ナキノミナラス一罪ヲ犯ス者ニハ他ノ一罪ヲ犯スノ官許ヲ與ヘタルカ如キ不都合ヲ生スヘケレハナリ然ルニ世ニ手段ト目的トヲ以テ區別ヲ立テ一罪カ一罪ノ手段トナリ居ルルハ目的タル一罪成立ノ手段タル罪ハ成立セスト説ク學者アリ予ハ此論ニ感服セサルナリ何トナレハ前ニ云フカ如ク若シ如斯シトセハ一罪ヲ犯ス者ニ他ノ罪ヲ犯スノ免許ヲ與フル如キ結果トナルノミナラス左ノ如キ不都合アルヘキナリ

例令ハ甲者乙者ヲ殺サント乙家ニ放火シタルニ直ク様乙者免レ去リタリ此例ニ於テ放火ハ殺人ノ手段ナルヘキニ依リ論者ノ如クセハ放火罪成立セスノ單ニ殺人犯ノミトナルヘシ而シテ殺人犯ハ直ク様免

レ去リタル未遂犯ナレハ未遂犯トシテハ經微ノ罪ナラン故ニ未遂ノ例ヨリシテハ二等ヲ減スルノ價直アルヘシ然ラハ即チ有期徒刑トナラシノミ然ルニ若シ甲者乙者ヲ殺害スルノ目的ナカリシナラハ放火已遂ナルカ故ニ死刑トナルヘシ左レハ家ヲ燒キ人ヲ殺サントスル者ハ其刑輕ク家ノミヲ燒カントシタルハ其刑重シトハ實ニ奇怪ノ觀ニアラスヤ故ニ予ハ目的ト手段ヲ以テ區別セントスル論者ノ説ハ到底認ムル不能モノナリ

(第三)數個ノ決心ヲ以テ一種ノ權利ヲ害シタルハ數罪ナリ予ハ本論ニ入ルニ先チ一言スヘキコアリ前段第一第二ノ場合ニハ外形動作即チ所爲ノ一箇ナルキト二箇以上ナルキトアルモノニシテ法理上ノ關係モ亦一箇ナルト二箇以上ナルトニ因リ差別ノアル者ニアラサレモ本段以後即チ第三第四ノ場合ニ於テハ所爲ハ必ス二箇以上ア

ルヲ要スルモノナリ何トナレハ決心トハ前ニ論シタル如ク所爲ニ直接ナル心意作用ヲ云フモノナレハ數箇ノ決心一時ニ併立スヘキ謂ハレナケレハナリ

例令ハ今吾人カ文字ヲ寫サントノ決心ト讀書セントノ決心ヲ併立セシメテ少モ前後ナク行フ能ハサルカ如シ若シ強テ行ハントセハ一決心ハ必スヤ間接トナリ決心タルノ性質ヲ失フニ至ルヘシ故ニ(第三)第四ノ如ク數箇ノ決心カ決心トシテ實施セラルハ必スヤ二箇以上ノ所爲アルヘキナリ尙ホ以下説明スル所ヲ以テ其然ル所以ヲ知ルヘキナリ

本段ニ係ル數箇ノ決心ヲ以テ一種ノ權利ヲ害シタルトハ例ヘハ甲者乙者ノ金圓ヲ竊取セントシテ之ヲ盜ミ次ニ丙者ノ米ヲ竊取セントシテ之ヲ盜ミタルカ如キ丁者戊者ヲ誹毀セントシテ之ヲ誹毀ス其後己者ヲ

誹毀セントノ之ヲ誹毀シタルカ如シ右例ニ於テ甲者二箇ノ決心ヲ以テ乙丙ノ財産權(一種)ヲ害シタルモノナリ丁者二箇ノ決心ヲ以テ戊己ノ名譽權(一種)ヲ害シタルモノナリ此等ハ通常ノ數罪ニ別ニ研究ヲ要スルノ必要ナキカ如クナレモ若シモ其現實被害者カ同一人ナルハ甚タ疑ハシキモノナリ

例セハ甲者一日某官林ニ立入り價額一圓ノ杉立木一本ヲ盜伐シ之ヲ自宅ニ運搬シタリ而シテ其夜熟々考フルニ眞ニ自身ノ不所存ニテアリシヲ悟ルト同時ニ天稟ノ良心赫々タル靈光ヲ放チ來リ以後ハ竊盜スマジト覺悟シタリ然ルニ其翌朝ニ至レハ貧ナル身ノ悲サ再ヒ起ル慾情ニ制セラレ亦同官林ニ到リ前日ノ如ク一圓代ノ立木一本ヲ竊取シタリ斯クスルコト既ニ千日ニ及ヒ總計千本ノ杉材ヲ竊取シタリトセハ是千罪ニ一罪ニアラサルナリ故ニ右ノ例ハ數罪俱發例ヲ適用シ山

林ニ於テ一圓代ノ竊盜ヲナシタル罪トシテ刑ヲ科セサルヘカラス又乙者一日丙ナル有夫ノ婦ト姦シ其後熟考スルニ宜シカラサルコトナルヲ悟リ以後再ヒスマジト覺悟シタリ然ルニ其後再ヒ煩惱ノ制スル所トナリ丙者ト通シタリトセハ一罪ニアラスノ二罪ナリ何トナレハ各所爲各々分離セルモノニ連續シタルモノニアラサレハナリ故ニ彼ノ一箇ノ決心ヨリ出テ一種ノ權利ヲ害シタル場合即チ甲者初メヨリ多クノ木材ヲ伐採スルノ意ヲ定メ之ヲ日々ニ分割シ一二本宛伐リタル如キ或ハ乙者丙者ト通スルノ一決心ヲ以テ屢々密會シタル如キト大ニ其趣ヲ異ニスルモノナリ

要スルニ數箇ノ決心ヲ以テ一種ノ權利ヲ害シタルハ數罪ニシテ其實被害者ノ一人ナルト數人ナルト有形物ノ一箇ナルト數箇ナルト時間ノ長短場處ノ異同ハ關係スル處ニアラサルナリ

(第四)數箇ノ決心ヲ以テ數種ノ權利ヲ害シタル片ハ數罪ナリ  
這ハ最モ通常ノ場合ニ別段説明スル迄モナカラン強盜ヲ働キ竊盜  
ヲ働キ詐欺ヲ爲シ放火ヲ爲シ毆打殺人等種々ノ罪ヲ犯シタルナラハ  
數罪タルヘキハ勿論ナルヘケレハナリ

第二項立法上ノ一罪數罪 トハ法理上數罪タルヘキ性質ノ者モ立法  
者ニ於テ便利上必要上一罪ト規定シタルモノヲ云フ元來立法權ハ主  
權ノ一部ナルヲ以テ他ヨリ制限セラルヘキモノニアラス故ニ假令性  
質上數罪タルヘキモノナリ片一罪トノ刑罰スルノ必要アリト認ムル  
片ハ之ヲ一罪トスルモノナリ

如斯立法上ノ一罪ハ立法者ニ於テ或便利或ハ必要ト認メタル場合ニ  
アラサレハ規定セサルモノナルカ故ニ其數モ甚タ少キモノナリ加之  
ノミナラス我刑法ニハ立法者カ性質上數罪タルヘキモノヲ一罪ト規

定シタル條項アレハ性質上一罪タルヘキモノヲ數罪トシタルモノナ  
キカ如シ一例ヲ舉グレハ強盜婦女強姦罪ノ如キ是ナリ彼ノ強盜犯者  
婦女ヲ強姦シタルカ如キハ性質上ヨリ論スレハ純然タル二罪タルニ  
相違ナキモ立法者ハ一罪トノ刑ヲ科スヘキモノトシタリ惟フニ立法  
者ハ強盜強姦ハ其情最モ憎ムヘキモノナルカ故ニ重キ刑ヲ科スルノ  
必要アリト認メ數罪俱發例ヲ用ユルカ如キ輕微ノ刑ニテハ到底貴重  
ナル婦女ノ貞操ヲ保護スルニ足ラスト信シタルニ因ルナルベシ

### 第三編 刑罰

#### 第一章 社會刑罰權ノ基礎

刑罰トハ公力ヲ以テ背法者ニ蒙ラシムル要報ヲ云フモノニシテ法力最終ノ手段ナリ而シテ背法者ニ刑罰ヲ加フルノ公力ハ是所謂刑罰權ナリトス

今吾人カ古今東西ノ歴史ニ鑑ルニ人類社會ニハ洋ノ東西ヲ不問時ノ古今ニ論ナク苟モ社會タルノ實アル以上ハ此權利アラサルハナク此權利アラサルハ未タ社會タラサルノ實迹ヲ示スモノナレバ社會ハ如何ナル理由ニ因リ此權利ヲ保有スル者ナルヤニ至テハ古今東西未タ曾テ確乎一定ノ說アルヲ聞カス依テ予ハ自己ノ說ヲ表明スルニ先チ古今諸學者ノ刑罰主義ヲ掲ケ讀者ヲ予カ刑罰主義ノ當否ヲ判斷ス

ルノ材料ニ供セシメントス

#### 第一款 從來學者ノ刑罰主義

社會刑罰權ハ如何ナル理由ニ基クモノナルヤノ問題ニ付キ西洋各國ノ法學者甲論乙駁一ニ足ラスト雖モ其大畧八種ニ別ル、カ如シ左ニ其大要ヲ示サン

##### 第一復讐主義

此派ニ屬スル學者ノ說ニ曰ク他人若シ我ヲ害スルハ我亦之ヲ反撃セントスルハ人類天賦ノ性質ナレバ之ヲ各人ノ自由ニ放任スルニ於テハ社會ハ土崩瓦解復之ヲ維持スル能ハサルニ至ルヘシ故ニ害惡ヲ爲ス者アルハ社會ハ公衆ニ代テ其復讐權ヲ實行スルモノナリ是社會刑罰權ノ根基ナリト

### 第三損害賠償主義

此派ニ屬スル學者ノ説ニ曰ク人若シ他人ニ損害ヲ蒙ラシムルハ其損害ヲ償ヒ舊位置ニ復サシムルノ義務アルモノニシテ被害者ハ行害者ニ賠償ヲ求ムルノ權利アルモノナリ之レト同ク社會タル無形人モ亦害ヲ蒙ラシメラルハニ於テハ其行害者ニ迫テ賠償ヲ求ムルノ權アルヤ明ナリ是レ社會刑罰權ナリト

### 第三契約主義

此説ニ二種アリ甲説ニ曰ク人此世ニ生レ出ルヤ法律ノ保護ノ中ニ生存スルモノナルカ故ニ其報酬トシテ己モ亦法律ヲ犯スルハ社會ノ處分ヲ受クヘキ旨ヲ闡々裡ニ約束スルモノナリ依テ社會ハ此約束ヨリ得タル權利是刑罰權ノ基礎ナリト

乙説ニ曰ク元來吾人ハ正當防衛ノ權ヲ有スルモノナルカ故ニ人若シ

不正ノ暴行ヲ吾ニ加フルニ於テハ假令暴行人ヲ死ニ至ラシムルモ之ヲ排撃スルヲ得ルハ明ナル事實ナリ而シテ人ノ始テ社會ヲ組織スルニ當リ此權ノ幾分ヲ割キ以テ社會ニ委託シ社會ハ各人ニ代リ此權利ヲ執行センヲ約束セリ是社會刑罰權ノ基本ナリト

### 第四社會正當防衛主義

此説ニ曰ク吾人人類ハ各自天賦ノ防衛權ヲ有スルモノナリ社會モ亦一個ノ無形人ナルヲ以テ此權アルヤ必セリ是刑罰權ノ根基ナリ然レハ此權利ヲ行フ場合ニ於テハ一個人ト社會トノ間ニ各異ナル所アリ人ハ即チ加害者面前ニ迫リ暴行ヲ以テ防クニ非サレハ他ニ避ルノ方法ナキハニ當テ初メテ行フヲ得ルト雖モ社會ハ危害ノ已ニ去リタルモノヲモ罰スルヲ得ルノミナラス之ヲ罰シ未來ノ加害者ヲ豫戒スルノ權ヲモ有スルモノナリト

此議論ニ於テ危害ノ既ニ去リタル後ニ於テ罰スルヲ及ヒ未來ノ加害者ヲ豫戒スルヲ正當防衛トシタルハ最モ不當ノ議論ニシテ刑罰ト正當防衛權ト全然同一ナラサルヲ自白シタルモノト云フヘシ

#### 第五緊要主義

此說ニ曰ク人類ノ社會ヲ成スヤ之レカ開進保存ヲ圖ラサル可ラス故ニ若シ社會ニ向テ害惡ヲ加フルモノアラハ刑罰ヲ設ケテ懲戒セサル可サルノ緊要アルモノナリ此緊要ノ事實コソ是社會刑罰權ノ基礎ナリト

#### 第六命令主義

此說ニ曰ク社會ハ秩序ヲ維持センカ爲メ非行ヲ戒シムルノ命令權アリ故ニ此命令ニ從ハサルモノアルハ強制スルノ權ナカル可ラサルハ自然ノ數ニ命令權其モノハ即チ刑罰權ノ基本ナリト

#### 第七純正主義

此說ニ曰ク人ニ善惡邪正ヲ區別スルノ智力ト善正ヲ探リ邪惡ヲ避クルノ靈能トヲ具備スル者ナルカ故ニ人タル者ハ此天賦ノ特性ニ從ヒ善正ヲ行ヒ邪惡ヲ避クヘキハ本來ノ義務ナリトス故ニ此義務ヲ破リタル上ハ相當ノ應報アルヘキハ當然ノ理ニシテ社會ハ之レニ報スルノ任ニ當ル者ナリ故ニ人タルモノ此義務ニ反スルニ於テハ社會ニ害アルト無キトニ不拘又刑罰ヲ加フルノ利アルト否トニ論ナク之ヲ罰セサル可ラス此非行者ニ惡報ヲ與フルノ任是社會刑罰權ノ根本ナリト

#### 第八折衷主義

折衷主義トハ二箇以上ノ理由即チ二種以上ノ刑罰主義ヲ併合ノ巧ミニ纏繞シタルモノナリ故ニ此說ニ依ルハ前七說ヲ併合スルヲ得ヘク又二三ヲ合併スルヲ得ヘシ



或ル著書ニ因テ見レハナルトランフオスタンエリーボツソナーード氏等ハ純正主義ノ説ト社會正當防衛主義ノ説トヲ折衷ノ刑罰權ノ基礎トナシ純正主義ノ説ヲ以テ如何ナル者ヲ罪スヘキヲ認メ社會正當防衛主義ノ説ヲ以テ社會力之レニ刑ヲ科スルノ理ヲ認メタリト或ハ曰ク右ニ説ニ加フルニ命令主義ノ説ヲ加ヘタルモノナリト以上ハ從來諸學者ノ所説ニ係ル然レモ著者ヲ以テ之ヲ見レハ右論者ノ説ク所何レモ刑罰權ノ一端ヲ云ヒ明シタルノミニノ全般ニ涉リタルモノナク其實皮相ノ議論タルニ止リ實體ニ立入りタルモノニアラスト信スルナリ依テ左ニ著者ノ刑罰主義ヲ掲ケ併テ諸學派ノ刑罰主義ヲ評セントス

## 第二款 著者ノ刑罰主義

余ノ見ヲ以テスレハ刑罰權ノ基礎ハ社會自保性ニアリト信スルナリ即チ著者ハ社會自保主義ナルモノヲ主唱セントスルモノナリ以下詳細ニ之ヲ論セン

凡ソ天地間ニ散在スル物体ハ其有機物タルト無機物タルトニ論ナク苟モ一物タル以上ハ現狀ノ勢力位置ヲ持續セントスルノ性質ヲ有スルモノナルカ故ニ他物若シ之レニ妨害スルハ進ンテ排撃スルカ左ナクモ多少抵抗スルノ傾向ヲ有スルモノトス

今讀者カ其凡上ナル風鎖ヲ現在ノ一端ヨリ他ノ一端ニ持運ハントナサハ充分ナル摩擦ト多少ノ筋感トヲ意識スルナラン之レ前位置ニ安セントスル風鎖ノ性質ヲ害シタル爲メ反抗力ヲ現シタル者ナリ又馬上ニテ疾ク走ルハ耳邊風聲ヲ聞クヘク滔々トノ流ル、水ヲ塞キ止ルハ汎濫ノ堤防ヲ壞崩スルニ至ラン是靜止セル空氣ハ其靜止ノ位

置テ保タントシ流去スル水ハ其流出ノ勢力ヲ持續セントスルノ狀ヲ示ス者ナリ之ヲ物体ノ習慣性ト云フ又彼ノ椽下ノ蔓草ハ空隙ヲ尋子テ戶外ニ出ントシ村童ニ削損セラレタル樹木ハ外皮ヲ以テ其損所ヲ蔽ハントシ禽獸蟲魚ハ生レナカラニ喰フヲ知リ其生長スルニ從テ害物ヲ排撃セントスルノ氣象益々盛ナルニ非スヤ今思想ヲ轉ソ吾人々類ヲ觀察スルニ人ハ萬物ノ靈長トノ智能感性共ニ他動物ニ秀テアルカ爲メ此性質ヲ有スルト最モ多キカ如シ彼ノ嬰兒カ生レ出ツルヤ口唇ヲ動シテ飢ヒタルヲ示シ若シ乳房ヲ與ヘサレハ泣テ之ヲ訴ヘ母ノ懷ニ入レハ満足ノ狀ヲ呈スル等ハ是食セスンハ身体生命ヲ持續シ能ハサルニ依ルナルベシ又稍々長スルニ從ヒ他人謂ハレナク其玩弄品ヲ奪フ片ハ之ヲ取還サントシ不法ニ打擲スル者アレハ其非理ヲ爭フ等妨害者ヲ排撃シテ自ラ其位地ヲ持續セントノ意ヲ表スルニア

ラスヤ之ヲ人類ノ自保性ト云フ

人類ノ自保性ハ本能性ノ一種ナリ即チ本能トハ人類カ他界ノ經驗教育等ヲ受ケスン生レナカラ自然ニ具ル特性ノ義ナリ彼ノ嬰子カ口唇ヲ動カシテ食ヲ求メ若シ與ヘサレハ泣テ訴フルカ如キ之レナリ如斯自保性ハ其初メ無意識ナル本能ノミナレモ稍々生長ノ經驗教育ヲ積ムニ從ヒ意識的動作ニ依テ顯ハル、モノナリ彼ノ君子ハ危ニ近寄ラス或ハ天ノ將ニ陰雨セントスルニ當テ扉戸ヲ綯繆スト云カ如キハ適例ナランノミ併シナカラ生長ノ後ト雖モ無意識的自保性ナキニアラス彼ノ吾人カ毒物ニ接スレハ其毒物ナルヲ知ラサルニモセヨ惡臭惡味ノ爲メ自然嫌忌ノ念慮發スルヲ以テモ知ルヘキナリ如斯自保性ハ有意識無意識ヲ不問自己ヲ維持セントノ性質ナレハ若シ自己ヲ害スヘキ客觀物カ自己ニ接近スルニ於テハ自己ハ之ヲ避ケ

ントスルモノニシテ若シ避クルヲ得サルハ之ヲ排撃スルモノナリ是  
正當防衛作用ナリ若シ客觀物カ己ニ自己ヲ害シタルハ自己カ憤怒  
ノ情ヲ以テ客觀物ヲ害セントスルノ偏頗ナル傾向アルハ是復讐作  
用ナリ若シ又客觀物ノ爲メ害セラレタル部分カ補充スルニ足ルヘシ  
ト認ムルハ其補充ヲ求メントノ念ヲ發スヘシ是賠償作用ナリ  
如斯人類ノ自保性ハ本能トノ顯ハレ來ルモノニシテ恰モ吾人ニ二目ニ  
耳ニ手ニ足ヲ備フルカ如ク天然ノ性質ナリ故ニ正理ニ合スルトカ合  
セサルモノナリトカノ議論ヲ挿ムヲ得サルヘシ何トナレハ若シ自然  
具備スル處ノ自保性ヲ是非スルニ於テハ二目ニ耳ニ手ニ足ヲ是非ス  
ルト一般ナルヘケレハナリ然リト雖モ自保性ハ自保ノ範圍ニ止ラス  
怒情ト合シ復讐トナリ慾情ト合シ竊盜トナルニ於テハ決シテ許スヘキ  
モノニアラサルナリ併シ此場合ハ他ノ情感ノ爲メ自保性ノ範圍外ニ

出テタルモノナレハ全ク自保性ノ性質ヲ變シタルモノニシテ恰モ山芋  
カ鱧ト變シ雀カ蛤ト化シタルト同ク自保性其者ニアラサルナリ故ニ  
純然タル自保性ハ純良無邪好ク眞理ト合シ道德ニ適シタルモノナリ  
尙ホ其適理合道ノ理由ハ後段ニ説カン

以上ハ專ラ一私人ニ就キ自保性ノ存在ヲ證明シタリ以下社會ノ自保  
性ヲ説カン諸君モ知ラル、如ク社會ハ素ト無形ナリト雖モ一個人タ  
ルヤ明ナリ已ニ人タル以上ハ亦此自保性ヲ具備スルヲ論テ俟タサル  
ヘシ

此自保性ハ是刑罰權ノ根基ナリ故ニ社會ヲ害スル事項ノ未タ起ラサ  
ル以前ニ於テモ未萌ニ防クノ趣旨ニテ恐ルヘキ刑罰ヲ定メテ人民ニ  
豫告スルナリ是脅嚇作用ナリ命令作用ナリ又害惡カ目前ニ切迫シタ  
ルナラハ之ヲ防衛セサルヘカラス是正當防衛作用ナリ豫備ノ所爲ナ

罰スルヲ未遂犯ヲ罰スルヲ等ハ此等ノ思想ニ基ク又社會ハ既ニ害セラレタル片ハ損失ヲ補ハシムルノ趣旨犯者ノ以後ヲ戒シムルノ趣旨他人ヲノ同様ノ罪ヲ犯サシメサルノ趣旨命令實行ノ趣旨ニテ現犯者ヲ罰セサル可カス是賠償作用懲戒作用豫戒作用ナリ

如此刑罰權ハ諸種ノ作用ヲ顯スト雖其實體ハ社會自保性ノ一アルノミ復他ナキナリ然ルニ世上ノ諸學者ハ各一作用ヲ以テ刑罰權ノ基礎ナリト論斷シタルハ恰モ團扇ノ一面ヲ見テ白ナリト論シ其ノ裏面ノ赤ナルヲ知ラサルト一般ナラン折衷論者ハ一主義ニテハ刑罰權ヲ説明シ難キヲ悟リ數作用ヲ併合セント勤メタレ其到底刑罰權ノ真相ヲ發見スルニ至ラサリシ何トナレハ折衷論者ハ自保性作用ノ全部ヲ網羅セス其二三ヲ合メ説明セント勤メタルノミナラス好シ全般ヲ網羅シ盡シタリトスルモ到底真相ヲ窺フヲ得サルヘシ何トナレハ個々

ノ作用ハ實體ト別物ナレハナリ況ンヤ自保性ハ社會ノ進歩發達ト共ニ種々ノ作用ヲ現出スルモノニ到底今日ニ於テ網羅スルヲ得サル事情アルモノタルニ於テヤ

如斯論スル片ハ反對論者或ハ云ハン著者ノ自保論既ニ了解セリ併シナカラ若シ著者ノ議論ノ如ク何等ノ制限ヲモ設ケスノ社會ノ刑罰權ハ社會ノ自保ニアリトナサハ社會自保ノ爲メニハ甚タ苛酷ナル刑罰ヲモ設グルニ至ルノミナラス無辜モ尙ホ罰スルニ至ラン茲ニ於テカ不正ノ暴行ニアラサレハ罰セストノ正當防衛主義實害ナケレハ罰セストノ賠償主義破徳ノ行爲ニアラサレハ罰セストノ純正主義等ハ著者ノ自保主義ニ優ルテ數等ナルヲ知ント

論者ノ反駁ハ自保主義ノ真相ヲ知ラサルノ言タリ自保性ハ決メ論者ノ云フ如キ不完全ノモノニアラス能ク道德ト合シテ犯罪ト刑罰ノ權

衡ヲ得ルモノナリ況ンヤ無辜ヲ罰スル如キチヤ抑々道德ノ法タル人類自然性ノ表顯タルニ外ナラスノ人類ノ社交性ニ基クモノタルニ依リ社會ヲ害スヘキノ道德ハ道德ニ非スシテ一種ノ外道タルニ外ナラス故ニ道德上ノ善惡モ社會上ヨリ割リ出サレタルモノナルヲ論テ俟タス今一例ヲ示サンニ我邦ノ倭詞ニ夫婦ヲ「イモセ」ト云フ其意味ハ妹脊ノ義ニシテ古代ハ人類少數ナルカ爲メ異母ノ妹ナレハ妻ニスルヲ得タル時代ノ言葉ナリトス此事タル今日ヨリ見ルハ德義ニ反スル法ノ如シト雖凡人類少數ナル當時ニ於テハ德義ニ合シタル良法ナルヘキナリ何トナレハ若シ此結婚ヲ許サストセハ人類ノ跡ヲ絶ニ至リタルモ知ル可ラサレハナリ此事ヨリノ推考スレハ人類ノ原始ニ於テハ親子結婚シタルモ亦知ルヘカラサルノミナラス今日ニテモ彼ノ農亞ノ大洪水ノ如キコアラハ親子結婚スルノ必要起

ランノミ論者ハ之ヲモ不徳ノ行爲トスルカ若シ不徳ノ行爲トスルノ道德法アリトスレハ是社會ノ消滅ヲ顧ミサルノ法ニシテ人類ノ採用スヘキ法ニアラサルヘシ左レハ人類社會ノ道德ハ宜ク社會ノ自存ト合セサル可ラサルモノニシテ又真正ノ道德法ハ常ニ適合スルモノナルヲ論テ談タサルヘシ是即チ自保主義ハ道德法ト一致スル所以ナリ此一點ヲ探テ純正主義ナルモノヲ主唱スルノ學派ヲ出スニ至リタルヘシ併シナカラ純正主義ハ正刑ヲ區別スルノ點ニ於テ充分ナリト雖凡制裁權ノ存在ヲ證明スルニ足ラサルモノナリ是亦自保性ノ一顯象ニシテ實相ニアラサルカ爲メナリ又自保主義ハ苛酷無用ノ刑ヲ設クルモノニアラス何トナレハ無用ナル刑適度ヲ失シタル刑ハ社會ノ自保ヲ害スルニ至レハナリ今例ヲ以テ説明スレハ社會カ刑罰ヲ行フハ恰モ一私人カ其病患ニ醫藥醫術ヲ

施スカ如シ彼ノ注意深キ人ハ病患ヲ免レン爲メ恒ニ食ヲ節シ豫防劑等ヲ用ヒ又巳ニ病患ニ罹リタル片ハ之ヲ治癒スルノ方法ヲ施シ或塲合ニ於テハ他ノ部分ニ浸染スルヲ防カンカ爲メ身体ノ一部ヲ切斷スルニアラスヤ如斯所爲ヲ皮相一見スル所ニテハ身体ヲ損スルノ所爲ノ如シト雖モ是身体保存ノ術ニ又其手術ナルヘキナリ然レモ若シ些カニテモ不必要ノ藥劑ヲ用ヒ或ハ不必要ノ肉体ヲ切斷スルニ於テハ身体保存ノ性質ニ反スルモノニ又惡所爲タルヘキナリ是レト同ク適度ヲ失シタル刑ハ不要ノ劇藥ノ如ク無辜ヲ罰スルモノハ健康ナル指ヲ斷カ如クナランノミ豈如斯モノヲ以テ自保性ニ合シタルモノトスルヲ得ンヤ

論者復言ハン著者ノ論スル所ヲ以テ社會刑罰權ハ自保性ニアルコト并ニ自保性ハ道德ト一致スヘキモノタルコトヲ了解シタリ然レモ若シ自保ヲ以テ刑罰ノ標準トナサハ刑法ト道德トヲ混同シ彼ノ刑法ハ無形思想ノ道德ニ背キタルニ止ラス現ニ社會ヲ害シタルコトヲ要ス」トノ原則ヲ破リ自保ノ爲メナレハ道德ノ範圍ニ侵入シテ罰スル如キ結果ヲ見ルニ至ラント

此駁論モ亦自保性ノ本質ヲ誤認シタルモノナリ自保主義ハ社會ノ安寧秩序ヲ維持スルノ主義ナルヲ以テ此秩序安寧ニ害ナキ以上ハ刑ヲ科スルモノニアラス故ニ單ニ無形ノ惡念ノミニ止ルトキハ罰セサルモノトス何トナレハ若シ人ノ思想ニモ刑ヲ及ホストスルトキハ社會ハ大ニ陰險トナリ自保ノ主義ニ反スレハナリ故ニ自保主義ハ該原則ト抵觸スルモノニアラス尙ニ該原則ト抵觸セサルノミナラス該原則ハ暗々裡ニ自保主義ヨリ胚胎シ來ルモノナラン故ニ其實自保ハ主ニ該原則ハ從タルモノナルニ依リ眞實ニ論スルモハ自保ノ必要アル

并ハ該原則ノ幾分ヲ侵畧スルノ場合アリト論斷セサル可ラス彼ノ皇室ニ對シ不敬ヲ加ヘントシタル罪内亂ノ豫備罪十六歳ニ滿タサル男女ノ淫行ヲ媒合シタル罪ノ如キハ道德ニ背キタルノミニノ迂遠ナル論ヲ以テスルニアラサレハ現ニ社會ヲ害シタリト云フヲ得サルニモ不拘罪スルニアラスヤ

今社會發達ノ上ヨリ刑罰權ヲ觀察スルニ原人時代ハ未タ社會ト名稱スヘキ團體ナク無數ノ小種族三々五々個々ニ獨立散在シアリシナラシ然レモ人ハ素ト集合ノ動物ナレハ如斯時代永ク繼續スヘキ理アラサルニ依リ各種族次第々々ニ一大團結体トナルニ至リシナラン是原始社會ナリ此時代ニ至レハ多少社會的思想發生シ刑罰ノ如キモ一人ニ放任スヘキ者ニアラスシテ宜ク社會ノ掌握スヘキ者ナリトノ念アリシナルヘキモ社會團結ハ鞏固ナラス一私人復讐ノ念ハ熾ンナル

カ爲メ若シ被害者ノ満足スル如キ刑ヲ科セサル并ハ被害性々私刑ヲ加フルノ舉ニ及ヒ社會ノ團結ヲ維持スル能ハサル事情アル爲メ被害者ノ意ヲ迎ヘタルノ形迹アリシナルヘシ是刑罰ハ復讐ニ基クトノ念ヲ起サシメタル原因ナラン又被害者ノ意ヲ迎ヘテ刑罰スルノ形迹甚タ代人タルカ如キ觀アリ之レ社會ノ始メニ於テ人類正當防衛權ノ一部ヲ割テ社會ニ托シ社會ハ此權ニ基キ刑罰ヲ行フモノナリ故ニ刑罰ハ民約ニ基クトノ念ヲ起サシメタル原因ナラン然レモ此等ノ説ハ皆其真相ヲ窺フニ至ラサルモノナリ何トナレハ當時被害者ノ意ヲ迎ヘタル如キ形迹アリタルハ斯クセサレハ社會ノ團結ヲ維持スルヲ得サルニ依ルモノニシテ社會自保性ノ一顯象ナルヲ明ナリ故ニ眞實ニ論スル并ハ此事タル社會カ復讐スルノ意ニ出テタルニアラスシテ重キ刑ヲ科セサレハ社會ヲ維持シ難キニ因リ重刑ヲ科シタルノミ之ヲ以テ

純然タル復讐ナリト誤認スヘカラス

右ノ原始社會漸ク發達進步シ稍々一團結体ナルヲ認メラルヘニ至リテハ犯罪ハ社會ヲ害シタルモノナルカ故ニ之ヲ復讐スル爲メ刑ヲ行フモノナリトノ思想或ハ其損害ヲ賠償セシムルモノナリ杯トノ思想ヲ起サシメタルモノナルヘク其後社會權カ完全ノ域ニ達シ獨立不羈爲サント欲シテ爲シ能ハサルヲナキノ時代ニ至リテハ社會正當防衛權アリ命令權アリ杯ノ觀念ヲ起サシムルニ至リタルナルヘシ是ト同時ニ道德法發達シ來リ其事柄不正ナラサレハ刑ヲ科スルモノニアラストノ思想發生シ來リ刑罰ハ純正主義ナラサル可ラスト想像スルニ至リタルナルヘシ

如斯刑罰權ハ時代ノ變遷ニ因リ種々ノ現象ヲ顯シタルニモ不拘其實相ハ社會自保ノ一點ニアルヤ明瞭ナリトス

之ヲ要スルニ自保主義ハ好ク道德ト一致スルモ又其管轄程度ヲ分ツコトヲ得無意ノ所爲及ヒ過失ノ所爲ヲ罰スルモ自保ノ目的ヲ達スル能ハサルカ爲メ罰セサルヲ示スモ豫防シ得ヘキ過失及ヒ故意ノ所爲ハ之ヲ罰スヘキモノタルヲ示ス皇室ニ對スル犯行國事ニ關スル犯行ノ如キ怖ルヘキ結果ヲ生スルノ犯罪ニ豫備ノ所爲ヲモ罰スヘク稍々重キ犯罪ハ未遂所爲ヲモ罰スヘキノ理ヲ示ス又刑罰ハ豫戒懲戒ノ性質ヲ有スヘキモノタルヲ示スト同時ニ死刑ヲモ認ムルモノナリ何トナレハ社會カ死刑ヲ行フハ彼ノ外科醫カ病指ヲ斷ツト同一ナレハナリ而シテ自保主義ハ其全体ノ性質上桀紂ノ如ク好テ刑ヲ用ユル者ニ非スト社會ノ維持上止ムナク涙ヲ揮フテ犯人ヲ刑スルモノナルノ實ヲ示シ好ク天理ニ適シ公情ニ合シタル金甌無瑕ノ良主義ナリ之ヲ社會ニ適セシムルト否トハ博識聰明ノ立法者カ諸種ノ事情ヨリ社



會ノ實相ヲ看破シ其社會ヲ維持スルニ足ルノ法條ヲ設クルニアル而已若シ其社會ニ通スルノ法條ヲ設ケラレスンハ完璧ノ自保主義モ用テ爲サ、ルニ至ラン然レモ這ハ是レ立法者ノ罪ナルノミ主義其者ノ罪ニハアテサルナリ

## 第二章 刑例

### 第一款 刑罰ノ性質及種類

刑罰ハ素ト之レ法律實施ノ手段ナリ即チ法則ノ靜肅ニ行ハレンコトヲ期メ採用セラレタル方便ナリ故ニ此點ヨリ考フルルハ積極消極ノ二方法ヲ用ユルヲ得ルカ如シ即チ積極的制裁トハ進ンテ背法者ニ苦痛不利益ヲ加フルノ義ニシテ消極的制裁トハ背法者ニ快樂利益ヲ與ヘサルヲ云フ此消極的制裁ハ大古僅少ノ部分ニ行ハレタルモノト見ユ舊

幕時代北海道土人カ酋長治下ニアルノ際ハ此種ノ制裁アリタリト聞ケリ併シ消極的制裁ハ人員ノ多キヲ加フルニ從ヒ行ハレ難キ事情アルニ依リ今日ノ刑法ハ積極的制裁ノミヲ存シテ消極的制裁ハ見サルカ如シ併シ付加刑中ノ官吏トナルノ權兵士トナルノ權等ヲ奪フハ見解ニ依テ消極的刑罰ト見ルヲ得ルカ如シ  
如斯今日ノ刑法ハ積極的ノ刑罰ノミヲ存スルヲ以テ刑罰トハ公力ヲ以テ背法者ニ蒙ラシムル惡報ナリト云フヲ得ヘシ  
既ニ刑罰ハ背法者ニ蒙ラシムル惡報ナリトスル以上ハ刑罰ハ必ス犯人ノ希望即チ心意ノ或偏向ニ反對ノ強制ナラサル可ラス何トナレハ希望ニ伴フモノナレハ恩惠ニシテ惡報ナラサレハナリ而シテ其希望カ吾人一般ニ有スルノ希望ナラサル可ラス復言セハ一般的偏向ニシテ特別の偏向ナラサルヲ要ス何トナレハ社會ノ刑罰ハ特種ナル人ノ偏癖

ニ應用スルモノニアラサレハナリ  
今思想ヲ轉シテ古今如何ナル心意偏向ヲ以テ刑法實行ノ手段トシタルカ翻言セハ如何ナル刑罰ヲ採用セラレタルカヲ考フルニ第一生命ノ愛情ニ反スル生命刑彼ノ斬首絞首等是ナリ此刑ハ古ヨリ最モ恐ルヘキ刑トメ行ハレ來ルモノトス何トナレハ生命ノ愛ハ人生最上ノ愛ナレハナリ今日世上ノ學者此刑ノ存否ニ付キ種々論スル所アリト雖モ余ハ彼ノ外科醫カ身体ノ一部ヲ切斷スルノ必要アルト一私人ニ正當防衛ノ存スルトニ就テ考フレハ社會モ此刑ヲ存シテ自保スヘキ必要アリト信スルナリ且ツ其具備スル性質ニ於テモ弊トメ數フルノ點擧ナキニ非サルモ公衆ヲ警戒スルノ點及ヒ各人平等ニ及フノ點等大ニ他ノ刑ニ優ル處アリト云フヘシ只該刑ハ極刑ナルヲ以テ濫用セサラントテ要スルノミ第二身體刑這ハ生活機關ヨリ生スル快樂ニ反

スルノ刑ニシテ直接ニ肉体ニ苦痛ヲ與フルヲ以テ目的トスルノ刑ナリ  
彼笞杖火刑ハ此部ニ屬ス此種ノ刑ハ身体ノ強弱ニ依テ痛苦ノ度ニ大ナル差異アルノミナラス犯人チノ刑罰ハ背法ノ惡報ナルヲ忘却セシメ實行者ノ手加減ニ依ル者ト信セシムルノ傾キアルモノニシテ到底其刑ノ性質ナシトシテ現今採用セラレサルニ至リシナリ第三自由刑這ハ身體ノ自由ヲ羈束スルノ刑ニシテ彼ノ流刑徒刑懲役禁錮拘留等ナリ此刑ハ罪ノ大小ニ依テ長短ヲ定ムルヲ得ルノミナラス中止中斷スルヲ得且執行後痕迹ヲ遺サス頗ル其刑ナリトシテ諸邦國ノ採用スル所ナリ第四名譽刑這ハ犯人ニ耻辱ヲ與フルヲ目的トシタル刑ニシテ彼ノ顔面ニ黥墨スルト市中ヲ引廻ハス等ナリ此種ノ刑モ犯人ノ位置ト心根ノ正邪ニ依テ平等ナラスノ位置ノ卑キ者心意ノ邪惡ナル者ニハ輕キ刑トナリ地位ノ高キ心意ノ正善ナル者ニハ却テ重キ刑トナルノ

性質アルヲ以テ今日ハ多ク用ヒラレス唯付加刑ノ部ニ僅カニ存スル  
ノミ彼ノ勳章位記ヲ有スル權ヲ奪フ如キ是ナリ第五財產刑這ハ犯人  
ノ財產ニ及フノ刑ニシテ彼ノ罰金沒收ノ如キ之レナリ學者以上五種ノ  
刑ヲ五刑ト稱ヘ刑ハ此他ニアラサルモノ、如ク論スルト雖モ予ヲ以  
テ見レハ刑罰ノ性質ハ此五種ノ外族人刑及ヒ政治的社交刑ノ二種ヲ  
加ヘ七刑ト云フヲ適當ナルカ如シ即チ族人刑トハ彼ノ姦通者ハ夫婦  
トナルヲ禁スル如キ尊族親ニ對シ罪ヲ犯シタルモノハ其子孫タルノ  
權ヲ失ハシメ財產相續スルヲ得セシメサル如キ此種ノ刑ハ今日刑法  
上見サル所ナリ又政治的社交刑トハ政治的社會上ヨリ得ル利益ニ及  
フ刑ニシテ彼ノ國民ノ特權官吏トナルノ權兵士トナルノ權裁判所ニ於  
テ證人トナルノ權後見人トナルノ權管財人トナルノ權校長教師學監  
トナルノ權等ヲ奪フ如キ是ナリ世上ノ學者ハ此種ノ刑ヲ名譽刑ナリ

ト論スルモ予ハ此論ニ服セサルナリ何トナレハ此種ノ刑ハ延テ名譽  
ニ及ハサルニアラサルモ其名譽ニ及フハ間接ノ結果ニシテ直接ニ害セ  
ラル、者ハ政治上ノ一人トシテ有スルノ利益ナリ若シ間接ニ及フノ結  
果ヲ以テ名譽刑ナリト云フヲ得ハ如何ナル刑罰モ名譽刑ナラサルハ  
ナク又財產刑ナラサルハナカルヘシ何トナレハ凡ソ刑トシテ名譽ニ關  
セサルハナク名譽ニ關スルカ故ニ從テ多少金錢上ノ損害トナルハ當  
然ナレハナリ故ニ予ハ思フ彼ノ官吏兵士國民權ノ如キハ政治上ヨリ  
得ル所ノ權利ヲ直接ニ害セラル、モノナレハ之レ政治的社交刑ト云  
フヲ適當ナラント

尙ホ刑罰ニ希望スヘキ性質トシテ世上學者ノ說ク所ヲ聞クニ第一刑  
ハ衆人ヲ警戒スルノ性質ヲ有スルモノタルコトヲ要ス第二犯人ヲ懲戒  
スヘキ性質ヲ具フルコトヲ要ス第三道德ニ反セサル者タルコトヲ要ス第四

罪狀ノ多少ニ應シ分割ノ科スルヲ得ヘキ性質ノモノタルヲ要ス第五  
犯人ニ感ゼシムル苦痛ノ度平等タルヘキモノタルヲ要ス第六犯人  
以外ナル人ニ及ハサルモノタルヲ要ス第七取消及ヒ中止スルヲ得  
ヘキモノタルヲ要ス第八執行後永ク痕迹ヲ遺サ、ルモノタルヲ  
要スト

右ノ諸性質ハ刑罰主義ノ見解ヲ異ニスルノ點ヨリ種々ノ理由ヲ付ス  
ル學者アルヘシト雖モ著者ハ自己ノ自保主義ヨリ觀察ヲ下ノ頗ル適  
當ノ性質ト信スルナリ其然ル所以ハ讀者前章自保主義ノ精神ト對照  
發明スヘキナリ  
以上ハ刑罰ノ種類性質及ヒ一般刑罰ニ希望スヘキ性質ヲ論シタリ以  
下我立法者ハ如何ナル刑ヲ採用シタルカヲ論セントス  
我刑法ニ於テハ主刑付加刑ノ二種ニ區別シ主刑ハ是非宣告スヘキモ

ノトシ付加刑ハ法律ニ於テ宣告スルモノト宣告セサル者トヲ定メタ  
リ第六條如斯刑ニ主從ノ區別アレモ一罪二刑ヲ科スルノ精神ニ非ス  
シテ付加刑ハ主刑ノ補充刑タリ故ニ主付一括一刑トナリテ罪惡ニ報  
ユルモノトス

重罪ノ主刑ハ左ノ如シ第七條

- 一 死刑
- 二 無期徒刑
- 三 有期徒刑
- 四 無期流刑
- 五 有期流刑
- 六 重懲役
- 七 輕懲役

- 八 重禁獄
- 九 輕禁獄

輕罪ノ主刑ハ左ノ如シ(第八條)

- 一 重禁錮
- 二 輕禁錮
- 三 罰金

違警罪ノ主刑ハ左ノ如シ(第九條)

- 一 拘留
- 二 科料

以上ノ主刑ハ之ヲ其性質ヨリ觀察スレハ生命刑自由刑財産刑ノ三種ノミニノ其異ナル所ハ期間ノ長短金高ノ多少ニ過キス然ルニ如斯數多ニ區別シタルハ徒ラニ刑法運用ノ繁雜ト監獄費用ノ嵩ムヲ見ルノ

ミニノ何等ノ益ナキトハ當今世上ノ定論ナリ

付加刑ハ左ノ如シ(第十條)

- 一 剝奪公權
- 二 停止公權
- 三 禁治產
- 四 監視
- 五 罰金
- 六 沒收

其他幼者ノ犯罪ニハ懲治場ニ留置スルノ規定アレハ這ハ國權ヲ以テ強制教育スルノ手段ナレハ刑ト云フヘキモノニアラサルナリ

### 第二款 主刑處分

重罪ノ極刑ハ死刑ナリ而シテ此刑ヲ行フニハ昔時種々ノ方法ヲ用ヘタルカ如シト雖モ今日普通ニ用ヒラル、モノハ斬ト絞トニ方法ニ過キス而シテ其得失何レニアルヘキカハ學者間ニ議論ノアル所ナリト雖モ此ハ立法論ナルヲ以テ茲ニ贅セス

死刑ハ重大ノ刑ニシテ一度之ヲ行フハ到底取返スコトヲ得サルノミナラス人生最終ノ處分ヲ行フモノナレハ裁判確定スルモ直チニ之ヲ執行セスノ原裁判所ノ檢事ヨリ司法大臣ニ上申シ其命令ヲ待ツヘキモノトス(第十三條)若シ又司法大臣ノ命令アルモ其犯人婦女ニシテ懷胎ナルハ執行ヲ停メ分娩後一百日ヲ經ルニアラサレハ刑ヲ行ハス(第十五條)是刑ハ二人ニ及ボサル趣旨ト母子通常ノ健康体ニ復スルヲ待テ行ハン爲メナルヘシ又大祀令節國祭日ハ死刑ヲ行ハサルモノトス(第十四條)之レ祭日ノ神聖ヲ汚スノ恐レアルカ爲メナリ如此手續ヲ經

タル後死刑ハ絞首ノ方法ニテ獄中ニ於テ密行スヘキモノトセリ(第十二條)而シテ其絞首ト定メタル所以ハ身体ヲ毀損セザランカ爲ナルヘク其密行スルハ人民ヲ殘忍ニ慣レシメザランカ爲ナルヘシ如此死刑ヲ行ヒタル遺体ハ親屬故舊請フ者アレハ之ヲ下付スヘキモノナレモ式ヲ以テ葬ルコトヲ許サルモノトセリ(第十六條)此規定ハ刑ヲ死後ニ及ボサル意ニ出タルナルヘシ而シテ法文ニハ親屬故舊トアレモ是制限的ノ文ニアラサルヘケレハ何人ニテモ請フ者アラハ下付スルノ意ナラン然レモ世ノ中ニハ左様ノ物好家モ多クアラサルヘシ式ヲ以テ葬ルヲ禁スルハ盛式ヲ執行シテ闇ニ法力ニ反抗スル如キ處置勿ラシメントノ意ナルヘシ故ニ近親相會メ葬ル如キハ法ノ禁スル所ニアラサルヘキナリ

死刑ニ次ク常事犯ノ刑ハ徒刑トス徒刑ハ無期有期ヲ分タス其犯人カ

男子ナルルハ島地ニ發遣シテ定役ニ服スヘキモナレハ若シ女子ナルルハ島地ニ發遣セスノ内地ノ懲役場ニ於テ定役ニ服セシムヘキモノトス而シテ無期徒刑トハ終身刑ナレハ有期徒刑ハ十二年以上十五年以下ノ範圍トス(第十七條第十八條)又徒刑ノ囚六十歳ニ滿ル者ハ通常ノ定役ヲ免シ其体力相當ノ定役ニ服セシム(第十九條)

徒刑ニ并フ國事犯ノ刑ハ流刑ナリ流刑ハ無期有期ヲ分タス島地ノ獄ニ幽閉シ定役ニ服セシメス而シテ無期流刑ハ終身刑ニシテ有期徒刑ハ十二年以上十五年以下トス(第廿條)無期流刑ノ囚ハ五年有期流刑ノ囚ハ三年ヲ經過スレハ行政ノ處分ヲ以テ幽閉ヲ免シ島地ニ於テ地ヲ限リ居住セシムルヲ得(第廿一條)徒刑ニ次ク常事犯ノ主刑ハ懲役トス懲役ハ内地ノ懲役場ニ入レ定役ニ服セシムルモノニシテ若シ六十歳ニ滿ルノ囚アレハ通常ノ定役ヲ免シ其体力相當ノ役ニ服セシム而シテ重懲役ハ

九年以上十一年以下ニシテ輕懲役ハ六年以上八年以下トス(第廿二條)或論者曰ク我立法者ハ徒刑懲役ノ囚六十歳ニ滿ツルルハ体力相當ノ役ニ服セシムトアリテ六十歳未滿ノ者ハ体力不相當ニ服役セシムルカ如クナレハ到底行ハレ難キモノナリ若シ強テ行ハントセハ自由刑ニ非スノ死刑ナランノミ故ニ何レノ囚モ結局体力相當ノ役ニ就カシムルノ外ナキニ因リ体力相當云々ノ文ハ無用ナリト至論ト云フヘシ

懲役ニ並フ國事犯ノ刑ハ禁獄トス禁獄ハ内地ノ獄ニ入レ定役ニ服セシメス而シテ重禁獄ハ九年以上十一年以下輕禁獄ハ六年以上八年以下トス

以上ハ重罪ノ主刑ナリ以下輕罪ノ主刑ヲ説カン

輕罪ノ主刑ハ禁錮罰金ノ二種ナリ禁錮ハ禁錮場ニ留置シ重禁錮ハ定役ニ服シ輕禁錮ハ定役ニ服セサルモノニシテ其期限ハ重輕ヲ分タス十

一年以上五年以下ノ範圍ナリ尙ホ各本條ニ其長短ヲ定メラレタリ(第廿四條)

禁錮ニ次ク輕罪ノ刑ハ罰金ナリ罰金ハ二圓以上ト爲シ仍ホ各本條ニ其多寡ヲ區別スルモノトス(第廿六條如此罰金ニハ最低額ヲ定メタルノミニシテ其最高額ヲ定メサル所以ハ罰金ノ上ニ財産刑ナキヲ以テ之ヲ區別スルノ必要ナキノミナラス或犯罪ニ於テハ其最高點ノ定メナキモノアレハナリ而シテ犯人カ若シ裁判確定ノ日ヨリ一月内ニ罰金ヲ完納セサルハ檢事ハ裁判所ニ求メ禁錮ニ換ヘシムルヲ得此場合ハ裁判所ニ於テ更ニ裁判ヲ用ヒスノ一圓ヲ一日ニ折算シ若シ一圓ニ滿タサル端數ノアルハモ尙ホ一日トシテ換刑命令ヲ爲スモノナリ然レハ此換刑セラレタル禁錮ハ二年以下トスルヲ得サルモノトス然リ而シテ罰金ハ換刑ノ後ニ於テモ仍ホ罰金ヲ納ムルヲ得ヘシ此場合ハ經

過シタル日數一日ヲ一圓ト折算シ罰金額ヨリ控除シ殘額ヲ納メシメテ禁錮ヲ免除スルモノナリ罰金ハ又犯人自身ニ上納セサルモ親屬其他ノ人カ代納スルモ可ナリ(第廿七條)

此規定ニ付キ學者種々ノ說ヲ爲スト雖モ罰金ハ他人カ上納スルモノナリ換刑後ニ上納スルモノ可ナリ罰金ノ刑ハ法廷ニ自身出頭セスノ代人ニテ可ナリナト、ノ規定アルヲ見レハ賠償主義ヨリ出タルモノト看做スモ不當ニアラスト信スルナリ何トナレハ結局金圓ヲ差出スニ於テハ可ナリト云フカ如クニシテ民事ノ原告人カ損害金ヲ請求スルトト同一一般ナレハナリ

以上ハ輕罪ノ主刑ナリ以下違警罪ノ主刑ヲ説カシテ違警罪ノ主刑ニモ自由刑財産刑ノ二種アリ其自由刑ハ勾留ナリ勾留ハ勾留場ニ留置シ定役ニ服セシメス刑期ハ一日以上十日以下トス仍



ホ各本條ニ於テ其長短ヲ定ム長期ノ十日ナルハ十一日ノ禁錮ト區別  
センカ爲メニ短期ノ一日ナルハ廿四時間以下ノ拘留ナキヲ示スモ  
ノナリ(第廿八條)

違警罪ノ財産刑ハ科料トス科料ハ五錢以上一圓九十五錢以下ニ仍  
ホ各本條ニ於テ其多寡ヲ區別ス(第廿九條)

科料ハ裁判確定ノ日ヨリ十日内ニ納完セシム若シ限内納完セサルニ  
於テハ一圓ヲ一日ニ折算ノ拘留ニ換フ其換刑ノ手續及ヒ他人カ代納  
スルヲ得ルヲ換刑後ニ至テモ上納スルヲ得ルヲハ罰金ト同一ナリ

### 第三款 付加刑處分

付加刑ノ首位ニアルモノハ剝奪公權ト云フ而シテ其刑ニ依テ剝奪セラ  
ル、モノ九箇アリ(第卅一條)世上ノ學者一般ニ剝奪公權ヲ目ノ名譽刑

ナリト論スレモ余ハ總合一括ノ判定ヲ與フヘキモノニアラストノ意  
見ヲ有スルモノナリ何トナレハ剝奪セラル、九箇ノ權利ヲ玩味スレ  
ハ名譽刑財産刑政治的社交刑ノ三種アルヲ信スレハナリ左ニ分論セ  
ン

一國民ノ特權トハ性質上國民ノミ有スヘキ權利ヲ云フニアリテ國民  
ニ限リ與ヘタル權利ヲ云フニアラス何トナレハ土地所有ノ權辯護士  
トナルノ權ノ如キハ日本國民ニ限リ與ヘタル權利ナレモ國民ノ特權  
ト云フヘキモノニアラサレハナリ故ニ若シ今日土地處有ノ權辯護士  
トナルノ權ヲ全世界ノ人ニ付與スルモ日本國民ハ依然タル日本國民  
ニ外國人ハ依然タル外國人ナリ反之性質上國民ノミ有スヘキ權利  
トハ參政ノ權ヲ云フ何トナレハ吾權利ハ外國人ニ與ヘ得ヘキ性質ノ  
モノニアラサレハナリ若シ外國人ノ特殊ナル人ニ與フルノ場合アリ

トフレハ之レ外國人トノ與フルニ非スノ或關係上自國人ト看做ノ與フルニ過キス故ニ國民ノ特權トハ參政ノ權トセサルヘカラス此權利ハ政治社會ノ一人トノ有スル權利ナレモ名譽刑ト云フヘキ者ニ非サルヘシ何トナレハ此種ノ權ハ國民タル資格其者ニノ別段名譽ノ記號ニ非サレハナリ且ツ此權利ハ名譽權ノ性質ナシ若シ如斯普通ノモノヲ以テ名譽トスルナラハ生命權モ名譽ナルヘク男子タルトモ名譽女子タルトモ名譽ト云ハサル可ラス若シ又間接ニ名譽ニ及フヲ以テ名譽權ト云フノ義ナラハ諸種ノ刑皆名譽刑ナルヘキナリ

二官吏ト爲ルノ權官吏ハ政治社會ノ使用人ナリ已ニ使用人ナル以上ハ自國人他國人ノ差別ナク使用スルヲ得ルモノナレハ國民ノ特權ト性質上大ナル區別アルモノナリ而シテ官吏トナルノ權ハ何人ニモアルモノナレハ是又名譽權ト云フヲ得サルナリ併シ官吏トナルノ權ハ政

治的組織上起ルモノナレハ此刑ハ前項ト同ク政治的社交刑ト云ハサル可ラス

三勳章年金位記貴號恩給ヲ有スルノ權此ノ内勳章位記貴號ヲ有スルノ權ハ純然タル名譽刑ナリ并ハ深ク説明スルヲ待タス此等ハ名譽ノ標章ナリト云フヲ以テ足ルヘシ年金恩給ヲ有スルノ權ハ財產刑ナリ何トナレハ直接ニ及フモノハ財產ニ名譽ニ及フハ間接ノ結果ナレハナリ

四外國ノ勳章ヲ佩用スルノ權此刑モ名譽刑ナリ而シテ此刑ニ於テ勳章ヲ有スル權ヲ剝奪セスノ佩用スルノ權ノミヲ禁シタルハ我國ノ與ヘタルモノナラサルカ爲メナリ假令外國ヨリ千百ノ勳章ヲ寄送サルハモ我國家カ之ヲ勳章ト看做シテ待遇セス佩用スルヲ禁ジ置カハ我國内ニ何等ノ害モナカルヘシ

五兵籍ニ入ルノ權這ハ政治的社交刑ナリ何トナレハ兵士トナルノ權ハ國民一般ノ權ニシテ特別ニ名譽ト云フヲ得サレハナリ法律ノ精神ハ刑餘ノ人ナシ此權利ヲ有セシメサルニアリ

六裁判所ニ於テ證人ト爲ルノ權但單ニ事實ヲ陳述スルハ此限ニアラス裁判所ニ於テ證人トナルノ權ハ政治社會組織上ノ一權利ナリ刑餘ノ人ヨリ此權ヲ剝奪シ此點ニ於テハ政治社會外ニ置クノ刑ナリ然リ而シテ不信用ナルカ爲メ證人トセサルノ理由ハ證據法訴訟法等ノ理由ナレハ刑法上ニテハ前陳ノ如ク罪ヲ犯シタルノ報トシテ政治社會組織上ヨリ得ル證人權ヲ奪フモノナリト云フヲ以テ足ルヘシ

七後見人ト爲ルノ權但親屬ノ許可ヲ得テ子孫ノ爲メニスルハ此限ニアラス

八分散者ノ管財人ト爲リ又ハ會社及ヒ共有財産ヲ管理スルノ權

## 九學校長及教師學監ト爲ルノ權

右七八九ノ諸權利モ政治組織ヨリ起ルノ權ニシテ其名譽ニ及フハ間接ノ結果ナリ

重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒスノ終身前段ニ掲ケタル諸種ノ公權ヲ剝奪セラレ(第三十二條)禁錮ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒスノ現任ノ官職ヲ失ヒ及ヒ其刑期間公權ヲ停止セラレ(第三十條)輕罪ノ刑ニ於テ監視ニ付セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒスノ監視ノ期限間公權ヲ行フヲ停止ス主刑ヲ免シテ止タ監視ニ付シタル者モ其監視中ハ公權ヲ停止セラレヘキモノナリ(第三十條)

重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス其主刑ノ終ル迄自ラ財産ヲ治ムルヲ禁ス(第三十條)禁錮ニ處テハ自ラ自己ノ財産ヲ處分スルノ權利ヲ禁スルノ義ニシテ其權利ヲ奪フモノニ非サルナリ(流刑ノ囚

幽閉ヲ免セラレタルハ行政ノ處分ヲ以テ治産ノ禁ノ幾分ヲ免スル  
ヲ得第卅六條幽閉ヲ解キ假リニモ一ノ自由人トシタル以上ハ第一  
ニ爲サ、ル可ラサルハ財本ノ流用ナリ何トナレハ食セスンハ死スル  
ハ人生ノ原則ナレハナリ故ニ本條ニ幾分ヲ免スルヲ得トアリテ免  
セサルモ可ナル如ク規定シアレハ免幽閉ノ場合ハ一般ニ全部或ハ少  
クモ其幾分ヲ免セサル可ラサルモノトス  
重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス各本刑ノ短期三分ノ  
一ニ等シキ時間監視ニ付ス(第三十七條死刑及無期刑ノ期滿免除ヲ得  
タル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス五年間監視ニ付ス(第三十九條輕罪ノ刑ニ  
付加スル監視ハ之ヲ宣告ス但各本條ニ記載スルノ外監視ヲ付スルヲ  
得ス(第三十八條監視トハ如何ナルヲナルヤハ刑法付則ノ規定スル  
所ナリ而シテ其性質ハ公安ノ爲メ放免後ノ囚人ニ對スル警察處分ナリ

今其處分ノ重ナルモノヲ掲ケレハ第一監視ノ期限内ハ警察官時宜ニ  
依リ自由ニ其家宅ニ臨檢スルヲ得第二被監視者ハ一定ノ住處ヲ定メ  
サル可ラス第三監視ニ付セラレタル者旅行セントスルハ警察官ノ  
許可ヲ得サル可ラス第四毎月二度所轄警察署ニ出頭シテ謹慎ヲ表セサ  
ル可ラス第五酒宴遊興ノ席ニ集會スルヲ得ス監視ノ期限ハ主刑ノ  
終リタル日ヨリ起算ス主刑ノ期滿免除ヲ得タルハ其捕ニ就キタル  
日ヨリ起算ス若シ主刑ヲ免シテ止タ監視ニ付シタルハ其裁判確定  
ノ日ヨリ起算ス(第四十條)主刑ヲ免シテ止タ監視ニ付ストハ刑法第百  
九十二條ノ如キ場合ヲ云フニアリテ各本條ノ規定スル所ナリ監視ニ  
付セラレタル者其情狀ニ因リ行政ノ處分ヲ以テ假ニ監視ヲ免スルヲ  
得(第四十一條)此規定ハ主刑ニ假出獄免幽閉アルト同ク被監視者ヲ  
獎勵ノ行狀品行ヲ慎マシメシトノ趣旨ト既ニ善心ニ立歸リタル者ハ

復タ監視ノ下ニ置クノ必要ナキニ基キタルモノナルヘシ然レモ此處分ハ素ト是假ノ處分ナレハ其行狀ノ不正ナルヲ見レハ再ヒ監視スヘキハ勿論ナリ併シ此場合ハ假免除日數ハ監視中ト同ク計算セサル可ラサルナリ

付加ノ罰金ハ之ヲ宣告ス若シ一月内ニ納完セサルハ第廿七條ノ例ニ照シ輕禁錮ニ換ヘ主刑滿期ノ後之ヲ執行ス(第四十二條)故ニ付加ノ罰金ヲ一月内ニ納完セサレハ一圓ヲ一日ト計算シ若シ端數ノ生スルハ尚ホ之ヲ一日トノ輕禁錮ニ換刑シ主刑滿限之ヲ執行スヘキ者ナリ然レモ換刑後本人罰金ヲ納ムルカ親族或ハ他人等カ上納スルハ執行日數ヲ一圓ト算定ノ不足分ヲ納メシメ禁錮ヲ免除スルモノナリ

付加刑ノ最終ニ例スルモノヲ沒收トシ沒收トハ不正ノ物件ヲ奪ヒテ官有トスルノ義ナリ然リ而シテ刑法上官沒スル物件ハ左ニ掲グル三種

ニノ必ス宣告ノ上官ニ沒收ス但法律規則ニ於テ別ニ沒收ノ例ヲ定メタルモノハ各其法律規則ニ從ヒ處斷スヘキモノナリ(第四十三條)故ニ酒造稅則烟草稅則菓子稅則等ノ沒收ハ其規定スル所ニ從フヘキニ依リ其規則ニ別ニ沒收ノ宣告ヲ要セスト規定アルモノハ別段宣告スルノ必要ナカルヘク又沒收ノ手續ニシテ或ル式ヲ要スルモノナラハ其規則上ニ於テハ之ヲ守ラサル可ラサルヘシ

一法律ニ於テ禁制シタル物件 トハ製造輸入所持等ヲ禁止セラレタル者ヲ云フニアリテ彼ノ劇藥軍銃爆裂藥等ノ如キハ重ナル者ナレモ彼ノ猥褻ノ圖畫ノ如キハ所持スルヲ禁セサルモ公然陳列スルヲ禁スルヲ以テ矢張禁制物ナリトス如斯禁制物ニモ種々ノ區別アルヲ以テ禁制物ナレハトテ渾テ沒收スル限リニアラサルヘシ何トナレハ所持スルヲ禁セサル者ハ之ヲ沒收スルノ必要ナク又通常ノ人ハ所持スル

ヲ得サルモ特別ナル人ハ所持スルヲ得ル物ニシテ其物件カ其特別ナル人ノ所有品ナラハ亦沒收スルモノニ非サルヘシ故ニ先ツ其物件カ所有スルヲ得サル人ノ所持スルモノタルヲ認メサル可ラス次ニ禁制物トハ法律ニ禁止シタル物件ノヲ云フニアレハ其法律アルヲ認メ其法律ニ別ニ沒收ノ例ヲ定メアルヤ否ヲ見定メサル可ラス何トナレハ法律規則ヲ以テ別ニ沒收ノ例ヲ定メタルモノハ此第四十三條ニ依ラスノ其規則ノ手續ニ依ラサル可ラサルハ法律ノ命スル所ナレハナリ

以上ノ如ク法律ニ禁制シタル物件ニシテ所有ス可ラサル人カ所持シ且ツ特別法律ニ沒收ノ規定ナキ者ハ何人ノ所有ヲ問ハス第四十三條第一ニ基キ沒收スルモノナリ或學者ハ犯人ノ所有セサル物件ヲ宣告ノ沒收スルハ門違ヒノ宣告ニシテ刑ノ性質ニ非スト論斷セラレタルハ至

當ナリ

第二犯罪ノ用ニ供シタル物件トハ文字自ラ示スカ如ク罪ヲ犯スニ用ヒタル物件總テヲ指スモノニシテ復言セハ犯人ノ所爲ニ供サレタル物件ヲ云フモノナリ故ニ其物件カ行動的ノ位置ニアルモノニ限ル何トナレハ受働的ノ位置ニアル物件ハ被害物ニシテ所爲ニ供セラレタルモノニ非サルナリ故ニ放火セラレタル家屋ハ受働ノ位地ニ立ツ物件ニシテ被害物ナレハ沒收スヘキモノニ非スノ松明ハ行動ノ位地ニアル物件ナレハ犯罪ノ用ニ供シタルモノナルヘシ發砲禁止ノ場處ニ於テ發砲シタル砲銃モ鳥獸獵禁止ノ場處ニ於テ發砲シタルモノ同ク所爲ニ供シタルモノニシテ行動的ナルヲ以テ沒收セラルヘシ世上ノ論者罪体ナル者ト非罪体ナルモノトヲ區別シ罪体トハ罪ヲ構成スル一原素ヲ云フ者ニシテ非罪体トハ其外ナルモノナリト爲シ前例發砲禁止ノ場處

ニ於テ發砲シタルハ其銃砲ハ罪体トナリ故ニ沒收セス鳥獸獵禁止ノ  
場處ニ於テ發砲シタルハ其銃砲ハ罪体ニアラス故ニ沒收スヘシト論  
スレモ其區別理由ノ存スルヲ見ス余ヲ以テ見レハ前二例ハ共ニ是レ  
犯罪所爲ニ用エラレタルモノニ犯罪構成ノ條件タルト同一ナリ何  
トナレハ所爲ナキ犯罪アラサルヘケレハナリ故ニ罪体非罪体ハ沒收  
否沒收ノ法理トナラス犯罪ノ用ニ供シタル物件ハ其實所爲ナルカ故  
ニ何レノ場合モ犯罪構成ノ一部ニ罪体ナルモノナリ故ニ犯罪ノ用  
ニ供シタル物件ヲ沒收スルハ罪体ノ一部ヲ沒收スルニアレハ只タ其  
行働物ナルカ受働物ナルカヲ定ムルニアリ  
犯罪ノ用ニ供シタル物件ハ何故ニ沒收スルヤ此問題ニ付説ヲ爲ス者  
アリ犯罪ニ用エタル物件ヲ犯人ニ與ヘ置ケハ再犯ノ憂アリ故ニ沒收  
スト此議論一應最モナルカ如シト雖モ貫徹セサル所アリ何トナレハ

紙幣偽造ニ用キタル版面或ハ國事犯ノ火藥砲銃ナトヲ沒收スルノ場  
合ヲ想像スレハ至當ナルカ如シト雖モ毆打ノ用ニ供シタル柴折レ放  
火ノ用ニ供シタル唐付木ヲ沒收スルノ場合ヲ想像スレハ再犯防止ニ  
何等ノ利益モナキカ如シ左レハ此物件ヲ沒收スルハ古代金石草木ニ  
至ル迄悉ク精神ノ寓スルモノト思ヒ此等ノ物件カ人ニ害ヲ與フルハ  
ハ之レニ復讐シタル時代ノ思想ヲ遺傳スルモノトスルハ適當ナルカ  
如シ前々章ニモ論シタル如ク家畜他人ニ害ヲ與フルニ於テハ被害者  
ニ其家畜ヲ引渡シタルハ近キ時代迄我國ニ行ハレタル慣習ナリ此ノ  
種ノ慣習ハ萬國何レノ地モ古代ハ一般ニ行レタルモノナルコト明ナ  
リ彼ノ白河上皇ノ御宇連日ノ降雨ヲ怒ラセ給ヒテ雨ヲ器ニ入レ獄ニ  
下シタル如キ又羅馬十二銅標ニ家畜他人ヲ害スルハ其家畜ヲ被害  
者ニ引渡スヘシモーセスノ法律ニ壯牛アリ害ヲ人ニ加入被害者爲メ

ニ死シタル片ハ其牡牛ヲ殺スヘシツロンノ法律ニ曰ク犬アリ人ヲ噛ミタル片ハ其犬ヲ縛メ被害者ニ引渡スヘシトアルカ如キ又或古代法學者ハ石或ハ金屬人ニ害ヲ加ヘタルナラハ之ヲ國境ノ外ニ棄ツヘシト説カレタリ如此害ヲ爲シタル物件ヲ惡ムハ一般ノ人情ナレハ此歷史的遺傳ニ因テ此規定アルモノナラン

第三犯罪ニ因テ得タル物件 トハ犯罪ヨリ直接ニ得タル物件ヲ云フニアリテ彼ノ強竊盜ノ竊取シタル物品偽造紙幣ヲ行使メ買得タル物件官吏ノ收賄金ノ如キ是レナリ此項ノ物件ナル文字ヲ以テ不確定物ナル彼ノ金錢ノ如キニ及ホシ能ハサル如ク論スル學者ナキニ非サレ此這ハ甚々文字ニ拘泥シタル議論ナラン故ニ余ハ金錢ニテモ確ト其物ヲ定ムルヲ得ハ沒收スヘキモノト信スルナリ  
沒收スヘキ物ハ犯罪ヨリ直接ニ得タル物ナラサル可ラス故ニ他物ト

交換シタル物件即チ贓金ヲ以テ買得シタル物品ノ如キハ沒收スルモノニ非ス  
右第二第三ノ物件ハ犯人ノ所有品ナルカ或ハ所有主ノナキ物品ニ非ラサレハ沒收セス是物件自体ハ不正品ニ非サルカ故ニ何人ノ所有ヲ問ハス沒收スルヲ得サルニ因ルモノナラン(第四十四條)

#### 第四款 假出獄

假出獄トハ重輕罪ノ自由刑ニ處セラレタル者善心ニ立歸リタル片其刑ノ幾部ヲ執行シタル後行政ノ處分ヲ以テ假ニ自由ノ生活ヲ爲サシムルヲ云フ刑法ハ此規定ヲ設ケタル理由ハ已ニ刑ノ幾分ヲ執行シテ他一般ノ人ヲ豫戒シタリ而シテ犯人モ亦善心ニ立歸リタリトセハ刑罰ノ目的既ニ達シ此上刑ヲ行フトセハ必要ナラサルニ刑ヲ行フ者ニ刑



ハ却テ世ヲ害スルノ品具トナルノ恐アレハナリ故ニ犯人カ假出獄ノ  
恩典ニ與ランカ爲メ勤メテ惡念ヲ排斥シタルニテモ或ハ努メサルニ  
自然善良ノ心ニ立歸リタルニテモ假出獄スヘキモノニ又爲サハル  
可ラサル義務アルモノナリ是故ニ或學者ノ如ク假出獄ハ悛改復善ヲ  
促スノ具ナリト云フハ非ナリ何トナレハ論者ノ如クセハ假出獄ノ恩  
典ニ與ラント勤メテ善心ニ歸シタル人ニ與フルノ理由アルモ勉メス  
ノ善心ニ歸リタル者ニハ與フルノ理由ナキカ如クナレハナリ  
重罪輕罪ノ刑ニ處セラレタル者獄則ヲ謹守シ悛改ノ狀アルハ其刑  
期四分ノ三ヲ經過シタル後又無期徒刑ノ囚ハ十五年ヲ經過シタル後  
行政上ノ處分ヲ以テ假ニ出獄ヲ許スヲ得流刑ノ囚ハ免幽閉ノ例ア  
ルヲ以テ假出獄スヘキモノニアラス(第五十三條)如斯重罪囚カ悛改  
ノ狀ヲ呈スルハ假出獄スルモノナレモ若シ刑期限内更ニ重罪輕罪

ヲ犯シタルハ其後如何ニ悛改遷善ノ實アルモ我刑法ハ假出獄ヲ許  
サス(第五十七條)徒刑ノ囚ハ假出獄ヲ許サル、モ内地ニ歸ルヲ得ス仍  
ホ島地ニ居住セサル可ラス(第五十四條)假出獄ヲ許サレタル者ハ免幽  
閉者ト同ク行政ノ處分ヲ以テ治産ノ禁ノ幾分ヲ免スルヲ得但本刑  
期限内特別ニ定メタル監視ニ付ス(第五十五條)此特別監視ノ規定ハ刑  
法付則ニアリ  
假出獄中更ニ重罪輕罪ヲ犯シタルハ直チニ出獄ヲ停止シ出獄中ノ  
日數ハ刑期ニ算入セスノ刑ヲ執行ス(第五十六條)故ニ假出獄重罪輕罪  
ヲ犯スハ假出獄日數ハ刑ノ執行日數トナラス重罪輕罪ヲ犯サ、レハ  
出獄中ノ日數ハ刑ノ執行日ト同一ノ効力ヲ有ス

### 第五款 數罪俱發處分

本款ハ前章ニ論シタル一罪及ヒ數罪ノ區別ト大ニ關係ヲ有スルモノナルヲ以テ讀者豫メ該章ヲ腦裡ニ置キ然ル後ニ本款ノ處分法ヲ讀ムヘシ

數罪俱發トハ刑法第百條以下ニ規定スル如ク未タ確定判決ヲ經サル二個以上ノ罪一罪已ニ發覺シ又ハ一罪已ニ判決ヲ經タル後餘罪發覺シタルヲ云フ故ニ再犯ト異ナル所ハ確定判決ヲ經タル後ニ犯シタルト判決確定以前ニ犯シタルトノ差アルナリ

此數罪處分方法ニ付キ學說種々ニ分レ居ルモ其基ク所ハ刑ハ懲戒ノ目的ヲ達スレハ可ナルモノナルヲ以テ數罪アリトスルモ數刑ヲ科スルノ必要ナシトノ觀念ト罪アレハ刑勿ル可ラストノ觀念ヨリ胚胎シ來ルモノ、如シ其說分レテ三種トナレリ

一併科主義 此主義ハ罪アレハ刑勿ル可ラスト故ニ數罪ハ數刑ヲ科ス

ヘシト云フニアリ此主義ハ懲戒ノ思想ニ疎ク寧ロ賠償復讐ノ思想ニ接近シタル者ト云ハサル可ラス我刑法ハ違警罪ノミニ罪以上俱ニ發シタルハ各其刑ヲ科ス(第百一條數罪俱ニ發シ一ノ重キニ從フ)ト雖モ其沒收及徵價ノ處分ハ各本條ニ從フ(第百三條)ト定メタルヲ以テ此點ハ純然タル併科主義ナリ又彼ノ烟草稅則酒造稅則印紙稅規則違犯者ノ如キハ數罪俱發ノ例ヲ用ヒストアルヲ見レハ這モ亦純然タル併科主義ナリ勿論此等稅則ハ其實犯罪ト云ハンヨリハ政府ノ稅權ヲ害シタル損害賠償ノ性質ナレハナリ然レモ此併科主義ハ前掲ノ如ク豫戒懲戒ノ思想ニ疎ク賠償復讐ニ近キヲ以テ往々罪ト刑トノ權衡ヲ得サルヲアリ例令ハ三月ノ重禁錮ニ相當スル竊盜十犯アレハ其刑卅ヶ月トナリ一月ニ當ル毆打十二犯アレハ一年ノ刑トナルヘシ然ルニ小竊盜十犯アレハトテ大竊盜一犯ヨリ實害少キノミナラス其惡意ノ

度モ低カルヘク十回ノ小毆打ハ一回ノ大毆打ニ比シ殘忍ナラサルハシ然ルニ刑ハ之レニ反スルモノハ是權衡ヲ得サルナリ況ンヤ犯人ヲ速ニ逮捕ノ刑罰ヲ科シ餘罪ヲ犯サシメサルノ所爲ヲ爲サハルハ幾分カ社會ノ過失タラサルヲ得サルニ於テチヤ

二吸收主義 トハ數罪刑ノ中一ノ重キ刑ヲ選擇ノ之ヲ科セントスル者ナリ故ニ此主義ハ復讐賠償ノ思想ニ遠ク懲戒ノ思想ニ近キモノ一罪犯者ト十罪犯者トハ惡意ノ程度殊ニスヘキニモ不拘同一刑ヲ科スルモノナルニ依リ懲戒ノ目的充分達スルヲ得サルナラシ且ツ豫戒ノ思想ニ乏シキヲ以テ重キ一罪ヲ犯シタルモノニハ小罪免許ヲ與ヘタル如キ感ナキ能ハス然レニ我刑法ハ重罪ノ場合ニ此主義ヲ採用シ第百條重罪輕罪ヲ犯シ未タ判決ヲ經スニ罪以上俱ニ發シタル片ハ一ノ重キニ從テ處斷スト定メタリ而シテ其重キ或ハ輕キトハ何ヲ指スカト

云フニ極刑タル死刑ハ云フ迄モナキ第一ノ重刑ナレニ其他ノ刑ハ刑期ノ長キモノヲ以テ重トシ刑期ノ等シキモノハ定役アルモノヲ以テ重ト爲ス(第百條二項)又輕罪ノ刑ハ其所犯情狀ノ最モ重キモノニ從テ處斷ス(同條三項)ト定メタリ如斯第三項ニハ所犯情狀トアリテ詳細ヲ缺クノ嫌アルカ爲メ世上學者間異論ナキニ非ス即チ所犯情狀最モ重キトアリテ罪種ノ重キニアラスト云フ論是ナリ若シ此論ヲ以テ正鵠ヲ得タルモノトセハ實ニ奇怪ノ結果トナルヘシ例令ハ甲者妻子ヲ養ハシカ爲メ乙家ニ忍入り千圓ヲ竊取シ(三月以上四年以下ノ重禁錮六月以上二年以下ノ監視其後放蕩ニ消費セン爲メ家屋外ニテ十錢ニ價スル輝一本ヲ盜ミタリ)十一日以上二月以下ノ重禁錮トセハ千圓竊取ノ刑ニ處セラレスノ輝竊取ノ刑ニ處セラレ極ク輕微ナル刑ヲ科セラシルニ至ルヘシ果シテ然ラハ能ク重キ一刑ヲ科シ懲戒スヘシトノ趣旨

ニ適フヤ否ヤ予テ以テ見レハ所犯情狀最モ重キトハ立法上ノ重キモ  
犯情ノ重キモ包含スル文詞ナリト信スルナリ何トナレハ立法者ハ犯  
情ノ輕重ヲ以テ罪種刑罰ヲ定メタルナルヘケレハ立法上重キモハ  
亦犯情ノ重キモノナレハナリ故ニ前例ノ如キハ千圓竊取ノ罪ニ基キ  
處斷セサル可ラサルハ勿論ナリ又假令立法上ノ罪種輕キモ所犯情狀  
重キカ爲メ實際科セラル、刑重キ時ハ亦其重キニ從ハサル可ラス例  
令ハ目的手段希望趣旨等輕キ情狀ニテ犯シタル三月以上五年以下ノ  
重禁錮ニ該ルヘキ甲罪ト重キ情狀ニテ犯シタル二月以上四年以下ノ  
重禁錮ニ當ル乙罪ト俱發シタリ而シ此場合裁判官ノ見込ニテハ若シ  
甲一罪ナリセハ五月ノ重禁錮ニ相當スヘク乙一罪ナリトセハ六月ノ  
重禁錮ニ相當スルモノト認定シタルナラハ甲罪ハ立法上罪種重ク乙  
罪ハ輕キニモ不拘犯情ノ重キハ乙罪ニ從テ刑モ重キニ依リ乙罪ニ

依テ六月ノ重禁錮ニ處斷セサル可ラス故ニ結局立法上并ニ所犯ノ情  
狀ノ輕重中最重キニ從ヒ處斷セサルヘカヲサルナリ  
違警罪ハ違警罪ノミニ罪以上俱ニ發シタル時ハ各其刑ヲ併科スレモ  
若シ重罪又ハ輕罪ト俱ニ發シタルハ一ノ重キニ從テ處斷スヘキモ  
ノナリ(第百一條)何カ故ニ立法者ハ違警罪ニ限リ併科主義ヲ採リタル  
ヤ實ニ一貫セサル立法ト云フヘシ  
判決前ニ犯シタル數罪ノ内一罪先ツ發覺シ判決ヲ受ケ餘罪後ニ發シ  
タル時ハ其餘罪カ先發罪ヨリ輕キカ若クハ同等ナルハ之ヲ論セス  
重キ時ハ更ニ之ヲ論シ前發ノ刑ヲ以テ後發ノ刑ニ通算ス若シ前發ノ  
罪カ罰金科料ニシテ已ニ納完シタルハ一圓ヲ一日ニ折算シ後發ノ刑  
ニ通算ス第百二條本條ニ後發ノ罪前發ノ罪ヨリ輕ク若クハ等シキ者  
ハ之ヲ論セストアルモ這ハ刑ヲ科セサルノ意味ニシテ無罪ト云フノ意

味ニアラス故ニ公訴ヲ起シ其罪跡ヲ明瞭ニセサルヘカヲサルハ勿論ナリ

若シ又數罪中ノ一罪前ニ發覺ノ之レニ判決ヲ與ヘタルモ當時其他ノ罪發覺セスノアリシカ其後被告カ他ノ一罪ヲ犯シタル爲メ之ヲ判決セントシタル時前ノ餘罪發覺シタル片ハ前發ノ罪ト比較セスノ再犯即チ後ノ罪ト比較シ其中重キモノニ就キ處斷スルトセリ(第百條一項)此規定ハ被告ヲ甚タ不當ナル利益ヲ得セシムル結果ヲ生スルアルベシ例ヘハ重禁錮一月ノ甲罪ト二月ノ乙罪ト犯シタルニ甲罪發覺シタルカ爲メ判決シタルニ其後三月ニ當ル丙罪ヲ犯シ丙罪ト俱ニ乙罪發覺シタリトセハ此規定ニ基キ乙罪ハ論セサルトノ丙罪ノ刑三ヶ月ヲ執行セサル可ラサルヘシ故ニ被告カ前後受クル所ノ刑四月ナリ然ルニ若シ乙罪カ甲罪ト俱ニ發覺スルカ丙罪前ニ發覺スル片ハ

五ヶ月ノ刑トナルヘキニ被告ハ一ヶ月ノ刑ヲ免ルハ全ク本項ノ規定ニ由ルモノナリ此種ノ例數多アリト雖モ冗長ニ涉ルヲ以テ之ヲ畧ス

三折衷主義 此主義ノ目的ハ併科主義ハ重キニ失シ吸收主義ハ輕キニ失スルヲ以テ能ク其中庸ヲ得ントスルニアリ此主義ヲ以テスル片ハ種々ノ方法ヲ用ユルヲ得ヘシト雖モ大畧三種アルカ如シ第一ハ併合主義ナリ這ハ刑ノ種類ニ由テ併科スル者ト吸收スルモノトヲ定ムルノ法ナリ即チ罰金料沒収ハ之ヲ併科シ身刑ハ之ヲ吸收スト云フ如キ是ナリ第二ハ限定吸收主義ナリ這ハ數罪俱發者ニハ其内最モ重キ刑ノ最長期ヲ下ス可ラス或ハ或ル度ヨリ下ス可ラスト云フ如キ第三ハ加重主義ナリ這ハ數罪中ノ最重キ刑ニ他ノ刑ノ幾分宛ヲ加ヘタル刑ヲ以テ處斷セントスルモノトス

以上併科吸収折衷ノ三主義ノ得失ニ就キ種々議論アリト雖モ立法論ナルヲ以テ之ヲ贅セス

### 第六款 刑期計算

刑ハ執行スルヲ得ヘキ日ヲ以テ起算點ト定ムルハ最モ至當トス故ニ裁判確定以前ノ日數ハ刑期ニ算入スルヲ得サルヤ明ナリ何トナレハ判決確定セサレハ刑ヲ執行スルヲ得ス刑ヲ執行スルヲ得サルノ日ヲ以テ刑期ニ算入スルハ不當ナレハナリ彼ノ未決勾留ノ如キハ國民ノ義務ナリ之ヲ以テ刑ト一般ニスルヲ得ス併シナカラ未決勾留ヨリ蒙ル人民ノ損害少カラス是又幾分ナリモ救済スルノ道ヲ講セサル可ラス其例外ハ後段ニ説カン又既ニ判決確定シ刑ヲ執行スルヲ得ヘキ時期ニ至レハ茲ニ刑期ノ算點ヲ起シ時日經過ト共ニ進行スヘキモノニ

ノ犯人ノ所爲ニ因リ執行スルヲ得サリシモハ格別官ノ都合或ハ官ノ過失ノ爲メ執行セサルモ期間ノ經過ハ之ヲ待ツヘキモノニアラサルナリ

右ハ一般ノ原則トス然ルニ我刑法第五十一條ニ刑期ヲ刑名宣告ノ日ヨリ起算ストアルヲ一見スレハ前論斷ト反スルカ如クナレモ決シテ左ニアラス唯第五十一條ハ未決勾留ノ久シキニ涉ルノ弊害ヲ彌縫スルノ精神ニ出テタルモノナレハ勾留セラレタル者ノミニ關スル法條ニ前論斷ノ例外ナリトス若シ然ラストセハ控訴期日ハ宣告ノ日ヨリ五日ナルヲ以テ五日間ハ判決確定セス判決確定セサルカ爲メ刑ヲ執行スルヲ得サルニ依リ二三日ノ勾留ニ處セラレタル違警罪犯者ノ如キハ刑ナキト一般ナルヘシ何トナレハ確定以前ニ已ニ刑期ノ經過スルトナレハナリ

故ニ刑期ノ起算點ハ一般ニ判決ノ確定ヲ以テスヘキモノナレド勾留ヲ受ケ居ル囚人ニ係ルルハ刑名宣告ノ日ヨリ起算ス若シ上訴ヲ爲シタルルハ左ノ例ニ從フ(第五十一條)

(一)犯人自ラ上訴シ其上訴正當ナルルハ前判宣告ノ日ヨリ起算ス若シ其上訴不當ナルルハ後判宣告ノ日ヨリ起算ス

(二)檢察官ノ上訴ニ係ル者ハ其上訴正當ナルト否ト分タス前判宣告ノ日ヨリ起算ス

(三)上訴中保釋ヲ得又ハ責付セラレタル者ハ其日數ヲ刑期ニ算入スルヲ得ス

右ノ如ク保釋責付ヲ得タル者ハ宣告ノ日ヨリ起算セサルヲ等テ以テ見ルモ第五十一條ハ勾留ノ囚人ニ適用スヘキ例ヲ定メタルモノニシテ不勾留ノ者ニ關セサルモノナルヲ多辯ヲ待タサルヘシ又刑ハ一旦

執行スルヲ得ル時期ニ達スレハ時日ノ經過ニ伴フテ進行スヘキハ今更論ヲ俟タス故ニ判決確定シタルモ獄舎ノ準備整ハサル爲メ或ハ執行官吏ノ過失ノ爲メ等ニテ執行セサルモ之カ爲メ刑期ヲ延長セシムルモノニアラス若シ然ラストセハ犯人ニ不測ノ迷惑ヲ掛ルノミナラス確定判決ヲ左右スルニ至レハナリ何トナレハ判決ハ確定日ヨリ或日迄ヲ想像豫定シタルモノナレハナリ併シナカラ犯人ノ所爲ノ爲メ刑ヲ執行スルヲ得サル時ハ此原則ニ例外ヲ設ケサル可ラス何トナレハ若シ犯人ノ所爲ノ爲メ刑ヲ執行スルヲ得サリシモ不變期間トシテ刑期日ノ經過スルモノトセハ犯人ヲ逃走ヲ誘導スル如キ結果トナルノミナラス此場合ヲ延長スルモ犯人ニ迷惑ヲ掛ルノ實ナケレハナリ故ニ我刑法第五十二條ニモ刑期限内逃走シ再ヒ捕ニ就キタル者ハ其逃走ノ日數ヲ除キ前後受刑ノ日ヲ計算スト定メタリ

又刑期ヲ計算スルニ一日ト稱スルモノハ廿四時間ヲ云フニアルヲ以テ廿四時間ニ日數ヲ乘シタルノ時間ハ是刑期ナリ又一月ト稱スルハ卅日ヲ以テスルカ故ニ其言渡サレタル月數ニ卅日ヲ乘シタルモノハ刑期間ナリ故ニ廿八日廿九日卅日等ノ曆日ニハ關係スル所ニアラス又一年ト稱スルハ曆ニ從フヲ以テ刑ノ執行ヲ始メタル翌年ノ刑ノ執行ヲ始メタル月日ノ前日ニテ一年トナルノ計算ナリ例ヘハ明治廿七年四月十五日ニ執行ヲ始ムレハ廿八年ノ四月十四日ニ一年トナルカ如シ故ニ平年ト潤年トニ於テ一日ノ損益スル所アルヘシ又刑ノ執行ヲ始メタル初日ハ時間ノ多少ニ不拘一日ト計算シ放免ノ日ハ刑期ニ算入セス(第四十九條)

### 第三章 刑ノ加重減輕

#### 第一款 再犯加重

再犯トハ先ニ罪ヲ犯シ其裁判確定シタル後再ヒ罪ヲ犯シタルヲ云フ故ニ再犯タルニハ再犯ニ對スル判決ノ確定シタル以上ハ其刑ノ執行ヲ終ヘサルモ未タ聊カモ執行セサルモ又逃走等ノ爲メ全ク執行ヲ免レタルモ特赦ノ爲メ刑ノ免除ヲ受ケタルモ再犯トス(第九十四條)大赦ニ依テ免除ヲ得タルモノハ此限ニアラス(第九十七條)

此等再犯者ヲ我刑法ハ如何ニ處分スヘキヤヲ見ルニ前ニ重罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯重罪ニ該ル時第九十一條前ニ重罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯輕罪ニ該ル時第九十二條前ニ違警罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯違警罪ニ該ル時第九十三條ハ本刑ニ一等ヲ加フ但違警罪ニ付キテハ一年內再ヒ同區裁判所管轄地內ニ於テ犯シタルモノニアラサレハ加重スルモノニアラス又陸海軍裁判所ニ於テ軍律ニ照シ判



決テ受ケタル者ニハ再犯通常刑法ニ當ルモ再犯トセサレハ初犯常律ニ當ル者ハ再犯トシテ加重スルモノナリ(第九十六條)如斯當然ノ刑ニ一等ヲ加ヘテ處分スルハ抑モ如何ナル理由ノ存スルニ因ルカ此問題ニ對スル世上學者ノ論スル所ヲ聞クニ犯者ハ初犯ノ刑ニモ尙ホ改悛ノ情ナク再ヒ國法ヲ破リタルモノナレハ重キ刑ヲ科シ論者ノ如クスルナラハ初犯ノ刑執行シタル後犯シタル者ノミニ加重セサル可ラサルノ理ナルニ未タ執行ヲ終ヘサル者ニモ再犯トノ加重スルハ其理由ヲ見出シ能ハサルノミナラス若シ論者ノ如クスルハ再犯ノ罪如何ニ小罪ナルモ初犯ノ刑ヨリ重クセサル可ラサルニ至ラン例ヘハ甲者先ニ千圓ヲ竊取シタル罪ニテ五月ノ重禁錮ヲ言渡サレ其判決確定ノ後五錢ヲ竊取シタリトセハ少ナクハ五月以上ノ刑ヲ

科セサル可ラサラン如此モノハ刑ノ權衡ヲ得タルモノニ非サルヘシ予ノ考ヲ以テセハ再犯加重ハ犯人カ屢々罪ヲ犯スモノナルカ故ニ其惡念大ナルヲ推測スルニ足ル既ニ惡念大ナレハ實害同ニナリト雖ハ其罪大ナリト云ハサル可ラス故ニ一等ヲ加ヘタル刑ヲ以テ處斷スルモノナラント併シナカラ我刑法ハ初犯後犯ヨリ重キカ或ハ同等ナルハ加重スレハ初犯後犯ヨリ輕キハ加重セサルヲ見レハ屢々背法ノ所爲アルヲ以テ惡念大ナリト推測スルニ非スシテ初犯ノ刑ニ懲リサルカ爲メ加重スルカ如キ狀ヲ示スモノナリ然ラハ何カ故ニ刑ノ執行ヲ終ヘタル時ニ加重セサルヤ理由ノ矛盾スルモノト信スルナリ又我刑法ハ三犯以上幾犯ノ多キニ及フモ同ク一等ヲ加フルニ止ルモノナリ(第九十八條)斯ク三犯以上ト雖ハ一等ヲ加フルニ止マル所以ハ若シ犯

數ニ因リ加重スルト規定スル片ハ其結果犯者ト刑罰ト競争スル如キ  
状態ヲ呈シ刑罰權ノ尊嚴ヲ害スルノミナラス到底加重スルヲ得サル  
期アレハナリ何トナレハ小竊盜數十犯ニ及ヘハトテ之レニ重罪ノ刑  
ヲ科スルハ社會ノ忍ヒサル所ニ到底犯者ニ打勝ヲ得サルヘシ加之  
ノミナラス小罪數十犯ノ意思ハ却テ大罪ヲ犯スノ惡漢ニアラサルヲ  
示スモノナレハ數等ヲ加ヘテ極刑ニ處スルハ刑ノ權衡ヲ得タルモノ  
ニ非サレハナリ

以上論スル如ク刑ノ執行終ヘサル前ニ於テハ判決確定後ナレハ再犯  
トスルモノナルカ故ニ二刑併立ノ場合ヲ生スヘシ故ニ其執行順序ヲ  
定メサルヘカラス此點ニ付キ正面ノ理論ヲ以テセハ初犯ノ刑ヲ前ニ  
執行シ然後再犯ノ刑ヲ執行スルハ當然ナルカ如シト雖モ斯クスル  
時ハ輕キ刑ノミ執行ノ重キ刑ヲ執行シ能ハサル如キ場合アルノミナ

ラス重キ刑ハ社會重ク罰スルノ必要ヲ認メタルモノナレハ輕キ刑ヨ  
リ重要ナリ既ニ重要ノトスレハ之ヲ前ニ執行スルノ必要アリトシ  
先ツ其定役ニ服スヘキモノヲ執行シ定役ニ服セサルモノヲ後ニス若  
シ初犯再犯共ニ定役ニ服スル刑ニ當ル時又ハ共ニ定役ニ服セサル刑  
ニ該ル時ハ先ツ其重キモノヲ執行シ罰金科料ニ該ルモノハ順序ニ拘  
ハラズ各之ヲ徵收ス(第九十五條)ルモノト定メタリ

## 第二款 宥恕減輕

宥恕トハ公益ノ爲メ或ハ犯者智力ノ程度ノ爲メ有形結果タル害惡ニ  
相當スル刑ヲ減免スルヲ云フ故ニ宥恕ニハ其刑ノ幾部ヲ減スルモノ  
ト其刑ヲ全免スルモノトアリ然レモ素宥恕ハ無罪ニ非サレハ宥恕全  
免刑ノ場合ニテモ其所爲タルヤ犯罪ナリトス又宥恕ニハ智力ノ程度

ニ小疵アル爲メ減輕スルモノアリ彼ノ十二歳以上十六歳以下ニシテ是非ヲ辨別スル者ノ宥恕十六歳以上廿歳以下ノ幼者ノ宥恕ノ如キハ罪ヲ犯ス丈ノ智力ハアレ其智力タルヤ壯年者ノ如ク完全ナラサルニ因ルナルヘク又憤怒ニ出テタル者ノ宥恕モ怒情ノ爲メ完全ノ智力作用ナカリシカ爲メナルヘシ反之同居親屬盜ノ如キハ公益ノ爲メ法律ハ墻壞ノ内ニ入ラスノ趣旨ニ基クモノナルヘシ  
又宥恕ニハ總則ノ宥恕ト各本條ノ宥恕トアリ其總則宥恕ナルモノハ幼者ノ場合ニ限レリ  
罪ヲ犯スル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ナクシテ犯シタル時ハ其罪ヲ論セサルモ若シ辨別アリテ犯シタル時ハ其罪ヲ宥恕シ本刑ニ二等ヲ減シ(第八十條)罪ヲ犯スル滿十六歳以上廿歳ニ滿タサル者ハ其罪ヲ宥恕シ本刑ニ一等

ヲ減ス(第八十一條)第八十三條ニ違警罪ニ關スル宥恕ノ規定アレ其之ヲ略ス

### 第三款 自首減輕

自首減輕トハ謀故殺外ノ罪ヲ犯シ事未タ發覺セサル前ニ於テ官ニ自訴シタル者ハ其犯罪ニ相當スル刑ヨリ一等ヲ減シタル刑ヲ科スルノ謂ヒナリ(第八十五條)故ニ自首減輕ヲ得ルニハ第一謀故殺ニアラサル罪ヲ犯シタルトテ要ス立法者カ此條件ヲ設ケ謀故殺者ニハ自首減輕ヲ與ヘサル所以ハ此等人命犯者ハ初メヨリ自首スルノ目的ニテ犯ス者多キニ依リ若シ減輕スルトセハ刑罰輕キニ過キ犯行者ヲ誘導スル如キ傾キトナリ其弊少ナカラサルニ依リ自首ノ爲メ社會ノ得ル利益其弊ヲ償フニ足ラスト認メタルニ基クナルヘシ第二相當官衙ニ自

首セサルヘカラス併シ財産ニ對スル罪ニ係ルハ被害者ニ首服スルモ可ナリ第三事未タ未發覺前ナルヲ要ス事未タ發覺前トハ犯罪事實ノ發覺セサルヲ云フニ非ス犯人ノ誰タルヘキカ未タ知レサル前ナレハ可ナリ故ニ放火ノ罪ノ如キ其事アルト同時ニ市中一般ニ知レ渡ルモノナレハ犯人ノ誰ナルカ未タ知レサル以前ニ自首スルハ減等セサル可ラス又其犯人ノ誰タルヲ或一部ノ人カ知ルモ自首減等スルニ足ル唯被害者カ之ヲ知リタルカ官衙カ之ヲ知リタル後ナラサルヲ要スルノミ尙立法者ハ被害ヲ償ハシムルノ目的ニテ財産ニ對スル罪ヲ犯シタル者自首ノ其贓物ヲ還給シ損害ヲ賠償シタルハ自首減等ノ外仍ホ本刑ニ二等ヲ減シ其全部ヲ還給セスト雖ハ半數以上ヲ還償シタル時ハ一等ヲ減スルモノト定メタリ(第八十六條)犯人カ此減等ヲ得ルニハ被害者ヨリ要求セラレタル後カ或ハ官ノ處分或ハ判決ノ

結果トシ賠償シタル如キハ不可ナリ此等ノ事ナキ前ニ自ラ進シテ返還セサル可ラス併シ自首ノ後ニテモ可ナルヘキナリ自首減等ノ結果トシ賠償シタル如キハ不可ナリ此等ノ事ナキ前ニ自ラ進シテ返還セサル可ラス併シ自首ノ後ニテモ可ナルヘキナリ自首減等ハ本刑ニ一等或ハ二等三等ヲ減スルモノナルヲ以上論スル所ノ如シ而シテ其減等カ如何ナル理由ニ基クカ世上説ヲ爲ス者アリ罪ヲ犯シ其事實ヲ自供スルハ常人ノ能クシ能ハサル所ナリ然ルニ被告之ヲ爲スニ至リタルモノハ眞心悔悟シ已ニ善良ノ人トナリシノミナラス再犯ノ憂ナシ故ニ減等スルモノナリト此説非ナリ何トナレハ眞心悔悟セス只減等ヲ目的トシ自首スル者ニモ減等セサル可ラサルノミナラス一時凌ノ爲メ入監セントスル自首者ニモ減等セサル可ラサレハナリ彼ノ北海道出稼人等ハ嚴寒彼ノ地ニ日ヲ送ル能ハサル爲メ冬籠ヲ目的トシ數多ノ犯罪中ヨリ或一罪ヲ撰ミ出シ其刑ヨリ自首減等スレハ十月頃ヨリ翌年二三月頃迄禁錮セラルカ如キ都合ヲ見計