

和仏法律学校講義録

古賀, 廉造

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

1-27

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

73

(発行年 / Year)

1903-02-24

（明治三十五年十一月四日第三種郵便物認可。毎月廿四日、廿五日、廿六日、廿七日、廿八日、廿九日、三十日發行）

明治三十六年二月二十四日發行

三十五年度 第一學年ノ二十七

和佛法律學校講義錄

第六拾貳號

和佛法律學校



(二) 無意犯ニ於テハ犯人ハ正當ノ行為ヲ行ハント欲シテ之ヲ行ヒ却テ犯罪ノ結果ヲ生ゼシナリ此場合ニ於テ犯人ハ犯意ヲ有セザルカ故ニ其犯罪ノ責任ニ非スル者ニ非スト雖モ其當ニ遵守スヘキ義務ニ違背シタルノ怠慢アルトキハ刑法特ニ之ヲ罰スルコトアリ過失罪即チ是ナリ刑法ノ學問上有意犯ト無意犯トヲ區別スルニ至リタルハ蓋シ犯人ノ意思其方向ヲ異ニスルノ結果ニ外ナラサルナリ

元來犯罪ノ意思ハ精神ノ命令特ニ犯罪ノ執行ニ在ル場合ヲ謂フモノナレハ犯罪ノ意思ナキ場合ト雖モ決シテ通常ノ意思缺亡セリト謂フヘカラス試ニ犯罪ノ意思ナキモ通常ノ意思ヲ有シテ爲シタル行為ノ過失罪ヲ構成スル場合ヲ論ゼン

例ハ獵夫銃ヲ發シ鹿ヲ射撃セント欲シテ誤テ樵夫ヲ銃殺シタル場合ノ如シ又一少年瓦石ヲ弄シテ誤テ通行人ニ命中シテ之ヲ負傷セシメタル場合ノ如シ凡ソ此ノ如キ場合ニ於テ獵夫ハ樵夫ヲ銃殺セント欲スルノ意思ヲ有セザル者ニ非ス又少年ハ通行人ヲ負傷セシムルノ意思ヲ有シタル者ニ非サルナリ即チ此

二人ハ初ヨリ樵夫ヲ銃殺シ通行人ヲ負傷セシメント欲スルノ意思ヲ以テ特ニ銃ヲ發シ又瓦石ヲ投シタル者ニ非ス其殺害負傷ノ行為ハ實ニ偶然ノ結果ニシテ犯人ノ豫想外ニ出テタルモノナリ然レトモ此獵夫ハ初ヨリ銃ヲ發シテ鹿ヲ射撃スルノ意思ヲ有シ又此少年ハ瓦石ヲ弄スルノ意思ヲ有シ其意思ノ命令ヲ行ハント欲シ偶誤テ人ヲ殺傷シタル者ナレハ最初ヨリ何等ノ意思ヲ有セスシテ犯罪ヲ行ヒタル者ト同日ニシテ論スヘカラス即チ強制ニ出テタル行為又ハ知覺精神ノ喪失ニ因ル行為ト同一視スヘカラサルナリ之ヲ換言スレバ銃ヲ發シ瓦石ヲ投スルハ犯人ノ意思ニ發動ニ出ツルト雖モ樵夫ヲ殺シ通行人ヲ傷ケタル行為ニ至リテハ即チ犯人ノ意思毫モ與リ知ル所ニ非ス蓋シ犯人ノ意思ニ其發動ノ方向ヲ誤リテ犯人ノ爲サント欲スル所ノ目的ヲ違ヒシムル能ハザリシモノナリ夫レ此ノ如ク犯人ハ犯罪以外ノ行為ヲ行フノ意思ヲ以テ之ヲ行フテ而シテ偶犯人意外ノ結果ヲ發生シタルトキハ即チ犯人ハ犯罪ノ意思ナクシテ犯罪ヲ行ヒタリト謂ヒ又ハ故意若クハ惡意ナキ犯罪ナリトモ謂フナリ故意若クハ惡意ナキ犯罪ハ唯犯罪タルヲ知リテ之ヲ行フノ意思ナキ場合ヲ謂フモ

因テ發生スル所以ノ理由ヲ謂フ例ヘハ一貧兒ノリ親ノ病ニ臥キ藥餌不給スル大罪ヲ雖ルニ忍ビテ竊ニ隣家ニ忍入財ヲ盜ミ之ヲ以テ藥餌ヲ求メ病親ニ服セシメ因テ親ノ一命ヲ救フタリ此場合ニ於テ貧兒ノ心算則チ則チ孝子ノ至情已ムヲ得テルニ出ツルト雖モ隣人ノ財ヲ知リ之ヲ取ラシムルノ意思之ヲ所爲スルヲ免ヒシ他人ノ所有タルコトヲ知リ之ヲ取ラシムルノ意思之ヲ竊盜ノ意思ト謂フ此意思ヲ發生スルニ至リタリ理由親ノ病ヲ救ハシムルハ心之ヲ竊盜ノ原因ト謂フナリ凡人ノ善行ヲ爲スニハ必ス常ニ稱賛スヘキ理由アリト謂フヘカラス又惡行ヲ爲スニモ亦必ス常ニ譴惡スヘキ原因アリト謂フヘカラス王莽ノ恭讓ニ不善ノ行爲ナリト謂フヘカラス然レドモ其原因ヤ漢ノ天下ヲ奪ハシト欲スルニ在リ宗五郎ノ直訴ヲ當時ノ制度ニ於テ善行ヲ得テ罪フコトヲ得ス然レトモ其原因ヤ佐倉人民ノ盜炭ヲ救ハント欲スルニ在リ此ノ如ク犯罪ノ原因ニ於テ或ハ善アリ或ハ不善アリ雖モ犯罪ノ意思ニ至ラズハ必ス常ニ不正ノ性質ヲ具スルニ非ズ彼ノ民法ニ所謂加害ノ意思又ハ不當ノ利得ト謂フカ如キハ刑法上犯罪ノ責任ヲ構成スル必要ノ原素ト爲コト

以テ得ズ即チ犯罪ノ原因ニ外テラテ犯罪ノ直接ノ目的ニ非サズテ親ノ病ニ特ニ其目的ニ向ヒテ發スル所ノ意思ヲ謂フ故ニ其目的以外ノ意思ヲ以テ犯罪ニ犯シタルトキハ別罪ヲ構成スルニ非ズレバ則チ不論罪ノ原因ト爲ルベシ例ヘキ殺人罪ノ如シ殺人罪ヲ構成スルニハ唯殺人ノ結果ヲ生ゼシメタル有形上ノ行爲ヲ行フヲ以テ十分ナリトモス即チ犯人ハ殺人ノ結果ヲ生ゼシメタル罪ニ單ニ人ヲ創傷セントスルノ意思ヲ有セシニ過キタルトキハ未ダ以テ殺人罪ノ責任ヲ負フモノニ非ス必ス殺人罪ヲ行フニ當リテ特ニ人ヲ殺スノ意思ヲ有スルコトヲ要ス是レ刑法第二百九十四條ニ故意ヲ以テ云トノ規定スル所以ナリ若シ殺人罪ノ結果ヲ生シテ而シテ犯人ノ意思ヲ有セザルニシテ則チ此殺人罪ハ忽チ一變シテ刑法第二百九十九條ニ所謂毆打致死ノ重罪ヲ構成スルニ過キタルナリ要スルニ殺人罪ニ付テハ殺人ノ犯意ヲ有スルコトヲ要シ毆打罪ニ付テハ毆打ノ犯意ヲ有スルコトヲ要スルナリ若シ犯罪ノ結果雖モ同一ニ歸ス下雖モ犯人ノ犯意ニ於テ異ナル所アリテ則チ此犯人ハ決シテ同

一ノ責任ヲ負フ者ニ非ズルナリ故ニ曰ク各犯罪ノ責任義務構成スル所ニハ
 各犯罪ニ付キ特殊ナル犯罪即チ故意ヲ有セザルモ亦ト論者特殊犯罪
 以外尙ホ一般ノ犯罪ナルモノニアリト主張スル者有リ曰ク犯人并チ其行ハ
 欲シ又其行ハチラント欲スル所ニ行爲シ刑法ノ禁制ヲ又無余金銀ノ所果モ希
 タルコトヲ知リテ而シテ特ニ之ヲ決行セザルモ亦ト論者則チ一般ノ犯罪又
 亦ト是レ論者一般ノ犯罪行ハシト欲スルモ意思則チ一般ノ犯罪ナリト
 云フ并ニ然ラハ則チ論者ノ所謂一般犯罪トハ果シテ如何ナルモノ又指シカ
 犯罪ノ各種ハ刑法各本條ニ於テ一之カ定義ヲ掲ク此各犯罪ノ外ニ於テ別
 一般ノ犯罪ナルモノモ存スヘキ理由ナク論者ハ必ス一般ノ犯罪ヲ以テ一般
 罪ニ共通スヘキ意思ヲ指シタルモノナク然レトモ刑法第七十七條ニ於テハ
 「罪ヲ犯ス意ナキノ所爲云云」ト規定シ人ヲ害スルノ意ナキ所爲云云アリト言ハ
 ス是ニ由リテ之ヲ觀レハ我刑法ニ所謂故意ニ各本條ニ規定スル各罪又犯罪ノ
 意思即チ特殊ノ犯罪即チ故意ヲ謂フモノナク然レ論者ノ所謂人ヲ害スルノ意思
 即チ民法上所謂加害ノ意思ヲ指シタルモノニ非ズルモノナク火ヲ賭クモノモ明カナリ

唯茲ニ一言ノ注意ヲ要スヘキモノアリ即チ現行刑法ノ各本條ノ罪ニ付キ別
 特殊ノ犯罪ヲ明記セタルヲ以テ原則トスルコト即チ是ナリ蓋シ刑法ハ各本條
 ノ罪ニ付テハ必ス其罪ヲ犯スノ意思ヲ要スルノ明白ニ過タルカ故ニ各本條每
 ニ別ニ之ヲ明記スルノ無益ナルヲ信セシナリ若シ夫レ犯罪ノ結果同一ニシテ
 而シテ犯人ノ責任ヲ異ニスル場合ニ於テハ故ラニ特殊ノ犯罪ヲ特書スルコト
 アリ例ヘハ刑法第二百九十四條ニ規定スル故殺罪ノ場合ニ於テ故意ヲ以テ云
 云ト明記シタルカ如シ是レ別ニ故意ヲ以テ云云ノ明記ヲキモ一般ノ原則上其
 意義ヲ包含スルヤ明カナリト雖モ殺人罪ニ於テ過失殺致致死謀殺ノ如ク數箇
 ノ種類アリテ各罪ニ付テ犯人ノ責任ヲ異ニスルカ故ニ解釋ノ誤謬ヲ來サシム
 トヲ恐レ特ニ此特書ヲ爲シタルモノナリ別ニ他意ヲ察スルニ非ルナリ世ノ學者
 此故意ノ文字ニ拘泥シテ特殊ノ犯罪最特別ノ犯罪ヲ要スルモノノ如ク解釋シ
 故意ヲ以テ之ヲ犯罪ニ對抗セシメシトスルハ愚論ノ甚シキ者ナリ蓋シ法律ニ
 (二) 豫謀ノ犯罪 豫謀ノ犯罪トハ犯人ヲ犯罪行爲ヲ行爲ニ當リ其犯罪ノ必成
 フ期セント欲シテ深遠ノ熟慮ヲ運ラヌ場合ヲ謂フ例ヘハ刑法第二百九十二條

ニ於ケル謀殺同法第三百二條ニ規定スル豫謀殺打ノ罪ヲ犯ス場合ニ要スル所
 ノ犯意即チ是ナリ此犯意ハ他ノ犯罪ニ於ケル責任ヲ構成スルノ必要條件ナ
 ルニ非スシテ單ニ謀殺罪及ヒ豫謀殺打罪ノ場合ニ限リテ責任加重ノ特別要
 件ナリ
 刑法ハ犯意ノ性質ニ從ヒテ犯人ノ責任ヲ異ニシ即チ豫謀ノ犯意ヲ以テ罪ヲ犯
 シタルトキハ特殊ノ犯意ヲ以テ罪ヲ犯シタルトキヨリ刑罰ノ制裁一層大ナリ
 トス是レ果シテ何リ理由アリテ然ルカ法律問題トシテハ毫モ之ヲ探究スルノ
 利益ヲ見ルコトナシト雖モ立法問題トシテハ大ニ之ヲ探究スルノ必要アリ蓋
 シ本間ノ決定如何ハ則チ偶々以テ二種ノ犯意ノ區別ヲ存廢スルノ原因タルハナ
 リ
 豫謀ノ意思トハ偶然ノ發意ニ對スル深遠ノ熟慮ヲ謂フコト是ヲ以テ論者ハ長
 時間繼續スル犯意即チ是レ豫謀ナリト言ヒテ直チニ之ヲ以テ即時ノ犯意ニ對
 抗メント欲ス是レ時間ノ長短ニ因リテ以テ特殊ノ犯意ト豫謀ノ犯意トヲ區別
 セントスルモノナリ若シ果シテ豫謀ハ特殊犯意ノ長時間繼續シタルモノニ過

キストセハ刑法ニ於テ豫謀犯人ノ責任ヲ加重スルノ理由ヲ見テ何ゾケヤハ即
 時ノ犯意ハ國家ノ危害小ニシテ而シテ長時ノ犯意ハ危害更ニ大ナリト解フヲ
 結論ヲ生セザレバナリ然レトモ長時間犯罪ノ意思ヲ包羅スル者ハ犯罪ノ結果
 ニ付キ之ヲ慮ルコト深ク之ヲ謀ルコト遠キカ故ニ其成效ヤ多クハ確實ニシテ
 隨テ國家ノ危険モ亦一層甚シキヲ加フ立法者深ク之ヲ恐ルル是ニ於テ豫謀ノ犯
 意ハ嚴ニ之ヲ撲滅セントシテ欲シ特ニ加重ノ刑罰ヲ設ケタルナリ法律ノ真意
 蓋シ此ニ在リ豈徒ニ時間ノ長短ニ付キ刑罰ノ制裁ヲ異ニセント欲スルモノナ
 ランヤ
 凡ソ犯人ニ恐ルヘキ所ノモノハ其心術ノ不正ニ在リ犯人ニ於テ廉耻心ト慈悲
 心ノ二者ヲ缺乏スルトキハ之ヨリシテ總テノ犯罪發生ニ破廉耻ノ心ト無慈悲
 ノ心ハ實ニ犯罪ノ原動力ナリ元來國家ヲ組織シ人事ノ關係ヲ定ムルニハ權利
 義務ノ觀念ヲ保持スルヨリ善キハナシ而シテ權利義務ノ觀念ハ廉耻心ト慈悲
 心ノ發達ニ因ラスンハ非ハ廉耻心ニシテ缺乏セントカ義務ヲ履行セザルモ意ニ介
 スル所ナク權利ヲ侵害スルモ耻トスル所ナシ是ヲ以テ財産上ノ犯罪ハ多クハ

此種ノ犯人ノ犯ス所ト爲ルナリ慈悲心ニシテ亡滅セシムルカ人ノ身體ヲ傷タルモ
 憂ト爲スヲ知ラス人ノ生命ヲ奪フモ恐ルル所ナシ其性情ノ殘忍酷薄ナル實ニ
 狂獸ト擇フ所ナシ國家ノ危險蓋シ之ヨリ甚シクハナシ身體生命ニ關スル犯罪
 ハ多クハ此種ノ犯人ノ手裏ニ成ル夫レ然リ故ニ廉耻ノ心ヲ失ヒ慈悲ノ心ヲ亡
 フ者一旦犯罪ノ邪念ヲ起サシカ之ヲ遂ケスルハ必ス止マテラシコトヲ期ス若
 シ夫レ多少ノ良心ヲ存スル者ニ至リテハ或ハ外部ノ刺激ニ因リ或ハ内部ノ迷
 惑ニ因リ一時犯意ヲ發生スルコトアルモ多少ノ時間ヲ經過スレハ良心ノ抑
 制スル所ト爲リ未タ之ヲ外部ニ發表スルニ違アラヌシテ正路ニ復ルコト寡シ
 トセス然ルニ一朝犯罪ノ意思ヲ起シ時間ノ經過スルニ隨ヒテ益々其惡念ヲ固シ
 シ之ヲ遂ケスルハ遂ニ止マテラシムル欲スル者ハ是レ豫謀ノ犯意ヲ有スル者
 本色ナリ然ラハ則チ良心ノ發達ヲ缺キ殘存ノ邪心ヲ包藏スルコト最モ甚シキ
 者ハ實ニ豫謀ノ犯意ヲ有スル者ニ於テ然リトス豫謀ノ犯意ヲ有スル者ノ危險
 甚之ヲ以テ尋常一般ノ犯人ト同視シテ可カラシキ立法者カ豫謀ノ犯意ヲ有ス
 ル者ニ對シテ特ニ加重シ刑罰ヲ科スルニシテ規定セシムル蓋シ不悛ノ理由存スル

アリ然ルナラシニ實感スル液ハテハスルニ其罪意中ニハ惡キ未遂ノ結果ヲ望
 第三ニ犯罪ノ結果ニ關スル場合同犯罪ノ結果ヲ付キ犯罪ノ意思ヲ觀察スル
 キハ其種類三アリ其第一ハ謀殺ニ於テハ謀殺ノ罪意中ニハ謀殺ノ結果ヲ望
 (一) 目的ノ一定ニ犯意ハ犯人犯罪ノ目的ヲ一定シテ之ヲ決行シタルトキハ目的
 一定ノ犯意ヲ有セシト謂フ例ハ甲助ヲ殺サント欲シ之ニ對シテ銃砲ヲ發シ
 因テ甲助ヲ殺害シタル場合ノ如シ即チ犯人ノ意思ハ甲助ヲ殺スニ在リテ甲助
 ハ則チ犯人カ殺サントスル目的ナリハ甲助ヲ殺害シタル爲メニ對シテ銃砲ヲ發シ
 (二) 目的未定ノ犯意ハ犯人ハ犯罪ノ目的ヲ定メズシテ之ヲ決行シタルトキハ
 目的未定ノ犯意ヲ有セシト謂フ例ハ人ヲ殺傷セント欲シテ群衆ニ對シテ發
 砲セシカ如シ此場合ニ於テ犯人カ殺害又ハ創傷シタル所ノ人ハ豫メ一定セシ
 所ノ人ニ非サルナリニシテ主トシテ殺害シタル人ハ其罪ノ全ク其目的ニ對シテ
 (三) 目的附隨ノ犯意ハ犯人ハ一定ノ罪ヲ犯サントスルニ當リ附隨ノ結果人生
 スヘキヲ豫見スルモ之ヲ生セシムルコトヲ欲セスシテ其犯罪ヲ決行シタルト
 キハ目的附隨ノ犯意ヲ有セシト謂フ例ハ懷胎ノ婦女ナルコトヲ知リテ毆打

暴行ヲ加シ因テ墮胎ニ至ラシメタル場合又ハ人ノ住居スル家屋ナルコトヲ知
 リテ放火ヲ爲シ因テ屋内ノ人ヲ死傷ニ至ラシメタル場合如シ凡ソ此等ノ場
 合ニ於テ犯人ハ墮胎又ハ死傷ノ至ルヲ豫知スト雖モ初ヨリ之ヲ生セシムルコ
 トヲ欲シテ而シテ特ニ之ヲ生セシメタルモノニ非ス全ク其目的外ニ於テ生シ
 タルモノナリ其責任ハ犯人ニ歸ス又ハ墮胎モ死傷モ人ノ生命ニ關スル一
 以上三箇ノ場合ニ於テ犯人ハ其犯意ニ付キ如何ナル責任ヲ負フヘキカ
 (一) 犯罪ノ目的ニ定セザル場合ニ於テハ犯人ハ其爲テシト欲スル行為ニ付キ之
 カ責ニ任セサルヘカラス例ヘテ犯人ハ甲助ヲ殺害セント欲シテ銃砲ヲ發シ僅
 ニ之ヲ負傷セシメタリ此場合ニ於テ犯人ハ甲助ヲ殺サント欲スル一定ノ犯意
 ヲ以テ銃砲ヲ發シタルモノナレハ假令甲助ハ死ニ至ラスト雖モ之ヲ擬スルニ
 毆打制傷罪ヲ以テスヘカラス必ス謀殺又ハ故殺未遂罪ヲ以テセサルヘカラス
 (二) 犯罪ノ目的未定ナル場合ニ於テハ犯人ハ犯罪ヨリ生シタル總テノ結果ニ
 付キ之カ責ニ任セサルヘカラス何トナレハ假令犯罪ノ目的未定ナリ雖モ總
 テノ結果ハ其既ニ豫知スル所ノモノナレハ其犯意中ニハ悉ク未定ノ結果ヲ包

合スヘケレハナリ
 (三) 附隨ノ犯意ヲ有スル場合ニ於テモ亦犯人ハ其犯罪ヨリ生シタル總テノ結
 果ニ付キ之カ責ニ任セサルヘカラス蓋シ其結果ハ犯人ノ目的トシタル行為ヨ
 リ必然生スヘキノ理由アリテ生シタルモノナレハ犯人ハ道理上既ニ之ヲ豫見
 セシ者ト謂フヘケレハナリ
 (四) 犯人一定ノ罪ヲ犯スニ當リ其全ク豫見セザル所ノ結果即チ其行為ヨリ必
 然生スヘキ結果ナルモ犯人ハ實ニ之ヲ生セシムルノ犯意ヲ有セザルコトアリ
 例ヘテ犯人ハ毆打ノ意思ヲ以テ人ヲ毆打シタルニ誤テ其人ヲ死ニ致スノ結果
 ヲ生セリ是レ毆打ニ付テハ犯人ノ犯意一定スト雖モ其結果ハ犯人ノ豫見セザ
 ル所ニシテ亦之ヲ生セシムルノ意思ヲ有セシニ非サルナリ凡ソ此ノ如キ場合
 ニ於テ犯人ハ如何ナル責ニ任セサルヘカラスカ本問ヲ論スルニ付テハ二箇
 ノ場合ヲ區別スルコトヲ要ス
 第一場合ニ於テ犯人ノ豫見セザル結果ハ其目的トセザル犯罪行為ヨリ必然生スヘ
 キモノナルトキ即チ其結果ハ犯人ノ目的トシタル犯罪行為ヨリ必然生スヘキ

所ノモノナルカ故ニ犯人ニ於テ必要ノ注意ヲ怠ルコト微リセハ必ス豫見外ノ結果ヲ生セシメタルコトヲ得ルトキハ則チ犯人ハ其結果ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ナルヘシ蓋シ犯人カ其行爲ヨリ必然生スヘキ結果ヲ豫見スルコトヲ忘リタルハ是レ犯人カ當ニ豫見スヘキモノヲ豫見セザリシヲ以テ之ヲ豫見シテ決行シタル場合トモ異ナル所ナシ之ヲ換言スレバ犯人初ヨリ其結果ヲ生セシムルノ犯意ヲ以テ之ヲ生セシメタル場合ト同視シテ可ナリ犯人或ハ言ハシテ打創傷ノ犯意ハ最初ヨリ其有セシ所ナルヲ以テ其責任ニ付テハ毫モ辭セザル所ナルモ致死ノ犯意ハ曾テ之ヲ有セシコトナキヲ以テ其責任ニ付テハ理ナシト然レトモ犯人ノ愚昧ハ其犯罪ノ責任ヲ輕クシ又ハ之ヲ免スルノ理由ト爲ルヘキモノニ非ス今犯人ノ豫見セザリシ結果ハ結果ノ性質豫見スルコトヲ得ヘカラサルモノニ非スシテ唯犯人ノ愚昧之ヲ豫見スルコト能ハサルニ過キザルナリ愚昧ニシテ豫見スルコト能ハサル者ノ責任ヲ減免スルコトヲ得ルトモハ人ヲ打撃シテ其痛ハ嘗テ之ヲ豫見セザリシト言フ者ニ對シテモ亦其責任ヲ免セザルヘカラス天下豈ニ此ノ如キノ理アラシヤ刑法第二百九十九條ニ規定スル

毆打致死ノ刑ハ此原則ノ適用ニ外ナラサルナリ
 第二場合 犯人ノ豫見セザリシ結果ハ犯罪行爲ヨリ必然生スヘキモノニ非ズルトキ即チ犯人ノ目的トシタル所ノ犯罪行爲ヲ行フモ之ヨリシテ其豫知セザリシ結果ハ必然生スヘキモノニ非ザリシトキハ則チ犯人ハ豫見外ノ結果ニ付テハ唯過失ノ責任ニ任スルノミ故ニ刑法ニ於テ特ニ過失罪ヲ罰スルノ規定ヲ設ケタル場合ニ非ザレハ犯人ハ全ク無責任ナリ之ヲ換言スレバ犯人ノ目的トシタル犯罪行爲ハ有意犯ニシテ之ヨリ生シタル偶然ノ犯罪ハ全ク無意犯ニ屬スルコトアルナリ例ヘハ人家調査ノ場所ニ於テ烟火其他ノ火器ヲ玩ヒタル者ハ刑法第四百二十五條第四項ノ罰スル所ナリ然ルニ此犯罪ノ結果トシテ失火シタルトキハ是レ全ク犯人ノ豫見セザリシ意外ノ結果ヲ生シタルナリ然レトモ刑法ハ第一ノ違警罪ヲ罰シ又第二ノ失火罪ヲ罰スルナリ蓋シ此過失ハ違警罪ノ規則ヲ遵守セザルニ原因スレハナリ

(二) 犯意ノ缺亡

自由ノ身體ヲ以テ行ヒタル行為ニシテ精神ノ命令ニ出テサルコトアリ此場合ニ於テ犯人ハ其犯意ナキヲ理由トシテ犯罪ノ責任ヲ免ルルノ主張ヲ爲スコトヲ得

第一場合 犯人ハ直接ニ犯意ノ缺亡ヲ主張スルコトヲ得
犯人ハ其犯罪行為ノ主働者タルコトヲ承認シテ而シテ罪ヲ犯スノ意思ヲ以テ之ヲ行ヒタル者ニ非サルコトヲ主張ス例ヘハ犯人ハ模造ノ貨幣ヲ製作セリ然レトモ其目的之ヲ行使スルニ非スシテ裝飾ノ用ニ供ケンカ爲メナリシ或ハ犯人ハ人ヲ殺害セリ然レトモ殺意ヲ以テ之ヲ殺シタルニ非スシテ全ク犯人ノ過失ニ出テタルナリ但此場合ニ於テ犯人ハ故殺又ハ謀殺ノ責ニ任スル者ニ非スト雖モ不注意即チ疎虞懈怠ノ責ヲ免レサルコトアリ凡ソ法律ニ於テ犯人ノ責ヲ論スルニ二ノ場合ヲ區別スルコトヲ要ス第一犯意ヲ要スル場合第二注意ヲ要スル場合即チ是ナリ
(一) 犯意ヲ要スル場合ニ於テハ犯人ハ特殊ノ犯意又ハ豫謀ノ犯意ヲ有シテ以テ犯罪行為ヲ行フニ非サレハ犯罪ノ責ニ任スヘキモノニ非サルナリ即チ假令

其犯罪行為ハ不注意ノ結果ニ外ナラストモ法律ハ此不注意ニ付テ別ニ責任ヲ論スル所ナシ例ヘハ偽造貨幣ヲ製作スルハ其目的裝飾ノ用ニ供スルニ在リトスルモ素ト是レ法律ノ禁スル所ノ行為ニ係ルヲ以テ犯人ニ於テハ宜シク注意シテ禁制ヲ破ルノ行為ヲ爲スコトナキヲ努ムヘシ然ルニ犯人ハ其注意ヲ缺キテ而シテ此禁制ヲ犯ス全ク過失ナシト謂フヘカラス然レトモ法律ハ此不注意ノ過失ヲ尤メサルカ故ニ犯人ハ毫モ其責ニ任セサルナリ
(二) 注意ヲ要スル場合ニ於テハ犯人ハ假令何等ノ犯意ヲ有セサルモ唯其注意ヲ怠リタルノ理由ヲ以テ必ス懈怠ノ責ニ任セサルヘカラス蓋シ法律ハ此種ノ犯罪ヲ以テ假令犯人ノ犯意ナキニ出テタリトスルモ其性質大ニ國家ノ危害ト爲ルニ足ルモノアルカ故ニ特ニ一般人民ニ命令シテ特別ノ注意ヲ爲スコトヲ以テシタルナリ然ルニ犯人ノ行為ハ其注意ヲ爲ササルノ結果ナリトスレハ是レ法律ノ命令ニ違背シタルノ罪過アルヲ以テ無犯意ノ理由ヲ主張シテ其責ヲ辭スルコトヲ得ス例ヘハ過失殺傷罪又ハ失火罪ノ如シ
之ヲ要スルニ第一場合ニ於ケル犯罪ハ則チ有意犯ニシテ第二場合ノ犯罪ハ則

テ無意犯ナリ論者無意犯ヲ以テ犯罪無能力者ノ例外ナリト論スル者アリ即チ無意犯ハ形體上ノ犯罪ナルヲ以テ苟モ犯罪ノ形體ヲ具フルトキハ何人之ヲ行フモ悉ク之ヲ罰シテ不可ナル所ナシト云フニ在リ是レ畢竟無意犯ノ意義ヲ明カニセザルニ坐スルノ誤ナリ犯罪ノ構成ト犯人ノ責任トハ決シテ之ヲ混同スヘカラス犯罪ノ構成ハ未成年者モ精神病者モ被強制者モ其他何人モ之ヲ能クスヘシト雖モ犯罪ノ責任ハ犯意ヲ有スル者ト注意ヲ怠リタル者ニ非ザレハ之ヲ負擔スヘキニ非ス此原則ハ實ニ刑法ノ基礎ヲ成スモノニシテ決シテ例外アルコトナシ故ニ無意犯ノ場合ニ於テモ犯人ハ通常ノ意思ヲ有セスシテ犯罪ヲ行ヒタルトキハ猶ホ有意犯ノ場合ニ於ケルカ如ク犯人ノ責任ヲ構成スヘキモノニ非サルナリ例ヘハ是非ノ辨別ナキ十六歳未満ノ未成年者精神病ニ罹リテ知覺ヲ喪失シタル者強制ニ遇ヒテ自由ヲ奪ハレタル者ハ無意犯ノ責任ニ任セザルナリ蓋シ無意犯ハ特別ノ注意ヲ怠リタルノ犯罪ナレハ特別ノ注意ヲ爲スノ能力ヲ有スル者ニ非ザレハ之ヲ犯スコト能ハス而シテ犯罪無能力者ハ悉ク特別ノ注意ヲ爲スノ能力ヲ喪失スル者ナレハ其無意犯ヲ犯スヘキ者ニ非ザルヤ

明カナリ
以上説明スル所ニ由リテ之ヲ觀レハ重罪ニ付テハ必ス犯意ヲ要シ輕罪ニ付テハ犯意ヲ要スル場合ト注意ヲ要スル場合トアリ違警罪ニ付テモ亦然リ犯意ヲ要スル場合ト注意ヲ要スル場合トアルナリ故ニ注意懈怠ノ輕罪又ハ違警罪ヲ犯シタル場合ニ於テ十分ノ注意ヲ爲シタルノ證明即チ注意ヲ怠リタルノ事實ナキ旨ノ立證ヲ爲スニ於テハ犯人ハ固ヨリ其責ニ任スヘキ者ニ非サルナリ猶ホ有意犯ノ場合ニ於テ犯意ヲ有セザルノ證明ヲ爲シタルカ如シ
第二場合、犯人ハ間接ニ其犯意ナキコトヲ主張スルコトヲ得
此場合ヲ細別シテ二ト爲ス

(一) 犯人ハ犯罪ノ事實ニ付キ錯誤ヲ爲シタル旨ヲ證明シテ間接ニ其犯意ナキコトヲ主張スルコトアリ犯人事實ノ成立又ハ不成立ニ付キ虛偽ノ思考ヲ有セシトキハ事實上ノ錯誤アリト謂フ例ヘハ良藥ナリト信シテ之ヲ病人ニ投シタルニ良藥ニ非スシテ却テ毒藥ナリシ場合處女ナリト信シテ之ニ通シタルニ處女ニ非スシテ有夫ノ婦ナリシ場合自己ノ所有物ナリト信シテ之ヲ取りタルニ

自己ノ所有物ニ非シテ實ニ他人ノ物件ナリシ場合ノ如シ凡ソ此等ノ場合ニ於テ犯人ハ事實ノ成立又ハ不成立ニ付キ虛偽ノ思考ヲ有セシナリ即チ事實上ノ錯誤ヲ爲シタルナリ事實ノ錯誤ヨリ出テタル所爲ハ多クハ犯罪タルノ事實ヲ知ラスシテ之ヲ爲シタルモノナルカ故ニ犯人ニ於テ毫モ犯罪ノ意思ヲ有セシ者ニ非ス隨テ犯罪ノ責任セサルヤ別ニ説明ヲ要セザルナリ

第一原則 人爲ノ及ハサル場合ニ於テ發生シタル事變ニ付テハ犯人ハ何等ノ責任モ任スルコトナシ即チ刑事上ノ責任モ任セザレハ民事上ノ責任モ任セザルナリ凡ソ人ノ責任ヲ論スル所以ノモノハ多少其人ニ對シテ過失ノ咎ムヘキモノアリテ存スレハナリ若シ其人ヨリ出テタル所爲ハ其人ノ過失ニ非スシテ全ク事變ノ結果ニ屬シ何人モ其場合ニ臨ミテハ必ス同一ノ事變ヲ發生セシムヘキモノナルトキハ則チ如何ナル犯罪ヲ行フモ犯人ノ責任ヲ論スヘキノ限ニ在ラサルナリ例ヘハ途中疾驅ノ馬車誤テ予ノ人力車ヲ覆ヘス予ノ人力車ト共ニ

顛轉シテ路傍ノ一老婆ヲ傷ケタル場合又予ハ山中ニ瀕シ誤テ陷罪ニ陷リタリ忽チ予ノ獵銃ハ發火シテ樹上ノ樵夫ヲ傷ケタル場合ノ如シ此ノ如キ場合ニ於テハ到底何人ト雖モ此事變ヲ豫見スルコト能ハサルヘシ又何人ト雖モ必ス同一ノ事變ニ遭遇セシムルニ非ザルナリ即チ人爲ヲ及ハサル事變ニ屬スルヲ以テ毫モ予ニ對シテ責ムヘキノ過失アルナシ隨テ予ニ於テ何等ノ責任モ任セザルナリ

第二原則 無意犯ニ於テモ亦事實ノ錯誤ニ出テタル犯罪ニ付テハ犯人ノ責任ヲ論スルコトヲ得ス無意犯ニ於テハ犯罪ノ意思ヲ要セザルカ故ニ事實ノ錯誤ハ犯人ノ責任上何等ノ關係之ナキカ如シト雖モ其實大ニ然ラサルモノアリ元來其事實ハ錯誤ニ原因シテ發生セシモノニシテ若シ錯誤ナカリセハ犯人ハ必ス其事實ヲ行ハサルヘシ隨テ無意犯ヲ發生セシムルコトナカルヘシ之ヲ換言スレハ事實ノ原因ハ既ニ錯誤ニ在リ豈ニ獨リ其結果ニ付テ犯人ノ責任ヲ論スヘキノ理由アラシヤ是レ第七十七條第二項ノ規定スル所ナリ且犯人ノ責任ヲ論スル刑法第七十七條第二項ハ犯罪ノ基本ヲ構成スル事實ヲ目的トシテ之ヲ規定シ

タルモノナルヘシト雖モ之ヲ以テ犯罪ノ加重ヲ構成スル事實ニ適用スルモ亦不可ナル所ナシ刑法ハ既ニ犯罪其モノノ成立ニ於テテテ尙ホ且犯人ノ責任ヲ論セスト爲ス況ヤ犯罪ヲ加重スルニ過キタル情狀ノ事實ニ於テヤ例ハ隣家ノ父ナリト信シテ自己ノ父ヲ殺シタル場合ノ如シ此場合ニ於テ犯人ノ犯意ハ唯人ヲ殺害セント欲スルニ在リ特ニ自己ノ父ヲ殺害セント欲スルニ在ラズルナリ此犯人殺人罪ノ責ハ之ヲ免ルベコトヲ得スト雖モ加重ノ情狀ヲ構成シタルハ犯人ノ錯誤ニ出テタル所ニシテ錯誤ノ部分ニ付テハ毫モ犯意ナキモノナレハ其責任ナキヤ明カナリ然ラハ則チ本條第三項罪本重カレ可クシテ犯ス時知ラサル者ハ其重キニ從テ論スルコトヲ得ストノ規定ハ全ク蛇足タルヲ免レヌ

(二) 犯人ハ法律解釋ノ錯誤ヲ理由トシテ間接ニ其犯意ナキ旨ヲ主張スルコトアリ此場合ニ於テ犯人ハ其責任ヲ免ルルコトヲ得ルカ曰ク然ラズ法律ハ一旦之ヲ公布シテ施行ノ期限經過スレハ一般人民ハ之ヲ知ルト否トニ拘ハラヌ爾來何人ト雖モ之ヲ遵守スルノ義務ヲ生スルカ故ニ其法律錯誤ヲ理由トシテ犯

罪ノ責任ヲ免ルルコトヲ得サルヤ論ラ埃タヌ羅馬法ニ所謂何人モ法律ヲ知ラスト看做サストノ原則モ蓋シ此精神ヲ記載シタルニ外ナラス元來法律ヲ執行スルニ當リテハ必ス一定ノ期間ヲ設ケテ一般國民ヲシテ之ヲ知ルノ猶豫ヲ得セシム然レトモ其猶豫期間一旦經過スルヤ何人モ之ヲ遵守スルノ義務ヲ生スルカ故ニ爾後裁判所ハ法律ヲ知ラサルヲ理由トシテ犯人ノ責任ヲ免スルノ權利ヲ有セサルナリ蓋シ外國ノ法律ハ一私人ノ意思ニ因リテ之ヲ左右スルコトヲ許ササルナリ特ニ有犯ニ於テハ假令犯人法律ヲ知ラサルノ事實アリトスルモ其爲ス行爲ノ不正不義ニシテ法律ノ制裁ヲ受ケサルヘカラサルコトハ犯人ノ良心既ニ克ク之ヲ知ルノ場合多シトス獨リ無意犯ニ至リテハ或ハ過失罪ノ如ク或ハ違警罪ノ如ク其法律ノ制定ヲ知ルニ非サレハ實際其爲ス行爲ノ犯罪タルヤ否ヤヲ知ルコト能ハサル場合アリ此ノ如キ場合ニ於テモ犯人ハ其責任ヲ免ルルコトヲ得ス蓋シ法律ヲ知ルハ國民ノ義務ニシテ其之ヲ知ラサルハ義務ノ怠慢タルヲ免レサルヲ以テ何人モ自己ノ怠慢ヲ理由トシテ其責ヲ辭スルノ權利ヲ有セサレハナリ羅馬法ニ於テハ法律ヲ無識ヲ以テ民事犯ニ於ケル

有恕ノ原因ナリトセリ現今ニ於テハ一般ニ此原則ヲ排斥シテ殆ト例外ナキニ至レリト云フ

今ヤ本論ヲ結了スルニ臨ミテ犯意ニ關スル重要問題ヲ述ヘント欲ス

第一問 法律ヲ知ラサル場合ト罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラサル場合トヲ區別スルニ付キ如何ナル標準アルカ刑法ニ所關罪トナレヘキ事實トハ法律ニ於テ禁制命令シタル事實即チ人民ノ爲スヘキ行爲ト爲スヘカラサル行爲ヲ分界シテ其爲スヘカラサルモノト其爲ササルヘカラサルモノトヲ云フノ謂アレハ其分界ヲ定メタル法律其モノヲ知ルニ非サレハ其事實ノ爲スヘキモノニ屬スルヤ將タ爲スヘカラサルモノニ屬スルヤ到底之ヲ識別スルノ途ナカレヘシ例ヘハ猿猴ヲ殺スノ所爲ヲ罰スルノ法律ヲ設ケタル國アリト假定セヨ始メテ此國ニ旅行シテ猿猴ヲ殺シタル者ハ罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラサル者ト爲スカ將タ其國ノ法律ヲ知ラサル者ト爲スカ猿猴ヲ殺スノ事實ハ犯罪行爲ニ屬スルコトヲ知ラザリシハ是レ其國ニ於テ猿猴ヲ殺スヲ禁制シタル法律ノ存スルコトヲ知ラサルニ因ル即チ法律ノ錯誤ニ原因スル結果ニ外ナラス試ニ一步ヲ進メ其國

ニ於テ士民ヲ殺害シタリトセンニ何人ト雖モ此犯罪ヲ目シテ罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラサルノ結果ナリト言フ者アラサルヘシ士民ノ殺害モ猿猴ノ殺害モ均シク共ニ其國法ニ於テ禁制スル所ノモノタリ而シテ士民殺害ノ事實ヲ以テ之ヲ事實ノ錯誤ヲ爲シタル者ナリトセハ猿猴殺害ノ事實ニ付テモ亦同一ノ斷案ヲ下ササルヘカラス論シテ此ニ至レハ事實ノ錯誤ト法律ノ錯誤ハ混同シテ殆ト之ヲ區別スルノ途ヲ發見スルコト能ハサルニ似タリ先ツ試ニ罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラサル場合如何ニ付テ論究セン

(一) 罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラサル場合トハ法律ト事實トノ關係ヲ知ラサル場合ヲ謂フ之ヲ換言スレハ禁制命令ヲ定ムル所ノモノハ則チ法律ニシテ其禁制命令ノ目的ト爲ル所ノモノハ則チ事實ナリ法律ノ目的此事實ノ上ニ在リテ而シテ其事實ヲ行ヒ又ハ行ハサル場合ニ於テ始メテ犯罪發生スルナリ故ニ或ハ法律ヲ知ルモ其目的トスル所ヲ知ラス又或ハ之ヲ誤認スルトキハ則チ罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラサル場合ト爲リ或ハ事實ヲ知ルモ其事實ハ法律ノ目的ト爲ルモノタルコトヲ知ラス又ハ誤認スルトキハ則チ罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラザ

ルノ場合ト爲ルナリ或ハ法律ヲ知り又克ク事實ヲ知ルモ其法律ハ其事實ヲ目的トスルコトヲ知ラス又ハ之ヲ誤認スルトキハ則チ罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラサルノ場合ナリトス例ヘハ法律ハ猶ホ冠ノ如ク事實ハ人ノ如シ人其冠ヲ戴キタルコトヲ知ラサルトキハ則チ之ヲ侵シテ可ナリ又其冠ヲ見ルモノノ頭上ニ在ルコトヲ知ラサルトキハ則チ又之ヲ侵シテ不可ナル所ナシ冠ト人ト合シタルトキハ則チ之ヲ侵スヘカラス冠ト人ト離レタルトキハ則チ之ヲ侵シテ可ナリ之ヲ要スルニ法律ノ存在ヲ知ルト雖モ其所在スル場所ヲ知ラス又ハ其場所ヲ誤認シタルトキハ則チ所謂罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラサルノ場合ナリトス故ニ罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラサル者ハ法律ヲ知リテ而シテ其法律ノ目的トスル所ヲ知ラサル者ヲ謂フナリ例ヘハ有夫ノ婦ニ通スルハ法律ノ禁制スル所タルヲ知ル是レ即チ法律ヲ知ルモノナリ然レトモ此婦ヲ以テ寡婦ナリト誤認シタルトキハ則チ禁制ノ法律此婦ノ頭上ニ存スルコトヲ知ラザリシナリ即チ禁制ノ法律ハ此婦ニ結著スルコトヲ知ラザリシナリ又人ノ所有物ヲ取ルハ法律ノ禁制スル所タルヲ知ル然レトモ其物件ヲ以テ自己ノ所有ナリト誤信シタルト

キハ則チ其物件ハ禁制ノ法律ヲ冠シタルモノタルコトヲ知ラザリナリ即チ物件ト法律トノ結著ヲ知ラス又ハ之ヲ誤認シタルモノナリ又阿片烟ヲ吸食スルハ法律ノ禁制スル所タルコトヲ知ル然レトモ阿片烟タルコトヲ知ラスシテ阿片烟ヲ吸食スルトキハ則チ禁制ノ法律其物質ニ結著スルコトヲ知ラザリシモノナリ

(二) 法律ヲ知ラサル場合トハ法律ノ原則及ヒ其結果ヲ知ラサルコトヲ謂フ之ヲ換言スレハ法律ノ原則ヲ解釋シ及ヒ其結果ノ區域ヲ明カニスルヲ以テ法律ヲ知ルト謂フ故ニ法律ノ専門家ニ非サルヨリハ法律ヲ知ル者ナリト謂フヘカラス否法律ノ専門家ト雖モ一國ノ法律ヲ專クテ悉ク之ヲ知得スルコトハ實ニ人事ノ不能ニ屬スルヲ以テ唯僅ニ幾部ノ法律ヲ知リタリト謂フヲ得ヘキニミ是ヲ以テ法律ノ原則ヲ知ルモ克ク之ヲ解釋スルコト能ハサル者又ハ其解釋ヲ誤リタル者ハ未ダ法律ヲ知リタル者ナリト謂フヲ得ス克ク法律ノ原則ヲ知リ又克ク法律ノ解釋ヲ爲スモ其結果ノ波及スル所ヲ知ラス又ハ之ヲ誤認スル者ハ未ダ法律ヲ知リタル者ナリト謂フヲ得ス法律ヲ知ルノ難キコト夫レ此ノ如

刑法總論 犯罪ノ責任 無責任 犯罪無能力

ク而シテ之ヲ以テ犯罪責任ノ一條件ト爲サザルニ由ラストモハ一國多數ノ人民ハ如何ナル罪ヲ犯スモ遂ニ刑罰ノ制裁ヲ科スルハ途ナク千百ノ刑法アリト雖モ何ノ用カ之ヲ爲サントスルカ立法者法律ヲ知ラヌト謂フヲ以テ無責任ノ原因ト爲ササル蓋シ深遠ノ理由アリテ存スルナリ

第二問 刑法第七十七條第二項ノ規定ハ果シテ之ヲ設クルノ必要アルカ之ヲ換言スレハ既ニ第一項ニ於テ犯罪ナキノ所爲ヲ罰セストノ規定ヲ設ケ而シテ犯罪ナキノ證明方法ニ外ナラサル第二項ヲ特定スルハ果シテ何等ノ必要アリテ然ルヤ予輩深ク本條ノ規則ヲ研究シ熟シ其精神ヲ玩味スルニ到底本條第二項ノ規則ヲ特定スルノ理由ヲ發見スルコト能ハサルナリ元來罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラスニテ爲シタル者ヲ罰セサル所以ノモノハ唯犯人ノ意思ニ於テ毫モ責ムヘキモノナキニ因ル即チ犯人カ此事實ヲ行ヒシハ至ク其正當ナルコトヲ信シタルニ因ル若シ正當ニ非スニテ禁制命令ノ違反タルコトヲ知ルニ於テハ決シテ此行爲ヲ爲ス者ニ非ツリシナラシ夫レ然リ然ラハ則チ是レ畢竟罪ヲ犯スノ意思ナキニ出ラタルノ所爲ニシテ至ク第一項ノ場合ニ屬ス既ニ第一項

場合ニ包含スヘキモノナル以上特ニ第二項ヲ規定スルノ必要ナキヤ多辯ヲ要セサルナリ宜シク第三項ノ規定ニ於ケルカ如ク之ヲ削リ去ルノ慮レルニ如カス刑法改正草案ニ於テハ此理由ニ基キ斷然第二項ノ規則ヲ削除セリ

第一適用 精神病ニ因ル意思ノ缺亡

精神病ニ因リ罪ヲ犯シタル者ハ其責任ヲ論セサルナリ蓋シ犯罪ノ責任ヲ生スルニハ精神ノ命令ニ依リ身體之ヲ執行シタル場合ナルコトヲ要ス而シテ精神病者ノ行爲ハ健全ナル精神ノ命令ニ出テタルモノニ非ス恰モ命令者ナクシテ之ヲ行ヒタルモノニ等シキヲ以テ其責任ヲ問フニ由ナキナリ之ヲ換言スレハ意思ナキ行爲ナレハナリ是レ第七十八條ニ於テ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ノ規定ヲ設ケタル所以ナリ然レトモ刑法ノ規定ハ頗ル不完全ニシテ批難スヘキモノニシテ足ラス今重要ノモノヲ舉クレハ

(一) 本條ヲ一讀スレハ犯人ニ於テ其罪責ヲ免レントスルニハ必ス二條件ヲ要

スルニ似たり第一條件ハ知覺精神ノ喪失アルコト第二條件ハ是非ノ辨別ナキコト即チ是ナリ故ニ知覺精神ヲ喪失セルモ是非ノ辨別アルトキハ罪責ヲ免ルルコトヲ得ス又是非ノ辨別ナキモ精神ヲ喪失スルニ非サレハ亦罪責ヲ免ルルコトヲ得スト謂フヲ得ヘシ然ルニ精神ヲ喪失スル者ニシテ是非ノ辨別ヲ爲スノ能力ヲ有スルノ理ナク又是非ノ辨別ヲ爲ササル者ニ對シテ知覺精神ノ喪失ヲ問フノ必要アルナキハ説明ヲ俟テテ而シテ後ニ之ヲ知ラサルナリ然ルニ刑法ハ知覺精神ノ喪失ト是非ノ辨別ノ缺乏トヲ以テスルニ非サレハ免責ノ原因ト爲ラスト規定セシム實ニ不明ノ法律タルヲ免レス佛文ニ於テハ「道理ヲ喪失スル精神病者」云云下記載セリ和文ノ起草者ハ特ニ法文ノ字句ヲ裝飾セシト欲シ佛文ヲ改メ「知覺精神ノ喪失ニ因テ是非ヲ辨別セサル者」ハ云云ト對句的ノ文法ヲ用フルモ毫モ原文ノ意義ヲ害スルコトナシト妄信セシハ不覺ノ至ト謂ハサルヘカラス

(二) 現行刑法ハ知覺精神ノ喪失ニ因ル犯人ニ對シテ罪責ヲ論セサルヲ規定ヲ設ケタルモ此犯人ニ對シテ行ハレキ必要ノ特別處分ヲ規定スルコトヲ忘レタ

リ元來精神病者ハ道理ノ觀念ヲ有セズル者タルヲ故ニ之ニ對シテ權利義務ノ關係ヨリ生スル刑罰權ヲ行フノ理由之カキハ明白ナリト雖モ其國家ニ對シテ生セシムル所ノ危害ノ程度ハ刑罰權ノ制裁ヲ受クヘキ普通ノ犯人ヨリハ一層甚シキモノアリ然ルニ刑法ハ一方ニ於テ此犯人ノ罪責ヲ論セストシテ之ヲ放免スルトキハ則チ必ズ他ノ一方ニ於テ國家ノ安寧ヲ害スルノ原因ヲ爲スニ至ルヘシ一國ノ立法者法律ヲ制定スルニ當リテハ眼ヲ全國ノ利害ニ注カサルヘカラス單ニ一方ノミニ偏スルトキハ則チ假令其一方ニ於テ良法ヲ制定スルモ他ノ一方ニ於テ忽チ大害ヲ生シ一國ノ全體ヨリ觀察スレハ良法却テ惡法タルノ弊害ヲ見ルコト甚タ寡シトモ現行刑法ノ立案者ハ深ク之ヲ慮カズ精神病ニ原因スル犯罪者ニ對シテ刑法以外ニ於テ之ヲ監督スルノ特別法則ヲ設定セカリシハ實ニ重大ノ缺點ナリ今監視處分ニ付キ現今各國ニ於テ規定スル所ノ法律ヲ見ルニ佛國ニ於テハ千八百三十八年六月三十日精神病者ニ關スル法律ヲ設ケタリ其第十八條ニ曰ク「巴里ニ於テ監視總監地方ニ於テ縣知事ハ職權ヲ以テ公ノ秩序又ハ人ノ安寧ヲ害スル所ノ精神病者ヲ癡癲病院ニ監置スルコ

トテ得下此法律ノ目的ハ一般ノ精神病者ニ在リテ特ニ精神病犯人ヲ規定シタルニ在ラス且單ニ行政官廳ニノミ監視處分ノ權ヲ與ヘタルヲ以テ精神病犯人ヲ放免スル場合ニ於テ裁判官ハ如何ナル危險ヲ豫見スト雖モ到底其職權ヲ以テ之カ監視處分ヲ行フコトヲ得ス是レ佛國刑法ノ缺典ニシテ學者並ニ實際家ノ屢痛論スル所ナリ近年ニ至リ萬國監獄協會ハ此缺典ニ關シテ特ニ精神病犯人ノ爲メニ監置場ヲ設クルノ決議ヲ爲シ既ニ其法律案ヲ脱稿セリト云フ英國ニ於テハ精神病ノ原因ニテ陪審官ノ爲メニ放免セラレタル精神病犯人ニ對シテ裁判所ハ「プロアドモール」監置場又ハ「ベルト」監置場ニ監置スルコトヲ命令スルノ權ヲ有セリ此他輒近ノ制定ニ係ル歐洲各國ノ刑法ニ於テ監置處分ノ規定ヲ設ケサルモノ殆ト稀ナリ我國ニ於テモ明治三十三年三月法律第三十八號ヲ以テ精神病者監護法ヲ設ケタリ此法ニ依レハ精神病者ノ親族又ハ親族ナキトキハ市區町村長ハ監護ノ責任ヲ有ス故ニ一般ノ精神病者ニ付テハ其法備ハレリト謂フヘシト雖モ罪ヲ犯シ放免セラレタル精神病者ニ對シテハ未タ何等ノ規定ヲモ制定セザルヲ以テ如何ナル危險患者ト雖モ之ヲ拘束スルノ途ナキナ

リ刑法改正草案ニ於テハ現行刑法ノ缺典ヲ補ハント欲シ特ニ裁判所ニ與フルニ放免ノ宣告ヲ受ケタル精神病犯人ニ對シテ監置處分ヲ爲スノ權ヲ以テシタリ「刑法改正草案第四九條第一項但書

現行刑法第七十八條ニ依レハ精神病ノ爲メニ犯人ノ責任ヲ免スル場合ニアリ第一知覺ノ喪失シタル場合第二精神ノ喪失シタル場合即チ是ナリ刑法ノ所謂知覺ノ喪失トハ果シテ如何ナル場合ヲ謂ヒ又精神ノ喪失トハ果シテ如何ナル場合ヲ指シタルカ之ヲ論究スルニハ必ス精神學ニ依ラサルヘカラサルナリ故ニ予輩ハ刑法第七十八條ノ解釋ヲ爲スニ付テハ第一精神學上ヨリ研究シ第二刑法學上ヨリ研究セント欲ス然レトモ精神學ハ專門ノ醫學ニ屬シ生理學解剖學心理學ヲ研究シタル後ニ非ザレハ能ク之ヲ了得スヘキモノニ非ザルヲ以テ予ハ深ク之ヲ論セス唯吳氏精神病集要ノ一端ヲ掲ケテ以テ其困難ノ大ナルコトヲ明カニセン

(一) 曰ク 精神ノ原障礙トハ諸種ノ精神病ヲ構成スル極單最簡ノ原障礙ヲ謂ヒ諸病ニ共通スル原證候ナリ夫レ精神病ハ其種性一ナラザレトモ皆共ニ

許多證據ノ集團ニシテ原障礙ノ相互配合シテ構成スル所ノモノナリ故ニ精神病ノ各症ヲ論スルノ前ニ其原證據ヲ概括通覽シテ之ヲ論定スルハ極メテ必要ナリ

夫レ精神病ノ證據ヲ論スルニ當リテ常ニ筆記スヘキハ精神病ノ精神ノミノ疾病ニアラスシテ全身ノ疾病ナルコト是ナリ故ニ其證據ヲ論スルニ當リ精神上ノ障礙ノミヲ顧慮シテ敢テ之ヲ問ハサルハ一大迷謬ニシテ精神病醫タルモノハ必ス其他常ニ感覺運動等身體上ノ障礙ヲ忽視シテ不問ニ置クヘカラス蓋シ此數者ノ如キハ其病ノ診斷及豫後ヲ論スルニ當リテハ其價值ノ却テ或ハ彼レニ過タルコトアルモノナリ精神病ヲ講セントスルモノハ須ラク先ツ此病ノ腦病ノ一種タルコトヲ記シ腦髓ハ精神感覺運動血行營養等諸機能ノ中樞タルコトヲ記セヨ此ノ如クニシテ而シテ後其病ニ接セハ必スヤ思ヒ字ニ過タルモノアラシ一原田實

夫レ精神病ノ各原症ハ皆正當ノ異變オレハ之ヲ論スルニ當リテハニ心理學ノ分類ニ從フヲ以テ最モ適當ナルコトトス心理學ニ於テハ精神病ヲ以テ唯

第一不可分ノモノトストモ之ヲ論及スルニ當リテ以テ之ヲ分類シテ感觸刑法ニ所謂知覺ノ屬スル所ナリ(觀念刑法ヲ所謂精神ノ屬スル所ナリ)意思刑法ノ所謂辨別ノ屬スル所ナリ)三者トスルノ最モ便利ナルヲ見ルナリ左レハ精神ノ病症ヲ論スルニ當リテモ亦感觸ノ障礙觀念ノ障礙意思ノ障礙ノ別ヲ立ツルハ説明上極メテ便利ナリ云云

ト吳氏ノ論スル所ニ依リテ之ヲ觀レハ感觸ノ障礙モ亦意思ノ障礙モ俱ニ精神機能ノ變動ヲ生シ隨テ其人ヲシテ是非ヲ辨別即チ意思ヲ缺亡セシムルノ結果ヲ生スルニ至リテハ常ニ同一ナルカ如シ故ニ現行刑法ニ規定スルカ如ク精神又ハ知覺ノ喪失シタル場合ニ非サレハ是非ノ辨別ヲ缺クコトナシ隨テ犯罪ノ責任ヲ免スルコトヲ得ストスレハ殆ト精神病者ノ數ヲ盡シテ而シテ之ヲ研究スルモ到底刑法ノ條件ヲ充タスヘカラサルヤ明カナリ醫學上ヨリ之ヲ論スレハ感觸ノ障礙アル場合ニ於テ多クハ感觸ノ發動ノ難易若クハ其強弱ニ關スルモノニシテ而シテ全ク總テノ感觸ヲ缺キ殆ト木石ト其狀ヲ同シウスルモノハ儘ニ缺落症狀ニ於テ之ヲ見ルノミ然レトモ此場合ト雖モ唯屬高尙ナル精神感

覺ノ缺落ヲ見ルコト多クシテ而シテ總テノ精神感覺ヲ缺落スルコト殆ト稀ナリ即チ感觸ノ障礙ニ於テ感情精神ノ全部喪失スルコトハ殆ト之アルヲ知ラサルナリ觀念ノ障礙ニ於テモ亦然リ觀念經過ノ遲滞ニ於テ障礙ヲ生スル場合多シト雖モ未タ曾テ全部ノ觀念ヲ喪失セシムル場合ハ全ク之ナシ或ハ精神衰弱ノ甚シキ痴鈍症ノ如キハ所謂缺落症狀ニシテ觀念ノ機能其用ヲ爲ササルコトアルモ是レ唯考慮ト行爲トハ一致セシムルノ能力ヲ缺キタルニ過キササルヲ以テ未タ以テ精神全部ノ喪失アリト謂フコトヲ得サルナリ意思ノ障礙ニ於テモ多クハ意思ノ缺亡スル場合アルモ是レ亦多クハ高等意思ノ缺亡ニ屬シ未タ全部ノ意思ノ缺亡アリト謂フヘキモノニ非サルナリ故ニ醫學上ヨリ論スルトキハ喪失ノ語ハ其意義甚タ狭キニ失シ精神病ノ全般ノ場合ヲ包含スルコト能ハス又知覺ハ精神分析上ノ一名稱ニ過キスシテ精神其モノヲ謂フモノナレハ精神ノ語ト併用スルハ全ク重複タルヲ免レス

(二) 刑法上ヨリ論スルトキハ凡ソ精神上ノ障礙ニ因リ罪ヲ犯シタル者ハ自由意思ノ命令ニ出ラタル犯罪ニ非サルヲ以テ其責ヲ問フヘカラサルハ誠ニ議論

ナキ所ナリ今精神上ノ障礙ヲ分析スレバ或ハ感觸ノ障礙アリ或ハ觀念ノ障礙アリ或ハ意思ノ障礙アリテ各障礙ノ結果ヲ異ニス然レトモ何レノ場合ニ於テモ人ノ精神ハ數局ト爲リテ各局五官ノ一ヲ司リ相侵スコトナン聽官ヲ司ル精神アリ視官ヲ司ル精神アリ言官鼻官動官ヲ司ル精神アリ而シテ精神障礙ハ其一局ヨリ發スル場合多シトス故ニ一局部例ヘハ聽官中樞ノ障礙ヲ受クル者ハ聽官中樞ノ精神病者タルヘシト雖モ他ノ局部ニ至リテハ未タ精神ノ健全タルヲ失ハサル者ナリ多少ノ影響ヲ受クルコトアルヘシ若シ此障礙ニ因リ罪ヲ犯ス者アラハ其犯罪ハ自由意思ノ命令ニ出ラサルヲ以テ之ヲ罰スルコト能ハサルヘシ然レトモ他ノ局部ノ精神ハ悉ク健全ナルヲ以テ此犯人ヲ目シテ精神ノ喪失者ナリト謂フコトヲ得ス然ラハ則チ第七十八條ノ規定ハ文字ニ拘泥シテ之ヲ解釋スヘカラス宜シク其精神ヲ探究スヘシ即チ知覺精神ノ喪失トハ精神全部ノ喪失ヲ謂フニ非スシテ障礙ヲ受ケタル精神一局部ノ健全ノ状態ヲ喪失スルコトヲ謂フナリト解釋シテ可ナランカ

各國ノ刑法ニ於テモ亦精神病ノ原因ニ因リテ罪ヲ犯シタル者ヲ罰セサルハ大

抵皆同一ナリ然レトモ其精神病ノ如何ナル程度ニ於ケル場合ヲ以テ無責任ノ原因ナリト爲スヤ否ヤニ至リテハ各國其規定ヲ一ニセザルノミナラス未タ確固不拔ノ原則ヲ掲ケタルモノアルヲ見ス蓋シ精神病ノ問題ハ素ト是レ醫學上ニ屬スルモノニシテ法律家又ハ裁判官ノ深ク研究セザル所ナルヲ以テ多ク之ヲ醫師ノ鑑定ニ放任セントスルモノナリ然ルニ醫學上ノ研究ト法律上ノ研究ハ自ラ其目的ヲ異ニスルカ故ニ醫師ノ主張スル精神病ノ理由ハ必スシモ裁判官ノ爲メニ無責任ノ理由ト爲ラザルモノアリテ二者ノ間屢々衝突ヲ生スルコトアリ醫師ハ精神病ノ如何ナル種類ヲ問ハス之ヲ以テ一ノ精神病者ナリト爲シ自由意思ヲ失フモノトシテ悉ク無責任ト爲サント欲シ法律家又ハ裁判官ハ精神上ニ於ケル多少ノ障礙アルモ苟モ事理ノ辨別ヲ爲ス者ナリト觀ルトキハ之ヲ以テ普通ノ健人ナリトシテ之ヲ罰セント欲スルナリ今日ノ趨勢ニ於テハ醫師ハ醫學ノ範圍ヲ擴張シテ精神病者即チ無責任者ノ區域ヲ廣クセント欲シ法律家又ハ裁判官ハ醫學上ノ侵入ヲ防衛シテ精神病者ノ區域ヲ縮小セシメント欲スルノ傾アリ我輩ヲ以テ之ヲ觀ルニ醫學ト法學ノ爭ハ到底免ルヘカラスト

雖モ然レトモ法律家ニシテ醫學ヲ知ラス醫學者ニシテ法律ヲ知ラス唯其知ル所ニ就テ以テ私見ヲ主張スルハ未タ以テ立論ノ公平ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス精神病醫學者ニ於テモ少シク法律學ヲ研究シ又法律家ニ於テモ少シク精神病學ヲ研究スルコトアラハ始メテ過ラ鮮クスルニ庶カラシカ是レ我輩故ラニ精神病ノ問題ニ就テ多少醫學上ノ論ヲ講説スル所以ナリ試ニ一歩ヲ譲リ精神病ノ事ハ悉ク以テ之ヲ醫師ニ放任スルヲ以テ得策ナリトスルモ是レ唯精神病者ノ疑アリテ醫師ノ鑑定ヲ要スヘキ者ナリト定マリタル場合ニ於テ爾ルノミ事ノ初メ未タ何等ノ疑ヲ發セザルトキニ於テ能ク精神病者タルノ疑ヲ起スニ就テハ平生精神病者ノ研究ヲ爲シタル者ニ非スンハ到底能クスヘカラス要スルニ現行刑法ノ精神病ニ關スル規定タル其不完全深ク論スルニ足ラスト雖モ若シ刑法ノ不完全ニ加フルニ裁判官ノ無智無學ヲ以テスルアラハ精神病ニ關スル事件ニ付テハ必スヤ二者其一ニ出テナルヘカラサルノ結果ヲ生スヘシ或ハ醫師ノ鑑定ニ拘束セラレテ而シテ裁判スルコトアルヘク或ハ醫師ノ鑑定ヲ採用セスシテ而シテ判決スルコトアルヘシ醫師ノ鑑定ニ拘束セラレテ裁

判ヲ爲スル則チ是レ裁判官自ラ裁判ヲ爲スニ非スシテ醫師間接ニ裁判ヲ爲スモノナリ若シ醫師ノ鑑定ニ據ラスシテ裁判ヲ爲サンカ判事ハ事實ノ審理ヲ盡サス安斷德説ヲ以テ裁判ヲ爲スモノナリ何レノ場合ニ於テモ正當ノ裁判ナリト謂フコトヲ得サルヘシ凡ソ刑法ノ問題ニ於テ最モ危險ナルモノハ精神病ノ問題ヨリ甚シキハナシ宜シク刑法ノ改正ト共ニ大ニ裁判官ノ腦髓ヲ洗濯セサルヘカラサルナリ

今刑法上精神病ニ關スル規定ヲ改正セントスルニ付キ果シテ如何ナル方針ヲ採ルヲ以テ適當ト爲スカ少シク之ヲ論ゼン

- (一) 精神病ノ種類其數多シト雖モ先ツ之ヲ類別スルトキハ左ノ三種ト爲ス
 精神機能發達ノ時期ニ於テ發達ノ停止シタル場合例ヘハ痴鈍又ハ精神ノ衰弱ノ如シ
- (二) 精神機能ハ相當ニ發達シタル後疾病其他ノ原因ニ由リテ精神機能ノ運用ヲ妨害セラレタル場合
 疾病以外ノ原因ニ由リテ一時精神機能ノ運用ヲ失ヒタル場合例ヘハ睡
- (三) 眠中ノ狀態酒狂ノ如シ

眠中ノ狀態酒狂ノ如シ

以上第一第二ノ場合ハ醫學上名ケテ精神病ト謂フ所ノモノナリト雖モ第三ノ場合ハ精神病學ニ於テ之ヲ以テ純粹ノ精神病者ト爲サス故ニ醫學上所謂精神病ニ原因スル犯罪ノ無責任ヲ論セントスルトキハ第三ノ場合ニ於テ罪ヲ犯シタル者ハ刑法上ノ不倫罪ト爲スコトヲ得サルニ至ル如何トナレハ第一第二ノ精神病患者ニシテ第三ノ場合ハ精神病患者ニ非サレハナリ然ラハ則チ精神上ノ變狀ニ關スル總テノ場合ヲ網羅セントスルニハ宜シク汎漠ノ文字ヲ用ヒテ精神ノ障礙ト爲サハ則チ可ナリ其障礙ハ疾病ニ屬スルモノト然ラサルモノトニ拘ハラズ悉ク之ヲ包含スルカ故ニ第一乃至第三ノ場合ヲ含ムニ至ルヘシトハ法文ヲ改メ精神ノ障礙ニ因リ意思ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セストノ規定ヲ爲スノ適當ナルヲ信スルナリ蓋シ精神ノ障礙ニハ大小輕重アリテ精神障礙ノ事實既ニ意思ヲ阻却スルニ足ルヘキモノアリ或ハ又障礙ノ事實ハ輕微ニシテ未タ以テ意思ヲ阻却スルニ足ラサルモノアリ犯罪ノ原因ハ等シク精神障礙ニ出ツルト意思ノナキ場合ト其然ラサル場合トヲ區別セサルハ條理上許スヘカラ

ナルモノナリ故ニ精神ノ障礙ト意思阻却ノ二條件ヲ以テ無責任ノ理由ト爲サ
 ハ或ハ以テ刑法ノ制裁ヲ誤ラサルニ庶カラシカ若シ夫レ精神ノ障礙アリテ未
 タ自由意思ヲ失ハサル者ノ犯罪ニ至リテハ到底之ヲ以テ健人ノ犯罪ト同一視
 スヘカラサルヲ以テ其障礙ノ程度ニ應シテ犯人ノ責任ヲ輕クスルハ是レ亦必
 要ノ規定ナリトス之ヲ要スルニ精神障礙ノ原因ニ由リテ罪ヲ犯ス者ハ自由ヲ
 缺キタル場合ニ於テ不論罪ト爲シ其然ラサル場合ニ於テハ單ニ宥恕ノ理由ア
 リト爲スノ規定ヲ設クルヲ以テ適當ナリトス
 此ノ如ク論スルトキハ則チ精神病ノ種類何タルニ拘ハラズ其生レナカラニシ
 ナ精神ノ發達セサル者モ亦中途疾病ノ爲メニ其發達ヲ妨ケラレタル者モ亦或
 ハ疾病以外ノ原因ニ由リテ一時精神ノ障礙ヲ受ケタル者モ其障礙ノ程度ハ自
 由意思ヲ喪失セシムルニ至ラサルトキハ僅ニ宥恕ノ原因タルニ過キサレナリ
 以上既ニ一般ノ精神病者ニ就テ之ヲ論セリ是ヨリ一時ノ精神障礙ヨリ生スル
 犯罪ニ對シテ如何ナル制裁ヲ加フヘキカ各種ノ場合ヲ擧ケテ之ヲ論究セン

第一 醉狂者

醉狂ニ乘シテ罪ヲ犯シタル者アルトキハ刑法上之ヲ罰スルコトヲ得ルカ若シ
 之ヲ罰セストモセンカ罪ヲ犯サントスル者特ニ酒精ヲ用ヒ酩酊ニ乘シテ而シテ
 人ヲ害スルニ至ルヘシ然レトモ醉狂者ニ悉ク之ヲ罰ストモセンカ實際知覺精神
 ヲ喪失シタル者ヲモ之ヲ罰セサルヘカラザルニ至ル故ニ本問ヲ論スルニ當リ
 テハ先ツ醉狂ノ種類ヲ區別スルコトヲ要ス若シ菟酒ニ因リテ一種ノ精神病所
 謂疾病性酩酊又ハ病醜ト名クヘキ精神病ニ罹リ之カ爲メニ意思ヲ失フニ至リ
 タルトキハ則チ所謂精神ノ喪失ニ因リテ是非ノ辨別ナキノ行爲ニ係ルヲ以テ
 不論罪ノ理由ト爲ルヘキヤ論ヲ俟タサル所ナリ然レトモ疾病性酩酊ト普通酩
 酊トハ其性質同一ナラスシテ酩酊ハ酒精作用ノ爲メニ一時興奮ノ状態ヲ呈ス
 ルニ過キスシテ未タ以テ精神ノ疾病ト爲リタル者ニ非ス今精神病ニ非ザル酩
 酊者酒精ノ作用ニ因リテ罪ヲ犯スコトアラハ刑法上果シテ如何ナル制裁カア
 ル者シ夫レ酩酊ノ結果全ク是非ノ辨別ナクシテ而シテ罪ヲ犯スニ至ラハ固ヨ
 リ何等ノ制裁ヲモ加フルノ理ナシ然レトモ若シ最初ヨリ犯罪ヲ決行スルカ爲
 マニ特ニ酒精ヲ用ヒ興奮ノ用ニ供スルアラハ如何例ヘハ一儒夫アリ恨ヲ入ニ

報ヒント欲ス然レトモ平素怯懦ニシテ自テ奮テ其人ヲ刺スノ勇ナシ是ニ於テ
 カ酒ヲ用ヒ大ニ興奮シ酒氣ニ乘リテ其人ヲ殺セリ然ルニ此犯罪ヤ全ク酒精ノ
 作用ヨリ出テタルモノニシテ人ハ犯罪後ニ至リテ自ラ犯罪事實ヲ記憶スル能
 ハナリ即チ犯人ハ全ク酒精ノ爲メ精神ヲ喪失シテ而シテ罪ヲ犯シタル者ナ
 リ此場合ニ於テ犯人カ人ヲ殺スノ目的ヲ以テ自ラ興奮セント欲シテ酒精ヲ用
 ヒ而シテ興奮ノ結果人ヲ殺スニ至リタル所ハ則チ豫メ謀テ人ヲ殺シタル者ナ
 ルヲ以テ全ク謀殺罪ヲ以テ之ヲ論セサルヘカラス然レトモ犯罪實行ノ當時是
 非ヲ辨別セサル所ヲ以テ之ヲ觀レハ所謂精神ノ喪失ニ因リテ辨別力ヲ缺キタ
 ル者ナルヲ以テ不論罪ト爲ササルヘカラス果シテ謀殺ナルカ將タ無罪ナルカ
 我輩ヲ以テ之ヲ觀レハ此ノ如キ場合ニ於ケル犯罪ハ之ヲ罰セサルヲ以テ正當
 ナリトス犯人初メ人ヲ殺スノ目的ヲ以テ自ラ興奮セント欲シテ酒精ヲ用ヒタ
 ルハ殺人ノ豫謀タルヲ免レス然レトモ犯人ノ所爲ハ唯此豫謀ノミニ止マラン
 カ刑法ハ之ニ對シテ何等ノ制裁ヲ加フルコトヲ得ス何トナレハ刑法ハ犯罪ノ
 意思又ハ犯罪ノ豫備ヲ罰スルモノニ非サレハナリ然ルニ犯人ハ進メテ殺害ヲ

實行セリ而シテ其實行ノ場合ニ際シテ犯人ハ既ニ自ラ遺忘シテ其爲ス所爲ノ
 何事タルヲ辨別セザリシ者ナリ犯人犯罪ノ實行ニ際シ或ハ身體ノ自由ヲ失ス
 ニ於テハ縱令其以前ニ於テ豫謀ノ事實アリトスルモ未タ以テ刑法ノ制裁ヲ科
 スヘキモノニ非サルナリ蓋シ犯人ハ既ニ犯罪ノ決心ヲ爲シ豫謀ノ事實ヲ行ス
 ト雖モ未タ犯罪ニ着手セサル以前ニ於テ或ハ前非ヲ悔ヒ犯罪ヲ中止スルコト
 ナシトセス即チ善道ニ復歸スルノ望ヲ有スル者ナリ其事ヲ決行スルニ當リテ
 ハ既ニ善道ニ復歸スルノ途絶ツト雖モ此一瞬間忽然是非ノ辨別力ヲ失フニ至
 ラハ是レ即チ犯罪ハ辨別ナキノ時ニ於テ發生シタルモノナルヲ以テ固ヨリ刑
 法ノ目的ト爲ルヘキモノニ非ス犯罪ハ不論罪ノ時期ニ於テ成立シタルニ拘ハ
 ラス其豫謀アリタルノ理由ヲ以テ之ヲ罰セントスルハ我輩其説ニ服スルコト
 能ハサルナリ要スルニ我輩ハ犯罪ノ豫謀ヨリ犯罪ノ實行ニ至ルマテノ時期ニ
 於テ犯人ノ精神ヲ分析シ而モ犯罪實行ノ際ニ於テ是非ノ辨別力ヲ缺タアルト
 キハ縱令豫謀ノ時期ニ於テ辨別アリトスルモ犯人ノ責任ヲ問フヘキモノニ非
 スト爲ス者ナリ

第二 瘖啞者

瘖啞者ニ二種アリ(一)生レナカニシテ瘖且啞ナル者アリ(二)成人ト爲リテ而シテ後ニ瘖啞ト爲ル者アリ生レナカラノ瘖啞者ハ智識ノ發達ヲ養成スルノ機關ヲ缺クカ爲メニ至テ精神機能ノ發育ヲ爲スコト能ハス生レテヨリ成年ニ至ルマテ精神上殆ト常ニ同一ノ精神病ニシテ所謂精神ノ喪失ニ屬スルモノナリ此病人ノ所爲ヲ以テ無責任ト爲スハ固ヨリ當然ナリ然レドモ成年ニ至リテ疾病若クハ其他ノ事變ノ爲メニ聽官語言ノ機能ヲ失ヒタル者ハ外形ノ感觸上普通人ト多少異ナル所アリト雖モ精神上ノ發達ニ至リテハ未ダ必ズシモ普通人ニ異ナル所アリト謂フヘカラス聽官語言ノ缺損ハ決シテ人ノ從來發達シタル智識ノ缺損ヲ來スヘキモノニ非サルナリ隨テ此種ノ瘖啞者ハ瘖啞ノ結果是非ノ辨別力ヲ喪失スル者ニ非サルコト敢テ多辯ヲ要セサルナリ唯瘖啞ノ爲メニ健人ヨリモ多少異ナリタル所ノ感觸ヲ有シ多少機能ノ發達ヲ妨クル所アルヘキカ故ニ其責任ノ程度ニ至リテハ大ニ酌量スヘキ所ノモノナリ然レドモ之ヲ以テ至ク無責任者ト爲スハ道理ニ適合スル所ノ法律ナリト謂フコトヲ得ス若シ中

年ノ瘖啞者ニシテ瘖啞ノ理由ヲ以テ刑罰ノ制裁ヲ免ルルヲ得ンカ或ハ視官ヲ失ヒタル盲目モ或ハ鼻官ヲ失ヒタル者モ亦刑法上同一ノ利益ヲ受ケサルヘカラス其他疾病ノ爲メ身體ノ不具ト爲リタル者或ハ脊傳者又ハ天刑病者ノ如キハ當然無責任者ト謂ハサルヘカラサルヘシ

然ルニ刑法第八十二條ヲ見ルニ瘖啞者罪ヲ犯シタル時ハ其罪ヲ論セストアリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ苟モ瘖啞者タル以上ハ其天然ノ瘖啞者タルト又中年ノ瘖啞者タルトヲ間ハス唯瘖啞ノ理由ヲ以テ直チニ無責任者タルコトヲ得ルナリ刑法ノ理由ノ存スル所予深ク之ヲ知ラスト雖モ道理上之ヲ研究スレハ則チ或ハ本條ヲ設ケタルハ立法者ノ疎漏ニ出テタルナキヤヲ疑ハサルヲ得ヌ何トナレハ若シ本條ニ所謂瘖啞者ハ性來ノ瘖啞者ヲ指シタリトセンカ是レ精神ノ缺落症ニ屬スル者ナルカ故ニ所謂精神ノ喪失者ニシテ當ニ第七十八條ノ支配ヲ受タヘキ者ナルヲ以テ別ニ本條ヲ規定スルノ必要ナシ若シ之ニ反シ中年ノ瘖啞者ヲ指シタリトセンカ是レ決シテ是非ノ辨別力ヲ失ヒタル者ニ非サルカ故ニ固ヨリ無責任者ト爲スノ理由アルヲ見ス果シテ然ラハ何レノ方ヨリ論ス

刑罰總論 犯罪 犯罪ノ責任 無責任 犯罪無能力

ルモ瘡腫ノ事實ヲ以テ不論罪ノ理由ト爲スハ實ニ解スヘカラサルヲ法律ト謂ハサルヘカラサレハナリ殊ニ現今教育ノ制度大ニ進歩スルニ隨ヒテ瘡腫者モ亦適當ノ教育ヲ受クルノ途ヲ設ケルニ至レリ若シ東京盲啞學校ヲ卒業シタル瘡腫者ニシテ重罪輕罪ヲ犯ストキハ總令是非ノ辨別力ヲ有スルコト毫厘モ疑ナシトスルモ刑法ノ明文ニ依リ必ス之ヲ無罪ト爲ササルヘカラス第八十二條ノ規定モ亦此ニ至リテ國家ノ惡人ヲ庇保スルニ努メタリト謂フヘキナリ我輩實ニ本條ノ理由ヲ知ルニ苦ム

尙ホ本條ノ但書ニ付テ一言スヘシク但情狀ニ因リ五年ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得テ懲治場留置ハ刑罰ニ非ス教育ヲ以テ目的ト爲スモノナリ即チ是非ノ辨別ナキ少年子弟罪ヲ犯シタル場合ニ於テ其罪ヲ論セスシテ殊ニ懲治場ノ留置ヲ命スルハ是レ其家庭ノ教育宜キヲ得サルカ爲メニ政府其父兄ニ代リテ之カ教育ヲ爲スノ目的ヲ以テ之ヲ懲治場ニ入レントスルナリ故ニ是非ノ辨別ナキ少年子弟ニ對シテ懲治場ノ留置ヲ命スルハ大ニ其理由アリト雖モ瘡腫者ニ對シテ懲治場留置ヲ命スルハ是レ教育ヲ爲スヘカラサル

者ニ對シテ教育ヲ爲サント欲スルモノナレハ全ク懲治場留置ノ目的ニ反スルモノナリ若シ夫レ瘡腫者ノ危險ヲ防カンカ爲メニ懲治場ニ留置セントスルカ精神ノ喪失者ニ對シテモ亦同一ノ規定ヲ設ケサルヘカラス然ルニ精神ノ喪失者ニ對シテハ此ノ如キ規定ヲ設ケス而シテ獨リ瘡腫者ニ對シテ此規定ヲ設ケ瘡腫者ヲ以テ是非ノ辨別ナキ幼者ト同視スルハ刑法ノ規定宜キヲ得タリト謂フヘカラス刑法改正草案ニ於テハ以上ノ缺典ヲ補正シタリ草案第五十條ヲ參照スヘシ

第二適用 年齢ニ因ル意思ノ缺亡

刑法上人ノ年齢ヲ區別シテ三期ト爲ス第一期ハ辨別ノナキ場合犯意ノ缺亡第二期ハ辨別ノ疑アル場合犯意缺亡ノ疑第三期ハ辨別ノ分明ナル場合犯意ノ分明シテ辨別ノ分明ナル時期ニ付テ之ヲ細別スレハ一ハ辨別力犯意ノ發達不完全ナル場合二ハ其發達完全ナル場合はナリ

然レトモ此區別ハ同ヨリ一定不拔ノ標準ニ由リタルニ非ス各人ニ於テ大ニ異

ナル所アルヲ以テ此三期ヲ定ムルニ付テハ必スヤ二方法其一ニ據ラサルヘカ
 ラス或ハ各人ニ就キ一之ヲ試験スルニ在リ或ハ豫メ一定ノ法律ヲ設ケテ以
 テ之ヲ推定スルニ在リ各人ニ就テ一之ヲ試験ヲ爲スハ稍ヤ確實ナル所アリ
 下雖モ第一期ノ者ニ就テモ亦尙ホ之ヲ試験ヲ爲スハ殆ト無益ノ業ナリ何トナ
 レハ第一期中ニ在ル幼者例ヘハ二三歳ノ童子ニ對シテ辨別力ノ有無ニ付テ之
 カ試験ヲ爲スハ誰カ其愚ヲ笑ハサル者アラシヤ是ニ於テ歐洲各國ノ法律ハ大
 抵皆第一ノ主義ヲ捨テ第二ノ主義ヲ探ルモノナリ即チ一定ノ時期ニ就テ法律
 上豫メ一定ノ年齢ヲ定メ或年齢ヨリ或年齢ニ至ルマテハ辨別力ノ缺亡スル者
 ト推定シ或年齢ヨリ或年齢ニ至ルマテハ辨別力ノ有無ニ付テ疑アルモノト推
 定シ或年齢ニ達スレハ辨別力分明スルモノナリト推定スルナリ佛國刑法ニ於
 テハ辨別力ナキ者ニ對シテハ之ヲ推定シタル法律ナク十六歳未満ノ未成年者
 ニ對シテハ悉ク辨別力ノ有無ニ付テ疑アル者トシ原則上三歳ノ小兒罪ヲ犯ス
 モ亦十五歳ノ幼者罪ヲ犯スモ皆辨別力ノ有無ニ付キ悉ク之ヲ試験セサルヘカ
 ラス佛國刑法第六十六條ニ曰ク被告ノ十六歳ニ足ラザルトキ若シ其是非ノ

辨別ナクシテ事ヲ行ヒタルトキハ云云ト是ニ由テ之ヲ觀レハ十六歳未満ノ
 者ハ一歳未満ニ至ルマテ悉ク是非ノ辨別ヲ鑑定スルノ必要アルナリ然レドモ
 實際ニ於テハ二三歳ノ童子ニ對シテ公訴ヲ提起シ裁判所ヲ以テ辨別力ノ有無
 ヲ鑑定セシムルハ其業甚タ儀式ニ流シ汪濶ニ失スルガ故ニ法律以外ニ於テ司
 法大臣ハ平常檢察官ニ訓令シテ七八歳以下ノ者ニ對シテハ公訴ヲ提起スヘカ
 ラスト爲セリ故ニ佛國ニ於テハ八歳以下ノ者ニ對シテ公訴ヲ提起セサルハ法
 律ノ明文アルニ非スシテ司法大臣ノ訓令アリテ然ルカハ實ニ佛國刑法第六十
 六條ハ不完全ノ法律ナリト謂ハサルヘカラス西班牙ノ刑法ニ於テハ滿九歳以
 下ハ絕對的ノ無責任者トシ和蘭ハ滿十歳以下ヲ以テ無責任者ト爲シ英國ハ滿
 七歳以下ヲ以テ無責任者ト爲シ瑞西ハ滿十六歳以下ヲ以テ無責任者ト爲シ匈
 牙利ノ刑法ニ於テモ亦同一ノ規定アリ露西亞ノ刑法ニ於テハ滿七歳以下ヲ以
 テ絕對ノ無責任者ト爲メタリ我刑法ハ年齢ノ規則ニ付テハ大ニ佛蘭西刑法ノ
 弊害ヲ鑑ミ斷然之ニ倣フコトヲ止メ十六歳以下ニ於テ辨別力ノナキ時期ト辨
 別力ノ疑ノ時期トヲ區別シ十二歳ニ充タサル者ノ罪ハ其罪ヲ論セスト爲シ十

二歳以上十六歳未満ノ者ニ對シテハ辨別力ノ有無ヲ審査スヘキモノナリトモ規定ヲ設ケタリ(第七九條第八〇條)故キ我刑法ニ依レハ十二歳未満ノ者ニ對シテハ縱令其人ノ智識ノ發育大ニ増進スル所アリトモ是非ノ辨別力ヲ推定スルニ足ルヘキ者ナリト認ムル場合ニ於テモ尙ホ且公訴ノ提起ヲ爲スコトヲ許サス唯十二歳未満ノ事實ヲ證明スレハ則チ可ナリ之ニ反シ十二歳以上ノ者ニ對シテハ縱令犯人ノ智識ノ發達十分ナラスシテ辨別力ナキ者ナリト認ムル場合ニ於テモ亦辨別力ノ有無ニ付キ之カ審判ヲ爲スヲ要スルヲ以テ必ス公訴ヲ提起セザルヘカラス何トナレハ辨別力ヲ審判スルノ權ハ檢事ニ屬セスシテ裁判所ニ屬スルヲ以テナリ

今茲ニ一言ノ注意ヲ要スヘキモノアリ即チ民法ニ於テハ二十歳未満ヲ以テ無能力者ト爲シ其法定代理人ノ同意ヲ得シテ爲シタル行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得ト爲ス之ニ反シテ刑法ニ於テハ十二歳未満ヲ以テ無能力者ト爲シ何等ノ行爲ヲ爲スモ無責任ナリト爲ス民法上ノ責任ト刑法上ノ責任トニ付テ其規定ヲ異ニスルハ抑モ如何ナル理由ニ基クカ少シク之ヲ辨明セシ

凡ソ民事上ノ行爲ハ人生相互ノ權利義務ノ關係ニ屬シ大抵皆複雜ニシテ又甚タ困難ナルヲ以テ豫メ利害得失ヲ研究シテ其害ヲ去リ利ニ就クニ選擇又行スル智能有スルニハ頗ル完全ノ發達ニ至ルノ時期ヲ俟タサルヘカラス故ニ滿二十歳ニ達スルニ非サレハ複雜ナル民事行爲ノ利害ノ判斷ヲ爲スル能力ヲ有セザル者ト推定シ民法上ノ能力ハ滿二十歳ニ至ラズ取テ得ズルモ之ヲ爲シタリ之ニ反シ刑事ノ行爲ハ行爲其モノニ付テハ頗ル複雑スルモノアリト雖モ犯人ノ責任ヲ定ムルニ付テハ唯其行爲ノ正不正ヲ知ルヲ以テ足レリトモ即チ其行爲ノ是非カ非カヲ區別スルノ智能アレハ則チ可ナリ人ノ良心ハ人生萬般ノ行爲ノ指導者ニシテ常ニ善ヲ善トシ惡ヲ惡トシ是ヲ是トシ非ヲ非トスルノ裁判權ヲ有スルモノナレハ良心ノ發達ハ實ニ速ニシテ人生カ事物ノ如何ヲ知ル時期ニ於テハ良心既ニ之カ支配ヲ爲スモノナリ是非ノ辨別ハ即チ良心ノ裁判ニ外ナラズレハ假令利害得失ノ關係ヲ知ルノ能力ニ至ラテハ尙ホ缺タル所アリトスルモ事物ノ善惡ヲ知ルノ良心ハ固ヨリ既ニ嚴然トシテ其勢力ヲ有スルモノナリ刑法上ノ能力ヲ以テ滿十二歳ナリト爲シタルハ蓋シ良心ノ發達ハ他ノ智

能ノ發達ニ先ツモノナリト爲シタルナリトモ、
 十二歳以上十六歳未滿ノ者ハ辨別力ノ有無ニ付疑ハ時期中ニ在ル者ナリ即
 チ此期間ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ對シテハ刑法ニ豫メ何等ノ推定ヲ設ケタルコ
 トナク其責任ト無責任トノ區別ヲ定ムルノ權ヲ以テニ之ヲ裁判官ニ放任シ
 タルナリ刑法第八十條ニ「十二歳以上十六歳ニ滿タル者ハ其所爲是非ヲ辨別シ
 タルト否トヲ審案シ云云」規定シタルハ則チ此意義ニ外ナラザルナリ抑モ是
 非ヲ辨別スルトハ如何ナル行爲ニ於ケル是非ノ辨別ヲ言フカ犯人カ行フ所ノ
 萬般ノ行爲ニ付テ辨別力ノ有無ヲ定メタルヘカラザルカ將テ犯人カ行ヒタル
 犯罪行爲ノ上ニ付テ其辨別力ノ審案ヲ爲スニ止マルヘキカ若シ犯人ノ辨別力
 ハ一般ノ行爲ニ於テスルコトヲ要ストモカ總令犯人ハ犯罪行爲其モノニ付
 テハ辨別力ヲ有セザルモ其他ノ一般行爲ニ付テ辨別力ヲ有スルトキハ必ス其
 責任ヲ問ハサルヘカラザルナリ之ニ反シ若シ犯人ノ辨別力ハ唯犯罪行爲其モ
 ノ上ニ於テラミ之ヲ必要ナリトスルトモシカ總令他ノ一般行爲ニ於テ辨別
 力ヲ有セモ犯罪行爲ノ上ニ於テ明カニ辨別力ヲ有スルノ確證ヲ得タルトキハ固

ヨリ犯人ノ責任ヲ免スルノ理由ナシ其結果犯人ハ他ノ一般行爲ニ於テ辨別力
 ヲ有スルモ犯罪行爲其モノノ上ニ於テ辨別力ヲ有セザルトキハ當然犯人ノ責
 ヲ免セザルヘカラザルナリ我刑法ハ一般ノ行爲ニ於ケル是非ノ辨別力ヲ必要
 ナリトモシカ抑モ又犯罪行爲其モノノ上ニ於ケル辨別力ヲ必要ナリトモシカ
 是非ヲ辨別スルトハ犯罪タルコトヲ知ルノ謂ニシテ即チ犯罪ノ意思ヲ有スト
 謂フニ同シ犯罪ノ意思ハ其行ハントスル犯罪ニ付テ發生スルモノナレハ刑法
 ノ趣旨犯人ノ行ヒタル所爲ニ付テ犯意ノ有無ヲ問ハントスルニ在ルヤ明カナ
 リ故ニ刑法第八十條ニモ特ニ規定シテ「罪ヲ犯ス時滿十二歳以上十六歳ニ滿
 タル者ハ其所爲是非ヲ辨別シタルト否ト云云」セリ本條所謂其所爲トハ是レ
 犯人カ行ヒタル犯罪行爲ヲ指スコト毫モ疑フ容ルル所ナシ若シ一般行爲ニ於
 ケル辨別力ヲ謂フモノナリトスレハ殊ニ本條ニ於テ其所爲ノ文字ヲ用フルノ
 要ナシ單ニ「十六歳ニ滿タル者ハ是非ヲ辨別シタルト否ト云云」トシテ文理判明
 スルナリ然ルニ故ラニ其所爲ト特書シタルハ是レ即チ犯人ノ所爲ヲ制限シタ
 ルモノナリ要スルニ我刑法ハ犯罪行爲其モノノ上ニ於テノミ是非ノ辨別ヲ必

要トセシモノナリトノ解釋ハ蓋シ穩當ナリ、且ニ其モハ、本論ヲ終ルニ臨ミテ尙ホ一言スヘキモノアリ即チ第八十條ノ但書是ナリ曰ク「但情狀ニ因リ滿二十歳ニ過キナル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得」本條ニ規定スル懲治場留置ノ處分ハ果シテ如何ナル目的ヲ有スルモノナルヤ本條ノ前段明カニ「辨別ナクシテ犯シタル時ハ其罪ヲ論セス」ト規定シタル以上ハ其犯人ノ犯罪上ノ責任ヲ免シタルコト敢テ説明ヲ要セス然ルニ後段ノ但書ニ於テ懲治場留置ノ規定アルヲ以テ之ヲ觀レハ是レ留置處分ハ刑法以外別段ノ刑罰ヲ科スルノ精神ニ出テナルコト明カナリ然ラハ則チ懲治場留置ハ其目的何レニ在リトスルカ凡ソ犯罪ノ原因其數一ナラズト雖モ少年子弟ノ犯罪ハ多ク家庭ノ教訓其宜キヲ得タルニ原因セスンハ非ス夫レ少年子弟ハ尙ホ白糸ノ如シ之ヲ蒼ニ染ムレハ則チ蒼ト爲リ之ヲ黃ニ染ムレハ則チ黃ト爲ルカ如ク常ニ其成長スル所ノ慣習ニ感染スル者ナリ家庭壞亂シタル家ニ在ル者ハ家ノ惡風自ラ性ヲ爲シ廉恥ヲ勵ムヲ知ラズ名譽ヲ貴ラテ知ラス唯慾念ノ奴隸ト爲リテ其身ノ快樂ヲ得シコトヲ求ムルモノナリ此等ノ少年一旦罪ヲ犯シ是非ハ辨

別ナキ故ヲ以テ其責ヲ論セスシテ之ヲ其家ニ放逐セム又再々同ノ犯罪ヲ行フノ危險ナシトセス國家既ニ其危險ナルヲ知リテ而シテ措テ之ヲ問ハサルトキハ其危害殆ト計ルヘカラサルモノアラントス況ヤ親ナク兄弟ナク諸方ニ流過スル浮浪ノ少年子弟ニ於テヤ是レ殆ト野犬ト一般ノ人ノ慮ニ乗シテ食物ヲ盜ミ尙ホ得サルトキハ則チ家ニ放火シ人ヲ殺シ毫モ顧ミル所ヲ知ラサルナリ危險ノ程度更ニ一層甚シキヲ加フ是ニ於テカ刑法ハ一方ニ於テハ辨別力ナキヲ理由トシテ無罪ヲ宣告シ他ノ一方ニ於テハ必要ノ場合ニ限り懲治場ノ留置ヲ命スルノ規定ヲ設ケタルナリ懲治場留置ハ惡習慣ヲ有スル家庭ニ代リテ政府自ら惡少年ノ訓誨ニ任シ間接ニ將來ノ惡害ヲ除カントノ手段ヲ採リタルモノニ外ナラサルナリ故ニ無責任ノ宣告ヲ受ケタル少年ト雖モ若シ其家庭ノ訓誨大ニ少年ヲ威化セシムルニ足ルヘキモノアルトキハ必スシモ懲治場ノ留置ヲ命スルノ必要ナシ是レ刑法カ懲治場留置ヲ以テ命令法ニ出テスシテ許可法ノ文法ヲ採リタル所以ナリ

以上論スル所ノ年齢ニ原因スル無責任ノ理由ハ獨リ重罪輕罪ニノミ之ヲ適用

スルニ非ス違警罪ニ於テモ亦之ヲ適用スルコトヲ得第八十三條第二項ハ廣ク其罪ヲ論セスト規定セリ

第二節 權利ノ執行

權利ノ執行ニ屬スル場合ハ其所爲自體ハ法律ノ禁スル所ニ非スレテ却テ其命令スル所ノモノナリ凡ソ犯罪行爲ハ法律ノ禁制命令ニ違反スルニ因リテ成立ス故ニ若シ事實ノ形態上ヨリ觀レハ犯罪行爲ヲ構成スト雖モ法律上付與セラレタル權利又ハ義務ニ因リテ以テ此事實ヲ行フニ於テハ決シテ犯罪ヲ構成スヘキモノニ非サルナリ其場合三アリ一ハ本屬長官ノ命ニ出テタル場合一ハ危難防衛ニ出テタル場合一ハ正當防衛ニ出テタル場合即チ是ナリ
今本論ニ入ルニ先チテ二三ノ注意ヲ爲スヘキモノアリ一ハ他ニ禁スルモ全ク第一ニ犯罪無能力ノ場合ト權利執行ノ場合トハ其結果ニ至リテ大ニ相似タル所ノモノアリ即チ無能力ノ場合ニ於テモ亦權利ノ執行ノ場合ニ於テモ裁判所ハ常ニ免訴又ハ無罪ノ宣告ヲ爲サズルニ於テハ然レトモ二者ノ間大ナル區別

アリ
(一) 犯罪無能力ノ場合ニ於テハ犯人ノ行爲ハ刑法ノ禁制命令ニ違反スルモノナルカ故ニ犯罪ヲ構成スヘキヤ明カナリト雖モ唯犯人ノ能力刑罰ノ制裁ヲ科スルヘカラサルヲ以テ特ニ其責任ヲ免スルノモ之ニ反シ權利ノ執行ハ或ハ慣習或ハ法律ノ命令ニ因リテ以テ其行爲ヲ行フカ故ニ其事實ハ則チ未タ曾テ法律ノ禁制命令ニ違反シタルモノニ非ス即チ犯罪ヲ構成セタルナリ
(二) 犯罪無能力ヨリ生スル無責任ノ場合ニ於テハ民事擔當人ニ於テ損害賠償ノ責ニ任セサルヘカラスト雖モ權利ノ執行ノ場合ニ於テハ何人モ損害賠償ノ責ニ任スルコトナシ
(三) 犯罪無能力ノ場合ニ於テ數人共犯者アルトキハ唯犯罪能力ヲ有セサル者獨リ刑罰ノ制裁ヲ受ケスト雖モ犯罪能力ヲ有スル者ハ其責任ヲ免ルルコトヲ得サルナリ之ニ反シ權利執行ノ場合ニ於テハ苟モ其權利ヲ以テ其事ヲ行ヒタル者ハ何人ト雖モ犯罪ノ責ニ任スルコトナシ
第二 許多ノ刑法學者權利ノ執行ヲ以テ間接ノ強制ト同視セント爲ス蓋シ權

利ノ執行ニ出ツル行為ハ已ムヲ得サレニ出テハ其ノ所アリテ以テ全ク間接ニ強
 制ヲ受ケテ爲ス所アリト同ナリト云フモ在リ然レトモ強制ハ自由ヲ失フ
 事因リ刑罰ノ責任ヲ免スルノ原因ト爲ラズ之ニ反シ權利ヲ執行ハ其行為正當ナ
 ルカ故ニ刑罰ノ制裁ヲ加ヘテ其ノ責ハ其責トシテ免スルカモイフ
 第三 權利ノ執行ト被害者ノ承諾トヲ混同スヘカラス權利ヲ執行ハ法律ノ命
 令ニ出ツ被害者ノ承諾ハ一人ノ意思ニ出ツ法律ノ命令ニ出ツル行為ハ總テ
 犯罪ヲ構成セス私人ノ意思ニ出ツル場合ハ國家ノ公益ヲ侵害スル程度ニ於
 テ犯罪ヲ消滅セシムル凡ソ犯罪ハ被害者ノ意思ニ反シテ之ヲ行フニ因リテ成立
 スル場合多シ此場合ニ於テ被害者其權利ノ侵害ヲ甘シムルトキハ犯罪ヲ構成セ
 ス(一)告訴ヲ待テテ罪ヲ論スヘキ場合ニ於テハ犯罪ノ事前事後ヲ問ハズ被害者
 ノ承諾ニ因リテ犯罪ヲ消滅セシムルニ得例ニハ姦淫罪ノ如シ犯罪前本夫
 ノ縱容アレハ有夫姦罪ヲ構成セス又本人ノ承諾アレハ強姦罪ヲ成テス犯罪
 後ニ於テモ被害者ノ告訴ナケレバ犯罪ヲ構成スルモ非サルナリ(二)財産ニ
 對スル犯罪ニ於テモ亦然リ竊盜罪ハ所有者ノ承諾ナクシテ其財物ヲ取ルニ因

リテ成立ス委託物費消罪ハ委託者ノ承諾ナクシテ受託物ヲ費消スルニ因リテ
 成立ス故ニ犯罪前所有者又ハ委託者ノ承諾アレハ此等ノ犯罪ヲ構成スルモノ
 ニ非ス然レトモ犯罪後ニ至リテハ被害者ノ承諾ハ犯罪ノ成立ニ何等ノ影響ヲ
 及ボスヘキモノニ非ナレバ公益ニ關スル犯罪ハ其成立後一人ノ意思
 ヲ以テ之ヲ左右スルニ得テ許サレハナリ(三)身體ニ對スル犯罪ハ絕對ニ公益
 ニ關スルモノト爲スヲ以テ犯罪ノ事前事後ヲ論セス被害者ノ承諾ハ犯罪ヲ消
 滅セシムルノ效力ヲ有セス例ヘハ被害者ノ承諾ヲ得テ其人ヲ創傷スルモ毆打
 創傷罪ヲ構成スルモノト妨ケス又本人ノ依頼ニ因リテ其人ヲ殺害スルモ殺人
 罪タルコトヲ免レス但業務上又ハ慣習上ニ屬スル行為ハ此限ニ在ラス例ヘハ
 角力相撲ヲ擊劍相闘フ場合ノ如ク又醫師患者ヲ施術スル場合ノ如ク若シ夫レ
 親カ其子ヲ教育スルニ當リ懲戒ノ方法トシテ輕微ノ毆打ヲ行フカ如キハ毆打
 ハ則チ毆打ナリト雖モ我國ノ慣習上之ヲ罪スヘキモノニ非サルナリ(四)二十
 七ニ一疑問アリ承諾上ノ殺害ニ付キ刑法第三百二十條ノ規定アリテ承諾上ノ
 毆打ニ付キ何等ノ規定ナシ然ラハ則チ刑法ハ殺害ニ付テハ承諾ノ效力ナシト

爲シ毆打ニ付テハ其效力アリト爲シタル所ニ非サルカバ曰ク然ズル刑法ニ殺人罪ニ付テモ亦毆打創傷罪ニ付テモ承諾ノ效力ヲ認ズタルモノニ非ス唯殺人罪ノ刑ハ重キカ故ニ其幫助ノ場合ニ於テ之ヲ科スルコトヲ欲セス特ニ第三百二十條ヲ規定シタルニ外ナラス毆打創傷罪ノ刑ノ如キハ殺人罪ノ刑ニ比シテ重キト謂フヘカラサルヲ以テ其承諾ノ場合ニ於テ別ニ輕キ刑ヲ規定スルノ必要アリタルニ由ルナリ殺人ノ幫助ハ特條アルカ故ニ其罪ヲ論ズルコトヲ得ルモノナレハ特條ナキ毆打ノ幫助ニ付テハ之ヲ罰セサルノ趣旨ナリト解スヘカラス

第一款 職務執行

刑法第七十六條ニ曰ク本局長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ爲シタル者ハ其罪ヲ論セスト本條ノ規則ハ甚タ簡明ニ過キテ而シテ却テ疑義ヲ生スルコトアリ長官ノ命令ニ從ヒ職務ヲ以テ爲シタル行爲ハ固ヨリ當然ノ行爲ニ屬スルヲ以テ犯罪ヲ構成スヘキモノニ非ス然ルニ刑法ニ於テ特ニ本條ヲ設ケタルカ故ニ世人屢々本條ノ精神ヲ知ルニ苦ミ本條ニ所謂本局長官ノ命令ハ正當ノ命令ニ非

ナル場合ヲ規定シタルモノナリト解釋スル者尠カラズ然レトモ是レ正當ノ解釋ニ非サルナリ本條ヲ分析スルニ二箇ノ條件アリ(一)本局長官ノ命令(二)職務ノ執行即チ是ナリ本局長官ハ天皇ノ大權ニ因リテ任命ヲ受ケ法令ニ規定スル範圍内ニ於テ其職務ヲ行フニ過キタルナリ故ニ其法令ノ規定以外ニ於テハ本局長官タルノ權利ヲ有スル者ニ非サルカ故ニ法令以外ノ命令ハ是レ本局長官ノ命令ニ非スシテ單ニ本局長官ノ地位ニ在ル一箇人ノ命令ニ過キタルナリ然ラハ茲ニ所謂本局長官トハ法令ヲ帶ヒタル本局長官ヲ指スカ故ニ本局長官ノ命令ト謂フトキハ單ニ法令ノ命令ト謂フニ同シ既ニ法令ノ命令ニ同シトセンカ非法令ノ命令ヲ包含スヘキモノニ非ス又職務ヲ以テ爲シタルトアルハ是レ亦法令ノ定ムル所ノ職權ノ執行ヲ謂フモノナレハ其職權以外ニ出テタル場合ヲ以テ職務ノ執行ナリト謂フヘキモノニ非ス官吏ノ職務ハ官制又ハ其他ノ法令ニ於テ之ヲ定ム其以外ニ於テハ縱令其身ハ官吏ノ資格ヲ有スト雖モ其爲ス所ノ行爲ハ是レ一箇人ノ私行ナリ茲ニ職務ヲ以テ爲シタリト謂フ以上ハ官吏ノ資格ヲ有スル一箇人ノ私行ノ場合ヲ包含セサルハ是レ亦多辨ヲ要セサルナリ

刑法論 犯罪ノ責任 無責任 權利ノ執行

此解釋ヲシテ果シテ誤ナカラシメシカ本條ノ規定ハ不法ノ命令ニ非ズ又職務ノ執行ハ不法ノ執行ニ非スト謂ハサルヘカラス殊ニ刑法ハ本屬長官ノ命令ト謂ヒ又職務ヲ以テ爲シタリト謂フニ止マリ不法ノ文字ヲ用ヒサルヲ以テ之ヲ觀ルモ亦予ノ解釋ノ非ナラサルヲ知ルニ足ラン然ラハ則チ是レ法律ノ命令ニ從ヒ法律上ノ義務ヲ行フモノナルカ故ニ全ク刑法ノ禁制命令ニ違反スル場合ト相反ス之ヲ換言スレハ犯罪行為ニ非サルナリ犯罪行為ニ非サルモ之ニ付キ特條ヲ設ケテ其罪ヲ論セスト規定スルハ果シテ如何ナル精神ニ出テタルカ我輩實ニ本條ノ趣旨ヲ知ルニ當テハ本國其官マシキニ遊ニ本國其官ノ命思フニ本條ノ規定ニ付テハ深ク利害得失ヲ研究セズ單ニ佛國刑法第三百二十七條ヲ採用シタルニ過キサルヘシ佛國刑法家ハ同第三百二十七條ノ理由ヲ説明シテ曰ク「本條ニ依リテ以テ立法者ハ官吏ノ專横ヲ防キ又法律ヲ濫用ヲ止ムルニ在リト立法上ノ理由ニ於テハ或ハ然ラシ然レトモ法律ニ從テ行為ハ固ヨリ犯罪ニ非サルヲ以テ之ヲ以テ犯罪ニ非サルナリトノ規定ヲ設ケルハ是レ尙ホ十ヲ十ト謂ヒ百ヲ百ト謂フカ如ク實ニ無用ノ條文ナリト謂ハサル又カラズ

同一ノ精神ヲ有スル佛國法律ニシテ既ニ無用ナリトセハ固ヨリ我國ノ刑法ニ於テモ亦無用ナリト謂ハサルヘカラス我輩ハ實ニ本條ノ無用ナルヲ信シテ疑ハサルナリ然レトモ若シ少シク本條ヲ改正セハ或ハ大ニ國家ノ實益ヲ爲スニ足ルヘシ改正トハ何ソ曰ク「慣習又ハ業務ニ從テ爲シタル行為ハ之ヲ罰セズトノ規定ヲ設ケハ則チ可ナランカ前段ニ於テ慣習ニ從ヒテ爲シタル行為ノ罪ト爲ラサル場合ヲ論セリ然レトモ刑法ノ原則ハ常ニ正條ヲ要スルモノナレハ正條ナキ場合ニ於テハ非行モ之ヲ罰スルコトヲ得ズ又正當行為モ亦之ヲ罰セタルヲ得サルコトアリ若シ夫レ一朝殘酷ノ裁判官出テ嚴肅ニ刑法ヲ適用スルコトアラハ到底業務ノ場合モ又慣習ノ場合モ刑法ノ制裁ヲ免ルルコト能ハサルニ至ラン危險又大ナリト謂フヘシ故ニ慣習ノ場合ト業務ノ場合トヲ擔保セント欲セハ宜シク刑法第七十六條ニ掲クルニ我輩ノ改正案ヲ以テスルニ如クハナキナリ

要スルニ刑法第七十六條ノ規則ハ全ク無用ノ長物ナルヲ以テ宜シク之ヲ削除シ之ニ代フルニ「慣習又ハ業務ニ從テ爲シタル行為ハ之ヲ罰セズ」トノ條文ヲ以

テスヘシ刑法改正草案ニ於テハ此缺點ヲ補ヒ法令又ハ正當ノ業務ニ因リ爲セタル行爲ハ之ヲ罰セストノ規定ヲ設ケタリ刑法改正草案第四五條

第二款 危難防衛

現行刑法ノ草案ヲ觀ルニ權利ノ執行ニ關シ三條ノ規定アリ(一)本局長官ノ命令ニ因ル職務執行ノ場合(二)避クヘカラサル危難ニ因ル防衛權ノ場合(三)不正ノ侵害ニ對スル防衛權ノ場合即チ是ナリ而シテ抗拒スヘカラサル強制ノ場合ニ付テハ犯罪ノ能力ニ關スルモノトシテ別ニ獨立ノ規定ヲ設ケタリ然ルニ修正ノ際誤テ危難防衛ノ場合ヲ以テ強制ノ場合ニ關聯スルモノト爲シ此二者ノ規定ヲ併合シテ更ニ二項ヨリ成ル第七十五條第二項ヲ以テ全ク第一項ニ關係ナキ獨立ノ規定ナリトシテ之ヲ論セント欲ス

「天災又ハ意外ノ變」極メテ汎博ノ意義ヲ有シ水火震災暴動戰亂其他諸般ノ災害ヲ謂フ然レトモ天災ハ自然ヨリ來ル總テノ災害ヲ謂フ其豫知スヘキモノトシテ豫知スヘカラサルモノヲ謂フ法文上ノ區別ハ此ノ如シト雖モ何レモ人ノ豫想外ニ出ラタル偶然ノ事變ヲ指スモノト解スヘシ何トナレハ何人モ災害ヲ豫測シテ之ニ投モント欲スル者アルヘキノ理アラサレハナリ

「避クヘカラサル危難」身體ノ危害切迫シテ救フヘカラサル狀況ニ在ルヲ謂フ避クヘカラサルトハ犯罪方法ニ出ツルノ外他ニ取ルヘキ手段ノ盡キタル場合ヲ謂ヒ危難ハ危急且現在ニシテ其重劇必ス防衛ノ手段ヨリ輕微ナラサルコトヲ要ス若シ然ラストスレハ輕微ノ危難ニ際シ重大ノ罪ヲ犯シ尙ホ且其責ヲ免ルルニ至ル

「自己若クハ親屬ノ身體」親屬ハ刑法親屬例ノ親屬ヲ謂フ其親疎ノ關係ハ措テ問フノ必要ナシ然レトモ親屬例以外ノ者ハ如何ナル親厚ノ關係アル者ト雖モ防衛權ノ目的ト爲ラス又身體トアルヲ以テ總テノ財産モ亦防衛權ノ目的ト爲ラ

身體ニ限ルニシテ爲ス蓋シ愛シ本國我ニ在ルヲ以テ自己及ヒ自己ニ最近近キ親屬ノ身體ニ付テハ殆ト擇ム所ナキモ親屬以外ノ他人ノ身體ニ對シテハ痛痒相關セサルヲ人情トス且均シク他人ナルトキハ一人ヲ救ハント爲メ他ノ一人ヲ殺スカ如キハ畢竟何等ノ必要アルコトナシ唯犯人ノ愛情好ミテ此被害ヲ行ヒタルニ過キスト開フヘキヲ以テ刑法ノ制裁ヲ免レシムルノ理由ナシ其財產ニ對シテモ亦此權利ヲ認メサル所以ノモノハ身體ノ貴重ト比較シテ論スヘカラナルモノアルヲ以テナリ

又ハ危險ノ範圍ニ於テ其危險ハ危險ノ範圍ハ如何ニシテ之ヲ定ムヘキカ危險ノ範圍ハ死生期スヘカラナリ狀況ニ在ル場合ニ限ルヘシ今破船シテ稍ク一死ヲ免レ上陸シタル者アリ忽チ網塞ノ侵ス所ト爲リ路人ヲ要シテ其衣ト食トヲ奪ヒ之ヲ以テ腹ヲ醫シ暖ヲ取レテ此ノ如キ所爲ハ危險防衛ノ手段ナリト謂フヘカラス破船シテ上陸スルヤテハ死生期スヘカラナル狀況ニ在ルヲ以テ其間ニ於テスル所爲ハ悉ク危險中ノ所爲ナリト謂フコトヲ得ヘシト雖モ一旦上陸スレハ則チ危險去リ死生定マレテ以テ其時ニ於テスル所爲ハ權利ノ執行ニ屬スヘキモノニ非ス若シ網塞ヲ爲

メニ他人ノ衣食ヲ奪フノ所爲ヲ以テ正當行爲ナリトセンカ凡ソ諸般ノ災害ノ爲メ資產ヲ亡ヒ備塞ニ苦ム者ハ皆強竊盜ヲ行フノ特權ヲ有スルニ至ルヘシ是レ所謂内部ノ強制ニシテ責任免除ノ原因タルヘカラナルモノナリ

又ハ刑法改正草案ハ現行刑法ノ規定ヲ以テ其適用狹キニ失スト爲シ親屬以外ノ人竝ニ財產モ亦防衛權ノ目的ト爲ルヘシトセリ但危險ノ害ハ必ス防衛ノ手段ヨリ大ナルコトヲ要ストノ制限ヲ設ケタリ刑法改正草案第四七條

第三款 正當防衛

凡ソ權利ノ侵害ハ國家ノ集合力ニ依リテ之ヲ防クヘシト雖モ其侵害急迫ニシテ國家ノ救護ヲ請求スルニ迫アラザルカ又ハ之カ請求ヲ爲スヘカラザル場合ニ於テハ各人ハ手ヲ拱シテ身ヲ侵害ノ犠牲ニ供スルノ義務アルモノニ非ス必ス自ら進ミテ其侵害ヲ防衛セタルヘカラス其防衛權ヲ名ケテ正當防衛權ト謂フナリ蓋シ國家ノ防衛權ハ素ト是レ各人ノ防衛權ヲ集合シタルモノニ過キテレハ各人ハ本ニシテ國家ハ末ナリ各人ハ本人ニシテ國家ハ代理人ナリ代理人

ノ有スル權利ニシテ而シテ本人自ラ之ヲ行フコト能ハサルノ理由ナキヤ識者ヲ埃チテ而シテ後ニ之ヲ知ラサルナリ是レ侵害急迫ノ場合ニ於テ自ラ行フ所ノ防衛ヲ以テ正當ノ權利ナリト爲ス所以ナリ然レトモ法律ノ禁制命令ノ違反ハ刑法之ヲ罰シテ恕スル所ナシ故ニ防衛權ノ執行モ法律ノ禁制命令ニ違反スルノ行爲ニ屬スルトキハ或ハ之ヲ罰セサルヘカラサルノ結果ヲ生スルニ至ルヲ以テ刑法ハ特ニ明文ヲ設ケテ以テ防衛權ノ執行ヲ是認スルノ必要ヲ感シタルナリ蓋シ防衛權ハ例外ノ場合ニ屬スルヲ以テ法律ノ明文アルニ非サレハ之ヲ行フコト能ハサルモノナリ

現行刑法ハ正當防衛ニ關スル規定ヲ以テ之ヲ殺傷罪ノ有恕又ハ不論罪中ニ置ケリ是レ正當防衛ノ手段ハ唯殺傷ニ限ルモノト爲シ殺傷以外ノ方法ヲ用フヘカラスト爲シタルナリ即チ第三百十四條ニ於テ身體生命ニ對スル防衛權ヲ規定シ第三百十五條ニ於テ財産ニ對スル防衛權ヲ規定セリ此二條ハ實ニ重要ノ場合ヲ規定シタルモノナリト雖モ然レトモ防衛權ヲ以テ單ニ此二箇ノ場合ニ限ルモノト爲シタルハ未タ以テ完全ノ規定ナリト謂フヲ得ス此二條ノ規定以

外ニ於テ防衛權ヲ必要トスル場合尙ホ一二アリ或ハ名譽ニ對スル防衛權アリ或ハ第三百十五條ニ列記スル以外ノ財産ニ對スル防衛權アリ然レトモ防衛權ハ刑法ノ明文以外ニ逸出スヘカラサルカ故ニ現行刑法ノ下ニ於テハ名譽ニ對スル侵害又ハ第三百十五條以外ノ財産ニ對スル侵害ノ程度如何ニ重大ナリト雖モ到底吾人ハ其侵害ノ犠牲タルヲ甘セサルヘカラズ現行刑法ノ缺點大ナリト謂フヘシ其他尙ホ現行刑法ノ缺點ヲ舉クレハ現行刑法ハ防衛ノ方法トシテ單ニ殺傷ノ所爲ヲ認メタリ第三百十四條ニ暴行人ヲ殺傷シタル者云云第三百十五條ニ人ヲ殺傷シタル云云トアリ然レトモ防衛ノ方法豈ニ管殺傷ノミナラシヤ或ハ制縛ヲ以テ防衛ヲ爲スコトヲ得或ハ監禁其他ノ方法ヲ以テ防衛權ヲ行フコトヲ得ルナリ然レトモ刑法ハ既ニ防衛ノ方法ヲ制限スルヲ以テ殺傷ノ行爲以外ニ於テ行ヒタル總テノ防衛方法ハ之ヲ以テ正當ナリト認ムルヲ得サルナリ是レ亦刑法ノ大缺點ナリト謂ハサルヲ得ス刑法草案ニ於テ防衛權ノ區域ヲ廣クシ已ムヲ得サルニ出テタルノ行爲云云ト規定シタルハ大ニ現行刑法ノ缺點ヲ補ヒタルモノト謂フヘシ且正當防衛ハ殺傷ニ關スル場合ノミニ限定

スルノ理由ナク随テ各論中ニ規定スヘキモノニ非ス宜シ總論中ニ規定スヘキモノナリ是レ我輩ハ總則權利ノ執行中ニ於テ正當防衛ノ説明ヲ爲ス所以ナリ

第一項 身體ニ對スル場合

刑法第三百十四條ニ曰ク身體生命ヲ正當ニ防衛シ已ムコトヲ得ザ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シ其罪ヲ論セズ但不正ノ所以ニ因リ自ら暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス下是ニ由リテ之ヲ觀レハ防衛權ノ行使ニ付テハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス答云云第三百第一 不正急迫ノ侵害アルコトヲ要ス 第三百十四條ニ於テハ「身體生命ヲ正當ニ防衛シ已ムコトヲ得ザルニ出テ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ自己ノ爲メニスルヲ分タシ其罪ヲ論セズ」云云アリ故ニ彼レノ行フ所不正ニシテ我ノ行フ所正當ヲモフナル者ト一ヲ疑フ容レザルナリ若シ我ニ加フル所ノ侵害ニシテ正當ノ理由ヲ有セザルハ此侵害ニ對シテ正當防衛ノ權利ヲ行フヲ得ザルナリ例ヘハ「巡查憲兵卒カ令狀ヲ執行スルニ當リテハ假令暴力ヲ用フルモ其執行ヲ受タル者ハ決シテ之ニ抵抗スルノ權ナシ若

シ之ニ抵抗スルトキハ忽ニシテ官吏ノ職務抗拒罪ヲ構成スルニ至ルベシ也此場合ニ於テ巡查憲兵卒ハ法律ノ命令ニ因リ其職務ヲ執行スルモノナレハ其行為固ヨリ正當ナリ正當ノ行為ニ對シテ更ニ正當防衛權ノ存スル理由ナクレハナリ又官職ヲ有セザル者ニ於テモ法律上特權ヲ有スル場合ハ同一ノ論定ヲ爲スコトヲ得例ヘハ現行犯ノ場合ニ在リテハ普通人モ亦犯人ヲ逮捕スルノ權利ヲ有ス此場合ニ於テ犯人ハ其逮捕ヲ免レント欲シテ防衛權ヲ行フヲ得ナレナリ若シ犯人ニ於テ防衛權ヲ行フアレハ是レ即チ重罪輕罪ヲ免ヒンカ爲メニ臨時暴行ヲ爲シタルノ犯罪ヲ構成スヘキナリ然レトモ若シ我ニ加フル所ノ侵害ニシテ不正ナラシカ其人タルヲ問ハス我ハ之ニ對シテ防衛權ヲ有セザルヘカラス例ヘハ「巡查憲兵卒カ無令狀ニテ我ヲ逮捕セントス我ハ現行犯ヲ行ヒタル者ニ非ザル以上無令狀ニテ捕縛セラルルノ義務ナキヲ以テ縱令我ハ捕縛ヲ受タルノ理由アリトスルモ巡查憲兵卒ノ逮捕ハ刑法ノ逮捕タラサルヲ以テ我ハ之ニ對シテ當然抗拒スルノ權アリ若シ抗拒シテ尙ホ免ルヘカラス此場合ニ於テハ防衛權ヲ行フヲ以テ此巡查憲兵卒ヲ殺傷スルモ決シテ不可ナル所

ナシ何トナレハ吾人ノ生命財産ハ憲法ニ因リテ之ヲ保護スレバナリ之ヲ換言
 スレハ無令狀ニ人ヲ逮捕スルハ法律ニ因ルノ逮捕ニ非ズルヲ以テ不法ノ逮捕
 即チ不正ノ侵害ナレハナリ、
 又此侵害ハ急迫ナラザルヘカラス若シ夫レ侵害ノ急迫ナラザルニ於テハ如何
 ナル重大ナルモノト雖モ徐ニ國家ノ力ニ依リテ之ヲ防禦ヲ爲スモ未ダ遲シト
 セス各人進ミテ自ラ防衛權ヲ行フノ必要ナシ其必要ナキ場合ニ於テ行ヒタル
 所ノ防衛ハ各人自ラ爲ス所ノ裁判ニ外ナラサルヲ以テ決シテ正當ノモノナリ
 ト認ムルコトヲ得ズ正當ハ必要ヨリ生ス必要ハ急迫ヨリ生スルカ故ニ急迫ヲ
 以テ正當防衛ノ必要條件ト爲ス固ヨリ當然ノ事ニシテ第三百十四條ニ於テ已
 ムコトヲ得サルヲ一句ハ實ニ生命身體ニ對スル侵害ノ急迫ナラサルヘカラス
 ルコトヲ示セリマシヤ、
 第二身體生命ヲ防衛スルニ出ツルコトヲ要ス現行刑法ハ身體生命ヲ防衛
 スル場合ニ限りタルカ故ニ身體生命以外ニ於テ防衛權ヲ必要トスル場合アリ
 ト雖モ防衛權ヲ行フコトヲ得ザルコト前述セシカ如ク實ニ刑法ノ缺點ナリ

刑法ニ於テハ身體ニ對スル侵害ニ付キ自他ノ區別ヲ爲ササルカ故ニ其己ノ爲
 メニスル場合ト又人ノ爲メニスル場合トヲ問ハス苟モ危害ノ切迫スルモノア
 ルニ於テハ常ニ防衛權ヲ行フコトヲ得ルナリ危害ノ切迫トハ其危害ハ防衛ノ
 方法ヲ行フニ非ザレハ到底之ヲ避クルヘカラサルノ程度ニ在ルモノヲ謂フ之
 ヲ換言スレハ國家ノ保護ニ依ラントスレハ却テ危害ノ禍ヲ受ケサルヘカラス
 ルモ自ラ防衛スレハ全ク之ヲ避クルヲ得ルノ場合ニ遭遇シタルトキヲ謂フ然
 レトモ其危害ハ必ス生命ニ對スルヲ要ス身體ニ對シテモ亦可ナリ故ニ毆打
 創傷ノ危害監禁制縛ノ危害節操ノ危害ノ如ク苟モ身體ニ及フヘキ危害ハ防衛
 ノ方法ニ依リテ之ヲ避クルコトヲ得論者或ハ姦娼妓ノ如ク賈淫ヲ業トスル者
 ハ節操ニ對スル危害ニ付キ防衛權ヲ有セスト主張スル者アリ然レトモ刑法ノ
 所謂強姦罪ハ被害者ノ身分ヲ區別シタルモノニ非ザルカ故ニ姦娼妓ト雖モ固
 コリ刑法ノ保護ヲ受クヘキヤ論ヲ埃タス然ラハ則チ其節操ノ侵害ヲ受クルニ
 當リテ之カ防衛權ヲ行フノ資格ヲ有セスト論スルノ理由ナキヤ明カナリ又略
 取誘拐ノ所爲モ身體ニ對スル危害ナルカ故ニ防衛ノ方法ニ依リテ其危害ヲ免

ルル得トヲ得
然レモ身體ニ對スル危害モ亦急迫ノ性質ヲ具ヘサルトキハ防衛權ヲ執行ヲ不
許スヘキモノニ非サルナリ例ヘハ輕微ノ毆打ヲ受クル場合ノ如キモ亦身體ニ
對スル侵害タルヲ失ハスト雖モ其侵害ハ濫合之ヲ甘スルモ身體ヲ危ワスルノ
性質ヲ有スルモノニ非サレム之ヲ急迫ノ危害ナリト謂フスカラス又國家ヲ欺
誑ニ依テ之ヲ制スルノ迫ナシト謂フヲ得サルカ故ニ到底防衛權ヲ執行ヲ許
スヘキノ限ニ非サルナリ

第一注意 正當防衛ノ場合ニ於テハ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ自己ヲ爲シテ
他人ノ爲メニスルヲ分タス云云下アリテ防衛スヘキ範圍ニ付テ制限ヲ爲サズ
然ルニ危難防衛ノ場合ニ於テハ自己若クハ親屬ノ身體云云下アリテ防衛ノ範
圍ヲ制限ス是レ何故ニ然ルカ蓋シ危難防衛ノ規定ハ人ノ情愛ヲ重シテ規定シ
タルモノニシテ人ノ情愛ヨリ論スルトキハ人ハ其身體ヨリ大切ナルモノナクシテ
而シテ其情愛ノ最モ厚キモノハ其血統ヲ同シユスル親屬ニ若クハナシ故ニ危
難防衛ハ自己及ヒ親屬ニ限ルモノトセリ之ニ反シテ暴行人ノ行爲不正ナル場

合ニ於テハ何人ト雖モ裁判所ニ訴ヘ其救護ヲ求ムルノ權利アリ故ニ已ムヲ得
タル急迫ノ場合ニ際シテハ自己ト他人トヲ區別セズ之ヲ防衛スルノ必要アリ

第二注意 正當防衛ニ對シテハ防衛權ヲ行フコトヲ許サス何トナレハ正當防
衛ノ場合ニ於ケル人ノ殺傷ハ權利ノ執行ニ基ク當然ノ行爲ナレハナリ(第三項
第四問ヲ參照セヨ)

第二項 財産ニ對スル場合

一 財産ニ對スル防衛權ハ是レ所有權ノ安全ヲ維持スルノ方法ニ外ナラサルヲ以
テ財産ニ對スル侵害ニシテ所有者自ラ之ヲ防衛スルニ非サレハ之カ保全ヲ計
ルヘカラサルノ危急ニ切迫スルトキハ之ニ對シテ防衛權ヲ行フヲ許スコト猶
ホ身體ニ對スル場合ノ如クナルヘキハ理ノ當然ナリ蓋シ財産ハ人ノ身體ノ領
有ニシテ身體ハ之ニ依リテ以テ其生命ヲ保ツコトヲ得ルモノナレハ此財産ノ
侵害ニ對シテ防衛權ヲ許ササレハ未ダ以テ身體生命ノ防衛權ヲ完ウスルモノ
ナリト謂フヘカラス之ヲ換言スレハ財産ニ對スル防衛權ハ則チ身體ニ對スル

刑法總論 犯罪ノ責任 無責任 權利ノ執行

防衛權ノ結果ナリト謂フモ敢テ不可ナル所ナシ
抑モ如何ナル場合ニ於テ財産ニ對スル急迫ノ侵害アリト謂フカ刑法第三百十
五條ハ則チ本間ノ場合ヲ規定スル所ノモノナリ曰ク左ノ諸件ニ於テ已ムコト
ヲ得サルニ出テ人ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ論セス

- 一 財産ニ對シ放火其他暴行ヲ爲ス者ヲ防止スルニ出タル時
- 二 盜犯ヲ防止シ又ハ盜賊ヲ取還スルニ出タル時
- 三 夜間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ門戸牆壁ヲ踰越損壞スル

者ヲ防止スルニ出タル時

本條第一號ニ所謂財産トハ如何ナルモノヲ指スヤ凡ソ所有權ノ目的タル物件
ハ一毫ト雖モ之ニ下スニ財産ノ名稱ヲ以テスルヲ得ルカ故ニ若シ本條ニ於ケル
財産ヲ解釋スルコト廣キニ失スルトキハ一葉ノ片紙又ハ一枝ノ草木ニ對シテ放
火暴行ノ所爲アルトキハ常ニ防衛權ノ執行ヲ許ササルヘカラサルニ似タリ然
レトモ此ノ如キ輕微ノ物件ニ對シ暴行ヲ爲ス者ヲ防衛スルカ爲メニ暴行人ヲ
殺傷スルヲ許スニ至リテハ是レ人ノ身體生命ヲ以テ一葉ノ片紙一枝ノ草木ニ

同シウスルモノナリ是レ豈ニ刑法ノ本旨ナランヤ然ラハ則チ此ニ所謂財産トハ
總テノ財産ヲ指スニ非スシテ其財産中ノ重且大ニシテ人ノ身體生命ニ代フル
ニ足ルヘキモノナルコトヲ要スト爲スハ蓋シ失當ノ解釋ニ非サルナリ其放火
其他暴行ヲ爲ス者ヲ防止スルニ出ラタル時ト云ヒテ而シテ殊ニ放火ノ行爲ヲ
以テ暴行ノ上ニ置クヲ以テ之ヲ觀レハ刑法ノ精神ニ於テ其他ノ暴行トハ放火
ニ類似スル所ノ暴行ナルコトヲ明カニセント欲スルニ在ルカ如シ果シテ然ラ
ハ放火又ハ之ニ類似スル暴行ヲ加フヘキ財産ハ其性質上決シテ輕微ノ財産ニ
非スシテ彼ノ放火罪ニ規定スル財産及ヒ之ニ類似スル所ノモノヲ指シタルヘ
シ放火罪ノ目的タル財産及ヒ之ニ類似スル所ノモノ例ヘハ家屋其他之ニ類似
スル財産ニ對シ放火暴行ヲ受クルニ當リテ國家ノ救護ヲ受クルニ違アラサル
トキハ甘シテ之ヲ消滅ヲ庶視セサルヘカラサルニ至ル我身體ノ領内ノ一部ニ
屬スル財産ヲ失フテ而シテ之ヲ能ク防禦スルノ權利ヲ有セサルニ於テハ縱令
一方ニ於テ身體ノ防衛權ヲ許スト雖モ何ニ由リテカ身體防衛權ノ執行ヲ完ウ
スルコトヲ得ンヤ何トナレハ此等重要ノ財産ヲ失フニ於テハ明日ヨリ生活ヲ

刑法論 犯罪ノ責任 無責任 權利ノ執行

爲スノ方法ヲ失フヲ以テ終ニ餓死スルニ至ルヘケレハナリ若シ一步ヲ進メ病ミテ而シテ身體ノ自由ヲ得サル者忽チ其家ヲ燒キ其産ヲ毀ツアラハ何ニ由リテ其健康ヲ保存シ其生命ヲ完ウスルコトヲ得ルカ是レ即チ人ヲ殺スニ直接ノ方法ヲ以テセスシテ而シテ間接ノ方法ヲ以テスルモノナレハ身體生命ニ對スル侵害ト毫モ違フ所ナキナリ故ニ本條第一號ニ於テ放火又ハ之ニ等シキ暴行ヲ加フルニ足ルヘキ財産ヲ以テ生命ニ均シキモノナリトシテ防衛權ノ執行ヲ許スニ至リタルナリ

第二號ニ於テハ盜難ヲ防止シ盜賊ヲ取還スルニ出テタル時モ亦防衛權ノ執行ヲ認メタリ夫レ第一號ニ於ケル財産ノ放火又ハ之ニ類スル暴行ハ其滅盡シテ餘ス所ナキニ至ルヲ以テ防衛權ニ因リテ以テ之ヲ防止スルコトヲ許ササルトキハ其結果終ニ生命ヲ失フノ場合ナシトモ第二號ノ場合ニ於テハ是レ一盜難ニ外ナラス盜賊ハ之ヲ逮捕スレハ屢財産ノ回復ヲ爲スコトヲ得故ニ一旦之ヲ失フト雖モ決シテ滅盡ニ歸シタリト謂フヘキモノニ非サルナリ然ルニ此場合ニ於テモ亦防衛權ノ執行ヲ許スハ則チ前後ノ理由ニ於テ頗ル低觸

スル所ナキカ曰ク然ラズ盜賊ノ損害ハ屢之ヲ回復シ贓物ハ時時之ヲ取還スルノ途ナキニ非スト雖モ是レ決シテ常ニ見ルヘキ事實ニ非スシテ偶見ルノ事實ニナリ偶見ルノ事實ハ必成ヲ期スヘカラズ必成ヲ期スヘカラザル場合ヲ類ミテ而シテ財産ノ侵害ヲ防グノ途ヲ與ヘサルトキハ若シ之ヲ失フニ於テハ身體生命ヲ完ウスル能ハザル場合ニ於テモ亦盜賊ノ奪掠ヲ傍觀セサルヘカラザルナリ放火其他ノ暴行ニ因リテ財産ヲ失フモ亦盜賊ニ因リテ財産ヲ失フモ是レ均シク失フナリ既ニ放火暴行ニ因リテ之ヲ失フ場合ニ對シテ防衛權ヲ許シタル以上ハ盜賊ニ對シテ之ヲ失ハントスル場合ニ於テ獨リ防衛權ヲ許サザルノ理アラシヤ例ヘハ予ハ三萬圓ノ貸金ニ依リテ生活ヲ爲ス者ナリ若シ此貸金證書ヲ失フニ於テハ予ハ貸金ノ證明ヲ爲ス能ハザルカ故ニ或ハ全ク三萬圓ヲ失フノ禍ナシトモ今此三萬圓ノ貸金證書ヲ盜ミテ而シテ去ラントスル者ヲ見テ之ヲ取還スルノ方法ナシトモ予ハ忽ニシテ予ノ財産全部ヲ失フテ而シテ終ニ餓死セザルヘカラザルニ至ル盜難ノ害豈ニ放火暴行ノ禍ト比較シテ輕重アリト謂ハシヤ是レ本條第二號ニ於テ防衛權ヲ是認シタル所以ナリ

第三號ハ單ニ財產ノ侵害ヲ防衛スルノ目的ニ出テタルソモニ非ス家宅安ノ侵害ニ對シテ之カ防衛ヲ許サント欲スルナリ夫レノ住所ハ人ノ身體財產ヲ安置スルノ要所ニシテ尙ホ國ニ砲壘城池アルカ如シ國ハ砲壘城池ニ依リテ敵國ノ侵害ヲ防衛スルノ具ト爲レハ其住所ニ依リテ身體財產ヲ保有スルノ具ト爲ス然ルニ若シ他人來リテ漫ニ之ヲ侵ス場合ニ於テ吾人國家ノ力ニ依リテ以テ之ヲ防衛スルニ違アラサルトキ甘シテ其侵害ヲ受ケサルヘカラストセシカ是レ前第一號及ヒ第二號ニ於テ許ス所ノ防衛權モ亦殆ト其實行ノ半ヲ失ハントス何トナレハ放火暴行又ハ盜賊ヲ行フ者ハ必ス家宅ノ侵入ヲ以テ第一ノ手段ト爲ス既ニ放火盜難ヲ防クノ權利ヲ許シテ而シテ之ヲ防クニ最モ必要ナル家宅侵入ノ防止ヲ許サストヒンカ是レ人ノ病ヲ治セント欲シテ而シテ服藥ヲ禁スルニ異ナラス然レトモ晝間ノ家宅侵入ハ其目的ヲ知ルニ易ク又其防衛ヲ行フニ便ナルカ故ニ其危險未タ甚シト謂フヘカラス之ニ反シ夜間ニ在リテハ犯人ノ目的ヲ知ルニ難ク又救護ヲ得ル能ハサルノ場合多キカ故ニ其危險實ニ名狀スヘカラサルモノアリ是レ刑法ニ於テ夜間ノ家宅侵入ニ對シテ特ニ防衛

權ヲ認メタル所以ナリ國法ハ其總則ノ條ニ對シテハロイマザルカハ本國ニ

第三項 疑題ノ解決

第一問 子弟婦ハ親兄弟ニ對シテ正當防衛ヲ行フノ權利ヲ有スルヤ 刑法第三百六十五條ニ曰ク祖父母父母ニ對シタル殺傷ノ罪ハ特別ノ宥恕及ヒ不倫罪ノ例ヲ用フルモトヲ得スト故ニ子孫ハ刑法第七十五條ヲ除クノ外如何ナル場合ニ於テモ其祖父母父母ニ對シテ防衛權ヲ行フコトヲ得ス然レトモ是レ法律ノ成文アルカ故ニ然ルナリ若シ成文ナキ場合ニ於テハ必ス反對ノ斷案ヲ下サルヘカラス即チ兄其弟ノ生命ヲ危ウセントスルニ當リテ弟兄ヲ殺スハ正當防衛ノ權利ヲ執行シタリト謂ハサルヲ得ス夫其婦ヲ殺サントスル場合ニ於テ婦カ其夫ヲ殺害シタルトキモ亦同シ蓋シ正當防衛權ハ各人カ其一身ヲ防衛スルカ爲メニ法律上得タル所ノ特權ナレハ法律ニ於テ之ヲ奪ハサル限リ常ニ之ヲ行フヲ以テ當然ナリト謂ハサルヘカラス

第二問 刑罰權成立セザル場合ニ於テ正當防衛權獨リ行ハルヘキヤ

防衛權ハ一箇人ガ其生命ヲ保護スル所ノ權利ナレド苟モ不正ノ侵害ヲ加ヘテ我生命ヲ奪ハシトスル者アラハ其人ノ種類如何ヲ問ハス我生命ノ危険ハ常ニ同一ノ狀況ニ在ルヲ以テ我ハ此危険ヲ免レンカ爲メニ同一ノ防衛權ヲ行フニトテ得例ヘハ八歳未滿ノ幼者知覺精神ノ喪失者ハ刑法上ノ制裁ヲ受ケ得ヘキ者ニ非ス然レドモ此幼者此狂者不意ニ來リテ我ヲ襲ヒ我生命ヲ危クセシトスルトキハ我ハ我生命ヲ助クルノ權利アルヲ以テ其方法トシテ此等ノ侵害者ヲ殺傷スルノ權利ヲ有スルヤ明カナリ或論者ハ國家ノ刑罰權ナキ場合ニ於テハ防衛權獨リ成立スルモノニ非スト説ク者アリ果シテ論者ノ説ノ如クセンカ正當防衛權ヲ行フニ當リテ常ニ其對手人カ果シテ犯罪能力ヲ有スルヤ否ヤヲ檢査シテ後ニ防衛權ヲ行ハサルヘカラサルニ至ル豈ニ夫レ時間死生ヲ決スルノ場合ニ臨ミ對手人ノ何人タルヲ選ムノ暇アラジヤ論者ノ説迂モ亦甚シ蓋シ論者ハ防衛權ト刑罰權トノ區別ヲ混同スルノ罪ニ座スルノミ

第三問 正當ノ職務ヲ有スル者其職務ヲ執行スルニ當リテ法律上ノ方式又ハ手續ヲ誤リタルトキハ國民ハ其職務ノ執行ニ抵抗スルコトヲ得ルカ 本問ニ

付テハ相反對スル議論ニゾリ第一論ニ曰ク苟モ不法ノ職務執行ハ如何ナル場合ニ於テモ國民ハ之ニ甘スルノ義務ナシ隨テ之ニ抗拒スルノ權利アルヲ以テ已ムヲ得タル場合ニ於テハ正當防衛權ヲ行フコトヲ得ヘド第二論ハ曰ク官吏カ其職務ヲ行フニ當リテ多少手續上ノ缺點アルヲ口實トシテ之ニ對シテ抗拒スルハ國民ノ權利ニ非サルナリ國民ノ義務ハ官吏ノ職務執行ニ付キ其正不正ヲ審査センヨリハ先ツ其職務ノ執行ヲ受クルニ在リ若シ職務ヲ執行不正ナラシカ國民ハ其官吏ヲ相手取りテ之ヲ裁判所ニ訴ヘテ以テ黑白ヲ決スルコトヲ得ヘシ又損害アルトキハ之カ要求モ爲スコトヲ得ヘシ要スルニ官吏ノ職務ノ執行不正ナリト云フノ理由ハ直チニ以テ國家ノ保護權ヲ要求スルノ途ナキ場合ナリト認ムヘカラスト

此二論各一理アリト雖モ第二論ハ稍々穩當ナルカ如シ若シ手續上ノ違法アルトキハ暴力ヲ用フルモ尙ホ之ニ對シテ抗拒ヲ爲スコトヲ得ルトセンカ官命抗拒罪ハ到底之ヲ構成スルノ場合ナキモ至ラントス殊ニ巡查警兵卒カ法式ニ違ヒタル令狀ヲ執行スルコト當リテ之ニ服従スルモ直チニ生命ヲ失フキモノ

ニ非ナルハ危急切迫實ニ已ムヲ得サル場合即チ絶對的ニ國家ノ救護ヲ求ムルニ迫ラシト云フニキリ場合ニ非サルナリ事ロ一且令狀ヲ執行ニ甘シ檢檢ニ令狀ノ非法ヲ尤ムルモ未タ遲シトモナルナリ

第四問 第三百十四條但書一如何ナル意義ヲ有スルカ 第三百十四條ニ曰ク不正ノ所爲ニ因リ自ら暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラスト若シ夫レ單ニ字句ニ拘泥シテ本條ノ但書ヲ解釋セシムル不正ノ所爲タル其意義至ラ沈博ニシテ殆ト制限ナキヲ以テ總テ正當ノ權利ナクシテ爲シタル行爲ハ其大小輕重ヲ問ハス悉ク之ヲ以テ不正ノ所爲ナリト謂フニ似たり故ニ我ヨリ彼ニ對シテ其面ニ唾シテ彼ヲ怒ラシメ彼ノ我ヲ殺害セントスルニ當リテハ我ハ彼ニ對シテ不正ノ所爲アルヲ以テ手ヲ拱シテ殺傷ヲ受ケサルハカラス即チ手ハ彼ノ殺傷ニ對シテ防衛權ヲ有セスト謂ハサルハカラス予ハ果シテ此ノ如キ場合ニ於テ防衛權ヲ失フモノナルキ之ヲ換言スレバ此ニ所謂不正ノ所爲トハ制限ナキニシテ無權利行爲ヲ謂フカ將タ特別ノ意義ヲ有スルカ論者ハ多ク不正ノ所爲ニ制限ナキ總テノ無權利行爲ヲ謂フモノナリト論ス予ハ以テ之ヲ觀ルニ是レ味

タ穩當ノ解釋ト謂フコトヲ得ス寧ロ文字ニ拘泥シテ却テ法律ノ精神ヲ失シタルモノニ非サルカト云フニ當リ

予ハ不正ノ所爲ヲ區別シテ以テ(一)正當防衛ノ行ハルル場合ト(二)其然ラサル場合トヲ明カニセント欲ス

(一) 我ノ暴行ハ彼ノ身體生命ヲ危ウセントシタルモノナルトキハ彼ハ既ニ我ニ對シテ正當防衛權ヲ行フノ地位ニ在ル者ナリ彼レ既ニ正當防衛權ヲ行フノ地位ニ在リ我亦同時ニ彼ニ對シテ正當防衛權ヲ行フノ地位ヲ占領スルノ理アリシヤ正當防衛權ハ彼我ノ一方ニ於ケルニ非ラレハ成立スル所シモノニ非ス彼ニ正當防衛權アレハ我ニ於テ之ヲ失フヘシ我ニ於テ之ヲ有スレバ彼ニ於テ之ヲ有セサルヘシ即チ正當防衛權ニ對シテハ正當防衛權ヲキナリ第三百十四條但書ハ蓋シ此理ヲ明カニセンカ爲メニ設ケタルモノナリ所謂不正ノ所爲トハ總テノ無權利行爲ヲ指スニ非スシテ彼ノ正當防衛權ヲ執行ヲ促スニ足ルノ程度ニ在ル行爲ヲ指シタルモノナルニ理ニ於テ明白ナリ

(二) 我ノ暴行彼ノ生命ヲ危ウセサルト云ハ我レ決シテ防衛權ヲ失ヤス第三百九

條ニ曰ク「自己ノ身體ニ暴行ヲ受クルニ因リ直テニ怒ヲ發シ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ有恕ス」とアリ左レハ自己ノ身體ニ暴行ヲ受クルト雖モ我レ若シ其暴行人ヲ殺傷スルトキハ我ハ無罪ノ人タルヲ得ヘキモノニ非ス必ス刑法ノ制裁ヲ受ケ「ナルヘカラス何トナレハ刑法ノ單ニ我ノ罪ヲ有恕スト云フニ止マリ我ノ罪ヲ免除スト云ハナレハナリ我ノ所爲既ニ犯罪ヲ構成スル以上ハ彼ノ我ノ殺傷ノ所爲ニ對シテ防衛權ヲ行フコト能ハサルノ理ナシ第三百十二條ノ場合ニ於テモ亦然リ本夫カ姦夫姦婦ヲ姦通ヲ目撃シテ之ヲ殺害セントスルニ當リテ姦夫姦婦ハ本夫ニ對シテ防衛權ヲ行フコトヲ得ハシ蓋シ姦通ハ不正ノ所爲タルヲ失ハスト雖モ姦通ノ責任ハ姦夫姦婦ノ生命ヲ失ハシムルニ至ルヘキモノニ非ス然ルニ本夫姦夫姦婦ヲ生命ヲ奪ハントスルニ付テハ姦夫姦婦固ヨリ手ヲ拱シテ其死ヲ埃フヘキモノニ非サルナリ

若シ夫レ正當防衛ノ範圍ヲ逸出スル場合ニ於テハ第三百十六條ニ於テ之カ規定ヲ爲ス是レ法律上ノ有恕ニ關係スル場合ナルカ故ニ有恕ノ項ニ於テ更ニ論究スル所アルハナシ

第三章 責任ノ減輕

責任減輕ノ原因其數多シト雖モ之ヲ大別スレバ二種アリ第一、法定上ノ原因即チ法律ヲ以テ豫メ減輕ノ原因ヲ定メタル場合ニシテ、一般ノ有恕減輕自首減輕及モ二三ノ特別有恕減輕之ニ屬ス、第二、裁判上ノ原因即チ裁判官ノ職權ヲ以テ減輕ヲ爲スヨリ得ル場合ニシテ酌量減輕及モ二三ノ特別有恕減輕之ニ屬シ、未遂犯及ヒ從犯ノ減輕ハ二種ノ減輕中ニ併セ論スヘシ

第一節 法定上ノ減輕

第一款 宥恕減輕

第一項 總論

宥恕トハ一定ノ原因ヲ有場合ニ於テ犯罪ノ性質ヲ變更セシメテ犯人ノ責任ヲ減輕スヘキ情狀ヲ謂フ故ニ有恕減輕ヲ爲スニ付テハ第一犯罪行為ノ成立スル

コトヲ要シ第二犯人ノ責任アルコトヲ要ス有怒ハ其結果責任ノ減輕ヲ生スルモノナレハ責任ナキ場合ニ於テ有怒獨リ成立スルノ理由ナキナリ今一犯罪成立シテ犯人ノ責任ヲ論スルニ當リ其責任ヲ減輕スルトキハ或ハ犯罪ノ本質重罪ニ對シテ重罪ノ刑ヲ減輕シテ殊ニ輕罪ノ刑ヲ科スルコトアリ或ハ犯罪ノ本質輕罪ニ對シテ輕罪ノ刑ヲ減輕シテ違警罪ノ刑ヲ科スルコトアリ此ノ如ク減輕ノ結果刑法ノ定ムル所ノ犯罪ノ性質ニ適合セザル輕キ刑ヲ科スルトキハ是レ犯罪ノ性質ヲ變更スルモノト爲スカ將タ單ニ刑罰ノ減輕ヲ爲シタリト爲スニ過キサレカ犯罪ノ性質ヲ變更シテ刑ノ減等ヲ爲スモ亦犯罪ノ性質ヲ變更セシテ刑ノ減等ヲ爲スモ犯人ニ於テハ常ニ同一ノ結果ヲ見ルニ過キサレハ此ノ如キ問題ヲ研究スルハ畢竟無益ノ業ニ屬スルニ似タリ然レトモ罪質ノ變更スルト否トハ訴訟手續及ヒ時効ノ適用ニ付キ多少影響ヲ及ヒテコトアレハ決シテ之ヲ等閑ニ付スヘカラス本問題ノ研究ニ付テハ宜シク酌量減輕ヲ援用セザルヘカラス酌量減輕モ亦裁判上ノ責任減輕法ニシテ刑罰ヲ減輕スルモノナリト雖モ犯罪ノ性質ヲ變更スルモノニ非ス元來酌量減輕ハ一ニ之ヲ裁判官ノ

職權ニ任シ法律上一定ノ原因ヲ規定セザルカ故ニ裁判官ハ常ニ酌量減輕ヲ爲スト爲サザルトノ自由ヲ有ス裁判官ニシテ減輕ヲ爲スヲ欲センカ則チ減輕ヲ爲スヘク裁判官ニシテ減輕ヲ爲スヲ欲セザラシカ減輕ヲ爲ササヘシ是レ實ニ裁判官ノ威權ヲ以テ裁斷ヲ爲ス所ノモノニ過キス故ニ情狀ヲ同シウスル同性質ノ被告事件ニ就テ甲裁判官ハ酌量減輕ヲ爲サシテ犯罪ノ本質ニ相當スル刑ヲ科スヘク乙裁判官ハ酌量減輕ヲ爲シテ犯罪ノ本質ニ適合セザル刑罰ヲ科スヘシ例ヘハ重罪ノ刑ヲ減輕シテ輕罪ノ刑ヲ科シ又輕罪ノ刑ヲ減輕シテ違警罪ノ刑ヲ科スルコトヲ得ヘシ夫レ此ノ如ク情狀ヲ同シウスル同性質ノ事件ニシテ或ハ減輕ノ利益ヲ受クルアリ或ハ減輕ノ利益ヲ受ケザル所以ノモノハ是レ畢竟酌量減輕ハ犯罪ノ性質ヲ變更セシメザルニ因ルナリ若シ酌量減輕ノ效力ハ能ク犯罪ノ性質ヲ變更スルヲ得ルトモシカ裁判官ノ威權ニ因リテ漫ニ責任ノ輕重ヲ斷定セシムヘキモノニ非スト謂ハサルヘカラス有怒減輕ハ豫メ法律ヲ以テ一定ノ原因ヲ設ケ其原因ニ當ル場合ニ於テハ如何ナル犯人ニ對シテモ亦如何ナル犯罪ニ對シテモ原則上必ス減輕ヲ爲サザルヘカラス即チ裁判官ハ有

恕ノ原因ニ遭遇スルニ當リテハ減輕ヲ爲スノ義務ヲ有スルモノナリ故ニ犯罪責任ノ條件ヲ同シウスル犯人ニシテ有恕減輕ノ理由ヲ有センカ甲裁判所ニ於テモ亦乙裁判所ニ於テモ必ス刑ノ減輕ヲ爲ササルヘカラス此ノ如ク有恕ノ原因アル場合ニ於テ日本全國何レノ裁判所ニ於テモ減輕ヲ爲スノ義務アルヲ以テ論者有恕減輕ハ單ニ犯人ノ責任ヲ輕ウスルノミニ非シテ實ニ犯罪ノ性質ヲ變更スルノ效力ヲ有スルモノナリト謂フ者アリ然レトモ予ハ全ク論者ノ説ニ反對シ現行刑法ノ規定ニ於テハ有恕減輕モ酌量減輕モ犯罪ノ性質ヲ變更スルモノニ非シテ唯責任ノ減輕ヲ爲スニ過キサルモノナリト論セント欲ス刑法第九十九條ニ曰ク「犯罪ノ情狀ニ因リ總則ニ照シ同時ニ本刑ヲ加重減輕ス可キ時ハ左ノ順序ニ從テ其刑名ヲ定ム但從犯及ヒ未遂犯ノ減等其他各本條ニ記載スル特別ノ加重減輕ハ其加減シタル者ヲ以テ本刑ト爲ス云々」本條ニ由リテ之ヲ觀レハ犯罪ノ情狀ニ因リ總則ニ照シ本刑ヲ加重減輕スヘキ時ハ云云トアリ故ニ刑法ハ減輕シタルモノヲ以テ本刑ト爲スニ非スシテ減輕セザル以前ニ於テ科スヘキモノヲ以テ本刑ト爲スナリ而シテ犯罪ノ性質ハ之ニ科スヘキ

本刑ニ因リテ完マルモノナレハ有恕減輕ノ場合ニ於テモ犯罪ノ性質ハ有恕減輕ヲ爲ササル以前ニ於テ一完セシナリ有恕減輕ニ因リテ別ニ變更スルモノニ非サルナリ且從犯及ヒ未遂犯其他各本條ニ記載スル特別ノ加重減輕ハ其加減シタルモノヲ以テ本刑ト爲ストアリテ加減ニ因リテ以テ本刑ヲ定メ隨テ犯罪ノ性質ヲ變更スル場合ヲ特定スルヲ以テ其有恕減輕ニ因リテ犯罪ノ性質ヲ變更スルノ效力ヲ生セザルヤ明白ナリ

第一注意 有恕減輕自首減輕酌量減輕ハ各本條ニ規定スル刑ノ減等ノ場合ト混同スヘカラス各本條ニ規定スル刑ノ減等ノ場合ハ是レ皆前條ヲ受ケテ其重複ヲ避クル趣旨ヲ以テ特ニ何等ヲ減ストノ語ヲ設ケ「前條ニ規定スル何年以上何年以下ノ刑ニ處スト云フ」長文ヲ節略シタルニ外ナラザルナリ例ヘハ第八十六條ノ場合ノ如シ曰ク「前數條ニ記載シタル貨幣ノ偽造變造已ニ成テ未タ行使セザル者ハ各本條ニ照シ一等ヲ減シ其未タ成ラザル者ハ二等ヲ減ス若シ偽造ノ機械ヲ豫備シテ未タ著手セザル者ハ各三等ヲ減スト」是レ即チ變造シテ未タ行使セザル者ハ前條第二項一年ヨリ四分ノ一ヲ減シタル以上三年ヨリ

四分ノ一ヲ減シタル以下ノ重禁錮ノ刑ニ處ト云フニ等シキハ以上三ノ場合ニ於テハ減シタル刑ノ全免ト犯罪無責任ノ場合トハ之ヲ混同スヘカラスニ簡ノ場合共ニ犯人ヲシテ刑罰ノ責任ヲ免レシムル結果ヲ生スト雖モ其性質ニ至リテハ同一ナラス今其差異ノ重要ナルモノヲ掲クレハ左ノ如シ

(一) 犯罪無責任ノ場合ニ於テモ刑ノ全免ノ場合ニ於テモ犯罪事實ハ常ニ成立スト雖モ犯罪無責任ノ場合ニ於テハ犯人ハ犯罪ノ責ヲ受クルノ能力ナキヲ以テ法律上當然刑罰ノ制裁ヲ免ルルモノナリ之ニ反シ刑ノ全免ノ場合ハ犯人ハ犯罪ノ責任ヲ負擔スルノ能力ヲ有スト雖モ犯人ニ於テ減輕條件ヲ行ヒタルカ爲メニ特ニ刑ノ執行ヲ免スルモノナリ

(二) 犯罪ノ無責任ト刑ノ全免トハ訴訟ノ手續上ニ於テモ亦同一ナラス即チ無責任ノ場合ニ於テハ豫審ニ於テ刑事訴訟法第六十條ノ規定ニ依リ免訴ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ刑ノ全免ノ場合ニ於テハ必ス公判ニ於テ免刑ノ言渡ヲ爲スモノナリ公判ニ於テハ屬單ニ本刑ノミヲ免レ附加刑ハ尙ホ之ヲ科スルノ場合アルナリ

(三) 刑ノ全免ハ法律ノ明文ニ因リテ特ニ規定シタル場合ノ外之カ主張ヲ爲スヲ許サズ之ニ反シ犯罪ノ無責任ハ總テハ犯罪ニ於テ之ヲ援用スルコトヲ得ルナリ

刑ノ全免ハ刑ノ執行ノ免除ニ過キツレハ宥恕ノ場合ト同視スヘキモノニ非ス世人咸ハ刑ノ全免ヲ以テ一ノ宥恕ナリト論スル者ナキニ非ス然レトモ宥恕ノ場合ハ法律ニ於テ特ニ之カ原因ヲ規定ス其原因以外ニ於テ他ニ又有減輕ノ存在スル理由ナシ

宥恕減輕ノ場合ヲ分チテ二ト爲ス (一) 一般宥恕減輕 (二) 特別宥恕減輕即チ是ナリ

第二項 一般宥恕減輕

一般宥恕減輕トハ重罪輕罪違警罪ノ一般ニ通シテ本刑ニ一等又ハ二等ヲ減輕スル場合ヲ謂フ此場合甚タ少シ唯年齡ニ基ク宥恕アルノミ年齡ノ問題ハ既ニ之ヲ無責任ノ原因中ニ於テ論究シ年齡ニ原因スル宥恕ノ問題ヘ之ヲ宥恕ノ場合ニ於テ論スヘキコトヲ約束セリ故ニ本項ニ於テ少シク年齡ニ原因スル宥恕

ノ問題ヲ論ゼン
 刑法第八十條第二項ニ於テ滿十二歳以上十六歳未滿ノ者ニシテ是非ノ辨別アリテ罪ヲ犯シタル者ハ其罪ヲ宥恕シ本刑ニ二等ヲ減スト規定セリ我刑法ハ滿十二歳以上十六歳未滿ノ時期ヲ以テ疑ノ時期ナリト爲シ各被告人ニ對シ辨別力ノ發達如何ヲ審査シ其辨別力ナキ者ハ無責任ナリトシ辨別力ヲ有スル者ハ責任アリト爲ス然レトモ此時期ニ在リテハ假令辨別力ヲ有ストスルモ未タ智能ノ發達十分ナラスシテ辨別力ヲ有セサル時期ニ近接スル所ノ辨別力ニ過キナレハ未タ以テ完全ニ發達シタルモノト謂フヘカラス辨別力モ亦猶ホ體力ノ如シ其發育ノ時期ニ在ル者ト既ニ發育シ終リタル者トノ間ニ於テハ其體力必ス同一ナラス十歳ノ童子ハ二十歳ノ壯者ニ當ルヘカラサルハ普通ノ原則ナリ智能ノ發育ニ於テモ亦然リ十歳ノ童子ノ智能ハ二十歳ノ壯者ノ智能ニ及ハス十二歳以上十六歳未滿ノ者ノ智能モ亦十六歳以上二十歳未滿ノ者ノ智能ニ及ハサルハ是レ亦普通ノ原則ナラン然ラハ則チ十二歳以上十六歳未滿ノ者ニシテ辨別力ヲ有スルトスルモ尙ホ未タ十分ノモノナリト認ムルコト能ハサルナリ

此故ニ法律ハ滿十二歳以上十六歳未滿ノ者ニシテ辨別力ヲ有スルアルモ其辨別力ハ不完全ノ辨別力ナリト推定シ之カ責任ヲ輕ウセシメト欲セシナリ蓋シ辨別力ヲ有セサル者ニシテ刑罰ノ制裁ヲ免ルルコトヲ得ハ不完全ノ辨別力ヲ有スル者モ亦責任ノ減輕ヲ受クルノ道理ナカラサルヘカラス是レ即チ第八十條第二項ニ於テ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ストノ規定ヲ設ケタル所以ナリ若シ夫レ滿十六歳以上二十歳未滿ノ者ニ至リテハ智能漸ク發達シ辨別力モ亦大ニ增長スルカ故ニ此ヲ彼ニ比スレハ責任ノ程度自ラ重カラサルヲ得ナルナリ故ニ法律ハ第八十條第二項ノ理由ト同一ノ理由ニ因リテ宥恕ヲ爲スト雖モ其宥恕ノ程度ニ至リテハ之ヲ第二項ト同一ニセサルナリ是レ第八十一條ニ於テ罪ヲ犯ス時滿十六歳以上二十歳ニ滿サル者ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ストノ規定ヲ設ケタル所以ナリ
 要スルニ刑法ハ人ノ智能ノ發達ニ付テハ其標準ヲ年齢ニ採リ十二歳未滿ハ犯罪能力絶無ナリトシ滿十二歳以上十六歳未滿ハ疑ノ時期ニ在ルモノナリトシ其辨別力ヲ有スル者ハ未タ完全ニ者ノ非ストシテ其實ヲ輕クシ滿十六歳以上

二十歳未満ノ者ハ智能大ニ發達スル雖モ尙ホ未ダ十分ナル辨別力ヲ有セザル者ト推定シテ完全ノ責任ヲ科スルコトヲ爲サザルナリ

宥恕ノ原因ハ重罪輕罪ニ通シテ之ヲ適用スルコトヲ得ト雖モ違警罪ニ付テハ之カ適用ヲ制限ス第八十三條ニ曰ク違警罪ハ滿十六歳以上二十歳ニ滿ナル者ト雖モ其罪ヲ宥恕スルコトヲ得スト蓋シ違警罪ハ多クハ無意犯ナルヲ以テ之ヲ犯スニ付テ辨別力ヲ要スル場合甚タ稀ナリ故ニ違警罪ヲ犯スニ付テハ滿二十歳ノ者モ亦二十歳未満ノ者モ能力ノ程度大ニ異ナル所ナキヲ以テ刑法ハ滿十六歳以上ヲ以テ完全ナル違警罪ノ犯罪能力ヲ有スル者ト爲シタルナリ然レトモ滿十二歳以上十六歳未満ノ者ハ是レ常ニ辨別力ニ付テ疑ノ時期ニ在ル者ナレハ或ハ無意犯ノ場合ニ於テモ普通人ノ注意スヘキコトヲ注意スルノ能力ヲ有セザルノ恐ナシトセス例ヘハ白痴癡癡者ハ辨別力ナキ者ナリ又注意ノ能力ヲ有セザル者ナリ此故ニ有意犯ニ付テモ責任ナケレハ無意犯ニ付テモ責任ナキナリ然レトモ滿十二歳以上十六歳未満ノ者ノ辨別力ニ付テハ疑アリト雖モ注意ノ能力ニ付テハ必スシモ之ナシト斷言スルコトヲ得ス即チ之ヲ

以テ白痴癡癡者ト同視スルコトヲ得ス故ニ刑法ハ唯其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一
等ヲ減スルモノナリト爲シタリ是レ第八十三條第二項前段ノ規定アル所以ナ
リ但十二歳未満ノ者ニ付テハ是レ實ニ白痴癡癡者ト異ナル所ナキカ故ニ刑法
ハ全ク其罪ヲ問ハザルモノト爲シタルナリ

第三項 特別宥恕減輕

特別宥恕減輕トハ傷殺罪ニ關シ本刑ニ二等又ハ三等ヲ減輕スル場合ヲ謂フ第
三百九條第三百十一條及ヒ第三百十二條ノ場合即チ是ナリ

刑法ハ特別宥恕ヲ適用スル場合ヲ制限シテ殺傷罪ニ限ルモノト爲セリ故ニ一
般ノ犯罪ニ適用スルコトヲ得ス是レ現行刑法ノ著大ナル瑕疵ト謂フヘシ若シ
夫レ宥恕ノ條件ヲ有スル者殺傷以外ノ罪若クハ殺傷ヨリ輕キ罪ヲ犯シタルト
キハ刑法ノ規定スル所ニ非ズルヲ以テ其犯人ニ對シテ宥恕ノ利益ヲ與フルコ
トヲ得ス重キ犯罪ニ付テハ宥恕ノ利益アリテ却テ輕キ犯罪ニ付テハ宥恕ノ利
益ナシト爲スカ又身體生命ニ對シテ犯シタル罪ニハ宥恕ノ利益ヲ與ヘテ而シ

ヲ財産ニ對シテ犯シタル罪ニハ有怒ノ理由ナシト爲スガ重キ犯罪ニスラ尙ホ
 且有怒ヲ與フルノ理由アリトスレハ輕キ犯罪ニ付テ有怒ヲ與ヘサルノ理由ナ
 キヤ明カナリ然ルニ刑法ノ規定玆ニ出テスシテ而シテ單ニ殺傷ノ場合ニ限
 ト爲シタルハ道理ニ於テモ亦實際ニ於テモ法律ノ眞意ヲ貫徹スルモノト謂フ
 ヘカラス刑法改正草案ニ於テハ此缺點ヲ補ヒ生命身體自由若クハ財産ニ對ス
 ル總テノ犯罪ニ於テ其刑ヲ減輕スルコトヲ得ルモノト爲セリ
 現行刑法ニ於テ定ムル特別有怒ハ挑發ヲ原因トスル殺傷罪ニ付テ之ヲ適用ス
 挑發トハ犯人ヲ激怒セシムル方法ヲ行フヲ謂フ其性質固ヨリ犯人ノ生命身體
 ヲ危ウスヘキモノニ非サルヲ以テ之ニ對シテ正當防衛權ノ成立スヘキ理由ヲ
 有セス然レトモ激怒ノ結果殺傷ヲ行フニ至リタルトキハ多少犯人ノ本意ニ負
 タ所アルカ故ニ法律ハ犯人ノ責任ヲ有怒センコトヲ欲シタルナリ
 玆ニ注意ヲ要スヘキモノハ第三百九條ニ「直チニ怒ヲ發シ云云第三百十一條ニ
 「姦所ニ於テ直チニ云云第三百十六條ニ「勢ニ乘シ云云」是レ由リテ之ヲ觀
 レハ挑發ノ時期ト犯罪ノ時期トノ間多少ノ長時間ヲ經過スレハ挑發モ亦有怒

ノ原因ト爲ルヘカラサルコト即チ是ナリ刑法ハ挑發ヲ受ケタル者ニ多少其自
 (由ニ於テ強制セラルル所アリトシテ犯罪ノ責任ヲ有怒スルモノナリ即チ當時
 ニ於テハ憤怒與進シテ我レ能ク之ヲ制スルコト能ハスシテ殺傷ヲ行フ場合甚
 タ多シ然レトモ既ニ多少ノ長時間ヲ經過スルトキハ人ノ憤怒ハ時間ト共ニ消
 散シ易キモノナルカ故ニ最早其憤怒ヲ制スルコト能ハスト云フノ時ニ非サル
 ナリ却テ何人モ能ク其憤怒ヲ制スルコトヲ得ヘシ憤怒ヲ制スルコトヲ得ル場
 合ニ於テ殺傷ヲ行フトキハ是レ挑發ナクシテ人ヲ殺傷スルモノト異ナル所ナ
 キカ故ニ刑法之ニ有怒ノ利益ヲ與ヘサルナリ
 刑法ハ挑發ノ原因ニ付キ之カ制限ヲ爲セリ曰ク(一)暴行(二)姦通(三)家宅侵入ノ場
 合即チ是ナリ
 第一 暴行 第三百九條ニ曰ク「自己ノ身體ニ暴行ヲ受ケ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有怒ス但不正ノ所爲ニ因リテ自ラ暴行ヲ
 招キタル者ハ此限ニ在ラス」ト本條ニ依レハ有怒ノ利益ヲ受ケルニ付キ四箇ノ
 條件ヲ要ス

(二) 挑發ハ暴行ヲ以テセサルヘカラス 故ニ言語、文章、形容等ヲ以テ我ニ對シ
 侮辱ヲ加フルト雖モ之ヲ以テ暴行ナリト謂フカラス隨テ有怒ノ原因ト爲ラ
 サルナリ尙ホ一步ヲ進メ言語、文章ヲ以テ我ヲ脅迫スルモ是レ唯無形上ノ脅迫
 ニ過キサルヲ以テ尙ホ未タ暴行ナリト謂フコトヲ得ス隨テ此脅迫モ亦有怒ノ
 原因ト爲ラサルナリ然レトモ脅迫ニ付テハ少シク注意シテ論ゼサルヘカラス
 ルモノアリ侮辱ノ場合ニ於テハ手足ノ形容ハ決シテ暴行ノ所爲タラスト雖モ
 脅迫ノ場合ニ於テハ手足ノ形容ヲ以テ直チニ暴行ト看做スコトヲ得ル場合ア
 リ例ヘハ拔刀ヲ擬シテ人ヲ殺害セント脅迫スルカ如キハ危害實ニ眼前ニ迫リ
 タルヲ以テ決シテ言語、文章ノ脅迫ト同一視スヘキモノニ非ス故ニ無形上ノ脅
 迫ハ暴行ト看做スヘキ場合ナシト雖モ有形上ノ脅迫ハ屢々暴行ト看做サルヘ
 カラサルモノアリ但如何ナル場合ニ於テ有形上ノ脅迫ハ果シテ暴行ト看做ス
 ヘキヤ否ヤハ全ク事實ノ問題ニ屬ス

(三) 暴行ハ自己ノ身體ニ及フヘキコトヲ要ス若シ夫レ第三者ニ對シテ暴行
 ヲ加フル者アルヲ見テ我レ之ヲ殺傷シタリトセンカ我ハ有怒ノ利益ヲ受クル

コトヲ得サルナリ況ヤ我飼養スル所ノ愛犬、牛馬ノ如キ家畜ニ對シテ暴行ヲ加
 フル者ニ對スルニ於テヤ若シ我愛犬、牛馬ニ對シテ暴行ヲ加フル者ニ對シテ怒
 ヲ發シテ之ヲ殺傷センカ刑法ハ我罪ヲ宥恕スルモノニ非サルナリ然レトモ若
 シ我親族ニ對シ我父母、妻子ニ對シテ暴行ヲ加フル者アル場合ニ於テ憤怒ニ乘
 シテ暴行者ヲ殺傷シタル場合ハ我身體ニ對シテ暴行ヲ受ケタル場合ヨリモ尙
 ホ甚シキモノアリ若シ有怒ハ憤怒ニ原因スルモノトセハ此場合ニ於ケル憤怒
 ハ我身體ニ暴行ヲ受ケル場合ト少シモ異ナル所ナシ誰カ其親族ノ暴行ヲ受ケ
 ルヲ以テ坐視傍觀スル者アラシヤ然ルニ此ノ如キ場合モ亦是レ自己ノ身體以
 外ノモノナリ即チ第三者ナルカ故ニ有怒ノ原因ト爲スニ足ラスト謂フハ刑法
 ノ規定大ニ誤ル所アリト謂ハサルヘカラス

(三) 暴行ハ不正ナルコトヲ要ス若シ加害者ニシテ暴行ヲ爲スノ權利ヲ有ス
 ルトキハ被害者ハ其暴行ヲ訴フルノ理由ナキヲ以テ有怒ノ利益ヲ受クヘキ者
 ニ非サルナリ例ヘハ巡查憲兵カ其職務ヲ執行スルニ當リ怒ヲ發シテ之ニ抗拒
 スル者アラハ是レ官命抗拒罪ヲ構成スルナリ若シ尙ホ一步ヲ進メテ巡查憲兵

ヲ毆打創傷スルコトアラハ毆打創傷罪ノ重キニ從テ論スヘキモノナリトス
 (四) 暴行ハ多少重大ナルコトヲ要ス。暴行ハ其種類甚タ多シ均シク暴行ナリ
 ト云フト雖モ其大小輕重ノ範圍實ニ廣シ第三百九條ニ所謂暴行トハ果シテ如
 何ナルモノヲ云フカ必ス一定ノ標準ニ依リテ暴行ノ程度ヲ示ササルヘカラス
 然レトモ暴行ノ程度ハ實ニ事實問題ニ屬スルヲ以テ學理上到底之ヲ如何トモ
 スルコト能ハサルナリ唯裁判官ハ暴行ヲ受タル者ノ性質ト暴行ノ程度トヲ酌
 量シテ普通何人ト雖モ此暴行ヲ以テスレハ必ス怒ヲ發スルニ至ルモノナリト
 スルニ足ル場合ニ於テハ以テ有怒ノ原因ト爲ルヘキ暴行アリトシ而シテ何人
 モ能ク怒ヲ發スルニ足ルヘキ暴行アリト云フニ付テハ其暴行固ヨリ多少重大
 ナルコトヲ要スルハ論ヲ俟タサル所ナリ。然レモ暴行ノ程度ハ事實問題ニ屬
 以上四箇ノ條件ヲ具備スルトキハ則チ犯人ハ常ニ有怒ノ利益ヲ受クヘキ者ト
 ス但此原則ニハ一ニノ例外アリ。竊取モ官職スルモノハ一ニ非セバモ然ラズ。若
 (イ) 父母、祖父母ニ對スル場合、第三百六十五條ニ曰ク「祖父母、父母ニ對シテ
 殺傷ノ罪ハ特別ノ有怒及ビ不論罪ノ例ヲ用ザルコトヲ得。但該犯ニ時知ラザ

ル者ハ此限ニ在ラス」ト蓋シ子孫ハ父母、祖父母ニ對シテ特別ノ義務ヲ有スルカ
 故ニ其義務ノ結果トシテ祖父母、父母ヨリ暴行ヲ受タルモ能ク堪忍シテ常ニ殺
 傷ヲ行フコトヲ得サルナリ即チ子孫ハ其父母、祖父母ニ對シテ暴行ニ因リテ發
 スル憤怒ノ情ヨリモ之ニ殺傷ヲ加フルニ忍ヒサルノ情更ニ切ナリト云フノ理
 由ヨリ出テタルモノナリ故ニ刑法ハ單ニ子孫ニ對シテハ有怒ノ利益ヲ與ヘサ
 ルノミナラス不論罪ノ利益ヲモ與ヘサルナリ即チ子孫ハ祖父母、父母ニ對シテ
 正當防衛權ナシ是レ即チ又自己ノ身體ヲ害スルモ寧ロ父母ノ身體ヲ害スルニ
 忍ヒサルハ子孫ノ至情ナリト謂フニ出ツルナリ。然レモ殺傷ノ罪ハ殺傷ノ罪ニ
 (ロ) 第三百九條但書ノ場合、曰ク「不正ノ所爲ニ因リテ自ら暴行ヲ招キタル者
 者ハ此限ニ在ラス」ト故ニ我先ト不正ノ所爲ヲ爲シテ彼レノ怒ヲ發セシメ而
 シテ彼レ我ニ對シテ暴行ヲ加フルニ因リ我レ忽チ有怒ヲ發シテ彼ヲ殺傷シタ
 ルトキハ我ハ有怒ノ利益ヲ受クヘキ者ニ非ス何ト大レハ彼ハ既ニ我ニ對シテ
 怒ヲ發スルノ原因ヲ有スルヲ以テ彼レ我ヲ殺傷スルニ於テ既ニ有怒ヲ受タル
 ノ權利アリ彼レ既ニ有怒ヲ受タルノ權利アラハ我ニ於テ有怒ノ利益ヲ受クヘ

カヲナルヤ自ラ明カナリト受スルハ其罪ニ依テ其責任ノ減輕ヲ受スルヤ
 第二 第三百十一條ニ曰ク「本夫其妻ノ姦通ヲ覺知シ姦所ニ於テ直チニ姦夫又
 ハ姦婦ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ス但本夫先ニ姦通ヲ縱容シタル者ハ此限
 ニ在ラス」ト本條ヲ説明スルニ先テ「一」ノ注意ヲ要スヘキモノアリ本條ニ於テ
 宥恕ノ利益ヲ受クヘキ者ハ獨リ本夫ナリトス妻ハ如何ナル場合ニ於テモ宥恕
 ノ利益ヲ受タル者ニ非ズルナリ是レ甚タ道理ニ適セサル所ノ規則ナリト謂ハ
 サルヲ得ス元來夫妻ハ素ト二身一體ノ者ニシテ互ニ聯帶ノ名譽ヲ保ツモノナ
 レハ夫ノ名譽ハ妻ノ名譽ト爲リ妻ノ名譽ハ夫ノ名譽ト爲ルモノナリ故ニ
 夫婦ノ一方不名譽ノ行爲ヲ爲セハ必ス他ノ一方ノ不名譽ト爲ルモノナリ是ヲ以
 テ夫妻ヲ待ツヤ必ス同等ノ利益ヲ以テセザルヘカラス然ルニ法律ハ獨リ夫ニ
 限リテ宥恕ノ利益ヲ與ヘ而シテ妻ニ對シテハ此利益ヲ與フルヲ許サス故ニ妻
 ニシテ本夫ノ姦通ヲ覺知シ其場所ニ於テ直チニ本夫ヲ殺傷スルモ妻ハ宥恕ノ
 利益ヲ得ス法律ハ何故ニ此ノ如ク不公平ノ規定ヲ設ケタルヤ論者曰ク妻ノ不
 義ト夫ノ不義トハ不義ノ結果ニ於テ同一ナラサルモノアリ夫ノ不義ハ其結果

血統ヲ紊亂スルノ弊害ヲ生スルコトナシト雖モ妻ノ不義ハ直チニ一家ノ血統
 ヲ紊亂スルノ虞アリ故ニ血統ノ正當ヲ失ハザラント欲セハ嚴ニ妻ノ姦通ヲ罰
 スルノ必要アリ特ニ婦人ハ其性愛情ヲ分ツコト能ハサルモノナルカ故ニ一方
 ニ對シテ不義ヲ爲ストキハ必ス本夫ニ對シテ愛情ヲ有スルモノニ非サルナリ之
 ニ反シテ男子ノ愛情ハ偏頗ニ出ツルコト少キカ故ニ假令他女ニ對シテ不義ヲ
 爲スモ毫モ夫婦ノ眞情ヲ害スルコトナキモノナリ故ニ血統ノ關係ヨリスルモ
 又愛情ノ方ヨリスルモノ男ト女トハ必ス同日ニシテ論スヘカラサルモノアリ是
 レ刑法ニ於テ獨リ夫ニ對シテ宥恕ノ利益ヲ與ヘ妻ニ對シテ此利益ヲ與ヘサル
 所以ナリト然レドモ本條ニ於テ規定スル所ノ宥恕ハ其原因激怒ノ爲メ多少本
 意ニ負キテ罪ヲ犯スモノナリト推定シタルニ因ルモノナレバ若シ男女ノ愛情
 ニ於テ異ナル所ナシトセハ夫カ怒ヲ發スヘキ場合ニ於テハ妻モ亦必ス怒ヲ發
 セサルヘカラサルナリ然ルニ夫ノ激怒ハ宥恕ノ理由ト爲ルモ妻ノ激怒ハ宥恕
 ノ理由ト爲ラズト爲ス抑モ夫ノ激怒ハ多少ノ自由ヲ失フニ至リテ而シテ妻ノ
 激怒ハ毫モ其自由ヲ失フニ至ラズト爲スカ刑法ノ規定條理ヲ誤ルコト甚シト

謂ハナルヘカラス殊ニ血統系亂愛情ノ偏頗ハ論ハ姦通罪ノ場合ニ於テ之ヲ言フヘクシテ本條ノ場合ニ之ヲ採用スルノ理由アリタルナリ

向ホ一ノ注意スヘキモノアリ本條ノ宥恕ハ獨リ之ヲ本夫ニノモ與ヘタルモナレハ本夫ノ父兄又ハ其朋友代リテ姦婦姦夫ヲ殺傷スルモ決シテ宥恕ヲ與フルノ限ニ在ラサルナリ蓋シ本條ノ宥恕ヲ設クル所以ノモイハ夫妻ノ愛情ヲ以テ基礎ト爲スモノナレハ夫妻以外ノ者ニ於テ夫妻ト同一ノ愛情ヲ有スルノ理由アリナシ

本條ノ利益ヲ受タルニ付キ二條件ヲ要ス

第一條件 姦通ノ現行犯ヲ發見シタル場合ナルコトヲ要ス

第二條件 姦通ヲ覺知シ姦所ニ於テ云云ト是レ即チ現行犯ノ場合ヲ示シタルコト明白ナリ故ニ宜シク現行犯ノ定義ニ從ヒ姦通發覺ノ場合ハ之ヲ廣ク解釋セザルヘカラス即チ姦通スルトモ又ハ姦通シ終リタル際ハ皆是レ現行犯ニ屬スルヲ以テ姦通發覺ノ場合ナリト附スラ可ナリ而シテ本條ニ姦通ヲ覺知シ姦所ニ於テ云云ト云ヒ而シテ其姦通ノ未遂ト既遂トヲ區別セザルカ故ニ苟モ姦通ノ事

實ナリト認定スヘキ證據アレバ則チ可ナリ論者曰ク若シ夫ニシテ其妻ノ姦通ヲ疑ヒ豫メ之ヲ殺傷センコトヲ謀リ故ラニ姦所ニ臨ミテ而シテ姦夫姦婦ヲ殺傷シタルトキハ則チ宥恕ノ限ニ在ラス凡ソ本條ニ依リテ宥恕ヲ得ントスル者ハ偶然之ヲ覺知シ直チニ之ヲ殺傷シタル場合ナラサルヘカラスト然レトモ是レ大ナル誤ナリ刑法ニ姦通ヲ覺知シ云云ト云ヒテ而シテ其覺知スル方法ニ付テハ何等ノ區別ヲ爲スコトナシ故ニ我ヨリ進ミテ之ヲ覺知スルモ又偶然覺知スルモ是レ實ニ姦通ヲ覺知タルニ過キサルヲ以テ苟モ姦所ニ於テ殺傷ヲ行ヒタル以上ハ常ニ宥恕ノ利益ヲ受クヘキヲ疑ナシ但姦所以外ニ於テ殺傷ヲ爲スカ如キハ是レ刑法ノ精神ニ非サルナリ

第二條件 殺傷ハ必ス姦所ニ於テセザルヘカラス姦所トハ宜シク之ヲ廣義ニ解スヘキナリ佛國刑法ニ規定スル如ク單ニ夫妻同居ノ家宅内ヲ指スモノニ非サルナリ故ニ苟モ姦通ヲ行フ場所ニ於テスルトキハ如何ナル場所ニ於テスルモ固ヨリ之ヲ目シテ姦所ナリト謂ハサルヘカラス若シ夫レ姦通ヲ發覺シ姦夫姦婦ノ逃タルヲ見テ之ヲ追跡シ姦所以外ニ於テ之ヲ殺傷シタルカ如キハ

夫ノ憤情ニ於テハ姦所ニ於ケル場合ト異ナル所ナシト雖モ刑法ノ條件ニ適合セザルカ故ニ之ニ與フルニ有恕ノ利益ヲ以テスルコトヲ得ザルナリ

茲ニ一言注意スヘキモノアリ即チ第三百十一條ノ但書是ナリ姦通ノ公訴ヲ提起スルニハ必ス夫ノ告訴ヲ要スルカ故ニ公訴ノ起ルト起ラザルトハ一ニ本夫ノ意思如何ニ存ス此場合ニ於テ本夫ハ實ニ公訴提起ノ原動力者ト爲ルナリ故ニ本夫其妻ノ姦通ヲ縱容セシカ是レ自ラ其夫權ヲ拋棄シタルモノナルヲ以テ後日公訴ヲ提起スルモ其效ナカルヘシ(第三五三條第二項本夫姦通ヲ縱容シタルトキハ姦夫姦婦ヲ姦所ニ於テ殺傷スルモ有恕ノ利益ヲ受クヘカラス蓋シ本夫ハ其夫權ヲ拋棄シテ妻ノ姦通ヲ縱ニセシメタル者ナリ妻ノ姦通ヲ縱ニセシメタル者其姦通ヲ發見スト雖モ固ヨリ怒ヲ發スヘキ理由ナシ怒ヲ發スヘキ理由ナクシテ姦夫姦婦ヲ殺傷スルハ是レ猶ホ普通ノ場合ニ於テ之ヲ殺傷スルト異ナルナシ是レ姦通縱容ノ場合ニ於テ夫ニ對シテ有恕ノ利益ヲ與ヘザル所以ナリ

第三 第三百十二條ニ曰ク晝間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ門戶

鑰壁ヲ踰越損壞セントスル者ヲ防止スル爲メ之ヲ殺創シタル者ハ其罪ヲ有恕ス下夜間ノ家宅侵入ハ第三百十五條第三號ニ於テ正當防衛ノ原因タルコトヲ規定シ而シテ晝間ノ家宅侵入ハ僅ニ有恕ノ原因タルニ過キスト爲ス夫レ家宅侵入ハ夜間ニ於テスルモ亦晝間ニ於テスルモ犯罪ノ性質ニ於テ毫モ異ナル所ナシ然ルニ同一ノ犯罪ヲ防衛スルニ當リ晝夜ノ區別ニ從ヒテ防衛者ノ權利ヲ區別スルハ果シテ如何ナル理由アリテ然ルヤ蓋シ晝間ノ家宅侵入ハ之ヲ防衛スルノ途甚タ容易ニシテ國家ノ救護ヲ求ムルニ於テ其違ナシトセス之ニ反シ夜間ニ在リテハ之ヲ防衛スルノ途甚タ困難ニシテ國家ノ救護ヲ求ムルニ其違ナキ場合甚タ多シ殊ニ夜間ノ家宅侵入ハ犯人ノ目的ヲ知ルコトモ亦頗ル困難ナルカ故ニ危害ノ程度甚シキヲ加フ是レ晝間ノ家宅侵入ニ對シテハ防衛權ヲ行フノ必要ヲ認ムタルモ夜間ノ家宅侵入ニ對シテハ防衛權ヲ行フコトヲ許シタル所以ナリ

第二款 自首減輕

刑法總論 犯罪ノ責任 責任ノ減輕 法定上ノ減輕

自首減輕ノ規定ハ其模範ヲ支那律ニ採リタルモノニシテ歐羅巴各國ノ刑法ニ於テハ此類ノ規定ヲ設ケタルモノナシ元來自首減輕ノ目的ハ犯罪ノ發覺ヲ容易ニシテ速ニ安寧ノ恢復ヲ圖ラント欲スルニ在リ刑罰ノ一二等ヲ輕クシテ容易ニ犯罪ヲ發覺スルコトヲ得ハ國家ノ利益之ヨリ大ナルハナシ然ルニ歐洲諸邦ノ立法例ニ於テ絶テ其規定ヲ見サル所以ノモノハ罪ヲ犯シタル者刑ノ減輕ヲ得シカ爲メニ好ミテ其犯罪ヲ自首シテ其身ノ不利ヲ圖ルコトハ歐洲民族ノ思想ニ於テ毫モ了解スルコト能ハサル所ナリ支那日本ノ人民ハ罪ヲ犯シテ遂ニ免ルヘカラサルヲ知ラハ自ら進ミテ其罪ヲ自首シ多少減輕ノ利益ヲ俵伴セシムコトヲ希フ故ニ自首減輕ノ規定ハ犯罪ノ發覺上顯著ノ效アリト雖モ歐洲諸邦ノ民族ハ罪ヲ犯シテ其免ルヘカラサルヲ知ルモ尙ホ苟モ免ビシコトヲ謀リ百方隱蔽シテ至ラサル所ナシ「自白スルコト勿レ」トノ原則ハ罪人ノ確守シテ造次モ忘レサル所ナリ故ニ自首ノ規定ヲ設ケルモ實際何等ノ效ヲ奏スルモノニ非スシテ徒ニ虛飾ノ法文ヲラントス東西人民ノ氣風異ナルニ從ヒテ立法例ノ規定ヲ同シウセサルハ固ヨリ此一例ニ止マラサルヘシ

我刑法ノ文字ニシテ支那律語ヨリ出テタルモノ極メテ多シ告訴發自首等ノ語モ亦大抵支那律ヨリ來リシモノナリ明律ニ於テ他人ノ罪ヲ官ニ訴フルコトヲ告ト謂ヒ人自其罪ヲ訴スルコトヲ自首ト謂フ我刑事訴訟法ニ用ヒタル告訴發人語ハ則チ其義ヲ此告ノ字ニ採リ自首ノ文字モ亦義ヲ首ノ字ニ採リタルナリ

明律ニ曰ク凡犯罪未發而自首者免其罪猶徵正贓ト我刑法第八十五條ニ規定スル所ノ規則ハ則チ此明律ヲ採用シタルモノナリ自首減輕ノ規定ヲ設ケタル理由ヲ案スルニ(一)刑法ハ可成犯罪ノ發覺ヲ容易ニセンコトヲ欲シ(二)可成其發覺ヲ迅速ニセンコトスルニ在リ抑モ犯罪ヲ捜査シテ之ヲ處罰スルハ相當官吏ノ職務ナリト雖モ犯罪ノ發生ト同時ニ犯罪ヲ捜査シ犯人ヲ逮捕スルコトハ極メテ困難ナリ然レドモ犯罪ノ發覺一日後ルレハ國家一日ノ害ヲ被リ二日後ルレハ二日ノ害ヲ受ク今人ヲ殺シ未ダ捕ニ就カサル者アリトセヨ其如何ナル時如何ナル場所ニ於テ同一ノ犯罪ヲ行フヤ知ルヘカラサルヲ以テ國家ハ須臾モ枕ヲ高クシテ眠ルコト能ハサルナリ故ニ一方ニ於テハ相當官吏ノ職務トシテ犯罪

ノ發覺ニ努メ他ノ一方ニ於テハ犯人自身ヨリ犯罪ヲ發覺セシムルコトヲ希フ所以ナリ凡ゾ何人ト雖モ責任ノ輕キヲ希ハサル者ナキカ故ニ法律ハ人情ノ弱點ヲ利用シ一二等ノ減輕又ハ刑ノ全免ヲ併トシテ犯人ヲシテ其犯罪ノ發覺ニ勵ムノ心ヲ起サシメント欲シタルナリ

現行刑法第八十五條乃至第八十八條ニ規定スルモノヲ一般自首減輕ト謂ヒ各本條ニ於テ特ニ或犯罪ノミニ限リ自首ニ因リテ本刑ヲ免スルモノヲ特別自首免刑ト謂フ

第一項 一般自首減輕

自首トハ事ノ未タ發覺セサルニ先チ犯人自ラ進ミテ其罪狀ヲ官又ハ被害者ニ告タルヲ謂フ(第八五條乃至第八八條)一般自首減輕トハ犯人ノ自首アリタルトキハ重罪輕罪ノ別ナク一般犯罪ニ通シテ本刑ヲ減等スル場合ヲ謂フ但謀故殺罪ヲ除ク

自首シテ減等ノ利益ヲ受タルニハ二條件ヲ要ス

第一 事ノ未タ發覺前ナルコトヲ要ス 故ニ若シ重罪輕罪ニ付テ司法警察官檢察豫審判事犯罪地ニ臨檢シテ檢證圖書ヲ作りタルカ若クハ被害者ノ告訴又ハ第三者ノ告發アリタルトキハ未タ犯罪ノ實行者ハ其何人ナルコトヲ知ルコト能ハサル場合ニ於テモ事既ニ發覺後ナルヲ以テ自首ノ效ヲ生セス法律特ニ事ト謂ヒテ人ト謂ハサルナリ事ノ發覺後ハ官ハ其職務ヲ以テ其人ヲ搜查スルコトヲ得ルト雖モ事ノ發覺前ハ如何ナル犯罪アルキ之ヲ知ルコト能ハス隨テ之ヲ防クヘカラサルヲ以テ國家ノ危險測ルヘカラサルモノアリ自首ハ事ノ發覺前犯人自ラ進ミテ犯罪ヲ申告スルニ在ルカ故ニ相當官廳ヨリ召喚ヲ受ケ又ハ相當官吏ノ訊問ニ應シテ而シテ罪狀ヲ告白スルカ如キハ自首ニ非スシテ犯罪ノ自白ナリ又他人ノ罪狀ヲ告クルカ如キハ告訴若クハ告發ニシテ自首ニ非ス然レトモ自首ノ方式ニ付テハ別ニ何等ノ規定ナキカ故ニ口頭ヲ以テスルモ書面ヲ以テスルモ又他人ニ代告セシムルモ自首ノ效力ニ於テハ同一ナリ然レトモ大審院判決例ニ於テハ單ニ事ノ發覺前ナルノミニ非ス人ノ發覺前ニ於テスルモ尙ホ自首ノ效アルコトヲ認メタリ

第二 官又は被害者ニ告白スルコトヲ要ス 茲ニ所謂官トハ犯罪ノ捜査ニ付テ職權ヲ有スル官署ヲ指ス即チ檢察司法警察官其他捜査ニ付テ職權ト同ノ職權ヲ有スル者はナリ故ニ此以外ノ官署又ハ官吏ニ對シテ自首ヲ爲スモ何等ノ效ヲモ生スルモノニ非ス例ヘハ内務省文部省又ハ判事ニ犯罪ヲ告白スルカ如キハ是レ亦自首ノ效ヲ生セス何トナレハ諸省モ判事モ共ニ職權ヲ以テ公訴ヲ受理スルノ資格ヲ有セザレハナリ若シ判事其他ノ官吏職務ノ執行中犯人ノ自首ヲ受ケタルトキハ如何此場合ニ付キ刑事訴訟法ハ何等ノ規定ナキヲ以テ實際上豫審判事公判判事ハ自首調書ヲ作成シ之ヲ檢事ニ告發スルノミ事ノ實ニ對スル犯罪ニ付テハ官ニ自首セスシテ被害者ニ首服シタルトキモ猶ホ官ニ自首スルト等シク減輕ノ利益ヲ受ク此場合ニ於テ犯人ハ官ニ自首スルカ又ハ被害者ニ首服スルカ二者選擇ノ自由ヲ有スル者ナリ(第八七條) 又文部省以上ノ二要件ヲ具備シタルトキハ原則上減輕ノ利益ヲ與フト雖モ一ノ例外アリ第八十五條但書ノ規定即チ是ナリ曰ク謀殺殺ニ係ルモノハ自首減輕ノ限ニ在ラスト刑法ハ何故ニ此例外ヲ設ケタルヤ刑法ハ自首ノ規定ヲ設ケ犯罪並ニ

犯人ノ發覺ヲ容易ニセンコトヲ欲セリ然ルニ謀殺殺ノ場合ニ限リ此原則ヲ適用スルコトヲ許ササルハ輕キ罪ノ發覺ハ之ヲ速ニセンコトヲ欲シ而シテ重キ罪ノ發覺ハ其速ナルコトヲ欲セスと言フニ在ルカ本條ノ但書ハ實ニ條理ヲ顛倒シタルモノト謂フヘシ蓋シ明律ニ於テ其損傷於人物不可賠償發在逃……故不在自首之律トノ義ニ採リタルナラン

自首ノ有效ナル場合ニ於テハ本刑ニ幾等ヲ減輕スヘキカハ其罪ノ輕重ニ依リテ定ムル事也

(一) 第八十五條ニ曰ク罪ヲ犯シ事未タ發覺セサル前ニ於テ官ニ自首シタル者ハ本刑ニ一等ヲ減ス但謀殺殺ニ係ル者ハ自首減輕ノ限ニ在ラスト故ニ謀殺殺罪ヲ除クノ外一般ノ犯罪ニ付テハ一等ヲ減輕ス

(二) 第八十六條ニ曰ク財產ニ對スル罪ヲ犯シタル者自首シテ其贓物ヲ還給シ損害ヲ賠償シタル時ハ自首減等ノ外仍ホ本刑ニ一等ヲ減ス其全部ヲ還價セスト雖モ半數以上ヲ還價シタル時ハ一等ヲ減スト故ニ財產ニ對スル犯罪ニ付キ自首シタル上其贓物ヲ還給シ損害ヲ賠償シタルトキハ自首ニ因ル一等減輕ノ外尙ホ二等ノ減輕即チ併セテ三等ノ減輕ヲ受ク其全部ヲ還價セスト雖モ半數以

上ヲ減輕シタルトキハ一等ヲ減ス故ニ併セテ二等ヲ減輕ヲ受タルモノナリ

第二項 特別自首免刑

特別自首免刑トハ或種類ノ犯罪ニ限リ自首ニ因リテ本刑ヲ免ズル場合ヲ謂フ是レ總則自首減輕ノ例外ニ屬ス故ニ各本條ニ於テ特ニ之ヲ規定ス

第一 第二百二十六條ニ曰ク内亂ノ豫備又ハ陰謀ヲ爲スト雖モ未タ其事ヲ行ハサル前ニ於テ官ニ自首シタル者ハ本刑ヲ免シ云云トアリテ内亂罪ノ豫備陰謀ニ付キ犯人一旦非謀ヲ懷キタルモ其實行前自ラ中止シ官ニ自首スルトキハ國家ハ將ニ受クントスル大害ヲ免ルカ故ニ本刑ヲ全免シ内亂ヲ未發ニ防止セント欲シタルモノナリ

第二 第九十二條ニ曰ク貨幣ヲ偽造變造シ及ヒ輸入收受シタル者未タ行使セサル前ニ於テ官ニ自首シタル時ハ本刑ヲ免シ云云若シ職工雜役及ヒ房屋ヲ給與シタル者未タ行使セサル前ニ於テ自首シタル時ハ本刑ヲ免ス

家ニ實害ヲ與フルコトナクシテ止ムヲ以テ禍ヲ本前ニ防カント欲シ此自首ヲ獎勵シタルナリ
第三 第二百二十六條ニ曰ク此節ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者其事件ノ裁判宣告ニ至ラサル前ニ於テ自首シタル時ハ本刑ヲ免ス

ト本條ニ所謂其事件トハ偽證ノ事件ヲ指スニ非スシテ偽證ヲ爲シタル本案事件即チ偽證ニ由リテ以テ是非ヲ決セントスル所ノ事件ヲ謂フ其事件ノ裁判宣告前ニ於テ自首スルトキハ本案判決ヲ誤ラシムルノ危險ナク初ヨリ偽證ナキ場合ト少シモ異ナル所ナキヲ以テ寧ロ此自首ヲ勵マシテ裁判ノ實害ヲ免ルルノ途ヲ取ルニ如カサルナリ

第四 第三百五十六條ニ曰ク「原告ヲ爲スト雖モ被告人ノ推問ヲ始メサル前ニ於テ原告者自首シタル時ハ本刑ヲ免ス」

ト本條ノ場合ニ於テモ被告人ノ推問ヲ始メサル前ニ於テ自首スルトキハ被害者ニ對シテ何等ノ危害ヲ被ラシムルニ至ラサルヲ以テ犯罪ノ害ヲ未萌ニ防カント欲シ特ニ此規定ヲ設ケタルナリ

以上四箇ノ場合ハ自首ニ關スル特別ナルヲ以テ總則ニ規定スル所ノ條件ヲ具備スルコトヲ要セス即チ假令事ノ發覺後ニ於テ以テ自首ナリト雖モ各本條ノ

條件ヲ缺タコトナクシハ則チ可ナリ若シ夫レ總則ノ條件ヲ適用スヘシトセハ各本條ニ於テハ自首シタル時ハ本刑ヲ免スト記載スルヲ以テ足レリトス故ラニ其事ヲ行ハサル前ニ於テ云云未タ行使セサル前ニ於テ云云其事ノ裁判宜告ニ至ラサル前ニ於テ云云被告人ヲ推問ヲ始メサル前ニ於テ云云下規定スルノ必要ナシ然レトモ大審院ノ判決例ニ於テハ各本條ニ規定スル條件ノ外向キ總則自首減輕ノ條件ヲ要ストセリ是レ實ニ誤解ノ甚シキモノナリ刑法ノ目的ハ犯罪ヲ辭フセント欲スルニ在リ故ニ假令犯罪ノ事實ヲ行フモ其未タ國家ニ對シテ格別ノ危害ヲ生セスシテ止ムコトアラハ刑法ハ却テ國家ノ利益ナリト爲シ其前非ヲ追窮セシテ中止ヲ獎勵セント欲スルナリ自首例外ノ規定モ亦此趣旨ニ外ナラス即チ事ニ害ナキ限ハ發覺後ノ自首ト雖モ之ヲ有效トシ且本刑ヲ免シテ以テ犯罪ノ中止ヲ獎勵スルニ在リ此ヲ如ク犯罪ハ中止前ノ非ヲ責メテ之ヲ遂クルニ至ラシメシヨリハ車中中止前ノ非ヲ恕シテ國家ノ害ヲ防クヲ以テ得策ナリト爲ス判決例ハ克ク此趣旨ヲ解セス刑罰ヲ科スルヲ以テ能事足レリト爲ス我輩未タ其可ヲ知ラサルナリ

尙ホ一言ノ注意スルキモノアリ從犯及ビ未遂犯罪ノ減等ハ刑法之ヲ以テ各本條ニ記載スル特別ノ減輕ト同視ス然レトモ予ハ從犯未遂犯罪ノ減輕ハ各本條ノ減輕ト其科ヲ同シツセス全ク法律上ノ減輕中ニ列記スベキモノナリト爲ス蓋シ各本條ニ特記スル減輕ハ是レ刑罰ノ條文ヲ略記スルノ本刑ナリ然レトモ從犯未遂犯罪ノ減輕ハ減輕ノ基礎ト爲ルヘキ本刑アリテ之ヲ減等スルヲ謂フモノナレバ有恕減輕自首減輕ト其性質ニ於テ同一ナリ即チ義務上ノ減輕ナレバ之ヲ以テ法律上ノ減輕ナリト爲ス決シテ誤解ニ非サルナリ但未遂犯罪ニ付テハ一等又ハ二等ヲ減ストアリ一等ヲ減スルヲ以テ法律上ノ減輕ト爲スベキ何人モ批難セサル所ナルヘシト雖モ二等減ニ至リテハ全ク判事ノ全權ニ任セタルヲ以テ法律上ノ減輕ナリト謂フコトヲ得ス寧ロ裁判上ノ減輕ト謂フヘシ故ニ予ハ未遂犯罪ノ減輕ヲ以テ法律上ノ減輕ト爲シ二等減ヲ以テ裁判上ノ減輕ナリト謂フコトヲ欲ス

第二節 裁判上ノ減輕

裁判官ニ於テ犯罪ノ情狀原諒スヘキニ因リ酌量又ハ宥恕シテ本刑ヲ減輕スル場合之ヲ裁判上ノ減輕ト謂フ裁判上ノ減輕ヲ分チテ二ト爲ス(一)ハ酌量減輕(二)特別宥恕減輕即チ是ナリ

第一款 酌量減輕

酌量減輕ハ法律上ノ減輕ト異ナリ裁判官ノ特權ヲ以テ任意ニ行フ所ノモノナリ法律ハ豫メ減輕スヘキ場合ニ付テ之カ制限ヲ爲ササルヲ以テ裁判官ハ如何ナル犯罪ニ付テモ常ニ減輕ヲ爲スノ自由ヲ有ス換言スレハ酌量減輕ハ立法者ノ豫定シタル最短期ノ外向ホ一等等又ハ二等ヲ減輕スヘキモノト思量シタル場合即チ法律ニ定メタル刑期ノ最モ輕キモノヨリモ一層輕キ刑ヲ科スヘキモノト思量シタルトキニ於テ本刑ヨリ一等等又ハ二等ヲ減スルモノトス然ルニ實際上往往此解釋ヲ誤リ裁判官ハ刑ヲ減輕スル旨ノ判決ヲ宣告シテ而シテ法律上ノ短期ヨリモ却テ長期ノ刑罰ニ處スルコトアリ例ハ竊盜罪ノ刑期ハ二月以上四年以下ナリ今本罪ノ場合ニ於テ情狀酌量スヘキモノアリテ本刑ニ二等ヲ減

ストセム二月ノ四分ノ二即チ一月ノ刑期ヲ宣告セザルヘカラズ然ルニ裁判所ハ減輕スト謂ヒテ而シテ其實重禁錮五月ニ處スルコトナリ果シテ然ラバ二月以上四年以下ノ範圍内ニ在ルヲ以テ特ニ酌量減輕ノ必要ヲ認メサルガリ抑モ刑法ハ法律上ノ減輕ノ外ニ於テ何故ニ裁判上ノ減輕ヲ規定シタルヤ刑法既ニ各本條ニ於テ刑ノ範圍ヲ定メタルヲ以テ裁判官ハ各犯罪ノ情狀ニ應シテ其刑ノ範圍ヲ上下シテ相當ノ刑罰ヲ科スルコトヲ得而シテ其範圍以外ニ於テ尙ホ減輕ヲ要スヘキ場合ハ法律上明カニ之ヲ規定スルヲ以テ別ニ裁判官ノ自由ニ放任スル減輕ヲ設クルノ必要ナキニ似タリ然レトモ是レ決シテ不必要ノ規定ナリト謂フヘカラズ元來刑法ニ於テ刑罰ヲ定ムルニ犯罪ノ輕重即チ國家ノ被ルヘキ危害ノ程度ニ從ヒテ刑ノ輕重ヲ定ム然ルニ犯罪ノ事實ハ千變萬化ニシテ同一犯罪ト雖モ大ニ惡ムヘキモノアリ又大ニ恕スヘキモノアリ犯罪ノ危害未ダ必スシモ同一ニ出テタルガリ故ニ刑法同ニ犯罪ニ對スル刑罰ニ付テモ豫メ其輕重ノ範圍ヲ設ケ裁判官ヲシテ危害ノ程度犯人ノ性質ニ應シテ適當ノ刑ヲ適用スルコトヲ得ホシヒタリ然ルニ犯罪情狀ノ變化ハ屢法律ノ豫想外

ニ出ツルアリテ豫定ノ範圍ヲ以テ之ヲ待ツハ其テアルノ場合甚々多シ試ニ同
 一犯罪ニシテ最下級ノ刑ヲ以テ罰スヘシトモ其犯罪ニ付テモ亦必スシモ
 情狀ノ變化ナシト謂フヘカラス若シ最下級ノ範圍ヲ脱スルコト能ハザルトキハ
 最下級ノ刑ヲ以テ最下級以下ノ刑ニ相當スル者ヲ罰セザルヘカラスナルニ至ル
 刑法既ニ刑ノ範圍ヲ設ケ犯罪ノ情狀ヲ酌量スヘキノ原則ヲ設ケタル以上ハ獨
 リ最下級以下ノ刑ニ相當スル犯罪ニ付テ之カ情狀ヲ酌量スルコトヲ許サザル
 ノ理ナシ何トオレハ法律ハ重ク罰スヘキ犯罪ニ付テ之カ酌量ノ利益ヲ與ヘ輕ク
 罰スヘキ犯罪ニ付テハ其利益ヲ與ヘスト謂フニ至ルヲ以テ之カ是ニ於テカ刑
 法ハ酌量減輕ノ規則ヲ設ケ犯罪ノ情狀大ニ恕スヘキモノアリニ當リテハ尙ホ
 豫定ノ範圍ヲ出テ最下級ノ刑以下ノ刑ヲ以テ之ヲ罰スルノ規定ヲ設ケタルナ
 リ酌量減輕ハ即チ各本條ニ規定スル最下級ノ刑罰ノ範圍ヲシテ尙ホ一層之ヲ
 廣カラシメタル規則ニ外ナラス夫レ酌量減輕ハ實ニ刑ノ最下級ノ範圍ヲ廣ク
 シタルモノニ外ナラストスルハ法律尙ホ酌量減輕ノ場合ヲ制限スルノ理
 由ナキヤ多辯ヲ待テテ後ニ知ラザルナリ是レ即チ酌量減輕ノ規則ヲ適用スル

ニ付テハ「ニ之ヲ裁判官ノ自由ニ放任シ何等ノ條件又何等ノ制限ヲモ設ケザ
 リシ所以ナリ」ト云フハ其事實ニ依リテ自由ニ罰スルノ範圍ヲ廣クシテ之ヲ
 注意ノ一 酌量減輕ヲ行フニ付テハ裁判所ノ下ニ判決上別ニ之カ理由ヲ附ス
 ルノ必要ナシ唯裁判官ノ威觸ヲ以テ之ヲ適用スルコトヲ得ヘシ夫レ裁判官
 ハ刑ノ範圍ヲ上下スルニ付テ其理由ヲ附スルノ義務ナシ故ニ酌量減輕ヲ適
 用スルニ當リ其理由ヲ附スルヲ要セザルコト尙ヨリ論ヲ缺タス又酌量減輕
 ハ犯罪ノ事實ニ對シテ之ヲ行フモノニ非スシテ犯人ノ情狀即チ犯意ノ程度
 ニ應ジテ之ヲ行フモノナレハ其適用ハ必ス可分ナラザルヘカラス即チ同一
 犯罪ノ共犯數人アル場合ニ於テ其一人ニ對シテハ酌量減輕ヲ與ヘ他ノ一人
 ニ對シテハ之ヲ與ヘザルコトヲ得ルナリ若シ夫レ酌量減輕ハ犯罪ノ事實ニ
 對シテ行フモノトスレハ其犯罪ニ牽連スル所ノ總テノ共犯人ハ皆此利益ヲ
 受ケサルヘカラス刑法第八十九條ニ重罪輕罪違警罪ヲ分タス所犯情狀原諒
 ス可キ者ト云トアリ故ニ論者屢所犯ノ文字ヲ誤解シテ犯罪ノ情狀ナリト
 爲シ酌量減輕ハ之ヲ犯罪ニ適用スヘキモノナリト信スル者ナキニ非ス酌量

減輕ノ本義ヲ誤ルコト甚シト謂フヘシ

注意ノ二 酌量減輕ハ刑ノ宣告ヲ爲スノ職權ヲ有スル判事ニ非サレハ之ヲ行

フコトヲ得ス故ニ豫審判事ハ如何ナル場合ニ於テモ酌量減輕ヲ爲スノ權利

ヲ有セス元來豫審判事ノ職掌ハ檢事ノ提起シタル公訴ノ當否ヲ審按スルニ

在リ刑ノ適用ヲ裁スルニ在ラサルナリ

注意ノ三 酌量減輕ハ素ト是レ刑ノ範圍ヲ廣クスルノ方法ニ過キサレハ如何

ナル場合ニ於テモ決シテ犯罪ノ性質ヲ變更スルノ效力ヲ有スルモノニ非ス

故ニ重罪ノ刑ヲ酌量減輕シテ輕罪ノ刑ヲ科スルニ至ルモ之ヲ以テ輕罪ナリ

ト謂フコトヲ得ス輕罪ノ刑ヲ酌量減輕シテ違警罪ノ刑ヲ科スルモ其犯罪ヲ

以テ違警罪ナリト謂フコトヲ得サルナリ

注意ノ四 刑法ハ刑罰ノ最下級ニ付テハ酌量減輕ノ規定ニ依リテ以テ裁判官

ヲシテ自由ニ豫定ノ範圍外ニ於テ減輕ノ權ヲ行フコトヲ得セシム然レドモ

刑罰ノ上級ニ付テハ裁判官ヲシテ自由ニ豫定ノ範圍ヲ超テ重ク之ヲ罰スル

ノ權ヲ行フコトヲ得セシメヌ夫レ犯罪ノ情狀重キ場合ニ於テ刑ノ範圍ヲ廣

クスルノ必要ヲ認メハ犯罪ノ情狀重キ場合ニ於テモ尙ホ刑ヲ重クスルノ必

要ヲ認メサルヘカラス然ルニ上級刑ニ付テハ酌量加重ヲ許サス獨リ下級刑

ニ付テ酌量減輕ヲ許スハ是レ果シテ如何ナル理由ニ基テヤ蓋シ法律刑ノ上

級ヲ定ムルニ當リテハ其上級ニ當ルヘキ犯罪ノ總テノ情狀ヲ豫想シテ如何

ナル場合ト雖モ其上級刑ヨリ重キ刑ヲ以テ之ヲ罰スルノ必要ナシト認メタ

ルナリ即チ上級刑ハ犯罪ノ最重ノモノヲ豫想シテ之ヲ規定シタルモノナレ

ハ此以上ニ加フヘキ刑罰アラザルナリ

注意ノ五 酌量減輕ハ總テノ犯罪ニ付テ之ヲ適用スル故ニ特別ノ宥恕減輕ヲ許

ササル場合ニ於テモ亦尙ホ之ヲ適用スルコトヲ得例ヘキ祖父父母ニ對ス

ル罪ニ付テハ特別ノ宥恕減輕ヲ與ヘスト雖モ酌量減輕ハ之ヲ禁セス

今酌量減輕ノ規定ヲ輕タルノ必要如何ニ付キ一言セシ酌量減輕ノ規定ハ刑罰

ノ範圍愈々沈博ナルニ從ヒテ愈々之ヲ適用ヲ爲スノ必要アリ之ニ反シ刑罰ノ範圍

益々沈博ナルニ從ヒテ益々其適用ノ必要ヲ減ス蓋シ刑ノ範圍狹隘ナルトキハ最下

級ノ刑ニ係ル犯罪甚々増加シテ而シテ其情狀ノ變化亦隨テ多キヲ加フレハ

刑法總論 犯罪ノ責任 責任ノ減輕 裁判上ノ減輕

ナリ若シ夫レ刑ノ範圍汎博ナランカ最下級ノ刑殆ト無制限ニ至ル場合アルヲ以テ免ニ酌量減輕ノ必要ヲ見ルニトナシ近年ニ至リ歐洲各國ノ刑法ハ益刑ノ範圍ヲ汎博ニシ或ハ刑ノ最下級ヲ一日トシ和蘭刑法獨逸刑法ニ於テハ有期刑ノ最下級ヲ設ケタル場合甚タ稀ナリ我刑法改正草案ニ於テハ有期懲役ハ一日以上十五年以下トメリ(刑法改正草案第一三條)是レ亦歐洲近世ノ主義ニ倣ヒタルモノナリ夫レ此ノ如ク刑ノ範圍ヲ汎博ニスルトキハ則チ酌量減輕ノ規則ハ殆ト之ヲ設ケタルノ必要ナキカ如シ酌量減輕ハ果シテ廢スヘカラサルカ曰ク假令刑ノ範圍如何ニ廣シト雖モ尚ホ酌量減輕ノ規定ヲ全廢スヘカラサルモノアリ例ヘハ有期刑五年以上十五年以下ニ處スル規定スル場合ノ如キ或種類ノ犯罪ニ付キ最下級ノ刑ヲ制限シタルトキハ酌量減輕ハ最下級ノ刑ノ範圍ヲ廣クスルノ利益アリ加之或場合ニ於テハ酌量減輕ニ因リ刑ノ最上級ヲ減等スルコトアリ例ヘハ死刑ヲ減輕シテ無期刑ト爲シ無期刑ヲ減輕シテ有期刑ト爲スカ如シ是レ利法改正草案ニ於テモ第七十八條第七十九條ノ規定ヲ存スル所以ナリ

第二款 特別宥減輕

特別宥減輕中ニハ法定上ノ減輕ト裁判上ノ減輕トノ別アリ今茲ニ論ゼント欲スル所ノモノハ即チ裁判上ノ減輕ニ屬スル特別宥恕ノ場合ナリ此場合ヲ分チテ二トス曰ク(一)互傷(二)防衛過度是ナリ許多ノ學者ハ特別宥減輕ヲ以テ悉ク法律上ノ減輕ト爲シ裁判官モ亦此二者ヲ以テ共ニ法律上ノ減輕ナリト解釋スル者ナキニ非ス然レトモ是レ大ナル誤ナリ何トナレハ第三百十條第三百十六條ニ於テハ……其罪ヲ宥スルコトヲ得トアリテ裁判官ハ犯罪ノ情狀ニ因リ必要ニ應シテ宥減輕ヲ爲スノ自由アルコトヲ規定スルカ故ニ此二條ノ宥減輕ハ共ニ裁判上ノ減輕ナリト解スルヲ以テ正論ヲ得タリトス

第一 互傷 第三百十條ニ曰ク毆打シテ互ニ創傷シ其手ヲ下スノ先後ヲ知ルコト能ハサル者ハ各其罪ヲ宥スルコトヲ得ト本條ニ規定スル宥恕ハ如何ナル理由ニ基クモノナルヤ子ハ實ニ本條ノ精神ヲ知ルニ苦ムナリ凡ソ宥恕ノ原因ハ犯人ノ自由意思ニ於テ多少強制セラレル所アリテ其本意ニ出ツルノ場

合多キヲ以テ刑法探ク之ヲ答ユルコトヲ好マサルニ因ルナリ然ルニ本條ノ場
 合ニ於テハ犯人ハ雙方共ニ自由意思ノ強制ニ因テ罪ヲ犯シタリトスルノ原
 因アルヲ知ラズ唯手ヲ下スル先後ヲ知ラザルノ故ヲ以テ特ニ減輕ヲ爲スニ似
 タリ夫レ人互ニ爭鬪スル場合ニ於テハ互ニ敵手ヲ斃シテ以テ勝ヲ制セント欲
 スル者ナリ即チ爭鬪ノ初メ雙方ニ於テ各敵人ヲ創傷スルノ意思ヲ有スルモノ
 ナレバ一方ハ則チ他方ニ對シテ創傷ノ意思ヲ有シテ創傷ノ實行行ヒ他方ハ又
 一方ニ對シテ創傷ノ意思ヲ以テ創傷ノ實行行ヒタル者ニ過キズ若シ創傷ハ唯
 一方ノミニ上マルトキハ則チ是レ普通ノ毆打創傷ナルヲ以テ減輕ヲ與フルノ
 理由ナレ若シ我ニ於テ同一ノ創傷ヲ受ケタルカ爲メニ宥恕ノ原因アリト謂ハ
 ハ則チ別ニ手ヲ下スル先後ヲ知ルコト能ハサルノ條件ナシト雖モ尙ホ宥恕ノ
 原因アリト謂ハサルヘカラス然ルニ刑法ノ規定茲ニ出テ唯手ヲ下スル先後
 ラ知ラサル場合ニ限り宥恕ノ原因アリト爲ス是レ刑法ハ先後ヲ知ルコト能ハ
 サルノ事實ヲ以テ宥恕ノ原因ト爲シタルナリ若シ夫レ手ヲ下スル先後ヲ知ラ
 サルヲ以テ宥恕ノ原因ト爲スコトヲ得ハ人互ニ竊盜ヲ爲シ被害ノ先後ヲ知ル

雜 報

○保證契約ノ成立 主タル債務カ將來ニ生スヘキコトヲ豫期シテ其債務ヲ
 保證スルノ契約ハ有效ナリヤ大審院ハ說明シテ曰ク「保證債務ハ主タル債務存
 在スルニ非サレハ發生セサルコト勿論ナレトモ主タル債務將來ニ發生スヘキ
 コトヲ豫期シ其未來ノ債權者ニ對シテ第三者カ保證ヲ爲シタル場合ニ於テ保
 證契約ノ成立スヘキヤ疑ナシ何トナレハ此ノ如キ契約ハ公ノ秩序若クハ善良
 ノ風俗ニ反セサルノミナラス契約ノ無効タルヘキ他ノ原因モ亦存セザルヲ以
 テ縱令契約ノ成立ト同時ニ保證債務發生セサルモ契約ノ效力生セザル理アル
 ヘカラサレハナリト」(大審院明治三十五年十二月二十三日第一民事部判決)

○後見人ノ辭任ト就任 禁治産者及ヒ未成年者(親權者ナキカ又ハ親權者カ管
 理權ヲ有セサル場合)ニハ其法定代理人タル後見人アルヲ常トス蓋シ此等ノ無
 能力者ハ私權ノ享有アルモ而モ行使能力ヲ有セザルヲ原則トスルカ故ニ法定
 代理人ヲ附シテ其利益ヲ全ウスルコトヲ得セシムルモノナリ然レトモ人事ノ

復讐ナル終始間斷ナク此法定代理人ヲシテ其利益ヲ管理セシムルコトハ事實
上到底能ハサル所ナリ例ヘハ法定代理人ノ死亡ノ場合ノ如シ然ラハ後見人ノ
辭任ノ場合ハ如何此點ニ關シ大審院ハ東京控訴院カ一通ノ書面ヲ以テ交迭届
ヲ提出シタル場合ニ於テ辭任者ノ就任アルニ非サレハ前任者ハ辭任スルコト
ヲ得サルモノト認メタル判決ヲ破毀シテ曰ク民法第九百五條ハ同條ニ列舉シ
タル事實ニ因リ欠缺シタル場合ニ於テ更ニ後見人ヲ選任スル手續ヲ規定シタ
ルモノニシテ後任ノ後見人ヲ選任シタル上ニアラサレハ前任ノ後見人其任務
ヲ辭スルヲ得サルノ法意ニアラサルコトハ同條ノ末條ニ遲滯ヲク親族會ヲ招
集シ云トアルヲ以テ明瞭ナリ即同法條ハ後見人交迭ノ手續ヲ規定シタルニ
ノト解釋スルヲ得ヌ第九百四條モ亦然リ後見人ハ正當ノ事由アルトキハ民法
第九百七條第五號ノ規定ニ依リ第九百五條ノ手續ヲ爲ササル以前ト雖モ其任
務ヲ辭スルコトヲ得ルモノナレハ後見人カ其任務ヲ辭シタルヤ否ヤノ爭點ヲ
判斷スルニ當テハ固ヨリ第九百五條第九百四條ノ手續ヲ爲シタルヤ否ヤニ依
テ之ヲ斷定スルヲ得ヌ必ス他ニ其辭任ノ有效ナルヤ否ヤヲ決スヘキ相當ノ理

由ナカルヘカラスト(大審院明治三十五年三月九十一號地所所有權登記法)
本件ハ前審判決後見人交迭届ヲ一通ノ書面ニ認メテ提出シタルニ其後任者ノ
就任ノ無効ナル事實ニ據リ前任者ノ辭任モ亦效力ヲ生セスト爲シタルモノニ
シテ一見當レルカ如シト雖モ後見人交迭ノ場合ニ於テ斯ル形式ヲ要スルノ規
定ナキ以上ハ辭任ト就任ハ別箇ニ觀察スルヲ至當トスヘキ九百五條ニ依リ
○請負ノ目的物ノ滅失ニ因ル危險負擔ハ請負ハ民法第六百三十二條ニ規定
セル如ク仕事ノ結果ニ對シテ報酬ヲ與フモノ契約ニシテ且其報酬ハ仕事ノ目
的物ノ引渡引渡ヲ要スル場合ト同時ニ之ヲ與フヘキモノナルコトハ第六百三
十三條ニ規定セル所ナリ故ニ注文者ハ其目的物ノ引渡ヲ受ケケル間ハ固ヨリ
報酬ヲ與フルコトヲ要セス隨テ其間ニ仕事ノ目的物カ不可抗力ニ因リ滅失シ
タル場合ニ於テハ其損失ハ請負人之ヲ負擔セサルヘカラスト民法第五三四條第
四〇一條第二項第五三六條參照是レ大審院ノ判例ニ於テ認ムル所ナリ其人ノ
判決理由ニ曰ク被告上告人カ上告人ノ爲メ請負ヒタル建築物ハ竣工前即チ上告
所有ト爲ラサル前ニ於テ天災ニ罹リ破壊シタル事實ハ原審ニ於テ確定シタル

如クナルヲ以テ之ニ因リ右建築物ニ付キ生シタル損害ニ當時ノ所有者タル被
 上告人ノ負擔ニ歸スヘキコトハ危險ノ負擔ニ關スル法則上誠ニ明白ナリト云
 フヘシト(大審院明治三十五年(子)第四百八十八日第一民事部判決) (一)

○一定ノ申立 訴ノ提起ニハ訴狀ヲ要シ訴狀ニハ一定ノ申立ノ記載アルコ
 トヲ要スルコトハ民事訴訟法第九十條ニ據リテ明カナリ所謂一定ノ申立ニ
 付キ世人或ハ嚴格ナル方式若クハ用語ヲ以テ記載セザルヘカラナルモノノ如
 ク思惟スル者アリト雖モ法律上別ニ記載ノ箇所方式ノ存スルコトナシ故ニ起
 訴者カ如何ナル判決ヲ求ムルカカ書面上明確ナレハ以テ足レリトセザルヘカ
 ラス今大審院ノ與ヘタル説明ヲ見ルニ曰ク一定ノ申立ハ請求事項ヲ書面ニ基
 キ明確ニ申立ルヲ以テ足レリトスルモノニシテ其表示ニ要式アルニアラス而
 シテ訴狀ニハ民事訴訟法第九十條第二項ノ規定ニ依リ請求ノ一定ノ目的物
 ヲ詳細表示シアルヲ以テ訴狀目的ノ部ニ記載シアル初筆以下九筆ノ山林ニ對
 シ入會權ノ確認ヲ求ムル旨ノ本件一定ノ申立ハ洵ニ明確ナレハ云云(大審院
 十五年(子)第八十六號山林原野入會權確認請求ノ二項十五日後二項(明治三
 十五年)事件明治三十五年十二月八日第二民事部判決) (二)

○高等科校外生募集廣告

高等科講義錄第三號目次 (二月十二日發行)

- 天良ニ付テノ推問其他憲法法典ニ就テノ質疑應答……………法學士 副島義一
- 隔地者間ニ於ケル意思表示ニ關スル推問……………法學博士 梅 謙次郎
- 私法ニ關スル學說ノ評論、我民法ト獨逸民法トノ編纂上ノ差異……………法學士 鈴木英太郎
- 民法ト民事訴訟法トノ關係ニ付テノ講演……………法學士 鈴木英太郎
- 商業登記及ヒ商號ニ付テノ講演並ニ推問……………法學士 松本丞治
- 營業ノ讓渡及ヒ商業帳簿ニ付テノ推問……………法學士 松本丞治
- 謀殺殺罪ニ付テノ講演……………法學博士 岡田朝太郎
- 脅迫罪及ヒ其他ニ付テノ推問……………法學博士 岡田朝太郎
- 法治國ニ付テノ講演……………法學士 副島義一
- 證據ニ關スル質疑應答並ニ推問及ヒ豫審ニ關スル講演……………法學士 豊島直通
- 俘虜ノ資格ニ關スル講演……………法學士 秋山雅之介
- 羅馬法(自二頁至二八頁)……………法學士 田 中 遜

雜 報 ○最近判例要旨彙編

◎高等科講義錄 每月二回發行月謝金四十錢
 (入學志望者ハ此際至急申込マルルヲ可トス)

和佛法律學校

三十六年二月

法學志林

每月一圓十五日發行
 校友、生徒、校外生二限
 一冊特價郵稅共金九錢
 十冊前金郵稅共金八十錢

第四十號

(二月十五日發行)

志林

○最近判例批評其六 法律博士 梅 謙次郎
 ○法律行為ノ原因(續) 法學博士 岡松參太郎

纂論

○時勢ト經濟學 法學博士 金井 延
 ○取引所(續) 海山 獵夫

寄書

○清國司法制度改革私議 友 小林里平

批評

○疑義一束 校 友 柳 真吉

解疑

○社員以外ノ合名會社業務執行ト會社債ノ規定 法學博士 岡野敬次郎
 ○買物並價權ノ保護附債權ノ擔保力ト交互計算ノ關係 法學士 志田友吉
 ○妻方夫ノ許可ヲ得スシテ爲シタル行為ノ民法第百二十二條ノ解釋ノ行政法上ノ性質 法學士 塚田達二郎
 ○時日ヲ異ニシテ宣戰ヲ爲シタル場合ニ於ケル暇ノ權利ノ時期 法學士 秋山雅之介
 ○一般債權料ノ購買力地上權者ノ地位ニ及ボス影響 法學士 中山成太郎

其他

判例、雜報、記事 數十件

發行所 和佛法律學校

(明治二十二年十二月九日內務省許可)
 (明治三十五年十一月四日第三種郵便物認可) 每月二十四日五日六日八日十日十一日十二日
 十三日十五日十六日十八日二十日廿一日廿三日廿五日廿六日廿七日廿八日廿九日三十日發行

明治三十六年二月廿三日印刷
 明治三十六年二月廿四日發行
 (定價金貳拾五錢)

編輯者 萩原 敬之
 發行所 東京市牛込區牛込北町十番地

印刷者 小宮山 信好
 東京市牛込區矢來町三番地

印刷所 金子 活版所
 東京市芝區西ノ久保明善町十一番地

發行所 司法省 和佛法律學校
 指定 東京市總町區富士見町六丁目十六番地
 (電話番町百七十四番)

