22-50□
1200701632848
22
50□

始

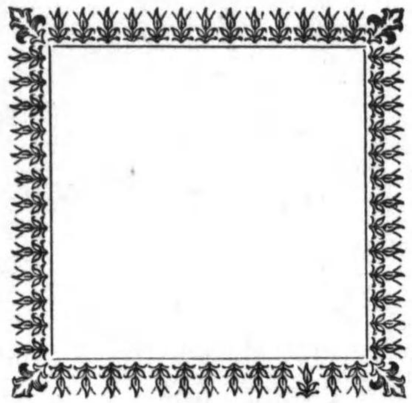
22-502
d.981

法學博士
佛國法律博士 井上正一著

再版

訂正 日本刑法講義

東京 書肆 明法堂



日本刑法講義目次

第一編　刑法總論目次

第一章　緒言　一丁
第二章　社會刑罰權ヲ論ス　五丁
第三章　刑法ノ性質及効力ヲ論ス　三十丁
第一款　刑法ノ性質ヲ論ス　仝丁
第二款　刑法ノ及フヘキ所爲ヲ論ス　三十七丁
第三款　刑法ノ及フヘキ時ヲ論ス　五十一丁
第四款　刑法ノ及フヘキ地及人ヲ論ス　八十二丁

第二編　犯罪論

第一章　犯罪ノ順序特ニ未遂犯ヲ論ス　百一丁
第二章　犯罪構成ノ原素ヲ論ス　百三十一丁
第三章　犯人ノ責任ヲ論ス　百五十一丁

第一款　辨知力ヲ論ス　百五十四丁
第一節　精神錯亂　仝　丁
第二節　年齢　百六十丁
第三節　瘖啞者　百六十五丁
第二款　自由力ヲ論ス　百六十七丁
第一節　强制　仝　丁
第一項　有形上ノ强制　百六十八丁
第二項　無形上ノ强制　百七十丁
第二節　正當防衛　百八十八丁
第一項　身體ニ關スル正當防衛　仝　丁
第二項　財産ニ關スル正當防衛　百九十七丁
第三節　正當官憲ノ命令　二百二十四丁
第四章　犯罪ノ區別ヲ論ス　二百三十九丁

第一　重罪輕罪及ヒ違警罪　同　丁
第二　有意犯及ヒ無意犯　二百四十五丁
第三　即時犯及ヒ繼續犯　二百四十六丁
第四　單行犯及ヒ慣行犯　二百五十四丁
第五　爲犯及ヒ不爲犯　二百五十六丁
第六　現行犯及ヒ非現行犯　仝　丁
第七　國事犯及ヒ常事犯　二百五十九丁
第八　附帶犯及ヒ非附帶犯　二百六十三丁
第九　普通犯及ヒ特別犯　二百六十七丁
第三編　刑罰論　二百七十三丁
第一章　刑罰ニ希望ス可キ性質ヲ論ス
第二章　刑罰及ヒ其處分ヲ論ス
第一款　主刑ヲ論ス

目次

第一節　重罪ノ主刑　二百八十丁
第一項　死刑　仝　丁
第二項　無期刑　二百九十五丁
第三項　有期刑　三百十三丁
第二節　輕罪ノ主刑　三百十四丁
第一項　禁錮　三百四十六丁
第二項　罰金　三百四十七丁
第三節　違警罪ノ刑　三百六十八丁
第二款　附加刑ヲ論ス　三百六十九丁
第一節　重罪ノ附加刑　三百七十丁
第一項　剝奪公權　仝　丁
第二項　禁治產　三百九十二丁
第二節　輕罪ノ附加刑　三百九十六丁

日本刑法講義

法學博士　井上正一　講義
川淵龍起
山田豐策　執筆

第一編　第一章　緒言

今也予ハ茲ニ諸君ト共ニ法律ヲ講究スルノ好機ニ際會シタリ是レ予ノ深ク喜ブ所ナル所ナルニ拘ラス唯ダ竊ニ自カラ恐ル識見淺陋ニシテ講說完全ナラス言語拙劣ニシテ意思ヲ罄スニ充分ナラサルヲ然リト雖モ只一意講說ニ從事シテ敢テ日子ト勤勞トヲ吝マサルハ則チ予カ諸君ト對シテ茲ニ豫メ明言シ得ヘシト信スル所ナリ蓋シ法律ノ者タル微旨深淵ナリ固ヨリ輒ク造詣シ得ヘシト速了スヘカラス視ヨ彼ノ哲學者法學者ノ論說各其揆ヲ一ニセサルヲ、又視ヨ昨夕認

テ以テ眞理ナリトシタルモノ今朝之カ誤謬ヲ發見スルモノアルヲ、是レ豈ニ法律ノ輒ク造詣シ得ヘカラサルノ的證ニアラスヤ此ニ依テ之ヲ觀レハ今日ノ眞理タルモノ焉ゾ他日ノ非理タルヲ知ランヤ然リト雖モ予ノ見ヲシテ幸ニ大過ナカラシメン乎法學ノ目的ハ究竟左ノ二語ニ過キサル可シ曰ク自己ノ權内ニ在テ運動ス可シ、他人ノ權利ヲ侵蝕スヘカラス、ト是也

斯ク汎言シ去レハ事甚タ簡單ナルカ如シト雖モ深ク法理ノ在ル所ヲ逐ヒ、遠ク理由ノ基ク所ヲ討ヲンストスルニ於テハ古來學者ノ難ンスル所、諸君須ク黽勉ス可シ庶幾クハ大成ヲ他日ニ期スルヿヲ得ン

學生ノ注意スヘキ事項

但シ予ハ茲ニ諸君ノ爲メニ法學黽勉ノ方法ヲ告ケント欲ス蓋シ彼ノ讀書ニ眠リテ讀書ニ起キ通宵殆ント咿唔ノ聲ヲ絶タサルモ徒ラニ稗史ヲ讀過スルト一般ナルカ如キハ法學研究上寧ロ其稗益鮮キカ如シ去レハ予ハ之ヲ以テ法學黽勉ノ方法ヲ得タルモノト信セス何トナレハ則チ諺ニ所謂上ハ走リニシテ果ノ其法理ヲ解得シ之ヲ腦漿ニ記臆シタリトスルニ於テ未タ遽カニ首肯スルヲ得サレハナリ蓋法學者ノ誠意正ニ勉ムヘキモノハ則チ其識別力ヲ伸暢スルト同時ニ記臆力ヲ養成スルニ在リ彼此決メ偏重偏輕アル可ラスト云フヿ是也

何ヲカ識別力ヲ伸暢スルト云フ乎他ナシ其見聞シタル事項ニ付キ未タ其理由ヲ解得セサルモノアレハ深思熟考必ス其之ヲ得ルヲ期シ苟モ之ヲ忽諸ニ付セス或ハ書ニ就キ或ハ人ニ依テ之ヲ研究スル是ナリ夫レ如此シテ己マスンハ乃チ其得ル所夐カニ意想ノ外ニ出ルモノアラン歟

何ヲカ記臆力ヲ養成スルト云フ乎他ナシ其見聞シタルモノヲ温習シ勉テ之ヲ遺忘セサルニ注意スル是ナリ夫レ人其見聞シタルモノヲ再三思シ深ク之ヲ記臆ニ留ムルヲ勉ムレハ則チ其始メ甚タ難事ナルヲ感シタルニ關ラス遂ニ慣習殆ント性トナリ一ヨリ十ニ十ヨリ百ニ記

臆ノ甚タ容易ナルヲ知リテ其難事ナラサルヲ見ルノ期アルベシ

然リ而之ヲ爲サンニハ注意ヲ以テ最モ必要トス注意ハ畢竟嗜好ヨリ生ス苟モ好マザレハ注意セス注意セサレハ則チ識別力伸暢セス記臆力衰耗ス夫レ諸君ハ法學生タリ法學ヲ以テ社會ニ見ヘンヿヲ熱望スル者ナリ豈ニ法學ヲ好マサラン果メ之ヲ好ムカ焉ソ其注意ヲ欠クヿアラン是レ予カ諸君ノ前途ニ望ム甚タ大ナル所以ナリ

而メ予ハ尙ホ一言以テ諸君ノ注意ヲ惹カント欲スルモノアリ他ナシ凡ソ始メテ法學ニ從事スル者ハ專心一意敢テ他ノ學科ヲ顧ミサルヲ以テ必要トス(稍ヤ成達スル所アレハ宜ク他ノ學理ヲ講究スヘキヿ勿論ナリ)加之ナラス法學研究上ニ於テモ此能力ヲ用フルヿ彼ノ能力ヲ用フルヨリ強ク即チ一部ノ能力他部ノ能力ヲ壓却スル等ノヿナキヲ肝要トス例ヘハ識別力ノ伸暢ヲ專ラニシテ記臆力ノ養成ヲ忽セニスルカ如キヿナキヲ要ス

以上說示シタル所ハ予カ法律講義ヲナスニ方リ豫メ諸君ノ注意ヲ喚起シタルニ過キスコレ或ハ無用ノ辯ニ似タリト雖モ予豈ニ敢テ徒ニ辯ヲ好ム者ナランヤ曾テ聊カ感スル所アレハナリ

今此ノ緒言ヲ了ルニ方リ豫メ玆ニ予カ講義ノ方法ヲ告ケ置クベシ蓋シ世ノ法律ヲ說ク者多クハ逐條講義方ニ依レリ此講義法タルヤ亦便益ナキニアラス然リト雖モ凡ソ法律ハ一條一項ヲ以テ必スシモ一事項ヲ規定シ得ルモノニアラサレハ彼此相率キ甲條乙條ト相聯ルヿ比々皆ナ然ラサルハナシ而メ刑法ニ於テハ殊ニ甚シトスコレ予カ其方法ニ依ラサル所以ナリ

第二章　社會刑罰權論

社會刑罰權トハ何ソ

○抑々或ハ一己人ニ於テ法律規則ノ禁止シタル所爲ヲ行ヒ又ハ命令シタル所爲ヲ行ハサル場合ニ於テ社會ハ之ヲ犯罪者ナリトナシ或ハ其人ノ名譽ヲ汚損シ又ハ其財產ト自由ヲ剝奪シ若クハ其性命ヲ失ハ

シムル等ノ事ヲ爲シ得ルヤ否ヤ即チ刑罰ヲ其身躰又ハ財產ニ對シテ當行シ得ルノ權アリヤ果ノ之アリトスレハ則チ如何ナル理由ニ基ク乎又其刑罰權ハ認メテ正當ナリトナスヘキ乎此主論タル翅ニ單純ノ理論ノミニアラス其論決ハ即チ刑法ノ創定及ヒ成法解釋ノ上ニ於テ大ナル關係ヲ有スルモノタリ學者之ヲ稱シテ社會刑罰論又ハ社會用刑論ト云フ

○之ヲ事實ニ徵スルニ古來何レノ國ト雖ヒ此刑罰權ヲ實行セサルハナシ然レヒ事實ハ則チ法理ニアラス萬國擧ナ之ヲ實行セリト云フノミヲ以テ未タ此權ノ果ノ正當ナル所以ヲ證明スルニ足ラス故ニ其基礎ヲ探究セント欲セハ之ヲ法理ニ問フニ非レハ到底之ヲ知ルニ由ナシ世ノ哲學者法學者及著述家ニ於テ社會ニ此刑罰權アルノ自然ニシテ且正當ナル所以ヲ論シテ何レモ其論決ヲ同一ニスルニ拘ラス特リ其立論ノ主義ニ至テハ各々涇渭ノ別アリ乞フ之ヲ左ニ述ン

社會復讐ノ說

○第一、社會復讐ノ說　此說ヲ唱導スル者ノ言ニ曰ク凡ソ人睚眦ノ讐ト雖ヒ必ス之ヲ復スルヿヲ得ルハ蓋シ民人天賦ノ權利ナリ況ンヤ更ニ其重大ナルモノニ於テハ之カ復讐ヲ爲シ得ルヿ少モ疑ヲ容レス然レヒ之ヲ人民各個ノ自由ニ放任スルトキハ人々交モ相嫉視シ其極、遂ニ社會ヲ擧テ鬪爭ノ塲タラサルヲ得ス故ニ社會ハ其被害者ノ爲メニ代テ之カ復讐ヲ爲スモノトセリ是レ社會刑罰權ノ起ル所以ナリト然レヒ此說ハ畢竟憎惡ノ私心ニ胚胎シタルモノニシテ固ヨリ公平正直ノ法理ニ背戻スルモノナレハ今世法理的ノ進步ト共ニ此說ヲ唱フルモノ其趾ヲ絕ツニ至レリ

民約ノ說

○第二、民約ノ說　此說ヲ別テ二說トナス

第一說ニ曰ク昔時社會ノ未タ組成セラレサル以前ニ在テハ人民各自、他ノ加害ヲ防衞スルノ權ヲ有セシト雖ヒ其約シテ社會ヲ組成スルニ當テヤ人民各自ノ防衞權ヲ擧テ之ヲ社會ノ公權ニ委托シ苟モ

事機緊急ニシテ社會公權ノ干渉ヲ仰クノ暇ナキ時ニアラサレハ決シテ自カラ防衛權ヲ用フルヿナカルヘキ旨ヲ約シタリ是レ社會刑罰權ヲ生シタル由來ナリト

此說ノ非ナルヿハ敢テ喋々ノ論述ヲ要セサルヘシ抑々所謂民約ナルモノハ事實上未タ其徵證ヲ視サルノミナラス又理論ヲ以テスルモ實際此ノ如キヿアルヘキ理ナシ夫レ社會ハ決シテ人造ニアラス事ノ天然ニ出ルモノナリ何トナレハ相愛交際ハ素ト人類ノ天性ナレハナリ今試ニ數歩ヲ退テ事實民約アリト假定セン乎其約ニ與リシモノヽ當ニ其約ヲ履行スヘキハ勿論ナリトスルモ外國人ハ素ト其約ニ與カラサレハ之ヲ制裁スルニ其道ナケン夫レ法律ハ其國土ノ治道ニ欠クヘカラサルモノニアラスヤ否ナ法律特ニ刑法ノ如キハ內國人ト外國人トノ間ニ於テ固ヨリ涇渭ノ別ヲ置クヿナク均ク之ヲ適用スルヲ以テ其性質トナス然ラハ則チ民約ニ與カラストテ之ヲ度外ニ置クヿヲ得サルヘシ

防衛權ト刑罰權トノ差

彼ノ治外法權ハ外國人ヲ制裁スルノ罡礎ニシテ現ニ我東洋諸國ニ實行セラルヽ所ナリト雖モ其正理ニ反シ人情ニ戻ルモノナルヿハ夙ニ識者ノ論議スル所ナレハ早晩此カ廢滅ヲ見ルヘキヿハ予ノ確信スル所ナリ

又此說ハ防衛權ニ基因スト雖モ防衛權ト刑罰權トハ決メ之ヲ同視スルヿヲ得サル者タリ則チ左ノ如シ

第一　防衛權ハ危急ノ際ニ生シ其以後ニ存在セス例ヘハ人ノ予ヲ毆打シ又ハ殺害セントスルニ際シテハ自力ヲ用テ其防衛ヲ爲サヽルヲ得スト雖モ其危害已ニ去リタルトキハ最早防衛ノ必要ナキカ如シ是レ其以後ニ存在セサル所以ナリ刑罰權ハ則チ之ニ異ナリ特リ加害ノ時ニ生スルノミニアラス尙ホ後日ニ存在スルモノトス

第二　防衛權ハ縱令ヒ加害者ニ於テ精神完全ナラサル時又ハ全ク精

神ヲ具有セサル時更ニ一歩ヲ進テ其加害者ハ人類ニアラサル時ト雖モ毫モ區別スル所ナク齊ク之ヲ撞揮スルヿヲ得之ニ反シテ刑罰權ハ概シテ完全ノ精神ヲ具備シタル加害者ニ非サレハ之ヲ當行スルヿナシ況ンヤ人類ニアラサル者ニ對シテヲヤ

第三　防衛權ニ付テハ防衛者ノ智識必スシモ加害者ニ優ルニアラス又防衛權ハ畢竟反動力ヲ使用スルニ外ナラサレハ其度、加害ノ度ニ比シテ却テ過大ナルヿ實際之レナキヲ保セス之ニ反シテ刑罰權ハ裁判官ノ操縱適用スル所、而メ裁判官ハ其加害者即チ刑罰ヲ受クル者ニ比シテ其智識ト道理ニ富メルヤ更ニ論ヲ竢タス然レハ則其法律ヲ擬スルニ於テモ亦夫ノ防衛者ノ如ク過度ニ失スルノ憂ナキヤ晰ケシ之ヲ要スルニ以上論述シタルカ如ク甲説ハ決シテ正鵠ヲ得タルモノニアラサルナリ

第二説ニ曰ク人、社會ノ組合ニ入ルニ方リテ以後若シ社會ノ法律ヲ犯シタルトキハ社會ハ直ニ己レヲ罰スルノ權アルベシト豫メ契約シ即チ己レヲ罰スルノ權ヲ以テ社會ニ讓與シタルモノナリト是レルソー等ノ唱道スル所ナリ

此説モ亦甲説ト同ク歴史上及ヒ理論上ニ於テ曾テ民約ノ形跡アルヿナキノミナラス凡ソ人類ノ相寄リ相集テ部落ヲ成シ社會ヲ成ス所以ノモノハ素ト其自然ニ基クモノニシテ決メ人作ニアラスト云フヲ以テ其説ノ非タルヲ證明シ得ベシト思惟スルナリ

今假リニ民約ノ事實アリタリトスルモ外國人ハ其約ニ與カラサルヲ以テ之ヲ罰スルヿ克ハサルノ不都合アルヿ猶ホ甲説ニ異ナラサルナリ

論者復タ人民ハ自カラ刑罰權ヲ社會ニ讓與セリト云フト雖モ抑々人民ハ各自カラ刑罰ヲ受クルノ權即チ之ヲ小ニシテハ財産之ヲ大ニシテハ名譽自由生命ヲモ擧テ豫メ社會ニ放任スルヿヲ得ルノ權アリヤ

果シテ之レアリトスレハ其理由如何是レ社會刑罰權ノ原理ヲ明カニセント欲シテ又更ニ焉ヨリ甚シキ難問ヲ生セシムルニ過キス而メ予ノ見ヲ以テスレハ人民ハ己レノ名譽自由生命ニ關シ社會ニ對シテ豫メ之ヲ拋棄センヿヲ約スルヲ得サルモノト信スルナリ

社會防衛ノ說

○第三、社會防衛ノ說　此說ヲ唱フル者ハ曰ク社會ハ元ト人生自然ノ法ニ適スルモノニシテ又自カラ保存スルノ權アリ既ニ保存ノ權アリトスレハ復タ自カラ防衛スルノ權ナカル可ラス彼ノ犯罪者ヲ罰スルカ如キハ即チ其防衛權ヲ揮揮スルニ外ナラサルナリト

此社會防衛說ヲ以テ夫ノ民約防衛ノ說ト同視ス可ラス蓋シ民約防衛ノ說ハ既ニ說示シタルカ如ク人民各有スル所ノ權即チ身躰財產等ヲ保存スルノ權ヲ擧テ之ヲ社會ニ一任シ社會ハ乃チ各人民ニ代リテ其刑罰權ヲ實行スル者ナリト云フノ主義ニ外ナラス社會防衛ノ說ハ則チ之レニ異ナリ社會ハ各人民ノ爲メニ代理スルモノニアラス而メ社會躬カラ其保存權ヲ行ヒ以テ害物ヲ防衛シ及ヒ刑罰ヲ執行スルモノナリト云フニアレハナリ

或ハ此社會防衛權ヲ以テ之ヲ彼ノ通常防衛權ナルモノト分別センカ爲メニ名ケテ社會間接防衛權ト稱スル者アリ蓋シ通常ノ防衛權ハ現在ノ加害ヲ防衛スルカ爲メニ之ヲ使用スルト雖モ決シテ未來即チ以後ノ加害ヲ防衛スル者ニアラス之ニ反シテ社會防衛權ハ之ヲ以テ害惡ヲ未發ニ豫防スル者ニシテ則チ其既ニ害惡ヲ爲シ罪ヲ犯シタルモノヲ懲戒シテ未來ニ於テ將ニ此レニ傚ハントスル他ノ者ヲ鑑戒スルノ趣旨ニ出ルナリ

此社會防衛說ノ趣旨果ソ他人ノ鑑戒ニ在リトセン乎コレ必竟恐嚇手段ニ異ナラス已ニ恐嚇手段タリ其刑罰ノ嚴酷ニ流ルヽヤ固ヨリ論ヲ俟タス加之ナラス苟モ恐嚇ノ趣旨ニ因レハ其數々アルヘキ犯罪設ヘハ竊盜ノ如キハ夫ノ稀ニ見ル所ノ罪即チ尊屬親ヲ殺傷シタルノ罪ヨ

リ重キ刑罰ヲ用ヒサルヲ得サルニ至ラン天下豈ニ如此ノ法理アランヤ

無責任ノ說

○第四、無責任ノ說　此說ニ曰ク凡ソ罪ヲ犯ス者ハ則チ刑罰ヲ受クルノ責任ナキ者ナリ故ニ社會ハ之ヲ罰スルノ權ナシ其理由タル凡ソ犯罪人ハ固ヨリ完全ノ智能ヲ有セサル者ニシテ或ハ身躰不完全ナルヨリシテ罪ヲ犯ス者ナリ例ヘハ情慾ノ爲メニ支配セラレ斯々ノ所爲ヲ自禁スルノ自由ナキ者アリ或ハ無智蒙昧ニシテ道理ノ何者タルヲ辨セサル者アリ是レ曷ソ禽獸ト異ナラン社會豈ニ其禽獸ニ等シキ者ヲ罰スルノ理アランヤト此說ノ過激タル固ヨリ論ヲ俟タスト雖モ亦タ稍々事實ニ適スル所ナキニアラス

予ノ佛國ニ留學中千八百七十八年ノ巴黎萬國大博覽會ニ遊ヒ塲ニ謀殺犯人ノ腦蓋三十五個ヲ陳列セルヲ見タリ依テ仔細ニ之ヲ閲スルニ該腦蓋ハ何レモ通常人ヨリ大ナルニモ拘ハラス性理學者ノ所謂思考力ノ發生スル所即チ腦漿ハ極メテ狹小ニシテ働爲力ノ發動スル所ノ部分即チ腦蓋ノ兩側痛ク膨脹セリ是レ其思考力ノ乏シクシテ却テ働爲力ノ盛ナリシヿ恰モ往古蠻野ノ人種ニ髣髴タルノ徵證ナリト謂ヘリ然レハ則チ夫ノ犯罪人ハ智慮ナキモノナリ即チ禽獸ト同一ナリトノ說ハ固ヨリ其過激ニ失スルモノトスルモ犯罪人ハ則チ完全ノ智能ナキ者ナレハ刑罰ヲ受クルノ責任ナキ者ナリト云ヘル主說ハ强チ無稽ノ鑿說ナリト一抹スヘカラサルモノニ似タリ

然リト雖モ予ハ亦此說ヲ以テ其當ヲ得タルモノト信セス何トナレハ凡ソ其犯罪人ナルト否ヲ問ハス其無智無能力ナル者ハ畢竟例外ニシテ其智慮アリ能力アル者ハ即チ尋常一般タレハナリ焉ソ犯罪人ハ即チ無智無能力者ナリト汎言スルヲ得ン況ンヤ彼ノ貨幣僞造文書僞造若クハ詐欺取財犯ノ如キハ寧ロ常人ニ勝ルノ技倆ト能力ヲ要スルニアラサレハ之ヲ犯スヿ能ハサル者アルニ於テヲヤ

尙又一方ヨリ之ヲ考フルモ若シ果シテ惣テノ犯罪人ハ其身躰不完全ニシテ情慾ニ制セラレ又ハ能力不充分ニシテ是非ヲ辨別スルヿ能ハストスレハコレ畢竟一ノ病者タルニ外ナラス然レハ則社會ハ宜ク之ヲ醫治スルノ策ヲ講セサル可ラス而メ刑罰ハ即チ此醫治ノ方法ナリ然ルニ苟モ之ヲ罰スルヿヲ得ストセハ法律ヲ犯ス者ハ惣テ責任ナキ者ナリ何トナレハ法律ヲ犯ス者ハ皆ナ自己ノ情慾ノ爲メニ制セラレ又ハ能力不充分ニシテ是非ヲ辨別スルヿ能ハサル者ナルヘシレハナリ斯ノ如キ論決ヲ爲スヿハ法律ハ無用ニ屬スヘシ法律ノ無用ニ歸シ其効力ヲ施スヿ能ハサルニ至レハ社會ノ秩序ヲ保維セント欲スルモ又得ヘカラサルナリ而シテ予ト雖モ刑罰ハ懲戒ヲ主トシテ犯罪人ノ病根ヲ醫治スルヿハ素ヨリ其重要ナル希望スヘキノ性質トナリト信ス然リト雖モ藥石ノミニ因リ醫治スルヲ以テ良策ナリト思考セサルナリ

最大多數ノ利益說

○第五、最大多數ノ利益說　此レ社會最大多數ノ利益アレハ縱令ヒ少數人民ノ權利ヲ枉屈スルヿアルモ仍ホ刑罰ヲ執行スルノ權アリト云ヘル主說ナリ

想フニ此說ハ寧ロ少數人民ヲ害スルモ多數ノ人民ヲ利益セシムヘシト云フニ在リテ其多數人民ニ利益アルヿハ無罪ノ人ト雖モ之ヲ罰スルヿヲ得ヘシトスルモノナレハ其正理公道ニ適合セサルヤ多辯ヲ俟テ後知ラサルナリ

正義ノ說

○第六、正義ノ說　此レ純然タル道德ヲ以テ刑罰權ノ基礎ナリトスルニ在リ曰ク善ヲ賞シ惡ヲ懲ラスハ人類自然ノ情ナリ然レハ則惡事ヲ行ヒ道德ニ反スル者アレハ社會ハ人情ニ基テ之ヲ處罰シ得ルヿ固ヨリ其所ナリ故ニ今試ミニ社會ヲ解散シタリト假想スルモ斯道德ノ爲メニ仍ホ道德ノ犯人ヲ罰スルヿヲ得可シト然レモ道德ト法律トハ決メ之ヲ同視ス可ラス

道德ニハ自己ニ對スルノ義務アリ又他人ニ對スルノ義務アリト雖モ法律ハ唯タ他人ニ對スルノ義務アル而已

故ニ純然タル道德ヲ以テ刑罰ノ基礎トナスヒハ未タ行爲ニ現ハレサル事柄即チ惡意ヲモ亦タ之ヲ罰セサルヘカラサルニ至ラン然レ𪜈特リ人ノ意思ハ目得テ視ル可ラス耳得テ聞ク可ラサルヲ奈何セン

去レハ其惡意ノ既ニ行爲ニ形ハルヽアリテ爲メニ社會ノ損害ヲ來シタルニアラサルヨリハ法律ハ決メ之ヲ罰スルヿヲ得サルモノトセサル可ラス是レ予カ此ノ正義說亦採ルヘカラストスル所以ナリ

○第七、折衷說　此說ハ道德ト社會ノ利益トヲ中和シタルモノニシテ現今法學ノ領袖タル諸學者多ク之ヲ唱道セリ

此說ニ因レハ即チ左ノ結果ヲ生ス

曰ク道德ニ背戻セサレハ罰セス

曰ク道德ニ背戻スルモ必スシモ罰セス

曰ク道德ニ背戻シ社會ノ利益ヲ害シタル時ハ處罰ス

是也是ニ由テ之ヲ觀レハ所謂折衷說ハ道德ヲ以テ主タル基礎トナシ社會ノ利益ヲ以テ之ヲ制限シタル者ナリトス但シ社會ノ利益ハ其度ノ區域ヲ明認スルヿ酷タ難キニ非サルヘキモ道德ヲ以テ主タル基礎トスルヒハ必ス人ノ思想ヲ討索セサルヲ得サルニ至ラン今一例ヲ揭テ之ヲ說明セン

玆ニ一個ノ貧者アリ方ニ飢餓ニ迫レリ自カラ禁セス竊ニ隣人ノ食物ヲ盜ラ之ヲ食ヘリ既ニシテ自カラ其所爲ノ不正ナルヿヲ覺リ深ク改悛スル所アリトセン純然タル道德ヲ以テ論スレハ既ニ自カラ良心ノ刑罰ヲ受ケタルモノナレハ最早其罪タル消滅シタルモノト謂ハサル ヲ得ス然リ而メ理論上之ヲ不問ニ置ク可ラサルヿハ蓋シ學者ノ概ネ同意スル所ナルヘシ是ニ由テ之ヲ觀ルモ道德ヲ以テ刑罰ノ主タル基礎トナスヘカラサルヤ明ナリ且夫レ道德ヲ犯シタル者ハ良心自カラ

安ンセス則チ已ニ上帝ノ刑罰ヲ受ケタルモノモアルヘシ或ハ然ラサル者モ亦之レアルヘシ然ラハ則之ヲ斟酌シテ以テ人定法ノ寛嚴ヲ量定セサル可ラス然レトモ是決メ吾人ノ敢テ能スル所ニアラサレハ則此折衷ノ說モ亦予ノ同意ヲ表スル能ハサル說ナリ

命令ノ說

○第八、命令ノ說　此レ社會ノ構成ニ遡リテ立論シタルモノナリ蓋シ其說ニ曰ク凡ソ人ノ此社會ヲ成スヤ天然ニシテ人造ニアラス人ノ社會ニアルハ則チ其目的ヲ達センカ爲メナリ苟モ其目的ヲ達セントスルニハ必スヤ自由權利ヲ揮揮セサルヲ得ス然レトモ之ヲ各個人民ニ放任シ毫モ抑制スル所ナケレハ乃チ各個ノ自由權利ハ他ノ自由權利ト互ニ相牴觸シ牴觸ハ忽チ軋轢ト爲リ軋轢ノ生スル所即チ爭鬪ノ存スル所タリ夫レ如是ナレハ幾ハクカ相率テ强喰弱肉ノ禽獸世界トナラサラン故ニ社會ノ安寧ヲ維持シ秩序ヲ紛亂セサラシメントスレバ到底政府ナキ能ハス已ニ政府アレハ茲ニ命令權即チ法律制定ノ權アリ此命令權ノ制定スル所ハ即チ各人相互ノ自由權利ヲ安全ニ保護スル者ニシテ即チ法律是ナリ然レトモ制裁ナキ命令即チ法律ハ以テ自由權利ヲ保全スルニ足ラス否ナ無用ノ長物タルニ過キサルナリ於是乎刑罰ノ設アリ刑罰アリテ始メテ法律ニ實力アリ然レハ刑罰權ハ即チ社會ノ安寧ヲ維持シ吾人ノ自由權利ヲ保全スルヲ以テ目的トナシタル命令權ノ附屬權ニメ翼ニ社會構成上必需ノ者ナルノミラス亦タ道德ト公道ニ適合スルモノタリ是レ社會刑罰權ノ在ル所由ナリト

此命令說ハ現今歐洲諸大家ノ交々是非スル所ニシテ頗ル其論據アリ正ニ法理ニ適スルモノト信セラル去レハ余モ亦將ニ此說ヲ採用セントスルナリ

今茲ニ一言スヘキアリ他ナシ第六說即チ正義ノ說ニ從ヘハ凡ソ法律ニ違犯スル所爲ハ必ス又同時ニ道德ニ背反シタルモノナリト謂ハサルヘカラス其レ然リ然リト雖モ事實決メ其然ラサルモノアリ例ハ

我カ刑法第二編第三章第五節ニ記載シタル罪即チ私ニ軍用ノ銃礮彈藥ヲ製造シ及ヒ所有スル所爲ノ如キ又ハ同第五章第一節ニ記載シタル阿片烟ヲ輸入製造シ又ハ吸食シタル所爲ノ如キ又同章第三節傳染病豫防規則ニ關スル罪ノ如キ及ヒ第四編違警罪ノ各條ニ記載シタル犯罪中規則ヲ遵守セスシテ火藥其他破裂スヘキ物品ヲ市街ニ運搬シタル者又ハ是等ノ物品ヲ貯藏シタル者等ノ如　何レモ若干ノ刑罰ヲ科セラルヘシト雖ヒ今試ニ此法律ノ正條ナキモノト假定セヨ誰カ是等ノ所爲ヲ以テ道德ニ背戻スルモノトセン乎是レニ由テ之ヲ觀レハ法律ニ違犯スル所爲未タ必ススシモ道德ニ背戻セサルヤ晰ケシ故ニ唯法律ノ設アリテ然後之ニ違犯シタルヤ則亦同時ニ道德ニ背戻セリト云フハ其レ或ハ然ラン然レヒ純然タル道德ヲ以テ刑罰ノ基礎ヲ量定セントスルハ則チ未タ其可ヲ見サルナリ

又第七說即チ折衷ノ說ニ依テ之ヲ見ルニ凡ソ道德ナル者ハ一定ノ度ナカルヘカラサルモノナレハ苟モ折衷說ノ趣旨ニ基キ道德ヲ以テ先ツ之カ基礎トスルキハ各國皆其刑罰ノ定度ヲ同一ニセサルヘカラサル筈ナルニ實際決シ然ラス甲國ノ罰スル所乙國必スシモ之ヲ罰セス各國ノ法律皆ナ其揆ヲ同フセサルハ何ソヤ是レ豈ニ唯ニ道德ヲ以テ刑罰ノ基礎ト爲ス可ラサルノ徵證ニアラスヤ

今夫レ命令說ニ依テ法律ヲ制定センカ啻ニ事ノ大小ニ依リテ其命令ニ輕重ヲ置キ得ルノミナラス又其國土風俗人情慣習ノ如何ニ從テ適當ノ法律ヲ制定スルヿ固ヨリ立法者ノ將サニ務ムヘキ所タリ然レヒ此說ノ趣旨ニ基テ法律ヲ制定スルモ其道德ニ背反セサランヿニ注意スヘキハ勿論ナリトス

之ヲ要スルニ刑罰ハ命令ヨリ生シ命令ハ則チ政府ニ出ツ而シテ政府ハ社會團結ノ爲メニ成リ社會ノ團結ハ決シ人造ニアラスシテ自然ニ出ルモノナリ故ニ社會ニ於テ刑罰權ヲ執行スルハ素ト自然ノ理ニ基

クモノニシテ決ソ他ノ道理アルニアラス之ヲ複言スレハ社會ノ成立ハ適正ナリ社會ノ成立ニシテ既ニ適正ナリトセハ政府ノ命令權ハ適正ナリ政府ノ命令權ニシテ既ニ適正ナリトセハ刑罰權ノ適正ナルヿハ自然ノ結果ナリトス

予ハ左ニ以上ノ各説ヨリ生スル刑罰上ノ定度ヲ比較セン

各説ニ從ヒ刑罰ノ程度ヲ異ニスルナキヤ

○第一　復讐説ニ從ヘハ刑罰ニ定度アルヿナシ奈何トナレハ是レ畢竟私心即チ人ノ憎惡ニ出ルモノナレハナリ故ニ又其刑罰ノ過劇ニ流ルヽヤ論ヲ竢タス

○第二　民約第一説ニ從ヘハ殆ソトカノ社會防衛説ト同ク畢竟未來ノ犯罪ヲ防衛スルノ趣旨ニ出ル者ナレハ其刑罰ハ亦過度ヲ要スルヤ明ナリ

民約第二説ニ從ヘハ己レヲ罰スルノ權ヲ豫メ社會ニ讓與スルノ契約ヲ爲シタル者ナリト云フニ在リ然レヒ此ノ如キ契約ハ素ト道理ト公正ニ適セサルモノナレハ犯人ハ此契約ノ無効ヲ申立テ以テ其刑罰ヲ免ルヽヿヲ得ヘシ若シ然ラスシテ刑罰ヲ受クヘキ者トセン乎刑罰ヲ苛刻ニシテ契約者ノ違背ヲ豫防スルノ要アルヿ亦第一説ニ異ナラサルヘシ

之ヲ要スルニ此兩説ハ社會ト各人トノ間ニ契約アルヿヲ想像シタルニ由ルモノナレハ固ヨリ其刑罰ノ定度ヲ預メ知ルニ由ナキナリ

○第三　社會防衛ノ説ニ從ヘハ趣旨元ト恐嚇手段ニ出ルヲ以テ其刑罰ハ即チ過度ニ失スルヤ明カナリ而メ亦其刑罰ノ定度アルヿナシ

○第四　無責任ノ説ニ從ヘハ固ヨリ刑罰ナキヲ以テ又其定度ヲ討索スルノ必要ナシ

○第五　最大多數ノ利益説ニ從ヘハ專ラ最大多數ノ利益ヲ標準トシテ敢テ道德公義ヲ顧ミサルカ故ニ其刑罰ノ過度ニ失スルヤ復タ疑ナシ

○第六　正義ノ說ニ從ヘハ其刑罰ノ定度ハ一ニ道德公義ヲ標準トシテ敢テ社會ノ利益如何ヲ問ハサルヲ以テ前最大多數ノ利益說トハ正ニ表裏ヲ相爲スモノトス而メ道德ハ元來其定度ヲ知リ易カラサル者ナレハ隨テ亦刑罰ノ定度ヲ知ルヿ甚タ難シ是レ人ノ思想ハ到底人智ノ能ク測知スルヿヲ得サルモノナルニ由ル

○第七　折衷ノ說ニ依レハ凡ソ刑罰ハ道德ノ欲スル定度ヲ超過ス可ラス然レトモ道德ノ欲スル定度ニ達セサルヲ得ヘシ但タ社會利益ノ欲スル定度ヲ以テ乃チ刑罰ノ定度トナスヘシト云フニアリ然レトモ前既ニ說示シタルカ如ク道德ノ欲スル定度ハ人智ノ容易ニ了知シ得ヘキ所ニアラス又設令ヒ人智ハ能ク道德ノ欲スル定度ヲ知リ得ヘシト假定スルモ社會公權ノ干涉スルニ先チ業已ニ道德上ニ於テ滿足ス可キ制裁ヲ受ケタルヤ否ハ決メ社會ノ知リ能ハサル所ナリ如何トナレハ一タヒ罪惡ヲ爲シタル者ト雖トモ或ハ全ク改悛シタル者アルヘク又或ハ未タ全ク改悛セサル者モ亦之レアルヘク到底人智ヲ以テ之ヲ量度スルヿ能ハサレハナリ

又此說ニ從フトキハ所謂道德ト社會ノ利益ヲ中和シタルモノナルカ故ニ道德ニ背戻セサルノ所爲ハ設ヒ社會ノ利益ヲ損スルヿ極メテ大ナルモノト雖トモ尙ホ之ヲ罰スヘカラサルニ似タリ且ヤ道德ノ背戻ハ重モニ其意思如何ニ關スルモノナルヲ以テ其輕重ノ程度ハ甚タ知リ易カラサルナリ然シテ左ニ揭出スル塲合ノ如キハ幾ソト之カ道德ニ背戻シタルノ定度ヲ知ルヲ得サラン

例ヘハ軍卒父母ノ疾病危篤ナルヲ聞キ苦心自カラ禁セス遂ニ脫營シテ歸省シ看護ニ從事シタル者アリトセン其軍律ニ於ケルヤ則チ違犯タリ之ヲ法律ノ罪人ニアラスト謂フ可ラス其親ニ奉スルヤ則チ至孝之ヲ道德ノ罪人ナリト謂フヘカラス然ラハ則此折衷說ヲ唱フル者將ニ之ヲ如何カ決定セントスル乎知ラス軍法ニ違犯スルモ道德ニ背戻

セサルヲ以テ之ヲ不問ニ置クヘシトスル乎

又此說ニ依レハ既ニ說示シタルカ如ク各國共ニ或ル犯罪ニ付キ同一ノ刑罰ヲ加フヘキ筈ナルニ國異ナレハ則チ其刑罰亦同シカラス設令ハ甲國ハ乙國ニ比シテ盜犯夥多ナルカ爲メ又ハ其他ノ事情アルカ爲メ乙國ノ盜犯ニ當行スル刑罰ヨリ更ニ嚴重ナル刑罰ヲ設ケタルカ如キハ往々實際ニ目擊スル所ナリコレ情勢ノ宜ク此ノ如クナラサルヘカラサルノ理由アリテ然ルモノニアラスヤ否ラサレハ則チ甲國ノ盜罪ハ乙國ノ盜罪ニ比シテ道德ニ背戻スルヿ更ニ重大ナリト謂ハサルヲ得サルニ至ラン天下豈ニ此ノ如キ理アル可ケンヤ況ンヤ此說ニ依レハ既ニ說述シタルカ如ク彼ノ銃礮彈藥ニ關スル罪、阿片煙ニ關スル罪及ヒ違警罪ノ多クノ場合ノ如キ其道德ニ背戻スルヿナキノ故ヲ以テ之ヲ制裁スルヿ能ハサルノ不都合ヲ生スルヲヤコレ折衷說ノ又採ルニ足ラサル所以ナリ

命令說ニ於テモ道德ノ背戻ハ刑罰ノ程度ヲ定ムルノ標準トセリ

要旡此說ニ從フトキハ刑罰ノ程度ヲ定ムルヿ甚タ容易ナルカ如キ感想アリト雖ヒ其實許多ノ所爲ニ關シ其道德ニ背戻スルノ程度ヲ定ムルヿ甚タ難ク又一般ノ道德ニ背戻セサルノ所爲ニシテ社會ノ公益ヲ害スルモノニ該當スヘキ刑罰ノ程度ヲ定ムルヿニ至テハ實ニ難シト云フヘシ

○第八　命令ノ說ニ依レハ刑罰ノ輕重ハ命令ノ輕重ニ從ヒ而メ命令ノ輕重ハ即チ社會必要ノ輕重ヨリ來ル故ニ縱令ヒ道德ニ背戻スルヿナシト雖モ苟モ命令即チ法律ニ違犯スル所爲アルトキハ決メ刑罰ヲ免ルヽヿヲ得ス然レヒ道德ハ命令說ノ顧ミル所ニアラスト速了スヘカラス蓋シ土地ノ慣習、犯罪ノ原由、犯人ノ自由及ヒ識別力ノ差等ハ刑罰ノ程度ヲ立ルニ於テ大ニ關係ヲ有スルモノトス何トナレハ是等ノ事項ハ何レモ之ヲ以テ其犯罪ノ情狀ヲ輕重スルニ足ル可ケレハナリ

此說ニ依リ刑罰ノ程度ヲ朋カニセントト欲スレハ之ヲ左ノ如クニ約言

スルヿヲ得ベシ

第一　刑罰ハ社會ノ秩序ヲ保持センカ爲メニ設クルモノナルカ故ニ各國其宜ニ循テ之ヲ輕重スルヿヲ得ヘシ

第二　刑罰ハ命令ヲ遵守セシメンカ爲メニ必要ナル程度ヲ超過ス可ラス

第三　刑罰ハ所爲ノ公益ヲ害シ道德ニ戻リタル程度ニ從ヒ輕重ノ差ナカルヘカラス

上來説述シタル社會刑罰權ノ各説ハ啻ニ刑法ノ創定ニ關シ之ヲ攻究スルノ緊要ナルノミナラス現行刑法解釋上ニ關テモ之ヲ討究スルノ頗ル必要ナルヲ知ルナリ

第三章　刑法ノ性質及効力ヲ論ス

第一欵　刑法ノ性質ヲ論ス

刑法トハ何ソ

○刑法トハ如何ナルモノヲ云フカ曰ク左ノ四個ノ事ヲ規定シタルモノ是ナリ

犯罪トハ何ソ

第一　犯罪、即チ社會ノ秩序ヲ維持シ安寧ヲ保全センカ爲メニ刑罰ヲ帶ハシメタル禁止又ハ命令ヲ犯スノ所爲是ナリ

刑罰トハ何ソ

第二　刑罰、即チ犯罪者ニ科スル苦痛ヲ云フ更ニ之ヲ詳言スレハ犯罪者ノ財産又ハ自由、生命ヲ奪フ等犯罪人ノ精神又ハ身躰ニ對シ苦痛ヲ感セシムルニ足ルヘキ者ヲ云フ

第三　刑事裁判所ノ構成、即チ裁判所ノ權限、管轄及ヒ判事檢事書記ノ職務等ヲ云フ

第四　刑事訴訟ノ手續、即チ起訴、審判ノ手續及ヒ上訴ノ手續等ヲ云フ」

定理刑法及實際刑法

右第一第二ハ純然タル刑法ニ於テ規定スル所ニシテ之ヲ定理刑法ト云ヒ其第三第四ハ別ニ刑事訴訟法ニ規定スル所ニシテ之ヲ實際刑法ト云フ而メ定理刑法ハ畢竟實際刑法即チ刑事訴訟法ト相俟テ始テ活用スヘキモノニシテ其關係タル猶ホ民法ノ民事訴訟法ニ於ケルカ如

シ

○予ハ曩ニ秩序安寧ノ語ヲ用ヒタリ今マ試ミニ其如何ナル者ナルヤヲ説ン盖シ此語タル法理ノ最モ曲折シタル所ニ於テ常ニ用ヒラルヽモノニシテ佛國民法又ハ本邦法律中吾人カ數々遭遇スル所ナリ其第六條ニ「格段ノ契約ヲ以テ公ノ秩序及ヒ善良ノ風俗ニ關スル法律ニ背戻スルヲ得ス」トアルハ其一例ナリ(法例第十四條第十五條)

○去レハ法學者又ハ裁判官ハ常ニ此語ヲ用ヒテ法律ヲ論議セリト雖モ其之ヲ解スル者ニ至テハ其説一ナラス曰ク秩序安寧ハ自カラ人ノ良心ニ感得スル者ニ〆豫メ之カ開説ヲ爲スヲ得ス又豫メ開説スルニ及ハスト又曰ク人ノ良心ハ素ト一定シ難キ者ナレハ人ノ良心ニ放任スヘカラス必ススヤ豫メ之ヲ解説スルヲ要スト夫レ學者ノ解釋各々異ナリト雖モ予ヲ以テ之ヲ見レハ蓋シ左ノ如ク解釋スルヲ得ヘキ歟

秩序トハ

秩序トハ則チ社會ヲ構成スル原素タル人民ニ固有セル自由ノ互ニ相維持セラレタル態容ヲ云フ故ニ人ノ自由ヲ妨害スル者ハ即チ社會ノ秩序ヲ紊亂スルモノナリ社會ノ秩序ヲ紊亂スル者ハ復タ常ニ法律ノ制裁ヲ受ク可キ者タリ例ヘハ人ノ財物ヲ竊取シ又ハ騙取スル者ハ社會ノ秩序ヲ紊亂スル者ナルカ故ニ各其刑罰ヲ受クルカ如シ要スルニ秩序ハ各人皆其分ヲ守リ自己ノ權内ニ在リテ運動シ敢テ漫リニ他人ノ自由ヲ妨害セサル有樣ヲ云フナリ

何ソ

安寧トハ何ソ

安寧トハ即チ社會平穩ニシテ人皆ナ其堵ニ安ンスルノ態容ヲ云フ故ニ結局秩序ト同一ニ歸着スルモノトス奈何トナレハ秩序井然タレハ即チ社會安寧タラサラント欲スルモ決シ得ヘカラサレハナリ然リトハ雖モ彼ノ犯罪人ヲ處罰スルヲ以テ人ノ自由ヲ奪フモノ即チ社會ノ秩序ヲ紊亂シ安寧ヲ毀害スルモノト速了スヘカラス何トナレハ犯罪人ヲ處罰スルハ即チ社會ノ利益ヲ計ルカ爲メ否ナ社會ノ秩序ヲ維持シ安寧ヲ保全スルカ爲メナレハナリ要スルニ安寧トハ社會平穩ニシテ

人心靜肅ナルノ有樣ヲ云フト解スヘキナリ

禁止及命令ノ解

○予ハ禁止及ヒ命令ナル語ヲ述ヘタリ禁止トハ則チ立法者カ爲ス可ラスト規定シタルモノヲ云ヒ命令トハ則チ立法者カ爲ス可シト規定シタルモノヲ云フ此ノ禁止又ハ命令ニシテ刑法上ノ制裁ヲ付シタルモノニ違犯スル所爲ヲ犯罪ト稱スルヿハ予既ニ之ヲ述ヘタリ而メ我刑法ノ規定スル所禁止法尤モ多シ假令ハ謀故殺、强竊盜等ノ如シ或ハ此犯罪ヲ稱シテ行犯又ハ有的犯ト云フ命令法ハ禁止法ニ比スレハ其例甚タ多カラス例ヘハ官吏其管掌ニ係ル法律規則ヲ公布施行セサル時(刑法第二百七十三條)兵隊ヲ要求シ及ヒ之ヲ使用スルノ權アル官吏地方ノ騷擾其他兵權ヲ以テ鎭撫ス可キ時ニ當リ其處分ヲ爲サヽル時(同第二百七十四條)人ノ身躰財產ヲ妨害スルノ犯人アルニ當リ豫審判事檢事警察官吏其報告ヲ受ケテ速ニ保護ノ處分ヲ爲サヽル時(同第二百七十七條)自己ノ所有地又ハ看守スヘキ地內ニ遺棄セラレタル幼者老疾者若クハ疾病ニ罹リ昏倒スル者アルヲ知テ之ヲ扶助セス又ハ官ニ申告セサル時(同第三百四十條)遺失物漂流物ヲ拾得テ隱匿シタル時(同第三百八十五條)他人ノ所有地內ニ於テ埋藏物ヲ堀得テ隱匿シタル時(同第三百八十六條)ノ數條ト違警罪中數者アルニ過キス其他刑事訴訟法中ニモ證人又ハ鑑定人カ豫審判事ノ召喚ニ應セサル時罰金ノ言渡ヲナスノ規定(刑事訴訟法第百十八條第百三十條)アルヲ見ル(但シ別段ノ法律規則ニハ多ク此例アリ)此レ皆ナ命令法ニ違犯スルモノニシテ或ハ此犯罪ヲ稱シテ不行犯又ハ無的犯ト云フ

以上二三ノ法語ヲ解釋セリ是ヨリ主トシテ講說スヘキモノハ則前段ニ示シタル犯罪及ヒ刑罰是ナリ

法律ノ分屬ニ關シテ刑法ノ地位

○抑刑法ハ法律中ニ在テ如何ナル部分ヲ占領スルモノナル乎曰ク公法中ニ位スルモノナリ然レ𪜈刑法ノ公法タル所以ハ敢テ社會ト人民トノ關係ヲ規定スルカ爲メ然ルニアラス乃チ社會ノ安寧秩序ニ關ス

ル法律タルヲ以テナリ

○刑法ト民法トノ差別ハ左ノ如シ

刑法ト民法トノ差別

第一　刑法ハ社會ト人民トノ關係ヲ規定シ民法ハ人民相互ノ關係ヲ規定ス

第二　刑法ハ必スシモ人ノ權利ヲ傷害シタルヲ要セス唯タ其所爲ノ法律ニ背戻シタルヲ以テ直ニ之ヲ處罰ス民法ハ人ノ權利ヲ傷害スルノ所爲ナケレハ制裁スルヿナシ

第三　刑法ハ法律ニ正條アルニアラサレハ處罰セス(刑法第二條)民法ハ法律ニ明文ナキ時ト雖ヒ法理ニ照シテ裁制スヘキモノナリ(法例第十七條佛國民法第四條參照)

第四　刑法ノ制裁ハ刑罰ナリ即チ苦痛ヲ與フルヲ主トス民法ノ制裁ハ或ル所爲ヲ强制スルヲ主トス(行爲ノ取消、損害ノ賠償等)

第五　刑法ノ制裁ハ民法上完全ノ能力ナキ者ナリト雖ヒ仍ホ之ヲ免ルヽヲ得ス(刑法第八十條第八十一條)民法ノ制裁ハ無能力者ニ加フルヿヲ得ス

第六　刑法ノ制裁ハ無資力者ニ對スルキト雖ヒ尙ホ之ヲ執行スルヲ得何トナレハ無資力ニシテ罰金ヲ納完セサレハ乃チ換役ノ方法アレハナリ(刑法第二十七條第三十條第四十二條)民法ノ制裁ハ實際無資力者ニ對シテ執行スルヿヲ得ス

右說述シタル所ハ則チ二種ノ法律ノ性質ヨリ生スル差異ナリ

第二欵　刑法ノ及フヘキ所爲ヲ論ス

第二條ノ解

○刑法第二條ニ曰ク法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖ヒ之ヲ罰スルヿヲ得ス

本條ハ法律ニ明文ナキトキハ如何ナル所爲事柄ト雖ヒ之ヲ行フヿ人民ノ自由ニシテ決シテ刑事上制裁ヲ加フヘキモノニ非ストノヿヲ規定シ夫ノ法例第十七條(佛國民法第四條)ニ判事ハ法律ニ不明、不備又ハ欠

缺アルヲ口實トシ裁判ヲ爲スヲ拒絶スルコトヲ得ストアルト全ク正反對ノ規定ヲ掲ケリ

刑法ニ正條ナケレハ何故ニ非行ヲ罰スルヲ得サル乎

○何故ニ刑法ニ正條アルニ非サレハ非行ヲ制裁スルヿヲ得サル乎

余ノ採用セシ社會刑罰權ノ主義即チ命令ノ說ニ從ヘハ此問題ニ答フル易々タルノミ夫レ刑法ハ一禁一令每ニ人民ノ自由權利ヲ減縮スルモノナレハ立法者ハ其命令ヲ下スニ方リ必スヤ戒愼ヲ加ヘタルヿ明ナリ去レハ法律ニ正條ナキ者ハ立法者ニ於テ之ヲ罰スルヿ必要ニアラストセシモノナリトセサル可ラス更ニ之ヲ詳言スレハ吾人ハ法律ニ於テ禁止セサル者ハ何等ノ所爲ト雖ヒ之ヲ爲シ得ヘク又法律ノ命令セサル者ハ何等ノ事柄ト雖ヒ之ヲ爲スノ義務ナシト信シ得ヘキノミナラス禁セスシテ其行爲ヲ咎メ令セスシテ其爲サヽルヲ責ムルハ其不正不當ナルヿ識者ヲ俟テ知ラサレハナリ況ンヤ禁令ハ原因ニシテ刑罰ハ即チ其結果ナルニ原因ナクシテ其結果アルノ理アラサルヲヤ然レヒ人或ハ難シテ曰ハン禁令ナケレハ則チ刑罰ナシトノヿハ既ニ其命ヲ聞クリ然ラハ則チ別ニ刑法第二條ノ明文ヲ要セサルニ似タリト其レ或ハ然ラン然レヒ我舊法タル新律綱領、改定律例ニ於テ現ニ比附援引法、不應爲條(改定律例第九十九條)等ノ規定アリタルノミナラス往時佛國ニ於テ此明文ナキカ爲メ比附援引シテ以テ正條ノ罅缺ヲ補綴シタルノ例往々之レアリシ故ニ立法者ハ是等ノ弊害ヲ慮テ本條ヲ明定シタルモノニシテ究竟舊法ヲ廢止スルノ意ヲ表示シタルモノナリト見做シテ可ナリ但シ單純ノ理論上之ヲ論スレハ舊法ノ規定如何ニ關ラス已ニ之ヲ廢止シタル上ハ復タ更ニ本條ノ明文ヲ要セサルヘシ然レヒ刑法ハ畢竟實際ノ須用ニ供スルモノナリ而シテ實際舊法ヲ援引シ舊慣ヲ因襲スル等ノヿハ佛國等ニ於テモ亦數々實見シタル所ナルカ故ニ特ニ實際ヲ慮テ本條ヲ掲出シタリトスルトキハ亦タ强チ之ヲ無用ナリ徒法ナリト一抹ス可ラサルナリ

予ハ今試ニ左ニ他ノ主義ニ依リテ本條ノ要不要如何ヲ見ン

○正義ノ說ニ從ハン乎假令ヒ法律ニ正條ナシト雖ヒ純然タル道德ニ照シ處罰シ得可キモノナルカ故ニ本條ハ到底蛇足ナリトセサルヘカラス

○折衷ノ說ニ從ハン乎亦同一ノ論決ヲ與ヘサルヘカラス但シ論者ハ左ノ理由ヲ唱テ以テ法律ニ正條ヲ要スヘキヿヲ論釋セリ

第一　所爲ノ道德ニ背クヤ否ハ之ヲ良心ニ問テ以テ判斷スルヿ容易ナルカ故ニ敢テ本條ヲ必要トセサルモ抑モ社會ノ利益ヲ害シタルヤ否ハ立法者ノ豫メ之ヲ較量スルヲ俟テ定マルヘキモノナレハ本條ノ設アルヲ要ス

第二　法律ハ人民ヲシテ安寧ヲ得セシメンカ爲メニ制定スルモノナルニ若シ豫メ正條ヲ告示セスシテ輒ク之ヲ處罰スルヲ得ルトセハ裁判官ハ愛憎ニ因リテ生殺與奪ノ權ヲ恣ニスルヲ得ン人民ノ安寧ヲ害スル焉ヨリ甚シキハナシ

第三　社會ハ原告トナリ又裁判官ニ代表セラルヽ者ナルカ故ニ正條ナクシテ處罰シ得ルトスルトハ其利益ヲ害シタル者ニ對シ苛刑酷罰一時ノ忿怒ヲ洩ラスノ弊アラン苟モ如是ナレハ人悪ン其生ヲ聊セン

ヤ是レ折衷ノ說ニ依ルモ仍ホ本條ヲ要スル所以ナリト

以上三箇ノ理由タル之ヲ瞥見スレハ稍ヤ其當ヲ得タルカ如シト雖ヒ其實決メ然ルニアラス乞フ之ヲ左ニ述ン

第一　論者ハ道德ニ背クヤ否ハ之ヲ知ルヿ容易ナルモ社會ノ害トナルヤ否ハ之ヲ知ルヿ容易ナラスト云フト雖ヒ予ハ決メ其所論ヲ是認スル能ハス何トナレハ社會ノ利益ヲ害シタルヤ否ハ事ノ素ト有形的ニ考定スルヲ得ヘキモノナルカ故ニ其有無ヲ判斷スルハ彼ノ無形的ニ考量スヘキ道德ニ背クヤ否ヲ判斷スルニ比スレハ却テ其容易ナルヲ知レハナリ

第二　論者ハ裁判官ノ擅恣云々ヲ說テ一ノ論據トナシタリト雖モ是レ畢竟本條ヲ速了シタルノ謬說タルヲ免レサルヲ奈何セン夫レ本條ハ法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルヿヲ得ストアリテ卽チ如何ニ道德ニ背戾シ社會ヲ傷害スルヿノ重且大ナル所爲ト雖モ苟モ正條ナキ者ハ之ヲ罰スルヿヲ得サル旨ヲ明定シタルモノナルカ故ニ論者ノ所謂裁判官ノ擅恣云々ノヿハ固ヨリ其論據トナスヿヲ得ヘカラサルモノトス如何トナレハ凡ソ裁判官ハ自カラ其良心ニ問ヒ又法理ニ基テ其間秋毫ノ私心ヲ挾ムヿナク正理公道ニ照シテ充分罰スヘキ所爲ナリト思料シタル時ト雖モ苟モ法律ニ正條ナクレハ比附援引シテ以テ之ヲ罰スルカ如キヿアルヘカラス乃チ無罪ト判定スヘシトノ精神ナレハナリ

尙ホ右主說ノ決シテ聽ス可ラサルヿハ論者ハ裁判官ノ擅恣云々ヲ患ヘナカラ何故ニ民法卽チ吾人カ依テ以テ生ヲ聊ンシ賴テ以テ堵ニ安スル所ノ法律ニハ正條ナキモ裁判官ハ必ス裁判セサルヲ得ストノ規定ヲ排斥セサル耶抑モ論者ハ民法ハ貴重ナル財產ノ規定ナルモ刑法ニ比スレハ自カラ輕輕アルヲ以テ裁判官ノ擅恣ハ之ヲ患フルニ足ラスト謂ハントスル耶トノ反問ヲ揭クルヲ以テ旣ニ充分ナリト信スルナリ

第三ノ理由トスル所ハ畢竟第二ノ理由ト同趣旨ニ因リ立論シタルモノナレハ復タ論難スルノ必要ナカルヘシ

類似ノ關係ト類種ノ關係トノ別及ヒ其差ノ結果

○玆ニ一ノ注意スヘキモノアリ他ナシ類似ノ關係ト類種ノ關係トヲ混視ス可カラサルヿ是ナリ蓋シ一ハ法律ニ正條ナキモノト爲シ一ハ法律ニ正條ナキモノト決定ス可ラサルヲ以テナリ

類似ノ關係トハ何ソヤ假令ハ刑法第三百九十條ト第三百九十一條トノ關係ノ如キ是ナリ若シ第三百九十一條ノ設ケナキモノト假定スレハ則チ同條ニ記載シタル幼者ノ智慮淺薄又ハ人ノ精神錯亂シタルニ

乘シテ物件ヲ授與セシメタル者即チ眞乎タル詐欺取財ノ所爲ニアラサル所爲ヲ行ヒタル者ニハ決シテ第三百九十條ノ刑罰ヲ科スルヿヲ得ス何トナレハ是レ類似ノ關係ニシテ如是ハ畢竟比附援引ニ外ナラサレハナリ

第三百九十二條及ヒ第三百九十三條ト第三百九十條トノ關係ニ付テモ亦同シ

類種ノ關係トハ如何ナルモノナルヤ之ヲ例示スルニ先チテ一言スヘキモノアリ他ナシ類ハ種ヲ包含スルモ種ハ類ノ一部ニ過キサルヿ是ナリ之ヲ人類ニ譬フレハ人ハ類ナリ白晳棕色ハ種ナリ故ニ白晳人棕色人ハ人ナリト云フ可キモ人ハ則チ白晳人ナリト云フ可ラス又棕色人ナリト云フ可ラサルカ如シ

刑法第三百六十六條ニ規定スル所ハ則チ無名竊盜ニシテ形容詞ヲ冠セサル者ナリ之ヲ竊盜ノ類トス第三百六十八條ニ於テ門戸牆壁ヲ踰越損壞云々トノ數語ヲ冠セシメタル者即チ有名竊盜ナリ之ヲ竊盜ノ種トス去レハ假リニ第三百六十八條ノ設ケナシト想像セン乎第三百六十六條ヲ以テ之ニ適用スルヿヲ得ヘシ今之ヲ逆シマニシ假リニ第三百六十六條ノ設ケナシト想像セン乎無名竊盜即チ門戸墻壁ヲ踰越損壞シ云々ノ條件ナキ竊盜ハ之ヲ罰スルニ由ナケン何トナレハ則チ種ハ類ノ中ニ在テ存スルモ類ハ種ノ中ニ入ル可ラサルモノナレハナリ

以上説述シタル所ハ即チ刑法解釋上ノ要訣ナリトス

民法ハ刑法ト異ニシテ正條ナキモ爭點ヲ裁判セサルヘカラサルノ理由

○民法ハ何故ニ正條ナキ場合ト雖モ必ス爭點ヲ裁判セサルヘカラストノ規定アル乎其理由左ノ如シ

民法ハ人民相互ノ間ニ生出スル万般ノ事物ヲ規定スルモノナレハ其浩瀚多端ナル殆ント枚擧スヘカラサルモノアリ立法者ト雖モ豈ニ得テ之ヲ網羅蒐集スルヲ得ン乎故ニ設ヒ民法ニ於テ必ス正條ヲ要スト

スルモ畢竟難ヲ立法者ニ責ムルノミ否ナ決メ望ム可ラサルヿト謂フ可シ且ヤ民法ハ刑法ノ如ク禁令ニ觸レタルカ爲メニ之ヲ制裁スルヲ以テ其本分トセス重モニ各自ノ權利義務ノ有無如何ヲ判定スルノ規矩ヲ供スル者ナレハ要、裁判官ニ於テ適當ノ裁判ヲナスニ在ルノミ故ニ苟モ裁判官ニシテ適當ノ裁判ヲ爲シ得ルトキハ其正條ノ有無ハ將タ何カアラン若シ裁判官カ法律ノ正條ナキヲ以テ人民相互ノ間ニ於ケル權義ノ紛爭ヲ裁判セサルモノトセハ人民ハ終ニ自カラ腕力ニ訴ヘ爭鬪スルニ至ラン是レ豈裁判所ノ設アル趣旨ニ適フモノナランヤ然レハ則チ裁判官ハ啻ニ比附援引ヲナシ得ルノミナラス或ハ衡平法ニ因リ或ハ習慣又ハ法理ニ照シテ裁判スルモ固ヨリ不可ナルヿナシ又決メ爭訟者ノ權利ヲ害スルヿナシ何トナレハ設ヒ法律ノ正條ニ據ラスト雖モ一方ヲ害シテ他方ニ不當ノ利得ヲ得セシメス即チ苟モ裁判ニシテ適當ナルヲ得ハ之レカ爲メニ害ヲ受クタリト云フヿハ到底言フ可ラサル所ナレハナリ

是レ民法ノ以テ刑法ニ異ナル所以ナリトス

○刑法ニ於テハ衡平法ヲ適用セサルカ此レニ答ヘンニハ左ノ如ク區別セサルヘカラス曰ク刑法ヲ解釋スルニ付テハ決シテ衡平法ヲ適用ス可カラス然レトモ刑罰適用上ニ於テハ衡平法ニ依ルヘキヿ揭テ刑法ニ在リ他ナシ酌量減輕ノ制度即チ是ナリ

刑法解釋ノ概則

○予ハ刑法ノ解釋ニ關スル概則ヲ玆ニ說述セン

法律ニ正條無キ時ハ如何ナル所爲ト雖トモ之ヲ罰スルヿヲ得ストノ事ハ前段已ニ講述シタルカ如ク元來刑罰ヲ科スヘキ所爲ナキニ由リ、又正條アリテ精神明瞭ナル時ハ其適用上疑義ナキニ由リ、共ニ解釋法ノ用アルヿナシ、然レトモ正條アリテ其精神明瞭ナラス即チ立法者ノ眞意何レニ在ルヤヲ知ルニ苦シム吾人ノ往々遭遇スル所ナリ其レ如是場合ニ於テハ之ヲ奈何シスレハ則チ可ナルヤ專ラ法律ノ文詞ニ依ラン

乎、立法者ノ眞意ヲ傷フノ嫌アルヲ奈何セン、專ラ立法者ノ精神ヲ討索セン乎、文詞ニ反スルヲ奈何セン、是レ羅馬以來ノ一大難問ニシテ復タ吾人法學者ノ須ラク研究スヘキ所ナリ

佛國古法ニ於テハ專ラ法律ノ精神ヲ討索スヘキモノトセリ故ニ其弊ヤ遂ニ比附援引ヲ聽スニ至レリモンテスキユーハ政躰ノ如何ニ依テ宜ク解釋法ノ異ナルヘキヿヲ論セリ其說ニ曰ク專制政體ニ於テハ法律アルヿナシ裁判官ハ即チ法律ナリ、立憲政躰ニ於テハ法律明瞭ナレハ裁判官ハ其文詞ニ依テ解釋シ、然ラサレハ其精神ニ依テ解釋ス、共和政躰ニ於テハ裁判官ハ一ニ法律ノ文詞ニ依テ解釋ストヘカリアーモ亦刑法ノ解釋ハ常ニ其文詞ニ依ルヘキヿヲ論セリチボー、マイエードシアサー等ハ論理解釋ヲ主張シ其極ヤ民法ト刑法トノ解釋ニ付キ毫モ差別アルヿナシト云ヘリ

○其他ノ諸說一樣ナラスト雖ヒ予ヲ以テ之ヲ視レハ蓋シ左ノ如ク解釋スヘキモノナラン

第一　文詞明瞭ナラスシテ精神明瞭ナル時

此塲合ニ於テハ無論其精神ニ從ハサル可ラス

第二　文詞明瞭ニシテ精神明瞭ナラサル時

此塲合ニ於テハ宜ク左ノ事項ニ付キ討索セサル可ラス

（一）其文詞ノ指ス所刑法中他ノ明瞭ナル規則ノ精神ト符合スルヤ如何トノヿ

（二）專ラ其文詞ニ依テ解釋スルヒハ不條理ノ結果ヲ生スルノ患ナキヤ如何トノヿ

是也要スルニ法律上ノ用語ハ今ニ至テ未タ完全ナラサルカ故ニ一概ニ文詞ノミニ固着シテ解釋スルカ如キハ蓋シ其宜キヲ得タルモノト謂フ可ラス故ニ一般ノ原則ニ依リ又ハ相牽連スル所ノ箇條ニ參看シテ以テ其精神ヲ演繹スレハ庶幾クハ立法者ノ意思ヲ傷ハス適當ノ判

決ヲ下スヿヲ得ン若シ然ラスシテ徒ラニ文詞ニ固着シ立法者ノ精神如何ニ頓着ナキカ如キハ寧ロ法律ヲ抹殺スルモノト謂ハンノミ

第三　文詞ト精神ト共ニ明瞭ナラサル時

此場合ニ於テハ或ハ法律編纂ノ會議錄ニ就テ探究シ或ハ法律ノ原則ニ依テ討究シ又或ハ法律ノ基由ヲ講究シ務メテ其趣旨ヲ探索スベシ然リ而シテ仍ホ其趣旨ヲ得サルトキハ是レ解法家ノ罪ニアラス實ニ適用スベカラサルモノト謂フヘシ故ニ如斯法律ヲ犯スノ罪人アルヿナシ夫レ此ノ如キ場合ニ於テハ幾分カ社會ニ損害ヲ與フルナルヘシト雖モ抑々法律ノ晦澁不明ナルハ立法者即チ社會ノ爲メ法律ヲ制定スル者ノ過チニアラスシテ何ソヤ其然リ然ラハ則社會ニ於テ之ヲ負擔スル固ヨリ其所ナリト謂ハサル可カラス

之ヲ要スルニ裁判官スラ尙ホ解釋スルヿヲ得サルカ如キ法律ハ人民ノ素ヨリ解釋シ得ヘキ筈ナキヲ以テ夫ノ所謂凡ソ法律規則ヲ知ラサルヲ以テ犯スノ意ナシト爲スヿヲ得ストノ格言ヲ茲ニ適用スヘカラサルヤ勿論ナリ何トナレハ意味通セサルモノハ即チ法律ノ名アリテ其實ナキモノト云フ可ケレハナリ

以上講述シタル法律ニ正條ナキ云々所謂法律トハ翌ニ此刑法ヲ云フノミナラス他ノ法律規則(即チ諸罰則諸稅則等)ヲモ汎稱シタルモノト知ルベシ

第三欵　刑法ノ及フヘキ時ヲ論ス

第三條ノ解

○刑法ノ及フベキ時ニ付テハ第三條ニ於テ之ヲ規定セリ本條ニ曰ク

法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスヿヲ得スト

茲ニ所謂法律トハ前條ト同シク廣濶ナル意義ニシテ即チ諸規則諸罰則ヲモ包含スルモノトス

○本條ノ要旨タル法律ハ將來ニ其効力ヲ及ホスモノニシテ決シテ既往ニ遡ルヘキ者ニアラストノヿヲ規定スルニアリ

法律ノ頒布

頒布トハ如何ナルヿヲ指スモノナルカ他ナシ法律ヲ發布シテ人民ノ普ク之ヲ了知シタルヘシト看做ス時期ヲ云フ人民ノ了知シタルヘシト看做ス時期ハ現今我國ニ於テハ明治十九年勅令第一號ヲ以テ之ヲ定メラレタリ其要ヲ擧レハ凡ソ法律命令ハ官報ヲ以テ布告シ官報各府縣廳ニ到達日數ノ後七日ヲ以テ施行期限トセラレタリ而シテ其到達日數ハ東京ハ各府縣トノ遠近ニ從テ即日ヨリ十二日迄ノ差アリ即チ鹿兒島縣ニ到達スルニハ十二日ヲ以テ到達日數ト定メ天災時變ニ因リ到達日數ニ到達セサルトキハ其到達ノ翌日ヨリ起算ス又函館縣沖繩縣札幌縣根室縣ハ到達日數ヲ定メス現ニ縣廳ニ到達シタル翌日ヨリ起算スルモノトセリ

但シ法律命令ノ發布ノ當日ヨリ施行スル旨ヲ以テ發布セラレタルモノ又ハ特ニ施行ノ日ヲ掲ケタルモノハ前述ノ施行期限ヲ適用スヘキニ非サルヤ勿論ナリ

此到達日數及ヒ施行期限ハ時ニ隨テ屢々變更セラルヽヿアルヘシト雖モ本條ニ掲ケタル原則即チ法律ハ頒布以前ノ犯罪ニ及ホスヿヲ得ストノ規則ハ決シテ容易ニ之ヲ變更スルヿヲ得サルモノナリ

○本條ニ所謂犯罪ノ二字ハ單ニ其文字ニ就テ之ヲ視レハ則チ舊法ニ於テ或ル所爲ヲ罪ト爲シ新法モ亦之ヲ罪ト爲シタルトキノミヲ云ヘルモノヽ如シ故ニ若シ舊法ニ正條ナクシテ唯リ新法ニノミ正條アルトキハ則チ本條ノ犯罪ト云フニ入ラサルモノト誤解スルノ患アラン歟何トナレハ新法頒布以前即チ舊法ニ在テハ正條ナキヲ以テ之ヲ稱シテ固ヨリ犯罪ト云フ可ラサレハナリ依此視之本條犯罪ノ二字ハ稍々語弊アルニ似タリ所爲ノ二字ヲ以テ之ニ換ヘハ蓋シ穩當ナラン然リト雖モ是レ畢竟字義上ノヿニシテ敢テ法意ニ關係アルヿナシ

○凡ソ法律ハ施行期限ヲ經過シタルニアラサレハ之ヲ適用スルヿ能ハストスル所以ハ其理睹易キノミ蓋シ人民ノ知リ得ヘクシテ而ソ犯

シタルモノニアラスシテ其所爲ノ責ニ任セシムルハ過酷モ亦甚シキカ故ナリ然レ𪜈既ニ法律施行ノ期限ヲ經過シタル𪜈ハ普ク之ヲ知リタルモノト做セリ故ニ其實法律ヲ知ラサリシノ證アリトスルモ之ヲ以テ刑罰ヲ免ルヽノ理由トナスヿヲ得サルナリ併シ佛國現行法ハ法律ノ頒布後滿三日内ニ法律ヲ犯シタル者其法律ヲ知ラサリシヿヲ主張スル𪜈ハ裁判所ハ事情ニ依リ其主張ヲ容ルヽヿヲ得ル者トセリ

刑法ハ頒布後ノ所爲ノミニ及フノ理由

○本條ハ第二條ト同シク即チ命令説ノ主義ニ依テ制定セラレタルモノナリ今之ヲ詳言セヽニ命令アリテ始テ之ヲ遵守スルノ義務ヲ生ス命令ナケレハ人民何ソ遵守スルノ義務アラン否ナ遵守セント欲スルモ決メ能ハサルナリ故ニ法律ヲ頒布シタル後ニ在テハ罰スヘキ所爲ナリト雖モ其以前ニ溯テ之ヲ處罰スルノ權ハ社會ノ決シテ有セサル所ナリ

○或ハ本條ハ第二條ノ結果ニシテ重複ニアラサルカヲ疑フ者アラン然レ𪜈決シテ重複シタルニアラス即チ第二條ハ正條ナケレハ何等ノ所爲ト雖𪜈之ヲ罰スルヿヲ得スト云ヒテ社會刑罰權ノ基本ヲ認メ第三條ハ設ヒ正條アリト雖𪜈其正條ヲシテ効果ヲ既往ニ有セシムルヿ能ハサル旨ヲ定メ以テ其結果ヲ認メタルモノナレハナリ此ニ依テ之ヲ視レハ本條ハ基因ヲ社會刑罰權ニ取リ其規定スル所ノ趣旨モ亦全ク第二條ト同一ナルヲ知ル可シ而テ本條ノ規則ハ實ニ人民ノ安寧ヲ保護スルニ緊要ナリト謂フヘシ

第二條ノ規定ハ憲法上ノ規定ナリヤ

○本條ノ規則ハ憲法上ノ規則ナルヤ否ヤ

憲法上ノ規則ニアラストセン乎刑法ハ通常ノ法律ナルカ故ニ立法者ハ新法ニ因リテ此規則ノ全部又ハ一部ヲ廢止シ更ニ法律ハ既往ニ溯リ頒布以前ノ犯罪ニ適用スルヿヲ得ルトノ規則ヲ制定スルヿヲ得ヘシ

憲法上ノ規則ナリトセン乎新ナル憲法即チ改定憲法ノ力ニ依ルニア

ラサレハ之ヲ廢止スルヿヲ得ス加之ナラス憲法ハ決シテ容易ニ之ヲ廢止スヘキモノニアラサルナリ右ハ學者間ニ於テ甲論乙駁殆ンド一定スル所ナシ然レ𪜈予ハ本條ノ規則タル獨リ裁判官ニ向テ其效力ヲ有スヘキモ立法者ニ向テ効力ヲ有ス可キ者ニ非ラス即チ憲法上ノ規則ニアラストセル論說ヲ以テ穩當ナリト思料ス現ニ我憲法ニ於テモ此規則ノ揭ケアルヲ見ス隨テ立法者ハ本條ノ規則ニ拘束セラルヽヿナクシテ既往ニ溯ルヿヲ得ヘキ刑事上ノ法律ヲ制定スルノ權アルヤ論ヲ俟タサルヘシ

法例第二條ニ曰ク「法律ハ既往ニ遡ル効力ヲ有セス」ト又佛國民法第二條ニ曰ク「法律ハ將來ニ對シテノミ所定シ既往ニ遡及ホル効力ナシ」ト是レ亦學者ノ互ニ相論議スル所ナリ然レ𪜈民法ハ通常法律ナルカ故ニ新法ヲ制定スルニ方リ此第二條ノ規定ニ檢束セラレスシテ立法者ハ其制定スル新法ニ遡及ノ効力ヲ有セシムルヲ得ヘシトノ說アリ余ハ則此說ヲ採用スル者ナリ但其既往ニ遡及スルモ憲法ニ於テ擔保セラレタル人民ノ權利ヲ侵害スルヿナキ𪜈ニ限ルナリ

佛國ニ於テ革命共和政事ノ當時ハ凡ソ法律ハ既往ニ及ホスヿヲ得ストノ規則ヲ憲法ニ揭載シタリシカ降テ千八百十四年千八百三十年千八百四十八年ノ憲法ニ於テハ此規則ヲ除テ成法上ノ規則トナシタルナリ然レ𪜈此規則ハ實ニ人民ノ權利ニ關スルヿ重且大ナルカ故ニ之ヲ憲法ニ記載シテ人民ノ權利ヲ鞏固ナラシムルノ愈レルニ若カサルカ如シ

以上說述シタル所ハ實ニ貴重ナル原則ニ係ル然レ𪜈其例外ナキニアラス

○第一ノ例外ハ本條第二項ニ記載セル規則即チ是ナリ曰ク若シ所犯頒布以前ニ在テ未タ判決ヲ經サル者ハ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷ス

刑法ハ將來ニノミ効力アリトノ規則ニ例外アリヤ

所犯頒布以前ニ在テ未タ判決ヲ經サル者ハ云々故ニ其所爲舊法ノ下ニ在テ爲サレタルモノニシテ且ツ其發覺モ亦舊法ノ下ニ在リ而シテ未タ判決ヲ經サルトキ又ハ舊法ノ下ニ在テ爲サレタルモノニシテ其發覺新法頒布後ニ係ルトキノ二個ノ塲合ヲ指シタルモノト解セサル可カラス

所謂判決トハ第一審判決ヲ云ヘル乎將タ第二審判決ヲ指ス乎抑亦確定判決ナル乎

茲ニ所謂判決トハ必ス確定裁判ヲ指シタルモノナリト解セサル可ラス故ニ未タ故障又ハ上訴ノ期間ヲ經過セサル者ハ皆ナ判決ヲ經サル者ト云フ可キナリ

本項ニ所犯トアリテ所爲トナキハ彼ノ本條第一項ニ云ヘル犯罪ノ二字ノ如ク不穩當ナルモノニアラス何トナレハ本項ハ舊新二法共ニ犯罪ト認ムヘキ塲合ニアラサレハ此變則ナキヲ以テナリ若シ舊法ニ於テ罰スヘキ所爲ノ審理中即チ未タ判決ヲ經サルニ先チ新法ヲ頒布シ而シテ新法ハ其所爲ヲ罰セサルトキ即チ舊法ヲ廢シタルトキハ如何此塲合ニ於テハ新舊二法比照云々ノ議論固ヨリ起ルヘキ筈ナシ刑事訴訟法第六條ニ依リ直ニ公訴權ハ消滅スルナリ

舊法ノ罰スヘキ所爲ニシテ新法モ亦之ヲ罰スヘキモノトスルトキハ乃チ新舊二法ヲ比照シ其輕キニ從フテ處斷スヘキヿ法律ノ明示スル所ナリ而テ此刑法ト舊法即チ新律綱領改定律例其他ノ法律規則トノ比照法ハ別ニ布告ヲ以テ之ヲ定メラレタリ其布告ハ明治十四年十二月第八十一號布告ナリ

此布告ハ新舊ノ法則ヲ比照シテ以テ實際上法律適用ノ困難ヲ避ケタル者ニシテ其有要ナルヿ更ニ論ヲ俟タス然レトモコハ單ニ新舊轉換ノ際ニノミ行ハルヘキ法タルニ過キスシテ畢竟永久ニ繼續スル者ニアラス方今ニ於テハ殆ト其實用ヲ見サルニ至レリ何トナレハ舊法ノ下

ニ在テ生シタル犯罪ハ概ヲ既ニ時効ニ依テ消滅シタレハナリ(刑法ニハ期滿免　トアリ刑事訴訟法ニハ時効トナリ孰レモ同一ナル事項ヲ指摘スル法律上用語ナリ而メ刑事訴訟法ハ刑法ニ比シテ其頒布近キニアルヲ以テ時効ノ用語ヲ用ユ以下倣之)

以上論述シタル所ハ即チ法律ハ既往ニ及ホスヿヲ得ストノ原則ニ對スル第一ノ例外ナリ而メ之ヲ解スルモノ一ナラス

刑法頒布前ノ所爲ニシテ未タ判決ヲ經サル者ニ付テハ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ所斷スルノ理由如何

○第一説ニ曰ク凡ソ法律ノ既往ニ溯ルヘカラサル所以ハ畢竟其既得權ヲ害スルヲ以テナリ然ルニ若シ新法輕キ時ハ之ヲ既往ニ及ホスモ翌ニ其既得權ヲ害スルヿナキノミナラス寧ロ被告人ヲ利益スルモノト謂フヘシ是レ此ノ例外アル所以ナリト

○第二説ニ曰ク此ノ例外ヲ設ケタルハ畢竟法律ノ恩典ニ出ツ別ニ理由アルニアラスト

○第三ニ曰ク抑々輕キ新法ヲ以テ重キ舊法ニ代ヘタルハ即チ立法者ニ於テ重キ舊法ヲ以テ正當ナラスト信シタルニ由ル果メ然ラン歟其正當ナラサル法律ヲ守持スルノ理ナキヤ明ケシ是レ此ノ例外アル所以ナリト

予ハ第三説ヲ採ル者ナリ蓋シ第一説ハ既得權ヲ害セサルヲ以テ既往ニ溯ラシムルト云フト雖モ未タ以テ充分ナル釋義ト云フ可ラス何トナレハ新法ヲ既往ニ溯ラシムルノ規定ハ被告人ノ利益ヲ計リタルカ爲メニアラスシテ舊法ノ正當ナラサルカ故ナレハナリ又第二説ハ畢竟法律ノ恩典ニ出ツル者ナリト説ケモ抑モ恩典トハ別ニ理由ナクシテ假借スルヲ云フ今重ク罰スヘカラサルノ理由アリテ重ク罰セサルモノ又ハ重ク罰スルノ必要ナクシテ重ク罰セサルモノノ如キハ決メ之ヲ恩典ニ出ルモノナリト謂フ可ラス而メ夫ノ重キ舊法ヲ適用セサルハコレ社會ノ秩序ヲ維持スルニ必要ナラサルカ爲メ隨テ其輕キ新法ヲシテ効ヲ既往ニ有タシムルハ是レ法理上然ラサルヲ得サルカ爲

メナレハナリ是レ予カ前第一第二ノ主説ヲ是認セサル理由ナリトス

○第二ノ例外(即チ法律ハ頒布以前ノ犯罪ニ及ホスヿヲ得ストノ例外)

刑法ハ既往ニ遡ルヿ得ストノ規則ニ付テノ第二ノ例外

ハ刑事訴訟法第二十二條ニ記載スルモノ是ナリ曰ク「此法津ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニモ亦之ヲ適用ス頒布以前ニ爲シタル訴訟手續、當時ノ法律ニ背カサルトキハ其效アリトス」ト

故ニ刑事訴訟法ノ規則ハ新法ノ舊法ヨリ寛ナルトキハ勿論假令ヒ其嚴ナルトト雖モ尙ホ新法ヲ以テ頒布以前ノ犯罪ヲ支配スヘキモノナリ

コレ刑事訴訟法ハ畢竟裁判所ノ管轄、訴訟手續ニ關スル規則ニ過キサレハ假令ヒ新法ヲ以テ既往ニ及ホシタリトテ決メ刑罰ノ適用ニ影響ヲ及ホスヘキモノニアラサルニ由ル

○又刑ノ執行ニ關スル手續ハ刑事訴訟法第八編第一章ニ於テ之ヲ定メタリ故ニ是レ亦右ニ講述シタル所ト同ク設令ヒ其新法ノ執行方法舊法ヨリ嚴ナルトト雖モ之ヲ既往ニ及ホスヿヲ得ヘキモノトス

○右例外云々ノ事ニ付キ或ハ刑事訴訟法ノ規則ト雖モ若シ被告人ノ爲メニ不利益ナランカ之ヲ既往ニ及ホス可ラスト論スル者アリ然リト雖モ現今一般ニ採用スル所ノ説ニ依レハ曰ク「抑々刑事訴訟法ハ唯其罪ノ有無ヲ審判センカ爲メニ設ケタル手續法ニ過キサレハ之ヲ既往ニ及ホサシムルモ被告人ハ爲メニ不利益ヲ被ムルト謂フヘニアラサレハ何レノ場合ト雖モ既往ニ遡及スヘキモナリ」ト

予モ亦此説ヲ採用セリ畢竟治罪ノ手續ハ事實ヲ得ルノ手段タルニ過キス其手段ヲ完全ナラストシテ改正スルトキハ被告人ニ利益アルモ不利益アリト云フコトヲ得ス然レモ國事犯等ノアル場合ニ於テ俄然治罪ノ規則ヲ改メ故ラニ過嚴ナル審理手續ヲ定ムルカ如キハ不適理ノ甚シキモノナレモ是レ訴訟手續法ノ既往ニ遡及スヘキモノナリトノ原則ノ不良ナルニ因ルニ非スシテ故ラニ過嚴ナル手續ヲ制定スルノ不良ナルニ因ル蓋立法者カ治罪手續ヲ改正スルハ通常從來ノ手續ニ

シテ事實ヲ得ルノ具ト爲スニ足ラス即チ不完全ナル所アルカ故ナレハ非常ノ場合ニ依テ普通ノ規則ヲ非難スヘキニ非ス

以上講説シタル所ハ則チ本條第一項ノ法律ハ既往ニ及ボス可ラストノ原則ニ對スル第二ノ例外ナリ

以下本條ヨリ生スル許多ノ問題ヲ論定ス可シ

●第一再犯加重ノ法ハ初犯舊法ノ刑ニ處セラレタルトキ雖モ之ヲ犯數ニ算入シ新法ニ依リテ本刑ニ一等ヲ加重スルヿヲ得可キカ如何(是レ本條第一項ヨリ生シタル問題ナリ)

舊法ノ刑ニ從ヒ處罰セラレタル後新法ノ犯人トナリタルトキハ再犯トシテ加重スヘキ

之ヲ加重ス可シトノ説ニ曰ク抑々再犯加重ノ性質タル最初ノ刑ニテハ犯人ヲ懲戒シ得サリシヲ以テ更ニ一等ヲ加重スルモノニシテ敢テ復ヒ初犯ノ罪ヲ處斷スルニアラサレハ決シテ原則ト牴觸スルヿナシ況ンヤ新法ノ頒布アリタリトテ固ヨリ既ニ舊法ニ依リ處斷セラレタル舊惡ヲ消滅セシムルモノニアラサレハ再犯加重ノ旨趣即チ初犯ノ刑ニテハ懲戒スルニ足ラサリシテ以テ更ニ本刑ニ一等ヲ加重スルトノ趣旨ニ依レハ舊法ノ犯人ト新法ノ犯人トヲ區別スルノ理ナキニ於テヲヤト

之ニ反スル説ニ曰ク舊法ニ於テハ固ヨリ重罪輕罪違警罪ノ區別ナク只懲役幾日禁獄何年トアルノミナレハ果シテ何レヲ重罪トナシ何レヲ輕罪ト爲スヘキカ之ヲ知ルニ由ナシ然ルニ刑法ニ於テハ其罪ノ區別ニ從ヒ加重スルモノト否ラサルモノトアリ故ニ初犯舊法ニ於テ處斷セラレタル者ナルトキハ設令ヒ再犯加重例ヲ適用セント欲スルモ到底之ヲ加重シテ可ナルモノナルカ將タ加重スヘカラサルモノナルカヲ知ルヿヲ得スト

○予ヲ以テ之ヲ觀レハ第二説ハ頗ル穩當ナラサルモノヽ如シ夫レ法律上罪ニ三種ノ區別ヲ設ケタル所以ハ必竟便宜ニ出ルヲ以テ之ヲ減シテ二種トナシ又增シテ五種トナスモ固ヨリ立法者ノ隨意タリ何ト

ナレハ是レ元來一定不動ノモノニアラサレハナリ去レハ刑ハ罪アリテ然後定マルモノトハ云ヘ𪜈寧ロ先ツ其刑ヲ見テ其罪ノ重罪タルト輕罪タルトヲ判知スルノ便宜ナルニ加カサルナリ果メ然レハ則チ舊法ノ罪ノ重罪タルト輕罪タルトヲ知ラント欲スル者ハ須ラク其刑ヲ新法ニ比較スヘキ𠃊固ヨリ當然ナリトス然リ而メ其比較方ノ如キハ予カ前ニ掲示シタル明治十四年第八十一號ノ布告ニ就テ之ヲ了知スル𠃊ヲ得ヘキナリ斯ク論シ來レハ論者或ハ曰ハン此布告タル必竟本條第二項新舊法比照方ノ爲メ制定シタルモノナルカ故ニ決メ之ヲ他ニ援用スヘカラスト其レ然リ豈ニ其レ然ラン乎假令ヒ該布告ハ本條ノ爲メニ設ケタルモノニモセヨ比照法ノ爲メナルニモセヨ兎ニ角新法ノ徒刑ハ舊法ノ何々新法ノ禁錮ハ舊法ノ何々ト互ニ相對比シタルニアラスヤ然ラハ則チ之ニ依テ舊法ノ重輕罪ニ相當スルモノヲ定ムルハ敢テ私擅ノ業ト謂フ可ラス今假リニ論者ノ言ヘルカ如ク舊法ノ刑ニ依リ到底所爲ノ重罪ニ相當スルト輕罪ニ相當スルトヲ知リ得サルモノトスレハ例ヘハ彼ノ人ヲ謀殺シタルガ爲メ舊法ニ依テ絞罪ニ處スルノ言渡ヲ受ケタル囚徒ヲ劫奪シ又ハ暴行脅迫ヲ以テ其囚徒ノ逃走ヲ助ケタル者ノ如キモ尚ホ刑法第百四十七條第二項ニ依テ處分スル𠃊ヲ得サル可ク又右同一ノ犯罪事件ノ證人トシテ裁判所ニ呼出サレタル者被告人ヲ曲庇スルカ爲メ僞證シタル時ノ如キ亦タ第二百十八條ニ依リ處分スル𠃊ヲ得サルヘシ世豈ニ此ノ如キノ法理アランヤ

且ツヤ論者ノ說ニ從ヘハ尚ホ他ニ大ナル不都合ヲ生スヘシ他ナシ舊法ニ於テモ亦新法ト同ク再犯加罪ノ法アルカ故ニ若シ新法ノ頒布ナカリセハ必ス加重セラルヘキモノナリシニ新法頒布アリタルカ爲メ加重セスシテ處分スルカ如キハ法理ノ決メ聽サヽル所ナレハナリ

○第二時効ニ關スル新法ハ既往ニ及ホス𠃊ヲ得ヘキ乎如何(コレ亦本

スル新法ハ既往ニ及ボスヲ得ルヤ

條第一項ヨリ生スル問題ナリ

此問題ヲ論決センニハ先ツ時効ノ性質及其理由ヲ説明セサルベカラズ

刑事ノ時効ニ二種アリ

公訴ノ時効

刑事ノ時効ニ二種アリ一ニ曰ク公訴ノ時効二ニ曰ク刑ノ時効是ナリ

○公訴ノ時効ハ刑事訴訟法第八條及第十一條第十二條ニ規定スル所ナリ第八條ニ記載シタル期間公訴ノ提起實行ナキトキハ公訴權消滅シテ復タ之ヲ行フヿヲ得サルモノトス其然ル所以ノ理由タル左ノ如シ

第一　犯罪ノ證憑湮滅スルニ由ル

第二　犯罪ノ反證即チ無罪ノ證憑湮滅スルニ由ル

第三　社會ニ於テ其犯罪ヲ遺忘スルニ由ル

夫レ犯罪アリテヨリ檢事ガ公訴ヲ實行スルニ至ルマテノ間許多ノ歳月ヲ經過スルトキハ其犯罪ノ證憑ハ無罪ノ證憑ト共ニ自カラ湮滅シテ復タ犯罪タリ若クハ無罪タルノ事實ヲ證明スルヿ易カラス隨テ有罪ヲ假シ無辜ヲ入ルヽノ患アランヿ加旃ナラズ犯罪ノ當時ニアリテハ情況炳然決シテ蔽フヘカラサルモノアルベシト雖モ其歳月ヲ經過スルノ久シキニ隨ヒ社會モ亦自カラ其犯罪ヲ遺忘スルニ至ランヿ社會既ニ其犯罪ヲ遺忘シタルトキハ豈ニ復タ之ヲ罰スルノ必要アランヤ是レ公訴權ニ時効ノ設ケアル所以ナリトス

又此公訴ノ時効ニ關スル規則タル刑事訴訟法ニ於テ規定シタル所ニ係ル而ノ刑事訴訟法ノ規則ニ既往ニ及フヘキモノナルヿハ予既ニ之ヲ講説シタリ(刑訴第二十二條、此法律云々)

刑ノ時効

○刑ノ時効ハ本法第五十八條及ヒ第五十九條ニ規定スル所ナリ即チ刑ノ言渡ヲ受ケル者其刑ノ執行ヲ遁レテ第五十九條ニ掲ケタル期間ヲ經過シタル時ハ時効ニ依テ其刑ノ執行ヲ免カルヽ者ナリ蓋此時効ハ彼ノ公訴ノ時効トハ自カラ其趣旨ヲ異ニス何トナレバ公訴ノ時効ハ公訴ノ實行ナクシテ若干時間ノ經過スルニ因テ生スルモノナルモ

之ニ反シテ刑ノ時効ハ判決確定ノ後若干時間ノ經過スルニ由テ生スルモノナレハナリ故ニカノ公訴ノ時効ニ關スル第一第二ノ理由ヲ茲ニ援用スルヿヲ得ス唯タ其第三ノ理由ノミ茲ニ援用スルヿヲ得而ノ尙ホ他ニ理由アリ即チ犯罪ノ事跡久シク世ニ埋沒シテ將ニ消散セントスルニ方リ刑ノ執行ニ依テ再ヒ之ヲ世上ニ流布スルカ如キハ啻ニ用刑ノ主義ニ反スル而已ナラス凡ソ犯人許多ノ歳月間其縱跡ヲ隱蔽スレハ其間跼蹐窘苦必スヤ深ク自カラ先非ヲ後悔シ改悟遷善ノ實アリテ又用刑ノ必要ナキニ至リタルモノト推測スヘキヿ是ナリ

公訴ノ時効及ヒ刑ノ時効ノ規則ハ之ヲ既往ニ及ホスヲ得ヘキ乎公訴ノ時効ニ關シ明治十五年五月廿五日上田始審裁判所長ノ伺ニ對シ當時ノ司法卿ハ指令シテ曰ク「期滿免除ノ期限ハ犯罪ノ日ヨリ起算スト雖ヒ新法實施以前ノ犯罪ニ以テハ明治十四年十二月卅一日迄ハ其期限ヲ中斷シタルト同一ノモノトス但シ前後通算ノ法ハ治罪法第十四條第二項但書ノ通タルヘシ」ト此指令ニ依レハ舊法ノ時ニ係ル犯罪ト雖ヒ新法ヲ適用スヘキモノトシタルヤ明ナリ

此指令ハ一ハラ公訴ノ時効ニ關シテ爲シタルモノナリト雖ヒ齊シク之ヲ刑ノ時効ニ適用スルモノトノ趣旨ナルヘシト考ヘラルヽナリ但シ茲ニ注意スヘキハ該指令ハ素ト舊法ヨリ新法ニ轉移スル時ノ事ノミニ關シテ爲シタルモノナレハ特リ之ヲ將來ニ援引スルヿヲ得サルノミナラス凡ソ指令ハ其伺ニ對シ唯タ法律ノ解釋ヲ訓令シタルニ過キサレハ決シテ法律ニ等シキ効アルモノニアラサルヿ及ヒ此指令ハ時間ノ經過ニ基ク公衆ノ遺忘ヲ以テ設定ノ主タル原由トスル時効ノ趣旨ニ背反スルヿ是ナリ

○右二種ノ時効ニ付キ新法ノ規定スル所舊法ヨリ長期ナルトキハ毫モ疑ナシト雖ヒ其期間ヲ短縮シタルトキ之ヲ既往ニ溯ラシムルヲ得ルヤ否ニ付テハ佛國及ヒ我國ノ學者ノ所說一定セサルナリ予ノ信スル所

ハ即チ左ノ如シ

公訴ノ時効ハ新法ヲ以テ其期間ヲ伸縮シタルニ拘ハラス齊シク之ヲ舊時ノ犯罪ニ適用スルヿヲ得ヘシ蓋シ其理由タル舊法ニ於テ或犯罪ニ付キ十年ヲ經過スルトキハ公訴ノ時効ヲ得ヘシト規定シテ既ニ十年ヲ經過スルトキハ法律ノ推測ヲ以テ最早審理幷ニ辯護ノ材料ヲ欠失シタルヘシ又公衆ハ既ニ被告事件ノ犯罪ヲ遺忘シタルヘシト做スト雖モ若シ新法ニ於テ其期間ヲ伸長シテ十五年ト改定シタリトセン乎立法者ハ苟モ十五年ノ期間ヲ經過スルニアラサレハ公衆ハ未タ犯罪ヲ遺忘セサルノミナラス犯罪有無ノ證蹤未タ堙滅セサルモノトシテ舊法ヲ改正シタルモノナレハ新法ノ期間經過スルニ非サレハ公訴ノ時効ニ羅ラサルヿ固ヨリ論ヲ竢タス蓋法律ニ定ムル期間ノ經過シテ時効ヲ得タルトキニ非サレハ被告人ハ既得權ヲ得タル者ト謂フヲ得サルナリ

刑ノ時効ニ付テモ亦タ同一ノ理由ニ基テ論定スルヿヲ得ヘシ畢竟期間ハ立法者ノ思料ニ依テ定ムルモノニシテ時勢ノ必要ニ從ヒ之ヲ伸縮スルヿヲ得ルハ蓋シ言ヲ竢タス去レハ舊法ノ當時ニアリテハ則チ廿年ヲ經過スレハ公衆ノ遺忘ヲ來スヘシト思料シタルモ新法制定ノトキニ方リ若シ立法者ニ於テ廿五年ヲ經過スルニアラサレハ公衆ノ遺忘スルヿナシト思料シタルトキハ之ヲ二十五年ニ伸長スルヿ固ヨリ其權利ナリ其期間ニ伸長スルニ方リ舊法ノ下ニ在テ犯シタル罪ニ付キ未タ舊法ノ時効ヲ得サル被告人ハ新法ニ從ヒ時効ヲ得タルトキニ非サレハ既得權ヲ得タルモノニ非ス

要スルニ公訴ノ時効及ヒ刑ノ時効ハ其期間ノ經過ニ依テ始メテ被告人又ハ犯罪者ニ公訴ヲ受クヘカラサルノ既得權又ハ刑ノ執行ヲ受クヘカラサルノ既得權ヲ得セシムルノミ其期間ノ進行中ハ只タ公訴ヲ受ケサルノ冀望又ハ刑ノ執行ヲ受ケサルノ冀望アルニ過キサル者ト

謂フヘキナリ是レ其既往ニ及ホスヿヲ得ル所以ナリ

以上第三條第一項(法律ハ既往ニ及ハス)ノ原則ヨリ生スル問題ヲ講了シタレハ是ヨリ同條第二項ヨリ生スル新舊二法比照例ニ關スル問題ヲ論定セントス

新舊二法ノ下ニ在テ生シタル數罪俱發シタルトキハ如何ニ之ヲ比照スヘキカ

○第一　數罪俱發シタルトキハ如何ニ之ヲ比照スヘキ乎例ハ舊法ノ時ニアリテ官ノ文書ヲ詐爲(即チ僞造)シ後チ又賍金百二十圓以上ノ竊盜ヲ犯シタリトセン舊法ニ在テハ官文書詐爲ノ罪ハ懲役三年ニ該リ竊盜ハ懲役十年ニ該ル而シテ其發覺タルヤ新法實施後ニアルヲ以テ之ヲ新法ニ照スニ官文書僞造(即チ詐爲)罪ハ輕懲役(六年以上八年以下)ニ竊盜罪ハ其金額ノ多寡ヲ問ハス重禁錮(二月以上四年以下)ニ該ル此場合ニ於テハ新舊何レノ法ヲ適用スキ歟

第一說

第一說ニ曰ク本條第二項ノ主義ニ從ヘハ新法ノ寛ナルトキハ凡テ之ヲ既往ニ及ホスヿヲ得可ク而シテ數罪俱發シタルトキハ一ノ重キニ從テ處斷ス可キモノナリ故ニ一罪毎トニ其刑ヲ比照シ先ツ二箇ノ輕キモノヲ得而シテ更ニ此輕キ二罪ヲ比照シ其重キモノニ從テ處斷スヘシ前例ニ就テ之ヲ言ハンニ官文書僞造罪ハ舊法輕キニ因リ舊法ニ從ヒ竊盜罪ハ新法輕キニ因テ新法ニ從ヒ此輕キ二箇ノ刑即チ舊法ノ懲役三年ト新法ノ重禁錮二月以上四年以下トヲ比照シ一ノ重キ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處スヘキモノナリトス苟モ然ラスシテ第二說ニ從フモノトスレハ畢竟罪質ノ異ナルモノ即チ官文僞造ノ罪ト竊盜ノ罪トヲ比照スルノ不都合アレハナリト

第二說

茲ニ注意スヘキハ右ノ例ニ於テ重禁錮二月以上四年以下ヲ以テ懲役三年ヨリ重シト爲ス所以ハ最長期即チ重禁錮四年ニ至リ得ヘキヲ以テナリ

第二說ハ予ノ主張スル所ナリ即チ舊法ノ罪ハ舊法ノ罪ト比照シ新法ノ罪ハ新法ノ罪ト比照シ而シテ更ニ舊法ノ最モ重キモノト新法ノ最モ

重キモノトヲ比照シ其輕キモノニ從テ處斷ス故ニ前例ニ就テ之ヲ言ハンニ舊法ニ在テハ竊盜ノ罪ハ官文書僞造ノ罪ヨリ重シ新法ニ在テハ官文書僞造ノ罪ハ竊盜ノ罪ヨリ重シ故ニ各重キ罪即チ舊法ノ窃盜罪ノ刑ト新法ノ官文書僞造罪ノ刑トヲ比照シ其輕キ官文書僞造ノ罪即チ輕懲役ニ處スヘキモノトス

其然ル所以ヲ述ヘンニ抑々刑法第三條第二項ノ設ケタル倘シ新法重キモノタランヲ犯罪アリタル以後ニ制定シタル重刑ニ處スルハ不正ナリ新法輕キモノタランヲ舊法ノ重刑ハ社會ノ秩序ヲ維持スルニ必要ナラスト認メタルモノナルニ仍ホ舊法ノ重刑ニ處スルハ是レ亦不正タルヲ免レストスルノ趣旨ニ出ツ然レハ本問題ノ場合ニ於テハ新舊ノ二法ニ付キ各々俱發ノ數罪ニ該當スル刑ヲ比照シ更ニ重キ刑ト重キ刑トヲ比照シ其輕キニ從テ處斷スヘキナリ若シ第一說ニ從フ時ハ第三條第二項ハ被告人ニ不法ノ利益ヲ與ヘ法律ノ精神ニ反スルモノト謂ハサルヲ得ス何トナレハ舊法ノミニ依ラン乎一ノ重キ竊盜罪ノ刑即チ懲役十年ニ該ル又新法ノミニ依ラン乎一ノ重キ官文書僞造ノ罪即チ輕懲役六年以上八年以下ニ該ルモノナリ然ルヲ第一說ニ依レハ僅々重禁錮若干ノ刑ヲ受ケシムルニ過キス夫レ如此ナレハ單ニ舊法ヲ以テスルモ輕キニ失シタルモノナリ又單ニ新法ヲ以テスルモ亦タ輕キニ失シタルモノナリ是レ二罪俱發以重論條又ハ數罪俱發例ノ趣旨ニ背クモノニアラスシテ何ソ

第三條第二項ト刑事訴訟法第六條第四號トハ矛盾セサルカ

○第二　人アリ問フテ曰ク第三條第二項ニハ未タ判決ヲ經サル者ハ新舊ノ法ヲ比照シ云々ト云ヒ又刑事訴訟法第六條第四項ニ於テハ犯罪ノ後頒布シタル法律ニ因リ其刑ノ廢止トアリテ即チ公訴消滅ノ一原由トナシタリ然レハ則チ二者互ニ相矛盾スル者ニ似タリ何トナレハ新法實施ト同時ニ舊法ヲ廢止スルヲ以テ刑事訴訟法ニ依リ公訴消滅シタリトセン乎刑法ノ新舊比照ノアルヘキ筈ナシ刑法ニ依リ新舊

法ヲ比照スルトセン乎コレ公訴ノ消滅後仍ホ公訴ヲ實行スルヲ得ルノ理ナリ故ニ二者必ス其一ヲ刪除セサル可ラサル者ノ如シ如何ト

曰ク二者決シテ矛盾スルモノニアラス抑々刑法ニ於テ新舊法比照云々ト云ヘルモノハ舊法ヲ廢止シタル場合ニアラズ則チ改定シタル場合ニ就テ云ヘルモノナレハ二者自カラ其性質ヲ異ニセリ故ニ相矛盾シタルモノト云フヲ得ス刑事訴訟法第六條第四ニ云ヘル其刑ノ廢止トハ即チ新法ニ於テ其所爲ヲ罪ト爲サヽルヲ云フ故ニ其刑名ノ如何ヲ問ハス又其重罪ヲ輕罪ト改メ輕罪ヲ重罪トナシタルトニ關ハラス新法ニ於テ其所爲ヲ罪トシタル時ヲ指サスシテ罪ト爲サヽルトヲ云フ刑法第二條第二項ニ云ヘルモノハ之レニ異ナリ乃チ其新舊二法共ニ罪視シタル所爲ニ就テ規定シタルモノナルカ故ニ其間自カラ涇渭ノ別アルナリ

新舊二法

○第三　舊法ノ下ニ在テ人ヲ擅ニ自家ニ監禁シ繼續シテ新法實施ノ後其所爲ノ發覺シタルトキハ如何ン舊法ニ依ラン乎將タ新法ニ依ラン乎抑モ亦新舊二法ヲ比照シテ處斷スヘキ乎

右監禁罪ノ如キハ學者ノ所謂繼續犯ナルカ故ニ其新舊二法ノ輕重如何ニ拘ハラス其發覺ノ時ノ法律即チ新法ニ依リ處斷スヘキモノトスコレ其所爲ノ最終期ハ新法實施後ニ係ルニ由ル

ノ下ニ涉リタル繼續犯ニ付テモ二法ヲ比照シテ處斷スヘキモノカ

○第四　舊法ノ下ニ於ケル犯罪ヲ新法實施ノ後自首シタルトキハ如何此場合ニ於テハ先ツ明治十四年第八十一號布告第十二條ニ依リ新法及ヒ舊法ニ從ヒ各自首ノ廉ヲ以テ本刑ヲ減輕シ其減輕シタル二刑ヲ比照シテ輕キニ從ヒ處斷スヘキナリ

舊法ノ下ニ於ケル犯罪ヲ新法ノ下ニテ自首シタルトキハ如何

○第五　罪ヲ犯シタルヨリ判決ニ至ルマテ再タヒ法律ノ改正アリタルトキハ何レノ法律ニ依テ處斷スヘキ乎例ヘハ舊法ノ下ニ在テ人ヲ故殺セリ之ヲ當時ノ法律ニ照セハ則チ死刑ニ該ル而シテ其審理中新法ヲ以テ故殺犯ノ刑ヲ有期徒刑ト改メ未タ幾クナラサルニ更ニ新法ヲ

犯罪ノ時ヨリ判決ニ至ルマテ再タヒ法律ノ改正アリタルトキハ何

レノ法律ニ從ヒ處斷スヘキカ

發シテ人ヲ故殺スル者ハ無期徒刑ニ處スト定メタル時ノ如キ是ナリ論者或ハ曰ク此場合ニ於テハ通常ノ比照法ニ從ヒ舊法ト新法トヲ比照スヘシ中間法ト比照ス可ラス故ニ中間法ハ其重キト輕キトニ於テ毫モ關係ナキモノナリ其然ル所以ハ他ナシ抑々新舊比照ノ規則タル新法ノ輕キハ舊法ノ重刑ヲ正當ナラスト認メタルニ由ル又新法重キ𪜈輕キ舊法ニ從フハ犯後頒布シタル重刑ニ處スルハ恰モ令セスシテ刑スルト殆ト同樣ノ不都合アルニ由ル然リ而メ前例示ノ場合ノ如キハ犯罪當時ノ法律ハ即チ舊法ナリ故ニ犯罪人ニ於テ假令處罰セラルルモ輕キ中間法ニ依テ處罰セラルヘシト思料シテ罪ヲ犯シタリト云フ𪜈ヲ得ス又判決當時ノ法律ハ則チ新法ナリ新法ハ中間法ニ比シテ重シト雖𪜈舊法ニ比スレハ則チ輕シ新法ノ制定者ハ舊法ト中間法トハ等シク社會ノ必要ニ適セサル不當ノモノナリト認メタルナリ苟モ不當ノ法律ナランカ之ヲ適用スルノ理ナキヤ論ヲ俟タサルナリト予ハ此說ニ荷担スルヲ得ス何トナレハ此說ヲ爲ス者ハ前例示ノ如キ場合ニ於テ中間法ト比照セサルモ被告人ノ權利ヲ害セスト云フヘク𪜈是レ誤レリ又酷ナリト謂フヘシ何トナレハ裁判ノ遲滯セサルニ於テハ被告人ニ中間法ニ從テ處罰セラルヽヲ得タルナルヘシ然ルニ裁判ノ遲滯ハ被告人ノ爲メニ損害トナルヘキモノニアラス從テ被告人ハ最モ寬大ナル刑ヲ科セラルヽノ權アル者ト云ハサルヲ得サレハ也

以上掲出シタル問題ハ何レモ未タ判決ヲ經サル者ニ係ル其既ニ裁判確定シテ現ニ刑期執行中輕キ新法ノ頒布セラレタル𪜈ハ如何例ヘハ新法ヲ以テ舊法ヲ減輕シ又ハ全ク廢刑シタル𪜈ノ如キ是ナリ

夫レ確定裁判ノ決シテ動カスヘカラサルヿハ千古ノ原則ナリト雖𪜈我刑法草案第六十八條第四項ニ於テハ一旦確定シタル裁判ナリト雖𪜈若シ新法ヲ以テ舊法ノ刑ヲ減輕シ若クハ廢止シタル𪜈ハ則チ其既

決囚ノ刑ヲ減輕シ若シクハ放免スルヲ得ルノ例外ヲ掲ケタリ予ハ此法ヲ以テ實ニ法理ニ適スルモノナリト思考ス何トナレハ舊法ニ於テ或ル所爲ヲ罪トシタルハ則チ當時之ヲ正當ナリトシタルニ由ルヿ勿論ナリト雖ヒ而カモ新法ヲ以テ之ヲ減輕シ若クハ廢止シタルニ依テ之ヲ視レハ既ニ社會ノ秩序ヲ維持スルニ必要ナラサル不當ノ者ト爲シタルニ由ルヤ論ヲ俟タス其レ然リ然ラハ則チ徒ニ確定裁判ノ故ヲ以テ依然其不當ナル刑ヲ執行スルノ理アル可ケンヤ然リト雖ヒ今ヤ我刑法ハ該草案ノ趣旨ヲ採用セサリシヲ以テカノ特赦大赦ニ依ルノ外復タ匡正スルニ由ナカルヘシ

以上法律ハ既往ニ及ハサルノ原則及ヒ其例外幷ニ之ニ關スル規定ヨリ生スル諸多ノ問題ヲ講了シタリ

第四欵　刑法ノ及フヘキ地及ヒ人ヲ論ス

刑法ハ屬地法ナルヤ將タ屬人法ナルヤ

○夫レ刑法ハ地ニ屬スル乎將タ人ニ屬スル乎更ニ之ニ詳言スレハ刑法ハ犯者ノ民籍ノ何レノ國ニ屬スルヲ論セス本邦ニ於テ犯シタル總テノ罪ニ及フヘキモ外國ニ於テ之ヲ犯シタル所爲ニ及ハサル乎否ヤ其犯ス所ノ地ハ本邦ト外國トノ區別ナク凡ソ本邦人民ニシテ罪ヲ犯シタル者ニ及フヘキモ他ノ國民ニシテ之ヲ犯シタル者ニ及ハサル乎否ヤ

此問題ハ歐洲ニ於テ論議久シク決セサリシ所ナリ而ソ我刑法草案ニ於テハ其第四條乃至第八條ヲ以テ之ヲ規定シタリ今其全文ヲ左ニ掲出スヘシ

第四條　日本人外國ニ在テ日本國ノ安寧ニ關シ又ハ日本ノ貨幣及ヒ貨幣ニ代用スル銀行ノ證券ヲ僞造變造シ若クハ國璽官印記號極印ヲ僞造スル重罪輕罪ヲ犯シタル者ハ日本ノ法律ニ依テ處斷ス

若シ其罪ヲ犯シタル外國ニ於テ已ニ確定ノ裁判ヲ受ケタル者ハ

再ヒ之ヲ裁判スルヿナシ

第五條　日本人外國ニ在テ前條ニ記載シタル以外ノ重罪輕罪ヲ犯シタルトキハ左ノ條件ノ具備スルニ非サレハ日本ノ法律ニ依テ處斷スルヿヲ得ス

一　罪ヲ犯シタル國ニ於テ未タ確定ノ裁判ヲ受ケサル時

二　犯人日本國ニ歸來リ又ハ外國政府ヨリ引渡サレタル時

三　日本國ノ法律及ヒ罪ヲ犯シタル國ノ法律ニ照シテ重罪輕罪トナル時

四　被害者又ハ外國政府ヨリ日本政府ニ告訴又ハ告發ヲ爲シタル時

五　罪ヲ犯シタル國ニ於テ大赦ヲ受ケザル時

六　罪ヲ犯シタル國ノ法律ニ照シ公訴ノ時効ヲ經サル時

第六條　日本人ハ外國政府ヨリ處刑ノ爲メニ引渡ヲ求ムルト雖モ

之ヲ引渡サス

第七條　外國人日本管内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ハ日本ノ法律ニ依テ處斷ス

第八條　外國人外國ニ在テ日本國ニ對シ第四條ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者外國ニ於テ確定ノ裁判ヲ受ケスシテ日本國ニ來ル時ハ日本ノ法律ニ依テ處斷ス

是ニ由テ之ヲ觀レハ草案ノ趣旨タルヤ刑法ハ地ト人トニ兼テ屬スルモノトシタルナリ何ソヤ内地ニ在テ犯シタル犯罪ハ外國人ノ犯シタル所ニ係ルト雖モ亦之ヲ管ス故ニ之ヲ地ニ屬スト云フ又本邦人ノ外國ニ於テ犯シタルモノニ係ルト雖モ之ヲ管ス故ニ之ヲ人ニ屬スト云フ加之ナラス第四條ニ記載シタル犯罪ニ係ル時ハ其地本邦ニアラス其人亦本邦人ニアラスト雖モ尚ホ之ヲ管スルモノトナシタリ

然リト雖モ今ヤ刑法ニ於テハ草案ニ存スルカ如キ規定ナシ唯刑事訴

リトノ一端ヲ知リ得ヘキ明條ナキヤ

訟法第二十九條ニ於テ唯タ纔カニ其一端ヲ窺フヿヲ得ルノミ曰ク「外國ニ在テ犯シタル罪本邦ノ法律ニ依リ處斷スヘキモノニシテ內地ニ於テ被告人ヲ逮捕シタルトキハ逮捕ノ地ノ裁判所ヲ以テ其管轄ナリトス云々闕席判決ヲ爲ス可キ場合ニ於テハ被告人最後ノ住所ノ地ノ裁判所ヲ以テ其管轄ナリトス」ト是レ單ニ裁判所ノ管轄ヲ定メタルニ過キスト雖モ其法文ヲ翫味スレハ我刑法ハ人ニ屬シ又地ニ屬ストノ旨趣タルヲ推知シ得ヘキナリ尤モ此外國ニ在テ犯シタル罪本邦ノ法律ニ依リ處斷スヘキモノトハ如何ナル罪ヲ指シタル乎是レ甚タ知リ易カラサル所ナリ

○佛國ニ於テハ刑法ハ地ニ屬スルトノ說頗ル勢力ヲ占メ敢テ異議ヲ容ルヽ者ナキカ如シ蓋シ其然ル所以ハ同民法前置規則第三條ニ於テ規定シタルカ如ク苟モ一國ノ安寧警察ニ關スル法律ハ民籍ノ內國ニアルト外國ニアルトヲ問ハス咸ナ之ヲ支配スヘキヿ固ヨリ至當ノ道理ナレハナリ若夫レ外國人ノ內國ニ在テ安寧警察ニ關スル法律ヲ犯シタルニ之ヲ罰スルヿヲ得ストスレハ一國ノ主權何ニ依テ揮揮スルヲ得ン國ノ秩序安寧何ニ賴テ維持スルヲ得ン且ツヤ外國人ノ內國ニ在リテ能ク安全ヲ保ツ所以ノ者ハ何ソヤ法律ノ保護アルニ非スンハ奚ソ能ク其然ルヲ得ンヤ然ラハ則チ獨リ其保護ノ利ヲ享ケテ之ヲ遵守スルノ義務ナクンヤ可ナランヤ是レ安寧警察ニ關スル法律ハ內國人ト外國人トヲ問ハス等シク之ニ服從スヘキ所以ナリ而メ刑法ハ安寧警察ニ關スル法律ノ最モ顯著ナル者ナレハ其國領內ノ犯罪ヲ管スヘキヤ更ニ論ヲ俟タサル所ナリト所謂國領內トハ如何左ニ示ス者是也

國領內トハ何ソ

一　內地及ヒ外國ニ在ル所領地

二　沿海

沿海トハ其沿岸ヨリ砲彈ノ達スル所マテヲ云フコレ即チ其國ノ所領ト看做スヘキモノナリ

三　軍艦及ヒ商船

但シ商船ニ付テハ或ル條件ノ附スヘキモノアリ

四　平時或ハ戰時ニ際シ自國軍隊ノ占領シタル土地

以上四者ハ其國ノ領地ヲ成スヲ以テ此等ノ地ニ於テ犯シタル所爲ハ自國ノ刑法ノ管スヘキモノトス

但シ此規則ニ付テハ左ノ例外アリ

國領内ニ於ケル犯罪ト雖モ管スルヲ得サル例外ノ場合

第一　外國軍艦内ノ犯罪ハ假令ヒ内國ノ港内ニアル時ト雖ヒ内國法ノ毫モ管スルヿヲ得サルモノトス

又商船内ノ犯罪ト雖ヒ苟モ内國警察ノ援助ヲ乞フニ非サレハ決シテ之レニ干渉スルヿヲ得ス但シ犯罪ノ爲メニ其港内ヲ騷擾スルカ若クハ内國人ノ其犯罪ニ加ハリタルトキハ格別ナリトス

第二　治外法權ヲ有スル國人ニ對シテハ國内ニ於ケル犯罪ト雖トモ内國法ヲ適用スルヿヲ得ス是レ東洋諸國ニ於テ現ニ行ハルヽ所ニシテ識者ノ夙ニ非難スル所ナリ

第三　外國使節ニ對シテハ内國ニ於ケル犯罪ト雖ヒ内國法ヲ適用スルヿヲ得ス其然ル所以ノモノ他ナシ仰モ公使ハ其本國ノ主權ヲ代表シ内國ニ駐在シテ外交上ノ公事ニ鞅掌スル者ナレハ必ス安全獨立ノ特權ヲ有セサルヘカラス苟クモ其駐在スル國ノ裁判ノ下ニ立タン乎何ヲ以テ自國ノ主權ヲ代表シテ獨立スルヲ得ン唯リ然ルノミナラス果シテ其裁判ノ下ニ立ツヿハ或ハ證憑蒐集ノ爲メ駐劄國ノ裁判官ハ其公使館ニ立入リ諸多ノ秘書ヲ開發シ爲メニ外交ノ機密ヲ摘發スルノ止ム可ラサルニ至ラン豈其本國ノ主權ヲ保持スル者ト謂フヲ得ンヤ是レ此例外アル所以ナリ但シ公使ト雖ヒ其自國ニ於テ法律ニ依リ相當ノ處分ヲ受クヘキヤ論ヲ俟タサルヘシ

外國公使

○公使ノ特權ニ付キ或ハ說ヲ爲シテ曰ク抑モ此特權ハ公使其人ニ屬

ノ特權ハ公使其人ニ屬スルカ將タ公使館ニ屬スルカ

スル者ニアラスシテ則チ公使館ニ屬スル者ナリト

此說タル古來學者ノ唱道スル所ニシテ即チ公使館ハ國權ヲ代表スル所ノ官衙ナレハ其外國ニアルニ拘ラス之ヲ本國內地ノ一部ト看做スヘシト云ヘル主旨ニ基クモノナリト雖ヒ此說タル決シテ當ヲ得タルモノト謂フ可ラス抑々特權ハ公使其人ニ屬スルモノニシテ決シテ公使館ニ屬スルモノニ非サルナリ今マ實例アリ之ヲ左ニ示サン

千八百六十七年一人ノ露國人アリ佛國駐劄露國公使館ニ到リ赤貧ヲ訴ヘテ救助ヲ求ム館吏拒ンテ容レス貧人怫然トメ怒リ直ニ劍ヲ拔テ館吏ヲ斫ル一館爲メニ騷然走テ救ヲ佛國警察ニ求メ漸クニシテ犯人ヲ逮捕スルヿヲ得タリ於是露國ハ自國ノ法律ヲ以テ犯人ヲ處罰セントス佛國政府ハ之ヲ肯セスシテ曰ク凡ソ特權ハ公使館ニ屬スル者ニアラス开モ犯人ハ佛國內地ノ犯人ニ係ルヲ以テ露國政府ノ干涉シ得ヘキ所ニアラスト露國遂ニ强ユルヿ能ハサリキコレ特權ノ公使館ニ屬セサルヲ以テナリ

公使ニ對シテハ如何ナル處分ヲモ爲スヲ得サルヤ

是ニ由テ之ヲ視ルモ特權ノ公使ノ身躰ニ屬シテ公使館ニ屬セサルヤ見ルヘキナリ但シ公使ノ妻孥ハ亦同一ノ特權ヲ有スル者トス

公使ノ特權タル以上說述シタルカ如シト雖ヒ是レ必シモ無限ノモノニアラス故ニ若シ公使ニ於テ駐劄國ノ秩序安寧ヲ損壞シ若クハ紊亂セントスルカ如キ隱謀ノ實迹アルトキハ勿論縱令ヒ人民一己ノ安全ニ關スル場合ト雖モ其本國ニ照會シテ之ヲ召還セシムルカ、止ムナクンハ之ヲ國境外ニ立退カシムルヲ得ヘシコレ所謂正當防衞ノ權ヲ揮揮スルモノニシテ復タ國際公法ノ是認スル所ナリ

領事ハ如何

領事ハ公使ト同視スヘキモノニアラス何トナレハ領事ノ職タル專ハラ自國人民ノ外國ニ在留スル者ノ爲メニ商事上ノ便益ヲ計リ若クハ其本國政府ニ商事上ノ報告ヲ爲ス等ノ一ノミニシテ敢テ政權ヲ代表スル者ニ非サレハナリ但シ領事ハ各國必シモ其職掌及ヒ取扱ヲ同フ

セス此ハ畢竟餘事ニ關スルヲ以テ復タ玆ニ贅セス

○刑法ハ地ニ屬スルモノナル「即チ其國ノ領内ニ在テ犯シタル所爲ハ其犯人ノ内國人タルト外國人タルトニ論ナク均ク之ヲ管スヘキモノナル」ハ予前段ニ於テ既ニ之ヲ説ケリ今ヤ刑法ハ如何ナル人ヲ管スルモノナルヤヲ左ニ説示セン

刑法ハ一國ノ秩序ヲ維持シ安寧ヲ保全センカ爲メニ制定セラレタルモノナルカ故ニ凡ソ國民ハ其保護ヲ得ルノ權利ト共ニ之ヲ遵奉スルノ義務アルモノトス故ニ内國人ノ外國ニ在テ犯シタル所爲ト雖モ仍ホ本國ノ刑法ヲ以テ之ヲ支配セサル可ラス何トナレハ其外國ニ在リテ犯シタル所爲ト雖モ内國ノ命令ニ背戻シタル點ニ於テハ内國ニ在リテ犯シタルモノト毫モ異ナラサレハナリ佛國民法第三條末項ニ曰ク「人ノ身分及ヒ權利ニ關スル法律ハ外國ニ居住スルニ關セス各佛蘭西人ヲ支配ス可シ」トコレ民法ノ規定ニ係ルト雖モ刑法モ亦タ之ト同シク内國人ノ外國ニ在テ罪ヲ犯シタル者ニ及ホスモノトセサル可ラス然ラサレハ現ニ内國ノ法律即チ命令ニ違犯スル者アルモ其外國ニアルノ故ヲ以テ之ヲ不問ニ置カサルヲ得サルニ至ラン是豈ニ國法ノ力ヲシテ微弱ナラシムルモノニアラスヤ但シ國外ニ在テ犯シタル者ヲ罰スルニ付テハ佛法ノ規定スル所ニ依レハ多少ノ條件ナキニアラサルナリ

之ヲ要スルニ刑法ハ亦タ人ニ屬スルモノトス何トナレハ内國人民ハ其内國ニ在テ犯シタルト外國ニ在テ犯シタルトニ論ナク内國ノ法律ヲ適用スルヲ原則トスレハアリ

○佛國刑法ハ地ト人トニ兼テ屬スルトノ「ハ予既ニ之ヲ述タリコレ其治罪法第五條乃至第七條ニ規定スル所ニシテ即チ千八百六十六年ノ改正ニ係ル今マ之ヲ掲出セン

第五條　佛蘭西領地外ニテ佛蘭西法律ノ罰セル重罪ノ犯人ト爲リ

タル各佛蘭西人ハ佛蘭西ニ於テ追訴セラレ且裁判セラルヽヲ得」
佛蘭西領地外ニテ佛蘭西法律ニ於テ輕罪ナリト定メタル所爲ノ
犯人ト爲リタル各佛蘭西人ハ其所爲ニシテ生シタル國ノ法律ニ
於テ罰セラルヽ者ナルニ於テハ佛蘭西ニ於テ追訴セラレ且裁判
セラルヽヲ得然レ𪜈重罪ト輕罪トヲ問ハス被告人カ既ニ外國ニ
於テ確定裁判ヲ受ケタルヿヲ證スルトキハ更ニ訴追スルヿナシ」
佛蘭西又ハ外國ノ人ニ對シ輕罪ノ犯サレタル場合ニ於テハ檢察
官ノ要求アルニ非サレハ訴追スルヲ得ス其訴追ハ豫メ被害者ノ
告訴又ハ罪ノ生シタル國ノ官廳ヨリ佛蘭西ノ官廳ニ公然ノ告發
アルヲ要ス

第七條ニ記スル重罪ニ非サルヨリハ佛蘭西ニ被告人ノ復歸セサ
ル間ハ訴追スルヿナシ

第六條　訴追ハ被告人所在ノ地又ハ其發覺セラレタル地ノ檢察官

ノ要求ニ因テ爲サル可シ

然レ𪜈大審院ハ檢察官又ハ當事者ノ申立ニ因リ重罪又ハ輕罪ノ
生シタル地ト更ニ接近シタル裁判所ニ被告事件ヲ移送スルヿヲ
得

第七條　佛蘭西領地外ニテ國ノ安寧ヲ害スル重罪又ハ國璽或ハ通
用貨幣及ヒ紙幣法律ノ允許スル銀行手形ノ僞造罪ノ本犯又ハ從
犯トシテ犯人ト爲リタル各外國人ハ佛蘭西ニテ逮捕セラレ又ハ
政府カ其引渡ヲ得タルニ於テハ佛蘭西法律ノ規定ニ從ヒ訴追セ
ラレ且裁判セラルヽヲ得

右ノ如ク改正シタリト雖𪜈其以前ニ在テハ佛國人ノ外國ニ於テ犯シ
タル者ヲ處斷スルニ付キ左ノ制限アリタリ

一　佛國人ノ外國ニ在テ犯シタル罪ハ其被害者佛國人ニアラサ
レハ之ヲ審理セス

二　被害者若クハ其親族ノ告訴アルニ非サレハ其罪ヲ審理セス

然ルニ此制限アリタルカ爲メ頗ル公正ヲ失スルノ結果ヲ生セリ例ヘハ第一制限アリタルカ爲メ佛國人ノ外國ニ在リテ外國人ヲ殺害シ自國ニ逃レ歸リタル時ノ如キ佛國人ハ皆ナ其兇惡者タルヿヲ知テ畏怖自カラ堵ニ安ンセサルノ懷ヒアルヿト雖モ仍ホ其罪ヲ問フヿ能ハサルノ弊アリ又第二ノ制限アリタルカ爲メ犯人ハ被害者若クハ其親族ニ賄遺シテ其罪ヲ遁レ爲メニ犯人ニシテ富者ナレハ刑罰ヲ遁レ貧人ナレハ處罰セラルヽノ不公平ヲ生スル等其弊勝テ數フヘカラサルモノアリキ是ヲ以テ千八百五十二年政府ハ大學教師オルトラン氏ニ命シテ改正案ヲ起稿セシメ是等ノ弊害ヲ擧テ苅除セントシ其稿既ニ成テ代議士院ノ可決スル所トナリタリト雖ヒ元老院ノ會議ニ於テ遂ニ否決セラレ頒布セラルヽニ至ラサリシ降テ千八百六十六年ニ至リ漸ク前揭ノ改正ヲ見ルヿヲ得テ始テ舊弊ヲ洗滌スルヿヲ得タリ

此改正ニ付キ社會刑罰權ノ主義ヲ異ニスル者ノ間ニ於テ交々議論ヲ生シタリト雖ヒ結局此改正法ハ折衷主義ニ基クルモノト論定セサルヲ得ス其一端ヲ證スレハ第五條第二項ニ佛國人外國ニ在テ輕罪ヲ犯シタルヿト雖モ其外國ノ法律ニ於テモ亦同ク之ヲ輕罪トナス所爲ニアラサレハ之ヲ罰セスト規定シタル趣旨ニ因テ明ナリ何トナレハ凡ソ甲國之ヲ罰シ乙國之ヲ罰セサルカ如キ所爲ハ必シモ道德ト公益トニ背反セサルモノナリトノ趣旨ニ外ナラサルヘケレハナリ

命令ノ說ニ基テ之ヲ論スルヿハ決シテ兩國ノ法律ニ於テ罪視シタルヲ要セス唯タ本國ノ法律ニ於テ禁スル所ニ違犯シタルノミヲ以テ之ヲ罰セサルヲ得ス何トナレハ單ニ其國ノ法律即チ命令ニ背キタルヤ否ヲ向ヒ他國ノ法律ニ背キタルヤ否ハ毫モ其主旨ノ關スル所ニアラサレハナリ

又第五條第二項ニ依レハ犯者外國ニ於テ既ニ確定ノ裁判ヲ受ケタル

キハ其後佛國ニ復歸スルト雖モ更ニ其罪ヲ問ハサルモノトセリ是レ亦折衷主義ノ結果ナリトス

命令說ニ依ラン乎縱令ヒ外國ニ於テ確定裁判ヲ經タルキト雖モ尙ホ佛國ノ法律ニ依テ處斷スルヲ得ヘシ何トナレハ佛國ノ法律ニ從ヒ未タ其犯罪ヲ處罰シタルヿナケレハナリ

又外國ニ於テ大赦ヲ行ヒタルキハ犯人佛國ニ復歸スルモ之ヲ罰セサルハ亦タ折衷主義ヨリ生スル結果ナリト云フヘシ命令ノ說ニ從ヘハ外國ノ行ヒタル大赦ハ佛國ニ關係ナキヲ以テ之ヲ不問ニ置クノ理ナキナリ

要旃スルニ千八百六十六年佛國治罪法ノ改正ハ即チ折衷主義ニ因テ成リタルモノト知ルヘシ

予カ前ニ揭出シタル我刑法草案第五條ニ於テハ日本人ノ外國ニ在テ犯シタル罪ヲ罰スルニ付キ六個ノ條件ヲ要スル旨ヲ定メタリ而メ其第五ニ其外國ニ於テ大赦ヲ受クサルキトアリ其第六ニ其外國ニ於テ時効ヲ得サルキトアリ此第五及ヒ第六ノ條件ヲ除クノ外其他ノ條件ハ佛國治罪法ニ定メタル條件ト同シ是ニ由テ之ヲ觀レハ草案モ亦タ佛國法律ト同シク折衷主義ニ從テ制定サレタルヤ明ナリ

刑法ニ從ヘハ外國ニ於テ本邦人ノ犯シタル罪ハ總テ之ヲ處罰スヘキヤ如何

日本刑法ハ外國ニ於テ日本人ノ犯シタル罪ニ付キ如何ニ之ヲ處分スヘキカ明ナラズト雖モ前法ニ講述シタルカ如ク刑事訴訟法第二十九條ニ於テ外國ニ在テ犯シタル罪ニ付キ其管轄ヲ規定シアリ是ニ依テ之ヲ視レハ凡ソ刑法ノ認テ重罪又ハ輕罪トナスノ所爲ハ其外國ニ於テ重罪又ハ輕罪ト爲スト否トニ論ナク刑法ニ依テ之ヲ處斷スルノ精神ナルヘシ何トナレハ草案第五條ニ臚列シタル六箇ノ條件具備スルヲ要スル塲合ニ於テ始メテ罰スルモノトスルキハ其明文アルヲ要ス然ルニ法律ニ其明文ナキニ於テハ一ノ條件ヲモ要スルヿナク之ヲ本邦ノ法律ニ問フヿヲ得ルモノナリト論決スルモ敢テ不可ナキノミナ

ラス却テ當然ナルヘキナリ但シ違警罪及ヒ傳染病豫防規則ニ關スル罪、飲用ノ淨水ヲ汚穢スル罪ノ如キハ之ニ異ナリ是レ違警罪及ヒ前示ノ種類ニ屬スル輕罪ハ全ク地ニ屬スルノ性質ヲ有スルモノ即チ其地方ノ全部若クハ一分ノ取締ニ關スル罪ナルニ由ル違警罪ニ付テハ彼ノ刑法第九十三條第二項ニ違警罪ハ其裁判所ノ管轄地內ニ於テ再ヒ犯シタルトキニ非サレハ再犯ヲ以テ論スルヿヲ得ストアル精神ヨリ推スモ此意明ナラン

以上說述シタル所ヲ約言スレハ則チ法文ナシト雖ヒ刑法ノ性質上凡ソ日本國內ニ於テ犯シタル罪ハ其犯人ノ內國人ナルト外國人ナルトヲ問ハス日本刑法ニ依テ之ヲ處斷スヘキモノトス但シ治外法權ノ存在スル間ハ此規則ニ例外アリ

又日本人外國ニ在テ日本刑法ニ定ムル重罪及ヒ輕罪(輕罪ニハ例外アリ)ヲ犯シタルトキハ草案第五條ノ條件具備セサルモ日本刑法ニ從テ之ヲ罰スヘキモノトス

外國人外國ニ在テ日本ニ對スル罪ヲ犯シタルトキハ縱令ヒ其後日本ニ來ルヿアリト雖ヒ我刑法ニ依テ之ヲ罰スルヲ得サルヘシ何トナレハ之カ明文ナケレハナリ但シ國外ニ放逐スルヿヲ得ヘシ

第二編　犯罪論

第一章　犯罪ノ順序特ニ未遂犯ヲ論ス

○凡ソ國アレハ必ス政府ナカル可カラス政府アレハ亦タ必ス法律(即チ禁止命令)ノ設ケナキ能ハス法律ハ以テ社會ノ秩序ヲ維持シ吾人ノ安寧ヲ保全スル所以ナルヿ予カ前編ニ於テ既ニ講述シタル所ナリ而シテ此ノ法律ノ禁止スル所ヲ行ヒ命令スル所ヲ爲サヽルノ所爲、更ニ之ヲ約言スレハ則チ法律ノ禁令ニ違犯シタル所爲之ヲ犯罪ト云フ、是レ予カ本編ニ於テ講究セントスル所ナリ、而シテ其犯罪者ニ當行スヘキ苦痛即チ刑罰ハ次編ヲ俟テ之ヲ講究スヘシ

抑々法律ハ既ニ說述シタルカ如ク社會ノ秩序ト吾人ノ安寧ヲ保護センカ爲メ必需ノモノトシテ一國ノ主權ニ依リ之ヲ制定スルモノナルカ故ニ凡ソ國民タルモノ須ラク之ヲ遵守スルノ義務アル「固ヨリ論ヲ竢タス吾人カ依テ以テ生ヲ聊ンシ賴テ以テ堵ニ安ンスルノ報酬ト云フモ敢テ不可ナキナリ去レハ犯罪トハ單ニ社會ニ對シ又ハ一私人ニ對シテ損害ヲ生シタル所爲ノ謂ニ非ス若シ單ニ損害ヲ生シタルカ爲メ之ヲ犯罪ナリト言ハヽ刑罰ハ亦金錢上ノ賠償ヲ以テ之ヲ科スルニ止マルヘキノ理ナリ然ルニ金錢上ノ賠償ハ以テ其犯罪ヲ罰スルニ足サル「ハ敢テ喋々論辯スルヲ要セサルヘシ例ヘハ人ヲ殺害シタル者設ヒ損害ヲ賠償シタリトスルモ之ヲ以テ罪辟ヲ免レタル者ト謂フヲ得サレハナリ

此ニ依テ之ヲ視レハ凡ソ法律ハ社會一般ノ秩序ヲ保護スルカ爲メニ生シ犯罪ハ即チ法律ニ違犯シタルニ因リテ成ルモノト知ルヘシ

犯罪ニ五段ノ順序アリ

○蓋シ犯罪ハ一着直チニ成立スルモノニ非ス即チ其發意ヨリ實行ニ至ルマテノ間必ス數多ノ順序ヲ經ヘキモノナリ左ノ如シ

第一　發意
第二　決心
第三　豫備
第四　着手
第五　實行

右第一第二ハ內部即チ人ノ意思ニ屬シ第三以下ハ外顯即チ人ノ行爲ニ屬ス而シテ其第四ノ所爲ニ止ルトキハ所謂未遂犯タリ第五ノ所爲ニ至ルトキハ或ハ既遂犯タリ或ハ又未遂犯タリ

未遂犯ノ場合ヲ數箇ニ分ツヲ得ルヤトス

右第四段ノ所爲即チ犯罪ニ着手シタル所爲ハ別チテ左ノ二箇ノ場合

(一)　犯人犯罪ニ着手シタルモ中途ニ悔悟シ若クハ畏怖ノ情ヲ生

シテ自カラ其犯罪ヲ遂ケサル時

(二)犯人意外ノ障礙ニ因リテ犯罪ヲ遂ケサル時

右第五所爲即チ犯罪ヲ實行スル所爲ハ亦別チテ之ヲ左ノ二箇ノ塲合トス

(一)犯人意外ノ舛錯ニ因リテ犯罪ヲ遂ケサル時

(二)犯人犯サントスル罪ヲ實行シテ其目的ヲ達シタル時

是ナリ此ノ第一ノ塲合ニハ既ニ實行アリタルヲ以テ既遂犯トナルヘキカ如シト雖ヒ法律ノ豫防シタル害惡ヲ生スルヿナキニ因リ我刑法ニ於テハ之ヲ未遂犯ト爲シタルナリ學者此ノ所爲ヲ稱シテ無効犯ト云フ

無効犯トハ何ソ

○予ハ今一例ヲ揭テ前述ノ段階ヲ明カニセン

發意其他ノ解

甲者アリ嘗テ乙者ニ合ム依テ之ヲ殺害セント欲スルノ意ヲ生ス此レ發意ナリ發意アリテ自カラ之ヲ識別力ニ問ヒ彌〻其實行ノ心ヲ定ム之ヲ決心ト云フ決心アリテ而後小銃裝藥ヲ購求スルカ如キ之ヲ豫備ト云フ豫備已ニ成リ乙者ヲ其途ニ要シ雷管ヲ着ケテ將ニ發射セントスコレ着手ナリ已ニシテ乙者到ル依テ之ニ對シテ發射セリ之ヲ實行ト云フ

純然未遂犯ノ例

此例ヲ前ニ述ヘタル犯人自カラ其所爲ヲ遂ケサル塲合ニ援用スレハ則チ左ノ如シ

例ヘハ甲者將ニ發射セントナシ翻然自カラ悔ヒ又ハ忽然法律ヲ畏ルヽノ意ヲ生シ其兒殺ヲ遂ケサル時ノ如キコレナリ是レ等シク未遂犯ト稱シ得ヘキモ此塲合ニ於テハ好意ニ其犯罪ノ決心ヲ抛棄シ毫モ實害ヲ生セシムルヿ無キヲ以テ法律ニ於テハ此種ノ未遂犯ヲ不罰ニ措キ犯人ヲシテ所爲ヲ遂ケサルヿニ奬勵シタルモノニシテ之ヲ殆ント豫備ノ所爲ト同視シタルナリ隨テ豫備ノ所爲ヲ罰スル塲合ニ於テハ此種ノ未遂犯ヲモ罰スヘキナリ

好意ノ未遂犯

意外ノ障礙ニ因ル未遂犯

又犯人意外ノ障礙ニ因テ其所爲ヲ遂ケサル塲合ハ例ヘハ甲者乙者ノ來ルヲ視テ已ニ雷管ヲ着ケタルモ管適セサルカ又ハ濕潤感發セサルカ爲メ遂ニ其機ヲ徳マリ乙者既ニ去リタル時ノ如シコレ純然タル未遂犯ナリ

舛錯ニ因ル未遂犯

又犯人意外ノ舛錯ニ因テ其所爲ヲ遂ケサル塲合ハ例ヘハ甲者既ニ發射シタルモ術拙キカ爲メカ又ハ正鵠ヲ得サリシカ爲メ乙者ニ命中セサリシキノ如シコレ所謂無効犯ナルモノニシテ純然タル未遂犯ト異ナリ

以上講述シタルカ如ク凡ソ法律ヲ犯スニハ必スヤ數箇ノ階級ヲ經ルモノナリ法律ハ其何レノ階級ニ當ル所爲ヨリシテ罰スヘキモノト爲ス乎

發意ヲ罰セサル理由如何

○第一段階即チ法律ヲ犯スノ發意ハ之ヲ罰スヘキ乎

法律ハ決シテ此發意ヲ罰スヘキモノニアラス而メ之ヲ解スル者ハ或ハ曰ク凡ソ人ノ思想ハ他ノ能ク確認シ得サルモノナルカ故ニ苟モ之ヲ罰スヘキモノトスレハ或ハ無辜ヲ罰スルノ患アラン是レ之ヲ罰スヘカラストスル所以ナリト

果シテ此說ヲ以テ其當ヲ得タリトセン乎其發意即チ思想ノ明瞭ナルキ例ヘハ其意思ヲ書ニ現ハシ若クハ白狀シタル塲合ノ如キハ之ヲ罰スヘキ可シト謂ハサルヲ得サルノ結果ヲ生ス可シ何トナレハ是等ノ塲合ニ於テハ即チ其意思ヲ確認シ得ヘキヲ以テナリ其レ然リ然ラハ凡ソ法律ノ思想ヲ罰セサル所以ハ必スヤ他ニ理由ナカル可ラス乞フ之ヲ左ニ述ン

凡ソ人惡念ノ胸裡ニ浮動スルアレハ道德上勉メテ之ヲ避クヘキヤ論ヲ竢タス然リト雖モ凡ソ人ノ思想ハ物ニ觸レテ時ニ感發スルモノナレハ豫シメ惡念ノ萌起ヲ防キ能フヘキモノニアラス而シテ單ニ惡念ノ生シタルノミニノ未タ之ヲ所爲ニ見ハサヽル間ハ或ハ良心ノ誘導

スル所トナリ或ハ社會ノ制裁ヲ恐レテ惡念忽チ變シテ善心ニ遷ルコトアリ又ハ遂ニ所爲ニ顯ハレスシテ止ムヿアリ然レハ設ヒ法律ヲ犯スノ意思アリタリトテ未タ其意思ノミナルニ於テハ毫モ社會ノ安寧ヲ害スル所ナク而メ遂ニ其所爲ニ顯ハレ社會ノ秩序ヲ紊サスシテ終ルモ未タ知ルヘカラサレハ法律ニ於テ意思ヲ罰スルノ理由ナキナリ

決心ヲ罰セサルノ理由如何

○第二段階即チ法律ヲ犯スノ決心ハ之ヲ罰スヘキ乎

蓋シ決心ハ發意ノ漸ク堅固ニ至リタル者ニシテ即チ罪ヲ犯スノ發意アリテ後チ之ヲ決行スルニ付テノ手段又ハ決行ヨリ生スヘキ利害得失等ヲ熟考シ識別力ノ指導スル所ニ從ヒ其意嚮ノ確定シタルモノナリ故ニ決心ハ發意ノ逈カニ歩ヲ進メタル者ト謂フヘシ去レハ此決心ヲ外部ニ觀ハシタル時即チ口外スルカ又ハ筆記シタルトキノ如キ人ヲシテ畏懼危殆ノ念ヲ抱カシムルニ足ルヘキヿ勿論ナレハ社會ハ當ニ之ヲ罰スヘキノ理由アルニ似タリ然リト雖モ凡ソ法律ハ或ル特別ノ場合ヲ除クノ外縱令ヒ如何ナル決心ナリト雖モ決シテ之ヲ罰スヘキモノニ非ス其然ル所以ノモノハ蓋シ左ノ理由アルカ爲メナリ

第一　凡ソ決心ハ之ヲ外部ニ觀ハシタル場合ニ於テ或ハ人ヲシテ畏懼危殆ノ念ヲ抱カシムルニ拘ハラス固ト人ノ胸裡ニ止リテ之ヲ其所爲ニ現サヽル者ナレハ之ヲ以テ未タ實際社會ニ危險ヲ與フル者ニ非サルノミナラス或ハ種々ノ原由ニ因リ遂ニ之ヲ所爲ニ變セシメスシテ止ムモ未タ知ルヘカラサルカ故ニ必シモ之ヲ處罰スルノ要ナキニ由ル

第二　決心ヲ罰スル時ハ決心者ヲシテ其罪ヲ遂ケシムルノ患アリ何者苟クモ一タヒ決心ヲ爲シタル時ハ之ヲ實行スルモ罰セラレ之ヲ實行セサルモ亦タ罰セラル其刑罰ヲ免カレサルヤ則チ一ナリ然レハ則チ寧ロ實行シテ罰セラルヽノ愈レルニ若カスト言ハシムルカ如キノ實アルニ由ル

豫備ヲ罰セサルノ理由如何

○第三段階即チ豫備ノ所爲ハ之ヲ罰スヘキ乎

犯罪ノ豫備ハ單ニ人ノ胸裡ニ止マルモノニアラズ即チ已ニ所爲ニ現ハレタルモノナレバ正ニ法律ヲ犯スノ機會ニ接近シタル者ト謂フヘシ之ヲ前例ニ擬セン乎乃チ謀殺ノ爲メニ銃砲彈藥ヲ購求シタル所爲ノ如シ故ニ之レヲ罰シタリトテ前二者ニ比スレハ稍々其理アルニ似タリ然レ𪜈法律ハ或ル例外ヲ除クノ外仍ホ之ヲ罰セサルヲ以テ原則トナス而ノ此原則ヲ解スルカ爲メ或ハ曰ク其購求セル銃砲彈藥ハ必シモ之ヲ謀殺ノ用ニ供スルモノナリト認ムヘキニ非ス或ハ護身ノ爲メニシ或ハ獵獲ノ用ニ供センカ爲メタルモ未タ知ル可ラサルニ苟モ之ヲ罰スヘキモノトスレハ到底彼ノ危險ノ推測ヲ用ヒサルヲ得サルヘク而ノ如斯ハ畢竟法律ノ許スヘキ所ニアラサレハナリ是レ犯罪ノ豫備ヲ罰セサル所以ナリト

予ハ此說ヲ以テ未タ其當ヲ得タルモノトセス他ナシ若シ論者ノ說ニ從ヘハ其銃砲彈藥ヲ裝置シタルヤ即チ謀殺ノ爲メナリシヿノ確證アル塲合ニ於テハ前述危險ノ推測ヲ爲スノ要ナキカ故ニ豫備ノ所爲ト雖モ之ヲ罰セサルヲ得サルノ結果ヲ生スヘシ然ルニ右ノ塲合ト雖モ仍ホ豫備ノ所爲ハ罰スヘキモノニ非サレハナリ

其レ然リ然ハ之ヲ罰セサルノ理由如何曰ク他ナシ犯罪ノ決心ヲ中途ニ飜スノ利益ヲ計ルカ爲メナル而已若シ夫レ法律ニ於テ必ス豫備ノ所爲ヲ處罰スヘキモノトセン乎是レ豈ニ却テ犯罪ノ既遂ヲ促カスモノニアラスシテ何ソヤ且ツヤ豫備ノ所爲ハ社會ヲシテ幾分カ畏懼危殆ノ念ヲ抱カシムルヿハ其レ或ハ之レアラン然レ𪜈未タ實際ニ其害惡ヲ加ヘタルニアラサレハ之ヲ罰スルノ利ハ寧ロ不問ニ措クノ大益アルニ若カス即チ尺ヲ枉テ尋ヲ直フルノ要訣ヲ採擇シタルニ外ナラサルナリ

決心又ハ豫備ヲ罰

○犯罪ノ決心ト犯罪ノ豫備トハ之ヲ罰セサルヲ原則トナスヿハ既ニ

之ヲ述タリ今ヤ其例外タルヘキ場合ニ付キ二三ノ例ヲ掲出セン

スル場合アリヤ

○第一例外即チ犯罪ノ決心ヲ罰スル場合ハ揭テ第百二十五條第二項ニ在リ曰ク「内亂ノ陰謀ヲ爲シ未タ豫備ニ至ラサル者ハ各二等ヲ減ス」ト所謂内亂ノ陰謀ヲ爲シ未タ豫備ニ至ラサル者トハ即チ集合的決心ノ謂ニシテ取リモ直サス内亂ノ決心ハ第百二十一條ノ規定ニ照シ各二等ヲ減シテ罰スヘキヿヲ規定シタルナリ

決心ヲ罰スル場合

○第二例外即チ犯罪ノ豫備ヲ罰スル場合ハ即チ第百二十五條第一項(内亂ニ關スル罪)第百三十三條(外患ニ關スル罪)第百八十六條第二項(貨幣僞造ノ罪)ニ記載セリコレ咸ナ犯罪ノ豫備ニ止マルト雖モ其事ノ最モ重大ニ渉ルカ爲メ持ニ之ヲ罰スルノ必要アルニ出ツ

決心又ハ豫備ニ似テ非ナルモノアリ

○今此ニ犯罪ノ決心若クハ豫備ノ所爲ヲ罰スルカ如クナルモ其實決シテ然ラサル場合アリ之ヲ示サン

第一　新聞紙條例違犯ノ制裁ヲ以テ犯罪ノ決心ヲ罰スルモノナリト速了ス可ラス該條例ハ敢テ記者ノ思想其者ヲ罰スルモノニアラスシテ其危險ナル思想ヲ江湖ニ傳播シ爲メニ社會ノ秩序ヲ紊リ吾人ノ安寧ヲ害スルノ媒介タル所爲其者ヲ罰スルノ趣旨ニ出ツルノミ

第二　法律ニ於テ脅迫罪ヲ罰スルヲ以テ(第三百二十六條)殺人放火等ノ決心ヲ罰スルモノナリト速了ス可ラス法律ハ敢テ此等ノ所爲ヲ爲スヘキ決心ヲ罰スルニアラス即チ之ヲ爲サントノ脅迫其者ヲ犯罪ト爲シタルナリ

第三　法律ニ於テ商賈農工定規ヲ增減シタル度量衡ヲ所有スル者ヲ罰スルヲ以テ(第二百二十九條)詐欺取財ノ豫備ヲ罰スルモノト速了ス可ラス法律ハ敢テ詐欺取財ノ豫備ヲ罰スルモノニアラス即チ其定規ヲ增減シタル度量衡ヲ所有スルノ所爲其者ヲ罰スヘキモノト爲シタルナリ

○第四段階即チ犯罪ニ着手シタル所爲(即チ未遂犯)ハ之ヲ罰スヘキ乎

未遂犯ノ要件

凡ソ未遂犯ヲ構造スルニハ二個ノ要件アリ

（一）確乎タル目的アリテ其所爲ニ觀ハレタルヿ

例ヘハ人ヲ途ニ要シテ銃殺セントスルカ如ク其目的ハ則チ人ヲ殺スニ在リ其所爲ト爲リテ外部ニ觀ハレタルカ如キヲ云フ

（二）若シ犯人中ゴロ悔ヒ自カラ好テ其所爲ヲ中止セント欲スルトキハ之ヲ爲シ得ヘキ場合ナルヿ

例ヘハ彈樂ヲ裝置シ既ニ發射セント擬シタルモ未タ發射セサルトキノ如シ是レ其意嚮ニ隨テ能ク其所爲ヲ中止スルヿヲ得ヘキ場合ナリトス故ニ苟モ發射シタル上ハ其命中シタルト否トヲ問ハス之ヲ稱シテ未遂犯ト謂フ可ラス

要スルニ右二個ノ條件ヲ具備スルニ非サレハ之ヲ未遂犯ト云フヿヲ得ス而メ犯罪着手ノ所爲ニ付テハ須ラク之ヲ左ノ二個ノ場合ニ區別スルヲ要ス

第百十二條前段ノ未遂犯

第一　犯罪ニ着手シタリト雖モ犯人意外ノ障碍ニ因リ未タ遂ケサル場合

是レ犯人自カラ好ンテ中止シタルニアラス即チ遂ケント欲シタルモ意外ノ障碍ニ遇ヒ現ニ遂クルヿ能ハサリシ場合ナリ例ヘハ人ヲ銃殺セントスルニ方リ第三者ノ妨遮スル所トナリタルカ如キ又ハ人ヲ毒殺セント欲シテ毒藥ヲ供シタルモ其人之ヲ服用セサルカ如キ又ハ人ノ所有物ヲ竊取セントシテ其物ニ手ヲ着ケタルニ際シ所有者ノ誰何スル所トナリ逃走シタル時ノ如ク何レモ意ナラスシテ其目的ヲ遂ケサル場合ナリ

此ニ依テ之ヲ視レハ凡ソ未遂犯ナル者ハ既ニ所爲ニ依テ犯人ノ懷キタル目的ヲ外形ニ現ハシタル者ニシテ之ヲカノ決心又ハ豫備ニ比スレハ大ニ其度ヲ進メタルモノナルヿ論ヲ竢タス去レハ之ヲ認定スルニ於テモ亦甚タ難シトセス隨テ社會ノ危險ヲ來シ公衆ヲシテ不安ノ

未遂犯ハ既遂犯ト刑ヲ同フスヘキヤ否

念ヲ生セシムルヤ明ナリ然ラハ則チ之ヲ制裁スル所ナカルヘカラス

○刑法第百十二條ニ曰ク「罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障碍云々未タ遂ケサル時ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス」此ニ依テ之ヲ視レハ我刑法ハ未遂ノ犯人ヲ以テ無罪人トセス然レモ亦既遂犯ト同視セサルヤ其一等又ハ二等ヲ減輕シタルニ依テ知ル可シ(但重罪ニ就テ云フ)之ヲ佛國ノ所定ニ比スルニ其大ニ愈ル所アルヲ知ル即チ佛國刑法第二條ニ於テハ重罪ノ未遂犯ハ既遂犯ト同一ニ看做シ同一ノ刑ヲ科スヘキ旨ヲ規定シタリ

此規定タル其制定ノ當時ニ於テハ諸學士ノ互ニ相論議シタル所ナルモ結局重罪ニ關シテハ既遂犯ト同一ノ刑ヲ科スヘシトスルトレーヤール氏ノ所說ヲ採リ斯カル規定ヲ見ルニ至レリ但シ此同刑論者ト雖モ必シモ未遂犯ハ既遂犯ト其性質ノ同一ナル者ナリト思考シタルニハ非スシテ只タ法律上同一ノ刑ヲ以テ處斷スルモノナリト思料シタルニ過キス故ニ刑罰ニ長期短期アルヲハ常ニ其短期ニ從テ處分スヘキモノトセリ然レモ法典ニ於テハ終ニ其明文ヲ揭出スルヿヲ果サヽリシノミ

蓋シ同刑論者カ據テ以テ其理由トスル所ハ抑々未遂犯人ノ始メ心ヲ設クルヤ必ス之ヲ遂クルニ在リ而メ其之ヲ遂クルヿ能ハサリシ所以ハ全ク意外ノ障礙アリシカ爲メナリ然レハ則犯人ノ決心ニ就テ見ルヲハ其之レヲ遂ケタル者ト敢テ軒輊アルヿナカルヘシ其社會ノ爲メニ危險ナリシヿ亦タ既ニ大ナリ加之ナラス刑罰ハ素ト犯人ノ懲戒ヲ要趣トスルモノナレハ社會ハ之ヲ既遂犯ト同一ニ處分スルノ必要アリト云フニ在ルモノヽ如シ

然リト雖モ此說タル特リ佛國法律ノ採用スル所トナリタルノミ其他ノ各國咸ナ其所定ニ多少ノ差異アルニ拘ハラス未遂犯ノ刑ハ既遂犯ノ刑ニ比シテ必ス一等又ハ二等ヲ減スルヿト爲シタルノ一點ニ至テ

ハ何レモ我刑法ト其揆ヲ一ニセサルヿナシ予ヲ以テ之ヲ視ルモ亦同刑論ノ甚タ採當ニアラサルヲ知ルナリ

例ヘハ人ヲ銃殺スルノ目的ヲ以テ既ニ發射セントスルニ方リ忽チ第三者ノ支障スル所トナリ其事ヲ遂ケサル塲合ノ如キ之ヲ意外ノ障礙ニ因リ遂ケサル者ト云フトハ言ヘ實際ニ於テハ犯人ノ未タ發射セサルニ先タチ或ハ良心ノ誘導スル所トナリタルニ由リ又或ハ畏怖ノ念慮ヲ生シタルニ由リ自カラ好ンテ其事ヲ遂ケサルカ如キモノ亦必スシモ之ナキヲ保セス豈ニ犯罪ニ着手シタル者ハ苟モ意外ノ障礙ニ因ルニアラサレハ必ス之ヲ中止スルヿナシ否ナ自カラ悔悟シテ其罪辟ヲ遂ケサルカ如キモノナシト速斷スヘキモノナランヤ何トナレハ如斯ハ或ハ事實ニ反スル苛酷ノ推測タルヲ免レサル者アルヘケレハナリ故ニ予ハ到底夫ノ二者ヲ同刑ニ處スヘシトノ說ヲ是認スルヿヲ得ス然リト雖モ既ニ發射セントシテ纔カニ第三者ノ支障スル所トナリ其事ヲ遂ケサル者ノ如キ其中或ハ自カラ好ンテ之ヲ遂ケサルモノアルニモセヨ既ニ意外ノ障礙アリシカ爲メ罪ヲ遂クル能ハサリシトノ事實定マル上ハ其危險ニシテ社會ノ安寧ヲ害シタルノ廉ヲ以テ當ニ之ヲ罰スルノ價直アリ乃チ既遂犯ノ刑ヨリ一等又ハ二等ヲ減シテ處斷スルハ最モ正鵠ヲ得タルモノナルヘシ

以上說述シタル所ハ即チ犯人意外ノ障礙ニ因リ其事ヲ遂ケサル塲合即チ未遂犯トシテ罰スヘキ塲合ナリトス

好意ノ未遂犯

第二　犯罪ニ着手シタリト雖モ犯人畏怖若クハ悔悟ニ因リテ其事ヲ遂ケサル塲合

此種ノ未遂犯ヲ罰セサル理由

是レ意外ノ障碍ニ因リ遂ケ克ハサルニアラス即チ自カラ好テ爲サヽル塲合ナリ假令ハ人ヲ謀殺セントスルヿ欲シ刀ヲ揮テ之ニ迫リタルモ其哀ヲ乞フニ會シ倏然哀憐ノ情ヲ生シ之ヲ果サヽルヿノ如キ又ハ人ノ財物ヲ竊取セント欲シ既ニ其容器ヲ開キタルモ顧ミテ他日刑辟ニ觸レ

ソ丁ヲ畏レ手ヲ斂テ去リタル時ノ如キ是ナリ其罪ヲ遂ケソ丁蓋シ一擧手一投足ノ勞ノミ苟モ其刀ヲ揮テ迫リタルカ爲メ又ハ容器ヲ開キタルカ爲メ必ス之ヲ罰スヘキモノトセン乎是レ盍ソ强テ犯罪ヲ遂ケシムルニ異ナラン否ナ殊勝ナル改悟ノ良心ヲ拒絶スルモノニアラスヤ惡ソ之ヲ法理ノ肯綮ヲ得タルモノト謂フ可ケンヤ是ヲ以テ法律ハ苟モ犯人ノ自カラ好テ其犯罪ヲ遂ケサル場合ハ其果シテ良心ノ誘導スル所トナリタルカ將タ畏怖スル所アリタルカヲ問フヲ要セス之ヲ罰セサルヲ以テ原則トナス是レ其犯人ニ利益ヲ與フルト同時ニ社會ニ罪ヲ遂ケシメサルノ大益アルニ由ル(但シ前ニモ述ヘタルカ如ク法律ニ於テ豫備ノ所爲ヲ罰スル場合ニハ此種ノ着手ノ所爲ト雖モ仍ホ之ヲ罰セサルヲ得ス)

好意ノ未遂犯ト雖モ他ノ犯

然レモ茲ニ又其例外ヲ成スモノアリ例ヘハ人ヲ殺害セント欲シ既ニ其隻手ヲ斬解シタルモ被害者ノ苦楚ニ耐ヘサルノ狀ヲ見テ之ヲ殺スニ忍ヒス其事ヲ遂ケサル場合ノ如キ是ナリ夫レ斯ノ如ク自カラ其初志ヲ遂ケサルニモセヨ既ニ多少ノ實害ヲ加ヘタル場合ニ於テハ決シテ之ヲ不問ニ措クヘキ理ナシ故ニ例ヘハ前述ノ場合ニ於テハ之ヲ謀殺ノ未遂犯ト爲サス乃チ尋常ノ毆打創傷罪ト爲シ第三百條第二項人ヲ癈疾ニ致シタルモノトアルニ照シテ處斷スヘキモノナリ我刑法ニハ此場合ニ對スル明文ナシト雖モ法律ノ適用上然カラサルヲ得サルカ如シ

罪ヲ成スヿナキヤ

○犯罪豫備ノ所爲ト犯罪着手ノ所爲(即チ未遂犯)トノ區別ハ實際甚タ困難ナル場合アリ今一例ヲ揭ケテ之ヲ示サン

豫備ト未遂犯トヲ區別スルハ事實ニ屬スルヤ否

爰ニ門戶墻壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開テ人ノ邸宅倉庫ニ忍入リタル際逮捕セラレタル者アリトセン之ヲ竊盜ノ豫備ノ所爲ト謂ハン乎將タ竊盜ニ着手シタル所爲即チ未遂犯ト謂ハン乎

佛國ノ判決例ハ凡ソ豫備ノ所爲ト未遂犯ノ所爲トヲ判定スルハ一ニ

事實裁判官ノ智識ニ任スルモノトセリ故ニ假設ヒ其判定ニ對シテ上告スルモノアルモ固ト法律上ノ議論ニアラサルヲ以テ大審院ハ常ニ之ヲ棄却セリ

爰ニ一ノ實例アリ曾テ檢事ハ門戸ヲ踰越シテ人ノ邸宅ニ忍ヒ入リタルノミニテ未タ竊取ヲ爲ササル者ニ對シ之ヲ竊盗ノ未遂犯ナリトシテ公訴セリ重罪裁判所ニ於テハ之ヲ竊盗ノ豫備ニシテ未遂犯ト云フヘキモノニアラスト認定シ無罪ヲ宣告セリ檢事ハ之ヲ以テ當ヲ得サルモノト爲シ大審院ニ上告シテ曰ク凡ソ既遂犯ニ密接スル所爲ハ即チ着手ノ所爲ナリ着手ノ所爲ハ即チ未遂犯ニアラスヤ今夫レ本件ノ如キハ或ル一事ヲ爲セハ即チ直ニ既遂犯ト爲ルモノナリ所謂一事トハ何ソ物品握取ノ所爲是ナリ苟モ本件ノ事實ヲ以テ竊盗ノ豫備ニ過キストセン乎其豫備ノ所爲ト既遂犯トノ間ニハ必スヤ他ノ一所爲ナカル可ラス而ソ其忍入リタル所爲ト物品握取トノ間ニ何等ノ所爲モ之レナキニアラスヤ是レ本件ノ未遂犯ナル所以ナリ云々ト然レ𪜈大審院ニ於テハ其上告ヲ棄却シタリキ其趣旨タル法律ハ未遂犯ニ必要ナル事狀ヲ規定シタルモ其事狀搆成ノ要素ヲ規定セサルヲ以テ事實裁判官ニ於テ之ヲ被告事件ノ事實ニシテ犯罪ニ着手シタル所爲ヲ成サスト判定シタルニ於テハ又之ヲ非難シ得可キモノニアラス且ツ門戸ヲ踰越シテ人ノ邸宅ニ忍入リタル者ノ如キ未タ必シモ曾ナ直チニ物品ヲ握取シ得ル者ト云フ可ラス或ハ抽斗ヲ抽キ或ハ容器ヲ壞ツニアラサレハ其物品握取ニ着手スルヿヲ得サル者アルニ因リ何レノ場合ニ於テモ其所爲ヲ以テ未遂犯ナリト汎稱シ得ヘカラサルモノナルヲヤ要スルニ是等事實ノ判定ハ畢竟事實裁判官ノ全權ニ屬スルヲ以テ檢事ト雖𪜈決シテ之ニ容喙シ得ヘカラスト云フニ在リ

我國ニ於テモ右等ノ場合ニ於テハ或ハ竊盗ノ未遂犯アリト論シ或ハ豫備ノ所爲アルニ過キスト說ク者アリ我輩ヲ以テ觀レハ之ヲ以テ竊

盜ノ未遂犯ナリトシ又ハ否ラスト爲シ又ハ人ノ住所ヲ侵スノ罪アリト爲シ第百七十一條乃至第百七十三條ニ照シテ處斷スヘキモノナルヤ否若クハ他ノ犯罪ノ豫備ノ所爲ヲ成スヤ否ハ全ク事實上ノ問題ニシテ法律上ノ問題ニ非スト思考ス事實裁判官ハ被告人ノ素狀其他所爲ノ前後ノ情況等ニ依テ其如何ヲ判定スヘキモノナラン

第百十二條後段ノ未遂犯

○第百十二條ニハ意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ云々トアリテ即チ障礙ニ因ルト舛錯ニ因ルトヲ別タス爲ニ未タ犯罪ヲ遂ケサル時ハ共ニ之ヲ未遂犯トセリ然レ𪜈舛錯ニ因リ遂ケサル場合ハ所謂無効犯ノ場合ニシテ即チ犯人ハ其力ノ能スル限リ犯罪ノ所爲ヲ實行シタルモノナレハ之ヲ彼ノ障礙ニ因リ犯罪ヲ中止シタル場合即チ純然タル未遂犯ノ場合ト同一ニ處スルハ頗ル其妥當ヲ失スルニ似タリ何トナレハ其意外ノ障礙ニ因テ遂ケサリシハ即チ未遂犯ナルヘキモ實行シテ効ヲ生セサリシハ其爲サントセシ所爲ハ既ニ爲シ盡シテ餘ス所ナク單ニ其所爲ニ依テ目的ヲ達スルヲ得サリシノミニシテ所爲其モノニ付テハ前者ト決シテ同一ニ論スヘキモノニ非サレハナリ而メ佛國刑法第二條ニ於テモ亦之ト同一ノ規定アリテ夙ニ學者ノ批難スル所ナリ

無効犯ニ付テモ刑罰權ニ關スル各說ニ從テ刑ノ程度ヲ異ニス

○今此無効犯ニ關シテ折衷說ト命令說トノ間其論決ノ同一ナラサル所以ヲ示スヘシ

折衷說ニ依ラン乎無効犯ハ道德ニ反スル點ニ付テハ敢テ既遂犯ト輕重スル所ナシト雖𪜈特リ其公益ヲ害スルノ點ニ至テハ之ヲ既遂犯ニ比シテ固ヨリ霄壤ノ差異アルカ故ニ其刑罰ハ到底既遂犯ヨリ輕カラサルヲ得サルナリ

命令說ニ依ラン乎無効犯ハ既遂犯ト同ク全ク法律ノ禁令ニ違犯シタル者ナリ更ニ之ヲ詳言スレハ法律カ某々ノ事ヲ爲ス可ラスト禁止シタルニ其法律ニ背テ其禁止シタル所爲ヲ爲シ盡シタルモノナレハ其所爲ノ果メ實害ヲ生シタルヤ否即チ有効ナリシヤ將タ無効ナリシヤ

ハ茲ニ問フノ要ナキナリ故ニ無効犯ハ夫ノ未タ全ク法律ノ禁止ヲ犯シ了ラサル未遂犯ト同視スルヿヲ得ス結局既遂犯ト同刑ニ處スルヲ以テ至當トナス但シ實際ニ在テハ事實裁判官ニ於テ既遂犯ト無効犯トノ刑ヲ異ナラシムルヲ得ヘキハ固ヨリ論外ナリ要立法上ニ於テ無効犯ヲ未遂犯ト同視シ又無効犯ト既遂犯トヲ區別スルハ彼此共ニ法理ノ肯綮ヲ得タルモノニアラサルナリ

○無効犯ニ付キ佛國刑法ノ規定スル所我刑法ニ異ナラス即チ無効犯ヲ以テ未遂犯ト混視シタリト雖モ而カモ其刑ノ適用ニ至テハ則チ我刑法ニ同シカラサルモノアリ蓋佛國刑法ハ重罪ノ未遂犯ト既遂犯トノ間其刑罰ニ輕重スル所ナキヲ以テ重罪ニ付テハ無効犯ト雖モ既遂犯ト同樣ニ罰スルヿヲ得ヘシト雖モ我刑法第百十二條ニハ未遂犯ハ總テ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減スル旨ヲ明揭シアリテ無効犯ニハ決シテ既遂犯ノ刑ヲ適用スルヿヲ許サヽルナリ

我刑法草案ハ無効犯ノ塲合ト未遂犯ノ塲合トヲ區別シ其第百二十五條ニ於テハ意外ノ障礙ニ因リ其事ヲ遂ケサル塲合(即チ未遂犯)ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ二等又ハ三等ヲ減スト云ヒ又其第百二十六條ニ於テ舛錯ニ因リ其事ヲ遂ケサル塲合(即チ無効犯)ハ其事ヲ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減スアリタリ

元來此草案ハ折衷説ノ主義ニ依テ成リタルモノナルヘク而シテ刑法モ亦自カラ其主義ニ依リタルヤ障礙ニ因ルト舛錯ニ因ルトヲ問ハス未タ遂ケサル罪ヲ同一ニ處スル一點ニ就テ之ヲ視ルモ明ナリ蓋折衷説ハ元來曩ニ講述シタルカ如ク道德ニ反スルト同時ニ社會ノ公益ヲ害スルモノニ非サレハ犯罪トセサルノ主義ナルカ故ニ實害ニ至テハ無効犯ノ既遂犯ニ比シテ實害ヲ生スルヿ甚タ輕微ナルニ因リ宜シク其刑ヲ減輕スヘシトシ之ヲ未遂犯ト同視スルニ至リタルモノナルヘシ

然レ𪜈我刑法ハ一等又ハ二等ヲ輕減スルモノトセルカ故ニ實際ニ於テハ事實裁判官ニ於テ臨機其宜ニ從テ之ヲ適用スヘケレハ未タ必スシモ權衡ヲ失スルヿナカルヘキ歟

不能犯トハ何ソ

○又所爲ノ既遂ナルモ到底犯人ノ目的ヲ遂クルヿ能ハサルモノアリ是レ犯人ニ於テ或ル物ニ就キ又ハ或ル事ニ付テ誤認スル所アルカ爲メ其事ヲ實行スルモ物理上其目的ヲ達スル能ハサル場合ニ於テ然ルナリ此種ノ所爲ヲ稱シテ不能犯ト云フ

例ヘハ暗夜ニ人ナリト誤認シテ樹幹ニ發銃シ、生存スル者ナリト誤解シテ死屍ヲ斬リ又ハ毒藥ナリト誤信シテ水ヲ飲マシメタル等ノ如キ其意志ノ惡ムヘキハ素ヨリ言ヲ竢タス即チ道德ノ罪人タルヤ勿論ナリト雖モ樹幹ヲ射、死屍ヲ斫リ、水ヲ飲マシムルカ如キ、之ヲ以テ法律ノ罪人ト謂フ可ラス何トナレハ是ノ如キハ法律ノ固ト禁止セサル所爲ナレハナリ

未遂犯ハ犯罪ノ種類ニ拘ハラス總テ之ヲ罰スルヤ

要スルニ其意思ノ道德ニ反スルニ拘ハラス法律ノ豫防シタル禁止ニ違犯セサル所爲ナルヲ以テ之ヲ罰スルヿヲ得サルナリ

○未遂犯ハ重罪、輕罪又ハ違警罪ニ從テ各其規定ヲ同フセス第百十三條ニ記載スル所即チ是ナリ

其第一項ニハ重罪ノ未遂犯ハ必ス之ヲ罰スヘキ旨ヲ定メ第二項ニハ輕罪ノ未遂犯ハ本條特ニ記載スルニ非サレハ之ヲ罰セスト云ヒ又第三項ニハ違警罪ノ未遂犯ハ決シテ之ヲ罰セサル旨ヲ示セリ而メ輕罪ノ未遂犯ニ至テハ必スシモ之ヲ罰セスト定メタル所以ハ其所爲ノ重罪ニ比シテ輕ク危險モ亦隨テ大ナラサルモノアルヲ以テナリ故ニ其所爲ノ性質ニシテ罪惡ノ劇シキカ爲メ未遂犯ト雖モ罰スヘキ者ハ特ニ各本條ニ明揭シテ罰スルヿトシタルナリ

例ヘハ第二百六十六條(死屍毀棄墳墓發掘ノ罪)第三百七十五條(竊盜罪)等ノ如シ

違警罪ノ未遂犯ニ至テハ決シテ之ヲ罰セストノ規定ハ之ヲ説明スルノ要無カルヘシ

未遂犯ニ既遂犯ノ刑ヲ科スル場合アリヤ

○又第百十三條第一項ニ於テ規定スル如ク凡ソ重罪ノ未遂犯ニハ既遂ノ刑ヨリ一等又ハ二等ヲ減シタル刑ヲ科スルヲ以テ常トスルト雖モ而カモ或ル例外ノ場合ニ於テハ未遂犯ニモ既遂犯ノ刑ヲ科スルヿアリ即チ第百十六條ニ規定スル罪即チ　天皇三后皇太子ニ對シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル場合ノ如キ是ナリ(一二四)

既遂犯

○第五段階即チ犯罪實行ノ所爲(即チ既遂犯)ハ法定ノ刑罰ヲ適用スヘキモノナリ而ソ犯罪實行ノ所爲トハ法律ノ禁令ヲ全ク犯シ遂ケタルモノヲ云フ

以上犯罪ノ發意ヨリ實行ニ至ルマテヲ數箇ノ段階ニ分チ説示シタリ之ヲ要言センニ凡ソ所爲ノ公害ヲ生セシムルニ足ルヘキ度ニ達シタルヿ即チ換言スレハ社會ノ秩序ヲ害スルノ點ニ達シタルヿハ則チ始メテ刑法上ノ制裁ヲ加フルヲ得ヘキモノナリ之ヲ原則トス然レ𪜈此原則ニハ諸多ノ例外アリ

第二章　犯罪搆成ノ原素ヲ論ス

○夫レ立法者カ社會刑罰權ノ趣旨ニ因リ刑罰ヲ以テ其禁令ニ違背スル所爲ニ對スル制裁トナシ之ヲ一般人民ニ布告シタルニ拘ハラス其禁止ニ背戻シ又ハ其命令ニ背戻スルノ所爲即チ法律ニ違犯スルノ所爲ヲ犯罪ト稱スルヿハ既ニ曩ニ説示シタリ

然ラハ則今ヤ故ラニ本章ヲ掲テ茲ニ犯罪搆成ノ原素ナルモノヲ講究スルノ要ナキカ如シ蓋シ禁令ヲ犯スノ所爲即チ法律ニ違犯スルノ所爲之ヲ犯罪ト云フト汎言シ去レハ事甚タ簡單ナルニ似タリ然リト雖𪜈凡ソ甲罪ノ原素未タ必シモ乙罪ノ原素タラス罪異ナレハ則チ其原素モ亦隨テ同一ナラス故ニ犯罪ノ原素ヲ講究スルハ刑法研究上頗ル必要ナルト同時ニ亦タ困難ナキニ非ス而ソ犯罪ノ原素ハ各罪之ヲ同

フセサルヲ以テ必ス一々之ヲ講究スルノ要アリト雖モ今刑法ノ總則ヲ講究スルニ方リ之ヲ説明スルニ遑アラス

○左ニ臚列スルモノハ則チ犯罪構成ノ原素トナリ得ヘキ主要ノモノナリ

犯人ノ地位カ犯罪ノ原素トナルヿアリヤ

第一　犯人ノ地位

是レ或ル犯罪ニ就テハ必需ノ原素ナリ夫ノ刑法第二編第九章(官吏瀆職ノ罪)ノ各節ニ規定シタル犯罪ノ如キ苟モ官吏ノ地位アル者ニ非サレハ以テ此等ノ罪辟ニ觸ルヽヿナシ何トナレハ官吏ノ地位ハ犯罪ヲ構成スルノ原素ナルカ故ニ此原素ヲ缺ケハ則チ犯罪ノ成立セサルヿ勿論ナレハナリ左レハ官吏ニ非サル者カ爲メニスル所アリテ官吏ナリト詐稱シ爲シタル所爲ハ他ノ身分詐稱若クハ詐欺取財ノ罪ヲ構成スルハ格別決シテ官吏瀆職ノ罪ヲ構成スルモノニ非ス例ヘハ非官吏者カ官吏ナリト詐稱シ爲メニ人ノ囑託ヲ受ケ金錢ヲ收受シタレハトテ第二百八十四條ノ罪ニ該ルモノニ非ス

犯人ノ民籍ハ如何

第二　犯人ノ民籍

假令ハ第百二十九條以下ニ規定シタル外患ニ關スル犯罪ノ如キ內國人ノ犯シタルニ非サレハ決シテ此ノ犯罪ヲ成スヿナシ

犯人ノ身分ハ如何

第三　犯人ノ身分

假令ハ第三百五十三條ニ現定シタル有夫姦、第三百五十四條ニ規定シタル重婚罪ノ如キ必ス既ニ結婚者タル身分ヲ有スル者ノ之ヲ爲スニ非サレハ此等ノ犯罪ヲ成スヿナシ未タ結婚セス隨テ夫ヲ有セサル婦ト姦淫シタル所爲ハ之ヲ和姦ト云ヒ法律ノ敢テ問フ所ニ非ス又配偶者ナキ者ノ婚姻スルモ決シテ重婚ヲ成スニ非サルナリ

被害者ノ地位ハ如何

第四　被害者ノ地位

假令ハ第百三十九條以下ニ規定シタル官吏ノ職務ヲ行フヲ妨害スル罪又ハ官吏ノ職務ニ對シテ侮辱スル罪ノ如キハ被害者ノ官吏タルカ

故ニ此種ノ犯罪ヲ成スモノナリ若シ官吏ニ非サル者ニ對シテ同一ノ所爲ヲ爲ストキハ或ハ脅迫罪又ハ誹毀罪等ヲ成スヿアルヘク又或ハ如何ナル罪ヲモ成サヽルヿアルベキナリ

被害者ノ年齢カ犯罪ノ原素トナル場合

第五　被害者ノ年齢

假令ハ第三編第一章第九節乃至第十一節ニ規定シタル幼者又ハ老疾者ヲ遺棄スル罪、幼者ヲ略取誘拐スル罪又ハ十二歳ニ滿タサル婦女ニ對スル猥褻姦淫ノ罪ノ如キ被害者ノ或ハ老年タリ或ハ十二歳未滿若クハ二十歳未滿ニ非サリセハ以テ此等ノ犯罪ヲ成スヿナシ

季節モ原素トナルヿアリヤ

第六　季節

假令ハ狩獵規則ノ犯罪ノ如キ或ル季節外ニ於テ狩獵スルニ非サレハ其罪ヲ成サヽルナリ故ニ季節モ亦犯罪搆成ノ原素タルヿアルナリ

時節ハ如何

第七　時節

假令ハ第二百四十六條以下ニ規定シタル傳染病豫防規則ニ關スル犯罪ノ如キハ即チ悪疫流行ノ時節之カ原素トナルナリ故ニ通常ニ在テハ傳染病豫防規則ニ違背シタル所爲ヲ爲スモ決シテ犯罪ヲ成サヽルナリ

場所カ原素トナル場合

第八　場所

假令ハ第百七十一條ニ規定シタル人ノ邸宅又ハ人ノ看守シタル建造物ニ入リタル罪、第三百八十六條ニ規定シタル埋藏物ヲ隱匿スル罪ノ如キ其邸宅若クハ建造物ニ入リ又ハ他人ノ所有地内ニ於テ埋藏物ヲ掘得テ隱匿シタルニ非サレハ右各本條ノ犯罪ヲ成サス即チ場所ハ其犯罪搆成ノ原素タリ

公然又ハ現在カ原素トナル場合

第九　公然及ヒ現在

假令ハ第二百五十八條第二百五十九條ニ規定シタル猥褻ノ所行ヲ爲シタル罪又ハ風俗ヲ害スル物品ヲ陳列若クハ販賣シタル罪及ヒ第三百五十八條ニ規定シタル誹毀ノ罪ノ如キハ必ス公然之ヲ爲シタルヲ

要ス否ラサレハ則チ犯罪トナルヿナシ

所謂公然トハ公場タリ又ハ公衆ノ見聞スルヲ得ル狀況ヲ指スモノナリ但シ佛國刑法ニ於テハ二者ノ間二三ノ區別ヲ規定セリト雖ヒ我刑法ニ於テハ其區別アルヿナシ又現在カ犯罪構成ノ原素トナル場合ハ第二百六十一條ノ賭博犯ノ場合是ナリ即チ現行犯ニアラサレハ犯罪トシテ審判スルヲ得サルナリ

物品ノ性質ハ如何

第十　物品ノ性質

假令ハ第二百三十七條以下ニ規定シタル阿片烟ニ關スル罪、第三百九十九條以下ニ規定シタル賍物ニ關スル罪ノ如キ其物品ノ阿片烟タリ又ハ賍品タルニ非サレハ犯罪ヲ成スヿナシ

故意ヲ原素トナサヽル場合アリヤ

第十一　故意

凡ソ犯罪ニシテ故意ヲ以テ其構成ノ原素トナサヽルモノハ甚タ尠シ故ニ犯罪ノ構成ニハ故意ヲ要スルヲ以テ原則トナシ之ニ反スル者ヲ以テ變例トナスト謂フテ可ナリ而ソ其變例ハ第三百十七條以下ニ規定シタル過失殺傷罪、第四百九條ニ規定シタル失火罪及ヒ違警罪、諸罰則規則犯ノ多クノ場合ノ如キ是ナリ是等ノ犯罪ハ固ト故意ナキモノアリ又ハ故意ノ有無ニ關セサルモノアリ

所爲カ原素トナラサル場合アリヤ

第十二　所爲

凡ソ所爲ノ犯罪構成ノ原素タルハ亦概ヲ然ラサルハナシ故ニ所爲ナキカ爲メ犯罪トナル場合ハ其例甚タ多カラス而ソ法律ノ禁止シタル事ヲ行ヒタル罪ヲ稱シテ行犯又ハ有的犯ト云ヒ法律ノ命令シタルヿヲ行ハサル罪ヲ稱シテ不行犯又ハ無的犯ト云フ是レ既ニ前編第三章第一款ニ於テ詳述シタル所ナリ

然レ𪜈茲ニ一言ヲ要スルモノアリ他ナシ予カ犯罪構成ノ一原素トシテ右ニ掲示シタル所謂所爲ナル語ハ彼ノ汎博ナル意義ヲ有スル者ニ非スシテ只タ人ノ擧動言語ヲ云ヘルノミ故ニ夫ノ思想即チ陰謀(第百

二十五條第二項)ノ如キ又ハ爲スヘキヲ爲サヽル者ノ如キハ此文詞ニ包含セシムルノ意ニアラサルヿ是ナリ

第十三　實害

實害ハ犯罪ノ構成ノ要素ナリヤ

我輩ノ採用セシ社會刑罰權ノ主旨ニ依レハ凡ソ刑罰ハ犯罪ヲ原因トシ犯罪ハ社會ノ禁令即チ法律ニ違犯スルニ依テ成ル故ニ苟クモ法律ニ違犯シタル所爲アルトキハ其所爲ノ果シテ實害ヲ加ヘタルヤ否ハ殆ソト犯罪ノ成立ニ必要ナキモノヽ如シ然レトモ之ニハ變例アリ例ヘハ第三百十七條以下ノ數條ニ規定シタル過失殺傷罪ノ如キハ其實害アリテ始テ成立スルカ故ニ其實害ハ即チ犯罪ヲ構成スル原素ナリ

○以上講說スル所ヲ以テ犯罪ヲ構成スル原素ノ大梗ヲ悉セリ要スルニ犯罪ハ必ス右ニ例示シタル原素又ハ其他ノ原素ノ數箇ヲ包含スル者タリ而ソ上來例示シタル犯罪ニシテ其成立ニ必要ナル原素ヲ飲ク

加重減輕ノ情狀ト構成ノ原素トノ間ニハ如何ナル差アリヤ

ニ於テハ縱令ヒ其所爲ノ如何ニ惡ムヘキモノタルニ拘ハラス決シテ罰スルヿヲ得サルナリ何トナレハ犯罪ノ成立セサレハナリ

○茲ニ最モ注意セサル可ラサルモノアリ他ナシ加重減輕ノ情狀ト犯罪構成ノ原素トヲ混同ス可ラサルヿ是ナリ蓋シ加重減輕ノ情狀ハ存セサルモ敢テ犯罪ノ成立ニ影響ヲ及ホスヿナシト雖モ苟クモ犯罪構成ノ原素ヲ欠クトキハ則チ犯罪ハ成立セサルナリ換言スレハ凡ソ犯罪成立ノ原素ハ犯罪ノ成否ニ關係スレトモ加重減輕ノ情狀ハ則チ之ニ異ナリ唯成立シタル犯罪ノ情狀ニ輕重アラシメ隨テ之ニ科スヘキ刑罰ヲ輕重ナラシムルニ過キスコレ決シテ二者ヲ混同ス可ラサル所以ナリ

○茲ニ原素ノ一ヲ欠キタルカ爲メ甲罪ノ成立セスシテ乙罪ノ成立スル場合アリ例ヘハ賄賂トシテ金圓ヲ收受シタルモ其犯人ハ其實官吏ニアラサリシトセン乎第二百八十四條ノ官吏收賄罪ノ刑ヲ科スルヿ

ヲ得ス何トナレハ該條ニ規定シタル犯罪成立ノ一原素ナル官吏タル地位ヲ欺キタルヲ以テナリ然リト雖モ被害者ヲ欺キテ官吏ナリト自稱シ金圓ヲ騙取シタル所爲ハ即チ詐欺取財トナルカ故ニ到底第三百九十條ノ規定ニ制裁ヲ免カルヽヿヲ得サルカ如キ是ナリ

○加重減輕ノ情狀ハ畢竟刑罰ノ適用上ニ關スルモノナレハ次篇即チ刑罰論ヲ講說スルニ方リ詳述スヘキヲ以テ此ニハ只ダ纔カニ其加重又ハ減輕ノ塲合ノ一二ヲ示スニ止マルヘシ

刑ヲ加犯スヘキ情狀トハ假令ハ第三百四十九條ニ規定シタル强姦罪ノ被害者十二歲ニ滿タサル塲合、第三百六十九條ニ規定シタル竊盜二人以上共犯ノ塲合、第三百七十條ニ規定シタル兇器ヲ携帶シテ竊盜ヲ犯シタル塲合ノ如キ是ナリ即チ被害者ノ年齡又ハ共犯人ノ員數若クハ犯罪者ノ携帶物ハ加重ノ情狀トナスモノナリ

何故ニ之ヲ加重ノ情狀ト云フ乎他ナシ通常ノ塲合即チ十二歲以上ノ婦女ヲ强姦シタル片(第三百四十八條)又ハ單身若クハ赤手ニテ竊盜ヲ犯シタル片(第三百六十六條)ニ比シテ其罪質重キヲ加フレハナリ

刑ヲ減輕スヘキ情狀トハ假令ハ第八十條第八十一條ニ云ヘル犯罪者ノ年齡成年又ハ十六歲ニ滿タサル塲合ノ如キ是ナリ

何故ニ之ヲ減輕ノ情狀ト云フ乎他ナシ尋常ノ塲合ニ比シテ其罪質ノ輕キヲ以テナリ

爰ニ試ニ二三ノ犯罪ヲ解剖シテ其成立ノ原素ヲ示シテ各罪講究ノ一端トナスヘシ

官吏ノ職務ヲ妨害スル罪ニハ如何ナル原素ヲ要スルヤ

○第一、第百三十九條ニ規定シタル官吏ノ職務ヲ行フヲ妨害スル罪ハ左ノ三個ノ原素ヨリ成立ス

(一)被害者ノ官吏タルヿ

(二)法律規則又ハ官署ノ命令ヲ職務上執行スルニ對シ抗拒スルヿ

(三)暴行脅迫ヲ用フルヿ

故ニ被害者ノ官吏ニ非ラサルカ又設ヒ官吏ナルモ其職務ノ執行ニ對スルニ非サルカ又ハ官吏ノ職務執行ニ對スルモノナルモ暴行脅迫ヲ用ヒス温言以テ反對ノ意ヲ表シタルカ如キハ決シテ本條ノ犯罪ト爲スヿヲ得ス

文書僞造罪ニ要スル原素如何

○第二、第二百二條以下ニ記載シタル文書僞造ノ罪ハ左ノ三個ノ原素ヨリ成立ス

(一) 眞實ノ變更アルヿ

(二) 他人ヲ害シ又ハ自己若クハ第三者ヲシテ不正ノ利ヲ得セシムルノ意思アルヿ

(三) 他人ニ損害ヲ生シ又ハ生シ得ヘキヿ

是ナリ又我刑法ニ於テハ詔書僞造ヲ除クノ外官文書タルト私文書タルトヲ問ハス其行使モ亦犯罪成立ノ一原素トナセリ

故殺罪ニ

○第三、第二百九十四條ノ故殺罪ハ左ノ二個ノ原素ヨリ成立ス

要スル原素如何

(一) 人ノ性命ヲ失ハシムルニ足ルヘキ有形ノ所爲アルヿ

此所爲ヲ爲スニ用ヒタル物件ノ刀タリ銃タルハ固ヨリ問フ所ニ非ス故ニ赤手ヲ以テ緊搏スルモ其所爲人ノ性命ヲ絶ツニ耐フルトキハ則チ本罪ヲ構成スルニ於テ毫モ支障アルヿナシ然リ而メ其使用スル物件ノ到底人ヲ殺スニ耐ヘサルカ將タ其所爲ノ到底人命ヲ絶ツニ足ラサルモノナルトキハ決シテ故殺罪ヲ成スヿナシ是レ猶ホ人ヲ毒殺セント欲シ毒藥ト誤認シテ水ヲ飲マシメ又ハ僅カニ一時ノ苦悶ヲ與フルニ過キサル藥餌ヲ服サシメタル所爲ノ毒殺罪ヲ成ササルト異ナラサルナリ

又人ニ對シテ行ヒタル所爲ニ非サレハ固ヨリ故殺罪ノ成立スルヿナシ而メ苟クモ被害者ノ人タル上ハ其大患ニ罹リ將サニ死ニ瀕スル病者タルモ又ハ精神錯亂シテ人事ヲ辨知セサル者ナルモ將タ又元來癈疾者苦クハ篤疾者ニシテ人タルノ用ヲ爲ス能ハサル者ト雖モ之ヲ殺

シタルトキハ以テ故殺罪ヲ成スニ充分ナリトス(他ノ原素ノ備ハリタルヿヲ要スルハ勿論)何トナレハ病者ハ勿論縱令ヒ精神錯亂者又ハ癈疾若クハ篤疾ノ者ト雖モ亦人タルニ外ナラサレハナリ

(二)　人ヲ殺スノ意思アルヿ

此意思ハ嘗テ怨望スル所アルニ因リ生シタルカ將タ嫉妬ニ出ツルカ其原因ハ素ヨリ本罪ノ構成上之ヲ問フノ必要ナキ者トス

爰ニ一言スヘキハ人ヲ殺スノ意思ヲ以テ人ノ性命ヲ絶ツノ所爲ヲ爲スモ故殺罪ヲ成ササル場合アルヿ是ナリ例ヘハ正當防衛ノ爲メ又ハ兵卒ノ戰場ニ於テ爲セル殺害ノ如シ此等ノ所爲ハ決シテ犯罪ヲ成スヿナシ何トナレハ正當防衛ノ場合ニ於テハ自己ノ身躰若クハ財產ヲ防衛スルカ爲メ又戰鬪ノ場合ニ於テハ兵卒タル者ノ職務ヲ盡サンカ爲メ權利タリ又ハ義務トシテ之ヲ爲スモノナレハナリ

○佛國ニ於テハ犯罪構成ノ原素ヲ定ムルニ付キ實際ニ於テ困難ナル犯罪アリ他ナシ決鬪ニ由ル殺傷罪是ナリ蓋シ決鬪ハ種々ノ原因ヨリシテ相約シテ運命ヲ上帝ニ朝シ雌雄ヲ搏鬪ノ間ニ決スルモノニシテ或ハ短銃ニ依リ或ハ刀槍ニ依ルモノアリ而メ其結局タル或ハ出血スルヲ以テ其期トナスモノアリ又ハ一方ノ落命スルニ非サレハ以テ其最期ト爲サヽルモノアリ而メ決鬪者双方ヨリ差出シタル立會人アリテ其條件ヲ定メ其他ノ事ヲ斡旋スルヲ常トス夫レ如斯決鬪ハ素ト相約シテ成ルモノナレハ其社會ノ秩序ヲ害スル所爲ナルニ拘ラス强チ之ヲ普通ノ謀故殺又ハ創傷ノ罪ニ於ケル意思ニ出タルモノト謂フヲ得サルヤ勿論ナリ而シテ佛國刑法ニ於テハ決鬪ニ由ル殺傷ノ所爲ニ對スル正條ナキカ爲メ判決例モ亦タ殆ント一定スル所ナカリキ今ヲ距ルヿ凡ソ三十餘年ノ以前マテハ概シテ之ヲ不問ニ措クヿトセリ近來ニ至リ始メテ毆打殺傷罪ヲ以テ之ヲ罰スルヿトナレリ

○玆ニ又要讎ノ所爲ニ付キ一言セサル可ラサルモノアリ抑〻我國古

來風俗淳樸君臣ノ義、父子ノ情頗ル厚ク君父ノ讐ハ俱ニ天ヲ戴カサルヲ以テ忠臣孝子ノ本義ト爲シ加フルニ我國人ノ尙武ニ富メルノ餘睚眦ノ讎ト雖モ必ス之ヲ復スルヲ期シ苟モ斯ノ如クナラサレハ眷屬顧ミス鄕黨亦共ニ伍スルヲ耻ツ去レハ復讐ノ思想ハ殆ント武人ノ常性ト云フモ敢テ不可ナキカ如キノ形勢ナリキ降テ近世ニ至ルモ餘習仍ホ未タ全ク除去セサル者アリ故ニ今日ト雖モ復讐ニ因ル殺害ハ則チ惡意ニ出サルモノナルヲ以テ强チ罪トシ罰スルニ及ハストスルハ蓋我國一般ノ人情ナラン歟然リト雖モ苟モ復讐者ニ假借スル時ハ又必ス復讐者ノ復讐者ニモ亦假借セサルヲ得サル可ク其極ヤ幾ンド際涯ナキニ至ラン社會ノ秩序ヲ紊亂スルヿ蓋シ焉ヨリ大ナルハ莫シ是以テ其情狀ノ憫諒スヘキモノアルニ關ラス若シ復讐ノ爲メ人ヲ殺害スル者アル時ハ必ス尋常殺人罪ノ刑ヲ科セサルヲ得サルナリ且ツヤ社會刑罰權ノ趣旨ニ因リ之ヲ論スルモ立法者ノ認メテ至當ナリト爲シ制定シタル刑罰ヲ以テ未タ意ニ滿テリトセス自カラ擅ニ刑罰ヲ行フカ如キハ縱令ヒ其情狀ノ憫諒スヘキモノアルモ社會ノ必要上其法律ヲ違犯シタル復讐者ニハ到底刑罰ヲ科セサルヲ得サルナリ

○又佛國ニ於テハ自殺ノ所爲ヲ幇助シタル者ヲ罰スヘキヤ否ヤ若シ之ヲ罰スルトスレハ其刑如何等ノ問題ニ對シ今日ト雖モ未タ一定ノ論ナキカ如シ然レモ我刑法ハ第三百二十條ニ於テ自殺人ヲ補助シタル者ニ對スル制裁ヲ明定シタレハ復タ此等ノ問題ヲ生スルヿナシ

竊盜罪ノ要素如何

○第四、第三百六十六條ノ竊盜罪ハ左ノ三個ノ原素ヨリ成立ス

(一)　物件ヲ藏置シタル塲所ヨリ竊カニ取揚ケタルヿ

藏置シタル塲所ヨリ云々故ニ其物件ハ必ス有形ノ動產タラサル可ラス何トナレハ無形ノ物件ハ藏置シ云々ノ言詞ヲ以テ之ヲ形容スルヿヲ得ス又動產ニ非サル物件ハ其藏置ノ塲所ヨリ取揚クルヿヲ得サレハナリ

例ヘハ債務者カ債權者ノ家宅ニ忍入リテ豫テ交付シ置キタル自己記名ノ證書ヲ竊取シタルカ如キ之ヲ竊盜犯トナス所以ハ畢竟有形ノ動產即チ證書ヲ竊取シタルカ爲メニシテ敢テ夫ノ無形ノ動產即チ債權ヲ竊取シタル者トスルカ故ニハ非サルナリ

竊カニ取揚クル云々故ニ必ス物件所持者ノ意思ニ反シタル場合タルヲ知ル可シ苟モ所持者ノ承諾アレハ之ヲ竊カニ取揚クルノ謂レナケレハナリ要スルニ竊カニ他人ノ占有ヲ侵シテ之ヲ自己ノ占有ニ歸セシメタル所爲アルヲ要ス

(二)　人ヲシテ物品ヲ失ハシムルノ意思アルヲ要セス

故ニ必シモ自カラ利シ又ハ第三者ヲ利セシムルノ意思アルヲ要セス只タ故意ニ人ノ占有ヲ奪フヲ以テ足レリ例ヘハ貧困者ヲ賑恤センカ爲メニ竊取シタルトキハ勿論人ノ贅澤品ヲ所持スルヲ嫉ムノ情ヨリ之ヲ竊取シテ海中ニ投入シタルトキト雖モ亦竊盜罪ヲ成スヘキナリ

(三)　他人ノ所有物タルヲ

故ニ自己ノ所有ニ係ルモノハ之ヲ竊盜ト云フヲ得ス但シ第三百七十一條ニ於テハ自己ノ所有物ト雖モ典物トシテ他人ニ交付シ又ハ官署ノ命令ニ因リ他人ノ看守スル場合ニ於テ之ヲ竊取シタル者ハ竊盜ヲ以テ論ストアリコレ變例ニシテ固ヨリ純然タル竊盜犯ニ非サルナリ云々ヲ以テ論スノ文辭味フヘシ

強姦罪ノ要素ハ何ソ

○第五、第三百四十八條ノ強姦罪ハ左ノ原素ヨリ成ル

(一)　暴行脅迫ヲ加ヘタルヲ

故ニ睡眠ニ乘シテ竊ニ姦淫シタルカ如キハ之ヲ強姦ト云フ可ラス但シ本條第二項ニ於テハ藥酒等ヲ用ヒ人ヲ昏睡セシメ又ハ精神ヲ錯亂セシメテ姦淫シタル者ハ強姦ヲ以テ論ストアリ此レ普通睡眠者ト大ニ徑庭アリト雖モ仍ホ之ヲ強姦罪トセス單ニ強姦ニ準シテ處斷スルノミ乃チ強姦ヲ以テ論ズトアルニ依テ明ナリ然リト雖モ單純ノ理論

ヲ以テスレハ第二項ノ姦淫罪モ亦或ハ暴行ヲ加ヘタル者ナリト做スヿヲ得ヘキ歟何トナレハ所謂暴行トハ啻ニ人ノ外部ニ加ヘタル所爲ノミニアラスシテ復タ其内部即チ精神ニ加ヘタルモノト雖モ之ヲ暴行ト謂フヲ得ヘキカ如シ苟クモ故意ニ人ヲシテ昏睡セシメ又ハ精神ヲ錯亂セシムルカ如キ所爲ハ之ヲ暴行ナリト云フモ敢テ牽强羅織ノ誣言ニアラサル可ケレハナリ

(二) 交接シ若クハ交接セントスルヿ

此原素ノ成立セサルニ於テハ或ハ脅迫罪タルヘク或ハ猥褻犯タル可キモ決シテ强姦罪ヲ構成セサルナリ

(三) 被害者ハ必ス婦女タルヘキヿ

故ニ婦女ノ男子ニ對シ暴行脅迫ヲ爲シ姦淫シタルモ決シテ强姦罪ヲ成スヿナシ

(四) 被害者ハ犯人ノ配偶者ニ非サルヿ

故ニ苟クモ配偶者タル片ハ非除ヤ不和其他ノ事故ニ因リ別居シタル時ト雖モ決シテ强姦罪ヲ成スヿナシ

第三章　犯人ノ責任ヲ論ス

刑事上責任ニ要スル條件ハ何ソ

○凡ソ立法者ノ制定頒布シタル禁令即チ法律ニ違犯スル者ニ對シ制裁即チ刑罰ヲ當行セントスルニハ必ス其犯人ハ辨知力ト自由力ノ二者ヲ具備スル者ナルヲ要ス故ニ苟モ之ヲ具備セサル者ナル時ハ縱令ヒ其所爲ハ如何ナル害悪ヲ來シタルモ之ヲ以テ犯罪ト爲シ刑罰ヲ當行スルヲ得ス此ニ依テ之ヲ觀レハ辨知力ト自由力トハ刑事上ノ責任ニ缺クヘカラサル條件ト云フ可キナリ

○予ハ既ニ法律ハ元ト社會ノ秩序ヲ維持シ吾人ノ安寧ヲ保全セントカ爲メニ制定シタル者ニシテ苟モ之ニ違犯スル者アル片ハ社會ハ其違犯者ヲ罰スルノ權アルヿ即チ法律ノ制裁ヲ當行スルノ權アルヿヲ述ヘタリ然レモ此法律ノ制裁ナルモノハ徒ニ法律ニ違犯セルノミヲ以

辨知力及自由力ノ作用

テ何等ノ差別ナク之ヲ當行スヘキモノニアラス乃チ前述ノ二能力ヲ具備シタル人ノ法律ニ違犯セルニ方テ始メテ之ヲ當行シ得ルノミ蓋シ其所以タル其人ニハ辨知力アルカ故ニ能ク善惡ヲ識別シ得又自由力アルカ故ニ又能ク善惡ヲ取捨スルヿヲ得ル者ナルニ其善ニ從ハス却テ惡ヲ行フ者ナレハ其採擇スル所ニ因テ生スル責任即チ刑罰ハ豫シメ之ヲ期シタル者ト謂ハサル可ラサレハナリ

要スルニ辨知力及ヒ自由力ヲ具備スル者ニシテ法律ニ違犯シタルトキ社會ノ之ヲ罰スルハ正當ナリト雖ヒ其善惡ヲ辨別スルノ能力ナク良シ此能力ヲ有スルモ善惡ヲ取捨スルノ能力ナキ者ニシテ法律ニ違犯シタルトキ之ヲ罰スルハ正當ナラサルナリ何トナレハ此等ノ者ハ元來責任ノ原由タル人ノ能力ヲ有セス若クハ之ヲ運用スルノ餘地ヲ有セサル者ナレハナリ

斯ク論シ來レハ人或ハ曰ハン縱令ヒ右二個ノ能力ヲ具備セスト雖ヒ苟モ法律ニ違犯シタル者ハ即チ社會ノ秩序ヲ紊亂シタル者ナルカ故ニ須ラク之ヲ罰スヘシ然ラサレハ則チ或ハ法律ノ効力ヲシテ微弱ナラシムルニ至ラン否ナ得テ社會ノ安寧ヲ維持スル能ハサルヘシト

其レ然リ豈ニ其レ然ランヤ論者ノ駁説ハ歸、皮相ノ見タルヲ免レス何トナレハ幸ニシテ社會ニハ此二個ノ能力ヲ具備セサル者甚タ多カラス又自由力ヲ運用スルヿ能ハサル場合モ亦極テ稀有ナレハナリ加之ナラス若シ社會ニ辨知力ナキ者アルトキハ法律上自カラ之ニ備フル處分ノ有ルアリテ能ク社會ノ秩序ヲ保護スルヿヲ得可キカ故ニ決シテ法律ノ効力ヲ微弱ナラシムルカ如キ患アルヿナシ假ニ其患アリトスルモ前述ノ二能力ヲ具備セスシテ法律ニ違犯シタル者ヲ罰スルノ不正不當ナルヿハ殆ント喋々ノ辯ヲ要セサルヘシ

辨知力又ハ自由力ヲ具備セサル者ノ所爲ニ付テハ刑法第七十五條以下(佛國刑法第六十四條以下)ニ於テ之ヲ規定セリ

辨知力アル者ハ必ス又自由力アリヤ

○茲ニ右二個ノ能力ニ付キ注意スヘキモノアリ

曰ク自由力アル者ハ必ス辨知力アリ

曰ク辨知力アル者ハ必シモ自由力アリトセス

是也其然ル所以ノモノハ他ナシ自由力ノ運用ハ必ス辨知力ノ活動アリテ然ル後ニ起ルモノナリト雖ヒ之ニ反シテ辨知力ハ自由力ニ伴隨スルニ非スシテ其以前ニ活動スル者ナレハナリ

予ハ既ニ犯人ノ責任ニ關スル二個ノ條件ヲ説示シタリ而シテ此二個ノ能力ニ關スル講究ハ刑法學上頗ル緊要ナルヲ以テ今ヤ欵ヲ別テ之ヲ左ニ詳説スヘシ

第一欵　辨知力ヲ論ス

第一節　精神錯亂

○本節ニ於テ將ニ講究セントスル者ハ第七十八條ニ云ヘル知覺精神ノ喪失シタル者即チ精神錯亂者ノ犯罪是ナリ

所謂精神錯亂トハ辨知力ヲ全ク喪失シタル者ヲ云フナリ

精神錯亂ニ關シ民法上ト刑法上トニ差アリヤ

○茲ニ注意セサル可ラサルモノアリ他ナシ精神錯亂ノ結果ニ付テハ民法上ト刑法上トノ間自ラ差異アルヿ是ナリ

民法ニ於テ或ル所爲ヲ行ヒタル當時ニ於テ果シテ現ニ精神ノ錯亂シタル者ナリシヤ否ハ敢テ問フ所ニ非ス唯治産ノ禁ヲ受ケタル者ナルヤ否ノ一事ヲ取調ヘ若シ治産ノ禁ヲ受ケタル者ナルキハ其取結ヒタル契約其署名シタル證書等ハ總テ無効トスヘキヲ規則トス但禁治産前ノ行爲ト雖ヒ其行爲ノ當時ニ於テ喪心ノ明確ナルキハ亦無効タリ

(民法財産編第二百三十條佛民法第五百二條)刑法ニ於テハ縱令ヒ精神錯亂ノ故ヲ以テ治産ノ禁ヲ受ケタル者ナリト雖ヒ刑法ニ觸レタル所爲ヲ査シ行ヒタル當時ニ於テ果シテ現ニ精神ノ錯亂シタルヤ否ヲ審査シテ刑法ノ適用ヲ爲スヘキ者トス但シ禁治産者ニ對シテ其當時精神錯亂セストノ擧證ノ任ハ檢事ニ屬スルヿ復言ヲ竢タス

精神錯亂ノ種別

○精神錯亂即チ我刑法ノ所謂知覺精神ノ喪失シタル者ニハ種々ノ狀體アリ今試ニ之ヲ列擧スヘシ

第一白痴　是レ生レナカラニシテ全ク辨知力ナキ者ナリ

第二痴愚　是レ生レナカラニシテ辨知力完全ナラサル者ナリ前ノ白痴ニ比スレハ幾分カ辨知力アルナリ

第三本然ノ精神錯亂　是レ天稟ノ辨知力ナキ者ニ非サルモ精神ヲ過度ニ使用スルカ又ハ其他種々ノ原因ヨリ漸次腦力ノ衰耗シタルモノナリ

第四狂癖　是レ亦精神ノ漸次錯亂シタル者ニシテ或ハ放火シ或ハ人ヲ殺害スル等ノ情慾ヲ自ラ抑制スルヿ能ハサル者ナリ又其狂癖ハ或ル一定ノ事物ニ止マル者アリ之ヲ偏狂ト云フ

第五夢狂　是レ亦一種奇怪ノ疾病ニシテ睡眠中忽チ起テ運動シ或ハ屋上ニ上リ或ハ園内ニ疾走シ又忽チ寢ニ就キ睡覺メテ向ニ其屋上ニ上リ又ハ園内ニ走リタルヿヲ知ラサルカ如キ者ナリ

實例アリ曾テ佛國ノ某地ニ夫婦寢ヲ同フシテ睡眠シ其漸ク熟眠スルニ方リ夫忽チ蹶起シテ刀ヲ揮ヒ一擊其婦ヲ兩斷シ其儘再ヒ寢ニ就キ翌日ニ睡覺メテ始テ婦ノ殺害セラレタルヲ知リ吃驚セリト是レ甚タ奇怪ナルカ如シト雖モ疾病ノ作用ニ因リ知ラス識ラス斯ノ如キニ至ルカ如キモノ醫學的上間〻之レアルノ事ナリト聞ク

第六醉酗　是レ酒力ニ因テ不穩ノ擧動ヲナス者ナリ今之ヲ區別シテ左ノ數者トナス

醉酗ノ種別

(一)人ノ勸誘スル所トナリテ飲酒シ醉酗ニ至リタル者

(二)偶然自カラ好ンテ醉酗ニ至リタル者

(三)醉酗ヲ以テ常ト爲ス者

(四)罪ヲ犯スノ氣力ヲ買ハンカ爲メ故ラニ醉酗ニ至リタル者

其(一)ヨリ(三)迄ノ醉酗ニ因リ精神錯亂シタルモノ法律ニ違犯セル所爲

ヲ爲シタリトセンカ其責任ナキヤ固ヨリ論ヲ待タス然リ而シテ第(四)ノ例ヘハ人ヲ殺害セント欲シ之ヲ行フノ氣力ヲ得ンカ爲メ故ラニ飲酒シ醉酩ニ至リ人ヲ兇殺シタルモノヽ如キハ之ヲ謀殺ノ責任アル者トナスヘキ耶將タ精神錯亂シタルニ因リ法律ノ責任ナキ者トナス可キ耶是レ極メテ困難ナル一疑問ナリ而メ是等ハ元來兇行當時ノ事實ニ依テ稍々其判定ヲ異ニスルヿアルヘシト雖ヒ苟モ實際其兇行ノ當時ニ在テ精神錯亂シタル者ナリトノ證憑確實ナルトキハ究竟之ヲ罰スルヿヲ得サルモノト決セサルヘカラス

蓋刑法第七十八條ニ於テハ罪ヲ犯ス時知覺精神ノ喪失ニ因テ云々トアリテ其原因ノ天禀ニ出ル乎將タ人造ニ成ル乎又常時ニ彌ルヤ將タ一時ナルヤヲ區別セサルニ依テ之ヲ視レハ良シヤ其原因即チ登初酒力ヲ藉リテ犯罪ヲ遂ケントスルノ意思ハ酷タ之ヲ惡ム可シトスルモ現ニ其罪ヲ犯ス時ニ於テ精神ノ錯亂シタルノ事實アルニ於テハ本條ノ明文アルカ爲メ之ヲ罰セント欲スルモ能ハサルヲ以テナリ

○或ハ夫ノ酒力ヲ藉リテ人ヲ殺害シタル者ノ如キ畢竟飲酒ハ其犯罪ノ一手段トモ謂フヘキモノナルヲ以テ之ヲ尋常ノ精神錯亂者ト同視シ不問ニ措クヿノ不可ナル旨ヲ主張スル論者アリ

然レトモ予ハ其論趣ヲ以テ正鵠ヲ得タルモノトセス何者其當初酒力ヲ藉リテ罪ヲ犯サントスルノ意思ハ甚タ憎ムヘキモ現ニ罪ヲ犯ス當時ニ在テハ精神ノ錯亂ニ因リ其所爲ノ善惡ハ已ニ之ヲ識別スルヲ得サル者ナレハナリ蓋シ法律ノ問フ所ハ畢竟犯時ニ於テ精神錯亂シ是非ヲ辨別スルノ能力ナキ者ナリシヤ否ノ一點ニアルノミ其犯時以前ノ意思ハ敢テ問フ所ニ非サルナリ

玆ニ最モ注意スヘキハ此第六ノ塲合ハ他ノ塲合ニ比スレハ犯時ニ於テ果シテ精神ノ錯亂シタリヤ否ヤニ付キ一層精密ノ審査ヲ要スルヿ是ナリ其然ル所以タル元來醉度ニ輕重アリ加之ナラス一旦醉狂ニ至

ルモ其醉酗ハ永久ニ繼續スルモノニ非サルヲ以テナリ故ニ其輕重ノ度及ヒ其醉醒ノ如何ニ付テハ事實裁判官ノ最モ注意セサルヘカラサ所ナリ

○要スルニ右ノ第一乃至第六ノ一ニ居ル者ハ法律ニ違犯スル所爲ヲ爲スモ其所爲ノ責任ニ關スル條件ノ一(即チ辨知力)ヲ具ヘサル者ナルヲ以テ法律ニ於テハ其所爲ヲ問フヿナシ

第二節　年齢

○前節ニ於テハ年齢ノ成年以上ナルト否ヲ問ハス精神ノ喪失シタル者ノ責任ヲ講究シタルモ寧ロ成年以上ノ者ニ付テ説明シタルナリ本節ニ於テ講究セントスル者ハ精神ノ喪失シタル者ニ非スシテ未タ完全ノ精神ヲ具ヘサル者即チ未成年者ノ責任是ナリ

蓋シ人ノ生ルヽヤ知能ヲ具有スルハ素ト天稟ニ出ルト雖モ其知能ハ漸次ニ發達スルモノニシテ年齢ト經驗トヲ積ムニ非サレハ得テ是非善惡ヲ辨別スルニ完全ナルモノニ非ス是レ法律ニ於テ犯人ノ年齢ヲ細別シ其責任ニ關シ數箇ノ等差ヲ定メタル所以ナリ

年齢ニ付民法ト刑法トノ差

佛國刑法ト我刑法トハ此點ニ付テ大差アリ佛國刑法ハ十六歳以上ヲ以テ完全ナル責任ヲ有スルモノト爲シタルモ我刑法ハ二十歳以上ヲ以テ完全ナル責任ヲ有スルノ年齢ト定メ尚ホ十二歳及ヒ十六歳ノ年齢ニ依リ其責任ニ關シテ等差ヲ立テタリ

○民法ニ於テハ滿二十歳ヲ以テ成年ト爲セリ(明治九年第四十一號布告、民法人事編第三條)故ニ民法上ニ在テ二十歳以上ノ人ノ爲シタル所爲ハ治産ノ禁ヲ受ケタル者ナルカ又ハ其他取消ノ原由アルニ非サレハ決シテ之カ取消ヲ請求スルヿヲ得ス其二十歳以下ノ者ノ所爲ニ付テハ爲メニ受ケタル損害ヲ證明シ之カ取消ヲ請求シ得ルヲ以テ原則トス

然レ𪜈刑法上ニ於テハ十六歳以上二十歳以下ノ者ト雖モ他ニ其責ニ

任セシメサルノ原由アルニ非サレハ必ラス其所爲ノ責ニ任セサルヲ得ス單ニ本刑ニ一等ヲ減スルノミ而メ其十六歳以下十二歳以上ノ者ニ係ルヰト雖ヒ豫メ之カ責任ノ有無ヲ斷スルヿヲ得ス其是非ヲ辨別シテ犯シタルヤ否ヲ審査シ始メテ其如何ヲ知ルヘキノミ

前述差異ノ理由

○何ヲ以テ民法上ノ成年ト刑法上ノ成年トヲ斯ノ如ク異ナラシメタル乎

凡ソ事ノ善惡邪正ヲ辨別スルヿハ苟モ良心ヲ具有スル者ノ爲シ能フヘキ所ナルモ事ノ利害得失ヲ判斷スルニ至テハ經驗アル者ト雖ヒ尙且ツ之ヲ艱ム況ンヤ世故ヲ履マサル者ニ於テヲヤ例ヘハ人ノ所有物ヲ竊盜スルノ不善不良ナルヿハ良心以テ之ヲ判別スルヲ得ヘシト雖モ財産上契約ヨリ生スル利害得失ノ結果ハ之ヲ識別スルヿ甚タ難キカ如シ是レ民刑二法ニ於テ責任ニ關スル年齢ヲ異ナラシメタル所以ナリ

刑事ノ責任ニ關スル年齢ノ段階

○我刑法第七十九條ニ於テハ罪ヲ犯ス時十二歳ニ滿タサル者ハ其罪ヲ論セス云々ト規定シ此年齢ニ達セサル者ハ其行ヒタル所爲ニ付キ常ニ是非ヲ辨別セサル者ト做シ之カ反證ヲ許サヽルモノトセリ之ヲ佛法ノ所定ニ比スルニ其寛大ナル論ヲ竣タス蓋シ佛法ニ從ヘハ十六歳未滿ノ者ト雖ヒ其是非ノ辨別アリタルヤ否ヤヲ審判スルハ一ニ裁判官ノ權內ニ在リトスルカ故ニ動モスレハ不都合ノ結果ヲ呈スルニ至ル實例アリ千八百五十四年甫メテ六歳ノ童兒ヲ輕罪ノ犯人トシテ輕罪裁判所ニ引致シ又千八百七十五年ニ於テハ漸ク十歳ノ童兒ヲ重罪ノ犯人トシテ重罪裁判所ニ引致シタルヿアリ是レ佛法ノ規定其當ヲ得サルノ結果ニシテ學者ノ痛ク論難スル所ナリ

○我刑法第八十條ニ依レハ曰ク「罪ヲ犯ス時滿十二歳以上十六歳ニ滿サル者ハ其所爲是非ヲ辨別シタルト否トヲ審案シ辨別ナクシテ犯シタル時ハ其罪ヲ論セス云々」又同條第二項ニ曰ク「若シ辨別アリテ犯シ

タル時ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ス」ト此ニ依テ之ヲ視レハ凡ソ十二歳以上十六歳未滿ノ者罪ヲ犯シタル時ハ或ハ罪ヲ論セサルカ又ハ罪ヲ論スルモ本刑ニ二等ヲ減シテ處斷スヘキモノトセリ

第八十條ノ其所爲云々ノ解

茲ニ注意スヘキハ該條其所爲是非ヲ辨別シ云々ノ一句ナリ蓋其所爲云々トアルヲ以テ縱令ヒ一般ノ塲合ニ於テ已ニ是非ヲ辨別スル者ナリト雖ヒ法律ハ特ニ其行ヒタル所爲ニ就テ是非ヲ辨別シタルヲ要スル者トセリ故ニ苟モ其行ヒタル所爲ニ就キ是非ノ辨別ナキ者ハ設令一般ノ塲合ニ於テ已ニ是非ノ辨別アルモノタルニ拘ハラス之ヲ犯罪人トスルヲ得ス而シテ其年齢ハ身分證書(即チ戸籍)ヲ以テ之ヲ證スヘク若シ其證書ナキニ於テハ鑑定等ニ據テ之ヲ證セサルヲ得ス

電雷ノ責任如何

○夫ノ八九十歳ノ老者ニ至テハ實際或ハ耄耋殆ント是非ヲ辨別セサル者アリ是レ恰モ幼齡ニ復歸シタルカ如キ趣アリト雖モ法律ニ於テハ此等ノ者ニ對スル特例ナク又アルヘキノ理ナキヲ以テ未成年者トシテモ之ヲ處分スルヲ得サルヿ勿論ナリ然レヒ其老耄ノ爲メ眞ニ是非ノ辨別ナキ證憑明瞭ナル時ハ宜シク第七十八條ニ依テ知覺精神ノ喪失シタル者トシ其罪ヲ論セサルヲ至當トス但シ其是非ノ辨別アル者ナルキハ尋常ノ刑罰ヲ受クルヿ勿論ナリト雖ヒ其徒刑ニ該ル者ハ第十九條ノ寛典ヲ受クヘキヿ復タ論ヲ竢タス

第三節　瘖啞者

瘖啞者ノ責任如何

○抑モ瘖啞者ハ耳聞クヿヲ得ス口言フヿヲ得サル者ナルカ故ニ素ヨリ社會ノ交情ヲ辨知セス既ニ社會ノ交情ヲ辨知セサレハ彼ノ十二歳以下ノ幼者ト何ソ擇マン是レ刑法上ノ責任ナキ所以ナリ然リト雖ヒ世運漸ク進ミ教育ノ德斯ノ不幸ナル瘖啞者ニ及フニ至レハ薫陶ノ効其辨知力ヲ養成スルヿ或ハ之レアルヘシト雖ヒ而カモ現今我邦ノ實況ニ照シ都テ之ヲ辨知力ナキ者ト做シ其罪ヲ問ハサルハ特リ實際ニ適スルナリ

○以上第一節乃至第三節ニ說示シタル者ハ即チ法律上辨知力ナキ者ナリ

本欵ヲ終ルニ茲ミ前數者ニ關スル擧證ノ事ニ付キ玆ニ一言スヘシ

十二歲ニ滿サル者ニ付テハ第七十八條ハ「云々罪ヲ論セス」ト規定シタルヲ以テ檢事ハ此規定ニ反シテ辨知力アリトノ擧證ヲ爲シ有罪ナリト論告スルヲ得サルナリ

未成年者ニ對スル擧證ノ責任

滿十二歲以上十六歲ニ滿サル者ニ對シ有罪ナリトノ論告ヲ爲スニハ檢事ハ第一ニ犯罪トナルヘキ所爲ノ成立ヲ證明シ第二ニ是非ヲ辨別シテ其所爲ヲ爲シタルヿヲ證明セサルヘカラス否ラサレハ被告人ハ無罪ノ言渡ヲ受クヘキナリ

第七十八條及ヒ第八十二條ニ揭クル者ニ對シテハ檢事ハ只其犯罪トナルヘキ所爲ノ成立シタルヿヲ證明スルヲ以テ足レリトス故ニ其所爲ニ付キ責任ナキヿ即チ精神錯亂シテ之ヲ行ヒタルヿ又ハ瘖啞者ニシテ之ヲ行ヒタルヿヲ證明スルハ則チ被告人若クハ辯護人ノ任ナリ又何レノ塲合ト雖モ年齡ハ被告人若クハ辯護人ニ於テ自ラ之ヲ證明スヘキ任アルナリ

右說明スル所ハ等シク辨知力ヲ缺ク者ニ關スルモ其擧證ノ任ニ至テハ則チ各々異ナル所アルヲ示シタルニ過キス

辨知及自由ノ二力ヲ具ヘサレハ何故ニ刑事上責任ナキヤ

第二欵　自由力ヲ論ス

第一節　强制

○既ニ曩ニ說示シタルカ如ク凡ソ自由力ハ辨知力ノ後ニ來ルモノナリ更ニ之ヲ詳言スレハ既ニ善惡邪正ヲ辨知スルモ好ンテ其善ト正トヲ捨テ惡ト邪ニ付キ就テ犯法ノ所爲ヲ行ヒタルニ因リ始メテ犯人タルノ責任アルモノナリ故ニ辨知力アリタリトテ苟クモ自由力ナキ塲合即チ善惡邪正ヲ撰ムノ餘地ナキ塲合ニ於テハ非除ヤ人ヲ殺害シタリトスルモ之ヲ以テ罪ヲ犯ス者ト謂フヿヲ得ス何トナレハ勢ヒ之ヲ

殺害セサレハ以テ其身ヲ脱ルヽニ途ナケレハナリ蓋シ罪ヲ犯スカ爲メニハ辨知力ト自由力トノ具備スルヲ要スルト云ヘルハ畢竟所爲ノ善悪邪正ヲ辨別スルノ能力ト之ヲ行ハントスレハ行ヒ得ヘク之ヲ行ハサラントスレハ又行ハサルヲ得ヘキ場合即チ本心ノ方向ニ依テ動止スルヲ得ルノ自由ヲ具備スル場合ニ於テ始メテ其所爲ノ責任ヲ生スト云フニ外ナラス若夫レ本心ノ方向ニ依テ動止スルヲ得ス所謂已ヲ得サルニ出テ其行爲ノ偶〻罪トナルヘキ所爲ニ觸レタリトテ之ヲ法律ニ違犯シタル者ナリト云フヿヲ得ス去レハ縱令ヒ法律ニ其明文ナキモ尚ホ道理上同一ノ決定ニ出テサルヲ得ス然ルニ法律ハ特ニ明文ヲ掲テ一層吾人ノ權利ヲ鞏固ナラシメタリ

強制ノ種別

○第七十五條ニ所謂抗拒ス可ラサル强制トハ即チ自由力ヲ率制スルノ謂ニシテ其有形(外觀)ニ關スルモノト無形(心意)ニ關スルモノトアリ

第一項　有形上ノ强制

有形上强制ノ種別

○有形上ノ强制ニ二アリ左ノ如シ

(一)　外人ヨリ來ル强制

外人ヨリ來ル强制トハ例ヘハ甲者乙者ノ手ヲ把テ文書ヲ僞造セシメ又ハ丙者ヲ毆打セシメタル場合ノ如シ乙者ハ文書僞造若クハ毆打ノ不正タルヲ辨知スト雖モ甲者ノ强制スル所又之ヲ如何トモスルニ由ナシ是レ其意ニ非サルノ所爲ニ非スシテ何ソヤ否ナ乙者ハ甲者ノ機械ニ供セラレタルニ過キサルモノト謂フヘシ是レ法律ニ於テ其所爲ヲ罪視セサル所以ナリ

外人ヨリ來ル强制トハ何ソ

○有形上ノ强制ニシテ外人ヨリ來ル者ハ其例甚タ多カラス就中其有的犯ニ係ルモノ(即チ僞造、毆打ノ場合ノ如シ)ハ實際稀有ナリトス然レモ其無的犯ニ至テハ實際往々ニシテ之レアルヲ見ル例ヘハ裁判所ヨリ召喚ヲ受ケタルニ方リ外人ノ抑制スル所トナリ勢ヒ之ニ應スルヿ能ハスシテ遂ニ罪トナルヘキ所爲ニ觸ルヽカ如キ是ナリ

第二種ノ有形上ノ强制

(二)　宇宙間ノ現象ヨリ來ル强制

例ヘハ天災洪水等ノ妨遮スル所トナリ裁判所ノ召喚ニ應スルヿ能ハサリシ時ノ如キ是ナリ

右二個ノ場合ハ何レモ有形上ノ强制ニ遭遇シテ自由力ヲ失ヒタル者ナリ而メ有形上ノ强制ハ之ヲ無形上ノ强制ニ比スルニ其例稀有ナリ

第二項　無形上ノ强制

無形强制トハ何ソ

○無形上ノ强制ハ即チ心意ニ加フルノ强制ニシテ其種一ニメ足ラス例ヘハ甲者乙者ニ對シ汝丙者ヲ毆打スヘシ然ラサレハ余汝ノ家ニ放火シ又ハ汝ノ親族ヲ殺傷スヘシト脅迫シタル如キ是ナリコレ其有形上ノ實力ヲ用ヒス無形上(即チ心意)ノ强制ヲ加ヘタル場合ナリ此場合ニ於テハ乙者カ其家ヲ放火セラレ若クハ親族ヲ殺傷サルヽノ恐アルモ尙ホ丙者ヲ毆打スルヿヲ敢テセサル乎又ハ丙者ヲ毆打シテ自己若クハ親族ノ危害ヲ免ルヽ乎二者其一ヲ撰擧スルノ餘地アリ是レ有形上ノ强制ニ比スルニ緩急裕迫ノ差異アリト謂フ可シ故ニ若シ乙者ニ於テ寧ロ一身ト親族ヲ孤注トナスモ丙者ヲ毆打スルヿハ決シテ之ヲ爲スニ忍ヒスト決心シ甲者ノ脅迫ニ應セサリシトセン乎コレ即チ勇敢以テ自由力ノ運用ヲ全タカラシメタルモノナリ

然リト雖モ凡ソ法律ハ大勇ヲ人ニ責メサル者ナルカ故ニ苟モ强制ノ爲メ已ヲ得サルノ情狀アルトキハ偶〻其所爲ノ罪辟ニ觸ルヽカ如キアルモ之ヲ罰セサルヲ常トス去レハ前例ニ於テ乙者ハ其自家ノ放火ヲ避ケ又ハ親族ノ殺傷ヲ防クカ爲メ已ヲ得ス丙者ヲ毆打シタル場合ノ如キ素ト乙者ノ本意ニ非ラサルヲ以テ法律ハ其罪ヲ論セサルナリ

往時或派ノ哲學者等ハ非除ヤ如何ナル强制ヲ受ケタルニモセヨ苟モ法律ヲ犯スノ所爲アラハ即チ之ヲ罰セサル可ラスト說ケリト離モ抑モ法律ハ難キヲ人ニ責ムルモノニ非ラサルヲ以テ其主說ハ爾來立法者ノ敢テ採用セサル所ナリ

第七十五條ノ强制ノ解

○第七十五條ニ所謂强制ノ文辭ハ頗ル汎濶ノ意義ヲ有シ翼ニ有形上ノ强制ノミナラス心意上ニ感シタル無形ノ强制ニシテ抗拒スヘカラサルモノヲモ亦包有スルナリ

自己ノ心上ニ生シタル抗拒スヘカラサル强制ハ不論罪ノ原由ナルヤ

然ラハ則チ自己ノ心意上ニ生シタル情慾ノ抗拒ス可ラスシテ爲シタル所爲モ亦之ヲ罪トシ論スヘカラサルモノナルヤ否ナ決シテ然ラス今請フ其然ラサル所以ヲ述ン

夫レ已ヲ得サル强制ト云フトキハ其有形ナルト無形ナルトハ素ト問フ所ニアラスト强ヒ其强制ハ必ス他ノ事物ヨリ來リタル者ナラサル可ラス更ニ之ヲ詳言スレハ自己ノ心意即チ情慾ノ抑制シ能ハサル塲合ヲ指スニ非ス外人又ハ宇宙間ノ現象カ其强制ノ原因トナリタル塲合ヲ云ヘルノミ唯タ然ルノミナラス其罪ヲ論セサルニハ必ス强制カ自己ノ過失ノ爲メニ生セサルヲ要ス夫レ情慾ノ抗拒ス可ラサルニ至リタルハ果シテ誰ノ愆チソヤ情慾ノ暴激スル所少シモ之ヲ抑制スルヿナク徒ニ不羈放恣ニ任シタルニ職トシテ由ラサルナキヲ得ンヤ何トナレハ苟モ躬カラ抑制スル所アラシメハ情火慾焰ハ自カラ雲消霧滅スルニ至ル可ケレハナリ

要スルニ凡ソ自己ニ生シタル情慾ハ之ヲ外人又ハ宇宙間ノ現象ヨリ來リタルモノト謂フ可カラス又眞ニ所謂抗拒ス可カラサル强制ト謂フ可カラサルヲ以テ決シテ不論罪ノ原因タルヘキモノニ非ス

○或ハ此論趣ヲ難スル者アリ曰ク先ニ第七十八條ノ講説ニ於テ人ヲ殺害セント欲シ勇氣ヲ鼓センカ爲メニ酒ヲ仰テ狂醉シ爲メニ其兇行ヲ遂ケタル塲合ニ於テハ精神錯亂ノ故ヲ以テ之カ罪ヲ論セスト説キ今ヤ自己ノ情慾暴激シテ遂ニ抗拒スヘカラサルノ强制トナリ罪ヲ犯シタル者ハ不論罪ノ限ニアラストスルハ前後枘鑿相容レサルノ論ナリ何トナレハ彼ト云ヒ此ト云フ共ニ自己ノ所爲ヨリ生シタル者ナレハ二者ノ間涇渭ノ別アル筈ナシ故ニ其前者正當ナレハ後者ハ則チ誤

謬又後者正當ナレハ前者ハ則チ誤謬夫子必ス一ニ玆ニ居ラント
然レモ難者ノ言非ナリ抑モ或ル場合ニ於テ狂醉者ハ公ノ秩序ヲ害ス
ルノ故ヲ以テ之ヲ一箇ノ犯罪トナスハ立法上或ハ可ナルヘシト雖モ
前例ノ如キ犯罪ノ當時ニ在テ精神錯亂人事不省ノ境界ニ在ル者ヲ以
テ殺害者タルノ罪アリトシテ論スルハ不當ナリ然レモ彼ノ自己ノ情
慾ニ動カサレ躬カラ抑制スルヿ能ハスシテ遂ニ法律ニ觸ルヽノ所爲
ヲ爲スニ至リタル者ノ如キハ敢テ精神ノ錯亂シタルニアラス唯タ纔
カニ情慾ノ暴進シタルニ過キサル者ナリ而ノ其情慾ノ暴進ハ素ト自
己ノ過失ニ淵源ス自己ノ過失ハ決シテ不論罪ノ原因ト爲スヿヲ得サ
ル者タリ此ニ依テ之ヲ視レハ二者ハ元來其根元ヲ異ニスル者ナレハ
之ニ對スル論決ノ表裏ニ出ルハ豈ニ復タ宜ナラスヤ

○又難スル者アリ曰ク第七十八條ニ於テ或ル狂癖アル者カ罪ヲ犯シ
タル時其狂癖充分ノ度ニ至リテ全ク精神ノ錯亂シタル者ナルトキハ之
ヲ同條ノ不論罪トナスヘキモ若シ其未タ充分ノ度ニ達セサル者ニ係
ルトキハ其罪ヲ問ハサル可カラスト講述セラレタリ然レモ未タ充分ノ
狂癖者ニアラサレハトテ夫ノ放火、殺人等ヲ快樂トスル者ノ如キハ要
スルニ抗拒ス可カラサル一種偏癖ノ情慾ニ强制セラレタル者ナルカ
故ニ縱令ヒ第七十八條ノ不論罪タラサルモ之ヲ第七十五條ノ不論罪
トナス可キ道理アルニ似タリト
是レ亦畢竟法律ヲ速了スルノ誤謬ニ坐スル而已難者見スヤ第七十五
條ニ於テハ云々其意ニ非サルノ所爲ハ其罪ヲ論セストアルヲ然リ而
メ彼レ放火、殺人等ヲ快樂ト爲ス者ノ如キ其情慾ノ趨ル所之ヲ抗拒ス
ルヿヲ得スト云フト强モ既ニ情慾云々ト云フニ依ルモ其意ニ從テ事
ヲ遂ケタル者ナルヿ論ヲ竢タサルカ故ニ到底其意ニ非サルノ所爲ト
謂フ可ラスコレ第七十五條ノ不論罪トナス可カラサル所以ナリ
○要旃スルニ第七十五條第一項ニ云ヘル强制ハ其無形ノ原因タルト

有形ノ原因タルトヲ問ハス必ス他ヨリ來リタル原因ナラサルヘカラス故ニ其自己ニ出テタル原因ハ以テ本條ノ不論罪ト爲スヿヲ得サルナリ

然ルニ爰ニ一ノ問題アリ例ヘハ一個ノ赤貧者窘苦壓迫將ニ餓死セントスル依テ人ノ食物ヲ盜食セリトセン是レ實ニ其生命ヲ保維スルカ爲メナリ而シテ生命ヲ保維スルハ素ト人情自然ノ理ナリ貧人ノ爲メニハ之ヲ抗拒スヘカラサルノ强制ニ出テ已ヲ得ス犯シタルモノトナシ其罪ヲ不論ニ寘ク可キヤ否ノ問題コレナリ

赤貧者窮迫餓死セントスルニ方リ盜喰シタルトキハ無形ノ强制アリトシテ不論罪トナスヘキヤ

抑モ此貧者カ盜食ノ所爲ハ畢竟生命ヲ保全スルノ窮策ニ出タリトハ云ヘ其强制ハ敢テ他人又ハ現象ヨリ出テタル者ニ非スシテ要スルニ自己ニ原因シタルモノナルカ故ニ法律上之ヲ抗拒スヘカラサル强制ヲ受ケタル者トシテ不論罪ト爲スヲ得サルヘシ但シ單ニ道德上ニ付テ之ヲ論スルトキハ別ニ惡意アルニ非サルノ故ヲ以テ之ヲ宥恕スルヲ却テ穩當トナスヘキノミ

此事ニ付キ佛國學者中或ハ曰ク凡ソ都府ニハ貧院ノ設ケアリ以テカノ鰥寡孤獨自カラ存スル能ハサル者ヲ救卹スルノ所トス又其僻邑ニシテ貧院ノ設ケナキ土地ニ於テモ貧困死ニ瀕スル者ヲ見テ爲メニ一飯ヲ惠與スルノ慈善者ナキニアラス去レハ苟クモ行フニ道ニ背カス據ル所正シケレハ縱令ヒ乞丐ヲ爲スモ尙ホ且ツ飢餓ヲ免ルヽヲ得ヘシ故ニ其盜食ヲナスカ如キ決シテ已ムヲ得サルニ出タルニアラス好ンテ自カラ已マサル者ナリ惡ソ之ニ假借スルノ理アル可ケン況ンヤ其所謂貧窮飢餓ハ又必ス遊蕩懶惰ノ結果タラサルヲ得サルヲヤト學者ノ所說復タ其理アリト謂フ可シ蓋シ本邦未タ貧院ノ設ケ普ケカラスト雖モ其飢餓ハ畢竟自カラ招キタルモノナルカ故ニ之ヲ以テ罪ヲ免スノ理由タラサルハ即チ佛國ニ於ケルト同一ナラサル可ラス今假ニ之ヲ抗拒ス可カラサルノ强制ニ出テタリト做シ其罪ヲ論セサル

者トセンカ又夫ノ巨額ノ債務者カ債權者ノ督促スル所トナリタルモ一時辨濟ノ方法ニ窮シ去レハトテ一朝名譽ヲ汚損シテ家資分散ヲ爲スニ忍ヒス百計茲ニ盡キ遂ニ他人ノ金圓ヲ竊取シテ之ヲ負債ノ辨濟ニ宛テタル者ノ如キ亦之ヲ不論罪ト論決セサルヲ得サルニ至ラン何トナレハ人ノ名譽ヲ重ンスルヿ却テ生命ヨリ甚シキ者アルヲ以テ前者(即チ飢餓ニ迫リ盜食シタル者)ハ性命保維ノ爲メナルカ故ニ重シ否ナ抗拒ス可カラサル强制ニ出ツル者ト做ス可キモ後者(則チ負債辨濟ノ爲メ竊盜シタル者)ハ名譽保全ノ爲メナルカ故ニ輕シ否ナ抗拒ス可カラサル强制ニ出ツル者ト做ス可カラストハ到底論理不貫ニ歸スヘケレハナリ

○上來説述シタル抗拒ス可ラサル强制ニ付テハ眞ニ所謂抗拒ス可ラサルモノナリヤ將タ必スシモ抗拒ス可ラサル者ニアラサリシヤヲ審査判定スルハ一ニ事實裁判官ノ職權ナリ而メ之カ審査ノ方針タル素ト裁判官ノ學識經驗ニ依テ定マルヘキモノナルヲ以テ今一々之レカ準繩ヲ立ツル能ハスト雖モ例ヘハ有形ノ强制ノ塲合ニ在テハ必ス其强制者ト被强制者トノ實力如何ヲ比較セサル可ラス其他民法財產編第三百十七條佛民法第千百十二條第二項ニ示ス所ノ者ハ素ト契約ノ强暴ニ因テ成リタルヤヲ判定スルニ方リ斟酌スヘキモノナリト雖モ亦我强制ノ塲合ニモ參照ト爲スヿヲ得ヘシ其二三ヲ擧クレハ

强制ノ有無ヲ判定スルニ方リ注意スヘキ事項

第一　被强制者ノ氣力智愚及ヒ體質ニ注意スルヿ

概シテ愚鈍ナル者ハ强制ヲ感スルヤ深ク氣力ナク若クハ體質ノ軟弱ナル者ハ又有形ノ强制ニ對抗スルヲ得サルヤ知ルヘシ

第二　被强制者ノ年齡、男女ノ性及ヒ其地位ニ注意スルヿ

年齡ノ長幼ニ因リテ外物刺衝ノ感ヲ異ニスルヿ論ヲ俟タス又カノ女子ノ男子ニ於ケル屬僚ノ長官ニ於ケル其强制ノ度ハ設ヒ同一ナルモ其之ヲ感スルハ即チ他ニ倍蓰スルモノアリ又必スシモ然ラサルモノ

モアリ

第三　現在ニシテ且重大ナル危害ニ迫リタルノ狀況アルヤ否ニ注意スルヿ

現在ノ危害ハ千差萬別豫メ玆ニ枚擧スヘカラスト雖ヒ其之ヲ受クル狀アルモノハ概ヲ被害者其親戚若クハ朋友ノ身體、名譽若クハ財產ナルヘシ例ヘハ甲者乙者ニ對シ汝丙者ヲ殺害セサレハ余汝ノ家屋ニ放火スヘシ若クハ汝ノ子女又ハ汝ノ親友ヲ殺害ス可シト脅迫セルキノ如キ其家屋若クハ子女又ハ親友ノ身體ハ即チ脅迫ノ目的物ナリ、而シテ此目的物ノ大小輕重又ハ危害ノ限度ニ依リテ乙者ノ感覺ニ差等アルヘキヲ以テ此レニ注意スヘキヿ肝要ナリ

○玆ニ須ラク注意セサル可サラルモノ二アリ第一ハ第一ノ强制ヲ受クルト雖ヒ其罪トナル可キ所爲ヲ行ハスシテ遁レ得ヘキニ拘ハラス罪ヲ犯シタル塲合是ナリ例ヘハ甲者乙者ニ對シテ曰ク汝丙者ヲ殺スカ若クハ余ニ千金ヲ與ヘヨ此二者ノ一ヲ爲サヽレハ余汝ヲ殺スヘシト而メ乙者ハ元ト富有ニシテ千金ヲ出スニ難カラサルモ其之ヲ出スヲ嘗ミ丙者ヲ殺シタル塲合ノ如シ

此塲合ニ於テハ乙者ハ決シテ不論罪ニ該當スル者ニ非ス何トナレハ乙者ハ千金ヲ與ヘテ其罪ト爲ルヘキ所爲ヲ爲サヽルヿヲ得ル者ナルカ故ニ乙者ノ爲メニハ之ヲ抗拒ス可ラサル强制ト云フヲ得サレハナリ

第二ハカノ親子主僕夫婦等ニ於クルカ如ク其間元來尊卑ノ區別アルヿト雖ヒ單一ノ命令而已ヲ以テ之ヲ抗拒ス可カラサル强制ト謂フ可ラサルヿ是ナリ

第七十五條第一項ト第二項トハ重復ニ涉ラサルカ

○第七十五條ニ所謂强制ノ文辭ハ果シテ汎濶ノ意義ヲ有スル者ニシテ他人ヨリ來ルト宇宙間ノ現象ヨリ來ルトヲ問ハス又其有形上ト無形上トニ關ラス苟モ抗拒スヘカラサルモノハ擧ナ之ヲ包有スルモノ

ナリトスレハ第一項ヲ以テ既ニ網羅シ得タルカ故ニ復タ第二項ノ規定ヲ必要トセサルカ如シ是レ必ス當サニ起ルヘキ疑問タリ

右問題ニ對スル第一說

○或ハ曰ク第一項ハ有形上ノ强制アル塲合ヲ規定シテ第二項ハ無形上ノ强制アル塲合ヲ規定シタルモノナリト

若シ果シテ此說ヲ以テ當ヲ得タリトスレハ夫ノ外人ヨリ來レル無形上ノ强制即チ脅迫ハ法律ニ缺漏セリト謂ハサル可ラサルノ結果ヲ生スルニ至ラン何トナレハ第二項ニハ天災又ハ意外ノ變ニ因リ避ク可カラサル云々トアリ而メ所謂意外ノ變トハコレ外人ヨリ來レル强制ニ非ス即チ天災ト殆ント同一ナル出來事ニシテ失火難船若クハ戰爭ノ變ノ如キ人ノ意外ニ生スル者タルヿ復タ喋々スルヲ要セス而メ其他ノ條項ニ於テモ復タ外人ヨリ來レル强制ノ規定アルコトナケレハナリ

第二說

○又曰ク本條第一項ハ有形上ト無形上トニ拘ハラス外人ヨリ來レル强制ノ塲合ヲ指シ第二項ハ專ラ外人ニ非サルモノ即チ宇宙間ノ現象ヨリ來レル强制ノ塲合ヲ指スト

此說亦穩當ナラス何トナレハ本條第二項ニハ云々自己若クハ親屬ノ身躰ヲ防衞スルニ出タル所爲云々トアリ即チ其塲合ヲ制限シアルヲ以テ例ヘハ夫ノ天災又ハ意外ノ變ニ因リ避ク可カラサル危難ニ遭ヒ其平素刎頸ノ交誼アル親友ノ身躰ヲ防衞スルカ爲メ罪トナル可キ所爲ヲ行ヒタル者ノ如キ之ヲ不論罪ノ限ニ在ラスト論決セサルヲ得サルニ至ラン然レトモ世間或ハ親友ヲ愛スルヿ骨肉モ啻ナラサル者アリ然レハ其親族ノ爲メニスルハ則チ善シ其親友ノ爲メニスルハ則チ不可ナリトスルカ如キハ特リ其人情ニ背戻スルノミナラス又其間反對ノ規定ヲ爲サヽル可カラサルノ理ハ予ノ發見スルヿ能ハサル所ナレハナリ

○然ラハ則チ第一項ト第二項トハ到底重復ノ規定ニ係ル乎予以爲ラ

第三說

ク然ラス第一項ト第二項トハ兩立シテ決シテ相戻ラサル規定ナリト今乞フ其然ル所以ヲ說明セン

抑モ本條第一項ハ一般ノ原則ヲ揭ケ第二項ハ其適用ヲ示シタルニ過キス要スルニ此第二項ニ規定スル所ハ法律上ノ推測ニ因リ規定シタル一種ノ正當防衞ニシテ第三百十四條及ヒ第三百十五條ノ正當防衞ト其趣旨敢テ異ナルニ非ス而メ唯其强制一ハ天災又ハ事變ニ出テ一ハ外人ニ出ルノ差アルノミ更ニ之ヲ複言スレハ本條第二項ト第三百十四條第三百十五條トハ共ニ其淵源ヲ本條第一項ニ採リタルモノト謂フ可シ其レ然リ然ラハ第一項ヲ以テ既ニ諸多ノ塲合ヲ包括スルカ故ニ故ラニ本條第二項又ハ第三百十四條等ノ明文ヲ必要トセサルカ如シト雖ヒ各塲合ニ依リテ其制限スル所必スシモ一ナラス故ニ先ツ原則ヲ揭ケ續テ其適用ヲ示スハ特リ本條ヲ然リトスルニアラス法文上吾人カ往々遭遇スル所タリ

○何ヲ以テ第七十五條第二項ニハ法律上ノ推測アリト謂フ乎他ナシ自己若クハ親屬ノ生命ハ普通ノ人情ニ照シテ之ヲ重スルヤ極メテ深カラント看做シ之カ防衞ノ權利ヲ擁揮スルヿヲ認メタル是ナリ詞ヲ更テ言ヘハ自己又ハ親屬ノ身躰ヲ防衞スルカ爲メナルキハ特ニ己レヲ愛シ又ハ親屬ヲ愛スルノ情盛ンニシテ其意ニ非サルノ所爲ヲ遂ケタルヿヲ證明スルヲ要セス左ノ二者ヲ證明シテ以テ其罪ヲ不論ニ措ク可キモノトスルノ意旨ナリ

第一　自己若クハ親族ノ身躰ヲ防衞スルニ出テタル所爲ナルヿ

第二　避ク可カラサル危難ニ遇ヒタルヿ

此二者ノ證明アルトキハ事實裁判官ハ當然抗拒ス可カラサルノ强制ニ遇ヒタル者ト判定スルヲ得ヘキナリ

危難ニ遇ヒ朋友他人ヲ防衞

○之ニ反シテ自己若クハ親屬ノ身躰ヲ防衞スルニ非ラスシテ朋友他人ノ身躰ヲ防衞スルニアリシトセン乎第二項ヲ適用ス可ラス即チ第

スルニ出タル所爲ハ不論罪ノ場合ニアラサルカ

一項ノ規定ニ依ルヘキ者ナルカ故ニ左ノ事實ヲ證明スルニ非サレハ以テ不論罪トナルヿナシ

第一　朋友、他人ノ身躰ヲ防衞スルノ所爲ニ出タルヿ

第二　避ク可カラサルノ危難ニ遇ヒタルヿ

第三　其意ニ非サルノ所爲即チ自己ノ朋友他人ニ對スル情誼ニ於テ實ニ抗拒ス可カラサルノ强制ヲ感シタルヿ

○本條第二項ハ果シテ第三百十四條及ヒ第三百十五條ト同シク本條第一項ノ原則ニ出テタル一種ノ正當防衞ノ場合ナリトスルトキハ二者其規定ヲ同一ニスヘキ筈ナルカ如シ而メ一ハ自己及ヒ親屬ノ身躰ニ限リ一ハ其自己ノ爲メニスルト他人ノ爲メニスルトニ關セス又其身躰ト財產トヲ問ハス齊シク之ヲ不論罪トナスハ抑〻如何ナル理由ニ基ケル乎コレ宜ク解釋スヘキ所ナラン

其然ル所以ハ他ナシ第三百十四條及ヒ第三百十五條ノ殺傷ヲ受クル者ハ即チ暴行人ナリ故ニ此二條ノ防衞權ハ其暴行人ノ惡業ヲ制止セントスルニ出テタル者ナルモ本條第二項ノ所爲ヲ受クル者ハ暴行人ニ非サルニ因ル今一例ヲ掲テ之ヲ明カニセン

玆ニ漁夫アリ他人ヲ伴ヒ一葉ノ小舟ヲ操テ海中ニ漁ス偶〻颶風ノ漂ハス所トナリ纔ニ孤島ニ達スルヿヲ得タリ而メ漁夫ハ既ニ一粒ノ貯ヘアルヿナシ他人ハ尙ホ一日ノ食ヲ貯フ而シテ此一日ノ量ハ只僅ニ他人一日ノ生命ヲ救フニ足ルカ若クハ漁父一日ノ生命ヲ救フニ足ルモノナリ漁父腕力ヲ以テ其食ヲ奪ヒ之ヲ喰フ他人ハ爲メニ餓死シ漁父ハ爲メニ一日ノ生命ヲ延シ因テ通船ノ之ヲ救助スルモノアリテ終ニ其生命ヲ全フスルヲ得タリト假想セヨ此例ニ於テ漁父ノ所爲ヲ受ケタル者即チ他人ハ第三百十四條等ニ於ケルカ如ク暴行ヲ以テ之ヲ招キタル者ニアラサルナリ宜ナリ二者ノ間其規定ヲ異ニスルヿ

○本節ヲ喫ルニ方リ尙ホ以上ノ講說ヲ約言スレハ第七十五條ノ第一