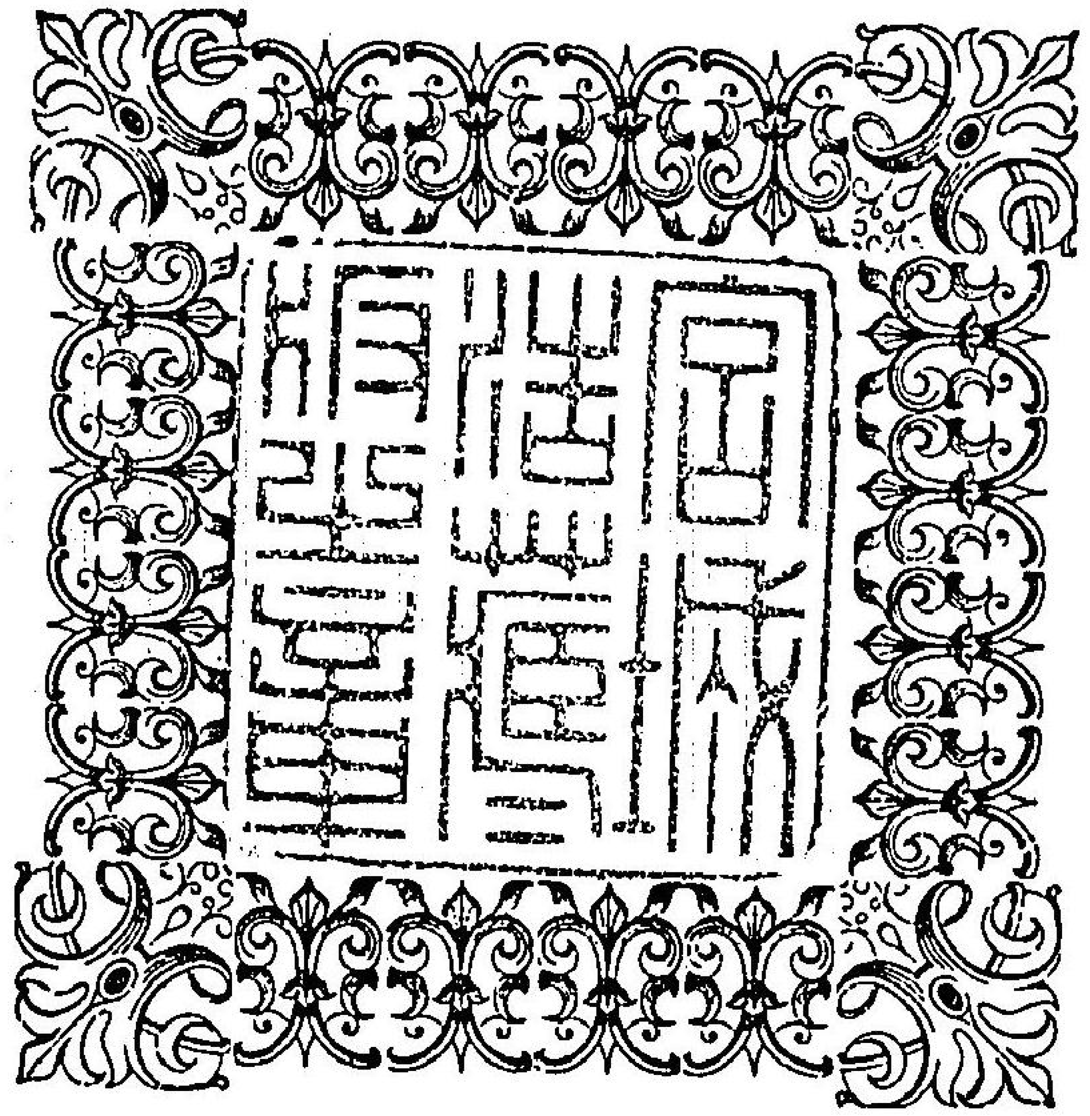
3Q-4 21-6

宮城浩藏講述

刑法講義

一

明治法律學校出版



刑法講義之序

大凡刑法所載若要解釋當

大家之則不足為之及身

嚴杰及學參然及按刑

者是臣主之人之所重獨此
三者爲急是以苟觸法
非死則於民三者必有
所剝奪焉所以使其

懲艾而遷善也邦我
刑法一篇四百三十條乃
法之綱領如此精確而及
史所存者〻〻三者深得保

爲死生決得當失毫釐
手足貽之悔也哉希嗚
呼誨刑者可不恐而畏
哉卿獨我朝法法律學

按之創設池宗學者宇宮
球矣代法氏實周旋之而
以宮城氏以佛國之學之士
撿自之法法時邀於刑法

學推為之講於爾東師生
共勵黽勉從事其於刑
法之旨錄稍探其奧
律例決疑細大不漏講之

蹤筆之所筆記遂成一部良
書於是乎刑法之理昭昭其
明當徒如視諸掌我讀者
玩味而有得焉則庶乎不貽

悔其今也刊之於木按摩問于
予請序於余余也雖謭劣亦
序本按摩術而曾讀氏余
友也則按〻者氏業乎安得
不一言況有信任及刻哉乃
欣然序之
明治十七年八月五日
正三位西園寺公望撰並書

緒言

抑本書ハ佛國法律學士宮城浩藏先生ノ口授セラルヽ所ナリ先生曩ニ我明治法律學校ノ講壇ニ於テ刑法ヲ講授セラルヽヿ玆ニ踰年始テ其業ヲ卒フ生等隨テ聽キ隨テ筆シ裒然トシテ一部ノ巨書ヲ成ス乃チ先生ニ請ヒ刷行シ以テ謄寫ノ勞ニ代フ固ヨリ廣ク天下ニ發賣スヘキニ非ス故ニ僅ニ同學諸士ニ頒チ永ク温習ノ用ニ備ヘンヿヲ欲シ此ニ印刷ニ附ス蓋シ先生ノ刑法學ニ深キハ固ヨリ生等ノ稱揚ヲ待タス其能ク古人未決ノ疑義ヲ決スルヤ恰モ快刀ノ盤根錯節ヲ剖クカ如ク聽者ヲシテ心自ラ融シ意隨テ會シ諄々トシテ其要領ヲ得セシム、先生法理ノ精微ヲ究メ論法ノ極致ニ達スルニ非スンハ焉ンソ此ニ至ルヲ得ンヤ然レヒ生等文辭ニ嫺ハス筆、心ト背馳ス恐クハ先生ノ蘊奥ヲ發スル能ハサランヿヲ是故ニ章句ノ穩カナラス且ツ魚魯ノ誤アルカ如キハ、

生等請フ其責ニ任セン讀者幸ニ先生ヲ咎ムル勿レ今ヤ工既ニ竣ル乃チ一言ヲ卷首ニ辨シ此書ノ成ル所以ヲ告ク

明治十七年五月

筆記者識

一　此書ノ原稿ハ曩キニ明治法律學校ニ於テ同學諸士温習ノ用ニ供スル爲メ印刷ニ付シタリシカ其際故アリテ印行ヲ急ニシタルヨリ余ノ校閲ヲ經サリシヲ以テ或ハ遺憾トスル所ナキニ非サリキ然ルニ今回同校ニ於テ更ニ之ヲ印行シ世ニ公ニシテ徧ク有志ノ士ニ頒タンコトヲ欲シ余ヲシテ訂正ノ筆ヲ執ラシメタリ是レ本書ノ成レル所以ナリ

一　本書ハ元ト口述ノ筆記ニ係ルヲ以テ法條解釋ノ順序或ハ時ニ前後スル所ナキニ非ス故ニ余ハ當初之ヲ世ニ公ニスルノ意アラサリシナリ然レトモ學校ノ請ノ切ナルニヨリ考一考スルニ若シ此書ノ公行シテ聊カ世ニ裨益スル所アラハ余ノ初思ノ及ハサル結果ニシテ余ノ光榮何ヲ以テカ之ニ加ヘン乃チ無似ヲ以テ辭讓セス一諸訂正遂ニ數千言ヲ增補シタリ

一　本書ノ原稿ハ才學優美加フルニ筆記ノ術ニ長シタル五味豐田等

諸君ノ筆記ニ係ルヲ以テ講述者ノ意ヲ誤マルカ如キ患ナシト雖ヒ如何セン述者ノ訥辯ナルト本邦言語文章其體ヲ一ニセサルトヨリ口傳耳受筆記ノ際或ハ時ニ差異ヲ生シ譬喩ヲ以テ實例ト爲シ過去ヲ以テ現在ト爲シタルカ如キ者ナキニ非サルヲ故ニ本書ニ就テハ余固ヨリ其責ニ任スト雖モ本書原稿ノ世ニ公布シアル者ニ就テハ余其責ニ任セサルヿヲ茲ニ明言セサルヲ得サルナリ

一 此書行文ノ體均一ナラサルモノハ數人ノ筆記ヲ採擇シタルニ因ル而シテ余訂正ノ際之ヲ變更セス是レ惟リ公私繁務ノ際字句ヲ撰擇スルノ餘暇ナキノミナラス筆記者ノ勞ヲ沒スルト講義筆記ノ體ヲ失ハンコトヲ恐ル丶カ故ナリ讀者幸ニ之ヲ諒セヨ

明治十七年八月

講述者識

日本刑法講義第一卷目錄

刑法目錄　九

刑法ノ義解　二十五

第一編　總則　六十九

第一章　法例　六十九

第二章　刑例　百七十一

第一節　刑名　百八十七

第二節　主刑處分　二百一

第三節　附加刑處分　二百六十四

第四節　徵償處分　三百三十

第五節　刑期計算　三百五十三

第六節　假出獄　三百七十二

第七節　期滿免除　三百九十一
第八節　復權　四百二十五
第三章　加減例　四百四十二
第四章　不論罪及ヒ減輕　四百六十九
第一節　不論罪及ヒ宥恕減輕　四百七十八
第二節　自首減輕　五百三十四
第三節　酌量減輕　五百五十三
第五章　再犯加重　五百六十四
第六章　加減順序　五百八十三
第七章　數罪俱發　五百八十八
第八章　數人共犯　六百十三
第一節　正犯　六百二十五
第二節　從犯　六百四十
第九章　未遂犯罪　六百四十六
第十章　親屬例　六百七十一

第一卷目錄畢

日本刑法講義第一卷

明治法律學校講師　宮城浩藏　講述

佛蘭西大學法學士
明治法律學校々友　五味武策

同　豐田鉦三郎

同　武部其文　筆記

同　安田繁太郎

東京圖書館藏

第一回

諸君

余今講義ヲ始ムルノ前ニ於テ先ツ諸君カ余ノ爲メニ來會セラレタルノ厚意ヲ謝シ併セテ余カ此講師ノ席ニ登リテ辭セサル所以ヲ一

言セントス。

余常ニ言フ公侯ノ尊、將相ノ貴ト雖モ途ニ小學教員ニ遇ハヽ宜シク必ス脫帽ノ禮ヲ行フヘシト、蓋シ我國々運將來ノ消長盛衰ヲ致ス者ハ我小學ノ兒童ニシテ此兒童ノ精神靈魂ヲ支配シ其將來取ル所ノ主義ト其才幹智能ノ基本トヲ培養スル者ハ實ニ小學教員其人ナレハナリ、嗚呼小學教員ナル者ハ其人爵ノ甚タ微々タルニ拘ハラス其天爵ヤ甚タ貴ク其責任ヤ極メテ重シト言ハサルヘカラサルナリ。憶フニ專門學教員ニ至テハ其責任斯クノ如ク夫レ大ナルニ非ス何トナレハ其受業者ハ皆ナ他ノ學術ト多少ノ經驗トヲ有シ其取ル所ノ主義既ニ定マリテ彼ノ小學兒童ノ精神軟弱ニシテ教員ノ能ク左右シ得ルカ如キニ非サレハナリ況ンヤ學術經驗共ニ全備シテ僅カニ法學ノ一科ヲ缺クカ爲メニ此ニ會同セラレタル諸君ノ如キニ於テヲヤ、然レトモ又習ヒ性トナルハ人ノ免レサル所ニシテ說ヲ聽クヿ屢々スレハ遂ニ之ニ化セラルヽナキ能ハス若シ夫レ教員誤ヲ傳ヘテ師生共ニ其非ヲ悟ルナクンハ其責果シテ孰レニ歸スルヤ嗚呼專門學教員ノ責任モ亦決シテ小ナリト言フヿヲ得サルナリ然ルニ余ヤ淺學非才固ヨリ責任ニ堪ルノ力アルニ非スシテ此講師ノ席ニ就キタリ眞ニ教員ノ名器二ツナカラ之ヲ辱ル者ト云フヘキ歟、然レトモ余モ亦說ナクシテ事此ニ至ランヤ蓋シ別ニ理由アリテ存スレハナリ

凡ソ物孤立シテ其効ヲ奏スルハナク獨學寡聞ノ世ニ益ナクシテ我ニ害アルヤ猶ホ事物ノ外物ニ接セスシテ自ラ朽腐スルカ如シ余ヤ幸ニ明治ノ　聖世ニ遭遇シ曩キニ官命ヲ蒙リテ海外ニ遊ヒ纔ニ法學ノ端緒ヲ窺フヿヲ得タリト雖モ亦不幸ニシテ遠ク我師ニ別離シ

早ク獨學孤立ノ域ニ入ラサルヲ得サリキ此ニ於テ以爲ラク今新ニ師ヲ求メテ其道ヲ講セシカ師ハ常ニ得易カラサルノミナラス或ハ却テ同志ト共ニ討究進取ヲ圖ルハ師ヲ求ムルニ優ルアラント乃チ曩ニハ本校ノ設立ニ周旋シ今ハ則チ諸君ト共ニ此ニ會同セリ而シテ余ヤ偶〻法學上諸君ノ爲メニ一日ノ長タルヲ以テ講師ノ名ヲ辭スルヲ得サリキ是レ其余カ此席ニアル所以ナリ、サレハ余カ法ヲ講スルヤ獨リ諸君ノ爲メニスルニ非スシテ重モニ自己ノ爲メニスルニ在リ諸君先ツ此意ヲ諒セラレ希クハ余ヲ以テ他ノ貴重ナル教員ト同視シ教員ノ天爵責任ヲ辱シムト云テ余ヲ罪スル勿レ

又諸君ヨ余カ本講ヲ始ムルノ本旨夫レ斯クノ如シサレハ余ノ講義ニ對シ他ノ貴重ナル教員ニ對スルカ如ク敬禮ヲ缺クノ嫌ヒアルカ爲メニ論難ス可キヲ論セスシテ止ムカ如キヿアル勿レ若シ余ノ講說ニシテ駁ス可キアラハ嚴ニ之ヲ駁シ、論ス可キアラハ曲サニ之ヲ論セラレヨ余モ亦誤リアラハ明ラカニ之ヲ表ス可ク又說アラハ飽マテモ辯論ス可シ、嗚呼諸君ヨ然ク討論硏磨シテ能ク眞理ヲ發見スルヿヲ得ハ豈ニ愉快ナラスヤ

刑法沿革

凡ソ成文法ノ講義ヲ爲サントスル者ハ先ツ其法ノ經歷ヲ詳カニセサルヘカラス何トナレハ講義ノ當初其目的物ヲ確定スルハ最モ緊要ノ事ナレハナリ故ニ我輩ハ兹ニ本邦ノ刑法ヲ講セントスルニ當リ其古來ノ沿革ヲ尋ヌルニ古來完備ノ刑法ナク其僅ニ存スル者モ錯雜紛亂シテ其詳細ヲ知ルニ由ナシ又維新以來ノ刑法ノ如キハ概ネ明清律若クハ歐米諸國ノ刑法ニ其源ヲ取リタル者ナレハ我邦古來ノ刑律ト相關聯スルヿ極メテ少ナシ故ニ我輩ハ此點ニ關シ僅ニ

其概略ヲ序述セントス
我國上古天罪國罪ノ名稱有テ之ヲ處スル大率ヲ祓除自新ノ法ヲ以テセリ是其祓除ノ詞萬世我國ニ傳ハル所以ナリト云フ然レ𪜈上世ハ邈トシテ知ルヘカラス史書刑ヲ記スルハ始メテ崇神記ニ見ユ推古帝十二年上宮太子憲法十七條ヲ創定シ天智帝ノ世中臣連鎌足等ヲシテ律令ヲ撰定セシメ之ヲ天下ニ頒行セシム文武帝ノ世藤原不比等々律令ヲ撰定ス大寶律ナルモノ即チ是ナリ元正帝ノ世ニ至テ更ニ又タ修改セシ所アリテ刑法ノ面目略々備ハリ其順序見ル可シ嵯峨帝ノ世刑斷例十條ヲ撰定シ醍醐帝ノ世前世ノ法ヲ採錄シテ少シク修飾セシ所アリ蓋シ天智帝ヨリ當時ニ至ル迄ノ間其刑法ヲ更改セシヿ枚擧スルニ暇アラサレ𪜈要スルニ此他ハ只其輕重ヲ斟酌シテ舊章ヲ損益セシニ過キサルノミ

源頼朝府ヲ鎌倉ニ開クニ及ヒ武斷ヲ以テ刑ヲ行ヒ法三條ヲ制シテ群盜屏息シ姦邪跡ヲ潛ム法令ノ嚴明ナルヿ前世ニ優ル萬々然レ𪜈其治ヲ致ス專ラ威力ニ是レ頼リテ刑法ノ如キハ未タ大ニ更改セシ所アルヲ聞カス北條氏陪臣ヲ以テ國命ヲ執ルニ及ヒ大ニ意ヲ法律ニ用フルアリテ式目十五條ヲ制定シテ之ヲ頒布ス然レ𪜈其目的只當時ノ武人ヲ戒飭スルノ一點ニ在リシノミ降テ足利氏ノ世ニ至リテハ亂逆相踵ギ綱紀頽敗刑法復タ論スルニ足ル者ナシ織豐二氏ノ世ニ當リテハ天下兵アルヲ知テ復タ刑ニ法アルヲ知ラス德川氏ハ其覇業ノ成ルニ及ヒ二氏ノ敗ニ懲リテ銳意治ヲ期シ古制ヲ取捨シテ法令百箇條ヲ撰定ス然レ𪜈此百箇條ト稱スル者ハ深ク之ヲ秘府ニ藏メ肯テ之ヲ公行セサリキ之ヲ要スルニ覇府以來治ハ則チ治ヲ得タルヿアリト雖𪜈刑法ノ點ニ至テハ上世ニ及ハサルヿ遠シ

王政維新ノ初メ從來列藩諸侯各自政刑ヲ專ニシ刑法ノ寛嚴一ナラサルヲ以テ海內均一ノ法ヲ設ケントスルモ其撰定速成ス可キニ非サルカ故ニ姑ク舊慣ニ依リ適宜ノ處分ヲナシ明治三年十二月ニ至リ始メテ刑法成ル名テ新律綱領ト云フ是レ太寶ノ古例ト德川氏ノ例規ト明淸律トヲ取捨シテ制定シタル處ノモノナリト云フ然レトモ其基ク處重モニ明淸律ニ在リトス其後改正ヲ要スルノ點少ナカラサルヲ以テ明治六年ニ至リ又改定律例ヲ頒布セリ此二者ハ我國ニ於テ略ホ完備ノ法律ナリト謂フヲ得可シ然レトモ維新ノ始メノ法律ハ永ク之ヲ今日ニ適用スルヿヲ得ス是レ將タ自然ノ數ト言ハン乎是ニ於テ我輩カ今手ニスル所ノ現行刑法ト治罪法トヲ現出スルニ至リタリ

抑モ此改定刑法ハ明治八年司法省ニ於テ其編纂ニ着手シボアソナード先生ト當時ノ同省書記官諸君之レニ從事シタリシカ同十年ニ至リ稿ヲ脫シタルヲ以テ之ヲ太政官ニ呈ス太政官ニ於テハ又更ニ諸官省ノ官員中ヨリ審査委員ヲ命シ十一年一月ヨリ審査ニ着手シ同十二年六月ニ至リ其業ヲ竣リ之ヲ元老院ノ會議ニ附シタリ又元老院ニ於テハ十三年四月ニ至テ審議ヲ終リ之ヲ太政官ニ還附シ遂ニ同年七月ヲ以テ全國ニ頒布スルニ至リシナリ

右刑法治罪法ノ編纂ニ於ケルヤ泰西文明諸國ノ法典ヲ參照シ其英ヲ拔キ其華ヲ採リ就中佛國法典ヲ基礎トナシ集メテ以テ大成シ我國古來ノ弊習ヲ一洗シタルモノニシテ之ヲ在來ノ刑法ニ比スルニ瓦礫ノ堆裡燗然トシテ光ヲ放テル片玉ノ如シ實ニ我國刑法ノ一大變革ト謂フ可キナリ、噫

刑法目錄

刑法目錄ノ如キハ畢竟編、章、節區別ノ目次ヲ示シ捜索ヲ便ニスル爲メノ者ニ過キサレハ別ニ之ヲ講明スルノ要ナキカ如シト雖モ蓋シ我刑法大體ノ組織ト立法者カ此組織ヲ採リタル所以ト其各犯罪ニ付シタル性質トノ大要ヲ知ルニハ此目錄ヲ見ルニ如クハナシ故ニ余輩ハ先ツ此目錄ニ就テ數言ヲ費シ尋テ余カ講義ヲ爲ス爲メニ從フ所ノ目次ヲ定メント欲スルナリ

凡ソ事因アリテ果アルハ自然ノ數ニシテ犯者アリテ被害者アリ犯者被害者アリテ犯罪アリ、既ニ犯罪アリ故ニ刑罰アルハ理ノ最モ覩易キモノナレハ刑法ノ編纂ニ於ケルモ亦タ猶ホ此自然ノ順序ニ從ヒ犯者ノ事ヨリ被害者ニ及ヒ次キニ犯罪次キニ刑罰ト順ヲ推シテ規定セサル可カラサルカ如シ然レトモ歐米諸國ノ刑法中未タ曾テ此順序ニ從テ規定シタル者ヲ見ス其然ル所以ノモノハ立法者ノ法ヲ立ツルヤ無上ノ特權ニ依リ其命令スル所ヲ規定スルモノナレハ人ヲ殺ス者ヲ賞シ盜ヲ爲ス者ヲ賛スルカ如キ天理ニ悖戾スル法律ヲ制定スルニ非サルヨリハ如何ナル事ヲ爲スモ固ヨリ理論ノ許ス所ナレハ其命令スル事件ノ順序ヲ定ムルカ如キニ至テハ則チ全ク其權内ノ事ニシテ敢テ自然ノ順序ニ從フヲ要セス專ラ其事件ヲ明瞭ナラシムルノ便宜法ニ依ルヿヲ得レハナリ、是ヲ以テ各國刑法ノ編纂ハ概ネ刑ヲ先キニシテ犯者ヲ後ニシ次キニ犯罪ノ事ニ及ヘリ蓋シ編纂上大ニ便益アルカ故ニシテ我立法者モ亦前ニ所謂ル自然ノ順序ヲ捨テ以テ此便益アル編纂法ニ從ヘリ是レ其左ノ目錄ノ順序ヲ來シタル所以ナリトス

第一編　總則

第一章　法例

第二章　刑例

第一節　刑名
第二節　主刑處分
第三節　附加刑處分
第四節　徵償處分
第五節　刑期計算
第六節　假出獄
第七節　期滿免除
第八節　復權

第三章　加減例

第四章　不論罪及ヒ減輕

第一節　不論罪及ヒ宥恕減輕

第二節　自首減輕
第三節　酌量減輕

第五章　再犯加重

第六章　加減順序

第七章　數罪俱發

第八章　數人共犯

第一節　正犯
第二節　從犯

第九章　未遂犯罪

第十章　親屬例

諸君ヨ我立法者ハ刑法全編ヲ四箇ニ區別シ第一編ニハ此刑法ト他ノ特別法トヲ分タス我國刑事全般ヲ支配スル所ノ總則ヲ掲ケ第二

編以下ニ於テハ此刑法ヲ以テ支配ス可キ犯罪ト之ニ該當スル所ノ刑トヲ規定シタリ故ニ第一編ニ載スル所ノ法則ト第二編以下ノ法則トハ其性質大ニ異ニシテ第二編第三編第四編ノ法則ハ其性質相類スルモノトス、サレハ我刑法ハ一ヨリ四ニ至ルノ順ヲ追フテ編ヲ分チタリト雖モ其實各編ノ區別皆ナ同一ノ價ヲ有スルニ非ス則チ第一編ト第二編以下トノ區別ハ最モ著シルシキ必要ヲ有スルモノニシテ第二第三第四編ニ至テハ之ヲ小區別ナリト云フモ不可ナキナリ

爰ニ右第一編中ニ載スル所ノ法則ヲ案スルニ舊法ニ所謂ル名例律ト其類ヲ同フスル者ニシテ其性質ヲ大別スレハ第一章ハ法律其物ニ關シテ規定シ第二章第三章第六章ハ刑ニ係リ第四章第十章ハ犯罪者ニ關シ第五章第七章第八章第九章ハ犯罪ニ關スル總則ナリトス而シテ此總則ヲ以テ刑法ノ始メニ置クハ歐米各國刑法ノ通慣ナリトス

第二編　公益ニ關スル重罪輕罪

　第一章　皇室ニ對スル罪

　第二章　國事ニ關スル罪

　　第一節　內亂ニ關スル罪

　　第二節　外患ニ關スル罪

　第三章　靜謐ヲ害スル罪

　　第一節　兇徒聚衆ノ罪

　　第二節　官吏ノ職務ヲ行フヲ妨害スル罪

　　第三節　囚徒逃走ノ罪及ヒ罪人ヲ藏匿スル罪

　　第四節　附加刑ノ執行ヲ遁ルヽ罪

第五節　私ニ軍用ノ銃礮彈藥ヲ製造シ及ヒ所有スル罪
第六節　往來通信ヲ妨害スル罪
第七節　人ノ住所ヲ侵ス罪
第八節　官ノ封印ヲ破棄スル罪
第九節　公務ヲ行フヿヲ拒ム罪
第四章　信用ヲ害スル罪
第一節　貨幣ヲ僞造スル罪
第二節　官印ヲ僞造スル罪
第三節　官ノ文書ヲ僞造スル罪
第四節　私印私書ヲ僞造スル罪
第五節　免狀鑑札及ヒ疾病證書ヲ僞造スル罪
第六節　僞證ノ罪

第七節　度量衡ヲ僞造スル罪
第八節　身分ヲ詐稱スル罪
第九節　公選ノ投票ヲ僞造スル罪
第五章　健康ヲ害スル罪
第一節　阿片烟ニ關スル罪
第二節　飲料ノ淨水ヲ汚穢スル罪
第三節　傳染病豫防規則ニ關スル罪
第四節　危害及ヒ健康ヲ害ス可キ物品製造ノ規則ニ關スル罪
第五節　健康ヲ害スヘキ飲食物及ヒ藥劑ヲ販賣スル罪
第六節　私ニ醫業ヲナス罪
第六章　風俗ヲ害スル罪
第七章　死屍ヲ毀棄シ及ヒ墳墓ヲ發掘スル罪

第八章　商業及ヒ農工ノ業ヲ妨害スル罪
第九章　官吏瀆職ノ罪
第一節　官吏公益ヲ害スル罪
第二節　官吏人民ニ對スル罪
第三節　官吏財產ニ對スル罪
第二編　身體財產ニ對スル重罪輕罪
第一章　身體ニ對スル罪
第一節　謀殺故殺ノ罪
第二節　毆打創傷ノ罪
第三節　殺傷ニ關スル宥恕及ヒ不論罪
第四節　過失殺傷ノ罪
第五節　自殺ニ關スル罪

第六節　擅ニ人ヲ逮捕監禁スル罪
第七節　脅迫ノ罪
第八節　墮胎ノ罪
第九節　幼者又ハ老疾者ヲ遺棄スル罪
第十節　幼者ヲ略取誘拐スル罪
第十一節　猥褻姦淫重婚ノ罪
第十二節　誣告及ヒ誹毀ノ罪
第十三節　祖父母父母ニ對スル罪
第二章　財產ニ對スル罪
第一節　竊盜ノ罪
第二節　强盜ノ罪
第三節　遺失物埋藏物ニ關スル罪

第四節　家資分散ニ關スル罪
第五節　詐欺取財ノ罪及ヒ受寄財物ニ關スル罪
第六節　贓物ニ關スル罪
第七節　放火失火ノ罪
第八節　決水ノ罪
第九節　船舶ヲ覆沒スル罪
第十節　家屋物品ヲ毀壞シ及ヒ動植物ヲ害スル罪

第四編　違警罪

以上讀下スル所ニ依レハ我刑法ハ罪ヲ區別シテ重罪輕罪違警罪ノ三種ト爲シ又此重罪輕罪ヲ區別シテ公益ニ關スル罪、身體財產ニ對スル罪ノ二者ト爲セリ抑モ此最終ノ區別ハ其跡ニ就テ見レハ甚タ容易ナルカ如シト雖モ大ニ立法者ヲ困シムルノ點ナリトス、サレハ

コソ歐洲各國ノ刑法相競テ善美ノ區別ヲ爲サント要シ學者モ亦種々ノ方法ヲ按出スト雖モ未タ能ク理論ト便宜トヲ滿足セシメタル者ナシト云フ而シテ其斯ク立法者ヲ困シムル所以ハ何ソヤ請フ嘗ミニ之ヲ辨セン

凡ソ犯罪ハ一所爲ニシテ一時ニ公益ト私益トヲ害シ又一時ニ身體ト財產トニ對スル者少ナシトセス即チ僞造貨幣ノ罪、僞證ノ罪、强盜ノ罪放火ノ罪ノ如キ是ナリ、此種ノ罪ヲ區別スルニ當リ其目的又ハ結果ニ因リテ同種ノ罪ヲ數箇ニ分裂シ之ヲ各編章中ニ分配セン歟其錯雜ハ實ニ言フ可カラサルニ至ラン、然ラハ則チ同一ノ形狀ヲ有スル罪ハ其目的又ハ結果ニ於テ大ニ異ナル時アルニモ拘ハラス皆ナ同一ノ編章中ニ入レン歟、公益ニ關スル罪ノ中ニ私益ニ係ル者ヲ編入シ(例ヘハ我刑法ニ於テ私文書僞造ノ罪ヲ公益ニ關スル罪ノ中

ニ入レタルカ如キ)身躰ニ對スル罪ノ編中ニ財産ニ對スル者ヲ混同シ解釋上大ニ其罪ノ性質ヲ變スルノ弊ヲ生セン然ラハ則チ寧ロ公益私益等ノ區別ヲ爲サヽラン歟諸種ノ罪皆ナ混雜紛亂シテ其明瞭ヲ缺ク之レヨリ甚シキモノハアラサル可シ是ニ由テ之ヲ觀レハ完全無欠ニシテ毫モ非難スル所ナキノ區別ハ幾ント人爲ノ能クスル所ニ非サルナリ之ヲ要スルニ今日ノ立法者ニアリテハ普通行ハルヽ所ノ方法中ニ就テ其最モ善良ナル者ヲ擇ムニアルノミ

我刑法ハ蓋シ佛國刑法ニ倣ヒタルモノニシテ罪ヲ分テ公罪私罪トナシ其目的又ハ結果ニ於テ大ニ異ナルモノアルニモ拘ハラス苟モ同性質ノモノナルニ於テハ皆ナ同一ノ編中ニ編入スルノ制ヲ取レリ而メ此公罪私罪ノ區別ハ其淵源スル處ロ遠ク羅馬法ニ在リトス羅馬法ニ於テハ犯罪ノ責罰ノ利害人民一般ニ關係スルモノニシテ其公訴ハ全國人民ニ屬スルモノヲ公罪ト稱シ之レニ反シテ利害ノ及フ處ロ單ニ被害者一己ニ止リ被害者ノ獨リ責罰ヲ請求スルヿヲ得ルモノヲ私罪トセリ此區別ハ爾來各國刑法ニ於テ多少變更スル處アリタリト雖モ其名稱ハ概ネ之ヲ繼キタルモノヽ如シ佛蘭西刑法ハ此區別ニ從ヒシヲ以テ我刑法モ亦タ此區別ヲ取ルニ至レリ今日ニ在リテ之ヲ見ルニ此區別ノ如キハ蓋シ尤モ善良ノモノナル可シ此區別ニ關スルノ委曲ハ刑法全体ヲ講シタルノ後ニ於テ初メテ明ナル可ク又タ第二篇以下ノ講義ニ於テ尚ホ之ヲ詳ニスヘシ今爰ニ右目錄ノ解ヲ終ルニ臨ミ之ヲ約言スレハ我刑法ハ四編二十一章六十五節四百三十條ヲ以テ其組織ヲナスモノトス而メ第一編ハ刑ト犯者ト犯罪トノ總則ニ係リ第二編以下ハ各犯罪ト其刑トヲ規定シタルモノナリトス

偖テ諸君ヨ立法者ノ規定シタル順序ハ右ニ論スルカ如シト雖モ刑法ヲ學フモノハ成文法ノ目次ニ從ハスシテ專ラ自然ノ順序ニ依リ因ヨリ果ニ及ホシ眞理ヲ研究スルヿヲ得ルモノトス則チ先ツ犯者被害者ノ何者タルト犯罪ノ如何トヲ講究シ犯罪己ニ講究シ了テ而シテ後ニ刑罰ニ及フヿ是ナリ然レトモ余カ爰ニ刑法ヲ講スルニ當リテハ蓋シ立法者ノ定メタル目次ニ從ハサルヲ得ス何トナレハ若シ學問上ノ目次ニ依ルトキハ勢ヒ成文法ノ條章ヲ顚倒セサルヲ得サルヨリシテ大ニ錯雜ヲ來シ却テ明瞭ヲ欠クノ恐レアレハナリ諸君宜シク之ヲ諒セラレヨ

(第二回)

前回ハ殊ニ本講ノ前加篇トモ云フ可キ事ニ時間ヲ費シタリシカ今ヨリ乃チ刑法本部ノ講義ニ入リ先ツ刑法二字ノ解ヨリ始ム可シ

刑法

刑法ノ何物タルヲ知ラント欲セハ須カラク先ツ法律ノ如何ナルモノナルヤヲ講究セサル可ラス

法律ノ文字タルヤ之ヲ解スル者曰ク法トハ是レ則トルノ意ニシテ制度ヲ立テヽ民ヲシテ之ニ由ラシムルノ謂ナリ律トハ古ヘ律呂ト云ヒ笛ノ一種ニシテ此中ニ黍ヲ盛リ以テ度量衡ノ源ト爲シタリ故ニ律ハ是レ萬法ノ源ナリ故ニ凡ソ政府ノ制度命令ニシテ民ノ以テ遵奉ス可キモノ之ヲ法律ト云フト又曰ク法字ノ字形タル水去ノ二字ヨリ成ル夫レ政府ノ制度命令ニ於ケル一旦之ヲ發スレハ猶ホ水ノ卑キニ就キ直流シテ止マサルカ如シ故ニ之ヲ法ト云フ云々ト抑モ是等ノ解ハ法律二字ノ字義ノ解トセハ或ハ適當ナル可シト雖モ毫

モ法律其物ヲ解シタルニ非サルヲ以テ我輩ヲ滿足スル能ハサルヤ明カナリ、而シテ此法律其物ノ解ハ之ヲ本邦在來ノ文學ニ徴スルニ一ノ見ル可キナシ故ニ我輩ハ歐洲諸大家ノ說ニ基キ之カ解ヲ與ヘント欲スルナリ

我輩カ今法律ト呼フ所ノ者ハ佛蘭西語ノ所謂ル「ドロワー」ニ當レリ、而シテ此「ドロワー」ノ解ヲ得ント欲セハ必ヤ同國語ニ所謂ル「ロワー」即チ我輩カ法。ト名ツクル所ノ者ノ解ニ溯ラサルヘカラス

法トハ何ソヤ曰ク事物、動、不動、ノ必要、是ナリ、凡ソ天下ノ事物皆ナ動不動ノ必要ニ服セサルハナシ茲ニ最モ睹易キモノニ就テ論スレハ吾人々類ヲ覆載圍繞スル森羅萬象ヲ目撃スルニ水ハ卑キニ就キ煙ハ高キニ騰リ晝夜相配シ春秋相生剋スル等天下ノ事物一トシテ我眼ニ觸レサルハナシ而シテ吾人ハ茲ニ此眼ニ觸ル、所ノ現象ヲ以テ皆ナ一時偶然ニ現ハレ來リタルモノトシテ單ニ之ヲ目撃スルニ止マル歟、將タ此現象ヲ以テ追次繼續シテ現ハレ來ルモノト爲シ其再ヒ現ハレ來ルヿヲ想像スル歟疑ヒモナク吾人ハ其繼續シテ更ル々々現ハレ來ルヿヲ想像ス、否ナ單ニ之ヲ想像スルノミナラス其然ク現ハレ來ル原因ニ至ル迄之ヲ知ル即チ水ノ下降シ煙ノ上騰スルカ如キ是レ水ハ其分子緻密ニシテ重量多ク煙ハ其分子疎大ニシテ重量少ナケレハ其重キモノハ下降シ輕キモノハ上騰スルノ原由アルヲ以テナリ、又晝夜ノ分ヨリ四季ノ別アル所以ハ地球ノ自轉ト公轉トノ二者アリテ運轉止マサルノ原由アルヲ以テナリ、然ラハ則チ水ノ下降シ煙ノ上騰シ晝夜春秋ノ別アル等萬物斯ノ如ク其現象ヲ生スルハ偶然ニ出ルニ非ス其之ヲシテ然ラシムル原因ヨリ出タル結果ニシテ其然ラサルヲ得サルノ必要アルヲ看ル可キナリ、即チ動

ク可キ者ハ動クノ必要動カサル可キ者ハ動カサルノ必要アルヲ看ル可キナリ、故ニ曰ク萬物皆ナ動不動ノ必要ニ服從セサルハナシト、而シテ所謂ル法ナル者ハ此動不動ノ必要的ヲ指シタルニ外ナラ・サルナリ

故ニ法ト云ヘハ必ス動不動ノ必要ヲ言フ、而シテ既ニ必要ト言フキハ必ヤ制迫ノ意ヲ有スルモノトス、諸君此意ヲ明カニセハ必要ノ義理愈明カナルヲ得ン・我所謂ル制迫トハ佛蘭西語ニ謂フ所ノ「コントレント」ニシテ強テ然ラシム然ラサルヲ得サラシムノ意ナリ、即チ迫リテ以テ結局其然ル所ノモノニ歸着セシムルノ意ナリ、而シテ前段ニ所謂ル萬物其現象ヲ生スルノ必要ト云フニ就テ制迫ノ手段ハ何レニアルヤト尋ヌルニ萬物其物ノ中ニ存ス、故ニ水ハ下降スルノ必要アリテ下降シテ之ヲシテ必ス然ラシムルノ手段ハ水ノ性其物ニ存ス、即チ水ノ下降スルヲ阻遏セントスレハ益激シテ下降セサレハ已マサルヲ看テ知ル可シ、又彼ノ蒸氣機關ヲ看ヨ蒸氣ハ元來上發スルノ必要アルニモ拘ハラス之ヲ一箇ノ氣罐中ニ壓塞スルヲ觀レハ恰モ人力ヲ以テ其必要ヲ破リ蒸氣ノ性質ヨリシテ必ス上發セシメントスルヲ拒ミ得タルカ如シト雖モ個ハ蒸氣上發ノ必要ヲ一時運用シタルモノニシテ機關ノ運轉スルハ畢竟蒸氣ノ性ヨリ蒸氣ヲ上發セシメント制迫スルニ出タル結果ニ過キサルナリ

然リ而シテ右動不動ノ必要ハ特リ右ニ所謂ル死物上ノミニ存スルニ非ス更ニ一歩ヲ進メ活動物ニ就テ論スルモ亦然リ、凡ソ活動物ハ生活ノ機關ヲ具備シ彼ノ靈妙ナル生命ト呼フ所ノ者ヲ有スルニ因リ死物ト共ニ其形体ニ受クル所ノ動不動ノ必要ノ外ニ尚ホ其自己ヨリスル活動アリト雖モ此生活ノ機關其物ニ至テハ又之ニ附隨ス

ル所ノ動不動ノ必要ニ服セサルヲ得ス、故ニ彼ノ禽獸ヲ看ヨ皆ナ苦ヲ避ケ樂ヲ求メテ來往スルカ如ク自己ヨリシテ動作ヲ爲サヽルニ非サルモ既ニ其形体ニ於テハ火ニ觸ルレハ燒爛シテ灰トナリ水ニ入レハ必ス沈ムカ如ク他ノ死物ト同一ニ形体ヲ支配スル所ノ法ニ服シテ而シテ生活ノ機關ハ又他ノ動不動ノ必要ヲ受ク則チ餓ユレハ食ヒ、渇スレハ飲ミ、倦ハ睡リ時季來レハ孶尾スルノ必要ノ如キ是ナリ、然ラハ則チ活動物ハ二種ノ法ニ從フモノニシテ此二種ノ法ハ其之ヲ講究スルノ學問ヨリスレハ必ヤ定名アルナル可シト雖モ我輩ハ之ヲ形体ヲ支配スルノ法生機ヲ支配スルノ法ト云フ、蓋シ單ニ其管轄スル所ノ物件ノ名ニ依リタルナリ、而シテ此生機ヲ支配スル所ノ法ニ關シテハ制迫ノ手段何レニアルヤト尋ヌルニ形体法ニ於ケルト同一理ニシテ生活ノ機關其物ノ中ニアリトス即チ餓ヱテ食ハス渇シテ飲マサレハ必ヤ死ニ至ルニヨリ生活スルニハ必定飲食セサル可カラサル如キ是ナリ

偖テ諸君ヨ前段マテハ人類以外ノ者ニ就テ論シタレトモ更ニ一歩ヲ進メ人類ニ就テ論スレハ又他ノ一種ノ法アルヲ看ル可シ而シテ此法コソ實ニ我所謂ル法律ノ本解ニ導クモノナルニヨリ最モ注意ヲ怠ルヘカラサルナリ、夫レ人類ハ他ノ動物ト同ク形体ヲ有シ生活ノ機關ヲ具フルモノナレハ其形体ヲ支配スルノ法及ヒ生機ヲ支配スルノ法ニ於テハ之ヲ避ケント欲スルモ避クルヲ得ス之ヲ破ラント欲スルモ破ルヲ得ス終始之カ制ヲ受サルヲ得サルヿハ毫モ他ノ動物ニ異ナル所之ナキナリ、然リト雖モ其自己ヨリ出ル活動ニ至テハ大ニ他ノ動物ト異ニシテ彼ノ禽獸ノ概ネ内外ノ感觸ヲ受ケ受ルニ從テ動止スルカ如キニ非ス則チ先ツ動不動ヲ自由ニ決定シ其決

定スル所ニ從テ或ハ軀幹四肢ヲ働カシメ或ハ之ヲ抑制シテ休止セシム、サレハ人間ノ活動ハ或ハ不慮ノ毆打ニ遇ヒ之ヲ禦カントシテ憶ハス手ヲ擧クルカ如キ又ハ身ノ顚倒スルヲ避ケントシテ急ニ中心力ヲ求ムルカ如キ全ク外物ノ感觸ヲ受ルニ從テ出ル所ノ無意無心ノ動作ナキニ非スト雖モ其他ハ皆ナ動不動ヲ決定スル人間特有ノ能力ノ結果ニ非サルハナキナリ、又此活動タルヤ人類ノ死物活物ニ對スル關係ニ於テ盡ク存セサルハナク例ヘハ諸君カ此ニ會同シテ余ノ講義ヲ聽カルヽハ是レ諸君ノ同類ナル余ニ對スル活動ニシテ其字ヲ書シ書ヲ讀マルヽハ死物ナル文字ニ對スル活動ナリ、又馬ニ乘ルカ如キハ動物ニ對スルモノニシテ依テ以テ身体ヲ運動シ健康ヲ保護セントスルハ是レ自己ニ對スル活動ナリ、サレハ人間百般ノ事皆ナ此ヨリ起ラサルハナク此活動コソ實ニ人類ノ人類タル所以ヲ爲スト云フモ不可ナキナリ

然ルニ此自己ヨリ出ル活動ハ彼ノ形体ヲ支配スルノ法、生機ヲ支配スルノ法ニ關スル動不動ノ如ク其物ヨリシテ自然ニ動不動ノ必要ト制迫トヲ生スルニ非サレハ人類ハ此活動ニ關シ固トニ自由ニシテ毫モ箝制セラルヽ所ナキ歟、請フ例ヲ比較シテ以テ問題ヲ詳カニセン、人類ノ飲食ニ於ケルカ如キハ是レ生活ノ機關ヨリ來ル活動ニシテ善良ノ事ヲ行フ如キハ其自身自由ノ決定ヨリ出ル活動ナリ、而シテ此二者各其必要的ヲ有ストセンニ、飲食ヲ爲サヽレハ止タ此飲食セサルノ一事ノミニシテ毫モ外物ノ關係ナク自ラ死ヲ來スニ因リ此活動ニ關スル必要ノ理ハ飲食スルノ所爲其物ノ中ニアリト雖モ善良ノ事ヲ行ハサレハトテ此行ハサルノ一事ハ外物ノ關係ナクシテ自然ニ罰ヲ生スルニ非ス從テ善行ヲ爲ス必要ノ理ハ善行其物

ノ中ニ存スト云フヲ得サルナリ、故ニ人類ノ其自ラスル動不動ハ其物ヨリシテ自然ニ動ハ當サニ此ノ如クナルヘク不動ハ當サニ彼レカ如クナラサルヘカラスト云フノ必要ヲ生セサルニヨリ動不動共ニ人類ノ隨意自由ニシテ右セント欲セハ右シ左セント欲セハ左スルヿヲ得テ毫モ抑制セラルヽ所ナキ歟、嗚呼諸君ヨ此問題ノ解釋コソ實ニ人類ト他ノ動物ト天淵ノ別アルヿヲ顯ハスモノナリ、夫レ人類ハ動不動ヲ自由ニ決定スルノ能力ト共ニ善惡正邪ヲ區別スル所ノ彼ノ靈妙不可思議ナル智識ト呼フ者ノ天賦ヲ得タリ而シテ此智識也者能ク正善須カラク爲ス可ク邪惡決シテ行フヘカラサルヲ示シ人ヲシテ其爲ス可キヿト否トノ方針ヲ知ラシメ遂ニ正善ニ動クノ必要ト邪惡ニ動クヘカラサルノ必要トヲ生シタリ、故ニ人類ハ其自己ヨリスル動不動ニ關シ有形上ヨリ論スレハ隨意自由ニシテ毫モ抑制セラルヽ所ナキカ如シト雖モ無形的ヨリシテ動不動ノ必要ニ服セサルヲ得サルモノトス是其人類ヲ以テ萬物ノ靈ト爲ス所以ナリ、而シテ此種ノ動不動ノ必要ニハ如何ナル名稱ヲ附ス可キ歟、我輩ハ之ヲ指シテ人類ノ行爲ヲ支配スルノ法ト云フ

是ニ由テ之ヲ觀レハ天下萬物皆ナ動不動ノ必要即チ法ニ服セサルハナシ、先ツ死物ニアリテハ形体ヲ支配スルノ法ニ服シ次キニ活物ニアリテハ形体ヲ支配スルノ法ト生機ヲ支配スルノ法トニ服シ、最終ニ人類ニアリテハ形体ヲ支配スルノ法、生機ヲ支配スルノ法及ヒ人類ノ行爲ヲ支配スルノ法ニ服ス

孟德斯鳩曰ク法トハ事物必要ノ關係ヲ云フト然ルニ佛國碩學烏呂德蘭ハ尙ホ一歩ヲ進メテ曰ク法ハ事物動不動ノ必要是ナリト蓋シ烏呂德蘭ノ說ハ法ノ定解上一層ノ明瞭ヲ加ヘタリト云フ可シ何ト

ナレハ法ハ事物ノ關係其物ヲ指シタルニ非スシテ右ニ講説シタルカ如ク此關係ヲ支配スル必要的其物ヲ指シタルヤ明カナレハナリ」

偖テ以上講説シ來リタル所ニ於テ「ロワー」即チ法ノ解釋詳カナルヿヲ得タレハ是ヨリ「ドロワー」即チ法律ノ解ニ移ル可シ、我輩疑キニ云フ既ニ必要ト言ヘハ必ヤ制迫ノ意ヲ伴フト然ルニ前段ニ所謂ル人類ノ自身ヨリスル動不動ニ關シテハ制迫ノ手段何レニアルヤ辭ヲ換ヘテ之ヲ言ヘハ吾人カ動不動ヲ爲スニ當リ吾人ヲシテ强テ之カ必要ヲ滿足セシムルモノハ如何ナル者ナルヤ、蓋シ人間ノ活動ニ二類アルヲ以テ制迫ノ存スル所各々異ナリトス、先ツ第一ニ吾人ノ活動中ニ於テ吾人ヲ制迫スル者ハ獨リ吾人ノ良心ニシテ何者ト雖モ此良心ヲ除クノ外ハ吾人ニ對シテ請求スルヿヲ得サル所ノ動不動アリ、則チ恩人ニ對シテ恩ヲ忘レサルヿ人ヲ責ルニ急ナラサルヿ、貧弱者ヲ保庇スルヿ、財利ニ關シテ廉潔ナルヿ、危キニ臨テ勇ナルヿ、畜類ニ對シテ徒ラニ苛酷ノ取扱ヲ爲サヽルヿノ如キ是ナリ、抑モ是等ノ所爲ハ各〻其必要アリト雖モ假令ヒ吾人カ此必要ヲ滿足セサレハトテ其影響直接ニ他人ニ及ハサルヲ以テ他人ヨリ吾人ニ對シテ迫ルヿヲ得ルニ非ス吾人ヲシテ强テ之ヲ滿足セシムル者ハ獨リ吾人ノ良心アルノミ

又第二ニハ制迫ノ手段單リ吾人ノ良心ニ存スルノミナラス猶ホ他人ノ意中ニ存スル所ノ動不動アリ、則チ他人ヲ害スルノ所行ヲ爲サヽルヿ、人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スルヿ、有效ノ契約ヲ履行スルヿ、父タリ子タリ又ハ國民タルノ義務ヲ盡スヿノ如キ是ナリ、抑モ是等ノ所爲ハ皆ナ其必要アルハ勿論其影響直接ニ他人ニ及フカ故ニ吾人ニ對シテ此必要的ヲ滿足スルヿヲ請求スル者ハ單リ吾人ノ良心ノ

ミナラス他人モ亦之ヲ要求シ場合ニ從テハ有形上ヨリ吾人ニ迫リテ之ヲ滿足セシムルニ至ル

然ラハ則チ人類ノ自身ヨリスル動不動ノ必要ニハ制迫ノ手段吾人ノ良心ニノミ存スル者ト他人ノ意中ニ存スル者トノ二者アリトス、從テ人類ノ行爲ヲ支配スルノ法ニ二類アリト言ハサルヲ得サルナリ、而シテ此二類ノ法之ニ如何ナル名稱ヲ附ス可キ歟、學者其第一ヲ道德法ト呼フ、故ニ道德法ハ之ヲ約言スレハ人類爲不爲ノ必要ニシテ制迫ノ手段人類ノ良心ニノミ存スル者是ナリ、其第二ヲ佛蘭西語ニ於テ「ドロワー」ト謂ヒ羅馬語ニ於テ「ジユス」ト謂フ、諸君ヨ此第二ノ法コソ實ニ我輩ガ法律ト呼フ所ノ者ナリ、故ニ法律ハ一言以テ之ヲ約說スレハ吾人々類爲不爲ノ必要ニシテ其制迫ノ手段吾人ノ良心ト他人ノ意中トニ存スル者是ナリ、學者道德ト法律トヲ區別スルニ當リ道德ハ溫良ニ生活セヨトノ一言ニ歸シ法律ハ人ヲ害スル勿レトノ一語ニ歸スト論スルハ蓋シ右定解ノ理ヲ推シ其主眼ヲ拔萃シタルニ外ナラサルナリ

偖テ諸君前段マテハ刑法ノ解ヲ得ルカ爲ノニ法律ノ解ト法ノ解トニ溯リ大ニ諸君ノ聰聽ヲ煩ハシタリシカ今ヤ法ト法律トノ說ヲ得タルヲ以テ刑法ノ解ヲ與フルヿ極メテ容易ナルニ至リタリ

夫レ法律ナル者ハ國風ニ因リ或ハ之ヲ正文ニ明記スルアリ或ハ之ヲ人智ノ認ムル所ニ任スルアリテ明記シタル者ハ之ヲ成文法ト呼ヒ否ラサル者、ハ之ヲ性法又ハ自然法ト呼フノ別アリト雖トモ元ト是レ前段ニ說明シタルカ如ク無形的ノ條理ナレハ自ラ活動スルモノニ非ス、サレハ之ヲシテ其効ヲ生セシメ人類ヲシテ盡ク之ヲ滿足セシメント欲セハ制迫ノ手段ヲ確實ニセサルヘカラス是レ其社會

ノ公權ト特ニ裁判權及ヒ訴訟手續トノ起リタル所以ナリ、故ニ既ニ法律ト云フトキハ必左ノ三者ヲ含蓄スルモノトス、第一　純粋ノ法律即チ條理　第二　裁判權　第三　訴訟手續是ナリ、即チ裁判權ハ制迫ノ手段ヲ實行スル爲メノ公力ニシテ訴訟手續ハ此公力ヲ運轉スルノ機械ナリトス

然ルニ人類ハ自ラ萬物ノ靈ナリト誇稱スルニモ拘ハラス頗ル短處ヲ有スル者ニシテ右公權及裁判權ノ組織アリテ能ク制迫ノ手段ヲ確實ニスト雖モ尚ホ法律ヲ破ル者アリ、又其甚シキニ至テハ破法ノ性質甚タ巨大ニシテ尋常ノ賠償ヲ以テ害ヲ補フ能ハサル者アルノミナラス時トシテハ他人ノ性命ヲ絶ツカ如キ實ニ賠償シ得サルモノアルニ至ル、於是乎犯法者ニ對シ法律ヲ破リタルノ罰トシテ尋常賠償ノ外尚ホ若干ノ痛苦ヲ受ケシメテ以テ動不動ノ必要ヲ滿足セシメントスルノ感ヲ生シタリ是其刑法ノ因テ起リタル所以ナリトス

然ラハ則チ刑法ハ一言以テ之ニ定解ヲ與フレハ人類爲不爲ノ必要ニシテ制迫ノ手段ハ若干ノ痛苦ヲ受ケシムルニ在ル者是ナリト云フ可キナリ然レモ爰ニ注意ヲ要スルノ點ハ此法律ハ皆ナ動不動ノ必要即チ人ノ須カラク爲ス可キ事ト爲ス可カラサル事トヲ明記スルヿナク唯タ斯々ノ所爲アル者ニハ此罰ヲ加フト云フニ正文ヲ止メタルヿニシテ若シ夫レ單ニ此點ヨリ論スレハ刑法ハ犯罪ト之ニ相當スルノ刑トヲ定メタルニ過キサルヲ以テ左ノ定解ヲ與ヘサルヘカラス曰ク刑トハ人若シ法律ヲ破レハ社會ハ此破法ヲ理由トシテ之ニ或ル痛苦ヲ受ケシムルヿヲ得ルトスル所ノ社會ト人トノ關係ヲ制定シタル者ナリト

之ヲ要スルニ刑法ナルモノハ畢竟法律ヲ破ル者アレハ其之ヲ破リ

タル律ニ當テ破法者ヲ罰シテ以テ一般ノ法律ヲ補助シ之ニ確實ナル勢力ヲ與フル爲メノ者トス、故ニ凡ソ法律ト云ヘハ前ニ所謂ル第一　純粹ノ法律　第二　裁判權　第三　訴訟手續　ノ外ニ尙ホ第四　刑罰　ヲ包含スト言ハサルヘカラス、而シテ第二以下ノ者ハ皆ナ第一ヲシテ實行セシムルヲ以テ目的ト爲ス是其學者或ハ刑法ヲ名ケテ制裁法ト稱スル所以ナリ

然レモ又單ニ刑法其物ニ就テ論スレハ刑法モ亦純粹ノ法律即チ無形的ノ條理ニシテ自ラ活動シ得ル者ニ非サレハ必ヤ之ヲ實用スル所ノ公權ト此公權ヲ運轉セシムル所ノ手續ナカルヘカラス故ニ既ニ刑法ト云ヘハ必ス左ノ三者ヲ含蓄スルモノトス　第一　純粹ノ條理　第二　刑事裁判權　第三　治罪手續是ナリ、而シテ我邦ニ於テハ此第一ヲ明記シタル者ヲ刑法ト名ケ第二以下ヲ制定シタル者

ヲ治罪法ト呼ヒタリ、今我輩カ共ニ硏究セントスル所ノ者ハ乃チ此第一ヲ明記シタル者是ナリ

法律ノ種別

法律ハ其性質又ハ其支配スル所ノ物件ノ種類等ヨリシテ之ヲ數種ニ區別スルヿヲ得ヘシ、先ツ之ヲ正文ニ記載シタルト否トノ點ヨリ區別シテ成文法性法ノ二トス「性法トハ人智ノ認ムル所ノ自然ノ法ニシテ未タ立法者ノ之ヲ正文ニ掲ケサル者ヲ云フ」、即チ我邦民法ノ如キ是ナリ、成文法トハ其國ノ立法者右ノ性法ヲ文章ニ明記シ頒布シタル者ヲ云フ例ヘハ我刑法ノ如キ是ナリ、故ニ成文法ハ畢竟性法ヲ寫シ來リタル者ニ過キサレハ若シ此法ニシテ性法ニ符合セサルキハ是レ只立法者ノ一所爲トモ言フヘクシテ決シテ眞ノ法律ナリト言フヿヲ得サルナリ

又法律ハ之ヲ其性質ヨリ區別シテ決定法、制裁法ノ二トス、決定法トハ人類爲不爲ノ必要即チ條理ヲ定メタル者ニシテ憲法民法ノ如キ是ナリ、制裁法トハ決定法ヲ適用スル爲メノ公權及ヒ制迫ノ手段ヲ定メタル者ヲ云フ訴訟法刑法ノ如キ是ナリ

又最終ニ法律ハ之ヲ其支配スル所ノ物件ヨリ區別スレハ公法、私法ノ二トス公法トハ社會ト社會トノ關係ヲ支配シ又ハ社會ト人トノ關係ヲ支配スルモノナリ、而シテ之ヲ內外二箇ニ別ツ外部ノ公法トハ社會ト社會トノ關係ヲ規定シタル者即チ萬國公法是ナリ或ハ之ヲ國際法トモ云フ、抑モ此萬國公法ナル者ハ法ノ名アルモ其實法ニ非ス何トナレハ之ヲ適用スルノ裁判權ト制迫ノ手段トナクシテ强國ハ之ヲ破ルヿ常ニ易々タレハナリ、內部ノ公法トハ社會ト人トノ關係ヲ支配スル者ヲ云フ憲法、行政法、刑法、治罪法是ナリ又私法トハ人ト人トノ關係ヲ支配スル者即チ民法、商法、訴訟法是ナリ

然ラハ則チ今我輩カ茲ニ講究セントスル所ノ刑法ハ成文法ニシテ制裁法ニ屬シ且ツ社會ト人トノ關係ヲ支配スル所ノ內部ノ公法ナリトス、而シテ此法律ノ必ス成文法タラサルヘカラサル所以ハ之ヲ刑法第二條ノ解ニ於テ說明ス可ク其制裁法タル所以ハ本日既ニ刑法ノ解ニ於テ盡セリ又之ヲ公法ナリトスルモノハ一方ヨリハ法ヲ破ル人民一方ヨリハ之カ原告トナリ且ツ之ヲ罰スル社會ニシテ乃チ社會ト人トノ關係ヲ支配スル者ニ係レハナリ

(第三回)

社會刑罰權ノ基礎

諸君ヨ余ハ前回ニ於テ刑法ノ何物タルヿヲ反覆說明シ刑法ナル者

ハ人若シ法律ヲ破レハ社會ハ此破法ヲ理由トシテ之ニ或ル痛苦ヲ受ケシムルヿヲ得ルトスル所ノ社會ト人トノ關係ヲ制定シタル者ナリト辨シタリシカ如何ナレハ社會ハ此權ヲ有スルヤ又如何ナル破法ニ對シテ此痛苦ヲ受ケシムルヿヲ得ルヤト云フニ至テハ未タ之ヲ辨セサリキ、是其本日社會ノ刑罰權ヲ説明セサルヘカラサルニ至リシ所以ナリ、抑モ此社會刑罰權ノ論ニ至テハ歐洲諸國ノ碩學鴻儒、説ヲ爲ス一ナラスシテ甲論乙駁遂ニ歸スル所ヲ知ラサルカ如シ、然レ圧幸ニボワソナード先生カ嘗テ余ニ傳ヘタル所トヲルトラン及ヒフォースタンエリー等諸氏ノ著書トニ依レハ余ノ淺學ト雖モ倘ホ其當否ヲ辨シ得タルニ似タリ、故ニ余ハ第一復讐主義ノ説ヨリ逐次辨明シテ最終ニ我刑法立法者ノ依リタル説ノ確乎不拔ナル所以ニ説キ及ハントス、蓋シ此種ノ論ハ罪トシ論スル所爲ヲ定ムルノ基本ニシテ立法者ハ勿論凡ソ法ヲ解スル者ノ一日モ忽セニスヘカラサル所ナリ

第一　復讐主義

其説ニ曰ク復讐ハ人類天賦ノ性質ニシテ人ノ我ヲ攻擊スル𪜈ハ我亦之ヲ反擊セントスルノ念慮ノ生スルハ則チ天性ニ基キ報復ヲ爲サント欲スルモノナリ然ルニ之ヲシテ各自ノ自由ニ放任スル𪜈ハ盜ニ報ユルニ盜ヲ以テシ殺ニ報ユルニ殺ヲ以テスルカ如ク各人獨立獨行シテ其權ヲ行フニ由リ社會ハ忽チ土崩瓦解シテ復タ之ヲ維持スルヿ能ハサルニ至ラン故ニ害惡ヲ爲スモノアル𪜈ハ被害者タル社會ハ公衆ニ代テ此權ヲ行ヒ刑罰ヲ施シ以テ其讐ヲ復セスンハアル可ラス是レ則チ社會刑罰權ノ起ル所以ナリト夫レ復讐ノ念慮タル野蠻ノ陋習ナレハ所謂暴ヲ以テ暴ニ易フルノ誹ヲ免レス若シ立

法者ニシテ此說ニ基キ刑法ヲ制定スルヿアラハ其慘刻窮極ナキニ至ル可シ古昔諸國ニ於テ炮烙車裂等ノ酷刑ヲ用ヒシモ蓋シ此主義ニ基キシモノナリ然レ𪜈社會漸ク進歩シテ理論ノ明晰ナルニ從ヒ自ラ消滅ニ歸シタリ

第二　合約主義

拉叟及ヒ孟德斯鳩等ノ如キハ刑罰權ヲ以テ社會公衆默諾ノ約束ヨリ出テタルモノト論シ其說分レテ二トナレリ甲說ニ曰ク凡ソ人ノ社會ニアルヤ法律ノ保護ヲ受クルカ故ニ若シ法律ヲ犯ストキハ其生命自由ニ至ル迄擧テ社會ノ處分ニ任ス可キ旨ヲ默約セリ是レ則チ其保護ヲ受クルノ報償ナリ故ニ人ヲ殺シ或ハ人ヲ傷ツクル如キハ固ヨリ其約束ニ背クモノナレハ社會ハ之ヲ罰セサル可ラスト而シテ拉叟ノ論ニ依レハ人若シ樓上ニ在テ忽然烈火ノ己レヲ燒カントスルトキハ假令身体生命ヲ殘傷スルノ恐レアルモ之ヲ顧ミス身ヲ窓外ニ投シテ其危難ヲ避クルノ權アルト等シク人ノ己レヲ害セントスルヿヲ避クルカ爲メ己レ人ヲ害スルトキハ其生命ヲモ授ケンヿヲ約スルヲ得ルノ權アリ是ヲ以テ人ヲ害スルトキハ己モ亦其生命ヲ失フ可シト默約スル而已故ニ社會ハ此約束ニ基ツキ刑罰權ヲ行フモノナリ乙說ニ曰ク人ニ正當防衛ノ權アリ人若シ暴行人ニ遭遇シ前後左右避クル能ハサルトキハ假令ヒ暴行人ヲ殺傷スルニ至ルモ尙ホ自身ヲ防衛スルノ權アリ而シテ人ノ初メテ社會ニ出ツルヤ此權ノ幾分ヲ割キ以テ社會ニ附託シ社會ハ之ヲ受ケテ各人ニ代リ加害者ニ對シテ此權ヲ執行センヿヲ約束セリ是レ社會ノ刑罰權ヲ有スル所以ナリト此合約說タル拉叟ノ新說ニ係ルヲ以テ歐洲ノ學者其新奇ニ眩惑セラレ一時盛ニ行ハレタリト雖𪜈漸次道德法理ノ學開クルニ及テ

大ニ世ノ駁撃ヲ受ケ終ニ之ヲ唱フル者ナキニ至レリ今万國ノ歴史ニ就キ古代ニ溯リテ之ヲ考フルモ我々祖先ノ此ノ如キ約束ヲ爲シタル事跡ノ存スルヲ見ス然ラハ其説タル一ノ妄想ニ過キサルナリ
夫レ人類ハ智識アリ靈能アリテ交互胥ヒ救護シテ相生活セサルヲ得サルモノタレハ其相結合シテ社會ヲ成スヤ固是レ天賦ノ性質ニ出テ決シテ約束ヲ待テ後然ルニ非ラサルナリ例ヘハ鴻雁ノ列ヲ成シテ飛ヒ鷺鴨ノ雌雄相共ニ游泳スルカ如キモ皆約束ニ由テ然ルニ非ラス自然ヨリ出ツル天性ナリ飛禽スラ已ニ此ノ如シ況ンヤ萬物ノ靈タル人類ノ社會ヲ成スニ於テヲヤ
又法理上ヨリ論スルモ右甲乙二説ノ非ナルヲ看ルヘシ今假リニ甲説ニ從ヒ人々法ヲ犯セハ生命自由ヲ擧ケテ拋棄ス可キノ約束アリトスルモ此約束タル無効ニ属ス可キモノタルヲ奈何センヤ例ヘハ

余諸君ニ此水瓶ヲ賣却セント約スル𪜈ハ其約束有效ナリト雖𪜈余カ首ヲ賣却セントセハ其約束ヤ無效ナリトス何トナレハ自由ノ權及ヒ生命ハ人ノ擅ニ處置シ得サルモノニシテ敢テ以テ約束ノ目的ト爲ス能ハサルモノナレハナリ然ルニ合約説ニ從フ𪜈ハ之ヲ約束シ得ルモノトス忘想モ亦甚タシト謂ツ可キ也乙説モ亦然リ抑モ正當防衛ノ權ハ加害者前ニ迫リ暴行ヲ以テ之ヲ防クニ非ラサレハ他ニ避クルノ方法ナキ時ニ於テ初メテ行フヿヲ得ルモノナリ然ルニ社會ハ加害ノ現行已ニ去リ數歳ヲ經過シタル者ト雖モ之ヲ捕縛シテ其自由ヲ奪ヒ或ハ生命ヲ絶ツ是レ各人ヨリ附託ヲ受ケタル權ト相反ス如何ンソ之ヲ正當防衛權ト云フヲ得ンヤ縱シヤ一歩ヲ讓リテ防衛ノ權トスルモ防衛ノ權ハ己レノ危難ヲ避クルニ在ルヲ以テ加害者ノ知識ヲ有スルト否トヲ問ハサレハ假令瘋癲狂氣ノ人ニ對

スルモ禽獸蟲魚ニ對スルモ亦行フヿヲ得可シ然レ𪜈刑罰ノ權ハ智識自由ヲ失フ者ニ施スヿナシ況ンヤ禽獸蟲魚ニ於テヲヤ故ニ社會刑罰權ヲ以テ合約主義ニ基ツクルノ說ハ其根據スル所ナキモノト云ハサルヲ得ス

第三　社會正當防衞主義

此主義ノ說ハ前說ノ如ク合約ノ主義ニ據ラスト雖モ同シク正當防衞ノ權ヲ以テ刑罰權ノ基礎トセリ是レフラヲル氏等ノ主唱セシモノナリ其說ニ曰ク人其身ヲ保護スルニ天賦ノ防衞權アリ社會モ亦一箇ノ無形人ナレハ此權ナカル可カラス社會ニシテ此權ナクンハ終ニ之ヲ維持スル能ハサルニ至ル可シ故ニ社會ニ刑罰ノ權アルハ此天賦ノ防衞權アルカ故ナリ然レ𪜈其之ヲ行フ場合ニ至テハ各異ナル所アルナリ人ハ則チ加害者面前ニ迫リ暴行ヲ以テ之ヲ防クニ非ラサレハ他ニ避クルノ方法ナキ時ニ當テ、初メテ行フヿヲ得ルト雖モ社會ハ然ラス已ニ犯シタル者ヲ罰シ豫メ將來ノ加害者ヲ警戒シテ間接ニ防衞スルモノナレハ假令加害ノ現行已ニ去ルト雖モ之ヲ罰シテ他日ヲ豫防スルモノナリト此說非ナリ夫レ加害ノ未タ來ラサルニ先チ其將サニ來ランヿヲ恐レテ豫防セントスル𪜊ハ假令一錢ヲ盜ムノ小惡ト雖モ之ヲ死ニ致シテ將來ヲ警戒スルノ必要ヲ生シ慘刻云フ可ラサルニ至テ止マン而已加之乙者ノ惡ヲ爲スヲ恐レテ豫メ甲者ヲ罰スルカ如キ其不道理タルモ亦甚タシト云フ可シ

第四　緊要主義

アペッス、パンセーヌ氏等ハ社會ノ緊要ヲ以テ刑罰權ノ基礎ト爲セリ其說ニ曰ク人類ノ社會ヲ成スヤ之レカ開進保存ヲ圖ラサル可ラス故ニ若シ社會ニ向テ害惡ヲ加フル者アラハ刑罰ヲ設ケテ懲戒スル

ニ非ラスンハ決シテ維持スルヿ能ハサルナリ故ニ刑罰ハ被刑者ノ之ニ心服スルト否トニ關ハラス苟モ社會ニ害アリト認ムルトキハ之ヲ施スヿ緊要ナリト此說タル道理ノ何物タルヲ顧ミス專ラ緊要ノ點ニノミ之レ據ラントスルモノナリ故ニ時トシテハ不幸モ緊要ノ爲メニ罰ヲ受ケサル可ラス例ヘハ東京ニ於テ虎列剌病ヲ發シタル者アリ全市ニ蔓延シ幾百万ノ人ヲシテ日々斃死セシムルニ於テハ社會ノ害之レヨリ大ナルナケン、然ルトキハ之ヲ罰シテ其害ヲ防クノ緊要ヲ生スルニ至ラン嗚呼何ソ說ク所暴ニシテ道理ヲ重セサルノ甚タシキヤ今日既ニ此說ヲ唱フル者ナキニ至リタルハ洵ニ所以ナキニ非サルナリ

第五　命令主義

命令主義ノ說ハブラクリ、ベソール氏等ノ主唱セシモノナリ其說ニ曰ク社會ハ其秩序ヲ維持シテ全キヲ保ツ爲メ命令ヲ下シテ自カラ保護スルノ權アリ此權アルトキハ隨テ之ニ制裁ヲ附シ之ヲ奉セサル者アラハ刑罰ヲ設ケテ必罰スルノ權ナカル可ラス若シ否ラスンハ命令ハ徒法ニ屬セン故ニ社會ノ刑罰權アルハ其命令權ヲ執行スル權アルカ故ナリト、是レ唯權力處分上ノ論ニシテ事ノ正否ヲ問フヿナシ故ニ此說ニ基ツキテ刑法ヲ制定セハ如何ナル非理ノ命令モ之レニ從ハサルモノハ罰スルニ至ルモ保ス可ラス然レドモ法ヲ立ツル者ハ必ス云ハン社會ハ命令ヲ奉セサル者ヲ罰スルモノナレハ何ソ事ノ正否ヲ問フニ及ハンヤト何ソ刑罰權ノ基礎ト爲スヲ得ンヤ

第六　純正主義

カント、ジヨセフ氏等ノ主唱セシ所ノモノ之ヲ純正主義ノ說ト謂フ其說ク所前數主義ノ說ト相反スルヿ氷炭モ啻ナラス曰ク人ニ善惡

邪正ヲ區別スルノ智能アリ又善正ヲ擇ミ邪惡ヲ避ルノ識靈(佛語之ヲ「コンシアンス」ト云フ譯語穩當ナラサレヒ其意ハ善ヲ爲シ惡ヲ爲サスト我心ニ應フルヿニシテ例ヘハ朝ニ起キテ事ヲ爲シタニ至リ其日ノ所爲ヲ省ミ善ヲ爲セハ心ニ快ヨク惡ヲ爲セハ心ニ快カラスシテ自ラ罰スル如キヲ云フ)アリ故ニ人タル者宜シク邪惡ヲ避テ善正ヲ爲ス可キハ人類天賦ノ性ニシテ即チ義務ナレハ之ヲ守ラサルニ於テハ其應報アルハ自然ノ數ニシテ社會ハ之レニ應報ヲ與フルノ任ヲ有セリ故ニ人若シ此義務ニ背テ邪惡ヲ爲サハ其社會ヲ害スルノ有無ト之ニ應報ヲ與フルノ利否トヲ問ハス社會ハ必ス之ヲ罰スヘシ是レ即チ社會ノ刑罰權ヲ有スル所以ナリト其說ク所正ニシテ理ヲ推スノ密ナル前數主義ト日ヲ同フシテ語ル可ラスト雖ヒ亦未タ其短所アルヲ免レス夫レ人假令智能アリ識靈アリト雖ヒ其思

想ノ循環窮リナキ目ニ觸レ耳ニ聞テ心裡ニ感スル所誰カ惡念ノ生スルヿナキヲ保タンヤ只之ヲ養成セサルニアルノミ然ルニ其心裡ニ惡念ノ生シタルヲ以テ直チニ之ヲ罰スルトセハ人智ヲ以テ人智ノ及フ可ラサル人ノ思想ヲ制スルモノニシテ到底爲ス能ハサルヿナリ更ニ一歩ヲ進メ惡念ノ心裡ヲ離レテ外貌ニ現ハレ道德ヲ敗ルノ甚タシキ時例ヘハ人ニ對シテ甚タシキ背德ノ事ヲ語リ或ハ之ヲ爲シタル如キ事アリト云フト雖モ社會ヲ害スルノ結果ヲ生スル迄ハ決シテ法律ノ關ス可キ所ノモノニ非ラス若シ斯ノ如キモ社會ノ任シテ應報ヲ爲スヘキモノトセハ人類ニシテ人類ノ未タ曾テ有セサル權ヲ行フモノナレハ人ノ思想ハ全ク其自由ヲ失ヒ天下何人モ罪人タラサル者ナキニ至ラン是レ則チ道德ト法律トヲ混シタル論ナリ何ソ敢テ從フヲ得可ケンヤ

是ニ由テ之ヲ觀レハ以上ノ六說ハ皆ナ大家ノ按出ニ係リテ各々一理ナキニ非スト雖モ我輩カ前ニ所謂ル如何ナレハ社會ハ人ニ刑ヲ加フルノ權ヲ有スルヤ又如何ナル所爲ヲ罪トシ論スルヿヲ得ルヤト言フノ疑問ニ完全ナル辨解ヲ與フルヿ能ハサルモノトス今此ニ之ヲ約說スレハ先ツ復讐主義ノ說ニアリテハ能ク社會ニ人ヲ刑スルノ權アルヿヲ證明シタルニ似タリト雖モ如何ナル所爲ヲ罪トシ論スルヿヲ得ルヤヲ辨明セス合約主義ノ甲乙二說ハ約束ニ因リテハ如何ナル所爲ヲモ罪トシ論スルヲ得可ク、如何ナル酷刑ヲモ用ルヲ得可ク、白痴瘋癲人ニモ刑ヲ加フルヲ得可シト實ニ道理ノ容サヽル疎暴ノ辨解ヲ與ヘ、正當防衛主義ノ說ニアリテハ所爲ノ罰ス可キ者ト否トハ固ヨリ之ヲ辨明セスシテ防衛ニ必要ナルトキハ如何ナル酷刑ヲモ施スヿヲ得ルカ如ク論シ、緊要主義ノ說ニアリテハ正善ノ所爲モ場合ニ由リテハ之ヲ罰スルヿヲ得ルモノヽ如ク說キ、命令主義ノ說ハ善惡邪正ノ區別ヲ一ニ立法者ニ任シ、最終ニ純正主義ノ說ニ至リテハ毫モ社會ニ於テ刑ヲ加フルノ權ヲ有スルヿヲ證明セス、六說共ニ皆ナ我輩ヲ滿足スルヿヲ得サルナリ、又其他損害賠償主義ト謂ヒ權利主義ト謂フカ如キ諸說ナキニ非スト雖モ要スルニ皆ナ大同小異ニシテ到底我輩ノ疑問ヲ辨解スルニ足ラサルナリ

然ラハ則チ我輩ノ疑問ハ終ニ結ンテ解ケサル歟、否ナ決シテ然ラス、ヲルトラン、フォースタン、エリー、ボワソナード諸氏ノ持論ニシテ蓋シ我立法者ノ依リタル一說アリ名ケテ折衷主義ノ說ト云フ、抑モ此折衷主義ノ說ハ純正主義ノ說ト社會正當防衛主義ノ說トヲ合セ社會ノ刑罰權ノ基礎ト爲シタル者ニシテ正當防衛ノ點ハ社會ニ於テ人ヲ刑スルノ權アル所以ヲ證明シ純正主義ノ點ハ人類ノ所爲ニ就テ

罪トシ論ス可キ者ヲ指定シ我輩ノ疑問ヲシテ兩ツナカラ完全無缺ノ解ヲ得セシム請フ以下論スル所ヲ聽レヨ

夫レ善惡應報ハ自然ノ數ニシテ人々已ニ天賦ノ智能ト識靈トヲ具ヘ善ヲ擇テ惡ヲ避ケ邪ヲ惡ンテ正ニ歸スルノ義務アリ然ルニ若シ之レニ背テ邪惡ヲ行ヒ道德ヲ破ルノ所爲アルトキハ其報トシテ刑罰ヲ受ク可キヤ當然ノ理ニシテ純正主義ノ說ノ專ラ根據トスル所ナリ然リト雖トモ是レ唯罪惡必罰ノ理ヲ見ハスノミニシテ社會ノ此ニ關涉シ自ラ任シテ法ヲ立テ刑罰ヲ施ス所以ノ理ヲ證スルニ足ラス之レニ反シ社會防衞主義ノ說ハ社會ノ刑罰ヲ施ス所以ノ理ヲ示スノミニ止テ罪惡必罰ノ理ヲ現ハサス曰ク人ニ天賦ノ防衞權アリ社會モ亦天賦ノ防衞權ナカル可ラス故ニ苟モ社會ノ秩序ヲ害スル者アラハ刑罰ヲ加ヘテ之ヲ防衞ス可キナリト而シテ如何ナル所爲ヲ罰スルヿヲ指定セス是レ二說ノ短所ニシテ非難ヲ免レサル所ナリ」

此ニ於テカ純正主義ノ說ニ和スルニ防衞主義ノ說ヲ以テシタル折衷主義ノ說起リタリ曰ク人ノ所爲ノ善惡ハ社會ノ休戚ニ關係スルヿ大ナリ故ニ其所爲邪惡ニシテ背德ノ甚タシク其害ノ社會ニ及フモノハ社會敢テ刑罰ヲ施シ以テ自ラ防衞セサル可ラス若シ然ラスンハ惡ヲナスモノ陸續踵ヲ接シ社會ハ終ニ其秩序ヲ失ヒ遂ニ社會ノ社會タル所以ヲ維持スルヿ能ハサルニ至ルヘシ是レ社會ノ刑罰ヲ行フ所以ナリト嗚呼此說タル唯二說ヲ折衷シタルニ過キスト雖トモ論理明確ニシテ完全ノ一說ヲ成シ純正主義ノ點ハ罪惡可罰ノ理ヲ示シ防衞主義ノ點ハ社會施刑ノ理ヲ現ハシ以テ刑罰權ノ基礎ヲ確定シテ復タ動スヿ能ハサルニ至ラシメタルモノト云フ可シ

夫レ然リ故ニ社會ノ法ヲ立テ刑罰ヲ定ムルヤ必ス此基礎ニ據リ決

シテ其範圍外ニ出ツ可ラス是ヲ以テ人々百般ノ行爲不行爲ニ就キ刑罰ヲ加フ可キ者即チ罪トシ論ス可キ者ハ道德ニ背キ併セテ社會ヲ害スル者ニ於テスルヲ要ス尙ホ反言スレハ法律上罪トシ論ス可キ者ハ必ス道德ニ背クト社會ヲ害スルトノ二元素ヲ具備セサル可ラス若シ然ラスンハ之ヲ罪トシ論スルヲ得サルナリ立法者ノ法ヲ立ツルヤ若シ此基礎ニ據ラス唯道德ニ背クモノヽミヲ以テ罪トシ論スルヿアラハ大ニ人ノ思想ノ自由ヲ害シ又社會ヲ害スルノミヲ以テ之ヲ罪トシ論スルヿアラハ苛虐ニ渉リ事ノ正否ヲ問ハサルニ至ルノ弊ヲ生シ人ヲ保護スル法律ニシテ却テ人ヲ害スルノ譏リヲ免レサルニ至ラン故ニ罪トス可キ者ハ必ス道德ニ背クト社會ヲ害スルトノ二者ヲ具備スルヲ要ス若シ其一ヲ欠クトキハ決シテ之ヲ罪トシ論スル能ハサルナリ

諸君ヨ以上論シタル所ニ於テ我輩ノ疑問ハ自ラ解釋ヲ得タルヲ看ル可シ、第一問、如何ナレハ社會ハ人ヲ刑スルノ權ヲ有スルヤ、曰ク罪惡ヲ必罰シテ自ラ防衛セサルヲ得サレハナリ、第二問、如何ナル所爲ヲ罪トシ論スルヿヲ得ルヤ、曰ク道德ニ背キ且ツ社會ヲ害スル所爲ヲ罰スルヿヲ得

(第四回)

刑法ノ管スル區域

諸君ヨ前回ニ於テ刑法二字ノ解ト共ニ論スヘキヿハ既ニ盡シタリト雖モ本日モ亦未タ直チニ總則ニ移ルヿヲ得ス先ツ其前ニ刑法ノ管スル區域ト云フ表題ニ就テ一二言セサルヘカラス

凡ソ罪アレハ之ヲ罰スルヲ得ルヿ固ヨリ論ヲ待タサル所ニシテ刑

法ハ則チ此犯者ニ向テ刑罰ヲ加フル所ノ法律ナリ故ニ普天ノ下率土ノ濱何人ヲ問ハス此法律ノ下ニ棲息シテ苟モ是非曲直ヲ識別スル智識ヲ有スル者一タヒ罪ヲ犯スヿアラハ決シテ刑罰ヲ免ル可ラサルナリ、然リト雖𪜈爰ニ一ノ例外ニ置クモノアリ即チ内外ノ公法上ヨリ原因スルモノニシテ其内部ノ公法ヨリ來ル者ハ國体ノ如何ニ因テ一定ナラスト雖𪜈君主國ニ於テ國君ハ則チ法律ノ責任ナシ是レ國君ハ一天萬乘ノ尊榮ヲ有シ社會ノ上ニ立テ万民ヲ統御スルモノナレハ理論ノ如何ハ措テ問ハス實際上法律ノ責ナシト爲サヽルヲ得サルナリ、

又外部ノ公法即チ万國公法ヨリ來ル者ハ外國公使其駐在スル國ノ法律ニ服セサルヿ是レナリ外國公使ハ何故ニ斯ク其在留スル國ノ法律ニ對シ責任ナキカ此點ニ付キ古昔ヨリ學者論シテ曰ク公使ハ國君ノ代理ナルヲ以テ治外法權ヲ有シ我國ヨリ外國ニ往クモ外國ヨリ我國ニ來ルモ皆自國ニ在ルト同一視セサル可ラス因テ古昔ハ公使外國ニ到ルヤ自國ノ土ヲ函ニ盛リ之ヲ携ヘ往キ以テ其居所ニ散布シ尚ホ其自國ニ在ルノ意ヲ表セリ是レ公使ノ外國ニ到ルモ治外法權ヲ有シ其國ノ法律ノ責ニ任セサル所以ナリト然リト雖𪜈此說ハ蓋シ取ルニ足ラス諸君ハ既ニ知ラルヽナラン、歐米諸國ノ交際ヲ見ルニ甲國ノ國事犯人其國ヲ逃走シテ乙國ニ入ル時ニ當リ乙國ノ政府其犯者ト政事上ノ主義ヲ同フスルトキハ假令ヒ甲國ヨリ請求アルモ此犯者ヲ交付スルヿナシ然ルニ有學者ノ說ニ從ヒ公使ハ外國ニアルモ尚ホ其自國ニ在ルト見做スカ故ニ治外法權ヲ有ストセハ若シ其駐在國ノ國事犯人遁レテ公使館ニ入ルアラハ公使ハ其自國ニアルト同ク之ヲ保護シテ駐在國ノ政府ニ引渡スヿヲ拒ムヲ得

ル筈ナルヘシ然レ𪜈實際ヲ見ルニ此ノ如キ事ヲ爲ス公使ハ直チニ謝絶セラレテ本國ニ歸ラサルヲ得サルニ至ル故ニ公使ノ治外法權ヲ有スルハ自國ニ在ルト見做スカ故ニ非スシテ他ニ原由アリトス而シテ此原由トテモ別ニ深長ノ理アルニ非ス只外國公使ハ國長ノ代理者ニシテ自國ノ權利ヲ保護スル爲メノモノナレハ之ヲ外國ノ法律ニ從フヘキモノトセハ自國ノ權利ヲ全フスルコト能ハサル場合アルヲ以テナリ、之ヲ要スルニ外國交際ノ便宜ニ出タル結果ニ過キサルノミ

偖テ茲ニ此例外ヲ除クノ外ハ何人ト雖𪜈其居住スル國ノ刑法ニ對シ責任ナキ者ハ之ナキ筈ナレ𪜈如何セン外國交際ノ困難ナルニ際シテハ理ヲ以テ推ス能ハサルモノアリ、現ニ我邦ノ如キ我國ニ在ル外國人ハ皆ナ治外法權ヲ有スルヲ以テ我法律ヲ遵奉セシムル能ハス實ニ遺憾ノ極ト云フ可キナリ、サリナカラ是レ甚シキ變例ナレハ條約ヲ改正シテ此權ヲ恢復スルノ日モ遠キニ非サル可キヲ信スルナリ

故ニ刑法ハ內外國人ヲ論セス總テ其國ニ居住スル者ヲ支配スルハ勿論ナレ𪜈犯時犯所ノ如何ヲ問ハスシテ之ヲ罰スルハ實ニ不法タルヲ免カレス又國權ノ及フ所自ラ內外人ノ別アリ必スヤ之カ區域ヲ定メサルヲ得ズ故ニ刑法ハ左ノ事ニ付キ一定ノ規則ヲ示サヽル可カラサルナリ

第一　刑法ノ問フ所ノ事如何

第二　既往將來ニ付キ刑法ノ管スル時如何

第三　刑法ノ管スル所內外國ノ別ナキヤ如何

第四　刑法ノ管スル所內外人ノ別ナキヤ如何

此事。時。所。人。ノ四者ハ必ス關係交錯シテ相離レサルモノナレハ刑法

上之レカ一定ノ規則ヲ定ムルヿ尤モ緊要ナリ而ソ第一第二ハ第三條第三條ニ確定セリト雖モ第三第四ニ至テハ僅カニ治罪法第四十五條ノ一條アルノミ最初刑法草案ニハ其第四條ヨリ第八條ニ至ルマテニ此規則ヲ掲ケタリト雖𪜈終ニ删除セラレタリ是レ蓋シ外國人ハ別ニ治外法權ヲ有スルヲ以テ刑法上假令此規則アルモ實地適用ス可キ所ナキヲ以テノ故ナル可シ然リト雖𪜈我國人ノ外國ニ在テ罪ヲ犯シ或ハ條約國外ノ人來リ我國ニ於テ罪ヲ犯スヿナキヲ保ス可ラス若シ是等ノヿアラハ其處分ハ如何スヘキヤ凡ソ法律ハ土地人民ヲ管理スルモノナレハ外國人ト雖𪜈內國ニ於テ罪ヲ犯ス𪜊ハ之ヲ罰スルヲ得又外國ニアリト雖𪜈內國人ノ罪ヲ犯ス𪜊ハ之ヲ罰スルヲ得可シ又我國ニ於テ罰スル所ノ事或ハ外國ニ於テ罰セサルアリ外國ニ於テ罰スル所ノ事或ハ我國ニ於テ罰セサルアラン又假令互ニ相罰スル所ノ事ト雖𪜈彼之ヲ重クシ我之ヲ輕フシ或ハ我之ヲ重クシ彼之ヲ輕フスルヿアラン是等ハ畢竟如何カ處分スヘキヤ法律ニ明文ナキヲ以テ止ムヲ得ス理論ニ依テ決セサル可ラサルナリ而シテ其細目ノ如キハ第一編第一節ノ終リニ於テ陳述ス可シ

第一編　總則

編ノ區別及ヒ總則ノ解ハ既ニ前ニ之ヲ爲シタルヲ以テ此ニ贅セス

第一章　法例

法例トハ法律ヲ適用スル例則ト云フカ如キノ意ニシテ本章其規定スル所ハ法律ヲ適用スル大原則ナリ故ニ其關スル所啻ニ刑法ノミナラス法律一般ニ係ル者アリテ蓋シ憲法ノ部類ニ入ル可キモノモアリトス

（第一條）

第一條　凡法律ニ於テ罰ス可キ罪別テ三種ト爲ス

一　重罪
二　輕罪
三　違警罪

本條ハ刑法全編ニ關スル最モ緊要ノ條ナリ

本條ニ曰ク凡ソ法律ニ於テ罰ス可キ罪別テ三種ト爲スト此文意ニ據ルトキハ法律ニ於テ罰セサル罪モアルカ如キ反對ノ解釋ヲ爲シ得可シト雖トモ法律上ニ於テ罰セサル罪ハ社會上決シテアルヿナシ蓋シ說ヲ爲ス者或ハ云ハン道德上ノ罪ハ法律ニ於テ罰スルヿナシ故ニ立法者ノ法律ニ於テ罰スヘキ罪云々ト特書セシハ即チ道德上ノ一罪ト法律上ノ罪トヲ別タンカ爲メナリト是レ論者ハ一ヲ知テ未タ其二ヲ知ラサルモノト云フヘシ夫レ立法者ハ第二條ニ於テ明言スル如ク法律上罪トシ罰スル者ハ法律ニ正條アル者ノミニ限レリ故ニ彼ノ道德上ノ罪ノ如キハ所謂法律ニ正條ナキ所爲ニシテ法律上認メテ以テ罪ト爲ス者ニ非ラサルナリ且ツ又未タ罪ノ何物タルノ解釋ヲモ與ヘスシテ直チニ罪ノ字ヲ用ヒタル如キ少シク其當ヲ失シタルカ如シト云ハサル可ラス故ニ法律ニ於テ罰スヘキ所爲ヲ罪トシ之ヲ分チ三種ト爲ストセハ其正ヲ得ルニ庶幾カラン乎然レトモ是レ啻ニ文字上ノ論ニシテ其何レニ書スルモ事ニ害ナキナリ

本條罪ヲ分チ三種ト爲シタルハ偶然ニ非ラス大ニ理由ノ在ル有リ夫レ法ニ違フヿ大ナレハ其罪重ク法ニ違フヿ小ナレハ其罪輕シ故ニ法ニ違フノ大小ニ從テ其罪ニ輕重ノ別アルハ自然ノ數ニ出ツルヿ吾人良心ノ感覺ニ照シテ明カナリ然ラハ之ヲ罰スルモ一樣ナル

能ハス必スヤ其大小輕重ニ從テ其規則ヲ異ニセサル可ラサルハ理ノ最モ睹易キ者ナリ若シ然ラサルニ於テハ或ハ鄭重ニ失シ或ハ輕忽ニ失シ或ハ嚴酷ニ過キ或ハ寛大ニ過クルノ弊ヲ生スルヤ明カナリ、凡ソ犯罪ハ其性質輕キ者ハ其影響ノ及フ所僅カニ一村一區ニ止マリ其他ハ之ヲ知ラサル如キヿアリ故ニ之ヲ罰スルニモ甚タ大ナルヲ要セサレハ擬スル所ノ刑モ自カラ輕カラサルヲ得ス又其性質輕キ者ハ其犯數從テ多ク加之人ノ之ヲ遺忘シ犯罪事件ノ消滅スルヿ速カナレハ之ヲ審判スル裁判所ノ數モ多カラシメ且ツ裁判所ノ構成ヨリ訴訟ノ手續ニ至ル迄簡略ニシ其裁判ヲ急速ナラシメサル可ラス之ニ反シ罪ノ性質重キ者ハ其影響ノ及フ所公衆一般ニ亘リ社會ノ畏懼スルヿ大ナレハ大ニ罰シテ天下ニ顯示セサル可ラス、又其性質重ケレハ其犯數從テ少シ故ニ之ヲ判スル裁判所モ多キヲ要セス、裁判所ノ構成訴訟ノ手續モ殊ニ鄭重ヲ要スル等總テ前ニ陳スル所ト相反セサルヲ得サルヤ固ヨリ疑フ可ラサルノ事實ナリ

是ニ由テ之ヲ見レハ輕重ニ從テ犯罪ヲ區別スルハ實際上止ムヲ得サルヿニシテ違警罪ノ如キ已ニ自然ノ區別アルモノナリ而シテ其他ノ犯罪即チ前ノ所謂刑罰ヲ天下ニ顯示ス可キ罪ノ如キニ至テモ亦自カラ輕重ノ差等アルモノナレハ之ヲ一種ト爲ストキハ罪ノ懸隔甚タシクシテ權衡ヲ失スルノ弊アリ然ラハ之ヲ何種ニ分ツ可キヤ四種或ハ五種ニ分ツモ固ヨリ立法者ノ自由ナリト雖トモ却テ錯雜ニ失スルヲ以テ我立法者ハ之ヲ二種ニ分チ違警罪ヲ併セテ三種ト爲セリ、歐洲ニ於テモ英佛ヲ初メトシ其他ノ諸國犯罪ヲ別テ三種ト爲スハ殆ント其例規タルカ如シ、是レ蓋シ斯クスルトキハ權衡ヲ失スルノ弊ナク又錯雜ニ陷ルノ憂ナフシテ最モ其中庸ヲ得ルノ便益アルカ

【第一條】

故ナリ

犯罪ノ輕重ハ其固有ノ性質ニ成リ是ヲ認メテ輕トシ是ヲ定メテ重シトスルハ人々固有ノ感覺ニ因ル立法者ト雖モ此性質ト感覺トヲ左右セシメ輕ト重トノ別ル、限界ヲ立ツルハ固ヨリ能ハサルノ事ナリ故ニ重罪輕罪違警罪トアルハ犯罪ノ輕重ヲ品評シテ其輕重ノ別ル、點ヲ定メント欲シタルニ非ス抑前ニ謂フカ如ク犯罪ヲ以テ三種ニ區別ス可キノ理由アリテ則チ三等ニ區分シ各等ニ包含スル犯罪ニ是ヲ統括スルノ名ヲ與ヘサル可ラス而シテ一等ヲ以テ二等ニ比スレハ自ラ重ク二等ハ三等ニ比スレハ重シ故ニ重罪輕罪違警罪ノ名アリ本ト是レ各等比較ヨリ出タル語ニシテ各等部内犯罪ノ名目タルニ過キス猶大罪、中罪、小罪ト言フカ如ク又甲罪、乙罪、丙罪ト云フモ妨ケ無カル可シ故ニ本條ノ眼目ハ罪ノ輕重ヲ論スルニ非スシテ三種ノ區別ニ在リトス諸君宜シク重、輕、違警、ノ文字ニ拘泥シテ本條ノ眼目ヲ誤ル勿レ

犯罪ヲ重罪輕罪違警罪ノ三種ニ別ツト雖モ其如何ナルモノハ重罪輕罪ニシテ如何ナルモノハ違警罪ナルヤノ解釋ハ犯罪ヲ規定セル第二編以下ニ於テ見ル所ナシ故ニ第七條乃至第九條ニ揭クル刑ニ因テ初メテ知ルヿヲ得可キナリ佛蘭西刑法ハ其第一條ニ於テ犯罪ノ解釋ヲ下シテ曰ク施體又ハ加辱ノ刑ヲ以テ罰スル罪ハ重罪ナリ懲治ノ刑ヲ以テ罰スル罪ハ輕罪ナリ違警ノ刑ヲ以テ罰スル罪ハ違警罪ナリト佛國著名ノ法律博士ロシー氏痛ク之ヲ駁擊セリ其意ヲ約說スレハ曰ク佛國刑法ハ壓制ノ盛ナル時代ニ編制シタルモノナルヲ以テ其壓制ノ精神ヲ包含スルヿハ第一條ニ於テ明カナリ如何トナレハ罪ノ輕重ハ固ヨリ自然ニ定マルモノナルニ該條ニ依ルトキ

（第一條）

ハ罪ノ輕重ノ如何ヲ問ハス立法者ノ重キ刑ヲ以テ罰スル罪ハ重罪ニシテ輕キ刑ヲ以テ罰スル罪ハ輕罪ナリト云フカ如ク猶之ヲ換言セハ恰モ立法者自カラ令シテ假令輕キ罪ト雖モ余之ヲ重罪ト認ムルトキハ則チ重罪ニシテ又假令重キ罪ト雖モ輕罪ト認ムルトキハ則チ輕罪ナリト云フカ如ク其意味甚タ專横ニ渉レハナリト我刑法ハ佛法ノ如ク明言シテ解釋ヲ下タサスト雖モ其精神ヲ推ストキハ敢テ異ナルヿナシ故ニ亦駁撃ヲ免レス

然レ𪜈此駁説タル啻ニ文章ニノミ拘泥シタル皮相ノ論タルヲ免レス夫レ立法者ノ法ヲ立ツルヤ罪ノ輕重ニ從テ刑ヲ定メ其刑ニ依テ罪ノ種類ヲ知ル如ク定メタルモノニシテ決シテ論者ノ如キ意アリテ然ルニ非ラサルナリ故ニ此駁説ノ後世學者一般ノ反駁ヲ受クルモ亦宜ナリ

既ニ罪ヲ三種ニ別チタルニ因リ之ニ關スル規則ニ於テモ亦各異ナラサルヲ得ス其大略左ノ如シ

第一　三罪各其裁判管轄ヲ異ニシ重罪ハ重罪裁判所ヲ以テ其管轄トシ輕罪ハ輕罪裁判所ヲ以テ其管轄トシ違警罪ハ違警罪裁判所ヲ以テ其管轄トス仍テ其治罪手續モ各煩簡ノ別アリ

第二　三罪各附加刑ヲ異ニスル所アリ剥奪公權禁治產ハ重罪ノミニ之ヲ用ヒ停止公權罰金ハ輕罪ノミニ之ヲ用ヒ監視ハ重罪ニ之ヲ用ヒ或ル場合ニ於テハ輕罪ニモ用ユルヿアリ三罪通シ用フルハ則チ沒收ノミ

第三　假出獄ハ重罪輕罪ノミニ之ヲ用ヒ違警罪ニハ用ユルヿナシ

第四　違警罪ハ十六歳以上二十歳以下ノ幼者ト雖モ法律上ノ宥恕ヲ與フルヿナシ然ルニ重罪輕罪ニ於テハ皆ナ宥恕ヲ與フ

（第一條）

第五　再犯ノ時三罪ヲ犯スノ前後ニ因リ加重スルト否トノ別アリ
第六　三罪中二罪以上倶發シタルトキハ一ノ重キニ從フ
第七　違警罪ノ教唆者及ヒ從犯ハ之ヲ罰セス
第八　重罪ノ未遂犯ハ常ニ罰スト雖モ輕罪ノ未遂犯ハ各本條別ニ記載アルトキハ之ヲ罰シ違警罪ノ未遂犯ハ常ニ罰スルコトナシ

（第五回）

犯罪ノ種別

前回ノ重罪、輕罪、違警罪ノ種別ハ立法者成文法ヲ以テ定メタル所ノ種別ニシテ罪ノ性質ヨリ自然ニ出タル者ニ非ス、今此ニ罪ノ性質ニ從ヒ之カ種別ヲ爲スコト左ノ如シ

第一　行犯不行犯

凡ソ法律多シト雖モ命令法禁止法ノ二樣ニ過キス法ノ禁スル所ヲ行フ之ヲ行犯ト云ヒ法ノ命スル所ヲ行ハサル之ヲ不行犯ト云フ例ヘハ强窃盜、謀故殺ノ罪ノ如キ皆行犯ニシテ刑法第百七十九條ノ醫師化學家其職業ニ因リ官署ヨリ解剖分析又ハ鑑定ヲ命セラレタル者故ナク之ヲ肯セサル罪及第四百二十五條六項ノ官署ノ督促ヲ受ケテ崩壞セントスル家屋ノ修理ヲ爲サヽル罪ノ如キハ不行犯ナリ、然リ而シテ犯罪ハ大率ネ行犯ニシテ不行犯ノ場合極メテ鮮キハ刑法ハ大率ネ禁止法ニシテ命令法少ナキヲ以テナリ、又刑法ノ大率ネ禁止法ニシテ命令法少ナキ所以ハ人ノ世ニ處スルヤ事ノ輕重大小ヲ問ハス總テ他人ヲ害スルノ所業ヲ爲スコトヲ得サルハ自然ニ出ツト雖モ他人ヲ害セサルノミナラス反テ爲メニ手足ヲ勞シ若クハ之ヲ救助スルノ所業ニ至テハ道德上ヨリ命スル所ニシテ公益上止ム

（第一條）

可ラサル場合アルニ非サレハ法律ヲ以テ命スルヿ能ハサルヲ以テナリ」

此類別ハ畢竟スルニ唯タ學者ヲシテ命令禁止ヲ犯スノ罪アルヿヲ明カニ理會セシメンカ爲メノミニシテ法律上此區別ニ因テ更ニ規則ヲ異ニスルヲ見サルナリ

第二　有意犯無意犯

有意犯トハ罪ヲ犯スノ意ヲ以テ一罪ヲ成スニ必須ナル一元素ト爲シ此元素ヲ欠ク時ハ罪ヲ以テ論セサル者是ナリ無意犯トハ罪ヲ犯スノ意アルヲ要セス唯所業ノ形跡ニ就テ犯罪ノ名ヲ下ス者是ナリ、例ヘハ强盜竊盜ノ罪、謀殺故殺ノ罪、放火ノ罪、毆打創傷ノ罪ノ如キハ則チ有意犯ニシテ過失殺傷ノ罪、失火ノ罪、又ハ違警罪ノ多數ノ如キハ則チ無意犯ナリ

夫レ有意犯ニ於テハ犯スノ意思ハ則チ罪ノ成立ニ必要ナル一元素ナリ故ニ若シ此意思ナキ時ハ故殺ハ變シテ過失殺トナリ放火ハ變シテ失火トナルカ如ク啻ニ其罪ノ種類ヲ變更スルノミナラス又タ全ク罪トナラサルヿアリ例ヘハ人アリ一日友人ノ許ニ至リシニ机上ニ金圓アルヲ見テ之ヲ匿シ一時友人ヲ驚カサント欲シタル如キ其形跡上ヨリ見ルトキハ或ハ竊盜ノ名ヲ免レサラントスルモ其意思固ヨリ戯レニ出テ決シテ事主ヲ害シ以テ己ヲ利スルノ意即チ竊取ノ惡意アルニ非サルニヨリ竊盜トセラレサルナリ

之ニ反シテ無意犯ハ意思ノ如何ヲ論セス唯其所業ノ形跡ニ就テ直ニ犯罪ノ名ヲ下スモノ也例ヘハ濫リニ車馬ヲ疾驅シテ行人ノ妨害ヲ爲シ又ハ木石等ヲ道路ニ堆積シテ標識ノ點燈ヲ爲サヽル者ノ如キ其意思ノ有無ヲ問ハス罪ヲ以テ論スル如キ是ナリ、但シ意思ノ有無ヲ問ハスト云フト雖モ茲ニ過失殺傷又ハ失火ノ如キ意思ナレハ

〔第一條〕

直チニ別罪トナル者ト意思アルモ別罪トナラサル者トヲ區別セサルヘカラス、我輩カ所謂ル意思ノ有無ヲ問ハストハ前例ノ車馬ヲ疾驅シテ行人ノ妨害ヲ爲シ又ハ木石等ヲ道路ニ堆積シテ標識ヲ爲サヽルカ如キ故意ニ出タリトスルモ常ニ同一ノ罪タル者ニ就テ論シタルナリ

抑モ人類ノ所爲ヲ罪トシ論スルモノハ其人道德ニ背ケハナリ、即チ罪ヲ犯スノ意思アレハナリ、是ヲ以テ其所爲ノ形跡ハ犯罪ニ類スルモノアルモ犯ス意ナキノ所爲ハ罪トシ論スヘカラス是レ刑法第七十七條ニ罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ云々ノ明文アル所以ニシテ理義明確千歲不滅ノ法則ト云フ可キナリ然ルニ同條直ニ翻言シテ但法律規則ニ於テ別ニ罪ヲ定メタル者ハ此限ニ在ラスト云フハ蓋シ無意ノ所爲ト雖トモ罪ヲ以テ論スト場合アルヲ明示シタルモノニシテ前ノ不滅ノ法則ト相矛盾スル所アルカ如シ、然レトモ實際上又止ムヲ得サルノ理アリ今夫レ社會ハ全土ノ安寧ヲ保護センカ爲メ警察ハ事務ヲ設ク、此事務ノ目的タル禍害ヲ未發ニ防キ衆民ノ幸福ヲ安固ナラシムルニ在ルヲ以テ其關係スル所極メテ廣ク當局者獨力ノ能クシ得ル所ニ非ス、故ニ衆民ヲシテ倶ニ負擔セシムルノ旨趣ヨリ特種ノ法律規則ヲ設ケ衆民ニ命スルニ多少ノ義務ヲ以テセリ而シテ人若シ此義務ヲ怠ル者アルトキハ直チニ禍害ノ端緒ヲ開クノ惡結果ヲ生スルモノトス是其假令ヒ罪ヲ犯スノ意ナシト雖トモ敢テ罰セサルヲ得サル所以ナリ、若シ斯ル場合ニ於テ尚ホ罪ヲ犯ス意ナキ所爲ハ其罪ヲ論セサル法則ヲ墨守シ禍害ノ甚タシキ者アルモ之ヲ罰スルヲ得サルモノトセハ終ニ警察ノ目的ヲ達スル能ハサル可シ故ニ無意犯ヲ罰スルハ實際ノ弊害ヲ除キ社會ノ安寧ヲ保護スル爲メ已

（第一條）

ムヲ得サルニ出テタルモノナルヲ看ル可キナリ

是ニ由テ之ヲ觀レハ立法者ノ無意犯罪ヲ置キタルハ自然ニ出タルニ非スシテ社會ノ安寧ヲ保護スル便宜法ニ出テタリト云ハサルヲ得サルナリ、然トモ此點ヨリ推シテ立法者ノ無意犯ヲ罰スルハ單ニ加害ノ點即チ社會防衛權ノミニ因テ罰スルモノナリト論スヘカラス如何トナレハ凡ソ事ハ微細ノ原因ヨリ大害ノ結果ヲ來スヲ以テ人ノ世ニ在ル互ニ注意ヲ加フルノ義務アリトス、若シ此義務ヲ怠リ社會ニ禍害ノ生スルヲモ顧ミサル如キハ道德ニ背キタリト云ハサルヲ得ス、例ヘハ火ヲ失シ東京市街ヲ灰燼ニ委ネ或ハ車馬ヲ疾驅シテ人ヲ殺傷セシメタル者ノ如キ所爲ノ性質ニ付テ論スルトキハ道德ニ背クノ點ナキカ如シト雖トモ社會ニ對シテ行フヘキ義務ヲ怠リタルカ爲メ斯ル大害ヲ來セシ點ヨリ見ルトキハ道德ニ背ク固ヨリ論ヲ俟

タサルナリ、故ニ立法者ノ無意犯ヲ罰スルヤ決シテ社會刑罰權ノ範圍外ニ出タリト云フ可ラサルナリ

爰ニ前ニ已ニ一言シタルカ如ク一ノ注意ヲ要スルヿアリ則チ有意犯ハ總テ無意ヲ以テ犯ス能ハサルモノナリ若シ無意ナルトキハ其種類ヲ議シ或ハ全ク罪トナラスト雖トモ無意犯ハ有意ヲ以テ犯スヿヲ得ヘキ場合アルヿアリ例ヘハ夜中燈火ナクシテ車馬ヲ疾驅シ或ハ禽獸ノ死屍ノ道路ニアルヲ取除カサル罪ノ如キ多クハ無意ヲ以テ之ヲ犯スト雖モ亦タ有意ヲ以テ之ヲ犯スヲ得ルカ如キ是レナリ然レトモ過失ニ關スル罪即チ過失殺或ハ失火ノ罪ノ如キハ決シテ有意ヲ以テ犯ス能ハサルモノ也若シ有意ヲ以テ犯ストキハ變シテ故殺或ハ放火ノ罪トナルナリ

此有意犯無意犯ノ區別ハ之ヲ明カニスルヿ最モ緊要ニシテ殊ニ裁

（第一條）

判官ハ深ク心ヲ用ヒサルヘカラス何トナレハ有意犯ニシテ犯意ナキトキハ其罪全ク成立セス或ハ成立スルモ他ノ罪ニ變スルモノナレハ事實ノ証據アルノミヲ以テ直ニ之ヲ罰スル能ハス必ヤ其犯意アリテ犯シタルノ証據アルヲ要ス之ニ反シテ無意犯ハ事實ノ証據アル時ハ犯意ノ有無ヲ問ハス即チ之ヲ罰スルヲ得レハナリ否ナ之ヲ罰セサルヘカラサレハナリ

然リト雖モ我刑法ハ孰レカ有意犯ニシテ孰レカ無意犯ダルヤヲ明示セス蓋シ正條ニ就テ見ルトキハ豫メ謀テ云々又ハ何々ノ情ヲ知テ云々ノ明文アルモノハ皆ナ其有意犯タルヿ判然タリト雖𪜈其他ニ至テハ容易ニ之ヲ識別スル能ハサルモノナキニ非ス刑法草案ハ有意犯ノ條ニハ故、意、ヲ、以、テ、云々シタル者ハト特記セリ故ニ此區別判然タリシモ審査修正ノ際之ヲ删除シタリ其意蓋シ第七十七條ニ罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セストノ明文アルヲ以テ故意ノ字ヲ用ユルハ反テ蛇足ニ似タルヲ以テナラン併シナカラ我刑法各條中文章上ヨリ見レハ有意犯ノ條ト毫モ異ナル所ナキモ其性質ヨリシテ無意犯タラサルヲ得サルモノアリテ疑團ヲ生セシムルモノ少ナシトセス故ニ審査ノ際故意ノ字ヲ删除セラレシハ實ニ惜ミテモ尚ホ餘リアリトス、今日ニアリテ此區別ヲ知ルハ唯理論ノ導ク所ニ從テ法律ノ精神ヲ探究スルニアルノミ

其然リ然リト雖𪜈之ヲ要スルニ我刑法第百十六條以下重罪輕罪ハ大率有意犯ニシテ無意犯ヲ以テ論スヘキモノハ過失殺傷失火及ヒ第百六十條第二百五十條第二百五十六條等ノ數條ニ過キス又第四百二十五條以下違警罪ニ係ル者ハ大抵無意犯ニシテ犯意ヲ要スルヿ僅々ニ過サルナリ

（第一條）

第三　國事犯非國事犯

國事犯非國事犯ノ區域ヲ分別シテ明確ナラシムルハ古ヨリ學者ノ以テ難シトスル所ナリ、而シテ我刑法ハ其第百二十一條乃至第百二十八條ニ含蓄スル所ノ罪ニ國事ニ關スル罪ト云フ表題ヲ與ヘタリト雖モ理論上ヨリ見解ヲ下ストキハ其中或ハ純粹ノ國事犯ニ非サルモノアリ或ハ國事犯ノ性質ヲ有スルモノニシテ尚ホ遺漏スルモノナキニ非ス即チ彼ノ公撰ノ投票ヲ偽造スル罪ノ如キハ國事犯ノ種類ニ入ル可キモノナラン、故ニ右國事ニ關スル罪ト云フ表題アレハトテ我立法者ハ第百二十一條ヨリ第百二十八條ニ至ルノ罪ヲ國事犯ト認メタリト論スルヲ得ス又此外ニ國事犯ナシト斷スルヲ得ス從テ此國事犯非國事犯ノ區別ハ必ス理論ニ據テ判定セサルヘカラサルナリ然リ而シテ此ニ國事犯ノ何物タルヤヲ講究スルトキハ非國事犯ノ分界ハ辨セスシテ自ラ明カナラン

國事犯トハ何ソヤ直接ニ社會ノ組織ニ害ヲ及ホス罪是ナリ夫レ社會ハ一個ノ無形人ナリ(無形人トハ諸君ハ既ニ知ラル、ナラン即チ府縣町村又ハ會社ノ如キ者ニシテ人間ノ如ク身体ヲ有スルニ非スト雖モ人間ノ如ク權利義務ヲ有シ得ル者ヲ云フ)故ニ權利ヲ有シ義務ヲ負フヿ一個人ト異ナルヿナシ。從テ其有スル所ノ權ヲ害セラレ因テ以テ犯罪ノ被害者トナルノ點ニ至テモ亦人ニ異ナルヿナシ只タ社會ハ無形人ナルニヨリ加害者トナリ得サルノミ、而シテ其有スル所ノ權トハ何ソヤ、之ヲ大別スレハ財産ニ關スル權、警察ニ關スル權、組織ニ關スル權是ナリ、此三種ノ權コソ實ニ社會ノ社會タル所以ヲナスモノトス、然リ而シテ社會若シ此三種ノ權ニ害ヲ受ルトキハ疑モナク直接ノ被害者ナリト雖モ只タ此社會カ直接ノ被害者トナリ

(第一條)

タルノ一事ヲ以テ直チニ其加害ノ所爲ヲ指シテ國事犯ナリト爲スヿヲ得ス何トナレハ財産ニ關スル權、警察ニ關スル權ニ受ル所ノ害ハ幾何ク巨大ナルモ毫モ國體政體ニ關係セサレハナリ、故ニ國事犯ト稱スルニハ其罪必ス社會ノ組織構成ノ權ニ害ヲ及ホスヲ要スサレハ兹ニ兇豎相集リ人家ニ入テ財物ヲ奪ヒ或ハ火ヲ放テ都市ヲ焼キ或ハ旅人ヲ殺傷シタル時ノ如キ社會ノ害ヲ被ムルヿ大ナリト雖𪜈直ニ以テ國事犯ト爲ス可ラサルノミナラス社會ハ直接ノ被害者トモナルヿナシ蓋シ其害タル間接ニシテ直接ノ害ヲ被ムリタル者ハ罹災ノ人民ナレハナリ、又賊アリ國庫ヲ破テ財貨ヲ奪ヒ或ハ火ヲ官衙ニ放チ或ハ官林ヲ採伐シタル時ノ如キ社會ハ直接ニ害ヲ被ムリタリト雖𪜈只タ財産ニ關スル權ヲ害セラレタルニ過キサル而已以テ國事犯ト爲ス可ラス又兇徒多衆ヲ嘯聚シテ官廳ニ喧閙シ、官吏ニ强迫シ又ハ道路橋梁ヲ破壞シ及ヒ電線ヲ斷絶シテ通信ヲ妨害シ、其他暴行脅迫等ヲ以テ村市ヲ騷擾スル者アリ、是レ社會ハ直接ノ害ヲ被ムリタリト雖𪜈只タ警察ニ關スル權ヲ害セラレタルニ過キサル而已未タ以テ國事犯ト爲ス可ラス、然ラハ警察官アリ擅マヽニ威力ヲ振ヒ言論ノ自由及ヒ集會ノ權ヲ妨ケ或ハ濫リニ人家ニ入リ室内ヲ搜査シテ住居ノ權ヲ害スル者アリ是レ皆ナ以テ國民ノ位地ヲ定ムル公權ヲ害スルモノナレハ多少社會ノ組織ニ關スル權ヲ害スルモノナリ則チ以テ國事犯ト爲スヘキ乎否其害タル間接ニシテ直接ノモノニ非ラス未タ以テ國事犯ト爲ス可ラサルナリ此數ノ者ハ皆害ヲ社會ニ及ホスト雖𪜈其害タル間接ニシテ直接ナラス或ハ直接ナルモ唯タ財産ニ關スル權又ハ警察ニ關スル權ニ及フ而已ニシテ未タ組織ニ關スル權ニ及ハス又或ハ假令此權ニ及フ

コアルモ間接ニシテ直接ナラスシテ皆ナ以テ國事犯ト爲ス可ラサルナリ、然ラハ則チ何ヲカ組織ニ關スル權ニ直接ニ害ヲ及ホス者ト云フヘキ乎、曰ク國體及ヒ政體ヲ變換シ或ハ政府ヲ顛覆シ或ハ政權ノ一部ヲ減殺シ或ハ施政ノ針路ヲ改革シ或ハ國憲ヲ以テ定メタル國民ノ位置ヲ伸縮變更セントスル等ノ目的ヲ以テ直接ニ社會ヲ害スル者是ナリ、此種ノ罪ハ皆ナ國体又ハ政体ヲ以テ其目的ト爲ス故ニ之ヲ國事犯ト云フ

國事犯ヲ爲スニ當リ人民所有ノ財貨ヲ掠奪シ或ハ人ヲ謀殺故殺スルカ如キ非國事犯ノ罪ト混合スルトキハ之ヲ處スルノ法如何則チ數罪俱發一ノ重キニ從フノ例ニ依ルヘキ而已、然リト雖モ國事犯ヲ爲スニ必要ナル所爲例ヘハ戰爭ノ爲メ人ヲ傷殺スル如キハ之ヲ行ハサレハ其用ヲ爲サヽルモノナリ故ニ國事犯中ニ含蓄スヘキモノニシテ數罪俱發ノ例ニ依ルヘカラサルヤ燦々ヲ待タス

國事犯ノ義解既ニ明瞭ナリ然レハ非國事犯ノ如何ハ自ラ辨ヲ待タサルモノナリ即チ社會ノ組織ニ關スル權ニ關係セサル犯罪ハ皆非國事犯ナリ

國事犯非國事犯ヲ區別シテ法律上如何ナル利益アル乎則チ此ノ二ノ者ハ常ニ其刑ヲ異ニスルカ故ニ從テ加減ノ例ヲ異ニシ（刑法第六十八條第七十七條）又タ裁判管轄ヲ異ニス即チ國事犯ノ重罪ハ高等法院ノ管轄ニシテ（治罪法第八十三條）非國事犯ハ通常ノ刑事裁判所ノ管轄ナリ又國事犯ノ輕罪ニハ監視ヲ附スト雖モ（刑法第百三十五條）非國事犯ノ輕罪ニハ之ヲ附スルト或ハ否セサルトノ別アルナリ

第四　現行犯非現行犯

現行犯トハ現ニ行ヒ或ハ行ヒ終リタル際ニ發覺シタル罪ヲ云ヒ非
（第一條）

現行犯トハ其發覺現ニ行ヒ或ハ行ヒ終リタル際ニアラスシテ若干ノ時日ヲ經過シタル後ニ發覺シタルモノヲ云フ現ニ行ヒ或ハ行ヒ終リタル際ニ發覺シタル罪ト雖𪜈此際直ニ逮捕セス又ハ逮捕シ能ハサリシ時ハ現行犯ノ手續ニ依ル能ハサルナリ

凡ソ犯罪ハ如何ナルモノト雖𪜈現行ニ在ラサルハナク只タ其發覺ニ就テ前後アルニ過キス、故ニ之ニ由テ罪ニ輕重ノ差等ヲ生スルノ理アルナシ古昔羅馬ニ於テハ現行犯ト非現行犯トニ因テ刑ニ輕重ヲ定メ現行犯ヲ重クシ非現行犯ヲ輕クシタリト雖𪜈是レ確乎タル理由アリテ然ルニ非ラサリシナリ、然ルニ尚ホ今日ニ至ルモ其議論全ク消滅ニ歸スルニ至ラスト云フ、又米國中某國ノ如キ現行犯アルトキハ裁判官ヲ俟タスシテ人民自ラ之カ處分ヲ爲スヿヲ得可キ國アリト聞ク

我刑法ニ於テハ現行犯ト非現行犯トニ因テ刑ニ輕重アルヿナシ只タ賭博罪ハ現行犯ノ外ハ之ヲ罰セサルノ一例アリ、個ハ別ニ理由アルヲ以テナリ、然レ𪜈之ニ反シテ治罪法ニ至テハ現行非現行ノ區別ニヨリ大ニ其手續ヲ異ニセサル可ラス如何トナレハ現行犯アルニ當テ直チニ之カ處分ヲ爲サヽレハ犯人ヲシテ逃走セシメ或ハ證憑ヲ湮滅ニ歸セシムル等ノ恐レアルヨリ到底非現行犯逮捕ノ手續ニ依ル能ハサレハナリ故ニ我治罪法ハ其第百條ヨリ第百六條迄ニ於テ現行犯ニ關スル特種ノ規則ヲ制定セリ、又治罪法第百一條ニ據レハ準現行犯ナルモノアリ即チ犯人トシテ追呼セラルヽ時或ハ兇器贓物其他犯人ト思料ス可キ物件ヲ携帶シタル時等ノ場合是ナリ此犯人ト思料ス可キ物件トハ果シテ何等ノ物件ナル乎之ヲ携帶スル者ノ犯人ニ非サルモ犯人ト思料セラルヽノ危險ナキ能ハサルナリ

(第一條)

然リト雖𪜈是レ只想像上ノ疑ヒニシテ實際上ニ就テ見ルトキハ此危險アルヿ少カル可シ、故ニ立法者ノ准現行犯ヲ定メタルヤ既ニ犯人ト思料ス可キ證憑アレハ直ニ之ヲ逮捕スルモ妄リニ無罪人ヲ妨害スルノ恐レ無キニ似タリ、若シ之ヲ非現行犯ノ手續ニ據ラシメントセハ迂遠ニ失シ犯人ヲシテ遁逃セシムルニ至ランノミ

又明治十四年九月二十日太政官第四十六號布告ニ曰ク治罪法第百一條ニ准現行犯ノ場合列記有之候處其擧動犯人ト思料ス可キ者アルトキハ當分ノ内現行犯ニ准シテ處分スルヿヲ得ト是レ固ヨリ理論ニ適シタルモノニ非サルカ如シト雖モ犯人ノ夥多ナル今日ニ於テハ實際上止ムヲ得サルノ場合アルヨリ一時此規則ヲ設ケラレシモノナラン

夫レ現行犯ト稱スヘキモノハ單ニ之ヲ理論ノ正面ヨリ見ルトキハ其所爲ヲ現ニ行フ所ノモノニシテ既ニ行ヒ終リタル時ハ之ヲ現行犯ト云フ可ラス況ンヤ彼ノ准現行犯ノ如キニ於テヲヤ、刑法第三百十四條ニ身体生命ヲ正當ニ防衛シ已ムヿヲ得サルニ出テ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ自己ノ爲メニシ他人ノ爲メニスルヲ分タス其罪ヲ論セスト又第三百九條ニ自己ノ身体ニ暴行ヲ受クルニ因リ直ニ怒ヲ發シ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕スト又第三百十一條ニ本夫其妻ノ姦通ヲ覺知シ姦所ニ於テ直ニ姦夫又ハ姦婦ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ストアリ此罪ヲ論セサルト宥恕ヲ爲ストハ其暴行ヲ加ヘ或ハ姦通ヲ爲ス者ノ現行犯タルトキニ限ルモノニシテ若シ現行犯ナラサルトキハ此罪ヲ論セス若クハ宥恕ヲ爲スヿヲ得サルナリ、然シテ此現行犯タルヤ必ス理論ノ正面ヨリスル眞ノ現行タルヿヲ要ス、故ニ治罪法第百一條ノ准現行犯ノ如キ前陳ノ刑法ノ現行犯ニ

適用スルヿ能ハサルハ論ヲ待タス、治罪法第百條ノ現行犯ト雖モ彼ノ行ヒ終リタル者ノ如キハ刑法第百十四條ニ適用スルヿ能ハサルモノニシテ刑法ノ現行犯ト治罪法ノ現行犯トハ決シテ同一視スルヲ得サルナリ

(第六回)

第五　即時犯、繼續犯

即時犯、繼續犯ヲ明カニ區別スルハ極メテ緊要ノ事ナリトス、例ヘハ擅ニ人ヲ監禁スル者アランニ若シ此罪ヲ論スルニ繼續犯ヲ以テスレハ公訴期滿免除ノ期限ハ監禁ヲ解キタル日ヨリ起算ス可ク、即時犯ヲ以テスレハ監禁ヲ爲シタル日ヨリ起算スヘシ、又例ヘハ有夫ノ婦姦通シタル者アリテ常ニ姦情ヲ通シ密會スルヿ數回ナリトセンニ若シ此罪ヲ繼續犯トセンカ、數回ノ密會一罪ヲ爲スカ故ニ本夫一旦告訴シテ證憑不充分ナル爲メニ被告無罪ニ歸スルトキハ爾後更ラニ確證ヲ得ルモ確定裁判ノ効力ニ因リ更ニ訴ヲ爲ス能ハサルヘシ、然ルニ之ニ反シ此罪ヲ即時犯トセンカ數回ノ密會數罪ヲ爲スニヨリ本夫或ル日ノ密會ニ對シテ告訴シ被告無罪ニ歸スルモ又其他ノ日ノ密會ニ付テ確證ヲ得ルトキハ更ニ告訴ヲ爲スヿヲ得ヘシ故ニ一罪ヲ以テ之ヲ即時犯トシ若クハ繼續犯トスルノ一事ハ公訴權被害者ノ利害、殊ニ被告人ノ權利ノ消長ニ關スル甚タ大ナリ、是其區別ノ緊要ナル所以ナリ、而シテ此區別ヲ明カニスルヿ易々タルニ非スト雖モ庶幾クハ諸君以下ノ說明ニ據テ了解セラレヨ

人ノ行爲ハ千態万狀ニシテ一々枚擧ニ遑アラスト雖モ大凡之ヲ別ツトキハ直チニ終ルモノト直チニ終ラサルモノトノ二者ニ過キス、是

(第一條)

レ即時犯、繼續犯ノ區別ノ由テ起ル所以ナリ、即時犯トハ罪ヲ犯スヤ其所爲長ク繼續スルヿナク直ニ終ルモノヲ云ヒ、繼續犯トハ罪ヲ犯シ即時ニ之ヲ遂クルト雖モ其所爲尚ホ繼續シテ直チニ終ラサルモノヲ云フ、例ヘハ謀殺故殺ノ罪及ヒ強竊盜ノ罪ノ如ク其所爲ノ直ニ終ルモノハ皆即時犯ニシテ定規ヲ增減シタル度量衡ヲ所持スル罪及ヒ人ヲ監禁スル罪ノ如ク其犯スヤ即時ニ之ヲ遂クルモ其所持ト監禁トヲ止メサル間ハ其所爲繼續シテ直チニ終ラサルモノハ皆繼續犯ナリ

此所爲ノ即時ナルモノト繼續スルモノトノ二個ハ行ハサルヿニモ亦之レアルモノナリ言ヲ換ヘテ云ヘハ行犯中ニハ勿論不行犯中ニモ此區別アルモノトス例ヘハ時日ヲ期シテ裁判所ヨリ証人或ハ鑑定人トシテ呼出ヲ受ケ之ニ應セサル罪ハ不行犯中ノ即時犯ニシテ

人ノ往來ス可キ場所ニ在ル危險ノ井溝凹所又ハ道路ニ木石等ヲ堆積シテ蓋又ハ防圍ヲ設ケス又ハ標識ノ點燈ヲ怠リタル罪ノ如キハ即チ不行犯中ノ繼續犯ナリ

然リ而シテ今我刑法第二編以下ニ就テ孰レノ罪ハ即時犯ニシテ孰レノ罪ハ繼續犯ナル乎ト尋ヌルニ我刑法ハ之ヲ明示セス故ニ此區別ヲ知ラント欲セハ人ノ一所爲中立法者カ認メテ罪トシ罰スルノ點ハ果シテ那邊ニ在ル乎ヲ研究スルヲ要ス

凡ソ人ノ所爲ハ之ヲ分析シテ二個ト爲スヿヲ得可シ例ヘハ竊盜及ヒ監禁ノ罪ヲ犯スニ當リ人ノ所有物ヲ竊取スルト詐欺暴行等ヲ以テ人ヲ監禁ノ場所ニ入ルヽトノ如キハ第一着ノ手段ニシテ其竊取シタル物件ヲ所持スルト監禁シテ人ヲ幽閉シ置クトノ如キハ第二着ノ所爲ナリ即チ第一着ノ所爲ヨリ自然ニ出ル結果ナリ而シテ此

第一着ノ所爲ハ概子即時ニ終リ第二着ノ所爲ハ必ス多少ノ時間繼續スルモノトス、故ニ即時犯繼續犯ノ區別ヲ知ルニハ立法者ノ罰スル點ヲ看ルニ若クハナシ立法若若シ第一着ノ所爲ヲ罰スルトキハ即時犯トナリ第二着ノ所爲ヲ罰スルトキハ繼續犯トナルナリ然レトモ立法若ノ罪トシ論スル點ハ多ク第一着ノ所爲ニシテ第二着ノ所爲ヲ罰スルヿ少シ其然ル所以ノモノハ第一ヲ行フハ惡事ヲ行フノ始メテナレハ難ク第二ヲ行フハ第一ノ結果ナルカ故ニ易シ隨テ第一ハ惡意ヲ有スルヿ大ニ第二ハ惡意ヲ有スルヿ小ナレハナリ、加之凡ソ人ノ事ヲ爲スヤ皆其結果ヲ得ンヿヲ望ムカ爲メナリ然ルニ窃盗ノ如キ若シ第二ノ所爲ヲ罰ストセハ他人ノ物件ヲ窃取シタルヲ咎メスシテ其所持シテ返還セサルヲ責ムルカ如ク言ヲ換ヘテ云ヘハ爲スヘカラサル事ヲ爲シタルヲ論セスシテ爲スヘキ事ヲ爲サヽルヿ即チ希望スル所ノ結果ヲ止メサルヿヲ罰スルカ如キ奇怪ヲ生スレハナリ然レトモ場合ニ因リ第二ヲ罰スルノ必要ヲ生ス蓋シ之ヲ罰スルヿアリト雖トモ甚タ稀レナリ是レ犯罪ノ多ク即時犯ニシテ繼續犯ノ少ナキ所以ナリ

尚ホ一例ヲ擧ケテ即時犯繼續犯ノ區別ヲ明確ナラシメン重婚ノ罪ノ如キ其罪トナル所ハ重子テ婚姻ヲ爲シタル第一着ノ所爲ニアリテ夫婦タル身分ヲ以テ共ニ生活スル第二着ノ所爲ニ非ス又囚徒逃走ノ罪ノ如キ其罪トナル所ハ逃走ヲ爲シタル第一着ノ所爲ニ在リテ逃走シテ獄外ニ在リテ歸ラサル第二着ノ所爲ヲ罰スルニ非ラサルナリ此夫婦共ニ生活スルト逃走シテ歸リ來ラサルトハ第一ノ所爲ノ結果ニシテ多少繼續ス可ク又際限ナク繼續スルヿアル可シト雖トモ第一所爲ノアルトキハ直チニ罪トナルモノニシテ第二ノ所爲

（第一條）

ヲ待テ罪トナルニ非サルナリ是レ此罪ノ即時犯タル所以ナリ
然ルニ勳章ヲ借用スル罪ノ如キ其罪トシ罰スル所ハ勳章ヲ佩用シタル第一着ノ所爲ニ在ラスシテ之ヲ佩用シ居ル第二着ノ所爲ニ在リ又橋梁堤防ノ害トナルヘキ塲所ニ舟筏ヲ繫キタル罪ノ如キ其罪トシ罰スル所ハ其繫キタル第一着ノ所爲ニ在ラスシテ繫キ置ク所ノ第二着ノ所爲ニ在ルナリ是レ此等ノ塲合ニ於テハ其害トナル可キモノハ第二着ノ所爲ニシテ第一着ノ所爲ニ在ラサルモノトス
故ニ即時犯繼續犯ノ區別ヲ爲スニハ要スルニ人ノ一所爲中立法者ノ罪トシ論スル點如何ンヲ看ルニアルノミ然レ𪜈個ハ性質ヨリシテ繼續犯又ハ即時犯トナルヘキ者ニ就テ論シタルモノニシテ尚ホ別ニ方法ニ因テノ繼續犯アリ而シテ此繼續犯ニ關シテハ前説ヲ推シテ論スルヿヲ得ス故ニ以下將サニ性質ニ因テノ繼續犯ト方法ニ因テノ繼續犯トヲ區別シテ辨明セン

一　性質ニ因テノ繼續犯トハ即チ前段ニ論シタル繼續犯ニシテ固有ノ性質ニ因リ間斷ナク有形ニ引續クモノヲ云フ例ヘハ附加刑ノ執行ヲ遁ルヽ罪、定規ヲ增減シタル度量衡ヲ所持スル罪、人ヲ監禁スル罪、出獄セシム可キ囚人ヲ放免セサル罪ノ如ク其所爲間斷ナク有形ニ繼續シテ同一ノ有様ヲ存シ他ニ之ヲ止ムルノ所爲ナキ時ハ此有様モ亦止マサルモノ是ナリ

二　方法ニ因テノ繼續犯トハ其性質ハ眞ノ即時犯ニシテ有形上間斷アレ𪜈所犯ノ方法ニ因テ無形ニ引續クモノヲ云フ例ヘハ貨幣ヲ僞造スル罪、有夫姦ノ罪、竊盜ノ罪贓物ヲ藏匿スル罪ノ如キ是ナリ抑モ一貨幣ヲ僞造シ或ハ之ヲ行使シ又ハ有夫ノ婦ニ姦通シ又ハ竊盜ヲ爲シ又ハ贓物ヲ藏匿シタル如キハ其罪直ニ成立シテ繼續スルヿ

ナシト雖𪜈始メヨリ多數ノ貨幣ヲ偽造スルノ目的ヲ以テ日々貨幣ヲ偽造シテ幾百万圓ノ多キニ至リ又ハ屢〻有夫ノ婦ニ通シ或ハ一日數回ニ一倉廩米ヲ盜ミ或ハ一贓物ヲ方法ヲ替ヘテ藏匿シタルヿ數回ニ至ルカ如キ𬼀ハ假令其所爲有形ニ間斷アルモ意思ハ終始引續クヲ以テ無形ニ繼續スルモノナリ故ニ其性質ハ眞ノ即時犯ナレ𪜈意思同一ナルヲ以テ數罪連合シテ一個トナリ繼續犯ト變スルモノナリ斯クノ如ク即時犯ヲ無形ニ繼續アリト爲スニハ其罪ヲ犯スハ思想決定目的ノ三者同一ニ繼續シテ間斷ナキヲ要スルナリ

繼續犯ニ二個ノ種類アルヿ此ノ如シ然ルニ之ヲ繼續犯ト連續犯トノ二個ニ區別シテ說ク者アリ歐洲學者モ已ニ此區別ヲ爲セリ（我國ニテハ佛語ノ「コンチーニュ」ヲ繼續犯ト譯シ「シクセシーフ」ヲ連續犯ト譯セリ然レ𪜈是レ皆ナ繼續スルモノニシテ別名ヲ附スルニ及ハサルナリ

方法ニ因テノ繼續犯ヲ以テ集合犯ト爲スノ說アレ𪜈誤マレリ集合犯トハ同一ノ所爲二個以上合シテ罪トナルモノニシテ我刑法中此罪ナク僅ニ第四百二十九條ニ一アル而已則チ道路ニ於テ放歌高聲ヲ發シテ制止ヲ肯セサル罪是ナリ之ヲ集合犯或ハ慣習犯ト云フ此罪ハ制止ヲ受ケテ之ニ從ハスシテ再ヒ放歌高聲ヲ發シテ初メテ罪トナルモノニシテ一度ニテハ罪トナルヿナシ故ニ假令二個以上ナルモ初犯已ニ期滿免除トナリタル𬼀ハ罪トナラサルナリ

即時犯繼續犯ヲ區別スルノ利益ハ既ニ前ニ言フカ如ク即時犯ハ一回每ニ一罪ヲ成スヲ以テ數回ニ及フ𬼀ハ數罪俱發ヲ以テ論シ繼續犯ハ所爲ノ繼續スル間ハ一罪ナルヲ以テ性質ニ因テノ繼續犯ハ幾許ノ長キニ及ヒ方法ニ因テノ繼續犯ハ幾回ノ多キニ及フモ常ニ一

罪ヲ以テ論ス又公訴期滿免除ノ期限ハ即時犯ニ付テハ犯罪ノ日ヨリ起算シ繼續犯ニ付テハ其ノ最終ノ日ヨリ起筭スルノ差違アリ治罪法第十二條ヲ參看スヘシ

第六　軍事犯、常事犯

凡ソ軍事ニ關スルノ件ハ特ニ法典ヲ設ケ一擧一動約束ヲ嚴明ニシ、職務履行ヲ確實ニシ將校兵士ヲ撿束警戒シテ信賞必罰毫モ假ス所ナキニ非サレハ大ニシテハ軍機ヲ失シ小ニシテハ秩序ヲ亂シ遂ニ軍ノ軍タル所以ヲ爲ス能ハサルニ至ルヘシ、是レ其陸海軍刑法ノ設ケアル所以ナリ、故ニ此特別法ノ設置ハ特別ノ緊要アルカ故ニシテ此法ヲ以テ正理ニ適セリトスルモ亦此緊要ニシテ已ム可ラサルノ理アルニ因ル、サレハ陸海軍刑法ハ常法外ニ於テ特ニ緊要トスルノ點ノミニ就テ制規シタル者タルヤ明カナレハ其管スル所モ亦狹隘ナラサルヲ得ス從テ軍事犯ト稱スル者モ亦其區域極メテ小ナラサルヲ得サルナリ、故ニ我輩ヲ以テ視レハ軍事犯ヲ構成スルニハ左ノ三件ヲ要ス

一　軍人軍屬ノ犯罪ナルヿ

軍人軍屬ヲ除クノ外ハ何人ニ限ラス又其所犯ノ何タルヲ問ハス軍事犯ヲ以テ論ス可カラス、何トナレハ常人ニハ常法アリ又固有ノ裁判官アリ故ニ假令ヒ其犯罪軍律ニ記載スル所ニ係ルモ必ス常法ニモ其記載アルヲ以テ軍事犯ト爲スノ理ナケレハナリ、若シ軍事犯獨リ軍律ノ犯罪ト論スル所ニシテ常法ニ正條ナキ時ハ是レ其所爲ハ罪トナラサルナリ

二　所犯軍事ニ係ルヿ

軍人軍屬ノ犯罪ト雖モ所犯常事ニ係ルモノハ固ヨリ軍事犯ニ非ス、サ

(第一條)

レハコソ刑法第九十六條ニ陸海軍裁判所ニ於テ判決ヲ經タル者再ヒ重罪輕罪ヲ犯シタル時ハ初犯ノ罪常律ニ從ヒ處斷シタル者ニ非サレハ再犯ヲ以テ論スルヿヲ得ストアリテ明カニ初犯ノ罪常律ニ從テ處斷シタルトキハ再犯ヲ以テ論スルヿヲ示シタルモノニシテ乃チ軍人軍屬ノ犯罪ヲ軍衙ニ於テ處斷シタルトキト雖モ事件常事ニ係ルトキハ常事犯ナルヲ看ルヘキナリ

三　陸海軍刑法ニ照シテ處斷ス可キ事件ナルヿ

軍人軍屬ノ所犯ニシテ事件軍事ニ係ルト雖モ常法ニ照シテ處斷ス可キ時ハ則チ常法ノ支配スヘキ者ナルニヨリ之ヲ軍事犯ト爲スヿヲ得サルナリ

是ニ由テ之ヲ觀レハ軍事犯ト稱スル者ハ軍人軍屬ノ犯罪ニシテ所犯軍事ニ係リ陸海軍刑法ニ照シテ處斷ス可キ者是ナリ又我輩カ常事犯ト稱スル者ハ普通刑法ニ規定シタル者ニシテ軍事犯ニ對スルノ名稱ニ過キス

茲ニ軍事犯常事犯ヲ區別スルノ利益ハ如何ント尋ヌルニ軍事犯ハ其刑甚タ嚴ナレドモ常事犯ハ則チ否ラス又軍事犯ハ軍衙ノ管轄ナレドモ常事犯ハ普通裁判所ノ管轄ナリ故ニ隨テ治罪ノ手續ニ至テモ亦大ニ異ナレリ

偖テ以上辨スル所ニ於テ軍事犯ノ區別明瞭ナルヿヲ得タレハ我輩ハ更ニ一歩ヲ進メテ軍事裁判管轄ノ事ニ就テ一言スヘシ

陸海軍裁判所ノ管轄ハ本來極メテ狹カルヘキモノニシテ先第一ニ軍人軍屬ヲ除クノ外ハ何人ニ限ラス又其所犯ノ何タルヲ問ハス軍事裁判所ノ管轄スヘキニ非ス凡ソ常人ニハ固有ノ裁判所アリ故ニ假令ヒ其所犯軍律ニ觸ルヽモ並ニ常法ニ觸ルヽヲ以テ軍衙ノ處斷

（第一條）

チ受クルノ理ナシ又第二ニハ軍人軍屬ト雖トモ其所犯單ニ常律ニ觸ルヽ時ハ軍衙ハ之ヲ判決スルノ權ヲ有セス、夫レ軍人軍屬ノ軍律ニ觸レ其所斷ヲ受クルモノハ要スルニ社會ニ向ッテ此名稱ヲ取リ特別ノ義務ヲ負擔セルカ故ナリ、固ヨリ此名稱ヲ有スルカ爲メニ國民ノ名稱ヲ失フノ理ナキヲ以テ常法治罪ノ保護ヲ失フノ理ナシ、又社會ノ一面ヨリ論スル時ハ常法ノ犯者ヲ以テ其判決ヲ軍衙ニ委ヌルハ是レ其固有ノ法官ノ權ヲ剝奪シテ自ラ法律必行ノ制裁ヲ減殺スルナリ、我輩之ヲ聞ク千八百十年佛蘭西刑法編纂ノ際、帝拿破崙第一世其政府ノ左院ニ於テ陳シテ曰ク（法國ニ於テハ法律一途ニ出ツ何人ニ限ラス兵籍ニ入ルノ前ハ國民ナリトス故ニ內國ニ於テ若シ一兵卒ノ其同輩ヲ殺傷スルヿアレバ軍事ノ罪ヲ犯セル疑フ可ラスト雖トモ亦常事ノ罪ヲ犯セルナリ然ラハ則チ常法裁判所ノアル限リハ凡ソ犯罪ト稱スルモノハ必ス其判決ヲ以テ常法裁判所ニ委ネ犯罪果シテ純粹ノ軍事犯タル時ハ之ヲ軍事裁判所ニ移スノ權ヲ與フ可シ）ト不幸ニシテ當時此言人ニ容レラレサリシト云フ、又第三ニハ軍人軍屬ト稱スルハ將校兵士ヨリ大小官員其他各衙門必要ノ監守運輸等ノ用ニ供スル者ニシテ必ヤ常職常員アル者ニ止ル可シ、若シ然ラスシテ一時ノ傭役ニ出ル者ニモ猶此名稱ヲ與フル如キアラハ終ニ底止スル所ナキニ至ルヘキナリ

然リト雖モ這ハ是レ單ニ學者ノ說ニ基キ推究シタルモノニシテ我陸海軍刑法ヲ一讀スルトキハ通常人ト雖モ軍事ニ因テ罪ヲ得ルノ塲合ナキニ非ス、此事載セテ陸軍刑法第十二條海軍刑法第三條ニ在リ、又陸海軍治罪法ニ依レハ常人ト雖モ軍事裁判所ニ於テ裁判ヲ受ルノ塲合ナキニ非ス、其此ノ如キモノハ畢竟實際上大ニ便益アルト、我

（第一條）

國尙武ノ精神ヨリ自然ニ軍事ノ區域ヲ擴張スルノ勢アルトニ因レルナランカ

諸君ヨ以上我輩ハ我刑法第一條ヲ解スルニ際シ犯罪ヲ其性質上ヨリ種別センヿヲ試ミ則チ第六ノ種別ニ至テ之ヲ盡シタリ然レ𪜈此ニ附帶犯ト稱スル者アリ、個ハ犯罪ノ種類ヲ別ツニハ係ラサレトモ之ヲ講究シ置クヿノ緊要ナル塲合ナキニ非ス故ニ玆ニ第二條ニ移ルノ前ニ於テ此附帶犯ニ就キ數言ヲ贅セントス

附帶犯

附帶犯トハ一人又ハ數人ニテ數罪ヲ犯シ其數犯相連絡スル者ヲ云ヒ非附帶犯トハ之レニ反スル者ヲ云フ然リ而シテ附帶犯ノ數罪相連絡スルヤ或ハ密ナル者アリ或ハ疎ナル者アリテ一樣ナル能ハスト雖𪜈其疎密ニ因テ罪ニ差違アルニ非ス但シ其疎ナルヿ甚タシキニ至レハ附帶犯ノ性質ヲ失ヒ非附帶犯トナル者ナリ今附帶犯ノ種類ヲ大別シテ三個ト爲スヿ左ノ如シ

第一　一罪ハ一罪ノ原因タル時

此第一ノ塲合ヲ分テ犯者ノ故意ヲ以テ原因タラシメタル時ト故意ニ非スシテ偶然原因トナリタル時トノ二個トス

(一)犯者ノ故意ヲ以テ原因タラシメタル塲合ヲ更ニ分テ四個ト爲ス

(イ)甲罪ハ乙罪ノ豫備ノ爲メニ犯シタル時例ヘハ內亂ヲ起スニ當リ私ニ陸海軍ノ用ニ供スル銃砲彈藥ヲ製造シ或ハ人ヲ殺スニ當リ他人ノ刀劔ヲ盜ミ之ヲ以テ殺シタル如キ是ナリ

(ロ)甲罪ハ乙罪ヲ犯スニ便利ナル爲メ之ヲ犯シタル時例ヘハ他人ノ物品ヲ盜マンカ爲メ其所持者ヲ殺シ或ハ囚徒逃走センカ爲メ監守者ヲ殺スカ如キ是レナリ

(ハ)乙罪ハ甲罪ノ利益ヲ保護スル爲メ犯シタル時、例ヘハ贓物ヲ寄藏故買スルカ如キ是レナリ

(ニ)乙罪ハ甲罪ノ刑罰ヲ免レンカ爲メ之ヲ犯シタル時、例ヘハ他人ノ物品ヲ盗ミ或ハ强姦シテ之ヲ知リタル人若クハ其婦女ヲ殺シ又ハ証人若クハ巡査ヲ殺スカ如キ是レナリ

(二)犯者ノ故意ニ非スシテ偶然原因トナリタル時

例ヘハ宿怨アル者ヲ殺シタル時直ニ盗心ヲ發シテ其所持品ヲ盗取シタルカ如キ、又罪ヲ犯シ巡査ニ認メラレタルニ當テ巡査ヲ侮辱スルカ如キ、又一人貨幣ヲ僞造シタルニ他人偶〻之ヲ行使スルカ如キ、又馬ヲ盗ミ來テ之ヲ路傍ニ繋キ置キタルニ他人亦タ之ヲ盗ミ去リタルカ如キ、是等ハ皆ナ甲罪ハ乙罪ノ原因ナルモ其原因タルヤ犯者ノ故意ニ出テタルニ非サルナリ

右數個ハ皆一罪ハ一罪ノ原因トナリ互ニ相連絡スル者ナリ

第二　一罪ト一罪トノ原因同一ナル時

例ヘハ悪漢相集リ互ニ通謀シテ各所ニ派出シ一人ハ盗ヲ爲シ一人ハ火ヲ放チ又他ノ一人ハ人ヲ殺スカ如キ是ナリ、個ハ一罪ハ一罪ノ原因トナリタルニ非サレトモ其罪互ニ相通謀シタルニ起リ原因ヲ相同フスル者ナリ、此事ハ路上ノ追剥等ノ所爲ニ多キ例ナリ則チ數人相謀リ馬車通行ノ際一人ハ馭者ヲ傷ケ一人ハ馬ヲ殺シ一人ハ乘客ヲ脅シテ財物ヲ强取スルカ如キ其罪互ニ相連絡スル者是ナリ

第三　一罪ト一罪トヲ同時ニ同一ノ塲所ニ於テ犯シタル時

例ヘハ兇徒嘯聚シテ暴動ヲ爲スノ際同時ニ同所ニ於テ盗ヲ爲シ火ヲ放チ人ヲ殺スカ如キ互ニ通謀等ヲ爲サヽレトモ時及ヒ所ヲ同フスルヨリ其罪互ニ相連絡スル者ナリ

(第一條)

偖テ以上三個ノ場合ニ於テ數罪相連絡スルトキ其數罪ヲ指シテ附帶犯罪ト云フ然レドモ諸君ヨ此附帶犯ト數罪俱發トヲ混ス可カラス數罪俱發ハ一人ニテ數罪ヲ犯シ其罪俱發シタル者ヲ云ヒ附帶犯ハ一人若クハ數人ニテ數罪ヲ犯シタル者ヲ云フ、又附帶犯ト數人共犯トヲ混ス可カラス、數人共犯ハ數人ニテ一罪ヲ犯シタル時ニシテ犯者ノ相連絡シタル者ナレドモ附帶犯ハ罪ノ相連絡シタル者ナリ、故ニ數人共犯ハ人ノ連帶ニシテ附帶犯ハ罪ノ連帶ト云フモ可ナリ、是ニ由テ之ヲ觀レハ附帶ノ文字適當ナラサルヲ知ル可シ夫レ附帶ト云ヘハ主從アリテ主ニ從ノ附帶スルカ如クナレドモ前ニ說明シ來リタルカ如ク此附帶犯ナル者ハ各獨立シタル數罪ノ相連絡スル者ニシテ毫モ主從附帶ノ意アラサルナリ佛蘭西語ニ於テハ之ヲ「コンネキシテー」ト云フ、而シテ「コンネキシテー」トハ連絡ノ意ナリ、故ニ連絡犯ト

言ハ、適當ナルニ似タリ、然レドモ我治罪法ハ已ニ附帶ノ語ヲ用ヰタリ」

治罪法第三十九條ニ曰ク　左ノ場合ニ於テハ附帶ノ犯罪ナリトス

一　同一ノ場所ニ於テ同時ニ一人又ハ數人ニテ數罪ヲ犯シタル時

二　數人通謀シテ日時又ハ場所ヲ異ニシ數罪ヲ犯シタル時

三　自己又ハ他人ノ犯罪ヲ容易ニスル爲メ又ハ其罪ヲ免ルヽ爲メ他ノ罪ヲ犯シタル時

ト、此法文ニ依レハ甲罪ハ乙罪ノ豫備ノ爲メ之ヲ犯シタル時、又乙罪ハ甲罪ノ利益ヲ保護スル爲メ犯シタル時、及ヒ犯者ノ故意ニ非スシテ甲罪ハ乙罪ノ原因トナリタル時ノ如キハ附帶犯ニ非サルカ如シ然レドモ決シテ然ラス法文ニ規定スル所ハ只一例ヲ示シタル者ニシテ悉ク網羅シタルニ非サレハ尙ホ他ニ類似ノ者アラハ附帶犯ト爲ス可キナリ

附帶犯非附帶犯ヲ區別シテ如何ナル利益アリヤ附帶犯ハ撿察官ノ

（第一條）

起訴ナシト雖モ裁判官辨論中ニ發見シタル時ハ之ヲ裁判スルコトヲ得レトモ非附帶犯ハ則チ否ラス假令辨論中ニ發見スルモ起訴ナキ時ハ之ヲ裁判スルコトヲ得ス治罪法第二百十六條ヲ參看スヘシ

〔第七回〕

第二條　法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス

本條ハ前條ト相密着シタル法條ニシテ前條ハ人間百般ノ行爲不行爲ニ付キ法律上罰ス可キモノヲ罪トシテ之ヲ三種ニ別ツコトヲ示セリ本條ハ其行爲不行爲ニ付法律上罪トシ罰ス可キモノハ法律ニ明記シタル事ノミニ限ルコトヲ示ス前條ニ所謂法律ニ於テ罰ス可キ罪トハ如何ナルモノヲ指ス乎ハ蓋シ本條ヲ俟テ初メテ明カナリトス」

今本條ノ意義ヲ平易ニ解釋スル時ハ人ノ行爲不行爲ニ付キ法律ニ於テ罪トシ罰スルモノハ必ス法律ニ正條ヲ設ケテ明記スルモノニ限ル可シ若シ正條ヲ設ケテ明記セサルモノハ如何ナル惡行ト雖モ敢テ罪トシ罰スルコトヲ得スト云フニ在リ

抑モ本條ハ新法中改正ノ最モ著明ナルモノニシテ本邦法律上未曾有ノ進歩ト云フ可シ夫レ本邦古來僅カニ存スル所ノ刑法ニ就テ其事跡ヲ推究スルニ固ヨリ律ニ正條アルヲ要セス判官ヲシテ其所爲ノ道德ニ背クヤ否ヤヲ察シ自在ニ之カ裁斷ヲ爲サシメタルモノヽ如シ是レ蓋シ當時ニ在リテ刑罰ノ起ル所ノ基礎ハ復讐ノ主義ニ在リ故ニ其罪ヲ認ムルヤ概ネ道德ニ背クノ如何ヲ論定スルニ在リテ其律ニ正條アルヤ否ヤヲ問フヲ要セサリシニ因テナリ殊ニ徳川氏ノ治世ニ至テハ律ニ正條アルヲ要セサルノミナラス曾テ刑法ナシ

ト云フモ敢テ過言ニ非ラサル也何トナレハ今尚僅カニ存スル所ノ百箇條目ノ如キ深ク之ヲ秘府ニ藏メ人民更ニ窺ヒ知ル能ハス只タ判官罪ヲ斷スルノ秘訣タラシムルニ過キサレハナリ

然ルニ王政維新ノ際ニ至リ唐明清ノ律ヲ折衷參酌シ新律綱領改定律例ヲ撰定シテ天下ニ頒布シ大ニ刑法上ノ面目ヲ改良シタリト雖モ律ニ正條ヲ要スルノ理ニ至テハ未タ明確ナラス裁判官ニ許スニ律ニ正條ナキ者ハ他律ヲ援引比附シテ加フ可キハ加ヘ減ス可キハ減シテ罪名ヲ擬定シ或ハ律ニ正條ナシト雖モ條理ニ於テ應サニ爲ス可ラサルヿヲ爲ス者ハ不應爲罪ニ論定スルノ權ヲ以テセリ

彼ノ歐洲法律ノ鼻祖トシテ尊稱セラル、羅馬ノ如キモ古昔ニ在テハ律ニ正條ナキ者ハ非常罪ノ名稱ヲ附シ判官ノ意見ヲ以テ其罪ヲ定メテ之ニ刑ヲ科スルヲ得セシメリ故ニ此餘弊延テ歐洲全土ニ普及シ就中佛朗西ノ如キ此法ノ行ハル、最モ甚タシカリシ也特リ輿論ノ疑ヲ置ク所トナリシハ正條ナキ者ニ死刑ヲ擬スルヿヲ得ルヤ如何ノ一點ニ止マレリ然ルニ人文ノ漸ク開クルト共ニ法學モ亦大ニ其歩ヲ進メ西暦十八世紀ニ至リ學者初メテ眞理ヲ發見シ律ニ正條ナキ者ヲ罰スルノ非ヲ痛論シ千七百八十九年大革命ノ際終ニ之ヲ改メ千七百九十一年憲法ヲ制定スルニ當リ明文ヲ掲ケテ曰ク前定ノ法律アラサルヨリハ何等ノ所爲ト雖𪜈罰セラル、ヿナシト是ニ於テ乎正條ナキ者ヲ罰スルノ弊風全ク一掃シテ其跡ヲ絶ツニ至レリ

是ニ由テ之ヲ觀レハ往昔ニ在テハ律ニ正條ナキ者ハ罪ヲ擬定シテ罰スルヿヲ得ルノ權ヲ判官ニ委子シハ獨リ我國ノミナラス歐洲諸國ニ於テモ亦タ然ルモノアリ是レ畢竟法律ノ完備セスシテ諸般ノ

(第二條)

犯罪ヲ網羅シ盡サヽルノ致ス處ニ非サランヤ蓋シ當時ニ在テハ止ムヲ得サルニ出テタルモノナル可シ何トナレハ若シ此缺漏不備ノ法律ナルニモ拘ハラス律ニ正條ナキ者ハ罰スルヲ得ストセハ奸民ノ法網ヲ免ルヽ者累々トシテ踵ヲ社會ニ接シ良民其堵ニ安ンスルヿ能ハサルニ至ルハ勢ノ免カレサル所ナレハナリ故ニ正條ナキ者ハ判官ヲシテ專ラ其良心ノ命スル所道理ノ導ク所ニ依リ所爲ノ罰ス可キモノナルヤ否ヤヲ判定シテ之ニ至當ノ刑ヲ適用セシメ以テ法律ノ缺漏ヲ補ヒシモノナレハ敢テ深ク咎ムルニ足ラサルナリ

夫レ斯ノ如ク自然ノ法理ニ從テ事ヲ判スルモノハ成文ノ法律ヲ設ケテ之レニ由ラシムルヨリハ或ハ正且ツ當ヲ得可キカ如シト雖モ人心ノ同シカラサル猶ホ其面ノ異ナルカ如ク天下還タ專恣横斷ノ判官ナキヲ保ス可ラス然ルニ若シ此無限ノ權ヲ以テ判官ニ委ヌルアラハ我々良民ノ生命權利ハ擧テ判官ノ自由ニ一任スルカ如ク假令善良ノ所爲ナリト雖モ偶々判官ノ認ムル所某罪ニ擬ス可キモノナリ或ハ條理ニ於テ爲スヘカラサルモノナリト判定セラルヽニ於テハ吾人一日モ其堵ニ安ンスルヿ能ハサルニ至ル可シ吁此法律ノ下ニ棲息スル人民ノ生命權利ハ亦タ危イ哉是レ近世開明諸國ニ於テ判官ニ此無限ノ權ヲ委スルヿヲ廢止シ律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰セストセシ所以ナリ其必ス正條ヲ要スルノ理蓋シ三アリ

第一　人ノ所爲ハ必ス善惡ノ一質ヲ帶フルモノ也善ニ非サレハ則チ惡惡ニ非サレハ則チ善是ナリ故ニ刑罰ヲシテ單ニ道德ニ背ク所爲ニ加フ可キモノトセハ其應報ヲ受ク可キヤ自然ノ理ナリ是ヲ以テ法律ニ正條アルヲ要スルヿナシト雖モ刑罰ハ道德ニ背キ併セテ

（第二條）

社會ヲ害スル所爲ニ非レハ決シテ加フ可ラサルモノナリ然リ而シテ其社會ヲ害スルノ點ニ付テハ豫メ論定ヲ俟テ初メテ知ル可キモノナレハ正條ヲ設ケテ之ヲ示スニ非ルヨリハ其果シテ罰ス可キモノナルヤ如何ヲ知ル能ハス是レ其第一理由ナリ

第二　犯者アリテ之ヲ訴フル者ハ被害者タル社會(檢察官ハ社會ノ代理トナリテ訴フルモノナリ)ニシテ其之ヲ判スル者モ亦社會ナリ然レハ社會ハ自ラ訴テ自ラ判シ一人ニシテ原告判者ノ二質ヲ兼有スルモノナリ而シテ原告判者ノ二質ヲ兼有スルノ非ナルヿハ爰ニ余カ喋々ヲ俟タサル所ナリト雖モ勢ヒノ避ク可ラサル實ニ止ムヲ得サルニ出ツルモノトス故ニ正理ニ據リ正道ニ基キ罪ト刑トヲ定メ豫メ之ヲ明示シテ嚴ニ其區域ヲ遵守スルニ非レハ或ハ是ヨリシテ量ル可ラサル弊害ヲ生スルニ至ルナキヲ保ス可ラス是レ其豫メ正條ヲ掲ケテ明示ス可キ第二理由ナリ

第三　律ニ正條ヲ掲ケテ罪刑ヲ明示スルヿナキモ判官時ニ臨ミ機ニ投シテ之ヲ擬定シ以テ罰スルヿヲ得ルトセハ吾人ノ危險之レヨリ大ナルハナク乃チ社會ヲ保護スル法律ニシテ却テ社會ヲ害スルノ兇器トナルニ至ル可シ如何トナレハ判官ト雖モ固ト是レ鬼神ニ非ラサル以上ハ時ニ或ハ誤謬ナキヲ免レサレハナリ況ンヤ又專恣横斷ノ判官ナキヲ保ス可ラサルニ於テヲヤ吾人良民ノ生命權利モ其左右スル所トナラサルヲ確保ス可サラレハナリ是レ其豫メ正條ヲ掲ケテ之ヲ遵守セシム可キ第三理由ナリ

以上ノ理由ニ依リ法律ノ罪トシ罰スル所ノモノハ必ス正條ヲ掲ケテ明示セサル可ラス若シ正條ヲ掲ケテ明示セサル時ハ假令其事頗ル道徳ニ背キ大ニ社會ヲ害スルヿアリト雖𪜈啻ニ罪名ヲ擬定シテ

(第二條)

罰スルヿ能ハサルノミナラス援引比附シテ罰スルヿモ亦決シテ能ハサルナリ我立法者カ古來ノ弊習ヲ絶チ斷然第二條ヲ設ケテ顧慮セサル所以ノ者ハ亦此理ヲ採用シタルニ外ナラサルナリ

此故ニ立法者タル者宜シク諸般ノ罪ヲ網羅シテ遺脱ナキヲ務ム可シ若シ不幸ニシテ遺脱スルヿアラハ速ニ増補修正シテ奸民免レテ恥ナク良民堵ニ安ンセサルノ患ヲ塞カサル可ラサルナリ一例ヲ擧クレハ佛國刑法ノ如キ債主ニ典シタル自己ノ所有物ヲ竊取シタル者ヲ罰スルノ條ナカリシカハ竊盜ノ刑ヲ適用シ來リシモ援引比附ノ法廢セラレテヨリ以後ハ正條ナキヲ以テ久ク之ヲ罰スルヿ能ハサリシモ千八百六十三年新ニ其刑ヲ設ケテ之ヲ補ヘリ我刑法頒布日猶淺キヲ以テ果シテ如此脱漏アルヤ否ヲ知ルニ遑アラスト雖モ之ヲ實行スルノ久シキニ至レハ實際上其脱漏ヲ發見スルナキヲ保ス可ラス現ニ官文書偽造ノ罪及ヒ私印私書偽造ノ罪ノ如キ偽造シテ行使シ若クハ増減變換シテ行使シタル者ヲ罰スルノ條アレトモ偽造シタル文書若シクハ増減變換シタル私印私書ナルヿヲ知テ行使シタル者ヲ罰スルノ條ナシ是レ恐ラクハ脱漏ト云フモ不可ナキ乎其他第二編以下ニ就テ探究セハ又之ニ類スルモノアルヤモ亦知ル可ラサルナリ

諸君ヨ我第二條ノ千歳不易ノ法則タルヿハ以上陳述スル所ノ如シ、然リト雖モ仔細ニ事理ヲ推究スレハ此等ノ事ハ元ト是レ法理學部内ノ問題ニ屬ス可キモノニシテ之ヲ成文法中ニ記載スルノ要ナキヿヲ發見スヘシ、本來吾人ノ罪ト稱スル者ハ成文法ノ有無ニ因テ其有無ヲ爲サヽルハ勿論ナリト雖モ立法者アリテ罰ス可キ所爲ノ區域ヲ限リ之ニ相當スル刑ヲ定ムルノ今日ニアリテハ罪ナル者ハ皆

〔第二條〕

ナ立法者ノ論決ヲ待テ定マルモノナリ、之ヲ換言スレハ立法者カ法律ニ正條ヲ設ケテ某々ノ行爲若クハ不行爲ハ某々ノ刑ニ處スト論定シテ而シテ後チ罪ト刑トノ存スルモノナリ、偖テ此罪ト刑トアリ故ニ裁判官タル者此罪ヲ認メ之ニ刑ヲ科スルヿヲ得若シ此罪ト刑トナカラン歟、裁判官ハ假令ヒ罪ト認メ得ルノ所爲ヲ認メタリト雖𪜈果シテ何ノ刑ヲ以テ之ニ擬セントスルヤ、然ルニ猶ホ裁判官ヲ撿束スルニ法律ニ正條ナキ者ハ罰スルヿヲ得サルノ制ヲ以テス、是レ畢竟爲スヿヲ得サルノ事ヲ禁シタルニ過キサルナリ、諸君ヨ我輩ハ泰山ヲ挾テ北海ヲ踰ルノ決シテ爲シ能ハサルヿヲ知ル、人アリ我輩ヲ戒メテ泰山ヲ挾テ北海ヲ踰ル勿レト云フ我輩ハ固ヨリ其言ノ至當ナルニ服スト雖𪜈亦其言ノ要ナキヿヲ知ルニ非スヤ、諸君ヨ余ハ此例ノ甚タ奇怪ナルヲ知ラザルニ非サレ𪜈其法律ニ正條ナキ者ハ罰スルヿヲ得スト云テ能ハサルヿヲ禁シタルニ至リテハ其理一ナリトス、其レ然リ然ルニ今一人ノ之ヲ異シム者ナク却テ吾人ハ之ヲ賞賛シ吾人ノ安危存亡ハ一ニ此條ニ依テ定マルカ如ク思考スルハ何ソヤ、蓋シ援引比附ノ法久シク行ハレテ其弊未タ全ク吾人ノ腦裡ヲ脫去セサルノ致ス所ナラサルヲ得ンヤ、噫

（第八回）

第三條　法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスヿヲ得ス

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

（第三條）

本條第一項ハ法律ノ効力既往ニ及ハサルノ原則ヲ定メ第二項ハ其効力既往ニ及フノ原則ヲ定メタルモノナリ、請フ先ツ其既往ニ及ハサル所以ノ理ヲ説カン

抑モ國民タル者成文法ニ遵フノ責アルハ此法アルヲ以テナリ、法ナケレハ随テ之ニ遵フノ責アルノ理ナシ然ルニ法律ノ効力ヲシテ既往ニ及ホスヿハ今日法ヲ設ケテ昨日禁セサリシ事ヲ禁シ昨日其事ヲ行ヒシ者ヲ捕ヘ以テ之ヲ責メテ曰ク汝何ソ昨日我カ今日設ケシ所ノ法ニ遵ハサリシヤト之ヲ換言セハ汝何故ニ昨日我未タ禁セサリシ所ノ事ヲ行ヒシヤ汝速ニ今日ノ法ニ遵ヒ其罪ニ服セヨト云フニ異ナランヤ是レ法ニ遵フノ責ナキ者ニ向テ其遵ハサルヲ責ムル者ナリ豈ニ理ノ當サニ許スヘキ所ナランヤ

既ニ成立シタルモノヲ後日ニ至リ破壊スルハ人爲ノ能クスル所ト雖𪜈前ニ溯テ既ニ成立シタルモノヲ成立セサラシムルハ人爲ノ能クスル所ニ非ス、例ヘハ前日ニハ法律或ル事ヲ行フヿヲ許シタレ𪜈其公害アルヲ知ルニ方リテヤ今日其法律ヲ破壊シ更ニ之ヲ禁スルノ法律ヲ設クルハ人爲ノ能クスル所ナリ、然レ𪜈其今日設ケタル法律ヲ以テ其前日或ル事ヲ行フヿヲ許シタル法律ヲシテ未タ曾テ成立セサル者トナラシムルハ人爲ノ能クスル所ニ非サルナリ、然ルニ法律ノ効力ヲシテ強テ既往ニ溯ラシメ今日設ケタル法律ヲ以テ前日ノ事ヲ支配セハ是レ律ニ正條ナキ者ヲ罰スル者ニシテ即チ既ニ成立シタル前日ノ法律ヲシテ未タ成立セサルモノト爲サントス欲スルナリ豈ニ背理ノ事ト云ハサル可ケンヤ、凡ソ法ノ禁セサル所ハ吾人自由ニ之ヲ行フノ權ヲ有ス此權内ニ在リテ行フタル事ハ後日ニ至リ決シテ之ヲ罰スルヿヲ得ス是レ吾人ハ此事ニ付キ罪ヲ以

(第三條)

テ決シテ論セラル可カラサル既得ノ權ヲ有スルカ故ナリ、若シ夫レ強テ之ヲ罰スルトセンカ是レ法ノ許セシ所ヲ行ヒシ者ヲ罰スルモノニシテ一方ヨリ見ルトキハ法ニ遵フ者ヲ罰スルニ刑ヲ以テスルナリ果シテ然ラハ吾人貴重ノ生命權利ハ擧テ其根抵スル所ヲ失ヒ人心恟々トシテ將ニ適從スル所ヲ知ラサラントス

故ニ法律ノ效力ハ宜シク將來ニ及フヘキモ既往ニ及フヘカラサルハ猶ホ水ノ卑ニ就クカ如ク自然ヨリ出ツルモノニシテ其然ラサルヲ欲スルモ道理上然ラサルヲ得サルモノトス

是ニ由テ之ヲ觀レハ法律ノ效力既往ニ及ハサルノ原則ハ獨リ舊法ニ罪名ナクシテ新法ニ罪名ヲ設ケタル塲合ニ適用スルノミニ止マラス舊法ノ刑輕クシテ新法ノ刑重キ塲合ニモ亦之ヲ適用セサル可ラス、其然ル所以ハ法律ニ於テ某罪ヲ犯ス者ハ某刑ニ處スト定メタル時ハ此法律ノ行ハルヽ日ニ當テ此罪ヲ犯ス者アルトキハ社會ハ此刑ヲ行フノ權ヲ有スレ𪜈此刑ヨリ重キ刑ヲ行フノ權ヲ有セス、又犯者ハ此刑ニ處セラルヽノ責ヲ負フト雖𪜈此刑ヨリ重キ刑ニ處セラル可カラサルノ既得權ヲ有スレハナリ、故ニ後日ニ至リテ社會ニ於テ其刑ノ寛ニ失スルヲ覺リ新ニ其刑ヲ重クスルヿアリト雖𪜈其犯罪舊法ノ行ハルヽ日ニ在レハ仍ホ舊法ノ刑ヲ科セサル可ラス

法律ノ效力既往ニ及フ可ラサルノ理斯ノ如シト雖𪜈徒ニ此原則ヲ墨守シテ萬般ノ法ニ適用スルハ是レ亦理ノ許サヽル所ナリ然レハ法律ノ效力既往ニ及フ可キノ塲合ナキニアラス是レ本條第一項ニ既往ニ及フ可ラサルノ原則ヲ掲ケ直ニ第二項ニ既往ニ及フ可キノ原則ヲ掲ケタル所以ナリ

法律ノ效力既往ニ及フノ理モ亦自然ニ出ツルモノアリ則チ新法ニ

依リ舊法ノ刑ヲ廢止シ若シクハ減輕シタルトキハ必ス其効力ヲシテ既往ニ及サシメサル可カラス論者或ハ曰ク犯者舊法ノ刑ヲ畏レスシテ罪ヲ犯セリ社會ハ則チ舊法ニ依テ處斷ス可キ既得ノ權ヲ有ス然ルニ猶法ノ輕キニ從フモノハ仁慈ノ意ニ出ツルモノナリト、此說固ヨリ非ナリ夫レ犯者ノ罪ヲ犯スヤ社會ハ直ニ法ヲ執テ之ヲ處斷ス可キ既得ノ權ヲ有スト雖モ一旦舊法ノ刑ヲ廢止シ若シクハ輕減シタル時ハ此既得ノ權ヲ有スルコトアルナシ何トナレハ其舊刑ヲ廢止シ若シクハ減輕シタルモノハ畢竟舊刑ノ無用若クハ苛酷ニシテ正理ニ悖ルニ因リ之ヲ行フ可キ權ノ全部又ハ一部ヲ拋棄シタルモノナリ然ルニ仍ホ舊法ノ下ニ在リシ犯者ヲ罰スルニ舊刑ヲ以テスル時ハ則チ是レ無用苛酷ニシテ正理ニ悖ルノ刑ヲ行フナリ又既ニ拋棄シタル權ヲ行フモノナリ社會豈ニ如此刑若クハ如此權ヲ行フ

ノ權有ランヤ、夫レ然リ故ニ此二個ノ場合ニ於テハ法律ノ効力既往ニ及フヘキモノニシテ其及フヘキ所以ノモノハ決シテ仁慈ノ意ニ出ツルニ非ス則チ正理ノ自然ニ出ツルモノナリ

斯ク論シ來ラハ法律ノ効力既往ニ及フト及ハサルトハ犯者ノ既得權ヲ害スルト害セサルトニ在ルヲ知ル可シ是ニ由テ考フルトキハ社會ハ己レノ權ヲ拋棄シ若シクハ輕減スルハ犯者ノ責ヲ消滅シ若シクハ輕減スルモノニシテ毫モ既得ノ權ヲ害スルコト有ルナシ故ニ此時ニ當テハ法律ノ効力既往ニ及フハ固也社會己レノ權ヲ創制シ若シクハ增加スルハ犯者ノ責ヲ創制增加スルモノニシテ既得ノ權ヲ害スルモノナリ故ニ此時ニ當テハ法律ノ効力既往ニ及フ可ラサルヤ論ヲ待タサルモノ有リ

（第三條）

法律ノ効力既往ニ及フト否トノ理ハ以上已ニ論決シタリト信ス故

ニ余ハ今將ニ二刑ノ輕重如何ヲ說カントス
新法ノ刑ト舊法ノ刑トヲ對照比較シテ孰レカ重ク孰レカ輕キヲ知ルハ一年ノ禁錮ハ五年ノ禁錮ヨリ輕シト云フカ如キ塲合ニ於テハ固ヨリ容易ナリト雖モ長期短期ヲ異ニスル体刑及ヒ多數少數ヲ異ニスル罰金ニ至テハ之ヲ知ルヿ甚タ困難ニシテ且ツ學者ノ說ク所モ間マ同シカラサルモノアリ然レ𪜈本條ノ文意ニ依リ仔細ニ事理ヲ推究スル時ハ亦甚タ難キニ非ラサルナリ

夫レ刑ノ輕重ハ自ラ存スルモノニシテ夫ノ明治十四年第八十號ヲ以テ頒布セラレタル新舊比照法ノ如キ余輩ヲ以テ之ヲ觀レハ蓋シ本條ノ外ニ特別ナル法ヲ立テ以テ本條ノ旨趣ヲ改メタルモノ也乃チ其第七條等ヲ除クノ外ハ本條ノ解釋ヲ爲セシモノニ非ラス何トナレハ本條ニ所謂新舊ノ法ヲ比照シテ輕キニ從テ處斷ストハ新法ノ刑ヲ取テ舊法ノ刑ニ比照シ其輕重ヲ察シ輕キニ從フトノ意ナリ例ヘハ新法三月以上四年以下ノ重禁錮ニシテ舊法一年以上三年以下ノ懲役ナレハ三月以上四年以下ノ重禁錮ハ一年以上三年以下ノ懲役ニ比スレハ何レカ輕キヤヲ察シ其輕キモノヲ取テ之ヲ科スルノ謂ナリ然ルニ比照法ニ於テハ其第二條第三條等ニ就テ見ルニ新法ノ刑ヲ用ヒス又舊法ノ刑ヲモ用ヒス新法ノ三月以上ト舊法ノ三年以下トヲ取リ二法ヲ調和シ別ニ一個ノ三月以上三年以下ノ重禁錮ナル刑ヲ創定シテ科ス可キモノト爲セシカ故ナリ是ヲ以テ余輩ノ此ニ研究セントスル所ノモノハ此比照法ニ因テ創定セラレタル刑ニアラスシテ乃チ本條第二項ノ正文ニ依リ新法ノ刑ト舊法ノ刑トノ輕重如何ニ在ルノミ

諸君或ハ云ハン比照法ハ假令本條ノ解釋法ニ非スシテ即チ新舊二

（第三條）

法ヲ和シ本條外ニ於テ特別ノ刑ヲ定メタル法律ナルヿハ或ハ子カ說ノ如シト雖モ是レ現今實際施行スル所ナレハ本條ノ適用ヲ知ランニハ此比照法ヲ研究スルヲ以テ緊要トス可シ安ソ徒ラニ新舊二法ニ於テ其刑ノ輕重ヲ問フニ及ハンヤト夫レ或ハ然ラン然リト雖モ苟モ本條ノ解釋ヲ爲サント欲スル者ハ宜ク本條ノ正文ニ依テ爲サヽル可ラス且ツ刑ノ輕重ヲ知ルハ講學上欠ク可ラサルヿナレハ今聊カ爰ニ研究スル所アラントス而シテ夫ノ比照法ノ如キハ余ノ講說ヲ俟タス一目ニシテ瞭然タルモノナレハ諸君ノ研究スルニ任センノミ

既ニ開陳セシ如ク新舊ノ法ヲ比照シテ刑ノ輕重ヲ知ルハ甚タ難キニ非ラス即チ重罪ノ刑ハ輕罪ノ刑ヨリ重ク違警罪ノ刑ハ輕罪ノ刑ヨリ輕シ徒刑ハ懲役ヨリ重ク罰金ハ禁錮ヨリ輕シ而シテ禁錮中重禁錮ハ輕禁錮ヨリ重キカ如キ是ナリ或ハ体刑ヲ受クルヲ畏レスシテ却テ罰金ヲ科セラルヽヿヲ畏ルヽ者無キニシモアラス然リト雖モ社會一般ヨリ見ルトキハ身体ノ自由ハ一タヒ之ヲ失ヘハ復タ償フヲ得可ラスト雖モ財產ハ一タヒ失フモ亦タ再ヒ得ルノ途ナシトセサル也故ニ概シテ云フトキハ身体ニ關スル刑ハ重ク財產ニ關スル刑ハ輕キナリ

然ルニ同一種ノ刑中ニ在テ新法ノ刑ノ長期ハ舊法ノ刑ノ下ニ降リ短期ハ却テ舊法ノ刑ノ上ニ出テ一面ハ惟レ重ク一面ハ惟レ輕シ例ヘハ舊法二月以上四年以下ノ重禁錮ヲ新法ハ改メテ五月以上三年以下ノ重禁錮ト爲スカ如キハ抑モ新法ヲ輕シトナス歟將タ舊法ヲ輕シトナス歟說者或ハ曰ク此場合ニ於テハ夫ノ比照法ノ如ク二法中ニ於テ各其重キ所ヲ捨テ輕キ所ヲ取リ二月以上三年以下ノ重禁

錮ニ處スルヲ以テ輕キニ從フモノナリト是レ既ニ論シタル如ク新法ニ從フニ非ラス又舊法ニ由ルニモ非ラス二法ヲ取捨シテ一個ノ刑ヲ創定シテ適用スルモノナリ夫レ此ノ如ク一個ノ刑ヲ創定シテ適用スルモノ是レ之ヲ新舊二法ヲ比照シ一ノ輕キニ從テ處斷スルモノト云フヲ得可ケンヤ抑モ是等ノ事ハ立法者之ヲ能クスト雖モ決シテ裁判官ノ爲シ得サルノ事ナリ

說者或ハ曰ク新法ノ刑一面ハ惟レ重ク一面ハ惟レ輕キノ時ニ方リテヤ宜シク犯者ヲシテ新舊其刑ヲ撰ンテ何レニカ適從セシム可シ犯者ノ撰ム所ハ蓋シ犯者自ラ利トスル所ナレハ則チ輕シトスルモノナリト此說亦非ナリ若シ夫レ犯者假リニ舊法ノ刑ヲ撰ムトセンカ是レ短期ノ甚タ降レルヲ見テ以テ之ニ處セラレントスルノ僥倖ヲ望ムニ外ナラサル可シ然レ𪜈尙ホ四年ノ長期ノ存スルアレハ判官ノ意思如何ニ因テ新法ノ長期三年以上ト舊法ノ長期四年以下トノ間ニ處スルモ亦タ測リ知ル可ラス然ルトキハ則チ新法ノ刑ヨリモ重キ刑トナルノ不可アリ假令此不可ナシトスルモ判官已ニ二刑ノ輕重ヲ判知スル能ハス犯者如何ソ之ヲ識別スルヲ得可ケンヤ

說者ノ論スル所皆非ナリ然ラハ則チ其輕重終ニ知ル可ラサル乎曰ク假令短期ハ上レルト雖モ長期ノ下レル刑ヲ以テ輕シト爲スヘキノミ故ニ舊法二月以上四年以下ニシテ新法五月以上三年以下ナル時ハ新法ニ從テ處斷セサル可ラス、皮相ニ就テ見ルトキハ短期ノ如何ヲ問ハスシテ只タ長期ノ下レルノミヲ以テ徑チニ輕シト爲スヲ得サルカ如シト雖モ長期ノ上レル刑ヲ輕シト爲スハ理ノ固ヨリ許サヽル所ナリ若シ舊法ノ短期二月ナルヲ以テ輕シト爲シ舊法ニ依テ處斷センカ四年ニ處センモ未タ知ル可ラス然ルニ新法ノ長期三年

（第三條）

ナルヲ以テ輕シト爲シ新法ニ依テ處斷セシカ假令五月以下ニ處セラルヽヲ得サルモ決シテ三年以上ニ處セラルヽノ患ナシ而シテ舊法ニ從フトキト雖𪜈五月以上ニ處セシモ亦タ測リ難シ憶フニ其短期二月ニ處センハ決シテ必ス可ラサルナリ

故ニ曰ク新舊二法ノ刑一面ハ惟レ重ク一面ハ惟レ輕キ場合ニ於テ刑ノ輕重ヲ知ラント欲セハ短期ノ如何ニ拘ハラス長期ノ下レルヲ以テ輕シト爲ス可キ而已矣

又舊法ニ於テ禁錮罰金ヲ併セ科スルノ刑アリ新法ニ於テ禁錮ノ刑期ハ減縮シタリト雖𪜈罰金ノ額增加シタル時如何此場合ニ於テモ亦タ前ニ論スル如ク新舊二法ヲ混和スル能ハス唯新法ノ刑ヲ輕シトセン而已何トナレハ禁錮ハ罰金ヨリ重キハ其性質ノ然ラシムル所ナレハ其重キ者ヲ減縮シタル時ハ假令輕キ者ヲ增加シタリト雖𪜈刑ノ全体上ヨリ觀ルトキハ仍ホ輕シト爲サヽルヲ得サレハナリ

以上論スル所ハ新舊二法アル場合ナリ今暫ク新舊三法アル場合ニ就テ述フル所アラントス新舊三法アル場合ハ甚タ稀レニシテ本邦ニ於テハ未タ曾テ之レ有リシヲ聞カスト雖𪜈佛蘭西ニ於テ既ニ此例ヲ生セシヲ見レハ將來我邦ニモ亦タ其無キヲ保シ難シ果シテ然ラハ之ヲ論スルモ亦タ必シモ無用ニ屬セサルヲ信ス例ヘハ第一舊法ハ死刑第二舊法ハ有期徒刑第三新法ハ無期徒刑ナリトセンニ舊法施行中ニ在テ犯ス所ノ罪ヲ新法頒布後ニ在テ之ヲ判決處斷スル時ハ如何此場合モ亦二法アル場合ノ論理ヲ推セハ容易ニ了解スルヲ得可シ即チ舊法ノ刑ハ第二法ノ刑ヨリ重シ第二法ノ效力既往ニ及フ可シ第二法ノ制ハ新法ノ刑ヨリ輕シ第三法ノ效力既往ニ及フ可ラス故ニ第二法ニ從ヒ有期徒刑ニ處ス可キモノナリ蓋シ社會ハ

(第三條)

第二法頒布ノ時ニ於テ既ニ舊法ノ死刑ヲ行フノ權ヲ拋棄シタリ犯者ハ第二法頒布ノ時ニ於テ既ニ有期徒刑ヨリ重キ刑ニ處セラル可ラサルノ權ヲ得タリ、故ニ新法之ヲ重クシテ無期徒刑トナシタリト雖モ其既得權ヲ害スルコトヲ得サルナリ、詭ヲ爲ス者曰ク新舊二法ノ刑ヲ比照シ輕キニ從テ處斷シ決シテ第二法ニ從フ可ラス何トナレハ新舊二法ハ所犯判決二ツナカラ關係スル所アリト雖モ第二法ハ毫モ關係スル所無ケレハナリト、否夫レ法律ノ効力既往ニ及フト否ラサルトハ犯者ノ既得權ノ有無如何ニ在リ而シテ其既得權ノ有無ハ所犯ノ時ヨリ判決ノ時ニ至ル迄法律ノ變更一トシテ關係セサルハナシ況ンヤ其處斷ヲシテ第二法ノ下ニ在ラシメハ必ス有期徒刑ニ處セラル可シ然ルニ治罪又ハ其他偶生ノ事故ニ因リ其處斷ヲ延引センカ爲メ犯者ノ位置ニ不利ヲ來スカ如キハ理ノ固ヨリ許サヽル所ナリ

本條第二項ニ曰ク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ト此明文ニ就テ觀レハ新法ヲ以テ舊法ノ刑ヲ廢止シ若シクハ輕減シタル時ト雖モ既ニ判決ヲ經タル者ハ假令刑期中ニ在ルモ猶舊法ヲ施行シテ別ニ變更スル所ナキナリ、夫レ新法ヲ以テ舊法ノ刑ヲ廢止シ若シクハ輕減スルハ既ニ講說シタルカ如ク舊法ノ刑無用ナル耶若シクハ不當ナル耶ノ故ナリ、然ルニ既ニ判決ヲ經タル者ニ就テハ猶ホ此無用且ツ不當ト認ムル刑ヲ施行シテ改メサルハ蓋シ其當ヲ得タリト云フコトヲ得サルナリ、草案ニ依レハ此場合モ亦新法ヲ適用スルノ法條草案第六十八條第四項アリシカ審查ノ際删除セリ蓋シ此際更ニ新法ニ依テ處斷スルトキハ治罪ノ方法紛雜窮極ナキヲ以テ終ニ此ノ如ク決セシモノナラン

（第三條）

カ然レ𪜈既ニ無用且ツ不當ト認ムル刑ヲ施行シテ猶ホ改メサルハ心ニ愉シトスル能ハサル所ナレハ當局者ハ宜シク此ニ注意シテ特赦ノ典ヲ行ハサルヘカラスト信ス

玆ニ文字上ノ論ナレ𪜈少シク説明ヲ要スル所アリ、本條第一項犯罪ノ文字ハ狹隘ナルニ似タリ夫レ犯罪ノ文字ハ舊法ニ於テ罪ヲ以テ論シタル所爲ノミヲ指シタルニ止マルモノト解スルヲ得ルモ舊法ニ於テ罪ヲ以テ論セサル所爲マテヲ含蓄シタルモノト解スルヲ得ス何トナレハ舊法ニ於テ罪ヲ以テ論セサル所爲ハ後日ニ制シタル新法ヲ以テ之ニ犯罪ノ名ヲ附スルヿ能ハサレハナリ「斯クノ如ク犯罪トハ舊法ニ於テ罰スル所爲ニ止マリ新法ニ於テ初メテ罰スル所爲ニ及ハサルモノト決定セン乎此文意ニ因テ本條ヲ解釋スルニ方リ乃チ法律ノ効力ハ頒布以前ノ犯罪即チ舊法ニ於テ罪ヲ以テ論シタル所爲ニ及ホスヿヲ得ストノ意ナルカ如シ果シテ然ラハ舊法ニ於テ罪ヲ以テ論セサル所爲ニハ及ホスヿヲ得トノ反對ノ解釋法ヲ施スヲ得ルノ奇怪ヲ生スルニ至ラン而巳夫レ舊法罪ヲ以テ論スル所爲スラ既ニ及ホスヲ得ス況ンヤ罪ヲ以テ論セサル所爲ニ及ホスヲ得ンヤ故ニ曰ク本條犯罪ノ字ハ狹隘ナルニ似タリ

然リト雖モ舊法ニ於テハ援引比附ノ條アリ不應爲ノ條アリテ諸般ノ犯罪ヲ徧覆シタレハ新法初メテ罪ヲ以テ論シタル者ノ如キハ絶テ之レ有ラサル可シ、又若シ之レアリトスルモ其處分ニ至リテハ本條ノ旨趣ニ從ハサル可ラス何トナレハ本條ハ自然ノ法理ヲ記載シタルモノナレハ假令本條ノ制定ナシト雖𪜈其處分方ハ必ス此ニ出テサル可ラサルヲ以テナリ、蓋シ本條犯罪ノ字ハ所爲ノ字ト見做シテ解釋スルヲ以テ可トス

（第三條）

（第九回）

法律ノ效力既往ニ及フト否トノ理由ハ既ニ前回ニ於テ講說シ終リタレハ今回ハ刑罰執行ノ方法及ヒ治罪ニ關スル法ハ既往ニ及フヤ否ヤヲ約說ス可シ

刑法執行ノ方法ハ新法ノ寛ナル時ハ徑チニ其方法ヲ既往ノ犯人ニ及ホス可キヤ蓋シ疑ヲ要セスト雖モ若シ其方法ノ嚴ナル時ニ至テハ議論敢テ一定スルコトナシ說ヲ爲ス者曰ク犯者ノ運命ハ判決當時ノ法律ニ依リ確定シタルモノナリ然ルニ後日ニ至リ之ヲ遇スルノ方法ヲ嚴ニスルトキハ恣ニ其運命ヲ左右シ其既得權ヲ害スルモノナレハ新法ノ嚴ナルトキハ既往ニ及ホス可ラスト、此說非ナリ抑モ刑罰執行ノ方法ヲ變更スルハ社會ノ權ニ在ルモノトス故ニ其變更ヲ爲スノ際多少寛嚴ノ差異アリト雖モ決シテ犯者ノ既得權ヲ害スルコト

有ルナシ何トナレハ假令此變更ヲ爲スモ刑ノ性質ト輕重トヲ變更スルニ非ラサレハナリ故ニ刑罰執行ノ方法ハ既往ニ及ホス可キノ效力アルモノトス

○治罪ノ方法ニ關スル法ハ既往ニ及フヤ如何、此問題ニ付テハ三種ノ說アリ則チ第一ハ新法ヲ直ニ適用ス可シ第二ハ舊法ニ依ル可シ第三ハ法律ノ種類ヲ區別シ其區別ニ從テ新舊二法ノ用法ヲ異ニス可シト而シテ我治罪法ハ第一說ヲ取リ頒布以前ニ係ル犯罪ニモ亦之ヲ適用ス可キモノト爲セリ（第二十七條）蓋シ裁判所ノ構成權限及ヒ訴訟ノ手續ハ社會ト被告人トノ利益ヲ圖リ定メタルモノナリ是ヲ以テ之ヲ變更スルハ社會及ヒ被告人ノ利益ナキカ故ナレハ被告人ハ社會及ヒ己レニ不利益ナルヲ以テ既ニ廢セラレタル方法ヲ維持スルヲ得サルモノナリ加之治罪ノ方法ハ公權ニ屬スルモノニシテ被告人ニ既

（第三條）

得ノ權ヲ有セサラシムルモノナレハ既往ニ及ホス可キモノナリトス」

本條ノ講議ヲ終ルニ臨ミ以上縷述スル所ヲ約言センニ法律ノ効力既往ニ及フト及ハサルトハ處分ヲ受クル者ノ既得ノ權ヲ害スルト否トニ在リ若シ其既得ノ權ヲ害セサル時ハ既往ニ及ホシ之ヲ害スルトキハ既往ニ及ホス可ラサルナリ此ニ民法ノ例ニ依テ之ヲ證セン舊法ニ於テハ父タル者ハ其子ニ對シ生殺與奪ノ權アリタレトモ新法ニ於テハ之ヲ改メ父ノ子ニ於ケル猶常人ト異ナルヿナシトセンカ新法ノ効力宜ク既往ニ及ホス可シ若シ之ヲ及ボス可ラストセハ生殺與奪ノ權ヲ掌握セル父ノ生存中ハ其子タル者殆ント堵ニ安スル能ハス危險之レヨリ大ナルハナク隨テ社會ヲ害スルヿ亦甚タシカル可シ又例ヘハ古來離婚ヲ爲スノ方法甚タ簡易ノ慣習ナリシモ新法ニ於テ離婚ヲ爲スノ理由ヲ定メ若シ此理由ヲ根據トスルニ非ラサレハ離婚ヲ許サストセンカ法律ノ効力宜ク既往ニ及ホス可シ若シ目下結婚者ハ舊法ノ下ニ於テ夫トナリ婦トナリタルカ故ニ猶ホ舊法ニ據ル可シトセンカ其結果ハ實ニ奇怪ノ狀ヲ呈スルニ至ル可シ矣

然ルニ第一例ノ塲合ニ於テ新法頒布以前ニ父其子ノ財産ヲ略取シ頒布ノ當時尚之ヲ所有シタリトセンカ法律ノ効力既往ニ及ホス可ラス又第二例ノ塲合ニ於テ舊頒ノ離婚ヲ爲ス方法甚タ簡易ナルヲ以テ新法頒布以前結婚ヲ爲スニ當リ夫婦約シテ曰ク夫若シ婦ヲ離婚スルヿアラハ其償トシテ若干ノ財産ヲ與フ可シト然ルニ新法離婚ノ法ヲ定メタルカ故ニ夫此理由ニ依リ婦ヲ離婚スルヿアランモ果シテ該契約ヲ執行セサルヲ得ルカ否ナ宜ク其契約ヲ執行セシメサル可ラサルナリ

(第三條)

夫レ斯ノ如ク同一事件ニシテ初メハ新法ヲ以テ既往ニ及ホシ僅カニ一歩ヲ轉スレハ既往ニ及ホス可ラスト爲ス所以ノモノハ何ソ第一ノ場合ハ父及ヒ結婚者ニ未タ既得ノ權ヲ有スルコナクシテ只或ル事ヲ行フヲ得ルノ能力ヲ有スルニ止マル故ニ新法ハ未タ其事ヲ行ハサルニ當テ變換加減スル時ハ之ヲ實施スルノ結果他ト敢テ抵觸スルコナシ然ルニ第二ノ場合ニ於テハ其處分ヲ受クル者舊法ニ依テ既得ノ權ヲ有シ假令法律ノ威力ヲ以テスルモ之ヲ褫奪スル能ハサレハナリ故ニ曰ク法律ノ効力既往ニ及フト及ハサルトヲ知ルハ處分ヲ受クル者ノ既得權ヲ有スルト否ヤトヲ知ルニ在リ

第四條 此刑法ハ陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ論ス可キ者ニ適用スルコヲ得ス

此法文ヲ一讀セハ諸君或ハ本條ハ果メ如何ナル所用アリテ設ケタルヤヲ疑フナラン何トナレハ陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ論ス可キ事ニハ宜シク其法律ヲ適用ス可クシテ決シテ此刑法ヲ適用スル能ハサルヤ本條ノ明文ヲ俟タスシテ明カナレハナリ若シ此明文ヲ要スルモノトセハ此刑法ハ憲法又ハ民法ニ關スル事ニ適用スルヲ得ストノ明文ヲモ掲ケサルヲ得サレハナリ然レ𪜈個ハ本條ヲ解スルノ本旨ヲ得タリト爲スコヲ得ス草案ニハ此刑法及ヒ諸罰則ハ軍人軍屬ニモ之ヲ適用ス但シ陸海軍ニ關スル特別ノ法律ヲ以テ論スヘキ者ハ此限ニ在ラストアリテ此刑法ニ罪トシ論スル事ヲ陸海軍刑法ニモ罪トシ論スルトキハ陸海軍刑法ニ從フトノ意明カナリ故ニ本條ハ草按ノ文ト異ナル所アレトモ蓋シ同一ノ意ヲ以テ解セサル可カラサルナリ

陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ論ス可キ者トハ軍人軍屬ヲ指スニ非ラ

ス則ヲ軍事犯ヲ指スモノナリ夫レ軍事犯ニ付テハ陸軍刑法海軍刑法アリテ各其刑ヲ定メタリ、蓋シ軍事ハ特ニ將校兵士ヲ撿束且ツ鑿戒シテ職務ヲ奬勵シ約束ヲ嚴明ニシ信賞必罰毫モ假ス所ナキニ非ラサレハ軍機ヲ失ヒ秩序ヲ紊リ軍ノ軍タル所以ヲ保ツ能ハサルヲ以テナリ故ニ軍人軍屬ト雖モ軍事犯ニ非サル通常ノ犯罪ハ此刑法ヲ以テ論セサル可ラス其詳細ナルヿハ前日犯罪ノ區別ヲ講シタル時ニ於テ述ヘ置キタレハ今復タ此ニ贅セス

第五條　此刑法ニ正條ナクシテ他ノ法律規則ニ刑名アル者ハ各其法律規則ニ從フ

若シ他ノ法律規則ニ於テ別ニ總則ヲ掲ケサル者ハ此刑法ノ總則ニ從フ

本條ハ通常法ト特別法トノ關係如何ヲ示シタルモノナリ抑々万般ノ法律制裁ヲ刑ニ取ルモノ其類甚タ多シ然レモ之ヲ約スレハ通常特別ノ二法ニ出テス通常法ハ普ク一般ノ人民ニ涉ル所ノ事件ヲ管スルモノニシテ刑法是ナリ特別法ハ職業上若クハ他ノ理由ニ因リ一部ノ人民ニ關スル事件及ヒ一般ノ人民ニ涉ルモ必ス一事業ニ止マル所ノ事件ヲ管スル者ニシテ出版條例、新聞條例、税關、郵便、鐵道、銃獵、漁業、賣藥、印税、酒造等ノ諸罰則ノ如キ是ナリ、本條ニ所謂法律規則トハ是等ノ特別法ヲ指シタルモノナリ

何故ニ立法者ハ此二類ノ法ヲ分ケタル乎二法ノ管スル所ノ事件自ラ其性質ヲ異ラシ之ヲ混スレハ大ニ不可ナルモノアレハナリ、夫レ通常法ノ管スル所ノ事件ハ何レノ國ト何レノ時トヲ問ハス概シテ異ナルヿアルヿ無シ之ヲ禁シ之ヲ令スルモ亦タ情理ノ自然ニ出ツ

故ニ立法者ニ於テ一タヒ之カ刑ヲ定ムルトキハ輙スク之ヲ變更セス何トナレハ此等ノ事ハ大抵時日ノ變遷ニ隨テ其景狀ヲ異ニセス故ニ其刑ヲ變更スルノ理由モ亦タ甚タ稀ナレハナリ特別法ノ管スル所ノ事件ハ然ラス之ヲ禁シ之ヲ令スルモ亦タ概シテ社會ノ構成ト邦國ノ便宜トニ基ツキタルモノナリ故ニ立法者ニ於テ一タヒ之レカ刑ヲ定ムト雖ヒ亦タ屢之レヲ增減變換スルヿアリ何トナレハ此等ノ事ハ往々時ト共ニ變遷シ其刑ヲ廢立弛張スルノ原因モ亦タ極メテ多ケレハナリ二法ノ管スル事件其性質ヲ異ニスルヿ此ノ如シ故ニ二法ノ混ス可ラサルノ理自ラ明瞭ナリ

二法既ニ混ス可ラス而シテ二法中矛盾ノ事件ヲ載セ或ハ二法ノ存廢如何ヲ知ルニ苦シムヿ往々ニシテ之アリ今ヤ茲ニ二箇ノ場合ニ就テ之ヲ評論セン

第一　刑法ニ正條ナクシテ他ノ法律規則ニ刑名アルノ場合

此場合ハ法律規則ニ從テ處分セサル可ラス蓋シ通常法即チ刑法ハ特別法即チ法律規則ト幷ヒ行ハルヽモノニシテ兩箇ノ法相抵觸スルヿアルニ非サルヨリハ之ヲ廢シタルモノト爲スヿヲ得ス故ニ刑法ニ正條ナキモノニシテ後日法律規則ヲ設ケ新ニ之カ刑ヲ定メタルモノハ法律規則ニ從ヒ處分スヘキハ論ヲ俟タス已ニ法律規則ニ刑名アルモノニシテ後日刑法ヲ改定シ之カ正條ヲ設ケサルモノト雖モ決シテ法律規則ノ刑ヲ廢シタルモノニ非ス

第二　刑法ニ正條アリテ他ノ法律規則ニモ亦タ刑名アルノ場合

此場合ハ二法相抵觸スルヲ以テ必ス一法ニ依ラサル可カラス而シテ後ノ法律ハ前ノ法律ヲ改定スルノ効力ヲ有スヘキモノナレハ頒布ノ前後ヲ計リ後法ニ依ルヲ至當トス

（第五條）

今ヤ茲ニ諸君ニ法律説明ノ原則ヲ示サントス凡ソ通常法ハ特別法ヲ廢スルノ効力ヲ有セサルヲ例トス故ニ通常法ノ頒布特別法ノ後ニ係リ立法者ニ於テ之ヲ廢スルコヲ明言スルカ或ハ之ヲ明言セスト雖モ彼此ヲ參照シ之ヲ廢シタルノ意躍然現出スルニ非レハ決シテ廢止ヲ以テ論スルコヲ得サルナリ是ヲ以テ法律規則ニ刑名アリテ刑法ニモ亦タ刑名アルトキハ其事件ヲ審按シ果シテ同一ナルヤ否ヤヲ考査シ其同一ナルコ毫モ疑ヲ容レサル時ニ至テ始テ刑法ニ従ヒ處分スルコヲ得ヘキナリ

特別法ハ通常法ノ管セサル事件或ハ其管スル所ノ不完全ノ點ヲ補フモノニシテ通常法ヲ變更存廢スルハ常ニ特別法ノ任ニアリ故ニ特別法ノ頒布通常法頒布ノ後ニ係リ其事件相抵觸スルノ結果ヲ見ハスコアレハ其事件ヲ審按シ其同一ナルヤ否ヤヲ考査スヘキハ言

ヲ俟タスト雖モ此ノ場合ニ於テハ説明ノ方法通常法ニテ特別法ヲ、改メタルノ場合ノ如ク嚴ナルヲ要セス少シク之ヲ廢シタルノ意ヲ認メ得ヘキコアレハ輒チ特別法ニ従テ處分セサル可カラサルナリ若シ然ラス〆通常法ニテ特別法ヲ改メタルノ場合ニ同シキ説明ノ方法ヲ用ユヘシトセハ特別法ノ存スル所以ノ理果シテ何ニカ在ル」

諸君已ニ此言ヲ了セラレナハ進テ本條第一項ハ前二箇ノ場合中何レノ部ニ在ルヤヲ見ントス

此第一項ハ第一ノ場合中ニ就テ刑法頒布前ヨリ存スル所ノ法律規則ト刑法トノ關係ヲ論シタルモノニ〆此刑法ニ正條アルモノハ他ノ法律規則ニ定メタル刑ヲ改メタルモノナリト雖モ其正條ナキモノハ法律規則ノ刑ヲ廢シタルモノニ非サルノ意ヲ示シタルモノナリ蓋シ此刑法頒布以後ノ制定ニ係ル法律規則ニシテ刑名ヲ掲クル

モノハ假令ヒ此刑法ニ正條アリト雖モ固ヨリ其法律規則ニ從ハサル可カラス況ンヤ正條ナキニ於テオヤ何ソ故ラニ正條ナキノ場合ノミヲ掲クルヿヲ要センヤ故ニ此一項ハ此刑法頒布前ノ法律規則ニ刑名アリテ此刑法ニ正條ナキモノハ仍ホ其法律規則ニ從テ處分スヘク此刑法ヲ以テ其法律規則ノ刑ヲ廢シタルニ非サルヿヲ示シタルモノト解セサル可ラス

刑事全体ニ關スル所ノ總則ニ至テハ通常法之ヲ定ムルヿ當然ナリ故ニ特別法ハ其頒布ノ前後ヲ問ハス總テ通常法ノ總則ニ從ハサル可カラス盖シ特別法ハ通常法ノ管セサル所ノ一部ノ事件或ハ通常法ノ完全ナラサル所ヲ補フニ過キサレハ總則ノ如キハ固ヨリ通常法ノ定ムル所ニ從フヘキノ理アレハナリ本條第二項ハ此刑法頒布前ニ存スル所ノ法律規則ト此刑法頒布後ニ設立スル所ノ法律規則ヲ區別セス別ニ總則ヲ掲ケサルモノハ一ニ此刑法ノ總則ニ從フヘキヿヲ定メタリ然レモ時アリテ之ニ反スル所ノ總則ヲ設クルヿ無キニアラス今日ノ立法者ハ他日ノ立法者ヲ拘束スル能ハス他日ノ立法者ニ於テ通常法ノ總則ヲ適用スルノ不可ナルヲ知ルトキハ則チ特ニ其法ヲ定ムルヿヲ妨ケス現ニ明治十四年第七十二號布告ニ左ノ明文アリ　第五條　法律規則ヲ犯シタル者ニハ刑法ノ再犯加重及ヒ數罪倶發ノ例ヲ用ヒス　ト是レ既ニ刑法ノ總則ニ反スル所ノ規則ヲ設ケタリ佛蘭西ニ於テモ銃獵條例山林法ノ如キハ其刑法ニ定メタル酌量輕減ヲ適用スルヿヲ許サストヲ明記セリ

所謂總則トハ刑法第一條ヨリ第百十五條ニ至ルマテノ諸條ニ定メタル所ノ法則ヲ云フ一例ヲ擧クレハ十二歳ニ滿タサル者他ノ法律規則ヲ犯ストキハ刑法第七十九條ニ依リ其罪ヲ論セサルノ類ノ如キ

(第五條)

是ナリ
本條ニ所謂法律規則トハ如何ナル者ヲ指シテ法律ト云ヒ如何ナル者ヲ稱シテ規則ト云フ乎余未タ其定解アルヲ聞カス然レトモ今姑ク佛國法典ノ法律ト稱シ規則ト名クル者ノ區別ヲ示シ以テ諸君ノ參考ニ供セントス則チ佛國ニ於テ法律ト稱スルハ獨リ立法者ノ制定ニ係ル者ニ限レリ抑モ立法者カ法ヲ立ツルヤ概ネ事ノ大体ニ止マリ其細目小事ニ至テハ之ヲ行政權ニ委任ス行政權ハ之ヲ受ケテ其大ナルモノハ中央政府ニ於テ制定シ其小ナル者ハ地方廳ニ分任ス此行政權ノ制定ニ係ル者ヲ指シテ之ヲ規則ト云フ而メ其効力ニ至テハ執權者地位ノ高卑ニ依テ各差異アリト雖モ固ト立法者ノ委任ニ出ツルモノナレハ概ネ法律ト同一ノ威力ヲ有スルモノナリ佛國法律規則ノ區別此ノ如シ然レトモ我刑法ノ法律規則トハ果シテ之レ

ト同一ナルヤ否ヤ
諸君ヨ以上ノ講説ニ於テ大略ナカラモ第一編第一章ノ解釋ヲ終リタリ故ニ余ハ茲ニ一言ヲ付シテ其局ヲ結フヘシ曩キニ刑法ノ管スル區域ヲ論スルニ當リ刑法ハ必ス事ト時ト所ト人トノ四者ニ關シ其管スル所ノ區域ヲ定メサル可カラサルヿヲ略陳シ其細目ノ如キハ本章ノ終リニ於テ講スヘキヿヲ約シタリキ然シテ今ヤ事ト時トノ二者ハ第二條第三條ノ解ニ於テ論究シ盡シタレハ茲ニ所ト人トノ二者ニ就テ講究ス可キノ點殘リタリ
凡ソ法律中邦國ノ安寧ヲ保護シ秩序ヲ維持スルモノハ土地ト人民トヲ總括管治スヘキ元則ナレハ苟モ其國内ニ居住スル者ハ内外人ノ別ヲ問ハス又其國人タルモノハ其所在ノ如何ニ論ナク皆ナ之カ支配ヲ受ケサル可カラサルナリ然シテ刑法ハ則チ邦國ノ安寧ヲ保

（第五條）

護スル法律ノ最タル者ナレハ日本國內ニ居住スル者ハ曾テ述ヘタル例外ヲ除クノ外ハ外國人ト雖モ之ヲ支配シ又日本人タル身分ヲ有スル者ハ假令ヒ外國ニ在リト雖モ之ヲ支配スルハ勿論ナリトス、サリナカラ外國人ノ外國ニ在テ犯シタル罪ハ悉皆我日本刑法ノ支配ヲ受ケサルヤ又日本人ノ外國ニ於テ爲シタル所業ハ其性質ノ如何ヲ論セス盡ク我日本刑法ノ支配ヲ受ク可キヤト尋ヌルニ決シテ一概ニ論スルヿヲ得サルモノアリ、先ツ外國人ニ就テ論スルニ例ヘハ英國人其本國ニ於テ日本ノ通用貨幣ヲ僞造シ後チ日本管內ニ入リ來リタリトセンカ、此場合ニ於テハ我日本ニ於テ此英國人ヲ罰スルノ利益甚タ巨大ニシテ若シ之ヲ罰スルヿヲ得ストセハ是レ吾人ハ吾人ノ安寧ヲ維持スルヿヲ得サルナリ、又日本人ニ就テ論スルニ例ヘハ日本人支那ニ在リテ阿片烟ヲ吸食シ若クハ英領ヨリ之ヲ支那ニ輸入シ後チ日本ニ歸リ來リタリトセンカ、是レ此日本人ハ其所在地ニ於テ罪トシ論セサル所業ヲ爲シタル者ニシテ我刑法ヲ以テ之ヲ罰スルヿヲ得サルナリ猶ホ東京人カ近在ノ田舍ニ於テ裸体ニテ往來シタレハトテ違警罪ナリトシテ之ヲ罰スルヿヲ得サルカ如シ、サレハ刑法ノ管スル區域ニ就テハ邦國ノ安寧ヲ保護スル法律ハ土地ト人民トヲ總括管治スト云フ一般ノ規則ヲ以テ推シ論スルヲ得サルヲ看ル可シ是レ其我輩カ刑法ハ所ト人トニ就キ特別ニ其管スル所ノ區域ヲ定メサル可カラスト論シタル所以ナリ

然レモ我刑法ハ如何ナル理由ニ因レルカ其草按ニアリタル者スラ之ヲ削除シテ毫モ此問題ニ就テ規定シタル所ナシ、故ニ今日ニアリテ外國人ノ外國ニ在テ犯シタル罪ト日本人ノ外國ニ於テ犯シタル罪トニ對シ我刑法ヲ適用スルニ當テハ一ニ理論ニ從ハサル可カラ

（第五條）

サルナリ而シテ余カ理論ト認ル所ヲ私ニ法律ノ箇條ト爲セハ蓋シ左ノ如クナル可キ歟但外國人ノ犯罪ニ關シテハ治外法權ヲ廢シタル時ヲ想像シテ論シタルモノナリ

第一　外國ニ在テ皇室若クハ内亂外患ニ關スル重罪輕罪又ハ御璽國璽官印ヲ偽造シ若クハ本邦ノ貨幣紙幣及ヒ貨幣ニ代用スル銀行ノ証券ヲ偽造變造シ重罪輕罪ヲ犯シタル者ハ本邦ニ於テ犯シタルト同ク其罪ヲ處斷ス但外國ニ於テ已ニ確定ノ裁判ヲ受ケタル者ハ此限ニアラス

第二　外國ニ在テ日本人ノ身体ニ對シ重罪ヲ犯シタル者ハ亦前條ノ例ニ同シ

第三　前二條ノ罪外國人ノ所犯ニ係ル時ハ其犯人本邦ノ管内ニ入ルニ非サレハ其罪ヲ論セス

第四　日本人外國ニ在テ前数條ニ記載シタル以外ノ重罪輕罪ヲ犯シタル時ハ左ノ條件ヲ具備スルニ非サレハ其罪ヲ論セス

一　外國ニ於テ未タ確定ノ裁判ヲ受ケサル時

二　犯人本邦ニ歸來リ又ハ外國ヨリ交附ヲ得タル時

三　所犯外國ノ法律ニ於テ罪ヲ以テ論スル時

四　被害者又ハ外國政府ヨリ告訴告發ヲ爲シタル時

又此ニ草按ニアル所ノ全文ヲ擧クレハ左ノ如シ

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偽造變造シ若シクハ國璽官印記號極印ヲ偽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

(第五條)

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時ハ左ノ條件ノ具備スルニ非ラ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ヨリ交附ヲ得タル時

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爲ス可キ時

四　被害者又ハ外國政府ヨリ日本政府ニ告訴告發ヲ爲シタル時

五　罪ヲ犯シタル國ニ於テ大赦ヲ受ケサル時

六　罪ヲ犯シタル國ノ法律ニ照シ公訴ノ期滿免除ヲ經サル時

第六條　日本人ハ外國政府ヨリ處刑ノ爲メニ交付ヲ求ムト雖モ之ヲ交付セス

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

（第十回）

第二章　刑例

刑例トハ刑罰ニ關スル一般ノ例則ニシテ犯人ニ科スル所ノ刑ヲ定メタルノ章ナリ

本章ニ刑ヲ掲ケタルハ他ニ理由アルニアラス嘗テ述ヘタル如ク刑

（第五條）

法ヲ學フニハ第一犯者、第二被害者、第三犯罪、第四刑罰ノ順序ニ依ルヘキモノトスレトモ此ハ是レ學問上ノ順序ニシテ立法者ハ敢テ此順序ニ依ルヲ必要トセス故ニ我立法者ハ便宜法ニ從ヒ先ツ始メニ刑例ヲ定メ次ニ犯者ニ及フノ順序ヲ取レリ

刑トハ何ソ刑ハ社會刑罰權ヲ論スルノ同シカラサルヨリ學者各其定解ヲ異ニスト雖モ我輩カ從ヒタル說ニ依レハ刑トハ社會ノ公權ヲ以テ犯罪ヲ理由トナシ犯人ニ科スル所ノ痛苦ナリ然リ而シテ其痛苦タル妄リニ犯人ヲ苦シムルヲ以テ足レリトスルニ非ス必ス其痛苦ノ程度ヲ量リ其階級ヲ定ムルヲ以テ最モ必要ナリトス若シ其程度ヲ量ラス階級ヲ定メサレハ或ハ犯罪ノ程度ヨリモ科スル所ノ痛苦重ク或ハ輕キノ患アリテ其權衡ヲ得ル能ハサラン是レ其刑ハ、測量、ト云フ至難ナル問題ノ起ル所以ナリ

刑ノ測量ハ之ヲ二段ニ區別セサル可カラス則チ刑其物ノ度ヲ測量スルト犯罪ニ對シテ之ヲ測量スルト是ナリ、然シテ刑ヲ測量スルニハ尺度量衡ノ之ニ應スルナク止タ人類固有ノ良智良能ト學問及ヒ實驗ヨリ得タル智識トニ照ラスニ過キサレハ先ツ是レ一箇ノ困難タルヤ明カナリ、サリナカラ第一段ノ點即チ刑其物ノ度ヲ測量スルハ之ヲ我刑法ニ因テ採用セラレタルカ如キ刑ニ照セハ蓋シ甚タ難キニ非サルカ如シ請フ先ツ此第一ノ點ヲ說明セン

我刑法ノ刑ヲ通覽スレハ其主刑ト稱スル者ハ左ノ三箇ニ過キス曰死刑、曰自由ヲ剝奪スルニ係ルノ刑、曰財產ニ及フノ刑是ナリ、而シテ死刑ハ最高極端ノ刑ニシテ立法者殆ント之ヲ用非スシテ稀レニ之ヲ用ヒ罰金ハ最下ノ輕刑ニシテ下等ノ犯罪ニ對シ偶マ之ヲ施スニ過キサレハ我刑法ノ基本タルノ刑、辭ヲ換ヘテ之ヲ言ヘハ我刑法ノ

（第五條）

刑ノ全體ヲ構成スル者ハ自由ヲ剝奪スルニ係ルノ刑ナリ、倩テ此自由ヲ剝奪スルニ係ルノ刑ヲ見ヨ、必ス期限ト被刑者ヲ待遇スル制度トノ二元素ヲ以テ其組織ヲ成スモノトス、而シテ此期限ハ一日ヨリ數十年ニ至ルヲ得ヘク、又此制度ハ衣服飲食居所ノ精粗勞役ノ有無難易等ニ從ヒ細カニ之ヲ區別スルヲ得ヘシ、然ラハ則チ期限長クシテ制度嚴ナル者ハ其刑重カラサルヲ得ス、期限短クシテ制度寛ナル者ハ其刑輕カラサルヲ得ス、從テ刑ノ輕重ノ度ヲ知ルヿ眞ニ易々タルナリ、彼ノ昔者刑ノ種類多クシテ笞杖、黥刺、烙印、刖刑、監禁、放逐等錯雜紛亂シテ到底其孰レカ重ク孰レカ輕キヲ知ル能ハサルカ如キニ非サルナリ、只タ此ニ一條ノ注意ス可キヿアリ制度寛ナリト雖モ被刑者ニ美食ヲ與ヘ美服ヲ供スルノ理ナク又嚴ナリト雖モ犯人ヲ疾病ニ處シタルニ非サレハ之カ健康ヲ害スルマテニ至ルヲ得サルヘシ故ニ制度ノ寛嚴ニハ必ス限リアリ從テ刑ノ輕重ヲ爲スハ重モニ期限ニ因ラサル可ラサルヿ是ナリ

何ホ此ニ一歩ヲ進メテ死刑ト罰金トハ我刑法ニ於テハ殆ント例外ノ刑タルカ如キニモ拘ハラス之ヲ自由ヲ剝奪スルニ係ルノ刑ニ比較シテ測量センカ、死刑其物ニ就テハ果シテ重キカ輕キカ酷ナルカ寛ナルカ人智ヲ以テ到底之ヲ知ル可ラス只タ我輩ハ之ヲ極度ノ重刑ト信スルノミ、罰金ハ其物自ラニ就テハ其額數ニ因リ容易ニ其輕重ヲ知ル可ク又之ヲ自由ヲ剝奪スルニ係ルノ刑ニ比較スレハ我輩ハ之ヲ輕シトセントス故ニ何レノ點ヨリ見ルモ我刑法ノ採用シタル如キ刑ニ就テ刑其物ノ度ヲ測量スルハ決シテ難キニ非サルナリ」

然ルニ刑ノ測量ノ第二ノ點即チ罪ニ對シテ刑ヲ測量スルヿ之ヲ換言スレハ刑罪ヲシテ權衡ヲ得セシムルヿ又之ヲ換言スレハ刑ヲシ

（第五條）

テ罪ニ相當セシムルヿ、此點ニ至テハ實ニ困難甚シキモノアリ、先ツ犯罪其物ニ就テ之ヲ論スレハ此物ヤ千變萬化實ニ無數ノ狀態ヲ具シテ現ハレ來ル然ラハ則チ刑モ亦千變萬化シテ之ニ應セサル可ラス、又此罪ヲ犯ス人ニ就テ之ヲ論スレハ年齡ノ異ナルアリ、身分ノ異ナルアリ、敎育ノ異ナルアリ、智識ノ異ナルアリ、慣習ノ異ナルアリ、然ラハ則チ刑モ亦差異アリテ之ニ應セサル可ラス、又犯罪ト犯人トニ就テ既ニ然ルノミナラス尙ホ時世ニ就テモ刑ノ測量ヲ爲サヽル可ラス則チ世態風俗ノ變遷アリ人情慣例ノ變樣アリ辭ヲ改メテ之ヲ言ヘハ此時此塲所ニアリテハ社會ノ緊要トスル所此刑ノ此ノ如キヲ要シ又彼塲所彼時ニアリテハ彼ノ刑ノ彼カ如キヲ望ムアリ然ラハ則チ刑ハ此點ニ於テモ變易シテ之ニ應セサル可ラス然ルニ右ノ數點ニ對シ刑ヲ測量スルニ當リ如何ナル方法カアルト尋ヌレハ既ニ前ニ言ヘルカ如ク尺度量衡ノ依ル可キナク止タ我カ人類ノ虛靈不昧ノ良心ニ照ラスニアルノミ、然ルモ尙ホ其結果ニ至テハ尺度量衡ヲ以テ之ヲ得タルカ如ク毫釐ノ差ナキヲ要ス何トナレハ既ニ毫釐ヲ誤レハ其毫釐ハ不辜ヲ罰シ若クハ有罪ヲ罰セサルノ結果トナレハナリ、嗚呼實ニ立法者タル者亦難カラスヤ、然レ𪜈到底人力ノ得テ及フ所ニアラサレハ實際ニ於テ裁判官タル者宜シク刑ヲ科スルニ當テ之ヲ斟酌シ能ク長短期ノ間ニ於テ其活用ヲ爲シ罪ト刑トノ權衡ヲ失セサランヿヲ力ム可キナリ

刑ノ目的

刑ハ痛苦ナリ、此痛苦ヲ犯罪者ニ加ヘテ果シテ如何ナル必要カアル、曰ク賴テ以テ國家ノ安寧ヲ維持スルノ必要アリ如何ンスレハ能ク國家ノ安寧ヲ維持シ此必要的ヲ滿足スルヿヲ得ルヤ、曰ク再ヒ罪ヲ

（第五條）