

固有ノ性質ナリト豈コ誤ダヌヤ然レモ前段既ニ其要ヲ述ヘタレハ讀者此說ニ謬ラル、ナカルヘシ何トナレハ組織トハ組立ノ謂ヒニシテ駁言其當ヲ得サルハ公平ノ眼能ク之レヲ視公平ノ腦髓能ク之ヲ判スルヲ得ヘケレハナリ

組織ノ解已ニ終レリ故コ步ヲ進メテ諸氏カ定義ノ不當ナルヲ辨セン

茲ニ人ヲ謀殺スルモノアリ以テ國事犯ト云フヘキ乎又狼狽姦淫ヲ行フモノアリ以テ國事犯ト云フヲ得ヘキ乎又他人ノ所有物ヲ竊取スルモノアリ以テ國事犯ト云フヘキ乎諸氏ノ定義ニ依レハ皆國事犯ト云ハサルヲ得サルナリ何ソヤ人ヲ謀殺セシ所爲ハ直接ニ國家ノ組立中

尤モ緊要ナル團結ニ害ヲ與ヘ狼狽姦淫ノ如キ竊取ノ如キモ亦組織中第二ノ團結セシ人員ヲ治ムル法律ヲ直接ニ害シタルモノナレハナリ然リ而シテ茲ニ一罪アレハ共局一トシテ政事犯タラサルモノナキニ至ラン嗚呼讀者諸君ヨ諸氏ノ解能ク政事犯ノ正義ヲ得タリトスルカ實ニ余ハ諸學士ノ雷同シテ恠マサルヲ疑フモノナリ以上組織ノ字義ニ就テ其解ノ不當ナルヲ諸氏ニ向テ駁撃シタレハ以下各別ニ其誤謬ヲ正サン

宮城氏曰ク組織ニ關スル權ニ直接ニ害ヲ及ホス者トハ國体政体ヲ變換シ或ハ政府ヲ顛覆シ或ハ政權ノ一部ヲ滅殺シ云々等ノ目的ヲ以テ直接ニ社會ヲ害スルモノナリ此種ノ罪ハ皆國体又ハ政体ヲ以テ其目的ト爲ス故ニ

之ヲ國事犯ト云フト是レ其一端ヲ知テ未ダ全体ヲ知ラサルノ論ナリ氏ノ解釋ニ依レハ國体又ハ政体ヲ以テ目的トセサルモノハ政事犯ニ非ラスト云フカ如シ蓋シ誤ルニ非ラヌヤ夫レ政事犯ナルモノハ多クハ國体政体ヲ目的トスルモノナリト雖モ未ダ此外ヲ出ツルモノナシト云フヘカラス我刑法第三百三十條第三百三十一條ノ場合ノ如キ或ハ敵國ニ兵器ヲ送り或ハ軍情機密ヲ敵國ニ通知シ或ハ道路ノ險夷ヲ教ユル等多クハ自己一身ノ私利ニ走り欲福ヲ擅マ、ニセンカ爲メ此罪ヲ犯スモノナリ而シテ其政事犯所謂國事犯タルヤ否ヤヲ願ヒレハ其政事犯タルヤ炯乎トシテ疑フモノアラサルヘシ故ニ氏ノ如ク一概ニ國体又ハ政体ヲ目的トスルモノ、ニニ限ルヘ

カラス一己ノ私利ヲ目的トスルモ又政事犯ト云フヲ得ヘキナリ

堀田井上ノ兩氏ハ國事犯人ヲ論シテ曰ク其思想ニ至テハ法律上罪スヘカラサルノミナラス道德上又罪アリト云フヘカラスト嗚呼何ソ思ハサルノ甚シキヤ、思想ハ法律上罰スヘカラスト云フハ政事犯非政事犯ヲ問ハス一般ノ原則ニシテ好シ罰セント欲スルモ罰スル能ハサルモノナリ何ントナレハ思想ヲ罰スルハ上帝ノ獨リ爲ス處ニシテ國家ノ干ル所ニ非サレハナリ蓋シ國家ノ干ル所ニシテ國家ノ干ル所ニ非サレハナリ蓋シ國家ノ干ル所ニ及フ可カラス故ニ此點ニ付テハ敢テ多辨ヲ要セスト雖モ道德上罪ナシト云フニ至テハ二氏復大ニ誤レルヲ

知リ得ヘシ抑政事犯トハ忠直正義ノ思想ヨリ起リシモ
 ノ、モトセンカニ氏ノ説實ニ正當ナリト雖モ未ダ然ク
 斷決スルヲ得サル也如何トナレハ前段已ニ述ヘタルカ
 如ク政事犯中ニハ一己ノ愆心ヨリ生スルモノモアレハ
 一概ニ正直忠義ノ思想ヨリ起リシモノト云フヲ得サレ
 ハナリ況ンヤ外患ニ對スル罪ノ如キニ於テオヤ其道德
 ニ悖戻スル大且ツ重誰レカ疑團ヲ抱クモノアラシヤ
 非上氏一層説ヲ極端ニ爲シテ曰ク一國ノ公益上ヨリセ
 ハ社會ニ害ナレト云フモ可ナリト之レ又外患ニ對スル
 罪等ヲ知ラサルヨリ來リシモノナリ況ンヤ政事犯人ノ
 唱フル所一々理ニシテ政府ノ爲ス所一々非ナリト斷定
 スルヲ得サルニ於テオヤ蓋誤マレリト謂フベシ

然ラハ政事犯トハ如何ナルモノヲ云フ乎余ハ左ノ如ク
 定義ヲ下サント欲ス
 其所爲直接ニ政府ノ安危ニ關スルモノ之レヲ政事犯ト
 云フ

然ラハ政事犯トハ如何ナルモノヲ云フ乎余ハ左ノ如ク
 定義ヲ下サント欲ス
 其所爲直接ニ政府ノ安危ニ關スルモノ之レヲ政事犯ト
 云フ
 之レ余ノ新案ニシテ自カラ最モ適切ナリト確信スル所
 ノモノナリ而シテ犯者ノ目的國體政体ヲ變亂スルト一己
 ノ私欲ニ出ルト其何レニ在ルヲ問ハス犯者ノ所爲直接
 ニ政府ノ安危ニ關スルアラハ皆政事犯ト云フヲ得ヘキ
 ナリ然ルニ人アリ問テ曰ク然ラハ宮城氏ノ所謂公撰ノ
 投票ヲ偽造スル罪ノ如キ政事犯ト云ハサルノ謂ヒ乎ト
 曰ク然リ何ントナレハ彼ノ罪ノ如キ信用ヲ害スルモノ
 ニシテ直接ニ政府ノ安危ニ關スルモノニ非サレハナリ

或人又曰、然ラハ私怨ノ爲メニ要路ノ大臣ヲ謀殺スル
 モ以テ政事犯ト云フヘキ乎何ントナレハ假令私怨ノ爲
 メニスルモ政府ノ安危ニ關スルコトハ尙ホ私利ノ爲メニ
 敵國ニ兵器ヲ送り敵國ニ我軍情ヲ通知スルト同一ナレ
 ハナリト是レ亦少シク軍思講究スレハ其非ナルヲ知ル
 敢テ難キニアラサルヘシ何ントナレハ私怨ノ爲メニ要
 路ノ大臣ヲ謀殺スルモ結果或ハ政府ノ安危ニ關スルコ
 アルヘキモ謀殺シタリトノ一事ハ直接ニ政府ノ安危ニ
 關スルモノニアラス而シテ彼ノ兵器ヲ敵國ニ交付シ軍情
 機密ヲ敵國ニ通知スルカ如キ假令私欲ニ出ツルトスル
 モ其兵器ヲ送り機密ヲ通知スルトノ一事ハ直接ニ政府
 ノ安危ニ關スルモノナリ故ニ一事ノ政事犯タルヤ非政

事犯タルヤチ論スルニハ宜シク直接ノ二字ニ注意セサ
 ルベカラス或人又問テ曰ク然ラハ天皇ニ對シ奉リ危害
 チ加フルモノハ政府ノ安危ニ關スルカ故ニ國事犯ナル
 カト答ヘテ曰ク然リ夫レ天皇ハ萬般ノ事ヲ司ルノ任所
 謂一國ノ主權者ナレハ政府ノ組織中最上ノ地位ヲ占ム
 ルモノナリ故ニ其危害ヲ加フルヤ直接ニ政府ノ安危ニ
 關スルモノナレハナリ而シテ其國事ニ關スル罪中ニ加ヘ
 サルモノハ大ニ理由ノアルアリ請フ其所ニ至ツテ之レ
 チ詳論セン

以上政事犯ノ正解チ與ヘタリ而シテ其正解外ノモノ即チ
 直接ニ政府ノ安危ニ關セサルモノハ皆非政事犯ナリ
 政事犯ト非政事犯トノ區別ノ利益ハ第一其刑チ異ニス

政事犯ニハ刑ニ定役ナク非政事犯ニハ定役アリ故ニ從テ加減ノ例ヲ異ニス第二裁判管轄ナリ政事犯ノ重罪ハ高等法院ノ管轄ニシテ非政事犯ノ重罪ハ通常刑事裁判所ノ管轄ナリ第三政事犯ノ輕罪ニハ常ニ監視ヲ附ス五普通犯、特別犯

軍事犯非軍事犯ト云ハスシテ普通犯特別犯ト名稱セシハ軍事犯ノ他ニ特別犯アルヲ以テ之ヲ包含セシメソカ爲ナリ

○普通犯トハ普通法ヲ犯スノ罪ナリ特別犯トハ特別法ヲ犯スノ罪ナリ故ニ此二犯ヲ詳明セント欲セハ普通法特別法ノ何タルヲ述ヘサルヘカラス
普通法トハ吾人ノ一般ニ守ラサルヘカラサル所ノモノ

ニシテ普通ノ正理所謂自然法ニ基キ風俗人情ニ從ヒ制定セシモノナリ故ニ支配スル所ハ敢テ一區一民ニ止マラス日本全國ヲ統轄スルモノニシテ又其内外人ヲ問ハサルナリ刑法ノ如キ即チ之レナリ
特別法トハ之レニ反シ或ハ一區一部ニ止マリ或ハ一業ニ職ニ限リ汎ク全國民ヲ支配スルノ力ナク又支配スヘカラサルモノナリ例ヘハ出版、新聞紙、集會、銃獵、海關、銀行、郵便、米商會所、度量衡、地券、株式取引、煙草、租稅、賣藥、鐵道、電信、銃砲、酒釀、船舶等ノ諸條例規則之レナリ而シテ此特別法ヲ犯シタル者ハ其罰則ハ固ヨリ普通法所謂刑法ニ據ラサルモノナリ加之刑法ノ總則ヲモ適用スル丁能ハサルモノアリ例ヘハ新聞紙條例ヲ犯シタル者ノ如キ其明治

十六年四月十六日布告第十二號新聞紙條例第四十一條

ニ曰ク此條例ヲ犯シタルモノニハ刑法ノ自首減輕、再犯加重、數罪俱發ノ例ヲ用ヒストアル如キ之レナリ

而シテ特別犯中尤モ重モナルモノハ軍事犯ナリ軍事犯トハ軍人軍屬ノ犯ス罪ヲ云フコト非ス又軍人軍屬ニ非レハ

犯ス能ハサルモノヲ云フニアラス其破法者ノ軍人軍屬タルト常人タルトノ如何ヲ問ハズ軍律ニ於テ處斷スヘ

キモノヲ云フ然ルニ宮城氏ハ左ノ如ク論據ヲ設ケタリ曰ク

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コト

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ズ何トナレハ常人ニ

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事犯獨リ軍律ノ犯罪

ト論スル所ニシテ常法ニ正條ナキハ是レ其所爲ハ罪

トナラサルナリ

二 所犯軍事ニ係ルコト

軍人軍屬ノ犯罪ト雖モ所犯常事ニ係ルハ固ヨリ軍事

犯ニ非スサ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

ノ非常律ニ從ヒ處斷シタル者ニ非サレハ再犯ヲ以テ論

スルコトヲ得ストアリテ明カニ初犯ノ非常律ニ從テ處斷

シタルキハ再犯ヲ以テ論スル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キト雖モ
事件常事ニ係ル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ヲ
軍人軍屬ノ處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トヲ得サルナリ

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
キ者之レナリト

以上宮城民ノ持論中第二第三ノ二項ニ付テハ異論ナシ
ト雖モ第一ノ點ニ付テハ大ニ批難スヘキモノアリ氏ハ

軍事犯トハ必ス軍人軍屬ノ犯スモノニシテ假令常人ノ
軍律ヲ犯スモ以テ軍事犯ト云フヘカラストナス而シテ其
謂フ處一理アルカ如シト雖モ退テ之ヲ覃考スレハ又取
ルベカラサルモノアリ先ツ氏ノ論ハ實際ヨリ來リシカ
或ハ正理ニ基クモノナルカ之ヲ識別セサルヘカラスト陸
軍刑法第十二條ニ曰ク「第八十條第八十一條第八十六條
第八十七條第八十八條第八十九條第九十條第一項第九
十五條第百一十一條第百十二條第百十三條第百十四條第
百十五條第百十六條ニ掲クル所ノ罪ヲ犯ス者ハ軍人ニ
非ラスト雖モ此刑法ニ依テ處斷ス、第百六條第百七條第
百十七條第百十八條第百十九條第百二十條ノ罪ヲ犯サ
シムル者ハ軍人ニ非スト雖モ亦軍人ト同シク論ス」ト又

第十三條ニ「敵前軍中若クハ臨戰合圍ノ地ニ在テ第五十三條第五十四條第五十六條第五十七條第五十八條第五十九條第六十條第六十一條ニ掲ケル所ノ罪ヲ犯ス者ハ軍人ニ非スト雖モ此刑法ニ依テ處斷ス（但書略ス）」トアリ而シテ海軍刑法ニハ其第三條ニ「第九十二條第九十三條第九十八條第九十九條第一百二條第一百四條第一百五條第一百六條第一百七條第一百八條第一百二十七條第一百二十八條第一百二十九條第一百三十條第一百三十一條第一百三十二條ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者ハ軍人ニ非スト雖モ此刑法ニ依テ處斷ス、教唆若クハ幫助シテ第三百三十三條第三百三十四條第三百三十五條ノ罪ヲ犯シタル者ハ軍人ニ非スト雖モ又軍人ト同シク論ス」トアリ依之觀是氏ノ論或ハ實際

上ヨリ來リシカ或ハ理論上ヨリ來リシカ一目ノ下ニ其理論上ヨリ來リシテ判斷シ得ベキナリ請フ筆ヲ進メテ理論上氏ノ説果シ是カ非カ之ヲ論究セン
常人ノ軍律ヲ犯シタルハ軍律ヲ以テ處斷スベキヤ否
ヲ覃究スルニハ豫メ陸海軍刑法ヲ設クルノ精神ヲ述ベサルベカラス夫レ陸海軍ノ盛衰ハ國ノ安危社稷ノ存亡ニ大關係アルカ故ニ苟モ一國ノ獨立ヲ維持セント欲セハ其法ヲ制スルヤ嚴且ツ重ニセヌンハアル可カラサルナリ之レ一舉一動賞罰ヲ嚴明ニスル所以ニシテ蓋軍律ヲ設クルノ主旨全ク茲ニ在リト謂フヘシ請フ眼ヲ軍律ニ放ツテ其所爲ト刑罰トヲ比照セヨ之レヲ普通法ト對比セハ其嚴ナルヲ辨テ要セサルナリ

以上述ヘタルカ如ク陸海軍ノイタル一國休戚ノ繫ル所
 ナレハ之レカ秩序ヲ治ムルノ法モ從テ嚴且ツ重ナラザ
 ルヘカラス而シテ軍人軍屬ナルモノ、之ニ支配セラレ、
 ヤ毫モ疑フベキ所ナント雖モ常人ノ軍律ヲ犯スニ至テ
 ハ少シク論究セリルヘカラス抑人民タルモノ軍律ヲ守
 ルノ義務アリヤ否ヤ其ノ國ノ平和ヲ保チ富強ヲ圖ルノ
 義務アルト同時ニ軍律ノ守ラサルヘカラスハ蓋シ自
 然ノ勢ト云フベキナリ故ニ假令普通法ニアラズト雖モ
 之ヲ遵守スヘキノ義務ナシト云フベカラス若シ夫レ各
 民ノ守ルベキモノハ普通法ノミナリトセハ一國ノ休戚
 モ以テ圖ルニ足ラサルベシ一國ノ獨立モ亦維持スルニ
 足ラザルヘシ豈如斯ノ理アラシヤ故ニ常人ト雖モ軍律

ヲ守ラサルヘカラスハ蓋シ天然ノ大法ニシテ敢テ批
 難ヲ入ル、ノ地ナキモノナリ然ルニ宮城氏ハ常人ニハ
 常法アルカ故ニ軍律ニ從フベキモノニアラズトナスモ
 之レ理論ノ極端ニ走リテ未ダ一國ノ形勢ヲ觀察セザル
 ノ論ナリ夫レ法ナルモノハ一國ノ秩序ヲ維持シ安寧ヲ
 圖ルカ爲ニ設ケシモノニシテ只理論ノ如何ニノミ拘泥
 スルモノニアラズ或ハ風土人情ヲ參酌シ或ハ人智ノ進
 歩ニ鑑ミ國家ノ安寧ヲ保チノ度ニ應ジテ刑罰ヲ加フル
 モノナレハ常人ト雖モ軍律ニ觸ル、其ハ其制裁ヲ受ク
 ベキハ當然ナリ
 或人問テ曰ク軍人軍屬ニシテ常法ヲ犯セシキハ如何ト
 之レ已ニ宮城氏ノ辨明セシ所ニシテ普通刑法ニ於テモ

軍人軍屬ノ常律ニ係ルモノヲ支配センカ爲メニ之レカ
 條文ヲ設ケタリ(第九十六條)曰ク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非常
 律ニ從ヒ處斷シタル者ニ非サレハ再犯ヲ以テ論スルコ
 トヲ得スト之レ當然ノ事ニシテ例令軍人軍屬タリト雖モ
 夫レカ爲メニ普通法ニ從フノ義務消滅セシニ非ラサルナ
 リ之レニ依テ軍律ヲ設ケシノ精神ヲ觀察スルモ軍人軍
 屬ノミチ支配スルニアラサルヲ了知シ得ヘキナリ
 以上述ヘタルカ如ク普通犯トハ普通法ヲ犯スノ罪ニシ
 テ然ラザルモノヲ特別犯ト云フ
 六現行犯非現行犯
 現行犯ニ二種アリ一チ眞現行犯ト云ヒ一チ准現行犯ト

云フ眞現行犯トハ現ニ行ヒ又ハ現ニ行ヒ終リタル際ニ
 發覺シタルモノヲ云ヒ准現行犯トハ眞現行犯ニ准スル
 ノ謂ニシテ其場合三アリ曰ク犯人トシテ一人又ハ數人
 ニ追呼セラル、時曰ク兇器贓物其他犯人ト思料スヘキ
 物件ヲ携帯シタル時曰ク家宅内ニ於テ犯シタル罪ヲ檢
 證スル爲メ又ハ其犯人ト思料スヘキ者ヲ逮捕スル爲メ
 戶主ヨリ官吏ニ其處分ヲ求メタル時之レナリ以上四ケ
 中ニ入ラサル場合ハ之レヲ非現行犯ト云フ而シテ現行犯
 ト非現行犯トノ別ハ犯罪ノ性質ヨリ出ツルニ非スシテ
 罪ヲ犯スノ時ト其ノ發覺ノ時ト密着スルト否トニ因リ
 テ生スルモノナリ然レモ犯罪ノ時間ニ制限アリト云フ
 ニ非ス其罪跡尙ホ顯然タルトハ以テ現行犯ト云フヲ得

ヘシ而シテ發覺トハ官吏ト人民トヲ問ハス現ニ其處分ヲ爲サントスル者ニ發覺スルヲ謂フモノナリ

現行犯非現行犯ノ別ハ偏ヘニ治罪ノ手續上ヨリ來ルモノニシテ之レカ爲メニ刑ノ輕重ヲ左右スルモノニアラス古昔羅馬法ニ於テハ現行犯ヲ重クシ非現行犯ヲ輕クシタリト雖モ之レ全ク正理ノ然ラシムル所ニアラサルナリ故ニ我カ國ノ刑法ハ之レカ爲メニ刑ノ輕重ヲ左右セスト雖モ一ノ例外ナルモノアリ其第二百六十一條ニ曰ク「財物ヲ賭シテ現ニ博奕ヲ爲シタル者ハ云々」ト之レナリ此ノ條文ニヨレハ賭博犯ヲ罰スルニハ現行犯ナラサルヘカラス然レモ現場ニテ逮捕セサレハ其罪ヲ問フ能ハザルニ非ズ只モ現場ヲ目撃スルヲ以テ足レリトス

上ニ論スルカ如ク刑法上現行非現行ニヨリ刑ニ差等ヲ設クルノ理アラザルモ治罪ノ手續ニ至テハ全ク之ヲ區別セサルヘカラス

現行非現行ノ區別ニヨリ治罪ノ手續ヲ異ニスルモ事治罪法ニ屬スルカ故ニ詳細ノ議論ハ他日ニ譲リ左ニ其重モナル異點ヲ掲ケテ手續上區別アルヲ示サン

豫審判事、檢事、司法警察官及ヒ巡查、憲兵ハ其職務ヲ行フニ當リテ重罪輕罪ノ現行犯アルヲ知リタルモハ令狀又ハ令命ヲ待タスシテ被告人ヲ逮捕スルヲ得然レニ違警罪ノ現行犯ハ性質上逮捕スル能ハサルモノナルヲ以テ氏名及ヒ住所ヲ問ヒ違警罪裁判所檢察官ニ告發スヘキナリ但シ逃走ノ恐レアルカ或ハ氏名住所ノ分明ナ

ラサルルハ引致スルヲ得ヘシ(警察署ニ於テ違警罪ノ被
告人ハ警察署ニ告發スルカ或ハ引致ス)又豫審判事、檢事
現行犯アルヲ知リタルハ直チニ豫審ヲ行ヒ、司法警
察官之ヲ知リタルハ固ト捜査ヲ爲スノ權アルニ過キ
サルモノナルモ急速ヲ要スルハ治罪法第二百五條ノ
檢事ニ許シタル職務ヲ行フヲ得ベク又同條但書ニ於テ
司法警察官ニ令狀ヲ發スルヲ禁シタルモ明治十四年
第四十六號布告ニ依リ當分ノ内現行犯ノ場合ニ限り之
ヲ爲スヲ得ベキナリ又常人ニ於テハ此場合ニ當リ犯者
ノ何人タルヲ問ハズ逮捕シテ豫審判事、檢事、又ハ司法警
察官、巡查、憲兵ニ引致スルヲ得ベキナリ
以上述ベタルカ如ク現行犯ノ場合ニ於テハ通常許サシ

ル所ノ所爲モ之ヲ行フヲ禁セザルハ大ニ理由ノアルア
リ何ソヤ夫レ現行犯ナルモノハ其罪證顯然一目其犯人
タルヲ認ムルヲ得ベキモノナレハ敢テ無辜ヲ辜スルノ
憂ナク又冤枉ノ懼ナケレハナリ加之若シ急速ニ其處分
ヲ爲サ、レハ或ハ犯人ヲ逃走セシメ或ハ證據ヲ漂滅ス
ル等ノ患アリ之レ理論上又實際上此區別ヲ要スル所以
ナリ
以下本犯ノ性質ニ付少シク宮城氏ノ持論ヲ非難スル處
アラントス
宮城氏現行犯ノ性質ヲ論ノ曰ク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レハ其所爲ヲ現ニ行
フ所ノモノニシテ既ニ行ヒ終リタル時ハ之ヲ現行犯ト

云フ可カラス況ヤ彼ノ准現行犯ノ如キニ於テヤ刑法
 第三百十四條ニ身体生命ヲ正當ニ防衛シ已ムヲ得サ
 ルニ出テ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ自己ノ爲メニ他人
 ノ爲ニスルヲ分ダ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チニ怒ヲ發シ暴行人
 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
 犯タルニ限ルモノニシテ若シ現行犯ナラサルキハ此
 罪ヲ論セス若シハ宥恕ヲ爲ストヲ得サルナリ然シテ此
 現行タルヤ必理論ノ正面ヨリスル眞ノ現行犯タルヲ

要ス「ト非ナリ請フ其所以ヲ論セン

現行犯罪ヲ佛語ニ「フラグラント」云フ「フラグラント」
 ハ現行ノ「フ」ニシテ羅甸ノ「フラグラント」ヨリ出ツ「フラグ
 ランス」ハ「フラグラレ」ヨリ出ツ「フラグラレ」ハ燃ユルノ義
 ニシテ「フラグラント」ハ燃テアルト云フ義ナリ學者之ヲ
 解シテ現ニ行ヒ又ハ現ニ行ヒ了ハル罪ト云ヘリ之レ正
 當ノ解釋ニシテ余ノ深ク信ズル所ナリ然ルニ宮城氏ハ
 之レト反シ現行犯ヲ理論ノ正面ヨリ云ヘハ現ニ行フ所
 ノモノ、ミ(フラグラレ)ナリト云フモ蓋シ誤テリ例ヘハ
 茲ニ殺人アリ一室ニ入りテ人ヲ殺シ事正ニ終レリ然レ
 用尙ホ未タ其室ヲ去ラズ刀血淋漓トシテ罪跡灼然疑フ
 ハカヲサルノ場合ニ於テ理論上現行犯ト云フヲ得ザル

此の如くは、現行犯の成立に必要とする要件を、本件に適用するに当たって、如何に判断すべきか、を論ずる。

二百四

カ又茲ニ盜犯アリ一ノ倉庫ニ入り器物ヲ手ニシ將ニ去ラントス人アリ之ヲ認ム未ダ以テ理論上現行犯ト云フヲ得ザルカ嗚呼宮城氏ノ誤リモ又甚シキニ非ズヤ苟モ事炳乎トシテ罪跡已ニ備ハリ又タ疑ノ容ルベキナクンハ皆ナ目シテ現行犯ト云フヲ得ベキナリ然レモ氏ノ准現行犯ヲ正理上現行犯ト云フヲ得ズトノ議論ハ實ニ予ノ服スル所ナリ

又氏ハ刑法第三百十四條第三百九條第三百十一條ヲ目シテ理論上正面ニ當タル現行犯ニ非レハ宥恕不問ニ付スルヲ得ズト云ヘリ之レ一理アルカ如シト雖モ深ク考察スレハ又一概ニ然ク論下スルヲ得ザルベシ請フ例ヲ舉ケテ其所以ヲ辨セン

茲ニ姦夫姦婦アリ本夫ノ不在ナルニ乘シ犯姦ノ後本夫歸宅シテ偶然此室ニ來リタルニ姦夫尙ホ袵中ニアリテ姦婦ハ其ノ尊傍ニ座セリ本夫之レヲ見テ忽チ怒氣念頭ニ溢レ事ノ是非ヲ問フニ暇アラス直チニ姦夫姦婦ヲ殺傷セリ以テ現行犯ト云フヲ得ザルカ以テ三百十一條ノ宥恕ヲ與フルヲ得ザルカ氏請フ條文ヲ一讀セヨ同條ニ本夫其妻ノ姦通ヲ覺知シ姦所ニ於テ直チニ姦夫又ハ姦婦ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ス云々ト謂ハスヤ又茲ニ人アリ余ノ身體ニ對シテ甚シキ暴行ヲ加ヘタリ例ヘハ棍棒ヲ以テ余ガ頭足ヲ擊打シ遂ニ足ヲ擧ケテ余ガ頭上ヲ蹂躪セリ余始メ百方之ヲ忍ブト雖モ足ヲ以テ頭ニ加ヘラル、ニ及テヤ事已ニ終リ又暴行ヲ加フルニ

至ラサリシト雖怒氣止ムル能ハズ終ニ現場ニ於テ暴行人ヲ殺傷シタリ以テ宥恕スルヲ得サルカ豈如斯ノ理アラシヤ

然ルニ人アリ問テ曰ク然ラハ正當防衛ノ如キ如何ト曰ク此點ニ付テハ宮城氏ト同説ニシテ現ニ行ヒ居ルニ限ラザルヘカラズ何トナレハ行ヒ終リタル際ニ暴行人ヲ殺傷スルハ正當防衛ト云フヲ得ザレハナリ其詳細ノ議論ニ至テハ他日其所ヲ得テ之ヲ辨ゼン

前ニ述ベタル准現行犯ノ外ニ尙ホ一ノ准現行犯アリ明治十四年第四十六號布告ニ曰ク「治罪法第一百一條ニ准現行犯ノ場合列記有之候處其舉動犯人ト思料ス可キ者アルキハ當分ノ内現行犯ニ准シ處分スルヲ得」ト即之

レナリ或人之レカ解釋ヲ下シテ曰ク准現行犯トハ始メニ罪ヲ犯シタルモノニシテ一日二日ヲ經サルヘカラサルハ固ヨリ論ナク法律ニ指定セル證據明確ナル場合ナルニ於テハ皆直チニ逮捕ノ處分ヲ爲スヲ得ヘキナリト非ナリ或者ノ説ニヨレハ准現行犯ニハ三ヶノ要件アルカ如シ曰ク先キニ罪ヲ犯シタルモノナラサルヘカラス曰ク罪ヲ犯セシ時ト日數ノ隔テアラサルヘカラス曰ク法律ニ指定セル證據明確ナラサルヘカラスト之レナリ請フ順次ニ之ヲ辨ゼン

第一先キニ罪ヲ犯シタル者ナラサルヘカラスト誤テリ
第一ノ准現行犯ナラン乎犯人トシテ一人又ハ數人ニ追呼セラル、コアラハ其逃走スル者ハ犯人ナルベシトノ

推測ヲ惹起スルニハ充分ナリト雖モ未ダ罪ヲ犯シタリト云フヘカラス例ヘハ常人ヲ犯人ナリト誤認シ追呼スルヲモアルヘケレハナリ第二ノ准現行犯ナラン乎兇器贓物等ヲ携帯スルモ其ノ人果シテ得タルモノナルカ或ハ犯者ヨリ贓物タルヲ知ラスシテ買ヒ求メタルカ未ダ知ルヘカラス又兇器ヲ携帯スルモ其人果シテ人ヲ殺害セシカ或ハ獸畜ヲ殺傷セシカ或ハ正當防衛ノ爲ニ之ヲ携帯セシカ未ダ一目シテ其ノ犯者タルヲ斷言スルヲ得サルヘシ之レヲ第三ノ准現行犯ニ用ヒン乎家宅内ニ於テ犯シタル罪ヲ檢證スル爲メ又ハ其犯人ト思料ス可キ者ヲ逮捕スル爲メ戸主ヨリ官吏ニ其處分ヲ求ムルモ其ノ人果シテ其罪ヲ犯セシモノナルカ或ハ誣告ニ

出シモノナルカ未ダ判明スルヲ得サルナリ然ラハ之レヲ第四ノ准現行犯ニ用ヒン乎舉動犯人ト思料ス可キトハ其ノふるまひ犯人ナラント思料スルキノ謂ニ(附言)現行犯ニ深ク拘泥スルニ於テハ遂ニ天下人トシテ實際ニ活用ニ注意セサルヘカラス其ノ先キニ罪ヲ犯シタルト否トハ敢テ問ハザルナリ

以上述ヘタル所ニヨレハ第一ノ要件ハ全ク無用ニ屬スベキナリ故ニ之ヲ改メテ先キニ罪ヲ犯シタリト思料スルニ足ルベキ事ト爲サハ蓋シ誤ル所ナカルヘシ第二罪ヲ犯セシキト日數ノ隔アラサルベカラズト之レ又前論ヨリ推究スレハ其ノ不當ナル別ニ辨テ要セザルベシ何トナレハ我法律ノ認ムル處准現行犯ハ必ス罪ヲ

犯セシキト斷言スルヲ得ザレハナリ
 第三法律ニ指定セル證據明確ナラザルヘカラスト之レ
 余モ亦自ラ信スル所アリ何トナレハ第一ノ場合ニ於テ
 一人又ハ數人ノ追呼セズ第二ノ場合ニ於テ兇器贓物其
 他犯人ト思料スヘキ物件ヲ携帶セス第三ノ場合ニ於テ
 戶主ヨリ官吏ニ處分ヲ求メサルキ第四ノ場合ニテ舉動
 平常ノ人ト同一ナルキノ如キハ皆ナ現行犯人ナリトノ
 推測起ラサレハナリ
 以上述べタルカ如ク現行犯ニハ眞現行犯ト准現行犯ト
 ノ二種アリ而シテ准現行犯ヲ類別ノ四種トセリ此ノ他ハ
 悉ク非現行犯ト云フベキモノニシテ其手續モ又通常ノ
 法ニ從フヘキナリ

七單一犯 慣行犯一ニ集成犯ト云フ
 ○單一犯トハ一回之ヲ犯セハ罪トナルモノニシテ一二
 ヲ除クノ外皆之レナリ慣行犯トハ反之一回ニシテ其罪
 成立セス平常同所爲ヲ行ヒ始メテ罪トナルモノヲ云フ
 佛國ニ在テハ慣行犯ト稱スヘキモノ數多アリ例ヘハ兇
 徒ナルヲ知テ故ニ家屋隱匿ノ地及ヒ聚會所ヲ貸與スル
 ノ罪(佛一刑)乞巧ノ罪(佛七刑三)浪遊ノ罪(佛七刑二六九)ノ如キ
 之レナリ今日本ニ於テハ慣行犯ト稱スベキモノ甚ダ稀
 レニシテ僅々一二ニ過キズ而シテ諸學士ノ說此ノ一二
 ノ間ニ決定セザルモノアリ以下二三ノ說ヲ掲ケテ其當
 否ヲ辨セン
 宮城氏曰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シ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コトナシ故ニ
假令二個以上ナルモ初犯已ニ期滿免除トナリタルモハ
罪トナラサルナリ

井上氏曰ク我刑法ニ於テハ慣行犯罪ハ僅ニ一アルノミ
第二百五十六條私ニ醫業ヲ爲スノ罪是ナリ法章ノミコ
テハ慣行犯罪タルノ意分明ナラサルカ如クナレモ業ノ
字ハ茲ニテハ事業ノ業ニアラスシテ産業ノ業ナリ故ニ
醫術ヲ以テ生計ト爲スノ意ニシテ而シテ偶然一回醫術

ヲ行ヒタルモノチイフニハアラサルナリ又佛文原稿第
二百八十九條ニハ慣習トシテ(あひち^ちえるまん)醫術ヲ行
ヒタル者トアリ然レハ立法者ノ意ニ於テ之ヲ慣行犯罪
トセラレシコトハ明ナルヘシ

堀田氏曰集合犯ト稱スルモノハ即時犯ノ集合シタルモ
ノナレハ之ヲ以テ一ノ區別トセス

高木氏曰シ常行犯ハ余ノ一見スル所ニ據レハ私ニ醫業
ヲ爲スノ罪(第三百五十六條)定リタル住居ナシ平生營生
ノ産業ナクシテ諸方ニ徘徊スル者(第四百二十五條第十
二項)身体ニ刺文ヲ爲シ及ヒ之ヲ業トスル者(第四百二十
八條第九項)アル而已トス

以上掲ケタル處ニ依テ之ヲ見レハ未ダ信服スル能ハサ

ルモノアリ乞フ順次ニ之ヲ駁セン
 宮城氏ハ第四百二十九條第十一項ニアル罪ヲ以テ集合
 犯則チ慣行犯ナリト云ヘリ其理由ニ曰ク一回放歌高聲
 ナ發スルモ罪トナルニ非スト之レ誤テリ何トナレハ一
 回ニシテ尙ホ能ク罪トナルコトアリ例ハ放歌ノ半ハ一
 至リ公力者之ヲ止ムルモ肯セズ遂ニ連續ノ唱ヘ終リダ
 ル由ノ如キ之レナリ今假リニ一步ヲ讓リテ宮城氏ノ説
 ニ從ハンカ慣行犯ト稱スヘキモノ一ニシテ足ラサルヘ
 シ第四百二十七條ニ制止ヲ肯セズシテ人ノ群集シタル
 場所ニ車馬ヲ牽キタル罪第四百二十八條七制止ヲ肯セ
 ズシテ路傍ニ食物其他ノ商品ヲ羅列シタル罪第四百二
 十九條六官署ノ督促ヲ受ケテ道路ノ掃除ヲ爲サ、ル罪

同條七制止ヲ肯セズシテ路上ニ遊戯ヲ爲シ行人ノ妨害
 ナ爲シタル罪ノ如キ同氏ノ集合犯ナリトシテ掲ケル所
 ト異ナル所ナケレハナリ然ルニ同氏ハ慣行犯ハ僅ニ一
 アルノミト明言セリ豈ニ誤レルノ甚シキニ非ズヤ抑慣
 行犯トハ僅々二三回ヲ以テ争フベキモノニアラズ其所
 爲平常爲ス所謂慣習ナラザルベカラザルナリ故ニ數
 分時間ヲ以テ争フベカラズ
 井上氏ハ第二百五十六條ニアル私ニ醫業ヲ爲スノ罪ヲ
 以テ慣行犯トシ佛文草案ヲ引テ之ヲ解セラレタルモ未
 タ穩當ノ解ニ非ズト信ズ余ハ之ヲ駁スルニ當リ二段ニ
 分テ論述セント欲ス
 第一段正條ヨリ探究ス 第二百五十六條ニ曰ク官許ヲ

得ズシテ醫業ヲ爲シタル者ハ十圓以上百圓以下ノ罰金ニ處スト此罪ノ慣行犯タルヤ否ヤヲ探究セント欲セハ須ラク醫業ノ二字ニ注目セサルベカラズ井上氏ハ此醫業ノ業ヲ解シテ産業ノ業ナリト云ヘリ蓋シ穩當ナリト云フベシ而シテ産業トハ如何ナルヲ云フヤ蓋シ依テ以テ生計ヲ營ムモノナラサルヘカラズ故ニ懇親上診察ヲ爲シ藥劑ヲ與フルカ如キアルモ以テ該條ノ罪アリト云フヲ得サルヘシ夫レ然リ故ニ此點ヨリ見レハ本條ハ慣行犯ナルカ如シト雖モ退テ之ヲ熟考スレハ大ニ然ラザルモノアリ何トナレハ外見上醫業ト稱スルヲ得ルモノナラハ平常之ヲ行ハザルモ亦罪トナルモノナレハナリ之レヲ極端ヨリ論スレハ一回モ患者ヲ診察セズト雖

モ公然醫業ヲ營ムノ證アラハ又該條ノ制裁ヲ受ケザルベカラズ

以上論述セル所ニ依テ之ヲ見レハ該條ノ罪モ純然タル單一犯ニシテ慣行犯ト云フベカラザルナリ第二段正理上ヨリ探究ス氏ノ私カニ醫業ヲ爲ス罪ヲ慣行犯トセシハ偏ヘニ佛文草案ヲ根據トセルモノナリ而シテ又刑法第四百二十八條第九ヲ以テ慣行犯トセサルモノモ佛文草案ニ據リシモノナラノ何トナレハ第二百五十六條ト第四百二十八條第九トハ共ニ全一ノ文字即チ業ノ字ヲ用ヒタルモ一ヲ目シテ單一犯トシ一ヲ目シテ慣行犯ト云フハ佛文草案ニ慣習ノ字アルト否トニヨリシナレハナリ今余ハ左ニ草案ヲ掲ケテ充分ニ辯駁

スル所アラントス
 草案第二百八十九條ニ曰ク「官許ヲ得ス慣習トシテ醫
 術ヲ行ヒタル者ハ其謝料ヲ受クルト否トヲ分タス十一
 日以上二月以下ノ輕禁錮ニ處シ又ハ五圓以上五十圓以
 下ノ罰金ニ處ス」ト此法文ヨリ論下スレハ慣行犯タルヤ
 爭フベカラズト雖モ此條文ノ廢消ニ屬セシモノニアラ
 ズト云フベカラズ故ニ之ヲ論究スルニハ須ラク立法者
 ノ地位ニ立テ正理上之ヲ判斷セサルベカラズ
 第二百五十六條ハ健康ヲ害スル罪ノ節ナリ而シテ私カニ
 醫術ヲ行フノ罪ハ健康ヲ害スルノ恐アルカ故ニ定メタ
 ルモノニシテ一回之ヲ行フモ當然醫師タルノ名稱ナキ
 モノナラハ其健康ヲ害セサルナキヤ保スヘカラズ之レ

正理上慣行犯トナシ能ハサル所以ナリ然ルニ草案ニ於
 テ「慣習トシテ」云々ノ字句ヲ加ヘタレハ審査ノ際此理由
 ニ依テ刪除セシナランカ故ニ正理上亦慣行犯ト云フ能
 ハサルヤ明ナリト云フベシ
 以上述べタル所ニ依テ之ヲ見レハ條文上理論上共ニ慣
 行犯ト云フヘカラザルハ一目ノ下ニ了解シ得ベキナリ」
 堀田氏ハ集合犯トハ即時犯ノ集合セシモノナリト云ヘ
 リ之大ナル誤ナリ即時犯ノ集合体ナラハ或ハ數罪俱發
 トナルベシ或ハ連續犯トモ稱スヘキナリ慣行犯トハ決
 ノ如斯モノニアラズ一ニ同處爲テ行フモ犯罪組成ノ
 原索トハ云フベケレモ未ダ罪アリト明言スルヲ得ザル
 モノナリ故ニ苟モ本問題ノ罪ナリト斷言スルニハ其所

爲平常所謂慣習トシテ行フモノナラザルベカラズ
高木氏ハ慣行犯ト稱スベキモノ三種アリト明言セリ而
ソ第一ノ私カニ醫業ヲ爲ス罪ノ慣行犯タラザル所以ハ
前段既ニ之ヲ述ベタレハ又復說ノ勞ヲトラズ第三ノ身
体ニ刺文ヲ爲スヲ業トスル罪モ前論ヨリ之ヲ推考スレ
ハ其非ナルヤ又明瞭ナリト云フベキナリ

同氏第二ノ罪ヲ慣行犯トセラレシハ實ニ余ノ持論ト符
合セルモノニ一照ノ批難ヲ下スベカラズト信ズルナ
リ夫レ慣行犯トハ一回ニシテ未ダ罪トナラザルモノナ
レハ之ヲ定ムルハ宜シク明瞭ナル字句ヲ用ヒザルベカ
ラズ而ソ立法者ノ明且ツ瞭ニ定メタルハ實ニ第四百二
十五條ニ一アル而已即チ同條第十二ニ曰ク「定リタル住

居ナク平常營生ノ産業ナクシテ諸方ニ徘徊スル者」ト此
罪ニ付テハ平常ノ二字ニ注意セザルベカラズ假令一二
回住居ヲ失ヒ諸方ヲ徘徊スルモ未ダ此罪ノ成立スルモ
ノニアラザルナリ我國ニ於テハ此項ヲ除キ他ニ慣行犯
ト稱スベキモノアルナシ
慣行犯ト單一犯トノ區別ノ利益ハ第一慣行犯ハ平常之
ヲ爲スニ非レハ罪成立セザルモ單一犯ハ一回ニシテ其
罪成立スルモノトス第二慣行犯ノ期滿免除ハ最終ノ日
ヨリ起算スベキモ單一犯ハ然ラス
ハ連絡犯不連絡犯

連絡犯ヲ佛語「テリ」ト云ヒ不連絡犯
ヲ「テリ」ト云フ而シテ「テリ」ト云フ而シテ「テリ」ト云フ

テ「ト」ハ連絡スルノ義ニシテ附帯ノ謂ヒニ非ザレハ
余ハ附帯犯非附帯犯ノ名稱ヲ用ヒザルナリ

○連絡犯トハ一人又ハ數人ニテ數罪ヲ犯シ其數罪連絡
スルモノヲ云ヒ然ラザルモノ之ヲ不連絡犯ト云フ而シ
テ連絡犯ノ解釋ニ至テハ治罪法第三十九條ニ定メタリ
該條ニ曰ク

- 左ノ場合ニ於テハ附帯ノ犯罪ナリトス
- 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

免カル、爲メ他ノ罪ヲ犯シタル也

此條文ニヨレハ附帯犯即チ連絡犯タルニハ三個中ノ一
ナラザルヘカラザルカ如クナルモ蓋シ然ルニ非ズ該條
ハ其例ヲ示シタルモノニシテ尙ホ其他數罪ノ牽連スル
モノアラハ皆連絡犯ト云フヲ得ベキモノナリ今該條三
個ノ場合ニ付テ之カ解釋ヲ下サン

第一 同一ノ場所ニ於テ同時ニ一人又ハ數人ニテ數罪ヲ
犯シタルトハ例ヘハ一人ニテ人家ヲ侵シ物品ヲ窃取
シ併セテ婦女ヲ強姦シタルトハ如キ或ハ甲ハ乙家ニ放
火シ丙ハ乙ヲ毆打シ丁ハ甲ヲ毆打スルカ如キ之レナリ
而シテ本項ハ敢テ謀議スルヲ要セス偶然同場ニ會シ數罪
ヲ犯シタルヲ以テ足レリトス

第二ハ日時場所ヲ異ニシテ數罪ヲ犯シタル場合ナリ例
 令ハ甲乙丙通謀シ甲ハ東京ニ於テ乙ハ横濱ニ於テ共ニ
 強窃盜ヲ爲シ丙ハ西京ニアリテ盜品ヲ故買スルカ如キ
 又甲乙丙通謀シテ東京大坂長崎ニ於テ同時ニ放火シタ
 ルニ如キ之レナリ此場合ニ於テハ日時場所ノ同一ナ
 ルニ非ズシテ數人通謀シタルカ故ニ連絡ノ犯罪トナル
 ナリ

第三ハ自己ト他人ナルトチ問ハズ罪ヲ犯スニ容易ナル
 カ爲又罪ヲ犯シテ其罪ヲ免ル、爲メ他ノ罪ヲ犯シタル
 場合ナリ例ハ窃盜ヲ犯サント欲シテ看守人ヲ殺傷シ
 又ハ甲ノ竊盜ヲ補助センカ爲メ刀ヲ盜テ甲ニ與フルノ
 類ノ如キ又ハ竊盜ヲ犯シテ之ヲ免レンカ爲メ其家屋ニ

放火シ又ハ甲、人ヲ謀殺シテ巡查ノ追フ所トナル乙之ヲ
 見テ巡查ヲ毆打シタルニ如キ之レナリ此場合ニ於テ
 ハ日時場所ヲ全フスルニ非ズ又數人通謀スルニ非サル
 モ罪ト罪トノ密接ナル關係アルモノナレハ連絡犯ト稱
 スルナリ

以上連絡犯ノ場合ニ付テ解釋ヲ下シタルモ猶之ヲ詳明
 センカ爲メ左ニ其表ヲ掲ケテ讀者ニ便セン

一罪ハ一罪ノ原因タル時

犯者ノ意思ヲ以テ原因タラシメタル時
 一罪ハ口罪ノ豫備ノ爲メニ犯シタル時
 一罪ハ口罪ヲ犯スニ便利ナル爲メ之ヲ犯シタル時
 一罪ハ口罪ノ利益ヲ保護スル爲メ犯シタル時
 一罪ハ口罪ノ刑罰ヲ免レンカ爲メ之ヲ犯シタル時

一罪ト一罪トノ原因同一ナル時

一罪ト一罪トチ同時ニ同一ノ場所ニ於テ犯シタル時

茲ニ注意スヘキ事ニアリ第一ハ數人共犯ト連絡犯トノ區別ナリ一目スレハ數人共犯ハ連絡犯ニシテ連絡犯ハ數人共犯ノ如シト雖モ決テ然ラズ抑モ數人共犯トハ數人ニシテ一罪ヲ犯シタル時ニシテ犯者ノ相連絡シタル者ナリ連絡犯トハ犯者ノ連絡シタルモノニ非ズシテ犯罪ノ連絡シタル者ナリ故ニ數人共犯ハ人ノ連絡ニシテ連絡犯ハ罪ノ連絡ト云フヘキモソナリ第二ニ注意スヘキハ連絡犯ト數罪俱發トノ區別ナリ數罪俱發トハ一人ニテ數罪ヲ犯シ其罪ノ俱發シタル者ヲ云ヒ連絡犯トハ一人又ハ數人ニテ數罪ヲ犯シタル者ヲ云フ故ニ數罪俱發ハ一人ノ場合ニシテ連絡犯ハ一人又ハ二人ニテ數罪ヲ犯シタル場合ナリ

連絡犯ト不連絡犯トチ區別スルノ利益ハ連絡犯ハ檢察官ノ起訴ナキ時ト雖モ裁判官辨論中ニ發見シタル時ハ之ヲ裁判スルヲ得レモ不連絡犯ハ然ラス(治第二百七十六條參看)

○以上既ニ罪ノ種別ヲ分テ八種トナシ之レカ解釋ヲ終リタルハ以下各國ノ刑法中參照スヘキモノヲ掲ケテ本條ノ局ヲ結ハシ

參照スヘキ法條

○草案第一條 法律ニ因テ罰ス可キ所爲欠爲テ罪トス
罪ハ三等ニ區別ス

重罪
輕罪

違警罪

一等ノ罪ハ第十二條ニ擧クル刑ノ一ニ因テ罰スルモノナリ
 二等ノ罪ハ第十三條ニ擧クル刑ノ一ニ因テ罰スルモノナリ
 三等ノ罪ハ第十四條ニ擧クル刑ノ一ニ因テ罰スルモノナリ

○佛蘭西刑法第一條 法律ニ於テ取締リノ刑ヲ以テ罰スル罪ハ違警罪ナリ

法律ニ於テ懲治ノ刑ヲ以テ罰スル罪ハ輕罪ナリ

法律ニ於テ施体又ハ加辱ノ刑ヲ以テ罰スル罪ハ重罪ナリ

○獨逸刑法第一條 死刑徒刑或ハ五年以上ノ監禁ニ處ス可キ罪ヲ重罪ト云フ

五年以下ノ監禁或ハ禁獄或ハ五十「タール」以下ノ罰金ニ處ス可キ罪ヲ輕罪ト云フ

拘留或ハ五十「タール」以下ノ罰金ニ處ス可キ罪ヲ違警罪ト云フ

○埃及刑法第一條 法律上ニテ罰スル所ノ犯罪ニ三種アリ

第一 重罪

第二 輕罪

第三 註談

○伊太利刑法第一條 法律ニテ重罪ノ刑ヲ用ヒ罰スル

罪ヲ重罪トシ法律ニテ懲治ノ刑ヲ用ヒ罰スル罪ヲ輕罪トシ違警罪ノ刑ヲ用ヒ罰スル罪ヲ違警罪トス

○白耳義刑法第一條 凡重罪律ヲ以テ論ス可キ者ハ皆重罪トス

輕罪律ヲ以テ論ス可キ者ハ皆輕罪トス
違警罪律ヲ以テ論ス可キ者ハ皆違警罪トス

第二條

法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖モ罰スルヲ得

本條ノ解

○レヨロゾ、アドルフ、フォースクン、モリーノ二氏曰ク「凡

ソ法律ハ周ク人ノ知レリト看做ス日ヨリ後ニ非サレハ之ヲ施行スヘカラサルヲ以テ原則トス此原則ヨリシテ如何ナル所爲ト雖モ其所爲以前ニ法律ニ記載セサリシ刑ニ依テ罰ス可カラサルノ要領ヲ生シ此要領ヨリシテ再ヒ二事ヲ現出ス曰ク如何ニ擯斥ス可キ所爲ト雖モ其當時法律ニ禁令ノ明文無キ者ハ之ヲ重、輕、違警罪トナスヲ得ザルコト曰ク法律ノ明文ニ依ルニ非レハ如何ナル刑モ之ヲ適施スルヲ得サルコト之レナリ然リ而シテ本條ハ實ニ此大原則ヲ定メタルモノナレハ金科玉條ト明言シ得ベキモノナリ然ルニ宮城氏ハ本條ヲ目シテ無要ノ事ヲ記載スルモノナリト言ヘリ余ハ先ツ之レヲ駁シテ本條ノ必要ナルヲ讀者ニ告ケ而シテ後チ其詳細ナル析

義ヲ與ヘン

宮城氏ノ説ヲ駁ス

○宮城氏曰ク諸君ヨ我第二條ノ千歳不易ノ法則タルコト
 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コトヲ發
 見スヘシ本來吾人ノ罪ト稱スル者ハ成文法ノ有無ニ因
 テ其有無ヲ爲サミ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り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
 テ某々ノ刑ニ處スト論定シテ而シテ後ヲ罪ト刑トノ存

スルモノナリ倍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コトヲ得若シ此刑ト罪トナカラ
 ノ歟裁判官ハ假令ヒ罪ト認メ得ルノ所爲ヲ認メタリト
 雖モ果シテ何ノ刑ヲ以テ之ヲ擬セントスルヤ然ルニ猶
 ホ裁判官ヲ檢束スルニ法律ニ正條ナキモノハ罰スルコ
 トヲ得サルノ制ヲ以テス是レ畢竟爲スコトヲ得サルノ事ヲ
 禁シタルニ過キササルナリ諸君ヨ我輩ハ決シテ泰山ヲ挾
 テ北海ヲ踰ルノ決シテ爲シ能ハサルコトヲ知ル、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
 ヲリ其言ノ至當ナルニ服スト雖モ亦其言ノ要ナキコトヲ
 知ルニ非スヤ諸君ヨ余ハ此例ノ甚々奇怪ナルヲ知ラサ
 ルニ非レヒ其法律ニ正條ナキ者ハ罰スルコトヲ得スト云

テ能ハサルコトヲ禁シタルニ至リテハ其理一ナリトス云々ト
 嗚呼氏ノ誤ル又甚シカラズヤ若シ夫レ立法者ニシテ氏
 ノ説ニ從ハシカ馬シテ能ク完全ノ法ヲ奏スルヲ得ンヤ
 凡ソ法律ニシテ其完全ナルヲ期セント欲セハ須ク國民
 ノ解シ易キヲ務メザルヘカラズ若シ夫レ國民ニシテ悉
 ク法ニ明ニ理ニ敏ナルモノナランニハ敢テ解シ易キヲ
 求メザルモ可ナリト雖モ天下未ダ如斯ノ國アルヲ聞カ
 ス概シテ國民昧且鈍ナリ而ルニ法學者ニ責ムベキノ言
 ヲ以テ此輩國民ニ試マハ法ソレ宜シキヲ得タリト謂フ
 可キカ蓋シ完全ノ法ハ加此モノニアラス故ニ正理上當
 然ノコトニシテ敢テ法ニ明ニスルヲ要セザルモノアラシ

モ國民ヲシテ全一ニ之ヲ了知セシムルヲ務メザルベカ
 ラズ第三條ノ如キハ則チ然リ該條ハ氏ノ謂ヘルカ如ク
 正理上然カラザルベカラザルモノナリト雖モ明條ヲ掲
 ケシテ目シテ直チニ不可ナリト云フベカラズ何トナレ
 ハ法律上明カニ罰則ヲ定メザレハ如何ナル惡事ト雖モ
 之ヲ罪トシ罰セザルコトヲ衆人ニ示サシムハ此條ナクシ
 ハ或ハ疑ヲ起サシムルモノナシト云フベカラザレハナ
 リ然ラハ何チ苦シテカ成文法中ヨリ此條ヲ刪除スルヲ
 要センヤ假令好シ一步チ氏ノ説ニ讓リ本條ヲ刪除セン
 トスルモ事茲ニ至テハ刪除スヘキモノ二三ニ止マラス
 即チ第三條、第七十五條、第七十七條ノ如キ是レナリ是等
 ノ條項固ヨリ正理上必然ノコトナリト雖モ之ヲ無要トシ

テ刪除セハ或ハ刑ヲ既往ニ及ホシ(之レ本條ノ交面ニ付テノ説)或ハ無意ノ所業ヲ罰スルニ至リ其弊實ニ云フベカラザルモノアルニ至ラン願ミテ佛民法ニ就テ質スルモ該法亦當然ノ一ヲ記スル者アリ即チ第六條、第八條、第一千百八條、第一千五百八十二條ノ如シ其他此適例タル數百ヲ以テ數スヘシ故ニ余一々之ヲ詳明セス蓋シ支葉ニ涉ルチ恐レテナリ唯其二三ヲ示シテ他ハ讀者ノ判斷ニ委チントス氏ハ私シノ合意ヲ以テ公ケノ秩序及ヒ善良ノ風儀ニ關スル法律ニ違背スヘカラサルハ法律ヲ竣テ始メテ然リトスル乎又佛蘭西人ニシテ其國ノ民權ヲ享有スルハ正理上必然ノコトニ非ズトスルカ又合意ヲ有効トスルニハ承諾ノ必要ナルヲ法ニ規定セサレハ正理上解

スル能ハザルモノトスル乎又賣買トハ物ヲ引渡ストト之レカ代價ヲ拂フトトハ明條ヲ待テ始メテ知リタリトスル乎天下豈此理ヲ辨セサルモノアラシヤ此理ニシテ明ナルモ猶ホ佛律ニ正條ヲ要ストセハ法律上法理學部内ニ止マル事ヲ記スルヲ以テ不當ナリト云フチ得ス況ンヤ之ヲ刪除スレハ弊害ノ生スルアルニ於テオヤ之レ余ガ氏ノ説ヲ目シテ誤謬ナリト斷言スル所以ナリ唯ニ誤謬ナルノミナラズ大ニ前後矛盾スル所アリ氏刑法ノ管スル區域ヲ説ケル文中ニ曰ク「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内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ヲ尤モ緊要ナリ而シテ第一第二ハ第二條第三條ニ確定セリ云々ト然ルニ本條ニ至テ説ヲ爲シテ曰ク法理學部内ニ屬スルモノハ成文法ニ記載スベキモノニアラズト此説ニ從ヒ之ヲ删除セン乎同シク氏ノ説ニシテ前後矛盾スル所アリ何トナレハ氏ハ刑法上右四ヶノ事ヲ規定セザルヘカラスト云ヒ第二條ヲ以テ其一ニ置キタレハナリ一方ニ向テハ必要規定セザルヘカラズト云ヒ一方ニ向テハ不用删除スベシト云フ畢竟前後矛盾ノ譏ヲ免レス

以上既ニ本條ノ必要ナル所以ヲ述ベタレハ以下進ンテ法理上本條ノ解ニ入ラン

法理上ノ解釋

○本條ハ新法頒布中最モ重モナル改正ニシテ實ニ苛チ去リ寛ニ就キ虐チ捨テ善ニ移リシトモ云フベキナリ試ミニ思ヘ往昔未タ法律ノ何タルヲ解ヒズ正理ノ如何ヲ辨セサル時ノ如キハ復讐ヲ以テ其主義トナセシカ故ニ正條ノ有無ヲ問ハズ判官猥リニ之ヲ判斷セシチ以テ各民其堵ニ安シ天賦固有ノ權利ヲ全フスルヲ得ルモノアラザリシ降テ徳川氏ノ世ニ至リ僅カニ之ヲ規定スルモノナキニアラズト雖モ深ク秘シテ公行頒布スルヲナカリシカハ猶各民其ノ罪トハ如何ナル所爲クルヤチ知ラサリキ而シテ尙ホ刑ヲ加ヘ罰ヲ行ヒシ豈ニ酷ナラズヤ

夫レ邦ニ一定ノ法ナク只タ判官ノ本心ニ依リ自然法ニ基キ刑罰ヲ科スルアラシニハ或ハ賀スベキノコナルモ

法官擧テ法理ニ明カナルノ人ニ非サルベシ皆公平ノ人ニモアラサルベケレハ或ハ愛憎ノ念ヲ生シ或ハ畏懼ノ心ヲ起シ有罪ヲ宥メ無罪ヲ陷ル、ノ行ナシト云フヘカラス果シテ然ラハ法官其人ノ異ナル毎ニ罪ト刑トヲ異ニシ到ル處トノ專恣橫斷ノ刑ノ行ハレサルナク國ヲ治ムルノ具却テ國ヲ亂ルノ兇器ト變ズルニ致ルベシ於茲乎王政維新ノ際一ノ法律ヲ頒布セリ新律綱領、改定律例之レナリ此律令全ク舊法ヲ一變シテ漸々正理ニ近ヅキタリト雖ヒ未ダ完全ヲ以テ稱スルヲ得ザリキ則チ新律綱領斷罪無正條ニ曰ク「凡ソ律令ニ該載シ盡サミル事理若シハ罪ヲ斷スルニ正條ナキモノハ他律ヲ援引比附シテ加フ可キハ加ヘ減ス可キハ減シ罪名ヲ定擬シテ上

司ニ申シ議定シテ奏聞ス若シ輒ク罪ヲ斷シ出入アルトチ致ス者ハ故失ヲ以テ論ス」ト而シテ其據ヲ探究スレハ蓋シ清律ニ在リ該律斷罪無正條ニ曰ク「凡律令該載不盡事理若斷罪無正條者援引他律比附應加應減定擬罪名議定奏聞若輒斷決致罪有出入以故失論」ト又改定律例第九十九條ニ「凡律例ニ罪名ナク令ニ制禁アリ及ヒ制禁ナキ者各所犯ノ輕重ヲ量リ不應意違令違式ヲ以テ論シ情罪重キ者ハ違例ニ問擬ス」トアリ依之觀是該法モ又正條ナシト雖モ罰スルモノナリ之レ時世ノ然ラシムル所ナリト雖モ人身ノ自由ヲ輕ズルノ甚シキモノト謂ハサルヘカラス然ルニ本條ハ如何ナル惡事ト雖モ法ニ明文アラサルモノハ之ヲ罪トシ罰セサル旨ヲ定メラレタリ之レ舊

習ノ弊害ヲ一洗シ正理ニ歸セシメシモノニシテ蓋シ國
 家ノ安寧ヲ保護シ吾人ノ幸福ヲ保ツノ堅城ニシテ天ニ
 晝夜ノ別ナキニ至ルモ變スヘカラサルモノナリ
 トレイヤートル氏曰ク第四條(佛國)ノ原則ハ國民ノ安寧ヲ
 保護スル金城鐵壁ナリ國民ハ適法ノ刑ニ非レハ之ヲ受
 シヘカラス罪スベキモノト否ラサルトハ決シ之ヲ曖昧
 ニ付スヘカラス法刑名ナク善意ヲ以テ考フルモ行フテ
 妨ケナシト思量スヘキ所爲ハ之ヲ行フモ決テ法應ニ訴
 ヘラル、フナカルヘシト之レ法ニ正條ナキモノハ刑ス
 ヘカラザルノ所以ニシテ又間然スル所ナカルベシ而シテ
 本條即チ第二條ハ正條ノ二字ニ注意セザルヘカラズ或
 ハ命令スルカ如ク或ハ禁止スルカ如ク或ハ聽任スルカ

如ク各其解釋ヲシテ一樣ニ出テシムルニ非ズンバ蓋シ
 正條アリト云フベカラズ故ニ正條トハ正格ト解スベキ
 ナリ
 井上氏ハ詞ニ現在、過去、未來ノ區別アルカ故ニ之レニ依
 テ解セザルヘカラズト云フモ必ズヤ之レニ從フモノト
 セハ大ニ弊害ノ生ズルモノナラン故ニ條文ヲ適用スル
 ニ際シテハ直道ニ基キ解釋ヲ下シテ以テ足レリトス然
 レモ此三詞ノ錯誤ヨリ往々解スヘカラサルモノアルカ
 故ニ立法者タルモノ宜シク注意ヲ加ヘサルヘカラズ然
 ラザレハ爭論紛出シ或ハ比附援引ヲ以テ之レカ判斷ヲ
 下スニ至ルベシ
 以上述べタル處ニ依テ之ヲ見レハ正條ノ有無ニ從ヒ刑

チ科スルノ正理ナルト比附援引ヲ以テ刑ヲ算當スルノ
不理ナルトチ知ルベキナリ然レモ予ハ尙ホ此理ヲ確メ
ンカ爲メ左ニ正條ヲ要スルノ二大理由ヲ掲ケ少シク辨
述スル處アラントス

正條ヲ要スルノ二大理由

第一命令

夫レ刑罰ナルモノハ前既ニ述ベタルガ如ク道德ニ背ク
カ爲ニ科スルモノニアラズ偏ニ國家ノ秩序ヲ維持シ各
民ノ安寧ヲ保護スルカ爲メニ科スルモノニシテ命令權
ニ基ク所ナレハ其命令ノアラサルニ於テハ在上者ハ如
何ナル事ヲ以テ國家ノ秩序ヲ維持スルニ欠クヘカラザ
ルモノト看認ムルカ實ニ不明瞭ナリト云フベシ然ルニ

昨日ノ處爲チ目シ秩序ニ害アリト云ヒ今日之ヲ命令レ
昨日ノ違背ヲ責ムルアラハ所謂教ヘザルノ民ヲ網スル
モノニシテ不理之レヨリ大ナルハナシ之レ正條ヲ要ス
ルノ一理由ナリ

第二安寧、秩序

茲ニ一所爲アル毎ニ判官其法ノ有無ヲ問ハズ機ニ臨ミ
時ニ應ジ隨意ニ刑罰ヲ科スルチ得ルトセハ邦國ノ秩序
各民ノ安寧ニツナカラ望ムヘカラサルニ至ルベシ何ト
ナレハ判官如何ニ賢明ナリト雖モ有限ノ才智ヲ以テ無
限ノ事實ニ應スルモノナレハ無辜ヲ罰スルモノナシト
謂フヘカラサルナリ況ンヤ專恣横斷ノ判官ナキチ保ス
ルチ得サルニ於テオヤ之レ正條ヲ必要トスルノ二理由

刑罰權ニヨリ本條ヲ解釋ス

人類ノ相團結スルヤ自然ニ出ツルモノニシテ敢テ合約等ニ基キシモノニアラストハ既ニ刑罰權ノ部ニ於テ之ヲ詳論セリ而シテ人類ノ結合シテ社會ヲナスヤ各自ノ安寧ヲ圖リ平和ヲ望ムト同時ニ邦國ナルモノ起レリ從テ治者ナルモノアリ被治者ナルモノアリ被治者ハ在下者ニシテ治者ハ在上者ナレハ治者ハ宜シク被治者ニ對シテ多少ノ權力ナカルベカラズ於茲乎在上者ナルモノハ在下者ニ向テ命令スルノ權アリ而シテ其命令權ノ區域ハ各民ノ安寧ヲ保護シ邦國ノ秩序ヲ維持シ其文明ヲ計リ其ノ富強ヲ保ツニ止マルモノナリ而シテ苟クモ立法者此

分限ニ位置ヲ占メ己レノ命令ノ行ハレシテ欲セハ必ス先ツ之レカ頒布ナカルヘカラス然ラサレハ各民之カ爲メニ檢束セラル、ノ理ナク從テ遵守スル義務ノ生セサルモノナリ本條ノ如キハ此原則ヲ掲出シタルモノニシテ命令權ヨリ之カ解釋ヲ下セハ實ニ正理ノト云フベキナリ何トナレハ立法者ノ禁セズ命セザルノトハ各民隨意ニ爲スチ得ルノ道理ナレハナリ

今退テ折衷主義ヨリ本條ヲ解釋スレハ反ツテ大ニ取ルヘカラサルモノアリ彼ノ折衷主義ハ刑罰權ノ基本ヲ道德ニ背シテ社會ヲ害スルトノ二件ニ採ルカ故ニ道德ニ背キ社會ヲ害スルノ所爲ハ尽ク刑罰ヲ加スルモノナレハ正條ノ有無ヲ問フニ及バサレハナリ然ルニ論者ハ二

三ノ理由ヲ設ケテ法ニ正條アルノ必要ヲ論ズルモ蓋シ
純然タル折衷主義ヨリ來リシモノニ非ザルナリ

民法ニモ本條ヲ適用スルヲ得ル乎

或人曰ク民法ト刑法トノ制裁上ノ差異ハ人民相互ノ間
ヨリ生スルモノト社會カ原告トナリ一私人カ被告トナ
ルトノ區別ヨリ生スルモノナレハ刑罰ヲ科スルト否ト
ニ依リ制裁上其公力ニ付テ大差アルモノナリト雖モ其
制裁力アルノ點ニ至テハ同一ナレハ彼是均シク明條ヲ
要セサルヘカラズト之レ一理アルカ如シト雖モ深ク熟
考スレハ大ニ然ラサルモノアリ余ハ左ニ制裁ノ點ヨリ
順次ニ詳論セント欲ス

第一制裁ノ差異

民法上制裁ノ生スル場合ハ蓋シ一アリ他人ノ權利ヲ害
シ損害ヲ加ヘタルノ所爲之レナリ之ヲ貸借ニ例フレハ
負債者其期限ニ至ルモ義務ヲ盡ササルカ如キ賣買ニ例
フレハ詐欺ヲ用テ不良品ヲ高價ニ賣リタルルノ如キ現
ニ一方ノ者ニ對シテ損害ノ生スルアルニアラザレハ所
謂制裁ナルモノナシト雖モ刑事ハ之レト反シ現ニ一方
ノ者ニ害ヲ與ヘズト雖モ尙ホ之レニ制裁ヲ加フルモノ
アリ例令ハ謀殺未遂犯ノ場合ニテ微傷タモ負ハセザル
モ尙ホ之ヲ罰スルカ如シ

第二制裁力ノ差異並ニ理由

民事上ノ制裁トハ或ハ契約ヲ取消サシメ或ハ強テ義務
ヲ執行セシメ或ハ損害ヲ賠償セシムルヲ云フモ刑事

ハ之ト異ナリ或ハ生命ヲ滅縮シ或ハ自由ヲ剝奪シ或ハ
身体ヲ束縛スル等ノ如キ大ニ強制力ノアルモノナリ而
シ此區別ノ生スル所以ヲ探究スレハ一ハ人民ト人民ト
ノ關係ニシテ一ハ國ト人民トノ關係ナレバ一國ノ秩序
ヲ維持シ平和ヲ保ツノ點ニ至テ重輕大小ノアルガ故ナ
リ

第三民法無正條ニシテ制裁ヲ加フル理由
自己ノ過失ノ爲ニ人ニ損害ヲ加ヘタルハ之レカ賠償
ヲ爲サミルヘカラズトハ一般ノ原則ニシテ蓋シ異議ノ
容ルベカラサルモノナリ而シテ其過失ニ種々アルモノナ
レハ一々之ヲ法文ニ記載スルヲ得ズ今假リニ記載シ得
ベシトスルモ尙ホ遺漏ナキ能ハス若シ夫レ正條アルニ

アラザレハ之レカ制裁ヲ與フルヲ得ズトセハ天下不正
ノ利ヲ得ルモノ少カラザルヘシ之レ一ノ原則ヲ掲ケテ
一々法文ニ其場合ヲ記スルヲ要セザル所以ナリ
第四正條ナキモ責任アルノ証

佛國民法第千三百八十二條ニ曰ク凡ソ何事ニ限ラス人
ノ所爲ニシテ他人ニ損害ヲ生セシムルモノハ自己ノ過
失ニ依リ其損害ヲ起サシメタル者ヲシテ之ヲ補償スル
ノ義務ヲ負ハシムト之レ正條ナクシテ制裁ヲ與フルノ
場合ナリ
以上述ヘタルカ如キ理由ナレハ民法ニ正條ナシト雖モ
罰スヘキ場合アルカ故ニ本條ハ民事ニ適用スルヲ得サ
ルモノナリ

参照スヘキ法條

- 草案第二條 若シ法律ノ成文ニ因ルニアラサレハ罰セラル、ヲ得ルノ罪ナシ
- 佛蘭西刑法第四條 註誤輕罪重罪ヲ問ハス其犯前ニ法律上ニテ未ク定メサル刑ヲ用ヒ罰スヘカラス
- 獨乙刑法第二條 如何ナル所業ト雖モ犯シタルキ未定ノ法律ニ處ス可カラス
- 埃及刑法第十九條 重罪輕罪註誤ハ之ヲ犯セシキ現ニ行ハル、法律ヲ以テ之ヲ罰ス可シ但シ確定ノ裁判言渡ノ前ニ其法律ヲ廢シ又ハ其刑ヲ輕減シタルキハ格別ナリトス
- 白耳義刑法第百條 凡國法及ヒ諸規則中ニ犯罪ノ所

由チ載スル者ト雖モ其擬斷ス可キ正條ナキ者ハ皆本律第一卷ノ法ニ照準シテ論ス可シ但シ其第七十二條第二段第三段第七十六條第二段及ヒ第八十五條ハ此類ノ罪ニ用フルヲ得ス

然レモ若シ本律ヲ用フルガ爲メ罰金類官ニ納ム可キ金額ヲ減スル者ハ皆舊律ノ條例ニ依テ處ス可キモノトス

第三條

法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスヲ得ス

若シ所犯頒布以前ニ在テ未ダ判決ヲ經サル者ハ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷ス

本條ノ解

第三條

○本條ハ既往ト將來トノ時ニ關シテ刑法ノ管スル所ヲ規定シタルモノニシテ之ヲ分テ二項トナス即チ第一項ニ於テ不及既往ノ原則ヲ定メ第二項ニ於テ之カ例外ヲ定メタリ而シテ本條ト第二條トハ密接ノ關係ヲ有シ相依リ相待テ始メテ効用ヲ全フスルモノナリ今試ミニ其所以ヲ述ンニ第二條ハ法律ニ正條ナキモノハ如何ナル惡事ト雖モ之ヲ罰セザルヲ定メシモノナリ之ヲ裏面ヨリ言ヘハ法律ニ正條アル者ハ罰シテ遺漏ナシト云フニ外ナラズ已ニ法律ニ正條アルトハ遺漏ナク罰スベシト云ヘハ其効力ヲ頒布以前ニ迄及ボスナキヤノ疑ヲ生ズルハ數ノ免カレザル所ナリ於茲乎本條ヲ規定シテ以テ其不及既往ノ原則ヲ示ス故ニ兩條相待テ始メテ

効用ヲ生ズルモノニシテ畢竟本條ハ第二條ヨリ生スル結果ト云フモ決シテ不當ニアラザルベシ

法理上ノ解釋

○法理ニ依テ不及既往ノ所以ヲ論究シ之レカ適當ノ解ヲ下スヤ實ニ困難ノトニシテ諸學士ノ嘖々論ヲ止マザル所ナリ而シテ余其說ノ如何ヲ見ルニ各小異アリト雖モ概スルニ方今我國ニ於テハ其說二派ニ分レタルモノ如シ一ニ曰ク既得權說ニ曰ク恩典說是レナリ然レモ以上二說ハ其議異ナラサルニアラサルモ畢竟法律ハ既往ニ効力ヲ及ボス可カラストノ範圍内ニ在テ其議異ナルノミニシテ歸スル處ノ効力既往ニ及ハストノ點ニ付ヒテハ同說ナリトスサレハ本章問題ニ向ツテハ到底

同旨論者ト謂ハサル可カラス余以下是等論者ノ反對ニ立ツテ辨スル所アラントス而シテ先ツ其論段ヲ三分ツヘシ

第一段 法律ハ既往ニ及ホサミルヘカラス余ハ此段ヲ草スルニ當リ先ツ二學派ノ説ヲ掲ケテ之ヲ駁シ而シテ後辨スル所アラントス之レ唯真理ヲ發見スルノ易ヲ欲スレハナリ

一學派ノ説井上、宮城、堀田氏等ノ主張セシモノナリ

此學派ハ既得權ヲ以テ基礎トセルモノナリ曰ク凡ソ國民ハ法律ノ禁止セサル所ヲ行ヒ命令セサル所ヲ行ハサルノ權アリ而シテ其成文法ニ遵フノ責アルハ是レ法律アルカ故ナリ故ニ新法ヲ制シテ新刑ヲ設ケ若クハ舊法

ノ刑ヲ加重シタルモ之ヲ實施以後ノ所爲ニ適用スヘク實施以前ノ所爲ニ適用スヘカラス之レヲ換言スレハ新法ヲ知テ而シテ犯セル者ニ適用スヘク知ラズシテ犯セルモノニ適用スヘカラスナリ若シ之ニ反シテ實施以前ノ所爲ニ適用スルヲ得ベシトセハ吾人ノ貴重スヘキ權利即チ刑罰ヲ受ケサルノ權若クハ犯罪ノ當時ニ行ハレタル法ニ定メタル刑ヨリ重キ刑ヲ受ケサルノ權ヲ害スルニ至ルベシ嗚呼夫レ既ニ成立シタルモノチ後日ニ至リ破壊スルハ人爲ノ能クスヘキ所ナランモ既ニ成立シ了リタルモノチ成立セサラシムルハ豈人爲ノ能クスル所ナランヤ是レ本條第一項ノ原則アル所以ナリト

一學派ノ説ヲ駁ス

一學派ノ説ヲ分析スレハ左ノ二點ニ歸ス
 一法律ハ既往ニ及ホサミルチ原則トス
 一法律ヲ既往ニ及ホサミルハ既得ノ權ヲ害スルカ故ナ
 リ
 一學派ノ説ハ只ニ我國諸學士ノ唱フルノミナラス歐米
 ノ碩儒モ亦殆ント同一轍ニ歸スルモノ、如シト雖モ是
 レ畢竟正理ヲ誤ルノ論タルチ免レス其正理ヲ謬ルカ故
 ニ從テ原則ヲ誤ルニ至ル請フ以下其所以ヲ辨シ偏ヘニ
 正理ヲ發見スルチ勉メシ
 抑モ國其法律ヲ設ケテ各人ニ遵守セシムル所以ノモノ
 ハ他ニアラス或ハ邦國ノ安寧ヲ圖リ或ハ風俗ヲ改良シ
 吾人ノ幸福ヲ保チ吾人天賦ノ權ヲ全フセシメント欲ス

ルカ爲メナリ而シテ吾人ノ其法律ヲ守ラサルヘカヲザル
 所以ノ者ハ蓋シ在上者ニ命令ノ權アルカ故ナリ命令權
 ナクシテ命令スルカ或ハ命令ノアラザルニ於テハ吾人
 焉ンゾ守ルベク遵フベキノ義務アラシヤ夫レ然リ然リ
 ト雖モコホコレ吾人ノ權利ヲ害スルアルヨリ生ゼシ所
 ノ議論ニシテ未ダ一般法律ノ原則ト云フベカラス然リ
 而シテ本條ノ規則ハ後ニ述ブルカ如ク憲法ニ規定スヘ
 キモノナレハ眼ヲ諸般ノ法律ニ放ツテ汎ク之レカ論據
 チ定メサルヘカラス夫レ法律ヲ設クルハ其主トスル所
 邦國ノ安寧ヲ計リ平和ヲ保ツニ在ルカ故ニ事苟モ茲ニ
 害スル所アラハ之ヲ禁フ之ヲ止メザルヘカラス若シ夫
 レ然ラズンハ吾人ノ望ミ吾人ノ希フ所ノ安寧平和ハ豈

得テ見ルノ期アラシヤ進ンテ今日法ヲ制シ昨日ノ所爲ニ制裁ヲ與フルヲ得ルヤ否ヤ語ヲ換ヘテ之ヲ言ヘバ法律ハ既往ニ及ボスヘキヤ否ヤヲ探究センニ余輩ハ斷乎トシテ其既往ニ及ボスヘキヲ知ル試ミニ思ヘ法律ノ旨趣目的トスル處ハ何處ニアルカ蓋シ安寧ヲ計リ平和ヲ保ツノ二義ニアラサルヘカラス然ラハ則チ昨日ノ所爲ト雖モ今日之ニ制裁ヲ加ヘザレハ苟モ社會ノ秩序ヲ維持シ安寧平和ヲ保ツ能ハズンハ何ソシ之レカ制裁ヲ加フルニ躊躇センヤ是レ法律其物ノ精神若カアラシヤヲ希フモノナリ

以上述べタルカ如ク法律ハ既往ニ及ボスヘキモノトセンカ宜シク之レカ例外ヲ設ケサルヘカラス凡ソ天下ノ

事理小ヨリ大ニ至ル迄一以テ之ヲ貫クノ論法ハ實ニ僅々ニシテ苟クモ大体如此ト論定シ得レハ其餘一部一局ノ支障ハ措ヒテ問ハサルモ敢テ論理ノ答ムル所ニアラサルナリ然ラハ法律ニ於テ例外アルモ亦已ムヲ得ザルナリ抑モ此ニ所謂例外トハ何ゾヤ曰ク既往ニ及ボサミル者之レナリ法律ハ既往ニ及ボスヲ原則トスト雖モ吾人ノ權利ヲ害セザルモノニ限ラザルヘカラス然ラザレハ國民一步モ法律ノ區域内ニ歩行スルヲ得ズ今日法ノ問ハザル所爲モ明日犯罪トナルヤ知ルベカラス昨日有効ナリシ契約モ今日無効ナルコトアル可ケレハナリ之レ例外ノ必要ナル所以ナリ而シテ既得權說即チ第一學派ノ說ヲ考フルニ余ハ大ニ其立論ノ法ニ疑ヲ懷クモ

ノナリ何ントナレハ該派ノ旨トスル處ハ法律ヲ既往ニ
 溯ラシムル時ハ人ノ既得權ヲ害ス下云フニアレハ苟ク
 モ法律其物ニシテ此權ヲ害セサルモノアリトモハ既往
 ニ効チ及ホシテ不可ナシト謂フヘク果シ然ラハ効チ既
 往ニ及ホサミルチ原則トシテ其反對チ例外ト爲セシハ
 何ニ本ツクヤ余ハ其確タル論據ヲ看出ス能ハサレハナ
 リ然リト雖モ該派ノ人必ス云ハン法律効チ既往ニ及ボ
 サハ其頒布以前ニ成立セル諸權利十中八九之レカ爲メ
 ニ害セラレン然ラハ効チ既往ニ及ホヌカ爲メニ害セラ
 ル者多クソ害セラレサル者少ナシ之レ不及既往チ原
 則トスル所以ナリト余ハ服スル能ハサルナリ何ントナ
 レハ凡ソ原則チ立ツルニハ物數ニ依ツテ定ムルチ得ズ

故ニ法ヲ既往ニ及ホサハ數多ノ權ヲ害シ及サスンハ此
 患ナシト云ヒ數ヲ算シテ原則チ立ツルチ得サレハナリ
 苟モ一ノ事物ニ付キ原則チ定メント欲セハ先ツ其事物
 ノ旨趣目的ヲ究メ其旨趣目的ニ從ツテ之レニ恰當ノ原
 則チ立テスンハアルヘカラザルナリ即チ法律ニ於テモ
 法律其物ノ精神目的ニ依ツテ之レカ原則チ發見スルチ
 勤メサルヘカラス然ラハ則チ法律ノ目的精神ハ如何ト
 云フニ前已ニ論スルカ如ク世ノ平和ト秩序トニ在ルチ
 以テ此二義ニ從ヒ時ニ於ケル法律ノ原則ハ既往ト將來
 トチ問ハス世ノ平和ト秩序チ保維スルニ必要ナレハ之
 レニ制裁チ付スルチ得ルト謂フニ歸セサルヘカラス好
 シ論者ニ一步チ讓ツテ法律効チ既往ニ及ホサハ既得ノ

權ヲ害ストスルモ新律悉ク權利ヲ害スルモノ而已ナラ
 ス余ハ却ツテ進化ノ理ニ照シテ何レノ世紀ヲ問ハス新
 律ノ寬且ツ公ナルヲ信スルナリ然ラハ其既得權ヲ害ス
 ルハ實ニ僅々ニシテ論者之ヲ以テ論據トスル能ハサル
 ヤ明ナリ斯ク言ハ、該論者復謂ハン吾派ノ據ル處ハ權
 利ヲ害サル、數ノ多少ニアラズシテ假令一人タリトモ
 權利ヲ害サルレハ法律ノ不正ヲ鳴スモノナリト余之レ
 ニ答ヘテ曰ハン論者ノ說可ナリ余ト雖モ權利ヲ害スル
 チ得ルノ元則チ主張スルモノニアラス然リト雖モ苟モ
 法律ハ其精神ヨリ推セハ前論スルカ如ク權利ヲモ顧ミ
 ルノ暇ナキモノアレハ其權利ヲ害スルノ恐ナキニ於テ
 ハ何チ憚ツテカ時ノ前後ヲ問フチ要センヤト故ニ余曰

ク法ハ其精神ヨリ謂ハミ効チ既往ニ及ホシテ可ナリ而
 シテ權利ヲ害スルハ此限ニアラスト是レ能ク法ノ精神
 ニ適フノ原則ニアラスヤ然ルニ第一學派ハ此原則ヲ顛
 倒シ疑ハサルモノナリ之レ全ク余カ前ニ所謂正理ノ誤
 リニ職由スルモノナリ
 要スルニ余カ論旨トスル所ハ一ニ左ノ二點ニ歸ス
 一 法律ナルモノハ偏ヘニ國家ノ秩序ヲ維持シ各人ノ安
 寧ヲ計ルモノナレハ既往ニ溯ルモ秩序ヲ亂シ安寧ヲ
 妨ゲシ所爲ニ制裁ヲ加フ
 二 吾人既得ノ權利ヲ害スルノ憂アルモノハ既往ニ溯ラシ
 ムルヲ得ズ
 以上已ニ一學派ノ說ニ對シテ辨駁ヲ加ヘタレハ以下二

學派ノ當否如何ニ及バン

二學派ノ説高木氏ノ主張

二學派論者曰ク論者曰ク法律ヲ既往ニ及ホサル所以
 ハ既得權ヲ害セザランカ爲ナリト余ハ先ツ此論者ニ向
 テ一問ヲ起サントス抑々論者ノ所謂既得權トハ果ソ如
 何ナル權利ヲ指ス乎余未ダ之レカ明解ヲ爲ス者アルヲ
 見ス憶フニ論者ハ必ス言ハン夫ノ法律ニ禁止セラレサ
 ル事項ハ渾テ許可セラレタル者ナリトハ古來ノ格言也
 而ソ其許可セラレタル事ヲ行フハ人民ノ權利也故ニ苟
 シモ後チニ法律ヲ設ケテ之ヲ禁止スルニ至ルマテハ既
 ニ其事ヲ行フノ權利ヲ得タル者ナリ是レ之ヲ既得ノ權
 ト云フナリト(中略)夫ノ舊法ニ在テハ未ダ罪ヲサレ所

爲ニシテ新法之ヲ罪ト爲シタルハ於テハ此説或ハ其
 理由ト爲スニ足ラン然レモ若シ舊法既ニ其所爲ヲ以テ
 罪ト爲シ新法亦之ヲ罰スルハニ當ツテ此新法ヲ既往ニ
 及ホサルモ猶ホ此既得權アリト云ハントスル乎若シ
 然ラハ是レ罪ヲ犯シテ權利ヲ得ルト云フモノナリ惡事
 チ爲シテ罰ヲ受クル權アリト云フ者ナリ寔トニ真正ノ
 權利ト稱スルモノハ(中略)夫ノ道德法ニ從ヒ人ノ本分ヲ
 行フキニ非レハ生セサルモノナリ之ヲ要スルニ不正ノ
 所爲ヨリシテ權利ヲ生スル者ニ非ス(中略)余偶々英國ノ
 碩學アウスタン氏ノ法理論ヲ見タルニ曰ク「法律ヲ既往
 ニ及ホスヲ得サルノ理ハ法律頒布ノ前ニ在テハ人民
 タル者ノ所爲不爲ハ未ダ法律ノ命セス禁セサル所ナレ

ハ又義務ノ存スルナク制裁ノ及ハサル所ナルヲ以テナ
リト即チ法律ヲ既往ニ及ホサ、ルモノハ人民ニ既得ノ
權アルカ故ニ非ス却テ其受クベキ責ナキカ故タルヲ
云フモノニシテ余ノ見ル所ニ據レハ此解最モ允當ナラ
ント信スルナリト

二學派ノ説ヲ駁ス

此論ヲ批難スルニ當テハ先ツ既得權ニ付テ論議ヲ開カ
サルヘカラザルナリ抑モ既得權トハ既ニ權利ヲ得タル
ヲノ謂ニシテ希望ト相反シ何人モ奪フベカラザルモノ
ナリ蓋シ奪フヘカラサルニ非スト雖モ之ヲ奪フハ不正
不理ノ極ノミ而シテ既ニ權利ヲ得タリトハ如何ナルヲ
ヲ謂フカ賣買ノ譬喩ヲ以テ之レヲ解センニ一方ノ者他

ノ一方ノ者ノ器物ヲ求メント欲シ相當ノ金額ヲ添ヘテ
之カ賣買ヲ請求シタリト假定セヨ此ノ場合ニ於テハ一
方ノ者ハ希望ノミニシテ未ダ既得ノ權アラズ故ニ未ダ
其器物ヲ我有ト爲スヲ得サルナリ然リト雖モ若シ一步
ヲ進メテ他一方ノ者賣買ヲ承諾シ器物ト代價ヲ算當シ
タリトセン平(器
物ト應
諾ト價
トアル
ト算當
ハ亦同
シ)一方ノ者ニ
在テハ已ニ器物ノ上ニ權利(物上權)ヲ有セシモノニシテ
他ノ一方ノモノハ契約ヲ取消ス正當ノ理由ナキニ於テ
ハ最早如何トモ爲ストヲ得ス器物ヲ引渡サ、ルヲ得サ
ルナリ之レ如何ナル理ニ依ツテ然ル乎他ナシ一方ノ者
ニ於テ器物ニ付キ既得ノ權利有シタレバナリ刑事ニ付
テモ亦之レト同一理ニシテ正當ノ事由ナクシテ左右ス

べカヲサル以上ハ又既得ノ權アリト云フベキナリ然ル
 ニ高木氏ハ之ヲ駁シテ罪ヲ犯シテ權利ヲ得ルヲナシト
 論究セラレタリ請フ左ニ其惑ヲ解カン
 氏ハ既得權說ニ一步ヲ讓リ舊法ニ在リテ罪タラサル所
 爲ニシテ新法之ヲ罪ト爲シタルハニ於テハ此說或ハ理
 ト爲スニ足ラント明言セラレタリ依テ此点ニ付テハ敢
 テ批難セズト雖モ後段既得權說ヲ駁スルニ當リ說ヲ爲
 シ罪ヲ犯シテ權利ヲ得ルト云フモノナリ惡事ヲ爲シテ
 罰ヲ受クルノ權アリト云フモノナリト述べラレタルノ
 点ニ至テハ余輩默々ニ附スルヲ得ザルナリ即余輩ハ固
 ヨリ第一學派ノ說ヲ唱フルモノニ非ズト雖モ正ニ此說
 チ採テ例外ノ理由ト爲シタレハ宜シク之ニ証明ヲ與ヘ

ザルベカラス嗚呼氏ヨ余ハ既得權ナルモノハ罪ニ依リ
 テ生スルモノナリトハ信ゼサルナリ如何トナレハ罪其
 物ヨリ直接ニ權利ヲ得ルノ謂レナケレバナリ然リ而シ
 舊法ノ罪トスル所爲新法亦之ヲ罪トシ新法ノ刑重キハ
 ニ法律ハ既往ニ及ホサミルヘカラストノ原則ヲ適用ス
 ル能ハザルモノハ之レ既得權ヲ害スルカ故ナリ而シテ
 其既得權タル所以ハ被告ニ於テ舊法ノ刑ヨリ重キ刑ヲ
 受ケザルノ權利アレバナリ一例ヲ掲ケテ之ヲ詳說セン
 ニ茲ニ強盜犯アリ舊法ノ下ニアリテ輕懲役ニ當レリ然
 ルニ新法裁判官之レニ死刑ヲ宣告シタリト假定セン犯
 人死刑ニ處セラル、ノ義務アルカ決メ加斯ノ理アラザ
 ルベシ然ラバ義務ノ反對即チ死刑ニ處セラレサル所ノ

權利ナカルベカラズ夫レ法ニ從フハ偏ヘニ在上者ノ命令ニ基クモノナリ在上者ニシテ命令セズ禁止セザルノ一ハ吾人之ニ從フノ義務ナキモノナリ然ルニ判官之ヲ刑セントス豈之ニ抗ズルノ權ナクシテ可ナランヤ故ニ既得權トハ他人ノ猥リニ左右スベカラサルモノ、稱ナリ

以上述べタル所ニ依テ之ヲ見レハ既得權トハ罪ヲ犯シテ罪其物ヨリ生ズルコアラズ當時之レニ違フノ義務ナキヨリ生ズルモノナルヲ了知スベキナリ故ニ既得權ヲ解シテ他人ノ對抗スルヲ得ザルノ權利ト云ハミ蓋シ誤ル所ナカルベシ

第二ニ駁スヘキハ氏ノ真正ノ權利ナルモノ、解ナリ其

解ニ曰ク道德法ニ從ヒ人ノ本分ヲ行フキニ非レハ生セサルモノナリト之レ又淺薄ノ議論ニシテ容易ニ擊破スルヲ得ベシ今一例ヲ掲ケテ氏ニ問ハレ茲ニ竊盜犯アリ財物ヲ竊盜シテ之ヲ藏匿シ刑期終リテ放免セラレ後チ其藏匿シタル財物ヲ公然所持シ尋常期滿効ヲ得ル方法ニ反背スルナク幾多ノ星霜ヲ經過シ全ク其條件ノ具備シタルキハ其者果シテ財物ノ所有者タルヲ得ザル乎氏ノ原則ヨリ之ヲ推セハ道德法ニ從ヒタルモノニ非サレハ財物ニ付權利ヲ得タリト云フヲ得ザルヘシ豈ニ不理ノ至ナラズヤ然リ而シテ其權利ヲ得タルノ根源ヲ探ルモ犯罪其物ヨリ生ゼシニ非ラス實ニ占有ノ一事ニアルナリ故ニ犯罪ハ間接ノ關係ニシテ直接ノモノニ非ルナリ於

茲乎前段愈々氏ノ説ノ非ナルヲ發見スル所アルベシ
 既得權ニ付テノ辨論既ニ終リタレハ以下本論ニ移リ氏
 ノ誤謬ヲ正ス所アラントス
 氏カ説ノ基本トスル所ハアウステン氏ノ持説ニ據ルモ
 ノナレハ余ハ第一着ニアウステン氏ノ説ニ付テ既得權
 説ト差異アルヤ否ヤヲ探究スヘシ氏曰ク「法律ヲ既往ニ
 及ホスコトヲ得サルノ理ハ法律頒布ノ前ニ在テハ人民タ
 ル者ノ所爲不爲ハ未タ法律ノ命セス禁セサル所ナレハ
 又義務ノ存スルナク制裁ノ及ハサル所ナルヲ以テナリ」
 ト宣ナリ高木氏此説ニ眩惑セラル、ヤ然リト雖モ余其
 説ノ歸スル所ヲ探ヌルニ字句ニ小異アリト雖モ既得權
 説ト全ク全一ニ出ツルモノニシテ敢テ反對ヲ表スルモ

ノニ非ルヲ知ル故ニ余カ眼ヲ以テ之ヲ見レハアウステ
 ン氏亦既得權學派ナリト云ハザルヘカラサルナリ即チ
 既得權説ヲ主張スルモノ、曰ク今日法ヲ制シ昨日ノ所
 爲ヲ禁ズルモノハ尙ホ汝何故ニ昨日我未タ禁セザリシ
 所ノ事ヲ行ヒシヤ汝速ニ今日ノ法ニ遵ヒ其罪ニ服セヨ
 ト云フニ異ナルナシ是レ法ニ遵フノ責ナキ者ニ向テ其
 遵ハサルヲ責ムル即チ無責者ヲ罰シテ其既得權ヲ害ス
 ルモノナリト之レ正ニアウス候ツ氏ノ唱フル所ナリ唯
 タ其異ナル所ハ既得權ノ語ヲ用ユルト用井サルトノ點
 ニアルノミ而シテ此點ニ就ヒテハ前已ニ述べタルガ如ク
 遵フヘキ義務ナケレハ遵カハザル權利ノ生ズルモノニ
 シテ敢テ怪ムニ足ラサルナリ而シテ此事ニ付テ二派ノ區

別ナキチモ顛ミズ余カ方今ニ學派アリト明言シタルモ
ノハ氏恩典説ヲ唱フルカ故ナリ後段自カラ其差異ノア
ル所ヲ了知スベキナリ

第一段 結論

抑モ法律ナルモノハ民刑等ヲ問ハズ多少制裁力アルモ
ノニシテ皆在上者ノ命令ニ出ヅルモノナリ而シテ其公
法ト私法トヲ問ハズ苟モ法律其物ノ司ル所ハ吾人ノ安
寧ト邦國ノ秩序ヲ維持スルトノ二義ニアラザルベカラ
ズ果シテ然ラハ之ヲ命_フ之ヲ禁ズル_ル正理所謂自然法
ニ悖ラザルノキハ在上者之ヲ左右スルノ威力アルモノ
ナリ而シテ法律中既往ニ及ボシテ既得權ヲ害スルモノ
ト然ラザルモノトノ二アリ其効力ヲ既往ニ及ボシテ既

得權ヲ害セザルモノハ宜シク之ヲ頒布前ニ溯ラシメザ
ルベカラズ何トナレハ舊法ノ下ニ在リテ必要トセザル
モノモ新法ノ下ニ在リテ必要トナスヘキノ正理アルキ
ハ邦國ノ秩序安寧ヲ維持スルカ爲メ既往ニ溯ラシメザ
ルヘカラザレハナリ故ニ法律ノ効ヲ既往將來ニ及ボス
ベキハ一ノ原則ト云フベキナリ舊法ナクシテ新法ノ頒
布シタルキモ亦之レト全一理ナリ若シ夫レ讀者ニシテ
法律ヲ設ルノ所以ヲ考究スルアラバ何レカ原則ニシテ
何レカ例外ナルヲ判明シ得ベキナリ

第二段 舊法重キキハ既往ニ及ボスノ原則ヲ適用ス
余第二段ヲ草スルニ當リ前段ノ例ニヨリ豫メ二派ノ説
ヲ掲ケテ後辨駁スル所アルヘシ

一學派ノ説

新法ニ於テ舊法ノ刑ヲ廢止シ又ハ之ヲ輕減シタルトキハ之ヲ頒布以前ノ犯罪ニ適用セサルヘカラス是レ被告人コハ犯罪ノ當時施行セラレタル法律ニ依リ刑ノ官渡ヲ受ケ新法ニ依リ無罪ノ言渡若クハ輕キ刑ノ言渡ヲ受ケサルノ權利アルノ理ナケレハナリ而シテ其舊刑ヲ廢止シ若シクハ輕減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コ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即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如此刑若クハ如此權ヲ行フノ權アラシヤ故ニ所犯頒布以前ニ在テ未タ判決ヲ經サルモノハ新舊ノ法ヲ比照シ新法ニ其正條ナキカ又ハ新法輕キキハ必ス新法ニ從テ之ヲ處斷セサルヘカラサルナリト

一學派ノ説ヲ駁ス

以上述ヘタル處ハ第一學派説ノ大要ニシテ余ノ採ツテ以テ元則ト爲ス處ヲ却テ例外トセシモノナレハ只其本末ヲ顛倒セシ迄ニテ前段既ニ辨駁シ了リタレハ今更駁スルヲ要セサルモノ、如シト雖モ尙進ンテ聊カ辨ズル處アラントス
要スルニ該派ノ説、法ヲ既往ニ溯ラシムルト否トハ既得權ヲ害スルノ有無ニアルモノ、如シ而シテ舊法重クシ

テ新法輕キキ之ヲ既往ニ溯ラシムルノ言ニ曰ク此場合ニ於テ法ヲ既往ニ溯ラシムルモ以テ既得權ヲ害スルコトナシ加之既ニ不正ナリトシタルモノヲ科スルハ理ノ許サミル所ナリト稱フル所一理アルカ如シト雖モ是レ前段述ヘタルカ如ク本末ヲ轉倒シタルノ論ナリ抑モ法其物ノ制裁ヲ加フベキニ至リテハ苟モ假借スベキニ非ズ故ニ之ヲ免レントスルモ避クル能ハサルモノナリ然リト雖モ舊法或ル所爲ヲ罪トシ新法亦同處爲テ罪トシ新法輕ク或ハ等シキキハ新法ニ從フベキナリ何トナレハ法ハ既往ニ溯ラシムルチ原則トスレハナリ今復其理由ヲ探究セシニ立法者舊法ノアルニモ拘ハラヌ新法ヲ頒布シタルハ抑何ノ理ニ基クヤ當時ノ人情風俗

等ニ適ヒサルガ爲ナリ故ニ新法ハ舊法ノ苛チ去リ寛チ除キタルモノナレハ概ノ自然法ニ近キタル善美ノ法ト評スベキナリ夫レ法ハ自然法ニ遠ザカレハ愈々苛ニ自然法ニ近ゲハ愈々寛ニ位地其所チ異ニスルモノナレハ立法者タル者苟モ法ヲ設クルニ當リ自然法ニ近ガソトチ求メサルヘカラズ若シ然ラザレハ一國ノ平和モ吾人ノ安寧モ得テ望ムベカラザルナリ以上述ヘタルカ如ク新法ナルモノハ舊法ニ比スレハ概ノ完全ノモノニシテ舊法ノ不正ナルチ改正シタルモノナリ夫レ然リ然ラハ新法ヲ既往ニ及ホスハ法ノ主旨トスル所ナルヲ知ルベキナリ何ソヤ舊法ノ不正ナルチ知テ適用スベキノ理天下アルベカラザレハナリ故ニ新法

輕キハ舊法ノ下ニ及ボスヘキハ法ハ既往ニ溯ルトノ原則チ適用セルモノナリ今若シ一學派ノ説ニ從テ新法輕キハ既往ニ及ボスハ犯者ノ既得權ヲ害セザルカ故也トノ理ヲ以テセンカ大ニ結果ノ取ルベカラサルモノアリ例ヘハ茲ニ舊法ノ下ニ在テ懲役ノ刑ニ處セラルベキモノ新法ニヨレハ禁錮ノ刑ニ該當セリ而シテ其所爲新法ノ下ニ在リ發見シ判官之レニ死刑ヲ宣告シタリ而シテ新法ニハ本條ノ如キ明文ナシト假定セヨ此場合ニ於テ一學派ノ説ヲ適用センカ犯人ニ既得權ナルモノナケレハ其苛酷不正ナル法律ヲ避クルヲ得サルヘシ豈理ノ許ス可キモノナランヤ宜シク新法ヲ適用セザルヘカラズ何トナレハ法ニ明文ナシト雖モ其既往ニ及ボスハ一ノ原則ナレバナリ

上文述ベタル所ニ依テ之ヲ見レハ其法ノ既往ニ及ボサミルヘカラサルハ一目ノ下ニ了スベキナリ故ニ余ハ進シテ二學派ノ辨駁ニ移ラン

二學派ノ説

高木氏曰ク法律ノ此變例(著者曰ク變例モトハ本條第ニ設ケタル所以ハ世運ノ漸ク開明ニ進接スルニ從ヒ刑法ノ學理亦タ漸ク進歩シ中略刑罰權ノ原理ニ向テ歩ヲ進ムルト同時ニ他ノ一面ニ在テハ事ニ害ナキモノハ成ル可ク被告人即チ犯人ノ利益ヲ圖ルノ傾キアルヨリシテ既ニ舊法ノ嚴チ改メ新法ノ輕キモノヲ定メタル以上ハ犯人ノ爲メ其新法ノ輕キヲ以テ處斷スルモ社會ニ大害ア

ル無シ故ニ其新法ノ輕キニ從テ處斷スヘシト云フニ外
ナラス今之ヲ約言セハ一種ノ恩典ノ主意ニ出タル特例
即チ法律ノ恩意ニ外ナラサルナリト

二學派ノ説ヲ駁ス

抑モ恩典説ナルモノハ其正理ヲ發見スル能ハサルカ故
ニ生ゼシモノナレハ茲ニ確乎タル正理ヲ見ルヲ得バ從
テ消滅スベキナリ而シテ其法ヲ既往ニ溯ラシムルノ真理
ナル所以ハ前段既ニ之ヲ詳説セリ故ニ今ハ只此説ノ誤
ヲ述ブルニ止メン

夫レ新法ヲ以テ舊法ヲ改正シタルハ舊法ノ不可ナル所
アルカ故ナリ不可ナル所トハ何ゾヤ或ハ風俗ニ背キ人
情ニ悖リ或ハ苛寛其所ヲ得ザル等之レナリ夫レ既ニ舊

法ノ不可ナルヲ知ラン乎誰レカ之ヲ用ヒサルヲ尤メン
用ヒスシテ法始メテ寛ニ又濫用ノ嫌ナシ而シテ國家爲メ
ニ害ヲ蒙ルノ憂ナシ故ニ曰ク新法輕キト之ヲ既往ニ溯
ラシムルハ正理ノ存スル所ニシテ決シテ恩典ニ出ヅルモ
ノニ非ズト夫レ然リ而シテ試ミヨ氏ノ説ニ從ヒ偏ヘニ立
法者ノ恩典ニ基クモノトセンカ蓋シ奇怪ノ結果ヲ生ズ
ルニ至ルベシ抑モ恩典ナルモノハ立法者ノ左右スルヲ
得ルモノナレハ從テ取消スヲ得ベキナリ果シテ然リト
セハ茲ニ不仁ノ立法者アリ新法輕シト雖モ舊法ニ及ボ
スヲ許サズトセンカ又一旦新法ヲ適用シタルモ途ニシ
テ之ヲ廢シタリトセンカ如此事アリト雖モ決シテ批難ス
ル能ハサルニ至ルヘシ何トナレハ恩典ナルモノハ恩典

チ下ス者ノ左右スベキ所ノモノナレハナリ豈ニ恐ルベ
キノ至ナラズヤ

第二段 結論

舊法重クシテ新法輕キ時新法ヲ既往ニ溯ラシムルハ法
律及既往ノ原則ヨリ生スル結果ニシテ前段ニ参照セハ
自カラ釋然タルヘキナリ即チ法律ハ既往ニ及ホズチ原
則トシ既往ニ及ホシテ既得權ヲ害スルモノノミチ例外
トナス故ニ本段ノ如キ其患ナキモノハ此元則チ適用ス
ヘキナリ

第三段 舊法ノ下ニ在テ確定裁判ヲ經タルモノニモ新

法輕キキハ之ヲ溯ラシメサルヘカラス

諸君ヨ余ハ前既ニ法ノ既往ニ溯ルヘキ所以チ説明シタ

レハ今其論理ヲ推シテ此段ヲ解スルモ又難キニ非ルヘ
シ故ニ余ハ說ノ重複センチ恐レ茲ニ詳細ノ議論ヲ述ヘ
スシテ只其一端ヲ普通ノ道理ニ示シテ此段ノ局ヲ結ハ
ント欲ス

凡ソ世上ノ事其何タルヲ問ハス善ヲ追ヒ美ニ隨テ進歩
スヘキハ普通ノ道理ナリ國ノ安寧ヲ保ツ所以吾人ノ幸
福ヲ來ス所以モ亦一ニ此理ニ據ラサルヲ得ス之レ實ニ
天賦ノ性ヲ完フスル所以ノ方法ニシテ然ラサルヲ得サ
ルモノナリ今其一端ヲ示セハ昨日ノ鎗弓ハ今日ノ銃砲
ト變シ前日ノ竹籠ハ今日ノ人車ト化シ或ハ和船ノ漁船
ニ於ケル飛脚ノ電信郵便ニ於ケルカ如ク比々皆然リ而
メ是等ノ器、世チ益シ人チ利スルヲ其幾許ナルチ知ルヘ

カラス苟モ其何タルチ問ハス利益アルニ於テハ人情世態トシテ之ヲ用ヒテ盡サ、ルチ恐ル、モノナレハ此貴重ナル器ニシテ之ヲ發明以前ニ溯ツテ利用スルチ得ハ人誰レカ之ヲ用フルチ欲セサラン世何レカ之レチ用フルチ願ハサラン之ヲ願欲スルハ人情世態ノ常ナリ然リ而シテ是等ノ器之レチ既往ニ溯ラシムルチ得ル乎即チ今日ノ銃砲今日ノ電信郵便チ昨日ニ用ユルチ得ルカ蓋吾人ノ望ンテ能ハザル所ナリ之ニ反シテ昨日ノ寒暖計ハ其ノ平チ得スト爲シ今日之ヲ改正シ又前日ノ辨論ハ不當ナリトシ今日ニ至ツテ之ヲ改正スルカ如キハ蓋シ既往ニ溯ラシムルチ得ベキモノニシテ吾人ニ益アリト雖モ害ナキヤ疑フベカラザルノチナリ法律モ是レト同

一理ニシテ敢テ異ナル所ナキモノナリ彼ノ死刑ノ如キハ執行既ニ終レバ又回復スルチ得ザルガ故ニ新法ノ輕キヲ溯ラシメントスルモ能ハザルモノナレバ即チ之レ昨日ノ鎗弓タルチ免レズ然リト雖モ苟モ法律ニシテ確定裁判チ經タルモ猶ホ之レニ及既往ノ元則チ適用シテ害ナクンバ吾人ノ益邦國ノ美トシテ行ツテ願ミル處ナカルベシ之レ即昨日ノ寒温器ナリ昨日ノ辨論ナリ斯ク謂ハ、論者或ハ云ハン之レ正ニ社會ノ既得權チ害スルニ非ズヤト豈ニ夫レ然ランヤ過チ改ムルハ道理ノ許ス所ナレハ余ハ下ノ如ク斷言セン曰ク舊法某刑ニ當リ己ニ刑期中ナリト雖モ新法之レチ無罪トナシタルキハ進ンテ既往ニ溯ラシメサルヘカラズト余斯ク云ハミ論者

又云ハン確定裁判ヲ經タルモノニモ新法ヲ及ボストセ
 ハ新法ノ改正アル毎ニ一々犯人ヲ再審セザルヘカラザ
 ルノ弊アラント之レ又説ノ誤レルモノナリ何トナレハ
 一ノ繁勞ヲ見テ其主眼タル正理ニ着目セサルノ論ナレ
 バナリ余ハ堅ク信ズ世運益々開ケ法理愈々明ヲカナル
 ノ日ニ至ラハ蓋シ余ガ説ノ空論タルヲ免カル、チ
 ○以上第三段ノ解釋ヲ終リタレバ以下新法ノ舊法ヨリ
 重キトハ既往ニ溯ラシメザルノ例外ヲ説クハ其順序ナ
 ルベキモ既ニ第一段中ニ於テ此事ヲ述ベタレハ今更ラ
 ニ之ヲ復言セズ故ニ左ニ以上述ヘタル所ノ大要ヲ示サ
 ンガ爲メ對話躰ノ問答ヲ設ケテ讀者ニ便セン
 或人曰ク法ヲ既往ニ及ボスト否トハ何レカ原則ナルヤ

余曰ク法ヲ既往ニ及ボスト原則トセザルベカラズ
 或人曰ク然ラハ新法ヲ以テ舊法ヲ改正シ其刑重キトモ
 尙ホ既往ニ及ボスヘキカ

余曰ク否ナ此場合ニ於テハ犯者ノ既ニ得タル權利ヲ害
 スルカ故ニ既往ニ及ボスト得ズ然レモ能ク既得權ト
 希望トチ區別セサルヘカラズ何トナレハ希望ハ既得
 權ニアラザレハナリ

或人曰ク然ラハ總テノ事悉ク既往ニ及ボスト云フニ非
 ズシテ既得權ヲ害セザルモノ、ミニ限ルノ謂ヒ乎
 余曰ク然リ

或人曰ク然ラハ二者何レモ原則ト云フベキニ非ズヤ
 余曰ク總テノ事物一ケニシテ二ケノ元則アルコトナキモ

ノナリ故ニ既往ニ溯ルチ得ザル場合ハ例外ト云フベ
キナリ

或人曰ク何ノ爲ニ既往ニ及ボスチ原則トシ然ラサルモ
ノチ例外トスルヤ

余曰ク法律ハ其精神ヨリ言ハ、時ノ前後チ問ハス唯制
裁チ與ヘテ以テ國家ノ秩序ト吾人ノ安寧チ保維スル

チ旨トス之レ此原則アル所以ナリ
或人曰ク法律ヲ既往ニ及ボスニ當リ日月ノ經過ニ制限

ナキヤ
余曰ク經時効ノ期限チ以テ之レカ制限トナスモノナリ

或人曰ク若シ舊法ノ設ナキキハ如何ナル理ニ由テ法チ
既往ニ及ボスモノナルヤ

余曰ク法律ナルモノハ邦國ノ秩序ト吾人ノ安寧トチ維
持スル爲メノモノナレハ既得權チ害セサル以上ハ之

チ履行スルチ得ベケレバナリ
或人曰ク舊法ノ下ニ在リテ裁判確定シタルキハ如何ス

ヘキヤ
余曰ク新法輕キキハ例令刑期中ト雖モ尙ホ既往ニ溯ラ

シメザルベカラヌ
或人曰ク以上ノトハ現今之チ適用スルチ得ベキヤ

余曰ク否當時ノ法律ニ反スル所アレハ直チニ之チ實行
スルチ得ヌ余ノ今示セシ所ハ偏ヘニ理論上ノトナリ

以上縷々陳述セシ所ハ法理ト實際トニ付テ説チ立テタ
ルモノナレハ一ニ理ノアル所チ示セシモノニシテ本條

ノ文面トハ大ニ反對スルモノナリ故ニ余ニシテ若シ立
法者ノ地位ニ立タバ本條ヲ左ノ如ク改正セント欲ス
法律ハ實施以前ニ係ルト實施以後ニ係ルトチ問ハス
均シク効力アルモノナリ
但シ既得ノ權ヲ害スベカラス
余ハ茲ニ法理上ノ解ヲ終リタリ其當否一ニ讀者ノ評論
ニ任ス

附言

以下理論上ノ議論ニ涉ルキハ右ノ原則ヲ以テ根據ト
爲スカ故ニ或ハ律文ト反スルモノアラン之レ止ムベ
カラザル結果ナレバ讀者幸ニ諒セヨ

刑罰權ヨリ本條ヲ解釋ス

○夫レ吾人ノ刑罰ヲ受クルハ其ノ法律アルガ故ナリ法
律ナクシバ萬事吾人ノ權利内ニ存スルカ故ニ刑罰ヲ受
クベキノ理ナキナリ而シテ刑罰ヲ加フルハ命令權ノ應
報ナレバ亦其命令ナシテ應報ノアルコトナシ故ニ命令
權說ニ據リ本條ヲ解スレハ法ヲ既往ニ及ボシテ他人ノ
既得權ヲ害スルヲ得ザルハ當然ノコト云フベキナリ然
リト雖モ折衷主義ヨリ解釋ヲ下スルハ牽強附會ヲ用ヒ
ザル以上ハ本條ト抵觸スルモノナリ何トナレハ折衷說
ハ背徳加害ヲ以テ基本トナシ背徳加害ノ所爲ハ罪ナリ
ト云フヲ以テ例令在上者ノ命令ナシト雖モ背徳加害ノ
所爲ニハ刑ヲ溯ラシムルヲ得ベケレハナリ是レ豈理ノ
許スベキ所ナランヤ之レニ依テ是ヲ見レハ本條ハ命令

主義ニ基キシモノニシテ折衷説ト相反スルヲ知ルベシ
 今左ニ一例ヲ設ケテ之ヲ説明セシ
 茲ニ寒暖計アリ普通ノ度ハ冷度ヨリ熱度ニ止マルモノ
 ナリ故ニ若シ其ノ間ヲ昇降セズシテ冷度以下ニ降り或
 ハ熱度以上ニ昇ルキハ大ニ變象ヲ來スモノナリ例令ハ
 冷度以下ニ降レハ動物凍死シ流氷結晶スルカ如キ又熱
 度以上ニ昇ルキハ動物熱死シ流氷發散スルカ如キ是レ
 ナリ語ヲ換ヘテ云ハミ冷熱兩度ノ間ヲ昇降スルハ法則
 ニシテ其上下ニ至ルモノハ不法則ナリ今之ヲ刑法ニ譬
 フレハ冷度ヨリ熱度迄ノ間ハ刑罰權ノ權限内ニシテ冷
 度以下熱度以上ハ其權外ナリ
 既ニ右ノ如ク例ヲ定メン平折衷説ニ依レハ冷熱兩度ノ

間ハ背徳加害ノ所爲ナリ故ニ之ヲ刑スルノ權アリ果シ
 テ然ラバ未ダ氣候ノ八十度ニ達セザルモ八十度ナリト
 云フヲ得ベク未ダ法ヲ設ケサルモ刑スヘシト云ハサル
 ラズ何トナレハ背徳加害ノ所爲ハ罪ナリト云フヲ
 レバナリ嗚呼又不理ノ甚シキニアラズヤ命令説
 ト反シ大ニ其正ヲ得タルモノナリ今其理由ヲ云
 熱兩度ノ間ハ邦國ノ秩序ヲ亂シ吾人ノ安寧ヲ
 所爲ナリ故ニ立法者ハ刑罰ヲ命令スルノ權ア
 ルノ權アルガ故ニ之レニ背キタルモノハ從テ
 罪ナリ而シテ氣候ノ未ダ八十度ニ達セザルハ其ノ
 故ナリ其刑罰ヲ加ルヲ得サルハ在上者ノ命
 命ナリ嗚呼豈命令ナクシテ刑罰アリ温熱ナク

ニ達スルモナランヤ之レ余ノ本條ハ命令主
 云フ所以ナリ論者或ハ云ハン命令主義ヲ探テ
 弊害アリ何トナレハ冷度以下ニ降り熱度以上
 アルモ冷熱ノ然ラシムル所ナレハ法モ從テ秩
 序トノ外ニ及ボスヲ得ベケレハナリト夫レ然リ
 者ナルモノハ法ヲ規定スルニ付テ無上ノ權力
 ルカ故ニ或ハ罪トスベカラサル處爲ニ刑ヲ科ス
 得ベク或ハ罪トスベキノ所爲ヲ刑セサルヲ得
 然レ由之レ等ノ一ハ真正ノ命令權ヨリ生スルモノ
 ニ非ズ抑モ命令權ナルモノハ邦國ノ秩序ト吾人ノ安寧
 トノ二者ニ付必要ナルニアラザレハ命令ヲ下スヲ得ザ
 ルモノナリ尙ホ語ヲ換ヘテ之ヲ云ハミ命令權ナルモノ

ハ正理ヨリ生ズルモノニシテ事苟モ邦國ノ秩序ト吾人
 ノ安寧トヲ保護スルノ止ムベカラザルニ非レハ生セサ
 ルモノナリ故ニ立法者ニシテ若シ令度以下ニ降り熱度
 以上ニ昇ラシムル如キヲアラハ之レ命令權ノ濫用ノミ
 敢テ理ヲ争フニ足ラザルナリ

本條ハ立法、憲法孰レニ屬スヘキモノナルヤ

○人或ハ云ハン本條ヲシテ立法、憲法何レノ下ニ屬セシ
 ムルモ差異ノ見ルベキモノナシト之レ大ナル誤也今試
 ミニ其利益ノアル所ヲ述ベンニ本條ヲシテ立法上ノ規
 則トセハ立法官隨意ニ之ヲ變更シ或ハ廢止スルヲ得ベ
 シ何トナレハ立法者ノ造リタルモノナレバナリ之ニ反
 シテ本條ヲ憲法上ノ規則ナリトセハ憲法ニ規定スヘキ

モノニシテ憲法ノ改革アルニアラサレハ變更廢止スル
 ナ得サルモノナリ又其効力ノ点ヨリ見ルモ立法上ノ規
 則トスレハ裁判官ヲ制限スルノミニシテ立法官ニ對シ
 テ毫モ其効力ナシ之レニ反シ憲法上ノ規則トスレハ立
 法官並ニ裁判官ヲ制限シ得ルモノナリ故ニ兩法中何レ
 ニ屬スヘキカヲ探究スルハ將ニ學者ノ急務トナスヘキ
 所ナリ

佛國ニ於テハ共和三年即チナポレオン前ノ憲法ニ本條
 ノヲ規定セリ降テ共和十四年、三十年、四十八年ノ憲法
 ニ於テ尽ク之ヲ除去シ一ニ立法官ノ左右スル所ニ任シ
 タリ
 抑モ法律ヲ既往ニ及ホサ、ルヘカラサルノ原則ハ正理

ノ然ラシムル所ニシテ獨リ刑事ノ法ニ適用スヘキモノ
 ニ非ス苟モ法律ノ稱ヲ下スヘキモノニハ悉ク此ノ原則
 ナ定メサルヘカラス然ラハ則チ此原則ハ法律其物ノ固
 有ノ性質ニシテ而シテ容易ニ變更スヘキモノニアラサレ
 ハ獨リ裁判官ヲ拘束スル而已ナラス立法官モ又之ニ制
 限セラレサルヲ得サルナリ然ルニ高木氏ハ本條ノ原則
 ハ獨リ裁判官ニ向テ之ヲ適用ス可キモノニシテ立法官
 ニ向テ効力ヲ有スルモノニ非スト論究セラレタリ然レ
 此論タル憲法未タ定ラサルノ時ニ當リ單ニ刑法部内
 ニノミ眼ヲ注キタル弊ニシテ若シ一步ヲ進メ刑法ノ範
 圍ヲ離レテ深ク熟考スル時ハ其不當ナルヲ發見スヘシ
 何トナレハ是等ノ一ハ憲法ニ屬スヘキモノニシテ獨リ

裁判官ヲノミ支配スヘキモノニ非サレハナリ今假リニ立法上ノ規則ト爲サンカ大ナル弊害ノ生スルヲ奈何セシ即其二三ヲ掲ケレハ立法者或ハ單ニ法律ハ既往ニ及ホスヘシト云ヒ吾人既得ノ權ヲ顧ミサル如キ或ハ法律ハ既往ニ及ホスヘカラスト云ヒ新法ノ寛ナルモ強テ其非チ逐クルカ如キニ至ルヘシ

以上述ヘタル理由ニ依リ憲法制定ノ日ニ當テハ余カ法理上ノ解釋ニ述ヘタルカ如ク其本末ヲ改メ憲法ノ範圍ニ屬セシメ立法者ヲモ制限セラレシテ實ニ希望ニ耐ヘサルナリ

本條字句ノ不當ヲ正ス

○本條第一項ニ曰ク「法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホ

スヲ得ス」ト此頒布トハ如何ナルヲ云フカ佛語ニテ之ヲ「プロミッルガシオン」ト云フ羅甸ノ「プロミッルガレ」ヨリ出シモノニシテ「プロミッルガレ」ハ法ヲ布告スルノ義ナリ依是觀之頒布トハ法律ヲ制定チ人民一般ニ知ラシムル爲メニ之ヲ布告スルノ謂ナリ而シテ此定義ニ依レハ本條ノ頒布トアルハ公布ト同一義ニ解釋チ下サミルベカラス何トナレハ法律ハ頒布ノミニテハ吾人一般ニ之レヲ遵奉スルノ義務未ダ生セサレハ也然ルニ若シ本條ノ頒布ニ付キ強テ文字上ヨリ解釋チ下サハ大ナル弊害ヲ生スヘシ之ヲ刑法ニ譬フレハ此布告ハ明治十三年七月十七日ニシテ其實行セシハ同十五年一月一日ナリ故ニ本條ノ法文ニ依レハ十三年七月十七日以前ノ所爲ニハ法律

ヲ適用スルヲ得サルカ如シ然ラハ裏面ヨリ十三年七月十七日ト十五年一月一日トノ間ニアル所爲ニハ新法ヲ適用スルヲ得ルヲ解釋チ下サミルベカラズ之レ不正ノ甚シキモノナリ何ントナレハ十三年七月十七日ヨリ十五年一月一日迄ハ周知ノ期限ニシテ未タ吾人ノ之レニ從テ制裁ヲ受クヘキノ日ニ非ス實ニ其違法ノ制裁アルハ十五年一月一日以後ノナレハナリ然ルニ如此其中間ニ在ル所爲ヲ支記シ得ヘキカ如キノ解釋チ下シ得ルハ抑モ何ツヤ他ナシ頒布ノ二字其正ヲ得サルカ故ナリ故ニ本條頒布ノ三字ヲ實施ト改メサルヘカラス

井上氏余ト同様ノ解釋チ下セシト雖モ又大ニ誤ル所アリ氏曰ク「政府カ法律ヲ發スルモ其人民ノ處ニ達セサル

間ハ直ニ布告アリ頒布アリシトイフヲ得ザルナリト之レ頒布ヲ誤解シタルノ論ナリ抑モ頒布ナルモノハ前既ニ逃ヘタルガ如ク法律ノ制定アリシヲ吾人ニ知ラシムル所ノモノニシテ布告候事トノ明文ヲ以テ達セラレタル以上ハ吾人ノ知ルト知ラサルトチ問ハス茲ニ布告即チ頒布アリト云フヲ得ヘシ然レモ吾人未タ遵奉スル義務ノ生セサルモノナリ何トナレハ頒布アリシト雖モ未タ周知ナケレハナリ周知トハ一定ノ時日ヲ定メ吾人チシテ了知セシムルノ謂ニシテ佛國ニテハ新聞紙或ハ雜誌ニ之ヲ掲載スルトセリ(今多ク官報ニ記ス)而シテ其掲載ノ日ヨリ豫定ノ時日ヲ經過セシキハ人民悉ク了知セシモノト法律上假定スルモノナリ之レ是ヲ周知ト

云フ故ニ其法律ニシテ未ダ人民ノ許ニ達セサル以上ハ
 周知ハ勿論未ダ其頒布々告ノ有リシヲ知ラズト謂フチ
 得ルト雖モ直チニ其未達セサルノ故チ以テ頒布ナシ布
 告ナシトハ謂フチ得サルヘシ
 以上述べタル如ク頒布ト周知トハ決シテ混同スヘキモ
 ノニ非ス一言ニシテ其區別ヲ云ハバ頒布トハ布告セシ
 トニシテ周知トハ吾人ノ周ク知リタル事ナリ然ルニ非
 上氏ハ之ヲ混同シテ人民ノ處ニ達セサル以上ハ頒布ア
 リト云フヘカラスト明言セラレタリ嗚呼頒布ノ定義ヲ
 誤ル甚シト謂フ可シ而シテ我邦ニ於テハ周知ノ期限ヲ規
 定シタレハ後段之ヲ示サン
 第二ニ字句ノ正スヘキ所ハ第一項ニアル犯罪ノ二字是

ナリ今舊法ニ於テ其刑輕ク新法ニ於テ其刑重キハ舊
 法ニ在テモ全シク罪ナリシカ故ニ犯罪ノ字適當ナリト
 雖モ若シ舊法ニ於テ或ル所爲ヲ罪トセサルモ新法ニ於
 テ之レチ罪トシタルハ犯罪ノ字少シク狹隘ニ渉ルヘ
 シ何トナレハ舊法ノ下ニ於テハ犯罪ニ非サルカ故ニ新
 法チ既往ニ及ホスチ得ルカ如キ解釋ヲ下ヌチ得ヘケレ
 ハナリ故ニ犯罪ノ二字ヲ所爲ト改メサルヘカラス

第一項ノ解

本條第一項ニ曰ク「法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホス
 」「チ得ス」ト之レ法律ノ既往ニ及フヘカラサル原則ヲ定
 メタルモノナリト雖モ決シテ法理ニ適セサル議論ニシテ
 却テ變例トナルモノナリ其理由ハ前段ニ於テ既ニ詳論

シタルハ之ヲ略シ直ニ進ンテ二三ノ難問ヲ掲ケ之レカ
解釋ヲ下シテ本項ノ局ヲ結ハントス

第一問治罪ノ手續ハ既往ニ及ホスヘキヤ否

佛國ニ於テハ此問題ニ付テ三種ノ學派アリ今左ニ之ヲ

示シテ其當否ヲ辨セン

一學派ノ說ニ曰ク舊法ノ下ニ在リテ罪ヲ犯セシキ治罪

ノ手續ハ舊法ニ依ラサルヘカラス何トナレハ犯セシ法

ノ下ニ在テ刑ヲ受クルハ當然ノコナレハ之ヲ活用スル

處ノ手續モ又當時ノ法ニ據ラサルヘカラス然ルニ之ト

反シテ後日ニ至リ其遇スル所ノ方法ヲ嚴ニシ既ニ得タ

ル所ノ運命ヲ變更スルカ如キアラハ犯者ノ權ヲ害スル

又甚シキニ非スヤト之レ實ニ千八百五十年政府ト議院

トノ間ニ起リシ爭議ニシテ此說竟ニ全勝ヲ得タルモノナ

リ然レモ退テ考フレハ大ニ取ルヘカラサルモノアリ抑

法律ナルモノハ前已ニ述タルカ如ク吾人ノ既得權利ヲ

害セサル以上ハ既往ニ溯ラシムルノ正理ナルモノナレ

ハ本問ノ如キ又新法ヲ適用セサルヲ得テ何トナレハ治

罪ノ手續ヲ既往ニ溯ラシムルモ吾人ノ既得權ヲ害スル

モノニアラサレハナリ其所以ハ第三學派ノ下ニ至テ之

ヲ述ヘン

二學派ノ說ニ曰ク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例令ハ舊法ニテハ重罪ヲ輕

罪裁判所ニテ裁判シ新法ニテハ之ヲ重罪裁判所ノ管轄

トシタルトハ新法ヲ用ユヘク舊法ヲ用ユヘカラス又舊

法ニテ重罪ノ刑ヲ重罪裁判所ニテ管轄スルト雖モ之レ
 ナ新法ト比照シテ其手續簡略ナルモハ新法ニ依ラサル
 ガ如キ之レナリ故ニ新舊手續ヲ比照シテ其正シキヲ得
 タルモノニ依ルヘシト之レ亦誤テリ凡ソ新法ヲ以テ舊
 法ヲ改正シタルハ舊法ノ非ナルカ故ナリ其裁判上ノ手
 續ノ如キニ至リテハ固ヨリ然リ而シテ若シ此説ニ從フ
 事ハ一事件アル毎ニ新舊一々其手續ヲ比較シテ取捨ス
 ヘキカ故ニ事繁雜ニ涉リ徒ラニ時日ヲ費シ遷延決セサ
 ルニ至ルヘシ況ンヤ判官一々其正否ヲ判斷シテ誤ラサ
 ルナシト云フヲ得サルニ於テチヤ加之此論ハ本條既往
 ニ溯ラシムルノ變則ニ反背スルニ至ルヘシ之レ余カ此
 説ヲ非トスル所以ナリ

三學派ノ説ニ曰ク此場合ニ於テハ直チニ新法ヲ適用ス
 ヘシ何トナレハ新法ヲ以テ舊法ノ手續ヲ改正シタルハ
 舊法ノ不備ナル所アルニ基キシモノニシテ之レチ既往
 ニ及ボスモ害ヲ蒙ルモノナク却テ利ヲ受クルニ至ルヘ
 ケレハナリト
 余ハ第三學派ノ説ニ從フモノナリ夫レ治罪ノ手續ニ至
 リテハ之チ既往ニ溯ラシムルモ決ノ犯者ノ既得權ヲ害
 スルモノニ非ス之レチ道理ニ徴スルモ尙ホ然リ彼ノ裁
 判所ノ構成權限ノ如キ又訟訴手續ノ如キ主トスル所ハ
 邦國ノ公益ト被告人ノ利益トチ圖ルニアルモノナレハ
 舊法ヲ改正スルハ舊法ノ利益ヲキカ故ナリ詳言スレハ
 舊法ヲ改正變更スルハ一層刑法ノ適用ヲ正確ニシ且其

所置テソ公平ニ赴カシムルモノト云ハサルヘカラス然
 ルニ被告人ハ國家並ニ自己ノ不利益ナルカ爲ニ廢セラ
 レタル法ヲ猶ホ維持セントスルニ至ツテハ愚モ亦甚シ
 カラスヤ而シテ治罪ノ手續ナルモノハ行政權内ニ屬スル
 モノナルカ故ニ被告人ニ既得權アルヘキノ道理ナキモ
 ノナリ斯ク論シ下セハ人或ハ云ハン新法ト雖モ盡ク舊
 法ヨリ善美ノモノニ非ス故ニ新法ヲ溯ラシムルモ被告
 人ニ害ナシト云フヲ得サルヘク又從テ既得ノ權ナルモ
 ノアリ例令ハ佛國ノ如ク出板物ヲ以テ人ヲ譏謗シタル
 中ニ或ハ之ヲ輕罪裁判所ニ移シ或ハ之ヲ重罪裁判所ノ
 管轄ニ歸セシムルカ如キヲアラハ被告人ヲ害スルニ非
 スヤ語ヲ換ヘテ云ハク被告人ニハ自然ノ裁判所アリ其

輕罪ナルキハ輕罪裁判所アリ重罪ナルキハ重罪裁判所
 アルモノナルカ故ニ此自然ノ裁判所外ニ出ツルカ如キ
 一アラハ果シテ被告人ニ害ナシト謂フヲ得ルカト之レ議
 論ノ極端ニ走リテ其正ヲ得サルモノナリ若シ論者ノ言
 ノ如キ場合アラハ被告人ノ害ヲ受クルヤ明カナリ然リ
 ト雖モ之レ例外而已之レ千萬中ノ一而已豈如此稀有ノ
 事例ヲ延テ以テ既往ニ及ホスヘキノ正理ヲ破フルヲ得
 シヤ
 第二問刑ノ執行ニ關スル法即チ監獄則ノ如キハ既往ニ
 及ホスヘキヤ否
 本問題モ亦既往ニ溯ラシメサルヘカス其所以ハ之ヲ既
 往ニ溯ラシムルモ刑ノ性質並ニ其輕重ヲ變セサルカ故

ニ犯者ノ既得權ヲ害スルノ憂ナケレハナリ例令ハ舊法ニテハ内地ニ於テ使役セシモ新法ニテハ遠隔ノ地ニ送リテ使役スルカ如キ又舊法ノ下ニ在リテ北海道ニ在ルモノチ新法ヲ以テ小笠原嶋ニ送りシキノ如キ被告人ニ於テ多少勞逸ノ差アリト雖モ其刑タルヤ固同一ニシテ決シ其性質ヲ變セシニアラス且本則ノ如キモ亦行政部ニ屬スルヲ以テナリ故ニ法ヲ既往ニ溯ラシムルノ原則ヲ適用セサルヘカラス

第三問期滿免除ニ關スル法ハ既往ニ溯ラシムヘキヤ如何

此問題ニ付テハ大ニ議論ノ有ル所ナレハ以下先ツ諸學士ノ說ヲ掲ケテ讀者ニ示シ後チ進ンテ之レカ判斷ヲ下

サント欲ス

井上氏曰ク新舊ヲ比照シテ輕キニ從フトイヘモ新法ハ其頒布前ノ時日ニ溯リテ効力ヲ有スルモノニアラス頒布前ノ犯罪ニ就テモ新法ノ輕キ所ハ唯其頒布後ノ時日並ニ事件ニ限リ其効力ヲ有セシムルノミ故ニ期滿免除ハ舊律ノ犯罪ニモ之ヲ適用セサルニハアラサレモ十五年一月一日以前ノ日數ハ其期限内ニ計算スルヲ得ス故ニ懲役五年ノ囚徒(即チ輕罪ノ禁錮ニ相當ス)明治八年逃走シテ刑ノ執行ヲ遁レ十六年六月ニ至リ捕ニ就カンニ年限ヲ以テスレハ己ニ七年ヲ過キタレハ刑ノ期滿免除ヲ得ヘキモノ、如クナレモ是レ期滿免除ヲ得ヘキモノニアラス又況シヤ逮捕前己ニ期滿免除ノ年限ヲ過ク

ルモ實施前ニ逮捕セラレテ唯其判決ノニ實施後ニ及フ
 モノニ於テチヤ舊律ノ時ニハ舊惡減免ノ例ハ格別ナレ
 而社會ハ何時ニテモ犯人ヲ逮捕シ又何時ニテモ其罪ヲ
 問ヒ又犯人カ遁レシ刑モ何時ニテモ之ヲ執行スルノ權
 ナ有セシナリ是レ亦社會ニ在テハ一ノ既得ノ權ナリ原
 告ノ既得ノ權モ被告ノ既得權モ共ニ其以後ノ法律ヲ以
 テ害スヘカラサルハ一ナリ舊法ニ依リ社會カ罪ヲ問ヒ
 刑ヲ續クコトヲ得ルノ權ハ新法ニテ之ヲ害スルコトヲ得ス
 又刑ノ期滿免除ヲ得シメハ法律ニテ之ヲ與フルノ主意
 トモ違フヘキナリ刑ノ期滿免除ハ專ラ社會カ犯罪ヲ忘
 却スルニ基クモノナリ舊律ノ時ニ在テモ若シ新法ノ如
 ク期滿免除ヲ許ルシ其年限ヲ定メ又之ヲ中斷スルノ方

法ヲモ定メ期滿免除ノ經過ヲ中斷セヌシテ其年限ヲ過
 シレハ社會即チ其代人タル檢察官ハ犯罪ヲ忘却セシナ
 リト推測セラルヘケレハ其年限ナク又中斷ノ方法モナ
 キニ於テハ何時ニモ檢察官ハ手ヲ下クヌコトヲ得レハ十
 五年前ニ其手ヲ下サ、リシチ以テ犯罪ヲ忘却セリトハ
 推測スルコトヲ得ヌ(中略)

故ニ刑ノ執行ヲ遁ル、ニ就キ犯セル罪ハ假令ヒ十五年
 前ニ公訴期滿免除ノ年限ヲ過クルモ未タ十五年後ニ於
 テ其年限ヲ過キササルニ於テハ仍ホ之ヲ問フヘキナリト
 堀田氏曰ク抑法律ヲシテ其効ヲ既往ニ及ホサシメサル
 所以ハ既得ノ權ヲ保護センガ爲メナリ故ニ期滿免除ハ
 刑ノ執行ヲ逃レタル者ニ在テ一ノ既得權ヲ成スマ否ヤ

ヲ論究スルニ於テハ本件ハ自ラ氷解セン刑ノ期滿免除
 ハ刑ノ消滅ノ原由ナリ而シテ犯人刑ノ執行ヲ逃レタル
 ヨリ法律ニ定メタル歲月ヲ經ルトキハ刑ヲ免カル、ト
 雖モ其期限内逮捕セラレ若クハ令狀ヲ發セラレ、ニ於
 テハ之ヲ免カル、ヲ得ス故ニ犯人刑ノ執行ヲ逃レ法律
 ニ定メタル期滿免除ノ期限ヲ經過シタルトキハ則チ刑
 罰ヲ免カル、ノ權利ヲ得タリト雖モ未ダ其期限ノ經過
 セサル間ハ唯期滿免除ノ期限ヲ經過シ以テ其刑ヲ免カ
 レント欲スルノ意望ヲ有スルノミ未ダ權利ヲ得タリト
 イフヘカラス故ニ其未ダ權利ヲ得サルニ當テ期滿免除
 ノ期限ヲ伸張スルモ決シテ既得ノ權利ヲ害スルモノニ非
 サルナリ又期滿免除ノ期限ヲ減縮シ若クハ期滿免除ヲ

創設シタル法ハ之ヲ領布以前ノ罪ニ適用スルモ犯人ノ
 權利ヲ害スルコトナキハ勿論社會ノ權利ト雖モ亦之ヲ
 害スルコトナシ蓋シ社會ハ犯人刑ノ執行ヲ逃ル、モ犯
 罪ノ當時ノ法律ニ從ヒ期滿免除ヲ與ヘス若クハ當時ノ
 法律ニ定メタル期滿免除ノ期限ヲ經過スルニ非サレハ
 其刑ヲ免セサルノ權利ヲ得シモノニ非ス又假ヒ社會ニ
 此權利アリト爲スモ其期限ノ長キニ失スルヲ覺リ又ハ
 期滿免除ノ制ヲ設ケサルヘカラサルノ理ヲ知り以テ之
 チ減縮シ之ヲ創定シタル以上ハ其權利ヲ却棄セシモノ
 ト謂フヘキナリト
 高木氏曰ク今ヤ近來法律家ノ說ク所及ヒ實際行フ所ノ
 失當ナル所以ヲ辨センニ彼輩曰ク「抑法律ノ既往ニ及ボ

スヘカラサルハ既得權ヲ害スルカ故ナリ然ルニ期滿免
 除ノ法ノ如キハ之ヲ既往ニ及ホスモ敢テ既得權ヲ害ス
 ト云フヲ得ス故ニ之ヲ既往ニ及ホスヘシ即チ明治十五
 年一月一日以前ニ刑ノ言渡シヲ受ケ其刑ノ執行ヲ遁レ
 タル者ニモ適用シ得ヘシト蓋シ實際法ヲ執ル者ニ於テ
 悉ク此說ニ同スル所ヲ以テ見レハ必スヤ指令内訓ノ類
 ニ基クモノナラント信スルナリ若シ果シテ然ラントハ
 此指令若クハ内訓ハ之ヲ法律ノ明文ニ反對スルモノト
 云ハサルヲ得ス其故何トナレハ我刑法第三條ニハ既得
 權ヲ害スル法律ト云ハスシテ單ニ法律ハ云々トアリ而
 シテ此法律トハ刑事ニ關スル一般ノ法律(治罪法ノ例外
 チ除クノ外)ヲ指スモノタルニ就テハ實地家ニマレ學者

社會ニマレ毫モ異論ナキニ非スヤ然ラハ其所謂法律中
 ニハ期滿免除又ハ假出獄ニ關スル規則ヲモ包含スル
 ハ共ニ認知スル所ナリ然リ而シテ仍ホ之ヲ既往ニ及ホ
 スモノハ之ヲ第三條ノ明文ニ背キ原則ニ反スル者ト云
 ハサラント欲スルモ能ハサルナリ或論者ハ曰ク是レ蓋
 シ第三條第二項ノ明文ニ依テ之ヲ既往ニ及ホスモノナ
 リト寔トニ同條第二項ニ據レハ新舊ノ法ヲ此照シ輕キ
 ニ從テ所斷ス可シトアリ然リト雖モ其輕キニ從フカ爲
 メニハ自カラ一大要件ノ在テ存スルナリ論者ハ之ヲ知
 ラサル乎見ヨ該項ニハ所犯頒布以前ニ在テ未ダ判決ヲ
 經サルモノトノ明文アルヲ論者ハ夫ノ新律綱領又ハ改
 定律令ニ因リ處斷ヲ受ケテ直チニ刑ノ執行ヲ遁レ若ク

ハ多少ノ執行ヲ受ケタル後チ其執行ヲ通レ而ノ後チ仍
 ホ幾年月ヲ經タルモノヲ以テ未ダ判決ヲ經サルモノト
 云ハントスル乎此說ノ如キハ實ニ愚亦太甚矣ノ一言ヲ
 呈スルノ外ナク到底余輩ハ今日實際ニ於テ期滿免除及
 ヒ假出獄等ノ規則ヲ舊律ノ處斷ニ係ルモノニ適施スル
 ノ理由ヲ解スルヲ能ハサルナリ故ニ余ハ刑法ノ明文ト
 其精神ニ基キ左ノ如ク論決ス、曰ク期滿免除又ハ假出獄
 等ノ法則ト雖モ第三條第一項ノ原則ニ依リ他ノ法則ト
 等シク之ヲ頒布以前ノ犯罪ニ及ホストチ得スト但シ刑
 法頒布ノ時未ダ判決ヲ經サル者即チ新法ニ依テ處斷セ
 ラレタル者ニハ之ヲ適用スヘキヲ固ヨリ論ヲ俟ダサル
 ナリト

以上諸說ヲ列記シ終リダレハ以下其當否ヲ辨シ正理ニ
 據リ本問ノ判斷ヲ與ヘント欲ス

井上氏ハ新舊ヲ比照シテ輕キニ從フトイヘル新法ハ其
 頒布前ノ時日ニ溯リテ効力ヲ有スルモノニアラスト論
 究セラレタルモ之レ大ナル誤リナリ然リト雖モ堀田氏
 已ニ之レカ駁撃ヲ下シダレハ余ハ唯同意ヲ表シテ止マ
 シ堀田氏曰ク「此說タル既得權ニ何タルヲ解セサルモノ
 ト謂フヘシ抑舊法ノ下ニ在テ刑ノ言渡ヲ受ケシ者ニ期
 滿免除ヲ得ザルノ權利ナキハ勿論社會ニモ亦之ヲ得セ
 シメサルノ權利アラサルナリ假ニ一步ヲ讓リ社會ニ此
 權利アリトセハ舊法ノ下ニ在テ刑ノ執行ヲ通レタル者
 ハ到底期滿免除ヲ得ル能ハスト爲スヘシ管ニ新法頒布

以前ニ經過セシ日數ヲ算入セサルニ止ムヘカヲサルナリ蓋シ刑ノ期滿免除ハ刑ノ執行ヲ遁レタル者或ル歲月ヲ經過スルトキハ社會ニ其刑ヲ執行スルノ要ナキニ至ルカ故ニ設ケタルモノナレハ此法ヲ設ケタル以上ハ此法頒布以後刑ノ執行ヲ遁レタル者或ル歲月ヲ經過スルトキハ其刑ヲ執行スルノ要ナキニ至ルモ此法頒布以前ハ幾歲月ヲ經過シタルモ仍ホ其刑ヲ執行セサルヘカラストイフカ如キ前後矛盾セル處置ヲ爲スヘカラス若シ新法頒布後或ル歲月ヲ經過シタル者ニ刑ヲ執行スルノ要ナシハ新法頒布前或ル歲月ヲ經過セシ者ニモ亦刑ヲ執行スルノ要ナキヤ明カナリト論スル所正確ナリト謂フヘシ

又井上氏ハ舊律ノ時ニ在リテモ若シ新法ノ如ク期滿免除ヲ許ルシ其年限ヲ定メ又之ヲ中斷スルノ方法ヲモ定メハ期滿免除ノ經過ヲ中斷セシテ其年限ヲ過シレハ社會即チ其代人タル檢察官ハ犯罪ヲ忘却セシナリト推測セラルヘケレト云々ト述ヘラレタリ之レ亦誤テルモノナリ何トナレハ舊法ニモ刑ノ執行ヲ遁レタル者ニ對シ令狀ヲ發スルノ規則ナキニアラサレハナリ彼ノ人相書ノ如キ即チ此類ナリ而シテ氏ハ期滿免除ヲ中斷スルカ爲メニ令狀ヲ發スルカ如ク述ヘラル、モ決テ然ラス令狀ナルモノハ偏ヘニ犯人ヲ逮捕スル爲ニ發スルモノニシテ期滿免除ノ經過ヲ中斷スルカ如キハ之レ其結果ト云フベキナリ若シ夫レ然ラスシテ其期限ヲ中斷スル

カ爲メ令狀ヲ發スルトセハ刑ノ期滿免除ハ其名アリテ
 其實ナク之レカ法アルモ又其効ナカルベキナリ之レ豈
 法ノ精神ナランヤ右ノ如ク新舊二法共ニ刑ノ執行ヲ免
 レタルモノヲ逮捕スルノ手續アリ且ツ新法ニ在テモ只
 ニ期滿免除ノ期限ノ經過ヲ中斷スルカ爲メニ行フモノ
 ニ非レハ之レカ處分ヲ既往ニ及ホスモ犯人刑ヲ免ルハ
 憂アラサルナリ
 井上氏ハ說ヲ爲シテ新法輕キトキト雖モ頒布前ノ時日
 ニ溯リテ効ヲ有スルモノニアラサルカ故ニ期滿免除ヲ
 既往ニ及ホスニ於テモ十五年一月一日ヨリ起算セサル
 ベカラズト述べ堀田氏ハ之レカ駁撃ヲ下シ余モ又批難
 ヲ加ヘタレハ井上氏ノ說ハ已ニ消滅シタルモノナリ然

レハ既往ニ及ホスヲ許スノ點ニ至テハ二氏ノ說同一途
 ニ出ツルモノナリ然リ而シテ今高木氏ノ駁論ニ對シ二氏
 能ク其答フル所ヲ知ルカ二氏或ハ曰ハシ夫レ期滿免除
 ノ如キハ其ノ定期ヲ經過セサレハ確定セサルモノニシ
 テ犯者ニ既得ノ權ナシ從テ未ダ判決アリシト云フヘカ
 ラサルナリ而シテ本條ノ判決トハ確定裁判ヲ指スモノニ
 シテ未ダ確定セサルモノヲ云フニ非ス故ニ本問ノ場合
 ニ於テ新舊ヲ比照スルニ舊法ニハ期滿免除ナルモノナ
 ケレハ刑ノ執行ヲ逸レ幾多ノ年月ヲ經過スルモ依然刑
 ノ消滅アラザルモノナリ之レニ反シテ新法ハ或ル年月
 ナリテ刑ヲ免除スルカ故ニ新法ヲ以テ寬ナリトセサル
 ヘカラズ然ラハ之ヲ既往ニ及ホスモ明文ニ反背スル所

ナキヤ明ナリト答辨如此ンハ理アルカ如シト雖モ未ダ
 大ニ取ル可カラサル所アリ何トナレハ期滿免除ノ如キ
 ハ刑ト密着シテ相ヒ離ルヘカラサルモノナレハ刑ノ確
 定セシトハ共ニ判決アリシト同一ノモノニシテ其期限
 モ又確定裁判ヲ經タルトヨリ起算スルモノナリ今一例
 ヲ掲ケテ其然ル所以ヲ證明センニ茲ニ新法ノ下ニ在テ
 重罪ノ刑ヲ受ケタルモノアリ而シテ第三十二條ニ據レハ
 重罪ノ刑ヲ受ケタルモノハ宣告ヲ用ヒサルモ終身公權
 ヲ剝奪セラル、ナリ然ルニ此場合ニ當リ二氏ハ剝奪公
 權ハ未ダ確定セサルモノトスル平豈ニ此ノ如キノ理ア
 ランヤ期滿免除ノ如キモ之レト同一理ニシテ其刑確定
 シタルトハ之レト同時ニ或ル年限ヲ經テ刑ノ執行ヲ免

ル、ヲ得ヘキモノナリ故ニ舊法ニ在テ刑ノ確定アリタ
 ルトハ之レニ附帶スルモノモ亦判決ヲ經タリト云ハサ
 ルヘカラス果ソ然ラハ高木氏ノ駁論能ク二氏ノ説ヲ擧
 破シタリト云フヘキカ如シ誠ニ正理上然ラサルヘカラ
 サルモノニシテ法文ノ爲ニ其然ルヲ得ストセハ豈ニ歎ス
 ヘキノ至リナラスヤ然レモ余ハ正理ト法文トニ基ツキ
 將ニ高木氏ノ駁論ヲ返駁スル所アラントス
 凡ソ成文律ニ依テ論ヲ立テント欲スルモノハ須ラク精
 密ニ其條文ヲ玩味セサルヘカラス然ラサレハ事理錯雜
 一モ正理ヲ發見スルヲ得サルヘシ況ンヤ之ヲ批難セン
 ト欲スルモノニ於テヤ然ルニ高木氏ハ意ヲ用フル茲
 ニ至ラス猥リニ一端ヲ引テ全体ヲ批難セント欲スルナ

リ如此シテ安ソ誤ナキヲ得ンヤ諸君試ニ本條ト草案ノ法文トチ見ヨ孰レモ犯罪所謂「アソフヲクシヨシ」ノ文字アルニ非スヤ而シテ犯罪トハ如何ナル事チ云フカ刑罰アル法律ニ背キタルモノナルコトハ高木氏モ異論ナカルヘシ然ラハ期滿免除ノ如キハ直チニ犯罪ト云フチ得ヘキ乎氏ニシテ然リト云ハ、愚モ亦太甚矣ノ一言ヲ返呈セサルヲ得サルナリ夫レ期滿免除ナルモノハ刑ヲ消滅セシムルモノニシテ刑事ニ關スル法トコソ云ヘ決ノ犯罪ナリト云フヘキモノニ非ス譬ヘハ吾人日常欠クヘカラサル夫ノ衣食住ノ如キハ之レチ人ニ關スルモノト云チ得ヘキモ未ダ以テ人ナリト云フチ得サルカ如シ若シ目シテ人ナリト云フ者アラハ之レ狂人而已決メ語ル

ニ足ラサルナリ期滿免除モ之レト同一理ニシテ犯罪ノ語ニ包含セサルモノタルヤ一點ノ疑團ナカルヘキナリ然レモ若シ本條ノ法文チメ犯罪ノ二字チ除キ換フルニ法律ノ二字チ以テシタランコトハ氏ノ駁論蓋シ適當ナリト云フヘク井上堀田二氏ノ說將ニ鑿破セラレタリト云フヘキモ苟モ犯罪ノ二字アル以上ハ氏ノ說ハ未誤リチ発レスト謂フヘシ況ンヤ草案ニハ犯罪ノ上ニ溯ルノ効チ有セストアルニ於テチヤ若シ果メ氏ノ說ノ如ク刑事ノ法律ニハ凡テ溯ルチ得サルモノトセハ犯罪ノ二字不用ニシテ單ニ法律ハ頒布以前ニ及ホストチ得スト云フノミニシテ足レリトセサルヘカラス嗚呼律文チ解スル何ソ疎ナルヤ

以上述へタルカ如ク期滿免除ノ如キモノハ本條ニ規定セサル所ナリトセン平其既往ニ及ホスヘキト否トハ宜シク法文ノ裏面ニ鑑ミ正理ニ依テ之ヲ決セサルヘカラス而ノ既往ニ溯ラシムルノ正理タル所以ハ前キニ述ヘタル所ノ法理上ノ解釋並ニ本問堀田氏ノ說ニ徴シテ知ルヘキナリ

第四問再犯加重ノ法ハ既往ニ及ホスヲ得ル乎

此問題ニ答フルコハ前段ノ論決ヲ以テセハ容易ナリ何トナレハ犯罪ノ二字ニ包含スヘキモノナルヤ否ヤヲ探究セハ自ラ氷解スヘケレハナリ而ノ之レヲ探究スルコハ豫メ再犯加重ナルモノハ一罪ヲ再罰スルモノナルヤヲ明ニセサルヘカラス然ラサレハ犯罪中ニ包含スルヤ

否ヤ了解シ難ケレハナリ

罪ヲ犯シ刑ノ言渡ヲ受ケ既ニ確定シタル者再ヒ罪ヲ犯セシ時前後ノ刑ヲ比照シ或ル條件ヲ得テ之レヲ加重スヘキモノトシタルハ抑モ何ソ之レ他ナシ先キニ刑ヲ受ケ法律ノ犯スヘカラサルヲ知リタルモ仍ホ戒懼スルコトナシ再ヒ罪ヲ犯シタルトハ之ヲ加重セサルニ於テハ更ニ懲戒ノ効ヲ奏スルコト能ハサレハナリ故ニ先キニ刑ヲ受ケタルノ事實アルガ爲ニ加重スルモノニ決テ一罪ヲ再罰スルモノニ非ルナリ尙ホ語ヲ更ヘテ云ハ、先キノ刑ハ後ノ刑ノ加重ノ模様タルニ過キサリナリ夫レ然リ然ラハ本條犯罪ノ二字ニ包含セサルヤ明カナレハ從テ又既往ニ及ホサミルヲ得ザルナリ然ルニ井上氏ハ之

レト反對ノ議論ヲ稱ヘテ曰ク「舊律ノ犯罪ヲ以テ新律ノ再犯中ニ計算スルハ是レ第三條ノ原則ニ背キテ法律ヲ其頒布前ノ犯罪ニ及ホスナリ第三條ノ主意ハ頒布前ノ犯罪ニハ法律一條規ノ全部ヲ及ホスヲ禁スルハ無論其一部タリトモ既往ニ及ホスヲ禁スルナリ又舊律ニモ再犯加等罪例アレハ新法ノ再犯加等トハ異ナル所アリ即チ舊律ニテハ一體ニ何レノ罪ニテモ再犯ニ加等スルニアラス其再犯ニ加等スルハ唯盜罪賭博ノミ其他ノ罪ニ就テハ刑期限内逃走スルカ又ハ逃走シ外ニ在テ罪ヲ犯スルニアラサレハ其罪ヲ問ハス且ツ此場合ニハ常ニ棒鎖ニ處シテ再犯加等ノ例ヲ用ヒサリシナリ故ニ舊律ニ在テ再犯加等ハ盜罪賭博ニ限ル一個ノ變

例ナリ然ルチ新法ニハ三罪ニ就キ區別ナキニハアラテ凡通則トシテ何レノ罪ニモ再犯ニ加等セリ之ヲ察セスシテ若シ一體ニ舊律ノ犯罪ヲ以テ新法ノ再犯中ニ計算セハ是レ正條ナクシテ之ヲ罪ニシ教ヘスシテ之レヲ罰スルナリ然レハ第二條ノ原則ニ背キテ亦虐タルヲ免カレサルヘキナリ是レニ由リ余ハ再犯中ニ計算セサル實際ノ裁判例ヲ是ナリトス」ト豈ニ又誤ルノ甚シキニアラスヤ嗚呼一問アル毎ニ異說紛々其歸スル所ヲ同フセサルハ何ノ故ツヤ之レ法理ノ未ダ正ヲ得サルアルカ爲メナラン乎余ハ之ヲ思ヘハ實ニ悲歎ニ耐ヘサルナリ氏曰ク第三條ノ主意ハ頒布前ノ犯罪ニハ法律一條規ノ全部ヲ及ホスヲ禁スルハ無論其一部タリトモ既往ニ

及ホス¹ハ之ヲ禁スルナリト非ナリ夫レ第三條ノ主旨
トスル所ハ犯者ノ既得權ヲ害セサル者ノ外ハ悉ク法ヲ
既往ニ及ホシテ許スタルモノナリ之レ正理ノ然ラシム
ル所ニシテ法文ノ明許セシモノナリ見ヨ第二項ハ如何
ナル法文ナルカ新法舊法ヨリ輕キキハ未ダ判決ヲ經サ
ルモノニ限リ溯ラシムルヲ命シタルニ非スヤ又第一項
ニ於テモ更ラニ犯罪ノ二字ヲ用ヒ犯罪外ノモノニハ新
法ヲ及ホスヘキヲ裏面ヨリ命スタルニ非スヤ氏ハ之レ
ト相反スルノ論ヲ提出スルモ其根據トスル處果メ何レ
ニカ在ル又氏ハ新舊二法ノ再犯加重ニ付テ大差アルヲ
示スタルモ徒勞ノミ何トナレハ舊法ニ再犯加重ナルモ
ノナシトスルモ尙ホヨク既往ニ及ホシテ得ヘケレハナ

リ豈コ何ノ理アリテカ通則變例ヲ區別スルヲ要センヤ
最後ニ至リ氏ハ説ヲ爲シ曰ク若シ一體ニ舊律ノ犯罪ヲ
以テ新法ノ再犯中ニ計算セハ是レ正條ナクシテ之ヲ罪
シ致ヘスシテ之レヲ罰スルナリト非ナリ抑モ再犯加重
ナルモノハ先キニ述ヘタルカ如ク一罪ヲ再罰スルモノ
ニ非スシテ或ル模様アルカ爲ニ加重スルモノナレハ正
條ナシテ罪シ致ヘスシテ罰スルニ非サルナリ氏或ハ
曰ハン犯者ハ再犯加重セラレサルノ權アリト是レ犯者
ハ期滿免除ノ期限ヲ伸縮セラレサルノ權アリト云フト
同一ニシテ希望ヲ以テ論スヘキモ權利ヲ以テ論スヘキ
モノニアラサルナリ
以上述ヘタルカ如ク再犯加重ナルモノハ一所爲ヲ再罰

スルモノニ非サレハ之レテ既往ニ溯ラシムルモ既得權
ヲ害スルノ憂ナク又溯ラシムルノ正理タルヲ知ルヘキ
ナリ

第五問法律施行ノ期限如何

○前既ニ述ヘタルカ如ク法ヲ頒布スルトハ人民ニ向テ
布告スルノ云ヒナリ而シテ其布告アルモ未ダ人民ニ達セ
サルニ於テハ遵奉セシムルノ効力ヲ有スヘキニ非ス其
ノ効力ヲ有セサルカ故ニ從テ實施スルヲ得ス於茲乎實
際上一ノ規定ナカルヘカラス之レ周知ノ期限アル所以
ナリ

明治十六年前ハ布告ノ各府縣ニ到達セシ日ノ翌日ヨリ
起算シテ五十日ナリシガ(明治十四年第八十一號布告)方

今ハ十六年五月二十六日第十七號ノ布告ニ依リ各府縣
ニ到着セシヨリ七日ヲ以テ實施ノ期限ト定メラレタリ
而シテ其各府縣ニ到達スルノ日數ハ同年五月二十六日第
十四號布告ヲ以テ豫メ道ノ遠近ヲ斗リ行通ノ便ニ鑑ミ
左ノ規則ヲ定メラレタリ

○

今般第拾七號ヲ以テ布告布達施行期限ヲ改定シタル
ニ付到達日數左之通之ヲ定ム

到達日數

京都府	四日	大阪府	四日
神奈川縣	即日	兵庫縣	四日
長崎縣	十一日	新潟縣	五日

第三條

埼玉縣	即日	群馬縣	即日
千葉縣	即日	茨城縣	三日
栃木縣	二日	三重縣	四日
愛知縣	三日	静岡縣	二日
山梨縣	二日	滋賀縣	四日
岐阜縣	四日	長野縣	四日
宮城縣	五日	福嶋縣	四日
岩手縣	七日	青森縣	十日
山形縣	五日	秋田縣	八日
福井縣	八日	石川縣	七日
富山縣	六日	鳥取縣	七日
島根縣	八日	岡山縣	六日

廣嶋縣	七日	山口縣	八日
和歌山縣	六日	徳島縣	六日
愛媛縣	九日	高知縣	八日
福岡縣	九日	大分縣	十一日
佐賀縣	十一日	熊本縣	十一日
宮崎縣	十一日	鹿兒島縣	十二日

(但富山佐賀宮崎ノ三縣ハ開廳ノ日マテ舊管廳ノ到達日數ニ依ル)

右布達候事

附言

實施ノ期限ハ各府縣ニ到達セシ日ヨリ七日ナリト雖モ天災又ハ正當ノ事故ニヨリ到達日限内ニ到達セザ

ルキハ現ニ到着セシ日ノ翌日ヨリ起算スベク又函館
縣沖繩縣札幌縣根室縣ハ豫メ到達日數ヲ定メズシテ
現ニ其縣へ到達シタル翌日ヨリ起算スヘキナリ然レ
モ特ニ急施ヲ要スルモノ又ハ特ニ施行ノ日ヲ掲ゲタ
ルモノハ其規則ニ從ハザルベカラス

第六回十四年第八十一號布告新舊比照法ノ如キモ到達
日數及ヒ施行期限内ニハ適用スルヲ得ザル乎

○此問題タル時既ニ移リ方今其必要ヲ見ルアラズ
モ他日法ノ改正ニ際會スレハ其正解ノ必要ナルヲ感ス
ベキカ故ニ左ニ井上氏ノ説ヲ掲ケ後ヲ余カ意見ヲ附シ
テ之レガ正解ヲ與ヘント欲ス
井上氏曰ク「第八十一號ノ布告ノミナラス其他ニモ許多

ノ布告アリ又自今以後モ布告スベキモノ尙ホ許多アル
ベシ然レモ特別ニ其例ヲ掲ゲザルモノハ常ニ一般普通
ノ總則ニ據ルベキハ無論ノミナルガ故ニ舊時ニテハ其
布告ヨリ五十日以内現時ニテハ其布告ヨリ到達日數施
行期限内ノモノニハ決シテ新法ヲ適用スヘカラサルナ
リ但シ新舊ヲ比照シテ其輕キニ從テ處斷スヘキコトハ是
レ刑法ノ命スル所ナレハ刑法實施以後ニ於テスル事件
ニ就テハ第三條第二項ニ循ヒ輕重ヲ比照シ輕キニ從テ
處斷セサルヘカラサルナリ然レモ輕重比照ノ方法ハ第
八十一號ニ據ラスシテ唯刑法ノミニ據ルコトナルヲ以テ
其實施期限内ニ於テハ新舊ヲ比照シテ其何レヲ輕シト
シ何レヲ重シトスヘキヤ之ヲ知ルノ途ナキナリ此時ニ

在テハ其輕重ヲ審定スルコトハ一〇裁判官ノ心ニ在ルナ
 リ或ハ裁判官ハ第八十二號ノ如ク審定スルコトアルモ是
 レ其審定セル所暗ニ第八十一號ト符合セシノミノコトニ
 シテ決シテ第八十一號ニ據テ輕重ヲ審定セシコトナリト
 ハイフヘカヲサルナリト
 是レ法文上ノ議論ニシテ未ダ正理上理アリト云フチ得
 サルナリ何トナレハ前既ニ述ヘタルカ如ク既得權ヲ害
 セサル限りハ法ヲ既往ニ及ホスノ正理タルモノナレハ
 ナリ而シテ周知期限ノ如キモ純理上ヨリ之レチ云ハミ
 吾人ノ不利ナル場合ニ在テハ適用スヘキモ苟モ其事ノ
 不利ナルニ非ズシテ邦國ノ益ヲ謀ルニアルモノナラハ
 敢テ之レカ期限ノ内外ヲ問ハザルナリ故ニ純理上ヨリ

之レカ解釋ヲ求ムレハ周知期限内ニ在リト雖モ之ヲ適
 用スヘシ只實際上ヨリ云ハハ我邦既ニ一定ノ法律アル
 カ故ニ其周知期限内ニ之レチ適用スルチ得ザルハ井上
 氏ノ說ノ如クナルヘキナリ

第三項ノ解

○本項ハ法律ヲ既往ニ及ホスノ場合ヲ定メタルモノニ
 シテ第一項ノ變則ナリ雖然理論ニヨツテ考究セハ之チ
 原則トセサルヘカラス其所以ハ前段既ニ之レチ詳説シ
 タレハ復説ノ勞ヲ取ラス而シテ如何ナル條件ヲ缺テ既
 往ニ及ホスヘキヤ本項ニ於テ之チ詳明シタリ曰ク所犯
 頒布以前ナルコト曰ク未ダ判決ヲ經サルコト曰ク新法舊法
 ヨリ輕キコト之レナリ今左ニ之レチ略説セン

一所犯頒布以前ナルヲ
 此條件ハ更ラニ辨明ヲ用ヰサルモ了解スヘシ何トナレ
 ハ犯時此刑法ノ頒布以後ナルトキハ直チニ新法ヲ適用
 スベク爲メニ新舊ヲ比照スルノ必要ナケレハナリ
 二判決ヲ經サルヲ
 法理上ノ解釋ニ於テ述ヘタルカ如ク確定裁判ヲ經テ其
 裁判動カスヘカラサルニ至ルモ犯人ノ既得權ヲ害セザ
 ル限リハ既往ニ溯ラシムルノ正理ナルモノナレバ成文
 法ヲ離レテ法理ノ上ヨリ觀察ヲ下セハ此項ハ無用ニシ
 テ余輩ノ取ル處ニ非サルナリ然レモ前段既ニ其理ヲ述
 ベタレハ今亦復説ノ勞ヲ取ラス
 三新法輕キヲ

新法重クシテ舊法輕キハ犯人ノ既得權ヲ害スルカ故
 ニ新法ヲ既往ニ及ホスト得スト雖モ新法輕クシテ舊
 法重キハ犯人ノ既得權ヲ害スルノ恐レアラザルカ故
 ニ從テ法律及既往ノ原則ヲ適用スルヲ得ベシ
 以上既ニ新法ヲ既往ニ溯ラシムルノ條件ヲ述ヘタレハ
 之レヨリハ新舊法適用ニ關スル法理ノ問題ヲ研究セン
 第一問 舊法或ル所爲ヲ罪トシ新法之レヲ罪トセサル
 キハ如何
 ○舊法ノ下ニ在リテ或ル所爲ヲ行ヒ其所爲舊法ノ所謂
 罪トナルベキモノナルキハ犯罪既ニ成立シタリト雖モ
 新法其所爲ヲ罪ト認メサルキハ之レヲ罰スルヲ得ズ
 何トナレハ新法之レヲ罰スルノ必要ナケレハナリ若シ

強テ之レヲ罰セントスレハ法律ニ正條ナキモノヲ罪シ
 併セテ犯者ノ既得權ヲ害スルニ至ルモノナリ然ルニ江
 木氏之レヲ論シテ曰ク「犯時ノ法律ニ照シテ罪トナルヘ
 キ所爲ヲ行フタルトキハ其所爲ハ即チ犯罪ニシテ犯罪
 ハ已ニ成立スル者ナルモ新法ニ於テ之ヲ罪ト認メサル
 トキハ之ヲ罰スルノ必要ナシ學者往々之ヲ以テ犯者ノ
 既得權トスルハ誤レルナリ」ト氏ノ前段新法ニ於テ罰セ
 ズトスルハ蓋シ正當ナリト雖モ學者往々之ヲ以テ犯者
 ノ既得權トスルハ誤レルナリト云フモ至リテハ余異論
 チ唱ヘザルヲ得ザルナリ凡テノ事爲スノ義務ナケレバ
 爲サミルノ權利アリ罰セラレザルモノナレバ罰セラレ
 サルノ權利アルハ余ノ深ク信ズル所ナリ(義務アリケレハ)

ハハ義務アリキト云フナケレ本問ノ如キ舊法ノ下ニ於テハ
 犯罪タルカ故ニ犯者ニ罰セラレサルノ權利ナシト雖モ
 新法一度ヒ出テ、其所爲ヲ罪トセサルニ當テヤ既ニ罰
 セラレザル權利ノ生出セシモノナリ故ニ犯者ハ其新法
 ノ下ニ立ツト同時ニ其先キニ爲セシ或ル所爲ニ就テハ
 現時罰セラレサルノ權利アリト云フヲ得ベシ若シ之ヲ
 既得權ト稱セスンハ果シテ何ントカ謂ハシ
 第二問 如何ナルキニ於テ新法ヲ舊法ヨリ輕シトスル
 ヤ

○ペルトール氏曰ク「例ハ罪惡アリ舊法ニ依レバ加辱
 施体ノ刑ニ當ス而シテ其刑ノ最重度ハ三箇年ナリ然ル
 ニ新法ハ只懲治刑ヲ當ツルニ過キス但シ其懲治刑ノ最

重度ハ五箇年ニシテ最輕度ハ二箇年ナリトス其孰レカ
輕小トナス乎實ニ舊法ニ據レバ犯人ノ自由ヲ失フコト僅
ニ三箇年ニシテ新法ハ五年ノ久キニ及ボス其差アルコト
蓋シ寡シトセズ余之ヲ熟察スルニ其刑罰ノ輕重大小ハ
其性質ヲ以テ之ヲ測定シ而シテ其期限ニ依ル可カラズ」

フオースタン、エリー、氏曰ク「官吏其職務ヲ行フニ際シ之
ヲ侮辱スルノ罪ハ千七百九十一年ノ刑法(第二編第一卷
第四節第七條)ニ於テハ禁獄二年ノ加辱刑(重罪刑)ヲ以テ
之ヲ罰セリ而シテ刑法ニ於テハ改メテ二年以上五年以
下ノ禁錮ニ處ス此二刑ノ中孰レカ輕キカ其刑法頒布以
前ノ犯罪ニ對シ孰レノ刑ヲ適用スヘキカ是レ即チ實際

ニ生シタル疑問ナリ而シテ大審院ニ於テハ禁錮ノ刑ハ
其刑期五年ノ長キニ至ルヲ得ルト雖モ必ス之ヲ適用ス
ヘシト判決セリ(千八百九十一年七月二日大審院判決)我輩ノ見ル所ヲ以
テスレハ此判況ヤ其當ヲ得タルモノトス抑モ刑ノ輕重
ハ其性質ニ依テ之ヲ量度スヘク其刑期ノ長短ニ依ルヘ
カラス故ニ輕刑ト加辱刑(重罪刑)ト其輕重辨ヲ俟タスシ
テ明ナリト
實ニ刑ノ輕重ハ其期限ノ長短ヲ以テ測量スヘカラズシ
テ刑ノ性質ノ如何ニ在リ今若シ刑期ノ長短ヲ以テ刑ノ
輕重ヲ定ムルコト於テハ不都合ノ結果ヲ生スヘシ例ヘハ
一ヶ月ノ重禁錮ト四十圓ノ罰金トヲ比較スルニ罰金ヲ
禁錮ヨリ重シトセサルヘカラサルノコトアリ即チ期限内

第三條

罰金ヲ納完セズシテ四十日ノ禁錮ニ換ヘラレタルキノ如キ然リ故ニ刑ノ輕重ハ宜シ刑其者ノ性質ニ據ルベシ以テ期限ノ長短ニ據ルヘカラサル也而シテ重罪ハ輕罪ヨリ重ク輕罪ハ違警罪ヨリ重ク死刑ハ無期徒刑ヨリ無期徒刑ハ有期徒刑ヨリ重キカ如ク又禁錮ハ罰金ヨリ罰金ハ科料ヨリ重キカ如キハ敢テ輕重ヲ知ルニ困難ナラスト雖モ若シ新舊二法同性質ノ刑ニシテ其刑期ニ長短ノ差異アルキハ如何メ其輕重ヲ判斷スヘキカ之レ學者ノ噴々ノ未タ決セサル所ナリ

附言

高木氏曰ク「輕キ法律トハ如何ナルモノヲ云フ乎此問題ニ答フルハ甚タ容易ナリト云フベシ即チ左ノ如シ

「第一舊法ノ罪ヲ廢止シタル新法及ヒ新法罰スル所ノ所爲ヲ罰セサル舊法」第二舊法ノ重罪刑ニ代フルニ輕罪ノ刑ヲ以テシ其輕罪刑ニ代フルニ違警罪ノ刑ヲ以テシタル新法又ハ之ニ反スル場合ノ舊法」第三舊法ニ在テ重罪主刑ノ上級ノ刑ニ代フルニ同下級ノ刑ヲ以テシタル新法及ヒ之レニ反スル場合ノ舊法」第四舊法ノ重禁錮ニ代フルニ輕禁錮ヲ以テシ輕禁錮ニ代フルニ罰金ヲ以テスル新法及ヒ之レニ反スル場合ノ舊法」第五舊法ノ拘留ニ代フルノ科料ヲ以テスル新法及ヒ之ニ反スル場合ノ舊法」ト之レ亦刑ノ性質ヲ以テ刑ノ輕重ヲ知ルノ標準トナシタルモノナレバ問然スル所ナシト雖モ第一ノ點ニ就テハ少シク注意ヲ加ヘザル

ベカラズ氏曰ク「舊法ノ罪ヲ廢止シタル新法及ヒ新法
 罰スル所ノ所爲ヲ罰セザル舊法」ト之レ一方ノモノハ
 有罪トシ一方ノモノハ無罪トスルカ故ニ其輕重言ヲ
 要セサルカ如シト雖モ退テ熟考スレハ又大ニ取ルヘ
 カラサルモノアリ抑モ輕重ノ語ハ一ノ基礎トナルベ
 キモノアリテ始メテ生スルモノニシテ一方ノモノハ
 有罪トスルモ一方ハ無罪トスルカ故ニ從テ刑罰ナク
 刑罰ナケレハ刑ノ性質ヲ知ルヲ得サルカ故ニ此場合
 ニ於テハ輕重ノ語ノ生出スベキ基礎ナキモノナリ例
 令ハ博學多識ノ人ト目ニ一丁字ヲモ解スルノ力ナキ
 人トテ對比シ甲者博學多識ノ人ハ乙者目ニ一丁字ヲモ解スルノ力ナキ人
 リ學識アリト云ハミ誰レカ一笑ヲ喫セザランヤ何ト

ナレハ乙者ハ甲者ト比較セラルベキ基礎ナケレハナ
 リ刑ノ輕重ヲ比較スルモ之レト同一ニシテ一方ハ無
 罪トシ一方ハ有罪トスレバ刑ノ輕重ヲ比較スルノ基
 礎ナキカ故ニ從テ輕重ト云フ比較語ノ生出セザルモ
 ノナリ故ニ苟モ之レハ輕クシテ之レハ重シト云フコ
 ハ二者共ニ有罪ノ場合ニ非サレハ能ハス説テ茲ニ至
 レハ高木氏第一ノ點ハ理論上正當ナリト云フヲ得ザ
 ルナリ然レモ本條第二項ニヨレハ必ス輕ト重トヲ定
 メサルヘカラサルカ故ニ本條ノ解釋上ヨリ云ハミ氏
 ノ説亦誤ル所ナカルベシ

例ヘハ舊法ニ於テ二年以上六年以下ノ禁獄ヲ新法ニ於
 テ三年以上五年以下ノ禁獄ト爲シタルトキハ何レヲ以

テ輕シトスヘキ乎今之ヲ解スルニ當リ先ツ諸學士ノ説
 ヲ掲ケテ其當否ヲ詳論セン
 ルセリエド氏曰ク「其最重最輕度ノ高低スル所ヲ比較シ
 以テ之ヲ計算ス可シト」
 ベルトール氏曰ク「既得權ハ最輕度ヲ加高スルノ傷ク所
 トナルニ非ズ蓋シ犯人罪ヲ犯ス時ニ於テ裁判官ノ刑ヲ
 輕減シテ其極高ニ至ルヲ必スルヲ得ザレバナリ唯其最
 重度ヲ加高スルハ往日ニ於テ定ムル所ノ程度ニ超過ス
 ルヲ得可キノ故ヲ以テ既得權ヲ害スト爲ス可キ而已ト」
 フォースタン、エリー氏曰ク「茲ニ又最モ困難ナル一疑問
 アリ犯罪ノ後未タ其裁判ヲ爲サ、ル前ニ新法出テ其刑
 ノ最高點ヲ減シ其最下點ヲ増ストキハ新法何レノ法律

ヲ適用スヘキ歟ト云フモノ是レナリ今其實例ヲ舉ケン
 道路ヲ侵占スル者ハ千七百九十一年九月二十八日乃至
 十月六日ノ法律第四十條ニ依レハ「三リール」以上二十
 四「リール」以下ノ罰金ニ該リ刑法第四百七十九條第十
 一項ニ依レハ十二「フラン」以上十五「フラン」以下ノ罰金ニ
 處スヘキモノトス判決例編纂者アリ曰ク新舊ノ二法ヲ
 混合シテ被告人ノ利益ノ爲メニシ其舊法ノ最下點新法
 ノ最高點ヲ採用スヘシト(イロノ説)此ノ如キ説ハ決シテ
 認許スルヲ得ス抑モ一法律ノ下ニ在リテ罪ヲ犯シ而
 シテ其法律廢止ニ歸シ新法頒布ノ後裁判ヲ爲スニ於テ
 ハ其被告人新法ノ輕キニ從テ處斷セラル、ノ利益ヲ得
 ヘシ又其舊法ノ新法ヨリ輕キトキハ犯罪ノ時ニ當リ其

輕キヲ知リタルモノナルヲ以テ舊法ニ從ヒ處斷ヲ受ク
 へキ利益ヲ要求スルヲ得然レモ新舊二法ノ爲サ、ル
 所ヲ以テ被告人ノ利益ヲ圖ルヲ得ス又之ヲ圖ルへキ
 ノ理アラサルナリ被告人ノ要求スルヲ得へキハ最輕
 ナル法律ノ適用ニ在リ其法律ノ外ニ出テ而シテ新舊二
 法ノ中ニ就キ最重ノ部分ヲ除去シ時ニ其被告人ノ爲メ
 ニ中立ノ法律ヲ作ルハ固ヨリ不條理ノ事ニシテ被告人
 ハ毫モ此ノ如キ特待ヲ受クルノ權ヲ有セサルナリ且ツ
 最高點ヲ一方ノ法律ニ求メ最下點ヲ他ノ一方ノ法律ニ
 取ル其新舊ノ二法ヲ混合シタルモノヲ如何カ名クへキ
 カ法律ニ定メサルモノ猶ホ之ヲ制規ト稱スルヲ得へキ
 カ蓋シ被告人ノ利益ハ固ヨリ之ヲ厚クセサルヘカラス

人情ヲ酌定スルノ法律ハ徒法ニ屬セシムヘカラス然レ
 モ被告人ニ利益ナルノ故ヲ以テ此ノ如ク明カニ刑律ニ
 背反スルハ刑律ヲ既往ニ溯ラシムル原則ノ許サ、ル所
 ナリ但シ右ノ場合ニ於テ被告人ノ單ニ要求スルヲ得
 へキモノハ二法ノ中ニ於テ其依テ以テ裁判ヲ受ケント
 欲スル所ノモノヲ選擇スルニ在ルノミ又其二法ノ適用
 ニ關シ云々ノ根據ニ依リ之ヲ比較スルヲ要セス被告人
 ハ常ニ其己レニ害アルモノ、適用ヲ避クルノ權ヲ有ス
 レハナリ然レモ我輩ハ信ス其比較ヲ爲スハ偏ニ最高點
 ニ依ラス又最下點ニ依ルヘカラサルヲ何トナレハ刑法
 第四百六十三條及第四百八十三條ニ據ルニ刑ノ最高點
 ハ唯其名アルノミニシテ之ヲ減少スルヲ得ルヤ殆ト其

制限アラサレハナリ即チ二法ニ於テ定ムル所犯罪ノ性質相同シカラサルトキハ其性質ヲ以テ比較ノ根據ト爲スハ最モ簡易ニシテ且ツ適當ナリトス故ニ右ノ實例ニ於テ我輩ノ單ニ新法ヲ適用スヘシト思考スルモノハ其罰金ノ額減少シタルノ故ニ在ラスシテ道路侵占ノ所爲即チ舊法ノ輕罪トセシ所變シテ違警罪ト爲リタルニ由ルルト

ルセリエー氏ハ最重最輕度ノ高低スル所ヲ比較シ以テ之レヲ計算ス可シト云フカ故ニ舊法ノ二年以上六年以上ト新法ノ三年以上五年以下トチ比較スレハ舊法ノ最輕度ハ新法ノ最輕度ヨリ一ケ年輕シ舊法ノ最重度ハ新法ノ最重度ヨリ一ケ年重シ故ニ新舊二法ヲ比較スレハ

共ニ一ケ年ノ差アリ之レヲ計算スレハ二法ノ輕重相半ハス故ニ新舊二法孰レモ其輕重ナシト云ハサルヘカラス若シ之レト反シ新法一年以上六年以下ニシテ舊法二年以上四年以下ナルトキ或ハ舊法一ケ年以上五年以上ニシテ新法一年以上四年以下ナルハ一ハ新法ヲ重シトシ一ハ舊法ヲ重シトスベシ何トナレハ第一ノ場合ニ於テ新法ノ最輕度ハ一年ニシテ舊法ノ最輕度ハ二年ナレハ新法ノ最輕度ハ舊法ノ最輕度ヨリ一ケ年輕シ又新法ノ最重度ハ六年ニシテ舊法ノ最重度ハ四年ナルカ故ニ舊法ノ新法ヨリ輕キ一ケ年ナリ此ノ最重度ノ輕キ舊法ノ二ケ年ト最輕度ノ輕キ新法ノ一ケ年トチ比較計算スレハ舊法ノ新法ヨリ輕キ一ケ年ナレハナリ故ニ

舊法ヲ新法ヨリ輕シト爲スベク第二ノ場合ニ於テハ新法ノ舊法ヨリ輕キト一ケ年ニシテ舊法ノ新法ヨリ輕キト十一ケ月ナリ之レヲ比較計算スレハ新法ノ舊法ヨリ輕キト一ケ月ナリ故ニ新法ヲ輕シトスト云フニ在リ
 ベリーム氏ハ既得權ハ最輕度ヲ加高スルノ傷ク所トナラスシテ實ニ既得權ヲ害スルハ最重度ヲ加高スルキニアリト云フガ故ニ新舊二法ヲ比照シテ新法ノ最輕度ハ舊法ノ最輕度ヨリ重キモ新法ノ最重度ニシテ舊法ノ最重度ヨリ輕キキハ以テ新法ヲ輕シトセサルヘカラスト云フニ在リ略言スレハ同性質ノ刑ニシテ新舊二法ノ輕重ヲ知ルニハ最輕度ハ比較スルノ必要ナク唯々最重度ノ長短如何ニアリト云フニ至ル故ニ若シ舊法ノ刑一年以

上七年以下ニシテ新法ノ刑六年以上七年一ケ月以下ナルモ尙ホ新法ヲ重シトスルニ在リ(宮城氏ノ說亦同シ)
 フオースタン、エリー氏ハ同性質ノ刑ニシテ期限ニ長短アルノ場合ニ其輕重ヲ知ルハ必ズシモ最高點ニ依ラス又最下點ニ依ルヘカラスト明言セシモ然ラバ如何スヘキヤト迄ニ論究セラレザルカ故ニ氏ノ說何レニアルヤ固ヨリ推知シ得ヘカラスト雖也或ハ刑法第四百六十三條及ヒ第四百八十三條アルカ故ニ輕重ヲ定ムルノ必要ナシト云フニ在ラン乎

余輩ハ先ツ以上三氏ノ說ヲ辨駁シ後チ余カ持說ヲ述ベルセリエー氏ハ最重最輕度ヲ比較計算シテ其輕重ヲ知

ルベシト云フト雖モ之レ犯者リ既得權ヲ害スルノ説ニシテ理ノ許サミル所ナリ何トナレバ舊法ノ最重度ヨリ新法ノ最重度ヲ重シトスルモ最輕度ノ差異ノ多少ニ據テハ新法ノ最重度ヲ用ユルヲ認可シタレバナリ即チ舊法一年以上三年以下ニシテ新法一ヶ月以上三年五ヶ月以下ノ場合ノ如キ之レナリ犯者ハ舊法ノ下ニ在リテ或ル所爲チ行ヒタルニ就テハ三年ヨリ重キ刑ヲ受ケサルノ權利アリ然ルニ最輕度ノ輕キニモセヨ最重度ヲ三年以上ニ及ボスカ如キハ之レ犯者ノ既得權ヲ害スルノ甚シキモノニアラズノ何ツヤ

ヘルトール氏ハ最輕度ヲ加高スルモ犯者ノ既得權ヲ害スルニ非ス何トナレハ判官刑ヲ適用スルニ當リテ最輕

度ヲ用ユルヲ必スベカラザレバナリト云フモ之レ亦誤レリ氏ハ始メニ二年以上ノ刑期ヲ後チニ三年以上トスルモ犯者ノ既得權ヲ害セズトスルカ語ヲ換ヘテ云ハミ法律ハ犯者ニ向テ汝ノ所爲ハ二年ノ禁獄ニ處セラル、
 一アルベシト云ヒ後ニ二年ノ禁獄ニ處セラル、
 一ナシ輕クモ三年ヲ下スベカラズト明言スルモ犯者ノ既得權ハ害セラレザル乎犯者ハ三年ヨリ輕キ刑ヲ受クルトナシト法律上ヨリ言渡サレザルノ權利ヲ有セザルカ豈ニ如斯ノ理アラシヤ而シテ判官刑ヲ適用スルニ當リテ最輕度ヲ用ユルノ必スヘキト否トチ問ハザルナリ若シ夫レ判官最輕度ヲ用ユルヲ必スヘカラサルカ故ニ犯者ニ既得ノ權ナシト云ハ、又最重度ノ場合ニ於テ判官必ズシ

モ最重度ヲ用ユルヲ必スヘカラサルカ故ニ犯者ニ既得
 ノ權ナシト云ハサルヘカラズ果シ然ラハ最輕度ヲ加高
 セラル、モ最重度ヲ加高セラル、モ犯者ノ既得權ヲ害
 スルモノニアラズト云フニ至ルベシ余斯ク云ハシ氏或
 ハ云ハン新法ニ於テ舊法ノ最輕度ヲ加高スルモ舊法ノ
 最輕度ニ處セラル、ノ企望ヲ斷テノ最重度ヲ加高ス
 レハ即チ然ラス舊法ノ最重度以上ニ上ルナリ故ニ其間
 自ラ差異ノ生スルモノアラント夫レ然リ然リト雖モ犯
 者ノ既得權ヲ害スルニ至テハ一ナリ實ニ犯者ハ三年ヨ
 リ輕クスルヲ得ズト法律上ヨリ言渡サレザルノ權利
 ト六年ヨリ重クセザルベカラズト言渡サレザルノ權利
 トチ有ス故ニ若シ三年ヲ下シテ二年トシ六年ヲ下シテ

五年トナスカ如キハ犯者ノ利益ト邦國ノ必要トヨリ見
 ルモ又權理ノ上ヨリ見ルモ理ノ許スヘキ所ナリト雖モ
 苟モ加高セラル、ニ至テハ最重最輕其何レヲ問ハズ之
 レヲ拒ムノ權利アリ豈ニ最輕度ノ加高ハ權利ヲ害セズ
 シテ最重度ノ加高ノミ權利ヲ害スルノ理アラシヤ故ニ
 曰クヘルトール氏ノ說誤レリト
 フォーイスタン、エリー氏ハ其持說ヲ明言セザルカ故ニ其
 當否ヲ論スルヲ得ズト雖モ若シ氏ニシテ同性質ノ場合
 ニ於テハ刑法第四百六十三條及ヒ第四百八十三條アル
 カ故ニ輕重ヲ比較スルノ必要ナシト云フノ說ナリトセ
 シ乎之レ大ニ誤ルモノナリ彼ノ佛刑法第四百六十三條
 及ヒ第四百八十三條ハ情狀減輕即チ酌量減輕ノヲ規

定セシモノナリ其第四百六十三條ノ一項ニ曰ク「犯罪ノ
 證アル被告人ヲ法律ニ循ヒ處ス可キ刑ヲ減輕ス可キ情
 狀アルトキ陪審ノ決定シタル時ハ左ノ如ク其刑ヲ減ス
 可シト夫レ情狀減輕ナルモノハ陪審(佛蘭西)又ハ判官(日本)ノ
 權内ニ存スルモノニシテ減輕セラルト否トハ犯人ノ
 預リ知ルベキモノニアラズ故ニ裁判官又ハ陪審官ニシ
 テ若シ情狀減輕ヲ用非ザルトキハ最高點又ハ最下点ヲ
 加高セラレタル刑ニ據ラザルベカラズ果シテ然ラバ犯
 者ノ既得權ヲ害スルモノニアラズシテ何ゾヤ
 說テ茲ニ至レハ以上諸說ハ皆誤レルモノニシテ正理上
 正ヲ得タルモノアラサルナリ然ラハ新舊二法ノ輕重ハ
 獨リ犯人ノ選擇ニ任セン乎フオースマン、エリー、氏曰ク

「右ノ場合ニ於テ被告人ノ單ニ要求スルコトヲ得ベキモノ
 ハ二法ノ中ニ於テ其依テ以テ裁判ヲ受ケント欲スル所
 ノモノヲ選擇スルニ在ルノミ又其二法ノ適用ニ關シ云
 々ノ根據ニ依リ之ヲ比較スルヲ要セス被告人ハ常ニ其
 己レニ害アルモノ、適用ヲ避クルノ權ヲ有スレハナリ」
 ト夫レ然リ然レモ獨リ犯人ニ其選擇ノ權ヲ委テタラン
 ニハ未ダ弊害ナキヲ保スヘカラス宮城氏曰ク「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
 ナレハ即チ輕シトスルモノナリト此說非ナリ若シ夫レ
 犯者假リニ舊法ノ刑ヲ撰ムトセンカ是レ短期ノ甚ダ降

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モ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
 期四年以上トノ間ニ處スルモ亦ダ測リ知ル可ク然ル
 モハ則チ新法ノ刑ヨリモ重キ刑トナルノ不可アリ假令
 此不可ナレ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ト
 然ラハ同性質ノ刑ニシテ最重最輕度ノ相高低スルアル
 トキハ如何シテ其輕重ヲ分ツヘキヤ余ハ將ニ左ノ如ク
 論斷セントス

舊法ノ最下點或ハ最上點ト新法ノ最上點或ハ最下點
 トヲ比照シ各其輕ヲ探ルヘシ

故ニ同性質ノ刑舊法二年以上六年以下ニ新法三年以上
 上五年以下ナルモハ之ヲ比照シ其ノ輕キ二年以上五年
 以下ノ刑期ヲ探ルベシ此ノ比照ノ法ハ先ツ舊法ノ最下
 點二年ト新法ノ最下點三年トヲ比照シ舊法輕キカ故ニ
 二年ヲ以テ本刑ノ最下點ト定メ後チ舊法ノ最上點六年
 ト新法ノ最上點五年トヲ比照シ新法輕キニ故ニ五年ヲ
 以テ本刑ノ最上點ト定メ以テ二年以上五年以下ノ刑期
 内ニ於テ判官ノ左右スル所ニ任シタルモノニシテ犯人
 ノ既得權ヲ害スルノ恐レナク又正理ニ反背スルノ憂ナ
 キナリ然ルニフオースタン、エリー氏之レヲ非トシテ曰
 ク「新舊二法ノ爲サミル所ヲ以テ被告人ノ利益ヲ圖ルコ
 ト得ズ」ト夫レ然リ然リト雖モ舊法ノ最上點又ハ最下點

ト新法ノ最下點又ハ最上點トヲ採用スルキノ駁言トナ
 スヘカラス何トナレハ新舊二法ノ爲サミル所ヲ以テ被
 告人ノ利益ヲ圖ルモノニ非レバナリ即チ夫ノ二年以上
 トナセシハ舊法ノ爲シタル所ニシテ五年以下ト爲セシ
 ハ新法ノ爲シタル所ナリ若シ之レト反シテ一年以上二
 年以下ト爲シタランニハ之レ新舊二法ノ共ニ爲サミル
 所ナレハ氏ノ駁言始メテ活用スルニ至ルベシ余斯ク云
 ハミ氏必ズ云ハン二年以上五年以下トハ新法ニ據リシ
 カ將タ舊法ニ據リシカ新舊二法孰レモ如斯ノ刑期ナシ
 蓋シ之レ新舊二法ノ爲サミル所ヲ爲シ以テ新タコ刑期
 ヲ定メタルモノナレハ立法者ノ獨リ能クスベキモノニ
 シテ判官並ニ道理ノ能クセザル所ナリト非ナリ夫レ新

舊二法ヲ比照シテ最モ輕キニ從フベシトハ何ノ云ツ皮
 想上ヨリスレハ前段比照法ハ比照法ニ非ルカ如シト雖
 モ退テ考一考セヨ最上點ト最上點トヲ比照シテ其輕キ
 ヲ採リ最下點ト最下點トヲ比照シテ亦其輕キヲ採ル之
 レ精且ツ密ナル比照法ニアラズシテ何ソヤ今夫レ一般
 學者ノ所謂比照法ニ據ランカ、セリエー氏ノ說ノ如ク
 輕重相半ハシテ決スル能ハザルカ如キ場合ニ至ルカ或
 ハ最輕度ノ加高ハ既得權ヲ害セズトシテ單ニ最高度ニ
 着目スルノ謬說ヲ唱フルニ至ルカ或ハ情狀減輕アルガ
 故ニ輕重ヲ知ルヲ要セズト云フ空論ニ止ルカ或ハ犯者
 ノ撰擇ニ任スヘシト云フニ止マルベシ豈又一笑スヘキ
 コニアラズヤ尙ホ余カ比照法ヲ疑ハ、請フ法ノ精神ニ

問へ抑モ法律ナルモノハ吾人ノ既得權ヲ害セサル限り
 ハ原則トシテ既往ニ溯ラシムヘキモノニアラズヤ今夫
 レ最下點ノ加高ハ犯者ノ既得權ヲ害セズトナシ以テ既
 往ニ溯ラシメン乎且ツ法ハ新舊二法中尤モ寛ナル者ヲ
 適用セント欲スルナリ果シ然ラバ余ノ比照法ヲ措テ豈
 ニ他ニ真正ノ比照法ナルモノアラシヤ
 以上要スルニ本問新舊二法ノ輕重ヲ知ルニハ左ノ二原
 則ニ據ルベキモノトス
 一一般ノ場合ニ於テハ 刑ノ性質ニ據ル
 二新舊二法同性質ノ刑ニシテ各々最重最輕度ノ高低ア
 ル場合ニ於テハ 舊法ノ最重度或ハ最輕度ト新法ノ
 最輕度或ハ最重度トヲ採用ス

第三問 三法相襲シテハ如何

例へハ犯時ノ法ニ據レハ死刑ニ當リシモ後ナ有期徒刑
 ナ以テ之レニ易ヘ豫審終結スルニ當リ又改正アリテ無
 期徒刑ニ該當スルキノ如キ何レノ法ヲ取リテ之ニ適用
 ス可キ乎

ベルトール氏曰ク夫ノ命令ヲ犯スノ責報ハ即チ死刑ニ
 當ス然ルニ死刑ハ社會ノ既ニ以テ無用トスル所ナリ宜
 シ以テ當ツ可カラズ死刑ハ已ニ用ユヘカラズ而シテ社
 會ハ尙ホ無期徒刑ヲ用ヒント欲ス以テ當ツ可キヤ曰ク
 然ラズ法律ノ改正アリ死刑ヨリ無期徒刑ニ至ルノ間又
 別ニ一刑ヲ設ク有期徒刑是ナリ當サニ之ヲ用ユベシ犯
 者ハ寛刑ヲ受クルノ權アリ而シテ其處決ノ遷延シタル

ハ犯者ノ以テ損害ヲ受ク可キ所ニ非ザルナリト
 フォースタン、エリー氏曰ク刑法ヲエター、ロマンニ適用
 スルニ付テ最モ困難ナル一疑問ヲ生シタリ即チ其頒布
 以前已ニ千九百一十一年ノ刑法ヲ其地ニ公布セリ而ルニ
 其地ノ法律實施ノ時ニ於テ故殺ノ罪ヲ犯シタル者アリ
 刑法實施ノ日ニ至リ正ニ裁判ヲ受ケントス因テ犯罪當
 時ノ法律ヲ閱スルニ其罪死刑ニ該リ豫審中公布セラレ
 タル千七百九十一年ノ刑法ニ於テハ苦役二十年ニ處シ
 刑法ハ無期徒刑ヲ用ユベキモノトス此三刑ノ中何レヲ
 撰ムヘキ乎大審院ノ判決ニ曰ク犯罪ノ日ヨリ裁判ノ日
 ニ至ルノ間ニ於テ其犯罪ノ日及ヒ裁判ノ日ニ實施スル
 法律ヨリモ一層寬宥ナル法律アルニ於テハ單ニ其法律

ヲ適用スヘシト(千八百二十三年十月一日大審院判決)因テ其犯
 人ハ苦役二十年ニ處セラルヘキモノトス蓋シ此判決ノ
 理由ハ一旦輕刑アリ重刑ニ代ルトキハ被告人ノ爲メニ
 其輕刑ニ處セラルヘキノ既得權アリト云フニ在リ乃チ
 此疑問ニ付テハ第一ノ法律ヲ適用スルヲ得ス又第二
 ノ法律ヨリモ嚴酷ナル最後ノ法律ヲ適用スルヲ得ス
 若シ之レヲ適用スルトキハ則チ其法律ヲシテ既性ニ溯
 ホルノ効アラシムレバナリト
 以上二氏ノ說ハヨク本問ヲ解シテ間然スル所ナシト云
 フベシ然ルニ江木氏之レヲ駁シテ曰ク「刑法ニ數次ノ改
 正アルトキハ舊法時代ノ犯罪ハ新法ト比較シ二三ノ法
 律中其最モ輕キ刑ヲ適用スルニハ中間ノ法律ヲ適用ス