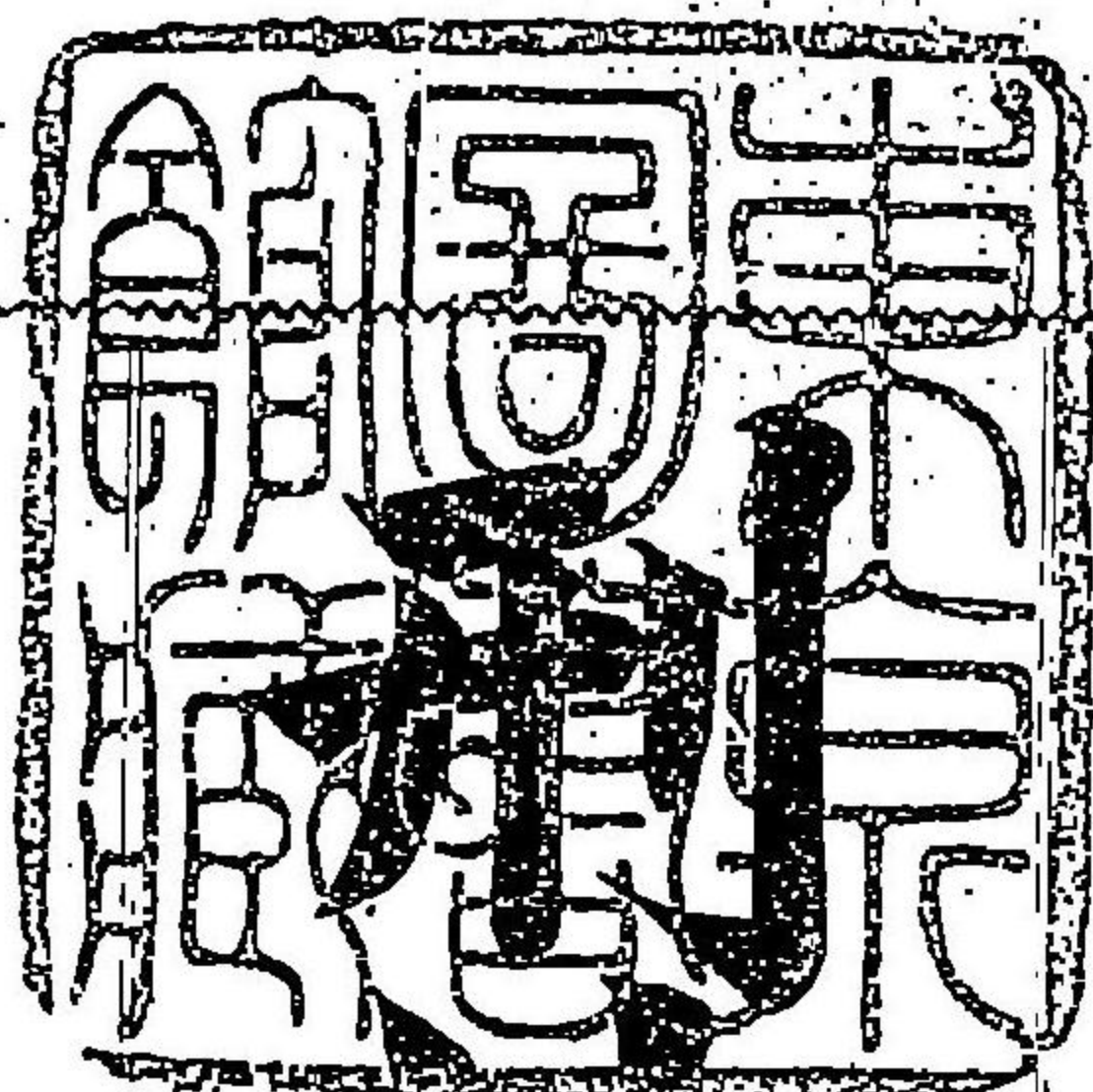


11159/100

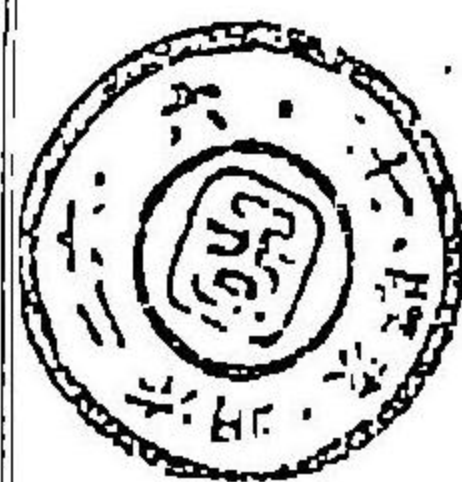


日本法律學士  
佛國法律學士

宮城浩藏著

# 法正義

上卷



特別認可私立明治法律學校

講法會出版

刑法正義序

是レ亡友宮城浩藏君ノ遺著ナリ、今將ニ之ヲ梓  
ニ付シ、以テ世ニ公ニセントス、余ヤ君ニ於ル交  
リ最親シク、君ヲ知ル亦最熟セリ、安ンソ一言以  
テ此書ノ來歴ヲ叙セサルヲ得ンヤ、君少シテ夙  
ニ法律學ヲ修メ、該博淹通、窺ハサル所ナシ、而シ  
テ刑法ニ至リテハ其最力ヲ盡ス所ナリ、君明治  
法律學校ニ於テ刑法ヲ講スル爰ニ十有餘年、反  
復講述、凡其幾回ナルヲ知ラス、而シテ隨テ講ス

レハ隨テ精ニ一回ハ一回ヨリ密ナリ遂ニ之レ  
カ蓋奧ヲ究ムルニ至ル復遺憾ナシト謂フヘシ  
嘗テ刑法講義二卷ヲ著ハス大ニ法學者間ニ行  
ハレ聲名洋溢需用日ニ盛シニ改版五回發行部  
數ノ多キ實ニ三萬有餘ニ及ヒ爲メニ世ノ學者  
ヲシテ殆ト其觀ヲ改メシメタリ世遂ニ君ヲ目  
シテ東洋ノオルトラント謂フオルトランハ西  
洋法學ノ泰斗其著ハス所ノ刑法原論ハ實ニ彼  
十九世紀ノ法學社會ヲ震蕩セシメタリ君輒チ

此人ニ比セラル其學殖ノ富贍亦得テ知ルヘキ  
ナリ然リト雖モ刑法講義ノ成ルハ實ニ明治十  
七年ニ在リ我刑法發布ノ後僅ニ數年ノミ其實  
施日尙ホ淺キヲ以テ實例ノ徵ス可キモノ甚タ  
鮮シ加フルニ爾後君カ學力識見ノ益進ムヤ講  
義ノ未タ盡サハル所アルヲ見奮然トシテ又新  
著述ニ從事セントス時是レ明治二十年ナリ此  
時ニ當リ余等同志相謀リ講法會ナルモノヲ創  
立シ會員ヲ募リ講義錄ヲ頒ツ君乃チ自ラ刑法

ヲ擔任シ、先ツ其積累研究ニ因テ新得シタル所  
ノ結果ヲ述テ、本校生徒ニ講授シ、因テ以テ稿ヲ  
起シ、漸次之ヲ講義録ニ登載セリ、君公私ノ繁劇  
多忙無閑ノ身ヲ以テ、拮据勵精、二十五年ノ晚秋  
ニ至リ、始メテ全成ヲ告ク、實ニ前後五年ノ星霜  
ヲ閱歷セリ、然ルニ君カ才學愈進ムヤ、尙ホ未ダ  
意ニ充タサル所アリ、乃テ更ニ全編ヲ訂正シ、以  
テ刑法正義ト題簽シ、將ニ今春ヲ待チテ、世ニ公  
ケニセンコトヲ期セリ、蓋シ此正義ハ前ノ刑法

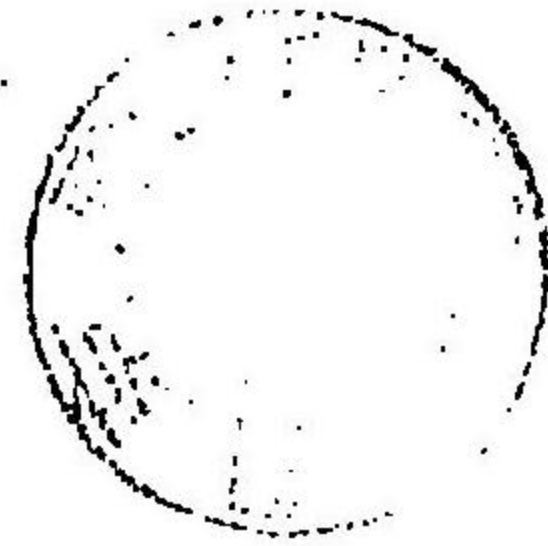
講義ヨリ進化シ來リタルモノナリト雖モ、此ヲ  
以テ彼ニ比スル、其精粗優劣ノ差、雲泥モ啻ナラ  
サルナリ、僅々數年ノ間ニシテ既ニ此ノ如シ、君  
ノ才學ノ駿進、實ニ驚クヘキ哉、夫レ稿既ニ成レ  
リ矣、而シテ刻未タ成ラス、旻天不祐、忽チ君カ命  
ヲ奪フ、溘然奄逝、其業ヲ終ルヲ得ス、豈悼惜痛哭  
セサルヘケンヤ、遂ニ余輩ヲシテ、泣血遺著ヲ執  
テ以テ上梓スルノ已ムヲ得サルニ至ラシメタ  
リ、嗚呼君曾テ畢生ノ事業トシテ刑法ニ關スル

一大著述ヲ爲シ、以テ萬世ニ嘉惠センコトヲ期  
シ、又近年刑事人類學ノ發達シテ、將ニ宇内刑法  
學ノ一大變革ヲ生シ來ラントスルヲ觀、此レニ  
向ヒテ、大ニ所見ヲ吐露センコトヲ期ス、而シテ  
二者皆其成ヲ見ルヲ得ス、僅カニ此一書ヲ遺ス  
ニ過キサリシハ、萬世ノ下、聞者猶ホ餘哀アリト  
謂フヘシ、抑君ノ名聲ノ世ニ噪シキハ、固ニ唯ニ  
學術上ノ事ニ非サルナリ、其始メテ衆議院議員  
ニ舉ケラル、ヤ、特立獨行、讜論正言、衆望大ニ歸

セリ、乃チ知ル天資英敏、決シテ尋常一様ノ學者  
ニ非サルコトヲ、嗚呼君カ抱負スル所如此ノ大  
ナルヨリシテ之ヲ觀レハ、此書ノ如キ、唯是レ詹  
々タル小著述ニ過キスト、雖モ亦因テ以テ君カ  
偉說卓見ノ一斑ヲ窺フニ足ル、余輩安ンツ之ヲ  
筐底ニ埋没シ、以テ蠹魚ニ飽シムヘケンヤ、同僚  
井上龜山三氏、亦君ト最親ミ善シ、頃者余三氏ト  
相謀リ、俱ニ此書ヲ校シテ、之ヲ梓ニ付シ、以テ後  
進ニ裨益セント欲ス、蓋シ此舉聊以テ君カ遺志

ヲ成シ、併セテ君ノ友誼ニ報ユルノミ、若シ夫レ  
此書ノ聲價ハ世自ラ定論アリ、復安ンソ余輩ノ  
嗚々ヲ須ヒンヤ、嗚呼天若シ幸ニ君ニ假スニ數  
年ノ壽ヲ以テセンカ、學術老練、英才煥發、更ニ法  
學社會ニ向テ、必スオルトランヲ歴スヘキ偉功  
ヲ奏スルアラン、而シテ今ハ則チ亡シ、哀矣哉、會  
刻成ル、愴然トシテ爰ニ數言ヲ錄シ、詳カニ此書  
ノ來歴ヲ陳シ、以テ序ト爲スト云爾、

明治二十六年首夏 辱知 岸本 辰雄識



故宮城浩藏君肖像

小川一眞別紙シテ寫眞

先師宮城浩藏先生小傳

先生氏は宮城名は浩藏嘉永三年二月八日を以て山形縣羽前國東村山郡天童に生る、武田玄々の次男なり、出て、宮城氏を嗣く、宮城氏世々天童藩織田公に仕へ、重職に任す。先生天資英邁、幼にして文を好み武を嗜み、嶄然頭角を露はす、人以て奇材と爲す、既にして藩學養正館に入り、拮据勵精、業大に進む、藩主信學公大に其材を愛し、擢て、養正館の句讀師と爲す、時に年甫めて十五、戊辰の歲天下淆亂、奥羽諸藩同盟して王師に抗す、朝廷織田公を奥羽征討先導使と爲す、先生年十九、藩の



監軍吉田大八の麾下に屬し、苦楚辛酸を砲烟劔火の間に嘗むること數閱月、大八殊に先生の勇膽を愛し、毎に左右に従へて戰に臨む、亂平くの後、藩公先生に命し、庄内藩酒田に遊ひ、雲州の衛戍兵に就き、英式兵法を學ばしむ、歸藩後師範役となり、英式戎隊を組織し、大に兵制を改革す、是の時に當り、兵亂僅に平き、人心尙ほ激昂し、劔を磨し、槍を横へ、疎豪放縱自ら高ふり、殆ど文事を委棄す、藩學亦將に廢絶せんとす、先生乃ち率先藩學の振興を計る、同志翕然之に應ず、是を以て養正館再ひ興り、少壯者復文事を修むるに至る、明治二年藩公先生を擢

て、兵學を東京に修めしむ、先生藩公に懇請し、更に佛蘭西語を學ぶ、翌年政府貢進生の制を設け、各藩をして絶群の士一人乃至三人を貢せしむ、先生乃ち本藩の貢進生となる、此制廢せらるゝに及ひ、藩公又命して大學南校に入らしむ、時に司法省明法寮に法律科を設置す、先生轉して之に赴かんと欲す、南校允さず、乃ち意を決し、校を脱して之に赴く、明治九年業を卒ひ、日本法律學士と爲る、司法省命して佛蘭西國に遊ひ、法律學を修めしむ、留まること四年、「パリ」大學に入り、又「リオン」大學に學ひ、業成り佛蘭西法律學士の學位を受く、十三年六月

歸朝、檢事に任し、判事に轉し、司法省書記官に移り、後從六位奏任官三等に叙じ、司法省參事官に歷任す、廿二年三月十一日憲法發布の盛典に列し、憲法發布紀念章を賜はる、是より先き政府法典編纂の舉あり、先生法律取調報告委員に任し、起案に執筆す、民法商法民事訴訟法の成る、先生與りて力あり、二十三年刑法改正案起草委員を命せらる、第一期帝國議會に提出せられたる改正刑法案は、實に先生及ひ龜山河津兩氏の手に成れり、二十四年三月其功績を以て、勳六等に叙せらる、其他海軍主計學校教授及ひ警官練習所教授を囑託せられ、代言

人試験委員に任せらるゝ等、先生か得る所を以て、輔翼の功を致したること甚た多し、先生仕官十年、二十三年三月終に冠を掛く、是の時に當り我國始めて衆議院議員撰擧の事あり、先生乃ち山形縣第一區より撰出せらる、幾くもなくして先生代言人となる、東京有名の代言人其數甚た多し、而して先生の右に出づるもの殆ど罕なり、終に推されて東京代言新組合會長となる、二十五年臨時總撰擧に當り、先生復同區より撰擧せらる、先生の政海に在るや、不偏不黨、超然自ら樹つ、而して各派大に先生を崇重す、第四議會開き、新法典延期案の議場に

上るや、先生身を以て斷行論を主張し、外に在りては法治協會を起して、是非を輿論に問ひ、内に在りては同志を糾合して、利害を議場に争ふ、賛助人足らず、斷行論竟に行はれずと雖も、天下先生の熱心を賞嘆せざるなし、先生曾て學友岸本辰雄、矢代操の二氏等と計り、東京に明治法律學校を設置し、其教頭となりて、銳意教授の勞を執ること前後十年、教を受くる者六千餘人、業を卒ふる者千餘人の多きに達す、同校の府下有名の法律學校となりしは、先生の力多きに居る、蓋し是れ本邦私立法律學校の權輿なり、二十六年二月、先生腸窒扶斯病を患

ひ、病むこと旬餘、同月十四日溘焉長逝す、同日特旨位一級を進め、正六位に叙せらる、行年四十有四、東京谷中天王寺に葬る、天下の士識ると識らざると、皆痛惜せざるはなし、葬るに及ひ來り會する者數千人、在野の士にして盛葬此の如きは未だ曾て之あらざるなり、亦以て平生の徳望を想ひ見る可し、先生殊に刑法に精し、其講述に係る日本刑法講義二卷、大に世人の好評を博し、前後改版五回、出版部數三萬に及ぶ、世人先生を呼ひて東洋のオルトランと曰ふに至る、其他民事訴訟法正義、民法正義等の著述あり、並に世に行はる、遺稿若干あり、今回

出版したる刑法正義は其一なり。

八

明治法律學校校友

明治二十六年六月

及門 佐々木忠藏謹撰

緒言

一 故宮城君刑法學ニ精シ、本校創立以降十數年、君常ニ刑法ヲ擔任セリ、其授ル所ノ講義精益求精ヲ加フ、本書ハ二十一、二十二ノ兩學年ニ於テ、本校生徒ニ口授シ、因テ以テ起草シテ既ニ講義録ニ登載シタルモノナリ、

一 君本書ヲ成スニ志アル久シ、公事私務、甚々多忙間ナキヲ以テ起草ヨリ成稿マテ、前後凡ソ五年ノ日子ヲ費セリ、未タ上梓スルニ至ラスシテ、君館ヲ捐ス、而シテ本書ハ實ニ昨二十五年ノ末ニ於テ最終ノ訂正修

補ヲ經タルモノナレハ、現行刑法ニ於ケル君カ意見  
ヲ知ルヘキノミナラス、刑法學上ニ於ケル君カ精神  
ヲ窺フニ足ルヘシ、

一君館ヲ捐ツルノ後、我講法會ニ於テ之ヲ梓ニ付セン  
ト欲ス、余即チ井上龜山二氏ト謀リ、共ニ之ヲ校ス、其  
學說ノ同異ハ暫ク措キ、其法理ニ問ヒ、其法文ニ照シ、  
又實際ノ難問ヲ掲ケテ之ヲ答解スルニ至リテハ、庶  
幾クハ克ク精覈ヲ得タリ、之ヲ世ニ公ケニスルモ、君  
ニ於テ遺憾ナカルヘシ、

一君常ニ云ク、法律ノ精神ト法理トチ明晰ナラシムル

ニハ、學理的順序ヲ逐ハンヨリハ、寧ロ法文ヲ逐條ニ  
解釋スルヲ優レリト爲スト、本書ノ逐條講義體ナル  
ハ之ニ由テナリ、

一君刑法ヲ講スルヤ、校友佐々木忠藏氏、常ニ之ヲ筆記  
シテ、君カ起草ノ勞ヲ助ケタリ、本書ノ成ル、氏ノ力、蓋  
シ與リテ多シトス、氏ハ君ノ同郷ノ人ニシテ、君ノ知  
遇ヲ受ケタリ、記シテ以テ其勞ヲ表ス、

明治二十六年首夏

明治法律學校々長

岸 本 辰 雄

刑法正義上卷目次

緒論

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

目錄

頁數

一

四六

四六

二〇四

二一九

二二四

三一六

四一四

四一八

四四七

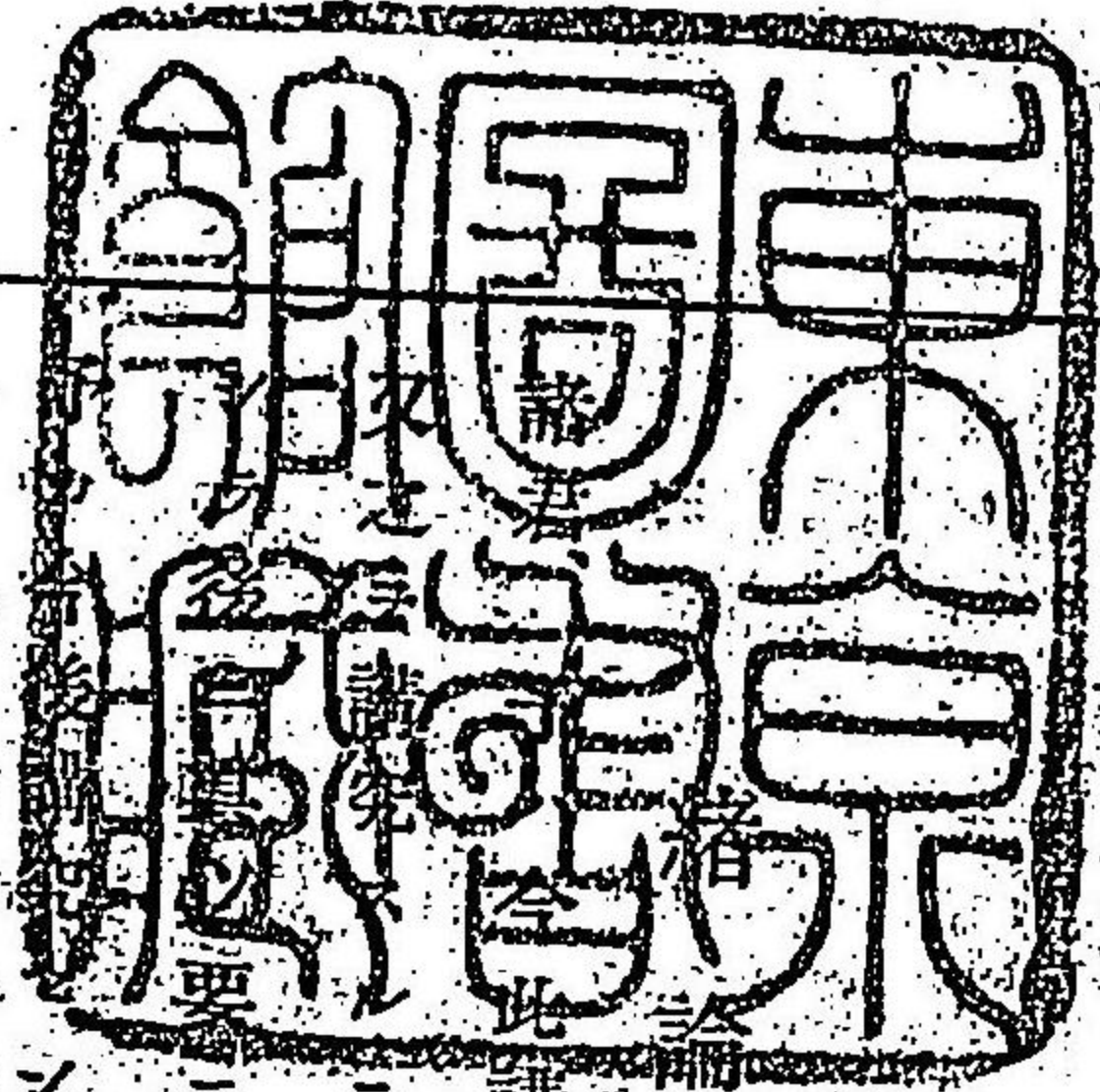
四五七

第八節 復權	五〇一
第三章 加減例	五〇八
第四章 不論罪及宥恕減輕	五二三
第一節 不論罪及宥恕減輕	五二五
第二節 自首減輕	六〇六
第三節 酌量減輕	六二〇
第五章 再犯加重	六三三
第六章 加減順序	六五五
第七章 數罪俱發	六七八
第八章 數人共犯	七一七
第一節 正犯	七二四
第二節 從犯	七七三

第九章 未遂犯罪	七八四
第十章 親屬例	八三二

刑法正義上卷目次終

刑法正義上卷



佛日佛日  
 國本國本  
 法法法法  
 律律律律  
 學學學學  
 士士士士  
 岸龜井宮  
 本山正城  
 辰貞一浩  
 雄義藏  
 閱校著

此講壇ニ於テ諸君ト相見ルハ抑何ヲ講究セントスルカ  
 ニ付キ如何ナル必要アル可キカ予ハ其目的ヲ定メ而  
 説キ及ホサシ

トハ何ソヤ刑法ノ何物タルヲ知ラント欲セハ法ノ何物タルヲ知ラ  
 サル可カラス而シテ法律ノ何物タルヲ解セント欲セハ法ノ何物タル  
 論



テ解セサル可カラス法トハ佛蘭西語ノ所謂「ロワ」ニシテ法律ハ「ド  
 ワ」ナリ此法ト法律トノ定解ニ付キテハ我國ニ於テモ古來解釋ヲ爲  
 シタル者ナキニ非サレドモ多クハ文字上ノ解釋ニシテ之ヲ學理上ヨリ  
 觀レハ殆ト取ルニ足ラサルナリ故ニ予ハ直チニ哲學上ニ入リテ其定  
 解ヲ求ムヘシ「ロワ」即チ法トハ何ソヤ之ヲ解スル所ノ學者各其說ヲ  
 異ニスト雖モ予ハ佛國ノ碩學オルトラン氏ノ說ヲ採用スオルトラン  
 氏曰ク法トハ事物動不動ノ必要ヲ謂フト實ニ至當ノ定解ト謂フヘシ  
 諸君試ニ此覆載間ノ諸現象ヲ通觀セヨ其狀千差萬別ニシテ騰ルモノ  
 有レハ降ルモノ有リ動キテ息マサルモノ有レハ靜ニシテ進マサルモノ  
 ノ有リ而シテ寒暑ノ來往晝夜四季ノ變換ニ至ルマテ一トシテ吾人ニ  
 感觸ヲ與ヘサルハナシ吾人ハ之ニ感觸シテ茲ニ如何ナル感想ヲ惹起  
 スルカ此處ノ水ノ卑キニ就テ流下スルヲ實驗スレハ彼處ノ水モ亦此

ノ如ク此烟ノ上騰スルヲ觀察スレハ彼烟モ亦此ノ如ク今年春去リテ  
 夏來リ秋收メテ冬藏ムルヲ知レハ明年モ亦此ノ如クナル可シト想像  
 スルヤ必セリ然リト雖モ此想像タルヤ眞ニ單一ノ想像ニシテ吾人ハ  
 尙ホ進ミテ事物ノ原因ヲ知ルヲ得ルモノナリ是ニ由リテ吾人ハ彼  
 騰ルモノ降ルモノハ必ス騰降スヘキノ原因アリテ然ル可ク動クモノ  
 靜カナルモノハ必ス動靜ナル可キノ原因アリテ然ル可キヲ知り其他  
 ノ諸現象モ亦悉ク原因アリテ然ルヲ知得スヘシ夫レ吾人ハ已ニ覆載  
 間ノ諸現象ハ皆原因アリテ然ルヲ知得スル以上ハ又必ス此等ノ諸  
 現象ハ當ニ斯ノ如クナラサルヘカラサルノ必要アリテ然ルヲ知モ了  
 知スヘキナリ即チ動クモノハ動クヘキノ必要アリテ動キ動カサルモ  
 ノハ動クヘカラサルノ必要アリテ動カサル可ク金石ノ凝固瓦斯ノ反  
 激風起リ雨降り火ノ燬キ水ノ流ルハ悉ク皆斯クナラヌンハアル可

カラサルノ必要アリテ斯ノ如クナルヲ知ル吾人カ法ト稱スルモノハ  
 即チ此事物ノ必要ヲ謂フモノニシテ換言スレハ事物動不動ノ必要ヲ  
 謂フナリ  
 宇宙ノ廣キ事物ノ繁キ其レ此ノ如シ然リ而シテ其事物ノ何タルヲ論  
 セス法ニ支配セラレサルモノ無ク即チ動不動ノ必要ニ服從セサルハ  
 ナシ因リテ予ハ一步ヲ進メ活動物ニ就キテ言ハフニ活動物ハ無生物  
 ト異ニシテ一種ノ生活機關ヲ具備シ自ラ活動スルモノナリト雖モ尙  
 ホ且動不動ノ必要ニ服從セスンハアラス即チ活動物ニ至リテハ二種  
 ノ必要ニ服從スルヲ見ル其一ハ形骸ヲ支配スル所ノ法ニシテ水ニ入  
 ルレハ以テ沈没シ火ニ投セハ以テ焚燒スルカ如キ必要ハ彼ノ無生物  
 ト相違スル所ナシ其二ハ生活機關ヲ支配スルノ法ニシテ渴シテハ飲  
 ミ饑エテハ食ヒ倦ミテハ睡リ而シテ生レテ長シ長シテ老イ老イテ死

スル如キノ必要是ナリ

予ハ更ニ一步ヲ進メテ吾人々類ニ就キテ觀來レハ尙ホ一種ノ必要ニ  
 服從スルヲ知り得ヘシ即チ人類ハ他ノ活動物ト同シク形骸ヲ具ヘ生  
 活機關ヲ有スルヲ以テ其形骸ヲ支配スルノ法ト生活機關ヲ支配スル  
 ノ法トニ從服スルハ固ヨリ論ヲ待タサルナリ然レモ獨リ吾人々類ハ  
 特種ノ能力ヲ具備シテ事ノ爲不爲動不動ハ共ニ其自由ニシテ他ノ率  
 制束縛ヲ待ツ所ナシ果シテ然ラハ人類ハ自由任意ニ事ヲ處理スルコ  
 ト得テ所謂動不動ノ必要ハ其孰レニ在ルヲ知ラサルカ如シト雖モ人  
 類ハ他ノ活動物ト異ニシテ靈妙不可思議ナル良心ト智識トヲ具有シ  
 テ正邪ヲ辨別セシメ是非ヲ判斷セシメ正善須ク行フヘク邪惡宜ク爲  
 スヘカラサルハ方針ヲ示シ以テ吾人々類ヲ爲不爲動不動トハ必要  
 ニ服從セシム此必要コソ吾人々類ノ行爲ヲ支配スル所ノ法ト謂ツヘ

ケ、論シテ此ニ至レハ吾人々類ノ以テ服従セサル可カラサル所ハ必  
要即チ人類ヲ支配スル所ノ法ニ三種ノ別アルヲ見ル可シ第一形骸  
ヲ支配スル所ノ法第二生活機關ヲ支配スル所ノ法第三吾人々類ハ行  
爲ヲ支配スル所ノ法是ナリ

諸君ヨ予ハ今法ヲ解釋シテ事物動不動ノ必要ナリト云ヒ而シテ萬物  
悉ク其必要ニ服従セサルナシト論シタリ而シテ此ニ必要ト云フハ  
必ス制迫ノ手段即チ強ヒテ然ラシメ又然ラサラシムルノ意ヲ含有ス  
ルモノト爲サ、ル可カラス依リテ動クヘキニ動かサレハ制迫シテ動  
カシメ動クヘカラスシテ動クハ又制迫シテ動かサラシムルモノナ  
リ彼ノ形骸ヲ支配スルノ必要ト云フニ付キ制迫ノ手段何クニ在ルカ  
ヲ見ノニ其手段ハ物骸其物ノ中ニ存シ活動骸ヲ支配スル必要ト云フ  
ニ付キテハ亦活動物其物ノ中ニ存ス是故ニ河水ハ混々トシテ流下ス

ルノ必要アリテ流下スルト雖モ之ヲ制迫シテ流下セシムルノ手段ハ  
河水ノ性其物ノ中ニ存在シ又活動物ハ飲食スルノ必要アリテ飲食ス  
ルト雖モ之ヲ制迫シテ以テ飲食セシムルノ手段ハ活動物其物ノ中ニ  
存在スルナリ夫レ然ラハ人類ノ行爲ヲ支配スルノ必要ニ至リテ  
ハ制迫ノ手段ハ將タ何處ニ在ルカ人ノ行爲其物ノ中ニ在ル可キカ否  
ナ凡ソ人ノ事ヲ爲スヤ其是非曲直ニ論ナク爲不爲動不動ハ全ク吾人  
ノ自由ナルヲ前ニ述ヘタルカ如シ今夫レ白刃ヲ揮ヒテ人ヲ殺傷スル  
ハ實ニ爲スヘカラサルノ非行ナリ人家ニ忍ヒ入りテ財物ヲ竊取スル  
ハ正ニ行フヘカラサルノ惡爲ナリト雖モ吾人ハ忍ヒテ之ヲ爲シ得サ  
ルニ非ス即チ吾人ノ行爲其物ノ中ニハ制迫ノ手段ナキヲ知ル可シ  
然ラハ則チ吾人ノ行爲ヲ支配スルノ法ニ付キテハ制迫ノ手段ナキカ  
何ソ夫レ然ラシ若シ吾人ノ行爲ニ付キ制迫ノ手段ナクハ吾人ヲ支

配スルノ必要ナル可シ然レモ吾人ハ已ニ吾人ヲ支配スルノ法ニ服セリ已ニ法ニ服スルニ於テハ何ソ制迫ノ手段ナカル可クヤ唯吾人ノ行爲ハ物ノ中ニ在ラスシテ他ニ存スルナリ  
然ラハ則チ吾人ノ行爲ヲ支配スルノ必要ヲ満足セシムル所ハ制迫ノ手段ハ何レニ在ルカ曰ク吾人ノ良心ニ存スルモノト吾人ノ良心ニ存スルノミナラス他人ノ意中ニ在ルモノトハ二種是ナリ例ヘハ途ニ困餓スル者アリ將ニ死セントス予忽チ惻隱ノ心ヲ發シテ之ニ飲食セシメタリ予カ此飲食セシメタル所ノ手段ハ誰レカ強ヒテ之ヲ使シムルカ即チ予カ良心ニ非スヤ然ルニ予若シ之ヲ救助セスシテ過キ去リシトセンニ誰レカ予ニ迫リ予ヲシテ之ニ飲食セシムルヲ得ンヤ其他恩義ニ報エルカ如キ財ニ臨ミテ苟モ得ント欲スルノ念ヲ發セサルカ如キノ行爲ハ恐ク他人ノ制迫シテ然ラシムルヲ得サルトニシテ唯予カ

良心ノミ強ヒテ然ラシムルヲ得ルナリ反之予ハ人ニ損害ヲ加ヘタリシト爲サノカ又國民ノ義務ヲ盡サ、リシト爲サノカ或ハ他人ヲ殺傷シタリトセンカ予カ此ノ如キノ行爲ハ吾人ノ良心内ヨリ之ヲ咎メテ其爲不爲ヲ制迫スルノミナラス尙ホ他人ヨリ有形ニ迫リ強ヒテ爲サシメ爲サ、ラシムルヲ得ルナリ此ノ如ク吾人ノ行爲ヲ支配スルノ必要ニ付キ制迫ノ手段ハ吾人ノ良心ニ在ルモノト他人ノ意中ニ在ルモノトノ二種アリ從テ吾人ノ行爲ヲ支配スルノ法ニ二類アルヲ知ル可シ即チ人類爲不爲ノ必要ニシテ制迫ノ手段吾人ノ良心ニノミ存スルモノハ之ヲ道徳法ト謂ヒ又人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モノハ之ヲ法律ト謂フ道徳法ト法律トハ區別アル其レ此ノ如ク畢竟此二法ヲ約言スレハ道徳法ハ曰ク篤實ニ生活セヨ法律ハ曰ク人ヲ害スルヲ勿レト

要スルニ此二語ニ歸スヘキナリ

以上ノ説明ニ依リテ諸君ハ道德法ト法律トノ區別ヲ明カニセラレタルナラン蓋シ法律ハ法ノ一部分タルニ過キスト雖モ實ニ吾人ノ行爲ヲ支配スル法ニシテ自然ニ存スル所ノモノナリ豈復之ヲ文字ニ載セテ然ル後始メテ存スルモノナランヤ然レハ法律ナルモノハ之ヲ成文トシ法條ニ編纂スルノ必要ナキカ如シト雖モ人ノ智識ノ不同ナルハ自然ノ數ニシテ其動不動ノ必要ヲ知得スルノ度ハ各人殊ナラサルナシ此相殊ナル分子ノ集合躰ヲシテ一定ノ必要ニ服從セシメント欲セハ必スヤ之ヲ成文トシテ規定セサル可カラサルナリ是レ成文法ノ因テ起ル所以ニシテ刑法ノ如キハ其成文ヲ要スルノ尤モ切要ナルモノナリ何トナレハ刑法ノ制裁ハ最モ嚴重ノモノニシテ吾人ノ生命身體財産名譽等ニ直接ニ關係スル所ナレハナリ且人ノ行爲ニ適應スル所

刑法ノ定

ノ制裁ハ各人其思想ノ度ヲ同フセサルハ猶ホ人ノ智識ニ不同アルガ如シ預メ制裁ヲ規定シテ成文ト爲スハ尤モ必要ナリトス殊ニ此點ニ關シテハ後日再ヒ辯明スルコト有ル可シ

夫レ世已ニ法律ヲ成文ト爲スノ必要アリ而シテ其成文ト爲シタルモノハ之ヲ成文法ト名ク故ニ彼ノ文字ニ上セサル自然ノ法ヲ自然法又ハ性法ト謂フ蓋シ成文法ハ自然法ヲ文字ニ寫シ出シタルニ過キサルヲ以テ必スヤ自然法ニ適合セサル可カラス若シ自然法ニ反シタル成文法アラハ是レ不法ノ法ノミ野蠻ノ法ノミ何ソ以テ成文法ト稱スルヲ得ンヤ然レモ茲ニ成文法ト自然法ト其名稱ヲ異ニスルモ均シク是レ法律ナレハ制迫ノ手段ハ必ス是レ有ルモノナリ而シテ其手段ニハ種々ハ別アリ其別ニ從ヒテ其名ヲ異ニス即チ強ヒテ之ヲ爲サシメ爲サハラシメ或ハ損害ヲ賠償セシムルカ如キハ之ヲ民法上ノ制裁ト謂

然レ、吾人ノ行爲ニシテ爲不爲ノ必要ニ服從セサルヲ愈シキハ  
民法上ノ制裁ノ能ク満足スル所ニ非ス必スヤ他ニ制迫ノ手段ヲ求  
メテ飽クマテモ其必要ニ服從セシメサル可カラズ其手段ハ即チ吾人  
ノ心ト權利ト身體ト三者ニ或ル苦痛ヲ與フル所ノ制裁即チ刑ニシ  
テ之ヲ措キテ他ニ吾人ヲシテ飽クマテモ爲不爲ノ必要ニ服從セシム  
ル良手段ヲ見サルナリ是レ刑罰ノ因テ起ル所以ニシテ刑法ナルモノ  
ハ人世ニ存在セル所以ナリ故ニ刑法ハ之ヲ哲學上ヨリ論スルハ一言  
以テ左ノ定解ヲ與フルヲ得ヘシ曰ク刑法ト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モノ是ナリト然リト  
雖モ個ハ哲學上ノ定解ナルヲ以テ直チニ取リテ以テ成文刑法ノ定解  
ト爲ストヲ得ス諸君試ニ各國ノ刑法ヲ觀ヨ事ノ爲不爲ノ必要ハ之ヲ  
掲載スルヲ無ク唯制裁即チ刑ヲ加フヘキ行爲ト刑トヲ規定スルニ過

刑法ノ性

キス即チ人ヲ殺スヘカラス強盜ヲナスヘカラスト曰ハスシテ殺ス者  
盜ム者ハ斯々ノ刑ニ處スト云フノミ依テ成文ノ刑法ニ定解ヲ下セハ  
刑法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  
苦ヲ受ケシムルヲ得ルトスル所ノ社會ト人トノ關係ヲ規定シタル  
モノナリト云フヲ以テ尤モ至當トス  
諸君 予ハ已ニ刑法ノ定解ヲ下シタルニ依リ刑法ハ法律中ニ於テ如  
何ナル地位ヲ占ムルモノナルカチ一言セシ  
法律ハ其性質ヨリ又ハ其支配スル物件ノ種類ヨリ之ヲ數種ニ區別ス  
ルヲ得ヘシ其之ヲ成文ニ掲載シタルモノト否トノ點ヨリ區別スル  
ハ即チ成文法自然法ノ二トス其解明ハ前已ニ述ヘシヲ以テ今復茲ニ  
贅セス又法律ハ其性質ヨリ區別スルハ決定法ト制裁法トノ二トス決  
定法トハ人類ノ爲不爲ノ必要即チ條理ヲ規定シタルモノニシテ制裁

法トハ決定法ヲ適用スル爲メノ公權及ヒ制迫ノ手段ヲ規定シタルモ  
 ノナリ民法憲法ノ如キハ決定法ニシテ訴訟法及ヒ刑法ノ如キハ制裁  
 法ナリ又法律ハ其支配スル目的物ヨリ區別スレハ公法私法ノ二トス  
 ルヲ得公法トハ社會ト社會トノ關係又ハ社會ト人トノ關係ヲ支配ス  
 ルモノナリ而シテ公法ハ尙ホ内外ノ二部ニ區別ス内部公法トハ社會  
 ト人トノ關係ヲ支配スルモノニシテ憲法行政法刑法訴訟法是ナリ外  
 部公法トハ社會ト社會トノ關係ヲ規定シタルモノニシテ萬國公法即  
 チ國際法是ナリ私法トハ即チ人ト人トノ關係ヲ支配スルモノニシテ  
 民法商法是ナリ是ニ依リテ刑法カ法律中ニテ占ムル所ノ地位ハ容易  
 ニ知ルコトヲ得ヘシ曰ク刑法ハ成文法ニシテ制裁法ニ屬シ而シテ社會  
 ト人トノ關係ヲ支配スル所ノ内部ノ公法ナリト  
 諸君、予ハ是ヨリ此刑法ヲ講究スルノ必要ヲ述ヘンニ刑法ハ澹泊ニ

讀過スレハ一個ノ學問ヲ形成スルコトナク從ヒテ之ヲ講究スルノ必要  
 ナキカ如シ何トナレハ立法者カ刑法ヲ編纂シテ之ヲ頒布セシ以上ハ  
 國民ハ之ニ服從スヘキノ義務ヲ生シ又裁判官等ハ之ヲ適用スルニ當  
 リテモ單ニ法文通リ適用スヘク依リテ吾人ハ唯正條ヲ通讀シ之ヲ記  
 應セハ事足レルヲ以テナリト然リト雖モ刑法ハ到底之ヲ講究スルノ  
 必要ヲ見ルハ實ニ一個ノ學問ヲ形成スルヲ以テナリ凡ソ人類ノ智識  
 ヲ以テ知得スルヲ得ヘキ目的物ニハ必ス三個ノ區別アリ即チ學ト術  
 ト實用ト是ナリ學トハ事物ノ真理ヲ探知スルノ謂ニシテ術トハ學ニ  
 依リテ得タル真理ヲ事物ニ應用スルノ謂ナリ已ニ真理ヲ知リテ應用  
 シ得ルモ之ヲ實地ニ施行ス可シ是レ即チ實用ナリ例ヘハ醫學ニ於  
 テ人身ノ結構ト生理トヲ知リ以テ病因ヲ探ルハ學ニシテ各種ノ病症  
 ニ應シ配劑ヲ爲スハ術ナリ因リテ以テ其藥劑ヲ患者ニ與ヘテ病症ヲ

實地ニ治療スルハ實用ナリ法律學モ此三個ノ區別ナクシハアラズ自然ノ法理ヲ研究スルハ學ナリ立法者カ自然法ヲ順序正シク編纂スルハ術ナリ裁判官ノ如キ之ヲ實際ニ適用スルハ實用ナリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ術ハ實用ヲ輔ク學ハ術ト實用トヲ完成セシムルモノニシテ立法者カ眞理ヲ知ラスノハ何ヲ以テ法律ヲ編纂スルヲ得ン裁判官ノ如キ何ヲ以テ法律ヲ適用スルヲ得ン嗚呼學ハ源ナリ本ナリ術ト實用トノ如キハ末ナリ葉ナリ本源ヲ明カニセスノハ何ヲ以テ末葉ノ明カナルヲ望ムヘクシヤ刑法ハ即チ法律學ノ一部ナリ已ニ學ヲ形成シタル以上ハ其法理ヲ探知講究スルノ必用ナル其レ此ノ如シ豈之ヲ通讀シ正條ヲ記憶スルノミニシテ満足スヘキモノナランヤ且ヤ刑法ハ吾人ノ生命權利榮譽等ノ關スル所若シ適用ヲ誤マラルハキハ吾人ノ尊重スヘキ生命權利榮譽ハ何レノ處ニ在ルカ然リ而シテ其適用ヲ誤マ

ルハ職トシテ刑法ノ眞理ヲ講究セサルニ由ルモノナリ論シテ此ニ至レハ刑法ヲ講究スルノ必要ナルトヲ知ルヲ得ヘシ以下予ハ步ヲ轉シ現行刑法ハ編纂ノトニ移ル可シ茲ニ刑法ノ編纂ニ關スルトヲ述フルニ先チテ刑法ノ歴史ヲ研究スルノ可否ヲ一言スヘシ此事ニ關シテハ學者間大ニ議論アリ佛國ノボアタアト氏ノ如キハ刑法史ヲ學フハ少シモ必要ヲ見スト論シタリ其說ニ曰ク刑法ハ當時ノ世態人情ニ基キテ編纂規定スルモノナレハ古代トハ殆ト關係ナシ故ニ佛國ノ刑法ニ付キテハ千七百八十九年ノ大革命ト共ニ面目ヲ一新シタルモノナレハ其以後ノ沿革ヲ知レハ即チ足レリト或學者ハ之ヲ駁シテ曰ク刑法ハ當時ノ世態人情ニ因リテ編制セラレシハ謂フマテモ無キトナレト當時ノ世態人情ハ即チ舊時ノ世態人情ノ結果ニシテ昔日アルカ爲メニ今日アルハ此自然ノ數ナリ是



故ニ新ヲ知ラント欲セハ即チ故ヲ温テスハアル可カラスト此ノ如ク刑法ノ歴史ヲ學フニ付キ一是一非各其説ヲ異ニスト雖モ何ノ學何ノ書ヲ問ハス其目的物ノ沿革ハ必ス之ヲ記載セサルハナシ故ニ刑法ニ於テモ亦其歴史ヲ研究スルノ必要アルナリ唯我刑法ノ歴史ニ至リテハ之ヲ研究スルノ必要アルトナシ蓋シ試ニ我古代ニ遡リテ刑法ノ沿革ヲ尋ヌルニ史書傳フル所ヨリ多少之ヲ探リ得サルニ非サレモ一個ノ法律史ヲキテ以テ其詳細ヲ知ルト能ハス加之現時ノ刑法ハ舊時ノモノニ比スレハ全ク面目ヲ一變シテ些少ノ縁故ヲ有セス王政維新前ハ措キテ論セサルモ維新後制定シタル新律綱領改定律令ハ多少歐洲ノ法律ヲ參照シタリト雖モ其實明清律ニ基キタルモノニシテ未タ全ク舊套ヲ脱セス唯現行ノ刑法ハ廣ク歐洲諸國ノ刑法ヲ取捨シ就中佛國刑法ヲ基本トシタルヲ以テ強ヒテ刑法ノ歴史ヲ研究セント欲セ

現行刑法  
編纂ノ順序

ハ佛國刑法史ヲ學フノ勝レルニ若カサルナリ故ニ予ハ刑法ノ歴史ハ之ヲ講究セサルト爲シ唯各條下ニ至リテ其起源ヲ知ルノ必要ニ際會セハ則チ古今ノ關係ヲ略陳スルト有ル可シ但シ我刑法編纂ニ關スル歴史ヲ講スルハ緊急ナリト信スト雖モ其頒布以來僅々十有餘年ヲ經タルノミ故ニ歴史トシテ講究スヘキ程ノ必要ナル條件ナシ因テ予ハ編纂ノ順序ヲ解明セン

我刑法ハ全編ヲ四分シ其第一編ニハ總則第二編ニハ公益ニ關スル重罪輕罪第三編ニハ身軀財産ニ對スル重罪輕罪第四編ニハ警違罪ヲ掲載ス即チ第一編ハ此刑法ハ勿論他ノ刑事ニ關スル總テノ特別法ヲ支配スルノ原則ヲ規定シ第二編以下ハ此刑法ヲ以テ支配スル犯罪ト刑罰トヲ規定シテ他ノ刑事ニ關スル法律ニ關係スルトナシ是故ニ我刑法ハ各編共ニ同一ノ價值ヲ有スルモノニ非ス理論上ヨリ之ヲ見レハ

全ク二個ニ分レ一ハ總則ニシテ他ノ一ハ重罪、輕罪、違警罪ナリ  
 第一編ヲ細別スレハ第一章ニハ法例第二章ニハ刑例第三章ニハ加減  
 例第四章ニハ不論罪及ヒ減輕第五章ニハ再犯加重第六章ニハ加減順  
 序第七章ニハ數罪俱發第八章ニハ數人共犯第九章ニハ未遂犯罪第十  
 章ニハ親屬例ヲ規定シタリ蓋シ此順序ハ自然ノ順序ニ背反スルモノ  
 ナリ凡ソ犯罪者アリテ被害者アリテ犯罪アリ犯罪アリテ刑  
 罰アルハ自然ノ順序ナルニモ拘ハラス我立法者ハ先ツ法例ヨリ直チ  
 ニ刑例ニ移リ次ニ犯罪者ニ及ホシ即チ刑ヲ先ニシテ犯罪者ヲ後チニセ  
 リ然レハ我立法者ノ爲シタル順序ハ歐洲各國ニ於テモ殆ト同一轍ニ  
 歸セリ蓋シ立法者ノ事ヲ規定セントスルニ當リ其順序ノ如キハ敢テ  
 自然ノ法則ニ從フテ必セス唯簡便ニシテ明晰ナルヲ主トスルノミ第  
 二編第三編ニ於テハ公益ニ關スル重罪、輕罪即チ犯罪ノ害直チニ社會

ニ及フ場合ト私益ニ關スル重罪、輕罪即チ犯罪ノ害直接ニ一個人ニ及  
 ビ社會ハ間接ノ被害者ト爲ル場合トニシテ約言スレハ甲テ公罪ト謂  
 ヒ乙テ私罪ト謂フヘシ此區別ハ我舊法ニモ存シ又歐洲各國皆此區別  
 チ爲セリ實ニ此區別ハ自然ヨリ出ツルモノニシテ唯立法者自己ノ認  
 ムル所ニ因リテ爲シタルニ非ス夫レ人間意向ノ同シカラサル其罪過  
 ノ種類ハ千萬差別アリト雖モ其罪ノ性質ニ至リテハ自ラ公私ノ區別  
 アリ然ルニ立法者カ之ヲ混同シテ編纂スルトハ大ニ明確ヲ缺クノ恐  
 レ有ルヲ以テ此區別ヲ爲シタルハ適當ノ事ト謂フヘキノミ然レハ此  
 區別ヲ爲スニ當リテ困難ヲ極ムルト有リ即チ一犯罪ニシテ此罪ハ公  
 罪、私罪何レノ中ニ編入スルヤニ付キ往々疑ナキト能ハス彼ノ内亂ニ  
 關スル罪ノ如キハ公罪中ニ入レ竊盜ノ如キハ私罪中ニ列スヘキハ一  
 目瞭然タルニ貨幣偽造罪ノ如キハ直接ニ社會ノ公權ヲ害スルカ故ニ

偽造ノ點ヨリ見レハ公罪タルヲ勿論ナレ其偽造ノ目的ニ至リテハ  
偽貨ヲ使用シ財物ヲ騙取スルニ在ルヲ以テ一種ノ詐欺取財ニシテ即  
チ私罪ナリトス我立法者ハ斷然之ヲ其公罪中ニ編入シタリ然レ未  
タ以テ全ク疑ヲ解クニ足ラサルナリ之ニ類似シタル適例ハ尙ホ多シ  
トス且ヤ一犯罪ヲ公罪ニ入ル、ト私罪ニ編スルトニ於テ其結果ニ大  
ナル差異ヲ生スルヲアリ今此ニ一罪アリ此目的ト手段トヲ區別シテ  
目的ハ私罪ニ入レ手段ハ公罪ニ列スト爲シタル場合例ヘハ親子間相  
互ノ詐欺取財ハ私罪ニシテ法律ハ之ニ刑ヲ科セザレモ若シ詐欺取財  
ノ手段トシテ文書ヲ偽造シタルモハ文書偽造罪ハ公罪ナルヲ以テ刑  
ヲ科セザル、ニ至ル夫レ一個ノ犯罪ニシテ而シテ之ヲ公罪私罪ニ編  
入スルノ方法ヲ異ニスルモハ一ハ重ク罰セラレ一ハ刑ノ適用ヲ免カ  
ル、ハ實ニ不都合ト謂ハサル可カラズ是故ニ學者間公罪私罪ノ區別

社會刑罰  
權ノ基礎

ハ畢竟必要ナシト迄論スル者アルニ至ル然レモ我立法者カ此區別ヲ  
爲シタルハ假令一二不都合アルモ全體ニ於テ利益ノ大ナルモノアル  
ヲ以テ遂ニ第二編第三編ノ區別ヲ爲シタリ第四編ノ違警罪ニ至リテ  
ハ罪ノ性質甚タ輕シテ公罪ニモ私罪ニモ編入スルヲ得ス全ク特  
殊ノ性質ヲ具備スル犯罪ナルヲ以テ特別ニ此編ニ規定シタルナリ  
諸君、予ハ業已ニ刑法ノ定解ヲ與ヘ又其編纂ニ關スル事項ヲモ略陳  
シタルニ因リ直チニ刑法ノ正條ニ入りテ講究スヘキ機會ニ到着セリ、  
而シテ予ハ茲ニ豫メ一事ノ諸君ノ服膺セラレノヲ望ムヘキモノ有  
リ即チ社會刑罰權ノ基礎是ナリ夫レ社會刑罰權ノ基礎ヲ講究スルハ  
獨リ立法者政治家ニ必要ナルノミナラス法律ヲ攻ムル者裁判官タル  
者ハ尤モ其切要ナルヲ見ル然レモ所謂刑罰權ヲ論スル所ノ學者甚タ  
多ク隨ヒテ新著新說紛糾錯雜シ今日ニテハ已ニ十以上ヲ數フヘキニ

至ル新著新説斯ク多シト雖モ其罪惡ヲ責罰スルト云フ結果ニ至リテハ悉ク同一ニ歸スルヲ以テ刑法ヲ攻究スルニ當リテ如何ナル説ニ據ルモ敢テ差支ナキカ如シ現ニ彼ノ亞米利加ノリヴァングストン氏ノ如キルイヂヤナ州ノ囑托ヲ受ケテ刑法ヲ起草スルヤ廣ク各國ノ刑法ヲ參照シ普ク大家ノ所説ヲ取捨シ英ヲ摘ミ華ヲ採リ大ニ觀ル可キノ刑法ヲ編纂シタリト雖モ氏ハ社會刑罰權ノ基礎タル主義ヲ立テス其意ニ曰ク故ラニ刑罰權ノ主義ヲ立テサルモ刑罰ノ結果ハ悉ク同一ニ歸着スルヲ以テ如何ナル主義ニ依ルモ敢テ法律上ニ影響アルヲナシト蓋シ氏ハ説ハ過激ニシテ考察ヲ爲サハリシモノト謂ハサル可カラス何トナレハ罪惡ノ大且著シキモノハ一目瞭然之ヲ刑法ノ範圍内ニ包入シ得ルモ其至微至細ノ所爲即チ之ニ刑法ノ制裁ヲ加フヘキヤ否ヤ眞ニ明カナラサルモノニ至リテハ確然タル一定ノ主義ヲ立テスンハ

茫々乎トシテ歸着スル所ナカラシ實ニ刑罰權ノ基礎タル主義ヲ確定スルノ緊要缺クヘカラサルトハ爾來刑法各條ノ講説ニ付テ益其必要ヲ知了セラル可シ

予ハ既ニ刑罰權ノ主義ヲ定ムルノ緊要ナルヲ説キシニ因リ此社會カ何故ニ人ヲ刑シ得ルカ又其人ヲ刑スルトハ正當ニシテ條理ニ適合スルモノナルカヲ講究セシカ爲メ左ニ古來學者ノ提出セル主義十個ヲ列擧シ簡單ニ之ヲ辯明スヘシ唯茲ニ特ニ十説ヲ限リタルハ衆説ノ中ニ付キ小異ヲ棄テ以テ大同ニ併セタルニ過キス若シ夫レ我立法者ノ採用シタル主義ハ請フ最終ニ至テ之ヲ辯セン

第一 復讐主義

人アリ予ニ向ヒテ暴害ヲ加フルキハ必ス我心理ニ一種ノ感覺ヲ惹起ス此感覺ヲ復讐ト謂フ是レ實ニ自然ノ感覺ナルカ故ニ此感覺ヲ根據

トシテ社會刑罰權ヲ論スル者アリ復讎主義是ナリ抑人類ノ未タ社會  
ヲ成サスシテ離群索居セシトハ暴ヲ以テ暴ニ代ヘ詐僞ヲ以テ詐僞ニ  
報ヒ唯復讎ヲ是レ事トセシカ既ニ社會ヲ成シ裁判所ノ設ケアリタル  
後ト雖モ尙ホ復讎ハ依然トシテ行ハレ政府ノ如キハ終始復讎ニ干渉  
スルヲ免カレンス我國蠻域ヲ脱セサリシトハ之ヲ論セス明治維新ノ後  
モ俱ニ天ヲ戴カサルノ讎ヲ復シタル者アルニ非スヤ世人ハ之ヲ目シ  
テ名譽ノトト爲セシニ非スヤ然リト雖モ復讎ハ道德上決シテ善良ノ  
性質アルモノニ非ス去レハ政府ニ於テ公然之ヲ許容スルトハ社會ハ  
何ヲ以テ其安寧秩序ヲ維持スルヲ得ンヤ故ニ復讎主義ヲ爲ス者ハ  
左ノ如ク論シタリ

讎即チ刑罰ヲ加ヘ以テ自己ノ秩序ヲ維持ス是レ即チ社會ノ刑罰權ヲ  
有スル所以ナリト又說ヲ爲シテ曰ク復讎ノ感覺ヲ満足セシメサルト  
ハ被害者ハ其心常ニ不平ニ堪ヘス各人己ニ不平心アルトハ社會ハ到  
底安寧ナル能ハス故ニ社會ハ刑罰ヲ施シテ以テ被害者ノ不平心ヲ慰  
安鎮壓シ以テ社會自身ノ安寧ヲ保ツモノナリト個ハ必要主義ノ一派  
ナリト雖モ亦復讎主義ニ基キタルモノナリ

此ノ如ク論スト雖モ此說ノ根基タル復讎ハ業已ニ誤謬眞理タルヲ免  
レサレハ其說ク所豈正理ニ適フヘクンヤ惟フニ此主義ハ佛語ニ所謂  
「タリヨ」同惡相報ノ方法ト其性質ヲ同フシタルモノニシテ加ヘシ害  
ト受ケシ害ト同量同質ノモノヲ以テ刑ヲ施スモノナリトス法律上ヨ  
リ見レハ毆打創傷ノ如キハ同量同質ノモノヲ以テ報復シ處罰スルヲ  
得ルモ彼ノ強姦罪ノ如キハ到底同量同質ノモノヲ以テ加害者ヲ刑ス

ルヲ得ス故ニ不幸ニモ此主義ニ依リテ刑法ヲ編纂スルハ殘忍酷薄忌ムヘク厭フヘキ刑罰ヲ置キテ毫モ顧慮スル所ナキニ至ル可シ宜ナル哉今日既ニ此主義ヲ主張スル者ナキニ至レルヲ

第二 恐嚇主義

恐嚇主義ハ佛語ニシステームアンチミダッシュヨント云ヒ畏レシムルノ義ナリ其説ク所ヲ聞クニ曰ク茲ニ人アリ罪ヲ犯スルハ社會ハ刑罰ヲ加ヘ以テ其大ニ畏ル可キヲ示シ他人ヲ恐嚇シ後害ヲ豫防スルノ必要アリ若シ然セスシテ之ヲ許容シ自由ニ放任セシムルハ社會ノ成立得テ望ムヘキニ非ス是レ社會ハ刑罰權ヲ有シテ罪人ヲ懲罰スルヲ得ル所以ナリト此説モ亦必要主義ノ一派ニ屬シ恐嚇ハ社會安寧ノ一手段ト云フニ過キスシテ社會カ此手段ヲ用非ルノ正否ハ措キテ論セサルカ如シ

√ 恐嚇主義

第三 民約主義

民約説ハ諸君モ知ラル、カ如ク佛國ノ學者ジャンヂヤック、ルソーノ唱道シタル所ニシテ之ヲ簡説スレハ社會ノ成立ハ吾人ノ約束ニ出テタルモノナリ即チ各人離群索居スレハ勢ヒ弱肉強食タルヲ免カレザレハ各人相互ノ意志ニ依リ明諾又ハ默諾ニテ吾權利ヲ保護センカ爲メニ社會ヲ組成シタルモノナリト云フニ在リ當時此説非常ノ勢力ヲ逞フシテ彼ノ佛國ノ大革命ヲ來セシ原因ハ此説與リテ力アリ今此説ヲ刑罰權ノ基礎ト爲シタラハ如何ト云フニ二個ノ説アリ  
甲説ニ曰ク人ノ社會ヲ組成スル始メニ當リテハ若シ罪惡ヲ爲セハ我生命ナリ財産ナリ自由ナリ悉ク社會ノ隨意ニ委スヘシト暗々裡ニ默契セリ故ニ社會ハ此ニ始メテ人ヲ刑スルノ權ヲ有スルナリト乙説ニ曰ク人ハ天賦ニ正當防衛權ヲ有ス故ニ人ヨリ害ヲ受クルニ當リテ加

√ 民約主義

緒論

害者ヲ害セザレハ到底我身ヲ保全スルヲ能ハスハ當然加害者ヲ  
害スルヲ得テ而シテ決シテ罪ヲ構成セス故ニ吾人カ社會ヲ成スニ  
當リ其正當防衛權ハ一分ヲ割キ約束ヲ立テハ社會ニ與ヘ社會ハ其引  
受ケシ一分ツハハ正當防衛權ヲ聚合シ以テ一大權力即チ刑罰權ヲ握  
ルニ至レリト

此兩説ハ其基本チ民約説ニ取リタリ抑民約ナルモノハ固ト道理ニ適  
シタルモノナリヤ願フニ吾人ノ祖先ハ如何ニシテ約束ヲ爲シタルカ  
別ニ歴史ニ記載シタルヲ見ヌ又口碑ニ傳リタルヲ聞カス唯ルソー  
等カ感シタル妄想ニ過キス夫レ人ハ社交ノ動物ナリ同類相集リテ團  
結シ交ヲ訂スルハ自然ノ性質ナリ彼ノ蠢爾タル蟻蟲群棲相生々シ鴛  
鴦雙々相游泳スルノ性質ヲ有ス而シテ獨リ萬物ノ靈長タル人類ニ於  
テ此性ヲ闕クノ理アラシヤ故ニ人ニシテ社會ヲ成サスハ人ニ非サ

ルナリ何ソ必スシモ約束ヲ待タシヤ是レ今日ニ至リテ民約説ヲ採用  
スル者ナキニ至リシ所以ナリ然レモ予ハ斯ク排擊ヲ試ムルモルソー  
ト其人ノ價值ヲ落サントスルニ非ス氏ハ千古卓越ノ哲學者トシテ依  
然其光輝ヲ放ツ

予ハ尙ホ一步ヲ進メテ甲乙兩説ニ付キ駁論ヲ爲スヘシ抑甲説ニ依レ  
ハ吾人ノ生命財産自由ヲ社會ニ委託スルヲ約束シテ社會ハ之ヲ承  
諾シタリト云フニ在レモ所謂生命自由ナルモノハ決シテ約束ノ目的  
トナステ得ズ予ニ金若干圓ヲ貸セ吾カ頭ヲ汝ニ與フルカ若クハ予汝  
ノ奴隸ト爲ル可シト契約セシニ個ハ固ヨリ當然無効ノ契約ト云ハサ  
ル可カラス然ルニ此説ヲ爲ス者ハ之ヲ辯護シテ曰ク民約ノ目的ハ吾  
人ノ生命自由ニ在ラスシテ權利ヲ保護スルニ在リ故ニ此權利ヲ害ス  
ル者アルニ當リテ社會カ吾人ノ自由ト生命トニ關與スルハ民約ノ目

的ヨリ出ツル結果ナリ其目的ヲ遺忘シテ結果ヲノミ駁スルハ決シテ  
 論理ニ合シタルモノニ非サルナリト然レモ此辯護ハ言語ノ争ヒニ過  
 キス畢竟民約ハ爲ストテ得サル條件ヲ契約シタルモノナリ若シ吾人  
 カ此契約ヲ爲シ得ラル、モノトセハ是レ法律ナキナリ法律ノ既ニ在  
 ル以上ハ此等ノ契約ハ決シテ成立スルモノニ非ス故ニ曰ク此甲説ニ  
 因リテ社會ニ刑罰權アルヲ證スルニ足ラサルナリト乙説ハ正當防衛  
 説ヲ以テ民約説ヲ修飾スト雖モ正當防衛權ナルモノハ加害者ノ目前  
 ニ迫リタル場合ノミニ限り加害者已ニ去リテ後ハ此權ヲ主張スル  
 ヲ得ス乙説ノ社會ハ過去ノ罪惡ヲ搜索シテ之ニ刑罰ヲ加フト云フニ  
 至リテハ甲種ノ權利ヲ行フヘキニ乙種ノ權利ヲ以テ代用シタルモノ  
 ナリ是ニ於テ乎乙説モ亦社會刑罰權ヲ證明スルニ足ラサルヲ見ル可  
 シ之ヲ要スルニ民約主義ハ一時大ニ學者間ニ勢力ヲ得タリシト雖モ

承認主義

今日ニ至リテハ其基本ヨリシテ破壊セラレタリ

第四 承認主義

社會カ法律ヲ作りテ斯ノ如キ事ヲ爲セハ斯ノ如ク罰スヘシト定メタ  
 ルニ人民之ヲ承認シツ、違犯スルハ社會ハ則チ其承認ヲ理由トシ  
 テ刑罰ヲ施ストテ得之ヲ施スハ尤モ正當ナルトナリトハ説ヲ爲シテ  
 社會刑罰權ノ基礎ヲ論スルモノ之ヲ承認主義ト爲ス此説タル毫モ考  
 察ヲ下サル所ノ説ナリ予ハ或學者カ此説ニ與ヘタル最モ簡單ナル  
 駁言ヲ取リテ以テ之ヲ論破セシ曰ク人アリ予ヲ害セントス予ハ之ヲ  
 知リツ、其害ニ逢フルハ予ノ之ヲ知リタルコト何ヲ以テ加害者ノ所  
 爲チ正當ナラシムルヲ得ント例ヘハ兇漢白刃ヲ執リテ樹陰ニ立チ甲  
 者ノ來ルヲ待ツ甲者ハ其已チ害スル者ナルヲ知リ乍ラ路ヲ他ニ執ラ  
 スシテ樹陰ヲ過キ終ニ兇漢ノ刃ニ伏セリ是時ニ當リテ甲者ヲ知リツ



、殺サレタルカ爲メ兇漢ノ殺人罪ヲ正當ナリト云フヲ得ス之ト同シ  
ク人民已ニ法律ヲ承諾シタルノ故ヲ以テ社會カ施ス所ノ刑罰ヲシテ  
正當ナラシムルヲ得サルヤ亦明ナリ宜ナル哉今日已ニ此説ヲ唱フ  
ル者ナキニ至レルコト

第五 正當防衛主義

人ハ天賦ノ正當防衛權ヲ有ス而シテ社會モ亦人(但無形人)ナレハ其自  
己ヲ防衛スルノ權ヲクシハアラス是故ニ犯人アリテ社會ヲ害スルキ  
ハ社會ハ則チ此權ヲ以テ犯人ヲ罰スルコトヲ得但社會カ此權ヲ行フニ  
付キテハ一個人ト相徑庭スル所ノモノアリ一個人ニ在リテハ加害ノ  
目前ニ迫リ他ニ逃避ノ路ナキモ非サレバ之ヲ行フコトヲ得ス社會ニ  
在リテハ其加害ノ現行已ニ去ルモ尙ホ追及シテ此權ヲ行フコトヲ得  
シ何トナレハ加害ノ現行已ニ去ルト雖モ犯人ヲ罰シテ將來ヲ懲戒セ

正當防衛  
主義

カハ社會ヲ維持スル能ハサレハナリト此ノ如キ説ヲ爲ス者ハ即チ  
正當防衛主義ナリ此説モ亦必要主義ノ一派ニシテ社會ヲ成立スル以  
上ハ自ラ防衛シテ其秩序ヲ維持スルノ必要アルヤ明ナリト雖モ此正  
當防衛權ヲ行フハ果シテ正當ナリヤ否ヤニ至テハ毫モ説明スル所ナ  
シ夫レ自ラ防衛スルノ權アルカ故ニ汝ヲ罰スルノ權ヲ有スト云ハ  
其人必ス反問セン曰ク縱令汝自ラ防衛スルノ權アルモ予カ貴重ノ權  
利ヲ犯シテ予ニ苦痛ヲ與フル所ノ所爲ハ何故ニ正當ナリヤト之ニ付  
キ必ス正當ノ答ヲ爲スコトヲ得サル可シ加之防衛ノミテ目的トシテ刑  
罰ヲ加フルキハ白痴瘋癲者ノ所爲ト雖モ又如何ナル小害ト雖モ尙ホ  
罰セサル可カラサルノ必要ヲ生スヘク其極無辜罰ヲ得善人刑ニ逢フ  
ニ至ル可シ豈恐シサル可クンヤ

第六 必要主義

結論

國の防衛に必要なるものは、  
必要主義の原則である。

前ニ陳ヘタリシ復讐防衛及ヒ恐嚇等ノ諸説ハ畢竟刑罰ハ必要ナリト云フニ歸ス而シテ此ニ據クル必要主義ハ其復讐タリ防衛タリ又恐嚇タルヲ問ハス苟モ社會カ其秩序ヲ維持セシニハ刑罰ナカル可カラス故ニ刑罰ハ社會ノ成立上實ニ至緊至要片時モ缺クヘカラサルモノナリ是レ社會カ刑罰權ヲ有シ其之ヲ施スニ付キテ毫モ不正ナル所ナキ所以ナリト惟フニ此説タル事ノ善惡ハ社會ヲ利スルト害スルトニ因リテ分岐シ即チ結果ノ利害ニ因リテ善惡ヲ判スルニ因リ刑罰ノ社會ヲ利スルヲ見テ刑罰ハ正當ナリト爲シタルナリ然レモ之ヲ以テ刑罰ノ正當ナルヲ證スルコトヲ得ヘキカ此説ハ彼ノ有名ナルハインズ氏ノ主張スル所ナリト雖モ亦瑕瑾ナキ能ハス夫レ事ノ利不利要不要ハ以テ其事ノ善不善正不正ヲ判定スルノ標準ト爲スニ足ラスシテ世間往々必要ナラサルニ正善ナルコト有リ必要ナルニ邪惡ナルコト有リ故ニ縱

令刑罰ハ社會ヲ利シ且必要ナルモ此ヲ以テ刑罰權ヲ正當ナリトスルコトヲ得ス且此説ニ從ヘハ無辜善人ハ刑スヘキニ非サレモ必要ヲ生スルニ至リテハ或ハ之ヲ罰シテ顧慮セサルカ如キ良理ノ甚シキニ至ル可シ此説タルヤ大家ノ主張スル所ナルニ拘ハラヌ探テ以テ社會刑罰權ノ基礎ト爲スニ足ラサルヲ見ル可シ

第七 賠償主義

賠償ヲ以テ社會刑罰權ノ基礎ト爲スノ説ヲ聞クニ曰ク凡人ハ他人ニ損害ヲ加フレハ則チ之ヲ賠償セサル可カラス賠ヲ換ヘテ之ヲ言ヘハ人ヨリ損害ヲ受ケレハ之ニ賠償セシムルノ權ヲ生スルモノナリ一個人ニ於テ已ニ然リ社會モ亦然ラサルヲ得ス茲ニ惡人アリ罪惡ヲ爲スハ必ス社會ニ於テ多少ノ損害ヲ被ルヲ以テ社會ハ惡人ニ對シテ其損害ヲ賠償セシムルノ權ヲ生スルハ必然ノコトニシテ此權ハ即チ刑

緒論

三六  
罰權ナリ故ニ社會カ刑罰ヲ施スハ正當ナリト夫レ刑事上賠償ト云フ  
感覺ハ自然ニ發起スルモノナレド之ヲ以テ刑罰權ノ基本ト爲スヘカ  
ラス惟フニ此說ハ刑罰ト賠償トヲ混シタルモノニシテ其基本ニ於テ  
已ニ誤レリ例ヘハ人ヲ譴責スル罰ノ如キ果シテ賠償ノ性質ヲ帶ヒタ  
ルカ何人ト雖モ此等ノ刑ニ對シテ賠償ノ感覺ヲ有セサル可シ且夫レ  
罰スヘキ所爲ハ宜シク之ヲ罰シテ假ス所ナカルヘシ然ルニ此說ニ從  
フトキハ刑法上當ニ罰スヘキ者ヲ罰スルヲ能ハサルモノ有リ例ヘハ  
賭博犯罪ハ社會ノ風俗ヲ紊リ危險ヲ生スルヲ以テ我刑法ハ重ク之ヲ  
罰スト雖モ其刑ハ賠償ノ性質ヲ帶ハシムルヲ能ハス何トナレハ賭博  
犯人ノ行爲タル惡ハ則チ惡ナリトスルモ犯人自身ハ奇利ヲ獲ントス  
ル念慮ヨリ外アルヲ無シ故ニ其風俗ヲ紊リ危險ヲ生スト云フハ社會  
公衆自ラ好ミテ惡風ニ染ミ危險ニ陥リシヲナレハ賠償ヲ名トシテ刑

純正主義

スルヲ得サレハナリ又外國ニ於ケル犯罪ノ如キ畢竟之ヲ罰スルヲ  
得サル可シ

第八 純正主義

夫レ人ハ事ノ善惡邪正ヲ識別スルノ知識ト爲不爲動不動ヲ決定スル  
ノ自由アルカ故ニ邪惡ヲ去リテ正善ニ就カサル可カラス因テ當ニ爲  
スヘキヲ爲サス當ニ爲スヘカラサルヲ爲ス非ハ必ス其應報ヲクハ  
アラス即チ善ヲ爲セハ善報アリ惡ヲ爲セハ惡報アルハ自然ノ理免ル  
可カラサルノ數ニシテ刑罰ハ則チ惡事ヲ爲シタルニ付キテ生スル所  
ノ惡報ナリ是ヲ以テ人ノ社會ニ在リテ惡事ヲ爲ス非ハ社會ハ則チ之  
ニ應報トシテ刑罰ヲ加フルハ實ニ正當ナルモノナリ故ニ其應報ヲ加  
フルノ社會ニ利アルト否トヲ問フテ要セス例ヘハ罪人アリ永ク鐵窓  
ノ下ニ呻吟セリ然ルニ此社會カ突然明且テ期シテ滅却スルモノト假

緒論

想セシニ最早社會ハ此犯人ヲ處分スルノ必要ナシト雖モ惡事ヲ爲シタル者ハ惡報ヲ受クヘキヲ以テ必スヤ之ヲ處分シテ猶豫スル所ナカ  
ル可シト是レ千七百年代ノ半ヨリ千八百年代ノ初ニ至リテ彼カント  
シヨセフ氏ノ輩カ盛ニ唱道シタル所ノ純正主義ナリ  
此說ハ事物自然ノ道理タル應報ヨリシテ刑罰ヲ論シタルモノニシテ  
實ニ感服スヘキノ點アリ然レモ此社會ハ何カ故ニ其應報ニ干與シテ  
刑罰ヲ施スノ權アルカト云フヲ說カサリシハ實ニ白玉ノ一疵ト謂  
ハサル可カラス加之此說ニ據ルキハ如何ナル微少ノ害惡ト雖モ應報  
ナキト能ハサルカ故ニ之ヲ刑セサル可カラス又吾人カ有形的惡事ノ  
ミナラス心裏ニ立チ入りテ無形的ノ惡念ヲモ罰セサル可カラサルニ  
至リ遂ニ吾人思想ノ自由ヲ束縛牽掣シ延ヒテ總テノ自由ヲ害スルニ  
至ル可シ即チ此說ヲ採用シテ刑法ヲ編纂スルキハ實ニ奇怪ナル法文

ヲ制定スルニ至ルヤ必セリ恐ル可キ哉

第九 命令主義

命令主義

命令主義ハ佛國大學教授ベルトール氏ノ主張シタル最モ新シキ說ナ  
リ其說ニ曰ク社會ハ固ヨリ正當防衛權ヲ有ス而シテ尙ホ且一層高尙  
ナル權ヲ有ス即チ刑罰權是ナリ抑社會ハ其秩序ヲ保持セシムカ爲メニ  
法律ヲ制定スル權即チ命令權ヲ有ス而シテ法律ヲ制定シ命令ヲ爲ス  
キハ必ス制裁ヲ付セサル可カラス命令ニシテ制裁ヲケレハ所謂徒法  
ニシテ一片ノ助言タルニ過キス誰レカ復タ之ニ服從シ之ヲ遵奉スル  
者アラシヤ故ニ刑罰權ハ即チ社會ノ命令ヨリ自然ニ生スル所ノモノ  
ニシテ命令スルノ權已ニ正當ナラハ之ヨリ生スル所ノ刑罰權ヲ施行  
スルハ正當ナルハ言テ待タサルナリト此說ハ法律ノ命令スル所ハ必  
ス正當ニシテ命令ノ輕重ニ應シ刑ノ輕重ヲ定メ以テ有罪者ニ科ス

緒論

イフニ在ルカ故ニ此點ヨリ觀レハ敢テ批難スヘキモノナキカ如シ然  
 レ此說ハ命令ニハ制裁ヲ要スト唱フルモ何故ニ其制裁トシテ人ニ  
 苦痛ヲ與フルヲ得ルカト云フヲ説明スルコト無シ又此說ハ命令ノ輕重  
 ハ以テ刑ノ輕重ヲ致スト云フト雖モ人ノ生命ヲ傷フヘカラス人ノ財  
 貨ヲ奪フヘカラスト云フ二個ノ命令アリトセンニ一ハ何故ニ重ク一  
 ハ何故ニ輕キカニ至リテモ亦説明ヲ與ヘス固ヨリ吾人ノ感覺ニ於テ  
 ハ其輕重ヲ判別シ得ルモ此說ニ依リテ判別シ得ル所ニ非サルナリ

第十 折衷主義

此說ハ近時佛國ノ法學者オルトラン氏ノ主張シタル所ナリ凡ソ事ヲ  
 論スルニ當リテハ唯其一端ヲ擧ク一面ヲ觀ルノ能ク盡クス所ニ非ス  
 例ヘハ尙ホ空氣ノ如シ之ヲ酸素ヨリ成ルト云フハ非ナリ之ヲ窒素ヨ  
 リ成ルト云フモ亦非ナリ空氣ハ酸素窒素ノ混合物ニシテ其他ノ氣躰

折衷主義

ヲ含有スト云ハ、始メテ正當ナリト謂フヘシ是レ折衷主義ノ因テ起  
 ル所以ナリ其說ニ曰ク夫レ人ハ唯事ノ善惡正邪ヲ辨別スルノ智識ヲ  
 有スルノミナラス尙ホ其爲不爲ヲ決定スルノ自由ヲ有ス故ニ惡ヲ爲  
 セハ惡報ヲ受ケ善ヲ行ヘハ善報ヲ蒙ルルハ自然ノ數ト謂ハサルヲ得  
 ス是レ人、社會ニ在リテ惡事ヲ爲セハ則チ其應報トシテ刑罰ヲ受クル  
 ノ甚タ至當ナル所以ナリ是レ純正主義ノ說ニシテ刑罰ヲ行フノ正當  
 ナル理由ハ說キ得テ盡セリ然レモ惜ヒ哉純正主義ハ社會カ何ニヨリ  
 テ其惡報ニ干涉シテ刑罰ヲ行フノ權アリヤト云フ點ニ至リテハ之ヲ  
 辯明セス然ルニ正當防衛主義ハ社會カ自己ノ安寧秩序ヲ維持スルカ  
 爲メニ正當ニ防衛スルノ權ヲ有スルヲ以テ茲ニ刑罰權ヲ生スト說ケ  
 リ社會カ何故ニ惡報ニ干涉シテ刑罰ヲ與ヘ得ルカノ疑問ニ對シテハ  
 此說ヲ措キテ他ニ見ル可キモノ無シ然レモ此說ハ刑罰ヲ行フノ正當

雜論

ナル理由ヲ説明スルヲ無シ是ニ由リテ之ヲ觀レハ二說共ニ甚タ佳ナル所アリ又甚タ缺クル所アリト謂フヘシ即チ此二說ヲ合スレハ甲ノ缺漏ハ乙之ヲ補ヒ乙ノ不備ハ甲之ヲ充タシ兩者相待チテ初メテ完全ヲ得ヘシ之ヲ折衷主義ノ要旨トス此說タル彼ハ純正主義ト正當防衛主義トヲ調和シテ刑罰權ノ基礎トセルモノナリ即チ純正主義ハ點ニ於テハ罪惡ヲ爲セハ惡報トシテ必ス刑罰ヲ受クル所以ヲ表示シ正當防衛主義ハ點ニ於テハ社會ノ刑罰權ヲ有スル理由ヲ證明シタルモノナリ故ニ此說ニ據レハ道德ニ背戾シタル惡爲アリト雖モ社會ヲ損害セサルハ之ニ刑罰ヲ加フルヲ得ス何トナレハ惡報ヲ受クヘキ所爲ナルモ社會ハ自ラ防衛スルノ必要ヲケレハナリ又社會ヲ損害シタル兇行アリト雖モ道德ニ背戾シタル所ヲケレハ是レ亦刑罰ヲ科スルヲ得ス何トナレハ社會ハ自ラ防衛スルノ必要アルモ惡報ヲ受クヘキ

本法ノ探  
主シタル

所爲ニ非サルヲ以テナリ論シテ茲ニ至レハ此說ニ依リテ刑法上罰スヘキ所爲如何ト云フニ自ラ制限アリテ道德ニ背キタル者及ヒ社會ヲ害シタル者ナラサル可カラサルナリ  
此說ニ對シ亦駁撃者ナキニ非ス現ニ彼ベルトル氏ノ如キハ之ヲ駁撃セリ其要ニ曰ク社會カ防衛スル權ト刑罰ヲ施ス權トハ相異ニシテ自ラ防衛スル爲メニ刑罰ヲ施スヲ得ルト云フヲ得サルナリト夫レ然リ然リト雖モ折衷主義ニ於テハ敢テ正當防衛權ト刑罰權トヲ同一視シタルニ非ス唯社會カ自ラ防衛スルカ爲メニ罪人ノ當ニ受クヘキ應報ヲ行ヒタル迄ニシテ其刑罰ヲ施スハ自ラ防衛スルノ結果ナリト謂フヘシ此他此說ニ對シテ多少ノ駁撃アリト雖モ十九世紀ノ法學社會ヲ震蕩シタルモノ此說ノ右ニ出ツルモノナシ我刑法ノ編纂者モ亦此說ヲ採用セラレタリ編纂者已ニ此說ニ據ル故ニ我刑法ヲ講究スルニ

當リテハ必スヤ此説ヲ根據トセサル可カラス然ラサレハ則チ往々彼此齟齬スル處ヲ生シテ明瞭ヲ缺クノ恐アリ故ニ予ハ特ニ折衷主義ヲ採用シテ講究セント欲スルナリ  
諸君、予ハ是迄刑法ノ前加編トモ稱スヘキトニ關シテ非常ニ長キ時間ヲ費セリ因テ之ヨリ直チニ各條ニ入りテ講説スヘシ

第一編 總則

第一章 法例

「總則」トハ刑事一般ニ關スル事ヲ規定シタルモノニシテ獨リ此刑法ノミナラス特別法例ヘハ新聞條例酒稅規則郵便條例等ノ如キモノト雖モ苟モ罪名ヲ記載シタルモノハ總テ此支配ヲ受クルモノトス  
「法例」トハ刑法ヲ適用スルルルノ例則ノ如キモノニシテ之ヲ一言スレバ總則中ノ小總則ナリ凡ソ刑法ハ初ニ於テ其固有ノ勢力ト勢力ノ及フ

所ノ範圍トヲ規定セサル可カラス換言スレハ刑法ハ如何ナル所爲ヲ罪トスルカ罪ノ將來ト既往トニ係リテ如何ニ處分スルカ又刑法ハ國ノ内外ニ關シテ如何ニ支配スルカ内外人ノ犯罪ニ付キテ如何ニ適用スルカヲ規定セサル可カラス尙ホ約言スレハ刑法ハ法例中ニ事ト時ト所ト人トノ四件ヲ掲載セサル可カラス是レ編纂上缺クヘカラサル所ナリ然ルニ我刑法ノ法例ヲ通讀スルニ事ト時トノ二件ニ付キテハ明文アリト雖モ場所ト人トニ關シタルトハ之ヲ見ント欲スルモ得ヘカラス嗚呼是レ何ノ故シ蓋シ刑ニ理由アルニ非ス刑法草案ニハ明文アレド審査修正ノ際之ヲ削除セシニ因ルンミ然リト雖モ外國交際ノ旺盛ナル今日ニ際シ本邦人ノ外國ニ在リテ犯罪ヲ犯ス者アリ又我國ニ於テ外人ノ罪ヲ犯ス有リ此場合ニ際會シ我刑法ハ如何ニ處分スルカ予ハ第一編第一章ヲ講了スルノ後之ヲ詳説スヘシ

第一條 凡法律ニ於テ罰ス可キ罪別テ三種トス

一 重罪

二 輕罪

三 違警罪

犯罪ノ定

熟本條ヲ按スルニ本條ハ法律ニ於テ罰スル罪ノ種別ヲ掲クト雖モ所謂罪トハ如何ナルモノナリヤ之カ定義ヲ與ヘス苟モ刑法ヲ講究セシニハ罪ノ定義ヲ確定スルハ最モ利益アルヲ信スルナリ  
 罪トハ何ソヤ成文上ヨリ解スルト立法上ヨリ解スルトニ於テ固ヨリ差違ナクンハアラス成文上ヨリ之ヲ解スルハ罪トハ法律ニ於テ罰スヘキ所爲是ナリ此定義ハ簡ニシテ盡セリ然レモ立法上ヨリ之ヲ解スレハ曾テ講シタリシ社會刑罰權ノ主義ノ如何ニ依リテ異ナラサル可カラス純正主義ニ於テハ罪トハ道德ニ背戾シタル所爲ナリト謂フヘク命令主義ニ於テハ法律ノ命令ニ違反シタル所爲ナリト云フヘシ而

シテ我立法者ノ採用シタル折衷主義ニ依リテ定義ヲ與フレハ罪トハ道德ニ背キ社會ヲ害シ社會ヲシテ刑罰ヲ以テ自カラ防衛スルニ必要ナラシメタル所爲ナリト謂フヘシ元來一所爲ノ罪ト爲ルニハ必スヤ

道德ニ背キ社會ヲ害シタルニ要素ナクンハアラス然レモ稱シテ罪ト云ハソニハ其所爲ハ社會ヲシテ刑罰ヲ加ヘテ自ラ防衛スルニ必要ナラシムルモノナルヲ要ス故ニ此定義ハ大ニ理論ニ適合スルカ如シ然レモ個ハ唯其主義上ヨリシテ如何ナル所爲ヲ罰スルヤヲ示シタルノミニシテ如何ナル所爲ナレハ社會ハ之ニ刑罰ヲ加ヘテ自ラ防衛スルハ必要アルヤト云フニ至リテハ之カ説明ヲ與ヘス是レ此定義ト雖モ尙ホ充分ノ満足ヲ與フヘキモノニ非サルナリ今茲ニ竊盜ヲ爲ス者アレハ社會ハ必ス之ニ刑罰ヲ加ヘ當初ヨリ返濟セサル意志ニテ借金ヲ爲シ期限ニ至リテ其義務ヲ盡サル者ニハ刑罰ヲ加フルノ必要ナシ



トセハ何故ニ甲者ハ之ヲ罰スルノ必要アリテ乙者ハ之ヲ罰スルノ必要ナキカ蓋シ社會ハ法律ノ保護人ナリ故ニ司法權ヲ以テ強ヒテ人民ヲシテ法律ヲ遵奉セシムルニ三個ノ手段アリ即チ強制シテ遵守セシムル一ノ手段ナリ他人ノ權利ヲ侵害スルハ之ヲ賠償セシムル二ノ手段ナリ刑罰ヲ加ヘテ遵守セシムル三ノ手段ナリ而シテ折衷主義ノ與ヘタル定義ニ於テハ如何ナル所爲ニ對シテ此第三ノ手段ヲ用井ルノ必用ヲ生スルヤヲ明カニセス實ニ惜ムヘキノ至リナリ是レ民事刑事ノ限界ニ付キ説明ヲ要スル所以ナリ抑、民事刑事ノ限界ヲ知ルハ唯理論上及ヒ立法上ニ必要ナルハミナラズ刑法ヲ講究スルニ當リテ甚ク緊要ナリトス何トナレハ解釋上及ヒ適用上ニ於テ一、所爲ノ罪ト爲ルヤ否ヤヲ知ルニ於テ尤モ必要アレハナリ

民事刑事ノ限界ニ付キテハ學者往々其說ヲ異ニシ或ハ曰ク民事ハ刑

民事刑事ノ限界

事ヲ生スト願フニ此說ハ民事刑事ノ性質分チ難クシテ刑事ノ所爲ハ民事ノ所爲ヨリ來ルモノ多キヲ見テ斷定シタルモノナル可シ是レ固ヨリ認見タルヲ免カレス假リニ此說ニ從ハ、予カ前ニ掲ケタル竊盜ヲ爲シタル者ト返濟セサル意志ニテ借用シタル者トノ二所爲中一ハ之ヲ罰シ一ハ之ヲ罰セサルノ理由ヲ辯解スルニ苦ムヘシ其他尙ホ諸說有リト雖モ孰レモ予テシテ満足セシムル能ハサルナリ獨リオルトラン氏ハ最モ明瞭ナル限界ヲ附シタリ予乃チ敷衍シテ之ヲ辯セントス凡ソ人ノ權利ヲ害スル所爲ニ種々アリト雖モ之ヲ大別スレハ則チ人間尋常ノ注意智識ヲ以テ其害ヲ防衛シ得ルモノト得サルモノトハ二種アリ尋常ノ注意智識ヲ以テ防衛シ得ル所爲ニ對シテハ民事ノ制裁ヲ加フルヲ以テ足レリトス即チ損害ヲ賠償セシムルハ則チ足レリ何トナレハ其害タル人々容易ニ之ヲ防衛スルヲ得ルモノトナレハナリ

之ニ反シテ尋常ノ注意智識ヲ以テ防衛スルヲ得サル所爲ニ至リテハ之ニ刑事ノ制裁ヲ加フルノ必要アリ蓋シ其所爲獯惡其損害猛烈ニシテ人々自ラ防衛スルヲ得ス從ヒテ其害延キテ他人ニ及ホシ終ニ社會ノ秩序ヲ亂スニ至ルヲ以テナリ吾人ハ民事上ノ契約ヲ爲スニ當リテハ充分ニ敵手ノ所爲ヲ洞察スルヲ得假令不正ノ策略ヲ逞フスルモ之ヲ防衛スルハ實ニ容易ナリ而シテ若シ敵手ノ爲メニ損害ヲ加ヘラル、ト雖モ其損害延キテ社會ニ及フコトナシ然レハ詐欺暴行ヲ以テ吾人ニ迫リ吾人ノ自由若クハ身体ヲ拘束スルカ如キ契約ハ吾人多少之ニ抵抗シ防衛スルヲ得サルニ非サレハ全般ヨリ觀察セハ固ヨリ防衛スルヲ得サル所爲ナリト謂ハサル可カラズ論シテ此ニ至リ始メテ民刑二事ノ限界判然タルヲ得ヘシ之ヲ約言スレハ人間尋常ノ注意智識ヲ以テ防衛スルヲ得ヘキ害ヲ加フル所爲ニ向ヒテハ民事上ノ

制裁ヲ加ヘ人間尋常ノ注意智識ヲ以テ防衛スルヲ得サル害ヲ加フル所爲ニ向ヒテハ民事上ノ制裁ヲ加フヘキナリ故ニ民事上ノ制裁ヲ加フヘキモノニ屬スルハ立法上理論上共ニ之ヲ罪トセス刑事上ノ制裁ヲ加フヘキ所爲ハ則チ罪トナルモノナリ(第三百九十條ノ解參照)是故ニ罪トハ道德ニ背キ社會ヲ害シ社會ヲ自ラ防衛スル爲メニ刑罰ヲ加フルノ必要アラシムル所爲ヲ謂ヒ而シテ其所爲ノ果シテ刑罰ヲ加フヘキ必要アリヤ否ヤノ點ニ至リテハ民事刑事ノ限界ヲ知ルコトヲ要ス但シ是レ畢竟立法上理論上ヨリ論シタルモノナリ今成文上ヨリスレハ法律ニ於テ罰スヘキ所爲之ヲ罪ト云フヲ以テ尤モ適當ナリトス是レ刑法草案第一條三凡ソ法律ニ於テ罰スヘキ所爲缺爲テ罪トスト規定セラレシ所以ナリ審査修正ノ際之ヲ刪訂シテ現行刑法第一條ノ如クセラレシハ敢テ事ニ害ナシト雖モ實ニ惜ムヘキナリ

我立法者ハ本條ニ於テ罪ヲ三種ニ區別シタリ是レ偶然ニ出ルニ非ス  
 凡ソ各人意思ノ發作シテ罪ヲ爲スニ至リテハ大ナル有リ小ナル有リ  
 又重キ有リ輕キ有リテ決シテ同一程度ノモノニ非スシテ罪ハ自然ニ  
 種別セラル、モノナラサル可カラス例ヘハ人ノ生命ヲ奪フ者アリ財  
 物ヲ盜ム者アリ此二罪ニ於テ大小輕重ノ差違アルハ際々火ヲ賭ルカ  
 如シ然リ而シテ罪ノ重大ナルモノハ道德ニ背キ社會ヲ害スルモ亦重  
 大ナレハ其刑ヲ重クシテ社會公衆ニ表示セサル可カラス又裁判構成  
 訴訟手續等ハ之ヲ鄭重嚴肅ニセサル可カラス又一般ノ加重減輕ニ係  
 ル未遂犯罪ニ該當スルモノ、如キハ刑ノ適用上差違ナクシテハアラス  
 此ノ如ク罪ヲ區別スルノ必要アルヲ見レハ則チ我立法者ノ此區別ヲ  
 爲シタルノ偶然ニ非サルヲ知ルニ足ル可シ然リト雖モ何故ニ其區別  
 ヲ三種ニ限レルカ是レ理由ノ存スル所ナリ抑立法者カ千種萬別ノ罪

ニ付キテ區別ヲ爲サント欲セハ或ハ三分シ或ハ四分シ五分スルハ固  
 ヨリ隨意ナリトス我立法者ハ之ヲ三分シタリ今各犯罪ニ付キテ諦視  
 セハ分カレテ二トナルヲ知ル即チ一ハ罪ヲ犯スノ意思アリテ之ヲ犯  
 シタルモノ一ハ罪ヲ犯ス意志ノ有無ヲ問ハスシテ罪トナルモノニシ  
 テ所謂有意犯罪無意犯罪是ナリ甲ハ重大ナル罪ナルヲ以テ罰シテ公  
 衆ニ表示スルヲ要ス我刑法ノ所謂重罪輕罪是ナリ乙ハ規則ヲ遵奉セ  
 サル爲メニ罪ト爲リ其罪輕微ニシテ罰シテ以テ一地方ニ知ラシムル  
 ノミニテ足ル所謂違警罪是ナリ輕罪以上ノ罪ニ付キテハ輕重程度ヲ異  
 ニシ尙ホ數種ニ區別スルヲ得ヘシト雖モ唯煩雜ヲ來スノミニテ他ニ  
 利益アルヲ見ス是故ニ各國ノ刑法多ク之ヲ三分ス我立法者モ亦是ニ  
 倣ヒ重キ罪ヲ重罪ト名ク輕キ罪ヲ輕罪ト爲シタリ是レ我刑法ハ罪ヲ  
 大別シテ重罪輕罪違警罪ノ三種ト爲セシ所以ナリ(伊太利新刑法ハ罪

ヲ二種ニ區別シタリ

重罪、輕罪及ヒ違警罪ト云フ名稱ヲ附シタルハ別ニ理由アルヲ見ス唯立法者カ認メテ重シト爲シタル所爲ヲ重罪ト名ク輕シト認メタル所爲ヲ輕罪ト稱シ警察規則ニ違背シタル所爲ヲ違警罪ト呼ビタルニ過キス故ニ此等名稱ヲ用非スシテ大罪、中罪、小罪或ハ甲罪、乙罪、丙罪ト稱スルモ敢テ不可ナルコトナシ

罪ニ三種ノ區別アル其レ此ノ如シ然レモ如何ナル罪カ重罪ナリヤ輕罪ナリヤ又ハ違警罪ナリヤ刑法第二編以下ニ於テハ唯某ノ所爲ハ某ノ刑ニ處ストノミ記載シテ某所爲ハ何罪ナリヤヲ明ニスルコトヲ得ス僅ニ第七條、第八條、第九條ニ至リテ其餘下ニ記載セル刑名ニ照シテ知リ得ルノミ刑法草按ニハ第一條ニ於テ何條ニ記載セル刑ヲ以テ罰スル者ハ何罪トスト規定セルカ故ニ一見シテ某ノ刑ヲ以テ罰スル所爲

ハ何罪ナルヲ知ルヲ得テ編纂上甚タ宜シキヲ得タリ佛國刑法第一條ニ於テモ亦我刑法草按ト同ク法律上何ノ刑ヲ用非テ罰スル罪ヲ何罪トスト規定セリ佛國法律博士ロシ一氏痛ク第一條ヲ駁撃セリ其說ニ曰ク何刑ヲ以テ罰スルモノハ何罪ナリト規定スルハ是レ罪アリテ後チ刑ヲ定メタルニ非スシテ刑ヲ定メテ後チニ罪ヲ生シタルニ外ナラザレハ自然ノ順序ニ背キ原因結果ヲ顛倒シタル編纂法ト謂フヘシ立法者ノ意志ヲ探ルニ此刑ニテ罰スルモノハ何罪ナリト謂フハ宛モ是レ輕キ罪ト雖モ予カ認メテ重罪トスルモハ重罪ニシテ重キ罪ト雖モ予カ認メテ輕罪トスルモハ輕罪ナリト謂フカ如シ凡ソ罪ノ輕重ハ各人ノ感覺上自然ニ存スルモノナルニ立法者ニ於テ予カ認メテ重罪輕罪ト爲スモノハ汝モ亦重罪、輕罪ト思惟スヘシト謂フニ至リテハ何ノ專制ノ甚シキヤ蓋シ佛國刑法ハ壓制時代ニ成レルモノナンハ其精神

第一條ニ包含セリト謂フヘシト此駁撃ハ只文字上ノ瑕疵ヲ咎メタル迄ニシテ立法者カ實際ノ便益ヲ圖リテ編纂シタル所以ヲ知ラサルモノナリ願フニ立法者ノ法ヲ立ツルヤ罪ノ輕重大小ニ應シテ刑ヲ規定シ其刑ニ依リテ罪ノ種類ヲ知り得ルカ如ク爲シタルニ在リテ決シテ駁論者ノ想像シタル如キ厭忌スヘキ意思ノ存在スルニ非サルナリ蓋シ我草按モ亦論者ノ駁撃ヲ免カンサル所ナルヲ以テ現行法ノ如ク修正セラレシハ或ハ偶然ニ善良ノ結果ヲ得タルニ庶幾カラソク以上重罪、輕罪、違警罪ノ三種ノ區別ハ是レ唯法律上罪ノ輕重ノ程度ニ從ヒタルニ過キス學問上ヨリシテ罪ノ性質或ハ之ヲ犯スノ方法等精密ナル觀察ヲ下セハ尙ホ數種ニ細別スルコトヲ得ヘシ

第一 行犯不行犯

凡ソ法律ノ種類甚タ多シト雖モ要スルニ禁止法、命令法ノ二者ニ外ナ

行犯、不



ラス禁止法トハ某々ノ所爲ハ之ヲ行フヘカラスト禁シタル法律ニシテ命令法トハ某々ノ所爲ハ之ヲ行フヘシト命シタル法律ヲ謂フ因テ法律ノ禁止シタル事ヲ行ヒタル罪之ヲ行犯ト謂ヒ法律ノ命令シタル事ヲ行ハサル罪之ヲ不行犯ト謂フ今此ニ刑法中著シキ例ヲ擧クンハ強竊盜罪ノ如キ謀故殺罪ノ如キハ是レ法律上禁シタル所ニシテ行犯ナリ第百七十九條醫師、化學者其他職務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シテ之ヲ肯セサル罪或ハ違誓罪ニ付キテハ警察規則ノ命令ヲ行ハサル罪等ハ即チ不行犯ナリ茲ニ云フ行犯、不行犯ノ犯テウ文辭ハ犯罪ト云フ意味ナリ以下國事犯、非國事犯、有意犯、無意犯或ハ即時犯、繼續犯等ニ於テモ亦犯罪ノ意ヲ表スルモノト知ル可シ

刑法ヲ編クルハ不行犯少クシテ行犯甚タ多シ試ミニ第二編以下ニ就

キテ見ンニ某々ヲ爲シタル者ハ何刑ニ處スト規定スルモノ甚々多シ  
 シテ某々ヲ爲サル者ハ何刑ニ處スト規定スルモノ實ニ僅少ナリ又  
 刑法ハ概シテ行犯ヲ罰スルノ刑ハ不行犯ヲ罰スルヨリ甚々重シ願フ  
 ニ人間ノ動作ニ於テ行ヒテ人ニ損害ヲ與ヘ危險ヲ蒙ラシムルヲ多ク  
 行ハスシテ損害危險ヲ與フルヲ少キハ自然ニ出ツルモノナリ是レ亦  
 刑法ハ概シテ禁止法ニシテ命令法ノ甚々少キ所以ナリ  
 此ノ如ク刑法ニハ命令スル場合甚々稀ナリ然レモ法律上特ニ命令セ  
 サル可カラサル場合アリ即チ法律ハ公益ノ點ヨリ人民ニ義務ヲ命ス  
 ルヲ有リ夫レ社會ハ各人權利ノ保護者ナリ故ニ各人ハ之ニ對シテ盡  
 サル可カラサル義務アリ法律ハ即チ此義務ヲ命シテ行ハシムルヲ  
 有リ彼ノ醫師化學者ノ官署ヨリ解剖分析ヲ命セラレテ故ナク肯セサ  
 ル罪ノ如キハ公益上當ニ爲スヘキノ義務ヲ行ハサルカ爲メニ罰セラ

ル、ナリ又法律ハ禍害豫防ノ點ヨリ人民ニ義務ヲ命スルヲ有リ例ハ  
 ハ第四百二十七條ノ夜中燈火ナクシテ車馬ヲ疾驅スル罪ノ如キ過チ  
 テ不虞ノ害ヲ釀成スルヲ慮リ之ヲ未萌ニ豫防センカ爲メニ燈火ヲ用  
 非テ車馬ヲ疾馳スヘキ義務ヲ命セラレタルニ之ニ背キテ行ハサルヲ  
 以テ刑罰ヲ受クルナリ  
 斯ク法律ハ公益上及ヒ禍害豫防ハ二點ヨリ人民ニ義務ヲ命スルハ外  
 ニ尙ホ社會ヲ維持スル必要ヨリシテ道德上ノ義務ヲ命スル有リ即チ  
 犯罪ヲ防止スルヲ及ヒ人ヲ救助スヘキヲ二者是ナリ今犯罪ヲ防止  
 スル場合ヨリ説キ明サン茲ニ甲者アリ豫メ謀リテ乙者ヲ毒殺セント  
 ス丙者初メヨリ之ヲ知リテ告ケス乃チ乙者ハ甲者ノ用井タル毒藥ヲ  
 服シテ終ニ死ニ至リシトセシ丙者ノ所爲ハ道德上實ニ殘忍酷薄ニシ  
 テ虎狼ト擇フ莫シ若シ之ヲ乙者ニ告ク甲者ノ犯罪ヲ妨ケタラシム

六二  
甲者ハ刑罰ヲ免レ乙者ハ生命ヲ損セス而シテ危險ヲ社會ニ與フルト  
無カル可キナリ又内亂ヲ企ツル者アラシニ人アリ其陰謀ヲ知リツ、  
隱匿シテ官ニ告ケサルハ此カ爲メニ政府顛覆スルコト有ル可ク朝憲  
紊亂スルコト有ル可シ故ニ法律ハ殊ニ此等ノ義務ヲ怠リタル者ヲ責罰  
スルコトアリ我國舊法及ヒ羅馬佛國ノ古法ハ此等ノ所爲ヲ罰シタリト  
雖モ今日ニ至テハ佛國刑法ハ勿論我刑法ニ於テモ之ヲ罰スルノ條文  
ナシ何故ニ之ヲ罰セサルカ凡ソ人ノ犯罪ヲ防止スルノ義務ヲ盡サ、  
ルヤ殘忍ニシテ禍害ヲ生スルヲ喜フニ出ツルコト有ル可ク或ハ之ヲ防  
止スルハ禍害反テ身ニ及フヲ恐ル、ニ出ツルコト有ル可ク或ハ專心  
他事ヲ思ヒ意ヲ其犯罪ニ介セサルカ爲メナルコト有ル可ク其他種々ノ  
事情アル可シ斯カル種々ノ事情アルニモ拘ハラズ悉ク同一ノ刑ヲ以  
テ之ヲ罰セント欲セハ有罪無罪混淆シ終ニ無辜ヲ罰スルニ至ル可シ

且刑法ハ總テ命令セシヨリハ禁止スルヲ喜フモノナレハ其好マサル  
命令法ヲ捨ツルニ吝ナラサル所以ナリ其人ヲ救助スヘキコト命令ス  
ル場合ハ刑法第三百四十條自己ノ所有地又ハ看守スヘキ地内ニ遺棄  
セラレタル幼者老疾者アルコトヲ知テ之ヲ扶助セス又ハ官署ニ申告セ  
サル罪ノ類ニシテ是レ所謂人ヲ救助スル義務ヲ行ハサルカ爲メニ罪  
ト爲ルモノナリ但シ我立法者ハ此種ノ不行犯ニ付キテハ大ニ制限ヲ  
爲セリ即チ老疾者ノ邸内ニ困倒セシキ救助セサルハ之ヲ罰スト雖モ  
公路ニ於テ困倒シタルキ救助セサル如キハ之ヲ罰セス又稚兒ノ將ニ  
河ニ陥ラントスルキ袖手傍觀シテ拯ハサル者或ハ航海中將ニ沈没セ  
ントスル難破船ノ傍ヲ過キテ救援セス終ニ覆没ニ至ラシメタル者ノ  
如キモ亦法律ハ之ヲ罰スルコトナシ蓋シ此等ノ所爲ハ道德ニ背キ社會  
ニ危險ヲ與フルノ點ニ至リテハ敢テ小ナラサルニ非サレモ法律ハ殊

ニ之ニ義務ヲ負ハシメ刑罰ヲ加ヘサル所以ノモノモ亦敢テ前段ノ犯罪ヲ防止スヘキ義務ヲ怠リタル者ヲ罰セサル場合ト同シク諸種ノ事情アリテ無罪ト有罪ト相混淆紛亂シテ無辜ヲ罰スル等ノ患アルヲ以テ斯クハ制限シタルナリ然レモ此等ノ所爲ハ假令現行刑法ニ規定ナキニモセヨ若シ方アリテ之ヲ規定シ得ラル、ナラハ完璧ト謂フヘシ要スルニ法律ニ於テ特ニ命令スヘキ場合ハ第一公益第二禍害豫防第三社會ヲ維持スル必要ヨリシテ人ヲ救助スヘキハ三點ナリトス行犯不行犯ヲ區別シテ如何ナル利益アリヤ此區別ハ罪ノ性質ヨリ來ルヲ以テ成文法ニ於テハ之ニ因リテ別ニ規定ヲ異ニシタル所ナク只立法上學問上ヨリシテ其區別ヲ要スルノミ是レ予カ罪ノ種類ノ第一ニ掲クシ所以ナリ現ニ刑法草案按第一條ニ法律ニ於テ罰ス可キ所爲缺爲テ罪トス下有リテ明ニ行犯不行犯ノ二犯罪アルヲ認メタリ

行犯不行犯區別

利益スル區

第二 有意犯無意犯

無意犯

有意犯トハ罪ヲ犯スノ意思ナキト爲ラサル所爲ニシテ犯意ヲ以テ罪ノ構成ニ必要ノ一元素ト爲スモノヲ謂ヒ無意犯トハ罪ヲ犯ス意思ノ有無ヲ問ハス之ヲ罰スル所爲ヲ謂フ要スルニ刑罰ヲ加フルニ付キ犯意ヲ必要トスル所爲ハ有意犯ニシテ犯意ノ有無ニ關セス唯有形上ノ事實アルヲ以テ之ヲ罰スルモノハ無意犯ナリ然レモ之ヲ解スル者動モスレハ輒チ曰ク犯意アルハ有意犯ニシテ犯意ナキハ無意犯ナリト是レ大ナル誤解ナリ蓋シ此二犯ノ區別ノ由テ生スル所ハ罪ノ性質ニ在リ若シ有意犯ノ性質ヲ有スルモノニシテ犯意ナキハ全ク罪ト爲ラス之ニ反シテ無意犯ハ犯意アルモ亦無意犯トシテ罰スルコト有リ例ヘハ謀殺罪強竊盜罪ノ如キハ純然タル有意犯ニシテ人ヲ殺スノ意財物ヲ盜ムノ意ナキハ或ハ罪質ヲ變シ或ハ全ク無罪ト爲ル

(第一條) 第一編 第一章 法例



無意犯の  
故意犯との  
区別

之ニ反シテ違警罪ノ大部分ハ無意犯ナリ例ハ標識ノ點燈ヲ怠リタル罪夜中燈火ヲクシテ車馬ヲ疾驅スル罪ノ如キハ故意ニ之ヲ犯スモ若クハ偶然ニ之ヲ犯スモ同シク罰セラル但シ過失殺傷失火ノ罪ノ如キハ無意犯ニシテ而シテ必ス犯意ナキヲ要ス何トナレハ過失殺傷失火ノ罪ニシテ犯意アルハ直チニ謀故殺罪若クハ放火罪ヲ構成スルヲ以テナリ夫レ此ノ如ク立法者ハ無意犯ヲ罰スルニ付キ犯意ノ有無ヲ問ハスト雖モ裁判官カ實際ニ刑ヲ適用スルニ當リテハ刑ノ輕重ヲ考定セサルヘカラス

罪ヲ構成スルニハ必ス道德ニ背キ社會ヲ害スルノ二元素アルヲ要ス而シテ罪ヲ犯ス意ナキ所爲ハ假令社會ヲ害スルモ道德ニ背ク所アルヲ見ス是レ第七十七條ニ於テ罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セスト規定セル所以ナリ故ニ罪ハ一般ヨリ論スルハ犯意アルヲ要スル

2

モノナルヲ以テ我刑法第二編以下ニ規定スル犯罪ハ殆ト有意犯ナリ然リ而シテ同條但書ニ於テ忽チ例外ヲ設ケテ犯意ナキ行爲ヲ罰セリ之ヲ極言スレハ刑法ハ刑罰權ヲ以テ罰シ得サル所爲ヲ罰シタルモノハ如シ然ラハ則チ予カ前ニ數千言ヲ費シテ辯明シタル刑罰權ハ唯無意犯ノ規定ニ因リテ業已ニ破壊シ消滅シタリト謂フヘキ歟何ソ其然ラン立法者タル者何ソ此ノ如キ矛盾ノ事ヲ規定セシヤ夫レ社會ヲ組織スル上ハ公安ヲ維持センカ爲メ警察上ヨリ諸種ノ規則ヲ制定シテ人民ニ遵奉スヘキノ義務ヲ命セサル可カラス人民タル者善ク其規則ヲ服膺シ綿密ニ注意シ精細ニ留意シテ禍害ヲ他ニ及ボサハルヲ勉ムヘシ而シテ若シ其規則ニ違背シタル者アルニ當リ犯意ナキノ故ヲ以テ之ヲ罰セサルハ何ヲ以テ警察ノ目的ヲ達スル丁テ得シヤ否ナ社會ノ公安ヲ維持スルヲ得サルナリ然ルト雖モ立法者ノ無意犯ヲ

罰スルハ唯社會ヲ害スルノ一點ニ在リト謂フヲ得ス蓋シ人ハ自由ヲ有スト雖モ總テ意ニ任セテ進行スルヲ得ス必スヤ相互ニ謹慎戒慎シ疎虞懈怠及ヒ規則ヲ守ラサルヨリシテ他人ニ害ヲ被ラシメサルヲ期圖セサル可ラス例ヘハ洋燈ノ火ヲ消スヲ遺忘シテ寢ニ就キタルハ此カ爲メニ終ニ火ヲ失シテ忽チ東京全市ヲ烏有ニ歸セシムルヲ無キヲ保スヘカラス又人ノ通行スヘキ場所ニ井溝ヲ穿テ之ニ蓋又ハ防圍ヲ設クルヲ忘失スルハ爲メニ往來ノ人ヲ陷ラシメテ負傷若クハ殞命ノ事ナキヤ圖ル可カラズ是レ此所爲ハ實ニ犯意ナクシテ犯シタリト雖モ其因テ生スル損害ノ測ル可カラサルヲ有ルヤ此ノ如シ而シテ此ハ爲スヘキノ注意ヲ爲サス行フヘキノ義務ヲ行ハスシテ危害ヲ社會ニ與ヘタルモノナルヲ以テ道德ニ背カスト云フヲ得ス是ニ於テ乎立法者ハ決シテ刑罰權ノ範圍ヲ脱シテ殊ニ犯罪ヲ規定スルモノ

有  
意  
犯  
無  
意  
犯  
利  
益  
別  
ス  
ル  
ナ  
リ

ニ非サルヲ知ル可シ有意犯無意犯ヲ區別シテ如何ナル利益アリヤ蓋シ有意犯ノ區域ニ入ル可キ罪ハ必ス犯意ヲ要スルヲ以テ若シ犯意ナキハ縱令犯罪ノ形跡アルモ之ヲ罰スルヲ得ス然ルニ裁判官之ヲ罰シタルハ大審院ノ破毀スル所ト爲ル可シ之ニ反シテ無意犯ハ固ヨリ犯意ノ有無ヲ問ハサルカ故ニ犯意ナシトシテ罰セザレハ同シク大審院ノ破毀スル所ト爲ル可シ而シテ我刑法ニ於テ此二犯ヲ區別スルハ尤モ必要ナリトス何トナレハ刑法ヲ通讀スルモ二犯ノ區別實ニ不明瞭ナルヲ以テナリ初メ刑法草案ニ於テハ各本條ニ或ハ故意ヲ以テ或ハ詐欺若クハ情ヲ知リテ云々ト規定セラレシヲ以テ此等ノ文字ナキ條ニ規定セル罪ハ無意犯ナルヲ知ルニ足レリ然ルニ審査修正ノ際之ヲ削除シタリシヲ以テ現行刑法ニ於テハ豫メ謀リテ云々情ヲ知リテ云々ト有ルニ

三ノ條ノミハ有意犯タルコト一目瞭然疑フヘカラサレモ其他ノ條文ニ於テ二犯ノ區別ノ明ナルコト草按ノ如クナラサルナリ惟フニ第七十七條ニ罪ヲ犯ス意ナキノ所爲云々ト有ルヲ以テ草按ノ如ク故ラニ各本條ニ規定スルノ必要ナシトシテ終ニ削除セラレタルナラン今我刑法ニ於テハ有意犯無意犯ノ區別ハ判然明白ナルコト得ヘカラスト雖モ然レモ極端ノ例證ヲ舉クルトハ二犯ノ間大ニ差違アルコトヲ看ルヲ得ヘシ唯二犯ノ性質愈々密邇シタル所爲ニ至リテハ之ヲ孰レノ範圍ニ包入セシム可キヤヲ定ムルハ實ニ困難ナリトス乃チ理論上細密ニ二犯ノ區別ヲ研究セサル可カラサルナリ

第三 國事犯非國事犯

國事犯非國事犯ノ區別ハ獨リ學問上ヨリ之ヲ爲スノミナラス刑法上已ニ其區別ヲ爲シタリ故ニ如何ナル所爲ヲ國事犯トシ非國事犯トス

ルヤテ詳知スルハ尤モ緊要ナリ國事犯トハ何ソヤ成文上ヨリ定解ヲ與フンハ國事犯ノ刑ヲ科スル所爲之ヲ國事犯ト謂フ試ニ第六十八條ヲ見ルニ國事ニ關スル重罪ノ刑ハ云々ト規定シ以テ非國事犯ニ科スル刑ト區別セリ故ニ國事犯ハ刑法第六十八條ノ刑ヲ科スル犯罪ナリト云ヒ得ルカ如シ國事犯ノ定解此ノ如クンハ實ニ不都合ト謂ハサル可カラズ蓋シ國事犯ヲシテ悉ク重罪ナラシメハ或ハ可ナラン然レモ輕罪ノ刑即チ輕禁錮ハ獨リ非國事犯人ニ科スルノミナラスシテ亦國事犯人ニモ科セリ故ニ第六十八條ハ唯國事犯ノ重罪ニノミ科スル所ノ刑ノ加減例ヲ示シタルニ過キス又我刑法ハ第二編第二章ニ明ニ國事ニ關スル罪ト云フノ標題ヲ掲ケタルヲ以テ本章中ノ罪ハ悉ク國事犯ナリト爲スヘキカ如シト雖モ是レ亦予ヲシテ満足セシムル能ハス何トナレハ本章中ニハ外患ニ關スル罪ノ如キ純乎タル國事犯ニ非サ

ル罪ヲモ揭クダレハナリ外國ニ與シテ我國ニ抗敵シタル者カ貨財ヲ得ントスル目的ニ出ツルモハ何ヲ以テ國事犯トスルヲ得ンヤ私ニ外國ト戰端ヲ開キタル者ハ直接ニ我政府ニ對シテ戰亂ヲ起シタルニ非サレハ亦以テ國事犯トスルヲ得ス已ニ本章ノ第一節ト第二節トハ非質ノ相違スル所アルニモ拘ハラヌ我立法者ハ之ヲ國事犯ト看做シタルカ如シ且第二章ノ標題ニ據レハ本章ノ外復タ國事犯ナキカ如シト雖モ本章ニ記載セルカ如ク兵力又ハ其他ノ有形上ノ所爲ニ限ラスシテ尙ホ此外ニ國事犯ノ性質ヲ帶フルモノ無キニ非サルナリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ成文上ヨリシテ國事犯ノ定解ヲ探求シテ非國事犯ト區別スルハ最モ困難ナルヲ以テ勢ヒ之ヲ學問上ニ訴ヘ適當ノ解ヲ求メサルヲ得サルナリ

國事犯非國事犯ノ區別ハ各國ノ刑法ヲ見ルニ多クハ錯雜シテ明瞭ヲ

缺キ而シテ學者間ニ於テモ亦議論紛々トシテ一ニ出テス即チ之カ定解ヲ探究スルノ困難ナルハ唯我刑法ノミニ非サルナリ獨リ彼ノオルトラン氏ハ尤モ明晰ナル解釋ヲ與ヘタリ予ハ氏ノ說ニ從ヒテ之ヲ講セント欲ス

社會ハ一ノ無形人ナリ故ニ權利ヲ有シ義務ヲ負フハ敢テ一個人ニ異ナル所ナク從ヒテ直接ニ間接ニ其權利ヲ毀害セラレテ犯罪ノ被害者ト爲ルモノナリ茲ニ強盜若クハ放火ヲ爲ス者アリ爲メニ人民ノ害ヲ受クルト甚タシク社會モ亦多少ノ禍ヲ被ムルヲ免レンス乃チ此等ノ罪ハ國事犯ナリヤ曰ク否其禍害ヲ直接ニ受ケタル者ハ一個人ニシテ社會ハ即チ間接ノ被害者ナリ何ソ之ヲ國事犯ト謂フトテ得ンヤ茲ニ又官庫ノ財物ヲ竊取シ又ハ官有ノ森林ヲ燒失シタル者アリ此財物此森林ハ社會ノ所有物ナルヲ以テ社會ハ直接ニ損害ヲ受ケタリ然レモ

未タ以テ國事犯ト爲スヘカラス何トナレハ社會ハ直接ノ被害者ナリト雖モ唯財產ニ關スル權利ヲ毀害セラレタルニ過キス而シテ財產ニ關スル權利ニ於テハ社會ト一個人トノ間ニ差違アルヲ見サレハナリ暴行脅迫ヲ以テ官吏ノ職務ヲ行フヲ妨害シ或ハ官署ノ爲シタル封印ヲ破棄スル罪ノ如キハ社會ノ財產ニ對スル罪ニ非スシテ直接ニ社會ヲ害シタル所爲ナルヲ以テ之ヲ國事犯ト曰フヘキ乎曰ク社會ノ警察ニ關スル權利ニ害ヲ受ケタルノミニシテ毫モ社會ノ組織ニ關スル權利ニ害ヲ被ラサルヲ以テ是レ亦稱シテ國事犯ト曰フヲ得サルナリ然ラハ則チ如何ナル罪質ヲ指シテ國事犯ト曰フヘキ乎曰ク直接ニ社會ノ組織ニ害ヲ及ホシタル所爲之ヲ國事犯ト曰フ夫レ社會ノ有スル所ノ權利其類多シト雖モ之ヲ大別スレハ財產ニ關スル權利警察ニ關スル權利及ヒ組織ニ關スル權利ノ三者ニ過キス財產及ヒ警察ニ關スル

權利ニ對シテ害ヲ受クンハ則チ社會ハ直接ノ被害者ト爲ル然レモ國事犯ニ非ス其組織ニ關スル權利ニ直接ノ害ヲ受ケテ始メテ國事犯ト謂フヘシ例ヘハ政體ヲ變更シ政府ヲ顛覆シ政權ノ一部ヲ滅殺シ施政ノ針路ヲ變換シ國憲ヲ以テ定メタル國民ノ位置ヲ改易スル等ノ目的ヲ以テ詐欺暴行若クハ兵力ニ訴ヘタル所爲ノ如キハ社會ノ組織即チ政體國體ヲ直接ニ害シタルヲ以テ國事犯ナリトス予ハ尙ホ明瞭ナラントテ欲スルカ爲メニオルトラン氏ノ爲シタル間答ヲ掲載スヘシ(問)直接ノ被害者ハ誰ナリヤ(答)社會ナリ(問)社會ノ如何ナル權利ヲ害シタルカ(答)組織權ナリ(問)之ヲ罰シテ如何ナル利益アリヤ(答)社會ノ組織ヲ保護スル公益アリト國事犯ノ定解其レ此ノ如シ從ヒテ非國事犯ノ定解ハ其反對ヨリシテ自ラ明ナルヲ以テ茲ニ贅セス

或人曰ク國事犯ハ其手段ニ於テハ大ニ社會ヲ害スルト雖モ犯人ノ思

非國事犯  
區別ス  
ル利益

想目的共ニ道德ニ背戻シタル所ナシ然ルニ取リテ以テ刑法中ニ規定  
シ且重ク之ヲ罰スルニ至リテハ刑罰權ヲ濫用シタルモノト謂ハサル  
可カラスト其レ然リ然リト雖モ我立法者ハ何ソ刑罰權外ニ馳セテ自  
ラ快フスルモノナラシヤ抑國事犯ヲ企ツル者ハ或ハ詐欺ヲ以テシ或  
ハ暴行ヲ以テシ或ハ兵力ニ訴フルカ如キ忌ム可ク惡ム可キノ手段ヲ  
以テ政府ヲ顛覆セント欲スル者ナルヲ以テ其道德ニ背クヤ言テ俟タ  
ス或ハ間邦家ノ前途ヲ憂苦シ慷慨悲憤自ラ禁スル能ハスシテ犯ス者  
ナキニ非スト雖モ國家ノ安寧ヲ害シ人民ヲ疾苦セシムルヲ慮ラサル  
ニ至リテハ道德ニ背戻スルモノト謂ハサルヲ得ス是レ立法者ノ國事  
犯ヲ刑法中ニ規定シタルノ至當ナル所以ナリ  
國事犯非國事犯ヲ區別シテ如何ナル利益アリヤ夫レ國事犯ノ罰スヘ  
キハ右ニ述フルカ如シト雖モ然レモ其目的ト云ヒ手段ト云ヒ共ニ非

國事犯ト同一視スヘキニ非サルナリ例ハ強竊盜若クハ謀殺ノ如  
キハ時ノ古今洋ノ東西ヲ問ハス皆ナ認メテ以テ破廉耻ノ甚シキ惡事  
ト爲サ、ルハナシ國事犯ニ至リテハ其犯シタル國ニ於テヨソ道德ニ  
背キ社會ヲ害シタル外國ヨリ之ヲ視レハ罰スヘキノ必要ナシ故ニ國  
事犯人ハ社會ノ公敵ト看做サ、ル可カラス去レハヨソ國事犯人ノ外  
國ニ逃走シタル者ハ其國ニ於テ犯人ヲ本國ニ引渡スヲ拒絕スルヲ有  
リ現ニ國ニ依リテハ國事犯人ノ引渡ヲ爲サ、ルヲ外國條約書中ニ  
規定シタルモノ有リ我刑法ニ於テハ二犯ニ科スル所ノ刑名及ヒ其構  
成ニ至ルマテ皆之ヲ異ニシ裁判所構成法ニ於テハ國事犯ノ重罪ハ殊  
ニ大審院ニテ之ヲ審判シ以テ非國事犯トノ區別ヲ爲セリ(裁判所構成  
法第五十條第二號)以テ二犯ヲ區別スルノ利益アルヲ了知セラル可  
シ

第四 即時犯繼續犯

即時犯繼續犯ノ文辭ハ我成文法ニ求ムルニ繼續犯ハ刑事訴訟法中公  
 訴ノ時効ニ關シテ繼續犯ノ文辭ヲ表ハシタリ而シテ刑法ニハ其文辭  
 タニ表示セル所ナキヲ以テ如何ナル所爲ハ即時犯ナリヤ將タ繼續犯  
 ナリヤヲ知ルコトヲ得ス因テ學問上ヨリシテ其區別ヲ爲サ、ル可カラ  
 ス殊ニ即時犯ト爲シ繼續犯ト爲スニ於テ大ニ其結果ヲ異ニスルモノ  
 有リ數罪俱發又ハ公訴時効ノ場合即チ是ナリ  
 即時犯トハ罪ヲ犯スヤ其所爲永ク繼續セスシテ直チニ終局スルモノ  
 ヲ謂フ人ノ財物ヲ盜ム罪ノ如キ人ヲ殺ス罪ノ如キハ其之ヲ盜ミ之ヲ  
 殺スノ所爲ハ直チニ終リテ繼續スルコト無ク其繼續スル所ノモノハ唯  
 其結果ノミ繼續犯トハ罪ヲ犯シ即時ニ之ヲ遂クルト雖モ其所爲多少  
 ノ時間繼續スルモノヲ謂フ擅ニ人ヲ監禁スル罪ノ如キハ其所爲ヲ止

メサル間ハ幾何年月ヲ經過スルモ同一ノ狀況ニテ連綿繼續シ又偽造  
 ノ度量衡ヲ販賣スル罪ノ如キ之ヲ止メサル間ハ是レ亦同一狀況ニテ  
 繼續スル者ナリ即時犯繼續犯ヲ簡單ニ解釋スレハ此ノ如シ茲ニ注意  
 スヘキハ人ヲ殺シ其死人ノ蘇生セサルハ殺シタルノ結果ニシテ殺シ  
 タル所爲ノ繼續シタルニハアラス人ヲ監禁シテ數年ニ彌ルハ監禁セ  
 シ所爲ノ繼續シタルニテ當初監禁シタル結果ニ非サルト是ナリ  
 繼續犯ニ二種アリ一テ性質ニ因リテノ繼續犯トイヒ一テ方法ニヨリ  
 テノ繼續犯トイフ  
 性質ニ因リテノ繼續犯トハ所爲ノ有形的ニ繼續スル罪ヲ謂フ凡人  
 ノ所爲ハ之ヲ分解スレハ第一着ノ所爲ト第二着ノ所爲トノ二個トナ  
 スコトヲ得ヘシ例ヘハ竊盜罪ニ於テ人ノ財物ヲ竊盜スルハ第一着ノ所  
 爲ニシテ之ヲ所持シテ所有者ニ返還セサルハ第二着ノ所爲ナリ又監

禁罪ニ就テハ第一着ノ所爲ハ人ヲ監禁場ニ入レタルニ在リテ第二着ノ所爲ハ之ヲ幽閉シ置クニ在リ此ノ如ク人ノ所爲ハ第一着ト第二着ニ由テ成立ス而シテ立法者ノ之ヲ罪スルヤ第一着ノ所爲ニ在ルト有リ又第二着ノ所爲ニ在ルト有リ其第一着ノ所爲ヲ罪スル者ハ即時犯ニシテ其所爲即時ニ終息シ第二着ノ所爲ヲ罰スル者ハ繼續犯ニシテ其所爲必ス多少ノ時間繼續ス故ニ即時犯繼續犯ノ區別ヲ知ラント欲セハ立法者ノ罰スル點ヲ見ルニ在リ抑立法者ハ何故ニ其罰スル點ヲ異ニセルカ曰ク所爲ノ性質ヨリ出ツルナリ所爲ニハ第一着ノ所爲已ニ終息シ次ニ來ル所ノ第二着ノ所爲ハ第一着ノ所爲ト異ナル所ノ結果ヲ顯ス者ト第二着ノ所爲ハ第一着ノ所爲ト同様ニ繼續スル者トノ二個アリ

例ハ竊盜罪ノ如キハ竊取スル所爲ト竊取シテ所持スル所爲トハ全

方法ニ因  
リテノ繼  
續犯

ク異ニシテ第二着ノ所爲ハ第一着ノ所爲ノ結果ナリ故ニ立法者ハ其第一着ノ所爲ヲ罰セリ然レモ監禁罪ノ如キハ其之ヲ監禁場ニ入レタルヨリ之ヲ解放スルニ至ルマデハ其所爲ニ間斷ナク而カモ同一ノ有様ニテ有形ニ繼續スル者ナレハ其罪トナルハ監禁場ニ入レタル第一着ノ所爲ニ在ラスシテ之ヲ幽閉シ置ク所ノ第二着ノ所爲ニ在リ故ニ立法者ハ此等ノ罪ニ就キテハ第二着ノ所爲ヲ罰ス勳章ヲ僭用スル罪、橋梁堤防ノ害トナル可キ場所ニ舟筏ヲ繫キタル罪ノ如キモ亦第二着ノ所爲ヲ罰スルナリ此等ノ繼續犯ハ是レ凡テ性質ニ依リテノ繼續犯ナリ

方法ニ因リテノ繼續犯トハ無形的ニ繼續スル所ノ罪ニシテ其所爲自ラハ即時犯ナリト雖モ之ヲ犯ス方法ニ因テ繼續犯トナル者ヲ謂フ例ハ茲ニ若干個ノ貨幣ヲ偽造セント欲スル者アリ當初一個ヲ偽造セ



手  
引  
ハ  
則  
チ  
即  
時  
ニ  
一  
罪  
ヲ  
構  
成  
ス  
ル  
テ  
以  
テ  
其  
後  
引  
續  
キ  
テ  
數  
百  
個  
ノ  
貨  
幣  
ヲ  
偽  
造  
セ  
ハ  
數  
百  
ノ  
罪  
ヲ  
構  
成  
ス  
ル  
カ  
如  
シ  
ト  
雖  
モ  
常  
ニ  
一  
罪  
ト  
シ  
テ  
罰  
セ  
ラ  
ル  
是  
レ  
繼  
續  
犯  
ナ  
レ  
ハ  
ナ  
リ  
又  
竊  
盜  
ア  
リ  
今  
夜  
或  
家  
ニ  
入  
リ  
テ  
財  
物  
ヲ  
取  
リ  
明  
夜  
再  
ヒ  
入  
リ  
テ  
金  
穀  
ヲ  
盜  
ミ  
タ  
ル  
ト  
ハ  
二  
箇  
ノ  
即  
時  
犯  
ヲ  
構  
成  
ス  
然  
レ  
モ  
初  
メ  
ヨ  
リ  
一  
倉  
庫  
中  
ノ  
米  
ヲ  
悉  
ク  
盜  
取  
セ  
ン  
ト  
ス  
ル  
目  
的  
ニ  
テ  
一  
日  
一  
回  
ツ、  
數  
日  
ノ  
長  
キ  
ニ  
彌  
リ  
テ  
盜  
ミ  
出  
セ  
リ  
ト  
セ  
ン  
ニ  
數  
箇  
ノ  
即  
時  
犯  
ヲ  
成  
立  
ス  
ル  
カ  
如  
シ  
ト  
雖  
モ  
是  
レ  
繼  
續  
犯  
ナ  
ル  
テ  
以  
テ  
一  
罪  
ト  
シ  
テ  
處  
斷  
セ  
ラ  
ル、  
ナ  
リ  
又  
姦  
通  
罪  
ノ  
如  
キ  
モ  
今  
月  
密  
會  
シ  
來  
月  
再  
ヒ  
密  
會  
ス  
ル  
ト  
雖  
モ  
繼  
續  
犯  
ナ  
ル  
テ  
以  
テ  
一  
罪  
ト  
シ  
テ  
罰  
セ  
ラ  
ル、  
ナ  
リ  
以  
上  
ハ  
皆  
其  
所  
爲  
ノ  
有  
形  
ニ  
間  
斷  
ア  
リ  
テ  
性  
質  
上  
即  
時  
犯  
ナ  
ル  
ニ  
モ  
拘  
ハ  
ラ  
ス  
犯  
者  
ノ  
意  
思  
終  
始  
連  
綿  
ト  
シ  
テ  
無  
形  
ニ  
繼  
續  
ス  
ル  
テ  
以  
テ  
之  
ヲ  
方  
法  
ニ  
因  
リ  
テ  
ハ  
繼  
續  
犯  
ト  
ナ  
ス  
ナ  
リ  
是  
故  
ニ  
方  
法  
ニ  
因  
リ  
テ  
ハ  
繼  
續  
犯  
ト  
成  
ル  
ニ  
ハ  
犯  
者  
ノ  
思  
想  
決  
定  
目  
的  
ノ  
三  
者  
終  
始  
間  
斷  
ナ  
ク  
同  
一  
ニ  
繼  
續  
ス  
ル

ハ則チ即時ニ一罪ヲ構成スルテ以テ其後引續キテ數百個ノ貨幣ヲ偽造セハ數百ノ罪ヲ構成スルカ如シト雖モ常ニ一罪トシテ罰セラル是レ繼續犯ナレハナリ又竊盜アリ今夜或家ニ入りテ財物ヲ取り明夜再ヒ入りテ金穀ヲ盜ミタルトハ二箇ノ即時犯ヲ構成ス然レモ初メヨリ一倉庫中ノ米ヲ悉ク盜取セントスル目的ニテ一日一回ツ、數日ノ長キニ彌リテ盜ミ出セリトセンニ數箇ノ即時犯ヲ成立スルカ如シト雖モ是レ繼續犯ナルテ以テ一罪トシテ處斷セラル、ナリ又姦通罪ノ如キモ今月密會シ來月再ヒ密會スルト雖モ繼續犯ナルテ以テ一罪トシテ罰セラル、ナリ以上ハ皆其所爲ノ有形ニ間斷アリテ性質上即時犯ナルニモ拘ハラス犯者ノ意思終始連綿トシテ無形ニ繼續スルテ以テ之ヲ方法ニ因リテハ繼續犯トナスナリ是故ニ方法ニ因リテハ繼續犯ト成ルニハ犯者ノ思想決定目的ノ三者終始間斷ナク同一ニ繼續スル

即時  
繼續  
犯  
ノ  
區  
別  
ハ  
利益  
ス  
ル  
テ

テ要スルナリ  
即時犯繼續犯ヲ區別シテ如何ナル利益アリヤ、曰ク既ニ前ニ述ヘシ如ク公訴時効ノ起算點ニ就キテ異ナル所アリ即時犯ハ直チニ終始スル犯罪ナルテ以テ其犯罪ノ日ヨリ起算シ繼續犯ハ即チ犯罪終始ノ間多少ノ時間繼續スル者ナルテ以テ其間幾何日數ヲ要スルモ其犯罪最終ノ日ヨリ起算スルナリ又確定判決ニ就キテハ至大ナル關係ヲ生ス例ヘハ繼續犯ナル有夫姦ノ罪ニ於テ其最終ノ密會ニ就キテ公訴起リ無罪ノ宣告アリテ其判決確定スル時ハ其後同事件ニ付キ如何ナル充全ナル證據ヲ發見スルト雖モ再ヒ公訴ヲ起スヲ得ス之ニ反シテ即時犯ハ各所爲ニ就キテ公訴ヲ起スヲ得即チ一所爲ノ確定判決ノ効力ハ他ノ所爲ニ及ハサルナリ又數罪俱發ニ就キテハ即時犯ハ一回毎ニ一罪ヲ爲スヲ以テ所犯數回ニ及ヘハ數罪俱發一ノ重キニ從ヒテ論ス

レハ繼續犯ハ其所爲ノ繼續スル間ハ幾回ノ多キ幾年ノ長キニ至ルモ一罪ヲ以テ論セラル、ナリ

此ノ如ク即時犯繼續犯ヲ區別スルノ利益大ナルニモ拘ハラス二犯ノ區別ニ就キテ屢疑問ヲ生スルト有リ予ハ左ニ不行犯中ニ就キ一二ノ問題ヲ解明シテ諸君ノ參考ニ供セントス

凡、或ル財産ノ受授若クハ契約ニハ之ヲ證明スル爲メ其證書ニ印紙ヲ貼用シ之ニ消印ヲ爲スヲ要ス茲ニ或ル契約ヲ爲スニ當リテ印紙ヲ貼用セサル犯罪者ハ法廷ニ顯出シタル者アリトセハ此罪ハ即時犯ナリヤ將タ繼續犯ナリヤ論者動モスレハ輒チ曰ク繼續犯ナリト實際ノ判例亦同シト聞ク其說ニ曰ク契約ノ當初ニ印紙ヲ貼用セサル所ノ所爲ハ永ク其有様ヲ變更セスシテ間斷ナク繼續ス即チ強ヒテ即時犯トセハ取締上大ニ不都合ヲ生ス例ヘハ契約ノ期限ヲ十年ト記シタル

證書アラシニ其證書ノ法廷ニ出ツルハ多ク十年ノ後ニ在リ若シ其證書ニ印紙ノ貼用無キ時ハ之ヲ授ケタル者ノ罪ニ就キテハ業已ニ公訴ノ時効ヲ經過シタレハ之ヲ罰セント欲スルモ亦得ヘカラス然ラハ則チ印紙貼用規則ハ期間ノ永キ契約ノ爲メニ其効力ヲ破壞セラル、者ト謂ハサル可カラス乃チ之ヲ繼續犯トセハ犯罪最終ノ日ヨリ公訴時効ヲ起算スルカ故ニ取締上大ニ便利ナリト此論タル姑ク正當ナルカ如シト雖モ予ハ斷シテ即時犯ト爲ス者ナリ之ヲ即時犯ト爲セハ或ハ論者ノ所謂實際取締上ノ不都合ヲ來スト有ランモ取締ノ如何ヲ以テ法律ヲ曲ケテ解釋スルハ妥當ノ說ト謂フヘカラス況ヤ裁判官ハ法律ノ精神ヲ適用スルモ其精神ヲ更改スルカ如キ權力ヲ有スル者ニ非サルニ於テチヤ今法律ノ精神ヲ探究スルニ此罪ハ證書授受ノ際已ニ構成スルモノニシテ犯人已ニ證書ヲ敵手ニ交付セハ敵手ノ合意ナクレ

ハ之ニ印紙ヲ貼用セント欲スルモ得ヘカラサル地位ニ在リ即チ自己ノ權内ノ者ニ非ス依テ法律ハ證書授受ノ際必ス印紙ヲ貼用セヨト云フ精神ナレハ其當時ニ貼用セサレハ其所爲ハ直チニ終息シ其繼續セ<sub>ル</sub>所ノ者ハ所爲ノ結果ノミ故ニ之ヲ即時犯ト謂フナリ彼ノ印紙ヲ貼用スヘキ請取書ニ印紙ヲ貼用セサル犯則者ノ如キ固ト請取書ハ一方ヨリ一方ニ授ケタルノミニテ別ニ期限ト云フコトナク所謂遣リ切リト云フモノナレハ若シ之ヲ繼續犯ナリトセハ其所爲幾千萬年モ繼續シテ終ニ公訴時効ノ起算點ヲ定ムルコト能ハサル可シ何ソ奇怪ノ甚シキヤ又茲ニ一問題アリ即チ届出ノ日限アル出產届若クハ死亡届等ヲ怠<sub>リタル</sub>罪ハ即時犯ナリヤ繼續犯ナリヤ曰ク即時犯ナリ然レモ又之ヲ繼續犯ト爲ス者多シ其説ヲ聽クニ曰ク當初届出ヲ爲サ、ル所ノ所爲ハ之ヲ届出ツル迄ハ其有様ヲ變更セスシテ繼續スルモノナルカ故ニ

繼續犯ナリ若シ然ラストセハ一タヒ罰シテ尙ホ遷延届出テサル時ハ再ヒ之ヲ罰スルコト得サルカ如キ取締上不都合ナル結果ヲ生ス可シ而ルニ之ヲ繼續犯ト爲ス時ハ幾回モ罰スルコト得ヘシト此論モ亦妥當ナラス何トナレハ届出ヲ爲スヘキ期限ヲ經過スルモ頑トシテ届出ヲ爲サ、レハ直チニ一罪ヲ構成スルモノニシテ其後幾日間届出テサルモ是レ届出テサル所爲ノ繼續シタルニ非スシテ其結果ノ繼續シタルモノナレハ純然タル即時犯ナリ論者ノ如ク數回届出ヲ怠<sub>リタル</sub>者ヲ罰シ以テ取締上ノ便ヲ得ントセハ實ニ奇怪ナル結果ヲ生スヘシ即チ法廷ニ於テ有罪ノ裁判言渡終ルト同時ニ届出テサレハ忽チ復同一ノ罪ヲ構成ス可ク瞬刻ノ間重テ罰セラル、ニ至ル可シ況ヤ取締上不都合ナラシニハ裁判執行ノ結果トシテ公力ヲ以テ届出ヲナシタル者ト爲シ得ルハ敢テ難カラサルニ於テテヤ要スルニ此等ノ罪ハ即時

犯ナルヲ以テ一タヒ罰シタル裁判言渡ニ應セサル者アルモ再ヒ之ヲ罰スルヲ得サルナリ

第五 軍事犯、非軍事犯

非軍事犯

諸君、予ハ茲ニ軍事犯ノ如何ナル者ナリヤヲ解釋シテ非軍事犯ノ如何ヲ辯明セサルコトセシテ蓋シ軍事犯ノ定解ニシテ明了ナラハ非軍事犯ハ別ニ之ヲ述フルノ必要ナキヲ以テナリ

軍事犯トハ軍人軍屬ノ犯罪ニシテ所犯軍事ニ係リ陸海軍刑法ヲ以テ處斷スヘキモノヲ謂フ蓋シ軍人軍屬ハ軍事ニ從事スルヲ以テ特別ノ義務ヲ帶フ故ニ特別ナル法律ヲ設クテ之ヲ牽制セサル可カラス是レ陸海軍刑法ノ設アル所以ナリ故ニ常人ニシテ陸海軍刑法ニ觸ル、ト雖モ軍事犯ヲ構成セス唯軍人軍屬ニ限リ罰セラル、モノトス但シ軍人軍屬ト雖モ所犯軍事ニ關セサル時ハ軍事犯ニ非スシテ普通刑法ヲ

以テ處斷スヘキハ當然ナリトス

以上ハ學理上ヨリ軍事犯ヲ解シタルニ過キスシテ實際上軍事犯非軍事犯ノ區別ハ敢テ大ナル利益アルヲ見ス元來軍事犯ト非軍事犯トハ其罪質相違スル所アルカ故ニ裁判所ノ構成、裁判官ノ資格及ヒ訴訟手續等皆異ナラサル可カラス故ニ軍事犯ハ悉ク陸海軍裁判所之ヲ裁判シ非軍事犯ハ總テ普通裁判所之ヲ管轄スルモノト爲セハ二犯ヲ區別スルノ必要アリト雖モ今日ニ於テハ軍人軍屬ノ犯罪ハ其罪質ノ如何ヲ問ハス悉ク陸海軍裁判所ニ於テ裁判シ且常人ノ犯罪ト雖モ軍事ニ關スル事ハ同シク此裁判所ニ於テ裁判スルコト有ルヲ以テ此ニ二犯ノ區別ニ就キテ解明スルハ格別利益ナシトス

諸君、余ハ罪ノ區別ニ付キ行犯不行犯有意犯無意犯國事犯非國事犯即時犯繼續犯軍事犯非軍事犯ノ定解ヲ與ヘタリ此他現行犯非現行犯

現行犯、  
非現行犯、

九〇  
及ヒ附帶犯非附帶犯ナルモノアリ是レ一ハ犯罪發覺ノ前後ニ因リ一  
ハ數罪相連絡スルト否トニ關シテ名稱ヲ異ニスルニ過キサルヲ以テ  
之ヲ罪ノ區別ト爲スヲ得ス而ルニ或ハ之ヲ以テ罪ノ區別ト思惟スル  
者ナキニ非ス今予ハ其否ヲサレテ辯シ併セテ其定解ヲ略陳セン  
現○行○犯○非○現○行○犯○ 現○行○犯○ト○ハ○現○ニ○罪○ヲ○行○ヒ○タル○際○ニ○發○覺○シ○タル○罪○ヲ○  
謂○ヒ○非○現○行○犯○ト○ハ○現○ニ○行○ヒ○タル○際○ニ○發○覺○セ○ス○シ○テ○若○干○時○日○ヲ○經○過○シ○  
タル○後○ニ○發○覺○シ○タル○罪○ヲ○謂○フ○此○ノ○如○ク○發○覺○ノ○前○後○ニ○因○リ○テ○區○別○ス○ト  
雖モ其罪ニ輕重ノ差ヲ生スル者ニ非ス何トナレハ如何ナル罪モ又如  
何ナル發覺ノ遲キ罪モ一度ハ必ス現行アリタルニ相違ナクレハナリ  
而ルニ或ル國ニ於テハ罪ノ現行非現行ニ因リテ刑ヲ異ニスルアリ其  
主旨ハ現行犯ハ證據明瞭ニシテ一點ノ疑ナキヲ以テ刑ヲ重クシ非現  
行犯ハ多少ノ時間ヲ經過シタルヲ以テ其罪ニ就キテハ稍疑ナキ能ハ

現行犯、  
非現行犯、  
ルナ利益  
區別ス

ス故ニ刑ヲ輕クスト云フニ過キス然レモ犯罪ノ事實ニ疑アルカ若ク  
ハ證據不充分ナル時ハ固ヨリ刑ヲ科スヘキ者ニ非ス況ヤ證據ノ明瞭  
ナルカ爲メニ罪ヲ重クスルノ理アラサルニ於テヤ此ノ如ク論シ來  
レハ現行犯非現行犯ノ區別ハ罪其ノ物ノ區別ニ非ス從ヒテ之ヲ區別  
スルノ利益ナキカ如シト雖モ之ヲ訴訟ノ手續トシテ觀察スレハ之ヲ  
區別スルノ必要アルヲ見ル即チ現行犯ノ場合ハ處分上迅速ニ着手セ  
ザレハ忽チ證據湮滅スルカ若クハ犯人逃走スルノ憂アリ故ニ其手續  
非現行犯ト同一ニスヘカラス例ヘハ現行犯ハ檢事ニ於テ豫審判事ニ  
屬スル處分ヲ爲スヲ得レモ非現行犯ハ之ヲ爲スヲ得ス現行犯ハ  
司法警察官及ヒ巡查ハ令狀ヲ待タスシテ之ヲ逮捕スルヲ得及ヒ豫審  
判事ハ直チニ豫審ニ取掛ルヲ得レモ非現行犯ニ於テハ令狀ヲクレンハ  
逮捕スルヲ得ス及ヒ檢事ノ請求アルニ非サレハ豫審ニ取掛ルヲ得

ス其他現行犯ノ場合ニハ何人ヲ問ハス直チニ被告人ヲ逮捕スルコトヲ得レトモ非現行犯ハ當該官吏ニ非サレハ之ヲ爲シ得サル如キ是ナリ尙ホ刑事訴訟法ニ所謂現行犯ハ現ニ行ヒタル際ニ發覺シタル罪ノミニ非スシテ現ニ行ヒ終リタル際ニ發覺シタル罪ヲモ稱セリ是レ何レモ迅速ニ手續ヲ爲サ、ル可カラサルモノナルヲ以テナリ而ルニ該法ハ尙ホ満足セスシテ准現行犯ナルモノヲ規定セリ准現行犯トハ該法第百一條ニ所謂犯人トシテ一人又ハ數人ニ追呼セラル、時兇器贓物其他ノ物件ヲ携帶シ又ハ身軀被服ニ顯著ナル犯罪ノ痕跡アリテ犯人ト思料スヘキ時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ヲ謂フ

刑事訴訟法ヨリ現行犯ヲ論スレハ其レ此ノ如シ更ニ刑法上ヨリ定解

附帶犯、  
非附帶犯

テ下セハ則チ前ニ述ヘタルカ如ク現ニ行ヒタル際ニ發覺シタル罪ヲ謂フナリ賭博罪ノ如キハ現ニ行フ際ニ發覺シタル時ニ非サレハ罰セズ即チ刑法第二百六十一條ニ所謂現ニ博奕ヲ爲シタル者云々ト有リテ其現ニノ字ハ以テ現行犯ナルコトヲ表彰スルニ足ラサレトモ草按ニハ現行犯ノ場合ニ於テ之ヲ罰スト明言セルヲ見テ賭博罪ノ現行犯ナラサル可カラサルヲ知ルニ足ル又有夫姦ノ場合ニ本夫ノ姦婦若シハ姦夫ヲ殺傷シタル者ノ宥恕ノ如キモ現行犯ヲ想像シタルモノナリ要スルニ刑法ト刑事訴訟法トノ現行犯ハ相異ル所アリト知ル可シ

附帶犯非附帶犯 附帶犯非附帶犯ノ文辭ハ刑法中ニ之ナク附帶犯ノ文辭ハ刑事訴訟法中ニ見ル所ノモノナリ蓋シ附帶犯トハ數罪ノ相連絡スルモノヲ謂フ故ニ一人ニテ犯スモ或ハ數人ニテ犯スモ其數罪ノ脈絡相貫通スル所ノ者アル時ハ附帶犯ナリ非附帶犯トハ附帶犯ニ非

サ○ル○モ○ノ○ヲ○謂○フ○凡○ソ○附○帶○ト○云○ハ○主○物○ア○リ○テ○他○物○ノ○之○ニ○附○從○ス○ル○カ  
 如○ク○見○ユ○レ○正○附○帶○犯○ヲ○構○成○ス○ル○ニ○ハ○別○ニ○數○罪○中○主○從○ノ○關○係○ヲ○有○ス○ル  
 モ○ノ○ニ○非○ス○故○ニ○附○帶○犯○ノ○文○辭○妥○當○ナ○ラ○ス○連○絡○犯○ト○云○ハ○可○ナ○ラ○ン○カ  
 刑○事○訴○訟○法○ニ○於○テ○附○帶○犯○ヲ○認○メ○タ○ル○ハ○大○ナ○ル○利○益○ア○リ○即○チ○原○則○ニ○於  
 テ○裁○判○所○ハ○訴○ヘ○サ○レ○ハ○受○理○セ○サ○ル○モ○ノ○ナ○ル○ニ○辯○論○中○發○見○シ○タ○ル○附○帶  
 犯○ハ○檢○事○ノ○起○訴○ナ○シ○ト○雖○モ○之○ヲ○裁○判○ス○ル○コト○得○ル○カ○如○キ○是○ナ○リ○二○者  
 ノ○區○別○其○レ○斯○ノ○如○シ○ト○雖○モ○犯○罪○ノ○性○質○若○ク○ハ○刑○罰○ノ○點○ニ○於○テ○別○ニ○差  
 違○ア○ル○所○ナ○シ○唯○訴○訟○上○此○二○犯○ヲ○區○別○ス○ル○ノ○最○モ○必○要○ナ○ル○ヲ○見○ル○ノ○ミ  
 附○帶○犯○ヲ○構○成○ス○ル○場○合○ハ○左○ハ○如○シ  
 刑○事○訴○訟○法○第○百○八○十○五○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

附帶犯ヲ  
 成ス三個  
 ノ場合

又ハ他人ノ犯罪ヲ容易ニスル爲メ又ハ其罪ヲ免ル、爲メ他ノ罪ヲ犯  
 シタル時ト蓋シ附帶犯ヲ構成スル場合ハ此ニ盡シタルカ如シト雖モ  
 這ハ只其一例ヲ擧ケタルニ過キス故ニ予ハ左ニ其場合ヲ掲クルニヨ  
 リ之ヲ玩味セラレナハ刑事訴訟法ニ規定スル所ノ者ハ只其例ニ過キ  
 サルコトヲ知了セラル可シ蓋シ附帶犯ヲ構成スル場合ハ左ノ三種類ノ  
 外ニ出テサルナリ

第一 一罪ハ一罪ノ原因タル時

此場合ハ尙ホ二個ニ區別セラル犯者ノ故意ヲ以テ原因タラシメタル  
 時及ヒ故意ニ非シテ偶然原因トナリタル時はナリ

(一)犯者ノ故意ヲ以テ原因タラシメタル場合、此場合ハ又之ヲ四個ニ  
 區別ス

(甲)一罪ハ一罪ノ豫備ノ爲メニ犯シタル時、例ヘハ人ヲ殺スニ際シ

適刀ヲシ因テ他人ノ所有ノ刀ヲ竊取シ以テ之ヲ殺シタルカ如キ是ナリ

(乙) 一罪ハ一罪ヲ犯スニ便利ナル爲メ之ヲ犯シタル時、例ハ一人ノ所有物ヲ盜マンカ爲メニ其所有者ヲ殺シタル時ノ如シ

(丙) 一罪ハ一罪ノ利益ヲ保護スル爲メ犯シタル時、例ハ贓物ヲ寄藏故買スルカ如キ是ナリ

(丁) 一罪ハ一罪ノ刑罰ヲ免レンカ爲メ犯シタル時、例ハ婦女ヲ強姦シテ其刑ニ觸レンコトヲ恐レ其婦女ヲ殺シタル場合ノ如キ是ナリ

(二) 犯者ノ故意ニ非シテ偶然原因トナリタル時、例ハ他人ノ倉廩ニ入り米穀財貨ヲ盜ミ出シ之ヲ門外ニ積ミ置キ再ヒ盜出サントシテ入りタルニ偶人アリ門外ノ米穀若クハ財物ヲ掠奪シ去リタ

ルカ如キ場合はナリ

第二 一罪ト一罪トノ原因同一ナル時

例ハ數人相集マリ或目的ヲ達センカ爲メ互ニ通謀シテ各所ニ散シ一人ハ盜ヲ爲シ他ノ一人ハ火ヲ放チ又他ノ一人ハ電信ノ條線ヲ切斷シタルカ如キハ犯人通謀シタルニヨリテ犯罪ノ原因ヲ同フス故ニ其罪相連絡スルナリ

第三 一罪ト一罪トヲ同時ニ同一ノ場所ニ於テ犯シタル時

例ハ火災ニ際シテ同時ニ同所ニ於テ甲ハ盜ヲ爲シ乙ハ人ヲ殺傷シタル如キ或ハ兇徒嘯聚シテ暴動ヲ爲スノ際ニ同時同所ニテ盜ヲナシ火ヲ放チ又ハ人ヲ殺スカ如キハ互ニ通謀セサレトモ時及ヒ所ヲ同フスルヨリ其罪互ニ連絡スルナリ

以上三個ノ場合ヲ見ルニ其數罪ノ連絡スル度ニ疎密ノ差アリト雖モ



特別犯  
常事犯

正條ヲ要  
スル理由

然レモ悉ク附帶犯ナリトス  
諸君、此ニ至リテ現行犯非現行犯及ヒ附帶犯非附帶犯ハ真正ナル罪  
ノ區別ニ非スシテ只罪ノ處分上其手續ニ付キテ差別アルニ外ナラサ  
ルコトヲ知ル可シ

爰ニ一言スヘキ有リ罪ノ區別ニ特別犯○常事犯○アリ、特別犯トハ普通刑  
法外ノ罪ヲ犯シタル者即チ新聞條例、出版條例、集會政社法若クハ酒造  
規則、烟草稅則等ニ違背シタル罪ヲ謂ヒ、常事犯トハ普通刑法ニ觸レタ  
ル罪ヲ謂フ、此區別ハ別ニ之ヲ解釋スル程ノ難事ナシ故ニ茲ニ贅セス  
諸君、予カ是マテ講述シ來リタル罪ノ區別ハ講學上并ニ適用上實ニ  
緊要ナル事項ナルヲ以テ深ク之ヲ心禮ニ藏セラレノコトヲ切望ス

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  
本條ハ吾人ノ行爲中ニ於テ刑事ノ制裁ヲ受クヘキ者ハ必ス法律ニ正

條アルヲ要シ若シ正條ナキ時ハ如何ナル凶惡ノ所爲ト雖モ之ヲ罰ス  
ルヲ得サルコトヲ規定シタルナリ然ルニ本條ヲ一讀スルハ先ツ法律  
ニ正條ナキ時ハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得スト有ルニヨリ  
法律ハ正條外ニハ罰スヘキ所爲ナキヤ否ヤノ疑問ヲ生スヘシ抑立法  
者ノ法律ヲ編纂スルヤ吾人ノ行爲ニ於テ道德ニ背キ社會ヲ害スルモ  
ノニ就キ之カ正條ヲ設クト雖モ然レモ正條外尙ホ背德加害ノ所爲ニ  
シテ吾人ノ之ヲ必罰スヘキ感覺ヲ生スルモノ無キニ非ス例ヘハ謀殺  
ニ就キテ之ヲ曰ハシニ繼母アリ先妻ノ子ヲ疾惡シ之ヲ殺サントス而  
カモ有形的ノ暴行ヲ加フルヲ爲サス日夜呵責叱咤シテ之ヲ虐待シ以  
テ無形的ニ其子ノ心ニ苦痛ヲ與ヘ終ニ以テ死ヲ致セリトセン此所爲  
タル純乎タル謀殺ニシテ實ニ惡ムヘキノ兇行ナリ但其所爲タル假令  
其子ノ死ハ繼母カ無形的虐待ニ出テタル徵候アリトスルモ我刑法ハ

謀殺ヲ以テ論セサル可シ即チ律ニ正條ナキヲ以テ無罪トスルナリ蓋シ繼母ノ虐待其子ノ死ヲ致スコトハ何人モ之ヲ認ムルト雖モ又裁判官モ其罰スヘキノ感覺ヲ生スルト雖モ其子ノ死ヤ必ス繼母ノ所爲ニ出テタリト謂フヘカラス或ハ他ニ大ナル致死ノ原因アリタルヤヲ保シ難クレハ其死ノ如何ヲ證明スルハ人事ノ企及スヘキ所ニ非ス即チ此等ノ所爲ハ固ト人類ノ刑罰權内ニ入ル可キモノニ非サルヲ以テ正條ニ規定セサルナリ尙ホ立法者ハ偶疎漏ニ失シ其規定ヲ遺忘シタル所爲モ亦之ヲキニ非ス是ノ如ク法律ノ正條外背徳加害ノ所爲アリト雖モ立法者ノ認ムル所トナラザレハ稱シテ正條外罰スヘキ所爲アリト謂フヲ得ス換言スレハ即チ法律ノ正條外ニハ所謂犯罪ト稱スヘキ者之アルコトナシ今左ニ人ヲ罰スルニ當リ必ス正條ヲ要スル理由ヲ陳述セシ

第一、吾人ノ行爲ニ於テ刑罰ヲ受クル所ノ者ハ道德ニ背キ社會ヲ害スルノ二原素ナカル可カラス約言スレハ刑罰ハ背徳加害ノ所爲ニ加フルモンナリ而シテ其背徳ノ所爲タル吾人ノ感覺ニ於テ之ヲ知ルコト難キニ非ス即チ吾人ハ或ル所爲ノ善タリ惡タルコトハ之ヲ良心ニ問ヒテ辨別スルヲ得ヘシト雖モ其社會ヲ害スル點ニ至リテハ特ニ之ヲ正條ニ規定シテ後始メテ之ヲ知ルヲ通例トス例ヘハ謀故殺罪ノ如キ何人モ能ク背徳加害ノ所爲ナルコトヲ知ルヲ得ルモ猥褻罪ノ如キニ至リテハ道德ニ背クハ疑ナキモ社會ヲ害スルヤ否ヤハ分明ナルコト能ハス今公然猥褻ノ物品ヲ陳列シ又ハ販賣シタル者ハ現行刑法ニテハ正條ヲ設ケテ罰スルカ故ニ加害ノ點實ニ明ナレモ刑法頒布以前ニ溯リテ見シニ公然猥褻ノ圖書若クハ物品ヲ店頭ニ陳列シ販賣シテ自ラ社會ヲ害シタリト思惟セサルノミナラス人モ亦視テ以テ怪ム所ナシ蓋シ

當時此等ノ所爲ハ敢テ社會ヲ害スルコトナシト認メタルニ出ツルナリ  
同シク是レ一ノ所爲ナリ昔時ハ社會ニ害ナシトシ今日ハ之ヲ害アリ  
トスルハ固ト立法者ノ正條ヲ設ケタルト否トニ因ルナル可シ是レ律  
ニ正條ヲ要スル第一ノ理由ナリ

第二、社會刑罰權ヲ實行スルニ當リ犯法者ヲ訴フル者ハ被害者タル  
社會ナリ而シテ之ヲ裁判スル者モ亦社會ナリ即チ社會ハ自ラ起訴シ  
自ラ判決スルモノナリ夫レ一人ニテ原告人トナリ裁判人ト爲ル時ハ  
勢威ノ存スル所其意ニ任セテ無辜ヲ刑シ有罪ヲ恕スルカ如キ處分ヲ  
爲スハ固ヨリ避クヘカラサルノ數ナリトス是ヲ以テ諸種ノ罪ヲ蒐集  
シ適當ノ刑ヲ規定シテ嚴ニ法律ノ範圍内ニ於テ處分セシメ以テ弊害  
ヲ未タ生セサルニ防クハ實ニ緊要ナル事ト謂フヘシ是レ律ニ正條ヲ  
要スル第二ノ理由ナリ

第三、法律ニ於テ正條ヲ設ケサル所爲ト雖モ裁判官ヲシテ恣ニ之ヲ  
罰スルコトヲ得セシムル時ハ吾人ノ身軀財産ハ悉ク裁判官ノ手裡ニ在  
リト謂フヘシ抑人ノ感想ノ度ハ皆相同シカラス故ニ吾人カ認メテ某  
事ハ善ナリ某事ハ少ナクモ不正ニ非ストシテ決行シタル所爲モ裁判  
官ハ之ヲ不正ノ所爲トシテ刑罰ヲ加フルコトヲ得ルモノトセハ吾人ノ  
自由權ヲ妨害スル焉ヨリ大ナル者ナカラシ裁判官ナル者ハ公平無私  
ニシテ理ヲ理トシ非ヲ非トシ毫絲モ曲クルナキヲ本務トスト雖モ然  
レモ亦專恣橫斷私ニ徇ヒ利ヲ謀リ吾人ノ生命ヲ絶チ財産ヲ奪フ者ナ  
キヲ保スヘカラス是ニ由リテ預メ罪ト刑トヲ規定シテ此規定外ハ決  
シテ罰スルコトヲ得スト定メ裁判官ヲシテ確ニ之ヲ守ラシメサル可カ  
ラス是レ律ニ正條ヲ要スル第三ノ理由ナリ  
然レモ古昔ニ在リテハ律ニ正條アルヲ要セス裁判官ニ巨大ノ權力ヲ

與へ其感覺ニ任シテ人民ヲ刑シタリ今日ヨリ之ヲ見レハ實ニ悚然タルモノアリ近ク明治十四年以前ニ溯リテ之ヲ見ルモ當時ノ刑法中ニハ不應爲罪及ヒ比附援引ノ方法ヲ規定シタルニ非スヤ不應爲罪トハ律ニ正條ナキ所爲ニテモ情理上應ニ爲スヘカラサルモノト認定スレハ之ヲ罰スルヲ得ルヲ謂ヒ比附援引ノ方法トハ律ニ正條ナキ所爲ナレハ他ノ類似ノ例ヲ援引比附シ罪名ヲ擬定シテ之ヲ罰スルヲ謂フ此事ハ獨リ吾國ノミナラス支那及ヒ古昔ノ羅馬ニ於テモ亦悉ク然ラサルハナシ羅馬ニ於テハ律ニ正條アル所爲ヲ常罪トイヒ正條ナキヲ非常罪トイヒ非常罪ハ裁判官ヲシテ罪ヲ定メ刑ヲ科セシメタリシカ此制度延ヒテ歐洲全土ニ波及シ就中佛國ノ如キ最モ盛ニ行ハレタルヲアリ唯律ニ正條ナキノ所爲ニ死刑ヲ科スルヲノ正當ナリヤ否ヤハ頗ル疑ヲ抱キタリト云フ顧フニ當時法學未タ進マズ刑法ノ如キ實ニ

其疎漏ヲ極メタルヲ以テ此制度ヲ設ケ裁判官ヲシテ正條外ノ所爲ヲ罰スルヲ得セシメシハ已ムヘカラサルノ勢ナリトス何トナレハ刑法ノ粗漏此ノ如クナルニモ拘ハラス律ニ正條ナキ者ハ之ヲ罰スルヲ得スト規定セハ奸民ノ法網ヲ脱スル者比々踵ヲ接シテ出テ良民爲メニ堵ニ安ソスルヲ能ハサルニ至ル可クハナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ此制度ハ當時ニ在リテコソ必要ナレ復タ開明國ニ行ヒ得ヘキ者ニ非サルナリ故ニ今日ニテハ歐洲各國ノ刑法ハ我國ト同シク律ニ正條ナキ所爲ハ刑事ノ制裁ヲ加スヘカラスト定メタリ實ニ我刑法ノ本條ヲ設ケタルハ我刑法ノ一大進歩ト謂フヘシ

諸君予ハ已ニ第三條ノ解釋ヲ終リタリト雖モ尙ホ一言スヘキコト有リ即チ法律說明ノ規則ニ關シタルコトニシテ此規則ハ法律ニ正條アルヤ否ヤヲ判別スルニ缺クヘカラサルナリ

裁判官タル者ハ法律ノ虧缺不明又ハ不備ヲ以テ口實ト爲シ裁判ヲ否拒スルヲ得ス(法例第十七條)故ニ裁判官ハ或事實ニ付キ訴ヲ受クル時ハ其事實ハ刑法ニ正條アリヤ否ヤヲ探求シ正條ノ有無ヲ以テ罪ノ有無ヲ定メ正當ノ判決ヲ與ヘサル可カラズ然レモ人事ノ錯雜セル僅々數百條ヲ以テ諸般ノ犯罪ヲ規定セントスルニ當リテハ動モスレハ不完全ナル場合ヲ生シ某所爲ハ某條ヲ適用シ得ルカ如クニ見エ又某條ヲ適用シ得サルカ如クニ考ヘラレ或ハ又全ク何レノ條ヲモ適用シ得サルカ如クニ思ハル、<sup>一</sup>ハ實際多ク生スル所ノ困難ナリトス此時ニ當リテ裁判官タル者ハ確實ニ法文ヲ解釋シテ正條ノ有無ヲ定メ正條ヲ得テ後止マサル可カラサルナリ因テ予ハ左ニ法律ノ不完全ナル場合ヲ二項ニ分チ説明ノ規則ヲ略言ス可シ

第一 不明瞭ナル場合

法律ノ不明瞭ナル場合トハ一所爲ノ法律ニ明文アリヤ否ヤ分明ナラサル時ニシテ此場合ニハ如何ニ法律ヲ説明スルヤ古來二個ノ格言アリ曰ク嚴ニ過キノヨリハ寧ロ寛ニ失セヨ曰ク被告ノ利益ニ從ヒテ解セヨト此格言タル妄リニ採用スヘキニ非ス裁判官又ハ講法者カ説明ノ方既ニ盡キテ復タ他ニ依ル可キ道ナキニ至リ最後ノ手段トシテ用フヘキモノニシテ他ニ説明ノ方法アレハ則チ之ニ從ハサル可カラス然ラハ法律ノ不明瞭ナルニ際シテ之ヲ説明スル者ハ如何ナル權利アリヤト云フニ第一ニハ法律ヲ説明スルニ當リテハ文法若クハ字義ノ爲メニ拘束セラル、<sup>一</sup>ナク換言スレハ文ヲ以テ法意ヲ害スヘカラサル<sup>一</sup>是ナリ故ニ法律ノ文面上ノ如何ニ拘ハラス能ク法律ノ精神ヲ探究推量シテ<sup>一</sup>ニ其精神ニ從ハサル可カラス何トナレハ法律ノ説明ハ文章ヲ論スルニ非スシテ法律ノ精神ヲ推究スルモノナレハナリ第二

一〇八  
ニハ説明ノ用ニ供スヘキ材料ニ關シテ制限セラルル所ナシ故ニ法理  
ニ稽ヘ實例ニ徴シ若クハ法條前後ノ關係其法ノ設定セラレシ理由及  
ヒ機會又ハ其法制定ノ當時ニ起リシ論議ノ筆記并ニ草案ニ參照スル  
等凡ソ論理法許ス所ノ材料ハ悉ク之ヲ採用シ論理法ニ牴觸ヒサル推  
理ハ皆之ヲ施行スルヲ得ヘシ故ニ裁判官又ハ講法者ノ法律ヲ説明  
スル權利ハ實ニ宏大ナリト謂フヘシ然レモ此ニ説明者ノ超ユヘカラ  
サル制限アリ即チ現行法律ノ現實ニ有スル價值ヨリモ一層善良ナラ  
シメ又ハ不良ナラシムル爲メニ強ヒテ説明スルヲ得サルト是ナリ  
人動モスルハ輒チ刑法ハ其意義ヲ擴張シテ説明スルヲ禁スト曰フモ  
ハ有リト雖モ其所謂意義ヲ擴張スト云フコト殆ト贅言ニ歸スヘシ此  
ニ不明瞭ナル條文ヲ説明スルニ當リテ前段ニ述ヘタル説明ノ材料ニ  
ヨリ正條アリト爲スハ意義ヲ擴張スルニ非スシテ純粹ニ法律ヲ説明

スルモノナリ又法文ニ不充分ナル所アルカ若クハ脱漏スル所アルニ  
當リ是レ畢竟法律ニ規定スヘキ筈ノモノナリトナシ恰モ正條ノ存在  
セルカ如クスルハ是レ法律ノ意義ヲ擴張スルニ非スシテ法律ノ脱漏  
ヲ彌縫スルモノナリ脱漏ヲ彌縫スルノ不正ナルコトハ後段ニ説クヘシ  
是故ニ不明瞭ノ法條ヲ説明スルニ當リテハ純粹ニ説明スルカ又ハ脱  
漏ヲ彌縫スルカ二者其一ニ出テ所謂法律ヲ擴張スルト云フコトハ之ヲ  
キナリ

## 第二 脱漏ノ場合

法律ノ脱漏トハ全ク缺文ナル場合ヲ謂フ抑法律ノ正條外ニハ犯罪ヲ  
キテ以テ法律ニハ別ニ脱漏ナキカ如シト雖モ是レ唯成文上ヨリ論ス  
ルニ過キス違フ立法上ニ入りテ人間ノ行爲ヲ觀察スル時ハ背徳加害  
ノ所爲ニシテ法律ヨリ脱漏セラル、コトアルハ人類ノ制定シタルモノ

ニ於テ免カル可カラサルヲナリ然ラハ此場合ニ於テハ如何ニ之ヲ説明スヘキカ脱漏ハ全ク外形ニ止マリ實ハ正條ノ不明瞭ナルヨリ生シタル結果ナル時ハ前段ノ不明瞭ナル場合ノ説明規則ニ由ル可シ之ニ反シテ脱漏ハ眞ノ脱漏ニシテ獨リ外形ニハミ止マラサル時ハ假令此脱漏ハ立法者ノ不注意又ハ遺忘ニ出ツルモ又如何ニ道德ニ背キ社會ヲ害スル所爲ナルモ之ヲ彌縫シテ以テ正條アリトスルヲ得サルナリ故ニ法律ノ脱漏ノ場合ニハ別ニ説明ノ規則アルニ非ス又別ニ規則ヲ要スルニ非ス唯第二條ヲ適用シテ無罪トスルニ在ルハミ

法律ノ不完全ナル場合ニ遭遇シタル時之ヲ説明スル規則ハ以上略述シタル所ノ如シ予ハ爾來確ニ此規則ヲ遵守シ寛ニ失セス嚴ニ流レヌ又單ニ被告ノ利不利ニ關スルナク遠ク立法者ノ精神ヲ探リテ説明セントス諸君之ヲ諒セヨ

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

本條ニハ最モ緊要ナル二個ノ規則ヲ規定セリ第一項ニハ法律ハ効カハ之ヲ既往ニ及ホス可カラサルヲ掲ク第二項ニハ法律ハ効カハ之ヲ既往ニ及ホス可キヲ載セタリ此二個ノ規則ハ各相對時セル原則ニシテ第二ハ第一ノ例外ト謂フニ非ス即チ本條ハ法律ハ人ハ既得權ヲ害スルヲ得スト云フ大原則ヲ規定シタルモノナリ予ハ以下本條ヲ二項ニ分チテ解釋セシ

第一項 法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスヲ得ス

本項ヲ熟讀スレハ行文上甚タ穩當ナラサル所ノ者アリ「法律」ノ文辭ハ宜ク刑法ト解スヘシ何トナレハ單ニ法律トイヘハ意義廣キニ過キ其辭中ニ諸種ノ法律ヲ包含スレモ各種ノ法律悉ク効力ヲ既往ニ及ホサ

一二二  
スト謂フテ得ス刑事訴訟法ノ如キハ刑法ト異ニシテ其効力ノ既往ニ  
及フモノ甚タ多キヲ以テナリ第一條第二條ハ其指ス所ノ區域甚タ廣  
キヲ以テ法律ノ文辭ヲ用ユルモ亦敢テ不可ナル無シト雖モ本條ハ殊  
ニ區別シテ刑法ノ文字ヲ用非サル可カラス刑法草案ニハ刑法ノ文辭  
ヲ用非タリシカ審査修正ノ際之ヲ改定セシハ遺憾ト謂フヘシ蓋シ第  
一條第二條共ニ法律ノ文辭ヲ用非タルヲ以テ第三條ニ至リテ偶然慣  
用シタルナランカ又本項犯罪ノ文辭モ亦妥當ヲ缺ク宜ク之ヲ行爲ト  
解スヘシ何トナレハ新法頒布前ニ行ヒタル行爲ハ舊法ニ於テ罰スヘ  
キモノナルトハ稱シテ犯罪ト曰フモ亦可ナリト雖モ若シ舊法之ヲ罰  
セス新法ニ於テ始メテ其罪ヲ定ムル時ハ新法頒布以前ノ行爲ヲ指シ  
テ犯罪ト稱スルヲ得サレハナリ是ニ由リテ本條ハ刑法ハ頒布以前ノ  
行爲ニ及ホストヲ得スト云フ意ニ解セハ甚タ正當ナラント信ス

法律ノ効  
力ハ既往ノ  
及ハルニ由  
リ山

法律ハ何故ニ頒布以前ニ係ル行爲ニ其効力ヲ及ホストヲ得サルカ予  
ハ此ヨリ其理由ヲ説明セシ

凡ソ天下ノ事物其存シテ今日ニ在ルモノヲ破壊シ若クハ變更スルハ  
人爲ノ能スヘキ所ナリト雖モ既ニ成立シ了シタルモノヲ前ニ溯リテ  
破壊變更シテ曾テ其事ノ成立セサルカ如クスルハ人力ノ企及スルヲ  
得サル所ナリ之ヲ換言スレハ現ニ然ルモノヲシテ將來ニ向ヒテ然ラ  
サラシムルヲ得ルト雖モ既ニ然リシモノヲ既往ニ溯リテ然ラサラシ  
ムルハ決シテ能スヘカラサルモノトス故ニ昨日マテ法律ニ於テ禁セ  
ルコトシ事ヲ今日其法律ヲ廢シテ更ニ之ヲ禁スルトハ人ノ爲シ得ル所  
ナレト今日設ケタル法律ヲ以テ其前日マテ爲ストテ許シタル事ヲシ  
テ未ダ曾テ存セザリシカ如クナラシムルハ決シテ爲ストヲ得サルナリ  
因リテ立法者ハ法律ノ効力ヲ既往ニ溯ラシメ今日俄然法條ヲ設ケテ



昨日マテ許可シタル所爲ヲ罰スル時ハ是レ即チ律ニ正條ナキ所爲ヲ罰スルモノニシテ當ニ爲スヘカラサルコト爲ス者ト謂フハシ法律ノ効力ヲ既往ニ及ホスヘカラサル原則ハ此ノ如キ簡單ナル心理ニテ已ニ了解スルヲ得ヘキナリ

茲ニ又刑法ヲ以テ支配セラル、人ヨリシテ之ヲ論センニルソ人民ノ國法ヲ遵守スヘキ責任アルハ法律アルカ爲メナリ若シ法律ナクシハ遵守ノ責任アルコトナシ即チ法律許ス所ノ範圍内ニ於テハ自由ニ如何ナル事ヲモ爲スヲ得ル權利アリト謂フヘシ故ニ人民ハ法律カ或事ヲ行フヲ禁ゼサル場合ニ於テハ之ヲ行フモ決シテ刑罰ヲ受クヘカラサル權利即チ既得權ヲ有スルヲ以テ法律ノ効力ヲ既往ニ及ホスモノトスル時ハ是レ人民ノ既得權ヲ害スル者ナリ人民ノ既得權ヲ害スル法律ヲ制定シ得ル者トセハ即チ立法者ハ爲スヘカラサル事ヲ爲ス者ト

謂フヘシ是ニ由リテ之ヲ觀ンハ法律ノ効力ヲ既往ニ及ホスヘカラサルハ豈眞正確實ナル原則ト謂ハサル可ケンヤ

以上説ク所ニヨリテ考フルニ法律ノ効力既往ニ及ハサルハ原則ハ新舊兩法ニ罪名アリテ舊法ハ其刑輕ク新法ハ其罰重キ場合ニモ亦適用スルコトヲ得ルナリ今舊法ノ下ニ棲息スル人民ハ舊法規定ノ刑ハ之ヲ受クルノ責任アリト雖モ其規定外ニ於テ更ニ重キ刑ヲ受クルノ責任ナシ即チ舊法規定外ヨリ更ニ重キ刑ヲ受クヘカラサル既得權ヲ有セリ故ニ社會ニ於テ舊時ノ刑寬ニ過キタルカ爲メ改メテ重クシタルハ正當ナル權利ヲ行ヒタルモノナリト雖モ其重キ刑ヲ受クヘカラサル既得權ヲ有スル者ヲ重ク罰スルノ權利ヲ有セサルナリ

斯ク論シ來レハ第一項ハ自然ノ法理ヲ掲載シタル者ニシテ法律ノ正條ヲ待チテ後ニ知ラサルナリ故ニ本項ハ法理學部内ノ問題ニ屬シ殊

ニ刑法ノ正條ニ規定スル程ノ者ニ非ス夫レ然リ然ルニ我立法者ノ此  
 ニ掲載シタルハ何ノ故ソヤ凡ソ人ハ事物ニ激動シ易キモノニシテ實  
 際ノ事實真ニ惡ムヘキ者ニ逢ヘハ之ヲ罰スル法律ナキ時ト雖モ尙ホ  
 比附援引シテ之ヲ嚴罰セント欲スルハ其常情ナリ故ニ本條ノ規定ナ  
 キ時ハ裁判官ハ感覺ノ爲メニ其心ヲ紛亂セラレ既得權ヲ有スル者ヲ  
 罰スルカ如キ弊アルヤ未タ知ル可カラス是レ本項ヲ規定セシ所以ナ  
 リ

第二項 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

本項ノ「所犯」ナル文辭ハ「犯罪」ト解釋スルヲ可トス何トナレハ本項ハ同  
 一行爲ニシテ新舊兩法共ニ罪名アル場合ヲ想像シタルヲ以テナリ  
 抑新法頒布以前ニ在リテ一罪ヲ犯シ其罪未タ判決ヲ經サルニ早ク已

新法ノ刑  
 輕キ場合  
 既ニ効力  
 往キ及  
 フ理由

ニ新法ノ頒布アリタルニ當リ舊法ノ刑輕ク新法ノ刑重キ時ハ法律ハ  
 人ノ既得權ヲ害スヘカラス故ニ舊法ノ刑ヲ以テ罰スヘキトハ已ニ第  
 一項ニテ説明シタリ然ルニ此ト反對ニテ新法カ舊法ノ刑ヲ減輕シタ  
 ルトハ同シク法律ノ効力既往ニ及ハサルカ曰ク否新法ノ効力既往ニ  
 溯リテ以前ノ犯罪ヲ支配スルナリ是レ第二項ノ規定スル所トス  
 何故ニ新舊二法ヲ比照シテ新法ノ刑輕キ時ハ其効力ヲ既往ニ及ホス  
 ヤ、說ヲ爲ス者アリ曰ク新法ノ刑ヲ減輕シタルハ舊法ノ嚴ニ失スルヲ  
 以テナリ舊法嚴ニ失スルト雖モ其下ニ於テ犯シタル罪ハ社會尙ホ其  
 嚴刑ヲ科スルノ既得權アリ然レモ實際罪度ニ適應セサル嚴刑ヲ以テ  
 人ヲ罰スルハ苛酷ト謂ハサル可カラス故ニ法律ハ被告人ヲ憫ミテ殊  
 ニ新法ノ刑ヲ科スルナリト此說大ニ誤レリ蓋シ法律ヲ適用シ若クハ  
 説明スルニ當リテハ單ニ被告人ヲ憫ムノ精神ヲ以テ爲スヘカラス若

シ被告人ヲ憫ムノ精神ヲ以テ法律ヲ規定スルニ過キサルモノナラハ  
 當初ヨリ悉ク罪人ヲ寛恕シテ法律ヲ設クルカ如キト爲サ、ルノ勝  
 レルニ如カサルナリ然ラハ其真正ナル理由ハ何クニ存スルヤ曰ク自  
 然ノ法理之ヲシテ然ラシムルナリ夫レ新法ヲ以テ舊法ノ刑ヲ減輕シ  
 タルハ其刑ノ不正不當ナルヲ以テナリ然ルニ其刑ノ不正不當ナルヲ  
 知リツ、之ヲ適用スルヲ得ヘキカ若シ之ヲ適用シ得ルモノトセハ則  
 チ社會刑罰權ノ原則ニ背馳スル者ナリ蓋シ社會ノ刑罰ヲ施スハ道德  
 ニ背キ社會ヲ害シタル所爲ニ對シテ刑罰ヲ以テ自ラ防衛スルノ必要  
 アレハナリ今舊法ノ刑ハ不正不當ナルカ故ニ之ヲ科スルノ必要ナシ  
 已ニ必要ナクハ何ソ刑罰ヲ施ストテ得ンヤ社會ハ曩ニ舊法ヲ以テ  
 刑罰ヲ科スルノ既得權ヲ有シタリシト雖モ新法ノ制定アリテ忽チ其  
 權利ヲ放棄シタリト謂フヘシ故ニ此場合ニ於テハ新法ノ効力ヲ既往

左

新舊三法  
アル場合  
ニ於ケル  
本條ノ適  
用

ニ及ホスハ敢テ被告人ヲ憫ムノ精神ニ出ラタルニ非スシテ自然ノ法  
 理ニ出ツルト明瞭ナリ而シテ本項ハ敢テ第一項ノ例外ニ非スシテ各  
 特立シタル原則ナルトモ亦明瞭ナリト信スルナリ

今茲ニ新舊三法アル場合ニ於テ如何ニ本條ヲ適用スルカ例ハ一犯  
 罪アリ第一舊法ニテハ死刑第二舊法ニテハ有期徒刑第三新法ニテハ  
 無期徒刑ニ該當ス然ルニ其犯罪ノ審査遷延シテ第三法頒布ノ後始メ  
 テ判決ヲ與フル時ノ如キハ何レノ法ヲ適用スルカ此場合ニ於テ其審  
 査迅速ニシテ第二法ノ時ニ終レハ第二項ヲ適用シテ有期徒刑ニ處セ  
 ラル可キ者ナルヲ荏苒第三法頒布ノ後ニ至リタルヲ以テ其適用上ニ  
 困難ヲ來スモノトス此ノ如キ場合ハ實際甚ク稀ナリト雖モ曾テ佛國  
 ニ於テ此例ニ逢遭セルト有リト云フ乃チ我國ニ於テモ後來如何ナル  
 事アリテ此ノ如キ場合ヲ見ルトアルヤモ計ラレサルヲ以テ之ヲ辯ス

ルノ無用ニ非サルヲ知ルナリ此場合ヲ一見スレハ第三法ノ無期徒刑ニ處スヘキモノ、如シ何トナレハ所犯第一法ノ下ニ在リ判決第三法ノ下ニ在ルカ故ニ第二法ハ所犯及ヒ判決ニ關與スルヲ無キヲ以テ之ヲ除去シ第一法ノ死刑ト第三法ノ無期徒刑トヲ比照シ本條第二項ヲ適用シテ無期徒刑ニ處セサル可カラサレハナリト此説甚ク誤レリ此場合ニ於テハ第二法ノ刑即チ有期徒刑ニ處スルヲ以テ其當ヲ得タリトズ其故何ソヤ第一法ノ刑ハ第二法ノ刑ヨリ重シ故ニ第二法ノ効力既往ニ及フ第二法ノ刑ハ第三法ノ刑ヨリ輕シ故ニ第三法ノ効力既往ニ及ハス乃チ第二法ノ刑ヲ科ス蓋シ社會ノ第二法ヲ頒布スルヤ已ニ死刑ニ處スルノ權ヲ廢棄シタルヲ以テ犯者ハ固ヨリ有期徒刑ヨリ重キ刑ヲ受クヘカラサル既得權ヲ有ス因テ第三法ノ頒布アリテ其刑ヲ重クスト雖モ犯者既得權ノ在ル有リ此權何ソ害スヘクンヤ故ニ第二

新舊二法  
比照シテ  
刑ノ輕重  
ヲ知ル

法ノ有期徒刑ニ處スルハ法理上當ニ然ラサルヘカラサル所ナリ或ハ第二法ハ所犯及ヒ判決ニ關係スルヲナシト云フモ固ト法律ノ効力ノ既往ニ及フト否トハ犯者既得權ノ有無ニ關シ既得權ノ有無ハ所犯ヨリ判決ニ至ルマテ頒布セラレタル法律ノ數幾回アリトモ悉ク關係セサルハナシ故ニ若シ犯者第二法ノ頒布ノ時ニ判決セラレハ疑モ無ク有期徒刑ニ處セラレタル者ナル可シ然ルニ第三法ノ頒布アリシカ爲メニ全ク其關係ヲ絶ツト云フハ理論上許ス所ニ非サルナリ  
以上説明スル所ニヨリテ第三條ノ第一項第二項ハ略明カナリト信ス此ヨリ新舊二法ヲ比照シテ其刑ノ輕重ヲ知ルニハ如何ニスヘキカト云フヲ説クヘシ

現行刑法ノ始メテ頒布アルヤ新舊二法ノ刑ヲ比照スルニ刑ノ性質異ナル所アリテ其輕重ヲ定ムルハ甚ク困難ナリシ故ニ明治十四年第八

十號布告ヲ以テ新舊比照法ナル者ヲ頒布セリ此比照法ハ第三條ノ精神ヲ酌ミテ制定シタルニ非スシテ別ニ本條外ニ一箇ノ比照法ヲ設ケタル法律ナリ何トナレハ第三條ニ所謂比照トハ新舊二法ノ刑ヲ比較シ其重キヲ舍テ、輕キヲ取ルニ在リ舊比照法ハ則チ然ラス舊法ト新法トノ刑ヨリ各其輕キ部分ノミヲ取り調和シテ一種ノ刑ヲ創設シタルモノナリ然ラハ則チ新舊比照法ハ本條ノ説明ニ供スヘキ者ニ非サレハ茲ニ之ヲ詳言スルヲ要セス予ハ以下純理ニ由リテ新舊兩法ヲ比照スル方法ヲ説クヘシ

新舊兩法ノ比照ハ多少特別法ト刑法トニ關係シテ生スルコト有リ例ヘハ刑法中傳染病豫防規則ニ關スル罪又ハ危害品及ヒ健康ヲ害スヘキ物品製造ノ規則ニ關スル罪等ハ其特別法中ニ就キテ重大ナル刑ヲ抽出シテ之ヲ刑法中ニ規定セル者ナルカ故ニ特別法ノ改正アル毎ニ輒

チ新舊比照ノ必要ヲ生スルコト有リ刑法第七條ノ重罪ノ刑ハ一目シテ其輕重ヲ知ルヲ得ヘク又第七條ト第八條ト第九條ノ違背罪ノ刑トヲ互ニ比照スル如キモ亦輕重ノ點實ニ明瞭ナリ然レハ獨リ輕罪ノ刑ハ輕重ヲ知ルコト困難ニシテ尤モ解明ヲ要スヘキ者ナリトス茲ニ禁錮ト罰金トヲ比照セシニ禁錮ハ身體ニ及フノ刑ニシテ罰金ハ財産ニ及フノ刑ナリ財産ハ刑罰ニ因テ之ヲ失フモ再ヒ獲得スルノ權アリト雖モ身體ノ自由ハ再ヒ得ント欲スルモ回復スル能ハサルヲ以テ禁錮ハ罰金ヨリ重キカ如シト雖モ是レ唯皮想ノ考ノミ今二圓ノ罰金ト五年ノ禁錮トヲ比照セハ何人モ罰金ノ輕キヲ認ムレハ十一日ノ禁錮ト五百圓ノ罰金トヲ比照セハ禁錮必スシモ罰金ヨリ重カラサルナリ若シ此場合ニ於テ罰金ヲ完納スルコト能ハスシテ之ヲ禁錮ニ換フレハ一年有餘ノ禁錮ニ服セサル可カラズ十一日ト一年有餘トヲ比較

セハ其輕其重問ハスシテ知ル可キノミ又重禁錮ト輕禁錮トヲ比照セ  
 シニ言フマテモ無ク重禁錮ヲ重シト爲シ得ルカ如シト雖モ其重輕ノ  
 名稱ハ刑ニ服役ノ有無ヲ表彰スルニ過キスシテ刑ノ輕重ヲ指示スル  
 者ニ非ス故ニ輕禁錮ノ刑期却テ重禁錮ノ刑期ヨリ甚ク長キヲ有リ此  
 場合ニハ何レヲ重トシ輕トスルカ判然スル能ハサルナリ又同一種ノ  
 刑即チ禁錮ト禁錮トヲ比照スルニ甲ノ長期ハ乙ノ長期ヨリ長ク甲ノ  
 短期ハ乙ノ短期ヨリ短キ時又ハ罰金ト罰金トヲ比照スルニ甲ノ多數  
 ハ乙ノ多數ヨリ多ク甲ノ多數ハ乙ノ多數ヨリ少キ時例ヘハ舊法ニテ  
 二年以上四年以下ノ重禁錮新法ニテハ一年以上五年以下ノ重禁錮ナ  
 ル時又ハ舊法百圓以上二百圓以下新法五十圓以上三百圓以下ノ罰金  
 ナル時ハ則チ一面ハ惟レ輕ク一面ハ惟レ重シ此場合ニ其輕重ヲ知ル  
 ニハ如何ニスヘキカ是レ最モ困難ナル問題ナリ是ニ由リテ之ヲ觀レ

ハ輕罪ノ刑ハ其輕重ノ點甚ク不明瞭ニシテ適用上大ナル困難ヲ生ス  
 ルヲ有リ故ニ予ハ成文ニ基キ法理ニ由リ輕重ノ點ヲ判別シ以テ之カ  
 方針ヲ示サントス  
 禁錮ト罰金トニ付キテハ刑法起草者ハ禁錮ヲ以テ罰金ヨリ重シト爲  
 シタリト雖モ我立法者ノ精神ヲ窺フニ此場合ニハ所犯情狀ニ從ヒテ  
 輕重ヲ判定スルヲ裁判官ニ一任シタル者ノ如シ其例證ハ數罪俱發  
 ノ場合即チ第百條第三項ニ輕罪ノ刑ハ其所犯情狀最モ重キニ從ヒテ  
 處斷スト有ルヲ見ルニ我立法者ニシテ數罪俱發ノ場合ニ於テ輕罪ノ  
 刑ニ判然タル輕重ノ區別アル者ト爲シタラシニハ何ヲ苦ミテ裁判官  
 ニ情狀ニヨリテ判定セシムルノ權力ヲ附與スルヲ要センヤ即チ彼ヲ  
 以テ此ヲ推演セハ立法者ノ真意探知スルヲ得ヘキノミ又重禁錮ト輕  
 禁錮トニ付キテハ此刑ハ固ト身軀ノ自由ヲ束縛スル刑ナルヲ以テ刑

期ノ長短ヲ以テ其輕重ヲ判別セサル可カラス例ヘハ二月以上二年以下ノ重禁錮ト三月以上三年以下ノ輕禁錮ト有レハ輕禁錮ヲ以テ重シトセサル可カラサルカ如シ又禁錮ト禁錮若クハ罰金ト罰金トヲ比照シテ一面惟レ重ク一面惟レ輕キ場合ニ付キテハ已ニ佛國ニ於テ數多ノ議論ヲ生シテ未タ一決セスト云フ蓋シ此問題ニ關シタル學說三個アリ

第一說 本問ノ場合ハ二刑ノ輕重判然セサルヲ以テ宜ク被告人ハ撰擇ニ任スヘシ被告人舊法ヲ望メハ舊法ノ刑ヲ科シ新法ヲ欲セハ新法ノ刑ヲ加フヘシ固ト第三條ハ被告人ノ利益ノ爲メニ設ケタルニヨリ被告人ノ撰擇シタル者ハ即チ被告人ニ利益ナル刑ナリ故ニ被告人ノ撰擇ニ任スハ本條ノ精神ニ適合スルナリト此說大ニ非ナリ本條ハ被告人ノ爲メニ設ケタルニ非サルコトハ曾テ論シタルカ如シ而シテ說者ハ

被告人ニ於テ刑ノ輕重ヲ測度シ得ルカ如ク思惟スルト雖モ裁判官スラ之ヲ難スルニ被告人之ヲ能クスト云フハ即チ是レ能ハサルヲ望ム者ト謂フヘシ凡ソ刑ノ輕重ヲ撰擇スルハ裁判官ノ任ニ非スヤ然ルニ之ヲ被告人ニ質シテ之ニ從フトハ實ニ奇怪ノ至リト謂ハサル可カラ

第二說 此說ハ新舊二法ニ就キテ其長期ト短期若クハ短期ト短期トヲ比照シ又ハ多數ト多數若クハ寡數ト寡數トヲ比照シテ其數ハ下レル者ヲ取り調和シテ科スル所ハ刑トナスニ在リ前例ニ因リテ之ヲ言ヘハ舊法ノ四年以下新法ノ一年以上ヲ取リテ一年以上四年以下ト爲シ又ハ舊法ノ二百圓以下新法ノ五十圓以上ヲ取リテ五十圓以上二百圓以下ト爲スカ如シ此說ハ大ニ理アル者ノ如シ何トナレハ各輕キ者ノミヲ撰ヒテ刑ヲ適用スルヲ以テ決シテ嚴酷ニ流ルノ弊ナク且其

法文ニ所謂輕キニ從フノ主旨ニ適合スル者ノ如クナルヲ以テナリ果  
 セル哉我刑法草案起草者モ亦此説ヲ採用シタリ此説タル大ニ勢力ア  
 ル者ト謂フヘシ然リト雖モ之ヲ熟思スレハ未タ皮想ノ見タルヲ免レ  
 ス抑此説ハ新舊二法ノ外ニ於テ全ク一ノ新ナル刑ヲ作爲シタルモノ  
 ニシテ新法ニモ舊法ニモ從ヒタル者ニ非ス凡ソ新ナル刑ヲ作爲スル  
 ハ立法者ノ任ニシテ裁判官ノ權内ニ屬スル者ニ非サルナリ蓋シ彼ノ  
 明治十四年第八十號布告新舊比照法ノ如キハ此説ニ依リタルモノニ  
 シテ該布告ハ刑法第三條ノ解釋トシテ見ル可カラサルコトハ既ニ諸君  
 ノ知了スル所ナリ今成文上ヨリ此説ノ適否ヲ見ノニ第三條ニ新舊ノ  
 法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷スト有ルハ新法ノ刑ト舊法ノ刑トヲ比照  
 シテ何レカ輕キ一方ノ刑ヲ適用スト云フ精神ニシテ新舊二法ニ就キ  
 テ各輕キ部分ノミヲ取リテ一刑ヲ作爲シ之ヲ適用スト謂フニ非サル

ナリ故ニ此説モ亦從フヘカラサルモノトス

第三説 此説ハ比照ノ方法全ク第一説第二説ト異ニシテ新舊二法ヲ  
 比照シテ其長期又ハ多數ノミニ付キ其數ノ下レルモノヲ以テ輕シト  
 爲シテ之ヲ適用スルニ在リ是故ニ假令短期又ハ寡數ヲ於テ其數ノ上  
 ル有ルモ長期又ハ多數ヲ比照シテ下ル時ハ之ヲ輕シト爲ス前例ニ就  
 キテ之ヲ言ヘハ舊法ノ二年以上四年以下ハ新法ノ一年以上五年以下  
 ニ比シテ其短期ニ上ルナレ長期ニ於テ下ルヲ以テ舊法ヲ輕シト爲  
 スナリ此説タル最モ適當ニシテ予ノ深く同意ヲ表スル所ナリトス  
 何故ニ長期又ハ多數ノ下ル者ハ短期又ハ寡數ノ上ル所アルニモ拘ハ  
 ラス之ヲ輕シトスルカ復タ前例ヲ採リテ之ヲ辯セシ今舊法ノ長期ハ  
 四年ニシテ新法ハ五年ナルヲ以テ舊法ノ輕キハ固ヨリ言テ待タス而  
 シテ短期ニ於テハ舊法二年ニシテ新法一年ナルヲ以テ舊法ヲ重シト



セサル可カラスト雖モ未タ必スシモ舊法ヲ重シトスルヲ得ズ茲ニ犯者アリ新法ノ短期一年以上ナルヲ見テ之ヲ輕シト誤認シ其適用ヲ望ムコト有ル可シ然レモ新法ノ一年以上ハ舊法ノ二年以上ヲ包含スルヲ以テ裁判官ニ於テ一年ニ處セスシテ二年以上ニ處スルコトナキヲ期スヘカラス況ヤ長期五年ニ處スルコトアルモ亦未タ知ル可カラサルニ於テチヤ然ラハ則チ新法ノ輕キ所果シテ何レニカ在ル然ルニ若シ舊法ヲ以テ輕シトナシ此カ適用ヲ望マンカ假令二年以下ニ處セラル、ト無キモ五年ニ處セラル、ノ恐レナシ是レ此說ノ最モ至當ナル所以ナリ

是ニ由テ之ヲ觀レハ新舊二法ハ刑ヲ比照スルニ際シ一面ハ惟レ重ク一面ハ惟レ輕キ時ニハ短期又ハ寡數ノ如何ニ拘ハラス長期又ハ多數ハ上レル者ヲ重シトシ下レル者ヲ輕シトス可キナリ

以上解説スル所ハ輕罪ノ主刑ニ付キ專ラ其方針ヲ示シタルノミ若シ又輕罪ハ刑ニ附加刑アル場合ハ其輕重ヲ定ムルニハ如何スヘキカ例ヘハ舊法ニテ二年以上四年以下ノ重禁錮ニシテ新法ニテ一年以上三年以下ノ重禁錮ト三圓以上三十圓以下ノ罰金ヲ附加スル時ハ新法ハ其主刑輕キモ之ニ附加ノ罰金アリ又舊法ニテ二年以上四年以下ノ重禁錮ト二圓以上二十圓以下ノ附加ノ罰金ニシテ新法ニテ一年以上三年以下ノ重禁錮ト三圓以上三十圓以下ノ附加ノ罰金ナル時ハ舊法ハ其主刑重キニ附加刑ハ却テ輕シ此二個ノ場合ニハ新舊何レヲ輕シトスルカ曰ク新法ヲ輕シトス何トナレハ附ハ主ニ從フノ原則アルヲ以テ附加刑ノ輕重ニ關セス主刑ノ輕重ヲ以テ判定セサル可カラサレハナリ然レモ新舊二法ニ於テ一ハ禁錮ニ附加罰金アリ一ハ罰金ノ主刑ノミナル時ハ其主刑タル禁錮ト罰金トハ已ニ輕重ノ度ヲ知り難キヲ

以テ此場合ニ於テハ假令附加刑アルモ必スシモ重シト爲ステ得ス即チ所犯情狀ニヨリテ輕重ヲ定メサル可カラサルナリ

現行刑法ハ罰金ヲ以テ輕罪ノ主刑ト爲シ又之ヲ附加刑ト定メタリ然ルニ草案ニテハ之ヲ附加刑ト爲サス禁錮ト併科スル時ニテモ尙ホ主刑ト爲セリ此ノ如キ刑ハ今後之ヲ規定セサルヲ保スヘカラス故ニ若シ新舊二法ニ於テ一方ニテハ禁錮ト罰金ト主刑トシテ併加シ一方ニテハ禁錮ノミヲ科スル時ノ如キ或ハ一方ハ禁錮ト附加罰金ト科シ一方ハ禁錮ト罰金ト主刑トシテ併加スル時ノ如キ其輕重果シテ何レニ在ルカ此場合モ亦禁錮ト罰金トノ輕重ノ點判然セサルヲ以テ即チ所犯情狀ニヨリテ判定スルヨリ外復タ手段アルナシ

諸君ヨリハ新舊比照方法ニ付キ數多ノ辯ヲ費シタリ茲ニ尙ホ第三條ニ關シ諸君ノ注意ヲ要スル二三ノ問題ヲ掲ケントス

方刑ノ執行ニ關スル  
刑ノ執行ニ關スル  
免刑ノ執行ニ關スル  
其スル執行ニ關スル  
往効及方法ハ既

刑ハ執行方法ハ其効カ既往ニ及フヤ否ヤ曰ク既往ニ及フヘシ何トナレハ刑ノ執行ヲ既往ニ及ボスト雖モ刑ノ性質ニ關係スルヲ無キテ以テナリ例ヘハ新法ハ舊法ノ囚徒服役ノ時間一日六時間ナリシテ改メテ五時間ト爲スカ如キ或ハ新法ヲ以テ舊法ニ於テ日曜日毎ニ囚徒ニ牛肉ヲ與ヘシテ廢シ唯粗菜ノミヲ給スルコト爲スカ如キハ刑ノ性質ニ於テ毫モ變更シタル所アルヲ見ス然レモ或ハ疑フ其執行方法ヲ變更スルニ當リ寬嚴ノ度ヲ異ニスルヲ以テ犯者ノ既得權ヲ害スルニ非サルナキコトヲ得シヤト是レ敢テ然ルニ非サルナリ蓋シ其變更ヲ爲スハ固ト社會ノ公權ニ屬シ而シテ刑ノ性質ト輕重トニ影響ナキヲ以テ犯者ノ既得權ヲ害シタリト謂フヘカラサルナリ故ニ曰ク刑ノ執行方法ハ其効カ既往ニ及フヘシト

刑事ハ訴訟即チ治罪ニ關スル法ハ其効カ既往ニ及フヤ否ヤ曰ク是レ

亦既往ニ及フヘシ抑訟訴手續ノ如キハ悉ク被告人又ハ社會ノ利益ヲ計リテ制定シタルモノニシテ其變更ハ全ク社會ノ公權ニ屬ス故ニ効力ヲ既往ニ及ホスモ犯者ノ既得權ヲ害スルヲ無シ刑ハ期滿免除ニ關スル制度ハ其効力ヲ既往ニ及ホスヘキヤ否ヤ此問題ハ後日刑ノ時効ヲ講スル時ニ辯明スヘシ

第三條第一項ニ未タ判決ヲ經サル云々ノ語アリ此語ハ未タ確定判決ヲ經サル云々ト解セサル可カラス是故ニ假令裁判宣告アルモ其裁判ノ確定セサル間ニ新法ノ頒布アル時ハ新舊比照ノ必要ヲ生スヘシ例ヘハ區裁判所又ハ地方裁判所ニ於テ第一審ノ裁判ヲ受ク其上訴期限中ニ新法頒布セラシ其刑舊法ヨリ輕キ時ハ被告人又ハ檢事ヨリ其裁判ノ變更ヲ請求スルノ權利アリトス若シ裁判官其裁判ヲ變更セスシテ確定シタル時ハ上告ヲ受クルノ權アル裁判所ノ檢事ハ司法大臣ノ

陸海軍  
刑法  
普通  
關係  
ノ  
通

命ニヨリ又ハ職權ヲ以テ非常上告ヲ爲スヲ得ルモノトス(刑事訴訟法第二百九十二條)

既ニ確定裁判アリテ刑ハ執行中ニ新法頒布セラシ舊法ノ刑ヲ廢スル時ハ之ヲ如何セントスルカ舊法ノ刑ハ業已ニ不當ナリ不正ナリ不正不當ノ刑ヲ執行スヘキニ非ス因リテ新舊二法ヲ比照シテ新法ヲ適用セシカ是レ已ニ判決ヲ經タルモノニシテ固ヨリ第三條ヲ適用スヘカラス即チ此問題ハ刑ノ消滅ニ關スルヲ以テ後日之ヲ辯明スルヲ得サ

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ヲ得ス

第四條ハ陸海軍刑法ト普通刑法トノ關係ヲ規定シタル條ナリ之ヲ一讀スレハ實ニ無味ノ條文ノ如シ蓋シ陸海軍刑法ニテ論スヘキ者ニハ此刑法ヲ適用スルヲ得スト云フハ敢テ本條ヲ待チテ後ニ知ラサルナ

リ若シ特ニ之ヲ規定スル必要アリトセハ此刑法ハ他ノ法律ニモ適用  
 スルヲ得スト規定セサル可カラズ然ルニ之ヲ草案ニ徴スル時ハ本條  
 ノ由來スル所ヲ知ルヲ得ヘシ草案第九條ニ曰ク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是ニ由テ之ヲ考フル時ハ本條ハ精神ハ草案  
 ト異ナルヲ無ク即チ此刑法ハ軍人軍屬ノ犯罪ニモ適用スヘシト雖モ  
 陸海軍刑法ノ規定セル犯罪ニノミ適用セサルノ謂ヒナリ本法ハ唯草  
 案ノ一半ヲ掲載シタルニ過キス故ニ一見無味ノ條文ノ如シト雖モ草  
 案ト同シク解釋スル時ハ必要ノ條文ト謂ハサル可カラス蓋シ陸海軍  
 刑法ハ軍人軍屬ヲ支配スル所ノ法律ナレハ軍人軍屬ニハ普通刑法ヲ  
 適用スヘカラサルカ如シト雖モ決シテ然ルニ非ス是レ本條ノ必要ナ  
 ル所以ナリ夫レ軍人軍屬ノ陸海軍刑法ノ適用ヲ被ムルハ其所爲軍事

犯ニ係ルヲ以テナリ苟モ非軍事犯ナル時ハ普通刑法ノ支配ヲ受ケサ  
 ル可カラサルヲハ曾テ犯罪ノ區別ヲ講シタル時ニ辯明シタル所ナリ  
 故ニ普通刑法ノ支配スル所甚タ汎博ナリト雖モ陸海軍ニ關スル法律  
 ナテ以テ論スヘキ者即チ軍事犯ニハ適用セサルナリ之ヲ換言スレハ陸  
 海軍刑法ト普通刑法トハ並ヒ行ハレテ其頒布ノ前後ニ係ラサル者ト  
 謂フヘシ例ヘハ兩刑法共ニ毆打創傷罪ノ刑ヲ規定シタリトセンニ陸  
 海軍刑法ハ其刑必ス重カル可ク又其頒布普通刑法ヨリ前ナルニモ拘  
 ハラス必ス陸海軍刑法ヲ適用セサル可カラサルナリ  
 斯ク論シ來レハ陸海軍刑法ト普通刑法トノ關係ハ諸罰則即チ特別法  
 ト普通刑法トノ關係ト大ナル差別アリトス特別法ト普通刑法トハ其  
 相抵觸スル場合ニ於テハ並ヒ行ハル、ヲ得スシテ其頒布ノ前後ニヨ  
 リテ一方ハ一方ヲ廢スルノ効力アルモノトス尙ホ此點ニ關シテハ次

條ニ説ク所アル可シ

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

本條ハ普通刑法ト特別法トノ關係ヲ規定シタルモノナリ普通刑法トハ一般ノ人民ニ適用スル所ノ事件ヲ規定スルモノニシテ予現ニ講スル所ノ刑法是ナリ特別法トハ職業又ハ其他ノ理由ニ因リテ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事ヲ規定スル諸罰則ニシテ本條ニ所謂法律規則ナル者是ナリ例ヘハ新聞紙條例出版法郵便條例若クハ鐵道稅關賣藥等ニ關スル罰則ハ則チ特別法ナリ何故ニ刑法ト特別法トヲ區別シテ之ヲ規定シタルカ曰ク刑法ニ規定スル所ノ者ハ確乎動カスヘカラサル者ニ非スト唯モ然レモ何

普通刑法  
特別刑法  
係トノ關係

ノ時何ノ國ヲ問ハス概チ其軌ヲ同クスルヲ以テ容易ニ改定變更スヘキ者ニ非ス然ルニ特別法ハ時勢ノ變遷ト需要トニ應ジテ彼ニ用アリテ此ニ不用ナルカ如キテ屢生スルヲ以テ其改定變更モ亦屢チラサルヲ得ス故ニ若シ刑法中ニ混入シテ規定セハ容易ニ動カスヘカラサル刑法ヲシテ頻々變更シ從ヒテ非常ノ困難ヲ來スニ至ル可シ又刑法ハ多ク命令スル事ヲ避ケテ禁止スル事ヲ規定ス特別法ハ之ニ反シテ其掲載スル所ハ多ク命令スル事ニ在リ此ノ如ク刑法ト特別法トハ之ヲ區別スルノ必要甚々多キヲ以テ立法者ハ特ニ此二種ノ法ヲ立テタルナリ

學理上ヨリ之ヲ論スレハ二法ノ區別セサル可カラサルヤ此ノ如シ然レモ我刑法ハ特別法ノ域内ニ闖入シテ規定シタル所少シトナサス例ヘハ郵便ニ關スル罪若クハ電信ニ關スル罪ノ如キハ須ラク郵便條例

又ハ電信條例ニ規定スヘキニ刑法ニハ其罪ノ重大ナル者ノミヲ探ヒ  
 テ之ヲ編入セリ故ニ同種類ノ罪ニシテ二法ニ跨リテ規定スルカ如キ  
 不都合ヲ生ス又刑法ハ危害品及ヒ健康ヲ害スヘキ物品ノ製造所ヲ創  
 設シタル罪ハ之ヲ第二百五十條ニ規定ス此等ノ罪モ亦特別法ニ規定  
 スヘキモノナリ何トナレハ特別法ニ於テ如何ナル製造所ヲ指シテ危  
 害ヲ生シ健康ヲ害スヘキ製造所トナスカヲ規定セサルキハ漠然トシ  
 テ判明ナラサルヲ以テ適用上奇怪ノ結果ヲ生スルニ至ル可ケンハナ  
 リ然リ而シテ現時本條ニ關シタル特別法ノ制定アルトナシ是ヲ以テ  
 吾人カ認メテ刑事ノ責ヲキ所爲ナリトシテ建設シタル製造所モ裁判  
 所ニ依リテ第二百五十條ヲ適用スヘキ所爲ナリト認定セラル、  
 キテ保スヘカラス此等ハ即チ刑法カ特別法ノ域内ニ闖入シタルヨリ  
 生スル弊害ナリトス

本條第一項ニハ刑法ニ罰スヘキ正條ナクシテ特別法ニ正條アル時ハ  
 特別法ヲ適用スト云フヲ規定セリ而シテ其特別法ハ刑法頒布以前  
 ハ法ヲ謂フカ刑法頒布以後ハ法ヲ謂フカ將タ刑法頒布ハ前後ニ拘ハ  
 ラサルカ曰ク刑法頒布以前ノ特別法ヲ謂フモノナリ何ヲ以テ之ヲ知  
 ルカ蓋シ刑法ノ後ニ特別法ノ頒布アリテ正條相牴觸スルキハ頒布ノ  
 前後ヲ以テ後者ハ前者ヲ廢スルノ効アルカ故ニ特別法ヲ適用スヘシ  
 已ニ其正條アル時スラ後者ノ特別法ヲ適用スルモノトセハ其特別法  
 ニノミ正條アリテ刑法ニ正條ナキ場合ニハ無論特別法ヲ適用セス  
 ハアル可カラス然ルニ特別法ノ後ニ刑法ノ頒布アリテ正條ノ牴觸ス  
 ル者アル時ハ即チ刑法ヲ以テ特別法ノ刑ヲ廢シタルモノナリト雖モ  
 若シ此場合ニ於テ刑法ニ正條ナクシテ特別法ノ刑ヲ廢シタルニ非サ  
 ルカノ疑ヲ生スト雖モ敢テ然ルニ非ス通常普通法ハ特別法ヲ廢スル

ノ効力ナキヲ例トスルヲ以テ立法者ニ於テ特ニ新法ヲ以テ特別法ノ刑ヲ廢シタルコトヲ明言シタルカ或ハ彼此參照シテ廢止ノ意思明晰ナル時ニ非サレハ廢止ノ効アリト謂フヘカラス是レ我立法者カ本項ヲ規定シテ之ヲ明ニシタル所以ナリ故ニ本項ノ主旨トスル所ハ即チ刑法ハ刑法頒布以前ノ特別法ト正條ノ牴觸スル者アル時ハ特別法ヲ改メタル者ナリト雖モ若シ刑法ニ正條ナク特別法ニハミ正條ヲ存スル時ハ特別法ヲ廢シタル者ニ非スト謂フニ在リ

本條第一項ハ上ニ陳シタル如ク刑法ト刑法頒布以前ノ特別法トノ關係ヲ規定シタル者ト爲ス時ハ個ハ唯刑法頒布ノ當時ニ於テコソ必要ナレ永遠ニ必要ナル條文ニハ非サルナリ

本條第二項ハ緊要ナル條文ニシテ特別法ニ別ニ總則ヲ掲ケサル時ハ刑法ノ總則ニ依テ處斷スト云フコトヲ規定セリ蓋シ刑事全體ニ關スル

總則ハ宜ク普通刑法中ニ編入スヘキ者ナレハ特別法ノ如キ刑法ノ不完全ナル所ヲ補ヒ若クハ刑法ニ關セサル所ノ一部ノ事件ヲ規定シタル者ハ其頒布ノ前後ヲ問ハス刑法ノ總則ニ從ハサル可カラス是レ最モ至當ナル規定ト謂フヘシ

特別法中例へハ新聞條例出版法等ニ此條例ヲ犯シタル者ハ刑法ノ自首輕減再犯加重數罪俱發ノ例ヲ用ヒスト有ルカ如キハ刑法總則ノ例外ヲ規定シタル者ナレハ敢テ刑事ニ關スル總則ヲ掲ケサルニ非ス故ニ此ノ如キ特別法ニハ總テ此刑法ノ總則ヲ適用スヘカラサルカ如シト雖モ敢テ然ルニ非ス即チ宥恕減輕酌量減輕等ハ總テ刑法ノ總則ニ從フモノトス故ニ本項ノ精神ハ特別法ニ刑法總則ノ例外ヲ規定シタル者ノ外ハ刑法ノ總則ヲ適用スト云フニ在ルヲ知ル可シ

諸君、予ハ以上縷述スル所ニ由リテ第一編第一章法例ハ殆ト其要領

ヲ解説シタリト思惟ス然リト雖モ我刑法ハ第一章ノ下ニ於テ人ト場  
所トニ關スル刑法ノ勢力ヲ規定セサルヲ以テ外國交際ハ頻繁ナル今  
日ニ際シテ數多ハ困難ナル問題ヲ生ス故ニ予ハ此ニ至リテ此等ハ問  
題ヲ詳説セサル可カラサル場合ニ到達セリ是レ曾テ諸君ト約スル所  
ナリ予ハ便宜上其問題ヲ三個ニ區別シテ解説セン

第一 日本人外國ニ在リテ罪ヲ犯シタル時

第二 外國人外國ニ於テ日本ニ對シテ罪ヲ犯シタル時

第三 外國人日本ニ於テ罪ヲ犯シタル時

諸君ハ此三問ヲ一見シタルノミニテモ最モ緊要適切ナル問題ナルコ  
ヲ知了セラル可シ抑此等ノ問題ハ刑法ニ規定シ其適用ヲシテ一目瞭  
然タラシメサル可カラサルニ曾テ陳ヘタリシ如ク草案ニハ之ヲ掲載  
シタリシカ我立法者ノ放棄スル所トナレリ實ニ大遺憾ト謂フヘシ是

故ニ予ハ學說ニ因リ草按ニ徴シテ此三個ノ場合ニ遭遇セハ之ヲ如何  
ニスルカヲ辯明セン但シ此ニ草按ノ全文ヲ知ルハ最モ必要ナリト信  
スルニ因リ左ニ之ヲ掲載スヘシ諸君ハ熟讀玩味シテ而シテ後ニ予カ  
講説ヲ聽カレナハ思半ハニ過クル者アラフ

草按

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シ若クハ國幣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於テ處斷ス  
若シ其罪ヲ犯シタル外國ニ於テ已ニ確定ノ裁判ヲ受ケタル者ハ再ヒ  
之ヲ裁判スルコトナシ

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  
ル時ハ左ノ條件ヲ具備スルニ非サレハ日本ノ法律ニ依テ處斷スルコ  
ト得ス

- 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、日本國ノ法律及ヒ即チ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發着シタル時

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

刑ス

第八條 外國人外國ニ在テ日本國ニ對シ第四條ニ記載シタル罪ヲ犯シ

タル者外國ニ於テ確定ノ裁判ヲ受ケスシテ日本國ニ來ル時ハ日本ノ

法律ニ依テ處斷ス

是ヨリ前ニ掲ケタル三個ノ問題ニ付キ説明スヘシ

第一 日本人外國ニ在リテ罪ヲ犯シタル時

本問ハ甚ク緊要ニシテ獨リ學問上ノミナラス實際上ニ於テ之ヲ詳解

スルノ必要アリ茲ニ日本人外國ニ於テ我國通用ノ貨幣ヲ偽造シタル

者アリトセンニ此所爲タルヤ吾人ハ其犯處ノ外國タルニモ拘ハラ

日本  
人  
外  
國  
ニ  
在  
リ  
テ  
犯  
ス  
ル  
場  
合

之ヲ罰スルノ必要ヲ感ス何トナレハ若シ之ヲ寬恕シテ處罰セザレハ  
我國ノ安寧ヲ維持スヘカラサルヲ以テナリ然レモ日本人外國ニテ日  
本人ヲ毆打シタルヲ有リトセンニ吾人ハ其所爲ヲ罰スルノ必要ヲ感  
スルヲ無シ何トナレハ其所爲タル我國ノ安寧ヲ害スルヲ無キヲ以テ  
ナリ此ノ如ク犯罪ノ種類ニ因リテ罰スヘキ必要アル者ト無キ者ト有  
リ是故ニ刑法ハ特ニ其罰スヘキ必要アル犯罪ヲ規定セサル可カラ  
ス否ヲサレハ則チ如何ナル犯罪ハ之ヲ罰シ得ルヤ又之ヲ罰スルヲ得サ  
ルヤヲ明知スルヲ得ス是レ即チ草按第四條及ヒ第五條ニ特記シタル  
所以ナリ我立法者ノ之ヲ削除シタルハ余何ノ故タルヲ知ルヲ得ス只  
願フニ或ル外國人ハ我國ニ於テ治外法權ヲ有スルヲ以テ外國交渉上  
ノ事ハ刑法ニ規定セサルモ可ナリト思惟セシニ出テタルナラン夫レ  
日本人外國ニ於テノ犯罪ハ刑法ノ規定スル所トナラス即チ刑法ヲ適

用スル者若クハ講究スル者ハ安ソ其如何ナル罪ハ之ヲ罰シ得ルヤ又  
 其之ヲ罰スルヲ得ルノ理由如何ヲ極メスシテ可ナランヤ  
 夫レ日本人國內ニ於テノ犯罪ニ對シテ直チニ我刑法ヲ適用シ得ルハ  
 毫絲モ疑問ノ生スヘキナシ唯外國ニ在リテ罪ヲ犯シタル時ハ其社會  
 已ニ異ナリ故ニ直チニ我刑法ヲ以テ罰スルヲ得ルヤ否ヤ疑問ナキ  
 能ハス此事ニ關シテハ學者間ニ於テ異論アリ一ハ刑法ハ人ニ屬スル  
 者ナリト云ヒ一ハ刑法ハ土地ニ屬スル者ナリト云フ此二個ノ説ハ歐  
 洲各國ニ於テ古來學者ノ痛論スル所ナリ今之ヲ以テ我刑法ヲ論スル  
 ハ果シテ正理ニ合スルヤ否ヤ又我輩カ支持スル所ノ説ハ果シテ何ク  
 ニ在ルカ個ハ以下説ク所ニヨリテ明ニスルコト得ヘシ  
 第一説 刑法ハ人ニ屬スル者ナリ故ニ其國人民ノ犯罪ハ犯處ハ内外  
 ナ問ハス悉ク其國刑法ノ支配ヲ受クル者トス蓋シ刑法ニ於テ罰スル

所ノ所爲ハ悉ク非行ナリ非行ハ何レノ國ニ於テモ非行ニシテ國ニヨ  
 リテ其性質ヲ變更スル者ニ非ス之ヲ以テ假令日本人外國ニ於テ罪ヲ  
 犯スモ其所爲タル我刑法ノ規定スル所ノ者ナラハ則チ當然我刑法ヲ  
 以テ罰スヘキ者ナリ

此説ハ其基礎ヲ純正主義ニ取リタル者ナルカ故ニ其當ヲ失ヘルコトハ  
 固ヨリ言テ俟タス且我立法者ノ刑法ヲ編纂スルヤ既ニ折衷主義ヲ取  
 リタルカ故ニ本説ヲ以テ論據ト爲スハ是レ柄鑿容レサル所ノモノナ  
 リ夫レ非行ハ何レノ國ニ於テモ非行ナリト雖モ唯其非行タルカ故ニ  
 刑罰ヲ受クル者ニ非ス若シ非行ナリトシテ罰スヘキ必要ナキ者ヲ罰  
 スル時ハ是レ即チ社會ハ刑罰權ナクシテ人ニ苦痛ヲ與フル者ト謂フ  
 ヘシ是レ此説ノ取ル可カラサル所以ナリトス

第二説 刑法ハ土地ニ屬スル者ナリ業已ニ刑法ハ勢カハ其國ハ主權

ヲ及ホス管内ニ限ルヲ以テ主權ハ及ハサル外國ニ於テハ犯罪ハ假令其國人民ナルモ之ニ刑罰ヲ加フルヲ得ス是ニ由リテ日本人外國ニ於テ罪ヲ犯シタル時ハ所爲ノ如何ニ拘ハラス犯者ノ如何ニ拘ハラス又被害者ノ如何ニ拘ハラス我國主權ノ及ハサル所ナレハ犯者ノ我國ニ歸來シタルニモセヨ又外國ヨリ告訴アルニモセヨ我刑法ヲ以テ支配スルヲ得サルナリ

此說ハ理論上實行上共ニ不都合ヲ生スル所ノ者ナリ我主權ノ外國ニ及ハサルハ固ヨリ當ニ然ルヘキ所ナリト雖モ予カ今日研究セント欲スル者ハ即チ日本人外國ニ於テ罪ヲ犯シタル者アル時ハ我國之ヲ所罰スルノ權利アリヤ否ヤヲ證明スル問題ニシテ素ヨリ我主權ヲ外國ニ及ホシ之ヲ執行スルヲ得ルヤ否ヤヲ見ルニ非サルナリ即チ予カ見ントスルハ權利ノ有無ナリト雖モ本說ハ即チ權利ノ執行ヲ謂フ者ナ

リ權利ノ執行ハ固ヨリ別個ノ問題ニ屬スル者トス又本說ニ據ル時ハ外國ニ於テノ犯罪ナル時ハ其所爲ノ不善ナルト其所爲ヲ罰スルノ必要アルトニ關セス悉ク我刑法ヲ以テ罰スルヲ得サル者ト謂ハサル可カラス本說ヲシテ此ノ如クナラシメハ我國ハ如何ソ其安寧ヲ保維ス可クシヤ又我日本國ノ如キハ四面繞スニ海ヲ以テスルカ故ニ外國ト境界ヲ接スルヲ無シ因テ國人外國ニ於テノ犯罪ニ關シテ實例ヲ見ルヲ稀ナリト雖モ佛國ノ如キハ他國トノ境界相密接スルヲ以テ現ニ其例ヲ見ルヲ有リト云フ凡ソ外國ニ於テノ犯罪ナリヤ否ヤヲ定ムルハ唯其國ノ境界ニ因リテ定ムル者ニシテ境土ヲ出ツルヲ數武正サニ之ヲ外國ト稱セサル可カラス然レモ大國間ノ境界ハ互ニ相密接シテ固ヨリ判然區劃セラル、者ニ非スシテ唯無形上境界アリト爲スニ過キス夫レ境界スラ分明ナラサル程ニ密接シタル境土ニ於テ其境ヲ出

ツル儘々數武ノ處ニ於テ罪ヲ犯シ直チニ境内ニ逃ク來リタル者アルニ當リ尙ホ外國ニ於テノ犯罪ナリトシテ之ヲ不問ニ附シ良民ト同シク伍セシメテハ其國ノ安寧何ヲ以テ保維スヘケンヤ乃チ知ル第二説ノ取ルニ足ラサルヲ

以上第一説第二説共ニ取ルニ足ラス英國ノ如キハ現ニ第二説ヲ採用シテ外國ニ於テノ犯罪ハ之ヲ罰セサルヲ原則トシタリシト雖モ實際屢不都合ヲ醸成スルヲ以テ後數個ノ例外ヲ定メタリト云フ其他歐洲各國ハ兩説中何レヲモ採用セスト云フ然ラハ日本人外國ニ於テノ犯罪ハ如何ニ之ヲ處分スヘキカ予ハ以下オルトラン氏ノ説ヲ敷衍シテ解釋セン我草按起草者モ亦氏ノ説ニ依リタル者ナレハ氏ノ説ニ由リテ講スルハ適當ナル可シ  
外國ニ於テ犯シタル罪ヲ罰スルハ權アリヤ否ヤハ社會刑罰權ニ基キ

テ立論セサル可カラス凡ソ社會カ刑罰ヲ施シ得ルハ道德ニ背キ併セテ社會ヲ害シタル所爲ナラサル可カラサルヲ以テ假令外國ニ於テ犯シタル罪ナルモ苟モ道德ヲ破リ我社會ヲ害シタル者ナラシメハ疑モナク之ヲ罰スルヲ得ヘシ換言スレハ我社會ハ其保存ヲ圖ルノ必要アル時ハ刑罰權ヲ主張スルヲ得ヘキナリ故ニ此論旨ヨリ推究スレハ前ノ二説トハ殆ト關係スルトナシ然レモ強ヒテ二説ニ適應ヒシメントセハ此説ハ二説ヲ合セタル者ト謂フヲ得サルニ非ス内國ニ於テ犯シタル罪ハ之ヲ罰スルニ内外國ノ人ヲ問ハサル點ハ即チ刑法ハ土地ニ屬スル者ナリ其外國ニ於テ犯シタル罪ニ付キテハ犯罪ノ種類ニヨリテ罰スルハ即チ刑法ハ人ニ屬スル所ナリ故ニ此説ニ從ヘハ刑法ハ土地ニモ屬シ又人ニモ屬スト謂ハサル可カラサルナリ  
一般ヨリ觀察テ下セハ日本人カ外國ニ於テ犯シタル所爲ハ道德ニ背

クモ、我社會ヲ害スルヲ無シ、從ヒテ之ヲ罰スルハ必要ナシ、然リト雖モ、所爲ノ性質ニ由リテハ唯道德ニ背クハミナラス、直接ニ我社會ニ對シテ損害ヲ與フル所ハ者アリ、此等ノ所爲ハ之ヲ罰スルハ必要アリトス例ヘハ日本人外國ニ在リテ皇室ニ對スル罪、内亂及ヒ外患ニ關スル罪、貨幣ヲ偽造スル罪、官文書偽造ノ罪等ヲ犯ス如キハ直接ニ我國ヲ害ス故ニ我刑法ハ此等ノ罪ニ對シテハ之ヲ罰スル權利アリト謂ハサル可カラス、否必然罰シテ以テ刑法ノ輕侮スヘカラサル威力ヲ示サ、ル可カラサルナリ

此說ニ對シテハ數多ノ駁論アリ之ヲ掲ク併セテ其妄ヲ辯セン  
或曰ク外國ニ於ケル犯罪ニシテ直接ニ我社會ヲ害スル者ハ之ヲ罰スルノ必要アリト雖モ之ヲ罰スルニ付キテハ如何ナル手段アルカヲ見  
ンニ外國政府ヨリ犯人ノ引渡ヲ得サル可カラス若シ外國政府ニ於テ

犯人引渡ノ請求ニ應セサルヲ有ル時ハ之ヲ如何ニセントスルカト此駁論ハ刑罰權ノ有無ヲ論スルニ非スシテ執行ニ關シテ議スル者ナレハ予カ此ニ外國ニ於テノ犯罪ヲ罰スル權利ニ關シテ陳フルニ際シ此等ノ駁論ハ毫モ畏ル、ニ足ラサルナリ

或曰ク日本人外國ニ於テ罪ヲ犯ス時ハ其外國ノ社會ヲ害シタル者ナリ果シテ然ラハ其國ニシテ其犯罪ヲ罰スルノ必要アレ何ソ我國ニ於テ故ラニ之ニ干涉スルノ必要アラフヤト此駁論ハ少シモ理ニ適セサルナリ日本ニ於テ罰スル所以ハ彼ノ社會ノ爲メニスルニ非スシテ我社會ノ安寧ヲ維持センカ爲メ即チ我社會ハ之ヲ罰シテ保存ヲ圖ルノ必要アルカ爲メナレハ此論ノ如キハ駁論トスルニ足ラサルナリ而シテ外國ニ於テノ犯罪ハ決シテ内國ヲ害スルヲ無シト斷言スルヲ得サルハ既ニ前ニ述フルカ如ク犯罪ノ種類ニヨリテ罰スヘキ者ト罰スヘカ

ラサル者ト有リト云ヒシノミニテモ了解スルヲ得ヘシ  
 以上説明スル所ニ由リテ我國ハ我刑法ヲ以テ國人外國ニ於テハ犯罪  
 ヲ罰スルノ權利アルトト之ヲ罰スルハ刑法ノ原則即チ社會刑罰權ニ  
 基ク者ナルトトヲ知ルヲ得ヘシ但シ如何ナル種類ノ罪ハ之ヲ罰シ得  
 ル者ナリヤ之ヲ確言スルハ最モ困難ナリトス茲ニ又オルトラン氏ノ  
 説ニ據リテ之ヲ解説セシ

オルトラン氏曰ク外國ニ於テハ犯罪ト雖モ内國ハ公安ヲ害シタル者  
 ナルキハ之ヲ罰スルノ必要アリト此語ヲ反言スルハ外國ニ於テハ犯  
 罪ヲ罰スルニハ内國ノ公安ヲ害シタル者ナラサル可カラスト云フニ  
 在リ故ニ此説ニ據ル時ハ罰スヘキ犯罪ノ範圍甚ク汎キカ如シ今日本  
 人外國ニ在リテ帝室ニ對スル罪内亂ニ關スル罪又ハ内國通用ノ貨幣  
 チ偽造シ若クハ御璽國璽官印ヲ偽造スル罪ヲ犯ス時ハ直接ニ我社會

ノ安寧ヲ害スルヲ以テ犯處ノ外國タルニ拘ハラス之ヲ罰スル必要ア  
 ルナリ是レ草按第四條ノ明言スル所トス此種ノ犯罪ヲ罰スルニ付キ  
 テハ犯人ノ我國ニ歸來スルヲ必要トスル乎或ハ其外國ニ在ル時ハ之  
 チ罰スルヲ得サル乎曰ク犯人ノ我國ニ歸來スル時ハ無論罰スヘキ者  
 ナリト雖モ必スシモ歸來スルヲ要セス其外國ニ在ル時ト雖モ亦之ヲ  
 罰スルノ必要アリ故ニ此場合ニハ外國政府ニ向ヒテ犯人引渡ヲ請求  
 セサル可カラス外國政府其請求ニ應セサル時ハ欠席裁判ヲ爲スヘキ  
 者トス凡ソ犯人引渡ノ事ニ付キテハ外國條約書ニ規定スル有リ又規  
 定セサル有リ規定セサル時ハ引渡スト否ヤトハ固ヨリ其國ノ自由ナ  
 リト雖モ之ヲ引渡ステテ至當ノ事トナス但シ犯人引渡ニ關シテハ  
 論説スヘキノ點多ク之アリト雖モ此ニ之ヲ略シ以テ本講ニ直接ナル  
 問題ノミヲ論スルコトセン

又、日本、外國、ニ在リテ、直接ニ、外國ノ、安寧ヲ、害シタル、罪ヲ、犯シタル、時、ハ、罰スヘキ者ナリヤ、如何、又、日本、外國、ニ在リテ、我國ノ、一私人ニ、對シ、重大ナル、罪ヲ、犯シタル、時、ハ、罰スヘキモノナリヤ、如何、外國ニ在リテ、外國通用ノ、貨幣ヲ、偽造スルカ、若クハ、日本人ヲ、殺傷スルモ、我國社會ヲ、害スルコト、無シ、故ニ、之ヲ、罰スルコトヲ、得ス、然レモ、此等ノ者若シ、我國ニ歸來スル時、ハ、我社會ニ、危險ヲ、與ヘ、即チ、我公安ヲ、害スルヲ、以テ、我國ハ、我社會ノ、保存ヲ、圖ルカ、爲メ、之ヲ、罰スルノ、必要アルナリ、但シ、此等ハ、固ト、其犯罪カ、直接ニ、我安寧ヲ、害シタル者ニ、非サルヲ、以テ、之ヲ、罰スルニ、付キ、犯人歸來ヲ、必要トスル外ニ、尙ホ、數多ノ、條件ヲ、要スル者トス、請フ、草按、第五條ヲ、參看セ、ラ、レ、ヨ

日本、外國、ニ於テ、外國ノ、安寧ヲ、害シタル、罪ヲ、犯シタル者若シ、我國ニ歸來スル時、ハ、之ヲ、罰スヘシト、雖モ、其罪タル、國事ニ、關スル者ナルトハ、

之ヲ、罰スルヲ、得サルナリ、何トナレハ、國事ニ、關スル罪ハ、其國ノ、組織權ヲ、害スト、雖モ、我國ヲ、害スル所アルコト、無ク、レハ、ナリ、又、其國ニ、定メタル、特別ノ、警察規則ニ、違背シタル者モ、亦罰スルコトヲ、得ス、何トナレハ、警察ノ、專タル、單ニ、一地方ノ、取締ニ、關スルヲ、以テ、之ニ、違背スルモ、敢テ、我國ヲ、害スルコトヲ、タ、レハ、ナリ

又、外國ニ、於テ、ノ、犯罪ニ、付キ、犯人歸來スト、雖モ、之ヲ、罰スルコトヲ、得サルコトアリ、即チ、其所爲タル、道德ニ、背キ、社會ヲ、害スル者ト、雖モ、之ヲ、罰スルニ、當リテ、ハ、大小、輕重ノ、度ヲ、量ラサル可カラス、而シテ、若シ、其罪ノ、度甚ク、輕且小ナル者ニ、至リテハ、之ヲ、罰スルコトヲ、得ス、何トナレハ、其犯罪ヨリ、生スル、危害カ、我公安ヲ、害スルニ、足ラザレハ、ナリ、例ヘハ、日本人、外國ニ、於テ、日本人ト、喧嘩口論ヲ、爲シ、又ハ、毆打ヲ、爲シテ、我國ニ、歸來スルコト有リトスルモ、之カ、爲メニ、我社會ヲ、害スルニ、非サルナリ、唯如何ナル犯

罪ハ之ヲ重シトシ又之ヲ輕シトスルカ其程度ヲ區別スルト困難ナリ  
 トス此困難ヲ生スルヨリシテ説ヲ爲ス者アリ曰ク罰スヘキ犯罪ハ之  
 ヲ兩國條約ニ規定シテ以テ判然區別ヲ立ツヘシト個ハ大ニ議論ノ主  
 旨ヲ誤ル者ナリ蓋シ條約ナル者ハ國ト國トノ關係如何ヲ規定シタル  
 者ニシテ予カ此ニ説ク所ハ國ト國トノ關係如何ニ非スシテ立法上我  
 國ニテ罰シ得ル犯罪ハ如何ナル者ナリヤヲ定ムルニ在レハ此説ノ如  
 キハ實ニ刑罰ノ問題ニ屬スルナリ  
 以上解説スル所ヲ約言スレハ日本人ハ外國ニ於テ犯シタル罪ヲ罰ス  
 ルヲ得ル者ハ直接ニ我國ノ安寧ヲ害シタル罪ニシテ此等ハ犯人ハ歸  
 來スルヲ要セス直チニ之ヲ罰ス其直接ニ我安寧ヲ害セサル罪ニテモ  
 我社會ヲ害スルノ最モ大ナル者ハ犯人ハ歸來シタル時之ヲ罰ス又外  
 國ノ安寧ヲ害シタル罪モ亦犯人ハ歸來シタル時之ヲ罰ス但シ外國ノ  
 諸君、予ハ日本人外國ニ於テ日本國ニ對シテ罪ヲ犯ス時ハ我社會ハ  
 之ヲ罰スルノ權アリ而シテ其罰スヘキ犯罪ノ種類ハ如何ナル者ナル  
 カヲ述ヘタリ然レハ我刑法ハ之ヲ規定セス即チ我刑法ニ正條ナシ故  
 ニ實際日本人ハ外國ニ於テ罪ヲ犯シタル時ハ我刑法ヲ適用スルヲ得  
 ルヤ否ヤ是レ大ニ研究スヘキノ問題ナリトス然レハ這ハ外國人ハ外  
 國ニ於テ日本ニ對シタル犯罪ヲ解説スルニ當リテ併セテ論スル所ア  
 ラントス因テ是ヨリ步ヲ轉シテ章按第四條第五條ニ就キテ聊カ解説  
 セント欲ス蓋シ之ヲ解説スルノ最モ緊要ナルヲ信スレハナリ

現行刑罰法ニ於テ  
 自國法ニ依リテ  
 犯シタル罪ヲ罰スル  
 事ハ各國ノ通例ナリ  
 然レハ我刑法ニ正條  
 ナシ故ニ實際日本人  
 ハ外國ニ於テ罪ヲ犯  
 シタル時ハ我刑法ヲ  
 適用スルヲ得ルヤ否  
 ヤ是レ大ニ研究スヘ  
 キノ問題ナリトス

(章按第四條 云々)

本條ニ掲載シタル犯罪ハ予カ前ニ述ヘタリシ直接ニ我社會ヲ害シタ  
 (第五條) 第一編 第一章 法例



ル所ノ者ナリ故ニ之ヲ罰スルニハ犯人ノ歸來スルヲ要セス又被害者若クハ外國政府ヨリ日本政府ニ告訴告發ヲナスコトヲモ要セス唯ク一ノ要件アリ即チ本條第二項ニ所謂犯人罪ヲ犯シタル外國ニ於テ未ダ確定ノ裁判ヲ經サル事是ナリ蓋シ本項ヲ設ケタル所以ハ外國ニ於テ已ニ確定裁判ヲ經タル者ヲ再ヒ我國ニ於テ裁判スル時ハ一事不再理ト云フ原則ニ背反スルヲ以テナリ然リト雖モ本項ハ何故ニ之ヲ設ケタルカ解スル能ハサル者アリ茲ニ日本人外國ニ於テ我國ニ對シ我國刑法第二編第二章ノ罪ヲ犯シタル者アリトセシニ此犯罪タル我國ノ組織ニ害ヲ及シタル罪ナルカ故ニ我國ニコソ害アレ外國ニハ毫モ害アルコト無シ即チ外國ニ於テ之ヲ罰セシニハ此等ノ犯罪ニ對シテ如何ナル名ヲ附セントスルヤ例ハ外國人日本ニ在リテ其國政府ヲ顛覆セシトスル者アル時ハ我國刑法ハ之ヲ處分スルノ正條アルコトナシ刑法中

政府ヲ顛覆シ云々ト規定シタルハ我政府ヲ指シタル者ニシテ決シテ外國政府ヲ指シタル者ニ非サルナリ是ト同シク日本人外國ニ在リテ我國刑法第二編第二章ノ罪ヲ犯シタル者アル時ハ外國ノ刑法ニ於テ之ヲ罰スルノ正條ナキヤ明ナリ即チ此等ノ犯罪ハ外國ニテ罰スヘカラスル所ノ者ナリ既ニ罰スヘカラスル所ノ犯罪ナル時ハ外國政府ハ之ヲ罰スルコトナシ既ニ之ヲ罰スルコト無キ時ハ外國ニ於テ確定裁判ヲ經ルコトアルコト無シ其レ然リ然ルニ本項ニ外國ニ於テ確定裁判ヲ經タル云々ト掲載シタルハ如何ナル故ソヤ又茲ニ一例ヲ擧ケンニ日本人外國ニ在リテ我國通用ノ貨幣ヲ偽造シテ行使シタル者アリトスル時ハ其偽貨ヲ行使シタル點ハ即チ外國ヲ害スルヲ以テ外國ニテハ詐欺取財ノ罪ニ問フコト有ル可シ然ルニ犯人已ニ確定裁判ヲ經タル時ハ如何草案ニ從フ時ハ之ヲ罰スルコトヲ得サルナリ是レ草案ノ不可ナル點ニ

シテ假令犯人確定裁判ヲ經タルトハイヘ其裁判ハ即チ外國ノ裁判ナ  
 リ我社會ヲ直接ニ害シタル犯人ヲ罰スルニ當リ又何ソ外國ニ於テノ  
 裁判ノ有無ヲ問フヲ要センヤ且之ヲ罰セサル者トスル時ハ最モ重キ  
 貨幣偽造罪ハ終ニ問フヲナクシテ止ミ輕キ詐欺取財ノ罪ノミヲ罰ス  
 ルカ如キ罪刑相應セサル結果ヲ生スヘシ是ニ由テ之ヲ觀シハ草按第  
 四條第二項ハ何ソノ點ヨリ論スルモ善美ナル所アルコト無シ

(全第五條 云々)

本條ニ就キテハ別ニ説明スヘキ所ナシ唯其各項ヲ通讀スル時ハ一ノ  
 缺點トモ稱スヘキ條件アリテ存不茲ニ日本人外國ニ於テ日本人ヲ謀  
 殺シタル者已ニ外國ニ於テ處斷ヲ經テ刑ノ執行中ニ逃走シテ日本ニ  
 歸來スル者アル時ハ本條ニ從ヘハ之ヲ罰スルヲ得サル可シ何トナレ  
 ハ第二項ニ依レハ罪ヲ犯シタル國ニ於テ已ニ確定ノ裁判ヲ受ケタル

外國人  
 於日本  
 犯罪  
 對外國  
 場合

時ハ日本ノ法律ニ依テ處斷スルコトヲ得サレハナリ然リト雖モ刑ヲ免  
 レタル兇徒ヲシテ良民ト伍テ同フセシメ以テ我社會ノ秩序ヲ維持ス  
 ヘキヤ否ヤ何人ト雖モ之ヲ然リト云フモノナカル可シ本條ノ之ヲ規  
 定セサルハ缺點ト謂フヘキノミ

第二 外國人外國ニ於テ日本ニ對シテ罪ヲ犯シタル時

予ハ本問ヲ詳解スルニ當リテモ亦彼ノオルトラン氏ノ說ニ基クヘシ  
 氏ノ說ニ由レハ外國ニ於テハ犯罪ニシテ内國ノ公安ヲ害シタル者ハ  
 其犯人ハ内國人タルト外國人タルトヲ論セス之ヲ罰スルコトヲ得ヘシ  
 是故ニ外國人外國ニ在リテ日本國ニ對シテ直接ニ我安寧ヲ害シタル罪  
 即チ國事ニ關スル罪又ハ貨幣偽造罪等ヲ犯ス時ハ其外國人タルニ拘  
 ハラス我國ハ之ニ對シテ隱然刑罰權ヲ有スル者ナリ唯其外國人タル  
 ハ故テ以テ直チニ刑罰權ヲ實行スルコト能ハサルハミ乃チ之ヲ罰スル

ニハ犯人ハ我國ニ現在スルヲ必要トスルナリ蓋シ日本人ナラハ歸來セサルモ直チニ缺席裁判ヲ爲スヲ得缺席裁判ヲ爲セハ其權利ニ影響ヲ及ボス鮮カラズ然レモ外國人ノ外國ニ在リタル者ニ對シテハ缺席裁判何ノ用カアル故ニ外國人外國ニ於テ日本國ニ對シテ罪ヲ犯シタル者ヲ罰スルニハ犯人日本國ニ入り來ルカ若クハ外國ヨリ交附ヲ得タルトナラサル可カラス但シ其犯人ノ引渡ヲ得ルハ到底希望スヘカラサルノ事トス蓋シ日本人ニシテ外國ノ法律ニ觸ル、者アル時我政府ハ甘シテ其犯人ヲ彼ニ引渡サ、ル可シ是ト同シク外國政府モ亦何ソ其國人ヲ我ニ引渡スヲ爲サシヤ唯理論上其引渡ヲ得タルトハ之ヲ罰スルヲ得ヘシト想像スルニ過キス故ニ實際ハ唯犯人ノ入り來リタル時之ヲ罰シ得ルノミ

又外國人外國ニ在リテ直接ニ日本ノ安寧ヲ害スルヲ無キモ日本人ニ

對シテ重大ナル罪ヲ犯シタル時例ハ亞米利加人自國ニ於テ日本人ヲ虐殺シタル時ハ我國ハ之ニ對シテ刑罰ヲ施シ得ルカ我國ハ固ヨリ直接ノ被害者ニ非ス否我社會ノ公安ヲ害セラル、トナシ故ニ是モ亦犯人ノ入り來リタル時ニ當リテ始メテ之ヲ罰スルヲ得ヘシ何トナレハ犯人入り來レハ我公安ヲ害スルヲ少カラサシハナリ

是ニ由テ之ヲ觀レハ外國人外國ニ於テハ犯罪ハ我國ハ安寧ヲ害シタル罪又ハ其他ノ重大ナル罪ニ非サレハ犯人我國ニ現在スト雖モ之ヲ罰スルヲ得ヘシ何トナレハ罪ノ甚々輕微ナル者ニ至リテハ之ヲ罰スルノ必要ナクシハナリ但シ此等輕微ノ罪ヲ犯シタル外國人我國ニ入り來ル時ニ當リテ其民ヲシテ之ト伍セシムルヲ欲セサル時ハ我國ハ之ヲ外國ニ放逐スルノ權アルナリ

以上ハオルトラン氏ノ所說ナリ我草案ハ全ク此說ニ由リタル者ニ非

ス草案第八條ヲ見レハ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云々ト有ルニ由リ草案ハ單ニ直接ニ我國ノ安  
 寧ヲ害シタル罪ノミヲ罰スルノ精神ナリ然ルニオルトヲン氏ノ說ニ  
 由レハ既ニ前ニ述ヘシ如ク尤モ重大ナル罪例ヘハ外國人外國ニテ日  
 本人ヲ殺シタル罪ノ如キハ其犯人入り來ル時ハ之ヲ罰スルヲ得レ  
 草案ニ從フ時ハ唯其犯人ヲ放逐スルノ一手段アルノミ此ノ如ク草案  
 起草者トオルトヲン氏ト其說ヲ異ニスル所アリ吾人ハ當ニ何レニ從  
 フヘキヤ予ハ即チオルトヲン氏ヲ贊スル者ナリ  
 日本人若クハ外國人ハ外國ニ於テ日本ニ對シテ犯シタル罪ヲ罰スル  
 ニ付キ日本ノ法律ヲ適用スヘキ者ナリヤ犯處即チ外國ノ法律ハ日本  
 ノ法律ト對照比較スルニ日本ノ法律甚タ嚴酷ニシテ大ニ被告人ニ不  
 利ナル場合モ亦之アル可シ此ノ如キ時ニテモ尙ホ日本ノ法律ヲ適用

日本外國人  
 於外國  
 犯罪時  
 如何  
 適用  
 日本  
 法律  
 之  
 問題

スヘキ乎曰ク然リ理論上日本ハ法律ヲ適用スルナリ是レ草案ニ日本  
 ノ法律ニ依テ處斷ス下明言シタル所以ナリトス然リト雖モ草案ハ已  
 ニ我立法者ノ棄却スル所トナリタルヲ以テ所謂日本ハ法律即チ現行  
 刑法ヲ以テ日本人若クハ外國人カ外國ニ於テノ犯罪ヲ罰スルヲ得  
 ルヤ否ヤ予ハ方ニ此疑問ヲ解釋シテ曾テ約シタル所ノ言ヲ踐行スル  
 場合ニ到達シタリ  
 此問題ニ關シテハ學者往々議論スル所ニシテ未タ決定スル所ナシト  
 雖モ要スルニ消積二極ノ一ニ居ラサル可カラス即チ罪ノ大小輕重ヲ  
 問ハス悉ク之ヲ罰スト論スルカ又ハ總テ之ヲ罰セスト云フカ二者其  
 一ニ居ラサル可カラサルナリ予今之ヲ學理ニ考ヘ又ハ各國刑法ニ徵  
 シ若クハ刑事訴訟法ニ照スニ我日本刑法ノ勢力ハ外國ニ於テ犯シカ  
 ル罪ニ及ホスヲ得スト決セントス其理由如何曰ク刑法ハ國ノ安寧