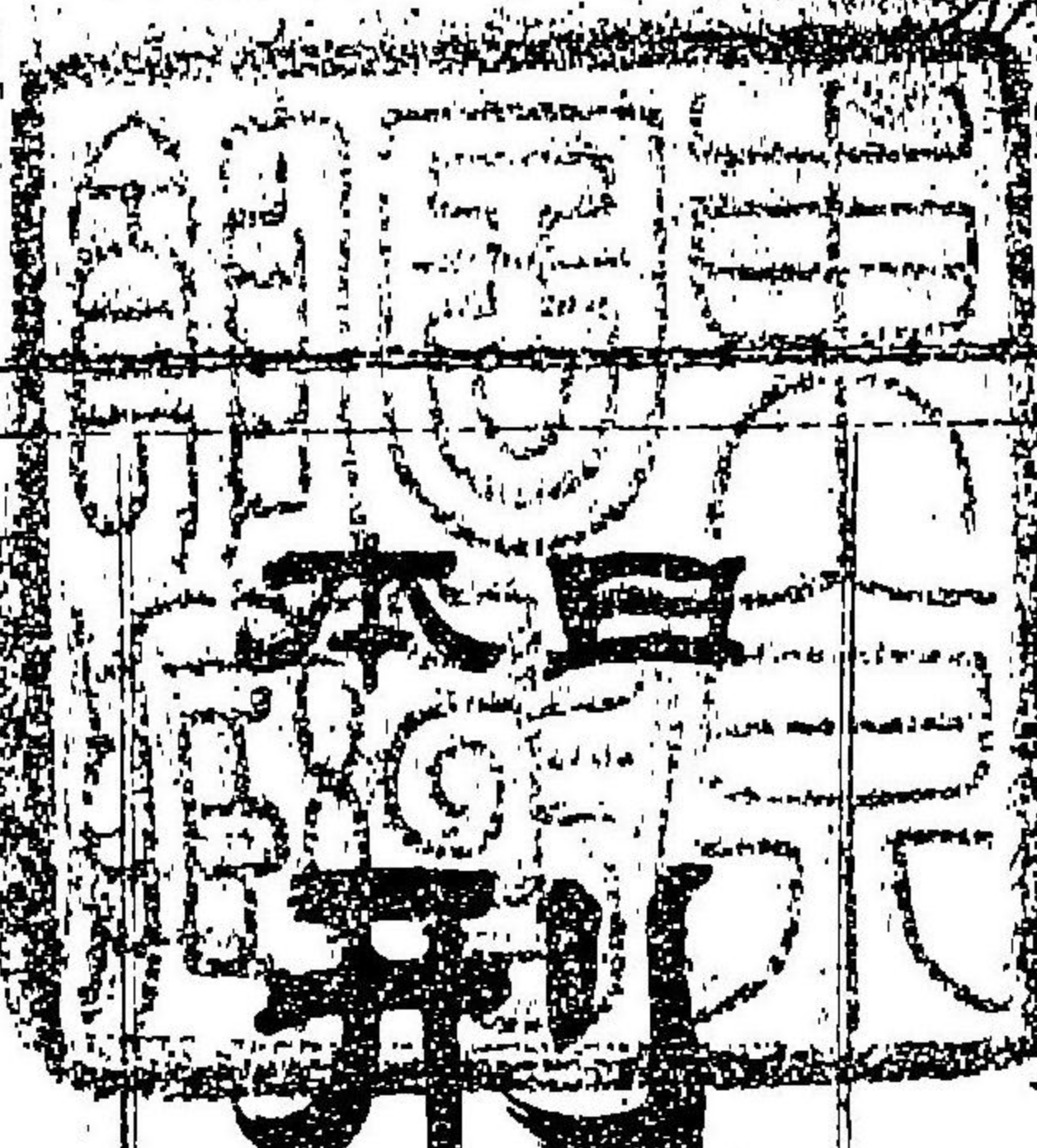


12/17/1911



法律學士
佛國法律學士

官城浩藏君講述

法講義

第一冊



版權
所有

特別認可
私立明治法律學校

講法會出版

日本刑法講義第一冊目次

緒論

一丁

法及法律ノ解

一丁

刑法ノ解

一二丁

社會刑罰權ノ基礎

一三丁

第一編 總則

四七丁

第一章 法例

四七丁

第二章 刑例

二〇八丁

第一節 刑名

二三四丁

第二節 主刑處分

二三〇丁

第三節 附加刑處分

三三五丁

第四節 徵價處分

四二七丁

目次

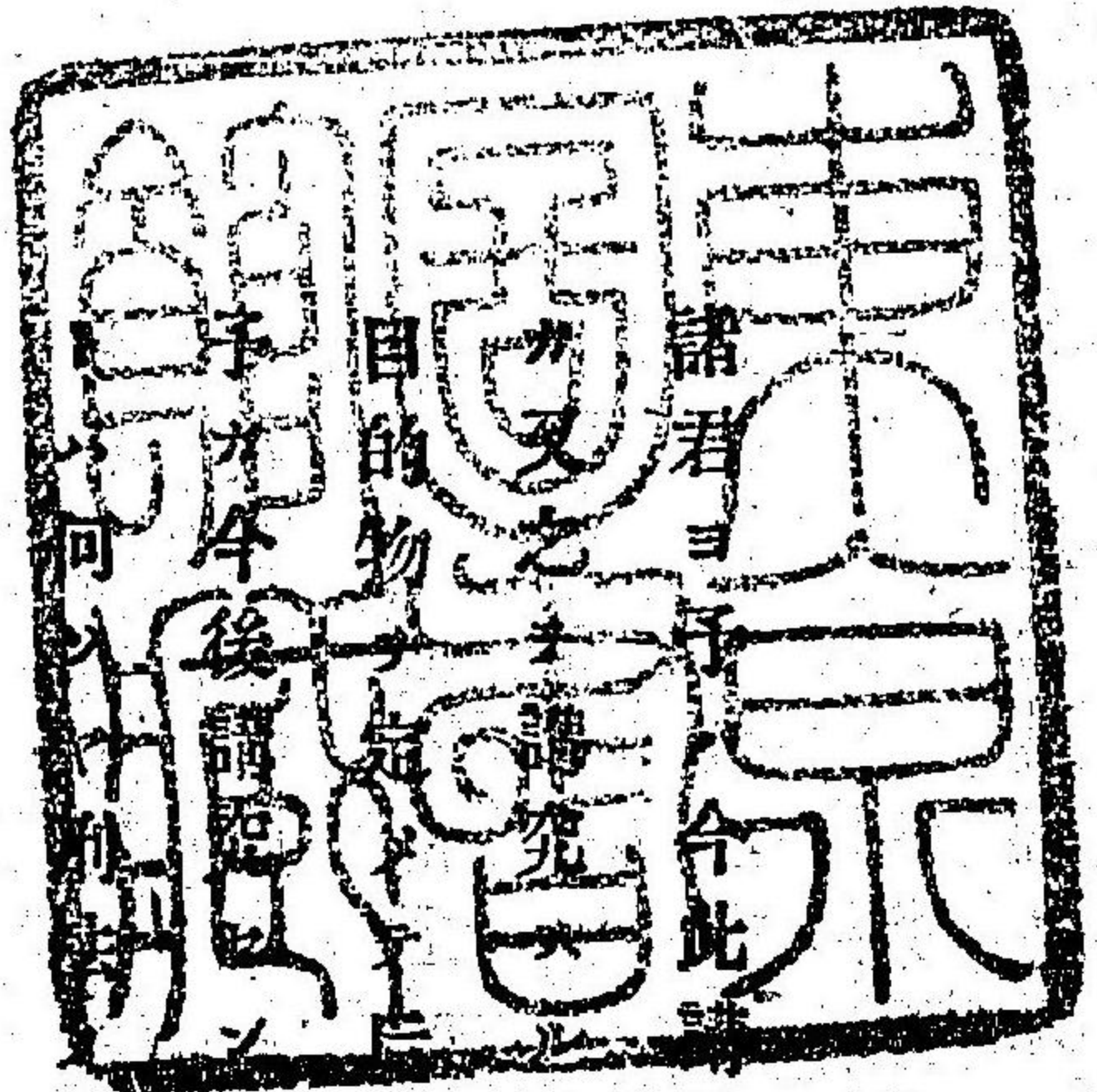
第五節	刑期計算	四三丁
第六節	假出獄	四六二丁
第七節	期滿免除	三七二丁
第八節	復權	五二〇丁
第三章	加減例	五二七丁
第四章	不論罪及ヒ減輕	五四三丁
第一節	不論罪及ヒ宥恕減輕	五四五丁
第二節	自首減輕	六二九丁
第三節	酌量減輕	六四五丁
第五章	再犯加重	六五八丁
第六章	加減順序	六八一丁
第七章	數罪俱發	七〇二丁

第八章	數人共犯	七四六丁
第一節	正犯	七五三丁
第二節	從犯	八〇六丁
第九章	未遂犯罪	八一六丁
第十章	親屬例	八六七丁

目次

日本刑法講義

佛蘭西法律學士 宮城浩藏君講述
日本法律學士



諸君ヨリ今此講壇ニ登リテ諸君ト相見ルハ抑何ヲ講究セントスル
カ又之ヲ講究スルニ付キ如何ナル必要アルヘキカ予ハ其講究スヘキ
目的物トシテ其必要ニ説キ及ホサントス
トスル所ノ目的物ハ即チ本邦現行ノ刑法ナリ刑法
何物タルヲ知ラント欲セハ法律ノ何物タルヲ知ラ
サルヘ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
ヲ解セサルヘカラス法トハ佛蘭西語ニ所謂ロワイニシテ法律ハドロ
ワイト云フモノナリ此法ト法律トノ定解ニ付キテハ我國ニ於テモ古

刑法

來解釋ヲナシタル者無キニアラサレモ多クハ文字上ノ解釋ニシテ之
 學理的ヨリ見レハ殆ト取ルニ足ラサルナリ故コ予ハ直ニ哲學上ニ
 入リテ其定解ヲ求ムヘシロウ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云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
 テ騰ルモノアレハ降ルモノアリ動キテ息マサルモノ有レハ靜ニシテ
 進マサルモ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レ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亦此ノ如ク今
 年春去リテ夏來リ秋収メテ冬藏ムルヲ知レハ明年亦此ノ如クナルヘ

シト想像スルヤ必セリ然リト雖モ此想像タルヤ真ニ單一ノ想像ニシ
 テ吾人ハ尙ホ進シテ事物ノ原因ヲ知ルヲ得ルモノナリ是ニ依リテ
 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ヘク
 動クモノ靜カナル者ハ必ス動靜ナルヘキノ原因アリテ然ルヘキノ知
 リ其他ノ諸現象モ亦悉ク其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
 此等ノ諸現象ハ正ニ斯ノ如クナラサルヘカラサルノ必要アリテ然ル
 ヲチ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ヘク金石ノ凝固
 瓦斯ノ反激風起リ雨降り火燬キ水流ル、者ハ悉ク皆斯クナラスンハ
 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
 者ハ即チ此事物ノ必要ヲ云フ者ニシテ換言スレハ事物動不動ノ必要

宇宙ノ廣キ事物ノ繁多ナル其レ此ノ如シ然リ而シテ其事物ノ何タル
 ナ論セズ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ザ
 ルハナシ因リテ予ハ一步ヲ進メテ活動物ニツキテ言ハシニ活動物ハ
 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者ナリト雖
 モ尙ホ且ツ動不動ノ必要ニ服從セズ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体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ムトキハ睡リ而シテ生シテ長シ長シテ老ヒ老
 ヒ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人類ハ他ノ活動物ト同シク形体ヲ具ヘ生活機
 關ヲ有スルヲ以テ其形体ヲ支配スルノ法ト生活機關ヲ支配スルノ法
 トハ服從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牽掣束
 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ヲ得
 テ所謂動不動ノ必要ハ其孰レモ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
 邪ヲ弁別セシメ是非ヲ判斷セシメ正善須ラク行フヘシ邪惡宜シク爲
 スヘカラサルノ方針ヲ示シ以テ吾人ヲシテ爲不爲ト動不動トノ必要
 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可
 ケレ論シテ此ニ至レハ吾人々類ノ以テ服從セサルヘカラサル所ノ必
 要即チ人類ヲ支配スル所ノ法ニ三種ノ別アルヲ見ルヘシ第一形体

チ支配スル所ノ法第二生活機關チ支配スル所ノ法第三吾人々類ノ行
 爲チ支配スル所ノ法是ナリ
 諸君ヨ予ハ今法チ解釋シテ事物動不動ノ必要ナリトイヒ而シテ萬物
 悉ク其必要ニ服從セサルナシト論シタリ而シテ此ニ必要トイフ時ニ
 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チ含有
 ナルモノト爲サ、ル可カラス依リテ動ク可キニ動カサレハ制迫シテ
 動カシメ動クヘカラスシテ動クキハ又制迫シテ動カサラシムル者ナ
 リ彼形体チ支配スルノ必要ト云フニ付キ制迫ノ手段何クニ在ルカチ
 見ンニ其手段ハ物体其物ノ中ニ存シ活動体チ支配スル必要トイフニ
 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チ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

ト雖モ之チ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
 在スルナリソレ然リ然ラハ人類ノ行爲チ支配スルノ必要ニ至リテハ
 制迫ノ手段ハ將ク何處ニ在ルカ人ノ行爲其物ノ中ニ在ルヘキカ否凡
 ソ人ノ事チ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チ揮ヒテ人チ殺傷スルハ實
 ニ爲スヘカラスナルノ惡事ナリ人家ニ忍ヒ入リテ財物チ竊取スルハ正
 ニ行フヘカラスナルノ凶爲ナリト雖モ吾人ハ忍ヒテ之チ爲シ得サルニ
 非ラズ即チ吾人ノ行爲其物ノ中ニハ制迫ノ手段ナキヲ知ルヘシ然
 ラハ則チ吾人ノ行爲チ支配スルノ法ニ付キテハ制迫ノ手段ナキカ何
 ヲ夫レ然ラン若シ吾人ノ行爲ニ付キ制迫ノ手段ナクシハ吾人チ支配
 スルノ必要ナカルヘシ然レモ吾人ハ已ニ吾人チ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ヘケンヤ唯吾人ノ

行為其物ノ中ニ在ラスシテ他ニ存在スルナリ
 然ラハ則チ吾人ノ行為ヲ支配スルノ必要ヲ満足セシムル所ノ制迫ノ
 手段ハ何レニ在ルカ曰ク吾人ノ良心ニ存在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ノ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カ強テ之ヲ使シムルカ即
 チ予カ良心ニアラスヤ然ルニ予若シ之ヲ救助セシメテ過キ去リシト
 センニ誰レカ予ニ迫リテ予ヲシテ之ヲ飲食セシムルヲ得ンヤ其他恩
 義ニ報ユ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
 キノ行為ハ悉ク他人ノ制迫シテ然ラシムルヲ得サルヲニシテ唯予カ
 良心ノミ強テ然ラシムルヲ得ルナリ反之予ハ人ニ損害ヲ加ヘタリ
 シトセンカ又國民ノ義務ヲ尽サハリシトナサンカ或ハ他人ヲ殺傷シ

タリトセンカ予カ此ノ如キノ行為ハ吾人ノ良心内ヨリ之ヲ答メテ其
 爲不爲ヲ制迫スルノミナラス尙ホ他人ヨリ有形ニ迫リテ強テ爲サシ
 メ爲サハラシムルヲ得ルナリ此ノ如ク吾人ノ行為ヲ支配スルノ必
 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者
 トノ二種アリテ從テ吾人ノ行為ヲ支配スルノ法ニ二類アルヲ知ル
 ヘ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存ス
 ル者ハ之ヲ道德法トイ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者ハ之ヲドロウ即チ法律ト云フ
 道德法ト法律トノ區別アル其レ此ノ如シ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
 以上ノ説明ニヨリテ諸君ハ道德法ト法律トノ區別ヲ明カニセラレタ

ルナラシク蓋法律ハ法ノ一部分タルニ過キスト雖凡實ニ吾人ノ行爲ヲ支配スル法ニシテ自然ニ存スル所ノ者ナリ豈復之ヲ文字ニ載セテ然シテ後ニ始メテ存スル者ナランヤ然レハ法律ナル者ハ之ヲ成文トシテ法條ニ編纂スルノ必要ナキカ如シト雖凡人ノ智識ノ不同ナルハ自然ノ數ニ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体ヲシテ一定ノ必要ニ服從セシメント欲セハ必ズ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嚴重ノ者ニシテ吾人ノ性命財産名譽等ニ直接ニ關係スル所ナレハナリ且ツ人ノ行爲ニ適應スル所ノ制裁ハ各人其感想ノ度ヲ同フセサルハ猶ホ人ノ智識ニ不同アルカ如クナレハ預メ制裁ヲ規定シテ成文トナスハ尤モ必要ナリ殊ニ此点ニ關シテハ後

日再ヒ辨明スルコト有ルヘシ
 夫レ世已ニ法律ヲ成文トナスノ必要アリ而シテ其成文トナシタル者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云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ズヤ自然法ニ適合セサルヘ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凡茲ニ成文法ト自然法ト其名稱ヲ異ニスト雖モ均シク是レ法律ナレハ制迫ノ手段ハ必ズ之レ有ルモノナリ而シテ其手段ニハ種々ノ別アリ其別ニ從ヒテ其名ヲ異ニス即チ強テ事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イフ然レ凡吾人ノ行爲ニシテ爲不爲ノ必要ニ服從セサル愈甚シキ時ハ民法上ノ制裁ノ能ク満足スル所ニアラス必ズヤ他ニ制迫ノ手段ヲ求メ

ヲ飽シマテモ其必要ニ服從セシメサルヘカラス其手段ハ即チ吾人ノ
 心ト權利ト身体トノ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
 ノ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者ノ
 人世ニ存在スル所以ナリ故ニ刑法ハ之ヲ哲學上ヨリ論スレハ一言以
 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者是レナリト然リト雖
 モ個ハ哲學上ノ定解ナルヲ以テ直ニ取リテ以テ成文刑法ノ定解トナ
 ストナ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キス
 即チ人ヲ殺スヘカラス強盜ヲナス可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者ナ
 リト云フヲ以テ尤モ至當トス
 諸君子ハ已ニ刑法ノ定解ヲナシタルニヨリ刑法ハ法律中ニ於テ如何
 ナル地步ヲ占ムル者ナルカチ一言セン
 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者ト否ヤトノ点ヨリ區別スレ
 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レハ決定法ト制裁法ノ二トス決定
 法トハ人類ノ爲不爲ノ必要即チ條理ヲ規定シタル者ニシテ制裁法ト
 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
 ノナリ然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治罪法是ナリ外部公
 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者ニシテ民法商
 法訴訟法是ナリ是ニ依リテ刑法カ法律中ニテ占ムル所ノ地歩ハ容易
 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ス
 諸君予ハ是ヨリ此刑法ヲ講究スルノ必要ナル所以ヲ述ヘンニ刑法ハ
 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り適用セサルヘカラス依リテ吾人ハ唯正條
 ヲ通讀シ之ヲ記憶セハ事足ルヲ以テナリト然リト雖モ刑法ハ到處之
 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ノ目的物ニハ必ス三個ノ區別ア
 リ即チ學ト術ト實用ト是レナリ學トハ事物ノ真理ヲ探知スルノ謂ニ
 シテ術トハ學ニヨ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時ハ之ヲ實地ニ施行スヘ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テ配劑ヲナ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
 ナクシテハアラス自然ノ法理ヲ研究スルハ學ナリ立法者カ自然法ヲ順

序正シテ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依リテ見レハ術ハ實用ヲ輔ケ學ハ術ト實用トヲ完成セシムル者ニシテ立法者カ眞理ヲ知ラスン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ヤ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ンハ何ヲ以テ末葉ノ明カナルヲ望ム可ケン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ニ之ヲ通讀シ正條ヲ記慮スルノミニシテ満足スヘキモノナランヤ且ツヤ刑法ハ吾人ノ性命權利榮譽等ノ關スル所ナルニ若シ適用ヲ註マラル、時ハ吾人ノ尊重スヘキ性命權利榮譽ハ何レノ處ニアルカ然リ而シテ其適用ヲ註マルハ職トシテ刑法ノ眞理ヲ講求セサルニ由ル者ナリ論シテ此ニ至レハ刑法ヲ講究スルノ必用ナルヲ知ルヲ得ヘ

以上説明シタル所ニヨリテ予カ本講ノ冒頭ニ設ケタリシ問題即チ予ハ何ヲ講究セントスルカ及ヒ其之ヲ講究スルニ付キテ如何ナル必要アルカト云フヲ辨明シ了レリ因テ予ハ直ニ步ヲ轉シテ現行刑法ノ編纂ノヨリニ移ル可シ

茲ニ刑法ノ編纂ニ關スルヲ述フルニ先チテ刑法ノ歴史ヲ研究スルノ可否チ一言スヘシ此事ニ關シテハ學者間大ニ議論有リ佛國ノボアタア一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説ニ曰ク刑法ハ當時ノ世態人情ニ基キテ編纂規定スル者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チ一新シタル者ナレハ其以后ノ沿革ヲ知レハ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ヨリテ編制セラレシ

ハ云フマテモ無キナレバ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チ知ラント欲セハ則チ故チ温ニスム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ヲ見ルニ足ル唯我カ刑法ノ歴史ニ至リテハ之ヲ研究スルノ必要アルヲナシ蓋シ試ニ我古代ニ溯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アラサレバ一個ノ法律史ナキヲ以テ其詳細ヲ知ルヲ能ハス加之現時ノ刑法ハ舊時ノ者ニ比スレハ全ク面目ヲ一變シテ些少ノ緣故ヲ有セス王政維新前ハ措キテ論セサルモ維新后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者ニシテ未ダ

全ク舊套ヲ脱セズ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テ刑法ノ歴史ヲ研究セント欲セハ佛國刑法史ヲ學ブ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コトナ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畧陳スルコト有ル可シ但シ我刑法編纂ニ關スル歴史ヲ講スルハ緊要ナリト信スト雖モ其頒布以來未ダ十年ヲ出テス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トス

我刑法ハ全篇ヲ四分シ其第一篇ニハ總則第二篇ニハ公益ニ關スル重罪輕罪第三篇ニハ身体財産ニ對スル重罪輕罪第四篇ニハ違警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

罰トナ規定シテ他ノ刑事ニ關スル法律ハ關係スルコトナシ是故ニ我刑
 法ハ各編共ニ同一ノ價值ヲ有セス理論上ヨリ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
 リ凡ソ犯者アリテ被害者アリテ被害者アリテ犯罪アリテ犯罪アリテ刑罰
 アルハ自然ノ順序ナルニモ拘ハラヌ我カ立法者ハ先ツ法例ヨリ直チ
 ニ刑例ニ移リ次キニ犯者ニ及ホシ即チ刑ヲ先キニシテ犯者ヲ後チニ
 セリ然レモ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テ其順序ノ如キハ

敢テ自然ノ法則ニ從フチ必セス唯簡便ニシテ明晰ナルヲ主トスルヲ
 ミ第二篇第三篇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
 ニ及ヒ社會ハ間接ノ被害者トナル場合トニシテ約言スレハ甲チ公罪
 トイヒ乙チ私罪トイフ可シ此區別ハ我舊法ニモ存シ又歐洲各國皆此
 區別ヲ爲セリ實ニ此區別ハ自然ヨリ出ツル者ニシテ唯立法者自己ノ
 認ムル所ニヨリテ爲シタルニ非ラス夫レ人間意向ノ同シカラサル其
 罪過ノ種類千差万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ニシテ之ヲ混同シテ編纂スル時ハ大ニ明確ヲ缺
 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
 レモ此區別ヲ爲スニ當リテ困難ヲ極ムルコ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コト能ハス彼ノ

内乱ニ關スル罪ノ如キハ公罪中ニ入レ竊盜ノ如キハ私罪ノ中ニ列ス
 ヘキハ一目瞭然タルコトナレモ貨幣偽造罪ノ如キハ直接ニ社會ノ公權
 ナ害スルカ故ニ偽造ノ点ヨリ見レハ公罪タルハ勿論ナレモ其偽造ノ
 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公罪中ニ編入シ
 タリ然レトモ未ダ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ツ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コトアリ今此ニ一罪アリ此目的ト
 手段トヲ區分シテ目的ハ私罪ニ入レ手段ハ公罪ニ列ストナシタル場
 合例ヘハ親子等相互ノ詐欺取財ハ私罪ニシテ法律ハ之ヲ罰セサレモ
 若シ詐偽取財ノ手段トシテ文書ヲ偽造シタル時ハ文書偽造罪ハ公罪
 ナルヲ以テ刑ヲ科セラル、ニ至ル夫レ一個ノ犯罪ニシテ而シテ之ヲ

五十四

五十五

公罪私罪ニ編入スルノ方法ヲ異ニスル時ハ一ハ有罪ニシテ重ク罰セ
 ラレ一ハ無罪トシテ刑ノ適用ヲ免カル、ハ實ニ不都合ト謂ハサル可
 ケンヤ是故ニ學者間公罪私罪ノ區別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ナシタルハ假令一二不都合アル
 モ全体ニ於テ利益ノ大ナル者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々輕クシテ公罪ニモ
 私罪ニモ編入スルコトヲ得ス全ク特殊ノ性質ヲ具備スル犯罪ナルヲ以
 テ特別ニ此篇ニ規定シタルナリ
 諸君子ハ業已ニ刑法ノ定解ヲ與ヘ又其編纂ニ關スル事項ヲモ畧陳シ
 タルニヨリ直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コトヲ望ム可キモノ有リ即
 チ社會刑罰權ノ基礎是レナリ夫レ社會刑罰權ノ基礎ヲ講究スルハ獨

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ク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至ル新著說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說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ザ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說ヲ取捨シ英ヲ摘ミ華ヲ喰ヒ大ニ觀ルヘ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テ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コトナシト蓋シ氏ノ說ハ過激ニシテ考察ヲナサ、リシ者ト謂ハサル可カラズ何トナ

レハ罪惡ノ大且ツ著シキ者ハ一目瞭然之ヲ刑法ノ範圍内ニ包入シ得ルニ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真ニ明カナラサル者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欠クヘカヲサルコト爾來刑法各條ノ講說ニ付キテ益々其必要ヲ知了セラルヘシ

予ハ既ニ刑罰權ノ主義ヲ定ムルノ緊要ナルコトヲ說キタルニ因リ此社會カ何故ニ人ヲ刑シ得ルカ又其刑スルコト正當ニシテ條理ニ適合スル者ナルカヲ講究センカ爲メ左ニ古來學者ノ提出シタル主義十個ヲ列擧シ簡單ニ之ヲ辨明スヘシ唯茲ニ特ニ十說ヲ限リタルハ衆說ノ中ニ付キ小異ヲ棄テ以テ大同ニ併セタルニ過キサルノミ而シテ我輩カ採ル所ノ主義ト我立法者カ採リタル主義トハ請フ最終ニ至テ之ヲ辨セン

第一 復讎主義

人アリ我ニ向ヒテ暴害ヲ加フル時ハ必ス我心理ニ一種ノ感覺ヲ發起ス此感覺ヲ復讎ト云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時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ラレ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涉スルヲ免カレス我國蠻域ヲ脱セサリシ時ハ之ヲ論セス明治維新ノ后モ俱ニ天ヲ戴カサルノ讎ヲ復シタル者有ルニ非ラスヤ世人ハ之ヲ目シテ名譽ノコトナセシニ非ラスヤ然リト雖復讎ハ道德上決シテ善良ノ性質アル者ニアラス去レハ政府ニ於テ公然之ヲ許容スル時ハ社會ハ何ヲ以テ其安寧秩序ヲ維持スルコトヲ得ンヤ故ニ復讎主義ヲ爲スモ

ノハ左ノ如ク論シタリ

人類ハ已ニ復讎ノ感覺ヲ有スレバ一個人ニ放任シテ願ミサル時ハ社會ノ秩序ヲ紊乱スヘケレハ社會ナル無形人ハ一個人ニ代リテ復讎即チ刑罰ヲ加ヘテ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ナシテ曰ク復讎ノ感覺ヲ満足セシメサル時ハ被害者ハ其心常ニ不平ニ堪ヘス各人已ニ不平心アル時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要用主義ノ一派ナリト雖モ亦復讎主義ニ基キタル者ナリ

此ノ如ク論スト雖モ此說ノ根基タル復讎ハ業已ニ誤謬戾理タルヲ免レサレハ其說ノ所豈正理ニ適フヘケンヤ惟フニ此主義ハ佛語ニ所謂同惡相報ノ方法ト其性質ヲ同フシタル者ニシテ加ヘシ害ト

受ケシ害ト同量同質ノ者ヲ以テ刑ヲ施ス者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者ヲ以テ報復シ處罰スルヲ得ルモ彼強姦罪ノ如キハ到底同量同質ノ者ヲ以テ加害者ヲ刑スルヲ得ス故ニ不幸ニモ此主義ニ因リテ刑法ヲ編纂スル時ハ残忍酷薄忌ム可ク厭フヘキ刑罰ヲ規定シテ毫モ顧慮スル所ナカラントス宜ナル哉今日既ニ此主義ヲ主張スル者無キニ至レルコト

第二 恐嚇主義

恐嚇主義ハ佛語ニテアシステーム、アンナミダッショ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時ハ社會ハ刑罰ヲ加ヘ以テ其大ニ畏ルヘ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トキハ社會ノ成立得テ望ムヘキニアラ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亦要用主義ノ一派ニ属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ヰルノ正否ハ措キテ論セサルカ如シ

第三 民約主義

民約ノ説ハ諸君モ知ラル、カ如ク佛國ノ學者シヤンダヤツ、ルソノ稱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弱肉強食タルヲ免カレサレハ各人相互ノ意志ニヨリ明諾又ハ黙諾ニテ吾權利ヲ保護センカ爲メニ社會ヲ組成シタル者ナリト云フニ在リ當時此説非常ナル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社會刑罰權ノ基礎ト爲シタル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初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黙
 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
 害者ヲ害セサレハ到底我身命ヲ保全スルヲ能ハスンハ當然加害者ヲ
 害スルヲ得テ而シテ決シテ罪ヲ構成セズ故ニ吾人カ社會ヲ成スニ
 當リ其正當防衛權ノ一分ヲ割キ約束ヲ立テ、社會ニ與ヘ社會ハ其引
 受ケシ一分ツ、ノ正當防衛權ヲ聚合シ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、其民約ナル者ハ固ト道理ニ適
 シタル者ナリヤ願フニ吾人ノ祖先ハ如何ニシテ約束ヲナシタルカ別
 ニ歴史ニ記載シタルヲ見ス又口碑ニ傳リタルヲ聞カス唯ルナシツウ等
 カ感シタル思想ニ過キス夫レ人ハ社交ノ動物ナリ同類相聚リテ團結

交リテ訂スルハ自然ノ性質ナリ彼ノ蠢爾タル蟻蟲群棲生ヲ營ニ鴛鴦
 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
 此性ヲ欠クノ理アラシヤ故ニ人ニシテ社會ヲ成サスンハ人ニ非ラサ
 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
 スル者ナキニ至レル所以ナリ然レモ予ハ斯ク排擊ヲ試ムルモルソ
 一人ノ價值ヲ落サントスルニ非ラス氏ハ千古卓越ノ哲學者トシテ
 依然其光輝ヲ放ツ

予ハ尙一步ヲ進メテ甲乙兩説ニ付キテ駁論ヲナスヘシ抑、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者ハ決シテ約束ノ目的ト
 スルヲ得ス我ニ金若干圓ヲ貸セ吾カ頭ヲ汝ニ與フルカ若クハ吾レ
 汝ノ奴隸トナル可シト契約セシ個ハ固ヨリ當然無効ノ契約トイハサ

ルヘカラス然ルニ此説ヲナ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者コアラサルナリト然レモ此辯護ハ語言ノ争ニ過キス畢竟民約ハ爲ストヲ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者トセハ是レ法律ナキナリ法律ノ既コアル以上ハ此等ノ契約ハ決シテ成立スル者ニアラサルナリ故ニ曰ク此甲説ニ因リテ社會ニ刑罰權アルヲ証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脩飾スト雖モ正當防衛權ナル者ハ加害者目前ニ迫リタル場合ノミニ限リ加害者已ニ去リシ后ハ此權ヲ主張スルコト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

六十四

十廿

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者大勢是ヲ於テ平乙説モ亦社會刑罰權ヲ証明スルニ足ラサルヲ見ルハ其之ヲ要スルハ民約主義ハ一時大ニ學者間ニ發力ヲ得テ其權ヲ主張シ今頃ヲ至リテ其基本ヨリテ破壊セテ各人自其自

第四章 承認主義

社會カ法律ヲ作ル事ノ如キ事ヲ爲セハ斯ノ如ク罰スヘシト定メテ之ヲ人民之ニ承認シテ之ヲ違犯スルモノハ社會ハ則チ其承認ヲ理由トシテ刑罰ヲ施スルヲ得之ヲ施スル者正當ナルヲ云フ説ヲ爲シ

承認主義下ニ於テ承認主義ハ或學者此説ヲ與テ最モ簡單ナル説トシテ取リ以テ之ヲ論破セシ曰ク人ノ罪ヲ知リテ之ヲ知ル者其害ヲ達ス時予ノ之ヲ知ル者トシテ加害者全所爲者正

刑法

三十三

當其ヲシテ能ハズ例ニハ兇漢白刃ヲ執リテ樹蔭ニ立テ甲者ヲ
 來ルヲ待テ甲者ハ其日ヲ害スル者ナルヲ知リ乍ラ路ヲ他ニ執ラズ
 其樹蔭ヲ避テ終ニ兇漢ノ刃ニ伏セリ是時ニ當リテ甲者カ知リテ殺
 手ヲ殺シテ爲メ兇漢ノ殺人罪ヲ正當ナリト云テ得テ此ト同シカ
 人由テ法律ヲ承認シタルハ故テ以テ社會カ施テ所ノ刑罰ヲ以テ正
 當ナルヲ認公スル得タルモ亦明カナリ宜ナル哉今日已ニ此説ヲ唱テ
 論者ハ新論至リテ此ノ説ヲ以テ論テ其ノ誤ハ明カニ示スル

第五 正當防衛主義

凡テ天賦ノ正當防衛權ヲ有テ而テ社會モ亦人(但無形人)ナレハ其自
 在ノ際防衛カモ是權ヲ以テハ知テ是故ニ犯人カテテ社會ヲ害スル
 事ニ對シテ社會カ此權ヲ以テ犯人ヲ罰スルヲ得但社會カ此權ヲ行テ
 至伴テテ甲個人ノ相侵處カモ所入者ノ罪ニ對シテ個人ニカテテテ加害カ

目前ニ迫リ他ニ避遁ノ路ナキ時ニ非サレハ之ヲ行フヲ得ス社會ニ
 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
 ザレバ社會ヲ維持スル能ハサレハナリト此ノ如キ説ヲ爲スモノハ即
 正當防衛主義ナリ此説モ亦要用主義ノ一派ニシテ社會ヲ成立スル
 以上極自ラ防衛シテ其秩序ヲ維持スルノ要用アルヤ明カナリト雖モ
 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
 所ナク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
 云其本人必大反問セシ縱令汝自ラ防衛スルノ權アルモ予カ貴重ノ權
 利益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
 答必ス正當ニ答テナクテ得タル可シ加之防衛ノミナ目的トシテ刑
 罰ヲ加ナル時ハ自痴瘋癲者ノ所爲ト雖モ如何ナル小害ト雖モ尙ホ罰

罰ヲ以テ可カラサルノ必要ヲ生スヘク其極無辜罰ヲ得善人刑ヲ違フニ至ルベシ豈恐レサル可ケンヤ

第六 要用主義

前ヲ陳ヘタリシ復讎防衛及ヒ恐嚇等ノ諸説ハ畢竟刑罰ハ要用ナリト云フニ歸ス而シテ此ニ揭クル要用主義ハ其復讎タリ防衛タリ又恐嚇ハ刑罰ノ間ハス苟モ社會カ其秩序ヲ維持セシメ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ス者ナリ是レ社會ハ刑罰權ヲ有スル所以ニシテ其之ヲ施スニ付キテ毫モ不正ナル所ナラズト云フニ過キス惟スニ此説タル事ハ善惡ハ社會カ利ス惟ト罰カハトニ因テ分岐シ即チ結果ハ利害ヲ因リテ善惡カ判ルベシト以テ刑罰ハ社會カ利ヲ見ス刑罰ハ正當ナルト爲メ各々然レモ之ヲ以テ刑罰ニ至意カ及テ証スルルヲ得ヘキカ此説ハ彼ノ有名ナル

ニセ

利要不要ニ以テ其事ヲ善不善正不正ヲ判定スルノ標準トスルニ足ラズ世間往々要用ナラサルニ正善ナルコトアリ要用ナルニ邪惡ナルコト有テ故ニ縱令刑罰ハ社會カ利ニ且ツ要用ナルモ此ヲ以テ刑罰權ヲ正當ナルコトスルコトヲ得ス且ツ此説ニ從ヘハ無辜善人ハ刑スヘキニテ少サレテ要用ヲ生スルニ當リテハ或ハ之ヲ罰シテ顧慮セサルカ如キ眞理ヲ甚シキニ至ル可シ此説タルヤ大家ノ主張スル所ナルニモ拘ラズ探テ以テ社會刑罰權ノ基礎トナ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ナスノ説ヲ聞クニ曰ク凡ソ人ハ他人ニ損害ヲ加ラレハ則チ之ヲ賠償セサル可カラス辭ヲ換ヘテ之ヲ言ハズ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

個人ニ於テ已ニ然リ社會モ亦然ヲサルヲ得ス茲ニ惡人アリ罪惡ヲ爲
 ス者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
 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者ナレトモ之ヲ以テ刑罰權ノ基本トナスヘカ
 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ツ夫レ罰ス
 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時
 ハ刑法上當サニ罰スヘキ者ヲ罰スルコト能ハサルコト有リ例ヘハ賭博犯
 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
 雖モ其刑ハ賠償ノ性質ヲ帶ハシムルコト能ハス何トナレハ賭博犯人ノ

三十三

三十三

所爲タル惡ハ則チ惡ナリトスルモ犯人自ラハ奇利ヲ獲ントスル念慮
 ヨリ外アルコトナ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コトナレハ賠償ヲ名トシテ刑スルコ
 ト得サレハ也又外國ニ於テ罪ヲ犯シタル時ノ如キ畢竟之ヲ罰スルコ
 ト得サレハ也

第八 純正主義

夫レ人ハ事ノ善惡正邪ヲ識別スルノ智識ト爲不爲動不動ヲ決定スル
 自由アルカ故ニ邪惡ヲ去リテ正善ニ就カサルヘカラス然ルニ當サ
 ン爲スヘキヲ爲サス當サニ爲スヘカラサルヲ爲ス時ハ必ス其應報ヲ
 受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
 理免ル可クサルヲ數ニシテ刑罰ハ即チ惡事ヲ爲シタルコト付キテ生ス
 ル所ノ惡報ナリ是ヲ以テ人ノ社會ニ在リテ惡事ヲ爲ス時ハ社會ハ則

刑法

三十九

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其爲
 不爲法決定シテ自由ヲ有スルカ故ニ惡ヲ爲セシ惡報アリ善ヲ行ハ
 小善報アリ亦自然交數ナリ依テ人ハ社會ニ在リテ惡事ヲ行ハシ應報
 小惡受刑罰受テ其甚シキ至當ノ刑ヲ受リテ是レ純正主義ノ說ニ
 テ罰罰ヲ行フ法正當ナル理由ニ説得テ盡セシ然レモ惜ヲ裁社會
 小如何以テ惡報ヲ干渉シテ苦痛ナル刑罰ヲ行フノ權アリテ云々
 至リテ之ヲ辨明シ然レモ正當防衛主義ハ社會ニ自己ヲ安寧秩
 序ヲ維持スル力爲シテ正當ニ防衛スルノ權ヲ有シテ以テ茲ニ刑罰
 權ヲ生ズル說ハ社會カ何故ニ惡報ヲ干渉シテ刑罰ヲ與得ル哉
 曉問ト對答シテ此說ヲ措キ他ニ見ルニ唯此說ニ刑罰ヲ行フ
 及正當法ハ理由ニ説明シテ如何シテ是レ由リテ之ヲ觀シテ此說其甚
 汝雖テ法新論又據テ缺クテ所ヨリテ謂テ是レ乃汝此ニ説合ハレ

二十次

二十九

甲ハ純正主義之ヲ補ヒ乙ノ不足ハ甲之ヲ充テテ相待テ初メ完全
 得ルヲ以テ折衷主義此純正主義ハ正當防衛主義ト調和シテ刑
 罰權ノ基礎ト爲ル者ナリ即純正主義ハ點於テ罪惡ヲ爲ル者應
 報トシテ惡報ヲ受テ其所以ヲ表示シテ正當防衛主義ハ點於テ
 社會ノ刑罰權ヲ有スル理由ヲ證明シテ其所以故ニ此說其據ニ
 違レテ折衷主義ハ惡爲ル者雖モ社會ニ損害セシムル者之ヲ刑罰
 加テテ其得ル何トテ其惡報ヲ受テ其所以故ニ社會ニ自
 衛ニ必要ナル刑罰ヲ受テ其所以故ニ社會ニ自衛
 ニ必要ナル刑罰ヲ受テ其所以故ニ社會ニ自衛
 論ヲ至リテ此說ニモ刑法上罰スヘキ所爲如何ト云フニ
 自天制限不烈道徳ニ背ル者及ヒ社會ニ害ヲ及ル者ト云フ

苟キ刑名ヲ記載シタル者ハ總テ此支配ヲ受クルモノトスルヲ以テ
 法例トシテ刑法ニ適用スル時ノ例則チ如キ者ヲ以テ之ヲ一言ニ以テ總
 則中ノ小總則ナリ凡ソ刑法ハ初ニ於テ其固ヨリ有スル所ノ勢力ト勢
 力ノ及テ後所ノ範圍ヲ以テ規定セサル可カラズ換言スレバ刑法ハ如何ナ
 ル所爲刑罪トスルカ罪ヲ將來ニ既往ノ關係ヲ如何ニ處分スルカ又刑
 法然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如何
 如何ニ適用スルカ其規定セサルカヲ不尙然約言スレバ刑法然法例
 中言事ヲ時所人トシテ四件ヲ掲載セズハ不アル是レ編纂上缺
 格ト云フ也然ルニ我刑法ニ法例ヲ通讀スルニ事ト時ト人ト二件
 ニ付キテ明文然ルニ雖モ場所ト人トニ關シテ之ヲ見ルニ欲
 スルニ能得主條ヲ索嗚呼是レ何ノ故ト蓋シ別ニ理由ヲヤマズテ我刑法
 草按圖ハ明文然ルニ雖モ審查修正之際之ニ削除スルニ志ス然ルニ雖モ

四十九

六十五

外國交際ノ旺盛ナル今日ニ際シ本邦人ノ外國ニアリテ犯罪ヲ犯サ
 ル者ナシト云フヲ得ズ又我國ニ於テ外人ノ犯罪ヲ犯スルヲキテ保スル
 一編第一章ヲ講シ了スル後之ヲ詳説スルニ至ルニ至ルニ至ルニ至
 一編第二章ニ條一凡法律ニ於テ罰ス可キ罪別テ三種トスルニ至ルニ至
 一編第三章ニ條一重罪輕罪ノ區別ニ至ルニ至ルニ至ルニ至ルニ至
 一編第四章ニ條一三違警罪ノ區別ニ至ルニ至ルニ至ルニ至ルニ至
 一編第五章ニ條一法律ニ於テ罰スル罪ノ種別ヲ掲クト雖モ所謂罪ノ
 一如何ナル者ヲ以テ之レカ定義ヲ與ニス苟モ刑法ヲ講究センニハ罪
 ノ定義ヲ確定スルカ最モ利益アルヲ信スルカサリ
 罪並ハ何ソヤ成文上ヨリ解スルト立法上ヨリ解スルト於テ固ヨリ

差違ナクハアラス成文上ヨリ之ヲ解スレハ罪トハ法律ニ於テ罰ス
 べき所爲是ナリ此定義ハ簡ニシテ盡セリ立法上ヨリ之ヲ解スレハ會
 テ講シタリシ社會刑罰權ノ主義ノ如何ニヨリテ異ナラサルヘカラス
 純正主義ニ於テハ罪トハ道德ニ背戾シタル所爲ナリト云フ可ク命令
 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
 背キ社會ヲ害シタル所爲ニシテ刑罰ヲ以テ自ラ防衛スルニ必要ナラシメ
 タル所爲ナリト云フヘシ元來一所爲ノ罪トナルニハ必スヤ道德ニ背
 キ社會ヲ害シタル工要素ナクシハアラス然レモ稱シテ罪ト云ハハニ
 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
 者法ルヲ要ス故ニ此定義ハ大ニ理論ニ適合スル如シ然レモ個々唯
 其主義上ヨリテ如何ナル所爲ヲ罰スルヤ示シタルニシテ如何

刑罰ノ加ヘテ自ラ防衛スルノ必要アルヤ

ナル所爲ナレハ社會ニ之ニ刑罰ヲ加ヘテ自ラ防衛スルノ必要アルヤ
 ト云フニ至リテハ之レカ説明ヲ與ヘス是レ此定義ト雖モ尙ホ充分ノ
 満足ヲ與フヘキ者ニアラサルナリ今茲ニ竊盜ヲ爲ス者有レハ社會ハ
 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ハル者ニハ刑罰ヲ加フルノ必要ナシトモハ何故
 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テ人民ヲシテ法律ヲ
 遵奉セシムルノ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時ハ之ニ賠償セシムル二ノ手段ナリ刑罰
 ナ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ヰルノ必要ヲ生ス
 ルヤ明カニセズ實ニ惜ムヘキノ至リナリ是レ民事刑事ノ限界ニ付

手説明ヲ要スル所以ナリ抑、民刑二事ノ限界ヲ知ルハ唯理論上及ヒ立法上ニ必要ナルノミナラス刑法ヲ講究スルニ當リテ甚々緊要ナリ何トテレハ解釋上及ヒ適用上ニ於テ一所爲ノ罪トナルヤ否ヤヲ知ルニ於テ尤モ必要アレハナリ

民刑二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ニ刑民事所爲ヨリ來ルモノ多キヲ見テ斷定シタル者ナル可シ是レ固ヨリ謬見タルヲ免カレヌ假リニ此說ニ從ハ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金シタル者ト二所爲中此類之罪罰ニ其ノ之ヲ罰セサルノ理由ヲ辯解スルニ苦ムルニ其其他尙諸說有リ雖モ孰レモ予トシテ満足セシムル能ハサルナリ獨リテ是レ予トシテ氏最モ明瞭ナル限界ヲ附シテ予乃チ敷衍シテ之ヲ辨モシトス

六十九

凡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能力注意智識ヲ以テ其害ヲ防衛シ得ル者ト得サル者トノ二種アリ尋常ノ能力注意智識ヲ以テ防衛シ得ル所爲ニ對シテハ民事ニ制裁ヲ加フル法以テ足レリトス即チ損害ヲ賠償セシムレハ則チ足レリ何レナルハ其害タル人々容易ニ之ヲ防衛スルヲ得ル者ナレハナリ之ニ反シテ尋常ノ能力注意智識ヲ以テ防衛スルコトヲ得サル所爲ニ至リテハ之ニ刑事ノ制裁ヲ加マルノ必要アリ蓋シ其所爲憐惡其損害猛烈甚ク人々自ラ防衛スルコトヲ得ス從ヒテ其害延キテ他人ニ及ボス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時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畧ヲ逞クシテ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タルニ雖モ其損害延キテ社會ニ及ボコトナシ然レモ詐欺暴行ヲ以

六十九

刑法

五十二

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モ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ス論シテ此ニ至リ始
 マ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
 能力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能力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刑事上ノ制裁ヲ加フヘキナリ故ニ民事上
 ノ制裁ヲ加フヘキ者ニ属スル時ハ立法上論理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所謂罪トナル者ナリ
 是故ニ罪トハ道德ニ背キ社會ヲ害シ社會ヲシテ自ラ防衛スル爲ニ刑
 罰ヲ加フルノ必要有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点ニ至リテハ民事刑事ノ限界ヲ知ルチ

七十

七十一

要スルナリ但シ是レ畢竟立法上理論上ヨリ論シタル者ナリ今成文上
 ヲリスレハ法律ニ於テ罰スヘキ所爲之ヲ罪ト云フチ以テ尤モ適當ナ
 リトス是レ刑法草按第一條ニ凡ソ法律ニ於テ罪スヘキ所爲欠爲テ罪
 トスト規定セラレシ所以ナリ審査修正ノ際之ヲ刪定シテ現行刑法第
 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
 凡ソ各人意志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者ニ非ラス則チ罪ハ自然ニ
 種別セラレ者ナラサル可カラス例ヘハ人ノ生命ヲ奪フ者アリ財物
 ヲ盜ル者有リ此二罪ニ於テ大小輕重ノ差違アルハ瞭々火ヲ賭ルカ如
 シ然レ而シテ罪ノ重大ナル者ハ道德ニ背キ社會ヲ害スルモ亦重大ナ
 リ其刑ヲ重クシテ社會公衆ニ表示セサルヘ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ラス又一般ノ加重減輕ニ係ル者ハ未遂犯罪ニ該當スル者ノ如キハ刑ノ適用上差違ナクシハ不テ此ハ如ク罪ヲ區別スルニ必要有ルヲ見レハ則チ我立法者カ區別ヲナシタルハ偶然ニカラサルヲ知ルニ足ルヘシ然リト雖モ何故ニ其區別ヲ三種ニ限レルカ是レ理由ニ存スル所ナリ抑立法者カ千種万別ノ罪ニ付テ區別ヲ爲サント欲セバ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ル今各犯罪ニ付キテ諦視セハ分別レカ二トナルヲ知ル即チ一ハ罪ヲ犯スノ意志アリテ之ヲ犯シタル者ニ該罪ヲ犯ス意志以有無ヲ問ハスニ該罪トナル者ニシテ所謂有意犯罪無意犯罪是レチ甲ハ重大ナル罪ニシテ罰シテ以テ公衆ニ表示スルヲ要ス我刑法ハ所謂重罪輕罪是ナリ乙ハ規則ヲ遵奉セザル爲メニ罪ヲナリ其罪輕小ニシテ罰シテ以テ一地方ニ知ラシムルヲ要ス

七十三

テ足ル所謂違警罪是ナリ輕罪以上ノ罪ニ付キテハ輕重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有ルヲ見ズ今假以ニ之ヲ十個ニ分類セシカ十個ノ管轄裁判所ヲ要シ從ヒテ十個ノ訴訟手續ヲ要セサルヘカ之ニ是故ニ各國ノ刑法多ク之ヲ三分シタル我立法者モ亦之ヲ採用シテ重キ罪ト名ケ輕キ罪ト輕罪ト爲シ該罪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同罪トスルニ該罪ハ一具ニテ重罪輕罪違警罪ト別ニ理由アルヲ見ズ唯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ズ唯立法者ハ認メテ重シト爲シタル所爲ヲ重罪ト名ケ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ラズ故ニ此等名稱ヲ用サスシテ大罪中罪小罪或ハ甲罪乙罪丙罪ト稱スルニ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ト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ヲ得
 本僅ニ第七條第八條第九條ニ至リテ其條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スル刑ヲ以テ罰
 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々宜シキヲ得タリ佛國刑法第一
 條ニ於テモ亦我刑法草案ト同ク法律上何ノ刑ヲ用非罰スル罪ハ何罪
 ナスト規定セリ佛國法律博士ロシト氏ハ痛ク第一條ヲ駁撃セリ其說
 曰ク何刑ヲ以テ罰スル者ハ何罪ナリト規定スルハ是レ罪アリテ後
 中刑所定メタルニ非ラスシテ刑ヲ定メテ後ニ罪ヲ生シタルニ外ナ
 ラサ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可シ

七十四

七十五

立法者ノ意志ヲ探ルニ此刑ニテ罰スル者ハ何罪ナリト云フハ宛モ是
 レ輕キ罪ト雖モ予カ認メテ重罪トスル時ハ重罪ニシテ重キ罪ト雖モ
 予カ認メテ輕罪トスル時ハ輕罪ナリト云フカ如シ凡ソ罪ノ輕重ハ各
 人ノ感覺上自然ニ存スル者ナルニ立法者ニ於テ予カ認メテ重罪輕罪
 トホスモノハ汝モ亦重罪輕罪ト思惟スヘシト云フニ至リテハ何ソ專
 制ニ甚シキヤ蓋シ佛國刑法ハ壓制時代ニ成レル者ナレハ其精神ハ第
 一條ニ包含セリト謂フ可シト此駁撃ニ只文字上ノ瑕瑾ヲ咎メタル迄
 ニシテ立法者カ實際ノ便益ヲ圖リテ編纂シタルヲ知ラサルナリ願フ
 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
 リテ罪ノ種類ヲ知リ得ルカ如ク爲シタルニ在リテ決シテ駁論者ノ想
 像シタルカ如キ厭忌スヘキ意志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レサル所ナルヲ以テ現行法ノ如ク修正セラレ

或偶然ニ善良ノ結果ヲ得タルニ庶幾カランカ
 諸君子ハ已ニ第一條ヲ講シテ此ニ至リタルヲ以テ罪ヲ重罪輕罪違警
 罪ノ三種ニ區別シタル理由ヲ明ニセラレタルナラン然レモ此レ唯法
 律上罪ノ輕重ノ程度ニ從ヒテ區別シタルニ過キス學問上ヨリシテ罪
 之性質或ハ之ヲ犯スノ方法等ヨリ精密ナル觀察ヲ下セハ尙ホ數種ニ
 細別スルヨリ得ヘシ予ハ以下其區別ニ關シテ講究セントス諸君之
 諒セヨ
 第一ニ行犯不行犯
 凡ノ法律ノ種類甚ク多シト雖モ要スルニ禁止法命令法ノ三者ニ外ホ
 テス禁止法ハ其々ノ所爲ニ之ヲ行フ可カラスト禁シタル法律ニシ
 テ命令法トハ其々ノ所爲ニ之ヲ行フ可シト命シタル法律ヲ謂フ因テ
 法律ニ禁止ニシテ其事ヲ行ハズル罪之ヲ行犯ト云ヒ法律ニ命令ニシテ

七十七

事ヲ行ハサル罪之ヲ不行犯ト云フ今此ニ刑法中著シキ例ヲ舉クレハ
 強盜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
 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拆又ハ
 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警罪ニ付キ
 警察規則ニ命令ヲ行ハサル罪等ハ即チ不行犯ナリ茲ニ云フ行犯
 不行犯ノ犯フ字ハ動詞ニアラズシテ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ノ犯フ字モ亦皆犯罪ノ意
 ヲ表スル者ト知ラレヨ
 刑法ニ編シテ不行犯少クシテ行犯甚ク多シ試ニ第二編以下ニ就テ
 行規ニ其々ヲ爲シタル者ハ何刑ニ處スト規定スル者甚ク多クシテ
 某々ヲ爲ササル者ハ何刑ニ處スト規定スル者實ニ僅少ナリ又刑法
 概シテ行犯ヲ罰スルノ刑ハ不行犯ヲ罰スルヨリ甚ク重シ願フニ人間

ノ活動ヲ爲スヤ行ヒテ人ニ損害ヲ與ヘ危險ヲ蒙ラシムルコ多ク行ハ
 スシテ損害危険ヲ與フルコ少キハ自然ニ出ツル者ナリ是レ刑法ハ概
 ネ禁止法ニシテ命令法ノ甚タ少キ所以ナリ
 此ノ如ク刑法ニハ命令スル場合甚タ稀ナリ然レトモ法律上特ニ命令
 セサル可カラサル場合アリ即チ法律ハ公益ノ点ヨリ人民ニ義務ヲ命
 スルコ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
 盡サハル可カラサル義務アリ法律ハ則チ此義務ヲ命シテ行ハシムル
 コ有リ彼醫師化學者ノ官署ヨリ解剖分拆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
 ラルハナリ又法律ハ過害豫防ノ点ヨリ人民ニ義務ヲ命スルコ有リ例
 如ク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
 ナテ不虞ノ害ヲ醸成スルヲ慮リ之ヲ未崩ニ豫防センカ爲メニ燈火ヲ

七十八

用キテ車馬ヲ疾馳スヘキ義務ヲ命セラレタルコ之ニ背キテ行ハサル
 事以テ刑罰ヲ受ケルナリ

七十九

斯ク法律ハ公益上及ヒ禍害豫防ノ二点ヨリ人民ニ義務ヲ命スルノ外
 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
 犯罪ヲ防止スルコ及ヒ人ヲ救助スルコ二者はナリ今先ツ犯罪ヲ
 防止スル場合ヨリ説キ明サシ茲ニ甲者アリ豫メ謀リテ乙者ヲ毒殺セ
 シ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キタル毒
 藥ヲ服シテ終ニ死ニ至リタリトセシ丙者ノ所爲ハ道德上實ニ殘忍
 酷薄ニシテ虎狼ト何シ擇ハシ若シ之ヲ乙者ニ告ケ甲者ノ犯罪ヲ妨ケ
 タラシニハ甲者ハ刑罰ヲ免レ乙者ハ生命ヲ損セテ而シテ危險ヲ社會
 ニ與フルコ無カルヘキナリ又内乱ヲ企ツル者アランニ人アリ其陰謀
 事知リツテ隱匿シテ官ニ告ケサル時ハ此レカ爲メニ政府顛覆スルコ

有或ハシ朝憲紊乱スルコト有ルヘ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有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妨止スルノ
 義務ヲ尽サハルヤ殘忍ニシテ禍害ノ生スルヲ喜フニ出ツルコト有ル
 ヲ或ハ之ヲ妨止スル時ハ禍害反テ身ニ及フヲ恐ルニ出ツルコト有ル
 故ニ或ハ專心他事ヲ思ヒ意ヲ其犯罪ニ介セサルガ爲メナルコト有ル
 故ニ其他種々ノ事情アルヘシ斯カル種々ノ事情アルニモ拘ラス悉ク同
 一ノ刑法以テ之ヲ罰セシムル欲セハ有罪無罪混淆シ終ニ無辜ヲ罰スル
 事至ルヘシ且ツ刑法ハ總テ命令セシムルコトヲ禁止スルヲ喜フ者ナレバ
 其好マサル命令法ヲ指ツルニ吝ナラサル所以ナリ其人ヲ救助不可キ
 コトヲ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

八十

十七

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
 カ爲ニ罪トナルナリ但我立法者ハ此種ノ不行犯ニ付キテハ大ニ制限
 シタリ即チ老疾者ノ邸内ニ困倒シシ時救助セサレハ之ヲ罰スト雖モ
 公路ニ於テ困倒シタル時救助セサル如キハ之ヲ罰セス又稚兒ノ將ニ
 河ニ陥ラントスル時袖手傍觀シテ拯ハサル者或ハ航海中將ニ沈没セ
 シ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
 ニ危険ヲ與フルノ点ニ至リテハ敢テ小ナラサルニハ非サレモ法律ハ
 殊ニ之ニ義務ヲ負ハシメ刑罰ヲ加ヘサル所以ノ者モ亦敢テ前段犯罪
 ヲ妨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乱シテ無辜ヲ罰スル等ノ患アルヲ以テ

斯ノハ制限シタルナリ然レモ此等ノ所爲ハタトハ現行刑法ニ規定ナ
 キニモモヨ若シ方アリテ規定シ得ラルハナラハ完璧ト謂フヘシ之ヲ
 要スルニ法律ニ於テ特ニ命令セサル可カラサル者ハ第一公益ノ点第
 二過害豫防点ノ第三社會ヲ維持スル必要ヨリシテ道德上人ヲ救助ス
 可キ場合はナリ
 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則ヲ異ニセシ所ナリ只立
 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
 掲ケシ所以ナリ現ニ刑法草按第一條ニ法律ニ於テ罰ス可キ所爲欠爲
 ナ罪トナト有リテ明ニ行犯不行犯ノ二犯罪アルヲ認メタリ
 第二 有意犯無意犯
 有意犯トハ罪ヲ犯スル意思無キ時ハ罪トナ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者ヲ云ヒ無意犯トハ罪ヲ犯ス意
 思ハ有無ヲ問ハズ之ヲ罰スル所爲ヲ云フ要スルニ刑罰ヲ加フルニ付
 無犯意ハ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者ハ無意犯ナリ然ルニ之ヲ解スル者
 動モ罪レニ輒チ曰ク犯意有ルハ有意犯ニシテ犯意無キハ無意犯ナリ
 是ハ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者ニシテ犯意無キハ全ク罪ト爲
 ス之ニ反シテ無意犯ハ犯意有ルモ亦無意犯トシテ罰スルコト有リ例
 ハ謀故殺罪強盜盜罪ノ如キハ純然タル有意犯ニシテ人ヲ殺スノ意
 財物ヲ盜ムノ意無キハ或ハ罪質ヲ變シ或ハ全ク無罪トナル之ニ反
 シテ違警罪ノ大部分ハ無意犯ナリトス例ハ標識ノ點燈ヲ怠リタル
 罪夜中燈火ヲ滅テ車馬ヲ疾驅スル罪ノ如キハ故意ニ之ヲ犯スモ若

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時ハ直ニ謀故殺罪若シ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適度ヲ量ルノ材料ト爲シ以テ刑ノ輕重ヲ考定セサル可カラズ

罪ヲ構成スルニハ必ス道德ニ背キ社會ヲ害スルニ元素有ルヲ要ス而シテ罪ヲ犯ス意ナキ所爲ハ仮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時ハ犯意有ルヲ要スル者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レ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

二十

二十一

換言スレハ刑法ハ刑罰權ヲ以テ罰シ得サル所爲ヲ罰スル者ナリト云フニ在リ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可キ歟何レ其レ然ラン苟モ立法者タル者何レ此ノ如キ矛盾ノ事ヲ規定センヤ夫レ社會ヲ組織スル上ハ公安ヲ維持セシカ爲メ警察上ヨリ諸種ノ規則ヲ制定シテ人民ニ遵奉ス可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心シテ禍害ヲ他ニ及ボサハルコト勉ム可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故チ以テ之ヲ罰セサル時ハ何チ以テ警察ノ目的ヲ達スルコト得ン否社會ノ公安ヲ維持スルヲ得サルナリ然リト雖モ立法者ハ無意犯ヲ罰スルハ唯社會ヲ害スルノ一点ニ在リト謂フコト得ス蓋シ人ノ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懼

シ疎虞懈怠及ヒ規則等ヲ守ラサルヨリシテ他人ニ害ヲ被ラシメサル
 ヲ期圖セサル可カラス例ハ洋燈ノ火ヲ消スコトヲ遺忘シテ寢ニ就
 キタル時ハ此レカ爲メニ終ニ火ヲ失シテ忽チ東京全市ヲ烏有ニ歸セ
 シムルコト無キヲ保ス可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時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ヲ圖ルヘカラス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可キノ注意ヲ爲サス行フ可キノ義務ヲ行
 ハズシテ危害ヲ社會ニ與ヘタル者ナルヲ以テ道德ニ背カスト云フ
 決得ズ是ニ於テ平立法者ハ決シテ刑罰權ノ範圍ヲ脱シテ殊ニ犯罪ヲ
 規定スル者ニアラサルヲ知ル可シ

二十

二十三

ル可キ罪ハ必ス犯意ヲ要スルヲ以テ若シ犯意ナキ時ハ縱令犯罪ノ形
 跡有ルモ之ヲ罰スルヲ得ス然ルニ裁判官之ヲ罰シタルキハ大審院
 ノ破毀スル所トナ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サレハ同シク大審院ノ破毀スル所
 トナ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何
 トナレハ刑法ヲ通讀スルモ二犯ノ區別實ニ不明ナルヲ以テナリ初
 メ刑法草按ニ於テハ充分トスルヲ得サレ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無
 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
 リテ云々ト有ル二三ノ條ノミハ有意犯タルヲ一目瞭然疑フ可カラサ
 レハ其他ノ條文ニ於テ二犯ノ區別ノ明カナルヲ草按ノ如クナラサル

刑法

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ヲ
 ナ得ヘカラスト雖モ然レトモ極端ノ例証ヲ擧クル時ハ二犯ノ間大ニ
 差違アルヲ看ルヲ得ヘシ唯二犯ノ性質愈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
 ナ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
 然ヤヲ詳知スルハ尤モ緊要ナリ國事犯トハ何シヤ成文上ヨリ定解
 與アレ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ハ實ニ不都合ト謂ハサル
 ヘカラスト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ト
 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
 事犯ナリト爲ス可キカ如シト雖モ此モ亦予ヲシテ満足セシムル能ハ
 ズ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
 カル罪ヲ掲ケタレハナリ外國ニ與シテ我國ニ抗敵シタル者カ貨財
 ナ得ントスル目的ニ出ツル時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
 罪質ノ相違スル所有ルニモ拘ハラヌ我立法者ハ之ヲ國事犯ト見做シ
 タルカ如シ且ツ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
 スニテ尙ホ此外ニ國事犯ノ性質ヲ帶フル者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
 區別スル最モ困難ナルヲ以テ勢之ヲ學問上ニ訴ヘ適當ノ解ヲ求メホ
 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則チ之レカ
 定解ヲ探究スルハ困難ナルハ唯我刑法ノミニ非ラサルナリ獨リ彼ノ

二十

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

社會ハ法律上一ノ無形人ナルヲ以テ權利ヲ有シ義務ヲ負フコトハ敢テ
 一個人ニ異ナル所ナシ故ニ直接ニ間接ニ其權利ヲ毀害セラレ犯罪ノ
 被害者トナル者ナリ茲ニ強盜若クハ放火ヲ爲ス者有リ爲メニ人民ノ
 害ヲ受ケル甚ダシク社會モ亦多少ノ禍ヲ被ムルヲ免レンス乃チ是等
 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
 テ社會ハ則チ間接ノ被害者ナリ何シ之ヲ國事犯ト謂フコトヲ得ヤ茲
 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斯財物
 斯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
 トモ未ダ以テ國事犯ト爲ス可カラヌ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

産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産ニ對スル罪ニ非ラスシテ直接
 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ハ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モ亦稱シテ國事犯ト曰フヲ得サル
 ナリ然ラバ則チ如何ナル罪質ヲ指シテ國事犯ト曰フ可キカ曰ク直接
 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ニ有
 スル所ノ權利其類多シト雖モ之ヲ大別スレバ財産ニ關スル權利警察
 ニ關スル權利及ヒ組織ニ關スル權利三者ニ過キズ財産及警察ニ關
 スル權利ニ對シテ害ヲ受クレバ則チ社會ハ直接ノ被害者トナル然レ
 氏國事犯ニアラス其組織ニ關スル權利ニ直接ノ害ヲ受ケテ始メテ國

二二八

事犯ト謂フ可シ例ヘハ政体ヲ變更シ政府ヲ顛覆シ政權ノ一部ヲ滅殺
 以テ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
 以テ目的ヲ以テ詐欺暴行若シハ兵力ニ訴ヘタル所爲ノ如キハ社會ノ組
 織即チ政体國体ヲ直接ニ害シタルヲ以テ國事犯ナリトス予ハ尙ホ明
 瞭ナラズトナリ欲スルカ爲メニオルトラン氏ノ爲シタル問答ヲ掲載ス
 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
 組織ヲ保護スル公益アリ(問)國事犯ノ定解其レ此ク如何シ(答)從ヒテ非國事
 犯ニ定解ハ其反對ヨリシテ自ラ明カナルヲ以テ茲ニ贅述スルニ可キ
 國事犯非國事犯ヲ區別シテ如何ナル利益アリヤ予ハ之ヲ解スルニ先
 ナ一言スヘキ者有リ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想目的共ニ道德ニ背戾シタル所ナシ然ルニ取リ

テ以テ刑法中ニ規定シ且ツ重ク之ヲ罰スルニ至リテハ刑罰權ヲ濫用
 シタル者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ニスル者ナランヤ抑國事犯ヲ企ツル者ハ或
 以詐欺ヲ以テ或ハ暴行ヲ以テ或ハ兵力ヲ訴テルカ如キ忌ム可ク
 惡業可成テ手段ヲ以テ正當ニ政府ヲ顛覆セシム欲スル者ナルヲ以テ
 其道德ニ背ク言ヲ俟タズ但其中邦家以前途ヲ憂若シ慷慨悲憤ヲ禁
 ヘヌ以テ犯ス者無キヲ保ストカラザレバ或ハ私利ヲ逞フセシム或
 以私怨ヲ霽サシム或ハ不平ヲ洩サントスルカ如キ目的ヲ出ツル者
 多クニ居ル故ニ國事犯ハ道德ニ背反シ社會ヲ損害スル最モ大ナルヲ
 以テ立法者ニ定ム所實ニ適理ノ事謂フ可キ也
 以下ニ犯テ區別スルノ利益ヲ畧叙セン夫レ國事犯ノ罰スルニ右ニ述
 ブルカ如シト雖モ然レテ其目的ト云ヒ手段ト云ヒ其ニ非國事犯ト

同一視スヘキ者ニ非サルナリ例ヘハ強盜盜若クハ謀殺罪ノ如キハ時
 シ古今洋ノ東西ヲ問ハス皆認メテ以テ破廉耻ノ甚シキ惡事ト爲サハ
 其共ニ國事犯ニ至リテハ其犯シタル國ニ於テコソ道德ニ背キ社會
 ナ害シテ外國ヨリ之ヲ視ハ罰スヘキノ必要ナシ故ニ國事犯人ハ社
 會ノ公敵ト見做サレ可カラズ去レハコソ國事犯人ハ外國ニ逃走シ
 逃奔者ハ其國ニ於テ犯人ヲ本國ニ引渡スルヲ拒絕スルコト有リ現ニ國
 ニ引リテハ國事犯人ヲ引渡シ爲サレバ外國條約書中ニ規定シタ
 ル者有リ我刑法ニ於テ以テ犯ニ科スル所ノ刑名及ヒ其ノ構成ニ至ル
 ヲ及普ニ異ニシ治罪法ニ於テハ國事犯ノ重罪ヲ審判スル爲メニ殊
 際高等法院ヲ設ケテ非國事犯罪ノ區別ヲ爲セテ以テ二犯法區別スル
 所利益ヲ了知セラルルニ由ルニ由ルニ由ルニ由ルニ由ルニ由ルニ由ル
 第四節 即時犯繼續犯 第四節 即時犯繼續犯 第四節 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治罪法中公訴期
 滿免除ニ關シテ繼續犯ノ文辭ヲ表ハシテ斯罪アルヲ認メタリ而シテ
 刑法ヨハ其文辭ヲモ表示セル所ナキヲ以テ如何ナル罪ハ即時犯ナリ
 ヤ將テ繼續犯ナリヤヲ知ルコトヲ得ス乃チ學問上ヨリシテ其區別ヲ
 爲サハル可カラズ殊ニ即時犯トナシ繼續犯トナスニ於テ大ニ其結果
 ナ異ニスル者有リ數罪俱發又ハ公訴期滿免除ノ場合即チ是ナリ
 即時犯トハ何ソヤ曰ク罪ヲ犯スヤ其所爲永ク續繼セズシテ直ニ終局
 スル者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ニ終リテ續繼スルコト無ク其繼續スル所及者ハ
 唯其結果ノミ繼續犯トハ何ソヤ曰ク罪ヲ犯シ即時ニ之ヲ遂クルニ確
 モ其所爲多少ノ時間繼續スル者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續繼

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モ亦
 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コト非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ラサ
 ルコト是ナリ

繼續犯ニ二種アリ一チ性質ニ因リテノ繼續犯トイヒ一チ方法ニヨリ
 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ソ人
 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罰スルヤ第一着ノ所爲ニ在ルコト有リ又第二着ノ所爲ニ在ルコト有リ其第一着ノ所爲ヲ罰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点ヲ見ルニ在リ抑立法者ハ何故ニ其罰スル点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

310

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其罪トナルハ第一着ノ所爲ニ在ルヲ以テ立法者ハ之ヲ罰シタルナ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テ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アラズ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ルナリ乃チ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尙ホ第二編以下ニ付キテ仔細ニ立法者ノ罰スル点ヲ觀察セラレヨ

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リテ繼續犯トナル者ヲ云フ

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箇ヲ偽造セハ則チ即時ニ一罪ヲ構成スルヲ以テ其後引續キテ數百箇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時ハ二箇ノ即時犯ヲ構成ス然ルニ初メヨリ其倉庫中ノ米ヲ悉ク竊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繼續犯ナルヲ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ヲ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其性質ノ即時犯ナルニモ拘ハラズ犯者ノ意思終始連綿トシテ無形ニ繼續スルヲ以テ之ヲ方法ニ因リテノ繼續犯トナスナリ是故ニ方法ニ因リテノ繼續犯

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ヲ要スルナリ

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ノ期滿免除ノ起算点ニ就キテ異ナル所アリ即時犯ハ直チニ始終スル犯罪ナルヲ以テ其犯罪ノ日ヨリ起算シ繼續犯ハ則チ犯罪始終ノ間多少ノ時間繼續スル者ナルヲ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裁判ニ就キテハ至大ナル關係ヲ生ス例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裁判確定スル時ハ其后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ヌ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裁判ノ効力ハ他ノ所爲ニ及ハサルナリ尙ホ公訴期滿免除及ヒ確定裁判ニ

關シタル詳細ノ一ハ之ヲ予カ治罪法講義ニ讓ル可シ又數罪俱發ニ就
 キテハ即時犯ハ一回毎ニ一罪ヲ成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モ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ゼラルハナリ
 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ズニ犯
 區別ニ就キテ屢疑問ヲ生スル一有リ予ハ左ニ不行犯中ニ就キテ一
 ノ問題ヲ解明シテ諸君ノ參考ニ供セントス
 凡ソ或ル財産ノ授受者ノハ契約ニハ之ヲ証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
 貼用セサル犯罪者ノ法廷ニ顯出シタル者有リトセンニ此罪ハ即時犯
 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
 ノ裁判例モ亦同シク繼續犯トナシタル者有リ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ズシテ間
 斷ナク繼續ス然ルニ若シ強テ即時犯ト爲セハ取締上大ニ不都合ヲ
 生ス可シ例ヘハ契約ノ期限ヲ十年ト記シタル證書有ランニ其證書ノ
 法廷ニ出ツルハ十年ノ后ニアリ若シ其證書ニ印紙ノ貼用無キ時ハ之
 ナ授ケタル者ノ罪ニ就キテハ業已ニ公訴ノ期滿免除ヲ經過シタレハ
 之ヲ罰セント欲スルモ亦得可カラス然ラハ則チ印紙貼用規則ハ期限
 ノ永キ契約ノ爲メニ破壞シタ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期滿免除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
 合ヲ來ス一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
 ノ說ト謂フ可カラス況ン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ラサルニ於テオヤ今法律ノ精神ヲ探究スルニ此罪ハ証書授受ノ際已ニ構成スル者ニシテ犯人巳ニ証書ヲ敵手ニ交付セハ敵手ノ合意ナケ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アラス依テ法律ハ証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ニ終息シ其繼續セル所ノ者ハ所爲ノ結果ノミ故ニ之ヲ即時犯ト云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者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期滿免除ノ起算点ヲ定ムルヲ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リ

二十

タル罪ハ即時犯ナリヤ繼續犯ナリヤ曰ク即時犯ナリ然レトモ又之ヲ繼續犯ト爲ス者多シ其說ヲ聽クニ曰ク當初届出ヲ爲サハ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者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ヲ得サルカ如キ取締上不都合ナル結果ヲ生ス可シ故ニ之ヲ繼續犯ト爲ス時ハ幾回モ罰スルヲ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届出テサル所爲ノ繼續シタルニ非ラスシテ其結果ノ繼續シタル者ナレハ純然タル即時犯ナリ論者ノ如ク數回届出ヲ怠リタル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可シ即チ法廷ニ於テ有罪ノ裁判官渡終ルト同時ニ届出テサレハ忽チ又同一ノ罪ヲ構

成ス可ク瞬刻ノ間重ネテ罰セラルニ至ル可シ況ンヤ取締上不都合ナ
ランニハ裁判執行ノ結果トシテ公力ヲ以テ届出チナシタル者ト爲シ
得ルハ敢テ難カラサルニ於テオ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

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
ヲ辯明セサルトセシテ蓋シ軍事犯ノ定解ニシテ明了ナレハ非軍事犯
ハ別ニ之ヲ述フルノ必要ナキヲ以テナリ
軍事犯トハ何ンヤ軍人軍属ノ犯罪ニシテ所犯軍事ニ係リ陸海軍刑法
ヲ以テ處斷スヘキ者ヲ曰フ蓋シ軍人軍属ハ軍事ニ従事スルヲ以テ特
別ノ義務ヲ帶フ故ニ常法外特別ナル法律ヲ設ケテ之ヲ牽制セサルヘ

二六六

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
ニ觸ルハト雖モ軍事犯ヲ構成セス唯軍人軍属ニ限ル者トス但シ軍人
軍属ト雖モ所犯軍事ニ關セサル時ハ軍事犯ニアラスシテ普通刑法ヲ
以テ處斷スヘキハ當然ナリトス

以上ハ學理上ヨリシテ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治罪ノ法即チ裁判所ノ構成裁判官
ノ資格及ヒ訴訟手續辯護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者
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属ノ
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ツ常
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

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依リテ罪ノ區別ニ關シ
 テハ此ニ講説ヲ息メントス此他現行犯非現行犯及ヒ附帶犯非附帶犯
 ナル者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
 ヤ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シテ
 掲載ス可キ者ニアラス然ルニ或ハ之ヲ以テ罪ノ區別ト思惟スル者無
 キニアラス今予ハ其否ラサルヲ辯シ併セテ其定解ヲ畧陳セシ
 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
 ナ謂ヒ非現行犯トハ現ニ行ヒタル際ニ發覺セズ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
 ト雖トモ其罪ニ輕重ノ差ヲ生スル者コアラズ何トナレハ如何ナル罪

二二八

モ又タ如何ナル發覺ノ遲キ罪モ一度ハ必ラス現行アリタルニ相違ナ
 ケレハナリ故ニ其發覺ノ前後ニ因リテ罪ニ輕重ノ影響ヲ及ホスノ理
 ナシ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点ノ疑アルナキヲ以テ刑ヲ重
 シ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アラス況シ
 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チヤ此
 ノ如ク論シ來レハ現行犯非現行犯ヲ區別スルノ利益ナキカ如シト雖
 モ治罪ノ手續ヨリ觀察スレハ大ニ相異ナル所アリテ從ヒテ之ヲ區別
 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サレ
 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テサルナリ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ズシテ之ヲ逮捕スルヲ得及ヒ豫
 審判事ハ直ニ豫審ニ取掛ルヲ得レトモ現行犯ニ於テハ令狀ナケレハ
 逮捕スルヲ得ス及ヒ檢事又ハ民事原告人ノ請求アルニ非サレハ豫審
 ニ取掛ルコトヲ得ス其他現行犯ノ場合ニハ何人ヲ問ハズ直チニ被告
 人ヲ逮捕スルヲ得レ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治罪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
 リ此レ何レモ迅速ニ手續ヲ爲サ、ル可カラサル者ナルヲ以テナリ而
 ルニ治罪法ハ尙ホ満足セズシテ准現行犯ナル者ヲ規定セリ准現行犯
 トハ治罪法第百一條ニ所謂犯人トシテ一人又ハ數人ニ追呼セラレ、

時兇器贓物其他犯人ト思料スヘキ物件ヲ携帯シタル時家宅内ニ於テ
 犯シタル罪ヲ檢証スル爲メ又ハ其犯人ト思料スヘキ者ヲ逮捕スル爲
 メ戸主ヨリ官吏ニ其處分ヲ求メタル時ヲ云フ又明治十四年九月廿日
 第四十六號ニ於テ其舉動犯人ト思料ス可キ者アル時ハ當分ノ内現行
 犯ニ准シ處分スルヲ得ルト迄ニ布告セラレタリ此布告ノ精神タル
 唯令狀ヲ携帯セズシテ逮捕スルヲ得ルト云フニ過キス故ニ眞ノ現行
 犯トハ固ヨリ其趣ヲ異ニスルヲ以テ人或ハ之ヲ舉動犯ト云フ抑此布
 告タル理論上ヨリ論下スレハ人民ノ安寧ヲ害スルコト實ニ鮮少ナラス
 唯其舉動ヲ以テ犯人ナリトシテ之ヲ逮捕スルノ權力ヲ警察官ニ與フ
 ルニ至リテハ吾人ハ一日モ安堵スルヲ得ス否ナ吾人ノ自由ハ警察
 官ノ心理ニ繫カルト謂ハサル可カラス然レモ實際ニ於テ舉動犯人ト
 認ムル者十中ノ八九ハ眞個ノ犯人ニシテ大ナル錯誤ナシト聞ク是レ

實ニ理論ト實際ト相背馳スル所ノ者ナリ但要スルニ此布告ハ早晚廢止ニ屬セラル可キ者ト思考ス聞ク或ル地方ニ於テハ已ニ之ヲ實行セサル處アリト

治罪法ヨリ現行犯ヲ論スレハ其レ此ノ如シ刑法上ヨリ定解ヲ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アラ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ヲ表彰スルニ足ラサレハ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者ナリ故ニ刑法ト治罪法トノ現行犯ハ相異レル所アルヲ此ノ如シ

三十一

二十五

附帶犯非附帶犯 附帶犯非附帶犯ノ文辭ハ刑法中ニ之レナク附帶犯ノ文辭ハ治罪法中ニ見ル所ノ者ナリ蓋シ附帶犯トハ數罪ノ相連絡スル者ヲ曰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有ル時ハ附帶犯ナリ非附帶犯トハ附帶犯ニアラサル者ヲ曰フ凡ソ附帶ト云ヘハ主物アリテ他物ノ之ニ附從スルカ如ク見ユレハ附帶犯ヲ構成スルニハ別ニ數罪中主從ノ關係ヲ有スル者ニアラス故ニ附帶犯ノ文辭妥當ナラス連絡犯ト云ハ、可ナランカ治罪法ニ於テ附帶犯ヲ認メタルハ種々ノ利益アレハナリ即チ管轄裁判ニ付キ大ナル關係ヲ及ホスヲ有リ例ヘハ重罪輕罪相連絡シテ發覺スル時ハ上級ノ管轄裁判所即チ重罪裁判所ニ於テ其事件ヲ併セテ審判スルカ如シ又裁判官ハ辯論中發見シタル附帶犯ハ檢察官ノ起訴ナシト雖モ之ヲ裁判スルヲ得ル有リ斯ノ如ク法律ハ附帶犯ト非附帶犯ト

ヲ區別スト雖モ犯罪ノ性質若クハ刑罰ノ点ニ於テ別ニ差違アル所ナ
 シ唯治罪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ノ如シ
 治罪法第三十九條ニ曰ク左ノ場合ニ於テハ附帶ノ犯罪ナリトス 一、
 同一ノ場所ニ於テ同時ニ一人又ハ數人ニテ數罪ヲ犯シタル時 二、數
 人通謀シテ日時又ハ場所ヲ異ニシ數罪ヲ犯シタル時 三、自己又ハ他
 人ノ犯罪ヲ容易ニスル爲メ又ハ其罪ヲ免ル、爲メ他ノ罪ヲ犯シタル
 時ト附帶犯ヲ構成スル場合ハ此ニ尽シタルカ如シト雖モ這ハ只其一
 例ヲ舉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
 セラルレハ治罪法ニ規定スル所ノ者ハ只其例ニ過キサレトテ知了セ
 ラル可シ蓋シ附帶犯ヲ構成スル場合ハ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

二十六

此場合ハ尙ホ二個ニ區別セラル犯罪者ノ故意ヲ以テ原因タラシメタル
 時及ヒ故意ニアラス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

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シメシメカ爲メ犯シタル時例ハ婦

刑法

女ヲ強姦シテ其刑ニ觸レシトテ恐レテ其婦女ヲ殺シタル場
合ノ如キ是ナリ

(二) 犯者ノ故意ニアラスシテ偶然原因トナリタル時例へハ他人ノ
倉庫ニ入り米穀財貨ヲ盜ミ出シ之ヲ門外ニ積ミ置キ再ヒ盜ミ
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

例へ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

例へ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バ時及ヒ所ヲ同フス
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
然レトモ悉ク附帶犯ナリトス

諸君此ニ至リテ現行犯罪現行犯及ヒ附帶犯罪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
トテ知ルヘシ尙ホ罪ノ區別ニ關シテ一言スヘキハ特別犯常事犯ナリ
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
條例若クハ酒造規則煙草規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
諸君子カ此マテ講述シ來リタル罪ノ區別ハ刑法ヲ講究シ若クハ適用
スルニ當リテ實ニ緊要ナル事項ナルヲ以テ深ク之ヲ心裡ニ藏セラレ
ンコト切望ス

第二條 法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖モ罰スルコト
得ス

本條ハ吾人ノ行爲中ニ於テ刑事ノ制裁ヲ受ク可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
ルヲ得サルコト規定シタルナリ然ルニ本條ヲ一讀スル時ハ先ツ法律
ニ正條ナキ時ハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコト得スト有ルヨリ
法律ノ正條外ニハ罰ス可キ所爲ナキヤ否ヤノ疑問ヲ生ズベシ抑立法
者ノ法律ヲ編纂スルヤ吾人ノ行爲ニ就キテ道德ニ背キ社會ヲ害スル

者ヲ網羅シ正條ヲ設ケテ之ヲ罰スト雖モ然レモ正條外尙ホ背德加害
ノ所爲コシテ吾人ノ之ヲ必罰スヘキ感覺ヲ生スル者無キニ非ス例ヘ
ハ殺人罪ニ於テ人ヲ謀殺シタル者ハ死刑ニ處シ人ヲ故殺シタル者ハ
無期徒刑ヲ科スト規定スレモ謀殺罪若クハ故殺罪ハ其所犯ノ方法ノ
如何ヲ問ハス悉ク之ヲ網羅スト謂フヲ得ス試ミニ謀殺ニ就キテ之ヲ
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可キノ兇行ナリ但其有爲タル假令其子ノ死ハ繼
母カ無形的ノ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チ保シ難ケレハ其死ノ如何ヲ証明スルハ人事ノ企及ス可キ者ニアラス即チ此等ノ所爲ハ固ト人類ノ刑罰權内ニ入ル可キ者ニ非サルヲ以テ正條ニ規定セサルナリ尙ホ此ノ如キ例證ハ實ニ少キニアラサル可ク加之立法者カ獨リ認メテ罰スルノ必要ナシト斷定シテ殊ニ規定セサル所爲モ亦之レ有ル可シ是ニ由リテ之ヲ觀レハ法律ノ正條外ニ於テ實德加害ノ所爲アル此ノ如シト雖モ立法者ノ認ムル所トナラサル以上ハ稱シテ法律正條外ニ罰ス可キ所爲アリト謂フチ得ス換言スレハ則チ法律ノ正條外ニハ所謂犯罪ナル者ハ之レ有ルコトナシ故ニ曰ク法律ニ正條ナキ所爲ハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコト得スト今左ニ人ヲ罰スルニ當リテ必ス正條ヲ要スル理由ヲ陳セントス

三十一

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德加害ノ所爲ニ加フル者ナリ而シテ其背德ノ所爲タル吾人ノ感覺ニ於テ之ヲ知ルコト難キニアラ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然レモ其社會ヲ害スル点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德加害ノ所爲ナルコトヲ知ルヲ得レ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例ヘハ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点實ニ明ナレモ刑法領布以前ニ溯リテ見ンニ公然猥褻ノ圖畫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コ因ルナル可シ是レ律ニ正條ヲ要スル第一理由ナリ

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判決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者ナリ夫レ一人ニテ原告トナリ裁判人ト爲ル時ハ威勢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可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取分セシメ以テ弊害ヲ未ダ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ナシテ恣ニ之ヲ罰スルコトヲ得セシムル時ハ吾人ノ生命名譽若クハ財産ハ悉ク裁判官ノ手裡ニ在ルト謂フ可シ抑、人ノ感想ノ度ハ皆ナ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アラ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者トセハ吾人ノ自由權ヲ妨害スル焉ヨリ大ナル者ナカラン裁判官ナル者ハ公平無私ニシテ理ヲ理トシ非チ非トシ毫絲モ曲クルナキチ本務トスト雖モ然レトモ亦專恣橫斷私ニ徇ヒ利ヲ謀リ吾人ノ生命ヲ去リ財産ヲ奪フ者ナキチ保ス可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ナ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理由ナリ

故ニ刑法中本條ノ規定アルハ實ニ緊要欠ク可カラサルモノナリ然レ

ト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セシメタリ今日ヨリ之ヲ見レハ實ニ悚然
 タル者アリ近今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アラスヤ不應爲罪ト
 ハ律ニ正條ナキ所爲ニテモ情理上應ニ爲スヘカラサル者ト認定スレ
 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ハ悉ク然ラサ
 ルハナシ羅馬ニ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
 度延キ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正當ナリヤ否ヤハ頗ル

疑チ存セリト云フ願フニ當時法律ノ學未ダ進マス刑法ノ如キ實ニ疎
 漏チ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可カラサルヲ勢ナリトス何トナレハ刑法ノ
 疎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
 ト規定モ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
 ニ安ニスルヲ能ハサルニ至レ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アラサルナリ
 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
 刑事ノ制裁ヲ加フ可カラズ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可シ
 諸君子ハ已ニ第二條ノ解釋ヲ終リタリト雖モ尙ホ一言スヘキヲ有リ
 即チ法律説明ノ規則ニ關シタルヲニシテ此規則ハ法律ニ正條アルヤ

否ヤヲ判別スルニ欠クヘカラサルモノナリ
 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
 拒スルコトヲ得スト云フコトハ佛蘭西民法第四條ニ規定スル所ナリ此規
 則ハ獨リ民事ノミナラス刑事ニモ亦適用セラル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至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第百條ヲ以テ諸般ノ犯罪ヲ規定セントスルニ當
 リテハ動モテハ不完全ナル場合ヲ生シ某所爲ハ某條ヲ適用シ得ル
 カ如クモ見エ又タ某條ヲ適用シ得サルカ如クモ思ハルコトハ實際多ク生シ易キ
 何レノ條ヲモ適用シ得サルカ如クモ思ハルコトハ實際多ク生シ易キ
 困難ヲ引オス此時ニ當リテ裁判官タル者ハ確實ニ法文ヲ説明シテ正
 條ノ有無ヲ定メ正鵠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個ニ分テ説明ノ規則ヲ畧言シ然ル后第三
 條ニ移ル可シ

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
 リ曰ク茲ニ過キンヨリハ寧ロ寛ニ失セヨト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アラ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
 テ用フ可キ者ニシテ他ニ説明ノ方法アレハ則チ之レニ從ハサル可ラ
 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コトヲ換言スレハ文ヲ以テ法意ヲ害ス可ラサ

ル是レナリ故ニ法律ノ文面上ノ如何ニ拘ラズ能ク法律ノ精神ヲ探
 究推量シテ一ニ其精神ニ從ハサル可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ニ
 ハ説明ノ用ニ供スヘキ材料ニ關シテ制限セラル、所ナシ故ニ法理ニ
 稽ヘ實例ニ徵シ若クハ法條前後ノ關係其法ノ設定セラレシ理由及ヒ
 機會又ハ其法創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抵觸セサル推理
 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可シ然レモ此ニ説明者ノ超ユ可カラサル
 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ニ強ヒテ説明スルヲ得サルナリ是ナリ
 入動モスレ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

ノ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
 ヨリ正條有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
 當リテ是レ畢竟法律ニ規定スヘキ等ノ者ナリトナシ恰モ正條ノ存在
 セルカ如クスルハ是レ法律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可シ是故ニ
 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
 縫スルカ二者其ノ一二出テ所謂法律ヲ擴張スルト云フハ之無キナリ

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ナ
 キヲ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

ルニ過キス遠ク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脱漏セル者アルハ人類ノ制定シタル者ニ於テ免カレ可カラサルコトナリ然ラハ此場合ニ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ヘシ之ニ反シテ脱漏ハ眞ノ脱漏ニシテ獨リ外形ニノ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ノミ

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畧述シタル所ノ如シ故ニ予ハ爾來確ニ此規則ヲ遵守シ寛ニ失セス嚴ニ流

レス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コトヲ得ス

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ノ効力ハ之ヲ既往ニ及ホス可カラサルコトヲ掲ケ第二項ニハ法律ノ効力ハ之ヲ既往ニ及ホス可キコトヲ載セタリ此二箇ノ規則ハ各相對峙セル原則ニシテ第二ハ第一ノ例外ト謂フニアラス即チ本條ハ法律ハ人ノ既得權ヲ害スルヲ得スト云フ大原則ヲ規定シタル者ナリ予ハ以下本條ヲ二項ニ分テ解釋セシ

第一項 法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得ス

刑法

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ルト雖モ然レモ各種ノ法律悉ク効力ヲ既
 往ニ及ホサスト謂フヲ得ス治罪法ノ如キハ刑法ト異ニシテ其効力ノ
 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ヘカラス刑法草按ニハ刑法ノ文
 辭ヲ用非タリシカ審査修正ノ際之ヲ改定セシハ遺憾ト云フ可シ蓋シ
 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亦妥當ヲ欠ク宜ク之ヲ所爲ト
 解スヘシ何トナレハ新法頒布前ニ行ヒタル所爲ハ舊法ニ於テ罰ス可
 キ者ナル時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所爲ヲ指シテ
 犯罪ヲ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所
 爲ニ及ホスヲ得スト云フ意ニ解セハ甚タ正當ナラント信ス
 法律ハ何故ニ頒布以前ニ係ル所爲ニ其効力ヲ及ホスヲ得サルカ予
 ハ此ヨリ其理由ヲ説明セン

凡ソ天下ノ事物其存シテ今日ニ在ル者ヲ破壊シ若クハ變更スルハ人
 爲ノ能ス可キ所ナリト雖モ既ニ成立シ了シタル者ヲ前ニ溯リテ破壊
 變更シテ曾テ其事ノ成立セサルカ如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者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者ヲ既往ニ溯リテ然ラサラシムルハ決シ
 テ能ス可カラサル者トス故ニ昨日マテ法律ニ於テ禁セサリシ事ヲ以
 テ今日其法律ヲ廢シテ更ニ之ヲ禁スルハ人ノ爲シ得ル所ナレモ今

日設ケタル法律ヲ以テ其前日マテ爲スコトヲ許シタル法律ヲシテ未タ
曾テ存セサリシカ如クナラシムルハ決シテ爲ス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即テ律ニ正條ナキ所爲ヲ罰スル者
ニシテ當サコ爲スヘカラサルコトヲ爲ス者ト謂フ可シ法律ノ効力ヲ既
往ニ及ホス可カラサル原則ハ此ノ如キ簡單ナル道理ニテ已ニ了解ス
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凡ソ人民ノ
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ンハ
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可シ故ニ人民ハ法律カ或事ヲ
行フヲ禁セサル場合ニ於テハ之ヲ行フモ決シテ刑罰ヲ受ク可カラサル

二十二

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者トスル
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
制定スル者トセハ則チ立法者ハ爲ス可カラサル事ヲ爲ス者ト謂フ可
シ是ニ由リテ之ヲ觀レハ法律ノ効力ヲ既往ニ及ホスヘカラサルハ豈
真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ノ原則ハ新
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
受クルノ責任有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可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者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サルカ如シ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者ニシテ實際
 ノ事實眞ニ惡ム可キ者ニ逢ヘハ之ヲ罰スル法律ナキ時ト雖モ尙ホ比
 附援引シテモ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乱セラレ已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
 第一項ノ犯罪ノ文辭ノ妥當ナラサルコトハ前ニ述ヘタリシカ第二項ノ

二四

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所爲
 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
 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
 人ノ既得權ヲ害ス可カラス故ニ舊法ノ刑ヲ以テ罰スヘキコトハ已ニ第
 一項ニテ説明シタリ然ルニ此ト反對ニテ新法ハ舊法ノ刑ヲ減輕シタ
 ル時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ナリ
 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シハ
 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可カラサル
 一ハ曾テ述ヘタルカ如シ固ヨリ唯被告人ヲ憫ムノ精神ヲ以テ法律ヲ
 規定スルニ過キサル者ナラハ當初ヨリ悉ク罪人ヲ寬恕シテ法律ヲ設
 クルカ如キ事ヲ爲サ、ルノ勝レルニ如カス然ラハ其真正ナル理由ハ
 何シ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
 用シ得ル者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ソハ何ソ刑罰ヲ施スコトヲ得ンヤ社
 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ルト謂フ可シ故ニ此場合ニ於テ
 ハ新法ノ効力ヲ既往ニ及ホスハ敢テ被告人ヲ憫ムノ精神ニ出テタル
 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
 ノ例外ニアラスシテ各特立シタル原則ナルコ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ヘハ一犯
 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后始メ
 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

ラルヘキ者ナルニ荏苒第三法頒布ノ后ニ至リタルヲ以テ其適用上ニ
 困難ヲ來ス者トス此ノ如キ場合ハ實際甚タ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后来如何ナル事
 アリテ此ノ如キ場合ヲ見ルコ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此場合チ一見スレハ第三法ノ無期徒刑ニ處ス
 可キ者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コト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照シ本條第二項ヲ適用シテ無
 期徒刑ニ處セサル可ラサレハナリ此說甚タ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ス其故何ソヤ
 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可ケンヤ故ニ第二法ノ有期徒刑ニ
 處スルハ法理上當サ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コト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有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論理上許ス所ニアラサルナリ
 以上説明スル所ニヨリテ第三條ノ第一項第二項ハ畧明カナリト信ス

此レ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可キカト云フコニ付キ尙ホ數言ヲ費シテ本條講義ノ局ヲ結ハントス

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殊ナル所アリテ其輕重ヲ定ムルハ甚ダ困難ナリシ故ニ明治十四年第八十号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比照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者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、輕キヲ取ルニ在リ新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者ナリ然ラハ則チ新舊比照法ハ本條ノ說明ニ供ス可キ者ニアラ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設ク可シ

新舊兩法ノ比照ハ多ク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可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有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ノ輕罪ノ刑ト第九條ノ違警罪ノ刑トチ互ニ比照スル如キモ亦輕重ノ點實ニ明瞭ナリ然レモ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チ比照セン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リテ之ヲ失フモ再ヒ獲得スルノ機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一圓ノ

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モ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ヲ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ラス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ヘキノミ又重禁錮ト輕禁錮トヲ比照セシコ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タ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寡數ハ乙ノ寡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ハ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ノ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点甚タ不明瞭ニシテ適用上大ナル困難ヲ有スルヲ有リ故ニ予ハ成文ニ基キ法理ニ由リ輕重ノ点ヲ判別シ以テ是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者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ンニハ何チ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チ要センヤ即チ彼チ以テ此チ推演セハ立法者ノ眞意探知スルチ得ヘキノミ又重禁錮ト輕重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チ以テ刑期ノ長短ヲ以テ其輕重ヲ判別セサル可カラズ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ヘカラサルカ如シ又禁錮ト禁錮若シハ罰金ト罰金トチ比照シテ一面惟レ重シ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チ以テ宜ク被告人ノ撰擇ニ任ス可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

ノ刑チ加フ可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チ難スルニ被告人之チ能クスト云フハ即チ是レ能ハサルチ望撰者ト謂フ可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チ被告人ニ質シ之ニ從フトハ實ニ奇怪ノ至リト謂ハサル可ラス

第二說 此說ハ新舊二法ニ就キテ其長期ト長期若シハ短期ト短期トチ比照シ又ハ多數ト多數若シハ寡數ト寡數トチ比照シテ其數ノ下レル者チ取り調和シテ科スル所ノ刑ト爲スニ在リ前例ニ因リテ之チ言ヘハ舊法ノ四年以下新法ノ一年以上ヲ取りテ一年以上四年以下ト爲

シ又タ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説ハ大ニ理アル者ノ如シ何トナレハ各輕キ者ノミチ撰ヒテ刑ヲ適用スルヲ以テ決シテ嚴酷ニ流ルハ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可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者ニシテ新法ニモ舊法ニモ從ヒタル者ニアラ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アラサルナリ蓋シ彼ノ明治十四年第八十号布告新舊比照法ノ如キハ此説ニ依リタル者ニシテ該布告ハ刑法第三條ノ解釋トシテ見ル可ラサル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ンニ第三條ニ新舊ノ

二十一

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チ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可カラサル者トス

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者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ニ於テ其數ノ上レル有ルモ長期又ハ多數ヲ比照シテ下レ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コソ上ルナレ長期ニ於テ下レ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ク同意ヲ表スル所ナリトス借何故ニ長期又ハ多數ノ下レル者ハ短期又ハ寡數ノ上レル所アル

コモ拘ラス之ヲ輕シトスルカ復タ前例ヲ採リテ之レ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官ヲ侍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シモ舊法ヲ重シトスルヲ得ス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ナ期ス可カラス況ン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乎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、コト無キモ五年ニ處セラル、ノ恐ナシ是此說ノ最モ至當ナル所以ナリ

百三十五

是ニ由テ之ヲ觀レハ新舊二法ノ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ノ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ノ刑ニ附加刑有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モ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ルナリ何トナレハ附ハ主ニ從フノ原則有

ルヲ以テ附加刑ノ輕重ニ關セズ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リ
 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ヲ
 得ズ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ズ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后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点判然セサルヲ以テ

即チ所犯情狀ニヨリテ判定スルヨリ外復タ手段アルコトナシ

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

刑ノ執行方法ハ其効力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ホスト雖モ刑ノ性質ニ關係スルコト無キヲ以
 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ヲ改メ
 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
 牛肉ヲ與ヘシヲ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
 ルナキコトヲ得ン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可カラサルナリ故ニ曰ク刑ノ執行方法ハ其効力既往ニ及フ可シト

治罪ニ關スル法ハ其効力既往ニ及フヤ否ヤ曰ク是亦既往ニ及フヘシ抑治罪ニ關スル法即チ裁判構成又ハ訴訟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者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コト無シ但シ此事ニ關シテハ治罪法講義ニ於テ詳説ス可シ

刑ノ期滿免除ニ關スル制度ハ其効力ヲ既往ニ及ホス可キカ否ヤ此問題ハ后日刑ノ期滿免除ヲ講スル時ニ辨明スヘシ

第三條第二項ニ未タ判決ヲ經サル云々ノ語アリ此語ハ未タ確定裁判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可シ例

ハ違警罪裁判所又ハ輕罪裁判所ニ於テ初審ノ裁判ヲ受ケ又ハ重罪裁判所ニ於テ重罪ノ裁判ヲ受ケ其上訴期限中ニ新法頒布セラレ其刑舊法ヨリ輕キ時ハ被告人又ハ檢察官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ズニテ確定シタル時ハ大審院檢察長ヨリ非常上告ヲ爲スヘシ

既ニ確定裁判有リテ刑ノ執行中ニ新法頒布セラレ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アラ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者ニシテ固ヨリ第三條ヲ適用ス可カラズ乃チ此問題ハ本條ニ關セスシテ刑ノ消滅ニ關スルヲ以テ是モ亦期滿免除ノ條下ニ至リテ辯セン

諸君子ハ此ニ至リテ全ク第三條ノ講ヲ終リタリ而シテ本條ニ關スル

事項ハ畧々之ヲ盡セリト思考ス

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ク思ハル蓋シ陸海軍刑法ニテ論ス可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ラス然ルニ之ヲ草按ニ徵スル時ハ本條ノ由來スル所ヲ知ルヲ得可シ草按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ノ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可シト

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刑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按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ラ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ヲ以テ論ス可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可シ例ハ兩刑法共ニ毆打創傷罪ノ刑ヲ規定シタリトセ

シ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後ナル
 ニモ拘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、チ得スシテ其頒布ノ前後ニヨ
 リテ一方ハ一方チ廢スルノ効力有ル者トス尙ホ此点ニ關シテハ次條
 ニ説ク所有ル可シ

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
 各其法律規則ニ從フ

若シ他ノ法律規則ニ於テ別ニ總則ヲ掲ケサル者ハ此刑法ノ
 總則ニ從フ

本條ハ普通刑法ト特別法トノ關係ヲ規定シタル者ナリ普通刑法トハ

一般ノ人民ニ適用スル所ノ事件ヲ規定スル者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はナリ例ヘハ新聞條例、出
 版條例、郵便條例、若クハ鐵道、稅關、賣藥等ニ關スル罰則ハ即チ特別法ト
 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可カラサル者ニ非スト雖モ然レトモ何ノ
 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可キ
 者ニ非ラス然ルニ特別法ハ時勢ノ變遷ト需要トニ應シテ彼ニ用アリ
 テ此ニ不用ナルカ如キ、屢々生スルヲ以テ其改定變更モ亦屢々ナラ
 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可カラ
 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ク

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タ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ク然レド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ハ郵便ニ關スル罪若クハ電信ニ關スル罪ノ如キハ須ラフ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擇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可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者ナリ何トナレハ特別法ニ於テ如何ナル製造所ヲ持シテ危害

ヲ生シ健康ヲ害ス可キ物品ノ製造所トナスガテ規定セサル時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レハナリ然リト雖モ現今本條ニ關シタル特別法ノ制定有ルコトナシ是ヲ以テ吾人カ認メテ刑事ノ責ナキ所爲ナリトシテ建設シタル製造所モ裁判官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ハ無キヲ保ス可カラズ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可キ正條ナクシテ特別法ニ正條有ル時ハ特別法ヲ適用スト云フコトヲ規定セリ而シテ其特別法ハ刑法頒布以前ノ法ヲ云フカ刑法頒布以後ノ法ヲ云フカ將テ刑法頒布ノ前後ニ拘テサルカ曰ク刑法頒布以前ノ特別法ヲ謂フ者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抵觸スルキハ頒布ノ前後

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者トセハ其特別法ニミ
 正條有リテ刑法ニ正條ナキ場合ニハ無論特別法ヲ適用セスンハアル
 可カラズ然ルニ特別法ノ後ニ刑法ノ頒布有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者ナリト雖モ若シ此場
 合ニ於テ刑法ニ正條ナクンハ特別法ノ刑ヲ廢シタルニ非ラサルカノ
 疑チ生スト雖モ敢テ然ルニアラス通常普通法ハ特別法ヲ廢スルノ効
 力ナキチ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
 ニアテサレハ廢止ノ効アリト謂フ可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テ

ル者ナリト雖モ若シ刑法ニ正條ナク特別法ニノ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ヲ規定セリ蓋シ刑事全躰ニ關スル
 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ズ是レ最
 モ至當ナル規定ト謂フ可シ

特別法中例ニハ新聞條例出版條例等ニハ此條例ヲ犯シタル者ハ刑法

ノ自首減輕、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可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者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

諸君ヨ予カ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ノ頻繁ナル今日ニ際シテ數多ノ困難ナル問題ヲ生ス故ニ予ハ此ニ至リテ此等ノ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ヘカラサルニ曾テ陳ヘタリシ如ク草按ニハ之ヲ掲載シタリシカ我立法者ノ棄却スル所トナレリ實ニ大遺憾ト謂フ可シ是故ニ予ハ學說ニ因リ草按ニ徵シテ此三個ノ場合ニ遭遇セハ之ヲ如何ニスルカヲ辨解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可シ諸君ハ熟讀玩味シテ而シテ后チ予カ講説ヲ聽カレナハ思半ハニ過クル者アラントス

草按

刑法

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璽官印記
號極印ヲ偽造スル重罪輕罪ヲ犯シタル者ハ日本ノ法律ニ
依テ處斷ス

若シ其罪ヲ犯シタル外國ニ於テ己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、日本國ノ法律及ヒ罪ヲ犯シタル國ノ法律ニ照シテ重罪

輕罪ト爲ス可キ時

四、被害者又ハ外國政府ヨリ日本政府ニ告訴告發ヲ爲シタ
ル時

五、罪ヲ犯シタル國ニ於テ大赦ヲ受ケサル時

六、罪ヲ犯シタル國ノ法律ニ照シ公訴ノ期滿免除ヲ經サル時

第六條 日本人ハ外國政府ヨリ處刑ノ爲メニ交付ヲ求ムト雖モ之
ヲ交付セス

第七條 外國人日本管内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ハ日本ノ法律ニ依
テ處斷ス

第八條 外國人外國ニ在テ日本國ニ對シ第四條ニ記載シタル罪ヲ
犯シタル者外國ニ於テ確定ノ裁判ヲ受ケヌシテ日本國ニ
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

本問ハ甚タ緊要ニシテ獨リ學問上ノミナラス實行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有リトセシニ此所爲タルヤ吾人ハ其犯所ノ外國タルニモ拘ラス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サレハ我國ノ安寧ヲ維持ス可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シニ吾人ハ其所爲ヲ罰スルノ必要ヲ感スルコト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可キ必要アル者ト無キ者ト有リ是故ニ刑法ハ特ニ其罰ス可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罰スルヲ得サルヤ

ナ明知スルヲ得ス是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則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蓋シ此事ニ關シテハ學者間ニ於テ異論アリ共ニ佛民法第三條ニ據リテ立論セル者ニシテ其說ニアリ即チ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ヲ得ヘシ

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ノ内外ヲ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悪行ナリ悪行ハ何レノ國ニ於テモ悪行ニシテ國ニヨリテ其性質ヲ變更スル者ニアラス是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可キ者ナリト

惟フニ第一説ハ其基礎ヲ純正主義ニ取りタル者ナルカ故ニ其當ヲ失ヘルコトハ固ヨリ言テ俟タズ且ツ我立法者ノ刑法ヲ編纂スルヤ既ニ折

衷主義ヲ取り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悪行ハ何レノ國ニ於テモ悪行ナリト雖モ唯其悪行タルカ故ニ刑罰ヲ受クル者ニアラス若シ悪行ナリトシテ罰ス可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可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故ニ刑法ノ勢力ハ其國ノ主權ヲ及ホス管内ニ限ルヲ以テ主權ノ及ハサル外國ニ於テノ犯罪ハ假令其國人民ナルモ之ニ刑罰ヲ加フルヲ得サル者ト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ラス犯者ノ如何ニ拘ラス又被害者ノ如何ニ拘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コト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ト

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サ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有ル時ハ我國之ヲ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者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由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ズ悉ク我刑法ヲ以テ罰スルヲ得サル者ト謂ハサル可ラス本說ヲシテ此ノ如クナラシメハ我國ハ如何シテ其安寧ヲ保護ス可ケン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

百五十六

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數武ナリトモ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ズ夫レ境界ヌ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僅々數尺ノ處ニ於テ罪ヲ犯シ直チニ境内ニ投シ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ナハ其國ノ安寧何ヲ以テ保護スヘケンヤ乃チ知ル第二說ノ取ルコ足ラサルヲチ以上第一說第二說共ニ取ルコ足ラス英國ノ如キハ現ニ第二說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釀成スルヲ以テ後數箇ノ例外ヲ定メ

タリト云フ而シテ其他歐洲各國ハ兩說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
 ルトラン氏ノ說ヲ敷衍シテ解釋セン我草按起草者モ亦氏ノ說ニ依リ
 タル者ナレハ氏ノ說ニ由リテ講スルハ適當ナルヘシ
 外國ニ於テ犯シタル罪ヲ罰スルヤ否ヤハ社會刑罰權ニ基キテ立論セ
 サル可カラズ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ヒモナク之
 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說
 トハ殆ト關係スルヲナシ然レモ強ヒテ二說ニ適應セシメントセハ此
 說ハ二說ヲ合セタル者ト云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点ハ則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
 ルハ則チ刑法ハ人ニ屬スル所ナリ故ニ此說ニ從ヘハ刑法ハ土地ニモ
 屬シ又人ニモ屬スト謂ハサルヘカヲサルナリ
 一般ヨリ觀察ヲ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ノ必要ナシ然リト雖モ
 所爲ノ質性ニ由リテハ唯道德ニ背クノミナラス直接ニ我社會ニ對シ
 テ損害ヲ與フル所ノ者アリ此等ノ所爲ハ之ヲ罰スルノ必要アリトス
 例ヘハ日本人外國ニ在リテ皇室ニ對スル罪、内乱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可カラサル威力ヲ示サ、ル可

カラサルナリ

此説ニ對シテハ數多ノ駁論アリ之ヲ掲ケ併セテ其妄ヲ辯セン
或曰ク外國ニ於テノ犯罪ニシテ直接ニ我社會ヲ害スル者ナル時ハ之
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
カチ見ンニ外國政府ヨリ犯人引渡シテ得サル可ラス若シ外國政府ニ
於テ犯人引渡ノ請求ニ應ゼサルコト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アラスシテ執行ヲ議スル者ナレ
ハ予カ此ニ外國ニ於テノ犯罪ヲ罰スル權利ヲ陳フルニ際シテ此等ノ
駁論ハ毫モ畏ルヽニ足ラサルナリ
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コソ其犯罪ヲ罰スルノ必要アレ何ソ我國ニ於テ
故ラニ之ニ干渉スルノ必要アラシ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社會ノ爲メニスルニアラスシテ我社
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コトナ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可キ者ト罰ス可カ
ラサル者ト有リト云ヒシノミニテモ了解スルヲ得可シ
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ノ犯罪
ヲ罰スルノ權利アルコト之ヲ罰スルハ刑法ノ原則即チ社會刑罰權ニ
基ク者ニシテ刑法ノ例外トシテ罰スルニ非ラサルコトヲ知ルヲ得ヘ
シ但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ン
オルトラン氏曰ク外國ニ於テノ犯罪ト雖モ内國ノ公安ヲ害シタル者

ナル時ハ之ヲ罰スルノ必要有リト此語ヲ反言スレハ外國ニ於テノ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マニ在リ故ニ此說ニ據ル時ハ罰ス可キ犯罪ノ範圍甚タ汎キカ如シ今日日本外國ニ在リテ皇室ニ對スル罪内乱ニ關スル罪又ハ内國通用ノ貨幣ヲ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ラス之ヲ罰スル必要有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ヲ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可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有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言渡ス可キ

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ヲ以テ至當ノ事トナス但シ犯人引渡ニ關シテハ論說ス可キノ点多ク之レ有リト雖モ此ニ之ヲ畧シ以テ本講ニ直接ナル問題ノミヲ論スルコトセン

又日本人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可キ者ナリヤ如何又日本人外國ニ在リテ我國一私人ニ對シテ重大ナル罪ヲ犯シタル時ハ罰ス可キ者ナリヤ如何外國ニ在リテ外國通用ノ貨幣ヲ偽造スルモ若クハ日本人ヲ殺傷スルモ我社會ヲ害スルコト無シ故ニ之ヲ罰スルコト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

日本人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可シト雖モ其罪タル國事ニ關スル者ナル時ハ
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ヲ無ケ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ヲ得ス何トナレハ警察
ノ事タル單一ニ地方ノ取締ニ關スルヲ以テ之ニ違背スルモ敢テ我國
ヲ害スルヲナケレハナリ

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ヲ得サル
ヲ有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

コ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
タ輕且ツ小ナル者ニ至リテハ之ヲ罰スル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及ハサ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
ヲ有リトスルモ之レ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ヲ困難
ナリトス此困難ヲ生スルヨリシテ說ヲ爲ス者アリ曰ク罰ス可キ犯罪
ハ之ヲ兩國條約ニ規定シテ以テ判然區別ヲ立ツ可シト個ハ大ニ議論
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說ク所ハ國ト國トノ關係如何ヲ見ルニ非スシ
テ立法上我國ニテ罰シ得ル犯罪ハ如何ナル者ナルヤヲ定ムルニ在レ
ハ此說ノ如キハ實ニ別個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ノ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ノ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ノ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ノ歸來シタル時之ヲ罰ス但シ外國ノ國事ニ關シタル罪又ハ外國ニ於テ特定シタル違警罪ヲ犯シタル者ハ歸來スト雖モ之ヲ罰スルヲ得サルナリ

諸君ヨ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可キ犯罪ノ種類ハ如何ナル者ナルカヲ述ヘタリ然レトモ已ニ屢言ヒタリシ如ク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カ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可キノ問題ナリト

ス然レモ這ハ外國人カ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草按第四條第五條ニ就キテ聊カ解説セソ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

草按第四條 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チナスコトヲモ要セス唯一ノ要件アリ即チ本條第二項ニ所謂ル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有リ茲ニ日本人外國ニ於テ我國ニ對シ我刑
 法第二編第二章ノ罪ヲ犯シタル者有リトセン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
 ルヲ無シ則チ外國ニ於テ之ヲ罰セン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ヘハ外國人日本ニ在リテ其國政府ヲ顛覆セ
 ントスル者有ル時ハ我刑法ハ之ヲ處分スルノ正條アルヲナシ刑法中
 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同シク日本人外國ニ在リテ
 我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可カラ
 サル所ノ者ナリ既ニ罰ス可カラサル所ノ犯罪ナル時ハ外國政府ハ之
 ヲ罰スルヲ無シ既ニ之ヲ罰スルヲ無キ時ハ外國ニ於テ確定裁判ヲ經

ルヲアルヲ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有リトスル時ハ
 其偽貨ヲ行使シタル点ハ即チ外國ヲ害スルヲ以テ外國ニテハ詐欺取
 財ノ罪ニ問フヲ有ル可シ然ルニ犯人已ニ確定裁判ヲ經タル時ハ如何
 草按ニ從フ時ニハ之ヲ罰スルヲ得サルナリ此レ草按ノ不可ナル点
 ニシテ仮ヒ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ニ及ハンヤ且ツ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コトナクシテ止ミ輕キ詐欺取財ノ罪ノミチ
 罰スルカ如キ罪刑相應セサル結果ヲ生ス可シ是ニ由テ之ヲ觀レハ草
 按第四條第二項ハ何レハ点ヨリ論スルモ善美ナル所有ルヲ無シ蓋シ

削除ス可キノ條文ナリ

全第五條 云々

本條ニ就キテハ別ニ説明ス可キ所ナシ唯其各項ヲ通覽スル時ハ一ノ
 欲點トモ謂フ可キ條件アリテ存ス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
 歸來スル者有ル時ハ本條ニ從ヘハ之ヲ罰スルヲ得サルヘシ何トナレ
 ハ第二項ニヨレハ罪ヲ犯シタル國ニ於テ已ニ確定ノ裁判ヲ受ケタル
 時ハ日本ノ法律ニ依テ處斷スル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ヘシ本條ノ之ヲ規
 定セサルハ缺點ト謂フ可キノミ

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リ可シ
 氏ノ說ニ由レハ外國ニ於テノ犯罪ニシテ内國ノ公安ヲ害シタル者ハ
 其犯人ノ内國人タルト外國人タルトヲ論セス之ヲ罰スルヲ得ヘシ
 是故ニ外國人外國ニ在リテ日本國ニ對シ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
 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ノ
 故ヲ以テ直チニ刑罰權ヲ實行スルヲ能ハサルノミ乃チ之ヲ罰スルニ
 ハ犯人ノ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
 サルモ直チニ欲席裁判ヲ爲スヲ得欲席裁判ヲ爲セハ其權利ニ影響
 チ及ホスヲ鮮カラス然レモ外國人ノ外國ニ在リタル者ニ對シテハ欲
 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
 タル者ヲ罰スルコトハ犯人日本國ニ入り來ルカ若クハ外國ヨリ交附チ

得タル時ナラサル可カラズ但シ其犯人ノ引渡ヲ得ルハ到底希望ス可
 カラサルノ事トス蓋シ日本人ニシテ外國ノ法律ニ觸ル、者有ル時我
 政府ハ甘ンシテ其犯人ヲ彼ニ引渡サ、ル可シ是ト同シク外國政府亦
 何ソ其國人ヲ我ニ引渡スヲ爲サンヤ唯理論上其引渡ヲ得タル時ハ
 之ヲ罰スルヲ得可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スルヲ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レハナリ

二十八

是ニ由テ之ヲ觀レハ外國人外國ニ於テノ犯罪ハ我國ノ安寧ヲ害シタ
 ル罪又ハ其他ノ重大ナル罪ニ非ラサレハ犯人我國ニ現在スト雖モ之
 ヲ罰スルヲ得ス何トナレハ罪ノ甚ダ輕微ナル者ニ至リテハ之ヲ罰ス
 ルノ必要ナケレハナリ但シ此等輕微ノ罪ヲ犯シタル外國人我國ニ入
 リ來ル時ニ當リテ良民ヲシテ之レト伍セシムルヲ欲セサル時ハ我國
 ハ之ヲ國外ニ放逐スルノ權有ルナリ
 以上ハオルトラン氏ノ所說ナリ我草按ハ全ク此說ニ由リタル者ニ非
 ス草按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按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ラン氏ノ說ニ
 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

草按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按起草者トオルトラン氏ト其説ヲ異ニスル所アリ吾人ハ當サニ何レニ從フヘキ乎予ハ則チオルトラン氏ヲ贊クル者ナリ

日本人若クハ外國人ノ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可キ者ナルカ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レ有ル可シ此ノ如キ時ニテモ尙ホ日本ノ法律ヲ適用スヘキ乎曰ク然リ理論上如何ナル場合ニテモ日本ノ法律ヲ適用スルナリ是レ草按ニ日本ノ法律ニ依テ處斷スト明言シタル所以ナリトス然リト雖モ草按ハ已ニ我立法者ノ棄却スル所トナリタルヲ以テ所謂ル日本ノ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コトヲ得ルヤ否ヤ予ハ僅ニ此疑問ヲ解釋シテ曾テ以

三十一

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論議スル所ニシテ甲論乙駁未タ底止スル所ヲ知ラスト雖モ要スルニ可否ノ二点ヲ爭フニ過キス予ハ其二説ヲ掲ケテ以テ之レカ是非ヲ辯セン

第一説 本説ハ我刑法ニハ外國ニ於テノ犯罪ヲ罰スルノ正條ヲシト雖モ之ヲ罰スルヲ得ルト云フニアリ其理由ニ曰ク刑法ハ人ニ屬スル者ナリ故ニ日本人ハ何レノ國ニ在リテモ我刑法ニ觸ル、時ハ疑ヒモナク其支配ヲ受ケサルハナシ然ラハ則チ之ヲ罰スルコト付キ何ソ必スシモ別ニ正條ヲ要センヤ我立法者ノ斷然草按ノ之ニ關スル條ヲ削除シタルハ此尤モ暗易キノ原則アリテ刑法ヲ適用スルヲ得レハナリ尙ホ茲ニ確證ヲ舉クレハ治罪法第四十五條ニハ外國ニ在テ犯シタル罪日本國ノ法律ニ依リ處斷スヘキ者ニシテ内地ニ於テ被告人ヲ逮捕シ

タル時ハ云々ト有リテ明ニ外國ニ於テノ犯罪ノ裁判管轄ヲ規定セリ
 此條文ヨリ推究スルモ亦唯刑法ハ外國ニ於テノ犯罪ヲ罰シ得ルコトヲ
 知了スルヲ得ルノミナラス其草按ヲ削除シタルハ全ク無用ノ條文ナ
 ルヲ以テノ故ナルコトモ曉得スヘシ之ニ付キテハ現ニ實例有リ嘗テ
 日本人支那ニ於テ支那人ヲ殺シタル時長崎重罪裁判所ニ於テ其罪ヲ
 處斷シタルカ如キ善ク我刑法ヲ適用シタリト謂フ可シ
 第二說 刑法ナル者ハ國ノ東西ヲ問ハス其主權ノ及フ所即チ國內ヲ
 支配スルヲ目的トシテ設ケタル者ニシテ主權ノ及ハサル處ニ之ヲ設
 ケタルニハアラズ然ラハ則チ刑法ノ勢力ヲシテ外國ニ及ハシメント
 セハ固ヨリ正條ヲ要スル者ナリ故ニ歐洲各國一トシテ其法律ニ明文
 ヲ掲ケサルハナシ是レ草按第四條第五條及ヒ第八條ノ明文有リシ所
 以ナリ然ルニ外國ニ於テノ犯罪ニ付キテハ我立法者ノ棄却スル所ト

ナリシヲ以テ現行刑法ニハ罰ス可キノ正條ナシ正條ナキ者ハ何等ノ
 所爲ト雖モ罰スルコトヲ得サルナリ治罪法第四十五條ノ如キ僅ニ明文
 ヲ存ス下雖モ畢竟此等ノ場合ニハ空文ト謂ハサル可カラズ何トナレ
 ハ刑法ニ於テ支配スルヲ得サル犯罪ナレハ治罪法ニ明文アリト雖モ
 何ノ用ヲモ爲サレハナリ然レモ我日本國カ治外法權ヲ有スル國例
 ニハ朝鮮支那等ニ對シテハ第四十五條モ亦用ナキニハアラザレモ是
 レ治外法權ヲ有スルヲ以テ我主權ノ一部ヲ其國ニ行フヲ得ルト云フ
 コ過キス彼支那人ヲ殺傷シタル實例ノ如キ即チ是レカ爲メナリ
 以上二說中何レニ從フ可キカ第一說ニ從ハシカ第一說ノ不當ナルコ
 トハ一目瞭然タリ假リニ刑法ハ人ニ屬スルカ故ニ之ヲ罰ストスルモ是
 レ唯已ニ我刑法編纂ノ主旨ニ背クノミナラス我國ノ公安ヲ害スルニ
 足ラサル輕微ノ罪ト雖モ尙ホ之ヲ罰スルニ至ル可シ且ツ草按第五條

ニ列擧スル條件即チ既ニ確定裁判ヲ經タル者、外國政府ヨリ告訴告發
 ナキ者又ハ我刑法ニノミ罪ヲ定メテ外國刑法ニ於テ罰セサル者ト雖
 モ之ヲ罰スルニ至ル可クシテ此ノ如キハ實ニ無用ノ刑ヲ行フ者ト謂
 フ可シ加之此說ニ由ル時ハ外國人ニシテ草按第四條ノ罪ヲ犯ス時ハ
 之ヲ罰スルコトヲ得サル可シ實ニ奇怪ノ結果ヲ生スト謂ハサル可カラ
 ス論者ハ治罪法第四十五條ヲ以テ證據ト爲スカ如シ然レトモ刑法ニ
 正條ナクシテ獨リ治罪法ニノミ正條アルハ抑故アルナリ蓋シ刑法ニ
 正條ヲ設ケサルハ曾テ述ヘタリシ如ク外國交渉ニ關スル事ナルヲ以
 テ之ヲ規定スルモ其實行望ミ難キニ出テタリ故ニ同時ニ治罪法ヲモ
 削除ス可キニ偶然之ヲ遺忘シタルニ在リ是ヲ以テ第四十五條ハ敢テ
 證據トスルニ足ラサルナリ
 然ラハ則チ第二說ヲ採用ス可キカ曰ク然リ刑法編纂ノ主旨ヨリ考ヘ

及ヒ之ヲ削除シタル理由ニ訴フル時ハ勢ヒ第二說ヲ以テ至當トセサ
 ル可ラス予ハ此事ニ付キボアソナード先生ニ質問セシコト有リ先生モ
 亦曰ク外國ニ於テノ犯罪ニ付キテハ必ラス正條ヲ要スヘシ正條ナク
 レハ之ヲ罰スルヲ得スト但シ第二說ヲ可トスル時ハ罰セサル可カラ
 サル犯罪ヲ不問ニ附スルノ不幸ヲ來タスコトアリ現ニ草按第四條ノ諸
 罪ノ如キ之ヲ罰セスシテ止ムハ實ニ遺憾ト謂ハサル可カラス然レト
 モ是レ法文ノ缺漏ヨリ出ツル所ナルヲ以テ己ム可カラサル結果ト謂
 フ可シ

外國ニ於テノ犯罪ヲ罰スルコトニ付キ第一第二ノ問題ニ對シテハ已ニ
 其大要ヲ解説シタリ而シテ此等ノ問題ニ伴隨スル所ノ困難ナル疑問
 アリ即チ予カ屢述ヘタル内國ト云ヒ外國ト云フハ如何シテ之レカ區
 別ヲ爲スカト云フコト是ナリ此區別ハ一見明晰ニシテ殊ニ説明ヲ要ス

可キ程ノ者ニ非サルカ如シト雖モ仔細ニ之ヲ味フルハ實ニ困難ナ
リト謂ハサル可ラス一例ヲ舉ケンニ茲ニ日本人ニシテ大平洋上ニ於
テ叛逆ヲ爲シタル者有リトセンニ此犯罪ハ稱シテ内國ニ於テノ犯罪
トスルヲ得サルカ如ク又大平洋ナル者ハ何レノ國ニ属スルカ知リ難
キカ故ニ稱シテ外國ニ於テノ犯罪ト云フヲ得サルカ如シ然ラハ則チ
大平洋上ノ犯罪ハ内外何レノ國ニ於テノ犯罪ト定ム可キカ是レ即チ
本問ノ困難ナル所以ナリトス

内外國ノ區別ニ關シテ我日本國ノ如キ地形ヲ有セル國ニ於テハ之ヲ
大陸ノ諸邦ニ比較スル時ハ一層困難ナリ蓋シ大陸諸邦ハ其境界固ヨ
リ分明ナリト云フニ非サレモ兩土相接スルノ所一線ヲ以テ之ヲ劃ス
ルコト得可シ我國ノ如キハ渺茫タル蒼溟四面ヲ圍繞スルヲ以テ實際
陸地ノミチ内國ト稱スル乎或ハ陸地ヲ距ル海上何里以内ハ内國ト稱

スル乎此區別モ亦實ニ困難ナリトス

我刑法ニ於テハ本國ノ管内ナル語ヲ記スル所往々之レ有リ第三百十
條ノ如キ是ナリ所謂本國ノ管内トハ内國ノコニシテ我國ノ主權ト
所有權トチ有スル地球ノ一部分ヲ謂フナリ故ニ我國ニ於テ主權及ヒ
所有權チ有セサル所アラハ稱シテ本國ノ管内即チ内國ト謂フ可カラ
ス此主權ト所有權トニ關シテハ數多ノ議論有リト雖モ刑法ヲ攻究ス
ルニ當リテハ特ニ主權ニ就キテ辨解セハ則チ可ナリ何トナレハ刑法
ノ勢力ノ及フヤ否ヤヲ論センニハ主權ノ及フヤ否ヤヲ見レハ則チ足
ルチ以テナリ乃チ主權ノ及フ所ノ處ハ其場所ノ如何ヲ問ハス刑法ノ
勢力ノ及フ所ノモノナルヲ以テ主權ノ及フ範圍ヲ確知スルハ眞ニ緊
要欠ク可カラサル條件ナリ而シテ其主權ノ及フ所ハ即チ内國ナリト
ス請フ以下ニ主權ノ及フ範圍ヲ論究セン

日本國ノ陸地内ニハ到ル處トシテ我主權ノ及ハサルハ無シト雖モ我
 國ハ蒼海中ニ在ル孤島ニシテ東南ニハ太平洋北ニハ日本海アリ而シ
 テ西南ノ一角ニハ支那海アリ沿岸ニハ港灣到ル處トシテ之レ有ラサ
 ルハ無シ故ニ此等ノ大洋沿海若クハ港灣ニ我主權ヲ及ホスヤ否ヤ最
 モ判明シ難シ是レ解説ヲ要スヘキ点ナリトス予ハ先ツ大洋ヨリ之ヲ
 辯セシ

元來大洋ニハ何國ト雖モ唯主權ヲ有スルヲ無キノミナラス所有權モ
 亦有スルコトナシ大洋ニ所有權無シト云フニ付キテハ數多ノ議論有リ
 ト雖モ現ニ萬國公法ニテハ大洋ニハ何國モ所有權ヲ有セスト爲セリ
 大平洋印度洋若クハ大西洋等悉ク然ラサルハナシ何故ニ大洋ニハ所
 有權ヲ有スルコト能ハサル乎夫レ大洋ナル者ハ實際上一國ノ威力ノ下
 ニ於テ他ノ干渉ヲ排除シテ之ヲ所持スルコト能ハサル者ナリ或ハ數萬

ノ軍艦ヲ派遣シテ之ヲ洋上ニ散浮スル時ハ大洋ノ一部ヲ所持スルコ
 ト得ルト想像スル者アラシカ是レ大洋ノ性質ニ於テ爲シ得可キ事ニ
 非サルナリヨシヤ所持スルコト得ル者トスルモ固ト大洋ハ此國ヨリ
 彼國ニ通スル航路ニシテ何レノ國ニ於テモ等シク使用スル所ノ者ナ
 リ例ヘハ空氣ノ如シ空氣ハ人類ノ共ニ供用シテ生活ヲ遂クル所ノ者
 ナレハ我獨リ取テ以テ有ス可カラス之ニ由テ大洋モ亦獨リ一國ニ於
 テノミ之ヲ所持スルコト能ハサルナリ已ニ之ヲ所持スルコト能ハスンハ
 所有權無キコトハ理ノ最モ暗易キ所ニシテ萬國公法ニ於テ大洋ニハ何
 國ト雖モ所有權ナシト爲シタル所以ナリトス

已ニ大洋ニハ所有權ナシ故ニ之ニ對シテ命令スル所アリト雖モ他國
 ニ對シテ効力有ルコトナシ夫レ大洋ハ我國獨リ所有ス可カラス又命令
 スヘカラス故ニ大洋ニハ我主權ヲ及ホスコト能ハサル者ナリ然リト雖

モ已ニ述ヘシ如ク大洋ハ各國共ニ供用スル所ノ者ナルカ故ニ格段ノ
 國ニ限り之ニ對シテ主權ナキモ各國ノ主權ハ共ニ等シク之ニ及フ者
 トス依テ大洋ニハ各國共ニ警察權ヲ有スル者ト云フコト得可シ是故
 ニ我國ノ船艦ヲ太平洋ヲ航スル時海賊有リテ之ヲ侵掠スルコト有レハ
 我ハ之ヲ逮捕スルノ權有リ已ニ之ヲ逮捕セハ我刑法ヲ以テ之ヲ罰ス
 ルコト得但シ此海賊英佛魯諸邦ノ如キ我國ニ對シテ治外法權ヲ有ス
 ル國ノ人ナル時之ヲ罰スルニハ如何スルカト云フ疑問ハ第三問題即
 チ外國人日本ニ於テ犯シタル罪ヲ如何ニスルカト云フ場合ヲ説明ス
 ルニ當リテ併セ説ク可シ海賊ノ罪ハ草按ニ規定シタリシカ審査修正
 ノ際之ヲ削除セリ蓋シ此事ハ固ヨリ萬國公法ノ定ムル所ナルヲ以テ
 之ヲ削除セサルキハ重複ノ煩アレハナリ
 以上説ク所ニ由リテ考フル時ハ大洋上ノ犯罪ニ付キテハ各國共ニ之

ヲ管轄シテ罰スルヲ得ル者ナリ故ニ大洋ハ内國ナリヤ將タ外國ナリ
 ヤチ區別スルノ必要ナク即チ大洋ニ於テノ犯罪ハ内國若クハ外國ニ
 於テノ犯罪ナリヤ否ヤチ研究スルヲ要セス而シテ彼ノ日本海ト云ヒ
 支那海ト云フ如キ者ハ大小ノ差コソアレ大洋ト同一ナル理由ニテ解
 セサル可カラサルナリ
 然ラハ則チ日本國ノ沿海又ハ港灣ニハ我主權之ニ及フヤ否ヤ曰ク其
 主權ノ及フ事ハ既ニ萬國公法ノ認ムル所ナリ故ニ港灣ノ如キハ大小
 廣狹ノ差アリト雖モ皆我國ノ管内ナリトス何故ニ港灣又ハ沿海ハ管
 内ナリヤト云フニ夫ノ大洋ニ與ヘタル理由ノ反對ヨリシテ解スルヲ
 得可シ蓋シ大洋ニハ我主權若クハ所有權ナシ故ニ日本ノ管内ニアラ
 ス港灣若クハ沿海ニハ我主權若クハ所有權アリ故ニ日本ノ管内ナリ
 但果シテ所有權有ルヤ否ヤ理論上疑問ヲ生セサルニ非サルナリ

沿海ヲ以テ管内ト爲スニ付キテハ多少ノ困難有リ總テ沿海ハ遠ク大洋ニ联接シテ固ヨリ判然タル經界アルニアラス故ニ陸地ヲ去ル幾何ヤテハ沿海ナリヤ實際上之ヲ區別スルヲ甚ク困難ナリトス然レモ之ヲ限劃スルヲ能ハサルニアラス即チ我國ニ於テ陸地ヨリシテ所有スルヲ得ル所ノ處マテ即チ陸地ヨリシテ我主權ヲ及ホシテ我國ヲ支持シ保護シ得ル部分マテチ限リト爲ス故ニ今日ニテハ各國共ニ海岸ヨリ鉄砲ヲ放チ其彈丸ノ到達シ得ル處ヲ以テ限界ト爲シ而シテ其限界内ヲ沿海ト爲シ其國ノ管内ト爲セリ即チ原語ニテメーラトルトリアール譯シテ陸海又ハ地海ト云ヒ又オーテクトリヤール譯シテ土地ノ水ト云ヒテ萬國公法ニ於テ定ムル所ナリトス

斯ク論シ來レハ港灣又ハ沿海ハ我管内ニ屬スル者ナレハ之ヲ稱シテ日本ノ管内即チ内國ト爲ス故ニ港灣又ハ沿海内ノ犯罪ハ内國ニ於テ

百八十六

ノ犯罪ナリトス然リト雖モ熟ク考察ナ下ス時ハ他ニ又一箇ノ原則有リテ前ニ述ヘ來リタル理論ト牴觸ヲ相爲ス即チ主權ト主權トノ衝突ヲ生スル有リ以下之ヲ辨明セン

國下ハ何ソヤ例ヘハ日本ノ如キ廣袤二百餘萬方里ノ土地ヲ指シテ日本國ト稱ス可キ乎曰ク否所謂國トハ此ノ如キ有形上ヨリ觀察ナ下ス者ニ非サルナリ夫レ國トハ人民ノ集合体ノ稱呼ニシテ無形上ヨリ觀察シタル者ニ過キス故ニ土地ト國トハ固ヨリ同一ノ者ニ非スシテ國ハ無形上座チ土地ノ上ニ占ムル者ナリ故ニ今假リニ朝鮮ノ人民ヲシテ悉ク南洋ノ無人島ニ移轉セシムル時ハ朝鮮國ハ爲メニ滅亡セルニ非スシテ南洋ノ無人島ニ一ノ朝鮮國ヲ創成スト謂フ可シ故ニ曰ク國トハ唯ク無形上ノ稱呼ナリト茲ニ國ト云ヘハ之ヲ支配スル所ノ主權アリ其主權ノ及ホス可キ範圍ヲ論スル時ニハ何ソ必スシモ無形ノ集

合体カ坐スル土地ト相密着セシメテ之ヨリ外ニ及ハサル者ト限ル可
 ケンヤ故ニ主權ハ無形上何レノ土地マテモ引長セシムルヲ得ルナ
 リ是ニ由テ之ヲ觀レハ我國ノ軍艦ニ數百人ヲ載セテ亞米利加ノ桑港
 ニ碇泊スル時ハ日本國ノ主權ハ無形ニ桑港マテ延長スト謂フ可シ即
 チ日本國ノ主權ハ桑港ニ在ル我軍艦内ニ及フト謂フ可シ是同シク
 外國軍艦我港灣若ハ沿海ニ碇泊スル時ハ外國ノ主權カ延長シテ我日
 本ノ管内ニ及フ者ト謂フ可シ予カ前ニ主權ノ衝突有リト云ヒシハ即
 チ此ノ点ナリ何トナレハ外國ノ主權我管内即チ我主權ノ在ル處ニ及
 ヒ我主權チ外國管内即チ其國主權ノ在ル處ニ及ホスト有レハナリ然
 ラハ則チ我沿海ニ碇泊セル外國軍艦内ニ於テノ犯罪ハ我刑法ヲ以テ
 支配スルカ將タ外國ノ刑法ニ依リ罰スルカ若シ軍艦内ノ犯罪ニシテ
 軍法會議ニ關スル罪官吏ノ職務ニ關スル罪又ハ懲戒ニ關スル罪ナル

片ハ我公安ヲ害スルヲ無キカ故ニ我刑法ヲ以テ支配スルヲ無シ例ハ
 ハ機關手ノ船長ノ命令ニ抗抵スルカ如キハ毫モ我國ノ利害ニ關スル
 事無シ唯通常ノ犯罪ヲ爲ス時例ハ外國軍艦品川灣ニ碇泊シ艦中ニ
 於テ殺人罪ヲ犯スカ或ハ數人嘯集シテ爭鬪ヲ爲ス等ノ事有ル時ハ我
 國ノ公安ヲ害セラレ且ツ我警察ノ保護ノ行届カサルヨリシテ生シタ
 ル所爲ナルヲ以テ我國ニテ之ヲ罰シ得ルカ如シト雖モ万国公法ノ定
 ムル所ニテハ其國ノ管内ニ碇泊セル船カ外國軍艦ナルカ或ハ外國政
 府ノ所有スル船舶ナル時ハ其軍艦又ハ船舶ハ治外法權ヲ有スルヲト
 爲セリ是即チ其國ノ主權カ延長シテ軍艦内ニ及ホシタル者トナシタ
 ルニ由ル加之軍艦ナル者ハ事實上一ノ城砦ト見ルヲ得サルコトアテ
 ス故ニ外國軍艦内ノ犯罪ハ假令我管内ニ於テスルモ我刑法ノ勢力ヲ
 及ホス限リニ在ラサルナリ然レモ已ニ艦内ヲ出ツルカ或ハ上陸シテ

罪ヲ犯ス時ハ已ニ治外法權有ルヲ無シ故ニ其犯人ノ船長タルト水夫、機關手タルトト問ハス悉ク我刑法ノ支配ヲ受ケサル可カラズ但シ此場合モ亦第三問題ニ關スル所アルヲ以テ後ニ至リテ再ヒ説明セン

外國軍艦又ハ其政府所有ノ船舶ニ非スシテ外國人一已私有ニ歸スル船舶ノ我沿海内ニ在リテ其中ノ犯罪ニ付キテ我刑法ノ勢力之ニ及フヤ否ヤハ議論アリト雖モ此等ノ船舶ニハ固ヨリ刑法ノ勢力ヲ及ホス可キ者トス蓋シ此等ノ船舶ハ固ヨリ其國ノ法律ヲ遵守セサル可カラズト雖モ其國ノ主權カ此等船舶内ニ延長シ來リタル者ト謂フ可カラズ即チ此等船舶ハ治外法權有リト爲ス可カラス故ニ其犯罪ニシテ職務ニ關スル者若クハ懲戒ニ關スル者ノ如キハ之ヲ不問ニ附スルヲ得可シト雖モ我國ノ公安ヲ害スル犯罪ナル時ハ我國ハ我刑法ヲ以テ之ヲ支配スルノ權アリトス又我公安ヲ害セサル罪ト雖モ其船長又ハ

被害者ヨリ鎮壓保護ノ處分ヲ請求スル時ハ我國ハ我管内ノ碇泊船ヲ保護スルノ權アルカ故ニ隨ヒテ之ヲ處分スルノ權アル者トス以上二個ノ場合ハ習慣上斯ク處分スル事トナレリ

諸君子カ曩ニ掲ケタル内外國ノ區別ニ關シタル數多ノ問題ハ以上ノ解説ヲ以テ稍分明ナリト信ス乃チ之ヲ約言シテ止マシム

第一 内國ト外國トノ區別ハ其國ノ主權ノ及フト否ヤトニ由リテ之ヲ區別ス

第二 大洋ハ何レノ國モ所有權アルヲナシ又主權アルヲナシ然レモ大洋ハ各國ノ供用物ナルヲ以テ各國等シク警察權有リ故ニ大洋上ノ犯罪人ハ逮捕セテレタル國ノ管轄ニ歸ス

第三 軍艦若クハ政府所有ノ船舶ハ何レノ國ニ入ルモ其國ノ主權ヲ延長シタル者ニシテ即チ治外法權ヲ特有ス但シ外國人一己ノ船舶ナレ

ハ治外法權ヲ有スルヲ無クシ其所在國ノ支配ヲ受ク可キ者ナリトス
 以上説ク所ハ海ヲ以テ圍繞スル國ニ通スル所ノ論ナリ若シ夫レ陸地
 ナリテ境域相接スル國ト雖モ亦多少ノ困難ヲ生セサルニ非ス例ヘハ
 一國政府カ他國ヲ攻撃セントシテ或國ヲ通過スルニ當リ途上犯人有
 ル時ハ之ヲ如何ニスルカ此場合ニハ一國ハ或國ニ對シテ其通路ヲ借
 用スル條約ヲ訂スルヲ例トスルカ故ニ犯罪者處分ノ事モ亦條約書中
 ニ規定スル者トス
 又予ハ曩ニ沿海又ハ港灣ニ所有權アリヤ否ヤニ付キ議論アリト云ヒ
 タリ乃チ日本ニテハ品川灣ニ所有權アリヤ否ヤ若シ之レ有リトスル
 時ハ我國ハ自由ニ外國船ノ通航ヲ妨害スルコトヲ得ル筈ナリ何トナレ
 ハ所有權アレハ隨ヒテ處分スルノ權アレハナリ但此等ノ疑問ヲ決ス
 ルハ刑法講義ノ範圍外ニ涉ルノ恐レアルヲ以テ今ハ之ヲ畧セシ

第三 外國人日本ニ於テ罪ヲ犯シタル時

予ハ本問ヲ講スルニ當リ先ツ腦裏ニ奇怪ナル疑問ノ浮ヒ來ル者アリ
 即チ外國人日本ニ於テ罪ヲ犯シタル時ハ之ヲ如何ニ處分スルヤノ問
 題ハ何か故ニ之ヲ掲ケタル乎ト云フト是ナリ抑日本國ニ於テ日本刑
 法ニ規定シタル罪ヲ犯ス者有ル時ハ日本刑法ヲ以テ之ヲ罰スルハ毫
 モ疑フ可カラサル事ナリ其之ヲ罰スルニ於テ何ソ犯者ノ内國人タル
 ト外國人タルトチ區別スルヲ要セシヤ然ルニ刑法ヲ講スルニ當リテ
 一問題トシテ之ヲ攻究スルハ我國ヲ除クノ外何國ト雖モ之レ有ル
 ナカテ且ツヤ今日故ヲニ本問ヲ掲ケテ之ヲ講セサル可カラサル
 必要アルハ抑何ノ故シヤ

夫レ刑法ナル者ハ特ニ土地ヲ支配スル法律ニ非サレハ一土地ニ在リ
 テ其法律ノ保護ヲ受ケツ、有ル者ハ何人ト雖モ其刑法ニ服從セサル