

キハ勿論タルヲ以テ今更ニ外國人ニ關スル單一ノ規定ヲ設クルノ必要ナシ何トナレハ治外法權撤去以後ハ内部ノ公法上ニ内外人ノ別ヲ問ハス均シク其責ニ任セシムヘキハ言ヲ俟タサレハナリ故ニ外國ニ於テ罪ヲ犯シタル者ノ處分ニ關スル規定ヲ設クルヲ以テ足レリトス此點ニ就テハ立法官モ亦既ニ其規定ノ必要ヲ認知シ改正刑法草案ノ總則第一章法例ノ部ニ於テ之ヲ掲ケラレタリ故ニ予ハ法例ヲ講スル時ニ及ンテ更ニ論究スヘキナリ

刑法目錄

凡ソ編ヲ分チ章ヲ設ケ順序ヲ追フテ許多ノ事項ヲ記スルモノハ其成文ノ何タルニ拘ラス先ツ其目錄ヲ編首ニ掲クルハ慣例タルカ如シ蓋シ其要ハ讀者ヲシテ記憶及ヒ搜索ノ便ヲ得セシムルニ在リ我刑法ニ於テモ亦目錄ヲ掲ケラレタルハ通讀ノ便ヲ與フルノ目的ニ出タルニ

過キササルヘシ從テ目錄ニ就テハ附言スルノ必要ナク輕々看過シテ可ナルカ如シト雖モ刑法ハ重大ノ法律ニシテ普通ノ法令規則ト同視スヘキモノニアラス是ヲ以テ立法官ハ緻密ノ注意ヲ加ヘ特ニ其目錄ヲ掲ケテ先ツ刑法ノ大體ニ關スル要綱ヲ知ラシメンコトヲ期シタルニ外ナラストセリ故ニ爰ニ讀者ノ爲メニ一言スルハ亦敢テ無用ノ辯ニアラサルヘシ

今日目錄ヲ通讀スルニ歴然トシテ刑法ノ組織ノ何タルト刑罰ノ種類及ヒ性質ノ何タルトヲ知ルヲ得ヘシ其最モ注目スヘキモノヲ擧レハ刑罰ヲ先ニシ犯罪ヲ後ニシタルモノ是レナリ蓋シ此編纂法ハ普通ノ編纂法ニ倣ハス一新機軸ヲ出シタルモノト云フモ可ナリ何トナレハ我刑法ハ專ラ其摸範ヲ歐洲諸邦ノ刑法ニ取リタリト云フモ歐洲諸邦ノ刑法中此ノ如キ順序ニ由テ編纂シタルモノ甚々多カラサレハナリ又

普通ノ條理ヨリ論スルトキハ事ニハ本末アリ物ニハ序次アリ犯罪アリテ後テ刑罰ヲ要スルモノナルカ故ニ犯罪ヲ先ニシテ刑罰ヲ後ニスルヲ以テ順序ヲ得タルモノ、如シ然ルニ我刑法ハ之ヲ反對ニ掲ケタルハ蓋其理由ナキニアラサルヘシ予惟フニ刑法淵源ニ於テ既ニ講述シタルカ如ク刑法ハ命令權ノ一部ニ屬スルモノナルヲ以テ先ツ罪ヲ犯ス者ニハ斯ク如キ刑罰ヲ加フヘシトノ命令的ヲ以テ之ヲ示シ而シテ此刑罰ヲ加フヘキノ犯罪ハ何々タルコトヲ示スヲ以テ組織ノ大綱ト爲シタルモノ、如シ果シテ然ラハ予カ現行法律ヲ以テ折衷主義ニ基クトスルモ其折衷ハ普通ノ折衷ニアラスシテ必要主義正道主義及ヒ命令主義ノ三元素ヲ以テ成立シタルノ傾向アリト辯シタルハ蓋亦失當ノ言ニアラサルヘキヲ信ス

第一編 總則

第一章 法例

第二章 刑例

第一節 刑名

第二節 主刑處分

第三節 附加刑處分

第四節 徵償處分

第五節 刑期計算

第六節 假出獄

第七節 期滿免除

第八節 復權

第三章 加減例

第四章 不論罪及ヒ減輕

刑法區域 刑法目錄

- 第一節 不論罪及ヒ宥恕減輕
- 第二節 自首減輕
- 第三節 酌量減輕
- 第五章 再犯加重
- 第六章 加減順序
- 第七章 數罪俱發
- 第八章 數人共犯
- 第一節 正犯
- 第二節 從犯
- 第九章 未遂犯罪
- 第十章 親屬例

此第一編ニ掲出シタル規定ハ百般ノ刑事ニ關スル總テノ事項ヲ舉ケ

テ之ヲ處理スルハ刑法ノ綱紀タルモノナリ故ニ此刑法ニ掲クル犯罪ト特別法ニ掲クル違犯トヲ總括シ此第一編合計十章ノ範圍内ニ屬セシムルモノト解スヘシ而シテ其順序ヲ見レハ第一章ニ法例ヲ置キ第二章ニ刑例ヲ置ケリ此第二章ノ規定ハ刑法ノ主眼タルモノニシテ單純ナル犯罪ニ之ヲ適用シ第三章加減例ヨリ第九章未遂犯罪ニ至ルマテノ規定ハ特例ノ場合ニ於テ適用スヘキモノトス而シテ又其規定ノ性質ヲ分割スレハ第一章ハ法律其者ノ本體ヲ組織シ第二章第三章及ヒ第六章ハ刑罰其者ノ規定ニ係リ第四章及ヒ第十章ハ犯罪者ノ身上ニ係リ第五章第七章第八章及ヒ第九章ハ犯罪其者ニ係ルノ規定ナリ以上十章ヲ合シテ之ヲ總則トス此總則ハ之ヲ約言スレハ刑罰權ノ運用方法ヲ定メタルモノナルヲ以テ之ヲ刑法ノ爲メニ編置シタルハ其當ヲ得タリト云フヘシ何トナレハ我刑法ハ之ヲ四箇ニ大別シタリト雖

モ第二編乃至第四編ハ犯罪ノ區別ト處刑ノ該當トヲ規定シタルモノニシテ第一編ノ總則ニ由テ活用セラルヘキモノナレハナリ故ニ第一編ト第二編乃至第四編トハ大ニ其性質ヲ異ニシ恰カモ主從ノ差アルモノト解シテ大過ナカルヘシ要スルニ第二編以下ハ之ヲ三箇ニ區別スルモ其錯雜ヲ避クルカ爲メニ之ヲ分割シタリト云フモ不可ナキカ如ク殆ント其性質ヲ同フスルモノトス尙ホ第二編以下ニ掲クルモノニ就テ之ヲ觀ルヘシ

第二編 公益ニ關スル重罪輕罪

第一章 皇室ニ對スル罪

第二章 國事ニ關スル罪

第一節 内亂ニ關スル罪

第二節 外患ニ關スル罪

第三章 靜謐ヲ害スル罪

第一節 兇徒聚衆ノ罪

第二節 官吏ノ職務ヲ行フヲ妨害スル罪

第三節 囚徒逃走ノ罪及ヒ罪人ヲ藏匿スル罪

第四節 附加刑ノ執行ヲ遁ルル罪

第五節 私ニ軍用ノ銃砲彈藥ヲ製造シ及ヒ所有スル罪

第六節 往來通信ヲ妨害スル罪

第七節 人ノ住所ヲ侵スル罪

第八節 官ノ封印ヲ破棄スル罪

第九節 公務ヲ行フコトヲ拒ムル罪

第四章 信用ヲ害スル罪

第一節 貨幣ヲ偽造スル罪

- 第二節 官印ヲ偽造スル罪
- 第三節 官ノ文書ヲ偽造スル罪
- 第四節 私印私書ヲ偽造スル罪
- 第五節 免狀鑑札及ヒ疾病証書ヲ偽造スル罪
- 第六節 偽証ノ罪
- 第七節 度量衡ヲ偽造スル罪
- 第八節 身分ヲ詐稱スル罪
- 第九節 公選ノ投票ヲ偽造スル罪
- 第五章 健康ヲ害スル罪
 - 第一節 阿片煙ニ關スル罪
 - 第二節 飲料ノ淨水ヲ汚穢スル罪
 - 第三節 傳染病豫防規則ニ關スル罪

第四節 危害及ヒ健康ヲ害ス可キ物品製造ノ規則ニ關スル罪

第五節 健康ヲ害ス可キ飲食物及ヒ藥劑ヲ販賣スル罪

第六節 私ニ醫業ヲ爲ス罪

第六章 風俗ヲ害スル罪

第七章 死屍ヲ毀棄シ及ヒ墳墓ヲ發掘スル罪

第八章 商業及ヒ農工ノ業ヲ妨害スル罪

第九章 官吏瀆職ノ罪

第一節 官吏公益ヲ害スル罪

第二節 官吏人民ニ對スル罪

第三節 官吏財産ニ對スル罪

此第二編ニ掲ケタル罪ハ即チ公益ニ關スル罪ニシテ社會一般ニ對シ

テ害ヲ加ヘタル罪ト看做スヘキモノト定メタルニ外ナラス公罪ト私罪トノ區別ハ固ヨリ之ヲ明カニセサルヘカラサルヲ以テ公罪ニ關スルモノヲ編纂シテ第二編ト爲シ私罪ニ關スルモノハ之ヲ第三編トシテ規定セラレタルハ編纂上其宜キヲ得タリト云フヘシ我刑法ノ定ムル所ノ罪ハ重罪輕罪違警罪ノ三種ナリト雖モ又重輕二罪ヲ區別スレハ公罪ト私罪トノ區別ヲ生スルニモ拘ラス若シ之ヲ混淆錯雜セシムルアラハ害ニ往々罪ノ性質ヲ知ルニ苦ムノミナラス裁判上ニ影響ヲ及ホスノ憂ヒナシトセス故ニ劃然公益ニ關スル罪即チ公罪ト身體財産ニ對スル罪即チ私罪トヲ區別シテ之ヲ規定スルハ便ニシテ且益アリトス

然レモ所謂公罪ト認ムヘキモノハ悉ク皆第二編中ニ網羅セラレタルヤ又私罪ニ屬スルモノニシテ公罪中ニ混入セラレタルモノハアラサ
 ル乎蓋此疑問ニ對シテハ立法官ト雖モ恐ラクハ其誤謬ナキヲ明言スルコト能ハサルヘシ予ヲ以テ之ヲ視レハ殆ント公私混淆ノ嫌ヒアリトスルノ跡ナキニアラサルカ如シ爰ニ其一二ノ疑點ヲ擧クレハ誣告ノ罪ヲ身體ニ對スル罪ニ編入シタルハ其當ヲ得タリトスルヤ誣告ノ罪ハ公ケナル裁判事務ニ關係ヲ有スルヲ以テ偽證ノ罪ト同視シテ可ナルカ如シ又私文書偽造ノ罪ヲ公益ニ關スル罪ノ中ニ算入シタルカ如キ恐ラクハ其當ヲ得サルカ如シ是ニ由テ之ヲ見レハ現行刑法ハ其目錄ヲ一讀シテ其未ダ不完全ノ誹リヲ免レサルヲ知ルヘシ今日論者ノ頻リニ改正ヲ促スモ亦信ニ所以アリト云フヘシ

第三編 身體財産ニ對スル重罪輕罪

第一章 身體ニ對スル罪

第一節 謀殺故殺ノ罪

- 第二節 毆打創傷ノ罪
- 第三節 殺傷ニ關スル宥恕及ヒ不論罪
- 第四節 過失殺傷ノ罪
- 第五節 自殺ニ關スル罪
- 第六節 擅ニ人ヲ逮捕監禁スル罪
- 第七節 脅迫ノ罪
- 第八節 墮胎ノ罪
- 第九節 幼者又ハ老疾者ヲ遺棄スル罪
- 第十節 幼者ヲ略取誘拐スル罪
- 第十一節 猥褻姦淫重婚ノ罪
- 第十二節 誣告及ヒ誹毀ノ罪
- 第十三節 祖父母父母ニ對スル罪

第二章 財産ニ對スル罪

- 第一節 窃盜ノ罪
- 第二節 強盜ノ罪
- 第三節 遺失物埋藏物ニ關スル罪
- 第四節 家資分散ニ關スル罪
- 第五節 詐欺取財ノ罪及ヒ受寄財物ニ關スル罪
- 第六節 贓物ニ關スル罪
- 第七節 放火失火ノ罪
- 第八節 決水ノ罪
- 第九節 船舶ヲ覆没スル罪
- 第十節 家屋物品ヲ毀壞シ及ヒ動植物ヲ害スル罪

第四編 違警罪

刑法區域 刑法目錄

讀下スレハ第三編ニ掲クル罪ハ身體財産ニ關スル罪ニシテ即チ私罪ニ屬スル部類ノ罪トス此公罪ト私罪トノ區別ハ羅馬法ヨリ由來スルモノニシテ刑法ヲ研究スル者ハ一應其淵源ヲ繹知スルハ亦甚々必要ナリ何トナレハ公罪ト私罪トハ全ク其性質ヲ異ニシ隨テ裁判上ニモ其區別ヲ明ガニスヘキモノナレハナリ故ニ予ハ之ヲ略説シ而シテ後チ編次ノ點ニ就キ一言スヘキナリ羅馬法ニ據レハ犯罪ニシテ處罰ノ利害關係ヲ一般人民ニ及ホスニ由テ起ス所ノ公訴ハ即チ一般人民ニ屬スルヲ以テ之ヲ公罪ト稱シ此利害ノ關係單獨ナル被害者一人ニ止マリ社會ノ公訴ヲ待タズ被害者ヨリ處罰ヲ要求スルコトヲ得ヘキノ犯罪ヲ私罪トス故ニ公罪ト云ヒ私罪ト云フモ同シク是レ責罰ヲ免レサルノ犯罪ニシテ其結果ニ至テハ異ナル所アラスト雖モ同性質ノモノヲ同編中ニ網羅シテ之ヲ規定スルハ一目瞭然其公罪ノ何タルト私

罪ノ何タルトチ知り得ヘクシテ管ニ便宜ナルノミナラス處罰上ニモ亦紛雜ヲ避ケ得ルノ利益アリトス而シテ公私ノ順序ヲ論スレハ公チ先ニシ私チ後ニスルハ自然ノ順序ニ適スルモノトス是レ公罪ヲ第二編ニ規定シ私罪ヲ第三編ニ規定シタル所以ナリ此公私ノ區別ニ就テハ各國ノ刑法多少ノ變更ナキニアラスト雖モ佛國ハ依然トシテ此區別ヲ明カニシ編次ノ順序モ先ツ公罪ヲ規定シ次テ私罪ヲ規定セリ我刑法ハ模範ヲ佛國刑法ニ取リタルヲ以テ亦此公私ノ區別ヲ劃然タラシメタルモノト思考ス

然レ此區別及ヒ順序ハ他國ノ法律ニ照ラシテ其差違如何ヲ問ハヌ妥當ヲ得タルモノト云フヘシ只此區別ニ就テ困難ヲ感スルハ既ニ第二編ノ目錄ヲ讀下シテ略説シタルカ如ク公罪ト私罪ノ種類ヲシテ分明ナラシムルノ一事ナリ實ニ犯罪ノ性質ニ因リ一時ニ公益ト私益ト

ヲ害スルノ場合少カラス此場合ニ於ケルモノハ果シテ之ヲ孰レノ部類ニ屬セシムヘキヤ其判別ニハ立法官ト雖モ苦マサルヲ得サルヘシ例ヘハ僞證ノ罪放火ノ罪ノ如キ是レナリ然レモ此等ノ罪ヲ分ツテ公益ヲ害スル罪ニ屬スルモノト私益ヲ害スル罪ニ屬スルモノトヲ區別セントセハ一ノ所爲ニシテ兩箇ノ規定ヲ要セサルヘカラス其錯雜ヤ亦恐ルヘシ故ニ犯罪ノ目的及ヒ結果ニハ縱令異ナル所アルモ其罪狀ノ同シキモノハ其最モ多ニ屬スル所ノ部類ニ於テ之ヲ規定スルノ外ナカルヘシ然レモ往々ニシテ公私ノ區別ヲ誤ルノ跡アルハ各國ノ刑法上一ノ瑕瑾トスル所ナルヲ以テ立法官ハ最モ此點ニ就キ緻密ノ注意ヲ加ヘ其最モ善良ナル方法ヲ選擇シテ之ニ由ラサルヘカラス又第四編ニ違警罪ヲ規定シタルハ固ヨリ當然ニシテ説明ヲ費スノ必要ナシ何トナレハ違警罪モ亦是レ罪ハ則チ罪ナリト雖モ全ク他ノ犯

罪ト其性質ヲ異ニスル最輕ノ罪ナルヲ以テ之ヲ末尾ニ編置スルハ妥當ナレハナリ而シテ我刑法ハ以上四編二十一章六十五節四百三十條ヲ以テ組織シ頗ル簡ニシテ且ツ明カナルハ目錄ヲ一讀シテ知り得ヘシト雖モ今日ニ至リ之ヲ研究スレハ果シテ刑法ノ體面ヲ具備シ完全無缺ノ法律タルヲ得ヘキヤ否ヤニ至テハ稍疑ヒナキヲ得サルナリ故ニ予ハ既ニ讀者ト豫約シタルカ如ク本法ノ成文ニ就キ逐條其義ヲ講スルニ及ンテ予ノ疑念ヲ論述シ且ツ現行法ト改正草案トヲ對照シ詳カニ其利害得失ノ存スル所ヲ討究スヘキナリ

刑法

刑法ノ法律タル如何ナル性質ニ由テ成立シ如何ナル必要ニ由テ設定スルヤ予ハ既ニ充分之ヲ論究シテ遺憾ナカラシメタルヲ信ス故ニ刑法ノ二字ニ就テハ爰ニ贅セズ

第一編 總則

總則ハ刑法ノ適用法ヲ指示シタル大原則ナリ即チ第二編以下ニ掲ケタル全體ノ規定ニ對シ何レノ部類ニモ適用スヘキ諸般ノ大標準ヲ定メタルモノナリ而シテ又其關スル所ハ皆ニ刑法ノミナラス他ノ法律規則ニシテ特ニ總則ヲ設定セサルモノニモ亦適用スヘキ諸種ノ規定ヲ示サレタリ抑モ此總則ノ規定ヲ要シタル理由何如ハ喋々ノ辯ヲ俟ヌサルモ總則凡ソ百十有五條ヲ一讀セハ能ク其刑法ノ全體ニ通シテ適用スヘキノ原則ヲ掲ケタルモノナルヲ知ルヘシ

總則ハ果シテ第二編以下ニ掲ケタル規定全體ニ適用スヘキノ原則ナリトスル乎法律運用ノ地位ニ居ル者ハ最モ熟讀研究セサルヘカラス何トナレハ總則ハ前陳ノ如ク百般刑事ニ關スル各法律ノ適用法ヲ規定シタルニ外ナラサレハナリ若シ此總則ノ設ケナラン乎刑事ノ訴訟

起ル毎ニ先ツ其門ニ迷ハサルヲ得サルヘシ例ヘハ爰ニ盜罪ヲ犯ス者アラシ乎之ヲ何レノ罪科トシテ裁判ニ附スヘキヤ重罪ナル乎輕罪ナル乎將タ違警罪ナル乎先ツ之ヲ總則ニ參照スルニアラサレハ得テ其犯人ヲ附スル所ヲ知ラサルヘシ故ニ法律運用ノ地位ニ在ル者ハ最モ爰ニ留意シテ總則ヲ研究セサルヘカラス凡ソ法律ニ總則ヲ設クルハ何ノ爲メソヤ他ナシ錯雜ヲ避ケ繁文ヲ省カンカ爲メノミ其レ然リ若シ總則ヲ缺キ各條文中ニ再ヒ罪ヲ犯ス者ハ加重スヘシ數人共ニ犯ス者ハ加重スヘシ云々ノ情狀アル者ハ減等スヘシ云々ノ情狀アル者ハ其罪ヲ論セサルヘシ等ノ明文ヲ掲ケナハ現行刑法四百餘條ニ加フルニ幾百條ヲ以テセハ足レリトスヘキ乎恐ラクハ現行刑法ノ條數ニ三倍若クハ四倍ヲ加フルモ猶ホ未タ其完備ヲ得サルヘシ之ニ反シテ總則ナルモノヲ設ケ法例刑例加減例不論罪及ヒ減例再犯加重加減順序

數人共犯未遂犯親屬例等ヲ規定シ以テ一般刑事ノ法律ニ適用セハ各條ニ之ヲ明示スルノ必要ナク即チ錯雜ヲ避ケ繁文ヲ省クコトヲ得ヘキナリ故ニ予ハ常ニ此總則ヲ稱シテ法律ノ經濟法ト云フ是レ他ナシ法律ニ總則ヲ設ルトキハ各條ニ適用スヘキノ規定ヲ每條ニ記載スルノ煩雜ナク法文ノ繁冗ヲ省略スルコトヲ得ヘキヲ以テナリ

第一章 法例

法例ハ刑法ヲ實際ニ適用スル原則ヲ規定シタルモノナリ其要綱ヲ摘擧スレハ刑法ニ於テ問フ所ノ所爲ハ如何ナル所爲ヲ謂フ乎又ハ刑法ハ其頒布以前ノ所爲ニ遡及スル乎陸海軍ニ關スル特定法律ニモ亦關係スル所アル乎他ノ特別法ニモ亦此刑法ヲ適用スル場合アル乎此等ノ問題ニ關スルモノヲ規定シタル法例ト謂フ故ニ法例ハ刑法及ヒ他ノ法律規則ヲ處罰上ニ適用スルノ原則ヲ示シタルニ外ナラス

第一條 凡法律ニ於テ罰ス可キ罪別テ三種ト爲ス

- 一 重罪
- 二 輕罪
- 三 違警罪

本條ハ刑法全體ニ重大ノ關係ヲ有スル最モ緊要ノ法文ナリ故ニ眼ヲ刮シテ法文ヲ一讀スレハ忽チ疑義ノ胸中ニ崛起スルモノアリ何ソヤ法文ニ曰ク「法律ニ於テ罰ス可キ罪別テ三種ト爲ス」ト此レ本條ノ表面ナリ今文意ニ據リ之ヲ裏面ヨリ考フルトキハ罰ス可ラサルノ罪モ亦之レアルカ如キノ疑惑ヲ生スルハ亦其理ナキニアラサルヘシ然ラハ法律ニ於テ罰ス可ラサルノ罪果シテ之レアルヤ曰ク否ナ決シテ之レアラズ法律上ニ於テ罰スヘカラサルノ所爲ハ社會ノ認メテ以テ罪ト爲スモノニアラス說ヲ作ス者アリ曰ク道德上罪ト稱スルモノアリ宗

教上罪ト呼フモノアリ蓋立法官ハ道德又ハ宗教上ノ罪ト法律上ノ罪トヲ別クカ爲メ故ラニ法律ニ於テ罰ス可キ罪ト特書シタルナリト然レモ道德上又ハ宗教上ノ罪ト稱スルモノハ品行上ノ端正ヲ破ルニ止マリ法律ノ眼中ヨリ之ヲ視レハ罪ト爲ルヘキモノニアラス隨テ又法律上ノ罪トハ稱スルコトヲ得ス何トナレハ立法官モ亦第二條ニ於テ法律上罪トシ罰スル者ハ法律ニ正條アル者ノミニ限レルコトヲ明言シタレハナリ蓋シ人間ノ所爲ハ千種萬様ナリト雖モ道德上ノ罪ノ如キ法律ニ於テ問ハサルノ所爲ハ法律上罪ト爲ルヘキモノニアラス然ルニ本條ノ成文ニ於テ人ヲシテ一讀直チニ社會上罰ス可ラサルノ罪アルカ如キノ疑ヒヲ起サシムルハ果シテ是レ何ノ爲メソヤ法文ハ法律ノ要義ヲ指示スルモノナリ明瞭ナルカ上ニモ明瞭ナラシメサルヘカラス然ルニ人ヲシテ是等ノ疑惑ヲ惹起セシムル所以ノモノハ畢

竟スルニ立法官カ罪ノ定義ヲ示サ、ルノ致ス所ト云ハサルヲ得ス若シ立法官ニシテ本條ニ罪ノ定義ヲ示サハ決シテ此ノ如キノ疑惑ヲ起サシメント欲スト雖モ得ヘカラス例ヘハ佛國刑法ニ法律上ニテ懲治ノ刑ヲ用非罰スル罪ヲ輕罪ト云ヒ法律上ニテ施體又ハ加辱ノ刑ヲ用非罰スル罪ヲ重罪ト云フト規定シ自耳義刑法ニ凡重罪律ヲ以テ論ス可キ者ハ重罪トシ輕罪律ヲ以テ論ス可キ者ハ皆輕罪トスト規定シ又ハ魯西亞刑法ニ法律ニ背犯シ及ヒ法律ヲ遵守セサルヲ犯罪ト云フト規定スルカ如ク罪ノ定義ヲ示サハ一目瞭然決シテ疑惑ヲ起サシメサルヘシ故ニ予ハ立法官カ罪ノ定義ヲ示サ、ルヲ以テ我刑法ノ爲メ一遺憾ト爲スモノナリ

然レモ予ハ亦漫リニ人定法ニ定義ヲ付スルヲ以テ可トスルモノニアラス何トナレハ立法官ニシテ學術語ニ定義ヲ下シ説明ヲ付シ萬一誤

謬ニ陥ルコトアラハ之カ爲メ國民ヲシテ五里霧中ニ彷徨セシメ貴重ナル生命、自由、名譽、財産等ニ危害ヲ及ホスノ憂ヒナキヲ保セサレハナリ世間往々定義ハ宜ク之ヲ學者ニ一任スヘシトノ説ヲ唱フル者アルモ蓋亦之カ爲メタルニ外ナラス凡ソ學者ノ學術語ニ定義ヲ與フルカ如キハ假令誤謬ニ出ツルコトアリトスルモ未ダ甚シキ害アルヲ見ス唯其學者ノ説ヲ信シ若クハ其著書ヲ信スル者ヲシテ誤ラシムルニ過キス之ニ反シテ公然立法官ノ地位ニ立ツ者ニシテ若シ誤謬若クハ無用ノ定義ヲ下スアラハ其影響ヲ衆庶ノ身體生命ニ及ホスノ大害ヲ招クコトナキヲ知ルヘカラス彼ノ印度ノ法律ニ於テ「人トハ男女ヲ包含ス」トノ定義ヲ與ヘタルカ如キハ實ニ無用ノ定義タリト云フヘシ是ヲ以テ予ハ敢テ漫リニ立法官ニ向テ法語ノ定義ヲ下サンコトヲ希望スル者ニアラス然レモ其事重大ニシテ其關スル所該博ナルモノニ至テ

ハ衆庶ノ利害休戚ニ消長スル所アラシムルヲ以テ斯ノ如キ重要ノ事項ニ就テハ其定義ヲ與ヘンコトヲ希望セサルヘカラス本條ノ如キハ罪ノ何者タルヲ指示シ且ツ刑ノ問フ所ノモノ、何タルヲ規定シタルモノナルヲ以テ實ニ重大ナル問題ニ屬セリ故ニ其定義ヲ與フルヲ以テ甚ダ必要ナリト思考ス刑法草案起草者ハ迅トニ爰ニ見ル所アルヲ以テ其草案ニハ罪ノ定義ヲ下シタリト云フ其定義ノ大意ヲ聞クニ「法律ニ因テ罰ス可キ所爲缺爲テ罪トス」ト云フニ在リ蓋斯ノ如ク定義ヲ與フルアラハ其罰スヘキモノト罰スヘカラサルモノトノ區別ハ甚ダ明瞭ナルヘシ今此定義ノ何タルニ就テ聊カ之ヲ略説スヘシ定義ニ所謂所爲トハ佛語ニ之ヲ「アクシヨン」ト云ヒ法律上爲スヘカラサル事ヲ爲シタルモノヲ指シ欠爲トハ佛語ニ「オミシヨン」ト云ヒ法律上爲スヘキ事ヲ爲サ、ルモノヲ指スモノトス而シテ欠爲ニハ二種ノ區別アリ

其一ヲ不注意ニ出ルノ欠爲ト云ヒ他ノ一ヲ惡意ニ出ルノ欠爲ト云フ
 此不注意ニ出ルノ欠爲トハ例ヘハ道路破損シテ穴ヲ生シタルカ如キ
 場合ニハ通行人ノ之ニ陷落スルノ危險アルヲ以テ夜間ハ必ス其箇所
 ニ燈火ヲ點シテ穴アルヲ知ラシムヘシトノ警察規則アラフニ不注
 意ヨリシテ燈火ヲ點スルヲ怠リ遂ニ人ヲシテ之ニ陷ラシメタルカ
 如キ是レナリ又惡意ニ出ルノ欠爲トハ例ヘハ前例ニ於ケル警察規則
 ノ存スルヲ知リツ、燈火ヲ點スルコトヲ爲サス道路ニ穴アリ行人ヲ
 シテ之ニ陷ラシムルモ亦一興アリトシテ敢テ其規則ヲ遵守セス之カ
 爲メ果シテ行人ヲシテ陷落セシメタルカ如キハ即チ之ヲ惡意ノ欠爲
 ト爲ス然レモ缺爲ニシテ刑法上罰スルモノハ甚々罕レナルノミナラ
 ス之ヲ其所爲ニ比較スレハ其刑法モ亦甚々輕キヲ常トシ缺爲ハ概シ
 テ之ヲ罰セサルヲ通例トシ其之ヲ罰スルハ寧ロ例外ニ屬スト云フモ

可ナシ即チ前例ノ場合又ハ印紙貼用規則ニ違反シテ印紙ヲ貼用セザ
 リシ場合ノ如キ僅々ノ缺爲ヲ罰スルニ過キス
 一説ニ曰ク刑法ハ禁止命令法ナリ即チ云々ノ事ハ爲スヘカラスト禁
 シ云々ノ事ハ爲スヘシト命シタルモノナリト論者ハ果シテ如何ナル
 點ヨリ這般ノ觀察ヲ下シタルヤ予ハ論者ノ觀察ヲ以テ奇怪ノ觀察
 ト思惟セサルヲ得ヌ試ミニ刑法ヲ讀一讀セヨ刑法ノ條文少カラサル
 ニアラスト雖モ皆單ニ云々ノ事ヲ爲シ又ハ云々ノ事ヲ爲サ、ルモノ
 ハ某ノ刑ニ處スヘシト規定シタルニ過キス刑法四編中ニ於テ云々ノ
 事ハ之ヲ爲スヘシ云々ノ事ハ之ヲ爲スヘカラスト明示シタル條項果
 シテ焉クニカアル予ハ斷シテ之レナキヲ知レリ然ルニ論者ハ彼レカ
 如キノ説明ヲ下セリ豈之ヲ奇怪ノ觀察ト云ハスノ可ナランヤ予ヲ以
 テ之ヲ視レハ刑法ハ禁止命令ヲ下スモノニアラス人民ノ之ヲ守ルト

否トハ其隨意ニ放任シ唯其所爲ニ對スル制裁法ヲ示スニ過キス故ニ
刑法ノ人民ニ對スル真相ヲ寫出セハ或ハ左ノ如クナラン乎

人若シ罪ヲ犯サント欲セハ之ヲ犯セ犯スヲ欲セズンハ之ヲ止メヨ
人ノ罪ヲ犯スト否トハ吾(刑法)ノ與リ知ル所ニアラス吾ハ豫シメ云
々ノ所爲ト缺爲トハ之ヲ罰スヘシト明言シテ唯タ其言ヲ履マンノ
ミ(刑法自ラ云フ所ノ語ト知ルヘシ)

刑法其者ニシテ云フ所ノモノ果シテ此ノ如シトセハ刑法ハ禁止法ニ
アラス又命令法ニモアラスルヘシ刑法ノ肺肝ハ此ノ如ク其レ澹泊ナ
リ然ルニ刑法ハ禁止命令法ナリト論定スルハ果シテ何ノ據ル所アリ
テ然ルヤ予ハ疑ヒナキ能ハス敢テ論者ノ明解ヲ聽カンコトヲ欲スル
者ナリ

〔改正案〕 本條ノ法文上法律ニ於テ罰ス可キ罪云々ノ明文ヲ掲ケ罪

ノ定義ヲ下サ、ルカ爲メ社會上罰スヘカラサルノ罪アルカ如キノ
疑惑ヲ起サシムルノ不都合アルハ予既ニ之ヲ詳論シ宜ク定義ヲ下
スヘキコトヲ希望シタリ立法官モ亦本條法文ノ妥當ナラサルヲ認
知シタルヤ其改正草案ニハ明カニ罪ノ定義ヲ下スヘキモノトシ左
ノ改正法文ヲ掲ケラレタリ

第一條 凡罪ハ別テ重罪、輕罪、違警罪ノ三種トス

重罪ハ第十條ニ記載シタル刑ヲ以テ罰スル罪ヲ謂フ〔第十條ハ

第七條ニ該當シ重罪ノ

輕罪ハ第十一條ニ記載シタル刑ヲ以テ罰スル罪ヲ謂フ〔第十一

條ハ第八條ニ該當シ輕罪

ノ主刑ヲ規定スルモノ〕
違警罪ハ第十二條ニ記載シタル刑ヲ以テ罰スル罪ヲ謂フ〔第十

條ハ違警罪ノ主刑ヲ

規定シ新設ノモノ〕

此法文ハ伊太利刑法及ヒ白耳義刑法等ノ法文ニ似テ少シク異ナル所アリ予ヲ以テ視レハ尙ホ修正ヲ要スルノ點ナキニアラサルモ元ト是レ草案ナリ故ニ文字上ノ論ハ姑ク措キ唯々明カニ罪ノ定義ヲ示スニ至テハ予ノ欣然トシテ左袒スル所ナリ現行法第一條ハ實ニ重大ノ原則ナリ法律上ニ罪ト爲ルヘキモノ唯々此法文ヲ以テ定マル豈其ノ罪ノ定義ヲ示サスシテ可ナランヤ故ニ各國ノ刑法上罪ノ定義ヲ明示セサルモノアラサルナリ然ルニ我現行法ニ之ヲ闕クハ一大瑕瑾ト云ハサルヘカラス今之ニ修正ヲ加ヘテ其缺ヲ補フハ大ニ刑法ノ價值ヲ加フルモノト云フヘシ

予ハ是レヨリ罪ヲ別テ三種ト爲シ重罪、輕罪、違警罪ノ區別ヲ劃立シタルハ果シテ何ノ理由ナルヤヲ説明セントス凡ソ何レノ國ニ於テモ立法官カ法律ヲ制定スルニ方リ罪ヲ區別セサルハナシ人ノ所爲ニ於テ

法ヲ犯スコト大ナレハ其罪重ク法ヲ犯スコト小ナレハ其罪輕キハ自然ノ數ニ出ルモノニシテ苟クモ良心ヲ有スルモノハ其感覺ニ於テ然ルヲ是認セサルモノハアラサルヘシ而シテ罪ノ重キニモ次第アリ罪ノ輕キニモ差等アルヲ以テ其區別ハ三種ニ止マラス或ハ四種ニ別テ或ハ五種ニ別ツヲ得ヘシト雖モ各國ノ刑法之ヲ數種ニ別ツモノハ幾ント希レナリ之ヲ要スルニ罪ハ之ヲ區別スルヲ利トスルハ何人モ推知スルニ難カラサルヘシ理論上公益又ハ私益ヲ害シタル所爲ノ大小輕重ニ因リテ處罰ノ規則ヲ異ニスルハ至當ノ論ニシテ若シ其區別ナシトセハ或ハ嚴酷ニ過キ或ハ寛大ニ失スル等ノ流弊ヲ來スハ必然タリ事實上ヨリ之ヲ論スルモ犯罪ノ性質ニ因リ其影響スル區域ニ廣狹ノ差アリ隨テ其害ヲ及ホス所ノ分量ニモ亦多少ノ差ヲ生スルヲ以テ法律上其區別ヲ明確ナラシメサルヘカラスハ多辯ヲ俟タスシテ知

ルヘキナリ然レ其要領ヲ詳カニセントセハ聊カ説明ヲ要セサルヘ
カラス抑モ我刑法ニ於テ罪ヲ別テ三種ト爲シタルハ立法官ノ權内ニ
於テ適宜ニ之ヲ撰擇シタルニ出テタルハ言テ俟タスト雖レ其三種ノ
區別ヲ立テタルニ因テ生スル所ノ利益如何ハ須ラク研究スヘキノ要
點タリ今之ヲ五箇ニ分割シテ説明チ下スヘシ

第一 裁判ノ構成ニ大ナル關係アリ 重大ノ罪ハ其審判モ亦須ラク
鄭重ヲ要スヘク輕微ノ罪ハ其審判モ隨テ又鄭重ニスルノ要ナキハ條
理上最モ親易キモノトス然ルニ若シ審判ハ總テ犯罪ノ輕重ヲ問ハス
專ラ鄭重ヲ旨トセン乎違警罪ヲ犯シテ街頭ニ溺スルカ如キモノヲ審
判スルニモ猶ホ陪席官ヲ置キ辯護人ヲ付シテ之ヲ審問セサルヘカラ
ス果シテ此鄭重方法ヲ取ラン乎些細ノ犯罪ノ爲メニ許多ノ時日ト費
用トヲ要シ其不利益タルハ辯ヲ俟タス故ニ裁判ノ構成ハ罪ノ大小輕

重ニ因テ精疎簡密ノ區別ヲ立テサルヘカラス即チ重大ノ罪ニハ極メ
テ鄭重ナル裁判ノ構成ヲ要シ輕小ナル罪ニハ稍簡易ナル裁判ノ構成
ヲ以テ足レリトスヘシ違警罪ノ如キハ極メテ簡易ナル裁判法ヲ以テ
可ナリトス何トナレハ違警罪ノ如キハ假令ヒ誤失ノ裁判アリトスル
モ重罪若クハ輕罪ノ如クハノ身、名譽、權利、財產等ニ重大ノ關係ヲ及
ホスモノニアラサレハナリ是レ舊法ニ於テ重罪ノ爲メニハ重罪裁判
所ヲ置テ極メテ其審判ヲ鄭重ニシ輕罪ノ爲メニハ輕罪裁判所ヲ置テ
稍其審判ヲ鄭重ニシ違警罪ノ爲メニハ違警罪裁判所ヲ置テ其審判ヲ
簡易ナラシメタル所以ナリ此ノ如ク犯罪ノ大小輕重ニ因テ裁判ノ構
成ニ精疎簡密ノ區別アラシメハ重大ノ犯罪ヲ輕忽ニ審判スルノ憂ヒ
ナク又輕小ノ犯罪ヲ鄭重ニ審判シ之カ爲メ被告人ニ無益ノ時日ト費
用トヲ要セシムルノ弊ナカラシムルコトヲ得ヘシ夫レ此ノ如ク大小

輕重各其宜キヲ得セシメンニハ先ツ罪ニ區別ヲ立テサルヘカラス罪ニ區別ヲ立テ、而シテ後チ其裁判法ニ精粗繁簡ノ區別ヲ設クルコトヲ得ヘシ是レ罪ノ區別ハ裁判ノ構成ニ大ナル關係ヲ及ホスト云フ所以ナリ

今日裁判所構成法ヲ實施シ裁判ノ構成上ニ變更ヲ來シタリト雖モ犯罪ノ審問上ニ於ケル精粗簡密ノ區別ハ依然トシテ之ヲ變更セズ是レ固ヨリ當然ナリトス現行法ニ於テ重輕罪裁判所ヲ廢シテ一ニ地方裁判所ノ管轄ニ歸セシメタリト雖モ其構成ニ至テハ舊重罪裁判所ノ構成ト同一ニシテ二人ノ陪審官ヲ置テ審問セシメ輕罪ト雖モ亦二人ノ陪審官ヲ以テ其裁判ヲ構成セシムルカ故ニ之ヲ約言スレハ舊裁判法ニ比スレハ寧ロ一層ノ鄭重ヲ加ヘタルニ外ナラスシテ被告人ノ爲メニ利益スルコト舊時ノ比ニアラス然レモ輕微ノ犯罪タル違警罪ハ勿

論其他ノ輕微ナル犯罪ハ之ヲ區裁判ノ管轄ニ屬セシメテ猶ホ簡易ノ裁判ヲ受ケシムルカ故ニ之ヲ要スルニ罪ノ區別ニ因テ裁判法ノ區別ヲ立ツルノ精神ニ至テハ新舊同一ナリ是レ他ナシ此ノ如ク犯罪ト裁判法トニ兩ナカラ區別ヲ立ツルハ理論上動カスヘカラサルノ良法タレハナリ

第二 附加刑ノ處分ニ關係アリ 刑罰上ノ結果ニ據レハ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ宣告ヲ要セスシテ終身公權ヲ剝奪セラレ主刑期ノ満ルマテハ財産ヲ管治スルコトヲ禁セラレ且若干ノ期限内監視ニ付セラレヘシ又輕罪ノ刑ニ處セラレタル者ニシテ監視ニ付セラレタルトキハ特ニ宣告ヲ要セスシテ監視ニ付セラレタル期間ハ公權ヲ停止セラレ其監視ハ必ス之ヲ宣告スルモノトス之ニ反シテ違警罪ノ場合ニハ拘留又ハ罰金ノ一ヲ科スルニ止マリ附加刑ヲ科セサルハ刑法上

ノ規定ニ於テ明カナリ是等ノ區別ハ何ニ由テ之ヲ明カニスヘキヤ皆先ツ罪ヲ區別スルニアラサレハ設定スルコト能ハサルモノナリ

第三 再犯加重未遂犯共犯等ニ關係アリ 再犯加重ノ處分ニ於テ初犯再犯共ニ重罪ナルカ又ハ初犯ニ重罪ニシテ再犯ハ輕罪ナル乎又ハ初犯再犯共ニ輕罪ニ係ルトキハ再犯加重ヲ以テ論シ違警罪ハ一年內ニ同一ノ裁判管轄ニ於テ再犯スルニアラサレハ再犯加重ヲ以テ論セサルカ如キ即チ是レ罪ノ區別ト再犯加重ト相關係スル所ナリ又未遂犯ノ處分ニ於テハ重罪ノ未遂犯ハ本刑ヨリ一等又ハ二等ヲ減シ輕罪ノ未遂犯ハ別ニ明文アルニアラサレハ之ヲ罰セス違警罪ノ未遂犯ハ全ク之ヲ罰セサルカ如キハ即チ是レ罪ノ區別ト未遂犯ト相關係スル所ナリ又共犯ノ處分ニ於テハ人ヲ教唆シテ罪ヲ犯サシメタル場合ニ於テ其所犯重罪又ハ輕罪ニ係ルトキハ之ヲ正犯トシ若シ其所犯違警

罪ニ係ルトキハ其教唆者ヲ罰セサルカ如キハ則チ是レ罪ノ區別ト共犯ノ相關係スル所ナリ而シテ此等ノ區別ハ罪ヲ三種ニ區別シタルヨリ生スル所ノモノタルニ外ナラス

第四 公訴ノ期滿免除ニ關係アリ 期滿免除即チ時効ハ人ノ記憶ノ消滅ニ因テ公訴モ亦消滅スルモノナルカ故ニ罪重大ナレハ隨テ其期滿免除ノ期限モ亦長カラサルヘカラス之ニ反シテ罪輕小ナレハ隨テ其期滿免除ノ期限モ亦短カラサルヘカラス何トナレハ大事ハ人ノ之ヲ記憶スルコト長ク小事ハ人ノ之ヲ記憶スルコト長カラサルハ自然ノ常態ナレハナリ是レ刑事訴訟法第八條ニ於テ違警罪ハ六月輕罪ハ三年重罪ハ十年ノ經過ヲ以テ其公訴ノ期滿免除ノ期限ト定メタル所以ナリ即チ是レ罪ノ區別ト期滿免除ト相關係スル所ナリ而シテ爰ニ注目スヘキモノ一アリ他ナシ罪ノ三種ノ區別ハ此ノ如ク公訴ノ期滿

免除ニ關係アルコト大ナリト雖モ刑ノ期滿免除ニ於テハ何等ノ關係
 ナモ有セサルコト是ナリ蓋刑ノ期滿免除ハ刑法第五十九條ニ規定シ
 タルカ如ク犯罪ノ種類ニ因リテ其期限ヲ區別セズ其犯罪ヲ罰シタル
 刑ノ種類ニ因リテ之ヲ區別シタルヲ以テナリ即チ刑ハ犯罪處分ノ結
 果タルヲ以テ其既ニ生シタル結果ニ係ル期滿免除ニ就テハ固ヨリ罪
 ノ區別ニ關係ナク有セシムルノ必要ナキヲ知ルヘシ

第五 日本人外國ニ於テ日本ノ法律ヲ犯シタル場合ニ關係アリ 刑
 法ハ土地ヲ支配スヘキカ將テ犯罪人ヲ支配スヘキカノ問題ニ就テハ
 刑法ノ區域ニ於テ既ニ之ヲ略説シタルニ拘ラス尙ホ細説ヲ要スヘキ
 場合アルヘキヲ以テ之ヲ他日ニ譲リ爰ニハ唯日本人外國ニ於テ犯シ
 タル罪ノ大小輕重如何ニ隨ヒ日本ニ於テ罰スヘキモノト否トノ區別
 アルハ亦大ニ重罪輕罪及ヒ違警罪ノ種類トニ關係ナク有スルコトナリ

言スルヲ以テ足レリトスヘシ即チ其罰スヘキモノト否トノ區別ハ罪
 ノ種類ニ照應シテ之ヲ設立スヘキモノト知ルヘシ然レモ此外國ニ於
 テ犯シタル所爲ニ就キ我刑法ニ其規定ナキハ一大缺點タルヲ以テ改
 正刑法草案者ハ之ヲ規定シタリ故ニ後ニ至リ論述スル所アルヘキナ
 リ
 以上五箇ノ關係アルヲ以テ公益又ハ私益ヲ害スル所爲ノ大小輕重ニ
 從ヒ其罪ヲ區別セサルヘカラサルハ實際上已ムヲ得サルモノトス何
 トナレハ之ヲ區別セサレハ刑法其者ヲ組織スルコト能ハサレハナリ
 矧ンヤ罪ノ區別ハ立法官ノ撰擇ニ出ツルト云フト雖モ人ノ感覺上自
 然ニ其區別ヲ爲スモノト云フモ不可ナキニ於テオヤ即チ違警罪ノ如
 キハ其不注意ノ所爲又ハ缺爲ニ出ツルモノニ至テハ公衆ハ殆ント之
 ヲ罪視セスシテ他ノ犯罪トハ自ラ區別アリテ存スルモノナリ他ノ犯

罪ニ於テモ亦公衆ノ感覺上自ラ輕重ノ差等アルモノトス然ルニ若シ之ヲ區別セシテ單一種ト爲サンカ巨白大ノ罪ト粟粒小ノ罪トヲ比較スレハ幾ンド天淵ノ懸隔ヲ生シ裁判官ハ何ヲ標準トシテ其裁判ヲ下スヘキヤ其區域漠然タルヲ以テ裁判上罪ト刑トノ權衡ヲ失シ易キモノト想像セサルヘカラス然ラハ之ヲ四種以上ニ區別スルヲ以テ得策ト爲スヘキ乎若シ其種類ヲシテ數多ナラシメハ又錯雜ニ失スルノ弊ヲ免レス是レ歐洲各國ノ刑法上罪ヲ四種以上ニ定メタルモノ殆ント絶無ニシテ皆之ヲ三種ニ區別セリ蓋罪ヲ三種ニ區別スルハ最モ中庸ノ宜キヲ得タルモノニシテ即チ罪ト刑トノ權衡ヲ失スルノ憂ヒナク錯雜ヲ來マスノ弊ナカルヘシ是レ我立法官カ罪ヲ三種ニ定メタル所以ナリト謂ツヘシ

然レモ輕罪ト云ヒ重罪ト云ヒ又違警罪ト云フモ如何ナル尺度ニ由リ

テ之ヲ定メタルヤ蓋立法官カ罪ノ輕重ヲ品評シテ之ヲ定メタルヤ曰ク否ナ決シテ然ラス或ル罪ヲ重シトシ或ル罪ヲ輕シトスルハ縱令ヒ自然ノ區別ニ屬ストスルモ畢竟スルニ之レ人ノ感覺ニ因リテ分ル、モノタルニ外ナラス故ニ甲者ノ感覺ハ深キカ故ニ以テ其罪重シトスルモ乙者ノ感覺ハ淺キヲ以テ其罪輕シトスルカ如ク其輕重ノ分ル、所ハ漠然トシテ立法官ト雖モ細カニ之ヲ量定シテ輕重ヲ區別スルハ蓋能ハサルモノト思考セサルヘカラス故ニ罪ノ區別ハ前段既ニ説明シタルカ如キノ理由アリテ存スルニ出ツルモノニシテ即チ罪ヲ三等ニ區別シ其各等中ニ數種ノ罪ヲ包含セシハ此等ノ内ニ屬スル罪ハ重罪トシ又ハ輕罪トシ又ハ違警罪トスト明示シ其等ヲ追フテ罪ノ大小ヲ定メシムルヲ目的トシタルニ外ナラス之ヲ要スルニ立法官ハ罪ヲ區別セサルヘカラサルノ理由アルニ因リ其稍同一分量タル罪ヲ一括

シテ之ヲ一箇等内ニ包含セシメタルニ過キスシテ其重罪ト云ヒ輕罪ト云ヒ又違警罪ト云フハ猶ホ是レ大罪ト云ヒ中罪ト云ヒ小罪ト云フカ如キニ外ナラス

我刑法ハ罪ヲ三種ニ區別シタリ然ラハ如何ナル所爲ハ重罪ニ該ル乎如何ナル所爲ヲ輕罪トシ又如何ナル所爲ヲ違警罪トスル乎之レ最モ研究セサルヘカラサルノ大要點ナリト雖モ將々如何シテ之ヲ識別スヘキヤ今試ミニ第百十六條ヲ看ヨ其條文ニ「天皇三后皇太子ニ對シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ處ス」トアリ而シテ此罪ハ重罪ナルヤ將々輕罪ナルヤハ其法文上ニ之ヲ明示セス然レモ死刑ハ固ヨリ重罪ナルヲ以テ曾テ法律ヲ研究セサル者ト雖モ皇室ニ對スル罪ハ其重罪タルヲ推知スルコトヲ得ヘキナリ然レモ爰ニ一ノ爭鬭アリテ人ヲ毆打シタル者アリトセン乎其所爲ハ重罪ニ屬スル乎將々輕罪

ニ屬スル乎動モスレハ之レヲ判知スルニ苦ム者アラントス故ニ左ニ其一例ヲ擧ケテ其所爲ノ重罪タル乎輕罪タル乎將々違警罪タル乎判知スルノ方法ヲ示スヘシ即チ粵ニ人ヲ毆打シテ死ニ至ラシメタル者アリト假定セヨ其重罪タル乎將々輕罪タル乎判知スルニハ先ツ刑法ニ就テ毆打ヲ罰スル條文第二百九十九條ヲ看ヨ其法文上「人ヲ毆打創傷シ因テ死ニ致シタル者ハ重懲役ニ處ス」トアリ此條文上亦罪ノ何タルヲ示スノ明文ナキヲ以テ未タ其重罪タル乎將々輕罪タル乎判知スヘカラサルカ如シ然レモ其罪ハ重懲役ニ該當スルコトハ法文ニ掲ケテ明カナリ是ニ於テ眼ヲ轉シ第一編第二章ノ刑例ニ就テ其第一節刑名ノ部ヲ看ヨ乃チ其第七條ニ「左ニ記載シタル者ヲ以テ重罪ノ主刑ト爲ス、一死刑、二無期徒刑、三有期徒刑、四無期流刑、五有期徒刑、六重懲役云々」トアリ之ニ由テ是ヲ見レハ毆打シテ人ヲ死ニ致シタルノ所

爲ハ重罪ニ該當スルヲ知ルヘシ其他此例ヲ類推セハ如何ナル種類ノ
犯罪モ其重罪タル乎輕罪タル乎將テ違警罪タルカヲ判知スルニ餘裕
アルヘキナリ

又我法文ノ明記スル所ニ據レハ唯罪ヲ三種ニ區別スト云フニ過キス
而シテ此三種ノ區別ニ由テ生シ來ル所ノ關係ハ第一裁判所構成上ノ
關係、第二附加刑上ノ關係、第三再犯加重上ノ關係、第四數人共犯上ノ關
係、第五未遂犯上ノ關係タルコトハ既ニ之ヲ説明シテ其要領ノ存スル
所ヲ知ラシメタリ此他假出獄上、違警罪上及ヒ二罪俱發上ニ關係アリ
即チ假出獄ニ於テハ重罪及ヒ輕罪ニハ之ヲ適用スルモ違警罪ニハ適
用セス違警罪ニ於テハ十六歳以上二十歳以下ノ幼者ト雖モ法律上ノ
宥恕ヲ與ヘス之ニ反シテ重罪ト輕罪ニハ皆宥恕ヲ與フヘキモノトス
又數罪俱發ニ於テハ三罪中三罪以上俱發シタルトキハ其一ノ重キニ

ニ從フモノトシ以上ノモノハ皆罪ノ區別ニ關係アリ

罪ノ區別ハ上來講述シタルカ如シト雖モ此區別ハ獨リ法文ノ明記ス
ル所ニ止マリ他ニ其區別法ヲキヤヲ研究スレハ尙ホ種々ノ區別アリ
而シテ其區別タルヤ專ラ學說上ニ係ルト雖モ法文中各處ニ散在シテ
冥々理ニ此區別ヲ包含スルヲ看ル是等學說上ノ區別ト雖モ苟クモ法
律ノ何物タルヲ知ラント欲スル者ハ必ス之ヲ知ラサルヘカラス請フ
犯罪ノ種類ト題シテ細カニ之ヲ説明セン

犯罪ノ種類

第一 普通犯ト特別犯トノ區別

普通犯トハ何ソヤ凡ソ智覺精神ヲ有スル者ハ何人ト雖モ之ヲ犯セハ
罪ト爲ルモノ是レヲ普通犯ト謂フ例ヘハ殺傷又ハ強竊盜ノ所爲ノ如
キ其之ヲ罪視スルハ刑法ノ規定ヲ俟テ後チ然ルモノニアラス人智自

然ノ感覺ニ於テ罪視スルモノ是レナリ之ニ反シテ特別犯ハ然ラス即チ甲國ニ於テハ罪視スルモ乙國ニ於テハ罪視セス又假令ヒ之ヲ罪視シテ之ヲ罰スルモ特別ノ身分アル者ニシテ之ヲ犯セハ始メテ罪ト爲リ他人之ヲ犯セハ罪ト爲ラサルモノ是レヲ特別犯ト謂フ例ヘハ王國ニ於テハ國事犯罪トスルモ共和國ニ於テ罪トセサルカ如キ或ハ醫師、辯護士、穩婆等其職業上ニ於テ知り得タル他人ノ秘事ヲ漏洩スルノ類各其職業アル者ニシテ始メテ罪ト爲ルノ所爲ノ如キ是レナリ之ヲ佛語ニ「スクレ」プロヘツシヨチルト云フ即チ職業ノ秘密ト云フ語ナリ其他陸海軍ノ法律ニ於テ罰スル所爲ハ概ネ軍人ニアラサレハ罪ト爲ラサルカ如キ後ニ詳カナリ又賄賂收受ノ罪ハ官吏ニアラサレハ犯スコト能ハサルカ如キ又ハ密賣淫ハ女ニシテ始メテ犯スコトヲ得ルカ如キノ類皆是レ特別犯ニ屬スルモノト知ルヘシ尙ホ此普通犯ト特別犯トチ

區別スルノ實益ハ國事犯ト常事犯トノ區別ニ係ル(ロ)ノ部ニ於テ詳論スルヲ以テ就テ見ルヘシ

第二 國事犯ト常事犯トノ區別

國事犯ト常事犯トハ動モスレハ混視シ易フシテ古來法理ニ通曉スル學者ト雖モ其區別ヲシテ明確ナラシムルハ頗ル難シトス何トナレハ國事犯トハ直接ニ社會ノ組織ヲ害スルモノ、謂ヒニシテ假令ヒ一郡若クハ一村ニ暴行ヲ加ヘタリト雖モ是等ノ所爲ハ未タ以テ國事犯ト爲スチ得ス唯其レ國體若クハ政體ニ關係ヲ有スルノ所爲ニシテ國事犯ノ罪始メテ成立スヘキモノナルモ往々ニシテ直接ニ社會ノ或ル權利ヲ害シタル所爲ト混淆シ易ケレハナリ我立法官ノ認メテ以テ國事犯ト爲スモノハ第二百一十一條乃至第二百二十八條ニ規定シタルノ所爲ニシテ而シテ此數條ハ國事ニ關スル犯罪ト明記セリ然レモ其中純乎

タル國事犯アルモ亦似テ非ナルモノナキニアラサルカ如シ又國事犯視スヘキモノニシテ脱漏シタルモノモ亦之レナキニアラサルカ如シ故ニ改正草案者モ亦此犯罪ノ規定ニ就キ大ニ改正ヲ加ヘント要シマリ然レハ國事犯ニ關スル問題ハ其條文ヲ講述スル時ニ讓リテ之ヲ詳論シ爰ニハ之ヲ概説スルヲ以テ足レリトスヘシ即チ國事犯ハ第二百一十一條以下ニ規定スルカ如ク内亂又ハ外患ヲ畫策シ以テ社會ノ組織ヲ危殆ナラシムルノ罪ヲ指シ常事犯トハ第二百一十一條乃至第二百一十八條ヲ除キ其他ノ條文ヲ以テ刑ヲ科スルノ所爲即チ是レナリ此常事犯ニ關スル問題モ亦各條ノ下ニ於テ之ヲ詳説スヘキヲ以テ爰ニハ唯國事犯ト常事犯トハ其處分上ニ如何ナル區別アルヤヲ説明スルヲ以テ足レリトスヘシ而シテ予ハ之ヲ三箇ニ分割シテ講述スヘシ

(イ)刑ノ適用ニ區別アリ 國事犯ハ其罪極メテ重大ナリト雖モ歐米各

國ニ於テハ之ヲ死刑ニ處セス獨リ我法文ノ明示スル所ニ據レハ其情狀ノ重キモノハ之ヲ死刑ニ處スヘキモノトセリ然レハ國事犯ハ其性質上常事犯ト同視スヘキモノニアラサレハ其刑ハ寛大ヲ旨トシ死刑以下ノ者ニ在リテハ定役ニ服セシメス故ニ其刑ハ流刑、禁獄及ヒ輕禁錮等孰レモ皆ナ定役ニ就カシメサルモノトス之ニ反シテ常事犯ハ然ラス是レ刑ノ適用上ニ於テ國事犯ト常事犯トノ區別アル所ナリ

(ロ)國際上ノ關係ニ區別アリ 國事犯ハ概シテ特別犯ニ屬シ特別犯ハ一名之ヲ地方犯ト稱ス是レ恰モ普通犯ヲ更稱シテ字内犯ト稱スルカ如シ世ノ學者或ハ普通刑法ヲ以テ論スヘキノ罪ヲ普通罪ト呼ビ特別法ヲ以テ問フヘキノ罪ヲ特別犯ト稱スル者アリト雖モ斯ノ如クセハ更ニ著シキ利益アルヲ見ス寧ロ其實益ハ却テ之ヲ字内犯(クリーム、ユニバルセル)ト地方犯(グリーンム、ロカール)トニ區別スルニ在リ故ニ予

ハ彼レヲ捨テ、此レヲ採ラントス而シテ其實益如何ノ要點ハ一二ノ例ヲ擧ケテ之ヲ説明スヘシ彼ノ殺人強盜ノ所爲ノ如キハ宇内何レノ邦國ト雖モ皆之ヲ罪視セサルハナシ是等ノ所爲ノ如キハ即チ之ヲ宇内罪ト爲ス又地方罪トハ甲ノ地ニ於テハ之ヲ罪視スルモ乙ノ地ニ於テハ之ヲ罪視セサルカ如キモ是レナリ今國交上ヨリ此二罪ヲ觀察スルトキハ宇内罪ハ何レノ邦國ニ於テモ之ヲ犯シタル者ヲ罪人視スルヲ以テ其犯人脫シ來ル場合ニ於テ若シ其本國政府ヨリ其引渡ヲ請求セラル、トキハ其求メニ應シテ之ヲ引渡スヲ常トス之ニ反シテ地方罪ニ至リテハ政體國風ノ差異ニ因リ甲國ニ於テ罪人視スルモノモ乙國ニ於テ却テ之ヲ善人視スルコトナキニアラス故ニ地方罪ハ國交上縦合ヒ其本國政府ヨリ其犯人ノ引渡ヲ請求スルモノ之ニ應セサルヲ以テ例トス然ラハ即チ國事犯ハ宇内罪ニ屬スルモノ乎將タ地方罪ニ屬

スルモノ乎曰ク國事犯ハ前述ノ如ク一種ノ地方罪ニ屬スルコト明カナリ請フ一例ヲ擧ケテ之ヲ証セン魯國ノ政體ハ君主專制ナリ故ニ其邦境内ニ於テ君主專制ヲ主張スル者ハ魯國ノ忠臣ナリ佛國ノ政體ハ共和政治ナリ故ニ其版圖内ニ於テ共和政治ヲ唱道スル者ハ佛國ノ義士ナリ然ルニ今若シ魯國ニ於テ共和政治ヲ主張シ佛國ニ於テ君主專制ヲ唱道セハ如何ン魯國ノ忠臣ハ佛國ノ逆賊アリ佛國ノ逆賊ハ魯國ノ忠臣タルハ言ヲ俟ズ此ノ如ク同一人ニシテ或ハ忠臣ト爲リ或ハ逆賊ト爲ルハ抑モ是レ何ノ理ソヤ他ナシ國境之ヲ然ラシムルノミ纒カニ一線ノ國境ヲ踏ミ越ユレハ忠臣モ逆賊ニ變シ逆賊モ忠臣ニ化ス而シテ國事犯ノ所爲如何ヲ視レハ常ニ君主專制ノ下ニ於テ共和政治ヲ實行センコトヲ試ムルニアラサレハ共和政治ノ下ニ於テ君主專制ヲ實行セント欲スル等ノ範圍外ニ出テサルモノナリ是ニ由テ之ヲ視

レハ國事犯ハ地方罪ニ屬スルコト昭々乎トシテ明カナリ是レ國事犯ハ縱令ヒ本國政府ヨリ其犯人ノ引渡ヲ請求スルモ之ニ應セサルヲ以テ各國交際上ノ原則ト爲ス所以ナリ常事犯ニ在リテハ然ラス本國政府ヨリ其犯人ノ引渡ヲ請求セハ之ヲ拒マサルヲ以テ常トス是レ國際上ニ於テ國事犯ト常事犯トノ關係ニ區別アル所ナリ

(六)裁判管轄上ニ區別アリ 國事犯ハ裁判所構成法第五十條ニ明示スルカ如ク特ニ大審院ノ管轄ニ屬セシメ以テ常事犯ヨリモ一層其裁判ノ構成ヲ鄭重ニス是レ國事犯ト常事犯トハ裁判管轄ニ於テ區別アル所トス

第三 有意犯ト無意犯トノ區別

有意犯トハ何ソヤ罪ヲ犯スノ意思アリテ之ヲ犯シタルモノ是レテ有意犯ト謂フ即テ罪ヲ犯スノ意思ハ一罪ヲ成立セシムルニ必要ナル一

元素トス故ニ意思ナクシテ犯シタルモノハ犯罪成立ノ元素ヲ缺クテ以テ罪ト爲ラサルモノトス無意犯ハ罪ヲ犯スノ意思アルト否トナ問ハス唯其所爲ノミヲ罪トシテ罰スルモノ是レナリ例ヘハ謀殺故殺ノ罪強盜竊盜ノ罪偽證ノ罪放火ノ罪貨幣偽造ノ罪毆打創傷ノ罪ノ如キハ純然タル有意犯ニシテ過失殺傷ノ罪違警罪ノ如キハ無意犯ナリ此有意犯ト無意犯ノ區別ハ判然視易キカ如シト雖モ其實然ラス至重ノ注意ヲ加フルニアラサレハ往々ニシテ誤リ易キモノトス今無意犯ニ就テ尙ホ一二ノ例ヲ示スヘシ醫師アリ藥劑ヲ病者ニ與ヘテ之ヲ服セシメタルニ其病者之ヲ服シテ忽チ死亡シタリトセン乎後日ニ至リ其藥劑ハ全ク劇藥ニシテ之カ爲メ死ニ致シタルコトヲ發見シタルモ其之ヲ與ヘタルハ過失ニ出テタルコト明カナリトセハ何如此場合ニ於テハ之ヲ謀殺ト爲スヲ得ス何トナレハ謀殺ハ有意犯ニ屬シ人ヲ殺ス

ノ意思アルヲ要スルモノナルニ醫師ノ所爲ハ全ク過失ニ出テ、殺意ニ出テタルモノニアラサレハナリ又爰ニ火ヲ失スル者アリテ數戸ニ延燒セシメタリトセン乎此火ハ放火ニ出ツルトキハ有意犯ニシテ重刑ニ處スヘキモ全ク過失ニ出ツルトキハ有意犯ヲ以テ論セズ然レモ前例ノ醫師ト此火ヲ失シタル者トノ所爲ハ決シテ無罪ヲ以テ論スヘキモノニアラス即チ醫師ハ第三百十七條ノ過失殺傷罪ヲ以テ論シ火ヲ失スル者ハ第四百九條ノ失火罪ニ問ハルヘシ何トナレハ過失殺傷ト失火トハ無意犯ニ屬スルモノニシテ犯意ノ有無ヲ問ハス之ヲ罰スルモノナレハナリ反之前例ノ場合ニ於テ若シ意思アルトキハ過失殺傷ハ變シテ謀殺ト爲リ失火ハ變シテ放火ト爲ルヘキヲ以テ意思ノ有無ハ其罪ニ著シキ變更ヲ來スヘキモノトス

予ハ今有意犯ヲ解シテ意思アルヲ必要トスルコトヲ説明セリ而シテ

予カ所謂意思トハ罪ヲ犯スノ意思ト云フニ外ナラス然ルニ或ハ説ヲ作ス者アリ曰ク「有意犯トハ他人ヲ害スルノ意思アルヲ要ス」ト予ヲ以テ視レハ此説ノ如キハ牽強附會ノ甚シキモノト云ハサルヲ得ス若シ此説ヲ是ナリト假定セン乎強盜強姦ノ如キモ亦或ハ有意犯ニアラスト云フヲ得ヘシ蓋強盜強姦ハ必スシモ他人ヲ害セントスルノ意思アリテ始メテ之ヲ犯スモノニアラス事實上管ニ然ルノミナラス強盜ノ如キハ概シテ他人ヲ害スルノ意ハ毫モ之レナク唯人ノ財物ヲ強奪シテ以テ已レテ利セント欲スルニ過キス強姦モ亦婦人ヲ害スルノ意アリテ之ヲ行フニアラス唯婦人ノ貞操ヲ侵シテ一時ノ情欲ヲ遂ケントスルニ在リ果シテ然リトセン乎若シ前説ニ從ハハ強盜強姦モ亦皆有意犯ニアラサルモノト看做サルヲ得ス天下豈斯ノ如キ道理アラシヤ論者ノ如キハ徒ラニ奇怪ノ説ヲ弄スルニ過キサルモノニシテ擧ケ

テ以テ駭スルニ足ラス之ヲ要スルニ予カ所謂有意犯ニハ意思アルヲ要ストハ第七十七條ニ「罪ヲ犯ス意ナキノ所爲云々」ト同一ノ意味ナリト了解スルヲ以テ足レリトス

又無意犯ニハ或ハ犯罪ノ意思全ク之レナキモノアリ或ハ犯罪ノ意思アリト認ムヘキモノアリ元來無意犯ハ必スシモ意思ナキ所爲ノミチ云フニアラス何トナレハ無意犯ハ意思ノ有無ヲ問フニアラス唯其所爲ノ形跡ニ就テ直チニ罪ヲ成立セシムルモノナルヲ以テ苟クモ其犯罪ノ所爲アラハ必ス之ヲ罰スルモノナレハナリ例ヘハ煙草商カ印紙ヲ貼用セシテ販賣シタルカ如キハ或ハ故意ニ出ツルモノアリ或ハ故意ニ出ツルニアラスシテ全ク粗忽ニ屬スルモノアリ此所爲ヤ其故意ニ出ツルモノハ固ヨリ意思アルヲ以テ之ヲ罰スヘキハ勿論ナルモ其粗忽ニ出ツルモノハ即チ意思ナキモノニシテ懈怠ノ結果タルニ外ナ

ラス然レモ印紙貼用規則ニ於テハ其意思アルモノト意思ナキモノトヲ問ハス同一ニ之ヲ罰スルモノトス即チ是レヲ無意犯ト云フ又違警罪ノ如キハ意思アリテ犯ス者意思ナクシテ犯ス者紛然雜出スト雖モ苟クモ其所爲ニシテ之レアリトセハ皆之ヲ必罰ス是レ他ナシ違警罪ハ無意犯ニシテ固ヨリ其意思ノ有無ヲ論スルモノニアラサレハナリ」夫レ斯ノ如ク法律上有意犯ト無意犯トノ區別ヲ設ケタル理由ニ就テハ尙ホ一言セサルヘカラス抑モ有意犯ニ屬スルモノハ何ヲ以テ之ヲ罰スルヤ人道ニ悖リ公益又ハ私益ヲ害スルヲ以テナリ故ニ苟クモ此非行ヲ犯スノ意思アリテ之ヲ犯スモノハ之ヲ罰セサルヘカラス之ニ反シテ全ク其意思ナキモノハ怠慢ニ出ツルニアラサレハ必ス過失ニ屬スルモノニシテ此怠慢ト過失トハ人ノ行爲上往々ニシテ免レサルモノナリ而シテ此怠慢又ハ過失ノ結果ハ縱令法律ニ抵觸スルモ公益

又ハ私益ヲ害シタルモノト云フヲ得ス何トナレハ罪ヲ犯スノ意思アラ
 サリシモノナレハナリ故ニ是等ノ所爲ハ道德上ヨリ之ヲ視ルモ罪ヲ
 以テ論スヘキモノニアラス矧ンヤ法律上罪トスヘキモノナランヤ是
 レ第七十七條ノ規定ヲ要シ罪ヲ犯スノ意ナキノ所爲ハ云々ノ明文ヲ
 掲ケタル所以ナリ然レモ其但書ニ於テ法律規則ニ於テ別ニ罪ヲ定メ
 タル者ハ此限ニアラス」ノ法文ヲ掲ケタルモノハ何ソヤ蓋是レ前後矛
 盾ノ嫌ヒヲ免レサルカ如シト雖モ這ハ所謂無意犯ハ之ヲ罰スヘシト
 云フノ意タルニ外ナラスシテ社會ノ安寧秩序ヲ保維スルカ爲メ實ニ
 已ムヲ得サルニ出ツルモノト云フヘシ何トナレハ無意犯ヲ罰スル違
 警罪ノ如キハ社會ノ安寧秩序ヲ保維スルカ爲メ寸時モ缺クヘカテサ
 ルノ必要アレハナリ然リ而シテ警察ノ目的タルヤ概シテ害惡ヲ豫防
 スルニ在ルヲ以テ或ル所爲ニシテ社會ノ害惡ト爲ルヘキモノハ其意思

ノ有無ヲ問ハス之ヲ防遏セサルヘカラス然レモ社會一般ニ關スル利
 害ハ獨リ行政官ノ力ノミヲ以テ之カ負擔ニ堪ユヘキニアラス必ラス
 ヤ一般人民ト共ニ負擔スルニアラサレハ社會ノ害惡ハ續々發生シ到
 底其安寧ヲ保維スルコト能ハサルニ至ルヘシ之ヲ換言スレハ一般人民
 ハ行政官ト共ニ害惡豫防ノ義務ヲ負擔スルモノト云フヘシ然ルニ
 今其義務ヲ怠リ犯罪ノ所爲アルニ於テハ義務不履行ノ結果トシテ其
 處罰ノ責ノニ任セサルヘカラス是レ違警罪ノ如キ無意犯ニ就テハ其
 意思ノ有無ヲ論セス之ヲ必罰スル所以ナリ否ラサレハ警察ノ目的ヲ
 達スルコト能ハサルハ識者ヲ俟テ後ヲ知ラサルヘシ此他ノ無意犯ニ
 屬スル印紙貼用法ノ如キモ亦之レ義務不履行ノ結果ニ係ルヲ以テ其
 意思ノ有無ヲ問フヘキモノニアラス若シ其レ印紙貼用法ノ如キモノ
 ニシテ其處罰ハ有意犯ニ限ルヘキモノトセハ裁判官ハ常ニ其意思ノ

有無ヲ判知スルニ苦ムノミナラス違犯者ハ陸續踵ヲ接シ終ニハ其法則ヲシテ徒法ニ歸セシメ隨テ國庫ノ歲入上ニ著シキ影響ヲ及ホシ之カ爲メ國務ノ澁滯ヲ來スナキヲ保スヘカラス故ニ是等ノ法則ニ違犯スル者ハ無意犯罪ヲ以テ論セサルヘカラサルナリ然ラハ則チ立法官カ刑法上ニ無意犯ヲ設置シタルハ社會ノ安寧秩序ヲ保維スルノ一手段ト看做スヘキ便宜法ニ出ツルトスル乎此問題ニ對シテハ曰ク然リト答フルニ躊躇セサルヘシ然レモ無意犯ヲ罰スルハ單ニ社會ノ安寧秩序ヲ保維スル防禦權ヨリ出ツルモノト論決スルコトヲ得ス何トナレハ無意犯ト雖モ道德上ノ責任ヲ免レサレハナリ無意犯ハ其性質上ヨリ論スレハ道德ニ背戾スルノ形跡ナシト云フト雖モ自己カ社會ニ對シテ負擔スルノ義務ヲ怠リ或ハ火ヲ失シテ數百千戸ヲ燒亡シ或ハ慣習ヲ遵守セサルニ因リ溢水ノ害ヲ惹起シテ數村ニ及ホシタル如キノ

所爲ハ其害頗ル大ニシテ道德ニ背クモノト云ハサルヲ得ス是ニ由テ之ヲ視レハ無意犯ヲ罰スルハ亦社會刑罰權ノ範圍内ニ於テスルモノト云フヘクシテ單ニ便宜法ニ出ツルモノト論決スルハ蓋其當ヲ得サルヤ明カナリ

爰ニ又一言スヘキハ裁判官タル者有意犯ト無意犯トノ區別ニ於テ緻密ノ注意ヲ要スヘキノ點是レナリ抑モ裁判所タル者ハ此區別ニ就テ注意ヲ要スヘシトハ是レ何等ノ必要ニ出ツルヤ曰ク他ナシ有意犯ハ其意思ナキモノハ其罪成立セス又或ハ成立スルモ他罪ニ變スル場合アルヲ以テ單ニ事實ノミニ因リテ之ヲ罰スヘキモノニアラス即チ謀殺犯ニシテ過失殺傷ニ變スルコトアリ或ハ失火犯ニシテ放火犯ニ變スルコトアリ故ニ有意犯ニ在リテハ先ツ其意思ノ有無ヲ探究セサルヘカラス之ニ反シテ無意犯ニ在リテハ其所爲タル事實ノ有無ニ着

眼シ苟クモ其事實アラハ其意思ノ有無ハ之ヲ問フノ必要ナキモノ是レナリ若シ裁判官ニシテ此注意ヲ密ニセサルトキハ往々ニシテ裁判ノ過誤ヲ來スノ憂ヒアルノミナラス其弊害ノ及フ所實ニ僅少ナラサルヘシ我刑法ハ孰レヲ有意犯トシ孰レヲ無意犯トスルヤニ付テハ其明文アラスト雖モ第一百十六條以下ハ概シテ有意犯ヲ以テ論シ過失殺傷及ヒ失火犯又第六十條第二百五十條及ヒ第二百五十六條等ハ無意犯ヲ以テ論スヘキモノトシ第四編ニ掲クル違警罪ハ全ク無意犯ニ屬セリ

第四 即時犯ト繼續犯トノ區別

即時犯トハ何シヤ一所爲アルヤ否ヤ直チニ一罪ヲ成立スルモノ是レナリ例ヘハ強盜竊盜殺人等其他刑法中ニ規定スル罪ノ多數ハ即時犯ニ屬セリ又繼續犯トハ數日若クハ數月ノ久キニ亘ルモ纒カニ一罪ヲ

成立スルニ過キサルモノヲ云フ故ニ即時犯ト繼續犯トハ數箇ノ關係ヲ生スルヲ以テ此區別ヲ明カニスルハ最モ緊要ナリ繼續犯ニ就テ一ニノ例ヲ舉レハ擅マニ人ヲ監禁スルカ如キハ其短キハ數日其長キハ數月ニ及フモ之ヲ解放スルニ至ルマテハ唯ダ一罪ヲ繼續スルニ過キス又ハ私カニ兵器彈藥ヲ所有スルカ如キモ亦其時日ノ長短ヲ問ハス一罪ノ繼續スルモノニシテ決シテ數箇ノ罪ヲ構成スルモノニアラス予ハ先ツ此即時犯ト繼續犯トノ區別ニ因リ其犯罪ノ處分上ニ如何ナル差異ヲ生スルヤノ問題ヨリ講述スヘシ

(イ)即時犯ト繼續犯トノ區別ハ公訴ノ期滿免除ノ期限ニ關スル計算法ニ差異ヲ生スヘシ夫レ公訴ノ期滿免除ハ一罪ヲ遂了スルヤ直チニ其日ヨリ起算スヘキモノナリ即チ監禁ニ於ケル公訴ノ期滿免除ハ其監禁ヲ解キタル日ヨリ之ヲ起算スヘシ之ヲ約言スレハ即時犯ハ犯罪ノ

日ヨリ之ヲ起算シ繼續犯ハ犯罪ノ最終ノ日ヨリ之ヲ起算スヘシト云
フニ外ナラス是レ即時犯ト繼續犯トニ於テ公訴期滿免除ノ期限計算
法ヲ異ニスルノ點ナリ

(ロ)繼續犯ノ一タル不法監禁罪ノ如キハ其時日ノ長短ニ因リテ其處刑
ニ輕重ノ別ヲ生スヘシ何トナレハ其繼續時間ノ長短ハ刑ヲ輕重スル
ノ一情狀トシテ見ルヘキハ至當ナレハナリ之ニ反シテ即時犯ニ於テ
ハ是等ノ影響ヲ生スルコト幾ント之レナキモノトス

(ハ)私訴ニ就テ之ヲ論スレハ繼續犯ニ在リテハ其繼續時間ノ長短ニ隨
ヒ損害賠償ノ金額ニ多寡ノ差ヲ生スヘシ即チ前例ニ於ケル監禁罪ノ
如キ僅々二三日ノ間繼續シタルモノト數月ノ久キ間繼續シタルモノ
トハ其賠償金額決シテ同一ナルヘキモノニアラス何トナレハ當ニ其
被フリタル苦痛ニ多寡ノ差アルノミナラス職業アル者ハ其收益ニ少

カラサルノ影響ヲ及ホセハナナリ而シテ此ノ如ク時間ノ長短ニ因リ
テ責罰ニ輕重ノ差ヲ生スルハ即時犯ニ於テハ殆ント見サル所ナリ是
レ亦即時犯ト繼續犯トノ差別アル所以ノ一ナリ
即時犯ト繼續犯トノ區別ハ略ホ前述シタル所ノ如シト雖モ爰ニ又一
種ノ連續犯ト唱フルモノアリ此犯狀タルヤ幾ント繼續犯ニ類似スル
ヲ以テ往々此二者ヲ混同スルモノアリ我國ノ判決例中ニハ此二者ヲ
混同シタルノ嫌ヒヲ免レサルモノ少カラス予モ亦曾テ屢々之ヲ散見セ
リ事實上ヨリ之ヲ見ルモ此二者ハ劃然タル區別アリテ決シテ同一ノ
モノニアラス即チ連續犯トハ其犯スコト頻々タルモ其間繼續犯ノ如
ク繼續スルコトナク或ハ斷へ或ハ續キ斷續常ナキモノ、謂ナリ爰ニ
一二ノ例ヲ擧ケテ繼續犯ト連續犯トノ區別ヲ示セハ商賈カ規則ニ違
反セル權衡ヲ所持シ時々之ヲ使用シテ商品ヲ賣買スル者アリト假想

セヨ此場合ニ於テ其權衡ヲ所持シテ若干日ニ及フモノハ是レ一ノ繼續犯ナリ又時々其權衡ヲ使用シテ賣買シタルノ所爲ハ是レ正シク連續犯ノ一ニ居ルモノトス又乞丐ノ如キハ食ヲ他人ニ乞フヲ以テ業ト爲スト雖モ其之ヲ乞フヤ始終繼續スルモノニアラス即チ時々ニ乞フモノナルヲ以テ若シ之テ罪トシテ論セハ連續犯ヲ以テ論セサルヘカラス又竊盜アリ連夜某所有ノ倉庫ニ忍ヒ入り其財物ヲ竊取スルカ如キモ亦連續犯ノ一ナリトス然ルニ我國ノ裁判例ニ於テハ此類ヲ目シテ繼續犯視スルノ形跡アラスト爲ス乎予ハ疑ヒナキヲ得サルナリ而シテ繼續犯ト連續犯トノ區別ニ因リテ生スル結果ハ左ノ如シ

第一 公訴期滿免除ニ差異アリ 爰ニ擅マニ人ヲ監禁シテ五ヶ年間繼續シタル者アリ既ニ其犯罪ヲ遂了シテ後發覺シタリトセシ乎是レ純然タル繼續犯ナルヲ以テ其罪ヲ論セハ全五ヶ年間ノ所爲ヲ以テ一

罪ト爲シテ之ヲ罰スルコトヲ得ヘシ之ニ反シテ其五ヶ年中間中或ハ釋放シ或ハ監禁シタリト假定セハ其所爲ハ連續犯タルヘキハ論ヲ俟タス既ニ連續犯ヲ以テ其罪ヲ論セン乎其五ヶ年ノ中犯罪發覺ノ時ヨリ三年前以前ニ遯ルモノハ既ニ公訴期滿免除(監禁ハ輕罪ナリ輕罪ノ公訴期滿免除ハ三年ナリ)ヲ得タルモノナルヲ以テ其未ダ期滿免除ヲ得サル部分ノ所爲ヲ罪トシテ罰セサルヘカラス此ノ如ク其均シク五ヶ年ノ間ニ亘ル犯罪ナリト雖モ其繼續犯タルト連續犯タルトノ區別ニ因リ之ヲ罰スル所ニ於テ廣狹ノ差異ヲ生シ一ハ五ヶ年間ノ所爲ヲ罰シ一ハ期滿免除ノ期限未滿ノ所爲ヲ罰スルニ止マリ實ニ繼續ト連續トノ區別ハ處罰ヲ輕重スルノ關係アルモノトス

第二 刑事ニ附帶スル私訴ニ關シテ區別アリ 私訴ノ期滿免除ハ公訴ノ期滿免除ト同一ニシテ其期限ニ異ナル所ナシ(刑事訴訟法第十條

參看是ヲ以テ前例ニ於テ繼續犯ヲ以テ其罰ヲ論スル場合ニ於テハ五
 个年間に既ニ期滿免除ヲ得タル部分ヲ控除シ其殘レル部分ニ於テ受
 ケタル損害ノ賠償ヲ請求スルニ止メシメサルヘカラス然レモ此ハ刑
 事ニ附帶スル私訴ニ關シテ論スルニ過キサレハ民事裁判ニ於ケル訴
 權ニ屬スルモノハ學理上此例内ニ在ラサルモノト知ルヘシ
 又繼續犯ト連續犯ノ區別ヲ明カニスルハ貴重ノ訴權ニ至大ノ關係ヲ
 及ホス場合アリ例ヘハ有夫姦罪ヲ犯シタル者アリトセン乎其姦夫ト
 姦婦トハ三个年間密會シテ姦情ヲ通シタリト假想センニ繼續犯ヲ以
 テ之ヲ論セン乎其密會ハ三个年ニ亘ルモ單一ノ姦罪ヲ成立セシムル
 ニ過キササルヲ以テ其本夫タル者一ノ犯跡ヲ擧ケテ之ヲ告訴シタル場
 合ニ於テ若シ証憑不十分ナルヲ以テ免訴ノ言渡アリタルトキハ假令
 ヒ後日ニ至リ明瞭ナル証憑即チ姦夫ト姦婦トノ間ニ通信シタル書簡

等充分ノ證據力アルモノヲ發見スルモ再ヒ告訴スルノ權ナカルヘシ
 何トナレハ繼續犯視シタルノ訴ハ免訴ノ言渡ニ由リ其訴權既ニ消滅
 ニ歸シタレハナリ之ニ反シテ時々姦通シタルモノト看做シ連續犯ヲ
 以テ之ヲ論セハ則チ如何其訴ハ一回免訴ノ言渡ヲ受クルモ後日ニ至
 リ充分ナル証憑ヲ發見スルトキハ再ヒ之ヲ告訴スルコトヲ得ヘキハ
 勿論ナルヘシ何トナレハ其免訴ノ言渡ニ因テ消滅シタル訴權ハ繼續
 犯ニ基クニアラサルヲ以テ數回ノ密會中ニ於ケル他ノ証憑ニ據リ更
 ニ之ヲ訴フルコトヲ得ヘキハ喋々ヲ俟タスシテ自ラ明カナレハナリ
 而シテ再度ノ告訴ニ提出シタル証憑ニ據レハ果シテ有夫姦ナリトセ
 シニ裁判官カ嚮キニ之ヲ繼續犯視シタリト假定セハ果シテ如何ナル
 結果ヲ生スヘキヤ其被告タル者ハ裁判官カ唯繼續犯視シタルノ故ヲ
 以テ其罰ヲ免レ原告ハ又之カ爲メニ名譽毀損ノ回復ヲ爲スコト能ハ

サルノ不利ヲ感スヘシ由テ視レハ繼續犯ト連續犯トノ區別ニ就テハ
最モ注意シテ之ヲ判別セサルヘカラサルナリ

然レモ即時犯トハ犯罪ノ所爲繼續セズシテ直チニ終了スルモノナリ
モ繼續犯トハ既ニ犯罪ヲ遂クルモ其所爲繼續シテ直チニ終了セサル
モノナリ云フトスルニ過キスシテ此區別ハ何チ標準トシテ之ヲ判別ス
ヘキヤ此問題ニ就キ我刑法中孰レノ條文ヲ以テ之ヲ明示セラレタル
ヤ絶ヘテ其明文アルヲ見ス故ニ繼續犯ト非繼續犯トノ區別ヲ明カニ
スルハ頗ル難事タルカ如シト雖モ犯罪ノ性質ト現出ノ事實トニ由テ
之ヲ考究スレハ其區別ハ自ラ明瞭ナラシムルコトヲ得ヘシ人ノ所爲
ハ千狀萬態ナリト雖モ一ノ所爲ニシテ二箇ノ手段ヲ包含セサルモノ
ハ幾ント希レナリ例ヘハ繼續犯ノ一例トシテ示シタル不法監禁ノ如
キヲ看ヨ實ニ二箇ノ手段ヨリ成立スルニアラスヤ即チ其人ヲ監禁シ

タルハ一ノ手段ニシテ其監禁ノ目的ヲ達スルカ爲ニ密室ニ幽閉シ置
クハ第二ノ手段ナリ而シテ此監禁罪ハ此二箇ノ手段ヲ行フニアラサ
レハ成立セサルモノナリ何トナレハ時ニ人ヲ一室ニ投入シタリト云
フノミチ以テ監禁罪ヲ犯シタルモノト云フヲ得サレハナリ唯其人ヲ
投入シツ、アルヲ以テ一罪ヲ成立セシムルノミ又附加刑ノ執行ヲ遁
ル、罪嚮キニ擧例シタル反則ノ度量衡ヲ所持スル罪ノ如キモ亦繼續
スルヲ以テ其罪ヲ成立スルモノナリ之ニ反シテ窃盜ノ如キハ然ラズ
其第一手段タル他人ノ財物ヲ窃取シタルノミチ以テ其罪既ニ成立シ
其窃取シタル贓物ヲ幾年月間所持シタリトスルモ毫モ其犯罪ニ影響
ヲ及ホスヘキモノニアラス唯其贓物ヲ所持シタル事實ノ發覺シタル
トキハ賠償主義ニ基キ之ヲ被害者ニ返還セシムルニ過キス前述數箇
ノ犯罪ハ即チ其性質上一ハ繼續犯ニシテ他ノ一ハ即時犯タルコト自

ヲ明カナルヲ知ルヘシ何トナレハ監禁ノ如キハ如何ニシテモ繼續犯ニアラサレハ其罪成立セス之ニ反シテ竊盜ノ如キハ即時犯ニアラサレハ爲スコトヲ得サレハナリ若シ竊盜犯者カ三ヶ月間ニ數ヶ所ニ於テ數回之ヲ犯シタリトスル乎是レ數罪俱發ニ問フヘキモノニシテ決シテ繼續犯視スヘキモノニアラサルナリ幼者ヲ誘拐シタル罪囚徒ノ逃走シタル罪ノ如キモ亦稍繼續犯ニ類スル場合アリト雖田是レ純然タル即時犯ニシテ第一ノ手段ヲ以テ其罪既ニ成立ス故ニ幼者ヲ若干時間留置スルモ其所爲ヲ罰セス逃走シタル囚徒カ久シク縛ニ就カスシテ獄外ニ在ルモ亦其所爲ヲ罰セス是レ即時犯ナルヲ以テ第二ノ所爲ニ關係ヲ有セサレハナリ又立法官カ犯罪トシテ規定スル所ヲ視ルニ前述シタルカ如キノ點ヲ標準トシテ定メタルモノ、如シ即チ一ノ所爲ニシテ第一ノ手段ニ於テ其罪既ニ成立スルモノト第二ノ手段ニ

及ンテ其罪始メテ成立スルモノトノ二者ヲ罪トシテ規定シタルモノ是レナリ故ニ繼續犯ト非繼續犯トノ區別ハ立法官ノ以テ罪ト爲シタル所爲如何ニ就テ之ヲ研究スレハ自ラ明瞭ナラシムルコトヲ得ヘキナリ而シテ其規定スル所爲ヲ見ルニ第一ノ手段ヲ以テ罪ト認ムルモノ最モ多クシテ第二ノ手段ニ及フヲ以テ罪ト認ムルモノハ甚ダ少レナリ是レ他ナシ人ノ所爲ニ於テ殺傷ノ如キ竊盜ノ如キ第一ノ手段ヲ以テ其罪忽チ成立スルモノ最モ多クナレハナリ

前段既ニ論シタルモノハ所爲ノ性質上ヨリ自ラ繼續犯ト非繼續犯トノ區別ヲ爲スモノニ屬シ尙ホ方法上ヨリ其區別ヲ生スルモノアリ此種ニ屬スル繼續犯ハ有形上ヨリ視レハ間斷アルカ如シト雖モ所爲ノ方法ニ因テ繼續スルモノナリ例ヘハ貨幣偽造ノ如キ其一ナリ貨幣ハ唯一箇ヲ偽造スルモ其所爲ノ犯罪タルハ勿論タリト雖モ日々ニ偽造

シテ數年間發覺セザリシモノアリトセン乎其發覺ヲ免レタル間ニ於テハ多少間斷アリタルヘシト雖モ其間斷アリタル毎ニ即時犯ヲ以テ問フヘキモノニアラス即チ其偽造中ハ繼續シタルモノト推定シ一罪ヲ成立スルニ止マルモノトス又ハ繼續犯ノ一例トシテ前ニ示シタル盜兒カ連夜倉庫ニ忍ヒ入りテ財物ヲ窃取シタルカ如キ一回窃取スルモ其罪ヲ成立セシムト雖モ多少間斷アリシノ故ヲ以テ數罪ヲ成スモノニアラス假令ヒ百回同一ノ倉庫ニ忍ヒ入ルモノ一罪ヲ成スニ止マラシム是レ即チ所爲ノ方法ニ因リテ繼續犯ト爲ルモノナリ斯ノ如ク一ノ所爲ニ於テ多少ノ間斷アルニモ拘ラス繼續犯トシテ一罪ヲ成スニ止マラシムルハ他ナシ其着手ニバ間斷アルモ犯罪ノ意思ハ始終繼續スルヲ以テナリ

以上説明スル所ハ繼續犯ニ二箇ノ種類アルコトヲ示シタルモノニシ

テ即チ一ハ性質上ノ繼續犯ニシテ幾年月ノ長キニ亘リ他ノ一ハ方法上ノ繼續犯ニシテ幾百回ノ多キニ及フモ唯一罪ヲ成立スルニ過キス是レ即時犯ト繼續犯トノ區別ニ於テ最モ明確ナル要點トス

第五 單一犯ト慣行犯トノ區別

一回行フテ直チニ罪ト爲ルモノヲ單一犯ト云ヒ一回行フモ罪ト爲ラス行フコト數回ニシテ始メテ罪ト爲リ宛カモ一種ノ慣習ヲ爲スカ如キモノヲ慣行犯ト云フ強盜、竊盜、謀殺、放火、決水等ノ如キハ一回行ヘハ直チニ罪ト爲ルモノナルヲ以テ單一犯ニ屬スルモノナリ世間此種ノ罪ハ甚ダ多シト雖モ慣行犯ニ至リテハ甚ダ罕レナリ殊ニ我國ニ於テハ最モ少ナシ然レモ佛國ノ法律ニ於テハ慣行犯ノ例少シトナサス故ニ佛國ノ法律ニ就テ聊カ説明スヘキナリ乃チ慣行犯ノ第一例ハ高利貸ノ罪是レナリ佛國ニ於テハ一千八百七年九月三日ノ條例ヲ以

テ慣行ニ高利金ヲ貸ス者ヲ輕罪ニ處スル旨ヲ規定セリ其第二例ハ罪人藏匿ノ罪是レナリ此規定ハ佛國刑法第六十一條ニ掲ケテ明カナリ其條文ニ曰ク「國ノ安寧公ノ秩序又ハ身軀及ヒ財産ニ對シ妨害強奪ヲ爲ス者ノ兇行ヲ知リ故テニ家屋及ヒ隱匿ノ地又ハ集會所ヲ常ニ貸與スル者ハ其附從ト爲シテ罰スヘシ」トアリ第三例ハ乞食ノ罪是ナリ即チ同法第二百七十五條ニ規定シテ曰ク「貧院ヲ設置セサル地ニ於テ食ヲ乞フコトヲ常慣ト爲ス強壯者ハ一月以上三月以下ノ禁錮ニ處ス其第四例ハ同法第三百三十四條ノ規定ナリ其條文ニ曰ク「男女ヲ論セズ二十一歳以下ノ幼者ノ淫行ヲ誘起シ又ハ誘助シ又ハ容易ナラシムヘキ事ヲ常トシ風俗ヲ紊サントスル者ハ六月以上二年以下ノ禁錮ニ處シ且五十フランク以上五百フランク以下ノ罰金ニ處ス」トアリ是等ノ犯罪ハ皆慣行犯ニ屬スルモノナリ故ニ高利貸ノ所爲ハ少クモ二回以

上ニ及フニアラサレハ之ヲ罪トシテ論セス又犯罪人藏匿ノ所爲ヲ罰スルノ條文ニハ「家屋及ヒ隱匿ノ地又ハ集會所ヲ常ニ貸與スル者云々」トアリテ常ニ犯罪人ヲ藏匿スルモノニアラサレハ罪トセス乞食ノ罪ヲ規定セル條文ニハ「食ヲ乞フコトヲ常慣ト爲ス云々」トアリテ偶マニ三回人ニ食ヲ乞フノ所爲ヲ以テ罪ト爲スニハアラス又幼者ノ淫行ヲ誘導スルノ罪ニ至リテモ其條文ニ「常トシ云々」ノ文字アリテ一回之ヲ爲スモ罪トセサルハ論ヲ俟タス以上列舉シタルモノハ皆屢行フニアラサレハ罪トナラス蓋皆慣行犯ニ屬スルノ故ヲ以テナリ

因ニ云フ淫行ヲ誘導スルノ所爲ヲ以テ罪ト爲スカ如キハ日本人ノ目ニハ幾ント珍奇視スルノ感ナキニアラスト雖モ佛國ニ於テ之ヲ罰スル旨意ハ少年輩ハ他日國家ノ基礎ト爲ルヘキ希望ノ者タルヲ

省慮セス之ヲ誘フテ淫行ニ陥ラシムルハ其害ヤ甚シク其情ヤ悪ム
ヘシト云フニ在リ故ニ之ヲ罰スルハ決シテ珍奇ノ事ニアラサルナ
リ之ニ反シテ我國ノ如キハ到ル處ニ游廓ヲ設ケ公然鑑札ヲ受ケテ
人ヲ淫猥ニ誘フノ醜行ヲ業トスル者アリ是レ止マニ風俗ヲ紊ルノ
恐レアルノミナラス徳義上大ニ慚愧スヘキニアラスヤ由テ視レハ
其珍奇ハ蓋彼レニ在ラスシテ此レニ在リト云フヘキ乎噫

我刑法ニ就テ慣行犯ノ例ヲ擧クレハ重輕罪中ニ在リテハ第二百五十
六條ニ規定スル罪即チ私ニ醫業ヲ行フノ罪是レナリ此罪ヤ慣行犯ニ
屬スルヲ以テ予若シ友人ノ頭痛ヲ患フルト云フヲ聞キ之ニ一帖ノ藥
劑ヲ與ヘタリトテ之カ爲メ罰セラルヘキモノニアラス今該條文ニ由
テ刑ヲ科セン乎屢人ニ藥劑ヲ與ヘテ其代價ヲ收受シ幾ント一營業ヲ
爲スノ情狀ナカルヘカラス其レ然リ故ニ其條文ニ「官許ヲ得スシテ醫

業ヲ爲シタル者ハ十圓以上百圓以下ノ罰金ニ處ストアリテ時ニ醫業
ノ文字ヲ用非タルニアラスヤ此條ニ掲クル罪ノ慣行犯ニ屬スルハ業
ノ字ヲ插入シタルヲ以テ明カナリト云フヘシ又我刑法ノ違警罪中ニ
於テハ制止ヲ肯セスシテ路上ノ游戲ヲ爲シテ行人ノ妨害ヲ爲スノ行
爲第四百二十九條第七項道路ニ於テ放歌高聲ヲ發シテ制止ヲ肯セザ
ルノ所爲ノ如キ是レナリ是等ノ所爲ハ少クモ二回以上ニ及ンテ始メ
テ一罪ヲ構成スルモノナリ故ニ慣行犯トハ之ヲ約言スレハ意思連續
シテ其所爲二回以上ニ及ヒ以テ一罪ヲ構成スルモノト云フカ如シ學
者間ニ此慣行犯ヲ稱シテ集合犯ト云フ者アルモ亦蓋之カ爲メナルヘ
シ而シテ單一犯ト慣行犯トノ區別ニ由テ生スル結果ハ左ノ如シ
第一公訴期滿免除ノ起算ニ差異アリ 單一犯ニ在リテハ一回ノ所爲
終了シタル日ヨリ起算スヘク慣行犯ニ在リテハ最後ノ所爲ノ終了シ

タル日ヨリ起算スヘキモノトス

第二裁判管轄ニ區別アリ 單一犯ニ在リテハ其一回ノ所爲アリタル
當然タル地方ヲ以テ裁判管轄ト爲シ慣行犯ニ在リテハ數回ノ所爲ア
ルモノタルヲ以テ必シモ同一ノ地ニ於テ數回ノ所爲アルヘキモノニ
アラス故ニ若シ其地ヲ異ニシテ之ヲ犯シタルトキハ其各處ノ裁判管
轄中犯者逮捕ノ地ノ裁判所ヲ以テ其管轄トスヘシ

第六 現行犯ト非現行犯トノ區別

現行犯トハ現ニ行ヒツ、アリ又ハ行ヒ終リタル時ニ發覺シタル罪ヲ
云ヒ非現行犯トハ現ニ行ヒ又ハ行ヒ終リタル時ニ發覺スルニアラス
シテ既ニ行ヒ終リテヨリ多少ノ時日ヲ經過シタル後ニ發覺スル罪ヲ
云フ凡ソ犯罪ハ其何タルヲ問ハス現行ナラサルハナシ若シ現行ナラ
サレハ無形上ノモノニ屬シ罪ト爲ルヘキノ理ナキハ明カナリ故ニ現

行犯ト云ヒ非現行犯ト云フモ只其發覺ニ前後ノ差アルノミニシテ之
カ爲メ罪ニ輕重ノ差等ヲ生スヘキモノニアラス

古代羅馬ノ法律ニ於テ現行犯ハ非現行犯ヨリ一等其罪ヲ重カラシメ
タリト雖モ之レ唯現行犯ハ其犯罪ノ所爲最モ明確ナル等ノ謂ハレナ
キ理由ニ基クニ過キスシテ理論上ヨリ之ヲ視レハ其不當タルコト論
ヲ俟タス故ニ今日ハ各國ノ法律上現行犯ト非現行犯トノ故ヲ以テ罪
ヲ輕重スルモノハ絶無タルニ至レリ

我刑法ニ於テモ現行犯ト非現行犯トハ刑ノ適用上ニ於テ通常之ヲ區
別セス然レモ刑事訴訟ノ手續ニ至リテハ大ニ區別スル所アリ故ニ現
行犯ノ何タルハ刑事訴訟法第五十六條乃至第六十一條ニ於テ之ヲ明
示セリ而シテ此現行犯ノ所爲ニ關スル詳細ノ講義ハ予既ニ刑事訴訟
法講義ニ於テ之ヲ詳カニセリ宜ク就テ見ルヘシ故ニ爰ニハ刑事訴訟

上兩犯ノ間ニ區別スル所アルヲ略述スルヲ以テ足レリトスヘシ
 現行犯ハ刑事警吏ノ手ヲ待タズ通常人民ト雖正直チニ之ヲ逮捕スル
 コトヲ得ヘシ且ツ豫審判事ハ告訴告發ヲ待タズシテ直チニ豫審ニ着
 手スルコトヲ得ヘシ之ニ反シテ非現行犯ハ檢察官若クハ民事原告人
 ノ起訴アルニアラサレハ豫審判事ハ豫審ニ着手スルコトヲ得ス又其
 犯人ハ令狀ヲ發スルニアラサレハ之ヲ逮捕スルコトヲ得ス蓋非現行
 犯ニ於テ此ノ如ク鄭重ノ手續ヲ要スルモノハ他ナシ犯罪ノ現場又ハ
 犯罪ノ現時ニ於テスルニアラサルヲ以テ或ハ良民ヲ誤認シテ罪人視
 スルノ恐れナキヲ保スヘカラサルヲ以テナリ之ニ反シテ現行犯ノ場
 合ハ然ラス其犯罪ノ現場又ハ犯罪ノ現時ニ於テスルヲ以テ無辜ノ良
 民ヲ誤認シテ罪人視スル等ノ憂ハ概シテ之レナキモノト推定スルコ
 トヲ得ヘシ且ツ鄭重ノ手續ヲ踐ミ其逮捕ヲ躊躇スルトキハ犯人逃走

シテ證據埋滅スルノ恐れアリ故ニ現行犯ニ就テハ非現行犯ノ如ク鄭
 重ノ手續ヲ要セス直チニ逮捕スヘキモノトス
 前段説ク所ハ現行犯ト非現行犯トハ刑事訴訟ノ手續ニ於テ簡密ノ差
 異アルコトヲ説明シタルニ過キス尙ホ現行犯ニ就テハ全ク刑事訴訟
 上ノ事項ト分離シテ一ニノ注意ヲ要スヘキモノアリ之ヲ左ニ講述セ
 ン

第一罪ノ種類ニ因リ現行犯ニアラサレハ罪ト爲ラサルモノアリ例ヘ
 ハ賭博無籍者兇徒嘯集等ノ所爲即チ是レナリ
 抑モ此種ノ所爲ハ何カ故ニ現行犯ニアラサレハ之ヲ罰セサルヤ當然
 ノ理由アリテ存スルヲ知ルヘキナリ一ノ賭博犯ニ就テ之ヲ論センニ
 今爰ニ骰子又ハ骨牌等賭博ニ必要ナルモノノ現存スルアリトスルモ
 現ニ賭博ノ所爲發覺スルニアラサレハ之ヲ罰スルコトヲ得ス何トナレ

ハ其骰子又ハ骨牌ハ果シテ賭博ノ用ニ供シタルモノナルヤ將タ他ノ
 游戲ニ供シタルモノナルヤ否ヤハ容易ニ之ヲ判知スヘカラスルヲ以
 テナリ若シ其レ然ラス止マ博具ノ現存シタルノミヲ以テ之ヲ罰セハ
 或ハ無辜ノ人ヲ罪スルノ恐レナシトスヘカラス故ニ賭博ハ何レノ場
 合ニ於テモ現行犯ニアラサレハ罰セサルモノトス又一定ノ住居モナ
 ク恆ノ産業モナク西ニ東ニ彷徨スル者ハ概テ惡事ヲ行フノ傾向アル
 ヘシト雖モ其既ニ一タヒ職業ヲ得テ之ニ一身ヲ委スルニ及ンテハ惡
 行ヲ爲サントスルノ危險ハ爲メニ消滅シタルモノト推測スルモ不可
 ナカルヘシ果シテ然ラハ昨日マテハ天竺浪人タリシノ故ヲ以テ今日
 ハ已ニ正業ニ就クニ拘ラス之ヲ罰セハ則チ如何ン是レ刑罰ノ目的ニ
 悖ルモノト云ハサルヲ得ス何トナレハ此ノ如キハ懲戒ニ出ツルト云
 フト雖モ浮浪者ノ正業ニ就クニ獎勵スルニアラスシテ寧ロ之ヲ妨害

スルモノト云ハサルヲ得サレハナリ故ニ無籍者ヲ罰スルモ亦必ス現
 行犯タラサルヘカラス兇徒嘯集ノ如キモ亦現行犯ニアラサレハ罰ス
 ヘキモノニアラス何トナレハ其所爲ハ現行ノ時ニ於テスルニアラサ
 レハ果シテ兇徒嘯集ナリシヤ否ヤヲ瞭知スルコト甚タ難キノミナラ
 ス又或ハ今日兇暴ヲ行ハントスルノ兆アリトスルモ竟ニ之ヲ果サス
 シテ明日ハ舊良民ニ復スル場合ナシトセス是レ兇徒嘯集ハ其現行犯
 ヲ罰スルノミニシテ非現行犯ヲ問ハサル所以ナリ
 第二正當防禦ノ權利ハ何人ト雖モ現行犯ニ對スルニアラサレハ之ヲ
 行フコトヲ得ス正當防禦ハ危害已ニ迫リ之ヲ防禦スルニアラサレハ
 身軀ヲ全フスルコト能ハサル場合ニ於テ始メテ之ヲ行フコトヲ得ヘ
 キモノナリ故ニ暴客アリ我ヲ襲撃スルノ所爲現行ナルトキハ我逆マ
 ニ撃テ之ヲ倒スモ正當防禦タルコトヲ得ヘシト雖モ若シ我ニ對スル

襲撃ノ所爲既ニ終リタル後チ其暴客ニ對シテ行フ所ノ所爲ハ其何タルヲ問ハス既ニ正當防禦ノ區域ヲ逸ヘテ復仇ニ屬スヘシ又二人相搏チ互ニ怒ヲ發シテ鬪フモ其一人背ヲ向ケタル際ニ之ヲ殺傷スルカ如キハ亦是レ正當防禦ヲ以テ論スヘキニアラス唯タ宥恕減輕ヲ得ヘキニ過キサルヘシ故ニ非現行犯ニ對シテ復仇スルノ所爲ニ至リテハ實ニ正當防禦タルヲ得サルノミナラス宥恕減輕ヲモ得ヘカラサルモノトス

第七 附帶犯ト獨立犯トノ區別

附帶犯トハ一罪ノ目的ヲ達センカ爲メ他ノ罪ヲ犯シ又ハ數人連合シテ數罪ヲ犯シ又或ハ同一ノ場所ニ於テ數罪ヲ犯ス等ヲ云フニ外ナラス之ニ反シテ獨立犯ハ互ニ獨立シテ毫モ他ノ罪ニ連絡スル所ナキモノヲ云フ例ヘハ一月ニ強盜ヲ爲シ二月ニ殺傷ヲ爲シタルカ如キハ二

罪獨立犯ニシテ附帶犯ニテラス而シテ此兩犯ノ區別ニ因リテ生スル所ノ結果ヲ略擧スレハ左ノ如シ

附帶犯ハ刑ヲ加重スル場合アリ例ヘハ通常ノ場合ニ於テハ強盜ノ罪ハ輕懲役ニ處セラレ(第三百七十八條)又創傷ノ罪ハ最モ重キモノモ重懲役ニ處セラレ、ニ過キス(第二百九十九條)然ルニ今強盜犯ニ附帶シテ創傷ノ罪ヲ犯ス者アリトセン乎其犯人ハ強盜犯タリト雖モ無期徒刑ニ處セラルヘシ是レ第三百八十條ニ規定スル所ナリ其條文ニ曰ク「強盜人ヲ傷シタル者ハ無期徒刑ニ處シ死ニ致シタル者ハ死刑ニ處スト此場合ノ如キハ即チ附帶犯ハ其刑ヲ加重スルノ例ナリ若シ強盜ノ所爲ト創傷ノ所爲トハ互ニ獨立犯タラシメハ數罪俱發ノ例ニ依リ重キモ重懲役ノ外ニ出テサルヘシ唯其レ創傷ノ所爲ハ附帶犯タルノ故チ以テ無期徒刑ニ處セラルヘキモノトス是レ附帶犯ハ刑ヲ加重スル

ノ場合アリト云フ所以ナリ

附帯犯ト獨立犯トノ區別ニ因リテ生スル結果ノ要領ハ前述ノ如キニ過キスト雖モ尙一言スヘキモノアリ附帯犯ハ何レノ場合ト雖モ數犯相連絡スルモノニアラサレハ其犯名ヲ下スヘカラサルハ附帯犯ノ性質トスル所ナリ而シテ此附帯犯ニハ三箇ノ區別アルコトヲ研究スルハ亦甚タ肝要ナリ何トナレハ此三種ノ區別ヲ明カニセサレハ數犯混淆シテ其附帯スルモノ、何タルヲ知ルニ苦ム場合アレハナリ

第一 甲罪ハ乙罪ノ原因又ハ乙罪ハ甲罪ノ原因タリシ場合其一ナリ而シテ此原因ハ犯者ノ故意ニ出ツルコトアリ或ハ偶然ニ出ツルコトアリ犯者ノ故意ヲ以テ原因タラシムル場合ニハ準備ニ出ツルトキ便利ニ出ツルトキ處罰ヲ免ルトキ及ヒ利益ヲ收得スルトキノ四個ノ區別アリ例ヘハ殺傷ヲ行フカ爲メニ他人ノ劍若クハ銃ヲ窃取シ又ハ詐

偽ヲ行フカ爲メニ官私文書ヲ偽造シタルカ如キハ其劍若クハ銃ヲ窃取シ又ハ官私文書ヲ偽造スルハ即チ乙罪ヲ犯スノ準備トシテ甲罪ヲ犯シタルモノナリ又姦通ヲ行ハンカ爲メ婦ノ夫ヲ殺シ竊盜ヲ行ハンカ爲メ放火スルカ如キハ乙罪ヲ犯スノ便利トシテ甲罪ヲ犯シタルモノナリ又誘拐シタル少女ヲ僞籍セシメテ娼妓ト爲シ窃取シタル贓物ヲ故買スル如キハ甲罪ノ利益ヲ收得スルカ爲メニ乙罪ヲ犯シタルモノナリ又竊盜犯者カ某ニ認メラレタルヲ以テ之ヲ殺シ或ハ強姦シタル者カ其婦ヲ殺スカ如キハ甲罪ノ處罰ヲ免レンカ爲メニ乙罪ヲ犯シタルモノナリ是等ノ犯罪ハ皆是レ一罪ハ他ノ一罪ノ原因タルモノニシテ二罪連絡シ即チ附帯犯タルモ其附帯犯ハ全ク犯者ノ故意ニ出ツルモノナリ之ニ反シテ一罪カ偶然他ノ一罪ノ原因ト爲リシ場合ハ例ヘハ強盜カ強姦ヲ行ヒタルカ如キ又ハ行兇者カ巡查ニ追跟セラレテ

巡查ヲ創傷シタルカ如キ又ハ竊盜犯者カ藏匿シ置キタル贓物ヲ他ノ
 盜兒來リテ之ヲ竊取シタルカ如キ又ハ有夫ノ婦カ賣淫シテ買淫者ト
 重婚シタルカ如キハ甲罪ハ乙罪ノ原因タルモ皆是レ犯者ノ故意ニ出
 ツルニアラス即チ偶然ニ出テ附帶犯ヲ爲スモノナリ
 第二甲罪ト乙罪ト原因チ同フスル場合其二ナリ例ヘハ數人共謀シテ
 行兇ヲ爲スニ馬車ノ通行ヲ路ニ要シテ甲ハ馬ヲ截リ乙ハ馭者ヲ傷ケ
 丙ハ乘客ヲ脅カシ丁ハ客ノ財物ヲ強奪スルカ如キ又ハ賣淫ヲ爲スニ
 一人ハ媒合シ一人ハ房室ヲ貸與シ他ノ一人ハ淫ヲ囑キタルカ如キハ
 犯ス所ノ情狀ハ異ナルモ其罪相互ニ連絡スルヲ以テ其原因ハ同一ナリ
 第三 甲罪ト乙罪トチ同時ニ同一ノ場所ニ於テ犯シタル場合其三ナ
 リ例ヘハ暴動掠奪ノ目的ヲ以テ兇徒嘯集シ同一ノ場所ニ於テ暴發シ
 同時ニ人ヲ脅カシ或ハ火ヲ放チ或ハ財ヲ奪フカ如キハ各其所爲チ異

ニスルモ同時ニ同一ノ場所ニ於テ爲シタル所爲ナレハ亦是レ其罪相
 互ニ連絡スルモノナリ故ニ附帶犯ヲ以テ論スヘキモノトス
 前述三箇ノ所爲ハ其種類チ異ニスルモノアルモ要スルニ其罪相連絡
 スルヲ以テ之ヲ附帶犯トス此附帶犯中ニハ數人共犯ニ類スルカ如キ
 モノアリト雖モ自ラ判然タル區別アリ數人共犯ハ數人相謀リテ一箇
 ノ罪ヲ犯シタルチ云ヒ附帶犯ハ數人相集リテ數箇ノ罪ヲ犯シタルチ
 云フ若シ一人ニテ數箇ノ罪ヲ犯シ一時ニ發覺シタルトキハ數罪俱發
 チ以テ論シ附帶犯チ成立セシメサルモト知ルヘシ
 又舊治罪法ニ依レハ附帶犯ト獨立犯トノ區別ニ依リ裁判管轄チ異ニ
 スル場合アリ然レモ刑事訴訟法ニハ之ヲ削除シ第二十六條及第二十
 七條ノ規定ニ從ハシムルヲ以テ今日ハ之ヲ論スルノ必要ナシ故ニ贅
 セス

第八 軍事犯ト常事犯トノ區別

軍事犯トハ軍事ニ關スル犯罪ノ謂ニシテ即チ特別ニ制定シタル陸海軍刑法ノ管轄スル所トス抑モ此特別法タルヤ普通ノ法理ヲ以テ論スルトキハ或ハ其當ヲ得サルノ嫌ヒチ免レサルモノアルカ如シト雖モ此刑法ノ目的タルヤ社會一般ノ利害ニ關スルニアラス其區域甚々狹隘ニシテ單ニ軍人界ヲ支配スルニ過キス而シテ軍人ノ職務タルヤ護國ノ責任ヲ盡スニ在ルヲ以テ極メテ其紀律ヲ嚴ニシ其規約ヲ鞏フシ上ハ將校ヨリ下ハ兵卒ニ至ルマテ苟クモ軍人ノ籍ニ在ル者ハ皆之ヲ遵守セサルヘカラス又之ヲ遵守スルヤ極メテ嚴格ニ極メテ堅固ナラサルヘカラス然ラサレハ一朝事アルニ及ンテ軍令行ハレス軍略貫カレズ竟ニ軍機ヲ失スルノ憂ヒナキヲ保スヘカラス故ニ軍人軍屬ハ特別ノ法律ヲ以テ常ニ之ヲ檢束シ苟クモ法律ヲ犯ス者ハ必刑必罰毫モ假

借セス所謂他戒主義ヲシテ一層嚴肅ナラシメサルヘカラス若シ此處分ヲシテ寬漫ナラシメン乎何ヲ以テカ能ク百萬ノ豺豕ヲ一令ノ下ニ進退セシヤ是レ特ニ刑法ヲ制定シ且ツ其處罰ヲ嚴ナラシムル所以ナリ蓋陸海軍刑法ニ於テハ死刑執行ノ方法ヲ異ニシ之ヲ銃殺ニ處スルカ如キハ實ニ他戒ヲ嚴肅ナラシムルノ目的ニ出ツルモノト云フヘシ故ニ軍人軍屬ハ一般刑法ヲ以テ支配スヘカラサルハ勿論其罰ヤ寬假セサルヲ以テ要旨トナササルヘカラス是レ實ニ護國ノ大任ヲ盡サシムルニ於テ特ニ緊要トスル所ニシテ唯其レ軍事犯ハ普通ノ法理ヲ以テ論スヘカラサルナリ然レモ若シ特別法ヲシテ軍人軍屬以外ニ及ホサシメハ如何其弊ヤ云フヘカラサルニ至ラン故ニ其刑法ノ管轄ハ狹隘ニシテ且ツ其裁判構成モ亦特別ノ方法ニ由リテ軍法會議トシ專ラ將校ヲシテ其審判ニ任セシメ其區域劃然トシテ井然秩序ヲ守ラシム

抑モ軍事犯ノ所爲ハ數多アリト難モ軍律上ノ犯罪ヲ成立セシムルニハ三箇ノ條件ヲ要セサルヘカラス

第一 犯者カ軍人軍屬ノ籍ニ在ルヲ要ス 陸海軍刑法ハ元來軍人軍屬ノ犯罪ヲ罰スルカ爲メ特別ニ設ケタル法律ナルヲ以テ軍籍ニ在ラサル者ニ其刑罰權ヲ及ホスヘキモノニアラス故ニ軍事犯ハ必ス軍籍ニ在ル者ノ所爲ニ係ルニアラサレハ成立セズ若シ軍籍ニ在ラサル普通人ニシテ軍律上ノ罪ヲ犯ストアルモ軍法會議ノ問フ所ニアラサルハ勿論其所爲カ一般刑法ノ規定ニ該當セサルハ罪ト爲ラス故ニ又普通人ニ在リテハ罪ト爲ルヘキ所爲ニシテ軍律上ニ規定セサルノ所爲ハ軍人軍屬ノ籍ニ在ルモ猶ホ常事犯ヲ以テ論スヘキハ勿論タルヘシ

第二 陸海軍刑法ニ問フヘキ所爲タルヲ要ス 軍人軍屬ハ一般刑法ノ支配ヲ受クヘキ者ニアラサルヲ以テ假令ヒ如何ナル所爲アルモ陸

海軍刑法ニ規定セサルノ所爲ナルトキハ軍事犯ヲ以テ論セス是レ固ヨリ當然タリト云フヘシ何トナレハ軍人ハ武力ヲ養成シ勇氣ヲ鼓舞シ以テ一朝事アルニ方リテハ千軍萬馬ノ間ニ馳騁シ積屍流血ノ中ニ奔走セサルヘカラサルカ故ニ普通人トハ自ラ其舉動ヲ異ニシ隨テ又其所爲ヲ異ニスル場合少カラサルヲ以テナリ然レモ若シ其所爲カ一般刑法ノ規定ニ觸ル、トキハ常事犯タルコトヲ免レス

第三 所爲カ軍事ニ係ルヲ要ス 軍事犯ハ名詮自稱軍事上ノ犯罪ノ謂タルハ明カナルヲ以テ若シ其所爲カ軍事ニ關係ヲ有セサルトキハ軍事犯ヲ以テ論スヘキモノニアラス故ニ軍法會議ニ於テ重罪又ハ輕罪ノ處刑ヲ受ケタル者軍籍ヲ去テ再ヒ重罪又ハ輕罪ヲ犯シタル場合ニ於テ初犯ノ所爲カ全ク軍事犯ニシテ一般刑法ノ規定上ニアラサルノ所爲ナルトキハ再犯ヲ以テ論スヘカラサルハ刑法第九十六條ノ規

定スル所ナリ是ニ由テ之ヲ視レハ軍法會議ニ於テ處分シタル犯罪ト雖モ軍律ヲ以テ處分シタルニアラサルモノハ總テ常事犯タルコト明カナリ故ニ軍事犯ハ軍事ニ關係スルモノニアラサレハ成立セス以上三箇ノ點ニ就テ尙ホ考究スルトキハ軍事犯ト常事犯トハ其區別判然タルヲ以テ普通人ハ假令ヒ軍律ヲ犯スモ全ク之ヲ問ハサルヲ以テ至當ト爲スヘキニモ拘ラス普通人ニシテ猶ホ軍事上ノ處罰ヲ受クヘキ場合アリテ陸軍刑法及ヒ海軍刑法ニ之ヲ規定セリ又訴訟手續ヨリ論スルモ軍法會議ノ管轄ハ軍人軍屬ニ止マルヲ以テ普通裁判籍ヲ有スル常人ニ其審判權ヲ及ホスハ不當ナルカ如シ然レモ陸海軍ノ刑事手續上ニ普通人ヲ審判スルノ場合ナキニアラス蓋是等ハ直接軍事ニ關係アル所爲ニ屬スルヲ以テ一ノ便宜法ニ出ツルモノト爲ス乎其レ或ハ然ラン而シテ裁判手續ニ於テ軍事犯ハ軍法會議ニ屬シ常事犯

ハ普通裁判所ノ管轄タルハ明カナルヲ以テ其軍法會議ノ管轄ニ屬スル軍人軍屬ハ果シテ如何ナル人ヲ包含スルヤハ法律上一定セサルヘカラス此軍人軍屬トハ將校兵士ヨリ軍衙ニ屬スル總テノ人ヲ包含シ其囚獄所ニ在職スル監守押丁輩ニ至ルマテ皆此裁判籍ニ在ルヤ辨チ俟タサルヘシ然レモ臨時ニ雇傭セラレタル者ハ其範圍内ニ屬セサルヤ知ルヘキナリ

犯罪ノ元素

予ハ犯罪ノ種類ヲ八箇ニ區別シ既ニ之ヲ講述シタルヲ以テ讀者ハ其要領ノ存スル所ヲ了解セラレタルヘシト信ス故ニ是レヨリ進ンテ犯罪ノ元素ニ關スル要點ヲ講述スヘキナリ而シテ予ハ順序ニ由リ之ヲ四箇ニ分割シテ詳論スヘシ

第一 犯罪其者 抑モ犯罪ニ種々ノ區別ヲ設クルハ社會ノ權利ヲ害

スルノ所爲ニ種々ノ區別アルニ基クヤ論ヲ俟マス故ニ其各箇ノ所爲
 ヲ研究スルハ即チ各犯罪其者ヲ研究スルニ外ナラス而シテ犯罪ノ所
 爲ヲ一々細別シテ之ヲ分析セハ其數凡ソ幾何ナルヲ知ラスト雖モ之
 ヲ要スルニ人ノ動作若クハ文書若クハ言語又ハ脅迫又ハ數人ノ結合
 及ヒ人ノ爲スヘキ義務ノ不履行等ノ中ニ存スルモノト云フヘシ然レ
 且是等ノ所爲又ハ缺爲ニシテ刑法ノ罰スル犯罪ヲ構成スルニハ總テ
 二箇ノ條件ノ具備ヲ要スルノ原理アルコトヲ知ラサルヘカラス何チ
 カ二箇ノ條件ト云フヤ曰ク其所爲又ハ缺爲ハ道德ニ反シ且ツ社會ノ
 公益ヲ害スルモノニ限ルヘキコト是レナリ是ヲ以テ我ハ汝ヲ殺害ス
 ヘシ若クハ汝ヲ毆打スヘシト云フカ如キ脅迫ノミヲ以テ殺害若クハ
 毆打シタル犯罪ト同一ニ罰セントスルハ刑法ノ原理ヲ誤リタルモノ
 ト云フヘシ何トナレハ其言ノ道德ニ背クハ論ヲ俟ダスト雖モ未ダ以

テ實害ヲ生シタルモノニアラサレハナリ蓋脅迫ノミヲ罰スルノ場合
 ナキニアラスト雖モ之ヲ以テ一般ニ犯罪其者ト同視スルハ法理ノ許
 サル所ナリ
 又一犯罪ノ爲メ數人結合スル場合ニ關シテモ亦右ト同一ニ論セザル
 ヘカラス何トナレハ其結合ノ目的トスル罪ヲ未ダ現ニ犯サ、ル限リ
 ハ既ニ之ヲ犯シタル場合ト同一ニ罰スヘカラスアルハ論理ノ當然トス
 ル所ナレハナリ是ニ由テ之ヲ視レハ佛國ノ舊刑法ニ於テ國事犯ノ結
 合ヲ罰スルニ既ニ其罪ヲ犯シタル者ヲ罰スルト同一ノ刑ヲ以テシタ
 ルハ法理ヲ誤リタルコト明カナリ我刑法ニ於テハ然ラス其結合ノ始
 メヨリ結合ノ目的ヲ達セントスルニ至ルマテ着々歩ヲ進ムルニ隨ヒ
 刑罰ニ輕重ノ區別ヲ置ケリ(第百二十一條乃至第百三十七條)故ニ我刑
 法ハ自然ノ法理ニ適合スルモノト云フヲ得ヘキナリ

第二 犯罪準備及ヒ實行ノ方法 犯罪其者ノ外犯罪ニ至ルノ準備手段及ヒ其實行方法ノ何タルヲ研究スルハ刑法學ニ於テ亦甚ダ必要ナリ而シテ此準備及ヒ實行ノ手段方法モ亦犯罪其者ニ於ケルカ如ク其數ノ夥多ナル殆ント無限ニ屬スト雖モ之ヲ要スルニ準備手段トシテハ豫謀及ヒ詐僞ノ二箇ニ大別スルコトヲ得ヘク又實行方法トシテハ言語、文書、竊取、暴行等ニ大別スルコトヲ得ヘシ而シテ準備トハ何ソヤ豫メ犯罪ヲ遂クルコトヲ心意ニ熟慮シテ或ハ被害者ヲ路傍ニ要シ或ハ毒藥ヲ調合スル等ノ所爲ヲ云フニ外ナラス斯ノ如キ準備手段ハ或ル犯罪ニ關シ最モ重キヲ加フヘキモノナルヲ以テ其犯罪ノ存スル場合ニ於テハ其準備手段ノ有無ヲ調査スルコト甚ダ肝要ナリ何トナレハ第二百九十二條ニ規定スルカ如ク殺害犯ニ關シ豫謀手段ヲ用井タルトキハ謀殺ヲ以テ論シ死刑ニ處スルノ大關係アレハナリ之ニ反シ

テ豫謀手段ヲ用キタルニアラス一時ノ怒リニ乘シテ人ヲ殺シタルトキハ其罪、故殺ヲ以テ論シ無期徒刑ニ處スヘキモノトス(第二百九十四條)夫レ斯ノ如ク豫謀手段ノ有無ニ隨ヒ刑ニ輕重ノ差ヲ生スルヤ大ナリ故ニ豫謀手段ノ有無ハ罪犯輕重ノ區別ニ重大ノ關係アルヲ知ルヘシ

其レ然リ而シテ豫謀手段ノ有無ニ隨ヒ處刑上斯ノ如ク輕重ノ區別ヲ設ケタルモノハ何ソヤ其事實上ヨリ論スレハ豫謀手段ヲ用井テ人ヲ殺スモ一時ノ怒リニ乘シテ人ヲ殺スモ同シク是レ殺人罪ナルニアラスヤ然ルニ一ハ死刑ニ處シ一ハ徒刑ニ處スルニ過キサハ抑モ是レ何等ノ理由ニ基クヤ予ハ之ニ答フルニ充分ノ材料アリ曰ク他ヲ謀殺ハ之ヲ故殺ニ比スルニ犯人ノ意思ニ於テ惡ムヘキ所一層甚シク且ツ社會ニ及ホス所ノ害モ亦一層大ナルヲ知ルヘシ蓋何ヲ以テ然リト

スル乎抑モ謀殺ハ其罪ヲ犯スニ至ルヤ怒氣滿腔ニ乘スルモノニアラス精神靜寧ニシテ千思萬考唯犯罪ヲ遂クルノ方法ヲ策シ或ハ被害者ヲ路傍ニ要シ以テ不意ニ之ヲ襲撃シ或ハ毒藥ヲ調合シテ以テ欺テ之ヲ服セシムル等ニ成立スルモノニシテ其心意ノ重惡ナルコト言語ノ以テ盡クスヘキニアラス實ニ斯ノ如キノ豫謀手段ヲ以テ人ノ失命ヲ遂ケンコトヲ肯ニスルハ猛惡非道ノ者ニアラサレハ能ハサルモノト云フヘシ之ニ反シテ一時ノ怒氣ニ乘シテ人ヲ殺ス者ハ自ヲ制セント欲スルモ能ハス遂ニ大事ヲ行ヒ遂クルノ後チ大ニ悔悟スル所アルカ如キハ屢普通人ノ身上ニ到着スルノ出來事ナリ故ニ一時ノ怒氣ニ乘シテ人ヲ殺スニ至ルモ其所爲ハ惡ムヘシト雖モ其意思ニ至リテハ自ラ恕スヘキノ情狀ヲ存スルコト常ナリ是レ刑法上謀殺ヲ罰スルニ死刑ヲ以テシ故殺ヲ罰スルニ徒刑ヲ以テスル所以ナリ

詐僞トハ何ソヤ凡ソ人ヲ欺クノ方法ヲ包含スルモノ之ヲ詐僞ト稱ス故ニ或ハ假面シテ人ヲ欺キ或ハ氏名ヲ僞リ或ハ官私ノ文書ヲ僞造シ或ハ僞造ノ度量衡ヲ用非或ハ官吏ニ賄賂シテ官權ヲ私セシムル等皆是レ詐僞ノ手段タラサルハナシ爰ニ人アリ他人ノ爲メニ損害ヲ被フリタリトセン乎其損害ヲ加ヘタル人ノ所爲ニ於テ前ニ列擧シタル詐僞手段ノ一モ存セサリシヤ否ヤヲ調査スルハ最モ肝要ナリ何トナレハ如何ナル所爲ヲ以テ人ニ損害ヲ加ヘタル場合ト雖モ其所爲ヲ行フニ方リ前記ノ詐僞手段ノ一ヲ用非サルトキハ其所爲ハ概シテ刑法上ノ犯罪ヲ構成セス即チ民法ノ支配ニ屬スルモノナレハナリ然レモ詐僞手段ヲ用非サルモ暴行ヲ加ヘタルトキハ刑法ノ支配スル犯罪ヲ構成スルハ辯ヲ俟タサルナリ

又暴行トハ總テ不正ニ腕力ヲ用ユルノ所爲ヲ云フ而シテ不正ニ腕力

ヲ用ユルトハ物件ニ對スルト人身ニ對スルトヲ問ハス刑法上ノ犯罪
 ナ構成スルコト甚々希レナリ是レ他ナシ吾人ノ社會ニ生活スルヤ若
 シ吾人ノ權利ヲ害スル者アラハ吾人ハ法律ノ力ヲ籍リテ吾人ノ權利
 ナ保全スルコトヲ得ヘクシテ濫リニ腕力ヲ用ユルコトヲ許サレハ
 ナリ而シテ不正ニ腕力ヲ用ユルノ所爲ニシテ最モ危險ナルハ兵器ヲ
 以テスルニ在リ故ニ刑法上兵器ヲ以テスルノ暴行ヲ罰スルコト一層
 重カラシム第三百七十條及ヒ第三百七十九條ノ規定即チ是レナリ
 第三 犯罪ノ時 時ハ犯罪構成ノ元素トシテ種々ノ關係ヲ有ス或ル
 犯罪ハ其繼續スル時間ノ長短如何ニ隨ヒ刑ノ輕重ヲ異ニシ(第三百二
 十二條)又或ル犯罪ハ其犯罪ヨリ生シタル害ノ繼續スル時間ノ長短ニ
 隨ヒ刑ノ輕重ヲ異ニスルハ(第三百一條)繼續犯ニ於テ説明シタルカ如
 シ又或ル所爲ハ之ヲ行ハ時ニ隨ヒ犯罪ト爲ルコトアリ又ハ正當ノ行

爲ト爲ルコトアリ例ヘハ漁獵ヲ禁シタル時期ニ漁獵スルトキハ罪ヲ
 構成シ之ヲ許ス時期ニ於テ之ヲ爲スハ決シテ罪ト爲ラサルカ如シ又
 竊盜ノ如キハ日中ニ於テスルト夜間ニ於テスルトノ區別ニ因リ罪ノ
 輕重ヲ異ニシ又平時ニ於ケル竊盜ト水火震災其他ノ變時ニ於ケルト
 ハ亦刑ノ輕重ヲ異ニスルハ第三百六十七條ノ規定ニ於テ明カナリ
 夫レ斯ノ如ク時ハ犯罪上種々ノ關係ヲ有スルヲ以テ一犯罪毎ニ時ノ
 關係如何ヲ細密ニ調査セサルヘカラス而シテ時ノ關係如何ニ隨ヒ或
 ハ刑ノ輕重ヲ異ニシ或ハ罪ト爲リ或ハ罪ト爲ラサルノ理由ハ一々爰
 ニ説明スルコトヲ得ス何トナレハ是等ノ問題ハ各犯罪ニ就テ研究ス
 ヘキモノニシテ刑法ノ原理ヲ講スル處ニ於テハ其細說ニ入ルノ違ア
 ラサレハナリ

第四 犯罪ノ場所 犯罪ノ場所ハ時トシテ刑ノ輕重ニ著シキ關係ヲ

有スルコトアルノミナラス裁判管轄ニ就キ常ニ重要ノ關係ヲ有スル
モノトス(刑事訴訟法第二十六條參看)予ハ是レヨリ犯罪ノ場所如何ニ
因リ刑ニ輕重ノ差ヲ生スル二三ノ場合ヲ示スヘシ

[イ]人ノ住居シタル家屋ニ放火シ之ヲ燒燬シタルモノハ死刑ニ處セラ
ル、ト雖モ其他ノ場所ニ放火シタル者ハ無期徒刑又ハ懲役ニ處セラ
ル、ニ過キス(第四百二條乃至第四百四條)

[ロ]八歳未滿ノ幼者又ハ老疾者ヲ寥閱無人ノ地ニ遺棄シタル者ハ四月
以上四年以下ノ重禁錮ニ處セラル、ト雖モ其他ノ場所ニ是等ノ人ヲ
遺棄シタル者ハ一月以上一年以上以下ノ重禁錮ニ處セラル、ニ過キス(第
三百三十六條及ヒ第三百三十七條)

[ハ]故ナクシテ人ノ住居シタル邸宅又ハ人ノ看守シタル建造物ニ入リ
タル者ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ處セラル、ト雖モ其他ノ場所

ニ入リタル所爲ハ刑法上之ヲ罪視セス(第七十一條)

斯ノ如ク行爲ノ場所ニ因リテ或ハ刑ニ輕重ノ差ヲ生シ或ハ罪ト爲リ
或ハ罪ト爲ラサルコトアルノ實例ハ刑法上尙ホ少カラサルヘシ然レ
モ一々爰ニ列擧スルノ必要ナシ唯犯罪ノ如何ヲ判斷スルニ方リ宜シ
ク犯罪ノ所爲其者ヲ調査スルノミテ以テ足レリトセス尙ホ犯罪ノ場
所如何ヲ探知スルノ必要アルコトヲ知ラサルヘカラス

此他犯罪ノ場所ニ因リ刑ノ適用上ニ重大ノ關係ヲ及ボスヘキ一問題
アリ他ナシ日本國內ニ於テ罪ヲ犯シタルトキト國外即チ外國ニ於テ
之ヲ犯シタルトキトノ場合是レナリ予ハ先ツ日本國內ニ於テ罪ヲ犯
シタル場合ヨリ講述スヘシ

抑モ刑法ハ其性質對地的ノモノナリ而シテ刑法ノ對地的トハ他ナシ
我國土ニ住スル者ニシテ我國内ニ於テ罪ヲ犯シタルトキハ其内國人

タルト外國人タルトヲ問ハス悉ク我刑法ヲ以テ之ヲ罰スヘキモノタ
 リト云フニ外ナラス而シテ我刑法ノ原則モ亦此外ニ出テス然レモ人
 或ハ予ヲ難シテ云ハン乎我國ニハ外國人ノ爲メ治外法權ナルモノア
 リテ我國土ニ住スル外國人ニシテ罪ヲ犯ス者アリト雖モ我刑法ハ之
 ナ罰スルコトヲ得ス故ニ我刑法ハ特ニ内國人ヲ支配スルニ止マレリ
 然ルニ我刑法モ亦對地的ノ性質ヲ有ストスルハ誤見タルヲ免レスト
 予ハ之ニ答テ云ハン治外法權ナルモノハ國際上ノ條約ニ基キテ存ス
 ルモノニシテ當然存スルモノニアラス故ニ此定約アラサル所ノ外國
 人來リ我國內ニ於テ罪ヲ犯スヤ我刑法ヲ以テ之ヲ罰スルコトヲ得ル
 ハ論ヲ俟タス唯々其レ條約國ノ人民ニ對シテ我刑法ヲ適用スルコト
 能ハサルハ國際條約アルカ爲メニシテ刑法ノ原則其者ヨリ來ル所ノ
 モノニアラス故ニ予ハ我刑法モ亦對地的ヲ以テ原則ト爲スモノト信

シテ疑ハス予ハ此點ニ就キ嘗テ一言セシコトアリ掲ケテ以テ予カ説
 ノ基ク所ヲ明カニスヘシ
 世ノ壯士輩ハ談偶々外交ノ事ニ及ヘハ忽チ曰ク治外法權ノ我國權ヲ
 害スルヤ久シ云々ト喋々我國權ヲ害スルノ要處ヲ説テ措カスト雖モ
 予ヲ以テ之ヲ視レハ治外法權ハ國際定約ニ基クモノニシテ縱令ヒ之
 レアリトスルモ我國權ヲ害スト云フヘキモノニアラス元來國際ノ原
 則トシテ一國我ニ讓ル所アレハ我亦其國ノ爲メニ讓ル所ナカルヘカ
 ラス是ヲ以テ何レノ國ト雖モ國際上相互ニ特權ヲ讓ルコトアルモノ
 トス之ヲ名ケテ國際ノ相互即テレシプロシテ、シプロチックト云フ我國
 ハ獨リ定約國民ノ爲メニ治外法權ヲ有セシメ我國民ハ定約國ニ於テ
 何等ノ特權ヲモ有セスンハ以テ治外法權ハ我國權ヲ害スト云フヲ得
 ヘシト雖モ其實全ク之ニ反セリ即チ我國民ハ何レノ定約國ニ居住ス

ルモ其國ニ於テ不動産ヲ取得スルモ自由ナリ又其國內何レノ地方ニ居住スルモ自由ナリ之ニ反シテ我國ニ居住スル外國人ハ一定ノ里程以外ニ旅行セントスルモ其自由ヲ得ヌ又住居ヲトセントスルモ自由ナラス加之不動産若クハ公債證書ヲ取得スルノ能力ヲ有セス實ニ不自由ノ極度ニ居ルモノニアラスヤ我國民ハ外國ニ在リテ斯ノ如キ不自由ナル地位ニ立ツモノニアラス私權ニ關シテハ幾ント本國人ト異ナル所ナシ果シテ然ラハ外國人ニ治外法權ノ利益ヲ有セシムルハ我國人ノ外國ニ於テ有スル自由ノ代償ト看做スモ可ナリ是ニ因テ之ヲ視レハ定約ノ爲メ我國ニ於テ治外法權ヲ有セシムルモ國際相互ノ原則ハ傷害セラレタルモノト云フヲ得ヌ然レモ國ノ等位上ヨリ論スルトキハ假令ヒ彼レニ與フルニ我カ彼レノ國ニ於テ有スル自由ト同一ノ自由ヲ以テスルモ條約改正ヲ決行シテ治外法權ヲ撤去セシムルニ

アラサレハ其平衡ヲ得タリト云フヘカラス故ニ予モ亦條約ノ改正ヲ希望スル者ナリト雖モ治外法權ノ爲メ我國權ヲ傷害セラレタリト云フニ至テハ一言セサルヲ得ヌ

前陳ノ理由ナルヲ以テ國際定約ノ爲メ治外法權ヲ有スル外國人ヲ除クノ外、内國ニ於テ犯罪アルトキハ其犯罪者ノ何人タルヲ問ハス之ニ對シテ我刑法ハ完全ノ適用ヲ有スルコト識者ヲ待テ後チ知ラサルナリ予ハ是レヨリ日本國人カ外國ニ於テ日本刑法ノ罰スル罪ヲ犯シタルトキハ日本刑法ハ之ヲ問フヲ得ルヤ否ヤヲ論究スヘシ之ヲ換言スレハ我刑法ハ尙ホ對人的ノ性質ヲ有スルヤ如何ノ問題はレナリ此問題ニ關シテハ兩極端ニ涉ル二箇ノ說アリ即チ其一說ニ曰ク何レノ土地ニ於テ罪ヲ犯シタルヲ問ハス各國政府ハ犯罪人ヲ捕フルヤ之ヲ罰スルノ權利ヲ有スト他ノ一說ニ曰ク如何ナル罪ト雖モ我國外ニ

於テ犯シタル罪ハ其犯者ノ誰レタルヲ問ハス我國ハ之ヲ罰スルノ權利ヲ有セスト此二説ハ多少ノ價值アルカ如シト雖モ法理ニ適スルモノニアラス故ニ予ハ之ヲ採ラサルナリ敢テ問フ此問題ハ如何ニ論決スルヲ以テ其當ヲ得タリトスルヤ

抑モ一國ノ刑法ハ其國內ニ於テノミ實行力ヲ有スルニ止マリ如何ナル場合ト雖モ甲國ハ乙國ニ入り犯人ヲ捕ヘテ法廷ヲ開キ以テ刑罰ヲ行フヲ得サルハ毫モ疑ヒテ容レサルヘシ而シテ是レ特リ刑法ノミナラス一國ノ主權ヲ代表スル總テノ法律ハ國際定約ヲ以テ特ニ許セル例外ノモノヲ除クノ外國境外ニ出テ、之ヲ適用スルコトヲ得サルノ原則ハ爭フヘカラサルモノトス予カ今爰ニ研究セント欲スル問題モ亦此原則ヲ侵スモノニアラサルナリ唯予カ讀者ノ爲メニ講述セント欲スルノ要點ハ國外ニ於テ犯シタル罪ヲ國內ニ於テ罰スルコトヲ

得ルヤ否ヤニ在リ而シテ此問題ヲ論決セントセハ常ニ刑罰權ノ原理ニ遡リテ其根據ヲ求メサルヘカラス何チカ刑罰權ノ原理ト云フヤ曰ク道德ト必要ト是レナリ蓋道德ニ反スルノ所爲ハ道德ノ罰スル所ナリ然レモ社會ハ道德ニ反スルノ所爲ヲ擧ケテ悉ク之ヲ罰スルノ權利ヲ有セズ特リ道德ニ反スルノ所爲ニシテ社會ニ害ヲ及ホスモノ、ミテ罰シ得ヘキノミ是レ他ナシ縱令ヒ道德ニ反スルノ所爲ト雖モ社會ヲ害セサル限リハ社會ハ之ヲ罰スルノ必要ヲ感セサレハナリ此ノ如ク論シ來レハ國外ニ於テ犯シタル罪ト雖モ爲メニ内國ノ利益ヲ害スルコトアラシ乎内國ノ法律ヲ以テ之ヲ罰スルコトヲ得ヘキハ昭然トシテ明カナリ何トナレハ既ニ法律ヲ以テ罪視スルノ所爲ハ道德ニ反スルコト勿論ニシテ其之ヲ犯シタルハ國外ニ於テスト云フト雖モ既ニ内國ノ利益ヲ害シタル以上ハ之ヲ罰スルノ必要アレハナリ

我刑法ハ此原則ヲ認知シタルヤ否ヤハ殆ント知ルヘカラサルモノ、如シ何トナレハ法文上外國ニ於テ犯シタル云々ノ罪ハ之ヲ罰スヘシト云フカ如キノ規定アラサレハナリ果シテ然ラハ我刑法ニ於テハ如何ナル罪ト雖モ日本國內ニ於テ犯シタル者ニアラサレハ之ヲ罰スルコトヲ得サルモノト論決スルコトヲ得ヘキ乎曰ク然ラス或ル犯罪ハ之ヲ罰スヘキモノタルコト刑事訴訟法第二十九條ニ照シテ明カナリ何ヲ以テ然ルヤ曰ク他ナシ同條ノ法文ニ明示スル所アレハナリ即チ其法文ニ曰ク「外國ニ在テ犯シタル罪本邦ノ法律ニ依リ處斷スヘキモノニシテ内地ニ於テ被告人ヲ逮捕シタルトキハ逮捕ノ地ノ裁判所ヲ以テ其管轄ナリトス又外國ヨリ送致シタルトキハ送致ノ地ノ裁判所ヲ以テ其管轄ナリトス」其第二項ニ曰ク「關席判決ヲ爲ス可キ場合ニ於テハ被告人最後ノ住所ノ地ノ裁判所ヲ以テ其管轄ナリトス」此法文ニ

依レハ我刑法ハ獨リ日本國內ニ於テ犯シタル罪ヲ罰スルノミナラス日本人ノ外國ニ於テ犯シタル罪ヲモ罰スルコトヲ得ルヤ多辯ヲ俟タスシテ明カナリ何トナレハ法文上外國ニ於テ犯シタル罪云々ト記載シアレハナリ故ニ我刑法ハ猶ホ泰西諸國ノ刑法ニ於ケルカ如ク對人的ノ性質ヲモ有スルモノト論決セサルヘカラス其レ然リ然レモ刑事訴訟法ノ規定ニ據テ視レハ外國ニ於テ犯シタル罪ハ重罪輕罪違警罪ノ別ナク本邦ノ法律ヲ以テ悉ク之ヲ罰スヘキモノニアラス必ス其間ニ罰スヘキモノト罰スヘカラサルモノトノ區別アルヤ疑ヒヲ容レサルヘシ何トナレハ法文ニ外國ニ在テ犯シタル罪本邦ノ法律ニ依リ處斷スヘキモノ云々トアリテ其文意ハ處斷スヘカラサルモノモ亦之レアルハ法文ノ裏面ヨリ指示シタレハナリ果シテ然ラハ現行刑法ニ於テ之ヲ規定シ置カサルヘカラス故ニ刑法草案第四條乃至第八條ニ於

テ明記セラレタリト雖モ草案調査中是等ノ條文ハ悉ク之ヲ削除セラレタルハ遺憾ナリト云フヘシ蓋其之ヲ削除シタルハ總テ外國ニ關スルノ規定ハ條約ノ改正行ハレサルノ間ハ之ヲ設クルノ必要ナシト思考シタルニ出テタルカ將々他ニ理由ノ存スルニ出テタルカ今日之ヲ知ルニ由ナシト雖モ現行刑法ニ此規定ヲ缺クハ不完全ノ誹リヲ免レヌ而シテ此缺點ハ姑ク措キ刑事訴訟法中ニ其規定アル以上ハ外國ニ於テ犯シタル罪ノ中罰スヘキモノト罰スヘカラサルモノトノ區別アルハ爭フヘキニアラス唯其區別ノ經界ヲ規定シタル法文ノ存セサルノミ惟フニ刑法上ノ缺點ハ早晚之ヲ補充セサルヘカラサルハ世人ノ認知スル所ナルヲ以テ改正刑法案起草者モ亦此點ニ注目シ其規定ヲ草案中ニ掲載セラレタリ故ニ其草案ヲ論スルトキニ及ヒ更ニ論述スル所アルヘキナリ

我刑法ニハ外國ニ關スル法文存セスト雖モ學理ハ常ニ存セリ故ニ學理ニ照ラシテ本問題ヲ論決スルハ亦敢テ難キニアラストス而シテ佛國刑法ハ最モ此學理ヲ明カニシタルモノト思考スルニヨリ予ハ佛國刑法ヲ標準トシテ左ニ本問題ヲ研究スヘシ

第一違警罪ハ悉ク地方犯ト看做シ之ヲ外國ニ於テ犯ス者アルモ本國ニ於テハ其罪ヲ問ハス

第二輕罪ハ其罪ヲ問フモノト問ハサルモノトノ區別アリ外國ニ於テ輕罪ヲ犯シタルモノアラシ乎其外國ノ法律ニ於テ罰スヘキモノタルトキハ之ヲ本國ニ於テモ罰スヘキモノトシ其外國ノ法律ニ於テ罰セサルモノタルトキハ同シク之ヲ罰セサルモノトス而シテ其外國ノ法律ニ於テ罰スヘキモノトハ必シモ輕罪トシテ之ヲ罰スルノ謂ニアラス其罪名ノ何タルヤハ措テ之ヲ問ハス苟クモ法律上罪トシテ罰スル

トキハ即チ犯人ノ本國タル佛朗西ニ於テモ亦之ヲ罰スヘシト云フニ在リ

第三重罪ハ其佛國法律ニ觸ル、モノハ其犯地タル外國ノ法律ニ於テ之ヲ罰スルト否トヲ問ハス皆之ヲ本國ニ於テ罰スヘキモノトス蓋シ是レ重罪ハ其犯所ノ何レニ在ルヲ問ハス常ニ國安ヲ害スルモノト看做シタルニ基因ス

然レ以上三箇ノ場合ニ於テハ必ス其外國裁判所ニ於テ確定裁判ス經タルヤ否ヤ大赦ヲ得タルヤ否ヤ、期滿免除ヲ得タルヤ否ヤヲ審案ナルヲ要ス若シ居留外國ノ裁判所ニ於テ既ニ裁判ヲ下シテ確定ニ至レル乎又ハ其外國ニ於テ大赦ヲ得タルモノハ之ヲ罰スルノ限リニ在ラス又期滿免除ノ場合ニ於テ本國刑法ト外國刑法トノ間ニ期滿免除ニ長短ノ差アリトシ即チ外國ノ期滿免除ハ之ヲ本國ノ期滿免除ニ比ス

レハ短期ナルヲ以テ既ニ其免除ヲ得テ本國ニ歸リタルトキ本國ノ期滿免除ハ長期ナルカ爲メ猶ホ未タ之ヲ經過セサルトキハ將々之ヲ如何スヘキヤ此ノ如キ場合ニ於テハ其犯罪ノ重罪ナルヤ將々輕罪ナルヤヲ問ヒ若シ重罪ナレハ之ヲ罰スヘシ輕罪ナレハ之ヲ罰スヘカラスト論決スルヲ以テ至當トスヘシ蓋シ重罪ハ其犯地タル外國ニ於テ之ヲ罰スト否トヲ問ハス常ニ本國ニ於テ之ヲ罰スヘキモノナル以上ハ假令ヒ外國ニ於テ既ニ期滿免除ヲ得タリトスルモ本國ノ法律ニ於テ未タ期滿免除ヲ得サルトキハ須ラク本國ノ法律ヲ以テ之ヲ罰スヘシト云フハ最モ事理ノ當ヲ得タルモノナレハナリ之ニ反シテ輕罪ハ常ニ其犯所タル外國ノ法律ニ於テ罰スヘキモノナルニアラサレハ本國ニ於テ罰スヘカラサルモノナルヲ以テ既ニ其外國ニ於テ期滿免除ヲ得タルトキハ最早罰ヌルコトヲ得サルモノナリ是レ他ナシ既ニ其外

國ニ於テ罰スヘカラサルモノタル以上ハ本國ニ於テモ亦原則ノ適用ヨリシテ自ラ之ヲ罰スルコトヲ得ヘカラサルハ理ノ最モ親易キモノナレハナリ

上來陳述スル所ヲ以テ刑法ハ人ヲ支配スヘキ乎將タ土地ヲ支配スヘキ乎ノ問題ニ就キ略ホ其要領ヲ明カニシタリト思考ス即チ刑法ハ或ル區別ニ從ヒ人ト土地トヲ併セテ之ヲ支配スヘキモノナリ之ヲ再言スレハ刑法ハ對人的ト對地的トノ兩性質ヲ具有スルモノニシテ彼ノ治外法權ノ如キハ國ト國トノ條約ニ基クモノノミ刑法本來ノ真相ニアラス全ク一箇ノ變象ト云フモ敢テ不可ナカルヘシ其レ然リ然レモ上來陳述スル所ノモノハ一千八百六十六年六月二十七日ニ頒布セラレタル佛國新法ノ規定ニ基クモノニシテ條理自然ノ原則ニ由來スルニアラス故ニ該法ノ規定ハ全然採リテ以テ之ヲ我日本ニ適用スル

ヲ得ヘキモノニアラス必スヤ是等ノ問題ニ就テハ特定ノ法條ナカルヘカラス然レモ予カ前陳シタル所ヲ以テ所謂刑法ナルモノハ其性質對地的タルニ止マラス兼テ對人的ノ性質ヲモ具有スルモノナルコトヲ覺知スルニ足ルヘシ而シテ其兩性質ヲ實地ニ併行セシメントセハ宜ク之カ法條ヲ明示セサルヘカラス蓋シ刑法ノ起草者ハ爰ニ見ル所アリテ之カ爲メ其草案中ニ特ニ五條ヲ設ケラレタリシモ現行法ニ於テ之ヲ削除シタルハ既ニ陳述シタルカ如ク予カ竊カニ遺憾トスル所ナリ且ツ現行刑法ト刑事訴訟法第二十九條ノ規定ト相符合セサルノ結果ヲ致シタルハ實ニ草案五條ノ削除ニ職由スルハ予カ敢テ疑ハサル所ナリ

然リ而シテ予カ論來スル所ハ本邦人カ外國ニ於テ犯シタル罪ハ學理上如何ナル區別ニ從ヒ之ヲ罰スルコトヲ得ルヤノ點ニ就テ論シタル

ニ過キス是レヨリ一轉シテ外國人カ其外國ニ於テ犯シタル罪ハ日本ノ刑法ヲ以テ罰スルコトヲ得ルヤ否ヤヲ研究スヘシ蓋シ舊治罪法ノ第四十五條及ヒ刑事訴訟法第二十九條ハ共ニ犯罪人ノ何國ニ屬スルヤヲ區別スルコトナク止メ外國ニ在リテ犯シタル罪ニシテ本邦ノ法律ニ依リ處斷スヘキモノトアルニ過キサレヲ以テ外國ニ於ケル犯罪人ハ本邦人タルト外國人タルトヲ問ハス苟クモ犯罪ノ爲メ本邦ノ公益ヲ害スルニ於テハ本邦ハ之ヲ罰スルノ權利ヲ有スルモノト立法官ノ認知シタルコト疑ヒテ容レヌ故ニ論理ニ照ラシテ本問題ヲ決スルニ犯罪人ノ何國人タルヲ問ハス又犯罪地ノ內國タルト外國タルトヲ論セス之カ爲メ本邦カ害ヲ被アリタルトキハ本邦ハ純理上之ヲ罰スルノ權利ヲ有スルヤ論ヲ俟ヌ然レモ是レ止メ純理ノミ若シ本邦政府其犯人ヲ逮捕スルコト能ハサルトキハ將々如何ニシテ之ニ刑罰權

ヲ行フコトヲ得ヘキヤ人或ハ云ハシ之ニ對シテ關席判決ヲ爲スヘキナリト然レモ關席判決ハ何レノ日カ被告人ニ對シテ之ヲ實行スルコトヲ得ルヲ以テ其効力ヲ有スルモノトス被告人外國ニ屬シテ未ダ曾テ日本ノ地ヲ踏マヌ且將來我邦ニ渡來スルノ望ミモナキ場合ニ於テ關席判決ヲ爲スモ何ノ効力カ之レアラン若シ本邦ニ於テ斯ノ如キ無効ノ處分ヲ施スヲ以テ満足スルモノトセハ外國ニ對シテ本邦ノ威嚴ヲ失墜スルモノト云ハサルヘカラス徒ラニ無効ノ裁判ヲ爲スハ寧ロ之ヲ爲サ、ルノ優レルニ若カス故ニ外國人カ外國ニ於テ本邦ノ利益ヲ害スル罪ヲ犯シタル場合ニ於テハ本邦ノ刑罰權ハ其外國ニ對シ國際上被告人ノ送致ヲ請求スルコトヲ得ヘキノ場合若クハ被告人カ偶然本邦ニ渡來シ實際逮捕シタル場合ニ於テノミ之ヲ實施スルコトヲ得ヘキモノト論定セサルヘカラス佛國法律ノ規定モ亦此他ニ出テス

左ニ同國刑事訴訟法第七條ノ法文ヲ摘載シテ讀者ノ參考ニ供スヘシ

〔凡テ外國人ニシテ佛國ノ版圖外ニ於テ佛國ノ安寧ヲ害スル重罪又ハ國璽偽造ノ重罪又ハ通用ノ貨紙幣其他法律ノ許ス銀行手形偽造ノ重罪ノ正犯若クハ從犯タル犯罪人ト爲ル者ハ佛國內ニ於テ捕ヘラル、カ若クハ佛國政府ニ於テ其者ノ送致ヲ得タルトキハ佛國法律ノ規定ニ從ヒ之ヲ訴追シ及ヒ之ヲ裁判スルモノトス〕此法文ハ千九百零六年六月二十七日ノ改正ニ係ル

若シ外國人カ其本國ニ於テ犯シタル罪ハ一國ノ公安ニ關スルモノニアラスシテ各人ニ對スルモノニ止マル場合ニ於テ其外國人犯罪地タルサル國ニ居住スルトキハ其國ニ於テ之ヲ罰スルノ權利ヲ有スルヤ否ヤハ爰ニ一例ヲ舉ゲテ之ヲ辯明スヘシ即チ佛國人カ佛國ニ於テ各人ニ對スル罪ヲ犯シ後チ日本國ニ居住スルニ際シ日本政府ハ之ヲ罰

スルノ權利ヲ有スルヤ如何ノ問題是レナリ若シ日本政府カ斯ノ如キ犯罪人ヲ罰スルコトヲ得サルモノトセハ幾分カ日本國ノ公安ヲ害シ法律ノ威嚴ヲ損スルモノト云ハサルヲ得ヌ何トナレハ其犯罪人タルヤ縱令ヒ未ダ日本國ノ利益ヲ害シタルモノニアラストスルモ既ニ犯罪人ニシテ處刑ヲ免カレ善良ノ民ト共ニ日本國內ニ居住スルコトヲ得ルカ如キハ自然一般人民ノ安ンセサル所ナルヘキヲ以テナリ果シテ然ラハ日本政府ハ普通ノ犯罪人ト同シク之ヲ罰スルコトヲ得ヘキモノト論決スヘキヤ曰ク然ラス何トナレハ其犯罪人ハ日本人タラス又犯罪ノ地ハ日本ノ國土タラス而シテ其犯罪ハ日本ノ利益ヲ害シタルモノニアラサルヲ以テ日本政府ハ之ヲ罰スルノ必要アラサルノミナラス其權利ヲモ有セサルモノト云ハサルヲ得サレハナリ然レモ斯ノ如キ犯罪人ニ對シテ國安ヲ擔保スルノ方法ハ他ニ存セリ何ソヤ曰

其犯罪人ハ外國人ナルヲ以テ日本國土ニ居住スルノ權利ヲ有セス
 故ニ日本政府ハ其犯罪人ヲ捕ヘテ之ヲ國外ニ放逐シ若クハ犯罪地
 外國ニ之ヲ交付スルコト是レナリ
 然レモ此交付若クハ放逐ノ手段ハ以テ國益ニ満足ヲ與フルニ足ラザ
 ルノ場合ナシトセス例ヘハ犯罪人ハ外國人ニシテ犯罪ノ地モ亦外國
 ナルトキト雖モ其被害者ハ日本人ニ屬スル場合ノ如キ是レナリ抑モ
 一國政府タルモノハ其國人カ國外ニ在ルトキト雖モ之カ爲メ相當ノ
 保護ヲ與フヘキノ義務ヲ有ス故ニ若シ日本人外國ニ在リテ他者ノ犯
 罪ノ爲メ損害ヲ被フルアラハ猶ホ國內ニ在ル日本人ノ如ク之カ爲メ
 相當ノ保護ヲ與ヘ即チ其外國政府ニ對シ犯罪人ノ處罰ヲ請求スルカ
 如キノ手段ヲ盡サ、ルヘカラス若シ又我國人ヲ害シタル犯罪人カ我
 國內ニ住居スルコトヲ發見シタルトキハ我政府ハ之ヲ放逐シ若クハ

交付スルニ止マラス當然其犯罪人ヲ罰スルノ權利ヲ有スルハ敢テ疑
 チ容レサルヘシ然レモ我國人カ其本國ニ於テ犯シタル罪ヲ日本國法
 チ以テ罰スルニ就テハ二箇ノ條件ヲ具備セサルヘカラス

第一 犯罪人カ日本國內ニ居住スルコト

第二 犯罪ハ日本國ノ公安ヲ害シ若クハ日本國人ニ對スルモノナ
 ルコト

若シ此條件ノ具備セサルトキハ假令モ其犯罪人カ日本國ニ居住スル
 モ我法律ハ之ヲ罰スルノ權利ナク唯之ヲ放逐シ若クハ交付スルニ止
 マルモノト論決セサルヘカラス然レモ斯ノ如キハ其國ニ於テ該犯罪
 人ヲ放逐シ若クハ交付スルコトヲ得ルノ自由ヲ有スル間ニ限ルヘク
 シテ若シ其國法上外國人ヲ放逐シ若クハ交付スルコトヲ許サ、ルト
 キハ尙ホ其犯罪人ヲ罰スルノ權利ヲ有スルモノト思考ス然ラサレハ

其國ハ遂ニ外國ニ於ケル犯罪人ノ潜伏所ト爲リ恐ラクハ國安ヲ保維
 スルコト能ハサルニ至ルナキヲ知ラサレハナリ
 外國人カ外國ニ於テ犯シタル罪ト雖モ本法刑法ヲ以テ之ヲ罰スルコ
 トヲ得ヘキノ場合如何ハ既ニ之ヲ論究セリ然レモ尙ホ爰ニ一ノ困難
 ナル問題ノ存スルアリ曰ク元來刑法ハ豫告シテ後ヲ罰スト云フヲ以
 テ原則トス何ヲ豫告シテ後ヲ罰スト云フヤ曰ク何人ニ限ラス法律
 ヲ以テ云々ノ所爲ハ云々ノ刑ニ處スト豫告セラレタル後ニアラサレ
 ハ罰セラレ、モノニアラスト云フノ原則是レナリ此原則ニ據テ視レ
 ハ外國人ヲ罰スルコト能ハサルノ場合徃々ニシテ之レアルモノト思
 考セサルヘカラス何トナレハ法律ハ總テ本國內ニ公布スルニ止マル
 モノナルヲ以テ外國人ハ其法律ノ成立ヲ知ラサルコト當然ナレハナ
 リ若シ前陳ノ理由ニ依リ外國人ヲ罰スルコトヲ得ル場合ニ於テ其外

國人之ヲ拒ムニ余ハ曾テ斯ノ如キ法律ノ成立ヲ知ラス日本政府ハ此
 法律ヲ余ニ告知シタルコトナシトノ口實ヲ以テセハ如何日本政府ハ
 之ヲ罰スルコトヲ得サルモノトセシ乎果シテ然ラハ實際上外國人カ
 外國ニ於テ犯シタル罪ヲ罰スルコトヲ得ルノ場合ハ殆ント絶無ナル
 ヘシ此問題ハ如何ニ論決シテ可ナルヘキヤ此問題ニ對シ若シ日本法
 律ヲ以テ外國人カ外國ニ於テ犯シタル罪ハ其輕重如何ヲ問ハス總テ
 之ヲ罰スルコトヲ得ルモノトセハ之ヲ決定スルコト實ニ困難ナルヘ
 シト雖モ其罰スルコトヲ得ヘキノ罪ハ日本國ノ公安ニ對スルモノト
 日本國人ニ對スルモノトヲ問ハス稍罪ノ重キモノニ限レルハ予カ既
 ニ論述シタル所ノ如シ既ニ其罰スヘキノ罪ハ道德ニ背クコト明カニ
 シテ且ツ稍重キモノニ限レル以上ハ前陳ノ問題ヲ決定スルコト敢テ
 難キニアラサルヘシ外國人其本國ニ於テ他國ノ公安ニ對シ若クハ他

國人ニ對シテ稍重キ罪ヲ犯スニ當リ其他國ノ刑法如何ハ悉ク之ヲ知ラザリシト云フト雖モ退テ其良心ニ問ハ、苟クモ罪惡ヲ犯サハ隨テ刑辟ヲ免レサルコトハ自ラ能ク知得スルモノト推定セサルヘカラス然ルニ是等ノ考慮ナフシテ罪ヲ犯シ爲ノニ罰セラル、モノハ自業自得ノ致ス所ト云ハサルヘカラス豈其國ノ刑法ヲ知ラスト云フチ口實トシテ其罰ヲ通ル、コトヲ得ンヤ何トナレハ道德ニ背クノ所爲ニシテ稍重キモノハ何レノ法律ト雖モ寬假セサレハナリ若シ一國ノ法律ヲ以テ普通ノ道德上罪トセサルノ所爲ヲ罰スルコトアリトセン乎此場合ニ於テ其法律ヲ知ラシメザリシ外國人ニ對シ之ヲ適用スルハ不當タルヘシト雖モ普通ノ道德上罪ト爲ルコト判然タルノ所爲ヲ罰スルニ於テ豈右ノ原則ニ拘泥スルヲ要センヤ之ヲ要スルニ法律ハ豫告シテ後ヲ罰シ總テ法律ハ人ノ知リタルモノト看做スト云フノ原則ハ

地方犯ニ關シテ專ラ適用スヘキモノトシ普通ノ犯罪ヲ罰スルニ方リテハ必スシモ此原則ニ從フヘシト云フノ理ナシ

以上國ノ内外ニ於テ犯シタル罪ハ犯罪人ノ外國人タルト本國人タルトヲ問ハス如何ナル場合ニ於テ日本刑法ヲ以テ罰スルコトヲ得ルヤ否ヤヲ論究シタリト雖モ是レ全ク純然タル法理論ニシテ我現行刑法ニ於テハ一モ是等ノ規定ナシ故ニ我刑法ハ是等重要ノ問題ニ對シテ不完全極マルモノト云フヘシ亦是レ現今我政府ガ刑法改正ニ着手セラレタルノ一理由ナラン乎予カ論シタル以上ノ法理モ今日ニ於テハ之ヲ適用スルコト能ハストスルモ早晚現行刑法ヲ改正スルモノトセハ將來ニ於ケル一大問題ニ屬シ苟クモ法理ヲ學ブ者ハ豫シメ研究セサルヘカラサルノ問題ナリ是レ予カ本論ヲ試ミタル所以ナリ

第五 犯罪ノ害惡 如何ナル所爲ト雖モ害惡ヲ致サ、ルモノハ以テ

罪ト爲スコトヲ得ス害悪ハ則チ犯罪ヲ構成スルノ一大元素タルコト疑ヒテ容レス而シテ此害悪ハ別テ二箇ト爲ス

第一 犯罪ノ爲メ直接ニ被フル財産上若クハ身体上若クハ公安上ノ害悪即チ各人ニ對スル犯罪ニ關シテハ私益上ノ害悪、公安ニ對スル犯罪ニ關シテハ國益上ノ害悪

第二 一犯罪ノ爲メ社會一般ニ及ホス間接ノ害悪即チ一ノ犯罪アルニ隨テ社會ノ信用ヲ減シ法律ノ威嚴ヲ損スルノ害悪

實ニ犯罪ハ此二箇ノ害悪ヲ生スルヲ以テ社會ハ之ヲ默視スルコトヲ得ス而シテ此害悪ハ社會ノ刑罰權ヲ生スル大原因ナリトス故ニ此害悪ノ生セサル所爲ハ以テ罪ト爲スコトヲ得サルハ論ヲ俟タス凡ソ犯罪ヨリ生スル害悪ハ皆ニ犯罪ヲ構成スルノ元素タルノミナラス犯罪ノ名稱及ヒ輕重ノ區別モ亦此害悪ノ性質及ヒ大小ヨリ生スルモノト

ス例ヘハ放火、竊盜、殺傷等ノ罪名ハ此害悪ノ性質ヨリ生シ又重罪、輕罪、違警罪ノ區別ハ其害悪ノ大小ヨリ來ルカ如キ是レナリ

然レモ犯罪ハ常ニ犯罪人ノ目的トシタル害悪ヲ實際ニ生シタル間ニアラサレハ之ヲ罰スヘキモノニアラスト云フカ如キ極端ニ涉テ論スヘカラス若シ此極端ニ論理ヲ及ホストキハ未遂犯ハ總テ之ヲ罰スルコトヲ得スト云フニ至ルヘシ此點ニ關シテハ民法ト刑法ト全ク其趣旨ヲ異ニセリ抑モ一犯罪ハ特リ刑法ニ觸ル、ノミナラス屢、民法ニ關係シ及ホスモノナリ是ヲ以テ一犯罪ニ就キ刑法ト民法トヲ適用スルコトヲ要スル場合ニ於テハ此兩法ノ間ニ其適用上全ク其趣キヲ異ニスルノ區別アルコトヲ知ラサルヘカラス即チ一犯罪ニシテ他人ニ損害ヲ及ホスモノアルトキハ常ニ刑法ト民法トノ關係ヲ生セサルハナシ是レ他ナシ其犯罪ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スルノ義務ハ民法

ノ支配スル所ニシテ刑罰ヲ受クルノ責任ハ刑法ノ支配スル所ナレハ
 ナリ而シテ何チカ此兩法ノ適用上全ク其趣ヲ異ニスルモノアリト云
 フヤ曰ク他ナシ民法ノ支配ニ屬スル損害賠償ノ義務ハ犯罪ノ輕重ニ
 拘ラス其實害ノ生スルヤ必ス存ス而シテ實害ノ生セサルトキハ犯罪
 ノ性質如何ニ重シト雖モ損害賠償ノ義務決シテ存セス之ニ反シテ刑
 法ノ支配ニ屬スル刑罰ノ適用ニ關シテハ犯罪ヨリ生シタル實害ノ如
 何ニ拘ラス犯罪人ノ心意ニ於テ人ノ本分ニ缺クル所ノ輕重ハ主トシ
 テ刑罰ノ輕重ヲ量ルノ元素ト爲ルモノナレハナリ其レ然リ而シテ刑
 法ハ何チ以テ實害ノ如何ニ拘ラス惡意ノ輕重ヲ以テ刑ノ輕重ヲ量ル
 ノ元素ト爲セシヤ抑モ惡意ノ輕重ヲ以テ刑ノ輕重ヲ量ルノ第一元素
 ト爲シ犯罪人ノ目的トシタル實害ヲ實際ニ生セサリシトキト雖モ尙
 且刑法ハ之ヲ罰スルモノハ他ナシ其犯罪ノ爲メ實際害ヲ生セサリシ

ハ偶然ノ僥倖ニシテ既ニ犯罪ニ及フヤ其害ヲ生シ得ヘキノ危險充分
 ニ存シタルモノナレハナリ實ニ犯罪ノ爲メ其實害ヲ生セサリシト云
 フト雖モ之カ爲メ間接ノ害惡即チ社會ノ信用ヲ害シ法律ノ威嚴ヲ損
 シタルノ點ニ於テ之ヲ論スルトキハ敢テ實害ノ有無ヲ區別スルヲ要
 セサルハ辯チ俟タヌシテ自ラ明カナリ既ニ間接ノ害ヲ生シタリトセ
 ン乎社會ハ其將來ヲ戒ムルカ爲メ其罪ヲ罰スルノ權利ヲ有スルコト
 論チ俟タサルナリ

斯ノ如ク論シ來レハ犯罪ノ爲メ實害ヲ生ズルト否トヲ問ハス間接ノ
 害惡アル以上ハ常ニ實害ヲ生シタルトキト同一ノ刑ヲ以テ其罪ヲ罰
 スルハ必要ナリト論決スヘキヤ例ヘハ現ニ人ヲ殺シタル罪モ人ヲ殺
 サントシテ他人ニ遮キラレ爲メニ遂ケスシテ止ミタル罪モ亦同一ノ
 刑ニ處スヘキモノト論定スヘキヤ蓋實害ヲ生セサルノ罪ハ眞ニ完全

ノモノニアラサルハ親易キノ道理ナリ之ヲ實害ノ生シタル罪ニ比スレハ其情狀ノ輕キ喋々ノ辯ヲ俟テ後ヲ知ルヘキニアラス且ツ既ニ害惡ノ大小ハ刑罰ノ輕重ヲ量ルノ元素タル以上ハ實害ヲ生セサル罪ハ實害ヲ生シタルヨリ一等輕キニ問フヘキハ勿論タリト云フヘシ是レ我刑法ニ於テ未遂犯ヲ罰スルハ既遂犯ヲ罰スルヨリ一等若クハ二等ヲ減シタル所以ナリ然レモ實害ヲ生セサル罪ハ之ヲ生シタル罪ヨリモ輕キニ問ハサルヘカラサルノ論理ハ吾人ノ思考スルカ如ク親易キモノニアラサリシ乎何トナレハ佛國刑法ニ於テハ總テ未遂犯ヲ罰スルニ既遂犯ヲ罰スルト同一ノ刑ヲ以テスレハナリ蓋此點ニ就テハ我刑法ハ佛國刑法ニ比スレハ大ニ論理ヲ究メタルモノト云フヘシ讀者ハ宜ク我刑法第百十二條ト佛國刑法第二條トヲ參看シ其得失ノ存スル所ヲ知ルヘキナリ

予ハ既ニ犯罪ニ就キ充分論究シタリト雖モ尙ホ既遂犯ト未遂犯トノ區別正犯ト從犯トノ區別等ニ就キ辯明ヲ要スルモノ少カラサルモ是等ハ其各條文ノ下ニ於テ講述スヘキナリ

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

凡ソ人間ノ所爲缺爲ハ千狀萬態多々窮リナシト雖モ法律上罰スヘキモノアリ罰スヘカラサルモノアリ其罰スヘキモノハ即チ罪ニシテ其種ヲ三種ト爲ストハ前條ノ示ス所ナリ而シテ其罪トシテ法律上罰スヘキモノハ如何ナル所爲缺爲ヲ指スヤ是レ本條ノ明示スル所ニシテ即チ人間ノ所爲缺爲ニシテ法律ニ於テ罪トシテ罰スヘキモノハ法律ニ正條ヲ設ケテ明カニ指示シタルモノ、ミニ限リ其他ノ所爲缺爲ハ如何ナルモノト雖モ日本國內ニ於テ決シテ罰セラル、コトナク又罰

スルコトヲ得ストハ本條ノ精神ニシテ本條ハ前條ト密着ノ關係ヲ有
ス之ヲ約言スレハ本條ハ前條ノ定義ヲ示シタル法文ナリト云フモ可
ナリ

然レモ讀者ハ本條ヲ讀下シテ如何ナル感覺ヲ惹起スルヤ予ハ先ツ前
條ト對照シテ實ニ奇觀ヲ呈スルモノト云ハサルヲ得ス試ミニ願ミテ
前條ノ法文ヲ看ヨ凡法律ニ於テ罰ス可キ罪別テ三種ト爲ストアリ單
ニ此法文ノミニ依レハ如何ナル所爲缺爲カ果シテ罪ト爲リテ罰セラ
レ如何ナル所爲缺爲ハ罰セラレサル乎之ヲ知ルニ由ナシ今本條ニ及
ヒ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トア
リテ始メテ法律上罰スヘキ所爲缺爲ノ何タルコトヲ明確ナラシメタ
リ然レモ前條ハ漠然トシテ暗ヲ探ルカ如ク本條ハ灼然トシテ燈ヲ點
スルカ如ク兩條其權衡ヲ失スルハ予カ法律ノ爲メニ惜ム所ナリ抑モ

前條ノ法文此ノ如ク不權衡ヲ來ス所以ノモノハ何ソヤ他ナシ刑法草
案ニ掲ケタル一ヲ削リ他ノ一ヲ存シタルヲ以テナリ同草案ニハ第一
條ニ於テ法律上罰スヘキ所爲ノ定義ヲ示シ第二條ニ於テ之ト反對ナ
ル罰スヘカラサル所爲ノ定義ヲ示シ即チ第一條ニハ法律ニ於テ罰ス
ヘキ所爲ノ何タルヲ明カニシ第二條ニハ罰スヘカラサル所爲ノ何タ
ルヲ明カニシ兩條屹然對立シテ寔ニ其要義ヲ明確ナラシメント要セ
リ然ルニ我立法官ハ草案第一條ニ掲ケタル罪ノ定義ニ係ルモノヲ抹
殺シ第二條ハ草案ノ原文ヲ存セシメタリ草案ハ第一條ニ罰スヘキ所
爲ヲ示シ第二條ニ罰スヘカラサル所爲ヲ示シ兩條相待テ所爲ノ罪ト
爲ルモノト爲ラサルモノトヲ明白ナラシメタルニ一ハ全ク抹殺セラ
レ一ハ纔カニ餘喘ヲ保タシメタルカ如キハ即チ現行法ノ表面ニシテ
第一條ノ法文ト第二條ノ法文トヲシテ其權衡ヲ失セシメタル所以ナ

リ蓋立法官ハ他ニ見ル所アリテ此修正ヲ加ヘタルモノナルヘシト雖
 旧予ハ當時ノ立法官ハ果シテ如何ナル所見アリシ乎之ヲ聞カサルヲ
 遺憾トセリ

夫レ刑法ハ國家重大ノ法典ナリ社會ノ安寧秩序ヲ保維スルハ主トシ
 テ此法律ノ力ニ依頼セサルヘカラス吾人ノ權利自由モ亦倚テ以テ保
 護セラレサルヘカラス故ニ之ヲ制定スルニ當リ人ノ行爲上果シテ如
 何ナル所爲ハ罪トシテ罰セラルヘキヤ之ヲ確定シテ豫告セサルヘカ
 ラサルハ立法上ノ大原則タリ古來本邦ノ法律トシテ見ルヘキモノニ
 ハ皆之ヲ明示セス唯裁判官ノ方寸ニ一任シ人ノ所爲ニシテ道德ニ背
 クモノハ之ヲ罰スヘシトスル一箇ノ標準ニ基キテ處斷ヲ爲サシメタ
 リ彼ノ大寶律令ノ如キモ僅カニ元惡大罪ノ一二ヲ示スノミニシテ一
 般ノ犯罪ハ裁判官ノ意見ヲ以テ罪ト爲スモノヲ罰セシメタルノミ其

後ノ處罰ニ至テハ一モ罪ト爲ルヘキ所爲ノ何タルヲ示シタル正條ナ
 シ是レ明法官出ツルトキハ惡漢跡ヲ收メ酷吏法ヲ私スルトキハ良民
 冤ニ沈ミ社會ノ安寧秩序ヲ保ツハ法律ニ倚ルニアラスシテ專ラ法官
 其人ヲ得ルト否トニ在リシモノ、如シ近クハ徳川氏ノ治世如何ヲ看
 ヲ當時ハ武斷政治最モ其權力ヲ逞フシ世ニ法律ナクシテ官吏其者カ
 殆ント法律タルカ如ク僅カニ老儒輩ヲシテ百ヶ條ナルモノヲ制定シ
 刑罰ノ標準ハ專ラ之ニ依ラシメタリト雖モ深ク之ヲ秘シテ人民ニ示
 サス所謂民ハ之ニ依ラシムヘシ之ヲ知ラシムヘカラスト云フヲ以テ
 刑罰上ノ秘訣ト爲シ罪ヲ犯ス者アルニ及ンテ始メテ云々ノ刑ニ處ス
 ト宣告シ人民ハ之ヲ見テ始メテ云々ノ所爲ハ犯罪ナリシコトヲ知ル
 ニ過キス如何ナル所爲ハ之ヲ罰シ如何ナル所爲ハ之ヲ罰セスト豫告
 スルカ如キハ當時ノ政府ノ夢想セサル所ナリキ故ニ偶大岡氏ノ如キ

明法官出ツルトキハ人民纔カニ其堵ニ安ニスルコトヲ得タリト雖モ若シ暗法官出ツルニ遇ハ、啻ニ無辜ノ人民ヲ罰スルノミナラス其權力ノ及ホス所人民ヲシテ居常惴々タラシメタルハ徳川氏ノ末路ニ於テ濫リニ罪名ヲ附シ正義ノ士ヲ嚴罰シタルノ一事ヲ以テ推知スヘキナリ

今ヤ既往ニ鑒ミ刑罰權ハ社會ノ有スル所ニシテ且ツ此刑罰權ハ法律ニ依ルニアラサレハ實行スヘカラサルコトヲ曉知シ法律ヲ制定スルニ及ンテハ先ツ人民ニ告グルニ人ノ行爲上罰スヘキモノト罰スヘカラサルモノトノ區別ノ何タルコトヲ示サ、ルヘカラス若シ夫レ然ラズンハ舊時ト何ソ擇ハン人間ノ所爲ハ實ニ千狀萬態變幻出沒暫クモ窮ラスト雖モ刑罰權ノ基ク所ハ道德ニ背キ且ツ社會ノ公益又ハ私益ヲ害スル者ヲ防止スルニ在ルヲ以テ其罰スヘキモノト罰スヘカラサ

ルモノトノ區別ヲ明ニスルハ敢テ難シトセサルヘシ而シテ其之ヲ區別スルハ立法官ノ責任ナリ其レ然リ立法官ハ其區別ヲ明確ニシ法律ハ告ケテ後チ罰スノ原則ニ從ヒ之ヲ豫告シテ以テ法律上罰スヘキ所爲ノ何タルコトヲ知ラシメサルヘカラス是レ本條規定ノ由テ生ズル所ニシテ之ヲ舊時ニ比スレハ實ニ我法律上未曾有ノ大改正ニシテ亦以テ法律ノ發達進歩ヲ徵スルニ足ルヘキナリ

若シ夫レ法律ニ正條ナキ所爲ニシテ尙ホ且ツ罰セラル、コトアリトセシ乎人民ハ一舉一動毎ニ先ツ其所爲ノ是非曲直ヲ識別セサルヘカラス是レ果シテ一般人民ニ望ムコトヲ得ヘキモノト爲ス乎蓋能ハサル所ナルヲ知ルヘシ何トナレハ人ノ思想感覺ハ各人各異ニシテ己レノ是トスル所ハ人ノ非トスル所人ノ曲トスル所ハ已レノ直トスル所タルカ如ク到底法律ノ明文ヲ以テ定ムルニアラサレハ其是非曲直ヲ

決スルコト能ハサレハナリ吾人ノ多數カ信シテ以テ事物ノ利害得失ヲ識別スル才學經驗ニ富メリトスル代議士其人ト雖モ甲是乙非一論一駁往々吾人ヲシテ正理ノ存スル所ヲ知ルニ苦マシムルコトアルニアラスヤ況ンヤ人民ノ多數ハ此才學ト經驗トニ乏シク動モスレハ是非曲直ヲ度外ニ置ク者ヲシテ能ク識別ヲ爲サシムルコトヲ得ヘケンヤ是ニ於テ乎法律ハ其罰スヘキ所爲ノ何タルコトヲ明示シ以テ人民ヲシテ其所爲ヲ避クルニ注意セシメサルヘカラス之ヲ再言スレハ法律ニ正條ナキモノハ如何ナル所爲ト雖モ吾人ノ自由ニシテ決シテ罰セラレサルコトヲ知ラシメサルヘカラス然ラスンハ吾人ハ何ニ倚テ其堵ニ安ンセンヤ

是故ニ法律ハ告ケテ後チ罰スト云フヲ以テ立法上ノ原則ト爲スニモ拘ハラズ維新更始ノ際ニ制定セラレタル新律綱領改定律例ニハ正條ニ明示セサル所爲ト雖モ時トシテハ裁判官ノ斷定ニ依リ罪トシテ罰スルコトヲ得ヘシトノ規定ヲ設ケラレタリ此法律ハ專ラ明清ノ律例ニ模範ヲ取リタルヲ以テ其不完全ナリシハ論ヲ俟タスト雖モ罪ノ成立不成立ヲ裁判官ノ斷定ニ放任シタルニ至テハ危險モ亦甚シト云フヘシ讀者モ今猶ホ其記憶ニ存セラルヘシ舊法律ニ不應爲罪ナルモノヲ掲ケラレタルヲ抑モ此不應爲ナルモノハ如何ナル所爲ヲ云フヤ蓋人間ノ行爲ハ千狀萬態ナルヲ以テ一々之ヲ法律上ニ豫定スルコトヲ得ス故ニ道德ニ照ラシテ應サニ爲スヘカラスモノヲ爲シタル者ハ之ヲ罪トシテ罰スヘシト云フニ外ナラス既ニ此旨意ヲ是認シ之ヲ實地ニ行フニハ其道德上應サニ爲スヘキノ所爲ト應サニ爲スヘカラス所爲トハ一ニ之ヲ裁判官ノ判斷力ニ委ネサルヘカラス實ニ是レ無上ノ專斷權ヲ裁判官ニ與フルモノニシテ危險是レヨリ甚シキハナカル

ヘシ人ノ思想ノ同シカラサルハ其面ノ異ナルカ如クナルニモ拘ラス
 今道理ニ問フテ罪ノ有無ヲ断定スルノ大任ヲ裁判官ニ一任セン乎裁
 判官ハ鬼神ニアラス亦是レ人ノミ故ニ各自其思想ヲ異ニスルヲ以テ
 甲者ノ罪トセサル所乙者之ヲ罪トシ丙者ノ措テ問ハサルモノ丁者以
 テ罪トシテ論スルカ如キノ弊ヲ來マスニ至ルヤ必セリ果シテ然ラハ
 人民ハ何ヲ繩墨トシテ其行爲ヲ正フスヘキヤ人民ノ是認スルモノニ
 ノ裁判官却テ之ヲ非認スルナキヲ知ルヘカラス假令ヒ條理ニ背戻ス
 ルノ所爲ハ非行ナリ非行ハ即チ背徳ノ行爲ナルヲ以テ之ヲ罰スルモ
 可ナリトスルモ法律ニ正條ナキ犯罪ノ輕重ヲ定ムルニハ援引比附ノ
 フ法ニ依リ他ノ法例ニ照シテ之ヲ加減スヘキモノトセハ其弊害ヤ云
 方ヘカラサルニ至ランノミ何トナレハ援引比附チ口實トスルニ至リ
 テハ恣マニ理由ヲ附會シテ重キヲ輕キニ處シ輕キヲ重キニ至ラシム

ルハ自由自在ニシテ冤枉ノ弊是レヨリ胚胎スレハナリ況ンヤ其援引
 比附スヘキ法律ニシテ完全ナルモノハ一モ存セサルニ於テオヤ然レ
 且刑罰ハ復讎ニ淵源シタルモノナルヲ以テ何レノ邦國ト雖モ法律ノ
 未タ進歩セサルノ間ハ罪ナルモノハ一ニ背徳ニ成立スルモノト思考
 シ我不應爲罪ノ如キ罪名ヲ設ケタルモノ獨リ我國ノミナラサルナリ
 現ニ羅馬ノ如キハ其古代ノ法律ニ非常罪ナルモノヲ掲ケ法律ニ正條
 ナキモノハ此罪名ニ依リ裁判官ノ意見ヲ以テ或ル所爲ヲ罪トシ公然
 之ヲ罰シタリ此法律ニ由來シタル佛國往昔ノ法律ノ如キモ亦之ニ類
 似ノ條文ヲ設ケ一千七百八十九年マテハ之ヲ實行シ其弊ノ最モ甚シ
 キハ正條ナキ或ル所爲ヲ罰スルニ死刑ヲ以テスルモ不可ナカルヘシ
 ト云フニ至レリ故ニ當時ノ學者ハ嘖々然トシテ之ヲ非難シ大革命ニ
 及ンテ始メテ其憲法上法律ノ規定アラサルモノハ何等ノ所爲ト雖モ

罰セラレサルコトヲ明示スルニ至レリ今日ヨリ之ヲ視レハ實ニ奇怪ノ感ナキヲ得ストスルモ何レノ邦國ト雖モ法律ノ未タ進歩セサルノ間ハ是等一種特別ナル大權ヲ裁判官ニ委テタルモ亦敢テ怪ムニ足ラサルナリ何トナレハ法律ノ完備セサル時代ニ在リテ裁判官ニ大權ヲ委スルハ亦是レ國安ヲ保維スルノ一手段ダレハナリ試ミニ想ヘ或ル非行ヲ重罪ナリトシテ之ヲ嚴罰ニ處セン乎人民ハ必ス懾動シテ其非行ヲ慎ムニ至ルノミナラヌ惡漢兇豎等モ亦タ何レノ時如何ナル所爲ヲ罪視セラル、ヤ知ルヘカラサルヲ以テ自ラ行惡ヲ慎ムノ傾向ヲ生スルニ至ルヘシ僊老ノ言ニ昔日ハ法律完備セサルニ似ス惡漢兇豎ノ徘徊スル者意外ニ多カラサリシト云フヲ以テ之ヲ証スルニ足ルヘキナリ然ラサレハ人民ハ其生命財産ヲ保全スルコト能ハサルヤ知ルヘキナリ唯其レ國安保護ノ一手段トシタル裁判官ノ特權中ヨリ時々他

戒的ノ嚴罰ヲ行ヒタルヲ以テ害惡ヲ未萌ニ防止スルコトヲ得タルノ

然レモ開明ノ今日既ニ法理ノ何タルヲ解スルニ及ンテハ復タ斯ノ如キ危險手段ヲ恃ムヘキニアラヌ何トナレハ天下明法官ニ乏シカラストスルモ若シ一步ヲ誤リ此手段ヲ濫用スルニ至ラハ吾人ノ生命財産ハ猶ホ能ク其下ニ保護セラルヘシトスル乎假令ヒ善良ノ所爲タルモ法官認メテ以テ之ヲ非行トセハ忽チ囹圄ノ中ニ苦痛ヲ嘗メシメラルルノ不幸ヲ來ダスニ至ルナキヲ知ルヘカラス而シテ能ク此弊害ヲ防遏シ吾人ヲシテ其堵ニ安ンセシムヘキモノハ其レ唯法律ニ正條ナキ者ハ之ヲ罰スルコトヲ得ストスル一法文ヲ刑法上ニ掲クルニ在ルノミ皮相ノ見ヨリ之ヲ論スレハ人ノ行爲ニハ道德ト云ヘル標準アリ道德ニ適スルノ所爲ハ即チ善ニシテ道德ニ背クノ所爲ハ即チ惡ナリ刑

罰權ハ此惡タル所爲ヲ認メテ之ヲ罰スレハ可ナリ殊更ニ本條ノ如キ規定ヲ設クルノ必要ナシト然レモ刑罰ノ目的ハ社會ノ公益ヲ保護スルニ在リ故ニ之ヲ害スルモノハ之ヲ罰セサルヘカラス果シテ然ラハ其罰スヘキモノト否トテ豫告スルハ最も必要ナリ然ラサレハ背德ノ所爲ニ於ケルヤ其區域廣大ナルヲ以テ其公益ヲ害スルノ所爲ハ果シテ如何ナル所爲ナルヤ之ヲ決定スルニ苦ムヤ必然タリ且ツ其罰スヘキ所爲ノ區域ヲ確定セサルトキハ實ニ背德加害ノ所爲タルモ社會ノ代表者タル檢察官ハ往々ニシテ其公訴ヲ怠リ之カ爲メ社會ハ屢々實害ヲ加ヘラレ又或ハ無辜ノ良民ニ對シテ公訴ヲ提起スル等ノ弊害ヲ生スルニ至ルヘシ何トナレハ罰スヘキモノト否トテ識別スルハ檢察官ノ意見如何ニ委テサルヲ得サルカ故ニ假令社會ハ罪ト認ムルモ檢察官ハ以テ罪視セス又ハ社會ハ罪視セサルモ檢察官ハ以テ罪視スルコ

トナキヲ知ラサレハナリ之ニ反シテ法律上罰スヘキモノト罰スヘカ
ラサルモノトテ明示セハ決シテ斯ノ如キノ弊害ヲ生スルノ憂ヒナカ
ルヘシ其レ然リ法律上罪トシテ罰スヘキ所爲ノ何タルコトヲ明示ス
ルト否トハ實ニ吾人ノ權利ニ重大ナル利害ノ關係アルヲ以テ明カニ
之ヲ規定セサルヘカラス是レ此第二條ノ設置アル所以ナリ

本條ノ規定ヤ寔ニ至緊至要ノ規定タリ止マニ之ヲ今日ニ缺クヘカラ
サルノミナラス苟クモ法律ナルモノ、此世ニ存在シテ磨滅セサル限
リハ萬世ヲ經ルモ猶ホ存セシメサルヘカラサルノ規定ナリ然レモ法
律ハ唯々此一ノ規定ヲ設ケタルノミヲ以テ社會ノ公益ヲ保護シ得ヘ
シト爲ス乎予ハ未タ之ヲ保スルコト能ハサルナリ加旃如何ナル悖道
背德ノ惡行ト雖モ現行ノ法律中ニ正條ナカリセハ決シテ罪ト爲ラス
隨テ又罰セラレサルハ本條法文ノ明示スル所ナリ而シテ社會ノ背德

加害ノ所爲ハ悉ク之ヲ現行法中ニ網羅シ一モ缺漏スルモノナシトスル乎社會ノ進歩スルニ隨ヒ害惡モ亦進歩スルハ蓋シ免ルヘカラサルノ數ナリ近時一詐僞犯ニシテ其手段愈出テ、愈巧ミニ殆ント法網外ニ横行スルノ情狀アルヲ以テスルモ亦能ク將來ヲ推スニ足ルヘキナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ立法官ハ社會ノ害惡ハ現行法律ヲ以テ之ヲ防遏シ得タリトスヘキニアラス尙ホ是レヨリ進ンテ法律ノ發達進歩ヲ期セスンハアルヘカラス是レ予カ本條ノ規定ハ以テ吾人ノ權利自由ヲ擔保スルニ拘ラス猶ホ我權利自由ノ前途ハ未タ危險ヲ免レ難キヲ憂フル所以ナリ故ニ予ハ立法官ト裁判官ニ望マサルヲ得ス何ソヤ他ナシ裁判官ハ其職務ヲ行フニ方リ現行法ニ缺點ナキヤ否ヤヲ研究シ立法官ハ又社會ノ進歩スルニ隨ヒ新害惡ノ發生ニ注目ヲ怠ラス以テ益法律ノ完備ヲ期スルニ勗ムヘキコト是レナリ予ヲ以テ視ルモ現行

法中ニ缺漏ノ點アルヲ認知スル管ニ一二ニ止マラス蓋我立法官ハ速ク此ニ注目セラレタル乎幸ニ改正草案出テ、吾人ノ目ニ觸ル、ニ至レリ故ニ予ハ其草案ヲ引キ來リ予カ認メテ以テ缺點ト思惟スル所ニ於テ對照論究スヘキナリ

予ハ本條ノ講說ヲ終ルニ臨ミ法文上尙ホ注意ヲ要スヘキノ點ヲ擧ケ以テ讀者ノ注意ヲ喚起スヘシ第一本條ニ法律トアルハ特リ此刑法ノミヲ指スニアラス他ノ法律規則ニ掲ケタル諸罰則又ハ地方官ノ權内ニ於テ制定シタル違警罪等總テ皆之ヲ包含セシメタルモノト解スヘシ第二本條ニ何等ノ所爲云々トアリ此所爲トハ予カ既ニ講述シタル所爲闕爲ノ謂ヒタルコトヲ解スヘシ

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

本條ハ前條ノ規定ニ附隨シ法律ノ効力ニ關スル原則ヲ示シタルモ
ナリ前條ノ法文ニ曰ク法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖モ罰スル
ルコトヲ得スト單ニ此文意上ヨリ視レハ刑罰權ハ唯法律ニ正條ナキ
ノ所爲ヲ罰スルコトヲ得サルノミ若シ法律ニ正條ノ設ケアラハ其所
爲ハ何レノ時ニ在ルヲ問ハス當然之ヲ罰スルコトヲ得ヘキカ如シ之
ヲ換言スレハ苟クモ犯罪ノ所爲アラハ法律頒布ノ以前ニ係ルト以後
ニ係ルトヲ問ハス其正條ニ照シテ之ヲ罰シテ可ナルヤト云フカ如シ
此問題タルヤ單ニ第二條ノ法文ノミヲ設クルニ止マラハ勢ヒ起ラサ
ルヲ得サルノ問題ナリ是レ本條ヲ設ケ第一項ニ法律ノ効力ハ既往ニ
及ホスコトヲ得サルノ原則ヲ示シ以テ前條ノ法文ニ因テ起ルヘキ問
題ニ解釋ヲ與ヘタル所以ナリ

國民法ニ遵フヘシトハ萬世不易ノ原則タリト雖モ唯其レ法律ノ設ケ
アルヲ以テ國民ハ此原則ニ遵フノ義務ヲ生スルノミ若シ法律ノ設ケ
アラスンハ何等ノ所爲ヲ行フモ國民ノ自由權内ニ在ルハ明カナリ故
ニ法律上罪トシ罰スヘシト豫告シタル以外ノ所爲ハ國民安ンシテ之
ヲ爲スヘキニモ拘ラス既ニ其所爲ヲ爲シタル後ヲ新法ヲ頒布シ偶其
所爲ハ新法ノ正條ニ記載セラレタル犯罪ノ所爲ナリトシテ之ヲ罰ス
ルコトヲ得ヘキ乎是レ法ハ告ケテ後ヲ罰スノ大原則ニ悖ルモノニシ
テ所謂教ヘサル民ヲ殺スニ異ナラス若シ云々ノ所爲ハ背徳ナリ加害
ナリ罰セサルヘカラストシテ直チニ法律ヲ制定シ以テ既往ノ所爲ヲ
罰スルコトヲ得ヘキモノトセハ第二條ハ徒法空文復タ何ノ効力之レ
アラシ且ツ其レ法律ノ力ヲ以テ既ニ成立シタルモノヲ破壊スルハ之
ヲ能クスヘシト雖モ其既ニ成立シタリシコトヲ消滅セシムルコトハ

法律ノ力以テ能クスヘキニアラス例ヘハ法律ニ正條ナキヲ以テ往來ノ妨害ト爲ルヘキ場所ニ家屋ヲ建築シタリシ者アリト假定セン乎此家屋ハ往來ニ妨害アリトシ新法ヲ設ケテ其家屋ヲ毀タシムルコトハ之ヲ能クスヘシト雖モ其家屋ノ建設アリシ事跡ハ到底之ヲ消滅セシムルコト能ハサルヘシト同シク昨日或ル所爲ヲ爲スコトヲ許シタル法律ハ國安ニ妨害アリトシテ今日新法ヲ設ケ昨日ノ法律ヲ廢スルハ敢テ難キニアラサルモ其法律ノ成立シタリシコトヲ滅スルコト能ハサルハ言ヲ俟タス然ルニ若シ今日ノ法律ニ正條アリト云フヲ以テ昨日ノ法律ノ成立中ニ爲シタル所爲ヲ罰スルアラハ如何ノ實ニ是レ法律ニ正條ナキモノヲ罰スト云ハサルヘカラス即チ刑法上若シ本條第一項ヲ缺カハ前條ノ法文ハ往々前條ノ如キ結果ヲ免レサルハ理ノ最モ觀易キモノトス故ニ既定ノ法律ヲ以テ問ハルヘキ範圍内ニ在ラ

サルノ所爲ハ何等ノ所爲ト雖モ自由ニ之ヲ爲スノ權利ハ當然吾人ニ存セリ又假令ヒ其行爲カ新法ノ嚴禁スル所ニ屬スルモ其既往ニ關ルモノハ決シテ罰セラレ、コトナシ是レ本條第一項ノ法文ヲ以テ吾人ニ明示スル所ナリ

既ニ犯罪ノ發生以前ノ法律ニ於テ之ヲ罰スルノ明文アラズンハ其發覺シタル時ノ法律ニ明文アルモ之ヲ罰スルヲ得ストセハ此罰セラレサルノ權利ハ之ヲ稱シテ行爲者ノ既得權ト云フヲ得ヘキ乎學者或ハ之ヲ是認スル者アリト雖モ此說ハ取ルニ足ラサルナリ何トナレハ當時ノ法律ニ正條ナキノ所爲ヲ行ヒ後日ノ法律ニ抵觸スルモ罰セラレスト云フカ如キハ自然ノ條理ノ然ラシムル所ニシテ權利ニアラサレハナリ苟クモ權利ト云ハハ皆必ス彼我相異ノ利益ヲ有スルノ意味ヲ包含スルモノニシテ自然ノ條理ノ謂チ云フニアラス蓋法律ニ明文

ナキ既往ノ所爲ハ新法ヲ以テ之ヲ罰スルコトヲ得ストスルモノハ畢竟スルニ人民所爲ノ自由ヲ確保スルノ旨意ニ基クニ外ナラス且ツ其レ新法ヲ以テ強ヒテ既往ノ所爲ヲ罰セントスルモ法ハ理ニ勝タスシテ苛酷ノ壓制ヲ籍ルニアラサレハ到底之ヲ罰スルコト能ハサルヘシ是レ予カ法律ニ正條ナキ既往ノ所爲ハ新法ノ支配ヲ受ケサルハ自然ノ條理ノ然ラシムル所ニシテ行爲者ノ既得權ト稱スヘキモノニアラスト云フ所以ナリ若シ夫レ新法ノ條文ニ照ラシテ既往ノ所爲ヲ罰セントスル乎行爲者ハ必ス云ハン若シ行爲以前ニ法律上之ヲ罰スルノ明文アラハ余豈此行爲アランヤ法律上之ヲ罰スルノ明文ナキヲ以テ之ヲ爲シタルノミト此言ハ條理上ニ築キタル金城鐵壁ニシテ新法ノ以テ能ク破壊シ得ヘキモノニアラサルハ三尺ノ兒童ト雖モ猶ホ能ク之ヲ知ラン是レ亦本條第一項ノ法文ハ條理ニ出ツルト云フ所以ナリ

世ノ學者本條ヲ解説スルニ法律ハ既往ニ及ホスコトヲ得ストノ原則ヲ引來シ本條ハ即チ此原則ヲ表明シタルモノナリト喋々スル者往々之レアリ然レモ予ハ此說ニ對シ一ノ困難ナル問題ノ横ハルモノアルヲ知レリ何ソヤ曰ク他ナシ法律ハ既往ニ及ホスコトヲ得ストノ原則ハ立法上ノ原則ニ屬スルヤ將タ法律適用上ノ原則ニ係ルヤノ疑問是レナリ之ヲ換言スレハ該原則ハ立法官ハ既往ニ及ホスコトヲ得ストノ法律ヲ制定スルコトヲ得サルノ謂乎將タ裁判官ハ法律ノ適用ニ於テ之ヲ既往ニ及ホスコトヲ得サルノ謂乎ト問フカ如シ近來歐米ノ學者中ニハ此原則ヲ以テ立法上ノ原則ニアラス法律適用上ノ原則ナリト論決スル者アリ且ツ予カ知ル所ニ由レハ歐米諸國ノ憲法上未タ這般ノ原則ヲ掲ケタルモノアルヲ見ス而シテ又各國ノ立法官ハ既往ニ効力ヲ及ホスコトヲ得サルコト往々ニシテ少カラス蓋新法ノ効力ヲ既往ニ遡及ス

ルハ實ニ立法官ノ專斷ニ出ツルカ如シト雖モ事理ニ於テ已ムヲ得サルモノアルヲ以テナリ故ニ予ハ此原則ヲ以テ立法上ノモノニアラス法律適用上ノモノナリトノ説ニ左袒スルノ論者ナリ此原則ハ實ニ法律適用上ノモノニ屬セシメサレハ往々國家ノ不利益ヲ來タスノ場合アルモノト想像セサルヘカラス例ヘハ爰ニ徵兵令ヲ制定シ凡ソ兵役ニ就クノ義務ヲ負ハシムル者ハ年齢二十歳以上三十歳以下ニシテ身幹ハ五尺以上ノ者ニ限ルヘシト法定セン乎天下泰平四海危虞ナキノ日ニハ此律令ニ依テ國安ヲ保維スヘシト雖モ若シ虎狼ノ外寇呑噬ノ猛欲ヲ逞フシ飢虎餓狼一肉片鬻ヲ爭フノ勢ヲ以テ四面ヨリ來リ襲ハ、或ハ現役後備豫備ノ三兵ヲ以テ防禦スヘカラスルノ危殆ニ迫ルコトナシトスヘカラス此時ニ當リテヤ既定ノ制限ヲ解キ十五歳以上四十歳以下ノ男子ニシテ身幹四尺五寸以上ノ者ハ皆出テ、兵役ニ就カ

シムルノ新令ヲ發スルハ國安保護上實ニ已ムヲ得スト云フヘシ此場合ニ於テ法律ハ既往ニ及ホスコトヲ得サルノ原則ヲ以テ立法上ニ屬スルモノトセハ如何ン新兵徵募ノ新令ヲ實施スルコト能ハサルヘシ何トナレハ徵兵ニ際シ不合格ナリシ者ハ既ニ法律上兵役ヲ免レタルモノナレハナリ其レ然リ新令ハ以テ新兵ヲ徵募スルノ効力ヲ奏スルコト能ハサルノミナラス十數年ノ後チニアラサレハ全然新令ヲ行ハレシムルコト能ハサルカ爲メ遂ニ時機ヲ失シテ國家ノ大害ヲ招クナキヲ保スヘカラス又爰ニ一例ヲ示サンニ新タニ民法ヲ制定シテ相續ハ平等分配タルヘシトノ規定ヲ設ケン乎右ノ原則ニ從ハ、新民法ハ現在既ニ長子アリシ者ニハ之ヲ適用スルコトヲ得ス獨リ新法頒布以後ニ出生シタル者ニ對シテノミ適用スヘキノミ何トナレハ現在セル長子ハ新法頒布前ニ相續權ヲ既得シタルモノト看做サ、ルヲ得サレ

ハナリ果シテ然ラハ新法ノ全然行ハル、ノ期ハ數十年ノ後チニ在リト云ハサルヘカラス斯ノ如キハ事理上亦其宜キヲ失スルモノニアラズヤ由テ視レハ法律ハ既往ニ及ホスコトヲ得サルノ原則ハ法律適用上ノ原則タルヘキモノニシテ立法上ノ原則タルシムヘキモノニアラサルハ論理ノ是認スル所ナルヲ知ルヘシ而シテ其立法上ノ原則タルシムヘカラサルハ百般ノ法律ニ於テ皆然リトシ民法ト刑法トノ區別ヲ問フヘキモノニアラサルナリ

論理既ニ然リ然ルニ世ノ學者本條ヲ解説スルニ此原則ヲ以テ屈竟ノ材料ト爲シ喋々説テ止マサルカ如キハ予ノ大ニ怪ム所ナリ實ニ本條ノ如キハ此原則アルヲ待テ始メテ制定セラレタルモノニアラス唯刑罰法ノ効力ハ總テ之ヲ既往ニ及ホサシメサルヲ以テ可トスルノ條理ニ基キ此制定ヲ設ケタルニ外ナラス且ツ刑罰法ト雖モ決シテ頒布以

前ニ及ホスコトヲ制限シタルニアラス或ル場合ニ於テハ頒布以前ニ及ホスヘキノ必要アリ是レ本條ニ第二項ヲ設ケ以テ法律ノ効力ヲ既往ニ及ホスノ原則ヲ示シタル所以ナリ之ヲ約言スレハ今日制定シタル法律ヲ以テ其頒布以前ニ係ル所爲ノ犯罪ニ適用スルニ其刑ヲ減輕スルハ可ナリ之ニ加重スルハ不可ナリト云フニ過キス故ニ法律ノ効力ヲ既往ニ及ホサシメサルノ規定ハ唯ニ舊法ニ罪名ナクシテ新法ニ其罪名ヲ設ケタル所爲ニ適用スルコトヲ許サ、ルノミナラス舊法ヲ以テ處分シタル刑ハ輕ク新法ニ依レハ重キモノニモ亦之ヲ適用スルコトヲ得サルハ勿論タルヲ知ルヘシ

本條第一項ハ前陳ヲ以テ略ホ其要領ノ存スル所ヲ明カナラシメタルヲ以テ是レヨリ第二項ニ講及スヘシ法律ノ効力ハ之ヲ既往ニ及ホサルヲ以テ法律適用上ノ原則ト爲スト雖モ若シ何レノ場合ニ於テモ

此原則ニ掣肘セラル、モノトセハ管ニ法律ノ適用ヲ澁滯セシムルノ憂ヒアルノミナラス舊法ハ依然トシテ其全効力ヲ有シ新法ハ之カ從タルモノ、如キ結果ヲ呈スルニ至ルヘシ何トナレハ第一項ノ規定ニ拘泥セハ新法ノ効力ヲ既往ニ及ホサル、ルヲ得サルノ場合ト雖モ默シテ止ムノ外ナケレハナリ是レ豈ニ法律ノ適用ヲ澁滯セシムルモノト云ハサルヲ得ンヤ法律ノ効力ヲ既往ニ及ホサシメサルノ目的ハ唯其適用上ノ害ヲ避クルニ在ルノミ若シ之ヲ既往ニ及ホスヲ以テ社會ニ益アリトセハ之ヲ及ホシテ妨ケナキハ事理ノ許ス所ナリ是レ本條第二項ノ規定ヲ設ケ第一項ニ對スル變則ヲ示シタル所以ナリ夫レ犯罪ノ所爲タル之ヲ遂行スルヤ決シテ隱没スルコトナク必ス直チニ發覺スヘキモノトセハ當時ノ法律ニ照ラシ時日ヲ假サスシテ之ヲ處斷シ決シテ錯雜ヲ生スルノ憂ヒナカルヘシト雖モ實際ハ然ラス

犯罪ハ數月若クハ數年間隱没シテ後チ發覺スルモノ往々ニシテ之レ有リ而シテ其間ニ新法アラシ平宜ク之カ處分法ノ標準ヲ設置セサルヘカラス然ラサレハ舊新二法互ニ相衝突シテ其所斷ニ苦マサルヲ得ス何トナレハ舊法ニ依レハ輕キモ新法ニ依レハ重ク又ハ之ト反對スルモノモ亦往々ニシテ之レアルヘキヲ以テナリ本條第二項ノ規定ハ此錯雜ヲ避クルノ目的ニ職由シ以テ圓滑ニ新法ヲ行ハレシムルニ外ナラス故ニ第二項ノ要點ハ新法頒布前ニ犯シタル罪ノ新法頒布後ニ發覺シタルモノハ新舊二法ヲ比照シ其輕キニ從フテ處斷スヘシト云フニ過キサレハ一讀瞭然タルカ如シト雖モ是レ單純ノ解ノミ法理ノ存スル所ヲ問ヘハ尙ホ數言ヲ要スルニアラサレハ其要領ヲ明カナラシムルコトヲ得ス請フ少シク之ヲ論セン

既ニ舊法ヲ廢シ更ニ新法ヲ設クルヤ到底之ヲ兩立セシムヘキニアラ

ス其規定スル所ノモノニシテ或ハ新法却テ舊法ニ如カサルモノアリト
 スルモ法律應用ノ點ヨリ之ヲ視レハ舊法ハ不完全ニシテ新法ハ稍整
 備シタルモノト信認セサルヘカラス何トナレハ舊法寧ロ完全ナリト
 セハ立法官ハ其腦裏ヲ苦メテ新法制定ノ勞ヲ執ルノ必要アラサレハ
 ナリ其レ然リ新法ノ起ルハ舊法ニ於テ遺漏アリ又ハ瑕疵アリ又ハ贅
 文アリ又ハ苛酷ニ失スル等ノ缺點アルニ基因スルヲ以テ之ヲ要スル
 ニ新法ハ緻且ツ密ナルニ拘ラス其刑ハ勉メテ輕減シタルモノト認定
 セサルヘカラス是ニ於テ乎新法ノ効力ヲ既往ニ及ホサ、ルヲ得サル
 ノ關係ヲ生スヘシ何トナレハ其所犯舊法ニ於テハ嚴罰スヘキモ新法
 ニ於テハ輕減シタルトキハ新法ノ効力ヲ既往ニ及ホスニアサレハ新
 法ノ目的ヲ達スルコト能ハサレハナリ若シ法律ノ効力ハ徹頭徹尾既
 往ニ及ホスコトヲ得スト斷定セン乎爰ニ新法頒布前ノ所爲ニ係ル窃

盜犯アラフニ此犯罪ハ舊法ニ依ルヘシトシテ苦杖ヲ加ヘタル上ニ徒
 刑ニ處シ之レト同一ノ罪ヲ犯シタル者ハ唯々纒カニ新法頒布後ノ所
 爲ニ係ルノ故ヲ以テ數月ノ重禁錮ニ處スルニ止マラシメン乎同一ノ
 犯罪ニシテ同時ニ發覺シタル者ヲ罰スルニ斯ノ如ク輕重アラシムル
 ハ正理ニ悖ルモノト云ハサルヘカラス正理ニ悖ルモノハ則チ法律ノ
 精神ヲ狂クルニ均シ故ニ此等ノ場合ニ於テ新法ノ効力ヲ既往ニ及ホ
 シ其處斷ヲシテ權衡ヲ得セシムルハ事理ニ適スルモノト斷言セサル
 ヘカラス果シテ然ラハ舊法ハ勉メテ其適用ヲ避ケシメ新法ヲ適用ス
 ルヲ以テ其方針ト爲サシメサルヘカラス以上ノ論理ニ據レハ法律ノ
 効力ヲ既往ニ及ホス場合ハ行爲者ノ苦痛ヲ輕減セシムルニ在リテ存
 シ決シテ行爲者ニ不利ヲ與フルニアラス故ニ社會カ法律ノ効力ヲ既
 往ニ及ホスノ變則ヲ設クルハ正理上其當ヲ得タルモノニシテ斷シテ

弊害ヲ生スルノ憂ヒナキモノト論決スヘキナリ若シ右ノ論理ニ反シ法律ノ効力ヲ既往ニ及ホセハ一毫タリトモ犯罪者ノ苦痛ヲ増加スルノ結果ヲ免レサルモノハ社會ハ決シテ其適用ヲ許サ、ルハ亦是レ正理ノ然ラシムル所ナルヲ以テ裁判官ハ法律ノ効力ヲ既往ニ及ホス場合ニ於テ先ツ此點ニ仔細ノ注意ヲ加フルハ最モ肝要ナリ故ニ予ハ論歩ヲ進メ道理上法律ノ効力ヲ既往ニ及ホサ、ルヘカラサル一二ノ例ヲ擧ケ以テ新舊二法比照ノ要點ニ論及スヘキナリ

第一新法ノ刑輕キ場合 爰ニ舊法ニ於テハ懲役五年ニ處シ新法ニ於テハ重禁錮三年ニ處スヘキノ所犯アラン乎ニ法比照スレハ新法ノ刑輕キヲ以テ新法ニ從フヘキハ論ヲ俟タス然ルニ爰ニ一ノ共犯者アラシ乎甲タル一人ハ既ニ舊法實施ノ間ニ逮捕ニ就キ五年ノ懲役ニ處セラレ乙タル一人ハ巧ミニ法網ヲ遁レ新法出テ、逮捕セラレタル事實

アリトセンニ新舊比照法ニ依リ三年ノ重禁錮ニ處セラレタリトセハ如何ン甲ハ早ク縛ニ就キタルノ故ヲ以テ重罪ニ處セラレ乙ハ巧ミニ法網ヲ遁レタルノ故ヲ以テ輕罪ニ處セラレ其苦痛ノ相距ル同日ノ論ニアラス然レモ斯ノ如キハ法律ノ適用上往々ニシテ生スヘキノ結果ニシテ到底避ケ得ヘキモノニアラスト云フノ外ナカルヘシ何トナレハ甲ハ既ニ重罪ニ處セラレタリ乙ヲ輕罪ニ處スルハ其權衡ヲ失ストシテ猶ホ之ヲ舊法ニ照ラシテ處斷セハ新法ノ効力ヲ失ハシメサルヘカラス是レ事理ノ當ヲ得タルモノニアラサルコトハ識者ヲ俟テ後チ知ラサレハナリ蓋シ此等ノ場合ニ於テハ當局者ノ注意ヲ以テ既ニ重罪ノ處刑ヲ受ケタル甲ニ對シ其情狀ノ感諒スヘキヲ察シ勉メテ特赦若クハ假出獄等ノ方法ニ由リテ其苦痛ヲ減セシメ以テ刑罰適用ノ平衡ヲ得セシムルハ亦社會ノ欲スル所ナルヲ知ルヘシ

第二新法ノ刑重キ場合 此場合ハ甚少レニシテ其一例ヲ示セハ舊法ニ於ケル官吏贖罪例ノ如キ是レナリ新法ニ於テハ官吏ノ犯罪ハ總テ普通刑例ニ問ヒ毫モ寬假セサルノミナラス時トシテハ其身分ニ因リ加重スルコトアリ要スルニ官吏犯罪ノ處斷法ハ新舊比照セハ新法ノ刑ハ舊法ノ刑ヨリ一層重カルヘシト雖モ既ニ論述シタルカ如ク舊法ハ不完全ニシテ新法ハ稍整備シタリトセハ舊法ニ於テ特ニ官吏贖罪例ヲ設ケ以テ官吏ノ犯罪ヲ寬典ニ處シタルハ甚タ不當ニシテ當時ノ立法官ノ誤見ニ出ツルモノト云ハサルヘカラス是等ノ場合ニ於テハ假令ヒ處罰ノ當ヲ失スルモ社會ハ目ヲ掩フテ當時ノ立法官ノ誤見ヲ續行セサルヲ得ス而シテ其理由如何ニ關シテハ世ノ學者或ハ云ハシ「是等ノ場合ニ於テ新法ヲ適用スルコトヲ得サルハ犯者ニ既得權ノ存スルアレハナリ」ト然レモ予ハ此說ヲ以テ其理由ノ解ヲ得タルモノト

爲スコトヲ得ス予ハ此問題ニ對シテ斷言セシ「若シ是等ノ場合ニ於テ新法ヲ適用シ之ヲ重刑ニ處セハ是レ第二條ニ定メタル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トノ明文ニ悖戾スルヲ以テナリ」ト何トナレハ官吏ノ犯罪ニ就キ舊法上、新法ニ定ムルカ如キ重刑ニ處スルノ明文アラサレハナリ

右第一第二ニ掲ケタル場合ハ唯新舊二法ノ存スルヲ想像シテ說ヲ爲シタルニ過キス尙ホ三箇若クハ其以上ノ法律アル場合ヲ想像シテ之ヲ論スヘシ

第三新舊彼是輕重相異ナル三箇若クハ其以上ノ法律アル場合 此場合ハ蓋稀有ナルヘシト雖モ亦絶テ之レナシト云フヲ得ス國事犯ノ如キハ其國ノ政體ノ基ク所如何又ハ當時政權ヲ掌握スル要路者ノ主義如何等ニ因リ或ハ之ヲ寬典ニ處シ或ハ之ニ嚴罰ヲ科シ又或ハ全ク其

罪ヲ論セサル場合ナシトスヘカラス蓋國事犯ハ一種特別ノ性質ヲ有
 スル犯罪ナルヲ以テ時ノ政略國勢人情等ニ由リテ其處罰ニ寬嚴ノ別
 アラシメサレハ却テ其國ノ安寧ヲ害スルノ傾向常ニ存スルヲ以テナ
 リ果シテ然ラハ國事犯ニ關シテハ此第三ノ如キ場合往々ニシテアル
 ヘキモノト想像セサルヘカラス佛國革命前後ノ時代ニ於ケルカ如キ
 即チ是レナリ故ニ犯罪ノ當時ニ在リテハ之ヲ死刑ニ處シ爾後法律一
 變シテ中間之ヲ處スルニ無期流刑ヲ以テシ又其後犯者ヲ捕縛シタル
 トキ法律舊ニ復シテ再ヒ之ヲ死刑ニ處スト云フカ如キ制度時論ノ變
 遷スルコトナキヲ知ルヘカラス今此場合ニ於ケル關係ヲ説明スルニ
 先ツ其變遷ノ順序ヲ示セハ左ノ如シ

- 第一 犯罪當時ノ法律 死刑
- 第二 犯者潜伏中ノ法律 無期流刑

第三 發覺當時ノ法律 死刑

若シ是等ノ場合ニ際會セハ如何ニ之ヲ處斷スヘキヤ此疑問ニ關シ近
 頃一種ノ說ヲ唱フル學者アリ其說ニ曰ク斯ノ如キ場合ニハ犯罪ノ當
 時ト發覺ノ當時トノ刑例ヲ比較シ其輕キニ從テ處斷スヘシト蓋此說
 ノ意味スル犯者ノ初メ罪ヲ犯スヤ當時ノ刑(第一ノ法律即チ死刑)ヲ甘
 ンシテ犯シタルモノト推測スルコトヲ得ヘシ而シテ發覺當時ノ法律
 モ之ト同刑(第三ノ法律即チ死刑)ナルヲ以テ此犯者ヲ處斷スルニ前後
 ノ法律ヲ比照シ之ヲ發覺當時ノ刑ニ處シテ可ナリト云フニ外ナラス
 又一說ニ曰ク斯ノ如キ場合ニハ中間ノ法律(第二ノ法律即チ無期刑流)
 ヲ以テ處斷スヘシト其理由ヲ問ヘハ則チ曰ク政府ハ遲クモ中間ノ法
 律ノ實施セラル、間ニ其犯人ヲ逮捕スヘキニ之ヲ逮捕シ得サリシハ
 其責メ政府ノ怠慢ニ歸セシメサルヘカラス政府既ニ怠慢ナリ故ニ新

法時代(第三死刑ノ時代)ニ及ンテ漸ク縛ニ就カシメタルノミ若シ政府ニシテ怠慢ナラサリセハ犯人ハ遅クモ中間ノ時代ニ逮捕セラレシモノト推測セサルヘカラス然ルニ政府ノ怠慢ナリシノ故ヲ以テ之ヲ嚴刑ニ處スルアラハ犯人ハ政府ヲ怨望スヘキノミナラス政府ハ嚴刑ヲ籍リテ以テ怠慢ノ責メヲ抹殺スト云フモ可ナリ其不當ナルヤ條理上明確ナルヲ以テ其最モ輕キ中間ノ刑ニ處スヘシト

右二說ノ如キハ予ヲ以テ視レハ迂遠ナル論理ニ拘泥シテ未ダ眞理ノ存スル所ヲ知ラサルモノト評セサルヲ得ス予カ執ル所ハ第二說ト其歸着スル所ヲ同フスト雖モ其理由ニ至リテハ同一ナラス予ハ論者ノ如キ迂遠ノ理由ヲ附會セス乃チ本條第二項ノ明文ヲ以テ一刀兩斷ノ決定ヲ爲サント欲スル者ナリ請フ願ミテ第二項ノ法文ヲ看ヨ「新舊ノ法ヲ比照シ云々」トアルニアラスヤ苟クモ此明文ニ從テ處斷セハ又何

ン迂遠ニ論理ヲ附會スルヲ要センヤ唯其新舊ノ法ヲ比照シテ其輕キニ從ハンノミ蓋シ舊トハ何ソヤ必ス一律ノ存スルモノヲ指スナラン或ハ舊法唯一ナル場合モアラシク或ハ舊法二箇以上存スル場合モアラシク要スルニ其中最モ輕キモノヲ取り以テ之ヲ新法ニ比照シ其輕キニ從フヲ以テ足レリトス故ニ前ニ掲ケタル三箇ノ法律ノ存スル場合ニ於テ無論中間ノ無期徒刑ヲ以テ處斷スヘキモノナラント信ス

予ハ既ニ前ノ二說ヲ以テ迂遠ノ論理ヲ附會スルモノトシ之ヲ一言ノ下ニ擯斥セリ故ニ世間或ハ二說ノ一ニ在袒シ予カ冷評ニ不滿ヲ抱ク者アラシク予ハ是等ノ論者ノ惑ヒヲ解カンカ爲メ尙ホ一二言ヲ試ムヘシ第一說ノ意旨ニ曰ク「犯者ハ當時ノ刑ヲ甘ンシテ犯シタルモノト推測スヘシ」ト此推測ハ當ヲ得タルカ如シト雖モ法律其者ヨリ推測スルニ止マリ實際ノ事實ニ適合スルモノト云フヲ得ス何トナレハ天下

犯者多シト雖モ初メヨリ刑ヲ甘ンシテ犯スカ如キモノハ實際甚ダ希
レナルヘキヲ以テナリ想フニ其多數ハ假令ヒ惡運強カラスシテ逮捕
ニ就クモ如何ナル手段ニ依テカ處刑ヲ免ル、ノ途ヲ求メント期スル
モノナルヲ知ルヘシ殊ニ國事犯ノ如キニ至リテハ其結果タル末路ノ
情狀ヨリ之ヲ見レハ或ハ晒フヘク或ハ憫ムヘキモノ蓋少カラサルヘ
シト雖モ其初メ事ヲ舉クルヤ彼等ハ自ラ信シテ云ハン「我取リテ彼レ
奸黨ニ代リ以テ從來ノ弊政ヲ除キ國家ヲシテ磐石ノ安キニ置カシメ
スシテ已マシヤ」ト彼等其心ニ信スル所斯ノ如ク其厚カラスンハ焉
ン能ク奮然蹶起以テ事ヲ舉グルニ至ルヲ得ンヤ果シテ然ラハ彼等
ハ豈當時ノ刑罰ニ處セラル、ヲ期スル者ナランヤ彼等初メヨリ就刑
ヲ甘受スルノ意思アラハ又何ヲ期シテ大事ヲ舉ケンヤ其舉ヤ假令ヒ
輕舉ニ屬スルニセヨ又ハ淺慮ニ出ツルニセヨ彼等ハ自ラ信スルノ厚

キ遂ニ一舉手ニ唾シテ現政府ヲ粉碎セント期スルモノナリ然ルニ彼
等ハ初メヨリ當時ノ處刑ヲ期スルモノトシ一説ヲ立ツルカ如キハ附
會ノ迂論ニアラスシテ何ンヤ又第二説ノ理由ニ曰ク「政府ハ遅クモ中
間法律ノ時代ニ犯者ヲ逮捕スヘキモノナルニ其之ヲ爲スニ勗メス新
法時代ニ及ンテ之ヲ逮捕シタルハ政府ノ怠慢ナリ云々」ト此論者ノ意
旨ヲ推想セハ犯者ハ政府カ怠慢ニシテ逮捕セサリシヲ恨ムモノ、如
ク思惟スルニ似タリ何ソ其レ人情ヲ知ルノ迂ナルヤ凡ソ罪ヲ犯ス者
ハ人情トシテ縛ニ就クヲ望ム者アラス一時一刻モ刑ヲ遁ル、ニ苦慮
セサルハナカルヘシ故ニ犯者自ラ政府ニ對シ逮捕ノ遲延ニ不平ヲ訴
フト云フカ如キハ蓋絶無ノ事實タルヲ知ルヘシ然ルニ論者ハ此絶無
ノ事實ヲ理由トシテ自説ヲ辯護セント欲ス豈之ヲ評シテ迂論ト云ハ
サルヲ得ンヤ故ニ此二説ハ要スルニ附會ノ囁語タルニ過キスシテ毫

モ價值ナキモノト冷評シ去テ可ナランノミ
 新舊比照ニ關スル要點ハ上來講述スル所ヲ以テ讀者ハ稍了解セラレ
 タルヘシ然レトモ此比照ニ就テハ新舊比照法ナルモノノ存スルアリ
 (明治十四年第八十號布告)此法ハ新舊二法ノ比照方法ヲ示シタル特別
 法ニシテ專ラ新舊二法ヲ調和シテ適宜ニ刑ヲ定メシムルノ法ナリ蓋
 此法ハ新法ノ適用上ニ必要ヲ感シテ特設シタルモノタルハ明カナリ
 ト雖モ新舊ヲ調和シテ刑ヲ定ムルカ如キハ法律ヲ破壞スルニ均キノ
 ミナラス本條第二項ト撞着スルノ嫌ヒヲ免レス故ニ本條第二項ヲ解
 釋スルニ此新舊比照法ヲ引用スルハ無用ノ事タルヲ信ス何トナレハ
 新舊比照ニ就テハ既ニ二三ノ例ヲ擧ゲテ講述シタルカ如ク何レノ場
 合ト雖モ刑ノ平衡ヲ妨クルノ憂ヒアラサルヘシト信スレハナリ要ス
 ルニ新舊比照ハ二法ヲ對照シテ刑ノ輕重スル所ヲ考ヘ其輕キニ從テ

處斷スヘシト云フニ過キスシテ死刑ハ徒刑ヨリ重ク徒刑ハ懲役ヨリ
 重ク禁獄ハ罰金ヨリ重シト云フカ如ク新舊ヲ比照スレハ其輕重ヲ別
 ツテ敢テ難キニアラサルヘシ何トナレハ同一ノ罪ニシテ舊法ニハ禁
 獄ニ處シ新法ニハ罰金ヲ科スルモノトセハ即チ其輕キ罰金ヲ科セハ
 可ナリトス然レモ此比照ニ就テハ往々前例ニ示シタルカ如キ場合ヲ
 生スルノミナラス新舊ヲ比照シテ刑期ノ長短ニ關シテ其適用ノ宜キ
 ヲ得ルニ苦ム等ノ場合ナシトスヘカラス是等ハ研究シ置カサルヘカ
 ラサルノ要點ナリ例ヘハ同一ノ刑名ニ於テ舊法ニハ二月以上四年以
 下ノ懲役ニ處ストアリテ新法ニハ三月以上三年以下ノ重禁獄ニ處ス
 トアル場合ノ如キ是レナリ此二個ノモノヲ比照シテ其差違ノ生スル
 所ヲ見レハ舊法ノ短期ハ二月ニシテ新法ハ三月ナルヲ以テ寧ろ新法
 ハ重キニ似タリ之ニ反シテ新法ノ長期ハ三年ニシテ舊法ノ長期ハ四

年ナルヲ以テ舊法ヲ重シトスヘシ此場合ニ於テハ新舊孰レニ從フヲ以テ其當ヲ得メリトスヘキヤ新舊比照法ニ依レハ二法ヲ調和シ短期ニ就テハ舊法ニ從ヒ長期ニ就テハ新法ヲ取ルヘキモノトスルカ如シ然レモ斯ノ如キハ裁判官ノ權内ニ於テ一ノ刑例ヲ作爲スルカ如ク法律ニ正條ナキモノハ罰スルヲ得サルノ原則ニ悖ルノ嫌ヒチ免レサルニ似タリ何トナレハ其處刑ハ四月ノ重禁錮ニ處スルヲ以テ適當トスル場合ニ於テハ新舊孰レニ從フモノトスヘキヤ此場合ニ於テ調和法ヲ實施セハ殆ント其根據ヲ曖昧ニ歸セシムルノ傾向ヲ來ヌアレハナリ故ニ此場合ニ於テハ調和法ニ依ラス短期ニ就テ新法ニ於テハ五月ノ重禁獄ニ處スヘキモノハ無論舊法ノ二月ヲ取り又長期ニ就テハ新法ノ三年ヲ取り又三月ノ重禁錮ニ處スヘキモノハ新法ニ依テ處斷スルヲ至當ト爲スヘシ何トナレハ新舊二法孰レニ從フモ刑ノ重キ

ヲ加フルニ至ラサルモノハ勉メテ新法ヲ適用スヘキハ理ノ當然ナレハナリ

前例ノ場合ニ於テ刑期ハ新法ニ從フヲ以テ輕シトスルモ新法ニハ罰金ヲ併科シ舊法ハ單ニ懲役ニ止マルモノトセハ將々之ヲ如何ニ處斷スヘキヤ罰金ノ併科ナキヲ以テ舊法ニ依レハ其刑實ニ重ク之ニ反シテ新法ニ從ヘハ罰金ヲ併科スヘキヲ以テ稍重キヲ加フルノ嫌ヒアルカ如シ此場合ニ於テハ斷然新法ニ從フヲ以テ可ナリトスヘシ何トナレハ肉體上ノ刑ハ重ク財産上ノ刑ハ輕シ既ニ新法ニ依リ肉體上ノ刑ヲ輕カラシムルトキハ縱令ヒ罰金ヲ併科スルモ猶ホ其處刑ハ舊法ノ刑ニ比スレハ輕シトスルハ正理ノ親易キモノナレハナリ

予ハ本條第二項ノ解釋ハ以上ノ所說ヲ以テ足レリトシ爰ニ尙ホ一言スヘキモノアリ何ゾヤ法律ノ適用上犯者ノ處刑ヲ減輕スル場合ニ於

テ世ノ學者概シテ「減輕ハ犯者ニ仁惠ヲ加フルナリ犯者ニ利益ヲ與フルナリ」ト喋々スルモノ是レナリ本條第二項ヲ講スル場合ニ於テモ亦仁惠主義ヲ以テ犯者ヲ保護スルニ出ツルカ如クニ解説ヲ試ムル者アリ蓋シ是レ刑罰權ノ精神ニ反スルモノト云フヘシ予ハ止メニ本條第二項ノ場合ニ於テノミ之ニ反對スルニアラス總テ刑罰權ヲ行フ場合ニ於テ犯者保護說ヲ排撃シテ措カサルモノナリ刑法ノ解釋ヲ下ス場合ニ於テハ殊ニ之ヲ排撃セサルヘカラス何トナレハ刑法ハ元來犯者ノ利益ヲ計ルノ目的ニ出ツルニアラス却テ犯人ヲ必罰スルヲ主旨トシテ規定シタルモノナレハナリ苟クモ罰スヘキノ理由アラハ何ノ憚ル所アリテカ之ヲ罰スルニ躊躇センヤ況ンヤ犯者ノ利益ニ於テオヤ果シテ本條第二項ニ定メタル新舊比照ハ何等ノ主義ニ基因スルヤ實ニ是レ仁惠ニ出ツルニアラス又保護ニ基クニアラス社會刑罰權ハ唯

其レ正理ノ存スル所ニ從フノミ而シテ正理トハ何ソヤ他ナシ新舊ヲ比照シ舊法ニ從フヲ以テ輕シトシテ之ニ處スルハ法律ニ正條ナキ者ハ罰セサルノ原則ニ基キ又新法ニ從フヲ輕シトシテ之ニ處スルハ新法ノ規定ハ正當ナルモノト認ムルヲ以テナリ予ハ又本條ノ規定ト刑事訴訟法トハ如何ナル權衡ヲ有スルヤ讀者ノ參考ニ供スルカ爲メ之ヲ略說スヘシ法律ノ效力ヲ既往ニ及ホサ、ルハ本條第一項ノ明示スル所ナリ然レモ刑事訴訟法ハ之ニ反シ其効力ヲ既往ニ及ホスヘシト規定セリ即チ其第二十二條第一項ノ法文ニ曰ク「此法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニモ亦之ヲ適用ス」ト此規定ヤ亦以テ予カ法律ノ効力ヲ既往ニ及ホサ、ルノ原則ハ法律ノ適用上ニ屬スルノ原則ニシテ立法上ニ係ルノ原則ニアラストスルヲ證スルニ足ルヘシ若シ夫レ否ラストセハ立法官ハ此刑事訴訟法ノ規定ヲ設クルヲ

得サルヘシ面シテ刑事訴訟法ノ如キハ實ニ其効力ヲ既往ニ及ホサ、
 ルヲ得サルノ必要アリ例ヘハ新刑法頒布以前ニ係ル犯罪ニシテ其頒
 布以後ニ發覺シタル者ヲ審問シ且ツ其刑ヲ執行スル諸般ノ手續ヲシ
 テ若シ刑事訴訟法頒布以前ニ實施シタル審問及ヒ處刑執行ノ手續ニ
 依テ之ヲ行ハシムヘシトセハ爲メニ裁判構成ヲモ變更セサルヘカラ
 ス其他諸般ノ手續皆變更セサルヘカラサルノ不便ヲ來タスノミナラ
 ス裁判所ノ費用上ニモ影響ヲ及ホスヘシ故ニ刑事訴訟法ハ頒布以前
 ノ犯罪ニモ亦適用セシメサルヘカラサルナリ又被告人ニ於テモ之ニ
 對シテ異議ヲ唱フルコトヲ得ス何トナレハ舊法ハ被告人ニ就テモ亦
 不利益ナルカ爲メ之ヲ改定シタルモノナルヲ以テ之ヲ拒ムノ理由ナ
 キノミナラス刑事裁判ハ公訴ヨリ起リ又其公訴ハ社會ノ公權ニ出ツ
 ルヲ以テ何人ト雖モ之ヲ左右スルコトヲ得サルモノナレハナリ

(改正草按) 第三條第一項ノ法文ヲ一讀スレハ法律云々トアリテ其
 法律トハ如何ナル法律ヲ指スヤ漠然タリ單ニ刑事ノ法律ノミナラ
 ス一般ノ法律ヲ指スモノト解釋スルモ亦不可ナキカ如シ然レモ他
 ノ法律ニハ之ヲ既往ニ及ホスコト刑事訴訟法ノ如キモノモ亦之レ
 ナキニアラス果シテ然ラハ此法律ハ刑事ニ關スル法律ニ專屬スル
 モノト解釋セサルヘカラスト雖モ現行法文ニ依レハ疑問ヲ惹キ易
 シ又法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得ストアリテ其及ホ
 スコトヲ得サルモノハ法律其者ヲ指ス乎將タ其効力ヲ云フ乎明瞭
 ナラス若シ法文ニ從ヒ單純ニ之ヲ解釋スレハ法律其者ヲ既往ニ及
 ホスヘカラスト云フカ如ク成文其當ヲ得タリト云フヲ得ス譬ヘハ
 電線ヲ長崎ニ及ホスニ方リ電信局ヲ及ホセト云フカ如ク甚ダ妥當
 ナク缺クト云ハサルヘカラスト要スルニ第一項ハ法律ノ効力ニ關シテ

規定シタルモノナルハ明カナルモ成文其當ヲ得サルカ爲メ解釋ヲ誤リ易キノ恐レアリ故ニ改正草案者ハ第一項ヲ左ノ如ク修正セリ

第三條 刑事ノ法律ハ既往ニ溯ルノ効力ヲ有セス

此修正案ハ蓋シ成文其當ヲ得タルモノト云フヘシ斯ノ如ク規定セハ其効力ヲ既往ニ及ホサ、ル法律ハ單ニ刑事上ノ法律ニ限ルコト明瞭ト爲リ且ツ其及ホスコトヲ得サルモノハ法律其者ニアラスシテ其効力ナルコトヲ明確ナラシメ法文ノ舛誤ヲ得タリト云フヘシ然レモ是レ成文上ノ修正ニ止マリ法理ニ至テハ同一ナルヲ以テ爰ニ贅セズ第二項ニ於テ若ノ字ヲ削リ更ニ新法及ヒ確定ノ四字ヲ加ヘテ左ノ如ク修正セリ

所犯新法施行以前ニ在テ未ダ確定ノ判決ヲ經サルモノハ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷ス

此ノ修正モ亦文字ノ加除ニ止マリ意味ニ至テハ現行法文ト異ナル所ナシ然レモ之ヲ現行法文ニ比スレハ予ハ修正案ヲ以テ其文ヲ得タリトス現行法文第二項ノ冒頭ニ加ヘタル若ノ字ハ實ニ蛇足タリ宜ク削テ可ナリ而シテ所犯頒布以前云々トアリテ其頒布トハ如何ナルモノ、頒布タルコトヲ明示セサルハ實ニ缺點タルヲ免レヌ唯タ前後ノ法文ニ照ラシテ其頒布トハ新法ノ頒布ナルコトヲ推測スルノミ寧ロ新法ノ二字ヲ挿入シテ之ヲ明瞭ナラシムルニ若クハナシ判決モ亦然リ現行法頒布ノ際ハ裁判構成モ不完全ニシテ控訴法モ未ダ成立セサリシ時ナルヲ以テ單ニ判決ノ二字ヲ掲クルヲ以テ足レリトセシモ今日ニ至リテハ確定ノ二字ヲ加フルヲ至當トスヘシ何トナレハ止マニ判決云々トノミアリテ確定ノ二字ヲ加ヘサルトキハ第一審ノ未確定判決モ亦第二項ノ適用ヲ妨ケ得ヘキカ如ク

義理明確ナラサレハナリ故ニ今日ニ在リテハ確定ノ二字ヲ加フル
ヲ至當トスヘシ

又改正案起草者ハ新々ニ第四條乃至第六條ヲ設ケ日本人カ外國ニ
於テ罪ヲ犯シタルトキノ處分法ヲ規定センヲ要セリ而シテ立法官
ノ説明ノ大意ニ曰ク現行刑法ニハ日本人外國ニ在テ日本ノ法律ニ
背キ罪ヲ犯シタル者ニ關スル處分法ノ規定ナシ故ニ其處分未タ一
定セズ日本人ハ國外ニ在ルトキト雖モ本邦法律ヲ遵守スルノ義務
アルヲ以テ刑法上ニ條文ナキモ之ヲ罰シテ可ナリトセン乎其所犯
瑣々タル違警罪犯モ亦之ヲ罰セサルヘカラス寧ロ法律上ノ明文ナ
キヲ以テ之ヲ不問ニ付セン乎重大罪犯モ之ヲ罰スルコトヲ得サル
ニ至ルヘシ是等皆至當ノ說ニアラサルモ此疑問ノ生スルハ刑法ノ
不備ニ淵源ス故ニ今之ヲ改正シ重大罪犯タル皇室ニ對スル罪貨幣

偽造ノ罪等ハ總テ之ヲ罰シ其他ノ重罪輕罪モ亦必要條件ノ具備シ
タルトキ之ヲ罰スヘキ規定ヲ設クルヲ必要トス云々而シテ其草案
文ハ左ノ如シ

第四條 日本人外國ニ在テ第二編第一章乃至第四章第一章皇室

第二章内亂ニ關スル罪第三章外患ニ關スル罪第四章國際ニ關スル罪及ヒ第八章第一節貨幣ヲ偽

造スル罪ニ記載シタル罪ヲ犯シタルトキハ日本ニ於テ之ヲ罰ス其他ノ

重罪輕罪ヲ犯シ左ノ條件具備スルトキ亦同シ

一 外國ニ於テ確定ノ判決ヲ經サルトキ及ヒ確定ノ判決ニ依

リ刑ノ宣告ヲ受ケタルモ其刑未ダ消滅セサルトキ

二 犯人自ラ日本ノ管内ニ入りタルトキ又ハ其引渡ヲ得タル

トキ

三 日本ノ法律ニ於テ罰ス可キ罪ニシテ其罪ヲ犯シタル國ノ

法律ニ於テモ亦罪ト爲ストキ

第五條 外國人外國ニ在テ第二編第一章及ヒ第八章第一節ニ記載シタル罪ヲ犯シ前條第二項第一號第二號ノ條件具備スルトキハ日本ニ於テ之ヲ罰ス

第六條 外國ニ於テ刑ニ處セラレタル犯人ニ對シ更ニ刑ヲ宣告スヘキ場合ニ於テハ其已ニ受ケタル刑期又ハ拂ヒタル金額ヲ通算ス

日本人外國ニ於テ罪ヲ犯シ外國人日本ニ來テ罪ヲ犯シ又ハ犯罪人ノ爲メ國交上ニ生スル關係等ハ現行法第一條ノ下ニ於テ講述シタル犯罪ノ元素第四犯罪ノ場所ニ於テ丁寧反覆充分ニ論究シタルヲ以テ爰ニ贅セス宜シク第一條ノ下ニ就テ參看スヘシ然レモ今立法官ノ説明及ヒ改正草案ヲ一讀シ少シク意見ノ存スル所アルヲ以テ

聊カ之ヲ論スヘシ日本人カ外國ニ在テ犯シタル罪ニ關シ現行法ニ一ノ規定ナキハ實ニ一大缺點ニ屬シ予ハ固ヨリ其規定ヲ望ムノ論者ナルヲ以テ既ニ屢、論述シタルカ如ク立法官ノ説明ヲ俟テ始メテ其必要ヲ知ルモノニアラス而シテ草案第四條ニ依レハ日本ニ於テ當然罰スヘキ罪ハ皇室ニ對スル罪、内外國亂ニ關スル罪及ヒ貨幣偽造ノ罪等ナリ是等ノ重大罪ハ固ヨリ罰セサルヘカラスハ予モ亦既ニ犯罪ノ場所ヲ論スルト共ニ之ヲ詳論セリ然レモ是等ノ犯人ヲ罰スルニハ如何ナル手續ニ依ルヤ一ノ問題ナリ外國ニ於テ國事犯ヲ起スカ如キ者ハ蓋シ内國ニ於テ事ヲ舉グレハ發覺ノ恐レアルヲ以テ地ヲ外國ニ借リタルモノト推測セサルヘカラス果シテ然ラハ故テニ本國ニ歸リテ縛ニ就クノ不利ヲ求ムル者ナク必スヤ巧ミニ跡ヲ晦ラマスニ至ルヘシ且國事犯トシテハ縱令ヒ犯人引渡ヲ其外國

政府ニ要求スルモ之ニ應セサルハ必然ナリ故ニ其罪罰スヘシト雖モ恐ラク闕席判決ヲ行フヨリ外他ニ手段ナカルヘク加之其證據ヲ得ルコト能ハサルトキハ闕席判決モ亦之ヲ行フコトヲ得サルヘシ果シテ此ノ如シトセハ第四條ハ其適用ノ點ヨリ論スレハ殆ト徒法ニ屬スヘシ然ラハ則チ此規定ヲ廢スヘキ乎否ナ決シテ廢スヘカラス予チ以テ之ヲ視レハ國事ニ關スル犯罪ニ就テハ第一刑法上ニ明確ニ之ヲ規定シ第二刑事訴訟法ニ外國ニ於テ重大罪ヲ犯シタル者ニ關スル犯罪ノ捜査及ヒ起訴等ノ手續ヲ特定シ犯人逮捕ニ就カハ當然之ヲ罰スヘキモノト定ムルヲ以テ足レリトスヘシ然レモ貨幣偽造罪ノ如キハ國際上犯人引渡ヲ要求スルノ道自ラ存スルヲ以テ是等ノ犯罪ニ就テハ刑罰ヲ適レシメサルノ方法ヲ設置セサルヘカラス何トナレハ貨幣偽造ハ社會ノ信用ヲ害スル最モ大ナレハナリ

故ニ外國人カ其國ニ於テ日本貨幣ヲ偽造シタル場合ニ於テ草案第四條第二號ノ條件ニ基クコトヲ得ハ勿論若シ犯人ヲ逮捕スルコトヲ得サルトキハ日本ノ信用ヲ保維スルノ方法ヲ設置スル亦是レ甚ク必要ナリ竊カニ聞ク支那人ニシテ其本國ニ於テ日本貨幣ヲ偽造シ日本ニ來テ之ヲ行使スル者アリト蓋シ是レ坊間ノ風説ニ止マリ未タ輒スク信スヘカラスト雖モ果シテ其事實アルモ我刑法上之ヲ罰スルノ條文ナク隨テ之ヲ捜査スルノ手續モナシ此ノ如キハ實ニ刑法上ノ缺點ト云ハサルヲ得ス故ニ此草案條文ヲシテ我刑法上ニ呱呱ノ聲ヲ發セシムルハ吾人ノ固ヨリ希望スル所ナリ又重罪輕罪ニ就キ特別ノ規定ヲ設ケ必要條件ノ具備スルトキ日本ニ於テ之ヲ罰シ又外國人ニシテ日本法律ヲ犯シタルトキモ亦ク必要條件ノ具備ヲ待テ之ヲ罰スルモノトシタルハ蓋シ至當ノ規定ナ

ルヘシ何トナレハ條件中殊ニ犯人自ラ日本管内ニ入り來ルカ又ハ引渡ヲ得タルニアラサレハ之ヲ罰スルコトヲ得サレハナリ尙ホ法文ニハ多少修正ヲ要スヘキノ點アリトスルモ要スルニ草案ノ旨意ニ於テハ予モ亦左袒ヲ辭セサルナリ

第四條 此刑法ハ陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ論ス可キ者ヲ適用スルコトヲ得ス

第五條 此刑法ニ正條ナクシテ他ノ法律規則ニ刑名アル者ハ各其法律規則ニ從フ

若シ他ノ法律規則ニ於テ總則ヲ掲ケサル者ハ此刑法ノ總則ニ從フ

予ハ第四條及ヒ第五條ヲ講說スルニ當リ先ツ讀者ノ注意ヲ喚起スヘキモノ一アリ他ナシ法律ニハ普通法ト特別法トノ區別アルコト是レ

ナリ抑モ刑法ハ一般普通ノ犯罪ニ關スル要件ヲ規定シタルモノニシテ身分職業ノ何タルヲ問ハス普ク之ヲ適用スヘキモノナリ故ニ普通法ニ屬スルモノトス之ニ反シテ新聞紙條例、出版條例、集會條例、保安條例、收稅規則、印紙貼用規則、銃獵規則等ノ類ハ或ル職業或ル身分等何レモ特別ノ人又ハ事ニ係ルノ法則ナルヲ以テ是等ノ法律規則ハ之ヲ一括シテ特別法ト云フ而シテ普通法ト特別法トヲ區別スルノ必要ハ那邊ニ在リテ存スルヤ請フ之ヲ略述セン夫レ法律ニ規定スヘキ事項千緒万縷枚擧ニ遑アララスト雖モ之ヲ大別スレハ二類ニ歸スルニ外ナラス曰ク恒久ニ亘リテ變遷甚マ希レナル事項(甲)曰ク動モスレハ變更シ易キ事項(乙)是レナリ其甲ニ對シテ制定スル所ノ法律ハ一タヒ完全ノ制定ヲ得ハ之ヲ恒久ニ存セシムルヲ常トシ之レカ改正變更ヲ要スルコト甚マ希レナリ之ニ反シ乙ニ對シテ制定スル所ノ律令ハ時々ニ改

正變更ヲ加ヘサルヲ得ス蓋乙ノ部類ニ屬スル事項ハ其國ノ政軌ノ變遷時勢ノ變動風俗ノ變易等ニ因リ種々様々ニ遷轉變化スルモノナリ故ニ之カ爲メニ設クル法律モ亦之ト共ニ變更セサルヲ得ス又未タ其變更ヲ要セサルモ時々ニ改正ヲ要スルモノトス例ヘハ當時ノ政治ハ專ラ保守着實主義ヲ執ルニ拘ラス其治下ニ棲息スル人民ハ濫リニ危激ノ言論ヲ演壇ニ弄シ粗暴ノ論說ヲ新紙ニ載セ以テ人心ヲ煽動激昂セシメ時ノ政府ノ組織ニ危殆ヲ及ホメノ傾向アラシク其政府ハ勢ヒ之ヲ檢束スルノ條例ヲ制定セサルヘカラス然レモ星移リ物換リ世ハ文化燦爛ノ佳境ニ入り人ハ着實温厚ノ美風ニ化シ激論ヲ吐キ暴說ヲ唱フルノ輩漸ク其跡ヲ社會ニ收ムルニ及ンテハ嚮キニ激論暴說ノ防遏手段トシテ制定シタル條例ハ無用ノ贅則ニ屬スヘシ其レ此ノ如ク政治ノ變革時勢ノ變遷等ニ因リ時々ニ改正ヲ要スヘキモノハ即チ特

別法ナリ凡ソ法律ナルモノハ其支配ヲ受クヘキ人民タルト之ヲ運用實施スル法官タルトチ問ハス之ヲ熟知記憶スルハ最モ必要ナリ而シテ之ヲ熟知記憶セシメンニハ勉メテ之ヲ恒久ニ存セシメサルヘカラス是ヲ以テ輕忽ニ變更スヘカラスル規定ト時々ニ變更ヲ要スル規定トハ常ニ之ヲ區別セサルヘカラス而シテ兩ナカラ其同種類ニ屬スル規定ヲ一括シテ普通法ト特別法トノ二箇ニ別チ一ハ以テ人民ノ熟知記憶ニ便ナラシメ一ハ以テ立法官ノ改訂増減ニ便ナラシムルヲ得策トス

我立法官ハ前述ノ理由ニ依リ刑法及ヒ刑事訴訟法ヲ以テ普通法ト看做シ諸般ノ條例規則等ハ之ヲ特別法ト看做セリ立法上既ニ普通法ト特別法トノ區別ヲ立ツルヤ須ラク此二者ノ關係ヲ明示セサルヘカラス之ヲ再言スレハ如何ナル場合ニハ普通法ニ從フヘキヤ又如何ナル

場合ニハ特別法ニ依ルヘキヤ之ヲ明示セサルヘカラス乃チ第五條ハ此關係ヲ明示シタル法文ナリ是レヨリ進ンテ第四第五兩條ノ法文ニ就テ講述スヘシ

予ヲ以テ視レハ第五條第一項ノ明文アル以上ハ特ニ第四條ヲ設クルノ必要ナシト信ス第五條第一項ニ曰ク「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」ト其所謂他ノ法律規則トハ刑法以外ノ法律ヲ指シタルハ言ヲ俟タス而シテ陸海軍ニ關スル法律ハ即チ是レ刑法以外ノ法律ニシテ所謂他ノ法律規則云々ノ明文中ニ包含スルモノニアラスヤ然ラハ則チ特ニ第四條ニ於テ「此刑法ハ陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ論ス可キ者ニ適用スルコトヲ得ス」トノ法文ヲ特掲スルノ必要ハ果シテ那邊ニ在ルカ予ハ未タ其必要アルコトヲ解シ得サルナリ蓋立法官ノ意ハ陸海軍ノ法律ハ特別法中最モ重大ナ

ルモノニシテ幾ント刑法ト對峙スヘキノ性質ヲ有ス故ニ第四條ヲ特設シテ之ヲ明示スルヲ要スト云フニ過キサルヘシ果シテ然ラハ立法官ノ用意ハ周到ナリト云フヘシト雖モ刑法ノ編纂上及ヒ理論上ヨリ之ヲ見レハ蓋シ其宜キヲ得タルモノト云フヲ得ス

爰ニ第四條ノ意義ヲ解釋スレハ陸海軍ノ法律ニ於テ特ニ刑名ヲ掲ケタルモノハ之ニ從ヒ之ヲ掲ケスシテ此刑法ニ明文アルモノハ此刑法ヲ適用スト云フニ外ナラス而シテ實際ニ就テ刑法適用ノ事跡ヲ見ルニ陸海軍ノ法律ニ刑名ナクシテ此刑法ニ明文アル罪ヲ犯スノ軍人軍屬ハ均シク此刑法ヲ適用スヘキハ勿論ナリ然ルニ第四條ノ字句ノミニ就テ視レハ或ハ軍人軍屬ノ犯罪ニ對シ此刑法ヲ適用スルコトヲ得サルノ疑ヒナキヲ得ス蓋シ是レ立法官カ草案修正ニ必要ノ文字ヲ削除シタルノ致ス所ナル乎其草案ニ曰ク「此刑法及ヒ諸罰則ハ軍人軍屬