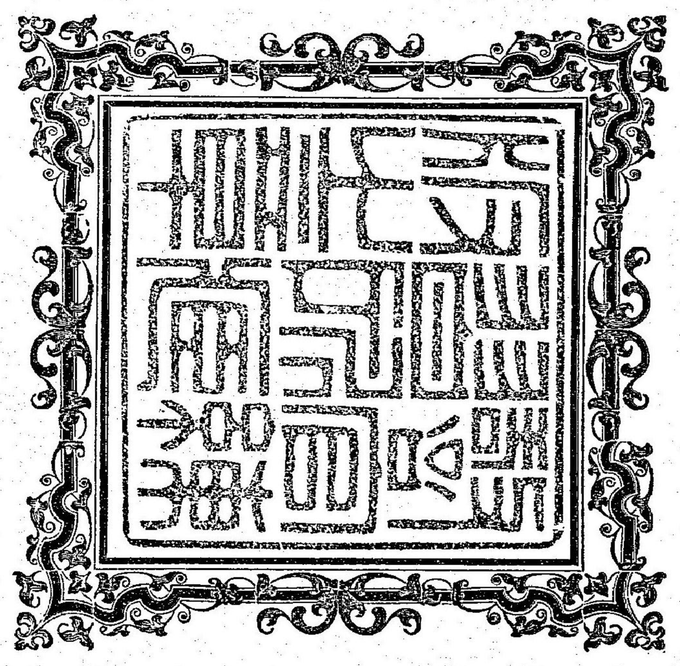
明治十九年六月廿八日内務省贈付

明治十九年三月刊行

刑法講義録

警官練習所藏版


بسم الله الرحمن الرحيم
١٣٨٤

刑法講義錄

目次

法ノ總論　丁
法律ノ種別　一
社會刑罰權ノ事　十
維新後刑法ノ沿革　十
法律ノ解釋法　三
刑法　三
第一編　總則　十
第一章　法例　四
罪ノ解　四
罪ノ差別ニヨリ生スル利益　五

第一　刑法問フ所ノ事如何　百三
第二　刑法及フ所ノ時如何　百十四
一　刑罰ニ關スル法律ノ事　百十五
二　訴訟手續ニ關スル法律ノ事　百三十
三　期滿免除ニ關スル法律ノ事　百三十四
第三　刑法及フ所ノ土地如何　百四十三
第四　刑法及フ所ノ人如何　百四十三
一　一國ノ法律ハ如何ナル土地ヲ支配スルカ　百四十四
(一)　領海ノ事　百四十六
(二)　佛國軍隊ノ占領スル場所　百四十八
(三)　船艦ノ事　百五十
二　一國ノ法律ヲ遵奉スヘキ者ハ何人ナリヤ　百五十五

三　佛國ノ法律ハ其邦土外ニ於テ犯シタル如何ナル犯罪ニ及フヘキヤ　百六十七
(一)　外國ニ於テ外國人ノ犯シタル罪　百六十七
(二)　外國ニ於テ佛蘭西人ノ犯シタル罪　百七十三
第二章　(略)
第三章　(略)
第四章　不論罪及ヒ減輕
第一　不論罪ノ事　二百三十一
(甲)　靈智ナキ者　二百三十一
一　年齡ニ原由スル無智　二百三十三
二　精神ノ變態ニ因リテ靈智ナキ者　二百三十四
(乙)　自由ナキ者　二百四十四
二百五十九

一　有形ノ强制　二百六十
二　無形ノ强制　二百六十一
三　正當防衛　二百七十九
(一)　襲擊ノ目的ハ何ニ在ルヲ要スルヤ　二百八十一
(二)　襲擊ノ所爲ノ性質ハ如何ナルヲ要スルヤ　二百八十八
(三)　正當防衛權ノ限界如何　三百五
第二　宥恕減輕ノ事　三百十四
一　年齡ニ原由スル宥恕減輕　三百十七
二　自首減輕　三百二十一
三　挑激ニ原由スル宥恕減輕ノ事　三百三十一
第三　酌量減輕ノ事　三百五十四

第五章　再犯加重　三百五十九
第六章　加減順序　三百八十八
第七章　數罪俱發　四百一
第八章　數人共犯　四百二十九
第一節　正犯　四百三十八
第二節　從犯　四百六十一
第九章　未遂犯罪　四百七十四
第一　犯罪ノ希望　四百七十五
第二　執行ノ決心　四百七十七
第三　豫備ノ所爲　四百七十九
第四　執行ノ端緒　四百八十一
第五　執行ヲ完結シテ其効ヲ生セサル場合

第六　執行ヲ完結シテ其効ヲ生シタル場合　四百八十二

刑法講義錄

教官　高木豐三　講述　井土經重　筆記

第一回　明治十八年四月廿八日

凡ソ法律ヲ講セントスルニハ必ラス先ツ法ノ何物タルヲ知ラサルヘカラス故ニ今茲ニ日本刑法ヲ講述セントスルニ方リ先ツ左ノ題目ヲ設ケテ法ノ何物タルヲ說カントス

㊀法ノ總論

今茲ニ漢字ノ法ノ字ヲ藉リ來リテ單ニ法ト稱スルモノハ佛語ニテ之レヲ「ロアー」ト云ヒ英語ニテ之レヲ「ロー」ト云フ漢字ノ法ト云ヒ佛語ノ「ロアー」ト云ヒ種々ノ解アリト雖モ各偏スル所アリテ未タ其全キ者ヲ見ス余ハ是等區々ノ說ヲ述フルハ徒ラニ諸君ノ精神ヲ疲勞センコトヲ恐ルヽカ

故ニ一言以テ法ノ何物タルヲ說カントス

法トハ何ソ事物必然ノ理即チ是レナリ凡ソ地球上ノ森羅萬象皆此法アラサルハナシ今二三ノ例ヲ擧クレハ現ニ吾人ノ棲息スル所ノ地球ハ一轉シテ晝夜ノ別ヲ爲シ又軌道ヲ一週シテ一年四時ノ別ヲ爲ス千歲猶ホ一日ノ如キナリ抑此地球ハ何ニ因テ斯ク千萬年モ猶ホ同一樣ノ現象ヲ呈スル乎是レ他ニアラス地球運轉ノ法アルカ故ナリ又果實ノ梢ヨリ落チ水ノ卑ニ就キテ流ルヽ如キハ物理學ノ所謂重力ノ法アルカ故ナリ又河海ノ水蒸騰シテ空際ニ昇リ凝結シテ雨トナリ雪トナリ再ヒ地上ニ降リ來ルモノハ是レ亦物理學ノ熱力重力ノ法アルニ因ルモノナリ其他種々ノ物體相結合シテ更ニ一物ヲ成シ或ハ植物ノ萌芽ヲ發

シ花ヲ開キ實ヲ結フ等或ハ動物ノ生産シテ其成長ヲ遂ケ終ニ死スルニ至ル如キ皆一定ノ法則ニ從フモノナリ

偖是等ノ現象ハ是レ天地間ノ萬物皆自ラ其然ランコトヲ欲シテ然ルニアラスシテ天然必ス然ラサルヲ得サルノ法ニ因テ生スルナリ佛語ニ之レヲ稱シテ「ロアー」「フアタール」ト云フ其意味ハ先ツ天命法トモ譯スヘキモノナラン即チ天ノ命シタル儘ト云フノ意ナリ故ニ余ハ今茲ニ法ノ義解ヲ下シテ事物必然ノ理即チ法ナリト論定ス是レ未タ充分ニ穩當ナリト斷言スルヲ得サレトモ茲ニ姑ラク此論定ニ從ハントス

今茲ニ諸君ト共ニ講究セント欲スル所ノ法トハ前ニ述ヘタル物體ノ法則ナルカ否余輩ノ將ニ講究セント欲スル所

ノ法則トハ吾人々類ニ關スル法律是レナリ而シテ其法則ノ何物タルヲ說カンニハ先ツ我々人類ハ如何ナル者ナルヤト云フニ就テ一言セサルヘカラス

夫レ人ハ有機物體中ノ一ニシテ其始メニ生産シ中ロニ成長シテ遂ニ喪死スルコト又其生活ヲ保ツ爲メニ渴シテ飲ミ饑ヘテ食ヒ疲レテ眠ル等ノ如キニ至リテハ前ニ所謂天命ノ法則ニ從フモノナリ故ニ此點ニ就テ觀察スル片ハ人ト他ノ動物トノ間ニ於テ毫モ異ナル所ナシ然ルニ人ニハ他ノ無機物有機物ニナキ所ノ靈妙ナル天賦固有ノモノアリテ存ス從テ又以上ノ法則ノ外別ニ從フヘキ法則アリ何ヲカ人ニ天賦固有ノモノト云フ乎曰ク人類ニハ靈智自由トノ二者アル即チ是レナリ而シテ此ノ二者アルハ即チ

人ノ禽獸ト異ナル所ニシテ萬物ノ靈長タル所以ナリ是レヨリ靈智自由ヲ簡單ニ說明セン

靈智トハ前ニ述ヘタル天命法ノ外人ノ當サニ行フヘキコトヲ行ヒ行フヘカラサルコトヲ行ハサルノ本分即チ人類ノ行狀法學者ノ稱シテ道德法ト云ヘルモノ在ツテ存スルコトヲ知ラシムルノ能力ヲ云フ故ニ是レヲ一言スレハ靈智トハ人ニ道德法アルヲ知ラシムルモノヲ云フナリ

自由トハ既ニ靈智アリテ人ニ道德法ノ存スルコトヲ知リ之レヲ知リテ而シテ後其道德法ニ從フト從ハサルトハ隨意ナルコト是レナリ而シテ此自由アルカ故ニ或ハ事ヲ行フアリ行ハサルアリ其行ヒタル事柄ト行ハサル事柄トハ人間ノ行狀法即チ道德法ニ適フヤ否ヤヲ判斷スル能力ア

リ佛語ニ之レヲ「サンスモラール」(即チ道德上ノ感覺)又ハ「コンシヤンス」(即チ良心)ト稱ス

以上述フル所ヲ畧言スレハ人ニ靈智アリテ道德法アルコトヲ知ラシメ而シテ又自由アリテ之レニ從フト從ハサルコトヲ得セシムルナリ

己ニ人ニハ自由アルコトヲ說ケリ而シテ此ノ自由ハ即チ天性ニアルモノトスレハ從ツテ又必然ノ果効ヲ生スルナリ何ヲカ自由必然ノ果効ト云フ人ニ責任(レスポンサビリテー)アルコト是レナリ前ニ述ヘタルカ如ク人ノ當サニ遵フヘキ道德法アリ而シテ之レニ遵ハサル片ハ乃チ責任ヲ生スヘキ道理ハ近ク今日ニ例ヲ取ルニ人定ノ法律アリテ之レニ反スレハ其責任ヲ免カルヽコト能ハサルト同一

ニシテ自由アレハ亦之レニ責任ヲ生スルノ道理ハ蓋シ諸君ノ疑ヲ容レサル所ナラン既ニ道德ニ反シテ責アリトスレハ此道德法ニ從ツテ行フ所ノ事ハ他人ノ決シテ侵スヘカラサルモノタラサル可カラス此不可侵ノ理之レヲ權利ト云フ故ニ先ツ人ニハ自由アリ從ツテ責任ヲ生シ責任アリ又從ツテ權利ヲ生シ來レルナリ

若シ吾人々類ヲシテ孤立シテ生活スヘキ者ナラシメハ上ニ所謂權利如何ノ問題ハ世ニ無用ナルヘシ蓋シ權利如何ノ問題ハ甲者道德法ニ從フテ事ヲ行フニ當リテ乙者之レヲ妨害スル片ニ始メテ其必要ヲ生シ來ル者ナレハナリ故ニ先ツ人ハ孤立シテ生活スヘキモノナルヤ將タ群居社會ヲ爲スヘキモノナルヤヲ論定セサルヘカラス

此問題ニ就テハ古來哲學社會ニ種々ノ議論アリテ千七百年ノ末ニ至ルマテ頗フル噪シカリシカ當時佛ノルーソー氏日耳曼ノピコフハンドルフ氏等ノ學者ハ今日コソ人類ハ斯ク社會ヲ爲シ群居スレ𪜈太古ニ在リテハ孤立獨居シタルニ疑ナク而シテ此獨居ハ即チ自然ノ狀態ナリトノ說ヲ爲セリ然リト雖𪜈今日ニ在リテハ是等ノ說ハ何人モ之ヲ信スル者ナク人ハ社會ニ生レ又社會ノ爲メニ生ルヽ者ナリト云フヲ以テ今日ノ定論ト爲ス既ニ人ハ社會ヲ爲シテ生活スヘキ者ニシテ而シテ現ニ社會ヲ爲スニ於テハ所謂各人ノ權利ナルモノハ相互ニ牴觸シテ遂ニ紛爭ヲ生スルコトアルハ蓋シ勢ノ免カレ難キ所ナリ而シテ此各人ノ權利如何ノ爭ヲ生スルニ際シ之レヲ裁判スルニ只其腕力

ニ訴フルノ外ナキノ情況ハ古今野蠻國ニ於テ往々見ル所ナリ若シ夫レ此ノ如クナレハ正當ノ權利未タ必スシモ勝ヲ制スルコト能ハサルナリ是レ其稍秩序アル人間社會ニ於テハ古今何レノ國ヲ論セス萬國皆政府ノ設ケアル所以ニシテ而シテ政府ハ即チ人民ノ權利ヲ保護スルヲ以テ其本分ト爲ス所以ナリ

抑此一國ノ政府ナルモノハ如何ナル方法ヲ以テ各自人民ノ權利ヲ保護スルヤト云フニ他ナシ法律ノ力ニ依テ此本分ヲ盡ス者ナリ其所謂法律トハ上ニ述ヘタル天命ノ法ニモアラス又純粹ノ道德法ニモアラス即チ今日人間社會ニ於テ總テ國民ノ義務又ハ權利ノ限域ヲ定メ而シテ之レニ違フ者ニハ各其制裁ヲ與フル所ノ規則ト云フニ外ナラサ

ルナリ今ヨリ諸君ト共ニ講究セントスル法律即チ是レナリ是レヨリ法律ノ種別ヲ説カントス

○法律ノ種別

法律ノ種別ハ一ニシテ足ラス先ツ學問上ヨリ大別スル片ハ性法(ドロアー、ナチユレール)及ヒ人定法(ドロアー、ポシチフ)ノ二種ナリ性法トハ社會ヲ爲シテ生活スル人生ニ最モ適合シタル法理ニシテ未タ立法者ノ之レヲ成文ニ掲ケサルモノヲ云フ故ニ此性法ハ諸般ノ法律ヲ設クルニ摸範トナル所ノ者ナリ(此ノ性法ハ或ハ自然法或ハ天然法若クハ天法ト稱ス)人定法トハ諸君ノ已ニ知ラルヽ如ク成文法ニシテ現ニ一國社會ニ行ハルヽ所ノ一切ノ法則ヲ總稱スル者ナリ

凡ソ此法律ハ人類相互ノ關係ヲ支配スル者ナリ而シテ此關係ハ實ニ千差萬別ニシテ種々ノ趣アリ隨テ法律ニ於テモ亦種々ノ別ヲ生シ來ルモノナリ今此人定法ヲ別ツテ私法、公法ノ二種トナス私法トハ特ニ人民相互ノ關係ヲ支配スル民法、商法、訴訟法ノ如キモノ是ナリ公法又分ツテ二種トス即チ內國公法、萬國公法是レナリ內國公法トハ國權ノ構成ト各人トノ關係ヲ規定スル法律ニシテ即チ憲法、行政法、刑法、治罪法ノ如キ是レナリ萬國公法トハ國ト國トノ關係即チ平時若クハ戰時ニ當リテ各國相守ルヘキ法律ヲ云フ但シ萬國公法ハ內國ノ公法ト異ニシテ裁判所ナク從ツテ又訴訟手續ナク即チ之レカ制裁ヲ掌ルノ權柄ナシ故ニ此法ハ眞正ノ法律ト云フヘキモノニアラス或人ノ説ニ曰

ク萬國公法ニモ亦制裁アリ如何トナレハ戰爭アルニ際シテハ之レカ宣戰ノ布告ヲ爲シテ以テ敵國ヲ攻擊ス是レ則チ萬國公法ノ制裁ナリト寔ニ戰爭ニハ大抵勝敗ノ結局アルモノナレハ强テ言ヘハ之レヲ一種ノ制裁トモ云フコトヲ得ヘシト雖氏是レ畢竟事實上ノ結果ニ過キス故ニ彼ノ道理ニ基キ正邪曲直ヲ判定シテ與フル所ノ制裁ト日ヲ同フシテ語ルヘキ者ニ非サルナリ

以上法律種別ノ大要ナリ而シテ余カ今ヨリ諸君ト共ニ講究セントスル所ノ法律ハ此種別ノ内ニテ何レノ部類ニ屬スルカト云フニ即チ人定法タル内國公法ノ一部分ニ屬スル所ノ刑法即チ是ナリ

刑法トハ諸君モ已ニ知ラルヽ如ク罪トナルヘキ事實ト之レヲ犯シタル者ニ施スヘキ刑罰ヲ定メタル者是レナリ而シテ此ノ罪人ニ刑ヲ施スノ事實ハ何レノ國ヲ論セス苟クモ法律ノ設ケアル社會ニ於テハ皆然リ然レ氏抑此刑法ヲ設ケテ人ヲ罰スルハ正當ノコトナリヤ否ヤヲ論スルニ至リテハ唯古來ヨリ何レノ國ニ於テモ行ハレ來リタリト云フノミニテハ果シテ其事ノ正當ナルヤ否ヤヲ證明スルニ足ラス故ニ學問上ニ於テハ社會ハ何ニ因テ刑罰ノ權ヲ有スルヤ若シ之レヲ有スル者トセハ其權ノ性質ハ如何ナルモノナルヤ語ヲ換ヘテ云ヘハ社會カ刑罰ヲ行フハ正當ナル乎又如何ナル區域内ニアリテ之ヲ行フヲ正當ト云フヘキヤヲ講究セサルヘカラス即チ社會刑罰權ノ大略ニ論及スル所以ナリ

第二回 明治十八年四月三十日

前回ニハ天地間ノ萬物ニ法アルコト並ニ法ノ何物タルコト次ニ萬物ト人類ト相異ナル所以及ヒ人ニハ別ニ法アリ而シテ其法アルヲ知ルハ靈智アルニ由リ又人ニ自由アリ自由アルカ故ニ責任ヲ生シ責任アルカ故ニ權利ヲ生スルコト又此權利ト責任タル人類ノ社會ヲ爲シテ生活スルカ爲メニ最モ必要ナルモノニシテ此權利責任ノ相牴觸セサルカ爲メニハ即チ政府ヲ設ケ法ニ依テ之レヲ處理スルヨリ外ナキ所以ヲ說キ終ニ社會刑罰權ノ事ニ論及セントセリ乃チ本日ハ社會刑罰權ノコトヲ講述セントス

○社會刑罰權ノ事

凡ソ何レノ社會ヲ問ハス法理ノ制裁トシテ或ハ執行ヲ强ヒ或ハ賠償ヲ命スルコトハ古今ニ通シテ同シキ所ナリ然ルニ是等制裁ノ方法ニ付テハ古來未タ一人ノ之レニ非難ヲ試ミタル者アルヲ聞カス是レ畢竟社會ノ權力ニ於テ相當ノ處分ト思考セシニ由ルナラン然ルニ均シク法律制裁ノ一タル刑罰ヲ用ユルノ方法ニ付テハ其不當タルヲ疑フ者頗ル多ク或ハ曰ク凡ソ他人ノ權理ヲ侵害シタル者ニ對シテ刑罰ヲ施スコトハ理ニ於テ正當ナルヤ將タ刑罰ヲ用非ルノ制裁ハ文明社會ノ人ノ創造セシモノナルヤ否ヤ尙ホ之レヲ詳言スレハ人ノ最モ貴重スヘキ權利自由ヨリ財産性命ニ至ルマテ法律ニ依テ之レヲ剝奪シ去ルハ是レ社會ノ權力ヲ濫用スルモノニ非サル乎ト此問題ニ付テハ古

來ヨリ哲學者ノ間ニ在テ議論種々ニ分レ殆ント其底止スル所ヲ知ラサルノ有樣ナレハ今日ヨリ其諸說ノ大略ヲ列叙シテ其定論即チ日本刑法ノ主義ニ說キ及ホサントス

第一　復讐主義ノ說（システーム「ドラ」「ウハンジクト」）

此主義ノ說タル最モ古ク行ハレタル所ニシテ凡ソ上古未開ノ社會ニ在リテハ私ノ復讐即チ被害者直チニ其行害者ニ向ッテ讐ヲ報スルコトヽセリ即チ是レ野蠻國刑法ノ主義ナリキ蓋シ此主義ニ在リテハ相互ニ私ニ讐ヲ報スルコトナレハ毆打ノ害ヲ受ケタル者ニシテ故殺ヲ以テ之レニ報シ單ニ罵詈ヲ受ケタル者ニシテ謀殺ヲ以テ之レニ報ユル者アルニ至ルハ勢ノ免カレサル所ナリ故ニ其弊ヲ矯メンカ爲メ社會即チ其野蠻ナル政府カ

此復讐ニ干涉スルコトヽナレリ而シテ其之レニ干涉シタル方法如何ト云フニ畢竟其復讐ニ制限ヲ設ケタルニ過キス即チ佛語ノ「ロア」「ジュ」「タリヲン」（譯シテ同酬法ト云フ）ヲ設ケテ復讐ニ制限ヲ加ヘタリ同酬法トハ如何ナル者ナリヤト云フニ其被害者受ケタル害ト同樣ノ害ヲ以テ之ニ酬ユルト云フ意ニテ即チ打チタル者ハ之レヲ打チ傷ツケタル者ハ之レヲ傷ツケ以テ之レニ報ユルノ法ナリ是レ亦人民ノ私ニ行フ所ナリシカ其後稍世ノ開明ニ進ムニ及ンテ復讐ノ事ハ之レヲ被害者ニ委ネスシテ僧侶ノ任スル所ト爲セリ是ヨリシテ神讐（佛語「ウハンジヤンスチウヰヌ」）（神明ノ復讐）ト云ヘル稱ヲ來セリ後又更ニ一層ノ開明ニ進ムニ及ンテ國ヲ以テ一個ノ無形人ナ

リトノ思想ヲ起シ夫レヨリシテ犯罪ニ因リ國家ノ害ヲ蒙ムルコトハ尚ホ被害者其人ニ於ケルト一般ナリト云フノ理ヲ會得シ從テ又國家ニ對スル賠償ノ必要ハ猶ホ一私人ニ對スル賠償ノ必要ト一般ナルコトヲ感スルニ至レリ是ヨリ復讐ノコトハ之レヲ被害者ニモ委セス僧侶ニモ任セス即チ一國社會自カラ其復讐ヲ司トルニ至レリ而シテ其國「民政主義ナル片ハ公衆ノ復讐」「ウハンジヤンス、ピユブリック」ト稱ヘ立君政體ノ國ニハ之レヲ王家ノ復讐「ウハンジヤンス、ロアヰアール」ト唱ヘリ然レ𪜈未タ其主義ニ至リテハ到底復讐ノ趣意ヲ脫スル能ハス故ニ其刑罰ハ概ネ慘酷ヲ極メ或ハ火刑或ハ車裂等ヲ用ヒ來レリ此說ノ行ハレ來リシコト近ク一千七百年代ノ

末ニ及ヒ此頃ヨリシテ更ニ一種ノ說ヲ唱フル者アリ之レヲ第二ノ主義トス

第二　社會合約說（システーム「ジユコトラ」「ソシアール」）

今此說ノ大畧ヲ云ヘハ人ノ始メテ社會ヲ爲スニ當リテヤ各其固有ノ自由ト權利トヲ保タンカ爲メニ各其權利自由ノ一部分ヲ割テ之レヲ社會ニ與ヘ而シテ若シ己レ自カラ他人ノ權利自由ヲ害スル片ハ己モ亦其權利自由若クハ生命ヲモ失フヘシト云フコトヲ約諾セル者ナリ之レヲ一言ニシテ云ヘハ自己ノ權利自由生命ヲモ放棄センコトヲ契約セリト爲スモノナリ而シテ社會ノ刑罰ヲ行フハ即チ人ノ始メテ社會ヲ爲ス片ニ起因スルモノナリト是レ此說ノ大要ナリ

此說タル彼ノ有名ナル佛ノルーソー及ヒモンテスキユ
ー氏等ノ首唱ニ出テシ所ナリ是等有名ナル學者ノ首唱
ニ係レルカ故ニヤ其說一時ハ盛ニ行ハレタリト雖ヒ最
早今日ニ至リテハ之レヲ信スル者ナキニ至レリ實ニ此
ノ如キ契約ヲ爲シタリトノコトハ史乘ニ口碑ニ共ニ之
レヲ徵スル能ハス又假リニ此說ノ如ク最初契約アリシ
モノトスルモ人ノ生命及ヒ自由ハ所謂天賦ノモノニシ
テ人ノ私ニ處分スル能ハサルモノニシテ從ツテ契約ノ
目的物トナスコト能ハサルモノナリ人ノ生命ハ即チ自
己ノモノナリトスルモ私ニ之レヲ處分スル能ハサルモ
ノナリ或哲學者カ自殺ノ非理ナルヿヲ說ケリ其言ニ曰
ク凡ソ人ノ此世ニアルハ尙兵士ノ陣營ニアルカ如シ兵

士ニシテ上司ノ命令ヲ俟タス恣ニ其陣營ヲ脫スル片ハ
即チ罪アリ人ニシテ此世ノ辛酸ヲ厭ヒ爲メニ自ラ死ス
ルカ如キハ恰カモ兵士ノ恣マヽニ陣營ヲ脫スルニ異ナ
ラスト是レ即チ自己ノ恣マヽニ死スルハ天命ニ背クモ
ノナルコトヲ說ケルモノナルヘシ之レヲ以テ各人自己
ノ自由及ヒ生命ヲ處分スルノ權利ナキコトヲ知ルニ足
ルヘシ既ニ自ラ處分スルノ權ナキモノトセハ之レヲ放
棄センコトヲ約スルモ亦其約束ハ固ヨリ無効ニ歸スヘ
キモノナリ故ニ假令所謂社會ノ契約アリシモノトスル
モ到底此說ハ今日ニ行ハルヘキモノニ非ス

第三　正當防衛ノ說（レヂチーム「デフハンス」「ソシアール」）直
譯社會ノ正當防衛

此說ノ大要ハ人各自ラ生存スルノ權アリ從ツテ自カラ防衛スルノ權アリ社會モ亦之レニ異ナラス故ニ社會犯人ノ爲メ其安寧ヲ害セラルヽニ至リテハ乃チ此ノ保存ノ權ヲ行ヒ以テ自ラ防衛セスンハアルヘカラス社會ノ刑罰ヲ行フハ即チ此ノ防衛ノ權ヲ行フモノナリト是レ第三說ノ大要ナリ

此說モ亦取ルニ足ラス諸君ハ今之ヲ聞クニ當リテ直チニ其取ルニ足ラサルヲ知ラレタルヘシ凡ソ正當防衛ノ權タル緊急避クヘカラサルノ危害ニ遭遇シタル現時ニ於テ之レヲ行フヲ得ルノミニシテ既ニ其危害ノ過キ去リタル後ニ行フヲ得ヘキモノニアラス刑罰ハ緊急ノ危害既ニ過キ去リタル後ニ行フモノナリ故ニ之レヲ正當

防衛ト云フヲ得ス是レ即チ此說ノ以テ用刑ノ主義ト爲スヘカラサル所以ナリ

第四　實利主義ノ說（システーム、ド、リユチリテー、ソシアール）直譯社會ノ便益

此說ハ專ハラ彼ノ有名ナル英國ノベンザム氏ノ首唱セシ所ニシテ此說ヲ略言スレハ實利ハ即チ道理、實利ノアル所ハ即チ道理ノ存スル所ナリト云フニ過キス故ニ此說ノ主意ハ凡ソ罪ヲ犯スモノアル片ハ社會ニ害アリ其害ヲ除クハ即チ社會ノ便益ノ爲メナリ故ニ苟クモ之レヲ罰シテ利益アレハ即チ之レヲ罰スルノ權利アリト云フニ在リ

此說タル道理ヲ蔑如スルモノニシテ一ニ實利即チ利益

便利ヲ主トスルモノナルカ故ニ之レヲ以テ直チニ刑罰ノ主義ト爲スヲ得ス今其所以ヲ說カンニ彼ノ「コレラ」病ノ如キ流行病ハ社會ニ非常ノ害毒ヲ流スモノナリ此實利主義ニ依ルトキハ斯流行病患者モ亦之レヲ罰セサルヲ得サルニ至ル如何トナレハ其害毒タル僅カニ一個人ノ盜難ノ如キニ非スシテ數千萬人ノ生命ヲ奪ヒ去ルニ至ルモノナレハナリ故ニ單ニ社會ノ害ヲ除クハ社會ノ爲メナレハ之レヲ罰スルノ權アリトスレハ斯ノ如キモノモ亦罰セサルヲ得サルニ至ルヘシ蓋シ實利ノアル所ト正理即チ道理ノアル所ノ相異ナルハ我々日常人事處辨ノ間ニ於テ實驗スル所ニシテ即チ此事ハ正當ナリト云フニ利益ナク此事ハ利益アリトスルモ正理ニ協ハサル

モノアルコトアリ故ニ此說モ亦以テ刑罰ノ主義ト爲スコトヲ得ス

第五　命令主義ノ說（システーム、ジユ、コンマンドマン）

此說ノ主義タル社會カ其秩序ト安寧ヲ保ツカ爲メニハ命令ヲ下シテ自ラ保護スルノ權アリ既ニ命令權アリトスレハ之レニ從ハサルモノニ對シテ制裁ヲ與フルノ權ナカルヘカラス故ニ社會ニ刑罰アルハ此命令ヲ執行スルノ權アルニヨルモノナリト

此說タルヤ殊ニ淺劣ノ說ト信ス如何トナレハ抑社會刑罰權ノ原因基本ヲ論スルニ當テハ先ツ其命令ヲ下ス以前ノ原理如何ヲ示サヽルヘカラス然ルニ只單ニ命令ヲ下スノ權アルカ故ニ之レヲ執行スルノ權アリト云フノ

ミニテハ毫モ原理ノ如何ヲ說クモノニアラス尤モ此說ハクラケリー、ベソール等ノ學者ノ說ク所ナレ𪜈余ハ之レヲ以テ淺劣ノ說ト思惟スルナリ然ルニ近頃我國ニ於テモ好ンテ此說ヲ主張スルモノアリ余其何故タルヲ知ラサレ𪜈恐ラクハ世間一般ニ行ハルヽ所ノ說ハ既ニ世人ノ耳ニ狃レ稍陳腐ニ屬スルノ嫌アルヨリ唯世人ノ耳ニ新シカランコトヲ欲シテ此說ヲ提出シタルモノニアラサル歟到底此說モ未タ以テ刑罰權ノ本源ヲ說クノ原理トスルヲ得サルナリ

第三回明治十八年五月五日

前回ニハ刑罰權ノ事ニ說キ及ヒ半ハニテ講義ヲ終リタリ

本日ハ其續キヲ說カン

第六　純正主義（システーム、ドラ、ジュスチースアブソリユ）

此說ハカント氏ノ主唱シタル說ナリ其說ノ大要ニ曰ク社會ノ權柄ハ神明ノ代理者ニシテ其威權ノ囑托ヲ受ケタル者ニ外ナラス刑罰ハ犯人カ道德法ニ向ッテ契約シタル負債ノ辨償ト異ナル所ナシ而シテ社會ハ之ヲ要求スル權柄ヲ有スル者ナリ又曰ク正邪善惡ハ天性良心ノ感覺スル所ナルカ故ニ善事ヲ爲セハ必ス慶報（即チ賞）ナカルヘカラス又惡事ヲ爲セハ必ス殃報（即チ罰）アルヘシトハ古今萬國ノ人心ニ通シテ皆同シキ所ナリ人ノ正道ヲ守リ善行アルヘキハ道德法ノ本分ナリ然ルヲ若シ其本分ニ背キ不正不善ノ行アル片ハ社會ハ即チ神明ニ代

リテ之レニ殃報ヲ與ヘサルヘカラス而シテ其制裁ヲ與フルニハ必スシモ其事ノ社會ニ害アルト否トヲ問ハス即チ之レヲ罰シテ社會ニ利益アルト否トヲ問フコトヲ要セス苟モ其事ノ不正タル以上ハ社會ハ之ヲ罰スヘキモノナリ一言ニシテ之ヲ言ヘハ社會ハ神明ニ代リ純然タル正義ニ照シテ人ノ言行ヲ賞罰スヘキモノナリト是此說ノ大要ナリ此說タル善且ツ正シキヲ賞シ邪且惡シキヲ罰スルノ正道ニ基因スルモノニシテ正論ト云フヘシ然レ𪜈之ヲ以テ刑罰權ノ原理ト爲スニ於テハ其事柄ハ社會ニ對シテ一點ノ害ナク單ニ道德法ニ反スト云フヲ以テ之ニ刑罰ヲ施サヽル可カラサルニ至ル若夫レ此ノ如クナル片ハ道德ト法律トヲ混同スルモノニシテ即

チ社會ニ一點ノ害ヲモ爲サヽル所爲ヲモ罰スヘキノミナラス遂ニ外形ニ顯ハレサル邪思惡念ヲモ亦之ヲ罰スヘシト云フノ酷論ニ至ル是亦此主義ヲ獨立シテ刑罰權ノ基本ト爲スヲ得サル所以ナリ

以上ノ數說各一理アリ然レ𪜈今其一ヲ取リテ刑罰ノ主義其本ト爲スニ於テハ各其弊害アリ是ニ於テカ佛國ニ有名ナルキゾー「ブログリ」「ロシー」及ヒ近世有名ナル刑法學者オルトラン「フォースタンエリー」氏等ハ皆其一ニ偏スヘカラサルヲ覺リテ即チ前キニ述ヘタル純正主義ト實利主義ヲ折衷シ以テ一說ヲ爲セリ之ヲ「テオリー」エクレクチック「折衷論」ト云フ即チ今日ノ定論トスル所ナリ今此說ノ大要ヲ略言スレハ前回ニモ述ヘタル如ク人ニハ

正邪善惡ヲ識別スヘキ道德上ノ感覺即チ良心ナルモノ有テ人ノ當サニ行フヘキ法アルヲ知リ而シテ又自由ナル者アルカ故ニ其法ニ從フ事ヲ得然ルヲ强テ之ニ背ク片ハ純理ニ於テ其責ナキヲ得ス社會ハ又其秩序安寧ヲ保存スルノ權アリ故ニ其所爲ニシテ苟モ害アル片ハ社會ハ之ヲ防カサルヲ得ス又之ヲ罰セサルヲ得ス人ニハ惡事ヲ爲シタルノ責アリ社會ニハ其害ヲ除キテ安寧ヲ保ツノ權アリ是レ正道ニ反シ且ツ社會ヲ害スル所爲ニ對シテ刑罰ヲ施スノ當然ナル所以ナリ是レ即チ近世ノ定論トスル所ノ大要ナリ此說ハ前ニ述ヘタル如ク純正主義ト實利主義トヲ折衷シタルモノナリ然レハ社會カ此主義ニ基キテ刑罰ヲ行フノ權利ハ彼ノ純正主義ノ主

唱者タリシカント氏ノ所謂社會ノ權柄ハ神明ノ代理者ナリ神明ノ囑托ヲ受ケタリト云フ說ナルカト云フニ近時ノ學者社會ニ於テハ神明云々ノ說ニハ從ハサルモノノ如シ而シテ刑罰權ノ本源ハ何レニ基クモノナルヤヲ考究スルニオルトラン氏ハ其著書中ニ社會ト犯者トノ問答ヲ設ケ以テ刑罰權ノ本源ヲ說明セリ其問答ハ左ノ如シ

犯人社會ニ向ッテ曰ク「汝何ソ我ヲ擊ッヤ」社會曰ク「汝カ自ラ招ク所ナリ」犯人曰ク「汝ハ何ノ爲メニ自ラ手ヲ下シテ我ヲ擊ッカ「誰ノ命ヲ受ケテ自カラ裁判官トナリ又刑罰ヲ行フカ」社會ハ之レニ答テ「我保存ヲ圖リ我安寧ヲ保ツ爲メナリ」ト

今此問答ニ依リ刑罰ノ基本トスル所ヲ探究スレハ社會ハ安寧ヲ保存スルノ權アリ故ニ刑罰ノ權アリト云フニ過キス然ルニ只是レノミニテハ未タ諸君ノ滿足ヲ望ムヘカラス是レヨリ余カ說ヲ加ヘテ聊カ辨明スヘシ

今社會ヲ人ニ譬テ說カンニ凡ソ人ニ生存ノ權アリ從テ性命保存ノ權アルコトハ諸君ノ疑ハサル所ナラン人ニシテ性命ヲ保存スルノ權アル片ハ其性命ヲモ害スヘキ癩疽脫疽ト稱スル如キ惡症ノ病ヲ發スルニ當リテハ即チ之レヲ療治シテ其身命ヲ保全スルヲ計ルモ亦疑ヲ容レサル所ナリ而シテ之レヲ治スルニハ如何ナル方法ヲ用ユヘキヤト云フニ必スヤ醫藥ヲ用ユルカ或ハ皮膚ヲ破リ或ハ肉ヲ切リ去リ或ハ骨ヲ切斷スル等ノ治療手術

ヲ施サヽルヲ得ス是レ即チ身體性命ヲ保ツニ必然欠クヘカラサル處分ナリ社會モ亦猶ホ人ノ如シ而シテ兇惡ノ者ノ罪ヲ犯シテ社會ノ害ヲ爲スハ猶ホ人ニ疾病アルカ如シ社會カ其保存安寧ヲ計リテ之ニ刑罰ヲ施スハ猶ホ人ノ病ヲ治スルニ醫藥手術ヲ施スカ如シ人ノ疾病ハ固ト毒ナリ醫藥モ亦毒ナリ其疾病ノ毒ヲ治スルニ醫藥ノ毒ヲ以テス犯罪ハ兇行ナリ刑罰ハ兇器ナリ兇行ヲ治スルニ此刑罰ト云ヘル兇器ヲ以テス恰モ人ノ病ヲ治スルニ醫藥ヲ以テスルト同一理ナリ是社會ニ刑罰權アルハ人ニ疾病ヲ治スルノ權アルニ異ナラスト云フ所以ナリ而シテ人ニ性命保存ノ權アリテ而シテ後チ病ヲ治スルノ權アリ是レ社會ニ保存權アリト云フヲ以テ從テ刑

罰ヲ行フノ權アリト云フコトヲ解シテ疑ヲ容レサル所以ナリ

我刑法ハ以上何レノ説ヲ以テ基本ト爲シタルカト云フニ諸君モ知ラルヽ如ク日本刑法ハ我師ボアソナード氏ノ起草セシ所ナリ而シテ氏ハ專ハラオルトラン氏ノ説ヲ信スルモノナリ故ニ我刑法ノ主義トスル所モ亦オルトラン氏ノ主張シタル所ノモノニシテ即チ前ニ述ヘタル折衷論ナリトス左レハ此折衷論ノ當否如何ハ暫ラク措キ苟モ我刑法ヲ讀ミ我刑法ヲ講スルモノハ此主義ヲ以テ指針トナサルヘカラス若シ然ラサル片ハ假令之レニ勝リタル説アリトスルモ或ハ佛教主義ヲ以テ儒道ヲ説キ儒道ヲ以テ西教ヲ説クト同一ノ結果ニ至ルノ恐レナシトセス故ニ日本

刑法ヲ講スルニハ此主義ヲ基本ト爲サヽルヲ得サルナリ

今此主義ニ基キテ社會ノ刑罰權ヲ執行スヘキ區域ヲ論スレハ第一「道德ニ遵フ所ノ所爲ヲ罰スルヲ得ス即チ道德法ノ罰セサル所ニ刑罰ヲ及ホスヲ得ス第二「道德法ニ罰スル所若クハ禁スル所ノ所爲ト雖氏悉ク之レヲ禁止シ若クハ罰スルコトヲ得ス即チ社會ハ其保存ノ爲メニ必要アルニアラサレハ一個ノ醜行ヲ以テ罪トナスヲ得ス第三「刑罰ハ正理ト有益トノ限内ニ止マルヲ要ス即チ正理ニ反シ且ツ社會ニ無益ナル刑罰ヲ施スヲ得サルナリ

以上刑罰權ノ一ヲ説了シタレハ茲ニ本邦維新後ノ刑法沿革ニ付テ一言セントス

○維新後刑法ノ沿革

明治元年假律ヲ創定ス是レ維新後刑律ヲ設ケタル始メトス此律ハ專ラ明律ト舊幕府ノ律例ヲ折衷シテ制定セシモノナリ明治二年新律編纂ノ命アリ明治三年十二月ニ至リ新律綱領ヲ發布シタリ此律令ハ往々不權衡ノ點アルノミナラス缺點モ亦少カラサリシヲ以テ明治六年五月ヲ以テ改定律令ヲ頒布シ後又之レヲ更正シテ更正律例ヲ編制シタリト然レ𪜈此律令ハ遂ニ頒布ニ至ラサリシモノト信スル而シテ新律綱領改定律令ハ共ニ明清ノ律例ヲ參酌シテ編纂シタルヲ以テ到底不權衡アルヲ免カレス今其一二ヲ擧ケンニ親ノ仇ヲ報セシ者ヲ死刑ニ處シ姦婦ヲ殺セシ者ヲ死刑ニ處セス雇人ノ家長ヲ殺ス者ハ死刑ニ處セスシテ財物ヲ盜ム者ヲ死刑ニ處セリ其他盜罪ヲ罰スルニ贓物ノ多

少ヲ以テ刑ノ輕重ヲ定メ加之刑罰ノ期限ハ一定動カスヘカラサルモノニシテ少シモ酌量輕重スルコト能ハス又律ニ正條ナキ所爲ハ比附援引ノ法有リテ不應爲若クハ違令ヲ以テ其罪ヲ問フカ如キ今日ヨリ之レヲ見レハ實ニ笑フニ耐ヘタルモノアリ其後八年ノ頃ヨリシテ或ハ職制律逃亡律ヲ廢シ或ハ梟首ヲ止ムル等ノ改正アリシモ其全體ノ結構ハ依然明清律ノ主義ヲ存シタルヲ以テ愈改正ヲ加ヘテ愈不權衡ヲ生スルニ至リ到底歐米ノ法律主義ヲ取捨折衷シテ新ニ法律ヲ設ケサルヘカラサルヲ悟リ明治九年ノ政治始ニ際シ時ノ司法卿大木喬任ヨリ刑法改正ノ上疏ヲ爲セリ同四月刑法名例案八十二條ヲ起草シテ太政官ニ上呈セリ同五月十七日之ニ改正ヲ加ヘ改正刑法名例案トナ

シ之レヲ元老院ノ議會ニ付シタリ然ルニ未タ不充分ナル所アルヨリ更ニ修正增補シテ百十七箇條トナシ再ヒ之レヲ太政官ニ上呈シタリ其後又更ニ多少ノ增正ヲ加ヘテ十年十一月ニ至リ始メテ刑法草案全ク成ルニ至レリ是レ即チ佛人ボアソナード氏カ佛文ヲ以テ稿ヲ起シ委員ト共ニ討論編制シタルモノニシテ即チ現行刑法ノ草案ナリ翌十年一月元老院中ニ刑法草案審査局ヲ設ケ前後四回ノ審査ヲ經テ刑法審査修正案成リ之レヲ太政官ニ上呈シテ十三年三月一日之レヲ元老院ノ議決ニ付シ乃ハチ其議定ニヨリ同年七月十七日第三十六號ノ布告ヲ以テ之レヲ全國ニ布告シ十五年一月一日ヨリ之レヲ實施スルニ至リタル者ナリ是即チ次回ヨリ諸君ト共ニ講究セントスル所ノ刑法

ナリ

第四回 明治十八年五月七日

前回ニ於テハ今回ヨリ刑法ノ本文ニ說キ入ルヘキコトヲ述ヘ置キタレ𪜈法律ノ解釋法ヲ知ルコト甚タ緊要ナルヲ以テ今本文ニ移ルニ先チ啣カ解釋法ノコトヲ說カントス

○法律ノ解釋法

刑法ノ解釋ヲ說クニハ法律ノ解釋法ニ種々ノ區別アルコトヲ說カサルヘカラス凡ソ法律ノ解釋ニ二アリ曰ク公ケノ解釋法私ノ解釋法是レナリ而シテ又公ケノ解釋法ヲ分テ立法的ノ解釋法裁判的ノ解釋法ノ二種トス私ノ解釋法トハ學者社會ノ解釋ニシテ專ラ學理ニ基キ各自ノ識見ヲ

以テ法律ノ義解ヲ下シ必スシモ公ケノ解釋ニ撿束セラレサルモノヲ云フ公ケノ解釋法トハ立法官ニ於テ法律ノ意義ヲ說キ判決例ニヨリテ一定スル所ノ者ヲ云フ此解釋ハ一般行法官ヲ撿束シ一國人民ヲシテ皆之レニ從ハシムルコトヲ得ルモノナリ然レ𪜈此解釋ハ時ニ或ハ政略的ノ意想ニヨリ或ハ當局者ノ意想如何ニヨリ或ハ實際ノ得失如何ニヨリテ稍其當ヲ失スルコトアリ是レ學者ノ最モ注意スヘキ所ナリ諸君ハ專ラ實際ニ從事スヘキ資格ヲ有スル人々ナルヲ以テ彼ノ私ノ解釋法ノ如キハ全ク之レヲ知ルコトヲ要セスシテ只此ノ公ケノ解釋法如何ヲ知ルヲ以テ足レリト考ヘラルヽコトモアラン是レ大ナル誤解ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ公ケノ解釋ト雖𪜈多クハ其

源ヲ私ノ解釋ニ取ルカ故ニ我國ノ如キ追々新法ノ出ツヘキ國ニ於テハ先ツ最初ニ其意義ヲ解スルニハ必スヤ私ノ解釋法ニ由ラサルヘカラス現ニ我國ニ於テ彼ノ刑法治罪法ノ如キ新法發布以來ノ實況ヲ見ルニ多少法律學ノ力ヲ有スル者ニ在リテハ毫モ疑ヲ容レサル法文ニ付テモ或ハ質疑ト云ヒ或ハ請訓ト云ヒ或ハ伺ト稱シテ法文ノ意義如何ヲ質問スルモノ殆ント虛日ナシ抑如此ナルモノハ從來當局者即チ執法官カ無學ニシテ所謂私ノ解釋ニ苦ミタルカ故ナリト信ス是即チ諸君ニ於テモ私ノ解釋法ニ注意ヲ要スヘキ所以ナリ

立法的ノ解釋法ハ已ニ公布セル法律ノ不備若クハ不明ノ事項ヲ解說スルカ爲メ更ニ別段ノ法律ヲ以テ其意義ヲ明

解スルヲ云フモノニシテ即チ曩キニ發布シタル法律ト効力ヲ同フスルモノナリ故ニ凡テ行法官タル者ハ勿論人民一般ニ於テモ亦必ス之レニ服從セサルヲ得サルモノナリ」裁判的ノ解釋トハ裁判所各其受理スル事件ニ就キ法章ノ不明ナル者又ハ其兩義ニ渉ルモノアルニ當リ法律ノ意義ヲ解釋スル所ノモノヲ云フナリ故ニ其一定ニ至ルマテハ甲裁判所ト乙裁判所トノ間ニ於テ異同ヲ生スルコト有リ然レ𪜈結局最上ノ裁判所即チ大審院ノ判決ニヨリテ自カラ一定ニ歸着スルモノナリ此裁判的ノ解釋ニ付テ又一ノ別ヲナスヘキモノアリ民法ノ解釋法刑法ノ解釋法ノ別是ナリ

民法ノ解釋ニ付テハ我國未タ成文ノ法典ナキニヨリ從テ

解釋法ヲ定メタルモノナシ只明治八年第百三號ヲ以テ民事上ノ審理法ヲ定メラレタリ其布告第三條ニ曰ク「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニヨリ習慣ナキモノハ條理ヲ推考シテ裁判スヘシ」ト今此布告ノ意ニ依テ推考スルニ他日民法ノ發布アルニ於テハ是等ノコトヲ制定セラルヽナラント信ス佛國民法第四條ニ曰ク「法律ノ欠點不明又ハ不備ヲ口實トシテ裁判スルコトヲ肯セサル裁判官ハ裁判ヲ拒ムノ罪アリトシテ訴ヲ受クヘシ」トアリ而シテ同刑法第百八十五條ニ於テハ裁判官ノ罪ヲ定メタリ其主意ハ即チ法律ノ缺點若クハ不備ノコトアリト雖𪜈法律ノ精神ヲ推シ若クハ條理性法ニヨリテ解釋スヘシト命スル者ニ外ナラサルナリ

刑法ノ解釋法ハ全ク之レト反スルモノニシテ佛國ニ於テモ我國ニ於テモ共ニ然リトス即チ我刑法ノ第二條ニ於テ法律ニ正條ナキモノハ何等ノ所爲ト雖ヒ罰スルコトヲ得ストアリ而シテ其所謂正條トハ被告ノ所爲ニ付テ普通ノ文法ニ隨ヒ明々白々ノ法文アリテ正ニ之レト適合スルニアラサレハ之レヲ罰スルコトヲ得スト命スルモノナリ故ニ刑法ハ區畫シテ解釋スルヲ要ス而シテ法文ニ疑アル片ハ被告人ノ利益ニ論定スヘシ語ヲ換ヘテ云ヘハ刑法ノ解釋法ハ明文ノ外ニ擴充スルコトヲ得ス而シテ若シ其文義二樣ニ解セラルヽカ如キモノ若クハ不明不備等ノ疑アルニ於テハ即チ被告人ノ利益ニ解釋スヘシト是則チ刑法ノ解釋法ニ付テ普通ノ原則トスルモノナリ然レ𪜈茲ニ注意

スヘキコトハ徒ラニ文字ニ拘泥シテ只法文ニ不明ノ廉アリ若クハ兩義ニ解スルコトヲ得ルト云フノミヲ以テ遽カニ被告人ノ利益ニ論決スヘキモノニアラサルコト是レナリ故ニ若シ其法文ニ不明若クハ兩義ニ渉ルモノアルニ當リテハ先ツ文法ノ正則幷ニ論理ニ依テ其本義ノアル所ヲ考ヘ尙且ツ立法ノ精神ト其理由ニ照ラシテ之レヲ考定スルコト最モ必要ナリ此他ノ詳細ナルコト幷ニ適例ノ如キハ後ニ第二條ノ原則ヲ講述スルニ當リ之レヲ說カントスルヲ以テ茲ニハ只解釋法ニ種々ノ異同アルコトヲ示スニ過キサルナリ

刑法

第一編　總則

第一章　法例

法例ヲ分ツテ左ノ數項ト爲ス

第一　刑法間フ所ノ事如何

第二　刑法及フ所ノ時如何

第三　刑法及フ所ノ土地如何

第四　刑法及フ所ノ人如何

今ヤ右ノ第一問ヲ講スルニ先チ罪ノ定義并ニ犯罪ノ種別ノ一ヲ說ントス

○罪ノ解

凡ソ刑法間フ所ノ事之レヲ稱シテ罪ト云フ蓋シ彼ノ神學者若クハ道德學者ノ所謂罪ト其意義ヲ同フスルモノニアラス然ラハ法律學者殊ニ刑法ニ於テ所謂罪トハ如何ナル

者ヲ指スカ是レ則チ罪ノ義解ノ必要ナル所以ナリ曰ク我刑法ハ其所謂罪ノ何タルコトヲ解釋シタル乎歐米各國ノ刑法ヲ通覽スルニ或ハ罪ノ義解ヲ爲サ丶ルモノアリ或ハ文意曖昧ニシテ解ス之レカ義解ヲ爲サ丶ルモノアリ又ハ全クヘカラサルモノアリ彼ノ佛蘭西「獨逸」埃及「以太利」普魯士等ノ刑法ニ於テハ罪ノ義解ヲ爲サス又以太利ノ刑法草案ヘツセンカリホルニヤノ刑法ハ何レモ罪ノ義解ヲナスモノ丶如ク然リ偖我日本刑法ニ於テハ如何ト云フニ此問題ニ答フルコト甚ハタ至難ニシテ一言之レニ答フルヲ得ス刑法第一條ノ首項ニ曰ク「凡法律ニ於テ罰ス可キ罪別ツテ三種ト爲ス」ト今此文意ニ付テ見ルニ少シモ罪ノ如何ナルヲ解釋セサルノミナラス讀者ヲシテ法律ニ於テ罰セサル

罪アルカト疑ハシムルニ至ル是レ抑立法者ノ本旨ナリシカ余ハ之レヲ以テ立法者ノ所思ヲ寫シタル者ト信セス想フニ立法者ハ此文ヲ以テ罪ノ何タルヲ解釋スルノ意ナリシニ徒ラニ文字ノ不雅ニ渉ランコトヲ恐レテ遂ニ却テ本意ヲ失フニ至リシナラン如何トナレハ立法者ニシテ罪ノ義解ヲ爲スノ意モナク又暗ニ法律ニ於テ罰セサル罪アルコトヲ示スノ意ナキニ於テハ凡ソ法律ニ於テ罰スヘキ云々ノ文字ヲ用ユルニ及ハス即チ直チニ罪別ッテ三種ト爲スト云フヲ以テ充分ナリトス然ルニ法律ニ於テ罰スヘキ云々ノ一句ヲ冠シタルモノハ今日罪トアル所ヲ所爲トナシテ即チ法律ニ於テ罰スヘキ所爲之レヲ罪トナスト云フ旨意ニ相違ナカリシナラン然ルニ罪ノ義解ト罪ノ類別ト

ヲ簡單ナル一項ニ包括シ且ツ文字ノ俗ニ渉ランコトヲ嫌ヒタルヨリ遂ニ如此不都合千萬ナル一項ヲ設ケタルモノト信スルナリ此他尚ホ法律ニ於テ罰スヘキ云々ノ一句ニ付キ非難スヘキモノナキニ非スト雖ヒ敢テ茲ニ詳論セス之レヲ要スルニ我刑法ハ罪ノ義解ヲ爲サス故ニ余輩法律ヲ講スル者ハ罪ノ定義ヲ下サヽルヲ得ス而シテ余ハ茲ニ我刑法ノ起草者タルボアソナード氏ノ草案文ヲ譯出スルヲ以テ足レリト信スルナリ

草案第一條第一項ニ曰ク「法律ニテ罰シタル行爲(アクション)又ハ不爲(オミション)ヲ罪トナス」ト是レ罪ノ何タルヲ解釋シタルモノナリ而シテ其所謂所爲トハ法律ノ禁スル所ノ事ヲ行フヲ云ヒ不爲トハ法律ノ命令スル所ノ事ヲ行ハ

サルヲ云フナリ即チ以テ刑法ニ所謂罪ノ何タルコトヲ解スルニ足ルヘシ

第五回 明治十八年五月十二日

前回ニハ罪ノ定義ヲ說キ終ヘタリ本日ハ罪ノ差別及ヒ等級ヲ說クヘシ

我刑法ハ罪ヲ別ツテ三種ト爲セリ即チ重罪(輕罪(違警罪是レナリ抑罪ヲ別ツテ此ノ三種ト爲スコトハ佛蘭西ノ刑法ヲ始メトシテ歐州各國ノ刑法大抵皆然ラサルハナシ我刑法モ畢竟之レニ則リタルモノナリ然レ𪜈刑法ニ於テハ佛蘭西其他諸國ノ刑法ニ於ケル如ク何々ノ刑ヲ以テ罰スルヲ重罪ト爲シ何々ノ刑ヲ以テ罰スルヲ輕罪ト爲スト云フ

カ如ク重罪(輕罪(違警罪ノ何物タルヲ解釋スルカ如キ贅言ヲ用ヰスシテ直チニ重罪(輕罪(違警罪ト記シタルハ却テ各國ノ刑法ニ勝レリト信ス然レ𪜈罪ヲ分ツテ三種ト爲スコトヽ重罪ト云ヒ輕罪ト云ヒ違警罪ト云フ者ノ何物タルヲ解釋セサリシコトニ付テハ彼佛蘭西ノ法律學者カ佛國刑法ニ對シテ爲ス所ノ非難ト仝一ノ非難ヲ免カレス而シテ其非難ニ二說アリ

第一說ニ曰ク罪ハ固ト無數ナリ然ルヲ今分ツテ厘々三種トナス何ノ理由ニ依ルカ毫モ其理アルヲ見ス思フニ是レ立法者ノ杜撰ニ出テタル者ナラント

第二說ニ曰ク罪ヲ分ツテ重罪(輕罪(違警罪ノ三種ト爲スト雖𪜈未タ其何タルコトヲ解釋セス故ニ只第七條第八條第

九條ニ記載スル所ノ刑名ニ由テ僅ニ其所爲ノ重罪タリ輕罪タリ違警罪タルヲ知ルノミ然レハ此種別ノ根基スル所ニ由テ見ルニ已ニ本末ノ順序ヲ誤リタルモノト謂フヘシ其故如何ト云フニ罪ノ輕重ハ其罪トナルヘキ所爲即チ事柄ノ輕重大小ニ因リテ生スヘキモノナリ然ルニ我刑法ノ爲ス所ヲ見ルニ其所爲ヲ罰シタル刑ノ輕重ニ因テ罪ノ輕重ヲ定ムルモノナリ彼ノ歐州ノ學士タシート氏ノ云ヘル如ク原來刑ノ差別ハ罪ヨリ出ツヘキモノナルニ我刑法ハ却テ罪ノ差別ハ刑ヨリ出ルト云フニ歸スル所ノ方法ヲ採用シタリ是レ其本末ヲ顚倒シタリト謂フ所以ナリ

以上二種ノ非難ハ何レモ其理ナシト云フヘカラス然レ𪜈實際ニ於テハ到底此非難ヲ免ルヘキ方法ナカルヘシ今其

所以ヲ辨センニ第一說ニ云ヘル如ク凡ソ法律ニ於テ罰スヘキ所爲ハ千種萬別ニシテ決シテ三種ニ止マルヘキモノニアラス然レ𪜈立法者カ法ヲ設クルニ當リテハ其千種萬別ナル所爲ニ付テ一々其輕重ヲ量定シ先ツ其情ノ最モ重キモノヲ一集シ之レヲ稱シテ重罪トナシ稍輕キモノヲ一集シテ輕罪トナシ其最モ輕キモノヲ一集シテ違警罪トナシ僅々此三種ト爲シタルハ畢竟實際ノ便益ヲ計リ彼是比較ノ輕重ニ甚キテ斯ク大別シタルモノナリ例令ハ數萬ノ官吏ヲ大別シテ勅任奏任判任ノ三種トナシ或ハ商賈カ商品ヲ大別シテ何圓以上ヲ上等トシ何圓以上ヲ中等トシ何圓以下ヲ下等トナスノ類ニシテ實際ノ便ヲ計リタルモノナリ故ニ是等ノ如キハ深ク論理ヲ以テ咎ムヘキモノニ非

ス

又第二ノ非難說ノ如キモ理ハ則チ理ナリト雖氏敢テ之レヲ以テ立法者ノ不當ヲ責ムヘキモノニアラス何トナレハ立法者ニ於テモ最初ニ罪ノ輕重ヲ定メタルハ決シテ刑ノ輕重ニ依ルニアラスシテ固ヨリ其害若クハ其所爲ノ大小輕重ニ依テ之レヲ定メタルナリ尙ホ前例ニ於テ之レヲ云ハヽ罪ハ猶ホ商品ノ如シ刑ハ猶ホ價ノ如シ而シテ其價ノ貴賤ハ固ト其物質ノ良否之レニ加ヘタル工事ノ精粗ニ依テ生スルモノナリ然レ氏其物質又ハ加工ノ良否ヲ鑑定シ了リテ一々之レニ相當ノ代價ヲ付シタル後ハ强テ煩雜ナル物質或ハ其加工ノ精粗若タハ容量等ヲ以テ呼稱スルヨリモ寧ロ其已ニ定マリタル價直ニ付テ之レヲ大別シテ前

キニ云ヘルカ如ク上等品中等品下等品ノ呼稱ヲ以テ區別スルノ簡且ツ便ナルニ如カサルナリ

以上罪ヲ三種ニ分ツニ由テ實際ニ生スル所ノ便益即チ利益ヲ說クコト左ノ如シ

○罪ノ差別ニヨリ生スル利益

第一　裁判所ノ管轄及ヒ訴訟手續ヲ定ムルニ付利益アリ

凡ソ罪ノ重キモノハ其數少シ然レ氏其關係スル所頗フル大ナルモノアリ故ニ之レヲ裁判スル裁判所ハ其數多キヲ要セスト雖氏其訴訟ノ手續ハ可成鄭重ヲ加ヘサルヲ得ス之レニ反シテ罪ノ輕且小ナルモノニ至リテハ其數甚タ多ク從テ又之レヲ裁判スル裁判所モ亦多カラサルヲ得ス然レ氏其訴訟手續ニ至リテハ可成簡便ヲ主トスルヲ要ス故

ニ我治罪法ニ於テハ裁判所ノ等級ヲ分ツテ重罪「輕罪「違警罪ノ三等トナシ其訴訟手續ニ付テハ重罪ニハ必ス豫審ヲ要スルモノトシ輕罪ニハ其輕重ニ從テ或ハ豫審ヲ用ヒ或ハ之レヲ要セサルモノトシ違警罪ニハ一切豫審ヲ要セサルモノトシ又重罪ノ公判ニ付テハ治罪法第四編第四章以下ニ定メタル鄭重ナル手續ニ從ヒ輕罪及ヒ違警罪ハ第四編第二章及ヒ第三章ニ定メタル輕便ナル手續ヲ用ヒテ裁判ヲ爲スノ方法ヲ定メタルカ如キ皆是レ罪ノ三種ノ別ニ比準シタルモノナリ

此輕罪ノ裁判ニ付テ簡便ヲ主トスト云フニ付キ因ニ一言スヘキコトアリ佛國ニ於テハ千八百六十年以來輕罪ノ即決法ナルモノヲ定メテ實施スルコトヽナリタリ近

來我國ニ於テモ輕罪ハ其數甚タ多クシテ微々タル輕罪ヲ處分スルニ治罪法ノ手續ニ從フ片ハ或ハ鄭重ニ過キ却テ被告人ノ害トナルコトナシトセス故ニ近來東京裁判所ニ於テハ司法省「ヘ伺ノ上內規ヲ設ケ輕罪ノ即決法ヲ定メタリ今左ニ其大略ヲ述ヘン

凡ソ現行ノ犯罪ニシテ事犯ノ單一ナルモノハ即チ掏摸或ハ極メテ輕微ナル竊盜ハ治罪法ニ定メタル順序ニ從テ三日ノ中ニ呼出シ又三日ノ中ニ公判ニ付スルノ手續ニ依ラスシテ即日ノ公判ニ付シ又證人等ノ出廷ヲ要スルモノハ其翌日即チ犯人ヲ捕ヘタル翌日ヲ以テ公判ニ付スルコトヽセリ

又其手續ハ今回設置ノ檢事分局ニ於テ其事柄ノ即決裁

判ニ付シ得ヘキヤ否ヤヲ調ヘ若シ即決ニ付シ得ヘキモノト思量スル片ハ訴訟書類ニ即決ノ符合印ヲ捺シテ直チニ本局ニ移ス然レ𪜈悉ク斯クスルニアラスシテ分局ノ撿事ハ先ツ被告人ヲ訊問シタル後ニ即日ノ公判ニ付スルコトヲ告知シ而シテ被告人ニ於テ即決ヲ好ヤスシテ治罪法ノ手續ニ從ヒ正式ノ裁判ヲ受ケンコトヲ申シ立ツル片ハ即チ治罪法ノ正則ニ從テ處分シ若シ此ノ即決ノ告知ヲ受ケテ異義ヲ申シ立テサル片ハ拘留狀ヲ以テ監倉ニ付シ即決ノ當日ニ公判ニ付スルコトヽナセリ是レ東京裁判所ニ於テ施行スル所ノ大略ナリ

第二　再犯加重ニ付利益アリ

初犯再犯共ニ重罪ナル片又ハ初犯重罪再犯輕罪ナル片又

ハ初犯再犯共ニ輕罪ナル片ハ悉ク再犯加重ヲ爲シ又違警罪ノ再犯ニ於テハ一年内仝一ノ裁判管轄内ニ於テ犯シタル片ノミ加重ヲ爲ス是レナリ

第三　數罪俱發ニ付利益アリ

重罪輕罪ノ二罪以上俱發スル片ハ一ノ重ニ從ツテ處斷シ違警罪ノ二罪以上俱發スル片ハ各其刑ヲ併科スルカ如キ是ナリ是等ハ刑法第百條以下ニ記載スル所ナリ

第四　數人共犯ノ處分ニ付利益アリ

人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタルモノハ正犯トナシテ之レヲ罰シ違警罪ヲ教唆シテ之ヲ犯サシメタル者ハ之ヲ罰セス重罪輕罪ノ正犯ヲ幇助シ犯罪ヲ容易ナラシメタルモノハ之ヲ從犯トシテ罰シ違警罪ハ之ヲ罰セサル是レ

ナリ

第五　未遂犯ノ處分ニ付利益アリ

重罪ノ未遂犯ニハ本刑ヨリ一等又ハ二等ヲ減シ輕罪ノ未遂犯ニハ本條別ニ記載アルニアラサレハ之ヲ罰セス又違警罪ハ全ク之ヲ罰セサルカ如キ是レナリ

第六　期滿免除ノ期限ヲ定ムルニ付利益アリ

重罪ハ十年輕罪ハ三年違警罪ハ六箇月ヲ以テ期限トナスカ如キ是ナリ此點ニ付テハ佛國刑法ニ依レハ刑ノ期滿免除モ重罪輕罪違警罪ノ區別ニ從テ其期限ヲ定メタリ然レ𪜈我刑法ハ刑ノ期滿免除ノ期限ハ別ニ定メタルカ故ニ重罪輕罪違警罪ノ區別ニ從テ定メタルモノハ獨リ公訴權ノ期滿免除ノミナリ此他ニ重罪輕罪違警罪ノ區別ニヨリテ

或ハ附加刑ヲ異ニシ或ハ宥恕減輕ヲ異ニシ或ハ假出獄ノ手續ヲ異ニスルノ別アル𪜈諸君ニ於テ已ニ熟知ノコトヽ思料スルヲ以テ詳說セス

以上罪ノ種別ノコト幷ニ其利益アルコトヲ說キ終ハレリ今ヨリ其事ノ重罪タリ輕罪タリ違警罪タルコトハ何ニ由テ知ルヘキカト云フニ說キ及ハン

今諸君カ一個ノ犯罪人ヲ捕ヘテ其事實ヲ訊問シ其所爲ノ重罪タルヤ又輕罪タルヤ抑亦違警罪タルヤヲ認知スルニハ如何ナル方法ニ依ルヘキカ諸君ハ必ス刑法ノ正條ニ照ラシテ其所爲ヲ罰スル刑名ニ付テ之ヲ認知スト答ヘラルルナラン抑其所謂刑名ニ依ルトハ各本條ニ記載シタル刑名ニ依ルノ謂ヒカ將タ實際ニ適用シタル刑名ニ依ルコト

ナルヤ此問題ニ付テハ刑法上之レニ答フルニ足ルヘキ明文ナシ而シテ今此問題ノ生スル所以ヲ略言センニ先ツ總則中ニ於テ種々ノ加減法ヲ定メ置ク以上ハ常ニ各本條ニ記載シタル刑ニ依テ處斷スヘキ者ニアラサルハ判然タリ蓋シ加等ノ例ニ付テハ第七十條第二項ニ於テ輕罪ノ刑ハ加ヘテ重罪ニ入ルコトヲ得ス又第七十二條第二項ニ違警罪ノ刑ハ加ヘテ輕罪ニ入ルコトヲ得スト云フ明文アルヲ以テ加重ニ因テ違警罪ノ輕罪トナリ輕罪ノ重罪トナルコトハ明文上アルヘカラサルコトナリ然レ𪜈減等ハ之ニ反シテ第六十九條第七十一條ニ於テ左ノ明文アリ第六十九條第一項ニ曰ク「輕懲役ニ該ル者減等ス可キ時ハ二年以上五年以下ノ輕禁錮ニ處スルヲ以テ一等ト爲ス」ト之ヲ約シ

テ云ヘハ重罪ノ刑ニ該ルヘキ者ヲ減輕スヘキ片ハ輕罪ノ刑ニ處スルヲ得ルナリ又第七十一條ニ曰ク「禁錮ヲ減盡シタル時ハ拘留ニ處シ罰金ヲ減盡シタル時ハ科料ニ處ス禁錮罰金ヲ減シテ其短期十日以下寡數一圓九十五錢以下ニ及フ時ハ亦拘留科料ニ處スル丁ヲ得」ト言ヲ換ヘテ之ヲ云ヘハ輕罪ヲ減盡シタル片ハ違警罪ニ處スト云フモ同一ナリ此明文アル以上ハ各本條ニ記載スル所ノ刑名ハ重罪タルモ實地ニ適用スル所ノ刑名ハ輕罪ノ刑タリ又本條ノ刑名ハ輕罪タルモ實際ノ刑ハ違警罪ノ刑タル丁アルヘキハ明白ナリ是即チ刑名ニ由テ罪ノ種別ヲ定ムト云フ所謂刑名トハ各本案ニ記載シタル刑名ナル・カ將タ實際ニ適用シタル刑名ナル乎トノ疑問起ル所以ナリ

此疑問ニ答フルニ付テハ刑法上ニ明文ナシト雖ヒ學理上ト實際トヲ問ハス刑法全體ノ精神ニ基キテ思考スルニ各本條即チ本刑ニ就テ罪ノ種別ヲ定ムルモノト斷言セサルヲ得サルナリ

茲ニ又一ノ疑問アリ曰ク既ニ罪ノ種別ヲ定ムルニ各本條ニ依ルヘキモノト斷言スル片ハ加減ニ因テ刑名ヲ變スルアルモ其罪名ヲ變スルコトナシト云フニ歸スルモノナリ果シテ然ラハ彼ノ宥恕減輕自首減輕ノ如キ法定ノ減輕ニ依ルト酌量減輕ノ如キ認定ノ減輕ニ依ルモノトノ間ニ於テ毫モ區別ヲ爲サヽル乎ト此問題ハ必竟宥恕減輕ト酌量減輕ノ區域ヲ問フニ歸スルモノナレ𪜈少シク其趣ヲ異ニスルヲ以テ左ニ之ヲ說カン

或論者ハ此問題ニ答フルニ曰ク寔ニ宥恕減輕ハ立法者ヨリシテ必ス之ヲ減等スヘシト命令スルモノナリ即チ某々ノ場合ニ於テハ一等ヲ減シ何ノ刑ニ處スヘシト命令シタルニ同シ故ニ其本條ノ刑重懲役ニ當ルモノアリテ第八十條ニ依リ宥恕減輕スヘキモノアル片ハ重禁錮ニ處スヘシト記載シタルニ異ナルナシ然ラハ宥恕減輕ニ依テ實際ニ適用シタル禁錮ノ刑ハ之ヲ其本條ニ記載シタル刑ト云ハサルヲ得ス彼ノ酌量減輕ニ至リテハ之ト反シテ其所犯ノ情狀愍諒スヘキモノアリテ始メテ生スヘキモノニシテ裁判官審按ノ後ニアラサレハ認定スルヲ得サルモノトス而シテ假令其情狀ノ憫諒スヘキモノアルモ未タ必スシモ減輕スルコトヲ要スルモノニ非ス之ヲ要スルニ酌量減輕ハ

法律上確定シタルモノニアラサルヲ以テ宥恕減輕ト同一視スルヲ得スト此說亦一理アリ何トナレハ宥恕減輕ハ之ヲ適用スルト否トハ裁判官ノ隨意ナリ然リト雖氏是レ只適用ノ際必ス之ヲ行フヘキト否ラサルトノ別アルニ過キスシテ未タ之ヲ以テ罪ノ種別ニ及ホス者ト斷言スルヲ得サルナリ

第六回（明治十八年五月十四日）

前回ニハ宥恕減輕酌量減輕ノ區別ノコトヲ說キ隨テ宥恕減輕ナル者ハ所謂ル法定ノ減輕ニシテ裁判官ノ取捨シ得ヘカラサル者タルコトヲ說ケリ

然ルニ茲ニ一ノ變例トモ云フヘキモノアリ刑法第三百十

條ヲ見ルニ「毆打シテ互ニ創傷シ其手ヲ下スノ先後ヲ知ルコト能ハサル者ハ各其罪ヲ宥恕スルコトヲ得」トアリ又第三百十六條ノ末文ニ「但情狀ニ因リ第三百十三條」ノ例ニ照シ其罪ヲ宥恕スルコトヲ得」トアリ而シテ又第三百十三條ヲ見ルニ「前數條ニ記載シタル宥恕ス可キ罪ハ各本刑ニ照ラシテ二等又ハ三等ヲ減ス」トアリ蓋シ宥恕減輕ハ前ニモ說述セシ如ク裁判官ノ必行スヘキモノタルヘキニ(宥恕減輕ニ付テハ一等ハ必ス之ヲ減セサルヲ得ス唯其二等以上ニ至テ裁判官ノ隨意ナル而已)此ノ如ク裁判官隨意ノ宥恕ニ定メタルハ抑何故ナルヤ是恐ラクハ立法者ノ誤リナラント信スルナリ其所以ハ若シ宥恕減輕ニシテ如此ナル片ハ酌量減輕ト毫モ異ナル所ナキノミナラス其減等ニ至リ

テハ却テ一等ノ多キヲ加フルニ至リ毫モ宥恕ト酌量トノ區別ナキニ至レハナリ

偖我刑法ノ起草者タリシボアソナード氏ニ於テ已ニ此誤アリシヤト問フニ同氏ハ其草案第三百四十五條及ヒ第三百五十二條ニ於テ此宥恕ノコトヲ定メタルニ其文ニハ「本刑ヲ宥恕スルトノ命令文法ヲ用ヒ宥恕スルトヲ得トノ聽任文法ヲ用ヒス是所謂宥恕減輕ノ何物タルヲ解セラルヽカ故ナリ然ルニ我立法官ニ於テハ此區別ヲ知ラサリシモノカ或ハ一時ノ失誤ニテ斯クハ記載セシモノカ頒布刑法ノ明文此ニ由テサルモノハ余ノ遺憾トスル所ナリ

以上論スル如ク宥恕減輕即チ法定ノ減輕ト酌量減輕即チ聽任減輕ノ間ニ於テ判然區分アルヘキハ明白ナリト雖氏

我刑法ハ此區別ニ由テ罪ノ種別ヲ變轉スルコトナク到底各本條ニ明記シタル刑名即チ本刑ニ依リテ罪ノ種別ヲ認ムヘキモノト論定セサルヲ得サルナリ

右論定スル所ハ今日實際ニ於テモ亦採用スル所ナリ茲ニ實際ノ事ヲ一言センニ最初ノ間ハ實際家ニ於テモ稍茲ニ疑アリシモノト見ユ明治十四年十一月德島裁判所ヨリ所犯重罪ナルモ宥恕ニ依リ法章上輕罪トナル者ハ輕罪裁判所ヘ公訴スル義ト心得ヘキヤ否ヤノ訓ヲ請ヒシニ司法省ニ於テハ重罪裁判所ニ公訴スヘキモノナリト內訓シ而シテ其但書ニ特別ノ加重減輕ニ付テハ此限リニ在ラスト指示シタリ於是乎又一ノ疑團ヲ生シ其所謂ル特別ノ加重減輕ナルモノト總則ノ宥恕減輕トノ間ニ於テ區別アル所以

ヲ質問シタルニ特別ノ加重減輕ト雖氏總則ノ宥恕減輕ト異ナルコトナキ旨ヲ內訓シタリ而シテ其內訓ニ所謂特別ノ加重減輕トハ第百二十五條ニ記シタル減等ノ如キ者ヲ指ス旨ヲ答ヘタリ此內訓ハ之レヲ其當ヲ得タルモノト謂フヘキモ其所謂ル特別ノ加重減輕ト稱スル者ニ付テハ是又立法者ニ於テ或ハ失誤アリシモノナラント信スルコトアリ此事ハ後ニ加減順序ヲ講スルニ當リテ詳述スル所アラン

以上罪ノ重罪タリ輕罪タリ違警罪タルコトヲ認ムルハ各其本刑ニ依ルヘキモノナルコトヲ說了セリ

然ルニ茲ニ注意スヘキ一事ハ刑法第九十九條ノ但書ニ「從犯及ヒ未遂犯罪ノ減等其他各本條ニ記載スル特別ノ加重減輕ハ其加減シタル者ヲ以テ本刑ト爲ス」トアル是レナリ

蓋シ其加重減輕シテ得タル刑名ニ依テ罪ノ重罪タリ輕罪タルコトヲ定ムヘシト云フニ外ナラス

以上重罪輕罪違警罪ノ種別ノコトヲ說キ了レリ以下犯罪ノ種類ニ說キ入ラントス蓋シ此ノ類別ノコトハ刑法ニ於テハ只タ國事ニ關スル罪ノ稱アルノミニテ其他犯罪ノ類別ニ關スル明文ナシト雖氏治罪法ニ於テハ第十三條ニ繼續犯ノ稱アリ第三十九條ニ於テ附帶犯ノ名アリ其第百條及ヒ第百一條ニ於テ現行犯ノ稱アルノミナラス其類別中往々實際ニ必要ノ者アルヲ以テ之ヲ不言ニ附シ去ルコトヲ得ス故ニ其類別ノ法章ニ明文アルモノト否トヲ問ハス內外學者ノ爲ス所ノ最モ普通ノ分別ニ倣ヒ之ヲ分ツテ八

種トナシ而シテ聊カ説明スル所アラン

第一　行犯(デリー、ダクシヨン)不行犯(デリー、ヂナクシヨン)

凡ソ法律ハ或ル事ヲ禁止シ又ハ之レヲ命令スルノ二途ニ出テサルモノトス故ニ其禁止スル所ノ法ヲ犯ス之ヲ行犯ト云ヒ其命令スル所ノ法ニ違フ之ヲ不行犯ト云フ然レ𪜈法律ハ大抵禁止ニ係ルモノナルヲ以テ罪ハ行犯ニ屬スルモノヲ最モ多シト爲ス彼ノ殺傷罪、姦罪、盜罪、放火罪ノ如キ皆是レナリ其命令ニ係ルモノニシテ即チ不行犯ニ屬スルモノモ亦少ナシトセス例セハ人ノ身體財産ヲ妨害スル犯人アルニ當リ豫審判事、撿事、警察官吏其報告ヲ受ケテ速ニ保護ノ處分ヲ爲サヽル者(刑法第二百七十七條)又水火震災ノ際官吏囚人ノ監禁ヲ解クコトヲ怠リ因テ死傷ニ致シタル者(同第二百八十一條)又裁判官撿察官故ナクシテ刑事ノ訴ヲ受理セス、又ハ遷延シテ審理セサル者(同第二百八十三條)其他違警罪中ニ懈怠ニ由リ何々セサル者トアルカ如キ皆是ナリ其處分タル只タ學問上ノ觀察ニ止マリ實際ニ於テハ毫モ利益アルコトナシ余ハ暫ク普通ノ例ニ依テ之ヲ掲クルノミ

第二　有意犯(デリー、アンタンシヨネール)無意犯(デリー、ノン、アンタンシヨヲール)

凡ソ刑法ハ罪ヲ犯スノ意アルヲ以テ犯罪構成ノ要件トナスヲ以テ其原則ト爲ス然レ𪜈亦犯意ノ有無ヲ問ハス只其害ノ成蹟アルノミヲ以テ罪トナスモノアリ而シテ故意ヲ以テ犯セル罪之レヲ有意犯ト云ヒ故意ナクシテ犯セル罪

之ヲ無意犯ト云フ罪ハ概子有意犯ニ屬スルモノナリト雖
氏其無意犯ニ屬スル者亦少シトセス彼ノ違警罪ノ如キ概
子無意犯ニ屬スルモノナリ而シテ此無意犯ハ獨リ違警罪
ニ有ルノミナラス輕罪ニ於テモ亦無意ノ犯罪アリ刑法第
三百十七條以下ニ定ムル所ノ過失殺傷ノ罪及ヒ其第百五
十條ニ定ムル所ノ看守又ハ護送者其懈怠ニ因リ囚徒ノ逃
走ヲ覺ラサル時ノ如キ即チ是レナリ此分別ハ實際ニ於テ
注意ヲ要スル所ノモノナリ何トナレハ有意犯ニシテ故意
ナキ片ハ其所爲ハ即チ無罪ニ歸スヘク又無意犯ニ於テハ
故意ノ有無ヲ問ハスシテ罰スルヲ要スルモノナレハナリ」
刑法草案ニ於テハ有意犯ヲ明示スルカ爲メニ故意ヲ以テ
ノ五字ヲ加タリシカ審査修正ノ際悉ク此ノ文字ヲ削除セ

リ其所以ハ總則第七十七條ニ於テ罪ヲ犯スノ意ナキ所爲
ハ其罪ヲ論セスト定メタルヲ以テ凡ソ罪トナルヘキ所爲
ニハ其故意ヲ以テ爲シタルコトヲ要スルコトハ一般ノ原
則ニ於テ明ナルカ故ニ之レヲ明言スルヲ要セスト信シタ
ルヲ以テナリ或論者ハ前ニ示シタル過失殺傷其他ノ如キ
無意ニシテ罪トナルモノアル以上ハ猶ホ草案ノ如ク故意
ヲ以テ云々ノ明文アルヲ必要ナリト云フト雖氏余ハ其必
要ヲ感セサルナリ何トナレハ同シク第七十七條ノ但書ニ
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
トノ例外規則ヲ以テ無意ノ所爲ニシテ罰スル者アルコト
ヲ示シ而シテ其無意ノ罪タルコトハ各本條ノ明文ニ於テ
自カラ明カナレハナリ

第三　通常犯（デリー、オルシネール）特別犯（デリースペシアール）

法律ニ普通法（特別法ノ別アリ普通法即チ全國人民一般ニ遵奉スヘキ法律ヲ犯セル罪之ヲ通常犯ト云ヒ特別法即チ國中ノ或ル一部分ノ人民若クハ或ル事業ノミニ關スル法律ヲ犯セル罪是レヲ特別犯ト云フ彼ノ陸海軍刑法ノ如キハ特別法ノ最モ著シキモノトス而シテ此ノ分別ヲ知ルヲ要スル所以ハ刑法第九十六條ニ於テ「陸海軍裁判所ニ於テ判決ヲ經タル者再ヒ重罪輕罪ヲ犯シタル片ハ初犯ノ罪常律ニ從ヒ處斷シタル者ニ非サレハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス」ト有リテ即チ此特別法ノ初犯ハ以テ普通法再犯ノ基礎トナスヘカラサル等ノ區別アルカ故ナリ此他ノ詳細

ニ至リテハ後ニ第五條ノ原則ヲ說クニ當リテ詳說スル所アルヘシ

第七回　明治十八年五月二十日

第四　國事犯（デリー、ポリチック）常事犯（デリー、ノン、ポリチック）

抑此國事犯ナル語ハ之レヲ政事犯、非政事犯ト稱スルヲ以テ最モ適當ト信スルナリ其所以ハ啻ニ原語ノ意義ニ適當スルノミナラス又事實ニ於テモ適當ナレハナリ然レ𪜈國事犯ナル語ハ已ニ公私ノ通語トナリタルヲ以テ今日之ヲ改ムルコトヲ爲サスト雖𪜈其犯罪ノ性質如何ヲ見ルニ當リテハ常ニ政事犯、非政事犯ノ意義ヲ以テスルニアラサレ

ハ或ハ他ノ公益ニ關スル罪ヲ以テ國事犯ト混同スルノ恐レアラントス故ニ此ニ一言スルナリ

國事犯ト常事犯トハ容易ニ之ヲ分別シ難キモノアリテ學者社會ニ於テモ往々議論アル所トス然レ𪜈今簡單ニ解釋スル片ハ國事犯即チ政事犯トハ直接ニ社會組織ノ大本ニ害ヲ加フル罪ニシテ即チ一國ノ憲法ヲ紊リ政府ノ顚覆若クハ變亂ヲ以テ目的トナス所ノ罪ヲ云フナリ而シテ其他萬般ノ罪之レヲ常事犯ト云フ如此簡單ニ義解シ去レハ之レヲ分別スルコト容易ナルカ如シト雖𪜈實際ニ於テハ之レカ分別ノ甚ハタ困難ナルモノアリ佛國有名ノ刑法學者オルトラン氏ハ其罪ノ政事犯タルト否トヲ認ムルカ爲メ左ノ問答ヲ標準トセリ

問　此罪ノ爲メ直接ニ害ヲ蒙ムリタルモノハ誰ソ

答　社會ナリ

問　社會ハ如何ナル權利ヲ害セラレタリヤ

答　社會ノ構成ニ關スル權利ヲ害セラレタリ

問　此罪ヲ罰シテ如何ナル益アリヤ

答　社會ノ構成ニ關シテ利益アリ

右三個ノ問ニ對シテ同上ノ答ヲ得タル片ハ其罪ハ即チ政事犯即チ國事犯ト知ルヘク而シテ此問案ノ中然ラストノ答ヲ得ルモノニ於テハ即チ之ヲ非政事犯ト知ルヘキナリ」此解釋ニ依ル片ハ今日我刑法ニ於テ常事犯即チ非政事犯ト爲ス所ノ公撰ノ投票ヲ僞造スル罪ノ如キハ政事犯ノ部類ニ入ルヘキモノナラント信スルナリ

第五　即時犯（デリー、アンスタンタネー）繼續犯（デリー、コンチニユ）

此種別ハ獨リ學問上ノ利益アルノミナラス實際ニ於テモ或ハ公訴ノ期滿免除ニ關シ或ハ一罪ト見做スカ將タ數罪ト見做スカノ標準トナルヲ以テ甚タ緊要ノモノトス故ニ此解ニ付テハ稍詳密ヲ加ヘントス

凡ソ人ノ所爲ニ一擧シテ即時ニ事ノ局ヲ結フモノアリ又已ニ其所爲ヲ遂ケテ後多少ノ時間其事ノ繼續スルモノアリ一擧シテ即時ニ其局ヲ結ヒ了ルモノヲ即時犯ト云フ多少ノ時間繼續スルモノヲ繼續犯ト云フ而シテ罪ハ即時犯ニ屬スルモノヲ以テ最モ多シトナス即チ彼ノ殺傷（毆打）盜罪（姦罪）放火罪ノ如キ皆是レナリ然レ𪜈亦罪ノ繼續犯

ニ屬スルモノ少シトセス今我刑法中其著シキモノヲ擧クレハ第二百七十八條第二百七十九條及ヒ第三百廿二條等ニ定ムル所ノ監禁ノ罪第百六十條ニ定ムル所ノ軍用ノ銃砲彈藥ヲ有スル罪其他不正ノ度量衡ヲ所有シ阿片烟ノ吸食器具ヲ有スル罪第百八十八條第二百三十二條第二百五十九條等ノ如キ皆是レナリ

以上ハ其即時犯タルト繼續犯タルトヲ識別シ易キ所ノモノナリ然ルニ其他尚ホ其何レニ屬スルモノタルコトノ見易カラサルモノモ亦少シトセス此場合ニ當リテ諸君カ其罪ノ即時犯タルト繼續犯タルトヲ識別スルニハ必ラスヤ其標準トスル所ノモノナカルヘカラス余ハオルトラン氏ノ說ニ從ヒ之レカ標準ヲ示サントス凡ソ人ノ所爲ニ就テ

細カニ之ヲ觀察スル片ハ大抵ハ之ヲ分ツテ二段ト爲スヲ得故ニ同氏ハ之ヲ稱シテ第一着ノ所爲第二着ノ所爲ト云ヘリ今諸君ノ最モ解シ易キ一例ヲ擧テ之ヲ說カンニ彼ノ窃盜ノ罪ノ如キ窃カニ他人ノ所有物ヲ取ルノ所爲ハ即第一着ノ所爲ナリ而シテ其窃ニ奪ヒ取リタル物品ヲ占有スルノ所爲ハ第二着ノ所爲ナリ而シテ其即時犯タルト繼續犯タルトヲ知ルニハ先ツ其所爲ヲ罰スル法文ヲ熟讀シ其法律ニ於テ罪トナス所ノ所爲即チ犯罪構成ノ事實ハ第一着ノ所爲ニ在ルヤ將タ第二着ノ所爲ニ在ルヤヲ觀察スルヲ要スルナリ

尙ホ前例ニ就テ之ヲ詳言スレハ窃盜ノ罪ハ他人ノ所有物ヲ窃取スルノ罪即チ第一着ノ所爲ノミヲ以テ已ニ其罪ヲ

成立スルヤ將タ窃取ノ後之ヲ占有スルノ所爲即チ第二着ノ所爲ヲ待ツテ始メテ罪ヲ成立スルモノナルヤヲ研究センコトヲ要スルナリ我刑法第三百六十六條ハ人ノ所有物ヲ窃取シタルモノトノミ有リテ其後ノ結果即チ之ヲ占有スルト否トヲ問ハス所謂第一着ノ所爲ヲ罰スルモノタルヲ以テ之ヲ即時犯ト云フ又彼ノ阿片烟及ヒ其吸食器具ヲ所有スル罪ノ如キ法律ハ第一着ノ所爲ヲ罰スルモノナルヤ將タ第二着ノ所爲ヲ罰スルモノナルヤト云フニ阿片烟若クハ其器具ヲ得タル第一着ノ所爲即チ之ヲ自カラ製造シタルト他人ヨリ購求シタルトヲ問ハス之ヲ所有シタル所爲即チ第二着ノ所爲ヲ罰スルナリ而シテ其所爲タル其性質ニ於テ多少繼續スヘキモノタルヲ以テ即チ此類ニ屬

スルモノハ皆之レヲ繼續犯ト云フナリ

以上說述スル所ノモノヲ規矩トシテ之カ鑑定ヲ下スニ於テハ彼佛國ニ於テモ往々議論アリシ所ノ因徒逃走ノ罪「重婚ノ罪」犯人若クハ賍物ヲ藏匿スル罪ノ如キ何レモ即時犯ニシテ繼續犯ニアラサルコトヲ知ルニ足ラン然レ𪜈尙ホ諸君ノ爲メニ是等ノ例ニ付テ一言センニ彼因徒逃走ノ罪ハ只タ其逃ケ走リタルノ所爲即チ第一着ノ所爲ヲ以テ罪ト爲シ其逃走シテ外ニ在ル所爲即チ第二着ノ所爲ヲ待ツテ罪トナルモノニアラス故ニ其即時犯タルコトヲ知ルヘシ又重婚ノ罪ノ如キモ結婚後夫婦ノ同居即チ第二着ノ所爲ヲ罰スルニ非スシテ重ネテ婚姻ヲ爲スノ所爲即チ第一着ノ所爲ヲ罰スルモノナリ故ニ其即時犯タルコトヲ知ル

ヘキナリ而シテ彼ノ犯人又ハ賍物ヲ藏匿スル罪ノ如キハ稍其即時犯タルト繼續犯タルトヲ辨別スルニ困難ナルモノナリ殊ニ藏匿ト云ヘル字面ニ付テ見ル片ハ寧ロ之ヲ繼續犯ト云フヘキモノヽ如シ然レ𪜈佛國ニ於テハ是亦犯人若クハ賍物ヲ受ケテ而シテ之ヲ匿スノ所爲即チ第一着ノ所爲ヲ罰スルモノニシテ之ヲ「カクマイ」置クコト即チ第二着ノ所爲ヲ罰スルニ非サレハ是亦一ノ即時犯ナリト論定スル者多シ故ニ余モ亦暫ラク此說ニ從フト雖𪜈我法文ノ藏ノ字ハ或ハ「カクマイ」置クノ意味ヲモ包含セルカ如ク見ユルヲ以テ之ヲ即時犯ナリト斷言スルニ於テ聊カ疑ヲ存スルナリ

以上ハ犯罪ノ性質ニ於テ自カラ其即時犯繼續犯タルモノ

ナリ然ルニ茲ニ元來即時犯タルヘキモノナルモ屢之ヲ繰リ返シテ行フヲ以テ繼續犯ニ變スルモノナリ即チ數個ノ即時犯ヲ合セテ一個ノ繼續犯トナルモノナリ例令ヘハ第二百五十三條ニ所謂健康ヲ害スヘキ物品ヲ混和シタル飲食物ヲ販賣スルカ如キ一回之ヲ販賣シタル片ハ即チ已ニ其罪ヲナスモノナリ然レ𪜈右同一ノ物ヲ數日若クハ數月ノ間陸續數百人ニ對シテ販賣シタルカ如キハ之ヲ一個ノ繼續犯トナス彼ノオルトラン氏ハ最モ著シキ一例ヲ示シタリ即チ一倉庫中ニアル同一ノ穀物ヲ毎日窃取シテ數日間ニ窃取シ盡シタルカ如キ是ナリト佛國學者ハ此種ノ繼續犯ヲ稱シテ無刑ノ繼續犯ト云フ蓋シ外形ノ所爲ニ於テハ自ラ間斷アルモ其意思ハ繼續シテ其所爲ヲ停止セサル

ニ由テナラン

又繼續犯一ニ連續犯(デリー、シクセシーフ)ト云フ佛國ノ學者幷ニ我國ノ學者輩ニ於テモ彼是ノ分別ナシト云フ者多シト雖𪜈余ハ此連續犯ナル語ハ專ラ無形ノ繼續犯ヲ指スモノナラント信スルナリ何トナレハ原語ノ「シクセシーフ」トハ漸次若クハ順次ノ意ニシテ即チ同一ノ所爲ノ漸次湊合シタルモノ一罪ヲ爲スノ意アレハナリ但シ實際ニ於テ繼續犯ト連續犯トヲ分ツニ於テ毫モ利益ナシトス

第八回 明治十八年五月廿二日

前回ニ說述シタル所ハ專ハラ行犯ニ屬スル即時犯ト繼續犯トノコトニ係レリ故ニ本回ニ於テハ不行犯ニ屬スル犯

罪ニ付テモ亦同一ノ分別アルコトヲ說カントス

世間或ハ罪ノ不行犯ニ屬スルモノニハ即時犯繼續犯ノ別ナシト思考スル者アリト雖氏是レ蓋シ究メサルノ說ナリト謂フヘシ何トナレハ不行犯ニ於テモ其罪ヲ成立スル事實ト已ニ其罪ヲ成立シタル後ノ事實トヲ分別シ得ヘケレハナリ例ヘハ證人鑑定人等カ裁判所ノ呼出ヲ受ケテ其期日ニ出廷セサルカ如キ其當サニ出廷スヘキ日時ニ出廷セサル片ハ既ニ其罪ヲ成立スルモノニシテ其後ニ引續キテ出廷セサルハ即チ犯罪後ノ事實ナリ而シテ其事實タルヤ其出廷ヲ要セサル片ニ出廷セサルモノナレハ決シテ之レヲ罪ト爲ルヘキ所爲ノ繼續スルモノト謂フヲ得ス故ニ彼ノ第二百七十七條ノ罪即チ當該官吏ニシテ保護ノ處分ヲ

爲サヽル者第二百八十一條ノ罪即チ囚徒ノ監禁ヲ解クコトヲ怠リ因テ死傷ニ致シタル者第二百八十三條ノ裁判官檢察官故ナクシテ刑事ノ訴ヲ受理セサル者ノ類ハ皆不行犯中ノ即時犯タルヘキモノトス

今又不行犯中ノ繼續犯タルヘキモノヲ例セハ同第二百八十三條ニ所謂裁判官檢察官刑事ノ訴ヲ受理セルモ故ナク遷延シテ審理セサル者又第四百廿五條ノ第六項ニ官署ノ督促ヲ受ケテ崩壞セントスル家屋墻壁ノ修理ヲ爲サヽル者又第四百廿六條ノ第五項ニ人ノ通行スヘキ場所ニアル危險ノ井溝其他凹所ニ蓋又ハ防圍ヲ爲サヽル者第四百廿七條ノ第四項ニ木石等ヲ通路ニ堆積シテ防圍ヲ設ケス又ハ標識ノ點燈ヲ怠リタル者ノ類皆是レナリ偖此ノ不行犯

ニ屬スル即時犯ト繼續犯トヲ識別スルノ標準如何ト考フルニ抑此不行犯ナルモノハ當サニ行フヘキ事ヲ行ハサルノ罪ナルヲ以テ其所爲ヲ行フヘキ時ニ定マリタルモノハ否トニ由テ區別スルモノナラント信ス而シテ其行フヘキ時ニ定マリアルモノヲ其時期ニ行ハサルモノハ即チ即時犯タリ其行フヘキ時ニ定マリナキモノヲ行ハサルモノハ即チ繼續犯タルヘキモノトス

右ノ如ク論定スル片ハ今日實際ニ行フ所ト相牴觸スルモノアリ何ソヤ彼ノ證券印紙規則ニ違背シテ印紙ヲ貼用セサル者地券書換規則ニ背テ其手續ヲ爲サヽル者ヲ以テ繼續犯トナシタルコト是レナリ而シテ實際之ヲ繼續犯トナシタルノ證ハ明治十五年十月廿六日前橋輕罪裁判所ヨリ

證券印紙規則違背者即チ第七條ノ如キ印紙ヲ貼用セサル者ハ凡テ本則ヲ履行セサル間ハ尚ホ繼續犯罪ナルヲ以テ公訴期滿免除ヲ與ヘサルカトノ問ニ對シ司法卿ハ伺ノ通ト指令シ又地券書換ニ付テハ明治十五年七月廿一日大藏卿ヨリ司法卿ニ對シテ地券書換出願ノ期限ヲ經過シ十三年第五十三號公布第五條ニ牴觸シタル者ハ假令幾十月經過スト雖モ依然犯罪ノ廉ヲ改メサル間ハ即チ繼續犯罪ニシテ之ヲ細言スレハ相續居后ヨリ滿六ケ月ヲ經過シタル日ヲ以テ犯則ノ初日トナシ之レカ書換願ヲ出シタル日ヲ以テ犯則ヲ止メタル最終ノ日ト爲サヽルヘカラス云々トノ照會ヲナシタルニ司法卿ハ之レニ對シテ右ハ繼續犯ナルヲ以テ期滿免除ヲ得ヘキモノニアラス云々トノ回答ヲ

爲シ而シテ彼ノ裁判所ニ向ッテモ亦如此内訓シタリ
今ヨリ前ニ述ヘタル標準ニ基キ右二個ノ犯罪ハ即時犯タルヘキモノニシテ繼續犯ニ非サルコトヲ論セントス
偖此證劵印紙ヲ貼用スヘシト云ヒ地劵ヲ書換ユヘシト云フニハ定マリタル時期ナキヤト云フニ地劵書換ニ付テハ相續屆濟ノ後滿六ヶ月以内ニ云々トアリ已ニ法律ノ明文ヲ以テ定マリタル期限アルモノナリ又證劵印紙ニ付テハ別ニ法律ノ明文ナシト雖ヒ必スヤ其證書ヲ作リタル時ニ貼付スヘキモノタラサルヘカラス彼ノ舊規則ニ在リテハ後ニ貼用スルモ其効アルモノトシタルヲ以テ或ハ茲ニ疑ヲ抱ケル者ナキニアラスト雖ヒ既ニ新規則ノ發布以來ハ後ニ之レヲ貼用スルモ尚ホ之レヲ罰スルヲ以テ其法律ノ

命令スル所ハ證書ヲ作ルノ時ニ當リテ之レヲ貼用スヘシト云フニ在ルヤ明カナリ左レハ其證書ヲ作ルニ當リテ貼用セサルモノハ已ニ其罪ヲ犯セルモノナリ而シテ其印紙ヲ貼用セサル證書ノ有テ存スルカ爲メニ國庫ニ稅金ノ納マラサルハ畢竟其結果ノ繼續スルモノニ過キス又地劵書換願ニ付テモ必ス書換ヲ爲サヽレハ其罪ヲ成立スヘキ時期ハ相續屆濟ヨリ滿六ヶ月ノ最終日一日ニ在リ何トナレハ滿六ヶ月以内ハ相續人ノ隨意ニ願出ッヘキ期限ニシテ必ス書換ヲ要スルノ日ハ滿期ノ日一日ニ在レハナリ故ニ其一日ヲ經過スレハ即チ已ニ其罪ヲ成立スヘキナリ而シテ其必ラス書換ヲ爲スヘキ日時ハ繼續スヘキモノニアラスシテ即時犯ナリト云フ所以ナリ反對論者ハ或ハ云ハン

寛ニ其書換ユヘク貼用スヘキ時期ハ一刻若クハ一日ノ間ニ在リト雖モ其之レヲ貼用セサルコトヽ書換ヲ爲サヽルコトヽハ例令ヘ幾年月ヲ經ルモ依然トシテ繼續スルモノニアラスヤト實ニ此ノ行ハサルコトハ幾年月ヲ經ルモ繼續スルモノナリト雖モ此ハ實ニ不行犯ノ結果ノ然ルモノニシテ凡ソ不行犯ニ屬スルモノニ於テハ皆然ラサルヲ得ス今一例ヲ擧ケテ之レヲ證センニ例令ヘハ茲ニ十日間木石等ヲ道路ニ堆積シテ始終點燈ヲ爲サヽル者アリトセンニ其木石ヲ堆積シタル十日間ハ即チ點燈ヲ要スルノ時間ナルヲ以テ之レヲ怠リタルモノハ即チ十日間ノ繼續犯ナリ然ルニ當時警察官ニ於テ此犯罪ヲ發見セス其後該犯人ハ其木石ヲ取除ケ尚ホ數日ヲ經テ其點燈ヲ怠リシカ爲メ

ニ負傷シタルモノアリタルコトヲ聞キ之レヲ自首シタリトセンカ諸君ハ此ノ違警罪ハ其自首ノ日マテ繼續シタルモノトスルカ將タ木石ヲ取除キタル日ニ止マリタルモノトスルカ反對論者ト雖モヨモヤ其後モ未タ點燈セサルカ故ニ自首ノ日マテ繼續シタルモノトハ謂ハサルヘシ去レハ不行犯ノ繼續犯ハ其之レヲ行フヲ要スル時間ノ一時ニ係ルト否トニ因テ定マルモノタルヘキコト知ルヘキナリ前ノ二例ニ於テ印紙ヲ貼用セサル證書ヲ發見シ又ハ地券ノ書換ヲ願出テタルハ即チ其罪ノ發見シタル日若クハ自首シタル日ニシテ之レヲ犯罪ヲ止メタル日ト云フヘカラス若シ之レヲ犯罪最後ノ日トナスニ於テハ凡ソ不行犯ニ屬スルモノハ盡ク其發覺シタル日若クハ自首ノ日マテ繼

續スルモノト謂ハサルヲ得サレハナリ此ノ如ク論シ來レハ司法省大藏省ニ於テハ此點ニ着眼セスシテ前顯ノ訓令ヲ出シタルモノナルヤトノ疑ヲ免カレス因テ其訓令幷ニ往復ノ文義ニ就テ質スニ或ハ之レヲ眞ノ繼續犯ナリト信認シタルモノヽ如ク見ユルナリ然レ𪜈余ハ之レヲ當局者ノ不明若クハ不注意ノ結果ト爲サスシテ恐ラクハ別ニ之レヲ繼續犯ト爲シタルノ理由アリテ存スルナラント信スルナリ何ヲカ其ノ理由ナリト問ハヽ余ハ將サニ之レニ對ヘテ曰ハントス若シ之レヲ即時犯ト爲ス片ハ證劵印紙ニ就テハ收稅ノ目的ヲ達スルコト能ハス地劵書換ニ就テハ其期限ヲ過キタルモノハ皆期滿免除ニ係ルヲ待ッテ書替ヲ出願スルニ至リ其犯則ノ遂ニ無罰ニ歸スルノミナラス

行政上多少ノ不都合ヲ生スルカ故ナラント

第六　單行犯（デリー、サンプル）慣行犯（デリー、ダビチユード）

一ニ集合犯ト云フ

單行犯ハ一回犯スヿハ即チ罪トナルヘキモノヲ云ヒ慣行犯トハ數回犯スニ非サレハ罪トナラサル者ヲ云フ我刑法ノ罪ハ悉ク單行犯ト云フモ可ナリ只法文ニ付キ慣行犯ト認ムヘキモノハ第二百五十六條私ニ醫業ヲ爲スノ罪第四百廿五條中定マリタル住居ナク平生營生ノ産業ナクシテ諸方ニ徘徊スル罪第四百廿八條ノ身體ニ刺文ヲ爲スヲ業トスル罪アルノミトス

抑此分別アル所以ハ佛國ノ法律ニ於テ高利貸ノ罪二十歳以下ノ男女ニ姪行ヲ誘勸スルノ罪及ヒ乞丐ノ罪ハ一回ノ

貸附ヲ爲シ一回ノ誘勸ヲ爲シ一回ノ乞丐ヲ爲シタルノミニテハ未タ以テ罪ト爲サス二回以上若クハ常ニ之レヲ行フニ由テ始メテ罪トナシタルカ故ナリ我刑法ニ於テモ前ニ述ヘタル如ク慣行犯ト云フヘキモノニ於テハ亦之レヲ區別スルノ要用アリ而シテ其要用トハ例令ハ醫師ノ免許ヲ受ケサル者ト雖ヒ親屬友人ノ依賴ヲ受ケテ一回若クハ二回人ノ病ヲ診察シ之レニ藥方ヲ授ケタリトテ直チニ之レヲ第二百六十條ノ罪アリトシテ罰スルコトヲ得ス平生産業ナキ者カ一時其住所ヲ賣却シ一日若クハ數日ノ間諸方ニ徘徊シタリトテ第四百廿五條ノ罪アリトセス又一回ノ刺文ヲ爲シタリトモ之レヲ第四百廿八條ノ罪アリトセス必ラス其業ト爲シ若クハ平常之レヲ行フヲ待ツテ罪ト

ナスヘキナリ此頃或ル註解書ヲ一見シタルニ道路ニ於テ放歌高聲ヲ發シテ制止ヲ肯セサルモノヲ以テ慣行犯ナリトシタリ蓋シ一度制止ヲ受ケテ尚ホ放歌高聲ヲ發スル者以テ此罪ニ該ルトノ觀察上ヨリ斯クハ記シタルモノナラン然レ𪜈是レ恐クハ一時ノ誤解ナルヘシ

第七　現行犯（フラングランデリー）

グランデリー）非現行犯（ノンフラングランデリー）

現行犯トハ治罪法第百條及ヒ第百一條ニ定ムル所ノモノヲ云フ而シテ其第百一條ニ定義ヲ下ス所ノモノ之レヲ眞ノ現行犯ト云ヒ其第百一條ニ定ムル所ノモノ之レヲ準現行犯ト云フ

右現行犯非現行犯ノ區別ハ諸君ノ爲メニモ甚ハタ必要ノ

コトニシテ此講義ニ於テハ一層ノ精密ヲ要スルモノナレ
ド右ハ治罪法ノ講義ニ於テ詳說セラルヘシト信スルヲ以
テ余ハ茲ニ喋々スルコトヲ用ヒサルナリ治罪法ノ正面ニ
於テハ其他ニ現行犯ト云フヘキモノアルヘカラス然ルニ
明治十四年九月廿日第四十六號ノ布告ヲ以テ擧動犯人ト
思考スルモノアル片ハ現行犯罪ニ準シ處分スルコトヲ得
ルモノトセリ而シテ其所謂擧動トハ果シテ如何ナルコト
ナルヤヲ明指セサルカ故ニ余輩ハ之レカ說明ヲ爲スコト
能ハス要スルニ當該官吏ノ所見ニ一任スルモノヽ如シ聞
ク所ニ依レハ實際ニ於テ幾多ノ年月ヲ經タル犯罪人モ現
行犯ノ手續ヲ以テ逮捕セラルヽ者往々ニシテ之レアリト
是レ實ニ信スヘカラサルコトナリ然レ𪜈亦右ノ布告文ニ

依レハ或ハ是等信スヘカラサルノ事實ナシトモ謂ヒ難シ
勿論此布告ハ實際已ムヲ得サル事情アリテ設ケタルモノ
ナルヘシ特ニ諸君ノ如キ其局面ニ當ル人々ニ於テハ此布
告ナカリセハ殆ント其職分ヲ全フスルコト能ハサルヘシ
ト信スル程ノ必要ヲ感セラルヽナラン
余ハ稍舊幕時代ノ事ヲモ見聞シタル者ナレハ舊時ノ有樣
ニ比シテ是レ亦已ムヲ得サル一時ノ事情ノアルコトナラ
ント察スルナリ然レ𪜈顧ミテ西洋各國ノ法律及ヒ學者ノ
所論ニ徵セハ實ニ憾慨ニ堪ヘサルモノアリ日本人タル余
輩ニ於テ尙ホ且ツ然リ況ンヤ文明ノ國ニ生レ人身ノ自由
ヲ重ンスルコト生命モ啻ナラサル程ノ歐米國民ヲシテ如
此法律ノ下ニ服從スヘシト云ハヽ實ニ薄氷ヲ履ムノ思ヒ

ヲ爲スコトナラント信スルナリ之レヲ要スルニ此ノ如キ法律ハ他日條約改正ノ時ト共ニ外人ノ雜居ヲ許スニ當リテハ一日モ存スヘカラサルモノナルヘシ余ハ只タ此ノ如キ法律ノ自カラ不用ニ屬センコトノ速カナランコトヲ欲スルノミ

第八　附帶犯（デリー、コネッキス）非附帶犯（デリー、ノン、コネッキス）

附帶犯ノ何物タルコトハ治罪法第三十九條ニ於テ之レカ釋義ヲ與ヘタリ是レ亦治罪法ノ講義ニ於テ詳解セラルヽコトナラント信スルヲ以テ今茲ニ之レヲ述ヘス只附帶犯ハ檢察官ノ起訴ナシト雖モ同一ノ裁判所ニ於テ併セ理スルヲ得之レニ反シテ非附帶犯ハ無告不理ノ原則ニ從ヒ起

訴ナケレハ決シテ理スルコトナシト云フニ止メントス

第九回（明治十八年六月二日）

前數回ニ於テ罪ノ釋義ヲ爲シ併セテ罪ノ等級ト犯罪ニ各種ノ別アルコトヲ說了シタリ故ニ諸君ハ既ニ罪トハ法律ニ於テ罰スル所ノ所爲即チ刑罰ヲ附シタル所爲ナルコトヲ知了セラレシナラン今ヤ刑法向フ所ノ事如何ニ說キ及ハントス

第一　刑法問フ所ノ事如何

刑法問フ所ノ事如何ヲ知ルニハ第二條ノ法文ヲ一讀スルヲ以テ足レリトス同條ニ曰ク「法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖モ之レヲ罰スルコトヲ得スト之レヲ裏面ヨリ解

スル片ハ法律ニ正條アルモノヽミヲ罰スヘシト云フニ歸ス故ニ刑法問フ所ノ事ハ法律ニ正條アル所爲ニ限レルコトヲ知ルヘキナリ凡ソ何レノ國ヲ問ハス往昔刑法ノ未タ備ハサル片ニ當リテハ豫シメ罪ノ何タルコトヲ示サスシテ畢竟爲政者ノ見ル所若クハ習慣ニ由テ某々ノ所爲ヲ罪トナシ之レニ刑罰ヲ科シタルモノナリ故ニ今日當然行ヒ得ヘキ所爲ニシテ明日ハ忽チ之レニ刑罰ヲ科セラルヽノ恐レアリ要スルニ人民ニ於テハ事々其事ハ罪タルヘキヤ否ヤヲ知ルコトヲ得サリシヲ以テ假令ヘ謹愼正直ノ者ト雖ヒ何時罪人トナリテ罰セラルヽコトアルヤ知ルヘカラス故ニ人民ニ於テハ實ニ一日トシテ安寧ノ日ナカリシモノト謂ツテ可ナリ後チ漸ク開明ニ進ムニ從ヒ豫シメ告ケ

ヽシテ罰スルハ不正ナリトノ道理ヲ發見シ即チ既往ニ溯リテ罰スルノ不當ナルヲ悟リ遂ニ刑法ノ設ケアルニ至レリ既ニ刑法ノ設ケアルニ及ンテハ前日ノ如ク擅マヽニ人ヲ罰スルコトヲ得サルモ尚ホ未タ今日ノ如ク悉ク罪トナルヘキ所爲ノ何タルコトヲ知ルヲ得サリシナリ即チ彼ノ明清律及ヒ我舊律ノ如キモノニシテ或ハ不應爲律アリ或ハ比附援引以テ法ニ正條ナキ所爲ヲモ罰スルコトヲ許シタルカ如キ是レナリ

近ク我舊律ニ就テ之レヲ證センニ舊律ニハ斷罪無正條ノ律アリ其文ニ曰ク「凡ソ律例ニ該載シ盡サヽル事理若クハ罪ヲ斷スルニ正條ナキモノハ他律ヲ援引比附シテ加フヘキハ加ヘ減スヘキハ減シ罪名ヲ擬定シテ上司ニ申シ議定

シテ奏聞ス○若シ輒ク罪ヲ斷シ出入アルコトヲ致ス者ハ故失ヲ以テ論ス」ト而シテ此法文ハ全ク清律ト相同シ從ツテ其比附援引ヲ許ス所以ノ理由ニ至リテモ亦異ナル所ナシ清律ヲ解スル者曰ク「法限リアリテ情窮リナシ罪正條ナキ者ハ上下比附ス是限リアルヲ以テ窮リナキヲ待ツノ道ナリ」ト又曰ク「是レ未タ律ノ備ハラサル所宜シク比照定擬スヘキヲ云フナリ」ト又曰ク「所犯ノ事律例盡ク載スル能ハサルモノアリ云々」ト是レ即チ清律及ヒ我舊律ノ比附援引ヲ許シタル所以ノ理由ナリ而シテ其比附援引ヲ以テ罪名ヲ定擬スルニ就テハ上司ニ申シ議定シテ奏聞スヘキモノトス蓋シ律ニ正條ナキヲ以テ法官一時ノ臆見ニ任シ容易ク自カラ斷決シ去ランコトヲ恐ルヽカ故ナリ去レハ我舊

律及ヒ清律ニ於テモ猥リニ無正條ノ所爲ヲ罰スルノ主意ニアラスシテ可成法官横斷ノ弊害ヲ防制シタルモノト謂フヘキナリ然リト雖ヒ到底時々無正條ノ所爲ヲ罰スルモノアルヲ免カレス故ニ歐米諸國ノ如キ已ニ文明ノ域ニ達シ尤モ人民ノ權利ヲ重ンスル國ニ在リテハ如此法律ノ非理ニシテ最モ危險ナルコトヲ悟リ遂ニ此主義ヲ排斥シタルコト日已ニ久シトス我國ニ於テモ維新以來漸ク西洋各國ノ文物ヲ採用スルニ至リテ疾ク舊律ノ非理ヲ覺リ乃ハチ歐米各國ノ律令ニ則リ以テ此新刑法ヲ制定スルニ當リ其第二條ニ於テ罪ヲ斷スル必ラス正條ニ據ルノ原則ヲ定メタルナリ去レハ此新刑法ノ頒布以後ニ在リテハ其所爲ノ何程惡ムヘク戒シムヘキモノアルモ律ニ正條ナキモノ

ハ決シテ之レヲ罰スルコトヲ得サルナリ是レ余輩ノ喋々ヲ要セスシテ苟モ刑法ヲ一讀シタラン者ハ業已ニ熟知スル所ナリ然リト雖ヒ實際ニ於テハ果シテ此原則ヲ遵奉シテ之レカ適用ヲ誤マル者ナキヤ如何ト云フニ至リテハ實ニ意想ノ外ニ出ツル者ナキニアラス依テ余ハ先ツ茲ニ其比附援引ニ屬スル一二ノ例ヲ示シ後ニ實際此原則ヲ蔑如シテ其適用ヲ誤マルモノナラント信スル二三ノ例證ヲ示シ以テ諸君自カラ法ヲ執ル時ノ參考ニ供セント欲スルナリ

今先ツ清律ニ就テ其一例ヲ示サンニ清律集註ニ曰ク「城門ノ鑰ヲ遺失スルカ如キハ文ナシ印信ヲ遺失スルニ比ス皆關防ノモノタルヲ以テナリ」ト是レ即チ城門ノ鑰ヲ遺失ス

ル者ノ正條ナキヲ以テ遺失印信ノ律ヲ援引シ之レニ比附シタル一例ナリ

佛國ニ於テモ千八百六十三年刑法ノ改正ニ至ルマテハ他人ニ典物トナシタル物品ヲ奪ヒ取リ又ハ滅却シタル者ヲ罰スルノ正條ナカリシカハ往々竊盜ノ律ヲ以テ援引シテ之レヲ罰シタルモノアリ是レ佛國ニ於ケル比附援引ノ一例ナリ然レ𪜈典物ハ固ト自己ノ所有物ナルカ故ニ假令ヘ之レヲ竊取スルモ彼ノ他人ノ所有物ヲ竊取スルモノト同シカラス然ルニ之レヲ竊盜ヲ以テ論スルハ即チ斷罪要正條ノ原則ニ反スルモノナリ是レ其ノ千八百六十三年ニ刑法ヲ改正シテ其第四百條ニ之レカ明文ヲ設ケタル所以ナリ

我舊律ノ下ニ在リテハ此類ノ例證殆ント枚擧ニ暇アラス然レ𪜈當時ニ在リテハ是レ固ヨリ當然ノ處分ナリシヲ以テ敢テ咎ムヘキニアラスト雖𪜈已ニ新刑法第二條ノ原則ニ設ケタル今日ニ至リテ尚ホ之レニ類スルカ如キモノアルハ決シテ之レヲ不言ニ付スルコトヲ得ス請フ左ニ一二ノ實例ヲ示サン

彼無錢遊興若クハ無錢飲食ヲ爲ス者ハ悉ク詐欺取財ニ當ルト論スル者アルノミナラス已ニ其判決例ニ乏シカラス勿論其方法ニ由リテハ或ハ第三百九十條ノ正文ニ當ル者ナキニシモアラサルヘシト雖𪜈余カ從來見聞スル所ノモノヽ如キハ全ク詐欺ヲ以テ論スヘカラサルモノ之レアルノミナラス其極實ニ笑フニ耐ヘタルモノアリ即チ毫モ飲

食セスシテ妓樓ニ一泊シタルモノ尚ホ詐欺取財ヲ以テ論スルカ如キ即チ是レナリ此他是レニ類スル判例モ甚ハタ多シト雖𪜈煩ヲ省キ一々列擧セス只此頃或ル法衙ニ於テ問題タリシ按件ニ就テ一言セントス諸君モ已ニ聞知セラルル所ナラン彼ノ代言人試驗問題漏洩ノ事是レナリ蓋シ此ノ漏洩ノコトニ付テハ種々ノ情狀ニ出ツルモノアリ就中今日講義ノ用ニ適スヘキモノハ試驗掛ヨリ各始審裁判所ノ上席檢事ニ宛テタル官ノ文書ヲ開封シ而シテ此問題ヲ盜寫シタル者是レナリ此所爲ハ實ニ惡ムヘク且ツ大ニ公害アリト云フヲ以テ直チニ之レヲ逮捕シ而シテ其罪ヲ論スルニ至リテ種々ノ說ヲ生シタリ

第一說ニ曰ク官ノ文書ヲ開封シタルモノハ即チ官ノ文書

ヲ毀棄シタル者ナレハ第二百三條第二項ニ依テ處分スヘシト

第二說ニ曰ク代言人試驗問題ハ二重ニ嚴封シテ其內封ニハ係官幾名ノ官印ヲ押捺シタルモノニシテ殊ニ之レヲ受取リタル撿事ト雖氏其試驗ノ當日其場ニ臨ムニ非サレハ開封シ得サル程ノモノナレハ即チ刑法ノ第百七十四條ニ所謂ル官署ノ處分ニヨリ特別ニ施シタル封印ヲ破毀シタル者ヲ以テ處分スヘシト

第三說ニ曰ク開封ハ未タ以テ毀棄ト云フヘカラス故ニ官ノ文書毀棄ヲ以テ問フコトヲ得ス又官ノ封印ヲ破毀スル罪ハ元來佛國刑法第二百四十九條以下ノ數條ト其精神ヲ同フスルモノニシテ決シテ本件ノ如キモノニ適用

スヘキモノニ非ス故ニ此ノ所爲ヲ罰スルニハ獨リ郵便條例中已レニ屬セサル郵便物ヲ開封シタル者云々ノ條アルノミ故ニ郵便條例ニ依テ罰スヘキモノナリト

余ハ最初ヨリ此說ヲ固執シテ他ノ二說ハ所謂比附援引ニ屬スルモノナルコトヲ痛論シタルモ第二說最モ多數ヲ占メ其勢力頗フル强カリシヲ以テ一時之レヲ壓倒スルコトヲ得ス遂ニ撿察官ハ官ノ封印破毀ノ罪ト郵便條例違犯ノ罪ト二罪俱發ノ罪ト云フヲ以テ論告スルニ至レリ然ルニ幸ニ余ト同說ヲ執レル人ノ裁判長タリシヲ以テ第三說ノ主義ニ判決シタリ然レ氏被告人ハ尙ホ之レヲ控訴シタリ他日或ハ第一說若クハ第二說ノ論旨ニ歸着スルヤモ知ルヘカラスト雖氏萬一如此ナルニ於テハ余ハ之レヲ比附援

引ノ適用法ナリト斷言セント欲スルナリ

第十回明治十八年六月九日

前回ニ於テハ第二條ノ原則即チ斷罪要正條ノ原則ヲ說キ了レリ本日ハ第三條ニ移リ法律既往ニ及ハサルノ原則ニ說キ及ハン

第二　刑法及フ所ノ時如何

此問題タル之レヲ詳言スレハ刑法ハ既往ニ溯ルノ効力ヲ有スルヤ將タ獨リ將來ニノミ適用スヘキモノナルヤト云フニ在リ我刑法ハ其第三條ノ明文ヲ以テ之レカ原則ヲ定メタリ同條第一項ニ曰ク「法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得ス」又其第二項ニ「若シ所犯頒布以前ニ在リテ未タ判決ヲ經サル者ハ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從ッテ處斷ス」ト

右第一項ニ定ムル所ノ者之レヲ法律不及既往ノ大原則ト云フ而シテ第二項ハ此ノ大原則ニ於ケル一箇ノ變例ニシテ時ニ法律ノ既往ニ及ホスヘキモノアルコトヲ示スモノトス今ヤ此大原則並ニ其變例ノ意義及ヒ其及フ所ノ區域如何ヲ研究センニハ之レヲ左ノ三項ニ分チ之レカ適用ヲ講スルヲ以テ最モ解シ易カラント信スルナリ

一　刑罰ニ關スル法律ノ事

二　訴訟手續ニ關スル法律ノ事

三　期滿免除ニ關スル法律ノ事

一　刑罰ニ關スル法律ノ事

先ッ茲ニ刑罰ニ關スル法律ニ付テ講述セン二凡ソ法律ニ正條アルニアラサレハ何等ノ所爲ト雖ヒ之レヲ罰スルコトヲ得サルハ即チ第二條ノ定ムル所ノ大原則ニシテ之レニ對シテ一言ノ異議ヲ唱フルモノナキナリ左レハ今將サニ講究セントスル所ノ問題ハ其已ニ正條アル刑罰ニ付テハ其犯人ニ於テ既得ノ權アリヤ將タ之レニ反シテ犯罪以後ニ制定シタル刑罰ニシテ而シテ其犯罪ノ當時ト同シカラサル刑名ヲ宣告スルコトヲ得ルヤ如何ト云フニ在リ此問題ニ答フルモ亦左ノ三個ノ場合ニ分ツヲ以テ可ト信スルナリ

(一) 犯罪ノ後ニ定メタル刑ノ一層重キ場合

(二) 犯罪ノ後ニ定メタル刑ノ一層輕キ場合

(三) 犯罪ノ後二個ノ法律ヲ頒布シ其一ハ刑ヲ輕減シ他ノ一ハ之レヲ加重シタル場合

(一) 犯罪ノ後ニ定メタル刑ノ一層重キ場合

此場合ニ於テハ從前罰セサル所爲ヲ新法ヲ以テ罰シタル場合ト同シク第三條第一項ニ定メタル原則ノ正面ニ當ルモノニシテ即チ其既往ニ及ホスヘカラサルヤ辨ヲ待タサル所ナリ而シテ其之レヲ既往ニ及ホサヽルノ理由如何ト云フニ內外ノ學士皆曰ク「若シ之レヲ既往ニ及ホス片ハ犯人ノ既得權ヲ害スルカ故ナリ」ト

(二) 犯罪以後ニ定メタル刑ノ一層輕キ場合即チ新法ノ刑舊法ノ刑ヨリモ一層寬ナル片

此場合ニ於テハ舊法ノ時ニ犯シタル罪ニ於テモ亦新法ノ

寛ナルモノヲ適用スヘキナリ是レ輓近内外學者ノ所論並ニ判決事例ニ於テモ共ニ同シキ所ナリ故ニ我刑法ニ於テモ第三條第二項ニ於テ新舊ノ法ヲ比較シ輕キニ從ッテ處斷スヘシトノ明文ヲ掲ケタルナリ而シテ此變例ヲ設クルノ場合ニ當リテ特ニ新法ヲ既往ニ及ホス所以ノ理由如何ト云フニ皆曰凡ソ法律ヲ改正シ一層ノ寛ニ移ルモノハ社會ノ權柄ニ於テ舊法ノ刑罰ハ過嚴ニシテ社會ニ必用ノ適度ヲ超過スルモノナルコトヲ明言スルモノナリ刑罰ハ固ト正義ト社會ノ必用トノ二ッノ者ニ基因シテ初メテ正當トナスモノナリ然ラハ則チ已ニ社會ニ於テ其刑罰ヲ不用トナシ過嚴用ユヘカラサルモノト明言スル以上ハ即チ已ニ社會刑罰權ノ基礎ノ一原素ヲ失フタルモノナリ是レ其

社會ニ於テ舊法ノ嚴刑ヲ施スコトヲ得サル所以ナリト

(三) 前後三個ノ法律アル場合

此場合ニ於テ犯罪ノ時ノ法律ハ最モ重ク中間ニ頒布セラレタル法律ハ最モ輕ク最終ノ法律ハ是レヲ第一ノ法ニ比スレハ稍輕ク第二ノ法律ニ比スレハ尚ホ重キ場合タルコトヲ假想スルヲ要ス例ヘハ一個ノ重罪ヲ犯シタル當時ニ在リテハ其罪死刑ニ當リ中コロ發シタル法律ハ之レヲ減輕シテ有期徒刑トナシ而シテ其判決前ニ發シタル最終ノ法律ハ無期徒刑ヲ以テシタルカ如キ是レナリ此場合ニ當リテハ前後三個ノ法律中何レノ法律ヲ適用スヘキモノナルヤ蓋シ如此場合ハ實際甚タ稀ナルヘシト雖モ亦斷シテ之レナシトモ言ヒ難シ現ニ佛國ニ於テハ此場合ニ際會シ

ダルコトアリ而シテ同國大審院ハ其最モ寛ナル法律ヲ適用スヘシト斷決スルニ躊躇セサリシナリ(千八百十三年七月九日同十月一日及ヒ千八百十四年四月十三日ノ判決)蓋シ大審院ハ此中コロ發シタル寛法ノ利益ニ付テハ其頒布ノ日ヨリシテ犯人ニ所得ノ權アルモノト斷定シ而シテ其最後ノ法律ヲ適用スル片ハ之レヲシテ既往ニ溯ルノ効力ヲ有セシムルモノナルコトヲ附言セリ此論結ハ當時他ノ諸說ニ抗敵シテ全勝ヲ占メタルモノナリ而シテ其結果ハ犯人ニ利益アルノ論旨ナルヲ以テ以來之レニ抗論スルモノアルヲ聞カス然レ𪜈又之レヲ評シテ其論ノ眞理ニ適スルモノト謂ハンヨリハ寧ロ犯人ノ利益ノ爲メニスルモノナリト謂フ者アリ誠ニ嚴格ノ論理ヨリ推ス片ハ或ハ最終

ノ新法コソ正ニ之ニ適用スヘキモノナルヘシ蓋シ犯人ハ此最終ノ嚴法ニ處セラルヽモ毫モ不服ヲ唱フルノ理アルヘカラス何トナレハ犯罪當時ノ法律ニ於テハ更ニ一層ノ嚴刑ニ處セラルヘキモノニシテ最後ノ新法ハ之レニ比スレハ一段ノ輕減ヲ爲シタルモノナレハナリ

論者或ハ曰ハン犯人ハ最モ寛裕ナル法律ニ從ッテ處斷ヲ受クルノ權アル者ナリ而シテ其中間ニ發シタル寛裕ナル法ノ下ニ在リテ判決ヲ受クルニ至ラサリシハ必竟吟味搜索ノ緩慢ナリシカ爲メナリ吟味搜索ノ緩慢ハ官署ノ怠慢ナリ官署ノ怠慢ニ由リテ焉ンソ他ノ利益ヲ奪フノ理アランヤト此論旨ヲ推究スル片ハ犯人カ隱避ノ巧ミナルニ由リテ寛法ニ處セラルヽノ權利ヲ得ルト云フニ歸ス縱令ヘ何

等ノ名義ヲ以テスルモ犯人カ隱避ニ巧ミナルノ故ヲ以テ其刑ヲ減セシムルノ効力アルコトヲ信スル能ハサルナリ然レ𪜈佛國ニ於テハ其最モ輕キモノニ從ツテ處斷スルコトニ一定セリ我國ニ於テハ刑法頒布ノ後未タ此ノ如キ適例ナシト雖𪜈若シ他年此ノ如キ場合ニ遭遇スルコトアラハ必スヤ佛國ノ先例ノ如ク論定セラルヽコトナラント信スルナリ

以上刑罰ニ關スル法律不及既往ノ原則并ニ其變例ノ理由ニ屬スル者ハ皆內外普通ニ行ハルヽ所ニ從ツテ講述シタリ然レ𪜈余ハ近來其理由ノ論理ニ適セサルモノアルヲ以テ別ニ一種ノ說ヲ爲スモノナリト雖𪜈今茲ニ之レヲ詳論セント欲スル片ハ第一議論冗長ニ涉ルノ恐レアリ第二却

ツテ諸君ノ思想ニ混雜ヲ來スノ恐レアリ第三異說ヲ好ムノ譏リヲ來スノ恐レアルヲ以テ暫ク世間普通ノ說ニ從フ若シ他日好機會ヲ得ハ詳カニ卑見ノ在ル所ヲ述ヘ諸君ノ評論ヲ乞ハント欲スルナリ

以下新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從ツテ云々トアル輕キ法律トハ如何ナル者ナルカヲ說カントス刑法ト改定律令トニ付テハ明治十四年第八十一號ノ布告ヲ以テ新舊ノ比照法ヲ定メタレハ茲ニ之レヲ說クコトヲ須ヰス只タ將來刑法ノ主義ニ從ツテ頒布セラルヘキ法律ノ比照法ニ付テ一言セン曰ク輕キ法律トハ如何ナルモノヲ云フ乎

第一　舊法ノ罪ヲ廢止シタル新法及ヒ新法ニテ罰スル所ノ所爲ヲ罰セサル舊法

第二　舊法ノ重罪刑ニ代フルニ輕罪刑ヲ以テシ輕罪刑ニ代ルニ違警罪刑ヲ以テシタル新法及ヒ之レニ反スル場合ノ舊法

第三　舊法ニ在リテ重罪主刑ノ上級ニ代ルニ下級ノ刑ヲ以テシタル新法及ヒ之レニ反スル場合ノ舊法

第四　舊法ノ重禁錮ニ代フルニ輕禁錮ヲ以テシ輕禁錮ニ代フルニ罰金ヲ以テスルカ如キ新法及ヒ之レニ反スル場合ノ舊法

第五　舊法ノ拘留ニ代フルニ科料ヲ以テスル新法及ヒ之レニ反スル場合ノ舊法

以上新舊比較シテ輕重ノ最モ見易キモノナリ此他又新舊二法共ニ同一ノ刑ニシテ而シテ只其長期ト短期ニ於テ互

ニ輕重アルモノナシトセス假令ヘハ新舊ノ二法共ニ有期ノ徒刑ヲ以テ罰スルトスルモ舊法ノ刑期ハ十年以上二十年以下ニシテ新法ノ刑期ハ十二年以上十五年以下トナスカ如キ是レナリ此場合ニ於テハ何レヲ以テ輕キモノト見ルヘキヤ此問題ハ次回ニ於テ講述ス可シ

第十一回　明治十八年六月十一日

前回ニ於テハ刑期ノ長期ヲ減シテ其短期ヲ加上シタル新法ヲ頒布シタル片ハ新舊何レノ法ヲ以テ輕シトスヘキヤトノ事ヲ述ヘタリ今此疑問ニ答フル說四アリ即チ左ノ如シ

第一說ニ曰ク「新舊二法ヲ取捨シ舊法ノ短期ト新法ノ長期

トヲ取リ其範圍内ニ於テ處分スヘシ」ト(前例ニ就テ云ヘハ十年以上十五年以下ト爲ル)

其論旨ニ曰ク「若シ舊法ノ短期ヲ適用セサル片ハ犯人カ減輕セラルヘキ利益ヲ失フヘク又新法ノ長期ヲ超過スル片ハ是其已ニ存在セサル刑ヲ適用スルニ至ル」ト

之ヲ難スル者曰ク「第一說ノ論旨其レ或ハ可ナラン然リト雖ヒ其新舊ノ二法ヲ同時ニ適用スルト云フカ如キハ實ニ認許シ難キ說ト云ハサルヲ得ス宜シク二法其一ヲ擇ンテ之ヲ處スヘシ決シテ新舊ノ二法ヲ混同スヘカラス」ト要スルニ此問題ハ二法ノ中何レカ其輕キモノナルヤヲ見ルニ在リ然ルニ此說ノ如ク只二法ヲ混用スト云フヲ以テハ未タ此問題ヲ決スルニ足ラサルナリ

第二說ニ曰ク「此ノ如キ場合ニ在リテハ宜シク犯人ヲシテ其一ヲ擇ハシムヘシ」ト

此說モ亦奇怪ノ說ナリト謂フヘシ寔ニ刑期ノ短期ヲ適用スルト其長期ヲ適用スルトハ裁判官ノ意中ニ在テ存スルヲ以テ豫シメ犯人ノ撰擇シ得ヘキモノニアラス若シ犯人裁判官ニ向ヒ其意見如何ヲ問ハヽ決シテ之ニ答フルコトナカルヘシ然ラハ則チ若シ此說ニ從フヘキモノトセンカ裁判官先ツ其罪情ヲ審定シ其刑ノ見込ヲ陳ヘ而シテ後犯人ヲシテ法律ノ撰擇ヲ爲サシメ後又更ニ刑ヲ議定シ之ヲ宣告スルニ至ルヘシ到底此ノ如キ說ハ採ルニ足ラサルモノト謂フヘシ

第三說ニ曰ク「新舊ノ法ヲ比照シ其長期ノ短ナルモノ即チ

以テ其法ノ輕キモノトナスヘキナリ」ト(ベルトール、モランン兩氏ノ說)

余モ亦此說ニ左袒スル者ナリ然レ𪜈或ハ此說ヲ難スル者アリ曰ク「此說ニ從フ片ハ犯人ニ於テ短期ノ適用ヲ受クルコトアルヘキ利益ヲ失フヘキナリ」ト實ニ然リ然レ𪜈犯人ハ其短期ニ付テ既得權アリト曰フコトヲ得ス如何トナレハ裁判官ハ常ニ其長期ヲ適用シ得ヘクシテ必竟其短期ニ下スコトヲ得ルモノハ寧ロ裁判官ノ權利ニ屬スルモノト謂フヲ得ヘキモ之ヲ犯人ノ權利ト謂フヲ得サレハナリ左レハ新法ヲ以テ短期ヲ上スモ被告人ノ爲メ確定ノ利益ヲ奪フモノト謂フコトヲ得サルナリ

第四說ニ曰ク「此場合ニ在リテハ新舊二法ノ增減スル所ヲ

比照シ而シテ其減スル所ノモノ增ス所ノモノヨリモ多キ片ハ即チ之ヲ輕キモノト爲スヘキナリ」ト(前例ニ就テ云ヘハ新法ニ於テ長期五年ヲ減下シ短期二年ヲ加上シタルヲ以テ加減ノ間三ヶ年ノ差アリ即チ其減スル所多キ新法ヲ以テ輕キモノト爲スカ如キ是ナリ)

此說タル奇ハ則チ奇ナリト雖𪜈法律上ノ論旨ト爲スニ足ルヘキ根據ナキノミナラス實施ノ際許多ノ困難ヲ生スルモノナラント信スルナリ是亦取ルニ足ラサルノ說ナリト謂フヘシ

我刑法ニ於テハ如此場合ニハ何レノ說ニ從フヘキヤ抑此刑法ノ起草者タルボアソナード氏ハ第一說ノ論者タリシヲ以テ隨テ立法者ノ主義トナリ遂ニ彼ノ新舊比照法ノ明

文ヲ以テ此主義ニ決定スルニ至レリ

比照法第三條ニ曰ク「舊法新法ノ刑共ニ短期長期アルモノハ其短期ノ短キモノニ從フ但シ長期ノ短キモノニ過クルコトヲ得ス」ト故ニ我國ニ於テハ到底第一說ニ從ハサルヲ得サルナリ然レ𪜈余ハ第三說ノ主義ヲ以テ却ッテ正當ナラント信スルナリ

第十二回 明治十八年六月十六日

本日ハ前回ノ續ヲ講セン

二 訴訟手續ニ關スル法律ノ事

刑法ノ既往ニ及ハサル原則ハ訴訟規則ニ關セス其所以ハ刑法第三條ニ於テ訴訟規則ノコトヲ定メス而シテ治罪法

ニ於テハ其既往ニ及フヘキコトヲ定メタレハナリ治罪法第五條ニ曰ク「公訴私訴ノ裁判ハ管轄裁判所ニ於テ現ニ施行スル法律ニ定メタル訴訟手續ニ從ヒ之ヲ爲ス可シ」ト是レ蓋シ訴訟ノ現時ニ行ハルヽ法律ニ從フヘキコトヲ示スモノニシテ即チ訴訟手續ノ法律ハ既往ニ溯ルコトヲ許スモノナリ加之同法第二十七條ニ曰ク「此法律ニ於テ定メタル豫審又ハ公判ニ付テノ規則ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニモ亦之ヲ適用ス」ト此文義ヲ案スルニ略ホ第五條ト其主意ヲ同フシ一見スル片ハ前後重複スルモノヽ如シ之ヲ解スル者曰ク「第五條ハ現今ト將來トヲ問ハス新法ヲ施行スルニ際シ遵奉スヘキ一般ノ原則ヲ定メタルモノニシテ第二十七條ハ此治罪法ヲ頒行スルニ際シ一時要用ノ規則ヲ揭載

シタルモノナリ敢テ重複スルモノト謂フヘカラス」ト要スルニ第五條ニ依レハ訴訟手續ニ關スル法律ハ之ヲ既往ニ及ホスヘキコトヲ定ムルモノナリ而シテ其既往ニ及ホス所以如何ト云フニ抑刑事訴訟ノ目的タルヤ公私ノ利益ヲ保護シ而シテ眞正ノ事實ヲ發見スルニ在リ即チ一面ニ於テハ罪人ヲシテ其罰ヲ逃レシムヘカラサルハ勿論ナリト雖氏亦他ノ一面ニ於テハ無辜ヲシテ寃ヲ蒙ムラシムヘカラス而シテ此ノ公私ノ保護ヲ全フスルニハ可成善良ノ法律ニ依ラサルヘカラス然レハ凡ソ新ニ發スル所ノ法律ハ舊法ニ比シテハ常ニ一層善良ヲ加フルトノ推測ヲ下スヘキモノナリ而シテ此推測ハ社會ノ公益ノ爲メニ立ツモノナリ然ルヲ何ソ被告人ニ於テ不良ニシテ且ツ有害ナル法

律ノ適用ヲ要求スルコトヲ得ヘケンヤ罪人ハ自ラ隱避スルノ權利ヲ有セス無辜者ハ眞實ヲ發見セシムルニ於テ緊要ノ利益ヲ有スルモノナリ故ニ法律ニシテ純然タル法式ニ關スル以上ハ假令其頒布以前ニ犯シタル所爲ニ付テモ亦之レヲ適用スヘキナリ是レ即チ訴訟規則ニ關スル法律ヲ既往ニ及ホスヘキ所以ナリ

以上ハ治罪法ノ大體ニ就テ概論スルモノニシテ尚ホ之ヲ詳悉セントスルニハ純然タル法式ニ關スル法律ト證據ノ方法ヲ增減スル法律ト裁判所ノ管轄ヲ增減スル法律ト執行ノ方法ヲ變更スル法律トヲ分別シテ各其理由ヲ細論スルヲ要スルモノナリト雖氏是等ノ詳細ハ之ヲ治罪法ノ講義ニ讓リ茲ニハ只タ以上何レノ場合ニ於テモ凡テ新法ニ

從フヘキモノナルコトヲ一言スルニ止メントス

三　期滿免除ニ關スル法律ノ事

凡ソ刑事ノ期滿免除トハ法律ニ定メタル期限ヲ經過スルニ因テ公訴又ハ刑罰ヲ免ルヽノ方法ヲ云フ故ニ法律上之ヲ分ツテ二種ト爲ス曰ク公訴ノ期滿免除曰ク刑ノ期滿免除是ナリ而シテ公訴ノ期滿免除ハ治罪法第十一條以下ニ於テ之ヲ定メ刑ノ期滿免除ハ刑法第五十八條以下ニ於テ之ヲ定ム故ニ此二種ノ期滿免除ハ各其免除セラルヽ所ノモノヲ異ニシ又之ヲ規定スル所ノ法律及ヒ其期限ヲ異ニスト雖トモ而モ其之ヲ設ケタル所以ノ理由ニ至リテハ共ニ同一トス即チ許多ノ年月ヲ經ルニ於テハ社會ハ其犯罪アリタルコト若クハ處刑セラレタルコトヲ遺忘シ去リ最早

社會ニ於テ之ヲ訴ヘ若クハ其刑ヲ執行スルノ無要ナルモノト見做スニ在リトス

茲ニ新法ヲ設ケ公訴若クハ刑ノ期滿免除ノ期限又ハ其條件ヲ變更シタリトセンニ此新法ハ頒布以前ニ犯シタル罪若クハ既ニ宣告セラレタル刑ニシテ未タ期滿免除ニ至ラサル刑ニ適用スヘキヤ如何佛國ニ於テハ我治罪法第五條及ヒ第二十七條ノ如ク訴訟ニ關スル法律ハ之ヲ既往ニ及ホスヘシトノ明文ナキト公訴ノ期滿免除ト刑ノ期滿免除トヲ併セテ共ニ其治罪法第六百三十五條ヨリ六百四十三條ニ至ル條項ニ記載シタルヲ以テ種々ノ議論ヲ來シ遂ニ左ノ四說ヲ生スルニ至レリ

第一說ニ曰ク「民法第二千二百八十一條第一項ニ此卷ヲ

布告スル片既ニ始マリシ期滿得免ハ以前ノ法律ニ從フヘシトアルヲ引證シテ悉ク舊法ニ從フヘシ」ト

第二說ニ曰ク「此場合ニ於テハ比例ノ方法ヲ用ヒテ新舊二法ヲ適用スヘシ例ヘハ舊法期限ハ二十ケ年ナリシヲ新法ニ於テハ十ケ年ト改正シタリトセンニ既ニ舊法ノ行ハレタル間ニ在リテ十ケ年即チ舊法期限ノ半數ヲ經過シタル片ハ殘ル半數ハ新法期限ノ半數即チ五年ヲ經ルヲ以テ期滿免除ヲ得ルト爲スカ如キ是ナリ」ト

此說亦前ニ述ヘタル第四說ノ如ク妙ハ則チ妙ナリト雖ヒ確乎タル學理上ノ論據ナキヲ以テ取ルニ足ラサル說ト謂ハサルヲ得ス然レヒ佛國大審院ニ於テハ嘗テ此說ノ如ク

判決シタルコトアリト云フ

第三說ニ曰ク「新舊二法ヲ比照シ其寛ナルモノニ從フヘシ」ト

第四說ニ曰ク「悉ク新法ヲ適用スヘシ」ト其理由ニ曰ク「期滿免除ノ法律ハ犯人ノ利益ノ爲メニ設ケタルモノニアラス殊ニ社會ノ公益ノ爲メニ設クルモノナリ而シテ後新ニ設クル所ノ法律ハ舊法ニ比スレハ一層ノ改良ヲ加ヘタルモノト謂ハサルヲ得ス加之犯罪人ニ於テハ若干年間裁判所ヲ欺罔シタリト云フヲ以テ永遠之ヲ欺罔スルノ既得權ヲ生シタリト云フヲ得ス但シ其期限ヲ經過シ了リタル片ハ格別ナリ」ト

此說ノ主義タル期滿免除ニ關スル法律ニ就テハ犯人ニ既

得ノ權ナキカ故ニ悉ク新法ヲ適用スヘシト云フニ歸ス
以上四説ノ中佛國ニ於テハ最終ノ説ヲ以テ勢力ヲ得ルモノトナスナリ

第十三回 明治十八年六月十八日

前回ニ於テハ佛國ニ於ケル刑事ノ期滿免除ニ關スル事ヲ説キ了リタレハ本日ハ我國ノ法律如何ニ論及セン
我國ノ法律ニ於テ公訴ノ期滿免除ハ治罪法第十一條ニ記載シ刑ノ期滿免除ハ之ヲ刑法第五十九條ニ掲ケタルヲ以テ公訴ノ期滿免除ニ關スル法律ノ既往ニ及フヘキヤ否ヤト云フニ就テハ前回ニ述ヘタル如ク治罪法第五條第二十七條ノ明文ヲ以テ其既往ニ及フヘキコト已ニ判然タルモ

ノトス然レ𪜈刑ノ期滿免除ノ既往ニ及フヘキヤ否ヤハ未タ判然セサル所ナリ若シ刑法第三條ノ正文ヲシテボアソナード氏草案文ノ如クナラシメハ前回ニ説述シタル第三説ノ主義ニ從ッテ論決スヘキモノナリ參考ノ爲メニ草案ノ直譯文ヲ掲ケン
其第三條ニ曰ク「刑事ノ法律ハ頒布以前ノ犯罪ニ溯ルノ効ヲ有セス但シ新法ノ一層寛裕ナル條項ハ直チニ之ヲ適用スヘシ」ト
右第二項ノ文義ニ依ル片ハ新舊ノ法ヲ比照シ其輕キモノハ直チニ之ヲ適用スルコトヲ得ヘシ而シテ我刑法第三條ノ正文ハ之ト同シカラス然ルニ尚ホ此條ニ依リテ論決スヘキモノトスル片ハ刑ノ期滿免除ニ關スル法律ハ其寛嚴

ヲ問ハス悉ク宣告當時ノ法ヲ適用スヘク即チ宣告以後ニ發シタル新法ハ既往ニ溯ラサルモノト決セサルヲ得サルナリ然ルニ近來我刑法ヲ解スルモノハ前回ニ說示シタル第四說ノ主義ニ基キ之ヲ既往ニ及ホスヘシト論斷スル者多シ加之ナラス司法省ノ內訓ニ於テモ新刑法定ムル所ノ期滿免除ノ法律ハ其頒布以前ニ處斷ヲ受ケ其刑ノ執行中ニ逃走シタル者ニ於テモ亦之ヲ適用スルヲ得ルモノト爲セリ而シテ其之ヲ既往ニ及ホスモノハ彼ノ佛國ニ於テ行ハルヽ所ノ第四說ニ依ルモノナリヤ否ヤト問フニ答ヘテ曰ク「是レ即チ第三條第二項ノ明文ニ依リテ然ルモノナリ」ト果シテ然ラハ余ハ之ヲ法律ノ明文ニ反シタル適用ナリト評セント欲スルナリ請フ少シク之ヲ辨セン

寔ニ第三條第二項ニ依レハ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從ツテ處斷スヘキナリ然レ𪜈其輕キニ從フカ爲メニハ正文中自カラ要件ノ在テ存スルモノ有リ何ヲカ輕キニ從フヲ得ルノ要件ト云フヤ曰ク所犯頒布以前ニ在リテ未タ判決ヲ經サルモノタルコト即チ是ナリ論者ハ彼ノ新律綱領改定律例ニ依リテ處斷ヲ受ケ後ニ刑ノ執行ヲ逃レ爾後幾多ノ年月ヲ經タル者ヲ以テ尙ホ未タ判決ヲ經サルモノナリト云ハントスルカ第四說ノ第三條ノ明文ニ相適セサルコトハ識者ヲ待タスシテ知ルヘキナリ故ニ日本刑法ノ明文ニ從フ片ハ期滿免除假出獄若クハ大赦復權ニ係ル法律ハ第三條第一項ノ法則ニ從ヒ頒布以前ノ犯罪ニハ之ヲ及ホスコトヲ得サルモノト論定スルヲ以テ至當ナラント信スル

ナリ但此刑法頒布ノ時未タ判決ヲ經サリシモノニシテ此刑法ニ依テ處斷セラレタルモノニハ之ヲ適用シ得ヘキコト固ヨリ論ヲ待タサルナリ

斯ク論シ來レハ諸君或ハ曰ハン「今日刑法ノ明文ニ照セハ其說或ハ然ラン然レ𪜈期滿免除假出獄ノ法則ノ如キハ彼ノ判決ノ當時ニ適用スヘキ他ノ諸般ノ法律トハ元來其性質ヲ異ニスルモノナルヲ以テ之ヲ舊律ニ依テ處斷セラレタル片ニ及ホスヘキモノトスルハ啻ニ其不可ナキノミナラス却テ宜シキヲ得ルナラン」ト余モ亦徒ニ文字ニ拘泥シテ說ヲ爲スコトヲ好ムモノニアラス又立法上ヨリ論スル片ハ期滿免除假出獄ノ法律ノ如キハ之ヲ既往ニ及ホサンコトヲ欲スルモノナリ而カモ尙ホ此說ヲ爲ス所以ノモノハ妄リニ外國ノ說ヲ引キ來リ我嚴明ナル法文ニ背反スルノ大害アルコトヲ知ルノミ諸君ハ幸ニ此意ヲ諒セラレンコトヲ乞フ

第十四回 明治十八年六月三十日

第三、刑法及フ所ノ土地如何

第四 刑法及フ所ノ人如何

右二個ノ問題ニ付テハ日本ノ法律ニハ未タ確乎タル論據ナキヲ以テ姑ラク佛蘭西ノ法律及ヒ同國學者ノ論旨ニ從ヒ講述セントス

蓋シ此問題ニ就テハ左ノ三點ヲ討究スルヲ以テ之ヲ論定スルニ足ルモノト信スルナリ

一　一國ノ法律ハ如何ナル土地ヲ支配スルカ
二　一國ノ法律ヲ遵奉スヘキ者ハ何人ナリヤ
三　一國ノ法律ハ其邦土外ニ犯シタル如何ナル犯罪ニ及フヘキヤ

一　一國ノ法律ハ如何ナル土地ヲ支配スルカ

請フ先ツ第一ノ問題ヨリ說キ始メン抑刑法ハ一國主權ノ宣命スル所ナルヲ以テ凡ソ其國ノ主權ノ尊敬セラルヘキ邦土以外ニ及フコトヲ得ス蓋シ罪ヲ罰スルハ主權ノ所爲ニ係ル者ナルヲ以テ一國主權ノ盡クル所ハ即チ其罰權ノ消滅スル所トス故ニ佛蘭西國ノ刑法ニ於テハ佛蘭西邦土ノ全體ニ適用スヘキモノトセリ而シテ其邦土ヲ分ツテ眞實ノ邦土及ヒ想定邦土ノ二種トス

眞實ノ邦土トハ佛蘭西國內及ヒ其藩屬地ノ土地ヲ合稱スルモノナリ故ニ佛國幷ニ藩屬地ノ各地方ハ佛國ノ法律ニ服從スルモノナリ而シテ此原則ニ於テハ毫モ例外アルコトナシ故ニ彼ノ昔日ニ在リテ外國使節ノ旅館ノ場所ハ治外法權アリト想像シタルカ如キハ認許スヘカラサルノ說ナリ

想定ノ邦土トハ其眞實ノ邦土ニアラサルモ其國ノ土地ト見做スノ想像ニ原由スル所ノモノヲ云フ今之ヲ分ツテ左ノ三種トス

(一) 領海(又ハ屬地海)
(二) 佛國軍隊ノ占領スル場所
(三) 船艦

(一) 領海ノ事

海ハ其性質上萬國人民ノ爲メニ自由ニシテ且ツ共有物タルヘク一國ノ特ニ占領シ能ハサル所ノモノトス嘗テスタエールテフ夫人ノ云ヘルコトアリ曰ク「戰艦波ヲ劈テ一時其行路ノ迹ヲ示スモ又直チニ波浪ノ來ルアリテ其痕跡ヲ消滅ス而シテ其海面ハ復タ造化創造ノ初日ノ觀ノ如シ」ト是レ蓋シ其痕跡ヲ留メテ我占領スル所ナリト云フヲ得サルノ狀ヲ形容シタルモノナラン然レ𪜈海面ハ何レノ國何人ト雖𪜈特ニ占領スルヲ得ストノ規格ヲ以テ嚴ニ海面ノ全部ニ適用スル片ハ其沿海ノ人民ノ爲メニハ至大ノ危險ナキヲ得ス凡ソ海岸ニ濺ク所ノ海ノ部分ハ沿岸住民ノ敵人ノ爲メニハ之ヲ攻擊スルニ付テ屈竟ノ便利ト爲リ得ヘ

キ部分ナルヲ以テ其沿岸ノ住民ニ於テハ又自カラ防衛センカ爲メ之ヲ使用スルノ權ナカルヘカラス而シテ此海ノ部分即チ其沿海住民ノ使用ニ供スルニ足ルヘキ海面ヲ稱シテ「メール、テリトリアール」(屬地海又ハ領海)ト云フ而シテ各國各其一部分ヲ占領スルニ付テハ其國民ニ必用ナルコトヽ主權ノ力ニ由リ他國ヲシテ之ヲ尊敬セシムルコトヲ得ルト云フヲ以テ其理由トナス

偖此領海ト大海トハ何ヲ以テ其分界ト爲スヘキヤ此問題ニ付テモ間異說ナキニアラス然レ𪜈今日世ノ公認スル所ノモノハ大砲彈丸ノ達スル所ヲ以テ之レカ限界ト爲スト云フニ在リ寔ニ此部分ニシテ敵國ノ占領スル所トナラサルニ於テハ其沿海ノ住民ニ於テ毫モ直接ノ危險ナキヲ以

テナリ但シ此限界ハ各國ノ條約ニ由テ之ヲ變更スルコトヲ得ヘキモノタルモ現ニ行ハルヽ所ノ條約ニ於テハ大抵右ニ述フル如ク然リトス現ニ千七百八十七年一月十一日ヲ以テ佛國ト魯國トノ間ニ訂結シタル條約ノ如キモ其第二十八條ニ於テ左ノ如キ明文ヲ掲ケタリ曰ク「雙方共ニ同盟國ノ海岸ヨリ大砲彈丸ノ達スル所以外ニアラサレハ決シテ其敵國ヲ攻擊セサルコトヲ盟約ス」ト

(二) 佛國軍隊ノ占領スル場所

凡ソ佛國ノ軍隊ヲ以テ占領セル外國ノ土地ハ之ヲ佛國邦土ノ一部ト見做ス第一世ナポレオン曰ク「佛國國旗ノアル所即チ佛國ノ在ル所ナリ」ト蓋シ此第二ニ屬スル想定ノ邦土ハ此意想ニ出テタルモノナラン

茲ニ一ノ區別スヘキモノアリ若シ佛國ノ軍隊カ戰爭モナク又占領セルニモアラスシテ只中立國又ハ其同盟國ヲ通行スルニ過キサル片ハ佛國ノ法律ハ其軍人軍屬ノ外ニ適用セサルモノトス故ニ只其兵隊ノ在ル場所外ニ及ホスコトヲ得ス若シ又其軍隊カ戰時ニ當リ敵國ノ土地ヲ占領スルトセンカ所謂想定邦土ノ區域ハ更ニ廣濶ナルモノトス此場合ニ於テハ其全國ヲ擧テ佛國邦土ノ部分ト見做スナリ故ニ其佛國ノ法律ニ從ヒ佛國ノ裁判ヲ受クヘキモノハ獨リ軍人軍屬ニ止マラスシテ凡テ其國ノ住民ニ及フモノトス佛國ニ於テハ共和第五年霧月十三日ノ法律第十三條陸軍刑法第六十三條及ヒ其他ノ法律ニ於テ此ノコトヲ明言セリ

第十五回 明治十八年六月二日

本日ハ前回ノ續ヲ説カン

(三) 船艦ノ事

凡ソ船艦ニハ各其本國屬籍ノ證狀ヲ有スルモノナリ佛國ニ於テハ之レヲ「アクト」「ド」「フランシサシヨン」ト云フ佛國ノ船艦ニハ皆此證狀ヲ與ヘ而シテ之ヲ海關ノ簿册ニ記入スルモノトス

茲ニ船艦ノ所在ニ依リテ彼ノ想定邦土ノ効力ヲ異ニスルモノアリ即チ左ノ如シ

第一 若シ其船艦共同海中ニ在リトセンカ此ノ場合ニ於テハ其船艦ハ無主權ノ境中ニアルヲ以テ之ヲ佛國ノ邦土ト見ルニ於テ毫モ妨ケナシ故ニ其軍艦タルト商船タルトヲ問ハス全ク佛國ノ邦土ト見做シ佛國人カ外國人ニ對シテ犯シタル罪ト外國人カ佛國人ニ對シテ犯シタル罪トニ論ナク凡テ佛國ノ法律ニ從ヒ佛國ノ裁判所ニ於テ裁判スヘキモノトス

第二 其船艦ニシテ外國ノ領海中ニ在リトセンカ此場合ニ於テハ軍艦ト商船トニ就テ一ノ區別ヲナサヽルヘカラス

凡ソ軍艦ハ啻ニ其佛國ト見做サレ得ヘキ資格ヲ有スルノミナラス其公權ノ一部ヲ代表スルモノナリ故ニ之ヲ他國ノ主權ニ服從セシムルヿヲ得ス從ツテ其艦中ニ發シタル犯罪ニ就テハ何人ニ對シテ犯シタルニ論ナク凡

テ佛國ノ法律ニ從ヒ佛國ノ裁判所之ヲ裁判ス然レ𪜈其司令官ハ時トシテ其犯人ヲ犯人本國ノ裁判所ニ送付スルコトアリ是レ蓋シ自カラ其裁判權ヲ抛擲スルモノニシテ之ヲ以テ一個例外ノ場合ト云フコトヲ得ス故ニ苟クモ自カラ其裁判權ヲ抛チテ之ヲ犯人ノ本國ニ送付スルマテハ其本國ノ法律若クハ其港ノ官署ト雖𪜈其犯罪ニ就テ何事ヲモ爲スコトヲ得ス何トナレハ外國ノ人民ハ佛國ノ軍艦ニ就テハ其主權ニ關スル所爲ヲ爲スコトヲ得サレハナリ

然レ𪜈其衞生上ノ取締ニ付テハ外國人民ニ於テモ或ハ軍艦ノ入港ヲ拒絶シ或ハ其一旦入港ヲ許シタル後ト雖𪜈强テ之ヲ出港セシムルコトヲ得ヘキナリ是レ蓋シ此

場合ニ於テハ外國人民カ佛國軍艦ニ對シテ防衞ノ權利ヲ有スルノミニシテ罰權ヲ有スルニ非ラサレハナリ

商船ニ就テハ全ク之ト同シカラス蓋シ商船ハ公權ノ一部ヲ代表スルニアラサルヲ以テナリ故ニ其船中ニ犯シタル罪ハ外國ニ於テ犯サレタルモノト見做スヲ以テ原則トナス即チ此場合ニ於テハ其港ノ屬籍權ハ船ノ屬籍權ニ勝ルモノトス故ニ一己ノ外國人正犯トナリテ船中ニ犯シタル罪若クハ其國ノ住民ニ對シテ犯シタル罪ノ如キハ皆其國(即チ商船所在ノ國)ノ法律ニ從ヒ其裁判ヲ受クヘキモノトス

此他左ノ場合ニ於テハ商船內ノ犯罪ト雖𪜈外國ノ法律ニ從ヒ外國ノ裁判所之ヲ裁判スルコトヲ得ス

一　商船乘組人ノ犯シタル片

二　其害乘組人ノ外ニ及ハサル片

三　船中ニ於テ犯サレタル片

四　毫モ港内ノ安寧ヲ害セサル片

五　其國ノ干渉ヲ請求セラレサル片

以上五個ノ要件ニ反スル場合ニ於テハ即チ其外國ノ裁判ニ從フヘキモノトス

以上船艦ハ其軍艦タルト商船タルトヲ問ハス一朝敵對ノ所爲ヲ爲スコトアルニ於テハ即チ之ヲ中立國ト見做スコトヲ止メ之ヲ一個ノ敵國トシテ處分スルナリ

以上想定邦土ノ事ヲ說キ了レリ然ルニ此他尙ホ忌ムヘク嫌フヘキ不法至極ナル一種ノ想定邦土ノ如キモノアリソ

ハ即チ治外法權ト稱スル所ノモノニシテ各國ノ領事外國ニ在リテ各其國民ニ關スル裁判權ヲ有スルコト是ナリ

二　一國ノ法律ヲ遵奉スヘキ者ハ何人ナリヤ

凡ソ刑法ノ及フ所ハ一國邦土ノ經界ヲ以テ其限リト爲スモノナリ故ニ其邦土內ニ在ル者ニ對シテハ其內國人タルト外國人タルトニ論ナク一般ニ之ヲ及ホスヘキモノナリ蓋シ刑法ハ土地ニ屬スルモノナルヲ以テナリ

佛國ニ於テハ民法第三條ニ於テ此事ヲ明定シタリ曰ク「警察及ヒ安寧ニ關スル法律ハ凡ソ邦土內ニ住スル者ヲ撿束ス」ト之ヲ解スル者曰ク「邦土內ニ住スル者テフ語ニハ一時其邦土內ヲ通過スルニ過キサル者モ亦之ヲ包含ス寔ニ一國邦土ノ中ニ在ル內國人若シクハ外國人ニシテ其國權ノ

羈束ニ拘ハラサルモノトスル片ハ遂ニ其主權ノ目的ヲ達スルコト能ハサレハナリ」ト

ホルタリー氏嘗テ云ヘルアリ曰ク「全カラサルモノハ無キニ均シ」トルーソー氏モ亦此言ヲ引證シテ國權ノ全キヲ要スヘキモノタルコトヲ痛論セリ

此語或ハ過激ナルカ如シト雖ヒ到底一國主權ノ如キハ其全キヲ得ルニ非サレハ完全ナル一個ノ獨立國ト云フヲ得サルナリ凡ソ外國人カ其所在國ノ法律ニ從フヘシト云フニ付テハ別段許諾若クハ默許アルヲ要セスシテ單ニ一國社會ニ主權アリト云フノ効力ノミヲ以テ外國人民ノ裁判權及ヒ其刑罰權ヲモ囑托セラレタルモノト爲ス而シテ其被害者ノ自國人タルト外國人タルトニ論ナク凡テ之ヲ罰

スルナリ蓋シ其罪ヲ罰スルハ社會ノ害アルヲ以テノ故ニシテ只其罪ノ邦土內ニ犯サレタリト云フノミヲ以テ之レヲ罰スルニ足ルモノトス然レ𪜈此原則ニモ亦內國公法若クハ萬國公法ヨリ生スル所ノ多少ノ例外アリ而シテ其例外トハ果シテ如何ナル者ヲ云フカ此事ニ關シテハ余嘗テ刑法義解增補第二卷ニ於テ之ヲ論セリ即チ同卷第百三十七號ヨリ第百三十八號ニ詳論スル所ヲ參看セラレヨ

〔參考〕刑法義解增補卷二抄錄

〔第一三七號〕一、立君國ノ帝王○立君國ノ帝王ハ法律上無責任ノ者トス佛國ニ於テハ千七百九十一年ノ憲法第二條千八百十四年ノ憲法第十三條及ヒ千八百三十年ノ憲法第十條等ニ於テ此無責任ナルコトヲ揭ケ

タリ○又共和國ニ於テハ之ト異ナリ夫ノ大統領ハ刑罰ノ責任ナキニ非ス但シ若干ノ要件ヲ具備スルニ非サレハ之ニ其責任ヲ歸スヘカラサル而已寔ニ一國ノ主長ニシテ他ノ一般國民ト同シク國事若クハ普通ノ犯罪ニ就テ輒ク法廷ニ訴ヘラレ其裁判ヲ被ムルコトトセハ行法權ノ不羈ハ司法權ノ爲メニ壓倒セラルヘク又重要ノ政務擧ケテ中止セラルヽニ至ルヘキナリ故ニ共和政府ノ大統領ハ下院ニ非サレハ之ヲ彈劾スルコトヲ得ス又上院ニ非サレハ之ヲ裁判スルコトヲ得サルナリ是レ佛國千八百七十五年八月二日ノ法律第十二條ニ定ムル所トス然レ𪜈佛國ノ憲法ニ於テハ其之レニ適用スヘキ訴訟手續及ヒ刑罰ヲ制定セサル

ナリ

代議政體ノ國ニ於ケル代議士ハ其議場ノ言論及ヒ投票ノ件ニ就テ之ヲ訴ヘ之ヲ搜索スルコトヲ得ス蓋シ議院ニ於テ此免除ヲ與フルモノハ其職務ヲ全フセンカ爲メニ必要ナル安寧ト自由ヲ保護シ大ニ立法權ノ不羈ヲ保タシメント欲シテナリ抑此免除ハ千七百八十九年六月二十三日ノ會議ニ方リミラボー（佛國革命ノ時ノ辨士ニシテ同國ノ「デモステーヌ」ト異名ヲ取リシ人ナリ千七百四十九年ヨリ千七百九十一年間ノ人ナリ）ノ發議ニ建國議會ノ認許スル所トナリ爾來各憲法ニ於テモ每ニ之レヲ認許シ今日ニ在テハ千八百七十五年七月十六日ノ法即チ公權ノ關係（ラボール「デ」「プーウヲアール」「ピユブリク」）ニ關スル法律ノ第十三條ニ於テ制

定スル所ナリ以上說クカ如クナルヲ以テ夫ノ公訴ヲ爲シ得サルコトハ獨リ議場ノ言論及ヒ投票ノ件而已ニ止マラス又以テ其被害者要償ノ訴ノ理由トモ爲スコトヲ得ス詳ニ之レヲ云ヘハ一代議士ノ言論ニ依テ他人ノ名譽上ニ損害ヲ致スコトアルモ其被害者ハ誹毀ノ故ヲ以テ之レカ要償ノ訴權ヲ行フコトヲ得ス乃チ如斯所爲ニ對スル制裁ハ只議院ノ內規ニ定ムル所ノ懲罰アル而已トス(以上ノ原則ハ邑會郡會縣會ノ如キ議會ニ及ハサルモノトス)

〔第一三八號〕二、外國ノ外交官○萬國公法ニ於テ外交官ノ稱中ニ包含ス可キ外國政府ノ官吏ハ其職務ヲ行フ外國ノ裁判權ニ服從セサランコトヲ要スル旨ヲ認

許セリ佛國民法前加篇ノ草案ニ於テモ其第三條ノ原則ヲ制限スルカ爲メ左ノ條文ヲ揭ケタリキ「曰ク使節公使派遣官其他名義ノ何タルヲ問ハス凡ソ一國ヲ代表スル所ノ性質ヲ有スル外國人ハ民事ニ係ルト刑事ニ係ルトノ別ナク佛蘭西國裁判所ニ引致スヘカラス其親屬及ヒ隨行員タル者亦同シ」ト此條例ハ修正ノ際遂ニ削除セラレタリ蓋シ此主義ヲ棄却スルカ爲メニ非スシテ其事項之ヲ民法ニ屬センヨリハ寧ロ國際法ニ屬スヘキモノタルノ故ヲ以テナリ

サテ外交官吏ヲシテ他國ノ刑事裁判ニ服從セシムヘカラサル所以ノ理由二アリ左ノ如シ

第一　外交官ハ苟クモ其否認セラレサル限リハ之ヲ

派遣セル國ノ主權ヲ代表スルモノトスサレハ其國ト國トノ際ニ於テ刑罰ヲ施スノ權アラサルコト是レナリ

第二　假リニ外國使臣ノ佛國ニ犯シタル罪ヲ罰スヘキモノトスルモ仍ホ佛國裁判所ニ於テ裁判スルコトヲ得ス何トナレハ若シ佛國ノ政府其犯罪ヲ名トシテ之ヲ訴ヘ之ヲ逮捕シ且ツ其旅館「ヲテル」ニ就テ搜索ヲ命シ其書類ヲ押收スルコトヲ得ル片ハ唯其搜索ヲ爲シ得ルト云フ而已ヲ以テ全ク外交事務ノ妨害ヲ致スヘケレハナリ

右裁判權免除ノ理由ヨリシテ左ノ効果ヲ生スルナリ

第一　其免除ハ常事ト國事トヲ問ハス普ク一切ノ犯罪ニ及フ丁○或說ニ依レハ其任國ノ安寧ニ關スル犯罪ニ就テハ外交官ニモ亦其刑法ヲ適用スヘキモノトス爲シ稍之ヲ信スル者無キニ非スト雖氏是レ其發論ノ點既ニ虛妄タリ又其結果ニ至リテハ危害ノ太タシキモノアリト云フ

第二　其免除ハ國權ヲ代表スル所ノ性質ヲ有スル總テノ官吏ニ認許セラルヽ丁○即チ使節「特命全權公使」全權公使「領事官」代理委員及ヒ凡ソ官吏ノ資格ヲ有スル顧問書記等ノ名義ヲ以テ外交事務ニ附屬スル諸般ノ吏員ハ悉皆此免除ニ與カルモノトス

第三　裁判權ニ服從ノ免除ハ使節ノ從者ニ及ハサル丁○但シ國際法ノ慣習ニ依レハ其妻子ハ使節ノ特權

ニ與カルモノトス又其家人ト雖氏使節ノ許諾ヲ得ル
ニ非サレハ之レヲ訴フルコトヲ許サヽルナリ

第四　佛國裁判權ニ對スル使臣ノ免除ハ其必然ノ果
効トシテ旅館不侵ノ權義ヲ生スル丁○故ニ佛國政府
ハ、使節ノ許諾ヲ得ルニ非サレハ其旅館ニ侵入スルコ
トヲ得ス若シ之ヲ拒絶スル場合ニ於テハ政府ハ外務
卿ニ照會シ外務卿ハ其當ニ施スヘキ所ヲ指定スルモ
ノトス

是レ蓋シ使節ノ旅館ハ地外法權アリトノ假想ニ依テ
其代表スル國ノ一部分ト看做スノ主義乎或ル公法家
ハ此假想說ヲ主唱スト雖氏若シ此說ニ從フ片ハ恐ラ
クハ至大ノ弊害ヲ來サン何ソヤ即チ左ノ三個ノ効果

ヲ生スヘケレハナリ

第一　使節ノ旅館ハ外國ノ地タルヲ以テ此旅館內ニ
犯シタル罪ハ犯者ノ民籍ノ如何ヲ問ハス之ヲ外國ニ
於ケル犯罪ト看做スヘキ丁

第二　其犯人ハ外國ニ於ケル犯罪者ト同一ノ場合ニ
シテ同一ノ要件ヲ履ムニ非サレハ之ヲ外國裁判所ニ
訴フル能ハサル丁

第三　此旅館ハ惡漢ノ巢窟トナリ彼ノ送付ヲ得ルニ
非サレハ之ヲ捕拿スル能ハサルニ至ルヘキ丁

右三個ノ効果ハ認許シ難キモノトス何トナレハ是レ
一モ使節不可侵若クハ其職務ニ必要ノ事物ヨリ生ス
ルモノニ非サレハナリサレハ佛國大審院ニ於テモ此

說ニ從ヒ佛國ニ於ケル外國使節ノ旅館内ニ於テ重罪ヲ犯シタル外國人ハ苟クモ其使臣ノ一部分ニ非サルヨリハ佛國ノ裁判權ニ服從セサル者ノ限リニ非スト判決シタリ(千八百六十五年十月十三日ノ判決)

第十六回 明治十八年七月十四日

前回ニハ佛國邦土内ニ在リテ佛國刑法ニ服從スル者ハ何人ナリヤトノ問題ニ付キ凡ソ佛國邦土内ニ在ル者ハ内國人タルト外國人タルトヲ問ハス悉ク佛國ノ刑法ニ從フヘキモノナルコトヲ說キ且ツ其例外ニ係ル場合ヲモ陳述シタリ依テ本回ハ第三ノ問題即チ佛國ノ法律ハ其邦土外ニ犯シタル如何ナル犯罪ニ及フヘキヤノ事ニ說キ入ラント

ス

三 佛國ノ法律ハ其邦土外ニ於テ犯シタル如何ナル犯罪ニ及フヘキヤ

此問題ニ付テハ外國人ノ犯シタル罪ト佛國人ノ犯シタル罪トヲ區別スルヲ要ス

(一) 外國ニ於テ外國人ノ犯シタル罪

前回ニモ陳ヘタル如ク外國人ト雖ヒ凡ソ佛國邦土内ニ在ル間ハ佛國ノ法律ニ從フヘキモノナリ然レヒ一旦其國境ヲ越ユルニ於テハ其責任ヲ脫スルモノナリ蓋シ犯罪トナルヘキ所爲アルモ佛國ノ社會ニ對シテ害ナキ以上ハ之ヲ罰スルコトヲ要セス故ニ佛國ノ裁判所ハ外國ニ於テ犯シタル外國人ニ對シテハ何等ノ訴權ヲモ有セスト云フヲ以

テ原則トナスナリ

然ラハ其犯罪ノ被害者ハ佛國人タル時ト雖モ佛國ハ其國民ヲ保護セスシテ已ムヘキカ又其ノ犯罪ハ國民ノ全部ニ對スルモノタル片ト雖モ尚ホ其犯人ヲ罰スルコト能ハサルカ如何一千七百八十九年以前ニ於ケル立法者ノ所定ニ依レハ其罪若シ一個ノ佛國人ニ對シテ犯サレタル片ハ其犯人犯罪ノ後ニ佛國ニ在ル片ニアラサレハ之ヲ罰スルコトヲ得サリシナリ故ニ其犯人ニシテ佛國ニ住居ヲ定メタルカ若クハ佛國内ニ浪遊スルニアラサレハ佛國ノ法律ニ依テ處分スルコトヲ得サリシナリ而シテ只タ其佛國ヲ通過スルニ過キサル者ニ付テハ之ヲ罰スルト否ヤトニ就テ議論アル所ナリ然レ𪜈前回ニモ陳ヘタル如ク民法第三條

ニ於テ佛蘭西領内ニ住スル者ト云ヘル語中ニハ一時通行スル者ヲモ包含スト解釋スルモノ多キニ居ルト知ルヘシ」又或論者ハ外國ニ於テ犯サレタル罪ノ被害者ノ外國人タル片ト雖𪜈犯者被害者共ニ佛國ニ在ル片ハ之ニ佛國ノ法律ヲ及ホサンコトヲ欲シ又他ノ論者ハ之ヲ非トシ多少ノ議論アリシモ遂ニ一千七百九十二年九月三日ノ勅令ヲ以テ佛蘭西ノ權柄ハ佛國ノ法律ヲ犯サヽル外國人ヲ罰スルコトヲ得サル旨ヲ公布シタリ其後共和第四年霧月三日ノ法典ニ於テモ亦此原則ヲ保持シタリ然レ𪜈此法典ニハ從來行政權ニ屬スル外人放逐ノ權ヲ以テ之ヲ司法裁判所ニ移シタリ蓋シ罪ヲ犯スノ習慣アル者ニシテ苟クモ國内ニ居住スルニ於テハ社會ニ危懼ノ絶ルコトナク而シテ其之

ヲ放逐スルノ權利ヲ以テ行政權ニ委ヌルノミニテハ未タ充分ナラスト思料シタルニ由ルナリ

爾來此法典ハ大ニ世人ノ非難スル所トナリ今日ニテハ此放逐ノ權ナルモノハ再ヒ行政權ニ屬スル事ト信ス一千八百八年ノ法典ニ於テモ亦前日ノ主義ヲ遵奉シ而シテ只タ其國家ノ安寧ニ對スル重罪ニシテ且ツ治罪法第五條ニ記シタル罪ヲ以テ之カ例外ノ場合ト爲スニ過キサルナリ而シテ此ノ場合ニ於テモ尚ホ其外國人ア佛國ニ於テ逮捕セラルヽカ若クハ外國政府ノ交付(エキストラジョション)ヲ得タル片ニアラサレハ起訴スルコトヲ得サルモノトセリ

其後千八百五十二年ニ至リ治罪法第五條第六條第七條ヲ改正セントノ議アリ已ニ下院ノ投票ヲ經タリシモ上院ニ

呈出スルニ至ラス隨テ之レヲ實行スルニ至ラサリシナリ

今其草案ヲ見ルニ頗ル我刑法草案ノ所定ニ類スル所アルヲ以テ茲ニ其大略ヲ述ヘン

右草案ニ於テハ千七百九十二年ノ勅令ノ主義ニ反スル原則ヲ採レリ即チ先ツ其罪ノ重罪タルト輕罪タルトニ付テ區別ヲ爲シ佛國邦土外ニ於テ外國人ノ犯シタル重罪ノ起訴ニ付テハ左ノ三條件ノ具備スルヲ必要トセリ

第一　其重罪ハ國家ニ對シテ害ヲ加フルモノタル事

第二　犯罪者自カラ欲シテ佛蘭西ニ來リタル事

第三　佛蘭西政府ニ向ツテ他ノ政府ヨリ其交付ノ請求アラサル事

而シテ輕罪ニ付テハ佛國政府ト外國政府トノ條約ヲ以テ

定メタル場合ニシテ且ツ其指定シタル條件ヲ具備スルニ非サレハ之ヲ訴フルコトヲ得サルモノトセリ此草案ハ千八百六十六年ノ改正即チ現行ノ治罪法ヲ成スニ至ラシメタルモノナリ蓋シ現行ノ法典ニ依レハ凡ソ外國人タル者ハ其己レニ屬セサル法律即チ他國ノ法律ヲ犯シタルカ爲メニ罰セラルヽコトナカルヘシト云フ眞正ノ原則ニ歸シタルモノナリ然レ𪜈若シ其責任ニ制限ナキモノトスル片ハ又他ノ弊害ナキヲ得ス故ニ又之カ例外ノ規則ヲ設ケ即チ外國人ト雖𪜈國家ニ對スル罪ヲ犯シタル片ニシテ佛國ニ來ルカ若クハ外國政府ノ交付ヲ得タル片ハ之ヲ佛國ニ於テ罰スルコトヲ得ルモノトセリ但此場合ニ於ケル起訴ニ就テハ檢察官ノ所見ニ拘ハラス全ク政府ノ隨意ニ任ス

ルモノトス故ニ其起訴ヲ爲スカ爲メニハ必ス政府ノ許可ヲ要ス之ヲ要スルニ其罪ニ對スル公訴ヲ起スト否トハ政府ノ意見如何ニアルモノナリ是レ佛國治罪法第七條ノ正文ニ於テ見ル所ナリ

第十七回 明治十八年七月十六日

前回ニハ外國人ノ外國ニ在テ罪ヲ犯シタル場合ノコトヲ說キ了レリ本日ハ第二ノ場合ニ移リ即チ佛蘭西人ノ外國ニ於テ犯シタル罪ノコトヲ說カントス

(二) 外國ニ於テ佛蘭西人ノ犯シタル罪

外國ニ於テ犯サレタル罪ノ犯人カ佛人タル場合ニ於テ之ヲ罰スル理由ハ第一ノ場合ト同シカラス蓋シ其犯人ハ假

令外國ニ在リト雖モ尚ホ其民籍ノ身分ヲ保有シ政府モ亦之ヲ保護ス隨テ法律ニ於テモ亦統治スルノ權力アリ故ニ若シ其法律ノ羈束ニ從ハサルニ於テハ即チ己ニ其國ニ對シテ過失ノ責ヲ免カレサルナリ而モ只タ其社會ノ公益上立法者ニ於テ其過失ヲ責罰スルコトヲ許スヘキヤ否ヤヲ知ルニ付テハ稍疑ヲ存スル所ナリトス然レ𪜈凡ソ外國ニ在ル佛蘭西人ノ犯罪ヲ罰セサルモノトスル片ハ全ク其國ノ安寧ヲ損スルコトハ近ク佛國ニ於テモ實驗スル所ナリ例ヘハ彼ノ白耳義ノ如ク佛國トノ間ニ於テ僅ニ無形ノ境界アルニ過キサル國ニ於テハ佛國ノ惡漢ハ其境ヲ越テ隣國ノ地方ニ來リ其奪掠ヲ縱ニシ而シテ直チニ佛國ニ逃歸ス若シ夫レ如此者ノ佛國ニ出沒スル片ハ獨リ佛國人ノ畏

懼ヲ致スノミナラス其惡漢ヲ以テ又隣國惡徒ノ暴行ヲ招キ自他相侵シ相奪フテ已ムノ期ナカラントス如此ハ實ニ一國ノ社會ニ寬假スヘカラサル所ナリ左レハ之ヲ罰スルニ付テノ社會ノ利益ト國民ノ尊敬ヲ享有スルニ付テノ立法者ノ權利トハ共ニ存在スヘキモノタルヤ明ナリ但シ佛蘭西ノ法官ハ外國ニ對シテ其罪ヲ審糺スルコトヲ得サルヤ勿論ナリ故ニ此無管轄ノ故ヲ以テ往々地方事務ノ實効ヲ妨ケラルヽコトアリト雖𪜈而モ又實際ニ於テハ其國境ヲ出スシテ事實ヲ發見シ得ルコト甚タ多シ此場合ニ於テモ尚ホ佛國ノ立法者ハ之カ處分ヲ行フノ權ナキモノトハ云フヘカラス故ニ其起訴權ヲ行フノ區域ハ之ヲ佛國邦土內ニ制限シ而シテ其犯人ノ佛國ニ歸リ來ルカ若クハ其交

付ニ依リ佛國ニ引致セラルヽヲ俟テ之ヲ責罰スルコトヽナス故ニ刑法ハ土地ニ屬スルト同時ニ又人ニ屬スルモノトス

抑此刑法ハ土地ト人トニ兩屬スノ原則ニ付テハ佛國治罪法制定ノ時ニ當リテ激烈ナル議論アリシ所ニシテ此說ニ反對スル者甚タ多カリシト云フ

今其反對說ノ中其最モ勢力アリシ論旨ヲ略言センニ第一ニ曰ク「法律ハ同時ニ人ト土地トニ屬スヘキモノニアラス何レカ其一方ニ屬スヘキモノナリ而シテ刑法ハ固ト土地ニ屬スヘキモノタルコトハ爭フヘカラサル所トス然ルニ何ソ之ヲ同時ニ人ニ屬セシムルヲ得ンヤ」ト是ナリ

第二ニ曰ク「若シ反對說ノ如クナラハ外國ニ在ル佛蘭西人

ハ二箇ノ法律ニ從フヘキナリ去レハ同一ノ所爲ニ付キ二箇ノ刑罰ヲ受クヘキカ若シ夫レ之ヲ然リト云ハヽ其不正タルヤ辨ヲ俟タス若シ又之ヲ否ト云ハヽ必ス其最初ニ適用セラレタル刑ヲ實行スルニ至ルヘシ果シテ此ノ如クンハ其一ノ法律ヲ以テ他ノ法律ヲ壓止スルノ理由如何」ト

第三ニ曰ク「刑罰ノ原理ニ溯ルモ一國ノ邦土內ニ於テ二箇ノ刑罰權アルヘカラス若シ强テ之レアリトスル片ハ無主權無政府ノ國ト云フヘシ然ラハ則チ凡ソ其罪ヲ罰スルノ權利ハ獨リ其犯罪ノ邦土ニ屬スヘキナリ」ト

此他尙ホ一二ノ反對論者アリテ各一理ナキニアラサリシカ氏遂ニ其主義ヲ貫クヲ得ス結局兩說ヲ參酌シテ左ノ如ク制定スルニ至リシナリ

凡ソ佛蘭西人カ外國ニ於テ犯シタル罪ニ付テハ左ノ三箇ノ區別ヲ爲セリ

一　國家ニ對スル重罪

二　一個人ニ對スル重罪

三　輕罪

第一　國家ニ對スル重罪ハ悉ク之ヲ罰スヘキモノトス蓋シ此種ノ罪ハ到底外國ニ於テ全ク成就シ得ヘキ罪ニアラサレハナリ

第二　一個人ニ對スル重罪ハ左ノ五箇ノ要件ヲ具備スルニ非サレハ之ヲ罰セス

第一　其被害者ノ佛人タル事

第二　被害者ノ告訴アル事

第三　犯人佛國ニ歸リタル事

第四　刑法ニ於テ其所爲ヲ重罪ト定メタル事

第五　外國ニ於テ未タ處斷ヲ經サル事

第三　輕罪ハ凡テ之ヲ問ハス

右一個人ニ對スル重罪ニ付テハ第一第二ノ條件ハ論理上ヨリ曰フ片ハ立法者ノ採用シタル主義ニ於テ之ヲ必要トナスヘキ所ニアラス何トナレハ其被害者ノ如何ハ其主義ニ於テ干渉ナケレハナリ

又第三條件ハ必竟處罰ノ實行ヲ期スルモノタルニ過キス果シテ然ラハ此法令ハ之ヲ不完全ト謂ハサルヲ得サリシナリ其故何トナレハ當時ノ法文ニ依レハ犯人タル佛蘭西人カ佛國ニ歸リ來ルニアラサレハ實際之ヲ罰スルコトヲ

得ス然レ𪜈該犯人ノ歸來スルコトハ獨リ其自カラ欲シテ歸來スル時ノミニアラスシテ又之ヲ强ユルコトヲ得ヘキナリ然ルヲ立法者其犯人ノ交付ヲ得ルノ權利ヲ拋棄シタル片ハ實ニ不相當ノ處置ト謂フヘシ蓋シ其法律ニ於テ單ニ自カラ欲シタル歸來ノ外ヲ明言セサリシモノハ若シ其交付ノ事ヲ明言スルニ於テハ更ニ反對黨ノ議論ヲ挑發センコトヲ恐レ茲ニ一歩ヲ讓リタルモノト謂フヘシ

右佛國法律ニ必要ナル改正ハ却ッテ外國ニ先ンセラルヽニ至リタリ則チ外國ノ法律ハ其被害者ノ民籍如何ニ拘ハラス其國人カ外國ニ於テ犯シタル重罪ハ總テ之ヲ罰スルコトヽセリ

佛國ニ於テモ亦千八百五十二年ニ當リテ之カ改正案ヲ編

製シ其改正ヲ議シタリシモ遂ニ實行スルニ至ラサリシナリ然レ𪜈此草案ハ後千八百六十六年ノ法律即チ現行治罪法ノ改正ヲ促スノ結果ヲ生スルニ至レリ故ニ現行治罪法ニ於テモ亦左ノ三箇ノ場合ニ區別セリ

第一　國家ニ對スル重罪

第二　一個人ニ對スル重罪

第三　輕罪

重罪ニ付テハ其國家ニ對スルモノト一個人ニ對スルモノトニ論ナク悉ク起訴ノ目的トナスコトヲ得然レ𪜈其公訴ヲ行フト否トニ付テハ前回說述シタル如ク全ク政府ノ隨意ニ屬ス其他被害者ノ告訴アルヲ要セス又被害者ノ民籍如何ヲ問フヲ要セサルナリ

以上何レノ場合ニ於テモ其犯人カ外國ニ於テ起訴セラレ且ツ終審ノ裁判ヲ受ケタル片ハ最早佛國ノ法律ヲ適用セス

蓋シ其裁判ハ確定動カスヘカラサルモノタランコトヲ要ス而シテ其裁判ノ確定ニ至ル以上ハ其裁判ノ無罪ノ言渡ニ係ルト有罪ノ言渡ナルトヲ問ハス共ニ佛國ノ罰權ヲ消滅スルモノトス故ニ凡ソ外國ニ於テ佛蘭西人ノ犯シタル罪ニ付テハ其犯人ハ凡テ外國ニ於テ終審ノ裁判ヲ受ケタルヤ否ヤヲ審糺シ若シ一旦刑ノ言渡ヲ受ケタルモ尚ホ外國ノ法律ニ於テ更ニ之ヲ訴フルノ餘地ヲ存スルニ於テハ未タ確定ノ條件ヲ完備スルモノトセス故ニ此ノ場合ニ於テハ佛國ノ檢察官ハ未タ其訴權ヲ失ハサルヘク又外國ニ

於テ重罪ノ起訴アリシ片ト雖モ尚ホ佛國ニ於テ起訴スルニ妨ケナシ是レ法文ノ明言スル所ナリ佛國ノ立法者ハ外國ニ於テ終審ノ裁判ヲ受ケタル片ハ之ニ讓リテ又起訴セスト定メタルモ單ニ外國ニ於テ其吟味ヲ始メタルノミヲ以テ未タ自國ノ訴權ヲ消滅スト云ハサルナリ故ニ若シ外國政府ニ於テ犯人ヲ取逃シ而シテ其犯人ノ佛國ニ逃レ歸ルコトアラハ佛國政府ハ外國ノ政府ヲ援助シテ其犯人ヲ罰スルノ權アルナリ蓋シ此犯人即チ佛國人ニ對シテハ交付ヲ申渡スコトヲ得ルナリ

今ヤ現行治罪法ニ定ムル所ノ要ヲ擧クレハ即チ左ノ如シ

第一　國家ニ對スル重罪ニ付テハ犯人カ佛國ニ歸リ來ラサル時ト雖モ之ヲ裁判ス即チ欠席裁判ヲ行フナリ

第二　一個人ニ對スル重罪ニ付テハ其犯人ノ歸國スルニアラサレハ之ヲ罰セス蓋シ立法者ハ社會ノ害此時ニ發生スト假想シタルニ由ル而シテ其害トハ如此暴惡者若クハ危險ナル者ノ社會ニ存在スル片ハ社會ノ危懼ヲ生スト云フニ在ルナルヘシ將又犯人佛國ニ歸來スルマテハ其罪ヲ犯シタル國ノ政府ニ於テ拿捕シ若クハ之ニ對シテ交付ヲ求ムルノ權アリ

第三　輕罪ハ前陳ノ場合ト異ナリ起訴ヲ爲スニ左ノ三箇ノ條件ヲ具備スルヲ要ス

一　其罪ハ外國ニ於テモ亦均シク之ヲ罪ト爲ス事

二　外國政府ノ告發アルカ又ハ被害者ノ告訴アル事

三　犯人ノ歸來スル事

而シテ此起訴ノ權ハ獨リ之ヲ檢察官ニ許スノミニシテ彼ノ普通內國輕罪ノ場合ニ於ケル如ク民事原告人ニ直訴ノ權ヲ與ヘサルナリ

以上說ク所ノ如クナルヲ以テ現行ノ法律ニ於ケル輕罪ハ其國家ニ對スルモノト一個人ニ對スルモノトヲ分タス共ニ同一ノ條件ニ從フヘキモノトス即チ犯人ノ佛國ニ歸リ來ルヿ又其所爲ノ均シク外國ノ法律ニ於テ罰スヘキモノタルコト是レナリ而シテ外國ニ於テ均シク之ヲ罰スルコトヲ必要トセル所以ノモノハ兩國ノ法律ニ於テ共ニ罰スル所ノ所爲タルヲ以テ即チ其所爲ノ重大ナルコトヲ證スルニ足ルヘク而シテ彼ノ一國ノ便益一時ノ必要ニ依テ罰スル所ノ罪タラスシテ自然法ノ規則ヲ犯セルモノナリト

ノ推測ニ依テ然ルモノトス

此他尚ホ一二ノ説述スヘキモノナキニアラスト雖ヒ冗長ニ渉ルヲ恐レ茲ニ之ヲ止ム次回ニ於テハ我刑法草案ニ説キ入ラントス

第十八回 明治十八年九月一日

先ニ數回ノ講義ニ於テ刑法及フ所ノ土地如何刑法及フ所ノ人如何ノ二問題ヲ講述シタリ而シテ其細目ニ至リテハ我刑法ニ於テハ未タ掲載セサル所ナルヲ以テ暫ク佛國學者カ説ク所ノ學問上ノ議論ト佛國刑法ニ定ムル所ニ就テ講述セリ

今其大要ヲ擧クレハ即チ左ノ如シ

第一　佛國ノ法律ハ如何ナル土地ヲ支配スルヤ

第二　佛國邦土内ニアリテ佛國ノ法律ニ服從スヘキ者ハ何人ナルヤ

第三　佛國ノ刑法ハ其邦土外ニ犯シタル如何ナル犯罪ニ及フヘキヤ

右ノ三問題ハ諸君ノ職務上將來ニ於テ必要ト信スルヲ以テ今ヨリ日本刑法草案ニ於テ記載スル所ニ付キ咧カ講述スル所アラントス

右ノ問題ヲ講究スルニハ前回ニ講述シタル如ク刑法ハ土地ニ屬シ又人ニ屬スルモノナルコトヲ記臆セサルヘカラス今ヨリ前述第一問題ヨリ説述セン

抑日本刑法ハ如何ナル土地ヲ支配スルモノナルヤ此問題

ニ付キテハ前數回ニ述タル如ク日本刑法ハ日本主權ノ行ハルヽ土地ヲ支配スヘキモノナルヲ以テ日本邦土ノ全體ニ行ハルヘク而シテ其所謂邦土中ニハ眞實ノ邦土ノ外尚ホ想定ノ邦土ナルモノヲ包含シ又其ノ想定ノ邦土中ニハ左ノ者ヲ包含ス

第一　領海

第二　日本軍隊ノ占領スル所

第三　日本國ノ艦船

此三ツノモノヲ包含スルコトハ前回佛國ノ刑法ニ付キ講述シタル所ト同一タルヘキナリ

蓋シ此等ノコトタル我國法律ノ明文アルニ非スト雖ヒ既ニ學理ニ基ツキ萬國ノ公認スル所ナルヲ以テ他日治外法

權ノ壞ルヽニ至レハ日本ニ於テモ亦然ラサルヲ得ス此第一問題ニ付テハ先ニ佛國刑法ニ付テ講述シタルモノハ皆之ヲ適用シ得ヘケレハナリ

第二　日本邦土內ニアリテ日本刑法ニ服從スヘキ者ハ何人ナルヤ

此問題ニ付テハ前ニ所謂刑法ハ土地ニ屬スル原則ニ依リ苟クモ日本國內ニアル者ハ其內國人タルト外國人タルトニ論ナク凡テ日本刑法ニ服從スヘキモノトス而シテ其外國人ノ日本國內ニ在ルモノニシテ日本刑法ニ服從スヘキコトハ素ヨリ法律ノ明文ヲ待ツヲ要セス故ニ草案ニ於テハ殊更ニ之ヲ明言セスト雖ヒ其外國人ノ日本國內ニ在ルモノニ付テハ法律上之レカ明文ヲ要スルモノヽ如ク然リ