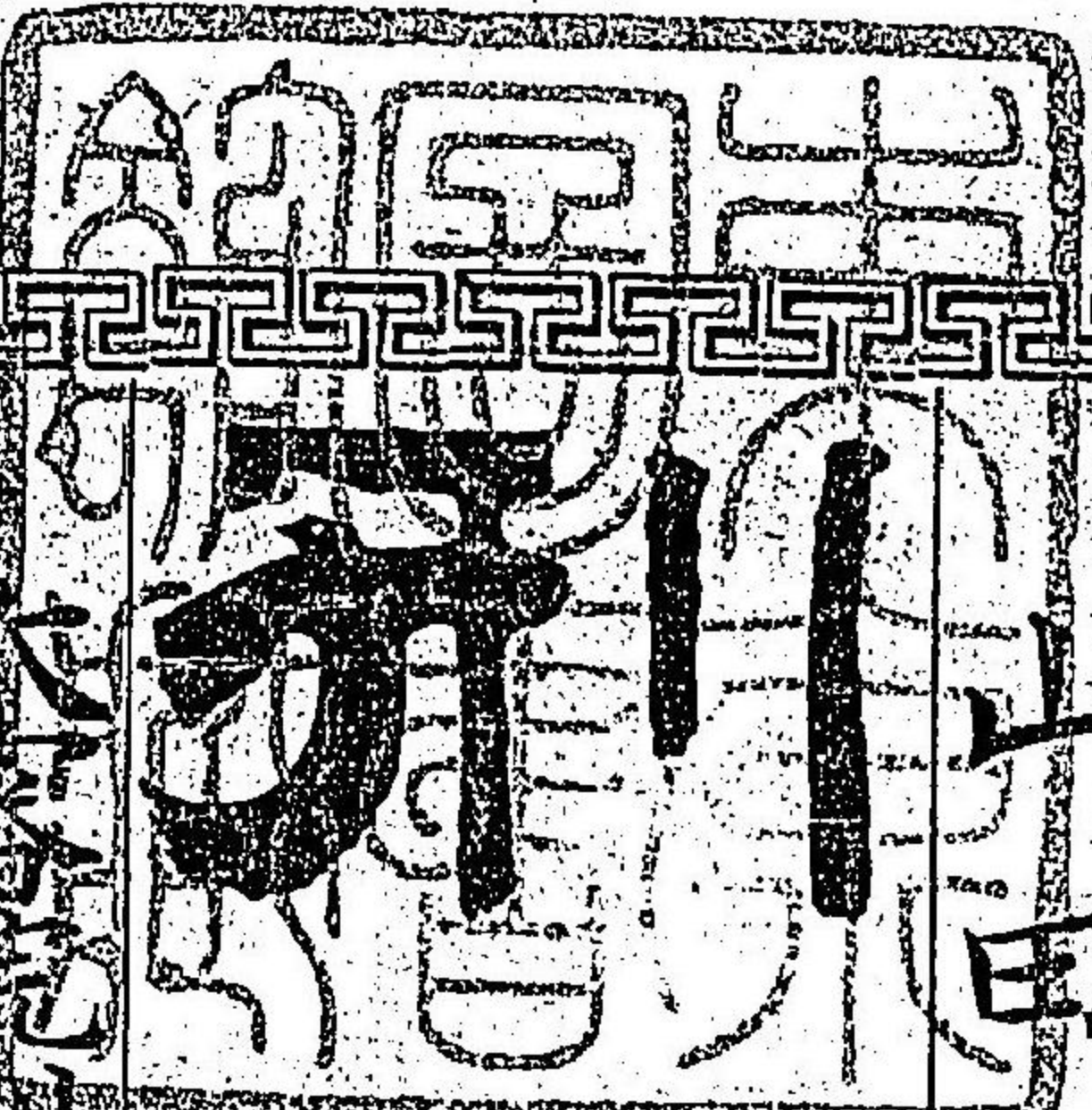


21-55

IL4M5

No. 9699



代
言
士
角
田
真
平
先
生
序
文

山
田
正
賢
先
生
著
述

刑 法 折 義

第
一
卷

大
審
院
刑
事
第
一
局
長

從
四
位
勲
四
等

西
岡
逾
明
公
題
字



真

理

始

顯

明治廿一年

宣統西園逾朔

五言古風
卷之七
一

法如明
法如明
法如明
法如明
法如明
法如明
法如明
法如明
法如明
法如明

滅すべしと云ふは
たゞ道理をわきま
法律を製せしむ
ありては法を

学んては先づ道理
を究むるを要す
ありては金友山
賢如と云ふ高僧

冠をれしはく心をも
まじりてふらむを
よほせしむたひ物に
析るるを著

述せし生論すも所
中しむるを法
律ありんもの法を
考へ看説候世すも

一 此書ハ日本刑法ヲ逐條析義スルモノナリト雖モ其主旨
 トスル所ハ勉メテ一般刑法ノ眞理原則ヲ發見スルコ
 リ
 一 諸學士ノ說ニシテ著者ノ說ト反スルモノアルハ之ヲ
 掲ケ一々辨駁ヲ與ヘ只管眞理ヲ發見スルヲ勉ム
 但諸學士ノ說ニシテ著者ト意見ヲ異ニスルモノト雖モ
 悉ク之ヲ掲ケズ現今我國ニ盛ニ行ハル、所ノ說ニシ
 テ之ヲ問ハザレハ世人ノ誤ラル、恐レアルモノニ限ル
 一 諸學士ノ說ニシテ參考トナルモノアルハ其重要ナル
 モノヲ撰ンテ附記ス
 一 卷中堀田氏曰トアルモノハ同氏ノ刑法釋義ニ係リ宮城

例言

例言

氏曰トアルモノハ同氏ノ刑法講義ニ係リ井上氏曰クト
 アルモノハ同氏ノ刑法述義ニ係リ高木氏曰クトアルモ
 ノハ同氏ノ刑法義解並ニ刑法義解増補ニ係リ江木氏曰
 クトアルモノハ同氏ノ刑法汎論ニ係リ富井氏曰クトア
 ルモノハ同氏ノ法學綱論ニ係リ「ベルトール」氏曰クトア
 ルモノハ佛國刑法詳説ニ係リ「フオースタン、エリー」氏曰
 クトアルモノハ佛國刑法大全ニ係リ「ベリーム」氏曰クト
 アルモノハ佛國法理論ニ係ル

一 每條ノ下ニ參看スヘキ各國ノ法條ヲ掲ク

一 字傍ニ單線一ヲ附スルモノハ人名ニ係リ復線〃ヲ附ス
 ルモノハ國名又ハ地名ニ係リ「」ヲ施スモノハ法律ノ正
 文又ハ諸學士ノ説ニ係ル

一 法律規則中刑法ニ關スルモノハ著者ノ必要ナリト認ム
 ルニ隨ヒ各條ノ下ニ至リテ之カ解釋ヲ下ス

一 近比我國刑法改正ノ議アリ故ニ著述中此舉ニ際會セハ
 直チニ其各條ニ就テ析義スル所アルヘシ若シ本書完備
 後ニアラズト雖モ既ニ該條款論述シ了リタル際ナレハ
 別ニ附録トシ述ヘテ以テ讀者ノ便ニ供セントス

著者 誌

明治二十一年二月

刑法ノ解

四十五丁

刑法ノ定義

四十八丁

刑罰權

五十三丁

刑罰權真正ノ基礎

七十七丁

第一編總則

九十四丁

第一章法例

九十五丁

第一條

九十八丁

本條ノ解

九十九丁

罪ノ解

百二十九丁

刑ノ程度ヲ定ムルノ法則

百二十九丁

本條ハ罪ノ釋義ヲ下シタルモ

ノナル乎

百三十一丁

罪ヲ三種ニ區別セシノ理由并

ニ効用

百三十三丁

刑ノ別ハ罪ヨリ出ツ

百三十九丁

重罪輕罪違警罪ノ刑名ヲ知ル

ハ何ヲ標準トスル乎

百四十丁

犯罪ノ種別

百四十三丁

参照スヘキ法條

二百二十七丁

第二條

二百三十丁

本條ノ解

二百三十丁

宮城氏ノ說ヲ駁ス

二百三十二丁

法理上ノ解釋

二百三十八丁

正條ヲ要スルノ二大理由

二百四十四丁

刑罰權ニヨリ本條ヲ解釋ス

二百四十六丁

民法ニモ本條ヲ適用スルヲ得

二百四十八丁

ル乎

參照スヘキ法條

二百五十二丁

第三條

二百五十三丁

本條ノ解

二百五十三丁

法理上ノ解釋

二百五十五丁

刑罰權ヨリ本條ヲ解釋ス

二百九十四丁

本條ハ立法憲法孰レニ屬スヘ

キモノナルヤ

二百九十九丁

本條字句ノ不當ヲ正ス

三百二丁

第一項ノ解

三百七丁

第二項ノ解

三百四十五丁

參照スヘキ法條

四百二十一丁

第四條

四百二十二丁

本條ノ解

四百二十二丁

理由

四百二十四丁

參照スヘキ法條

四百二十五丁

第五條

四百二十五丁

本條ノ解

四百二十六丁

法理上ノ解
江木氏ノ説ヲ駁論ス
参照スヘキ法條

附言

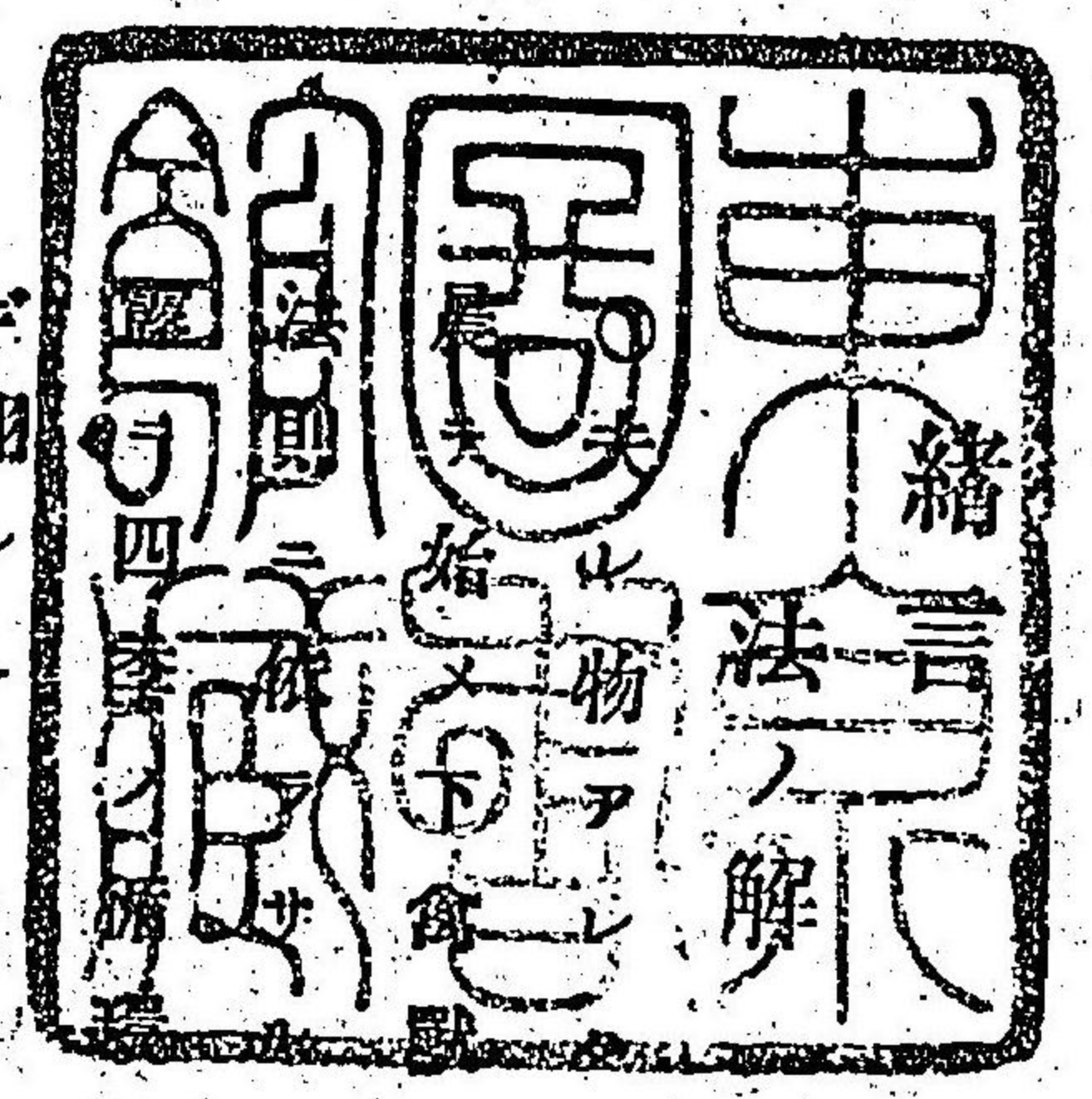
刑法ノ管スル所内外國ニ
通シ及フヘキヤ否 四百四十五丁
刑法ノ管スル所内外人ニ
通シ及フヘキヤ否 四百五十五丁

六

刑法析義第二卷目次終

刑法析義第一卷

山田正賢著述



必ス則アルヲ以テ宇宙ノ萬物上日月星
魚介昆蟲草木等ニ至ル迄一トシテ皆其
モノナシ夫ノ禽獸ヲ視ヨ又夫ノ雨雪霜
晝夜ノ交生アルヲ視ヨ飛フヘクシテ飛
ヒ翔ルヘクシテ翔リ歩ス可クシテ走ルヘクシテ走
リ渴ノ飲ミ飢ヘテ食ヒ蒸シテ上リ凝テ下リ極ツテ復シ

緒言○法ノ解

一

盡キテ初マル等理ノ最モ見易キモノニシテ而シテ一モ
法則ノ外ニ出テ其能ヲ顯ハスモノニアラサルナリ然ラ
ハ人類モ亦萬物ノ一種ニシテ有機其物ノ一部ニ位スル
モノナレハ苟モ此法則ニ從ヒ且ツ依ラスンハアルヘカ
ラス即チ生滅消長ノ法ニ從フヘキハ毫モ他ノ物ト異ナ
ルコトナシト雖田深ク考フレハ苟モ人ハ萬物其物ノ靈ナ
レハ形而上ニ於テ必ス他物ト異ナル所ナカルヘカラス
隨テ又一種特別ノ法則ナカルヘカラス抑モ人ノ萬物
ニ異ナル所以ノモノハ他ニアラス人ニハ是非善惡ヲ判
別スルノ智力ト行不行ノ自由能力トチ有スレモ人類以
下ノ物ハ無機物ハ勿論有機物ト雖モ此二力チ欠クコトチ
免レス是レ其ノ異ナル所ナリサレハ平常從ヒ且ツ守ル

ヘキ法則ニ至ツテモ亦異ナラサルチ得ス他ノ生物ノ履
ムヘキハ共生ノ法ニシテ從カハサラント欲スルモ從カ
ハサル可カラス避ケント欲スルモ避クル能ハス勢ヒ其
法其則ニ從ハサルチ得スト雖モ人ハ大ニ之ト異ナリテ
形体ノ法生機ノ則ハ他ノ動物ト等シク從ハサルチ得ス
ト雖モ苟モ行爲其法ニ至ツテハ敢テ無形ノ制迫チ受ケ
ズ守ルベキ法則チ破越スル事實上ノ能力チ有ス誠ニ人
ハ其法則チ守ラサルヘカラサルモ之チ犯サントスルニ
於テハ又能ク之ヲ犯スチ得之レ亦他ノ生物ト異ナル所
ナリ要スルニ人ハ是非善惡ノ判斷力即チ智識ト行不行
ノ自由能力トチ具備セルニヨリ意ノ欲スル處志ノ向フ
處之ヲ爲スト自由自在ナリト雖亦此二者チ具フルカ故

法ノ禁スル處深ク是ヲ謹マサルヘカラス是レ即チ人
 ノ守ルベキ法ナリ苟モ人生前ニ所謂自由ナルモノナシ
 トセハ天下爭亂變災ノ憂ナク又一定ノ法律ヲ設ルノ必
 要ナケレハ賀スヘク慶スヘキノ至リナリト雖モ是到底
 人類社會ニ望ムヘカラサルナリ
 抑モ人ノ守ルヘキ法トハ何ゾ曰ク本分ノ法則ナリ本分
 ノ法則トハ何ゾ曰ク道義ノ法則ナリ道義ノ法則ハ人間
 本分ノ最善ナル者ニシテ他之ニ匹敵ス可キ者決シテ有
 ル可カラサルナリ故ニ一タヒ此主義ヲ採ラハ假令如何
 ナル損失ヲ醸シ又康福渴望ノ念其事ノ方向ニ反シテ我
 ヲ牽引スト雖モ必スヤ我ハ其正道ヲ履ミ着々善地位ニ
 進マサルヘカラズ而シテ此善惡ノ別ハ何レヨリ生シ來

ル乎、何カ故ニ此所爲ハ法ニ適シ彼ノ所爲ハ法ニ悖ル乎、
 如何ナル人ニ向テ事物ノ善ト惡トヲ質義スヘキ乎、何ヲ
 以テ善惡ノ標準ト爲スヘキ乎之等ノ下宜シク研究推理
 スヘキモノナリ
 余此ノ問題ヲ研究スルニ嘗リテ先ツ本心所謂良心ナル
 モノヲ述ベザルヘカラズ然ラハ此數多ノ問題モ從テ斷
 決スルヲ得ベキナリ
 本心トハ如何ナルモノゾカン氏之レカ定義ヲ下シテ曰
 ク本心ハ有罪無罪ト言渡ス爲ニ常ニ法律ノ職分ヲ代理
 スル所ノ識靈ナリト宜ナル哉夫レ識靈ナルモノハ人ヲ
 善道ニ誘導スルモスニシテ若シ己ノ所爲善ナラザル時
 ハ自カラ慙愧セシメ自カラ悔悟セシムル所ノモノニシ

テ實ニ法律ノ職分ヲ代理スルモノト云フベキナリ然ルニ世人某ハ本心厚キノ人ナリ又ハ薄キノ人ナリ或ハ彼ハ全ク本心ヲ有セスト云フモノアリ嗚呼過マレルノ何ソ甚シキヤ宜シク之レカ分別ヲ立テサルヘカラス夫レ本心ハ上帝ノ人ニ賦與シタルモノニシテ衆人固有ノモノナリ何ヲ以テ然カ云フカ他ナシ吾人ノ善路正道ニ向ヒ進行スルモノハ之レ偏ヘニ本心ノ存スルカ故ナレハナリ故ニ本心即チ良心ナル者ハ衆人ノ固有スル所ニシテ之レカ厚薄ノアルベキモノニ非ズ然レモ本心其者ニ厚薄ナシト雖モ或ハ教育ノ如何ニ依リ或ハ經驗ノ度ニ從ヒ或ハ社會ノ進化ニ基キ多少其差異ナキヲ保セズ請フ二三ノ例ヲ上ケテ之ヲ証セン

希臘ノ理學者ソクライト羅馬ノ理學者カトント羅馬帝マ
ルコロレールハ共ニ理學ニ長セルノ人ナリシニ擧ナ人
チ奴隸ニスル事自裁スル事掠奪スル事ヲ以テ正理ニ適
セリト信シタリ

古代歐洲ニ於テハ、人若シ肱ナリ肩ナリ足ナリ打擲セラ
ル、モ敢テ其榮譽ヲ毀損セラレタルモノト爲サス只ダ
其面部ヲ擊打セラル、時ノミ榮譽ヲ害セラレタリトセ
リ換言スレハ肱肩足等ヲ打撃スルモ敢テ惡事ニ非スト
右ノ場合ニ在リテモ苟モ人タル以上ハ本心即チ良心ア
リシヤ必セリト雖モ蓋シ未開ノ時代ナリシ故本心其者
ニ厚薄ナシト雖モ種々ノ狀体ノ爲ニ隱伏シテ顯ハレザ
リシナラシ

以上本心ノ解ヲ與ヘタレハ之レヨリ前キノ數問ニ答ヘ

問 善惡ノ別ハ何レヨリ生シ來ルカ

答 事物ニ接スルニ從ヒ猶ホ河流ノ低キニ付クカ如ク
滾々トシテ上帝ヨリ與ヘラレタル識靈ニ依リ其別ヲ
知ルチ得ルモノナリ

問 何ニ依テ此所爲ハ法ニ適シ彼ノ所爲ハ法ニ悖ルチ
知ルカ

答 人ニ識靈ナルモノアレハ從テ本分ヲ知リ本分ヲ知
レハ其守ル可キノ道即チ善ヲ爲シ惡ヲ避ルノ行不行
ヲ遵奉セザルヘカヲサルチ知ル故ニ善ハ法ニ適シ惡
ハ法ニ悖ルチ知ルチ實ニ見易ノ理ナリ

問 如何ナル人ニ向テ事物ノ善ト惡トヲ質議スヘキ乎
又何ヲ以テ善惡ノ標準ト爲ス可キ乎

答 上帝ヨリ賦與セラレシ識靈ニ向テ其ノ善惡ヲ問ヒ
之レチ區別スルノ標準モ亦其本心ニ依ルモノナリ
故ニ善ト惡トヲ識別區分スルハ一ニ各人ノ固有スル天
賦ノ本心即チ良心ニ依ルモノニシテ源ハ本分ニ本分ヲ
示ス所ノ者ハ本心ニシテ我カ本心ニ於テ善トスル所ハ
善ニシテ惡トスル所ハ惡ナリ人々豈本心ヲ異ニシテ善
惡邪正ヲ轉倒スルモノナランヤ

或人曰シ人ニ守ルベキノ本分所謂正道ナル者ナシ只タ
自然ニ又必要ニ成立スル單一體アルノミト(此說ヲ佛語
稱スト)又曰シ凡ソ其所業ニハ善惡ノ理ナキモノナリト(此
說)

緒言○法ノ解

「佛語」ト稱スチシ）嗚呼何ツ云フ所ノ暴ニシテ理ヲ覺ラサ
ルノ甚シキヤ請フ左ニベリーム氏ノ説ヲ掲ケテ余カ駁
論ニ換ヘン

ベリーム氏曰ク余輩ハ單ク心意ノ感覺スル所ヲ以テ人
生ノ自由ハ實ニ確固不動ノ原則ナリト視做サントス今
余輩或ル業爲ヲ行フト行ハサルト又善ヲ取ルト惡ヲ撰
ムトハ全ク余輩心意ノ欲スル所ニ在ルトチ感知スル者
ナリ而シテ余輩若シ善ヲ捨テ惡ヲ取リタルノ後チ果シ
テ悔悶スルハ正サニ此自由ノアルカ故ナリ一ノ物体ア
リテ其行爲動作ハ自然ニシテ心意ノ之チ進退スルアラ
ズンハ假令ヒ其所爲善ナルモ得テ之チ賞譽ス可カラス
亦其所爲不善ナルモ得テ之チ誹毀ス可カラス（中略）苟モ

知能アル人ハ其自カラ之カント欲スル處ニ之ク可シ決
シテ球ノ衝球臺ノ上ニ彷徨スルカ如ク又雲ノ風ニ左右
セラル、カ若キニ非サルチ知ル可キナリ總テ道德上
ノ思想ハ其確實的ノ上ニ存スルチナリ此確實的ハ哲學
者ノ眼ニハ自カラ瞭然ナラサルモ法學者ヲ以テ之チ觀
ル時ハ正ニ充分明カナル可シト
宜ヒ哉ベリーム氏ノ説苟モ人ニ善ヲ爲シ惡ヲ避クルノ
義務（上帝ニ對スルノ）ナルモノナカリセハ善モ賞スルニ
足ラス惡モ罰スルチ得ザルベシ豈何レノ日ニカ真正ノ
國家ヲ見ルチ得ンヤ
前文チ略言スレハ人ハ是非善惡ヲ識別スルノ本心アル
カ故ニ其守ルベキ法則チ知ルト云フニ在リ夫レ然リ然

緒言○法ノ解

リト雖も人ハ天性自由ナリトセハ或ハ慾情ノ爲メ或ハ危難ノ爲實際上其履ムベキノ本分即チ法則ヲ破ルニアリ於是乎理論上從テ二箇ノ結果ヲ生ス曰ク本分ヲ守ラサルヘカゾズ曰ク破ルコトモ得ト是レナリ而シテ人苟モ法則ヲ破レバ其責ニ任ゼサルヘカラス則チ知ル本心アルカ故ニ本分アリ又天性自由ナルカ故ニ法則ニ背ケハ其責任アルヲ實ニ人ハ生レチカラ自由ニシテ己ノ欲スル所ニ從ヒ事ヲ爲スノ能力アリ爲スト爲サミルトハ自ラ其主宰タルモノナリ然リ而シテ我ニ自由能力アレハ人ニモ亦自由能力アリ故ニ自由能ク擴張スヘキモ他人ノ自由ヲ害セサルヲ以テ限界トナサミルヘカラス之レ天然ノ大法ニシテ此道理分レテ内部ノ本分ト外部ノ

本分トナル而シテ此内外ノ自由ハ人ノ尽スヘキ本分ニ依リテ制限セラル其内部ノ自由ヲ制限スル本分ヲ道德上ノ本分ト云ヒ外部ノ自由ヲ制限スル本分ヲ法律上ノ本分ト云フ是レ道德ト法律トノ區別ニシテ頗フル辨シ難キ所ナレハ以下請フ其區別ヲ簡明ニ述ベシ

道德ト法律トノ區別

○抑モ道德トハ人ノ内部ト外部トノ本分ノ規則ニシテ内部ノ自由ト外部ノ自由トヲ併セテ支配スルモノナリ法律トハ人ノ外部ノ本分ノ規則ニシテ外部ノ自由ヲ支配シ人類相互ノ關係ヲ定ムルモノナリ故ニ道德ハ汎クシテ法律ヲ圍繞シ道德ノ原則ハ必ス法律ノ原則ナルモ法律ノ原則ハ未ダ必スシモ道德ノ原則ニ非ズ道德ト法

律トハ親子ノ關係アリ故ニ其廣汎ナル道德ノ原則ヲ示セハ其内ニ包含セラル、處ノ法律ノ原則モ自ラ明瞭ヲ得ン

道德ノ原則ニ曰ク己レニ對スル本分ヲ尽シ情慾ニ制セラレテ之レカ爲ニ天賦ノ命運ヲ全フスルノ妨ケトナルヲチ爲スベカラズト之ヲ分折スレハ二個ノ原素ヲ生ズ曰ク篤實ニ保生セヨ曰ク人ヲ害スル勿レト二者皆テ道德其物ノ支配スル所ナリト雖モ獨リ良心ノ制裁ノミニ委ヌル能ハサルモノアレハ之ヲ道德ト法律トニ分轄シタリ即チ篤實ニ生テ保テトハ一切ノ本分ヲ謂フモノニシテ道德ノ支配スル所ナリ人ヲ害スル勿レトハ外部ノ本分ノミヲ謂フモノニシテ法律ノ支配スル所ナリ然レ

此區別ニ付テハ大ニ議論ヲ要スル所ナレハ左ニカント氏ノ説ヲ掲ケ正理ヲ探究シテ以テ一層確ムル所アラントス蓋シ無用ニハアラサルナリ

カント氏曰ク「人ハ自由ナリト謂ヒ人ハ善ヲ爲ス可シト謂フ此二原則アリテ互ニ相調和シ法律ヲ生ス良心ノ命スル所ニ從ヘハ他人ヨリ我カ自由ヲ尊崇センヲチ欲スル如ク我ヨリ他人ノ自由ヲ尊崇ス可シ是レ法律ノ由テ起ル原因ナリ
地球上ニ一人ヨリ他二人ナキハ法律モ亦無ク道德ノ存ス可シ然レハ已ニ二人ノ相逢フ時ハ相互ノ間ニ法律ヲ生ス

道德ノ教諭スル所ハ至善ニ止リ法律ノ命令スル所ハ正

直ニ止マレ之ヲ圓形ニ譬フトハ共ニ同シ中心ヨリ發ス
ト雖モ其周圍ノ大小同シカラズ今爰ニ教則アリ道德ノ
教則ナルヤヲ知ラント欲セハ先ツ我ノ欲スル所ヲ問フ
可シ我若シ此教則ハ人類一般ニ守ル可キ規則トナサン
ト希望スルキハ是レ道德ノ教則ナリ然ルニ法律ノ教則
ナルヤヲ知ラント欲セハ先ツ其教則各自ノ自由ヲ害ス
ル無キヤ若シ害スルキハ衆庶ノ自由ヲ貴重スル爲メ止
テ得サルニ出シヤヲ審査ス可シ而シテ正不正ヲ問フニ
止マリ善ト不善トヲ問フニ至ラス道德ノ區域ハ廣大ナ
リ法律ノ區域ハ狹小ナリ
故ニ法律モ道德モ人類ノ公益共利ヲ目的トシテ並行ス
然レモ法律ハ牽制強迫ノ力アリ且ツ各人ノ理由ヲ貴重

スルヲ以テ道德ノ達スル點ニ至ルヲ得ス道德ハ力行強
迫ヲ用ヒス唯勸勵ト説諭トニ止マルモノナリ而シテ法
律ト道德トノ區別ヲ要スルニ專ラ左ノ四點ニ在リト

第一 道德ハ良心ノ懲罰ヲ以テ内部ノ自由ヲ制裁シ

第二 道德ハ果決意思ノ如キ心理ノ活動ヲ賞罰シ得
ルト雖モ法律ハ外部ニ顯ハレタル活動ノ他人ヲ

害ス可キトニ就テ権力アルヲミナリ

第三 法律ハ只タ吾人彼我ノ間ニ存スル者ニシテ神
明ト吾人ノ關係ハ道德ノ司トル所ナリ

第四 吾人彼我ノ關係ニ就テモ道德ハ善ヲ勸メ法律
ハ衆人ノ自由ヲ害スル時ノミ各自ノ自由ヲ制限

然ルニベリトム氏之ヲ駁シテ曰ク「此原則ニ依リ研究スレハ實ニ解スヘカヲサルノ結果ヲ見ルニ至ル即チ法律ノ威力ハ禁遏ニ止マリ命令スルヲ得ズ法律ハ他人ヲ害スル者ヲ停止スルヲ得可ケレトモ善ヲ實際ニ行ハシムルノ義務ナシト謂フニ至レハナリ」ト而シテ一例ヲ擧ケ難問シテ曰ク「社會ノ爲メ必要ナル一ノ道路ヲ設クルノ議起リタル時其道筋ニ我所有地アリ而シテ此所有地ハ衆人ノ利益ノ爲メナルヲ以テ社會ハ我ヲ立退カシメテ其地所ヲ取上ルノ權力アリヤカント氏ノ主義ヨリ論下スレハ社會ニ此權力ナシト云ハザルヘカラズ何トナレハ法律ハ禁制スルモノニシテ命令スルモノニ非レハナ

リ且ツ土地ヲ所有シ居ルモ他人ニ害ヲ加フルニ非ス唯我ノ他人ニ望ム所ハ我ニ屬スル物ヲ平安ニ使用セシメラルニアリ而シテ他人ノ使用ニ應スルヲ拒ムハ是我レノ權利ナリ我ノ自由ナリト非ナリ之ヲ社會ノ權利ヨリ論スレハ社會我ニ賠償シ我地ヲ買上ルノ權アリ何トナレハ一人ノ我意ヲ張ルカ爲メニ商業ノ進歩ヲ止メ一般ノ幸福ヲ防ケ反テ利益ヲ隣邦ニ占有セシムルニ至ルヲ以テナリ」ト又曰ク「若シ右ノ場合ニ於テ所有主自己ノ權利ヲ固守シ公用ニ應セザル時ハ社會ノ威力ヲ以テ處置スベキニ非ス且ツ社會ノ法律ヲ以テ豫メ裁判シ能ハサル場合ナリ何トナレハ法律ハ衆人ノ安寧ト各自ノ安寧トヲ能ク調和セシムル爲メニ設ケタルモノナレハ若

シ衆人ノ安寧ト各自ノ平穩ヲ計ルヲ得サルモハ法律ノ
 役目社會ノ爲ス可キトハ頓ニ止ムト知ル可也此時ニ當
 テ人ノ遵奉服従ス可キ者ハ特リ天然法アルノミ而シテ
 天然法ニ徇ヘハ人ノ權利ヲ毫厘モ侵スヘカラサルヲ以
 テ是又爲スヘキナシト嗚呼ベリーム氏ノ辨チ好ム一ニ
 何ソ茲ニ至ル余ハカント氏ニ左袒シテベリーム氏ニ反
 駁ノ一撃ヲ試ミントス

カント氏ノ道德ト法律ノ區別ノ解チ與ヘシ第一ニ依レ
 ハ法律ハ外部ノ自由ヲ制裁スルモノナリト云ヒ第二ニ
 依レハ法律ハ外部ニ顯ハレタル活動ノ他人ヲ害ス可キ
 事ニ就テ權力アルモノナリト云フ之レ至當ノ議論ニシ
 テ一ノ批難ヲ加フベキ所ナシ顯ミテベリーム氏ノ所謂

法律ハ禁止スルノミナラズ命令スヘキトモ包含スト
 ノ意ニテカント氏ノ説チ駁セシ所チ熟考スルニ其ノ駁
 撃ヤ未ダカント氏ノ説チ擊破シタルモノト云フベカラ
 ズ何ントナレハカント氏ノ解釋ニ依レハ決シテ法律ハ
 禁止ノミナリトノ見解ヲ下スチ得サレハナリ抑モ法律
 ハ外部ノ自由ヲ制裁スルニ止マルモノナレハ他人ヲ害
 ス可キトニ就テ權力アルノミナリトハ實ニ法律其物ノ
 固有ノ性質ニシテ之ヲ換語セハ人ニハ自由ナルモノア
 リ而シテ其自由ハ内部ト外部トニ區別セサルヘカラス
 其ノ外部ノ自由ニ制裁ヲ加フルモノハ法律ナリ其ノ外
 部ニ顯ハレタル自由ノ他人ヲ害スヘキモノナリセハ國
 家ハ是レニ相當ノ制裁ヲ加フルノ權力アルモ然ラサレ

ハ毫モ制裁ヲ加フルノ権力ナシト云フニ在リ依之觀是
 ハカント氏ノ解ハ別ニ禁止ト命令トヲ區別セシモノニ
 アラス苟モ邦國ヲ害スルノ所爲アルニ於テハ之レヲ禁
 止シ又ハ或ル所爲ヲ命スト云フニアリ然ラハペリーム
 氏ノ駁論ハ何レヨリ來ルカ蓋シ第一第二ノ二項ニアラ
 ズシテ第四項ナラン同項ニ曰ク法律ハ衆人ノ自由ヲ害
 スル時ノミ各自ノ自由ヲ制限スルニ止マルナリト之レ
 又少シク考慮ヲ廻ラセハ其ノ不當ニ非サルヲ了解スベ
 キナリ氏ハ自由ヲ制限スル云々ノ字句ヲ見テ自由ヲ禁
 止スルヲ得ルノミト解セシナランカ果シテ然ラハ何ソ
 意義ヲ解スルニ暗キヤ自由ヲ制限スルト云フ字句ニハ
 命令ノ語モ亦包含スルナリ譬へハ立法者アリ汝彼ノ事

業ヲ爲スベシト命シタラシニハ果シテ其人ノ自由ヲ制
 限セサルカ夫レ人ノ爲スト爲サミルトハ其欲スル所ナ
 ルニ或ル事ヲ爲サミラント欲セシニ立法者ハ此ノ事ヲ
 爲サミレハ國家ノ秩序ヲ維持スベカラズト確信シ法律
 ノ威力ヲ以テ之ヲ命セシモ猶ホ其人ノ自由ハ制限セラ
 レザル乎天下豈如此理アラシヤ余ハ到底ペリーム氏ノ
 駁言ヲ以テ理アリトスル能ハサルナリ只ニ理アリトス
 ル能ハサルノミナラス徹頭徹尾氏ノ持論ニ反スルモノ
 ナリ
 又氏ノ第二論點即チ法律ハ他人ヲ害スル者ヲ停止スル
 チ得ベケレドモ善チ實際ニ行ハシムルノ義務ナシト云
 フニ至ルナリトノ駁論ニ至テハ誤レルノ甚シキモノト

云フヘシ氏ハ國家ニ人ハ善ヲ爲スヘシト命スルノ義務アリトスル乎復言スレハ國家ハ道德ノ秩序ヲ維持スベキノ任アリトスル乎夫レ國家ハ吾人ト吾人トノ外形上ノ關係ヲ司トリ其ノ秩序ヲ維持スルニ付テハ争フベカラサルノ權力ヲ有スト雖モ道德上ノ秩序ヲ司ルハ一ニ上帝ノ任ニシテ國家ノ與カリ知ル處ニアラサルナリ然ルニ氏ハ此ノ親易キノ道理ヲモ注意セズ漫然社會ニハ善ヲ爲スヘシト命スルノ義務ナキカトノ問ヲ以テ駁セシハ誤謬ニ非ズシテ何ゾ

氏ハ又最後ニ至ツテ喩例ヲ擧ケ反對論者ヲ一撃ノ下ニ服セシメント欲シテ前後矛盾ノ說ヲ爲シ却ツテ自カラ反駁ヲ招クニ至ル何ソ思ハサルノ甚シキヤ然レモ余

ハ固ヨリ本論ニ必要ヲ見出サミルヲ以テ更ラニ之レヲ駁述セズ只一ノ問答ニ止メントス

問 若シ衆人ノ利益ト一人ノ利益ト矛盾シタルトキ例ヘハ道路設置ノ如キ場合ニ於テ一私人自己ノ所有權ヲ固守シ公用ニ應セザルモ政府即チ立法者タルモノ如何スヘキヤ

答 此ノ場合ニ於テハ政府ハ土地所有主ノ諾否如何ニ拘ハラス買上ルヲ得ルモノナリ何トナレハ一人ノ自由權利ハ公衆ノ利益ノ爲ニ檢束制限セラレケレハ也故ニ政府ハ相當ノ價額ヲ以テ之ヲ買ヒ上クルヲ得抑、道德トハ人ノ爲スベキ本分ニシテ良心ノ與ル所ナリ良心ノ與ル所ナレハ其制裁モ又獨リ良心ニ任セサルヘ

ガラズ然ルニ人ハ固天性孤立獨居スヘキモノニ非ス彼
 ニ足ラサル所ハ此ニ取リ此ニ及ハザル所ハ彼ニ補ヒ自
 他相扶助シテ以テ其天賦ノ性ヲ全フセザルヘカラサル
 モノナレハ其相集リテ邦國ヲナス以上ハ其間種々ノ關
 係ヲ生シ幾多ノ錯雜ヲ來スカ故ニ從テ邦國ノ一人前言
 セシ如ク自由ノ限界ヲ越ヘテ履ムベキノ本分ヲ破リ他
 ヲ妨害スルモノアルヲ徒ラニ其良心ニノミ制裁ヲ委テ
 ダランニハ所謂弱肉強食ノ有様トナリ國家忽チ解散シ
 テ鬪争場トナリ暴行至ラサル所ナク其局遂ニ國ノ國タ
 ルヲ見ルヲ得サルニ至ル可シ故ニ古今各國立法者ハ
 公益ヲ害スルノ外面ニ顯ハレタル所爲ヲ道義ヨリ分離
 シテ國家ノ公力ヲ以テ是レカ制裁ヲ與フルモノトセリ

人之ヲ稱シテ法律ト云フ因是觀是ハ法律ナルモノハ道
 徳ノ範圍内ニ在ルヤ昭々多辨ヲ要セサルナリ(法ノ本論迄ヨ
 ハ井上氏ノ譯述サレタル佛國法理)以下其制裁ノトニ論
 論ヲ參看セリ依テ茲ニ之ヲ證出ス)及セン

道德ノ制裁ト法律ノ制裁トノ差異

○前既ニ云ヒシ如ク道德トハ内部ノ本分ニシテ冥々裡
 ニ在テ是非曲直ヲ判決スルモノナレハ其制裁モ亦冥々
 裡ニ存シ或ハ本心ニ恥テ或ハ人ニ賤視セラレ遂ニ社會
 ノ信用ヲ失フニ至ル而已是レ所謂道義上ノ制裁ナリ故
 ニ道德ニハ道德上ノ制裁アリ社會ニハ社會上ノ制裁ア
 ルモノナレハ德義上ノ制裁迄モ國家ノ權ヲ以テ命スヘ
 キモノニアラス法律ノ制裁ハ之ト反シ有力ナルモノ所

緒言○道德ノ制裁ト法律ノ制裁トノ差異

謂強テ服從セシムルヲ得ルモノニシテ或ハ天賦ノ自由
 ヲ制縛シ或ハ權利ヲ剝奪シ或ハ生命ヲ奪フ等ノ權力ヲ
 備ヘ偏ヘニ邦國ノ安寧ヲ主トシ衆庶ノ幸福ヲ計ル所ノ
 モノナリ故ニ道義ノ制裁ト法律ノ制裁トヲ比較セハ昭
 ヲ平トシテ大差アルヲ知ルヘキナリ然レモ茲ニ注意ス
 ヘキヲアリ今罪ヲ犯シタルモノアリト假定センニ外形
 上法律ノ制裁アルハ勿論ナルモ之ヲ以テ道義ノ制裁ハ
 既ニ消滅セシモノト誤信スル勿レ蓋シ道徳ノ制裁ハ汎
 シ萬般ノ事物ニ及ボシ外形上ノ制裁ヲ受クル所爲チモ
 包含スルモノナリ視ルベシ刑餘ノ人ハ社會ニ對シテ信
 用ヲ失スルヲ故ニ何レノ點ヨリ觀ルモ法律ハ道徳ノ範
 圍内ニ在リ其制裁ノ異ナル所ハ外形上ノ強制アルト否

トニアル而已

自然法ト人爲法トノ區別

○抑モ法律ヲ其成立ヨリ分テハ曰ク自然法曰ク人爲法
 ノ二大別ナリ而シテ自然法ハ無形ノモノニシテ天然ノ
 純理ト人ノ本分トニ成リ何レノ國何レノ時ヲ論セス確
 乎トシテ動かササルモノヲ謂ヒ人爲法ハ有形ノモノニシ
 テ國家ノ必要ヲ承ケ立法者或ル權利内ニ於テ制定シタ
 ルモノヲ謂フ若シ夫レ人ニシテ行不行ノ自由ナキカ或
 ハ行不行ノ自由アルモ各自其本分ヲ守リ敢テ他ノ自由
 權利ヲ侵害スルナカラシムルニハ自然法ノ存スルノミニシ
 テ足レリト雖モ人各々自由アルカ故ニ人智ノ極度ニ達
 セサル以上ハ或ハ偏見妄想ニ惑ヒ或ハ情慾邪念ノ爲ニ

緒言○自然法ト人爲法トノ區別

他人ノ自由ヲ侵害スルモノアルヲ免レズ是レ第二ノ法
即チ人爲法ノ起ル所以ナリ余ニ法ノ區別ヲ茲ニ掲出セ
ン

- 一 自然法ハ自然ノ道理ニ出テ頒布ノ有無ニ因テ存
滅セス人々之ヲ遵奉スル自然ノ義務アルモノナル
モ人爲法ハ頒布ニ因テ人之ヲ知り始メテ遵奉スル
ノ義務ヲ生スルモノナリ
- 二 自然法ハ土地風俗ノ異同ヲ論セス必ス守ルヘキ
モノナルモ人爲法ハ各國固有ニシテ其國民及ヒ國
内ニ限り行フベク他ニ及ホスヲ得サルモノナリ
- 三 自然法ハ萬古不易ノモノニシテ決シテ變更スル
コトナキモ人爲法ハ社會時世ノ變遷ニ從ヒ存滅スル

モノナリ

故ニ自然法ナルモノハ天下ノ大法ニシテ頒布ノ有無ニ
因テ遵守スル義務ノ如何ヲ定ムベキモノニアラズト雖
モ人爲法ハ之レト反シ各國ノ風土或ハ人情ニ因テ異ナ
ルモノナレハ之ヲシテ人民ニ遵奉セシメントセハ宜ク
周知セシメサルベカラス然ラサレハ遵奉スルノ義務ヤ
決シテ生出スヘキニ非ルナリ

附言

堀田氏著法理要論ヲ見ルニ自然法ト人爲法トノ區別
ヲ講究スルニ參考トナルベキモノアレハ左ニ之ヲ掲
ケテ讀者ニ益ス

堀田氏曰ク「自然法トハ天然ノ道理上然ラサルヲ得サ

爾旨○自然法ト人爲法トノ區別

ル所ノ法ニシテ人爲法ノ標準タルモノナリ而シテ吾人之ヲ遵奉スヘキノ義務アルモ之ヲ犯シタルハ法律上充分ナル制裁ナシ之ニ反シ人爲法トハ社會ニ於テ其保存發達ヲ全フセシカ爲メ自然法ニ基キテ制定シ之ヲ人民ニ知ラシメ且之ヲ遵奉セサルハ嚴ニ法律上ノ制裁ヲ加フルモノナリ故ニ自然法ハ無形ニ存シテ法律上ノ制裁ナク人爲法ハ有形ニ成リテ法律上ノ制裁アルノ差アルノミ其法ノ本体ヲ異ニスルモノニアラス故ニ自然法ハ多クハ人爲法ニ定ムル所ニシテ人爲法ハ殆ト常ニ自然法ヲ發シタルニ過キササルナリ今其理ヲ推シテ彼ノ區別ヲ解セハ恐クハ思ヒ半ハニ過シルモノアラント

往昔チユスチニヤン王自然法ノ原則ヲ略説シ教典三則チ設ケタリ曰ク「他人ヲ害スル勿レ曰ク彼ノ物ハ彼ニ還セヨ曰ク獨チ慎メ」ト

人爲法ノ種別

○人爲法ヲ成文律及ヒ不成文律ニ區別ス
 成文律トハ編纂者即チ立法者ノ明カニ規定シ特ニ頒布シタル法律ヲ云フ之レヲ其目的ヨリ分テハ公法私法ノ二トナル公法トハ政府ト人民トノ關係及ヒ國ト國トノ關係ヲ規定スルモノナリ其政府ト人民トノ關係ヲ規定スルモノヲ稱シテ内部ノ公法ト云ヒ國ト國トノ關係ヲ規定スルモノヲ稱シテ外部ノ公法ト云フ憲法行政法刑法治罪法ノ如キハ稱シテ内部ノ公法ト云ヒ自然ノ國際

緒言○人爲法ノ區別

法人定ノ國際法及ヒ萬國公法萬國私法ノ如キハ稱シテ外部ノ公法ト云フ私法トハ國民彼我ノ關係ヲ定ムル法ニシテ民法訴訟法商法ノ如キモノヲ云フ茲ニ注意スヘキハ公法中ニ私法アリ私法中ニ亦公法アルヲ了知スルニ在リ

附言

或人曰ク自然ノ國際法人定ノ國際法ト萬國公法萬國私法トハ同一ニシテ區別ノアルヘキモノニアラスト非ナリ左ニ堀田氏ノ説ヲ示シテ余カ持説ニ換ヘン堀田氏法要論曰ク自然ノ國際法トハ國ト國トノ關係ニ自然法ヲ適用スルモノニシテ人為ノ國際法トハ國ト國トノ明白又ハ暗黙ノ意思ニ出ツルモノナリ其明白

ナルモノハ締盟條約ニシテ其暗黙ナルモノハ慣例ナリ又國際公法トハ專ラ國ト國トノ關係ヲ規定スルモノニシテ國際私法トハ一國民ト他ノ國民トノ私益上ノ關係及ヒ諸國民刑法ニ係ル爭訟ヲ裁定スルノ規則ヲ定ムルモノナリ不成文律トハ佛語ニ所謂「イチューム」(慣習)ノコトニシテ其起源ノ不分明ナルモノヲ云フ而シテ成文律ト異ナル所ハ一定ノ法典トナセシト否トニアルノミニシテ其効力ニ至ツテハ毫モ異ナルナシ而シテエヂーヴェンシヤン舊習先例ノ成文律ト効力ヲ等フスル所以ハ國民ノ意志ヨリ生シ立法者ノ之ヲ默許セシニ基クモノナリ抑モ法律ナルモノハ如何ニ善美ヲ盡シ如何ニ注意ヲ加フルモ時ニ際シ或ハ多少

緒言〇人為法ノ種別

ノ不完全ヲ生スルヲナキ能ハズ於茲乎數年來ノ慣習ヲ以テ成文律ノ不足ヲ補フモノナリ然レモ此ニ注意スヘキハ慣習ナルモノハ英獨等ニ於テ行ハル、所ノ慣習法ト混全スヘカヲサルノ之ナリ慣習法ノ源ニ溯レハ蓋シ偶然ニ生セシ一ノ慣例ニ基クト雖モ一タヒ法官ノ裁判ヲ經テ數十年來文書ニ記載シタルモノナレハ大ニ異ナル所アルナリ而シテ一所爲ヲ慣習トナシ法律ト効用ヲ同フセシムルニハ幾許ノ年數ヲ要シ幾許ノ前例ヲ要スルヤノ点ニ至テハ法律ニ定ムベキモノニ非ズ或ハ裁判官ノ判決或ハ人證等ニ委ヌルモノナリ不成文律トハ慣習ノミチ云フニ非ス條例モ又其中ニ包含ス而シテ此條例ナルモノハ性法ト人情ニ基キテ成立

セシモノニシテ法律ニ明條ナキハ限リ用ユルモノナリ

以上述ベタル所ノ不成文律ハ諸般ノ法律ニ適用スヘキモ刑法ニハ之レヲ引用スルヲ得ス其所以ハ刑法ノ正文ニ入ルノ日ニ當リ自ラ了解スル所アルヘシ余カ今特ニ論究セントスル刑法ハ公法ノ一部ニシテ則チ國ト民トノ關係ヲ定ムルモノナリ

日本刑法ノ由來

○凡ソ一ノ學問ヲ研究セント欲セハ先ツ其沿革ヲ審ラカニセサルヘカラス而シ又其依テ來ル所ヲ調査セサルヘカラス況ンヤ其學ノ我々本邦人ニ重大ノ關係アルモノニ於テヲヤ夫レ然リ然リト雖モ我國上古ヨリ刑法沿

革ノ見ルベキモノナキニヨリ之レヲ略シテ直チニ其由
來ニ及バン

法ニ天法人爲法ノ別アルコトハ余輩曩キニ之レヲ述ヘ
タルカ如シ而シテ天法ハ正理公義ヲ旨トシテ他アルコ
トナキモ人爲法ニ至ツテハ如此ナル能ハス源チ天法ニ汲
ムモ微頭徹尾之レニ從フチ得ス交ユルニ風土人情慣習
等ノ條件ヲ以テセリ故ニ天法即性法ハ正ニシテ人爲法
即チ國法ハ變ナリ權ナリ而シテ權變固ヨリ天法ト其元素
元分チ異ニスルモノニアラス只國ノ秩序ヲ維持スルニ
付テ各國共必用ニ應シ僅カニ天法ノ一部一局ヲ改メテ
設ケシ而已然ラハ國法ナルモノハ天法ヲ去ル愈々遠ク
益々疎ナレハ不完全ノ法律タルチ免レヌ之レニ反シテ

愈々近ク益々密ナレハ漸ク完全ノ法ト謂フチ得ヘキナ
リ是レチ事實ニ徴スルニ文明歐米ノ如キ國ニ至ツテハ
其設置セル國法稍々天法ニ近ク刑寛ニ罰公ナレト東洋
諸國ニ至ツテハ其國法ヤ遠ク天法ニ隔タリ刑酷ニ罰公
平ナラス之レ動カスヘカラサル事實ナリ依之觀之國文
明ニ進ムニ從ツテ立法者タルモノハ天理ニ從ヒ法律ヲ
シテ漸次苛チ去リ寛ニ就クニ至ラシメサルヘカラサル
ナリ若此大則ニ悖戻スルアラハ國法ハ流チ天法ニ汲ム
ニアラスシテ反ツテ其反對ノ位地ニ立ツモノニシテ到
底完全ノ法ト謂フヘカラス故ニ虞氏說ヲ爲シテ曰ク立
法者ノ注意スヘキ二個ノ要點ハ第一刑罰ハ人智ノ日進
ニ隨ヒ漸次苛チ去テ寛ニ就ク第二判官ノ專横モ亦漸次

減殺ニ就クト

願ミレハ我邦上古ヨリ刑律ナキニアラス又中古以來時々改正修査セサルニアラサリシモ外智識ヲ得ルノ交際國ナカリシヲ以テ刑律ノ原理原則ヲ發見スルヲ能ハサリシカ爲メ改正修査既ニ幾回ヲ經タリト雖モ容易ニ其正理公義ニ則ルヲ得サリシナリ然ルニ維新以來歐米各國ト交通親密ナルニ及ヒ漸ク刑法ノ原理原則ヲ曉リ從來法律ノ精神ヲ夫テ歐米ノ主義ニ就カサルヲ得サルヲ感スルニ至リタリキ然レモ凡ソ數十年ノ舊慣ヲ破ツテ一朝改新ニ移ルハ普通人情ノ忌ム所ニシテ實ニ至難ノ業ナレハ世上事ノ細大ヲ論セス多クハ漸ク以テ變遷シ急進ノ觀ヲ呈セサルモノナリ然ルニ我邦今日ノ如

キ長足ノ進歩ヲ顯ハセシモノハ蓋シ虞氏ノ所謂人智ノ進歩ト一ハ本邦ノ体面ト實益トニ大ニ損傷ヲ蒙ラシムル處ノ治外法權ヲ撤去セントセシニ依リシナラン故ニ一躍シテ維新以來三變ヲ經現行ノ刑法ヲ作出スルニ至リタリ而シテ如此急速ノ進歩ヲ爲セシニモ拘ハラス殆ント完全ノ刑法トナリシハ豈ニ愉快ナラスヤ之レ我邦刑法ノ進ンテ現行法ニ至リシ由來ナリ

刑法

○刑法ノ何物タルヲ知ラント欲セハ須ラシク法ノ意義ヲ解セサルヘカラス然レモ前段既ニ法ノ解ヲ與ヘタレハ今又之ヲ復述セズ直チニ法ノ第二解ニ入り後ヲ刑法ノ正解ニ移ラン

法ノ第二解

○法トハ何ツヤ佛語之ヲ「ロウ」ト云ヒ彼我ノ間ニ生スル所ノ關係ヲ規定スルモノナリ余先キニ法ノ解ヲ與ヘタレモ夫ノ所謂法ナルモノハ天地自然ノ大法ニシテ未ダ之ヲ以テ直ニ法律上法ノ解トナスヘカラス抑モ余カ今謂フ所ノ法ナルモノハ社會ノ強テ之ヲ行ハシムルヲ得ルモノニシテ前ノ法ノ如ク良心等ノ無形上ノ制裁ト

ハ大ニ異ナルモノナリ然レモ先キニ道德ト法律トノ區別ヲ述ブルニ當リ云ヒシ如ク道德ハ實ニ廣汎ナルモノナレハ例令法律ノ制裁ヲ終リシ後ト雖モ尚ホ道德上ノ制裁ハ免ルヘカヲサルモノナレハ既ニ社會上ノ制裁ヲ受ケタレハ道德上ノ制裁ハ消滅シタリト誤信スベカラズ

オルトラン氏ハ法ヲ解シテ動不動ノ必要ナリト述ベラレシモ之レ余輩ノ法ノ第一解ニ適當スヘキモノニシテ本解ニハ不適當ナレハ余ハチーヌチン氏ノ所謂人類各人間ノ關係ヲ定ムルモノニシテ命令ノ一種ナリト云フノ勝レルヲ信ズル也

以上法ノ第二解ヲ終リタレハ以下進ンテ刑法ノ解ニ入

ラン

刑法ノ解

○刑法トハ何ソヤ佛語之ヲ「ロアベチール」ト云ヒ國家命令權ノ應報ニシテ法律ノ見テ以テ罪トナス可キ所爲ヲ示シ之ニ反スルモノハ邦國ヲ維持スルニ付テノ正當ノ權力即チ在上者カ施行スヘキ所ノ命令權ヲ以テ之レニ刑罰ヲ加フルモノナリ其制才チ與フルハ之レ邦國ノ秩序ヲ維持スルニ付テノ最終ノ一手段ニ過キズ而シテ此ノ手段ヲ全フレ邦國ノ安寧ヲ計ルニハ須ラク種々ノ規定ナカルヘカヲス則チ我立法者ハ歐米各國ノ主義ニ基キ左ノ三箇ノ順序ヲ定メタリ

第一 國家命令權ノ應報ニ依リ罰スヘキ所爲並ニ程度

輕重 即チ罪ヲ定メ刑ヲ科スルノ條目ニシテ規定

(佛語「プレセブ」)ト云フモ可ナリ

第二 國家ノ安寧ヲ保ツカ爲メニ或ル所爲ヲ罪トシ之

ニ科スル刑ヲ定メタル法律ヲ犯人ニ適用スル官署

ノ構成 即チ此罪ハ何レノ裁判所ニテ裁判スヘキ

モノナルヤ並ニ裁判所ノ組織等ヲ規定スルモノニ

シテ裁判權(佛語「ジュリジクシヨ」)ト云フモ可ナリ

第三 此結局ニ達セシメシメカ爲メニ踐行セサルヘカ

ザル順序 即チ官吏並ニ各人民ノ告訴告發等ヲナ

スニ付テ履行スヘキ手續等ニシテ訴訟手續(佛語「プ

ロセシヨール」)ト云フモ可ナリ

凡法律中(但シ萬國公法ヲ除ク)裁判權ト手續トノ具備セ

サルモノアルナシ民法商法ノ訴訟法ニ於ル刑法ノ治罪

法ニ於ケルカ如キ是ナリ然レモ刑罰ハ一ニ刑法ニノミ

附着スルモノニシテ他ノ法律中ニハ制裁ナルモノアル

モ未タ刑罰ノ制裁ナシ之レ刑法ノ他ノ法律ト異ナル所

ナリ而シテ第一ノ定規ハ純然タル刑法部内ノモノニシ

テ第二第三ノ規定ハ刑法中ノ治罪法部内ニ屬スルモノ

ナリ故ニ單ニ刑法ト云ヘハ治罪法モ其中ニ包含スルモ

ノナルモ之ヲ分テ刑法治罪法トスルモ亦妨ケナキナリ

余ノ之レヨリ析義セントスルモノハ第一部ニ屬スルモ

ノニシテ第二第三兩部ハ后日詳論スル所アルベシ

凡ソ刑法ノ解チ下スヤ實ニ容易ノ事ニ非ス况ンヤ刑法

ノ依ツテ起リタル刑罰權ノコニ於テチャ之レ諸氏ノ議

論紛々未タ一定セサル所以ナリ請フ先刑法ノ定義ヨリ
順次ニ述ベシ

刑法ノ定義

○内外諸學士ノ刑法ノ定義ヲ下スヤ一ナラズ而シテ各々
理トスル所アリ今左ニ諸氏ノ説ヲ掲ケテ其當否ヲ辨ゼ
ン

宮城浩藏氏(以下單ニ宮城氏ト稱ス)曰ク刑法ハ一言以テ之ニ定解ヲ
與フレハ人類爲不爲ノ必要ニシテ制迫ノ手段ハ若干ノ
痛苦ヲ受ケシムルニ在ル者是レナリト云フ可キナリ然
レモ爰ニ注意ヲ要スルノ点ハ此法律ハ皆ナ動不動ノ必
要即チ人ノ須カラク爲ス可キ事ト爲ヌ可カラサル事ト
チ明記スルコトナク唯タ斯々ノ所爲アル者ニハ此罰ヲ加

フト云フニ正文ヲ止メタルコトニシテ若シ夫レ單ニ此點
ヨリ論スレハ刑法ハ犯罪ト之レニ相當スルノ刑トチ定
メタルニ過キサルヲ以テ左ノ定解ヲ與ヘサルヘカラス
曰ク刑法トハ人若シ法律ヲ破レハ社會ハ此破法ヲ理由
トシテ之ニ或ル痛苦ヲ受ケシムルコトヲ得ルトスル所ノ
社會ト人トノ關係ヲ制定シタルモノナリト
堀田正忠氏(以下單ニ堀田氏ト稱ス)曰ク刑法ハ社會ノ秩序ヲ維持ス
ルニ付キ缺クヘカラサル命令ニ背クノ所爲ヲ以テ罪ト
ナシ之レニ適用スル所ノ刑ヲ定ムルモノナリト
高木豐三氏(以下單ニ高木氏ト稱ス)曰ク刑法ハ處罰權ノ執行ヲ規定
スル法律ノ集合ヲ以テ成ルモノナリト
以上掲ケタル如ク刑法ノ定義ニ至テハ諸氏各々其解ヲ

一ニセス頗フル社會ノ注意ヲ要スル問題ナレハ余ハ淺學寡聞チモ願ミズ一ニ其ノ是トスル所チ擴張シ非トスル所ヲ辨駁セントス蓋シ無益ノ業ニ非ルベシ

宮城氏ハ刑法ノ定義トシテ二個ヲ示サレタリ第一ハ學理上、下スヘキモノ、如ク然カ云ハレタルモ余ハ法理上如此定義アルヲ信セサルナリ氏曰ク刑法ハ人類ノ爲不爲ノ必要ニシテ制迫ノ手段ハ若干ノ痛苦チ受ケシムルモノ云々ト今此定義ヲ視ルニ汎博ニ失スルモノ、如ク然リ何ントナレハ吾人々類ノ所爲欠爲ニ必要ナルモノハ一々指摘スルニ違アラサルヘキナリ苟クモ人間ノ本分チ全フセント欲セハ一舉一動道義ノ命令ニ從ヒ戻ルナキチ期セサルヘカラサルハ必然ナリ即其一舉一動ハ

人類ニ取ツテ必要的ナリトス依之氏ノ説ノ如ク刑法ハ人類ノ爲不爲ノ必要アルニ當テ其爲不爲ニ戻ルモノチ尽ク問フヘキモノナリトセハ此時ハ正シク刑法ハ足テ道義支配内ニ入ル、モノニシテ法律ト道義ノ境界範圍ヲ一定セサルモノトナルニ至ルヘク刑法ニシテ道義ノ範圍内ニ地位ヲ占メ得ヘシトスルニ至ツテ余リ其區域ヲ廣クセルモノト謂フヘケレハナリ好、道義ノ命令禁止スル所爲全體チ意義スルニアラスノ其意ハ痛苦チ加フヘキ所爲ニ制限スルニ在リトスルモ未ダ以テ完全ノ定義ト爲スヘカラス何ントナレハ一歩進ンテサテ如何ナル所爲ハ痛苦チ加フヘキモノナリヤト詰問セラル、ニ至ツテハ答辨ニ由ナカルヘケレハナリ第二ハ少シク哲理ヲ

離レタル定義トシ同氏ノ示サレタルモノ、如シ雖然不
 完全ノ點ニ至ツテハ敢テ第一ト經庭アルヲナシ氏曰刑
 法トハ人若シ法律ヲ破レハ社會ハ此破法ヲ理由トシテ
 之ニ或ル痛苦ヲ受ケシムルヲ得ルトスル所ノ社會ト
 人トノ關係ヲ制定シタルモノナリト此定義ニ依レハ總
 テノ法律ニ背反セシモノハ悉ク刑法ニ問フヘキカ如キ
 感アルヲ猶第一定義ニ於テ道義ニ反スル總テノ所爲ハ
 刑法之ニ干涉スヘキヤノ疑アラシムルト同一ナリトス
 他如何ナル所爲ハ刑法ノ干涉スヘキモノナルヤチ示サ
 、ルヲモ亦同一欠點ナリトス
 高木氏ノ定義ニ至ツテハ漠然トシ定義ノ旨ヲ失ス
 抑モ罪ナルモノハ公益上即チ社會ノ秩序ヲ維持スルニ

付キ欠クヘカラズトシテ命令セシニ違背スルノ所爲ニ
 シテ刑法之レニ適用スルノ刑ヲ定メタルモノナレバ予
 ハ偏ヘニ堀田氏ノ説ヲ贊成セントス實ニ氏ノ解ハ罪ノ
 何物タルヲ定メ而シテ之ニ適用スルノ刑ヲ定メタルモ
 ノナレハ毫モ批難スヘキノ點ナキナリ
 以上刑法ノ定義ヲ與ヘダレハ之レヨリハ世上諸學士ノ
 議論一定セサル刑罰權ノ難問ニ移ラン

刑罰權

○時ノ古今地ノ東西ヲ論セス吾人社會ニ於テ或ル破法
 者ニ對シ刑罰ヲ行フノ權カアルヲ非難辨駁セシ者ナシ
 然レモ社會ニ於テ何ノ理由ニ依リ破法者ニ刑罰ヲ加フ
 ルノ權利アルヤト云フノ點ニ至リテハ碩學鴻儒説ヲ爲

刑罰權

ス、紛々トシテ今ニ至テ一定セサル所ナリ佛國ニ於テ
 ハ千八百七十九年迄ハ復讐ノ説行ハレタリシカ其後ニ
 至テ或ハ社會合約説ヲ稱フルモノアリ或ハ公利説ヲ稱
 フルモノアリ甲論乙駁未タ其歸スル所ヲ知ラサルカ如
 シ苟モ刑法ニ志スモノ豈ニ是ヲ默々ニ附スヘケンヤ予
 ハ其ノ重要ナルモノ八種ヲ撰ミ一々其當否ヲ辨論シ而
 シテ後ヲ確信スル所ノ主義ニ及バン

第一復讐主義

天地草昧ノ初メ未タ邦國ノ狀休チ成サ、ル時ニ當テヤ
 一國ニ在上者ナク又他ニ人民ノ貴重スヘキ名譽自由財
 産ヲ保護スルノ任アル者ナクシテ人アリ害ヲ加フレハ
 其刑罰ヲ行フヤ被害者若クハ其親戚故舊ノ爲ガマ、ニ

シテ盜ニ報ユルニ盜ヲ以テシ殺ニ報ユルニ殺ヲ以テシ
 主義全ク復讐ニ出テシカ人智漸ク進ミ社會ノ体面ヲ爲
 スニ至ンテヤ國ニ主權チ有スル者起レリ而シテ各人ノ
 復讐於茲乎社會復讐主義ト一變シ社會ハ各人ニ代リ其
 刑罰チ行フニ至レリ其語ニ曰ク「國民害チ受クレハ從テ
 社會亦害チ蒙レリ之レニ報ユルニ刑罰チ以テスルニ非
 スンハ社會其意思チ安ンズルチ得ス」ト夫レ復讐ノ事タ
 ル野蠻ノ弊風ニシテ所謂暴ニ易フルニ暴チ以テスルモ
 ノニシテ古昔炮烙、車裂等ノ行ハレタルモ亦此ノ主義ニ
 依リシモノナリ然レ田今ヤ人智既ニ進ミダレハ亦タ此
 説ヲ主唱スル者アラサルナリベルトール氏曰ク「抑各人
 自ラ事ヲ裁判ス可カラザル者ハ其裁判タル假令私意ニ

出ツルヲ無キモ既ニ素ヨリ甚ク偏頗ニシテ且縦恣ナル
ベク而シテ終ニ正實タラサルヘケレバナリ況ンヤ其正
實タラズシテ復讐タル一已私擅ノ裁判ヲ行フ者ヲヤ殊
ニ仲裁ナル者即チ政府ノ上位ニ在ルナク人々其力ヲ恃ミ流
血争闘スルニ於テハ是レ又眞ノ社會ニ非ルナリト宜ナ
ル哉

第二 合約主義

佛語之ヲ「コントラ、ソシヤル」ト云フモシテ
スキュー、ルソ、ベックカリヤ等ノ主張セシモノ
ナ

刑罰權ヲ以テ社會公衆ノ約束ヨリ成立スルモノナリト
スル所ノ主義分レテ二派ト爲レリ甲説ニ曰ク凡ソ人類
ノ社會ニ在ルヤ已レノ權利自由ヲ保タンカ爲メ其一部
ヲ割讓シテ社會ニ刑罰ヲ施行スルヲ屬托セシモノナ

レハ取りモ直サス刑罰權ハ各民間ノ約束ヨリ生出セシ
モノニシテ其ノ法律ヲ犯スコトアレバ自由ヲ奪ハレ生命
ヲ失フベキヲ相約シテ承諾シタル義務ハ乃チ社會ニ對
スル所ノ保護ノ償ナリト乙説ニ曰ク人類未ダ社會ヲ成
サ、リシ時ニ方テヤ國ニ主權者ナク隨テ各民ヲ保護ス
ルノ法律ナケレハ各自防衛ノ權アリシモ已ニ社會ノ形
体ヲ成スニ至リ不完全ナガラモ國ニ在上者アルニ至リ
タレハ各民ハ其自由財產處分權利ノ一部ヲ之ニ讓與シ
テ保護ヲ屬托セリ故ニ社會ノ刑罰ヲ行フハ合約ニ基キ
各人ヨリ讓リ受ケタル所ノ防衛權ヲ行フモノナリト此
二派ノ説同一根本ノ瑕瑾アリ即チ社會ハ明暗ニ爲シタ
ル所ノ契約ヨリ成立ツモノナリトノ點之レナリ抑人類

ノ相集テ社會ヲ爲スヤ決シテ約束ニ基因セルモノニ非
ス人ノ性自ラ群居交通スルニ非サルヨリハ其本分ヲ全
フスル能ハサルモノナリ之チ古代ノ歴史ニ徴スルモ各
人相集テ社會ヲ團結シ其身命自由ノ一部ヲ讓與セシ契
約ハアルヲナシ故ニ此説ヲ以テ刑罰權ノ基礎トスルチ
得サルナリ

カシト氏曰ク人民ニ於テ刑罰ヲ受クルチ欲スルニアラ
ズ其所爲ニヨリテハ刑罰ヲ受クヘキチ欲シタルガ爲ニ
之ヲ罰スルナリト
ビュフツドルフ氏曰ク人トシテ故ラニ刑ニ服従スル者ナ
シ法律ハ結約ニ非ルナリト
右二氏ノ説能ク刑罰ハ合約ニ基キタルモノニ非ストノ

ヲチ詳明スルニ足レリト云フベシ

二派又各々固有ノ瑕瑾アリ

甲説

レソノ主張セシモノナリ

試ニ此説ヲ唱フル論者ニ向テ問ハン今余或人ト身体ノ
一部タル首級チ五千圓ニテ賣却スルノ契約ヲ爲セリト
假定セヨ又余ハ余ガ天ヨリ受ケシ所ノ性命自由チ汝ニ
賣却スヘシ汝宜シク之チ左右セヨト約ストセヨ如此問
題起ラハ甲説チ主張セル論者ハ之レ相互ノ契約ハ法律
ニ比シキ効力アルモノナリトノ原則チ適用シテ此契約
ハ有効ナリトスル平蓋シ、カ決定スルナラン其故何ト
ナレハ論者ハ社會ハ契約ニ依ツテ人ノ性命財産ヲ支配
セルモノナリト謂ヘルチ以テナリ嗚呼誤マルモ甚シ彼

ノ所謂契約ナルモノ豈邦國ノ秩序ヲ害スル事物ヲ目的トスルヲ得ンヤ

乙説 ウラテ、フ、非、ラ、ン、ジ、エ、リ、等、ノ、主、張、セ、シ、モ、ノ、ナ、リ、マ、キ、ユ、ー、フ、 此説ヲ主張スルモノハ防衛權ト刑罰權トヲ混淆シテ差異ナキモノト見認メタルノ論者ナリ故ニ左ニ其區別ヲ掲ケ後ヲ辨駁スル所アラシ

第一

防衛權ハ危急避クベカラサルノ禍害ニ因テ生シ其禍害已ムトキハ從テ消滅ス

第二

防衛權トハ自己ノ身体、榮譽、財産等ヲ保護スルノ權ナレハ加害者自由ニシテ識別アルト否トヲ問ハス之ヲ行フヲ得ベシ

刑罰權ハ自由ヲ有シ識別ヲ具フルノ人ニ對スルニ非サレハ之ヲ行フコト能ハザルモノナリ

以上述ヘタルカ如ク防衛權ト刑罰權トハ大差異アルモノニシテ決シテ同一視スヘキ者ニ非ス然ルニ乙説ハ之ヲ混淆シテ只タ社會ニ於テ行フト各人間ニ於テ行フトノ區別アレハ從ツテ其名稱ヲ異ニセシノミナリト云フモ加害既ニ去リ又犯スヘカラサルニ至リ之レニ刑罰ヲ加フルニ防衛權ノ名稱ヲ以テスルヲ得ルヤ又禽獸人ヲ嚙殺セルアラシニハ之ニ刑罰ヲ加フルヲ得ルカ論者ノ説ニ隨ヘハシカセサルヲ得サルナリ豈ニ咄々怪事ノ至リナラスヤ抑防衛權ナルモノハ瘋癲人ニ對シテ行フモ正當ナリ無智無道ノ生活物ニ對シテ施スモ亦正當ナリ

然ルニ之レチ能力智識アル者ニノミ對シテ行フチ得ル
刑罰權ト混同シテ可ナランヤ況ンヤ之チ以テ刑罰權ノ
基本トスルニ於テオヤ

第三承服主義

グロマンヌ氏ノ主張セシモノナリ

此ノ主義チ稱フル者曰ク夫レ刑法ハ人ノ守ルベキ所爲
チ定メ之チ犯スモノアルホハ其性質犯情ノ輕重ニ依リ
テ刑ノ制裁チ與フルモノナリ然ルニ人某所爲チ爲セハ
刑罰チ受ケサルヘカラサルヲ知リナガラ犯シタルモ
ノナレハ其制裁チ受クルチ承認セシモノナリト非ナリ
此ノ論者ハ法ニ背ケハ制裁アルチ知テ未ダ何故ニ制裁
チ與フルノ權アルヤトノチ云ハザルモノナリ
フーエルハック氏此說チ駁シテ曰ク他人ノ余ニ加ヘント

欲スル惡チ余ニ於テ豫メ知ルト言フチ以テ他人ハ此惡
チ行フノ權アルベキカ(中略)今謀殺セントスル者アリ某
所ニ潛匿シ余ノ到ルチ待ツ余先ツ之チ知ル此ニ往カザ
ルハ當然ナリ而シテ敢テ往キ遂ニ害ニ遇フ余ニ於テ豫
メ其潛匿スルチ知ルチ以テ此謀殺チシテ正等ナラシム
ル乎ト盡セル哉駁言罪人ニ於テ刑チ受クヘキヲ承諾
シダリトスルモ蓋シ刑罰權ノ基礎チ離ルヤ遠シ
第四賠償主義 クレン、セネー、テ、ウアルケル等ノ主張セシモノナリ
此ノ主義ニ曰ク凡ソ自己ノ所爲ニ依テ他人ヲ害シタル
事ハ宜シク其輕重淺深ニ應シテ賠償セサルヘカラス今
社會ニ於テ犯人ニ科スルニ刑チ以テスルハ此ノ損害チ
償ハシメンカ爲メナリ苟モ犯者アレハ茲ニ二箇ノ損害

刑罰權○承服主義○賠償主義

チ生ス曰ク一己人即チ被害者ノ受クル所曰ク社會即チ無形人ノ受クル所之レナリ社會ハ此損害ヲ償ハシムルカ爲メニ刑罰ヲ行フノ權力ヲ有セリト此ノ説ハ賠償ト刑罰トチ混同シタルモノナリ其レ或ハ刑罰中ニ賠償ト包含スルアラシムルモ未ダ以テ全一ナリト云フチ得ス何トナレハ賠償トハ現在生シタル所ノ損害ヲ返還スルノ謂ヒニシテ刑罰ハ未ダ然カク解スヘカクサレハナリ

第五社會正當防衛主義 ロマニヨジ、シユルズ、マルテン、フ
ラ子ル等ノ主張セシモノナリ

此説ニ曰ク各人其天賦ノ權利ヲ保護スルニ天賦ノ防衛權アリ無形人タル社會モ亦此權ナカル可ラス若シ社會ニ其秩序ヲ維持スルノ權利ナクンハ恰モ人ニ其身体ヲ保護スルノ防衛權ナキカ如ク竟ニ其全キチ得ル能ハザ

ルヘシ故ニ社會ニ刑罰ノ權アルハ此天賦ノ防衛權アルカ故ナリ然レモ其之レチ行フ場合ニ至テハ各々異ナル所アリ人ハ即チ加害者面前ニ迫リ暴行ヲ以テ之ヲ防クニ非サレハ他ニ避クルノ方法ナキ時ニ當テ初メテ行フノ權チ生スルモ社會ハ然ラス已ニ犯シタル者チ罰シ豫メ將來ノ加害者チ警戒シテ間接ニ防衛スルモノナレハ假令加害ノ現行已ニ去ルト雖モ之チ罰シテ他日チ豫防スルモノナリト此説タル社會ハ豫メ自ラ防衛スルノ權アルチ以テ未發ノ所爲チ抑制スルチ得ヘシトイフニ過キサレハ社會刑罰權ノ問題ヲ移シテ社會防衛權ノ問題トナセシモノニシテ而シテ何故ニ社會ニハ此ノ如ク各自ノ防衛權ニ異ナル所ノ一種不可思議ナル將來チ防衛

刑罰權○社會正當防衛主義

スルノ權アルヤヲ證明セサルナリ加之此主義ニ依ラハ
刑ノ輕重大小ヲ量ルハ犯罪ノ輕重大小ニ由ラズ唯其復
生スヘカラサルヲノミヲ要スルモノナレハ如何ナル嚴
刻ノ處置モ願ミザルニ至ルベシ刑罰權ノ因ツテ起ル處
豈如此不正不理ノモノナランヤ

第六公利主義

アベッス、パンセーヌ氏等ノ主張セシモノナリ

此説ニ曰ク利ハ即チ善ナリ害ハ即チ惡ナリ善ノ外ニ利
ナク惡ノ外ニ害ナシ故ニ公利ハ即チ法律タリ又正理タ
リ公利之ヲ命スルニ於テハ僅カニ責ムヘキナキノ所爲
ト雖モ仍ホ之ヲ嚴罰スヘシト此説タルヤ法理ノ如何ヲ
論セス所爲ノ正否ヲ問ハス唯公利是レ行フモノナレハ
不辜モ公利ノ爲ニ罰セラル、コナシト云フヘカラズ斯

クノ如クンハ則チ犯スモノ無智若クハ無意ニ出ツルノ
所爲ト雖モ以テ法ヲ犯シタリト云フベク以テ刑スベシ
ト謂フニ至ラン無稽モ又甚シカラズヤ
ヘルトール氏曰ク公利説ハ法ナキノ論タレハ亦タ刑ナ
キノ論タリト

フランク氏曰ク公利主義ハ是非ノ別ナキヲ以テ有罪無
罪ノ別ナク死刑ニ處セラレシモノモ國ノ爲メ戰死セシ
者モ皆ナ同一ノ法ニ基キ公利ノ爲メニ其生命ヲ失ヒシ
モノナレハ何レヲ是トシ何レヲ非トスルヲ得ス是レ公
利主義ノ理ニ悖レル所以ナリト

第七純正主義

ルリ、カン、ジヨセフ等ノ主張セシモノナリ

此説ニ曰ク刑罰權ハ純平タル正義即チ善惡應報ノ理ニ

刑罰權○公利主義○純正主義

基シモノナリ故ニ正道ニ背馳スルモノハ皆之ヲ刑スヘシ夫レ人ニハ善惡邪正ヲ區別スルノ智能ト善正ヲ擇ミ邪惡ヲ避ルノ識靈トアリ故ニ其善正ヲ取り邪惡ヲ捨テ道德ヲ重シズヘキハ人類天賦ノ性ニシテ何人ト雖モ惡ヲ行フテ心ニ罰ヲ思ハヌ善ヲ行フテ心ニ賞ヲ思ハサルモノハアラザルベシ然ラハ善ヲ探リ惡ヲ捨ルハ之レ人類ノ義務ニシテ強テ之ヲ守ラサルヘカラス善アレハ慶報アリ惡アレハ殃報アルハ自然ノ數ニシテ社會ハ之レニ應報ヲ與フルノ權利アルノミナラス又賞罰セサルヘカラサルノ義務アリ故ニ人若シ此本分(即チ義務)ニ背テ邪惡ヲ爲サハ其世安ヲ害スルノ有無ト之ニ應報ヲ與フルノ利害トヲ問ハス惡ヲ爲シタルノ確證アルニ於テハ社

會ハ必ス之ヲ罰セザルヘカラス是レ社會ノ刑罰權ヲ有スル所以ナリト之ヲ前數說ニ比スレハ稍取ルヘキ所アリト雖モ未タ刑罰權ノ基本ト爲スヘカラス夫レ人假令智能アリ識靈アリト雖モ其思想ノ變更限リナキ誰レカ惡念ノ生スルヲナキヲ保センヤ只之ヲ壓止スルニアルノミ然ルニ其冥々裡ニ惡念ノ生シタルヲ以テ國家ハ直チニ之ヲ罰スルノ義務アリトモ凡ソ德義ニ合ヘル所業ヲ賞スルモ亦國家ノ義務ダラサルヘカラズ果シテ然ラハ之レ限リアルノ智ヲ以テ計ルヘカラサル人ノ内心ヲ支配スルモノニシテ倒行スルモ到底爲ス能ハサル所ノモノナリ若シ夫レ道德ヲ破ルノ甚ダシキコトアリト云フト雖モ之ヲ罰シテ邦國ノ秩序ヲ維持スル

ニ必要ナラサルニ於テハ決シテ法律ノ干涉ス可キ所ニ非
 ラス若シ如斯モ邦國ノ干涉シテ其輕重ヲ計リ應報ヲ爲
 スヘキモノトセハ人類ニシテ人類ノ未ダ曾テ有セサル
 上帝ノ權ヲ行フモノナレハ人ノ意思ハ全ク其自由ヲ失
 ヒ天下何人モ罪人トラサル者ナキニ至ラン苟モ此主義
 ニ依テハ國家ノ秩序ヲ維持スルノ具反ツテ社會ヲ紊亂
 スルノ具タルヲ免レサルニ至ラン國家ノ刑罰ヲ施ス豈
 如此趣意ナランヤ

第八折衷主義

オールドラ、フホースタン、エリ、ボワソ

此說ハ近世學者ノ概テ主張スル所ノモノニシテ純正主
 義ト防衛主義トノ二說ヲ折衷セシモノナリ曰ク人ノ所
 爲ノ善惡ハ社會ノ休戚ニ關係スルヲ大ナリ故ニ其所爲

邪惡ニシテ背德ノ甚ダシク其害ノ社會ニ及フモノハ社
 會敢テ刑罰ヲ施シ以テ自ラ防衛セサルヘカラス若シ然
 ラズンハ惡ヲナスモノ陸續踵ヲ接シ社會ハ終ニ其秩序
 ヲ失ヒ遂ニ社會ノ社會タル所以ヲ維持スルヲ能ハサル
 ニ至ルヘシ是レ社會ノ刑罰ヲ行フ所以ナリト之レド、
 プ
 ログリー、ギグリー、ロシイ、ド、レミエザ、ボワタール、オルトラ
 ン並ニ宮城、高木、井上等ノ諸氏カ主張セシモノニシテ正
 義ト公益トノ二者相合シテ刑權ノ基本トナリシモノナ
 レハ諺ニ三句ヲ以テ簡明ニスルヲ得ベシ
 一社會ハ道德ニ違フノ所爲ニ非ザレハ罰スルヲ得ズ
 二社會ハ道德ヲ犯シタル百般ノ行爲ヲ盡ク罰スルノ權
 ナシ

三社會ハ道德ニ違フノ行爲ト雖モ其社會ヲ害スルニ非
ザレハ之レヲ罰スルノ權ナシ

之ヲ約言スレハ刑罰權ハ道德ノ正義ヨリ生シ道德ノ正
義ハ社會ノ公益ヲ以テ制限セラルベシト故ニ此說ノ基
本ハ純然タル道德ニシテ其第七說ト異ナル所ハ只社會
ノ公益ヲ以テ之ヲ制限セシニアルノミ固ヨリ非難ヲ免
レズ抑モ此說ノ短所ヲ知ラント欲セハ左ノ如ク論去ス
レハ足ルベシ曰ク德義上ノ善惡ヲ識別スルハ邦國ノ及
ブ所ニ非ズ且ツ道德上ノ善惡ニ從テ刑罰ヲ行フモノト
セバ須ラク道德上ニテ犯シタル罪ノ消滅セシ者ト否ト
ヲ分クサルヘカラス道德上ノ善惡ヲ計ルモ尙ホ難シ況
ンヤ天已ニ罰セシヤ否ヤヲ探知スルニ於テチヤ而シテ

假令善惡ヲ識別シ又一步ヲ進メテ道德上ノ制裁已ニ終
リシヤ否ヤヲ知り得ルモノトスルモ苟モ德義上罰ヲ被
ルヲアランニハ則チ國家ノ法ハ無權力クテハ得ヌ
ト(ルベトノ説)

夫レ道德法ナルモノハ社會法ト牽連シテ離ルヘカラサ
ルモ又大ニ差異ノアルアリ道德法ナルモノハ各人ノ良
心ニ於テ制裁アルモノナレトモ社會法ハ其各人ノ内心
ニ立チ入り之レニ干渉スヘキモノニ非ス故ニ曩キニ述
ヘタルカ如ク人各々道德法ヲ遵守スルニ於テハ固ヨリ
國家ノ開達ヲ輔ソル大ナリト雖モ國家ハ敢テ道德上ノ
秩序ヲ維持スルノ任アルモノニ非ス唯國家ノ秩序ヲ維
持シ安寧ヲ計ルノ權アルノミ此點ヨリ見ルモ刑罰權ノ

道德ニ背反スルヲ基本トスベカラザルヤ必セリヨシ一
 歩ヲ折衷説ニ譲リ道德ニ背シテ基本トスルモ前既ニ述
 ベタルカ如ク國家ハ刑罰ヲ行フノ前ニ上帝ハ既ニ相當
 ノ制裁ヲ與ヘシヤ否ヤヲ考査セサルヘカラズ然ラサレ
 ハ道德上ノ善ト惡トヲ知ルヘカラザレハナリ請フ二三
 ノ例ヲ掲ケテ此ノ説ノ非ナルヲ證セン
 茲ニ謀殺人アリ自己ノ生命ヲ擲棄シ又他人ノ生命ヲ輕
 シタルニ其目的トスル所ハ已レカ父ノ存命ニアリテ全
 ク父ノ爲メニ暴惡ノ行爲ヲナシ甘クテ刑罰ヲ受ケント
 欲セリ然ルニ其父疾病ニテ鬼籍ニ入り復生起スヘカラ
 サルノ人トナレリ而シテ其謀殺人ハ始メテ人ヲ殺スノ
 慘酷タルヲ感シ痛嘆憂慮措ク能ハズ大ニ悔悟ノ情ヲ表

ハセリ蓋シ其人本ト惡逆ナラス唯父ノ存命ヲ知テ他人
 ノ生命ノ貴重スヘキヲ知ラサリシヲ以テ斯ル大罪ヲ犯
 シタルノミ而モ今ヤ悔悟シ既ニ道德上ノ制裁ヲ受ケタ
 ルナリ然ラハ則チ斯ノ如キ人ハ社會ニ於テ罰スヘカラ
 サルカ夫レ刑罰ハ命令ノ性質ト其權力ヲ確保スルノ必
 需トヲ以テ之ヲ測量較定ス可ク而シテ假令向後其犯罪
 ヲササミルコ炳乎トシテ明ナルモタルシエノ言ノ如ク
 罪人ハ罰セラレサル權アリトハ謂フベカラザルナリ(ルベ
 氏説)又茲ニ人アリ通行禁止ノ揭示ヲ犯シテ道路ヲ通
 行スルトセン之レ我國刑法ノ制裁ヲ免カルヘカラサル
 所ノモノナリ而シテ顧ミテ其所業ノ道德ニ反スルヤ否
 ヤチ思ヘハ一モ道德ニ反スルナシ固ヨリ公道ハ通行ヲ

禁止スヘキモノニ非ス然ルニ之ヲ禁止スルハ取締上止
ムチ得ザレハナリ又漁獵禁止場ノ如キモ然リ論者或ハ
曰ハシ政府ノ禁制ヲ犯スハ道德ノ禁スル所ナリ己ニ道
徳ノ禁スルモノヲラシメハ之レニ公益上必要ナリトシ
テ刑ヲ加フル亦宜ナラズヤト蓋シ誤テリ政府ノ禁制ヲ
破ルハ道德上之ヲ禁スル論者ノ説ノ如シト雖モ漁獵及
ヒ車馬通行ハ素ヨリ道德上禁スルモノニ非ス故ニ一所
爲ノ道德ニ反スルヤ否ヤヲ知ラント欲セハ假リニ立法
者ノ地位ニ立テ其性質ヲ觀察セサルヘカラス今殺人ハ
徳義ニ反スルカ車馬通行モ亦道德ニ反スルカト問ハミ
誰レカ謂ハサラン一ハ反シ一ハ反セズ於茲乎始メテ
其解ノ正當ヲ得タリト云フベキ而已若シ論者ノ説ノ如

クセハ爰ニ父母ヲ養フベカラズトノ法律アリト假定セ
ヨ而シテ父母ヲ養フモノアラハ之レ又道德ニ反スル所
爲ナリト云ハザルヘカラズ豈如斯不正非理ノヲアラン
ヤ尙ホ現時ノ法ニシテ道德ニ反セサルモノヲ罰スルコ
アリ例ヘハ藥用ニ充ツルカ爲ニ其手續ヲ經ズシテ阿片
烟ヲ受取スルカ或ハ所有スルカ如キ之レ法律上刑罰ヲ
加フベキモノナリト雖モ其所爲ヤ法律ヲ離レテ之ヲ見
レハ敢テ道德ニ背ク所アラサルナリ折衷主義ヲ稱フル
モノ少シク省ミル所アレ

刑罰權真正ノ基礎

○夫レ刑罰ハ命令シ及ヒ命令ヲ遵奉セシムル權利ノ附
屬器械ニ過キサルモノナレハ命令權ノ基礎トスル所ヲ

明ニスルニ非ザルヨリハ刑罰權ノ基本ヲ確定スルヲ能
 ハズ故ニ命令權ハ何ヨリ生ノ誰人カ之ヲ有スルモノナ
 ルカヲ詳説セザルヘカラス之ヲ詳明スルニハ國家ノ成
 立ヲ論究セサルヘカラス抑モ國家ハ如何ナル性質ヲ備
 フルモノナリヤ請フ之ヲ分析セシ
 國家ヲ分析セハ三個ノ元素ヲ有ス曰ク團結曰ク團結セ
 シ人員ヲ治ムル法律曰ク之ヲ遵奉セシム可キ權利是レ
 ナリ天地草味ノ始メニ在テハ團結ノ區域タル實ニ狭小
 ナリシト雖モ子孫ノ増殖スルニ從ヒ遂ニ一大團結ヲ爲
 スニ至ル夫レ團結ハ人相寄り相集リ契約ヲ以テ成立ス
 ルモノニアラス所謂土地氣候同類等ノ事情ニ因テ成ル
 モノナリ既ニ土地氣候等ノ爲ニナルモノトセハ團結モ

亦自然ニ出ルヲ知得スヘキナリ抑モ國家ハ團結ヨリ成
 ルモノナレハ從テ各人間交通ナカルヘカラス然ルニ人
 ニハ自由ナルモノアリテ已レノ意志ノ向フ所善惡ヲ問
 ハス行フヲ得ベケレハ國家ハ一定ノ法ヲ設ケ適宜ニ之
 ヲ制限セサルヲ得ズ是レ自然ノ大則ナリ之レニ依テ是
 レヲ觀レハ法律ニ悖ルモノニ刑罰ヲ科スルヤ亦自然ニ
 基クヲ知ルヘキナリ若シ此自然ノ理ニ從ヒ法律ヲ設ク
 ルモ罰スルノ權利ナシトセンカ、惡ヲ爲スモノ累々止マ
 ル所ヲ知ラス國家ノ秩序日々ニ紊亂シ万民其堵ニ安ン
 ズルノ日ナカルベシ於茲乎在上者所謂一國ノ主權者タ
 ルモノハ憲法ノ下ニ在テ正當ノ手續ヲ履ミ法律ヲ設ケ
 テ之レニ背反スルモノニ制裁ヲ加フ故ニ刑罰ハ命令權

ノ附屬トスルニ非レハ正當タラス
 前論スルカ如ク社會ハ自然ニ基ツシモノニシテ之レチ
 維持スルニハ在上者ナカルヘカラス而シテ在上者ハ維
 持ニ付必要ナル命令ヲ爲スノ權アリ在上者ニシテ命令
 ヲ爲スノ權アレハ從テ義務者ナルモノアリ世人若シ其
 義務ニ背クキハ命令ノ性質ニ從ヒ相當ノ制裁ヲ與フル
 ハ毫モ非難スヘキニアラス
 要スルニ國家ヲ維持スルニ付國家ニ命令ヲ施行スルノ
 權アリトスルハ其命令ヲ爲スノ權アル故ナリ國家ニ命
 令ヲ爲スノ權アルハ之レ國家ノ秩序ヲ維持スルノ義務
 アルカ故ナリ國家ニ其ノ秩序ヲ維持スルノ義務アルハ
 是レ國家アルカ故ナリ國家アルハ是レ事物ノ自然ニ基

クモノナリ(堀田正忠氏ノ説)凡ソ天下ノ事物其源黒ナレハ末從
 テ黒ナルノ理ナレハ本ヲ自然ニ取ルノ刑罰權ノ自然ナ
 ル亦辨チ要セサルナリ
 以上折義セシ如ク刑罰權ナルモノハ命令權ノ附屬機械
 ニ過キス故ニ邦國ノ秩序ヲ維持スルニ付キ欠クヘカラ
 サルモノナリトシテ命令セハ其所爲假令道德ニ悖戻セ
 ザルアランモ之レ亦刑スルノ權アリト云ハサルヘカラ
 ズ余斯ク云ハハ論者或ハ云ハン然ラハ封權時代ノ如ク
 其所爲毫モ道德ニ反スル所ナキノミナラズ却テ之レニ
 適合スルモノアルモ尙ホ刑罰ヲ定メテ之ヲ頒布シタル
 以上ハ又國家ニ刑罰ヲ行フノ權アリトスル乎ト余將サ
 ニ答ヘテ曰ハントス然リ論者試ミニ彼ノ封權時代ヲ思

へ法ノ何モノタルヲ知ルモノナシ又正理ノ如何ヲ辨ズ
 ルモノナシ故ニ在上者ノ之ヲ治ムルヤ科スヘカヲサル
 モノニ刑ヲ科シ嚴罰スヘカヲサルモノヲ嚴罰シ恬トシ
 テ顯ミル處ナキモノ、如シ然レモ之レ未ダ法律學理ノ
 進マサルヨリ致セシモノニシテ今更批難スヘキニ非ラ
 サルナリ若シ此ノ時ニ方テ國家ニ刑罰ヲ行フノ權ナシ
 トスルカ國家ノ秩序ハ日ヲ追テ紊亂シ弱肉強食生民一
 日モ安寧ヲ見ルノ期ナカルベシ故ニ苟クモ茲ニ在上者
 アリテ一ノ命令ヲ頒布シ併セテ其刑罰ヲ公布セハ假令
 其所爲ヤ道理上非ナリトスルモ被治者宜ク之ニ從ハサ
 ルヘカラス之レ刑罰ハ命令權ノ附屬機械ダレハナリ今
 若シ折衷主義ニ依レハ之レ等ノ場合ニ於テハ國家ニ刑

罰權ナシト云ハサルヘカラス豈又不法非理ノ極ナラズ
 ヤ然レモ之レ等ノ一既ニ去リ今亦其限ヲ止メサレハ別
 ニ詳細ノ議論ヲ要セザルナリ故ニ余ハ左ニベルトール
 氏ノ說ヲ示シテ此ノ局ヲ結バン
 ベルトール氏曰ク國家ハ其命令權ヲ誤ルヲナキニ非サ
 ルモ之ヲ誤マルモノト看做スヘカラス嘗ニ誤ルモノト
 看做スヘカヲサルノミナラス亦必ス誤マルコトナキモ
 ノト看做サミルヘカヲサルナリト
 或人曰ク社會保存ニ必要ナル一ヲ以テ刑罰權ノ基本ト
 爲サンカ唯其危害アル而已ヲ以テ正當ノ所爲ヲモ罰ス
 ルニ至ラシメ而シテ他人ニ一層ノ警戒ヲ致サンカ爲メ刑
 罰ヲ過度ナラシムルヲ許スニ至ルベキナリト非ナリ苟

モ社會ノ保存ニ必要欠クヘカラサルモノト爲シ之レニ
 刑罰ヲ加フルハ其ノ所爲ノ道德ニ反キ公益ヲ害スルモ
 ノナルヤ必セリ然ラサレハ社會保存ノ爲ニ罰スルノ必
 要ナカルヘケレハナリ

讀者若シ單ニ折衷說ト我カ命令說所謂自然主義トノ區
 別ヲ知ラント欲セハ蓋シ左ノ如ク云ハン而已

折衷說ハ道德ヲ基本トシ公益ニ據リ之レヲ制限スルモ
 ノニシテ自然主義ハ命令權ノ附屬機械トスルカ故ニ偏
 ヘニ公益ノ如何ニ據ルモノナリ只其刑ヲ科スルノ所爲
 ハ概テ道德ニ背キ併セテ公益ヲ害スルモノナリトス要
 スルニ道德ヲ基本トスルト否トニアル而已

附言

余頃日刑法新說ヲ草シ不日世ニ公ケニセントス卷
 中國ニ刑罰權ナキヲ詳論セリ上陳自說ト相容レ
 スト雖モ今茲ニ抄出シテ讀者ノ參考ニ供ス
 ○人ノ自由ヲ束縛シ人ノ生命ヲ斷テ人ノ權利ヲ奪
 ヒ以テ社會ノ平和ヲ計ルト云ヒ以テ邦國ノ秩序ヲ
 維持スルト云フ嗚呼此血ヲ流シ人ヲ殺スノ慘狀ヲ
 見ルハ果シテ國ノ有スル權利ナルヤ邦國ハ何故ニ
 破法者ニ如斯ノ刑罰ヲ施スノ權アルヤ吾人ハ何故
 ニ法ニ服従スルノ義務アルヤ之レ等ノヲ宜シク探
 究セザルヲ得ザルナリ(中略)

人ノ性ハ孤立獨居スヘキモノニ非ズ互ニ相扶助シ
 テ始メテ全キ所ノモノナリ故ニ人ノ此世界ニ生活

刑罰權真正ノ基礎○附言

スルヤ必ズ交通ナカルヘカラス相交通シ相扶助シテ遂ニ一大團結ヲ爲ス是ヲ社會ト云フ人類ノ相集合シタルモノナレハナリ然リ而シテ人ニ自由アルカ故ニ己レノ爲サント欲スル所己ノ行ハント欲スル處悉ク意ノ如クナラサルハナシ而シテ法ノ禁ズルト否トハ敢テ問ハザルナリ故ニ人ヲ殺サント欲セバ殺スヲ得ベク人ノ權利ヲ害セント欲セハ亦害スルヲ得ベシ然レモ人ニハ是非善惡ヲ識別スルノ智識アルカ故ニ其自由ヲ擴張スルモ以テ人ノ自由ヲ害スヘカラサルノ原則ヲ胎生ス於茲平始メテ權利ナルモノ生ス即チ他人ノ權利ヲ侵害セズシテ己レノ自由ヲ行フノ能力之レナリ既ニ此權利ノ生ス

ルカ故ニ又自己ノ自由ヲ擴張スルモ以テ人ヲ害スヘカラサルノ義務ナカルヘカラス之レ即チ人間履ムベキノ本分ナリ然レモ人智ノ極度ニ達セサル以上ハ或ハ利欲ノ爲メ或ハ邪念ノ爲ニ其本分アルヲ顧ミズ人ヲ殺シ人ノ權利ヲ害スルコアルヲ免レズ茲ニ至テ社會ニ在上者ノ必要ヲ感ズ而シテ在上者ノ出ツルヤ優勝劣敗ノ理ニヨリ或ハ衆人ノ推薦ニ於テス然リ而シテ在上者ニ望ムニ各人ノ幸福ト社會ノ平和トヲ以テスルニ依リ在上者ハ法律ヲ設ケ命令ヲ下シ併セテ之レヲ執行スルノ威權ノ必要ヲ感ズ如斯モノ之レヲ國家ト云ヒ邦國ト云フ抑國ナルモノハ人各相倚リ相集リテ團結シタルモ

ノナレハ各人ノ有スヘキ權利ニアラザルヨリハ國之レヲ有スルモノニアラザルナリ故ニ國ニ刑罰權アルヤ否ヤヲ知ラント欲セハ須ラク各人ハ或ル場合ニ於テ他人ニ刑罰ヲ加フルノ權アルヤ否ヲ草究セサルヘカラス性法ノ原則ニ曰ク自己ノ所爲ニヨリ人ニ損害ヲ加ヘタルキハ是レヲ償フベシト之レ固ヨリ然リ然レトモ余未タ他人我ヲ傷ケタルキ我他人ヲ禁錮スルノ權利アルヲ聞カザルナリ果メ然ラハ各人ノ具有スル權利ハ如何ナルモノナルカ又各人ノ具有スル權利ヲ害シタルモノアルトキハ之レニ對シテ如何ナル責罰ヲ加フルノ權利アルヤ權利ヲ大別スルニ三種アリ曰ク生命ノ權曰ク自由

ノ權曰ク財産ノ權是ナリ吾人ニシテ若シ此權ナカラシニハ弱肉強食ノ社會トナリ孤擧索居ノ有様ト變スルニ至ラン故ニ社會ニ父子アリ夫婦アリ親屬アリ相倚テ以テ社會ノ社會タル所以ヲ爲スハ蓋シ權利アルノ然ラシムル所ナリ今若シ吾人ノ最も尊フベク最も重ンズヘキ生命、自由、財産ノ權ニ害ヲ加フルモノアラシニハ其必要ニ從ヒ加害者ヲ殺傷スルヲ得ベシ夫レ然リ然レモ加害者ヲ殺傷スルハ殺傷スルノ權利アルニアラズシテ自己ノ權利ヲ防衛スルノ權利アルカ故ナリ今夫レ必要止ムヲ得ズシテ加害者ヲ殺傷スルモ尙ホ殺傷スルノ權利アルニアラズ然ルヲ況ンヤ必要既ニ去テ後ヲニ行フ所ノ

刑罰權ナルモノアランヤ

既ニ論シタルカ如ク人ニ刑罰ヲ行フノ權利ナシトセハ從テ人相寄り相集リテ組成セラレタル國家ニモ亦刑罰權ナシト云ハザルヘカヲズ如何トナレハ白色ノ集合ハ白色ニシテ黑色ノ集合ハ黑色ナレハ黑白相混セサル以上ハ異質ノモノ成立セサルベケレバナリ夫レ人相集リ相倚レハ人ノ團結ナリ人ノ集合ナリト云フト雖モ未タ人ノ有スベカラサル權利ヲ生ジ人ノ有スヘキ權利ヲ失フカ如キコトアラザルナリ故ニ曰ク人ニ刑罰權ナケレハ邦國モ亦刑罰ヲ行フノ權ナシト夫レ然リ然レモ人ニ刑罰ヲ行フノ權ナキカ故ニ邦國亦刑罰ヲ行フノ權ナシトセ

ハ在上者ハ在上者タラサルベク威力ハ威力タラサルヘク其局遂ニ弱肉強食萬民其堵ニ安ンズルヲ得ザルニ至ルベシ然ラハ人ニ自由アルト全時ニ邦國ニ刑罰權ノ必要ヲ感セサルヘカラズ而シテ此ノ所謂必要ナルモノハ權利ヲ組成スヘキヤ否余ハ此必要ナルモノハ敢テ權利ヲ組成セザルモノナリト信ズルナリ以下請フ試ミニ其所以ヲ論セン必要トハ何ソヤ或ル事ヲ計リ或ル事ヲ爲スニ付テ此事物ノ尤モ入用ニシテ欠クヘカラズト云フ處ノ事物其者ノ謂ナリ而シテ其事物ノ正當ナルヤ否ヤハ敢テ問ハサルナリ今一例ヲ掲ケテ之ヲ示サンニ余若シ他人ノ財産ヲ竊取セサレバ生命ヲ維持スルヲ能ハサル

ニ於テハ所謂必要ハ財産窃取ノ上ニ付ヒテ充分存セリト云フヲ得ヘキモ其必要タルヤ之レヲ滿タシテ正當ナリヤ將否ヲサルヤニ至テハ恐ラクハ何人モ正當ナリト答フルモノアラザルベシ果シ然ラハ必要ナルモノハ大概正當ナリト雖モ總テノ必要ハ悉ク正當ナリト云フヲ得サルヘシ依テ必要其物ハ必ズシモ權利ヲ組成スルヲ得サルヤ辨テ要セサルナリ如何トナレハ不正ナルコニシテ權利ヲ組成スルノ所以ナケレハナリ若シ之レト反シテ必要ハ權利ヲ組成スルモノナリト云ハミ先キノ場合ニ於テ他人ノ財物ヲ窃取スルノ權利アリト論決セサルヘカラサルニ至ル如此ンハ天下權利ニアラサルモノ

42

ナキニ至ルベシ豈不理ノ極ナラズヤ
 以上詳説セシ所ヲ略言スレハ左ノ如シ曰ク國ナルモノハ人相集合セシモノナレハ人ノ有スル權利ハ國之レヲ有シ國ノ有スル權利ハ人之レヲ有スルモノナリ而シテ刑罰權ナルモノハ人之ヲ有セサルカ故ニ國亦刑罰權ヲ有セザルナリ然ルニ刑法ノ設ケアリ依テ以テ犯者ヲ罰スルハ蓋シ止ムヲ得サレハナリ如何トナレハ國ニ刑罰權ナキニヨリ人ヲ殺シ人ノ財産ヲ奪フモ以テ刑罰ヲ行フベカラズト爲サハ人智進歩ノ極度ニ達シ道義ノ世界トナラサル以上ハ天下一日モ其安キヲ見ルヲ得サルヘケレハナリ於茲乎必要止ムヘカラサルカ故ニ邦國ニ命令權

アリ、法律ヲ設クルノ權アリ、法律、命令ニ背キタルモノヲ罰スルノ權アリト云フニ至レリ然レド其所謂必要ハ權利ニ非ルカ故ニ刑罰ノ基礎并ニ程度モ必要ニ取ルヘシ以テ權利ニ取ルヘカラサルナリ

第一篇總則

○總則トハ刑法全体ニ關スル所ノ法則ヲ定メシモノニシテ刑法ノ骨髓ト云フモ不可ナキナリ唯ニ此刑法ノミナラズ他ノ單行法律ニモ亦適用スルヲ得ルモノナリ而シテ此總則ヲ十章ニ分チ第一章ニハ刑罰ヲ適用スルニ付テ必ス依ラサルヘカラサルノ原則ヲ定メ第二章ニハ刑ノ適用ニ關スル規則ヲ定メ第三章ニハ刑ヲ加重減輕スルニ付テノ規則ヲ定メ第四章ニハ一般ノ不論罪及ヒ

減輕ニ三種アルヲ定メ第五章ニハ再犯加重ノ原則ヲ定メ第六章ニハ同時ニ本刑ヲ加減スルキノ順序ヲ定メ第七章ニハ數罪俱發ノ原則並ニ之レヲ適用スル場合ト適用セサル場合トヲ定メ第八章ニハ數人共ニ罪ヲ犯セシキニ正從ノ區別アルヲ定メ第九章ニハ罪ヲ犯シテ未ダ遂ケサルモノニ付テノ法則ヲ定メ第十章ニハ刑法ニ於テ親屬ト稱スルモノヲ定メタリ
此第一章ヨリ第十章迄ヲ總則ト名シ即チ刑法全体ヲ支配スルモノニシテ意義ヲ解スル尤モ難ク而シテ法ヲ以テ自カラ任スル者尤モ注意ヲ要スル處ナレハ余ハ力ヲ盡シ順次ニ折議スル所アラント欲ス

第一章法例

第一篇總則○第一章法例

○法例トハ刑罰ヲ適用スルニ付テ緊要的ノ者ヲ定メシ
所ノ規則ニシテ苟シモ此法例ナクシハ刑法ナシト云フ
モ不可ナケレハ其重大ナル關係アルヲ知ルベシ而シテ
法例中ニハ豫メ規定セサルヘカラサルモノ四個アリ

第一刑法問フ所ノ事如何

第二既往ト將來トノ時ニ關シテ刑法ノ管スル所如何

第三刑法ノ管スル所内外國ニ通シ及ブヘキヤ如何

第四刑法ノ管スル所内外人ニ通シ及ブヘキヤ如何

故ニ第一ニハ刑法ニ於テ刑罰ヲ加フベキ所ノ事ハ如何

ナル性質ヲ帶ブルモノナルヤトノヲ規定シ第二ニハ

刑法ニ於テ刑罰ヲ加フルニハ過去ノヲナルト將來ノヲ

ナルト其時ニ區別ナキヤ否ヤトノヲ定メ第三ニハ刑

法ノ支配スヘキ所ハ内國ト外國トニ付テ區別ナキヤト

ノヲ定メ第四ニハ刑罰ヲ加フルニ付テ其人ノ内人ト

外人トヲ問ハス我カ法ニ背シモノヲ罰スルヲ得ベキ乎

トノ事ト時ト處ト人トノ四者ヲ定ムルモノナリ

以上四ケノ問題ハ管テ草按ニ記載アリシモ修正ノ際之

レヲ改メ第一第二ノ二問ノミチ規定シテ第三第四ノ問

題ハ一言モ之レヲ明示セス盡シ草案中ヨリ删除セリ故

ニ第三第四ノ問題ニ附テハ疑問百出スルト雖モ又斷決

ヲ下スニ由ナシ只ニ斷決ヲ下スニ苦ムノミナラズ完全

無缺ト稱セラル、良法モ此ノ瑕瑾ノ爲ニ多少損スル所

ナント云フベカラス實ニ遺憾ノ至ナリ故ヲ以テ余ハ條

ヲ追ヒ第一第二ノ問題ヲ解キ後ヲ第三第四ニ付テ草案

ノ條文ヲ示シ之レカ解釋ヲ與ヘントス

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

本條ノ解

○本條ハ刑法問フ所ノ者ハ如何ナル所爲ナルヤ且ツ罪ニ何種ノ別アルヤヲ定メタルモノヨシテ法律トハ此刑法ノミチ云フコト非スシテ他ノ單行法律モ又包含スルモノナリ而シテ罪ヲ別テ三種ト爲スヲ以テ罪ト云ヘハ必

ス此三種ノ内ノ一ナラサルヘカラス之ヲ換言スレハ罪ハ此三種ノ外ニ出テサルナリ而シテ如何ナルモノチ重罪ト爲シ如何ナル者チ輕罪ト爲シ如何ナルモノヲ違警罪トナスカノ點ハ後條ニ之ヲ定メタリ

或ル所爲チ罪トシテ之レニ刑罰ヲ加フルニハ如何ナル性質ヲ要スルヤノ點ニ至テハ刑罰權ノ基本トスル所ニ依テ各々差異アリ然レモ事枝葉ニ涉ルノ恐レアレハ余ハ悉ク之ヲ掲ケス只後段二三學士ノ解ノミチ示シ之ヲ辨駁シテ以テ其眞理ヲ發見スルヲ勉メン然ラハ先キノ第一問即チ刑法問フ所ノ事モ分明ナルニ至ラン

罪ノ解

○罪ヲ佛語「デリー」(Delit)ト云ヒ羅甸語「デランク」

レ「デリクストーム」ヨリ來リシモノニシテ直道ヲ放棄スルノ意ナリ然レモ「デリー」ノ字ニハ數種ノ解アリ民法ニ於テ詐欺惡意等ヲ以テ他人ニ損害ヲ加フヘキ行爲ヲ指シテ「デリー」ト云ヒ懈怠疎忽ニ因リ他人ニ損害ヲ生スヘキ行爲ヲ「カジードリー」ト云フ加斯「デリー」ノ字義ニ數種アルモ余カ今解スル所ノ「デリー」トハ刑法上ノ「デリー」所謂「インフラクション」(Infraction)ノ「ニシテ汎ク論究スルニ非サルナリ

罪トハ刑法ニ規定シタル處ニ違背シタル處爲チ云フモノニシテ多少其強制力ヲ用ユベキモノヲ云フ尙水理ヲ推シテ之ヲ云ハミ命令權ヲ有スル在上者ノ彼我ニ向ヒテ刑罰ヲ以テ命令セシ所ノモノニ違背スル處爲チ云フモ

ノテリ而シテ罪ヲ分析セハ四ケノ元素ヲ有ス

一 法定ノ元素

法律ニ刑罰ヲ加フルノ明條アルヲ

二 内部ノ元素

自由及ヒ犯意等ノ具備スルヲ(不論罪カナリノ解)

三 外部ノ元素

發意決心等ノミニ非ズシテ其所爲ノ外部ニ顯レ邦國ヲ害シタルヲ(不遂犯スノ條ノ解)

四 不正ノ元素

正當ノ理由ナクシテ犯シタルヲ

以上四ケノ原素ハ罪ニ必ズ具備セサルヘカラサル所ノモノナリ而シテ前言ヲ略スレハ左ノ如シ

主權者ノ命令ニ背クノ所爲ニシテ之レヲ分析スレハ
 四ケノ元素ヲ具有スルモノ之レヲ罪ト云フ
 然ルニ往々學者ノ異論ヲ唱ヘ人ヲシテ罪ノ何物タルヲ
 解スルニ苦マシムルモノアリ今左ニ二三學士ノ異説ヲ
 掲ケテ之ヲ正サン

宮城氏曰ク人々百般ノ行爲不行爲ニ就キ刑罰ヲ加フ可
 キ者即チ罪トシ論ス可キ者ハ道德ニ背キ併セテ社會ヲ
 害スル者ニ於テスルヲ要ス尙ホ反言スレハ法律上罪ト
 シ論ス可キ者ハ必ス道德ニ背クト社會ヲ害スルトノ二
 元素ヲ具備セサル可ラス若シ然ラスンハ之ヲ罪トシ論
 スルヲ得サルナリ立法者ノ法ヲ立ツルヤ若シ此基礎ニ
 據ラス唯道德ニ背クモノトミテ以テ罪トシ論スルヲア

ラハ大ニ人ノ思想ノ自由ヲ害シ又社會ヲ害スルノミテ
 以テ之ヲ罪トシ論スルヲアラハ苛虐ニ涉リ事ノ正否ヲ
 問ハサルニ至ルノ弊ヲ生シ人ヲ保護スル法律ニシテ却
 テ人ヲ害スルノ譏リヲ免レサルニ至ラン故ニ罪トス可
 キ者ハ必ス道德ニ背クト社會ヲ害スルトノ二者ヲ具備
 スルヲ要ス若シ其一チ欠クハ決シテ之ヲ罪トシ論ス
 ル能ハサルナリト

井上氏曰(前一段ハ宮城氏ノ略説)刑法中ニ就キ一々其罪ヲ
 分析スルハ必シモ道德上ノ惡ト社會上ノ害トノ二元
 素ヲ具備セルニハアラス或ハ唯道德上ノ惡ノミヲ以テ
 罪トセルモノアリ阿片煙ヲ吸飲スルノ罪ノ如キ是レナ
 リ身體變廢ヲ天ニ受ケ天全クシテ我ヲ生ミタリ故ニ我

亦全クシテ之ヲ天ニ返サ、ルヘカラス若シ性命ニアラ
 スシテ桎梏シテ死スル如キヲアラハ是レ天理ニ悖リテ
 道德ヲ犯スナリ故ニ道德上ニ於テハ固ヨリ罪アリ然レ
 田其害直チニ他人ニ及ハサレハ未ダ社會上ノ害アリト
 ハイフヲ得ス(中略)又或ハ唯社會上ノ害ノミチ以テ罪
 トセルアリ國事犯罪中ニハ此類許多アリ其忠信義膽天
 地ニ愧チサル所アルモ其事タル直チニ社會今日ノ組織
 ニ害アルヲ以テ之ヲ罪トシ罰セリ又或ハ道德上ノ惡ナ
 キハ固ヨリ論ナク社會ニモ亦直チニ害ヲ加ヘサルヲナ
 ルモ法律ニ於テ之ヲ罪トシ罰セルモノアリ已レカ家屋
 ニ放火スルノ罪ノ如キ是レナリ家屋ハ一己ノ所有物ナ
 リ唯動産不動産ノ別アルノミニシテ其所有物タルニ至

ヲハ他ノ器具等ト毫モ異ナル所ナシ然レハ家屋ニ放火
 シテ燒燬スルモ他人ノ器具等ヲ薪炭ニ代ヘテ焚燒スルモ
 已レカ所有物ナレハ固トヨリ妨ナシ或ハ天物ヲ暴殄ス
 ルヲ以テ道德ニ於テハ禁スヘキナルカ如クナルモ必
 シモ然ルニアラス例ヘハ田野ニ在ル無用ノ茅屋ノ如キ
 是レナリ之ヲ存スレハ或ハ惡漢等相會スルノ場ト爲リ
 之ヲ毀タンニハ時日ヲ費シ又其木材等ヲ他ニ運搬セン
 ニハ資財ヲ費サ、ルヲ得ス如此キ場合ニ在テハ寧ロ
 一火ニ其茅屋ヲ燒燬スルノ簡且ク便ナルニ若カサルナ
 リ然ルニ之ニ放火スルハ刑法ニ於テハ之ヲ罰セリ此
 罪ハ道德ヲ犯スモノトセンカ社會ヲ害スルモノトセン
 カ未ダ其道德ヲ犯シ社會ヲ害スル所以ヲ見サルナリ此

種ノ所爲ハ法律カ或ハ延燒シテ他人ノ財産ヲ燒燬シ加
 之時トシテハ一市一都ヲ燒盡スルヲアラントテ恐レテ
 之ヲ罪トシ罰スルナリ故ニ間接ニ社會カ危害ヲ受クヘ
 キヲ推知シテ之ヲ罪トセルナリ且ツ實際ハ直接ニ社
 會カ其害ヲ受クルヲ實ニ多キカ故ニ之ヲ罪トシ罰スル
 ハ固トヨリ妨ナキヲナリ(中略)假令ヒ道德ニ悖ラサルモ
 社會ニ大害アルノ所爲又ハ直接ニ社會ニ害ナキモ道德
 ニ悖ルヲ以テ若シ其惡ヲ長セシムルニ於テハ終ニ社會
 ヲ害スルニ至ルヘキノ所爲ハ之ヲ罪トシ罰スルモ亦妨
 ナシ且ツ直接ニハ道德ニ悖ラス亦社會ニ害ナキモ之ヲ
 戒メサレハ又終ニ大ニ道德ニ悖リ大ニ社會ヲ害スヘキ
 ノ懼アル所爲ハ亦之ヲ罪トシ罰スルヲ得ヘキナリト

高木氏曰ク刑法ニ所謂罪トハ一國社會ノ主權ヲ以テ被
 治者ニ下シタル命令若クハ禁止ニ背クヲ云フト
 ○宮城井上ノ二元素ヨリ成ルモノナリト云ヘリ之レ折衷主
 義ヲ取ルヨリ來リシモノニシテ亦余輩ノ批難ヲ免カレ
 サルモノナリ茲ニ一所爲アリ之レニ罪ノ名稱ヲ附シ刑
 罰ヲ適用スルハ抑モ何ノ理アリテ然ルカ邦國ノ秩序ヲ
 維持シ各民ノ安寧ヲ計ルノ必要ナルニ非サルヨリハ他
 ニ刑ヲ科スルノ目的アラサルベク又刑罰ヲ行フノ權ア
 ラザルベシ然ラハ罪ト名ツクベキモノハ道德ニ背クノ
 如何ヲ問ハズ在上者ガ法ヲ定メ命令權ヲ施行スルニ當
 リ之ニ違背スルモノ即チ邦國ノ秩序安寧ヲ害スルモノ

アラハ皆ナ罪アリト云ハザルヘカラス若シ夫レ然ラズ
 シテ此ノ所爲ハ道德ニ背カサルカ故ニ罪トスルヲ得ス
 此所爲ヤ道德ニ背クモ其度輕キカ故ニ重刑ヲ科スルヲ
 得ズト云ハミ其ノ刑ヲ行フノ目的何レノ日ニカ違スル
 チ望ムヲ得ン論者試ニ我刑法ヲ熟讀セヨ果ソニケノ元
 素ナキモノハ罪ト名ケサルカ論者猶ホ然リト云ハミ予
 ハ論者ヲ評シテ道德ノ何タルヲ解セサルノ人ト云ハン
 論者或ハ云ハン二三ノ罪ニシテ道德ニ反セサルモノア
 ルモ之レ例外而已ト何ソ遁辭ヲ設クルノ巧ミナルヤ夫
 レ人ニハ自由アリ能力アリ然ルニ此自由ヲ強制シ或ハ
 刑罰ヲ加フルハ之レ猥リニ行フモノニ非ス其所爲邦國
 ノ秩序安寧ヲ害スル所アレハナリ而シテ社會ノ秩序ト

云ヒ安寧ト云ヒ均シク平和ヲ計リ平穩ヲ保ツノ意ナレ
 ハ決シ暴ヲ好ミ逆ヲ行フベキニアラス若シ夫レ國家ニ
 シテ暴逆ノ所爲アラハ之レ真正ノ國家ニ非サルナリ然
 ラハ在上者邦國ノ秩序ヲ維持スルニ欠クベカラズトシ
 テ命令ヲ下シ違背スルモノニ刑罰ヲ科スルヤ事概チ不
 正ニ涉リ併セテ邦國ヲ害スルモノナルベキナリ然レヒ
 又此ノ外ニ出ツルヲ得ズト云フヘカラズ人若シ神ノ如
 シ佛ノ如ク或ハ禽獸ノ如ク一定ノ法則ヨリ外ニ出ツル
 ノ自由ナシトセハ可ナランモ苟モ自由ヲ有スルモノハ
 集合体所謂國家ハ如斯球ノ衝球臺ノ上ニミ彷徨スル
 カ如キニ非ルナリ然ラハ理論上ヨリスルモ實際上ヨリ
 スルモ道德ニ悖ラサル所爲ハ罪ニアラス故ニ刑スヘカ

ラズト云フチ得ズ事苟モ社會ノ安寧ヲ害スルモノナリ
 セハ之ヲ罪トシ之ヲ刑スル偏ヘニ在上者ノ本分ニシテ
 毫モ批難スル所アラサルナリ井上氏ハ少シク悟ル所ア
 リテ茲ニ數多ノ例外ヲ設ケタリ然レモ又批難スヘキノ
 點アル一ニシテ足ラス請フ順次ニ之レヲ駁セン
 井上氏ハ道德上ノ惡ノミヲ以テ罪トセルモノアリト云
 ヒ阿片煙ヲ吸飲スルノ罪ヲ掲ケタリ而シテ文中其害直チ
 ニ他人ニ及ハサレハ未タ社會上ノ害アリトハイフイチ
 得スト豈ニ誤ルノ甚シキニ非ズヤ命數ニアラズシテ毒
 烟ノ爲メニ死ニ至ル其所爲邦國ヲ害セサルカ命數ニア
 ラズシテ自殺スル其所爲邦國ヲ害セズトスルカ(然レモ
 自殺者ヲ罰スルノ法ナシ之レ他ニ理由ノアルアリ其所

ニ至テ辨明セン)己レノ財産ヲ以テ賭博ヲ爲ス其所爲亦
 タ邦國ヲ害セズトスルカ豈如斯ノ理アラシヤ抑モ邦國
 ヲ害スルトハ何ノ謂ゾ國家ハ團結ヨリナルニ非ズヤ團
 結トハ人相寄り相集リ自他相扶助シ始メテ全キ所ノモ
 ノニ非ズヤ社會ノ人コシテ好テ性命ヲ拋棄スルヤ皮想
 上ヨリ見レハ己レ一身ニ止マルノ所爲ニシテ他ヲ害セ
 サルカ如クナルモ人ニ父母アリ妻子アリ親戚アリ依テ
 以テ生命ヲ保ツノ人豈害ヲ受クル所ナシトセンヤ况ン
 ヤ引テ他人ニ及ボスノ恐レアルニ於テチヤ後段又曰ク
 道德上ノ惡ナキハ固ヨリ論ナク社會ニモ亦直チニ害ヲ
 加ヘサルコトアルモ法律ニ於テ之ヲ罪トシ罰セルモノア
 リ己レカ家屋ニ放火スルノ罪ノ如キ是レナリト其理由

ニ曰ク家屋ハ一人ノ所有物ニシテ只動産ト不動産トノ別アルモ所有物タルニ至テハ異ナラサルヲ以テ之ヲ燒燬スルモ他ノ器具等ヲ薪炭ニ代ヘテ焚燒スルト毫モ違フ所ナケレハ固ヨリ妨ケナシト嗚呼何ッ見ル所ノ淺薄ナルヤ何トナレハ道德ニ背クト國家ヲ害スルトハ一目瞭然ノヲナレハナリ抑モ道德トハ何ッ篤實ニ保生シ人ヲ害セザルヲ云フ而シテ國家ヲ害スルトハ何ッ安寧ヲ破リ平和ヲ亂スノ謂ヒナリ然リ然ラハ放火ノ所爲ハ果ソ篤實ニ保生シ人ヲ害セザルカ又邦國ノ平和安寧ヲ害セサルカ例令自己ノ所有物ト雖モ一旦放火スレハ或ハ近隣ニ延燒スルノ憂アリテ以テ人ヲシテ周章狼狽畏懼セシムルヲ免レス又況ンヤ時トシテハ人ノ性命ニ關ス

ルアルニ於テオヤ如此ニシテ尙ホ篤實ニ保生スルノ理ニ反セサルカ害ヲ他人ニ與ヘサル乎又邦國ノ安寧平和ヲ害セサルカ後段田野ニアル茅屋云々ノ點ニ至ツテハ又大ニ異論アリ請フ其所ヲ得テ之ヲ詳論セシ同氏末段ニ至リ明言シテ曰ク假令ヒ道德ニ悖ラサルモ社會ニ大害アルノ所爲又ハ直接ニ社會ニ害ナキモ道德ニ悖ルヲ以テ若シ其惡ヲ長セシムルニ於テハ終ニ社會ヲ害スルニ至ルベキノ所爲ハ之ヲ罪トシ罰スルモ亦妨ナシト之レ豈ニ至當ノ論理法ト謂フ可ケンヤ何トナレハ折衷主義ヨリ論下センニ罪ト云ハミ背徳加害ノ外ニアラザルベシ故ニ法律ヲ以テ背徳加害外ノ者ヲ刑スルアラハ之レ罪ト云ハザルベク以テ真正ノ法ト云フ能ハ

サルヘシ果シテ然ラハ又之ヲ目シテ例外ナリト云フチ
 得ザルベシ何シヤ若シ例外ナリトセハ同氏之ヲ目シテ
 罪ト云フモ又妨ケナシト明言スルノ所以ナケレハナリ
 嗚呼純然タル折衷主義ニ依ラシカ徹頭徹尾此論法ニ隨
 ハサルヘカラズ又自然說所謂命令主義ニ隨ハシカ前後
 矛盾スル所ナシト云フヘカラス假リニ一步ヲ讓リテ眞
 正ノ罪ニ例外アリト云フモ又當レリト云フチ得ザルベ
 シ何トナレハ罪ニ例外ナルモノアリトセハ刑罰權ノ基
 礎ニモ又例外アリト云フニ至ルベケレハナリ天下豈如
 斯ノ理アラシヤ余刑罰權ノ基礎論ニ於テ其理ノ不當ナ
 ルモノヲ見タリト雖モ未ダ例外ヲ設ケシモノアルチ聞
 カサルナリ

又高木氏ハ其刑罰權ヲ解スルニ當リ折衷主義ヲ主唱シ
 ナカラ罪ノ解ニ至テハ其持論ヲ變シ純然タル命令說ヲ
 唱ヘタリ豈ニ前後撞着スルノ甚シキニ非ズヤ
 以上既ニ罪ノ解釋如何ヲ論究シタレハ之レヨリハ刑ノ
 程度ヲ定ムルノ法則ヲ説カン

附言

江木衷氏以下單ニ云フ刑法汎論ニ犯罪ノ定義ヲ詳説セ
 リ今左ニ之レヲ抄出シ最後ニ余カ意見ヲ附シ以テ讀
 者ノ參考ニ供セン
 罪トハ法律ニ於テ罰スヘキ所爲ヲ云フトハ從來諸學
 者ノ下セル犯罪ノ定義ニシテ學者徃々之ヲ以テ完全
 無缺ノモノトスレトモ學理ヲ以テ此定義ヲ考察スル

トキハ尙二點ノ批難アルヲ免レス

〔第一〕此定義ハ法律ニ於テ罰スヘカラストスル犯罪
アルヲ認メス抑法律ニ於テ罪ト認メサレハ法律上
ノ罪ナキハ明ニシテ「法律ナクシテハ犯罪ナシ」ト云ヘル
格言ハ其正確ヲ失ハス又法律ニ於テ罰スヘキモノト
定メサル所爲ハ之ヲ罰スルヲ得サルモ亦明ニシテ
「法律ナクシテハ刑罰ナシ」ト云ヘル格言モ亦正理ニ適シ
テ共ニ非難スヘキ點アルヲ見スト雖此二原則ヲ根
據トシテ法律ニ於テ罰スルモノニアラサレハ犯罪ダ
ルヲ得ストスルハ論局ヲ誤リタルモノト云ハサル
ヲ得ス予ハ嘗テ「刑罰ナクシテハ犯罪ナシ」トノ格言原則
アルコトヲ聞カサルナリ故ニ苟モ法律ニ於テ或所爲

ヲ以テ犯罪ナリト認ムレハ即チ其所爲ハ犯罪ナレトモ
法律ハ必スシモ之ヲ罰スルコトヲ要セス現ニ期滿免
除ヲ得タル犯罪ノ如キハ法律ニ於テ之ヲ罪ト認ムル
モ法律自身ハ之ヲ以テ罰スヘカラサルモノトセリ論
者極メテ迂回ナル理由ヲ以テスルニアラサレハ之ヲ
罰スヘキ罪トスルコトヲ得サルヘシ我刑法ハ別ニ犯
罪ノ定義ヲ設ケス之ヲ學者ノ議論ニ一任シテ顧ミル
コトナキハ法律ノ良教師タル名譽ヲ捨テ能ク老練ノ
立法官タル伎術ヲ顯ハシタルモノト云フヘシ然ルニ
其第一條ニ「法律ニ於テ罰スヘキ罪分テ三種ト爲ス」ト
云ヒ「罰スヘキノ罪」ノ句ヲ用ヒタルハ稍前述ノ議論チ
來スニ似タリト雖モ予ハ唯此條ヲ以テ法律ハ道德上

若クハ宗教上ノ罪ヲ罰セサルノ原則ヲ示シタルモノ
ニ過キスト云ハシノミ

倉富氏之レカ評チ下シテ曰ク「期滿免除ヲ得タル犯
罪ヲ罰セサルハ期滿免除アルカ爲メニシテ其所爲
ニ就テ云フトキハ固ヨリ罰スヘキ性質アルモノナ
リ試ニ著者ニ問ハシテ被告人死去シタルトキハ罰ス
ヘキ所爲アリト云フヲ得サルカ期滿免除ヲ得
ルカ爲メ以前ニ溯リテ所爲ノ性質ヲ變セサルハ被
告人死去ノ場合ト異ルヲナカル可シ著者何チ苦シ
テ法律ニ於テ罰ス可カラサル犯罪アルヲ主張ス
ルカ敢テ迂回ノ理由ヲ付シテ教ヲ請フ」ト

〔第二〕 犯罪アリテ而シテ後法律ノ之ヲ罰スルコトア

ルハ當然ナレトモ此定義ニ於テハ「罰スヘキ所爲ヲ罪
ト爲ス」ト云ヒ犯罪ノ制裁タル刑罰ヲ以テ犯罪自身ヲ
解説シタルヲ以テ如何ナル所爲ハ果シテ罰スヘキモ
ノニシテ罪トナルヘキモノナルヤ否ヤチ明ニスルニ
足ラサルナリ今茲ニ人アリ予ニ向ヒ犯罪ハ法律ノ罰
スル所タルヲ知レトモ如何ナル所爲ハ果シテ犯罪タル
ヤ否チ問フモノアランニ予ハ之ニ答ヘテ犯罪ハ法律
ノ罰スル所爲ナリト云ハ、或人ノ疑点ハ果シテ氷解
スルヲ得ヘキヤ予ハ或人ノ問ヲ以テ直ニ答辭ニ充
テタルノミ論理學上之ヲ以問爲答ノ誤謬ト云ヒ問題
ニ向テ毫末ノ答辨ヲ與ヘタルモノニアラス定義ニシ
テ其主眼タル要點ノ何物タルヲ解説スルニ足ラサル

モノハ更ニ其定義ヲ下スノ必要ナキモノト云フヘシ
 故ニ「犯罪ヲ以テ法律ニ於テ罰スヘキ所爲」ト云フカ如
 キ定義ハ敢テ之ヲ下スノ必要ナシ何トナレハ更ニ法
 律ニ於テ如何ナル所爲ヲ罰スヘキモノト定メタルヤ
 否ノ問題ヲ起スモノアラハ其所爲ハ即チ盡ク我刑法
 各條ニ記載スル者ナリト答フルニ過キサレハナリ
 倉富氏又評ノ曰ク「第二ノ駁説ハ謹テ命ヲ開ク」ト
 然レモ上來論述セル所ノ批難ヲ容ル、コト能ハサル
 犯罪ノ定義ヲ下サント欲セハ專自ラ立法論ニ涉ラサ
 ルヲ得ス何トナレハ法律ハ如何ナル所爲ヲ以テ罪ト
 ナスヘキヤ否ヲ定ムルハ立法上ノ議論ナリ若シ立法
 上ノ議論ヲ捨テ單ニ現行法律ニ就キ犯罪ノ何物タル

ヲ問フモノアラハ予ハ我刑法全篇ノ定ムル所ハ即チ
 犯罪ニシテ別ニ定義ヲ下スコト能ハス若シ又強テ其
 定義ヲ下サント欲セハ刑法ノ規定ニ違反スル所爲ト
 云フカ如キ無用ノ定義タルニ過キサルニ至レハナリ
 故ニ犯罪ノ定義ハ之ヲ立法上ヨリスルノ外ナシト雖
 モ立法上ノ定義モ學者種々ニ之ヲ下シ多少ノ批難ヲ
 免レスト雖モ博士ベルチル氏ノ下セル定義ハ輒近學
 者ノ採用スル所ニシテ又最モ普通ニ行ハル、所タル
 ナ以テ今左ニ之ヲ論述セン氏ノ言ニ曰ク
 犯罪トハ各人カ社會一般ノ意思ニ反シ公權若クハ
 私權ヲ破リ又ハ國家ノ維持スル風儀若クハ道德ヲ
 紊ル所ノ不正ナル所爲ヲ云フ

ト今此定義ヲ分析解説スレハ左ノ數項ニ歸ス

〔一〕犯罪ノ所爲ハ不正ナルコトヲ要ス (中略)

〔二〕不正ノ事柄ハ外形ニ顯出シタル所爲タルコトヲ要ス (中略)

〔三〕公私ノ權利ヲ害シ又ハ風儀道德ヲ紊タル者タルヲ要ス (中略)

〔四〕犯罪ノ所爲ハ社會一般ノ意思ニ反スルモノタルコトヲ要ス (中略)

倉富氏又評シテ曰ク「社會一般ノ意思ハ法律ナリ私ノ權利ハ法律ノ保護スル所ニシテ風儀道德ハ法律ノ維持スル所ナリ故ニ此定義ヲ約言スレハ法律ニ反スル不正ノ所爲ト云フニ外ナラス然ルニ不正

トハ法律ニ反スルノ謂ニシテ法律ニ反スル所爲ニ正ト不正トノ別アルニ非サルニ因リ不正ノ一語ハ贅トシテ之ヲ除キ更ニ之ヲ約言スレハ法律ニ反スル所爲ト云フニ歸着ス可シ著者ハ法律ノ規定ニ違反スル所爲ト云フハ無用ノ定義ナリトシ特ニ此定義ヲ稱揚シテ注解ヲ施スノ勞ヲ取レリ知ラス語ノ短キ者ハ無用ニシテ語ヲ長キ者ハ無用ニ非サルカト

以上江木氏ノ解ト倉富氏ノ評トヲ示シタレハ以下余カ意見ヲ述ベシ

江木氏「罪トハ法律ニ於テ罰スヘキ所爲ヲ云フ」トノ定義ヲ批難セシ第一ニ曰ク「予ハ嘗テ「刑罰ナクンハ犯罪

ナシ」下ノ格言原則アルヲ開カサルナリ故ニ苟モ法律ニ於テ或所爲ヲ以テ犯罪ナリト認ムレハ即チ其所爲ハ犯罪ナレトモ法律ハ必スシモ之ヲ罰スルコトヲ要セス現ニ期滿免除ヲ得タル犯罪ノ如キハ法律ニ於テ之ヲ罪ト認ムルモ法律自身ハ之ヲ以テ罰スヘカラサルモノトセリ」ト余ハ以テ失當ト爲ス、余モ亦未ダ嘗テ「刑罰ナクシハ犯罪ナシ」トノ原則アルヲ開カザレハ彼ノ所謂原則ナルモノハ天然自然ニ存スルモノニアラズソ人爲ノ然ラシムル處ナレハ余ハ將ニ云ハントス「刑罰ナクシハ犯罪ナシ」ト刑罰トハ何ソヤ破法者ニ加フル處ノ刑法上ノ制裁之レナリ而ソ法ナケレハ破ルト云フ事實ノ生出セザルモノナレハ從テ刑罰ノ名

4
判
法
外
の
性
質
を
考
へ
て
ア
ル
ハ
イ
ハ
ラ
ズ
ト
ス
ル
コ
ト
ナ
リ

起ラザルナリ故ニ「刑罰ナクシハ犯罪ナシ」ト云フモ「法律ナクシハ犯罪ナシ」ト云フモ全一ニ歸スルモノナリ夫レ然リ而ソ彼ノ犯罪ナルモノハ法律ナクシテ獨リ存スルコトヲ得ベキヤ否ヤ若シ法律ノ存スルナキモ犯罪アリト論決セバ江木氏ノ説誤ルモノニアラズト雖モ余ハ之レト反對ノ説ヲ可トスルモノナリ何トナレハ在上者ノ命令即チ法律ナクシテ吾人刑罰ヲ受クルノ道理アラザレハナリ故ニ道德、宗教等ノ犯罪ノ如キハ社會ニ道德、宗教ノ存スル限りハ法律ノ有無ヲ問ハズ犯罪ト云フヲ得ベケレトモ刑法ノ所謂犯罪ナルモノハ法律アリテ始メテ存スルモノニシテ偏廢スヘカヲサルナリ今茲ニ人アリ自己ノ慾情ノ爲ニ他人ノ財

産ヲ竊取シタリ而モ當時竊取ヲ罰スルノ法ナシ以テ
 犯罪人ナリト云フヘキカ豈何ノ爲ニカ犯罪者タルヲ
 得ンヤ又氏ハ或所爲ヲ以テ犯罪ナリト認ムレハ即チ
 其所爲ハ犯罪ナレトモ法律ハ必スシモ之ヲ罰スルコ
 トヲ要セスト明言シ期滿免除ヲ以テ其例トナシタル
 モ夫ノ期滿免除ナルモノハ或ル所爲ハ固ヨリ罰スヘ
 キモノナリト雖モ年限ヲ經過シタルニヨリ特別ノ理
 由ノ存スルアリテ罰セサルモノニシテ氏ノ説ノ例ト
 スルヲ得サルナリ今一例ヲ設ケテ詳説センニ犯人死
 去セシキニ刑罰ヲ加フルヲ得ザルハ何ソヤ氏ハ法律
 ニ於テ死去セシモノ、所爲ヲ犯罪ナリト認メタルカ
 故ニ其所爲ハ犯罪ナレトモ法律ハ必スシモ之ヲ罰ス

ルヲ要セサルノ一例ト爲サントスルカ豈ニ誤ラズ
 ヤ蓋シ刑罰ナクシテ犯罪アルヲナク犯罪ニシテ刑罰
 ナキヲナケレハ倉富氏ノ評當レリト云フヘキノミ
 氏第二ノ批難点ハ實ニ一理アリト雖ヒ他ニ完全ナル
 罪ノ定義ノアラザル以上ハ罪トハ法律ニ於テ罰スヘ
 キ所爲ヲ云フトノ外ハ精粗ノ別アリト雖モ論去スレ
 ハ差異ノ生スルモノアラザル也余ノ本論ニ下シタル
 定義モ亦是レニ外ナラス今試ミニ犯罪ノ定義ヲ下ス
 ニ困難ナル理由ヲ述ベンニ夫ノ或ル所爲ヲ罪トシ之
 レニ刑罰ヲ加フルハ折衷説ノ如ク道德ト社會トヲ害
 シタルカ故ニ罪ナリ故ニ國家ニ刑罰權アリト云フ如
 キモノニ非ズシテ偏ヘニ國家ノ安寧ヲ計リ秩序ヲ維

持スルノ必要ノ程度ヨリ來リシモノナリ而シテ其必要ナルモノハ時ト所トニ依テ變ズルモノナレバ豫メ是レハ罪ナリ彼ハ罪ニアラズト斷定スルヲ得ズ果シテ然ラバ豈ニ能ク完全ノ定義ヲ求ムルヲ得ンヤ故ニ或人余ニ問テ犯罪トハ如何ナルモノナルヤト云ハミ余ハ法律ニ於テ罰スヘキ所爲ナリト答ヘン或人又法律ニ於テ罰スヘキ所爲トハ如何ナルモノナルヤト問ハミ余ハ邦國ノ秩序ヲ亂シ吾人ノ平和ヲ破ルノ所爲ニシテ之レニ刑罰ヲ加フルノ必要ナルモノト答フルノ外他アルヲ知ラサルナリ

江木氏ノ是ナリトシテ掲ケラレシ定義ハ倉富氏已ニ當評チ下シタレハ余復言セス

刑ノ程度ヲ定ムルノ法則

○刑ノ程度ヲ定ムルニハ公益ヲ害スルノ大小ニ由ルヘキ乎道德ニ悖ルノ輕重ニ依ルベキ乎或ハ公益ヲ害スルノ大小ト道德ニ悖戻スルノ輕重トニ依ルベキ乎之レ等ノヲ宜シク推理研究セサルサベカラス

折衷主義ヲ主張スルモノハ道德ニ悖ルノ輕重ト公益ヲ害スルノ大小ト折衷スルモノナリト明言セリ其語ニ曰ク刑ハ道德上要スル責罰ノ度ヲ超過スヘカラス又公益上要スル責罰ノ度ヲ超過スヘカラスト故ニ德義上死刑ニ當リ公益上又死刑ニ當ルハ之ヲ死刑ニ處スヘキモ德義上死刑ニ當リ公益上徒刑ニ當ルハ或ハ公益上死刑ニ當ルヘキモ德義上徒刑ニ當ルハ之ニ死刑ヲ科ス

ヘカラズト非ナリ夫レ徳義上ノ貴罰ハ冥々裡ニ在ルモ
 ノヨシテ社會之レチ外形上ニ表出セソトスルモ得ヘキ
 ニ非ス况ンヤ其ノフノ重輕ヲ辨知スルニ於テオヤ
 夫レ罪ノ程度ハ社會命令權ヲ施行スルニ必要ナルノ程
 度ヲ以テ定ムルモノニシテ決ノ道德ニ悖ルノ淺深ヲ計
 ルモノニ非ス然レモ法律中ニハ道德ニ關スルモノアリ
 單ニ公益ニ關スルモノアレハ其道德ニ關スルモノニ付
 テハ敢テ其淺深ノ度ヲ探究セズト雖モ自ラ悖戻ノ淺深
 ニヨツテ罪ノ輕重アルモノナリ例ヘハ人ヲ殺スノ處爲
 ノ如キ道德ニ悖戻スル甚シク社會ヲ害スル亦大ナルモ
 ノナリ而ノ刑法之レチ重刑ニ處ス故ニ社會法ト道德法
 トハ大差別アリト雖モ又大ニ牽連スヘキモノナルヲ知

カベキナリ

以上罪ノ程度ハ命令權ノ性質ヲ以テ定ムルモノナルヲ
 辨明シタレハ以下本條ハ罪ノ解ヲ下シタルモノナル
 ヤ否ヤヲ辨ゼン

本條ハ罪ノ釋義ヲ下シタルモノナル乎

○本條ハ罪ノ釋義ヲ下シタルモノナルカ將タ罪ノ等級
 ヲ示スタルニ過キサカ之レ高木氏ノ喋々辨論スル所
 ナルモ余ハ左迄緊要ノフニ非ズト信ズレハ敢テ駁撃ヲ
 試ミス直チニ此ノ問ニ答ヘン
 草案ヲ見ルニ「法律ニ於テ罰スヘキ凡テノ所爲又ハ不所
 爲ヲ罪ト爲ス」トアリ本條ニハ「凡法律ニ於テ罰スヘキ罪」
 云々トアリ之レ何レモ同意義ニシテ罪ノ釋義ヲ示シタ

ルモノナリ而ノ本項ニヨレハ罪ハ法律上罰スヘキモノナルヤ明カナリ故ニ法律上罰スベキモノハ罪ナリ其罪分テ三種ト爲スト云フ主意ナレハ強テ異論ヲ唱フルヲ要セザルヘシ然ルニ高木氏ハ本項ヲ改メテ左ノ如ク爲サハ穩當ナラント云ヘリ曰ク「凡法律ニ於テ罰スル事ヲ罪ト爲スト」其何レニ隨フモ不可ナキナリ而シテ茲ニ尙ホ一事ノ述フベキモノアリ本條ニハ罪ヲ別ケテ三種ト爲ストアリ而シテ茲ニ三種ト云フハ宜シク三等ト改メザルベカラズ何トナレハ罪ノ種類ハ後段述ブルカ如ク有意犯モアリ無意犯モアリ現行犯モアリ非現行犯モアレハ之レヲ三種ト限ルベキニ非レバナリ而シテ本條ノ重罪、輕罪、違警罪トハ罪ノ等級ヲ定メタルモノナレハ猶ホ一等

二等三等ト云フカ如ク大罪中罪小罪ト云フカ如ク讀者文字ニ拘泥シテ其主意ヲ誤ルナカレ

罪ヲ三種ニ區別セシノ理由並ニ効用

○罪ヲ分ケテ三種ト爲セシハ我立法者ノ偶然ニ出テシモノニ非ヌ又偏ヘニ歐洲ノ法ヲ模寫セシモノニ非ズ自然ノ理アリテ然リ茲ニ人ヲ殺ス者ト物品ヲ窃取スルモノト又ハ通路ヲキ他人ノ田圃ヲ通行スルモノトヲ比照セハ其所爲同シク罪アリト雖モ其輕重所謂邦國ヲ害スルノ大小ニ至テハ大ニ徑庭アルモノナリ之レ立法者ノ罪ヲ數等ニ區別セザルヘカラサル所以ナリ若シ夫レ此區別ナルモノ微カリセハ一罪毎ニ冗長ナル目錄ヲ制セザルベカラザルニ至リ其不便云フニ忍ビス之レ各國未

タ此制ナキ所以ナリ而ノ罪ヲ二種或ハ四種トセズシテ
三種ト爲セシ者ハ之レ偏ヘニ其便宜ニ基クモノニシテ
深キ理由アルニアラサルナリ

○罪ヲ三種ニ區別セシヨリ生スル効用數多アリ今其大
要ヲ左ニ揭示セン

一裁判管轄

夫レ罪ニ輕重アリ刑ニ程度アリ而テ輕キモノハ犯人從
テ多シ重キ物ハ犯人從テ少シ然ルニ罪ノ輕重大小ヲ
定メス其輕キモノト重キモノト同一ノ手續ヲ用ヰント
欲セハ或ハ鄭重ニ失シ或ハ嚴酷ニ過キ途ニ法其宜キヲ
得サルニ至ルベシ況ンヤ三罪ノ等級ヲ定メズンバ一犯
罪アル毎ニ冗長ナル罪名表ヲ作り一々管轄裁判所ヲ指

定セサルヘカラザルニ於テオヤ之レ公判裁判所ヲ重罪
裁判所、輕重裁判所、違警罪裁判所ノ三箇ニ區別シタル所
以ナリ而シテ裁判所ヲ三種ニ區別シタルヨリ生スル利
益ハ即チ重罪裁判所ニ於テハ判事五名以上明治十四年
第四十六號
布告ニテ當分ノ内判事三名ニテ治罪法第三百七十二條
ニテ裁判スル事ニ定メタリニテ治罪法第三百七十一條
以下ニ定メタル鄭重ナル規則ヲ用ヒ輕罪裁判所並ニ違
警罪裁判所ニテハ判事一名ニテ治罪法第三百二十一條
以下及ヒ第三百四十七條以下ニ定メタル稍簡易ノ法ヲ
以テ裁判シ又重罪ハ必ズ豫審ヲ用ユルモ輕罪ハ其難易
ニ隨ヒ一定セズ而シテ違警罪ハ一切之レヲ用ヒザル等
又ハ重罪ニハ必ズ辨護人ヲ用ヒ裁判所所屬ノ代辨護人ナ
キ場合ニ於テハ辨護人ナ
シテ用ヰザルモ刑言ノ無効ノ限リ輕罪ニハ被告人ノ
ニテアラス明治十五年一月第二號布告輕罪ニハ被告人ノ

隨意ニ任シ違警罪ニモ又被告人ノ欲スル所ニ任スト雖
モ已ムヲ得サル場合ニ於テハ辨護人ヲ用ユルヲ禁ス
ルヲ得ル第四十四號布告等一々枚舉スルニ限アラズ
二附加刑

罪ヲ重罪、輕罪、違警罪ニ區別シタルカ故ニ附加刑モ又隨
テ異ナラサルヲ得ス即チ剝奪公權、禁治産ハ重罪ニノミ
停止公權ハ輕罪ニノミ監視ハ重罪ニ又或ル所爲ニ限リ
輕罪ニモ附加ス罰金ハ輕罪ニノミ沒收ハ三罪通シ用ユ
ベキ者ナリ

三假出獄

假出獄ハ重罪、輕罪ニノミ或ル要件ヲ經テ許スト雖モ違
警罪ニハ之レヲ許スヲナレ

四宥恕減輕

違警罪ハ十六才以上二十才未滿ノ者ト雖モ宥恕セス重
罪輕罪ハ之ヲ宥恕ス

五再犯加重

再犯加重ノ場合ニ於テモ罪ノ區別ニ因リ或ハ加等スル
ヲモアリ或ハ加等セサルヲモアリ例ヘハ重罪ノ所刑ヲ
受ケタル者再ヒ重罪ヲ犯シタルハ加重スベキモ先キ
ニ輕罪又ハ違警罪ノ刑ニ處セラレタルモノ再ヒ重罪ヲ
犯シタルハ加等セス

六數罪併發

違警罪ニ罪以上併發シタルハ刑ヲ併科スルモ重罪、輕
罪ハ其重キモノ、ニテ科ス

七數人共犯

致唆者並ニ從犯ハ重罪、輕罪ニ在テハ之レヲ罰スト雖モ
違警罪ハ之レヲ罰セス

八未遂犯罪

重罪ノ未遂犯ハ必ス罰スト雖モ輕罪ノ未遂犯ハ各本條
ニ定メタルモノ、ミ之レヲ罰シ違警罪ノ未遂犯ハ之レ
ヲ罰セス

九期滿免除

公訴權ハ重罪ハ十年輕罪ハ三年違警罪ハ六ヶ月ヲ經過
レテ消滅ス

以上罪ヲ重、輕、違警ニ區別シタルヨリ生スル所ノ利益ノ
大要ナリ

刑ノ別ハ罪ヨリ出ツ

○佛國法律博士ロシー氏曰ク佛國刑法ハ壓制ノ盛ナル
時代ニ編制シタル者ナルヲ以テ其壓制ノ精神ヲ包含ス
ルコトハ第一條ニ於テ明ナリ何トナレハ罪ノ輕重ハ自然
ニ定マルモノナルニ該條ニ依ルキハ假令輕罪ト雖モ立
法者ノ重罪ト認ムルキハ則チ重罪ニシテ重罪ト雖モ輕
罪ト認ムルキハ則チ輕罪ナリト云フカ如シ故ニ之レヲ
約言スレハ罪ノ輕重ハ刑ノ輕重ヨリ出ツト云フカ如ク
立法者ノ專横モ又甚シキナリト非ナリ立法者ノ法ヲ設
クルニ當テヤ一ニ虛心ノ權衡ヲ以テ國家ノ公益ニ徵シ
苟モ其所爲ノ害小ナルキハ之ヲ輕刑ニ處スルト云フカ
如ク其罪ニ依テ輕重ノ度ヲ定メ刑ニ因テ其所爲ノ輕重

ヲ知ラシメシモノニシテ刑ニ因テ罪ヲ定ムル者ニアラザルナリ然レトモ其立法者虚心ノ權衡ハ人ノ得テ知ル能ハサル所ニシテ立法者ノ又示ス能ハサル所ノ者ナリ宜ナル哉ロシ一氏佛法ヲ辨駁スルモ未ダ其良法ヲ示サミルヤ之レ謂フベクシテ行フ能ハサルヲナレハナリ

重罪、輕罪、違警罪ノ刑名ヲ知ルハ何ニテ標準トスル乎

○茲ニ罪アリ其重罪ナルヤ輕罪ナルヤ將タ違警罪ナルヤヲ知ラント欲セハ各本條ニ定メタル刑名ニヨランカ或ハ實地適用シタル結局ノ刑名ニ因ランカ之レ少シク困難ノ問題ナリ人或ハ云ハシ其ノ何レニ從フモ敢テ差異アルナシト非ナリ加重ノ場合ニ於テハ違警罪ヲ輕罪

ニ輕罪ヲ重罪ニ入ル、トテ得サルハ第七十條第二項第七十二條第二項ニ因テ明カナルモ減刑ノ場合ニ於テハ第六十九條第七十條ニ於テ或ハ輕懲役ヲ重禁錮ニ輕禁錮ヲ輕禁錮ニ下シ或ハ禁錮ヲ拘留ニ下スヲアルニ因リ此問題ノ關スル所決シテ無益ノ論ニアラズ多少考慮ヲ要スヘキノヲナリ

各本條ニ在ル刑名ニヨラン乎(高木氏ノ説)少シク抵觸スル所アリ第九十九條但書ニ曰ク從犯及ヒ未遂犯罪ノ減等其他各本條ニ記載スル特別ノ減輕ハ加減シタルモノヲ以テ本刑ト爲スト故ニ強テ各本條ニ定メタル刑名ニ依テ之ヲ知ルヲ得ズ之レ其抵觸スル所アル所以ナリ第九十九條但書ニアル從犯未遂犯等ハ其加減シタルモ

ノ夫以テ刑名ヲ知り其他各本條ノ刑名ニヨルトセン
平之レ又適當ノ解ト云フヘカラス何トナレハ此說ニ從
ヘハ豫メ重、輕、違警ヲ知ルヲ得サレハナリ其從犯及ヒ未
遂犯ノ如キハ重、輕、違警ノ區別ニヨリ處分ニ大差アルモ
ノナルニ豫メ之レヲ知ルヲ得ストセハ其弊又云フニ忍
ビサルベシ

實際適用シタル所ノ刑名ニ依テ其重、輕、違警ヲ知ラン平
之レ亦前說ノ如キ弊害ヲ生ス今一例ヲ掲ケテ之ヲ證セ
ハ先キニ強盜ノ罪ヲ犯シ輕懲役即チ重罪ノ主刑ニ處セ
ラレタリシニ再ヒ強盜ノ罪ヲ犯シ遂ケズシテ自首シタ
リ此場合ニ於テ實際適用シタル處ノ刑名ニ依テ其重、輕
ヲ知ルトセハ加重スル丁能ハサルニ至ルベシ豈ニ取テ

正當ノ解トスルヲ得ンヤ

余ハ左ノ如ク之ヲ斷決セハ敢テ弊害ナルモノナカラン
ト信ス

各本條ニ定メタル刑名ニ基キ再犯加重及ヒ宥恕減輕ノ
場合ハ第九十九條但書ニヨリ加減シタルモノヲ以テ其
重、輕、違警ナルヤヲ知ルモノトス

犯罪ノ種別

○重、輕、違警ノ三種ノ外ニ尙ホ罪ノ種別ナルモノアリ彼
ノ重、輕、違警ノ三種ハ縱ニ付テ其ノ種別ヲ示シタルモノ
ニシテ余カ今云フ所ノモノハ横ニ付テ其種別ヲ說シモ
ソナリ而ソ先ノ三種ハ之ヲ兼帶スルヲ得サルモ以下ノ
種別ニ至テハ一罪ニシテ尙ホ數種ノ性質ヲ有スルモノ

ナリ例へハ竊盜ノ如キハ即時犯ニシテ行犯、有意犯、單一犯、普通犯、非政事犯、等ヲ兼ヌルモノナリ以下乞フ其種別ヲ詳論セン

一行犯、不行犯 不行犯一ニ意犯ト云フ

○法ニ命令、許可、禁止ノ三アリ命令法トハ佛語「ロアオルドナンズ」ト云ヒ或ル事ヲ爲スヘシト命令スルヲナリ許可法トハ一ニ聽任法トモ云ヒ其爲スト爲サマルトハ人ノ撰擇ニ委ヌルモノナリ禁止法トハ或ルヲ行フヲ禁スルモノニシテ佛語之レヲ「ロアエンテルヂンシオン」ト云フ爲ストヲ禁止スルノ義ナリ而シテ刑法上其制裁ヲ與フルモノハ命令、禁止ノ二法ニシテ許可法ハ人ノ左右シ得ルモノナレハ制裁ノアルベキ道理ナキモノナリ而

シテ法ノ禁スル所ヲ行フモノハ行犯ニシテ法ノ令スル所ヲ行ハサルモノハ之ヲ不行犯ト云フ

抑モ刑法ナルモノハ社會ノ秩序ヲ維持シ各人ノ安寧ヲ圖ルカ爲メノモノナレハ社會ヲ害スルノ所爲ヲ禁止スルヲ以テ主目トシ止ムヲ得サル場合ノミニ限り命令ヲ下スモノナリ之レ行犯常ニ多クシテ不行犯ノ少ナキ所以ナリ夫ノ強竊盜、謀故殺傷、誹毀、姦淫ノ罪ノ如キ皆爲スヘカラサルヲ爲ス者所謂行犯ニシテ看守又ハ護送者ノ懈怠ニヨリ囚徒ノ逃走ヲ覺ラサル罪、官吏其管掌ニ係ル法律規則ヲ公布施行セサル罪、官吏犯罪ノ報告ヲ受ケテ保護ノ處分ヲ爲サ、ルノ罪、司獄官吏囚人ヲ出獄セシム可キトニ至リ放免セサル罪、裁判官檢察官故ナク刑事

ノ訴ヲ受理セス又ハ遷延シテ審理セサル罪、遺棄セラレタル幼者老疾者アルヲ知テ之ヲ扶助セス官署ニ申告セサルハ罪ノ如キハ之レ爲スヘキヲ爲サ、ルモノ所謂不行犯ナリ而シテ此行犯、不行犯ヲ區別スルノ利益ニ至テハ實ニ塞々タルモ未ダ以テ宮城、高木、井上數氏ノ如ク毫モ益ナシトハ云フヘカラサルナリ左ニ區別ノ利益ニケチ掲ケン

一 行犯ニハ重罪アルモ不行犯ニハ重罪ナシ故ニ從テ不行犯ニハ剽奪公權及ヒ禁治産ノ附加刑アルヲナシ

二 行犯ハ或ル場合ヲ除キ皆ナ即時犯ナルモ不行犯ハ法ノ令スル所ヲ行ヒ又ハ之ヲ行フニ及ハサルニ至ル迄必ス繼續スルモノナリ

不行犯の如きも
併に之を以て
ラス

二 有意犯、無意犯

○ 有意犯トハ或ル罪ヲ犯サントノ意思アリテ犯シタルモノナレハ犯意ヲ以テ犯罪成立ノ一元索トスルモノナリ無意犯トハ毫モ犯意ノアルナク偶然或ル所爲ヲナセシモノナレハ犯意ノ有無ヲ問ハズ其事實ノ顯然タルニ於テハ之ヲ刑スルニ躊躇セサルモノナリ然リ而シテ其有意犯ヲ罰スルハ何人ト雖モ一點ノ異議ナカルベキモ無意犯ヲ罰スルニ至ツテハ果シテ正理ニ適スルヤ否人々容易ニ判断ヲ下ス能ハサル處ナレハ以下之ヲ辨セン夫レ無意ノ事タルヤ其ノ善ト不善トヲ問ハス賞罰ノ法ヲキハ之レ自然ノ原則ニシテ敢テ批難スルモノアラサルヘシ何ソヤ其意ニ非ラサルモノハ其責ナク又其賞ナ

ケレハナリ(然レモ人ヲ害シタルモハ宜シク民事上ノ責ニ任セサルヘカラス之レ性法ノ司ル所ナリ)然ルニ刑法上之ヲ罰スル場合アリ即チ第九十七條ニ曰ク「罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セス但法律規則ニ於テ別ニ罪ヲ定メタル者ハ此限ニ在ラス」ト例ヘハ過失殺傷ノ罪失火ノ罪過失ニ因テ水害ヲ起シタルノ罪ノ如キ之レナリ是レ人ノ宜シク注意スヘキ所ナルニ注意セス而シテ其ノ過誤率テ大ニ社會ヲ害スル所アレハナリ然レモ之レ一ノ變則コシテ實ニ公益上止ムヲ得サルヨリ來リシモノナリ而シテ此變則トハ有意ヲ正則トスル罪ノ反對ナリトノ意ニシテ刑罰權ニ例外アリト云フニ非サルナリ今一步ヲ進メテ刑罰權ノ基本ニ溯リ折衷主義ヨリ論下

スレハ如此ハ罪ト云フ能ハサルヘク又正當ノ刑ト云フ能ハサルベシ不都合モ亦甚カラズヤ宮城氏ハ其誤テルモノヲ覆ハント欲シ益々誤謬ヲ來セリ曰ク「凡ソ事ハ微細ノ原因ヨリ大害ノ結果ヲ來スヲ以テ人ノ世ニ在ル互ニ注意ヲ加フルノ義務アリトス若シ此義務ヲ怠リ社會ニ禍害ノ生スルヲモ顧ミサル如キハ道德ニ背キタリト云ハサルヲ得ス例ヘハ火ヲ失シ東京市街ヲ灰燼ニ委シ或ハ車馬ヲ疾驅シテ人ヲ殺傷シタル者ノ如キ所爲ノ性質ニ付テ論スルモハ道德ニ背クノ点ナキカ如シト雖モ社會ニ對シテ行フヘキ義務ヲ怠リタルカ爲メ斯ル大害ヲ來セシ点ヨリ見ルモハ道德ニ背ク固ヨリ論ヲ俟タサルナリ故ニ立法者ノ無意犯ヲ罰スルヤ決シテ社會刑罰權

ノ範圍外ニ出ダリト云フ可ラサルナリト然ラハ氏ハ此
 論決チ以テ假令誤ツテ他人ノ器物ヲ毀損セル無意ノ所
 爲アリトモ道德ニ反スルモノナリトセサルチ得サルヘ
 シ果シ然ラハ大ニ誤ルモノト謂ハサルヘカラス抑道德
 ニ反スルコトハ良心ニ照シ耻スベキモノニシテ苟モ其事
 ノ有意ニ出ツル所ナカルヘカラズ然リ而シテ君子尙ホ
 過誤アリ若シ過誤ニシテ道德ニ反スルトセハ天下一人
 トシテ德義ヲ全フスルモノアラサルベシ余斯ク云ハミ
 氏或ハ云フ過誤チ以テ一概ニ道德ニ悖ルト云フニアラ
 ズ其國家ニ大害ヲ與フルモノ、ニ指論セシナリト然ラ
 ハ一私人ニ止マルコト過誤チ以テ之レカ界トナシ區別チ
 立テントスルカ是レ亦誤タルチ免レズ何トナレハ其事

ノ國家ヲ害スルト一己人ニ止マルトハ大差アレハ從テ
 度ニ於テ淺深輕重アルベキモ道德ニ悖ルノ点ニ至テハ
 一ナレハナリ然ルニ氏ハ此ノ親易キノ理ヲモ願ミズ一
 チ目シテ道義ニ反セストシ一チ目シテ道義ニ悖ル故ニ
 刑スヘシト云ハ、何ソ前後矛盾スルノ甚シキヤ請フ
 一例チ以テ氏カ持説ヲ駁セン茲ニ強盜犯アリ某街ノ途
 ニ要シ甲者ヲ脅迫シテ將ニ財物ヲ強取セントス然ルニ
 乙者アリ偶然此ノ途ニ來ル盜人見チ以テ狼狽得ル所ナ
 グシテ去ル此場合ニ於テ乙者果シ道義ニ適シ上帝ノ賞
 チ受クベキモノナルカ蓋シ氏ト雖モ其然ラサルチ信セ
 シ他ナシ事偶然ニシテ意アルニ非ザレハナリ必竟無意
 上ノコト道德ノ問題ヲ惹起セサルナリ今假リニ氏ノ説ニ

從フトセン平道徳ニ背クノ所爲アリ社會ヲ害セシノ成
 蹟アリ之レ豈ニ金刑ニ止ムベキモノナランヤ
 以上述ヘタルカ如ク無意犯トハ毫モ其犯意ナキモノナ
 レハ毆打創傷ハ過失傷ニ謀故殺ハ過失殺ニ變スルモノ
 ナリ而シテ茲ニ注意スベキハ有意犯ハ無意ヲ以テ犯ス
 能ハサルモ無意犯ハ有意ヲ以テ犯ス得ル場合ア
 リ例令ハ禽獸ノ死屍ヲ道路ニ拋棄シ又ハ取除カサル罪
 ノ如キ多クハ無意ナルモ又有意ヲ以テ之ヲ犯ス得アリ
 而シテ其刑ニ至テハ毫モ變改ナキモノアリ然レモ無意
 ノ一ナル過失殺ヲ有意ニテ犯サン乎忽チ謀故殺ニ變シ
 其刑モ亦從テ異ナルモノナリ
 茲ニ有意無意ニ性質ヲ兼帶スルノ罪アリ毆打創傷ノ如

キ之レナリ何トナレハ毆打ノ點ニ至テハ犯意アルヲ要
 スルモ創傷ノ點ニ付テハ其意思ノ如何ヲ問ハズ只其結
 果所謂形蹟ニ依テ刑ヲ科スルモノナレハナリ然レトモ
 之レ分析上ノ論ニシテ有無何レナルヤト云ハミ其有意
 犯タルヤ免レザルヘキナリ

三即時犯、繼續犯、連續犯

○即時犯トハ罪ヲ犯ス時間ノ永續スルヲ能ハスシテ即
 時ニ行ヒ終ルモノヲ云フ即チ謀故殺ノ罪、強盜ノ罪、脅
 迫ノ罪、猥褻、姦淫、重婚ノ罪、放火ノ罪ノ如キモノナリ、繼續
 犯トハ別ニ新ナル所爲ヲ施スヲナキモ犯罪ノ時間數日
 ニ亘リ別々テ二罪トスルヲ得サルモノヲ云フ而シテ繼續
 犯ニニアリ一チ有形ノ繼續犯ト云ヒ一チ無形ノ繼續犯

ト云フ有形ノ繼續犯トハ内亂ノ罪、兇徒聚衆ノ罪、軍用ノ銃砲彈藥ヲ所有スル罪、偽造變造ノ度量衡ヲ所有スルノ罪、監禁ノ罪ノ如キヲ云ヒ無形ノ繼續犯トハ即時犯ノ繼續セシモノヨシテ偏ヘニ犯人ノ意思ニヨルモノナリ例ヘハ幾回トナシ同時ニ人ヲ連毆シ又ハ一戸中ノ財物ヲ竊取セント欲シ數回往復シテ器物ヲ運搬スルカ如キ或ハ連日貨幣ヲ偽造スルカ如キ數回連續シ有夫ノ婦ト姦通スルカ如キ性質上ヨリ是レヲ見レハ即時犯タル疑ナシト雖モ犯人ノ意思ヲ探究セハ無形ニ繼續セルモノナリ而シテ有形ノ繼續犯ヲ單ニ繼續犯ト云ヒ無形ノ繼續犯ヲ連續犯ト云フ

故ニ繼續犯トハ一所爲ノ數日ニ渉ルモ別テ二罪トスル

ヲ得サルモノニシテ或ル學者之レチ「ブ」トノ犯罪ト云フ而シテ其有意犯タルト無意犯タルトヲ問ハザルナリ然ルニ或人ハ無意犯及ヒ不行犯ニハ繼續犯ナシト云フト雖モ非ナリ例ヘハ官署ノ督促ヲ受ケテ崩壊セントスル家屋橋壁ノ修理ヲ爲サ、ル罪、人ノ通行ス可キ場所ニアル危険ノ井溝其他凹所ニ蓋又ハ防圍ヲ爲サ、ル罪、木石等ヲ道路ニ堆積シテ防圍ヲ設ケス又ハ標識ノ點燈ヲ怠リタルノ罪ノ如キハ不行犯ニシテ又無意犯タルモ純然ノ繼續犯ナリ何トナレハ官署ノ督促ヲ受ケタルモ尙ホ之レカ修理ヲ爲サミル時其罪ヤ已ニ成立セリ道路ニアル危険ノ井溝等ニ防圍ヲ設ケサル時其罪ヤ已ニ成立セリ其罪ノ成立以後モ修理、防圍、又ハ點燈等ヲ爲ス迄ハ尙

ホ一所爲ノ數日ニ涉ルヲ得ルモノニシテ別テ二罪トスルヲ得サルモノナレハナリ
 或人曰ク然ラハ無形ノ繼續犯即チ連續犯ニモ又無意犯ナルモノアリヤト之レ少シク困難ノ問題ナリ之レニ答フルニハ豫メ無意犯ニ即時犯アリヤチ探究シ進ンテ其性質如何ヲ考慮セサルヘカラス過失殺傷ノ罪、失火ノ罪、濫リニ車馬ヲ疾驅シテ行人ノ妨害ヲ爲シタル罪ノ如キハ即時犯ニシテ而シテ無意犯ナリ何トナレハ過失殺傷ハ人ヲ殺傷シタルニ終リ失火ハ人ノ家ヲ燒燬シタルニ終リ行人ノ妨害ハ濫リニ車馬ヲ疾驅シタルニ終ルモノナレハ皆一時ノコニシテ繼續スルヲ得サルモノナリ而シテ其所爲偶然ノモノナレハ即時犯ニシテ且ツ無意犯ナリ然ラハ失火ノ罪ノ如キ過失殺傷ノ罪ノ如キハ無形上繼續スルヲ得ルモノナルカ人或ハ日ハン過失殺傷ノ如キ失火ノ如キ一日ニシテ數回之ヲ犯シタルキハ又繼續セシト云フベキニ非ズヤト非ナリ一日ニシテ數回之ヲ犯スモ一回毎ニ其罪成立スルカ故ニ數罪俱發ヲ以テ論スヘシ敢テ連續犯ナリト云ヒ之レニ一罪ヲ科スヘキモノニ非ス論者或ハ云ハン然ラハ一回ノ過失ニシテ同時ニ數人ヲ殺傷シタルキノ如キ例ハ大石ヲ轉シ數人ヲ殺傷シタルキハ如何ト之レ又即時犯ニシテ連續犯ニアラズ何ゾヤ其所爲直チニ終ルベキモノニシテ永ク繼續スルヲ得ザレハナリ

以上述べたる所ノ例ニ依レハ無意犯ニ連續犯ナキカ如

シ理論上果ノ然ルヤ予ハ其ノ然ルヲ信シテ疑ハサル
 ナリ何トナレハ即時犯ノ繼續シテ連續犯ノ名稱ヲ下ス
 ヤ必ス三箇ノ要件アリ而シテ此ノ三ヶノ要件ハ無意犯ニ
 アルバキノ道理ナケレバナリ三ヶノ要件トハ何ソヤ曰
 ク罪ヲ犯スノ意思曰ク罪ヲ犯スノ決定曰ク罪ヲ犯スノ
 目的之レナリ故ニ連續犯トハ右ノ三件ヲ具備シ間斷ナ
 ク同一ニ繼續スルヲ云フモノナリ然ラサレハ即時犯ト
 云フベクシテ連續犯タリト云フベカラズ
 右ノ理由ニ依テ之ヲ見レバ無意犯ニ連續犯ナルモノナ
 キヤ明カナリ是レヨリ余ハ進ンテ即時犯ト繼續犯トノ
 區別ノ標準ヲ述ベシ
 繼續犯ト即時犯トノ區別ヲ知ラント欲セハ宜シク一所

爲ニ就テ其性質如何ヲ探究セサルヘカラス
 凡ソ罪ハ外觀上之ヲニケニ分チ得ベシ第一着ノ所爲第
 二着ノ所爲即チ之レナリ而シテ第一着ノ所爲ハ罪ノ成
 立ニ付テ關係アルモノニシテ(集合犯ヲ除ク)第二着ノ所
 爲ハ惡事ト云フヘキモ罪ノ成立ニハ關係ナキモノナリ
 例ヘハ盜犯ノ如キ重婚ノ如キ放火ノ如キ其第一着ノ所
 爲ハ盜犯ニ付テハ人ノ財物ヲ取リタルト重婚罪ニ於テ
 ハ重子テ婚姻シタルト放火犯ニ付テハ人ノ家屋ニ放火
 スルト等ニ依テ其罪成立スルモノナリ而シテ第二着ノ所
 爲盜犯ニ付テハ贓物ヲ所持スルト重婚罪ニ付テハ其婚
 チ解カサルト放火罪ニ付テハ永ク烏有ニ歸シ舊ニ復セ
 サルト等ハ之レ惡事ダリト雖モ罪ノ成立ニハ關セサル

モノナリ而シテ繼續犯トハ第一着ノ所爲ノ繼續スルモノ
 即チ罪トナルベキコトノ繼續スルモノヲ云ヒ即時犯トハ
 罪トナルベキコトノ即時ニ終リ永ク繼續スルヲ得サルモ
 ノヲ云フ然ルニ宮城氏ハ之ヲ左ノ如ク論究シタリ
 凡ソ人ノ所爲ハ之ヲ分析シ二個ト爲スコトヲ得ベシ例ハ
 ハ竊盜及ヒ監禁ノ罪ヲ犯スニ當リ人ノ所有物ヲ竊取ス
 ルト詐欺暴行等ヲ以テ人ヲ監禁ノ場所ニ入ル、トノ如
 キハ第一着ノ手段ニシテ其竊取シタル物件ヲ所持スル
 ト監禁シテ人ヲ幽閉シ置クトノ如キハ第二着ノ所爲ナ
 リ即チ第一着ノ所爲ヨリ自然ニ出ル結果ナリ而シテ此第
 一着ノ所爲ハ概チ即時ニ終リ第二着ノ所爲ハ必多少ノ
 時間繼續スルモノトス故ニ即時犯繼續犯ノ區別ヲ知ル

ニハ立法者ノ罰スル點ヲ看ルニ若クハナシ立法者若シ
 第一着ノ所爲ヲ罰スルトキハ即時犯トナリ第二着ノ所
 爲ヲ罰スルキハ繼續犯トナルナリ(中略)勳章ヲ潜用スル
 罪ノ如キ其罪トシ罰スル所ハ勳章ヲ佩用シタル第一着
 ノ所爲ニ在ラズシテ之ヲ佩用シ居ル第二着ノ所爲ニ在
 リ又橋梁堤防ノ害トナルベキ場所ニ舟筏ヲ繫キタル罪
 ノ如キ其罪トシ罰スル所ハ其繫キタル第一着ノ所爲ニ
 在ラズシテ之レヲ繫キ置ク所ノ第二着ノ所爲ニ在ルモ
 ノトス

以上宮城氏ノ說ハ第二着ノ所爲ヲ罰スルモノハ繼續犯
 ナリト云フニ歸スルモノニシテ實ニ聞クニ忍ヒサルノ
 謬說ナリ余ハ力ヲ盡シ勉メテ之レヲ辨駁シ敢テ世人ノ

誤ラレ、ナカラシキ希望スルモノナリ請フ氏ノ掲ケタル例ニ付テ之ヲ駁セン

第一ハ第二百三十二條ノ内外國ノ勳章ヲ濫用スルノ罪ナリ此ノ罪ヲニ分クニ第一着ノ所爲ハ勳章ヲ濫用スルノナリ第二着ノ所爲ハ永久之レヲ濫用シ居ルナリ而シテ該條ハ其何レノ所爲ヲ罪トスルカ蓋シ罰スル所ノ所爲ハ第二着ニ非ズシテ第一着ノ所爲ナラン何トナレハ該條ハ信用ヲ害スルノ罪ニシテ苟モ一回ニテモ公然之レヲ佩用セシ以上ハ其信用ヲ害スル所アルカ故ニ之レヲ罰スルノ尙ホ監禁罪ノ一日人ヲ監禁スルモ之レヲ刑スルト異ナル所ナシ若シ夫レ然ラズシテ宮城氏ノ說ノ如ク一回之レヲ佩用スルモ永ク之レヲ佩用セシ

ルキハ罰スルヲ得ズトセハ其害ヤ蓋シ少クニアラサルヘシ立法者ノ意モ恐クハ亦如斯ナラサルヘシ然ラハ之ヲ目シテ繼續犯ト云フヲ得サルヤ否其繼續犯ノ點ニ至テハ氏ト同說ナルモ只其理由ノ異ナルノミナリ予ノ之レヲ繼續犯トスルハ第二着ノ所爲ヲ罰スルカ故ニ非ズシテ第一着ノ所爲繼續スルヲ得ルモノナルニ依ル第二ハ第四百二十九條第一ノ舟筏ヲ繫キタル罪ナリ此所爲ヲ罪トスル所ハ第一着ノ舟筏ヲ繫キタルノ所爲ニアランカ將タ第二着ノ數時間舟筏ヲ繫キ置クノ所爲ニアランカ宮城氏ハ第二着ノ所爲ヲ罪トスト云フモ余ハ復前論ヲ取テ反駁ヲ加ヘント欲ス而シテ此ノ第一ノ所爲ヲ罪トスルモノナルヲ論スルニハ豫メ其性質ヲ述ヘサ

抑モ違警罪ナルモノハ多クハ警察上取締ノ所分ヨリ出
 テタルモノニシテ未ダ其害ノ及ハサルモノニモ刑罰ヲ
 科スルナリ例ヘハ規則ヲ遵守セズシテ火藥其他破裂ス
 ベキ物品ヲ市街ニ運搬シタル罪、狂犬猛獸ノ繫鎖ヲ怠リ
 路上ニ放チタルノ罪、夜中燈火ナクシテ車馬ヲ疾驅シタ
 ル罪ノ如キ現在其ノ害ノ生セサルモ危害ヲ加フルノ恐
 レアルニヨリ取締上是レヲ罰スルモノナリ依之觀之舟
 筏ヲ繫キタルノ罪ハ其繫クト同時ニ害ヲ加フベシト雖
 モ未ダ害ヲ加ヘサルモハ罰セズト云フヘカラス何トナ
 レハ其場所ハ舟筏ヲ繫クモハ害トナルヘキモ一時害ヲ
 加ヘサルコトアルヘケレハナリ而シテ其何レニスルモ第一

着ノ所爲ヲ罪スルモノナリ何トナレハ橋梁又ハ提防ノ
 害ト爲ル可キ場所ニ舟筏ヲ繫クヤ第一着ノ所爲ニシテ
 已ニ害アリ好シ當時害ヲ加ヘズトスルモ違警罪ハ前ニ
 モ述フルカ如ク多クハ取締上ノ處分ニシテ未ダ害ノ及
 ハサルニ先ツテ之ヲ罰スルコトアレハ強ク第一着ノ所爲
 ノ有害無害ヲ問ハスシテ可ナリ

以上述ヘタル所ニヨレハ其第一着ノ所爲ノ繼續シ得ル
 モノナルモハ繼續犯ト云フベク第一着ノ所爲ノ繼續シ
 得サルモノナルモハ即時犯タルコトヲ了知スヘキナリ實
 ニ即時犯ト繼續犯トノ區別ノ標準トスル所モ此外ニア
 ラサルヘキナリ故ニ一所爲ノ即時犯ナルヤ繼續犯ナル
 ヤヲ知ラント欲セハ其所爲ヲ二着ニ分チ其第一着ノ所

爲ノ繼續シ得ヘキモノナルヤ否ヤヲ探究セハ蓋シ誤ナ
 キニ庶幾ラン
 即時犯ト繼續犯トヲ區別スルヨリ生スルノ利益ハ即時
 犯ハ繼續スルヲ得サルモノナレハ一回毎ニ罪ノ成立ス
 ルカ故ニ數回之ヲ犯シタルトキハ數罪俱發ノ例ニヨリ
 重キニ從テ處斷スルモ繼續犯ハ之レト反シ數日間繼續
 ナルモノ所爲ノ繼續スルモノナレハ其罪ハ一ケナリ然
 レモ注意スヘキハ繼續スル時間ノ長短ニヨリ其ノ本刑
 ニ加等スル場合ナリ此場合ニアリ第二百七十八條官吏
 不正ニ人ヲ監禁スル罪及ヒ第三百二十二條私家ニ監禁
 スル罪是レナリ
 又公訴期滿免除ニ付テモ區別ノ利益アリ治罪法第十三

條ニ曰ク公訴私訴期滿免除ノ期限ハ犯罪ノ日ヨリ起算
 ス但繼續犯罪ニ付テハ其最終ノ日ヨリ起算スト是レナ
 リ
 井上氏ハ此ノ他尙ホ一ノ區別アルヲ示シテ曰ク「又裁判
 管轄ニ就キ異ナル所アリ繼續犯罪ナレハ常ニ被告人逮
 捕ノ地ノ裁判所ヲ以テ其管轄トス」(治四一條)ト余始メ一
 讀ソ常ニノ二字アルヲ見怪異ニ堪ヘサリシカ同氏ノ治
 罪法講義第一卷ヲ緝キ其第二百六十八葉ヲ見ルニ六行
 ニ同一ノ字句ヲ記載セリ於茲乎知ル全ク其誤植ニ非ル
 ヲ果ソ然リトセハ豈ニ辨駁ノ以テ世人ノ疑惑ヲ解キ其
 注意ヲ促サズシテ可ナランヤ
 治罪法第四十條ニ曰ク「同等ノ裁判所ニ於テハ犯罪ノ地

ノ裁判所ヲ以テ豫審及ヒ公判ノ管轄ナリトスト之レ場
 所ニ付テノ管轄ノ正則ヲ定メシモノニシテ四十條第二
 項以下ハ皆此變則ヲ定メタルモノナリ而シテ犯罪ノ地ノ
 裁判所ヲ以テ管轄トスルハ何ノ理由ニ基クカ他ニアラ
 ス夫レ犯罪ノ地ハ其事件ノ生セシ所訴訟關係人證人ノ
 在ル所證據物件ノ存スル所ナレハ臨檢家宅搜索檢證等
 チ爲スニモ尤モ便宜ナルベク且ツ懲罰ヲ公衆ニ示シテ
 其ノ罪アルヲ知ラシメ之レニ慣ル、モノヲ戒ムル等種
 々ノ利益アリ且ツ正理ニ適スルモノナレハナリ然レモ
 犯罪ノ地分明ナラサルキ或ハ數ヶノ裁判所ノ管轄ニ跨
 カル等ノ場合ニ於テハ其管轄ヲ異ニスルコアリト雖モ
 之レ一ノ變則ナレハ一裁判所ノ管轄地内ニ於テ罪ヲ犯

シ其ノ分明ナルニ於テハ如何ナル場合ト雖モ犯罪ノ地
 ノ裁判所ヲ以テ管轄トセサルヘカラス然ルニ井上氏ハ
 此ノ正則ヲ度外ニ置キ繼續犯ハ常ニ逮捕ノ地ノ裁判所
 チ以テ管轄トスト云ハレ區別ノ利益ニ掲ケラレタリ氏
 ハ第四十一條ニ數箇ノ裁判所ノ管轄地内ニ於テ云々ノ
 字句アルヲ知ラサルカ嗚呼誤ルモ亦甚シキニ非ズヤ
 故ニ繼續犯ニノ數ヶノ裁判所ノ管轄地内ニ於テ犯セシ
 キハ逮捕ノ地ヲ以テ管轄ト爲スヘキモ一裁判所ノ管轄
 地内ニ於テ犯セシキハ假令繼續犯ナリト雖モ犯罪ノ地
 ノ裁判所ニ於テ之ヲ管轄スヘキハ當然ナレハ之ヲ以テ
 即時犯ト繼續犯トノ區別ノ利益ト爲スヘキニ非ルナリ

四政事犯、非政事犯

原語之レテ「デリー、ポリチック」デリー、ノン、ポリチック」ト云

フ其意政事犯非政事犯ト譯スルヲ穩當ナリトス故ニ
余ハ通常國事犯非國事犯ノ名稱ヲ用キサルナリ

○戰鼓軍響乾坤ニ震鳴シ銃聲礮響山嶽ヲ搖動シ必死劇
戰スル者ハ抑モ何ソソ或ハ政體ヲ變革シ或ハ政府ヲ顛
覆シ或ハ施政ノ方向ヲ釐正セントスルモノナリ苟モ事
茲ニ至ラハ國家ノ害ヲ受クルヤ實ニ大且重ナリト謂ハ
サルヘカラス而シテ害大ニ且重ナル此政事犯ノ解ニ至
ツテハ數年前迄議論百出其底止スル所ヲ知ラサリシカ
漸ク近比ニ至テ其定義ヲ一ニセルモノ、如シ而シテ其
定義ヤ遠ク佛國ヨリ輸入セシモノニテ我邦諸學士皆之
レニ雷同シ敢テ異論ヲ唱フルモノアラサルナリ其説ノ

主要ヲ問ヘハ則チ曰ク直接ニ社會ノ組織ニ害ヲ及ホス
罪ヲ國事犯ト云フト宮城堀田井上諸氏能ク之ヲ辨明セ
リ

宮城氏曰ク兇豎相集リ人家ニ入テ財物ヲ奪ヒ或ハ火ヲ
放テ都市ヲ燒キ或ハ旅人ヲ殺傷シタル時ノ如キ社會ノ
害ヲ被ムルヲ大ナリト雖トモ直チニ以テ國事犯ト爲ス
可ラサルノミナラス社會ハ直接ノ被害者トモナルヲナ
シ蓋シ其害タル間接ニシテ直接ノ害ヲ蒙リタルモノハ罹
災ノ人民ナレハナリ又賊アリ國庫ヲ破テ財貨ヲ奪ヒ或
ハ火ヲ官衙ニ放テ或ハ官林ヲ採伐シタル時ノ如キ社會
ハ直接ニ害ヲ被リタリト雖モ只ク財產ニ關スル權ヲ害
セラレタルニ過キサル而已以テ國事犯ト爲スヘカラス

(附官氏ハ社會ノ有スル權ヲ大別シテ三トセリ曰ク財產ニ關スル權曰ク警察ニ關スル權曰ク組織ニ關スル權是ナリ)又兇徒多衆ヲ嘯聚シテ官廳ニ喧鬧シ官吏ニ強迫シ又ハ道路橋梁ヲ破毀シ及ヒ電信ヲ斷絶シテ通信ヲ妨害シ其他暴行脅迫等ヲ以テ村市ヲ騷擾スル者アリ是レ社會ハ直接ノ害ヲ被ムリタリト雖モ只タ警察ニ關スル權ヲ害セラレタルニ過キサレ而已未ダ以テ國事犯ト爲ス可ナラス(中略)然ラハ則チ何チ以テカ組織ニ關スル權ニ直接ニ害ヲ及ホス者ト云フヘキ乎曰ク國体及ヒ政体ヲ變換シ或ハ政府ヲ顛覆シ或ハ政權ノ一部ヲ滅殺シ或ハ施政ノ針路ヲ改革シ或ハ國憲ヲ以テ定メタル國民ノ位置ヲ伸縮變更セントスル等ノ目的ヲ以テ直接ニ社會ヲ

害スルモノナリ此種ノ罪ハ皆ナ國体又ハ政体ヲ以テ其目的ト爲ヌ故ニ之ヲ國事犯ト云フ
堀田氏曰ク國事犯ハ多クハ理論ノ合ハサルニ因テ生スル所ノ罪ニシテ其所爲目的ニ至ツテハ之ヲ罪スヘキモ其思想ニ至テハ法律上罪スヘカラサルノミナラス亦道德上罪スヘキモノニ非サルナリ
井上氏曰ク國事犯ハ法律ヲ破リ害チ社會ニ加フルモ其犯人ノ心ヲ問ヘハ却テ國家ヲ重シ身命ヲ輕ンシテ或ハ姦佞ヲ去リテ忠直ヲ進メ或ハ苛法ヲ除キテ仁政ヲ施シ或ハ國家ノ獨立ヲ保ツ能ハサルヲ苦慮シテ政府ヲ變革セントスルカ如キノ情ニ出ルチ以テ大ニ憐ムヘキモノアリ加之犯人ヲ主張シテ行ハントセル所ノ論說ノ如

キ實ニ時弊ニ的中シ後世却テ其目的ヲ達セザリシヲ憾ムカ如キコト世間往々是レアルコトナリ故ニ社會ニ害アリト雖モ實ハ當時ノ政府ニ害アリシノミノコトニシテ一國ノ公益ヲ通觀スレハ唯害ナキノミナラス却テ利アリシト云フモ可ナルヘキコトアリ是レニ由テ道德上ノ惡ナキノミナラス社會ノ害モ亦是レナシト云フモ可ナリ

○以上諸氏ノ論辨ヤ堅城鐵壁説テ至ラサル所ナク述ヘテ盡サ、ル所ナキカ如シト雖モ余カ眼ヲ以テ之レヲ視余カ腦髓ヲ以テ之ヲ探究セハ其理論未タ以テ盡シタリト云フ能ハス未タ以テ正解ヲ得タリト云フ能ハサルナリ以下乞フ聊カ余カ意見ヲ述ヘン

抑社會ノ組織トハ何ソヤ此問題ヲ研究スルニハ豫メ社

會ノ二字ニ付テ解釋ヲ下サ、ルヘカラス夫レ社會トハ同類ノ相寄り相集ルモノ、名稱ニシテ敢テ治者被治者ノ如何ヲ問ハサルモノナリ故ニ禽獸社會モアリ人間社會モアリ貴族社會モアリ車夫社會モアリ農工商ノ社會モアリ之レ皆在上者ナルモノナシト雖モ能ク社會ノ稱ヲ下スヲ得ベキナリ社會ノ稱ノ汎キコト夫如此然リ而シテ此社會ヲ組織スルニ必要ナルモノハ只一アルニミ同類相寄り相集ルノ事實是ナリ然ルヲ宮城氏ハ社會ニ財產ノ權、警察ノ權、組織ノ權ノ三種アルニアラザレハ社會ノ社會タル所以ヲ爲ス能ハスト斷言セリ嗚呼此論何レヨリ來ルカ予ハ實ニ惟マサルヲ得サルナリ蓋シ氏ハ社會ト國家トヲ同一視シ國家ト云フヘキ所ニ社會ノ語ヲ

用ヒタルヨリ來セシノ誤ナラン然ラサレハ毫モ解スル能ハサルナリ

宮城氏ノ所謂社會ノ組織ヲ國家ノ組織ト改メン乎未タ大ニ論議スヘキモノアリ何ソヤ組織ノ字義之レナリ抑モ組織トハ組立ノ謂ニシテ組立セシモノヲ治ムル所ノ事ヲ云フニ非ラス之レヲ契約ニ譬ヘン乎其契約ノ組織トハ成立ニ關スル條件ヲ云フモノニシテ健全ニ關スル條件ヲ云フニ非ラス之ヲ家屋ニ譬ヘン乎其組織トハ或ハ石ヲ以テ基トナシ或ハ木ヲ以テ柱梁トナシ或ハ瓦ヲ以テ風雨ヲ防シ屋根トナス等所謂家屋ヲ組立ツニ付キ必要欠クヘカラサルモノヲ云フニシテ人ノ住居シテ家屋ノ健全ヲ保ツカ爲メ或ハ防圍ヲ設或ハ建具ヲ作ル

等ノ如キハ以テ組織ト云フヘカラス之レヲ人身ニ譬ヘンカ其組織トハ腦髓以テ物ノ是非曲直ヲ判シ目能ク物ヲ視耳能ク音ヲ聞キ口能ク言ヒ能ク食シ鼻能ク嗅キ手能ク握リ足能ク歩シ胃能ク食物ヲ消化スル等其人ト名稱ヲ與フルコト欠クヘカラサル四肢五官五臟六腑等ヲ具備スルコトニシテ或ハ衣ヲ纏ヒ或ハ滋養物ヲ食スル等ノ如キハ之レ組立ヲ健全ナラシムルモノト云フヘキモ未タ直チニ人ノ組織ナリトハ云フヲ得サルヘシ然ラハ國家ノ組織トハ何ソ曰ク團結曰ク團結セシ人員ヲ治ムル法律曰ク之ヲ遵奉セシムヘキ權威是ナリ實ニ此ノ三者ハ國家ノ組織ト云フヘク國家ノ國家タル所以ト云フヘキナリ人或ハ云ハン之レ國家ノ組織ニアラス國家