ルコトヲ得レトモ是レ唯恩惠ニ出ツルモノニシテ學理上公平ヲ得タルモノニアラス設例ヘハ第一ノ法律即チ犯時ノ法律ニ於テハ其犯罪八年ノ懲役ニ相當シ第二ノ法律ハ四年ノ懲役ニ相當シ第三ノ法律ニ於テハ六年ノ懲役ニ相當スル場合ニ於テ中間ノ法律ニ依リ最モ輕キ四年ノ懲役ニ處スルトキハ若シ第三ノ法律ノ時代ニ犯シタルトキハ六年ノ懲役ニ處スヘキモノヲ唯四年ノ懲役ニ處スルノミニ止マルヘク若シ又第二ノ法律ニシテ全ク其刑ヲ免スヘキモノナリシトキハ又タ更ニ其刑ヲ科スルコトヲ得サルニ至レハナリ但シ既往ノ罪ヲ問ハサルヲ以テ犯者ノ既得權トスル誤見ノ論者ハ第二ノ法律ヲ適用スルヲ以テ正理ニ適シタルモノト看做スヘシ」

ト非ナリ請フ左ニ之ヲ略論セン

氏曰ク二三ノ法律中其最モ輕キ刑ヲ適用スルニハ中間ノ法律ヲ適用スルコトヲ得レトモ是レ唯恩惠ニ出ツルモノニシテ學理上公平ヲ得タルモノニアラスト嗚呼之レ何ノ謂ヒヅヤ氏ハ刑法ナルモノハ一定不變ノモノナリトスルカ若シ夫レ刑法ニノ一定不變ノモノナリセハ或ハ公平云々ノ議ヲ生出スルアルベシト雖モ大ニ然ラス抑モ刑法ナルモノハ社會ノ進化ニ伴ヒテ改正スベク時世ノ必要如何ニヨリテ或ハ減シ或ハ加ヘ或ハ存シ或ハ廢スルモノナルガ故ニ學理上公平ヲ得ザルヲ理由トシテ批難スベキモノニアラズ況ンヤ學理上非トスル所アラザルニ於テオヤ氏ハ今法律ヲ以テ新タニ或ル所爲

ヲ罪トシ之レニ刑罰ヲ加フルモノアリトセンニ新法頒布以前ハ罪ニアラズ故ニ刑スヘカラズトナシテ自今以后新法之レヲ刑ス之レ學理上公平ヲ得サルモノナルガ故ニ新法之レヲ罪スルハ理ノ許サヾル所ナリトスル乎豈ニ誤ラズヤ況ンヤ理ノ固ヨリ許ス所ナルニ於テオヤ氏ノ後段既得權云々ノ論ハ先キニ屢々評述シタルガ故ニ今復説ノ勞ヲ採ラズ

○

附言

參考スヘキ法條ヲ掲ケテ本條ノ局ヲ結ブニ先チ左ノ四問ヲ略説シテ讀者ニ益セン

第一　判決ノ解

第二　新舊比照法ノ解

第三　數罪俱發ノ場合ニ於テ新舊二法ヲ比照スルノ方法

第四　本條ト治罪法第九條ト矛盾スルヤ否

第一　判決ノ解

余ハ本論ニ於テ判決ノ有無ニ拘ハラス新法ノ輕キトキハ既往ニ溯ラシムベキヿヲ論究シタルガ故ニ判決ノ解釋ハ余カ持論ヨリ云ハヾ無用ナリト雖モ現時ノ法之ヲ規定スルカ故ニ讀者ニ判決ノ解ヲ告ゲザルベカラス而シテ判決ノ解ニ付テハ諸學者間ニ異論ヲ唱フルモノナケレバ余ハ堀田氏ノ解釋ヲ掲ケテ本問ノ答案ニ充テント欲ス

堀田氏曰ク「或問テ曰ク本項ニ所謂未タ判決ヲ經サルトハ本案ニ付キ未タ終結ノ言渡アラサルノ前ヲ指ス乎將タ未タ確定裁判ニ至ラサルノ前ヲ指ス乎ト曰ク余ヲ以テ之ヲ見レハ終結ノ言渡ト確定裁判トハ毫モ其差異アラサルナリ請フ左ニ其所以ヲ辨セン

凡ソ裁判言渡ハ其言渡ノ日ヨリ確定ノモノニシテ故障控訴及ヒ大審院ノ破毀ハ其唯解除ノ條件タルノミ故ニ裁判所ニ於テ始審終審ヲ問ハス本案ニ付キ終結ノ言渡ヲ爲スヤ其言渡ハ則チ確定シタルモノナリ若シ故障抗訴ヲ爲シ又ハ大審院ニ於テ原裁判ヲ破毀セルトキハ確定未確定ヲ問ハス終結ノ言渡消滅シテ全ク裁判ナルモノアラサルナリ故ニ本項ニ所謂判決トハ終結ノ言渡ト解スルモ確定裁判ト解スルモ決テ不當ニ非ラス唯動カスヘカラサル裁判ト解スヘカラサルノミ是レ上訴期限ヲ經過セシ裁判又ハ最終ノ裁判所ノ裁判ニ非サレハ動カスヘカカサルモノトイフヘカラサレハナリ

然ラハ終結ノ言渡後上訴期限內又ハ上訴中法律ノ改正アリタルトキハ如何スヘキ乎曰ク上訴期限內ト上訴中ト又上告ト他ノ上訴トハ一概ニ之ヲ論スヘカラス左ニ之ヲ解釋セン

一　上訴期限內ニ法律ノ改正アリタルトキハ如何○

以上說明シタル如ク終結ノ裁判ハ其言渡ノ日ニ確定スルモノナレハ一旦裁判アリシ後ハ最早新法ヲ以テ

之ヲ奈何トモスル能ハサルナリ然レトモ檢察官其他訴訟關係人ヨリ上訴ヲ爲シタルトキハ左ノ區別ニ從ヒ或ハ新舊法ヲ比照スヘク或ハ之ヲ比照スヘカラサルナリ

二　故障中法律ソ改正アリタルトキハ如何○故障ハ事實覆審ヲ求ムルノ訴ナリ故ニ關席裁判ニ對シ故障ノ權アル者ヨリ相當ノ期限內ニ故障ヲ爲シタルトキハ原裁判ハ之ニ因テ消滅ス故ニ故障ヲ受理シタル裁判所ニ於テハ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷セサルヘカラス然レトモ其言渡欠席裁判ニ非サルカ故障申立人ニ於テ故障ヲ爲スノ權ナキカ又ハ故障期限ヲ經過セシニ因リ故障受理スヘカラサルノ言渡ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ原裁判消滅セス故ニ特ニ新舊法ヲ比照センカ爲メ故障ヲ受理スヘカラサルナリ

三　控訴中法律ノ改正アリタルトキハ如何○控訴モ亦事實覆審ヲ求ムルノ訴ナリ故ニ始審ノ裁判ニ對シ控訴ノ權アル者ヨリ相當ノ期限內ニ控訴ヲ爲シタルトキハ原裁判ハ之ニ因テ消滅ス故ニ控訴ヲ受理シタル裁判所ニ於テハ必ス新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷セサルヘカラス然レトモ控訴ノ成立ニ瑕瑾アルトキハ原裁判消滅セス故ニ新舊ノ法ヲ比照スヘカラサルナリ

四　上告中法律ノ改正アリタルトキハ如何○上告ハ他ノ上訴ト異ナリテ事實覆審ヲ求ムルノ訴ニ非ス法

律ニ定メタル原由アルトキ原裁判ノ不法ヲ破毀セラレンコトヲ求ムルノ訴ナリ故ニ法律ニ從ヒ上告ヲ爲ス者アルモ原裁判ハ未タ消滅セス大審院ニ於テ原裁判ヲ破毀シタルトキ始メテ消滅スルモノナリ是レ大審院ニ於テ上告ヲ理アリトスルトキハ原裁判ヲ破毀スル旨ヲ言渡シ之ヲ不理ナリトスルトキハ上告ヲ棄却スル旨ヲ言渡スニ因テ明カナリトス故ニ上告中法律ノ改正アルモ大審院ニ於テハ直チニ新舊法ヲ比照シ輕キニ從テ之ヲ處斷スル能ハス然レトモ原裁判ヲ破毀シ其事件ヲ他ノ裁判所ニ移シタルトキハ送付ヲ受ケタル裁判所ニ於テハ必ス新舊ノ法ヲ比照スヘク又他ノ裁判所ニ其事件ヲ移サヽルトキハ左ノ區別ニ從ヒ處分スヘキナリ

擬律ノ錯誤ニ因リ原裁判ヲ破毀シタルトキハ大審院ニ於テ新舊法ヲ比照シ輕キ法ヲ擬スヘク又治罪法第四百三十條ニ從ヒ公判ノ手續ノミヲ破毀シタルトキハ原裁判消滅セス故ニ新舊ノ法ヲ比照スヘカラサルナリ

或難シテ曰ク上告中法律ノ改正アルモ大審院ニ於テ原裁判ヲ破毀セサル以上ハ新法ヲ以テ舊法ノ刑ヲ廢止シ若クハ之ヲ減輕シタルモ仍ホ輕キニ從テ處斷スルヲ得スト爲スハ其當ヲ得サルニ非スヤト曰ク大審院ノ職權上ヨリ之ヲ論スレハ其當ヲ失セルモノニ非スト雖モ刑法上ヨリ之ヲ論スレハ其當ヲ得タリトス

ルヲ得ス然レトモ今之ヲ醫セントスルニハ宜ク刑法草案第六十八條第四ノ如キ規則ヲ設ケサルヘカラス然ラスシハ或者ノ說ヲ假容シ枉ケテ大審院ニハ原裁判言渡當時ノ法律ニ背カサルモ其後ニ頒布セラレタル法律ニ於テ舊法ノ刑ヲ廢止シ若クハ之ヲ減輕シタルトキハ原裁判ヲ破毀シ舊法ヲ適用スルノ權アリトヲスモ刑期中ノ者ニハ新法ヲ適用スル能ハサルヘシ故ニ此點ニ就テハ草案ノ如キ法ヲ設クルニ非サレハ必ス周密ニ特赦ヲ行フヘク他ニ良法アルヘカラサルナリ」ト

第二　新舊比照法ノ解

余ハ此ノ釋解ヲ下スニ當リ先ツ新舊比照法ノ全文ヲ掲ケン

第八十一號布告　明治十四年十二月二十八日

第一條　新舊法比照スルニハ左ノ如シ

新法	舊法
一死刑	斬絞
二無期徒刑	懲役終身
三有期徒刑	禁獄終身
四無期流刑	
五有期流刑	懲役十年
六重懲役	懲役七年
七輕懲役	禁獄十年
八重禁獄	

第三條

九輕禁獄　禁獄七年
十重禁錮　懲役十一日以上五年以下
十一輕禁錮　禁獄鎖錮十一日以上五年以下
十二罰金　贖罪收贖罰金科料二圓以上
十三拘留　懲役禁獄鎖錮拘留十日以下
十四科料　贖罪收贖罰金科料二圓未滿

第二條　舊法ノ刑期新法主刑ノ刑期內ニ在ル時ハ新法ニ從フ但舊法ノ刑期ニ過クルヿヲ得ス〔舊法ニ於テ懲役百日ニ該ル者新法ニ照シ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ該ル時ハ新法ニ從ヒ二月以上百日以下ノ重禁錮ニ處スルノ類〕

若シ舊法ノ刑期新法主刑ノ短期ニ等シクシテ舊法ニ定役ナク新法ニ定役アル時ハ舊法ニ從フ〔舊法ニ於テ禁獄三十日ニ該ル者新法ニ照シ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ該ル時ハ舊法ニ從ヒ禁獄三十日ニ處スルノ類〕

第三條　舊法新法ノ刑共ニ短期長期アル者ハ其短期ノ短キ者ニ從フ但其長期ノ短キ者ニ過クルヿヲ得ズ〔舊法ニ於テ一年以上三年以下ノ懲役ニ該ル者新法ニ照シ三月以上四年以下ノ重禁錮ニ該ル時ハ新法ニ從ヒ三月以上三年以ノ重禁錮ニ處スルノ類〕

若シ舊法新法ノ刑共短期等シクシテ定役ナク新法ニ定役アル時ハ舊法ニ從フ〔舊法ニ於テ二月以上三年以下ノ禁獄ニ該ル者新法ニ照シ二月以上二年以下ノ重

禁錮ニ該ル時ハ舊法ニ從ヒ二月以上二年以下ノ禁獄ニ處スルノ類

第四條　舊法ノ贖罪收贖若クハ罰金科料ノ金額新法主刑ノ金額內ニ在ル時ハ新法ニ從フ但舊法ノ金額ニ過クルヿヲ得ス

第五條　舊法新法ノ罰金科料共ニ多數寡數アル者ハ其寡數ノ寡キ者ニ從フ但シ其多數ノ寡キ者ニ過クルヿヲ得ス

第六條　舊法ニ於テ單ニ躰刑ニ該ル者新法ニ於テ罰金ヲ附加スベキ時ハ其罰金ヲ附加セス

第七條　舊法ニ於テ躰刑ニ該ル者新法ニ於テ罰金科料ニ該ルトキハ新法ニ從フ

舊法ニ於テ贖罪收贖若クハ罰金科料ニ該ル者新法ニ照シ躰刑ニ該ルトキハ新法ニ從フ

第八條　舊法ニ從ヒ贖罪收贖ニ處シタル者其金額ヲ延期限內ニ納完スル能ハザル時ハ一圓ヲ一日ニ折算シ輕禁錮又ハ拘留ニ換フ但一圓未滿ト雖モ仍ホ一日ニ計算ス

第九條　舊法ニ於テ躰刑ニ該ル者新法ニ從ヒ重罪ノ刑ニ處スル時ハ新法ノ附加刑ヲ適用セス但除族追奪位記沒收ノ類ハ舊法ニ從フ

第十條　舊法ニ於テ躰刑ニ該ル者新法ニ從ヒ禁錮ノ刑ニ處スル時ハ監視ヲ附加セス

第十一條　華士族ノ犯罪新法ニ於テ輕罪ニ該ル者舊

法ニ從ヒ處斷スル時ハ其族ヲ除セス

第十二條　新法ト舊法トヲ比照スルニハ各其本法ニ照シ加減シタル者ヲ以テ本刑ト爲ス

第十三條　舊法ニ於テ棒鎖ニ該ル者ハ仍ホ棒鎖ニ處ス

○

第一條ノ解

○本條ハ新舊二法ヲ對照シテ刑ノ本位ヲ定メタルモノナリ彼ノ新法ノ死刑ハ舊法ノ斬絞ニ當リ舊法ノ懲役終身ハ新法ノ無期徒刑ニ當ルト云フカ如キ即チ然リ而シテ新法ノ有期徒刑及ヒ有期流刑ハ舊法之レト比照スヘキモノナキカ故ニ舊法ノ懲役終身ハ新法ノ無期徒刑及ヒ有期徒刑ノ二刑ニ當リ舊法ノ禁獄終身ハ新法ノ無期流刑及ヒ有期流刑ノ二刑ニ當ルト誤解スヘカラズ

新舊ノ法ヲ比照シテ舊法ヲ輕シトナシ舊法ニ據テ處斷スルトキハ本條ニ依リ之レト相對應スル新法ノ刑名ヲ用ユベキカ或ハ舊法ノ刑名ヲ用ユベキ乎堀田氏此疑問ニ答ヘテ曰ク「新舊ノ法ヲ比照シ舊法ノ刑ヲ輕シトシ之ニ從テ處斷スヘキトキハ本條ニ照シ之ニ相對スル新法ノ刑名ヲ以テセサルヘカラサルヘシ是レ新法ノ刑名ヲ以テセスシテ舊法ノ刑名ヲ以テスルトキハ其執行ニ於テ大ニ困難ヲ生スヘケレハナリ然レトモ第八條ニ舊法ニ於テ贖罪收贖ニ處シタル者云々ト

アルニ由テ之ヲ觀レハ立法ノ意蓋シ舊法ヲ輕シトシ之ニ從テ處斷スルトキハ舊法ノ刑名ヲ以テスルコ在ラン乎果テ然ラハ之ヲ改メテ宜ク新法ノ刑名ヲ以テスルノ方法ヲ設クヘキナリ」ト余ハ理論上ヨリ云ハヾ氏ノ說ヲ失當トナス何トナレハ法律ハ新舊二法ヲ比照シ輕キニ從ハシムルノ主旨ナルカ故ニ舊法輕シトセハ舊法ニ從フベク從テ舊法ノ刑名ヲ用ユベキハ自然ノ道理ナレバナリ而メ彼ノ舊法ナルモノハ新法ヲ以テ改正シタルモノニシテ廢止シタルモノニアラザレハ舊法ノ刑名ヲ用ユルモ理ニ反背スル所ナシ若シ之レト反シ舊法輕シトシテ舊法ニ從フベキ時ハ之レニ相當スル新法ノ刑名ヲ用ユベシト爲サバ比照法第十三條ニ規定セル棒鎖ニ處スル時ハ如何スヘキヤ蓋シ新法刑名ノ以テ用ユルモノアラザルベシ故ニ自然ノ道理ニ從ヒ依然舊法ノ刑名ヲ用ヰザルヘカラズ之レ氏ノ說ヲ失當トシタル所以ナリ然レ𪜈歩ヲ異コシテ實際上ヨリ考フレハ裁判管轄等ニ就キ多少ノ困難アルカ故ニ氏ノ說亦理ナキニ非ルベシ

第二條ノ解

○本條ハ舊法ノ長短兩期アラサル刑ト新法ノ刑トヲ比照スルノ法ヲ定メタルモノナリ

第一項ハ舊法ノ刑期新法ノ刑期內ニ在ルトキ例令バ舊法ニ於テ懲役百日ニ該ル者新法ニ照シ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ該ルトキノ如キハ新法ニ從ヒ

舊法ノ刑期ニ過クルヿヲ得ザル旨ヲ定ム故ニ新法ノ最輕度ナル二月ト舊法ノ百日トノ間ニ於テ犯者ニ適宜ノ期ヲ當ツベキナリ之レ一般學者ノ認メテ以テ立法者ノ能クスベシシテ解法者ノ能クスベキ所ニアラズト云フモノナリト雖モ蓋シ皮想ノ見ノミ

第二項ハ舊法ノ刑期新法主刑ノ短期ニ等シクシテ舊法ニ定役ナク新法ニ定役アルトキハ舊法ニ從フベキ旨ヲ定メタルモノナリ例令バ舊法ニ於テ禁獄三十日ニ該ル者新法ニ照シ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ該ル時ハ舊法ニヨリ禁獄三十日ニ處スルノ類ノ如キ之レナリ

堀田氏本項ヲ批難シテ曰ク「余ハ之ヲ以テ無要ノ規則ナリトス是レ五年以下ノ禁獄ノ刑ト重禁錮ノ刑トハ相對スルモノニ非ス重禁錮ハ禁獄ヨリ一等重キモノナレバ舊法ニ於テ五年以下ノ禁獄ノ刑ニ該ルモノ新法ニ照シ重禁錮ニ該ルトキハ第一條ニ照シ舊法ノ刑ニ處スベキヤ明カナレバナリ、又本項ノ規則ハ啻ニ要ナキノミナラズ而モ却テ害アルモノナリ是レ本項ノ規則アルトキハ或ハ舊法ニ於テ禁獄一年ニ該ルモノ新法ニ於テ九月以上二年三月以下ノ重禁錮ニ處スヘキ場合ニ於テハ本條第一項ニ從ヒ九月以上一年以下ノ重禁錮ニ處スヘシト解スル者アルニ至レハナリ果メ然ラハ重キヲ誣テ輕シト爲シ輕キヲ誣テ重シト爲スモノナリ妄モ亦甚シ何トナレハ新法ノ定役ナキ輕

禁錮ト相對スル禁獄ノ刑ト定役アル重禁錮ノ刑トヲ比照セハ禁獄ノ方輕キコト一目了然タレハナリ若シ立法官新法ニ於テ九月以上二年三月以下ノ刑ニ該ルヘキモノヲ禁獄一年ニ處スルヲ以テ犯人ノ爲メ不利ト爲サハ之ヲ九月以上一年以下ノ輕禁錮ニ處スルノ法ヲ設クヘク九月以上一年以下ノ重禁錮ニ處スルノ法ヲ設クヘカラサルナリ」ト論スル所理アリト云フベシ

罪三條ノ解

○本條ハ新舊二法共ニ長短兩期アル場合ノ比照法ヲ定メタルモノナリ

第一項ハ新舊二法共ニ長短ノ兩期アル者ハ其短期ノ短キ者ニ從ヒ長期ノ短キ者ニ過クルヿヲ得サル旨ヲ定ム例令バ舊法ニ於テ一年以上三年以下ノ懲役ニ該ルモノ新法ニ於テ三月以上四年以下ノ重禁錮ニ該ルトキハ新法ニ從ヒ三月以上三年以下ノ重禁錮ニ處スルノ類之レナリ此ノ比照法モ亦第二條ト同シク學理上其宜キヲ得タルモノニシテ刑法第三條ト矛盾スル所ナリ

第二項ハ新舊二法ノ刑其短期等シクシテ舊法ニ定役ナク新法ニ定役アルトキハ舊法ニ從フヘキモノナルヲ定ム例令バ舊法ニ於テ二月以上三年以下ノ禁獄ニ該ル者新法ニ照シ二月以上二年以下ノ重禁錮ニ該ルトキハ舊法ニ從ヒ二月以上二年以下ノ禁獄ニ處スルカ

如キ之レナリ

堀田氏本項ヲ批難シテ曰ク「第二項ハ新舊ノ刑其短期等クシテ舊法ニ定役ナク新法ニ定役アルトキハ舊法ニ從フヘキ旨ヲ定ム然レトモ前條第二項ニ於テ開説セシ如ク余ハ之ヲ以テ無要有害ノ規則ナリトス是レ五年以下ノ禁獄ト重禁錮トハ相對セサルモノニシテ重禁錮ハ禁獄ヨリモ二等重キニ因リ其短期相等キト否トヲ問ハズ總テ禁獄ニ處スヘケレハナリ然リト雖モ舊法ニ於テ二月以上三年以下ノ禁獄ニ該ルモノ新法ニ照シ二月以上二年以下ノ重禁錮ニ該ルトキハ舊法ニ從ヒ二月以上二年以下ノ禁獄ニ處スルノ一例ニ至テハ大ニ取ルヘキモノアリ是レ二月以上三年以下ノ禁獄ニ處スルニハ本項ノ規則ヲ必要トセサレトモ二月以上三年以下ノ禁獄ニ處スルハ新舊ノ刑ヲ調合シテ一ノ新刑ヲ作ルモノナレハ法ニ明文ナキトキハ之ヲ爲ス能ハサレハナリ因テ右ノ精神ヲ擴充シ禁獄ノ長期重禁錮ノ長期ヨリ長キトキ其長期ヲ重禁錮ノ長期マテ下スノミナラス禁獄ノ短期重禁錮ノ短期ヨリ長キトキモ亦其短期ヲ重禁錮ノ短期マテ下スヲ得ルト爲サハ庶幾クハ其當ヲ得ン」ト論ズル所亦理アリト云フベシ

第四條ノ解

○本條ハ舊法ノ贖罪收贖若クハ罰金科料ニ多數寡數ナク新法主刑ノ金額内ニ在ルトキハ新法ニ從フベキ

モノナルヲ定ム例令バ舊法ニ於テ收贖金二十圓ニ該ルモノ新法ニ照シテ十圓以上百圓以下ノ罰金ニ該ルトキハ新法ニ從ヒ十圓以上二十圓以下ト爲スカ如キノ類ナリ

第五條ノ解

○本條ハ金刑ノ比照法ヲ定メタルモノニシテ例令バ舊法ニ於テ五十圓以上百圓以下ノ罰金ニ該ルモノ新法ニ照シ二十圓以上二百圓以下ノ罰金ニ該ルトキハ新法ニ從ヒ二十圓以上百圓以下ノ罰金ニ處スルカ如キ之レナリ要スルニ新舊二法ノ金刑共ニ多數寡數アルトキハ寡數ノ寡ナキモノニ從ヒ多數ノ寡ナキ者ニ過クルヲ得ザル旨ヲ定メタルモノナリ

第六條ノ解

○本條ハ舊法ニ於テ單ニ体刑ニ該ルモノ新法ニ於テ罰金ヲ附加スルトキハ之レヲ除去スル旨ヲ定メタルモノナリ例令バ舊法ニ於テ三月以上三年以下ノ禁獄ニ該ルモノ新法ニ照シ二月以上四年以下ノ輕禁錮二圓以上二十圓以下ノ罰金ニ該ルトキハ新法ニ據リ二月以上三年以下ノ輕禁錮ニ處シ附加ノ罰金ヲ科セザルノ類之レナリ

本條ノ比照法ハ解法者ノ爲ス能ハズシテ獨リ立法者ノ能クスル所ナリ何トナレハ新舊ヲ比照シテ輕キニ從フノミナラズ附加刑ヲ除去スルモノナレバナリ

或人曰ク新舊二法ノ比照法ハ本論ニ於テ知ルヿヲ得

タリ然ルニ今若シ新舊二法中何レカ一法ニ附加刑アル時ハ正理上如何スベキ乎ト余曰ク主刑ノ輕重ニ據ルベクシテ附加刑ノ有無ヲ問フベキニアラズト然ルニ堀田氏ハ本條ニ於テ「躰刑ト金刑トヲ併セ之レヲ他ノ躰刑ト比照スルトキハ其輕重ヲ定ムル能ハス」云々ト論究セラレタリ之レ蓋シ誤謬ノ說ナリ請フ左ニ之レヲ論ゼン

新舊二刑ノ輕重ヲ知ルハ本論ニ於テ詳述シタルカ如ク刑ノ性質ノ輕重ヲ以テ刑ノ輕重ヲ定ムベク刑期ノ長短ヲ以テ刑ノ輕重ヲ定ムベカラザルナリ若シ仝性質ノ刑ノ場合ニ於テハ長期ト長期トヲ比較シテ其輕重ヲ定メ短期ト短期トヲ比較シテ又其輕重ヲ定メ而ノ得タル所ノ輕刑ヲ適用セザルベカラズ彼ノ附加ノ罰金ノ如キハ主刑ニ附着スルモノニシテ以テ主刑ノ性質ヲ變ヲ得ヘキ者ニアラズ例ヘハ茲ニ一年ノ禁獄ト十一ケ月ノ禁錮並ニ五十圓ノ罰金トアルトセンニ之レヲ比較スルニ主刑即チ禁獄ト禁錮トヲ比較ノ其輕重ヲ定ムベク罰金ノ如何ニハ着目セズシテ可ナリ何トナレハ金刑ハ躰刑ヨリ性質上輕キモノナレバナリ況ンヤ附加刑ヲヤ故ニ犯人ニ於テハ或ハ十一ケ月ノ禁錮ト五十圓ノ罰金トヲ避ケテ一ケ年ノ禁獄ヲ望ムヤモ知ルベカラズト雖モ道理ノ上ヨリ論究スレハ十一ケ月ノ禁錮並ニ罰金ヲ以テ輕シトセザルヘカラサルナリ何ゾヤ金圓ノ貴キハ自由ノ重ンズヘキニ遠

ク及ハサレハナリ然レトモ實際恐ビザルモノアリ且ツ犯人ノ利益ヲ保護スルノ厚キニ出テ本條ヲ設ケタルモノニシテ決シテ刑ノ輕重ヲ知ル能ハザルカ故ニアラザルナリ

第七條ノ解

○本條ハ舊法ニ於テ躰刑ニ該ル者新法ニ於テ金刑ニ該ル時ハ新法ニ從ヒ舊法ニ於テ金刑ニ當ルモノ新法ニ於テ躰刑ニ該ル時ハ舊法ニ從フベキ旨ヲ定メタルモノニシテ蓋シ正理ノ許ス所ナリ

堀田氏本條ヲ批難シテ曰ク「本條ヲシテ新法ノ罰金ト舊法ノ十一日以上ノ懲役禁獄ト又新法ノ科料ト舊法ノ十日以下ノ懲役禁獄鎖錮拘留トヲ比照シ又ハ舊法ノ二圓以上ノ贖罪收贖罰金科料ト新法ノ徒流懲役禁獄禁錮ノ刑ト又舊法ノ二圓未滿ノ贖罪收贖罰金科料ト新法ノ拘留トヲ比照セシカ爲メ設ケタルモノトセハ是レ全ク無要ノ規則トス何トナレハ此等ノ刑ヲ比照シ其輕重ヲ定ムルニハ第一條アルヲ以テ既ニ十分ナレハナリ又本條ヲシテ舊法ノ十日以下ノ懲役禁獄鎖錮拘留ト新法ノ罰金トヲ比照シ又ハ新法ノ拘留ト舊法ノ二圓以上ノ贖罪收贖罰金科料トヲ比照センカ爲メ設ケタルモノトセハ是レ不當ノ規則ナリ何トナレハ新法ニ於テ違警罪ノ刑ナリトスル拘留ト相對スル十日以下ノ懲役禁獄鎖錮拘留ト新法ノ罰金トハ罰金ノ方重ク又新法ニ於テ輕罪ノ刑ナリトスル二圓以

上ノ贖罪收贖罰金料料ト新法ノ拘留トハ拘留ノ方輕シトセザルベカラサレハナリ故ニ余ハ本條ヲ第一義ノ如ク解シ之ヲ無要ノ規則トセン若シ然ラスシテ之ヲ第二義ノ如ク解セハ竟ニ輕キヲ認テ重シトヲ爲シ重キヲ認テ輕シトヲ爲スニ至ルヘキナリ」ト之レ誤ノ最モ甚シキモノナリ左ニ其所以ヲ詳述セン

前既ニ論ジタルカ如ク躰刑ノ重クシテ金刑ノ輕キハ性質上疑フベカラザルノ區別ナリ而メ氏モ亦之レヲ認メテ曰ク金刑ト躰刑トハ金刑ノ方輕キコト疑フベカラズ（第六條ノ解釋中ニ云ヘリ）云々ト然ルニ本條ニ至テ或ル場合ハ躰刑ヨリ金刑ヲ重シト爲ス何ゾ前后矛盾スルノ甚シキヤ氏ハ人ノ自由ハ金圓ヲ以テ其價ヲ定メ得ベキモノトナスカ豈ニ夫レ然ランヤ故ニ輕罪主刑ノ罰金ト違警罪ノ拘留トヲ比照スレハ拘留ヲ以テ重シト論決セザルヘカラス若シ皮想上ヨリ見レハ一ハ輕罪ノ主刑ニシテ一ハ違警罪ノ刑ナルカ故ニ輕罪ノ主刑ヲ以テ重シトナスヘキカ如シト雖モ決メ然ラズ夫レ財產ハ今失フモ後ニ得ラルベキモノナリト雖モ自由ハ一タヒ之レヲ失ヘハ復タ回復スルヲ得ザルモノナリ故ニ舊法ニ於テ一日ノ拘留ニ該ル者新法ニ照シ二百圓ノ罰金ニ該ルトキハ尙ホ新法ヲ輕シトセサルヘカラサルナリ

理學上右ノ如シト雖モ實際又恐ビザルモノナキニ非ルヘシ井上氏此ノ弊ノ生ズルアランヲ恐レテ曰ク「一

日ト百圓トイフカ如キ新舊ニ大差アルヿハ絶テナカルベケレトモ亦其差等頗ル大ナルモノナキニシモアラザルナリ然レハ罰金ヲ納完セサルトキニ於テ一圓ヲ一日ニ換フルノ割合ヲ以テ輕重ヲ比照スルノ例ヲ定メハ殊ニ穩當ナルヘキニ似タリト云フ所亦理ナキニアラザルナリ

第八條ノ解

○本條ハ舊法ニ據リ贖罪收贖ニ處セラレタル者其金額ヲ延期限内ニ納完スル能ハサル時ハ一圓ヲ一日ニ折算シ輕禁錮又ハ拘留ニ換ヘ且ツ一圓未滿ト雖モ仍ホ一日ニ計算スル旨ヲ定メラレタルモノナリ假令ハ舊法ニ據リ百圓十錢ノ贖罪ニ處セラレタルモノ延期限内ニ納完セサルトキハ百一日ノ輕禁錮ニ處セラルヽノ類之レナリ

第九條ノ解

○本條ハ舊法ニ於テ體刑ニ該ル者新法ニ從ヒ重罪ノ刑ニ處スル時ハ新法ノ附加刑ヲ適用セスシテ舊法ノ除族追奪位記没收ノ類ヲ附加スルヲ定メタルモノナリ之レ舊法ノ附加刑ハ新法ノ附加刑ヨリ輕ケレハナリ

第十條ノ解

○本條ハ舊法ニ於テ體刑ニ該ル者新法ニ從ヒ禁錮ノ刑ニ處セラレタルトキハ監視ヲ附加セサル旨ヲ定メタルモノナリ

第十一條ノ解

○本條ハ華士族ノ犯罪新法ニ於テ罪ニ該ル者舊法ニ從ヒテ處斷スヘキトキハ其附加刑ハ新法ニ據リ除族セサル者ヲ定メタルモノナリ

第十二條ノ解

○本條ハ新法ト舊法トヲ比照スルニハ各本法ニ照シ加減シタル者ヲ以テ本刑ト爲シ以テ其輕重ヲ比照スヘキ旨ヲ定メタルモノナリ

新法ニ於テ加重スヘキモノ舊法ニ於テ加重セサルアリ舊法ニ於テ加重スヘキモノ新法ニ於テ加重セサルアリ又舊法ニ於テ減輕スヘキモノ新法ニ於テ減輕セサルアリ新法ニ於テ減刑スヘキモノ舊法ニ於テ減輕セサルアリ故ニ加フヘキハ加ヘ減ズヘキハ減シ而シテ後ヲ新舊二法ヲ比照セザレハ始メ輕シトナセシモノ後却テ重キニ至ルアルヘシ故ニ本條ヲ定メテ豫メ其弊ヲ防ギタルモノナリ

第十三條ノ解

○本條ハ舊法ニ於テ棒鎖ニ該ル者ハ新法ニ於テ對照スヘキノ刑ナキカ故ニ必ス棒鎖ニ處スル旨ヲ定メタルモノナリ

第三　數罪俱發ノ場合ニ於テ新舊二法ヲ比照スルノ方法

○第一說ニ曰ク舊法ニ於テ其二刑ヲ比照シ重キモノヲ採リ新法ニ於テモ其二刑ヲ比較シテ重キモノヲ採

リ而メ其新舊二法ノ重キ者ト重キ者トヲ比較シテ其輕キニ從フベシト

第二說ニ曰ク舊法ニ於テ其二刑ヲ比較シ重キモノヲ採テ其重キモノヽミヲ新法ノ刑ト比較シ其輕重ヲ知ルベシト

第三說ニ曰ク舊法ノ二刑共ニ新法ノ刑ト比較シテ各其輕キモノヲ採リ又輕キ者ト輕キ者トヲ比較シテ一ノ重キニ從フベシト

今例ヲ設ケテ此三說ノ差異ヲ詳明ニセン

例令ハ舊法ノ下ニ在リテ官ノ文書ヲ詐爲シタル罪ト窃盜二百圓ノ罪トアリトセンニ舊法ニ於テ第一ノ罪ハ懲役三年ニ該リ第二ノ罪ハ懲役十年ニ該ル今第一說ノ比照法ニ從ヘハ舊法ノ刑中重キ懲役十年ノ刑ヲ採リ而メ新法ニ於テ又其二刑ノ輕重ヲ比較ノ重キモノヲ採ラサルヘカラス新法ニ於テ第一ノ罪ハ輕懲役ニ該リ第二ノ罪ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ該ル故ニ重キ輕懲役ヲ採リ舊法ノ重キ懲役十年ト新法ノ重キ輕懲役トヲ比較スレハ新法輕キカ故ニ六年以上八年以下ノ輕懲役ニ處スヘキナリ

第三說ニ從ヘバ舊法ニ於テ竊盜二百圓ノ罪ヲ尤モ重シト爲スカ故ニ新法ノ同刑即チ竊盜罪ト比較シ其輕キ新法ノ窃盜罪ニ依リ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處スヘキナリ而メ官ノ文書ヲ詐爲シタルノ罪ハ比照スルヲ要セズ何トナレハ舊法ニ於テ窃盜二百圓ノ罪

ヨリ輕シト爲シタレハナリ

第三說ニ從ヘハ先ツ官ノ文書ヲ詐爲シタル罪ニ付テ新舊二法ヲ比照シ舊法ヲ輕シト爲シ第一ノ所爲ハ懲役三年ト定メ又竊盜二百圓ノ處爲ニ付テ新舊二法ヲ比照シ新法輕キガ故ニ第二ノ所爲ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ト定メ茲ニ於テ始メテ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ該ル罪ト懲役三年ニ該ル罪ト二罪俱發シタリトナシ一ノ重キ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處スベキナリ

以上三說中余ハ第三說ヲ以テ可トスルモノナリ何トナレハ前問ニ於テ講究シタル比照法第十二條ノ原則及ヒ刑法第三條ノ輕キニ從テ處斷スルノ主旨ニ適合スルモノニシテ正理上不理ナル所ナケレハナリ

第四　本條ト治罪法第九條ト矛盾スルヤ否

○或曰治罪法第九條第四項ニ犯罪ノ後頒布シタル法律ニ因リ其刑ノ廢止トアリ然レハ此ノ刑法第三條ノ二項トハ矛盾スルニ非ズヤ何トナレハ治罪法第九條ニ於テハ舊刑法ハ新刑法ノ爲ニ廢セラレタルニヨリ舊刑法ノ下ニ在リテ犯シタル罪ニ付テハ公訴權消滅シタリト云ヒ刑法第三條第二項ニ於テハ未タ判決ヲ經サルモノハ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷スト アレハナリト非ナリ之レ廢止ト改正トヲ混合シタルノ論ナリ論者ハ新刑法ノ頒布アリシカ故ニ舊刑法即チ新律綱領改定律例ハ廢止セラレタリトナスカ何ン

誤ルノ甚シキヤ彼ノ舊刑法ハ新刑法ノ爲ニ改正セラレタルモノニメ廢止セラレタルモノニアラザルナリ而メ改正ト廢止トノ二者相同ジカラザルハ蓋シ論辨ヲ要セズシテ解スベキナリ即チ廢止トハ彼ノ舊刑法ノ其頒布ナキ舊ノ地位ニ復シタルヿニシテ改正トハ唯タ改メタルノミニ止マルモノナリ故ニ治罪法第九條ト本條トハ矛盾セシモノニアラザルヲ知ルベシ

或又曰ク然ラハ新律綱領ノ逐壻嫁女、匿父母夫喪、奴婢逃亡ノ罪ノ如キハ今日尚ホ存スルカト井上氏既ニ之レニ答テ曰ク「罪ト刑トニ就テハ新法ヲ以テ悉ク舊法ヲ改定セシナリ即チ爾後ハ罪ハ必ス重罪輕罪違警罪ノ三罪ニ限ルヘシ而メ其刑ハ第七條ヨリ第九條并ニ其以下ニ掲クル所ノ附加刑ノミニ限ルヘキナリ故ニ舊法ノ刑ハ悉ク新法ノ刑ヲ以テ改定セラレタリ是ニ由テ逐壻嫁女ノ罪ノ如キハ改定セル刑ノ中之ニ科スヘキモノナシ是レ此種ノ罪ニ限リ其刑ハ即チ廢止セラレタルナリ是レ直チニ新法ヲ以テ舊法ヲ廢止セルニハアラス新法中ノ原則ト相合ハサルヲ以テ此原則ノ爲メニ舊法中之レト牴牾セルモノヽミ廢止セラレタルナリ」云々ト蓋シ穩當ナリト云フヘシ

附言終

參考スヘキ法條

○日本刑法草案第三條　刑法ノ頒布以前ニ犯シタル罪ノ上ニ逆カノボル刑法ハ効力ヲ有セス

然リト雖モ新法ノ最モ寛宥ナル箇條ハ直チニ用ユルモノトス

○佛刑法第四條前ニ出ツ

○獨逸刑法第二條　犯罪ノ時ト裁判ノ時ト法律ニ變革アレハ其輕キニ從テ處分ス

第四條

此刑法ハ陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ論スヘキ者ニ適用スルヿヲ得ス

○本條ノ解

○本條ハ陸海軍ノ法律ト此刑法ノ關係ヲ定メシモノナリ

單ニ本條ノ表面ヨリ解釋ヲ下セハ此刑法ハ陸海軍ノ法律ヲ以テ論スルモノニ適用スルヿヲ得ズト云フガ故ニ軍人軍屬ハ此刑法ノ支配スル處ニアラサルガ如シト雖モ立法者ノ主意ハ然ラズ草案第九條ニ曰ク「此ノ刑法及ヒ他ノ罰則ノ條目ハ若シ陸海軍ノ兵ニ關係アル格段ノ法律ニ因テ別段ニ規則ダテナキトキハ海陸軍人ニ用ユ可キモノナリ」ト故ニ此刑法ニ於テ罰スル所ノ者ヲ海陸軍ノ法律ニ於テモ罰スヘキモノナルトキハ此刑法ヲ適用セズト雖モ陸海軍ノ法律ニ於テ罰セザルモノ此刑法ニ於テ罰スヘキモノナルトキハ例令軍人軍屬ナリト雖モ此刑法ニ依リ處斷スルモノナルヿヲ規定シタルモノナリ要スルニ本條ハ事ニ關スル刑法ノ管轄ヲ定メタルモノ

ニシテ人ニ關スル刑法ノ管轄ヲ定メタルモノニアラサルナリ

理由

○夫レ陸海軍ナルモノハ曩キニ述ヘタルカ如ク一國安危ノ關スル處ナレバ一擧一動嚴格ナル支配ヲ加ヘザルヘカラス若シ夫レ一朝ニシテ軍紀ヲ亂リ軍隊ヲ紊ルニ致ラハ一國ノ獨立モ計ルニ足ラサルベシ社會ノ安寧モ亦望ムヘカラサルニ至ルベシ於茲乎軍律ヲ嚴ニシ以テ軍紀ヲ維持シ軍隊ヲ保護セサルヘカラズ故ニ刑法ニ刑名アルモノ軍律亦之ヲ罪トスルハ普通刑法ノ刑以テ軍紀ヲ維持スル能ハサルカ爲ナリ然レ𪜈軍人軍屬ニシテ若シ此刑法ヲ犯シ其所爲軍律ニ於テ罪トセサルトキハ此刑法ノ支配ヲ受ケサルヘカラズ之レ此刑法ハ普通法ニシテ軍律ハ特別法ナレバナリ

參照スヘキ法條

○日本刑法草案第九條（本文中ニ出ツ）

○佛刑法第五條　此法典ニ定メタル規則ハ兵事ニ關スル違警罪輕罪重罪ニ適用スヘカラス

○獨逸刑法第十條　獨逸ノ兵籍ニ在ル者ハ獨逸通常ノ刑法ニ照シ處分スヘカラス但シ軍律ニ據ラサルトキハ此限ニアラス

○白耳義刑法第五條　凡此律ハ犯罪ノ諸軍律ニ依テ處分スヘキ者ニ適用スルヲ得ス

第五條

此刑法ニ正條ナクシテ他ノ法律規則ニ刑名アル者ハ各其法律規則ニ從フ

若シ他ノ法律規則ニ於テ別ニ總則ヲ掲ケサル者ハ此刑法ノ總則ニ從フ

○

本條ノ解

○本條ハ此刑法ト陸海軍律ヲ除クノ外ノ他ノ法律規則トノ關係ヲ定メタルモノニシテ分テ二項ト爲ス第一項ニ於テ此刑法ニ正條ナキモ他ノ法律規則ニ刑名アルトキハ他ノ法律規則ニ從フベキ旨ヲ定メ第二項ニ於テ他ノ法律規則ニ總則ナキトキハ此刑法ノ總則ヲ適用スル旨ヲ定メタリ而シテ他ノ法律規則トハ出版、新聞紙、集會、銀行、郵便、煙草、租稅、賣藥、鐵道、電信、酒醸、船舶等ノ諸條例規則ヲ云フモノナリ

法理上ノ解

○刑法ト他ノ法律規則トノ關係

曩キニ犯罪ノ種別ヲ論ズルニ當リ詳論シタルガ如ク法ニ二種アリテ一ヲ普通法ト云ヒ一ヲ特別法ト云フ而シテ特別法ヲ犯シタル罪ヲ特別犯ト云ヒ普通法ヲ犯シタル罪ヲ普通犯ト云フ

其ノ關スル處一般ニ渉リ普ク支配スル所ノモノヲ普通法ト云ヒ其ノ關スル處狹ク一部ノ人民又ハ或ル事業ニ止マル所ノモノヲ支配スル法ヲ特別法ト云フ而シテ此ノ二法ノ區別ヲ必要トスル所以ハ一ハ國ノ東西ヲ論セズ

時ノ古今ヲ問ハズ甲ノ罪トスル所乙亦之レヲ罪トシ二者概ヲ同一途ニ歸スルモノコシテ又自然ノ法ニ基クモノナレハ一度ヒ之レヲ法典ニ載スルヤ容易ニ變更セサルモノナリト雖モ他ノ一ハ之レト反シ一時ノ必要ヨリ成立スルモノナレハ其必要ノ程度如何ニヨリ時々變更スルモノナルガ故ナルト又一部ノ人民或ハ或ル事業ニ對スルノ法ナルカ故ニ普ク通シテ支配スル普通法ニ記入スルノ理ニ反スル所アルトニ依ルモノナリ以下將ニ此二法ノ關係ヲ詳論セン

第一　刑法ニ正條ナクシテ他ノ法律規則ニ刑名アル場合

此ノ場合ニ於テハ他ノ法律規則即チ特別法ニ據ラサルヘカラス之レ本條ノ明示スル所ニシテ又特別法ノ頒布刑法ノ前後ヲ問ハザルナリ之レ刑法ト特別法ト並ヒ行ハルルモノニシテ二法ノ抵觸スルカ爲ニ明、暗ニ一法ノ刑ノ廢止セラレタルカ或ハ一時効力ヲ停止セラレタルノアラザル以上ハ二法共ニ其効力ヲ失ハザレハナリ彼ノ明治八年九月三日第百三十五號布告出版條例ノ如キ此ノ刑法頒布以前ノ規則ナリト雖モ今尚ホ其効力ヲ失ハザルガ如キ以テ二法ノ並行スルアルヲ知ルベキナリ

第二　特別法ニ刑名アリテ此ノ刑法ニモ亦刑名アルノ場合

此ノ場合ヲ論究スルニ當リ左ニ二三氏ノ說相一定セザ

ルヲ示シ後ヲ余ノ可トスル處ヲ述ベシ

堀田氏曰ク刑法ニ正條アリテ其頒布以前ノ特別法ニモ亦刑名アルトキハ刑法ニ從ハサルヘカラス其理由二アリ第一此刑法頒布以前ノ特別法ハ此刑法ト對照シテ作リタルモノニ非サレハ彼ノ特別法ハ普通法ニ愈ルノ原則ニ依ル能ハサルナリ第二舊特別法ニ定メタルモノヲ此刑法ニ定メタルハ是レ其事タルヤ特別法ニ定ムヘキ性質ノモノニ非スト爲シタルカ故ナリ故ニ舊特別法ニ定メタル所ト此刑法ニ定メタル所トヲ比較審案シ其事タル同ニシテ疑ヲ容レサルトキハ此刑法ニ從テ處斷スヘシ彼ノ普通法ヲ以テ特別法ヲ廢スヘカラサルノ原則ニ依ルヘカラス明治十四年第七十二號布告第六條ニ曰ク法律規則中罰例アリト雖モ刑法ニ正條アルモノハ刑法ニ依テ處斷スト蓋シ能ク法理ニ適セル規則ナリ

然レモ刑法ニ正條アリテ其頒布以後ノ特別法ニモ亦刑名アルトキハ特別法ニ從ハサルヘカラス是レ刑法頒布以後ノ特別法ト刑法ト對照シテ設ケタルモノナルニ仍ホ之ニ刑法ニ正條アルモノヲ定メタルハ要スルニ刑法ニ定メタル所ハ一部ノ人民若クハ一種ノ事業ニ適應セスト爲シタルモノナレハ彼ノ特別法ハ普通法ニ愈ルノ原則ニ依ラサルヘカラサレハナリ然レトモ本項ニハ此刑法ニ正條ナクシテ他ノ法律規則ニ刑名アルモノハ云々トアリテ唯刑法頒布以前ヨリ存スル特別法ト此刑法トノ關係ヲ定メタルニ過キサレハ此刑法ニ正條アリテ

其頒布以後ノ特別法ニモ亦刑名アル場合ニ於テハ道理上宜ク特別法ニ從フヘキナリト

高木氏曰ク或説ニ曰ク此場合ニ於テハ他ノ法律規則ノ頒布此刑法ノ頒布以前ニ在ルト以後ニ在ルトヲ區別セサルヘカラス若シ他ノ法律規則此刑法頒布以前ニアリトセン乎此場合ニ於テハ十四年第七十二號布告第六條ニ法律規則中罰例アリト雖モ刑法ニ正條アルモノハ刑法ニ依テ處斷ストアルニ依リ固ヨリ刑法ニ據ラサルヲ得ス若シ又其法律規則ノ頒布此刑法頒布以後ニ在リトセン乎此場合ニ於テハ夫ノ特別法ハ普通法ニ愈ルノ格言ニヨリ後ヲノ法律規則ニ從ハサルヲ得スト(以上刑法釋義ノ説)余曰ク此説未タ尽サヽル所アリト何トナレハ

第五條ニ所謂法律規則トハ或者ノ解スルカ如ク獨リ特別法而已ヲ指スニ非スシテ普通ノ法律規則ヲモ亦包含シテ云フモノナレハナリ蓋シ特別法トハ一部ノ人民若クハ一種ノ事業ニ適用スヘキモノヲ云ヒ普通法トハ全國ノ人民ニ普ク通スル法律ヲ云フ則チ獨リ刑法ノ如キ成典而已ヲ指スニ非スシテ假令一片一章ノ布告ト雖モ其全國人民ニ普及スヘキモノタルニ於テハ固ヨリ之ヲ普通法ト云ハサルヲ得スサレハ夫ノ特別法ハ普通法ニ愈ルノ格言ヲ以テ本條ヲ解スルニ蓋シ其適用ヲ錯マルモノト云フヘキナリ今一例ヲ擧ケテ之ヲ證センニ茲ニ刑法頒布ノ後ニ於テ賣藥規則則チ賣藥商人取締ノ規則ヲ頒布シ其規則中「規則ニ違背シテ毒藥劇藥ヲ販賣シタ

ル者ハ十圓以上百圓以下ノ罰金ニ處ス」トノ正條アリトセンニ刑法ニ於テモ亦既ニ其第二百五十四條ニ於テ之レト同一ノ正條アリ或者ノ說ニ據レハ此場合ニ於テハ其犯人ノ誰タルヲ問ハス概シテ後チノ特別法ニ從フヘシト云フニ歸ス是レ余カ其說ノ未タ盡サヽル所アリト云フ所以ナリ余チ以テ之チ見レハ先ツ其犯人ノ如何チ察シ而シテ其賣藥商人タルニ於テハ賣藥規則即チ特別法ニ依テ處斷シ若シ他ノ常人ニシテ賣藥ノ官許チ經若クハ鑑札チ受クヘキ等ノ規則ニ背キ一時毒藥劇藥チ販賣シタル者タルトキハ仍ホ此刑法ニ依ルヘキモノナラン ト信スルナリト

高木氏、堀田氏ノ說チ辨駁スルニ當リ其主旨トスル處ハ日ク本條ノ所謂法律規律トハ獨リ特別法チ指スニ非スシテ普通法モ亦其中ニ包含スト余ノ見チ以テスレハ氏却テ誤ルモノヽ如シ何トナレハ本條ノ所謂法律規則トハ獨リ特別法チ指スモノニシテ又他意アラザレハナリ請フ左ニ之チ論ゼン

刑法ナルモノハ其關スル所廣ク敢テ一部ノ人民ニ止マラス又內外人チ問ハザルカ故ニ之レチ普通法ト云フ而シテ一國ニ一刑法アルハ自然ノ道理ニシテ又爭フベカラサルモノナリ彼ノ特別ニ規則チ設ケテ犯者チ罰スルハ蓋シ刑法ノ關スヘカラザル所爲ナルカ或ハ刑法ノ不備ナル所チ補フカ爲メノモノニシテ之レチ特別法ト云フ故ニ普通法即チ刑法ノ外ニ刑法ナキモノナリ彼ノ刑

法外ノ法律規則ニ於テ罰則アルモノ其數多シト雖モ以テ特別法ト云フベク刑法即チ普通法ト云フベキモノニアラサルナリ然ルニ氏ハ假令一片一章ノ布告ト雖モ其全國人官ニ普及スベキモノタルニ於テハ固ヨリ之チ普通法ト云ハザルチ得ズト云フト雖モ如斯モノ蓋シアラザルナリ若シ假リニ刑罰アル一片一章ノ布告ニシテ全國一般ニ普及スルモノアリトスルモ之レ例外ト云フベキナリ然ラザレハ天ニ二ノ月日アリト云フガ如ク固ヨリ理ノ許サヾル所ナリ果シテ然ラバ堀田氏ノ特別法ハ普通法ニ愈ルノ格言チ以テ本問チ解セラレタルハ誤リニアラズシテ氏ノ之レチ辨駁セシハ却テ誤リナリト云ハサルヘカラス氏最後ニ一例チ掲ケ堀田氏ノ説チ批難ノ曰タ此場合ニ於テハ其犯人ノ誰タルヲ問ハス概シテ後チノ特別法ニ從フヘシト云フニ歸ス云々ト之レ亦誤レリ堀田氏ノ説ニ據ルモ如斯ノ結果チ奏セサルナリ何トナレハ堀田氏ハ此刑法ト特別法トノ主旨チ比較審案シ其事ノ同一ナルヤ否チ判決スルノ注意チ惹起シタレバナリ即チ氏ノ例ニ據レハ特別法ト普通法ト其主意同一ナルガ如シト雖モ其支配スル處自ラ異ナルモノアリ然ラバ堀田氏モ亦氏ガ後段解釋シタルガ如クニ解スヘキヤ必セリ説テ茲ニ至レハ氏カ見解ノ誤レルヤ炳乎トノ火チ覩ルヨリモ明ラカナリト云フベシ

以上詳説シタルカ如キ理由ナレハ本問ノ場合ニ於テハ特別法ノ頒布此刑法ノ頒布ヨリ前後ナルヤ否ニ據テ區

別ヲ爲サヾルヘカラザルヤ明ラカニシテ堀田氏ノ說間然スル處ナキモノナリ

故ニ刑法ニ正條アリテ此刑法頒布以前ノ特別法ニモ刑名アルトキハ此刑法ニ從フベク又刑法ニ正條アリテ其頒布以後ノ特別法ニモ刑名アルトキハ特別法ニ從フベキナリ

第三　刑法ノ總則ト他ノ法律規則トノ關係

刑法ノ總則ハ此刑法ノミヲ支配スルニアラズ之刑事全体ニ關スル法律規則即チ特別法ヲモ支配スルモノナリ故ニ特別法ニ總則ヲ掲ケタル場合ト雖モ此刑法ノ總則ヲ適用スルヲ得ベシ但シ特別法ノ總則ニ於テ此刑法ノ總則ニ反對ナル場合ヲ設ケタルトキ例ヘハ特別法ニ於テ刑法ノ不論罪、減輕、再犯加重及ヒ數罪俱發ノ例ヲ用ヒストノ正條アル場合ノ如キハ此刑法ノ總則ヲ其反對ヲ示シタルモノニ適用スルヲ得ズト雖モ明ラカニ反對ヲ示サヾル場合ハ此ノ總則ヲ適用セザルベカラズ之レ此刑法ハ普通法ナレバナリ然レトモ茲ニ最モ注意セザルヘカラザルコアリ他ナシ此ノ刑法頒布以前ノ特別法ニハ此ノ總則ヲ適用スルヲ得ザルコ之レナリ實ニ本條第二項ハ此刑法頒布以後ノ特別法ニ適用スルモノニシテ頒布以前ノ特別法ニ適用スベキモノニアラズ何トナレハ頒布以前ノ特別法ハ此刑法ノ總則ノ如何ナルヤヲ知ラサリシガ故ニ該法若シ此刑法ノ總則ト反對ノ正條ヲ設ケサリシトスルモ之レヲ目メ直チニ此刑法ノ總則ヲ適用

センカ爲メナリト云フヲ得ズ又此刑法ノ總則ヲ適用スレハ特別法ヲ設ケタルノ主旨消滅スルガ如キヿアレバナリ然レ𪜈此刑法頒布以後ニ至リテ頒布以前ノ特別法ヲ保護スルカ爲ニ此刑法總則ノ第何條ハ頒布以前ノ特別法ニ適用スルヲ得スト云フカ如キ規則ヲ設ケタル𪜈ハ之レト反對セザル他ノ總則ノ正條ヲ用フルヲ得ベシ故ニ本條第二項ニハ此刑法頒布以後ノ特別法トノ關係ヲ定メタルモノニアラサルナリ（參考スヘキ法條中ニアル日本刑法草案ヲ參考シス）

江木氏ノ說ヲ駁論ス

○江木氏曰ク學者往々我刑法第五條ニ基キ普通法ト特別法トヲ區別シ普通法ハ一般ノ人民ニ對シテ有効ナル者ヲ指シ特別法ハ一部ノ人民又ハ一事件ニ限リテ有効ナルモノヲ指スモノトスレトモ其說決シテ論理ニ適シタルモノニアラス何トナレハ危害品製造販賣規則毒藥販賣規則出版條例等ノ如キハ普ク一般ノ人民ニ向テ有効ナル者ニシテ何人ト雖モ此規則ニ違反スルコトヲ得スト之誤レリ彼ノ危害品製造販賣規則毒藥販賣規則等ハ一般ノ人民ヲ支配スルカ爲ニ設ケタルモノニアラズ即チ危害品製造販賣規則ハ危害品ノ製造ヲ業トスル者ノ爲メニ設ケ毒藥販賣規則ハ賣藥營業者ノ爲メニ設ケ出版條例ハ出版ヲ業トスルモノヽ爲メニ設ケタルモノニシテ共ニ一部ノ事業ヲ爲スモノヽ爲メ特ニ定メタルモノナレバ之レヲ以テ特別法ニ非ズトスルハ服スル能

ハサルナリ

氏曰ク現ニ官許ヲ得ズシテ危害ヲ生スヘキ物品ノ製造所ヲ創設シ(第二百五十條)又ハ規則ニ違背シテ毒藥劇藥ヲ販賣シタル者(第二百五十四條)ノ如キハ我刑典中ニ之ヲ罰スルノ正條アリ論者ハ尚之ヲシモ特別法即我刑典外ナル法律規則ノ違犯トスルヿヲ主張スルカト余ハ此問ニ對シテ然リト答フルニ苦マサルナリ何トナレハ危害ヲ生スヘキ物品ノ製造所ヲ創設シ又ハ規則ニ違背シテ毒藥劇藥ヲ販賣シタル者等ハ此刑法ニモ正條アリ特別法ニモ刑名アリト雖モ其支配スル人ニ區別アレバナリ即チ危害品ノ製造ヲ業トスル者及ヒ賣藥ヲ營業トスルモノハ違背ハ其特別規則ニ據リ然ラサルモノハ此刑法ニ據テ處分スヘキカ故ニ一ハ以テ特別犯ト云ヒ一ハ以テ普通犯ト云フヘキナリ

參照スヘキ法條

○日本刑法草案第十條　或ル格段ノ罪ニ關係アル法律ニ因リ現今格別ニ定メアル刑及ヒ或ル職務或ハ職業ニ關係アル法律及ヒ規則ニ於テ現今定メアル懲戒例ハ此ノ刑法ニ因テ別段ニ定メサル點ニ對シ用ヒ續ク可シ然リト雖モ此ノ刑法ノ總則ハ其欠點ニ助ケ用ユラルヽナリ

此ノ後定ムル格段ノ法律及ヒ規則ニ對シテハ其法律規則ニ因テ明書シテ此刑法總則ニ反對ノ條目ヲ擧ケサル毎トニハ該總則ハ助ケ用ユラルヽナリ

第五條

○佛刑法第四百八十四條　凡ソ此法典ニ定メスシテ特別ノ法律及ヒ規則ニ定メタル事柄ニ付テハ院及ヒ裁判所ニ於テハ引續キ其法律規則ヲ遵奉スヘシ

○

附言

法例中ニ規定セザルヘカラサルモノ四アリ曰ク事、時、處、人ニ就テ刑法ノ管スル處之レナリ而メ時、事ノ二者ハ本章ニ於テ講究シタリト雖モ處ト人トニ就テハ本章正條ナキカ故ニ之レヲ知ルニ由ナシ然レトモ以上四者ハ必ズシモ規定セザルヘカラザルモノナレハ不日刑法改正ノ際之レヲ補フベキヤ明カナリ依テ法理ノ上ヨリ處ト人トノ二者ニ就テ左ニ研究スル所アラントス但法ノ改正アリテ新タニ此ノ二事ニ就テ規定アリタルトキハ其法文ニ付キ再ヒ之レカ解釋ヲ下スヘシ

刑法ノ管スル所内外國ニ通シ及ブヘキヤ否

○國ノ國タル所以ノモノハ何ヲヤ曰ク主權者ノ威力不羈獨立ナルモノアレバナリ若シ夫レ國ニシテ主權者ナク主權者アルモ其威力即チ權利ノ不羈獨立ナルニアラズンハ豈ニ國ノ國タル所以ヲ全フスルモノナランヤ

刑法ハ邦國ノ秩序ヲ維持シ社會ノ平和ヲ保護スルノ必要止ムベカラサルカ故ニ主權者ノ裁定シ以テ命スル所ノモノナリ而メ一國全土ヲ支配スルモノニシテ

其ノ內人ト外人トヲ問ハザルナリ若シ之レト反シテ內人ハ我刑法ノ支配スル所ナリ外人ハ我刑法ノ支配スル所ニアラズトセバ外人ハ我國ノ秩序ヲ紊亂シ吾人ノ幸福ヲ妨グルノ權アリト云ハザルヘカラス之レ理ノ許サヾル處ナリ則チ法廳ハ犯人アルヲ見テ外人アルヲ見ズトノ法語ノ依テ起ル以所ナリ

ポルタリ、フォース、タンエリー、マッセ三氏ノ說ヲ駁ス

ポルタリ氏曰ク凡ソ法律中邦國ヲ維持スルニ一日モ欠クヘカラサルモノアリ邦國ノ取締及ヒ其安寧ニ關スル法即チ是レナリ故ニ此國ニ住スル者ハ總テ此重要ナル法律ニ服從セサルヘカラス內人ト外人トノ間ニ毫モ區別ヲ設クヘカラサルナリ蓋シ外人此國ニ來ルヤ一時其國法ノ配下ニ屬ス此國ニ來テ國法ノ保護ヲ受クルニ於テハ亦其國法ニ服從スルノ義務ナカルヘカラス彼レ吾レヲ保護ス吾レ之ニ報ユルニ服從ノ義務ヲ以テセサルヘカラサルナリ且各國固ヨリ其邦國ヲ維持スル權アリ此權アリテ始メテ主權ナルモノ存ス若シ國ニ秩序ヲ亂シ安寧ヲ害スルモ刑辭ニ觸レサル者アラハ曷ソ能ク其邦國ヲ維持スルヲ得ン內外人ヲ問ハス主權ニ制セラルヽコトナクンハ主權ハ其趣意ヲ達スル能ハサルナリ夫レ主權ハ物ニ就キ事ニ就キ又人ニ就キ制限ヲ受クヘカラス若シ主權ニシテ制限ヲ受クルコトアラバ是レ主權ナキノミ其身分ハ

外人タルモ其住スル國ノ命令權ヲ犯シテ刑罰ヲ免カルヽノ理アルヘカラス此國ニ住スルハ是レ即チ其主權ニ服從スルナリト

フォースタン、エリー氏曰ク外人罪ヲ犯セハ其地ノ法廳ノ裁判ヲ受ケサルヘカラス法廳ハ犯人アルヲ見テ外人アルヲ見サルナリ抑外國人タルノ身分ハ罪ヲ湮滅ニ歸セシムルノ理アル乎又社會ニハ犯人民籍ノ內外ヲ問ハス邦國ノ秩序ヲ擾亂スル者アルトキ之ヲ罰シテ其秩序ヲ維序スルノ必要アラサル乎外人此國ニ來テ法律ノ保護ヲ受ケ之ニ賴テ其安寧ヲ保有スルハ是レ默諾ノ如キモノアリテ甘シテ其法ノ配下ニ屬シ之ヲ犯セハ從テ應分ノ責ヲ受クルモノナリ故ニ外人ハ全ク國法ノ權內ニ屬スルモノナリト

マッセ氏曰ク首領ト外人トノ間默約ノ如キ者アリ首領ハ其國內ニ入ルヿヲ許シ外人ハ來リテ自カラ其權ノ下ニ居リ國法典一切ノ事ニ於テ其一時ノ臣民トナルナリト

以上三氏ノ說皆誤レリ何トナレバ刑法ハ一國主權者ノ命令ニシテ其命令ハ自カラ威力アリ自カラ權利アルモノナレバ敢テ外人ノ默約或ハ承諾等ヲ要セサレバナリ彼ノ有名ナル佛法博士ベルトール氏既ニ之レヲ駁メ曰ク首領ノ權ハ唯其權タルノ故ヲ以テ特ニ命令スル耳敢テ各人一已ノ自由ノ所見ニ委ス可キ者ニ非ズ蓋シ社會大權ノ相保持スルハ固ヨリ衆意道理ノ

二者ニ在リト雖モ其一旦確然ト成立シ嶄然ト人民ノ上ニ存スルニ至テハ其凡百ノ行爲ニ及ブモ人民ハ之ヲ可否スルヿアル可カラズ又博識多才ノ刑法家フオースタン、エリーアリ其書ニ曰ク外人ノ斯土ニ來リテ其法律ノ保護ヲ受ケ安寧ヲ計ラントスルハ是レ其默約ノ如キ者ニ依リテ以テ其法律ノ服從者トナリ若シ之ヲ違犯スルキハ甘ジテ應分ノ責ヲ受ケントスルナリ故ニ彼レハ國法ノ權内ニ在リト余之ヲ駁論スルニ亦余ガ前説ヲ以テスルナリ、又何ゾ臆測ノ默約ヲ揚論スルヲ須ヒンヤ彼ノ約束ノ如キハ茲ニ關スル者ニ非ズ何トナレバ則チ其干犯スヘカラサル者ハ社會秩序ノ命令ニシテ而シテ其命令ハ自カラ權力アリ承諾外ノ者ナリト間然スル所ナシト云フヘシ

邦土ノ解

刑法即チ一國主權者ノ刑罰ヲ以テスル命令ハ其國内全部ニ於テ權力アルモノナレバ如何ナル處迄其國土ト稱スヘキヤ之レヲ研究セザルベカラス

法律家ノ所謂邦土ト地理家ノ邦土ト稱スルモノハ區域ニ廣狹ノ差異アルハ猶ホ理學家ノ有形無形二物ノ別ト法律家ノ有形無形二物ノ別ト廣狹相同シカラザルカ如シ蓋シ邦土ノ眞正ノ解釋ハ二者共ニ全一ナリト雖モ法律家ハ尚ホ他ニ邦土ニ準ズルモノアルナリ」邦土トハ何ソヤ曰ク確定社會ノ大權ニ因リ之ガ首領權ヲ將テ管理スル處ノ州邑相合シテ一トナル者是レ

ナリ（ペルトール氏ノ定義）然レトモ此ノ他ニ邦土ト看做スベキモノ三アリ左ノ如シ

一領海

二船艦

三我カ邦土外ニ於テ日本軍隊ノ占有シタル土地

一領海

領海トハ港湾海灣海峽及ヒ沿岸ノ海ヲ云フ抑モ海ナルモノハ何人モ所有權ノ目的トスルヲ得ザルモノナルガ故ニ是レハ我カ有ナリト稱スルヲ得ズト雖モ又其主權ノ以テ及ホサミルヲ得サルモノアリ而メ万國公法ニ於テ内地ヨリ砲丸ノ達スル處ト否トヲ以テ領海ト共有海トヲ區別シ領海ハ其國主權ノ及ブ所トナリタ

国土ハ主權ノ効力ヲ及ボスヽ山和国ヲ云フ

シタリ

二船艦

ペルトール氏曰名言アリ曰ク船艦ハ本邦土地ノ分ルヽ所ナリト茫手タル大洋ニ在リテハ軍艦商船ニ論ナク皆然リトス若シ既ニ大洋ヲ離レ外國境内視スルノ海水ニ浮ブニ及デハ之ヲ區別セザルヘカラズト夫レ然リ故ニ船艦ノ共同海ニ在ルトキハ軍艦ト商船トヲ問ハズ均シク日本ノ法律ヲ適用スルヲ得ベシト雖モ外國ノ領海ニ至ルニ及ンデハ商船ハ其國ノ刑法ニ從ヒ軍艦ハ日本ノ刑法ニ從フベキナリ此ノ區別ノ生ズル所以ハ一ハ一國主權ヲ代表セズト雖モ一ハ其主權ノ若干ヲ代表スルモノナレバナリ

三我カ邦土外ニ於テ日本軍艦ノ占有シタル土地
佛ノ法語ニ曰ク國旗ノアル處即チ佛蘭西ナリト一言
能ク盡セリト云フ可シ故ニ日本軍隊ニシテ或ル外國
ノ土地ヲ占有シ國旗ノ樹立スル處ハ又日本主權ノ及
ボスヘキ處ナリ

地屬法ノ制限

日本刑法ハ日本邦土内並ニ准邦土内ニ於テ犯シタル
者ノ内人ナルト外人ナルトヲ問ハズ悉ク支配スヘキ
モノナリト雖モ又之レニ制限アリ

一外國ノ軍艦

外國ノ軍艦日本ノ領海内ニ來ルモ日本刑法ノ支配ス
ヘキ所ニアラズ何ソヤ其國ノ主權ヲ代表スルモノナ
レバナリ

二内外國主權者

三外交官

外交官ノ他國ノ刑法ニ支配セラルヘカラサル理由二
アリ

一外交官ハ其派遣シタル國ノ主權ヲ代表スルモノ
ナレバナリ

二若シ外交官ヲ日本ノ法律ニ於テ罰スベキ者ト爲
サバ治罪ノ手續ヲ執行スルカ爲ニ外交事務ニ防害ヲ
與フルガ故ナリ

刑法ノ管スル所内外人ニ通シ及フベキヤ如何

○人アリ余ニ外國ニ在ル日本人ニ對シテ日本ノ主權

ヲ實行スベキヤ否ト問ハヽ答ヘテ曰ハン實行スヘキモノニ非ズト又外國ニ在ル日本人ハ日本ノ主權ニ服從スヘキモノナルヤ否ト問ハヽ服從スベキモノナリト答ヘン夫レ日本人ニシテ假令外國ニ在ルモ其日本人タル以上ハ日本主權者ノ命令ニ服從セザルヘカラズト雖モ以テ直チニ其主權ヲ實行スルヲ得ズ何ゾヤ外國ノ主權ノ爲メニ停止セラルレバナリ故ニ主權ノ實行ハ日本國ニ於テ爲サヾルヘカラス

刑法ハ地ニ屬スルト仝時ニ亦人ニ屬スベキモノナリ故ニ日本人外國ニ在ルモ日本ノ刑法ニ服從セザルベカラズ然レ𪜈若シ外國ニ於テ日本刑法ニ違背シタルモノアリトスルモ日本國ニ於テスルニ非ザレハ其罪ヲ問ヒ以テ刑罰ヲ實行スルヲ得ザル也

日本人外國ニ於テ日本刑法ニ違背シタル所爲アルトキハ悉ク罰スヘキヤ否

刑法ハ地ニ屬シ又人ニ屬スルモノナリ故ニ日本人外國ニ至ルモ日本ノ法律ニ服從セサルベカラズ然レ𪜈日本ニ在テ罪トスルモノ外國ニ於テ其所爲ヲ行ヒシトキハ悉ク日本刑法ノ支配スヘキモノニララズ其實ニ日本刑法ノ支配スベキモノハ日本國ノ秩序ヲ紊シ日本國ノ安寧ヲ妨クルノ所爲ノミニ止マルナリ何トナレハ日本國ノ刑法ニ於テ罪トスル所日本國內ニ於テ行ヒシトキハ之ヲ罰スル毫モ假借スヘキモノナシト雖モ其外國ニ在テ行フヤ日本刑法之レヲ罰スルノ

必要ナキモノアレバナリ故ニ外國ニ於テ犯セシ所爲ノ日本刑法ヲ以テ處斷スベキハ或要件ヲ具フル或罪ニ限ルベキナリ

然ラハ日本人外國ニ於テ日本刑法ニ違背シタルヲ如何ナル罪ハ以テ日本刑法ノ支配スベキ處ナルヤ左ニ日本刑法草案ヲ掲ケテ之レヲ詳論スベシ

草案第四條　日本人外國ニ在テ日本國ノ安寧ニ關シ又ハ日本ノ貨幣及ヒ貨幣ニ代用スル銀行ノ證券ヲ僞造變造シ若クハ國璽官印記號極印ヲ僞造スル重罪輕罪ヲ犯シタル者ハ日本ノ法律ニ依テ處斷ス」若シ其罪ヲ犯シタル外國ニ於テ已ニ確定ノ裁判ヲ受タル者ハ再ヒ之ヲ裁判スルヿナシ

仝第五條　日本人外國ニ在テ前條ニ記載シタル以外ノ重罪輕罪ヲ犯シタル時ハ左ノ條件ノ具備スルニ非サレハ日本ノ刑律ニ依テ處斷スルヲ得ス

一罪ヲ犯シタル國ニ於テ未タ確定ノ裁判ヲ受ケザル時

二犯人日本國ニ歸來リ又ハ外國ヨリ交付ヲ得タル時

三日本國ノ法律及ヒ罪ヲ犯シタル國ノ法律ニ照シテ重罪輕罪ト爲ス可キ時

四被害者又ハ外國政府ヨリ日本政府ニ告訴告發ヲ爲シタル時

五罪ヲ犯シタル國ニ於テ大赦ヲ受サル時

附言

六罪ヲ犯シタル國ノ法律ニ照シ公訴ノ期滿免除ヲ經サル時

草案第四條第一項ハ日本人外國ニ在テ日本國ノ安寧ニ關シ又ハ日本ノ貨幣及ヒ貨幣ニ代用スル銀行ノ證券ヲ僞造變造シ若クハ國璽官印記號極印ヲ僞造シタルモノハ日本ノ法律ニ依テ處斷スル旨ヲ定メタルモノナルガ故ニ批難スベキ所ナシト雖モ第二項ノ罪ヲ犯シタル外國ニ於テ既ニ確定ノ裁判ヲ受ケタル片ハ日本ノ法律ニ於テ處斷セサル旨ヲ定メタルニ至テハ大ニ論議スヘキモノアリ

日本人外國ニ於テ日本ノ刑法ヲ犯シ其所爲日本國ノ秩序ヲ亂シ日本國ノ安寧ヲ害スルモノナランニハ日本刑法ヲ以テ處斷スベク單ニ外國法律ニ據ルヘカラス故ニ外國刑法ニ於テ既ニ確定裁判ヲ經タリト雖モ日本ノ刑法アルガ故ニ日本ノ刑法ヲ以テ罰セザルヘカラス人或ハ云ハン外國ニ於テ確定裁判ヲ經タルモノ日本ニ於テ再ビ仝所爲ヲ罰スルアラハ一事不再理ノ原則ニ違背スルニ非ズヤト夫レ或ハ然ラン然レ𪜈彼ノ一事不再理ノ原則ナルモノハ國即チ主權ヲ異ニシタルノ場合ニ適用スベカラス若シ之レト反シテ外國ニ於テ確定裁判ヲ經タルカ故ニ日本ニ於テ再ヒ同處爲ヲ罰スルヲ得ズトセバ蓋シ弊害ノ生ズルモノ少カラザルベシ例ヘハ外國ニ於テ日本人ノ犯シタル所爲日本ノ刑法ニ照シテ重罪ニ該ルモノ外國ノ刑法ニ

照シテ輕罪若クハ無罪ナルキノ如キ之レナリ今夫レ外國ノ裁判所ニ於テ外國ノ刑法ニヨリ輕罪又ハ無罪ト判決シ其裁判確定シタルカ爲ニ日本ニ於テ再ヒ罰スルヲ得ズトセハ其罪固重罪ヲ以テ罰スルニアラズシテハ日本ノ秩序ヲ維持シ日本ノ安寧ヲ計ル能ハザルモノナルカ故ニ從テ日本ノ秩序ヲ維持シ安寧ヲ保護スル能ハサルニ至ルヘシ果シテ然ラハ一國ノ所謂主權ナルモノ何クニカ在ル

以上詳論シタルカ如キノ理由ナルニヨリ外國ニ於テ確定裁判ヲ經タルモノナリト雖モ日本ノ刑法ニ於テ之ヲ罰セザルベカラス然レトモ外國刑法ニヨリ處斷シタル處日本刑法ヨリ重キトキハ再ヒ日本ニ於テ罰スルノ必要ナク又日本刑法ノ重クシテ外國刑法ノ輕キトキハ既ニ外國ニ於テ受ケタル刑期ヲ日本ノ刑法ニ於テ處斷スベキ刑期中ニ算入シテ其不足ヲ補フニ止ムベキナリ故ニ草案第四條第一項ハ正當ナリト雖モ第二項ハ刪除スベキモノナリ

草案第五條ハ日本人外國ニ於テ日本人ニ對シ犯シタル罪ニ付キ規定シタルモノトセハ大ニ怨スベキ處アリト雖モ然ラサルカ故ニ又余ノ批難ヲ免レス請フ左ニ其所以ヲ論ゼン

抑モ刑法ナルモノハ前屢論ヲタルカ如ク邦國ノ秩序ヲ維持シ社會ノ平和ヲ計ルノ必要止ムヲ得ザルヨリ主權者ノ刑罰ヲ以テ命令セルモノナレハ刑法ニ於テ

犯罪ト認メタルノ所爲ハ必ズ邦國ノ秩序ヲ亂シ社會ノ平和ヲ害スルモノト推定セサルヘカラス然レトモ此ノ推定ハ日本國ニ於テ日本人或ハ外國人ニ對シテ犯シタルノ場合又ハ外國ニ於テ日本人ノ日本人ニ對シテ犯シタルノ場合ニ適用スヘク日本人外國ニ於テ外國人ニ對シテ犯シタル場合ニ適用スヘカラス如何トナレバ日本人外國ニ於テ外國人ニ對シ日本刑法ニ違背シタリト雖モ外國ノ秩序安寧ヲ害スルノミニシテ日本ノ利害ニ關係ナケレバナリ今假リニ日本人外國ニ於テ外國人ヲ謀殺シタリト假定セヨ害ヲ受クル處ノ者ハ果メ誰ゾ蓋シ外國ノ安寧ヲ害シタルモノニシテ日本ノ安寧ヲ害シタルモノニアラザルナリ果メ然ラバ之レヲ支配スルハ外國主權者ノ任ニシテ日本ノ關スル處ニ非サルナリ若シ之レヲシモ日本刑法ノ支配スベキ所ナリトナサバ刑法ノ目的外ニ出タルモノト云フベキノミ

以上述ベタル所ニ據テ之レヲ見レバ草案第五條ハ不用ノヿヲ規定シタルモノナルガ故ニ外國ニ於テ日本人ノ日本人ニ對シテ犯シタル場合ニ改ムルカ或ハ刪除スベキナリ

要スルニ日本人外國ニ於テ犯シタル罪ニハ日本刑法ノ支配スベキモノ二アリ

一ハ草案第四條第一項ノ場合ナリ

二ハ外國ニ於テ日本人ノ日本人ニ對シテ犯シタル場

合ナリ

外國人外國ニ於テ日本刑法ニ違背シタル片ハ日本刑法ヲ以テ支配スベキヤ否

ベルトール氏曰ク外人外國ニ於テ佛人ニ對スルカ若クハ然ラサルカニテ罪ヲ犯ス時ハ佛國刑法之ヲ罰スル能ハズ蓋シ外人外國ニ在ル時ハ佛國首領權ノ關スル所ニ非ズ何ノ名義カ其之ニ從ハシメザルヲ得ザルノ理アランヤ又何ゾ事主ノ佛人ナルヿヲ問ハンヤ若シ果シテ刑罰ヲシテ誠ニ復讐タラシメバ佛國ニ於テ其外人ナル犯者ヲ捕獲シ得タランニハ佛國人民ノ爲メニ或ハ讐ヲ報ズルヿヲ得ン又若シ刑罰ヲシテ防禦ノ方法則チ戰具タラシメバ則チ外人ノ佛蘭西國外ニ於テ犯セル罪モ亦佛國ニ於テ之ヲ刑スルヿヲ得ン然リ而シテ刑罰ハ如此者ニ非ズ唯佛國首領權ノ命令ノ應報タルノミ而シテ其命令ハ外人ノ鄉國ニ在ル者ヲ制セズ其來リテ吾社會ノ秩序ヲ紊亂スルニ非ルヨリハ之ニ施スヿヲ得ザルモノトスト當レリト云フベシ

井上氏ノ說ヲ駁ス

井上氏曰ク我國ノ法律ニ正條アリテ彼國ノ法律ニモ明文アルモノハ即チ日本國ノ法律ニ依リ處斷スヘキモノタルヿ疑ナシ然レ𪜈我國ニ於テ刑スル處彼國ニ於テ刑セサルヿアルヘク又我國ノ刑重クシテ彼國ノ刑輕キヿアルヘク又我國ノ刑輕クシテ彼國ノ刑重キヿアルヘシ余意フニ輕重ヲ比照シテ輕キニ從フノ原

則ハ唯新舊二法アルトキノミナラス亦彼我二法アル場合ニモ之ヲ通用スヘシ故ニ我國ニ於テ刑スル處彼國ニ於テ刑セスンハ我亦之ヲ刑セサルヘシ犯人ハ彼國ニ於テ固ト刑セサル處ナレハコソ其事ヲ爲シモシツレ我國ニ於テハ禁スル所ナレハ我國ニ歸來リテハ決シテ之ヲ爲スヿナカルヘキナリ然レハ外國ノ法律ノ刑セサル所ノモノハ何ノ爲メニスル所アリテカ我國ニ於テ之ヲ刑スヘキ例令ヒ之ヲ刑スルモ畢竟無用ニ渉リ不正ニ陷ルヘキナリ又我國ノ刑重クシテ彼國ノ刑輕キヿアルヘシ即チ我國ニテ重罪トスル所彼國ニテ輕罪トシ或ハ我國ニテ二年以上五年以下ノ禁錮ニ處スルモノ彼國ニテハ一年以上三年以下ノ禁錮ニ處スル等ノヿアルヘシ又我國ノ刑輕クシテ彼國ノ刑重キヿアルヘシ總テ如此キ場合ニ於テハ其輕キニ從テ處斷スヘキナリ彼ノ國ニ於テ刑ノ輕キハ其國ニ於テハ被告人カ犯セシ罪ハ其害少ナキヲ以テナリ然レハ彼國ニ於テ害少ナシトスル所ノモノヲ我國ニ於テ故ラニ重シトシテ之ヲ刑スルノ理アランヤ又我國ノ刑輕キトキハ例令ヒ彼國ニ於テハ重クセルモ我國ノ輕キモノニ從テ處斷スルハ是レ我國法ヲ以テ處分スルトキハ犯人ハ固ト國法ニ服從スヘキノ義務アレハ此處分ヲ受ケシムヘケレトモ外國法律ノ處分ハ其國在留ノ時限リ受クヘキモノニシテ本國ニ在テハ之ヲ受ケシムヘカラサレハナリト

以上氏ノ説ハ一言ニシテ駁スルヲ得ヘシ曰ク一國ノ主權ヲ以テ命令セシ法律ハ他國ノ爲ニ左右セラルヘキモノニアラスト夫レ然リ故ニ彼ノ國ニ於テ罪ニアラストスルモ日本ノ法律ニ照シテ罪タルベキモノナルトキハ之レヲ罰セザルヘカラズ何ゾ無用ニ渉リ不正ニ陷ルノ憂アランヤ蓋シ刑罰ヲ以テ命令シタルノ所爲ハ一國ノ秩序ヲ維持シ社會ノ平和ヲ計ルノ止ムベカラザルニ出ルモノナレバナリ且ツ夫レ國各々風俗ノ異ナルアリ習慣ノ異ナルアリ人情ノ異ナルアルガ故ニ甲國ノ罪トセザルモノ乙國ノ罪トスルアリ乙國ノ減輕スルモノ甲國ノ加重スルアリ豈ニ彼ノ國罪トセサルカ故ニ我國罰スルヲ得ズ彼ノ國ノ刑輕キカ故ニ我國ノ刑亦輕クセサルヲ得ズト云フノ道理アランヤ蓋シ主權ハ不羈獨立ノ者ナレバナリ

○

○以上既ニ刑法ノ處ト人トニ就テノ管轄ヲ略論セリ然レトモ現時日本ニ於テ或ル二三ノ國ヲ除キ治外法權ノ約アルカ故ニ以上ノ理論ヲ實際ニ活用スル能ハザルベシ唯夫レ以上ノ理論ヲメ實際ニ活用スルニ至ラシムルハ蓋シ余ト諸君トノ任ニアリ

刑法析義第一卷終

明治二十年一月廿一日　版權免許
同二十一年二月廿一日　印刷
同　年四月十一日　出版　〔定價金壹圓〕

譯者　山形縣平民　山田正賢
東京小石川區江戸川町八番地
水谷忠厚方寄留

發行者　東京府士族　神戸甲子二郎
同　京橋區南紺屋町七番地

印刷人　高原良知
同　同區瀧山町七番地

工4M5

21
55

035749-000-2

21-55

刑法析義

山田　正賢／著

M21
BBP-0332