

ナシトセス又或ハ偶然射撃ノ命中ヲ期スルノ日ナシトセサルナリ  
此等ノ不能ハ全ク方法ヲ使用スルノ道ヲ誤ルヨリ來タルモノニシテ全  
ク其人其場合ニ因テ異ナル所ナレハ未タ以テ真正ノ不能ナリト斷言ス  
ルヲ得サルナリ

余輩ハ(ロ)ノ幾部ノ場合及ヒ(ハ)ノ全部ノ場合ニ於ケルカ如ク偶然相對的  
又ハ疑問ニ屬スル不能ハ之ヲ以テ問題ノ區域外ニ措カント欲スルモノ  
ナリ如斯ク不適當ニ不能ノ名稱ヲ付シタル事實ハ多少細微ノ區別アリ  
トスルモ未タ以テ刑法ノ禁制命令ニ毫厘ノ變動ヲ生ス可キモノニ非ラ  
サルナリ是レ則チ犯罪ノ效果ヲ停止シ又ハ闕キタル普通ノ未遂犯ノ場  
合ニ屬ス只裁判官ニ於テ其權限ノ許ス限リ此事實ノ上ニ存スル區別ノ  
酌量ヲ爲スアルノミ——然レトモ自然ノ法則ニ從テ破ル可カラサル根  
原的又ハ絶對的ノ不能ニ至リテハ之ニ適用スルニ未遂犯ノ原則ヲ以テ  
スルコトヲ得可キ乎

犯人ハ明ラカニ犯罪ヲ行ハント欲スルノ意思ヲ有セリ而シテ其證據ハ  
已ニ確實ナリト假定セン又其犯人ハ犯罪ヲ行フニ適當ナリト信スル外  
部ノ行爲ヲ行フタリ而シテ其證據モ亦疑フ所ナシト假定セン然ルニ此  
犯罪ハ實ニ虛妄ノモノニシテ其行爲ハ自然ノ法律ニ從フモ到底犯罪ヲ  
發生セシムルニ足ラサルナリ如斯ク有形上ノ事實ナキ虛妄ノ犯罪ニシ  
テ單ニ犯人ノ妄信上ニノミ成立スル所ノモノ亦克ク社會刑罰權ノ制裁  
ニ服從セサル可カラサル乎若シ夫レ至純ノ正義主義ニ從ハシカ此犯人  
ハ已ニ道德上ノ犯人タルヲ以テ虛妄ノ犯罪モ亦尙ホ事實上成立スルカ  
如ク之ヲ罰セサル可カラサルヤ何人モ非難セサル所ナリ然レトモ斯ク  
ノ如キ至純ノ正義ハ未タ以テ社會ノ正義ナリト謂フヲ得サル可シ  
夫レ人ハ社會ト共ニ自然ノ法則ニ因テ完全ノ保護ヲ受クルトキハ則チ  
假令ヒ如何ナル行爲ノ目的トナルモ未タ危險ノ地位ニ在ル者ナリト謂  
フヲ得ズ苟モ同一ノ事實及ヒ同一ノ條件ヲ再演スルニ止マル以上ハ罪

惡ノ危害果シテ何處ニ在リトナス乎再犯ノ危害又ハ傳染ノ危害ニ於テモ亦然リト謂ハサルヲ得サルナリ抑々未遂犯ハ犯罪ノ着手ヲ謂フ然ラハ即チ前段ノ場合ニ於テ着手シタル犯罪アリト謂フ可キ乎凡ソ何人モ其能クスキ所爲ニ非ラサレハ之レニ着手スルヲ得ス着手スルトハ已ニ一部ノ行爲ヲ行フタルノ謂ヒナレハ其全部ニ於テ不能ナル所ノモノニ付焉ソ其一部ヲ能クスキト謂フ可クシヤ——元來未遂犯ハ犯罪ノ危害ヲ發セシム可キ傾向ヲ有スル行爲ニ於テ成立ス故ニ其危害實際發生シ得サルトキハ之ヲ發生セシムルニ足ルノ傾向ヲ有スル行爲アリト謂フ可キ乎——未遂罪ハ其最終ノ行爲ニ於テ犯罪ノ效果ヲ缺キタル所以ノ跡歷然トシテ見ル可キモノアルヲ要ス而シテ效果ヲ缺キタルノ跡ハ必ス其效果ヲ生セシムルニ足ルノ豫望アル場合ニ於テ獨リ之ヲ見ルナリ果シテ然ラハ犯罪ノ效果全ク不能ナル場合ニ於テ豈ニ焉ソ效果ノ缺損ヲ説クノ理アラシヤ

以上ノ論法ニ因テ之ヲ觀レハ苟モ犯罪ノ實行ニシテ絶對的不能ノ場合ナリトセンカ犯人ノ行爲其如何ナル者アリトスルトモ到底停止ノ未遂犯モ又缺效犯ヲモ構成スルモノナリト爲スヲ得ス此レ只犯罪ノ妄想又ハ未遂犯ノ妄想ニ過キスシテ人類裁判所ニ於テ現實ノ犯罪ナリトシテ罰ス可キ所ノモノニ非ラサルナリ  
論者或ハ曰ハシ犯人ハ其行爲ニ因テ犯罪決意ノ證明ヲ爲シタルニアラスヤト曰ク然ラハ則チ刑法ハ果シテ犯罪決意ノ證據アルトキハ常ニ之ヲ罰スルノ權力ヲ有スルモノナリトナス乎  
論者又難シテ曰ク此行爲アレハ即チ犯人ハ此種ノ犯罪ヲ行フノ傾意ヲ有スルコト明ラカニシテ一朝時機ノ到着スルアラハ必ス之ヲ決行スルノ禍心ヲ包藏スル者ナリトノ斷定ヲ下タスニ足レリト論者ノ説大ニ是ナリ然レトモ此論理ヲ推究スルトキハ其到着スル所果シテ如何過去ニ付テ言ハシカ犯罪ノ傾意ノ外更ニ正確ナル事實アルヲ見ス將來ニ付テ

言ハンカ只犯罪決行ノ危険アルノミ而シテ犯罪ノ傾意ハ之ニ對シテ刑罰ヲ宣告セシムルニ足ラスシテ將來ニ於ケル危懼ヲ罰スルノ理由ハ尙ホ更ラニ薄弱ナリ今試ミニ刑罰ヲ適用ストセンカ是レ其目的不能犯ノ名稱ヲ得タル過去ノ事實ヲ罰セントスルカ爲メニ非ラスシテ將來顯出セントスル不能犯ニ非ラサル犯罪ヲ防遏セントスルニ過キササル可シ如斯キハ豈ニ社會刑罰權ノ基礎ニ遠カルノ恐レナキヲ得ンヤト不能犯ニ付テ目的上ノ不能犯ト方法上ノ不能犯トヲ區別スルハ事實ノ分析上自然ニ生スル所ノ結果ニシテ今日不能犯ノ研究ヲ爲ス者ハ何人ト雖トモ大抵此區別ノ標準ニ從ハサル者無キカ如シ然レトモ「タルトラン」氏以前ニ在リテハ此區別未タ判明ナラス往々二者ヲ混一シテ説ヲ爲ス者多キヲ見ルナリ是ニ於テカ不能犯ノ研究更ニ一層ノ困難ヲ加ヘ不能犯ト其否ラサルモノトヲ區別スルニ殆ト一定ノ原則ヲ有セス學者モ實際家モ只其時々遭遇スル所ノ事實ニ付杜撰ノ判斷ヲ下タスニ過キサリシ「タルトラン」

氏出テ而シテ初テ目的上ノ不能犯ト方法上ノ不能犯トヲ區別シテ大ニ本問題ノ局面ヲ一變スルニ至レリ是レ未タ完璧ナリト謂フ可カラスト雖トモ亦以テ解釋法ノ一進歩トナスニ足レリ爾來學者不能犯ヲ論スルニ當リ必ス二者ヲ區別セルハ源ヲ「タルトラン」氏ニ汲マスンハアラサルナリ然レトモ「タルトラン」氏ハ僅ニ目的上ノ不能犯ト方法上ノ不能犯ヲ區別スルニ止マリ其如何ナルモノヲ以テ目的上ノ不能犯トナシ又方法上ノ不能犯トナスヤト謂フニ至リテハ未タ克ク正確ノ定義ヲ下シタル者アルヲ見ス其例擧スル各事例ニ付テ絶對的ノ場合ト相對的ノ場合トヲ區別スト雖トモ是レ亦一定ノ標準ニ由リテ爲シタル區別ニ非ラス故ニ其絶對的不能ニ屬スル場合ナリト爲ス所ノ者モ亦未タ必スシモ真正ノ不能犯ナリト斷言ス可カラサル者アリ氏ハ其擧示スル所ノ(イ)號ニ屬スル場合ハ盡ク目的ニ關スル絶對的ノ不能犯ナリ(ロ)號ノ第一場合及ヒ第二場合ハ方法ニ關スル絶對的ノ不能犯ナリ其他ハ皆ナ相對的ニ屬スル不能犯ニシテ不適當ニ不能犯

ノ名稱ヲ付シタル事實ニ外ナラストセリ余ヲ以テ之ヲ觀レハ(イ)號ニ屬スル許多ノ場合ハ實ニ犯罪ノ目的即チ受働者ニ於テ缺亡スル所アルカ故ニ其犯罪ヲ構成スルニ足ラス所謂目的上ノ不能犯ナリト謂フヲ得可シト雖トモ其最終ノ場合即チ象熊師ノ一例ニ至リテハ余輩決シテ氏ト其說ヲ同フスル能ハサルナリ旅店ノ隣人ハ旅店ノ豚ヲ竊取スルノ意思ヲ以テ豚小屋ヲ窺ヒシナリ若シ象熊師ノ熊ハ從順ナルコト豚ノ如クニシテ隣人ノ爲メニ引出タサレ隣人亦豚ナリト誤信シテ之ヲ我家ニ牽キ來タルコトヲ得タリトセハ如何誰カ此隣人ノ竊盜罪ヲ怪ム者アラフヤ何トナレハ竊盜ノ目的物ニ付テ錯誤ヲ生スルコトアルモ苟モ他人ノ所有權ヲ侵害シタル以上ハ竊盜罪ノ構成上何ソ罷熊ト豚犬トヲ問フノ必要アラフヤ今隣人ハ豚ヲ竊取セントシテ豚小屋ニ入り竊盜ノ目的物ニ手ヲ觸レントシテ而シテ偶々熊ノ爲メニ捕獲セラレタル者ナリ是レ犯罪ニ着手シテ意外ノ障礙又ハ舛錯ニ因リテ其目的ヲ達スルコト能ハサル者ニ非ラスシテ何ゾヤ隣人

其犯罪ノ結果ヲ收メタルトキハ則チ明ラカニ既遂犯ヲ構成スル場合ニシテ而シテ其結果ヲ收メサルカ爲メニ未遂犯ヲ構成セスト謂フノ理アラフヤ若シ竊盜ノ目的物ハ豚ニ非ラスシテ熊ナリ所有權ハ旅店ノ主人ニ在ラスシテ象熊師ニ在リテ全ク犯人ノ意思ト齟齬スルカ故ニ竊盜罪ヲ構成セスト言ハ、甲ヲ殺害スルノ意思ヲ以テ誤テ乙ヲ殺害シタル場合ニ於テモ亦必ス犯人ノ無罪(少ナクモ殺人罪トシテ)ヲ主張セサル可カラサルニ至ル金ヲ竊マント欲シテ倉庫ニ入り誤リテ銀ヲ竊ミタル場合ニ於テ亦條理上同一ノ斷案ヲ下サル可カラサルナリ論シテ此ニ至レハ則チ「ナルトラ」氏カ認メテ以テ目的上ノ不能犯ナリトナス所ノモノ却テ明白ニ竊盜ノ未遂犯ヲ構成スルニ至ルヲ知ル可シ(ロ)號ノ第一場合及ヒ第二場合ニ付テハ余輩到底ナルトラ「氏」ノ論ニ服スルコト能ハス特ニ咒詛ノ術ヲ擧クテ以テ方法ニ關スル絶對的ノ不能犯ノ例證トナスニ至リテハ余輩大ニ氏ノ眞意ノ存スル所ヲ探究スルニ苦マスンハアラサルナリ夫レ咒詛ノ術タル獨

リ佛國ニ於テ其行ハレルヲ見ルノミナラス我國ニ於テモ亦匹夫匹婦ノ愚  
 此事ヲ行フ者アルヲ聞ク丑時詣ノ如キハ誠ニ其一例ナリ凡咒詛ノ術ヲ行  
 フ者ハ其意思實ニ目的ノ怨人ヲ咒殺セント欲スルニアリ然レトモ此犯意  
 テ以テ此奇術ヲ行フモ是レ只不良決意ノ發表ニ過キスシテ未タ犯罪行為  
 ノ實行アリト謂フ可カラス何トナレハ犯人カ行フ所ノ行為ハ社會ニ對シ  
 テ何等ノ關係ヲモ發生セシムルノ效力ナク僅カニ單獨任意ノ行為タルニ  
 過キサレハナリ譬ヘハ爰ニ月世界ニ旅行セント企圖スル者アリ輕氣球ニ  
 乘シテ空中ニ飛揚ス是レ固ヨリ不能ノ事業ニ屬スト雖トモ旅行者ハ正ニ  
 旅行ノ目的ニ必要ナル方法ヲ盡シタル者ナリト謂ハサル可カラス今一步  
 テ讓リ旅行者ハ羽化登仙シテ月世界ニ至ラントノ決心ヲ爲シ其身體ヲ輕  
 クセント欲シテ絶食ヲ爲シタリト假定センニ絶食ハ旅行ノ目的ニ必要ナ  
 ラサルカ故ニ之ヲ以テ旅行ノ方法ヲ盡シタル者ナリト謂フヲ得ス殺人ノ  
 目的ヲ以テ咒詛ノ術ヲ行フ者ハ猶ホ夫レ月世界ニ旅行セント欲シテ絶食

微而明

ヲ爲スノ如キ乎犯人ノ行為ト犯罪ノ目的物トノ間ニ何等ノ關係ヲ發生セ  
 サル以上未タ犯罪ノ方法ヲ實行シタル者ナリト謂フ可カラサルヤ明クシ  
 「タルトラン」氏咒詛ノ術ヲ行フ者ヲ目シテ錯誤ノ方法ヲ行フ者ナリトナス  
 余輩實ニ其引例ノ不適實ニ驚カスンハアラサルナリ若シ夫レ第二ノ場合  
 ニ至リテハ獨リ「タルトラン」氏ノミ之ヲ以テ方法ニ關スル絶對的ノ不能犯  
 ナリト謂フ者ニ非ラス一般ノ刑法學者大抵皆此說ニ左袒セサル者ナシ余  
 固ヨリ諸大家ト其說ヲ同フスル者ニ非ラス別ニ素論ノ存スルアルナリ然  
 レトモ是レ本論ノ主眼ニ屬シ後段更ニ深ク論述セサル可カラサル所ナル  
 テ以テ特ニ「タルトラン」氏ノ爲メニ一言ノ批評ヲ爲サントナリ

第一項 目的上ノ不能犯

何ヲカ目的上ノ不能犯ナリト謂フ乎曰ク罪ヲ犯スノ意思ヲ以テ其目的ヲ  
 達スルニ必要ナル方法ヲ行フト雖モ犯罪ノ受働者存在セシテ而シテ其  
 結果ヲ收ムルコト能ハサル場合ヲ謂フ之ヲ換言スレハ犯罪ノ目的缺亡ス

ルトキハ如何ナル行爲ヲ行フモ到底犯罪ヲ構成スルモノニ非ラサルナリ  
夫レ犯罪ヲ行フ者ハ犯人ナリト雖トモ只犯人ノミヲ以テ獨リ犯罪ヲ構成  
ス可キ場合ハ絶無ナリト謂フ可キナリ必ス犯罪ノ目的トナル可キモノ所  
謂ユル犯罪ノ受働者アルヲ要ス犯罪ヲ行フノ主働者アリ又犯罪ノ目的  
ル受働者アリテ然ル後始メテ犯罪ヲ構成スルニ至ルナリ元來刑法ノ目的  
ハ人ノ生存權ヲ保護セント欲スルニ在リ故ニ苟モ此世ニ在リテ人類タル  
ノ一條件ヲ具備スル者ハ其種類如何ヲ問ハス盡ク刑法ノ保護ニ賴ルヲ得  
是レ刑法ノ原則ナリ此原則ハ單ニ一身ノ形體ヲ具ヘテ已ニ此社會ニ現出  
セシ者ノミニ適用スルニ非ス後來人トナル可キ原質ヲ具ヘテ而シテ尙ホ  
未タ母ノ胎内ヲ脱セサル者ニモ亦之ヲ適用ス或ハ又已ニ人ノ生存權ヲ失  
フタル者ニモ適用スルコトアリ如斯刑法ノ保護ヲ受ク可キモノ之ヲ名ケ  
テ犯罪ノ受働者ナリト謂フナリ然ラハ則チ犯罪ノ受働者ハ犯罪ノ構成上  
必要缺ク可カラサルノ要素ナルヲ以テ若シ此要素ニシテ存在セザラシカ

其犯罪ナキヤ説明ヲ俟ツテ而シテ後チ之ヲ知ラサルナリ許多ノ刑法學者  
不能犯ノ研究ヲ爲スニ當リ豫メ一定ノ標準ヲ探求スルコトヲ務メシテ  
徒ラニ各事實ニ付之レカ斷案ヲ下タサント欲セリ故ニ諸家各々其見解ヲ  
異ニシ未タ曾テ議論ノ一致ヲ見ルコト能ハサリシナリ若シ余ノ標準ヲ以  
テ太過ナキモノナリトシテ少シク之レカ適用ヲ爲スコトヲ得セシメハ則  
チ凡ソ犯人カ目的上ノ錯誤ヲ爲シテ犯罪ノ結果ヲ收ムル能ハサル場合ニ  
於テ其犯罪ヲ構成ス可キ場合ト其否ラサル場合トヲ區別スルニ於テ何ノ  
困難カ之レアラシ余ハ是レヨリ例證ヲ舉ケテ而シテ此原則ノ適用ヲ試ミ  
因テ以テ余ノ説ノ過チナキヲ保セント欲スルナリ余ハ先ツ第一例及ヒ第  
二例ニ於テ明白ノ場合ヲ掲ケ第三例ニ於テ疑義ニ屬スル場合ヲ掲ケ大ニ  
論究スル所アラシ

第一例(イ)犯人ハ其殺害セント欲スル所ノ人ヲ以テ睡眠セルモノナリトシ  
テ之レニ加フルニ短劍ヲ以テセリ然ルニ此人ハ已ニ死亡セシ者ニシテ犯

人ハ實ニ人ノ屍骸ヲ刺セルナリ此レ「ベルト」氏「タルト」氏及ヒ其他一般刑法家カ認メテ以テ目的ニ關スル絶對的ノ不能犯ナリトナス所ノ場合ナリ(ロ)一婦アリ自ラ懷妊スト信シ墮胎ヲ行ハント欲シテ墮胎劑ヲ服用セリ然ルニ其實懷妊スル者ニ非ラサルヲ以テ墮胎スルコト能ハサリシ此例モ亦諸家ノ均シク不能犯ナリト認ムル所ノモノナリ(ハ)犯人ハ他人ノ所有ニ屬スルモノナリト信シテ森林ノ樹木ヲ伐採セリ然ルニ此所有權ハ遺贈ニ因テ犯人ノ有ニ歸シ犯人ハ之ヲ知ラスシテ其所有ノ樹木ヲ伐採セシニ過キサリシ此事實ニシテ犯罪ヲ構成セサルコトハ諸家ノ論一致スル所ナリ

以上列擧スル所ノ三例及ヒ其他之レト性質ヲ同フスル所ノ場合ニ於テ常ニ犯罪ヲ構成セス所謂ユル目的上ノ不能犯アリトナス所以ノモノハ只犯罪ノ實行者ヲ見ルノミニシテ其受働者ヲ見ルコト能ハサルヲ以テナリ(イ)ノ場合ニ於テ犯罪ノ受働者ハ已ニ死亡シテ此世ニ存在セス(ロ)ノ場合ニ於

テモ亦然リ受働者ハ未タ曾テ母ノ胎内ニ孕マレタルコトアラサルナリ(ハ)ノ場合ニ於テ犯罪ノ受働者ハ森林ノ所有者ナルヲ以テ其所有權已ニ犯人ニ移轉セシ以上他ニ受働者ノ存在スルノ理ナシ如斯犯罪ノ受働者全ク存在セスシテ而シテ始メテ目的上ノ不能犯即チ犯罪ヲ構成セサル目的上ノ錯誤アルヲ認ムルコトヲ得

第二例(イ)犯人ハ其殺害セント欲スル人ノ乘スル馬車ナリト信シテ之レニ對シテ發銃シタリシニ受働者ハ偶々車中ニ在ラスシテ徒歩セシナリ(ロ)犯人ハ寺院ノ賽錢箱中ヨリ賽錢ヲ竊取セントシテ箱中ヲ搜攪セシニ其賽錢箱ハ全ク空虚ニシテ一錢ノ餘財モナカリシ此二例ハ「ガロ」氏ノ以テ相對的不能犯ナリトナス所ノ場合ニシテ何人モ未遂犯ヲ構成ス可キモノタルコトヲ承認ス可シ蓋シ如斯場合ニ於テ犯罪ノ目的物ハ實際存在ス可カラサルニアラス犯人ヲ求ムルニ其道ヲ得サルニ由ルナリ若シ少シク注意シテ其處在ノ場所ヲ搜索セハ或ハ犯罪ノ目的ヲ達シテ而シテ誤ル所ナカ

リシナラン然ラハ則チ犯人カ犯罪ノ結果ヲ收ムルコト能ハサルハ犯罪ノ目的物即チ犯罪ノ受働者缺亡スルカ爲メニ非ラスシテ犯人ノ輕忽ナルカ爲メニ受働者ノ所在ヲ明ラカニスル能ハサルニ原因セスンハアラス之ヲ詳言スレハ犯罪ヲ構成スルニ必要ナル要素具備セシト雖トモ犯人ノ錯誤ニ因リ犯人ヲシテ遂ニ犯罪ノ結果ヲ收ムルコト能ハサラシメタルナリ第三例(イ)犯人ハ父ノ爲メニ仇ヲ報セント欲シテ一夜怨家ニ侵入ス忽チ室ノ一隅ニ一人ノ直立スルヲ見ル其容貌甚タ警人ニ似タリ是ニ於テカ刀ヲ揮ヒ追マリテ之ヲ斬ル憂焉トシテ聲アリ恠ミテ之ヲ檢スレハ則チ主人ノ銅像ナリシ主人之ヲ悟トリ犯人ハ捕獲セラレタリ是レ固ヨリ假想ノ事實ナリ然レモ若シ果シテ如斯場合アリトセハ犯人ノ所爲ハ謀殺未遂罪ヲ以テ論ス可キカ將タ家宅侵入罪ヲ構成スルニ過キササルカ「ナルトラン氏曰ク暗黒中ニ其目的トスル人ナリト信シテ狙撃セシ所ノモノハ一個ノ切株ニ外ナラザリシトキハ則チ絶對的ノ不能犯ナリトスト然ラハ則チ同氏及ヒ

同氏ト説テ同フスル所ノ論者ハ必ス本問題ノ事實ヲ以テ謀殺未遂罪ヲ構成ス可キモノニ非ストナスヤ疑ヲ容レサルナリ然レトモ余ハ此説ニ服スル能ハス謀殺未遂罪ヲ以テ論セント欲ス此場合ニ於テ犯罪ノ受働者タル主人ハ實ニ其家ニ存在セリ犯人若シ少シク注意シテ主人ノ現在スル所ヲ探リテ不意ニ之ヲ襲フアラハ其目的ヲ達スルニ於テ蓋シ容易ノ業タル可シ然ルニ犯人ハ其注意ヲ怠リタルカ爲メニ銅像ヲ誤認シテ主人ナリトナシ流星光底長蛇ヲ逸セシナリ夫レ如斯道理上克ク犯罪ノ結果ヲ收ム可クシテ而シテ犯人ノ錯誤之ヲ收メシムルコト能ハサルハ則チ刑法第百十二條ニ所謂ユル犯人意外ノ舛錯ニ因リ未タ遂クサルノ場合ニ在リ彼ノ賽錢箱ヲ探リテ而シテ財物ヲ得サル場合ト何ソ擇フ所アラシヤ若シ銅像ヲ斬ルノ場合ヲ以テ謀殺ノ未遂犯ヲ構成スルニ足ラストセンカ竊盜者カ室内ニ侵入シテ財物ヲ得スシテ而シテ捕獲セラレタル場合モ亦之ヲ以テ竊盜ノ未遂罪ニ擬ス可カラサルニ至ラン竊盜ノ意思明白ナルハ門戸牆壁ヲ



踰越損壞スルノ事實ヲ以テシテ尙ホ且ツ竊盜未遂罪ヲ構成スルコトヲ得  
況ンヤ已ニ室内ニ侵入セシ場合ニ於テオヤ今更ラニ一步ヲ進メ一例ヲ舉  
クンニ若シ主人ハ急害ノ身ニ迫ルヲ悟リ逃レテ竊カニ銅像ノ後ニ潜伏ス  
犯人ヲ知リテ主人ヲ斬ラントシテ偶々銅像ヲ斬リシトセハ誰レカ犯人  
ノ謀殺未遂罪ヲ疑フ者アラシ主人銅像ノ傍ラニアルトキハ則チ克ク謀殺  
未遂罪ヲ構成ストシ主人銅像ノ隣室ニ寢臥スルトキハ則チ不能犯アリト  
ス豈ニ夫レ主人ト銅像トノ距離ニ因リ罪責ノ有無ヲ決スルノ理アラシヤ  
故ニ曰ク本問題ノ場合ハ家宅侵入罪ヲ構成セスシテ當サニ謀殺未遂罪ヲ  
構成スヘキモノナリト(ロ)龍動近傍ノ村落ニ一農夫アリ園中巨大ノ林檎樹  
ヲ樹ユ年々果實ヲ産スルコト其幾干ナルヲ知ラス農夫此樹ヲ以テ寶木ナ  
リトシテ培養至ラサルナシ然ルニ林檎ノ果實成熟ノ期節ニ至レハ則チ隣  
家ノ惡童毎夜竊カニ來タリテ之ヲ取ル農夫之ヲ制スレハ則チ惡戯更ラニ  
甚シキヲ加フ是ニ於テ農夫大ニ怒リ惡童ヲ銃殺シテ寶木ノ害ヲ除カント

欲シ竊カニ銃ヲ準備シテ其來タルヲ俟ツ一夜暗隱林檎樹ヲ攀ツル者アル  
ヲ見ル農夫乃チ銃ヲ握リテ之ヲ放ツ命中誤ラス颯トシテ轉落スル物アリ  
往テ之ヲ見レハ則チ惡童ニ非ラスシテ隣家ニ蒙養スル所ノ老猿ナリ如斯  
場合ニ於テ農夫ノ所爲ハ謀殺未遂罪ヲ構成スルニ足レリトスル乎曰ク然  
リ農夫ハ隣家ノ惡童ヲ殺害セントノ意思ヲ有シ銃砲ヲ備ヘテ以テ其來ル  
ヲ俟シ者ナリ若シ其夜惡童來タリテ林檎樹ヲ攀ツルアラハ必ス其生命ヲ  
ヲ損シタルコト老猿ノ如クナリシハ何人モ疑ハサル所ナリ只其來ルヤ遅  
キコト一步ナルカ故ニ僅カニ一死ヲ免レタリト言ハ、雖レカ其危險ニ戰  
慄セサラン夫レ犯罪ノ受働者現存シ危險ノ事實既ニ發生シテ而シテ尙ホ  
未タ未遂犯ナシトセンカ未遂犯ノ規則ハ殆ト之レヲ適用スルノ場合ナキ  
ニ至ラントス論者或ハ曰ハシ人ヲ殺スノ意思ヲ以テ誤テ獸ヲ殺ス是レ殺  
人ノ意思アリト謂フヘク未タ殺人ノ行爲アリト謂フ可カラス刑法ハ犯意  
ヲ罰セサルヲ以テ原則トナス然ラハ則チ農夫ノ所爲未遂犯ヲ構成セサル

ヤ明白ナリト論者ノ說一理アルニ似タリト雖モ未タ卒カニ是認ス可カラサルモノアリ試ミニ他ノ事例ヲ舉ケテ之レヲ論セシニ馬ニ乘シテ疾驅スル者アリ馬上ノ人ヲ擊殺セント欲シテ誤テ馬ヲ斃ス此場合ニ於テ果シテ殺人ノ未遂犯ナキカ又獵師アリ犬ヲ率ヒテ山ニ狩リス其怨人之ヲ殺サント欲シテ誤ツテ犬ヲ殺ス此場合ニ於テモ亦殺人ノ未遂犯ヲ構成セストナスカ若シ隣家ノ惡童林檎樹ノ下ニ在リ而シテ老猿其上ニ在リテ殺害ニ遭フコトアラハ則チ論者必ス曰ハシ是レ馬ヲ斃シ犬ヲ殺シタル場合ニ同シ豈ニ未遂犯ヲ構成セサルノ理アラシヤト夫レ犯罪ノ受働者危險ノ場所ニ近接シテ而シテ克ク犯罪ノ害ヲ免レタルトキハ則チ常ニ未遂犯ヲ構成ストナシ受働者其場處ニ遠距シテ而シテ禍害ヲ免レタルトキハ則チ常ニ不能犯アリトセハ犯罪ヲ構成スルト否ヲサルトハ幾干ノ距離ヲ以テ其標準ヲ定ムヘシト爲ス乎是レ臧文仲ノ智ヲ以テスルモ恐ラクハ能クスキ所ニ非ラサルナリ果シテ然ラハ惡童内ニ在ルモ亦外ニアルモ均シク農夫ノ

行爲ハ未遂犯ヲ以テ論セサル可カラサルヤ明クシ何トナレハ危險ノ程度ハ常ニ同一ニシテ而シテ其危險ヲ免レタルノ結果モ亦同一ナレハナリ之ヲ換言スレハ惡童代ハリテ老猿ノ場所ニ在レハ必ス老猿ノ禍ヲ得タル可シ是レ危險ノ程度同シキナリ惡童内ニ在リテモ殺害ヲ免レ樹下ニ在リテモ亦禍害ヲ免ル、ヲ得タルハ則チ是レ危險ヲ免レタルノ結果同シキナリ如斯危險ノ程度同シク又危險ヲ免レタルノ結果同フシテ而シテ或ハ未遂犯ヲ構成シ或ハ不能犯ヲ成スト謂フ豈ニ夫レ惡童ノ所在如何ニ因リテ以テ刑法原則ノ適用ヲ二三ニスルノ理アラシヤ要スルニ犯罪ノ受働者存在セサルトキハ則チ如何ナル場合ニ於テモ到底犯罪ノ結果ヲ收ムル可カラサルカ故ニ犯罪ヲ構成スル能ハス所謂ユル目的上ノ不能犯アリ之レニ反シ受働者存在スルトキハ則チ犯人ノ注意如何ニ因テ犯罪ノ結果ヲ收ムルコトヲ得ルカ故ニ假令其目的ヲ誤ルアルモ犯罪ヲ構成スルヲ失ハス所謂ユル未遂犯アリトス「ガロ」氏ハ犯罪ノ目的物

全ク成立セサルカ又ハ其目的物ハ犯罪ノ成立ニ必要ナル資格ヲ有セサル  
 場合ニ於テ目的ニ關スル絶對的ノ不能犯アリト言ヘリ是レ余ノ論ト酷ク  
 相似テ而シテ大ニ異ナル所アリ余ノ所謂ユル犯罪ノ目的物トハ犯罪ノ受  
 働者則チ人ヲ指ス然ルニ「ガロ」氏ノ意ヲ推スニ其所謂ユル犯罪ノ目的物  
 トハ犯罪ノ目的トナル可キ物體即チ人又ハ物ヲ指テ之ヲ云フニ似タリ何  
 トナレハ其犯罪ノ構成ニ必要ナル資格ヲ有セサル目的物アリト言フニ因  
 テ之ヲ知ルナリ果シテ然ラハ物ノ存在セサル場合ニ於テモ亦猶ホ人ノ存  
 在セサル場合ニ於ケルカ如ク必ス犯罪ノ不成立ヲ認メサル可カラズ是ニ  
 於テカ第二例ニ掲ケタル賽錢箱ノ場合ト第三例ニ掲ケタル銅像老猿ノ場  
 合ニ於テハ其目的物或ハ存在セス或ハ犯罪ノ構成ニ必要ナル資格ヲ有セ  
 サルカ故ニ均シク絶對的ノ不能犯ヲ以テ論セサル可カラズ然ルニ「ガロ」  
 氏ハ第二例賽錢箱ノ場合ヲ以テ未遂犯ニ問擬ス可シトセリ之レニ反シ余  
 ハ則チ以爲ラク犯罪ノ目的物トハ物ヲ指スニ非ラスシテ犯罪ノ受働者タ

ル人ヲ指スカ故ニ賽錢箱假令ヒ空虚タルトモ苟モ其所有者存在セハ是レ  
 他人ノ所有權ヲ侵害セントセシ行爲タルヲ失ハス夫ノ銅像老猿ノ場合ニ  
 於テモ亦然リトス銅像老猿ハ均シク殺人罪ノ構成ニ必要ナル資格ヲ有セ  
 スト雖モ眞個ノ受働者タルヘキ人存在スル以上ハ此人ノ生命權ヲ侵害セ  
 シトセシ行爲タルヲ失ハサルナリ夫レ如斯ク事實ノ觀察常ニ同フシテ而  
 シテ法律ノ適用大ニ異ナル所以ノモノハ不能犯ノ定義其ノ基本同シカラ  
 サレハナリ

第二項 方法上ノ不能犯

許多ノ刑法學者ハ犯罪ヲ行フニ當リテ之レニ供用スル所ノ方法又ハ手段  
 性質上犯罪ヲ實行スルニ足ラサルトキハ則チ方法ニ關スル絶對的ノ不能  
 犯アリト謂ヘリ是レ犯罪ニハ必ス方法ヲ要スルカ故ニ方法ヲケレハ犯罪  
 ナク隨テ其方法犯罪ノ用ヲ爲スニ足ラサルトキハ則チ方法ヲ用ヒサルニ  
 同シク全ク犯罪ナキニ歸ス可シト言フニアリ夫レ不完全ノ方法ハ果シテ

犯罪構成ノ要件トナスニ足ラサル乎又不完全ノ方法ヲ用ヒタルトキハ全ク方法ヲ用ヒサルニ同シキ乎

余ヲ以テ之ヲ觀ルニ不能犯論者ノ説ハ是レ其一ヲ知リテ未タ其二ヲ知ラサル者ナリト謂ハサル可カラス凡ソ犯罪ヲ行フニ當リ不完全ノ方法ヲ用ユルトキハ全ク其用ヲ爲サ、ルヲ以テ初メヨリ何等ノ方法ヲ用ヒサルニ同シキコトハ實ニ論者ノ説ク所ノ如シ然レトモ不完全ノ方法ヲ用ヒテ而シテ犯罪ノ成功ヲ收ムルコト能ハサル場合ト完全ノ方法ヲ用ヒテ而シテ其成功ヲ收ムルコト能ハサル場合トハ其結果ニ於テ全ク同一ナルニハ非ラサルヤ夫レ方法完全ナリト雖モ之ヲ用ユル其宜シキヲ得サレハ則チ何等ノ用ヲ爲スモノニ非ラサルナリ既ニ其用ヲ爲サ、ル所ヲ以テ之ヲ見レハ完全ノ方法ヲ以テスルモ又不完全ノ方法ヲ以テスルモ其歸スル所ハ同一ナラスンハアラサルナリ然ルニ論者ハ完全ノ方法ヲ用ヒタルトキハ假令ヒ其用法ヲ失シテ犯罪ノ成功ヲ收ムルコト能ハサルモ未遂犯ヲ構成

スヘシトナシ而シテ不完全ノ方法ヲ用ヒテ犯罪ノ成功ヲ收ムルコト能ハサルトキハ却テ不能犯アリトナス犯罪ノ結果ハ常ニ同一ニ歸シテ而シテ刑法ノ適用獨リ異ナル所以ノモノ余輩其理由ノ存スル所ヲ知ルニ苦シマズンハアラス論者或ハ言ハン犯罪ノ方法最初ヨリ其用ヲ爲スニ足ラサルモノナルトキハ如何ナル智術ヲ盡スモ到底其目的ヲ達ス可キニアラス是レ用法ノ錯誤ニ因リテ然ルニ非ラスシテ方法ノ性質ニ因リテ然ルモノナレハ犯人ハ最初ヨリ未ダ曾テ何等ノ方法ヲ用ヒサル者ト毫モ異ナル所ナシ之レニ反シ犯罪ノ方法ハ其性質犯罪ノ目的ヲ達スルニ足ル可キモノナルトキハ犯人其用法ヲ誤ラサルニ於テハ必ス犯罪ノ成功ヲ收ムルコトヲ得タル可シ而シテ其之ヲ收ムルコト能ハサリシハ是レ方法ノ性質ニ因リテ然ルニ非ラスシテ用法ノ錯誤ニ因テ然ルト謂フ可キヲ以テ方法ノ性質其用ヲ爲サ、ル場合ト同日ニシテ而シテ論ス可カラサルナリト此説ハ純然タル客觀主義論者ヨリ出ツ(近世刑法家ニ二學派アリ一ハ客觀主義派

ニシテ一ハ主觀主義派ナリトス客觀主義派ハ犯罪ノ成立ヲ犯人ノ行フタル事實ノ上ニ求メ其事實ニシテ犯罪ノ分子ヲ具ヘサルトキハ犯人ノ意思如何ニ拘ハラズ之ヲ罰スルコトヲ得スト謂フニアリ主觀主義派ハ犯罪ノ構成ヲ犯人ノ有スル犯意ノ上ニ探リ其意思ニシテ危険ノ分子ヲ具ヘテ而シテ外形ニ表白センカ事ノ成功如何ヲ論セス必ス之ヲ罰セサル可カラスト謂フニアリ論者ノ說ニ據レハ未遂犯ハ犯意ノ一部實行アリタル場合即チ犯罪ヲ構成スル事實ノ一部ヲ行フタル場合ニ非ラサレハ成立セス蓋シ刑法ノ防衛權ハ犯人ノ行フタル行爲ノ性質何等ノ惡害ヲ生セサル場合ニ及フ可キモノニ非ラス必ス犯人ノ行爲自体ニ附着スル危害ノ存在スル場合ヲ禁遏スト云フニ在リ故ニ論者カ犯罪ノ實行ニ有效ナル方法ナキトキハ犯罪ナキニ歸ス可シトノ斷案ヲ下タス固ヨリ當然ノ結果深ク恠々ニ足ラサルナリカララ氏所謂ニル刑法ハ外形行爲ニ因テ表白シタル犯人ノ犯意ヲ罰スルモノニ非ラスシテ犯人ノ犯意ニ伴隨シタル犯罪行爲ヲ罰スル

モノナリトノ說即チ是ナリ余ハ未遂犯ノ問題ニ付寧ロ伊太利ノ「ガロハロ」氏獨逸ノ「リスト」氏等ト共ニ主觀主義ノ學派ヲ主張セント欲スル者ナリ元來刑法ニ於テ未遂犯ノ規定ヲ設ケタル所以ノモノハ犯人ノ有スル犯意大ニ社會ニ對シテ危害ノ原因ヲ爲セハナリ犯罪ノ意思常ニ犯人ノ胸中ニアリテ深ク包藏スルトキハ刑法固ヨリ之ヲ罰スルノ權利ヲ有スルモノニ非ラス然レトモ其一旦發表シテ外部ノ行爲トナルニ當リテヤ未タ何等ノ損害ヲ發生セスト雖モ社會ノ危害ハ已ニ迫マレリトシテ之ヲ罰スルノ必要ヲ生ス蓋シ犯罪ノ意思一タヒ包藏シテ未タ全ク消散セサルニ於テハ犯人一旦蹉跌シテ成功ヲ奏スルコト能ハサルモ更ニ再タヒ犯罪ノ事實ヲ行ヒ之ヲ三タヒシ之ヲ十タヒシテ犯罪ノ目的ヲ達スルニ非ラサレハ遂ニ止ム無カラントス是ニ於テカ社會ノ危險實ニ測ル可カラサルモノアリ法律ハ深ク犯罪ノ意思ヲ惡ミ重ク之ヲ罰センコトヲ欲シテ特ニ未遂犯ノ規則ヲ設クルニ至リシナリ但包藏ノ犯意ハ之ヲ罰スルコト能ハサルカ故ニ其事

實トナリテ外部ニ表白スルノ時機ヲ俟ツノミ然ラハ則チ犯罪ノ惡意アリテ苟モ外部ニ表白シタル事實アル以上固ヨリ之ヲ罰シテ恕ス可ラス其成功ヲ奏シ實害ヲ生シタルト否トハ未遂犯ノ構成上之ヲ論スルノ必要ナキナリ羅馬法ニ於テ未遂犯ヲ罰スルニ有形上ノ事實ニ重キヲ措カスシテ深ク無形上ノ犯意ヲ尤メタルモ亦此精神ニ外ナラス夫レ犯罪ノ實害毫モ發生セシテ而シテ尙ホ克ク未遂犯アリトナスハ是レ犯意ニ伴隨スル犯罪行為ヲ罰スルニ非ラスシテ外形行為ニ因テ表白シタル犯意ヲ罰スルニ外ナラス既ニ犯意ヲ罰スルコトヲ得ルトセハ何ソ夫レ無効ノ方法ヲ用ヒタル場合ト其否ラサル場合トヲ區別スルノ必要アラザヤ且ツ犯人ノ意思ト行為ハ既遂犯ノ場合ニ於テスルニアラサレハ合一ニ至ル能ハス未遂犯ノ場合ニ於テハ二者常ニ分離シテ並行セサルカ故ニ若シ犯人ノ設計其功ヲ奏セサルトキハ假令ヒ行為ノ一部分實行シタルモノアリトスルモ未タ犯意ノ全部ヲ事實ニ寫出シタリト謂フ可カラスシテ僅カニ犯意ノ一部ヲ實

行シタルニ過キササルナリ果シテ然ラハ論者ノ所謂ユル犯意ニ伴隨シタル犯罪行為モ其全部ヲ行ヒ盡スコト能ハサルトキハ其一部スラ尙ホ之ヲ行フ能ハサリシ場合ト同一ニシテ常ニ不能犯ノ性質ヲ脱セスト謂ハサル可ラス何トナレハ犯意ノ未タ實行セサル處九分アリトスルモ十分アリトスルモ到底犯意タルニ過キササルヲ以テ之ヲ罰スルノ理由ナキヤ明カナレハナリ余輩以爲ラク若シ一分ノ實行ニ對スル九分ノ犯意ヲ罰スルヲ得トセハ無効ノ實行即チ實行ナキ全部ノ犯意ヲ罰スルニ於テ何ノ不可カ之アラフ警之ハ旅行ヲ爲スカ如シ新橋ヲ發シテ横濱ニ行カントシテ川崎ニ至レハ則チ前夜大雨水層漲漲鐵橋破壊シテ瀛車通ス可カラス夫レ鐵橋ノ破壊ハ夜前ニ在リテ而シテ瀛車ノ出發今朝ニ於テスレハ則チ余ノ旅行ハ頭初ヨリ無効ノ方法ヲ取リタルヤ明カナリ然レトモ余ハ固ヨリ鐵橋ノ破壊ヲ知ル者ニ非ラス余ト瀛車ヲ同フシタル者ハ皆チ余ト共ニ横濱ニ行クニ付新橋發ノ瀛車ニ乗スルヲ以テ至便ノ方法ナリト信セサルハナカリシナリ

是レ最初ヨリ無効ノ方法タルコトヲ知ラス之レニ由テ以テ犯罪ノ目的ヲ達ス可シト信シテ之ヲ犯罪ノ用ニ供シタル者ト少シモ異ナル所ナシ若シ夫レ新橋ヲ發スルノ當時未タ何等ノ事變ナクシテ而シテ川崎ニ至リ猛然大地震動シテ鐵橋陷沒スルアラハ余ハ實ニ意外ノ變災ニ遭遇シテ旅行ノ目的ヲ達スルコト能ハサリシ者ナリ是レ最初ヨリ有效ノ方法ヲ用ヒテ犯罪ヲ行ハントシテ中道意外ノ事變ニ碍ケラレ犯罪ノ目的ヲ達セサル場合ニ同シキナリ夫レ最初ヨリ川崎鐵橋ノ破壊ヲ知ラスシテ而シテ行キテ川崎ニ至リタル場合モ又進行ノ途中卒カニ鐵橋陷沒シテ川崎ニ停マリタル場合モ均シク同一ノ障礙ニ妨ケラレテ横濱旅行ノ目的ヲ達スルコト能ハサリシモノナリ然ルニ最初ヨリ鐵橋ノ破壊ヲ知ラスシテ進行シタル場合ヲ以テ不能ノ旅行ナリト謂ヒ中途ニシテ鐵橋ノ陷沒ヲ見テ停止シタル場合ヲ以テ未遂ノ旅行ナリト謂ハ、誰レカ區別ノ奇怪ニ驚カサルモノアラフヤ此區別果シテ理由ナシトセンカ不完全ノ方法ヲ用ヒタル場合ト其

否ラサル場合トニ因テ以テ不能犯ト未遂犯ノ區別ヲ爲スモ亦其根據ナキヲ笑ハサルヲ得サルナリ

論者曰ク最初ヨリ其用ヲ爲スニ足ラサルノ方法ヲ取テ以テ犯罪ノ用ニ供シタルハ是レ爲ス可カラサルノ事業ヲ爲シタル者ニシテ所謂ユル不能犯アリ之ニ反シ最初ノ間ハ其用ヲ爲スニ足ルノ方法ヲ取リシモ中途ニシテ其用ヲ失フニ至リタルハ是レ方法ノ罪ニ非ラスシテ犯人自ラ爲セルノ過失ナリ故ニ未遂犯アリト

然レトモ人生萬般ノ事業其初メニ當リテヤ必ス成ルヲ期ス可キモノニ非ラス又必スシモ成ルヲ期ス可カラサルモノニ非ラス其成ラサルニ當リテヤ神策奇計モ遂ニ其用ヲ爲サ、ルナリ犯人カ犯罪ヲ行フモ亦然リ其目的ヲ達スルコト能ハサルニ於テヤ假令其探ル所ノ方法ハ確實ナリトスルモ到底其用ヲ爲サ、ルナリ其用ヲ爲サ、ル所ヨリ之レヲ觀レハ確實ノ方法モ實ニ牛溲馬勃ニ價スルニ足ラスシテ而シテ粗惡ノ方法ト何ソ擇フ所ア

ランヤ然ラハ則チ最初ヨリ其用ヲ爲サ、ル方法ヲ擇フモ中途ニシテ其用  
 ヲ爲サ、ル方法ヲ擇フモ犯罪ノ目的ヲ達スルコト能ハサリシハ是其方法  
 ノ罪ニ非ラスシテ一ニ犯人カ方法ノ粗惡ト前途ノ障害ヲ豫見スルコト能  
 ハサルノ過失ニ因ラスシハアラサルナリ。既ニ方法ノ粗惡ヲ豫見セサルモ  
 前途ノ障碍ヲ豫見セサルモ均シク犯人ニ歸ス可キ過失ナリトスレハ最初  
 ヨリ成立セシ障碍ト中途ニシテ發生セシ障碍トニ因テ以テ不能犯ト未遂  
 犯トヲ區別スルノ理由トナスニ足ラサルヤ論ヲ俟タス  
 要スルニ刑法ハ犯罪ノ意思アリテ之ヲ外形行爲ニ表白スルトキハ常ニ之  
 ヲ罰セサル可カラサルナリ其外形行爲カ犯罪ノ目的ヲ達スルニ適當ナル  
 性質ヲ有スルト否ヤトハ之ヲ論究スルノ必要ナシ何トナレハ其如何ナル  
 場合ニ於テモ犯人カ其期スル所ノ犯罪ノ結果ヲ收ムルコト能ハサルニ至  
 リテハ同一ニ歸着シ而シテ其社會ニ及ホス所ノ危險亦タ同一ナレハナリ  
 然レトモ余ハ犯罪ノ意思アリテ外形行爲アレハ常ニ必ス未遂犯ヲ構成ス

可シト謂フ者ニ非ラス犯罪ノ意思アルモ其意思ノ實行ニ必要ナラサル方  
 法ヲ行ヒ又ハ其意思ノ實行ニ反對スル方法ヲ行フトキハ未遂犯ヲ構成ス  
 ルモノニ非ラス是レ方法上ノ不能犯ナリト謂ハソヨリハ寧ロ未タ犯罪ヲ  
 構成スルノ方法ヲ行ハサルモノナリト謂ハント欲スルナリ之ヲ換言スレ  
 ハ犯罪ノ意思ハ危險ノ性質ヲ以テ外形行爲ニ發露シタル場合ニ非ラサレ  
 ハ未遂犯アリト謂フ可カラサルナリ是レヨリ事例ヲ擧ケテ以テ未遂犯ヲ  
 構成スル場合ト其否ラサル場合トヲ明瞭ナラシメントス  
 第一例(イ)咒詛ノ方法ニ因リ人ヲ殺ス可シト信シ咒文ヲ唱ヘ其咒殺セント  
 欲スル者ノ死ヲ購ル者アリ又丑時詣ヲ爲シ其怨殺セント欲スル人ニ擬シ  
 テ神木ニ五寸釘ヲ打付ケル者アリ凡ソ此等ノ所爲ハ未タ社會ニ對シテ何  
 等ノ關係ヲ發生セシムルノ效力ナク僅カニ單獨任意ノ行爲タルニ過キサ  
 レハ犯意ノ實行ニ必要ナル方法ヲ行フタル者ナリト謂フ可カラス(ロ)銃彈  
 ノ達セサル遠距離ニ在リテ人ヲ銃殺ス可シト信シ富士山ニ登リ其頂上ヨ



リ信州諏訪湖ニ遊フ者ヲ狙撃セントシテ其手銃ヲ發セリ是レ亦兇詛丑時  
 詣ノ場合ニ同シク實ニ犯意ノ實行ニ必要ナル方法ヲ行フタルモノニアラ  
 ス何トナレハ銃丸ノ到達ス可カラサル遠距離ニ發砲スルハ全ク銃丸ヲ裝  
 填セサル銃砲ヲ發スルニ同シクシテ銃丸ノ裝填ナキ銃砲ヲ發スルハ火藥  
 ノ裝填ナキ空銃ヲ擬スルニ均シ彈藥ノ裝填ナキ銃砲ヲ擬シテ人ヲ殺サ  
 ト欲ス果シテ犯意ニ必要ナル方法ヲ行フタル者ナリト謂フヘキ乎其難キ  
 コト本ニ縁リテ魚ヲ求ムルヨリモ更ニ甚シトス(ハ)牛乳ヲ以テ人ヲ毒殺ス  
 可シト信シ毎日之ヲ其怨人ニ飲マシムル者アリ又水ヲ以テ可燃質ノモノ  
 ナリト信シ之ヲ薪材ニ注キ因テ以テ放火ヲ爲サントスル者アリ此等ノ所  
 爲タル犯意ノ實行ニ必要ナル方法ニ非ラサルノミナラス全ク犯意ノ實行  
 ニ反對スル方法ナリト謂フ可シ何トナレハ牛乳ハ滋養物ニシテ人ノ健康  
 ヲ養フ可ク水ハ不可燃質ニシテ薪材ノ火ヲ消滅ス可キモノナレハナリ若  
 シ此等ノ場合ヲ以テ未遂犯ヲ構成スト言ハンカ水ニ溺レタル者ヲ救助シ

テ尙ホ之ヲ殺スノ意思ヲ實行シタル者ナリト謂フコトヲ得ン

第二例(イ)無毒ノ物質ヲ以テ藥毒ナリト誤信シテ之ヲ人ノ食物中ニ投シ因  
 テ以テ其人ヲ毒殺セント謀リシ場合彼ノ「ドローム」ノ小村落ニ於ケル木細  
 工人ノ妻某カ藥種商ニ欺カレ其與アル所ノ食鹽ヲ以テ毒藥ナリト信シ之  
 ヲ良人ノ食物中ニ投シテ良人ヲシテ之ヲ食セシメタル場合ノ如シ是レ一  
 般ノ刑法家カ認メテ以テ方法上ノ不能犯ナリトナス所ノ適例ナリ(ロ)犯人  
 ハ人ヲ銃殺セント欲シテ所有ノ銃砲ニ彈藥ヲ裝填セリ然ルニ犯人未タ之  
 ヲ用ユルニ違アラステ竊カニ之ヲ發セシ者アリ犯人ノ知ラス尙ホ彈  
 藥ノ裝填アルモノナリト信シテ之ヲ目的ノ人ニ擬セシ場合又犯人ハ適當  
 ノ距離ニ在リテ銃砲ヲ發シタルニ偶々其銃砲ノ射程遠キニ至ラスシテ目  
 的ノ人ヲ害スルコト能ハサリシ場合(ハ)犯人ハ毒藥ヲ使用シテ人ヲ殺サ  
 コトヲ謀リシモ毒藥ノ分量ヲ誤マリタルカ爲メニ遂ニ毒殺ノ功ヲ奏スル  
 コト能ハサリシ場合以上掲クル所ノ場合ニ付ハ世人或ハ以テ不能犯ナリ

ト論シ或ハ以テ未遂犯ナリト説ク然レトモ余ハ此數個ノ場合ヲ以テ盡ク性質ヲ同フスル所ノ未遂犯ナリト論定セント欲スル者ナリ何ヲ以テ之ヲ言フヤ曰ク此等ノ場合ニ於テ犯人カ取リシ所ノ方法ハ盡ク犯意ノ實行ニ必要ナラサルモノナシ只犯人ハ他人ノ爲メニ誤マラレ又ハ自ラ誤リテ犯罪ノ效果ヲ收ムルコト能ハサリシ者ナリ(一)木細工人ノ妻某ハ其良人ヲ毒殺スルノ決心ヲ爲シ藥舖ニ就キ毒藥ヲ購求セリ藥舖之ヲ悟トリ食鹽ヲ以テ砒石ナリト稱シテ之ヲ婦ニ與ヘシニ婦ハ眞ノ砒石ナリト信シテ之ヲ良人ニ喰ハシメタリ其食鹽ナル所ヨリ之ヲ觀レハ婦ハ最初ヨリ其用ヲ爲サ、ル方法ヲ取リタルカ故ニ彼ノ呪詛丑時詭ノ場合ノ如ク犯意ノ實行ニ必要ナラサル方法ヲ行フタリト謂フ可キニ似タリ然レトモ犯人ノ意思ヨリ之ヲ觀レハ犯人ハ食鹽ヲ以テ毒物ナリト信シテ之ヲ用ヒタルカ故ニ其外形行爲ニ表白シタル犯意ノ危險ナルコト毫モ少量ノ毒藥ヲ使用シタル場合ニ異ナル所ナシ試ミニ此婦ハ其藥舖ニ就キ眞ノ砒石ヲ得之ヲ用ユル

ニ當リテ偶々其分量ヲ誤レリトセハ誰レカ其毒殺未遂罪ヲ疑フ者アラシヤ何トナレハ毒藥ノ配劑ハ専門ノ技術ニ屬ス若シ配劑ノ錯誤ヲ以テ未遂犯ヲ構成セスト言ハ、藥劑師ニ非ラサル者ハ毒殺未遂罪ヲ犯スニ足ラスト謂フヘキニ至レハナリ夫レ少量ノ毒藥ヲ使用スルモ毒藥ノ效ヲ奏スルニ足ラス無毒ノ物質ヲ使用スルモ毒殺ノ效ヲ奏ス可カラズ其毒物ノ效ヲ奏セサルニ至テハ二者ノ場合均シク單ニ外形行爲ニ表白シタル危險ノ犯意アリト謂フニ過キス然ルニ少量ノ毒物ヲ使用シタル場合ハ之ヲ以テ未遂犯ナリトナシ其無毒ノ物質ヲ使用シタル場合ハ之ヲ以テ不能犯ナリトナスハ余輩其條理ニ適諧シタル論ナリト謂フ能ハサルナリ(二)犯人ハ其裝填セシ銃砲ノ已ニ空砲トナリシコトヲ知ラスシテ之ヲ發セシ場合又ハ適當ノ距離ヨリ發砲セシモ偶々射程ヲ誤リシ場合ニ至リテハ犯意ノ實行益々適切トナリテ而シテ危險ノ程度愈々甚シキヲ加フ夫レ空砲トナリタルコトヲ知ラスシテ之ヲ使用シタルハ猶ホ裝填ノ銃砲發火セサルカ如シ犯

人ハ常ニ犯意ノ實行ニ必要ナル行爲ヲ爲シタリト雖トモ只犯人ノ注意周到ナラサルカ爲メニ空砲ヲ使用シタルニ過キサリシナリ若シ此空砲ヲ使用シテ未遂犯ヲ構成ス可カラズンハ裝填ノ銃砲發火セサル場合ニ於テモ亦未遂犯ナシト謂ハサル可カラサルナリ豈ニ如斯ノ理アラシヤ特ニ射程ヲ誤リ銃殺ノ目的ヲ達セサル場合ノ如キハ是レ適當ニ銃砲ヲ發シテ命中ヲ誤リタル場合ト毫モ異ナル所ヲ見ス抑々人ヲ殺スノ目的ヲ以テ銃砲ヲ發シテ而シテ其ノ命中ヲ誤リタル者ヲ見テ尙ホ未タ未遂罪ヲ構成セスト言フ者アル乎(3)犯人ハ人ヲ毒殺セントシテ偶々毒藥ノ分量ヲ誤リタルキハ假令ヒ幾干ノ少量ニ至リタルモ世人其未遂罪ヲ構成スルノ場合タルコトヲ疑フ者アラサルナリ只其少量ノ極端ヨリ進ミテ皆無ト云フニ至リテ而シテ不能犯ノ論者出ツルナリ然レトモ極端ノ少量ハ殆ト無キニ均シク殆ト無キハ全ク無キニ同シキカ故ニ苟モ極端ノ少量ヲ使用シタルヲ以テ未遂犯ナリトセハ其皆無ノ物質ヲ使用シタル場合ニ於テモ亦必ス同一

ノ斷案ヲ下タサル可カラズ

今試ミニ一步ヲ進メテ論センニ被害者ハ極少ノ毒藥ヲ服用シタルカ爲メニ變死シタリトセハ犯人期スル所ノ目的ハ全ク之ヲ達シタルカ故ニ必ス毒殺既遂罪ヲ以テ論ス可キハ何人モ克ク首肯スル所ナルヘシ無毒ノ物質ヲ飲ミタルカ爲メニ病死シ又ハ空發ノ銃聲ニ怖レテ驚死シタル場合ニ於テ獨リ否ラスト言フノ理アラシヤ「ベルトル」氏ハ銃聲ニ驚怖シテ生命ヲ損シタルトキハ只犯人ノ目的被害者ヲ驚殺スルニ在リシ場合ニ限り謀殺未遂罪アリト論セリ然トモ犯人ノ目的ハ此被害者ヲ殺スニ在リシヲ以テ苟モ犯人ノ行フタル方法ニ因リテ以テ彼レヲ死ニ致シタルノ事實アル以上ハ銃殺ト驚殺ト何ソ擇ハシヤ是レ擬ト及トヲ以テ人ヲ殺スノ類ノミ固ヨリ異ナル所アル可キノ理ナシ

上來論スル所ヲ概言スレハ犯罪ノ方法ハ犯意ノ實行ニ適合セザラシカ未タ外形行爲ニ表白シタル危險ノ犯意トナスニ足ラス之レニ反シ其方法ハ

犯意ノ實行ニ適合センカ方法ノ性質如何ニ拘ハラス常ニ外形行爲ニ表白シタル危險ノ犯意トナスニ足ル而シテ方法ノ適合ナルモノト其否ラサルモノトヲ區別スルハ全ク事實問題ニ屬スト雖モ克ク犯人ノ爲人如何ヲ審查シテ其目的トスル犯罪行爲ヲ行フノ智能ヲ有スルヤ否ヤトヲ研究スルアラハ或ハ多少ノ標準ヲ得ルニ庶幾カラン乎

第三段 中止犯

中止犯ハ至難ノ問題ニ非ラサルナリ只現刑法ノ規定不備ナルカ故ニ或ハ解釋ノ誤謬ヲ來タサンコトヲ恐レ特ニ一言スルノミ

犯人意外ノ障礙又ハ舛錯ハ未遂犯ヲ構成スル必要條件ナリ今若シ犯人自己ノ任意ニ因リテ犯罪ノ實行ヲ中止シタル場合ハ刑法別ニ之レカ規定ヲ設クス唯學說上之ヲ名ケテ中止犯ト謂フ

中止犯ニ付テハ如何ナル處分ヲ爲ス可キ乎刑法ニ於テ特ニ未遂犯ノ規定ヲ設ケテ而シテ一言ノ中止犯ニ及ボサル所ヲ以テ之ヲ觀レハ刑法ノ精

神ハ中止犯ヲ罰スルモノニ非ラサルニ似タリ(正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰セス世人亦往々中止犯ノ無制裁ヲ主張スル者アルヲ見ルナリ余ヲ以テ之ヲ考フルニ中止犯ハ之レカ場合ヲ區別シテ論セサル可カラズ即チ僅カニ犯罪ノ實行ニ着手シ未タ何等ノ結果ヲ生セサル以前ニ於テ中止シタルトキハ之ヲ罰スルコトヲ得ス之レニ反シ一旦犯罪ノ實行ニ着手シテ已ニ多少ノ結果ヲ生シタル以後ニ於テ中止シタルトキハ現在ノ結果ニ付テ其罪責ヲ論セサル可カラズ蓋シ其結果ハ或ハ既ニ缺效犯ヲ爲スコトアリ或ハ別ニ一罪ヲ構成スルコトアルナリ例之ハ殺害ノ意思ヲ以テ人ニ對シテ一撃ヲ加ヘタリ俄然トシテ惻隱ノ至情猛發シ殺害ノ惡念全ク消滅シテ遂ニ犯罪行爲ヲ中止スルニ至レリ如斯場合ニ於テ犯人ハ最初ノ一撃ヲ以テ殺害ノ目的ヲ達セント欲シテ而シテ手練ノ拙劣ト器械ノ粗惡ナルカ爲メニ誤テ成功ヲ缺キタリトセハ是レ實ニ犯人意外ノ障礙又ハ舛錯ニ因リテ犯罪ノ目的ヲ遂クサリシ場合ナレハ中止以前業已ニ缺效犯ヲ構

成シタルナリ其以後ニ於テ中止ヲ爲スト雖モ事既ニ遲シ殺人未遂罪ノ構成上毫モ影響ヲ及ホス所ナシ唯犯人ノ心中大ニ善ミス可キ所ノモノハ以テ酌量輕減ノ理由トナスニ過キス若シ夫レ犯人ハ最初ヨリ數撃ヲ試ミテ殘殺ヲ行ハントノ惡念ヲ有シ已ニ一撃ヲ加ヘテ而シテ中止シタリトセンカ其結果ハ之ヲ毆打創傷罪ニ間擬セサル可カラス論者或ハ言ハン犯人ハ殺人ノ犯意ヲ有セシ者ナリ未タ曾テ毆打ノ犯意ヲ有セシ者ニ非ラス若シ中止ノ結果ヲ論スルニ毆打罪ヲ以テセントセハ是レ犯意ナキ行爲ヲ罰スル者ナリト論者ノ說甚タ非ナリ凡ソ人ヲ殺害セント欲スル者ハ必ス毆打ノ意思ト殺害ノ意思トヲ併有セスンハアラス何トナレハ毆打ノ所爲ハ殺害ヲ行フニ必要避ク可カラサル所ノモノナルヲ以テ殺害ノ意思ヲ有スル者ニシテ毆打ノ意思ヲ有セサルコトハ理ニ於テ之レアル可カラサレハナリ

以上論スル所ニ因レハ中止犯ノ結果ハ現行刑法ニ於テモ尙ホ之ヲ罰スル

エトテ得ルト雖トモ一旦解釋ノ道ヲ誤ルトキハ或ハ中止犯ヲ不問ニ付セ  
ントスルノ恐ナキコト能ハス是ニ於テカ新刑法草案ニハ明ラカニ此場合  
ヲ規定シ「犯罪ノ實行ニ着手シ自己ノ意思ニ因リ之ヲ止メタルトキハ現ニ  
生シタル結果ニ從テ之ヲ罰ス」トセリ(草案第六十條參照)

犯罪ノ時、場所、人

犯罪ノ時

### 第五章 犯罪ノ時、場所、人

#### 第一節 犯罪ノ時

犯罪ノ時ニ關シテハ左ノ二原則ヲ以テ之ヲ支配ス

第一原則 法律ニ規定ナキ所爲ハ之レヲ罰スルコトヲ得ス

第二原則 刑法ハ其頒布後ノ所爲ニ非ラサレハ之レヲ罰スルコトヲ得ス

以上二個ノ原則ハ互ニ原因結果ヲ相爲スモノニシテ今日歐洲各國ノ刑法ニ於テ此二原則ヲ採ラサルモノナシ古昔文明未タ進歩セス法律ノ如何ヲ解セサル時代ニアリテハ裁判官タル者ハ其欲スル所ハ之レヲ罰シ其欲セサル所ハ之レヲ罰セサルノ自由權ヲ有シ人民ハ其身軀財産ヲ擧ケテ之ヲ法律ニ依頼スルコトヲ知ラスシテ一ニ裁判官ノ隨意ニ放任シタリキ然レトモ靜止ヲ忌ムノ社會ハ之レヲ以テ満足スルヲ得ス其進歩スルト共ニ此

犯罪ノ時、場所、人 犯罪ノ時

弊ヲ矯メンカ爲メ豫メ法律ヲ設ケ爲ス可キノ所爲ト爲スカラサル所爲トテ區別シ因テ以テ其由ル可キノ標準ヲ定メタリ是レ實ニ第一原則ノ起因ナリ然リト雖トモ刑法ニシテ頒布ノ前後ヲ問ハス之レニ由テ以テ罰ス可シトセンカ昨ハ是ナリト信シテ爲シタルノ行爲モ今ハ非トシテ罰セラレサルヲ得ス是レ法律ナク其由ル可キノ標準ナキ場合ト何ソ擇フ所アラフヤ是ニ於テ乎第二ノ原則ヲ生セリ今ヤ進メテ此二原則ニ付テ詳説スル所アラントス

第一原則ノ適用 刑法ノ公布及ヒ廢止

(一)凡ソ犯罪トシテ之レヲ罰スルニ付テハ其所爲ハ刑法ノ頒布後廢止前ノ間ニ於テ之ヲ爲シタルコトヲ要ス是レ實ニ刑法ノ頒布及ヒ其廢止ノ時期ヲ知ルノ必要アル所以ナリ法律ハ常ニ其公布ニヨリテ執行力ヲ有スト雖トモ單ニ其公布ノミヲ以テ直チニ人民ヲシテ之レカ遵奉ノ義務ヲ生セシム可キモノニ非ラス若シ其公布ノ日ヨリ直チニ遵奉ノ義務アリトセハ是

レ第一原則ニ反戾スルノ結果ヲ生ス故ヲ以テ法律ハ或特例ノ場合例之ハ保安條令實施ノ場合ノ如キモノヲ除キ必ス若干日ノ期間ヲ定メ公布後此期間ノ經過ニ依リ初メテ之レヲ實施スルモノトス我法例第一條ニ依レハ公布アリタル日ヨリ滿二十日ノ後ハ全國人民法律ヲ遵守スルノ義務アリ然レトモ現行法ハ否ラス公文式(明治十九年二月勅令第一號)ニ於テ官報到着ノ日ヨリ七日ヲ經テ其執行力ヲ有スルコト、ナシ而シテ官報到着ノ日數ハ明治廿一年十二月閣令第廿二號ヲ以テ之ヲ定メタリ

(二)法律ハ他ノ法律ニ依リ又ハ時期ノ到着ニヨリテ廢止セラル、モノトス然レトモ如何ナル場合ニ於テモ法律ハ唯其ノ不適用ノ一事ヲ以テ當然廢止セラレタリト見ル可キモノニアラス法律ノ廢止ニ二個ノ方法アリ(一)明示ノ廢止(二)暗黙ノ廢止即チ是レナリ明示ノ廢止トハ一ツノ法律ヲ以テ他ノ法律ヲ廢止スルコトヲ明示シタル場合ヲ謂ヒ暗黙ノ廢止トハ彼此ノ二法律相牴觸シテ一ハ他ヲ廢止シタルモノナリト推測ス可キ場合ヲ謂フ其

場合凡ソ三ツアリ第一、同一事項ニ付二個ノ一般法アルトキハ舊法ハ常ニ新法ニ因テ廢止セラレタルモノト推定ス第二、新法ハ一般法ニシテ舊法ハ特別法タリ然ルニ新設ノ一般法ハ舊法ノ規定セシ事項ヲ目的トスルモノニ非ラサルトキハ其特別舊法ハ依然トシテ存在ス若シ之レニ反シ特別舊法ニシテ新設ノ一般法ニ抵觸スル規定アルトキハ舊法ハ全ク廢止セラレタルモノト推定ス第三、新舊特別ノ二法存在スルトキハ其新法ニ抵觸スル部分ニ於テ舊法ハ廢止セラレタルモノト推定ス蓋シ新舊ノ二法律同時ニ成立スルトキハ新法ハ常ニ舊法ニ勝ル可シトノ原則ヲ適用ス可キモノナリ

第二原則ノ適用 刑法ハ既往ニ遡ホラス

凡ソ犯罪ヲ罰スルニハ其所爲ハ必ス刑法公布後ノモノタラサル可カラズ刑法ハ何ヲ以テ其公布前ノ所爲ヲ罰スルコトヲ爲サ、ルヤ即チ刑法ハ何故ニ既往ニ遡ホルノ效力ヲ有セサルヤ況ンヤ新法ハ舊法ニ比シテ善良ナ

リトノ推定ヲ受ク可キモノナルニ於テオヤ然レトモ少シノ思考ヲ費セハ必ス其原則ヲ設ケサル可カラサル理由ヲ發見スルニ難カラサル可シ凡ソ刑法ハ豫メ人ノ行爲中其爲ス可キモノト其爲ス可カラサルモノトヲ區別シ由テ以テ社會ノ安寧ヲ維持セント欲ス之ヲ以テ苟モ刑法ノ禁制又ハ命令ニ違犯スル時ハ社會ノ安寧ヲ害シタリト云フヲ得ヘシト雖トモ刑法ノ命令又ハ禁制以外ニ於ケル行爲ハ未タ以テ社會ノ安寧ヲ害シタルモノナリト云フヲ得ス是レ實ニ正當ノ行爲ニシテ毫モ尤ム可キモノニ非ラス今人民ニ對シテ社會ノ安寧ヲ害スルノ行爲ヲ爲ス可カラストノ注意ヲ爲スニ付テハ必ス豫メ其由ル可キノ標準ヲ設ケテ以テ之ヲ示サ、ル可カラス而シテ其標準ハ即チ刑法ノ公布ナリ然ルニ人民未タ其標準ヲ得サル爲メ自由ノ行爲ヲ爲シ後ニ至リ刑法ノ發布アリテ偶然其行爲ノ罰ス可キモノトナリタルノ故ヲ以テ直チニ之ヲ罰スルコトヲ得ルトセンカ之レ恰モ刑法ハ陷害ヲ設ケ人民ヲ擠スルト一般ニシテ法律ナクシテ妄リニ裁判官



ノ隨意ヲ以テ罪ヲ科スルト同一ノ結果ヲ生ス可シ是レ刑法ハ既往ニ遡ラ  
 ストノ原則ヲ設ケタル所以ナリ人或ハ曰ハシ輕微ノ事ニ付テハ素ヨリ然  
 リ然レトモ其行爲ノ極メテ重大ナルモノ例之殺人強盜ノ如キ行爲ニ至リ  
 テハ法律アリテ後之レヲ知ル可キ罪ニ非ラスシテ各人其良心ニ於テ之レ  
 カ判断ヲ下スコト豈ニ難シトセシヤ然ラハ則チ之レヲ罰スルニ於テ亦其  
 不可ヲ見スト論者ハ是レ全然道德論ト法律論トヲ混淆スルニ坐スル者ナ  
 リ况シヤ良心ノ指導スル所必スシモ其重大ノ點ニ於テ尙ホ法律ト適合ス  
 可シト云フ可カラサルモノアルニ於テオヤ彼ノ貪欲飽クナキ富人ノ財ヲ  
 奪テ貧民ニ分ツ之レ血性男子ノ良心喜ンテ之ヲ命スル所ナリ然レトモ刑  
 法ハ尙ホ之レヲ罰スルニ非ラスヤ不俱戴天ノ讎ヲ報ユルハ是レ良心ノ切  
 望スル所ナリ然レトモ刑法ハ克ク之レヲ罰シテ假借スル所ナシ之レニ反  
 シ戰ニ臨ミテ敵人ヲ殺戮シ正當防衛ヲ行フテ人命ヲ奪フノ所爲ノ如キハ  
 所謂權利ノ執行ニシテ法律ハ毫モ之ヲ咎ムルコトナシ同一ノ種類ニ屬ス

ル行爲ニシテ或場合ニ於テハ刑法ノ罰スル所トナリ又或場合ニ於テハ其  
 罰スル所トナラス是レ一ニ法律ノ規定ヲ俟ツテ然ルモノニシテ唯良心ノ  
 克ク識別シ得ル所ノモノニ非ラサルナリ  
 抑モ法律ハ既往ニ遡ホラサルノ原則ハ立法問題ニ屬スルヤ將タ法律問題  
 ニ屬スルヤ我憲法ヲ案スルニ此原則ヲ遵守セサル可カラサルノ明文ナシ  
 之ヲ以テ我カ立法者ハ國家ノ必要已ムコトヲ得サル場合ニ於テハ既往ニ  
 遡リテ效力ヲ有スル法律ヲ制定スルモ敢テ不可ナル所ナシ佛國ノ人權宣  
 言書ニ於テハ明カニ此原則ニ反スルコトヲ禁セリ然レトモ爾來各國殆ソ  
 ト之レニ反スルコトヲ禁シタル明文ヲ掲ケタルノ憲法ヲ見ス若シ夫レ刑  
 法ヲ既往ニ遡ラシムルハ國民ノ害ナリトセハ憲法上何故ニ之ヲ禁スルノ  
 原則ヲ設ケサルヤ蓋シ時勢ノ變遷千狀萬態ニシテ時ニ社會ノ公益上一個  
 人ノ權利ヲ害スルモ之ヲ顧ミルノ違アラサルカ如キ場合ナキニ非ラス元  
 來刑法ニ於テ既往ニ遡ラサルノ原則ヲ認メタルハ人民ノ既得權ヲ害セン

コトヲ恐レタルナリ然レトモ公益ノ必要上已ム可カラサルノ場合ヲ生セ  
ハ假令ヒ一個人ノ既得權ヲ害スルモ既往ニ遡ホルノ效力ヲ有スル刑法ヲ  
制定セサル可カラス是レ憲法上明カニ此原則ヲ掲クテ以テ立法者ヲ羈束  
スルヲ欲セサル所以ナリ

刑罰ニ關スル  
及ニ新舊ニ關  
及ニ新舊ニ關  
及ニ新舊ニ關

第一款 犯罪及ヒ刑罰ニ關スル新舊二法  
ノ牴觸

犯罪及ヒ刑罰ニ關シテ新舊二個ノ法律アリテ而モ犯罪ノ當時ニ於テハ舊  
法行ハレ判決當時ニ於テハ新法行ハレル時ハ果シテ何レノ法律ヲ適用ス  
可キカ二個ノ場合ヲ區別シテ論スルヲ便ナリトス  
第一場合 犯罪ニ關スル新舊二法ノ牴觸 原則上新法ハ既往ニ遡ルコト  
ヲ許サス故ニ新法發布ノ以前ニ於ケル犯罪ニ對シテハ新法ノ適用ヲ爲ス  
コトヲ得ス即チ舊法ニ於テ罰セサルノ所爲ニ付テ新法ハ之レヲ罰シ又舊

法ハ輕ク罰シタルノ所爲ニ付テ新法ハ重ク罰スルノ場合ノ如キ即チ是レ  
ナリ然レトモ此ニ例外ナキニ非ラス即チ新法ノ規定舊法ニ比シテ寛大ナ  
ル時ニ限り新法ヲ適用スルヲ得可キコト是レナリ然レトモ是レ畢竟例外  
ノ規則ニ屬スルヲ以テ刑法上特別ノ規定アルニ非ラサレハ假令ヒ新法ノ  
寛大ナル場合ト雖モ尙ホ以テ新法ヲ遡ホラシメテ其發布前ニ於ケル犯罪  
ニ適用スルコトヲ得サルナリ況ンヤ新法ノ舊法ニ比シテ嚴ナル場合ニ於  
テオヤ  
抑モ舊法時代ニ於テ罰セサルノ所爲ハ當時ノ人民之レヲ行フノ權利ヲ有  
シタルモノナリ然ルニ後日ニ至リ新法ヲ制定シ之レヲ既往ニ遡ホラシメ  
以テ舊法時代ノ行爲ヲ罰スルコトヲ得ルトセハ是レ人民カ已ニ得タルノ  
權利ヲ蹂躪スルモノニ非ラスシテ何ソヤ新法ニ於テ其刑ヲ重クシタル場  
合ニ於テモ亦然リ其重キ部分ノ適用ニ付テハ尙ホ舊法ノ罰セサル行爲ヲ  
罰スルト同一ノ論理ニ歸着ス故ニ曰ク新法ニ於テ舊法ノ罰セサル行爲ヲ

罰シ又舊法ノ輕キ刑ヲ重クシタル場合ニハ決シテ新法ヲ適用シテ既往ニ遡ホラシムルコトヲ得スト

以上刑法既往ニ遡ホラサルノ原則ヲ説キタリ今ヤ進ミテ此原則ニ對スル例外ノ場合ヲ講究セン即チ新法ノ規定舊法ノ規定ニ比較シテ寬恕ナル時之ヲ換言スレハ新法ハ舊法ニ於テ罰セシ所爲ヲ罰セストナシ又ハ其刑ヲ輕カラシタル時ニ當リテハ舊法時代ノ行爲ニ付テモ尙新法ヲ適用ス可キモノナリトノ理由ニ付詳説スル所アラントス凡ソ舊法ニ於テ或所爲ヲ認メテ以テ犯罪ナリトシ之ヲ罰スル所以ノモノハ蓋シ當時之レヲ罰スルノ必要アリシニ由ル然ルニ新法ニ於テ此犯罪ヲ廢シタルハ社會已ニ之レヲ罰スルノ必要ヲ見サルニ基クモノナリ夫レ然リ既ニ社會ノ見テ以テ之レヲ罰スルノ必要ナシトスル所ノ所爲唯舊法時代ニ成立セリトノ理由ニ依リテ尙ホ之レヲ罰セントス豈ニ不理ノ極ヲラスヤ刑法ノ目的ハ犯人ヲ懲シテ以テ再犯ニ陷井ルコトナカラシメ世人ニ示例シテ其犯スナキコトヲ

警戒スルニ在リ然ルニ新法ニ於テ廢シタル所爲ハ爾來正當ノ行爲タルヲ以テ犯人ノレヲ爲スノ權利ヲ有シ世人ノ行フノ能力ヲ有ス隨テ之ヲ懲ラシ之レヲ戒ム可キノ必要ナシ既ニ刑法所罰ノ目的ニ於テ缺クル所アリ何ソ夫レ之レヲ罰スルノ理由アラソヤ且ツ新法其刑ヲ輕カラシメタル場合ノ如キモ亦同一ニシテ社會ハ其重刑ヲ科スルノ要ナシトナシタルモノナレハ其不必要ナル重刑ヲ以テ之ヲ犯人ニ科スルノ理由ナキヤ知ル可キノミ是レ例外ノ由テ生シタル所以ナリトス

第二場合 刑罰ニ關スル新舊二法ノ牴觸 是亦前段ニ於テ説明シタル所ノモノ多シ只此ニ云ハント欲スル所ノモノハ新舊二法ノ輕重ヲ知ルニ付テハ如何ナル標準ニ依リ之レカ比較ヲナス可キヤ明ラカニスルニアリ

(イ)新法カ舊法ノ犯罪ヲ廢止シタル時ハ是レ新法ノ輕キ場合ナリ舊ニ犯罪ヲ廢止シタル場合ノミナラス人ノ身分ニ依リ之レヲ罰セストシ又ハ之レニ宥恕ヲ與ヘタル時ノ如キ尙ホ是レ新法ヲ輕シト見サル可カラス

(ロ)新法ニ於テ舊法ノ刑ヲ輕減シタルトキハ新法ノ輕キコト明白刑ニ説明ヲ俟タス

(ハ)舊法新法共ニ其刑ノ性質同一ニシテ而モ其長期ト短期トヲ異ニスル場合例之舊法ハ有期徒刑ヲ十年以上二十五年以下トシ新法ハ十二年以上二十年以下トナシタル時ハ二法中何レヲ以テ輕シトナス可キカ如斯キ場合ニ於テハ新法ヲ以テ輕シトナス可カラズ即チ新舊二法中唯其長期ヲ比較シテ其長キモノヲ重シトナスヘシ今前例ニ付テ其理由ヲ述ヘンニ犯人カ舊法ノ短期十年ヲ以テ罰セラル、可シトスルハ單ニ是レ其希望タルニ過キス而モ其長期二十五年ヲ以テ罰セラルモ亦決シテ之レニ對シテ不服ヲ唱フルヲ得ス然ルニ新法ニ於テハ犯人カ罰セラレノコトヲ希望スル短期ハ舊法ニ比シテ重シト雖トモ其長期ニ至リテハ決シテ二十年ヲ過クルコトヲ許サズ即チ短期ニ於テハ輕重期ス可カラズト雖モ長期ハ以テ確乎トシテ其輕重ヲ定ム可シ是レ余カ其長期ニ依リテ以テ新舊二法ノ輕重ヲ定

ム可シト云フ所以ナリ或ハ説ヲ爲シテ言フ者アリ曰ク此ノ如キ場合ニハ新法ノ長期ト舊法ノ短期トヲ以テ其刑ヲ定ム可シト然レトモ之レ所謂新舊二法ヲ比較シ其輕キニ從フモノニ非スシテ新ニ一種ノ刑ヲ創設スルモノト云ハサル可カラズ裁判官猥リニ法律ヲ制定スルノ權利ヲ有スル者ナラシヤ

(ニ)新法ニ於テ舊法ノ罪名ヲ變更シタル場合例之舊法ハ常事犯トナシ新法ハ國事犯トナシタル場合ノ如シ此ノ如キ場合ニ於テハ其刑期ノ長キモノヲ以テ重シトス若シ夫レ新舊二法ニシテ其刑期等シトセンカ即チ定役アルモノヲ以テ重シトセサル可カラズ(刑法百條第二項今之レヲ犯人ノ一方ヨリ觀察スルトキハ其刑期ノ長短定役ノ有無ニ關セス國事犯ヲ以テ罰セラル、コトヲ好ムヤ亦知ル可カラズト雖トモ是レ犯人ノ私情ノミ法律上之ヲ見レハ其罪名ニ依リテ輕重ノ差異アルコトナケン故ニ尙ホ前説ニ從ハサル可カラズ

(ホ)新舊二法中各其一部ハ犯人ニ利益ニシテ一部ハ不利益ナル場合例之舊法ハ罰金ノ刑ヲ以テ之ヲ罰シ而モ數罪俱發ノ例ニ從ハスシテ其罰金ヲ併科ストセリ新法ハ罰金ヲ改メテ禁錮トナシ而シテ數罪俱發ノ例ニ從フコトヲ許シタリ此ノ如キ場合ニ於テハ舊法ヲ輕シトシ新法ヲ重シトセサル可カラス凡ソ刑罰ニハ生命、身体、自由、名譽、財産ニ關スル數種ノ刑アリテ就中最モ輕シト認ム可キモノヲ財産刑トナス蓋シ身体ノ貴重ナル財産ノ上ニ位スルコト疑フ可カラサル所ナレハナリ故ニ假令併科スル所ニ付テハ舊法ノ新法ニ比シテ不利ナルカ如シト雖トモ尙財産刑ナル舊法ヲ以テ輕シトセサル可カラサルナリ論者又新法及ヒ舊法ヲ混同シ罰金ヲ科シテ數罪俱發例ヲ適用ス可シト主張スルモノアリ然レトモ是レ裁判官ヲシテ一新刑ヲ創設セシムルノ論者タルヲ免レス

(ニ)新舊二法其刑ノ執行方法ヲ異ニスル場合例之舊法ハ執行時間ヲ十時間トシ新法ハ十二時間トナシタル如キ是レナリ凡ソ刑法ノ例外法ハ刑ヲ適

用スルニ付テ之レヲ設ケタルモノニシテ其刑ヲ執行スルカ爲メニ之レヲ設ケタルモノニ非ラス然ラハ即チ此例外法ハ一旦刑ヲ科シタル後ニ於テ適用ス可キモノニ非ラス已ニ新法ニ依リ處罰シタル以上ハ假令新法ノ舊法ニ比シテ執行方法嚴ナリト雖トモ尙ホ新法ニ從ハサル可カラス然レトモ其執行方法ト共ニ刑ノ性質ヲ變更シタル時ハ則チ尙ホ例外法ノ適用ヲ爲サル可カラス例之重禁錮ヲ改メテ流刑トナシタル場合ノ如キ即チ是レナリ

以上新舊二法抵觸ニ付困難ナル問題ヲ説了セリ尙ホ終リニ臨ミ研究ヲ要スヘキ一問題アリ曰ク犯人ハ如何ナル時期ニ至ル迄新舊二法對比ノ利益ヲ受ク可キモノナルヤ新法ノ發布ハ裁判確定後ニアリトセンカ此場合ニ於テ刑ノ適用上毫モ影響ヲ及ホスコトナキヤ疑ヲ容レス若シ裁判未確定中ニアリトセンカ必ス新法舊法對比ノ適用ヲ受クサル可カラサルナリ論者或ハ言ハシ第一審第二審ノ繫屬中新法ノ發布アリタル時ニ於テハ素ヨ

リ然リ然レトモ上告審判屬中新法發布アリタリトセシカ對比ノ適用ヲ爲  
 ス可キノ場合ニ非ラス何トナレハ第一審第二審ハ共ニ新法發布以前ニ於  
 テ其管轄ヲ脱シタルモノナレハ法律ノ適用ヲ誤リタルモノニ非ラス隨テ  
 破毀ノ原因タルコトヲ得ザレハナリト然レトモ余ハ尙ホ擬律ノ錯誤アリ  
 トシテ之レヲ破毀スルコトヲ得可シト信ス凡ソ上告審ニ於テハ現在ノ法  
 律ニ照ラシテ事實裁判所ノ爲シタル判決ノ當否ヲ議スルモノナレハ今日  
 新法ノ行ハレル時代ニ當リテ舊法ノ擬律ヲ以テ適法ナリト見ル可カラサ  
 ルヤ明カナレハナリ又舊法ノ刑ノ適用已ニ不必要トナリタル場合ニ於テ  
 ハ其刑ノ執行モ亦必要タル可キハ理ノ當然ナリ故ニ判決確定後ニ至リ  
 テ新法ノ發布アリタルトキハ其刑ノ執行ヲモ爲ス可カラサルニ似タリ然  
 レトモ確定判決ハ之レヲ動かスコトヲ得サルヲ以テ亦如何トモ爲ス可  
 カラス此ノ如キ場合ニ於テハ其救済ノ方法トシテ只特赦ノ一事アルノ  
 ミ

裁成ハ成裁  
 判所ニ訴管判  
 關ニ訟訟轉所  
 手又手又構  
 觸二ス手又構

第二款 裁判所構成管轄又ハ訴訟手續ニ  
 關スル新舊二法ノ抵觸

茲ニ犯罪アリ未タ確定判決ヲ經サルニ先タチ裁判所ノ構成管轄又ハ訴訟  
 手續ニ關シテ法律ノ改正アリトセハ新舊二法律中何レヲ適用ス可キカ凡  
 ソ法律既往ニ遡ホラサルノ原則ハ實體法(刑法)ノ原則ニシテ手續法ノ原則  
 ニ非ラス故ニ此等ノ法律變更ノ場合ニ於テハ此原則ノ適用ナキモノトス  
 刑法ノ目的ハ實ニ罪ヲ犯シタル者ニ對シテ刑罰ノ制裁ヲ加フルニアリ刑  
 事訴訟法ノ目的ハ事實ノ真相ヲ得テ以テ被告ノ責任ヲ明ニセントスルニ  
 アリ故ニ刑事訴訟法ハ一方ニ於テハ社會ノ公益ヲ保護シ他ノ一方ニ於テ  
 ハ被告人ノ私益ヲ救護スルモノナリト云フモ敢テ不可ナルコトナシ而ル  
 ニ新法ハ必ス舊法ニ比シテ社會ヲ保護シ一私人ヲ救護スルニ於テ勝レル  
 所アルモノナリ然ラハ社會ニ於テモ亦被告人ニ於テモ新法ノ適用ヲ受ク

ルハ單ニ其利益ヲ害セラル、コトナキノミナラス却テ益々其利益ノ擔保ヲ確實ニセントスルモノナレハ新法ノ適用ニ對シテハ何人モ異議ヲ述フル所ナカル可シ是レ手續法ニ付テハ既往ニ遡ホラサルノ原則ニ從ハサル所以ナリ

或論者曰ク刑法ヲ既往ニ遡ラシムルハ被告人ノ既得權ヲ害スルヲ以テ之レヲ許ス可カラス然レトモ形式法ニ至リテハ之レヲ既往ニ遡ラシムルモ敢テ被告人ノ既得權ヲ害スルコトナキヲ以テ既往ニ遡ホラサルノ原則ニ從ハシムルヲ要セスト然レトモ余ハ此說ニ服スル能ハス凡ソ新法ノ效力ヲ有スルハ其公布以後ニアリ假令手續法ナリト雖トモ決シテ其公布以前ニ遡ホリテ其效力ヲ有ス可キノ謂レナキナリ世ノ學者カ見テ以テ手續法ノ效力既往ニ遡ホルトナスハ畢竟其觀察ノ方法ヲ誤レルニ坐スルノミ學者ハ手續法ヲ以テ其公布以前ノ犯罪ニ適用スルヲ目シテ直チニ既往ニ遡ホルモノトナスト雖トモ之レヲ審理上ヨリ觀察スル時ハ決シテ既往ニ遡

ホルモノニ非ラサルナリ何トナレハ犯罪其者ハ新法ノ公布以前ニアリタリト雖トモ未タ確定判決ヲ經タルニ非ラス其犯罪ノ審理ハ降タリテ新法ノ適用時代ニ來リタルモノナレハ爾來新法ノ適用ヲ爲ス固ヨリ當然ノミ現在ノ事實ハ現在ノ法律ノ支配ヲ受クサル可カラス假令犯罪ハ新法ノ公布以前ニ發生セシモノナリト雖トモ其審理ハ現在ノ事實ニアラサルハナシ而シテ現在ノ法律ハ是レ新法ナレハ之ヲ適用スル豈夫レ既往ニ遡ホルモノナリト云フヲ得シヤ若シ新法ハ既往ニ遡ホルモノナリトセンカ舊法時代ノ審理ハ盡ク之レヲ無効ナリトスルノ結果ヲ生ス可シ蓋シ舊法時代ノ審理ヲ擧ケテ盡ク之ヲ無効トナスニ非ラサレハ新法ヲ既往ニ遡ホラシムルノ必要ヲ見サレハナリ世又此ノ如キ道理アラシヤ要スルニ余ノ見ル所ヲ以テスレハ形式上ノ法律ニ改正アリト雖トモ新舊二法ノ牴觸ヲ見ルノ場合決シテ之レアルコトナシ

今左ニ此問題ニ關シテ説ク所アラントス

(一) 舊法ニ於テハ區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件アリ新法ハ之レヲ以テ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルモノトセリ此場合ニ於テハ何レヲ其管轄裁判所トナス可キヤ第一論者ハ曰ク管轄變更ノコトタル公益ニ關スル法律ニシテ被告人ノ私益ヲ慮リ以テ之レヲ左右スルコトヲ得ス此ヲ以テ新法ニ依リテ其管轄裁判所ヲ定メサル可カラスト第二論者ハ曰ク被告人自然ノ管轄裁判所ハ犯罪ノ當時被告人ヲ管轄セル裁判所ナリ故ニ犯罪以後ニ於テ管轄ノ變更アリト雖トモ尙ホ舊法ニ依テ其管轄ヲ定メサル可カラスト余ハ素ヨリ第一論者ニ左袒スルモノナリ然レトモ實際ニ於テハ嚴重ニ第一説ノ適用ヲ爲ス可カラサル場合アリ例之舊法ノ下ニ於テ區裁判所ハ其管轄事件ニ付キ判決ヲ下シ其未タ確定セサルニ先タチ管轄變更ノ新法出テ其事件ヲ舉ケテ地方裁判所ノ管轄ニ屬セシメタリトセンカ若シ夫レ此場合ニ於テ新法ヲ適用ス可シトセハ被告人及ヒ檢事ハ控訴權ヲ失ハサル可

カラサルノ結果ヲ生ス何トナレハ新法ハ其事件ヲ以テ地方裁判所ノ管轄ニ屬セシメタルカ故ニ本件ノ第一審裁判所タルヲ得ヘシト雖トモ之レカ控訴ヲ受クルコトヲ得サル可シ然ラハ則チ控訴院ニ控訴センカ控訴院ハ地方裁判所ノ第一審ニ對スル控訴裁判所タルヲ如何セン之レカ爲メニ舊法時代未タ其判決ヲ經サル者ハ新法ニ從ハシメ舊法ニ依リ既ニ本案ノ判決ヲ經タル事件ニ付テハ別ニ例外法ヲ設ケテ以テ控訴ノ道ヲ開通セシメサル可カラス

(二) 舊法ノ下ニ管轄權ヲ有スル裁判所ハ新法ノ發布ニヨリ廢止セラレタリ此場合ニ於テ其審理中ノ事件ハ果シテ如何カ之レヲ處理ス可キ乎絶對的舊法ノ適用ヲ爲スコトヲ得サルヤ多辯ヲ俟タス何トナレハ訴訟審理ノ程度奈邊ニ達スト雖トモ其裁判所タル既ニ社會ニ成立セサルモノナレハ獨リ裁判權ノミ存在ス可キ謂レナクハナリ然レトモ直チニ之レヲ以テ新法管轄裁判所ニ移スコト亦難カル可シ何トナレハ一裁判所ハ他ノ裁判



ノ審理ヲ繼受スルノ權ヲケレハナリ故ニ此ノ如キ場合ニハ特別法ヲ制定シ之レニ因テ以テ管轄ヲ定ムルノ外他ニ方法ヲカレヘシ

### 第三款 刑事時効ニ關スル新舊二法ノ抵觸

觸

刑事時効トハ時日ノ經過ニヨリ公訴權又ハ判決執行權ノ消滅スル方法ヲ云フ此ニ於テ乎刑事ノ時効ニ二種アルコトヲ見ル可シ一ハ犯罪ヨリ生スル公訴權ノ消滅ニシテ一ハ判決言渡ヨリ生スル執行權ノ消滅ナリ所謂刑ノ期滿免除即チ是レナリ此二者ノ時効ヲ設クル理由ハ同一ニ出ツルモノトス從來ノ學者ハ其理由ヲ社會ノ遺忘ニ採リ余モ之ニ採ルモノナリ其詳細ノ如キハ後段説ク所アラシク然レテ社會ノ不必時効ノ期間ニ關シ新舊二法ノ間其規定ヲ異ニスルハ何レノ法律ヲ適用スルヲ以テ可ナリトスル乎本問題ヲ決スルニ付テハ先ツ時効ニ關スル法

刑事時効  
新舊二法  
ノ抵觸

律ノ性質如何ヲ研究スルコトヲ要ス時効ノ法律ハ實體法ナルヤ將タ形式法ナルヤ今之レヲ一方ヨリ觀察スレハ時効ノ法律ハ形式上ノ法律ナルカ如シ何トナレハ時効ハ犯罪ノ訴追又ハ刑ノ執行ニ關スル條件ノ規定ニ過キサレハナリ然レトモ亦之レヲ他ノ一方ニ見ルトキハ實體法ノ性質ヲ有スルニ似タリ何トナレハ時効ハ犯罪ノ消滅又ハ刑ノ消滅ノ原因ナレハナリ此ニ於テ乎議論百出セリ請フ左ニ其一二ノ重要ナル説ヲ示サシ

第一説 此説ニ於テハ公訴ノ時効ニ付テハ犯罪當時刑ノ時効ニ付テハ裁判宣告當時ノ法律ヲ適用ス可シト云フニアリ其理由ニ曰ク凡ソ犯人ノ責任ヲ定ムルハ犯罪當時ノ法律ニ由ル可ク此法律以外ニ於テ特別ノ責任ヲ負擔セシム可キモノニ非ラス既ニ犯罪當時ノ法律ニ由テ其責任ヲ定ム可シトセハ犯罪ノ消滅ニ關スル公訴ノ時効ハ犯人ノ責任問題ニ屬スルモノナレハ犯罪當時ノ法律ニ由ル可キヤ蓋シ明ナリ刑ノ時効ニ付テモ亦然リ刑ノ時効ハ執行權消滅ニ關スル問題ニシテ而モ其執行權ヤ刑ノ宣告アリ

テ初メテ定マルモノナレハ其宣告當時ノ法律ヲ適用スヘキヤ亦知ル可キノミト

然レトモ是レ稍不條理ニ流ル、ノ傾向ナキニ非ラス何トナレハ舊法ノ時効期間新法ノ時効期間ニ比シテ長キ場合ニ於テハ舊法ヲ適用スルニ於テ一大概觸ヲ來タザ、ルヲ得サレハナリ例之舊法ハ其時効期間ヲ十年トナシタリ而シテ犯人ハ逃レテ既ニ八年ノ星霜ヲ經過シタルニ當リ新法出テ、其時効期間ヲ短縮シテ五年トナシタリ若シ第一說ニ從ヒ尙ホ舊法ヲ適用ス可シトセハ新法發布後尙ホ二年ノ經過ヲ俟タサル可カラス然ルニ新法ハ十年ノ期間ヲ以テ不必要ナリトシ之レヲ短縮シテ五年トナシタルモノナリ然ラハ則チ舊法ノ適用ハ社會カ認メテ以テ不必要ナリトシテ之ヲ行フヲ欲セサル所ノモノヲ行フモノト云ハサル可カラス是レ余カ第一說ヲ以テ不條理ニ流ル、ノ傾向アリト云フ所以ナリ故ヲ以テ新法ニ於テ舊法ノ時効期間ヲ短縮シタル場合ニ當リテハ新法ヲ適用スルヲ以テ可ナリ

トス

第二說 是レ全ク前說ニ反對スルノ說ニシテ公訴ノ時効ト刑ノ時効トヲ問ハス常ニ新法ヲ適用ス可シト謂フニアリ其理由ニ曰ク元來法律ハ社會ノ必要上之レヲ制定シタルモノナリ新法ハ蓋シ舊法ニ比シテ社會ノ利益ヲ増進スルノ勝レルコトアルヲ信シテ之ヲ發布シタルナリ然ラハ新法ノ適用ハ善良ノ法律ヲ適用シ以テ社會ノ必要ニ應スルモノナレハ之ヲ適用スル固ヨリ何ノ不可カ之レアラザヤ且ツ刑法ヲシテ既往ニ遡ラシメサル所以ノモノハ犯人ノ既得權ヲ害スルノ恐レアルヲ以テナリ故ニ若シ新法ニシテ既得權ヲ害セサルニ於テハ之レヲ既往ニ遡ラシムモ亦不可アルコトナクシテ時効規則ニ關シテハ犯人モ檢察モ新法ノ適用ヲ爲スニ付テ毫モ既得權ヲ害セラル、コトナキモノナリ今之レヲ犯人ニ付テ云ハソカ犯人カ新法ノ時代ニ至ル迄僭匿又ハ逃亡シテ公訴ノ提起又ハ刑ノ執行ヲ免レタルハ犯人ノ權利ナリト謂フ可キモノニアラス當ニ之レ其權利ナリト謂

フ可カラサルノミナラス實ニ社會ニ對スルノ公義務ヲ免レタルモノナリ  
 其時効ノ經過後ニ至リテ罰セラル、ナキノ權利ヲ得ルト雖モ其期間ノ經  
 過中ハ是レ只一ノ希望ヲ有スト謂フニ過キス希望ニハ失望ノ相伴フモノ  
 ニシテ之レヲ侵スモ決シテ權利ヲ害スルモノナリト云フ可カラス況ンヤ  
 犯人一己ノ私益ノ爲メニ社會一般ノ公益ヲ枉クル能ハサルニ於テオヤ檢  
 事ニ付テ觀察スルモ亦然リ檢事ハ社會ノ代表者トシテ公訴ヲ提起スルモ  
 ノナレハ社會ノ欲スル所ノ新法ヲ適用スルモ毫モ其權利ヲ侵害セラレタ  
 ルモノナリト云フヲ得サルナリト  
 余ハ第二説ヲ採ル者ナリ然ルニ論者第二説ヲ非難シテ曰フ者アリ曰ク現  
 刑法ニ因レハ公訴私訴ノ時効期間ハ共ニ同一ナリ故チ以テ被害者ノ損害  
 回復ヲ求ムルニ付テハ常ニ公訴期間ノ如何ヲ顧ミサル可カラス今新法ニ  
 於テ時効期間ヲ短縮シタリトセシニ公訴時効ノ經過ト共ニ私訴モ亦消滅  
 スル者ナレハ是レ舊法ニ因リテ私訴ヲ提起セント欲セシ被害者ノ豫想ニ

反シ其ノ既得權ヲ害スルモノナリト然レトモ余ハ此弊害アリトスルモ尙  
 ホ第二説ニ左祖セサルヲ得サルノ理由アルヲ信ス請フ少シク之レヲ陳セ  
 ン

第一 刑事訴訟法ニ於テ公訴私訴ノ時効期間ヲ同一ニシタルハ被害者ヲ  
 保護スルノ旨趣ニ非ラスシテ社會ノ公益ヲ保護セントスルニアリ既ニ然  
 リトセハ何人ト雖トモ一個人ノ私益ノ爲メニ社會ノ公益ヲ害スルヲ得ス  
 故ニ公益私益ノ相抵觸スルトキハ私益ヲ捨テ以テ公益ニ從ハサル可カラ  
 サルヤ亦當然ナリトス

第二 私訴ニ付キ被害者カ既得權ヲ害セラル、ト云フハ只新法ノ時効期  
 間ヲ短縮シタル場合ニ限り若シ新法ニ於テ其時効期間ヲ引長シタル時ハ  
 被害者ハ社會ト共ニ利益ヲ受クルモノナリ故ニ新法ノ適用ハ絶對的ニ被  
 害者ヲ害スルモノニ非ラス是レ余カ第二説ヲ固持スル所以ナリ

第三説 此説ハ新舊二法ヲ比較シ以テ被告人ニ利益ナル法律ヲ適用ス可

シト云フニアリ然レトモ時効ノ規則ハ被告人ノ爲メニ之ヲ設クルニ非ラ  
スシテ社會ノ爲メニ設クルモノタルコトヲ想像セハ蓋シ思ヒ半ニ過クル  
モノアラフ

### 第二節 犯罪ノ場所及人

犯罪ノ場所及ヒ人ニ關スル問題ハ國際刑法ニ屬シ其關係スル所最モ廣大  
ニシテ且ツ最モ緊要ナリ特ニ現行刑法ハ此問題ニ關シテ一言ノ規定ヲ爲  
シタルモノナキヲ以テ解釋上大ニ其不足ヲ補ハサル可カラサルモノアリ  
以下款ヲ分チ深ク之ヲ講究セシ

#### 第一款 總論

抑モ刑法ハ如何ナル土地ニ於テ又如何ナル人ニ對シテ行ハル、可キモノ  
ナルヤ此問題ニ付所説多シト雖モ先ツ其主要ナルモノヲ擧クレハ左ノ如

シ

第一屬地主義 此主義ニ於テハ刑法ハ其領土内ニアラサレハ效力ヲ有セ  
ス故ニ其領土内ニ在リテ罪ヲ犯シタル者ハ其國籍ノ如何ヲ問ハス必ス犯  
罪國ノ刑法ヲ適用ス可シト雖トモ其領土外ニ於ケル犯罪ニ對シテハ之ヲ  
適用スルコトヲ得スト云フニアリ

第二屬人主義 此主義ニ因レハ刑法ハ一國主權ノ作用ナルカ故ニ其國民  
ニ對シテハ内國ニ在ル者ト外國ニ在ル者トヲ問ハス常ニ之レヲ適用ス可  
シト雖トモ外國人ニ對シテハ其國民ニ非ラサルヲ以テ其國權ノ之レニ及  
フ可キノ謂レナシ故ニ内國ニ在ル時ト雖モ之レニ適用スルヲ得ス況ンヤ  
外國ニ在ル場合ニ於テオヤ

第三折衷主義 此主義ハ第一及ヒ第二ノ主義ヲ折衷シタルモノニシテ刑  
法ハ其國ノ領土内ニ於テハ内外國人ヲ問ハス之レヲ適用シ且ツ其國民ニ  
對シテハ假令外國ニ在リト雖トモ尙ホ追隨シテ之レヲ適用ス可シト云フ

ニアリ

以上ノ三主義中第二ハ殆ソト論スルノ價值ナシ元來刑法ノ目的ハ實ニ其國ノ安寧秩序ヲ保護スルニアリ然ルニ安寧秩序ヲ紊亂シタル者内國人ナレトモ時ハ之レヲ罰スルコトヲ得外國人ナルトモキハ其紊亂スルニ放任シテ之レヲ罰スルヲ得ストセハ何レノ日カ刑法ノ目的ヲ達スルヲ得ン其價值ナキノ論タル蓋シ知ル可キノ第一說ニ至リテハ多少取ル可キモノアリト雖トモ亦非難アルヲ免レス何トナレハ其國ノ領土内ニ起レル犯罪ニ付テハ之レ問ハス之レヲ罰ス可シトナスカ故ニ其領土内ニ起レル犯罪ニ對シテ到カ防禦ヲ施スコトヲ得ヘシト雖トモ其領土外ニ於テスル犯罪ニ對シテ到底本國ノ主權ヲ行フニ道ナカラントス凡ソ犯人カ罪ヲ犯ス必スシモ内國ニ於テセサル可カラサルニ非ラス若シ領土外ニ於テ罪ヲ犯ストキハ能ク内國刑法ノ制裁ヲ免レルコトヲ得ルトセハ内國內ノ惡徒ハ皆海ニ陸ニ國境ヲ出テ外國ニ行キ罪ヲ犯スニ至ラシテ犯人ノ歸來ルヤ其本國ノ刑罰

之ヲ待ツモノナシト云フニ至リテハ罪ヲ外邦ニ得タル者皆逃レテ本國ニ至リ本國ヲ以テ安樂土トナスモ遂ニ如何トモ爲ス可カラサラントス我日本ノ如ク四面海ヲ環ラスノ島國ニ於テハ其弊ヲ蒙ルコト著大ナラスト雖トモ歐洲諸邦ノ如ク僅カニ一帯水一嶺峰ヲ以テ國境ヲナスノ大陸ニ至リテハ其弊ノ甚シキ一層大ナル者アラン況ンヤ此種ノ如キ犯人ハ特ニ之レヲ懲ス嚴ナルニアラスンハ益々其弊惡殘毒ノ禍害ヲ發達セシメ内國ニ於テモ亦罪ヲ犯スノ危險アルノ恐レアルニ於テオヤ故ニ刑法ノ適用ハ決シテ其犯罪地ノ内外國タルヲ問フ可キモノニ非ラサルヤ明カナリ隨テ屬地主義ノ不完全ナルコトモ亦知ル可キノ第三說ノ折衷主義ニ至リテハ屬地屬人ノ兩主義ヲ包含スルカ故ニ其說大ニ見ル可キモノアリト雖トモ是レ未ダ刑法ノ精神ヲ貫徹セシムルニ足ル可キノ說ニ非ラサルナリ蓋シ此主義ニ於テハ内國ニ在リテ罪ヲ犯シタル場合ヲ罰スルコトヲ得ルト雖トモ外國人カ外國ニ在リテ日本國又ハ日本人ニ對シテ罪ヲ罰シタル場合

ニ付テハ之レカ制裁ヲ加フルコトヲ得ス若シ此等ノ場合ニ於テ尙ホ之レヲ罰スルコトヲ得ストセンカ刑法ノ目的ハ到底之ヲ完全ニ達スルコトヲ得ヘシト云フヲ得ス故ニ余ハ第三説ノ折衷主義ニ服スル能ハサルナリ寧  
ロ第四説ニ從ハントス物上主義又ハ保護主義即チ是ナリ  
第四保護主義 此主義ハ元來「ナルト」氏ノ唱道セシ所ニシテ晚近獨逸刑法學者モ亦大ニ之レニ贊同ス其目的最モ廣ク刑法ノ主權ヲ及ホサント欲スルニアリ即チ刑法ハ内國ニ於テ犯シタル罪ニ付テハ内外人ノ區別ナク之ヲ適用シ又外國ニ於テ犯シタル罪ニ付テモ内國ノ自体又ハ内國人民ニ對スル場合ニ於テハ矢張内國人ト外國人トヲ論セス常ニ之ヲ適用ス可シト謂フニアリ新刑法草案ハ此主義ヲ採用セリ草案第三條ニ曰ク「法律ハ内外國人ヲ問ハス帝國内ニ於テ犯シタル罪ニ適用ス」ト同第五條ニ曰ク「法律ハ内外國人帝國外ニ於テ帝國又ハ帝國人ニ對シ犯シタル重罪ニ付テモ亦之ヲ適用ス」ト元來刑法ノ目的ハ一國ノ安寧ヲ維持セント欲スルニ外ナ

ラス然ラハ則チ内國ニ於テ罪ヲ犯ス者ハ其内國人タルト外國人タルトヲ問ハス共ニ内國ノ安寧ヲ妨害スル者ナレハ内國ノ刑法ヲ適用シテ之ヲ罰ス可キハ當然説明ヲ俟ツテ後チニ知ルヘキノ問題ニ非ラサルナリ屬地主義ノ論據モ亦蓋シ此ニ在リトス然レトモ刑法ノ主權只内國ニ限ラル、モノトセハ外國ニ在リテ内國ノ安寧ヲ妨害シ又外國ニ在ル我人民ノ安寧ヲ妨害スル者アルモ克ク之ヲ禦ケニ道ナカラントス許多ノ外國各其刑法ヲ有スト雖トモ其刑法固ヨリ我刑法ト同一ナルモノニ非サレハ我内國又ハ我人民ヲ保護スルニ於テ充分ノ效力ヲ備フル者ナリト謂フコトヲ得ス況ンヤ蠻俗未タ一國ノ体面ヲ具フル能ハス法律ノ何物タルヲ解セサルノ土地ニ於テテヤ如斯場合ニ於テハ或ハ犯罪人引渡條約ノ方法ニ依リ或ハ征蠻ノ方法ニ依リ宜シク其犯罪人ヲシテ我内國ニ來ラシメ因テ以テ之ヲ罰ス可キナリ是ニ於テカ刑法ハ克ク我國ノ治安ヲ維持シ又克ク我國民ノ安寧ヲ保護スルノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ余カ本主義ヲ主張スル決シテ

嶄新ノ學說ヲ迷信シテ然ルニ非ラス又獨逸刑法家ヲ崇尊シテ然ルニ非ラス道理上刑法ノ主權ハ如斯廣大ナラサル可カラス又實際上刑法ノ效力ハ如斯適切ナラサル可カラサルモノアレハナリ

### 第二款 犯罪ノ場所

所  
犯罪ノ場

犯罪ノ場所ニ關スル刑法ノ原則ヲ解クニ當リ余ハ左ノ二問題ニ區別シテ之ヲ論セントス

第一問題 日本刑法ハ如何ナル土地ニ其效力ヲ及ホス可キヤ  
日本刑法ハ日本國ノ安寧秩序ヲ維持スルヲ以テ其目的トナスモノナレハ日本全土ニ於テ其效力ヲ及ホス可キヤ敢テ多言ヲ要セサルナリ然リト雖トモ管ニ日本國內ノ犯罪ヲ罰スルノミヲ以テ未タ刑法ノ能事了レリト云フ可カラス故ニ犯罪ニシテ假令外國ニ起レルモノト雖トモ日本國ニ對シテ危害ヲ加フルモノハ尙ホ日本刑法ヲ適用ス可キモノナリ何トナレハ日

本國ノ安寧秩序ヲ維持スルノ目的ヲ有スル刑法ニシテ其安寧秩序ヲ紊亂セラレテ尙ホ之レニ甘セサル可カラサルノ理由ヲケレハナリ是レ余ノ總論ニ於テ述ヘタル所ノ保護主義ノ由テ生スル所以ナリ今ヤ日本現刑法ニ於テハ國外ノ犯罪ニ關シテ何等ノ規定ヲ設タル所ナキヲ以テ解釋上敢テ刑法ノ主權ヲ擴充ス可カラスト雖トモ立法上之レヲ觀察スレハ其必ス此ノ如クナラサル可カラサルモノアルヲ信スルナリ實ニ改正刑法草案ハ之レニ關シテ明文ヲ設ケタリ夫レ此ノ如ク日本國內ノ犯罪ニ對シテハ内外人ヲ論セス日本刑法ヲ適用シテ之ヲ罰ス可シトセハ日本領土トハ果シテ如何ナルモノヲ謂フ乎深ク之ヲ研究スルノ必要アリ

法律上國ノ領土ヲ觀察スル時ハ單ニ地理上日本國ヲ組織スル所ノ土地ノミヲ謂フニ非ラス苟クモ日本國主權ノ及フ所ハ其何處タルヲ問ハス之レヲ日本領土ト稱ス今左ニ日本領土ト看做ス可キ者ヲ列記セン  
第一日本領海 國際公法ノ原則上海ハ萬國公共ノ通路ニシテ各國平等ニ

之ヲ用ユルコトヲ得即チ海ハ各國ニ通シテ自由ナリ此原則タル蓋シ第一  
 海洋ニ對シテハ何レノ國モ間斷ナク其主權ヲ行フコトヲ得サルト第二各  
 國ハ海洋ニヨルニ非ラスハ交通ノ便ヲ得ル能ハサルヨリ來リタル者ナ  
 リ然レトモ此原則ニ對シテハ一國必要上多少ノ例外ヲ認メサル可カラス  
 蓋シ一國ノ海邊尙ホ之レヲ萬國公共ノ者ナリトシテ之ヲ其自由ニ供セシ  
 カ以テ其國ノ防禦ヲ固フスルノ道ニ非ラス況ンヤ其近海ニアリテハ何時  
 ト雖トモ間斷ナク其主權ヲ行フモ亦困難ナラサレハナリ即チ其原則ノ本  
 ツク所ノ理由ニ於テ欠クル所アレハナリ是レ實ニ領海問題ノ由テ生スル  
 所以ナリ從來領海トハ其國ニ於テ使用スル砲彈ノ達着距離ヲ以テ其境界  
 トナセリ故ニ彈力ノ疆弱ハ領海ノ廣狹ヲ異ニスルノ結果ヲ生シ各國ノ領  
 海未タ曾テ一定セサリシ後チニ至リ此原則ヲ改メ各國ノ領海ハ其海岸ヲ  
 去ルコト三海里ヲ以テ其境トナセリ輒近ニ至リ巴里國際法會議ニ於テ三  
 海里ヲ改メテ六海里トナセリ

巴里會議ニ於テ  
 三海里ニ定メ  
 六海里ニ改メ  
 之ニシテ

領海ノ範圍  
 船内ノ犯罪  
 船外ノ犯罪

第二船舶 國際法ニヨレハ各國ノ船舶ハ其領土ナリト看做スカ故ニ日本  
 船舶ハ其商船タルト軍艦タルト之間ハ均シク之レヲ日本領土ト看做ス  
 得隨テ其船舶内ニ於ケル犯罪ニ對シテハ日本刑法ヲ適用スルヲ以テ原  
 則トス然レトモ此原則ヲ適用スルニ於テ軍艦ニ付テハ何等ノ例外ヲ見ス  
 ト雖トモ商船ニ付テハ其内國領海又ハ公海ニアル場合ト其外國領海ニ在  
 ル場合トニヨリ多少差異ナキ能ハス今左ノ區別ニ就テ説明スル所アラソ  
 トス

(一)船舶カ其内國領海又ハ公海ニ在ル場合 船舶カ其内國領海ニアル場合  
 ニ付テハ毫モ疑ヲ容ル、ノ餘地ナシ當然其國ノ刑法ヲ適用シテ可ナリ其  
 公海ニ在ル場合ニ於テハ何レノ國ノ主權ノ支配ヲモ受ク可キモノニ非ラ  
 サルヲ以テ例外ナク船舶所屬國ノ刑法ヲ適用ス可キモノナリ  
 (二)船舶ノ外國領海ニ在ル場合 船舶カ外國領海ニ在ル場合ニ於テハ二國  
 ノ間ニ於テ主權ノ牴觸ヲ見サル可カラス即チ領地内ノ犯罪ハ其國主權ノ



支配ヲ受クヘキハ當然ナリ然ルニ船舶ハ其屬スル國ノ領地ノ一部ナリト  
看做ストキハ其所屬國ノ主權之ニ及ハサル可カラス然ラハ如何ニ之レヲ  
處理ス可キ乎國際公法ノ原則ニヨレハ二個ノ區別ヲナスヲ要ス

(イ)商船ハ假令本國國旗ヲ掲クト雖トモ元是レ一個人又ハ一私法人ノ所有  
物ニ過キス既ニ一私人ノ所有物タル以上其外國主權ノ領地内ニアルノ間  
ニ於テハ尙ホ一私人カ其所在地ノ法律ニ服從セサル可カラサルカ如ク其  
船舶モ亦其國ノ法律ニ服從セサル可カラサルヤ當然ナリ然レトモ此原則  
ノ適用ニ付テハ各國其例ヲ異ニスル所ナキニ非ラス英國ニ於テハ領海ハ  
其國領土ノ一部ナリトノ原則ヲ嚴守シ領海内ニ於ケル船舶ノ犯罪ニ對シ  
テハ内外人ノ區別ナク盡ク英國法律ヲ適用ス可シトセリ佛國ニ於テハ之  
レニ異ナリ唯三個ノ場合ノミ佛國法權ヲ及ホス可シトセリ即チ(一)船員ニ  
非ラサル者ノ犯罪又ハ船員ニ非ラサル者ニ對スル犯罪ナル時(二)船舶内ノ  
犯罪ニシテ其碇泊地ノ公安ヲ害スル時(三)船舶碇泊地ノ官廳ヨリ救護ノ請

求アリタル時以上ノ場合ノ外ニ於テハ外國船舶ニ對シテ治外法權ヲ認メ  
佛國モ亦外國ニ在ル本國ノ船舶ニ對シテ同等ノ權利ヲ得ンコトヲ欲スル  
者ナリ二國探ル所ノ慣例各利弊ノ存スルモノアルヘシト雖トモ余ハ寧ロ  
佛國ノ慣例ニ從フノ却テ實際ニ便ナルヲ信スル者ナリ

(ロ)軍艦ニ付テハ全ク反對ノ論決ヲ與ヘサル可カラス抑モ軍艦ハ其國防禦  
ノ用ニ供スルモノニシテ内地ノ砲臺ト毫モ擇フ所ナシ去レハ我領地内ニ  
於テハ外國主權ノ侵入ヲ許ス可キノ理由之ナキヲ以テ軍艦内ノ犯罪ニ對  
シテハ決シテ其碇泊地ノ法律ヲ適用ス可キモノニ非ラス實ニ刑法ハ命令  
的ノ性質ヲ有スルモノナレハ治者ト被治者ノ關係ヲ有スル者ノ間ニ非ラ  
サレハ得テ行ハル可キニ非ラス隨テ平等ノ權利ヲ有スル者ノ間ニ於テ之  
ヲ行フコトヲ得ス國ハ各々自主獨立ノ權ヲ有シテ互ニ相侵スコトヲ許サ  
ハレハ如何ナル場合ニ於テモ一國ハ他ノ一國ニ對シテ其主權即チ命令的  
ノ法律ヲ行フコトヲ得ス平等權ヲ有スル國ト國トノ關係ニ於テハ唯防禦

切斷ニテ之を以テ  
ニスルニテ之を以テ

犯罪ノ時場所人 犯罪ノ場所及人

權ノアルノミ決シテ刑罰權ノ存スルモノニ非ラス故ニ軍艦内ノ犯罪ニ對シテハ其繫泊港ノ刑法ヲ適用スルノ限リニ非ラス若シ軍艦ニシテ碇泊港ノ治安ヲ紊亂セシムルカ如キ行爲アラソカ其ノ國ハ之レニ對シテ唯防禦權ヲ行フヲ得ルノミ決シテ刑罰權ヲ行フヲ得ス

第三外國ニ於ケル遠征軍隊 外國ニ在ル軍隊ハ尙ホ軍艦ト同シク本國ノ一部ト看做ス可キモノナリ即チ我軍隊ノ外國ニ在ルヤ我國權ヲ行ヒ我國威ヲ振ハント欲スル者ナレハ外國ノ裁判權ヲシテ我軍隊ニ侵入セシム可キニ非ラス此ヲ以テ平時若シクハ戰時ニ於テ我軍隊カ占領セシ外國領地ハ刑法ノ適用上我カ領土ナリト看做シ我國刑法ノ適用ヲ爲ス可キヤ當然タリ然レトモ此ニ一ノ注意ヲ要ス可キモノアリ即チ我軍隊ニシテ承諾上中立國又ハ同盟國ヲ通過又ハ占領スルノ場合ニ於テ犯罪ヲ發生シタルトキハ特別ノ約束之レナキ以上我軍隊ノ裁判權ハ唯軍人又ハ軍屬ノ資格ヲ有スル者ニ限ル可キモノトス然レトモ戰鬪ノ結果ニ因リ我軍カ占領シタ

此レ土地對スルニ  
ニアラス人對スル  
ルハナリ

犯罪ノ時場所人 犯罪ノ場所及人

ル外國領土ニ於テハ單ニ軍人又ハ軍屬ニ對シテ我裁判權ヲ行フノミニ非ラス占領地一般人民ニ對シテモ亦我裁判權ヲ行ハサル可カラサルナリ蓋シ戰鬪ニ原因スル占領ハ占領シタル一部ニ於テ敵國主權ノ執行ヲ遮斷スレハナリ

第四治外法權ノ行ハレル外國 凡ソ獨立國ハ其領土全部ニ於テ統治權ヲ有スルカ故ニ其領土内ニ於ケル總テノ犯罪ニ對シテ内外人ノ區別ナク常ニ自國ノ法律ヲ適用スルヲ以テ獨立國ノ本色トス然ルニ他ノ外國ニ對シテ特ニ其國人民ノ犯罪ニ限リ自國ノ裁判權ヲ行ハスシテ外國ノ裁判權ニ依ルコトヲ許スノ條約ヲ締結スルトキハ之ヲ名クテ治外法權ト謂フ治外法權ノ行ハレル國ニ於テハ外國政府ハ大抵其派遣ノ領事廳ニ與フルニ特別ノ裁判權ヲ以テシ其所屬人民ノ犯罪ニ付テ裁判權ヲ行ハシム現今歐洲諸國ノ政府カ我日本ニ於テ行フ所ノ領事裁判又我政府カ清國又ハ朝鮮ニ於テ行フ所ノ領事裁判ハ其適例ナリ如斯治外法權ハ一國ト他ノ國トノ間

ニ締結シタル條約ヨリ生スル特權ニ外ナラサレハ此特權ヲ有スル外國ハ此特權ニ從フ國ヲ目シテ自國ノ領土ナリト看做スコトヲ得ス蓋シ其特權ハ單ニ自國人民ノミニ制限セラレ決シテ他ノ人民ニ及ホスコトヲ得サレハナリ故ニ治外法權ハ刑法上ノ領土問題ト謂ハシヨリ寧ロ一國カ他ノ國ノ領土内ニ於テ有スル特權ナリト謂ハシノミ

治外法權ノ執行ニ付テハ必要ナル二個ノ問題アリ(一)治外法權ヲ有スル時ハ如何ナル方法ニ於テ裁判權ヲ執行ス可キヤ(二)又如何ナル區域ニ於テ司法警察權ヲ行フコトヲ得ルヤ思フニ第一問題ハ我國法律ノ規定ニ從ハサル可カラズ第二問題ハ必ス條約ヲ俟ツテ之ヲ決定セサル可カラズ我國ノ實際ヲ見ルニ我國ト外國トノ間ニ締結シタル條約ニ因レハ外國政府ハ我國領土内ニ於テ其本國人民カ犯セシ罪ニ付テ審ニ裁判權ヲ有スルノミナラス尙ホ其犯罪ノ搜查逮捕ニ付テ司法警察權ヲモ有スル者ナリ現今神戸港ノ外國人居留地内ニ於テハ外國政府ノ警察官アリテ司法上ノ警察權ヲ

行フ我警察官ハ如何ナル場合ニ於テモ猥リニ居留地ニ進行シテ其警察權ヲ行フコトヲ許サズ横濱港ニ於テモ同一ノ特權行ハレシカ近年來外人大ニ其不便ヲ悟トリ總テノ警察權ヲ擧ケテ神奈川縣廳ニ委託スルニ至レリ治外法權ノ沿革及ヒ其利弊ニ付テハ尙ホ深ク研究ヲ要ス可キ問題アリト雖トモ一回二回ノ講義ノ敢テ能クス可キ業ニ非ラス後日刑法新論ノ著述成ルノ時機ヲ俟タシノミ

第二問題 如何ナル場合ニ於テ日本國領土内ノ犯罪アリト謂フ乎

上來陳述スル所ノ日本領土ト看做スヘキ場所ニ於テ發生シタル犯罪及ヒ日本政府ニ於テ治外法權ヲ行フ外國ニ於テ日本人カ行フタル犯罪ニ對シテハ日本ノ法權ヲ及ホシ日本刑法ヲ適用スヘシトセハ其如何ナル場合ニ於テ日本領土内ノ犯罪アリトナス可キ乎是レ前ニ掲ケタル所ノ日本刑法ハ如何ナル土地ニ其効力ヲ及ホスヤト謂フ第一問題ヨリ生スル所ノ結果ニ過キサル問題ナリ

本問題ハ如何

本問題ハ如何  
本問題ハ如何  
本問題ハ如何

犯罪ノ時、場所、人 犯罪ノ場所及人

本問題ノ生スルハ大抵犯罪カ日本領土ト外國領土トノ間ニ跨カリテ成立シタル場合或ハ犯罪カ外國ニ於テ起レル場合ニアリトス若シ夫レ刑法ノ原則ハ唯自國ノ犯罪ニ對シテ自國ノ刑法ヲ用ユルニ止マルモノトセンカ外國ニ起レル犯罪ニ對シテハ毫モ自國ノ刑法ヲ適用スルノ場合ヲ見ルコトナシト謂ハサル可カラス只日本領土ト外國領土ノ間ニ跨カレル犯罪ニ付テハ其日本領土内ニ於テ成立スル部分ニ付テ日本刑法ヲ適用ス可ク外國ニ於テ成立スル部分ニ付テハ亦日本刑法ノ適用スル能ハサルヤ明カナリ然レトモ刑法ノ目的ハ國家ノ安寧秩序ヲ維持スルニアレハ假令其犯罪カ日本領土外ニ於テ起レル場合ナリト雖トモ苟モ日本ノ安寧ヲ妨害スルニ於テハ尙ホ我刑法ヲ適用セサル可カラサルモノアリ又其犯罪カ日本國ト外國トノ間ニ交涉スル場合ニ於テモ亦其犯罪全部ニ付テ我現行刑法要スヘキ場合アリ第一ノ場合即チ日本領土外ノ犯罪ニ付テハ我現行刑法ハ何等ノ規定ヲ設ケサルカ故ニ之ヲ適用スルノ道ナシト雖トモ第二ノ場

合即チ日本國ト外國間ノ交涉犯罪ニ付テハ解釋上大ニ我現行刑法ヲ適用スルノ道ナシトセス本問題ノ目的ハ全ク此第二場合ニ屬スル事項ヲ研究スルニアリ

本問題ヲ論決スルニハ如何ナル標準ヲ採ル可キ乎犯人ノ身分ヲ以テ其標準トナス可キ乎抑々又被害者ノ身分ヲ以テス可キ乎是レ皆否ラズ之ヲ決スルノ標準ハ他ナシ犯罪實行地ノ何處ニ屬セルヤヲ研究スレハ則チ可ナリ若シ夫レ犯罪ノ性質單純ニシテ其全部ノ執行盡ク日本領土内ニ於テ完結スルモノナルトキハ常ニ日本刑法ヲ適用スルコトヲ得ルヲ以テ別ニ困難ノ問題ヲ生スルコトナシト雖トモ犯罪ノ性質復雜ニシテ其執行二國以上ニ跨レル場合ニ至リテハ大ニ困難ヲ生セサルヲ得ス或ハ二國ニ牽連スルノ外見アリテ一國ノ領地内ニ實行シタルニ過キサルモノアリ或ハ實際二國以上ニ牽連スルモノアリ之レヲ論スルニ付テハ三個ノ場合ヲ區別スルコトヲ要ス

犯罪ノ時、場所、人 犯罪ノ場所及人

第一場合 犯罪カ日本領土内ニ於テ發生シタリト云ハソニハ必スシモ其犯罪ノ全部カ日本領土内ニ於テ結了スルヲ要セス只其構成條件ノ一ヲ我カ領土内ニ於テ實行シタルヲ以テ足レリトス例之ハ佛國ニ於テ其犯罪ヲ準備シ又續テ米國ニ於テ之ヲ準備スルモ刑法ハ犯罪ノ豫備ヲ罰セサルヲ以テ原則トナスカ故ニ米國佛國ハ其犯罪ノ管轄地ナリト云フヲ得ス然レトモ佛國又ハ米國ニ於テ犯罪構成ノ一條件ニ着手スルニ至ラハ佛國又ハ米國ハ其犯罪ニ付テ管轄權ヲ有セサル可カラス而シテ犯罪ノ結果ニ至リテハ其何地ニ於テ生スルモ取テ之ヲ問フノ必要アラサルナリ要之日本領土内ニ於テ犯罪アリトセンニハ只我國ニ於テ其犯罪ノ準備及結果ノ發生ヲ見タルノミヲ以テ足レリトナス者ニ非ラス否其準備結果ハ外國ニ於テ發生シタリトスルモ苟モ其犯罪構成ノ一條件即チ犯罪實行ノ一部カ日本領土内ニ於テ成功シタルノ事實アル時ハ常ニ日本ニ於ル犯罪ナリト謂フコトヲ得ヘシ更ニ之ヲ約言スレハ犯罪實行ノ一部ヲ行ヒタル場所カ

日本領土ニ屬スルトキハ我カ刑法ヲ適用ス可ク又同一ノ犯罪カ繼續シテ日本領土ニ延ヒテ跨カレルトキハ亦我カ刑法ヲ適用ス可キナリ今左ニ其一二ノ例ヲ掲ケン

第一例 今我國ト露國ト相接續スルノ土地アリト假想シ其疆上ニ於テ露國領土内ヨリ發砲シテ日本領土内ノ者ヲ銃殺シタリトセンカ此場合ニ於テ果シテ何國ノ刑法ヲ適用スヘキヤ日本刑法ナルカ將タ露國刑法カ元來殺人罪ハ一ノ結果犯ナルヲ以テ殺害ノ事實ハ其犯罪構成ノ必要條件ナリ今日本領土内ニ於テ殺人罪構成ノ一條件即チ殺害ノ事實ヲ生シタル以上是レ實ニ日本領土内ノ犯罪ナルヲ以テ宜シク日本刑法ヲ以テ之レヲ罰スヘシ而シテ其事實ノ相反セル場合ニ於テモ亦同一ノ論決ヲ下タサ、ル可カラス即チ我領土内ヨリ發砲シタリトセンカ發砲ノ事實ハ是レ殺人罪構成ノ一條件ナレハ其犯罪ヤ我國ノ管轄ニ屬シ我國ノ刑法ヲ適用ス可キナリ未遂犯ノ場合ニ於テモ亦然リ蓋シ被害者ノ幸不幸ハ未遂犯ノ構成上毫

モ影響ヲ及ホスコトナキヲ以テ其斷定ノ異ル理ナシ

第二例 在佛ノ佛國人日本ノ新聞紙ニ投書シテ日本總理大臣ヲ侮辱シタリトセンカ此レ亦前例ト同一ノ斷定ヲ下サ、ル可カラス凡ソ新聞上ノ侮辱罪ハ公示ノ所爲ヲ以テ犯罪構成ノ一條件トナス而シテ此條件ハ正サニ日本ニ於テ實行セラレタルモノナレハ我刑法ヲ以テ之ヲ罰ス可キヤ當然ナリ

第三例 墨其哥人其本國ヨリ在横濱ノ日本商人ニ對シテ偽造證券ヲ發送シ金錢ヲ詐取シタリトセンカ此場合ニ於テモ亦同一ノ斷定ヲ下タスコトヲ得ヘシ何トナレハ假令ヒ證券偽造地ハ墨其哥ナリト雖トモ詐欺取財ノ構成條件タル詐取ノ事實ハ日本領土横濱ニ起レルモノナレハナリ

第二場合 分離スルコトヲ得ヘキ數箇ノ所爲ヲ糺合シテ一犯罪ヲ構成スル場合ニ於テ一部ノ所爲ハ日本領土内ニ於テ之ヲ行ヒ他ノ一部ハ外國領土内ニ於テ之ヲ實行シタリトセンニ矢張り同一ノ標準ヲ以テ論決ヲ下タ

スコトヲ得例之ハ(一)繼續犯ノ如シ我國ニ於テモ不法監禁罪ヲ犯シ又他ノ國ニ於テモ亦不法監禁罪ヲ犯シタルトキハ我國ノ刑法ハ我國ニ於テ犯シタル監禁罪ニ適用セラル可シ罪人藏匿罪勳章借用罪ノ如キモ亦然リ此等ノ犯罪ハ實際其執行ニ必要ナル許多ノ所爲ヲ糺合スルニアラサレハ成立スルモノニアラサルヲ以テ我國ニ於テ犯セル部分ト彼國ニ於テ犯セル部分ハ之ヲ併合シテ僅カニ一罪ヲ構成スルニ過キスト雖トモ其我國ニ於テル部分ハ已ニ犯罪構成ノ一條件ヲ成スヲ以テ我國ニ於テル部分ニ付テハ宜シク我刑法ヲ適用ス可キナリ(二)若シ夫レ我國ニ於テル執行ノ行爲ハ繼續シテ外國ニ至リ或ハ加重ノ情狀ヲ構成シ或ハ犯罪ノ性質ヲ變更スルニ至ラハ我國ノ裁判官ハ其加重ノ情狀又ハ罪質變更ノ事實ハ措テ之ヲ問ハスシテ可ナリ只我國ニ於テル執行ノ部分ニ付テ我刑法ヲ適用センノミ

第三場合 分離ス可カラサル數箇ノ行爲ヲ糺合シテ一犯罪ヲ構成スル場合ニ於テハ時ト場所トノ關係ニ因リ其行爲分レテ日本及外國間ニ跨カル

コトアリト雖トモ其犯罪ヲ構成スル主タル所爲ノ執行地ノ裁判所ニ於テ  
 犯罪全部ノ管轄權ヲ有ス故ニ(一)其犯罪ノ構成上主タル所爲ノ執行地ハ日  
 本領土内ニ在リトセンカ外國ニ在リテ此犯罪ニ加功シタル者ハ其日本人  
 ナルト外國人ナルトヲ問ハス皆日本法律ニ從テ之ヲ處斷ス可シ(二)犯罪ノ  
 執行地ハ外國領土内ニ在リトセンカ日本ニ在リテ此犯罪ニ加擔シタル者  
 ハ其日本人ナルト外國人ナルトヲ論セス盡ク外國法律ニ從テ之ヲ罰セサ  
 ル可カラス例之ハ在桑港ノ米國人在橫濱ノ日本人ヲ教唆スルニ謀殺又ハ  
 偽造罪ヲ犯スノ事ヲ以テス日本人ノレニ應シ日本ニ於テ殺人罪又ハ偽造  
 罪ヲ犯シタリト假定セシ日本裁判所ハ日本人ノ犯罪ニ付管轄權ヲ有ス  
 ルハ勿論教唆者タル米國人ニ對シテモ亦審判ノ權利ヲ有ス可シ蓋シ此犯  
 罪ニ關スル諸般ノ加擔行爲ハ其性質不分明ノモノニシテ單ニ日本ニ於テ  
 執行シタル殺人又ハ偽造ノ一罪ヲ構成スルニ過キササルモノナレハ尙ホ日  
 本ニ於テ諸般ノ加擔行爲ヲ行ヒタル場合ノ如ク外國ニ於ケル總テノ加擔

行爲ニ付テ裁判權ヲ有ス可キヤ明カナリ之レニ反シ在橫濱ノ日本人米國  
 人ヲ教唆シテ在桑港ノ佛國人ヲ殺害セシム此場合ニ於テ米國政府ハ單ニ  
 其殺人犯罪者ヲ罰スルノ權利ヲ有スルノミナラス犯罪ノ教唆者タル在橫  
 濱ノ日本人ヲモ亦併セテ之ヲ罰スルノ權利ヲ有ス已ニ桑港ニ於テ犯罪ノ  
 主要行爲ヲ行ヒタルトキハ之レニ率連シテ分ツ可カラサル諸般ノ行爲ハ  
 盡ク之ヲ主要行爲ニ併合セシメサル可カラス(佛國刑法學者ペルトール)彼  
 ノ金玉均殺害事件ノ如キハ實ニ其適例ナリ明治廿七年中朝鮮人季逸植我  
 國ニ來タリ同國人洪鐘宇ヲ教唆シテ在日本ノ金玉均ヲ殺害セシムト謀  
 ル洪鐘宇之ヲ諾ス乃チ在神戸ノ金玉均ヲ誘出シテ共ニ伴ニ清國上海ニ至  
 ル洪ハ即夜金ノ客室ニ就キ金ヲ統殺シタリ此變報ノ我國ニ達スルヤ忽チ  
 季逸植ノ責任ニ付刑事ノ被告事件起リシモ季ハ遂ニ青天白日ノ身トナレ  
 リ蓋シ犯罪地ハ清國ニアルヲ以テ外國ノ犯罪ヲ教唆スルモ日本法律ノ問  
 フ所ニ非ラスト云フニアリ當時余ハ法曹社會ノ公論ニ反シテ季逸植可罰

ヲ主張セシ者ナリ余ノ説ハ教唆者ハ犯罪ノ原動者ナレハ教唆ノ所爲ハ即チ犯罪ノ主要行爲ナリト看做サ、ル可カラス其主要行爲ノ發生地カ日本領土内ニアリトセハ季逸植ノ教唆事件及ヒ洪鐘宇ノ殺人事件ハ併セテ共ニ日本裁判所ニ於テ之レカ管轄權ヲ有セサル可カラスト謂フニアリシ然レトモ今ニ至リテ之ヲ考フレハ教唆ヲ以テ殺人罪ノ主要行爲ナリト看做スハ議論稍々隱當ヲ缺クノ感ナキ能ハス暫ラク「ヘルトール」氏ノ説ニ左袒スト爾云フ

### 第三款 犯罪ノ人

犯罪ノ人ニ關スル刑法ノ原則ニ付テハ其日本領土内ニアル人ニ關スル場合ト外國領土内ニ在ル人ニ關スル場合ヲ區別シテ論セサル可カラス

#### 第一項 日本領土内ニ在ル人ニ關スル場合

凡ソ何人ト雖モ日本領土内ニ在リテ日本刑法ヲ犯シタル者ハ日本法律ニ

犯罪ノ人

從テ處罰ヲ受ケサル可カラス是レ刑法ノ原則ナリ然ルニ内國公法又ハ國際法ノ關係ヨリシテ嚴格ニ此原則ノ適用ヲ爲スコトヲ許サ、ル者アリ即チ或ハ内國ニ於テ行フタル犯罪ニ付キ其實ニ任セサル者アリ或ハ或場合ニ於テ或種ノ犯罪ニ付其實ニ任セサル者アリ或ハ内國ニ於テ行フタル犯罪ニ付テ其責任ヲ免ル、ト能ハサルモ日本法律ノ處斷ヲ受ク可カラサル者アリ是ニ於テカ刑法ノ適用上左ノ例外ヲ見ル第一内國公法ヨリ出ツル例外(イ)天皇 憲法第三條ニ曰ク天皇ハ神聖ニシテ侵ス可カラスト抑々憲法何ヲ以テ此條文ヲ揭クルニ至リシ乎是レ實ニ憲法問題ノ範圍ニ屬スルヲ以テ余輩深ク爰ニ之ヲ研究スルコトヲ欲セス只其大要ヲ一言センノミ夫レ 天皇ハ一國統治權ノ總攬者ニシテ立法行法二大權ノ由テ出ツル原動機タリ若シ立君國ニ於テ一日 天皇ノ缺位ヲ見ンカ原動機息ンテ而シテ百政ノ綱紀忽チ弛セントス今 天皇ヲシテ尙ホ一般人民ニ於ケルカ如ク國事犯又ハ常事犯ニ付テ刑法上ノ責メニ任セシメントスルトキハ行法

犯罪ノ時、場所、人 犯罪ノ場所及人



權ノ獨立ハ容易ニ司法權ノ爲メニ蹂躪セラレテ而シテ政府ノ權力遂ニハ之ヲ施スノ道ナカラントス特ニ 天皇ハ行法權ノ元首タル以上其一部ニ過キサル司法權亦天皇ノ握有スル所ノモノタラサル可カラス 天皇其握有スル所ノ司法權ヲ以テ之ヲ其躬ニ及ホストセハ是レ我ヲ以テ我ニ加フルモノニシテ實ニ相容レサルノ牴觸ナリト謂ハサル可カラス是レ内國ノ犯罪ニ付テ全ク責任ナキ場合ナリ

(ロ)帝國議會議員 帝國憲法五十二條ニ曰ク兩議院ノ議員ハ議院ニ於テ發言シタル意見及ヒ表決ニ付テ責任ヲ負フ事ナシ云々ト故ニ兩院ノ議員カ議院内ニ於テ發言又ハ表決シタル事項ニシテ假令ヒ刑法上ノ犯罪行為ニ涉ルコトアリトスルモ議院外ニ於テ刑法ノ責任ヲ負フコトナシ蓋シ議員ハ國政ノ審議ニ與ルモノナレハ屢政府ノ失政ヲ舉ク辯難攻撃スルノ已ム可カラサル場合之ナシトセス若シ夫レ此等ノ場合ニ於テ其議論ノ一言一句政府ヲ侮辱シ官吏ヲ罵詈シタリトシテ盡ク之ヲ咎メ直ニ捕テ以テ獄ニ

中ノ事効カ待テ  
列等セリ千百モ  
常トスル

下スカ如キコトアリトセンカ議員ハ遂ニ言論ノ自由ヲ失ヒ甚シキニ至リテハ只政府ノ鼻息ヲ窺フニ汲々トシテ其議員タル職務ヲ盡ス能ハサルノミナラス或ハ其職務ヲ汚辱スルノ行為ヲ爲シテ尙ホ顧ミルニ違アラサラントス要ハ議員ヲシテ其職務ノ執行ヲ全フセシメンカ爲メニ設ケタル所ノ例外ナリ是レ議院内ニ於ケル言論上ノ犯罪ニ付テ其責任ヲ免ル、ノ場合ナリトス

第二國際公法ヨリ出ツル例外

(イ)外國君主 各國ノ君主外國ニ旅行スルトキハ其目的ノ那邊ニアルヲ問ハス其外國ニ於テ刑法上不可侵ノ特權ヲ有スルハ國際公法ノ通慣ナリ蓋シ外國君主ハ其本國ノ元首ニシテ其本國ヲ代表スルモノナレハ其資格ニ於テ又其權利ニ於テ我國君主ト同等タリ已ニ我君主ト同等タル以上之レニ加フルニ命令的ノ性質アル刑法ノ制裁ヲ以テス可カラサルヤ多辯ヲ俟タス是ニ於テ論者ハ外國君主ノ資格ニ付區別ヲ爲シテ曰ク外國君主カ君

主ノ資格ヲ以テ公然來遊スルトキハ遇スルニ君主ノ禮ヲ以シテ可ナリ然レトモ君主ノ資格ヲ藏シ隱然微行スルトキハ之ヲ待ツ一般人民ト異ナルナカル可シ隨テ刑法上不可侵ノ特權ヲ有スルナシト余ハ此等ノ區別ヲ立ツルノ理由ヲキテ信シテ疑ハサル者ナリ蓋シ一國ノ君主トシテ其國ニ君臨スル以上君主ノ資格ハ須臾モ其躬ヲ離ル、可キモノニ非ラス微行ノ時ト雖トモ尙ホ君主タルノ資格ヲ失フノ理アルコトナシ是レ亦全ク刑法上ノ責任ヲ免ル、ノ場合ナリ

(ロ)外國使臣 國際公法ノ原則トシテ外國ノ使臣ハ勿論苟モ外交官ノ名稱ヲ有スル者ハ其派遣國ノ法律ニ服從ス可キモノニ非ラス今國際公法ニ於テ此原則ヲ認ムルニ至リシ所以ノ理由ヲ考フルニ其理由ニアリ(一)外國使臣ハ其本國政府ヨリ使命ノ委任ヲ受ケ其權限内ニ於テ本國ヲ代表スル者ナレハ命令的ノ刑法ヲ以テ彼レニ加フ可キノ理ナシ若シ彼レニ於テ我國ノ治安ヲ妨害スルノ行爲アラハ本國政府ニ通牒シテ其處分ヲ求メンノミ

獨立ノ二國間ニ於テハ防衛權ノ存スルアルモ刑罰權ノ存スルヲアラス是レ外國使臣ニ對シテ日本刑法ヲ適用ス可カラサル理由ノ一ナリ(二)外國使臣ノ獨立權ハ實ニ其職務ノ執行ニ關シテ充分ナル擔保ヲナス者ナリ若シ其犯罪ニ對シテ刑罰權ヲ行フコトヲ得ルトセハ審理ノ必要上或ハ家宅搜索ヲ爲スノ已ムヲ得サル場合ヲ生スルコトアラフ隨テ外交上ノ秘密ヲ發キ之ヲ顯サルニ至ラン今試ミニ被派遣國ニ於テ外國使臣ヲ罰スルコトヲ得ルトセシカ被派遣國ハ屢々名ヲ犯罪ノ嫌疑ニ藉リ使臣ノ身體ヲ拘束シ公使館ノ檢査ヲ爲シ外國使臣ノ職務ヲシテ一日モ安然トシテ之ヲ執行スルコトヲ得ル能ハサラシメントス是レ外國使臣ニ對シテ我法權ヲ行フ可カラサル理由ニナリ

第一注意 刑法上不可侵ノ原則ハ管ニ外國使臣ノ資格ヲ有スル者ニ對シテ之ヲ適用ス可キノミナラス之レニ附屬スル總テノ官使ニ對シテモ尙ホ之ヲ適用ス可キナリ但シ領事ハ外交官ノ一タルニ

外ナラスト雖トモ從來國際法ノ原則トシテ刑法上不可侵ノ原則ヲ適用ス可キモノニ非ラス蓋シ領事ハ其本國ヨリ派遣セラレ本國ノ爲メニ商業工業其他諸般ノ事務ヲ視察シテ之ヲ本國ニ報告スルヲ以テ其主要ノ任務トスル者ニシテ毫モ本國政府ヲ代表スルノ性質ヲ有セサルモノナリ然レトモ近年ニ至リ國際法ハ益々刑法上不可侵ノ原則ヲ擴張シ領事ニ對シテモ亦慣例上使臣ト同一ノ保護ヲ與フルノ傾向ヲ生セリ

第二注意

外國使臣ノ隨行員ニシテ其職務ノ執行ニ關係ナキ者ニ至リテハ不可侵ノ原則ヲ適用ス可キ限リニ非ラサルニ似タリ然レトモ是レ亦國際法ノ慣例トシテ使臣ノ家族モ亦此原則ノ利益ヲ受クルコト、ナレリ蓋シ家族ノ犯罪ニ付テモ尙ホ使臣ノ犯罪ニ於ケルト同一ノ結果ヲ生スルコトアル可キヲ以テナリ

第三注意

公使館ハ不可侵ナリ是レ上來述ヘタル原則ヨリ生スル當然ノ結果ナリ故ニ若シ公使館員ニ非ラサル者館内ニ於テ罪ヲ犯シ又ハ館外ヨリ逃入シタル場合ノ如キハ公使館ノ承諾ヲ得タル後チニ非ラサレハ之レヲ逮捕スルコトヲ得ス即チ裁判所ハ之ヲ司法省ニ照會シ司法省ハ外務省ヲ經テ之ヲ公使館ニ照會シ其承諾ヲ得テ初メテ裁判所ハ公使館ニ臨ムコトヲ得或論者曰ク公使館ニ對シテ不可侵權ヲ認ムル所以ノモノハ是レ公使館ヲ以テ本國政府ノ一部ト看做スヲ以テナリト此說ヤ大ニ誤レリ試ミニ這般ノ論鋒ヲ以テ論センカ乃チ之レニ對シテ本國領土ト同一ノ取扱ヲナサル可カラズ其結果館内ノ犯罪ハ外國ニ於ケル犯罪ト均シク犯罪人引渡條約ニ因ルニ非ラサレハ犯罪人ノ引渡ヲ爲ス可カラサルニ至ラン夫レ此ノ如ク公使館ヲ以テ外國ノ一部ト看做スノ說ニ從フトキハ實際ニ反シ不便ヲ感スルコト多シ要スルニ公使館ノ不可侵權ハ外國使臣ノ特權ノ

一ナリト見テ可ナリ

第二項 日本領土外ニ在ル人ニ關スル場合

余カ茲ニ論セシト欲スル所ノモノ是レ亦國際刑法ノ問題ニ屬シ現刑法ニ於テ一言ノ規定ナキ所ノモノタリ此ヲ以テ余ハ專ラ理論ニ本キ説明スル所アラソ但シ改正刑法草案ハ此ノ場合ニ關スル規定頗ル完備セルヲ以テ大ニ參考ノ用ヲ爲ス可シ曰ク日本刑法ハ日本領土外ニ於テ犯シタル罪ニ對シテ之ヲ適用スルコトヲ得ル乎本問ヲ論スルニ付テハ須ラク本問ノ意義ヲ明ラカニスルヲ要ス是レ一國政府ハ外國領土内ニ於ケル犯人ヲ逮捕シ之ヲ處罰スルコトヲ得ル乎即チ一國政府ハ外國領土内ニ於テ其裁判權ヲ執行スルノ權利ヲ有スルヤト謂フノ言ヒニ非ラス蓋シ一國ノ主權ハ或場合ヲ除クノ外例之ハ國際法ニ於テ承認スル例外ノ場合其國境ヲ出ツルモノニアラサレハ自國ノ領土外ニ於テ裁判權ヲ執行スルノ權利ナキヤ疑ヲ容レサル所ナリ本問ノ意義ハ則チ一國政府ハ其領土内ニ在リテ領土外

ノ犯罪ヲ罰スルノ權利ヲ有セサルヤ否ヤト言フニアリ之ヲ換言スレハ元來犯罪ヲ罰スルノ權ハ其犯罪發生地ノ政府ニ屬スルモノナリ然レトモ或場合ニ於テハ犯罪發生地以外ノ主權者モ亦此犯罪ヲ罰スルノ大權ヲ有スルカ抑モ之レヲ有セサル乎

本問ヲ決スルニハ必スシモ刑法ノ性質カ屬人主義ナルト又屬地主義ナルトヲ論スルコトヲ要セス只少シク刑罰權ノ基本ニ遡ホリテ之ヲ説明セハ蓋シ大過ナカル可シ余曩キニ刑罰權ヲ説キ社會ト犯罪ハ兩立スヘキモノニ非ラス社會ハ常ニ生存スルノ必要アリテ犯罪ハ其生存ヲ妨害スルヲ目的トス故ニ社會ニ於テ其生存ヲ維持セント欲セハ必ス犯罪ノ侵害ヲ防禦セサル可カラス此防禦ヲ各ツケテ刑罰權ト謂フト論セリ夫レ如斯刑罰權ハ社會ノ生存ヲ計ルヲ以テ其目的トナスモノナレハ一國領土外ニ於テ犯シタル罪ニシテ毫モ我國ノ利害得失ニ影響ヲ及ホスヲナキハ是レ我國ノ生存權ヲ害スル者ニ非サルヲ以テ我國ハ此ノ犯罪ニ對シテ刑罰權ヲ行

フノ理由ナシ然レトモ其犯罪ニシテ苟モ我國ノ治安ヲ害シ我國民ノ損害ヲ生スルノ性質ヲ有セシカ假令ヒ外國ニ於テスルモ我國ハ此犯罪ニ對シテ我刑罰權ヲ行ハサル可ルラス今試ミニ外國ニ在リテ我國所屬ノ邦土ヲ潛竊セントノ隱謀ヲ企テ又ハ外國ニ在留スル我日本人ヲ殺害シタル外國人偶々來タリテ我國ニ潛匿シタリト假定セヨ如斯場合ニ於テ我國ノ治安ハ未タ危難ニ迫マリタリト謂フ可カラサル乎我國ノ社會ハ未タ其生存ヲ害セラレタルモノナリト謂フ可カラサル乎外國ニ在リテスラ尙ホ且ツ我國ノ生存ヲ害シ我國民ノ生命ヲ奪ハントス况ンヤ現在我國ニ渡來スルニ於テテヤ其危險ノ切迫眼前ニ在ルコト實ニ火ヲ燎ルヨリ明カナリ而シテ我刑罰權ハ之レニ及フナシト謂フテ可ナリトスル乎我國ハ之ヲ罰スルノ權ナシトシテ不可ナル所ナキ乎蓋シ刑罰權ノ原則ハ如斯犯罪ニ對シテ本國ノ刑罰權ヲ適用スルノ理由ヲ確認スルモノナリ

論者之ヲ難シテ曰ク一國ノ主權ハ只其國內ニ限り行ハル、モノニシテ決

シテ國境以外ニ及フコトナシト此論大ニ誤レリ本問ニ於テ論スル所ノモノハ凡ソ外國ノ犯罪アル場合ニ於テ我國ハ其犯罪國ニ到リ直チニ我主權ヲ執行ヲ爲スヘシト謂フニ非ラス只其犯人カ我國ニ渡來スルノ時期ヲ俟チ我國ニ於テ我刑罰權ヲ行ハサル可カラスト謂フニアリ蓋シ論者ノ說ハ法律ノ效力ト其執行權トノ區別ヲ明ラカニセサルニ坐スルニ非ラサルヤ後ニ至リテ更ニ二者ノ分界ヲ研究セン

論者又曰ク各國ノ安寧秩序ハ各其國ノ法律ヲ以テ之ヲ維持スルノ權利ヲ有ス外國ノ主權焉ソ他主權ノ區域ヲ侵害スルヲ得シヤト此論者亦非ナリ本問ノ場合ハ外國ノ安寧秩序ヲ保護セント謂フニ非ラス實ニ我國ノ危害ヲ防禦シテ我國ノ治安ヲ維持セントスルニ在リ

論者又曰ク領土外ニ於テ行フタル犯罪ハ我國ノ治安ヲ妨害スル者ニ非ラサルナリト是又正鵠ヲ得タルノ論ニ非ラス論者ノ所謂領土外ニ於テ行フタル犯罪ニシテ屢々我國ノ治安ヲ妨害スルノ性質ヲ有スルモノ之ナシ

トセズ例之ハ帝國ニ對スル犯罪ノ如キ即チ是ナリ  
 論者又曰ク領土外ニ於テ行フタル犯罪ヲ罰セントスルモ實際此犯罪ノ事  
 實ヲ檢證スルノ方法ヲ有スルカ我國ノ裁判官ハ外國ノ犯罪地ニ臨檢スル  
 コトヲ得ル乎外國所在ノ證人ヲ喚問スルノ權アルカ若シ夫レ公力ノ執行  
 ヲ要スル場合ニ至リテハ必ス外國政府ノ公力ニ頼ラサル可カラス而ルニ  
 外國政府ニ於テ克ク我請求ニ應スレハ則チ可ナリ若シ一朝之ヲ拒絕スル  
 コトアラハ我裁判權ハ何ニ由テ之ヲ執行スルコトヲ得ルヤ此論大ニ是ナ  
 リ然レトモ論者ノ以テ困難ナリトスル所ノモノハ單ニ裁判權ノ執行ニ於  
 テ然リトスルノミニシテ未タ刑罰權ノ成立ニ付テ然リトスルニ非ラサル  
 ナリ  
 此ニ由テ之ヲ觀レハ各國カ其領土外ニ於テ行フタル犯罪ヲ罰スルノ大權  
 ハ是レ刑罰權ノ基本ニ關スル原則ノ例外ヨリ出ツルニ非ラスシテ寧ロ其  
 原則ノ適用ニ外ナラスト言フモ敢テ不可ナル所ナシ只立法者カ法律ヲ制

定スルニ當リテハ宜シク外國ニ於テ行フタル犯罪ノ種類ヲ區別シテ其如  
 何ナル場合ニ於テ我刑罰權ノ執行ヲ必要ナリトスルヤ之ヲ研究ス可キナ  
 リ  
 外國ニ於テ行フタル犯罪ヲ區別スレハ種類三ツアリ第一我國ニ對シテ行  
 フタル領土外ノ犯罪第二他國ニ對シテ行フタル領土外ノ犯罪第三一人  
 ニ對シテ行フタル領土外ノ犯罪即チ是ナリ  
 第一 我國ニ對シテ行フタル領土外ノ犯罪 我國ニ對スル犯罪トハ國家  
 ノ成立其モノヲ害スルノ目的ヲ有スル犯罪ヲ云フ例之ハ我國内政外交ノ  
 平安ヲ妨害セントスルノ罪我國公有ノ財産ヲ損失セシメントスルノ罪我  
 國ノ國憲ヲ紊亂セントスルノ罪凡ソ之等ノ犯罪ハ直接ニ我カ社會ノ中心  
 ヲ衝キ其根本ヲ搖カサントスルノ目的ヲ有スルモノナレハ我國家ノ危急  
 焉レヨリ大ナルハ無ク我社會ノ生存焉レヨリ危キハナシ我國家ハ其安寧  
 秩序ヲ維持スルカ爲メニハ此等ノ犯罪ヲ撲滅スルノ大權ヲ有スルヤ敢テ

多辯ヲ俟タサルナリ

第二 他國ニ對シテ行フタル領土外ノ犯罪 此種ノ犯罪ニ對シテ我刑罰權ヲ行フニ付テハ宜シク場合ヲ區別シテ論セサル可カラス即チ其被害國ハ我國ノ同盟國ナルカ將タ否ラサルカヲ區別セサル可カラス若シ我國ノ同盟國ニシテ之レニ對スル犯罪ハ間接我國ノ治安ヲ妨害スルノ性質ヲ有スルトキハ我國ハ自衛ノ必要アルヲ以テ我國ノ刑罰權ヲ執行シテ之ヲ罰セサル可カラス若シ之レニ反シ被害國ハ我國ト何等ノ關係ヲ有セサル者ヲラニ隨テ我刑罰權ヲ行フノ必要ナカル可シ

第三 一私人ニ對シテ行フタル領土外ノ犯罪 此犯罪ニ付テモ亦區別ヲ爲スヲ要ス即チ其一私人ハ外國人ナルカ將タ我國ノ人民ナルカ若シ其被害者ハ外國人ナルトキハ我國ノ法律ヲ以テ之ヲ保護スルノ必要ナキカ故ニ我國ノ刑罰權ヲ行フノ理由ナシ之レニ反シ其被害者ハ我國ノ人民ナル

トキハ我國ハ其所在地ニ付テ之ヲ保護スルノ義務アリ即チ我國人民ノ安寧ヲ維持スルノ權利アルヲ以テ我國ノ刑罰權ヲ執行スヘキハ當然ナリ然レトモ若シ事例ヲ轉倒シテ日本人本邦領土外ニ於テ一私人ニ對シ重大ノ罪ヲ犯シタルトキハ其被害者ノ日本人タルト又外國人タルトニ拘ハラズ我刑罰權ニ因テ以テ此犯罪ヲ罰セサル可カラス例之ハ外國ニ於テ犯シタル放火溢水強姦其他生命身体財産ニ對スル罪ノ如シ蓋シ此等ノ犯罪ハ只或一國ニ於テノミ特ニ其安寧秩序ヲ害スルモノニ非ラス全世界何處ニ行クト雖トモ其害ヲ蒙ムラサルモノアルナシ故ニ彼國ニ於テ危險ナリトスル所ノモノハ我國ニ於テモ亦危險ナリ其危險ナリトスル所ノ犯人アルヲ知り措テ而シテ之ヲ問ハスハ我國ノ安寧夫レ何ニ由テ之ヲ維持スルコトヲ得ン乎若シ夫レ外國人ニ在リテハ我國ノ法律ヲ犯サル限リハ未ダ以テ我國ノ安寧ヲ害シタリト謂フ可カラス隨テ我刑罰權ヲ及ホストヲ得サルナリ即チ日本人ハ日本法律ニ服従スルノ義務アルカ故ニ日本法律

ニ於テ認メテ以テ犯罪ナリトスル所ノ行爲ヲ行フタルトキハ日本政府ハ被害國ニ對シテ其犯罪人ノ引渡シテ請求スルコトヲ得ルナリ論者此刑罰權ノ執行ヲ目シテ刑法ノ屬人主義ヨリ生シタル結果ナリト言フ者アリ即チ刑罰權ノ其國民ヲ追隨スルハ猶ホ國民ノ身分能力ニ關スル法律カ其國民ヲ追隨スルカ如シト云フニアリ然レトモ此說誤レリ刑罰權カ日本領土外ニ於テ罪ヲ犯シタル日本人ニ及フ所以ノモノハ我國民ハ我國ニ永住スル權利ヲ有スル者ナレハ之ヲ國境外ニ追放スルヲ得ス之ヲ追放セスシテ而シテ其民ト生活ヲ共ニセシメントセハ何ノ日カ會社ノ安寧ヲ維持スルコトヲ得ン即チ知ル之ヲ罰スルハ我國ノ安寧ヲ維持シ國民ノ幸福ヲ擔保セントノ目的ニ出テタルコトヲ之レニ反シ外國人ニ於テハ日本法律ニ服從スルノ義務ナキヲ以テ外國ニ於テ日本法律ノ認メテ以テ犯罪行爲トナス所ノモノヲ行フト雖モ我國ハ犯罪國ニ對シテ其犯人ノ引渡タシテ請求スルノ理由モナクハ又之ヲ罰スルノ必要モ之レナキナリ新刑法草案第

六條ノ規定ハ蓋シ此理由ヨリ出テタルモノナリ曰ク法律ハ帝國人帝國外ニ於テ放火、溢水、強姦、其他生命、身軀、自由、及ヒ財產ニ對シ犯シタル重罪ニ付テモ亦之ヲ適用スト

外國ニ於テ此種ノ重罪ヲ犯シタル者我領土内ニ來タリテ潛匿スル場合ニ於テハ其日本人ナルト外國人ナルトヲ問ハス常ニ我刑罰權ヲ行フテ之ヲ罰スルコトヲ得ル乎論者曰ク此種ノ犯罪人ハ猶ホ毒蛇ノ如シ其棲息スル處ニ於テ毒害ヲ恣マニスルノ性質ヲ有スル者ナレハ唯其現在ノ一事既ニ其國ノ危險ヲ發生スルニ足レリ國ノ危險ヲ防禦スルノ目的ヲ有スル法律ニシテ其威力ヲ此種ノ犯罪人ニ及ホスコトヲ得スト言ハ、一國ノ治安何ニ由テ而シテ之ヲ維持セントスル哉我國ニ於テ刑罰權ヲ行フノ權利ヲ有スルヤ毫モ疑ヲ容レスト

日本人ニ付テハ誠ニ疑ヲ容レスト雖トモ外國人ニ付テハ同日ニシテ論ス大ニ可カラサル者アリ此種ノ外國人我國ニ來タルニ於テハ危險ハ則チ危險ナ

大ニ



リト雖モ未タ必スシモ刑罰權ヲ行フテ要セスシテ我國ノ危險ヲ救護スルノ方法アリ他ナシ是レ元來外國人ナルヲ以テ我國ニ永住スルノ權利ヲ有スル者ニ非ラス故ニ我國ニ於テ此外國人ヲ認メテ以テ危險ナリトナサハ我國ハ此外國人ノ本國ニ照會シテ之レカ引渡シテ爲シテ可ナリ又或ハ之ヲ帝國境外ニ追放シテ可ナリ此外國人ハ日本領土外ニ於テ日本國又ハ日本國民ニ關係ナキ罪ヲ犯シタルニ過キサル者ナレハ未タ日本ノ法律ヲ犯シタル者ナリト謂フテ得ス我國ノ禁制命令ニ違反セサル者ニ對シテ我國刑罰權ヲ行フノ理由アラシキ其現在ノ一事ヲ以テ我國ニ害アリトセハ我國ハ單ニ我危險ヲ救フニ必要ナル方法ヲ行ヘハ則チ可ナリ否之レヨリ以上ノ方法ヲ行フノ權利ナキナリ然レトモ若シ此外國人ハ我國國民ニ對シテ重大ノ罪ヲ犯シタルコトアラハ如何引渡又ハ追放ノ方法ノミヲ以テ我國國民ノ權利ヲ保護スルニ足レリトスル乎試ミニ此外國人カ所屬ノ法律ハ我國國民ニ對スル犯罪行爲ヲ罰スルノ規則ナキカ又ハ之ヲ罰スルノ法律アルモ

我國ノ法律ヨリ甚タ寛大ナリトセヨ到底我國國民ノ意志ヲ満足セシムルコト能ハス又我國安テ安固ナラシムルコト能ハサルナリ特ニ一國政府ハ其國境外ニ於テモ亦尙ホ其國民ヲ保護スルノ義務アリ公使館ヲ設ケ領事館ヲ置ク蓋シ其目的ニ外ナラサル可シ外國ニ在リテスラ尙ホ且ツ我國國民ノ利益ヲ保護スルコトヲ務ム況ヤ外國ニ於ケル我國國民ニ對シテ重大ノ罪ヲ犯シタル者來タリテ我國ニ潛匿スル者ニ於テチヤ其危害ノ切迫ナル更ニ一層ヲ加ヘタリ如斯場合ニ於テ我刑罰權ハ此犯罪人ニ及ブ無クシテ可ナラシヤ之ヲ要スルニ外國ニ在ル日本人カ外國人又ハ日本人ニ對シテ罪ヲ犯シタルトキハ日本政府ハ其犯人ノ引渡ヲ受ケテ之ヲ罰スルコトヲ得之レニ反シ若シ其犯罪人ハ外國人ナルトキハ二ツノ區別ヲ要ス即チ(一)其犯罪ハ外國人ニ對シテ行ハレタルトキハ其外國ニ在ルノ間我ニ於テ何等ノ刑罰權ヲ行フテ得スト雖モ其我國ニ渡來シタルトキハ引渡權又ハ追放權ヲ行フコトヲ得(二)若シ其犯罪ハ我國國民ニ對シテ行ハレタルトキハ或ハ其

我國ニ渡來スルノ日ヲ俟ツテ我刑罰權ヲ行フヲ得或ハ犯罪國ニ對シテ此犯人ノ引渡ヲ請求シテ之ヲ罰スルコトヲ得ルナリ  
外國人追放權ニ付或人論ヲ爲シテ言フ者アリ曰ク外國人ヲ我國境外ニ追放スルハ一種ノ行政處分ニ外ナラス即チ我國ニ在リテ危害ヲ發生ス可キ恐レアル外國人ニ對シテハ我警察權ヲ勵行シテ之ヲ國境外ニ導キ去ラシムルヲ以テ足レリトス別ニ法律ノ規定ヲ要セサルナリト此說大ニ非ナリ萬國ノ交通一タヒ開ケテ以來各國人民ハ其欲スル所ニ往來スルノ自由ヲ有ス往來ノ自由權ハ近時ノ國際公法ニ於テモ亦是認スル所ノ原則ナリ已ニ各國ノ人民其欲スル所ニ往來スルノ自由權ヲ有スル以上ハ我國ニ於テ猥リニ此自由ヲ制限スルノ權利ヲ有ス可カラサルヤ猶ホ我内國人民ニ對シテ往來通信ヲ禁スルノ權ナキカ如シ然ラハ則チ危險ノ外國人ヲ杜絶スルニハ必ス之レニ必要ナル法律ヲ制定シ之レニ由テ以テ追放權ヲ行ハシノミ若シ夫レ追放權ノ執行者ハ警察權ニ一任シテ可ナリ其之レニ違背ス

ル者アルニ當テハ宜シク裁判權ヲ藉リテ之ヲ罰ス可キナリ  
上來論スル所ニ由レハ外國ニ於テ行フタル犯罪ニ付我刑罰權ヲ行フノ必要アル已ニ明瞭ナルカ如シ然レトモ其如何ナル場合ニ於テ我刑罰權ヲ行フノ必要アル乎之ヲ換言スレハ外國ニ於ケル總テノ犯罪ニ對シテ常ニ我刑罰權ヲ行フ可キ乎將タ單ニ其犯罪ノ或種類ニ付テノミ之ヲ行フノ必要アル乎是レ立法者ノ宜シク研究ス可キ問題ニシテ之レカ決定ヲ爲スハ實ニ容易ノ事業ニ非ラサルナリ  
論者或ハ本問ヲ決スルニ付外交條約ニ依ル可シト謂フモノアリ即チ豫メ一定ノ犯罪ヲ擧ク之ヲ條約文ニ記載シテ條約國間ニ於テ其種類ニ屬スル罪ヲ犯シタルトキハ條約國ハ互ニ之ヲ罰スルコトヲ約束スルヲ謂フ然レトモ是唯立法問題ヲ移シテ條約問題トナシタルニ過キスシテ未タ本問ノ要旨即チ一定ノ犯罪ヲ指擧スルモノニ非ラサルナリ且ツ夫レ一國ノ刑罰權ハ一國ノ安寧秩序ヲ維持スルカ爲メニ之ヲ設クル所ノモノナレハ宜シ

ク其國ノ必要ニ應シテ罰ス可キモノト罰ス可カラサルモノトヲ定ム可キ  
 ナリ即チ其國ニ於テ罰ス可キノ必要アル行爲ハ之ヲ罰ス可ク其必要ナキ  
 行爲ハ之ヲ罰セスシテ可ナリ罰スルト罰セサルハ其國ノ自由ニ放任ス可  
 キモノニシテ決シテ外國ノ容隊ヲ許スノ理ナシ若シ夫レ國際條約ヲ以テ  
 之ヲ刑罰權執行ノ一條件ト看做スカ如キハ實ニ一國主權ノ衰滅ヲ計ル者  
 ナリ又一國ノ刑罰權ヲ以テ外國政府ノ用ニ供セント欲スル者ナリ思ハサ  
 ルノ甚シキモノト謂ハサル可カラス  
 論者ノ誤謬ハ畢竟刑罰權ヲ以テ其執行權ノ共助ト混同シタルニ坐スルニ  
 由ラスンハアラス執行權ノ共助ハ刑罰權ノ執行ヲ爲スニ當リ其目的ヲ達  
 センカ爲メニ外國ノ共助ヲ藉リ或ハ犯罪人ノ引渡シヲ受クルコトアリ或  
 ハ外國ニ在ル證人ノ喚問ヲ求ムルコトアリ凡ソ此等ノ場合ニ於テ外國政  
 府ハ我請求ニ應スルト應セサルノ自由權ヲ有スルカ故ニ若シ特別ノ條約  
 ナ締結シテ此共助ヲ確實ニセサルトキハ我國ハ數々我刑罰權ノ執行ヲ爲

ス可カラサル場合ナシトセス是ニ於テ犯罪人引渡ニ付テハ特別ノ條約ヲ  
 締結スルノ必要アルヲ見ル之レニ反シ刑罰權ハ一國生存ノ必要ノ爲メニ  
 之ヲ設クルモノナレハ外國共助ノ有無如何ニ拘ハラス獨リ常ニ成立スル  
 ナ失ハス此二者少シク相似タル所ノモノアリト雖トモ決シテ相混同ス可  
 キモノニ非サルナリ

### 第四款 法律及ヒ裁判權ノ抵觸

外國ニ於テ犯シタル罪ニシテ日本刑法ニ於テモ之ヲ罰スルコトヲ得又外  
 國刑法ニ於テモ亦之レヲ罰スルコトヲ得ルトスル時ハ此犯人ハ二國以上  
 ノ刑法及ヒ裁判權ニ服從セサル可カラサルニ至ル是ニ於テ乎二國間法律  
 及ヒ裁判權ノ執行ニ付抵觸ヲ生スルコトアリ今ヤ進メテ此抵觸問題ニ付  
 テ研究スル所アラントス

#### 第一項 法律ノ抵觸

犯罪ノ時場所人 犯罪ノ場所及人

日本人又ハ外國人外國ニ於テ罪ヲ犯シタリ今日本ニ於テ之ヲ罰セントスルトキハ日本刑法ヲ適用スヘキカ將タ外國刑法ニ從フ可キ乎本問ヲ決スルニ付テハ左ノ區別ヲ爲スヲ要ス即チ

(イ)外國ニ於テ行フタル所爲其國ノ法律ニ於テハ之ヲ罪トセス獨リ日本ノ法律ニ於テノミ之レヲ罪トスルトキハ日本刑法ヲ以テ之レヲ罰ス(改正刑法草案第五條)

(ロ)外國ニ於テ行フタル所爲其國ノ法律ニ於テハ之ヲ罪トスルモ我刑法ニ於テ之レヲ罰セサルトキハ外國刑法ヲ適用シテ之ヲ罰スルコトヲ得ス例之ハ外國ニ於テ外國通用ノ貨幣ヲ偽造シ又ハ外國ノ違警罪ヲ犯シタル場合ノ如シ

(ハ)外國ニ於テ行フタル所爲日本及外國刑法ニ於テ之ヲ罪トスルトキハ日本及外國ハ各其本國刑法ヲ適用シテ之レヲ罰スルコトヲ得論者曰ク若シ二國ノ刑法其規定スル所異ナルトキハ我裁判官ハ宜シク我國刑法ト

彼國刑法トヲ比較シ其輕キ刑法ヲ選ミテ之ヲ適用セサル可カラサルコト猶ホ新舊法律ノ比較ノ場合ニ於ケルカ如クス可シト此論非ナリ刑法ハ元來我國ノ治安ヲ維持スルノ公法ナリ我國ノ裁判官我公法ヲ捨テ外國ノ法律ヲ採ルコトアラハ我國ノ治安何ニ由テ之ヲ維持セントスル乎

第三項 裁判權ノ牴觸

外國人日本ニ於テ罪ヲ犯シ又ハ日本人外國ニ於テ罪ヲ犯シタルトキハ二國ノ裁判所ニ於テ同一事件ノ管轄權ヲ有スルコトアリ如斯場合ニ於テ其犯人已ニ一國裁判所ノ確定判決ヲ受ケタル時ハ他國ニ於テ再タヒ之レニ對シテ公訴ヲ提起スルコトヲ得ル乎本問ニ付立法上三個ノ主義アリ第一主義 此主義ニ因レハ凡ソ如何ナル場合ニ於テモ同一犯罪ニ付再度同一犯人ヲ罰スルコトヲ得スト云フニアリ其理由ニ曰ク凡ソ確定判決ナルモノハ其之レヲ爲シタル裁判所ノ何國ニ屬スルヲ問ハス當然公訴權ヲ消滅セシムルノ效力ヲ有ス是ヲ以テ一旦確定判決ヲ經タルトキハ其犯人

ハ何國ニ逃走スルモ最早公訴權ノ目的タルヲ得ス而シテ其犯人又ハ被害者ノ分限何國籍ニ屬スルト其判決ノ有罪ナルト無罪ナルト又ハ刑ノ執行ヲ終ルト否ラサルトハ敢テ問フ可キノ必要アラサルナリ要スルニ確定判決ヲ經タルノ一事ハ以テ犯人ノ保障タル可シ

第二主義 此主義ヲ採ル者ハ曰ク凡ソ確定判決ノ效力ハ同一國同一法律ニ本ツク判決ニ於テ初メテ之ヲ認ムルコトヲ得ヘキモノナレハ假令内國及ヒ外國ニ於テ前後同一事件ニ付同一犯人ニ對シ處罰スルコトアルモ決シテ一事不再理ノ原則ニ背戾スルモノニ非ラス若シ否ラストセハ外國ノ確定判決ハ我國ニ於テ效力ヲ有シ其極我主權ヲ侵害スルノ結果ヲ生スルニ至ル可シ只少シク實際上ノ注意ヲ要ス可キモノハ則チ一旦外國ニ於テ確定判決ヲ經テ已ニ刑ノ執行ヲ受クタル者ニ對シ再ヒ實罰ヲ加フルトキハ屢々殘酷ニ涉ルノ恐アルヲ以テ如斯場合ニアリテハ宜シク減輕免除ノ方法ヲ用ヒ其弊害ヲ救フ可キナリ要スルニ原則ニ於テハ再タヒ我國法律

ニ因リテ之ヲ罰スルモ決シテ一事不再理ノ原則ニ戾ルモノニ非ラス改正刑法草案ハ實ニ此主義ヲ採ルモノナリ(草案第七條)

第三折衷主義 此主義ヲ唱フル者ハ曰ク二國ノ法律ニ觸レタル場合ニ於テ已ニ外國裁判ヲ受クタル時ハ我國ニ於テモ多少ノ區別ニ從ヒ外國裁判ノ或部分ヲ認メサル可カラス凡ソ内國ニ於テ外國ノ犯罪ヲ訴フルヲ要スル所以ノモノハ其犯罪行為ヲ不問ニ付セサラシメシメカ爲メナリ今犯罪地ノ裁判官ハ其犯人ニ對シテ刑ノ宣告ヲ爲シ而シテ已ニ其刑ノ執行ヲ終ハリタリトセハ刑法ノ目的達シテ而シテ公訴權消滅ス公訴權消滅シテ而シテ尙ホ之ヲ罰セントスル是レ何ソ無辜ヲ罰スルニ異ナル所アラザヤ然レトモ若シ外國刑法ニシテ未タ能ク其犯人ヲ懲罰スルニ足ラサル所アル時ハ即チ更ニ自國ノ刑法ヲ適用シテ之レヲ罰スルモ亦不可ナル所ナシ蓋シ此犯罪ニ對シテ我刑罰權ヲ行ハサル所以ノモノハ只我ニ於テ之ヲ罰スルノ必要ヲ見サレハナリ故ニ若シ我ニ於テ之ヲ罰スルノ必要アルトキハ我

固ヨリ之ヲ罰スルノ權利ヲ有ス可シ例之ハ一國ノ領土内ニ於テ犯シタル罪ニシテ他國ノ公安又ハ信用ニ對シテ直接ノ害ヲ及ホシタルトキ又ハ一國ノ裁判所ニ於テ刑ノ宣告ヲ受ケタル犯人其刑ヲ執行セスシテ他國ニ逃亡シタルトキノ如シ是レ佛國刑法ニ於テ採用スル所ノ主義ナリトス終リニ臨ミテ一言ス可キモノアリ日本人外國ニ於テ罪ヲ犯シ逃亡シテ日本ニ歸ラサルトキハ我刑事訴訟法ノ手續ニ從ヒ之レニ對シテ缺席判決ヲ爲スヲ得ルト雖トモ外國人外國ニ於テ罪ヲ犯シ我國ニ歸來セザルトキハ之ヲ逮捕スルコトヲ得ス又缺席裁判ヲ爲スコトヲ得ス隨ツテ我刑罰權ヲ行フノ道ナキニ歸ス是ニ於テカ日本人及外國人カ外國ニ於テ罪ヲ犯シ或ハ犯罪國ニ潜伏スルカ或ハ他ノ外國ニ逃走シタルトキハ我國ハ直チニ其犯人所在國ニ侵入シテ之ヲ逮捕スルコトヲ得サルカ故ニ我國ニ於テ其犯人ヲ逮捕スルノ方法ヲ有セサル可カラス即チ其方法ハ彼國政府ニ請求シテ其犯人ノ引渡シヲ受クルニアリ犯人ノ引渡ニ付各國互ニ定ムル所ノ條

約之ヲ名ケテ犯罪人引渡條約ト云ヒ其引渡シニ關シテ我國ニ於テ定メタル手續キヲ名ケテ逃亡犯罪人引渡條例ト謂フ(廿年八月勅令第四十二號犯罪人引渡條約ニ付テハ明治十九年十一月日米間ニ締結セル犯罪人引渡條約ヲ參看ス可シ)

### 第五款 犯罪人引渡條約

各國ノ主權ハ其國境外ニ及フ可キモノニ非ラズ是故ニ國境外ニ於テ罪ヲ犯シ又ハ國境内ニ於テ罪ヲ犯シ國境外ニ逃亡スル者アルトキハ我主權之ニ及フ能ハズ我法律之ヲ制スル能ハサルヲ以テ其犯罪ノ何人ノ手ニ成ルモ我法律ハ之レヲ罰スルコト能ハサルニ至ル然レトモ刑法ノ效力ヲシテ單ニ國境内ニ止ラシメンカ外國ニ於ケル犯罪又ハ逃亡ニ巧ナル犯人ハ到底之レヲ罰スルコトヲ得ス遂ニ自國ノ安寧ヲ侵害セラル、モ袖手傍觀セサル可カラス是レ豈刑法ノ旨趣ニ適フモノナランヤ是ニ於テ乎國際法上

一慣例ヲ設クルニ至レリ之レヲ名ツケテ犯罪人引渡法ト謂フ  
犯罪人引渡法トハ外國ニ於テ罪ヲ犯シ又ハ内國ニ於テ罪ヲ犯シ外國ニ逃  
亡シタル者アル場合ニ於テ被害國ヨリ犯罪人ノ所在國ニ對シテ之レカ引  
渡シテ請求シタル時被請求國ニ於テ之レカ引渡シテ爲スノ行爲ヲ云フ此  
行爲ハ國ト國トノ關係ヨリ生スル所ノモノナルヲ以テ其性質上勿論國際  
法ノ一部ニ屬ス可シ既ニ國際法ニ屬スルモノナリトセハ或ハ國際上ノ慣  
例ヨリ出ツルコトアリ或ハ特別ノ條約ヨリ出ツルコトアリテ一定不變ノ  
原則ヨリ生スルモノニ非ラサルコト亦明ナリトス例之ハ米國人日本ニ於  
テ強盜罪ヲ犯シ英國ニ逃走セリ此犯罪人ハ米國人ナルヲ以テ米國ニ對シ  
テモ危險ナルモノナレハ又日本ニ在リテモ危險ナルモノナリ故ニ此二國  
ハ共ニ之レヲ罰スルノ權カチ有ス然レトモ英國ニアリテハ全然無關係ノ  
地位ニアリ故ニ又之レヲ罰スルノ權ナシ若シ夫レ此ノ如クニシテ逮捕ヲ  
免ル、コトヲ得可シトセソカ罪アリテ而シテ安全ニ刑ヲ免ル、ヲ得ル者益

多キヲ加ヘ此弊ヤ世ノ開明ニ進ミ交通ノ頻繁ナルニ從ヒ愈々甚タシキヲ  
加ヘン然ルニ犯罪人引渡法ノ存スル時ハ犯人ハ其何地ニ逃亡スルモ其逮  
捕ヲ免ル、コト能ハサルヲ以テ逃亡ニヨリテ法網ヲ免レントスルノ希望  
ヲ減シ以テ犯罪人ヲ減少スルノ一助トナラン是レ蓋シ引渡法ノ由テ出ル  
所以ニシテ畢竟刑法ノ不完全ヲ補フ一方法ニ過キサルナリ  
本款ヲ論スルニ付テハ左ノ三項ニ區別スルヲ要ス第一犯罪人引渡法ノ原  
理第二犯罪人引渡ノ條件第三犯罪人引渡ノ手續即チ是ナリ

第一項 犯罪人引渡法ノ原理

犯罪ハ社會ノ生存ヲ害スルヲ以テ其目的トナス犯罪アリテ之ヲ罰スルノ  
道ヲ失ハソカ社會ハ遂ニ其生存ヲ全フスルコト能ハサルナリ今甲國ニ於  
テ罪ヲ犯シタル者逃レテ乙國ニ到レハ忽チ刑罰ノ制裁ヲ免ル、ノ道アル  
ヲ知ラハ或ハ犯人ハ屢々罪ヲ犯シ逃レテ他國ニ走ルヘシ或ハ犯人ハ外國  
ニ在リテ自國又ハ第三國ニ對シテ罪ヲ犯ス可シ如斯ニシテ止マサレハ則

國內ノ犯罪ハ之ヲ克ク罰スルコトアルモ國外ノ犯罪ハ之ヲ能ク制ス可カラサルカ故ニ一國ノ治安ハ完全ニ之ヲ維持ス可カラサルニ至ラン然ラハ則チ甲國ノ犯罪人逃レテ乙國ニ到リ乙國ノ犯罪人逃レテ甲國ニ入りタル場合ニ於テハ甲乙二國互ニ其犯罪人ヲ逮捕シ之ヲ犯罪地ノ裁判所ニ引渡シ因テ以テ犯人ヲシテ法網ヲ免ル、能ハサラシムルハ是レ唯一國ノ私益タルミノチラス實ニ各國共通ノ公益ナリト謂フモ決シテ過言ニ非ラス凡ソ何國ノ刑法ト雖トモ其目的トスル所ハ必ス一途ニ歸セスンハ非ス即チ犯罪ノ撲滅ヲ計ルニアルコト是ナリ已ニ各國ノ刑法其目的ヲ同フスルニ於テハ之ヲ達スルニ必要ナル方法ニ付テモ亦各國其揆ヲ一ニセサル可カラス一國ニ於テ他國ノ共助ヲ藉ルニ非サレハ完全ニ自國ノ刑法ノ目的ヲ達スル能ハサル場合ニハ他ノ國モ亦外國ノ共助ヲ必要トナスナリ如斯互ニ共助ヲ藉ルノ必要アリトスレハ假令各國間何等ノ條約之ナシト雖トモ各國カ互ニ外國犯人ヲ逮捕シテ之ヲ其請求國ニ引渡タスハ世界共通ノ公

義國際連帶ノ責務ナリト謂ハサルヲ得ス若シ此公義ニ背キ此責務ヲ破リ天下逃亡ノ賊徒ヲ入レテ之ニ與ルニ安樂土ヲ以テスル者アラハ之ヲ目スルニ盜賊國ノ名稱ヲ以テスルモ毫モ不可ナル所ナシ要スルニ犯罪人引渡法ノ原理ハ各國カ其刑法ノ目的ヲ達センカ爲ニ互ニ共助ノ義務ヲ盡スノ必要ヨリ生ス今日ニ至リテ各國互ニ其必要ヲ感シ特ニ條約ヲ締結シテ此共助ノ執行ヲ確實ニスルニ至レリ所謂犯罪引渡條約ナル者ハ是レ只各國共通ノ道理ヲ寫シテ之ヲ明文トナシタルニ過キス犯罪人引渡法ハ各國間其條約ヲ締結シタル後ニ於テ初テ行ハレタル者ニ非サルナリ

茲ニ一問題論ス可キモノアリ即チ犯罪人引渡法ノ必要ハ以上述フルカ如クナリトセハ則チ犯罪人引渡ノ請求ヲ受ケタル國ハ必ス其請求ニ應ス可キノ義務アリヤ否ヤト謂フノ問題ナリ本問ニ付テハ二個ノ主義アリ

第一主義 此主義ニヨレハ如何ナル場合ト雖トモ犯罪人引渡ノ請求ヲ受ケタル國ハ必ス其請求ニ應セサル可カラサル義務アリ何トナレハ是レ國



際法ノ命スル義務ナレハナリト此論タル古ノ國際法學者ノ探レル所ナリト雖トモ今日ニ於テハ既ニ行ハレサルモノナリ

第二主義 此主義ニ從フトキハ二個ノ區別ヲナシ或場合ニ於テハ被請求國ハ必ス請求ニ應セサル可カラサルノ義務アリトシ或場合ニ於テハ之レニ應セサルノ權利アルモノトナスナリ若シ請求國及ヒ被請求國間ニ於テ犯罪人引渡條約ノ成立スルトキハ被請求國ハ其條約ニ本キ必ス其請求ニ應セサル可カラス蓋シ是レ條約ヨリ生スル義務ニシテ其當然ノ結果タレハナリ此ニ於テ一問題ヲ生ス曰ク條約國間ニ於テハ條約ノ明文ニ記載スルモノニ付テハ素ヨリ請求ニ應スルノ義務アリ然レトモ其條約以外ノ事項ニ關シテハ請求ニ應セサルコトヲ得ルヤ否ヤト謂フ問題即チ是ナリ英國又ハ合衆國ノ探ル所ノ主義ニヨレハ凡ソ條約ハ制限的ノモノナレハ其條約以外ニ於テハ如何ナル種類ノ犯罪ナリト雖トモ被請求國ハ其請求ニ應セサルノ權利アリト然レトモ此主義ハ其結果犯人ノ爲メニ一種ノ權利

ヲ發生スルニ至ル即チ引渡シノ目的タル犯罪人ハ條約ノ明文ヲ以テ之ヲ規定スルカ故ニ其明文以外ノ犯罪人ハ被請求國ノ政府ニ對シテ條約ノ說明ヲ求メ自己ノ引渡ヲ拒絕セシコトヲ請求スルコトヲ得ヘシ夫レ此ノ如キ不條理ノ結果ヲ生スルヲ以テ此主義ハ歐羅巴大陸諸國ニ於テモ未タ其勢力ヲ恣マ、ニスル能ハサル所ナリ

現今一般ニ行ハル、所ノ引渡シニ關スル實際ノ手續三種アリ第一條約ヲ以テ引渡方法ヲ規定スルモノ第二自國法律ヲ以テ引渡方法ヲ規定スルモノ第三慣習ニ從フモノ即チ是ナリ條約ヲ以テ引渡方法ヲ定ムルモノハ各國其憲法ノ規定ニ本ツクモノナレハ其條件ニ至リテハ各國多少ノ差異アルヲ免レス而シテ其條約ニ明文アルノ犯人ニ關シテハ引渡ノ請求アルトキハ必ス之レニ應セサル可カラサルノ義務アリ然レトモ此義務アルカ爲メニ條約以外ノ犯人ヲ引渡スノ權利ヲ妨クルモノニ非ス其條約以外ノモノニ付テハ之レヲ引渡スト否トハ被請求國ノ自由ニアルモノトス蓋シ條

約以外ノ犯人ト雖トモ之ヲ其自然ノ裁判官ニ引渡スハ一國ノ權利ニシテ何人モ此權利ノ執行ヲ妨クル者アルヘカラス故ニ引渡條約締結以前ニ於テ行フタル犯罪人ニ對シテモ尙ホ後日ノ引渡條約ヲ適用スルコトヲ得之ヲ換言スレハ引渡條約ハ既往ニ溯ホリテ其效力ヲ生スルモノナリ、自國ノ法律ヲ以テ引渡方法ヲ規定スルモノニ於テハ法律ノ明文ニ規定スル犯罪ニアラサレハ之レヲ引渡ヲ得ス又他國ト罪人引渡條約ヲ締結スル場合ニ於テハ其法律ノ範圍内ニ於テスルニアラサレハ其條約ヲ結フコトヲ得サルモノナリ、若シ夫レ條約ナク又法律ナキ場合ニ於テハ引渡ノ條件ハ一ニ各國其探ル所ノ慣習ニ從フモノナリ

茲ニ一問題アリ曰ク犯罪人引渡法ノ主義如何ニ拘ラス引渡ノ目的トナリタル犯罪人ハ引渡ノ不法ヲ理由トシテ引渡執行ニ對シテ異議ヲ申立ツルコトヲ得ルヤ更ニ之ヲ換言スレハ犯罪人ハ引渡條約ニ規定シタル方式ヲ履行セス又ハ犯罪人ハ其條約ノ範圍ニ包含セラレタル者ニ非ラス又ハ其

犯人ハ引渡條約ニ規定セシ以外ノ犯罪ヲ行フタル者ニ過キスト云フヲ理由トシテ其事件ノ繫屬裁判所ニ對シテ引渡シノ無効ヲ主張スルコトヲ得ル乎此場合ニ於テハ其引渡處分ノ如何ニ不法ナリト雖トモ犯人ハ之レニ對シテ異議ヲ申立ツルコトヲ得サルノミナラス裁判所ニ於テモ亦引渡シノ有效無効ヲ審判スルノ權利ヲ有セス何トナレハ凡ソ犯罪人引渡法ハ犯人ト一國政府トノ關係ヲ規定スルモノニ非ラスシテ國ト國トノ關係ヲ規定スルモノナリ若シ國ト國トノ間ノ行爲ニ對シ一國裁判所ハ之レカ制裁ヲ加フルノ權利ヲ有ストセハ是レ裁判權ハ行政權ヲ蹂躪スルモノト云ハサル可カラヌ要スルニ如何ナル場合ニ於テモ犯罪人引渡ハ只其引渡ノ事實ニ於テ已ニ正當ノ引渡シアリタルモノト看做ス可シ佛國刑法家ベルトール氏ハ如斯場合ニ於テ犯人ハ引渡シノ不法ヲ主張スルノ權利ヲ有ス可シト論セリ然レトモ裁判所ハ只條約ヲ適用スルノ權利ヲ有スルニ止マリ自ラ條約ヲ結フノ權利ヲ有セサルカ故ニ假令犯人ニ於テ之ヲ爭フモ裁判所ハ之レ

ニ對シテ判決ヲ爲スノ職權ナカルヘシ

第二項 犯罪人引渡シニ關スル條件

犯罪人引渡シニ關スル條件

犯罪人引渡法ハ犯罪及ヒ犯人ノ二者ヲ目的トスルモノナレハ其條件ヲ論スルニ付テモ亦其犯罪ニ關スル條件ト犯人ニ關スル條件トヲ區別スルヲ要ス

第一場合 犯人ニ關スル條件凡ソ罪ヲ犯シテ一國ノ領土内ニ逃走スル者ハ其何人タルヲ問ハス引渡ノ目的トナルヲ以テ原則ナリトス然レトモ國際法ノ慣例ニ於テハ左ノ二個ノ例外ヲ認メタリ

(一) 奴隸ノ逃走シタルトキ 奴隸ニシテ自由ヲ回復スルカ或ハ主人國ニ於テ犯シタル罪ニ付刑ノ制裁ヲ免レルノ目的ヲ以テ逃走シタル場合ニ於テハ之レカ引渡ヲ請求スルモ決シテ之レニ應スルノ義務ナキモノナリ蓋シ奴隸ハ今日文明諸國ノ等シク承認セサル所ノモノ又等シク之レカ撲滅ニ務ムル所ノモノナリ然ルニ之レカ引渡ヲ爲シテ再ヒ奴隸タラシメントス

ルカ如キ實ニ世界ノ公敵タリト云フモ敢テ不可ナキナリ

(二) 目的ノ犯人ハ被請求國ノ人民ナルトキ 引渡ノ目的タル犯人ハ或ハ請求國ノ人民タルアリ或ハ第三國ノ國籍ヲ有スルアリ或ハ被請求國ノ國民タルコトアリ第一第二ノ場合ニ於テハ別ニ困難ヲ生スルコトナシ例之ハ英人罪ヲ犯シテ横濱ニ逃走セリ英國政府ハ我政府ニ對シテ此犯罪人ノ引渡シヲ請求セリ我政府此請求ニ應シテ此犯人ヲ引渡タス固ヨリ當然ノミ又例之ハ獨逸人米國ニ於テ罪ヲ犯シ我國ニ逃レ來タレリ米國政府ハ我國ニ對シテ其犯人ノ引渡シヲ請求セリ我國之ヲ引渡スニ於テ毫モ困難ヲ見サルナリ只第三ノ場合ニ於テハ屢々困難ノ生スルアルヲ見ル若シ其犯人ハ被請求國ノ人民ニ屬スルトキハ被請求國ハ尙其引渡シニ應スルノ義務アル乎若シ本國法律又ハ條約ニ於テ自國人民ニ關スル場合ヲ規定シ或ハ引渡シノ請求ニ應ス可キモノニ非ラストナシタルトキハ之レニ依リテ以テ引渡シノ請求ヲ拒絕スルコトヲ得ヘク或ハ之レニ反シ引渡シノ請求ニ

應ス可シトナシタルトキハ其條約ヲ履行シテ引渡シテ爲サ、ル可カラス  
若シ法律ノ規定ナク又條約ノ明文ナキ場合ニ於テハ宜シク其國ノ慣例ニ  
從フ可シ即チ慣例ニ於テ自國人民ノ引渡シテ許シタルトキハ引渡シノ請  
求ニ應ス可ク若シ又否ラサルトキハ其請求ニ應ス可カラス是レ故ニ法律  
アリ條約アリ慣例アル場合ニ於テハ本問ヲ決スルニ付毫モ困難ヲ見スト  
雖トモ若シ法律條約ノ規定ナク又慣例ノ據ル可キモノナキトキハ如何是  
レ本問ノ最モ困難トナス所ノ場合ナリ

我現行法律明治廿年八月三日勅令第四十二號ニ依レハ第一條第三項ニ於  
テ左ノ規定アリ曰ク「逃亡犯罪人ト稱スルハ締約國ノ管轄内ニ於テ犯シタ  
ル引渡犯罪ニ付告訴告發ヲ受ケ若シクハ有罪ノ宣告ヲ受ケタル帝國臣民  
外ノ人ニシテ帝國ノ管轄内ニ逃避シタル者又ハ逃避シタルノ嫌疑若シク  
ハ逃避セントスルノ嫌疑アル者ヲ謂フ但シ左ノ場合ニ於テハ帝國臣民ヲ  
包含ス第一帝國ト請求國トノ犯罪人引渡條約ニ交互其臣民ノ引渡シテ爲

ス可キ條款アルトキ第二犯罪人引渡條約ニ交互ノ任意ヲ以テ其臣民ノ引  
渡請求ニ應スルコトアルヘキ旨ノ條款アリ且ツ請求國ニ於テ同様ノ場合  
ニハ自國ノ臣民ヲ引渡スヘキ旨ヲ申出テタルトキト如斯法律ノ明文瞭然  
タルトキハ毫モ疑義ヲ生スルコトナシ即チ原則上我政府ハ我國民ノ引渡  
請求ニハ應セサルノ權利ヲ有シ例外ニ於テ只二箇ノ場合ニ限り其請求ニ  
應スルノ義務アリ但シ第二ノ場合ニ於テハ我國ハ常ニ引渡シニ應スルノ  
義務アリト謂フニ非ラス是レ相互引渡シニ應スルト應セサルノ自由權ヲ  
有スル場合ナレハ只彼レニ於テ同一ノ場合ニハ我國ニ酬ユルニ同一ノ義  
務ヲ以テス可シトノ明言ヲ爲シタル場合ニ限り我國ハ彼國ニ對シテ其ノ  
請求ニ應スルノ義務アルノミ  
然レトモ此勅令ハ締約國間ニ非ラサレハ之ヲ適用スルコトヲ得サルカ故  
ニ締約國以外ニ於テ犯罪人引渡ニ關スル問題起ルコトアラハ我國ハ如何  
ナル原則ニ由リテ此問題ヲ決セントスル乎

今日歐洲各國ニ於テ採ル所ノ慣例ヲ看ルニ自國人民ノ引渡請求ニ對シテハ之ニ應セサルヲ以テ原則トナスモノ、如シ特ニ何レノ國ノ法律ニ於テモ自國人民ノ引渡請求ニ對シテハ之レニ應セストノ明文ヲ掲ケサルモノナキニ至レリ故ニ實際ニ於テハ本問ノ決定ニ付キ殆ト困難ヲ感スルコトナシ即チ締約國以外ヨリ我國民ノ引渡請求ヲ爲シタルトキハ我國ハ斷然之レヲ拒絕スルコトヲ得ルナリ

然レトモ現今ノ國際慣例並ニ各國法制ハ理論上果シテ其當ヲ得タルモノナリト謂フヲ得ヘキ乎之ヲ換言スレハ今日ノ如クニシテ果シテ克ク刑法ノ精神ヲ貫徹スヘキモノナリト謂フ可キ乎我輩決シテ之ヲ信スル能ハサルナリ抑々刑事ニ付犯罪ノ管轄權ヲ有スル者ハ必ス犯罪地ノ裁判所ナラサル可カラサルコトハ別ニ多辯ヲ用ユルノ必要ナシ犯罪ノ發生ニ付最モ損害ヲ蒙ムリタル者ハ其犯罪地ニシテ之ヲ罰スルニ付最モ其必要ヲ感スル所ノ者モ亦此犯罪地ニアリ而シテ犯罪事實ノ發見證據ノ蒐集ニ付最モ

克ク其目的ヲ達スルニ適當ナリトスル所ノ者ハ犯罪地ヨリ便ナルハナシ然ラハ即訴訟ノ審理上ヨリスルモ又刑法ノ目的上ヨリスルモ犯罪地ノ裁判所ハ其犯罪ヲ管轄スルニ付最モ適當ナル所ノ者ナリ然ルニ一國政府ヨリ其領土内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ノ引渡ヲ請求スルニ當リテ被請求國ハ之ニ應スルノ義務ヲシト謂フハ果シテ如何ナル理由アリテ存スル乎被請求國ハ請求國ヨリモ克ク其犯罪事實ヲ知り克ク其證據ヲ檢舉スルノ能力アリトスル乎將被請求國ノ刑法ハ請求國ノ刑法ヨリモ克ク其犯罪ヲ罰スルニ適切ナリトナス乎抑々又被請求國ハ外國ニ於テ罪ヲ犯シタル者ヲ保護シテ之レニ對シテ隱避場ヲ與フルノ特權ヲ有スル者ナリト謂フ乎論者曰ク自國臣民ハ其本國ニ於テ之レヲ保護スルノ義務ヲ有スルモノナレハ猥リニ之ヲ信用ナキ外國ニ委シテ罰セシム可カラスト此理由未タ以テ我輩ヲ満足セシムルニ足ラサルナリ若シ論者ノ說ノ如ク外國政府ニ對シテ信用ヲ措クコト能ハストセハ當初ヨリ犯罪人引渡シノ條約ヲ締結セス

シテ可ナリ此條約成立セサル場合ニ於テハ我國ハ請求ノ犯人ヲ引渡スト引渡サ、ルノ自由權ヲ有スルカ故ニ我ニ於テ彼國ノ裁判所彼國ノ法律ヲ信用スルトキハ其請求ニ應シテ犯人ヲ引渡タス可ク之レニ反シ彼國ノ制度文物未タ我國ノ信用ヲ買フニ足ラサルトキハ我ハ其請求ヲ拒絕シテ可ナリ如斯ニシテ而シテ我國ハ充分我臣民ノ保護ヲ全フシタリト謂フヲ得然ルニ今ヤ事茲ニ出テスシテ彼國政府ト犯罪引渡ノ條約ヲ締結セリ是レ必ズ其國ヲ信任シ其國ニ於テハ適當ノ裁判所アリ又適當ノ法律アルコトヲ認メタルニ因ラスンハアラス我國ニ於テ一旦彼國ト條約ヲ締結シタル結果我ハ彼ニ對シテ我國ニ逃亡セシ外國犯人迄モ之ヲ彼ニ引渡タシテ願ミル所ナキモ亦我國ハ彼國ノ裁判其公平ニ出ツルヲ信シタルニ因ラスンハアラス而シテ只自國人民ニ限り除外例ヲ設ク(事實上)引渡ヲ拒ムニ至リテハ是レ半信半疑ノ交際ヲ爲ス者ニシテ實ニ國際條理ニ背戾スル者ト謂ハサル可カラス故ニ我輩ハ理論上苟モ犯罪人引渡條約ヲ締結スル以上ハ

内外人ノ區別ナク其引渡シニ應スルノ原則ヲ探ル可キ者ナリト信スルナリ否ラスンハ我刑法ニ於テ外國ノ犯罪ヲ罰スルノ規定ヲ爲スト雖トモ遂ニ無用ノ長物ニ歸センノミ何トナレハ各國其國ニ於テ其臣民ヲ罰スルノ主義ヲ勵行スルトキハ到底其國ニ屬スル犯人ノ引渡シヲ受クルノ機會ナキニ至レハナリ現今英米二國ニ於テハ其國民ヲ引渡スノ主義ヲ探レリ自國人民ヲ以テ引渡法ノ目的トナス可カラストノ主義ハ犯人ノ國民分限變更ノ場合ニ於テ非常ノ困難ヲ生スルコトアリ例之日本婦人罪ヲ犯シ佛國ニ逃走シ而シテ佛國人ト婚姻シテ全ク日本人タルノ分限ヲ喪失セリ此場合ニ於テ日本政府ヨリ其婦人ノ引渡ヲ請求シタルトキハ佛國ハ之ヲ以テ自國人民ナリトシテ日本ノ請求ヲ拒絕スルヲ得ル乎此婦人罪ヲ犯スノ當時ニ於テハ未タ日本ノ國民分限ヲ喪失シタル者ニ非ラサルヲ以テ佛國裁判所ノ管轄權ニ服從ス可キモノニ非ラズ然レトモ引渡請求ノ今日ニ當リテハ已ニ佛國人タリ佛國政府ハ我日本ノ請求ヲ拒絕スルノ權アル乎

又獨逸人罪ヲ犯シテ日本ニ逃避セリ此犯人ハ日本國民ノ分限ヲ取得シテ而シテ引渡ノ災害ヲ免ル、コトヲ得ル乎本問ヲ決スルニ付二個ノ方法アリ一ハ國民分限ノ變更ハ既往ニ遡ルモノナリトシ其逃避國ノ裁判所ヲシテ其管轄權ヲ有セシム可シ即チ自國人民カ外國ニ於テ罪ヲ犯シ歸來シタル場合ト同視シ之レヲ自國ニ於テ罰スルモノトナスニアリ是レ獨逸刑法ニ於テ採ル所ノ主義ナリ(第四條)ニ犯罪以後ニ於ケル國民分限ノ變更ハ之ヲ顧ミス引渡ノ目的トナスヲ得ルト云フニアリ是レ許多ノ國ニ於テ條約上規定セシ所ノ主義ナリトス

第三場合 犯罪ニ關スル條件、凡ソ引渡ノ目的トナル可キ犯罪ハ其性質必ズ重大ナルヲ要スルカ故ニ大底各國締結スル所ノ條約中ニ於テ其犯罪ノ種類ヲ列擧スルヲ以テ通例トス明治十九年十二月中日米間ニ締結シタル條約ヲ見ルニ引渡ノ目的トナルヘキ犯罪凡ソ十四種ヲ列記ス而シテ其犯罪タル悉ク重大ナルモノニ屬ス例之殺人強盜貨幣偽造罪等ノ如シ(委託

金費消罪ハ最初ノ條約中ニハ之ヲ掲ケタルモ後チ改正シテ之ヲ刪除セリ然レトモ實際財産ニ對スルノ犯罪中被害ノ大ナル殆ト委託金費消罪ニ及フモノハアラス寧ロ強盜ニ勝ルアルモ決シテ劣ルコトナシト謂フモ敢テ不可ナル所ナシ方今文明ノ進歩ト共ニ交通ノ便益大ニ開ケタルカ爲メ各國ノ銀行會社員等屢々此犯罪ヲ犯シ外國ニ逃亡スル者其數甚々多シ然ルニ條約中特ニ此犯罪ヲ刪除スルニ至リシハ我輩其理由ヲ知ルニ苦シムナリ本條約ハ初メ五十弗以上ノ竊盜ノ一項ヲ存セシモ後改メテ強盜トナセリ凡ソ重要ノ犯罪ハ本條約ニ於テ必ス之ヲ列記スト雖トモ獨リ國事犯ニ付テハ如何ナル場合ニ於テモ之レカ引渡シテ爲サ、ルヲ以テ各國共通ノ慣例トス又軍事犯ニ於テモ亦然リ然レトモ軍艦ヨリ脱走セシ水兵ニ付テハ引渡ノ方法ニ由ラス領事ヨリ直チニ地方廳ニ照會シ其警察ノ力ヲ藉リテ以テ之ヲ艦内ニ引致スルノ慣例ヲ採レリ蓋シ實際上ノ必要止ムヲ得サルモノアレハナリ從來行ハレタル國際法ノ慣例ニヨレハ引渡ノ目的タ

ル犯罪ハ相互ノ刑法ニ於テ共ニ之ヲ罰スルノ規定アルモノニ限ルトセリ  
然レトモ凡シ犯人ノ引渡ヲ要求スル所以ノモノハ請求國ノ刑法ヲ犯シタ  
ルニ由ルモノニシテ敢テ相互ニ處罰スル犯罪ナラサル可カラストノ制限  
ヲ設クルノ謂レアルヲ知ラス我輩ハ早晚此慣例ノ廢棄ニ至ルシ期アルコ  
トヲ信シテ疑ハサルナリ

第三項 犯罪人引渡ニ關スル手續

犯罪人引渡ノ執行手續ニ付テハ三種ノ方法アリ  
第一英國主義 英國ニ於テハ犯罪人引渡ノ請求アルトキハ先ツ司法官ヲ  
シテ其請求ノ當否ヲ審議セシム司法官ニ於テ引渡ノ請求ニ應ス可キモノ  
ナリト決定シタルトキハ行政官ニ於テ其引渡ノ執行ニ任スルモノナリ  
第二佛國主義 此主義ハ獨リ佛國ニ於テノミ行ハル、ニ非ラス歐洲大陸  
諸邦ニ於テモ亦能ク行ハル、所ノモノナリ佛國ニ於テ犯罪人引渡ノ請求  
ヲ受ケタルトキハ行政官ニ於テ直チニ之ヲ決定シ敢テ其請求ノ當否ヲ審

議スルコトヲ爲サ、ルナリ外務大臣先ツ其請求ヲ受理シテ之ヲ司法大臣  
ニ回送ス司法大臣ハ犯罪人處在地ノ檢事ニ命令シテ之レカ逮捕ヲ爲サシ  
ム檢事其犯罪人ヲ逮捕スレハ一應訊問シテ其人違ナキヤ否ヤヲ確實ニシ  
之ヲ調書ニ記載シテ意見書ト共ニ之ヲ檢事長ニ送付スレハ檢事長ハ之ヲ  
司法大臣ニ送達ス司法大臣ハ一切ノ記録ヲ檢閱シタル後引渡ノ勅令案ヲ  
具シ之ヲ大統領ニ奏請シテ其裁判ヲ求ム

我引渡條例ニ定ムル所ノ手續モ亦殆ト佛國主義ニ同シ第十二條ニ曰ク「外  
務大臣引渡請求書ニ接シ犯罪人引渡條約ノ條款ニ適合シタリト思量スル  
トハ該請求書ニ關係書類ヲ添ヘ之ヲ司法大臣ニ送付ス可シ司法大臣ハ本  
條ノ請求ニ接シ妥當ノ事由アル請求ト思量スルトキハ逃亡犯罪人ノ所在  
又ハ其到着ス可シト認ムル地ノ檢事ニ命シ逮捕狀ヲ發セシム」第十四條  
ニ曰ク「請求ニ係ル逃亡犯罪人ヲ逮捕シ若クハ假逮捕シタルトキハ其逮捕  
狀ヲ發シタル檢事又ハ之ヲ逮捕シタル地ノ檢事ニ引渡タス可シ檢事ハ逃



亡犯罪人ノ逮捕ノ顛末ヲ直チニ司法大臣ニ具申スヘシ司法大臣検事ノ具申ニ接シタルトキ引渡請求書アレハ其寫及附屬書類ヲ速カニ該検事ニ送付ス可シ云々ト第十六條ニ曰ク「檢事被告人ノ訊問ヲ終了シタルトキハ訊問書ニ其處分法ニ關スル意見書ヲ添ヘ之ヲ司法大臣ニ具申ス可シ云々司法大臣該檢事ノ具申ニ接シタルトキハ引渡狀ヲ發スルカ又ハ逮捕シタル者ヲ釋放スヘシ」ト第二十條ニ曰ク「逮捕シタル者ヲ釋放シ又ハ引渡狀ヲ發シタルトキハ司法大臣ハ引渡請求書及ヒ附屬書類ニ其執行シタル手續及其理由ノ零記ヲ添ヘ之ヲ外務大臣ニ返付ス可シ」ト第二十一條ニ曰ク「引渡狀ヲ發シタル後何人ヲモ一月以上留置スルコトヲ得ス但シ此期限内ニ之ヲ帝國外ニ引取ラサルトキハ請求國相當官吏ニ於テ正當ノ事由ヲ示スニ非ラサレハ釋放スヘシ」ト

第三白耳義主義 白耳義國ニ於テハ犯罪人引渡ニ付一種ノ折衷主義ヲ採用ス是レ千八百七十四年三月十五日ノ法律ニ規定スル所ナリ白耳義政府引渡ノ請求ヲ受ケタルトキハ一應其請求ヲ審議シタル上之ヲ裁判所ニ交付ス裁判所ハ其犯罪人ニ對シテ或ハ逮捕狀ヲ發シ或ハ請求國ヨリ送付シタル判決書ヲ執行セシム被告人此逮捕狀又ハ判決書ノ執行ニ因リ逮捕セラレタルトキハ一名ノ補佐人ト共ニ控訴院ノ重罪取調局ニ出廷ス辯論ヲ公開シ檢事長ノ意見ヲ聽キタル上控訴院ハ其引渡ニ關シテ意見ヲ定メ之ヲ政府ニ報告ス政府ハ控訴院ノ意見ニ從ヒ引渡ノ許否ヲ決定スルナリ但シ其政府ハ如何ナル場合ニ於テモ控訴院ノ意見ニ拘束セラル、ノ義務ナシ

此主義ニ於テハ引渡ノ請求ヲ許否スルノ權利ヲ以テ主權ノ一部ナリト看做シ一ニ之ヲ君主ノ特有ニ歸セシメ君主此權利ヲ行フニ付テハ必ス裁判所ノ意見ヲ徵セサル可カラサルモノトセリ但シ裁判所ハ只引渡ニ關スル條件ノ履行セラレタルヤ否ヤニ付其意見ヲ陳スルノミニシテ決して引渡目的ノ犯罪人ノ罪責ニ付テ一言ヲ爲スノ權利ヲ有セス

引渡ノ請求ヲ許否スルニ當リテハ屢々其請求ノ當否ニ付之レカ審議ヲ要スヘキ場合アリ例之ハ請求目的ノ犯罪人ハ國事犯人ニハ非ラサルカ或ハ被告人ハ已ニ時効ノ利益ヲ得タル者ニハ非ラサル乎凡ソ此等ノ問題ヲ決スルニ付テハ宜シク裁判所ノ判決ヲ俟ツ可シ然ルニ歐洲諸邦ニ於テ探ル所ノ主義未タ一途ニ出テサルモノアリ佛國ニ於テハ行政官全權ヲ以テ本問題ヲ決ス可シトシ瑞西國ニ於テハ逃亡犯罪人ヨリ引渡ノ不當ヲ主張スルトキハ行政官ハ本問ノ管轄ヲ脱シテ之ヲ司法官ニ移托ス可シトセリ司法官ハ全權ヲ以テ之ヲ審理シ引渡請求ノ當否ニ付確定ノ判決ヲ爲ス一旦確定判決ノアリタル上ハ行政官ハ只之レカ執行ノ任ニ當ルノミ即チ行政官ハ裁判所ノ判決ニ拘束セラル、モノナリ

本問ヲ終ルニ臨ミテ尙ホ一問題ノ決スヘキモノアリ即チ被告人ヨリ時効ノ經過ヲ主張シタルトキハ請求國ノ法律ニ從フテ之ヲ決スヘキ乎將タ被請求國ノ法律ニ從フヘキ乎二國ノ法律ニ於テ時効ノ期間ヲ同フスルトキ

引渡ノ效果

ハ此問題ヲ生スルコトナシト雖トモ二國ノ法律異ナルトキハ屢々此問題ノ發生ヲ見ルナリ現今佛國ニ行ハル、主義ニ於テハ被請求國ノ法律ニ定メタル時効期間ヲ經過スレハ引渡ノ請求ニ應ス可カラストセリ是レ即チ逃亡犯罪人ニ對シテハ二國ノ法律中最短期ノ時効ヲ適用ス可シト云フニアリ蓋シ被請求國ノ法律ニ定メタル時効期間ヲ經過スレハ被請求國ハ常ニ引渡ノ請求ニ應スルコトナシ而シテ請求國ノ法律ニ定メタル時効期間經過スレハ已ニ引渡ノ請求ヲ爲スノ必要ナキニ至レハナリ然レトモ此主義ハ大ニ道理ニ反スルモノアリ元來引渡ノ請求ヲ爲スハ請求國ニ於テ其犯罪人ヲ罰スルノ必要アレハナリ被請求國ノ法律ニ於テハ已ニ之ヲ罰スルノ必要ヲ見スト雖モ焉ソ請求國ノ必要ヲ無視スルノ理アラシヤ此主義ノ誤謬蓋シ多辯ヲ俟テ後之ヲ知ラサルナリ

第四項 引渡ノ效果

請求國ニ於テ犯罪人ノ引渡ヲ受ケタルトキハ之ヲ本國ニ引致シテ其管轄

犯罪ノ時、場所、人 犯罪ノ場所及人

裁判所ニ引渡スノ手續ヲ爲サ、ル可カラス爾來裁判所ハ引渡請求書ニ基ツキ其範圍内ニ於テ犯罪人ヲ審判スルノ權利ヲ有ス其法則二個アリ

第一法則 犯罪人ノ引渡ハ兩國間ノ契約上ニテ之ヲ實行シタルトキハ其契約ニ掲ケタル條款ハ單ニ當事者國即チ犯罪人引渡ノ契約ヲ締結シタル兩國政府ニ於テ之ヲ遵奉スルノ義務アルノミナラス此犯罪人ヲ審判スルノ權アル管轄裁判所ニ於テモ亦之ヲ遵奉セサル可カラス是ニ於テカ管轄裁判所ハ引渡契約ニ定メタル條件ニ從フニ非ラサレハ引渡犯罪人ヲ審判スルノ權利ヲ有セス

第二法則 引渡サレタル犯罪人ハ引渡請求ノ目的トナリタル犯罪事項ニ關スルニ非ラサレハ對審裁判ニテ審問ヲ受クルコトナク又刑罰ヲ受クルコトナシ但シ兩國間ニ成立シタル引渡契約ノ條款中別ニ他ノ犯罪事項ニ關スル審問處罰ヲ許シタルトキハ此限ニ非ス元來引渡契約ノ制限的解釋ハ現時各邦ノ否認セサル所ニシテ特ニ克ク之ヲ遵奉スルモノ

タリ一定ノ犯罪ニ付一國ノ政府ヨリ犯罪人引渡ノ請求ヲ爲シ被請求國ニ於テ其請求ニ應シタルトキハ是レ請求國ハ暗黙ニ引渡請求ノ目的タル犯罪事項ニ關スルニ非ラサレハ此犯罪人ニ對シテ審問處罰ヲ爲スコトナキヲ誓約シタルモノナリ故ニ若シ請求事項以外ノ犯罪ヲ以テ公訴ノ目的トナスアラハ犯罪人ハ此公訴ニ對シテ異議ノ申立ヲ爲スヲ得裁判所モ亦政府ニ於テ更ニ引渡契約ノ條款ヲ變更スルノ手續ヲ盡ス迄其公訴ノ不受理ヲ宣告スルコトヲ得此場合ニ於テ引渡サレタル犯罪人ハ引渡請求ノ事項以外ニ係ル犯罪ニ付テハ請求國ニ現在セサルモノト看做サル、ナリ

以上二個法則ノ適用ヲ論スルニ付三個ノ場合ヲ區別スルコトヲ要ス

第一場合 引渡ノ目的タル犯罪人ハ外國ニ於テ逮捕セラレタル後引渡手續ノ違法ナルニ拘ハラス管轄裁判所ニ引渡サル、ノ承諾ヲ爲スコトヲ得

此場合ニ於テ犯罪人ハ引渡手續ノ違法ニ對シテ不服ヲ主張スルノ權利ヲ拋棄シタル者ナルカ故ニ全ク自主自由ノ發意ニテ其身ヲ管轄裁判所ニ委テタルモノナリト看做スナリ元來犯人任意ノ引渡ハ引渡條款ノ結果ニ出テタルモノニ非ラサルヲ以テ其引渡契約ニ明示シタル總テノ條件ハ之ヲ遵守スルノ必要ナシ假令ヒ被請求國ヨリ引渡條件ノ違背ヲ責ムルコトアルモ請求國ハ之レニ答辯スルノ義務アルナシ請求國ノ裁判所ニ於テハ此犯人ヲ目シテ其自由ノ發意ニテ請求國ニ復歸セシモノト看做スカ故ニ犯人ハ如何ナル場合ニ於テモ引渡契約ニ定メタル條件ノ不履行ニ對シテ異議ヲ主張スルノ權ヲ有スルモノニ非ラス

第二場合 適法ニ引渡サレタル犯人ハ其被告事件審問ノ前後ニ於テ引渡契約ニ掲ケタル犯罪ト他ノ犯罪トヲ區別セス其一身ニ關スル總テノ犯罪事件ニ付對審裁判ヲ受ケンコトヲ承諾シタリ

此場合ニ於テモ被告人ノ承諾ハ引渡條款ノ制限條件ヲ消滅セシムルノ效

カヲ有ス蓋シ引渡條款ニ掲ケサル犯罪事項ニ付テハ犯人ハ尙ホ請求國ノ領土外ニ在ルモノナリトナスノ假想ハ犯人カ自由任意ノ承諾ニテ引渡條款以外ニ係ル犯罪事項ノ對審裁判ヲ受クルコトヲ甘諾スルニ因リテ息ム可ケレハナリ論者或ハ如斯場合ニ於ケル犯人ノ承諾ヲ以テ眞實ノ承諾ニ非ラストシ隨テ兩國間ノ引渡條款ニ定メタル犯人ノ擔保ヲ奪フ可カラスト然レトモ犯人ノ利害ヲ知ルハ犯人ニ若クハナシ兩國間ノ締約ニ於テ犯人ノ利益ヲ保護スルコト至レリ盡セリト謂フモ犯人自由ノ發意ニテ此擔保ヲ拋棄スルアラハ犯人ハ條約以外ノ事項ニ付テモ對審裁判ヲ受クルコトヲ利益トスルモノナリト看做ス可キヤ當然ナリ但シ請求國ニ於テ引渡條款以外ノ事項ニ付裁判ヲ開カントスルトキハ豫メ被請求國ニ對シテ犯人ノ意思ニ出テタル旨ヲ通知シ引渡條款ノ規定ニ違背スルモノニ非ラサルコトヲ明カニス可シ是レ交際上ノ德義ニ於テ然ルナリ

第三場合 引渡サレタル犯人ハ引渡條款ニ留保スル犯罪事項ニ付テハ

對審裁判ヲ受ルコトヲ承諾セス

此場合ニ於テ引渡條款ノ制限的解釋ハ一種ノ原則トナリ裁判所ニ於テモ之レニ違背スルヲ得ス裁判所ニ於テ引渡犯人ヲ受取リタルトキハ或ハ其被告事件ハ公訴ニ係リテ豫審ニ繫屬スルコトアリ或ハ豫審終結シテ公判ニ繫屬スルコトアリ

第一被告事件豫審中ニ在ルトキハ豫審判事ニ於テ引渡條款ノ制限ヲ遵守セサル可カラス凡ソ豫審判事ハ檢事ノ豫審請求書ニ包含スル總テノ犯罪事項ニ付審理ヲ爲スノ權利ヲ有スト雖トモ引渡條款ニ留保スル犯罪事項ニ關シテハ豫審上必要處分ヲ爲スコトヲ得ス即チ被告人ニ對シテ其事項ノ訊問ヲ爲シ證人又ハ共同被告人ト對質ヲ爲スヲ得ス然レトモ豫審判事ノ義務ハ只引渡條款ニ留保スル犯罪事項ニ關シテハ犯人ノ不在ヲ假想ス可シト云フニアレハ被告人ノ不在ヲ假想シテ爲ス所ノ處分ニ付テハ毫モ引渡條款ノ規定ニ拘束セラルハモノニ非ラス要スルニ豫審判事ハ檢事ノ

公訴ニ包含スル總テノ犯罪事項ニ付豫審處分ヲ爲サ、ル可カラス只引渡條款中ニ明記シタル事項ニ付テハ對審處分ヲ爲シ其條款ニ留保スル事項ニ付テハ欠席處分ヲ爲ス可キノミ蓋シ被告人ハ逃亡ノ理由ニ因リ公訴ノ執行ヲ停止セシムルノ權利ヲ有スル者ニ非ラサルナリ

第二被告事件公判中ニ在ルトキハ公判判事ハ被請求國ニ於テ此犯人ノ引渡ヲ爲スノ際請求國ヨリ呈出セシ文書ニ因リ已ニ本條ニ付テハ公訴ノ提起アリテ公判繫屬中ナルコトヲ知リシヤ否ヲ取調ヘサル可カラス若シ被請求國ニ於テ已ニ公判中ノモノタルコトヲ知リテ引渡ヲ爲シタルトキハ假令何等ノ留保ヲ明言セスト雖トモ請求國ノ裁判所ハ引渡以前ノ犯罪ニシテ被請求國ノ未タ曾テ知ラサル所ノモノニ付對審裁判ヲ爲スノ權利ヲ有セス

上來論スル所ヲ概言スレハ左ノ如シ

引渡タサレタル犯人ハ引渡條款ニ明記シタル犯罪事項ニ關スルニ非ラサ

レハ對審裁判ヲ受ルノ義務ナシ之ヲ換言スレハ請求國ノ裁判所ハ一旦犯人ノ引渡ヲ受ケタル後犯人ノ現在ニ乘シテ被請求國ノ豫想セサル事項ニ付犯人ヲ罰スルヲ得ス蓋シ犯人カ請求國ニ復歸シタルハ請求國ト被請求國間ノ契約ニ原因スルモノナレハ請求國ハ常ニ契約明文ヲ遵守スルノ義務アルナリ然ルニ引渡契約ニ明記スル犯罪ノ名稱即チ罪質ハ豫審又ハ公犯ノ結果ニ因リテ屢々變更スルコトアリ此場合ニ於テ請求國ノ裁判所ハ犯罪ノ事實其物ヲ受理シタリトナスカ將タ契約上明示シタル性質ノ犯罪ニ非ラサレハ之ヲ受理シタリトナスヲ得サル乎例之ハ犯人ハ殺人罪アリトシテ引渡タサレタルモ豫審又ハ公判ノ審理ニ於テ犯人ノ罪ハ殺人罪ニ非スシテ毆打致死罪ナルコトヲ發見セリ又或ハ犯人ハ既遂犯アリトシテ引渡タサレタルモ審理中未遂犯ナルコトヲ發見セリ凡ソ如斯場合ニ於テ判事ハ固ヨリ引渡契約ノ罪名ニ拘束セラル、モノニ非ラスト雖トモ此犯人ニ對シテ對審裁判ヲ爲スノ權利ヲ有スル乎即チ裁判所ノ罰セントスル

所ノモノハ引渡契約ノ言ハサル所ナリトノ理由ニ基ツキ缺席裁判ニ非ラサレハ之ヲ罰スルノ權利ナキ乎元來引渡行為ノ目的ハ犯罪ノ事實其物ノ撲滅ヲ容易ナラシメント欲スルニ外ナラサルモノナレハ公訴ノ事實其物ハ即チ引渡ノ事實其物ト毫モ異ナル所ナキニ於テハ後日其事實ノ性質即チ刑法上ノ罪名ニ付變更スル所アルモ未タ以テ卒カニ引渡契約ニ定ムル所ノ條款ヲ破リタルモノナリト謂フヲ得サル可シ抑々被請求國ニ於テハ其初メ引渡ノ請求ヲ受クルニ當リテ引渡請求ニ關スル一切ノ記録ヲ掌握シ容易ニ犯罪事實ノ審査ヲ遂クルコトヲ得ルカ故ニ若シ引渡請求書ニ記載スル所ノ罪名其犯罪事實ニ適合セサルカ又ハ錯誤アリト思料セハ被請求國ハ斷然其請求ヲ拒絕シテ可ナリ今ヤ事茲ニ出テスシテ請求國ノ請求ニ應シタル所以ヲ以テ之ヲ觀レハ蓋シ被請求國ハ請求國ニ對シテ其適當ナリト信スル所ノ罪名ニ從ヒ自由ニ本案事實ノ審理ヲ爲スノ全權ヲ以テシタルモノナリト看做シテ毫モ不可ナル所ナシ

此ニ由テ之ヲ觀レハ豫審ニ於テモ公判ニ於テモ引渡條款以外ノ犯罪事項  
カ又ハ引渡條款規定中ノ事項ニ附加シタル事項ニ非ラサル以上ハ自由ニ  
罪質又ハ罪名ノ變更ヲ爲スノ權利ヲ有ス可シ然ラハ即チ犯人ノ引渡ハ其  
請求國ニ對シテ引渡ノ目的タル事項ニ付絶對的ノ管轄權ヲ與ヘタルモノ  
ナリト謂フテ可ナリ

此ノ點限ハ被犯者ノ引渡前ニ對テモナリ犯人ノ自由ニ及  
キ得ルニシテ其ノ後引渡ノ手續ハ其ノ國ニ歸シテ行ハレ  
ルコトナリ

犯罪ノ責任

## 第二卷 犯罪ノ責任

犯罪ノ主  
働者及受

### 第一章 犯罪ノ主働者及受働者

犯罪ノ責任ヲ論スルニ當テハ先ツ刑法ノ及フ可キ區域如何ヲ知ラサル可  
カラス即チ地球上現在スル所ノ生存物中如何ナル種類ノ者ニ對シテ刑法  
ノ適用ヲ爲シ又如何ナル種類ノ者ヲ保護センカ爲メニ刑法ヲ設クルニ至  
リタル乎此二問題ヲ研究シタル後ニ非ラザレハ犯罪ノ責任ヲ明ラカニス  
ルコト蓋シ難カル可シ何トナレハ犯罪ノ事實ヲ行ヒ犯罪ノ能力ヲ具テ而  
シテ後チ犯罪ノ責任生スレハナリ

#### 第一節 犯罪ノ主働者

凡ソ犯罪ノ事實ヲ行フテ其責任ヲ負フニ付テハ犯罪ハ必ス智識ト自由ノ

犯罪ノ責任 犯罪ノ主働者及受働者 犯罪ノ主働者 三〇一

二原素ヲ具ヘタル者ノ決意ヨリ出ツルコトヲ要ス蓋シ智識ナク自由ナキ者ノ意思ヨリ出テタル所爲ハ未タ以テ何等ノ責任ヲ生セシムルニ足ラス隨テ犯罪ノ形アリテ犯罪ノ實ナキニ歸ス即チ犯罪ナキニ至ルナリ今夫レ智識ト自由ト二原素ヲ具ヘタル決意ヲ有スルモノヲ求ムルトキハ人類ヲ措テ而シテ他ニ其物アルヲ知ラサルナリ然ラハ即チ獨リ人類ハ克ク犯罪ノ能力ヲ有シ又克ク犯罪ノ責任ヲ負フ者ナリト斷言シテ敢テ不可ナル所ナク

人ニ二種アリ有形上ノ人及無形上ノ人即チ是ナリ有形上ノ人ハ造化ノ自然力ニ因リテ生出シ其生存ノ目的ヲ達センカ爲メニ社會ヲ組織シ法律ヲ制定スル所ノ者タリ之ニ反シ無形上ノ人ハ法律ノ假想ニ因リテ創設セラレ社會ノ公益ヲ裨補スルノ目的ヲ有スル者ニ外ナラス例之ハ國縣郡市町村又ハ民商事會社ノ如シ二者生存ノ目的夫レ如斯ク異ナルヲ以テ之ヲ觀レハ有形人ハ刑法ノ制裁ヲ受クルノ資格ヲ有スルモ無形人ハ決シテ刑法

一 無形上ノ人  
一 意ハ犯罪ノ主働者  
一 自由ノ行為

上ノ責任ヲ負擔スルノ能力ヲ有スル能ハス只無形人ヲ組織スル人員ノ犯罪ニ付民事上ノ責任ニ任スルコトアルノミ蓋シ國ニ於テモ町村ニ於テモ又民商事會社ニ於テモ無形上ノ人ハ自ラ活動スル能ハサルカ故ニ其法律上ノ生活ヲ爲スニ付テハ必ス有形上ノ人ヲ以テ其共助ト爲サ、ル可カラス即チ代表者是ナリ例之ハ國ニハ君主アリ會社ニハ社長アリ市町村ニハ市長町長村長アルカ如シ無形人已ニ自ラ活動スル能ハス代表者ノ共助ヲ必要ナリトスルトキハ無形人自ラ犯罪ヲ行フノ能力ヲ有スル者ニ非ラス其之ヲ行フ者ハ必ス其代表者ニ非ラサレハ則チ其職員ナルカ故ニ無形人ノ代表者無形人ノ名義ヲ以テ罪ヲ犯スコトアルモ責任ノ歸スル所ハ則チ無形人其物ニ非ラスシテ代表者其人ニ在リトス更ニ之ヲ換言スレハ無形人ハ法律ノ範圍内ニ於テスルニ非ラサレハ生命權ヲ有セス法律ハ社會公益ノ爲メニ無形人ヲ創設ス犯罪實行ノ爲メニ之ヲ置クモノニ非ラス之ヲ要スルニ無形人ハ犯罪ノ實行ニ付テハ單ニ自ラ活動スルノ資格ヲ有セサル



ノミナラス法律上生存スル者ナリト看做スコトヲ得ス故ニ無形人ノ名義ニ關スル犯罪ハ是レ無形人ノ犯罪ニ非ラスシテ其代表者又ハ其職員ノ犯罪ナルコトヲ知ル可シ但無形人ハ財産權ヲ有スルカ故ニ其生存上必要行為ノ結果ニ付テハ民事擔當人トナリテ損害賠償ノ實ニ任スルコトアリ猶ホ無形人ノ名義ニ係ル普通債務ノ辨濟ヲ爲スカ如シ商法ニ於テ無形人ニ對シテ罰金ノ刑ヲ科スルノ規定ヲ設ケタルモ是レ決シテ無形人ヲ目シテ犯罪者ナリト看做スニ因リテ然ルニ非ラスシテ固ヨリ代表者ノ怠慢ヲ罰セント欲スルノ精神ナルモ事無形人ノ業務ニ關スルカ故ニ單ニ財産上ノ實ヲ以テ之ヲ無形人ニ歸シタルノ結果ニ外ナラサル可シ元來無形人ノ責任ハ法律上ノ假想ニ出ツルモノナレハ刑法ニ於テ此假想ヲ罰ストセハ刑法ノ原則ニ反スルコト甚タ大ナリ蓋シ刑法ハ常ニ事實ヲ目的トシテ毫モ假想ヲ承認スルモノニ非ラサルナリ

ナル場合ニ於テモ刑法上無形人ヲ罰スルコト能ハス

### 第二節 犯罪ノ受働者

(一)凡ソ人トシテ犯罪ノ目的タル權利ヲ有スル者ハ自ラ犯罪ノ主働者タル能力ヲ有セスト雖トモ常ニ犯罪ノ受働者タルコトヲ得例之ハ是非ノ辨別ナキ十二歳以下ノ幼者智覺精神ヲ喪失セシ精神病者ハ如何ナル場合ニ於テモ決シテ刑法ノ責任ヲ負擔スル者ニ非ラスト雖トモ克ク犯罪ノ爲メニ被害者ノ地位ニ立ツコトアリ即チ受働者タルニ付テハ只人タルノ一條件ヲ具備スレハ即チ可ナリ其狂者ト幼者男ト女外國人ト内國人トヲ區別スルノ必要ナキナリ蓋シ法律ハ人ノ生存權ヲ保護セント欲スルカ故ニ苟モ此世ニアリテ生存權ヲ有スル者ハ其何人タルヲ問ハズ盡ク之ヲ保護シテ其生存ノ目的ヲ達セシメント欲スルナリ是レ刑法ノ原則ナリ此原則ハ單ニ一身ノ形體ヲ具ヘテ已ニ此社會ニ現出シタル者ノミニ適用スルニ非ラ

犯罪ノ責任 犯罪ノ主働者及受働者 犯罪ノ受働者 三〇五

犯罪ノ受働者

担者即ち主働者ノ  
主働者ノ責任  
他ノ除キテモナリ

一書

二死

三ハ

犯罪ノ責任 犯罪ノ主働者及受働者 犯罪ノ受働者 三〇六

ス後來人トナル可キ原質ヲ具ヘ而シテ尙ホ未タ母ノ胎内ヲ脱セサル者ニ  
 モ亦之レヲ適用ス刑法第三百三十條ニ規定スル墮胎罪即チ是ナリ又已ニ  
 生存權ヲ失フタル者ニモ亦之ヲ適用スルコトアリ夫レ人ハ其生存中ニ於  
 テ其財産其名譽其身體ニ對シテ保護ヲ受ク可キモノナレハ死後其遺骸ニ  
 對シテ之レカ保護ヲ爲サシテ可ナランヤ刑法第二百六十四條及第二百  
 六十五條ニ規定スル墳墓發掘死屍棄毀ノ罪即チ是ナリ刑法ニ於テ如斯ク  
 死者ヲ保護スル所以ノモノハ蓋シ殘酷ノ惡習ヲ除キテ善良ノ美風ヲ維持  
 セント欲スルニ外ナラス其他刑法第三百五十九條死者ノ名譽ニ對スル犯  
 罪ノ如キモ亦同一ノ精神ニ出テスハアラサルナリ

(二)法律ヲ以テ定メタル假想上ノ人即チ無形人又ハ法人ハ犯罪ノ主働者タ  
 ルノ資格ヲ有スル者ニ非ラサルコトハ已ニ論究セシ所ナリト雖トモ此無  
 形人ハ犯罪ノ受働者タルノ資格ヲ有スル乎凡ソ假想上ノ人ハ何等ノ形體  
 ヲ具ヘサルカ故ニ其身體ニ付テハ犯罪ノ目的タルヲ得スト雖トモ法律上

已ニ生命權ヲ有シテ權利義務ヲ行フ者ナレハ其有形上又ハ無形上ノ利益  
 又ハ其生存權ニ對シテ侵害ヲ加フルモノ之ナシトセス此場合ニ於テ無形  
 人モ亦犯罪ノ目的タル可キヤ毫モ疑ヲ容レサルナリ例之ハ政府ヲ顛覆ス  
 ルノ罪議會ニ對シテ名譽ヲ毀損シタル罪政府又ハ會社ニ屬スル財産ヲ侵  
 害シタル罪ノ如シ法人ノ名譽ニ對スル罪ハ現刑法別ニ之レカ規定ヲ爲サ  
 ス只議員保護法ニ於テ之ヲ見ルノミ

(三)人類以外ノ物體ハ其生存物ト不生存物トニ拘ハラス皆犯罪ノ目的タル  
 ヲ得ルト雖トモ決シテ犯罪ノ受働者タルヲ得ル者ニ非ス蓋シ人ハ其生存  
 ノ目的ヲ達センカ爲メニ此等ノ物體ニ對シテ我有トナスノ行爲ヲ行フノ  
 權利ヲ有スルノミ之レニ對シテ盡ス可キ毫厘ノ義務ヲ有スル者ニ非ラス  
 佛國ニ於テ獸類虐待ノ罪ヲ規定ス(千八百五十年七月二日ノ法律ニ曰ク家  
 畜ニ對シテ公然虐待ヲ加ヘタル者ハ五フラン以上十五フラン以下ノ罰金  
 ヲ科シ及一日以上五日以下ノ禁錮ニ處ス)現刑法ニ於テモ亦牛馬家畜殺害

犯罪ノ責任 犯罪ノ主働者及受働者 犯罪ノ受働者 三〇七

ノ罪ヲ設ク(刑法第四百二十二條及第四百二十三條)然レトモ此等ノ刑法ハ  
獸類ニ對シテ身體若クハ生命ノ保存權ヲ附與シタルモノニ非ラス或ハ公  
然タル苛虐ノ行爲ヲ禁シテ善良ノ風俗ヲ維持セント欲スルニアリ(佛國法  
ハ此精神ヲ以テ制定セラル)或ハ家畜ニ對スル所有權ノ執行ヲ安全ナラシ  
メント欲スルニ外ナラス(日本刑法ノ目的此ニ在リ)其此犯罪ヲ以テ刑法第  
三編第二章財産ニ對スル罪ノ中ニ列擧スルニ因テ之ヲ知ルニ足ラン  
今ヤ本節ヲ終ルニ臨ミテ一問題ノ決ス可キモノアリ曰ク刑法ハ神佛ニ對  
シテ保護ヲ爲スノ目的ヲ有スルモノ乎曰ク否ラス刑法ノ目的ハ社會ノ生  
存ヲ維持セント欲スルニ在リ而シテ社會ヲ組織スル者ハ神佛ニ非ラスシ  
テ人類ニ在レハ刑法ノ保護セント欲スル所ノモノモ亦神佛ニ非ラスシテ  
獨リ人類ニ在ルコト毫モ疑ヲ容レサル所ナリ然ルニ刑法第二百六十三條  
ニ於テ神祠佛堂墓所其他禮拜所ニ對シ公然不敬ノ所爲アル者ヲ罰スルノ  
刑アリ是レ刑法ハ明ラカニ神佛ニ對スル罪ヲ規定シテ特ニ之ヲ保護セン

トスルニハ非ラサル乎刑法ノ字句上ニ付解釋ヲ下タセハ或ハ然リト答ヘ  
サルヲ得サルモノアリ何トナレハ神祠佛堂ニ對スル不敬ト云フハ其神祠  
又ハ佛堂ノ建造物其物ニ對スル不敬ニ非ラスシテ其祠堂内ニ安置スル神  
靈又ハ佛靈ニ對スル不敬ヲ指スヤ多辯ヲ俟タスシテ明カナレハナリ更ニ  
之ヲ換言スレハ神祠佛堂ノ尊崇ス可キ所以ノモノハ神佛ノ靈其中ニ在レ  
ハナリ其靈ヲ安置セサルノ神祠佛堂ハ普通一般ノ建造物ニ過キサレハ何  
人モ之ニ對シテ尊崇ヲ爲スノ理アル可ラス人トシテ尊崇セサルノ權利  
ヲ有スル建造物ニ對シテ特ニ不敬罪ノ規定ヲ設クルカ如キハ如何ナル立  
法者ト雖モ決シテ此愚ヲ爲サルナリ左レハ本條ノ規定ハ神佛ノ靈ニ對  
スル不敬罪ヲ罰スルニアルヲ以テ刑法ハ克ク神佛ヲ保護スルノ目的ヲモ  
之ヲ有スルモノナリト論定スルモ敢テ不可ナキニ似タリ然レトモ道理上  
ヨリ觀察スルトキハ刑法ノ精神決シテ此ニ在ラスシテ却テ他ニ在ルコト  
ヲ知ルナリ夫レ神ヲ敬シ佛ヲ崇フハ古來ヨリ我國ニ因襲スル所ノ慣習ニ

犯罪ノ責任 犯罪ノ主働者及受働者 犯罪ノ受働者 三一〇

シテ此慣習ハ則チ我國ノ美風良俗ヲ養成セシ所ノ要素ナラスノハアラス  
左レハ今日ニ於テモ尙ホ此敬崇ノ心ヲ以テ之ヲ一般國民ノ腦裏ニ注入ス  
ルヲ務ムルハ我國善良ノ風俗ヲ維持スルノ最良方法ニ屬シ國家ノ治安ヲ  
維持スルニ付必要缺ク可カラサルノ要具ナリ今夫レ神祠佛堂ハ神佛ニ對  
シテ敬崇ノ意ヲ表スルカ爲メニ行フ禮拜ノ目的物即チ神佛ニ象トル所ノ  
標目ヲ安置スル場所ナレハ其清淨ニシテ侵スカラサルノ性質ヲ有スルモ  
ノタルコト蓋シ明カナリ若シ否ラストセハ則チ敬禮ノ意ヲ發セントスル  
ニ發スル能ハスシテ而シテ遂ニ神佛ニ對スル敬崇ノ心ヲ薄弱ナラシメ隨  
テ善良ノ風俗ヲ破壞スル至ル可シ斯クノ如キハ豈國家ノ治安ヲ維持スル  
ノ道ナランヤ然ラハ則チ刑法ニ定ムル所ノ神祠佛堂ニ對スル不敬罪ハ是  
レ其目的神佛ヲ保護スルニ在ラズシテ國民カ神佛ニ對スル敬崇心ノ發達  
ヲ妨害スル者ヲ防止セント欲スルニ在リ即チ國家善良ノ風俗ヲ維持シテ  
社會ノ生存權ヲ堅固ナラシメントノ精神ニ外ナラサル可シ本條ニ於テ公

然○テ以テ犯罪構成ノ一條件トナスヲ以テ之ヲ觀ルモ益々刑法ノ眞意ヲ明  
カニスルニ足レリ

犯罪ノ責任 犯罪ノ主働者及受働者 犯罪ノ受働者 三一〇

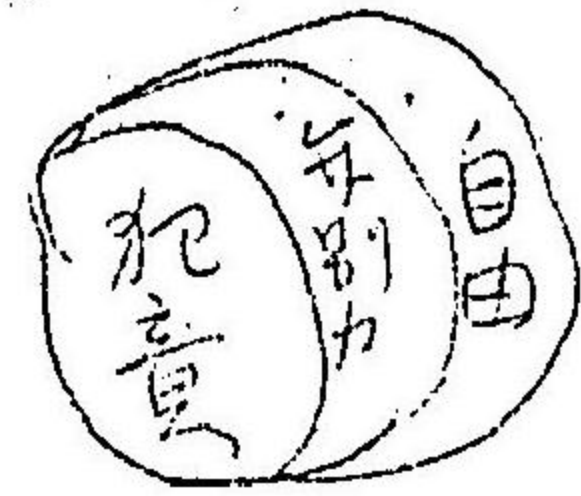
Element of its liability

責任ノ原則

第二章 責任ノ原則

凡ソ何等ノ行爲ト雖トモ之ヲ行フタル者其所爲ノ主働者ナルトキハ則チ其人ハ其所爲ニ付責任ヲ負ハサル可カラズ故ニ宇宙間ノ生物不生物ニシテ他力ノ強制ニ因リテ運動ヲ爲ス者ハ如何ナル行爲ヲ爲スト雖トモ其行爲ノ主働者タル資格ヲ有スル者ニ非ラサルナリ彼ノ屋上ノ瓦石飛テ行路人ヲ負傷セシム瓦石ハ果シテ負傷ノ主働者ナル乎曰否ラス瓦石ノ飛ハ風之ヲ動かセハナリ然ラハ則チ風ハ其主働者ナル乎曰否ラス風ハ熱氣又ハ電氣ノ作用ヨリ起ル然ラハ則チ熱氣電氣ハ其主働者ナル乎曰否ラス熱氣電氣ハ太陽又ハ南北兩極ヨリ生ス斯クノ如ク漸々潮ホリテ其原因ヲ探究スルトキハ則チ負傷ノ主働者ハ無量無限ノ大力ヲ有スル造物者ニ歸シテ而シテ其他ノ運動者ハ盡ク造物者ノ爲メニ強制セラレタルモノニ外ナラサレハ負傷ノ行爲ニ付毫モ其責任ヲ負フ者ニ非ラス否責任ヲ負フノ

犯罪ノ責任 責任ノ原則



資格ヲ有セサル者ナリ是ニ於テカ知ル自由カヲ有スル者ニ非ラサレハ其  
 爲シタル行爲ノ主働者タルコト能ハサルヲ之ヲ換言スレハ自由ハ責任ノ  
 第一要件ナリ  
 然レトモ自由ハ克ク責任ノ必要條件タルヘシト雖トモ若シ行爲ノ主働者  
 ニシテ是非ノ辨別力ヲ有セサルトキハ未タ以テ責任ノ結果ヲ負擔セシム  
 可カラス隨テ責任ナキニ歸ス蓋シ責任トハ主働者ノ爲シタル行爲ヨリ生  
 スヘキ總テノ結果即チ善行ヨリ生スル善結果惡行ヨリ生スル惡結果ヲ以  
 テ之ヲ其主働者ノ頭上ニ置クコトヲ謂フノ言ヒナレハ或行爲ヲ爲シテ夫  
 レヨリ生スヘキ結果ノ是非善惡ヲ辨別スルノ智識ヲ有セサル者ハ自ラ其  
 行爲ヲ爲サル者ト同一ニ歸スルカ故ニ其行爲ヨリ生スル結果ノ利害毫  
 モ關スル所ニ非ラス即チ其責ニ任スル能ハサルナリ今夫レ生物不生物ニ  
 シテ其爲シタル行爲ノ善惡ヲ辨別スルノ智識ヲ有セサル者ハ此行爲ヨリ  
 生スル結果ノ善惡ニ付テモ亦之ヲ知ル能ハサルカ故ニ其善結果ニ付テモ

亦惡結果ニ付テモ共ニ之ヲ負擔スルノ資格ヲ有セサルヘシ山中ノ猛熊人  
 ヲ襲フテ之ヲ撲殺セリ山中ノ猛熊ハ自由ナル者ナリ然レトモ殺害行爲ノ  
 善惡ニ至リテハ固ヨリ之ヲ辨別スルノ智識アル者ニ非ラス馬ヲ撲殺シ又  
 人ヲ撲殺ス彼レニ於テ毫末ノ區別アルヲ見ス故ニ彼ハ其行爲ニ付何等ノ  
 責任ヲ負フコトナシ是ニ於テカ知ル辨別力ヲ有スル者ニ非ラサレハ其行  
 爲ノ責メニ任スル能ハサルコトヲ之ヲ換言スレハ智識ハ責任ノ第二要素  
 ナリ  
 今ヤ自由ト智識ハ凡百行爲ノ責任ヲ定ムルノ要素タルコトヲ明カニセリ  
 然レトモ刑法ニ於テ犯人ノ責任ヲ論スルニ付テハ只此ニ要素ヲ以テ足レ  
 リトナス可キニ非ラス尙ホ犯人ニ於テ罪過即チ犯罪ヲ爲スコトヲ要ス凡  
 ソ賞ヲ受クル者ハ必ス社會ニ對シテ至難至大ノ義務ヲ盡シタル者ニ在リ  
 トスレハ則チ其反對ノ場合ニ於テ罰ヲ受ク可キ者モ亦必ス社會ニ對シテ  
 必要ノ義務ヲ缺キタル者ナラサル可カラス其社會ニ對スル義務ノ背戾之

ヲ名クテ罪過又ハ犯罪ト謂フ人苟モ犯罪行為ヲ爲サンカ屢々二個ノ責任ヲ生スルコトアリ即チ社會ニ對シテハ刑罰ノ責任ヲ負ハサル可カラスシテ被害者ニ對シテハ損害賠償ノ責任ヲ負ハサルナリ若シ夫レ犯罪行為以外ノ行為ニ關スルトキハ假令一個人ニ對シテ多少ノ損害ヲ加フルコトアルモ只其損害賠償ノ責任ニ任スレハ則チ可ナリ決シテ刑罰ノ責任ヲ負フコトナシ是ニ於テカ知ル社會ニ對スル義務ノ背戾即チ罪過又ハ犯罪ヲ爲シタル者ニ非ラサレハ犯罪ノ責任ニ任セサルコトヲ之ヲ換言スレハ犯罪ハ實ニ刑法上ノ責任ヲ生スルノ原因ニシテ此原因獨リ克ク此責任ヲ生セシムルヲ得ルナリ

之ヲ要スルヲ自由アリ智識アリテ犯罪ヲ行フタル者ハ必ス刑罰ノ責任ヲ受ケサル可カラサルナリ

如斯ク自由ト智識ノ二要素ヲ具備シテ以テ犯罪行為ヲ爲シタルトキハ犯人ハ到底刑法上ノ責任ヲ免ル、ヲ得スト雖モ元來犯罪ニハ輕重大小ノ差

別アルノミナラス其情狀ニ於テモ亦千變萬化ノ狀態ヲ呈スルモノナレハ其結果タル責任ノ上ニ付テモ亦自カラ程度ノ存スルヲ見ルナリ此程度問題ハ立法上ニ於テモ又裁判上ニ於テモ頗ル困難ヲ生セシムル所ノモノタリ凡ノ責任ノ程度ヲ定ムルニ付テハ其方法ニツアリ或ハ一般ノ犯罪ト一般ノ犯人トノ關係ニ於テ其責任ヲ定量スルアリ或ハ各犯罪ト各犯人トノ關係ニ於テ其責任ヲ定量スルアリ第一ノ場合ニ於テハ其犯罪ニ附着スル凡百ノ情狀ト犯人ニ纏綿スル諸般ノ條件ハ一切之ヲ除去シ只一般ニ同一ノ犯罪及ヒ同一ノ犯人ナリト看做シテ一般責任ノ程度ヲ定ムルナリ例之ハ殺人罪ヲ行フタル犯人ノ責任ヲ定ムルニ付テハ其殺人罪ハ常ニ同一ノ情狀ヲ具ヘ又其犯人ハ常ニ同一ノ條件ヲ有シタル者ナリト假定シテ總テノ殺人罪總テノ犯人ニ共通スル所ノ責任ヲ定ム即チ總テノ殺人罪ヲ行フタル總テノ犯人ニハ死刑又ハ無期有期ノ懲役ヲ科スト謂フカ如シ如斯方法ヲ以テ如斯責任ヲ定ムルハ全ク立法者ノ任務ニ屬スル所ノモノニシテ

之ヲ名クテ法定上ノ責任又ハ一般ノ責任ト謂フ第二ノ場合ニ於テハ各犯罪ノ附着スル凡百ノ情狀ト各犯人ニ纏綿スル諸般ノ條件トヲ分析シ其差等ニ從テ各犯罪ニ應スル各犯人ノ責任ヲ定ムルナリ凡ソ一犯罪ニ付テ犯人カ之ヲ行フヤ決シテ同一ノ情狀ニ出テ同一ノ條件ヲ以テスルモノニ非ラス例之ハ竊盜ノ如シ一物ヲ取ルモ竊盜ナレハ百物ヲ取ルモ竊盜ナリ是レ竊盜罪ニ於テ已ニ情狀ヲ同フセサルニ非ラスヤ盜群ニ加ハツテ竊盜ヲ慣行スル者アレハ偶然ノ發意ニテ臨時竊盜ヲ行フ者アリ是レ竊盜犯人ニ於テ已ニ其條件ヲ異ニスルニ非ラスヤ斯クノ如ク變化多キ條件ヲ以テ斯クノ如キ情狀多キ犯罪ヲ行フモノナレハ假令ヒ同一ノ犯罪ヲ行フト雖トモ決シテ之レニ科スル同一ノ刑ヲ以テス可カテサルヤ明白ナリ然レトモ此情狀ト此條件ハ各犯罪各犯人ニ附着シテ千變萬化極マリナキ所ノモノナルヲ以テ豫メ立法者ハ各犯罪ニ關スル責任ノ分量ヲ定ム可キニ非ラサルナリ是ニ於テ立法者ハ各犯罪ニ付定メタル一般責任ニ付テ更ニ之ヲ加

減スルノ方法ヲ設クタリ即チ刑ノ定量刑罰金ノ範圍ヲ定メ事實裁判官ヲシテ各犯罪ノ情狀犯人ノ條件ニ應シテ適當ノ責任ヲ定ムルコトヲ得セシム此方法ヲ名クテ裁判上ノ責任又ハ各犯人ノ責任ト謂フ犯人ノ責任ヲ定ムルニ付テハ古來ヨリ立法者種々ノ方法ヲ採リシコトアリ今其重要ナルモノヲ舉クレハ大概三主義ニ止マルカ如シ第一主義ニ於テハ豫メ法律ヲ設ク犯罪ト刑罰ヲ定ムルコトヲ爲サス裁判官ニ於テ只其良心ノ命スル所ニ從ヒ犯罪トナルヘキ事實ヲ定メ之レニ適當スル刑罰ヲ案シテ之ヲ罰スルニ在リ是レ羅馬法史第二期ノ時代ニ行ハレタル所ノ方法ニシテ所謂獨裁判即チ是ナリ第二主義ニ於テハ全ク之ニ反シ豫メ法律ヲ設ク犯罪ト刑罰ヲ一定シテ裁判官ニ於テ其法律ニ定メタル犯罪事實アリト確認シタルトキハ其事實ニ對シテ定メタル刑罰ヲ適用スルニアリ即チ裁判官ハ刑罰ノ適用ニ付其意ヲ上下シテ斟酌ヲ爲スノ權ヲ有セス是レ羅馬法史第一期ノ時代ニ行ハレタル所ノ方法ニシテ所謂不變刑即チ是ナリ第三主義ニ



於テハ第一主義ト第二主義ヲ折衷シ豫メ法律ニ於テ犯罪ナルヘキ事實ト範圍アル刑罰ヲ定メ(即立法事業)裁判官ヲシテ其刑罰ノ範圍内ニ於テ自由ニ各犯罪ノ情狀ト各犯人ノ條件トニ應シテ適當ノ責任ヲ科スルコトヲ得セシメ因テ以テ刑罰ノ權衡ヲ失スルコト勿ラシメントスルニ在リ(裁判事業)是レ千八百十年佛國刑法ニ於テ採用セシ所ノ方法ニシテ今日歐洲各邦ノ刑法並ニ日本現刑法ノ主義トスル所モ亦タ之レニ外ナラス然レトモ刑罰範圍ノ廣狹ニ至リテハ各國刑法ニ定ムル所其揆ヲ一ニセス或ハ單ニ刑ノ長期ヲ定メテ全ク其短斯ヲ制限セサルアリ阿蘭陀刑法ノ如キ即チ是ナリ或ハ刑ノ長期ヲ定メ其短期ヲ一日ニ制限スルアリ獨逸刑法ノ如キ即チニ非ラサレハ之ヲ下タスコトヲ許サ、ルアリ日本刑法又ハ佛國刑法ノ如キ即チ是ナリ如斯各國刑法ニ定ムル所ノ刑ノ範圍ニ於テ其廣狹ヲ異ニスル所以ノモノハ畢竟各國文明ノ進歩程度如何ニ原因セスンハアラズ即チ

各國ノ立法者カ其國ノ裁判官ヲ信任スル厚薄ノ程度如何ニ由ル元來一國ノ裁判官ニシテ明識通達其欺カサルコト神明ノ如クナラシメハ即チ立法者ニ於テ豫メ各犯罪ニ科スヘキ刑ノ性質ヲ定メ又刑ノ範圍ヲ設ケテ以テ裁判官ヲ拘束スルノ必要アルヲ見サルナリ只人生ノ不完全決シテ其私心ヲキテ保スル能ハサルモノアルカ故ニ多少裁判官ヲ拘束シテ其職權濫用ノ弊害ヲ防カサル可カラス左レハ裁判官ノ信任厚キ國ニ於テハ刑罰ノ範圍大ニ廣クシテ而シテ其拘束ヲ寬ニセサル可カラス之ニ反シ裁判官ノ信任薄キ國ニ於テハ刑罰ノ範圍甚タ狹クシテ而シテ其拘束ヲ嚴ニセサル可カラス是自然ノ通理ナリ今ヤ我日本ノ文明モ亦大ニ進歩シ裁判官ノ信任モ亦聊カ厚キヲ加ヘタルカ如シ其拘束ヲ寬ニスルノ時機正サニ熟セリ是ニ於テ改正刑法草案ニ於テハ大ニ現刑法ヲ改正シ頗ル刑罰ノ範圍ヲ廣クシ獨逸刑法ノ主義ニ倣ヒ最短期ヲ擴張シテ一日ニ下タスコトヲ得セシメタリ但其獨逸刑法ニ異ナル所ノモアハ或種類ノ犯罪ニ付テハ現刑法ノ規

定ニ則トリ特ニ最短期ヲ定メ減輕ノ情狀アルニ非ラサルヨリハ其以下ニ  
下タスコトヲ得サラシムルノ規定即チ是ナリ之ヲ換言スレハ改正刑法草  
案ノ主義ハ獨逸刑法ト現刑法ヲ折衷セシモノナリト謂フテ不可ナル所ナ  
シ尙ホ後段刑罰論ニ至リテ更ニ論スル所アルヘシ

### 第三章 責任ノ例外

自由アリ智識アリテ犯罪ヲ行フタル者ハ何人ト雖トモ刑罰ノ責任ヲ免ル  
ルコト能ハサルヲ以テ責任ノ原則ナリトス然レトモ責任構成ノ一條件ヲ  
缺クトキハ假令犯罪事實ヲ行フモ犯罪ノ責メニ任スルモノニ非ラス之ヲ  
責任ノ例外ト謂フナリ  
責任ノ例外二種アリ第一犯罪ノ無能力第二權利ノ執行即チ是ナリ犯罪ノ  
無能力トハ犯罪ノ事實アリト雖モ之ヲ行フタル者ノ身上ニ於テ其責任ヲ  
免ル、ノ原因ヲ有スル場合ヲ謂フ是レ犯人ノ身上ヨリ生スル例外ナリ權  
利ノ執行トハ犯罪ノ事實其者ハ即チ權利ノ執行ニ屬シテ全ク形体上ノ要  
素ヲ缺ク場合ヲ謂フ是レ犯罪ノ目的上ヨリ生スル例外ナリ是ニ於テカ本  
章ヲ分テ二節トナス

犯罪ノ無能力

### 第一節 犯罪ノ無能力

何人モ犯罪タルヘキ事實ヲ行ヒ其責メニ任スルニ付テハ必スヤ其事實ノ善惡ヲ識別シ自由ノ決心ヲ以テ而シテ之ヲ行フタルコトヲ要スヘキハ前已ニ論スル所ナリ蓋シ識別心ト自由力ハ總テノ犯罪即チ無意犯ト有意犯トヲ問ハス其責任ヲ構成スルニ須要缺ク可カラサルノ要素タレハナリ犯罪責任ノ構成上識別心ト自由力ノ關係スル所夫レ斯クノ如ク大ナリトスルトキハ即チ宜シク二者ノ定義ヲ明ラカニシテ毫厘ノ疑義ヲ生スルコト勿ラシムヘシ

識別心トハ刑法上事實ノ正不正ヲ識別スルノ智能ヲ謂フ之ヲ換言スレハ犯人カ主動者トナリテ爲シタル行爲ニ付テ刑法上ノ善惡ヲ識別スルトキハ則チ之ヲ指シテ識別心アリテ爲シタル行爲ナリト謂フ

自由力トハ或行爲ヲ爲シ又ハ爲サ、ルニ付何等ノ強制ヲ受クルコト無ク

シテ自ラ決定スルノ自斷力ヲ謂フ之ヲ換言スレハ犯罪行爲タルコトヲ知リテ自ラ之ヲ爲サンコトヲ決心シ而シテ自己任意ノ自由ヲ以テ之ヲ斷行シタルトキハ即チ之ヲ稱シテ自由力アリテ爲シタル行爲ナリト謂フ

故ニ刑法上人ヲ指シテ犯罪ノ責任者ナリト謂フトキハ即チ此人ハ其爲サント欲スル行爲ノ不正タルコトヲ了解シテ特ニ之ヲ爲サンコトヲ決心シタルカ又ハ此決心ヲ制止スルノ自斷力ヲ用ヒスシテ行フタル場合ニ限ル之ヲ換言スレハ假令ヒ刑法上不正ノ行爲ヲ爲スモ智能力ト自斷力ヲ有セザルトキハ即チ之ヲ罰スルコトヲ得ス

夫レ斯クノ如ク識別心ト自由力ハ犯罪ノ責任構成上必要ノ原素タルコト毫モ輕重アルヲ看ス然レトモ自由力ノ缺乏ハ未タ以テ識別心ノ缺乏ヲ來タスモノナリト謂フ可カラス蓋シ強制ヲ受ケタルトキハ自由力ハ全ク缺乏スト雖トモ識別心ハ依然トシテ其勢力ヲ有スレハナリ之レニ反シ識別心ノ缺乏ハ忽チ自由力ノ缺乏ヲ來タス蓋シ人其識別心ヲ失フトキハ則チ

犯罪ノ責任 責任ノ例外 犯罪ノ無能力

*Delin*

事物ノ善惡ニ付之ヲ識別スルコト能ハサルカ故ニ其善行ト惡行トヲ撰擇シテ之ヲ決行スルノ自斷力ヲ失フニ至レハナリ

是ニ於テ乎論者ハ自斷力ヲ以テ責任上ノ必要條件ニ非ラスト爲ス者アリ然レトモ自斷力果シテ責任上ノ必要條件ニ非ラストセシカ人其本意ニ反シテ爲シタル行爲モ亦之ヲ罰セサル可カラス況ヤ犯意ナキノ行爲ニ於テチヤ刑法ノ本旨ニ背戾スル甚シキ説ナリト謂ハサル可カラサルナリ

犯罪ノ責任ハ辨別心ト自由力ノ二原素ヨリ發生スルモノナリトセハ今此二原素ヲ併セ消滅セシムルカ又ハ單ニ其一ヲ消滅セシムルニ足ル可キ原因之レアルトキハ則チ忽チ犯罪ノ責任消滅ス即チ犯人ナキニ至ルナリ現刑法ニ於テハ其原因ヲ定メテ四個トナス即チ左ノ如シ

第一 強制

第二 無犯意

第三 精神ノ喪失

第四 年齢

強制

第一款 強制

以上款ヲ分チテ此四原因カ犯罪ノ責任上ニ及ホス可キ效力如何ヲ論セシ

凡ソ自由力ノ喪失ニハ必ス強制ノ事實アルヲ想像セサル可カラス強制トハ自然力又ハ抗拒シ難キ力ニ因テ以テ人ノ自由ヲ奪フヲ謂フ強制ニ二種アリ有形上ノ強制及ヒ無形上ノ強制即チ是ナリ

第一 有形上ノ強制 有形上ノ強制又ハ暴行トハ人爲又ハ自然力ヨリ來タリテ直接ニ人ノ身體ニ及ホス所ノ強制ヲ謂フ例之ハ監視者海路甲地ヨリ乙地ニ到ルノ許可ヲ得タリ航行ノ途中偶々暴風ニ遭ヒ丙地ニ漂着セリ若シ監視者故意ヲ以テ丙地ニ到ルアラハ是レ明ラカニ監視規則ニ違反スル者ナリト謂ハサル可カラス然レトモ監視者ハ暴風即チ自然力ノ強制ニ因リテ止ヲ得ス丙地ニ漂着シタルニ過キササルモノナレハ監視規則違反ノ

犯罪ノ責任 責任ノ例外 犯罪ノ無能力

事實アリト雖トモ決シテ刑法上ノ責メニ任スキモノニ非ラサルナリ又例之ハ旅人路ニ強盜ニ逢ヒ其衣服金錢ヲ強奪セラレテ爲メニ裸體トナレリ公然ノ裸體ハ違警罪ノ罰スル所ナリト雖トモ裸體者ハ強盜即チ人爲ノ強制ニ因リテ止ヲ得ス裸體トナリタルモノナレハ是レ亦刑法上ノ責メニ任スキモノニ非ラサルナリ凡ソ此等ノ場合ニ於テハ犯人ハ法律ノ禁スル所ノモノヲ犯シ又法律ノ命スル所ノモノヲ爲サスト雖トモ其自由任意ノ發意ニ非ラスシテ全ク自然力又ハ人爲ノ強制抗拒ス可カラサルノ場合ニ出テタルモノナルヲ以テ毫モ罪過ノ責ム可キモノナシ

第二 無形上ノ強制 無形上ノ強制トハ危急ノ侵害ニ恐怖シテ自斷力ノ使用ヲ喪失シタル場合ヲ謂フ此強制モ亦有形上ノ強制ノ如ク自然力ヨリ來タルコトアリ又人爲ヨリ生スルコトアリ其發生ノ原因ニ至リテハ共ニ同一ナリト雖トモ其結果ニ至リテハ大ニ異ナル所アリ有形上ノ強制ハ犯人ノ身体ノ自由ヲ奪ヒ因テ以テ法律ノ禁スル所ノモノヲ行ハシメ又其命

スル所ノモノヲ行フ可カラシム之ニ反シ無形上ノ強制ハ毫モ犯人ノ身体ノ自由ヲ奪フモノニ非ラス只犯人ノ意思ノ自由即チ自斷力ノ使用ヲ失ハシムルニ過キス是ニ於テカ論者ハ無形上ノ強制ヲ以テ抗拒ス可カラサルノ性質ヲ有スルモノニ非ラストナシ隨テ無責任ノ原因トナスニ足ラストナスアリ請フ引例ニ因テ本問ノ困難ヲ解説セン

例之ハ公證人ヲ殺害セント脅迫シテ偽造ノ公正證書ヲ作製セシメタル者アリ此場合ニ於テ公證人ハ毫モ其身体上ニ強制ヲ受ケタル者ニ非ラス只危害ノ恐怖大ニ其意思ノ自由即チ自斷力ノ使用ヲ失フニ至ラシメタルナリ

此事實ニ於テ公證人ハ果シテ刑法上ノ責任ヲ免レサル乎論者曰ク危害ノ恐怖ハ以テ公正證書偽造ノ決意ヲ爲サシメタルノ原因トナルニ足ルヘシト雖トモ未タ全ク決意ノ自由ヲ滅却セシムルノ原因トナスニ足ラヌ元來公證人カ偽造證書ヲ作製シタルハ脅迫人ノ請求ニ應シテ之ヲ作製スルノ

決意ヲ爲シタルニ由ル者ナレハ其犯罪行爲ヤ固ヨリ公證人ノ故意ニ出テタルモノナリト謂ハサル可カラス假令恐怖ノ結果一時意思ノ自由ヲ失フコトアリトスルモ未タ以テ絶對的ニ之ヲ失フタル者ナリト謂フヲ得ス犯人ハ實ニ行フ可キ犯罪ト受ク可キ危害ノ間ニ處シテ極テ制限セラレタル一權ヲ有スルニ過キス即チ犯罪ヲ行ハサラン平危害ヲ受クテ死セサル可カラス危害ヲ避ケン平甘シテ罪ヲ犯サ、ルヲ得ス犯人ハ實ニ進退維谷マルノ場合ニ在リト謂フ可シ然レトモ凡ソ如何ナル場合ニ於テモ強制ハ人ニ法律ノ禁シタル行爲ヲ爲スノ權利ヲ與フルモノニ非ラサルナリト若シ夫レ道徳上ヨリ觀察スルトキハ論者ノ說亦敢テ一理ナキニシモ非ラス然レトモ刑法上ヨリ觀察スルトキハ未タ卒カニ服従ス可カラサルモノアリ蓋シ本問ハ危害ノ恐怖ハ人ノ本心ヲ喪失セシムルニ足ル可キモノナルヤ否ト云フニ非ラスシテ罪ヲ犯スカ死ヲ執ルカノ兩道ニ踟躕シタル自由カハ以テ刑罰ヲ科スルノ條件ナリトナスニ足ルヤ否ト謂フニ在リ問題ノ

意義此ニ在リトセハ余輩直チニ答ヘテ言ハントス無形上ノ強制ニ因リテ刑法上禁スル所ノ行爲ヲ爲シタル者ハ尙ホ多少ノ自由力ヲ有スト雖モ其自由力ハ刑罰ヲ科スヘキ場合ニ於テ要スル所ノ自由力ト同一ノモノニ非ラサルナリ之ヲ換言スレハ完全ノ自由力ヲ有セス其本意ニ非ラスシテ爲シタル行爲ヲ以テ之ヲ故意ニ出テタル行爲ト同一視スルコトヲ得ルトセハ十二歳未滿ノ者ノ行爲モ滿二十歳ノ者ノ行爲モ亦同一ノ責任ヲ免レスト極論セサル可カラスト論者豈ニ之ニ左袒スル者ナランヤ獨逸ノ刑法ニ於テハ明ラカニ此場合ヲ規定セリ曰ク犯人抗拒ス可カラサルノ強制又ハ自己若クハ親族ノ身体ニ對シテ現在ノ危害ヲ加ヘントノ脅迫ニ出テタルノ所爲ハ之ヲ罰セスト本條第二項又ハ以下ノ文意ハ我刑法第七十五條第二項ニ意外ノ變ニ因リ避ク可カラサル危難ニ遇ヒ云々ノ規定ト毫モ異ナル所アルヲ見ス只獨逸刑法ハ特ニ脅迫ノ場合ノミヲ規定シタルカ故ニ其意義稍々狹隘タルヲ免レスト雖トモ我刑法ハ危難ノ文字ヲ用ヒ脅迫以外

總テノ場合ヲ包含セシメタルカ故ニ彼レニ比シテ意義至テ概博ナリト謂  
フノ優レル所アルノミ

然ラハ則チ我刑法ニ於テ無形上ノ強制ハ猶ホ有形上ノ強制ノ如ク無責任  
ノ原因タル可キト何人モ非難セサル所ノ原則ナリ只此原則ノ適用即チ無  
形上ノ強制ノ場合如何ヲ論定スルニ付テハ屢々困難ヲ生スルヲ見ルナリ  
刑法第七十五條第二項ノ規定ハ無形上ノ強制ノ適用ナル乎論者此規定ヲ  
以テ無形上ノ強制ノ適用ナリト謂フ者アリ然レトモ余ハ本項ヲ以テ全ク  
別問題即チ正當防衛ノ一種ヲ規定セシモノナリト信ス先ツ例ニ照ラシテ  
本項ノ意義ヲ明ラカニス可シ

例之ハ震火水災ノ際其危難ヲ避ケントシテ群衆ヲ蹂躪シテ之ヲ倒傷シ又  
ハ之ヲ壓殺シタル者或ハ破船ノ際二片ノ板ヲ得テ以テ僅カニ其生命ヲ繋  
ケル者ヲ排覆シテ其片板ヲ奪ヒ其者ヲシテ爲メニ溺死ニ至ラシメタル者  
凡ソ如斯場合ニ於テ犯人ハ自然力ノ強制ニ遭ヒ之ヲ避クルノ必要ニ迫マ

ラレテ此行爲ヲ爲シタルニ過キス故ニ自然力ノ強制ト謂フヨリ觀察スレ  
ハ本項ハ第一項ノ適用ニ外ナラサルカ如シ

然ルニ自己又ハ親族ノ身體ヲ防衛スルニ出テタル所爲ハ云々ト謂フヲ以  
テ之ヲ觀レハ強制ノ原因アルカ爲メニ犯罪ヲ構成セサルニ非ラスシテ防  
衛ノ方法ナルカ故ニ犯罪ヲ構成セサルナリ但此防衛權ヲ以テ正當防衛權  
ト異ナル所ノモノハ正當防衛權ハ我ヲ害セントスル者ニ對シテ之ヲ行ヒ  
本項ノ防衛權ハ我ヲ害セントスル以外ノ者ニ對シテ之ヲ行フニ在リ蓋シ  
避ク可カラサル事變ニ遭遇シテ人々互ニ其生命ヲ救護セントスルトキハ  
實際力優レル者勝ヲ制ス可シトナシタルナリ即チ權利衝突ノ場合ニ於テ  
ハ力ノ強弱ニ因テ以テ其道理ヲ定ム力強キ者ハ勝ヲ制シテ而シテ正當者  
トナリ力弱キ者ハ危害ヲ蒙リテ而シテ自ラ訴フルヲ許サルナリ  
刑法第七十五條第二項ニ於テハ單ニ避ク可カラサル危難トアリテ他ニ何  
等ノ制限ヲ必要トセサルヲ以テ之ヲ見レハ立法者ノ意見蓋シ危難ノ場合

並ニ其程度ヲ量定スルノ權ハ一ニ之ヲ事實裁判官ニ放任シタルモノ、如シ之ヲ換言スレハ如何ナル場合ニ於テ避ク可カラサル危難アリシヤ否ヲ研究スルハ學者ノ事業ニ非ラスシテ全ク事實問題ニ屬ス今此事實問題ヲ決定スルニ付必要ナル標準ヲ擧クレハ則チ其條件四ツアリ左ノ如シ

(一)其事變ハ犯人ノ意外ニ出テ豫知ス可カラサルモノナルコトヲ要ス若シ其事變ハ充分豫知ス可シテ之ヲ避クルノ方法ヲ講スルノ違アリテ尙ホ犯人ハ自ら進ミテ其境遇ニ至リタルトキハ決シテ犯人ノ責任ヲ免ス可キニ非ラス

(二)危難ノ強制ハ其強制ヲ受ケタル者ノ精神ニ充分恐怖ノ念ヲ發生セシムルニ足ル可キ性質ヲ具フルコトヲ要ス即チ裁判官ハ強制ヲ受ケタル者ノ身分、年齢及ヒ男女二姓ニ付テ多少斟酌スル所ナカラサル可カラス

(三)危難ハ必ス重劇ニシテ之レニ遭フテ爲シタル犯罪行爲ヨリ輕微ナラサルコトヲ要ス故ニ裁判官ハ常ニ危難ト犯罪ノ二者ヲ比較セサル可カラス

(四)其危難ハ危急現在且ツ不正ニシテ犯罪行爲ヲ以テスルニ非ラサレハ到底之ヲ避クル可カラサルモノタルコトヲ要ス

以上四條件ヲ具備シテ而シテ犯罪ヲ爲ス者アレハ固ヨリ刑罰ノ制裁ヲ科ス可キニ非ラス假令或場合ニ於テ民事上ノ損害ヲ生スルアルモ之ヲ賠償スルノ義務ヲ生スルコトナシ例之ハ其危難ハ第三者ヨリ出テタル脅迫ノ結果ニ外ナラスシテ此脅迫ニ因リテ罪ヲ犯シ遂ニ損害ヲ生スルニ至リタルトキハ其損害ヲ賠償スルノ義務ハ此犯人ニ在ラスシテ第三者ニ在リトス

無形上ノ強制ニ二種アリ外部ヨリ來タル所ノモノ及ヒ内部ヨリ發スル所ノモノ即チ是ナリ外部ヨリ來タル所ノ強制ハ上來已ニ論スル所ニシテ常ニ犯罪ノ責任ヲ全滅セシムルノ效力ヲ有スルハ何人モ承認スル所ノ確論ナリ然レトモ内部ヨリ發スル強制即チ犯人ノ一内部内ニ發スル苦痛ノ強制ハ以テ犯人ノ責任ヲ免スルノ原因トナスニ足ル乎例之ハ饑餓ニ迫マリ



テ食物ヲ得ルニ非ラサレハ將サニ死セントスル者アリ又互害ニ侵サレテ衣服ヲ仰クニ非ラサレハ將サニ其命ヲ危フセントスル者アリ凡ソ此等ノ場合ニ於テ食物又ハ衣服ヲ窃取シタルトキハ犯人ニ對シテ刑法ノ責任ヲ免スル乎本問ニ付テハ相反對スル極端ノ議論二ツアリ或ハ曰ク極度ノ必要ニ迫マラレテ爲シタル竊盜ハ單ニ之ヲ宥恕ス可キノミニ止マラス將サニ以テ正當ノ行爲ト看做スヘシト或ハ曰ク此場合ニ於ケル竊盜ニ對シテハ法律上ノ宥恕ヲ與フ可カラスト雖トモ又以テ酌量減輕ノ理由トナスニ足ル可シト余輩ヲ以テ之ヲ論スレハ第二說ハ稍々正鵠ヲ得タルモノアリト雖トモ其常ニ酌量減輕ノ理由トナスニ足ル可シト云フニ至リテハ大ニ之ヲ攻撃セサルヲ得ス凡ソ人カ罪ヲ犯スニ至ル所以ノモノハ其良心ノ力ヲ藉リテ物慾ノ念ヲ抑制スルノ克己ノ勇氣ナキニ原因セスンハアラス偶發性ノ犯人ハ一時此勇氣ヲ振ハサルニ過キササルモ慣行性ノ犯人ハ常ニ此勇氣ヲ振ハサルノ慣習ヲ養成シ習遂ニ性トナリテ今ハ殆ト此勇氣ヲ全滅

セシムルニ至レリ夫レ然リ故ニ偶發性ノ犯人ハ一時此勇氣ヲ振ハサルカ爲メニ一時物慾ノ猛發ニ抗拒スルコト能ハスシテ遂ニ竊盜罪ヲ犯スニ至レタル者ナリ是レ所謂抗拒ス可カラサル無形ノ強制ニ遇フテ罪ヲ犯シタル者ニ非ラスシテ何ソヤ若シ夫レ慣行性ノ犯人ニ至リテ此勇氣殆ト全滅スルカ故ニ邪念ノ猛發ヲ抑制スルノ力愈々缺乏シテ而シテ無形上ノ強制ノ程度益々甚シキヲ加フ之ヲ換言スレハ小犯人ニ對スル強制ノ程度ハ稍々少ナクシテ而シテ大犯人ニ對スル強制ノ程度ハ益々大ナリ是ニ於テ乎知ル若シ内部ノ強制ヲ以テ或ハ無責任ノ原因トナシ或ハ酌量減輕ノ理由トナストスルトキハ即チ犯罪ノ慣行者即社會ノ大敵ニ對シテハ常ニ刑法ノ責任ヲ全免シ犯罪ノ偶行者即社會ノ小敵ニ對シテハ酌量又ハ宥恕減輕ヲ與フルニ止マラサル可カラス是レ豈ニ刑法ノ本旨ナランヤ要スルニ總テノ犯罪ハ犯人カ其内部ノ強制即チ物慾ノ猛發ニ抗拒スル能ハサルヨリシテ發生スルモノナレハ本問ノ場合ニ於テモ内部ノ強制ヲ理由トシテ

犯人ノ責任ヲ全免又ハ減輕ス可カラサルナリ若夫レ犯人ニ於テ充分克己ノ勇氣ヲ養成セシ者ナラシメハ寧ロ餓死互死スト雖トモ決シテ盜泉ノ水ヲ飲マサリシナリ「ガロ」氏本問ニ於テ犯人ハ制限ノ自由ヲ有スルニ過キサルヲ以テ其責任ヲ全免ス可シト主唱ス余輩決シテ其説ニ服スルコト能ハサルナリ若シ「ガロ」氏ノ説ノ如ク内部ノ強制ハ以テ犯人ノ責任ヲ免スルニ足ル可シトセハ彼ノ情慾ノ猛發ニ強制セラレテ一時辨別心ト自斷力ノ使用ヲ誤リテ罪ヲ犯シタル者ニ對シテモ亦無責任ノ説斷ヲ下タサ、ルヲ得ス是レ自然ノ條理ナリ然ルニ「ガロ」氏ハ情慾ノ猛發ニ制セラレテ罪ヲ犯シタルトキハ假令辨別心ト自由力ノ使用其常ヲ失フニ至ルト雖トモ決シテ無責任ノ原因トナス可カラス蓋シ人ハ情慾ノ猛發ヲ抑制スルノ權利モアレハ又義務モアレハナリト嗚呼何ソ矛盾ノ甚シキヤ人ノ饑寒ニ迫マラル、モ又情慾ニ制モラル、モ皆是レ内部ノ強制ニ外ナラス而シテ饑寒ノ強制ハ無責任ノ原因トナリテ情慾ノ強制ハ獨リ其原因トナラストナ

ス余輩未タ二者ヲ區別スルノ理由ヲ了解スル能ハサルナリ

## 第二款 犯罪ノ無意思

### 第一項 犯罪ノ意思

辨別心ト自由力ハ犯罪ノ責任ヲ構成スル必要條件タリ若シ二者其一ヲ缺亡センカ如何ナル種類ノ犯罪ヲ行フモ犯人ハ決シテ其責メニ任スル者ニ非ラス蓋シ犯人ニ於テ其爲ス所ノ行爲ノ何事タルヲ解スル智識ナシ又其爲スト爲サ、ルノ自由ヲ有セスシテ行フタル所爲ハ假令ヒ刑法ノ禁制命令ニ違犯シタルモノタルヲ免レスト雖トモ犯人ニ歸ス可キ罪過ノ存スルナキヲ以テ犯人ハ其行爲ヨリ生スル結果ヲ負擔スルノ責任ナキナリ即チ事實上ヨリ觀察スレハ犯罪行爲ハ完全ニ成立スト雖トモ犯人ノ身上ヨリ論スレハ犯罪責任ハ成立セサルナリ夫レ然ラハ則チ辨別心ト自由力ノ二要素ヲ具備スルトキハ常ニ犯罪ノ責任ヲ構成ス可シトナス乎若シ犯

犯罪ノ無意思  
犯罪ノ意思

人ハ其爲ス行爲ノ善惡ヲ識別シ又之レヲ爲スニ付自由ノ決心ヲ有スルモ  
 罪ヲ犯スノ意思即チ刑法ノ禁制命令ニ違犯スルノ念慮ナクシテ偶然犯罪  
 ナ行フニ至リタルトキハ犯人ハ其善意ヲ主張シテ而シテ犯罪ノ責任ヲ免  
 レルコト能ハサル乎凡ソ如何ナル智能ヲ有スルモ又如何ナル自斷力ヲ具  
 フルモ之レカ使用ヲ誤ツテ其目的ト相齟齬スル結果ヲ生シタル場合ニ於  
 テハ殆ト辨別心又ハ自斷力ナキ場合ト異ナル所ナシ是ニ於テ乎犯罪ノ意  
 思モ亦犯罪ノ責任上影響ヲ及ホスコト甚タ大ナルヲ知ル隨テ犯罪ノ定義  
 ナ明ラカニスルノ必要アルコト彼ノ強制ノ場合ニ於ケルカ如シ  
 犯罪ノ定義 犯罪ノ意思トハ一定ノ犯罪行爲ニ對シテ決心ノ向フ所ヲ謂  
 フ之ヲ換言スレハ不正ノ行爲タルコトヲ知リテ特ニ之ヲ行ハントスル自  
 由ノ決心ヲ爲ストキハ犯罪ノ意思アリト謂フ犯罪ノ意思ハ犯罪ヲ行フノ  
 決心ヲ謂フモノナリトセハ犯罪ハ即チ此決心ヨリ出ツルヲ以テ此決心ヨ  
 リ出テサル行爲ハ假令ヒ犯罪ヲ構成スルニ足ルモ未タ以テ犯人ノ責任ヲ

犯罪ノ責任  
 責任ノ例外  
 犯罪ノ無能力

論スルニ足ラサルナリ蓋シ犯罪ノ意思ハ犯罪ノ決心ニ外ナラスシテ而シ  
 テ犯罪ノ決心ハ即チ犯罪行爲ヲ爲スト爲サルノ自斷力ノ使用ニ係リ而  
 シテ其自斷力ヲ以テ之ヲ犯罪ニ使用セサルトキハ自斷力ノナキ場合ト異  
 ナル所ナキナリ  
 犯罪決心ノ方向ニ二途アリ第一犯人其爲ス行爲ノ不正ヲ知りテ而シテ特  
 更ニ之レヲ決行セント欲スルトキハ犯罪ノ意思即チ罪過ヲ爲スノ決意アリ  
 リト謂フ此ノ犯罪ノ發スル所其經過ヲ異ニスルニ因リテ二個ノ名稱生ス  
 即チ犯人ノ熟考ヨリ發スル犯罪ヲ名クテ豫謀ノ犯罪ト謂ヒ偶然猛發スル  
 犯罪ヲ名クテ特別ノ犯罪ト謂フ例之ハ殺人罪ヲ犯スニ當リ人ヲ謀殺セン  
 ト欲スルトキハ即チ豫謀ノ犯罪ノ發動ニ係リ故殺ヲ爲サント欲スルトキ  
 ハ則チ特別犯罪ノ發動ニ屬スルカ如シ第二犯人ハ正當ノ行爲ナリト信シ  
 之ヲ爲サント欲シテ却テ不正ノ結果ヲ生シ犯罪ヲ成スコトアリ此場合ニ  
 於テ犯人ハ犯罪ヲ行フノ意思ヲ有セサルヲ以テ其犯罪ノ實メニ任スル者

ニ非ラス或ハ其當サニ遵守スヘキ義務ニ違背シタルノ怠慢アル場合ニ限  
 リ刑法特ニ之ヲ罰スルコトアリ此犯罪ヲ名クテ無意犯ト謂フ過失罪即チ  
 是ナリ刑法ノ學問上有意犯ト無意犯ノ區別ヲ爲スニ至リタルハ蓋シ犯罪  
 ノ決心其方向ヲ異ニスルノ結果ニ外ナラサルナリ  
 元來犯罪ノ意思ハ犯罪ノ決心ニ同シキコト亦已ニ論スル所ナリ然ラハ則  
 チ犯罪ノ意思ナキ行爲ハ即チ犯罪ノ決心ナキ行爲タルヲ以テ凡ソ無意犯  
 ト稱ス可キ犯罪ニハ責任ノ要素タル自斷力ノ缺亡ヲ生シ隨テ無意犯ハ之  
 チ罰スルノ理由ナキニ似タリ抑々犯罪ノ意思ト自斷力ハ全ク相混化シテ  
 之ヲ區別スルノ道ナキ乎之ヲ換言スレハ犯罪ノ意思ヲ缺キタル行爲ハ自  
 斷力ヲ缺キタル行爲即チ強制ヨリ出テタル行爲ト全ク相同シキ乎若シ此  
 二者相同シトセハ則チ刑法ハ單ニ強制ノ場合ヲ規定スルノミニテ可ナリ  
 別ニ犯罪ノ意思ナキ場合ヲ規定スルノ必要ヲ見サルナリ果シテ犯罪ノ意  
 思缺亡シタル場合ニ於テハ自斷力獨リ存スル能ハサルカ請フ例ヲ擧ケテ

少シク二者ノ區別ヲ論究セシ

例之ハ獵夫銃ヲ發シ鹿ヲ射撃セント欲シテ過テ樵夫ヲ銃殺シタル場合ノ  
 如シ又一少年瓦石ヲ弄シテ誤テ通行人ニ命中シテ之ヲ負傷セシメタル場  
 合ノ如シ凡ソ如斯場合ニ於テ獵夫ハ樵夫ヲ銃殺セント欲スルノ意思ヲ有  
 セシ者ニ非ラス又少年ハ通行人ヲ負傷セシムルノ意思ヲ有シタル者ニ非  
 ラサルナリ即チ此二人ノ者ハ初メヨリ樵夫ヲ銃殺シ通行人ヲ負傷セシメ  
 ント欲スルノ決心ヲ以テ特ニ銃ヲ發シ又瓦石ヲ投シタル者ニ非ラス其殺  
 害負傷ノ行爲ハ實ニ偶然ノ結果ニシテ犯人ノ豫想外ニ出テタルモノニア  
 ラスハアラス然レトモ此獵夫此少年ハ初メヨリ銃ヲ發シテ鹿ヲ射撃ス  
 ルノ正當ノ行爲タルコトヲ信シ又瓦石ヲ弄スルノ不正ノ行爲ニ非ラサル  
 コトヲ信シ特ニ之ヲ行ハント欲スルノ決心ヲ以テ之ヲ行フタル者ナレハ  
 辨別心アリ自由力アル者ノ行爲ナリト謂ハサルヲ得ス即チ強制ニ出テタ  
 ル行爲ニモ非ラサレハ知覺精神ノ喪失ニ因ル行爲ニモ非ラサルナリ之ヲ