日本刑法講義

日本法學博士
佛國大學法律博士 井上正一講義
川淵龍起
山田豐策 執筆

明治二十一年五月印行

28.7

宮内省圖書寮

高等師範學校圖書館

明治文庫 3977

昭57.11

G 2446

26.7.14

東京帝國大學圖書館

G 2446
26. 7. 14
國立北平圖書館

一本書ハ曩ニ日本法學博士佛蘭西大學法律博士井上正一先生ノ講義セラレタルヲ余等ノ隨時筆錄シタルモノニ係ル知己ノ諸氏治罪法講義ト共ニ之ヲ剞劂ニ付シテ時習ニ便センコヲ切望セラル余等又窃ニ以爲ク凡ソ刑事法典ノ解說世其書ニ匱カラスト雖モ先生ノ博識卓見ナル其間自カラ一家ノ說ヲ爲ス者アリ加旃講說ノ躰敢テ夫ノ世間逐條義ヲ付スルノ顰ニ倣ハス專ハラ學理ノ順序ニ基キ篇章ヲ束テ縱橫論辯殆ント餘蘊ヲ遺サス齡テ滋旨アル者先生特リ其美ヲ恣ニス今本書ヲ筐底ニ秘シテ獨リ其益ヲ受ルニ止ムカ如キハ洵ニ余等ノ素志ニアラスト於是先生ニ請テ更ニ之ヲ訂正校補シ遂ニ刊行シテ以テ一ニハ知己諸氏ノ望ニ副ヒ一ニハ世間法律ヲ學フ者ノ資補タランヲヲ

唯其立論ノ高尚ナル叙述ノ井然タルハ世間自カラ公評ノ在ルアリ余等敢テ此ニ贅セス然リト雖モ唯窃ニ恐ル余等淺學不文加フルニ惚恪ノ際或ハ魯魚ノ誤謬アランヿヲ若夫レ章句ノ間筆端局蹙文詞晦澁ノ罪ハ余等甘ノ其責ニ當ラント欲ス但文ヲ以テ先生ノ意ヲ害セサルヿハ余等ノ復窃ニ期スル所ナリ

一本書ハ大抵一千ページヲ以テ完結スルノ豫定ナリ然レモ淨寫等ノ都合ニ依リ前後五回ニ別テ出版スルヿト爲シ今回先ツ其第一號ヲ刊行セリ其第二號以下ハ將ニ順次發刊セントス

明治二十年七月

執筆者識

日本刑法講義目次

第一編 刑法總論目次

第一章 緒言 一丁

第二章 社會刑罰權ヲ論ス 六丁

第三章 刑法ノ性質及効力ヲ論ス 三十九丁

第一款 刑法ノ性質ヲ論ス 三十九丁

第二款 刑法ノ及フヘキ所爲ヲ論ス 四十八丁

第三款 刑法ノ及フヘキ時ヲ論ス 六十五丁

第四款 刑法ノ及フヘキ地及人ヲ論ス 百十二丁

第二編 犯罪論

第一章 犯罪ノ意思及ヒ未遂犯罪ヲ論ス 百三十六丁

第二章 犯罪構成ノ原素ヲ論ス 百七十二丁

第三章　犯罪者ノ責任ヲ論ス　二百九十九丁
第一欵　辨知力ヲ論ス　二百三丁
第一節　精神錯亂　二百三丁
第二節　幼年者　二百十一丁
第三節　瘖啞者　二百十八丁
第二欵　自由力ヲ論ス　二百二十丁
第一節　强制　二百二十丁
第一項　有形上ノ强制　二百二十二丁
第二項　無形上ノ强制　二百二十四丁
第二節　正當防衛　二百四十八丁
第一項　身體ニ關スル正當防衛　二百四十八丁
第二項　財產ニ關スル正當防衛　二百六十丁
第三節　正當官憲ノ命令　二百九十五丁
第四章　犯罪ノ區別ヲ論ス　三百十五丁
第一　重罪輕罪及ヒ違警罪　三百十五丁
第二　有意犯及ヒ無意犯　三百二十四丁
第三　即時犯及ヒ繼續犯　三百二十五丁
第四　單行犯及ヒ慣行犯　三百三十六丁
第五　行犯及ヒ不行犯　三百四十丁
第六　現行犯及ヒ非現行犯　三百四十一丁
第七　國事犯及ヒ非國事犯　三百四十五丁
第八　附帶犯及ヒ非附帶犯　三百五十丁
第九　普通犯及ヒ特別犯　三百五十五丁

第一章　刑罰ニ希望ス可キ性質ヲ論ス　三百六十三丁
第二章　刑罰及ヒ其處分ヲ論ス
第一款　主刑ヲ論ス
第一節　重罪ノ主刑
第一項　死刑　三百七十二丁
第二項　無期刑　三百七十二丁
第三項　有期刑　三百九十一丁
第二節　輕罪ノ主刑　四百十四丁
第一項　禁錮　四百五十四丁
第二項　罰金　四百五十七丁
第三節　違警罪ノ刑　四百五十九丁
第二款　附加刑ヲ論ス　四百八十七丁
第一節　重罪ノ附加刑　四百八十八丁
第一項　剝奪公權　四百八十九丁
第二項　禁治産　同　丁
第二節　輕罪ノ附加刑　五百十八丁
第一項　停止公權　五百二十四丁
第二項　罰金　五百二十四丁
第三節　重罪輕罪ニ普通ノ附加刑　五百三十二丁
第一項　監視　同　丁
第二項　沒收　同　丁
第三章　刑ノ減輕及ヒ加重ヲ論ス　五百三十八丁
第一款　加減例ヲ論ス　五百五十四丁
第二款　一般ノ宥恕減輕ヲ論ス　五百五十四丁
　　一般ノ宥恕減輕ヲ論ス　五百七十一丁

第三款　特別ノ宥恕減輕ヲ論ス　五百八十六丁
第四款　自首減輕ヲ論ス　六百八丁
第五款　酌量減輕ヲ論ス　六百二十丁
第六款　刑ノ加重ヲ論ス　六百二十一丁
第一節　再犯加重　同　丁
第二節　特別加重　六百三十七丁
第七疑　加減順序ヲ論ス　六百三十九丁
第四章　刑ノ停止及ヒ消滅ヲ論ス　六百四十九丁
第一款　刑ノ停止ヲ論ス　同　丁
第二款　刑ノ消滅ヲ論ス　六百五十九丁
第一節　期滿免除　同　丁
第二節　復權　六百八十五丁
第三節　大赦及ヒ特赦　六百九十二丁
第五章　數罪俱發ヲ論ス　六百九十六丁
第六章　數人共犯ヲ論ス　七百二十四丁
第一款　正犯　同　丁
第二款　從犯　七百五十三丁

最高裁判所圖書館印

日本刑法講義

日本法學博士
佛蘭西大學法律博士　井上正一　講義
川淵龍起　執筆
山田豐策

第一編

第一章　緒言

○今也予ハ玆ニ諸君ト共ニ法律ヲ講究スルノ好機ニ際會シタリ是レ予ノ深ク喜ヒ且ツ榮トスル所ナルニ拘ラス唯ダ窃ニ自カラ恐ル識見淺膚ニシテ講説完全ナラス言語拙劣ニシテ意思ヲ罄スニ充分ナラサルヲ然リト雖モ只一意講説ニ從事シテ敢テ日子ト勤勞トヲ吝マサルハ則チ予カ諸君ニ對シテ玆ニ豫メ明言シ得ヘシト信スル所ナリ蓋シ

法律ノ者タル微旨深淵ナリ固ヨリ輒ク造詣シ得ヘシト速了スヘカラス視ヨ彼ノ哲學者法學者ノ論說各其揆ヲ一ニセサルヲ、又視ヨ昨夕認テ以テ眞理ナリトシタルモノ今朝之カ誤謬ヲ發見スルモノアルヲ、是レ豈ニ法律ノ輒ク造詣シ得ヘカラサルノ的證ニアラスヤ此ニ依テ之ヲ觀レハ今日ノ眞理タルモノ焉ゾ他日ノ非理タルヲ知ランヤ然リト雖モ予ノ見ヲシテ幸ニ大過ナカラシメン乎法學ノ目的ハ究竟左ノ二語ニ過キサル可シ曰ク自己ノ權內ニ在テ運動ス可シ、他人ノ權利ヲ侵蝕スヘカラス、ト是也

斯ク汎言シ去レハ事甚タ簡單ナルカ如シト雖モ深ク法理ノ在ル所ヲ逐ヒ、遠ク理由ノ基ク所ヲ討子ントスルニ於テハ古來學者ノ難ンスル所、諸君須ク黽勉ス可シ庶幾クハ大

成ヲ他日ニ期スルヿヲ得ン

但シ予ハ玆ニ諸君ノ爲メニ法學黽勉ノ方法ヲ告ケント欲ス蓋シ彼ノ讀書ニ眠リテ讀書ニ起キ通宵殆ント咿唔ノ聲ヲ絕タサルモ徒ラニ歷史ヲ讀過スルト一般ナルカ如キハ法學研究上寧ロ其裨益鮮キカ如シ去レハ予ハ之ヲ以テ法學黽勉ノ方法ヲ得タルモノト信セス何トナレハ則チ諺ニ所謂上ハ走リニシテ果メ其法理ヲ解得シ之ヲ腦漿ニ記憶シタリトスルニ於テ未タ遽カニ首肯スルヲ得サレハナリ故ニ法學者ノ誠意正ニ勉ムヘキモノハ則チ其識別力ヲ伸暢スルト同時ニ記憶力ヲ養成スルニ在リ彼此決メ偏重偏輕アル可ラスト云フヿ是也

何ヲカ識別力ヲ伸暢スルト云フ乎他ナシ其見聞シタル事

項ニ付キ未タ其理由ヲ解得セサルモノアレハ深思熟考必ス其之ヲ得ルヲ期シ苟モ之ヲ忽諸ニ付セス或ハ書ニ就キ或ハ人ニ依テ之ヲ研究スル是ナリ夫レ如此シテ已マスンハ乃チ其得ル所夏カニ意想ノ外ニ出ルモノアラン歟

何ヲカ記臆力ヲ養成スルト云フ乎他ナシ其見聞シタルモノヲ温習シ勉テ之ヲ遺忘セサルニ注意スル是ナリ夫レ人其見聞シタルモノヲ再三思シ深ク之ヲ記臆ニ留ムルヲ勉ムレハ則チ其始メ甚タ難事ナルヲ感シタルニ關ラス遂ニ慣習殆ント性トナリ一ヨリ十ニ十ヨリ百ニ記臆ノ甚タ容易ナルヲ知リテ其難事ナラサルヲ見ルノ期アルベシ

然リ而之ヲ爲サンニハ注意ヲ以テ最モ必要トス注意ハ畢竟嗜好ヨリ生ス苟モ好マザレハ注意セス注意セサレハ則

チ識別力伸暢セス記臆力衰耗ス夫レ諸君ハ法學生タリ法學ヲ以テ社會ニ見ヘンコヲ熟望スル者ナリ豈ニ法學ヲ好マサランヤ果メ之ヲ好ムカ焉ソ其注意ヲ欠クコアラン是レ予カ諸君ノ前途ニ望ム甚タ大ナル所以ナリ

而メ予ハ尚ホ一言以テ諸君ノ注意ヲ惹カント欲スルモノアリ他ナシ凡ソ始メテ法學ニ從事スル者ハ專心一意他ノ學理ヲ顧ミサルヲ以テ尤モ必要トス(稍ヤ成達スル所アレハ宜ク他ノ學理ヲ講究スヘキコ勿論ナリ)加之ナラス法學研究上ニ於テモ此能力ヲ用フルコ彼ノ能力ヲ用フルヨリ強ク即チ一部ノ能力他部ノ能力ヲ壓却スル等ノコナキヲ肝要トス例ヘハ識別力ノ伸暢ヲ專ラニシテ記臆力ノ養成ヲ忽セニスルカ如キ是也

以上説示シタル所ハ予カ法律講義ヲナスニ方リ豫メ諸君ノ注意ヲ喚起シタルニ過キスコレ或ハ無用ノ辨ニ似タリト雖ヒ予豈ニ敢テ徒ニ辨ヲ好ム者ナランヤ曾テ聊カ感スル所アレハナリ

今此ノ緒言ヲ曷ルニ方リ豫メ茲ニ予カ講義ノ方法ヲ告ケ置クベシ蓋シ世ノ法律ヲ説ク者多クハ逐條講義方ニ依レリ此講義法タルヤ亦便益ナキニアラス然リト雖ヒ凡ソ法律ハ一條一項ヲ以テ必スシモ一事項ヲ規定シ得ルモノニアラサレハ彼此相牽キ甲條乙條ト相聯ルヿ比々皆ナ然ラサルハナシ而メ刑法ニ於テハ殊ニ甚シトスコレ予カ其方法ニ依ラサル所以ナリ

第二章　社會刑罰權論

○抑〻或ハ一己人ニ於テ法律規則ノ禁止シタルヿヲ行ヒ又ハ命令シタルヿヲ行ハサル場合ニ於テ社會ハ之ヲ犯罪者ナリトナシ或ハ其人ノ名譽ヲ汚損シ又ハ其財産ト自由ヲ剝奪シ若クハ其性命ヲ失ハシムル等ノ事ヲ爲シ得ルヤ否ヤ即チ刑罰ヲ其身躰又ハ財産ニ對シテ當行シ得ルノ權アリヤ果メ之アリトスレハ則チ如何ナル理由ニ基ケル乎又其刑罰權ハ認メテ正當ナリトナスヘキ乎此主論タル翹ニ單純ノ理論ノミニアラス其論決ハ即チ刑法創定及ヒ成法解釋ノ上ニ於テ大ナル關係ヲ有スルモノタリ學者此レヲ稱シテ社會刑罰論又ハ社會用刑論ト云フ

○之ヲ事實ニ徵スルニ古來何レノ國ト雖ヒ此刑罰權ヲ實行セサル所アルヿナシ然レヒ事實ハ則チ法理ニアラス萬

國舉ナ之ヲ實行セリト云フノミヲ以テ未タ此權ノ果メ正當ナル所以ヲ證明スルニ足ラス故ニ其基礎ヲ探求セント欲セハ之ヲ法理ニ問フニ非レハ到底之ヲ決定スルニ由ナシ世ノ哲學者法學者及著述家ニ於テ社會ニ此刑罰權アルノ自然ニシテ且正當ナル所以ヲ論シテ何レモ其論決ヲ同一ニスルニ拘ラス特リ其立論ノ主義ニ至テハ各々涇渭ノ別アリ乞フ之ヲ左ニ述ン

○第一社會復讐ノ說　此說ヲ唱導スル者ノ言ニ曰ク凡ソ人匪眦ノ讐ト雖モ必ス之ヲ復スルヿヲ得ルハ蓋シ人民天賦ノ權利ナリ況ンヤ更ニ其重大ナルモノニ於テハ之カ復讐ヲ爲シ得ルヿ少モ疑ヲ容レス然レモ之ヲ人民各個ノ自由ニ放任スルヽハ人々交モ相嫉視シ其極遂ニ社會ヲ舉テ

鬪爭ノ場タラサルヲ得ス故ニ社會ハ其被害者ノ爲メニ代テ之カ復讐ヲ爲スモノトセリ是レ社會刑罰權ノ起ル所以ナリト

然レモ此說ハ畢竟憎惡ノ私心ニ胎胎シタルモノニシテ固ヨリ公平正直ノ法理ニ背戻スルモノナレハ今世法理的ノ進歩ト共ニ此說ヲ唱フルモノ其跡ヲ絶ツニ至レリ

○第二民約ノ說　此說ヲ別テ二說トナス

第一說ニ曰ク昔時社會ノ未タ組成セラレサル以前ニ在テハ人民各自他ノ加害ヲ防衛スルノ權ヲ有セシト雖モ其約シテ社會ヲ組成スルニ當テヤ人民各自ノ防衛權ヲ舉テ之ヲ社會ノ公權ニ委托シ苟モ事機緊急ニシテ社會ノ公權ヲ仰クノ暇ナキ時ニアラサレハ決シテ自カラ防

衛權ヲ用フルヿナカルヘキ旨ヲ約シタリ是レ社會刑罰權ヲ生シタル由來ナリト

此說ノ非ナルヿハ敢テ喋々ノ論述ヲ要セサルヘシ抑〻所謂民約ナルモノハ事實上未タ其徵證ヲ視サルノミナラス又理論ヲ以テスルモ實際此ノ如キヿアルヘキ理ナシ夫レ社會ハ決シテ人造ニアラス事ノ天然ニ出ルモノナリ何トナレハ相愛交際ハ素ト人類ノ天性ナレハナリ今試ニ數步ヲ退テ事實民約アリト假定セン乎其約ニ與リシモノヽ當ニ其約ヲ履行スヘキハ勿論ナリトスルモ外國人ハ素ト其約ニ與カラサレハ之ヲ制裁スルニ其道ナケン夫レ法律ハ其國土ノ治道ニ欠クヘカラサルモノニアラスヤ否ナ法律ハ內國人ト外國人トノ間ニ於テ固ヨリ涇渭ノ別ヲ置クヿ

ナク均ク之ヲ適用スルヲ以テ其性質トナス然ラハ則チ民約ニ與カラストテ之ヲ度外ニ置クヿヲ得サルヘシ

彼ノ治外法權ハ外國人ヲ制裁スルノ罪礙ニシテ現ニ我東洋諸國ニ實行セラルヽ所ナリト雖モ其正理ニ反シ人情ニ戾ルモノナルヿハ夙ニ識者ノ論議スル所ナレハ早晚此カ廢滅ヲ見ルヘキヿハ予ノ確信スル所ナリ其レ然リ然ラハ則治外法權ハ姑ク之ヲ例外トナサヽルヿ可ラサルヤ勿論ナリトス

又此說ハ防衛權ニ基因スト雖モ防衛權ト刑罰權トハ決ソ之ヲ同視スルヿヲ得サル者タリ則チ左ノ如シ

第一　防衛權ハ危急ノ際ニ生シ其以後ニ存在セス例ヘハ人ノ予ヲ毆打シ又ハ殺害セントスルニ際シテハ自力ヲ用

テ其防衛ヲ爲サヽルヲ得スト雖モ其危害已ニ去リタルトキハ最早防衛ノ必要ナキカ如シ是レ其以後ニ存在セサル所以ナリ刑罰權ハ則チ之レニ異ナリ特リ加害ノ時ニ生スルノミニアラス尙ホ後日ニ存在スルモノトス

第二　防衛權ハ縱令ヒ加害者ニ於テ精神完全ナラサル時又ハ全ク精神ヲ具有セサル時更ニ一歩ヲ進テ其加害者ハ人類ニアラサル時ト雖モ毫モ區別スル所ナク齊ク之ヲ撞揮スルヿヲ得之レニ反シテ刑罰權ハ概シテ完全ノ精神ヲ具備シタル加害者ニ非サレハ之ヲ當行スルヿナシ況ンヤ人類ニアラサル者ニ對シテヲヤ

第三　防衛權ニ付テハ防衛者ノ智識必スシモ加害者ニ優ルニアラス又防衛權ハ畢竟反動力ヲ使用スルニ外ナラサレハ其度加害ノ度ニ比シテ却テ過大ナルヿ實際之レナキヲ保セス之ニ反シテ刑罰權ハ裁判官ノ操縱適用スル所、而ノ裁判官ハ其加害者即チ刑罰ヲ受クル者ニ比シテ其智識ト道理ニ富メルヤ更ニ論ヲ竢タス然レハ則其法律ヲ擬スルニ於テモ亦夫ノ防衛者ノ如ク過度ニ失スルノ憂ナキヤ晰ケシ

之ヲ要スルニ以上論述シタルカ如ク甲說ハ決メ正鵠ヲ得タルモノニアラサルナリ

第二說ニ曰ク人社會ノ組合ニ入ルトキニ於テ以後若シ社會ノ成法ヲ犯シタルトキハ社會ハ直ニ己レヲ罰スルノ權アルベシト豫メ契約シ即チ己レヲ罰スルノ權ヲ以テ社會ニ讓與シタルモノナリト是レルーソー等ノ唱道スル

所ナリ

此説モ亦甲説ト同ク歴史上及ヒ理論上ニ於テ曾テ民約ノ形跡アルヿナキノミナラス凡ソ人類ノ相寄リ相集テ部落ヲ成シ社會ヲ成ス所以ノモノハ素ト其自然ニ基クモノニシテ決シテ人作ニアラスト云フヲ以テ其説ノ非タルヲ證明シ得ベシト思惟スルナリ

今假リニ民約ノ事實アリタリトスルモ外國人ハ其約ニ與カラサルヲ以テ之ヲ罰スルヿ克ハサルノ不都合アルヿ猶ホ甲説ニ異ナラサルモノトス

論者復タ人民ハ自カラ刑罰權ヲ社會ニ讓與セリト云フト雖ヒ抑〻人民ハ各自カラ刑罰ヲ受クルノ權即チ之ヲ小ニシテハ財産之ヲ大ニシテハ名譽自由性命ヲモ擧テ豫メ社

會ニ放任スルヿヲ得ルノ權アリヤ果ソ之レアリトスレハ其理由如何是レ社會刑罰權ノ原理ヲ明カニセント欲シテ又更ニ焉ヨリ甚シキ難問ヲ生シタルニ過キス而ソ予ノ見ヲ以テスレハ人民ハ己レノ名譽自由性命ニ關シ社會ニ對シテ豫メ之ヲ抛棄センヿヲ約スルヲ得サルモノト信スルナリ

○第三社會防衛ノ説　此説ヲ唱フル者ハ曰ク社會ハ元ト人生自然ノ法ニ適スルモノニシテ又自カラ保存スルノ權アリ既ニ保存ノ權アリトスレハ復タ自カラ防衛スルノ權ナカル可ラス彼ノ犯罪者ヲ罰スルカ如キハ即チ其防衛權ヲ擢揮スルニ外ナラサルナリト

然レヒ此社會防衛説ヲ以テ夫ノ民約防衛ノ説ト同視ス可

ラス蓋シ民約防衛ノ説ハ既ニ説示シタルカ如ク人民各有スル所ノ權即チ身躰財産等ヲ保存スルノ權ヲ擧テ之ヲ社會ニ一任シ社會ハ乃チ各人民ニ代リテ其刑罰權ヲ實行スル者ナリト云フノ主義ニ外ナラス社會防衛ノ説ハ則チ之レニ異ナリ社會ハ各人民ノ爲メニ代理スルモノニアラス而メ社會躬カラ其保存權ヲ行ヒ以テ害物ヲ防衛シ及ヒ刑罰ヲ執行スルモノナリト云フニアレハナリ

或ハ此社會防衛權ヲ以テ之ヲ彼ノ通常防衛權ナルモノト分別センカ爲メニ名ケテ社會間接防衛權ト稱スル者アリ蓋シ通常ノ防衛權ハ現在ノ加害ヲ防衛スルカ爲メニ之ヲ使用スルト雖ヒ決シテ未來即チ以後ノ加害ヲ防衛スル者ニアラス之ニ反シテ社會防衛權ハ之ヲ以テ害惡ヲ未發ニ

豫防スル者ニシテ則チ其既ニ害惡ヲ爲シ罪ヲ犯シタルモノヲ懲戒シテ未來ノ將ニ此レニ倣ハントスル他ノ者ヲ鑑戒スルノ趣旨ニ出ルナリ

此社會防衛説ノ趣旨果メ他人ノ鑑戒ニ在リトセン乎コレ必竟恐嚇手段ニ異ナラス已ニ恐嚇手段タリ其刑罰ノ嚴酷ニ流ルヽヤ固ヨリ論ヲ竢タス加之ナラス苟モ恐嚇ノ趣旨ニ因レハ其數々アルヘキ犯罪設ヘハ窃盗ノ如キハ夫ノ稀ニ見ル所ノ罪即チ尊屬親ヲ殺傷シタルノ罪ヨリ重キ刑罰ヲ用ヒサルヲ得サルニ至ラン天下豈ニ如此ノ法理アランヤコレ予カ此説ヲ採ラサル所以ナリ

○第四無責任ノ説　此説ニ曰ク凡ソ罪ヲ犯ス者ハ則チ刑罰ヲ受クルノ責任ナキ者ナリ故ニ社會ハ之ヲ罰スルノ權

ナシ其理由タル凡ソ犯罪人ハ固ヨリ完全ノ智能ヲ有セサル者ニシテ或ハ身躰不完全ナルヨリ例ヘハ情慾ノ爲メニ支配セラレ斯々ノ所爲ヲ自禁スルノ自由ナキ者アリ或ハ無智蒙昧ニシテ道理ノ何者タルヲ辨セサル者アリ是レ曷ソ禽獸ト異ナラン社會豈ニ其禽獸ヲ罰スルノ理アランヤト此説ノ過激タル固ヨリ論ヲ俟タスト雖モ亦タ稍々事實ニ適スル所ナキニアラス

予ノ佛國ニ留學中千八百七十八年ノ巴黎萬國大博覽會ニ遊ヒ塲ニ謀殺犯人ノ腦蓋三十五個ヲ陳列セルヲ見タリ依テ仔細ニ之ヲ閲スルニ該腦蓋ハ何レモ通常人ヨリ大ナルニモ拘ハラス性理學者ノ所謂思考力ノ發生スル所即チ腦漿ハ極メテ狹小ニシテ働爲力ノ發動スル所ノ部分即チ腦

蓋ノ兩側痛ク膨脹セリ是レ其思考力ノ乏シクシテ却テ働爲力ノ盛ナリシヿ恰モ往古蠻野ノ人種ニ髣髴タルノ徵證ナリト謂ヘリ然レハ則チ夫ノ犯罪人ハ智慮ナキモノナリ即チ禽獸ト同一ナリトノ説ハ固ヨリ其過激ニ失スルモノトスルモ犯罪人ハ則チ完全ノ智能ナキ者ナレハ刑罰ヲ受クルノ責任ナキ者ナリト云ヘル主説ハ强チ無稽ノ鑿説ナリト一抹スヘカラサルモノニ似タリ

然リト雖モ予ハ亦此説ヲ以テ其當ヲ得タルモノト信セス何トナレハ則凡ソ其犯罪者ナルト否ヲ問ハス其無智無能力ナル者ハ畢竟例外ニシテ其智慮アリ能力アル者ハ即チ尋常一般タレハナリ焉ゾ犯罪者ハ即チ無智無能力者ナリト汎言スルヲ得ン況ンヤ彼ノ貨幣偽造文書偽造若クハ詐

欺取財犯ノ如キハ寧ロ常人ニ勝ルノ技倆ト能力ヲ要スルニアラサレハ之ヲ犯スヿ能ハサル者アルニ於テヲヤ

尚又一方ヨリ之ヲ考フルモ若シ果シテ惣テノ犯罪者ハ其身躰不完全ニシテ情慾ニ制セラレ又ハ能力不充分ニシテ是非ヲ辨別スルヿ能ハストスレハコレ畢竟一ノ病者タルニ外ナラス然レハ則社會ハ宜ク之ヲ醫治スルノ策ヲ講セサル可ラス而メ刑罰ハ即チ此醫治ノ方法ナリ然ルニ苟モ之ヲ罰スルヿヲ得ストセハ法律ヲ犯ス者ハ惣テ責任ナキ者ナリ何トナレハ法律ヲ犯ス者ハ皆ナ自己ノ情慾ノ爲メニ制セラレ又ハ能力不充分ニシテ是非ヲ辨別スルヿ能ハサル者ナルヘケレハナリ斯ノ如キ論決ヲ爲ストキハ法律ハ無用ニ属スヘシ法律ノ無用ニ歸シ其効力ヲ施スヿ能ハサルニ至レハ社會ノ秩序ヲ保維セント欲スルモ又得ヘカラサルナリ而メ予ト雖ヒ刑罰ハ懲戒ヲ主トシテ犯罪者ノ病根ヲ醫治スルヿハ素ヨリ其重要ナル希望スヘキノ性質ナリト信ス然レヒ藥石ニ因リ醫治スルヲ以テ良策ナリト思考セサルナリ

○第五最大多數ノ利益説　此レ社會最大多數ノ利益アレハ縱令ヒ少數人民ノ權利ヲ枉屈スルヿアルモ仍ホ刑罰ヲ執行スルノ權アリト云ヘル主説ナリ

想フニ此説ハ寧ロ少數人民ヲ害スルモ多數ノ人民ヲ利益セシムヘシト云フニ在リテ其多數人民ニ利益アルトキハ無罪ノ人ト雖ヒ之ヲ罰スルヿヲ得ヘシトスルモノナレハ其正理公道ニ適合セサルヤ多辨ヲ竢テ後知ラサルナリ故ニ

予ハ亦此説ヲ是認セス

○第六正義ノ説　此レ純然タル道德ヲ以テ刑罰權ノ基礎ナリトスルニ在リ曰ク善ヲ賞シ惡ヲ懲ラスハ人間自然ノ情ナリ然レハ則惡事ヲ行ヒ道德ニ反スル者アレハ社會ハ人情ニ基テ之ヲ處罰シ得ルヿ固ヨリ其所ナリ故ニ今試ミニ社會ヲ解散シタリト假想スルモ斯道德ノ爲メニ仍ホ道德ノ犯人ヲ罰スルヿヲ得可シト然レヒ道德ト法律トハ決メ之ヲ同視ス可ラス今ヤ其區別ノ要略ヲ左ニ説示セン

道德ニハ自己ニ對スルノ義務アリ又他人ニ對スルノ義務アリト雖ヒ法律ハ唯タ他人ニ對スルノ義務アル而已故ニ純然タル道德ヲ以テ刑罰ノ基礎トナスヒハ未タ行爲

ニ現ハレサル事柄即チ惡意ヲモ亦タ之ヲ罰セサルヘカラサルニ至ラン然レヒ特リ人ノ意思ハ目得テ視ル可ラス耳得テ聞ク可ラサルヲ奈何セン

去レハ其惡意ノ既ニ行爲ニ形ハルヽアリテ爲メニ社會ノ損害ヲ來シタルニアラサルヨリハ法律ハ決メ之ヲ罰スルヿヲ得サルモノト思惟セサル可ラス是レ予カ此ノ正義説亦採ルヘカラストスル所以ナリ

○第七折衷ノ説　此説ハ道德ト社會ノ利益トヲ中和シタルモノニシテ現今法學ノ領袖タル諸學者多ク之ヲ唱道セリ

此説ニ因レハ即チ左ノ結果ヲ生ス

曰ク道德ニ背戻セサレハ罰セス

曰ク道德ニ背戻スルモ必スシモ罰セス

曰ク道德ニ背戻シ社會ノ利益ヲ害シタル時ハ處罰ス

是也是ニ由テ之ヲ觀レハ所謂折衷說ハ道德ヲ以テ主タル基礎トナシ社會ノ利益ヲ以テ之ヲ制限シタル者ナリトス但シ社會ノ利益ハ其度ノ區域ヲ明認スルヿ酷ダ難キニ非サルヘキモ道德ヲ以テ主タル基礎トスルトキハ必ス人ノ思想ヲ討索セサルヲ得サルニ至ラン今一例ヲ揭テ之ヲ說明セン

玆ニ一個ノ貧者アリ方ニ飢餓ニ迫レリ自カラ禁セス窃ニ隣人ノ食物ヲ盜テ之ヲ食ヘリ既ニシテ自カラ其所爲ノ不正ナルヿヲ覺リ深ク改悛スル所アリトセン純然タル道德ヲ以テ論スレハ既ニ自カラ良心ノ刑罰ヲ受ケタルモノナ

レハ最早其罪ヲ消滅シタルモノト謂ハサルヲ得ス然リ而ノ理論上之ヲ不問ニ置ク可ラサルヿハ蓋シ學者ノ概子同意スル所ナルヘシ是ニ由テ之ヲ觀ルモ道德ヲ以テ刑罰ノ主タル基礎トナスヘカラサルヤ明ナリ且夫レ道德ヲ犯シタル者ハ良心自カラ安ンセス則チ已ニ上帝ノ刑罰ヲ受ケタルモノモアルヘシ或ハ然ラサル者モ亦之レアルヘシ然ラハ則之ヲ斟酌シテ以テ人定法ノ寬嚴ヲ量定セサル可ラス然レトモ是決メ吾人ノ敢テ能スル所ニアラサレハ則此折衷ノ說モ亦予ノ同意ヲ表スルヿニ遲疑スル所ナリ

○第八命令ノ說　此レ社會ノ構成ニ遡リテ立論シタルモノナリ蓋シ其說ニ曰ク凡ソ人ノ此社會ヲ成スヤ天然ニシテ人造ニアラス人ノ社會ニアルハ則チ其目的ヲ達センカ

爲メナリ苟モ其目的ヲ達セントスルニハ必スヤ自由即チ權利ヲ摧揮セサルヲ得ス然レ𪜈之ヲ各個人民ニ放任シ毫モ抑制スル所ナケレハ乃チ各個ノ自由權利ハ他ノ自由權利ト互ニ相牴觸シ牴觸ハ忽チ軋轢ト爲リ軋轢ノ生スル所、即チ爭鬪ノ存スル所タリ夫レ如是ナレハ幾ハクカ相率テ强喰弱肉ノ禽獸世界トナラサラン故ニ社會ノ安寧ヲ維持シ秩序ヲ紛亂セサラシメントスレバ到底政府ナキ能ハス已ニ政府アレハ茲ニ命令權即チ法律制定ノ權アリ此命令權ノ制定スル所ハ則チ各人相互ノ自由權利ヲ安全ニ保護スルモノニシテ即チ法律是ナリ然レ𪜈制裁ナキ命令即チ法律ハ以テ各人ノ自由權利ヲ保全スルニ足ラス否ナ無用ノ長物タルニ過キサルナリ於是乎刑罰ノ設アリ刑罰アリ

テ始メテ法律ニ實力アリ然レハ刑罰權ハ即チ社會ノ安寧ヲ維持シ吾人ノ自由權利ヲ保全スルヲ以テ目的トナシタル命令權ノ附屬權ニシテ翩ニ社會構成上必需ノモノナルノミナラス亦タ道德ト公道ニ適合スルモノタリ是レ社會刑罰權ノ在ル所由ナリト

此命令說ハ現今歐洲諸大家ノ交々是非スル所ナリト雖𪜈頗ル其論據アリ正ニ公道ニ適スルモノト信セラル去レハ余モ亦將ニ此說ヲ採用セントスルナリ

今茲ニ一ノ注意スヘキコアリ他ナシ第六說即チ正義ノ說ニ從ヘハ凡ソ法律ニ違犯スル所爲ハ必ス又同時ニ道德ニ背反シタルモノナリト謂ハサルヘカラス其レ然リ然リト雖𪜈事實決ソ其然ラサルモノアリ例ハ我カ刑法第二編第

三章第五節ニ記載シタル罪即チ私ニ軍用ノ銃礮彈藥ヲ製造シ及ヒ所有スル所爲ノ如キ又ハ同第五章第一節ニ記載シタル阿片烟ヲ輸入製造シ又ハ吸食シタル所爲ノ如キ又同章第三節傳染病豫防規則ニ關スル罪ノ如キ及ヒ第四編違警罪ノ各條ニ記載シタル犯罪中規則ヲ遵守セスシテ火藥其他破裂スヘキ物品ヲ市街ニ運搬シタル者又ハ是等ノ物品ヲ貯藏シタル者等ノ如キ何レモ若干ノ刑罰ヲ科セラルヘシト雖ヒ今試ニ此法律ノ正條ナキモノト假定セヨ誰カ是等ノ所爲ヲ以テ道德ニ背戻スルモノトセン乎是レニ由テ之ヲ觀レハ法律ニ違犯スル所爲未タ必スシモ道德ニ背戻セサルヤ晰ケシ故ニ唯法律ノ設ケアリテ然後之ニ違犯シタルヒ亦同時ニ道德ニ背戻セリト云フハ其レ或ハ然

ラン然レヒ純然タル道德ヲ以テ刑罰ノ基礎ヲ量定セントスルハ則チ未タ其可ヲ見サルナリ

又第七說即チ折衷ノ說ニ依テ之ヲ見ルニ凡ソ道德ナル者ハ一定ノ度ナカルヘカラサルモノナレハ苟モ折衷說ノ趣旨ニ基キ道德ヲ以テ先ツ之カ基礎トスルヒハ各國皆其刑罰ノ定度ヲ同一ニセサルヘカラサル筈ナルニ實際決ノ然ラス甲國ノ罰スル所乙國必スシモ之ヲ罰セス各國ノ法律皆ナ其揆ヲ同フセサルハ何ソヤ是レ豈ニ唯ニ道德ヲ以テ刑罰ノ基礎ト爲ス可ラサルノ徵證ニアラスヤ

今夫レ命令說ニ依テ法律ヲ制定センカ啻ニ事ノ大小ニ依リテ其命令ニ輕重ヲ置キ得ルノミナラス又其國土風俗人情慣習ノ宜ニ從テ適當ノ法律ヲ制定スルヿ固ヨリ立法者

ノ隨意タリ故ニ曰ク命令説最モ可ナリト然レ𪜈此説ノ趣旨ニ基テ法律ヲ制定スルモ敢テ全ク道德ノ如何ニ關ハラサルニ非ラス道德ニ違犯セサランヿヲ要スルハ勿論ナリトス

之ヲ要スルニ刑罰ハ命令ヨリ生シ命令ハ則チ政府ニ出ツ而シテ政府ハ社會ノ團結ニ成リ社會ノ團結ハ決メ人造ニアラス自然ニ出ルモノナリ故ニ社會ニ於テ刑罰權ヲ執行スルハ素ト自然ノ理ニ基クモノニシテ決メ他ノ道理アルニアラス之ヲ複言スレハ社會ノ成立ハ適正ナリ社會ノ成立ニシテ既ニ適正ナリトセハ政府ノ命令權ハ適正ナリ政府ノ命令權ニシテ既ニ適正ナリトセハ刑罰權ノ適正ナルヿハ自然ノ結果ナリトス

予ハ左ニ以上ノ各説ヨリ生スル刑罰ノ定度ヲ比較セン

○第一　復讐説ニ從ヘハ刑罰ニ定度アルヿナシ奈何トナレハ是レ畢竟私心即チ人ノ憎惡ニ出ルモノナレハナリ故ニ又其刑罰ノ過劇ニ流ルヽヤ論ヲ俟タス

○第二　民約第一説ニ從ヘハ殆ントカノ社會防衛説ト同ク畢竟未來ノ犯罪ヲ防衛スルノ趣旨ニ出ル者ナレハ其刑罰ハ亦過度ヲ要スルヤ明ナリ

民約第二説ニ從ヘハ己レヲ罰スルノ權ヲ豫メ社會ニ讓與スルノ契約ヲ爲シタル者ナリト云フニ在リ然レ𪜈此ノ如キ契約ハ素ト道理ト公正ニ適セサルモノナレハ犯罪人ハ此契約ノ無効ヲ申立テ以テ其刑罰ヲ免ルヽヿヲ得ヘシ若シ然ラスシテ刑罰ヲ受クヘキ者トセン乎刑罰ヲ苛刻ニシ

テ契約者ノ違背ヲ豫防スルノ要アルヿ亦第一說ニ異ナラサルヘシ

之ヲ要スルニ此兩說ハ社會ト各人トノ間ニ契約アルヿヲ想像シタルニ由ルモノナレハ固ヨリ其刑罰ノ定度ヲ預メ知ルニ由ナキモノトス

○第三　社會防衛ノ說ニ從ヘハ趣旨元ト恐嚇手段ニ出ルヲ以其刑罰ハ即チ過度ニ失スルノ思アリ而メ亦其刑罰ノ定度アルヿナシ

○第四　無責任ノ說ニ從ヘハ固ヨリ刑罰ナキヲ以テ又其定度ヲ討索スルノ必要ナシ

○第五　最大多數ノ利益說ニ從ヘハ專ラ最大多數ノ利益ヲ標準トシテ敢テ道德公義ヲ顧ミサルカ故ニ其刑罰ノ過度ニ失スルヤ復タ疑ナシ

○第六　正義ノ說ニ從ヘハ其刑罰ノ定度ハ一ニ道德公義ヲ標準トナシ敢テ社會ノ利益ヲ計較セサルヲ以テ前最大多數ノ利益說トハ正ニ表裏ヲ相爲スモノトス而メ道德ハ元來其定度ヲ知リ易カラサル者ナレハ隨テ亦刑罰ノ定度ヲ知ルヿ甚タ難シ是レ人ノ思想ハ到底人智ノ立入ルヿヲ得サルモノナルニ由ル

○第七　折衷ノ說ニ依レハ凡ソ刑罰ハ道德ノ欲スル定度ヲ超過ス可ラス然レトモ道德ノ欲スル定度ニ達セサルヲ得ヘシ但タ社會利益ノ欲スル定度ヲ以テ乃チ刑罰ノ定度トナスヘシト云フニアリ然レトモ前既ニ說示シタルカ如ク道德ノ欲スル定度ハ人智ノ容易ニ了知シ得ヘキ所ニアラス

又設令ヒ人智ハ能ク道德ノ欲スル定度ヲ知リ得ヘシト假定スルモ社會公權ノ干涉スルニ先チ業已ニ道德上ニ於テ滿足ス可キ制裁ヲ受ケタルヤ否ハ決メ社會ノ知リ能ハサル所ナリ如何トナレハ一タヒ罪惡ヲ爲シタル者ト雖ヒ或ハ全ク改悛シタル者アルヘク又或ハ未タ全ク改悛セサル者モ亦之レアルヘク到底人智ヲ以テ之ヲ量度スルヿ能ハサレハナリ

又此說ニ從フヽハ所謂道德ト社會ノ利益ヲ中和シタルモノナルカ故ニ道德ニ背戻セサルノ所爲ハ設ヒ社會ノ利益ヲ損スルヿ極メテ大ナルモノト雖ヒ尙ホ之ヲ罰スヘカラサルニ似タリ且ツヤ道德ノ背戻ハ重モニ其意思如何ニ關スルモノナルヲ以テ其輕重ノ程度ハ甚タ知リ易カラサル

ナリ然シテ左ニ揭出スル塲合ノ如キハ幾ント之カ道德ニ背戻シタルノ定度ヲ知ルヲ得サラン

例ヘハ軍卒父母ノ疾病危篤ナルヲ聞キ苦心自カラ禁セス遂ニ脫營シテ歸省シ看護ニ從事シタル者アリトセン其軍律ニ於ケルヤ則チ違犯タリ之ヲ法律ノ罪人ニアラスト謂フ可ラス其親ニ奉スルヤ則チ至孝之ヲ道德ノ罪人ナリト謂フヘカラス然ラハ則此折衷說ヲ唱フル者將ニ之ヲ如何カ決定セントスル乎知ラス軍法ニ違犯スルモ道德ニ背戻セサルヲ以テ之ヲ不問ニ置クヘシトスル乎

又此說ニ依レハ既ニ說示シタルカ如ク各國共ニ或ル犯罪ニ付キ同一ノ刑罰ヲ加フヘキ筈ナルニ國異ナレハ則チ其刑罰亦同シカラス設令ハ甲國ハ乙國ニ比シテ盜犯夥多ナ

ルカ爲メ又ハ其他ノ事情アルカ爲メ乙國ノ盗犯ニ當行ス
ル刑罰ヨリ更ニ嚴重ナル刑罰ヲ設ケタルカ如キハ往々實
際ニ目擊スル所ナリコレ情勢ノ宜ク此ノ如クナラサルヘ
ラサルノ理由アリテ然ルモノニアラスヤ否ラサレハ則チ
甲國ノ盗罪ハ乙國ノ盗罪ニ比シテ道德ニ背戻スルヿ更ニ
重大ナリト謂ハサルヲ得サルニ至ラン天下豈ニ此ノ如キ
ノ理アル可ケンヤ況ンヤ此説ニ依レハ既ニ説述シタルカ
如ク彼ノ銃礮彈藥ニ關スル罪阿片煙ニ關スル罪及ヒ違警
罪ノ多クノ場合ノ如キ其道德ニ背戻スルヿナキノ故ヲ以
テ之ヲ制裁スルヿ能ハサルノ不都合ヲ生スルヲヤコレ折
衷説ノ又採ルニ足ラサルノ所以ナリ
要旨此説ニ從フトキハ刑罰ノ程度ヲ定ムルヿ甚タ容易ナル

カ如キ感想アリト雖モ其實許多ノ所爲ニ關シ其道德ニ背
戻スルノ程度ヲ定ムルヿ甚タ難ク又一般ノ道德ニ背戻セ
サルノ所爲ニシテ社會ノ公益ヲ害スルモノニ該當スヘキ
刑罰ノ程度ヲ定ムルヿニ至テハ實ニ難シト云フヘシ

○第八　命令ノ説ニ依レハ刑罰ノ輕重ハ命令ノ輕重ニ從
ヒ而メ命令ノ輕重ハ即チ社會必要ノ輕重ヨリ來ル故ニ縱
令ヒ道德ニ背戻スルヿナシト雖モ苟モ命令即チ法律ニ違
犯スル所爲アルトキハ決メ刑罰ヲ免ルヽヿヲ得ス然レトモ道
德ハ命令説ノ顧ミル所ニアラスト速了スヘカラス蓋シ土
地ノ慣習犯罪ノ原由犯人ノ自由及ヒ識別力等ハ刑罰ノ程
度ヲ立ルニ於テ大ニ關係ヲ有スルモノトス何トナレハ是
等ノ事項ハ何レモ之ヲ以テ其犯罪ノ情狀ヲ輕重スルニ足

ル可ケレハナリ

而メ此説ニ依リ刑罰ノ程度ヲ明カニセント欲スレハ之ヲ左ノ如クニ約言スルヿヲ得ベシ

第一　刑罰ハ社會ノ秩序ヲ保持センカ爲メニ設クルモノナルカ故ニ各國其宜ニ循テ之ヲ輕重スルヿヲ得ヘシ

第二　刑罰ハ命令ヲ遵守セシメンカ爲メニ必要ナル程度ヲ超過ス可ラス

第三　刑罰ハ其性質道德ニ戻ラサルヿヲ要ス

是也

上來説述シタル社會刑罰權ノ各説ハ啻ニ方法上其緊要アルノミナラス法方解釋上ニ於テモ亦頗ル必要ナリトス但シ其詳細ハ乞フ之ヲ次章ニ讓ラン

第三章　刑法ノ性質及効力ヲ論ス

第一款　刑法ノ性質ヲ論ス

○刑法トハ如何ナルモノヲ云フカ曰ク左ノ四個ノ事ヲ規定シタルモノヲ是ナリ

第一　犯罪

即チ社會ノ秩序ヲ維持シ安寧ヲ保全センカ爲メニ刑罰ヲ帶ハシメタル禁止又ハ命令ヲ犯スノ所爲ナリ

第二　刑罰

即チ犯罪者ニ科スル苦痛ヲ云フ更ニ之ヲ詳言スレハ犯罪者ノ財産又ハ自由生命ヲ奪フ等ノ如ク犯罪人ノ精神又ハ身躰ニ對シ苦痛ヲ感セシムルニ足ルヘキ者ヲ云フ

第三　刑事裁判所ノ構成

即チ裁判所ノ位置及ヒ管轄ノ區劃又ハ判事檢事書記ノ職務等ノ事ヲ規定シタルモノヲ云フ

第四　刑事訴訟ノ手續

卽チ起訴審判ノ手續上訴ノ手續等ノ事項ヲ規定シタルモノヲ云フ

右第一第二ハ純然タル刑法ニ於テ規定スル所ニシテ之ヲ定理刑法ト云ヒ其第三第四ハ別ニ治罪法ニ規定スル所ニシテ之ヲ實際刑法ト云フ而シテ定理刑法ハ畢竟實際刑法即チ治罪法ヲ俟テ始テ活用スヘキモノニシテ其關係タル猶ホ民法ノ訴訟法ニ於ケルカ如シ

○予ハ曩ニ秩序安寧ノ語ヲ用ヒタリ今マ試ミニ其如何ナル者ナルヤヲ說ン蓋シ此語タル法理ノ最モ曲折シタル所

ニ於テ常ニ用ヒラルヽモノニシテ佛國民法中吾人カ數々遭遇スル所ナリ

佛國民法第六條ニ曰ク私ニ爲シタル契約ヲ以テ公ケノ安寧及ヒ秩序ニ關スル法律ヲ犯ス可ラス

○去レハ法學者又ハ裁判官ハ常ニ此語ヲ用ヒテ法律ヲ論議セリト雖モ其之ヲ解スル者ニ至テハ其說一ナラス曰ク秩序安寧ハ自カラ人ノ良心ニ感得スル者ニシテ豫メ之カ開說ヲ爲スヲ得ス又豫メ開說スルニ及ハサルモノナリト又曰ク人ノ良心ハ素ト一定シ難キ者ナレハ人ノ良心ニ放任スヘカラス必スヤ豫メ規定ヲ要スルモノナリト夫レ如此學者ノ解釋各々異ナリト雖モ予ヲ以テ之ヲ見レハ蓋シ左ノ如ク解釋スヘキモノナラン歟

秩序トハ則チ社會ヲ構成スル原素タル人民ニ固有セル自由ノ互ニ相維持セラレタル態容ヲ云フ故ニ人ノ自由ヲ妨害スル者ハ即チ社會ノ秩序ヲ紊亂スルモノナリ社會ノ秩序ヲ紊亂スル者ハ復タ當ニ法律ノ制裁ヲ受ク可キ者タリ例ヘハ人ノ財物ヲ窃取シ又ハ騙取スル者ハ社會ノ秩序ヲ紊亂スル者ナルカ故ニ各其刑罰ヲ受クルカ如シ要スルニ秩序ハ各人皆其分ヲ守リ自己ノ權内ニ在リテ運動シ敢テ漫リニ他人ノ自由ヲ妨害セサル有樣ヲ云フナリ安寧トハ即チ社會平穩ニシテ人皆ナ其堵ニ安ンスルノ態容ヲ云フ故ニ結局秩序ト同一ニ歸着スルモノトス奈何トナレハ秩序井然タレハ即チ社會安寧タラサラント欲スルモ決シテ得ヘカラサレハナリ然リト雖ヒ彼ノ犯罪人ヲ處罰スルヲ以テ人ノ自由ヲ奪フモノ即チ社會ノ秩序ヲ紊亂シ安寧ヲ毀害スルモノト速了スヘカラス何トナレハ犯罪人ヲ處罰スルハ即チ社會ノ利益ヲ計ルカ爲メ否ナ社會ノ秩序ヲ維持シ安寧ヲ保全スルカ爲メナレハナリ要スルニ安寧トハ社會平穩ニシテ人心靜肅ナルノ有樣ヲ云フト解スヘキナリ

○予ハ禁止命令ナル語ヲ述タリ禁止トハ則チ立法者カ爲ス可ラスト規定シタルモノヲ云ヒ命令トハ則チ立法者カ爲スヘシト規定シタルモノヲ云フ此ノ禁止ト命令トニ違犯スルモノ之ヲ犯罪ト稱スルヿハ予既ニ之ヲ述タリ而ソ我刑法ノ規定スル所禁止法尤モ多シ假令ハ謀故殺强窃盗等ノ如シ或ハ此犯罪ヲ稱シテ行犯又ハ有的犯ト云フ命令

法ハ禁止法ニ比スレハ其例甚タ多カラス例ヘハ官吏其管掌ニ係ル法律規則ヲ公布施行セサル時(刑法第二百七十三條)兵隊ヲ要求シ及ヒ之ヲ使用スルノ權アル官吏地方ノ騷擾其他兵權ヲ以テ鎭撫ス可キ時ニ當リ其處分ヲ爲サヽル時(同第二百七十四條)人ノ身躰財産ヲ妨害スルノ犯人アルニ當リ豫審判事檢事警察官吏其報告ヲ受ケテ速ニ保護ノ處分ヲ爲サヽル時(同第二百七十七條)自己ノ所有地又ハ看守スヘキ地内ニ遺棄セラレタル幼者老疾者若クハ疾病ニ罹リ昏倒スル者アルヲ知テ之ヲ扶助セス又ハ官ニ申告セサル時(同第三百四十條)遺失物漂流物ヲ拾得テ隱匿シタル時(同第三百八十五條)他人ノ所有地内ニ於テ埋藏物ヲ掘得テ隱匿シタル時(同第三百八十六條)ノ數條ト違警罪中數者アルニ過キス而ノ其他治罪法中證人鑑定人豫審判事ノ召喚ニ應セサル時罰金ノ言渡ヲナスノ規定(治罪法第百七十六條第百九十二條)アルヲ見ルノミ(但シ別段ノ法律規則ニハ多ク此例アルヘシ)此レ皆ナ命令法ニ違犯スルモノニシテ或ハ此犯罪ヲ稱シテ不行犯又ハ無的犯ト云フ

予ハ以上二三ノ法語ヲ解釋セリ而ノ爾后主トシテ講說セント欲スルモノハ則前段ニ講述シタル第一(犯罪)第二(刑罰)ニアリトス

○抑々刑法ハ法律中ニ在テ如何ナル部分ヲ占領スルモノナル乎曰ク公法中ノ一ナリ然レヒ刑法ノ公法タル所以ハ敢テ社會ト人民トノ關係ヲ規定スルカ爲メ然ルニアラス乃チ社會ノ安寧秩序ニ關スル法律タルヲ以テナリ但シ財

産ノミニ關スル法律ナルトキハ良シ其財産ハ國縣郡區ノ公領又ハ私領ニ關スル時ト雖モ刑法ノ得テ關スル所ニアラス私法即チ民法ノ干與スル所ナリトス

○刑法ト民法トノ區別ハ左ノ如シ

第一　刑法ハ社會ト人民トノ關係ヲ規定シ民法ハ人民相互ノ關係ヲ規定ス

第二　刑法ハ必スシモ人ノ權利ヲ傷害シタルヲ要セス唯タ其所爲ノ法律ニ抵觸シタルヲ以テ直ニ之ヲ處罰ス民法ハ人ノ權利ヲ傷害スルノ所爲ナケレハ其制裁決メ起ルヿナシ

第三　刑法ハ法律ニ正條アルニアラサレハ處罰セス(刑法第二條)民法ハ法律ニ明文ナキ時ト雖モ法理ニ照シテ之ヲ裁制ス(佛國民法第四條參照)

第四　刑法ノ制裁ハ刑罰ナリ即チ苦痛ヲ與フルヲ主トス民法ノ制裁ハ或ル所爲ヲ取消サシメ又ハ損害ヲ賠償セシムルヲ主トス

第五　刑法ノ制裁ハ完全ノ能力ナキ者ナリト雖モ仍ホ之ヲ免ルヽヲ得ス(刑法第八十條第八十一條)民法ノ制裁ハ無能力者ニ加フルヿヲ得ス

第六　刑法ノ制裁ハ無資力者ニ對スルトキト雖モ尙ホ之ヲ執行スルヲ得何トナレハ無資力ニシテ罰金ヲ納完セサレハ乃チ換役ノ方法アレハナリ(刑法第二十七條第三十條第四十二條)民法ノ制裁ハ實際無資力者ニ對シテ執行スルヿヲ得ス

右説述シタル所ハ則チ法律ノ性質ヨリ生シタル差異ナリトス

第二款　刑法ノ及フヘキ所爲ヲ論ス

○刑法第二條ニ曰ク法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖ヒ之ヲ罰スルヿヲ得ス

本條ハ法律ニ明文ナキトキハ如何ナル所爲事柄ト雖ヒ之ヲ行フヿ人民ノ自由タルヘシトノヿヲ規定スルモノニシテ夫ノ佛國民法第四條法律ノ不備不委所欠ヲ口實トシ裁判ヲ拒ミタル裁判官ハ漫ニ裁判ヲセサルノ罪アリトシテ訴訟ヲ受クヘシトノ法律トハ正ニ相反スルモノナリ

○何故ニ刑法ハ正條アルヲ要スル乎

余ノ採用セシ社會刑罰權ノ主義即チ命令ノ説ニ從ヘハ此

レニ答フル易々タルノミ夫レ刑法ハ一禁一令毎ニ人民ノ自由權利ヲ減縮スルモノナレハ立法者ハ必スヤ戒愼ヲ加ヘタルヿ明ナリ去レハ法律ニ正條ナキ者ハ立法者ニ於テ之ヲ罰スルヿ必要ニアラスト信シタルナラント思惟セサル可ラス更ニ之ヲ詳言スレハ吾人ハ法律ニ於テ禁止セサル者ハ何等ノ所爲ト雖ヒ之ヲ爲シ得ヘク又法律ノ命令セサル者ハ何等ノ事柄ト雖ヒ之ヲ爲スノ義務ナシト信シ得ヘキノミナラス禁セスシテ其行爲ヲ咎メ令セスシテ其爲サヽルヲ責ムルハ其不正不當ナルヿ識者ヲ俟テ知ラサレハナリ況ンヤ禁令ハ原因ニシテ刑罰ハ即チ其結果ナルニ原因ナクシテ其結果アルノ理アラサルヲヤ然レヒ人或ハ難シテ曰ハン禁令ナケレハ則チ刑罰ナシトノヿハ既ニ其

命ヲ聞ケリ果ソ然ラハ則チ別ニ刑法第二條ノ明文ヲ要セサルニ似タリト其レ或ハ然ラン然レトモ我舊法新律綱領改定律例ニ於テ現ニ比附援引法、不應爲條(改定律例第九十九條等ノ規定アリタルノミナラス往時佛國ニ於テ此明文ナキカ爲メ比附援引シテ以テ正條ノ罅缺ヲ補綴シタルノ例往々之レアリシ故ニ法律ハ是等ノ弊害ヲ慮テ本條ヲ明定シタルモノニシテ究竟舊法ヲ廢止スルノ意ヲ表示シタルモノナリト見做シテ可ナリ但シ單純ノ理論上ニ於テ之ヲ論スレハ舊法ノ規定如何ニ關ラス己ニ之ヲ廢止シタル上ハ復タ更ニ本條ノ明文ヲ要セサルヘシ然レトモ刑法ハ畢竟實際ノ須用ニ供スルニ過キス而シテ實際舊法ヲ援引シ舊貫ヲ因襲スル等ノヿハ佛國等ニ於テモ亦數々實見スル所

ナルカ故ニ特ニ實際ヲ慮テ此注意法ヲ設定シタリトスルトキハ亦タ强チ之ヲ無用ナリ徒法ナリト一抹ス可ラサルモノアラン歟

予ハ今試ニ左ニ他ノ主義ニ依リテ本條ノ論決如何ヲ見ン

○正義ノ說ニ從ハン乎假令ヒ法律ニ正條ナシト雖トモ純然タル道德ニ照シ處罰シ得可キモノナルカ故ニ本條ハ到底蛇足ナリト論決セサルヘカラス

○折衷ノ說ニ從ハン乎亦同一ノ論決ヲ與ヘサルヘカラス但シ論者ハ左ノ理由ヲ唱テ以テ法律ニ正條ヲ要スヘキヿヲ論釋セリ

第一　所爲ノ道德ニ背クヤ否ヤハ之ヲ良心ニ問テ以テ判決スルヿ容易ナルカ故ニ敢テ本條ヲ必要トセサルモ抑モ

社會ノ利益ヲ害シタルヤ否ハ立法者ノ豫シメ之ヲ規定スルニ非サレハ以テ其所爲ノ犯罪トナルヤ否ヤヲ知ルニ由ナシ

第二　法律ハ人民ヲシテ安寧ヲ得セシメンカ爲メニ制定スルモノナルニ若シ豫メ正條ヲ告示セスシテ輒ク之ヲ處罰スルヲ得ルトセハ裁判官ハ愛憎ニ因リテ生殺與奪ノ權ヲ恣ニスルヲ得ン人民ノ安寧ヲ害スル焉ヨリ甚シキハナシ

第三　社會ハ原告トナリ又裁判官トナル者ナルカ故ニ正條ナクシテ處罰シ得ルトスルトキハ苛刑酷罰一時ノ忿怒ヲ洩ラスノ弊アラン苟モ如是ナレハ人惡ソ其生ヲ聊センヤ是レ折衷ノ說ニ依ルモ仍ホ本條ヲ要スル所以ナリト

以上三箇ノ理由ハ瞥見スレハ稍ヤ其當ヲ得タルカ如シト雖ヒ其實決メ然ルニアラス乞フ之ヲ左ニ述ン

第一　論者ハ道德ニ背クヤ否ハ之ヲ知ルヿ容易ナルモ社會ノ害トナリタルヤ否ハ之ヲ知ルヿ容易ナラスト云フト雖ヒ予ハ決メ之ヲ是認セス何トナレハ社會ノ利益ヲ害シタルヤ否ヤハ事ノ素ト有形的ニ屬スルモノナルカ故ニ之ヲ決定スルヿカノ無形的即チ道德ニ背クヤ否ヲ決定スルニ比スレハ却テ其容易ナルヲ知レハナリ

第二　論者ハ裁判官ノ擅恣云々ヲ說テ一ノ論據トナシタリト雖モ是レ畢竟該條ヲ速了シタルノ謬說タルヲ免レサルヲ奈何セン夫レ該條ハ法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖ヒ之ヲ罰スルヿヲ得ストアリテ卽チ如何ニ道德ニ背

戻シ社會ヲ傷害スルヿノ重且大ナル所爲ト雖モ苟モ正條ナキ者ハ之ヲ罰スルヿヲ得サル旨ヲ明定シタルモノナルカ故ニ論者ノ所謂裁判官ノ擅恣云々ノ問題ハ固ヨリ茲ニ提出スルヿヲ得ヘカラサルモノトス如何トナレハ凡ソ裁判官ハ自カラ其良心ニ問ヒ又人情ニ基テ此間秋毫ノ私心ヲ挾ムヿナク正理公道ニ照シテ充分罰スヘキ所爲ナリト思料シタル時ト雖モ苟モ法律ニ正條ナケレハ比附援引シテ以テ之ヲ罰スルカ如キヿアルヘカラス乃チ無罪ト決定スヘシトノ精神ナレハナリ

尙ホ右主説ノ決メ聽ス可ラサルヿハ論者ハ裁判官ノ擅恣云々ヲ患ヘナカラ何故ニ民法卽チ吾人カ依テ以テ生ヲ聊シ賴テ以テ堵ニ安スル所ノ法律ニハ正條ナキモ裁判官ハ必ス裁判セサルヲ得ストノ規定(佛國民法第四條)ヲ排斥セサル耶抑モ論者ハ民法ハ貴重ナル財產ノ規定ナルモ刑法ニ比スレハ自カラ輕輕アルヲ以テ裁判官ノ擅恣ハ之ヲ患フルニ足ラスト謂ハントスル耶トノ反問ヲ揭クルヲ以テ既ニ充分ナリト信スルナリ

第三ノ理由トスル所ハ畢竟第二ノ理由ト同趣旨ニ因リ立論シタルモノナレハ復タ論難スルノ必要ナカルヘシ

○茲ニ一ノ注意スヘキモノアリ他ナシ類似ノ關係ト類種ノ關係トヲ混視ス可カラサルヿ是ナリ蓋シ一ハ法律ニ正條ナキモノト爲シ一ハ法律ニ正條ナキモノト決定ス可ラサルヲ以テナリ

似類ノ關係トハ何ソヤ假令ハ刑法第三百九十條ト第三百

九十一條トノ關係ノ如キコレナリ故ニ若シ第三百九十一條ノ設ケナキモノト假定スレハ則チ同條ニ記載シタル幼者ノ智慮淺薄又ハ人ノ精神錯亂シタルニ乘シテ物件ヲ授與セシメタル者即チ眞乎タル詐欺取財ノ所爲ニアラサル所爲ヲ行ヒタル者ニハ決シテ第三百九十條ノ刑罰ヲ科スルヿヲ得ス何トナレハ是レ類似ノ關係ニシテ如是ハ畢竟比附援引ニ外ナラサレハナリ

又第三百九十二條及ヒ第三百九十三條ト第三百九十條トノ關係ニ付テモ亦同シ

類種ノ關係トハ如何ナルモノナルヤ之ヲ例示スルニ先チテ一言スヘキモノアリ他ナシ類ハ種ヲ包含スルモ種ハ類ノ一部ニ過キサルヿコレナリ之ヲ人間ニ譬フレハ人ハ類

ナリ白皙棕色ハ種ナリ故ニ白皙人棕色人ハ人ナリト云フ可キモ人ハ則チ白皙人ナリト云フ可ラス又棕色人ナリト云フ可ラサルカ如シ

刑法第三百六十六條ニ規定スル所ハ則チ無名竊盜ニシテ形容詞ヲ冠セサル者ナリ之ヲ竊盜ノ類トス第三百六十八條ニ於テ門戸牆壁ヲ踰越損壞云云トノ數語ヲ冠セシメタル者即チ有名竊盜ナリ之ヲ竊盜ノ種トス去レハ假リニ第三百六十八條ノ設ケナシト想像セン乎第三百六十六條ヲ以テ之ニ適用スルヿヲ得ヘシ今之ヲ逆シマニシテ假リニ第三百六十六條ノ設ケナシト想像セン乎無名竊盜即チ門戸牆壁ヲ踰越損壞シ云々ノ條件ナキ竊盜ハ之ヲ罰スルニ由ナケン何トナレハ則種ハ類ノ中ニ在テ存スルモ類ハ種

ノ中ニ入ル可ラサルモノナレハナリ

以上説述シタル所ハ即チ法律解釋上ノ要訣ナリトス

○民法ハ何故ニ正條ナキ事ト雖ヒ必ス裁判セサルヘカラストノ規定アル乎其理由左ノ如シ

民法ハ人民相互ノ間ニ生出スル万般ノ事物ヲ規定スルモノナレハ其浩瀚多端ナル殆ント枚舉スヘカラサルモノアリ立法者ト雖ヒ豈ニ得テ之ヲ網羅蒐集スルヲ得ン乎故ニ設ヒ民法ニ於テ必ス正條ヲ要ストスルモ畢竟難ヲ立法者ニ責ムルノミ否ナ決ソ望ム可ラサルモノト謂フ可シ且ツヤ民法ハ禁令ニ觸レタルカ爲メニ之ヲ制裁スルヲ以テ其本分トセス重モニ各自ノ權利義務ノ有無如何ヲ判定スル

ノ規矩ヲ供スル者ナレハ要、裁判官ニ於テ適當ノ裁判ヲナ

スニ在ルノミ故ニ苟モ裁判官ニシテ適當ノ裁判ヲ爲シ得ルトキハ其正條ノ有無ハ將タ何カアラン然レハ則チ裁判官ハ宜ニ比附援引ヲナシ得ルノミナラス或ハ衡平法ニ因リ習慣又ハ性法ニ照シテ裁判スルモ固ヨリ不可ナルヿナシ又決ソ爭訟者ノ權利ヲ害スルヿナシ何トナレハ設ヒ法律ノ正條ニ據ラスト雖モ一方ヲ害シテ他方ニ不當ノ利得ヲ得セシメス即チ苟モ裁判ニシテ適當ナルヲ得ハ之レカ爲メニ害ヲ受ケタリト云フヿハ到底人ノ言ヒ得可ラサル所ナレハナリ

是レ民法ノ以テ刑法ニ異ナル所以ナリトス

○刑法ニ於テハ衡平法ヲ適用セサルカ此レニ答ヘンニハ左ノ如ク區別セサルヘカラス曰ク刑法ヲ解釋スルニ付テ

ハ決シテ衡平法ヲ適用ス可カラス然レトモ刑罰適用上ニ於テハ衡平法ヲ適用スヘキヿ掲テ刑法ニ在リ他ナシ酌量減輕ノ制度即チ是ナリ

○予ハ刑法解釋法ノ概則ヲ茲ニ説述セン

法律ニ正條無キ時ハ如何ナル所爲ト雖トモ之ヲ罰スルヿヲ得ストノ事ハ前段已ニ講述シタルカ如ク元來刑罰ヲ科スルヿナキニ由リ、又正條アリテ精神明瞭ナル時ハ適用上疑問ナキニ因リ、共ニ解釋法ノ用アルヿナシ、然レトモ正條アリテ精神明瞭ナラス即チ立法者ノ眞意ヲ尋繹スルニ由ナキモノ吾人ノ往々遭遇スル所ナリ其レ如是塲合ニ於テハ之ヲ奈何ンスレハ則チ可ナル專ラ法律ノ文詞ニ依ラン乎、立法者ノ眞意ヲ傷フノ恐レアルヲ奈何セン、專ラ立法者ノ精神ヲ討索セン乎、文詞ニ反スルヲ奈何セン、是レ羅馬以來ノ一大難問ニシテ復タ吾人法學者ノ須ラク研究スヘキ所ナリ

佛國古法ニテハ專ラ法律ノ精神ヲ討索スヘキモノトセリ故ニ其弊々遂ニ比附援引ヲ聽スニ至レリモンテスキユーハ政躰ノ如何ニ依テ宜ク解釋法ノ異ナルヘキヿヲ論セリ其説ニ曰ク專制政事ニ於テハ法律アルヿナシ裁判官ハ即チ法律ナリ、立憲政事ニ於テハ法律明瞭ナレハ裁判官ハ其文詞ニ依テ解釋シ、然ラサレハ其精神ニ依テ解釋ス、共和政事ニ於テハ裁判官ハ一ニ法律ノ文詞ニ依テ解釋ストヘカリアーモ亦刑法ノ解釋ハ常ニ其文詞ニ依ルヘキヿヲ論セリ

チボー、マイエードシアサー等ハ論理解釋ヲ主張シ其極ヤ民法ト刑法トノ解釋ニ付キ毫モ差別アルヿナシト云ヘリ

○其他ノ諸説一樣ナラスト雖ヒ予ヲ以テ之ヲ視レハ蓋シ左ノ如ク解釋スヘキモノナラン

第一　文詞明瞭ナラスシテ精神明瞭ナル時

此場合ニ於テハ無論其精神ニ從ハサル可ラス

第二　文詞明瞭ニシテ精神明瞭ナラサル時

此場合ニ於テハ宜ク左ノ事項ニ付キ討索セサル可ラス

(一)刑法中他ノ明瞭ナル規則ノ精神ト符合スルヤ如何トノヿ

(二)專ラ其文詞ニ依テ解釋スルヒハ不道理ノ結果ヲ生スルノ患ナキヤ如何トノヿ

是也要スルニ法律上ノ熟語ハ今ニ至テ未タ完全ナラサルカ故ニ一概ニ文詞ノミニ固着シテ解釋スルカ如キハ蓋シ其宜キヲ得タルモノト謂フ可ラス故ニ一般ノ原則ニ依リ又ハ相牽連スル所ノ箇條ニ參看シテ以テ其精神ヲ演繹スレハ庶幾クハ立法者ノ意思ヲ傷ハス適當ノ判決ヲ下スヿヲ得ン若シ然ラスシテ徒ラニ文詞ニ固着シ立法者ノ精神如何ニ頓着ナキカ如キハ寧ロ法律ヲ殺スモノト謂ハンノミ

第三　文詞ト精神ト共ニ明瞭ナラサル時

此場合ニ於テハ或ハ法律編纂ノ會議錄ニ就テ探究シ或ハ法律ノ原則ニ依テ討究シ又或ハ法律ノ原由ヲ講究シ務メテ其趣旨ヲ探索スヘシ然リ而メ仍ホ其趣旨ヲ得ストセハ

是レ解法家ノ罪ニアラス實ニ適用スルヿヲ得サルモノト謂フヘシ夫レ此ノ塲合ニ於テハ幾分カ社會ニ損害ヲ與フルヿ勿論ナリト雖ヒ抑々法律ノ晦澁不鬯ナルハ立法者即チ社會ノ過チニアラスヤ其然リ然ラハ則社會ニ於テ之ヲ負擔スル固ヨリ其所ナリト謂ハサル可カラス

之ヲ要スルニ裁判官スラ尚ホ解釋スルヿヲ得サルカ如キハ人民ノ素ヨリ解釋シ得ヘキ筈ナキヲ以テ夫ノ所謂凡ソ法律規則ヲ知ラサルヲ以テ犯スノ意ナシト爲スヿヲ得ストノ格言ヲ茲ニ適用スヘカラス何トナレハ意味通セサルモノハ即チ法律ノ名アリテ其實法律ニアラスト云フ可ケレハナリ

以上講述シタル法律ニ正條ナキ云々所謂法律トハ翹ニ此刑法ヲ云フノミナラス他ノ法律規則(即チ諸罰則諸稅則)ヲモ汎稱シタルモノト知ルヘシ

第三欵　刑法ノ及フヘキ時ヲ論ス

○刑法ノ及フヘキ時ノヿニ付テハ第三條ニ於テ之レヲ規定シタリ本條ニ曰ク法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスヿヲ得ス

茲ニ所謂法律トハ前條ト同シク廣濶ナル意義ニシテ即チ諸規則諸罰則ヲモ包含スルモノトス

○本條ノ要旨タル法律ハ將來ニ其効力ヲ及ホスモノニシテ決シテ既往ニ遡ルヘキ者ニアラストノヿヲ規定スルニアリ

頒布トハ如何ナルヿヲ指スモノナルカ他ナシ法律ヲ發布

シテ人民ノ普ク之ヲ了知シタルヘシト看做ス時期ヲ云フ
人民ノ了知シタルヘシト看做ス時期ハ現今我國ニ於テハ
明治十六年五月廿六日第十七號布告ト第十四號布達トヲ
以テ之ヲ定メラレタリ其要ヲ擧レハ各府縣廳ニ到達ノ日
數後七日ヲ以テ施行期限トセラレタリ而シテ其到達日數
ハ東京ト各府縣トノ遠近ニ從テ即日ヨリ十二日迄ノ差ア
リ即チ鹿兒島縣ニ到達スルニハ十二日ヲ以テ到達日數ト
定メ天災時變ニ因リ到達日數ニ到達セサルトキハ其到達ノ
翌日ヨリ起算ス又函館縣沖繩縣札幌縣根室縣ハ到達日數
ヲ定メス現ニ縣廳ニ到達シタル翌日ヨリ起算スルモノト
セリ
但シ布告布達ノ特ニ急施ヲ要スルモノニ至テハ政府ハ翌

日ヨリ施行セシメ又ハ特ニ施行ノ日ヲ掲クルヿヲ得ルモ
ノトセリ
此到達日數及ヒ施行期限ハ時ニ隨テ屢々變更スヘキモノ
ナリト雖ヒ之レニ反シテ本條ニ掲ケタル原則即チ法律ハ
頒布以前ノ犯罪ニ及ホスヿヲ得ス云々トノ規則ハ決シテ
容易ニ之ヲ變更スルヿヲ得サルモノナリ
○本條ニ所謂犯罪ノ二字ハ單ニ其文字ニ就テ之ヲ視レハ
則チ舊法ニ於テ或ル所爲ヲ罪ト做シ新法モ亦之ヲ罪ト做
シタルトキノミヲ云ヘルモノヽ如シ故ニ若シ舊法ニ正條ナ
クシテ唯リ新法ニノミ正條アルトキハ則チ本條ノ犯罪ト云
フニ入ラサルモノト誤解スルノ患アラン何トナレハ新法
頒布以前即チ舊法ニ在テハ正條ナキヲ以テ之ヲ稱シテ固

ヨリ犯罪ト云フ可ラサレハナリ依此視之本條犯罪ノ二字ハ稍語弊アルニ似タリ所爲ノ二字ヲ以テ之レニ代ヘハ蓋シ穩當ナラン歟然リト雖モ是レ畢竟字義上ノ一ニシテ敢テ法意ニ關係アルヿナシ

○凡ソ法律ハ施行期限ヲ經過シタルニアラサレハ之ヲ適用スルヿ能ハストスル所以ハ其理睹易キノミ蓋シ人民ノ知テ而メ犯シタルモノニアラサレハ則チ犯罪ト稱スヘカラサルカ故ナリ然レ𪜈既ニ法律施行ノ期限ヲ經過シタルキハ普ク之ヲ知リタルモノト見做セリ故ニ事實法律ヲ知ラサリシノ證アリト雖𪜈之ヲ以テ刑罰ヲ免ルヽノ理由トナスヿヲ得サルナリ併シ佛國現行法ニ據レハ法律施行期限后五日間ハ犯罪人法律ヲ知ラサリシヿヲ證明シタルキハ其罪ヲ宥恕スルヿトセリ

○本條ハ第二條ト同シク即チ命令説ノ主義ニ依テ制定セラレタルモノナリ今之ヲ詳言セヽニ命令アリテ始テ之ヲ遵守スルノ義務生ス命令ナケレハ人民何ソ遵守スルノ義務アラン否ナ遵守セント欲スルモ決メ能ハサルナリ故ニ法律ヲ頒布シタル後ニ在テハ罰スヘキ所爲ナリト雖モ其以前ニ溯テ之ヲ處罰スルノ權ハ社會ノ決メ有セサル所ナリ何トナレハ其當時ノ法律ニ違犯セサル者ハ寧ロ之ヲ良民ト云フ可キモノナレハナリ

○或ハ本條ハ第二條ノ結果ニシテ重複ニアラサルカヲ疑フ者アラン然レ𪜈決メ重複シタルニアラス即チ第二條ハ正條ナケレハ何等ノ所爲ト雖𪜈之ヲ罰スルヿヲ得スト云

ヒテ社會刑罰權ノ基本ヲ認メ第三條ハ設ヒ正條アリト雖
モ其正條ヲシテ効果ヲ既往ニ有セシムルヿ能ハサル旨ヲ
定メ以テ其結果ヲ認メタルモノナレハナリ此ニ依テ之ヲ
視レハ本條ハ基因ヲ社會刑罰權ニ取リ其規定スル所ノ趣
旨モ亦全ク第二條ト同一ナルヲ知ル可シ而テ本條ノ規則
ハ實ニ人民ノ安寧ヲ保護スルニ出ツル者ニシテ尤モ緊要
的ノ法條ナリトス

○本條及前第二條ノ規則ハ立法上ノ規則ナルカ將タ憲法
上ノ規則ニ係レルカ

立法上ノ規則ナリト決定セン乎刑法ハ通常ノ法律ナルカ
故ニ立法者ハ新法ニ因リテ此規則ノ全部又ハ一部ヲ廢止
シ更ニ法律ハ既往ニ溯リ頒布以前ノ犯罪ニ適用スルヿヲ

得ルトノ規則ヲ制定スルヿヲ得ヘシ

憲法上ノ規則ナリト決定セン乎新ナル憲法即チ改定憲法
ノ力ニ依ルニアラサレハ之ヲ廢止スルヿヲ得ス加之ナラ
ス憲法ハ決メ容易ニ之ヲ廢止スヘキモノニアラサルナリ
右ハ學者間ニ於テ甲論乙駁殆ンド一定スル所ナシ然レ𪜈
予ハ我刑法第二條及第三條ノ規則タル獨リ裁判官ニ向テ
其効力ヲ有スヘキモ立法官ニ向テ効力ヲ有ス可キ者ニ非
ラス即チ立法上ノ規則ニシテ憲法上ノ規則ニアラストセ
ル論説ヲ以テ穩當ナリト思料ス隨テ我國ノ立法官ハ該條
ノ規則ニ拘束セラルヽヿナクシテ既往ニ溯ルヿヲ得ヘキ
旨ノ法律ヲ制定スルノ權アリト云ハサルヲ得サルナリ

佛國民法第二條ニ於テハ曰ク法律ハ將來ノ事ヲ定ムルノ

ミニシテ既往ニ及ホス可ラスト是レ亦學者ノ互ニ相論議スル所ナリ然レトモ民法ハ通常法律ナルカ故ニ新法ヲ制定スルトキニ際シ第二條ノ適用ヲ爲サスシテ其新法ノ効力ハ既往ニ及フヘシトノ條項ヲ掲クルヿヲ得ルトノ說アリ余ハ則此說ヲ採用スル者ナリ

佛國ニ於テ革命共和政事ノ當時ハ凡ソ法律ハ既往ニ及ホスヿヲ得ストノ規則ヲ憲法ニ掲載シタリシカ降テ一千八百十四年一千八百三十年一千八百四十八年ノ憲法ニ於テハ此規則ヲ除テ立法上ノ規則トナシタルモノヽ如シ然レトモ此規則ハ實ニ人民ノ自由ニ關スルヿ重且大ナルカ故ニ法理上殊ニ我採用シタル社會刑罰權ノ論決ニ據ルトキハ之ヲ憲法ニ記載シテ人民ノ自由ヲ鞏固ニスルノ愈レルニ若

カス即チ此規則ノ性質タル畢竟憲法上ニ屬スヘキモノト思料セリ

之ヲ要スルニ刑法第二條及ヒ第三條ノ規則ハ其性質上憲法ニ屬スヘキモノナルヘケレトモ今日刑法ノ總則中ニ掲ケアルノミヲ以テ立法者ヲ拘束スルニ足ラス以上說述シタル所ハ實ニ貴重ナル原則ニ係ル然レトモ其例外ナキニアラス

○第一ノ例外ハ本條第二項ニ記載セル規則即チ是ナリ曰ク若シ所犯頒布以前ニ在テ未タ判決ヲ經サル者ハ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷ス

所犯頒布以前ニ在テ未タ判決ヲ經サル者ハ云々故ニ其所爲舊法ノ下ニ在テ爲サレタルモノニシテ且ツ其發覺モ亦

舊法ノ下ニ在リテ而シテ未タ判決ヲ經サルトキ又ハ舊法ノ下ニ在テ爲サレタルモノニシテ其發覺新法頒布後ニ係ルトキノ二個ノ場合ヲ指シタルモノト解セサル可カス

所謂判決トハ始審裁判ヲ云ヘル乎將タ終審裁判ヲ指ス乎抑亦確定裁判ナル乎

判決ノ二字未タ完全ナラサルカ如シト雖ヒ茲ニ所謂判決トハ必ス確定裁判ヲ指シタルモノナリト解セサル可ラス故ニ未タ上訴ノ期限ヲ經過セサル者ハ皆ナ判決ヲ經サル者ト云フ可キナリ

本項ニ所犯トアリテ所爲トナキハカノ本條第一項ニ云ヘル犯罪ノ二字ノ如クニ不穩當ナルモノニアラス何トナレハ本項ハ舊新二法共ニ犯罪ト認ムヘキ場合ニアラサレハ此變則ナキヲ以テナリ若シ舊法ニ於テ罰スヘキ所爲ノ審理中即チ未タ判決ヲ經サルニ先チ新法ヲ頒布シ而メ新法ハ其所爲ヲ罰セサルトキ即チ舊法ヲ廢シタルトキハ如何此場合ニ於テハ新舊二法比照云々ノ議論固ヨリ起ルヘキ筈ナキニ付治罪法第九條ニ從ヒ直ニ公訴權ヲ止メサル可ラサルヿ論ヲ竢タス但シ此等ノ事ニ關シテハ予ハ治罪法ニ於テ講述スヘキヲ以テ茲ニ復タ贅セス

舊法ノ罰スヘキ所爲ニシテ新法モ亦之ヲ罰スヘキモノトスルトキハ乃チ新舊二法ヲ比照シ其輕キニ從フテ處斷スヘキヿ法律ノ明示スル所ナリ而テ其刑法ト舊法即チ新律綱領改定律例トノ比照法及ヒ刑法ト他ノ法律規則トノ比照法ハ別ニ布告テ以テ之ヲ定メラレタリ其布告ハ明治十四

年十二月第八十一號布告ナリ緊要ナル布告ナレハ其全文ヲ左ニ掲クヘシ

刑法第三條第二項ニ依リ新舊法ヲ比照スルニハ左ノ例ニ從フ可シ

第一條　新舊法比照左ノ如シ

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	懲役十年
五　有期流刑	懲役七年
六　重懲役	禁獄十年
七　輕懲役	禁獄七年
八　重禁獄	懲役十一日以上五年以下
九　輕禁獄	禁獄鎖錮十一日以上五年以下
十　重禁錮	贖罪收贖罰金科料二圓以上
十一　輕禁錮	懲役禁獄鎖錮拘留十日以下
十二　罰金	贖罪收贖罰金科料二圓未滿
十三　拘留	
十四　科料	

第二條　舊法ノ刑期新法主刑ノ刑期内ニアルトキ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トキ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モノニ從フ但シ其長期ノ短キ者ニ過ルヿヲ得ス(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獄ニ該ル者ハ新法ニ從ヒ三月以上三年以下ノ重禁錮ニ處スルノ類)

若シ舊法新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(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シ舊法ノ金額ニ過ルヿヲ得ス

第五條　舊法新法ノ罰金科料共ニ多數寡數アルモノハ其寡數ノ寡キモノニ從フ但其多數ノ寡キモノニ過クルヿヲ得ス

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ヘ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時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者ハ舊法ニ從フ

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内ニ納完スル能ハサルトキハ一圓ヲ一日ニ折算シ輕禁錮又ハ拘留ニ換フ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於テ重罪ノ刑ニ處スル時ハ新法ノ附加刑ヲ適用セス但シ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トキハ其族ヲ除セス

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

第十三條　舊法ニ於テ棒鎖ニ該ル者ハ仍ホ棒鎖ニ處スル此ノ布告ハ一種ノ法則ヲ設ケテ以テ比照ノ困難ヲ避ケタルモノニシテ其有要ナルヿ更ニ論ヲ竢タス然レトモ此ハ單ニ新舊轉換ノ際ニノミ行ナハルヘキ法タルニ過キスシテ畢竟永久ニ繼續スル者ニアラス何トナレハ舊法ノ下ニ在テ生シタル犯罪ハ悉ク期滿免除ニ依テ今ヨリ數年ノ後ニ消滅スヘケレハナリ故ニ予ハ一々之ヲ詳述セス但シ比

照ノ一ニ付テハ尚ホ本欵ノ終ニ至リテ更ニ講説スルヿアルヘシ

以上論述シタル所ハ即チ法律ハ既往ニ及ホスヿヲ得ストノ原則ニ對スル第一ノ例外ナリ而メ之ヲ解スルモノ一ナラス

○第一説ニ曰ク凡ソ法律ノ既往ニ溯ルヘカラサル所以ハ畢竟其既得權ヲ害スルヲ以テナリ然ルニ若シ新法輕キ片ハ之ヲ既往ニ及ホスモ翅ニ其既得權ヲ害スルヿナキノミナラス寧ロ被告人ヲ利益スルモノト謂フヘシ是レ此ノ例外アル所以ナリト

○第二説ニ曰ク此ノ例外ヲ設ケタルハ畢竟法律ノ恩典ニ出ツ別ニ理由アルニアラスト

○第三説ニ曰ク抑〻輕キ新法ヲ以テ重キ舊法ニ代ヘタルハ即チ立法者ニ於テ重キ舊法ヲ以テ必要ニアラスト信シタルニ由ル果メ然ラン歟其必要ナラサル法律ヲ守持スルノ理ナキヤ明ケシ是レ此ノ例外アル所以ナリト

予ハ第三説ニ從フ者ナリ蓋シ第一説ハ既得權ヲ害セサルヲ以テ既往ニ溯ラシムルト云フト雖モ未タ之ヲ以テ充分ナル釋義ト云フ可ラス如何トナレハ必要アリテ社會ハ其既得權ヲ奪フヿモ亦之レアルヘケレハナリ又第二説ハ畢竟法律ノ恩典ニ出ツルモノナリト説ケモ抑モ恩典トハ其理由ナクシテ假借スルヲ云フ罰スヘカラサルノ理由アリテ罰セサルモノ又ハ罰スルノ必要ナクシテ罰セサルモノノ如キハ決メ之ヲ恩典ニ出ルモノナリト謂フ可ラス而メ

夫ノ重キ舊法ヲ適用セサルハコレ社會ニ必要ナラサルカ爲メ、又其輕キ新法ヲシテ効ヲ既往ニ有タシムルモノハ是レ道理上必ス然ラサルヲ得サルカ爲メニ外ナラサルナリ是レ予カ前第一第二ノ主説ヲ是認セサル理由ナリトス

○第二ノ例外(即チ法律ハ頒布以前ノ犯罪ニ及ホスヿヲ得ストノ例外)ハ治罪法ニ記載スルモノ是ナリ

治罪法第五條　公訴私訴ノ裁判ハ管轄裁判所ニ於テ現ニ施行スル法律ニ定メタル訴訟手續ニ從ヒ之ヲ爲スヘシ

同第二十七條　此法律ニ於テ定メタル豫審又ハ公判ニ付テノ規則ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニモ亦之ヲ適用ス頒布以前ニ爲シタル訴訟手續當時ノ法律ニ背カサル

時ハ其効アリトス

故ニ治罪法ノ規則ハ新法ノ舊法ヨリ寛ナルトキハ勿論假令ヒ其嚴ナルトト雖モ尚ホ新法ヲ以テ頒布以前ノ犯罪ヲ支配スルヿヲ得可シコレ治罪法ハ畢竟裁判所ノ構成訴訟手續ニ關スル規則ニ過キサレハ假令ヒ新法ヲ以テ既往ニ及ホシタリトテ決ノ本刑ニ影響ヲ及ホスヘキモノニアラサルニ由ル

右ニ掲出シタル第二十七條ニハ豫審公判ノ規則及訴訟手續ノヿノミアリテ裁判所ノ管轄ノヿヲ言ハス然レトモ之ヲ取除キタルニハアラス而ノ治罪法草案第五十八條ニ於テハ裁判權限云々トノ明文アリタリシナリ

○又刑ノ執行ニ關スル手續ハ治罪法第六編第一章ニ於テ

之ヲ定メタリ故ニ是レ亦右ニ講述シタル所ト同ク設令ヒ其新法ノ執行方法舊法ヨリ嚴ナルトキト雖ヒ之ヲ既往ニ及ホスヿヲ得ヘキモノトス

○右例外云々ノ事ニ付キ或ハ治罪法ノ規則ト雖ヒ若シ被告人ニ對シテ害ヲ與フルトキハ之ヲ既往ニ及ホス可ラスト論スル者ナキニアラス然リト雖ヒ現今一般ニ採用スル所ノ說ニ依レハ曰ク抑々治罪法ハ唯其罪ノ有無ヲ審判センカ爲メニ設ケタル方法手段ニ過キサレハ必スシモ豫メ之ヲ被告人ニ知ラシムルヿヲ要セスト予モ亦此說ヲ採用セリ畢竟治罪手續ハ事實ヲ得ルノ手段タルニ過キス其手段ヲ改正スルトキハ被告人ニ利益アルモ不利益アリト云フヿヲ得ス然レヒ國事犯等ノアル場合ニ

於テ治罪ノ規則ヲ改メ臨時特別裁判ヲ設ケ若クハ過嚴ナル審理手續ヲ定ムルカ如キハ其法律ノ不適理ナルモノニシテ其既往ニ遡ルノ罪ニアラス抑モ立法者カ治罪手續ヲ改正スルハ從來ノ手續ニシテ事實ヲ得ルノ具ト爲スニ足ラス即チ不完全ナル所アルカ故ナリト看做サヽルヘカラサルヲ以テナリ

以上講說シタル所ハ則チ本條第一項ノ法律ハ既往ニ及ホス可ラストノ原則ニ對スル第二ノ例外ナリ

以下本條ヨリ生スル許多ノ問題ヲ決定ス可シ

○第一再犯加重ノ法ハ初犯舊法ノ刑ニ處セラレタル者ト雖ヒ之ヲ犯數ニ算入シ新法ニ依リテ本刑ニ一等ヲ加重スルヿヲ得可キカ如何(是レ本條第一項ヨリ生シタル問題ナ

リ）

之ヲ加重ス可シトノ説ニ曰ク抑々再犯加重ノ性質タル最初ノ刑ニテハ犯人ヲ懲戒シ得サリシヲ以テ更ニ一等ヲ加重スルモノニシテ敢テ復ヒ初犯ノ罪ヲ處斷スルニアラサレハ決シテ原則ト抵觸スルヿナシ況ンヤ新法ノ頒布アリタリトテ固ヨリ既ニ舊法ニ依リ處斷セラレタル舊惡ヲ消滅セシムルモノニアラサレハ再犯加重ノ旨趣即チ初犯ノ刑ニテハ懲戒スルニ足ラサリシヲ以テ更ニ本刑ニ一等テ加重スルトノ趣旨ニ依レハ舊法ノ犯罪者ト新法ノ犯罪者トヲ區別スルノ理ナキニ於テヲヤト之ニ反スル説ニ曰ク舊法ニ於テハ固ヨリ重罪輕罪違警罪ノ區別ナク只懲役幾日禁獄何年トアルノミナレハ果シテ

何レヲ重罪トナシ何レヲ輕罪ト爲スヘキカ之ヲ知ルニ由ナシ然ルニ刑法ニ於テハ其罪ノ區別ニ從ヒ加重スルモノト否ラサルモノトアリ故ニ初犯舊法ニ於テ處斷セラレタル者ナルトキハ設令ヒ再犯加重例ヲ適用セント欲スルモ到底之ヲ加重シテ可ナルモノナルカ將タ加重スヘカラサルモノナルカヲ知ルヿヲ得スト

○予ヲ以テ之ヲ視レハ第二説ハ頗ル瑕瑾アルモノヽ如シ夫レ法律上罪ニ三種ノ區別ヲ設ケタル所以ハ必竟便宜ニ出ルヲ以テ之ヲ減シテ二種トナシ又增シテ五種トナスモ固ヨリ立法者ノ隨意タリ何トナレハ是レ元來一定不動ノモノニアラサレハナリ去レハ刑ハ罪アリテ然後定マルモノトハ云ヘ𪜈寧ロ先ツ其刑ヲ見テ其罪ノ重罪タルト輕罪

タルトヲ判知スルノ便宜ナルニ加カサルナリ果メ然レハ則チ舊法ノ罪ノ重罪タルト輕罪タルトヲ知ラント欲スル者ハ須ラク其刑ヲ新法ニ比較スヘキヿ固ヨリ當然ナリトス然リ而メ其比較方ノ如キハ予カ前ニ掲示シタル明治十四年第八十一號ノ布告ニ就テ之ヲ了知スルヿヲ得ヘキナリ如此ク論シ來レハ論者或ハ曰ハン此布告タル必竟本條第二項新舊法比照方ノ爲メ制定シタルモノナルカ故ニ決メ之ヲ他ニ援用スヘカラスト其レ然リ豈ニ其レ然ラン乎假令ヒ該布告ハ本條ノ爲メニ設ケタルモノニモセヨ比照法ノ爲メナルニモセヨ兎ニ角新法ノ徒刑ハ舊法ノ何々新法ノ禁錮ハ舊法ノ何々ト互ニ相對比シタルニアラスヤ然ラハ則チ之ニ依テ舊法ノ重輕罪ヲ定ムルハ敢テ私擅ノ所

業ト謂フ可ラス今假リニ論者ノ言ヘルカ如ク舊法ノ刑ハ到底其重罪タルト輕罪タルトヲ知リ得サルモノトスレハ彼ノ人ヲ謀殺シタルガ爲メ舊法ニ依テ絞罪ニ處スルノ言渡ヲ受ケタル囚徒ヲ劫奪シ又ハ暴行脅迫ヲ以テ其囚徒ノ逃走ヲ助ケタル者ノ如キモ尚ホ刑法第百四十七條第二項ニ依テ處分スルヿヲ得サル可ク又右同一ノ犯罪事件ノ證人トシテ裁判所ニ呼出サレタル者被告人ヲ曲庇スルカ爲メ僞證シタル時ノ如キ亦タ第二百十八條ニ依リ處分スルヿヲ得サルヘシ世間豈ニ此ノ如キノ法理アランヤ

且ツヤ論者ノ說ニ從ヘハ尚ホ他ニ大ナル弊害ノ生スルモノアリ他ナシ舊法ニ於テモ亦新法ト同ク再犯加重ノ法アルカ故ニ若シ新法ノ頒布ナカリセハ必ス加重セラルヘキ

モノナリシニ新法頒布アリタルカ爲メニ不正ノ利益ヲ與ヘ加重セスシテ處分スルカ如キハ法理ノ決メ聽サヽル所ナレハナリ

故ニ予ハ第一説即チ舊法ノ刑ヲ犯數ニ算入スヘシトノ説ヲ相當ナリト思惟スルナリ

○第二期滿免除ノ新法ハ既往ニ及ホスヿヲ得ヘキ乎如何（コレ亦本條第一項ヨリ生スル問題ナリ）

此問題ヲ論決センニハ先ツ期滿免除ノ性質及其理由ヲ説明セサルベカラス

刑事ノ期滿免除ニ二種アリ一ニ曰ク公訴ノ期滿免除二ニ曰ク刑ノ期滿免除是レナリ

○公訴ノ期滿免除ハ治罪法第十一條及第十四條ニ規定スル所ニシテ即チ同條ニ記載シタル期限間犯罪者ノ世ニ現ハレサルヽハ公訴權消滅ス其然ル所以ノ理由タル左ノ如シ

第一　犯罪ノ證憑湮滅スルニ由ル

第二　犯罪ノ反證即チ無罪ノ證憑湮滅スルニ由ル

第三　社會ニ於テ其犯罪ヲ遺忘スルニ由ル

夫レ犯罪アリテヨリ檢察官カ公訴スルニ至ルマテノ間許多ノ歳月ヲ經過スルヽハ其犯罪ノ證憑無罪ノ證憑ト共ニ自カラ湮滅シテ復タ證明シ易カラス隨テ有罪ニ假シ無辜ヲ入ルヽノ患アラン加旃ナラス犯罪ノ當時ニアリテハ情況炳然決メ蔽フヘカラサルモノアルヘシト雖モ其歳月ヲ經過スルノ久シキニ隨ヒ社會モ亦自カラ其犯罪ヲ遺忘ス

ルニ至ラン社會既ニ其犯罪ヲ遺忘シタルトキハ豈ニ復タ之ヲ罰スルノ必要アランヤ是レ公訴權ニ期滿免除ヲ設ケタル所以ナリトス

然リ而シテ此公訴期滿免除ノ規則タル治罪法ニ於テ規定シタル所ニ係ル而シテ其治罪法ノ規則ノ既往ニ及フヘキモノナルヿハ予既ニ之ヲ講說シタリ故ニ復タ茲ニ贅セサルヘシ

○刑ノ期滿免除ハ揭テ刑法第五十八條及ヒ第五十九條ニ在リ即チ刑ノ言渡ヲ受ケタル者其刑ノ執行ヲ逋レテ該條ニ記載シタル期限ヲ經過シタル時ハ其刑ヲ執行セサル旨ヲ規定シタル者ニ係ル蓋シ此ノ設ケアルハ彼ノ公訴ノ期滿免除トハ自カラ差異ナキ能ハス何トナレハ公訴ノ期滿

免除ハ未タ裁判ヲ言渡サヽル前ニ經過シタル若干ノ期限ニ因リ生スルモ之レニ反シテ刑ノ期滿免除ハ裁判言渡アリタル以後若干ノ期限ヲ經過スルニ由リ生スルモノナレハナリ故ニカノ公訴ノ期滿免除ニ關スル第一第二ノ理由ヲ茲ニ援用スルヿヲ得ス唯タ其第三理由ノミ茲ニ援用スルヿヲ得而シテ尙ホ他ニ理由アリ即チ犯跡久シク埋沒シテ將ニ湮滅セントスルニ方リ再ヒ之ヲ世上ニ流布スルカ如キハ啻ニ用刑ノ主義ニ反スル而已ナラス凡ソ犯人許多ノ歲月間其縱跡ヲ隱蔽スレハ跼蹐窘苦ノ際必スヤ深ク自カラ先非ヲ後悔シ改悟遷善ノ實アルヘシト法律上推測スルヿナリ

○公訴ノ期滿免除及ヒ刑ノ期滿免訴ノ規則ハ之ヲ既往ニ

及ホスヲ得ヘキ乎公訴期滿免除ノ事ニ付キ我司法卿ハ明治十五年五月廿五日上田始審裁判所長ノ伺ニ對シ指令シテ曰ク「期滿免除ノ期限ハ犯罪ノ日ヨリ起算スト雖ヒ新法實施以前ノ犯罪ニ付テハ明治十四年十二月卅一日迄ハ其期限ヲ中斷シタルト同一ノモノトス但シ前後通算ノ法ハ治罪法第十四條第二項但書ノ通タルヘシ」ト此指令ニ依レハ舊法ノ時ニ係ル犯罪ト雖ヒ新法ヲ適用スヘキモノトシタルヤ明ナリ

此指令ハ一ハラ公訴期滿免除ノ事ニ關シテ爲シタルモノナリト雖ヒ齊シク之ヲ刑ノ期滿免除ニ適用スルヲ以テ至當ト考ヘラルヽナリ

但シ玆ニ諸君ノ宜ク注意スヘキハ該指令ハ素ト舊法ヨリ

新法ニ轉移スル時ノ事ノミニ關シテ爲シタルモノナレハ特リ之ヲ將來ニ援引スルヿヲ得サルノミナラス凡ソ指令ハ其伺ニ對シ唯タ法律ノ解釋ヲ訓令シタルニ過キサレハ決シテ法律ニ等シキ効アルモノニアラスト云フヿ是ナリ

○右二種ノ期滿免除ニ付キ新法ノ規定スル所舊法ヨリ長期ナルヒハ毫モ疑ナシト雖ヒ其期限ヲ短縮シタルヒ之ヲ既往ニ溯ラシムルヿニ付テハ佛國及我國諸家ノ所說殆ント其決定ヲ同フセス然リト雖ヒ予ノ確信スル所ハ即チ左ノ如シ

公訴ノ期滿免除ハ新法ヲ以テ其期限ヲ伸縮シタルニ拘ハラス齊シク之ヲ舊時ノ犯罪ニ適用スルヿヲ得ヘシ蓋シ其理由タル舊法ニ於テ或犯罪ニ付キ十年ヲ經過スルヒハ公

訴ノ期滿免除ヲ得ヘシト規定シタル時既ニ十年ヲ經過スルトキハ法律ノ推測ヲ以テ最早審理幷ニ辯護ノ材料ヲ欠失シタルヘシト看做スト雖モ若シ新法ニ於テ其期限ヲ伸長シテ十五年ト改定シタリトセン乎復タ法律ノ推測ニ因リ苟モ十五年ヲ經過スルニアラサレハ社會ハ未タ其罪跡ヲ遺忘スルヿ能ハサルノミナラス其力猶ホ能ク犯罪ヲ證明シ得ヘシト看做スヘキニ付之レニ對シテ新法ノ期限ヲ適用セサル可ラサルヿ固ヨリ論ヲ竢タス

刑ノ期滿免除ニ付テモ亦タ同一ノ理由ニ基テ之ヲ論定スルヿヲ得ヘシ畢竟期限ハ立法者ノ思料ニ成リタルモノナレハ時勢ノ必要ニ隨テ之ヲ伸縮スルヿヲ得ルハ蓋シ言ヲ竢タス去レハ舊法ノ當時ニアリテハ則チ廿年ヲ經過スレ

ハ罪跡湮滅ト共ニ社會ノ遺忘ヲ來スヘシト思料シタルモ新法制定ノトキニ方リ若シ立法者ニ於テ廿五年ヲ經過スルニアラサレハ罪跡湮滅セス社會亦タ遺忘スルヿナシト思料シタルトキハ之ヲ二十五年ニ伸長スルヿ固ヨリ其權利ナリ苟モ如斯ナラサレハ以テ法律ノ實力ヲ維持スルニ足ラサレハナリ

之ヲ要スルニ公訴ノ期滿免除及ヒ刑ノ期滿免除ハ其期滿チテ免除ヲ得タル上ニアラサレハ決シテ犯罪者ノ既得權ヲ生セス其期限經過中ハ只タ免除ノ冀望アルニ過キサルナリ是レ其既往ニ及ホスヿヲ得ルト云ヘル所以ナリ

以上第三條第一項(法律ハ既往ニ及ハス)ノ原則ヨリ生スル問題ヲ講說シ了リタレハ予ハ是レヨリ同條第二項ヨリ生

スル新舊二法比照例ニ關スル問題ヲ左ニ論定セントス

○第一　數罪俱發シタルトキハ如何ニ之ヲ比照スヘキ乎例ハ舊法ノ時ニアリテ官ノ文書ヲ詐爲(即チ僞造)シ后チ又贓金百二十圓以上ノ竊盜ヲ犯シタリトセン舊法ニ在テハ官文書詐爲ノ罪ハ懲役三年ニ該リ竊盜ハ懲役十年ニ該ル而ノ其發覺タルヤ新法實施後ニアルヲ以テ之ヲ新法ニ照スニ官文書僞造(即チ詐爲)罪ハ輕懲役(六年以上八年以下)ニ竊盜罪ハ其金額ノ多寡ヲ問ハス重禁錮(二月以上四年以下)ニ該ル此場合ニ於テハ新舊何レノ法ヲ適用スヘキ歟

第一說ニ曰ク本條第二項ノ主義ニ從ヘハ新法ノ寬ナルトキハ凡テ之ヲ既往ニ及ホスヿヲ得可キ者タリ故ニ一罪每トニ其刑ヲ比照シ先ツ二箇ノ輕キモノヲ得而ノ更ニ此ノ輕キ二罪ヲ比照シ其重キモノニ從フテ處斷ス前例ニ就テ之ヲ言ハンニ官文書僞造罪ハ舊法輕キニ因リ舊法ニ從ヒ竊盜罪ハ新法輕キニ因テ新法ニ從ヒ此ノ輕キ二箇ノ刑即チ舊法ノ懲役三年ト新法ノ重禁錮二月以上四年以下トヲ比照シ一ノ重キ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處スヘキモノナリトス苟モ然ラスシテ第二說ニ從フモノトスレハ畢竟罪質ノ異ナルモノ即チ官文書僞造ノ罪ト竊盜ノ罪トヲ比照スルノ不都合アレハナリト

玆ニ注意スヘキハ右ノ例ニ於テ重禁錮二月以上四年以下ヲ以テ懲役三年ヨリ重シト爲ス所以ハ最長期即チ重禁錮四年ニ至リ得ヘキヲ以テナリ

第二說ハ予ノ主張スル所ナリ即チ舊法ノ罪ハ舊法ノ罪ト

比照シ新法ノ罪ハ新法ノ罪ト比照シ而シテ更ニ舊法ノ最モ重キモノト新法ノ最モ重キモノトヲ比照シ其輕キモノニ從テ處斷ス故ニ前例ニ就テ之ヲ言ハンニ舊法ニ在テハ竊盜ノ罪ハ官文書僞造ノ罪ヨリ重シ新法ニ在テハ官文書僞造ノ罪ハ竊盜ノ罪ヨリ重シ故ニ各重キ罪即チ舊法ノ竊盜罪ノ刑ト新法ノ官文書僞造罪ノ刑トヲ比照シ其輕キ官文書僞造ノ罪即チ輕懲役ニ處スヘキモノトス

其然ル所以ンハ抑々刑法第三條第二項ノ設ケタル倘シ新法重キモノタラン乎犯罪アリタル以後ニ制定シタル重刑ニ處スルハ不正ナリ新法輕キモノタラン乎舊法ノ重刑ハ社會ニ必要ナラスト認メタルモノナルニ仍ホ舊法ノ重刑ニ處スルハ是レ亦不正タルヲ免レストスルノ趣旨ニ出ツ

之ヲ要スルニ彼ノ舊法ノ二罪俱發以重論條及ヒ新法ノ數罪俱發例トハ自カラ其趣旨ヲ異ニスルモノニシテ即チ彼レハ罪ノ輕重ヲ比照シ此ハ刑ノ輕重ヲ比照スルニ在リ罪質ノ相違スルト否ヤハ玆ニ問フ所ニアラス若シ第一說ニ從フトキハ該項ハ被告人ノ權利ヲ保護セント欲シテ更ニ不正ノ利益ヲ與フルモノト謂ハサルヲ得サルニ至ラン何トナレハ舊法ノミニ依ラン乎一ノ重キ竊盜罪ノ刑即チ懲役十年ニ該ル否ナ舊法ノ目ヨリ之ヲ視レハ懲役十年ニ價ヒスル罪ヲ犯シタルモノナリ又新法ノミニ依ラン乎一ノ重キ官文書僞造ノ罪即チ輕懲役六年以上八年以下ニ該ル否ナ新法ノ目ヨリ之ヲ視レハ輕懲役ニ價ヒスル罪ヲ犯シタルモノナリ然ルヲ第一說ニ依レハ僅々重禁錮若干ノ刑ヲ

受クルニ過キス夫レ如此ナレハ單ニ舊法ヲ以テスルモ輕キニ失シタルモノナリ又單ニ新法ヲ以テスルモ亦タ輕キニ失シタルモノナリ是レ二罪俱發以重論條又ハ數罪俱發例ノ趣旨ニ背クモノニアラスヤ法律ニ背テ利益ヲ犯罪人ニ與フルカ如キハ天下決メ其理ナキヲ知ルナリ

○第二　第三條第二項ニハ未タ判決ヲ經サル者ハ新舊ノ法ヲ比照シ云々ト云ヒ又治罪法第九條第四項ニ於テハ犯罪ノ後頒布シタル法律ニ因リ其刑ノ廢止トアリテ即チ公訴消滅ノ一原由トナシタリ然レハ則二者互ニ相矛盾スル者ニ似タリ何トナレハ新法實施ト同時ニ舊法ヲ廢止スルヲ以テ治罪法ニ依リ公訴消滅シタリトセン乎刑法ノ新舊比照云々ノアルヘキ筈ナシ刑法ニ依リ新舊法ヲ比照スル

トセン乎コレ公訴消滅シタル所爲ヲ理スルナリ故ニ二者必ス其一ヲ刪除セサル可ラサルモノヽ如シ如何

論者アリ之ヲ解シテ曰ク二者決メ矛盾スルモノニアラス抑々刑法ニ於テ新舊法比照云々ト云ヘルモノハ舊法ヲ廢止シタル場合ニアラス則チ改定シタル場合ニ就テ云ヘルモノナレハ二者自カラ其性質ヲ異ニセリ故ニ相矛盾シタルモノト云フヲ得ス是レ改定律例ノ出タルニ際シ仍ホ新律綱領ノ存在シタルト同一ナリ云々

此說タル未タ非難ヲ免レサルモノタリ何トナレハ第一改定ト廢止トハ同シカラスト云フト雖モ抑々法律ノ改定其一部ニ止マレハ即チ一部ノ廢止ナリ若夫レ全部ノ改定ナラン乎是レ即チ全部ノ廢止ニアラスシテ何ソヤ第二改定

律例ノ制定ハ悉ク新律綱領ヲ廢止セスコレ改定ナルカ故ナリト云フモ亦コレ牽強附會タルニ過キス何トナレハ則チ新律綱領中逐婿嫁女條、奴婢逃亡條、等ノ如キハ決メ改定律例發布ノ以後ニ實行セラレタルヿナケレハナリ

然リト雖モ予ハ論者ノ所謂二法ハ矛盾シタルモノニアラストノヿヲ否ナリトスルニアラス唯タ其理由ノ聞然スヘキアルヲ云ヘルナリ然ラハ則チ之ヲ奈何ンカ解說スヘキ乎予ハ之ヲ左ノ如クニ言ハンノミ

治罪法第九條第四ニ云ヘル其刑ノ廢止トハ即チ新法ニ於テ其所爲ヲ罪ト爲サヽルヲ云フ故ニ其刑名ノ如何ヲ問ハス又其重罪ヲ輕罪ト改メ輕罪ヲ重罪トナシタルトニ關ハラス新法ニ於テ其所爲ヲ罪トシタル時ヲ指サスシテ罪ト

爲サヽルヲ云フ刑法第二條第二項ニ云ヘルモノハ之レニ異ナリ乃チ其新舊二法共ニ罪視シタル所爲ニ就テ規定シタルモノナルカ故ニ其間自カラ涇渭ノ別アルナリ之ヲ要スルニ右二箇ノ規則ハ決メ矛盾シタルニハアラサルナリ

○第三　舊法ノヲヨリ人ヲ自家ニ監禁シ繼續シテ新法實施後發覺シタルヲハ如何ン舊法ニ依ラン乎將タ新法ニ依ラン乎抑モ亦新舊二法ヲ比照シテ適用スヘキ乎

右監禁罪ノ如キハ學者ノ所謂繼續犯ナルカ故ニ其新舊二法ノ輕重如何ニ拘ハラス其發覺ノ時ノ法律即チ新法ニ依リ處斷スヘキモノトスコレ其最終ノ所爲ハ新法實施後ニ係ルニ由ル

○第四　舊時ノ犯罪ヲ新法實施後自首シタルトキノ決定如何此場合ニ於テハ先ツ明治十四年第八十一號布告第十二條ニ依リ新法舊法共ニ各自首ノ廉ヲ以テ本刑ヲ減輕シ其減輕シタル二刑ヲ比照シテ輕キニ從ヒ處斷スヘキモノトス

○第五　罪ヲ犯シタルヨリ裁判言渡ニ至ルマテ再タヒ法律ノ改正アリタルトキハ何レノ法律ニ依リテ處斷スヘキ乎例ヘハ舊法ノ下ニ在テ人ヲ故殺セリ之ヲ當時ノ法律ニ照セハ則チ死刑ニ該ル而シテ其審理中新法ヲ以テ故殺犯ノ刑ヲ有期徒刑ト改メ未タ幾クナラサルニ更ニ新法ヲ發シテ人ヲ故殺スル者ハ無期徒刑ニ處スト定メタル時ノ如キコレナリ

論者或ハ曰ク此場合ニ於テハ通常ノ比照法ニ從ヒ舊法ト新法トヲ比照スヘシ中間法ト比照ス可ラカ故ニ中間法ハ其重キモノタルト輕キモノタルトニ於テ毫モ關係ナキモノトス

其然ル所以ノモノハ他ナシ抑々新舊比照法ノ設タル新法ノ輕キハ舊法ノ重刑ヲ必要ナラスト認メタルニ由ル又新法重キトキ輕キ舊法ニ從フハ犯後頒布シタル重刑ニ處スルハ恰モ令セスシテ刑スルカ如キト同一ノ不都合アルニ由ル然リ而シテ右ノ例ノ如キ犯罪當時ノ法律ハ即チ舊法ナリ故ニ犯罪人ニ於テ自分ハ輕キ中間法ニ依テ處斷セラルヘキモノト意ヘリト云フヿヲ得ス又其裁判言渡ノトキノ法律ハ則チ新法ナリ新法ハ中間法ニ比シテ重シト雖モ舊法ニ

比スレハ則チ輕シ詞ヲ更テ之ヲ言ヘハ新法ノ目ヨリ視ルキハ則チ舊法ト中間法トハ等シク社會ノ必要ニ適セサルモノナリト認メタルモノナリ苟モ被告人ノ權利ヲ害セサル限リハ其必要ナラサル法律ニ從フヘキ理ナキヤ論ヲ俟タサルナリト

予ハ此說ニ荷担スルヲ得ス何トナレハ此說ヲ採ル者ハ前述ノ例ノ如キ塲合ニ於テ中間法ト比照セサルモ被告人ノ權利ヲ害セスト云フト雖モ是レ甚タ誤レリ何トナレハ裁判ノ遲滯セサルニ於テハ被告人ハ中間法ノ刑ニ處セラレタルヘク裁判ノ遲滯ハ被告人ノ爲メニ損害トナルヘキモノニアラス從テ被告人ハ最モ寛大ナル刑ヲ科セラルヽノ權アル者ト云ハサルヲ得サレハ也

以上掲出シタシ問題ハ何レモ未タ判決ヲ經サル者ニ係ル其既ニ裁判確定シテ現ニ刑期執行中輕キ新法ノ頒布セラレタルトキハ如何例ヘハ新法ヲ以テ舊法ヲ減輕シ又ハ全ク廢刑シタルトキノ如キコレナリ

夫レ確定裁判ノ決シテ動カスヘカラサルヿハ千古ノ原則ナリト雖モ我刑法草案第六十八條第四項ニ於テハ一旦確定シタル裁判ナリト雖モ若シ新法ヲ以テ舊法ノ刑ヲ減輕シ若クハ廢止シタルトキハ則チ其既決囚ノ刑ヲ減輕シ若クハ放免スルヲ得ルノ例外ヲ掲ケタリ予ハ此法ヲ以テ實ニ正道公義ニ適スルモノナリト思考ス如何トナレハ則チ舊法ニ於テ或ル所爲ヲ罪トシタルハ即チ當時之ヲ其相當ナリトシタルニ由ルヿ勿論ナリト雖モ而カモ新法ヲ以テ之

ヲ減輕シ若クハ廣止シタルニ依テ之ヲ視レハ其既ニ不相當ナリシヿ復タ論ヲ竢タサレハナリ其レ然リ然ラハ則チ徒ニ確定裁判ノ故ヲ以テ依然其不相當ナル刑ヲ執行スルノ理アル可ケンヤ然リト雖ヒ今ヤ我刑法ハ該草案ノ趣旨ヲ採用セサリシヲ以テカノ特赦大赦等ノ規則ニ依ルニアラサレハ之ヲ匡正スルニ由ナカルヘシ

以上法律ハ既往ニ及ハサルノ原則及ヒ其例外幷ニ之ニ關スル規定ヨリ生スル諸多ノ問題ヲ講了シタリ

第四款　刑法ノ及フヘキ地及ヒ人ヲ論ス

○夫レ刑法ハ地ニ属スル乎將タ人ニ属スル乎更ニ之ヲ詳言スレハ刑法ハ犯者ノ民籍ノ何國ニ属スルヲ論セス內國ニ於テ其犯シタル罪ハ舉ナ之ヲ管シテ其外國ニ於テ犯シタル罪ニ及ハサル乎又ハ其犯ス所ノ地ハ內國外國ノ區別ナク凡ソ內國人民ノ犯罪ニ係ル者ハ舉ナ之ヲ管シテ其他ニ及ハサル乎

此問題ハ歐洲ニ於テ論議久シク決セサリシ所ナリ而ソ我刑法草案ニ於テハ其第四條乃至第八條ヲ以テ之ヲ規定シタル今其全文ヲ左ニ掲出スヘシ

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ケタル者ハ再ヒ之ヲ裁判スルヿナシ

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トキハ左ノ條件ノ具備スルニ非サレハ日本ノ法律ニ依テ處斷スルヿヲ得ス

一　罪ヲ犯シタル國ニ於テ未タ確定ノ裁判ヲ受ケサル時

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ナスヘキ時

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ケザル時

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

第六條　日本人ハ外國政府ヨリ處刑ノ爲メニ交付ヲ求ムルト雖ヒ之ヲ交付セス

第七條　外國人日本管內ニ於テ罪ヲ犯シタル者ハ日本ノ法律ニ依テ處斷ス

第八條　外國人外國ニ在テ日本國ニ對シ第四條ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者外國ニ於テ確定ノ裁判ヲ受ケスシテ日本國ニ來ル時ハ日本ノ法律ニ依テ處斷ス

是ニ由テ之ヲ觀レハ草案ノ趣旨タルヤ刑法ハ地ト人トニ兼子屬スルモノトシタルナリ何ソヤ內地ニ在テ犯シタル犯罪ハ外國人ノ犯シタル所ニ係ルト雖ヒ亦之ヲ管ス故ニ

之ヲ地ニ属スト云フ又本邦人ノ外國ニ於テ犯シタルモノニ係ルト雖ヒ之ヲ管ス故ニ之ヲ人ニ属スト云フ加之ナラス第四條ニ記載シタル犯罪ニ係ル時ハ其地内國ニアラス其人亦本邦人ニアラスト雖ヒ尚ホ之ヲ管スルモノトナシタリ

然リト雖ヒ今ヤ刑法ニ於テハ之ヲ刪除シタレハ是等ノ犯罪ニ付テハ復タ規定シタル所ナシ但シ治罪法第四十五條ニ於テ唯タ纔カニ其一端ヲ窺フヿヲ得ルノミ曰ク「外國ニ在テ犯シタル罪日本國ノ法律ニ依リ處斷スヘキモノニシテ内地ニ於テ被告人ヲ逮捕シタル時ハ逮捕ノ地ノ裁判所ヲ以テ其管轄ナリトス云々」是レ單ニ裁判所ノ管轄ヲ定メタルニ過キスト雖ヒ其法文ヲ翫味スレハ刑法ハ人ニ属シ

又地ニ属ストノ旨趣タルヲ推測シ得ヘキカ如シ尤モ此日本國ノ法律ニ依リ處斷スヘキ者トハ如何ナルモノヲ指シタル乎予ノ解釋ニ苦ム所ナリ

之ヲ要スルニ内國人外國ニ在テ罪ヲ犯シタル時又ハ外國人内國ニ在テ罪ヲ犯シタル時ノ決定ハ刑法ノ規定セサル所ナルニ付予ハ將ニ道理ニ依リ且ツ佛國法律ノ採用シタル所トニ依リ之ヲ左ニ講説セントス

○佛國ニ於テハ刑法ハ地ニ属スルトノ説頗ル勢力ヲ占メ敢テ異議ヲ容ル、者ナキカ如シ蓋シ其然ル所以ハ同民法前加規則第三條ニ於テ規定シタルカ如ク苟モ一國ノ安寧警察ニ關スル法律ハ民籍ノ内國ニアリト外國ニアルトヲ問ハス咸ナ之ヲ支配スヘキヿ固ヨリ至當ノ道理ナレハナ

リ若夫レ外國人ノ內國ニ在テ安寧警察ニ關スル法律ヲ犯シタルニ之ヲ罰スルヿヲ得ストスレハ一國ノ主權何ニ依テ獨立スルヲ得ン國ノ秩序安寧何ニ賴テ維持スルヲ得ン且ツヤ外國人ノ內國ニ在リテ能ク安全ヲ保ツ所以ノモノハ何ソヤ法律ノ保護アルニアラスンハ奚ソ能ク其然ルヲ得ンヤ然ラハ則チ獨リ其保護ノ利ヲ享ケテ之ヲ遵守スルノ義務ナクシテ可ナランヤ是レ安寧警察ニ關スル法律ハ內國人ト外國人トヲ問ハス等シク之ニ服從スヘキ所以ナリ而ノ刑法ハ安寧警察ニ關スル法律ノ尤モ大ナル者ナレハ其管內ノ犯罪ヲ管スヘキヤ更ニ論ヲ俟タサル所ナリ

所謂管內トハ如何左ニ示スモノコレナリ

一　內地及ヒ外國ニ在ル所領地

二　沿海

沿海トハ其沿岸ヨリ砲彈ノ達スル所マテヲ云フコレ即チ其國ノ所領ト看做スヘキモノナリ

三　軍艦及ヒ商船

但シ商船ニ付テハ或ル條件ノ附スヘキモノアリ

四　平時或ハ戰時ニ際シ自國軍隊ノ占領シタル土地

以上四者ハ其國ノ邦土ト看做スヲ以テ此等ノ場所ニ於テ犯シタル所爲ハ自國ノ刑法ニ於テ之ヲ管スヘキモノトス

但シ此原則ニ對シテハ左ノ例外アリ

第一　外國軍艦內ノ犯罪ハ假令ヒ內國ノ港內ニアル時ト雖モ國法ノ毫モ管スルヿヲ得サルモノトス

又商船內ノ犯罪ト雖モ內國警察ノ援助ヲ乞フニ

非サレハ決シテ之レニ干渉スルヿヲ得ス但シ犯罪ノ爲メニ其港内ヲ騷擾スルカ若クハ内國人ノ其犯罪ニ加ハリタルトキハ格別ナリトス

第二　治外法權ヲ有スル國人ニ對シテハ内國ニ於ケル犯罪ト雖ヒ國法ヲ適用スルヿヲ得ス是レ東洋諸國ニ於テ現ニ行ハルヽ所ニシテ識者ノ夙ニ非難スル所ナリ

第三　外國使節ニ對シテハ内國ニ於ケル犯罪ト雖ヒ國法ヲ適用スルヿヲ得ス其然ル所以ノモノハ他ナシ抑モ公使ハ其本國ノ主權ヲ代表シ内國ニ駐紮シテ外交上ノ公事ニ執掌スル者ナレハ必ス安全獨立ノ特權ヲ有セサルヘカラス苟クモ駐劄國ノ裁判ノ下ニ立タン

乎何ヲ以テ自國ノ主權ヲ保ツヲ得ン唯リ然ルノミナラス果シテ其裁判ノ下ニ立ツトキハ或ハ證憑蒐集ノ爲メ駐劄國ノ裁判官ハ其公使館ニ立入リ諸多ノ秘書ヲ開發シ爲メニ外交機密ヲ摘發スルノ止ム可ラサルニ至ラン之ヲ其本國ノ主權ヲ蔑如スル者ト謂ハサルヲ得ンヤ是レ此例外アル所以ナリ但シ公使ト雖ヒ其自國ノ法律ニ依リ相當ノ處分ヲ受ルヿハ勿論ナリトス

○公使ノ特權ニ付キ或ハ說ヲ爲シテ曰ク抑モ此特權ハ公使其人ニ屬スル者ニアラスシテ則チ公使館ニ屬スル者ナリト

此說タル古來人ノ唱道スル所ニシテ即チ公使館ハ國權ヲ代表スル所ノ官衙ナレハ其外國ニアルニ拘ラス之ヲ本國

內地ノ一部ト看做スヘシト云ヘル主說ニ基クモノナリト雖ヒ此說タル決メ其當ヲ得タルモノト謂フ可ラス抑々特權ハ公使其人ニ屬スルモノニシテ決シテ公使館ニ屬スルモノニ非サルナリ今マ實例アリ之ヲ左ニ示サン

一千八百六十七年一ノ露國人アリ佛國駐劄露國公使館ニ至リ赤貧ヲ訴ヘ且ツ救助ヲ求ム館吏拒ンテ容レス貧人怫然トシテ怒リ直ニ劍ヲ拔テ館吏ヲ斫ル一館爲メニ騷然走テ救ヲ佛國警察ニ求メ漸クニシテ該犯ヲ逮捕スルヿヲ得タリ於是露國ハ自國ノ法律ヲ以テ該犯ヲ處罰セントス佛國政府ハ之ヲ肯セスシテ曰ク凡ソ特權ハ公使館ニ屬スルモノニアラス开モ該犯ハ佛國內地ノ犯人ニ係ルヲ以テ露國政府ノ干涉シ得ヘキ所ニアラスト露國遂ニ强ユルヿ能ハサリキコレ特權ノ公使館ニ屬セサルヲ以テナリ

是ニ由テ之ヲ視ルモ特權ノ公使ノ身躰ニ屬シテ公使館ニ屬セサルヤ見ルヘキナリ但シ公使ノ妻孥ハ亦同一ノ特權ヲ有スル者トス

公使ノ特權アルヿ以上說述シタルカ如シト雖ヒ必スシモ無限ノモノニアラス故ニ若シ駐劄國ノ秩序安寧ヲ損壞シ若クハ紊亂セントスルカ如キ隱謀ノ實迹アルトキハ勿論縱令ヒ人民一已ノ安全ニ關スル場合ト雖モ其本國ニ照會シテ之ヲ召還セシムルカ、止ムナクンハ之ヲ國境外ニ追放シ得ヘシコレ所謂正當防衛ノ權ヲ摧揮スルモノニシテ復タ万國公法ノ公認スル所ナリトス

然リト雖ヒ領事ヲ以テ公使ト同視スヘカラス如何トナレ

ハ則チ領事ノ職タル專ハラ自國人民ノ外國ニ在留スル者ノ爲メニ其商事上ノ便益ヲ計リ若クハ其本國政府ニ商事上ノ報告ヲ爲ス等ノ「ノミニシテ敢テ政權ヲ代理スル者ニ非サレハナリ但シ領事ハ各國其職掌及ヒ取扱ヲ同フセス此ハ畢竟餘事ニ關スルヲ以テ復タ玆ニ贅セス

○刑法ハ地ニ屬スルモノナル「即チ其國管內ニ在テ犯シタル所爲ハ其犯人ノ內國人タルト外國人タルトニ論ナク均ク之ヲ管ス〳〵キモノナル「ハ予前段ニ於テ既ニ之ヲ說ケリ今ヤ刑法ハ如何ナル人ヲ管スルモノナルヤヲ左ニ說示セントス

刑法ハ一國ノ秩序ヲ維持シ安寧ヲ保全センカ爲メニ制定セラレタルモノナルカ故ニ凡ソ國民ハ其保護ヲ得ルノ權

利ト共ニ之ヲ遵奉スルノ義務アルモノトス故ニ內國人ノ外國ニ在テ犯シタル所爲ト雖モ仍ホ本國ノ刑法ヲ以テ之ヲ支配セサル可ラス如何トナレハ其外國ニ在リテ犯シタル所爲ト雖モ內國ノ命令ニ背戻シタル點ニ於テハ內國ニ在リテ犯シタルモノト毫モ異ナラサレハナリ佛國民法第三條末項ニ曰ク「人ノ身分及ヒ權利ニ關スル法律ハ外國ニ居住スルニ關セス各佛蘭西人ヲ支配ス可シ」トコレ民法ノ規定ニ係ルト雖ヒ刑法モ亦タ之ト同シク內國人ノ外國ニ在テ罪ヲ犯シタル者ニ及ホスベキモノト決定セサル可ラス然ラサレハ則現ニ內國ノ法律即チ命令ニ違犯スル者アルモ其外國ニアルノ故ヲ以テ之ヲ不問ニ置カサルヲ得サルニ至ラン是豈ニ國法ノ力ヲシテ微弱ナラシムルモノニ

アラスヤ但シ國外ニ在テ犯シタル者ヲ罰スルニ付テハ佛國ノ規定スル所ニ依レハ多少ノ條件ナキニアラサルナリ之ヲ要スルニ刑法ハ亦タ人ニ属スルモノトス何トナレハ內國人民ハ其內國ニ在テ犯シタルト外國ニ在テ犯シタルトニ論ナク內國ノ法律ヲ適用スルヲ原則トスレハナリ

○佛國刑法ハ地ト人トニ兼テ属スルトノ二ハ予既ニ之ヲ述タリコレ治罪法第五條乃至第七條ニ規定スル所ニシテ即チ一千八百六十六年ノ改正ニ係ル今マ之ヲ掲出セン

第五條　佛蘭西領地外ニテ佛蘭西ノ法律ニ從ヒ罰スヘキ重罪ヲ犯セシ佛蘭西人ハ佛蘭西ノ裁判所ニ追訴セラレ且裁判セラルヽヿアル可シ

佛蘭西領地外ニテ佛蘭西ノ法律ニ從ヒ輕罪ナリト定メタル罪ヲ犯セシ佛蘭西人ハ其犯罪ノ地ノ法律ニ於テモ亦之ヲ犯罪ト爲シ罰スル時ニ限リ佛蘭西ノ裁判所ニ追訴セラレ且裁判セラルヽヿアルヘシ然レトモ重罪輕罪ヲ問ハス犯人既ニ外國ニテ受ケタル裁判言渡ノ確定セルヿヲ證スルトキハ佛蘭西ノ裁判所ニ更ニ其罪ヲ訴フ可ラス

佛蘭西人外國ニ於テ佛蘭西人又ハ外國人ニ對シ輕罪ヲ犯シタル時ハ檢察官ノ要求アルニ非サレハ起訴アルヲ得ス但シ豫メ損害ヲ受ケシ本人ノ告訴又ハ犯罪ノ地ノ官廳ヨリ佛蘭西ノ官廳ニ公然ノ告發アルヲ要ス

第七條ニ記スル重罪ヲ犯シタル時ノ外ハ犯人佛蘭西

ニ復歸セサル間ハ起訴スヘカス

第六條　刑事ノ訴ヲ犯人住所ノ檢察官又ハ犯人所在地ノ檢察官ヨリ之ヲ爲ス可シ

然レトモ大審院ハ檢察官又ハ本人ノ求メニ因リ重罪又ハ輕罪ヲ犯シタル地ト更ニ接近シタル裁判所ニ其訴ヲ移サシムルヿヲ得

第七條　佛蘭西領地外ニテ國ノ安寧ヲ害スル重罪又ハ國璽或ハ通用貨幣及ヒ紙幣或ハ官許アル銀行手形ヲ贋造スル罪ヲ犯セシ外國人ハ主從ノ別ナク之ヲ佛蘭西ニテ逮捕シタル時又ハ佛蘭西政府外國政府ヨリ其引渡ヲ得タル時佛蘭西ノ法律ニ從ヒ公訴ヲ起シ且裁判スルヿヲ得ヘシ

右ノ如ク改正シタリト雖トモ其以前ニ在テハ佛國人ノ外國ニ於テ犯シタル者ヲ處斷スルニ付キ左ノ制限アリタリ

一　佛國人ノ外國ニ在テ犯シタル罪ハ其被害者佛國人ニアラサレハ其罪ヲ理セス

二　被害者本人若クハ其親族ノ告訴アルニ非サレハ其罪ヲ理セス

然ルニ此ノ法律アリタルカ爲メ頗ル公正ヲ失スルノ結果ヲ生セリ例ヘハ第一制限アリタルカ爲メ佛國人ノ外國ニアリテ外國人ヲ兇殺シ自國ニ逃レ歸リタル時ノ如キ佛國人ハ皆其兇惡者タルヿヲ知テ畏怖自カラ堵ニ安ンセサルノ懷ヒアルトト雖モ仍ホ其罪ヲ問フヿ能ハサルノ弊アリ

第二ノ制限アリタルカ爲メ犯人ハ被害者若クハ其親族ニ

賄遺シテ其罪ヲ遁レ爲メニ法律ノ効力ヲシテ薄弱ナラシムルニ至ル等其弊勝テ數フヘカラサルモノアリキ是以テ一千八百五十二年大學教師オルトランニ命シテ改正案ヲ起稿セシメ是等ノ弊害ヲ舉テ芟除スルヿト爲シ其稿既ニ成テ代議院ノ可決スル所トナリタリト雖ヒ元老院ノ會議ニ於テ遂ニ否決セラレ實行スルニ至ラサリシ降テ一千八百六十六年ニ至リ漸ク前掲ノ改正ヲ見ルヿヲ得テ始テ舊弊ヲ洗滌スルヿヲ得タリ

此ノ改正ニ付キ社會刑罰權ノ主義ヲ異ニスル者ノ間ニ於テ交々議論ヲ試ミタリト雖ヒ結局此改正法ハ折衷主義ニ基ケルモノナリト論定スルヲ得ベシ其一端ヲ證スレハ第五條第二項ニ佛國人外國ニ在テ輕罪ヲ犯シタルヒニ於テハ其外國ノ法律ニ於テモ亦同ク之ヲ輕罪トナス所爲ニアラサレハ之ヲ罰セスト規定シタルニ因テ明ナリ何トナレハ凡ソ甲國之ヲ罰シ乙國之ヲ罰セサルカ如キ所爲ハ則チ必スシモ道德ト公益トニ背反セサルモノナリトスルノ趣旨ニ外ナラサレハナリ

命令ノ說ニ基テ之ヲ論スルヒハ決シテ兩國ノ法律ニ於テ罪視シタルヲ要セス唯タ佛國ノ法律ニ於テ禁スル所ニ違犯シタルノミヲ以テ直ニ之ヲ罰スルヲ得ヘシ如何トナレハ佛國ノ法律即チ命令ニ背キタレハナリ

又第五條第二項ニ依レハ犯罪者外國ニ於テ既ニ確定ノ裁判ヲ經タルヒハ其後佛國ニ復歸スルト雖ヒ更ニ其罪ヲ問ハサルモノトセリ是レ亦折衷主義ノ結果ナリトス

命令說ニ依ラン乎縱令ヒ外國ニ於テ確定裁判ヲ經タルトキト雖ヒ尙ホ佛國ノ法律ニ依テ處斷スルヲ得ヘシ何トナレハ則チ佛國ノ法律ニ違犯シタル犯罪ニ對スル佛國ノ法律ニ依リ未タ之ヲ處罰セサレハナリ

又外國ニ於テ大赦ヲ行ヒタルトキ犯人佛國ニ復歸スルモ之ヲ罰セス是亦タ折衷主義ヨリ生スル結果ナリト云フヘシ

命令ノ說ニ從ヘハ外國ノ大赦ハ佛國ニ關係ナキヲ以テ之ヲ不問ニ置クノ理ナキナリ

要旨スルニ一千八百六十六年佛國治罪法中ノ改正ハ即チ折衷主義ニ從テ成リタルモノトスヘシ

予カ前ニ揭出シタル我刑法草案第五條ニ於テハ日本人ノ外國ニ在テ犯シタル犯罪ヲ罰スルニ付キ六個ノ條件ヲ要

スル旨ヲ定メタリ而メ其第五ニ其外國ニ於テ大赦ヲ受ケサルトキトアリ其第六ニ其外國ニ於テ期滿免除ヲ得サルトキトアリ此第五及ヒ第六ノ條件ヲ除クノ外其他ノ條件ハ佛國治罪法ニ定メタル條件ト同シ是ニ由テ之ヲ觀レハ草案モ亦タ佛國法律ト同シク折衷主義ニ從テ制定サレタルヤ明ナリ

日本刑法ハ外國ニ於テ日本人ノ犯シタル罪ニ付キ如何ニ之ヲ處分スヘキカ明カナラズト雖モ前既ニ講述シタルカ如ク治罪法第四十五條ニ於テ外國ニ在テ犯シタル罪ニ付キ其管轄ヲ規定シアリ是ニ依テ之ヲ視レハ凡ソ刑法ノ認テ重罪輕罪トナスノ所爲ハ其外國ニ於テ重罪輕罪ト爲スト否トニ論ナク刑法ニ依テ之ヲ處斷スルノ精神ナルヘシ

如何トナレハ草案第五條ニ臚列シタル六箇ノ條件具備スルヲ要スルモノトスルトキハ明カニ之ヲ掲ケサルヘカラス然ルニ法律ニ其明文ナキニ於テハ一ノ條件ヲモ要スルヿナク之ヲ本邦ノ法律ニ問フヿヲ得ルモノナリト論決スルモ敢テ不可ナキカ如キノミナラス却テ當然ナルヘキナリ但シ違警罪ハ之ニ異ナリコレ違警罪ハ全ク地ニ属スルノ性質ヲ有スルモノ即チ其地方ノ全部若クハ一部ニ係ル取締法トモ云フヘキモノナルニ由ル彼ノ刑法第九十三條第二項ニ違警罪ハ其裁判所ノ管轄地内ニ於テ再ヒ犯シタルトキニ非サレハ再犯ヲ以テ論スルヿヲ得ストアル精神ヨリ推スモ此意明ナリトス

以上説述シタシ所ヲ約言スレハ則チ法文ナシト雖モ刑法ノ性質上ニ就テ之ヲ言ヘハ凡ソ日本國内ニ於テ犯シタル罪ハ其内國人ニ係ルト外國人ニ係ルトヲ問ハス日本刑法ニ依テ處斷スルヿヲ得ヘシ但シ治外法權ノ存在スル間ハ此限リニアラス

日本人外國ニ在テ日本ニ對スル罪ヲ犯シタルトキハ草案第五條ノ條件ニ關セス日本刑法ニ從テ其重罪輕罪ハ之ヲ罰スルヿヲ得但シ違警罪ハ此限リニ非ラス

外國人外國ニ在テ日本ニ對スル罪ヲ犯シタルトキハ縱令ヒ其後日本ニ來ルヿアリト雖モ我刑法ニ依テ之ヲ罰スルヿヲ得ス但シ國外ニ放逐スルヿヲ得ヘシ

以上講述シタル所ヲ以テ第一編刑法總論ヲ終ハリタリ

第二編　犯罪論

第一章　犯罪ノ意思及ヒ未遂犯罪ヲ論ス

○凡ソ國アレハ必ス政府ナカル可カラス政府アレハ亦タ必ス法律(即チ禁止命令)ノ設ケナキ能ハス法律ハ以テ社會ノ秩序ヲ維持シ吾人ノ安寧ヲ保全スル所以ナルヿ予カ前編ニ於テ既ニ講述シタル所ナリ而シテ此ノ法律ノ禁止スル所ヲ行ヒ命令スル所ヲ爲サヽルノ所爲、更ニ之ヲ約言スレハ則チ法律ノ禁令ニ違犯シタルノ所爲、之ヲ犯罪ト云フ、是レ、予カ本編ニ於テ講究セント欲スル所ナリ、而シテ其犯罪者ニ當行スヘキ苦痛即チ刑罰ハ次編ヲ竢テ之ヲ講究スヘシ

抑〻法律ハ既ニ說述シタルカ如ク社會ノ秩序ト吾人ノ安

寧ヲ保護センカ爲メ必需ノモノトシテ一國ノ主權ニ依リ之ヲ制定シタルモノルナカ故ニ凡ソ國民タルモノ須ラク之ヲ遵守スヘキノ義務アルヿ固ヨリ論ヲ竢タス乃チ吾人カ依テ以テ生ヲ聊ンシ賴テ以テ堵ニ安ンスルノ報酬ト云フモ敢テ不可ナキモノトス去レハ犯罪トハ單ニ社會ニ對シ又ハ一私人ニ對シテ損害ヲ生シタルノ謂ナリト思惟スヘカラス苟モ單ニ損害ヲ生シタルカ爲メ之ヲ犯罪者トナスト言ハヽ刑罰ハ究竟金錢上ノ賠償ヲ以テ滿足セサルヲ得サルニ至レハナリ然リ而メ金錢ノ賠償ハ以テ其犯罪ヲ消滅スルニ足サルヿハ諸君ノ既ニ了知セラルヽ所ナリ例ヘハ人ノ所有物ヲ竊取シタル者其贓品ヲ事主ニ返還シタリトテ之ヲ以テ罪辟ヲ免ルヽヿ能ハサルカ如シ

此ニ依テ之ヲ視レハ凡ソ法律ハ社會一般ノ秩序ヲ保護スルカ爲メニ生シ犯罪ハ即チ法律ニ違犯シタルニ因リテ成ルト謂フ可キナリ

○蓋シ犯罪ハ單一ノ所爲ニ依テ成立スルモノニアラス則チ其發意アリテヨリ其實行ニ至ルマテノ間必ス數箇ノ階級アリ即チ左ノ如シ

第一　發意
第二　決心
第三　豫備
第四　着手
第五　實行

右第一第二ハ内部即チ人ノ意思ニ属シ第三以下ハ外部即

チ人ノ行爲ニ属スルモノトナス而シテ其第四ノ所爲ニ止マルトキ之ヲ未遂犯ト云ヒ第五ノ所爲之ヲ既遂犯ト云フ

右第四ノ階級即チ犯罪ニ着手シタル所爲ハ別チテ之ヲ左ノ三箇ノ場合トス

(一)　犯人悔悟シ若クハ畏怖ノ情ヲ生シテ自カラ其犯罪ヲ遂ケサル時
(二)　犯人意外ノ障礙ニ因リテ犯罪ヲ遂ケサル時
(三)　犯人意外ノ舛錯ニ因リテ犯罪ヲ遂ケサル時

是ナリ此ノ(三)ノ場合ニハ既ニ實行アリテ既遂犯トナルヘキカ如シト雖モ唯法律ノ豫防シタル害惡ヲ生スルヿナキニ因リ我刑法ニ於テモ亦未遂犯罪ト爲シタルモノナリ學者此所爲ヲ稱シテ無効犯ト云フ但シ此事ニ付テハ尚ホ後

ニ論スル所アルヘシ

○予ハ今一例ヲ掲テ前述ノ階級ヲ明カニセン

甲者アリ嘗テ乙者ニ含ム依テ之ヲ殺害セント欲スルノ心ヲ生ス此レ發意ナリ發意アリテ自カラ之ヲ識別力ニ問ヒ彌〻其實行ノ思想ヲ定ム之ヲ決心ト云フ決心アリテ而後小銃裝藥ヲ購求シタルカ如キ之ヲ豫備ト云フ豫備已ニ成リ乙者ヲ其途ニ要シ雷管ヲ着ケテ將ニ發射セントスコレ着手ナリ已ニシテ乙者至ル依テ之ニ對シテ發射セリ之ヲ實行ト云フカ如シ

此例ヲ前ニ述ヘタル犯人自カラ其所爲ヲ遂ケサル場合ニ援用スレハ則チ左ノ如シ

例ヘハ甲者將ニ發射セントナシ翻然自カラ悔ヒ又ハ俄カ

ニ法律ヲ畏ル丶ノ意ヲ生シ其兇殺ヲ遂ケサル時ノ如キコレナリ是レ等シク未遂犯ト稱シ得ヘキモ此場合ニ於テハ好意ニ其犯罪ノ決心ヲ抛棄シ實害ヲ生セシムルヿ無ケレハ法律ニ於テハ之ヲ豫備ノ所爲ト同視スルヿヲ得ヘク隨テ豫備ノ所爲ヲ罰スル場合ニ限リテノミ此種ノ未遂犯ヲ罰シ得ヘキナリ

又犯人意外ノ障礙ニ因テ其所爲ヲ遂ケサル場合ハ則チ甲者乙者ノ來ルヲ見テ已ニ雷管ヲ着ケタルモ管適セサルカ又ハ濕潤感發セサルカ爲メ遂ニ其機ヲ愆マリ乙者既ニ去リタル時ノ如シコレ純然タル未遂犯ナリ

又犯人意外ノ舛錯ニ因テ其所爲ヲ遂ケサル場合ハ則チ甲者既ニ發射シタルモ術拙キカ爲メカ又ハ正鵠ヲ得サリシ

カ爲メ乙者ニ命中セサリシキノ如シコレ所謂無効犯ナルモノニシテ純然タル未遂犯ト異ナリ

犯人トハ眞ニ所謂法律ヲ犯シタル者ニ對シテ付スヘキ名稱ナルニ拘ラス未タ全ク法律ヲ犯サヽル者ト雖モ仍ホ之ヲ犯人ト云フヿアリ是レ畢竟邦語ノ不備ヨリ生シタル語弊ナリトス

以上講述シタルカ如ク凡ソ法律ヲ犯サントスルニハ必ス數箇ノ階級アリ法律ハ其何レノ階級ニ當ル所爲ヲ以テ乃チ罰スヘキモノト爲ス乎

○第一階級即チ法律ヲ犯スノ發意ハ之ヲ罰スヘキ乎

法律ハ決シテ此ノ發意ヲ罰スヘキモノニアラストス而メ之ヲ解スル者ハ曰ク凡ソ人ノ思想ハ他ノ能ク確認シ得サ

ルモノナルカ故ニ苟モ之ヲ罰スヘキモノトスレハ或ハ無辜ヲ入ルヽノ患アランコレ之ヲ罰ス可ラストスル所以ナリト

果シテ此説ヲ以テ其當ヲ得タリトセン乎其發意即チ思想ノ明瞭ナルキ例ヘハ其意思ヲ書ニ現ハシ若クハ白狀シタル場合ノ如キハ之ヲ罰ス可シト云フノ結果ニ至ル可シ何トナレハ是等ノ場合ニ於テハ即チ其意思ヲ確認シ得ヘキヲ以テナリ其レ然リ然ラハ則チ凡ソ法律ノ思想ヲ罰セサル所以ハ必スヤ他ニ理由ナカル可ラス乞フ之ヲ左ニ述ン

凡ソ人惡念ノ胸裡ニ浮動スルアレハ勉メテ之ヲ避ケンヿヲ欲スルハ素ト吾人カ道德上ノ職分ナルヿ論ヲ竢タス然リト雖モ凡ソ人ノ思想ハ物ニ觸レテ時ニ感發スルモノナ

レハ豫シメ惡念ノ萌起ヲ防キ能フヘキモノニアラス而シテ單一ノ惡念ノミニシテ未タ之ヲ行爲ニ見ハサヽル間ハ良心ノ誘導スル所トナリ惡念忽チ變シテ善心ニ遷ルヿアルハ蓋シ通常ノヿナリトス要スルニ法律ヲ犯スノ發意アリタリトテ之ヲ以テ未タ社會ノ安寧ヲ害スルモノニアラサレハ法律ニ於テハ之ヲ罰スルノ理由ナシ

○第二階級即チ法律ヲ犯スノ決心ハ之ヲ罰スヘキ乎

蓋シ決心ハ發意ノ漸ク堅固ニ至リタル者ニシテ即チ罪ヲ犯スノ發意アリテ後チ其之ヲ決行スルニ付テノ手段又ハ決行シタルヨリ生スヘキ利害得失等ヲ熟考シ究竟識別力ノ指導スル所ニ從ヒ其意嚮ヲ確定シタルモノタリ故ニ決心ハ發意ノ過カニ歩ヲ進メタル者トス去レハ此決心ヲ外部ニ觀ハシタル時即チ口外スルカ又ハ筆記シタルキノ如キ人ヲシテ畏懼危殆ノ念ヲ抱カシムルニ足ルヘキヿ勿論ナレハ社會ハ當ニ之ヲ罰スヘキノ理由アルニ似タリ然リト雖モ凡ソ法律ハ或特別ノ場合ヲ除クノ外縱令ヒ如何ナル決心ナリト雖モ決メ之ヲ罰スルヿナシ其然ル所以ノモノハ蓋シ左ノ二理由アルカ爲メナリ

第一　凡ソ決心ハ之ヲ外部ニ觀ハシタル場合ニ於テ或ハ人ヲシテ畏懼危殆ノ念ヲ抱カシムルニ拘ハラス元ト人ノ胸裡ニ止リテ之ヲ其行爲ニ現サヽル者ナレハ之ヲ以テ未タ實際社會ニ危險ヲ與フル者ニ非サルカ故ニ必スシモ之ヲ處罰スルノ要ナシトスルニ由ル

第二　決心ヲ罰スル時ハ犯人ヲシテ其犯罪ヲ遂ケシム

ルノ患アリ何者苟クモ一タビ犯者ノ決心ヲ爲シタル時ハ之ヲ實行スルモ罰セラレ之ヲ實行セサルモ亦タ罰セラル其刑罰ヲ脫カレサルヤ則チ一ナリ然レハ則寧ロ實行シテ罰セラルヽノ愈レルニ若カスト言ハシムルカ如キノ實アルニ由ル

○第三階級即チ豫備ノ所爲ハ之ヲ罰スヘキ乎

犯罪ノ豫備ハ單ニ人ノ胸裡ニ止マルモノニアラス即チ已ニ其外部ノ行爲ニ現ハレタルモノナレハ正ニ法律ヲ犯スノ機會ニ接近シタル者ト謂ハサル可ラス之ヲ前例ニ擬セン乎乃チ謀殺ノ爲メニ銃砲彈藥ヲ購求シタル所爲ノ如シ故ニ之レヲ罰シタリトテ前二者ニ比スレハ稍々其理アルニ似タリ然レ𪜈法律ハ或ル例外ヲ除クノ外仍ホ之ヲ罰セ

サルヲ以テ原則トナス而メ或ハ説ヲ爲シテ曰ク其銃砲彈藥ハ必スシモ之ヲ謀殺ノ用ニ供スルモノナリト認ムヘカラス何トナレハ或ハ護身ノ爲メニシ又或ハ獵獲ノ用ニ供センカ爲メタルモ未タ知ル可ラサルニ苟モ之ヲ罰スヘキモノトスレハ到底彼ノ危險ノ推測ヲ用ヒサルヲ得サルヘク而メ如斯ハ畢竟法律ノ意思ニアラサレハナリコレ其犯罪ノ豫備ヲ罰セサル所以ナリト

予ハ此説ヲ以テ未タ其當ヲ得タルモノトセス他ナシ若シ論者ノ説ニ從ヘハ其銃砲彈藥ヲ裝置シタルモノニシテ果メ謀殺ノ爲メタルヿノ確證アル場合ニ於テハ此レ即チ危險ノ推測ニアラサルカ故ニ當然之ヲ罰セサル可ラストスルニ至レハナリ

其レ然リ然ハ則チ其之ヲ罰セキルノ理由如何曰ク他ナシ犯罪ノ意思ヲ中廢スルノ利益ヲ計ルカ爲メタル而已若シ夫レ法律ニ於テ必ス豫備ノ所爲ヲ處罰スヘキモノトセン乎是レ豈ニ却テ犯罪ノ既遂ヲ促カスモノニアラスシテ何ソヤ且ツヤ豫備ノ所爲ハ社會ヲシテ幾分カ畏懼危殆ノ念ヲ抱カシムルノ事ハ其レ或ハ之レアラン然レ𪜈未タ實際ニ其害惡ヲ加ヘタルモノニアラサレハ之ヲ罰スルノ利ハ寧ロ不問ニ措クノ大益アルニ若カス即チ尺ヲ枉テ尋ヲ直フルノ要訣ヲ採擇シタルニ外ナラサルナリ

○予ハ犯罪ノ決心ト犯罪ノ豫備トハ之ヲ罰セサルヲ原則トナストノコハ既ニ之ヲ述タリ今ヤ其例外タルヘキモノニ付二三ノ例ヲ左ニ掲出セン

○第一例外即チ犯罪ノ決心ヲ罰スル塲合ハ揭テ第百二十五條第二項ニ在リ曰ク「內亂ノ陰謀ヲ爲シ未タ豫備ニ至ラサル者ハ各二等ヲ減ス」ト

所謂內亂ノ陰謀ヲ爲シ未タ豫備ニ至ラサル者トハ即チ集合的ノ決心ノ謂ニシテ取リモ直サス內亂ノ決心ハ第百二十一條ノ例ニ循ヒ各二等ヲ減シテ罰スヘキヿヲ規定シタルモノナリ

○第二例外、即チ犯罪ノ豫備ヲ罰スル塲合ハ即チ第百二十五條第二項(內亂ニ關スル罪)第百三十三條(外患ニ關スル罪)第百八十六條第二項(貨幣僞造ノ罪)ニ記載セリコレ咸ナ犯罪ノ豫備ニ止マルト雖𪜈其事ノ最モ重大ニ涉ルカ爲メ特ニ之ヲ罰スルノ必要アルモノトス

○今此ニ犯罪ノ決心若クハ豫備ノ所爲ヲ罰スルカ如クナルモ其實決シテ然ラサルモノアルヲ說カン

第一　新聞紙條例違犯ノ制裁ヲ以テ犯罪ノ決心ヲ罰スルモノナリト速了ス可ラス條例ハ敢テ記者ノ思想其者ヲ罰スルモノニアラスシテ其危險ナル思想ヲ江湖ニ傳播シ爲メニ社會ノ秩序ヲ紊リ吾人ノ安寧ヲ害スルノ媒介タルノ所爲其者ヲ罰スルノ趣旨ニ出ツルノミ

第二　法律ニ於テ脅迫罪ヲ罰スルヲ以テ(第三百廿六條)殺人放火等ノ決心ヲ罰スルモノナリト速了ス可ラス法律ハ敢テ此等ノ行爲ヲ爲ス〳〵キ決心ヲ罰スルモノニアラス即チ之ヲ爲サントノ脅迫其者ヲ犯罪ト爲シタルモノナリ

第三　法律ニ於テ商賈農工定規ヲ增減シタル度量衡ヲ所有スル者ヲ罰スルヲ以テ(第二百二十九條)詐欺取財ノ豫備ヲ罰スルモノト速了ス可ラス法律ハ敢テ詐欺取財ノ豫備ヲ罰スルモノニアラス即チ其定規ヲ增減シタル度量衡ヲ所有スル〳〵所爲其者ヲ罰ス〳〵キモノト爲シタルナリ

○第四階級即チ犯罪ニ着手シタル所爲(即チ未遂犯罪)ハ之ヲ罰ス〳〵キ乎

凡ソ未遂犯罪ヲ構造スルニハ二個ノ要件アリ

(一)確乎タル目的アリテ其行爲ニ觀ハレタル事

例〳〵ハ人ヲ途ニ要シテ銃殺セントスルカ如ク其目的ハ則チ人ヲ殺スニ在リ其行爲ハ則チ外部ニ觀ハレタル者ノ如キヲ云フ

(二)若シ犯人中ゴロ悔ヒ自カラ好テ其所爲ヲ廢止セン

ト欲スルトキハ之ヲ爲シ得ヘキ場合ナル事

例ヘハ彈藥ヲ裝置シタルモ未タ發射セサルトキノ如シ是レ其意嚮ニ隨テ其所爲ヲ中止スルヿヲ得ヘキ場合ナリトス故ニ苟モ發射シタル上ハ其命中シタルト否トヲ問ハス之ヲ稱シテ未遂犯ト謂フ可ラス

要スルニ右二個ノ條件ヲ具備スルニアラサレハ之ヲ未遂犯罪ト云フヿヲ得サルモノトス而メ犯罪着手ノ所爲ニ付テハ須ラク之ヲ左ノ二個ノ場合ニ區別シテ講述スルヿヲ要スベシ

第一　犯罪ニ着手シタリト雖モ犯人意外ノ障碍ニ因リ遂ケサル場合

是レ犯人自カラ好ンテ中止シタルニアラス即チ遂ケント欲シタルモ現ニ遂クルヿ能ハサリシ場合ナリ例ヘハ人ヲ銃殺セントスルニ方リ他人ノ妨遮スル所トナリタルカ如キ又ハ人ヲ毒殺セント欲シテ毒藥ヲ供スルモ其人之ヲ服用セサルカ如キ又ハ人ノ所有物ヲ竊取セントスルニ方リ所有主ノ誰何スル所トナリ逃走シタル時ノ如ク何レモ已ヲ得ス其目的ヲ遂ケサル場合ナリ之ヲ稱シテ未遂犯罪ト云フ

此ニ依テ之ヲ視レハ凡ソ未遂犯罪ナル者ハ既ニ其目的ヲ外形ニ現ハシタル者ニシテ之ヲカノ決心又ハ豫備ニ比スレハ更ニ其度ヲ進メタルモノナルヿ論ヲ俟タス去レハ人ノ之ヲ認定スルニ於テモ亦甚タ難シトセサルノミナラス社會ノ危險モ亦タ隨テ一層ヲ倍加シタルヤ明ナリ然ラハ

則チ其之ヲ制裁スルニ於テモ其間多少ノ徑庭アル所アルハ固ヨリ其所ナリト謂ハサル可ラス

○刑法第百十二條ニ曰ク「罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖ヒ犯人意外ノ障碍云々未タ遂ケサル時ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス」此ニ依テ之ヲ視レハ我刑法ハ未遂犯罪者ヲ以テ無罪ノ人トセス然レヒ亦既遂犯ト同視セサルヤ其一等又ハ二等ヲ減輕シタルニ依テ知ル可シ(但重罪ニ就テ云フ)之ヲ佛國ノ所定ニ比スレニ其大ニ愈ル所アルヲ知ル即チ佛國刑法第二條ニ於テハ重罪ノ未遂犯ハ既遂犯ト同一ニ看做シ同一ノ刑ヲ科スヘキ旨ヲ規定シタリ

此規定タル其制定ノ當時ニ於テハ諸學士ノ互ニ相論議シ

タル所ナルモ結局重罪ニ關シテハ既遂犯ト同一ノ刑ヲ科スヘシトスルトレーマール氏ノ所說ニ決定スルヿトナリ斯カル規定ヲ見ルニ至レリ但シ此同刑論者ト雖ヒ必スシモ實際既遂犯罪ト同一ナルモノナリト思考シタルニハアラスシテ只タ法律上同一ノ刑ヲ以テ處斷スルモノナリトノヿヲ確定シタルニ過キス故ニ刑罰ニ長期短期アルヒハ常ニ其短期ニ從テ處分スヘキモノトセリ然レヒ法典ニ於テハ究竟其明文ヲ掲出スルヿヲ果サヽリシナリ

蓋シ同刑論者カ據テ以テ其理由ナリトスル所ハ抑〻未遂犯罪者ノ始メ心ヲ設クルヤ必ス之ヲ遂クルニ在リ而シテ其之ヲ遂クルヿ能ハサリシ所以ハ全ク意外ノ障礙アリシカ爲メナリ然レハ則犯人ノ思想ハ其之レヲ遂ケタルモノト

敢テ軽輕アルヿナカルベシ其危險ナルヿ亦タ既ニ大ナリト謂フ可シ加之ナラス刑罰ハ素ト犯人ノ懲戒ヲ要趣トスルモノナレハ社會ハ之ヲ既遂犯罪ト同一ニ處分スルノ必要アルモノナリト云フニ在ルモノヽ如シ

然リト雖ヒ此ノ主説タル特リ佛國法律ノ採用スル所トナリタルノミ其他ノ各國咸ナ其所定ニ多少ノ差異アルニ拘ハラス未遂犯罪者ノ刑ハ既遂犯罪者ノ刑ニ比シテ必ス一等又ハ二等ヲ減スルヿト爲シタルノ一點ニ至テハ何レモ我刑法ト其撰ヲ一ニセサルヿナシ予ヲ以テ之ヲ視ルモ亦同刑論ノ甚タ妥當ニアラサルヲ知ルナリ

例ヘハ人ヲ銃殺スルノ目的ヲ以テ既ニ發射セントスル際忽チ他人ノ支障スル所トナリ其事ヲ遂ケサル塲合ノ如キ

之ヲ意外ノ障礙ニ因リ遂ケサル者ト云フトハ言ヘ實際ニ於テハ犯人ノ未タ發射セサルニ先タチ或ハ良心ノ誘導スル所トナリタルニ由リ又或ハ畏怖ノ念慮ヲ生シタルニ由リ自カラ好ンテ其事ヲ遂ケサルカ如キモノ亦必スシモ之ナキヲ保セス豈ニ犯罪ニ着手シタル者ハ苟モ意外ノ障礙ニ因ルニアラサレハ必ス之ヲ中止スルヿナシ否ナ自カラ悔悟シテ其罪辟ヲ遂ケサルカ如キモノナシト速斷スヘキモノナランヤ何トナレハ如斯ハ或ハ事實ニ反スル苛酷ノ推測タルヲ免レサル者アルヘケレハナリ故ニ予ハ到底夫ノ二者ヲ同刑ニ處スヘシトノ説ヲ是認スルヿヲ得ス然リト雖ヒ既ニ發射セントシテ纔カニ他人ノ支障スル所トナリ其事ヲ遂ケサル者ノ如キ其中或ハ自カラ好ンテ之ヲ遂

ケサルモノアルニモセヨ其所爲ノ危險ニシテ社會ノ安寧ヲ害シタルノ所以ヲ以テ當ニ之ヲ罰スヘキノ必要アリ即チ既遂ノ刑ヨリ一等又ハ二等ヲ減シテ處斷スルノ最モ正鵠ヲ得タルモノタルヲ信スルナリ

以上説述シタル所ハ即チ犯人意外ノ障礙ニ因リ其事ヲ遂ケサル場合即チ未遂犯罪トシテ罰スヘキ場合ナリトス

第二　犯罪ニ着手シタリト雖モ犯人畏怖若クハ悔悟ニ因リテ其事ヲ遂ケサル場合

是レ意外ノ障碍ニ因リ遂ケ克ハサルニアラス即チ自カラ好テ爲サヽル場合ナリ假令ハ人ヲ謀殺セント欲シ刀ヲ揮テ之ニ迫リタルモ其哀ヲ乞フニ會ヒ倏然哀憐ノ情ヲ生シ之ヲ果サヽルトキノ如キ又ハ人ノ財物ヲ窃取セント欲シ既

ニ其容器ヲ開キタルモ顧ミテ他日刑辟ニ觸レンヿヲ畏レ手ヲ斂テ去リタル時ノ如キ是レナリ其之レヲ遂ケンヿ蓋シ一舉手一投足ノ勞ノミ苟モ其刀ヲ揮テ迫リタルカ爲メ又ハ容器ヲ開キタルカ爲メ必ス之レヲ罰スヘキモノトセン乎是レ盍ソ強テ犯罪ヲ遂ケシムルニ異ナラン否ナ殊勝ナル改悟ノ良心ヲ拒絶スルモノニアラスヤ惡ゞ之レヲ法理ノ肯綮ヲ得タルモノト謂フ可ケン是ヲ以テ法律ハ苟モ犯人ノ自カラ好テ其犯罪ヲ遂ケサル場合ハ其果シテ良心ノ誘導スル所トナリタルカ將タ畏怖スル所アリタルカヲ問フヲ要セス皆ナ之レヲ罰セサルヲ以テ其原則トナス是レ其犯人ニ利益ヲ與フルト同時ニ社會ニ大益アルニ由ル

（但シ前ニモ述ヘタルカ如ク法律ニ於テ豫備ノ所爲ヲ罰ス

ル場合ニハ此種ノ着手ノ所爲ト雖モ仍ホ之レヲ罰スヲ可キカ如シ)

然レモ茲ニ又其例外トナルヘキモノアリ例ヘハ人ヲ謀殺セントスシ既ニ其隻手ヲ斬解シタルモ被害者ノ苦楚ニ耐ヘサルノ狀ヲ見テ之ヲ殺スニ忍ヒス其事ヲ遂ケサル場合ノ如キ是レナリ夫レ斯ノ如ク自カラ其初志ヲ遂ケサルニモセヨ既ニ多少ノ實害ヲ加ヘタル場合ニ於テハ決メ之ヲ不問ニ措クヘキ理ナシ故ニ例ヘハ前述ノ場合ニ於テハ之ヲ謀殺ノ未遂犯ト爲サス乃チ尋常ノ毆打創傷罪ト爲シ第三百條第二項人ヲ癈疾ニ致シタルモノトアルニ照シテ處斷スヘキモノトス我刑法ニハ其明文ナシト雖モ其決定ハ敢テ右講述スル所ニ異ナラスト信ス

○右講述シタル犯罪豫備ノ手段ト犯罪着手ノ所爲(即チ未遂犯罪)トノ區別ハ實際甚タ困難ナル場合アリ今一例ヲ掲ケテ之ヲ詳述セン

例ヘハ門戸墻壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開テ人ノ邸宅倉庫ニ忍入リタル際逮捕セラレタル者アリトセン之ヲ竊盜ノ豫備ノ手段ト謂ハン乎將タ竊盜ニ着手シタルノ所爲即チ未遂犯罪ナリト謂ハン乎

佛國ノ判決例ニ從ヘハ凡ソ豫備ノ手段ト未遂犯ノ所爲トヲ判定スルハ一ニ承審官即チ事實裁判官ノ智識ニ任シタリ故ニ假設ヒ其判定ニ就テ上告スルモノアルモ苟モ法律上ノ議論ニアラサレハ大審院ハ必ス之ヲ棄却スルヿト爲シタリ

實例アリ曾テ檢事ハ門戸ヲ踰越シテ人ノ邸宅ニ忍ヒ入リ未タ竊盜ヲ行ハサル者ニ對シ之ヲ竊盜ノ未遂犯ナリトシテ公訴セリ重罪裁判所ニ於テハ之ヲ竊盜ノ豫備ニシテ未遂犯ト云フヘキモノニアラスト認定シ無罪ヲ宣告セリ檢事ハ之ヲ其當ヲ得サルモノト爲シ大審院ニ上告シテ曰ク凡ソ既遂犯ニ密接スル所ノ所爲ハ即チ着手ノ所爲ナリ着手ノ所爲ハ即チ未遂犯ニアラスヤ今夫レ本案ハ或ル一事ヲ爲セハ即チ直ニ既遂犯ト爲ルモノナリ所謂一事トハ何ソ物品握取ノ所爲是ナリ苟モ本案ノ事實ヲ以テ竊盜ノ豫備ニ過キストセン乎其豫備ノ手段ト既遂犯トノ間ニハ必スヤ他ノ一所爲ナカル可ラス而メ其忍入リタル所爲ト物品握取トノ間ニ何等ノ所爲モ之レナキニアラスヤ是レ本

案ノ未遂犯罪ナル所以ナリ云々ト然レトモ大審院ニ於テハ其上告ヲ可認セサリキ其趣旨タル想フニ法律ハ未遂犯罪ニ必要ナル情狀ヲ規定シタルモ其情狀構成ノ原素ヲ規定セサレハ則チ承審官ニ於テ之ヲ犯罪ノ原素ニシテ犯罪ニ着手シタルノ所爲ヲ成サスト判定シタルニ於テハ又之ヲ非難シ得可キモノニアラス且ツヤ門戸ヲ踰越シテ人ノ邸宅内ニ忍入リタル者ノ如キ實際必スシモ直ニ物品ヲ握取シ得ヘキ者ノミナリト云フ可ラス或ハ抽斗ヲ抽キ或ハ容器ヲ壞ツニアラサレハ其物品握取ニ着手スルヿヲ得サルモノアレハ未タ必スシモ之ヲ未遂犯ナリト汎稱シ得サルモノアリ要スルニ是等事實ヲ判定スルハ畢竟承審官ノ權内ニ属スルヲ以テ原告官ト雖モ決メ之レニ容喙シ得ヘカ

ラスト云フニ在リタルカ如シ
我國ニ於テモ右等ノ場合ニ於テハ或ハ之ヲ窃盗ノ未遂犯ナリト曰ヒ又或ハ之ヲ豫備ノ手段ニ過キスト曰ヒテ未タ一定スル所ナキカ如シ然レ𪜈實際ニ於テハ之ヲ竊盗ノ未遂犯ニアラスト爲シ只タ其所爲ノ別罪ニ觸ルヽ所アルヲ以テ即チ人ノ住所ヲ侵スノ罪アリト爲シ第百七十一條乃至第百七十三條ニ照シテ處斷スルヲ例ト爲スカ如シ故ニ夫ノ翅ニ人ノ邸宅内ニ忍入リタルノミナラス尚ホ物品ヲ握取セントスル際障碍ニ因リ逃走シタルカ如キ者ニアラサレハ之ヲ窃盗ノ未遂犯ナリト爲サヽルナリ

○第百十二條ニ於テハ意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ云々トアリテ即チ障礙ト舛錯トヲ同視シテ共ニ之ヲ未遂犯罪

ナリトセリ然レ𪜈其所謂舛錯ニ因リ遂ケサル場合トハ即チ無効犯ノ場合ヲ指スモノニシテ犯人ハ其力ノ能スル限リ犯罪ノ所爲ヲ實行シタルモノナレハ之ヲ彼ノ障碍ニ因リ犯罪ヲ中止シタルモノ即チ未遂犯ト同視スルハ頗ル其妥當ヲ失スルモノト謂ハサル可ラス何トナレハ其意外ノ障碍ニ因テ遂ケサルモノハ即チ未遂犯ナルモ實行シテ効ヲ生セサリシ者ハ即チ既遂犯ノ一ナレハナリ而シテ佛國刑法第二條ニ於テモ亦之ト同一ノ規定ナルカ故ニ夙ニ學者ノ批難スル所トナリシナリ

○今折衷説ト命令説トニ依リ其決定ノ差異アル所以ヲ示スヽシ

折衷説ニ依ラン乎無効犯ハ道德ニ反スルノ點ニ於テハ敢

テ既遂犯ト輕重スル所ナシト雖ヒ特リ其公益ヲ害スルノ點ニ至テハ之ヲ既遂犯ニ比シテ固ヨリ霄壤ノ差異アルカ故ニ其刑罰ハ到底既遂犯ヨリ輕カラサルヲ得サルナリ命令説ニ依ラン乎無効犯ハ既遂犯ト同ク全ク法律ノ禁令ニ違犯シタル者ナリ更ニ之ヲ詳言スレハ法律カ某々ノ事ヲ爲ス可ラスト禁止シタルニ其法律ニ背テ全ク其禁止シタル所爲ヲ行ヒ遂ケタルモノナレハ其所爲ノ果メ實害ヲ生シタルヤ否即チ有効ナリシヤ將タ無効ナリシヤハ茲ニ問フノ要ナキモノトス故ニ無効犯ハ夫ノ未タ全ク法律ノ禁止ヲ犯シ了ラサル未遂犯罪ト同視スルヿヲ得ス結局既遂犯ト同刑ニ處スルヲ以テ至當トナス但シ實際ニ在テハ承審官ニ於テ既遂犯ト無効犯トノ間其刑ニ軒輊スル所アルヘキハ固ヨリ論外ナリ要、立法上ニ於テ無効犯ヲ未遂犯ト同視シ又無効犯ト既遂犯トヲ區別スルハ彼此共ニ法理ノ肯綮ヲ得タルモノニアラストスルニ在ルノミ

○無効犯罪ノ事ニ付キ佛國刑法ノ規定スル所我刑法ニ異ナラス即チ無効犯ヲ以テ未遂犯ト混視シタリト雖ヒ而カモ其刑罰ハ未タ必スシモ我刑法ニ同シカラス何トナレハ則佛國刑法ニ於テハ重罪ノ未遂犯ト既遂犯トノ間其刑罰ニ輕重スル所ナシト雖ヒ之ニ反シテ我刑法第百十二條ニ於テハ未遂犯罪ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減スル旨ヲ明揭シタレハナリ

我刑法草案ハ無効犯ノ塲合トヲ區別シ其第百二十五條ニ於テハ意外ノ障礙ニ因リ其事ヲ遂ケサル

モノ(即チ未遂犯)ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ二等又ハ三等ヲ減スト云ヒ第百三十六條ニ於テ舛錯ニ因リ其事ヲ遂ケサル者(即チ無効犯)ハ其事ヲ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減スト云ヘリ

元來此ノ草案ハ折衷説ノ主義ニ從ヒ制定シタルモノナルヘク而シテ刑法モ亦自カラ其主義ニ依リタルヤ障礙ト舛錯トヲ同視シタル一點ニ就テ之ヲ視ルモ明ナリ如何トナレハ元來折衷説ハ予カ已ニ前編ニ於テ講述シタルカ如ク道德ニ反スルト同時ニ社會ノ公益ヲ害スルニアラサレハ之ヲ犯罪ナリトセサルノ主義ナルカ故ニ無効犯ノ實害ヲ加フルヿ既遂犯ニ比シテ甚タ輕微ナルニ因リ宜シク其刑ヲ減輕スヘシト思惟シタレハコソ輕キ未遂犯ト同視スル

ニ至リタル可ケレハナリ

然レトモ我刑法ハ一等又ハ二等ヲ輕減スルノ法ヲ制定シタルカ故ニ實際承審官ニ於テ臨機其宜ニ從テ之ヲ適用スル時ハ未タ必スシモ不都合ナキヲ得ヘキ歟

○又爰ニ其所爲既遂ナルモ到底其目的ヲ遂クルヿ能ハサル場合アリ

是レ犯人ニ於テ或ル物ニ就キ又ハ或ル事ニ付テ誤認スル所アルカ爲メ其事ヲ實行スルモ物理上其目的ヲ達スル能ハサル場合ナリ此所爲ヲ稱シテ不能犯ト云フ

例ヘハ暗夜ニ人ナリト誤認シテ樹幹ニ發銃シ又ハ生存スル者ナリト思惟シテ死屍ヲ斬リ毒藥ナリト信シテ水ヲ飲マシメタル等ノ如キ其意志ノ惡ムヘキハ素ヨリ言ヲ俟タ

ス即チ道德ノ罪人タルヿ勿論ナリト雖モ樹幹ヲ射、死屍ヲ斫リ、水ヲ飲マシムルカ如キ、之ヲ以テ法律ノ罪人ト謂フ可ラス如何トナレハ是ノ如キハ法律ノ元ト禁止セサル所爲ナレハナリ

之ヲ要スルニ其意思ノ道德ニ反スルニ拘ハラス法律ノ豫防シタル禁止ニ違犯セサルヲ以テ之ヲ罰スルヿヲ得サルモノトス

○以上說述シタル未遂犯罪ハ重罪輕罪違警罪ニ從テ各其規定ヲ同フセス第百十三條ニ記載スル所即チ是ナリ

其第一項ニ於テハ重罪ノ未遂犯ハ必ス之ヲ罰スヘキ旨ヲ定メ第二項ニ於テハ輕罪ノ未遂犯ハ本條特ニ記載シタルモノニ非サレハ之ヲ罰セスト云ヒ第三項ニ於テハ違警罪

ノ未遂犯ハ決メ之ヲ罰スルヿナキ旨ヲ定メタリ而シテ輕罪ノ未遂犯必スシモ之ヲ罰セスト定メタル所以ハ其所爲重罪ニ比シテ甚タ輕ク危險モ亦隨テ大ナラサルモノアルヲ以テナリ故ニ其所爲ノ重クシテ且ツ危險ナル者ハ特ニ各本條ニ明揭シテ以テ之ヲ罰スルヿトセリ

例ヘハ第二百六十六條(死屍毀棄墳墓發堀ノ罪)第三百七十五條(窃盜罪)等ノ如シ

違警罪ノ未遂犯ハ決シテ之ヲ罰セサルヿニ付テハ之ヲ說明スルノ要無カルヘシ

○又第百十三條第一項ニ於テ規定シタル如ク凡ソ重罪ノ未遂犯ニハ既遂ノ刑ヨリ一等又ハ二等ヲ減シタル所ノ刑ヲ科スルヲ常トスルト雖モ而カモ或ル例外ノ場合ニ於テ

ハ其未遂犯ノ𪜈既遂犯ノ刑ヲ科スル場合アリ即チ第百十六條ニ規定シタル　天皇三后皇太子ニ對シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ノ如キ是ナリ

○第五階級即チ犯罪實行ノ所爲(即チ既遂犯)ハ法定ノ刑罰ヲ適用スヘキモノナリ而メ犯罪實行ノ所爲トハ法律ノ禁令ヲ全ク犯シ遂ケタルモノヲ云フ

以上犯罪ノ發意ヨリ實行ニ至ルマテ數多ノ階級ニ分チ講說シタル所ヲ要言センニ凡ソ所爲ノ公害ヲ生セシムルニ足ルヘキ度ニ達シタル𪜈乃チ語ヲ換テ之ヲ言ヘハ社會ノ安寧ヲ害スルノ點ニ達シタル𪜈法律ノ干與スヘキ所トナルト謂フ可キ而已

第二章　犯罪構成ノ原素ヲ論ス

○夫レ立法者カ社會刑罰權ノ趣旨ニ因リ刑罰ヲ以テ其制裁トナシ之ヲ一般人民ニ布告シタル𪜈其禁止ニ背テ或事ヲ行ヒ其命令ニ戻テ或事ヲ行ハサルノ所爲即チ法律ニ違犯スルノ所爲之ヲ犯罪ト稱スルヿハ予カ前編ノ講義ニ於テ既ニ屢々說示シタル所ナリ

然ラハ則今ヤ故ラニ本章ヲ掲テ茲ニ犯罪構成ノ原素ナルモノヲ講究スルノ要ナキカ如シ蓋シ禁令ヲ犯スノ所爲即チ法律ニ違犯スルノ所爲之ヲ犯罪ト云フト汎言シ去レハ事甚タ簡單ナルニ似タリ然リト雖𪜈凡ソ甲罪ノ原素未タ必スシモ乙罪ノ原素タラス罪異ナレハ則チ其原素モ亦必ス同一ナラス故ニ犯罪ノ原素ヲ講究スルハ法學研究上頗ル必要ナルト同時ニ亦タ最モ困難ナリトス

要スルニ犯罪ノ原素ハ各罪之ヲ同フセサルヲ以テ必ス一々之ヲ講究スルノ要アリト雖モ今先ツ其最モ主要ナリト思料スル數箇ノ犯罪ニ就キ其原素ヲ講述スルニ止メントス

○左ニ臚列スル所ノ者ハ則チ其罪質ノ異ナルニ從ヒ各犯罪構成ノ原素トナルモノナリ

第一　犯罪人ノ地位

是レ或ル犯罪ニ就テハ必需ノ原素ナリ夫ノ刑法第二編第九章ノ各節ニ記載シタル犯罪ノ如キ苟モ官吏ノ地位アル者ニアラサレハ以テ此等ノ罪辟ニ觸ルヽヿヲ得ス如何トナレハ官吏ノ地位ハ犯罪ヲ構成スルノ原素ナルカ故ニ此原素ヲ欠ケハ則チ犯罪ノ成立セサルヿ固ヨリ當然ナレハ

ナリ左レハ平人カ爲メニスル所アリテ官吏ナリト詐稱シタルトキト雖モ他ノ身分詐稱又ハ詐欺取財ノ罪ノ構成スルハ格別決ノ茲ニ掲出シタル犯罪ヲ構成スルヿ能ハサルモノトス例ヘハ警部ナリト詐稱シテ犯罪事件ニ托シ金錢ヲ收受シタル者ハ第二百八十六條ニ該ルモノニアラスシテ他ノ正條ニ照シテ處斷スヘキモノナルカ如シ

第二　犯罪人ノ民籍

假令ハ第百二十九條以下ニ記載シタル外患ニ關スル犯罪ノ如キ內國人ノ犯シタルニ非サレハ決ノ此ノ犯罪ヲ構成スルヿナシ

第三　犯罪人ノ身分

假令ハ第三百五十三條ニ記載シタル有夫姦罪第三百五十

四條ニ記載シタル重婚罪ノ如キ必ス前ニ結婚シタル身分ヲ有スルモノニアラサレハ以テ此等ノ犯罪ヲ構成スル能ハス此身分ヲ有セサル者相互ニ姦通シタル時之ヲ和姦ト云フ和姦ハ則法律ノ問フ所ニアラサルナリ

又配偶者ナキ者ノ婚姻ハ決シテ重婚ト稱スヘキモノニアラス

第四　被害者ノ地位

假令ハ第百三十九條以下ニ記載シタル官吏ノ職務ヲ行フヲ妨害スル罪又ハ官吏ノ職務ニ對シテ侮辱シタル罪ノ如キハ其被害者官吏タルカ故ニ此般ノ犯罪ヲ構成スルモ苟モ平人ニ對シテ爲シタルモノトスレハ或ハ尋常脅迫罪誹毀罪等ヲ成ス塲合モアルベク又或ハ無罪トナルヘキ塲合モ亦タ固ヨリ之レアルヘキナリ

第五　被害者ノ年齢

假令ハ第三編第一章第九節乃至第十一節ニ記載シタル幼者老者ヲ遺棄シタル罪幼者ヲ略取誘拐シタル罪又ハ十二歳ニ滿タサル婦女ニ對スル猥褻姦淫ノ罪ノ如キ或ハ其老年タリ又或ハ十二歳未滿若クハ二十歳未滿ニ非サシハ以テ此等ノ犯罪ヲ構成スルヿナシ若夫レ被害者ヲシテ壯者タラシメ又ハ各本條記載ノ年齢以上ナラシメン乎或ハ他ノ犯罪タルヘキモノモアルベク或ハ又敢テ法律ノ干渉セサル者モ素ヨリ之レアルヘキナリ

第六　季節

假令ハ特別法ニテ鳥獸獵規則ノ犯罪ノ如キ或ル季節外ニ

在テ銃獵シタルニ因リ處罰セラルヽヿアリ(鳥獸獵規則第十條)故ニ季節ハ犯罪構成ノ原素ナリトス

此規定タル畢竟鳥獸ノ蕃殖ヲ妨ケ其甚シキニ至テハ或ハ其種族ヲ滅絶スル等ノ患ヲ豫防スルニ由ル

第七　或ル時節

假令ハ第二百四十六條以下ニ記載シタル傳染病豫防規則ニ關スル犯罪ノ如キハ即チ悪疫流行ノ時節之カ原素トナルモノタリ故ニ平時ニ在テハ決メ是等ノ犯罪ヲ構成スル能ハサルヤ明ナリ

第八　場所

假令ハ第百七十一條ニ記載シタル人ノ邸宅又ハ建造物ニ入リタル犯罪第三百八十六條ニ記載シタル埋藏物ヲ藏匿

シタル犯罪ノ如キ其場所即チ邸宅若クハ建物タリ又ハ他人ノ所有地内タルノ事ハ即チ犯罪ヲ構成スル原素タルヘキモノトス

第九　公然

假令ハ第二百五十八條第二百五十九條ニ記載シタル猥褻ノ所業ヲ爲シタル罪又ハ風俗ヲ害スル物品ヲ陳列若クハ販賣シタル罪及ヒ第三百五十八條ニ記載シタル誹毀ノ罪ノ如キハ必ス公然之ヲ爲シタルヲ要ス否ラサレハ則チ犯罪トナルヿナシ故ニ曰ク公然モ亦犯罪ノ原素ナリト所謂公然トハ場所ノ公場タルヲ斥シ又ハ公衆ノ見聞スル所ヲ斥スモノトス但シ佛國刑法ニ於テハ二者ノ間二三ノ區別ヲ規定スルト雖ヒ我刑法ニ於テハ其區別アルヿナシ