70-37
4°-488

日本佛國法律學士磯部四郎先生著

改正增補刑法講義 上卷

東京 八尾氏藏版

增補改正 刑法講義上卷

目錄

緒論 一丁
刑法原理 一丁
刑法ノ目的 一丁
刑法ノ原義 十丁
刑法沿革 十丁
刑法沿革要論 十丁
萬國刑法ノ沿革 九丁
日本刑法ノ沿革 九丁
刑法淵源 三丁
社會刑罰權ノ基本 二十六丁
五十一丁
七十三丁
七十三丁

現行刑法ノ主義　二
折衷主義　百十三丁
刑法ノ性質　百十三丁
刑法精神　百二十丁
刑罰ノ目的　百二十二丁
刑罰ノ主義　百二十二丁
刑罰ノ性質　百二十六丁
刑罰ノ分量ハ犯罪ノ輕重ニ應シテ測定スルヲ要ス　百四十七丁
刑罰ハ勉メテ犯人ノ一身ニ止マラシムルヲ要ス　百四十七丁
刑罰ハ勉メテ衆人ノ鑒戒ト爲ルヲ要ス　百五十八丁
刑罰ハ勉メテ犯者ヲ舊地位ニ復セシムヘキ性質ヲ有スルヲ要ス　百六十丁
犯罪　百六十丁
犯罪ノ定義　百六十三丁
民法ト刑法トノ限界　百六十三丁
刑法區域　百七十四丁
刑法管轄ノ區域　百八十三丁
刑法目錄　百八十三丁
刑法　百九十二丁
第一編　總則（自第一條至第百十五條）　二百九丁
第一章　法例（自第一條至第五條）　二百十丁
第二章　刑例（自第六條至第六十五條）　二百十二丁
第一節　刑名（自第六條至第十一條）　四百四丁
四百二十丁

第二節　主刑處分　自第十二條至第三十條　四百五十三丁
第三節　附加刑處分　自第三十一條至第四十四條　五百四十六丁
第四節　徵償處分　自第四十五條至第四十八條　六百三十七丁
第五節　刑期計算　自第四十九條至第五十二條　六百六十丁
第六節　假出獄　自第五十三條至第五十七條　六百八十二丁
第七節　期滿免除　自第五十八條至第六十二條　七百一丁
第八節　復權　自第六十三條至第六十五條　七百三十五丁
第三章　加減例　自第六十六條至第七十四條　七百五十二丁
第四章　不論罪及ヒ減輕　自第七十五條至第九十條　七百八十七丁
第一節　不論罪及ヒ宥恕減輕　自第七十五條至第八十四條　七百九十八丁
第二節　自首減輕　自第八十五條至第八十八條　八百八十二丁
第三節　酌量減輕　自第八十九條至第九十條　九百二丁
第五章　再犯加重　自第九十一條至第九十八條　九百九丁
第六章　加減順序　第九十九條　九百二十六丁
第七章　數罪俱發　自第百條至第百三條　九百三十六丁
第八章　數人共犯　自第百四條至第百十條　九百七十八丁
第一節　正犯　自第百四條至第百八條　九百九十三丁
第二節　從犯　自第百九條至第百十條　千二十四丁
第九章　未遂犯罪　自第百十一條至第百十三條　千三十六丁
第十章　親屬例　自第百十四條至第百十五條　千七十四丁

增補改正 刑法講義上卷

佛國法律學士
日本法律學士 磯部四郎講述

刑法緒論

刑法原理

刑法ノ目的

凡ソ複數ノ間ニ活動スル者森羅萬象禽獸ノ大ヨリ鱗介ノ微ニ至ルマテ孤棲スルモノ未タ曾テ之レ有ラス必スヤ其族類ヲ以テ相集合團結スル者然ルトキハ而シテ物皆其族ヲ以テ相集リ其類ヲ以テ相合スル所以ノモノハ他ナシ其集合ヲ爲スニアラサレハ其生活ノ安寧ヲ保ツコト能ハサレハナリ人類ノ社會ヲ爲ス所以ノ理モ亦此ニ在テ存スル

ナリ若シ其レ吾人各個ニ獨立シ憂患相救ヒ有無相通スルノ道ニ因ルニアラスンハ何ヲ以テ能ク其生活ヲ保持センヤ然レ𪜈社會ハ夥多ノ人民ヨリ組織セラルヽカ故ニ其發生スル事物ハ頻々複雜ニシテ底止スル所ナク又動モスレハ紊亂シ易キモノト想像セサルヘカラス殊ニ社會ノ智識ハ駸々トシテ其發達進歩ヲ致スヘキヲ以テ社會ノ事物ハ隨テ又紛擾ヲ來スヘキハ理勢ノ然ラシムル所ニシテ社會益々多事ナルハ智識發達ノ結果ナリト云フモ蓋シ亦認言ニアラサルヘシ請フ看ヨ社會ノ事物ハ實ニ紛々擾々トシテ甲起レハ乙例レ丙去レハ丁來リ一起一倒忽チ去リ忽チ來リ一日片時モ窮極スル所ナキニアラスヤ古人ノ俳句ニ云ク「世の中は廻り燈籠の人の影」ト信ニ然リト云フヘシ此ノ如ク社會ハ變遷窮リナク人事ハ推移已ム時ナシト雖𪜈此レ社會ノ常態ニシテ其然ル所以ノモノハ他ナシ人ノ生活ハ千差万別ニシテ其拮据經營ニ汲々離離タルヲ以テナリ矧ンヤ人皆其目的ヲ有シ其方針ノ定マル所ニ向テ進行スルハ當然ノ事ニシテ之カ爲メ種々ノ紛擾ヲ來スハ勢ノ然ラシムル所ナルニ於テオヤ然レ𪜈若シ社會事物ノ紛擾ヲナシテ其瀰蔓スル所ニ放任セハ秩序ハ遂ニ紊亂セラレ安寧ハ漸ク破壞セラレ吾人ハ何ヲ以テ能ク其生活ヲ安穩ニ保タンヤ是ニ於テ乎社會ノ安寧秩序ヲ保護スルノ方法ヲ講セサルヘカラサルナリ之レ洋ノ東西ヲ論セス國ノ内外ヲ問ハス同一轍ニ出ル所ニシテ此方法ヲ講スルニアラサレハ社會ハ暫クモ其安寧秩序ヲ維持スルコト能ハサルナリ唯其方法ヲ講スルニ明暗疎密ノ差アルノミ社會ノ安寧ヲ計リ秩序ヲ保ツニ島ムト云フニ至テハ一ナリ既往將來此方法ヲ缺キ豈能ク社會ヲ維持シ得ルノ理アランヤ

予ハ今刑法ノ原理ヲ論スルニ際シ前陳ノ如ク社會事物ノ紛擾ハ何レ

ノ世ト雖モ避ケ得ヘカラサルノ黙ヨリ說キ起シ此紛擾ノ極ハ社會ノ安寧ヲ破壞シ秩序ヲ紊亂スル至大ノ弊害ヲ生シ易キヲ以テ此弊害ヲ防遏スルノ策即チ社會ノ安寧秩序ヲ保護スルノ方法ヲ講スルハ社會維持ノ一大基礎トシテ缺クヘカラサルコトニ論及シタルモノハ漫リニ辯ヲ弄スルニアラス刑法ノ要義ヲ講スルノ前先ツ其目的ノ存スル所ヲ知ラシムルハ最モ肝要ニシテ若シ此目的ヲ度外ニ置キ徒ラニ法理ニノミ趨向スルトキハ其蘊奥ヲ說了スルニ拘ラス刑法ノ大義ヲ誤ルノ恐レアルヲ以テナリ故ニ先ツ刑法ノ目的ヲ講スルハ順序ニ於テ其當ヲ得タルモノト信ス

凡ソ吾人ノ社會ニ於テ作爲スル事項ハ其大小輕重ヲ問ハス一トシテ必ス其目的ノ存セサルモノハアラサルナリ古代ノ勇將ハ千軍萬馬ノ間ニ馳騁シ屍山ヲ攀チ血河ヲ涉リ萬骨ヲ枯ラシテ尙已マサリシモノハ何ソヤ洪業ヲ一舉ノ下ニ創シ英名ヲ千載ノ後チニ垂レント欲シテナリ今時ノ少年カ雪案螢窗ノ中ニ勤勉シ學理ヲ攻メ技術ヲ講シ努力研究倦マサルモノハ何ソヤ起テハ有爲ノ人ト爲リ進ンテハ有用ノ士タラント欲シテナリ彼此其行爲ハ異ナリト雖トモ其目的アリテ而シテ後チ爲スト云フニ至テハ一ナリ世間人類ノ行爲ハ滔々皆然ラサルハナシ其レ然リ人類ノ行爲ハ皆其目的ノ存セサルハナシ矧ンヤ國家其者ノ行爲ニシテ目的ノ存セサルモノアランヤ一ノ制度ヲ設ケ一ノ律令ヲ發スル皆其目的アラサルハナシ例ヘハ警察法ハ法律ノ罪人タル者ヲ豫防スルヲ以テ其目的トシ陸海軍ハ不虞ノ變ニ備フルヲ以テ其目的トスルカ如シ果シテ然ラハ刑法ナルモノモ亦當初其目的ノ存スルモノナクンハアラス或ル論者ハ曰ク刑法ノ目的ハ社會ノ安寧ヲ計リ秩序ヲ保ツニ在リト蓋シ之ヲ概言スレハ然ルカ如シト雖モ社會

ノ安寧ヲ計リ秩序ヲ保ツ豈獨リ刑法ノ能ク得テ爲スヘキコトナランヤ警察法ヤ陸海軍ヤ其他國家ニ必要ト信認セラレテ設置スル百般ノ法令規則皆社會ノ安寧秩序ヲ保護スルノ要具タラサルハナシ若シ夫レ一ノ刑法ノミヲ存シ他ノ制度法律ハ皆廢棄セラレタルモノト假定セハ社會ハ猶ホ能ク其安寧秩序ヲ保維シ得ヘシト爲ス乎苟クモ精神喪失者ニアラサルヨリハ皆決シテ其然ラサルヲ知ルヘキナリ

其レ然リ刑法ハ社會ノ安寧秩序ヲ保維スルノ要具タリト雖モ他百般ノ制度法律ト相待テ始メテ其効用ヲ爲スヘキノミ之ヲ要スルニ刑法ハ其地位ヨリ之ヲ論スルトキハ社會ノ安寧秩序ヲ保維スル諸手段中ニ於テ其最終ノ一手段トシテ使用セラルヽモノタルニ過キサルナリ譬ヘハ刀圭家ノ或ル疾病ヲ療スルニ最終ノ手段トシテ其患部ニ向テ切斷ヲ行フカ如シ人ノ健康ヲ保維スルニハ攝生方固ヨリ必要ナリ其病患ヲ發スルニ方リテハ藥劑亦甚タ必要ナリト雖モ其病毒ノ侵染劇烈ニシテ漸次腐蝕ヲ來スニ至テハ之ヲ切斷スルニアラサレハ到底其痊癒ヲ期スヘカラス是ニ於テ乎萬己ムヲ得スシテ切斷術ヲ施スノ外他ニ療方アラサルヘシ刑法ノ効用モ亦然リト云ハサルヘカラス故ニ刑法ノ目的ハ社會ノ安寧秩序ヲ保維スルニ於テ己ムヲ得サルニ至テ使用スル最終ノ一手段タラシムルニ在リト論定スヘキナリ

抑モ人ノ性ハ元ト善ナル乎將タ惡ナル乎予ハ未タ輙ク之ヲ識別スルコトヲ得ス孟軻ハ曰ク人ノ性ハ善ナリ荀卿ハ曰ク人ノ性ハ惡ナリ楊子ハ曰ク人ノ性ハ善惡相混スト三子ノ說果シテ孰レカ是ナル乎是等ノ問題ハ其專門ヲ以テ任スル心理學者若クハ哲學者ノ辯明スヘキ事項ナルヲ以テ之ヲ其人ニ讓リ予ハ爰ニ之ヲ研究スルノ必要ナシト雖モ社會ニ現出セル行爲上ヨリ之ヲ推敲スルモ事實上ヨリ之ヲ觀察ス

ルモ人ハ概シテ正ヲ好ンテ邪ヲ惡ミ惡ヲ去テ善ニ就クノ傾向アルハ吾人ノ認知スル所ナリ假令ヒ社會少數ノ人ハ否ラストスルモ其多數ノ人ハ此ノ如キノ傾向アリトセハ社會多數ノ人ハ敎育又ハ宗敎等ノ誘導力ヲ籍ラサルモ猶ホ能ク自ラ進ンテ良民ト爲ルノ天性ヲ有スルモノニシテ彼ノ邪慝ヲ行ヒ暴惡ヲ爲シ不良至ラサルナキ惡漢兇豎ノ徒ハ多數人中ノ例外ヲ以テ看做ササルヘカラス蓋シ是等不良ノ徒ニ屬スル例外ノ人民ヲシテ惡ヲ去テ善ニ遷ラシメンニハ宜ク敎育宗敎等ノ力ニ倚ラサルヘカラスト雖モ單ニ之ヲ敎育宗敎ニ一任セハ其箴戒ハ德義上ノ制裁タルニ過キサルヲ以テ敎育宗敎ノ誘導訓誨ハ懇到周密ナラサルニアラストスルモ其力ハ往々ニシテ徒勞ニ歸シ彼等不良ノ徒ヲシテ能ク邪ヨリ正ニ復シ惡ヨリ善ニ遷ラシムルノ成績ヲ奏スルコト能ハサルノ場合少シトセス是レ他ナシ德義上ノ制裁ハ單ニ德義ヲ以テ其良心ヲ責ムルニ止マリ法綱ヲ投シテ寛假セス之ヲ必罰スルカ如キノ權力ヲ有スルモノニアラサレハナリ是ニ於テ乎社會ハ不良ノ行爲ヲ未然ニ防遏スルノ方法ヲ設ケサルヘカラス是レ豫防警察ノ必要ヲ感シ一ノ防惡手段トシテ之ヲ設ケタル所以ナリ然レ𪜈荷卿ヲシテ性惡ノ說ヲ唱道セシメタルハ亦一理ナキニアラサルカ如シ彼ノ最モ獰猛ナル惡漢兇豎ニ至テハ其眼中曾テ德義ノ存スルアルヲ見ス敎育宗敎ノ薰陶ヲ施スト雖モ頑トシテ改悛セス豫防警察ノ保護ヲ加フト雖モ恬トシテ反省セス今ヤ敎育宗敎ノ力既ニ盡キ豫防警察ノ權モ亦其効ヲ奏スルコト能ハサルニ至テハ遂ニ法律ヲ犯シテ世人ノ安寧ヲ妨害シ社會ノ秩序ヲ紊亂スルハ免ルヘカラサルノ結果ナリトス此ノ如キ惡漢兇豎ノ所爲ハ殆ント社會ニ於ケル不治ノ惡疾ニ屬シ之ニ敎育宗敎等ノ尋常藥劑ヲ投スルモ馬耳東風ト一般毫モ其効ヲ

奏セサルヲ以テ已ムヲ得ス刑罰ナル劇劑ヲ投シ以テ其惡念ヲ根底ヨリ全治シ再發ノ患ナカラシメサルヘカラス是レ刑法ノ社會ニ缺クヘカラサル所以ニシテ乃チ予カ刑法ヲ以テ社會ノ安寧秩序ヲ保維スル諸手段中ニ於テ最終ノ手段ニ屬スルモノト論決スル所以ナリ

其レ然リ刑法ハ實ニ社會ノ安寧秩序ヲ保維スル諸手段中ノ最終手段ニ屬スルヲ以テ社會ハ好ンテ之ヲ使用スルニアラス涙ヲ掩フテ已ムヲ得サルニ使用スルノミ是レ刑法ハ人智蒙昧ノ昔時ニ峻刻ニシテ人智開達ノ今世ニ寛大ナル所以ナリ何トナレハ勉メテ肉躰ノ苦痛ヲ輕緩ナラシメントスルハ德義ノ欲スル所ニシテ人智發達ノ時世ニ出ル立法官ハ一法一律ヲ設クル毎ニ德義ヲ省シ勉メテ苛法峻律ヲ避クルニ躊躇セサレハナリ故ニ今日ハ二三擅制國ノ法律ヲ除クノ外何レノ國ト雖トモ梟斬刖劓ノ如キ峻刑ヲ存スルモノナク且刑罰中ノ區域ヲシテ勉メテ廣濶ナラシムルノミナラス其範圍內ニ於テ宥恕減輕自首減輕及ヒ酌量減輕ノ特典ヲ置カサルハナシ是レ他ナシ刑法ハ實ニ社會ノ安寧秩序ヲ保維スル諸手段中ノ最終手段ニ屬スルヲ以テ縱令之ヲ已ムヲ得サルニ使用スルモ勉メテ罪囚ノ苦痛ヲ輕フセンコトハ社會ノ欲スル所ニシテ古代ノ法律家カ一方ニハ罪ノ疑ハシキハ輕キニ從フト云フニ拘ラス他ノ一方ニハ殘忍ナル酷刑ヲ加ヘテ顧ミサルカ如キハ進步セル社會ノ敢テ爲サヽル所ナレハナリ故ニ刑法ノ目的ハ前陳スルカ如ク已ムヲ得サルニ及ンテ使用スル最終手段ニ屬セシムト雖モ社會ハ今日ノ刑法ヲ以テ完全無瑕ノ法律トシテ滿足スルコトヲ得ヘキ乎曰ク否ナ尙ホ將來ニ於テ幾回モ改良セラレ漸次ニ發達進步スヘキモノト想像セサルヘカラス現ニ第十八世紀ノ刑法ト第十九世紀ノ刑法トヲ比較對照セハ著シキ改良進步ヲ爲シタルハ法理學者ノ

認知スル所ナリ

凡ソ法律ハ其何タルヲ問ハス社會智識ノ一反射タリト云フモ不可ナキノ關係ヲ有スルヲ以テ智識ノ發達進歩ニ伴フテ法律モ亦發達進歩スヘキハ敢テ疑ヒヲ容レサルナリ何トナレハ智識ノ發達進歩スルニ隨ヒ百般ノ學理其明晰ヲ致スハ勿論ニシテ殊ニ吾人ニ著シキ休戚ヲ感セシムル法理ノ如キハ最モ其研究ニ緻密ナルヘキハ必然ニシテ今ヨリ發出スル法律ハ愈其善良ヲ期スヘキノミ何ソ知ラン第十九世紀ノ人民カ第十七八世紀ノ法律ニ服從セサルノミナラス之ヲ非難シテ措カサルカ如ク第二十世紀ノ人民ハ第十九世紀ノ現行法ニ滿足セサルコトヲ按スルニ我現行刑法ノ如キモ學者間ニ非難シテ其改良ヲ促ス者頻々輩出シ社會モ亦已ニ其不完全ナルヲ覺知シ殆ント其改正時機ニ到達シタルモノヽ如ク然リ是レ法律ノ發達進歩ニ於テ固ヨリ當

サニ然ルヘキ所ニシテ敢テ怪ムニ足ラサルナリ世ノ立法官ハ概シテ學理ノ蘊奥ヲ究メ攻法ノ智識ニ富ムト雖モ亦是レ人類ニシテ鬼神ニアラサレハ決シテ萬能力ヲ有セサルナリ故ニ昨日是トスル所ノモノ今日非トスルモノナキニアラス矧ンヤ法律ナルモノハ之ヲ實地ニ活用シテ經驗ヲ積ムニアラサレハ未タ遽カニ其是非ヲ判定スヘカラサルニ於テオヤ今日我現行刑法中ニ於テ不完全ノ點ヲ發見シタルハ即チ實驗上ヨリ來レル觀察ニシテ改良ノ時機已ニ到ルモノトシ寧ロ法律ノ爲メニ賀スヘキモ豈或ル學派ノ後輩カ立法官ノ缺點トシテ喋々非難スルカ如キモノナランヤ予モ亦刑法ノ改良進歩ニ就テハ許多ノ說アリト雖モ之ヲ後ニ讓リ序ヲ逐フテ着々論究スヘキナリ

刑法ノ原義

凡ソ法律ニハ原義ノ存スルモノト存セサルモノトノ二箇アリ而シテ此

原義ヲ論究スルハ法學上甚タ必要ナルヲ以テ予ハ刑法ノ目的ニ次テ之ヲ論究スル所アラントス而シテ法律ノ原義トハ何ソヤ法律ニハ理法ニ屬スルモノト實施法ニ屬スルモノトノ區別劃然トシテ存スルモノ即チ是レナリ今刑事ニ關スル法律ニ就テ此區別ヲ爲サン乎刑法ハ理法ニ屬シ刑事訴訟法ハ實施法ニ屬スルモノトス故ニ刑法ヲ採テ細カニ之ヲ咀嚼スレハ其法文ニ明示スルカ如ク何々ノ罪ヲ犯ス者ハ何々ノ刑ニ處スベシト規定シ微妙纎密ノ理論ヲ以テ組織スル一集合躰タルカ如ク一ノ缺點ナキニ勗メタリト雖トモ獨リ自ラ活動シ得ヘキモノニアラス之ヲシテ實際ニ活動セシメンニハ必スヤ一種ノ他力ヲ籍ラサルヘカラス若シ刑法ニシテ籍ルヘキノ他力ナシトセン乎其組織如何ニ完全ナリト雖トモ一ノ死法ノミ告朔ノ餼羊ト何ソ擇ハン唯タ其レ他力ノ添附アルヲ以テ纔カニ活動スヘキナリ是レ他ナシ刑法ハ全ク理法ニ屬シ自動ノ性質ヲ有セサルヲ以テナリ而シテ此理法ヲシテ能ク實地ニ活動セシムルモノハ即チ刑事訴訟法ニシテ此法ハ實施法ニ屬スルヲ以テ能ク之ヲ然ラシムルモノトス譬ヘハ刑法ハ鐵路ノ機關車ニシテ刑事訴訟法ハ蒸瀛力タルカ如シ機關車其者ハ能ク列車ヲ連曳シテ千万里ノ鐵路ヲ走ルノ妙裝置ヲ有スト雖モ自ラ能ク運動スヘキモノニアラス必スヤ一箇ノ他力即チ蒸瀛力ヲ籍ルニアラサレハ寸歩モ移轉スルコト能ハス而シテ其力ヲ籍ラントセハ又其力ヲ發生セシムヘキ種々ノ要具ヲ備ヘサルヘカラス法ナルモノモ亦同一ニシテ無形ノ法理ト制定ノ法律トヲ問ハス之ヲ實地ニ運轉活動セシメントセハ爲メニ一箇ノ權力ヲ構成セサルヘカラス而シテ其權力ヲ活用セントセハ又先ツ之ニ屬スル附屬ノ機關ヲ運轉スルノ方法ヲ具備セサルヘカラス故ニ法律ナルモノハ其何タルヲ問ハス必ス其法律

ヲ活動セシムル權力ノ構成トシテ實施法ヲ設ケ以テ之カ適用ヲ豫告シ且之ヲ執行セシムル手段ヲ施サヽルヘカラス蓋世ニ法律トシテ行ハルヽモノニシテ國際法ノ如キモノヲ除クノ外皆此實施法即チ一箇ノ權力ノ添附シテ密着ノ關係ヲ有セサルモノハ幾ント希レナリ

前段既ニ論スルカ如ク刑法モ亦是レ自ラ活動スルコト能ハサル一ノ死法タルニ外ナラサルヲ以テ之カ爲メ一箇ノ權力ヲ構成スルニアラサレハ決シテ活動スヘキモノニアラサルナリ是レ刑事訴訟法ノ制定アル所以ナリト雖モ此刑事訴訟法モ亦之ヲ運轉セシムル機關ノ設備アルニアラサレハ其活用ヲ爲サヽルモノトス即チ裁判所ノ構成アリテ始メテ刑事訴訟法ナルモノ實行セラレ刑事訴訟法ナルモノ實行セラレテ始メテ刑法ナルモノ活動スト論決セサルヘカラス

然ラハ則チ刑法ト刑事訴訟法トハ最モ密着ノ關係ヲ有シ兩者相須ツテ始メテ活動スヘキモノニシテ若シ兩者ノ關係ヲ分離セハ宛カモ鳥ノ隻翼ヲ剝キ車ノ片輪ヲ缺クカ如ク復タ能ク飛走スヘカラサルハ明カナルニ拘ラス世人或ハ獨リ刑法ノ完全ヲ望ンテ刑事訴訟法ノ良否ヲ問サル者アルハ予ノ大ニ怪ム所ナリ二法共ニ是レ其完全無缺ヲ要スルハ論ヲ俟タスト雖モ若シ予ニ問フニ二法中孰レカ最モ吾人ノ休戚ニ重要ノ關係ヲ有スルヤノ疑問ヲ以テセハ予ハ實施法タル刑事訴訟法最モ吾人ノ休戚ニ重要ノ關係アリト答フルニ躊躇セサルヘシ請フ試ミニ之ヲ論セン今爰ニ甲乙ノ二國アリ甲國ハ刑法善ク完備スルモ刑事訴訟法未タ整緒ニ就カス乙國ハ之ニ反シ刑事訴訟法全ク整備スルモ刑法ハ猶缺點アリト假定センニ讀者諸君ハ此甲乙二國ノ中ニ於テ孰レヲ擇ンテ住居ヲ定メントスル乎予ハ乙國ノ人民タルヲ希望スルニ逡巡セサルヘシ是レ他ナシ前陳ノ如ク刑法ハ一ノ死法ニシテ

自ラ活動スルコト能ハサレハ假令ヒ未タ其完全ヲ致サヽルモ之ヲ適用實施スル刑事訴訟法ニシテ既ニ完備スルアラハ吾人ハ寃枉ノ中ニ沉淪セシメラルヽノ危險ナク寧ロ生活ノ安寧ヲ保持シ得ラルヘキヲ以テナリ之ニ反シテ假令ヒ刑法ハ金甌無瑕ノ善美ヲ盡スト雖モ之ヲ適用實施スル刑事訴訟法ニシテ未タ完備セサルトキハ刑罰ハ一ニ法官ノ專權内ニ左右セラレ隨テ言フヘカラサルノ弊害ヲ生スルハ火ヲ視ルヨリモ明カニシテ吾人ハ唯タニ寃枉ノ中ニ沉淪セシメラルヽノ憂ヒアルノミナラス若シ其權力ヲ濫用スルニ至テハ國民ヲ擧ケテ縲絏ノ人タラシムルモ亦未タ知ルヘカラス吾人ハ居常惴々トシテ唯タ刑辟ニ觸レサランコトヲ之レ願ヒ社會ノ安寧秩序ヲ保維スルノ要具ハ却テ反對ノ結果ヲ呈スルニ至ルナキヲ保スヘカラス果シテ予カ想像ヲシテ大過ナカラシメハ實施法即チ刑事訴訟法ノ一般人民ノ休戚

ニ重要ノ關係アルハ遠ク理法即チ刑法ノ右ニ出ルヤ明カナリ故ニ刑事訴訟法ノ原理ヲ講究スルハ甚タ必要ナリト雖モ予ハ既ニ該法講義ニ於テ充分論究シタルヲ以テ爰ニ贅セス宜ク該講義ニ就テ見ルヘキナリ然リ而シテ予ハ單ニ刑事訴訟法ノ完全無缺ヲ望ム者ニアラス必ス刑法ト共ニ徑庭スル所ナク兩ツナカラ金科玉條タランコトヲ欲スルモノナリ然ラサレハ社會ノ安寧秩序ヲ保維スルコト恐クハ期スヘカラサルヲ以テナリ是レ予カ本法ノ講義ニ增補改正ヲ加フルト同時ニ將來ニ起ルヘキ問題ニ論及シ以テ本法ノ進歩ヲ希望スル所以ナリ

刑法沿革

沿革要論

往古刑罰ナルモノヽ社會ニ起リタルハ如何ナル所ニ淵源スルヤ凡ソ物皆其淵源ナクンハアラス見ヨ下流ニ浮萍ヲ掬スレハ上流ニ梅林ア

ルコトヲ殊ニ吾人ニ直接ノ痛痒ヲ感セシムル刑罰ニ至テハ最モ明確ナル淵源ナカルヘカラサルハ敢テ疑ヒヲ容レサルナリ而シテ一般ニ行ハルヽ學說ニ基キ以テ其由來スル所ヲ案スルニ其初メハ各箇人ノ間ニ於ケル私ノ復仇ヨリ出テヽ社會公衆ノ復仇ニ變シタルモノヽ如ク然リ即チ人ヲ殺シタル者ハ之ヲ殺シ人ヲ傷ケタル者ハ之テ傷ケ財ヲ奪ヒタル者ニ對シテハ又其財ヲ奪ヒ以テ其仇ヲ復シテ怨恨憤恚ノ情ヲ慰藉シタルニ外ナラス是ニ由テ之ヲ觀レハ刑罰ナルモノハ野蠻時代ノ人民カ鬪爭維レ事トシ弱肉ハ强食タリシ慣習ヨリ流レ來ル復仇ノ結果タルコト明カニシテ之ヲ古代各國ノ史乘ニ徵スルモ歷然トシテ昭々乎タリ

然レ𪜈刑法ハ予カ既ニ論決シタルカ如ク社會ノ安寧秩序ヲ保維スル諸手段中ノ最終手段ニ屬スルヲ以テ世ヲ逐フテ進歩シタルノ形跡アルハ古今ノ刑法ヲ對照シテ知ルヘキナリ今其進歩ノ形跡如何ヲ知ラントセハ古代ニハ絕テ成文法ナルモノナク刑罰權ハ一ニ主長タル者ノ特權ニ屬シ中古以降漸ク成文法ノ制定アリシヲ以テ推知スヘキナリ而シテ其成文法モ亦當初ハ甚タ不完全ナルモノニシテ唯タ其法ノ存スルヲ認ムルノミ未タ以テ刑法トシテ見ルニ足ラサルモノナリ爾來幾多ノ變遷ヲ經過シテ今日ノ成文法ヲ致スト雖モ今日ノ成文法モ亦タ未タ以テ至善至美ナリト云フコトヲ得ス之ヲ要スルニ法律ハ社會變遷ノ狀態ト人智發達ノ程度ニ伴フテ進歩スヘキモノナルカ故ニ古來刑法上ニ幾多ノ沿革ヲ來タセシハ當然ノ事ニシテ毫モ怪ムニ足ラサルナリ

或ル論者カ刑法ノ沿革ヲ說述スルニ刑法ニハ沿革アルノ刑法ト沿革ナキノ刑法トノ區別アルコトヲ明言シ而シテ古代ノ刑法ハ皆其起源

ヲ宗教ニ發シ犯罪ヲ以テ天神ノ訓戒ヲ破ルモノト爲シ刑罰ヲ以テ天神ノ命スル所ト爲ス而シテ天神ハ萬世不動嘗テ寸毫ノ變遷アラサレハ法教相混シテ二者一體ヲ爲スノ刑法モ亦發達進歩スヘキノ素因ナシ之ヲ沿革ナキノ刑法ト爲スト喋々セラレタルハ實ニ無用ノ辯ヲ弄スルモノト云ハサルヲ得ス抑モ論者ハ何ニ由テ古代ノ刑法ハ皆其起源ヲ宗教ニ發スルコトヲ認知セラレタルヤ刑罰ハ復仇的ニ淵源スルコト明カニシテ其萠芽ハ宗教ノ未タ起ラサルニ先タチ早ク已ニ胎シタルヤ知ルヘキナリ何トナレハ復仇ハ既ニ加ヘラレタル怨償ヲ報ユルニ在ルヲ以テ人ノ教唆若クハ勸誘ヲ待テ後チ始メテ爲スニアラス自ラ禁スル能ハスシテ之ヲ爲スモノタルハ復仇的ノ性質ナレハナリ而シテ其之ヲ爲スノ要ハ自己ノ生活ヲ保維スルノ手段ニ出ルニ外ナラスシテ宗教ナキモ猶ホ之ヲ爲スニ憚ラサリシハ古代野蠻人民ノ常態ナリキ蓋シ古代ノ刑法ハ皆宗教ニ起源シタリト妄信スルハ社會ノ制裁ニ德義上ノ制裁ト法律上ノ制裁トノ區別アルニ注目セス之ヲ混同視シタルヨリ招ク所ノ謬見タルカ如シ宗教上ニ刑法視セラルヽモノハ即チ德義上ノ制裁ノ謂ヒニシテ例ヘハ邪惡ヲ行ヘハ翅タニ來ノ懲罰ヲ免レサルノミナラス現世ニ於テモ衆人ノ擯斥彈指スル所ト爲リ其名譽ヲシテ地ニ墜ルニ至ラシムヘシト云フカ如キ即チ是レナリ而シテ此德義上ノ制裁ト雖モ亦多少ノ沿革ナニラアラス何トナレハ宗教上ノ學說モ亦漸次ニ進歩シタルハ明カナレハナリ予ヲ以テ之ヲ視レハ德義上ノ制裁ト法律上ノ制裁トハ判然タル區別アリテ存シ德義上ノ制裁ハ單ニ訓誨的ニ止マリ刑罰ヲ以テ論スヘキモノニアラサレハ古代ノ刑法ハ皆宗教ニ起源スト云フハ認妄ノ甚キモノト云ハサルヘカラス假令ヒ宗教カ多少ノ關係ヲ有シタル事跡アリトスル

モ這ハ宗教家カ其宗教ヲ宣布スルカ爲メ古代人類ノ復仇ニ容喙シタリト云フニ過キサルヘシ豈ニ古代ノ刑法ハ悉ク皆宗教ニ起源スト云フヲ得ンヤ

其レ然リ刑罰ハ復仇的ニ淵源シタルモノナルカ故ニ宗教ナシト雖トモ猶ホ能ク起リ遂ニ今日ノ刑法ヲ組成シタルナリ然レ𪜈復仇ナルモノハ他人ノ爲メニ缺損セラレタル權利ヲ回復スルニ在ルヲ以テ其之ヲ回復スルノ手段ハ單ニ人ヲ殺ス者ハ之ヲ殺シ人ヲ傷クル者ハ之ヲ傷ケ又人ノ財ヲ奪フ者ハ亦其財ヲ奪フヘシト云フカ如キニ止マラシメハ其刑罰ハ動モスレハ過度ニ陷リ刑法本來ノ目的ニ悖反スルノ結果ヲ來スノ憂ヒナシトセス矧ンヤ事實ハ必シモ正理ニ適合スヘキモノニアラサルニ於テオヤ故ニ刑罰ハ復仇ニ原因スルノ事實アリト云フヲ以テ刑法ハ復仇主義ノ上ニ成立セシムルヲ可トスヘシトハ論定スルコトヲ得ス若シ刑法ハ單ニ復仇主義ノ上ニ成立セシムルモノトセハ人ヲ殺ス者ハ故意ト過失トニ出ツルヲ問ハス必ス之ヲ死刑ニ處シ財ヲ奪フ者ハ强盜ト詐僞トヲ論セス等シク其處分ヲ爲サヽルヘカラサルノ結果ヲ生シ減等ノ制度モ成立セス贖罪ノ特典モ成立セラレス刑罰ハ單ニ反坐ノ一點ニ歸着シ其權衡ヲ失スルニ至ルノ弊ヲ免レ難シ之ヲ要スルニ事實ノ在ル處ハ必スシモ正理ノ存スル處ニアラサルヲ以テ刑罰ハ如何ナル基本ニ由テ成立セシムルヲ正當ト爲ス乎ノ疑問起ラサルヲ得ス是レ刑法ノ成立上ニ復仇主義、民約主義、賠償主義等凡ソ十有餘種ノ學說ヲ惹起シタル所以ナリ然レ𪜈此等數多ノ學說ヲ惹起シタルモノハ即チ刑法上ノ進歩ヨリ來ル所ノ射影タルコト明カニシテ之ヲ換言スレハ刑法沿革上ノ結果ナリト云フモ不可ナカルヘシ而シテ刑法上ノ主義ニ關スル數多ノ學說ハ其主義ヲ講述スル處

ニ於テ細說スヘキナリ

萬國刑法ノ沿革

社會刑法ノ淵源ハ復仇的ニ起因スルコト明カニシテ洋ノ東西ヲ問ハス幾ント同一轍ニ出ルカ如シト雖モ萬國多少其趣ヲ異ニスルノ形跡アリ泰西學者ノ說ニ依レハ上古ノ刑法ニ於ケル沿革ハ東ハ亞細亞ノ西部及ヒ南部ニ於ケル諸國ト西ハ歐羅巴ノ南部ニ於ケル諸邦トニ起レル刑法上ノ經歷ニ就テ其一班ヲ窺フヘキモノトシ且亞細亞ニ於ケル刑法ハ概シテ宗教ニ基因スルノミナラス宗教家ノ尊信スル教書ハ即チ國家ノ信認スル所ノ法律タルノ關係ヲ有シタルヲ以テ其刑法ハ依然膠止シテ進步ノ事跡アルヲ見ス東印度又ハ波斯等ノ刑法ノ如キハ即チ是レナリ獨リ歐洲南部ノ邦國ニ於ケル刑法ハ多少宗教ノ侵蝕ヲ被リタルモノ猶ホ能ク宗教ト分離シテ獨立ノ精神ヲ保有シ彼此混

淆スルコトナシ之ヲ要スルニ東方ノ刑法ハ天權ニ由來シ西方ノ刑法ハ人權ニ基因セリ是ヲ以テ東西ノ刑法其進步上ニ著シキ差等ヲ來タセリト是レ其要旨タルカ如ク然リ此說果シテ其當ヲ得タリトスル乎否ナ予ハ未タ敬服スルコト能ハサルノミナラス寧ロ論者ノ說ヲ以テ實際上ノ事跡ヲ誤ルモノト疑ハサルヲ得ス請フ聊カ之ヲ論セン

昔日ノ泰西學者ハ東洋ト云ハハ僅カニ印度波斯等ノ數國アルヲ知リテ他ニ廣大ナル故國アルコトヲ知ラス故ニ往々ニシテ其見解ヲ誤ルノ誹リヲ免レス論者ノ說ノ如ク印度波斯ノ如キハ上古實ニ宗教國タルノ狀況ヲ呈シ國家ノ制度法律ハ其何タルヲ問ハス皆宗教ノ關涉シタルハ明白ナル事實ナリト雖モ其宗教書中ニ於テモ法律ト稱スヘキモノハ猶ホ能ク獨立ノ躰裁ヲ保有シタルハ其經文ノ一部タル律書類ニ就テ之ヲ見ルモ明カナリトス而シテ其律書ノ組成ハ殆ント上古希

臘羅馬等ニ行ハレタルモノニ類似シ殊ニ支那古代ノ刑律ニ基因シタルモノカト推想スヘキモノ甚タ少カラス論者若シ之ヲ疑ハヽ請フ試ミニ佛經中ノ律書ト支邦古代ノ法律トヲ繙キ以テ之ヲ歐洲上古ノ法律ニ對照セヨ必ス思ヒ半ハニ過ルアランノミ或ル論者カ古代ノ刑法ハ皆宗教ニ基因スト誤解スルモノハ蓋シ此等一二ノ論者カ東方ニ於ケル印度波斯等ノ法律ハ宗教ト密着ノ關係ヲ有スト云フ狹隘ノ說ニ蠱惑セラレタルニ出ルモノト想察ス隨テ東方ノ法律ハ天權ニ由來スト云フノ說モ亦誤レリト云ハサルヘカラス何トナレハ東方ノ法律ニシテ上古能ク其成立ヲ爲シタルモノハ支那法律及ヒ我日本法律等最モ其優等ナルモノニシテ其基ク所固ヨリ宗教的ニアラスシテ即チ人權ナリト云フモ認言ナラサレハナリ

爰ニ東西ノ別ヲ論セス刑法發達上ノ事跡ニ付キ其進歩如何ヲ考究スルニ今ヲ距ルコト三千有餘年前ニ發生シタル支那古代ノ刑法ハ不完全ニシテ且苛法峻律ノ誹リヲ免レスト雖モ尙ホ且整然トシテ見ルヘキモノアルハ其經典中ニ散見スルモノニ徵スルモ以テ其一班ヲ窺フニ足ルヘキナリ當時歐洲諸國ノ狀況如何ヲ見ルニ眞ニ蠻民ノ巢窟ニ屬シ一モ成文法トシテ見ルヘキモノナキカ如シ而シテ支那及ヒ我日本ノ刑法ノ如キハ其發生遠ク太古ノ上ニ在ルノミナラス漸次進歩シタルノ事跡アルハ之ヲ史乘ニ徵スルモ爭フヘカラサルノ事實ナリトス即チ支那ノ如キハ夏殷周三代ノ間ニ於テモ猶ホ其進歩トシテ見ルヘキモノアリ降テ秦ヨリ漢ニ及ヒ百般ノ法律著シク進歩シタルハ歷然タリ唯タ惜ムヘキハ中古以降其進歩甚タ遲鈍ナリシヲ以テ未タ迂法苛律ノ誹リヲ免レスト雖モ近ク明清律ニ及ンテ大ニ進歩ノ事跡ヲ顯シタルモノヽ如シ然ルニ東洋諸國ノ刑法ハ最モ宗教ニ親接密着

ノ關係ヲ有スルヲ以テ古來毫モ發達進歩ノ事跡アルヲ見スト斷言スル者アルハ東洋刑法ノ沿革ニ暗キモ亦甚シト云フヘシ試ミニ時代ト年月トヲ以テ論スレハ刑法發生ノ最モ早ヤカリシハ世界中東洋諸國ヲ以テ第一位ニ置クモ不可ナカルヘシ唯タ中古以降開明ノ氣運殆ント退歩ノ狀況ヲ呈シタルニ因リ其進歩甚タ遲鈍ナリシノミ迅トニ刑法ノ發生アリシト云フニ至テハ希臘羅馬等ノ上ニ出ルハ事實ニ徵シテ明カナリ

希臘羅馬等ノ諸國ニ於ケル刑法ノ發生モ亦太古ノ上ニ係ルト雖モ此等ノ國ハ太古ヨリ宗教ノ支配ニ屬セルカ如キ形跡アルヲ以テ其刑法ノ起源ハ同ク復仇的ノ野蠻慣習ニ出ツルニ拘ラス宗教上ノ管理ニ歸セシメラレ罪惡ハ總テ天神ニ對シテ犯シタルモノトシ之ヲ刑罰ニ處スルハ天神ニ對シテ其罪ヲ贖ハシムルニ在リトセリ歐洲ノ南端ニ屬スル邦國ニシテ回々教ヲ信スルモノハ最モ此趣旨ヲ以テ刑罰ノ大義トシ教書ヲ以テ法律ニ代用シタルハ亦猶ホ印度ノ佛經中ニ律書ヲ編入シテ以テ法律ニ代用シタルカ如キアリ是ヲ以テ或ル論者ハ萬國刑法ノ起源ハ皆宗教ヨリ出ルモノト妄想シタリト雖モ予カ既ニ論述シタルカ如ク太古ノ蠻族未タ宗教ノ何タルヲ知ラサルノ前早ク已ニ自己ニ仇スル者ハ敵ナリトシテ之ヲ復スルコトヲ知リ其之ヲ知レルモノ即チ刑法ノ起源ナリ故ニ東洋ノ印度波斯等ニ於ケル歐洲ノ希臘羅馬等ニ於ケル實ニ其刑罰ハ宗教上ノ信仰ニ起源シタルモノアルニ拘ラス世界一般ノ刑罰ヨリ觀察スルトキハ其決シテ然ラサルモノ多々アルヲ以テ刑法ノ沿革上ヨリ之ヲ論スレハ刑法ハ復仇的ノ野蠻慣習ニ起源スト決定セサルヘカラス

然レ𪜈一般刑法上ノ進歩的ノ事跡ニ就テ論スルトキハ其著明ナルハ

歐洲諸國ノ刑法ニ在リト論定セサルヘカラス現ニ希臘羅馬等ノ刑法ハ古代ハ一タヒ宗教中ニ包含セシメラレタリト雖モ能ク神權ト人權トハ區別セサルヘカラサルヲ知リ又能ク其人權ヲ保護スルニハ宗教ヲ離レテ獨立ノ制度ヲ設ケサルヘカラサルヲ曉リ不完全ナカラモ一定ノ刑罰權ヲ組成シ遂ニ歐洲一般ノ邦國ニ於ケル刑法ノ模範タラシメタルハ其進歩最モ速カナリシト云ハサルヘカラス

降テ中古ニ及ヒ歐洲諸國ノ刑法ハ如何ナル地位ニ在リシヤヲ考究スレハ刑法ハ日耳曼主義ト基督主義トノ二箇ニ分立シタルモノヽ如シ而シテ此二箇ノ主義分立シテ刑法ヲ管理シタル時代ハ羅馬帝國ノ亡滅ニ瀕スルノ際ニ屬スルヲ以テ其刑法モ纔カニ明滅ノ中ニ奄々タル氣息ヲ保維シタリト云フニ過キサレハ其進歩ノ事跡トシテ見ルヘキモノハ甚タ罕レナリトス今其主義ノ差點ヲ略說スレハ日耳曼主義ニ

屬スルモノハ犯罪トハ有形上ノ所爲ナリトスルヲ以テ無形上ノ意思如何ヲ問フヘキモノニアラサルナリ故ニ苟クモ有形上ニ認メラレタル所爲ハ縱令ヒ過失若クハ錯誤ニ係ルモ既ニ有形上ノ所爲タル以上ハ即チ犯罪トシテ之ヲ罰セサルヘカラス何トナレハ刑罰ハ有形上ノ所爲トシテ他人ノ權利ヲ損害シタルヲ賠償セシムルノ具タレハナリト基督主義ハ之ニ反シ犯罪ヲ以テ神意ニ悖戻シタル心界上ノ邪惡トシ爲シ刑罰ハ其邪惡ノ意思ヲ矯正スルノ具タルニ過キサルモノトス故ニ苟クモ邪惡ノ意思アルモノハ有形ト無形トヲ問ハス之ヲ必罰スヘシトセリ此二主義ハ兩ツナカラ弊害ヲ生シ易ク即チ犯罪ヲ以テ有形上ノ所爲ト爲スモノハ全ク過失ニ出ルモノモ之ヲ罰シテ其適用ヲ誤リ易ク犯罪ヲ以テ無形上ノ意思ノ邪惡ト爲スモノハ往々ニシテ寃枉ノ處分ヲ爲シ易シ於是乎知ル二者未タ以テ刑罰ノ眞理ニ適合シタル

モノト云フヘカラサルコトヲ

然レ𪜈基督主義ニ屬スルモノモ亦刑法上ニ缺クヘカラサルモノアリ例ヘハ未遂犯ヲ罰スルカ如キ是レナリ此犯罪ハ假令ヒ未タ外形上ニ發露セサルモ其意思ニ於テ罪惡ヲ犯サントスル證憑アルトキハ刑法上ノ目的トシテ之ヲ罰セサルヘカラス然ラハ刑法ハ日耳曼主義ニ基キ犯罪ハ有形上ノ所爲ナリトシテ有形上ニ發露シタルモノニ限リ之ヲ罰スヘシトスルモ亦兼ヌルニ基督主義ヲ以テスヘキノ場合少カラズトス故ニ刑法ノ完全ヲ求メントセハ二主義ヲ折衷シテ其短處ヲ削リ其長所ヲ合シテ以テ更ニ一種ノ新組織ヲ爲スヲ以テ得策トセスンハアルヘカラス近世ノ學者ハ概シテ此說ヲ唱道シ萬國ノ刑法皆此折衷主義ニ基キ漸次其進歩ヲ見ルニ至レリ元來刑法ノ目的ハ前屢〻論スルカ如ク全ク社會ノ安寧秩序ヲ保維スル諸手段中ノ最終手段ニ屬スルヲ以テ舊套如何ニ拘泥セス最モ其目的ヲ達スルニ便益ニシテ且社會ニ實利アルモノヲ撰擇スルハ刑法上ノ眞理ヨリ之ヲ論スルモ其當ヲ得タルモノト云フヘキナリ

予ハ萬國刑法沿革ノ講說ヲ終ルニ臨ミ萬國刑法進歩ノ一班ヲ知ラシメンカ爲メ萬國現行刑法中ヨリ刑例、未遂犯罪、豫罪俱發、再犯、不論罪、酌量輕減等ニ係ル刑法上最モ重要ナルモノニ屬スル法文ヲ摘拔シ之ヲ左ニ揭ケテ以テ讀者ノ參考ニ供スヘシ蓋シ各國ノ刑法大同小異ニシテ甚シク軒輊スル所アラサルヲ見レハ世界一般ノ刑法ハ皆進歩シタリト云フモ不當ナラサルヲ知ルヘシ

罪名

〔佛蘭西〕千八百十年二月十二日決定刑法第一條　法律上ニテ警察違戾ノ犯ヲ治スルノ刑ヲ用ヒ罰スル罪ヲ註誤ト謂フ『法律上ニテ懲治ノ刑ヲ用ヒ罰ス

ル罪ヲ輕罪ト謂フ』法律上ニテ施躰又ハ加辱ノ刑ヲ用ヒ罰スル罪ヲ重罪ト謂フ」

〔獨逸〕第一條　死刑徒刑或ハ五年以上ノ監禁ニ處ス可キ罪ヲ重罪トス『五年以下ノ監禁或ハ禁獄或ハ五十ターレル以上ノ罰金ニ處ス可キ罪ヲ輕罪トス』『拘留或ハ五十ターレル以下ノ罰金ニ處ス可キ罪ヲ違警罪トス」

〔埃及〕第一條　法律上ニテ罰スル所ノ犯罪ニ三種アリ第一重罪、第二輕罪、第三註違

〔白耳義〕第一條　凡重罪律ヲ以テ論ス可キ者ハ皆重罪トス輕罪律ヲ以テ論ス可キ者ハ皆輕罪トス違警律ヲ以テ論ス可キ者ハ皆違警罪トス

〔伊太利〕第一條　法律ニテ重罪ノ刑ヲ用ヒ罰スル罪ヲ重罪トシ法律ニテ懲治ノ刑ヲ用ヒ罰スル罪ヲ輕罪トシ違警罪ノ刑ヲ用ヒ罰スル罪ヲ違警罪トス

〔普魯士〕千八百五十一年四月十四日刑法第一條　法律ニ於テ死刑及重懲役ノ刑又ハ五年以上輕懲役ノ刑ヲ受ク可キ所爲ヲ重罪ト謂フ法律ニ於テ五年以下六週以上ノ禁錮或ハ五十ターレル以上ノ罰金ヲ命ス可キ所爲ヲ輕罪ト謂フ『法律ニ於テ六週以下ノ禁錮又ハ五十ターレル以下ノ罰金ヲ命ス可キ所爲ヲ違式ト謂フ」

〔英吉利〕凡罪ヲ犯スニ謀反、重罪、輕罪、等ノ三箇ノ區別アリテ各罪名ヲ總括ス『其宗教犯罪及小罪ハ此限ニ在ラス」

〔魯西亞〕第一條　法律ニ背犯シ及法律ヲ遵守セサルヲ犯罪或ハ違罪ト爲ス『第二條　犯罪及違罪ノ種類及輕重ニ依テ其罪人ヲ重罰刑或ハ懲治刑ニ處ス』第三條　犯罪及違罪ハ故意ニ出ツルアリ或ハ故

意ニ出テサルアリ』第四條　故意ノ犯罪及違罪ニ二等ノ區分アリ、第一ハ不意ニアラスシテ豫謀ノ故意ニ出ツル背法ノ所爲ナリ

刑名

〔佛蘭西〕　第六條　重罪ノ刑ハ施躰ト加辱トヲ兼ヌル刑又ハ加辱ノミノ刑ナリ』第七條　施躰ト加辱トヲ兼ヌル刑ハ左ノ如シ、第一死刑第二無期徒刑、第三流刑、第四有期徒刑、第五囚獄、第六徒刑場內使役』第八條　加辱ノミノ刑ハ左ノ如シ、第一追放、第二公權剝奪』第九條　懲治ノ刑ハ左ノ如シ、第一懲治場ヘ期限ヲ定メ禁錮スル刑、第二定期間公權、民權、族權ヲ行フヲ禁スル刑、第三罰金』第四百六十四條註違ノ刑ハ左ノ如シ、品物沒收、罰金、禁錮、

〔獨逸〕　第一條　左ノ刑ニ處ス可キ者ヲ重罪トス、死刑、無期徒刑、有期徒刑、五年以上ノ監禁左ノ刑ニ處ス可キ者ヲ輕罪トス、五年以下ノ監禁、禁獄、五十ターレル以上ノ罰金左ノ刑ニ處ス可キ罪ヲ違警罪トス、拘留、五十ターレル以下ノ罰金

〔埃及〕　第二條　重罪トハ法律上ニテ左ノ刑中ノ一ヲ用ヒ罰スル罪犯ヲ謂フ、死刑、無期徒刑、有期徒刑、無期繫獄、有期繫獄、無期追放、諸般ノ位級ヲ得及各種ノ公務ヲ行フ權ノ無期剝奪、公權剝奪』第三條　輕罪トハ法律上ニテ左ノ刑ヲ用ヒ罰スル罪犯ヲ謂フ、一週以上ノ禁錮、有期追放、官職罷黜、百ピアーストル以上ノ罰金』第四條　註誤トハ法律上ニテ一週間或ハ一週以下ノ禁錮又ハ百ピアーストル或ハ其以下ノ罰金ヲ科シテ罰スル罪犯ヲ謂フ』第五條　前數條ニ記スル刑ハ法律上ニ定メタル場合ニ因リ合セテ之ヲ言渡スコトアリ又ハ其一箇ノミヲ言渡スコトアリ』第六條　前ニ記スル刑ノ外特ニ刑法上ニ定メタル場合ニ於テハ左ノ刑ヲ言渡スコトアリ、政府ノ監察ニ附スル

コト、民權及族權ノ剝奪、輕重ノ犯罪ニ用ヒタル物品ノ沒收

〔白耳義〕第七條　凡刑ノ施ス可キ者左ノ如シ、重罪刑四、一死刑、二懲役、三禁錮政事上ノ犯罪ヲ處ス、四監役『輕罪條及違警罪條一、一囚獄』輕重罪條二一民權及公權ノ幾分剝奪、監視人ニ送致『輕重罪條及違註罪條二、一罰金二沒入

〔墺地利〕第一死刑、第二徒刑、第三禁獄、第四禁錮、第五驅役、第六罰金、第七公權、民權、等位、尊稱及等位尊稱ヲ求ルノ權ヲ失フコト、第八物品ノ沒收減却及物品ニ損害ヲ與フルコト、第九定期間其職業ヲ停止シ、或ハ全ク禁止スルコト、第十郡區及各邦ノ追放、第十一追放、第十二警察監護

〔伊太利〕第十一條　重罪ノ刑ハ左ノ如シ、一死刑、二無期徒刑、三徒場內驅役、四追放、五就官ノ禁止『懲治ノ刑ハ左ノ如シ、一禁獄、二囚獄、三處拂四就官ノ停止、五罰金』『違警罪ノ刑ハ左ノ如シ、一拘留、二科金、三職業停止、四法律ニテ實決ノ刑ト シテ掲ケタル刑ノ數箇

〔普魯亞〕第一死刑、第二徒刑、第三城砦禁、第四禁獄、第五警察禁獄、第六教正ノ刑、第七工場禁、第八罰金、第九沒收、第十民權剝奪、第十一有期民權剝奪、第十二定期禁官、第十三藝術ノ禁、第十四警察監護、第十五追放

〔瑞典〕第一死刑、第二徒刑、第三禁獄、第四罰金、第五禁官、第六停官、第七民權剝奪

〔英吉利〕凡刑罰ニ贖罪入獄二年ニ止ル教導幼稚十六年以下ノ者ノ犯罪ハ學校ニ入レテ教育ス隘獄小獄ニ一八ヲ入ル但一月ニ止ル入獄苦役、打背罪五十打ニ止ル十六年以下ノ者ハ二十五打ニ止マル徒罪終身ニ至ル絞罪ノ差級アリテ其罪犯ヲ決罰ス

〔清〕笞刑、杖刑、徒刑、流刑、死刑絞斬『死刑三閏、凌遲、梟首、戮屍』流刑五閏、遷徒、安置充軍、邊外爲民『邊遠爲民』『徒刑三閏、准徒四年三流雜犯絞斬准徒五年雜犯絞斬准徒二

年遷徙比流」「贖刑三、納贖、收贖、贖罪、損贖」「官吏刑、罰俸、降級右公罪 罰俸、降級、革職右私罪

(魯西亞)第十七條　法律ニ於テ確定スル重罪刑ハ左ノ如シ、第一族權全部ノ剝奪及死刑、第二族權全部ノ剝奪及懲役、第三族權全部ノ剝奪及西比利ノ謫處放流、第四族權全部ノ剝奪及カフカーズ外ノ謫處放流」第三十條　法律ニ於テ確定スル懲治刑ハ左ノ如シ、第一言渡ヲ受ル者ノ身躰及族位ニ屬スル特權全部ノ剝奪及其住居ノ爲ニ確定シタル場所ニ於テ定時ノ禁錮ニ處シ或ハ西比利中ノ遠地又ハ近地ノ住所放流ニ處ス施躰刑ヲ免レサル者ニハ其身躰及族位ニ屬スル特權全部ノ剝奪ヲ以テスル民事管轄ノ懲囚隊ヲ定時ノ編入、第二言渡ヲ受ル者ノ身躰及族位ニ屬スル特權全部ノ剝奪及其住居ノ爲ニ確定シタル場所ニ於テ定時ノ禁錮ニ處シ或ハ西比利諸縣ヲ除クノ外遠近諸縣ノ住所放流又施躰刑ヲ免レサル者ニハ其身躰及族位ニ屬スル特權全部ノ剝奪ヲ以テスル勞役舍內ノ禁錮、第三犯罪ノ種類及罪科ノ輕重ニ依リ言渡ヲ受ル者ノ身躰及族位ニ屬スル特權幾分ノ剝奪ヲ以テシ或ハ其剝奪ヲ以テセサル定時ノ城砦禁錮、第四犯罪ノ種類及罪科ノ輕重ニ依リ言渡ヲ受ル者ノ身躰及族位ニ屬スル特權幾分ノ剝奪ヲ以テシ或ハ其剝奪ヲ以テセサル定時ノ懲治舍內禁錮、第五定時禁獄、第六暫時拘留、第七法廷ノ譴責「監視、說諭、贖金」第六十五條　前文ニ掲載シタル一般ノ刑罰及贖金ノ外ニ職務上ノ犯罪及違罪ノ罰ハ左ノ如シ、第一除官、第二免職、第三在職時間ノ減殺、第四退職、第五貶職、第六勤務簿ニ記載スル譴責、第七減給、第八勤務簿ニ記載セサル譴責、第九嚴寬ノ監視

未遂犯

刑法沿革　萬國刑法ノ沿革　未遂犯

(佛蘭西)第二條　重罪ヲ犯サント謀ル者、已レノ意ニ管セサル狀況ニ因テ其謀試ヲ止メ又ハ其謀試ヲ遂ケスト雖モ其謀試ヲ以テ重罪ト看做スヘシ』第三條　輕罪ヲ犯サントスル謀試ハ法律ニテ別段定メタル場合ノ外之ヲ輕罪ト看做スヘカラス

(獨逸)第四十三條　輕重罪ヲ犯サントスルノ初メ其情狀顯然タル者ハ未タ之ヲ遂ケサルモ其罪ヲ犯サントセシ所業ノ刑ニ處スヘシ』第四十四條　輕重罪ヲ犯サントセシ所業ハ既、遂ノ輕重罪ヲ處スルノ刑ヨリ輕刑ニ處スヘシ、若シ既遂ノ重罪無期監禁ニ該當セハ其未遂犯ハ三年以上ノ監禁ニ處スヘシ、前項ニ揭ケタル外未遂犯ノ刑ハ既遂ノ輕重罪ヲ處分スヘキ實決刑ノ短期及罰金ノ最低等ノ四分一ニ減等スルコトヲ得、若シ本項ニ依リ有期徒刑ノ期限一年以下ニ減スルコトヲ得ル者ハ禁獄ニ換フヘシ』第四十五條　既遂ノ輕重罪ノ又刑ト共ニ公權剝奪ニ處スルコトヲ得ヘキ時又ハ必ス處スヘキ時又ハ政府ノ監視ニ附スヘキ時ハ其未遂犯タル所業ト共ニ其刑ヲ宣告スヘシ』第四十六條　左ノ所業ハ刑ニ處スヘカラス、第一犯サントセシ所業ヲ妨ケラルヽコトナクシテ其謀計ヲ止メタルトキ、第二其謀計未タ發覺セサル前本心ヨリ改悛シタルトキ

(埃及)第七條　重罪ノ謀試ハ現ニ重罪ヲ犯シタルト同視シ其刑モ亦同シ』第八條　輕罪ノ謀試ハ別段法律上ニ定メタル場合ノ外之ヲ輕罪ト同視スヘカラス且之ト同一ノ刑ヲ用ユヘカラス』第九條　重罪又ハ輕罪ヲ犯サント決シ及其輕重罪ヲ犯スノ設備ヲ爲シタルノミニテハ罪犯ノ謀試アリトスヘカラス』第十條重罪又ハ輕罪ヲ犯サントシ已ニ之ヲ始メタル時ハ縱令本人ノ意ニ管セサル情狀ニ因リ之ヲ止メ又ハ之ヲ遂ケサルモ罪犯ノ謀試アリトスヘシ

(白耳義)第五十一條　凡輕重罪ヲ犯サントス決意シ已ニ之ヲ試ムルモ或ハ機ヲ失シ或ハ他人ニ遮キラレ其意ヲ果サザル者ハ其構意ヲ按シテ罰ニ處ス『第五十二條　凡重罪ヲ犯サントシテ其遂クルヲ得サル者ハ既遂罪ヨリ一等ヲ減ス』第五十三條　凡輕罪ヲ犯サントシタル者ノ罰ハ各其狀ニ從テ定法ヲ設ルモノトス

(普魯西)第三十一條　罪犯ノ已ニ所業上ニ現ハレ他ノ障碍ノ爲ニ其本意ヲ遂クル能ハス又ハ未タ其結果ヲ熟成セサル者ハ既行未成犯トシテ處決スヘシ『第三十二條　既行未成犯ノ重罪ニ關スル者ハ重罪ヲ犯シタル者ト同一ノ刑ニ處スヘシ然レ𪜈裁判官ハ刑法定期ノ範圍內ニ於テ其輕重ヲ定ル場合ニ罪犯未成ノ情狀ヲ斟酌スヘシ、本罪ニ於テ死刑又ハ徒刑ヲ以テ處スヘキ既行未成ノ者ハ十年以上ノ徒刑及警察監護ノ刑ヲ附加スヘシ、法律上既成ノ罪犯ニ對シ其刑ヲ輕減スヘキ事情ヲ記載シアルトキハ既行未成ノ者ニモ亦之ヲ酌量スヘシ』第三十三條既行未成ノ輕罪ニ關スル者ハ法律上ノ規定アル場合ニ限リ之ヲ罰スヘシ』第三百三十六條　既行未成ノ違令ニ關スル者ハ之ヲ罰セス

(瑞典)此法律(千八百六十四年二月十六日頒布刑法)ニ於テハ既行未成ノ罪犯ニ就テ普通ノ定制ナシ

(伊太利)第七十一條　罪ヲ犯サントセシ所行ニ於テ犯狀顯然ニシテ自己ノ意外ノ狀況ニ因リ成シ遂ケサル者ハ未遂犯トシ既遂犯ノ刑ヨリ一等乃至三等ヲ輕減ス』第七十二條　犯罪ニ必要ナル所行ヲ成シ遂ケタル者ハ自己ノ意外ノ狀況ニ因リ其機ヲ誤ルモ之ヲ誤機未遂ノ罪犯トシ既遂犯ノ刑ヨリ一等ヲ輕減ス』第七十三條　犯人本心ヨリ犯罪ノ謀試ヲ止ムルモ其所爲罪ト爲ルヘキトキハ既遂犯ト同

一刑ニ處ス』第七十四條　如何ナル犯罪ヲ目的トシタルヤ其證憑分明ナラサル未遂犯ノ所爲ハ輕罪ヲ犯サントスル所爲ト思料ス

(魯西亞)ハ未遂犯ニ關スル規定最モ緻密ニシテ通計十七條ノ長法文アリ而シテ其處刑ハ他邦ニ比スレハ頗ル酷ニシテ毫末モ犯圖ノ證跡アル者ハ寛假セサルノ制ナリ蓋シ魯國ニハ往々兇徒ノ隱謀アルヲ以テ立法官ハ未遂犯處分ニ就テ最モ注意ヲ加ヘタルモノト推想ス

數罪俱發及再犯

數罪俱發ニ關シテハ各國多少其規定ヲ異ニスルアリトスルモ唯タ簡ト密トノ差アルノミニシテ要スルニ其罪狀最モ重キ者ニ就テ該當スル處刑ヲ行ハシムルニ外ナラス即チ佛國刑法ニ數箇ノ重罪及輕罪ヲ犯シタルトキハ其中ノ最重ナル罪ニ因テ其罪ヲ定ムヘシト規定シタルカ如シ唯タ違警罪ニ就テハ各箇ニ其刑ヲ行フ者アリ白耳義刑法第五十八條ニ規定スルカ如キ是レナリ而シテ再犯ニ就テモ各國ノ刑法上其處罰ハ前犯ヨリ一等ヲ加フルノ規定幾ント同一轍ニ出ルカ如シ然レ𪜈瑞西カ一千八百五十一年七月八日一千八百五十七年二月十一日一千八百五十九年十月十六日ノ三回ニ制定シタル新刑法中ニ掲ケタルモノハ一般ニ再犯ヲ處刑スルノ摸範トセラルヽモノヽ如シ即チ丁抹ノ刑法ニ於ケル再犯律ノ如キハ瑞西ニ基因シタルニヤ同國カ一千八百六十六年二月十日ニ頒布シタル刑法ニハ再犯ノ罪ヲ增加スルノ規定ナシ又瑞典ノ如キモ一千八百六十四年二月十六日頒布ノ刑法ニ再犯ヲ單一ナル惡事即チ竊盜ニ就テノミ規定シ他ノ犯罪ニ就テハ再犯加重ノ處分ナキモノトス又墺地利モ一千八百六十七年ノ刑法草案ニハ全ク再犯加重ノ刑ヲ削除

セリ蓋シ再犯ニ就テハ學說甚タ多キヲ以テ後ニ至リ論究スル所アルヘシト雖モ前ニ列擧シタル數國ノ刑法ノ如キ亦其進步ノ一トシテ見ルヘキモノトス

以上列擧シタルモノヽ外不論罪酌量輕減等ノ規定ニ關シ各國ノ刑法概シテ緻密ニ涉リ勉メテ犯人ノ罪惡ヲ宥恕セシムルノ精神ニ出ツルハ其法文上ニ現出シテ明カナリ要スルニ各國ノ刑法ハ着々其步ヲ進メ死刑ノ執行方法ノ如キ歐洲大陸ノ邦國ハ概シテ之ヲ斬刎ニ處シ之ヲ絞ニ止ムルハ獨リ英吉利ノミナリシカ今ヤ各國逐次ニ其刑法ヲ改良シ駸々トシテ其步武ヲ停メサルノ傾向アルハ蓋智識發達ノ然ラシムル所ナリト云フヘシ加旃近世碩學大家陸續輩出シテ法理ノ蘊ヲ探リ賾ヲ究メ諸般法律ノ改良ヲ促スニ職由スト云フモ敢テ失當ノ言ニアラサルナリ

日本刑法ノ沿革

日本刑法ノ沿革ハ說クヲ得ヘカラサル乎曰ク否ラス誰レカ日本ニハ古來完備シタル刑法ナク從テ其僅ニ存スル所ノ成文モ錯雜紛亂シテ其沿革ヲ詳悉スルニ由ナシト謂フヤ畢竟法律ト云ヘハ皆必ス歐洲ニ起源スルモノト妄想シ未タ曾テ我史ヲ讀マサル者ノ言タルノミ蓋日本刑法ノ沿革ハ史乘ニ徵スレハ歷然トシテ知リ得ヘキハ國史ヲ讀ム者ノ皆能ク知ル所ニシテ予輩ノ辯ヲ俟タサルナリ故ニ爰ニ其沿革ヲ述ルノ必要ナキカ如シト雖モ我刑法ノ由來スル所ヲ講究センニハ先ツ其沿革ヲ略述スルハ敢テ贅疣ニ非スト信スルカ故ニ簡明ニ說述スヘキナリ而シテ我刑法ノ沿革上ニハ自ラ段落スル所アレハ予ハ之ヲ三段ニ大別シテ略述スヘシ

(第一) 日本刑法ハ古代夙ニ其完美ヲ成シタルハ歐洲古代ノ法律ノ決

シテ及ハサル所ナリ爰ニ其大綱ヲ示セハ日本古代ノ刑罰ハ日本ノ固有ニ屬スル天賦ノ德義ニ基因シテ邪惡ヲ懲戒シタルニ外ナラス歐洲古代ノ蠻族カ殘忍刻薄ノ慣習ニ淵源シテ其刑罰ヲ定メタルカ如キモノト日ヲ同フシテ論スヘキニアラサルナリ

然レ𪜈太古ハ邈矣トシテ得テ知ルヘカラス僅カニ日本書記等ノ古史ニ傳フル所ニ據レハ犯罪ヲ天罪國罪ノ二種ニ分チ此二種ノ罪孰レヲ犯スモ神祇ノ譴罰ヲ免レサルモノトシ之ヲ處スルニ祓除自悔ノ法ヲ以テセリ此祓除ナルモノハ或ハ神社ニ於テシ或ハ河上ニ於テシ即チ大小ノ神祇ニ對シ其犯シタル罪惡ヲ祓除シテ懺悔スル所アラシメ以テ其良心ヲ方正ニ復セシムルニ在リ此レ世々中臣氏ノ掌ル所ニシテ今猶ホ中臣ノ祓詞トシテ神前ニ唱フルモノハ其一典ナリ而シテ其詞中ニ載スル所ノ古語ノ意味ニ依テ視レハ祓除ノ主義ハ全ク罪惡ヲ祓ヒ清メルニ在リシヲ知ルヘキナリ故ニ古代ノ祓除ハ大率河上ニ於テ之ヲ施行シ犯者ノ着衣其他ノ物ヲ河中ニ投シ以テ罪惡消滅ノ證トセリ此ノ如ク古代ノ刑罰ハ祓除法ニ一任シ所犯ノ罪惡ハ大小ノ神祇ニ誓フテ之ヲ祓除スルニアラサレハ消滅セサルモノトシタルカ故ニ日本刑罰モ亦宗教的ノ薫臭ヲ帶ヒテ發生シタルモノヽ如ク看做ス者アリト雖モ日本刑罰ハ他ノ宗教國ニ於ケルモノト同視スヘキモノニアラサルナリ日本ハ世界無比ノ美國ニシテ古來神國ヲ以テ稱サレタルカ故ニ人民神祇ヲ尊敬スルハ即チ忠君愛國ノ大義ニ篤淳ナルノ致ス所トス然ラハ神祇ニ誓フテ罪惡ヲ祓除スルノ慣例太古ヨリ一般ニ行ハレタルハ當然ノ事ニシテ豈ニ僧侶輩カ時ニ出テヽ社會ノ刑罰ニ容喙シタルノ類ト同一ニ論スヘキモノナランヤ其レ然リ祓除法ハ愛國ノ誠意ヨリ發生シタルヲ以テ成文法ノ出ル時代ニ及ンテハ朝議ノ定

ムル所ニ從ヒ曾テ宗教的派ノ唱道シタルカ如キ自己ニ利スヘキ異議ヲ唱ヒタル者アルヲ聞カサルナリ是レ日本刑法ハ純乎タル國法トシテ發生スルコトヲ得タル所以ナリ

日本刑法ノ發生ハ誠ニ潔白ナリ誠ニ清淨ナリ絶テ汚カレタル所ナキハ以テ萬國ニ誇ルニ足ルヘシ然レ𪜈日本刑法ノ起源モ亦復仇主義的ヲ免レサル乎ノ疑問ニ對シテハ蓋然リト答フルノ外ナカルヘシ何トナレハ天罪國罪ノ名稱始テ生シタル時ヨリ其罪ノ輕重ニ從フテ贖物ヲ致サシメ祓除ノ以テ悔悟セシムル能ハサル元惡ノ如キハ甲兵ヲ以テ之ヲ戮シタルノ事跡アレハナリ然レ𪜈古代ノ刑罰ハ專ラ道德ニ基因シタルノミナラス其史乘ニ顯ハレタルハ崇神記ヲ以ヲ始メトシ成文法トシテ發生シタルハ推古帝十二年ニシテ所謂厩戸皇子ノ憲法十七條ナルモノ是レナリ此法典實ニ我法典ノ鼻祖タルモノニシテ貴重スヘキハ勿論タリト雖モ這ハ全ク皇子ノ私定ニ係ルヲ以テ未タ以テ國家ノ成典トメ看ルヘキモノニアラス天智帝ノ時代ニ及ンテ中臣連鎌足等ニ勅シテ一律令ヲ編纂セシメタリ此律令ハ古來ノ慣例等ニ基因シタルモノタルニ過キサルモ日本ノ立法權ハ實ニ此ニ濫觴シ以テ之ヲ天下ニ頒行セシメタリ是レヲ近江朝ノ大寶令ト稱セリ此律令ハ未タ以テ完美ヲ成スモノトスヘカラサルモ天智帝ノ時代ニ於テ早ク已ニ法典ノ編纂アリシハ我刑法ノ沿革上最モ著明ナル事跡ナリトス」文武帝ノ時代ニ及ンテ藤原不比等ニ勅シテ更ニ一大法典ヲ編纂セシメタリ是レ所謂有名ナル大寶律令ニシテ其成文ノ完美ナル其法規ノ周密ナル今日之ヲ讀ムモ猶ホ敬服スヘキ所甚タ多ク古代ノ編纂トハ想ハレサルカ如シ蓋シ當時ハ既ニ支那ト交通ヲ開キ隋唐ノ文化漸入シタルヲ以テ大寶律令ノ如キ完美ノ法典ヲ出セシモ亦敢テ怪ムニ足

ラサルナリ此律令ハ刑罰權ト行政權トヲ規定シタルモノニシテ元正帝ニ及ンテ更ニ之ヲ修正シ其實施ニ先タチテ之ヲ豫告シ以テ人民ニ其適從スル所ヲ知ラシメタリ今ヤ刑罰權ハ全國ヲ通シテ一途ニ出テシメ刑法ノ面目始メテ具備セリ而シテ此大寶律令ノ規定スル所ハ當時ノ社會ニ適當シタルハ勿論日本法律トシテ之ヲ論スルトキハ寔ニ其要旨ヲ得タルモノト云フヘシ爰ニ其大綱ヲ摘說スレハ神祇ニ對スル犯罪ヲ以テ最重ノ犯罪トシ即チ齋殿ヲ汚瀆スルカ如ハ之ヲ嚴罰ニ處スヘキモノトセリ是レ他ナシ日本國ハ皇祖皇宗ノ創建スル所ニシテ大小ノ神祇ハ皇祖皇宗ノ神靈ヲ祀ルモノナレハ敬神ヲ以テ臣民ノ義務ト爲シ神祇ニ不敬ヲ加フル者ハ即チ是レ皇朝ノ尊嚴ニ對シテ不敬罪ヲ犯スト一般ニシテ寛假スヘキモノニアラサレハナリ故ニ神祇ニ對スル不敬罪ヲ第一ニ掲ケ以テ我國體ノ神聖ニシテ犯スヘカラサルコトヲ知ラシメタリ之ヲ要スルニ立法ノ精神ハ忠君愛國ノ正義ヲ保護シテ國家ノ基礎ヲ鞏固ナラシメンコトヲ期シタルニ外ナラス故ニ又天皇ニ對スル罪ヲ以テ大逆罪トシテ容ルヘカラサルモノトセリ是レ當然ノ規定ニシテ皇統一系ノ神聖ナル日本帝國ノ刑法トシテ之ヲ制定スルニハ固ヨリ此大要點ニ愼重ノ注意ヲ加ヘサルヘカラス而シテ此規定ハ獨リ當時ニ於テノミ重要ナルニアラス幾萬世ヲ經過スルモ依然トシテ動カスヘカラサルモノナリ是レ王室ノ變遷測ルヘカラサル歐洲基督國ノ人民等ノ知ル所ニアラス獨リ日本帝國ノ立法官タル者ノ知ル所ナリ藤原氏ノ權力强大ナル當時ニ在リテハ動モスレハ王朝ヲ凌カントスルカ如キ專横ノ擧動ナカリシニアラス且支那ノ文化漸入スルニ隨ヒ權門要路ノ徒競フテ隨唐ノ風俗ヲ欽慕シ日本固有ノ風俗ニ一大變遷ヲ與ヘタル等ノ事跡アリタルニ拘ラス不比等主

トシテ立法官ノ地位ニ立チ其編纂ヲシテ帝國ノ刑法タル躰裁ヲ具備スルコトヲ得セシメタルノミナラス歴朝ノ則ル所ヲ定メルルハ寔ニ立法ノ責任ヲ盡シタルモノト謂ハサタヘカラス殊ニ大寶律令上尊屬親ニ對スル犯罪ヲ嚴罰シテ毫モ假借セサリシハ頗ル酷ニ過ルニ似タリト雖モ日本固有ノ美風トシテ他邦ニ卓絶タルモノハ風俗淳厚ニシテ德義ヲ愼重スルヲ在ルヲ以テ刑罰上ノ効績モ亦法律上ノ制裁ヨリハ寧ロ德義上ノ制裁與リテ力アリトセリ故ニ大寶律令中ニ尊屬親ニ對スル犯罪ヲ嚴刑ニ處シタルハ此美風ヲ保維スルカ爲ニシテ其當ヲ得タルモノト云フヘシ且ツ實際上ニ於テモ亦蓋其効少カラサリシハ推シテ知ルヘキナリ今日ノ立法者ヨリ之ヲ批評スルトキハ種々非難スル所アルヘシト雖モ古代ノ成文法トシテハ兎ニモ角ニモ完美ヲ成シタルモノト云フヘシ歐洲古代ノ野蠻法ノ如キハ我古法ニ比スレハ下ルコト數等ニシテ彼是霄壤ノ大差アリト云フモ可ナリ

然レトモ一盛一衰ハ人世ノ數ニシテ藤原氏ト雖モ之ヲ免レス鎌足以來歴朝ノ政權ヲ專ラニシ滿朝同族タラシメタル藤原氏モ支那ノ文化ヲ輸入シテヨリ漸ク文弱ニ流レ奢侈ニ耽リ其權力竟ニ衰ヘテ動モスレハ他族ノ爲メニ凌駕セラレントスルニ至リ其權力ノ保護者ト恃ミタル大寶律令ノ如キモ畫虎ト一般殆ント死法ニ屬シテ實際ニ行ハレス是ニ於テ乎嵯峨帝ノ時代刑斷例十條ヲ制定シ刑部ニ附シテ之ヲ實施セシメ傍ラ檢非違使ヲ置テ逮捕監獄ノ事ヲ典掌セシメタリ醍醐帝ノ時代ニ及ンテ前代ノ法律ヲ採錄シテ之ニ修正增補ヲ加ヘ更ニ新法律ヲ編成セリ格十二卷式二十卷是レナリ延喜年間格式ノ制定アリト雖モ藤原氏ノ權勢已ニ衰ヘ武門之ニ代リテ武斷政治ナルモノ起リ右等ノ法律ハ殆ント徒法ニ屬シテ復タ行ハレス

(第二)天下ノ形勢一變シ藤原氏己ニ衰ヘテ政權武門ニ歸シ群雄代ル起テ四方ニ割據シ封建ノ制度發生スルニ及ンテハ豫告ノ法律ハ全ク廢棄セラレ畫一ノ政令亦跡ヲ日本社會ニ絶チ當時ノ社會ハ無法律ノ中ニ壓伏セラレタリト云フモ不可ナキノ狀況ナリキ當時大寶律令ハ猶ホ日本法律トシテ依然存在シタルニ拘ハラス此ノ如ク無法律界ト一般ノ狀況ヲ現出シタルハ他ナシ當時將門ノ策トシテ部下ノ人民ヲ屈服セシメンニハ法令ヲ豫告シ人民ヲシテ其適從スル所ヲ知ラシムルハ策ノ得タルモノニアラス法令ハ擧ケテ司權者ノ方寸中ニ秘置シ時ニ或ハ嚴ニシ時ニ或ハ寛ニシ人民ヲシテ端倪スルコトヲ得セシメサルヲ得策トシタレハナリ故ニ當時ノ刑罰ハ甚タ峻酷ニシテ死刑ノ如キハ或ハ磔シ或ハ鋸シ又或ハ炮シ人ヲシテ戰慄セシメ其處置ハ脅嚇主義ニ出ル一ノ壓伏手段タルヤ明カナリト雖モ又時トシテハ常ニ苛法峻律ヲ弄スルニ似ス意外ニ寛大ノ處分ヲ行フコトアリタリキ從テ刑罰ハ割據ノ諸侯其策ノ得タリトスル所ニ於テ之ヲ左右シ各地各異ノ法律ヲ制定シタルノミナラス其法律ハ其封內ノ人民ヲ屈服セシムルヲ以テ足レリトシ一般社會ノ利害ハ其問フ所ニアラサリシナリ故ニ武門ノ大權平氏ニ期シタル時ト雖モ全國ヲ通シテ行ハレタル法律ハ一モナク刑罰ハ擧テ其幕下ノ諸侯ノ隨意ニ斷行スル所ニ放任セリ蓋シ當時ハ止タ武事アルヲ知リテ他アルヲ知ラサルノ時世ナルヲ以テ法律ニ留意スル者アラサリシモ亦敢テ怪ムニ足ラス嗚呼平氏カ最モ人民ノ休戚ニ密着ノ關係アル刑罰權ヲシテ群將ノ濫用ニ放任シ恬トシテ顧ミサリシハ天下ノ怨讟ヲ招キタル一因ナリト云フモ誣言ナラサルヘシ

是故ニ源氏ノ覇府ヲ鎌倉ニ創建スルヤ平氏ノ覆轍ヲ踐マサランコト

ニ留意シ武斷政略ヲ以テ刑罰ヲ斷行シ良民ヲ害スル者ハ嚴刑ヲ以テ必罰セリ且新法三條ヲ制シテ之ヲ實施シタルヲ以テ群盜屏息シ奸邪跡ヲ收メ其法令ノ嚴明正肅ナルコト平氏ノ上ニ出ル數等ナリシト雖モ其治ヲ致スヤ法律ノ力ヲ藉ルニアラス專ラ武力ニ倚賴シタルヲ以テ刑罰ハ唯タ嚴ナルヲ主トシ一人ヲ刑シテ萬人ヲ懾服セシムルハ即チ刑罰ノ目的ナリト信シ刑法ノ如キハ從來ノ類例ニ依ラシメ鎌倉刑法トシテ見ルヘキモノアルヲ聞カス北條氏陪臣ヲ以テ國命ヲ執ルニ及フヤ迅トニ法律ノ制定ニ留意シ法律ヲ以テ群將ヲ拘束セスンハ能ク治ノ久キヲ期シ難シト觀念シ式目十五條ヲ制定シテ之ヲ頒布セリ此法律ヤ北條氏ノ治ヲ保維スルニ就テハ與テ力アリシト雖モ要スルニ其精神ハ武人ヲ戒飾スルニ在リシヲ以テ一般ノ刑罰ハ益嚴酷ト爲リ高時ノ如キハ實ニ濫刑ヲ逞フシタルモノト云フヘシ故ニ後醍醐帝大ニ之ヲ憂ヒ決斷所ノ新設ヲ企圖セラレタリト雖モ北條氏ノ權勢甚タ熾ンニシテ竟ニ其目的ヲ達スルコト能ハサリキ北條氏倒レテ足利氏之ニ代ルニ及ンテハ兵馬倥偬紀綱紊亂刑典ノ復タ論スルニ足ルヘキモノナシ當時六波羅廳ヲ置テ刑罰權ヲ行ハシメタリト雖モ其刑罰ハ紀問員ノ獨斷ニ專任シ法律ニ依テ之ニ行ハシメタルニアラス織豐二氏ノ世ニ當リテハ紀綱ナケレハ社會ニ秩序ナク啻ニ兵權アルヲ知リテ法律アルヲ知ラス故ニ刑法ノ何タルハ當時ノ武人ノ問フ所ニアラサリシト雖モ武門ヲ汚瀆シ若クハ侵犯シタルノ所爲ハ曾テ寛假セス其罪最モ重キ者ハ之ヲ刎斬ニ處シタルノミナラス其九族ヲ夷シ罰ノ嚴酷ナルハ殆ント其極點ニ達シタリト云フヘシ然レトモ武斷政治モ亦刑罰權ヲ籍ルニアラサレハ之ヲ保維シ難シトノ觀念漸ク武門ノ間ニ發生シタルノ事跡アルヲ見ル故ニ德川氏天下ヲ統一シ其覇業ノ成

ルニ及ンテハ織豐二氏ノ末路ニ鑒ミテ柳營ヲ堅牢ノ基礎ニ置カント
シ百般ノ制度着々其緒ニ就カシメタリ且當時ハ二三ノ碩學者ヲ利用
シテ其治ヲ圖リ全國ノ治績ヲシテ一途ニ歸セシメンニハ法典ノ力ニ
倚ルニ若クナシトシ老儒輩ヲシテ日本古來ノ法典ト支那明朝ノ律令
トニ則リ之ヲ斟酌折衷シテ一法典ヲ編纂セシメタリ世ニ有名ナル德
川百箇條ナルモノ即チ是レナリ此法典ハ法律上ニ新面目ヲ顯ハシタ
リト雖モ深ク之ヲ秘府ニ藏シテ之ヲ公行セス、即チ豫告法律ノ性質ヲ
有スルモノニアラサリキ刑罰實例斷獄手續等ノ規定ハ載セテ其法典
中ニ在ルニモ關セス之ヲ秘シテ知ラシメサリシモノハ蓋其要ハ德川
氏ノ治世ヲ永遠ニ保維セントスルニ在ルヲ以テ社會ノ利害如何ヲ問
フモノニアラス唯タ大小ノ諸侯ヲ制御シテ屈服セシメ復タ干戈ヲ邦
內ニ動シテ安寧ヲ害スル者ナカラシムルヲ以テ足レリトセリ故ニ諸
侯封內ノ刑罰法ハ其摸範ヲ此百箇條ニ取ラシメタルニ拘ラス一般人
民ニハ之ヲ知ラシメサルヲ以テ得策トシ明治維新ニ至ルマテ幕府ノ
刑罰權ハ之ヲ親ヒ知ルコト能ハサラシメタリ

(第三)日本封建ノ制度ハ甚タ鞏固ニシテ諸侯ノ權勢ハ極メテ强大ナリ
シト雖モ時運ノ變遷ト開明ノ風潮トニ背馳シ依然トシテ舊天地ヲ維
持セントスルハ決シテ得ヘキコトニアラス故ニ幕府一朝政ヲ失スル
ヤ王政維新ノ洪業忽チ成レリ是ニ於テ乎天下ノ氣運ハ一變シ人民漸
ク權利自由ノ何タルヲ解スルニ至リ復タ武斷政治ノ下ニ逞フシタル
苛酷殘忍ノ刑罰權ニ屈從スル者アラス實ニ維新ノ當初ニ至ルマテハ
列藩各異ノ刑罰ヲ行ヒ其寬嚴一ナラサリシノミナラス苛酷殘忍ノ處
分ヲ避ケサルノ舊弊猶ホ且ツ存シタルヲ以テ海內均一ノ刑法ヲ制定
スルハ最モ必要ナリ然レ𪜈新法典ノ制定ハ容々易々タル事ニアラサ

レハ其速成ヲ期スヘキモノニアラス故ニ一方ニハ刑罰權ハ姑ク舊慣ニ依テ適宜ノ處分ヲ爲サシメ他ノ一方ニハ法典編纂ニ着手セシメ本邦ノ古典明清ノ律令等ニ則リ之ヲ取捨折衷シテ一法典ヲ編纂シ明治三年十二月ニ至リテ其完成ヲ告ケ名ケテ新律綱領ト稱シ爰ニ刑法ナルモノ始メテ成立セリ是ニ於テ各州各地ニ行ハレタル支吾錯雜ナル刑法ハ擧テ一掃ニ歸セシメラレ全國ヲ通シテ唯一ノ法ニ依ラシメタリ蓋此時ヲ以テ刑法上ノ一大改良ノ時代ナリシト云フモ不可ナカリキ然レ𪜈當時ハ法理上ノ學識未タ幼稚ノ地位ヲ免レスシテ新法典ノ編纂モ亦未タ完全ナルモノト云フヲ得ス就中其刑罰ヲ斷定スルニ犯罪ノ種類及ヒ輕重ニ因ラスシテ身分ノ貴賤ニ因ラシメタルカ如キハ實ニ此法典ノ一大欠點ト云ハサルヘカラス即チ士族ノ爲メニ閏刑ナル特典ヲ設ケ平民ト同一ノ罪ヲ犯スモ其處罰ヲ異ニシタルカ如キハ不當モ亦甚シト云ハサルヘカラス元來法理ハ唯一ナリ豈族籍ノ差等ニ因リテ其處罰ヲ異ニスルノ道理アランヤ又普通ノ理論上ヨリ之ヲ見ルモ地位高フシテ身分重キ者ハ尋常一樣ノ人民ニ比スレハ幾分カ智識能力ノ優ル所アルモノト推定セサルヘカラス果シテ然ラハ此等ノ者カ罪ヲ犯スニ方テハ其罪ハ同一ナルモ平民ヨリ一層重刑ニ處スルコソ適當ナリトスヘシ新法典ハ此等改正ヲ要スルノ點少カラサルヲ以テ明治六年ニ至リ之ニ改正增補ヲ加ヘ改定律例トシテ更ニ之ヲ頒布セリ此法律ヤ新律綱領ニ比スレハ大ニ優ル所アルヲ以テ略ホ完全ノ法律トシテ見ルヘク人民モ亦以テ滿足ヲ表スルニ至レリ然レ𪜈社會ノ進歩人智ノ發達ハ駸々トシテ電光モ如カス駟馬モ及ハサレハ有識ノ法理學者卓見ノ政治論客陸續輩出シテ權利ノ貴重スヘキヲ說キ自由ノ回復スヘキヲ論シ嘖々響應シテ人民ヲ提醒奮起セシメタル

ト同時ニ外交ノ通路モ亦大ニ開ケ荐リニ學識上ノ新說ヲ輸入シテ法律上ノ理論益々進ミ復維新ノ當初ニ制定シタル法律ニ甘從セサルニ至レリ殊ニ其改良ノ急要ヲ促シタルモノハ刑法ナリ一般人智ノ發達スルニモ關セス維新當初ノ法律ヲ以テ永ク之ヲ適用セシメントスルハ固ヨリ得ヘカラサルノミナラス當時治外法權ノ撤去論大ニ沸騰シ彼カ其撤去ヲ拒ムノ理由ハ主トシテ日本法律ノ不完全ナルニ在リト聞キ朝野ヲ擧ケテ刑法ノ改良ヲ促シテ止マサリキ今ヤ新法編纂ノ必要愈〻急ヲ告ケタルヲ以テ政府ハ法律編纂委員ヲ撰任シ明治八年司法省ニ於テ其編纂ニ着手セシメ法律博士ボアソナート氏ヲ顧問トシテ之ニ從事セシメタリ此新法ノ材料ハ廣ク各國現行ノ刑法中ヨリ之ヲ採集セシメタルモ佛國刑法ハ宇內萬國ニ通シ最モ其完備ヲ成セルヲ以テ專ラ摸範ヲ佛國刑法ニ取ラシメタリト云フ同十年ニ至リ其稿ヲ脫シタルヲ以テ司法省ヨリ之ヲ太政官ニ呈出シ太政官ニ於テハ又更ニ審査委員ヲ撰任シテ同十一年一月ヨリ其審査ニ着手セシメ同十二年六月ニ至リ其審査ヲ終了シタルヲ以テ太政官ハ之ヲ元老院ノ會議ニ附シテ討議セシメタリ同院ハ翌十三年四月ニ至リテ其審議ヲ終了シタルヲ以テ太政大臣ハ同年七月ヲ以テ全國ニ頒布セリ此レ予カ將ニ諸君ト其意義ヲ講究セントスル現行ノ刑法ナリ

抑モ此新法ノ精神タルヤ刑罰ヲシテ嚴ナラシムルニ在ル乎將タ寬ナラシムルニ在ル乎ト問ハヽ何人モ寬大ヲ旨トスト答フルニ躊躇セサルヘシ其レ然リ若シ寬大ヲ旨トスルニアラスンハ立法者ハ單ニ日本古來ノ刑例ニ則ルヲ以テ足レリトシ泰西諸邦ノ法典ヲ參照シ其美ヲ拔キ其萃ヲ採ルノ必要アラサルナリ回顧スレハ新刑法ノ編纂ヲ促シタルモノハ畢竟スルニ維新當初ノ刑法ハ猶ホ嚴酷ニ失シ且ツ錯雜シ

テ開明ノ時世ニ適當セサルヲ以テナリ之ニ反シテ新刑法ハ全ク其面目ヲ豹變シ其大躰ノ趣旨タル勉メテ一罪毎ニ刑名ヲ定メ且ツ寛大ヲ旨トシテ犯人ノ意思ト罪惡ノ輕重トヲ審糺シ而シテ後チ之ヲ罰セシムルニ在ルヲ以テ殺人罪ヲ最重罪ト爲スト雖モ之ヲ謀殺故殺ノ二箇ニ區分シ之ヲ死刑ニ處スルニモ亦殘忍ナル方法ヲ廢シテ單ニ絞首ニ止ラシメ財産上ノ犯罪ハ其情狀惡ムヘキ者ト雖モ其處刑ハ輕重懲役以上ニ及ハシメサルカ如キハ之ヲ舊法ニ比スレハ甚タ寛ナリト云ハサルヘカラス舊封建ノ時代ニ於テ死刑ヲ執行スルニ其方法ハ之ヲ磔刑火刑等ニ處シ其最モ輕キモノト雖モ斬ニ下ラス且殺人放火等ノ重罪犯ノミヲ死刑ニ處スルニ止ラス窃盗罪ノ少ク重キモノモ亦之ヲ死刑ニ處シタルニ比スレハ天淵ノ大差モ啻ナラスト云フヘシ說ヲ作ス者曰ク新刑法ハ恐ラク寛ニ失セリ何トナレハ新刑法ノ實施以來犯人ノ夥多ナル全國ノ監獄ヲ滿タシテ復タ投スル所ナシト云フカ如ク且窃盗罪ノ如キハ再三再四之ヲ犯ス者アレハナリト是レ皮想ノ見ニシテ犯人ノ增加ヲ以テ刑法ノ罪ニ歸セントスルハ誤謬ノ甚キモノト云フヘシ予カ屢々說明シタルカ如ク刑罰ハ最終ノ手段タルニ拘ラス之ヲシテ邪惡豫防ノ責ニ任セシメントスルハ甚タ酷ナリト云ハサルヘカラス予ヲ以テ視レハ犯人ノ增加ハ之ヲ道德頽敗ノ結果ニ歸セサルヲ得ス然レトモ此ハ是レ他論ニ渉ルヲ以テ爰ニ贅セス予ハ唯タ國家ノ爲メ獨リ理法タル刑法ノ完備ヲ致スノミナラス實施法タル刑事訴訟法上ノ手續モ亦精密周到ニシテ復タ惡漢兇豎ヲシテ法網ヲ脫シ害毒ヲ逞フスルコト能ハサラシメタルヲ欣賀スル者ナリ豈其他ヲ望マンヤ

新刑法ヤ之ヲ在來法ニ比スレハ實ニ瓦礫堆裏ニ爛々然トシテ一寶玉

ノ光彩ヲ放ツカ如ク一モ間然スル所ナキニ似タリ然リト雖モ之ヲ實地ニ適用シ其經驗ヲ重ヌルニ隨ヒ猶ホ其缺點ト思料スルモノヲ發見スルコト甚タ少カラス最初編纂委員ノ草案ヲ編成スルヤ之ヲ現行法ニ比スレハ頗ル緻密ノモノナリシト雖モ當時ニ於テハ之ヲ贅法トシ或ハ蛇足トシテ削除シタルモノモ亦少カラス然ルニ十數年ノ經驗ヲ重ヌルニ及ンテ之ヲ再考スレハ其嘗テ贅法トシ蛇足トシタルモノハ眞ニ然ルニアラスシテ之ヲ削除シタルモノ却テ今日ノ實驗上ニ於テ缺點ト認メラルヽノモノナキニアラス故ニ今日ニ至リ現行刑法ヲ以テ完全無瑕ノ法典ナリヤト問ハヽ予ハ遺憾ナカラモ未タシノ一語ヲ以テ之ニ答ヘサルヲ得サルナリ世ノ學者モ亦予輩ト感ヲ同フシ現行刑法ノ改正ヲ慫慂スルコト甚タ頻リナリ是ヲ以テ當路者モ亦現法改正ノ必要ヲ感シ既ニ其草案ヲ脫稿シ將來ニ起ルヘキノ問題ハ大概之ヲ編入セリ故ニ予ハ將來ニ起ルヘキノ問題ハ之ヲ其要處ニ揭出シ併セテ之ヲ論究スヘキナリ是レ予ヲシテ本法講義ニ增補改正ヲ加ヘシメタル理由ノ一ナリトス

刑法淵源

社會刑罰權ノ基本

社會トハ何ソヤ人ト人トノ集合躰タルニ外ナラス社會ハ果シテ平等ナル人類ノ集合躰ナリトセン乎同等ノ人ニシテ而カモ其集合躰ノ一分子タル者ノ罪ヲ犯スニ方リ之ニ刑罰ヲ科スルノ權ハ果シテ那邊ニ存在スルヤ此重大ナル刑罰權ノ基本即チ原由ハ焉クニカ存在スル處ナクシハアラス此大疑問ニ關シテハ泰西ニ於テモ亦碩學鴻儒ノ間ニ議論百出シ紛々擾々甲論シ乙駁シ未タ一定不變ノ確說アラサルモノヽ如シ而シテ其說ク所ハ精粗ノ差是非ノ別アリト雖モ之ヲ列擧セハ

凡ソ十有餘說ヲ得ルニ至ルヘシ然レ𪜈中ニ就テ稍ヤ勢力ヲ有シ且眞理ニ近キモノヲ擧レハ凡ソ九說ヲ得ルニ過キス予ハ先ツ此九說ニ就キ其是非ヲ研究シ其得失ヲ評論シ而シテ後チ予カ平素信スル所ノ說ヲ講述スヘキナリ

〔第一說〕復讐主義　此主義ヲ主張スル論者ノ說ヲ聞クニ曰ク古來何レノ邦國ト雖𪜈刑罰ノ由テ發生スル根源ハ實ニ復讐ノ念慮ヨリ胚胎セサルハナシ古昔野蠻ノ時世ニ在テハ復讐ノ念慮常ニ人類ノ腦理ヲ支配シ被害者ハ加害者ニ對シ其復讐ヲ實行シ以テ怨ニ報ヒ憤ヲ散スルノ手段トセリ蓋シ此復讐ノ念慮ナルモノハ宇宙間ノ動物苟クモ情ノ存スル者ハ皆之レアラサルハナシ矧ンヤ人類ニ於テオヤ然レ𪜈若シ社會ニ刑罰權ナルモノナク各人隨意ニ復讐ヲ爲サシメハ則チ如何ン例ヘハ親ノ讐ハ其子之ヲ復シ其復讐サレタル者ノ子孫ハ又其復讐シタル者ヲ親ノ讐トシテ之ヲ復シ遂ニ復讐ニ重ヌルニ復讐ヲ以テシ犬牙錯綜其底止スル所ヲ知ラサルニ至ルヘシ果シテ然ラハ社會人民ハ一日片時モ寧處スルコト能ハサルヘシ啻ニ寧處スルコト能ハサルノミナラス日ヲ積ミ年ヲ累ヌルニ隨ヒ復讐ノ爭鬪益々增加シ天下到ル處トシテ讐敵アラサルハナク社會ハ遂ニ修羅場ト化シ去ランノミ否ナ社會ハ之カ爲メ破壞セラルトニ至ランノミ然ラハ之ヲ禁止セン乎被害者ハ其損害ヲ回復スルノ道ナキニ歸シ惡漢兇豎ハ機ヲ得テ益跋扈シ弱肉ハ强食ト爲リ優者ハ劣者ヲ壓シ社會ハ到底蠻域ヲ脫スルノ期ナカルヘシ然ラハ之ヲ奈何セハ可ナラン乎曰ク能ク之ヲ防遏シ得ルノ策ハ他ナシ刑罰權ナルモノヲ設ケ被害者ニ代リテ加害者ニ復讐シ以テ被害者ノ胸裡ニ蟠結セル復讐ノ念慮ヲ鎭撫シテ社會一般ニ滿足ヲ與ヘ私ノ復讐ヲシテ其跡ヲ社會ニ絕タシムルニ在リ今其レ此

ノ如クセハ刑罰權ノ基ク所寔ニ正當ナリト云フヘシ既ニ正當ナリトセハ又何ヲ苦ンテ刑罰權ノ基本ヲ他ニ求ムルノ必要アランヤ乃チ社會ノ刑罰ハ社會カ被害者ニ代リテ爲スヘキ公ケノ復讎タルニ外ナラスト

此說タルヤ洵ニ正理ニ合スルモノヽ如ク且或ハ眞ノ事實ナリシヤモ亦未タ知ルヘカラス然レ𪜈事實ハ必スシモ眞理ナラストハ千古ノ格言ナリ假令歷史上ノ事實アリトスルモ直ニ其事實ヲ以テ刑罰權ヲ基本ト爲スハ蓋誤謬ノ甚キモノニシテ深ク之ヲ論究スレハ前說ノ採ルニ足ラサルヲ知ルヘキナリ請フ聊カ其理由ヲ略說セン試ミニ論者ニ問ハン復讎主義ナルモノハ正理ニ適合スルモノト假定セン乎其復讎ノ程度分量ハ何ヲ標準トシテ之ヲ量定スヘキヤ恐ラクハ之ヲ量定スルノ標準ナカルヘシ論者或ハ云ハン乎例ヘハ粗暴ナル甲ハ善良ナル乙ノ頭ヲ毆打シタリトセンニ社會ハ被害者タル乙ニ代リ加害者タル甲ニ對シテ復讎即チ毆打ヲ加フレハ可ナリト然レ𪜈其復讎タル裏キニ甲ノ加ヘタル分量ト同一ナラシメサルヘカラス加害者ニ向テ二倍又ハ三倍ノ苦痛ヲ加フルハ正理ノ許サヽル所ナリ是ニ於テ乎社會ハ如何ナル標準ヲ取リ來テ其分量ヲ定メントスル乎到底之ヲ量定スルニ適當ノ方法ナカルヘシ且其レ同一ノ加害ト雖モ其之ヲ受ル者ノ感覺如何ニ由テ輕重ノ差ヲ生スヘシ前例ノ毆打犯ヲ以テ之ヲ論センニ被害者怯弱ナルトキハ一回ノ毆打ニ遭フモ太ク苦痛ヲ感スルノミナラス爲メニ不具者ト爲ルモ亦タ知ルヘカラス之ニ反シテ被害者若シ豪强ナルトキハ毆打セラルヽモ何等ノ痛痒モ感セサルヘシ角力者ノ如キ即チ是レナリ筋骨强健ナル人ニハ毫モ痛痒ヲ感セサル事ニシテ身體孱弱ナル人ニ太ク苦痛ヲ感セシムルコトアルモノト想像セサル

ヘカラス此理ニ由テ之ヲ論スレハ一回ノ毆打ニ對シ一回ノ毆打ヲ以テセハ即チ復讐ノ目的ヲ達シタリト云フカ如キハ皮相ノ見タルヲ免レス又例ヘハ人ヲ密室ニ幽閉シテ三十日ニ及ヒシ者アリト假定セン乎之ニ復讐スルニ三十日ノ禁錮ヲ以テセハ其外面上ハ分量相均キカ如シト雖モ人ノ身躰ニハ强弱ノ差アリ人ノ心ニハ勇怯ノ別アルヲ以テ此ノ如キハ未タ以テ同一分量ノ復讐ヲ爲シタルモノト云フヲ得ス然ラハ則チ復讐ハ正當ニシテ道理ニ合スルモノト假定スルモ其程度分量ヲ量定スルニ必要ナル尺度標準ノ存スルモノナシトセハ到底之ヲ實施スルコト能ハサルモノト論決セサルヘカラス又假リニ數歩ヲ論者ニ讓リ此尺度標準アリトスルモ猶未タ之ヲ實施スルコト能ハサルノ理由アルヲ奈何ンセン例ヘハ獨身ノ者有夫ノ婦ニ姦シタリトセン乎其復讐ハ如何ニシテ之ヲ行フヘキヤ加害者ハ獨身ニシテ妻女アルニアラス既ニ妻女ナシトセハ復讐セント欲スト雖モ能ハサルナリ又財産上ニ關スル犯罪ニ至テハ其復讐實ニ行ハレ難キノ場合アリ彼ノ他人ノ財産ヲ掠奪スルカ如キ者ハ常ニ貧困窮迫ノ徒ニ多シトス而シテ今其財産ヲ沒收シテ之レカ復讐ヲ爲サントスルモ加害者ハ本來無一物ノ貧民ナルヲ以テ沒收スヘキノ財産ナシ唯タ其掠奪シタル財産ヲ消費セサルトキニ於テノミ之ヲ還收スルコトヲ得ヘシト雖モ早ク已ニ消費シタルトキハ其復讐ハ決シテ行ハレサルモノト思考セサルヘカラス且復讐主義ニ在リテハ必ス直接ノ被害者ナカルヘカラス何トナレハ若シ被害者ナクンハ復讐ノ由テ起ルノ道理アラサレハナリ然ルニ犯罪中ニハ國事犯ノ如キ直接ノ被害者ナキモノアリ是等ノ場合ニ於テハ到底復讐ヲ實行スルコト能ハサルヲ以テ之ヲ不問ニ附スルノ外ナシト雖モ社會ハ決シテ國事犯ニ對シテ寛假セサルナリ要

スルニ復讎ノ行ハルヽハ唯タ僅ニ歐打殺傷等ノ犯罪アルニ過キスシテ其他ノ犯罪ニ對シテハ概シテ此主義ヲ行ハントスルモ能ハサルヲ知ルヘキナリ

予ハ論者ニ數歩ヲ讓リ復讎主義ヲ正理ニ合スルモノト假定シ前陳ノ如ク辯シタリト雖モ其實際ニ行ハルヘカラサルノ理由ハ此ノ如ク其レ明白ナリ矧ンヤ復讎主義ハ正理ニ合スルモノニアラサルニ於テオヤ蓋シ讀者諸君モ亦此說ノ採ルニ足ラサルヲ了解セラレタルヘシト雖モ百尺竿頭尙ホ一歩ヲ進メ此主義ノ正當ナラサル所以ヲ一言スヘシ抑モ復讎ノ念慮ハ人類ノ動モスレハ抑制スルコト能ハサル一種ノ情慾ニシテ元來條理ニ基因スル正當ノモノニアラサルヤ明カナリ何トナレハ假令ヒ復讎ハ加害者ニ對シテ之ヲ爲シ得タリトスルモ其復讎者ノ利スル所ハ一モ之レアラス唯タ僅ニ自己ノ受ケタル害惡若クハ之レヨリ一層激烈ナル害惡ヲ加害者ニ返報シテ以テ聊カ憤怨ノ情ヲ慰ムルニ過キサレハナリ故ニ又復讎主義ハ同胞ノ一人ニ對シテ害惡ヲ加フルコトヲ奬勵スルノ結果ヲ免レス是レ豈ニ條理ニ適スルモノト云フヲ得ンヤ若シ之ヲシテ條理ニ適スルモノトセハ條理ナルモノハ時トシテハ行惡ヲ奬勵スルモノト云ハサルヘカラス天下豈此ノ如キノ道理アランヤ然ラハ復讎ノ念慮ハ正當ナラサルモノト思考セサルヘカラス既ニ復讎ノ念慮ハ正當ナラサルモノトスル乎其念慮ノ上ニ築キタル復讎主義モ亦正當ナラサルモノト論決セサルヘカラス又其主義ニシテ正當ナラストセハ其實施ニ由テ生スル所ノ結果モ亦正當ナラサルヘキハ數ノ免レサル所ナリ是レ今日ノ學者カ此主義ヲ擯斥スル所以ニシテ予モ亦此說ヲ採テサル所以ナリ

(第二說) 民約主義　此說タルヤ彼ノ有名ナルルーソー氏ノ唱道シタ

ル所ニ係ル其說ニ曰ク社會ノ刑罰權ナルモノハ社會元始ノ際即チ人衆相集テ一社會ヲ組成スルニ當リ相互ニ守ルヘキノ義務等ヲ契約シ若シ之ニ違背スル者アルトキハ之ヲ罰スヘシト約定シタルニ由テ成立シタルモノナリト語ヲ換ヘテ之ヲ言ヘハ施治者ト被治者トノ間ニ權利義務ニ關スル契約ヲ締結シ若シ被治者其契約ニ違背シテ社會ニ害惡ヲ加フルトキハ施治者ハ其權利ニ由テ之ヲ罰スヘシト定メタルモノ即チ是レ刑罰權ノ原由ナリト云フニ外ナラス今此說ヲ以テ信スヘキモノトセハ吾人社會ノ成立ハ天性ニアラスシテ人造ニ出ルモノト論定セサルヘカラス然レ𪜈人民相集リテ社會ヲ成立スルニ至ラシメタルモノハ人類ノ天性ニ於テ然ラシメサルヘカラサルモノアルニ基因ストハ諸學者ノ其說ヲ同フスル所ナリ其レ實ニ然ラン而シテ人ハ萬物ノ靈ナリトハ古哲ノ吾人ニ敎ユル所ナリト雖モ獨立ノ生活ヲ營ムノ一點ニ至テハ萬種ノ動物中人類ヲ以テ最モ脆弱ナルモノト看做サヽルヘカラス何トナレハ人類ハ相互ニ收獲物ヲ交換スルニアラサレハ生活ヲ營ムコト能ハス又數人團結スルニアラサレハ住居ノ安寧ヲ保ツヿ能ハサレハナリ之ニ反シテ熊羆豺狼ノ如キモノハ其生活ノ有樣極メテ粗ニシテ且非シト雖モ獨立ノ一點ニ至テハ寧ロ人類ニ優ルモ劣ラサルモノト云フヘシ今若シ熊羆豺狼ノ如キモノヲ捕ヘテ之ヲ孤立ノ島嶼ニ放タン乎彼レ必ス能ク獨立ノ生活ヲ保維スヘキナリ獨リ人類ニ至テハ然ラス若シ一箇ノ人ヲ捕ヘテ之ヲ人跡曾テ到ラサル所ノ孤島ニ放置セン乎想フニ飢渴ニ斃ルヽニアラサレハ猛獸毒蛇ノ腹ニ葬ラルヽニ至ランノミ其レ此ノ如ク人類ハ萬物ノ靈タルニ似ス獨立ノ生活ヲ營ムノ一點ニ至テハ極メテ脆弱ナリト云ハサルヘカラス是ニ於テ乎人類ハ自然ニ相集リテ一社會ヲ組成スルニ至レル

モノニシテ其初メ相期シ相約スル所アリテ後チ然ルモノニアラサルハ敢テ疑ヒヲ容レサルナリ然ラハ則チ人ノ社會ヲ成スハ天性ノ然ラシムル所ニシテ人造上ノ作爲ニアラサルヤ明白ナリ若シルーソー氏ノ說ニ從フヘシトセハ社會ノ成立ハ宛カモ商事民事ノ一會社ヲ設立スルカ如キモノト思考セサルヘカラス是レ實ニ惑ヘルノ甚キモノト云フヘシ若シ夫レ然ラストセハ世界何レノ國カ人民結約シテ社會ヲ組織シタルノ事跡ナカルヘカラスト雖モ古今萬國ノ史乘未タ曾テ此ノ如キ事跡ヲ記シタルモノアルヲ聞カス實ニルーソー氏ノ說ノ如キハ妄誕無稽ノ甚キモノタルハ喋々ノ辯ヲ俟テ後チ知ラサルナリ故ニ氏ノ說ハ十八世紀ノ終末ニ至ルマテハ盛ンニ人口ニ膾炙シタリト雖モ今日ニ至リテハ歐洲ノ諸學者以テ一ノ邪說ト爲シ殆ント之ニ左袒スル者ナキニ至レリ然ルニ十九世紀ノ今日ニ至リ我日本ノ學者界ニハ猶ホ奇論卓說ナリトシテ之ニ心醉スル者ナキニアラサルカ如シ亦惑ヘル者ト云ハサルヘカラス

抑モ一時世人ノ耳目ヲ驚シ非常ノ勢力ヲ逞フシタルルーソー氏ノ民約說カ歐洲ノ學者界ヨリ擯斥セラレ復タ之ヲ齒牙ニ懸ル者ナキニ至リシハ何等ノ理由ソヤ是レ他ナシ凡ソ眞理ナルモノハ架空ノ臆說ヨリ生スルモノニアラス若シ氏ノ說ヲシテ眞理ナラシメハ社會元始ノ際ニ當リ社會ト人民トノ間ニ契約ヲ締結シタルノ證據ナカルヘカラス然ルニ絕ヘテ其證據アラサレハナリ是ヲ以テ歐洲今日ノ學者ハ翹タニ氏ノ說ヲ信セサルノミナラス氏ヲ以テ社會黨視シテ之ヲ擯斥シタルノ傾向アリ且夫レ人類ナルモノハ天賦上相助ケ相濟ヒ善ヲ好ミシ惡ヲ惡ムノ性情ヲ有スルヲ以テ既ニ施治者ト被治者トノ關係ヲ生シタル以上ハ社會ハ當然罪惡ヲ懲罰シテ良民ヲ保護スルノ權ヲ有ス

ルモノト考察セサルヘカラス豈ルーソー氏ノ説ノ如ク契約ヲ待テ始メテ刑罰權ヲ生スヘキモノナランヤ

〔第三説〕賠償主義　凡ソ犯罪ナルモノハ其種類ノ何タルヲ問ハス二箇ノ損害ヲ生スルヲ以テ常トス而シテ其一ハ一箇人ニ對スル損害ニシテ他ノ一ハ社會ニ對スル損害即チ是レナリ例ヘハ爰ニ一ノ兇漢アリテ或ル人ヲ創傷シタリトセン乎之カ爲メ損害ヲ被フル者ハ第一ハ或ル人ニシテ第二ハ社會ナリ社會ハ社會ノ職務トシテ元來人民ヲ保護スルノ責任ヲ負擔スルモノナリ然ルニ若シ人ヲ創傷スルカ如キ兇漢ヲ出スアラハ如何ン之レカ爲メ人民ハ恐懼ノ念ヲ起シ何レノ時何レノ處ニ於テ此ノ如キ兇漢ノ害ニ遭遇スルヤ測ルヘカラスト思惟シ豫メ是等ノ害ニ備フルカ爲メ常ニ匕首若クハ短銃ヲ懷ロニスルニアラサレハ外出セサルニ至ルヘシ恐慌ノ事情果シテ此ノ如キニ至ラハ社會ハ其職務上ノ信用ヲ失フタルモノト云ハサルヘカラス蓋人民此ノ如ク恐懼心ヲ發スルモノハ畢竟スルニ社會カ人民保護ノ責務ヲ負ヒナカラ其保護未タ充分ナラサルカ故ニ兇漢ノ害ニ遭フ者アルニ至リ社會ノ保護ハ最早恃ムニ足ラスト思惟スルノ結果タルニ外ナラス其レ此ノ如ク犯罪ハ一方ニ向テハ一箇人ヲ害シ他ノ一方ニ向テハ社會ノ信用ヲ害スルモノトセン乎一箇人ニ對スルノ害ハ民事上ノ賠償法ニ依テ之ヲ回復スルノ道アリトスルモ社會ニ對スルノ害ニ至テハ之ヲ賠償スルノ道ナシ是ニ於テ乎說ヲ作ス者アリ曰ク社會ニ刑罰權アルハ此賠償ヲ爲ス所以ニシテ此賠償ハ即チ社會刑罰權ノ由テ起ル所ナリト語ヲ換ヘテ之ヲ言ヘハ一箇人ニ對スルノ害ハ財産ヲ以テ之ヲ賠償セシメ社會ニ對スルノ害ハ刑罰ヲ以テ之ヲ賠償セシム是レ社會ニ刑罰權ヲ生シタル原因ナリト云フニ外ナラス

此說タルヤ或ル處刑ニ就テ論スルトキハ蓋一理ナキニアラサルカ如シト雖モ刑罰全体ニ通シテ之ヲ論スルトキハ其正理ノ存スル所ヲ知ルニ苦マサルヲ得ス若シ此說ニ從ハン乎假令ヒ極惡ノ害毒ヲ社會ニ加ヘタル大罪人ト雖モ之ニ科スルニ相當ノ刑罰ヲ以テセハ社會ノ被フリタル損害ハ充分賠償シ得タルモノト爲サヽルヘカラス然レ𪜈其實ハ決シテ然ラサルナリ社會ノ被フリタル損害ハ犯罪人ノ痛苦ナルト快樂ナルトニハ毫モ關係ヲ有スルモノニアラス若シ犯罪人ヲシテ苦痛ヲ感セシメハ以テ社會ノ損害ヲ醫スルコトヲ得ヘシトスルノ理由アラハ賠償主義ノ說モ亦或ハ成立スルコトアルヘシト雖トモ奈何セン犯罪人ノ苦痛ト快樂トハ社會ノ被フリタル損害ニ對シテ毫末ノ關係ヲ有セサルヲ爰ニ人アリ或ル罪ヲ犯シタリトセンニ其人犯罪ノ後チニ至リ如何ナル苦痛ヲ感スルモ之レカ爲メニ社會ノ損害ハ決シテ消滅スヘキモノニアラサルナリ其レ然リ既ニ社會ノ被フリタル損害ハ其犯罪人ニ科スルニ百ノ苛刑酷罰ヲ以テスルモ猶之ヲ回復スルコトヲ得ヘキニアラサルナリ然ラハ則チ此說ハ刑罰權ノ全躰ニ通シテ論スルトキハ一モ採ル所ナキモノト云ハサルヘカラス何トナレハ到底其目的ヲ達スルコト能ハサレハナリ矧ンヤ刑罰ノ目的ハ此レニ在ラスシテ彼レニ存スルニ於テオヤ只タ僅カニ此說ヲ是認スルニ足ルヘキハ稅則違反ノ犯罪ノ如キ即チ其犯者ヲ罰スルニ若干ノ罰金又ハ科料ヲ以テスルノ塲合是レナリ例ヘハ煙草又ハ賣藥印紙貼用法ノ如キ若シ怠リテ之ヲ貼用セサルトキハ其印紙代ノ若干倍ヲ徵收スルカ如シ又ハ酒造規則ヲ犯シタル者ニ科スルニ其既ニ釀造ニ係ル酒類若クハ器具ヲ沒收スルカ如シ然レ𪜈此稅則ニ關スル違反ノ犯罪ハ元ト特別罪ト稱スルモノニシテ一般普通ノ犯罪ニアラサレハ未タ以テ社會

刑罰權ノ基本ト爲スヘカラサルナリ且夫レ稅則ノ如キハ地方法ト稱シ一般社會ニ通スルノ法律ニアラス即チ一國又ハ一州ヲ限リテ行ハルルモノナルヲ以テ之ヲ基本トシテ一般社會ノ刑罰權ヲ論スルハ法理ニ反スルコト辯ヲ俟タサルナリ然リ而シテ一箇人ニ對スル賠償如何ヲ考究スルニ前陳ノ如ク僅カニ財產上ノ犯罪ニ就テノミ賠償セシメ得ルノ場合アリトスルモ其他ノ犯罪ニ就テハ賠償ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルナリ論シテ此ニ到レハ此說ノ到底採ルニ足ラサルハ瞭然タルヲ知ルヘシ

〔第四說〕正當防禦主義　此主義ノ說ニ據レハ凡ソ宇宙ノ間ニ生命ヲ保ツ者ハ皆必ス其生命ヲ保護スルノ權ヲ有スルハ活動物自然ノ定則ナリ其理如何トナレハ昆虫魚介ニ至ルマテ各其生命ヲ保護スルカ爲メ皆必ス其躰軀ニ適應スル所ノ機關ヲ具フルアレハナリ昆虫魚介既ニ然リ況ンヤ人ニ於テオヤ苟クモ人トシテ社會ノ一分子タル以上ハ若シ他人ヨリ暴行若クハ非行ヲ受ルニ方リテハ其身躰ヲ保護スルカ爲メ之ヲ防禦スルノ權アルハ敢テ疑ヒヲ容レサルヘシ而シテ此權タルヤ天賦自然ノモノタルハ論ヲ俟タサルナリ既ニ一箇人ニシテ尙且ツ天賦自然ノ防禦權ヲ有スル以上ハ各箇人ヲ以テ組織シタル社會ニシテ危害ヲ受ルニ方リテハ亦均シク此防禦權ヲ有セサルヘカラサルハ勿論タルヘシ社會ノ刑罰權ハ即チ此防禦權ニ根據スルモノナリ」ト之レ正當防禦說ヲ主張スル論者ノ唱道スル所ナリ予ヲ以テ之ヲ視レハ此說ヲ主張スル論者ハ正當防禦ノ何者タルヲ知ラサル者ト冷評セサルヲ得ス抑モ正當防禦ノ主旨タルヤ危害ヲ未タ及ハサルニ防止スルニ在リ即チ危害目前ニ迫リ若シ躊躇逡巡シテ他ノ手段ヲ以テセハ危害乍チニ及ヒ到底其身體ヲ保全スルコト能ハサルニ及ンテ始メテ

加害者ヲ反擊シ以テ已レヲ全フスルモノ是レ之レヲ正當防禦ト謂フ然ルニ社會カ犯罪人ヲ刑罰ニ處スルハ彼レカ既ニ罪惡ヲ爲シ終リタルノ日ニ在リ即チ危害既ニ去リタルノ時ナリ之ヲ奈何ンソ正當防禦ト謂フヲ得ンヤ例ヘハ兇漢アリ白刃ヲ揮テ予ヲ一擊ノ下ニ斃サントシ電光一閃白刃將ニ予カ頭上ニ落ントスルニ方リ予之ヲ反擊シテ彼レヲ斃スカ如キ即チ是レヲ正當防禦ノ所爲ナリトス又茲ニ暴客アリ突然鉄拳ヲ揮テ予ニ一擊ヲ加ヘ直チニ遁逃セントスルニ方リ予ハ其暴行者ヲ追跟シ遂ニ捕ヘテ之ヲ毆打スルカ如キハ是レ正當防禦ノ所爲ニアラスシテ復讐ノ所爲ナリ是ニ由テ之ヲ視レハ非行既ニ終リタルノ後チ社會カ其犯罪者ヲ逮捕シテ之レニ刑ヲ科スルハ寧ロ復讐ト云フヲ穩當トシ決シテ正當防禦ト云フヘキノ理アラサルナリ今正當防禦ト復讐トノ區別ヲ明カニセンドセハ時ノ如何ニ注目スルヲ以テ肝要トス即チ正當防禦ハ危害ト同時ニ行ハレ復讐ハ危害去ルノ後チニ行ハルヽヲ常トシ其結果ニ就テ論スレハ既往ト現在トノ差アルモノトス元來刑罰ハ危害ノ起ルヤ之レト同一瞬間ニ行フコトヲ得ヘキモノニアラス果シテ然ラハ其正當防禦ニアラサルハ喋々ノ辯ヲ俟テ後チ知ラサルナリ獨リ現行犯ノ場合ニ於テ其犯人ヲ捕ヘテ之ヲ罰スルハ稍ヤ正當防禦ニ類スル所ナキニアラスト雖モ細カニ其事實ヲ考察スレハ亦是レ正當防禦ト爲スヲ得サルナリ元來正當防禦ノ由テ起ル所ハ加害者ヲシテ其害惡ヲ果行スルコトヲ得サラシムルニ在リ故ニ若シ現行犯ノ場合ニ於テ唯其行害者ヲ捕縛シ之ヲシテ其害惡ヲ行フコトヲ得サラシムルニ止ラシメハ或ハ之ヲ正當防禦ト云フヲ得ヘシト雖モ其刑罰トシテ行害者ニ加フル所ノモノヲ見レハ或ハ死刑アリ或ハ懲役アリ又或ハ禁錮アリ而シテ是等ノ處刑ハ既ニ遠ク正當防

禦ノ範圍外ニ在ルヲ知ルヘキナリ之ヲ要スルニ正當防禦權ナルモノハ行害者我カ目前ニ迫リ將ニ暴害ヲ加ヘントスル時ニ於テノミ之ヲ利用スルコトヲ得ヘキモノニシテ加害既ニ去リタル後チニ於テハ決シテ之ヲ行用スルコトヲ得サルモノナリ果シテ然ラハ正當防禦ヲ以テ社會刑罰權ノ基本ト爲スノ非ナルハ多辯ヲ要セスシテ明瞭ナリ蓋シ社會ノ正當防禦權ハ刑罰權上ニ成立セスシテ陸海ノ兵備上ニ在ルモノト思考ス何トナレハ兵備ノ要ハ內憂外患ヲ驅逐シ以テ國安ヲ保維スルニ在レハナリ

〔第五說〕正道主義　此說ヲ唱フル者曰ク凡ソ人トシテ五官ヲ具備スル者ハ皆正邪曲直ヲ識別スルノ能力ヲ有セサルハナシ既ニ此能力ヲ有スルヤ邪曲ヲ避ケ正善ニ就クハ人生自然ノ義務ナリトス然ラハ此義務ヲ履行シ善行ヲ爲ス者ハ善報ヲ得此義務ニ悖戾シテ惡行ヲ爲ス者ハ惡果ヲ受クヘキハ天地自然ノ道理ニシテ即チ善ハ賞セラレ惡ハ罰セラレサルヘカラス社會ハ此道理ニ基キ賞スルニ安寧ヲ以テシ罰スルニ刑辟ヲ以テス是レ社會刑罰權ノ由テ起ル所ナリト

今若シ此說ヲシテ正理ニ合スルモノト爲シ之ヲ實施セン乎云フヘカラサルノ弊害ヲ生スルニ至ルヤ必セリ論者ハ曰ク正邪曰ク曲直ト常ニ此四字ヲ以テ根據ト爲スト雖モ抑モ正ト云ヒ邪ト云ヒ將タ曲直ト云フハ止タニ外部有形上ノ所爲ノミニ顯ハルヽモノニアラス心裏無形上ノ所爲ニ潛伏スルモノ最モ多キヲ常トス故ニ若シ正ハ必ス賞シ邪ハ必ス罰スルノ主義ヲ以テ刑罰權ノ基本トセハ刑罰ノ波及スル所啻ニ外部有形上ノ所爲ニ止マラス心裏無形上ノ所爲ニモ及フモノト思考セサルヘカラス刑罰權ノ干涉スル所果シテ此極ニ至ラン乎社會一般ノ人民ハ一日モ其堵ニ安ンスルコト能ハサルヘシ何トナレハ刑

罰權ハ人ノ心界ニ立入テ之ヲ行フモノト觀念サルヲ得サレハナリ而シテ人ノ心界ニ發生スル意思ノ正邪曲直如何ヲ識別スルハ獨リ神明ニシテ之ヲ能クスヘキノミ人力ノ企テ及フ所ニアラス既ニ人力ノ及フ所ニアラスト爲スニモ拘ラス猶ホ强ヒテ之ヲ識別セントセハ或ハ各人ノ体相性格或ハ其生活ノ貧富地位ノ貴賤等ニ就テ牽强附會ノ臆測ヲ下スノ外他ニ其方法ナカルヘシ其弊ヤ實ニ云フヘカラサルニ至リ天賦ノ容貌相位甚タ醜惡ナル乎或ハ姸麗ナル乎又ハ餘裕アリテ奢侈ヲ極ル乎時運到ラスシテ貧賤ニ居ル乎或ハ此等ノ者ハ曾テ邪曲ノ思想ヲ懷カサルモ止タニ外部ニ現ハレタル狀況ニ由リテ必ス其心裏ニ惡念ヲ蓄フモノナラント臆測セラレ罪犯ナフシテ屢ハ囹圄ノ中ニ投セラルヽノ不幸ニ遭フコトナキヲ知ルヘカラス

今假リニ一歩ヲ論者ニ讓リ社會ニハ必ス其人アリテ能ク心裏ノ意思ヲ識別シ予ノ憂フカ如キハ杞憂ニ屬ストスルモ社會ハ果シテ各人ノ行爲ニ就キ能ク其正邪曲直ヲ判別シテ其正直ナルモノハ之ヲ賞シ其邪曲ナルモノハ之ヲ罰スルノ權利及ヒ義務ヲ有スルモノト云フヲ得ヘキ乎曰ク否此ノ如キハ刑罰權ト道德若クハ宗教ノ本分トヲ混淆シテ其區別ヲ知ラサルモノト云ハサルヲ得ス之ヲ約言スレハ道德ト法律トヲ混淆スルモノト評センノミ其レ然リ而ルニ若シ强テ正道主義ニ從フヘシトセハ人ノ內心ノ正邪ヲ問ハサルヲ得スト雖モ社會刑罰ノ目的ヨリ論スルトキハ毫モ人ノ內心ノ正邪ニ干涉スルノ必要アラサルナリ元來刑罰ハ社會ノ安寧ヲ保護スルノ目的ニ出ルモノナリ而シテ人ノ內心ノ正邪ハ社會ニ對シテ未タ利トモ爲ラス又害トモ爲ラサルモノトセサルヘカラス果シテ然ラハ人ノ內心ノ正邪ハ毫モ社會ニ利害ノ關係ヲ有セサルモノト論定シテ可ナリ然ルニ社會ニ害アリ

シテ認メテ始メテ用ユヘキノ刑罰權ヲ以テ未タ社會ニ利害ノ關係ヲ有セサル人心ノ正邪ニ及ボサントス論者ハ將タ何等ノ口實ヲ設ケテ之ヲ行ハントスルヤ蓋シ其口實ナキニ苦マサルヲ得サルヘシ之ヲ要スルニ正道說ハ道德ト法律トヲ混淆スルモノニシテ如何ニ之ヲ立論スルモ刑罰ナルモノハ道德主義ノ上ニ成立スヘキモノニアラストスル一定ノ理論ヲ知ラサルニ坐スルノミ

〔第六說〕實利主義(一名必要主義) 此主義ニ據レハ社會ハ如何ナル理由アリテ刑罰權ヲ有スルヤ等ノ疑問ハ措テ論セス元來刑罰ハ社會ノ安寧ヲ保維スルニ缺クヘカラサルノ必要アリ若シ社會ニ刑罰權ナクンハ何ヲ以テ社會ノ害惡ヲ除カンヤ公衆ニ代リテ社會ノ害惡ヲ除クハ即チ社會ノ權利ニシテ且義務ナリ社會ノ刑罰權ハ則チ此權利ト義務トニ基因スルヲ以テ正當トス故ニ苟クモ社會ニ害ヲ加フル者ハ當然之ヲ罰シテ可ナリ否ナ社會ノ義務トシテ之ヲ罰セサルヘカラス或ハ犯人其者ニ在リテハ憫然タルノ場合ナキニアラストスルモ社會ノ安寧ヲ保維スルカ爲メニハ一人ノ苦痛ハ顧ミルニ遑アラス苟クモ社會ノ認メテ以テ必要トスルトキハ何時タリトモ刑罰權ヲ使用セサルヘカラス又何ソ社會ヲ害スルノ所行ニ對シ其正邪如何ヲ問フノ必要アランヤト云フニ外ナラス

此主義ハ必要ヲ以テ主旨ト爲スカ故ニ苟クモ社會ニ必要アルニ方リテハ如何ナル刑罰ヲモ科メ可ナリトシ往々ニシテ刑罰ヲ濫用シ却テ社會ノ安寧ヲ害スルノミナラス時ニ或ハ一二政治家ノ私意ヲ逞フスルノ器械ト爲ルノ恐レアリ佛國共和黨ノ首領曾テ曰ク〔汝之ヲ肯ンセスンハ我汝ヲ罰セン汝之ヲ肯ンセハ我汝ヲ賞セン〕ト放言シタルカ如キ即チ此主義ニ出ルモノト思考ス實ニ政治家カ自己ノ威嚴ト地位ト

ヲ保維スルカ爲メ飽クマテモ此主義ヲ主張セハ大ニ利スル所アルヲ知ルヘシ何トナレハ政府ニ抵抗スル者ニ對シ如何ナル嚴刑ヲ科シ如何ナル重罰ヲ行フモ唯タ必要ノ二字ヲ以テ世人ノ攻擊ヲ防クニ足ルヘケレハナリ故ニ此主義ハ危險ノ甚キモノト思惟セサルヘカラス然ルニ此主義ノ歐洲ニ行ハルヽ間々之レ有ルハ亦奇怪ノ一事ナリト云フヘシ試ミニ看ヨ彼ノ佛國ニ於テナポレオン血統ノ皇族ヲ國外ニ放逐シタルノ事跡アルヲ是レ果シテ何ノ爲メソヤ他ナシ共和主義ヲ執ル者ハ以爲ラクナポレオン血統ノ皇族ハ動モスレハ帝政ノ回復ヲ企圖スルノ虞レアリ今ニシテ早ク此皇族ヲ除カスンハ帝政黨ハ何レノ時カ之ヲ推戴シテ其和政府ヲ顚覆スルヤモ測ルヘカラス寧ロ是等ノ皇族ヲ國外ニ放逐シテ他日ノ危害ヲ豫防スルニ若カスト是レ竟ニ皇族ヲ國外ニ放逐スルノ慘酷ヲ決行シタル所以ニアラスヤ惟フニ必要主義ノ結果ハ往々ニシテ斯ノ如キノ不正不仁ヲ行フノ憂ヒヲ免レス蓋シ此皇族放逐ヲ主張シタルノ徒ハ必ス口實ヲ必要主義ニ籍リテ揚言スヘシ曰ク我々カ恃ンテ以テ國家ヲ泰山ノ安キニ置ントスル共和政體其者ヨリ之ヲ視レハナポレオン統ノ皇族ハ尤モ危險ノ憂ヒアルモノト看做サヽルヘカラス故ニ此皇族ヲ外國ニ放逐スルハ國家ノ安全ヲ保維スルニ最モ必要ナリト必要主義ノ弊害モ亦甚シカラスヤ往昔佛國人民カ彼ノルイ十六世ヲ弑シタルモ亦前例ト同一ノ原因ニ出ルモノタルヲ知ルヘシ爰ニ又卑近ノ一例ヲ擧ンニ若シ單ニ必要ナリト云フヲ以テ法ヲ定ムルアラハ彼ノ劇烈ノ惡疫タル虎列刺病者ノ如キハ其傳染ヲ豫防スルカ爲メ直チニ之ヲ殺スモ可ナリト云ハサルヘカラス何トナレハ是レ人民ノ健全ヲ保維スルニ甚タ必要ナレハナリ噫若シ此主義ヲシテ勢力ヲ得セシムルアルラハ逆心アルノ政治家

ハ必要ノ二字ヲ利器トシテ無辜ノ人民ヲ虐殺シ毫モ憚ル所ナキニ至ルヘシ吾人幸ニ未タ此惡例アルヲ見スト雖モ必要主義ノ弊害ヲ推論スルトキハ竟ニ此極ニ至ルナキヲ知ルヘカラス畏レテモ懼レサルヘケンヤ

（第七說）命令主義　此說ヲ主張スル論者ノ言ニ曰ク吾人ハ社會ニ對スル責務トシテ各自ニ守ルヘキノ本分アリ今公衆ヲシテ其本分ヲ守ラシメントセハ社會ニ一箇ノ權力ヲ有セシメ云々ノ所爲ハ之ヲ爲スヘシ云々ノ所爲ハ之ヲ爲スヘカラストスルノ命令ヲ下シ若シ此命令ニ悖戻スルモノアラハ之ヲ罰シテ以テ社會ノ秩序ヲ維持スルノ方法ナクンハアルヘカラス是レ社會ニ命令權ナカルヘカラサル所以ニシテ刑罰ナルモノハ實ニ此命令權ノ制裁力ニ屬シ即チ命令權ノ分派ニ外ナラスト予ヲ以テ之ヲ評スレハ此說ハ所謂問題ヲ決スルニ問題ヲ以テスルモノニシテ社會刑罰權ノ基本如何ト云フノ問題ニ對シテハ殆ント價値ナキモノト云ハサルヲ得ス何トナレハ其命令權ニ屬スル刑罰ハ如何ナル基本ニ由ルヘキモノナルヤヲ說明セス單ニ命令權ハ命令權ナリト論決シタルニ過キサルヲ以テナリ之ヲ要スルニ命令主義ノ說ハ根據薄弱ニシテ擧ケテ以テ論スルニ足ラサルモノト思考ス

（第八說）必要ト正道ノ合併主義（一名背德加害主義）　凡ソ人ノ行爲上善ハ之ヲ賞シ惡ハ之ヲ懲ラスハ倫理ノ大本ナリ然レ𪜈社會ハ悉ク此二者ヲ賞罰セサルヘカラサルノ責務ヲ有セサルハ彼ノ純正主義ヲ以テ直チニ刑罰ノ基本ト爲スヘカラサルノ理由ニ照ラシテ明カナリ然レ𪜈爰ニ惡行ヲ爲ス者アラン乎其所爲ハ止タニ道德ニ背クノミナラス尙ホ進ンテ社會ノ安寧ヲ害スルニ及ンテハ社會ハ之ヲ不問ニ附スルヲ得ス須ラク其安寧ヲ維持スルヲ以テ唯一無二ノ責務ト爲サヽル

ヘカラス故ニ前述ノ如キ害惡ノ所爲アル者ハ之ヲ適當ニ處分セサルヘカラス而シテ其罪惡者ハ社會ニ對シ汝ハ何カ故ニ我ヲ罰スルヤノ反問ヲ爲スヲ得サルハ論ヲ俟タス何トナレハ其所爲ハ既ニ道德ニ背反シテ倫理上ノ懲罰ヲ免レス且社會ノ之ニ干渉スルハ道德其者ノ爲メニスルニアラスシテ社會ノ安寧ヲ保維スルカ爲メニ出ルモノナレハナリ此說ヤ佛國有名ノ法學家オルトラン氏及ヒフホーズタンエリー氏ノ最モ主張シタル所ニシテボアソナート氏モ亦大ニ之ヲ贊成セリ然レ𪜈予ハ未タ以テ輙ク此說ニ左袒スルコトヲ得サルナリ何トナレハ此說タルヤ如何ナル所爲ハ之ヲ罪トシテ罰スヘキヤノ問題ニ對シテハ適切ナル答辯ナルヘシト雖モ社會ニ存在スル刑罰權ノ基本如何ノ問題ニ對シテハ未タ一モ答フル所アラサレハナリ故ニ予ハ又未タ此說ヲ以テ刑罰權ノ基因スル所トシテ服從スルコトヲ得サルナリ

〔第九說〕合併主義　既ニ前說ノ下ニ講述シタルカ如ク近世ノ學者ハ折衷主義ヲ以テ最モ其當ヲ得タルモノトシ概シテ之ニ左袒スルモノヽ如シ此主義ノ要旨ハ第一如何ナル所爲ト雖モ道德ニ背カサル以上ハ之ヲ罰スルコトヲ得ス第二其所爲タル啻タニ道德ニ背クノミナラス害ヲ社會ニ加ヘタル以上ニアラサレハ罰スヘカラスト云フニ在リ此說タル他ノ數說ニ比スレハ最モ其當ヲ得タルガ如シト雖モ未タ以テ輙ク刑罰權ノ基本トスルニ足ラザルハ前既ニ論究シタルカ如シ予ヲ以テ之ヲ視レハ尙ホ幾分ノ缺點アルヲ免レス然ラハ則チ刑罰權ノ基本トシテ完全無缺ナル一ノ主義ヲ築造センニハ將タ之ヲ奈何セハ可ナラン乎予ハ此問題ニ答フルニ合併主義ノ最モ其當ヲ得タルヲ以テセント欲スルモノナリ此主義タルヤ必要主義正道主義及ヒ命令主義ノ三者ヲ合併シ即チ其短處ヲ削リ其長處ヲ合シテ一主義ヲ組成ス

ルモノナリ然レトモ此說タル未タ先進ノ唱道セサル所ナルヲ以テ或ハ論者ノ攻擊ヲ招クコトアラン乎予ハ甘ンシテ其責ニ任スルノミナラス敢テ辯明ノ勞ヲ辭セサルヘシ故ニ今其要領ヲ講述シテ以テ此主義ノ得失如何ヲ知ラシメン

夫レ刑罰權ノ性質タル命令權ノ一部ニ屬スルコト敢テ疑ヒヲ容レサルヘシ然レトモ命令權ナルモノハ動モスレハ私意ヲ以テ公義ヲ壓シ易キノ特性ヲ有スルカ故ニ縱マニ之ヲ施行セシムヘキモノニアラス必スヤ之レカ制限ナカルヘカラサルハ論ヲ俟タサルナリ乃チ命令ヲ發スルニ方リ必ス先ツ其命令ヲ發スヘキ必要ノ有無ヲ審議セサルヘカラス而シテ其必要ハ社會ノ必要ヲ以テ其限度ト爲サヽルヘカラス又社會ノ必要ハ宜シク道義ノ認ムル限度外ニ及ホスヘカラス之ヲ約言スレハ刑罰權ハ命令權ニ基キ其命令權ハ社會ノ必要ニ基キ其社會ノ必要ハ道德ノ認許スル所ニ基クヘシト云フニ在リ故ニ之ヲ分析スレハ三箇ノ要素ヲ得ヘシ曰ク命令權曰ク社會ノ必要曰ク道德ノ認許是レナリ是ヲ以テ此主義ニ名稱ヲ下セハ必要正道及ヒ命令ノ合併主義ト爲スヲ以テ妥當トシ予ハ此三元素ヲ以テ社會刑罰權ノ基本タルモノト信シテ疑ハス請フ詳カニ之ヲ論セン

今爰ニ一ノ犯人アラン乎若シ此犯人ヲシテ其惡ヲ行ヒ罪ヲ犯スニ放任セハ社會ノ安寧秩序ハ之レヨリ破壞紊亂セン是ニ於テ乎社會ハ之ヲ罰スルノ必要ヲ生スヘシ然レトモ刑罰ヲ人ニ加フルハ一私人ノ爲ス ヲ得ヘキモノニアラス必スヤ之ニ刑罰ヲ科スルノ命令權ヲ有スル者ナカルヘカラス而シテ此命令權ハ獨リ社會之ヲ行フコトヲ得ヘシト雖モ一定ノ標準ヲ立テヽ以テ專横ニ流レ不法ニ陷ルノ弊害ヲ豫防セサルヘカラス而シテ其一定ノ標準ハ何ヲ以テ之ヲ定ムヘキヤ曰ク犯

人ヲ罰スルニ社會ノ安寧秩序ヲ保維スルニ必要ナル度ニ止メ其必要以外ハ一歩モ出ダスヘカラスト云フニ在リ若シ夫レ此標準ノ範圍外ニ出テン乎其命令ハ不當ナルモノトシ即チ法理ノ許サヽル所ノモノトス斯ク論シ來レハ論者或ハ問ハン乎單ニ社會ノ必要ヲ以テ標準トヽ爲スト云フ.カ如キハ漠然トシテ據ルヘキモノナキニ似タリ抑モ社會ノ必要ニ於ケル標準ハ何ヲ以テ之ヲ量定スヘキヤ恐ラク其尺度ナキニ苦マント予ハ之ニ答テ云ハン人アリ罪ヲ犯シテ道德ニ背キ併セテ其危害ヲ社會ニ加ヘタル者ニ限リ社會ハ之ヲ罰スルノ必要アリ即チ背德加害ヲ以テ必要ノ標準ト爲シテ可ナリト予ハ尙ホ一例ヲ設ケテ論局ヲ結フヘシ社會カ犯人ニ刑罰ヲ科スルニ方リ犯人社會ニ向テ反問セン乎社會ハ何カ故ニ余ニ刑罰ヲ科スルヤト社會ハ答テ曰ン汝ノ所爲ハ道德ニ背キ且害ヲ社會ニ加ヘタリ此二箇ノ所爲ハ以テ汝ヲ罰スルニ充分ノ理由ト爲スニ足ルト犯人又反問セン乎背德加害ノ故ヲ以テ余ヲ罰スルハ謹ンテ命ヲ聽ク獨リ社會ハ何ノ求ムル所アリテ余ヲ罰スル乎曰ク社會カ背德加害ノ理由ヲ以テ汝ヲ罰スルハ社會ノ必要アルヲ以テナリ曰ク社會ハ其必要ニ依テ余ヲ罰ストスルモ社會ハ何等ノ權力アリテ刑罰ヲ人ニ科スルヤト此詰問ニ對シテハ折衷主義即チ正道主義及ヒ必要主義ノミヲ以テセハ其答辯ニ苦マサルヲ得サルヘシ是ニ於テ乎社會ハ大喝一聲我ニ汝ヲ罰シ得ルノ權アリ命令權即チ是レナリト云ハヽ犯人ハ默シテ復タ反問ヲ試ルノ間隙ナカルヘシ是レ予カ三元素ヲ具備スルノ主義ヲ以テ社會刑罰權ノ基本ト爲ス所以ナリ

予ハ既ニ社會刑罰權ノ基本ハ背德加害、社會ノ必要及ヒ命令權ノ三元素ヲ具備スルモノヲ以テ正當ト爲スノ理由ヲ講述セリ是レヨリ尙ホ

一歩ヲ進メ此主義ハ學術上果シテ如何ナル利益アルヤヲ論究スヘシ

蓋シ事物ノ眞理ヲ論スルニ方リ單ニ理論ニノミ走ルモノハ竟ニ坐上ノ空論ニ歸シ實際ニ利益スル所アラサルモノ往々少カラス是レ予カ敢テ取ラサル所ニシテ讀者諸君モ亦同感ナルヘキヲ信ス故ニ本說ノ主義ニ就キ學術上ノ利害如何ヲ論究スルハ亦甚タ必要ナルヲ信スルナリ

抑モ刑法ニシテ既定ト未定トヲ問ハス其要領中ニ前述三箇ノ元素ヲ具備セサルモノアラン乎予ハ斷シテ實際ニ適合セサル不當ノ法律ナリト云フヲ憚ラサルヘシ請フ試ミニ其理由ヲ說カン若シ其レ爰ニ一ノ法律アリテ犯人ノ所爲タル單ニ道德ノ範圍內ニ屬スルモノヲ罰ストセン乎是レ不當ノ法律ナリ若シ又犯人ノ所爲タル道德ニ背キタルニアラス又害ヲ社會ニ加ヘタルニアラス唯タ單ニ社會ノ必要上ヨリ之ヲ罰スルコトアラン乎是レ亦不當ノ法律ナリト云ハサルヘカラス例ヘハ予カ第六說ノ下ニ於テ例擧シタル佛國政府カ皇族放逐令ヲ發シタルカ如キ是レナリ彼ノ皇族ノ如キハ未タ道德ニ背キタルノ所爲アリシニアラス又未タ害ヲ社會ニ加ヘタルノ所爲アリシニアラス其ノ理由トスル所ハナポレオン黨若シ勢力ヲ得ハ共和政府ニ不利ヲ來スノ恐レアリ故ニ之ヲ放逐シテ禍害ヲ未然ニ豫防スルハ共和政府ヲ維持スルニ於テ必要ナリト云フニ過キス是レ豈不當ノ所爲ト云ハサルヲ得ンヤ假令ヒ將來ノ憂患アリトスルモ未タ背德加害ノ所爲アラサル者ニ對シテ刑罰ヲ行フカ如キハ之ヲ不當ノ法律ト云ハスシテ將タ何ヲカ不當ト云フ若シ此等ノ法律ヲシテ其權力ヲ逞フセシメハ其極ヤ人民ヲ擧ケテ豫メ處分セサルヘカラスト云フニ至ラン何トナレハ今日良民視セラル者モ亦將來ニ於テ罪惡ヲ犯スナキヲ保スヘカラ

サレハナリ然レ𪜈法理上豈這般ノ不當處分ヲ許サンヤ其レ然リ故ニ法律ノ精神ニシテ背德加害ノ所爲アリ又社會カ之ヲ罰スルノ必要アリ而シテ命令權其處罰ヲ行フヘシトノ三條件ヲ具備スルニアラスンハ不當ノ法律タルヲ免レサルハ條理ニ照ラシテ明カナリ凡ソ刑法ノ當不當ヲ分析詳論スルニ方リテハ先ツ其大躰ニ就キ此三元素ヲ具備スルヤ否ヤニ注目スルコト最モ肝要ナリ彼ノ佛法ト云ヒ英法ト云ヒ又ハ獨逸法ト云ヒ風土、人情、慣習、言語ヲ異ニスル邦國ノ制度ニ係ルモノヲ研究シテ能ク其當不當ヲ辨シ正不正ヲ判シ其肯綮ヲ究メ其正鵠ヲ誤ラサル所以ノモノハ他ナシ唯タ其法律ノ元素ヲ以テ議論ノ標準ト爲シ此標準ニ由テ其是非當否ヲ考究スルヲ以テナリ蓋法律ナルモノハ一種ノ元素學ナリ故ニ苟クモ此元素ノ所在ヲ識別セハ以テ萬般ノ法律ヲ論議スルコトヲ得ヘク又能ク法律ヲ制定スルコトヲ得ヘキナリ殊ニ立法官ノ地位ニ在ル者ハ最モ元素ノ講究ニ緻密ノ注意ヲ加ヘサルヘカラス然ラサレハ往々ニシテ人、法ヲ破ルニアラス法、人ヲ殺スノ惡結果ヲ招クノ憂ヒヲ免レス法理ヲ學フ者豈愼重ヲ加ヘテ研究セスシテ可ナランヤ是レ予カ社會刑罰權ノ基本ヲ講究スルニ際シ種々ノ主義ヲ列擧シテ以テ讀者ノ參考ニ供シタル所以ナリ

現行刑法ノ主義

折衷主義

刑罰權ノ基因スル主義ノ種類ハ既ニ之ヲ詳論シ其利害得失ノ存スル所ハ以テ其一班ヲ窺ハシムルニ足ルヘキヲ信ス故ニ再ヒ此主義ニ論及スルノ必要ナカルヘシト雖モ我現行刑法ハ果シテ何等ノ主義ニ基因シタルヤ今之ヲ略説スルモ亦敢テ無用ノ辯ニアラサルヘシ何トナレハ先ツ其主義ノ基ク所ヲ明カニセサレハ現行刑法ノ法理ヲ講スル

ニ於テ未タ充分ノ研究ヲ盡シタルモノト云フヲ得サレハナリ故ニ予ハ重複ノ嫌ヒヲ顧ミス聊カ之ヲ講述スヘシ

現行刑法ハ我邦古來ノ慣例ニ基キ傍ラ各國ノ刑法ニ參照シテ之ヲ制定シタルハ法文上ニ顯ハレタル規定如何ヲ熟讀シテ自ラ知リ得ヘシト雖モ其刑罰權ノ基因スル主義ノ如何ニ至テハ何ニ由テ之ヲ知悉スヘキヤ予ハ我刑法起草者ノ一員タリシポアソナード氏カ其草案說明ニ掲クルニ折衷主義ニ基キタルコトヲ以テシタルニ據リ我現行刑法ノ主義ハ折衷主義タルコトヲ知得セリ而シテ此主義ハ近世盛ンニ行ハルヽ所ニシテ各國ノ刑法概シテ此主義ニ基因スルモノヽ如ク然リ抑モ此主義ハ予カ既ニ論述シタル必要主義ト正道主義トノ合併主義ニシテ更ニ爰ニ再說セサルモ讀者ハ既ニ其主義ノ何タルヲ了解セラレタルヘシ此主義ハ犯者ノ所爲カ德義上ノ正道ニ悖戻シ且ツ其行爲カ社會ノ害ト爲ルトキニ於テ之ヲ罰スト云フニ在ルハ予カ既ニ其說明中ニ摘載シタル佛國刑法學者オルトラン氏ノ所說ヲ以テ明カナリトス此主義ニ據レハ人類タル者カ道德ニ對シテ負フ所ノ責務ト社會ニ對シテ負フ所ノ責務トノ二者ニ悖戻シタル所爲アルヲ以テ犯罪トシ之ニ刑罰ヲ科シテ以テ社會ノ安寧秩序ヲ保維スヘシト云フニ在リ從テ犯罪ナルモノヽ由テ生スル所ヲ確定スルノ點ニ於テハ其當ヲ得タリトスルモ此說タルヤ刑罰權ノ基本如何ニ就テ之ヲ論スルトキハ甚タ薄弱タルノ誹リヲ免レス然レ𪜈或ル論者カ喋々攻擊スルカ如ク折衷主義ハ社會上ノ利益ト道德上ノ正義ヲ折衷セントスルモ二者相互ノ協同一致ヲ缺キ其結果ハ終ニ無主義ニ歸スヘシト云フカ如キ漠然タルモノニハアラサルナリ論者ハ全ク折衷主義ヲ誤解シタルニアラサレハ爲メニスル所アリテ其極端論ヲ試ミタルモノト觀察ス何ト

ナレハボ氏ノ唱道スル折衷主義ハ必シモ道德ヲ害スル分量ト社會ヲ害スル分量トヲ秤量シ其平衡ヲ得ル所ニ從テ刑罰ノ度量ヲ定ムヘシト云フニアラス之ヲ要スルニ犯人ノ所爲カ一方ニハ道德ニ悖リ一方ニハ社會ヲ害セリトスル二箇ノ元素ヲ具備スルモノニ至テ之ヲ罰スヘシト云フニ外ナラスト思考スレハナリ然ルニ論者ハ此二箇ノモノハ同一物タルヲ以テ折衷スヘキノ元素ナシト云フニ至テハ誤見モ亦甚シト云ハサルヘカラス此折衷主義ナルモノハ道德ノ正義ニ基ケル主義ト社會ノ必要ニ基ケル主義トノ二主義ヲ折衷スルノ謂ヒニシテ且此二主義ノ同一物ニアラサルハ明々白々ナリ論者ノ折衷主義トシテ唱道スル所ハ折衷主義ノ原理ハ罪刑ノ權衡ヲ保スルニ正義利益(必要ノ謂ヒヲ云フ)二箇ノ標準ヲ設ケス單ニ正義ヲ以テ刑罰權ノ基本トシ爲シ正義ノ範圍內ニ於テ社會ノ利益ヲ計畫保全セントスルニ在リト果シテ其自唱スル所ノ如クンハ此レ折衷主義ニアラスシテ即チ純然タル正道主義ナリト云ハサルヘカラス何トナレハ論者ハ正義ノ範圍內ニ於テ適宜ニ社會ノ利益ヲ計畫保全スルヲ以テ折衷主義ト爲スト雖モ此レ罪ノ輕重ト刑ノ輕重トヲ定ムル標準即チ刑罰ノ性質上ノ問題ニ屬スルモノニシテ刑罰權ノ基本トシテ論スヘキモノニアラサレハナリ予カ刑罰ノ性質論中ニ掲ケタル說明ヲ參觀スヘシ論者ハ既ニ刑罰權上ノ基本ト刑罰實施上ノ標準トヲ混淆シタリ故ニ又現行刑法カ刑罰ニ範圍ヲ設ケタルハ折衷主義ニ適スルカ如キモ總則ニ於テ酌量減輕ノ法ヲ設ケ又再犯加重ノ法ヲ設ケタルハ折衷主義ニ背反スト非難シ益々五里霧中ニ迷入シテ其出ル所ヲ知ラサルカ如キノ看アリ予ハ世間或ハ論者ノ說ニ惑ハサレ遂ニ折衷主義ヲ誤解スル者アランヲ恐レ爰ニ折衷主義ノ定義ヲ掲ケテ之ヲ辯明スヘシ第一ニ曰ク社會

ハ道德ニ背クノ所爲ト雖モ悉ク之ヲ罰スルコトヲ得ス第二ニ曰ク社會ハ道德ニ背クノ所爲ニアラサレハ罰スルコトヲ得ス第三ニ曰ク社會ハ道德ニ背クノ所爲ト雖モ社會ヲ害スルニアラサレハ之ヲ罰スルコトヲ得ス此レ折衷主義ノ定義トスル所ナリ此說ニ依レハ社會ノ刑罰權ハ道德ノ正義ニ因テ發生シ道德ノ正義ハ社會ノ公益ニ因テ制限セラルヘシト云フモノヽ如シ社會ノ公益即チ必要ニ制限ヲ設ケサレハ云フヘカラサルノ弊害ヲ來スヘキヲ以テ之ヲ制限スルハ可ナリト雖モ道德上ノ邪惡ニハ外部有形上ノモノト內部無形上ノモノトノ區別アリ而シテ無形上ニ屬スル心裏ノ意思ニ至テハ何ヲ以テ其正邪善惡ヲ測定スヘキヤ之レ人力ノ能クシ得ヘキモノニアラサルナリ故ニ必シモ道德上ノ正義ヲ以テ刑罰ノ基本ト爲スコトヲ得サルノ場合アルモノト思考セサルヘカラス例令ヒ或ル論者ノ說ノ如ク正義ヲ以テ刑罰權ノ基本ト爲スヲ得ヘシトスルモ社會ハ何ニ由テ其刑罰ヲ實行スヘキヤ果シテ之ヲ實行スヘキノ權アラスンハ刑罰權ハ未タ確立シタリト云フヲ得ス矧ンヤ刑罰權ハ單ニ道德上ノ正義ニ基クヘシト云フニ過キサルモノニ於テオヤ

折衷主義タル論シテ此ニ至レハ或ル論者ノ以テ折衷主義トスルモノハ勿論道德上ノ正義ト社會ノ公益トヲ以テスルモノト雖モ未タ以テ刑罰權ヲ確然樹立セシムルニ足ラサルハ多辯ヲ要セスシテ明カナリ故ニ予ハ嚮キニ論述シタルカ如ク折衷主義ノ元素ヲ增加シ即チ道德上ノ正義ト社會ノ必要(公益ヲ謂フ)及ヒ命令權トノ三者ヲ合併スルニアラサレハ未タ以テ確乎不動ノ刑罰權ヲ成立スルコト能ハサルヲ信シテ疑ハス我現行刑法ノ基本モ亦蓋シ薄弱ノ誹リヲ免レ難シト雖モ或ル論者ノ喋々非難スルカ如ク甚シキモノニアラス多少予カ主張ス

ル三元素ヲ包含スルモノタルヲ知ル然レ𪜈未タ以テ其完備ヲ得サルハ改正論者ノ喋々スル所ニシテ予モ亦固ヨリ其改正ヲ希望シテ措カサルノ徒ナリ故ニ漸次論歩ヲ進ムルニ隨ヒ苟クモ失當ト認メ缺點ト考フルモノハ充分ニ論究スヘキナリ

刑法ノ性質

凡ソ法律ハ皆必ス其制裁アルヲ要セサルハナシ其之レナキモノハ夫ノ萬國公法ニ於ケルカ如ク時トシテハ實行力ニ乏シキヲ感スレハナリ而シテ百般法律ノ制裁ハ必ス社會ノ構造シタル公權ノ掌ル所トス只其制裁ノ方法ニ差アルノミ其權力ノ歸スル所ハ一ナリトス而シテ其制裁ニハ或ハ法律ニ反スル所爲ヲ無効トシ或ハ物件ヲ返還シ損害ヲ賠償スルノ義務ヲ負ハシムルヲ以テ制裁ト爲スコトアリ民法上ノ制裁即チ是レナリ或ハ又財産ヲ奪ヒ或ハ權利ヲ剝キ或ハ自由ヲ束縛シ其甚シキニ至リテハ生命ヲ斷ツヲ以テ制裁ト爲スコトアリ刑法ノ制裁即チ是レナリ故ニ刑法ヲ定義スレハ刑法トハ或ル場合及ヒ或ル條件ニ從ヒ社會ヨリ人ノ職分ニ反スル或ル所爲又ハ欠爲ニ對シテ其人ニ苦痛ヲ與フルノ法律ヲ云フモノトス又其目的ヨリ之ヲ論スレハ刑法ハ所謂制裁法ノ一分ヲ成スモノニシテ總テノ制裁法ト其性質ヲ同フスト而シテ又其相關スル所ノ性質ヨリ之ヲ論スレハ刑法ハ內國公法ノ一部分ヲ成スモノトス何トナレハ刑法ハ社會一般ト各人トノ關係ヨリ生スルモノニシテ實ニ社會ハ刑法ノ適用上直接ノ關係人タラサルコトアレハナリ

刑法ハ此關係ヨリシテ之ヲ視ルトキハ公法ニ屬シテ私法ニ屬セサルコト明瞭ナリ何トナレハ各人ノ關係ヲ看ヨ各人ハ其危險ニ遭フニ方リテハ防禦權ヲ有シ其損害ヲ受ケタルノ後ハ賠償ヲ求ムルノ權利ヲ

有スト雖モ決シテ之ヲ罰スルノ權利ヲ有セス事了リテ後チ被害者ヨリ加害者ニ加フル苦痛ハ復讐ニシテ刑罰ニアラサレハナリ又刑法ハ內國公法ニシテ萬國公法ニ屬セサルノ理由ハ說明ヲ附スルノ必要ナシ何トナレハ刑法ハ決シテ國ト國トノ關係ヲ規定シタルモノニアラサレハナリ刑法ニ關係ヲ有スルモノハ常ニ社會ト各人ノ二者ナリ社會ハ犯罪人ヲ罰スルカ爲メ之ニ關シ犯罪人ハ其罪跡ヲ辯護スルカ爲メ之ニ關スルモノトス故ニ刑法ノ性質ハ其制裁法ノ點ヨリ論スルトキハ總テノ法律ニ屬スルモノナリト雖モ其關係的ヨリ論スレハ內國公法タルコト敢テ疑ヒヲ容レサルナリ

刑法精神

刑罰ノ目的

予ハ講義ノ順序ヲ踐ミ既ニ刑罰權ノ基本ノ何タルヲ辯シ次テ刑法ノ性質ノ何タルヲ說ケリ是レヨリ刑罰ノ目的ニ進入シ而シテ刑法ノ主義ニ論及スヘキナリ

抑モ刑罰權ノ社會ニ於ケルヤ他一般ノ事項ト同シク必スヤ其期望スル所ナカルヘカラス即チ社會カ刑法ニ由テ以テ達セント欲スル所ノ目的是レナリ刑法ハ社會ノ安寧秩序ヲ保維スルヲ以テ目的トスル單一ノ法理ハ本法講義ノ緒ニ就クノ初メニ於テ業ニ既ニ之ヲ論悉セリ而シテ爰ニ讀者ノ注意ヲ要スヘキハ刑法ノ目的ト刑罰ノ目的トハ似テ而シテ大ニ徑庭スル所アルノ點是レナリ刑法ノ目的ハ既ニ說明シタルカ如ク警察法又ハ陸海軍等ノ設置ト同シク社會ノ安寧秩序ヲ保維スルニ在リト雖モ刑法ハ最終ノ手段ニ屬スルモノトス其レ然リ而シテ刑法ハ最終ノ手段ニ屬スト雖モ已ムヲ得サルニ及ンテ此規定ニ依リ刑罰權ヲ實際ニ運用スルニ就テハ其目的ナカルヘカラス先ツ其

目的ヲ一定シ而シテ後チ刑罰權ハ運用セラルヘキモノナリ刑法ノ目的ト刑罰ノ目的トノ差異ハ即チ此ニ在リテ存ス

今ヤ刑罰權ヲ實際ニ運用スルニ方リ如何ナル結果ヲ社會ニ生セシメンコトヲ希望スヘキヤ是レ宜ク研究スキノ主要點ナリ予惟フニ犯罪者ヲシテ日一日ヨリ其數ヲ減少セシメ竟ニ犯罪者ノ跡ヲ社會ニ絶タシメ囚獄門前雀羅ヲ設ルノ寂寥ヲ致スノ日ハ即チ刑罰上ノ希望ヲ全フシタルノ日ナリトスヘシ未タ此日ニ到達セサルノ間ハ又未タ刑罰ノ目的ヲ貫徹シタリト云フヲ得サルナリ所謂刑者期無刑トハ此ノ謂ヒナリ敢テ問フ刑罰ヲシテ此希望ヲ達セシメンニハ將タ如何ナル方法ニ依ルヘキヤ曰ク他ナシ其既ニ罪ヲ犯シタル者ハ之ヲ懲ラシテ悔悟改悛ノ心ヲ發セシメ其未タ罪ヲ犯サヽル者又ハ犯罪ニ至ルヘキノ傾斜心(パンシヤン)アル者ハ之ヲ戒ムルニ在ルノミ而シテ此方法ヲ大別スレハ左ノ二箇ノ主義ニ外ナラス

第一　自懲主義　此主義タルヤ從來社會ハ充分ニ手段ヲ盡シテ保護ヲ加ヘ道德ニ背キ法律ニ觸ルヽ者ナカラシムルニ勗メタリト雖モ竟ニ其効ナフシテ罪ヲ犯ス者出ルニ至レリ若シ此犯人ヲシテ再ヒ背德違法ノ所爲アラシメハ社會ノ安寧ハ之カ爲メニ破壞セラレ秩序ハ是レヨリ紊亂セン是ニ於テ乎之ニ科スルニ刑罰ヲ以テシ其罪惡ヲ懲ラシテ再ヒ罪ヲ犯スコトナカラシメントスルニ在リ之ヲ約言スレハ犯人ヲ懲ラシテ再犯セサラシムト云フニ外ナラス

第二　他戒主義　此主義ノ要ハ犯者一人ヲ罰シテ衆人ヲ戒ムルニ在リ即チ犯者ノ刑罰ヲ受ケ苦痛ヲ感セシメラルヽヲ見テ自ラ我將來ヲ戒メ背德違法ノ所爲ヲ避ルノ觀念ヲ起サシムルモノ是レナリ

此二主義ハ眞ニ刑罰ノ目的タルモノニシテ此二者並ヒ行ハレテ始メテ刑罰ノ刑罰タルノ實ヲ表ハスモノト云フヘシ故ニ此二者ニ就テ仔細ニ之ヲ研究スルハ最モ肝要タリ

刑罰ノ主義

刑罰ノ目的ハ自懲主義ト他戒主義ノ二者ニ在リテ存スルハ予既ニ之ヲ說明セリ是レヨリ歩ヲ進メテ二主義ノ要旨ヲ詳論シ以テ刑罰上ノ希望ノ極メテ遠大ナルヲ知ラシメン而シテ先ツ自懲主義ナルモノヨリ說入スヘキナリ

第一自懲主義 從來此主義ヲ實地ニ施行シタルノ事跡如何ヲ觀ルニ其方法ヲ誤ルモノ甚タ多シ彼ノ罪石ナルモノヲ使用シテ犯罪者ヲ懲ラサント欲シタルカ如キハ殆ント兒戲ニ均シク固ヨリ齒牙ニ懸ルニ足ラサルナリ獨リ監獄ヲ以テ一種ノ學校ト爲スノ方法(システム、ベニダンシユール)ニ至リテハ輕々ニ看過スヘキニアラス今此方法ノ善良ナルヲ唱道スル者ノ說ニ曰ク人ノ病ニハ二種アリ一ヲ躰ノ病ト云ヒ一ヲ心ノ病ト云フ躰ノ病ヲ療スルニハ藥石アリ心ノ病ヲ治スルニハ敎化アリ躰軀上ノ疾病ハ醫師其人ニ託シテ之ヲ療セシムヘキモ心界上ノ疾病ハ將タ何ヲ以テ之ヲ療セン乎心ハ元來無形物ナリ故ニ心界上ノ疾病ヲ治スルニモ亦無形的ノ敎化薫陶ヲ以テセサルヘカラス所謂犯罪ナルモノハ心裡ノ疾病ノ已ニ外部ニ露ハレタルモノナルカ故ニ心病患者即チ犯罪者ヲ治スルニハ敎化ヲ以テ藥石ニ代用スルノ方法ニ依ラサルヘカラス其法ヤ檻獄内ヲ一ノ學校ニ擬シ循々犯罪者ヲ敎導感化スルヲ以テ最モ策ノ得タルモノトスヘシト其說ク所此ノ如シ故ニ此說ヲ信スル者ハ檻獄ヲ以テ學校視シ若クハ寺院視シ老儒ヲ聘シ僧侶ヲ招キ修身學ノ嘉言善行ヲ講セシメ宗敎上ノ因果應報ヲ說

カシメ孜々汲々トシテ惡漢兇豎ノ感化ヲ誘導ス此方法タルヤ可ハ即チ可ナルカ如シト雖モ予ヲ以テ之ヲ視レハ其一ヲ知テ其二ヲ知ラサルモノト云ハサルヘカラス何トナレハ恐ラク其目的ヲ達スルノ日ハ期スヘカラサルヲ以テナリ予ハ試ミニ彼ノ論者ニ問ハン監獄内ノ說教勸善ハ或ハ可ナラン然レトモ囚徒等刑期滿チテ獄門ヲ辭シ再ヒ自由ノ娑婆ニ出テ宛カモ鳥雀ノ籠ヲ脫シテ欲スル所ニ翺翔スルコトヲ得ルカ如キアラシメハ如何ン果シテ能ク感化ノ實効ヲ顯ハサシムルコトヲ期シ得ヘキ乎ト彼レ論者ハ恐ラク答フル所ヲ知ラサルヘシ何トナレハ彼等ノ眼中ニハ啻ニ監獄内ノ敎化アルヲ知ルノミニシテ監獄外ニ於ケル狀況ハ彼等ノ夢想セサル所ナレハナリ蓋或ハ予ノ疑問ニ答フル者アリトスルモ左ノ如キ辭柄ヲ以テスルニ過キサルヘシ曰ク囚徒等獄門ヲ辭シ去ルノ後テ再ヒ罪ヲ犯サントセハ再犯加重ノ嚴刑ヲ免レサルヲ顧慮シ豈容易ニ罪ヲ再ヒセンヤ矧ンヤ充分獄内ノ敎化ニ浴シタルニ於テオヤト論者ノ期スル所果シテ此ニ過キストセハ其希望モ亦空漠タリト云ハサルヘカラス蓋囚徒ノ獄裏ニ繫留セラルヽヤ衣食住ニ缺ク所ナキヲ以テ常ニ無聊ニ苦ミ徒然遣ルニ由シナキハ彼等ノ常態ナルヘシ今此無聊ニ乘シテ僧侶ハ巧ミニ因果應報ヲ說キ老儒ハ徐ロニ人道實踐ヲ講セハ蓋シ其非ヲ悔ヒ過チヲ改ムル者亦少カラサルヘシト雖モ此ノ如キハ唯タ鉄檻ノ下ニ呻吟スルノ間ノミ僅ニ囹圄ノ中ニ屈縮スルノ時ノミ一タヒ刑期滿チテ自由ノ世界ニ放置セラルヽニ及ンテハ從來家產ヲ有セサル者ノ如キハ第一着ニ糊口ノ策ヲ覓メサルヲ得ス其之ヲ覓ムルノ道果シテ焉クニ在リヤトセハ彼等ハ既ニ家產ナシ隨テ又資本ナシ獨立獨行ノ營業ハ將タ何ニ由テ之ヲ得ヘキヤ蓋シ其糊口ノ策ハ人ノ傭役ニ就クカ然ラサレハ舊知ノ人

ニ倚テ其手段ヲ求ムルヨリ他ニ方法ナカルヘシ而シテ先ツ傭役ニ就クトセン乎其之ヲ傭ハントスル者ハ必ス其本人ノ來歷ヲ問フモノト推想セサルヘカラス是ニ於テ彼レ若シ其實ヲ吐キ余ハ云々ノ犯罪ニ由テ囹圄ニ繫カレ近頃刑期滿チテ纔カニ獄門ヲ出ル者ナリト云ハヽ誰カ好ンテ之ヲ傭ハンヤ其情勢果シテ斯ノ如シトセハ其來歷ヲ僞リ其甚シキハ姓名ヲ僞ルノ已ムヲ得サルニ至ルヘシ若シ果シテ是等ノ詐僞ヲ行フニ至ラン乎悲ヒ哉再犯ノ萌芽ハ早ク已ニ爰ニ胚胎セリト云フヘシ今夫レ來歷ヲ僞リ姓名ヲ僞リ纔カニ他ノ傭役ニ就キ勤勞ノ効ニ因リテ既ニ幾何ノ貯蓄ヲ爲シタリト假定セン乎其舊友殊ニ獄裏ノ舊知ハ之ヲ傳聞シ奇貨措ク可シトメ來リ迫テ云ハン汝既ニ貯蓄アリト聞ケリ朋友相憐ムノ情ヲ以テ余ニ若干金ヲ與ヘヨ汝若シ之ヲ肯ンセスンハ汝ノ舊惡ヲ摘發スヘシト脅迫セラレン乎今其求メニ應セハ忽チ貯蓄ヲ失ヒ之ニ應セサレハ彼等ハ忽チ舊惡ヲ摘發シ之カ爲メ放逐セラルヽハ必然タリ果シテ然ラハ之ヲ肯ンスルモ將タ背ンセサルモ同ク是レ再ヒ窮迫ニ陷ラサルヲ得サルヘシ若シ舊惡ヲ摘發セラレテ放逐ニ遭フアラン乎歸ルニ家ナク賴ムニ人ナク其窮ノ極ヤ十中ノ八九ハ再ヒ罪ヲ犯スニ至ルヘシト想像ス何トナレハ實際再犯者ハ年々ニ增加スルノ傾向アレハナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ獄裏ノ敎化ハ可ハ則チ可ナリト雖モ其刑期滿チテ獄門ヲ出ルノ後ニ於ケル糊口ノ方針如何ヲ指示スルニアラサレハ家産ニ富ム者ハ姑ク措キ其資力ナキ者ニ至テハ再ヒ獄門ニ還リ來ル者多シト豫想セサルヘカラス而シテ彼ノ檻獄ヲ目シテ一種ノ學校ト做シ寺院ト做スノ輩ハ徒ラニ敎化ノ加フヘキヲ知テ其獄門ヲ出ル以後ノ處置ニ注意ヲ及ホサス是レ予カ敎化主義ヲ唱フル者ヲ評シテ其一ヲ知テ未タ其二ヲ知ラスト云フ

所以ナリ予ノ思考スル所ニ依レハ重罪ヲ犯シタル者ハ之ヲ不毛ノ邊地ニ送リテ其地ノ幾分ヲ開墾セシメ刑期滿ルニ及ンテハ其開墾シタル田野ハ永ク之ヲ其刑餘ノ者ニ貸與若クハ分與スルヲ以テ得策ト爲スヘキ乎果シテ此ノ如クセハ彼等ハ其地ヲ墳墓ノ地トシテ永住スルニ至ルヘシ何トナレハ已レ自ラ力ヲ竭シテ開墾シ不毛ノ地ヲ以テ良田肥圃ト爲ストキハ人情トシテ之ヲ遺棄シ去ルニ忍ヒサルヘシト想察スレハナリ此方法ハ予一己ノ思考ニ出ルニアラス佛國ノ碩學ルベイエー氏ノ如キモ亦之ト同一ノ考案ヲ說ケリ即チ其要領ニ曰ク犯罪人ハ之ヲ島地ニ送リ其刑期中ニ土地ヲ開墾セシメ刑期滿ルトキハ其開墾地ヲ之ニ與ヘ爰ニ住居セシムルヲ可トス最初ヨリ其永住ヲ欲セサル者ハ之ヲ例外トスルモ蓋自ラ開墾シタル土地ヨリ果實ヲ獲ルニ至ラハ之ヲ棄ツルハ恰モ我子ヲ棄ツルノ思ヒヲ爲シ多クハ爰ニ永住スルヲ希望スルモノナリト又理財ニ鋭敏ナル英國ノ如キモ其囚徒ヲ版圖ニ屬スル各處ノ島嶼ニ送リ之ニ土地ヲ與ヘテ之ヲ開墾セシメ其滿期放免ノ時ニハ其土地ト家トヲ給與シ以テ永住ノ計ヲ爲サシメ且囚徒間ノ結婚ヲ許シ其本國ニ妻子ヲ有スル者ハ之ヲ迎ヘテ同居スルヿヲ許セリ故ニ滿期ノ時ニハ一ノ恒產ヲ得ルヲ以テ自カラ惡事ヲ止メ正業ニ就クノ端緒ヲ爰ニ開クニ至レリ是ニ由テ之ヲ觀レハ自懲主義ノ最良ナル方法ハ蓋在檻中ニアラスメ出獄ノ後チニ在リトス即チ前陳ノ考案ニ從フトキハ自懲主義ヲ出獄ノ後チニ實施スルモ敢テ難キニアラサルヘシ且犯罪ハ人ノ位地ニ關係スルヿ少カラサルヲ以テ若シ英國ニ於ケル方法ヲ取テ之ニ倣ハハ自カラ犯罪者ノ數ヲ減ズルヿヲ得ヘシト信ス故ニ今之ヲ證センカ爲メ一ノ統計略表ヲ示スヘシ

第一　犯人ノ最モ少キ部分

第二　第一ヨリ稍ヤ多キ部分　單ニ妻子ヲ有スル者
第三　第二ヨリ稍ヤ多キ部分　親アリテ妻ナキ者
第四　最モ多キ部分　獨身者

是ニ由テ之ヲ觀レハ女囚ヲ島地ニ送リ滿期後同囚ト結婚ヲ爲サシメ若クハ囚徒ノ妻子ヲ島地ニ迎ヘテ同居スルコトヲ許スノ實際ニ利益アルハ知ルヘキナリ然レ𪜈茂ニ注意スヘキノ一事アリ他ニアラス僅々數月間ノ刑期ニ止マル者ハ之ヲ島地ニ送ルモ實益ナカルヘキコト是レナリ刑期短キ者ハ啻ニ自由ノ世界ニ出テンコトノミヲ欲シ島地ニ永住スル等ノ希望ヲ懷ク者ハ絶無ナルモノト想像セサルヘカラス然ルニ若シ刑期短キ者ヲモ島地ニ送ルヘシトセハ或ハ官費ヲ以テ島地漫遊ヲ試ミンカ爲メ故ラニ罪ヲ犯スカ如キノ弊習ヲ招クナシトスヘカラス故ニ囚徒ヲ島地ニ送ルト否トハ刑期ノ長短ニ因テ取捨スル所ナカルヘカラス而シテ其刑期短キ者ハ之ヲ內地ノ獄舍ニ繫キ從來ノ敎化主義ヲ以テ之ヲ善導シ重罪犯ニシテ刑期長キ者ハ之ヲ島地ニ送ルモノトセハ最モ其宜シキヲ得タルモノト云フヘシ我現行法モ亦其大体ハ予カ述フル所ノ方法ヲ採ルモノナリ然レ𪜈女囚ニ至テハ未タ之ヲ島地ニ送ルノ制規アラス予ヲ以テ視レハ女囚モ亦男囚ト共ニ之ヲ島地ニ送ルヲ可ナリトス且ツ漸次ニ囚徒間ノ結婚ヲ許スヲ得策トスヘシ何トナレハ此特法ヲ實施スルニ及ンテ始メテ自懲主義ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘシト信スレハナリ

又再犯加重ノ規定ハ自懲主義ヲ貫クノ一手段トシテ設ケラルヽモノナリ其理何トナレハ則チ左ノ目的ニ出ルニ外ナラス夫レ一タヒ罪ヲ犯シテ刑辟ニ觸レタル者ニシテ再ヒ罪ヲ犯スカ如キハ初犯ノ處罰未タ以テ其惡心ヲ改メシムルニ足ラサルノ致ス所ト推測セサルヘカラ

ス譬ヘハ藥劑其効ヲ奏セサルニ異ナラス故ニ此ノ如キ者ニハ更ニ一層ノ劇劑ヲ投シテ以テ其痊癒ヲ圖ラサルヘカラス是ニ於テ乎再犯ヲ罰スルニ前犯ヨリ重罰ヲ科スルノ必要アリ此點ニ關シテハ醫學上ノ原則ト法律上ノ原則ト幾ント一致シテ符節ヲ合スルカ如キノ看アリ而シテ再犯加重法ノ利害得失ニ至テハ該規定ノ下ニ於テ詳論スル所アルヘキナリ

第二他戒主義　自懲主義ヲ達スルノ方法ハ既ニ講了セリ是レヨリ他戒主義ハ如何ナル方法ニ由ラハ以テ其目的ヲ達シ得ヘキヤヲ論究スヘキナリ一般ノ學說ニ據レハ此主義ヲ貫徹セシメンニハ其重要ナル方法三箇アリ曰ク刑事訴訟ノ手續ヲ緻密ニスルコト曰ク處刑ノ言渡ヲ公示スルコト曰ク法廷ヲ公開スルコト是レナリ請フ左ニ其要旨ヲ分說セン

〔甲〕刑事訴訟手續ノ緻密　他戒主義ノ實施ニ就テハ往時ト今日トハ大ニ其方針ヲ異ニセリ往時ノ刑罰ハ懲戒ヲ嚴ニシ深ク苦痛ヲ感セシメテ悔悟心ヲ發セシムルヲ以テ策ノ得タルモノトセリ故ニ苛峻嚴酷ノ刑ヲ科スルヲ以テ他戒主義ノ主眼トス今時ハ然ラス法理學上稍〻其精竅ヲ致セルヲ以テ苛峻嚴酷ノ刑ヲ科スルハ法律ノ眞理ニ悖戻スルモノトシ專ラ犯罪人ヲシテ處刑ヲ逃ルヽニ由シナカラシメ社會ハ害ヲ社會ニ加ヘタル者ハ之ヲ必罰シテ寛假セサルヲ以テ其主眼トセリ蓋往時ニ行ハレタル他戒主義ノ如ク刑罰ヲ苛酷ニセハ以テ人々自戒シテ罪ヲ犯ス者ナカルヘキノ理ナルカ如シト雖モ實際ハ決シテ然ラス刑事訴訟ノ手續緻密ナラザルカ爲メ僥倖ニシテ刑ヲ免カルヽ者少カラサルトキハ此僥倖ヲ万一ニ希望シテ罪ヲ犯ス者亦少カラサルヘシ往時幕府ノ刑罰ハ甚タ苛酷ナリシト雖モ死刑ノ執行ヲ公ケニスル

ニ際シ擄兒ノ輩ハ刑場ニ觀者ノ蟻集スルヲ機トシ常ニ其擄奪ヲ縱マニシタリト云フカ如キハ即其一例ナリ刑場ニ於テ罪惡ヲ行フカ如キハ大膽不敵ノ所爲タリト雖モ此ハ畢竟スルニ刑事訴訟ノ手續整備セサリシカ故ナリト云ハサルヘカラス之ニ反シテ刑事訴訟ノ手續ヲ緻密ニシ如何ニ奸計惡策ヲ運ラシ如何ニ出沒變化ヲ巧ミニスルモ苟クモ罪ヲ犯シタル者ハ法網ヲ脫スルノ途ナカラシメハ則チ果シテ如何ナル効果ヲ奏スヘキヤ罪惡ヲ犯スハ宛カモ物品ヲ買フト一般ナルノ有樣ヲ呈スヘシ既ニ此ノ如キノ有樣ヲ呈スルニ至ラハ罪惡ヲ犯ス者ハ物品ヲ買フト同シク其價ヲ償フノ決心ナカルヘカラス翹々ニ此決心ナカルヘカラサルノミナラス又高價ヲ擲ツテ非常ノ粗品ヲ獲ルノ決心ナカルヘカラス何トナレハ犯罪ニ由テ獲ル所ノ利益ハ甚タ少フシテ刑罰ニ由テ招ク所ノ損害ハ甚タ多ク收支相償ハサルハ其常ナレハナリ然リ而シテ刑事訴訟手續ノ緻密ヲ望ムノ要ハ他ナシ天下ノ人民ヲシテ一タヒ罪ヲ犯セハ必ス刑罰ヲ免レサルモノト信スルノ觀念ヲ懷カシムルノ實用手段ヲ具備スルニ在リ既ニ天下ノ人民ヲシテ悉ク此觀念ヲ懷カシメン乎犯罪ナルモノハ些少ノ利益ヲ獲ンカ爲メ却テ重大ナル損害(刑罰)ヲ被ラサルヲ得サルモノト覺悟スルニ至リ仁義道德ヲ以テ進退動作ノ標準ト爲サヽル不良ノ徒ト雖モソノ損益相償ハサルヲ知リ自カラ罪ヲ犯ス者ナキニ至ルヘキハ理論上敢テ疑ヒナキ容レサルヘシ之ニ反シテ刑事訴訟ノ手續緻密ナラスシテ容易ニ法網ヲ脫シ得ルノ虛隙アラハ仁義道德ヲ蔑如スル不良ノ徒ハ犯罪ハ巨利ヲ博スルノ良策タリト思念ヲ發スルニ至ルハ火ヲ視ルヨリモ明カナリ若シ一朝刑罰施行ノ狀況斯ノ如キニ至ラハ警察官ノ威力甚タ畏ルヘシトスルモ刑罰ノ苦痛甚タ重シトスルモ巧ミニ法網ヲ免ルヽ惡漢

兇徒ハ縱横徘徊シ社會ニ刑罰權ノ設立アルモ其實効ヲ奏スル僅々タルニ止マランノミ何トナレハ法網ヲ脱シ刑罰ヲ免ルヽノ途他ニ在リトセハ曾テ教育ナキ不頼ノ徒ハ資力ヲ要セスシテ夥多ノ利益ヲ獲ルモノハ犯罪ニ在リト思惟シ常ニ犯罪ヲ業トスルニ至ルヘキハ智者ヲ以テ后知ラサルナリ是ヲ以テ予ハ斷言ス自懲主義ヲ貫クノ良策ハ刑罰ヲ苛酷ニスルニ在ラスシテ刑事訴訟ノ手續ヲ緻密ニスルニ在リト

(乙) 處刑言渡ノ公示　他戒主義ノ要ハ罪惡ヲ犯スノ傾向心アル者ヲシテ悚然トシテ懼レ慄然トシテ慎マシムルヲ期スルニ在リ而シテ犯人以外ノ人々ヲシテ悚然相懼レ慄然相慎マシメントセハ先ツ云々ノ罪惡ヲ犯シタル者ハ必ス云々ノ刑罰ニ處セラルヽノ事實ヲ明カニ知ラシムルヨリ好キハナシ其之ヲ知ラシムルノ方法如何他ナシ處刑ノ言渡ヲ公示スルニ在リ而シテ其公示ノ方法ハ種々アルヘシト雖モ之ヲ新聞紙ニ掲載シ若クハ之ヲ法衙ノ門前ニ掲示スルカ如キ是レナリ果シテ其レ此ノ如クセハ犯人以外ノ人々ハ之ヲ見之ヲ聞キ行惡ノ思念アル者ト雖モ相戒メ相慎ムヤ必セリ他戒主義ハ是ニ於テ乎其目的ヲ達スルコトヲ得ヘキナリ

(丙) 法廷ノ公開　法廷公開ノ目的ハ他戒主義ヨリ之ヲ論スレハ前段處刑ノ言渡ヲ公示スルト殆ント其趣旨ヲ同フシ即チ傍聽者ヲシテ其犯人ニ鑑ミ自己ヲ戒メ將來ヲ慎マシムルヲ期スルニ在リ然レ𪜈他戒主義ニ拘泥セスシテ之ヲ論スルトキハ法廷ノ公開ハ裁判官檢察官等各〻法律ノ規定スル所ニ基キ公平ヲ旨トシテ裁判ヲ下シ甲ニ寛ニシテ乙ニ嚴ナルカ如キノ偏頗ナク又ハ苛酷ニ失シ寛大ニ過クルカ如キ不當ノ處分ナカラシムルヲ期スルニ外ナラス

前陳ノ如ク處刑ノ言渡ヲ公示シ且ツ法廷ヲ公開スルハ他戒主義ヲ貫クノ目的ニ出ツルモノト論定セハ忽チ一疑問ノ起ルアラン他ナシ曰ク處刑執行モ亦之ヲ公ケニスヘキ乎ト此疑問ニ對シテ深考熟慮セス單ニ刑罰ノ目的ハ他人ヲ戒ムルニ在リト假定セハ處刑ノ執行ハ之ヲ秘密ニセスシテ寧ロ之ヲ公行スルハ最モ其目的ニ適合スルモノヽ如シ然レ𪜈此疑問ニ關シテハ學者ノ間ニ種々ノ議論アリテ未タ遽カニ其得喪ヲ判定スヘカラスト雖𪜈實際上ノ經驗ヨリ之ヲ論究スルトキハ處刑ノ執行ヲ公ケニスルハ却テ他戒ノ効ナキモノヽ如シ今夫レ死刑ヲ執行スルニ方リ之ヲ公行セン乎觀者常ニ其刑場ニ雲集シ其當初ハ之ヲ觀テ畏懼自戒ノ念ヲ起ス者蓋少カラサルヘシト雖モ之ヲ觀ルコト屢々ナルニ及ンテハ宛カモ觀劇ヲ爲スト一般ニシテ其極ヤ之ヲ以テ娯樂ヲ求ムルノ一具ト爲シ啻ニ人ヲ戒ムルノ實効アラサルノミナラス其甚シキハ却テ人ヲシテ慘忍ナラシメ兇暴ナラシムルニ至ルナキヲ保スヘカラス其實例ハ前既ニ引用シタルカ如ク往昔斬罪ヲ刑場ニ執行スレノ際觀者ノ間ニ撈兒ノ出没シタルカ如キハ事ハ瑣々タリト雖モ亦以テ處刑ヲ公行スルモ他人ヲ戒ムルノ効果ノ甚タ微少ナルヲ知ルヘキナリ又假令ヒ處刑ヲ公行スルハ他人ヲ警戒スルノ點ニ於テ多少ノ効果アリトスルモ人民ヲシテ慘忍兇暴ニ慣レシムルノ弊害ハ到底免ルヘカラサルモノトス故ニ予ハ斷シテ處刑ノ公行ヲ否認スルノ論者ナリトス

予ハ刑罰權ノ基本ハ必要正道及ヒ命令ノ三者ヲ合シテ組成スル一種ノ合併主義ニ由テ成立スヘキノ點ヨリ説キ起シ次テ此三元素ヲ以テ組成シタル刑罰權ハ自懲他戒ノ二主義中ニ於テ其目的ヲ達スヘキヲ論及シ尚ホ一歩ヲ進メテ自懲他戒ノ二主義ノ包含スル要旨ト之ヲ實

際ニ施行スル方法ヲ詳論シ殆ント餘蘊ナカラシメタルヲ以テ讀者ハ既ニ自懲他戒ノ何タルヲ知悉セラレタルヘシト信ス既ニ是ヨリ尚進ンテ自懲他戒二主義ノ實施ニ際シ往々ニシテ起ルヘキ最モ緊要ナル一疑問ニ論及スヘキナリ而シテ其疑問トハ何ソヤ曰ク若シ刑罰ノ實施ニ際シ自懲他戒ノ二目的相矛盾シテ到底兩立スヘカラサル塲合ニ於テハ將タ孰レヲ取リ孰レヲ捨ツヘキヤノ疑問是レナリ今爰ニ一ノ刑罰アランニ自懲主義ト他戒主義ト相撞着シ自懲主義ヲ貫カントスレハ他戒主義ヲ滅却セサルヲ得ス他戒主義ヲ全フセントスレハ自懲主義ヲ排斥セサルヲ得サルノ塲合アリトセン乎此塲合ニ於テ若シ二者其一ヲ缺クヲ以テ不法ノ刑罰ナリト云ハヽ無期刑以上ノ刑罰ハ皆之ヲ廢絶セサルヲ得サルニ至ルヘシ何トナレハ自懲主義ノ目的ハ犯人ヲ悔悟セシメ刑期滿チテ再ヒ世ニ出ルノ後ヲ善良ノ民タラシメンコトヲ希望スルニ在リトスルモ無期刑及ヒ死刑等ニ至テハ此希望殆ント之レナケレハナリ其レ然リ無期刑以上ノ刑ニ該ル者ニハ到底自懲主義ノ効果ヲ望ムヘカラサルナリ果メ然ラハ無期刑以上ノ刑ハ之ヲ廢スヘキ乎曰ク否ナ決シテ廢スヘカラス極惡大罪ノ犯人ヲ罰スルモ猶ホ之ヲ自懲セシムルヲ以テ主眼トシ之ニ科スルニ無期刑以下ノ刑ノミヲ以テセハ惡漢兇豎ハ刑ノ輕キヲ奇貨トシ罪ヲ犯ス者或ハ踵ヲ接スルニ至ルナキヲ知ルヘカラス刑罰ノ要ハ社會公衆ノ安寧ヲ保維スルニ在リ豈必シモ自懲他戒ノ二主義ヲ兩全セシムルヲ要センヤ其レ然リ故ニ縱令ヒ其一ヲ缺クトキト雖モ社會ノ安寧ヲ保維スルニ必要ト認ムルアラハ無期刑以上ノ刑ヲ廢スヘカラサルハ識者ヲ俟テ後ヲ知ラサルナリ之ヲ要スルニ無期刑以上ノ刑ハ自懲主義ノ爲メニハ必要ナラサルカ如シト雖モ社會ノ安寧ヲ保維スル爲メニハ必要缺

グヘカラサルヲ以テ斷シテ之ヲ廢スルコトヲ得サルナリ然テハ則チ若シ兩主義撞着シテ到底兩立スヘカラサルトキハ立法官ハ孰レノ主義ヲ取テ法律ヲ定ムヘキヤ曰ク他ナシ重キヲ他戒主義ニ歸着セシメ自懲主義ハ之ヲ第二位ニ置クヲ以テ立法ノ正理ニ適合スルモノトスヘシ何トナレハ他戒主義ノ及フ所ハ社會多數ノ人ニ在ルヲ以テ犯者以外ノ人々ヲシテ相戒メ相愼マシムルハ法律ノ効果最モ多ケレハナリ之ニ反シテ自懲主義ノ及フ所ハ其區域甚タ狹隘ニシテ犯者其人ノ外ニ出テス之ヲ要スルニ他戒ノ範圍ハ廣大ニシテ自懲ノ範圍ハ狹小ナリ其狹小ナルモノヲ捨テ廣大ナルモノヲ採ルハ理論上其當ヲ得タルモノト云ハサルヘカラス刑ンヤ刑罰權ノ必要ハ社會一般ノ利益ニ基因スルニ於テオヤ是ニ由テ之ヲ視レハ自懲他戒ノ二者撞着スルトキハ其範圍ノ最モ廣キ他戒主義ヲ全フセシメ其範圍ノ甚タ狹キ自懲主義ヲ捨テサルヲ得サルヤ明カナリ退テ我刑法ノ規定スル所ヲ視ルモ亦此理論ヲ是認シ立法ノ精神此ニ基キタルヲ知ルヘキナリ何トナレハ自懲主義ニ効ナシトシテ敢テ無期刑以上ノ刑ヲ廢セサレハナリ而シテ止タニ之ヲ今日ニ是認スルノミナラス將來刑法上ニ幾層ノ進歩ヲ加フルモ蓋此理論ノ外ニ出テサルヘキヲ信シテ疑ハサルナリ然レトモ此兩主義ニシテ撞着セサル限リハ之ヲ兩立併行セシメサルヘカラサルハ言ヲ俟タズ何トナレハ刑罰ノ目的ハ此二者ヲシテ兩ナカラ其効果ヲ奏セシムルニ在レハナリ

刑罰ノ性質

刑罰ノ分量ハ犯罪ノ輕重ニ應シテ測定スルヲ要ス

刑罰ノ目的タル自懲他戒ノ二主義ニ關スル法理ハ前段ニ說ク所ヲ以

テ略ホ其要領ヲ盡クセリト信ス請フ是レヨリ進ンテ刑罰ハ如何ナル性質ヲ有スルヲ以テ可トスルヤノ問題ニ論及スヘキナリ蓋刑罰ニ希望スヘキ性質ハ凡ソ四箇アルヲ以テ之ヲ四段ニ分別シ順次講述スヘキナリ

刑罰ノ分量ハ犯罪ノ輕重ニ應ノ測定セサルヘカラサルハ一般ノ學說タリ然レ𪜈之ヲ測定スルニ算數ヲ以テ甲ノ二ハ乙ノ二ニ均シトシテ數量ヲ計ルカ如キ精細確定ノ計算法ハ之ヲ犯罪輕重ニ應スヘキ刑罰ノ分量計算ニ實施スルヿ能ハサルモノトス何トナレハ罪ト刑トハ二トノ數ニ於ケルカ如ク彼是同一ナルモノニアラサレハナリ然レ𪜈各國ノ刑法ヲ通觀スルニ某罪ハ幾年ノ懲役ニ處シ某罪ハ若干ノ罰金ヲ科スト云フカ如ク各其罪ノ輕重ニ對比シテ刑罰ノ分量ヲ測定シタルモノニ似タリ然リ而ノ刑罰ノ分量ハ固ヨリ分釐毛絲ニ至ルマテ正確ニ之ヲ測定スルコト能ハサルハ論ヲ俟タスト雖モ猶ホ或ル程度ニ於テハ之ヲ量定スルコトヲ得ヘキヤ知ルヘキノミ其レ然リ人力ノ及フ所ニ於テ其分量ヲ定ムルニ如何ナル方法ヲ以テセハ其最モ宜キニ適スヘキヤハ須ラク吾人ノ研究ヲ試ムヘキ一大問題ナリトス

抑モ罪ノ輕重ニ從ヒ刑ノ分量其宜キニ適スルヲ要ストハ其意義如何蓋此問題ニ對シテハ三箇ノ答ヲ得ヘキナリ即チ其一ニ曰ク罪重ケレハ刑モ亦重カラサルヘカラス罪輕ケレハ刑モ亦輕カラサルヘカラス其二ニ曰ク某ハ斯々ノ罪ヲ犯シ斯々ノ刑ニ處セラレ其心身ニ斯々ノ苦痛ヲ感シタリトセハ之レト同罪ヲ犯シタル者モ亦均シク其刑ニ處セラレ其心身ニ亦同一ノ苦痛ヲ感セシメサルヘラカス其三ニ曰ク甲乙ノ犯罪共ニ同一ナリト雖モ其之ヲ犯スニ至リタル情狀ニ於テ甲ハ惡ムヘク乙ハ恕スヘキノ理由アルトキハ其刑ヲ適用スルニ當リ其惡

ムヘク恕スヘキノ情狀ヲ酌量シテ其刑ヲ科スルノ標準ニ由テ之ヲ量定セサルヘカラス蓋此三箇ノ者其全キヲ得テ始メテ刑罰ノ分量其程度ニ適合シタルモノト云フヲ得ヘキナリ然レ𪜈此三箇ノ者ハ既往現在共ニ宇內萬國何レノ處ニ於テモ未タ其完備ヲ得タルモノアルヲ聞カス恐ラクハ將來モ亦既往現在ニ顯ハレタルモノヽ外ニ出テサルヘシ是レ他ナシ罪科ノ輕重ト云ヒ心身ノ感覺ト云ヒ犯罪ノ情狀ト云ヒ一トシテ外部有形ノ實跡ニ徵シテ明確ナルモノアルニアラス皆是レ內部無形ノ間ニ經過スル現象ニシテ且ツ其現象タルヤ人每ニ相異ナリ豫メ概通ノ法則ヲ以テ之ヲ一定スルコト能ハサレナリ

故ニ何レノ邦國ニ於テモ法理ノ學益々精密ヲ致スニ拘ラス立法官ハ到底其完全ヲ得ルコト能ハサルモノト曉リ唯タ此三箇ノ者ニ勉メテ接近スルノ方法ヲ設定スルノ外他ニ策ナキモノトセリ而シテ其方法ノ標準ト爲ルヘキモノ三アリ即チ左ノ如シ

〔イ〕刑ノ輕重ハ罪ノ輕重ニ依ルヲ要ス　抑モ法理上刑ノ輕重ハ罪ノ輕重ニ從フヿヲ要スルモノハ何ソヤ他ナシ、重罪ヲ犯シタル者モ輕罪ヲ犯シタル者モ均シク同一ノ刑ニ處セラルヽモノトセハ寧ロ罪ヲ犯スニ至ラハ其重キモノヲ犯シテ多ク利益スルニ如カス假令ヒ事發露シテ刑ヲ受ルニ至ルモ罪ノ輕重ニ依リテ差別スルモノニアラストノ思想ハ自ラ惡漢兇豎ノ腦中ニ湧出スルニ至リ社會ノ危險云フヘカラサルニ陷ヒルヲ以テナリ之ニ反シテ犯罪ノ輕重僅カニ一髮ノ差アルモ隨テ又其處刑ニ差アラシメ髮一髮ヨリ輕キ罪ヲ犯スニ止マル者ハ他日發露シテ處刑ヲ受ルニ至リ其刑モ亦輕カルヘキモノト思考スルヲ以テ敢テ其惡ヲ果タスノ念慮ヲ生セサルニ至ルヘシ果シテ然ラハ假令罪ヲ犯スモ大罪ヲ犯ス者ハ自ラ減少シ其社會ニ利アルハ少小ナラ

サルヲ知ルヘキナリ且夫レ社會ノ利害得喪ニ關スル問題ハ姑ク措キ道德上ヨリ之ヲ論スルモ害惡ノ小ナルモノハ之ヲ罰スルノ方法モ亦輕カラサルヘカラス又其大ナルモノハ隨テ其刑モ亦重カラサルヘカラス元來社會ノ刑罰權ヲ行フヤ道德正義ノ許セル範圍內ニアラサレハ其必要ヲ名トシテ之ヲ行フコトヲ得サルハ當然ナルヲ以テ此道德正義ニ標準ヲ取ルモ亦刑ノ輕重ハ罪ノ輕重ニ適應セサルヘカラサルハ辨ヲ俟タサルナリ是レ此原則ノ立法上ニ存スル所以ナリ蓋シ世ノ古今ヲ問ハス國ノ東西ヲ別タス此原則ハ立法官ノ自然ニ感知シタルモノト云フヘシ何トナレハ罪ノ輕重ニ從ヒ刑ニ輕重ノ差アリシハ古今同一轍ニ出ルヲ以テナリ只其輕重ノ區別上ニ精粗ノ差アルノミ其性質ニ至テハ一ナリ故ニ今日立法官ノ注意シテ勗ムヘキ要點ハ其區別ヲシテ漸次粗ヨリ精ニ進マシムルニ在ルノミ豈他アランヤ

試ミニ問フ刑罰輕重ノ區別上ニ於テ古代ノ法律ニ存セシモノ粗ニシテ今日ノ法律ニ存スルモノ稍々其精ヲ致シタルモノハ何ソヤ曰ク他ナシ法律上此區別ヲ設定スルニ就キ古代ト今日トハ立法官ノ着目スル所自カラ相異ナル所アルヲ以テナリ古代ニ於テハ警察ノ方法未タ定マラス刑事訴訟ノ手續モ亦頗ル粗暴ヲ極メ只タ嚴刑酷罰ヲ行フヲ以テ犯罪豫防ノ良手段ト爲セシカ故ニ其罪重キニアラサルモ之ヲ罰スルニ死刑ヲ以テシ其重キヲ犯スニ及ンテハ刑モ亦重キヲ加ヘサルヘカラサルノ必要ヲ感シ是ニ於テ乎刎首、斬罪、梟首、磔刑火刑等ヲ行ヒ其最モ甚シキニ至リテハ車裂鋸挽ノ刑等ヲ採用スルニ至レリ而シテ其刑ヤ歸スル所ハ唯犯者ノ生命ヲ絕ツノ方法ヲ異ニスルニ過キスシテ其結果ハ皆生命ヲ褫フニ止マリ其實ハ重キヲ加フルモノニアラサルノ理ヲ知ラサリシナリ之ニ反シテ近代ハ罪ノ最モ重キモノハ何タルコ

トヲ豫想シテ先ツ之ヲ罰スヘキ重刑ヲ設定シ其罪狀ノ輕キニ隨テ刑例ヲ漸下シ勉メテ罪ト刑トノ分量ヲシテ適合セシムルニ留意セリ是ニ於テ或ル罪ノ一等輕キモノハ其刑モ亦一等輕カラシメ即チ罪ト刑トヲシテ稍〻其輕重ノ割合ヲ平衡ナラシムルコトヲ得タリ之ヲ古代ノ如ク輕罪ヲ罰スルニモ猶ホ嚴刑ヲ以テシ其重キヲ加フルニハ只タ刑罰執行ノ方法ノミヲ異ニシタルニ過キサルモノニ比スレハ其是非優劣ハ識者ヲ俟テ後チ知ラサルナリ是レ罪ト刑トノ輕重ノ割合古代ノ法律ニ組ニシテ近代ノ法律稍〻其精ヲ得タリト云フ所以ナリ然レ𪜈今日ノ方法ハ亦未タ精密ニシテ至レリ盡セリト云フヲ得ス予ヲ以テ之ヲ視ルモ其未タ至ラサル所盡サヽル所ノ點少シトセス而シテ其不充分ナル要點如何ハ後ニ至リ詳論スル所アルヘキナリ

[ロ]刑罰ハ勉メテ同等均一ナルヲ要ス　抑モ刑罰ノ同等均一トハ同種類ノ罪ヲ犯ス者ノ腦裏ニ同一ノ苦痛ヲ感セシメ其罰ニ不平不等ナカラシムルニ外ナラス予惟フニ此點ニ就テハ恐ラクハ死刑ヨリ同等均一ナルモノハアラサルヘシ何トナレハ滔々タル世人皆死ヲ避ケ生ヲ欲スルハ其常情ニシテ甲ノ絞罪ニ逢フノ苦痛ト乙ノ絞罪ニ逢フノ苦痛トハ殆ント徑庭スル所アラサレハナリ蓋或論者ハ死刑ノ死ハ一ナリト雖モ人ニハ老少貧富ノ差アルヲ以テ其感覺相異ナリ隨テ又其苦痛モ一樣ナラサルモノト推測シ予カ說ニ向テ攻擊ヲ試ムル者ナキニアラサルヘシト雖モ大体上ヨリ之ヲ論スレハ唯タ死刑ハ甲乙同一ノ苦痛ヲ感セシムルモノト推定シテ敢テ不可ナキヲ信スルナリ然レ𪜈死刑ハ唯タ此一點ニ因リ誠ニ同等均一ノ性質ヲ有セリト云フヲ以テ良刑ナリト斷了スルハ不可ナリ故ニ死刑ノ是非ニ關シテハ後ニ至リ詳論スル所アルヘシ而シテ此同等均一ノ性質ハ刑罰上最モ希望スヘ

キモノナリト雖モ充分ニ其目的ヲ達シ一毫ノ差違ナカラシムルハ蓋望ムヘクシテ立法官ノ能クセサル所ナリ之ヲ要スルニ立法官ハ唯タ犯罪人ノ身分如何ニ拘ラス又上下貴賤ノ區別ヲ論セス同等均一ノ刑罰ヲ科スルノ方法ヲ設定シ而シテ其各犯罪人ニ對シ之ヲ適用スルニ方リテ其心身ニ感スル苦痛ノ均一ヲ求ムルノ責務ヲ裁判官ニ一任スルノ外他ニ策アルヲ知ラサルナリ

〔ハ〕刑罰ハ勉メテ分割スヘキ性質タルヲ要ス　立法官タル者前項ノ旨意ヲ貫徹セシメントセハ須ラク左ノ標準ニ基カサル可ラス例ヘハ窃盗罪ヲ犯ス者ハ重禁錮タルヘシト雖モ何年以下ノ重禁錮トシテ其最長期ト最短期トヲ規定シ以テ裁判官ヲシテ犯罪ノ情狀ト犯人ノ感觸如何トヲ推測セシメ其苦痛ノ度如何ニ由テ最長期ト最短期トノ範圍内ニ於テ加減シ得ルノ餘地ヲ與ヘサルヘカラス若シ此標準ニ悖戻セハ到底罪ト刑トヲシテ其平衡ヲ得セシムルコト能ハサルモノト思考ス我現行法モ亦概シテ此旨意ヲ是認シタルモノヽ如ク然リ何トナレハ無期刑ヲ除クノ外、刑ハ何年以上何年以下何日以上何日以下ト制定シタレハナリ

然レトモ死刑ハ勿論其他無期刑ハ總テ分割スヘキ性質ニ背反スルモノト云ハサルヘカラス何トナレハ無期刑以上ハ實際分割スルコト能ハサルモノナレハナリ然ラハ則チ無期刑以上ハ分割スヘキ性質ニ背反スルヲ理由トシテ斷然之ヲ廢止スヘキモノト云フヲ得ヘキ乎曰ク然ラス其理何トナレハ無期刑以上ハ縱令ヒ分割スヘキ性質ニ背反スルモ前既ニ詳論シタルカ如ク他戒主義ニ關シテハ最良ノ効果ヲ奏スヘキモノナレハナリ然レトモ亦是レ立法官ノ力ハ未タ其全キヲ得サルノ一點ニシテ蓋立法官ノ責務ハ社會ノ爲メ最モ有利有益ナルモノヲ撰

擇スルヲ以テ其本分ト爲スニ止マルノミ

刑罰ハ勉メテ犯人ノ一身ニ止マラシムルヲ要ス

刑罰ハ犯者一人ニ止ラシムヘシトハ刑法上ノ一大原則ニシテ動カス。ヘカラサルハ論ヲ俟タスト雖モ奈何セン未タ充分ニ其目的ヲ達スルコト能ハサルヲ是レ立法官ノ勉メテ酷ヲ避ケサルノ致ス所ニアラス實ニ已ムヲ得サルモノアルカ如シ例ヘハ爰ニ一ノ犯罪者アラン乎此者ニ科スルニ禁錮以上ノ刑ヲ以テセハ其妻孥ハ爲メニ貧困ニ陷リ或ハ飢渴ニ迫マル者往々少カラサルカ如キ是レナリ此一例ニ由テ觀ルモ單ニ犯者一人ヲ罰シテ毫モ其影響ヲ他ニ及ホサシメサルカ如キハ吾人ノ固ヨリ希望スル所ナリト雖モ到底立法官ノ力ヲ以テ能クシ得ヘキモノニアラサルヲ知ルヘシ然レモ今日立法ノ學理漸ク進ムニ及ンテハ古代ノ如ク刑ヲ三族ニ及ホシ或ハ犯者ノ財産ヲ悉ク沒收スル

カ如キ苛酷ノ法律ハ勉メテ之ヲ避ケ犯者ノ財産ヲ沒收スルハ已ムヲ得サルノ物件ニ止マラシメサルヘカラス例ヘハ犯罪ニ使用シ又ハ犯罪ニ由テ得タル物件及ヒ禁制物ノ如キ是レナリ而シテ其旨意タル畢竟スルニ刑罰ヲシテ犯者一人ニ止マラシメント欲スルニ外ナラス彼ノ昔日犯罪者ノ全財産ヲ擧ケテ之ヲ官沒シ又ハ刑ヲ三族ニ及ホシタルカ如キハ刑ハ一人ニ止マルノ原則ニ悖戻スル最モ甚シキモノト云ハサルヘカラス

故ニ前例ニ示シタルカ如ク犯人ヲ罰シテ間接ニ犯人以外ニ波及スル所ノ結果ノ如キハ亦奈何トモスヘカラスト雖モ直接ニ刑ヲ犯人以外ニ及ホスカ如キハ立法官ノ謹ンテ避クヘキ所ナリ否ナ立法者ノ責務トシテ避ケサルヘカラス我現行法モ亦此旨意ニ基因シタルハ敢テ疑ヲ容レサルヘシト雖モ猶ホ未タ隔靴搔痒ノ憾アルモノナキニアラサ

ルカ如シ故ニ予ハ此點ニ就テモ亦論究スル所アルベキナリ

刑罰ハ勉メテ衆人ノ鑒戒ト爲ルヲ要ス

刑罰ハ衆人ノ鑒戒ト爲ルヲ要ストハ亦是レ刑法上ノ一大原則タリト雖モ之ヲ要スルニ一ノ犯人ヲ罰シテ他ノ公衆ヲ愼戒セシムルノ性質ヲ刑罰上ニ有セシムヘシト云フニ過キスシテ其旨意ハ嚮キニ他戒主義ヲ說明シタルトキニ於テ既ニ講述シタル所ニ異ナラス故ニ此ニ贅セス宜ク他戒主義ノ說明ヲ參觀シテ其旨意ノ存スル所ヲ知ルヘシ

刑罰ハ勉メテ犯者ヲ舊地位ニ復セシムヘキ性質ヲ有スルヲ要ス

吾人ノ權利ニ伸縮ノ關係ヲ生セシムルモノハ裁判官ナリ吾人ノ心身ニ直接ノ痛痒ヲ感セシムルモノモ亦裁判官ナリ故ニ裁判官ハ賢明ノ人タラシメサルヘカラス吾人實ニ裁判官其人ヲ得タルヲ信スヘシト雖モ亦是レ同シク一箇ノ人ノミ刑罰律令ノ制定如何ニ善良ナルモ刑事訴訟ノ手續如何ニ整備スルモ千差万別ノ罪狀ヲ審判スルニ於テ豈万一ノ過誤ナキヲ期スヘケンヤ而シテ其過誤ハ人民ノ權利ヲ屈縮セシメ之ヲ寃罪ノ中ニ投スルノ結果ヲ免レサルヲ以テ立法上之ヲ救濟スルノ方法ヲ設置セサルヘカラス其レ然リ既ニ裁判ニ失誤ナキヲ保シ難シ隨テ其結果ヲ寃罪ニ陷ラシムルノ憂ヒアリトセハ其裁判ハ之ヲ取消シ其刑罰ハ之ヲ除去シテ犯者ヲ處刑以前ノ地位ニ回復スルコトヲ得セシムヘキハ固ヨリ當然ナリトス故ニ刑罰ハ勉メテ犯者ヲ舊地位ニ復セシムルコトヲ得ヘキノ性質ヲ有セシムルハ最モ肝要ナリ然レトモ此性質モ亦到底立法官ノ力ヲ以テ能ク其完全ヲ得セシムヘキモノニアラス何トナレハ裁判ノ失誤他日ニ發覺シテ處刑者ニ將來身躰ノ自由ヲ得セシムヘキモ其間ニ受ケシメタル心身ノ苦痛ハ之ヲ償

刑罰ノ性質　刑罰ハ勉メテ衆人ノ鑒戒ト爲ルヲ要ス　刑罰ハ勉メテ犯者ヲ舊地位ニ復セシムヘキ性質ヲ有スルヲ要ス

フコト能ハス一時公衆ノ爲メニ彈指セラレタル汚名モ亦之ヲ回復スルコト能ハス又親族朋友ヲシテ爲メニ苦慮セシメタル實跡モ亦之ヲ消滅セシムルコト能ハサレハナリ之ヲ要スルニ既往ニ屬スルモノハ總テ之ヲ回復スルコト能ハスシテ只其回復スルコトヲ得ヘキハ將來ニ屬スルモノヽミ蓋近代ノ法律ニ於テ犯者ノ鼻ヲ剔リ耳ヲ刖リ又ハ黥スル等ノ刑ヲ廢シタルモノハ他ナシ是等ノ刑ハ一タヒ之ヲ科スレハ復タ取消スコト能ハスシテ即チ回復シ得ヘキノ性質ニ悖戻スルヲ以テナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ今日モ猶ホ存スル死刑ノ如キハ前陳ノ性質ニ反スル最モ甚シキモノト云ハサルヘカラス何トナレハ死刑ハ一タヒ之ヲ執行シテ既ニ犯人ノ生命ヲ絶ツニ及ンテハ假令ヒ後日ニ至リ其裁判ニ失誤アルコトヲ發見スルモ其處刑ヲ取消シテ犯人ヲ甦生セシムルコト能ハサレハナリ我刑法ニ於テ死刑ハ司法大臣ノ命令ヲ待チ其認許ヲ得テ始メテ之ヲ執行スヘキモノト制定シタルハ蓋シ此ニ反省スル所アルヲ以テナリ而シテ其取消スコトヲ得ヘキ刑罰ニ就キ法律上之ヲ取消スノ方法トシテ設定スルモノハ再審ノ訴ヲ以テ其第一トシ其他大赦特赦等其由來スル所ノ趣旨ヲ異ニスト雖モ亦幾分カ回復主義ヲ包含スルモノト看做シテ可ナリ尚ホ是等ノ問題ニ關スルノ法理ハ其法定ノ下ニ讓リ更ニ之ヲ細說スヘキナリ

犯罪

犯罪ノ定義

刑法ノ要綱ニ關スル理論ハ既ニ之ヲ講シテ殆ント餘蘊ナカラシメタリ是レヨリ進ンテ我現行刑法ノ法文ニ入ルヘキノ順序ナリト雖モ其成文法ヲ講スルノ前犯罪ノ定義ト民法上ノ犯罪ト刑法上ノ犯罪トノ區別及ヒ犯罪ノ種類ヲ說明スルハ亦甚タ必要ナリトス何トナレハ刑

罰ノ實施ハ犯罪ノ發生ニ基クモノナレハナリ然レ𪜈犯罪ノ種類ハ法例ノ下ニ於テ講述スヘキヲ以テ之ヲ後段ニ讓リ爰ニハ犯罪ノ定義ト民法上ノ犯罪ト刑法上ノ犯罪トノ二者ヲ講述シ以テ讀者ノ參覲ニ供スヘキナリ

所謂犯罪ナル法語ハ之ヲ廣大ナル意味ニ解釋スレハ止タニ法律ノ罰スル行爲ヲ云フノミナラス凡百ノ非行ヲ指スモノト云ハサルヘカラス即チ某ハ法律ノ罪人タルノミナラス尙ホ德義上ノ罪人ナリト云フカ如キ是レナリ民法上ニ於テ惡意ヲ以テ損害ヲ他人ニ及ホスノ行爲ヲ指シテ犯罪ト稱スルモ亦此類ニ屬セリ之ニ反シテ刑法ノ部內ニ於ケル犯罪ハ特リ法律ヲ以テ社會ノ爲メニ刑罰ヲ加フルノ行爲ニ限ルモノトス而シテ犯罪ノ何者タルハ文字上ノ區別ニ拘泥セス犯罪其者ヲ構造スル無形ノ元素ニ進入シテ其如何ヲ研究スルトキハ吾人ハ法理ト實際トノ間ニ顯著ナル差違アルヲ發見スルニ至ルヘシ彼ノ法理ナルモノハ既定ノ法律ニ關セスシテ犯罪ノ何タルヲ探究スルカ故ニ犯罪トハ啻ニ義務ニ背キ權利ヲ害スルノ所爲ト云フノミヲ以テ足レリトセス必スヤ絕對ノ條理ニ反シ且ツ社會ノ利益ヲ害スルノ所爲即チ之ヲ換言スレハ背德加害ノ所爲ニ成立スルモノト云ハサルヘカラス而シテ此二箇ノ元素成立シテ爰ニ始メテ社會ハ之ヲ罰スルノ權ヲ生スルモノトス

然レ𪜈吾人ハ最早純然タル法理其者ノ支配スル所ノ社會ニ生活スル者ニアラス吾人ハ刑法ニ關シテハ既ニ既定ノ法律ノ支配ヲ受クヘキノ地位ニ達セリ故ニ實際上ヨリ犯罪ノ何タルヲ探究スルトキハ單ニ背德加害ノ所爲ヲ以テ犯罪ナリト論決スルコトヲ得ス尙ホ其所爲タルヤ豫メ法律ノ成文ヲ以テ罰スヘキモノナルコトヲ公告シタル時ニ

アラサレハ犯罪ト爲スヲ得サルナリ是レ我刑法第二條ニ於テ認知シタル原則ナリ即チ法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得スト規定スルモノ是レナリ其レ然リ而シテ斯ノ如キ原則ヲ各國ノ法律上ニ於テ認許スルニ至リタルモノハ何ソヤ今其理由トシテ論者ノ說ク所一ニシテ足ラスト雖モ中ニ就テ最モ確實ノ理由ト爲スヘキモノハ左ノ一言ニ外ナラス

若シ法律ニ明文ナキ所爲ニシテ裁判官ノ罰スル所ト爲リ又ハ新法ノ制裁スル所ト爲ラハ公衆ニ權利ノ安全行爲ノ自由ヲ得セシムルカ爲メニスル法律及ヒ裁判ハ却テ人民ノ頭上ニ戴ク心痛不斷ノ凶具ト爲リ毫モ公衆ニ安寧ヲ得セシメサルニ至ルヘシ是レ法律ヲ以テ豫告セサル行爲ニ就テハ人民ハ完全ノ自由ヲ有スルモノト定メタル所以ナリ

此一言ハ前述ノ原則ノ說明トシテ最モ勢力ヲ有スル理由ノ一タルハ疑ヒヲ容レスト雖モ尙ホ之ニ一ノ他ノ理由ヲ附加スルコトヲ得ヘシ即チ左ノ如シ

社會ハ刑罰權ヲ實行スルニ方リ全ク純理的ノ關係ヲ有スルニ止マルモノニアラス社會ハ常ニ犯罪ノ爲メ被害者タル地位ニ在リテ刑罰權ヲ施行スルモノナルカ故ニ其施行上同時ニ原告人タリ又裁判官タルノ職分ヲ有スルモノトス是レ社會ノ刑罰權ノ施行上免ル能ハサル一箇ノ瑕瑾ニシテ唯タ社會構成ノ機關ヲ以テ可成的之ヲ減殺スルコトヲ勗ムヘキノミ而シテ結局此瑕瑾ハ人力ヲ以テ能ク除去スルコト能ハサルモノナルカ故ニ豫メ法律ヲ以テ其罰スヘキノ所爲ノ何タルヲ定置スルハ亦右ノ瑕瑾ヲ減殺スルノ一手段ニ屬ス果シテ斯ノ如クセハ犯罪ノ當時ノ感覺如何ニ因リテ責罰ヲ隨意ニ

伸縮スルコト能ハサレハナリ

是ニ由テ之ヲ觀レハ實際上犯罪トハ既定ノ法律ヲ以テ罰スル所ノ所爲ヲ云フニ外ナラス而シテ法律トハ何ソヤ立法權ニ出テタル規定即チ是レナリ實ニ刑罰ハ社會ノ權利上最モ重キニ居ルモノナルヲ以テ之ヲ科スルノ行爲如何ヲ定ムルノ任ヲ行政權ニ委付スヘキモノニアラス又法律ト云ヘハ其何タルヲ問ハス皆必ス立法權ヨリ出ツルヲ要スルノ理由ハ亦猶ホ刑罰ハ法律ノ豫告シタル所爲ニ對スルニアラサレハ之ヲ及ホスコトヲ許サヽルノ理由ト一般ナルヲ知ルヘシ何トナレハ若シ刑罰規定ノ權ヲシテ行政權ニ放任セン乎行政權ハ其施行ノ便宜ニ從ヒテ刑罰ヲ規定スルニ至ルヘクシテ行政權ノ施行ニ其程限ナク濫用百出以テ人民ノ自由ヲ害スルコト甚シキニ至ルノ危險ヲ免カレサレハナリ故ニ行政ノ機關ハ如何ニ構成スルト刑罰ノ輕重ハ如何ナル性質ニ基クトヲ問ハス既ニ刑罰ト云ヘハ其何タルニ拘ラス之ヲ規定スルノ權ハ實際上毫モ行政ノ施行如何ト吾人ノ行爲如何トニ何等ノ利害ノ關係ヲモ有セサル立法權ニ屬セシメサルヘカラス是レ他ナシ事ノ何タルヲ問ハス瑣末モ利害ノ關係ヲ有セサルモノニシテ始メテ公平無私ノ判斷ヲ爲スコトヲ得ヘキハ一般人間ノ常情ナレハナリ

然レトモ社會人民ノ行爲ニシテ其細大ノ別ヲ問ハス刑罰ノ制裁ヲ以テ矯正スヘキモノハ千種万樣ニシテ立法官ノ豫想ヲ以テ悉ク之ヲ規定セント欲スルモ力及ハサル場合アルコトヲ認知セサルヘカラス而シテ其力ノ及ハサル所ハ之ヲ行政權ニ委ヌルヲ以テ頗ル時ノ需要ニ滿足ヲ與フルノ場合アリトス何トナレハ行政權ハ其各部門ニ於テ時ノ需要ニ接着スルヲ以テ社會ノ安寧秩序ヲ維持スルカ爲メ或ハ罰スヘ

ク或ハ恕スヘキモノ行爲如何ハ其常ニ執ル所ノ實務ニ參照シテ之ヲ觀察スルノ材料ニ富ミ最モ適當ノ地位ニ居ル者ナレハナリ然レ𪜈斯ノ如ク一方ニハ刑罰ハ立法權ノ規定ニ出ツルヲ望ミ他ノ一方ニハ行政權ノ施行ニ屬セシメテ其便益ヲ期スルニハ之ヲ如何ニ調和セハ以テ其宜キニ適ストスルヤ此調和方法ハ他ナシ立法權ノ一分ヲ行政權ニ委託スルニ在リ即チ一箇ノ法律ニシテ其適用上緻密ノ規定ヲ要スルモノハ其規定ヲ行政權ニ委託シ又或ハ豫メ法律ヲ以テ其事項ニ關スルノ規定ヲ行政權ニ委任スルノ方法是ナリ然レ𪜈行政權カ受託權內ニ於テ定ムル所ノ規則ヲ犯シタル者ニ對スル制裁即チ刑罰ハ之ヲ行政權ニ委託スヘキモノニアラス何トナレハ若シ刑罰實施ノ權ヲ行政權ニ屬セシメハ行政權ハ遂ニ刑罰權ヲ籍リテ專橫ヲ恣マニスルノ危險ナキヲ保セサレハナリ之ヲ要スルニ行政上必要ノ處分ニ屬スル規定ハ立法官ト雖𪜈一々ニ之ヲ知ルハ亦容易ニアラサルヲ以テ之ヲ規定スルノ勞ヲ行政官ニ委ネ立法官ハ其制裁タル刑罰ノミヲ規定スルカ如キ是レナリ果シテ斯ノ如クセハ一方ニハ行政上必要ノ處分ヲ行フノ自由ヲ與ヘ他ノ一方ニハ行政權ノ濫用ヲ防遏スルコトヲ得ヘキナリ即チ本刑法第四百三十條ニ於テ地方ノ便宜上違警罪ヲ定ムルノ權ヲ地方官ニ委ヲ而シテ其刑罰ハ刑法ノ定ムル所ニ從フヘシト制定シタルハ前陳ノ理由ニ外ナラス

行政權ノ執行上ニ必要ヲ感スル細密ノ規定ハ之ヲ行政權其者ニ委託スルヲ以テ便宜トスルノ理由ハ既ニ說明セリ然レ𪜈行政權ノ規定ニシテ刑罰ノ制裁ヲ以テ其遵守ヲ確保セラルヽカ爲メニハ左ノ條件ノ具備ヲ要セサルヘカラス

第一　其規定シタル事項ハ法律ノ明文ヲ以テ行政權ニ委ネタルヲ

要ス

第二　其規定ノ違反者ヲ罰スヘキ制裁ハ等シク法律ノ明文中ニ存スルヲ要ス

行政權ノ規定シタル事項ハ此二條件ノ具備ヲ要スルヲ以テ若シ法律ノ明文ニ因ル立法權ノ委託ニ出テサルトキハ其規定ハ全ク無効ニ屬スルモノトス且ツ立法權ノ委託ニ屬スル規定ト雖モ其違犯者ヲ罰スヘキ制裁ニシテ法律ノ明文中ニ存セサルトキハ其規定ハ僅カニ注意ヲ命スルノ効力ヲ有スルニ止マリ殆ント徒法ニ屬スヘシ而シテ前陳ノ要旨ハ之ヲ略言スレハ行政上必要ノ處分ヲ規定スルノ權限ヲ行政權ニ委ヌルハ可ナリト雖モ其違犯者ヲ罰スヘキノ刑法ヲ規定スルノ權限ハ之ヲ行政權ニ委ヌヘカラスト云フノ意タルニ過キス若シ此二箇ノ權限ヲ併セテ行政權ニ委ヌルアラハ爰ニ始メテ行政權ト立法權トノ混淆ヲ生シ隨テ又行政權ハ其委託セラレタル立法權ヲ濫用シ或ハ行政ノ必要外ニ出テヽ刑罰ヲ私スルノ弊害ヲ生スルナキヲ保スヘカラス故ニ立法權ハ假令ヒ如何ナル必要アルモ之ヲ行政權ニ委ヌヘキモノニアラサルナリ

予ハ犯罪ノ何者タルヲ解說シテ遂ニ行政權ノ規定ヲ以テ或ル種ノ犯罪ヲ定ムルコトヲ得ルノ點ニ論及セリ乃チ知ルヘシ既ニ犯罪ト云ヘハ立法權其者ノ規定スル所ニ係ルト行政權カ委託ヲ受ケタル權限內ニ於テ規定シタルモノニ係ルトヲ問ハス法律又ハ行政規則ヲ以テ豫告シタルノ所爲又ハ欠爲ニアラサレハ犯罪タラサルコト明瞭ナルヲ然レトモ此原則ハ特ニ刑法上ノ犯罪ニ適用スヘキモノニシテ民法上ノ犯罪ハ法律規則ノ豫告ヲ俟テ後ヲ成立スルモノニアラス故ニ如何ナル所爲ハ單ニ民法上ノ犯罪ト爲ルヘキヤ又如何ナル所爲ハ民法上ノ

犯罪ニ止マラス施テ刑法上ノ犯罪ト爲ルヘキヤハ立法官ノ最モ苦心ヲ要スルノ問題タリ故ニ予ハ犯罪ノ定義ニ次キ民法上ノ犯罪ト刑法上ノ犯罪トノ限界如何ヲ講究セント欲スルナリ

民法ト刑法トノ限界

凡ソ犯罪トシテ社會ノ刑罰ニ問フヘキ所爲又ハ欠爲ハ啻ニ其所爲又ハ欠爲カ道德ニ背クノミナラス尚ホ且ツ社會ノ安寧秩序ヲ害シ刑罰ニ問ハサレハ其安寧秩序ヲ保維スルコト能ハサルノ危險アルヲ要ストハ刑法ヲ以テ罰スヘキ所爲又ハ欠爲ノ何タルヲ研究スルノ點ニ於テ常ニ起ル所ノ問題トス而シテ云々ノ所爲又ハ欠爲ハ果シテ刑法ニ於テ罰スヘキモノナルヤ否ヤハ其所爲又ハ欠爲ノ害シタル被害者ノ權利ノ何タルト其害ノ輕重如何トニ就キ詳カニ之ヲ觀察スルニアラサレハ論決スルコト能ハサルノミナラス是等ハ立法ノ問題上最モ重要ノモノニ屬ス然レトモ今萬般ノ所爲又ハ欠爲ニ就キ一々其觀察ヲ下スハ容易ノ事ニアラス且予カ此講義ヲナスハ現行刑法ノ要義ヲ說明スルニ止マリ新ニ刑法ヲ制定スルノ目的ニ出ツルニアラス故ニ予ハ所爲又ハ欠爲ノ大體ニ就キ刑法ノ問フヘキモノト單ニ民法ノ問フヘキモノトノ限界ヲ示スヲ以テ足レリトスヘシ

抑モ社會ハ百般ノ權利ニ對シテ擔保者ノ地位ニ立ツモノナリ故ニ苟クモ權利タレハ其公權ト私權トノ別ヲ問ハス等シク之ヲ擔保セサルヘカラス是ヲ以テ社會ニ於ケル諸般ノ構成ハ皆此權利ヲ保護スルヲ目的トシテ設ケサルモノナシ中ニ就テ社會カ司法權ニ託スルノ方法ハ左ノ三箇ニ在リトス

第一　司法權ノ命令ヲ以テ强ヒテ權利ノ要求スル所ノモノヲ履行セシムルノ方法但シ此方法ハ實際其要求スル所ノモノヲ履行セ

シムルコトヲ得ル場合ニ限リ適用ス

第二　權利ノ要求スル所ノモノヲ履行セシムルカ爲メニ生シタル損害ヲ賠償セシムルノ方法

第三　權利ノ要求スル所ノモノヲ履行セサルニ因リ刑罰ヲ科スルノ方法

斯ノ如ク司法權ノ職分ヲ區分セハ讀者ハ直チニ知了セラルヘシ第一及ヒ第二ノ方法ハ單ニ民法上ノ犯罪ニ適用スルモノニシテ特リ第三ノ方法ハ刑法上ノ犯罪ニ適用スルモノナルヲ而シテ此ノ區別ニ關シ如何ナル場合ニ於テ第一及ヒ第二ノ方法ヲ適用セハ以テ社會ハ權利ノ擔保者タルノ責任ヲ全フスルニ足ルヘキヤ又如何ナル場合ニ於テ第三ノ方法ノ適用ヲ要スルヤノ問題ハ最モ重要ニシテ之ヲ考究スルニアラサレハ未タ以テ司法職分ノ區別ヲ明カナラシムルニ足ラス今此區別ヲ明カニスルハ即チ社會刑罰權ノ關係スル所ハ果シテ如何ナル點ニ達スヘキヤノ論點ニシテ學術上最モ困難ニ屬スルノ問題ナリトス蓋詳カニ之ヲ論究セントセハ害セラレタル權利ノ各種ニ就テ之ヲ分析セサルヘカラス而シテ此問題ハ各人ノ私權ヲ害シタル場合ニ於テ之ヲ研究スルコト最モ肝要タリ何トナレハ刑罰ハ社會ノ權利ニシテ各人ノ爲メニ設ケタルモノニアラスト雖モ時トシテハ主トシテ私權ヲ害シタルニ因テ刑罰ヲ科スルノ場合アリ故ニ其間私權ヲ害シタル所爲又ハ欠爲ニシテ刑法ノ問フヘキモノト問フヘカラサルモノトノ區別自カラ存スルアレハナリ

前陳ノ如ク强要ノ履行ト損害ノ賠償トハ民事ニ屬スル司法權ノ職分ヲ組成シ特リ刑罰ハ刑事ニ屬スル司法權ヲ組成スルハ明カナリ然ラハ之ヲ區別スルノ限界果シテ如何此民法ト刑法トノ間ニ存スル所ノ

限界ハ古來學者ノ最モ研究ヲ要スル所ニシテ即チバングーム氏ハ刑法ト民法トノ關係ヲ論シテ曰ク權利及ヒ義務ヲ創設スルハ即チ犯罪ヲ創設スルナリ民法ノ各章ハ一トシテ刑法ニ關係ヲ及ホサヽルモノナシト氏ノ論旨ヲ解説スレハ民法ノ問フ所ハ總テ刑法ノ問フ所ト爲ラサルナク刑法ノ問フ所ハ又總テ民法ノ問フ所ト爲ラサルコトナシト云フニ外ナラス要スルニ氏ハ民法ト刑法トヲ同視混淆シタルモノヽ如シ何トナレハ氏ノ説ク所ノ如キハ毫モ民法ト刑法トノ間ニ限界ナキニ歸着スレハナリ故ニ氏ノ説ハ取ルニ足ラサルコト多辯ヲ要セスシテ明カナリ此問題ニ關シテハ諸多ノ學者ノ所説ヲ一々引用スルノ心要ナク刑法ト民法トヲ區別スル主要ノ限界ハ唯タ左ノ一言ヲ以テ足レリトスヘシ

總テ各人ノ權利ヲ害スルノ所爲又ハ欠爲ハ各人ノ注意及ヒ權能ヲ用ヒテ正當ニ豫防スルコトヲ得サルニアラス而シテ何ヲカ注意權能ト謂フヤ各人其業務ヲ執ルニ際シ愼重留意シテ其動作ヲ愼マハ以テ其損害ヲ避ケ能ク自己ノ權利ヲ保全スルコトヲ得ヘキナリ然ルニ其留意ヲ怠リ事ヲ等閑ニ附シタル者ハ即チ注意權能ヲ用ヒサリシ者ト云ハサルヘカラス而シテ此注意權能ヲ用ヒサリシカ爲メ其權利ヲ害サレタルトキハ司法權ノ職分ハ單ニ其權利ノ要求スル所ヲ履行セシムルニ於テ强要シ若クハ之ヲ履行セサルカ爲メニ生シタル損害ヲ賠償セシムルニ止マルヘシ語ヲ換ヘテ之ヲ云ヘハ斯ノ如キ場合ハ純然タル民法ノ問フ所ニ過キサルモノトス何トナレハ民法ノ關係ハ私權ニ滿足ヲ與フルヲ以テ足レリトスレハナリ實ニ各人ノ行爲上自カラ其權利ヲ保全スルコトヲ得ハ他ニ社會ノ助力ヲ仰クノ權利ナキハ普通ノ條理ナリ其行爲ニ注意セサリシカ爲

メニ損害ヲ被フルトキハ社會ハ之ヲ賠償セシムルノ助力ヲ與フルヲ以テ充分ニ擔保ノ責務ヲ盡シタルモノト云フヘシ又豈他ヲ望マンヤ

各人ノ所爲又ハ欠爲ニシテ啻ニ吾人ノ私權ヲ害スルノミナラス或ハ社會ノ保護手段ヲ侮辱シ或ハ安寧秩序ヲ妨害シ以テ社會ノ公權ヲ害スルモノアリ吾人ハ此ノ如キ行爲又ハ欠爲ニ遭遇スルヤ吾人一己ノ注意權能ヲ以テ之ニ當ルヿ能ハサルニ至ラン此場合ニ於テハ社會協同ノ公力ニ保護ヲ仰クノ外他ニ策ナカルヘシ而メ社會モ亦是ニ於テハ只纔カニ私權ノ要求スル所ノモノヲ強テ履行セシムルカ爲メニ關渉スルノミヲ以テ足レリトスヘカラス尚ホ其侮辱セラレタル保護手段ヲ維持シ其妨害セラレタル安寧秩序ヲ回復シ以テ社會人民ノ安堵ヲ將來ニ確保スルノ方法ヲ取ラサルヘカラス而シテ其方法トハ何ソヤ曰ク他ナシ刑罰ヲ加ヘテ其罪ヲ懲ラシ他ヲ戒ムルニ在リ之ヲ要スルニ各人ノ所爲又ハ欠爲ニシテ同時ニ私權ト公權トヲ害シ或ハ公權ノミヲ害スルモノアラン乎其所爲欠爲ハ則チ刑法ノ問フ所トス

爰ニ二三ノ事例ヲ擧ケ以テ右ノ區別ヲ明瞭ナラシムヘシ甲ハ乙ニ一箇ノ物ヲ賣リ或ハ之ヲ買ヒ或ハ金錢ヲ貸與シ或ハ其他種々ノ契約ヲ爲シ而メ乙ハ甲ニ對スル義務ヲ履行セサリシトセン乎甲ハ一己ノ權能ヲ以テ其權利ヲ保全スルコト敢テ難キニアラサルヘシ即チ甲ハ乙ノ性質、品行、技能及ヒ資力ヲ調査スルノ勞ヲ取ラハ蓋シ損害ヲ受ルコトナカルヘシ然ルニ甲ハ結約ノ後チニ至リ違約サレタルカ爲メ其心算ヲ誤リ損害ヲ被フルハ其調査ヲ怠リタル不注意ノ結果ニシテ即チ自ラ招ク所ノ業ナリ決シテ社會ノ保護到ラサルカ爲メニ來ス所ノ損害ニアラス又假令ヒ乙ハ甲ニ對シテ其義務ヲ善意ニ履行セサルモ甲

ハ其權利ヲ證明スル手段ヲ有スルアラハ其訴權ヲ利用シ乙ヲシテ强ヒテ其義務ヲ履行セシメ以テ其權利ヲ保全スルコトヲ得ヘキナリ果シテ然ラハ又何ソ刑罰ヲ用ヰルヲ要センヤ故ニ斯ノ如キノ關係ハ全ク民法ノ問題ニ屬スルコト毫モ疑ヒヲ容レサルナリ若シ之ニ反シ乙ハ或ハ暴行或ハ詐僞ノ手段ヲ以テ甲ノ權利ヲ害スルコトアラン乎甲ハ自己ノ注意ノミヲ以テ能ク其損害ヲ避ケ得ヘキニアラス若シ又曾ニ暴行詐僞ヲ用ユルノミナラス窃取若クハ强奪若クハ誣告等ノ手段ヲ以テ甲ノ財産ヲ奪ヒ或ハ其名譽ヲ害スルアラハ甲ハ亦是レ自己ノ注意ヲ以テ之ヲ豫防スルコト能ハサルヘシ是等ノ場合ニ於テハ最早私權ノ問題ヲ脫シテ公權ノ問題ニ屬スルモノトス之ヲ換言スレハ是等不正ノ行爲ヲ處分スルハ民法ノ支配スル所ニアラスシテ刑法ノ支配ニ屬スルモノトス斯ノ如ク論シ來レハ刑法ノ罰スル犯罪ハ如何ナル所爲又ハ欠爲ニ關スルコトヲ要スルヤハ讀者ノ了知セラルヽ所ナルヲ信ス

刑法區域

刑法管轄ノ區域

凡ソ法律ハ其何タルヲ問ハス皆必ス其管轄スル所ノ區域アラサルハナシ而シテ其區域トハ何ソヤ他ナシ一般人民ヲ通シテ支配スルト或ル局部ノ人民ヲ支配スルトノ區別是レナリ即チ特別法タル煙草及ヒ賣藥印紙貼用法ノ如キハ其管轄區域甚タ狹隘ニシテ單ニ其營業者間ヲ限ルニ過キス同シク印紙貼用法タル郵便規則又ハ訴訟用印紙規則ノ如キハ一般人民ヲ通シテ之ニ從ハシメ其管轄區域ハ甚タ廣大ナリトス又商法ノ如キハ重要法律タリト雖モ其管轄區域ハ商業者間ニ止マリ之ヲ農業人工業人等ニ及ホサス獨リ一般人民ヲ通シテ悉ク遵守

セシムル所ノモノハ直接密着ノ關係ヲ有スルハ憲法ヲ第一トシ民刑訴訟法、民法及ヒ刑法是レナリ而シテ其管轄區域ノ最モ廣大ナルモノハ刑法ナリト雖モ亦此刑法モ劃然タル區別ノ存スルアリテ其權力ヲ及ホスコトヲ得サル所アリ故ニ刑法ヲ研究スル者ニシテ其管轄區域ノ存スル所ヲ知ルハ亦甚タ必要ナリトス是レ予カ本法成文ノ講義ニ入ルノ前其區域ニ關シテ一言スル所以ナリ

抑モ刑法ハ如何ナル法律ナルヤト問ハヽ、何人モ犯罪者ニ對シテ刑罰ヲ科スルノ法律ナリト答フルニ躊躇セサルヘシ其レ然リ刑法ハ全ク犯罪ヲ罰スルカ爲メニ設クル所ノ法律ナルヲ以テ其國籍ニ在ル者ハ何人ト雖モ犯罪ノ所爲アルトキハ此法律ノ問フ所ト爲ラサルヲ得ス其處罰ニ就テハ不論罪ノ特別規定アリト雖モ苟クモ正邪曲直ヲ識別スルノ智能ヲ有スル者ニシテ犯罪ノ所爲アラハ刑法ハ決シテ寛假セス必ス之ヲ罰スヘキナリ是レ他ナシ刑法ハ必罰ヲ以テ其本分ト爲スノ法律ナレハナリ然レ𪜈内外ノ公法上ニ於テ例外ニ屬スルモノアリ殊ニ内部ノ公法タル刑法ニ於テハ立法官タル者其國体如何ニ基因シテ之ヲ制定セサルヘカラス何トナレハ共和國ノ刑法ハ斷々乎トシテ之ヲ立君國ニ行フヘキモノニアラサレハナリ何ソヤ曰ク刑法ハ内部ノ公法ナリト雖モ立君國ハ其君主ニ對シテ法律ノ責任ヲ及ホササルモノ是レナリ矧ンヤ我帝國ノ如キハ最モ皇室ノ尊嚴ヲ保全スルカ爲メ至重ノ注意ヲ要スルニ於テオヤ蓋國君ハ一天萬乘ノ尊嚴ヲ有シ社會人民ノ上ニ位シテ億兆ノ蒼生ヲ統御スル至尊ナリ此至尊ニ對シ豈ニ法律ノ責任ヲ及ホスヘキモノナランヤ然ルニ歐洲諸邦ノ刑法ハ古代野蠻ノ惡慣習ニ由來シタルヲ以テ其法律上人民ヲ統御スルノ主權ハ天神ニ在リテ存ストシ君主ト雖モ其隷屬タラサルヲ得サルモノト

シ內部ノ公法ヲシテ其責任ヲ君主ニ及ホサシメタルモノアリ英佛二國ノ嘗テ王室ニ至大ノ侮辱ヲ加ヘタルカ如キハ即チ法律ノ責任ヲ國君ニ及ホシタルモノト云ハサルヲ得ス獨リ我帝國ハ古來臣民タル者ノ忠君ノ大義ニ厚ク權威最モ熾ンナリシ藤原氏ノ手ニ成レル大寶律令ト雖モ皇室ノ尊嚴ヲ保全スルニ於テ最モ勉メタリ矧ンヤ爾後ニ成レル法律ニ於テオヤ其レ此ノ如ク國君ハ既往將來內部ノ公法ニ於テ責任ナキモノトスル即チ是レ內部ノ公法ニ於ケル例外ナリトス

刑法ノ責任ニ於テ又一ノ例外アリ外國ニ駐在スル公使ハ其駐在國ノ法律ニ對シテ責任ヲ負ハサルコト是レナリ蓋理論上ヨリ視レハ公使ト雖モ駐在スルノ間ハ其駐在國ノ法律ニ服從シテ可ナルカ如シト雖モ此ハ外部ノ公法タル萬國公法ノ關係ヨリ其駐在國ノ法律ニ從フノ義務ナキモノトセリ而シテ此無責任ニ就テハ古來ノ學說甚タ多シ其最モ正理ニ適スルモノトスル學說ニ曰ク公使ハ一國ノ主權者ヲ代表スル者ナリ即チ君主國ノ公使ハ其君主ヲ代表シ共和國ノ公使ハ其大統領ヲ代表スルモノナリ蓋一國ノ主權者ハ何レノ國ニ往クモ治外法權ヲ有スルハ當然ニシテ假令例ヒ外國ノ地ヲ蹈ムモ猶ホ本國ノ地ニ在ルト同一タラシメサルヘカラス古代ノ公使ハ自國ノ土塊ヲ齎ラシ去テ駐在國ノ駐在所ニ散布シタルノ例アリ是レ自國ノ地ニ在ルト同一ナルノ意ヲ表シタルモノナリ其治外法權ヲ有スルハ明カニシテ今日ト雖モ爭フヘカラサルナリト然レ𪜈此說タル未タ以テ治外法權ヲ有スル正當ノ理由ト爲スニ足ラス何トナレハ前說ノ如キハ治外法權ヲ維特スルカ爲メニ設クル所ノ一辭柄タルニ過キスシテ自國ト外國ノ區別ハ公使ト雖モ之ヲ滅却セシムルヿヲ得サレハナリ此說ノ薄弱ナルハ論者ノ喋々スル國事犯人逃走ノ一事ヲ以テスルモ忽チニ破却

セラルヘシ國事犯人其國ヲ脱シ自己ト政治上ノ主義ヲ同フスル國ニ逃ルヽトキハ其政府ハ之ヲ保護シテ本國ヨリ本人引渡ヲ要求スルモ之ニ應セサルハ歐洲諸邦ノ間ニ存スル交際上ノ特例ナリ此特例ヲ理由トシ若シ公使ノ駐在國ニ於ケル國事犯人カ脱シテ公使館内ニ入ルトキハ假令其國ノ政府ヨリ犯人引渡ヲ要求セラルヽモ能ク之ヲ拒絶スルコトヲ得ヘシトスル乎否ナ決シテ能ハサルナリ若シモ强ヒテ之ヲ拒絶セハ其駐在國ノ政府ハ之ヲ不當トシ公使ノ本國政府ニ向テ公使ノ交迭ヲ要求スヘキハ必然ナリ果シテ然ラハ公使ノ駐在所ハ同ク是レ外國ノ地タルヿ明カニシテ決シテ自國ニ在ルト同一タルヿヲ得サルハ論ヲ俟タサルナリ故ニ公使ニシテ其駐在國ノ法律ニ對シテ責任ナキハ前説ノ如キモノニ理由スルニアラス止タ國ト國トノ交際上ニ於テ相互ニ其國權ヲ保全セシムルカ爲メ特ニ治外法權ヲ有セシメタルニ過キサルヘシ何トナレハ公使ハ一國主權者ノ代表者タルニ拘ラス若シ其駐在國ノ法律ニ從ハシメハ其本國ノ權利ヲ屈縮セシメラルヽニ均シキヲ以テ一國ノ躰面上ニ影響ヲ及ホセハナリ尚ホ之ヲ推論セハ交際上ノ便宜タルニ過キスシテ他ニ理由ノ存スルニアラス

論者曰ク我刑法モ亦前二箇ノモノヲ以テ例外ト爲スハ當然タリ然レ𪜈其内外人ノ別ヲ問ハス其現在セル國ノ法律ニ從ハサルヘカラサルハ勿論タリ然ルニ我刑法ニ於テ一モ外國人ニ關スルノ規定ナキハ抑モ是レ何ノ故ソヤ蓋我國ニ居留スル外國人ハ獨リ公使ノミナラス奴僕ノ輩ト雖モ尚且ツ治外法權ヲ有スルヲ以テ刑法上外國人ニ關スル規定ヲ設クルノ必要ナシトスル乎是レ誤見ノ甚シキモノト云フヘシ即チ求メテ自國ヲ劣等ノ地位ニ置カシメントスル愛國心ナキ者ノ言ト云ハサルヘカラス公使以外ニ治外法權ヲ有セシムルハ例外ノ例外

ニシテ日本ノ一大恥辱ナリ元來治外法權ノ基ク所ハ非理不當ナル條約ノ招ク所ナルヲ以テ早晩現行條約ヲ改正シテ治外法權ヲ撤去セシメサルヘカラス然ルニ我刑法上外國人ニ關スル規定ナキハ一大缺點タリ畢竟是レ立法官ノ注意周到ナラサルノ致ス所ナリト論者ノ言誠ニ理アリ治外法權ハ暫テ撤去セサルヘカラス果シテ然ラハ刑法上外國人ニ關スル規定ヲ要スルハ勿論ニシテ實ニ之レナキハ缺典タリ然レ𪜈此缺點ヲ以テ其責ヲ立法官ノ不注意ニ歸スルハ酷ナリ何トナレハ當時ノ立法官ハ既ニ此ニ注意シ刑法草案第四條乃至第八條ニ其規定ヲ揚ケタルハ事實ナレハナリ然ルニ元老院ニ於テ之ヲ削除シタルハ蓋シ當時ハ條約ノ改正到底成リ難キモノト妄想シ隨テ外國人ニ關スル規定ヲ設ルモ亦不必要ナリトシテ之ヲ削除シタルモノヽ如シ今ヤ刑法實施以來十有餘年ノ星霜ヲ經ルニ及ンテハ外國人ニ關スル犯罪ニ就キ屢〻其處罰ニ苦ムノ實例ヲ生シ彼ノ無條約國ノ人民來リテ罪ヲ犯シ殆ント其處分ニ苦ミタルハ既ニ內外人ノ認知スル所ナリ且ツ此缺點ニ關シテハ其問題一ニシテ猶ホ足ラサルナリ獨リ無條約國ノ人民ニ對シテ其處分ニ苦ムノミナラス內國人ニシテ外國ニ於テ罪ヲ犯シタルトキハ之ヲ如何スヘキヤ之ヲ其在留國ノ刑法ニ從ハシムヘキヤ我刑法上ニハ有罪トスルモ彼ノ刑法上ニハ無罪トスルモノアリ或ハ彼ニ重クシテ此ニ輕キモノアリ故ニ外國人ニ關スル規定ヲ要スルノミナラス我國ノ外國人ニ於ケル犯罪ニ就テモ亦其規定ナカルヘカラス益外交上ニ關スルモノハ最モ愼重ヲ要スヘキモノナルカ故ニ單一ナル理論ノミヲ以テ處分スヘキモノニアラス

然レ𪜈條約既ニ改正セラレテ治外法權ヲ撤去スルトキハ何レノ外國人ト雖モ日本國內ニ於テ罪ヲ犯シタルトキハ我刑法ヲ以テ處分スヘ