

和仏法律学校講義録

副島, 義一 / 古賀, 廉造 / 竹井, 耕一郎 / 秋山, 雅之介 /
勝本, 勘三郎

(出版者 / Publisher)

和佛法律學校

(巻 / Volume)

3-6

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

45

(発行年 / Year)

1899-04-30

印
經
甲



和佛清學 講義 筆記

每月貳回

第六號

目次

國際公法	(自一〇二頁至一二四頁)	法學士秋山雅之介
刑法各論	(自九三頁至一二六頁)	法學士勝本勘三郎
行政	(自七二頁至九七頁)	法學士竹井耕一郎
憲法	(自六八頁至六九頁)	法學士副島義一
刑法總論	(自三〇頁至四三頁)	法學士古賀康造

0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24

討論會記事

前號ニ豫告セシ如ク本月廿三日午前九時ヨリ本校第一講堂ニ於テ和佛法學會大討論會ヲ開キ本校講師校友生徒ノ外府下各法律學校々友生徒ノ討論ヲ許シ梅會長親シク臨席シテ論旨ノ優劣ヲ判定シ優等者四名ニ對シテ賞品ヲ贈與セラレタリ尙當日ノ來會者ハ無慮二千名ニ上リ討論終結ノ後採決ニ付シタル結果大多數ヲ以テ消極論ノ勝利ニ皈シタリ主論者及ヒ受賞者左ノ如シ

主論者 積極說……………法學士 岡村 司 君
消極說……………法學士 若槻禮次郎君

第一等(民法要義二四冊)和佛法律學校々友 小田幹治郎君
明治法律學校生徒 原 國次郎君

受賞者 第二等(民法要義四二冊)和佛法律學校生徒 山本 喜 勇君

第三等(民法要義一二冊)東京法學院生徒 堀江專次郎君

メスシテ殖民ノ當時ニ於テ後來其殖民地ノ盛大ヲ計リ單ニ先占ノ意思ヲ示スニ足ル行爲ノミヲ爲シテ以テ強大ナル土地ニ對シ使用保管ノ勞ヲ取ルコトナク占有セント勉ムルヲ以テナリ然レトモ方今ニ至リテハ列國間ノ葛藤ヲ豫メ避クルカ爲メ英佛獨葡諸國ノ如キハ亞弗利加洲ニ於ケル殖民地ニ關シ互ニ條約ヲ以テ勢力區域ナルモノヲ認メ未タ使用保管ニ着手セサル大陸ノ部分ニ付キ經度緯度上ヨリ各自國ノ勢力ノ下ニ屬スヘキ土地ノ區域ヲ約定シ互ニ其分界線ヲ超ヘテ殖民地ヲ起サハルヘキコトヲ約定セタルモノ多ク例ヘハ千八百八十六年英獨兩國カ太平洋西部ニ於テ勢力區域ヲ定メ千八百九十年七月英獨兩國間ニ亞弗利加洲ノ東部及ヒ南西部ニ於テ互ニ殖民地ヲ起シ得ヘキ區域ヲ定メ同年八月英佛兩國ノ條約及ヒ千八百九十三年十一月英獨兩國間ノ條約ヲ以テ同洲ノ西部ニ關シ又千八百九十一年六月英葡兩國カ條約ヲ以テ南部ニ關スル勢力區域ヲ定メタルカ如シ然レトモ斯ル條約ヲ單ニ締盟國間ニ關シテ効力ヲ有シ兩國間ニ於テハ其殖民地ノ境界ニ付キ爭論ヲ避ケ得ヘキモ之レカ爲メ先占ニ關スル一般ノ法則ハ左右セラルヘキモノニ非ラサルハ論ヲ待タス

[illegible]

メシテ殖民ノ當時ニ於テ後來其殖民地ノ盛大ヲ計リ單ニ先占ノ意思ヲ示スニ足ル行爲ノミヲ爲シテ以テ強大ナル土地ニ對シ使用保管ノ勞ヲ取ルコトナク占有セシメタルヲ以テナリ然レトモ方今ニ至リテハ列國間ノ萬藤ノ豫メ避タルカ爲メ英佛獨逸諸國ノ如キハ亞弗利加洲ニ於ケル殖民地ニ關シ互ニ條約ヲ以テ勢力區域ナルモノヲ認メ未タ使用保管ニ着手セサル大陸ノ部分ニ付キ經度緯度上ヨリ各自國ノ勢力ノ下ニ屬スヘキ土地ノ區域ヲ約定シ互ニ其分界線ヲ超ヘテ殖民地ヲ起サ、ルヘキコトヲ約定セタルモノ多ク例ヘハ千八百八十六年英獨兩國カ太平洋西部ニ於テ勢力區域ヲ定メ千八百九十年七月英獨兩國間ニ亞弗利加洲ノ東部及ヒ南西部ニ於テ互ニ殖民地ヲ起シ得ヘキ區域ヲ定メ同年八月英佛兩國ノ條約及ヒ千八百九十三年十一月英獨兩國間ノ條約ヲ以テ同洲ノ西部ニ關シ又千八百九十一年六月英葡兩國カ條約ヲ以テ南部ニ關スル勢力區域ヲ定メタルカ如シ然レトモ斯ル條約ヲ單ニ締盟國間ニ關シテ効力ヲ有シ兩國間ニ於テハ其殖民地ノ境界ニ付キ爭論ヲ避ケ得ヘキモ之レカ爲メ先占ニ關スル一般ノ法則ハ左右セラルヘキモノニ非ラサルハ論ヲ待タヌ

第三 割讓

國家ハ其領土ノ部分ヲ任意ニ處分スルノ權利ヲ有スルニ因リ其領有ノ土地ヲ割キテ他國ニ讓渡スヲ得ヘシ而シテ國家ノ其領土ヲ他國ニ割讓スルニ當リテハ條約ヲ以テ其條件ヲ定ムルヲ常トシ其割讓地ニ關スル國家ノ負債又ハ其地ノ住民ノ權利若クハ其地ニ在ル國有財産ニ關シテ條約上ノ規定ヲ爲ス者少ナカラス其外時トシハ割讓ハ其地人民ノ同意ヲ要スルノ條件ヲ加ヘタルノ實例ナキニアラス然レトモ此等條件ハ凡テ其割讓ヲ爲ス國家ト之ヲ受クル國家トノ間ニ於テ任意ニ決スヘキモノニシテ此點ニ付キ國際公法上一定ノ法則ノ存スルコトナシ

割讓ノ方法ニ付テハ賣買交換及ヒ贈與ノ三種アリテ何レモ國家ハ他國ト協議又ハ條約ヲ以テ之ヲ行フモノニシテ千八百三十三年北米合衆國カ佛國ヨリ「ルイシヤナ州」ヲ買入レ千八百五十年英國カ丁抹國ヨリ「ゴールドコースト」ヲ買ヒ千八百六十七年北米合衆國「アラスカ」地方ヲ七百二十万弗ニテ露國ヨリ買受ケ千八百六十七年及ヒ六十八年ニ於テ北米合衆國カ西班牙國ヨリ「セント、トーマス」及

「ヒセント、ジョン」ノ兩島ヲ買入レタルカ如キハ近來ニ於ケル賣買ニ由リテ領土ヲ割讓シタルノ實例タリ又交換トハ自國領土ノ一部ヲ他國ニ讓與シ之ニ代フルニ他國領土ノ一部ヲ自國ニ讓受クルモノニシテ往々兩國ノ共有地又ハ他國ノ領地ヨリ包圍セラレタル領地ヲ此方法ニ依リテ互ニ讓渡シ以テ兩國ノ不便ヲ除去スルモノ多シ千八百七十八年伯林條約ニ由リ「ルーマニヤ國」ハ「バツサラビヤ州」ヲ露國ニ與ヘテ土耳其國ヨリ露國ノ取得シタル「ドブル」地方ヲ得タルカ如キ明治八年五月七日露兩國間ニ調印セル樺太千島交換條約ニ由リ從來我國カ樺太島ノ一部ヲ領有シタル權利ヲ露國ニ讓リテ北海道及ヒ同島間ニ在ル「ラペル」海峽ヲ以テ兩國ノ境界トシ之ニ代フルニ露國ノ領有タリレ千島十八島ニ對スル權利ヲ我國ニ讓與ケ「カムサツカ」地方ト千島最北島ノ間ニ在ル海峽ヲ以テ兩國ノ境界ト爲シタルハ國家カ交換ニ由リテ領土ヲ互ニ取得シタル實例ニシテ其領土交換ニ關スル條件ノ詳細ハ固ヨリ兩國ノ約定ヲ以テ之ヲ定ムヘク樺太千島交換條約ニ於テモ其第四款「各政府ノ建築物及ヒ動産ハ兩國委員ニ於テ取調ヘ互ニ代價ヲ辨償スルコト」第五款ニ於テ住民ノ權利及ヒ

保護ノコト第六款ニ於テ條約批准後十年間露國政府ハ「コルサコフ」港ニ於テ港稅海關稅ヲ免除スルコト又同港ニ日本領事館ヲ設置スル權利ヲ認メ日本國民民ノ露領「オコツク」海諸港及ヒ「カムサツカ」海港ニ至リ其海中ニ於テ我國民ノ漁業ヲ營ムノ權利等ヲ露國ハ交換ノ條件トシテ我國ニ許與セリ

終ニ贈與トハ一國カ其領土ノ一部ヲ無償ニテ他國ニ移轉スルコトヲ云フモノニシテ或ハ戰敗ノ結果ニ因リ或ハ平時ニ於テ任意ニ之ヲ爲スコトアリ平時ニ於テ領土ヲ他國ニ贈與スルハ古昔ニ於テハ其例アリタル所ナリト雖モ近世諸國ハ土地ニ重キヲ措クニ至リタルヲ以テ其例殆トナク千八百六十三年英國カ希臘國ニ「イオニヤン」島ヲ贈與シ千八百六十年「チュラン」條約ニ由リ伊國カ「ニツァア」及「サボエン」地方ヲ佛國ニ贈與シタルカ如キハ其實例ナリ之ニ反シテ戰敗ノ結果ニ因リ領土ヲ戰勝國ニ贈與スルハ其例夥シク日清戰爭ニ於テ我國ハ明治廿八年十一月八日ニ調印セル馬關條約第二條ニ由リ臺灣全島及ヒ其所屬ノ諸島ヲ清國ヨリ讓受ク千八百七十一年普佛戰爭ノ結果トシテ普國ハ佛國「アルサス」「ローレーン」二州ヲ得千八百七十八年露土戰爭ニ於テ露國ハ「バツーム」

「ヤルス」及「ヒアルダ」地方ヲ土國ヨリ得英國ハ「サイプラス」島ヲ埃國ハ「ボスニヤ」及「ヘルラゴビヤ」等シク土國ヨリ贈與セラレタルカ如シ此ニ注意スヘキハ凡テ國法上ニ於テ贈與ヲ爲スニハ其當事者ノ自由意思ニ出ツルヲ必要トスルモノナレトモ國際公法ニ於テハ領土ノ贈與ニ付キ完全ナル自由意思ノ有無ヲ問フノ必要ナク隨テ戰勝ノ結果ニ因ル領土ノ贈與ノ如キモ戰勝國ノ威迫ニ基クト又其領土ヲ征服シタルニ由ルトヲ論スルヲ要セス何トナレハ戰勝國ハ戰爭ヨリ生スル損害ニ對シ或ハ其辨償トシテ領土ヲ削リ取ルコトヲ必要トス場合アルヘク或ハ自國ノ自衛上ヨリシテ戰敗國ノ領土ノ一部ヲ取得スルノ必要モアルヘク又或ハ加害國ヲ懲罰スルカ爲メ其領土ヲ削リ取ルノ適當ナルコトナキニシモアラス而シテ戰勝國ハ必ス此等ノ口實ヲ以テ其要求ヲ主張シ其口實ノ當否ニ付テハ他國ヨリ容喙スルノ權利ナキニ因リ戰敗國ハ國力ノ不足ヨリシテ其要求ヲ拒絕スルコト能ハサル爲メ平和條約ヲ以テ領土ヲ贈與スルニ於テハ國際公法上其領土ノ讓渡ハ完全ナル効力アルモノトスルノ外ナキヲ以テナリ然レトモ縱令戰勝國ハ戰敗國ヲシテ其領土ノ贈與ヲ得セシムルハ正

當トスルモ其贈與ニ係ル領土ハ贈與ノ理由ト爲レル賠償者クハ懲罰ニ適當ナル範圍ヲ超過スヘキモノニアラズ又戰勝國ハ自衛上不必要ナル擔保ヲ戰敗國ニ向テ請求スヘキアラス隨テ其要求ノ過當ニシテ之カ爲メニ一般ノ平和ヲ亂ルノ恐レアルトキハ列國ハ之ヲ是認セスシテ其贈與ニ容喙スルコトナキニアルス佛國王「ルイ」十四世及ヒ那翁第一世ニ對シテ諸國ノ聯合攻撃ヲ爲シタルハ其一例ナリ故ニ時トシテハ戰勝國モ侵略ノ土地ト雖モ相當ノ代價ヲ以テ買受タルコトアリ千八百四十八年米墨戰爭後米國カ「ニュー・メキシコ」及ヒ「カリフォルニア」二州ヲ千五百万弗ニテ墨西哥國ヨリ買受ケタルハ其一例ナリ

第四 時効

國法上個人カ時効ニ因リテ財産ヲ取得スルト同シク國家モ亦時効ニ因リテ領土ヲ取得スルヲ得ヘシ即チ國家カ領有スル土地ニ關シ之ヲ得タル原因判然セサルカ又ハ其土地ヲ領有シタルハ他國ニ攻メ入り不法ニ占領シタルカ如キ之ニ對シテ所有權ヲ取得スルノ理由存セサル場合ニ於テモ真正ノ所有者ニシテ

其權利ヲ主張スルコトヲ怠リ又ハ其權利ヲ主張スルノ力ナキカ爲メ占領國ハ永續シテ公然ニ久シク其土地ヲ領有スルトキハ時効ニ因リ其領土ヲ取得スルモノトス

凡ソ時効カ財産所有者ニ對シテ所有ノ安全ヲ與ヘ之ニ關スル爭論ヲ防キ當事者間ニ不和ノ念ヲ斷タシムルニ在ルノ趣旨ニ至リテハ國際法ト國內法トニ因リテ異ルコトナシト雖モ國內法ニ於テハ英國法ヲ除キ其他諸國ノ法律ニテ時効ヲ以テ所有權ヲ取得スルノ原因ト爲スニ拘ラス國際法學者ハ之ヲ所有權取得ノ原因ト爲スニ付キ異論ヲ唱フルモノ尠ナカラス然レトモ國際法ニ於テ領土取得ノ一方法トシテ時効ヲ認ムル所以ハ之ヲ以テ列國間ノ權利問題ト爲サシヨリモ寧ロ國際爭論ヲ防キ列國ノ秩序ヲ確カナラシムルノ手段ト爲シ領有ノ不正モ時効ヲ以テ爭論ノ點ト爲サラシムルニアリテ一國カ縱令不法ニ一定ノ土地ヲ占領スルモ所有權ヲ證明スル能ハサルモノ若クハ第三者ニ對シテハ其領有ヲ繼續スルノ權ヲ有シ真正ノ所有者ニ於テモ其權利ノ實行ヲ怠ルトキハ其結果タル權利ヲ有セサルト同一ニシテ久シキニ且リ其領有ニ付キ他ヨ

リ妨害ヲ受ケスシテ平和ニ收用シ來リタル土地ニ對シテハ他國ノ之ヲ收用セントスルモノヲ排斥シ得ヘキハ學者間悉ク異論ナキ所ナリトス隨テ其土地ハ所有權ノ問題ヲ別ニシテ自ラ其國家ノ領土ト異ルコトナキニ至ルヘシ更ニ多クノ學者ハ時効ヲ以テ土地取得ノ方法ト爲シホイートン¹ノ如キハ之ヲ以テ土地取得ノ方法ト爲サハルニ於テハ其土地ニ關シテ戰爭絶ユルコトナク一國ハ他國ニ對シ數千年前ノ歴史ニ遡リテ其權利ナキコトヲ主張シ得ヘキニ至リ地球上ノ主權者ハ其領土ニ對シ權利ノ由テ來ル所以ヲ失フヘレト云ヘリ終ニ注意ヲ要スルハ何レノ國ノ國法ニ於テモ時効ノ期間ハ成文法又ハ不文法ニテ一定シ居ルコトナレトモ國際公法ニ於テハ其年月一定セス又一定シ得ヘキモノニアラス加之久シク國家ノ領土ヲ收用シタル場合ニ於テ果シテ其國家ハ時効ニ因リテ其土地ヲ領有シタルモノナリヤ否ヤハ之ヲ判別スルモノナキニ因リ各場合ニ付キ其事情ニ由リ當事者間ニ於テ之ヲ論定スルノ外ナシ然レトモ久シキ年月ノ間他國ノ故障ナク國家ノ領有シタルモノニ付テハ其領有ノ添付、先占、掠取、征服又ハ賣買、交換、贈與等ノ如キ之ヲ取得シ若クハ占有シタル

方法ニ關シテ其領有ノ權利ヲ證明スルノ必要ナク單ニ時効ニ因リテ之ヲ有スト看做スヘク而シテ國家カ例ヘハ脅迫上不正ニ他國ノ領地ヲ取得シ其人民ヲ抑制シテ得タル土地ニ關シテハ其不正ノ行爲カ時効ニ因リテ消滅シ正當ノ所有者ト爲ルニ付テハ適法ニ之ヲ取得セタル場合ヨリモ自ラ長年月ヲ要スルヤ論ヲ俟タサル所ナリ

第二項 版圖ノ境界

國境ヲ定ムルニ二種アリ或ハ條約若クハ慣行ニ因リ地形ノ如何ヲ問ハス經度緯度其他一定ノ劃線ヲ以テ人爲的ニ其境界ヲ爲スモノアリ或ハ山脈河流湖水ノ如キ天然的分界ヲ以テ領土ノ境界ヲ定ムルモノアリ天然の境界ヲ以テ國境ヲ定メタルハ例ヘハ明治八年樺太千島交換條約ヲ以テ北海道ト樺太島トノ間ナル海峡及ヒ千島ト露領トノ海峡ヲ以テ日露ノ境界ト爲シタルカ如シ人爲的一定ノ線ヲ以テシタルハ明治二十八年八月七日ノ宣言ニ於テ臺灣ト西班牙領比林賓群島ノ境界ヲ定メタル如キヲ云フ今其宣言ノ規定ヲ見ルニ三條ノ規定アリテ第一此宣言ヲ以テバシイ海峡ノ航行ヲ得ヘキ海面ノ中央ヲ通過スル緯

度ノ平行線ヲ以テ太平洋ノ西部ニ於ケル日本國及ヒ西班牙國領土ノ境界線
爲スヘシトシ第二西班牙國政府ハ該境界線ノ北方及ヒ北東方ニ在ル島嶼ヲ以
テ其有ナリトスルコトナキ旨ヲ宣言ス第三日本國政府ハ該境界線ノ南方及ヒ
南東方ニ在ル島嶼ヲ以テ其有トスルコトナキヲ宣言ストセリ
斯ク條約面ニ依リ分界線ヲ定メタルトキハ水上ト陸地トノ別ナク一ニ其定ム
ル所ニ依リ領土ノ分界ト爲スヘキモ天然ノ地形ニ因リ境界ヲ定メタルトキハ
反對ノ舉證ナキトキハ國際法上一定ノ原則ヲ以テ其分界ヲ確ムルノ外ナシ
定ノ原則トハ即チ山脈ヲ以テ境界ト爲ストキハ其分水界タル山脈ノ最高點ヲ
以テ兩國ノ境界ト爲レ航行スヘカラサル川河ヲ以テ境界ト爲ストキハ河流ノ
中央ヲ以テ分界ト爲レ若シ航行シ得ヘキモノナルトキハ河底ノ最深處タルウ
エーグニ隨ヒ其版圖ヲ分ツ斯ク河流ノ航行シ得ヘキト否トニ因リ境界ニ差異
アル所以ハ航行シ得ヘキモノナル場合ニ於テ中央ヲ以テ境界線トスルトキハ
一國ハ全ク其淺洲ト爲ルヘキ所ヲ領有シ對岸國ハ航行シ得ル所ノミヲ領有ス
ルニ至リ不公平ヲ生スルコトアルヲ以テナリ又湖水ヲ以テ二國ノ境界ト爲ス

トキハ例ヘハ加奈太及ヒ英國ノ間ニ横ハレルランタリヲ湖ハ其中央線ヲ兩國ノ
境界ト爲スカ如ク又二國以上ノ境界線ト爲ストキハ中央點ヲ以テ分界スルカ
故ニ各國ハ沿岸領土ノ兩端ヨリ湖水ノ中央點ヲ結付ケタル水面ヲ領有スルモ
ノトス湖水及ヒ河流ヲ以テ境界ト爲ス大體ノ原則ハ如斯ト雖モ一國ノ先占ノ
權ニ因リテハ其水面ノ全體ヲ領有スルコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タス例ヘハ對岸
ノ他國ニ先占セラレサルトキニ當リ一方ノ岸ヲ自國ニ於テ領有シタルトキハ
水面全體ニ對シ領有ヲ主張シ得ヘキカ如シ然レトモ其水面全體ヲ一國ノ領有
スル場合ニ於テモ對岸國ハ其沿岸ニ國防又ハ税關ニ必要ナル設備ヲ立テ其水
面ヲ航行シ得ルハ其領土ニ湖水又ハ河流ノ沿ヒ居ル事實ニ伴ヒテ有スル權利
ナリトス又陸上ノ境界ニ關シテハ更ニ説明スヘキモノナシト雖モ海洋ニ面ス
ル版圖ニ關シテハ詳説スルノ必要アルヲ以テ左ニ之ヲ分説スヘシ
第一 公海

地球上ノ海面ヲ國際法上ヨリ分類スルトキハ公海及ヒ領海ノ二種ニシテ列國
領海以外ノ海上ハ悉ク公海ナリトス而シテ本項版圖ノ境界中ニ於テ公海ヲ説

明スルハ消極的ニ領海ノ區域並ニ之ニ對スル國家ノ權利ヲ明カナラシムルヲ以テナリ公海トハ何レノ國ノ版圖ニモ屬セサルト同時ニ諸國一般之ニ關シテ共通ノ利益ヲ享有スヘキ海上ニシテ如何ナル國家モ獨リ之ニ對シテ主權ヲ行使スルコトナク海洋ノ自由ハ一般ニ認メラレタル原則タリ然レトモ昔時ニ於テハ海洋モ一國ノ領有シ得ヘキモノト看做サレ中世ニ於テハ「グエニス」國ハ「アドリヤチツク」海ヲ領有シ「ジェノヴァ」國ハ「リギウリヤン」海ヲ領有シ佛國ハ海岸ニ繼續スル海洋ノ領有ヲ主張シ英國ハ英吉利海峽北海及ヒ愛蘭沿海并ニ「ビスケ」灣ヲ領海トシ「バルチツク」海ハ「丁抹端」兩國ノ分領ニシテ黑海ハ土耳其ニ屬シ「アイスランド」及ヒ諸威間ノ大洋ハ「丁抹端」國ノ有ニシテ甚シキニ至リテハ西班牙國ハ大西洋全體及ヒ「メキシコ」灣ヲ領有シ葡萄牙國ハ印度洋及ヒ「モロッコ」以西ニ於ケル大西洋ヲ自國ノ有トシ第十七世紀ノ始ニ於テハ歐洲ノ環海ニシテ國家ノ領有ニ歸セサルモノ殆ントナク而シテ諸國ハ其領海ニ於テ他國船舶ノ航行ヲ禁シ若クハ之ニ課税シ或ハ船舶ヲシテ自國ニ敬禮セシメタリ然ルニ十七世紀中ニ於テ和蘭國ハ東洋ニ航海ヲ爲シ英國モ大西洋及ヒ大西洋ニ探檢者

ヲ派遣シタル以來歐洲諸國ハ航海通商ノ利ヲ爭フニ至リ第十八世紀ニ於テハ領海問題ニ關シ葛藤ヲ惹起シ戰爭ヲ生シタルモノ少カラズ又一方ニ於テハ千六百九年「グロシヤス」氏ノ自由海論ト題スル著書ヲ公ニシテ海洋ノ自由ヲ主張シ其說明ニ依レハ凡テ所有權ヲ有スヘキ者ハ動産ニ於テハ握取スルコトヲ得不動産ニ於テハ包圍シ得ヘキモノナラサルヘカラス然ルニ海面ハ握取又ハ包圍シ得ヘキモノニアラサルニ因リ性質上諸國ノ領有トスルコトヲ得ストシ列國ノ當時廣大ナル海上ヲ領有セルヲ攻撃シタルヲ初メトシ多クノ學者モ皆海洋ヲ一國ノ領有スル不法ヲ唱道シ又實際ニ於テモ十八世紀以來世界列國ノ交通頻繁ナルニ隨ヒ一國ニテ海洋ヲ專占シ之ニ航海スルヲ禁シ若クハ課税シ又ハ敬禮セシムルカ如キハ列國ノ不便ナルノミナラス之ヲ主張スル國ニ於テモ其海上ニ自國ノ權力ヲ及ボシ之ヲ監督セテ其主張ヲ實行スルコト能ハサルト同時ニ列國ノ反對ニ因リ其主張ハ却テ自國ニ益スルコトナクシテ常ニ之カ爲メ諸國ト葛藤又ハ戰爭ノ絶エサル不利益アル所ヨリシテ諸國モ其主張ヲ放棄スルニ至リ今日ニ於テハ公海ノ自由ハ一般ニ是認セラル領海以外ノ海上ニ對

レテ領有ヲ主張スル國ナク公海ハ萬國ノ公路ニシテ之ニ於テ漁業ヲ營ムモ各國民ノ權利トセラルヽニ至レリ

第二 領海

領海トハ國家ノ主權ノ下ニ屬スル海面ヲ云フ凡テ海洋ハ原則上自由ナルニ拘ラス國家ハ沿岸ノ海面ヲ領有シ之ニ主權ヲ及ホスハ平時并ニ戰時ニ於テ自國防衛上及ヒ國民ノ幸福ヲ保護スル上ニ付キ必要ニシテ海上ヨリノ不意ノ襲撃ヲ豫防シ自國領土ノ安全ヲ計ラントセハ陸地ニ接近スル海面ニ種々ノ國家ノ行為ヲ爲スノ必要アルノミナラス沿海航行ノ船舶ニ對シ警察上衛生上取締ヲ行ヒ近海ニ於ケル自國民ノ漁業及ヒ航海等ノ利益ヲ保護シ關稅ニ付テ秘密貿易ヲ禁遏スルノ必要アル等ヨリ國家ノ沿海ヲ以テ版圖ト爲スコト國際公法ノ認ムル所タリ

領海ノ區域ニ關シテハ中世以來諸國カ廣大ナル海上ヲ以テ領海ナリト主張レタルニ拘ラス之ニ對スル學者ノ攻擊列國間ノ爭議并ニ取締ノ困難ナルヨリ漸次ニ其區域ヲ縮少シ遂ニ自國ノ安全ニ必要ニシテ且ツ自國ノ權力ヲ及ホシ得

ル部分ヲ以テ領海ナリトスルノ說ヲ生レ「ボーチナス」ハ領海ヲ六十哩トスヘキコトヲ唱ヘ或ハ地平線ヲ以テ區域トスヘシノ說ヲ爲スモノアリ又ハ海底ノ無キニ至ル所トスルモノアリシカ途ニ第十八世紀ノ始ニ於テ和蘭學者ビンケル「ヨーク」ニ至リ海岸ヨリ砲丸ノ遠スル距離即チ干潮ノ時沿岸ノ陸地ヨリ三哩トスルノ說ヲ始メテ唱ヘ「バラル」モ其著書ニ於テ此說タル異論者アレトモ一般ニ承認セラレタリト說キ今日ニ於テハ學說并ニ實際ニ於テ之ニ異論ヲ唱ルモノナキニ至リ千八百四十九年乃至五十一年英米兩國間ニ於ケル「バスコチャ」漁業問題ニ於テモ英國政府ハ千八百十八年兩國條約中ニ於テ三哩ノ區域ハ則チ「バスコチャ」ノ最モ隔リタル岬角ヲ結ヒ付ケタル線以外三哩ニ於テ米國漁民ノ權利ヲ規定シタルモノニシテ其以內ノ海上ハ英國領海タルコトヲ主張シタルモ米國政府ハ之ヲ反駁シ斯ク隔リタル岬角ヲ結ヒ付ケタル線以內ニハ陸地ヨリ三哩以外ノ海上ヲモ包含スヘキヲ以テ同條約ヲ斯ク三哩以外ノ海上ヲモ領海トスルカ如キ解釋ヲ下スヘキニアラス單ニ相隣スル各岬角ヲ結ヒ付ケタルヨリシテ三哩以外ナルコトヲ論シ此爭論ハ遂ニ千八百五十四年兩國委員

ハ英米人民ノ共同漁業ノ場所ヲ指定シテ其局ヲ結ヒ今日ニ於テハ諸國其内國
法ヲ以テ沿岸三哩ノ領海ヲ規定スルモノアルノ外ニ條約ニ於テモ其法則ニ準
據シ千八百八十二年北海漁業問題ニ付テモ締盟諸國ヲ其領海ヲ沿岸三哩ト約
定セルカ如ク千八百二十一年露國ノ勅令ヲ以テ太平洋北部ニ對シ沿岸ヨリ百
哩ノ海上ニ領海ヲ及スヘキコトヲ主張シタルモ英米兩國ノ之ニ反對シタルカ
爲メ遂ニ勅令ノ取消ヲ爲スノ止ムヲ得サルニ至リタルカ如キハ三哩ノ領海區
域ニ付キ爭フヘカラサルニ至リタル著シキ實例ナリト云フヘキナリ
然ルニ獨リ英國ニ於テハ千八百七十七年ニ至ルマテハ此國際公法上ノ三哩ノ
區域ヲ認メスシテ有名ナル「フランコニヤ」事件ニ於テ之ニ反對ノ判決ヲ下シタ
リシカ立法府ハ直ニ領海法ヲ發布シ英國領海ハ陸地ヨリ千潮ノ時三哩ト明定
セリ隨テ同國ノ古來沿岸諸脚角ヲ結付ケタル線以內ノ海上ヲ王領ト名ケ之ニ
對シテ領海權ヲ主張シ來リタルハ國際公法ノ道理ニ反シ英國モ亦此領海法ノ
發布ニ因リ今日ニ於テハ之ヲ主張セサルヤ疑ナキカ如ク我國ニ於テモ明治三
年普佛戰爭ノ際局外中立ヲ宣告シタル文中ニ於テ港内及ヒ内海ハ勿論ナレト

モ外海ハ凡ソ三里陸地ヨリ砲丸ノ達スル距離以內ニ兩國交戦ニ及フコトヲ禁
ストシ又明治五年七月太政官ノ兵部省ヘ達シタル心得中ニ於テモ諸港内及ヒ
灣内ハ勿論周圍ノ外海島嶼岬角ヨリ以外三里ハ我所轄ト心得ヘシトノ文字ア
リテ三哩ノ領海區域ハ我國ニ於テモ之ヲ認メタルコト明白ナリ
然レトモ斯ク沿岸三哩ノ海上ヲ領海ト爲スハ素ト自國防衛ニ必要ニシテ主權
ノ作用ヲ適當ニ及ホシ得ヘキ程度ヲ以テ砲丸ノ達スル距離トシ當時砲丸ノ到
達距離ハ三哩ナリシヲ以テ領海モ亦タ三哩ト爲セタルモノニ外ナラサレトモ
近來大砲ノ精巧ヲ加ヘ砲臺ノ改良アリテ砲丸ノ達スヘキ距離モ僅カニ三哩ニ
止マラサルニ至リ更ニ又軍艦其他商船ノ速力ヲモ増加シタルノ外ニ世ノ文明
ニ赴クニ伴ヒ社會ノ事物モ複雜ト爲ルニ隨ヒ警察上衛生上及ヒ徵稅等ノ取締
ヲ始メ諸國沿海ニ於ケル人民ノ漁業其他沿海ニ於ケル利益競爭モ増加シ隨テ
其利益ノ保證及ヒ外國交戦ニ際シテ中立ヲ維持スル上ニ於テ僅ニ三哩ノ區域
ノミニテハ到底狹隘ナルヲ感スルニ至リタルコトナレバ千八百九十五年巴里
ノ國際法協會ニ於テハ平時ニ於ケル領海ノ區域ヲ擴張シテ六哩トシ而シテ戰

時ニ於テ中立國ハ其必要ニ應ジ六哩ノ普通領海區域以外ニ於テモ其國陸地砲臺ヨリ發射スル彈丸ノ到着點ヲ海上ノ中立區域ト爲シ特ニ之ヲ各國ニ對シテ宣言スルコトヲ得ヘシト議決セリ斯ク領海區域ハ漸ク擴張セズトスル傾向アルコト論ナリト雖モ此議決ハ單ニ國際法協會ノ說ニ止マリ各國ノ未タ實行スルニ至ラサル所ナレハ方今ニ於ケル領海區域ハ尙ホ前述ノ如ク三哩タルコト明ナリトス

海峽港灣內海ニ關シテモ海岸ト同一理由ニ基キ其領海ト否トヲ決スヘキモノニシテ若シ海峽ノ幅員六哩以內ナルトキハ其兩岸ヨリ三哩ヲ領海トスル結果海峽全體ハ自國ノ領海タルヘク港灣ニ於テハ其海口六哩以內ナルトキハ内部ハ如何ニ廣大ナルモ其周圍ノ土地ニシテ悉ク自國ニ屬スルトキハ則チ自國ノ領土ト領海ヲ以テ包圍シタル水面ニシテ猶ホ版圖內ニ在ル湖水ト同シク悉ク自國ノ領海トス又海峽ノ幅員六哩以內ニシテ兩岸ノ土地ノ兩國ニ屬スルトキハ中央點ニ至ルマテ各自ノ領海ニ屬シ幅員六哩以上ナルトキハ兩岸ヨリ各三哩以外ノ中央線ハ公海ニ屬スルモノトス此理由ニ因リ昔時土耳其ノ黑海周圍

ノ土地ヲ悉ク領有シタルトキハ同海ハ「ダーダネル海峽」ヲ以テ多島海ニ通スル海口ヲ扼シ其幅員ハ六哩以內ナルヲ以テ黑海全体ハ土耳其ノ領海タリシカ其後ニ及ヒテ塞埃其他諸國ノ沿岸ヲ領スルニ至リタルモ因リ黑海ノ沿岸三哩以外ノ海上ハ公海ニ屬スルコトヲ爲レリ然レトモ「ボスポラス」及「ダーダネル」海峽ヲ以テ扼シタル「マルモラ」海ハ今猶ホ土耳其ノ領海タルコト明カナリ又內海ニ就テモ海峽港灣ニ於ケルト同一理由ニ依ルヘキモノニレテ我國瀬戸內ノ如キハ一方ノ入口ハ紀淡海峽其間二十四丁第二ハ鳴門海峽十五丁第三ハ馬關海峽五丁十四間第四ハ速吸ノ海峽六哩ナレハ瀬戸內全体ハ我領海タルコト國際公法上疑ナキ所タリ

此ニ注意スヘキハ海灣ニシテ一國ノ領土ニ圍繞セラレ其海口ノ六哩ヲ少クトモ超過スルトキハ其灣內ヲ以テ領海ト看做スベカラサルヤノ問題ニシテ此點ニ付テハ議論ノ存スル所ニシテ縱令六哩以上ナリト雖モ其海口ニ充分ノ防備アリテ閉鎖シ得ヘク且ツ其海口ハ灣內ノ廣大ニ比シ狹少ナルトキハ其國ノ主權ニ屬スルノ說勢力アルカ如シ實例ニ付テ之ヲ見ルモ佛國ハ「カンカール灣」

海口六哩以上ナルニ拘ラス其版圖ナルヲ主張シ和蘭國ハ「ボート・デ・シー」灣ヲ領海トシ英國ハ「プリーストル」海峽ヲ領海ナリトシ「ニユー・アウ・ランド」ニ於ケル「コンセプツ」灣ハ灣口十五哩ニシテ陸地ニ入ルニ至テ四十哩乃至五十哩ナルヲ英國領海トシ美國ハ千七百九十三年「デラウエア」灣ヲ領海ト布告シ「デラウエア」灣モ其領海ト主張スルモノアルカ如キ現今ニ至ルマテ異論ナキ所ニシテ學說モ亦其適當ナルヲ認ムルモノ多ク千八百三十九年英佛漁業條約ニテハ「港灣」ノ海口十哩ナルヲ領海トシ此十哩以內ノ灣口ヲ有スル港灣ハ領海トスルノ說ハ勢力アルノミナラス千八百九十五年ノ國際法協會ノ議決ノ如ク領海ヲ六哩トスルニ於テハ內海峽港灣ノ出入口十二哩ナルモノハ自ラ領海トスルニ至ルヘク領海區域ノ擴張セントスル今日ニ於テハ前述ノ如ク港灣ノ廣大ナルニ比シ海口ノ小ニシテ且其防禦ノ設備アルモノハ縱令ヒ六哩ヲ少クハ超過スルモ其港灣全體ヲ領海ト看做スヲ以テ當然トスルモノハ如シ

第三項 版圖ノ通行

一國ノ版圖内ニ於テハ其陸上ト海上トヲ問ハス自國ノ主權ヲ完全ニ行ヒ法律

規則ヲ實施シ司法行政上ノ權利ヲ之ニ及ホシ得ヘキハ論ナキ所ナリト雖モ其版圖タル陸上ヲ他國人民ノ通行スルハ其目的并ニ行爲ニ於テ自國安寧ニ妨害ヲ與フル虞ナキトヤハ條約國民タルト無條約國民タルトヲ問ハス人類一般ノ幸福上漫リニ之ヲ拒絕スルコト能ハス是レト同一理由ニ因リ版圖タル海上ニ於テハ他國船舶ノ通行ハ通商其他平和ノ目的ニ出テ自國ノ法令ニ服従スルモノハ其通行ヲ故ナクシテ妨害スルコト決シテ許スヘキニアラス然レトモ陸上ニ於ケル他國軍隊ノ通行ハ之ヲ拒絕シ得ヘシ何トナレハ軍隊ハ其紀律上通行國ノ法令ヲ遵守スル能ハサルノミナラス他國軍隊ニ對シ法律ヲ適用スルコト能ハサルハ國際法上軍隊ノ特權ナルヲ以テ其軍隊ノ自國領内ヲ通過スルハ國際上ニモ影響ヲ生シ内國ノ安寧ニ關係スルコト大ナルヲ以テ其通行ヲ許スト否トハ全然自國ノ權利ニ屬シ其目的ノ平和ニアルト否トヲ問ハス之ヲ拒絕スルコトヲ得ヘシ之ニ反シ水上ニ於テハ領海ハ悉ク商業上ノ目的ヲ有スル船舶ニ對シ開放スルト同ク他國軍艦ノ通行又ハ入泊ヲ故ナクシテ拒絕スルコト能ハス何トナレハ海上ハ素ト通航自由ヲ以テ國際公法上ノ原則トシ領海トシ

テ之ニ主權ヲ及ホシ得ヘキハ全ク領土ノ安寧及ヒ防禦上ノ必要ニ出テタルニ
外ナラス隨テ國防ニ害ヲ生シ治安ヲ妨クルニアラザルニ於テハ他國軍艦ニ對
シ平和ノ通行及ヒ入泊ヲ拒ムノ理由ナキヲ以テナリ尤モ國防其他自國ノ必要
ニ因リ一定ノ港灣其他ノ領海ニ限リテ軍艦ノ入ルコトヲ禁スルハ妨ナシ而シ
テ領海又ハ河流ニシテ其通行ヲ永久ニ列國ニ向テ許可シ世界ノ公路ト爲スニ
於テハ之ニ對シ警察權司法權ヲ及ホシ燈臺浮標等ノ費用ハ徵收スルノ權ヲ有
スレトモ其領海又ハ河流ハ戰時ニ於テモ局外中立ト爲ルモイトス猶ホ版圖内
ニ於ケル水上ノ通行權ヲ詳カニセンカ爲メ左ニ之ヲ分説セン

第一 領海ノ通行

沿海又ハ兩個ノ公海ヲ扼スル海峽ニシテ三哩以內ナルモノハ國家ノ領海ナル
コトハ前述ノ如ク他國船舶ノ之ヲ通行スルモノハ航海上必要ナルカ又ハ便利
ナル場合ニハ人類一般平和ノ使用ニ供セサルヘカラス實例ニ於テモ二百五十
年以來歐洲諸國ハ斯ル領海ヲ商業其他平和ノ通行ニ禁シタルコトナシ獨リ丁
抹國ハ古來バルチツク海口ヲ扼シ其海峽ヲ通行スルニ對シ課税シ來レリ其理

由トスル所ハ同海口ヲ時効ニ因リテ領有セ習慣上海上諸國ノ承認ニ由リ課税
ノ權利ヲ有スルノミナラス同海口ヲ通行スル船舶ニ對シテ航海ノ利益ヲ圖リ
費用ヲ投シタルカ爲メ其辨償トシテ徵税スルモノト云フニアルコトナルカ千
八百四十八年米國政府ハ之ニ反對シ國際公法上并ニ丁抹兩國條約上米國船舶
ハ其税金ヲ拂フノ義務ナク丁抹國カ燈臺浮標等ヲ設ケテ航海者ヲ保護スルニ
付テハ其利益ヲ享有スルカ爲メ米國船舶ハ其費用ノ幾部分ヲ負擔スヘキモ決
シテ通行税ヲ拂フヘキモノニアラス又若シ丁抹國ノ論旨ヲ正當ト認ムルニ於
テハ「ジブラルタル」「メシナ」及ヒ「ダーダネル」海峽ニ於テモ等シク徵税セラルヘ
キ不法ノ論決ヲ來スヘキヲ攻擊シ歐洲諸國モ勢モ此萬藤ハ其ニ利害關係ヲ有
スルニ由リ自カラ容喙シ千八百五十七年コーペンヘーゲン府ニ於テ列國會議
ヲ開キ丁抹國ハ三千五百萬リツタスドルヲ受取リテ通行税ヲ全廢スヘキコト
、爲シ通商國ハ此金額ヲ分擔スルコト、決定セシカ同年更ニ米國ハ丁抹國ト
ノ條約ニ因リ此負擔ヲモ全ク拂ハサルコト、爲スニ至リ今世紀ニ於テハ領海
ノ通行ヲ拒絶スルモノ又ハ之ニ通行税ヲ課スルモノ之ナキニ至レリ

刑法各論

九三

二八

モ人タルニ於テハ本條ノ罪ノ客體タルコトヲ得可キカ如キト雖モ之レ
 決シテ否ヲ抑モ本條ハ前既ニ述ヘタルカ如ク單ニ人其人ヲ殺サント
 意ニ出タルモノニ非ラスシテ政府ヲ變亂セント欲スル場合ノ謀殺
 言ヲ換ヘテ之レヲ言ヘハ政府變亂ノ間接ノ手段タルニ外ナラサル謀殺
 タルカ故ニ本條ニ所謂人トハ政事上何等ノ關係ヲモ有セサル通常人ヲ
 指スモノニ非スシテ夫ノ要路ノ大臣等其人ノ生死存亡ハ以テ國家ノ施
 政上ニ變動ヲ生ス可キノ人タラサル可カラサルナリ其果シテ國家ノ施
 政上ニ要路ノ人タルヤ否ヤハ之レヲ事實ノ問題トシテ裁判官ノ判定ニ委
 スルノ外ナシ

(二)謀殺 謀殺トハ第三編第一章第一節中ニ規定スル謀殺行爲即チ第二百
 九十二條及ヒ第二百九十三條等ニ記載セル所爲ヲ云フ本條ニハ謀殺ト
 アリ謀殺トアルカ故ニ其故殺ヲ包含セサルヤ蓋シ疑ヲ容レサルナリ其
 之レヲ包含セサル所以ハ本條ノ殺人行爲ハ元來犯人ニ於テ被害者其人
 ヲ殺サントノ一意ニ非スシテ其人ノ政事上ノ地位即チ之レカ原因ヲ爲

シ以テ遂ニ此殺人ノ結果ヲ惹起シタルモノニシテ政事上ニ關スル殺人
 ハ故殺ト云フカ如ク暗殺ノ間ニ生ス可キモノニ非サレハナリ

終ニ臨ミ一言注意ヲ要ス可キモノアリ請テ之レヲ左ニ掲ケン

(一)本條ノ罪ハ外國法ハ勿論草按ニ於テモ亦之レヲ見サル所ナリ畢竟本條
 ノ來レル所以ハ蓋シ刑法編纂ノ以前ニ該リ政事上ノ理由ニヨリテ類リ
 ニ要路ノ大臣等ヲ謀殺シ又ハ謀殺セントスルノ輩續出セシヲ以テ此種
 ノ者ヲ嚴重ニ處斷スルノ要ヲ感シ遂ニ元老院ニ於テ本條ヲ設クルコト
 ヲセシニ因ラン夫ノ大久保公ノ兇手ノ毒及ニ條リ紀尾井阪ニ斃レタル
 カ如キハ當時ノ最大事變ニシテ本條ニ規定スルニ至リタル遠因ノ一事
 實トシテ見ル可キモノタリ

(二)政府ヲ變亂スルノ目的ヲ以テ第一百十六條又ハ第一百十八條ニ規定スル所
 ノ天皇三后皇太子皇族ニ對シ申スモ畏キ事ナレトモ若シ殺害ヲ加ヘ
 率リタル者アル時ハ果シテ如何ニ處分ス可キヤ法律ハ第一百十六條以下
 ニ於テ天皇以下ノ御身體ニ關スル罪ハ通常人ニ對スルモノト全ク別

途ノ規定ヲ爲セリ此ヲ以テ假令以上ノ御方ヲ失ヒ率タルカ如キコトアリテ爲メニ政府變亂ノ結果ヲ生スルコトアルモノハ常ニ第二百二十三條ニ間ハスシテ第十六條又ハ百十八條ニヨリテ處斷セサル可カラズ

第二項 未遂豫備陰謀及ヒ自首

第一段 未遂

第二百二十四條ニ曰ク前三條ノ罪ハ未遂犯罪ノ時ニ於テ乃チ本刑ヲ科ストテ諸君ハ既ニ以上講述シタル所ニ依リテ茲ニ所謂前三條ノ罪之レヲ總稱シテ内亂罪ト稱スルモノ、如何ナルモノタルコト及ヒ總則ノ講義ニ於テ未遂犯ノ何物タルヤヲ知了セラレタルカ故ニ應用上明ニ本節ニ所謂内亂罪ノ三個ノ休構ニ應ス可キ未遂犯トハ即チ第二百二十一條ノ場合ニ於テハ朝憲紊亂ノ目的ヲ以テ隊ヲ組ンテ今ヤ將ニ出陣ノ途ニ在ルノ際第二百二十二條ノ場合ニ於テハ内亂ヲ起スノ目的ヲ以テ政府所屬ノ軍用品ヲ劫掠セントスルノ際第二百二十三條ノ場合ニ於テハ政府變亂ノ目的ヲ以テ其生死ハ以テ政府變亂ノ結果ヲ生ス可キ人ヲ謀殺セントスルノ際意外ノ障礙外錯ニ因リ遂ケサルモノタルヲ知了セラ

ル可シ故ニ之レニ付テハ吾輩ハ今茲ニ贅言ヲ費ヤサル可シ然レモ未遂犯罪唯茲ニ一言ス可キハ百二十四條ノ法文ノ意義之レナリ法文ニ曰ク云々未遂犯罪ノ時ニ於テ乃チ本刑ヲ科スト依之觀之未遂犯ノ時ニ於テ始メテ本刑ヲ科スルノ義ニシテ既遂犯ニ至レル者ハ罰セサルカ如キ語氣アリ此レ恐クハ起草者「ボアソナード」氏カ國事犯罪ハ事ヲ遂クル時ハ即チ政府顛覆ノ果ヲ生スル時ナルヲ以テ之ヲ罰スルヲ得ヌ未遂ノ時ニ非スンハ之ヲ罰スルヲ得ストノ理由ヨリ草按第三百三十八條ニ於テ前數條ニ記載シタル刑罰ハ其犯罪實行ノ端緒アリシ時ニ於テ之ヲ科ストシ以テ犯人ノ目的ノ遂行ト法律カ罪トシテ罰シタル所爲ノ遂行トヲ混同シタルニ留意セス草按第三百三十八條ヲ直ニ移シテ以テ本條トナシタルニ本ヲタモノトス而モ若シ「ボ氏」ノ草按ノ如ク本條ヲ單ニ第二百三十一條ノ罪ニノミ附加シテ規定シタリトセハ犯人ノ目的ノ遂行ト犯罪ノ遂行トノ混同ハ暫ク措キ行文ノ意義ハ即チ之ヲ知ルヲ得可キニ現行法ニ於テ「ボ氏」ノ草案中明文ノ百二十一條ト百二十四條トニ該當スル法條ノ間ニ草案第三百三十八條即チ現行法第二百二十四條ノ次項ニ存セシ軍備品劫掠罪ノ條及ヒ草案

ニ見サル所ノ内亂ニ準テ可キ謀殺ノ罪ヲ侵入シ以テ所謂犯罪カ目的ヲ達スル
トキハ既ニ罰スルコトヲ得サルカ故ニ之ヲ遂ケサル時ニ於テ罰セサル可カラ
ストスル所ノモノト犯罪カ目的ヲ遂行シタル後ニ於テモ尙ホ之ヲ十分ニ所罰
スルヲ得ヘキモノトヲ混入シテ同列ニ措キタルカ故ニ本條ニ所謂乃チ本刑ヲ
科ストハ遂ニ何等ノ意義ヲモ有セサルコトナルニ至レリ彼ノ或學者ヲシテ
本條ハ第二百一十一條ニノミ適用セラル可キモノナリト主張スルニ至ラシメタ
ルカ如キハ其罪偏ニ法文ノ粗惡ナルニ在ルモノニシテ學者ノ罪ニ非サルナリ
以上ノ如ク第二百二十四條ノ法文ハ文義不通ノモノナレトモ前ニモ述ヘタルカ
如ク凡ソ未遂犯罪トハ犯人カ其企望シタル目的ヲ遂ケサリシコトヲ意味スルモ
ノニ非スシテ犯罪ニ於テ法律ノ罰シタル所爲ヲ遂ケサルコトヲ意味スルモ
ノタルト茲ニ明ニ前三條トアルカ故ニ余ハ假リニ本條ヲ未遂犯ノ時ト雖モ仍
ホ本刑ヲ科スト規定シアルモノト看做シテ解釋ヲ試ミタリ

第二段 豫備

第二百二十五條ニ曰ク兵隊ヲ招集シ又ハ兵器金銀ヲ準備シ其他内亂ノ豫備ヲ爲

シタル者云々ト
豫備ノ所爲ハ之ヲ罰セサルヲ原則トス然レトモ内亂罪ノ如キニ至リテハ事情
重大ニシテ之ヲ不問ニ付ス可カラサルモノアリ是レ立法者カ本條ヲ設ケテ之
ヲ罰スル所以ニシテ即チ第二百一十一條ニ所謂本條別ニ刑名ヲ記載スル一例ナリ
トス

本條ニ關シテハ別ニ説明ス可キコトナシ唯左ノ三點ニ付テ諸君ニ注意スル所
アラントス

(一)本條ニ所謂兵隊ヲ招集シ又ハ兵器金銀ヲ準備シトハ豫備ノ所爲ヲ例示
シタルモノナルカ故ニ其他或ハ海陸ノ測量ヲ爲シ軍備ヲ調査スル等皆
豫備ノ所爲タルモノトス

(二)前ニ述ヘタルカ如ク若シ本條豫備ノ所爲ニシテ同時ニ他罪ヲ構成スル
時ハ常ニ數罪俱發ヲ以テ論セサル可カラス例之兵隊ヲ招集スル爲メ官
文書ヲ偽造シタルカ如シ

(三)第二百二十三條ト本條トノ關係ニ付テハ第二百二十三條ニ曰ク云々内亂

ト同ク論シ云々トアリテ内亂ノ豫備ハ本條ニ於テ之レヲ罰セリ故ニ若シ第二百二十三條ノ罪ヲ犯サンカ爲メ爆裂藥ヲ貯藏スルカ如キ謀殺ノ豫備ヲ爲セタル者アリタルトキハ當然本條ニ依リテ所罰ヲ得可キカ如シト雖モ之レ皮想ノ見ニシテ到底誤謬タルヲ免レス何トナレハ本條ノ處分ハ第二百二十一條ノ例ニヨル可キコトヲ規定セリト雖モ前既ニ之レヲ述タル如ク素ト第二百二十三條ノ罪ハ一人又ハ數人ニシテ遂行スルコトヲ得可キモノニシテ其中ニ第二百二十一條ニ列舉スルカ如ク首魁以下隨行者等ノ之レアル可キコトナキノ結果到底第二百二十一條ノ例ニ依リテ處分スルコトヲ得サレハナリ

第三段 陰謀

第三百二十五條二項ニ曰ク内亂ノ陰謀ヲ爲シ未ダ豫備ニ至ラサル者云々下
陰謀モ亦豫備ト同シタ普通之ヲ罰セサルヲ原則トス而シテ立法者カ茲ニ其之
ヲ論スルコトトシタルハ尙ホ豫備ヲ罰スルト同一ノ理由ニ出ナタルモノナリ
陰謀トハ二人以上相聚リテ犯罪行爲ヲ謀議計畫スル外形ノ舉動ニシタ之ヲ

罪進行ノ程度ヨリ云フトキハ未タ決心ノ狀況ニ在ルモノトス故ニ之ヲ二人以上ノ間ニ成レル犯罪ノ決心ナリト云フモ敢テ不可アルコトナケン然ルニ或學者ハ之ヲ以テ二人以上ノ間ニ成ル一種ノ組合ナリトセリ此説タル畢竟陰謀自體ノ外形ノ舉動ノミヲ見テ未タ深ク其舉動ノ犯罪進行ノ程度ニ於テ如何ナル情態ニ在ルヤヲ究メサルノ誤ニ慮スルノミ蓋シ言語文書等ヲ以テ決心ヲ表示スルノ行為タル其行為自體ニ於テハ外形舉動タルコト少シモ疑ヲ容レタル所ナリ故ニ法律ノ之ヲ認メテ以テ特別ノ一罪トナスニ於テハ即チ學者ノ言ノ適切ナルコトヲ見ル可シト雖モ苟クモ之ヲ特別ノ一罪トセサルニ於テハ常ニ犯罪進行ノ程度ヨリ觀察シテ以テ之ヲ決心ノ狀況ニアルモノナリト云ハサル可カラサルニ非スマ

第四段 自首

第二百二十六條ニ曰ク「内亂ヲ豫備又ハ陰謀ヲ爲スト雖モ未タ其事ヲ行ハサル前ニ於テ官ニ自首シタル者ハ云々」ト

ルコトヲ記載セリ曰ク此節ニ記載スルノ外本條別ニ自首ノ例ヲ掲タル者ハ各其本條ニ從フト即チ本條ハ其特例ニ該當スルモノトス而シテ本條ノ恩典ニ浴スル爲メニハ實ニ左ノ二條件ヲ具備スルコトヲ要ス請フ左ニ之ヲ說カン

(一)未タ事ヲ行ハサル前ナルコトヲ要ス

茲ニ所謂事ヲ行フトハ第一百十二條ニ既ニ事ヲ行フト云ヘルト同一意義ニシテ未タ事ヲ行ハサル前トハ即チ犯罪行為ニ着手セサル以前ト云フ義ナリトス蓋シ本條ノ自首ニ於テ特ニ事ヲ行ハサル前タルヲ要スル所以ハ是レ内亂行為ノ如キ重大ナル事件ニ於テハ一旦犯罪ノ着手アルトキハ通常決シテ事ノ未タ發覺セサルカ如キコトナキノ結果自首ノ條件ニ該當スルノ場合之レナキノ因ラン而シテ本條中第二百二十三條ノ場合ヲ包含セサルハ前ニ説明シタル所ニヨリ明ナリトス

(二)官ニ自首シタルコトヲ要ス

茲ニ所謂官トハ犯罪ノ告訴告發ヲ受タ可キ官署ニシテ警察署及ヒ檢事局ノ類ヲ云フ

自首トハ諸君ノ已ニ總則ニ於テ知悉セラルハカ如ク事發覺前自ラ進テ自己ノ罪ヲ陳述シテ官署ノ處分ヲ待ツノ謂ヒニシテ其成立條件トシテ(一)事發覺前ニ進ンテ之レヲ爲スコト(二)自己又ハ代人ヲ以テ自己ノ罪ヲ陳述スルコト(三)自己ヲ逮捕シ得ルノ地位ニ置クコトヲ要ス

或學者ハ說ヲナシテ曰ク(一)本條ハ總則第八十八條ニ所謂例外ノ場合ナルト(二)本條ハ可及の大事ニ至ラザラシメシカ爲メ政署上ヨリ設ケラレタル規定ナルトニヨリテ之ヲ觀レハ假令事已ニ發覺シタル後ト雖モ法律ハ恩典ヲ與フルヲ可トス隨テ本條ニ於テハ必シモ事發覺前ナル要件ヲ必要トセスト然レトモ吾輩ヲ以テ之ヲ見ルニ(一)第八十八條ニハ本條別ニ自首ノ例ト記載セリ所謂例外トハ之ヲ刑法ノ用例ニ鑑ミルニ例之第二百二十五條ニ於テ第二百一十一條ノ例ト云ヘルカ如ク常ニ刑罰例ヲ云フモノタルト(二)事發覺後ニ於テハ犯人ノ搜索ハ何時ニ進行ヲ始ムルカ故ニ自ラ進テ罪狀ヲ陳述スルヲ自首ノ性質ヲ失フト(三)本條ノ自首ハ普通ノ自首ト異リ免刑ノ結果ヲ生スルモノニシテ自首ヲ勸誘シ以テ大事

ニ至ラサシムルニ十分ナル擔保ヲ具フルトニ依リテ之レヲ觀レハ法律ハ論者ノ云フカ如ク自首ノ本性ヲ失ハレヌマテマテ尙ホ本條ノ特典ヲ與フルノ精神ナリト見ルコトヲ得タルナリ

第三項 内亂罪ノ處分

第一段 第二百一十一條ノ罪ノ處分

第二百一十一條ニ曰ク「政府ヲ顛覆シ又ハ邦土ヲ僭竊シ其他朝憲ヲ紊亂スルコトヲ目的ト爲シ内亂ヲ起シタル者ハ左ノ區別ニ從ツテ處斷ス」一「首魁及ヒ教唆者ハ死刑ニ處ス」二「群衆ノ指揮ヲ爲シ其他樞要ノ職務ヲ爲シタル者ハ無期流刑ニ處シ其情輕キ者ハ有期流刑ニ處ス」三「兵器金銀ヲ賣給シ又ハ諸般ノ職務ヲ爲シタル者ハ重禁獄ニ處シ其情輕キ者ハ輕禁獄ニ處ス」四「教唆ニ乘シテ附和隨行シ又ハ指揮ヲ受ケテ雜役ニ供シタル者ハ二年以上五年以下ノ輕禁錮ニ處ス」ト

本條ノ罪ハ兵ヲ舉ケテ朝憲ヲ紊亂スルノ行爲ナルカ故ニ其所爲自體ノ性質トシテ犯罪ノ主體ハ多人數相結合シタル團體ヲササル可カラス團體ナルカ故ニ

其組織上首領及ヒ兵卒等ノ階級アリ階級アルカ故ニ其統帥所ノ職務ニヨリテ内亂行爲ニ加効スルノ程度相同シカラス是ニ於テカ法律ハ數段ノ階級ヲ想像シ犯人ノ内亂ニ加効セタル位地ノ如何ニヨリテ刑罰ヲ異ニスルコトトナセリ以下序ヲ追テ説ク所アラントス

(一) 首魁及ヒ教唆者 (イ) 首魁トハ内亂軍ノ首領ニシテ全軍ヲ指揮統率スル者ヲ云フ然レトモ之レ必スシモ一人ニ限ルニ非ス若シ數人相共同セテ全軍ヲ統率セル場合ニ於テハ數人皆首魁タル可シ内亂隊全軍ノ運動ハ實ニ偏ヘニ此者ノ方寸ヨリ出ルモノニシテ寧ロ内亂罪ハ全軍ヲ機械トシテ首魁ノ之レヲ起シタルモノナリト云フモ敢テ不可アルコトナク其狀最モ重キモノナルカ故ニ刑罰ノ至極タル死刑ヲ以テ之レヲ處斷スルコトセリ其可否ニ付テハ吾輩ノ疑キニ之レヲ論述シタル所ナルヲ以テ更ニ之レヲ贅セス(ロ) 教唆者トハ内亂自體ヲ教唆シタル者則チ内亂ノ所爲其者ヲ發生セシメタル者ヲ指スモノニシテ若シ此者微セハ或ハ内亂ノ所爲モ亦發生セサリシモノニシテ其罪狀ノ重キ敢テ首魁ノ全軍

ヲ機械トシテ内亂ヲ起スカ如キ位地ニ在ルモノト徑底アルコトナシ此
ヲ以テ法律ハ首魁ト同シク之レヲ死刑ニ處スコトナセリ故ニ茲ニ所
謂教唆者ノ中ニハ右ニ述ヘタル内亂自體ヲ發生セシメタル者ト情狀ニ
於テ管ニ零壇ノ差ノミナラサル夫ノ已ニ内亂發生ノ後ニ於テ或者ニ對
シ個人的ニ内亂軍ニ加効シテ某ノ職ニ從事セヨト云フカ如キ教唆者ヲ
包含セサルヤ火ヲ賭ルヨリモ明ナリ此種ノ教唆者ハ單ニ總則ノ適用ニ
ヨリ正犯ト同一ノ刑ヲ科セラルニ過キサルモノトス茲ニ一言ヲ要ス
可キモノアリ曰ク何ソヤ法律カ教唆者ヲ本條ニ規定シタルハ位地ヲ失
スルコト之レナリ何トナレハ教唆者ハ内亂行爲ヲ刺戟シテ以テ之レヲ
發生シタル者ナリト雖モ本條ニ所謂内亂ヲ起シタル者ナリト云フコト
ヲ得ス宜シク之レヲ別條ニ規定スヘキナリ

(二) 群衆ノ指揮ヲ爲シ其他樞要ノ職務ヲ爲シタル者 (イ) 群衆ノ指揮ヲ爲シ
タル者トハ内亂軍ノ一方ノ隊長トナリタル者ニシテ(ロ)其他樞要ノ職務
ヲ爲シタル者トハ群衆ノ指揮ヲ爲スカ如キ其他ノ樞要ノ職務ヲ爲シタ

ル者ト謂フノ義ニシテ例之醫務長會計長兵站部長運輸部長參謀官ノ如
ク一方ノ隊長ト同視ス可キ程度ノ位地ニ在ル者ヲ云フ然リト雖モ各其
執ル所ノ職務ニヨリ内亂軍ニ對スル位地ノ上ニ多少ノ輕重ナキニ非ス
例ヘハ參謀官兵站部長ノ如キハ最重要ノモノニシテ現ニ兵器ヲ執テ
相戰フ者ト敢テ擇フ所ナシト雖モ醫務長ノ如キニ至リテハ其勢力ノ多
少劣レルヲ見ル可シ夫レ然リ故ニ法律ハ之レニ對シ二級ノ刑罰ヲ定メ
重キ情狀ノモノハ無期流刑ト輕キ情狀ノモノハ有期流刑トナセリ要
スルニ法律カ茲ニ記載シタル情狀ノ輕重ニヨル加減ハ酌量減輕ニ非ス
シテ法律ノ定メタル本刑ナルヲ以テ其當然ノ結果トシテ茲ニ所謂情狀
トハ犯人ノ身分ニ付スルモノニ非スシテ其執レル職務上ノ位地ノ情狀
ノ輕重ヲ謂フノ義ナリトス之レ宜シク諸君ノ注目ス可キ所タリ

(三) 兵器金銀ヲ賞給シ又ハ諸般ノ職務ヲ爲シタル者 (イ) 兵器金銀ヲ賞給シ
タル者トハ自ラ内亂軍ニ從事セスレテ唯之レニ兵器軍費及ヒ糧食等ヲ
寄贈シタル者例ヘハ四十七士ニ於ケル天野屋利兵衛ノ如キ或ハ維新ノ

際ニ於ケル三井家ノ軍費賦納ノ如キヲ云フナリ彼ノ内亂軍ノ中ニアリ
ヲ兵站ノ事務ヲ司リタル者ノ如キヲ云フニアラス若シ夫レ此種ノ者ナ
ランカ其司令官ナルトキハ前號ニ入ル可ク其他ノ屬員ナル時ハ本號
ノ中或ハ第四號ノ雜役ヲ執リタル者ノ中ニ包含ス可キナリ要之兵器金
銀賣給者ハ彼ノ教唆者ト同シク内亂自體ヲ直接ニ起シタル者ニアラス
シテ之レヲ幫助シタル者ナルカ故ニ之レヲ内亂ヲ起シタル者トシテ本
號ニ規定シタルハ當ヲ失スル者ト云ハサル可カラス宜シク予カ據キニ
教唆者ニ付テ述ヘタルカ如ク別條ニ規定スルヲ以テ穩當ナリトス(ロ又
ハ諸般ノ職務ヲ爲シタル者トハ下級ノ士官軍醫軍吏等ノ如キ者ヲ云フ
畢竟樞要ノ位地ニアル者ト附加隨行シタル者トノ中間ニアル者ヲ云フ
此等ノ者ニ付テモ其位地ノ如何ニヨリテ多少ノ段階アルカ故ニ法律ハ
又前號ノ如ク更ニ之レヲ二級ニ分テ其重キハ重禁獄トシ其輕キハ輕禁
獄トナセリ其情狀ノ輕重ニヨルハ酌量減輕ニ非スレテ本利ナルコトハ
前已ニ之レヲ述ヘタリ

(四)教唆ニ乘シテ附和隨行シ又ハ指揮ヲ受ケテ雜役ニ供シタル者(イ)教唆

ニ乘シテ附和隨行シタル者トハ其内亂軍タルコトハ之レヲ確知スト雖
トモ特ニ一定ノ目的ノアルニアラス只他人ノ使喚ニ煽動セラレテ附隨
シタル者即チ兵卒ノ類ヲ云ヒ(ロ)指揮ヲ受ケテ雜役ニ供シタル者トハ雇
員小使軍夫ノ如キ者ヲ云フ(イ)其ニ最下級ノ職務ニ從事シタル者ニ
對シテ第二百二十七條ノ犯罪ト大抵相勞働タルカ故ニ同條ト同シク二年以
上五年以下ノ禁錮ニ處スコトナレ此範圍ニ於テ裁判官ヲシテ相輕重
考セシムルコトヲナセリ

第二段ニ第二百二十二條ノ罪ノ處分

第二百二十二條ニ曰ク「ハ、已ニ内亂ヲ起シタル者ノ刑ニ同シトモ前已ニ之レヲ述ベタル如ク本條ニ規定スル所ノ罪ハ未タ内亂ノ豫備ニ過
キスト雖トモ政府ノ軍備品ヲ劫掠スルカ如キニ至リテハ事態ノ業已ニ
容易ナラサルモアリ而シテ之レヲ已ニ内亂ヲ起シタル者ト比スルモ其
間最テ輕重ノ差アルコトナゲン之レ實ニ立法者ハ第二百二十一條ノ罪ヲ犯

レタル者ニ科ス可キ刑罰ヲ以テ本條ノ犯人ヲ處分ス可シト規定スル所以
 カリ夫レ然リ法律ハ第百二十一條ノ罪ヲ遂ケタル者ト同一ノ刑ヲ科スル
 カ故ニ第百二十一條ニ記載スル所ノ例ト内亂豫備ノ有様ニ於ケル犯人ノ
 位地トヲ考覈シ其教唆者及ヒ首魁ハ死刑トシ群衆ノ指揮又ハ樞要ノ職務
 ヲ執リタル者ハ其情ノ輕重ニ從ヒ或ハ有期或ハ無期ノ流刑ニ處分ス可キ
 モノトス以下凡テ之レニ倣フ可シ

要之此處分ニ關シテハ別ニ説明ス可キモノナシ唯茲ニ一言セント欲スル
 モノハ素ヨリ第百二十一條ノ場合ニ於テ法律ノ豫期スルカ如ク犯人ノ
 位地ニ數段ノ階級アルモ更ニ疑ノ容ル可キモノ之レナシト雖トモ本條ニ
 規定スル所ノ所爲ハ素ト之ニ内亂ノ豫備ニ過キタルモノナルカ故ニ多ク
 ノ場合ニ於テ犯人相互ノ間ニ百二十一條ニ規定スルカ如ク整然タル階級
 ノ存スルアルヲ認ムルコト蓋シ稀ナリトス隨テ本條ノ所爲ハ之レヲ明文
 ニ依リ第百二十一條ノ例ニ從ヒ處斷セントモハ勢ヒ實際上多少ノ困難ヲ
 免レサルコト是ナリ吾輩ノ見ル所ニヨレハ若シ夫レ立法者ニシテ第百二

十一條ノ例ニ依ランコトヲ希ハハ宜シク第百二十一條ニ於ケル犯人ノ位
 地ヲ三級位ニ大別スルカ或ハ更ニ本條ハ之レヲ兇徒聚衆罪ニ於ケルカ如
 ク第百二十一條ニ關セズ別ニ二級或ハ三級位イノ犯人ノ位地ヲ想像シテ
 之レニ相當ノ刑ヲ定ムルヲ以テ最モ立法ノ當ヲ得タルモノナリト信ス(第
 百二十五條ノ場合ニ付テモ亦同シ)

第三段 第百二十三條ノ罪ノ處分
 第百二十三條ニ曰ク「内亂ト同ク論シ其教唆者及ヒ下手者ヲ死刑ニ處ス」

(一)内亂ト同シク論シ云々 第百二十四條ヲ見ルニ前三條ノ罪ハ云々トシ
 本條ノ未遂犯ハ之レヲ第百二十一條及第百二十二條ノ罪ノ未遂犯ト同例
 ニ置キタルカ如シ之レ蓋シ本條ノ罪ハ已ニ之レヲ述ヘタルカ如ク眞ノ所
 謂内亂罪ト其輕重毫モ相擇フ所ナキト云フニアラシ思フニ茲ニ内亂ト同
 ク論シ云々トシタルハ恐ク其已遂未遂ノ所謂内亂罪ノ已遂未遂ト同視モ
 ラル、ト共ニ其豫備及ヒ陰謀ヲモ尙ホ第百二十五條ニ依テ嚴重ニ處斷セ

シト欲スルモノ、如シ然リト雖モ前已ニ詳述シタルカ如ク本條ノ豫備ハ事實上之レヲ罰スルコトヲ得サルヲ結果茲ニ内亂ト同ク論セントシタルハ是レ單ニ裁判所構成法等五十條ノ規定ニ依リ管轄ニ影響ヲ及ホスカ又ハ從犯或ハ減等處分ヲ爲スニ際リ國事犯ノ刑ヲ適用セサル可カラサル結果ヲ生スルニ過キサラン

(二)其教唆者及ビ下手者ヲ死刑ニ處ス——或學者ハ說ヲナシテ曰ク茲ニ下手者ヲ死刑ニ處スト規定シタルハ謀殺ノ實行者ヲシテ單ニ附和隨行者ト同一ニ論セシムルノ不都合ヲ避ケント爲シタルニ外ナラス其他首魁及ビ樞要ノ職務ヲ爲シタル者ハ第二百一十一條ノ例ニ照シテ處斷ス可キモノナリト——此說ノ當否ヲ研メントセハ先ヲ始メニ本條規定スル所ノモノ、何事タルヤヲ論定セサル可カラス(一)若シ本條ニシテ夫ノ一方ニ於テ暴動アルト同時ニ他ノ一方ニ於テ別ニ殺傷又ハ家屋燒燬——等ノ所爲アルヲ想像シタル第三百三十八條ノ如ク一方ニ於テ内亂ノ豫備又ハ陰謀アルト同時ニ他方ニ於テ別ニ數人謀殺行爲ヲ爲シタル場合ヲ豫想シタルモノナリト

セシカ學者ノ說ハ大體ニ於テ誤リナカル可シ何トナレハ内亂ニ附和隨行シタルカ故ニ其特ニ謀殺ヲ爲セルコトヲ無視スルヲ得ナレハナリ然リト雖トモ事態若シ之レニ反シ本條ニシテ内亂ト同一視ス可キ謀殺行爲換言セハ謀殺自體ヲ以テ内亂ト同視シタル場合ヲ規定シタルモノナリトセンカ學者ノ說ハ誤謬タルヲ免レサル可シ何トナレハ此場合ニ於テハ本條ニ所謂人ハ朝憲ニ相當シ謀殺ハ素亂ニ相當スルカ故ニ多人數相團結シテ以テ謀殺行爲ヲ爲スハ尙ホ内亂ニ於テ其結體シタル多人數ノ各共ニ朝憲素亂即チ内亂罪ノ主體タルト何ノ擇フ所カ之レアラシヤ而シテ所謂異ノ内亂罪ニアリテハ其主體中現ニ干戈ヲ探テ以テ直接ニ朝憲素亂ノ舉動ヲ爲ス者アルニ拘ラス法律ハ一般ニ内亂自體ニ對スル犯人ノ位地ヲ考ヘ以テ刑ヲ定ムルコトヲナセリ然ラハ即チ本條ニ於テモ其多人數ハ各共ニ謀殺(即チ内亂)行爲ヲ爲シタル者即チ謀殺罪ノ主體タルカ故ニ其直接ニ謀殺行爲ヲ實行シタルト否トニ關セス一般ニ謀殺自體ニ對スル犯人ノ位地如何ニ依リテ刑ヲ定ム可ク謀殺ノ實行者ノミニ對シテ死刑ヲ科スルハ寧ロ論

理ノ貫徹セサルモノアリナリ(一)然リ而シテ本條ハ果シテ前段ノ場合ヲ規定シタルモノナルヤ抑モ亦後段ノ場合ヲ規定シタルモノナルヤ此點ニ付テハ前ニ已ニ詳論シタルカ如ク後段ノ場合ヲ規定シタルモノナリトモ右ニ違ヘタルカ如ク第二百二十一條ノ場合ニ於テハ内亂軍ノ全員ヲ以テ各内亂罪ヲ犯シタル主體トナシ之レカ處分ニ付テハ各自ノ位地ニ依リテ之レヲ定ムルニ拘ラス之レニ準スル本條ニアリテハ獨リ謀殺實行者ノミヲ死刑ニ處スルカ如キ不理論ヲ爲スノ理之レナカル可キ若シ夫レ百尺竿頭一步ヲ讓リテ假リニ之レヲ以テ至當ナリトナスカ故ニ法律ハ茲ニ之レヲ明記シタリトスルモ其教唆者ヲ明記シタルニ至リテハ學者ハ恐クハ之レヲ解タノ辭ナカラシ蓋シ本條ノ謀殺ハ内亂ニ相當スルモノニシテ内亂ノ教唆ハ業ニ已ニ第二百二十一條ノ例ニヨリテ死刑ニ處セラル可キモノナルカ故ニ若シ夫レ本條ノ處分ニシテ第二百二十一條ニ依ル可キモノナリトセハ本條ノ教唆者ハ當然死刑ニ處セラル可ク本條更ニ之ヲ言フノ要ナケレハナリ

(ロ)更ニ又數百歩ヲ讓リ本條ヲ以テ前段ノ場合ヲ規定シタル者ナリトスルモ學者ノ說ハ尙ホ之レヲ容ル、ノ餘地ナカラントス何トナレハ謀殺ノ下手者及ヒ其教唆者ヲ除クノ外ハ未タ内亂ノ豫備又ハ陰謀ヲ爲シタルニ過キサル者ナルカ故ニ此等ノ者ニ對シテハ單ニ第二百二十五條ヲ適用スルニ止メサル可カラス然ルニ學者ノ說ニ從ハハ犯人ノ中二三ノ者カ謀殺行爲ヲ爲シタルカ爲メ第二百二十一條ニ依ツテ處斷セラレサル可カラサルモノニシテ他人ノ所爲ニ因リテ重キ刑罰ヲ科セラル、ノ結果ヲ生スレハナリ以上論述シタル所ニ依リテ吾輩ハ徹頭徹尾學者ノ說ヲ容ル、コト能ハス吾輩ハ思フ(イ)本條ノ罪ハ性質コソ内亂ニ準ス可キ者ナリト雖モ其所爲自體ハ單純ナル謀殺行爲ニシテ其行爲タル普通一人又ハ數人ニテ之レヲ實行ス可ク敢テ多人數相團結シ舉兵ノ行爲ニヨリテ之レヲ遂クルカ如キハ絶テ之レアル可カラサルト(ロ)若シ本條ノ處分ニシテ第二百二十一條ニ讓ルモノアリトセハ法文ノ其教唆者及ヒ下手者ヲト云ハスシテ教唆者及

下手者ハ云々ト云ヒ以テ他ノ一方ニ於テ首魁以下ノ第二百二十一條ニ依リテ處斷セラルハ者アルコトヲ示ス可キニ似タリ然ルニ其故ニ出テスシテ其教唆者及ヒ下手者ヲ死刑ニ處ストナセルトニ因リテ之レヲ觀レハ之レ立法者ハ第二百二十一條ニ依ル可カラザルヲ覺悟セシカ故ニ該條ニ拘ラス本條別ニ刑例ヲ定メタルモノニシテ普通ノ謀殺ニ於ケルカ如ク教唆者トハ謀殺行爲ヲ使喚シタル者下手者トハ之レニヨリテ謀殺行爲ニ從事セタル者ニシテ夫ノ學者カ主張スルカ如ク本條以外更ニ第二百二十一條ニ依リテ處斷セラルハモノアルコトナシト

第四段 未遂豫備陰謀及ヒ自首ノ處分

第一 未遂犯ノ處分、第二百二十四條ニ曰ク「前三條ノ罪ハ未遂犯罪ノ時ニ於テ乃チ本刑ヲ科スト前ニモ述ヘタルカ如ク本條……」乃チ本刑ヲ科ストアルハ蓋氏カ内亂罪ハ犯人ニ於テ其目的ヲ達シタル時ハ到底之ヲ罰スルコト能ハサルカ故ニ其未タ目的ヲ達ケサルニ當リ之ヲ罰スルコトハセサル可カラスト草案中現行法ノ第二百二十一條ニ相當スル法條ノ次ニ記載シタル法條即

カラス蓋々自由權トハ憲法第二章ノ保障スル所ニシテテ要求權トハ進シテ國家ノ行爲ヲ要求スル權利ナリ而シテ參政權ハ機關トシテ勵キ並ニ機關ノ一部ヲ組織スルノ權ナリ
公權ノ發生 公權ノ發生ハ法規ニ因ルモノナリ唯間接ニ之ニ因ルト直接ニ生スルトノ差アリ間接ニ生スルモノハ法規ノ定メシ事實處分及契約等ニ因リテ生ス
公權ノ消滅 公權ノ消滅モ亦法規ニ因ル其方法モ亦直接間接ノ二アリ間接ナルモノハ處分事實等ニヨル時ニ時効カ消滅原因トナルコトナキニアラス例ヘハ租稅徵收權ノ如キハ時効ニ罹ルモノナリ又公權ハ安リニ棄權スル能ハサレトモ公權カ一方ヨリ見テ義務ナラサルトキハ棄權スルヲ得ル場合アリ
公權ノ行使及移轉 公權ハ自ラ行使セサル可ラサルヤ否ヤハ其權利ノ性質ニ由リテ分ツコトヲ得例ヘバ要求權ノ如キハ代理人ヲシテ行使セシムルヲ得ル場合アリ然ルニ參政權ノ如キハ身上ノ權利ニシテ代理ヲ許サス又公權ハ移轉シ得サルヲ原則トス

第二編 行政組織

第一章 總論

第一節 行政機關ノ組織

行政ノ何タルコトハ既ニ述タリ而シテ其行政ノ機關カ如何ナル有様ニ於テ設立セラレ、カ又其設ケラレタル機關ノ司ル所ノ事務ハ如何ニ配分セラル、カハ本編ニ於テ之ヲ説明スヘシ而シテ第一節ニ於テハ機關組織ノ制度ノ大体ニ關スルコトノミヲ述フヘシ從來行政機關ノ組織ニハ二大別アリ第一ヲ中央制ト曰ヒ第二ヲ地方制ト曰フ中央制トハ事務ニ由リテ機關ヲ分ツモノニシテ地方制ト云フハ一定ノ地域ニ基キテ機關ヲ分ツ所ノ制度ナリ此二ツノ制度ハ古來ヨリ各單獨ニ行ハレタルコトナレ唯或時代ニ於テハ二者中ノ一方カ重ナルモノニシテ他ノモノカ多少輕キ傾キアリタルナリ例ヘハ封建時代ハ地方制ノ組織ヲ以テ重ナルモノトナシ又所謂中央集權ノ時代ニハ中央制ノ組織ニ重キヲ置クモノトス必竟スルニ中央制ナルモノハ事務ノ性質ニヨリテ機關ヲ定ムルモノニシテ其地域ノ如何ハ寧ロ之ヲ問ハサルナリ地方制ハ之ニ反シテ一定

ノ地域ニヨリ事務ヲ定ムルモノナリ今日ニ在テハ此二制度共ニ宜シキニ隨テ併用セラレ行政ノ統一ナルコトヲ目的トシ一定ノ方針ニ依リテ全國ノ政務ヲ舉タルモノニハ中央制ヲ用ヒ之ニ反シテ各地方ノ事情ニ適合シテ其宜シキニ從テ行政ヲ行フニハ地方制ヲ用フルコトハナレムナリ

官治制自治制ノ區別ハ是亦古來ヨリ存在セル所ノ區別ナリ然レトモ往時ニ於テハ所謂自治ナルモノモ或時代ニ於テハ國家ヨリ獨立セル權能ヲ以テ行政スルコトヲ指セシコトモアリ又專制ノ時代ニ於テハ實際自治ノ行ハル、モ法律上明カニ認メタルニアラス其權限ノ如キモ甚ダ不確定ナル時代アリキ然レトモ今日ニ於テハ法律ニ依リテ明ニ自治ノ權能ヲ與ヘ而シテ行政ヲ爲サシムルコトハナレリ官治ノ制度ハ政務ノ統一及ヒ敏捷ト云フコトヲ保ツニ必要ナル制度ナリ然レトモ各地方ニ於テ實際ノ事情ニ善ク適合スルコトハ或ハ望ムコトヲ得サルナリ今日ノ如ク立憲政治ノ下ニ於テハ人民ハ皆法律上人格ヲ有シ權利ヲ有シ相當ノ教育ヲ備ヘテ政務ニ參與スルノ資格アルヲ以テ各地方ニ於テ適切ナル所ノ政務ヲ行フニハ寧ロ人民ノ自治ニ一任スルニ如カザルナ

リ且黨派政治ノ下ニ在テハ内閣ノ變動常ニ起リテ其變動力一々地方ニマテ影響ヲ及ボスノ恐レアリ此弊ヲ避クル爲メニ自治ヲ許シテ官治ニ對シテ稍々獨立ナル行政ヲ爲サシムルニ如カス此等ノ理由ハ官治ト自治トニ制度ヲ併用セシムルニ至リシ所以ナリ

自治制官治制ノ別ハ地方制中央制ノ別トハ異ナレリ今日ニ在テハ自治團體ト名タルハ必スシモ地方自治團體ノミヲ云フニアラス府縣郡市町村ノミヲ指ズモノニモアラス例ヘハ水利ノ爲メニ設ケタル水利組合ノ如キ教育ノ爲メニ設ケタル組合ノ如キ或ハ信用制度ノ爲メニ設ケタル組合ノ如キ農商工業ノ爲メニ設ケタル組合ノ如キ種々ノ團體アリテ人格ヲ有シ而カモ國家ノ行政機關トシテ働ケリ此ノ如キモノハ多クハ地域ノ限定ナルモノアリト雖モ必ラスシモ皆然リト云フコトヲ得ス

以上ハ行政組織ノ大體ノ制度ヲ述ヘタルナリ其詳細ハ序ヲ逐フテ説明スヘシ

予カ茲ニ官廳ト云フハ廣ク國家機關ト云フノ義ニアラス自治體ノ如キハ國家

第一節 官廳

ノ機關ニハ相違ナキモ此處ニ所謂官廳ニアラス畢竟官廳トハ官治ノ機關ヲ云フ官廳ハ官制ニ依テ組織セラル、モノナリ官制ヲ制定スル方法ハ憲法第十條ニ規定シアリテ官制制定ノ權ハ天皇ノ大權ニ屬シ而シテ普通勅令ニ依ルモノナリ只例外トシテ憲法中ニ法律ヲ以テ規定スヘシト定メタルモノ例之ハ裁判所ノ構成裁判官ノ懲戒ノ條規會計検査院ノ組織職權即チ是ナリ又憲法ニ其規定ナキモ法律ニテ官制ヲ定ムル場合アルコトハ憲法第十條ニ規定シアリ尙ホ學者ハ法律ハ自ラ官制ヲ定メスシテ現ニ勅令ニ依テ存立セル一定ノ官廳ニ一定ノ事務ヲ法律カ委任スル場合ヲ論シテ此ノ如キ場合ニ於テ將來勅令ヲ以テ其官廳ヲ廢止シ又ハ其名稱ヲ變更スルコトモ爲シ能ハストスルハ甚タ不都合ナル結果ヲ來タス是ニ於テ獨乙ノ學者間ニモ種々ノ論アレトモ是等ハ茲ニ省畧ス或學者ハ此場合ニ當リテ論シテ曰ク概シテ云ヘハ立法者ハ一ノ官府カ一定ノ名稱ヲ有スルカ爲メニ事務ヲ委任セタルニアラスシテ其官廳ノ職務權限ニ依リ又ハ組織性質ニ依リテ事務ヲ委任スルコト適當ナルヲ以テ然セルナリ而シテ職務權限ニ重キヲ措キテ委任セル場合ハ勅令ニ依リテ其官廳ヲ廢止變

更スルコトヲ得此等ノ場合ニハ事務ノ移轉ト共ニ委任モ亦他ノ官廳ニ移轉スルモノナリ然レトモ組織性質ニ重キヲ措キテ委任セルトキハ勅令ハ官廳ヲ廢止シ又ハ事務ヲ他ニ移スコトヲ得スト予ハ此說ヲ疑フモノナリ何トナレハ此說ハ命令ナルコト、命令事項ト云フコト、ヲ區別セサルモノナリ命令事項トハ法律ヲ以テ動カス能ハサル實質ヲ有スルモノナリ廣ク大權ト云フ中ニ普通ノ命令ノ如キ(憲法第九條ノ命令ノ如キ)法律ヲ以テ廢止變更スルコトヲ得ルモノアリ又命令ノ規定スル事項夫レ自ラカ法律ヲ以テ動カス可ラサルモノアリ例ヘハ官制權ニ基ツク所ノ官制ノ如キモノ是ナリ此場合ニ於テハ命令カ主ニシテ法律ハ從ナリ故ニ命令ハ法律ノ委任アルニ係ハラス命令ニ依ル所ノ官廳ノ組織權限ヲ變更スルコトヲ得又其官廳ヲ廢止スルコトヲ得ヘキナリ之レ決シテ命令カ法律ヲ變更シタルニアラスシテ法律カ豫シメ此ノ如キコトヲ豫期シタルモノニシテ命令ト法律ノ間ニ決シテ衝突ナキナリ

官廳ハ官制ニ依リテ生ス然ラハ官廳トハ如何ナルモノナルヤ或ハ曰ク國家カ行政ヲ爲ス爲ニ設備スル事務所ナリト然レトモ事務所ナル意義甚タ曖昧ニシ

テ權限ノ主体ヲ指スモノナルヤ其他ノ設備ヲ含ムモノナルヤ明ナラス又或者ハ官廳トハ職權ノ主体ノミナラス補助ノ機關ヲ含ムモノナリト云フ然ルニ「ボルン」ハツク氏ハ一人又ハ數人ヲ以テ組織シ一定ノ國家ノ事務ヲ處理スル機關ヲ官廳ト云ヘリ予ハ此定義ヲ採用ス官廳ヲ組織スル各個人ノ事務ノ總體ヲ指シテ官職ト云フ是レ亦「ボルン」ハツク氏ノ唱フル所ナリ官職ヲ他ノ學者ハ職務即チ義務ノ方面ヨリ觀察スル者アリ我國ノ普通ノ觀念ニテ云ヘハ事務ヲ行フヘキ位地ヲ指シテ官職ト云フカ如シ併シ前述ノ「ボルン」ハツク氏ノ說ニテ十分ナラント信ス官職ハ一人ニ屬スルモノニシテ數人ノ集リニ屬スルモノニアラス又現ニ之ニ任セラルハ者ナクトモ官職ナルモノハ存在スルモノナリ又職權ナル語ヲ或人ハ獨乙語ノ「アムツグワルト」テ爾語ニ付ケ同シ意味ニ取レトモ普通ノ職權ト云フ意味ト符合セス「ケワルト」ト云フハ權力ト云フ字ニシテ即チ事務ヲ處理スル爲ニ行フ所ノ命令權ト云フ義ニシテ普通職權ト云フハ權限ナル語ト同意味ニ用ヒラルハカ如シ必スシモ權力ノ分子ヲ含ムモノノミニアラサルナリ

官廳ハ法人ナリヤ否ヤノ論アリ此論ヲナスニハ先ツ人格ノ何モノナルヤヲ決セサル可ラス或ハ曰ク人格トハ意思ノ主体ナリト又或ハ曰ク自存目的ノ主体ナリト意思説ニ依レハ官廳ニモ意思アルカ如ク考フルモノ多キヨリ從テ官廳ハ法人ナリト云フ論結トナル此等ノコトハ權利ノ觀念ヲ説明セシトキニ述ヘタルヲ以テ茲ニ省畧ス予ハ人ト云ヘハ權利ノ主体ニシテ權利ト云ヘハ法ニ依テ主張セ得ル行爲ノ範圍ナリ行爲ハ意思ト目的ニ因テ生シ來タルモノナリ故ニ人格ハ意思ノ主体ナリトノ説ハ探ラズ其結果トシテ官廳ハ法人ニアラスト云フ論結トナル何トナレハ官廳ニハ自己ノ目的ナルモノナク其構成スル所ノ意思ハ法律上國家ノ意思ナルカ故ニ官廳ノ行爲ト云フモノアルコトナレ從テ權利ヲ有セサルヲ以テ人格者ニアラスト云フ論ハ官廳ノ行爲ト云フモノアルコトナレ從テ次ニ官廳ノ組織ニ關シテハ既ニ定義ニ表ハルカ如ク一人ヲ以テ組織シタルモノ即チ獨任制ナル組織アリ例ヘハ各省大臣知事郡長ノ如キモノ是ナリ數人ヲ以テ組織セルモノ即チ合議制ノ組織アリ例ヘハ内閣ノ如キ行政裁判所ノ如キ是ナリ獨任制ト云フモ事務ノ準備ノ爲ニ又事務ノ執行ノ爲ニ幾多ノ補助機

關ノ必要アリ合議制ニ於ケルモ亦然リ或者ハ主トシテ一方ノ制ヲ取リテ更ニ他ノ制ヲ加味シタルモノアリ獨任制ハ行政上上下下ノ統一ヲ保チ事務ヲ敏活ニ行フニハ適スレトモ深思熟議ヲ要スルカ如キ事項又ハ政略上ヨリ多數ノ參與ヲ必要トスル場合ニハ不便ナリ此二制度ハ各宜シキニ隨テ設置スルヲ可トス而シテ概シテ云ヘハ普通ノ行政事務ハ獨任制便利ニシテ法律問題ノ如キニ關シテハ深議ヲ要スルモノニシテ合議制ヲ取ルモノ多シ次ニ官廳ノ權限ニ關シテハ普通分地制ト分職制ニ分ツ即チ一定ノ地域ヲ限リテ事務ヲ行フモノト事務ニ依リ權限ヲ區分シテ地域ヲ限ラサルモノトアルナリ全國事務ノ統一ヨリ論スルトキハ分職制ヲ取り各地ノ事情ニ適切ナル點ヨリ論スレハ分地制ヲ取ル是ヲ以テ上級最高官廳ニ於テハ概シテ分職制ヲ取ルモノトス尙ホ官廳ヲ分シテ中央官廳ト地方官廳ト二者トナス或ハ普通官廳ト特別官廳トニツニモ區別ス中央官廳地方官廳ノ區別ハ或人ハ分職ト分地ノ區別ト異ナレリト云ヘドモ予ハ然ラズト思惟ス次ニ普通及特別官廳ノ區別ハ事務ノ範圍カ特ニ制限セラレタルヤ否ニ依テ區別スルモノニシテ特ニ範圍ノ

定マルモノヲ特別官廳ト云フナリ
抑官廳ニ上級下級ノ區別アルハ監督權ニ基ク區別ニシテ監督權ノコトハ既ニ
稍述ヘタリ唯監督ノ方法トシテハ事ノ前ニ於テハ常ニ注意シ監視シテ必要ア
ルトキハ報告ヲ求メ檢閲ヲ行ヒ指揮ヲ爲スコト普通ナリ事ノ後ニ於テハ命令
處分ノ取消ヲ命シ又ハ廢止變更ヲ行ヒ尙ホ進シテ自ラ代リテ行フコトモアリ
其外人民ニ與フルニ訴願訴訟ノ權ヲ以テシ又官廳ノ間ノ爭議ヲ判定スルコト
モアリ

第三節 官吏

官吏トハ國家ノ官廳ヲ組織スル所ノ個人ヲ云フ官吏ハ國家ノ機關ヲ組織スル
モノナルカ故ニ職務ヲ有スルコト普通ナリ然レトモ時トシテ職務ヲ有セザル
者モ亦官吏ト云フ例ヘハ既ニ官吏ノ任命ヲ受ケ居ルモ未タ職務ヲ命セラレザ
ル者アリ又休職ノ官吏ニ職務ナキカ如シ然レトモ是レ寧ロ官吏ノ本質ニアラ
スシテ或ル職務ヲ有スルコト普通ノ性質ナリ抑官吏ノ任命ト職務ノ擔任ヲ命
スルコトハ區別セザルヘカラス職務ノ擔任ヲ命スルハ官吏任命ナル行爲ノ

ノ性質ト異リ國家ノ命令ニシテ一方的ノ行爲ナリ故ニ承諾ヲ要スルモノニア
ラサルナリ

國家カ人ヲ任用スル方法ニ付キ或ル學者ノ論スル所ニ依レハ二ツノ種類アリ
第一ハ權力ニ依テ人ノ勞力ヲ徵收スルモノ例ヘハ兵役ノ如キ官吏任命ノ如キ
即チ是ナリ第二ハ私法上ノ名義ニ依ル所ノ雇傭ナリト云ヘリ此說ニ於テ兵役
ノ如キモノト官吏ノ任命トヲ混同スルハ予ノ取ラサル所ナリ此論ハ公法ハ權
力關係ナリト云フ趣意ヨリ來ルモノニシテ權力ニ依テ勞力ヲ徵收スルモノハ
中ニアリテ公法上ノ契約ヲ認メ官吏ノ任命ノ如キハ是ナリト論スルハ權力說
ト相容レス其理論一貫セザルノ誹ヲ免レス予ハ權力關係說ヲ取ラス隨テ兵役
ト官吏任命トハ始メヨリ混同セス予ハ統治ノ目的ノ爲メ國家カ人ヲ用ユル方
法ヲ分テテ國家ノ一方ノ意思ニ因ルモノト合意ニ基クモノトノ二トナス官吏
ノ任用ニ關シテハ學說種々ニ岐カル今之ヲ大別シテ三トナス
第一ハ雇傭契約說ニシテ第二ハ公役說ナリ而シテ第三ハ公法上ノ契約說ナリ
トス第一說ノ探ル可ラサル所以ハ官吏ノ任命ハ統治ノ目的ニ出テ其合意ハ特

別ノ服従關係ヲ生スルニアルモノニシテ普通ノ雇傭ノ關係トハ全ク性質ヲ異ニスルト云フ點ニアリ又第二ノ公役税ノ採ル能ハサル理由ハ現行法理トシテ採ル能ハサルナリ第二説ヲ主張スル者ハ曰ク國家カ官吏ヲ任命スルハ國民ニ兵役ヲ命スルト同シク國民ハ之ヲ拒ムコト能ハス國民カ國家ノ事務ニ力ヲ盡スヘキハ國法上ノ義務ナリ唯兵役ハ普通ノ身體智識ヲ有スル者ヲ廣ク徵收スルモノナレトモ官吏ハ特別ノ資格ヲ要スルヲ以テ特種ノ人ヲ擇ンテ任命スルト云フニ止マルノミ國家ヨリ之ヲ見レハ本人ノ意思ノ如何ハ問フ所ニアラス強制的ニ徵收シテ使用スルモノナリト實ニ或ル時代ニアリテハ此ノ如キ事實ノ存在セシコトアリシナリ例ヘハアル專制時代ニ於テハ君主カ強制的ニ其欲スル人ヲ引來リテ職務ヲ命シタルコトモアリキ然レトモ現行法ニ於テハ此解釋ハ容レラレサルモノナリ蓋シ官吏ノ任用ハ台意ニ基ク所ノ行爲ナリ是ニ於テカ第三説タル公法上ノ契約說ナルモノ起ル或學者ハ此說ヲ解シテ茲ニ謂フ所ノ契約ハ自由意思ニ基クモノニアラスシテ條件付國家ノ命令ナリ即チ處分ヲ受クルモノ、意思ヲ要スルハ形式ノミ其本體ハ國家ノ權力行爲ニシテ其權

力行爲カ成立スルニハ處分ヲ受ルモノ、意思ヲ要スルト云フ條件ノ附着スルニ止マルト云ヘリ此說ノ不可ナルコトハ前既ニ述ヘタリ要スルニ此場合ニ於テハ各條件付行爲ト云フモノ別ニ存在スルモノニアラスシテ論者ノ所謂條件ト云フモノ其レ自身カ行爲ノ本體タリ故ニ正當ノ解釋ニ隨ヘハ公法上ノ契約ト云フハ台意ニ基ク行爲ニシテ權力行爲ニアラスト云ハサルヘカラス斯ノ如キ論ヲ爲ス者ニテモ俸給ニ關シテハ私法上ノ關係タリ故ニ官吏ノ任用ト云フコトハ公法私法ノ二ツノ區域ニ跨レル契約ナリト唱フル者モアリ然レトモ俸給ハ決シテ私法關係ニ非ルコトハ後ニ述ル如シ今日官吏任用ニ付キテ契約ヲ用フル所以ハ詳レク論スル迄モナク國家ノ事務ノ性質ヨリ來ルモノナリ國家必要ノ事務ヲ執ルニハ機關ノ種類ニ隨ヒ相當ノ智力經驗學識德望等ノ資格ヲ要ス此等ノ資格ノ多クハ強制ヲ以テ徵收スルコト能ハス故ニ國家ハ一定ノ制度ヲ設ケテ是等ノ資格ヲ有スルモノニ自ラ好シテ應セシムル丈ノ設備ヲ爲シ台意上任用シテ而シテ職務ヲ分配スルモノナリ

猶ホ官吏ハ特別ノ服従義務アルカ故ニ若シ國家カ強制シテ任用スルコトヲ得

ルモノトセシナラハ憲法第二章ニ於テ其義務ヲ規定スルコト當然ナリ然ルニ
憲法ハ第十九條ニ於テ臣民ハ法令ノ定ムル資格ニ應ジテ任官スルコトヲ得ト
規定セルノミニシテ其他ノ法ニ於テモ斯ノ如キ義務ヲ規定シタルモノナシ左
レハ現行法ニ於テ第三ノ主義ヲ採ルコトハ此點ヨリシテ明白ナリ
官吏ノ任命ト職務ノ擔任トノ區別ハ既ニ述タリ爰ニ於テカ學者ハ官吏トハ官
職ヲ負擔スル義務アル者ナリト云ヘリ官吏ト云ヘハ一ノ身分ニシテ一般ノ臣
民ヨリモ一層重キ所ノ服從關係ニ立ツモノナリ政府ハ監督權ニ依リテ此身分
ヲ有スル者ニハ法令ニ牴觸セサル限り何時ニテモ如何ナル職務ヲモ命スルコ
トヲ得ルナリ
任官ニ關シテハ明治二十五年十一月勅令第九十六號及近時改正セラレタル文
官任用令等ニ詳記シアリ今マ其一班ヲ述レハ官吏ヲ分チ高等官及ヒ判任官ノ
二種トス高等官ハ又之ヲ分チ勅任官ト奏任官トノ二トシ勅任官ヲ更ニ分チ親
任官ト其他ノ勅任官トス親任官ノ外高等官ヲ通シテ九等ニ分チ尙ホ官吏タル
要件ニ關シテハ公權剝奪及ヒ停止中ノモノハ任用セラルハ能ハサルハ無論ニ

シテ懲戒處分ニ因リ免職セラレタルモノハ二ケ年ヲ經サレハ再ヒ任用スルコ
トヲ得ス改正文官任用令ニ依レハ親任官ヲ除キ勅奏任及ヒ判任文官ハ一定ノ
資格アル者ナラサレハ任用スルコトヲ得ス是等ノ官吏ニ任セラルハ普通試
驗銓衡ヲ經サルヘカス但別ニ任用ノ規程ヲ設ルモノハ此限ニ非ス此等ノ詳細
ハ法規ニ就テ見ルヘシ

官吏ノ義務 第一ノ義務ハ服從ノ義務ナリ即チ上官ノ命令ヲ遵奉スルニアリ
上官ハ國家ノ委任ニ依リテ命令ヲ發スルモノニシテ下級官吏ハ之ヲ審査シ拒
絶スルノ權利ナシ或論者ハ官吏ノ審査權ナルモノヲ掲ケテ曰ク第一官吏ハ上
官ノ命令カ國家ノ事務ニ關スルヤ否ヤト云フコト第二上官ノ權限内ニ屬スル
ヤ否ヤ第三必要ノ形式ヲ備ヘサルヤ否ヤ第四自己ノ權限内ニ屬スルヤ否ヤ此
四點ヲ審査スル權利ナリト其理由ニ曰ク上官ノ命令カ國家ノ事務ニアラサル
カ又其權限内ニアラサルカ必要ノ形式ヲ備ヘサルカノ場合ニハ之レ上官ノ命
令ニアラス即チ法律上上官ニアラサルカ故ニ遵奉ノ義務ナシ又自己ノ權限外
ノ事ナリセハ上官ト下官ノ關係ハ此場合ニ存セサルカ故ニ遵奉ノ義務ナシト

此説ハ獨乙學者ノ一般ニ唱フル所ナリ此論ハ論理上欠點ナキカ如シト雖モ予ハ大ニ之ヲ疑フモノナリ何トナレハ下級官カ上級官ノ權限ヲ審查シ自己ノ權限ニ付テ上級官ト解釋ヲ異ニスルトキニ上級官ノ命ヲ拒ムノ權アリトセハ即チ下級官カ上級官ノ命ヲ審查シテ其行フヘヤ否ヤト云フコトヲ決スル權利アリトセハ政治ノ中心ハ漸次下ニ移リテ最下級ノ官吏カ決定權ヲ有スルニ歸シ行政ノ統一主義監督權ノ組織責任制度ノ根本ヲ亂スニ至ルモノナリト云ハサルヘカラス現ニ論者ト雖モ上級官ノ命令ニシテ不法ノ疑アルモノハ下級官ハ審查スル權利ナク之ヲ遵奉セサル可ラスト云フニアラスヤ而シテ其理由ハ上級官ハ法ノ解釋權ヲ有スルヲ以テナリトス然ラハ上級官ノ命令カ不法ナリト確信スルモ監督權解釋權ノアル所ニ對シテハ之ヲ主張スル權利ナシト云フモノナリ不法ノ命令ハ國家ノ意思ニアラス國家ノ機關トシテノ命令ニモアラス而カモ尙ホ下級官ハ之ヲ遵奉セサル可ラスト云フナリ然ラハ何故ニ權限ノ疑議ニ至テ之ト同一ノ論法ヲ用フル能ハサルカ官廳ノ權限ハ官制ニ依テ定マリ或ハ官制ニ由ル委任ニ基ク官制ハ勅令又ハ法律ニ依ル法令ノ解釋權ハ上級官

リ又氏ハ政体ヲ君主制貴族制民主制ノ三種ニ分チ各政体ニ隨フテ此三種ヲ適宜ニ分配シテ以テ其原則ヲ實行セントセリ然レトモ此權力分割及政体區別ノ説ハ決レテモンテスキューノ創制ニ出タルニアラサルコトヲ忘ルヘカラス政体ヲ三種ニ分ツコトハ既ニ希臘學者ノ唱ヘタル所ナリ三種分割說モ亦然リ希臘ノ「アリストテレス」ハ國家ノ權力ヲ三種ニ分チ決定權裁判權行政權トシ決定權ノ中ニハ立法刑罰科罰財產沒收官吏監督國際事務ヲ含有ストセリ其後學者ニ由リ或ハ五種或ハ三種ニ分ツ者アリ英國ノ「ロウク」ハ又立法權執行權外交權ノ三種ニ區別セリ然レトモ此等ノ區別ハ必スシモ「モンテスキュー」下其目的ヲ同シウスルモノニアラス「モンテスキュー」ハ國權掌握者ノ隨意ノ行動ニ對シ人民ノ權利保護ヲ爲スハ其目的トセリ之ニ反シ「ロウク」ハ人民主權ノ主義ニ基キ立法權ハ人民之ヲ有セ執行權及ヒ其掌握者ハ此立法權ニ服從スルモノトナセリ「モンテスキュー」ハ三種ヲ全ク同等ノ地位ニ置キ對等獨立ノモノトシ此各獨立シタル三種ハ全ク異リタル自然人又ハ法人之ヲ掌握スルモノニテ此自然人又ハ法人ハ其作用ニ伴キ各獨立不羈ニシテ他ノ干渉ヲ受クルコトナシ即チ立

法者ハ上下二局ヨリ成リ各自拒絕權ヲ有シ行政者ハ立法者ニ對シ拒絕權ヲ存シ其意思ニ反スル決議ヲ拒ムコトヲ得ルモノトシテ而シテ政体ノ異ナルニ隨ヒ此權力掌握者モ亦其種類ヲ異ニシ君主國ニ於テハ君主執行權ヲ掌リ人民立法權ヲ掌リ且立法權ハ一ハ貴族ノ集會一ハ一般人民ノ集會之ヲ行スモノトセリ「モンテスキユ」此方法ニ依ルトキハ立法行政ノ二權ヲ一人ニ委セサルニハ其一人カ壓制ノ政ヲ行ハンカ爲メニ壓制ノ法律ヲ制定スルコトナク又司法權ト立法權トヲ一人ニ合セサルニハ正義ヲ維持スル司法者ハ即チ法律ヲ制定スルコトナキニハ人民ノ生命財產ハ專制ノ魚肉トナルコトナシ又司法ト行政トヲ一人ニ合セサルニハ法官ノ舉措ハ則チ專横ニ流ル、コトナシ隨テ此方法ハ人民ノ自由ヲ保護スルニ完全ノ方法ニシテ且此方法ハ既ニ英國ニ行ハル、ヲ爲セリ

然レトモ此三權分立說ハ完全ナル説明ト云フヲ得ス此說ニ據レハ此三權ハ互ニ獨立ノ權力ニシテ且此權力ヲ執行スル人モ亦互ニ不羈獨立ニシテ之ヲ統一スル者存セサルコトナルニハ國家ノ權力ハ單一ナル性質ヲ失ヒ國家ハ互ニ

分裂シテ其極無政府ニ至ルヘキナリ且各國ノ實際ニ於テ斯ル方法ヲ採用セルモノ在ルコトナシ殊ニ國家ノ元首ハ唯執行權ノミヲ有スル者ニシテ立法ニ付テハ唯拒絕權ノミヲ有ストスル如キハ君主國ノ原則ニ反スルコトニシテ又實際此主義ヲ實行シタル國ハ甚タ稀ナリトス立憲君主國ニ於テハ國家ノ元首ハ法律ヲ裁可シ其公布ヲ命スルニハ唯執行權ノミナラス立法權其者ヲモ行フモノナリ「モンテスキユ」實例トシテ採用セル英國ニ於テモ君主ハ決シテ執行權ノミヲ行フモノニアラス立法權ヲモ行フナリ故ニ「モンテスキユ」ノ三權分立說ハ一方ニハ國家ノ單一ナル性質ニ戻リ一方ニハ實際ニ反スルノ說ナリトス

然レトモ數百年間既ニ英國ニ行ハレタル制度ヲ學理的ニ研究シテ以テ現今立憲國々法ノ一般ノ原則ヲ正當ニ理會スル端緒ヲ開キタルハ實ニ氏ノ功績ニシテ決シテ之ヲ沒スヘカサルナリ

國家ハ單位ノ人格ナリ故ニ國家ノ意思ノ力モ亦單位ナラサルヘカラス然レトモ國家意思ノ單一ナラサルヘカサルニハ之ヲ發表スル者モ亦單獨ノ人ナラ

サルヘカヲト爲ス必要アルコトナシ專制國ニ於テハ通常法律ハ最高ノ力ヲ有シ他ノ機關ノ秩序ヲ定メ又司法權ハ裁判所之ヲ行ヘトモ是レ唯君主ノ任意ニ由リ事務ヲ分配スルニ過キス法律上此分配ヲ爲サハルヲ得サルノ根據アルニアラス最高ノ機關ハ其權力ニ他ノ制限ヲ受ケサルニヘ何時ニ於テモ其事務ノ分配ヲ隨意ニ變更廢止シ得ヘシ最高機關ノ意思ハ萬事ニ裁決ヲ與フルモノナルコヘ立法司法行政ノ區別ハ專制國ニ於テハ全ク最高機關力唯之ヲ欲スル間ノミ存スルニ過キサルナリ之ニ反シ立憲國ニ於テハ國家ノ作用ヲ立法司法行政ノ數部ニ分チ一定ノ機關ヲ設定シテ之ヲ行ハシメ又ハ參與セシムルヲ以テ其國法上ノ原則トス各立憲國ニ於テハ國家ノ或機關ハ憲法上必ス之ヲ設定シテ國家作用ノ或部分ヲ行フヘキ權限ヲ附與セサルヘカラス決シテ最高機關ノミニテ之ヲ掌ルコトヲ得ス且隨意ニ之ヲ變更廢止セシメサルヲ通則トス例ヘハ帝國議會ヲ設ケテ立法權ノ行使ニ參與セシメ司法ハ裁判所ヲシテ掌ラレメ又補弼ノ責務ヲ負ヘル國務大臣ヲ設クル如キ是ナリ凡ソ近世歐羅巴諸國ニ行ハル、政体ヲ立憲政体ト稱スルハ國家ノ作用ヲ多少ノ範圍内ニ於テ特別ノ機關

ヲシテ分掌セシムルノ政体ヲ指シテ云フナリ殊ニ人民ノ選舉ニ由ル議員ヲ以テ組織スル帝國議會ヲシテ立法ノ作用ニ參與セシムル制度ノ存スルハ立憲國ノ特質トスル所ナリ故ニ立憲國トハ唯單ニ憲法ヲ有スル國ノ義ト解スヘカラス蓋シ憲法ノ本來ノ意義ヨリスレハ國家ノ根本秩序ヲ云フナリ國家ノ構成國家統治機關ノ組織ヲ定メタル法ヲ云フナリ若シ此義ヲ以テスレハ少クトモ近世ニ於テハ何レノ國家モ統治ノ大原則ヲ定メサル者ハ之レナキヲ以テ總テノ國家ハ皆立憲政體ノ國家トナルヘシ現今ノ露西亞國ノ如キ亦國家ノ根本法ナルモノ、定メアリト聞ク然レトモ何人モ露西亞ヲ指シテ立憲國ト云フ者ナシ所謂立憲トハ歷史上種々ノ變遷ヲ經過シ來リテ今日ノ觀念ニ於テハ特別ノ意義ヲ有スルニ至リタルナリ

又立憲政體トハ獨リ人民直接ノ會合若クハ其ノ選舉ヨリ成ル議會ノ存スル國ノ政體ヲ指シテ云フニモアラサルナリ固ヨリ通常立憲政體ノ國ニ於テハ人民議會ノ存在スルモノナレトモ然レトモ若シ此議會ニシテ國家ノ政治ヲ總テ議決シ執行スルモノナルトキハ此制度ヲ指シテ直ニ立憲政體ナリト云フコト能

ハサルヘシ是レ一種ノ專制政治ト云ハサルヘカラス古代ノ希臘羅馬等ニ於ケル如ク人民直接ニ會合シテ直接ニ國家ノ政治ヲ議決シ執行シタル所ニ於テハ之ヲ一種ノ專制政體ナリト云ハサルヘカラス此等ハ近世ノ觀念ニ於テハ立憲政體ト云フコトナシ近世ノ觀念ニ於テ立憲政體ト云フハ少クモ國家ノ作用ヲ各機關ノ間ニ分配スル制度ヲ指レタ云フモノニテ英國ニ於テ夙ニ發達シタリ英國ニ於テ多年行ハレタル制度ヲ「モンテスキュー」研究ノ結果トシテ三權分立論ヲ唱ヘシヨリ遂ニ歐洲諸國ノ制度ニ一般ニ採用セラル。ニ至リタリ此立憲政體ニ於テハ斯ノ如ク國家ノ作用ヲ各機關ニ分掌セシムト雖モ然レトモ是レ唯國家意思ノ發表ノ形式上ニ於ケル區分ニシテ元來唯一ノ國家意思ナルモノカ種々ノ形式ニ區分セラレテ立法司法行政ノ作用トナルニ過キサルナリモシタスキュー氏ノ說ニ據レハ立法司法行政ノ三作用ハ互ニ獨立ノ權力ニシテ且之ヲ司ル機關モ亦平等獨立ノ地位ニ立ツモノニシテ之ヲ統一スル最高ノ權力アルコトヲ認メサルモノナレトモ立憲國ノ原則トスル所ハ唯或事務ハ必ス或一定ノ機關ヲシテ之ヲ司ラシムルト云フニ過キスシテ國家ノ三作用ハ決シ

テ平等獨立ノ權力ナルニアラス又隨テ之ヲ掌ル國家ノ機關モ決シテ平等獨立ノ地位ニアルニアラス行政司法ハ常ニ立法ニ制限セラレ立法ニ服從セサルヘカラス隨テ此等ノ作用ヲ掌ル機關モ亦其地位ヲ同シウスルモノニアラス互ニ上下主副ノ關係ニ立テテ其最上ノ機關ハ外部ニ對シテ確定ノ國家意思ヲ發表シ他ノ機關ニ對シ拘束力アル意思ヲ發表シ他ノ機關ノ權限ノ境界ヲ判決シ規定スルコトヲ得國家諸機關ノ間ニハ互ニ異リタル意見ヲ立ツルコトアリ然レトモ是レ唯確定ノ國家意思ヲ立ツル所以ノ一手段タル國家内部ノ顯象ニシテ其外ニ對シテ確定ノ國家意思トシテ表ハル。ニハ必ス上級機關ノ決定ニ依ルモノユヘ國家意思ハ其統一ヲ缺クコトナシ故ニ「モンテスキュー」氏ノ唱ヘタル三權分說ト立憲國ニ所謂三權分立トハ其名ハ同シクシテ其意思其意義大ニ異ナル所アルヲ知ラサルヘカラス

以上國家ニハ最高機關ノ存スルコトヲ述ヘタリ此最高機關ハ即チ國權ノ總攬者ナリ國權ノ總攬者トハ國家ノ諸機關ノ行使スル諸權力ヲ統轄スル者ナリ然レトモ國權ノ總攬者ハ國權ノ主體ニアラサルナリ國權ノ主體トハ國權ノ歸屬

スル人格ヲ云フ國權ノ總攬者トハ此人格ノ爲ニ國權ヲ執行スル最高ノ機關ヲ云フナリ國權ノ主體タル人格ハ即チ國家ナリ憲法義解ニハ統治權ヲ總攬ストハ主權ノ本體ナリ憲法ノ條規ニ依リ之ヲ行フハ主權ノ用ナリト云ヘリ即チ統治權ノ總攬トハ統治權ノ主體ノコトヲ云ヒタルモノニシテ統治權ノ主體ハ即チ君主ナリ君主カ此統治權ヲ行使スルニハ憲法上ノ種々ノ機關ニ由リテ之ヲ行フト云フノ義ニ解セリ然レトモ統治權ノ主體ヲ君主ト爲ストキハ國家ハ如何ニ之ヲ定義スヘキヤ同義解中ニ君主ハ國家ヲ代表シテ條約ヲ結フト云ヘル所モアリ然ラハ一方ニハ國家ヲ一ノ人格ト見タルモノト云ハサルヘカラス然ラハ此説明ハ矛盾ニハアラサルカ若シ國家ノ人格ヲ認メスンハ即チ是レ國家ノ觀念ノ根本ニ付キ既ニ其見解ヲ異ニスルモノナリ

第四節 最高權(又ハ主權)

現今最高權又ハ主權ト云フ語ハ元ト佛語ヨリ來リタルカ此佛語モ元來ハ中古ノ羅旬語ヨリ來リタルナリ中古ノ初ニ於テハ支配權ハ神ヨリ與ヘラレタル職務ナリトセリ然レトモ十二世紀以來此意見ニ對シ既ニ主權說萌芽ヲ生シ君主

構成ノ一要件タル法律ハ此刑罰ノ制裁アル法律ナラサルヘカラス是ニ於テカ刑罰トハ如何ナルモノヲ謂フカニ付キ一言セサルヲ得サルナリ蓋シ刑罰ノ制裁アル法律ハ必スシモ刑法ノミニアラス刑法以外ノ法律ニシテ之ニ違背スルトキハ刑罰ノ制裁ヲ科スルコトヲ規定シタルモノ尠ナカラス諸稅則及ヒ諸取締ニ關スル規則等はナリ刑事訴訟法民事訴訟法等ニ於テモ亦刑罰ノ制裁ヲ設ケタル規定アリ例之ハ證人トシテ法庭ニ召喚ヲ受ケタル者故ナク出廷セサル者ニ罰金ヲ科スル規定ノ如キ是ナリ又商法ニ於テ法人ノ組織ヲナサハルヘカラサル者ニシテ法人ノ届出ヲ爲サハル場合ニ於テ其怠慢ヲ處罰スル規定ノ如キ即チ是ナリ凡ソ斯ノ如ク或事項ニ違背スルトキハ其制裁トシテ刑罰ヲ科スルノ規定ヲ設ケアル場合ハ其刑罰ノ身軀自由ニ關スルト將タ又財産ニ關スルトヲ問ハス皆之ヲ稱シテ刑罰ノ制裁アリト曰フ而シテ其制裁ハ刑事裁判所ニ於テ之ヲ科スルト民事裁判所ニ於テ之ヲ科スルトヲ問フコトナシ茲ニ一言ノ注意ヲ要スルモノハ即チ懲戒法ナリ方今裁判所ニ於テ適用スル懲戒法ニ二種アリ即チ裁判官ニ關スル懲戒法及ヒ辯護士ニ關スル懲戒法是ナリ此懲戒法

ハ豫メ制裁ヲ設ケ或事項ニ違反スルトキ之ヲ罰スルヲ目的トスル法律ナリ故ニ其性質タル恰モ刑罰ノ制裁アル法律ナリト曰フヲ得ヘキカ如シ然レトモ懲戒法ノ懲戒ハ全ク刑罰ト同シカラサルモノタルコトヲ知ラサルヘカラス其刑罰ト同シカラサル要點三アリ(一)其目的ニ於テ異ナリ。即チ懲戒法ノ目的ハ或業務ノ執行ヲ確實ニスルニ在リ故ニ其業務ニ任スル者ニ於テ其業務ヲ執行スル爲ニ命セラレタル特別ノ義務ヲ盡サハル場合ニ限リテ此懲戒法ノ制裁ヲ受クルニ至ルモノナリ一般ノ人民カ一般ノ法律命令ニ違背スル場合ト全ク其趣ヲ異ニス(二)其性質ニ於テ同シカラス。即チ普通ノ刑罰ハ人ノ財産名譽自由身體ニ對シテ苦痛ヲ與フルノ性質ヲ有シ懲戒法ノ制裁ハ唯タ其業務ノ執行ニ必要ナル程度ニ止マル之ヲ輕クシテハ譴責之ヲ重クシテハ除名若クハ免官ニ過キス(三)其證據方法ニ於テ異ナリ。即チ普通刑事ノ裁判ニ於テハ必ス證據ノ上ニ多少ノ辯論ヲ經ルヲ要シ所謂確實ナル證據ノ存スルニ非サレハ有罪無罪ヲ決スルコトヲ得ス之ニ反シ懲戒法ニ依ル處分ハ確實ノ證據ヲ要セス證據ニ付キ何等ノ辯論ヲ經ス或事實アルコトヲ推測スルニ足ルヘキモノアレハ直チニ

其制裁ヲ科スルコトヲ得ヘシ
第二要件 禁制又ハ命令ノ事項アルコトヲ要ス
人ノ行爲ハ自由ヲ以テ其本然ト爲ス若シ法律ニ於テ之カ制限ヲ爲スコトナクシハ如何ナル行爲ヲ爲スモ他人ハ之ヲ咎ムルコトヲ得ス然ルニ法律ハ此人ノ自由ナル行爲ヲ制限シテ或ハ爲ス勿レト禁制シ或ハ爲スヘシト命令スルコトアリ法律カ爲ス勿レト禁制セルトキハ人ノ行爲ハ其禁制ノ範圍内ニ於テハ全ク自由ヲ失ヒタルモノナリ法律カ爲スヘシト命令セルトキモ亦人ノ行爲ハ其命令ノ範圍内ニ於テハ全ク自由ヲ失ヒタルモノナリ即チ禁制ノ場合ニハ進ムコトヲ得ス命令ノ場合ニハ進マサルコトヲ得ス孰レモ自己ノ意思ニ反シテ爲サント欲スル所ヲ慎ミ爲スヲ欲セサル所ヲ爲スニ在リ此兩範圍内ニ於テハ人ハ自由ナシト謂フヘシ此ノ如ク人ノ行爲ニ付キ一種ノ疆界線ヲ劃シテ其ノ線ヲ超ユルコトヲ得サレシム此規定ハ即チ所謂禁制又ハ命令ノ事項ナリ故ニ若シ法律ニ於テ刑罰ノ制裁ヲ設ケ豫メ禁制又ハ命令ノ事項ヲ定メサレハ人ハ如何ナル所爲ヲ爲スコトヲ得ルカ又ハ如何ナル所爲ヲ爲スコトヲ得サルカヲ知

ルニ由ナク随テ其行爲ニ對シテ刑罰ノ制裁ヲ科スルヲ得サルヘシ刑罰ノ制裁ヲ科スルコトヲ得ルハ豫メ禁制又ハ命令ノ範圍ヲ設ケ其範圍内ニ於テハ自由ノ行爲ヲ爲スコトヲ得スト定メタルカ爲ナリ

第三要件 其事項ニ違反スル行爲アルコトヲ要ス

其事項ニ違反スル行爲トハ必ス外部即チ社會ニ表シタルモノナラサルヘカラス蓋シ犯罪ハ社會ノ安寧秩序ヲ妨害スルカ故ニ之ヲ處罰スルモノナリ既ニ然ラハ此違反ノ行爲ハ必ス社會ニ影響ヲ及ホス所ノモノナラサルヘカラス其行爲カ未タ社會ニ對シテ何等ノ影響ヲ及ホサルモノハ縱令違反ノ意思ナリトスルモ未志中ニ在リテ未タ其外部ニ現ハレサルモノハ縱令違反ノ意思ナリトスルモ未タ曾テ社會ニ何等ノ關係アラサルヲ以テ社會ハ之ニ對シテ刑罰ヲ行フ權利ヲ有セス即チ侵害ノ事實ナキ以上ハ防衛權ヲ行フノ理由ナキナリ故ニ違反ノ行爲ハ必ス外部ニ表シタルモノナラサルヘカラス違反ノ行爲ニ二種アリ一ハ作爲ノ行爲一ハ不作爲ノ行爲即チ是ナリ作爲ノ行爲トハ我自ら進ンテ法律ノ禁制シタル事項ヲ爲スコトヲ謂ヒ不作爲ノ行爲トハ我レ自ら退キテ法律ノ

命令シタル事項ヲ爲サ、ルヲ謂フ例ハ刑法ハ人ノ生命ヲ保護セント欲シテ人ヲ殺ス勿レト禁制シ人ノ財産ヲ安固ニセント欲シテ人ノ財物ヲ奪取スル勿レト禁制シタルニモ拘ラス自ら進ンテ人ヲ殺シ又ハ人ノ財物ヲ奪取セハ是レ即チ自ら進ミテ其事項ヲ爲スニ因リ罪ヲ爲スモノニシテ即チ作爲ノ行爲タリ刑法ノ規定中最モ其多數ヲ占メタル犯罪ハ概テ此作爲ノ行爲ニ非サルハナシ又例ハ刑法カ自己ノ所有地内ニ老者幼者ノ遺棄シタル者アラハ之ヲ扶助又ハ申告スヘシト命令セルニ其命令ニ從ハス座視傍觀シテ扶助シ又ハ官署ニ申告ヲ爲サ、ルカ如キ又刑法カ父母祖父母ヲ奉養スヘシト命令セルニ其ノ命令ニ隨ハス奉養ニ義務ヲ欠カカ如キ是レ皆自ら其ノ事項ヲ爲サ、ルニ因リ罪ヲ爲スモノニテ即チ不作爲ノ行爲タリ然レトモ不作爲ノ行爲ハ刑法ノ規定中之ヲ見ルコト甚タ難ク此二例ノ外ハ殆ト之ヲ見ヌ元來不作爲ノ行爲ハ爲スヘキ事項ヲ爲サ、ルモノナラヲ以テ一見或ハ毫モ社會ニ表シタル行爲ニ非ルカ如シ凡ソ何事モ我之ヲ行フニ因リ始メテ之ヲ行フタル痕跡ヲ社會ニ印スルモノニシテ我ニ於テ何ノ行フ所ナクハ社會ニ其痕跡ヲ見ルノ理ナシ故ニ作爲

ノ行爲ハ常ニ必ス社會ニ表白スルモノタリト雖モ不作爲ノ行爲ハ殆ト社會ニ其痕跡ナク之ヲ社會ニ表白シタルモノト謂フヘカラサルカ如シ然リト雖モ事項自體ヨリ觀レハ犯人カ之ヲ爲サ、リシ行爲アルコト顯然タリ前例ニ示ス如ク予ノ所有地内ニ老者幼者ノ遺棄サレタル者アル場合ニ於テ予之ヲ扶助セス官署ニ申告セサルトキハ其老者幼者ハ依然トシテ予ノ所有地内ニ存在スヘク其存在スルハ即チ予カ爲スヘキノ事項ヲ爲サ、ル痕跡ニシテ其實ハ社會ニ表白スヘシ父母祖父母ニ對シテ奉養ノ義務ヲ缺ク場合ニ於テモ亦同シ其父母又ハ祖父母カ飢渴ニ困シム事實ハ即チ其爲スヘキノ事項ヲ爲サ、ル不作爲ノ行爲ノ痕跡ナリ是レ亦社會ニ表白セリト謂フヘシ是ニ由テ之ヲ觀レハ不作爲ノ行爲ト雖モ常ニ社會ニ表白シ社會ニ關係ヲ有スルコトハ些少ノ作爲ト異ナル所ナシ即チ作爲ノ行爲ト不作爲ノ行爲トハ其性質ニ於テ多少ノ相異ナルアリト雖モ其ノ社會ニ表白シテ法律ノ禁制又ハ命令シタル事項ニ違反スル行爲ナルコトハ二者全ク同一ナリ

以上ノ三要件ハ總テノ犯罪ヲ構成スルニ必要ナル元素ナリ佛國刑法學者ガロ

Ⅰ氏ハ此他ニ於テ更ニ一要件ヲ加ヘ權利ノ執行ニ屬セサル行爲ナルコトヲ要スト曰ヘリ然レトモ此條件ノ不必要ナルハ多辯ヲ俟タスシテ明瞭ナリ上來論述セル如ク人ハ自由ナルヲ原則トス唯法律ノ禁制又ハ命令シタル範圍内ニ於テノミ其自由ヲ失フニ過キス故ニ其自由ヲ失ヒシ者カ之ヲ侵セハ茲ニ犯罪ヲ構成スルモノニシテ其範圍以外ニ於テハ人ハ依然トシテ原則ニ依リ自由ノ行動ヲ爲スノ權利アリ故ニ其權利ヲ執行セシ場合ニ於テ犯罪ヲ構成スルノ理由ナシ日本及ヒ佛國ノ刑法ニ於テ共ニ正當防衛ノ規定アリ又本屬長官ノ命令ニ因ル職務ノ執行ハ罪トナラストノ規定アリ此規定ニ依リ殺人其他犯罪ノ外形アル行爲ヲ爲シ得ルモ是等ノ行爲ハ人ノ權利ノ執行ニ屬スルヲ以テ犯罪トナラスガロⅠ氏ノ要件ハ是等ノ場合ヲ指稱スルノ意ナルヘシ然リト雖モ正當防衛ハ法律カ爲スヘシト命令セルモノニシテ本屬長官ノ命令ニ因ル職務ノ執行モ亦同シク法律ノ命令ニ從フ行爲ニ外ナラス而シテ法律ノ命令ニ從ヒ爲シタル行爲カ犯罪ヲ構成セサルハ理ノ當然ニシテ特ニ之ヲ以テ一ノ條件ト爲スノ必要ナシ

論者或ハ定義中ニ犯人ノ意思ヲ掲ケ之ヲ犯罪ノ要件ト爲ス者アリ總テ禁制命令ニ違反スル行爲ハ單ニ其違反セシ事實ノミヲ以テ足レリト爲スヘキニ非ス必ス其違反スル意思アルコトヲ要ス若シ夫レ罪ヲ犯スノ意ナキ行爲ハ罪ト爲ラスト云フニ非スヤ然ラハ則チ是レ犯人ノ責任ト犯罪ノ構成トヲ混同セルモノニシテ探ルニ足ラサル論ナリ蓋シ犯罪ハ一ノ事實ニシテ法律ノ設ケタル疆界線ヲ超ユルニ於テ成立スル所ノモノナリ其之ヲ超エタル人ノ何人タルヤハ措テ問フ所ニ非ス犯罪一旦成立シタル後其犯人ノ責任ヲ論スルニ當リテ意思ノ問題ヲ生ス若シ其犯人ニシテ自由ノ意思ナカリシトキハ其責任ナシト云フニ過キス即チ人ニ關スルモノト事實ニ關スルモノトハ嚴ニ之カ區別ヲ爲スヘシ犯罪ノ定義ハ單ニ犯罪ノ事實ヲ問フモノニシテ意思即チ人ニ關スルモノハ措テ問フ所ニ非ス然ルニ之ヲ以テ定義中ニ加ヘントスルハ是レ寧ロ犯罪ノ定義其モノ、範圍ヲ明悉セサルノ過ニ坐スルノミ

第二章 犯罪ノ區別

第一節 犯罪輕重ノ區別

○犯罪輕重ノ區別ハ一應二部ノ目次ニ分ル

第一部

第一條 犯罪ノ輕重ハ其事實ノ輕重ニ依リテ定ムル

第二條 犯罪ノ輕重ハ其犯人ノ意思ノ輕重ニ依リテ定ムル

第二部

第三條 犯罪ノ輕重ハ其犯人ノ意思ノ輕重ニ依リテ定ムル

第四條 犯罪ノ輕重ハ其犯人ノ意思ノ輕重ニ依リテ定ムル

論者或ハ定義中ニ犯人ノ意思ヲ掲ケ之ヲ犯罪ノ要件ト爲ス者アリ總テ禁制命令ニ違反スル行爲ハ單ニ其違反セシ事實ノミヲ以テ足レリト爲スヘキニ非ス必ス其違反スル意思アルコトヲ要ス若シ夫レ罪ヲ犯スノ意ナキ行爲ハ罪ト爲ラスト云フニ非スヤ然ラハ則チ是レ犯人ノ責任ト犯罪ノ構成トヲ混同セルモノニシテ探ルニ足ラサル論ナリ蓋シ犯罪ハ一ノ事實ニシテ法律ノ設ケタル疆界線ヲ越ユルニ於テ成立スル所ノモノナリ其之ヲ超エタル人ノ何人タルヤハ措テ問フ所ニ非ス犯罪一旦成立シタル後其犯人ノ責任ヲ論スルニ當リテ意思ノ問題ヲ生ス若シ其犯人ニシテ自由ノ意思ナカリシトキハ其責任ナシト云フニ過キス即チ人ニ關スルモノト事實ニ關スルモノトハ嚴ニ之カ區別ヲ爲スヘシ犯罪ノ定義ハ單ニ犯罪ノ事實ヲ問フモノニシテ意思即チ人ニ關スルモノハ措テ問フ所ニ非ス然ルニ之ヲ以テ定義中ニ加ヘントスルハ是レ寧ロ犯罪ノ定義其モノ、範圍ヲ明悉セサルノ過ニ坐スルノミ

第二章 犯罪ノ區別

第一節 犯罪輕重ノ區別

既刊講義錄

○本月五日以來發行シタル一部二部ノ目次左ノ如シ

第一部

第五號 強制執行 遠藤學士 物權法 小宮學士
親族法 掛下學士 債權買賣 兩角學士
失火者ノ責任 梅博士

第六號 羅馬法ゲニョーラル 民法債權 兩角學士
民事訴訟法(自第三編至第五編) 遠藤學士
債權總則 加古學士

第二部

第五號 經濟學 金井博士 經濟學 高野學士
破產法 鈴木學士 商法 總則 杉本學士
海商法 加藤學士 工業 其金融機關有賀學士

第六號 商法修正要領 梅博士 經濟學 金井博士
海商法 加藤學士 經濟學 高野學士
商法總則 杉本學士 對清貿易擴張 實有賀學士

明治三十二年四月廿九日印刷
明治三十二年四月三十日發行

編輯者 上野政雄
東京市牛込區大塚町三番地

印刷者 金子鐵五郎
東京市芝區西ノ久保明弁町十一番地

印刷所 金子活版所
東京市芝區西ノ久保明弁町十一番地

發行所 司法省 和佛法律學校

所在 (東京市麴町區富士見)
町六丁目十六番地

電話 (本局千二百七十四番)

明治廿二年十二月九日內務省許可

梅博士ヲ校長トシ富井博士ヲ校務顧問トシ我
邦ノ法學大家ヲ集メ加フルニ外國ノ大家ヲ以
テス我校ノ如キハ蓋シ他ニ比類ナカルヘシ而
シテ我新講義録ハ實ニ此等大家ノ講義ヲ目聽
スヘキ一大講堂ナリ本校豈誇張ノ言ヲ以テ世
ヲ瞞者スルモノナランヤ世間法學ニ志スノ士
ハ何ソ疾ク來ツテ我校ニ學ハサル何ソ疾ク我
講義録ニ學ハサル