

和仏法律学校講義録

副島，義一 / 古賀，廉造 / 秋山，雅之介 / 勝本，勘三郎

(出版者 / Publisher)

和佛法律學校

(巻 / Volume)

3-22

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

43

(発行年 / Year)

1899-12-30

和佛滿學綱

講義錄

第一卷

每月一回

目

次

刑法各論 (自三九七頁至四二〇頁) 法學士勝本勘三郎

刑法總論 (自三三三頁至四八頁) 法學士古賀廉造

戰時國際公法 (自一〇一頁至一四頁) 法學士秋山雅之介

第八拾貳號

憲

法 (自二六七頁至二八三頁) 法學士副島義一

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

090
1899
3-1-22

通キン牙勞氏刑法論第二卷一四四號

以上余輩ハ文書偽造罪ノ成立ニ必要ナル一般要素ヲ説明セルモ我法律ニ於テハ右ノ各要素ノ外更ニ之ヲ行使シタルコトヲ要スルカ故ニ第六トシテ此行使ノ一項ヲ説明セン

第六ノ要素 行使シタルコト

一行使トハ何ソヤ、是レ既ニ貨幣偽造ニ於テ説明シタル所再ヒ説明ヲ要セスト雖モ重要ナル犯罪ニ係ルカ故ニ更ニ之ヲ一言セン即チ行使トハ詐僞ノ勢力ヲ加ヘタル物件本罪ニ付テ之ヲ云ヘハ偽造又ハ變造シタル文書ヲ他人ニ提示シ之ヲシテ其確信ヲ誤ラシムルコトヲ云フ、(一)他人ニ提示スルコトヲ要スルカ故ニ共犯ノ一人又ハ自己ノ代理人タル辯護士等ニ提示スルカ如キハ行使ニ非ス然レトモ單ニ他人タルコトヲ要スルノミナルカ故ニ犯人カ之ニ依テ實害ヲ被ラシメントタル人タルト否トヲ問ハス故ニ虛僞ノ主張ヲ確カメンカ爲メ之ヲ裁判所ニ提出スルモ亦行使ノ所爲ナリトス(人或ハ裁判官ハ事實虛僞ノ主張ニ非サルヤヲ疑フ場合隨テ僞文書

タルコトヲ疑フ場合ニ於テモ尙ホ法理ノ命スル所ト自己ノ確信スル所ト
ニ依リ判定ヲ下スモノナルカ故ニ裁判所ニ提出スルハ行使ニ非スト主張
スト雖モ行使ノ所爲ハ必スシモ欺カル可キ人ニ提示スルコトヲ要セス欺
カル可キ狀況アル人ニ提示セハ完成スルモノニシテ裁判官ト雖モ欺カル
コトナシト云フコトヲ得サルカ故ニ欺カル可キ狀況アル人ニ提示シタ
ルモノタルコトヲ忘却シタルモノニシテ探ルニ足ラサル謬見タリ(一)提示
スルコトヲ要スルカ故ニ假令他人ノ目ニ觸ル、モ故ラニ之ヲ提示シタル
ニ非スシテ偶然ニ出タルカ如キ場合ニ於テハ之ヲ以テ行使ノ所爲アリ
ト云フコト得ス然レトモ其所謂提示ハ故ラニ他人ノ面前ニ提示スルコト
ヲ要セス他人カ之ヲ目撃スルコトヲ得可キ狀況ニ置タラ以テ足レリトス、
故ニ例ヘハ官吏カ其偽造變造シタル帳簿ヲ一定ノ場所ニ備付ケタルカ如
キモ亦之ヲ行使シタルモノト云フコトヲ得(二)確信ヲ誤ラシムルカ爲メニ
提示シタルコトヲ要スルカ故ニ運輸ノ爲メ運送人又ハ使者ニ交付シタル
カ如キ單ニ形狀ヲ示シタルニ止マリ實質ヲ對抗セス從テ他人ノ審査力ヲ

害セサルモノハ之ヲ行使ト云フコトヲ得其適用ノ一トシテ學者間多少
異議アリト雖モ余ハ登記又ハ公證ヲ受ケルカ爲メ偽文書ヲ公證人又ハ登
記官吏ノ面前ニ提示スルカ如キハ公證人又ハ登記官吏ハ單ニ其形體ヲ見
テ公證又ハ登記スルノミ其實質ノ眞偽ヲ審査スルノ義務ナク隨テ審査力
ヲ害セラル、コトナク隨テ錯誤ニ陥ルコトナキカ故ニ行使ノ行爲ナキモ
ノト確信ス蓋シ若シ之ヲ以テ行使トセハ公證又ハ登記ヲ經テ偽文書ヲ行
使スル者ハ常ニ必ス二重ノ行使罪タルヲ見ルモ其非理ナルヤ知ル可シ但
本論ハ公證又ハ登記ヲ經ヘキ主タル文書其モノ、ミニ關シ公證ノ委任狀
及ヒ登記ノ願書等ニ關セス此等ノモノハ其實質ヲ公證人又ハ登記官吏ニ
對抗スルモノニシテ其提示ハ公證人又ハ登記官吏ノ審査力ヲ害スルモノ
ナルカ故ニ行使ノ所爲タル可キヤ論ヲ俟タス(三)
二行使ノ未遂ト既遂トノ關係 行使トハ此ノ如ク他人ノ確信ヲ誤ラシムル
カ爲メニ偽造又ハ變造ノ文書ヲ他人ニ提示スルノ所爲ナルカ故ニ行使ノ
所爲カ已遂タルニハ必スシモ之ニ依テ他人ヲ錯誤ニ陥ラシメタルコトヲ

要セス錯誤ニ陷ル可キ狀況ニ在ル者ニ對シテ之ヲ欺クニ足ル可キ文書ヲ提示シタルトキハ行使ノ所爲ヲ遂ケタルモノトス其初ヨリ虛偽ナルコトヲ發見セラレ若クハ後ニ於テ之ヲ發見セラレタルカ如キハ已遂ノ狀況ニ變動ヲ生セス從テ行使カ未遂タルニハ未タ此等ノ狀況ニ違セサルニ先テ意外ノ障礙又ハ舛錯ニ因テ其行爲ヲ阻害セラレタルコトヲ要ス

三行使ト偽造又ハ變造トノ關係 余ハ嘗テ偽造變造ハ犯罪ノ豫備ナリト主張セシカ今ハ之ヲ犯罪ノ着手ナリト確信ス蓋シ若シ法律上偽造若クハ變造シタル文書ヲ行使スル所爲ヲ以テ犯罪ヲ成形スルモノトセハ其所謂偽造變造ハ犯罪構成ノ一要素即チ正犯行爲ノ一部分ナラサルカ故ニ犯罪ノ豫備ナリト雖モ法律ハ偽造又ハ變造ヲ行使シタル者トアリテ偽造又ハ變造ト行使トノ二要素ヲ具備スルニ非サレハ犯罪ヲ成形セストスルカ故ニ其所謂偽造變造ハ犯罪構成ノ一要素即チ正犯行爲ノ一部分ニ屬シ第百十二條ニ所謂犯罪其モノニシテ已ニ着手以上ノ所爲ナレハナリ而シテ若手以上ノ所爲ナルカ故ニ時効ハ偽造又ハ變造ノ所爲アリタル時ヨリ流出

シ偽造又ハ變造ノ所爲ニ加功シタル者ハ常ニ正犯トス

第二款 文書偽造罪ノ體様若クハ各種ノ文書偽造罪

法律ハ偽造セラル可キ文書ノ性質如何即チ文書カ法律關係上重要ナルモノト否トニ因リ處分ヲ異ニセンカ爲メ其規定ヲ三分セリ曰ク(一)官文書ニ關スルモノ(二)私文書ニ關スルモノ(三)特種ノ官私文書ニ關スルモノ是ナリ

第一項 官ノ文書ヲ偽造スル罪

法律ハ第三節官ノ文書ヲ偽造スル罪ヲ表題ノ下ニ於テ(一)官文書偽造罪及ヒ(二)官文書毀棄罪ヲ規定セリ依テ更ニ二段ニ分テ説明ス可シ

第一段 官文書偽造罪

甲 本罪ノ構成 本罪ヲ構成スルニハ特別ノ要素トシテ其偽造又ハ變造セラレタル文書ノ官文書タルコトヲ要シ各條項ニ該當ス可キ犯罪ヲ構成スルニハ法律カ各條項ニ記載シタル文書タルコトヲ要スルカ故ニ先ツ文書ノ何者タルヤヲ説明シ次ニ其種類ヲ説明セン

第一 官文書ノ定義 官文書トハ何ソヤ之ニ付テハ二個入見解アリ官廳カ其

職務ヲ以テ調製スル總テノ文書ヲ云フトスルモノト官吏カ國家爲政ノ機關
トシテ調製スル總テノ文書ヲ云フトスルモノト是ナリ前ノ見解ヲ以テスレ
ハ苟モ官吏ナル身分アル者カ法律命令ノ命シタル職務ノ權限内ニ於テ調製
スルモノハ其公法上ノ關係ニ於テスルモノト私法上ノ關係ニ於テスルモノ
トヲ問ハス總テ皆官文書タル可シ後ノ見解ヲ以テスレハ官吏カ國家爲政ノ
機關即チ公法上所謂統治機關ノ一部トシテ作製シタルモノニ限り私法上ノ
關係ニ於テ作製スルモノハ官文書ト云フヲ得ス從テ各官衙ノ往復文等ハ官
文書タル可キモ官吏カ官署ヲ代表シテ一人ト取結ヒタル契約書若クハ國
家ヲ代表シ一人ノ資格ヲ以テ裁判所ニ差出シタル訴答文書ノ如キハ官文
書ニ非スシテ私文書タル可シ余ハ多數ノ反對論者アル可キコトヲ豫想スル
ニ拘ハラス後ノ見解ヲ主張ス蓋シ法律カ官私文書ヲ區別シテ其制裁ヲ異ニ
シタル所以ハ一般ニ對スル證據力カ其性質上一應公正ト看做サルハト否ト
ニ依リ被害ノ程度相同シカラサルニ因ルモノニシテ國家ヲ爲政ハ公正ノ標
準タルカ故ニ其文書モ亦反對ノ證明ナキ限リハ其自身公正ト看做サル可

キモ私法上ノ行爲ハ假令國家ノ行爲ト雖モ裁判所ノ判決ニ服從セザル可カ
ラサルカ故ニ公正ノ標準ト云フヲ得ス隨テ其文書モ亦一般ノ私文書ト同シ
クソレ自分公正ト看做サルハコトヲ得サレハナリ
所謂官文書ハ外國ノ官文書ヲモ包含スルカヲ本間ハ外國ノ君主其親族及ヒ官
吏ハ我カ天皇皇族及ヒ官吏ト同一視ス可キヤトノ問題等ト共ニ論究ス可キモ
ノニシテ余輩ノ見ル所ニ依レハ老幼男女夫妻親子等一般自然上ノ關係ハ外
國ノ空氣水家屋等カ往トシテ空氣水家屋タルヲ失ハサルト同シク我國ニ
於テモ老幼男女夫妻親子タリト雖モ君主皇族官吏官文書ノ如キ其國ニノミ
限リ特ニ法律若クハ習慣等ノハ爲ニ因リテ組織セラレタル特別ノ制度ハ刑
事國際法上我國ニ於テ之ヲ我國ノ君主皇族官吏官文書ト同視ス可シトノ明
文ナキ以上ハ單純ナル一人ノ私人國際公法上外國ノ君主ハ我法權ニ服セス外國
ノ皇族ハ刑セスト云フカ如キハ自ラ別問題トス又ハ私文書タル可シ
第二 官文書ノ種類 法律ハ官文書ヲ分テ三種トモテ曰ク詔書曰ク第二百三
條ノ官文書曰ク公正文書是ナリ

一 詔書 天皇ノ自ラ作製セラル可キ文書ハ勅書勅諭詔書宸翰親筆等名稱種々ナリト雖モ皆通俗ノ稱呼ノミ學問上ヨリ區別スレハ前ニ廣ク官文書ニ付テ説明シタル如ク天皇カ國家爲政ノ首長トシテ作製セラル、特別ノ文書ト單ニ 天皇ト云フ高貴ノ御身分ヲ以テノミ作製セラル、一般ノ文書トノ二トスルコトヲ得茲ニ所謂詔書トハ此二者共ニ包含スルヤ余輩ハ其官文書ノ一種トシテ規定セラレタル點ヨリ觀察シ前述官文書ノ定義ヲ應用シテ詔書トハ前者ノミヲ意味シ例ヘハ 天皇カ友邦ノ君主又ハ皇族其他我貴顯諸公等へ宴遊其他單純ナル私人關係ノ爲メニ發セラル、文書ハ詔書ニ非スト論斷セント欲ス然レトモ此點ニ付テハ余ハ必スモ爭ハス詔書ハ格別ナリトノ論モ亦有力ナル可シ

一 第二百三條ノ官文書 詔書及ヒ公正文書ヲ除キタル以外ノ官文書ヲ總稱ス法律命令及ヒ帳簿等ヨリ各官署ノ間ニ於ケル單純ナル往復文等ニモ亦及フ

三 公證文書 是レ第二百四條ノ規定スル所明文所謂公債證書地券ハ其一

二 例示セラルミ餘ラハ公正文書トハ如何ナル文書ヲ云フカ曰ク一私人ノ利益ノ爲メ官吏カ一私人ニ屬スル或事項ヲ公證シテ特別ノ證據力ヲ附シ以テ一私人ニ下付スル一切ノ文書ヲ云フ法律ノ例示以外ニ例舉セハ登記官吏カ下付スル登記ノ謄本公證人カ付與スル公正證書ノ謄本戸籍吏カ付與スル身分證明書等其著シキモノトス郵便局ノ貯金通帳郵便爲替證書ノ如キ亦何レモ郵便ト云フ行政事務トシテ一私人ニ下付セタルモノナルカ故ニ官文書タルコト疑ヲ容レズ

次ニ一私人ヨリ差出シタル文書ヲ官吏カ與書等ニ依テ公證シタル場合ニ於テハ官吏ノ作製シタル部分ノミカ公證文書ト爲ルカ將タ全體ノ文書カ單テ公證文書ト爲ルカトノ疑問アリト雖モ此場合ニ於テハ一私人ノ作製シタル部分モ亦官吏ノ公證ニ因テ官吏自身体作製シタルニ異ラサルコト、爲リ官吏ノ作製シタル文書ト一體ヲ爲セラ全體ノ文書カ舉テ公證文書ト爲ルモノトス

終リニ法律ノ規定ニ付キ一言セン或官文書カ普通ノ官文書ニ屬スルヤ將

タ公證文書ニ屬スルヤハ事實上極メテ困難ナル問題タリ故ニ立法上可成
 的此ノ如キ區別ヲ避クルヲ可トス況ヤ我法律ノ規定ハ彼是其刑罰ノ上ニ
 於テモ殆ト異同アルヲ認メサルヲ實ニ無用有害ノ區別ト謂フ可シ

乙 本罪ノ處分 本罪ノ處分ニ關シ一般ニ法律カ輕懲役以上ノ重刑ヲ以テ待
 ツ所以ノ者ハ屬說明シタル如ク官文書ハ公證ハ標準ト爲リ十分ナル證據力ヲ
 有スルモノナルカ故ニ之ニ因テ生ス可キ被害多クハ確實ニ且最モ大ナレハナリ

第一 詔書ヲ偽造シ又ハ増減變換シタル罪 (一)法律ハ他ノ文書偽造罪ト異ナ
 リ單ニ之ヲ偽造シ又ハ變造シタルノミヲ以テ罪ヲ構成スルモノトシ亦其行
 使ヲ待タサルノミナラス無期徒刑ノ重刑ヲ科ス悖理不徳ノ極ナレハナリ然
 レトモ余ヲシテ略ヲ容レシメハ些カ諍ニ失セサルカ蓋シ此等ノ犯罪ハ固ヨ
 リ不徳ノ極タルハ明ナリト雖モ其目的多クハ或不正ノ利益ヲ得ンカ爲メ證
 據ヲ偽ルニアアルノミ必スモ尊嚴ヲ汚瀆セントスルカ如キ禽獸ノ心アリト
 云フ可カラサレハナリ (二)法律ハ偽造又ハ變造ノミヲ以テ直チニ罪ヲ構成ス
 ルモノトシ行使ノ場合ヲ豫見セサルカ故ニ單ニ偽造變造ニ止マルモ將テ進

テ行使ニ及フモ同一タリ而シテ法律ハ行使ヲ罰スルノ規定ヲ設ケサルカ故
 ニ偽造變造ノ情ヲ知テ單ニ行使ノミヲ爲シタル者ハ無罪トセサルヲ得ス立
 法ノ大缺點タリ同一ノ論法ニ依リ假令自ラ偽造變造シタル者ト雖モ偽造變
 造ニ付テ刑ノ時効ヲ經タル後行使シタルトキハ亦無罪タラサルヲ得ス何ノ
 其レ太シキヤ此點ハ他ノ文書偽造罪ニ於テモ亦同一ナリ

第二 第二百三條ノ文書若クハ公證文書ヲ偽造シ又ハ増減變換シタル罪、法
 律ハ普通ノ場合ニ輕懲役ニ處シ無記名ノ公債證書ニ係ル者ニ對シ一等ヲ加
 フルノ外第二百五條ニ官吏其管掌ニ係ル文書ヲ偽造又ハ増減變換シテ行使
 シタル者ハ前二條ノ例ニ照シテ各一等ヲ加フトアリテ犯人ノ資格ニ依リ更
 ニ各刑ヲ加重ス(一)無記名ノ公債證書ニ係ル場合ニ一等ヲ加フルハ紙幣ト共
 ニ流通ノ容易ナルカ故ニ其害大ナルニ因ル(二)管掌ノ職務アル官吏ニ付キ更
 ニ加等スルハ犯スニ易ク防クニ難キノミ職務ヲ汚辱シ國家ノ威信ヲ失墜ス
 ルコト大ナルカ故ナリ

茲ニ所謂官吏トハ何ソヤ法律カ文書ヲ管掌スル者タルノ故ヲ以テ刑ヲ加重

スル所以ハ右ニ述ヘシ如ク犯スニ易ク防クニ難ク職務ヲ汚辱シ國家ノ威信ヲ失墜スルカ故タルニ依テ之ヲ觀レハ苟モ公權ノ委任ヲ受ケ國家爲政機關ノ一部トシテ職務ヲ奉スル者ハ一時永久ト階級ノ上下トニ別ナク皆官吏タルヘシ隨テ茲ニ所謂官吏トハ高等文官判任文官ノミナラス准奏判任又ハ雇特ニ臨時雇ト雖モ亦皆之ヲ包含ス

管掌トハ何ソヤ 法律ハ何レノ所ニ於テモ之ヲ定義セスト雖モ第二百七十三條ニ官吏其管掌ニ係ル法律規則ヲ公布施行セス云々トアリテ同條所謂管掌トハ或文書ヲ作製シテ法律規則ヲ發セシム可キ職責アル者ト云フノ義ヲ示セルト(一)第二百五條ノ第二百二條ニ及ハサルト(二)第二百五條ノ規定ニ該當スル佛文第一章案第二百三十八條ニ「官吏公吏其職務ヲ以テ國家又ハ一個人ニ關スル事實ヲ證明ス可キ原簿ヲ作製スルニ當リ或ハ事實ノ日時關係人ノ氏名ヲ偽リ或ハ不正確ナリト知レル事實ヲ記載シ或ハ眞實ナル主要ノ事實ヲ記載セサルトキハ重懲役ニ處ス」トアリテ該條ハ職務上官文書ノ作製ヲ司掌スル者ノ偽造變造行使ヲ處罰スルノ規定ナルトニ依テ之ヲ觀レハ茲ニ

所謂管掌トハ文書ヲ保管スル義ニ非スシテ文書ノ作製ヲ司掌スルノ義ト解セサル可カラス隨テ第二百五條ハ所謂無形ノ文書偽造罪ヲ規定セタルモノトス然ラハ其偽造トハ如何ナルコトヲ又増減變換トハ如何ナルコトヲ云フヤ曰ク例ヘハ登記官吏カ登記ノ請願ヲ受ケサルニ私ニ甲者カ其地所ヲ乙者ニ賣渡シタルカ如ク登記シタルハ登記原簿ノ偽造ニシテ甲者ヨリ乙者ニ十町歩ノ地所ヲ賣渡シタル旨ノ登記ヲ請願セラレタルニ十町歩ヨリ多ク若クハ少ナキ地所ヲ賣渡シタルカ如ク記載シ又ハ全ク之ヲ記載セス又ハ登記ノ日附ヲ異ニシテ記載シケルカ如キハ増減若クハ變換タリ如何ナル場合ニ於テ文書ノ作製ヲ管掌セリト云フ可キヤ曰ク官吏其人ト諸般ノ事項トノ關係上官吏其人カ之ヲ作製スルノ職權ヲ有スル場合ニ於テハ其作製ヲ司掌セリト云フコトヲ得從テ土地又ハ事項トノ關係上職權ナキトキハ勿論休職又ハ停職ト云フカ如ク之ヲ作製スル官吏ナルノ身分ヲ失ハサルモ之ニ伴フ可キ職權ヲ行使スルノ能力ナキ者ハ管掌ノ有様ニ在ルモノト云フヲ得ス故ニ他ノ官吏ハ勿論假令作製ヲ司掌ス可キ身分ヲ存スル者ト雖

モ休職又ハ停職中ノ行爲ハ一私人ノ所爲タルモノトス
又此官吏其管掌ニ係ル文書ヲ偽造變造シタルモノハ身分ニ依テ罪ヲ構成ス
可キ場合ナルヲ將タ刑ヲ加重ス可キ場合ナルヤ本問ハ無形ノ文書偽造罪ナ
ルモノ、存在ヲ認ムルト否トニ因テ決定ヲ異ニス或一派ノ學者ト共ニ我刑
法ハ無形ノ文書偽造罪ヲ認メストモ前者ニ決シ余輩ト共ニ無形ノ文書偽
造罪ヲ認ムトモ後者ニ決セサル可カラス而シテ孰レニシテモ余輩ノ所信
ニ依レハ身分ナクシテ之ニ加功シタル者モ身分アル者即チ管掌ノ職權ヲ濫
用シテ偽造又ハ變造罪ヲ犯シタル者ト共ニ共犯トシテ有罪タリ唯前説ヲ採
レハ身分ナキ共犯者ニ對シテモ亦身分アル者ト共ニ第二百五條ヲ引用ス可
ク後説ヲ採用セハ身分アル者ニ對シテノミ第二百五條ヲ引用シ身分ナキ者
ニ對シテハ單ニ第二百三條又ハ第二百四條ニ依ル可キノ差アルノミ
第二段 官文書毀棄罪
本罪ハ第二百二條第二百三條及ヒ第二百五條ノ各第一項ヲ以テ規定セルモノニ
シテ詔書及ヒ第二百三條ノ官文書ニ對シテノミ成立シ第二百四條ノ官文書ニ

成立セス即チ偽造罪トハ些カ其趣ヲ異ニスルモノアルカ故ニ余ハ法律ニ對ス
ル觀念ヲ明了ナラシメンガ爲メ先ツ毀棄ノ何物タルヤヲ論定シテ變造トノ異
同ヲ明ニシ以テ彼ト異リタル規定ノ依テ生スル所以從テ彼ト異リタル成立要
素ヲ認メタル可カラサル所以ヲ明ニセント欲ス
毀棄トハ何ソヤ曰ク文書ヲ毀損スルヲ云フ文書ヲ毀損スルニ二法アリ文書ヲ
記載セタル物質其モノヲ有形的ニ毀損スルニ因リテ行ハレ若クハ記載シタル
文書ノミヲ無形的ニ抹殺スルニ因リテ行ハル然ラハ後ノ方法ニ因ル文書ノ一
部ノ毀損全部ノ毀損ニ付テハ比較ノ要ナシト同一ノ形式ニ於ケル變造トノ區
別如何曰ク毀棄ハ文書ヲ毀損シ因テ文書ノ證據力ヲ滅却スルモノトシテ變造
ハ證據力ヲ發生セシムルモノ爲ルカ故ニ其間性質上ニ大ナル區別アリ例セハ
金千五百圓トアル文字中墨ヲ以テ五ノ字ヲ抹削シタル外形ノ行爲ハ毀棄ト變
造トニ通シテ相同シト雖モ若シ夫レ之ニ因テ千五百圓タラス千百圓タラス換
言スレハ千何圓タルヲ明ナラサラシメタルトキハ即チ其證據力ヲ滅失セシメ
タルモノ爲ルカ故ニ文書一部ノ毀棄タリ然レトモ若シ之ニ反シ千百圓タラシ

メタルトキハ千五百圓ノ證據力ヲ變換シテ更ニ千百圓ノ證據力ヲ發生セシメタルモノ爲ルカ故ニ文書一部ノ變造タリ或學者カ毀棄ハ文書ノ全部ニ關シ變造ハ一部ニ關スト云フカ如キハ未タ其區別ノ存スル所ヲ知ラサルモノニミ右ノ如ク毀棄ハ證據力ヲ減却セシメ偽造變造ハ證據力ヲ發生セシムルモノ爲ルカ故ニ其行爲全ク相表裏シ隨テ之ニ依テ直接ニ生ス可キ被害モ亦相表裏セリ換言スレハ一ハ之ヲ提示セラレタル者ノ確信ヲ害シ他ハ之ヲ提示セテ證據ニ供セント欲スル者ノ利益ヲ害ス而シテ害ノ大小ハ證據力ノ大小ニ存シ證據ヲ提供セント欲スル者ノ性質如何ニ存ス然ラハ偽造罪ニ於ケル官文書ト私文書トハ之ヲ作製スル者ノ官吏タルト私人タルトニ依テ區別セラレ毀棄罪ニ於ケル官文書ト私文書トハ之ヲ提供セント欲スル者ノ國家タルト私人タルトニ依テ區別セラレテ論ヲ俟タス法律カ第二百四條一私人ノ利益ノ爲メ一私人ニ下付ス可キ官文書トシテ限リ官文書ノ毀棄罪ヲ認メス單ニ之ヲ第四百二十四條ニ屬スルモノトスル所以亦之ニ職由ス

以上説明スル所ニ依リ本罪ハ下ノ要素ヲ以テ成立スルヲ知ル可シ(意恩ニ關ス

ル點ハ省略ス)(一)官署カ證據トシテ保管スル文書作製者ノ官吏タルト私人タルトヲ問ハス(二)毀棄即チ其證據ヲ減却スルノ所爲アルコト是ナリ處分ニ付テハ別ニ説明ヲ要スルモノナキカ故ニ之ヲ省ク

以上官文書偽造罪ニ關スル説明ヲ終レリ第二百六條第二百七條ヲ剩スト雖モ屢ニ説明セタル他ノ條項ト同一ナルカ故ニ之ヲ省略ス

又屢ニ説明セル如ク明治二十三年法律第百號ニ依リ公署官吏ハ官署官吏ニ準セラレカ故ニ茲ニ所謂官吏官文書ハ公文書ニ適用セララル

第二項 私印私書ヲ偽造スル罪

法律ハ第四節ニ私印私書ヲ偽造スル罪ト題シ私文書偽造罪ノ外別ニ私印偽造罪ヲ規定セルカ故ニ之ヲ二段ニ分テ説明ス可シ

第一段 私文書偽造罪

甲 本罪ノ構成 本罪ヲ構成スルニハ其偽造又ハ變造セラレタル文書カ私文書タルコトヲ要シ各條ニ該當ス可キ犯罪ヲ構成スルニハ各條項ニ記載シタル文書タルコトヲ要スルカ故ニ本罪ニ付テモ余ハ先ツ私文書ノ何物タルコト次ニ

其種類ヲ説明ス可キ私文書ノ何物タルコトハ已ニ官文書ノ何物タルコトヲ説明シタルニ因テ之ヲ知ルコトヲ得可キカ故ニ單ニ其種類ノミヲ説明ス可シ法律ハ官文書ニ於ケルカ如ク又私文書ヲ分テ三種トセリ(一)流通證券(二)權利義務ニ關スル證書(三)權利義務ニ關セサル證書是ナリ

第一 流通證券 第二百九條ハ爲替手形其他裏書ヲ以テ讓渡ス可キ證書若クハ金額ト交換ス可キ約束手形ト云ヘリ是レ商法上所謂流通證券若クハ信用證券ヲ列舉シタルニ過キナレハ規定自身特ニ沿革ノ上ニ於テ明瞭ナリ

一 爲替手形及ヒ約束手形 其ニ商法ノ所謂爲替手形約束手形ニシテ其二者ノ何物タルヤハ商法ニ明瞭ナルヲ以テ茲ニ贅述セズ

此外商法上ノ規定ニ依レハ更ニ一種ノ信用證券即チ小切手ト名付タルモノアリ刑法ノ所謂爲替手形若クハ約束手形ノ中ニ入ル可キカ將タ裏書ヲ以テ賣買ス可キ證書ノ中ニ入ル可キヤ其金額ノ支拂ヲ目的トスル點ニ於テ其形式ニ於テ前二者ニ類スルカ故ニ前二者ノ内ニ入ル可キモノトス然ラハ爲替手形カ將タ約束手形ナルカト云フニ小切手ハ一種ノ爲替手形ナ

ルコト商法上爭執所トモ何れ手形ニ關シ商法第五百十五條ニ左ノ場合ニ於テハ振出人ハ五圓以上千圓以下ノ過料ニ處ス一賣金ナク又ハ信用ヲ得スシテ小切手ヲ振出シタルキニ小切手ニ虛偽ノ目附ヲ記載シタルトキニ出テ明文アリ若シ廣ク無形ノ偽造ヲ認ムルハ主義ヲ採用シハ疎虞懈怠等ニ出テ惡意ナキトキハ商法ノ制裁ノミヲ科シ惡意アルトキハ商法ノ制裁ト刑法ノ所謂文書偽造罪ノ制裁トヲ併セ科ス可キモノト決定スルヲ當然ノ結果トス然レドモ余ハ廣ク無形ノ偽造ヲ認ムルノ主義ヲ採用セサルカ故ニ惡意アル場合ト雖モ單ニ商法上ノ制裁ヲ加フルニ止ム可キモノト決定ス亦當然ノ結果ナリ

二 裏書ヲ以テ賣買ス可キ證書 亦商法上ノ信用證券ノ一種ニシテ例ヘハ運送營業者カ交付スル貨物引換書倉庫營業者カ交付スル預證券買入證券船長カ交付スル船荷證券等ヲ云フ裏書ヲ以テ賣買ス可キ證書トハ佛文第一草案第二百四十條ノ即チ裏書又ハ持參人拂ヲ以テ取引シ得可キ證書ニ該當スルモノニシテ少クトモ商法上裏書ヲ以テ賣買交付シ得可キコトヲ

認メラレタル性質ノ證書ト云フノ義ナルカ故ニ商法上明ニ之ヲ認メラレタル性質ノ證書ニ關スルトキハ偶單ニ交付ヲ以テ移轉スルコトヲ得可キ方式即チ無記名式ヲ採リタルト將タ贈與セラレタルトニ論ナキモノトス而シテ裏書ヲ以テ賣買即チ權利ヲ移轉スルコトヲ得可キモノ即チ商法上ノ所謂流通證券タルコトヲ要スルカ故ニ例ヘハ海軍軍艦ノ切符劇場角力場運動場等ノ入場券酒節ノ切手等假令無記名式ヲ以テ發行セラレ事實ノ上ニ於テハ交付ニ依リテ權利ヲ移轉セラルコトアリト雖モ茲ニ所謂裏書ヲ以テ賣買ス可キ證券ト云フコトヲ得ス

第二百九條第二項ニ曰ク其手形證書ニ詐偽ノ裏書ヲ爲シテ行使シタル者亦同シト即チ法律ハ爲替手形約束手形其他事白ヲ以テ賣買ス可キ證書其モノヲ偽造スル行爲ノミナラス此等ノ手形又ハ證書ニ詐偽ノ裏書ヲ爲ス者モ亦之ヲ手形又ハ證書其モノ、偽造變造ト同一視セリ然ラハ法文所謂詐偽ノ裏書ヲ爲ストハ如何ナルコトヲ意味スルヤ沿革ニ因テ案スルニ是レ恐ラク佛國商法第百三十九條裏書ノ日附ヲ遡ラシメタル者ハ偽造罪ヲ

以テ論ストノ規定ニ胚胎シタルモノナルカ故ニ偏ニ破産者カ財産等ヲ脱漏セシメンカ爲メ破産以前ノ日附ヲ以テ手形又ハ證書ヲ裏書シテ第三者ニ交付スルノ行爲等即チ裏書ノ無形ノ偽造ノミヲ發見シタルモノニシテ裏書ノ有形ノ偽造ヲモ包含セシメタルモノニ非スト主張スル者アル可シト雖モ余ハ(一)佛文第一章案第二百四十條第一(二)項ニハ明ニ有形ノ方法ニ依ル偽造變造ヲ規定スルニ拘ハラス其第三項ニ前同ノ方法ニ依テ前項ノ手形證書ヲ詐欺ニ裏書シ又ハ之ニ依テ金錢ヲ得タル者トアリテ有形的偽造ノ方法ヲモ包含セシメタルト(三)明文ニモ廣ク詐欺ノ裏書トアリテ詐欺ノ裏書ト云フ字面ハ必スシモ無形ノ偽造ニ限ルト云フヲ得サルト(四)有形ノ裏書ハ之ニ依テ手形證書ニ虛偽ノ保證若クハ引受ヲ作製シ容易ニ他人ノ信用ヲ誤ラシメ其害寧ロ無形ノ偽造ヨリモ甚タシキモノアルトニ因リ茲ニ所謂詐偽ノ裏書トハ右ニ所謂日附ヲ溯ラシムルカ如キ無形ノ偽造ハ勿論甲ヨリ乙ニ宛テ振出レタルカ如クニ偽裝シタル虛偽ノ手形證書ニ乙ノ名義ヲ冒シテ自己ニ對スル裏書ヲ偽造シ以テ他人ヲ欺罔スル

カ如キ有形ノ偽造ヲモ之ヲ包含スルモノ信ス然レドモ法律ハ單ニ虛偽ノ裏書ニノミ限リ此例外ヲ設ケテ手形又ハ證書ノモノハ偽造變造ニ準スルカ故ニ手形ノモノニ附記セザレ其危險手形證書及ヒ其文書等ニモ譲ラサル引受文ノ偽造變造ト雖モ手形證書ノモノ又ハ文書ノ偽造變造ニ非サルカ故ニ通常ノ證書トシテ第二百十條第一項ニ依ル可ク第二百九條ニ依ルコトヲ得サルモノトス尤モ此等ノモノハ手形又ハ證書ト一體ヲ爲シ手形又ハ證書ノモノ爲ルカ故ニ直チニ第二百九條第一項ニ依テ處斷セサル可カラスト云フノ說アレドモ到底附會ノ論タルヲ免レズ

人或ハ手形其他ノ流通證券ハ紙幣ト同シク一定ノ形式ヲ有シ此形式ニ依テ流通スルモノ即チ商法上ノ有力ナル信用ヲ獲得スルモノナルカ故ニ通常ノ私文書ト異リ商法ニ規定シタル一定ノ形式タニ變造セハ假令虛偽ノ人ハ名義ヲ以テタルモ尙ホ本罪ヲ構成ス主張ス者雖モ余ハ前ニ文書偽造罪ノ一般ノ成立要素ヲ説明スルニ當リ詳述シタル所ニ依テ之ヲ是認セ

右ト反對ニ若シ犯人ニ依リテ偽造變造シタル流通證券ハ商法上流通證券トシテ無効ナル可キ要件ヲ缺如スルモ他人ノ署名タニ之ヲ缺カザル場合ニ於テハ單純ナル私文書トシテ有効タルヲ妨ケサルモノナルカ故ニ第二百十條第一項ニ依テ處斷セサル可カラズ

終リニ尙ホ右ニ掲ゲタル方式ノ問題ニ關シ人或ハ流通證券ハ皆署名ヲ要シ其偽造ハ私印ノ偽造又ハ盜用ヲ想像スルモノナルカ故ニ流通證券ノ偽造ヲ以テ罰ス可キ場合ハ假令私印ヲ偽造シテ使用シ又ハ盜用スルモ數罪俱發ヲ以テ論スルコトヲ得ス單ニ流通證券ニ關スル罪ノミナリト論スト雖モ流通證券ノ形式ヲ充タスカ爲ニハ必スモ眞印ヲ要セハ三文判ニシテ尙ホ之ヲ充タスコトヲ得ルカ故ニ余ハ數罪俱發ヲ以テ論ス可キモノト信ス

第一 權利義務ニ關スル證書 人或ハ法文ニ買賣貸借贈遺交換其他權利義務ニ關スル證書トアリテ其例示スル所ノモノ皆財產權上ニ關スル契約事項ニ係ル故ニ第二百十條第一項所謂權利義務ニ關スル證書トハ總テ財產權上

ニ關係ヲ有スル證書ノミヲ指スモノニシテ之ニ關係ヲ有セサル者ハ皆同條第二項ニ入ル可キモノナリト主張スル者アリ成程佛文第一草案第二百四十一條ニモ其他ノ民事又ハ商事ニ關スル私書ニシテ金額又ハ有價物ノ讓渡債務免脱等ヲ記載シタルモノヲ偽造變造シタル者ハ一年以上五年以下ノ重禁錮ニ處シ十圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加シ右ニ指定シタル以外ノ私書ヲ偽造變造シタル者ハ一ヶ月以上一年以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ストアリテ亦財產權上ノ權利義務ニ關スル證書ノミヲ指スカ故ニ論者ノ說或ハ立法ノ趣旨ニ適スルカ如キモ(一)若シ法文ニ其他財產上ノ權利義務トアレハ格別單ニ權利義務トアリテ權利義務ハ必ズシモ財產權ニ限ラサルカ故ニ所謂買賣貸借ハ畢竟權利義務ニ關スル契約ノ主要ナルモノヲ例示シタルニ止マルト看ルヲ得可キト(二)荷モ權利義務ニ關スル以上ハ皆概テ重要ナル利害ノ存スルモノニシテ財產權ニ關スルモノハミ獨リ重要ナリト云フヲ得ス否ナ人ノ榮譽自由等ニ關スルモノ往々ニシテ財產權ニ關スルモノヨリモ重要ナルモノアルト(三)第一項ト第二項トハ刑罰著シキ其輕重

ハ多少ノ自由ヲ失フニ至リテ而シテ妻ノ激怒ハ毫モ其自由ヲ失フニ足ラスト爲スカ刑法ノ規定條理ヲ誤マル甚シト謂ハサル可カラス殊ニ血統ノ紊亂愛情ノ偏頗ノ論ハ姦通罪ノ場合ニ於テ之ヲ言フ可クシテ本條ノ場合ニ之ヲ援用スルノ理由アラサルナリ

尙ホ一ノ注意ス可キモノアリ本條ノ有怒ハ獨リ之ヲ本夫ニミ與ヘタルモノナレハ本夫ノ父兄又ハ其朋友カ代リテ姦通姦夫ヲ殺傷スルモ決シテ有怒ヲ與フルノ限リニ在ラサルナリ蓋シ本條カ有怒ヲ設タル所以ノモノハ夫妻ノ愛情ヲ以テ基礎ト爲スモノナレハ夫妻以外ノ者ニ於テ夫妻ト同一ノ愛情ヲ有スルノ理由アルナシ

本條ノ利益ヲ受クルニ付テハ二條件ヲ要ス

第一條件 姦通ノ現行犯ヲ發見シタル場合ナルコトヲ要ス 第三百十一條ニ曰ク姦通ヲ覺知シ姦所ニ於テ云々ト是レ即チ現行犯ノ場合ヲ示シタルコト明白ナリ已ニ現行犯ナリトセシカ宜シク現行犯ノ定義ニ從ヒ姦通發覺ノ場合ハ之ヲ廣ク解釋セサル可カラス即チ姦通セルトキ又ハ姦通シ了ハリタ

ル際ハ皆是レ現行犯ニ屬スルヲ以テ姦通覺知ノ場合ナリト謂フヲ可ナリ而シテ本條ハ姦通ヲ覺知シ姦所ニ於テ云々ト云ヒ而シテ其姦通ノ未遂ト既遂トヲ區別セサルカ故ニ尙モ姦通ノ事實ナリト認定ス可キ證據アレハ即チ可ナリ論者云フアリ若シ夫ニシテ其妻ノ姦通ヲ疑ヒ豫シメ之ヲ殺傷セシコトヲ謀リ故ラニ姦所ニ臨シテ而シテ姦夫姦婦ヲ殺傷シタルトキハ即チ宥恕ノ限ニ在ラス凡ソ本條ニ依リテ宥恕ヲ得ントスレハ偶然之ヲ覺知シ直チニ之ヲ殺傷シタル場合ナラサル可カラサルナリト然レトモ是レ大ナル誤ナリ刑法ハ姦通ヲ覺知シ云々ト云フヲ而シテ其覺知スル方法ニ付テハ何等ノ區別ヲ爲スコトナシ故ニ吾ヨリ進ンテ之ヲ覺知スルモ又ハ偶然覺知スルモ是レ實ニ姦通ノ覺知タルニ過キサルヲ以テ尙モ姦所ニ於テ殺傷ヲ行フタル以上ハ常ニ宥恕ノ利益ヲ受ク可キヤ疑フ可キナシ但姦所以外ニ於テ殺傷ヲ爲スカ如キハ是レ刑法ノ精神ニ非サルナリ

第二條件 殺傷ハ必ス姦所ニ於テセサル可カラス 姦所トハ宜シク之ヲ廣義ニ解ス可キナリ佛國刑法ニ規定スル如ク單ニ夫妻同居ノ家宅内ヲ指スモ

ノニ非サルナリ故ニ尙モ姦通ヲ行フノ場所ニ於テスルトキハ其如何ナル場所ニ於テスルモ固ヨリ之ヲ目シテ姦所ナリト謂ハサル可カラサルナリ若シ夫レ姦通ヲ發覺シ姦夫姦婦ノ逃ルルヲ見テ之ヲ追跡シ姦所以外ニ於テ之ヲ殺傷シタルカ如キハ夫ノ憤憤ニ於テハ姦所ニ於ケル場合ト異ナル所ナシト雖モ刑法ノ條件ニ適合セサルカ故ニ之ニ與フルニ宥恕ノ利益ヲ以テスルヲ得サルナリ

此ニ一言ノ注意ス可キモノアリ即チ第三百十一條ノ但書是ナリ本條ノ但書ハ姦通罪ヲ以テ親告罪ト爲シタルノ結果ニ出ラタルモノニ外ナラス姦通ノ公訴ヲ提起スルニハ必ス夫ノ告訴ヲ要スルカ故ニ公訴ノ起ルト起ラサルハ一ニ本夫ノ意思如何ニ屬ス此場合ニ於テ本夫ハ實ニ公訴提起ノ原動者ト爲ルナリ故ニ夫ニシテ其妻ノ姦通ヲ縱容セシカ是レ自ラ夫權ヲ拋棄シタルモノナルカ故ニ後日ニ至リテ公訴ヲ提起スルモ其効ナカル可シ第三五三條第二項

姦通ノ縱容ハ告訴ノ効力ヲ失ハシムルニ足ルモノトスレハ夫カ姦通ヲ縱容

シタル場合ニ於テ姦夫姦婦ヲ殺傷スル場合ニ於テ宥恕ノ利益ヲ受ク可カラサルヤ明カトリ蓋シ本夫ハ其夫權ヲ拋棄シテ姦通ヲ縱マ、ニセシメタル者ナリ妻ノ姦通ヲ縱マ、ニセシメタル者其姦通ヲ發見覺知スルト雖モ固ヨリ怒ヲ發スヘキ理由ナシ怒ヲ發ス可キ理由ナクシテ姦夫姦婦ヲ殺傷スルハ是レ尙ホ普通ノ場合ニ於テ之ヲ宥恕スルト異ナルナシ刑法カ姦通縱容ノ場合ニ於テ夫ニ對シテ宥恕ノ利益ヲ與ヘサル所以ノ理由知ルヘキノミ

〔第三場合〕 第三百十二條ニ曰ク晝間故ナクハノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ門戶牆壁ヲ險越損壞セントスル者ヲ防止スル爲メニ之ヲ殺傷シタルモノハ之ヲ宥恕スト夜間ノ家宅侵入ハ第三百十五條第三項ニ於テ正當防衛ノ原因タルコトヲ規定セリ然ルニ晝間ノ家宅侵入ハ正當防衛ノ原因ト爲サズ又晝間ニ於テスルモ犯罪ノ性質ニ於テ毫モ異ナル所ナシ然ルニ夜間ノ家宅侵入ニ對シテハ防衛權アリトシ晝間ノ家宅侵入ニ對シテハ防衛權ナシトモ同一ノ犯罪ヲ防衛スルニ當リ晝夜ノ區別ニ從テ防衛者ノ權利ヲ區別スル也

果シテ如何ナル理由アリテ然ルヤ蓋シ晝間ノ家宅侵入ハ之ヲ防衛スルノ道甚タ容易ニシテ社會ノ救護ヲ求ムルニ於テ其暇ナシトモ之ニ反シ夜間ニ在リテハ之ヲ防衛スルノ道甚タ困難ニシテ社會ノ救護ヲ求ムル其暇ナキ場合甚タ少シトモ殊ニ夜間ノ家宅侵入ハ犯人ノ目的ヲ知ルニ於テモ亦頗ル困難ナルカ故ニ危害ノ程度一層甚シキヲ加フ是レ晝間ノ家宅侵入ニ對シテハ防衛權ヲ行フノ必要ナキモ夜間ノ家宅侵入ニ對シテハ防衛權ヲ行フコトヲ許サ、ル可カラサルノ理由ナリトス

今ヤ特別宥恕ノ場合ヲ終ルニ臨ンテ尙ホ二個ノ注意ヲ要ス可キモノアリ即チ第三百十條及ヒ第三百十六條ノ場合はナリ

(一) 互傷 第三百十條ニ曰ク毆打シテ互ニ創傷シ其手下スノ前後ヲ知ルコト能ハサルモノハ各其罪ヲ宥スルコトヲ得ト本條ニ規定スル宥恕ハ如何ナル理由ニ基クモノナルヤ余ハ實ニ本條ノ精神ヲ知ルニ苦マシムルハ非タルナリ凡ソ宥恕ヲ爲スノ原因ハ犯人ノ自由ニ於テ多少強制セラル、所ノモノアリテ其不本意ニ出ツルノ場合多キヲ以テ刑法深ク之ヲ咎ムルコトヲ好マサルモ

因ルナリ然ルニ本條ノ場合ニ於テハ犯人ハ雙方共ニ自由ノ強制ニ因リテ罪ヲ犯シタリトスルノ原因アルヲ知ラズ唯手ヲ下スノ先後ヲ知ラサルノ故ヲ以テ特ニ宥恕ヲ爲スモノニ似タリ夫レ人互ニ爭鬭スル場合ニ於テハ互ニ敵手ヲ斃シテ以テ勝ヲ制セント欲スルモノナリ即チ爭鬭ヲ爲スノ初メ雙方ニ於テ各敵人ヲ創傷スルノ意思ヲ有スル者ナレハ一方ハ則チ他方ニ對シテ殺傷ノ意思ヲ有シテ殺傷ノ實行ヲ行ヒ他方ハ又一方ニ對シテ創傷ノ意思ヲ有シ創傷ノ實行ヲ行フタルモノニ過キス若シ創傷ハ彼方ニノミ止マルトセハ則チ是レ單純ナル毆打創傷罪ナルヲ以テ何等ノ宥恕ヲ與フルノ理由ヲ見サルナリ若シ我ニ於テ同一ノ創傷ヲ受ケタルカ爲メニ宥恕ノ原因アリトセハ別ニ手ヲ下スノ先後ヲ知ルコト能ハサルニアラサル場合ト雖モ尙ホ宥恕ノ原因アリト謂ハサル可カラス然ルニ刑法ノ規定茲ニ出テス唯手ヲ下スノ先後ヲ知ラサル場合ニ限リテ宥恕ノ原因アリト爲シタルナリ若シ夫レ手ヲ下スノ先後ヲ知ラサルヲ以テ宥恕ノ原因ト爲スコトヲ得ハ人互ニ竊盜ヲ爲シ被害ノ先後ヲ知ル能ハサルトキハ是レ亦宥恕ノ原因アリト謂フコトヲ得ル乎未タ遽カニ其然ルヲ知ラサル

ナリ互ニ犯人タリ又互ニ被害者タル場合ニ於テハ是レ彼我互ニ獨立シテ構成シタルモノナレハ其構成ノ時期ハ毫モ責任ニ影響ヲ及ボス可キモノニ非ス畢竟刑法ハ罪ノ疑ハシキハ輕キニ從フ可シトノ古原則ヲ採用シテ本條ノ規則ヲ設ケタルモノナリ本條ノ理由ナキ智者ヲ俟テテ後ニ知ラサルナリ

(三) 防衛過度 第三百十六條ニ曰ク身體財産ヲ防衛スルニ出ルト雖モ已ムコトヲ得サルニ出テタルニ非シテ害ヲ暴行人ニ加ヘ又ハ危害既ニ去リタル後ニ於テ勢ニ乘シ仍ホ害ヲ暴行人ニ加ヘタル場合ニ於テハ不論罪ノ限ニ在ラス但情狀ニ因リ第三百十三條ノ例ニ照シ其罪ヲ宥恕スルコトヲ得下正當防衛ハ已ムヲ得サルノ場合ニ於テ之ヲ行フコトヲ許スモノニシテ實ニ例外ノ場合ニ屬ス故ニ刑法ハ防衛權ノ實行ニ就テハ數箇ノ條件ヲ設ケテ以テ其亂用ヲ豫防シタルナリ防衛權ノ實行ニ就テ必要ノ條件ヲ設ケ之ヲ全ウスルニ由リテ始メテ防衛權成立スル者トセハ其條件ヲ全ウスルコト能ハサル場合ニ於テハ防衛權ノ成立ナキヤ疑ヲ容レサル所ナリ既ニ防衛權成立セズ創傷ノ犯罪成立セザルノ理由アラシヤ然レトモ本條ノ犯罪ハ其原因防衛權ニ出ツ則チ防衛權ヲ行

ハントシテ而シテ之カ實行ヲ過チタルモノナレハ之ヲ以テ通常ノ場合ト同視
ス可キニ非ス夫レハ危急ノ場合ニ處シテ其身體生命ヲ防衛セントスルニ當リ
テハ平常法律ノ智識ニ富ム者ト雖モ尙ホ過チナキ能ハス憤懣ノ情猛發シテ能
ク之ヲ制スル能ハサルカ若クハ恐怖ノ念纏綿シテ能ク之ヲ去ルコト能ハサル
トキハ危害既ニ去リタル後ト雖モ仍ホ勢ニ乘スルコトナシトセズ即チ自由ヲ
強制ニ因リテ以テ害ヲ暴行人ニ加ヘタル者ナルヲ以テ少シク宥恕ス可キノ理
由アリ是レ本條ノ但書アル所以ナリ

第二款 自首減輕

自首減輕ハ歐羅巴各國ノ刑法ニ於テ之カ規定ヲ爲セタルモノヲ見ヌ獨リ明律
ニ於テ其規定ヲ見ルノミ蓋シ我自首減輕ノ規定ハ源ヲ明律ニ汲ムモノナリ故
ニ自首減輕ノ規則ヲ研究セント欲スル者ハ宜シク明清律ヲ繙タ可シ
我刑法ノ文字ニシテ支那律語ヨリ出タルモノ極メテ多シ告訴發自首等ノ
語モ亦大抵支那律ヨリ來リシモノナリ明律ニ於テ他人ノ罪ヲ官ニ訴フルコ
トヲ告ト謂ヒ人自ラ其罪ヲ訴フルコトヲ首ト謂フ我刑事訴訟法ニ於テ用ヒタ

ル告訴發ノ語ハ則チ此ノ字ノ義ヲ採リ自首ノ文字ハ首ノ字ノ義ヲ採リ
タルモノナリ蓋シ我刑事訴訟法ニ於テ自首ノ字ハ首ノ字ノ義ヲ採リ
明律ニ曰ク凡犯罪未發而自首者免其罪猶微正賊ト我刑法第八十五條ニ規定ス
ル所ノ規則ハ則チ此明律ヲ採リタルモノナリ曰ク「罪ヲ犯シ事未タ發覺セザ
ル前ニ於テ官ニ自首シタル者ハ本刑ニ一等ヲ減ス但謀殺故殺ニ係ル者ハ此ノ
限ニ在ラス」ト本條ノ規定ヲ分析スレバ自首セテ減等ノ利益ヲ得ルニ付テハ二
箇ノ條件ヲ履行セサル可カラス(一)自首ハ事ノ發覺前ニ之ヲ爲サハル可カラス
故ニ重罪輕罪發生シタル場合ニ於テ當該官吏其檢證調書ヲ作りタルカ若クハ
被害者犯罪ノ事實ヲ告訴スルカ又ハ第三者其犯罪ヲ告發シタルトキハ未タ犯
罪ノ實行者ハ其何人タルコトヲ知ル可カラスト雖モ自首ノ効アルコトナレハ何
トナレハ其自首ハ事ノ發覺後ニ於テ爲シタルモノナルヲ以テナリ刑法ハ特ニ
事ト謂ヒ犯人ト謂ハス故ニ犯人ノ發覺前ト雖モ事既ニ發覺シタル後ナルトキ
ハ則チ自首ノ効ヲ生スルモノニ非サルナリ(二)自首ハ官ニ對シテ之ヲ爲サハル
可カラス茲ニ所謂官トハ犯罪ノ捜査ニ就テ管轄權ヲ有スル官署ヲ指スナリ即

テ檢事司法警察官其他捜査ニ付テ檢事ト同一ノ權ヲ有スル者はナリ故ニ此以外ノ官署ニ對シテ自首ヲ爲スモ何等ノ効ヲモ生ズルモノニ非ス殊ニ豫審中豫審判事ニ他ノ犯罪事實ヲ自首シ又公判中公判判事ニ他罪ヲ自首スルカ如キハ是レ亦自首ノ効ヲ生ス可キニ非サルナリ何トナレハ豫審判事モ又公判判事モ共ニ職權ヲ以テ公訴ヲ受理スルノ資格ヲ有スル者ニ非サレハナリ豫審判事、公判判事ハ職務ノ執行中犯人ノ自首ヲ受ケタルトキハ其調書ヲ作り之ヲ檢事ニ告發スルノミ刑事訴訟法ノ規則此場合ヲ一言セサルヲ以テ實際ニ於テハ此ノ慣例ヲ採レリ

刑法ハ自首ノ効アル場合ニ於テハ本刑ヨリ一等ヲ減スルヲ以テ原則トス然レトモ財産ニ對スル犯罪ニ付テハ別ニ特例ヲ設ケ第八十六條ニ曰ク「財産ニ對スル罪ヲ犯シタル者自首シテ其贓物ヲ還給シ損害ヲ賠償シタルトキハ自首減等ノ外尚ホ本刑ニ二等ヲ減ス其全部ヲ償還セスト雖モ半數以上ヲ還償シタルトキハ一等ヲ減ス」此ノ規定モ亦明律ニ出ツルモノナリ明律ニ曰ク「若強竊盜詐欺取人財物而事主處首及受人枉法不在法應悔過回付還主者與經官司自首同皆得免

罪若知人欲告而於財主處首還者亦得減罪二等」下若シ又犯人ハ財産ニ對スル罪ヲ犯シ官ニ自首セシテ被害者ニ首服シタルトキハ尙ホ官ニ自首スル事等減タ減等ノ利益ヲ受クルモノナリ(第八七條)

是ヨリ自首ノ効ナキ場合並ニ本則ヲ適用ス可カラザル特別ノ自首ニ付テ一言セシ

第一場合 自首ハ總テノ犯罪ニ對シテ常ニ其効ヲ生ス可キモノニ非ス第八十五條但書ニ於テ例外ノ規則ヲ設ケタリ曰ク「謀殺故殺ニ係ル者ハ自首減輕ノ限ニ在ラスト」刑法ハ何故ニ謀殺故殺ニ對シテハ減輕ノ理由ナキモノト爲シタルカ刑法ハ自首ノ規定ヲ設ケ犯罪並ニ犯人ノ發覺ヲ容易ニセシコトヲ欲シタルナリ然ルニ謀殺故殺ノ場合ニ於テ獨リ此原則ヲ適用ス可カラストセハ刑法ハ身體罪ノ輕キ罪ハ其發覺ヲ速ニセシコトヲ求メ而シテ其重キ罪ハ發覺ノ速ナルヲ欲セスト謂ハサル可カラサルニ至ル本條ノ但書ハ實ニ條理ヲ轉倒シタルノ規則ナリト謂ハサル可カラス蓋シ此ノ規則モ亦明律ヲ因襲シタルニ過キサル可シ明律ニ曰ク「其損傷於人於物不可賠償事發在逃……並不在自首之律」ト即

明律ニ人ヲ損傷スルヲ以テ自首ノ限ニ在ラスト爲シタルノ規則ヲ探テ直チ
 ニ第八十五條ノ例外ト爲シタルモノナリ
 第二場合 刑法第二百二十六條及モ第三百五十六條ニ於テ自首ノ特例ヲ掲タ
 第二百二十六條ニ曰ク「此節ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者其事件ノ裁判宣告ニ
 至ラサル前ニ於テ自首シタル者ハ本刑ヲ免ス」是レ偽證罪ヲ犯シタル者ノ爲
 メニ設ケタル規則ニシテ本條ニ所謂其事件トハ偽證ノ事件ヲ指スニ非スヤ
 偽證ヲ爲シタル本案事件ヲ指スナリ即チ偽證ノ力ニ由リテ以テ是非ヲ決セン
 トスル所ノ事件ヲ謂フ若シ本條ノ意味ハ偽證ノ事實發覺前ニヤ且本案事件
 ノ裁判前偽證ノ罪ヲ自首スルコトヲ謂フニ在リトモハ本條ノ規則ハ殆ト實際
 上之ヲ用フルノ道ナクシテ全ク徒法ニ屬セントスルノ恐アリ夫レ偽證ノ事タ
 ル偽證ヲ爲ス者ハ能ク判事ヲ欺キ得タリト信スト雖モ判事ハ熟練ノ功ヲ積ム
 者ナレハ大抵證言ノ具偽ヲ察知スルノ明識ヲ有セ偽證者ノ未タ悟ラサル以前
 ニ於テ其偽證者タルコトヲ知り窃ニ之ヲ檢事ニ告發スルアリ而シテ檢事ハ判
 事ノ告發ヲ以テ確實ナリトシ直チニ之ヲ裁判所ニ訴フ後日偽證ノ被告ハ偽證

ノ所爲ヲ悔悟シ本案事件ノ判決ニ至ラサル前前言ヲ取消サントスルモ事既ニ
 遲シ偽證事件ハ檢事ノ起訴スル所ト爲リ犯人ハ其被告人タルコトヲ如何セ
 シ
 余ハ本條ヲ以テ自首ノ特例ナリト爲セリ即チ本條ニ規定スル自首ニ付テハ總
 則ノ條件ヲ適用スルヲ要セサルナリ總則ニ於テハ事ノ發覺前ト云フヲ以テ一
 條件ト爲スト雖モ本條ニ於テハ事ノ發覺前ヲ以テ一條件ト爲サスシテ特ニ其
 事件ノ裁判宣告前ト云フヲ以テ一條件ト爲セリ故ニ偽證罪ニ付テハ縱令事
 ノ發覺後ニ於テスル自首ナリト雖モ未タ其事件ノ裁判宣告前ナルトキハ必ス
 自首ノ効アリト謂ハサル可カラス若シ夫レ本條ノ場合ニ於テモ亦總則ノ條件
 ヲ適用ス可シトセハ只「自首ハタル時ハ本刑ヲ免ス」記載スレバ則チ可ナリ殊
 更ニ其事件ノ裁判宣告ニ至ラサル前ト規定スルノ必要ナキナリ且本條ノ精
 神ニ付テ解釋スルトキハ本條ニ記載スル自首ノ文字ハ或ハ自白ノ誤記ニ出テ
 タルニ非サルカラ疑フナリ即チ偽證者ニ於テ一旦偽證ヲ爲スト雖モ偽證ノ目
 的タル本案事件未タ判決ニ至ラサル以前ニ於テ之ヲ取消ヲ爲シ即チ證言ノ不

實ヲ自白スレハ毫モ本案ノ裁判ヲ爲スニ付テ人ヲ誤ルノ危害ナキヲ以テ初
 リ偽證ヲ爲ササル者ト少シモ異ナル所ナシ而テ尙ホ之ヲ罰スルニ嚴刑ヲ以
 テセントスルハ是レ實益ナクシテ犯人ヲ罰スルモノナリト謂ハサル可カラス
 是レ豈ニ刑法ノ精神ナランヤ若シ本條ノ自首ノ文字ヲ以テ自白ノ誤記ナリト
 センカ本條ノ實用ヲ爲ス場合枚舉ニ追アラサル可シ故ニ余ハ本條ノ規則ヲ以
 テ自首ノ特例ト爲サント欲スルナリ
 第三百五十六條ノ場合ニテモ亦同一ノ解釋ヲ爲サント欲スルナリ曰ク原告ヲ
 爲スト雖モ被告人ノ推問ヲ始メサル前ニ於テ原告者自首シタル時ハ本刑ヲ免
 スト故ニ本條ノ條件モ亦總則ノ條件ニ同シカラスシテ被告人ノ推問ヲ始メ
 ル前ト謂フニ在リ即チ推問以前ニ於テ自首スレハ即チ本刑ヲ免スルナリ
 終リニ臨ミテ自首ニ付テ減等ヲ爲スノ理由ヲ一言セン
 抑テ法律ニ於テ自首ヲ爲ス者ニ對シテ減等ヲ爲ス所以ノモノハ是レ特ニ自首
 者ヲ賞セント欲スルノ意ニ出テタルモノニ非ス人罪ヲ犯シ刑罪ヲ受クルハ犯
 人當然ノ責務ナリ自ラ官ニ訴フルノ理由ニ由リテ其實ヲ輕タスルノ理アラン

ヤ刑法ハ社會ノ安寧ヲ保護スルヲ以テ其目的ト爲ス然ルニ茲ニ犯罪アリテ其
 事未タ發覺セズ其犯人未タ逮捕セサルトキハ則チ社會ノ危害其停止スル所ヲ
 知ラスシテ而シテ萬民怖テ高ウシテ而シテ眠ムル可カラサルナリ然ハ則チ刑
 法カ犯罪ヲ觀テ直チニ之ヲ知ラント欲スルハ實ニ社會ノ危害ヲモテ速ニ消滅
 ニ歸セシメンコトヲ欲スルナリ於是乎刑法ハ寧ロ刑罰ノ威力ヲ犧牲ニ供スル
 モ尙ホ犯罪發覺ノ速ナランコトヲ希望シテ止マサルナリ故ニ刑法ハ犯罪ヲ倒
 トシテ犯罪ノ發覺ヲ速ニシタルナリ即チ犯人ヲ賞スルニ非スシテ速ニ社會ノ
 危害ヲ斷ダンコトヲ欲スルモノナリ
 茲ニ一言ノ注意ヲ要ス可キモノアリ從犯及ヒ未遂犯罪ノ減等ハ刑法之ヲ以テ
 各本條ニ記載スル特別ノ減輕ト同視ス然レトモ余ハ從犯未遂犯ノ減輕ハ各本
 條ノ減輕ト其科同シウセス全ク法律上ノ減輕中ニ列記ス可キモノナリト爲
 スモノナリ蓋シ各本條ニ特記スル減輕ハ是レ唯刑罰ノ條文ヲ略記スルニ過キ
 ナルモノニシテ一ノ本刑ヲ爲スモノナリ然ルニ從犯未遂犯ノ減輕ハ減輕ノ基
 礎ト爲ル可キ本刑アリテ其本刑ヲ減等スルヲ謂フモノナレハ上來論スル所ノ

有恕減輕又ハ自首減輕ト其性質ニ於テ同一ナリト謂ハサル可カラス即チ裁判官カ義務トシテ爲ス可キ減輕ナレハ之ヲ以テ法律上ノ減輕ナリト爲ス決メテ誤謬ノ議論ニ非サルナリ但未遂犯ニ付テハ一等又ハ二等ヲ減ストアリ一等減ヲ以テ法律上ノ減輕ト爲スハ何人モ非難セザル所ナルヘント雖モ二等減ニ至リテハ全ク判事ノ全權ニ委テタルモノナルヲ以テ決シテ法律上ノ減輕ナリト謂フヲ得ス率ニ裁判上ノ減輕ト謂フ可キナリ故ニ余ハ未遂犯ノ一等減ヲ以テ法律上ノ減輕ト爲シ二等減ヲ以テ裁判上ノ減輕ト爲スナリ

第二節 裁判上ノ減輕

裁判上ノ減輕ハ唯一アルノミ即チ酌量減輕是ナリ酌量減輕ハ法律上ノ減輕ト異ナリ裁判官ノ特權ヲ以テ任意ニ行フ所ノ減輕ヲ謂フ法律ハ豫メ減輕ス可キノ場合ニ付テ之カ制限ヲ爲サ、ルヲ以テ裁判官ハ如何ナル犯罪ニ付テモ常ニ減輕ヲ爲スノ自由ヲ有スルモノナリ

抑、刑法ハ法律上ノ減輕ノ外ニ於テ何故ニ裁判上ノ減輕ヲ規定シタルヤ刑法既ニ各本條ニ於テ刑ノ範圍ヲ定メタルヲ以テ裁判官ハ各犯罪ノ情狀ニ應シテ

シテ「ニュートン」騎士ノ病者負傷者ヲ救護シタル迄ハ之カ手當ヲ爲シタルヲ開カス面シテ其後第十七世紀迄ハ其救護モ個人ノ仁恵ニテ行ハレタルノミナリシカ同世紀ニ入りテ諸國ハ戰地病院ヲ軍隊ノ組織中ニ置キ僧侶及醫師ヲ之ニ屬セシメ以後年ヲ追フニ從ヒ病者負傷者ニ對スル軍隊ノ準備モ進歩シタルノミナラス近世ニ於テハ軍隊ニ附屬スル病院ノ外ニ世人ノ同情ヨリシテ中立ノ團體又ハ私人ノ之ニ從事スルニ至レリ然レトモ現今ニ於テモ野蠻人又ハ半開國トノ戰爭ニ於テハ病者負傷者ノ虐待ヲ被ルタ免レスシテ日清戰爭ニ於テモ我軍ハ清國負傷者ヲ危險ヲ冒シテ救護シタルニ拘ハラヌ清國軍隊ハ我軍人ノ負傷者ヲ殘殺シタルハ其一例ニシテ千七百九十九年「ナボレヤン」帝ノ東方遠征ニ際シテモ「シリヤ」ヨリ退軍ノ時ニ於テハ佛軍ノ病者負傷者ヲ率ヒテ退クコト能ハス然レハトテ之ヲ戰地ニ殘シ置クトキハ土國人ノ虐殺ヲ被ルヘキコト明カナルヲ以テ悉ク毒殺シタルカ如キ事實アリ然レトモ方今文明國間ニ於テハ人情ノ發達シタルカ爲メ益々敵人ノ病者負傷者ヲ殺戮又ハ虐待セサルノミナラス事情ノ許ス限リハ自國軍隊ノ患者ト同一ノ保護寛待ヲ敵國病者負傷者

ニ與フヘキ義務ヲ國際公法上交戰國ニ負ハシムルニ至レリ。戰争ハ敵國ノ戰闘力ヲ阻害スルヲ目的ト爲スカ故ニ戰地ニ於テ敵人ノ疾病又ハ負傷ノ爲メ戰闘力ヲ失ヒ自國軍隊ニ抗拒スルコト能ハサル者ニ加害スルハ戰争ノ目的ニ反スルコト明カナルヲ以テ近世文明ノ進歩ト共ニ諸國ハ條約ヲ以テ斯ル戰争ノ目的ニ反シ人情ニ戾ルノ行爲ヲ戰争中排除スヘキコトヲ約定スルモノ多キヲ加ヘ千五百八十一年乃至千八百六十四年ノ間ニ斯ル條約ノ數モ三百以上ニ上リ學者中ダロシヤス、プツフエンドルフ、バチル等ノ仁義ノ說ヲ唱ヘ軍人ニ於テハ「ガスタバス」「アーデルボロー」「ウエリントン」等ノ寛仁ノ實例ヲ置キ社會一般モ漸ク其道理ヲ認ムルニ至リ遂ニ千八百五十九年伊佛兩國ノ同盟ニテ奧國ト開戦シタルニ當リ瑞西人「アンリ」「デュナン」ナル者戰地ノ慘狀ヲ目撃シ一般ノ戰争ニ於テ負傷者ヲ保護セントノ目的ヲ以テ歐洲諸國ニ遊說シ千八百六十四年八月八日乃至九月二十二日ニ於テ普佛伊西等十二ヶ國ノ委員ハ「ゼネバ」會議ニテ病者負傷者ニ關スル有名ナル赤十字條約ヲ締結シ其後四ヶ年間ニ英露奧ヲ始メ他ノ歐洲大國十二ヶ國モ之ニ加盟シ千八百七十四年乃至千八百八十

年北米合衆國ヲ始メ十ヶ國ヲ加盟アヲテ戰國ニ千八百八十六年之ニ加盟シ今日ニ於テハ清韓及南米數國ヲ除クノ外ハ之ニ加盟セサルモノ無キニ至リタルヲ以テ同條約ノ規定タル自ラ現行國際公法ノ法則ト見ルヘク而シテ同條約ニ於テハ交戰國ノ敵國病者負傷者ニ關スル事項ヲ規定スルニ當リ實ニ軍隊ニ屬スル病院ヲ中立トシ醫師僧侶等ヲ保護スルノミナラス私設ニ係ル團體並ニ私人ノ救護ニ從事スル者ヲモ保護スルノ義務ヲ交戰國ニ負ハシムルコトトセリ是レ蓋シ敵國人ノ患者ニ對スル注意ハ自國患者ニ比スレハ不充分ナルヲ免カレサルノミナラス軍醫等モ自國軍隊ノ患者ノ爲メ其職ニ從事スルコトナレハ敵國患者ニ對シテハ自ラ充分ノ手當ヲ施シ能ハサルコト明カナルヲ以テ一方ニ於テハ軍隊ヲシテ戰場ニ於テ不必要ナル苦酷ノ行爲ヲ敵國患者ニ加フルコトヲ禁シ自國患者ト同一ノ待遇ヲ爲サシムルト同時ニ其患者ヲ救護スル私設ノ團體又ハ私人ニ中立ノ地位ヲ與ヘテ充分ニ其事業ニ從事スルコトヲ得セシメタル所以ナリトス其後千八百六十八年「ゼネバ」條約附屬條約ヲ列國委員ハ「巴里府」ニ於テ締結シ「ネ」條約ノ修正ヲ企テ條約ノ規定ヲ海上ニモ及ハシメ

タリ此附屬條約ハ諸國ノ批准スルニ至ラズセテ止ミタリ然レトモ其規定ハ千八百七十年普佛戰爭ニ於テハ兩國ノ實行スルコト、爲メ諸國自ラ實踐スルノ傾向アルニ至リ千八百七十四年ブルツセル會議ニ於テハ「ゼネバ條約」ノ修正ニ付キ議論アリタルモ遂ニ同宣言第三十五條ニ於テ病者及負傷者ニ關シテ交戰國ノ義務ハ千八百六十四年九月二十二日ゼネバ條約並ニ同條約ニ加フルコトアルヘキ修正ニ從フヘシト規定セルハ前述ノ如シ

第二項 病者負傷者及死亡者ノ待遇

戰地ニ於ケル病者負傷者ニ付テハ「ゼネバ條約」第六條ノ規定ニ曰ク
負傷者又ハ疾病ニ罹リタル軍人ハ何國ノ屬籍タルヲ論セス之ヲ接受シ看護スヘシ

司令長官ハ戰爭中ニ負傷シタル兵士ヲ敵軍ノ前哨ニ直チニ送致スルコトヲ得但其時ノ狀態ニ於テ之ヲ送致スルヲ得且兩軍ノ協議ヲ經タル場合ニ限ルモノトス
治療後兵役ニ堪ヘスト認メタル者ハ其本國ニ送還スヘキ

又其他ノ者ト雖モ戰爭中再ヒ兵器ヲ帶ビタル要約ナル者ハ其本國ニ送還スヘキ
患者負傷者退去スル時ハ其之ヲ率ル人員ト共ニ完全ナル中立ヲ取扱フ受取クヘシ
第一項ニ接受看護スヘシトアルハ前條ニ規定セル陸軍病院及戰地假病院ノ行爲ヲ指スモノニシテ本條ノ規定ニ依レハ病者負傷者ハ戰地ニ於テ之ヲ集メテ手當ヲ施シ敵國人ト自國人ノ區別ナク陸軍ニ附屬スル病院ニ入レ看護スルキモノナレハ病院ハ敵國人ノ理由ヲ以テ拒絕スルコト能ハス又交戰國軍隊ハ戰爭ノ事情ニ由リ司令長官ニ於テ敵軍ト協議ヲ遂ケ敵國負傷者ヲ敵陣ニ送致スルコトヲ得ヘシ然レトモ敵國負傷者又ハ病者ニシテ有力ナル軍人ハ必スシモ送還スルノ義務ナキニ由リ司令長官ノ任意ニテ負傷者ノ幾部分又ハ全體ヲ自國ニ拘留シ置クモ妨ナキハ論ヲ待タズ附屬條約第五條ニ於テハ此點ニ修正ヲ加ヘ其拘留ハ軍隊ノ狀態ニ關係ヲ來スヘキ士官ヲ除キ兩軍ノ協議ヲ以テ負傷者ノ服從ニ堪ユルモノト認ムル時ト雖モ戰爭中再ヒ兵器ヲ取ラサルヲ要約ヲ

以テ治療後若クハ成ル可ク速カニ郷里ニ送還スルヲ當シ其送還ヲ交戦國ノ義務ト爲セトモ此修正ハ未タ列國ノ批准ヲタルニ非ラザルヲ以テ方今國際公法ノ法則トスルニ足ラス而シテ又本條第三項以下ニ據レハ治療後兵役ニ堪ヘスト認メタル者ニ對シテハ交戦國ハ單純ノ解放ヲ爲シ兵役ニ堪ユル者ト雖モ戰爭中再ヒ兵器ヲ取ラサルヲ誓言ヲ以テ其ニ本國ニ送還スルノ義務ヲ負フモノニシテ如何ニ有力ノ敵國軍人ト雖モ一旦負傷者ノ故ヲ以テ自國ニ拘留シ能ハサルコトハ爲シタルハ最モ批難ヲ免カレサル點ナレトモ本條約ノ存在スル間ハ同盟國ハ之ニ拘束サルヘキモノトス而シテ如何ナル場合ト雖モ患者又ハ負傷者ノ歸國スルトキハ之ヲ護送スル者ハ病者負傷者ト共ニ嚴正中立ノ取扱ヲ受タヘキ權利ヲ有スルモノナリ然レバ戰時國際公法ニ據ルニ從テ戰時國際公法ノ二對シテ散置ノ行爲ヲ施スルカヲサルノ必要アルヲ以テモ本條約第一條ニ於テ戰地假病院及陸軍病院ヲ中立トシ患者ノ入院スル間ハ交戦國ハ互ニ之ヲ保護スルノ義務ヲ有シ決シテ侵スルコトを得スト爲ル是等病院ニシテ兵力ヲ

以テ守ルトキハ中立ヲ失フヘキコトヲ規定シ第二條及第三條ニ於テ斯ル病院ニ附屬スル人員即チ監督員醫員事務員負傷者ノ運搬員並ニ說法者ハ悉ク中立トシ其人員ハ敵軍ノ手ニ入ラザルトキト雖モ依然其病院ニ於テ各自ノ業務ニ從事スルヲ得ヘタ又其任意ニテ本國軍隊ニ加ハラントスル時ハ交戦國ハ之ヲ敵軍ノ前哨ニ送致スル義務ヲ有ストモ此點ニ付キ附屬條約第一條並ニワツクスフホード陸戰法規第十四條及第十五條ニ於テハ斯ル病院ニ附屬スル人員ハ敵國ニ入ルト雖モ需要ノ存スル間ハ其病院ニテ患者ヲ看護スルノ義務ヲ有ストモ又退去セント請求アルニ於テハ司令長官ハ其出發ノ時日ヲ定メ軍事上ノ必要ヨリシテ其時日ヲ變更スルヲ得ヘシト雖モ其變更ハ僅少ノ時日タルヘキコトヲ規定セリ此規定ハ未タ列國ヲ拘束スルノ法則トスヘカラサルモ米國其他諸國ノ國法又ハ條約ヲ以テ認ムル所ニシテ要スルニ今日ニ於テハ斯ル中立員ノ本國又ハ本國軍隊ニ歸ラントスルニ際シテハ交戦國ハ單ニ緊要ナル軍事上ノ必要アル間ニ限り之ヲ止メ得ヘキニ過キサルカ如シ然レバ戰時國際公法ニ據ルニ從テ戰時國際公法ノ二對シテ散置ノ行爲ヲ施スルカヲサルノ必要アルヲ以テモ本條約第一條ニ於テ戰地假病院及陸軍病院ヲ中立トシ患者ノ入院スル間ハ交戦國ハ互ニ之ヲ保護スルノ義務ヲ有シ決シテ侵スルコトを得スト爲ル是等病院ニシテ兵力ヲ

處置スヘキモノナルカ故ニ同病院附屬ノ人員ノ本國ニ退去ノ際各自ノ私有品ヲ除クノ外自餘ノ物品ヲ携帶スルコトヲ得ストモ戰地假病院ニテハ其器具什物等ヲ保有セテ退去セシムヘキコトヲ規定セリ是レ畢竟スルニ固定ノ陸軍病院ハ國有財産ニシテ之ニ屬スル財産ハ悉ク戰時ノ法則上侵略軍ノ保管ニ歸スヘキモノナレトモ之ニ反シテ戰地假病院ハ性質上固定ノモノニ非ス加フルニ該病院ハ總テ中立ノ特權ヲ有スルニ由リ其器具什物等ハ必ズシモ侵略軍ノ手ニ入ルヘキモノニ非サルヲ以テ自ラ其差異アル所以ナリトス然レトモ固定病院ト否トヲ問ハス其附屬ノ人員ニシテ荷モ患者ノ看護ニ從事スルニ當リテハ其病院ニ屬スル車馬並ニ其他器具藥劑等ハ總テ敵軍ノ掠取又ハ其使用ヲ妨クル能ハサルハ論ヲ俟タスシテ明カナルカ如シ

戰時中ニ於テ中立ノ取扱ヲ受クヘキ陸軍病院及戰地假病院並ニ病者及負傷者ノ居所及其移轉ニ際シテハ交戰國軍隊ノ容易ニ之ヲ識別スルノ必要アルヲ以テ「ゼネバ」條約第七條ニ於テ白地ニ赤十字ヲ畫ケル旗ヲ立ツヘキコト並ニ中立ノ取扱ヲ受クヘキ人員ハ同一ノ臂章ヲ裝附スヘキコトヲ規定シ其臂章ハ之ヲ濫

用スヘキモノニ非ラサルヲ以テ其交付ヲ官衙ニ於テスヘキコトハ爲セリ茲ニ注意スヘキハ此條約中ニ於テ陸軍病院及戰地假病院ト稱スレトモ方今各國軍隊ノ組織モ昔日ト觀テ改メタルニ由リ自ラ戰地假病院ノ名稱ヲ擴張スルノ必要アリヲ千八百七十四年「アルツヘル」會議ニ於テモ其文字ヲ修正スヘキ議論出テ又既ニ千八百六十八年附屬條約第三條ニ於テモ「ゼネバ」條約中戰地假病院ト云フハ陣中病院其他病者及負傷者ヲ受容スル爲メ戰地ニ於テ軍隊ニ隨從スル臨時病院ニモ適用スルノ規定アリ此附屬條約ノ規定ハ未タ列國ヲ拘束スルノ力ナシト雖モ此解釋ヲ戰地假病院ニ下シ得ヘキモノナルコトハ學者並ニ列國間ニ認ムル所ナリトス更ニ又「ゼネバ」條約ニ規定セル中立ノ特權ヲ有スヘキハ陸軍病院及政府若クハ軍隊ニ屬スル戰地假病院ニ限ルモノニシテ中立ノ團體ニ非サルコトヲ知テセサルヘカラス尤モ此中立ノ權利ヲ有スルハ必ズシモ海陸軍ニ附屬スルモノニ限ラスシテ政府監督ノ下ニ在ル團體並ニ赤十字社ノ如ク「ゼネバ」條約ニ基キ國民一般ノ意思ニ出テ設立セラレ列國合同ノ事業トシテ社會ノ承認ニ係ルモノモ亦此特權ヲ有シ日清戰爭ニ於テモ我國赤十字社ノ如

兩國軍人ニ對シ病者及負傷者ヲ救護セリ之ニ反シテ明治二十七年十一月二十六日天津獨立赤十字社員トシテ閩南號ヲ以テ英米及丁抹國人ノ旅順口ニ來リ我軍隊ニ付キ清國負傷者ヲ救護スルノ許可ヲ申請スルカ如キ團體ハ假令赤十字旗ヲ樹立スルモ決シテ其性質上清國政府ノ事業ニ非ス又其目的モ中立事業ニ非スシテ單ニ清國人ノ患者ヲ救護セントスルニ過キス且又萬國赤十字社ノ何タル連絡ヲ有セサルニ由リ我軍隊ノ之ヲ拒絕シタルハ其當ヲ得タルモノニシテ斯ル團體ハ決シテ此條約ノ特權ヲ許スヘキ病院ニ非ナルコト明白ナリトシテネバ條約ノ規定ニ付キ尤モ議論ノ存スルハ第五條ノ規定ニシテ同條ニ曰ク負傷者ヲ救助スル土地ノ人民ハ侵スコトヲ得ス且之ヲシテ其自由ヲ得セシメサルヘカラス

交戰國ノ將官ハ住民ニ慈善ノ舉ヲ慈惠シ且慈善ノ舉ニ依テ中立タルヲ得セシムルコトヲ豫告スルノ責アルモ

自家屋內ニ負傷者ヲ接受シ之ヲ看護スルトキハ其家屋ヲ侵スコトヲ得ス又自己ノ家屋ニ負傷者ヲ接受スル住民ハ戰時課税ノ一部ヲ免カレ且家屋ヲ軍隊ノ宿舍ニ供用スルコトヲ免カレヘシ

此規定タル其精神ハ善美ナルモ濫用ノ恐アリ例ヘハ侵略地人民ハ無嫌ノ負傷又ハ疾病ニ罹リタル軍人ヲ自己ノ家屋ニ入レテ以テ戰時法則ニ關スル諸種ノ負擔ヲ容易ニ免カレ得ルカ如シ隨テ此私人ニ關スル規定ノ如キハ其實行ニ關シ交戰國軍隊ハ最モ周到ノ注意ヲ要スルモノニシテ附屬條約第四條ニ於テモ戰時出税及軍隊ノ宿舍ニ關スル負擔ヲ賦課スルニ付キ住民ノ慈善心ノ厚薄ヲ酌量スルハ「ゼネバ條約第五條ノ精神及千八百六十四年「ゼネバ會議議事録」記載スル制限ニ從ヒ條理ニ據ルヘシト規定シ「ブルツセル」會議ニ於テハ此條項ニ伴フ弊害ヲ防遏センカ爲メ修正論ノ出タルモ遂ニ決議ニ至ラスシテ止ミタルヲ以テ今日ノ法則トシテハ前記ノ如ク軍隊ノ將官ハ侵略地ニ於テ住民ニ慈善ヲ慈惠シ其舉ニ依リテ中立タラシムヘキ豫告ヲ爲スノ義務ヲ負ヒ病者及負傷者ヲ救護スル人民ハ侵スコトヲ得ス又其看護ニ從事スル家屋ハ侵スコトヲ

得サルノミナラス之カ爲メ戰時課税ノ一部ヲ其看護ノ程度ニ由リテ免カレ軍人ノ宿舍ニ供セラル、コトナキモノニシテ千八百八十年ヲクヌホード陸戰條規第十八條第三十六條及第五十九條ニ於テ交戰國將官ノ責任トシテ軍隊ノ支配ノ下ニ在ル土地ノ人民ニ對シテ負傷者ヲ救護セシムル爲メ其救助看護中ハ家屋又ハ其一部ノ中立タルコト及負傷者ニ對スル救護ノ熱心ニ由テ軍隊ノ宿舍並ニ軍隊ノ課金徵發ノ賦課ニ付キ幾分ノ負擔ヲ免ルヘキ利益ヲ敦示シテ其誘ヲナスヘキコトヲ規定セリ要スルニゼネバ條約及附屬條約ニ關シテハ管ニ此點ニ於ケルノミナラス諸國ノ實驗上他ニ批難ノ點ナキニ非ス殊ニ間諜ノ赤十字臂章ヲ利用シテ安全ニ其目的ヲ達スルノ虞アリ又赤十字旗ヲ以テ列車或ハ運送船ニ兵士ヲ搭載スルノ危險モナキニ非サレトモ列國ハ未ダ斯ル濫用ヲ防遏スルノ良法ヲ發見セザルヲ以テ此條約モ未ダ修正スルニ至ラス蓋シテ戰地ニ於ケル死亡者ニ關シテハ其屍體ヲ凌辱スヘカラサルコトハ戰爭ノ目的上多言ヲ要セスシテ明白ナルヲ以テ千八百八十八年ヲクヌホード陸戰條規中ニモ第十九條ニ於テ戰場ニ屍體ヲ支配スルコトヲ禁シ第二十條ニ於テ死

亡者ヲ埋葬スルニハ何人ナリヤヲ知ルニ必要ナル憑證ヲ蒐集シタル後ナラサルヘカラス且敵國人ノ死者ニ付キ斯ク蒐集シタル憑證ハ敵國軍隊又ハ政府ニ通告スヘシトセリ是レ固ヨリ交戰國軍隊ノ敵國死亡者ニ對スル行爲ノ標準ト爲ルヘキモノニシテ其埋葬ニ關シテハ成ルヘク其人名ヲ後日ニ至リ照合シテ知リシ得ヘキ憑證ヲ集メテ敵國ニ報知スヘキモノナレトモ軍隊ノ事情ニ由リテハ必スシモ斯ル憑證ヲ得タル後ニ非サレハ埋葬スルコト能ハストスルヲ得ヘカラスシテ日清戰爭中ニ於テモ清國兵ハ單ニ雇兵ノ姿ニシテ其實屬ニ至リテハ清國軍衛スラ之ヲ記録セサルニ由リ縱令努力ト時間ヲ費シ或軍隊ニ於テ清國人ノ死亡者ニ付キ憑證ヲ集ムルモ何タル効績ナキニ由リ旅順口ニ於テハ敵國死者ヲ取經メ此手續ヲ履マスシテ合葬セルハ毫モ非難スヘキ點ノ存スルコトナク軍隊ノ情狀ノ許ス限リ此原則ニ準據スレハ足ルモノ、如シ

第三章 陸戰ニ於ケル敵國ノ財産ニ對スル權利

第一節 總則 陸戰ニ於ケル敵國ノ財産ニ對スル權利

古昔戰爭ノ法則トシテ交戰國軍隊ハ敵國ニ屬スル財産ハ國有私有ノ別ナク其

戰地ニ在ルト否トヲ問ハズ破壊又ハ掠奪シ得ヘキモノナリシカ社會ノ進歩ト共ニ此嚴酷ナル慣法ノ大部分ハ漸ク消滅シ敵國財産ヲ戰地ニ於テスラ尙ホ握リニ破壊毀損スルコトヲ許サス又其財産ノ性質ハ戰爭ニ及ホスヘキ利害ノ程度ニ從ヒ交戰國ノ正當ニ取得シ得ヘキモノ及取得スヘカラサルモノ若クハ却テ保護スヘキモノニ付キ財産ノ種類ヲ定ムルノミナラス同一ノ財産ト雖モ軍隊ノ事情ニ由リ之ヲ使用若クハ取得シ得ルト否トノ場合ヲ區別スルノ慣習ヲ生シ戰爭ノ目的ヲ達スルニ必要ナル掠奪若クハ破壊等ハ國際公法上決シテ許ササルニ至リタルモノニシテブルツセル宣言第十三條第七項ニ於テ戰爭ノ必要上缺クヘカラサルニ非サレハ敵國財産ヲ破壞又ハ掠取スルヲ嚴禁シ第十八條ニ於テ攻撃ニ依リ都市ヲ陷ルハモ侵入軍隊ハ其地ニ於テ掠奪ヲ爲スヘカラストシ第三十八條第二項ニ於テハ私有財産ハ沒收スヘカラストシ又第三十九條ニ於テ凡テ掠奪ハ嚴禁スト明定セルカ如ク戰爭ニ於テ交戰國軍隊ノ取得ト爲ルヘキ敵國財産モ今日ニ於テハ大ニ制限ヲ生スルコトヲ爲レリ茲ニ疑ノ生スヘキハ陸戰ニ於テハ斯ク敵國私有ノ財産ヲ掠奪スルコトヲ嚴禁

シ居ルニ拘ハラス海上ニ於テハ敵國船舶及其他ノ物品ヲ拿捕物トシテ交戰國ノ取得スル慣法ノ方今尙ホ存在セ又海上ノ拿捕物ニ關シテハ拿捕物裁判所ニ於テ審判シ果シテ交戰國ノ捕收スヘキヤ否ヤヲ判決スト雖モ陸上ノ戰利品其他敵國財産ノ取得ニ付テハ捕收國ニ於テ何タル裁判ニ付スルコトナキハ國際公法ノ法則上甚タ權衡ヲ得タルモノトスヘカラサルモ是固ヨリ列國ノ慣例ニ出テ國際公法ノ未ダ發達不完全ナルニ基カサルヲ得然レトモ海上ノ拿捕物ヲ裁判ニ付スル所以ハ畢竟スルニ海上ニ於テハ船舶並ニ搭載品ニ關シテ中立國トノ關係ヲ生スルコト少カラサルニ由リ交戰國ハ殊ニ之ヲ審判スル特別裁判所ヲ設ケテ其捕收スル財産ニ錯誤ナカラシムルノ必要ハ陸戰ニ比スレハ大ナルヲ以テナリ隨テ陸戰ニ於ケル敵國財産ニ關シテハ特別裁判所ニ於テ之ヲ審判スルコトナキニ由リ之ヲ取得ニ關シ軍隊ハ最モ注意ヲ加ヘサルヘカラズ而シテ其正當ニ取得スル一切ノ財産ハ國際公法ノ原則上決シテ之ヲ獲得シタル戰闘者個人ノ私有ニ變スヘキニアラスシテ個人ハ國家ノ代人トシテ取得シタルニ過キサルニ由リ其財産ハ凡テ國家ニ屬スルモノナリ

第二節 戰利品

戰場又ハ軍隊ノ占領ニ係ル地方ニ於テハ敵國財産ニシテ其性質上直接ニ戰國ノ用ニ供シ得ヘキモノ殊ニ主トシテ戰爭ノ用ニミ使用セラレ得ヘキモノハ國有又ハ私有ノ別ナク戰利品トシテ正當ニ取得シ得ヘク又或例外ヲ除クノ外ハ國有ニ係ル動産ハ凡テ戰利品ト爲シ得ヘキモノトス而シテ一般ノ戰利品ヲ講説スルニ先チ注意シ置カサルヲ得サルモノハ例ヘハ敵陣又ハ敵軍ノ城壘ヲ陷レタルカ如キ場合ニ於テ敵兵又ハ城中ノ人民ノ委棄ニ係ル私有物品ヲ侵入軍隊ノ取得スルニ於テハ此等財産ハ其性質如何ニ拘ハラズ其軍隊ニ屬スヘキモノニシテ之ヲ分捕シタル兵士ノ所有ト爲ルヘキモノニ非サレトモ實際ニ於テハ此原則ヲ嚴重ニ軍隊ニ適用シ其取締ヲ爲スコト困難ナル所ヨリシテ文明諸國ハ法律ヲ以テ斯ク兵士ノ分捕ニ係ル物品ノ全部又ハ一部ヲ其兵士ノ私有ニ屬セシムルコトナキニ非ス英國ニ於テハ大藏大臣ノ勅告ヲ以テ皇帝ノ任意ニ斯ル分捕物ヲ分配スルコト、爲シ北米合衆國ニ於テハ同一物品ノ處分ニ付キ法律ノ規定ナキ場合ニハ大統領ハ大元帥ノ資格ヲ以テ之カ分捕ヲ行フ

ノ權利ヲ有スルコト、爲セリ然レトモ武器糧食其他軍用品ノ如キ敵國官有ノ財産ハ何レノ場合ニ於テモ交戰國政府ノ戰利品ト爲ルハ論ナキ所トス日清戰爭ニ於テハ我國ハ凡テ兵士ノ分捕物ハ官有トスルノ原則ヲ嚴正ニ適用セント欲シ軍人ヲシテ一物ヲモ私有セシメサル事ヲ勉メ大連灣乗船場ニ憲兵出張所ヲ設ケ士官ノ公有行李ヲ除クノ外ハ歸航者ノ荷物ヲ檢査シ分捕物タルヘキ疑アルモノハ清國人ヨリ買入レタルノ證書アルモノヲ除キ其他ハ悉ク沒收セリ今戰利品ト爲ルヘキモノヲ詳説セシムル爲メ左ノ二項ニ分ツ

第一項 國有財産

敵國ノ官有又ハ公有財産中不動産ニ關シテハ占領軍モ之ヲ所有スルコト能ハスト雖モ動産ニ付テアルモノハ宣言第五條第六條及第八條ニ規定セル如ク戰地又ハ軍隊占領地ニ於ケル軍艦其他ノ官船兵器彈藥糧食等ノ軍用品ヲ始メ其國家ニ屬スル財寶鐵道電線ノ如キ交通機關ノ器具等ヨリテ租稅關稅其他官有ノ金錢爲替手形ノ如キ凡テ政府ノ財産ヲ悉ク戰利品トシテ取得シ得ヘシ就中租稅其他ノ諸稅ニ關シテハ凡テ政府ノ財産ヲ悉ク戰利品トシテ取得シ得ヘシ

ノ在來ノ課税ニ由ルヘタ若シ在來ノ課税ヲ徵收スルコト能ハサルトキハ之ト
同額ノ課税ヲ爲シ其徵收ノ方法モ成ル可ク前例ニ由ルヘキモノトシ其地ノ行
政費用ヲ控除シタル殘餘ヲ軍隊ノ取得トスヘキモノタリ然レトモ戰爭前ヨリ
シテ是等租税關稅等ヲ敵國ノ第三國ニ對スル負債其他ノ擔保ニ入レ其第三國
ノ手ニテ其取立ニ從事シ居ルモノハ交戰國ノ取得シ能ハサルモノトス又敵地
ニ於ケル財産ニシテ一分ハ政府ニ屬シ一分ハ人民ニ屬シテ其國有私有ノ分界
立タサルモノモ亦實例上交戰者ノ取得シ能フモノタリ

裁判所ノ記錄其他官廳ノ公文書ハ之ヲ取得スルモ戰爭ノ目的ニ何タル利益ナキ
ノミナラス其地方人民ノ權利ヲ確ムルニ缺クヘカラサルモノナルヲ以テ之ヲ
奪ヒ去ルハ人民ニ非常ナル害毒ヲ被ラシムルモノナリ又政府ノ圖書ノ如キモ
歴史上ノ價值ヲ有スルモノハ之ヲ他ヨリ取去ルハ却テ社會ノ公益ヲ害シ又其
價值ヲ損スルニ由リ司法權ノ記錄其他ノ公文書ト同ク之ヲ使用スルハ妨ナ
キモ戰利品ト爲スヘカラサルヲ一般ノ慣法トス加之現今ノ慣例ニテハ學校病
院博物館圖書館ノ如キ學藝的及慈善的ノ組織ニ係ル物件寺院墓所ノ如キ宗教

上ノ建築物ニ屬スル物品及一切ノ美術品ノ如キハ社會一般ノ公益上損リニ破
損ヲ加フヘカラサルノミナラス戰利品トスヘカラサルコト爲レリ此點ニ付
キ問題ノ生シタルハ佛國革命戰爭中千七百九十六年伊國トノ戰爭ヲ始メ其他
戰爭ニ於テ佛國軍隊ハ諸國ノ美術品ヲ巴里府ニ移シ來リ之ヲ「ルーヴル公園中
ニ置キタルニ千八百十五年「ボレラン」敗北後戰勝諸國ハ此等美術品ヲ收メ來
リタル原所有ノ都市ニ送還スヘキコトヲ主張シ悉ク其本國ニ恢復セリ然ルニ
此處置ニ付キ學者中議論百出シ「ハレツク」ハ之ヲ批難シ此等美術品ハ戰爭ノ正
當ナル戰利品ト爲シ得ヘク其先例ナキニ非ス隨テ戰勝國ヨリ取戻シタルハ國
際公法ノ破壞ナリト論ジ「メイ」ノ如キハ佛國ハ原所有國ヨリ條約ニ由リテ此
等美術品ヲ讓受ケ佛國ノ財産ト爲リタルモノナルニ由リ單ニ戰利品トシテ取
得シタルニ非サルヲ以テ諸國ニ於テ之ヲ取戻スノ權利ナキコトヲ唱ヘ之ニ反
對ノ學者ハ「ハレツク」ノ所謂美術品ヲモ戰利品ト爲シ得ヘントセルハ國際公法
ノ誤解ト論ジ又佛國ノ條約ニ由リ諸國ヨリ讓受ケタルモノトスルモ固ヨリ平
和的ニ讓受ケタルニ非スシテ戰勝ノ威ニ乘リテ強迫又ハ威迫的ニ佛國ノ取

得シタルモノニ外ナラサルヲ以テ之ヲ返還シタルハ正當ナリト論セリ今此議論ノ正否ヲ判定センニハ佛國ノ此等美術品ヲ諸國ヨリ取得セルニ付テハ果シテ如何ナル程度ノ強迫威迫ヲ用ヒタルヤ又假令威迫ヲ用ヒタリトスルモ國際條約ノ性質上其威迫ノ爲メ之カ規定ヲ無効トスヘキモノナルヤ否ヤ詳細ニスヘキ必要アルヲ以テ暫ク別問題トシテ之ヲ措キ今日國際公法ノ慣法トシテハ美術品ハ其所有國ノ財産ト見ルヨリモ寧ロ人類社會ノ寶物トシテ社會ハ其保存ニ付キ共同ナル利害ヲ有スルモノトシ交戰國軍隊ハ振リニ之ヲ毀損シ又ハ戰利品ト爲スヘカラサルコトハ亦疑ナキ所ニシテ「ブルツセル宣言」第八條ニ於テモ寺院及宗教慈善教育美術及學藝ノ爲メノ設立ニ係ル建築物及物品ハ假令國有タリトモ猶ホ私有財産ノ如キ取扱ヲ受クヘキコト、シスル建築物歴史上ノ紀念物美術的學術的ノ物品ヲ掠奪シ破壊シ又ハ故意ノ破損ヲ加フルモノハ交戰國政府ニ於テ嚴罰スヘキコトヲ規定シ「ワシクスフホード」戰法規第五十三條ニ於テモ此等物品ノ戰利品ト爲ラサルコト並ニ戰爭ノ必要上非常ナル場合ニ於テスルニ非サレハ破壊又ハ故意ノ毀損ヲ禁スルコトヲ規定セリ

茲ニ問題トナルハ侵入軍隊ハ敵地ニ於テ國有ニ係ル裏書ヲ要スル手形爲替其他債權アル契約書ヲ取得シ得ルヤ否ヤノ論ニシテ此等證券ハ多クノ學者ハ戰利品トシテ獲取シ得ヘキモノトセルモ「ヘフター」及「フイリモル」等ハ之ニ反シ凡ソ占領ニ由リ取得スヘキ無形ノ權利ハ其權利ノ目的物ヲ占有スルニ由リテ始メテ取得シ得ヘキモノニシテ例ヘハ土地ニ附着スル使用權ハ其土地ヲ占領スルニ由テ始メテ享有シ得ヘキカ如シ然ルニ債權ハ素ト債權者ト債務者ノ個人間ノ權利關係ニシテ債權者自體ニ附着スルカ故ニ戰爭ノ場合ニ於テモ戰敗國ノ滅亡ニ戰勝國ノ其國ヲ合併スルニ非サレハ占領ニ由リ國有ノ債權ヲ取得スル能ハストセルハ蓋シ正當ノ論ト云ハサルヲ得ス

第二項 私有財産

敵地ノ會社組合其他私立ノ團體及個人ノ私有財産ハ動産不動産ノ別ナク戰利品ト爲ルヘカラサルモノニシテ就中不動産ニ關シテハ國有ト雖モ軍隊ノ獲得シ能ハサルニ由リ私有ナルモノハ固ヨリ戰利品ト爲ラサルコト多言ヲ要セズシテ明カナリ如何トナレハ元來軍隊ノ國有若クハ私有ノ不動産ヲ占領スルニ

常リテハ土地其他ノ不動産ヲ永久所有セシトスル意思アルモノト推測スルコト能ハス又假令其意思アリトスルモ之ヲ確カニシ其所有ヲ得ルニ付テハ時効ヲ必要トスルニ由リ幾多ノ年月ヲ要スルヲ以テ單ニ占領ノミニテハ到底之ヲ獲得所有シタルモノト爲スヘカラサルヲ以テナリ之ニ反シ動産ニ於テハ不動産トハ其性質ヲ異ニシ軍隊ノ軍用ニ供セ又ハ掠奪シテ戦利品ト爲サレ得ヘキ性質ノモノナルヲ以テ第十七世紀迄ハ私有財産ニ對シテモ軍隊及兵士ノ掠奪破損ヲ行ヒ來リタルモ其掠奪破損ノ行爲ニ伴ヒ兵士ノ不規律ヲ來シ軍隊ノ戰鬥力ヲ減却スルト同時ニ之カ爲メ平和ナル地方人民ニ仇敵ト爲リ軍隊ノ運動ヲ妨害スルヨリシテ生スル不利益ハ却テ掠奪ノ利得ヨリ生スル利益ヨリ大ナルノミナラス第十八世紀以來國家ノ基礎モ鞏固ト爲リ自國ノ威信ヲ敵國ノミナラス列國ニ對シテ保持スルノ政略上此慣例モ一變シ侵略地人民ヨリ掠奪ヲ行ハサル賠償トシテ金錢又ハ軍隊ノ用ニ供スヘキ物品ヲ出サシメテ以テ掠奪破損等ヲ行ハサルノ慣習ヲ生シ遂ニ現今ニ於テハ私有ノ財産ハ戦利品ト爲スヘカラサルコト、爲レリ然レトモ兵器彈藥等ハ假令私有ノモノト雖モ戰

争ノ用ニ供スル物品ナルヲ以テ戦利品ト爲スヲ以テ自ラ一般ノ法則ノ例外ヲ爲シ船舶鐵道電信ノ物件ハ軍隊ノ必要上私有ト雖モ收用シ得ヘク戰爭ノ終局ニ於テ原所有者ニ返還又ハ賠償スヘキハ「ブルツセル宣言」第六條ニ於テモ規定スル所タリ

第三節 課金

軍隊ノ敵地ニ侵入スルニ當リテハ凡テ私有ノ財産ヲ掠奪破損スヘカラサルニ拘ハラス戰時公法上ノ權利トシテ軍隊ノ必要ニ從ヒ人民ヨリ金錢ヲ出サシメ以テ軍隊ノ費用ヲ補助セシムルコトヲ得ヘク之ヲ名ケテ課金ト云フ又其人民ヨリシテ糧食器具等軍隊日常ノ需要ノ物品ヲ出サシムルヲ徵發ト呼ビ其占領地人民ニシテ軍隊ニ對シ犯罪アルトキハ其罰トシテ金錢ヲ出サシムルヲ罰金又ハ刑罰課金ト云フ而シテ此等名稱ハ往々混同セラレ我國ニ於テモ課金ヲ徵發ノ部類ニ入レ第二軍徵發心得書中現金ノ徵發ト名ケタリ凡ソ課金徵發ハ素ト占領地ニ對シ軍隊ノ掠奪ヲ行フノ權利ノ進化シタルモノニシテ其他ノ私有財産ヲ取リテ軍用ニ供スルハ掠奪ト擇フ所ナシト雖モ兵士ノ直接ニ掠奪ヲ行

フトキハ之ニ伴フ慘狀モ小區域ニ限ルヲ以テ弊害モ隨テ甚タシキニ課金徵發ハ普通占領地ノ官衙ノ手ヲ經テ支給セラレ又其出費ハ占領地一般又ハ敵國一般ノ負擔ト爲ルモノナルヲ以テ其害毒モ自ラ掠奪ニ比スレハ小ナラサルヲ得ス然レトモ課金徵發ヲ嚴酷ニスルトキハ其結果タル掠奪ト異ナルナキニ至ルノミナラス其慘毒ヲ蒙ルヘキ區域ハ掠奪ニ由ルヨリモ却テ大ニシテ窮民ノ怨望モ亦多人数ニ涉ルモノナルニ由リ軍隊ハ之ヲ愼マサルヘカラス千七百九十六年佛國軍隊ノ伊國ニ侵入スルニ當リテハ殆ント軍隊ノ糧食ヲ豫メ蓄ヘス侵略地ヲシテ佛軍ノ衣食ヲ出サシメタル如ク「ナボレラン」一世ノ戰爭ハ一戰爭ニ依リテ後ノ戰爭ヲ爲スノ糧食其他軍用品ヲ敵國ヨリ取得セタルコトナルカ西班牙ニ於テ敗北ノ原因ハ其侵略地ニ於テ戰費トシテ私有財産ヲ苛酷ニ徵集シタルヨリ來セタル西班牙人民ノ怨望ニ歸シタルコトヲ同帝自ラ嘆セリ隨テ今日ニ於テハ富ニ課金徵發ヲ行フヘキ程度ニ付キ議論アルノミナラス之ヲ賦課スルノ權利ノ有無ヲ疑フモノナキニ非ス然レトモ戰爭ノ慣法トシテ此權利依然存在スルコトハ疑ナク其之ヲ賦課シ得ヘキハ軍隊ノ供給ニ

ト云ヘル者アリト雖モ此召喚ハ議院内ニ於テ發表セタルニ由ルモノニアラス唯其議員カ其事情ヲ知ルヲ以テ證人トシテ召喚スルニ過キナルナリ憲法ノ規定ハ證言ヲ拒ムコトヲ得ルト云フマラニ及フモノニアラス故ニ之ヲ拒ムコトヲ得ス此議員ノ無責任ハ唯議院ノ家屋内ニ付テ發表シタル意見ニ付テ云フニアラス議院内ニ於テ議員ノ職ヲ盡ス爲メニ發表セタル意見ニ付テ云ヘルヲ以テ固ヨリ本會議ニ於ケルト委員會議ニ於ケルト區別スルモノニアラス又縱令本會議委員會議ニ於テノ言論ニ付テモ適當ノ儀式ヲ履マスシテ發言シタルトキハ固ヨリ無責任ノ限リエアラス

第二 身體ノ自由 憲法第五十三條ニ兩議院ノ議員ハ現行犯罪又ハ内亂外患ニ關ル罪ヲ除ク外會期中其院ノ許諾ナクシテ逮捕セラルハコトナセ「トアリ會期中トハ召集ヨリ閉會マテノ間ヲ謂フ停會中モ尙ホ會期中ナレハ許諾ヲ得ザレハ逮捕スルコトヲ得ス會期中ニ於テ議員ヲ逮捕スルトキニ許諾ヲ得ルニハ如何ナル手續ヲ履ムコトヲ要スルカ別ニ詳細ノ規定ナセト雖モ檢事又ハ豫審判事ハ直接ニ議院ト往復スルコトヲ得サレハ司法大臣ヨリ議院ニ對シ逮捕方

ヲ照會シテ許諾ヲ求ムルハキナリトモ、
此許諾ヲ求ムルハ會期中ニ逮捕スルトキニ限ルヲ以テ若シ會期前ニ逮捕セラレタル議員アリタルトキハ縱令議會開會ニ至ルモ其逮捕ヲ繼續スルコトヲ得ト謂ハサルヘカラス之ニ就テハ第一議會ニ於テ一ノ問題ト爲レリ其時ノ議會ノ議決ニ會期前ニ逮捕セラレタル議員カ開會シ後仍ホ拘留中ニ在レハ議院ノ許諾ナクハ引續キ之ヲ拘留スルコトヲ得スト爲メ之ヲ司法大臣ニ通牒シタルモ之ニ對シテ司法大臣ハ反對ノ意見ヲ覆牒セリ

外國ノ憲法ニ於テハ開會前ニ既ニ逮捕セラレタル議員モ議會ノ請求アレハ會期中ハ其逮捕ヲ中止セラルト云フ規定ヲ設ケアリ然ルニ我憲法ニ於テハ此ノ如キ規定ナクシテ明カニ會期中許諾ヲ要ストアルヲ以テ會期前ニ於ケル逮捕ハ此條文ニ關係ナキモノト謂ハサルヘカラス殊ニ此規定ハ訴訟法ノ例外ト爲ルモノナレハ之ヲ嚴正ニ解セサルヘカラス
又議會開會前既ニ刑ノ言渡ヲ受ケテ裁判確定シタル者ニシテ猶ホ未タ逮捕セラレサル者ハ會期中議院ノ許諾ナクシテ之ヲ逮捕スルコトヲ得ルハ頗ル疑ハ

シ然レトモ犯罪ノ審問ト刑ノ執行トハ法律上同一ノモノニアラス刑ノ執行ハ審問ヲ終了シテ裁判確定シタル後ニ起ルモノニシテ既ニ犯罪審問ノ部分ニハ屬セス隨テ刑ノ執行ノ爲メノ逮捕ト犯罪審問ノ爲メノ逮捕トハ自ラ異ナレリ而シテ憲法第五十三條ノ逮捕トハ唯犯罪審問ニ關スルノミニシテ刑ノ執行ニ關スルモノニアラス而シテ憲法ニ現行ノ犯罪者又ハ外患内亂ノ犯罪者ハ之ヲ逮捕スルコトヲ得ルモ其外ハ逮捕スルコトヲ得ストアリ其外トハ其外ノ犯罪ト意ノ味ニ解セサルヘカラス故ニ既ニ刑ノ言渡ヲ受ケ裁判確定シタル者ヲ逮捕スルカ如キハ之ヲ含ムモノニアラス且本條ハ政府ノ故意ノ逮捕ヲ保護スルカ爲メニ設ケタル例外ノ規定ニシテ同法事務ノ運行ヲ中斷セシムル目的ノ爲メニ規定シタルモノニアラサルヲ以テ之ヲ嚴格ニ解セサルヲ得ス
第三 議員ハ歳費及ヒ旅費ヲ請求スル權ヲ有ス
(國務大臣ニ關スル説明ハ之ヲ略ス)

第四編 國家ノ作用

第一章 立法

第三十一節 法律

凡ソ國家ノ作用ハ其實質上ニ付テ區別スルトキハ立法司法行政ノ三個ノ作用ト爲スコトヲ得此三個ノ作用ハ如何ナル國ニ於テモ之ヲ區別スルコトヲ得蓋シ立法ノ作用トハ即チ法律ヲ立ツル作用ナリ法律トハ如何ナルモノナルカ法律ト云ヘル語ニ種々ナリテ先ツ自然界ニ法律ト謂ヘハ同一ノ原因結果ノ關係事實ヲ指シテ曰フ即チ一定ノ原因アレハ必要のニ同一ノ結果ヲ生スルコトヲ謂フ即チ絕對ノ必要ヲ法律ト曰フ之ニ反シテ人事ノ目的ノ爲メノ法律ナルモノハ前提の必要ナリ或前提ノ目的ヲ達スルカ爲メニ從フヘキ規則ヲ謂フ例ヘハ人ノ行爲ヲシテ道德ニ適ハシメンカ爲メニハ倫理ノ法則ニ從ハシメサルヘカラス然レトモ人ノ行爲ハ固ヨリ不道德ニ陷ルコトアリ必ス道德ニ合ストハ限ラヌ唯道德ニ合スルニハ道德ノ法則ニ從ハサルヘカラス故ニ之ヲ目的上ノ必要トモ謂フ

法律學上ニテ法律ト云フハ通常之ヲ法律ト呼フ法律モ亦人事上ノ法ノ一種ニ屬ス然レトモ法律學上ニ於テ法律ナル語ハ種々ノ意味ニ用ヒラル或ハ法律トハ總テ法律上ノ關係ノ準則ト爲ルヘキ法ノ全體ヲ指シテ謂フコトアリ即チ其法ノ發シタル淵源ノ如何ヲ問ハス又習慣法タルト成文法タルトヲ問ハス總テ之ヲ法律ト曰ヘルコトアリ此意味ノ法律ニ對シテ其淵源ノ如何ヲ問ハス總テ文章ニテ定メタル法ヲ亦法律ト曰フコトアリ或ハ國家ノ規定シタル拘束力ヲ有スル法則ヲ指シテ法律ト曰フコトアリ即チ此場合ニハ習慣法ニ對シテ國家ノ機關ノ發シタル總テノモノヲ謂フ此等ハ總テ實質上ヨリ觀察シタル法律ナリ此他全ク形式上ヨリ觀察シテ法律ト曰フコトアリ即チ國家ノ最高機關ノ發表シタル意思又ハ其一定ノ手續ヲ履ンテ發表シタル意思ヲ法律ト曰フコトアリ此形式上ノ法律ハ既ニ羅馬ニ於テ存在シタル所ナリ

先ツ國家ノ規定シタル實質上ノ法律トハ如何ナルモノヲ云フモノナルカヲ觀ント欲ス或一派ノ學者ノ云フ所ニ依レハ國家ノ意思發表ハ總テ實質的ノ法律ナリ即チ國家ノ命令ハ總テ法規ナリト云ヘリ然レトモ若シ此ノ如ク言フトキ

ハ上級官廳カ下級官廳ニ對シテ發スル命令モ亦法規ナリ裁判官ノ宣告モ亦法規ナリ即チ國家ノ作用ハ總テ法規ヲ制定スル作用ノミト爲リ司法行政ノ作用ハ全ク消滅スルコト、爲ルヘシ實質上ノ法律トハ法則又ハ法規ヲ含ムモノト云フコトハ多數學者ニ異論ナキ所ナリ唯此法規ハ一般ノ性質ヲ有スルモノナラサルヘカヲサルカニ付テ爭アリ一般トハ即チ不定數ノ場合ニ適用セラル、規則ヲ云フ各個ノ特定ノ場合ニ關スル具體的ノ規則ニアラスシテ抽象的ノ規則ヲ謂フナリ

「イェリッング」ステングル及ヒ「マイエル」等ノ謂フ所ニ依レハ實質上ノ法律ハ即チ抽象的一般的ノ規則ナリ之ニ反シテ具體的ノ規定ハ即チ處分ニシテ行政作用ナリト云ヘリ固ヨリ大部分ノ法規ハ一般ナル性質ヲ有スルモノナリ蓋シ法規ハ各人格ノ社會的關係ヲ規定シタルモノニシテ各人格ノ社會的關係ハ決シテ無規律ノモノニアラスシテ自ラ一定ノ秩序ヲ有ス故ニ法規モ亦將來ノ不定數ノ場合ニ對シテ同一ノ規則ヲ以テ之ヲ規定スルモノナリ即チ人間社會ノ生活關係カ恒久不變ノモノナルユヘ法規モ亦通則タル性質ヲ有スルニ至ル

然レトモ社會上ノ生活關係ハ決シテ豫見セラレタル如ク常ニ恒久不變ノモノニ限ラス人間社會ハ生活物ノ活動ノ世界ナレハ時トシテ特種ノ變體ヲ生スルハ自然ノ勢ナリト云ハサルヘカラス故ニ恒久不變ノ一般ノ生活關係ノ傍ニ又特種個別的ノ關係ヲ發生スルコトアリ而シテ此關係ヲ一般ノ法規ニテ支配スルコトハ全ク事物ノ條理ニ反シ正理ノ觀念ニ背クモノナリ故ニ此ノ如キ特種ノ事情ニ應シテ特別ノ法規ヲ設定スルハ又宜シク國家ノ努ムヘキモノナリ此ノ如キ場合ニ於テハ或ハ從來ノ法規ヲ適用スルコト能ハサルコトアリ然ルトキハ舊法ヲ廢シテ其制限ヲ解カサルヘカラス或ハ又全ク法規ヲ缺クコトアリ然ルトキハ新ニ法ヲ立テ、之ヲ補充スルコト必要ナリ

故ニ法規ノ多クノ場合ニハ固ヨリ一般ノ法規ノ性質ヲ含ムモノナレトモ此一般ノ法規ハ法規ノ自然の條件ニレテ敢テ必要ノ條件ニアラス凡テ法規トハ各人格相互間ノ自由ノ範圍ヲ境界セタルモノヲ謂フ即チ各人格ノ意思ノ範圍ヲ限制シタルモノナリ故ニ新ニ各人格ノ範圍ヲ限界スルモノハ皆法規ト云フコトヲ得固ヨリ其一般ナル場合ト特別ナルトヲ問ハス實質上ノ法律トハ此法規

ヲ規定シタルモノヲ謂フ即チ從前ノ法律ニ於テ未タ規定セタル所ノ國家又ハ臣民ノ權利義務ヲ規定シタルモノハ實質上ノ法律ナリ此實質上ノ法律即チ法規ヲ制定スル國家ノ作用ヲ立法ノ作用ト曰フ
之ニ反シテ新ニ法規ヲ規定スルニアラスシテ現行ノ法規ノ範圍内ニ於テ作用スルカ如キハ行政行為ナリ例ヘハ或法律ニテ公債募集ノコトヲ規定シ其他官吏ニ對シテ事務ノ訓令ヲ發スルカ如キハ新ニ法規ヲ制定スルモノニアラス唯國家機關ノ作用ノ程度ヲ定メ其義務ヲ利用スルノミナリ其他既ニ存在スル法規ニ基キテ執行ヲ命シ處分令ヲ發スルカ如キ又國家作用ノ便利ノ爲メニ或形式ヲ定ムルカ如キハ總テ行政作用ニ屬スルナリ
又司法ノ作用ハ各個ノ場合ニ法規ヲ宣告スルコトヲ云フ司法ハ或事實ニ對シテ法律ニ代リテ法規ノ意思ヲ發表シテ其事實ニ附着スル法律上ノ關係ヲ決定スルモノナリ此決定ヲ爲スニハ法規ヲ大前提トシ事實ヲ小前提トシ論理ノ方式ニ從フテ其結論ヲ求ムルモノナリ故ニ司法ノ作用ハ法規ノ定メタル程度ニ從フテ法規ノ意思ヲ發表スルモノニシテ新ニ法規ヲ立ツルモノニアラス又法

規ヲ變更スルモノニモアラス故ニ立法ノ作用トハ之ヲ區別スルコトヲ得
此三個ノ作用ハ何レノ國家ニ於テモ之ヲ區別スルコトヲ得即チ專制國ニ於テモ立憲國ニ於テモ同シク區別スルコトヲ得唯專制國ニ於テハ此區別ヨリ重要ナル結果ヲ生スルモノナリ即チ立憲國ノ大主義トスル所ハ此三個ノ作用ヲ掌ル機關ヲ多少ノ範圍ニ於テ異ニセシムルコトニ在リ殊ニ新ニ權利ヲ制定シ又既ニ存在スル權利ヲ變更廢止スルカ如キ法規ヲ規定スルニハ君主一人ニテ之ヲ爲スコトヲ得ス必ス國會ノ協賛ヲ要ス此原則ハ既ニ日耳曼ノ古代ニ於テ習慣法トシテ認めラレ又英國ニ於テ數百年ノ沿革ヲ經テ日耳曼ノ習慣法ヲ國法ノ大原則ト爲スコトトモリ其後モンテスキューノ著書ノ媒介ニ依リテ佛蘭西ニ採用セラレ次テ歐羅巴各國ニ傳播スルコト、爲レリ尤モモンテスキューノ説明ハ多少ノ誤リアリタルモ其大趣旨トスル所ハ固ヨリ各國ニ採用セラレタルナリ即チ「モンテスキュー」ノ説明ニ依レハ立法司法行政ノ三權ハ各獨立ノ權力ニシテ之ヲ有スル者モ各獨立ノ人格ナリ此人格ハ各其權力ヲ掌ルノミニシテ他ノ權

力ニハ少シモ干涉受クルコトナキナリ是レ立憲國ノ原則トシテ英國ニ行ハルハモノナリト云ヘリ然レトモ英國ノ實際ニ於テハ此説明ニ反スルノモノナラス歐羅巴各國ニ於テ憲法ヲ制定スルニ當リテハ必スシモ其原則ヲ貫キタルモノニアラス即チ國會ハ唯法規ヲ制定スルコトヲ掌ルノミナラス實質上ノ行政行為ニ屬スルコトニモ尙ホ參與スルコト、爲リ居レリ例ヘハ豫算ヲ制定シ或ハ國債ヲ募集スルカ如キコトニモ國會ノ協賛ヲ要スルコト、爲リ居レリ而シテ一方ニハ君主モ或場合ニハ獨立シテ法規ヲ設定スルコトヲ認メラレタリ又裁判所モ行政行為ヲ爲スコトヲ許シ居レリ然レトモ原則上國家ノ法規ハ議會ノ協賛ヲ以テ之ヲ制定スルコトハ立憲國ノ主義トスル所ナリ而シテ他ノ一方ニハ法規ニアラサルモノモ議會ノ協賛ヲ以テ定ムヘキコトヲ規定セリ是ニ於テカ立憲國ノ憲法ニ於テ實質上ノ法律ト形式上ノ法律トヲ生セリ實質上ノ法律ハ即チ國家ノ法規ヲ規定シタルモノナリ之ニ反シテ形式上ノ法律トハ全ク其制定ノ形式ニ因リテ之ヲ名ケタルモノナリ即チ實質上ノ法律ト同シテ帝國議會ノ協賛ヲ經テ發シタ

ルモノヲ云フ此實質上ノ法律ト形式上ノ法律ヲ區別スルコトハ夙ニ學者ノ認メタル所ナリシカ獨逸ノ「ストットマートル」カ始メテ之カ名稱ヲ付セリ續テ「グナイスト」及ヒ「ラバント」等ノ説明ニ依リテ學者間ニ一般ニ採用セラル、ニ至レリ尤モ「アルンド」及ヒ「ツアルン」「マルチツ」等ノ學者ハ此說ニ反對シテ形式上ノ法律ナルモノ存在スルコトナク法律ハ總テ實質的法律ナリ法律ハ總テ法規ヲ規定セサルモノアラスト云ヘリ然レトモ此等ノ學者ハ形式上ノ法律ノ効力ト法律ノ實質トヲ混淆シテ論セルニ似タリ
我憲法ニ於テモ亦法律ニハ實質上ノ意味ト形式上ノ意味トノ二個ノ意味アリト考ヘラル憲法第五條「天皇ハ帝國議會ノ協賛ヲ以テ立法權ヲ行フ」トアリ此立法權トハ形式上ノ法律ヲ制定スル作用ヲ謂フモノナルカ又ハ實質上ノ法律ヲ制定スル作用ヲ謂フモノナルカ是レ疑ノ存スル所ナリ然レトモ若シ我憲法ニ於テ立憲制ノ原則ヲ採用セサルモノニシテ立法司法行政ト云フハ全ク形式上ノ意味ニ過キスト爲ストキハ各機關ノ權限ノ範圍ハ憲法上之ヲ知ルコトヲ得タルコト、爲ルヘシ憲法第五十七條「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ

裁判所之ヲ行ヒトアリ若シ司法權ナルモノヲ全ク形式上ノ意味ニ解シテ裁判所ト云フ國家機關ノ行フ行爲ハ總テ司法ノ作用ナリ憲法上其實質ヲ定メタルコトナシトスレバ司法權ハ裁判所ノ權限ヲ定ムル法律ノ規定如何ニ由リテ其實質ヲ定ムルコト、爲ル隨テ裁判所ハ登記ノ事務ヲ行ヘハ則チ司法權ノ作用ト爲ルニ至ルヘシ故ニ若シ個人間ノ權利ノ争ニ關スル判決ヲ裁判所ニ掌ラシメシテ法律ヲ以テ定メタル行政官廳ヲシテ之ヲ掌ラシムルモ憲法ニ牴觸スルコトナシト謂ハサルヘカラス

憲法第十八條ニハ天皇ハ行政各部ノ官制ヲ定ムトアリ此ノ行政ト云ヘルモ全ク形式上ノ意義ヲ云フモノニシテ行政官廳ノ爲ス行爲ヲ行政ト云フモノナリトスレハ個人ノ争ヲ判決スルコトヲ行政官廳ニ委任シテモ亦之ヲ行政行爲ト謂ハサルヘカラス即チ如何ナル事柄ハ如何ナル機關ニ掌ラシムルモノナルカハ憲法ニ依リテ之ヲ知ルコトヲ得サレハ法律及ヒ命令ニ依リ自由ニ之ヲ規定スルコトヲ得ルモノナリト謂ハサルヘカラス若又立法司法ハ總テ形式上ノ意味ニ過キストスレハ君主ハ憲法ニ法律ヲ以テ定ムト云ヘル規定ナキ事柄ニ付

テハ命令ヲ以テ自由ニ之ヲ規定スルコトヲ得ト謂ハサルヘカラス例ヘハ民法商法等ニ關スル規定モ苟モ憲法上ノ規定ニ牴觸セサル限りハ命令ニテ之ヲ規定スルコトヲ得ト謂ハサルヘカラス

此ノ如ク司法行政上ノ意味ナシトスレハ各機關ノ權限ハ憲法上不確定ニシテ憲法ハ全ク實際ノ効力ナキ規定ト爲リ終ルナリ斯ク効力ナキ規定ヲ設ケタルモノト推定ヲ下スコトヲ得サレハ我憲法モ通常ノ立憲制ノ原則ヲ採用シタルモノト爲サ、ルヘカラス若シ憲法第五條ニ立法權トアリテ全ク形式上ノ意味ニ解スルナラハ即チ天皇カ權利義務ニ關スル法規ヲ制定スルコトト解セシテ法律上ノ形式ヲ制定スルコトニ解スルトキハ形式上ノ法律即チ帝國議會ノ協賛ヲ以テ發スヘキ命令ヲ制定スルニハ帝國議會ノ協賛ヲ以テスルコト、爲ル

又憲法第三十七條ニ法律ハ帝國議會ノ協賛ヲ經ルヲ要ストアリ茲ニ所謂法律ヲ實質的ノ意味ニ解セシテ形式的ノ意味ニ解スルトキハ全ク意味ナキコトト爲ル即チ法律ハ協賛ヲ經テ發シタル國家ノ意思ナリトスルトキハ該條ノ規

定ハ議會ノ協賛ヲ經テ發セラルヘキ國家ノ意思ニハ議會ノ協賛ヲ經ルヲ要スト云フコト、爲ルヘシ若シ他ノ場合ニ規定シアルカ如ク國債ヲ起スニハ議會ノ協賛ヲ要ストアレバ其規定ハ理解スルコトヲ得然ルニ法律ヲ形式上ノ意味ニ解スレハ議會ノ協賛ヲ經テ發スヘキ國家ノ意思ヲ制定スルニハ議會ノ協賛ヲ經ヘシト云フコト、爲リ全ク意味ナキニ至ル故ニ此等ノ場合ニ立法又ハ法律ト規定アルハ實質上ノ法律即チ法規ヲ制定スルニハ議會ノ協賛ヲ經ヘシト云フコトニ解釋セサルヘカラスト思考ス

既ニ憲法ニ於テ實質上ノ法律アリトスレハ形式上ノ法律モ亦存在セサルヘカラス此形式上ノ法律ノ觀念ハ既ニ立憲政體ノ基ト爲レル佛蘭西及ヒ白耳義憲法ニ於テ發シタルモノナリ蓋シ立憲政體ノ根本ノ觀念ハ立法司法行政ニ付テハ其機關ヲ異ニセシムルニ在リ然ルニ各國ニ於テ實際憲法ヲ制定スルニ當テハ實質上立法作用ニ屬セサルコトモ尙ホ實質上ノ立法作用ヲ掌ル議會ノ協賛ヲ經ヘキコト、爲シテ其制定手續ハ實質上ノ法律制定ト異ナルコトナキヲ以テ之ヲ法律ト呼フコト、爲リシナリ即チ議會ノ協賛ヲ以テ定ムト規定スヘキ代

リニ法律ヲ以テ定ムト規定シテ而シテ議會ハ立法權ニ參與スト云フ立憲政體ノ大趣旨ニ合スルコトヲ得ト思慮セシナリ此觀念カ獨逸諸國ノ憲法ニ採用セラレ又我憲法ニモ採用セラルコト、爲レリ

我憲法第二章中ニ臣民ノ權利義務ハ法律ノ定ムル所ニ依ルトアリ既ニ法規即チ權利義務ニ關スルコトハ議會ノ協賛ヲ以テ定ムルコトカ一般ノ原則トシテ規定セラレタルトキハ更ニ各個ノ場合ニ法律ヲ以テ定ムト云ヘルカ如キ規定ノ必要ナキカ如シ然レトモ此第二章中ノ規定ハ臣民カ國家ニ對シテ權利ヲ有シ義務ヲ負フコトヲ規定シ且此義務ヲ課シ權利ヲ制限スルニハ君主カ命令ヲ以テ爲スコトヲ得ス必ス議會ノ協賛ヲ經テ之ヲ定メサルヘカラサルコトヲ規定シテ憲法第九條ノ命令ヲ以テ定ムヘキ規定ニ例外ヲ設ケタルナリ

憲法第九條ニ天皇ハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及ヒ幸福ノ増進ノ爲メニ命令ヲ發スルコトヲ得ルコトヲ規定セルヲ以テ君主ハ幸福増進ノ爲メニ臣民ニ對シテ義務ヲ課スルコトヲ得然ルニ國家ハ或事柄ニ付テハ幸福増進ノ目的ノ爲メナルモ仍ホ命令ニテ義務ヲ課スルコトヲ欲セサルコトアリ故ニ斯ル場合ニハ

法律ヲ以テ之ヲ定ムト規定シテ議會ノ協賛ヲ經ヘキコトヲ明カニセリ憲法第二章ノ規定ハ多クハ此目的ニ出タルモノナリ故ニ第二章中ノ所謂法律ハ之ヲ形式上ノ意味ニ解セサルヘカラス其他會計検査院ノ組織ハ法律ヲ以テ定ムトアリ此ノ如キ場合ニモ仍ホ形式上ノ意味ニ解セサルヘカラス此等ノ場合ニハ法律ヲ以テスト記載セシテ議會ノ協賛ヲ經テ定ムト規定セシナラハ大體極メテ穩當ナリシナラン是レ猶ホ國債ヲ起スニハ議會ノ協賛ヲ經ヘシト規定シアルカ如ク規定スヘキモノナルニ法律ヲ以テ定ムト規定セシナリトモ「ホルンバック」及ヒ「アルンド」等ハ普魯亞憲法ノ解釋トシテ法律ハ總テ形式上ノ意味ヲ有スルモノニシテ而シテ立法ノ範圍ニ付テハ原則的ノ規定ナク唯各個ノ事柄ヲ列舉シタルノミナリ而シテ君主國ニ於テ君主ハ完全ナル權限ヲ有スト云フ推定ヲ受クルモノナレハ荷モ制限ナキ以上ハ君主ハ自由ニ命令ヲ以テ規定スルコトヲ得憲法ハ公法ヲ編纂シタルモノニアラサレハ君主ニ屬スル權利ヲ列舉シ盡シタルモノニアラス故ニ君主ハ憲法以前ニ於テ既ニ有シタル命令權ハ憲法ニ於テ制限セサル限リハ之ヲ自由ニ行フコトヲ得ト論セリ若シ憲

○編輯上ノ用向ハ必ス編輯部宛ニテ通信スヘシ

○質疑ハ半紙又ハ野紙ニ問題ト其疑點トヲ簡明ニ認ムヘシ

用紙ハ一問題毎ニ別紙ヲ用フヘシ

半切葉書又ハ他ノ用事ト共ニ認メタル質疑ハ回答セス

亂筆讀ミ難キモノ趣意不明ナルモノ亦同シ

○落丁補充ノ請求ノ際ハ必ス其講義錄ヲ返戻スヘシ

○編輯用ト會計用トハ必ス別封タルヘシ

葉書ノ場合モ之ニ準ス

明治三十二年十二月廿九日印刷
明治三十二年十二月三十日發行

編輯者
東京市四谷區四谷仲町三丁目六番地
小田 幹治郎

發行所
東京市芝區四ノ久保明秀町十一番地
金子 鐵五郎

印刷所
東京市芝區四ノ久保明秀町十一番地
金子 活版所

發行所 司法省
指定 **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 (番町百七十四番)

明治廿二年十二月九日內務省許可