

和仏法律学校講義録

秋山, 雅之介 / 小河, 滋二郎 / 松井, 茂 / 鶴見, 守義 / 副
島, 義一 / 竹井, 耕一郎

(出版者 / Publisher)

和佛法律學校

(巻 / Volume)

3-4

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

53

(発行年 / Year)

1900-03-30

和佛法律學校

講義錄

學 部

第 四 號

刑 法 總 論 (自六五) 法律學士 鶴見守義

刑 事 訴 訟 法 (自五七) 法律學士 鶴見守義

憲 法 (自三〇) 法律學士 副島義一

行 政 法 (自四〇) 法律學士 竹井耕一郎

國 際 公 法 (戰 時) (自九七) 法律學士 秋山雅之介

警 察 法 (自二〇) 法律學士 松井茂

監 獄 學 提 要 (自二四) 小河滋二郎



090
1900
3-1-4

ント欲スル所ノ人ノ意欲ヲ云フ之ヲ分析スルトキハ辨別心ト自由心トヲ併有
スルコトヲ要ス其辨別心トハ惡事ヲ爲スコトヲ識別スルノ意思ヲ云ヒ自由心
トハ何等ノ強制ヲ受クルコトナク全ク自由心ニ依リ惡事ヲ爲スト否トヲ決定
スルノ意思ヲ云フ抑モ人ニ智識ナキトキハ自由心ナシ何トナレハ智識ナケレ
ハ善惡邪正ヲ識別スルノ心意ナク隨テ自由ノ決斷力ナキナリ然レトモ自由心
ナクテ智識ヲ有スルコトアリ即チ他ノ強制ヲ受ケ或行爲ヲ爲ストキハ自由
心ナシト雖モ智識有リ得ヘケレハナリ
辨別心ナクシテ爲シタル行爲モ亦自由心ナクシテ爲シタル行爲モ共ニ其責任
ヲ生セス隨テ法律ハ罪責ヲ負ハシムルコトヲ得ス故ニ此ノ如キ場合ハ刑法上
一 一之ヲ明定シタリ左ニ其場合ヲ順次説明セン
一 強制 第七十五條ハ強制ニ關スル規定ニシテ凡ソ抗拒スヘカラサル強制
ニ遇フトキハ常ニ自由力ヲ失フモノトス面シテ其強制ハ外部ノ自由ヲ奪フコ
トアリ或ハ又内部ノ自由ヲ奪フコトアリ
外部即チ有形的ノ不可抗力トハ有形的ニ且テ直接ニ其強制ヲ受クル者ノ身體ニ

刑法論 不倫罪及ニ強制罪ニ利ノ全免 不倫罪

及フモノヲ云ヒ人爲又ハ天災地變ヨリ來ルコトアリ之ヲ例セハ強者來リテ弱者ノ手ヲ握リ他人ヲ毆傷セシメタルカ如キハ人爲ニ因ル強制ナリ又火災ニ際シ其危難ヲ避ケンカ爲メニ他人ヲ火中ニ排擠シテ自己ノ身體ヲ救フタルカ如キハ天災其他意外ノ變ニ因ル強制ナリ又火災ニ際シ其危難ヲ避ケンカ爲メニ他人ヲ火中ニ排擠シテ自己ノ身體ヲ救フタルカ如キハ天災其他意外ノ變ニ因ル強制ナリ是レ亦人爲又ハ天災地變ヨリ來ルコトアリ例ヘズ他人ノ物品ヲ竊取セヨ或ハ證書ヲ偽造スヘシ然ラズンハ汝ヲ殺害スト強制スルカ如シ此場合ハ多少自由心ノ存在スルカ如キ觀テ何トナレハ自己ノ身體ヲ全フスルカ爲メ罪ヲ犯スカ又ハ身體ニ危害ヲ受クルコトヲ甘シテ罪ヲ犯ササルカニ途ノ一ヲ選擇スルノ餘地アリト云フコトヲ得然レトモ其自由ハ犯罪ノ責任ヲ負ハシムルニ足ルヘキ意思ト云フヲ得ヘキヤ否ヤ是レ消極ニ論決スヘキモノト信ス蓋シ此ノ如キ意思ハ虚心平氣ニ之ヲ爲ス場合トハ大ニ其趣ヲ異ニスレハナリ又無形ノ不可抗力ニ付キ犯罪ノ責任ナキコトハ學者間ノ輿論タル所ナリ

被強制者タル實行者ハ刑法上其罪責ナシト雖モ民事上ニ於テハ場合ニ依リ其

責任ヲ負擔セサルヘシラサルコトナシトセス然ルニ其強制者ハ殆ト人ヲ機械ノ如ク使用シタルモノナルヲ以テ全ク自ら犯罪ヲ實行シタルニ異ナラス隨テ其罪責ヲ免ルルコトヲ得サルハ勿論民事上ノ責任ヲ免ルルコト能ハス

茲ニ一問題アリ即チ人ノ飢餓ニ迫リ他人ノ衣食ヲ竊取シテ其危難ヲ免レタル場合ハ強制ニ因ル行爲ト云フコトヲ得ルヤ否ヤ此問題ニ付テモ強制説ト非強制説アルヘシト雖モ畢竟事實上ノ問題ニシテ其當時ノ狀況ニ依リテ決セサルヘカラス故ニ例ヘハ孤島ニ漂流シ若ルニ衣ナク喰フニ食ナク已ムヲ得スシテ他人ノ衣食ヲ竊取シタルトキハ普通竊盜ノ場合ノ如ク單ニ強慾ヲ逞クスルノ行爲ト同一ニ論スヘキニ非サレハ強制ト云フヲ得ヘキモ若シ自己ノ怠惰ニ由リ遂ニ飢餓ニ迫リ爲メニ他人ノ衣食ヲ竊取シタルトキハ之ヲ強制ニ因ル行爲ト云フコトヲ得サルヘシ

無形ノ強制即チ天災其他意外ノ事變ニ因リ已ムコトヲ得スシテ罪ヲ犯シタルトキハ自己ノ身體ニ危害ヲ受クル場合ハ勿論猶ホ親屬ニ係ル場合ト雖モ其罪ヲ論セス是レ第七十五條第二項ノ規定スル所ナリ

二 犯意 人ノ犯罪ヲ爲サント欲スル意嚮ヲ犯意ト謂フ而シテ犯意ナクシテハ犯罪ト云フヲ得ス隨テ犯罪構成ニハ所爲ト意思トノ二アルコトヲ要ス犯罪ヲ犯スノ意思ト單ニ或所爲ノ意思トヲ混同スヘカラス犯罪人カ其行爲ノ不正ナルコトヲ知リナカラ猶ホ之ヲ行ハント欲スル時始メテ罪ヲ犯スノ意思アリト云フコトヲ得然リト雖モ罪ヲ犯スノ意ナキモ全ク其人ニ意思ナシト云フコト能ハス之ヲ例示セハ戲ニ石ヲ投シ又ハ山中ニテ發砲シタル時ハ犯意ハ全ク之ナキモ其投石若クハ發砲ヲ爲スノ意思アルハ必定ナリ之ヲ以テ右所爲ノ結果他人ヲ殺傷シタルコトアリタリト雖モ故殺罪ノ成立スヘキモノニ非ス何トナレハ毫モ人ヲ殺害スルノ意思ナケレハナリ但シ場合ニ依リ疎虞懈怠ニ出テタルモノナルトキハ過失殺傷罪ト爲リ若シ又全ク投石若クハ發砲ノ意思ナキトキハ無論何等ノ犯罪ヲモ構成スヘキモノニ非ス此ノ如ク犯罪タルニハ少クトモ意思ナカルヘカラス又其意思ノ如何ニ依リテ犯罪ヲ異ニス故ニ其罪過ニ付テハ犯罪人ノ意思及ヒ其結果ニ付テ程度ヲ定メサルヘカラス先ツ犯罪人ノ意思ハ普通ノ惡意特別ノ惡意及ヒ實行ニ付テノ惡意ノ三個ニ區別スルコト

ヲ得ヘシ
 刑法上罪ヲ犯スノ意思ト其遠因トヲ混淆セサルコトヲ要ス犯罪ノ遠因ハ常ニ犯罪構成ノ要件ト爲ラサルヲ以テ遠因ノ正當タルト不正タルトヲ問フヘキモノニ非ス故ニ人ヲ殺害シタルノ原因ハ復仇ノ爲メ殺害シタルト或ハ強盜ヲ爲サシカ爲メニ殺害シタルトハ毫モ差異ナキナリ然レトモ或場合ニハ遠因モ不正ナルヲ要スルコトアリ即チ貨幣偽造罪ハ單ニ偽造ノミヲ罰スルニ非ス必ス自己ニ之ヲ行使スルノ意思即チ不正ノ目的ヲ要ス若シ美術ヲ研鑽スルノ目的ナランカ貨幣偽造罪ヲ構成セシ又特別ナル目的ニ對シテ意思ヲ要スル犯罪アリ若シ其目的ト異ナルトキハ不道德又ハ不正ナルモ之ヲ罰スルコトヲ得ス然レトモ他ノ犯罪ヲ構成スルコトアリ例ヘハ人ヲ死ニ致シタル其結果ノミニテハ之ヲ判斷スルコトヲ得ル其意思ニシテ豫謀ニ出テタルトキハ謀殺ト爲リ若シ毆打スルノ意ナランカ毆打致死ト爲リ又疎虞懈怠ニ出テタルトキハ過失殺傷ト爲リ全ク其意思ナキ時ハ犯罪ト爲ラス
 次ニ結果ノ點ヨリ之ヲ觀レハ惡意ハ特定ナルコトアリ不特定ナルコトアリ或

ハ又偶然ナルコトアリ特定ノ惡意ハ犯罪人カ其所爲ノ結果トシテ特定シタル所ノ害ヲ豫見シタルトキハ意思ハ特定ナリ之ニ反シテ不特定ノ惡意ハ犯罪人カ其所爲ノ有害ナル種種ノ結果ヲ豫見シテ孰レヲ得ルモ可ナリトシテ犯罪ヲ爲シタルトキハ意思ハ不特定ナリ又意思ノ偶然ナルトハ一ノ定マリタル害ヲ豫見シタルモ其目的ヲ超過スル所ノ他ノ結果カ生シタルトキハ其意思ハ偶然ナリ例ヘハ妊娠中ノ婦女タルコトヲ知リテ之ヲ毆打シ依テ墮胎セシメタルカ如キ場合ハ墮胎セシムル意ナキモ其責ヲ免ルルコトヲ得ス
 或行爲又ハ不行爲ヲ避クル爲メ爲シ得ヘキコトヲ爲ササルトキハ過失アリト云フコトヲ得ヘシ故ニ過失ハ他人ノ權利又ハ社會ノ公益ニ害ヲ與ヘサルカ爲メ智識アル人ノ爲スヘキ注意ヲ怠リタルヲ云フ而シテ過失ニハ二個ノ種類アリ(一)輕過失(二)重過失即チ是ナリ輕過失トハ豫見シ得ヘクシテ其注意ヲ缺キタル過失ニシテ其所爲ヨリ害ノ生スヘキコトハ現ニ豫見セザリシモ其害ノ生スヘキコトヲ豫見シ見ヘキ場合ニ生ス重過失トハ其所爲ヨリ害ノ生スヘキコトヲ豫見シナカラ之ヲ避クル爲メ何等ノ行爲ヲモ爲サザリシ時ニ生スルモ

ノナリ
 次ニ惡意ヨリ生スル責任ノ如何ヲ説明セシメ特定ノ惡意ノ場合ニ於テハ其結果ノ定マリタル害ニ對シテ責任アルハ當然ナリ即チ某ヲ殺スノ意思ヲ以テ某ヲ殺サハ故殺罪タルヲ免レス不特定ノ惡意ナル場合ニハ其惡意ヨリ生シタル總テノ結果ニ付テ責任アリ例ヘハ衆人群集セル場所ニ向テ發砲シタル時ハ其何人ヲ殺害スルヤ確定セサルモ被害者アルヘキコトハ業ニ既ニ豫見シタルモノト云ハナルヲ得ス故ニ其結果ニ因リ責ヲ負フヘキモノトス偶然ノ惡意ナル場合ニハ其所爲ニ因リ生シタル總テノ結果ニ付キ責任アリ故ニ例ヘハ幼者老疾者ヲ遺棄シ死ニ致シタルトキハ之ヲ殺害スルノ意ナキモ其死ニ付テ責任アリ又懷胎ノ婦女ナルコトヲ知リテ之ヲ毆打シ墮胎ニ至ラシメタルトキハ墮胎セシムルノ意ナキ場合ト雖モ其墮胎ニ付テ責任アルカ如シ過失ノ場合ニ於ケル責任ハ其過失ヨリ生シタル總テノ結果ニ付テ責任アリ故ニ輕過失タルト重過失タルトヲ問ハス
 犯罪人カ惡意ナキコトヲ主張スル方法ニ三個アリ

第一 直接ニ法律ヲ犯スノ意ナキコトヲ證明スルコトヲ得

第二 事實上ノ錯誤アリタルコトヲ證明スルコトヲ得

第三 法律上ノ錯誤アリタルコトヲ證明スルコトヲ得

第一證明 犯罪ノ所爲ヲ爲セタルモ其犯意ナキコトヲ證明スルモノニシテ即チ人ヲ死ニ致セタルノ所爲ヲ認ムルモ其之ヲ殺害スルノ意思ナキコトヲ主張スルモノナリ此場合ハ無罪ナルコトアリ或ハ罪責ヲ變更スルコトアリ或ハ罪責上ニ何等ノ效力ヲ生セザルコトアリ此意思ノ點ニ付キ犯罪ヲ三種ニ區別スルコトヲ得(一)直接ト間接トヲ問ハス又一一般ナルト特別ナルトヲ問ハス犯意アルコトヲ要ス故ニ其意思ナキハ法律ハ之ヲ罰セス是レ即チ第七十七條ノ規定アル所以ナリ(二)意思ノ有無ニ從テ罪ニ輕重アルコトアリ即チ人ヲ死ニ致スモ其意思ノ如何ニ因リテ毆打致死ト爲リ故殺ト爲リ或ハ過失殺ト爲ルコトアリ(三)意思ナクシテ之ヲ罰スル所爲アリ(第七十七條第一項末段此ノ如ク意思ニ因リ罪責ニ種種ノ變動ヲ生ス故ニ裁判官ハ其意思ヲ審究セザルヘカラス

第二證明 事實上ノ錯誤ニ陥リタルコトヲ證明スルトキハ間接ニ惡意ナキコ

トヲ證明スルコトニ歸着ス例ヘハ有夫姦事件ニ付キ被告人カ姦通ハ爲シタルモ有夫ノ婦ナルコトヲ知ラズシテ之ト姦通シタルコトヲ證スルカ如キ是ナリ此ノ如ク事實上ノ錯誤ニ出タル行爲ハ罪トセザルバ第七十七條第二項ノ規定スル所ナリ又殺親事件ニ付キ被告人カ親ヲ殺シタル事實ハ認ムルモ其親ナルコトヲ知ラス全ク他人ナリト信シテ之ヲ殺害シタルコトヲ證明シタル場合ニ於テハ事實上ノ錯誤ハアルモ殺人罪ハ構成スルモノニシテ此場合ニ於テハ單ニ殺親罪ニ問擬スルコトヲ得サルノミ即チ重キニ從テ論スルヲ得サルノミ是レ第七十七條第三項ノ規定スル所ナリ

第三證明 法律上ノ錯誤トハ畢竟法律ノ誤解ニシテ全ク法律ノ不知又ハ學識ノ不足等ヨリシテ犯罪ヲ構成スルヲ知ラサルヲ云フ然レトモ法律上罪ト爲ルヤ否ヤヲ知ラサルヲ以テ法律上罪ヲ犯スノ意ナシト云フヲ得ス何トナレハ法律ヲ頒布シ一定ノ施行期間ヲ經過シタルトキハ人民ハ皆之ヲ知リ且ツ之ヲ遵守スルノ義務アレハナリ故ニ法律ノ錯誤ハ犯罪ノ成立ニ影響アルコトナシ(第七十七條第四項 典義 第六十八條)

三十一 知覺精神ノ喪失 第七十八條ハ知覺精神ノ喪失ニ付テ規定セリ此原因ハ
 犯罪ノ當時又ハ其後ニ生ズルコトアリ或ハ又刑ノ言渡後ニ生ズルコトアリ右
 第七十八條ハ犯罪ノ當時知覺精神ノ喪失セル場合ヲ規定セタルモノニ依テ其
 效果ハ罪責ヲ除却スルモノナリ故ニ豫審ニ於テ此原因ヲ發見スルトキハ免訴
 ノ言渡ヲ爲シ又公判ニ於テ之ヲ發見スルトキハ無罪ノ言渡ヲ爲ス而シテ其知
 覺精神喪失ノ有無ハ全ク事實問題ニ屬スルヲ以テ上告審ニ於テハ之ヲ審查ス
 ルコトヲ得ス

茲ニ普通起ルヘキ一ノ問題アリ他ナシ飲酒ノ結果酒精中毒ノ爲メ所謂酒狂中
 ニ犯罪ヲ爲シタルトキハ其責任如何ト云フニ在リ此問題ハ一ニ事實ノ問題ニ
 屬スルヲ以テ犯罪ノ當時真ニ知覺精神ヲ喪失シタルモノナルヤ否ヤヲ判定ス
 ヘキモノナリトス

犯罪後又ハ刑ノ言渡後知覺精神ヲ喪失シタル場合ニ於ケル責任ハ第七十八條
 ニ包含セスト雖モ犯罪後又ハ刑ノ言渡後知覺精神ヲ喪失シタル者ニ對シテハ
 刑ノ執行ヲ爲スコトヲ得ザルヘシ何トナレハ知覺精神ノ喪失者ニ對シテ刑罰

ヲ加フルモ刑ノ目的ヲ達スル能ハサルヘケレハナリ又被告人カ知覺精神ヲ喪
 失シタルトキハ之ニ對シテ訊問ヲ爲ス能ハス又辯護權ヲ行使セシムルコト
 能ハサルヘキヲ以テ其公訴事件ノ審問ハ知覺精神ノ回復スルニ至ルマテ之ヲ
 中止セザルヘカラス又上訴ノ期間ノ如キモ知覺精神ヲ喪失シタル者ニ對シテ
 ハ其經過ヲ中止セザルヘカラス

四 年齡 人ハ生レナカラニシテ智識ヲ有スルモノニ非スシテ其身體ト同シ
 タテテ逐テ發達スヘキモノナリ刑法上ニ於ケル犯罪ノ責任ニ付キ人ノ年齡
 ヲ三期ニ區別スルコトヲ得ヘシ即チ(第一)識別心全ク無キ時期第二識別心ノ有
 無カ疑ニ屬スル時期(第三)識別心アル時期是ナリ此區別ハ土地ノ經界ノ如ク嚴
 格ナルモノナラサルモ略ホ此ノ如キ區別ヲ設タルコトヲ得ヘキモノナリ而シ
 テ刑法上ノ責任即チ能力ノ有無ヲ定ムルニ付テハ茲ニ二個ノ主義アリ第一主
 義ニ依レハ識別心ノ有無如何ヲ定ムルコトハ一ニ事實裁判官ニ委ヌヘシト云
 ヒ第二主義ニ依レハ識別心ノ有無ハ法律上之カ推定ヲ下サザルヘカラス即チ
 年齡ニ依リ其有無ヲ定メザルヘカラスト云フニ在リ現行刑法ハ右第二主義ヲ

採用シ刑法上ノ責任ニ付キ人ノ一生ヲ四期ニ區別セリ
 第一期 十二歳未満 此期ハ人ノ意思即チ智識ナキコトヲ法律上推定スルヲ以テ之ニ對シ反證ヲ舉グルコトヲ許サス然レトモ十二歳未満ノ者モ或期間懲治場ニ留置スルコトヲ得第七九條懲治場留置ハ刑罰ノ目的ニ非サルハ勿論懲罰ノ目的ニモ非ス結局其父母又ハ後見人ノ監督教育等ノ不良不完全ナルカ如キ事情アルヲ以テ之ヲ救治シテ善良ナル者ト爲サンカ爲メニ外ナラスシテ其命令ハ裁判官之ヲ爲シ其請求ハ檢事之ヲ爲スモノナリ茲ニ注意スヘキコトハ懲治場留置ヲ命スルニハ必スシモ檢事ノ請求アルヲ要セス檢事ノ起訴アルヲ以テ足レリトス懲治場留置ノ言渡ニ對シテハ上訴スルコトヲ許サス又數罪俱發ノ場合ニ於テモ一ノ懲治場留置ヲ命スルノミ又檢事ハ之カ執行ノ指揮ヲ爲ス留置者獄則ヲ遵守シ改悛ノ情アルトキハ假出場ヲ許ス之ヲ許容スル者ハ警視總監北海道廳長官各府縣知事ナリトス(其他證票記載事項假出場ノ取消等ハ明治十九年内務省令第二四號ニ定ム)此懲治場留置ハ第一期ノミナラス第二期ニ於テモ亦之ヲ命スルコトアリ

第二期 十二歳以上十六歳未満 此時期ニ於テハ裁判官ハ其者ノ識別心ノ有無如何ヲ審査スルコトヲ要ス而シテ其識別心アル者ト認メタルトキハ有罪ノ言渡ヲ爲シ其識別心ナキ者ト認メタルトキハ其罪ヲ論セス(第八〇條又縱令識別心アルトキト雖モ重罪輕罪ニ付テハ二等ノ宥恕減輕ヲ與ヘ遊警罪ニ付テハ一等ノ宥恕減輕ヲ與テ而シテ此場合ニ於テハ以下ノ二點ニ付キ審査スルコトヲ要ス即チ第一ニ罪責即チ知覺精神ノ喪失ナキヤ否ヤ又ハ犯罪者クハ強制ノ有無ヲ審査セ第二ニ識別心ノ有無ヲ査定スルコトヲ要ス識別心ナキノ結果ハ罪責ナキ效力ト同一ニシテ其所有法律上罪ト爲ラサルモノナリ然レトモ二等ノ間ニ全ク差異ナキニ非ス例ヘハ罪責ナキトキハ被告ニ對シ懲治場留置ヲ命スルコトナキモ識別心ナキ被告ニ對シテハ懲治場留置ヲ命スルコトアリ
 第三期 十六歳以上二十歳未満 此時期ハ總テ刑法上ノ責任アルモノト推定ス若シ或原因ニ依リテ識別心ナシトスルトキハ被告ヨリ其證明ヲ爲スコトヲ要ス然レトモ此時期ノ被告ニ對シテハ法律上宥恕減輕ヲ與ヘタリ
 第四期 二十歳以上 法律ハ全ク刑事上ノ責任アルモノト推定シ宥恕減輕イ

原因ヲモ認メス故ニ被告カ實際老疾ニ因リテ知覺精神ヲ喪失シタル者ナルトキハ被告ヨリ其立證ヲ爲スコトヲ要ス唯壯者ト老者トノ間ニハ刑ノ執行ニ付テ體力相當ノ服役ヲ爲サシムル差異アルノミニ依リテ證明スルヲ普通ノ方法ト爲向ホ終リニ一言注意スヘキハ年齡ニ付キ疑アルトキハ檢事ヨリ之カ證明ヲ爲ササルヘカラナルコト是ナリ年齡ハ戶籍ニ依リテ證明スルヲ普通ノ方法ト爲セトモ必ス之ヲ以テ正確ノモノト云フヲ得ス故ニ其他ノ方法ヲ以テ立證スルコトヲ得ヘシ又一步進ミテ年齡ノ證明ヲ爲ストキハ被告人ノ生年月日ノミナラス犯罪ノ日ツモ證明スルコト必要ナリ

五 瘖啞者 出生ノ當時ヨリ瘖啞者タルコトアリ又ハ出生後瘖啞者ト爲ルコトアリ其孰レタルヲ問ハス刑法ハ第八十二條ヲ以テ之ヲ不論罪ト爲セリ其無責任ナル理由ハ耳アルモ聞ク能ハスロアリ言フヲ得サル疾者ナルカ故ニ其智識發達セサルヲ以テ法律上之ヲ十二歳以下ノ幼者ト同一視シタルモノナリ然レトモ瘖啞者ノ教育モ大ニ發達シツツアル今日ノ狀態ナルヲ以テ將來或ハ之ヲ改正シテ其識別心ノ有無ニ據リテ其責任ノ有無ヲ定ムルコトト爲ルコトモ

アルヘシ瘖啞者ニ對シテモ幼者ト同シク事情ニ依リ五年間懲治場留置ヲ命スルコトアリ

以上一般ノ不論罪ニシテ此他尙ホ正當ノ事由ニ出テタル不論罪ナキニ非ス以下之ヲ詳説スヘシ

第二 正當ノ事由

抑モ犯罪ト爲ルヘキ所爲ハ法律上人ノ權利ヲ害スルモノナラサルヘカラス然ルニ其行爲者ニシテ權利ヲ有シ若クハ義務ヲ有スルトキハ其所爲縱令外形上ハ犯罪タルヘキ事實ナルモ之ヲ罪トシテ罰スルコトヲ得ス是レ之ヲ正當ノ事由ト云フ此事由ニ二個アリ(一)正當防衛(二)本屬長官ノ命令即チ是ナリ

犯罪者タルヘキ能力ヲ欠缺スルカ爲メ無責任ナル場合ト正當ノ事由アル場合トノ異同ノ點ヲ茲ニ摘記スレハ

同一ナル點

- 第一 法律上二者共ニ罪ヲ論セス
- 第二 豫審ニ於テモ二者共ニ之ヲ審査セザルヘカラス

第三 二者共ニ判文上其事實ヲ認メサルヘカラスニシテ、
差違アル點ヲ以テ其事實ニ關係セシメテ、

第一 正當ノ事由ナル場合ニ於テハ其行為者ハ何等ノ責任ナシ然レトモ
罪責ナキ場合ニ於テハ被告ハ刑事上ノ責任ナキモ民事上ノ責任アルコ
トアリ
第二 正當ノ事由アル場合ハ根本的犯罪ト爲ラス故ニ之ニ加功スル者モ
亦罪ト爲ラス罪責ナキ場合ハ然ラスシテ唯罪責ナキ者ノミ無罪ニシテ
他ノ加功者ハ有罪タルヲ免レス
第三 正當ノ事由アル場合ニ於テハ其行為者ハ正當ナレトモ罪責ナキ場合
ニ於テハ其行為ハ正當ナリト云フヲ得ス

正當防衛ニ凡ソ生トシ生ケル者ハ人類タルト獸畜タルトヲ問ハス自己ノ
身體生命ヲ害セラルルニ當リ之ヲ防衛スルハ自然ノ理ナリ而シテ國家ノ生存
スル以上ハ各個人ノ安寧ヲ保護スルハ國家ノ一ノ義務タリ故ニ國家ハ吾人カ
他ヨリ暴行ヲ受ケテランコトヲ豫防シ若シ又暴行者アルトキハ被暴行者ヲ保

護セサルヘカラス然レトモ其危害目前ニ急迫シ到底國家ノ保護ヲ待ツノ邊ナ
キトキハ吾人自ラ其暴行者ニ對抗スルノ權アルハ自然ノ理ナリ故ニ正當防衛
權ハ法律ニ依リテ新ニ付與セラレタルモノニ非スシテ吾人カ天賦固有ノ權利
ナリ而シテ法律ハ唯之ヲ承認シタルニ過キス然レトモ社會ノ漸次進歩發達ス
ルニ隨ヒ各人保護ノ方法モ完備シ正當防衛ヲ行フノ必要ハ減少スヘク法律ノ
適用モ亦極メテ其範圍ヲ縮少スルニ至ルヘシ

現行刑法ハ第三百十四條ニ於テ正當防衛權ヲ認メタリ同條ニ曰ク「身體生命ヲ
正當ニ防衛シ已ムコトヲ得サルニ出テ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ自己ノ爲メニ
シ他人ノ爲メニスルヲ分タス其罪ヲ論セス但不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招
キタル者ハ此限ニ在ラス」此規定ハ甚タ明瞭ニシテ其殺傷シタル事由カ正當
ナルトキハ不論罪ナリ然レトモ實際一ノ行為カ果シテ正當防衛ナリヤ否ヤヲ
判定スルハ頗ル困難ナルモノナリ正當防衛ニ必要ナル條件ヲ講述スルハ其判
定上大ナル利益ナシトセス而シテ其要件ハ之ヲ三個ト爲スコトヲ得ヘシ
第一要件 防衛カ必要ナルコト 防衛ニシテ必要ノ範圍ヲ超エタルトキハ此

要件ヲ缺クヲ以テ正當防衛ニ非ス面シテ防衛カ必要ナルコトハ表面上ヨリ觀察セタルモノニシテ其裏面ニハ危害アルコトヲ意味スルモノナリ其危害ノ點ヨリ云ハハ危害ハ避クヘカラサル所ノモノナルヲ要ス故ニ其結果トシテ豫見得ヘキ所ノ害又ハ未タ全ク成就シテラサル所ノ害或ハ又危害ノ當時或方法ニ依リテ暴行ヲ避タルコトヲ得ヘキ害ヲ受ケテ暴行者ヲ殺傷シタルトキハ正當防衛ト云フコト能ハス之ヲ詳言スレハ豫見シ得ヘキ害トハ例ヘハ決闘ノ如キ場合ニシテ其危害ハ不意ニ出テタルニ非ス必ス當初ヨリ自己ニ豫想シ得ヘキ所ノモノナリ又未タ全ク成就シテラサル所ノ害トハ換言スレハ其危害ハ現在ナルコトヲ要スルモノニシテ危害既ニ去リタルニモ拘ラス暴行者ヲ殺傷スルハ是レ即チ復讐的行爲ナリ或ハ又暴行ヲ避ケ得ヘキ害トハ絕對的即チ暴行者ヲ殺傷スルニ非サレハ其危害ヲ避クルコト能ハサル程度ニ達セサル危害ニシテ例ヘハ泥酔者カ素手ニテ亂暴ヲ爲シ容易ニ之ヲ取押フルコトヲ得ルニ拘ラス刀劍ヲ以テ之ヲ殺傷スルカ如キ其他殺傷ノ行爲ニ出テサルモ別ニ回復ノ途アルトキ即チ其危害ニ依リ受クヘキ損害ハ後日之ヲ回復スルコトヲ得ルニモ拘ラス

暴行者ヲ殺傷シタルトキハ正當防衛ニ必要ナル範圍ヲ脱出スルモノナリ是レ第三十四條ニ已ムコトヲ得サルヲ語中ニハ此要件ヲ意味スルモノナリ
 第二要件 身體ヲ防衛スルニ在ルコトヲ要ス 身體ヲ防衛スルハ自己ノ爲メニスルトキハ勿論他人親族タルト否トヲ問ハスノ爲メニスルモ亦正當防衛タリ而シテ正當防衛タルニハ他人カ不正ニ攻撃ヲ加ヘタルコトヲ要ス茲ニ身體ト云ヘルハ甚タ廣義ノ語ニシテ生命自由及ヒ貞操ヲモ包含ス然レトモ名譽ヲ毀損ヒラレ又猥褻ノ所爲ヲ加ヘラレタルカ如キ場合ハ防衛權ヲ有セス何トナレハ此等ノ行爲ニ依リテ損害ヲ受クルモ其損害ハ後日之ヲ回復スルコトヲ得ヘキヲ以テナリ

右ハ人ノ身體ニ對スル正當防衛ナルモ財産ノ侵害者ニ對シテ正當防衛權アリヤ否ヤ此場合ハ第二要件ヲ缺クヲ以テ未タ直チニ正當防衛ト云フコトヲ得ス蓋シ其損害タルヤ之ヲ回復スルコトヲ得ルノ途アレハナリ然レトモ法律ハ財産權侵害者ニ對シテノ防止權ヲ認メタリ其詳細ハ後ニ之ヲ説明スヘシ
 第三要件 危害ノ不正ナルコトヲ要ス 危害ノ不正ナルコトヲ要件ト爲スカ

故ニ縱令事實上危害ヲ加フルモ其之ヲ加フルハ正當ノ行爲ナルトキハ例ヘハ本屬長官ノ命令ニ依リ職務ヲ執行スル者ニ對シテハ防衛權ナキナリ又權利ナクシテ害ヲ加フル者アルトキハ其加害者ノ何人タルヲ問ハス之ヲ殺傷スルハ正當防衛ナリ其結果トシテ正當防衛權ハ刑罰權ノ行ハレタル點ニマテモ之ヲ行フコトヲ得ルモノナリ即チ十二歳以下ノ幼者又ハ白痴瘋癲者ニ對シテハ刑罰ヲ加フルコトヲ得ス然レトモ此等ノ者カ他人ニ危害ヲ加フルトキハ之ニ對シテ防衛權ヲ行フコトヲ得ヘシ是レ畢竟身體ヲ防衛スルニ當リテハ幼者又ハ狂者ノ暴行ト雖モ之ヲ防衛スルコトヲ得サルノ理ナケレハナリ權利ナクシテ害ヲ加フル者アルトキハ其加害者ノ何人タルヲ問ハス之ヲ殺傷スルハ正當防衛ナリト雖モ我刑法上此規則ニ對シ一例外ト爲スヘキモノアリ即チ第三百六十五條ノ規定是ナリ同條ニ云ク祖父父母ニ對シタル殺傷罪ハ特別ノ宥恕及ヒ不論罪ノ例ヲ用フルコトヲ得ス但其犯ス時知ラサル者ハ此限ニ在ラズト故ニ尊屬親カ卑屬親ニ對シ右三個ノ要件ヲ具備スル暴行ヲ加フル時ト雖モ其卑屬親カ尊屬親ヲ殺傷シタルトキハ正當防衛ト云フコトヲ得ス理論上ヨリ之ヲ

論スレハ正當防衛ノ成立スルハ當然ナリト雖モ忠孝ヲ重シスル團體上此場合ニ於テ正當防衛權ヲ認ムルハ妥當ナラサルヲ以テ此例外ヲ設ケタルモノナラン

茲ニ二個ノ疑問アリ

第一問 官署ノ不正行爲ニ抗拒スルコトヲ得ルヤ否ヤ
此疑問ハ頗ル困難ノモノナルモ予輩ノ見解ハ官署ノ不正行爲ニ對シテハ抗拒スルコトヲ得サルモノト信ス何トナレハ官署ノ行爲カ果シテ不正ナルカ不正ナラサルカヲ判定スルハ實際困難ナル事項ニ屬ス然ルニ若シ之ニ抗拒スルコトヲ得ルモノトセハ結局臣民ニ於テ官署ノ行爲ノ不正ヲ判定スルニ至リ遂ニ國家ノ公務ヲ澁滞セシムルノ弊害ヲ生スルノ恐レアルヲ以テナリ尤モ時ニ或ハ酷ニ失スル場合ナキニ非サルヘキモ之ニ對シテハ後日之ヲ論争スルノ途アルカ故ニ全ク救済ノ方法ナシト云フヲ得ス

第二問 危害ヲ加ヘタルニ因リ生スル危害ハ不正ナリヤ否ヤ
他人ニ危害ヲ加ヘタルヲ以テ他人カ之ヲ防禦スルカ爲メ又ハ憤激ニ因リテ自

己ニ危害ヲ加フルトキ之ヲ殺傷シタルハ正當防衛ニ非ス何トナレハ右殺傷ハ自己カ先ニ加ヘントセシ害ノ引續キト謂フヘクシテ其危害ハ自己ノ不正ノ行為ニ因リ招キタルモノナレハナリ是レ刑法第三百十四條但書ニ不正ノ所爲ニ因リ自ら暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラスト規定セシ所以ナリ而シテ不正ナル語ハ甚タ廣漠ニシテ如何ナル程度ノ不正ノ所爲ヲ指スモノナルヤ其範圍明瞭ナラス刑法上罰スヘキ行為ノ如キハ勿論不正ノ所爲ト云フヲ得ヘント雖モ其他ニ尙ホ不正ノ所爲アリヤ予輩ハ其他ニモ尙ホ不正ノ所爲アリト信ス而シテ其不正ナルヤ否ヤハ常識ヲ以テ判定スルノ外途ナカルヘシ

以上ハ第三百十五條ノ正當防衛ナリ然ルニ法律ハ猶ホ此外ニ特別ナル正當防衛ヲ認メタリ即チ第三百十五條ノ規定是ナリ本條ハ極メテ明瞭ナル規定ナルモ其正當防衛ナリヤ否ヤニ付テハ疑ナキニ非ス

本條ハ單ニ財産ニ對シテ正當防衛權ヲ認メタルモノト爲スハ甚シキ誤謬ノ見解ナリ蓋シ其列舉シタル三個ノ事項アルトキハ必ス身體生命ニ危險アリ其危險ノ程度ハ敢テ第三百十四條ノ場合ト相讓ラサルヲ以テ防衛權ヲ認メタル立

法ノ精神ナリト云フヘシ此ノ如ク財産權ヲ保護スル目的ニ非スシテ人ノ身體生命ノ危險ヲ保護スルカ爲メニ正當防衛權ヲ認メタリトセハ第三百十四條ヲ以テ充分ニシテ敢テ本條ヲ設クルノ必要ナキカ如キ觀アルモ決シテ然ラス本條ハ第三百十四條ノ適用ニシテ其之ヲ規定シタル理由ハ正當防衛ニ出テタルコトヲ主張スルニハ其主張者ニ舉證ノ義務アリ若シ之ヲ立證スル能ハサルトキハ普通ノ殺人犯タリ然ルニ第三百十五條ニ列舉セル三個ノ場合ノ一アルトキハ法律ハ全ク正當防衛ナルコトヲ推定ス故ニ此場合ノ一ヲ舉證スルトキハ他ニ何等ノ立證ヲモ要スルコトナク純然タル正當防衛ト爲スニ足ル而シテ此三個ノ場合ハ制限的ノ規定ニシテ縱令之ニ類似シタル場合アリト雖モ之ヲ比附援引スルコトヲ得サルモノナリ

二 法律ノ執行又ハ本屬長官ノ命令 此場合ハ正當事由ノ一ナリ然ルニ或學者ハ之ヲ強制ニ基ク不論罪中ニ包含スルモノトシテ說明セリ然レトモ予ハ之ヲ正當ノ事由ト爲スヲ以テ最モ穩當ナリト信ス法律ノ執行ニ因リ生シタル所爲ハ固ヨリ罪ト爲ルヘキモノニ非サルハ論ヲ埃タヌ刑法草案ニハ此規定アリ

シモ後之ヲ削除セラレタリ、本屬長官ノ命令ニ因リ其職務ヲ執行シタルトキハ不倫罪タルヘキコトハ第七十六條ノ規定スル所ニシテ此場合ニ於テハ二個ノ條件ヲ要ス(第一)本屬長官ノ命令アリタルコト(第二)其人ノ職務ニ屬スルコト是ナリ故ニ例ヘハ檢事ノ命令ニ因リ司獄官死刑ノ執行ヲ爲シタルカ如キ又將校ノ命令ニ因リ兵士カ敵兵ヲ攻撃シタルカ如キハ即チ職務ノ執行ナリ此ノ如ク本屬長官ノ命令ニ重大ノ權利ヲ與フル所以ノモノハ畢竟スルニ政治ノ運用ヲ最モ敏活ナラシムルニ在リ即チ下司ハ上司ノ命令ニ服従スヘキ義務アリ然ルニ下司カ其上司ノ命令ノ正不正ヲ判斷シテ然ル後職務ヲ執行スヘキモノトセハ到底規律ヲ全カラシムルコトヲ得ス隨テ國務ヲ澁滞スルノ結果ヲ生ス故ニ苟モ命令ノ形式ヲ具ヘタル以上ハ必ス之ヲ遵奉セサルヘカラス、
 玆ニ注意スヘキハ父カ其子ニ對シ夫々其妻ニ對シ又ハ雇主カ其傭人ニ對シテ或犯罪ヲ爲スコトヲ命令シ此命令ニ服従シテ犯罪ヲ爲シタリト雖モ犯人ハ其罪責ヲ免ルルコトヲ得ス然レトモ其命令ハ時トモテ抗拒スヘカラサル強制

ルコトアリ其場合ニ於テハ既に叙述セシ所ノ抗拒スヘカラサル強制ニ因ル不倫罪タリ

以上一般ノ不倫罪ニ付テ講了セシヲ以テ之ヨリ特別ノ不倫罪ニ付テ説明スヘシ、特別ノ不倫罪ハ或種類ノ犯罪ニ限リ不倫罪ト爲ルモノナリ茲ニ一言注意スヘキ點ハ予ハ正當防衛ヲ正當ノ事由ト爲シ一般不倫罪ノ範圍ニ入レ既ニ説明セシ所ナルモ現行刑法ハ之ヲ特別不倫罪中ニ攝入セリ而シテ予ノ所謂特別ノ不倫罪ノ場合ハ尤モ少數ナリ左ニ之ヲ分説セン

第百五十三條ノ場合犯罪人又ハ囚徒ノ逃走シタル者及ヒ監視執行中ノ者ナルコトヲ知り之ヲ藏匿シ若クハ隱避セシメ或ハ又他人ノ爲メニ罪證ト爲ルヘキ物件ヲ隱蔽シタルトキハ一ノ犯罪ヲ構成ス然レトモ其行為者ニシテ親屬ナルトキハ其罪ヲ論セス畢竟此等ノ行為ハ親屬ニ對スル愛情ヨリ附テタルモノニシテ社會的惡行爲ナルモ本來ハ善行爲ナルカ故ニ法律上ノ義務ト人生自然ノ愛情ト衝突シタル場合ナルヲ以テ法律ハ普通ノ人情ヲ鑑ミ之ヲ不倫罪ト爲セ

第三百七十七條ノ場合 是レ親屬相盜ノ場合ニシテ祖父母父母夫妻子孫及ヒ其配偶者又ハ同居ノ兄弟姉妹間相互ニ其財物ヲ竊取スルモ其罪ヲ論セム而シテ其法意ハ蓋シ法律上其財物ヲ互ニ使用スルコトヲ許セタルモノト看做スニ在リ是レ近親間ニ生シタル所爲ヲ公表セ且ツ之ヲ罰スルトキハ却テ家内ノ風波ヲ起シ加フルニ不名譽ヲ暴露シ又親ハ子ノ爲メニ匿シ子ハ親ノ爲メニ匿ス普通ノ人情ニ悖ルノミナラス國家ノ公益上ヨリスルモ寧ロ之ヲ穩密ニスルノ優レルニ如カス故ニ之ヲ不問罪ト爲セタルモノナルヘシ然ルニ或論者ハ本條ヲ以テ法律ハ親屬ノ財物ニ付キ共有者ト看做スヲ以テ之ヲ不問罪トセザリト主張スト雖モ是レ甚シキ謬見ナリト云ハサルヲ得ス何トナレハ共有者ノ一人カ他ノ共有者ノ保管内ニ在ル共有物ヲ竊取シタルトキハ竊盜罪ハ完全ニ成立シ敢テ不問罪ト爲ルノ理由ナケレハナリ

上來説明セシ如ク親屬相盜ハ刑法上不問罪ナリト雖モ民事上ノ回收權及ヒ損害賠償權ヲ喪失セシムルモノニ非ス又法律カ互ニ使用スルコトヲ許シタルモノト看做スノ結果若シ親屬ノ財物ヲ強取シタルトキハ無論強盜罪ハ成立ス

ルモノナリ何トナレハ法律ハ唯竊盜ノ場合ノミ不問罪ト爲シ強盜ノ場合ニハ此ノ如キ規定ナキヲ以テ視ルモ明カナリ又本條但書ニ依レハ他人ト共ニ財物ヲ竊取シタルトキハ其共犯者タル他人ハ單ニ其財物ヲ分割シタルトキノミ竊盜ヲ以テ論シ其然ラサル場合ニ於テハ其罪ヲ論セス次ニ從犯者及ヒ親屬相盜ノ財物タルコトヲ知リテ贈與ヲ受ケ若クハ寄藏故買牙保セタル者モ右但書ノ規定ニ基キ無罪ナリト論決セザルヘカラス

第三百八十七條ノ場合 遺失物又ハ漂流物ヲ拾得シテ之ヲ隱匿シ若クハ官署ニ申告セス或ハ他人ノ所有地内ニ在ル埋藏物ヲ發掘シ之ヲ隱匿シタルトキハ直チニ一犯罪ヲ構成スヘキハ明カナリ然レトモ若シ此等ノ行爲者ニシテ親屬(第三七七條ノ親屬ト同シザルトキハ其罪ヲ論セス而シテ其立法ノ理由ハ前ノ場合ト異ナルコトナシ

第三百九十八條ノ場合ハ是レ詐欺取財及ヒ受寄財物ニ關スル罪ニシテ第三百九十條乃至第三百九十六條ノ各犯罪行爲者ニシテ第三百七十七條ノ親屬ニ係ルトキハ法律ハ其罪ヲ論セス其理由ニ至リテハ親屬相盜ヲ不問罪ト爲スノ理

山ト差違アルコトナシ
 以上列舉シタル各場合ハ財産ニ關スル特別ノ不倫罪ニシテ要スルニ之ヲ發カ
 ンヨリハ寧ロ秘密ニ付スルヲ以テ一審ノ私益及ヒ社會ノ公益ナリトシタル理由
 ニ外ナラス而シテ予ハ以上ノ場合ヲ特別ノ不倫罪ト爲シタルモ或論者ハ之ヲ
 刑ノ全免ナリト説ケリ我大審院判決例及ヒ佛國刑法モ亦此説ヲ認メタリ然レ
 トモ予ハ我刑法ノ解釋トシテハ其當ヲ得タルモノニ非スト信ス何トナレハ刑
 法ハ以上ノ各場合ニ於テ總テ罪ヲ論セストノ語ヲ用ヒタリ罪ヲ論セストハ今
 特ニ說明スルマテモナク元來其行爲ハ法律上犯罪ヲ構成スヘキモノニ非ス之
 ニ反シ刑ノ全免ハ純然犯罪ヲ構成スルモノナルモ法律カ全ク其刑責ヲ免除ス
 ルモノナルカ故ニ二者全ク其性質及ヒ結果ノ點ニ付テ其趣キヲ異ニス又第三
 百七十七條第二項ニ若シ他人共ニ犯シテ財物ヲ分チタルトキハ竊盜ヲ以テ論
 ストノ規定ハ之ヲ刑ノ全免トセハ刑ノ全免ハ唯一人ニ對スル恩惠ニ過キス故
 ニ其財物ヲ分チタルト否トヲ問ハス實行共犯ハ勿論從犯及ヒ贓物ノ寄賣故買牙
 保者ト雖モ之ヲ罰セサルヘカラサルニ至ル是レ明カニ該規定ニ反スルモノト云

ハサルヘカラス是ヲ以テ予ハ之ヲ不倫罪ナリト斷言スル所以ナリ
 尙ホ茲ニ附言スヘキコトハ第百二條ノ規定是ナリ其詳細ナルコトハ後ニ讓リ
 單ニ一言センニ其輕ク若クハ等シキ者ハ其罪ヲ論セストノ趣旨ハ數罪併發例
 ノ一ノ吸收ニ過キス故ニ其者ハ犯罪人ニシテ其所爲ハ犯罪ナルヲ以テ必ス有
 罪ノ判決ヲ爲ササルヘカラス隨テ其者ハ該判決ニ對シテ上訴ヲ爲スノ權アル
 モノナリ

上來說明セシ所ヲ以テ特別不倫罪ニ關スル點ヲ詳テセリ以下特別ノ正當事由
 ニ付テ一言スヘシ

特別ノ正當事由ハ學問上ヨリ論スルヲ得ヘキモノニシテ要スルニ犯罪ノ要素
 ヲ欠缺シタルニ過キス例ハ他人ノ所有物ナリト信シテ之ヲ竊取シタルニ其
 物ハ自己ノ所有物ナリシ場合ノ如キ又ハ他人ノ所有物ナルモ其者ノ承諾ヲ得
 テ取得シタル場合ノ如キ事實ニ對シ竊盜罪ノ起訴アリタルトキハ自己ノ所有
 物又ハ所有者ノ承諾アリタル事實ハ即チ正當ノ事由ニシテ犯罪構成ノ要素ヲ
 具備スルモノニ非ス然レトモ被害者ノ承諾カ犯罪ノ構成ヲ妨グルハ或種ノ犯

罪ニ限ルモノニシテ一般ノ犯罪ニ之ヲ適用スヘキモノニ非ス而シテ其被害者ノ承諾ハ他人ノ權利ヲ侵害セサル範圍内タルコトヲ要シ又公益ヲ害セサルトキニ非サレハ有效ナラス例ハ自殺者カ若閣ノ餘リ生命ヲ絶ツコトヲ依囑シタルニ因リ其依囑ニ應ジタルトキハ即チ被害者ノ承諾アリト雖モ自殺幫助罪ノ成立スルカ如シ

第二節 刑ノ全免及ヒ宥恕減輕

刑ノ全免及ヒ宥恕減輕ハ罪質及ヒ犯罪人ノ罪責ヲ除却スルモノニ非スシテ唯刑ノ全部ヲ免除シ或ハ刑ノ一部ヲ減輕スルモノナリ故ニ刑ノ全免ハ犯罪ヲ消滅セスシテ其刑責ヲ全部ヲ消滅セシムルニ外ナラス然ラハ如何ナル場合ニ於テ刑ヲ全免スルヤ左ニ其場合ヲ列舉シテ之ヲ説述スヘシ

一 第二百二十六條ノ場合 内亂ノ豫備又ハ隱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本刑ヲ全免ス何故ニ法律ハ之ヲ全免スルカ蓋シ國事犯ハ最モ公益ヲ害スルノ度甚シキヲ以テ成ルヘタ害ヲ未發ニ豫防セ

シカ爲メニ此恩恵ヲ付與セテ自首ヲ獎勵スルノ精神ニ出テタルモノナリ

二 第九十二條ノ場合 貨幣ヲ偽造變造シ及ヒ輸入收受セタル者未タ行使セサル前ニ於テ官ニ自首シタルトキハ本刑ヲ免ス是レ畢竟此ノ如キ貨幣ヲ行使スルトキハ經濟界ノ信用ヲ擾亂シ隨テ國家ノ公益ヲ害スルコト尠シナラス其他刑ヲ全免スルノ理由ハ前ノ場合ト同一ナルヲ以テ之ヲ略ス

三 第二百二十六條ノ場合 被告人ヲ曲庇又ハ陷害センカ爲メニ偽證ヲ爲シタル者又ハ詐欺ノ鑑定通事ヲ爲シタル者或ハ又賄賂其他ノ方法ニ因リ人ヲシテ偽證又ハ詐欺ノ鑑定通事ヲ爲サシメタル者カ其事件ノ裁判宣告ニ至ラサル前官ニ自首シタルトキハ本刑ヲ全免ス何トナレハ偽證又ハ詐欺ノ鑑定通事ヲ爲シタルトキハ或ハ裁判官ハ之ヲ確信シテ誤謬ノ裁判ヲ爲スコトナキヲ保セス若シ其裁判ニシテ誤謬ナランカ其結果ハ無辜ヲ罰シ或ハ眞ノ犯罪者ヲシテ刑ヲ免レシムルニ至リ隨テ公安ヲ害シ且ツ裁判ノ信用ヲ維持スルコト能ハス故ニ此弊害ナカランコトヲ欲シ且ツ之ヲ除去センカ爲メニ刑ノ全免ヲ與ヘ自首スルコトヲ獎勵セタルモノナリ而シテ自首ハ其自首ヲ爲セタル者一人ノミ

刑ノ全免ナル恩惠ヲ受タルモノナルカ故ニ他ノ自首セザル者ハ何等ノ恩惠ヲ受タルコトナシ是ヲ以テ賄賂其他ノ方法ニ因リ人ヲシテ偽證又ハ詐欺ノ鑑定通事ヲ爲シシタル場合ニ其偽證者又ハ詐欺ノ鑑定通事ヲ爲シタル者ノミ自首シタルトキハ殺咬者タル賄賂贈與者ハ自首ノ效力ヲ受クルモノニ非ズ茲ニ注意スベキハ其偽證シタル事件ノ裁判後ニ至リ自首シタルトキハ其自首ノ效力如何ト云フニ此場合ト雖モ未タ其偽證ノ事實ニシテ發覺セザル前自首シタルモノナラハ一般ノ規定ニ從ヒ自首減輕ノ特典ヲ受タルモノナラズ

四 第三百五十六條ノ場合 誣告ヲ爲スト雖モ被告人ノ推問ヲ始メザル前誣告者自首シタル時ハ本刑ヲ免ス誣告ノ所爲ニ因リ被誣告者ハ爲テニ刑事ノ被告人ト爲リ裁判所ハ無罪ノ事件ニ付キ審理ヲ爲ス等ノ害アルヲ以テ此ノ如キ審ヲ生セザル前即チ其事件ノ審理ニ着手スル前推問前自首シタルトキハ本刑ヲ免スルモノナリ

五 富籤法第五條ノ場合 富籤ニ關スル罪ヲ犯シタル者自首スルトキハ其刑ヲ全免ス其理由ハ此ノ如キ犯罪ハ成ルヘク其根源ヲ絶テ以テ公安秩序ヲ維持

ニ認印スヘシ文字ヲ削除スルトキハ之ヲ讀ミ得ヘキ爲テ字體ヲ存シ其數ヲ記載スヘシ此規定ニ背キタルトキハ其變更増減ノ效ナカルヘシト本條ノ規定ニ背キタルトキハ書類ノ全部カ無効ト爲ルモノニ非シテ單ニ増減變更ノ點ノミカ無効ト爲ルモノナリ

刑事訴訟法ハ遼及ノ效力アルモノトス(第二二條是レ此法律カ他ノ法律ト異ナル所ニシテ法律ハ既往ニ遼ラストノ原則ニ對スル例外ヲ爲スモノナリ)刑法第三條何故一般ノ原則ニ例外ヲ措キ刑事訴訟法ハ遼及ノ效力アリトシタルカ是レ蓋シ刑事訴訟手續ノ如キ方式ニ關スル法律ハ犯罪人ノ爲メ既得權ヲ與フルモノニ非ス又舊法ヲ非ナリトシテ之ヲ改正シタル上ハ其改正シタル法律即チ善良ナリト信スル所ノ法律ニ從ヒ訴訟手續ヲ異ニスルハ當然ノコトナルノミナラス實際ニ於テ犯罪ノ時ニ從ヒ訴訟手續ヲ異ニスルハ事務取扱上煩雜ヲ來タスノ恐レアルヲ以テナリ

刑事訴訟法第二十三條ニ云ク此法律ハ陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ處分スヘキ者ニ適用スルコトヲ極ス下是レ別ニ講述ヲ要スヘキコトナシ

同第二十四條ニ曰ク此法律ニ於テ親屬ト稱スルハ刑法第一百四條、第一百五條ノ規定ニ從フトアリ而シテ刑事訴訟法上親屬ナリヤ否ヤヲ定ムルハ必要ハ證人訊問等ノ場合ニ在リ然ルニ今ヤ新民法實施ノ時代ト爲リテ同法第七百二十五條以下ニ於テ親屬例ノ定メアリ然ラハ刑法第一百四條、第一百五條ハ新民法ノ實施ニ由リテ廢止セラレタルモノナリヤ民法施行法中ニ於テモ之ヲ廢止スルノ明文ナシ(同法中他ノ廢止又ハ削除ト爲リタル法條及ビ法律ハ掲ゲアルニ拘ラス)是レ蓋シ立法者ニ於テ遺脱シタルモノナラン何トナレハ民法ニ於ケル親屬ト刑法ニ於ケル親屬ト二種ノ親屬アルヘキ道理ナキヲ以テナリ

第二編 裁判所

公訴ヲ審判スルハ裁判所ナリ故ニ其手續即チ訴訟手續ヲ定ムルニ先テ裁判所ノ何タルヤヲ規定セサルヘカラス

職ヲ免セラレルコトナキ神聖侵スヘカラサル所ノ官吏ダリ同法第五八條第二項而シテ又日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルルコトナシトハ憲法第二十四條ノ規定スル所ナリ

普通裁判所ハ分テ四個ト爲ス(第一)區裁判所(第二)地方裁判所(第三)控訴院(第四)大審院即チ是ナリ(裁判所構成法第一條)

普通裁判所ニ於テハ民事及ヒ刑事事件ヲ裁判ス故ニ區裁判所以外ノ裁判所ニハ若民事部及ヒ刑事部ノ設置アリ而シテ裁判官ニハ毎年多少ゾ交替アラトス判事ノ配置ハ區裁判所ニ於テハ地方裁判所長之ヲ定メ裁判所構成法第一一條第二項其他ニ於テハ部長會議ニ於テ之ヲ定ム(同法第三六條、第四五條)此ノ如ク裁判官ヲシテ或ハ民事ヲ取扱ハシメ或ハ刑事ヲ取扱ハシムルハ久シク刑事ニ從事スルトキハ心理有罪ノ豫斷ヲ抱クノ恐レナシトモ又一方ニ偏セ

第一章 裁判所ノ管轄

他ノ一方ニ疎ク爲ルヘキハ自然ノ理ナルヲ以テ之ヲ避クシメンカ爲メナリ

裁判管轄ニ二種アリ事物ノ管轄及ヒ土地ノ管轄即チ是ナリ本章之ヲ(第一節事物ノ管轄第二節土地ノ管轄第三節管轄裁判所ノ指定及ヒ裁判管轄ノ移送ノ三節ニ分チテ講述スヘシ)

第一節 事物ノ管轄

事物ノ管轄トハ犯罪ノ種類ニ依リ設ケラレタル裁判所ノ管轄ヲ云フ而シテ管轄ノコトニ付キ刑事訴訟法第二十五條第一項ノ規定ニ從ヒ裁判所構成法ヲ閱スルニ區裁判所ハ裁判所構成法第十六條ノ規定ニ從ヒ左ノ事項ニ付キ裁判權ヲ有スルモノナリ

第一 違警罪
違警罪ノコトハ刑法第四百二十五條以下ニ規定セラレタリ
第二 本刑五十圓以下ノ罰金ヲ附加シ若クハ附加セザル二年以下ノ禁錮又ハ單ニ百圓以下ノ罰金ニ該ル輕罪
第三 二月以下ノ禁錮ニシテ五十圓以下ノ罰金ヲ附加スル例ハ十日以下

不法監禁罪刑法第三二二條及ヒ官名詐稱罪刑法第三三二條ノ如ク二月以下ノ禁錮ニシテ罰金ヲ附加セザル例ハ
治二十三年法律第九九號ノ如ク又百圓以下ノ罰金ニ該ル例ハ
罪刑法第四〇九條ノ如シ

第三 刑法第二編第一章ヲ除キ其他ノ輕罪ニシテ本刑二百圓以下ノ罰金ヲ附加シ若クハ附加セザル二年以下ノ禁錮又ハ單ニ三百圓以下ノ罰金ニ該リ其情第二ニ掲ケタル刑ヨリ更ニ重キ刑ニ處スルコトヲ要セスト認メ地方裁判所若クハ其支部ノ檢事局ヨリ區裁判所ニ移付シタルモノ
右二年以下ノ禁錮ニシテ二百圓以下ノ罰金ヲ附加スル例ハ水利妨害ノ罪ノ罪刑法第四一三條ノ如ク二年以下ノ禁錮ニシテ罰金ヲ附加セザル例ハ例ヘハ贖額五圓以上ノ物ノ田野ニ於ケル竊盜罪刑法第三七二條家資分産ノトキ帳簿類ヲ藏匿又ハ毀棄シタル罪刑法第三八九條ノ如ク又單ニ三百圓以下ノ罰金ニ該ル例ハ例ヘハ過失殺罪刑法第三一七條ノ如シ
地方裁判所ハ裁判所構成法第二十七條ノ規定ニ從ヒ左ノ事項ニ付キ裁判權ヲ

有スルモノトシテ、
 第一 第一審トシテ、
 區裁判所ノ權限竝ニ大審院ノ特別權限ニ屬セタル刑事訴訟ノ第一審トシテ、
 第二 第二審トシテ、

(イ) 區裁判所ノ判決ニ對スル控訴
 (ロ) 區裁判所ノ決定及ヒ命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告

控訴院ハ裁判所構成法第三十七條ノ規定ニ依レハ左ノ事項ニ付キ裁判權ヲ有スルモノナリ
 第一 地方裁判所ノ第一審判決ニ對スル控訴
 第二 地方裁判所ノ判決ニ對スル上告
 第三 地方裁判所ノ決定及ヒ命令ニ對スル抗告
 大審院ハ裁判所構成法第五十條ノ規定ニ從ヒ左ノ事項ニ付キ裁判權ヲ有スルモノナリ
 第一 終審トシテ控訴院ノ判決ニ對スル上告及ヒ控訴院ノ決定竝ニ命令ニ對

有スル抗告
 第二 第一審ニシテ終審トシテ刑法第二編第一章及第二章ニ掲ケタル重罪

竝ニ皇族ノ犯シタル罪ニシテ禁錮又ハ更ニ重キ刑ニ處スヘキモノノ豫審及
 又ハ裁判
 右事物ノ管轄ヲ異ニスル數罪ヲ犯シタル者アルトキハ上級ノ裁判所併セテ之
 ヲ裁判スルモノナリ故ニ例ヘハ違警罪ト竊盜罪ト強盜罪トヲ犯シタル者ニ對
 シテハ地方裁判所併セテ之ヲ審判スルカ如シ右ハ各裁判所ニ被告人ヲ移送ス
 ルノ勞ヲ省キ且ツ數罪俱發例ヲ適用スルニハ右ノ規定ニ從フニ非ザレハ之ヲ
 行フコト能ハサルヘキヲ以テナリ

第二節 土地ノ管轄

大審院ハ全國ヲ通シテ一ナルモ控訴院地方裁判所區裁判所ノ數ハ尠カラズ又
 裁判所以外ニ於テ裁判ヲ爲スコトナキニ非ス即チ領事館ニ於テ裁判ヲ爲ス場
 合是ナリ

裁判所ノ位置及ヒ管轄ノコトハ明治二十三年法律第六十二號ヲ以テ定メラレタリ尤モ同法律ノ中區裁判所ニ付テハ多少改正セラレタル點ナキモ非ス又領事館ノ裁判ニ付テハ領事裁判規則アルモノアリテ清國駐在朝鮮國駐在ノ日本領事ノ管轄内ニ於ケル日本人民ニ對スル公私訴ノ裁判ヲ爲スコトヲ規定シタリ右規則ハ明治二十一年勅令第七十一號ヲ以テ公布セラレタルモノナルモ明治三十二年三月法律第七十號ヲ以テ改正セラレタリ

茲ニ一人罪ヲ犯シタル者アルトキハ何レノ裁判所ニ於テ之カ審判ヲ爲スヘキヤ是レ即チ刑事訴訟法第二十六條ノ規定スル所ニシテ其犯罪ノアリタル地又ハ被告人所在ノ地ヲ管轄スル裁判所ニ於テ之カ審判ヲ爲スヘキモノトセタリ犯罪ノ地ノ裁判所カ其事件ノ審判ヲ爲スハ證據蒐集ノ爲メ最モ便利ナルヘク又被告人所在ノ地ノ裁判所カ其事件ノ審判ヲ爲スハ被告人ノ爲メ便宜尠カラナルヘシ犯罪ノ地カ數個ノ被告人所在地トモ同一裁判所ノ管轄地内ニ在ルトキハ論ナキモ若シ犯罪ノ地カ數個ノ裁判所ノ管轄ニ跨リ或ハ犯罪ノ地ト被告人所在ノ地ト同一ナラザル場合ニ於テハ數個ノ裁判所中何レノ裁判所ヲ正當ノ管

轄ト爲スヘキヤ是レ刑事訴訟法第二十七條ノ規定スル所ニシテ數個ノ裁判所中最初豫審又ハ公判ニ着手シタル裁判所ヲ以テ其管轄ナリトシ其理由ハ蓋シ數個ノ裁判所中最モ先ニ被告ニ對シ關係ヲ生シタル裁判所ニ管轄ヲ與アルハ正當ノ順序ナルヲ以テナリ

犯罪ノ地カ本邦内ニ在ルトキハ疑ナキモ若シ犯罪ノ地カ外國ニ在ルトキハ何レノ裁判所ヲ以テ其事件ノ管轄トスヘキヤ是レ刑事訴訟法第二十九條ノ規定スル所ニシテ三個ノ場合ヲ區別シタリ(第一)被告人カ本邦ニ逃來リ之ヲ逮捕シタルトキハ逮捕ノ地ノ裁判所ヲ以テ其管轄トシ(第二)被告人カ外國ニ於テ逮捕セラレ送致シ來リタルトキハ送致ノ地ノ裁判所ヲ以テ其管轄トシ(第三)被告人ヲ逮捕スルコト能ハスルテ關席裁判ヲ爲スヘキ時ハ被告人ノ最終ノ住所ノ地ノ裁判所ヲ以テ其管轄トセリ右規定ヲ設ケタル理由ハ他ニ管轄權ヲ有スル適當ノ裁判所ナキヲ以テ被告ト最モ近キ關係ヲ生セ又ハ最モ近キ關係ヲ有シタル裁判所ニ管轄ヲ與ヘタルモノナリ(第四)船舶ニ於テ關連シタル事件ハ海船内ニ於テ生シタル犯罪ニ付テハ何レノ裁判所ヲ以テ其管轄トスヘキヤ是

レ刑事訴訟法第三十條ノ規定スル所ニシテ定警港又ハ犯罪後最初ニ着船シタル地ノ裁判所ヲ以テ其管轄トセリ其理由ハ外國ニ於テ犯シタル罪ノ場合ト同様他ニ適當ノ裁判所ナキヲ以テ被告ニ對シ最モ近キ關係ヲ生シタル地ニ裁判所ヲ以テ其管轄ト爲シタルモノナリ

海船内ノ犯罪ニ付キ船長ニ於テ司法警察官ノ職務ヲ行ヒ犯罪人ヲ逮捕シタルトキハ碇泊又ハ着港ノ地ノ檢事又ハ司法警察官ニ之ヲ引渡スヘク若シ外國港ニ着船シタルトキハ領事ニ之ヲ引渡スヘシ(第四八條明治十四年太政官布告第六五號商船内犯罪取締規則)

被告一人ナルトキハ前記規定ニ從ヒ疑ヲ生スヘキコトナキモ數人共犯ノ場合ニ於テハ疑ヲ生スルコトナシトセス故ニ法律上茲ニ左ノ如キ規定ヲ設ケラレタリ

(一) 正犯數人アルトキハ最初豫審又ハ公判ニ着手シタル裁判所ヲ以テ其管轄トス是レ前記規定ニ依リ管轄權ヲ有スル各裁判所中最モ前ニ審理ニ着手シタル裁判所ニ管轄權ヲ與フルカ正當ノ順序ナルヲ以テナリ

(二) 從犯ハ正犯ヲ管轄スル裁判所ヲ以テ其管轄トス是レ從ハ主ニ從ノ原則ノ適用ナルニ過キス

右ハ刑事訴訟法第二十八條第一項及ヒ第二項ニ規定スル所タリ而シテ右規定ニ對シ茲ニ二個ノ例外アリ

- (イ) 同條第三項ニ規定スル所ニシテ裁判所構成法第五十條第二項ニ記載シタル皇族ノ犯罪ニ付テハ其正犯從犯ハ身分ノ如何ヲ問ハス大審院ニ於テ之ヲ管轄スルコト是ナリ故ニ禁錮以上ノ犯罪ニ付キ皇族カ正犯ナルトキハ假令他ノ裁判所カ最初豫審又ハ公判ニ着手スルコトスルモ又皇族カ從犯ニ過キザル場合ト雖モ大審院ニ於テ其豫審及ヒ公判ヲ爲スヘキモノトス是レ犯罪人中間ニ皇族アルトキハ如何ナル場合ト雖モ皇族ヲシテ大審院ノ裁判ヲ受クル利益ヲ失ハシメタルカ爲メ他ノ共犯人ニ對シテモ其利益ヲ及ハスモノナリ
 - (ロ) 共犯人中軍人アルトキハ常人ハ普通裁判所ノ管轄ニ屬スルモ軍人ハ軍法會議ノ管轄ニ屬スルモノトス
- 刑事訴訟法第二十三條ニ曰ク「此法律ハ陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ處分ス可

キ者ニ適用スルコトヲ得ルトアリ陸軍治罪法第一條海軍治罪法第一條ニ軍人ノ犯シタル重罪輕罪ハ軍法會議ニ於テ之ヲ審判スル旨ヲ規定シ尙ホ軍人ノ關係シタル犯罪ニ付テハ明治十八年第十二號布告ニ依リ規定セラレタリ外國ニ於テ犯シタル罪ノ正犯數人アリテ其内幾人ハ長崎ニ送致セラレ他ノ幾人ハ廣島ニ送致セラレタルトキ又ハ其中幾人ハ神戸ニ送致セラレ他ノ幾人ハ東京ニテ逮捕セラレ他ノ幾人ハ所在不明ナルトキハ何レノ裁判所ヲ以テ其管轄トスヘキヤ此場合ニ付テハ法律上別段ノ規定ナキモ數個ノ裁判所中最初豫審又ハ公判ニ着手セタル裁判所ヲ以テ其管轄トスルカ法律ニ適シタルモノナルヘシ何トナレハ本問ノ場合ニ於テハ刑事訴訟法第二十九條ノ規定ニ從ヒ數個ノ裁判所カ管轄權ヲ有スルモノナレハ其裁判所中最モ前ニ被告ニ對シ關係ヲ生セタル裁判所ニ管轄權ヲ有セシムルハ正當ノ順序ナルヲ以テナリ

第三節 管轄裁判所ノ指定及ヒ裁判管轄ノ移送

管轄裁判所ノ指定トハ何レノ裁判所カ管轄權ヲ有スルヤ不分明ナル場合ニ於

テ管轄權ヲ有スル裁判所ヲ指定スルコトヲ云フ而シテ其之ヲ指定スヘキ場合ハ裁判所構成法第十條ノ規定スル所ニシテ左ノ四個ノ場合ナリトス
(一) 權限アル裁判所カ法律上ノ理由若クハ特別ノ事情ニ因リ裁判權ヲ行フヲ得ス且ツ之ニ代ルヘキ裁判所カ之ヲ行フヲ得サルトキ
(二) 管轄區域ノ境界明瞭ナラザルトキ
(三) 二以上ノ裁判所カ法律ニ從ヒ又ハ確定判決ニ因リ裁判權ヲ互有スルトキ
(四) 二以上ノ裁判所カ權限ヲ有セストノ確定判決ヲ爲シ又ハ權限ヲ有セストノ確定判決ヲ受ケタルモ其裁判所ノ一ニ於テ裁判權ヲ行フヘキトキ

右ノ場合ニ於テ其申請ヲ爲スヘキ者ハ檢事及ヒ訴訟關係人ナリ而シテ其申請ヲ決定スル裁判所ハ直近上級裁判所ナリトス其手續ノ如キハ刑事訴訟法第三十二條及ヒ第三十三條ノ規定スル所ナリ

裁判管轄ノ移送トハ公安又ハ嫌疑ノ爲メ裁判管轄ヲ移スコトヲ云フ故ニ裁判管轄ヲ移スニ二個ノ場合アリ即チ第一ハ公安ノ爲メ裁判管轄ヲ移ス場合ニシテ第二ハ嫌疑ノ爲メ裁判管轄ヲ移ス場合ナリトス

(一)公安ノ爲メ裁判管轄ヲ移スハ刑事訴訟法第三十四條ニ規定スル所ニシテ犯罪ノ性質被告人ノ身分員數地方ノ民心其他重大ナル事情ニ由リ裁判ニ對シ紛擾又ハ危險ヲ生スル恐レアル場合ニシテ例ヘハ國事犯ノ場合ニ於ケルカ如ク平穩ニ裁判ヲ爲サシメンカ爲メナリ

(二)嫌疑ノ爲メ裁判管轄ヲ移スハ同法第三十六條ノ規定スル所ニシテ被告人ノ身分地方ノ民心又ハ訴訟ノ模様ニ因リ裁判ノ公平ヲ維持スルコト能ハサル恐レアル場合ニシテ例ヘハ社會上流ノ人カ被告タルノ場合ニ於ケルカ如ク裁判官ノ獨立ヲ維持シ公平ナル裁判ヲ爲サシメンカ爲メナリ
右第一ノ場合ニ於テハ檢事總長ノ申請ニ因リ大審院之ヲ決定シ第二ノ場合ニ於テハ檢事又ハ其他訴訟關係人ノ申請ニ因リ上級裁判所之ヲ決定スルモノナリ又第二ノ場合ニ於テハ民事原告人カ其裁判所ニ私訴ヲ提起シ又ハ被告人カ異議ナク辯論ヲ爲セタルトキハ其申請ハ之ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス
又右第二ノ場合ニ於テ申請アリタルトキハ本案ノ訴訟手續ハ之ヲ停止セザルヘカラス

尚ホ第二ノ場合ニ於ケル申請ノ手續ノコトハ刑事訴訟法第三十八條ニ規定セラレタリ

第二章 裁判所職員ノ除斥及ヒ忌避、回避

茲ニ裁判所職員ト云フハ判事及ヒ裁判所書記ノコトニシテ檢事ノ如キハ之ヲ包含セザルモノナリ
訴ヲ受ケタル事件ニ付キ判事カ裁判ヲ爲シ書記カ其事件ヲ取扱フハ一ノ職權ナルノミナラス又一ノ職務ナリトス然ルニ訴ヲ受ケタル事件ト雖モ法律上判事ニ裁判ヲ爲スヲ許サス又書記ニ其事件ヲ取扱フコトヲ許ササル場合ト裁判上判事ニ裁判ヲ爲スヲ許サス又書記ニ其事務ヲ取扱フコトヲ許ササル場合トアリ其法律上ナルト裁判上ナルトヲ問ハス之ヲ許ササル理由ハ裁判ノ獨立又ハ其公平ヲ維持スルコト能ハス又縱合之ヲ維持スルモノトスルモ外面ヨリ觀ルトキハ之ヲ維持セザルモノノ如ク疑ヲ容ルヘキ餘地アルヲ以テナリ
法律上判事ニ裁判ヲ爲スヲ許サス又書記ニ事務ヲ取扱フコトヲ許ササル之ヲ

名ケテ法律上ノ除斥ト云ヒ裁判上判事ニ裁判ヲ爲スヲ許サス又書記ニ事務ヲ取扱フコトヲ許ササル之ヲ名ケテ裁判上ノ除斥ト云フ

法律上ノ除斥即チ法律上判事ニ裁判ヲ爲スヲ許サス又書記ニ事務ヲ取扱フコトヲ許ササル場合ノコトハ刑事訴訟法第四十條ニ規定スル所ニシテ左ノ四個ノ場合ナリトス

(一)判事若クハ書記カ被害者ナルトキ

(二)判事若クハ書記又ハ其配遇者ト被告人被害者又ハ此等ノ者ノ配遇者ト親屬ナルトキ但シ姻族ニ付テハ婚姻ノ解除シタルトキト雖モ亦同シ

(三)判事若クハ書記カ其事件ニ付キ證人鑑定人ト爲リタルトキ又ハ被告人若クハ被害者ノ法律上代理人ナルトキ

(四)判事若クハ書記カ其事件ノ豫審終結ニ干與シ又ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ前審ニ干與シタルトキ

右第一第二及ヒ第三ノ後段ノ場合ニ於テハ判事若クハ書記カ其事件ニ付キ直接又ハ間接ニ其公平ヲ維持スルコト能ハザルヘク又縱令聖人君子ノ如キ判事

ヲ繼受シテ之ヲ守レリ之ニ由リテ十六七世紀以來歐洲一般ニ復ク國家人格說興起スルニ至リタリ

獨逸國ニ於テハ「モルリング」ノ自然的有機說ノ爲メニ一時妨クラレタレトモ千八百三十七年アルブレヒト」著書ニ於テ一大段落ヲ爲スヘキ說ヲ立テテヨリ人格說復タ行ハレ其後「ゲルベル」出テテ「アルブレヒト」說ヲ敷衍シタルヨリ今日ニ於テハ人格說一般ニ行ハルルコトト爲レリ現今獨逸有名ノ公法家「パン」
「ド」
「エ」
「キ」
「ク」
「ベル」
「ナ」
「チ」
「ク」
「マイ」
「エル」
等ノ採用スル所ト爲リタリ

以上ハ領地團體ノ性質ヲ述ヘタルカ領地團體トハ獨リ國家ノミヲ云フニアラス故ニ領地團體ノ中ニ於テ國家ト他ノ團體トノ區別ヲ知ルヲ要ス

第二 國家ノ機關ハ獨立ノモノナリ

即チ國家ノ機關ハ他ノ最高國ヨリ設置セラレタルモノニアラス又承認セラレタルモノニモアラス殊ニ國家ノ最上機關ハ他ノ委任又ハ承認ニ因リ其地位ヲ得タルモノニアラス自己固有ニ其地位ヲ有スルモノトス曾テ述ヘタル如ク國家ノ目的ヲ達スル爲メニ國家ナル人格ノ意思ヲ發表スル者ヲ國家ノ機關ト

云フ此機關ハ國家ノ存在ニ必要缺クヘカラサルモノニテ機關ナクシハ國家獨
リ存在スルコトヲ得ス故ニ國家ニハ其存在ト共ニ少クとも一ノ直接機關ハ必
ス存セザルヘカラス隨テ其機關ハ國家ノ特別ノ行爲ニ因リテ生ズルモノニア
ラス直接ニ國家ノ秩序ヨリ成立スルモノナリ國家ノ秩序ハ國家ト共ニ必要的
ニ存在シ國家成立ノ際ニ當リテハ全ク事實上上下ノ關係トシテ存在スルモノ
ナリ此秩序カ慣習ト爲リ法ト爲リ又成文法ト爲リタルナリ此秩序ノ慣習法ト
爲リ成文法ト爲ルハ唯國家自ラ之ヲ承認スルニ因ル而シテ國家ノ承認ハ國家
直接ノ機關ノ承認スル所ニ因ルカ故ニ國家ノ直接機關ノ地位ハ國家内ノ或權
力者ノ委任又ハ承認ニ因リ其地位ヲ得タルモノニアラサルコトハ勿論國家外
ノ他ノ權力者即チ他ノ最高國家ヨリ其地位ヲ得タルモノニモアラス唯最初事
實上最高ノ地位ヲ有シタルモノカ法律上ニモ依然トシテ其地位ヲ有スルノミ
故ニ國家ノ最高機關ハ固ヨリ他ノ最高國ヨリ設立セラレ又ハ承認セララルモ
ノニアラサルノミナラス其他ノ機關モ亦他ノ國家ヨリ設置セラレ又ハ其設置
ヲ承認セララルコトナシ是レ國家ノ機關ハ獨立ハ獨立ノモノナリト云フ所以ナリ

之ニ反シ國家内ノ他ノ領地團體例ヘハ市町村ノ如キ團體ニ於ケル機關ハ或ハ
全ク國家ノ發シタル法律ニ依リテ組織セララルコトアリ或ハ國家ノ任用ニ依
ルコトアリ或ハ其選任ニ付キ國家ノ承認ヲ經ヘキモノアリテ市町村カ獨立シ
テ自ラ其機關ヲ組織シ又ハ設定スルコトヲ得ス市町村ノ機關ハ一モ獨立シテ
存在シ得サルナリ市町村ニハ獨立ノ機關存在シ得サルナリ之ニ反シ國家ニハ
獨立ノ機關存在ス是レ國家ノ市町村等ト異ナル所以ノ一點ナリトス

第三 國家ハ統治權ヲ有ス

國家ハ統治權ヲ有ス此統治權ハ國家ノ原始的ニ有スル所ニシテ第三ノ最高ノ
國家ヨリ傳ヘラレタルモノニアラス前ニ述ヘタル如ク國家ハ最初事實上ノ權
力者タリシ者カ自ラ其權力ヲ制限セテ人格ト爲リタルモノナルカ故ニ其人
民ヲ統治スル權利モ亦當然自ラ有スル所ニシテ其根據ヲ他ノ人格ニ發スルコ
トナシ國家統治ノ法律上ノ淵源ハ唯國家自己ノ意思ニ基クナリ決シテ他ヨリ
委任セラレ付與セラレタルモノニアラス彼ノ「ローシ」カ統治權ハ法律上統治
スルコトヲ得ル人格ノ意思ニ其根元ヲ有ス即チ權利者ノ固有ノ力ヨリ出ツル

權利ナリト云ヘルハ亦此意義ナリトス故ニ國家ハ原始的ノ命令強制權ヲ有スル主格ト云フヲ得此原始的命令強制權即チ統治權ヲ有スルコトカ領地團體中ニ於ケル國家ノ他ノ團體ト異ナル區別點ナリトス茲ニ統治トハ如何ナル意義ヲ有スルヤ獨逸ニモ我國ノ統治ト云ヘル語ニ適當スル「ヘルシェン」ナル語アリ此語ハ獨逸ニテ「グルベル」氏カ始メテ用ヒテヨリ大ニ傳播シタリ我國ノ統治ナル語モ恐ラク此「ヘルシェン」ヲ翻譯セタル語ナラント信スグルベル曰ク國家ハ一人格トシテ一種固有ノ意思ノ力ヲ有ス此意思ノ力ヲ國權ト云フ國權トハ統治スル權利ヲ云フ統治スル權利トハ國家ノ目的ニ屬スル政務ヲ實行スル爲メニ全人民ヲ拘束スル意思ヲ發表スル權利ヲ云フト「ラバント」ノ説明ハ一層明瞭ナリ曰ク統治權トハ命令強制スル權利ヲ云フ即チ自由ノ人及ヒ其集合體ニ對シ行爲不行爲及ヒ或提供ヲ命令シ及ヒ此命令ヲ強制スヘキ權利ヲ云フト然レトモ市町村ノ如キ地方團體モ亦或種ノ命令強制權ヲ有ス市町村ノ如キモ市町村條例ヲ發シテ市町村ノ住民ニ對シテ市町村稅ヲ課シ又ハ夫役ヲ命シ又其命令ニ從ハサル者ニ對シテ罰ヲ加フルコトヲ得ルカ故ニ地方團體モ亦命令

強制ノ權利ヲ有スルナリ然レトモ市町村ハ原始的ノ命令權ヲ有スルコトナシ蓋シ地方團體ハ國家アリテ始メテ生スルモノナリ地方團體ハ國家ノ發シタル法律ニ依リテ設立セラレタル人格ニシテ地方團體自ラ人格タルコトヲ得ス地方團體ハ國家ノ存在ヲ必然ノ條件トシテ存スルモノナリ故ニ地方團體ハ命令強制權ヲ自ラ有スルモノニアラス國家ノ法律ニ依リテ付與セラレタルモノナリトス此原始的ト付與のトノ差異ニ因リ尙ホ結果ニ差異ヲ生スルヲ見ル國家ハ原始的ニ統治權ヲ有スルモノナルカ故ニ其統治權ヲ行使スルハ唯其權利トスル所ニシテ何レノ國家ニ對シテモ之ヲ行使スヘキ義務ヲ負フコトナシ即チ行使スヘキ責任ヲ有スルコトナシ時トシテ國家ハ連邦國ニ加入シテ其連邦國ノ統治ヲ受クルコトアリト雖モ而モ其有スル所ノ統治權ハ其組合國カ自ラ有スル所ノ統治權ニシテ決シテ連邦國ヨリ付與セラレタルモノニアラス蓋シ各組合國ハ連邦國ノ憲法ニ因リ設立セラレタルモノニアラス隨テ其統治權モ連邦國ノ憲法ニ基キ之ヲ有スルモノニアラス隨テ其統治權モ連邦國ノ存在ニ因リ或政府ノ範圍内ニ於テハ統治權ヲ行フコトヲ得サルコトアリ然レトモ此場

合ニ於テ統治權ヲ行フ範圍ハ唯消極的ニ制限セララルルニ過キス連邦國ノ政務ノ範圍ニ屬セサル部分ニ付テハ依然トシテ其統治權ヲ行フコトヲ得此統治權ヲ行フニ付キ連邦國ニ對シテ一モ責任ヲ有スルコトナシ故ニ連邦國モ此部分ニ付テハ縱令組合國カ其統治權ヲ行ハサルモ又其行使ノ方法ヲ誤ルコトアルモ之ニ代リテ自ラ統治權ヲ行ヒ又ハ之ヲ取消シ又ハ停止スルコトナク且ツ強制シテ行ハシムルコトモナシ固ヨリ組合國カ統治權ヲ行使スルニ際シ連邦國ノ法律憲法ニ抵觸スル行為ヲ爲ササル爲メニ連邦國ハ常ニ之ヲ監督スト雖モ此監督ハ唯消極的ノ性質ヲ有スルニ過キス又若シ抵觸スル行為ヲ爲セハ之ヲ強制シテ其行為ヲ停止セシムルコトヲ得ヘシト雖モ唯是レ各組合國ノ連邦國ニ對スル服從義務ノ履行ヲ強制スルニ過キスシテ猶ホ國家カ一個人ノ國家ニ對スル服從義務ノ履行ヲ強制スルト異ナルコトナキヲ以テ之ヲ以テ直チニ組合國カ一般ニ連邦國ニ對シ統治權ヲ行使スヘキ義務アリト云フヲ得サルナリ故ニ國家ノ統治權ハ他ノ國家ニ對シ義務トシテ之ヲ行使スルモノニアラス又縱令國家カ連邦國ヲ組織スル場合ニ於テモ其統治權ヲ行フ範圍ハ唯消極的ニ制

限セララルルニ過キス其制限セラレサル部分ニ於テハ常ニ統治權ヲ唯其權利トシテ行使スルヲ得且ツ連邦國ヨリ受クル監督モ唯消極的ノ監督ヲ受クルニ過キサルナリ之ニ反シ地方團體ハ命令強制權ハ人民ニ對シテハ其權利トスル所ナレトモ國家ニ對シテハ之カ行使ヲ義務トスルナリ蓋シ地方團體ノ政務ハ元來國家ノ政務ニ屬スル所ナリ故ニ國家ハ地方ノ局部的政務ヲ其機關ヲシテ處理セシムルコトヲ得ルナリ然レトモ地方ノ政務ハ各地方ノ一團ヲシテ自ラ之ヲ處理セシムルハ亦大ニ政治上便益トスル所ナリ國家ハ此便益ヲ得ル爲メニ地方團體ヲ公法上ノ人格ト認メ之ニ地方政務處理ノ權ヲ付與シタルナリ然レトモ此處理權ノ付與ハ全ク其行使ヲ地方團體ノ隨意ニ任スル爲メニ付與シタルニアラスシテ唯政務ノ處理ニ地方ノ利害ヲ斟酌セシムル爲メニ付與シタルナリ故ニ地方團體カ其處理權ヲ行フヤ行ハサルヤニ付キ隨意ナルコトヲ許スコトナシ必ス之ヲ行ハサルヘカラサルナリ若シ之ヲ隨意ニ行フヲ得ンガ即チ國家ノ地方團體ナル制度ヲ設ケタル本旨ニ背反スルモノナリ隨テ地方團體ハ此處理ノ權ヲ行フコトニ付キ義務トシテ拘束セララルルモノト云ハサルヘカラ

ス故ニ地方團體カ團體ノ税ヲ課シ夫役ヲ課シ其他命令權ヲ行使スルハ又實ニ
 國家ニ對スル義務ノ履行ヲ爲スモノナリ地方團體ノ行使スル命令權ハ地方團
 體ノ行政ノ方法ナリト雖モ又實ニ國家ニ對スル義務ヲ履行スル爲メニ行使スル
 モノナリ故ニ國家ハ地方團體ノ行爲ヲ強制シ補充スルコトアリ例ヘハ地方團
 體ノ機關若シ其事務ヲ滯留紛亂スルトキハ國家ハ其機關ヲシテ自ラ之ヲ整理
 セシメ地方團體カ法律上必要ノ豫算ヲ掲載セサルトキハ國家ハ之ヲ強制シテ
 掲載セシメ又ハ之ヲ支出セシメ又地方團體ノ議決機關カ議決スヘキコトヲ議
 決セサルトキハ國家ハ其機關ヲシテ之ニ代リテ議決セシムルカ如キ皆地方團
 體ヲシテ其義務ヲ履行セシムル所以ノ方法ナリ若シ國家カ政務ノ處理ヲ唯地
 方團體ノ權利ノミトシテ與ヘタラハ自ラ其事務ノ整理ヲ爲ササルコト猶ホ一
 個人カ其與ヘラレタル權利ヲ自由ニ行使スルモ國家ハ更ニ之ニ關スルコトナ
 キト同シカラサルヘカラス然ルニ今然ラスシテ地方團體ノ全事務ノ舉否ニ付
 キ積極的ニ監督ヲ爲シ最高國家カ其組合同ニ對シ唯其自己ノ法律ニ違反セザ
 ル爲メニ消極的ニ監督スルトハ大ニ異ナル所ヲ見ルトキハ地方團體ハ國家ニ

規トハ各個人ノ意思ノ力ノ限界ヲ定メ并ニ各個人ニ對シテハ國家ノ意思ノ限
 界ヲ定メタルモノナリ之ニ反シテ國家カ法規ハ範圍内ニ於テ意思ヲ働カセテ
 各人ノ身體上經濟上或ハ精神上ノ目的ヲ達スル働カセテ法規ニテハ國家ノ法規
 ヲ以テ自ラ制限ヲ置カサル間ハ自由活動ノ權ヲ有ス此例如キハ單ニ國權ノ宣
 行ニ過キスシテ意思ヲ制限シタルモノナリト云フコト能ハス此點ニ於テ法規
 ハ左ノ如クナルヘシ
 第一人民ト人民トノ間ノ意思ノ限界ヲ定メタルモノハ特別ノ事件ニ關スルト
 數多ノ事件ニ共通ナルトモトハスシテ悉ク法規タリ第二國家ト人民トノ關係
 ニ於テ臣民カ國家ニ對スル權利ヲ認メタル規定即チ國家カ義務ヲ負ハ所ノ規
 定ナレハ同シク何レノ場合ニ於テモ法規タリ第三國家カ臣民ニ對シテ義務ヲ
 負ハシムル場合即チ國家カ權利ヲ行フ場合ハ共通ノ事件ノ規定ニテハ其以
 上ノ法規ニアラス唯特別ノ事件ニ付キ一般法規ニ例外ヲ爲スル數多ノ事件ニ
 共通ナラサルモ亦法規ナリト此第三ノ場合ニ於テ例外ノ規定ヲ想像セテ其理由
 ナスル所ハ獨逸ニヘトキルニ云ヘル如ク法規ニ對スル例外ナリカ故ニ例レモ

向ニ性質ノ異ナラサルヘカラス尙詳論云云ハ法規ノ適用ノ境界ニシテ此意思ノ境界ニ例外ヲ設クルハ同シク意思ノ境界ヲ定ム所以ナラカ故ニ例外法モ亦法規タリト此説ニ據ルハ共通ノ事件ノ規定ナルト特別事件ノ規定ナルトヲ問ヘズ人ト人トノ間ノ雙方ノ意思ヲ制限ナレバ皆法規ナリト云フニ在リ然レトモ此ニ疑フヘキハ何故ニ人ト人トノ雙方ノ意思ヲ制限セザルモ法規ニシテ一方ノ意思ヲ制限ハ法規ニ非ナルカ此議論ノ根據トスル所ハ法規ハ意思ヲ制限ナリト云フガ基礎ナリ然ラバ一方ノ意思ヲ制限スルモ法規ト云フヲ妨ケザルモノハ如シ例ヘハ第三ノ場合ニ於テ國家ハ一方ノ國權ヲ實行シ造ラストスルモ人民ノ方ヨリ觀レハ意思ヲ境界セラルモノナリ故ニ此等モ法規ト云ヒ得ヘシトノ疑アリ若シ此疑ニシテ至當ナラバ論者ノ想像スル總テハ場合ハ特別事件ノ規定タルト共通ノ事件ノ規定タルトヲ問ハス皆法規ナリト云フニ至ルヘシ尙論者ノ列舉セル場合ニ付テ一二ノ批評ヲ下セバ第一、人民ト人民トノ間ニ於テハ如何ナル場合モ皆法規ナリト云フト雖モ此觀念ハ昔外釋ナラス例ヘバ裁判所ガ人民ト人民トノ間ノ争ヲ決スルハ普通ノ觀念ヨリスル

ニ其特別ノ事件ニ對スル處分令タリ然ルニ前説ニ依リ法規タリト云ハタルヘカラス是レ甚ク不都合ナル觀念タリト謂フ自是ニテモ大體ハ然ルニ事次ニ第二ノ場合ニ於テ國家ト人民トノ關係ニ於テハ臣民カ權利ヲ得ル場合ハ特別ノ事件ニ關スルモノモ猶モ法規カリ之ニ反シテ臣民カ義務ヲ負ス場合ハ即チ國家カ權利ヲ行フ場合ニシテ共通ノ事件ト規定スルカ法規タリト稱スルモ右二ツノ場合ニ於テ何レモ國權ヲ個個人ノ事件ニ對シテ實行スルモノナレコトハ明カナリ臣民ニ權利ヲ與フルモ義務ヲ負ハシムルモ國權任意ノ行動ニシテ毫モ意思ヲ限ラレタリト云フコト能ハス共通ノ事件ニ關スル規定ニシテ始メテ意思ノ制限アリト云フヲ得ヘシトモハ此等ノ點ニ對シテ以上述ヘタル所ニ據リ此等ノ議論モ十分ナリト云フヲ得ス抑モ法規ハ人ノ行為ノ準則ナリトハ普通ノ觀念ニ於テ亦然リ茲ニ準則ト云フハ常則ト云フ如ク共通ノ事件ノ規定トスルカ適當ナリ此法規ヲ根本トシテ特別ノ事件ニ對シテ一定ノ結果ヲ惹起スルモノカ處分令ナリトス唯法規ニ對シテハ例外例ヲ設ケタル場合ニハ特別ノ事件ニ關スルモノカ處分令ニ處分令ナリ然ルニモ

命令ヲ以テ法規ヲ動かカスト得ヘキヤ是レ許スヘカラサルモ、トテアラヌヤ
 トノ疑問アリ然レトモ前述ノ如ク此ノ如キ例外規定ハ法規ノ適用サルヘキ事
 件ノ範圍ヲ限定シタルモノニシテ亦法規ノ一種ナリト云フヲ得ヘキ故ニ右ノ
 疑問モ解シ難キモノアラスト信スルモ、蓋シ茲ニ學問ニ在リテハ常ニ疑ハレテ成
 法規ノ性質ハ以上ニ述ブルカ如シ法規ニシテ行政ノ範圍ニ在ルモ、ハ行政法
 規ナリ此行政法規ニ據リテ法理ヲ研究スルモノカ行政法學ナリ

第四章 公權ノ觀念

公權ノ觀念ニ付テハ學說紛紛トシテ未タ歸着スル所ナシ公權ヲ論ズルニ當リ
 先決問題トシテ權利ノ觀念ヲ論定セサルヘカラス權利ノ觀念ニ付テモ尙未
 タ學說一定セズ然レトモ之ヲ大別スレバ左ノ三種ト爲スコトヲ得ベシ組合ニ
 第一ノ意思說、此說ヲ採ル者ハ曰ク權利ハ法ニ依リ生ズルニ依リテ生ズル力
 ナリト之ニ反對スルモノハ曰ク意思ハ決シテ權利自身ニアラス權利ノ爲メニ存
 スルモノナリ若シ然ラストモ、ソノカ例ハ無能力者ト代理人トノ關係ニ於テ事

實上意思ハ代理人ニ存スルカ故ニ此說ニ依レハ權利ハ無能力者ニ在ラスシテ
 代理人ニ存スルト云ハサルヘカラズ然レトモ是レ決シテ法理ニ適シタル見解
 ニアラス代理人ハ無能力者ノ權利ヲ行フモノニ過キヌ又意思說ニ從テ權利ハ
 意思ナリトセハ國家機關ノ如キハ各自獨立シテ人格者ト爲ルノ結果ヲ生ス例
 ヘハ國會ニ意思ナクシテ協賛ヲ爲スコト能ハス裁判官ハ意思ナクシテ法ノ解
 釋適用ヲ爲スコト能ハス且ツ機關ト機關トノ間ニ爭議ノ起ル場合ノ如キモ意
 思ナクシテハ有り得ラレサルモノナリ此ノ如ク意思說ヲ採リシ結果トシテ國家
 ノ機關ハ國家ト云フ一人格者ノ下ニ在テ更ニ數多ノ人格者即チ權利ノ主體ニ
 分ルルニ至ル是レ國家機關ノ觀念ト相容レサルモノナリ機關ハ權利ヲ有セズ
 單ニ權限ヲ有スルノミ故ニ意思說ハ探ルヘカラスト此駁論ハ必ズシモ正當ナ
 ラス先ツ論者ノ擧ゲタル第一ノ例ニ於テ無能力者ト代理人トノ關係ハ事實上
 意思ハ代理人ニ在ルモ法律上ヨリ觀レハ無能力者ノ意思ナリ故ニ權利ハ意思
 ナリトシテモ即チ權利ハ無能力者ニ在ルコトヲ妨グヌ又國家ノ意思ハ法律上
 國家ノ意思ニシテ國會ノ協賛ハ國家ノ意思ヲ爲ス構成部分ナリ裁判所カ法ヲ

適用スルモ明カニ國家ノ意思ナリ機關ノ間ノ權限爭議ノ如キモ正當ナル國家ノ意思ヲ作成スル手續ナリ各自ヲ獨立シテ意思ヲ有スルモノニアラス故ニ權利ハ意思ナリトスルモ機關ハ必スシテ權利主體ナリト云フ論結ハ生キテナリ然ラハ意思說ハ絕對ニ誤リナキヤト云フニ然ラズ何トナレハ權利ハ意思ナリト云フ以上ハ權利ノ有無ヲ決スルニハ意思ノ有無ニ據ラサルヘカラス事實上意思ノ存スル所ヲ目的トスルノ外ナラザレトモ此ノ如クモハ甚ダ不都合ヲ生スルハ前述セル如シ故ニ事實上意思カ何レノ所ニ在ルヲ問ハス法律上意思カ何人ニ屬スルヤヲ定メサルヘカラス換言スレハ普通所謂利益ノ存スル所ヲ定メ而シテ之ニ意思ヲ屬セシメサルヘカラス左レハ意思ノ具ニテハ權利ヲ定ムルコト能ハス利益ノ所在ニ據リテ始メテ權利ノ所在カ定マルモノナレハ權利ハ利益ナリトスルノ明確ナルニ如カストノ非難アリ然レモ權利ハ利益ノ對向ハ意思說ヲ主張スル者ハ權利ハ手段ニシテ目的ニアラス目的ハ各人ノ利益ナレトモ之ヲ達スル手段タル權利ハ即チ意思ナリト云ヘリ此ノ如ク權利ヲ手段ナリトスルハ穩當ナル考ナリト雖モ而モ尙ホ意思ハ權利ヲ主張スルモノニヤ

ヲ權利其レ自身ニテラズ下謂ヒ得タルニテアラズ加之前述ノ如ク意思說ニ從テモ權利ノ有無ヲ定ムルニハ猶ホ利益ノ在ル所ニ依ラサルヘカラス所由故ニ利益說ニ對スル非難ハ復タ此說ニモ行フコトヲ得ヘシ例ヘハ國家カ產業ヲ獎勵スル目的ニテ保護稅ヲ徵收スル場合ニ保護稅徵收ノ爲メニ利益ヲ受タル者ハ直接ニ被保護者ニ在リ勿論國家モ間接ニ利益ヲ受クヘキモノナレトモ少クモ利益ハ一部分ヲ受タル者ハ被保護者ナリ此ノ如キ場合ニ於テハ利益ノ在ル所ニ由リ權利ノ在ル所ヲ定メントスレハ被保護者ハ國家ニ對シテ保護稅ノ徵收ヲ要求スルコトヲ得ト論セサルヘカラスナルニ至ル豈此ノ如キノ理ヲ得ンヤ以上述ヘタル理由ヲ以テ意思說ハ未ダ權利ノ觀念ヲ定ムルニ足ラズト謂ハサルヘカラスハ利益說ニ對シテハ論者ノ對價ノ主體ハ人ノモノニ據ラズイニ第二利益說ニ此說ノ主唱者ニシテ有名ナルハイエリング氏ナリ其說ニ曰ク權利トハ法カ保護スル利益ナリト此議論ニ對シテハ既ニ他ノ學者カ駁論ヲ試ミタリ曰ク權利ノ目的ハ各人ノ利益ニ在レトモ權利其レ自身ハ決シテ利益ト云フヲ得ス恰モ法ヲ制定スルハ社會ノ利益ヲ目的トスレトモ法其レ自身カ社會

利益ナリト速断スルヲ得サルカ加シ故ニ利益説ハ目的ト手段トヲ混同セタルモノナリ權利ハ必ス利益ヲ達スル手段ト看サレヘカラス且ツ權利ト云ヘハ人ト人トノ關係ニシテ利益ト云ヘハ必ス人ト物トノ關係ニ止マル故ニ若シ權利ヲ利益ナリトモ認二者性質ノ異ナルモノヲ同一視スルカ故ニ奇異ナル結果ヲ生ス例ヘハ或利益説ヲ主張スル論者ハ權利ノ主體ハ人タルヲ要セストスルカ如キハ權利ノ觀念ヨリ意思ヲ全ク除キタルヨリ生スル限ナリト此取論ハ面ニ其當ヲ得タリ然レトモ唯之ニ對シテ疑ハシキハ利益ハ人ト人トノ關係ニ於テハ起ラズト爲スノ點ナリ例ヘハ債權ノ目的ハ人ノ行為ナク人ノ行為ニハ必スシモ物ニ關係シタル場合ノミニ限ラサルヘシ即チ一方カ一方ノ行為ニ因リ利益ヲ得ルトキハ人ト人トノ關係ニ於テモ利益ヲ成立スルコトヲ認ムルコトヲ得ヘシト思惟ス然レトモ是レ本論ノ專ラ餘波ナルヲ以テ詳論スルヲ要ナク現ニ角前論ハ大體ノ點ニ於テ不可ナシ故ニ權利ハ利益ナリトスルヲ説モ缺點ナキニアラズ且ツ意思説ノ場合ニ於テ論セタル如ク利益ニ據リテ權利ヲ定メントスルノ結果國家カ各臣民ノ利益ノ爲メニスル行為ニシテ特ニ臣民ノ權利

トシテ付與セサル如キモノモ利益説ニ依レハ臣民ハ國家ニ對シテ要求權アリト云フ論結ヲ生ス即チ法規ノ反射作用ト名クルモノト權利トノ間ノ區別ヲ爲スコト難ク國家行政ノ大部分ハ臣民ニ要求權アリトノ奇怪ナル論結ヲ生スヘシ故ニ此利益説モ未タ權利ノ觀念ヲ定ムルニ足ラサルモノナリト云フハ以上述ヘタル如ク利益説ト意思説ト其ニ不可ナリ是ニ於テカ折衷説ヲ生ス折衷説ノ論者ニ種類アリト雖モ多クハ外面的ノ折衷ニ止マリ歸スル處前二説ノ何レカニ傾クモノタリ例ヘハ或學者ハ權利ハ自己ノ利益ノ爲メニ欲シ得ル力ナリト此説ハ畢竟意思説ニ歸若シ唯利益ノ在ル所ニ據リ權利ノ所在ヲ定メントスルニ在リ此論ヲ取スル者ノ中ニ此説ニ依レハ或場合ニ權利ノ主體不分明ナルコトアリ例ヘハ無能力者ト代理人ノ關係ニ於テ自己ノ利益ト欲シ得ル力トハ別別ナルカ故ニ此定義ニ依レハ權利ヲ何レニモ屬セシムルコト能ハサルヲ以テ結局權利ノ主體ヲ求ムルモ得ヘカラサルニ至ルヘシト論スルモ是レ適當ナル取論ニアラス何トナレハ前ノ定義ニ依レハ權利ハ欲スルヲ得ル力即チ意思ナレトモ權利ノ在ル所ハ利益ノ在ル所ナリト云フ趣意ナルヘシ次ニ又或

學者ハ目的ノ爲メニ意思カ何レニ在ルヲ問ハス其意思ニ法律上ノ效力ヲ與フルニ由リ權利タリト此說ハ事ロ利益說ニ傾クモノト云フヘシ此ノ如ク折衷說モ多クハ二說ノ孰レカニ傾クカ故ニ同時ニ唯二說ニ對スル非難モ亦之ニ伴フモノナリ唯前述ノ定義中ニ於テ後者ハ殊ニ利益ナル文字ヲ避ケテ目的ナル文字ヲ用ヒタルハ大ニ可ナリ何トナレハ目的ハ多クノ場合ニ於テ利益ナレトモ總テ利益ナリト云フ能ハス法カ人格ヲ認メ之ニ權利ヲ付與スルニ當リテハ必スシモ總テ其者ノ利益ノミヲ以テ目的トスト云フコト能ハス例ヘハ國家公益ノ爲メニ其者ニ對シテハ或場合ニハ不利益ナルヤ知ルヘカラサルモ猶ホ之ヲ認メテ其者ノ權利ノ目的ト爲スコトモアルヘシ且ツ普通論者ノ云フ如ク利益ハ必ス人ト物トノ關係ノミトモハ益、目的ト利益ト一致セサル場合ヲ生スヘシ例ヘハ債權ノ目的ハ人ノ行爲ナリ其行爲カ必スシモ物ニ關係セザルコトハ前述ヘタルカ如シ左レハ此權利ヲ論スルニ當リ利益ト云フ狹キ文字ヲ用フルニ終リニ權利ノ觀念ニ付キ我國ノ學者ニ一種有力ナル說アリ是レ益々獨逸學者

ノ說ヲ祖述セタルモノナリ其論ニ曰ク權利ハ手段ニシテ目的ニテラス目的ハ利益ニ在レトモ之ヲ述スルノ手段トシテ權利ヲ要スルモノナリ故ニ此本質ヨリ論スレハ權利ハ寧ロ意思ヲ元素トシテ成立スト云ハサルヘカラス何トナレハ意思ハ即チ目的ヲ述スル手段ナレハナリ抑モ目的ト手段トハ決シテ離ルルコトヲ得サルモノニシテ隨テ此二者カ各全體ヲ異ニスルコトハ有リ得ヘカラルナルコトナリ利益ハ意思ノ目的ニシテ意思ハ利益ノ手段ナルカ故ニ法律上二者ハ常ニ主體ヲ同一ニスト視サルヘカラス故ニ法カ一人ノ目的ヲ認メタルトキハ之ト同時ニ手段ヲ與ヘサルヘカラサル性質ノモノタリ若シ又之ニ反シテ手段ヲ與ヘタルトキハ同時ニ利益ヲ認メサルヘカラス若シ二者カ其主體ヲ異ニスルトモハ意思ノ主體ハ欲スヘキ目的ナキニ如何ニシテ欲シ得ルカ利益ノ主體ハ欲スルヲ得サルニ如何ニシテ利益ヲ有スルカ之ヲ解スルニ苦シムヘシ故ニ若シ法カ二者ノ一ヲ與フレハ他ノ者ハ當然之ニ隨伴スト云ハサルヲ得ス例ヘハ無能力者ト代理人トノ關係及ヒ國家ト其機關トノ關係ニ於テ代理人又ハ機關ヲ組織スルモノノ事實上ノ意思ハ無能力者又ハ國家ノ法律上ノ意思ハ

ヲ畢竟此利益ト意思トシテ一ヲ舉クレハ他ハ當然之ニ隨伴スルモノトス而シテ前述ノ如ク權利ノ本質ハ意思ナルカ故ニ權利ハ意思ナリト論定スレハ利益ハ自ラ之ニ隨フモノナリト此議論ハ折衷論トシテ舉ケラレハモ實ハ意思說ナリ唯其意思說ニ加フルニ利益ト意思ト離レサルト云フ理ヲ以テセシメ利益ト意思トカ法律上其一ヲ缺クヲ得サルノ論ハ甚タ可ナリ然レトモ此議論ハ畢竟意思ナルカ故ニ猶ホ意思說ニ對スル非難ハ免ルルコト能ハス何トナレハ此論者ト雖モ權利ノ主體ヲ定ムルニハ先ツ事實上意思ノ何レニ在ルヲ問ハス利益ノ存スル所ヲ求メテ之ニ意思ヲ屬セシメ而シテ權利ノ有無ヲ定メサルヘカラス故ニ意思說ヲ述ヘシ場合ニ論セシ不都合ハ亦此論ニ付テモ生シ得ヘキモノタリ或ハ曰ク權利ト權利ノ主體トハ觀念上別物タリ故ニ權利ノミヲ論スルニテハ必スシモ權利ノ何レニ存スルヤヲ問ハスシテ可ナリ即チ權利ハ意思ニシテ權利ノ在ル所ハ利益ノ在ル所ナリト別別ニ論スルモ不可ナリ然レトモ此ノ如クシテ權利ノ觀念ヲ定ムル效用甚タ少ク單ニ權利ヲ論シテ權利ノ主體ハ何ホ知ル能ハサルカ如キハ未タ完全ナル觀念トハ云フヘカラス寧ロ權利ハ利

民兵義勇兵又ハ國防ノ爲メ自ラ兵器ヲ執リテ抵抗スル人民ノ團體ト雖モ一定ノ事情ニ於テ戦闘者ノ待遇ヲ受クヘキモノトス而シテ戦闘者トシテ戰爭ニ從事スル者ハ其本國人タルト外國人タルトヲ問ハサルノミナラス縱令中立國人民ト雖モ苟モ戰爭ニ加ハル以上ハ即チ敵國人ト看做サレ其權利義務ヲ有スルモノタリ總テ戰爭ニ於テ交戦國ハ第三國ノ人民ヲ軍隊ニ雇入レ又ハ編入スルト否トハ其國法ニ依ルヘク又第三國モ其人民ニ對シテ他國ノ戰爭ニ從事スルヲ禁スルト否トハ其國ノ任意ニテ國法ヲ以テ規定シ得ヘク而シテ國際公法上第三國人民ヲ強制的ニ其軍隊ニ編入シ戰爭ニ從事セシメ得ヘキ場合ハ單ニ野蠻人ノ襲撃ニ遇ヒタル地方ノ防戦又ハ内亂若クハ外患ノ場合ニ於テ單ニ地方警察ヲ維持スルニ必要ナルニ過キサル場合即チ政治上ニ無關係ニシテ其地方ノ秩序又ハ人民ノ身體財產ニ直接ニ危險ト爲ル場合ニ於テノミ之ヲ行ヒ得ヘク此等ノ者ハ國家間ノ戰爭ニ於テハ兵士トシテ之ヲ募集スヘカラスルニ拘ラス其人民ノ任意ニ依ルカ又ハ本國政府ノ許可ニ由リテ之ヲ軍隊ニ使用スルハ各ムヘカラスシテ斯ル場合ニ於テハ其人民ノ中立國タル本國ノ保護ノ下ニ立ツ

館ハス交戦國ハ之ヲ敵人ト同一ノ待遇ヲ爲スルモノトス。古來問題ト爲リタルハ民兵、義勇兵及ヒ戰國ノ戰國者ト看做スヘキヤ否ヤニ付キ古來問題ト爲リタルハ民兵、義勇兵及ヒ戰國ノ爲メ人民自ラ蜂起シテ敵軍ニ抵抗スル場合ニシテ那破翁一世ハ義勇兵ヲ戰國者ト認メス人民ノ蜂起シテ防戦ヲ爲ス者ニ對シテ戰國者ノ待遇ヲ與ヘス悉ク死刑ニ處スルコトト爲シ「リニラント」モ佛國ニ侵入スルニ際シ報告ヲ出シ兵器ヲ以テ公然ニ出ラヌシテ戰爭ニ從事スル者ノ村落ヲ燒キ之ヲ死刑ニ處スルコトトシ「ハレツク」ハ土着ノ人民ニシテ戰爭行為ヲ爲スヲ強盜ト看做シ俘虜ト爲ルトキハ犯罪者トシテ處刑セラルヘキモノナリト説キ「マルタシヌ」モ亦同一ノ説ヲ採リタルニ反シ「クリニーパー」「ホイートン」ノ如キハ軍隊ノ外ニ民兵、義勇兵ヲモ戰國者ト看做スヘキコトヲ説ケリ畢竟スルニ第十八世紀ノ初ヨリ大ナル陸軍ヲ有スル國ニ於テハ戰爭ニ際シ民兵、義勇兵ヲ使用スルノ必要ナカリシカ那破翁戰爭中ニ於テ諸國ハ之ヲ用フルノ必要ヲ生シ以テ軍隊ノ不足ヲ補ヒテヨリ遂ニ民兵、義勇兵ノ使用ヲ列國ノ認ムルニ至リタルモノニシテ千八百七十年普佛戰爭ニ於テ佛國ハ義勇兵ヲ使用シタルニ獨逸國ハ同年八月布告ヲ發

シ佛國義勇兵ハ其政府ヨリ付シタル徵號ヲ有シ士官ノ命令ノ下ニ立テ規則立テタル軍隊ニ屬シテ其一部ヲ組成シ且ツ制服ヲ着スル者ニ非サル以上ハ戰國者ト看做サス強盜ナリトシテ死刑又ハ十年間ノ徒刑ニ處スルコトトシ義勇兵ヲ戰國者ト認メサリシニ由リ佛國政府ハ之ニ抗議シテ義勇兵モ亦戰國者タルコトヲ論シ且ツ同國義勇兵ハ一定ノ制服ヲ着シ其袖ニ赤筋ノ徽號アルカ故ニ戰國者ノ資格ニ缺タル所ナキヲ主張シ獨逸國ハ佛國農夫モ同一ノ服裝ヲ爲ス者多ク又赤筋ヲ附着スルモ遠方ヨリ識別シ得ヘカラサルニ由リ之ヲ戰國者トシテ取扱フコト能ハサルコトヲ抗論セリ。此問題ハ千八百七十四年歐洲十三箇國代表者ノ會合セル「ブルツセル」會議ニ於テ議論アリタル所ニシテ小國ハ舉テ其利害關係上民兵、義勇兵ヲ始メ一般人民ト雖モ國防ニ從事スル者ヲ戰國者ト看做サルヘキコトヲ主張シ大ナル陸軍ヲ有スル國ハ戰國者ノ範圍ヲ縮少セシメント力メ其結果トシテ同宣言第九條ニ於テ戰國者タルヘキ者ヲ規定シ戰爭ノ法則權利及ヒ義務ハ軍隊ノ外左ノ條件ヲ備フル民兵、義勇兵團ニモ適用スヘキモノトセリ。

第一 團體ノ上ニ立テ部下ニ代リテ責任ヲ有スヘキ者アルコト

第二 確定且ツ分明ナル徽號ヲ有シ遠方ヨリ識別シ得ヘキ者ナルコト

第三 公然兵器ヲ携帯スルコト

第四 其動作ニ付キ戰爭ノ法則及ヒ慣例ヲ遵守スルコト

ト爲シ又同條ニ附言シ民兵ニシテ陸軍又ハ其一部ヲ組織スル國家ニ於テハ其民兵ハ陸軍ノ名義中ニ包含スヘキモノト規定シ昨年海牙府平和會議ノ陸戰例規ニ於テハ此條項ヲ修正シ民兵若クハ義勇兵團ノ陸軍又ハ其一部云ト改メタルモ是レ單ニ文字ノ修正ニ過キスシテ民兵ト云ヒ義勇兵ト稱スルモ國際公法上差異アルコトナク斯ル兵士ヲ以テ陸軍ノ全部又ハ一部ヲ組織スルトキハ戰闘者ト看做スヘキハ異論ナキ所タリ其他敵國軍隊ノ自國ニ對スル方リ都市村落ノ人民ニシテ其土地財産ヲ敵人ノ手ニ入ルルニ忍ビス兵器ヲ執リテ敵軍ニ反抗スルコトナキニ非ス斯ク自國ノ運命將ニ決セントスルニ方リ身ヲ犠牲トシテ敵軍ニ抵抗スル者ヲ目シ戰闘者ニ非サルノ故ヲ以テ直チニ強盜ト看做シ刑罰ニ處スルハ其情憫ムヘキニ由リブルツセル宣言第十五條ニ於テ未

タ占領セラレナル地方ノ人民ニシテ敵軍侵來ニ際シ第九條ノ規定ニ從ヒ編成ヲ立ツルノ違ナク自然ニ兵器ヲ執リテ侵入軍隊ニ抵抗スル者ニシテ若シ戰爭ノ法則及ヒ慣例ヲ遵守シタルトキハ戰闘者ト看做スヘキコトヲ規定シタリ此等ノ規定ハ千八百八十年オックスフォード國際法協會ノ決議シタル陸戰法規中ニ於テモ採用スル所ト爲リ其第一條ニ於テ國家ノ兵力トハ(第一)ニ陸軍ト正當ニ稱スヘキ者ニテ民兵ヲモ之ニ包含スト爲シ(第二)ニ國防兵國民軍及ヒ左ノ條件ヲ有スル一切ノ團體トシ其條件ハ前記セルブルツセル宣言第九條ト同一ノ意義ニ於テ之ヲ採用シ(第三)ニ海軍ノ將士其他海軍ニ屬スル人員トシ(第四)ニブルツセル宣言第十五條ニ記載セル場合ニ於テ其人民ノ抵抗ヲ戰闘者ト看做スト規定シ昨年平和會議決議ニ於テモ第十條ノ修正ヲ除クノ外ハ戰闘者ニ關シテ全然ブルツセル宣言ト同一ノ規定ヲ爲セリ

ブルツセル宣言其他ニ由リ今日ニ於テハ戰闘者非戰闘者ノ區別明瞭ト爲レリ而シテ何レノ場合ニ於テモ戰闘者タルヘキ者ハ公然兵器ヲ取りテ抵抗スヘキヲ要スルニ由リ縱令軍籍ニ在ル兵士ト雖モ其服裝ヲ偽リ敵ヲ襲撃スルカ如キ

ハ不法ニシテ戰鬪者ノ待遇ヲ受ケル能ハス又軍隊ノ兵士ハ固ヨリ一定ノ軍服ヲ着シ民兵義勇兵等ニ至リテハ制服ヲ必要トセスト雖モ少クモ帽子又ハ衣服ニ遠方ヨリ見分ケ得ヘキ一定ノ徽號ヲ附着スルヲ要シアルヲセル會議ニ於テ獨逸代表者ノ論ニタルカ如ク其徽號ハ取捨自在ナルヘカラスシテ固着スルヲ必要トス又其徽號ヲ遠方ヨリ識別スヘカラサルニ於テハ普通人民ト區別スル能ハサルニ由リ之ニ戰鬪者ノ待遇ヲ與フル義務ヲ負ハサルモノトス更ニ又敵軍ノ襲來スル場合ニ限リ其服裝ノ如何ニ拘ラス又徽號ノ有無ヲ問ハス國防ノ爲メ人民ノ蜂起シテ戰争ニ從事スル者ハ戰鬪者ト看ルヘキモノトス此點ニ付キ注意ヲ要スルハ其地方ノ未タ敵軍ヨリ占領セラレ居ラサルヲ必要トシ一旦軍隊ノ占領ト爲リタル以上ハ人民ノ之ニ抵抗スルハ軍律ヲ以テ罰セラルヘキ犯罪ニシテ戰鬪者ノ待遇ヲ受ケルコト能ハス而シテ何レノ場合ニ於テモ戰鬪者タルヘキ者ハ公然兵器ヲ執ルコトノ外戰争ニ關スル法則ヲ遵守スヘキモノタルハ論ナキ所トス

ブルツセル宣言ハ歐洲諸國代表者ノ調印ヲ止マリ當時普佛戰争ノ後ヲ承ケ列

國間ニ猜疑心強カリシ爲メ遂ニ批准ヲ得スレテ止ミタリシモ千八百七十七年露土戰争ニ於テ露國ハ全然其規定ヲ實行シ宣言ノ規定ニ付テハ諸國ノ非難又ハ學者ノ攻撃ヲ爲シタル者ナキノミナラス千八百八十年ラッヂスフホードニ開キタル國際法協會ニ於テ其規定ヲ採用シテ陸戰法規ヲ編成シ其規定スル所ハ新ニ國際公法ノ法則ヲ設ケ又ハ在來ノ規則ヲ變更セタルニ非スシテ當時列國間ニ行ハレタル法則ヲ表明シ疑問ト爲リ居ルモノヲ討論ノ末一定セタルニ過キサルニ由リ自ラ國際公法ノ法則ヲ明瞭ナラシメタルモノト看做スヘク而シテアルヲセル宣言其他ニ規定ナキ所ナレトモ交戦國ハ果シテ野蠻人ヲ使用シ戰争ニ從事セシメ得ヘキヤ又斯ル場合ニ於テ之ヲ戰鬪者ト看做スヘキヤ否ヤハ一ノ問題ニシテ前世紀ニ於テ米國獨立戰争並ニ英佛兩國ハ亞米利加ニ於ケル戰争ニ互ニ印度人ヲ使用シ千八百十二年英米戰争ニモ同人種ヲ互ニ殺戮又ハ使用シ千八百四十八年露埃戰争ニ於テ露國ハ「サウカシアン」人種ヲ用ヒ千八百七十七年露土戰争ニ於テ土國ハ「パロパゾトク」人ヲ以テ「ブルガリヤ」人ヲ征シ今日ニ於テモ歐洲諸國ハ殖民地ニ於ケル戰争ニ於テ野蠻人ヲ用フルノ例夥シ

ク國際公法ニ於テモ未ダ野蠻人ヲ使用シ能ハストノ法則存在シタルコトナシ
然レトモ國際公法ニ於テハ野蠻人其他文明國以外ニ於ケル國民ハ之ヲ國家ト
看做スコトナク隨テ野蠻人ニ對スル戰爭ハ斯法上ニ於テ戰爭ト稱スヘキモノ
ニ非サルニ由リ斯ル戰爭ニ野蠻人ヲ使用スルト否トハ國際公法上決シテ關係
セサル所ナレトモ文明國間ノ戰爭ニ於テハ野蠻人ヲ使用スルハ決テ獎勵ス
ヘキモノニ非サルノミナラス之ヲ使用スルニ付テモ正式ノ兵士トシテ軍隊ノ
操練ヲ受クルモノト野蠻人ノ酋長ノ指揮ノ下ニ一任シテ之ヲ自國軍隊ノ同盟
又ハ補助トシテ使用スルノ二種アリテ兵士ヲ野蠻人種ヨリ採用シ之ニ訓練ヲ
與ヘテ軍隊ヲ組織スルハ決シテ咎ムヘカラサル所ナレトモ其酋長ノ下ニ置キ
其野蠻の戰闘ノ方法ニ一任シテ同盟又ハ軍隊補助ト爲スハ之ヲ戰闘者ト看做
シ得ヘカラサルハ勿論苟モ列國間ニ行ハルル戰爭ノ法則ヲ遵守セシメ之ニ依
リ動作ヲ爲サシメサル以上ハ國家ハ決テ野蠻人ヲ戰爭ニ使用シ得ヘカラサ
ルカ如クニ其野蠻人全體共其國家ニ對シテ宣誓ニ付テハ同盟ノ非戰闘者
トシテ其野蠻人全體共其國家ニ對シテ宣誓ニ付テハ同盟ノ非戰闘者

第三節 非戰闘者

戰爭中戰闘者以外ノ普通人民ハ少クモ第十七世紀ノ後半ニ至ルマテハ軍隊ノ
任意ニ殺傷ヲ行ヒタル所ナレトモ社會ノ進歩ト共ニ非戰闘者ハ殺傷又ハ暴行
ヲ受クヘカラサルコト一般ノ認ムル所ト爲リ十八世紀ニ入りテハ其法則ノ諸
國ニ依リテ認知セラルルニ至リタルモ猶ホ戰爭ニ於テ正當ノ理由ナク苛酷ノ
待遇ヲ受ケタル實例少カラスシテ攻撃ヲ受クル地方ノ人民ハ屢々占領國ニ服
從ヲ宣誓シ時トシテハ之ヲ強迫セラレタルコトナリシカ今日ニ於テハ非戰闘
者ハ決シテ其本國ニ對スル服從關係ヲ戰爭ノ爲メ變更セザラサルコトナク
軍ニ敵國軍隊ニ抵抗シ又ハ本國軍隊ニ助力若クハ通信スルトキハ刑罰ニ處セ
ラルヘキモ平穩ニ生活ヲ營ム以上ハ縱令敵軍ニ由リ其地ノ侵略セララル場合
ニ於テモ其生命財産ヲ侵害セララルコトナキニ至レリ
交戰國軍隊ノ敵國ニ侵入スルニ當リ非戰闘者ハ平和ニ生活シ軍隊ノ適法ナル
要求ニ應スル以上ハ其身體並ニ家族ノ名譽ハ害セララルコトナク却テ軍隊ノ

爲メ保護セラルヘキモノニシテ信教ノ自由ヲ有シ私權ヲ侵害セザルコトヲ
又本國ニ反對スル戰爭ニ從事スヘキ強迫ヲ受テヘキモノニ非スルヲ軍
隊ノ必要ニ由リ嚮導者ト爲リ又ハ軍用品ヲ運搬スル或ハ徵發課金ノ賦課ヲ許ス
ルコト能ハサルニ止マリ其嚮導者ノ誠實若クハ徵發課金ヲ保證スル爲メ人質
ヲ取ラルルコトアレトモ苟モ戰爭行為ヲ妨害セザル限リハ敵意ノ行為ヲ受ケ
サル特權ヲ有シ又縱令非戰國者ノ軍隊ニ從ヒ戰地ニ在ルトキト雖モ其特權ヲ
失フモノニ非スシテ軍隊中ニ在ル軍吏醫師通信者電信郵便ノ技手又ハ敵國外
交官或ハ運送船ノ船員ノ如キ直接ニ兵器ヲ執リテ戰爭ニ從事セザル者ハ悉ク
戰爭ノ加害ヲ被ルモノニ非ス然レトモ斯ル非戰國者ノ軍隊ニ使用セラレ之ニ
隨行スルニ付テハ戰爭ニ伴フ間接ノ危險ヲ被ルコトハ勿論又時トシテハ敵軍
ノ爲メ事情ニ由リ俘虜トセララルコトヲ免レヌシテ「アルコセル」宣言第十一條
及ヒ陸戰例規第三條ニ於テモ「交戰國ノ軍勢ハ戰國者及ヒ非戰國者ヨリ成立シ
敵國ニ由リ俘虜トセララルトキハ共ニ戰爭ノ俘虜タル待遇ヲ受クヘキモノト
規定セリ

交戰國ノ敵國ノ都市ヲ襲撃シ又ハ之ヲ攻落シタル場合ニ於テモ其人民ハ決シ
テ生命財產ノ侵害ヲ受クルモノニ非ス「アルコセル」宣言及ヒ陸戰例規第二十八
條ニ於テモ肉薄突進ヲ以テ陷レタル市府又ハ其他ノ地域ト雖モ掠奪ヲ行ウコ
トヲ禁スト規定セリ而シテ非戰國者ノ生命財產ノ安全ナルコトハ敵軍ヨリシ
テ故意ノ加害ヲ被ルコトナキニ止マリ海軍又ハ陸軍ノ自國戰國者ニ對スル戰
争行為ヨリシテ損害ヲ受クルコトアルハ咎ムベカラサル所ニシテ例ハハ敵國
兵士ヲ搭載スル運送船又ハ涼車ヲ砲撃ノ爲メ其列車若クハ船舶中ニ在ル非戰
國者ヲ殺傷シ或ハ城壘ヲ砲撃スルニ當リ其城中若クハ近傍ノ村落ニ在ル非戰
國者ニ損害ヲ及ホス如キ若シハ戰場ニ當リタル村落ヲ戰爭ノ必要上破壊スル
カ如キハ毫モ戰時公法ノ法則ニ違反セザルノミナラス斯ル砲撃ハ果シテ戰爭
ノ目的ヲ達スルニ必要ナリシキ否キヤ問フヘキモノニ非ス然レトモ往往戰爭
ニ於テ敵國城壘ヲノミ砲撃スルニ止マラス例テ其近傍ノ民家ヲ故意ニ砲撃ス
ル敵兵ノ降伏ヲ早メントスルコト展行ハルル所ニシテ斯ル行為ハ慣例上咎ム
ベカラサルカ如シト雖モ是レ全ク非戰國者ニ對スル法則ニ違反シ又軍略上

缺クヘカラサル事由アルニ非ナレハ理論上決シテ許スヘカラス隨テ「アル」モ
ル「宣言」及「陸戰例規」ニ於テモ防守セザル市府村落ノ住居又ハ建築物ハ之ヲ襲
撃若クハ砲撃スルコトヲ得サルコトトシ又防禦アル市府村落ヲ襲撃スルニ於
テハ司令官ハ成ルヘク之ヲ人民ニ豫メ通告スヘキコトヲ規定セリ
千七百九十年露國兵士ノ「イスマイル」ヲ陥レタルニ際シ兵士ト人民ノ區別ナク
殺傷ヲ行ヒ千八百三十七年佛國ノ「コンスタンチン」府ヲ陥レタルトキ三日間人
民ニ對シテ殺傷ヲ行ヒ千八百五十七年英國ノ「デル」ヲ攻メタルトキ婦女小兒
ノ多數ヲ救助シタルモ兵士ト否トヲ問ハス殺戮シタル如キハ近世戰爭
ニ於テ非戰國者ニ對シテ不法ノ行為ニシテ其兵士ノ制スヘカラザリトノ辯解
アリテ又實際斯ル事情ノ存シタルニ拘ラズ今日ニ於テハ同一ノ行為ハ文明國
ノ耻辱ト爲ス所ナリ加之陸戰例規第二十六條ニ於テ規定セルカ如ク攻擊軍ノ
司令官ハ突貫進撃ノ場合ノ外ハ其砲撃ヲ始ムル前ニ其權内ニ屬スル總テハ手
段ヲ以テ其旨ヲ官廳ニ通告スヘク又事情ノ許ス限リハ豫メ其地方人民ヲシテ
之カ爲メ危害ヲ被ルコトヲ避ケシムヘキモ又近來ニ於テハ攻撃ヲ始ム

ルニ先テ包圍中ニ在ル婦女兒童ヲシテ其地ヲ退去セシメタルコトアリ千八百
七十年普佛戰爭ニ於テ獨逸軍隊ノ「ストラスブル」ヲ襲撃スルニ際シ非戰國者
ヲシテ其軍營ヲ横切リ安全ノ場所ニ退去ヲ許セルカ如キハ其器ハ一般ニ釋揚
スル所ナレトモ未タ交戰國ノ義務ト爲スコト能ハズ現ニ同戰爭中ニ於テモ獨
逸軍ノ「巴里」府ヲ圍ミタルニ當リテハ之ヲ飢渴ニ由リ陥レントシタルヲ以テ獨
逸軍ハ非戰國者ト雖モ退去ヲ拒絕シタルヲ以テ之ヲ證スヘク苟モ軍隊ノ必要
上戰爭ノ行為ニ因リ非戰國者ノ危害ヲ被ルハ決シテ咎ムヘキニ非ス

第四節 俘虜

第一款 俘虜ノ性質

古代ニ於テハ戰爭ノ俘虜ハ之ヲ捕ヘタル個人ニ於テ所有シ自由ニ殺戮シ得ヘ
ク之ヲ奴隸ト爲スハ專ラ寛大ノ行為ト看做サレ俘虜ヲ奴隸トスルハ慣習ハ少
クモ第十八世紀ノ初ニ至ルマテ其形跡ヲ存セリ然レトモ中世ニ於テ俘虜ノ捕
取者ハ奴隸トシテ終身之ヲ使用スルノ代リニ金錢ヲ以テ償還スルノ慣習ヲ生

第十四世紀中ニ於テハ國王ハ其俘虜ヲ賠償スル代價ヲ定メ第十七世紀ニ入
リテハ條約ヲ以テ國家カ之ヲ賠償スルコトト爲リ此慣習ヲ生スルト同時ニ交
戰國ハ更ニ俘虜ヲ交換スルコト行ハルルニ至リ交換及ヒ賠償ヲ同時ニ條約ニ
定メタルモノ少カラス千七百八十年英佛條約ハ俘虜賠償ノ最後ノ條約ニシテ
將官ハ兵士六十人ト交換シ兵士一人ヲ一磅トセルヲ以テ觀ルモ俘虜ニ關スル
觀念ノ社會進歩ト共ニ大ナル變遷ヲ來シタルモノトス現行國際公法ニ於テ俘
虜ノ性質ハ如何ト云ハハ總テ俘虜ハ國家ノ俘虜ニシテ昔時ノ如ク之ヲ捕ヘタ
ル個人又ハ軍隊ニ屬スヘキモノニ非ス又其待遇ニ付テモ昔時トハ全ク其原則
ヲ異ニシ俘虜ハ決シテ罪人ニ非ス又敵國ニ對スル復讐ノ目的物ト爲ルヘキモ
ノニ非ス敵國ノ戰鬪者又ハ敵軍ニ力ヲ盡ス敵國人ニシテ戰爭ニ由リ降伏若ク
ハ捕收セラレタル者ニシテ換言セバ國家ノ權力ノ下ニ在ル無辜ノ敵國人ト看
做シ仁愛ヲ以テ待遇サルヘキモノト爲スニ至レリ
今如何ナル人ヲ俘虜ト爲シ得ヘキヤト云フニ總テ戰爭ニ於テ殺傷シ得ヘキ者
ハ其降伏又ハ捕收ニ因リ俘虜ト爲シ得ヘシ又敵人ヲ俘虜ト爲スハ戰爭ニ於テ

敵ニ暴力ヲ加ヘ得ヘキ原則ノ寬大ナル行使ニ因リ其俘虜ト爲シ得ヘキ範圍ハ
單ニ戰鬪者ニ限ラス非戰鬪者ト雖モ敵國又ハ敵軍ニ在リテ有力ナル者若クハ
其敵國ニ在ルハ自國ノ不利益ト視ルヘキ者ハ悉ク俘虜ト爲シ得ヘシ隨テ敵國
ノ君主皇族又ハ政府ノ高官外交官其他特別ノ事情ニ因リ戰爭ニ關シテ敵國ニ
有力ト認ムヘキ者又ハ軍隊ニ助力スル傭員軍隊嚮導者通信員電信郵便ノ技術
者等ノ如キハ兵器ヲ以テ抵抗セザル場合ニ於テモ俘虜ト爲スヲ得ヘシ
其他商船ノ水夫ハ何時ニテモ軍艦ニ轉用セラレ得ヘキ理由ニ據リ俘虜ト爲シ
得ヘシ此點ニ付キ問題ノ生シタルハ千八百七十年普佛戰爭ニ於テ佛國ハ獨逸
商船ノ水夫ヲ俘虜ト爲シタルニ獨逸政府ハ之ニ抗議シ其權利ヲ拒ミ直テニ解
放スルニ非サレハ復仇ノ手段ヲ執ルヘキコトヲ以テシ其理由トセル所ハ商船
ノ水夫ヲ俘虜ト爲ス唯一ノ目的ハ單ニ私船ヲ以テ海上捕獲ヲ行フ者ヲ戒却ス
ルニ過キス然ルニ佛國ハ千八百五十六年巴黎宣言ニ關シ獨逸ト共ニ其同盟國
タルヲ以テ兩國共ニ私船ノ拿捕ヲ禁スルカ故ニ商船ノ水夫ヲ俘虜ト爲ス理由
ナキコトヲ説キ佛國政府ハ之ニ答ヘテ曰ク商船ノ水夫ヲ俘虜ト爲スノ慣例ハ

古來爭フヘカラサル所ニシテ巴黎宣言ニ關係ナク總テ商船ノ水夫ハ戰爭行為ニ大ナル關係アル軍艦使用ニ何時ニテモ供セラレ得ヘク且ツ獨逸國ニ於テハ航海ヲ業トスル人民ハ海軍ノ徵集ニ應スヘキコトト爲シタルニ由リ之ヲ俘虜トスルノ理由ハ一層大ナルコトヲ以テセリ此佛國ノ議論ハ正當ニシテ國際公法上水夫ヲ俘虜ト爲シ得ヘキハ疑ナク加之交戰國商船ノ水夫ハ特別ノ性質ヲ有シ戰鬪者ト非戰鬪者トノ間ニ立ツヘキモノニシテ戰爭中其任意ニテ敵國ヲ攻撃スルコト能ハスト雖モ若シ敵國軍艦ノ爲メ商船ノ攻撃ヲ受クルトキハ水夫ハ之ニ對シ防戦シ得ヘク此場合ニ於テハ戰鬪者ノ資格ヲ有シ普通一般ノ非戰鬪者ニシテ敵軍ニ兵力抵抗ヲ爲スモノノ如ク犯罪トシテ罰セラルヘキモノニ非スシテ若シ捕ヘラルルトキハ依然俘虜ノ待遇ヲ受クヘキモノタリ然レトモ其水夫ノ自ら進ミテ攻撃ヲ爲スハ一般ノ非戰鬪者ノ兵力抵抗ヲ爲スト同レク普通犯罪トシテ罰セラルヘキモノトス而シテ之ニ唯一ノ例外タルハ沿海漁業者ニシテ漁業者ハ一般ニ保護セラレ俘虜トセラレサルノ理由ハ海上捕獲ノ章ニ於テ詳説スヘシ

十歳マテノ者ヲ正丁ト名ケ之ヲ三分シテ其一ヲ軍團ニ入レ以テ兵士ト爲ス又此中ヨリ交替シテ上京ヲ命シ宮衛ノ任ニ當ラシム即チ前ニ所謂衛士是ナリ奈良ノ朝ニ至リテヤ百度弛廢シ軍團ノ兵士モ亦奔命ニ勞ルル所アリ是ニ於テ軍團ハ一時之ヲ廢シ或ハ健兒ナル者ヲ設ケ警察ノ事ヲ司ラシメタリシガ又其實ヲ擧クルヲ得ナリキ延喜以後紀綱彌亂レ不逞ノ徒四方ニ起ル是ニ於テ押領使追捕使ヲ設ク但シ此等ハ共ニ常設ノ官職ニ非ス此時ニ當リ京師ハ柔弱ノ風大ニ行ハレ衛府ノ武人モ其濁流ニ沈ミ警察ノ事又之ヲ顧ミサルニ至ル是ニ於テ嵯峨天皇ノ弘仁年中(千四七)始メテ檢非違使廳(略シテ使廳)ヲ置キ漸次其職ヲ盛ニスルニ至レリ是ヨリ檢非違使ノ權力ハ重大ニ赴キ衛府ノ追捕彈正ノ糾彈刑部ノ判斷京職ノ訴訟ハ皆此廳ニ歸スルニ至レリ後又諸國ニ之ヲ置キ權威漸ク重ク爲リテ刑部彈正衛府ハ遂ニ其職ヲ失フニ至レリ(三代實錄)又此職ノ長官タル別當ハ衛門兵衛ノ督ヨリ之ヲ兼ネ佐尉志モ亦皆衛門府官人ノ兼ムル所タリ故ニ此職ニ在ルヲ稱シテ宣旨ヲ蒙ルト云ヒ武人ハ非常ノ名譽ナリトモリ平將門カ檢非違使タランコトヲ求メ其意ヲ得スシテ遂ニ謀反ヲ企テタル

ヲ見テモ其重職タリシ事ハ想見スヘキナリ此ノ如ク檢非違使ハ管内ヲ巡檢シ
 盜賊ヲ追捕スル等今日ノ所謂警察官ノ職ヲ行ヒタルモノナリ其他地方モハ鎮
 守府陸奥出羽按察使秋田城司押領使追捕使等アリ臨時ノ官ニハ閭民疾苦使檢
 損田使賑給使等アリ(抄原)淳仁天皇ノ時彈正臺ヲ改メテ亂政臺ト爲ス其他改ム
 ルモノ多シ阿部仲麿ノ言ニ依リテ唐制ニ模擬セシナリ(續日左)ハ時代ニ於テハ
 警察ハ軍務行政トハ稍ヤ分科スルニ至リシモ未タ全ク分科セス而シテ司法ト
 ハ明カニ混同セシヲ見ルヘシ
 是ヨリ延喜以後檢非違使ノ職ハ有名無實ト爲リ豪民諸國ニ起リ財ニ由リテ官
 位ヲ得ル者多ク遂ニ警察官吏ノ名稱モ庶民ノ反稱ト爲ルニ至レリ此時代ニ當
 リ軍國ハ既ニ跡ヲ絶チ兵權全ク武門ニ歸シ朝家ノ守衛タル六衛府ノ官職復タ
 其用ヲ爲サス是ニ於テ宇多ノ時禁中ニ瀧口ノ武士ヲ置キ白河ノ時又院中ニ北
 面ノ武士ヲ設ケ警衛ニ充テラル左レハ此時代ニ於テハ警察權ハ全ク武門ニ推
 移シタルモノト云フヘシ
 十 第二期 鎌倉時代

史ヲ按スルニ源賴朝既ニ平氏ヲ亡ビヤ諸國ニ追捕使ヲ置キ自ラ總追捕使ト爲
 リ之ニ長タリ後追捕使ハ其稱ヲ改メ守護ト稱シ廣ク國政ニ關與スルニ至レリ
 是レ猶ホ現時ニ於テ各府縣知事カ警察權ヲ有スルカ如シ
 此時ニ當リ檢非違使ノ職ハ既ニ其跡ヲ絶チ北條ノ末代ニハ四十八所ノ番所ヲ
 置キ武士ヲシテ警衛セシム所謂四十八箇所ノ番トハ即チ是ナリ又京師ニハ兩
 六波羅アリキ武門ノ司ル所タリ六波羅探題ハ京都警衛ノ職ナリ承久ノ亂以後
 之ヲ置キテ時變ニ備フ
 賴朝ノ霸府ヲ鎌倉ニ開クヤ簡要ヲ旨トシテ制ヲ立テ政所問注所侍所ノ諸司ヲ
 置ク其政所ト侍所トハ公卿ノ家制ヲ襲キシモノナリ侍所ハ將士ヲ指揮シ專ラ
 警衛ノ事ニ與リ賴朝ニ從屬セル家人ノ總取締タリ柳營守備市中警察罪人決罰
 ノ事ニ與ル又戰亂アレハ軍議ニ干與スルヲ以テ最モ權勢アル重職ト侍所ノ
 長官ハ之ヲ別當ト稱シ非常ノ權勢アリシト云フ次官ハ之ヲ所司ト名ケ開闔ハ
 刑事ノ職タリ專ラ罪人ヲ調ヘ又拷問ノ事ヲ司ル寄人ハ取締ノ記録ヲ司リ小倉
 人ハ專ラ侍所ノ獄舎ノ事ヲ掌ル又檢非違使ノ時ヨリ放免(シク)ナル者アリ

ヲ罪過ノアル者ハ之ヲ許シ其報償トシテ探偵ノ職ニ當ラザル間注所ハ兼庶ノ
訴訟ヲ應決スル所タリ長官ヲ執事ト云フ執事ニ亞キテ寄人賦別奉行間注奉行
等ノ職アリ(北條記東鑑)

地方ノ職ニハ西海ニ鏡西奉行九州探題ヲ置キ長門ニ中國探題ヲ置キ東北ニハ
奥州總奉行アリ蝦夷代官アリ而シテ諸國ニハ守護莊園ニハ地頭ヲ分置ス守護
ハ盜賊ヲ追捕シ罪犯ヲ決罰ス(東鑑貞永式目)

第三期 戰國時代

足利氏ハ總テ鎌倉政府ノ聲ニ倣ヒタルヲ以テ政所侍所間注所等モ皆其跡ヲ存
セリ唯侍所ノ長官ハ之ヲ別當ト云ハスシテ所司ト稱シ所司ノ下ニハ所司代ヲ
置ケリ其他開闢寄人ノ類ハ皆鎌倉時代ニ於ケルカ如シ(武家名目抄)

侍所ノ職掌ヲ考フルニ概テ左ノ如シ
謀反人 強竊盜 山賊 海賊 殺害人 及傷 放火人 打擲 追落 刈田
刈田 右罪人ノ裁判ハ侍所ニ於テ之ヲ行ヒ罪人ト爲レハ之ヲ侍所ニ送リ禁囚拷問ハ

總テ此處ニ於テ之ヲ行フ

其他特ニ名家ノ爲メニ設ケタル三職アリテ相伴衆國持衆御伴衆ト云ヘリ又三
十六ノ奉行アリテ諸事ヲ分掌ス尙ホ地方ノ職ニハ關東管領九州探題奥州探題

羽州探題アリ又諸國ニハ守護守護代總領地頭等アリ
應仁ノ亂以降ハ所謂群雄割據ノ時代ト爲リ諸侯ノ家臣ハ之ヲ家老用人等ト稱

スルニ至レリ又此時ニ當リ目付横目等ノ監察職起ルニ至ル蓋シ目付ノ名ハ素
ト侍所ニ附屬セル探偵ニ起因シ戰國ノ世ニ至リテハ軍陣中ニテ軍士ノ勳怠非

違ヲ察シ賞罰ノ當否ヲ定メ又敵國ノ消息ヲ伺フノ職タリ
織田氏ハ兵馬恠惚ノ間ニ奔走シ未タ職制ヲ定ムルノ逸十カリシト雖モ豊臣氏

海内ノ大半ヲ平定シタルトキハ奉行五人ヲ置キテ政務ヲ管理セシメ諸國ニハ
大名ヲ封シ國郡ヲ管轄セシム蝦夷ハ松前氏之ヲ管シ土人ヲ以テ東西蝦夷奉行
ト爲セリ

警察ニ關スル法令モ豊臣氏ニ至リテハ稍ヤ見ルヘキモノアリテ之ヲ大ニシテ
ハ諸大名ヲ控制シ之ヲ小ニシテハ庶民ノ僭上ヲ抑ヘ風俗ノ紊亂ヲ矯正スルニ

意ヲ用ヒタルモノノ如シ其大要ヲ云へハ先ツ諸大名ノ私ニ條要シ又ハ盟約ヲ結フヲ禁シ侍妾ヲ多ク蓄フルヲ禁ス又乗物御免ノ衆竝ニ古公家長老出世ノ乘ヲ除ク外壯年ナル者ノ乘與ヲ禁ス但シ五十以上ノ者ニハ路程一里以上ナレハ之ヲ許ス又貴賤ヲ論セス主人ニ奉仕スル者ノ暇ヲ乞ハスシテ恣ニ出ツルヲ禁シ庶民ノ武器ヲ沒收シテ爭擾ノ患ヲ防キ田賦ヲ妨害スルヲ禁シ喧嘩口論ハ堪忍スル者ヲ以テ優レリトシ相聞争スルニ至レハ理否ヲ問ハスシテ雙方共ニ同罪ト爲ス所謂喧嘩兩成敗是ナリ又特許ヲ得タル者ノ外衣紋ニ菊桐ヲ著クルコトヲ禁ス覆面シテ往來スルコト及ヒ諸士ノ裏附ノ袴裏附ノ足袋ヲ穿ツコトヲ禁シ又諸國ノ大小名ハ各家毎ニ特別ノ法令ヲ布キ或ハ壁書ナトト稱シ訓令スルモノアリ肥後侯加藤清正カ家士ニ申渡セシ條中ニモなくさみは可出存候ト稱シタル等尙ホ數個條ノ規定アリト雖モ之ヲ要スルニ當時警察ノ干渉セル範圍ハ頗ル廣漠ニシテ家事上ノ生活中ニモ侵入マタルノ跡ヲ見ルヘシ蓋シ何レノ國ニ於テモ社會ノ閑ケスシテ公法私法ノ未タ分科セザリシトキハ警察權

カ私法上ノ權利中ニ混同セルコトハ益々又免ルヘカラサルノ數ナリトモ
 第四期 德川時代
 德川時代ニ於テハ應仁以來諸侯カ國毎ニ混ニ法制ヲ定メタルト異ナリ制度文物ノ備ハリタルコトアルハ吾人ノ意想外ニ出ツル所ニシテ警察制度ノ如キモ見ルヘキモノ少カラス此時代ニ於ケル行政警察ハ遠ク北條氏ノ時代ニ起因シ司法警察ハ基礎ヲ唐ノ六典ニ取リ明律ヲ參照シ足利氏以來ノ慣例ヲ參酌シ殊ニ享保寛永ノ制度中ニハ頗ル稱揚スヘキモノアリト云フ
 德川氏ノ政ハ一ニ德義ヲ主トシテ政教一致ノ方針ヲ探リ事ノ簡易ナルヲ尊ヒ奈ニ繁雜ナル法令ヲ設ケス警察ニ關スル禁令ノ如キモ要旨ハ驅逸淫蕩ニ陥ラシメサルノ點ニ注目セリ故ニ一身一家ノ細事ニマテ干渉シ日常用フル魚菜ノ數用器ノ質ヲモ制限セリ其法令ノ大綱ヲ云へハ公家衆ニハ公家法度アリ諸大名ニハ武家諸法度（其第一條ニ正ス）武士（其第二條ニ正ス）僧徒ニハ僧家諸法度アリ旅本諸士ニモ條制（其第一條ニ正ス）庶民ニハ町村ニ高札ヲ立テ禁令（其第一條ニ正ス）親子兄弟夫婦（其第二條ニ正ス）始メテ諸親類（其第三條ニ正ス）トアリ揭示

スル等其注意ノ周到ナル殆ト意想外ニ出ツルモノアリ
 當時吏員ノ名稱ハ大ニ前代ト異ナリ政所侍所問注所ノ名稱ハ廢滅ニ歸シ從テ
 執權評定衆管領等ノ名稱モ其跡ヲ絶テ老中若年寄等ノ名稱起ルニ至レリ又徳
 川時代ニ當リ警察中最モ重職タリシハ大目付ニシテ古ノ彈正臺トモ稱スヘク
 老中ノ耳目ト爲リ萬石以上ノ大名ヲ監察シ總テノ規則ヲ管理シ訴訟ノ枉屈ヲ
 暢シ兼テ老中以下諸役人ノ非違ヲ監察ス(日本制度)又目付ハ大目付ニ亞クノ官
 職ニシテ若年寄ノ耳目ト爲リ萬石以下旗本ト稱スル者ノ非分非禮ヲ匡シ(陪臣
ノ非分非禮アリ)又目付ハ秘密ヲ探究スルノ職掌ナルヲ以テ密ニ風聞書ヲ上リ
 又ハ將軍ニ直申スルコトヲ得タリキ目付ハ其數十人アリテ勝手掛町方掛藏術
 掛ノ三分(勝手掛ハ將軍ノ年中支拂ノ改メ藝術アリ)御徒目付御小人目付ノ配
 下ニ屬シ所謂御家人下稱スル與力同心等ノ小吏ヲモ監察シタリ此ノ如ク目付
 ニ種種ノ區別アリシハ至ク其監察スヘキ人ノ身分ニ依リテ然リヤナリ是レ畢
 竟戰國ノ頃ニ於テハ軍人上下ノ組毎ニ其監察ヲ異ニセシニ職由セスンハアツ
 ス目附ハ目ヲ付ケルノ意義ニシテ一切ノ監察ヲ爲シ頗ル衆人ニ忌憚セラレタ

モ宗教ナルモノハ其種類ノ何タルヲ問ハス概シテ犯罪ノ防遏ニ對シ偉大ノ勢
 力アルヲ否認スル能ハス

獨逸ニ於ケルニ一般社會ノ各宗信徒ノ割合ハ人口百人ニ對シ

新教徒プロテスタント)……………六十二人七分

舊教徒(カトリック)……………三十五人八分

猶太宗徒(ユードン)……………一人二分

新教徒……………五十七人四分

舊教徒……………三十九人九分

猶太宗徒……………一人

ナリ是ヲ以テ觀レハ新教ハ舊教ニ比スレハ犯罪人ヲ出スノ割合幾分か寡少
 ナリト謂フヲ得ヘシ

所謂犯罪者ナルモノノ大部分ハ既ニ曾テ犯罪行為ノ爲メ刑法ノ處分ヲ受ケタ
 ル者ナルコトハ刑事統計上ノ事實ニシテ其數ニ於テハ國ニ依リ多少ノ差異ア

リト雖モ我國ノ如キハ累犯者ノ割合殆ト六割強ノ多キヲ占ム獨逸ニ於ケル最
 近ノ統計ニ據レハ處刑者總數ニ對スル累犯者ノ割合凡ソ百分ノ三十即チ三割
 ニシテ之ヲ男女ニ區別スレハ男百分ノ三十一女百分ノ二十二ノ割合ニ當リ又
 未成年者累犯ノ割合ハ男女ヲ通シテ凡ソ百分ノ十五ニ該當ス 割合異ナル者
 所謂累犯ナルモノノ見解ニ付テハ今尙ホ各國立法上ノ一致ヲ見ルニ至ラザ
 ルカ故ニ單ニ刑事統計表ニ現ハル事實ヲ以テ各國累犯ノ多少ヲ決定スル
 能ハス例ヘハ獨逸ニ在リテハ受刑後十年以内ニ於テ再ヒ六個月以上ノ自由
 刑ニ處セラレタル者ニ非サレハ累犯者ヲ以テ論キラレタルニ反シ我監獄統
 計上ニ現ハル所ノ所謂累犯者ナルモノハ苟モ一旦處刑セラレタル所ノ者ハ
 罪質及ヒ刑名ノ如何ヲ問ハス又初犯受刑後ノ經過如何ヲ論セス渾テ前科ア
 リト認ムル所ノ者ヲ包括シテ之ヲ稱ス故ニ我國ニ於ケル六割以上ノ累犯者
 アルヲ以テ直チニ三割ニ當ル獨逸ノ累犯者ヨリ絕對ニ多數ナリトハ謂フヘ
 カラス未タ正確ナル統計表ノ據ルヘキモノナシト雖モ各國累犯者ノ實數ハ
 平均大凡犯罪者總數ノ五割乃至六割ヲ占ムルモノト看テ大差ナカレヘシト

信ス

累犯ノ割合ハ犯罪ノ種類ニ依リテ著シキ相異アリ就中竊盜詐欺取財ノ如キハ
 累犯ノ割合最モ多キヲ占ムルヲ常トス獨逸ノ統計ニ依レハ 割合 百分ノ四
 官吏抵抗罪 百分ノ四
 詐欺取財 百分ノ三七
 強盜殺人 百分ノ三五
 竊盜 百分ノ三四
 偽證 百分ノ三二
 強盜 百分ノ三〇
 嬰兒壓殺 百分ノ三七

ノ割合ニ當ル官吏抗拒罪強盜殺人偽證強姦等ニ於テ累犯者ノ多數ナルハ獨逸
 國情ノ特徴トシテ之ヲ見ルヘシ殊ニ官吏抵抗罪ニ於テ累犯ノ多數ヲ見ル如キ
 ハ社會的殊ニ政治上ノ關係ニ基ク特殊ノ現象ナリト謂ハサルヲ得ス偽證強姦
 等ノ罪質ニ就テハ我國ニ於テハ始ト累犯ノ實例アルヲ見ス強盜殺人ノ如キモ

亦我國ニ在リテハ累犯ノ割合甚タ少シ也。又ハ社會的或偶然ノ原因又ハ關係ヨリ累犯者ハ通例慣習的犯罪者ト稱シ個人の又ハ社會的或偶然ノ原因又ハ關係ヨリ犯罪スルニ至ル所ノ所謂偶發的犯罪者ナルモノト之ヲ區別ス彼ノ竊盜罪ノ最多數其他詐欺故實媒合偽造贗造強盜浮浪罪等ヲ犯ス種類ノ者ハ大概所謂慣習的犯罪者ノ部分ニ屬シ政治的犯罪者ノ最多數其他偽證誣毀拐帶奸淫毆打殺人放火決闘等ヲ犯ス所ノ者ハ多ク之ヲ所謂偶發的犯罪者ノ部分ニ算入スルヲ得ヘシ偶發的ト慣習的ト其犯罪者タルニ至リテハ則チ一ナリト雖モ然レトモ之ヲ社會ニ危害ヲ加フルノ度ニ於テハ自ラマタ彼此輕重ノ差異ナキニ非ス即チ彼レ偶發的犯罪者ニ在リテハ一タヒ其境遇ヲ移スカ又ハ其外部ノ必要ヲ去ルカ或ハ又多少ノ時間ヲ經過スルトキハ恰モ驟雨一過一天拭フカ如キ晴空ヲ見ルト一般ニシテ良心悔悟ノ發動ヲ見ルニ至リ直チニ之ヲ縱スモ殆ト再ヒ犯罪ヲ爲スノ虞アルナシ要スルニ其社會ニ危害ヲ加フルコト割合ニ輕微ナリ少クモ其危害ハ或最モ限ラレタル範圍ニ止マルニ過キスト雖モ慣習的犯罪者ニ至リテハ則チ全ク之ニ異ナリ常住坐臥其傾注スル所唯犯罪ノ一アルノミ念

念此ニ在ラサルハナク營營此ニ出アサルハナキ彼ハ則チ犯罪ヲ以テ殆ト自己ノ常職ト爲シ恰モ一般良民カ其職業ニ刻苦精勵スル所アルカ如ク彼モ亦アラユル手段及ヒ機會ヲ利用シテ偏ニ犯罪業務ノ馮福トランコトヲ努ム彼ノ榮ユルハ則チ社會ノ衰漸ナリ慣習的犯罪者ノ社會ヲ危害スルノ至大ナルハ決シテ偶發的犯罪者ノ比ニ非サルナリ

慣習的犯罪者ノ内ニ在リテモ自ラマタ身體及ヒ精神ノ先天的又ハ後天的虛弱ニ依リ外部ノ誘惑又ハ強壓ニ抗抵スルノ能力ナクシテ終ニ犯罪の境遇ヲ脱スル能ハサル者ト職業的ニ自ラ進ミテ犯罪生活ヲ營ム者即チ最モ危險ノ犯罪種族ニ屬スル者トノ區別アリトローチ氏ハ前者ニ對シ慣習的犯罪者ノ名稱ヲ下シ後者ヲ職業的犯罪者ト稱シテ之ヲ區別シ偶發的犯罪者ト併セテ

總テノ犯罪者ヲ三個ノ種族ニ區別スルノ適當ナルヲ主張セリ
 單ニ犯數ノ如何ノミヲ以テ直チニ偶發的及ヒ慣習的犯罪者ヲ別ツノ標準トハ爲スヘカラス例ヘハ竊盜詐欺賣淫偽證等ヲ犯ス種類ノ者ニ就テ之ヲ觀ルニ刑法上ノ所謂初犯者ニシテ其實質ニ於テハ慣習的犯罪者ヲ以テ目スヘキモノア

ルニ反シ一方ニハマタ再三犯罪ノ數ヲ重ムル所ノ者ニシテ仍ホ且ツ偶發的犯罪者ヲ以テ論スヘキ者少カラズ(毆打誹毀定期勞動者ノ犯罪其他諸ノ政治的犯罪ニ此類多シ)宜シク其個人的諸般ノ關係及ヒ性情ノ上ニ就テ之ヲ鑑識類別スル所アルヲ要ス

犯罪人類別ノコトハ近來ニ至リ其研究愈々精密ト爲リ從テ刑事立法ノ上ニ於テモ漸漸犯罪人ノ類別ニ應スル特種ノ刑罰ヲ適用セントスルノ傾向アルヲ見ル英國ニ於ケル千八百六十九年發布ノ「ハビチユアル」タリミナル「タツ」ノ如キ佛國ニ於ケル「ルレガーシヨン」ノ如キ瑞西刑法草案ノ如キ即チ以テ之ヲ證スルニ足ル此點ニ就テハ本校科外譯義等ノ機會ヲ見テ別ニ詳論スル所アルヘシ

第二章 刑罰ノ種類

個人ノ勢力ヲ怖ルルハ國權薄弱法紀確立セサルノ時代ニシテ社會ノ進步スルニ隨テ次第ニ之ヲ恐怖スルノ程度ヲ減却スルニ至ル刑罰ノ古代ニ峻酷ニシテ

今世ニ寛大ナル所以ナリ古代ニ在リテハ個人ノ勢力強大ニシテ從テ其犯罪の行爲ハ國家治平ノ基礎ヲ擾亂スルコト甚シキカ故ニ死刑體刑追放刑等アラユル峻酷手段ヲ用ヒテ之ヲ社會外ニ驅逐スルコトヲ努メシムルハアルヘカラス之ニ反シ今世ニ於テハ國權鞏固法紀マタ秩然トシテ確立シ端斧の個人ノ勢力ハ容易ニ以テ社會生存ノ基礎ニ痛痒ヲ感セシムルニ足ラサルカ故ニ犯罪者ニ對スル上ニ就テモ獨リ漫ニ之ヲ驅逐スルカ如キコトアラサルノミナラス專ラ寛容矯治スルノ方法ヲ用ヒテ反テ之ヲ社會ニ復歸セシメンコトヲ努ム生命ヲ絶ツモノ之ヲ生命刑死刑ト稱シ中世以前ニ於テ一般ニ最モ盛ニ行ハレタル所ノ刑罰ニシテ今世ニ於テハ或ハ全ク之ヲ廢シ和蘭伊太利或ハ之ヲ適用ノ外ニ置キ白耳英或ハ稀ニ之ヲ適用スルコトアルモ實際ニ於テハ殆ト紙上ノ空文ニ止マラシムルカ如クナルニ至レリ身體ヲ毀傷スルモノ之ヲ身體刑ト稱シ宮殿管杖等ノ刑ハ即チ之ニ屬シ國境外ニ追逐スルモノ之ヲ追放刑ト稱ス此二種ノ刑モ亦死刑ト同シク未開時代ニ多ク適用セラレタルモノニシテ今代ニ於テハ殆ト全ク消滅シ了スルニ至リタリト謂フモ可ナリ名譽的威情ノ上ニ強制ヲ加

アルモノ之ヲ名譽刑。加辱刑ト稱シ。財産ノ上ニ及ホスモノ之ヲ財産刑ト稱シ。自由刑。刑ヲ稱スルモノ之ヲ自由刑ト稱ス。自由刑及ヒ財産刑ハ今世文明諸國ニ於テ最モ盛ニ適用セラルル所ノモノニシテ名譽刑ハ多クハ僅ニ附加刑トシテ其用ヲ爲スニ過キス。

第三章 自由刑ノ種類

刑ハ罪ノ反響ナリ均シク社會ノ法紀ヲ壞亂スルノ行爲ナリト雖モ其社會ヲ毀害スルノ上ヨリ之ヲ觀レハ其間自ラマタ大小輕重ノ區別アリテ存スルハ勿論ニシテ從テ刑罰モ亦之ニ適應シテ大小輕重ノ等差ヲ立テシムル所ナクハアルヘカラス能ク此要件ヲ具備スル所ノモノニシテ始メテ之ヲ完全ナル刑罰ト稱スルヲ得ヘク自由刑ハ即チ輕キハ一日ニ始マリ重キハ終身ニ終リ其間無限ノ階級アルヲ以テ活用其宜シキヲ得ルトキハ千種萬様ノ犯罪ニ對シ能ク其輕重ニ適應スル相當ノ報果ヲ受ケシムルコト必スシモ至難ニアラサルナリ或ハ流刑ト稱シ或ハ徒刑ト名ケ或ハ懲役禁獄禁錮等種種ノ名稱ヲ付シテ目錄

校外生規則摘要

- 一 講義録ハ毎月二回發行シ滿一今年ヲ以テ卒業トス
- 一 講義録ハ之ヲ三部ニ分ツ其發行定日左ノ如シ
 - 第一部 毎月 五日 二十日
 - 第二部 毎月 十日 廿五日
 - 第三部 毎月 十五日 三十日
- 一 月謝金ハ全部費圓、各一部四十錢トス但シ入學金ヲ要セス
- 一 校外生ハ本校講義會、討論會ニ出席傍聽スルコト及ヒ本校ノ出版ニ係ル書籍雜誌ハ特別ノ廉價ヲ以テ購求スルコトヲ得
- 一 校外生全部卒業證書ヲ有スル者ハ試験ノ上校內生三年級ニ編入セラルルコトヲ得
- 一 校外生ハ講義録中ノ疑義ニ付キ質問スルコトヲ得但シ返信用郵券ヲ封入スルコトヲ要ス
- 一 三ヶ月以上月謝不納ノ者ハ退學者ト看做ス月謝ハ東京飯田町郵便支局拂和佛法律學校會計係宛トスヘシ

明治廿二年十二月九日內務省許可

明治三十三年三月廿六日印刷
明治三十三年三月三十日發行

東京市芝區四谷中町三丁目六番地

編輯者 小田 幹 治 郎

東京市芝區四ノ久保南町十一番地

印刷者 金子 鐵 五 郎

東京市芝區四久保南町ノ十一番地

印刷所 金子 活 版 所

東京市麴町區富士町六丁目十六番地

發行所 司法省 和佛法律學校

(電話番町百七十四番)