

和仏法律学校講義録

秋山, 雅之介 / 小河, 滋二郎 / 山口, 弘一 / 鶴見, 守義 /
副島, 義一

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

3-5

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

54

(発行年 / Year)

1900-04-15

和佛法律學校

講義錄

第三部

第五號

刑法總論 (自九七至二八) 法律學士 鶴見守義

憲法 (自六四至一〇〇) 法律學士 副島義一

國際公法 (平時) (自三二至三九) 山口弘一

國際公法 (戰時) (自九三至一〇三) 法律學士 秋山雅之介

監獄學提要 (自二五至四〇) 小河滋二郎

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3 4 5 6 7 8 9 20 1 2 3

ヲ爲スコトヲ要スヘキ場合アリ即チ本刑ヲ免スルモ監視又ハ沒收ノ刑ヲ免
トキハ必ス事件ヲ公判ニ付セザルヘカラス
次ニ有恕減輕ニ付テ講述スヘシ有恕減輕ノ原因ニ二個アリ即チ一ハ犯罪人ノ
未成年ナル場合ニシテ一ハ挑發ノ場合はナリ
第一 未成年 未成年ナルカ爲メ有恕減輕ヲ與フルハ一般ノ有恕減輕ナリ而
シテ法律ハ未成年ヲ二段ニ區別シ其減輕ノ等數ヲ異ニス
一 十二歳以上十六歳未満 此期ニ於ケル未成年者カ是非ノ辨別心アリテ重
罪輕罪ヲ犯シタルトキハ本刑ヨリ二等ヲ減ス若シ違警罪ヲ犯シタルトキハ是
非ノ辨別心ノ有無ヲ問ハス本刑ヨリ一等ヲ減ス

二 十六歳以上二十歳未満 此時期ニ在ル未成年者カ重罪輕罪ヲ犯シタル時
ハ本刑ヨリ一等ヲ減ス違警罪ノ場合ニ於テハ全ク減輕ヲ與ヘス
右ノ場合ハ法律上ノ減輕ナルヲ以テ裁判官ハ必ス此減等ヲ與ヘサルヘカラス
其他情狀酌量スヘキ點アルトキハ酌量減輕ヲ與フルコトヲ得ルハ勿論ナリ
第二 挑發 此原因ニ依リ有恕減輕ヲ與フルハ特別ノ有恕減輕ナリ凡ソ人ヲ

罰スルニハ其者カ惡事ヲ爲ス時ニ完全ナル意思ヲ以テ罪ヲ犯シタルコトヲ必
要トス故ニ精神喪失中ノ行爲ニ付テハ罪責ナキモノナリ然レトモ其精神喪失
ノ狀況ニ違セザル程度ノ意思ヲ以テ罪ヲ犯シタルトキハ完全ノ意思ヲ具有セ
ル者ノ犯罪ノ刑責ト之ヲ同一視スルハ權衡ヲ得タルモノニ非ス故ニ必ス有恕
減輕ヲ與フルノ必要アリ茲ニ所謂挑發トハ或原因ニ依リ憤怒ヲ生シ依テ其犯
罪ヲ爲スニ至リタル現象ヲ謂フナリ而シテ挑發ニ因ル犯罪者ハ完全ノ意思ヲ
有スル者ニ非ス又全ク精神ヲ喪失セル者ニモ非ス唯憤怒ヲ生シタル結果精神
ヲ錯亂シ其智識ノ處分ヲ缺如セル者ナリ是レ法律カ挑發ニ因ル犯罪者ニ有恕
減輕ヲ與フル所以ナリ
挑發ハ憤怒ノ發生スル所ノモノナレハ其挑發ト犯罪トノ間ニ間斷ナキコト
ヲ要ス何トナレハ憤怒ハ時ノ經過ニ因リ自然消滅スルモノナレハナリ又挑發
ニ基テ犯罪者カ有恕減輕ヲ受クルハ殺傷ニ關スル犯罪ノ場合ニノミ限ル是レ
特別ノ有恕減輕ト云ヘル所以ナリ其有恕減輕ヲ與フル挑發ノ原因ハ刑法ニ於テ
一一之ヲ明定セリ左ニ其場合ヲ分説スヘシ

(一) 第三百九條ノ場合 本條ノ宥恕減輕ヲ與フルニ付テハ六個ノ條件ヲ要ス即チ(第一)犯罪人カ怒ヲ發シタルコトヲ要ス(第二)其怒ハ暴行ニ因リテ生シタルコトヲ要ス故ニ他人ノ爲ス暴行カ憤怒ヲ發生セシムルニ足ルヘキ程度ノ暴行ナラサルヘカラス而シテ其程度ノ如何ハ全ク事實ノ問題ニ屬ス(第三)其暴行ハ有形的ナルコトヲ要ス左レハ言語又ハ書面ヲ以テ侮辱又ハ誹毀スルカ如キハ暴行ト云フコトヲ得ス必ス直接ニ身體ニ對シテ暴行ヲ爲ササルヲ得ス然レトモ脅迫ノ如キモ有形ノ行爲ヲ以テスルトキハ暴行ト云フヘキナリ(第四)其暴行ハ犯罪人ノ身體ニ受クル所ノ暴行ナルコトヲ要ス故ニ若シ他人ノ身體又ハ自己ノ所有財産ニ對シテ暴行ヲ加フル者ヲ殺傷シタルトキハ宥恕減輕ノ原因タルコトヲ得ス是レ正當防衛及ヒ第三百十六條ノ場合ト異ナル所ナリ(第五)暴行ヲ受ケ直チニ怒ヲ發スルコトヲ要ス若シ間斷アルトキハ所謂復讐的ノ行爲ト爲ルカ故ニ謀殺ヲ爲スカ如キ場合ニ於テハ決シテ宥恕減輕ヲ與フヘキモノニ非ス(第六)暴行ハ不正ナルコトヲ要ス其結果所爲カ表面上暴行タルヘキモ其實正當ノ行爲ニ出テタルモノナルトキハ甘シテ暴行ヲ受ケサルヘカラス例

ヘハ本局長官ノ命令ニ依リ職務ヲ執行スル者ニ對シテ怒ヲ發シ殺傷シタルカ如キ場合ニ於テハ此要件ヲ缺クモノナリ
終リニ注意スヘキハ正當防衛ニ於ケルト同シク自己ノ不正ノ所爲ニ因リ暴行ヲ招キタルトキハ縱令憤怒ヲ生シテ殺傷シタリトスルモ宥恕減輕ヲ與フルヲ得ス是レ自己ノ不正ナルヨリ生スル結果ナルヲ以テ其之ヲ與ヘタルハ當然ノ理ナリ

(二) 第三百十條ノ場合 是レ毆打シテ互ニ創傷シ其手下スノ先後ヲ知ルコト能ハサル場合ニシテ此場合ハ孰レカ一方ハ挑發セラレタル者アルカ故ニ其挑發セラレタル者ニハ宥恕減輕ヲ與ヘサルヲ得ス然ルニ其孰レカ挑發者ナルカ判然セサルノ故ヲ以テ宥恕減輕ヲ與ヘサルハ挑發者ノ利益ヲ減削スルヲ以テ條理ニ適スルモノニ非ス故ニ法律ハ寧ろ雙方トモ此原因ヲ有スルモノト看做シ雙方ニ宥恕減輕ヲ與ヘタルモノナリ

(三) 第三百十一條ノ場合 本條ノ宥恕減輕ヲ與フルニハ五個ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス(第一)姦通カ現行ナルコトヲ要ス現行トハ現行犯ノ意味ニ非ス現

ニ行ヒ又ハ行ヒ終リタル際ハ勿論將ニ姦通セントシツツアル場合モ包含ス(第二)姦所ニ於テ殺傷スルコトヲ要ス故ニ殺傷ヲ爲シタル場所ニシテ姦所以外ナルトキハ法律ハ間斷アルモノト看做シ宥減輕ヲ與ヘス其姦所ナルヤ否ヤヲ判定スルハ事實裁判官ノ職權ニ屬ス(第三)直チニ殺傷シタルコトヲ要ス是レ憤怒ノ消却セサル前ノ所爲タルコトヲ要スルモノニシテ然ラサレハ挑發ニ非ザルナリ(第四)姦通シタル妻ハ正當ノ妻タルコトヲ要ス故ニ戸籍面上ノ妻ハ正當ノモノナルハ勿論縱令戸籍簿ニハ登錄セサルモ世人ノ見テ以テ妻タルヘキ者俗ニ所謂内縁ノ妻ノ如キモ正當ノ妻タルヲ妨ケス(第五)本夫カ其姦通ヲ縱容セサルコトヲ要ス斯ル不倫ノコトヲ妻ニ許容シナカラ之ヲ殺傷シタル者ニ宥減輕ヲ與フルハ宥減輕ノ本義ニ非サルヲ以テナリ

茲ニ一問題ノ存スルハ本夫カ妻ノ姦通セルヲ疑ヒ之ヲ確メ果シテ事實アルトキハ之ヲ殺害セント欲シ竊ニ身ヲ潜メ之ヲ窺ヒ居リタルニ果シテ姦通ノ事實アリシヲ以テ直チニ姦所ニ於テ姦夫姦婦ヲ殺害シタル時ハ宥減輕ヲ與フヘキヤ否ヤ是ナリ此問題ニ付キ宥怒ヲ與ヘスト主張スル者ノ理由トスル所ハ犯

人ハ直チニ怒ヲ發シ殺害ヲ爲シタルモノニ非スシテ既ニ豫メ之ヲ謀テ殺害シタルモノナレハ宥減輕ノ條件ヲ缺クモノナリト云ヒ又宥怒ヲ與フヘシト主張スル者ノ趣旨ハ第三百十一條ニ於テ單ニ直チニ殺傷云ト規定シ直チニ怒ヲ發シタルコトヲ要スルノ規定ナシ故ニ豫メ知リタルト否トヲ問ハス直チニ姦所ニ於テ殺傷シタルトキハ宥怒ヲ與フヘシト云フニ在リ

尙ホ法律ハ本條ハ本夫ニノミ宥減輕ヲ與ヘ妻ニ對シテ之ヲ與ヘサルハ如何ナル理由ニ基クヤ予ハ未タ其適當ナル理由ヲ發見スル能ハス若シ強テ之カ理由ヲ附スレハ亂倫ノ子ヲ生シテ血統ヲ混亂スルコトヲ防止スルカ爲メナラン歟立法上ニ於テハ非難ヲ免レサル所ナラン何トナレハ人ノ憤怒ヲ發スルヤ男女ノ間ニ徑庭アルノ條理ナキヲ以テナリ

(四) 第三百十二條ノ場合ニ晝間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り又ハ門戶墻壁ヲ踰越損壞セントスル者ヲ防止スルカ爲メ之ヲ殺傷シタル場合ニシテ若シ夜間ナルトキハ不論罪トシ晝間ナルトキハ單ニ宥減輕スルノミナリ此ノ如ク之ヲ區別シタル所以ハ晝間ヨリモ夜間ハ之ヲ防クニ難ク侵スニ易シ隨テ其

危險ハ大ニシテ被害者ノ恐怖心モ遙ニ差等アルカ故ナリ

(五) 第三百十六條ノ場合 同條ニ曰ク「身體財産ヲ防禦スルニ出ルト雖モ已ムコトヲ得サルニ非スシテ害ヲ暴行人ニ加ヘ又ハ危害已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者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」即チ同條ノ場合ハ正當防衛ニ似テ非ナルモノナリ蓋シ正當防衛ハ不論罪ノ章下ニ之ヲ詳論セシ如ク身體生命ヲ防衛シ已ムコトヲ得スシテ其暴行人ヲ殺傷セタル場合ナリト雖モ第三百十六條ノ場合ハ已ムコトヲ得サルニ非スシテ害ヲ暴行人ニ加ヘタル場合又危害已ニ去リタル後勢ニ乘シテ其暴行人ヲ殺傷シ又ハ其危害重大ナラス隨テ之ヲ防クニ必スシモ殺傷ヲ以テスルコトヲ要セサルニ拘ラス怒ニ乘シテ之ヲ殺傷シタルカ如キ場合ニシテ此等ノ場合ニ於テハ正當防衛ノ條件ヲ具備セサルカ故ニ當然普通ノ殺傷罪ヲ以テ論スヘキモノナリ然レトモ法律ハ之ヲ普通ノ刑ニ間フハ稍々酌ニ失スル場合アリトシ其情狀ニ因リ宥恕減輕ヲ與フルコトヲ許セテ例ヘハ暴行ヲ爲ス者アリ而シテ被害者カ其暴行人ヲ打伏セタルニ拘ラ

ス憤怒ノ餘リ偶々懷ニシタル短刀ヲ以テ之ヲ殺シタル場合ノ如シ此ノ如キ場合ハ即チ正當防衛ノ條件ヲ缺クカ故ニ第三百十六條ノ規定ナキトキハ普通ノ刑ニ處セラレヘシト雖モ同條ノ規定アルカ故ニ宥恕減輕ヲ與ヘラルルモノナリ要スルニ暴行ヲ受クルニ方リ之ヲ正當ニ防禦スルコトヲ得ル場合ニ非ス又ハ危害重大ナラスシテ正當防衛ヲ爲スコトヲ要セサル場合ニ人ヲ殺傷シタルトキハ之ニ宥恕減輕ヲ與フルニ外ナラス而シテ第三百十六條カ正當防衛ニ非サルモノニ對シテ宥恕減輕ヲ與ヘタル理由ハ他ノ宥恕減輕ノ場合ト同ク被暴行者カ怒ヲ發シタルノ結果其知覺精神ノ常態ヲ缺クヲ以テナリ

本條ノ身體財産ヲ防禦スルトハ廣キ規定ニシテ自己ノ身體タルト他人ノ身體タルトヲ間ハサルナリ故ニ自己ニ對スル暴行者ヲ殺傷シタル場合ハ勿論他人ノ身體ニ對シテ暴行ヲ加フル者ヲ殺傷セタル場合モ固ヨリ同一ナリトス蓋シ第三百十四條ニハ自己又ハ他人ノ爲メタルコトヲ明言シ本條ニハ之ヲ明言セスト雖モ其精神ニ至リテハ全ク同一ナルカ故ニ其身體財産ノ文詞ハ之ヲ廣義ニ解釋セサルヘカラス

以上ヲ以テ宥恕減輕ノ場合ハ之ヲ説明シ終レリ

宥恕減輕ノ效力ハ其名ノ示スカ如ク刑ヲ減輕スルニ在リ而シテ如何ナル標準ニ依リテ之ヲ減スルカハ刑法第三百十三條ノ規定スル所ナリ曰ク「前數條ニ記載シタル宥恕スヘキ罪ハ各本刑ニ照シ二等又ハ三等ヲ減スト故ニ宥恕減輕ハ本刑ヨリ二等又ハ三等ヲ減スルモノナリ減等ノコトハ既ニ加減例ノ章下ニ於テ之ヲ説明セルカ故ニ茲ニ再說セス而シテ其二等ヲ減スヘキカ將タ三等ヲ減スヘキカハ事實裁判官ノ職權内ニ屬スルヲ以テ裁判官ハ事件ノ情況ヲ審案シテ之ヲ決スヘキナリ

宥恕減輕ノ效力ニ付キ特ニ注意スヘキハ現行刑法ノ規定ニ依レハ宥恕ニ法律上ノ宥恕及ヒ裁判上ノ宥恕ノ二種アリ而シテ法律上ノ宥恕トハ第一ヨリ第四ニ至ルマテノ宥恕ニシテ裁判上ノ宥恕トハ第五ノ宥恕ヲ云フ何故ニ此ノ如キ區別ヲ爲スカ是レ他ナシ第一乃至第四ノ宥恕ハ之ヲ第百十三條ニ規定シ而シテ第五ノ宥恕ニ付テハ特ニ第三百十六條ニ於テ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」ト規定セリ而シテ「情狀ニ因リ」トアルカ故ニ

縱令第三百十六條ニ該當スル事實アリト認ムルモ裁判官ハ必スシモ之ニ宥恕ヲ與フルコトヲ要セス之ニ反シ第一乃至第四ノ場合ニ於テハ其事實アリト認メナカラ之ヲ宥恕セサルトキハ破毀ノ原因ト爲ル是レ第三百十六條ト第三百十三條トノ異ナル所ナリ

終ニ臨ミ尙ホ一言スヘキコトアリ即チ特別ノ宥恕ト特別ノ不倫罪トニ關シ刑罰第三百六十五條ニ於テ祖父母父母ニ對スル殺傷ノ罪ニ付テハ「特別ノ宥恕及ヒ不倫罪ノ例ヲ用ヅルコトヲ得スト」規定セリ故ニ父カ子ニ向テ暴行ヲ加ヘ子カ直チニ怒ヲ發シテ父ヲ殺傷シタル場合ニ於テハ宥恕減輕ナシ又父子相毆チテ傷ヲ成シ其手下スノ前後ヲ知ラサル場合又ハ第三百十六條ノ場合モ同一ナリ是レ果シテ如何ナル理由ニ因ルカ他ナシ「父ハ父タラスト雖モ子ハ子タラサルヘカラスト」云ヘル東洋ノ道德思想ヨリ出テタルモノニシテ子ハ常ニ父ヲ尊敬セサルヘカラスト故ニ縱令父カ子ニ對シテ不法ノ行爲ヲ爲スモ子ハ決シテ之ニ對シテ敵對スルコトヲ得スト云フニ在リ而シテ第三百六十五條ニ於テハ「特別ノ宥恕及ヒ不倫罪ノ例ヲ用ヅルコトヲ得スト」アルカ故ニ正當防衛ノ場合

ニ於テモ之ヲ防衛スルハ權利ノ實行タルニ拘ラス尊屬親ニ對シテハ之ヲ認メ
 ス是レ曾父カ父タラサル行爲ヲ爲スモ子ハ子タルノ道ヲ守ラサルヘカラスト
 ノ趣意ニ出テタルモノナリト雖モ理論上ニ於テハ正當防衛ハ其行爲カ罪ト爲
 ラサル權利行爲ナルヲ以テ縱令其暴行者カ父ナリトスルモ他ノ場合ト異ナル
 コトナシト謂ハサルヘカラス刑法草案ニハ此場合ニ於テモ正當防衛ノ存スル
 旨ヲ規定セシカ後此ノ如ク變更セラレタリ而シテボアソナード氏ハ大ニ反對
 ヲ試ミシモ日本ニ於テハ特別ノ慣習ノ存スルヲ理由トシテ遂ニ之ヲ變更スル
 コトニ一定シタリ然レトモ其尊屬親タルコトヲ知ラザリシ場合ハ固ヨリ此限
 ニ在ラス

此ニ問題ト爲ルハ正當防衛ヲ除キタル以外ノ不倫罪即チ第七十五條以下ノ場
 合ニ付テハ如何或ハ第三百六十五條ニ於テ「不倫罪ノ例ヲ用フルコトヲ得ス」ト
 アルカ故ニ祖父母母ニ對スル犯罪ニ對シテハ一概ニ不倫罪ノ例ヲ用フルコ
 トヲ得サルモノノ如シト雖モ予ノ考フル所ニ依レハ不可抗力ノ場合癡類白痴
 等ノ場合十二歳未滿ノ場合等ハ第三百六十五條ノ不倫罪中ニハ包含セサルモ

ノト信ス其理由ハ左ノ如シ

第一 第三百六十五條ニ於テ「特別ノ宥恕及ヒ不倫罪ノ例ヲ用フルコトヲ
 得ス」トアリ此特別ノト云ヘル三字ハ獨リ宥恕ニ繫ルノミナラス不倫罪ニモ
 繫ルモノナリ故ニ之ヲ特別ノ宥恕及ヒ特別ノ不倫罪ノ例ヲ用フルコトヲ得
 スト解セサルヘカラス此ノ如ク解スルトキハ特別ノ不倫罪ノ規定ハ祖父母
 父母ニ對スル犯罪ニハ之ヲ適用スルコトヲ得スト雖モ一般ノ不倫罪ハ此場
 合ニ於テモ之ヲ適用スルコトヲ得ルモノナリ

第二 第三百六十五條ヲ見ルニ祖父母母ニ對スル殺傷ノ罪ニ付テハ特別ノ
 宥恕ヲ與ヘスト規定セリ此點ニ付テハ解釋上毫無疑ヲ容ルヘキ所ナシ而シ
 テ宥恕中ニハ特別ノ宥恕ト一般ノ宥恕トアリテ特別ノ宥恕ハ之ヲ與フルコ
 トヲ得スト雖モ一般ノ宥恕ハ之ヲ與フルコトヲ得ヘキコトハ明白ナリ今十
 六歳以上二十歳未滿ノ者カ親ヲ弑シタリト假定センニ此場合ニ於テハ刑法
 第八十一條ニ依リ宥恕シテ本刑ヨリ一等ヲ減セサルヘカラス此點ニシテ果
 シテ爭フコトヲ得ストセハ十六歳未滿ノ者カ同様ノ罪ヲ犯シタル場合ニ於

ヲモ等シク宥恕ヲ與ヘサルヘカラス然ルニ十二歳以下ノ者カ此ノ如キ罪ヲ犯シタル場合ニ於テハ何故ニ不論罪ノ例ヲ用ザルコトヲ得サルカ反對論者ノ說ニ從ハンカ¹⁾場合ニ於テハ如何ニ幼者ヲ處分スヘキヤ十六歳以上二十歳未満ノ者カ死刑ニ該當スル罪ヲ犯シタルトキハ必ス一等ヲ減シ無期徒刑ニ處シ又十二歳以上十六歳未満ノ者カ之ヲ犯シタルトキハ辨別ヲ有スル場合ニ限リ二等ヲ減セテ有期徒刑ニ處セサルヘカラスルニ十二歳未満ノ者ハ必ス之ヲ死刑ニ處セサルヘカラストセンカ其權衡ヲ失スルヤ大ナリ故ニ十二歳未満ノ一般ノ不論罪ハ第三百六十五條ノ範圍外ナリト謂ハサルヘカラス已ニ此點ニシテ誤認ナシトセハ他ノ一般ノ不論罪ノ場合モ之ト同一ニ論斷セサルヘカラス

第三節 自首減輕

犯罪アリシ場合ニ於テ之ヲ官ニ告タルニ二箇ノ方法アリ一ハ犯罪人以外ノ者ヨリ犯罪アリタルコトヲ告タルコトニハ犯罪人自ラ罪ヲ犯シタルコトヲ告ク

ルコト是ナリ他人ヨリ犯罪ヲ官ニ告タル場合ハ一ヲ告訴ト云ヒ一ヲ告發ト云フ是レ刑事訴訟法ニ規定スル所ニシテ告訴トハ被害者ヨリ犯罪ヲ官ニ訴フルコトヲ云ヒ告發トハ被害者以外ノ者ヨリ犯罪ヲ官ニ告クルコトヲ云フ刑事訴訟法ノ規定ニ依レハ何人ト雖モ犯罪アリタルコトヲ知リタル者ハ之ヲ官ニ告タルコトヲ得ヘシ而シテ必スシモ犯人ヲ指示スルコトヲ要セス犯罪事實ヲ告タルヲ以テ足レリトス又犯人自ラ其犯罪ヲ官ニ告タル場合アリ之ヲ自首ト云フ我刑法ニ於テハ自首ヲ分チテ純粹ノ自首及ヒ首服トセリ即チ純粹ノ自首トハ自己ノ犯罪ヲ官ニ告クルヲ云ヒ首服トハ其犯罪ヲ被害者ニ告クルヲ云フ自首ノ效力ハ本刑ヨリ一等ヲ減スルモノニシテ其純粹ノ自首タルト首服タルトニ因リテ區別ナシ但シ首服ハ財産ニ關スル犯罪ニ限ル又財産ニ關スル罪ヲ犯シタル者自首又ハ首服ヲ爲シ且ツ其贓物ヲ返還シタルトキハ更ニ一等又ハ二等ヲ減スヘシ

抑モ自首減輕ハ泰西ノ法律ニハ之ヲ見ス我刑法ノ自首減輕ハ明律ヨリ出テタルモノナリ明律ニ於テハ自首減輕ハ我刑法ノ如ク一般的ニアラスシテ犯罪

罪ニ限リテ此恩典ヲ與ヘシカ我刑法ハ之ヲ採用スルト同時ニ其規定ヲ擴張シ
 タリ而シテ自首減輕ヲ認ムル理由ハ皮相ノ觀察ヲ以テスルトキハ犯罪人カ眞
 心悔悟ヲ爲シタルヲ以テ減輕ヲ與フルノ趣旨ナルカ如シト雖モ是レ自首減輕
 ヲ認メタルノ理由ト爲スニ足ラス何トナレハ自首ハ事後ノ行爲ナリ即チ彼ノ
 宥恕ノ如キハ犯罪當時ニ於テ存スル情狀ナリト雖モ之ニ反シ自首ハ事後即チ
 犯罪以後ノ行爲ニシテ犯罪ニ何等ノ關係ナシ故ニ事後ノ所爲タル自首ヲ以テ
 犯罪ニ對スル刑ヲ減スルノ理由ト爲スニ足ラス加之法律ニ於テ一旦自首ノ規
 定ヲ定メタル以上ハ眞心悔悟ニ出ツルニアラスシテ單ニ減輕ヲ得シカ爲メニ
 自首スル者ナシトセス故ニ舊時ノ如ク法律ヲ官ノ内部ニ秘シテ發表セザリシ
 時代ニ於テハ格別今日ノ如ク法律ヲ一般ニ周知セシムル時代ニ於テハ眞心悔
 悟ヲ以テ自首ヲ設ケタルノ理由ナリト云フヲ得ス然ラハ眞ノ理由ハ如何即チ
 左ノ如シ

第一 犯罪アル場合ニ於テ其犯人ヲ知ルコトヲ得サルハ社會ニ取リテ非常ノ
 不利益ナリ何トナレハ若シ其犯人ノ發覺セサルトキハ或ハ之カ爲メニ無辜ヲ

罪シ面シテ犯人ヲシテ却テ法網ヲ免レシムルカ如キ結果ヲ生スヘケレハナ
 第二 若シ其犯人ヲ知ルコトヲ得サルトキハ社會ニ取リテ更ニ一ノ不利益ア
 リ即チ其犯人ヲ逮捕スルコトヲ得サルトキハ其犯人ハ社會ニ在リテ更ニ惡事
 ヲ爲スノ處アリ

要スルニ之ヲ設ケタルハ眞心悔悟ニ基クニ非スシテ可成の速ニ犯人ヲ發見セ
 ントスル法意ニ出テタルモノナリ
 自首減輕ヲ設ケタル理由果シテ右ノ如クナリトセハ社會ノ進歩ニ伴ヒ次第ニ
 其必要ヲ減スルヤ明カナリ何トナレハ社會ノ進歩ト共ニ警察ノ制度完備シ隨
 テ犯人ヲ發見スルコト益々容易ナルヘケレハナリ隨テ此ノ如キ理由ニ乏シキ
 制度ヲ認ムルコトヲ要セザルナリ蓋シ自首ノ制度ハ其源ヲ支那ノ刑律ニ酌ム
 カ故ニ威服シ難キ所ナキニ非ス

自首減輕ニ要スヘキ條件三個アリ即チ左ノ如シ
 第一 事未タ發覺セサル以前ニ於テ自首スルコトヲ要ス 之ヲ平易ニ説明ス

レハ其犯罪ノ露見セサル前ニ自首セサルヘカラスト云フコトナリ故ニ竊盜竊
盜或ハ毆打創傷罪等ヲ犯シ其犯罪者カ自己ノ犯罪ノ發覺後自首スルモ減輕ヲ
與フルコトヲ得ス事未タ發覺セサル前トハ其意義最モ廣ク或ハ犯罪事實ノ世
人ニ知レサル前トモ解セラレ隨テ世人カ其犯罪アルコトヲ知ルトキハ自首減
輕ヲ與ヘサルカ如ク解セラレサルニモ非スト雖モ此解釋ハ決シテ其當ヲ得タ
ルモノニ非ス畢竟自己カ犯罪人タルコトノ露見セサル以上ハ有效ニ自首ヲ爲
スコトヲ許ササルヘカラスト故ニ之ヲ己レノ犯罪人タルコトノ露見セサル前ト
解シ事件ノ發覺シタルト否トハ之ヲ問ハサルモノトス

然ラハ其犯罪人ノ誰タルコトヲ世人例ヘハ被害者カ知リタル後其犯罪人自首
シタルトキハ減輕ヲ與フルコトヲ得サルヤ否ヤ第八十五條ニ依レハ或ハ減輕
ヲ與フルコトヲ得サルカ如シト雖モ本條ノ精神ハ決シテ然ラス然ラハ如何ナ
ル場合ヲ發覺ト云フヤ是レ犯罪人タルコトノ官ニ知レタル場合即チ檢事司法
警察官等其犯罪ニ付キ搜查權アル者ニ知レタル場合ニ限ルト爲ササルヘカ
ス故ニ被害者其他ノ者カ之ヲ知リタルノミニテハ未タ以テ發覺ト云フコト能

ハスト解スルヲ至當トス是レ官ニ於テ犯罪人アルコトヲ速ニ知ラシムルカ爲メニ
自首減輕ヲ設ケタルノ理由ニ依リテ觀ルモ右ノ如ク狹隘ニ解スルヲ妥當ナリ
ト云ハサルヘカラスト

第二 官ニ自首スルコトヲ要ス 即チ官ニ對スルコト必要ナリ官トハ如何第
八十五條ニ於テハ單ニ官トノミ云ヒテ其意甚タ廣シト雖モ是レ亦狹ク解ス
ヘキモノニシテ官ナレハ何レニ對スルモ例ヘハ行政官ニ對スルモ可ナリト云
フ能ハス畢竟相當ノ官署ニ之ヲ爲ササルヘカラスト然ラハ相當ノ官署トハ如何
ナルモノヲ云フヤ自首ヲ受クヘキ相當ノ官署トハ犯罪ノ申告ヲ受クヘキ官ノ
コトニシテ檢事及ヒ司法警察官又ハ檢事ニ代リテ司法警察官ノ事務ヲ行フ者
ヲ云フ何故ニ此ノ如ク狹隘ニ解セサルヘカラスト云フニ自首ヲ爲スニハ
之ヲ受クヘキ職權ヲ有スル者ニ對シテ爲スコトヲ要スルヲ以テナリ是レ今日
ニ於テハ異論ナキ所ナリ故ニ時トシテ犯罪人カ豫審判事ノ面前又ハ裁判所ニ
於テ自首スルコトアルモ是レ犯人ノ誤解ニシテ自首ノ恩典ヲ被ルコトヲ得サ
ルナリ

豫審判事ハ通常自首ヲ受タルノ職權ナキコトハ明カナリ然レトモ現行犯ノ處分ヲ爲スニ當リ豫審判事自首ヲ受ケタルトキハ如何此場合ニモ自首減輕等ヲ與フルコトヲ得サルヘシト信ス何トナレハ豫審判事カ現行犯ノ場合ニ於テ臨檢等ヲ爲スハ豫審判事トシテ之ヲ爲スニ外ナラスシテ之カ爲メ檢事タルノ資格ヲ得ルモノニ非サレハナリ

第三 犯罪カ謀故殺罪ナラサルコトヲ要ス 現行法ニ於テハ謀殺故殺ニ係ル者ニ付テハ自首減輕ヲ與フルノ限ニ在ラスト規定セリ是レ第三條件ヲ生スル所以ナリ立法上ヨリ論スルトキハ謀故殺ノ罪ニ付テハ殊ニ自首減輕ヲ與フルノ理由存スルモノノ如シ何トナレハ此等ノ犯罪アリテ其犯人ノ不明ナルハ社會ノ爲メ最モ不利益ナレハナリ即チ其犯人發覺セサル間ハ世人皆恐怖心ヲ懷キ一口モ安ンスルコト能ハス且ツ速ニ其犯人ヲ處罰スルコトヲ得サレハナリ故ニ此點ヨリ觀察スレハ斯ル犯罪ニ付テハ殊更ニ自首減輕ヲ與ヘテ之ヲ處罰スルノ方法ヲ執ラサルヘカラス然レトモ現行法カ之ヲ採用セザリシハ尙ホ他ニ理由ノ存スルモノアレハナリ即チ此等ノ犯罪ハ人ヲ疾妬シ恨ミヲ報スル等

ノ感情ヨリ生スルコト多ク隨テ此等ノ犯罪ヲ犯ス者ハ多クハ自己ノ生命ヲ損ツモ尙ホ之ヲ遂ケントスル者ナリ故ニ若シ之ニ自首減輕ヲ與フルトキハ死ヲ覺悟スル程ノ者カ自首ノ爲メニ減輕ヲ受ケ其生命ヲ全ウシ得ルヲ以テ此種ノ犯人續續輩出スルノ虞アリ故ニ法律ハ自首減輕ノ理由ノ幾都存スルニ拘ラス之ニ自首減輕ヲ與ヘサルモノナリ

以上三個ノ條件ヲ具備スルトキハ自首減輕ヲ與ヘカラス而シテ若シ其一ヲ缺如スルトキハ自首ノ形ノミアラテ其實ナキヲ以テ減輕ヲ與フルコトヲ得サルモノトス

現行法ニ依レハ自首ノ效力ハ之ヲ左ノ三個ニ區別スルコトヲ得
第一 自首ノ效力トシテ本刑ニ一等ヲ減ス 一等ヲ減スルコトハ重罪ノ刑ニ付テハ死刑無期徒刑(無期流刑)有期徒刑(重懲役(重禁獄)輕懲役(輕禁獄)ノ區別ニ從ヒ順次其刑名ノ一ヲ降ヌヲ以テ一等トシ輕罪ニ付テハ刑期ノ四分ノ一ヲ減スルヲ以テ一等トス此一等減ハ自首ノ主タル效力ナリ
第二 自首ノ效力ハ財產ニ對スル罪ヲ犯シテ贓物ヲ全部返還スルカ減ハ全

部損害賠償ヲ爲シタル場合ニハ一等減ノ外尙ホ二等ヲ減シ又贓物ノ半額以上ヲ償還シタル場合ニ於テハ自首減輕ノ一等減ノ外更ニ二等ヲ減スルモノトス

第三 本刑ヲ全免スルコト 此事ハ前ニ刑ノ全免トシテ不論罪ノ場合ニ述ヘタル所ナリ自首全免ハ法律カ定メタル或犯罪ノミニ限リ之ヲ爲スヘキモノニシテ一般ニハ適用スルコトヲ得ヌ而シテ自首全免ハ前段ニ説明シタル條件ノ外尙ホ其全免ヲ規定スル法律ニ於テ特ニ定メタル條件ヲ具備セサルヘカラサルコトハ論ヲ埃タサル所ナリ

自首全免ハ諸種ノ法律中ニ其規定アリ今其主ナルモノヲ示セハ刑法第百二十六條第百九十二條第百二十六條第百五十六條其他明治十五年第二號布告富籤法爆發物取締罰則第十一條明治二十年勅令第六號北海道水産稅法第十八條同三十二年法律第十七號所得稅法第四十六條同三十二年法律第三十六號特許條例第四十四條同三十二年法律第三十七號意匠條例第十六條同三十二年法律第三十八號商標條例第十五條同二十三年法律第八十七號營業條例第八十七

條等即チ是ナリ

此ノ如ク諸罰則中往往自首全免ノコトヲ規定スト雖モ自首全免ハ最モ例外ニ屬スルモノナルコトヲ忘ルヘカラス而シテ此等ノ全免ハ各其法律ニ於テ特ニ規定シタル條件ノ外刑法ニ定メタル自首ノ條件ヲ具備スルコトヲ要スルハ既ニ述ヘタル所ナリ

自首ニ付キ尙ホ注意スヘキハ諸罰則中ニ於テ刑法ノ減輕ヲ與フルノ限ニ在ラスト規定シタルモノアルコト是ナリ即チ此罰則ニ反スル行為ヲ爲シテ而シテ官ニ自首スルモ減輕等スルコトヲ得ス今刑法ノ減輕ノ例ヲ用ヒタル旨ヲ規定セラル諸罰則ヲ左ニ示スヘシ

明治二十年勅令第七十五號新聞紙條例第三十六條

同三十二年法律第五十四號印紙稅法第十四條

同二十九年法律第三十三號營業稅法第三十五條

同二十一年勅令第四十七號醬油稅則第二十四條

同二十三年法律第八十七號營業條例第八十八條

同二十九年法律第三十五號葉煙草專賣法第二十七條

同二十九年法律第二十八號酒造稅法第三十一條

同二十九年法律第三十號混成酒稅法第七條

同二十六年法律第六號取引所稅法第九條

前ニ述ヘタル如ク犯人カ自己ノ犯罪ヲ官ニ告クルヲ自首ト云フ而シテ首服トハ犯人カ被害者ニ自己ノ犯罪ヲ告クルコトヲ意味ス首服ニ在リテハ自首ト異ナリ財産ニ對スル罪ニ非サレハ減輕スルコトナシ即チ自首ハ如何ナル犯罪ニ對スルモ或例外ヲ除クノ外之ヲ適用スレトモ首服ハ單ニ財産ニ關スル罪ニ限ルモノナリ而シテ首服ノ場合ニ於テモ財産ニ關スル自首ト同シク減輕ヲ爲スモノトス即チ單ニ首服シタルノミナルトキハ一等ヲ減シ又首服シ併セラザル物ノ全部ヲ返還シタルトキハ一等減ノ外更ニ二等ヲ減シ若シ半額以上ヲ返還シタルトキハ一等減ノ外向ホー等ヲ減セサルヘカラス

此場合ニ付テ疑ノ存スルハ首服ハ事ノ發覺ノ前後ヲ問フモノナルヤ否ヤト云フニ在リ例ヘハ或商家ノ雇人其主人ノ金錢ヲ竊取セル場合ニ於テ主人其金幣

ヲ竊取セラレタルコトヲ知リタレトモ未タ其何人タルコトヲ知ラザリシ間ニ雇人其主人ニ首服セハ減等ヲ與フルコト勿論ナリ然ルニ主人ハ已ニ其雇人カ之ヲ竊取シタルコトヲ知レルニ拘ラス雇人之ニ首服セハ減等ヲ與フルヤ否ヤ此ニ付テハ兩說アリテ孰レモ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシト雖モ判決例ハ被害ニ發覺シタルト否トハ之ヲ問ハサルモノト爲シタルカ如シ此說ニ依レハ財産ニ關スル罪ヲ犯シテ首服スルハ前例雇人ノ如キ者ノ犯罪ニ多ク見ルモノナルカ故ニ若シ其犯人ヲ主人カ知リタルトキハ減等セストセハ法律ノ精神ヲ貫クコトヲ得サルニ至ル何トナレハ首服ハ犯人ヲ憐ムヨリ生々タル規定ナルヲ以テナリト云フニ在リ

次ニ尙ホ疑アルハ前段ノ場合ニ於テ若シ官カ其犯人ノ何人タルヤヲ知り既ニ其逮捕ニ着手セリ此時ニ於テ犯人首服セハ減等ヲ與フルヤ否ヤト云フニ在リ此ニ付テモ兩說各主張者アリ其一方ヨリ云フトキハ此場合ニハ減等ヲ與フルコトヲ得ス何トナレハ第八十七條ニ官ニ自首スルト同シク前二等ノ例ニ照シテ處斷スト規定シアリテ首服ノ場合ニモ前二條ノ條件ヲ具備セサルヘカラス

即チ第八十六條ノ場合ニ官ニ發覺シタルトキハ減等ヲ與ヘストセハ第八十七條ノ場合モ亦官ニ於テ知リタルトキハ減等ヲ與ヘスト解スヘキヤ明カナレハナリト其反對ヨリ之ヲ云フトキハ第八十七條ハ何等ノ條件ヲモ規定セサルカ故ニ單ニ財産ニ對スル罪ヲ犯シテ被害者ニ首服セハ之ニ減等ヲ與ヘサルヘカラス前二條ノ例ニ照シテ處斷ストハ單ニ減輕ノ例ヲ示シタルニ過キササルモノニシテ其條件ノ如キハ第八十七條ノ場合ニハ必要ナラサルモノナリト云フニ在リ

第四節 酌量減輕

刑罰ニハ其種類數多アゴト雖モ多クノ刑ニ付テハ或ハ禁錮ノ如ク其刑期ヲ定メ又罰金ノ刑ノ如ク其金額ヲ定ム而シテ又刑法上多クハ其刑期若クハ金額ニ付テモ一定ノ範圍ヲ設ケラル是レ畢竟立法者カ各犯罪ニ付キ確固不動ノ刑ヲ設ケルコトノ困難ナルカ故ニ犯罪事件ノ種類ニ依リテ之ヲ定メサルヲ得ルヨリ來ルモノナリ何トナレハ各犯罪ニ科スヘキ刑ハ各犯人ノ人ト爲リ其情

狀又ハ贓物ノ多寡ニ依リテ之ヲ異ニセサルヲ得サル場合アルヲ以テナリ而シテ又刑ヲ定ムルコトヲ以テ一ニ裁判官ノ自由ニ委スルトキハ往往不當ノ刑ヲ科スルノ虞ナキヲ保セサルカ故ニ刑ニ一定ノ範圍ヲ設ケテ以テ裁判官ノ認定權ヲ羈束スルモ亦一ノ理由タリ此ノ如ク犯罪ニ對シテ確固タル刑ヲ定メス各犯人ト各犯罪ノ情狀ニ應スヘキ範圍ヲ示セハ尙ホ更ニ酌量減輕ノ制ヲ要セサルカ如シト雖モ決シテ然ラス何トナレハ刑ノ範圍ヲ大體ニ於テ定ムルモ尙ホ各事件ノ模様ニ依リ刑ノ酷ナルコトヲ感スル場合ナシトセザレハナリ例ヘハ強盜罪ハ其刑輕懲役ナリ然レトモ其罪質等シク強盜ナリト雖モ人ヲ脅迫シテ二錢三錢ヲ強取シタル者ノ如キハ之ニ科スルニ輕懲役ヲ以テセンカ其酷ナルコト明カナリ又放火犯ニ於テ人ノ住居シタル家屋ニ放火シタル者ハ死刑ニ處ス今都會ニ於テ之ヲ犯ス者アラハ之ニ對シ死刑ヲ科スルモ或ハ可ナラン然レトモ塞僻ノ地ニ於テ茅屋ニ放火シタル者ト之ヲ比較セハ如何縱令人ノ住居シタル家屋ナリトスルモ之ニ科スルニ死刑ヲ以テスルハ少シク酷ニ失スルノ嫌ナキヲ得ンヤ此ノ如ク刑法上ニ定メタル刑ニ處シ裁判官ニ於テ毫モ之ヲ動スコト

ヲ得サルモノトセハ不當ノ刑ヲ科スルノ弊ナシトモ然レトモ立法上此等ノ點ニ至ルマテ區別シテ相當ノ刑ヲ定ムルコトヲ得ス是ニ於テカ法律ハ酌量減輕ノ例ヲ設ケ裁判官ヲシテ適當ノ刑ヲ定ムルコトヲ得セシメタルモノナリ

酌量減輕ハ如何ナル場合ニ於テ之ヲ與フルヤハ各事件ニ付キ決スヘキ事實ノ問題ニシテ豫メ之カ標準ヲ示スコトヲ得スト雖モ被告人ノ人ト爲リ又ハ損害ノ多少ニ依リテ之ヲ與フルコトヲ得ヘシ被告人ノ人ト爲リト云ヘルハ被告人ノ從來ノ品行或ハ良心悔悟セル狀況アルヤ否ヤ又ハ其家庭ノ模様ニ依リテ之ヲ與フルヲ云フ又損害ノ多少トハ被害ノ額少量ナルトキ或ハ其贓物ノ全部カ被害者ニ戻リタル場合又殺人罪ニ例ヲ取レハ謀殺未遂ニ於テ被害者ニ輕微ナル傷痕ヲモ與ヘサル場合ノ如キヲ云フ而シテ此等ノ事ニ關シテハ法律ニ於テ豫メ明定スル所ナキカ故ニ裁判官カ之ヲ與フルニ方リ判決書ニ於テ其之ヲ與フヘキ事實上ノ理由ヲ明示スルコトヲ要セス隨テ酌量減輕ヲ與ヘナカラ事實ヲ示ササルモ違法ニアラサルカ故ニ上告ノ理由ト爲スコト能ハス是レ前ニ述ヘタル宥恕減輕等ト異ナル所ニシテ宥恕減輕ヲ與フルニハ事實ノ中ニ必ス其

理由ヲ明示セサルヘカラス若シ之ヲ示ササルトキハ違法ノ裁判トシテ破毀ヲ免レス之ニ反シテ酌量減輕ノ場合ニ於テハ法條ヲ引用セハ其事實ノ理由ノ如キハ必スシモ之ヲ明示スルヲ要セサルナリ是レ畢竟其理由ヲ掲ケルコトハ非常ナル困難ニシテ筆ヲ以テ其理由ヲ示ス能ハサルモ尙ホ一等若クハ二等ヲ減スルヲ適當ナリトスル場合ナシトモ現行法律ノ刑カ犯罪ニ相當セスシテ酌量減輕ニ失スル場合ニ於テ裁判官カ酌量減輕ノ方法ヲ以テ其刑ヲ減輕スルコトナシトモ然レトモ是レ固ヨリ實際上之ヲ行フニ過キスシテ決シテ法理ニ適合スルモノニ非サルナリ

酌量減輕ノ制度ハ素ト佛國法ニ起リ佛國法ニ於テモ初ハ輕罪ノ刑ニ付テノミ之ヲ認メタリシカ後遂ニ一般ニ之ヲ適用スルニ至リシナリ而シテ今日ニ於テハ西洋各國ノ法律ニ於テ皆之ヲ認ムルニ至レリ

酌量減輕ト宥恕減輕トハ其性質其效力ノ點ニ付テ相類似シ其異ナル所ハ宥恕減輕ハ法律上之ヲ與フヘキ場合ヲ特定シタレトモ酌量減輕ニ付テハ其場合ヲ特定セス又宥恕減輕ハ法律上犯人ノ罪責ヲ變更スレトモ酌量減輕ハ其罪責ヲ

變更スルコトナシ又同一事件ニ付キ數人ノ被告アル場合ニ於テモ酌量減輕ハ其中ノ或一人ニ對シテノミ之ヲ與ヘテ他ノ者ニハ之ヲ與ヘサルコトアレトモ宥恕減輕ニ於テハ然ラス即チ二人ノ者カ暴行ヲ受タルニ因リ直チニ怒ヲ發シ暴行人ヲ殺傷シタルトキハ裁判官ハ其一人ニ宥恕ヲ與ヘ他ノ一人ニ之ヲ與ヘスト云フヲ得ス即チ犯人總テニ對シ之ヲ與ヘサルヘカラサルナリ

右ニ述ヘタル酌量減輕ノ性質ヨリシテ茲ニ三個ノ規則ヲ生ス

第一 酌量減輕ハ判文上單ニ法律上ノ理由ヲ附セハ足ルモノニシテ事實上ノ理由ハ之ヲ明示スルコトヲ要セス

第二 酌量減輕ハ事實裁判官ノ職權ニ屬スルモノナリ故ニ其結果トシテ宥恕減輕ハ上告裁判所ノ審査スヘキ所ニ非ス又豫審判事ノ調査スヘキモノニモ非サルナリ

第三 酌量減輕ハ罪質ヲ變更セズ變更スル所ノモノハ形ノミナリ故ニ本刑カ輕懲役ノ場合ニ於テ裁判官カ酌量シテ一等ヲ減シ重懲罰ノ利ニ處シタリトスルモ其犯罪ハ依然トシテ重罪ノ性質ヲ有スルヲ以テ若シ其判決ニ對シ控訴シタルトキハ控訴裁判所ハ重罪事件トシテ之ヲ取扱ハサルヘカラス

酌量減輕ハ被告人ニ固有ノモノナリ即チ個人的ノ利益ナリ之ヨリシテ右ノ三個ノ結果ヲ生ス

第一 被告人數名アルトキ酌量減輕ノコトハ被告人全體ニ付テ審査スヘキモノニ非ス即チ各被告ニ付テ審査スヘキモノナリ

第二 被告人數名アルトキ一人ニハ酌量減輕ヲ與ヘ他ノ一人ニハ之ヲ與ヘサルコトアリ又同一犯罪ノ被告人ニテモ正犯ニハ之ヲ與ヘス即チ從犯ニノミ之ヲ與フルコトアリ又或ハ其犯罪ニ於テ從犯ニ與ヘスシテ正犯ニノミ之ヲ與フルコトアルヘシ是レ酌量減輕ハ被告人ニ固有ナルモノナレハナリ

第三 一人ニシテ數個ノ犯罪アルトキ或犯罪ニ付テハ酌量減輕ヲ與ヘ或犯罪ニ付テハ之ヲ與ヘサルコトヲ得即チ必スシモ總テノ犯罪ニ對シテ與ヘサルヘカラサルモノニ非ス

犯ハニ對シテモ多クハ之ヲ適用スルコトヲ得ヘシ又現行刑法ニ依レハ酌量減輕ハ祖父母母ニ對スル殺傷ノ罪ノ如キ重大ナルモノニ對シテモ猶ホ之ヲ與フルコトヲ得ルモノトス何トナレハ第三百六十五條ニ於テ祖父母母ニ對シタル殺傷ノ罪ハ特別ノ宥恕及ヒ不論罪ノ例ヲ用フルコトヲ得ス下規定シ特別ノ宥恕及ヒ不論罪ノ例ハ之ヲ適用スルコトヲ得サルコト明カナリト雖モ酌量減輕ニ付テハ刑法上何等ノ禁止の規定存セサルヲ以テナリ

此ノ如ク現行法ニ於テハ酌量減輕ハ多數ノ犯罪ニ對シテ之ヲ與フルコトヲ得ヘシト雖モ之ニ對スル例外ノ場合ナキニ非ス即チ諸罰則ノ中ニ於テ特ニ刑法ノ減輕ノ例ヲ用フルコトヲ得スト明カナリ規定セルモノアリ故ニ若シ此等ノ諸罰則ニ反スル罪ヲ犯シタル者アルトキハ之ニ對シテハ酌量減輕ヲ爲スコトヲ得サルナリ而シテ此等ノ諸罰則ハ自首減輕ヲ與ヘサル諸罰則ト同一ナルヲ以テ茲ニ之ヲ再述セス

酌量減輕ハ宥恕減輕ヲ與ヘタル場合ニ於テモ猶ホ之ヲ與フルコトヲ得又法律ニ於テ再犯加重ヲ爲シタル場合ト雖モ亦酌量減輕ヲ爲スコトヲ得ヘシ要スル

對シ事務ノ處理命令權ノ行使ニ付キ義務ヲ負フモノト云ハサルヘカラス

又地方團體ハ國家ニ依リ設定セラレ其政務ノ範圍モ一ニ國家ノ發シタル法律ニ依リテ定メラルモノナルカ故ニ地方團體ノ政務ノ範圍ハ積極的ニ制限セラルモノト云フヘシ

地方團體ノ政務ノ積極的制限アルニ反シテ國家ノ政務ハ唯時トシテ消極的ニ制限セララルニ過キヌ又地方團體ハ他ノ團體ヨリ積極的ニ監督セラルルニ反シ國家ハ唯時トシテ消極的ニ監督セラルルニ過キヌ地方團體ハ其命令權ヲ他ノ團體ニ對シ義務トシテ之ヲ行使スルモノナレトモ國家ハ唯之ヲ權利トシテ行使スルノミ是レ總テ國家ノ權利ノ原始的ナルヨリ出ツル當然ノ結果ナリトス以上説明スル所ニ因リ近世ノ法理ニ於ケル國家ノ觀念ハ大路之ヲ知ルヲ得ヘシ此等ノ觀念ヲ總合セテ初ニ述ヘタル如キ國家ノ定義ヲ揭クルヲ得ヘキナリ然レトモ此定義ハ唯予ノ適當ト信スル所ヲ舉ケタルノミ此外此定義ト異ナル意見ニ出ツル說ハ甚タ多シ今此内一二ノ說ヲ簡單ニ述ヘテ諸君カ研究ノ資料ニ供セント欲ス

其一ハ前ニ屬述ヘタル所ノ「ザイデル」氏ノ說ナリ「ザイデル」氏曰ク一定ノ土地内ニ結合セル團體即チ國家ハ統治權ノ目的物ニシテ統治權ノ主體ニアラス統治權ノ主體ハ自然の意思ヲ發スルコトヲ得ル統治者其者ナリ而シテ此統治ノ意思ハ或ハ一人ノ自然人ニ因リ發表セラルルコトアリ或ハ多數ノ自然人ニ因リ發表セラルルコトアリ多數人ノ意思發表ノ場合ニハ多數決ニ因リ多數者ノ意思ヲ統治者ノ意思ト爲スト云ヘリ此說ニ對シテハ屢批難ヲ加ヘタルヲ以テ今再々之ヲ贅セサルヘシ唯一言附加シ置カサルヘカラサルコトハ此說ニ依ルトキハ共和國ノ場合ニハ到底單位ノ統治權單一ノ統治者存スト云フコト能ハサルヘシ何トナレハ自然の統治ノ意思ヲ發スル者ヲ統治權ノ主體ト爲サハ共和國ニ於テハ統治ノ意思ヲ發スル自然人ハ一人ニアラス多數人ナルヲ以テ縱令此多數人ハ同一ノ意見ヲ有スルコトアルモ各自ノ意思ハ各獨立シテ存在スルヲ以テナリ

「ラング」氏曰ク國家ヲ共同團體ナリトスルハ空想ニ過キス直覺的實驗的ノ觀察ニ依ルニアラス實驗的ニ觀察スルトキハ唯自然ノ一個人ノ意思ヲ有スルニ

ヘ人格ヲ有スル者モ亦一個人ナルノミ國家ハ權利ノ主體ニモ非ス亦權利ノ目的物ニモアラス唯或一ノ狀態ナリ即チ或一定ノ領土内ニ於テ或人民ノ權力者ヨリ統治セラルル狀態ナリ例ヘハ賣買トハ賣主ト買主トノ或法律上ノ關係ニ立ツ狀態ヲ指シテ云ヒ組合トハ組合員相互間ニ或法律上ノ關係ヲ生シタル狀態ヲ指シテ云フ如ク國家モ一ノ狀態タルニ過キサルナリ然レトモ若シ直覺的實驗的觀察法ニ隨ヒ國家ヲ一ノ狀態ナリトスルトキハ此狀態ハ一定永久ノモノニアラス即チ國家ハ一瞬間モ同一ノ國家タルヲ得サルヘシ何トナレハ國家トハ統治スルモノト統治セラルルモノトノ關係ヲ云フト爲セハ其統治者モ時時更代シ殊ニ統治セラルル人民ハ出生死亡等ニ因リ一瞬間ニ變動シサルコトナク其狀態ハ時時刻刻ニ新狀態ニ變動スルヲ以テナリ然ルトキハ國家ハ到底同一ノ國家トシテ常ニ存在スルモノト云フ能ハサルニ至ルヘシ

「ボルンハック」氏ノ一般ニ國家ハ統治權ノ主體ナリ而シテ君主國ニ於テハ君主カ統治權ヲ行フニヘ君主即チ統治權ノ主體ニシテ君主ト國家トハ同一ナリトセリ此說ニ於テ若シ國家ナル語ヲ統治權ノ主體ト云フ文句ノ代リニ用ヒタルモ

過キストスルトキハ「ザイデル」氏ノ説ト全ク同一ノ説ニ歸スヘシ若シ又國家トハ人類共同團體ヲ指シテ云フモノト爲ストキハ解釋ノ方法ニ依リ或ハ適當ナル説ト爲ルヘシ即チ君主ヲ國家ト同一ナリト云フハ君主ノ發表シタル意思ハ國法上ハ即チ國家ノ意思ト爲ルユヘ君主ハ即チ國家ナリト云フニ在ラハ是レ勿論ノ事ナリトス然レトモ斯ク云フトキハ獨リ君主ノミナラス君主以下ノ國家諸機關例ヘハ大臣知事郡長巡查ニ至ルマテ總テ國家ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ知事巡查ノ發表シタル意思モ國家ノ意思トシテ直チニ效力ヲ有スルモノナレハナリ然レトモ若シ君主ハ國家ノ機關制度トシテノ君主ニアラスシテ一個人タル君主ヲ指シテ云フモノト爲ストキハ全ク誤謬ノ説ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ同一ノ統治權ニ付キ共同團體タル國家ト君主ノ一個人ト兩人格カ主體トシテ存在シ得ル理ナケレハナリ

又現世紀ノ中葉以前ニ於テハ國家ハ有機體ナリトノ説一時大ニ流行セタリ此有機體説ニ從ヘハ國家ハ人類ノ有機的結合團體ニシテ其自己ノ目的ヲ達スル爲メニ諸機關ヲ有シ自己固有ノ意思ニ依リテ動作シ其内部ニ自己獨立ノ作用

力ヲ有シ絶エス發達進歩シテ自己及ヒ其關節ノ生長ヲ遂行スルモノナリ故ニ國家ノ作用ハ機械的ノ動作ノ如ク外部ノ原動力ニ基クコトナク全ク其固有ノ生活力及ヒ又其部分ノ共同ノ生活ニ基クモノナリト云フニ在リ此説ハ佛國革命時代ノ契約説ニ對抗シテ生シタル説ナリ蓋シ契約説ニ從フトキハ國家ハ多數人ノ隨意ノ意思行爲ヨリ生シタルモノナルヲ以テ多數人ハ常ニ國家ヲ改造スルコトヲ得ルト云フ説ニ對シ有機體説ニ於テハ國家ハ有機體ナルユヘ國家ハ自然ニ發生シ來リタルモノナリトノ説ヲ立テタルモノニテ佛國革命主義ノ説ヲ破ルヘキ方法ノ説明トシテハ或ハ適當ノ説ナルヤモ知レルヘカラスト雖モ法律上ノ議論トシテハ何等ノ價值ヲ有スルコトナシ蓋シ法律學ハ各人格間ノ意思利益ノ範圍ヲ研究スルモノニシテ其人格ノ附著スル本體ノ自然的生理的ノ組織ヲ研究スルモノニアラサルユヘ有機體説ハ縱令如何ニ巧妙ナルニモセヨ法理上顧ミルニ足ルヘキモノアルコトナシ又生理的自然的ノ觀察トシテモ國家ハ決シテ他ノ有機體ト同一ノ性質ヲ有スルモノニアラサルナリ

第二節 國家ノ結合

前節ニ於テ國家ノ何物タルコトハ聊カ之ヲ研究シタリ凡テ國家ト稱スルモノハ上述ノ如キ性質ヲ備フルモノナリ然レトモ等シク此ノ如キ性質ヲ備フル國家ノ中ニ於テ往他ノ國家ト結合ノ關係ヲ生スルコトアリ此結合ニ數種アリ今之ヲ左ニ説明セント欲ス

第一 國家同盟 國家同盟トハ數個ノ國家カ或共同ノ行爲ヲ爲ス爲メニ條約ニ因リ國際法上ノ結合ヲ爲セタルモノニシテ各國家ハ此共同ノ行爲ヲ爲ス義務ヲ負フモノヲ云フ凡ソ近世ノ國家ハ國際法上獨立ノ主格トシテ存在シ國際法ニ從テ其行爲ヲ爲ササルヘカラス各國家ノ他國ニ對スル一般ノ權利義務ハ此國際上ニ基クナリ若シ特別ニ結合ヲ爲サント欲セハ條約ニ依ラサルヘカラス故ニ國家ノ經濟上又ハ國家的ノ事務ニ付キ相互ノ利益ヲ増進スル爲メ或ハ通商條約ヲ結ビ或ハ郵便條約版權條約等ヲ結ビテ互ニ義務ヲ負フコトアリ又時トシテハ或共同ノ行爲例ヘハ攻守同盟ヲ結ビテ以テ他ノ國家ニ對立スルコト

ヲ計ルコトアリ斯ル同盟ヲ結ビタルトキハ之ヲ國家同盟ト云フ

第二 國家連合 國家同盟ハ唯特定ノ事件ヲ目的トスル結合ニシテ且ツ永續ヲ期スルモノニアラス之ニ反シ國家連合ハ多少廣大ナル範圍ニ於ケル政治上ノ事件ヲ目的トシテ爲シタル結合ニシテ且ツ其結合ハ永續ヲ期スルモノナリ殊ニ第三國ニ對スル外交事務ヲ共同ニ處理スルヲ其主眼ト爲スナリ千八百十五年ヨリ千八百六十六年ニ至ルマテノ獨逸連合國ノ如キハ實ニ此國家連合ナリシ此國家連合ト連邦國トハ酷ク相似タル所アルヲ以テ此國家連合ヲ獨立ノ人格ヲ有スル一ノ國家ト爲ス者アリ(ヘーデル)「マイエル」如キ即チ然リ「マイエル」曰ク國家連合ハ單純ノ條約上ノ關係ニアラスシテ公法上ノ權利主格ナリ國家連合ハ他ノ權利主格ニ相對立シ又組合國ニ對シ命令權ヲ行使スルコトヲ得但シ國家連合ノ國權ハ決シテ直接ニ支配權ヲ各邦ノ臣民ニ對シテ行使フコトナシ唯各邦ニ屬スル國權ノ媒介ニ因リテ之ヲ行フニ過キス國家連合モ立法ヲ爲スト雖モ唯之ヲ確定スルノ權能ヲ有スルニ過キスシテ之カ拘束的ノ實行ヲ得ルニハ各邦ノ國權ニ依ラサルヘカラス國家連合ハ外務行政ヲ爲ス權能ヲ有ス之ニ

反シ内部ニ於ケル行政ノ權能ヲ有スルコトナシ何トナレハ直接ノ臣民ヲ有セ
 テレハナリ國家連合ハ機關ヲ有ス此機關ヲ行爲ハ國家連合ノ行爲ナリ國家連
 合ニ於ケル決議ハ各邦ノ代表者之ヲ爲セトモ是レ契約ニアラス何トナレハ此
 決議ハ各代表者ノ多數決ニ依リテ定マリ各代表者ノ同意ニ因リテ定マルモノ
 ニアラサレハナリト

然レトモ「ラバンド」氏ノ云ヘル如ク國家連合ハ私法上ニ於ケル組合ノ如ク法律
 上ノ關係ニ止マルナリ何トナレハ國家連合ノ法律上ノ基礎ハ組合ノ如ク全ク
 契約ニ存スルモノニシテ全ク國際法上ノ現象物タルニ過キテレハナリ凡ソ國
 家ト云ヘハ其目的ヲ實行スル爲メニ獨立ノ支配權ト獨立ノ意思ヲ有セサルハ
 カラス然ルニ國家連合ハ人民ニ對シ直接ノ支配權ヲ有セサルモノナレハ是レ
 即チ其眞ニ國家タル所以ニアラサルノ證タリ臣民ニ對シ直接ノ支配權ヲ有セ
 ス各邦ノ立法ニ由リテ始メテ支配ノ效力ヲ生スルモノナレハ各邦カ却テ眞ノ
 支配權ノ主格タルモノナリ「マイエル」ハ國家連合ノ決議ハ多數決ニ依ルユヘ各
 邦ノ契約ニアラスト云フト雖モ是レ少シモ國家連合ノ主格タル證明トハナラ

ナルナリ何トナレハ國家連合ニ於テハ初ヨリ少數者ハ多數者ニ從フヘキ契約ヲ
 爲セルユヘ縱令少數者ノ意思ハ多數者ノ意思ニ屈服スルコトアルモ其意思ハ
 各邦ノ共同ノ意思タルニ外ナラサレハナリ固ヨリ連邦國ニ於テモ其最初ノ起
 源ハ各組合國ノ取結ヒタル條約ニ依ルコトアリト雖モ條約ニ因リ成立セタル
 結果ニ差異アリ連邦國ノ場合ニ於テハ國法上ノ關係ヲ生セシムル爲メニ條約
 ヲ結フニ過キス故ニ各邦カ其條約ヲ履行シテ連邦國ヲ立ツルヤ否ヤ國際法上
 ノ條約關係ハ國法上ノ關係ニ變スルナリ而シテ條約ハ此履行ニ因リ消滅スル
 ナリ之ニ反シ國家連合ニ於テハ條約ハ永續シテ連合關係ノ基礎ト爲ルモノナ
 リ「マイエル」ハ國家連合ハ最高權ヲ有シ各邦ハ最高權ヲ有セスト云フト雖モ國家
 連合ハ終始條約ニ基キ存在スルモノナルユヘ各邦カ最高權ヲ有セサル如ク見
 ヲルハ唯此條約ニ因リテ自ラ其權力ヲ制限シタルニ因ルナリ各邦ハ其條約ヲ
 變更シテ國家連合ノ作用ノ範圍ヲ増減シ得ルヲ以テ最高權ハ則チ各邦ニ屬ス
 ルコト明カナリ又「マイエル」ハ國家連合ハ一ノ機關ヲ有スト云フト雖モ是レ唯
 各邦ノ共同ノ代表者トシテ行動スルモノニシテ決シテ國家連合ナル一ノ人格

ノ機關ニアラサルナリ故ニ國際法上ニ於テモ各邦カ權利主格タルナリ
〔ブルチー〕曰ク國家連合ハ國法上ハ一ノ權利關係ナルニ過キザレトモ國際法上
ニ於テハ權利主格ナリト然レトモ私法上ニ於テモ内部ニ於テハ組合タルモノ
カ外部ニ向テ法人タルヲ得ザルト同シク外部ニ向テ權利主格タル國家カ内部
ニ向テ權利關係タルヲ得ザルヘシ私法上ニ於テモ組合ハ一ノ商號ヲ以テ共同
ノ行爲ヲ爲スヲ得ルト雖モ法人ノ如ク決シテ權利主格タルニアラサルナリ之
ト同シク國家連合カ國際法上共同ノ行爲ヲ爲シ共同ノ代表者ヲ有スト雖モ之
カ爲メニ決シテ獨立ノ權利主格タルコトナキナリ

第三 連邦國 連邦國ハ國法上ノ結合ニシテ數個ノ國家カ憲法ニ基キ單位ノ
國家トシテ結合シタルモノニシテ最高權ヲ有スル者ナリ若シ國家連合ヲ私法
上ノ組合ト比較スルヲ得ハ連邦國ハ私法上ノ法人ト比較スルヲ得ヘシ私法上
ノ法人ノ法律上ノ基礎ハ其定款ナル如ク連邦國ノ基礎ハ其定メタル憲法ニ存
ス連邦國內ノ各邦ハ連邦國ニ對シ組合權ヲ有シ連邦國ノ意思決定ニ參與スル
コトヲ得ルナリ然レトモ連邦國ハ組合國ノ意思ト異ナル獨立ノ意思ヲ有シ連

邦國ハ組合國ト特別ナル支配權ヲ有シ以テ直接ニ其臣民ヲ支配ス又連邦國ハ
最高權ヲ有シ組合國ヲ支配ス組合國ハ支配權ヲ有スレトモ最高權ヲ有スルコ
トナシ連邦國ハ其固有ノ機關ヲ有シ其機關ノ意思作用ハ連邦國ノ意思及ヒ作用
ト爲ルナリ連邦國ニ唯外部ニ對スル事務ヲ掌ルノミナラス内部ノ行政及ヒ私
法ヲモ掌ルナリ連邦國ノ立法ハ連邦國ノ機關ノ裁可ニ由リテ其拘束力ヲ生ス然
レトモ連邦國ニ於テハ連邦國ト各邦トノ間ニ其事務ヲ分配シテ有セリ彼ノヘ
一ニネルカ連邦國ノ場合ニ於テハ連邦國モ各邦モ完全ナル國家ニアラス此兩者
ヲ綜合シタルモノカ即チ完全ナル國家ナリト云ヘルハ是レ單一國ニ於テ一國
家ニ屬セル事務ヲ連邦國ニ在リテハ連邦國ノ作用ト各邦ノ作用トニ由リテ之
ヲ實行ストノ意ニ外ナラス決シテ連邦國及ヒ各邦ノ性質ヲ說明セント欲シタ
ルニアラサルナリ然ラスハ連邦國及ヒ各邦トヲ綜合シタルモノカ單位ノ國
家トシテ存在セルト云フコトハ到底之ヲ理會スルヲ得サルナリ故ニ連邦國モ
各邦モ互ニ限界セラレタル作用範圍ヲ有ス其範圍ヲ減縮擴張スルニハ連邦國
ノ憲法變更ニ因リ之ヲ爲ス現今連邦國ト稱スルモノハ獨逸帝國瑞西國及ヒ北

亞米利加合衆國ナリ此中北亞米利加合衆國ハ千八百八十九年ニ於テ初ヨリ邁
邦國トシテ生シタリ獨逸國及ヒ瑞西國ハ其初メ國家連合ノ形ヲ有セタリシカ
北亞米利加合衆國ニ倣ヒ遂ニ連邦國ト爲リタリ
第四 物上連合 物上連合トハ數個ノ國家カ政治上ノ目的ヲ達スル爲メニ永
久ノ結合ヲ爲シタル一ノ連合ニシテ其連合セル國ハ國家政務ノ或部分ニ付キ
國權ノ共同實行ヲ主眼トシテ連合シ且ツ國家作用ヲ爲スヘキ機關ヲ共同ニ存
スルモノヲ云フ此ノ如ク共同ノ機關ヲ有セ共同ノ事務ヲ行フヘキコトハ各其國
ノ國法又ハ慣習法ニ於テ各連邦國カ事實上共同ノ規定ヲ存スルニ由テ所ニシ
テ固ヨリ物上連合ニ於テモ最初ノ起源ハ條約ニ因ルコトアリト雖モ條約ニ因
リテ直接ニ物上連合ノ關係ヲ定ムルニアラス物上連合ノ關係ヲ直接ニ定ムルモ
ノハ各國ノ國法トス唯各國ハ斯ル規定ヲ設クヘキ義務ヲ條約ニテ負擔スルニ
過キサルナリ此連合ハ連邦國ト相似タリト雖モ然レトモ連邦國トハ大ニ異ナ
ル所アリ連邦國ハ國際法上國法上ニ於テ共ニ一ノ人格トシテ權利主格ナレト
モ物上連合ヲ爲セル各國ハ各特別ノ國家トシテ存在シ決シテ國際法上ニ於テ

モ國法上ニ於テモ單位ノ人格ヲ形成スルコトナシ此物上連合ハ君主國ニアラ
ザレハ存在スルヲ得タル如ク云フ者アレトモ決シテ然ラス共和國ニ於テモ亦存
在シ得ヘシ即チ共和國ニ於テモ或制度ニ付キ憲法上共同ニ處理スヘキ事務ノ
範圍ヲ有セハ物上連合ト爲ルヘシ又君主國ノ物上連合ヲ爲セル場合ニ於テモ
同一ノ君主ヲ戴カスシテ他ノ機關例ヘハ國會ヲ共同ニ有スルコトアラハ物上
連合ト爲ルヘシ然レトモ物上連合ノ最モ普通ナルハ君主ヲ共同ニ有スル場合
ナリトス現今物上連合ト稱スルハ奧地利匈牙利及ヒ瑞典諾威ナリトス此等ノ
國ニ於テハ共同ノ君主ヲ戴キ外交兵事及ヒ或部分ノ財政ヲ共同ニ執行セリ物
上連合ニ於テ若シ同一ノ君主ヲ共同ニ戴クトキハ國際法上此兩國ハ同一ノ君
主ヲ以テ共同ノ代表者トシテ作用シ又内部ノ事務ヲ共同ニ處理スルモ連邦國
ニ於ケル於ク物上連合國ナル一國家カ法律上ノ人格トシテ作用スルニアラナ
ルナリ此物上連合ト能ク相似テ而モ其法律上ノ基礎ヲ異ニスル者アリ身上連
合即チ是ナリ身上連合トハ數國カ同一ノ君主ヲ戴クモノヲ云フ是レ一國ノ君
位繼承法ノ結果血統上ノ關係ヨリ一國ノ君主カ他國ノ君主ト爲リ又ハ新ニ起

リタル國或ハ他國ニ君位繼承者ノ斷絶シタル場合等ニ生スルモノニテ偶然ノ事實ニ因ルモノナリ物上連合ニ於ケル如ク或一國ノ君主ヲ戴クコトヲ義務ト爲スモノニアラサルユヘ其法律上ノ基礎ヲ全ク異ニスルモノトス此身上連合ヲ爲セル各國ハ各特立シタル國家ニシテ國法上國際法上共ニ共同ニ作用ヲ爲スコトナシ故ニ國家結合ノ性質ヲ含ムコトナシ千八百三十七年以來ノ英吉利ト「ハンノウウヘル」トノ關係千八百八十五年以來ノ白耳義ト亞弗利加ノ金剛トノ關係ノ如キ其一例ナリ

第三節 國權作用ノ分合及ヒ國權ノ主體

國家ハ單位ノ人格ニシテ原始的ニ統治權ヲ有スルモノナルコト既ニ述ヘタル所ノ如シ統治權トハ命令禁令ニ強制スル權利即チ意思ノ力ナリ國家カ此意思發表ノ作用ヲ爲スニハ其機關ニ依ル國家ノ機關ハ一人又ハ數人ノ自然人ヨリ組織セラレ自然ノ一個人カ其權限ノ範圍内ニ於テ作用スルハ即チ國家ノ名ニ於テ國家ノ作用ヲ爲スモノニシテ自己ノ權利ヲ行フモノニアラス國家ノ機關ト

シテ外部ニ對シテ作用スルモノニ數種ノ機關アリテ其權限ノ範圍内ニ於テ國家ノ意思ヲ發ス國家ノ意思ハ國家ノ總機關ニ依リテ表ハルルナリ國家ノ總機關ノ行使スル權力ヲ一般ニ統治權又ハ國權ト云フ此國權ハ其實質ハ全ク立法、司法行政ト同一ノ力ナリ故ニ之ヲ執行スル機關ヲ異ニスルモ此機關ハ各獨立ノ人格トシテ此權力ヲ分割シテ之ヲ有スルモノニアラサルナリ國家ノ意思ハ素ト單一ノモノナレトモ時勢ノ需要ニ應ジ種種ノ機關ニ依リテ發表セラルルニ至レリ然レトモ此種種ノ機關ニ依リテ發表セラルルユヘ國權ハ分割セラレタルカ如ク見ユ彼ノ三權分割說ノ如キ亦此見解ニ出テタルナリ

三權分割說ハ佛蘭西ノ「モンテスキュー」フ唱ヘシヨリ大ニ世ニ傳播シタリ蓋シ今日ノ立憲制ノ原形ハ實ニ英國ニ發セリ然レトモ英國人ハ學理的ニ之ヲ研究スルコトヲ爲ナス又之ヲ他國ノ模範ト爲サンコトヲ務メサリシカ獨リ佛國ノ「モンテスキュー」ハ英國ノ立憲制ノ原則ヲ學理的ニ講究シ依テ以テ立憲國一般ノ國法ノ原則ヲ立ランコトヲ試ミタリ「モンテスキュー」ハ國權ヲ立法司法行政ノ三權ニ分割シ立法トハ法規ヲ制定スル權トシ司法トハ犯罪ヲ罰シ個人ノ爭ヲ決ス

ル權トシ行政トハ和戰ヲ決シ公使ヲ派遣受理シ及ヒ安全ヲ保持スル權ト爲セ
 ヲ又氏ハ政體ヲ君主制貴族制民主制ノ三種ニ分チ各政體ニ隨ヒテ此三種ヲ適
 宜ニ分配シテ以テ其原則ヲ貫行セントセリ然レトモ此權力分割及ヒ政體區別
 ノ說ハ決シテ「モンテスキュー」ノ創案ニ出ラタルニアラサルコトヲ忘ルヘカラス
 政體ヲ三種ニ分ツコトハ既ニ希臘學者ノ唱ヘタル所ナリ三權分割說モ亦然リ希
 臘ノ「アリストタレス」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
 ノ中ニハ立法比刑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「ロック」ハ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」ノ區別ト其目的ヲ
 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ヲ其目的トセリ之ニ反シ「ロック」ハ人民主權ノ主義ニ基キ
 立法權ハ人民之ヲ有シ執行權及ヒ其掌握者ハ此立法權ニ服從スルモノト爲セ
 リ「モンテスキュー」ハ三權ヲ全ク同等ノ地位ニ置キ對等獨立ノモノトシ此各保
 立シタル三權ハ全ク異ナリタル自然人又ハ法人之ヲ掌握スルモノニシテ此自

然人又ハ法人ハ其作用ニ付キ各獨立不羈ニシテ他ノ干渉ヲ受ケルコトナシ即
 チ立法者ハ上下二院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
 ヲ有シ其意思ニ反スル決議ヲ拒ムコトヲ得ルモノトシ而シテ政體ノ異ナル
 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
 民立法權ヲ掌リ且ツ立法權ハ一ハ貴族ノ集會一ハ一般人民ノ集會之ヲ行フモ
 ノトセリ「モンテスキュー」ハ此方法ニ依ルトキハ立法行政ノ二權ヲ一人ニ委セテ
 ルニ「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「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「人民ノ生命財產ハ專制ノ魚肉ト爲ルコトナシ又司法ト
 行政トヲ一人ニ合セサルニ「法官ノ舉措ハ即チ專横ハ流ルルコトナシ隨テ此
 方法ハ人民ノ自由ヲ保護スルニ完全ノ方法ニシテ且ツ此方法ハ既ニ英國ニ行
 ハルルモノト爲セリ

然レトモ此三權分立說ハ完全ナル說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ツ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トナルユヘ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數國家存スト云ハサルヘカラサルニ至ルヘキナリ且ツ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絶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ユヘ唯執行權ノミヲ有ス立法權其者ヲモ行フモノナリ「モンテスキエ」ノ實例トシテ援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「モンテスキエ」ノ三權分立說ハ一方ニハ國家ノ單一ナル性質ニ反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セテ以テ現今立憲國國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ラサルナリ

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ラサルユヘ之ヲ發表スル者モ亦單獨ノ人ナラサルヘカラス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サ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クサルユ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ユヘ立法司法行政ノ區別ハ專制國ニ於テハ全ク最高機關カ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政ノ數部ニ分テ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付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ツ隨意ニ之ヲ變更廢止セシメタルヲ通則トス例ヘ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掌ラシメ又輔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

ハルル政體ヲ立憲政體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體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レテ立法ノ作用ニ參與セシムルノ制度ヲ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ナキヲ以テ總テノ國家ハ皆立憲政體ノ國家ト爲ルヘシ現今ノ露西亞國ノ如キ亦國家ノ根本法ナルモノ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種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

ノ歴史ハ萬國ノ裁判所ナリト云ヒシニルレハ如ク是非ハ史上ニ之ヲ證ス可シト云ヘリ法律論者ノ論據ノ堅牢ナラサル此ノ如シ

非法律論者ハ國際法ニハ立法者ナシト云ヘリ然ルニ法律論者中國國際法ニモ亦立法者アリト云フ者アリ而シテ此論者中或ハ「フルチンチユリ」「ボンフヂース」ノ如ク萬國會議ヲ以テ立法者ト爲ス者アリ或ハ「ヘフタル」「リスト」ノ如ク各國民ヲ以テ立法者ト爲ス者アリ然レトモ萬國會議ハ單ニ立法者タルノ外形ヲ備フルニ過キスシテ其實立法者ニ非ス何トナレハ萬國ニ對シテ主權ヲ有セザレハナリ又各國民ト雖モ同シク主權ヲ有セサル以上ハ之ヲ稱シテ立法者ト爲スコトヲ得サルナリ蓋シ是等ノ立法者カ定メタル決議ニ違反スルハ各國ノ自由ニシテ國際法違反ノ罪ヲ構成スルニ相違ナキモ之カ爲メ何等ノ制裁ヲ受ケザレハナリ是レ萬國會議若クハ各國民カ立法者タルノ形アルモ其實ナシトスル所以ナリ

或ハ國際上ノ慣習ハ即チ法ナリト云フ者アリ此論者ハ以爲ラテ各國ノ法律沿革史ヲ見ルニ慣習先ツ起リテ而シテ後ニ法律生ス國際上ニ於テモ亦然リ今日

ノ國際法ハ未タ充分ノ發達ヲ爲ササルモノニシテ恰モ尙ホ各國ノ法律沿革史
 上慣習ノミ行ハレタル時代ノ如シ而シテ各國民カ慣習ヲ以テ法ト看做セシ如
 ク今日國際上ニ於ケル慣習モ亦一ノ法ナリト云ハサルヘカラス然ラハ國際上
 法律ナキノ故ヲ以テ國際法ハ法ニ非スト云フコトヲ得スト抑モ慣習カ法律ニ
 先テ生シタルハ各國ニ於ケル法律沿革ノ順序ナリト雖モ慣習カ法律トシテ
 拘束ノ力ヲ有スルハ主權者カ之ヲ默認セルニ因ル慣習ヲ以テ國民法律思想ノ
 表示ト爲ス學者ハ默認說ヲ採ラス然ルニ國際上ニハ一ノ主權者ナキカ故ニ國
 際上ニ慣習法ノ存スヘキ理由ナシ
 此ノ如ク國際上ニハ法律ナク又慣習法ナキヲ見ルトキハ益々國際法カ法ニ非
 ＊ルコト明カナルヘシ
 非法論者ノ論旨ハ誠ニ明白ニシテ左ノ數語ヲ以テ之ヲ蔽フコトヲ得ヘシ曰ク
 國際上ニハ主權者ナキカ故ニ法ナシト而シテ國際上ニハ法典ナク裁判所ナク
 公力ナク隨テ萬國ヲ管轄スル規則ナシト云フハ畢竟此語ヲ敷衍シタル者ナリ
 抑モ主權者ナキ所ニ法ナキハ別ニ説明ヲ要セサル所ナレトモ尙ホ之ヲ疑フ

者頗ル多キカ故ニ余ハ法ノ性質上ヨリ打算シテ國際法カ法ニ非サルコトヲ上
 文ニ説明セリ以下更ニ進ンテ法律論者ノ國際上ニ裁判所アリトノ說ヲ批評ス
 ヘシ

「ビイドリエーブル」曰ク野蠻時代ニ於テ各人ハ皆自ラ裁判ヲ爲シタリ中古常設
 裁判所ノ設備ナキ時ニ於テ私闘及ヒ決闘ハ訴訟ト密着ノ關係ヲ有セリ此時ニ
 當リ社會ノ人ハ何等ノ權利ヲモ知ラス又法律慣習ヲモ守ラズト云フコトヲ
 得ヘキカト此論ハ法律ノ沿革ニ通セサルモノナリ抑モ野蠻時代ハ茲ニ採用ス
 ルヲ要セス否氏ハ野蠻時代ヲ援用シタル後ニ於テ耻ツルナラン何トナレハ
 今日ノ國際法時代ヲ野蠻時代ト比シタレハナリ古代決闘ヲ以テ裁判ト認メタ
 ル時代ニ於テハ決闘カ宗教上ノ觀念ニ出テタルコトハ上ニ述フル所ノ如ク而
 シテ中古決闘カ行ハレシハ法ノ力カ行ハレサルニ因ルモノニシテ既設裁判所
 カ其跡ヲ絶チシモ全ク此理由ニ出ツ

「ボンフェイス」曰ク法ハ權力組織タル裁判所以前ニ起リタルモノナリ裁判所ハ法
 ヲ作ルモノニ非スシテ之ヲ適用スルモノナリ裁判機關ハ決シテ法ノ要素ニ非

スト又曰ク民法ニ於テモ法律關係ノ多數ハ裁判所ノ干涉ヲ待タスシテ完全ニ行ハルト「マルラン」スモ亦同様ノ説ヲ唱フ然レトモ裁判所アルハ國法ノ常態ニシテ裁判所ナキハ國際法ノ常態ナリ裁判所ハ法律以後ニ起ルモノニ非スシテ之ト同時ニ起ルモノナリ法ニシテ之ヲ適用スル機關ナクンハ法ノ名アリテ其實ナキモノナリ

本年和蘭ニ開キタル平和會議ハ常設仲裁裁判所ノ設立ヲ議決セリ國際上裁判所アリト信スル學者ハ定メテ満足スルナルヘシト雖モ此決議カ實行サルルヤ否ヤハ問題ナリ縱シ實行サルルトスルモ此裁判所ノ判決ハ執行力ヲ缺クカ故ニ裁判ナリト言ヒ難シ

法律論者中國國際法ニ裁判所アリトノ説ヲ唱フル者ハ往往仲裁裁判所又ハ捕獲審檢所ノ例ヲ援用セリ是レ謬見ナリ蓋シ裁判ノ性質タルヤ訴訟當事者以外ノ者カ當事者ノ爭論ヲ判定スルニ在レトモ捕獲審檢所ハ原告タル國家ノ機關カ原告ノ行爲ヲ判定スルニ過キス况ヤ捕獲審檢所カ往往ニシテ政略ノ機關ト爲リシコトハ歷史上有名ナル事實ニシテ英國ノ「ストウエール」卿ノ如キハ巧ニ

英國ノ利益ヲ保護シ英國ノ政略ヲ輔ケンカ爲メニ名ヲ得タルノミ又仲裁裁判所ノ如キハ其裁判ハ執行力ヲ有セス執行力ヲ有セザル裁判ハ裁判ノ名アルモ其實一個ノ意見ニ過キスシテ猶ホ新聞紙カ人ノ行爲ヲ評論スルカ如シ此ノ如ク國際法ハ法ノ性質ヲ缺クモノトセハ其性質果シテ如何予ハ制裁ナキ行爲ノ標準ナリト答ヘンノミ蓋シ吾人カ社會ニ生存スルヤ一面ニ於テハ法ノ管轄ヲ受ケ一面ニ於テハ社會ノ風習ニ從ハサルヘカラス而シテ吾人カ法ノ管轄ヲ受クルハ國家ニ對シテ服從ノ關係アルカ爲メナリト雖モ社會ノ風習ニ從ハサルハ關係ニ因ルニ非スシテ利害ノ關係ニ出ツルノミ即チ社會ノ風習ニ從ハサルトキハ往往不利益ヲ招クカ爲メナリ而シテ國家カ他ノ國家ニ對シテ國際法ヲ遵奉スルハ服從ノ關係ニ出ツルニ非スシテ利害ノ關係ニ出ツルモノナリ抑モ社會ノ發達ハ風習ノ進化ヲ促スカ如ク萬國交通ノ進歩ハ勢ヒ國際法ノ變遷ヲ惹起ササルヲ得ス是ニ於テカ苟モ天下ニ國ヲ立ツル者ハ國際法ヲ遵奉スルニ非サレハ其體面ヲ保ツコト能ハサルコト往往ニシテ之アルハ猶ホ吾人カ社會ノ風習ニ從ハサルハ之カ爲メニ往往非常ナル不利益ヲ招クコトアルカ

如シ仍テ予ハ國際法ニ左ノ定義ヲ下セリ

國際法トハ對外的國家行爲ノ標準ニシテ各國ノ間ニ存在スル所ノ制裁ナキ規則ヲ云フ

「マルテンス」曰ク從來學者カ國際法ニ下セシ所ノ定義ハ少カラスト雖モ予ハ未タ完全ナルモノヲ發見セスト蓋シ完全ノ定義ナキハ學理上ノ定義ヲ下スコトノ困難ナルカ爲メノミナラス國際法ノ發達幼稚ナルカ爲メナラン亦以テ國際法ノ定義ヲ下スコトノ困難ナルヲ知ルヘシ左ニ參考ノ爲メ二三ノ學者カ下シタル定義ヲ示スヘシ

「ベトリエーブル」曰ク國際法トハ各國カ其相互ノ關係ヲ管轄セシムル所ノ自然法ニ適合スル規則ノ集合ヲ云フ

「ボンフィース」曰ク國際公法トハ國家相互間ノ權利義務ヲ定ムル規則ノ集合ヲ云フ

「ブリー」曰ク國際公法トハ慣習及ヒ條約ニ因リテ確定セラレ道理ヨリ出テ且ツ國家相互ノ公益上ノ關係ヲ定ムル規則ノ集合ヲ云フ

「カルボー」曰ク國際法トハ國家相互ノ關係上各國民ノ遵守スル行爲ノ標準ヲ云フ又曰ク一國カ他國ニ對シテ履行スヘキ義務及ヒ防衛スヘキ權利ノ集合ト云フコトヲ得ヘシト

「オルトラン」曰ク國際法ハ國際行爲ノ法及ヒ徳義ノ集合ヲ云フ
以上ハ佛國學者ノ下シタル定義ナリ(但シ「カルブ」氏ヲ除ク)

英國ノ學者「グラーカー」曰ク國際法ハ各國ノ臣民タル人類カ相互ノ交通上守ルヘキコトヲ文明ノ進歩ヨリ學ヒタル行爲ノ規則ヲ云フ

「ホール」曰ク國際法ハ良心アル人カ其國法ヲ遵守スルト同様ナル性質及ヒ程度ニ於テ現今ノ文明國カ相互ノ關係上已テ羈束スル力アリト認メタル一定ノ規則ニシテ違反ノ場合ニハ相當ノ方法ヲ以テ執行シ得ヘシト信スルモノヲ云フト
「ローレンス」曰ク國際法トハ文明國間又ハ其臣民ノ交通ニ關スル文明國全體ノ行爲ヲ定ムル規則ノ集合ヲ謂フト

其他米國ノ「ホフイントン」ハ國際法ヲ以テ獨立國民間ニ存在スル社會ノ性質ヨリ生スル規則ノ集合ニシテ道義ニ適合シタル者ナリト定義シ「ウールロー」ハ耶

獻教國カ相互ノ關係上又ハ他ノ耶蘇教國臣民トノ關係上守ルベキコトヲ以テタル規則ノ集合ナリト解セリ

次ニ獨逸學者ノ定義ヲ舉タレハ左ノ如シ

「アルメンタリヤ」曰ク國際法トハ國家相互ノ關係ノ爲メニ發達スル規則及ヒ制度ヲ云フ

「アルメンタリヤ」曰ク國際法トハ各國ヲ人類の法律團體ニ結合スルノミナラス各國ノ人民ニ其人類權及ヒ國際權ニ付キ共同的法律上ノ保護ヲ與フル公認ノ萬國規則ヲ云フ

「タルマン」曰ク國際法ハ國家及ヒ國民ノ團體ニ附着スル生活關係ヲ定ムル規則ノ總念ヲ謂フ

「リスト」曰ク國際法トハ文明國ノ團體ニ屬スルノ間ニ存スル權利及ヒ義務ヲ定ムル規則ノ總念ヲ云フ

「ビエドリュエーブル」氏ハ諸學者ノ下シタル定義ヲ大別シテ左ノ四種ト爲シタリ即チ國際法ヲ以テ制裁ナキ萬國普通法ト爲ス者一條約及ヒ法律ヨリ生スル定

法慣習並ニ理論ト爲ス者ニ理想ナリト爲ス者ニ既定ノ規則ノミヲ國際法ト爲ス者四是ナリ猶ホ諸學者ノ定義ヲ知ラント欲セバ「ブラジニエ」「フアデーレ」氏ノ書ヲ見ルヘシ

第二章 國際法ノ名稱

我國ニ於テ國際法ニ始メテ萬國公法ナル名稱ヲ附シタルハ明治ノ初年ニシテ恐ラクハ「ケント」氏ノ國際法ヲ譯シタル時ニ始マリシナラン然レトモ此語ハ日本人カ創作シタルモノニ非スシテ實ニ支那ヨリ傳來セシモノナリ即チ米人ノ「廳長」ウヰルヤム、マルマン「ス」氏カ西洋ノ國際法ニ關スル著書ヲ支那文ニ翻譯セシ時始メテ此文字ヲ用ヒシナリ爾來我國ニ於テモ萬國公法ナル文字ハ近來マナ慣用セラレタル所ナリ然ルニ故實作麟祥氏カ西洋ノ書籍ヲ譯スルニ當リ國際法ナル文字ヲ用ヒテヨリ以來往往之ヲ襲用スル者アルニ至レリ然レトモ今日ニ於テハ國際公法ナル文字却テ廣ク行ハル此語ハ歐語ノ譯字ナレトモ國際法ノ性質ニ適合スルモノニ非ス蓋シ世人カ國際公法ナル語ニ對スル國際私

法ナルモノハ決シテ國際法ニ非ケレハナリ隨テ國際私法及ヒ國際公法ヲ以テ國際法ノ二種ナリトスルハ誤レリト云フヘシ
 歐洲諸國ニ於テハ第十六世紀頃始メテ「ユスゲンチウム」ナル名稱ヲ當時ノ國際法ニ付スルノ例ヲ開ケリ爾來此名稱ハ廣ク各國ノ間ニ行ハレ英佛獨等ニ於テモ何レモ此語ニ適當スル譯語ヲ選フニ至レリ例ヘハ佛語「ロワー、デー、ジャヤン」「ドローワー、デー、ナシオン」英語「ロウ、オス、オーシオン」獨逸語「ヘルケル、レヒトナ」ルモノ是ナリ然ルニ是等ノ文字ノ不當ナルコトハ漸漸世人ノ發見スル所ト爲レリ「グロチウス」氏モ已ニ其不當ナルコトヲ論セリ抑モ羅馬ニ於ケル「ユス、グンチニウム」ハ今日ノ國際法ト全ク其性質ヲ異ニシ外國人相互ノ間ニ起リタル關係又ハ羅馬人ト外國人トノ間ニ起リタル關係ヲ定メタル規則ニシテ第十六世紀頃ノ學者カ此文字ヲ國際法ニ相當セシハ全ク當時ニ於ケル所謂羅馬法熱ノ結果ニ外ナラサルナリ

千六百五十年英國人「ワーナ」氏ナル者始メテ「ユス、インテリゲンヌ」ナル名稱ヲ用ヒタリ但シ其文字ハ英語ニ非スシテ羅句語ナリキ是ニ於テ「ベンザム」氏ハ更ニ

之ヲ「インタール」ナシヨナルローナル英語ニ譯シタリ
 佛國人「エグモン」タル者ベンザム氏ノ用ヒタル國際法ナル語ヲ同一ノ意味ニテ佛語「ドロワ、アンテルナル」ヨナルニ譯シタリ爾來此語ハ伊太利西班牙葡萄牙、北米諸國ニ傳播スルニ至レリ

英國ニ於テハ「マツキントス」「オーク、マンニンダ」「ツ、井ス」等ノ諸氏ハ「ローラフネー」シヨンス「ナル文字ヲ用ヒシカ」ワ「井ルドマン」「レツヂ」「フイリモール」等諸學者ハ若其著書ニ於テ國際法「インタール」ナシヨナル文字ヲ用ヒタリ是ニ於テカ此語ハ英米ノ學者間ニ廣ク行ハルルニ至リタリ

佛人「フ、エリキス」氏ナル者始メテ國際法ニ國際公法及ヒ國際私法ノ二種アルコトヲ主張シ吾人カ所謂國際法ニ國際公法ナル名稱ヲ附シタリ爾來佛伊等ニ於テハ國際公法ナル文字ヲ用フルヲ例トセリ然ルニ獨逸ニ於テハ今日尙ホ例ノ「フェルケルレヒト」ナル語ヲ用フル者多シホルツ「エンドル」「ハ、スタ、イ、テン、レヒト」ナル文字ヲ按出シ「グ、フケン」「ハ、イン、タール、ステート、ロー」ナル文字ノ適當ナルコトヲ云ヘリ余輩ハ國際法ナル邦語ノ穩當ナルコトヲ信スル者ナリ

第三章 國際法ノ種類

從來ノ學者ハ多クハ國際法ノ種類ト其淵源トヲ混同セリ然レトモ此二者ハ全ク其性質ヲ異ニスルモノナリ今國際法ノ種類ヲ左ニ列舉スヘシ

第一 慣習

一定ノ行爲ヲ數國ノ間ニ反覆スルトキ慣習ヲ發生ス而シテ此反覆アルヤ必ス相互的(レ)シテシテナラサル可ラス甲乙二國ノ間ニ於ケル慣例ハ甲乙二國ヨリ互ニ之ヲ實行セタルコトヲ要ス片面的ノ行爲ハ如何程反覆スルモ慣例ト爲ラズ而シテ慣習ノ效力ニ至リテハ從來學者間ニ議論アリ即チ慣習ノ效力ハ條約ニ勝ルト云フノ說ト條約ハ慣習ニ勝ルト云フノ說トノ二ニ分レタリ前說ヲ主張スル者ハ曰ク慣習ハ永久的ノ性質ヲ有スルモノニシテ國際法ノ原則ヲ最モ正確ニ顯シメタルモ之ニ反シテ條約ハ往往偶然ノ事實ニ根據シ往往一時ノ政略ノ爲メニ締結セララルコトアルカ故ニ之ヲ以テ永久的ノ標準ト看做スヘカラスト後說ヲ唱フル者ハ以爲ラク條約ハ當事者ノ意思ヲ直接ニ示スモノニシテ

之ヲ證明スルコト頗ル容易ナリ隨テ條約ノ爲メニ國際上ノ紛議ヲ發生スルコト極テ少シ是レ條約ノ效力慣習ニ勝ル所以ナリト

然レトモ慣習ト條約トハ其效力ヲ異ニスルモノニ非ス是レ二者ノ性質全ク同一ナレハナリ即チ慣習ハ當事國ノ暗黙ノ合意ニシテ條約ハ其明示的ノ合意ニ過キス隨テ慣習カ條約ヲ變更スルコトアリ又條約カ慣習ヲ變更スルコトアルハ明白ナル事實ナリトス

今日國際法カ慣習トシテ行ハルル例頗ル多シ主權者又ハ公使ノ治外法權領事ノ制度海上慣例戰時公法ノ大部分等ハ何レモ慣習ニ屬ス

慣習ヲ證明スルハ頗ル困難ニシテ「ビイドリエーブル」如キハ歴史ニ依リテ其存在ヲ證明スルコトヲ得ヘント云ヘリ然レトモ或事項カ一ノ慣習ナリヤ否ヤノ問題ハ畢竟事實論ニシテ其或事實ニ付キ國家間互ニ意見ヲ異ニシテ爭論ヲ生シタルトキハ今日ニ於テ之ヲ裁斷スル機關ナシトス要スルニ慣習ハ之ヲ證明スルコト困難ナルカ故ニ先ツ學者ノ力ヲ藉ラサル可カラス左レハ英國ニ於テハ(レ)「コーセイユ、ターロンス」アリ伊佛ニ於テハ「コミテ、コンヌユ、チーフ、デ

ユ、コンタナンチユアリ國際法殊ニ國際慣習ノ存在ヲ證明スルニモ、
 慣習ヲ分チテ一般の慣習及ヒ特別の慣習ノ二ト爲ス一般の慣習トハ國際法團
 體ノ全體ニ行ハルル慣習ニシテ特別の慣習トハ或二三ノ國ノ間ニミ行ハル
 ル慣習ヲ云フ此二者ハ其效力ヲ異ニスルモノニシテ特別の慣習ハ其慣習ノ行
 ハルル以外ノ國ニ其效力ヲ及ホスコト能ハス例ヘハ或國カ新ニ國際法團體ニ
 加入スルトキハ一般の慣習ヲ承認シタルモノト云フコトヲ得ルモ特別の慣習
 ヲ承認シタルモノト云フコト能ハス從來ノ歴史ヲ案スルニ特別の慣習ヲ第三
 國ニ於テ遵奉シタルノ例ナキニ非スト雖モ國際法上之ヲ遵奉スヘキ義務アリ
 ナ然ルニ非ス單ニ自己ノ便宜上之ヲ承認セシニ過キナルナリ

第二條約

條約ハ慣習ト同シク各國ノ間ニ存スル意思ノ合致即チ契約ニシテ其慣習ト異
 ル所ハ當事者ノ意思ヲ直接ニ明示シタルノ點ニ在リトス而シテ又條約モ其效
 力區域ヨリ之ヲ分チテ一般の及ヒ特別のノ二ト爲スヘシ即チ一般のノ條約ト
 ハ國際法團體ヲ組織スル各國ノ全體ニ通シテ行ハルル條約ヲ云フモノニシテ

今日ニ於テハ此種ノ條約未ダ存在セス之ニ反シテ特別のノ條約トハ二三ノ國
 ノ間ニミ行ハルルモノヲ云フ而シテ一般の條約ト特別の條約トノ效力上ノ
 差異ハ一般の慣習ト特別の慣習トノ間ニ存スル效力上ノ差異ト同一ナリトス
 余輩ハ一般の條約及ヒ特別の條約ナル名稱ヲ二義ニ解シタリ一ハ條約ノ現在
 ノ效力區域ヨリ區別シタル者ニシテ一ハ性質上ヨリ區別シタル者ナリ普通一
 般條約ト云ヘハ性質上ヨリ各國ニ通シテ行ハルヘキ者ヲ指シタルモノニシテ
 本章ニ云フ一般の條約ト混スヘカラス

右ニ述ヘタル如ク今日ニ於テハ一般の條約存在セザルカ故ニ之ヲ以テ國際法
 ノ團體ノ守ルヘキ規則ト爲スハ全ク謬論タリ唯或種ノ條約ハ殆ト一般ノ文明
 國間ニ締結セラルルカ故ニ事實上國際法團體ノ規則ナルカ如キ觀アリ例ヘハ
 巴黎海上法宣言亦十字條約萬國郵便電信條約萬國工業保護條約等ノ如キ是ナ
 リ而シテ今日ノ傾向ヲ察スルニ是等ノ條約ニ加入スル者漸漸多キヲ加フルニ
 至レリ

條約ノ效力ニ付テハ往往之ヲ第三國ニ及ホスト言フ者アリ特ニ條約カ數多ノ

國ノ間ニ締結セラレタル場合ニ何レモ同一ノ原則ヲ掲タルトキハ是レ一ノ國際法ノ原則ヲ制定シタルモノナルカ故ニ當然其效力ヲ第三國ニ及ホスト言フ者アリ然レトモ「ホール」カ嚴禁セシ如ク條約ヲ一ノ契約ナリトセハ其性質上第三國ニ效力ヲ及ホスヘキモノニ非ス尤モ今日多數ノ學者「ホール」ト同一ノ見解ヲ持セリ

條約ハ當事國ノ意思ヲ明示スルモノナレハ國際上ノ紛議ヲ防クノ利益アリ隨テ國際法學者中國際法ノ原則ヲ悉皆條約ニ於テ確定セントスルノ說ヲ唱フル者少ナカラス而シテ「ホール」ノ說ニ依レハ條約ニ三種アリテ第一ヲ國際法ノ原則ヲ證明スル條約ト爲シ第二ヲ現行國際法ニナキ所ノモノヲ規定スル條約ト爲シ第三ヲ國際法ニ關係ナク單ニ相互ノ利益ヲ交換スルノ條約ト爲セリ而シテ「ホール」ハ右ノ三種ノ條約ヲ弊害アルモノトシテ之ヲ非難シタリ

第四章 國際法ト條理トノ關係

國際法ノ問題生シタルトキ條約及ヒ慣習ニ徵スルモ何等ノ標準ヲ發見スルコ

ト能ハサルトキハ國際問題ヲ如何ニ處理スヘキヤ此場合ハ何等ノ標準ナキノ故ヲ以テ其問題ヲ決スヘカラサルモノト爲スヘキ乎予輩ハ其然ラサルヲ信スルモノナリ何トナレハ國家カ互ニ相交通スル以上ハ必スシモ其間ニ交通ヨリ生スル事物必然ノ道理ノ發生セサル理由ナシ而シテ此道理ヲ予輩ハ假ニ條理ト名ク抑モ國際交通ヨリ起ル關係ハ實ニ千差萬別ニシテ慣習及ヒ條約ハ僅ニ其重要ナル部分ヲ規定スルニ止マリ細葉ニ亙リテ之ヲ規定シ得ヘカラサルコトハ尙ホ國內法律ノ條文以外ニ種種ノ問題ヲ發生スルト同一ナリ然ルニ此條理ナルモノハ之ヲ證明スルコト容易ノ業ニ非スト雖モ亦決シテ爲シ得ヘカラサルモノニ非ス例ヘハ尙ホ國內法ニ不備ノ點アル場合ニ裁判官カ裁判ヲ拒絶スルコト能ハスシテ條理ニ依リテ裁判スルト全ク法理ヲ同シウスルモノナリ而シテ各國カ實際條約及ヒ慣習以外ニ於テ條理ヲ認メタルコトハ歴史上之ヲ證明スルニ難カラサル所ナリ

第五章 國際法ノ淵源

國際法ノ成立タル根源ハ即チ所謂國際法ノ淵源ニシテ今其主要ナルモノヲ舉ケレハ左ノ如シ

第一 外交文書

國家カ互ニ往來交通スル場合ニ互ニ文書ヲ往復シテ其意見ヲ示スコトアリ所謂外交文書是ナリ而シテ外交文書ハ或ハ條約締結ノ先驅ト爲ルコトアリ或ハ條約ノ解釋ニ供セラルルコトアリ或ハ單ニ國際法ノ解釋説明ノ爲メニ之ヲ往復スルコトアリ或ハ將來ノ國際法ニ對スル意見ヲ示スコトアリ要スルニ外交文書ハ國際法ノ説明及ヒ解釋上重要ナルノミナラス往來ノ國際法ノ爲メニ淵源ト爲ルコト少ナカラス今日外交文書ヲ公ニスルノ例ハ歐洲ニ之レアリ英佛埃等ハ孰レモ議院ニ公ニス英ハ其報告書ニ青色ノ標紙ヲ用ヒ佛ハ紫色獨ハ白色埃ハ赤色伊ハ黄色ヲ用フ又一私人カ外交文書ヲ編纂シテ公ニスルノ例モ亦敢テ少シトセス例ヘハ「ルノー」氏ノ「アルシスデプロマテツツ」如キ「スタルク」氏ノ條約彙纂ノ如キ「ロソフ」「スターツアルヒフ」ノ如キ是ナリ

第二 學說

學者カ國際法ノ發達ヲ促シタルコトハ著明ナル事實ニシテ何人モ之ヲ非認スル者ナカルヘシ然レトモ世間或ハ學說ヲ以テ直チニ國際法ナリト解釋スル者アリ或ハ學者ヲ目シテ立法者ナリトマテ主張スル者アリ然レトモ其全シ誤謬ノ說タルハ敢テ論スルヲ要セス何トナレハ學者ハ眞理ヲ發見スル力アルニ相違ナシト雖モ萬國ニ對シテ主權ヲ有スルモノニ非ス隨テ學者ノ主張スル所ハ政治家ノ參考ト爲ルニ過キササルモノナリ世界ニ於テ有名ナル國際法學者ノ組織ニ係ル萬國國際法學會ノ如キハ國際法ノ發達ニ與リテ大ニ力アルモ萬國カ其決議ヲ國際法ト同視シタルコトハ未タ之レアラサルナリ加之同學會ハ其決議ヲ實行センカ爲メ往來各國政府ノ贊成ヲ求メタリト雖モ之ヲ却ケラレタルコト屢アリ由是觀之學說カ國際法ノ要素ニ非サルハ明カナリト云フヘシ然レトモ國際法ノ發達ヲ促シ之カ進步ヲ計リタルハ一ノ事實ナルカ故ニ予輩ハ之ヲ國際法ノ淵源中ニ編入セリ

第三 歴史

歴史ハ既往ノ事實ヲ證明スルモノナレトモ往來國際法ノ發達ヲ促スコトアリ

例へハ政治家カ外交ヲ爲スニ當リテ既往ノ歴史ニ照シ其方針ヲ定ムルカ如キ即チ是ナリ此場合ニ各國ノ外交官カ同一ノ方針ヲ採リ國際上一種ノ慣習ヲ馴致スルニ至ルトキハ即チ歴史ハ國際法ヲ作成シタルモノト云フコトヲ得ヘシ是レ歴史カ國際法ノ淵源タル所以ナリトス

第四 法令

一國內ノ法令カ往往國際法ニ影響ヲ及ホスコトアリ例へハ外國人取扱規則外國人ノ遺産取扱規則海上規則檢疫規則領事規則等ノ如キ是ナリ千五百年代ニ於テ地中海ノ邊ニ發生シタル「コンゾラード、ザール、マーレー」ノ如キハ國際法ニ非常ノ影響ヲ及ホシタルコトハ著名ナル事實ナリトス

第五 裁判例

各國ノ裁判例ハ往往國際法ノ發達ヲ促シタルコトアリ特ニ英國ノ裁判例ハ戰時公法ノ淵源ト爲リタル例頗ル多シ

第六章 國際法ノ管轄區域

國際法ノ行ハルル區域ニ付テハ種種ノ學說アリ之ヲ四種ニ分類スルコトヲ得ヘシ

第一 博愛說

此說ヲ唱フル者ハ以爲ラク國際法ハ人ノ天性ニ基因スルモノナルカ故ニ苟モ人類ノ棲息スル所ニ國際法ノ行ハレサル理由ナシト「モンテスキウ」「ブーフエンドルフ」以來獨逸「ブルンチユリ」等ノ唱道スル所即チ是ナリ然レトモ此說ハ國際法ノ性質ヲ誤解セルモノナリ何トナレハ既ニ上文ニ説明セシ如ク國際法ハ各國ノ合意ニ基因スルモノナレハナリ故ニ合意ヲ表示セサル國民間ニ國際法ノ行ハルヘカラサルハ誠ニ明白ナリトス「ブルンチユリ」ニ派ノ學者ハ此合意說ヲ否認スト雖モ國際法ヲ遵奉スル能力ナキ國民ニ對シテ何カ故ニ國際法ヲ遵奉スルノ必要アリヤノ問題ニ對シテハ何等ノ説明ヲ與ヘス否之ヲ説明スルコト能ハサルナリ博愛說ノ穩當ナラサルヤ此ニ至リテ明カナリト云フヘシ

第二 耶蘇教國ノ間ニ行ハルト云フ說

此說ヲ唱フル者ハ國際法ノ出所ト國際法ノ現狀トヲ混同セルモノナリ蓋シ國際法ハ耶蘇教國タル歐羅巴ニ發生シタルモノニシテ特ニ其發生ハ耶蘇教ノ力ニ依ルコト頗ル大ナリト雖モ今日ニ於テハ北米合衆國南米ノ諸國亞弗利加及ヒ亞細亞ノ一部分ニモ行ハルルコトハ誠ニ明白ナル事實ナリトス蓋シ國際法ハ國家交通ノ必要ニ基因セルコトハ既ニ上文ニ説明セリ然ラハ此必要カ耶蘇教國ノ間ニノミ存在シテ其他ノ國ノ間ニ存在スヘカラサル理由ナキカ故ニ國際法カ耶蘇教國ノミニ制限セラルヘキ理由ナキハ誠ニ明カナル事實ナリ

宗教ヲ基礎トシテ國際法ノ管轄區域ヲ定ムルノ說ハウエーストフハリヤ條約以來漸漸世人ノ非難ヲ被ルニ至レリ就中「グロシユース」^二「フーヘンドル」^三等既ニ之ヲ非難セリ近來ニ於テハ之ヲ非難スル者益々多キヲ加フルニ至レリト雖モ尙ホ有名ノ學者中現行國際法ニ歐洲國際法ナル名稱ヲ附スル者鮮カナラス

第三 文明國間ニ行ハルト云フ說

此說ハ前說ニ對スル反動ニシテ國際法ノ根據ヲ相互主義ニ探リ文明國ニ非サルレハ國際法ヲ遵奉スル能力ナレト斷定セリ然レトモ文明國トハ果シテ如何ナルモノナリヤノ問題ニ付テハ今日完全ナル答辯ヲ爲ス者ナシ否文明ノ定義ノ明カナラサル今日ニ於テ此問題ヲ解釋スル能ハサルヤ固ヨリ其所ナリトス故ニ此說ハ國際法ノ管轄區域ヲ曖昧ニ付スルモノト云ハサルヘカラス

第四 獨立國間ニ行ハルト云フ說

國際法ノ主體タルカ爲メニハ必スシモ國力ノ同一ナルコトヲ要セス苟モ獨立國ナルニ於テハ國際法ノ主體タルコトヲ得ルモノトス即チ國際法ノ行ハルル管轄區域ハ獨立ノ國家間ニシテ所謂國際法團體ト稱スルモノ即チ是ナリ而シテ國際法ハ同意ニ基因スルモノナルカ故ニ獨立國ト雖モ互ニ交通シサル間ハ國際法ノ管轄區域外ニ立ツモノトス

以上ハ國際法ノ土地ニ關スル管轄ナレトモ尙ホ時ニ關スル管轄ニ付キ一言スルコトヲ要ス蓋シ新法カ舊法ヲ廢スル如ク新國際法カ舊國際法ヲ廢スルハ勿論ナレトモ新國際法ハ將來ニ對シテ效力ヲ有スルニ止マリ既往ニ遡ル力ヲ有セス然レトモ舊國際法ニ依リ得タル權利カ新國際法ノ存在ト抵觸スル場合ニハ之ヲ認ムルコトヲ得サル者下ス例ニハ千八百九十年奴隸貿易禁止條約ノ以

前ニ於テ爲シタル貿易ノ結果新條約實施ノ後ニ奴隷ノ引渡ヲ爲サントスルモ得ヘカラサルナリ

第七章 國民主義

伊太利ノ學者ハ所謂國民主義ナルモノヲ以テ國際法上ノ原則ナリト云ヘリ蓋シ國民ノ定義ハ伊國學者ノ間ニ於テモ頗ル區區ニ岐ルルモ同學派ノ鼻祖タル「マンチニ」ノ定義ニ依レハ國民トハ國土祖先風俗言語等ヲ共ニシ生活及ヒ團結心ヲ俱ニシ之ニ因リテ結合シタル人類ノ自然的團體ナリト言ヘリ而シテ國民主義ヲ唱フル者ノ說ヲ聞クニ國家ト國民トハ必スシモ同一ニ非ス一國ノ中ニ數多ノ國民ヲ包含スル場合アリ或ハ一國カ一國民ヨリ組織セラルル場合アリ然ルニ國家ハ其性質上必ス一國民ヨリ組織セラルヘキモノニシテ之ニ反スル國家ハ不完全ナル國家ニシテ國際法上ノ主體ト云フコト能ハスト此說タルヤ政治上ノ議論ト國際法上ノ議論トヲ混同セタルモノト云フヘシ何トナレハ一國カ一國民ヨリ組織セラルルコトハ國家ノ生存上大利益アリト云フヲ得ヘキ

終リニ問題ノ存スルハ千八百六十四年「ゼネバ」條約第二條ニ於テ戰地假病院及ヒ陸軍病院ニ於テ使用スル人員即チ監督員事務員負傷者運搬員并ニ說法者ハ各其本務ニ從事シ且ツ負傷者ノ入院スヘク若クハ救助スヘキ者アルトキハ中立ノ利益ヲ有スルノ規定アルニ由リ此條約ニ同盟又ハ加盟セル文明諸國ハ此規定ニ從ヒ之ヲ俘虜トスル能ハサルハ論ナシト雖モ說法者若クハ醫師ニシテ戰地假病院又ハ陸軍病院ニ從事セスシテ軍隊ニ從ヒ居ル者ハ之ヲ俘虜ト爲マ得ヘキヤ否ヤハ方今未タ決セサルノ問題トス何トナレハ說法者及ヒ醫師ハ敵人ト否トノ別ナク人類一般ノ生命ヲ救護スル性質ヲ有スルニ由リ之ヲ俘虜トスルニ付テハ自ラ議論ヲ免レス第十八世紀ニ於テハ之ヲ俘虜ト爲シ得ヘキモ俘虜交換ノ際無報酬ニテ本國ニ送還スルヲ普通トシ又俘虜ト爲ササルコトアリテ「マルテンス」之ヲ捕フルトキハ敵國ニ送還スル慣例ノ生シタルコトヲ觀ミ「タリユーバー」俘虜ト爲スヘカラサル特權アル者ト主張シタルモ其後「フタル」著書ニ於テハ說法者及ヒ醫師ヲ俘虜ト爲マ得ヘキコトヲ記載シタルヲ以テ觀レハ俘虜トセサルノ慣例又ハ特權ノ一般ニ認メラレタル事實ハ疑フヘ

之「ボレオン」戰爭中ニ於テモ英佛兩國軍隊間ニ說法者醫師ノ送還ニ付テハ協
議調ハスシテ止ミ千八百六十三年米國陸軍訓令第五十三條ニ於テモ陸軍司令
官ハ事情ニ由リ說法者及ヒ醫師ヲモ俘虜ト爲シ得ヘキコトヲ規定セルヲ以テ
觀レハ現今國際公法ニ於テハ普通之ヲ俘虜トセサルノ傾向アリト雖モ自國軍
隊ノ事情ニ因リ俘虜ト爲シ能ハサルモノニ非タルカ如シ又通信者新聞記者ニ
關シテモ社會一般ノ爲メ敵軍ニ於テモ保護セラルヘキモノナレトモ米國陸軍
訓令ブルツセル「宣言及ヒ陸戰例規第十三條ニ於テモ之ヲ俘虜トシ得ヘシト規
定シ軍隊ニ隨從シ直接ニ軍隊ノ一部分ヲ爲スニ非サル諸人例ヘハ新聞紙ノ通
信員及ヒ探訪者酒保ノ用達人等ニテ敵ニ陥リタル者ハ其敵ニ於テ之ヲ拘置ス
ルヲ利益トスルトキハ所轄軍衙ノ證狀及ヒ認讓票ヲ有スル者ニ限り俘虜ノ取
扱ヲ受クルノ權利アリト明定シ軍事上ノ必要アル間ハ拘留セ得ヘキモノトス

第一款 俘虜ノ待遇

俘虜ノ待遇ニ付キ方今國際公法ノ基礎トスル所ハ戰爭中敵國ヲシテ其俘虜ト

爲リタル者ヲ使用スルコト能ハサラシメ又俘虜ヲシテ本國ノ兵力ヲ増加スル
ナカラシムルト同時ニ其俘虜ヲ用ヒテ自國ノ兵力ヲ増加セシムル能ハサルニ
在リ此法則タル第十七世紀ノ末ニ於テ認ムル所ト爲リ昔時ノ如ク俘虜ヲ殺
戮又ハ奴隸トシ若クハ獄中ニ囚シムルノ慣習ハ廢セラレ人情ヲ以テ待遇シ不
必要ノ虐待ヲ加ヘシルニ至リ單ニ其逃亡ノ虞ナキ程度ニ於テ保留ヲ安全ニス
ル規則ニ從ハシムルコトト爲レリ何トナレハ前述ノ如ク俘虜ハ刑事上ノ罪人ニ
非ス又敵國ニ對スル復讐ノ目的ト爲ルモノニ非スシテ自國ノ權力ノ下ニ在ル
兵器ヲ掠奪セラレタル敵國人民ナルニ由リ之ヲ虐待スルハ戰爭ノ目的ニ不必
要ニシテ安全ニ保留スル以外ノ待遇又ハ強制ヲ受クヘキ理由ナキヲ以テナリ
隨テ俘虜ハ保留國ノ陸軍ノ法律及ヒ命令ニ從フヘク其法規命令ニ基キ保留
ノ安全ニ必要ナル身體自由ヲ拘束サルヘキモ其以外ノ虐待ヲ受クルコトナク
其携帶ニ係ル財產モ兵器馬匹及ヒ軍用書類ノ如キハ沒收セラルヘシト雖モ其
以外ノ物品ハ之ヲ所有ヲ保護サルヘク又軍人タルノ名譽ヲモ侵害セラルヘキ
モノニ非ス此理由ニ據リ俘虜ハ保留國ニ於テ逃亡ヲ防キ監督ヲ容易ナラシム

ル爲メ城壘軍營都市其他一定ノ場所ニ拘置シ或ハ一定ノ境界以外ニ出ラサル義務ヲ負ハシムル如キ其取締上自由ヲ制限セラレ得ヘキモ逃亡企テ又ハ逃亡ノ虞アルカ若クハ犯行アリタル如キ場合ニ非サレハ獄中ニ投セラレ又ハ禁錮セラルルコトナク其保留地ノ如キモ成ルヘク清潔ニシテ健康ヲ害セサル所ナルヘク又軍人ノ名譽ヲ保護サルヘキ必要上之ヲ監獄其他犯罪人ノ拘留處ヨリ離隔セシメサルヘカラス而シテ千八百十二年及ヒ十三年ニ於テ露國ハ佛國俘虜ヲ西比利亞ニ送リタルカ如キ都市ヨリ遙ニ隔リタル邊地ニ送リ付クルハ其當ヲ得サルモノトノ説アレトモ俘虜保留ノ場所如何ハ軍口事實問題ニ屬ス要スルニ其生命及ヒ名譽ヲ害セサルニ相當ナル場所ヲ事宜ニ應シテ定ムレハ不可ナク更ニ其取締ニ付キ自國ノ必要ニ迫リタル場合ニ於テハ其事情ニ因リ如何ナル場所ニ保留シ如何ナル取締ヲ爲スモ決シテ咎ムヘキニ非ス
俘虜ノ衣食其他生活ノ費用ハ保留國ニ於テ負擔シタルコトアリ俘虜本國ニ於テ支給シタルコトアリテ此等ハ交戰國間ノ約定ニ據リ決定サルルコトアレトモ第十八世紀ノ中葉ニ至ルマテハ本國ヨリ其生活ノ費用ヲ敵國ニ支給シ又ハ

戰爭後其拂戻ヲ爲スヲ一般ノ慣例トシ本國ヨリ俘虜ノ衣食住ニ關スル取極メヲ爲ササルハ國家ノ耻辱ニシテ千八百十四年英佛戰爭中英國ハ其人民ノ佛國ニ俘虜ト爲リ居ル者ノ爲メ之カ費用ヲ供給シタルニ拘ラス佛國ハ英國ニ在ル自國俘虜ニ對シ其衣食ニ付キ何タル取極メヲ爲ササリシハ不名譽トサレタル所トス然レトモ方今ニ於テハ此慣習一變シ交戰國ハ各敵國人ノ俘虜ヲ自國ノ費用ニテ衣食セシムヘキコトト爲レリ而シテ其費用ハ戰爭終了ニ於テ戰敗國ヨリ支拂フヘキ償金其他媾和條約ノ條件ニ依リ辨濟サルルモノト看做サルルニ至レリ但媾和ノ際戰爭ノ償金ヲ定ムルニ付キ特ニ俘虜ニ給與シタル費用ヲ一一計算シテ償金中ニ入ルルニ非ス單ニ償金全體ニ付キ其費用ヲモ包含サルルモノト看做サルルニ過キス
前述ノ理由ニ依リ日清戰爭ニ於テハ我國ハ清國俘虜ヲ内地ニ輸送シ東京ニ於テハ本願寺ニ保留シ地方ニ在リテハ師團ノ兵營ニ拘置シ我國ノ費用ヲ以テ衣食ヲ給シ我兵士ト同様ナル飲食衣服ヲ以テセリ又時トシテハ保留國ニ於テ衣食住ノ費用ヲ支辨スルノ外金錢上ノ手當ヲ爲スコトアリテ千八百七十年普佛

戰爭ニ於テハ佛國ハ獨逸士官ニ對シ一ヶ月毎ニ其階級ニ從ヒ四磅乃至十三磅ヲ給與シ兵士ニハ一日七ペンス半ヲ支給シ獨逸國モ佛國俘虜タル將校及ヒ兵士ニハ衣食住ノ外ニ金錢ノ手當ヲ爲セリ然レトモ獨逸國ニテハ軍人以外ノ俘虜ニ金錢ノ手當ヲ爲シタルコトナシ是レ畢竟スルニ俘虜中ニ付テモ軍人ハ普通人民ヨリ一層優待ヲ受クヘキハ一般ニ認ムル所ナルヲ以テナリ而シテ俘虜ノ衣食住ニ付キ交戰國ノ協議ニ因リ之ヲ一定シタル場合ハ其約定ニ從フヘキモ何タル協定ヲ爲ササル場合ニハ自國軍人ト同一ノ程度ナル食料器具及ヒ衣服ヲ與フヘク(ブルツセル)宣言第二十七條陸戰例規第七條參照又現今ノ慣例上俘虜ノ資格階級ニ應シ之ニ相當ノ待遇ヲ與ヘ其衣食ヲ給スヘキモノトス隨テ日清戰爭中清國俘虜ニ日本兵士ト同一ナル衣食ヲ給シ其將校ハ別室ニ置キテ之ヲ優待シタル所以ナリ又總テ交戰國ハ敵國俘虜ヲ如何ニ優待スルモ妨ケナシト雖モ其生命身體名譽ノ三者ヲ保持スルニ必要以外ノ優待ヲ爲スハ之ヲ國家ノ義務トスル能ハス然レトモ俘虜自身ノ費用ヲ以テ其必要以外ノ衣食其他ノ贅澤品ヲ得ルハ自由ニシテ國家ハ之ヲ禁止スルノ權ナク單ニ之カ爲メ俘虜

一般ノ取締ニ不便ヲ生シ又ハ秩序ヲ害スルノ恐アルトキニ限リ之ヲ禁制シ得ヘキニ過キス

敵國俘虜ヲ保留中ニ業務ヲ與ヘ得ヘキヤ否ヤハ學者中議論アル所ニシテ「カールボー」ハ俘虜ヲシテ職務ニ從事セシムルヲ強制スルハ其自由意思ニ干渉スルモノニシテ在來ノ戰時法則ニ反シ且ツ自國兵士ニ付テモ業務ヲ課スルハ普通行ハルルモノニ非サルヲ以テ許スヘカラスト論セリ然レトモ多數ノ學者ハ之ニ反對ノ意見ヲ有シ俘虜ヲ爲スコトナクシテ長日月間衣食セシムルハ社會一般ノ不利益ニシテ又戰敗國ハ之カ爲メ少カラサル損失ヲ被ルヘキヲ以テ俘虜ニ勞力ヲ與ヘ以テ其生活ノ費用ヲ補助セシメ能ハサルノ理ナク又俘虜自身ニ於テモ爲スコトナク保留サルヨリモ寧ロ相當ノ業務ヲ得テ其賃銀ヲ得ルハ却テ無聊ヲ慰スルコトヲ得ヘキニ由リ當ニ之ニ業務ヲ與ヘ得ヘキノミナラス保留國陸軍ノ取締上ノ規則ニ違反セサル限リハ俘虜自ラ進ント賃銀ヲ得ヘキ業務ヲ引受け得ルコトト爲シ「ブルツセル」宣言第二十五條陸戰例規第六條ニ於テモ之ヲ認メ其俘虜ノ取得シタル賃銀ハ其境遇ノ艱苦ヲ輕減スルノ用ニ供シ

殘餘ヨリシテ生活ノ費用ヲ控除シタル殘額ハ俘虜自身ノ所有ニ歸ス解放ノ日ニ於テ交付ノ受クヘキモノトセリ然レトモ國家ノ俘虜ヲ用役シ得ヘキハ無制限ニ非スシテ之ヲ自國軍隊ニ使用スルハ決シテ許ササル所タリ之ト同一理由ニ據リ本國ノ戰爭行為ヲ妨害スルコトヲ命シ又ハ其業務ニ使用スルハ人情ノ忍ヒタル所ニシテ國際公法ニ於テ禁スルモノタリ隨テ俘虜ヲシテ直接ニ戰爭ニ關係スル事業ニ使用スル能ハサルハ勿論ナレトモ「ハ」ハ戰爭ノ用ニ供スヘキ事業ト雖モ現在ノ戰爭ニ關係ナク例ヘハ戰地ヨリ遠隔シテ其戰爭ニ關係ナキ城壘ヲ建設セシメ又ハ防禦ニ關係スル業務ヲ執ラシムルハ敢テ妨ナシト説キタルモ總テ俘虜ハ戰爭ノ用ニ關係スルコトニ使用スヘカラサルハ一般ノ認ムル所ニシテ同氏ノ説ハ未タ是認スヘカラサル所タリ

俘虜ニ課スヘキ勞役ハ俘虜ノ堪能及ヒ階級ニ應ジテ決シテ之カ爲メ健康ヲ害シ其地位資格上ノ名譽ヲ毀損スルモノナルヘカラス換言セハ其勞役ノ爲メ俘虜ノ特權ヲ害スルコトヲ許サス又職業ヲ與アルニ付テモ成ルヘク俘虜自身ノ利益ト爲レヘキ職業ヲ與フヘク斯ル職業ナキ場合ニ限リ之ニ強制的無報酬ノ勞力

的ニ自由刑ヲ類別セント試ミタルハ「コードベナー」佛國刑典始メテ之カ備ワ作リ歐洲大陸諸國相踵テ之ニ倣ヒ英國及ヒ我カ現行刑法ノ如キモ亦之ヲ襲用スルニ至レリ其意蓋シ個個輕重アル所ノ犯罪ニ對シテ各々適當ナル刑罰ヲ賦課セント欲スルニ在リタルコト明カナリト雖モ多年ノ經驗ノ上ヨリ之ヲ觀レハ若シ嚴ニ之ヲ實行セントスルトキハ其結果自由刑ノ性質ヲ變シテ死刑若クハ體刑ニ化成スルニ至ラシメ之ニ反シ若シ寬假スルノ結果ハ徒ニ空文ニ止マリテ實刑ニ輕重ノ區別ナキニ至ラシムルヲ免レス是レ近年刑名簡約自由刑ノ立法例ヲ開キタル所以ニシテ(和蘭新刑法ノ如キ)我利法草案ノ如キモ亦自由刑ノ種類ハ單ニ拘留禁錮及ヒ懲役ノ三種ニ限定スルニ至レリ

我帝國刑法モ亦「コードベナー」採ル所ノ類別法ヲ繼受シタルモノニシテ即チ自由刑ヲ別チテ徒流刑懲役禁錮拘留及ヒ監視ノ七種ト爲シ尙ホ懲役禁錮禁錮ニ對シ各々輕重ノ區別ヲ設ケテ之ニ對シ徒流刑懲役及ヒ禁錮ハ重罪ニ對スルノ主刑ニシテ輕罪ニ對スルノ主刑ヲ禁錮トシ拘留ハ則チ違警罪ニ對スルノ主刑タリ而シテ其輕重罪ニ對スル附加ノ自由刑ヲ監視ト稱ス尙ホ又流刑禁

獄及ヒ輕禁錮ノ三種ハ多クハ破廉耻のナラサル犯罪ニ課スル所ノモノナルヲ以テ所謂名譽ヲ毀ラサル所ノ自由刑ニ屬スルモノナリト謂フヲ得ヘシ刑法ハ各種ノ自由刑ニ就テ其區別ノアル所ヲ明示シテ曰ク徒刑ハ島地ニ發遣シ定役ニ服ス除クテ刑法第一七條第一八條流刑ハ島地ノ獄ニ幽閉シ定役ニ服セス(第二〇條懲役ハ内地ノ懲役場ニ入レ定役ニ服ス同第二二條禁獄ハ内地ノ獄ニ入レ定役ニ服セス同第二三條禁錮ハ禁錮場ニ留置シ重禁錮ハ定役ニ服シ輕禁錮ハ定役ニ服セス同第二四條拘留ハ拘留所ニ留置シ定役ニ服セス同第二八條ト然ルニ其執行上ノ實際ニ就テ之ヲ觀ルニ此ノ如ク刑名ニ數種ノ類別アルニ拘ラス實刑上殆ト一モ相区分スル所アルヲ見ス徒刑及ヒ流刑ハ島地發遣ノ點ニ於テ其他ノ自由刑ト稍、割然タル區別アルカ如シト雖モ女子ニ就テハ明文上既ニ變例ヲ設ケ男子ノ徒流刑囚ニシテ仍ホ常ニ内地集治監ニ於テ執行ヲ受クル者其數甚タ少カラス現ニ監獄則第一條ニ集治監ハ徒流刑ニ處セラレタル者ヲ拘禁スル所トスノ明文アリテ内地ニ於テモ亦東京宮城及ヒ三池ノ三個所ニ集治監ノ設ケアリ殊ニ所謂島地ト認メタル北海道ニ在リテモ内地ト

同シク地方監獄ノ設ケアリテ徒流刑以外ノ自由刑ヲ執行シツツアルカ故ニ少クモ同地方ニ在リテハ刑法執行地ヲ割別スルノ精神スラ之ヲ貫徹スル能ハサルノ實況ナリ北海道ヲ以テ島地ト認ムルノ可否ニ就テ懲役以下各種ノ刑ニ就テハ若シ強テ其區別ノアル所ヲ求めントナラハ刑法上唯僅ニ執行ノ場所ノ名稱ニ相異アルノ一點(或ハ單ニ「獄」ト稱シ或ハ「懲役場」ト稱シ或ハ「禁錮場」或ハ拘留所ト稱ス)ノミニシテ是トテモ亦監獄則ニ據レハ「地方監獄」ナル名稱ノ下ニ併合シ諸般管理法ノ上ヨリ之ヲ觀ルモ殆ト一モ區別スル所アルヲ見ス而シテ其定役ト稱スル所ノ者經令立法者ノ精神ニ於テハ佛國流ニ徒刑ニハ最モ至難ノ役業ヲ課シ懲役ニハ稍、困難ノ役業ヲ授ケ禁錮ニハ比較的輕易ノ役業ヲ與ヘント欲シタルニ在ルカ如シト雖モ「ボアソナード」氏著日本刑法草案釋義ニ據ル旨ニ其實行ヲ期シ得ヘキコトニ非サルノミナラス既ニ明文ヲ以テ監獄則ニ於テハ刑名ノ區別ナク一ニ罪囚各自ノ體力ニ應シテ相當ノ定役ヲ賦課スヘキコトヲ規定シアルカ故ニ監獄則第一七條之ニ據リテ區別セント欲スルモ亦望ムヘカラス結局スル所刑名ニ區別アルモ實刑ニ輕重スル所アラスト謂

ヲ得ヘク若シ強テ實刑ニ輕重スル所アラシメント欲スルノ結果ハ或ハ體力不相當ノ役業ヲ課シテ或ハ健康ヲ害シ或ハ生命ヲ絶テ或ハ絶海ノ孤島ニ追逐シテ全然絶望ノ深淵ニ墜落セシメ終ニ自由刑本然ノ性質ヲ滅却セシムルニ至ルヲ免レシ然ラサレハ則チ到底名稱ノ如ク管理ノ實際ニ於テ其執行ヲ區別スル能ハサルコト我國今日ノ實況ノ如クナルニ至ルヘキハ蓋シ自然ノ勢ナリト謂フヘシ

獨逸刑法ニ據レハ自由刑ノ主刑ヲ別チテ懲役禁錮城寨禁錮及ヒ拘留ノ四種ト爲シ懲役場内ニ於テ一定ノ役業ニ服セシムルモノヲ懲役獨刑第一(五條)ト稱シ禁錮場内ニ於テ囚人ノ身分及ヒ技能ニ適應スル方法ヲ以テ相當ノ役業ニ服セシムルヲ得ルモノ之ヲ禁錮ト稱シ城寨又ハ其他特定ノ場所ニ於テ囚人ノ業務及ヒ動作ヲ監視シテ其自由ヲ剝奪スルモノ之ヲ城寨禁錮ト稱シ單ニ自由ヲ剝奪スルニ止マルモノ之ヲ拘留ト稱ス我帝國刑法ニ比スレハ幾分カ其刑名ヲ簡ニスル所アリト雖モ之スラモ亦其執行上ノ實行ニ就テ之ヲ觀レハ懲役モ禁錮モ皆タ拘留モ城寨禁錮モ殆ト相區別スル所アラサルモノノ如シタローキ氏

曰ク前略此ノ如ク法文上ノ區別アルニ拘テス行刑上ノ實際ニ於テハ僅ニ強制の役業ノ有無ニ依リテ之ヲ區別スルニ過キス其莫無定役囚ニ對シテモ亦就ニ一且服役シムル一般ニ自ラ就役ヲ望シテ一定ノ役業ニ服スル者多數ニシテ既テアルカ故ニ此點ニ就テモ亦殆ト定役アル懲役及ヒ禁錮定役ナキ拘留及ヒ城寨禁錮ノ間ニ於テハ實際毫モ其畛域ヲ別ツ所アラサルナリ禁錮ハ技能及ヒ身分ニ相當ナル役業ヲ課スヘシト云フト雖モ俳優ニ對シテ演劇セシメ新聞記者ニ對シテ新聞ヲ編纂セシムルコト固ヨリ爲シ能フヘキコトニ非ス然ラハ紀律衛生ニ差支ナキ限リノ範圍ニ於ケル身分及ヒ技能ニ相當ナル役業ハ如何ト云フニ是レ獨リ禁錮囚ノミニ限リテ之ヲ施行スヘキモノニ非ス役業ノ性質目的ノ上ヨリ之ヲ言ヘハ禁錮ト懲役ニ論ナク凡テ監獄ニ於テハ此旨義ニ通スヘキ役業ヲ選シテ之ヲ囚人ニ賦課セシムルハアルヘカラス現ニ監獄則ハ明文ヲ掲ケテ此旨義ヲ明カニシ實際マタ到ル處此規程ニ據リテ執行セサルハナシ且ツ又刑法ノ明文ニ於テハ禁錮ハ囚人ノ承諾ヲ俟ツテ始メテ外役ヲ課シ懲役ハ直チニ之ヲ強制シ得ルノ區別アリト雖モ外役ハ行刑ノ旨義ニ戻ルノ

理由ニ依リ承諾ノ有無ニ拘ラス一般ニ之カ適用ヲ禁絶少クモ大ニ限縮スルノ方針ヲ取ルカ故ニ此點ニ就テモ亦二者ヲ區別スルコト實際ニ望ムヘカラス殘ル所ハ僅ニ執行場所ノ名稱ヲ異ニスル一點一ヲ懲役場ト稱シ一ヲ禁錮場ト稱スルミナリト雖モ是レ亦實際ニ於テハ到ル處唯同一監獄ノ門前ニ於テ二個ノ標札ヲ掲ケテ儀式的法文ノ要求ヲ充タスニ止マリ殆ト一モ法文ノ旨趣ヲ貫徹スルモノアルヲ見ス之ヲ要スルニ懲役ト禁錮トハ只法文上ハ虚名的區別ナリト斷言スルヲ得ヘシ拘留ト城塞禁錮トハ定役ナキノ點ニ付テ前二者ト著シク相異ナル所アリト雖モ定役ヲ課セスシテ單ニ自由ヲ剝奪スル上ヨリ之ヲ觀レハ二者ノ間毫モ相區別スル所アルヲ見ス法文上城塞禁錮ハ業務及ヒ動作ヲ監視シテ自由ヲ剝奪スト云フト雖モ果シテ各自好ム所ノ業務ヲ執リ動作亦意ノ適從スル所ニ一任スルヲ得ヘキヤ所謂監視ト稱スル内ニハ自ラ亦強制ノ意味ヲ有ス一定ノ業務一定ノ動作拘留モ亦請願ニ因リテ業務ヲ課シ動作ハ則チ一定ノ紀律ニ服從セシム然ラハ則チ均シク定役ナキ拘留ト城塞禁錮ノ間亦實際ニ區別スル所アルヲ見ス殊ニ刑法第三百六十二條ニ依リ

或犯罪ニ對スル拘留刑浮浪賭博暴飲遊惰賣淫等ハ禁獄ニ於テ内役又ハ外役ニ強制セシムルヲ得ルノ規定アルヲ以テ通則ノ規程ハ此ニ至リテ全ク空文ニ屬シ拘留ヲ以テ之ヲ定役アル懲役禁錮トスラ區別スル能ハサルノ實況ナリ云云ト實況ヲ穿テ得テ割切ナリト謂フヘシ

刑名ニ從テ行刑ノ方法ニモ亦種種區別スル所アラシメンカ爲メニハ或ハ懲役ニ對シテハ最モ至難ノ役業ヲ選ンテ之ニ課シ就役ノ時間ヲ長クシ工錢給與ノ額ヲ少クシ或ハ諸般ノ恩遇ヲ禁シテ最モ嚴酷ニ之ヲ管束シ或ハ懲罰トシテ管杖其他ノ體刑ヲ加ヘ或ハ取締ノ爲メニ特ニ枷鎖鎖繩等ヲ施スヲ許ス等ノコトヲ爲シ又禁錮ニ對シテハ之ニ反シ種種寬大ノ殊遇ヲ加ヘ甚シキハ其囚人ヲ稱呼スルニ貴君^ハ敬稱ヲ用ヒシメタルカ如キ等ノ窮策ニ出テ結局何レモ刑ノ公正嚴肅ノ旨義ニ戻ルノ結果ヲ見ルニ至ラサルハナク終ニ今日ニ於テハ各國一般ニ行刑ニ據リテ種種ト^ル刑名區別ノ目的ヲ達セント欲スルコトノ立法者卓上ノ空想妄想ニ過キサリシ所以ヲ認識スルニ至リ是ニ於テ乎即チ刑名簡約ノ必要ヲ生^ル近世立法ノ主義亦此ニ一變シ既ニ和蘭新刑法ノ如キハ此主義

ニ據リテ大ニ其刑名ヲ簡約ニシ即チ自由刑ヲ別チテ禁錮及ヒ拘留ノ二種ト爲
 禁錮ヲ無期ト有期ニ分チ有期ハ一日ニ始マリ十五年ニ終リ拘留ハ一日ヲ最
 短期トシ一年ヲ以テ其最長限度ト定メ禁錮ハ役業ヲ強制シ拘留ハ請願ヲ俟テ
 之ヲ贖謀ス此ノ如クニシテ始メテ能ク刑名ノ區別ヲ行刑ノ實際ニ標識セシ
 ムルヲ得ヘキナリ帝國刑法改正草案モ亦大ニ刑名簡約ノ主義ヲ採リタルモ
 ノノ如ク未タ以テ盡ク學說上ノ要求ヲ充タスニ足ラサレトモ而モ徒利流刑禁
 獄等ノ刑名ヲ排斥シタルハ出色ノ進歩ト謂フヘキナリドソング井ル氏曰ク
 刑名ノ多キハ以テ其刑法ノ幼稚ナルヲ知ルヘシ法理進歩スルニ隨テ刑法モ亦
 簡約ニ赴カサルヲ得スト或ハ曰ク刑名ヲ簡約ナラシムルトキハ以テ千種萬
 様ノ犯罪ニ對シテ輕重適當ノ應報即チ刑罰ヲ課スルコト能ハサルニ至ルヘシ
 ト是レ蓋シ杞憂ノミ一日ニ始マリ終身ニ終ル所ノ自由刑其實ニ限リナキ
 段階アリト謂フヘシ犯罪ノ輕キモノハ即チ短期ヲ以テ之ヲ刑シ重キハ則チ長
 期若クハ終身ヲ以テ之ヲ罰ス其活用ノ範圍ハ寧ろ廣博ニ失スルノ嫌アルマ
 タモ決シテ狹隘ニ苦ムハ眞アルヘカラス豈ニ千種萬様ノ犯罪ニ恰當セシム

ルニ足ラストセシヤ况ヤ強制、的、役、業、ハ有無ニ依リテ之ヲ別チ定メアル者ノ
 所得ハ一旦之ヲ國家ニ收入シタル後ニ於テ其幾分ヲ惠與的ニ報酬シ定メテナキ
 者ノ所得ハ囚人權利の所得トシ器具、費、ヲ、控、シ、テ、殘、餘、ア、レ、ハ、則、チ、之、ヲ、下、付
 スル等正理公道ノ主義ニ一致スル上ニ於テ行刑上ニ於テモ亦適當ニ其輕重
 ヲ區別スルヲ得ルニ於テヤ唯夫レ今日ノ憂ハ黨齟混淆短期ノ自由刑ヲ
 適用スルコト多キニ過キ之カ爲メニ刑ノ眞面目即チ正理公道ノ要求ヲ充タス
 能ハス偶マ以テ犯罪者ヲシテ所謂骨休メ酌量倍ヲ以テ自由刑ヲ歡迎シ其結果
 反テ國權ヲ蔑如シ法紀ヲ輕視シ終ニ犯罪ヲ增加シ危害ヲ甚大ナラシムルニ至
 ルヲ免レサルニ在リ是ヲ以テ近世自由刑最下限ノ標準ヲ改ムヘントハ說漸ク
 多ク成ハマタ所謂條件附裁制ニ由リテ短期刑ハ成ルヘク之ヲ實行セサルノ方
 針ヲ取ルヘシトノ議論アルニ至レリ

徒刑及ヒ流刑ハ一ハ定役ヲ課シ一ハ之ヲ課セス一ハ普通犯ニ對シ一ハ政治犯
 ニ對シテ之ヲ行フノ區別アリト雖モ其均シク島地ニ發遣シテ執行スル上ヨリ
 之ヲ觀レハ歐洲各國ノ刑法ニ所謂「デボルターション」又ハ「トランスボルト」

ヨシテルモノト其性質ヲ同シクステボルターシヨシト稱スルモノヲ利害ニ就テハ是レマテ學者政治家ノ間ニ於テ區區ノ意見ヲ抱持スル所アリシカニモニストツクテアルムヲ萬國監獄會議ニ於テ殆ト滿場ノ一致ヲ以テ流刑廢止ノ意見ヲ可次シタルヨリ以來今日ニ於テハ略ホ其議論ノ歸向ヲ一定スルニ至リタルモノハ如シ英國ニ於テハ一時盛ニ流刑ノ適用ヲ試ミル所アリシモ其結果弊失多クシテ利益少ク終ニ千八百六十三年ニ於テ全然之ヲ廢絶スルノ餘義ナキニ迫リ現今ニ在リテハ佛國及ヒ露國ノ外復タ流刑ヲ存續スルモノアラサルナリ面シテ佛國ニ於テスラ有力ナル學者政治家「アッペルヘーフェ」ビームント「ドクビール」等諸氏ニシテ熱心ニ流刑廢止ノ意見ヲ主張スルモノ少カラス何カ故ニ流刑ハ之ヲ廢止セサルヘカラサルカ曰ク第一流刑ハ刑ノ性質ヲ缺損ス正理公道ノ要求ヲ充タレ依テ以テ懲戒及ヒ矯正ノ目的ヲ貫徹セシムルニ足ラス何トナレハ流刑ハ彼ノ鄉國ヲ追慕シ家族ヲ愛戀スル念ヲキ兇惡無頼ノ徒ニ對シテハ反ラ獎勵ト爲リ之ニ反シ家國ヲ愛慕スル良心ヲ存シ改過遷善ノ望ミアル犯罪者ニ對シテハ最モ殘暴苛虐ノ措置タルヲ免レシス曾テ英國ニ於テスルノ

時ニカク罪無賴ノ少カラス我國ニ於テモ亦現ニ監獄ノ發達ニシテ所ノ犯罪ヲ爲スニ至リタルモノ少カラス我國ニ於テモ亦現ニ監獄ノ發達ニシテ所ノ犯罪ヲ切望地ノ集積監ニ發達セラルコトヲ而シテ高地ニ在リテハ絶望ノ極多利益ノ罪囚ノ心性醜穢之ヲシテ愈々非義無道ノ深淵ニ陷落セシムルハ一アルハミニ過キサルヲ以テナリ「メルトラニー」氏曰ク流刑ハ當ニ人ヲ長權セシムルニ足ラサルノミナラス兇惡ノ徒ニ對シテハ反テ遠地ニ發遣セラレハ愉快ヲ感セザル之ニ反シ家鄉ヲ愛慕スル良心アル者ニ對シテハ無上ノ苦痛ヲ受ケシムルニ至ルヲ免レス要スルニ流刑ハ刑ノ公正主義ニ反戻スルモノナリト謂ハサルヲ得スト「デスボルト」氏曰ク彼レ淺慮無智ノ輩往往ニシテ海ノ彼岸ニ於テ幸福且ツ容易ナル生活ノ彼等ヲ待ツカ如クニ思想シ流刑ヲ受ケント欲シテ故ラニ一層重キ罪ヲ犯ス者少カラサルハ爭フヘカラサルノ事實ナリト流刑ハ此ニ至テ全然刑罰タル性質ヲ滅シセリト謂ハサルヲ得ス

(第二) 流刑ハ政略ノ公道ニ戻リ積民地ノ發達ヲ妨害スルコト少ク非ス「メツヘン」氏曰ク「文明ヲ以テ自ラ許ス所ノ者其同胞中ノ最惡最醜ノ徒ヲ驅リテ之ヲ桃花流水無垢清淨ノ別天地ニ放遣ス果シテ所謂文明的道德ノ旨趣ニ適スル

モノト謂フヲ得ヘキカト「ウヰリアム、ヒンデ」氏曰ク「己レヲ刑セシカ爲メニ他
 ヲ被害ス本國ノ安寧ヲ維持センカ爲メニ領屬地ノ平和ヲ擾亂ス是レ果シテ政
 略ノ許ス所ナルカ政略ナルモノ若シ果シテ德義ノ省察ヲ要セストナラハ則
 チ止ム苟モ正義ニ適スルモノ則チ最上ノ政略ナリトセハ流刑ノ如キハ決シテ
 政略ノ宜シキヲ得タルモノトハ謂フヘカラス現ヤ新社會ハ罪惡之カ爲メニ
 傳播シ良民之カ爲メニ其堵ニ安ンセス發達此ニ止マリ退歩此ニ漸ス歸スル所
 由リテ生スル所ノ害ハ其得ル所ノ利ニ幾數倍スルヲ免レサルニ於テ「ヤ」ト
 太利亞西比利亞等ノ實例歴此言ノ經安ニ非サルヲ證明セリ、第三流刑ハ經
 濟ノ要旨ニ適セス蓋シ流刑ハ押送管理等其經費ヲ要スルコト常ニ莫大ナルヲ
 免レヌ若シ之ヲ移シテ内地ニ於テ堅牢完全ナル監獄ヲ建築スルノ費途ニ供
 充セハ唯リ如何ニ兇惡ナル犯罪者ト雖モ十分ニ之ヲ檢束シテ社會ヨリ離隔シ
 驅逐スルノ旨趣ヲ貫徹シ得ルニ足ルヘキノミナラス併セテ又行刑ノ目的ヲ達
 シ社會ノ被害ヲ減少セシムルヲ得ルニ至ルヘシ佛國ハ流刑ヲ維持スルカ爲メ
 ニ官ニ二億萬フランクノ巨額ヲ費消シタリ若シ之ヲ移シテ内地監獄ノ建築費

ニ供シタリシナランニハ全國大小ノ監獄盡ク完全ナル分房制實施ノ結果ヲ見
 ルニ至リシコト疑ナシ且ツ毎年一萬人ノ流刑囚ヲ拘禁スルノ費用ハ内地ノ監
 獄ニ於テ拘禁スル五萬人ノ囚徒費ニ匹抗スルニモ拘ラス其成績ニ至リテハ管
 ニ一ノ見ルヘキモノ非サルノミナラス得ル所ハ則チ行刑ノ擾亂國帑ノ濫失及
 ヒ識者ノ冷笑ノミニ過キサルナリ之ヲ要スルニ何レノ點ヨリスルモ流刑ノ不
 可ナルコト復タ多辯ヲ要セスシテ明カナルモノノ如ク今日ニ於テ刑法學者中
 寧ロ反對ニ保護ノ點ヨリ罪囚ノ善良ナル者ニシテ出獄後内地ニ於テ良民的生
 活ヲ營ムニ困難ナル事情アル者ヲ選ミ之ヲ殖民地ニ發遣セシメ以テ新境遇ノ
 下ニ新生活ヲ營ムノ便ヲ得セシムヘシトノ説ヲ唱道スル者アルニ至レリ昔者
 舟楫手段ニ出テタル所ノ者今者即チ獎勵ノ方便ニ用ヒントス亦以テ流刑ノ初
 ヲリ刑罰ノ要素ヲ具備セサリシモノナルコト知ルヘキナリ終リニ臨ンテ流刑
 問題ニ對スル「ストツク」ナルム會議ノ議決ヲ掲載スヘシ曰ク

流刑ハ實行上不利ヲ感シ困難ヲ生スルコト少クニ非ス且ツ完全ナル行政法
 ノ要件ヲ實施スル上ニ於テハ全然希望スヘキモノニ非サルコトヲ認ム

ト成人曰ク「流刑ハ自由刑ノ隱匿所ナリ動モスレハ鞭チ短見淺慮ナル學者政治家ヲシテ此ニ自由刑ヲ隱匿セシメント欲スルニ至ラシ」ト至言ト謂フヘシ幸ニ我國ニ於テハ既ニ刑法改正草案ノ徒流刑ヲ廢スルアリ行政ノ實際ニ在リテモ亦大ニ其實行ヲ制限スルモノノ如ク隨テ未タ著シキ弊害ヲ顯出スルニ至ラスト雖モ幾年ノ後或ハ又學者政治家ヲシテ大ニ此隱匿所ヲ利用セント欲スルノ妄想ヲ起スニ至ラシメンモ亦計ルヘカラス是レ上策デボルチャーシヨニ就テ其利弊ノアル所ヲ詳述セシ所以ナリ

(注意) 我カ刑法所謂徒流刑ト彼ノ「デボルチャーシヨ」ナルモノトハ多少其執行ノ方法ヲ異ニスルノ點ナキニ非ス故ニ「デボルチャーシヨ」ニ就テ論スル所ノモノ必スシモ盡ク之ヲ徒流刑ノ利弊ニ適セシムヘカラサルハ勿論ナリ

第四章 附加刑

帝國刑法ニ於ケル自由權ニ對スル附加ノ刑罰ヲ監視ト稱ス蓋シ監視ナルモノ

ハ拿破崙革命時代ニ於テ佛國刑典ノ始メテ規定シタル所ニ係リ歐洲各國ノ刑法モ亦相踵テ之ヲ承襲シ次第ニ其適用ノ範圍ヲ擴張スルニ至レリ「ベルネル」氏曰ク監視ノ目的ハ始メハ脅嚇ニ在リテ今ハ則チ治安ニ在リト佛國刑典カ監視ヲ採用シタルノ旨趣ハ實ニ脅嚇ノ目的ヲ達セント欲スルニ在リシナリ然ルニ今日ニ於テハ全ク其旨趣ヲ一變スルニ至リタルコト現ニ我刑法附則ニ於テ監視ハ主刑ノ終リタル後仍ホ將來ヲ檢束スル爲メ警察官吏ヲシテ犯人ノ行狀ヲ觀察セシムル者トス「」刑法附則第二一條トアルヲ以テモ之ヲ知ルヘキナリ

監視ハ通例重大ノ犯罪ニシテ社會ニ危害ヲ加フルノ虞アル者ニ對シテ之ヲ附加スルモノトス我帝國刑法ハ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス總テ各本刑ノ短期三分ノ一ニ等シキ時間之ヲ附加シ刑法第三七條輕罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ明文アル或犯罪ニ限リ特ニ宣告ヲ用ヒテ之ヲ附加ス而シテ其所謂或犯罪トハ重モニ財產ニ對スル慣習的犯罪ノ如キ類ニシテ毀傷倒産背信其他風俗等ニ關スル所謂偶發的犯罪ニ對シテハ之ヲ附加セサルモノノ如シ

「ボアンナード」氏編著ノ刑法草案ノ説明ニ曰ク「監視ハ専ラ再犯ヲ防クノ目的ニアリ」ト刑法ノ旨趣ヲシテ若シ果シテ此ニ在ラシメハ重罪犯ヲ通マテ盡ク之ニ監視ヲ附加スルコト甚タ謂ハレナキコトト謂ハサルヲ得ス何トナレハ重罪犯ノ内ニハ所謂偶發的犯罪ニ屬スルモノニシテ毫モ再犯ノ虞ナキモノ少カラサルヲ以テナリ

監視ノ變形シタルモノ之ヲ別房留置ト稱ス別房留置モ亦間接的附加刑ノ一種ナリト謂フヲ得ヘシ何トナレハ主刑滿限ノ後或條件ヲ充タササル一定ノ期限間ハ強制的ニ監獄ニ留置シテ自由ヲ剝奪スル所ノモノナレハナリ

監視ヲ科スルノ方法ニ就テハ各國ノ刑法各其軌ヲ一ニセス即チ其方法ヲ別テ三種ト爲ス(第一)或定期ノ自由刑ニハ監視ノ附加ヲ宣告スルヲ以テ必然ト爲スモノ(第二)裁判官ニ於テ情狀ニ依リ監視附加ヲ宣告シ得ル權利ヲ與フルモノ(第三)裁判官ニ於テハ唯監視ヲ附加シ得ルノ宣告ヲ爲スノミニ止マリ其實行スルト否トハ高等警察官署ニ一任スルモノ即チ是ナリ右第一種ノ方法ハ我帝國刑法ノ採用スル所ノモノナリト是レ果シテ實體ノ宜シキヲ得タルモ

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 校外生ハ本校講談會、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内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
- 一 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
- 一 月謝ハ東京飯田町郵便支局拂和佛法律學校會計係トスヘシ

明治廿二年十二月九日內務省許可

明治三十三年四月十一日印刷

明治三十三年四月十五日發行

東京市四谷區四谷仲町三丁目六番地

編輯者

小田 幹 治 郎

東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地

印刷者

金子 鐵 五 郎

東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地

印刷所

金子 活 版 所

東京市豊町區富士見町六丁目十六番地

發行所

司法省
指定

和佛法律學校

(電話番町百七十四番)