

和仏法律学校講義録

山口, 弘一 / 小河, 滋二郎 / 竹井, 耕一郎 / 鶴見, 守義 /
副島, 義一

(出版者 / Publisher)

和佛法律學校

(巻 / Volume)

3-8

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

53

(発行年 / Year)

1900-05-30

和佛法律學校

講義錄

第 八 部

第 八 號

刑 法 總 論 (自一六四) 法律學士 鶴見守義

憲 法 (自一九七) 法律學士 副島義一

行 政 法 (自九六九) 法律學士 竹井耕一郎

國 際 公 法 (平 時) (自五七二) 山口弘一

監 獄 學 提 要 (自四九四) 至六四九

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

090
1900
3-1-8

例外トシテ罰金刑ノ如キ輕微ナル刑ニ付テハ併科スルコトナキニ非ス我利
法案ハ折衷主義ヲ採リ煩雜ナル規定ヲ設ケタリトモハ併科ノ結果數多ノ犯罪アル
現行刑法ハ併科主義ニ依ラスシテ吸收主義ヲ採用シタル結果數多ノ犯罪アル
トキハ各犯罪ヲ比較セテ其輕重ヲ定ムルノ必要アリ而テ重罪ノ刑ハ輕罪又
ハ違警罪ノ刑ヨリ重ク輕罪ノ刑ハ違警罪ノ刑ヨリ重キコトハ説明ヲ要セス
ヲ明カナリ然レトモ種種ノ場合ヲ想像スルトキハ其輕重ヲ知ルニ困難ナル場
合少カラス今其一二ノ例ヲ示サンニ例ヘハ竊盜罪ト刑法第百二十六條ノ事件
ト俱發シタルトキハ如何此場合ニハ數罪俱發例ニ依ラスシテ之ヲ併科スヘキ
カ然ラサレハ孰レヲ重シトスルヤ
次ニハ重罪ニシテ輕懲役ニ該ル罪例ヘハ單純ノ強盜ヲ犯シタルモ酌量減輕
ヲ爲シ一等ヲ減シテ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處スヘキモノトハ二人以
上ノ竊盜ニシテ再犯ナルヲ以テ三月十三日以上六年三月以下ノ重禁錮ニ處ス
ヘキモノト俱發シタルトキハ孰レヲ重シトスルヤ即テ罪質ヲ以テ論スヘキ
刑期ヲ以テ論スヘキヤ其輕重ヲ知ルコト困難ナリ

重罪ニ付テハ刑期ノ長キモノヲ重シトシ刑期ノ同シキモノハ定役アルモノヲ重シトストアルカ故ニ重罪ノ刑ノ間ニ在リテハ第一死刑第二無期徒刑第三無期徒刑第四有期徒刑第五有期流刑第六重懲役第七重禁獄第八輕懲役第九輕禁獄ノ順序ニ從テ其輕重ヲ定ムヘキモノナリ然ラハ死刑ト死刑トノ場合ハ孰レヲ重シトスルヤ此問題ノ起ルハ重罪ニ付テハ刑ヲ標準トシテ其輕重ヲ定メタルカ故ニ罪ヲ同シウスルトキハ如何ト云フニ在リ尙ホ重罪ノ刑ノ中ニテ一ノ犯罪ハ輕懲役六年ニ相當シ一ハ輕禁獄八年ニ相當スルトキハ其孰レヲ重シトスルヤ是レ亦疑ナキ能ハス

次ニ輕罪ノ刑ノ間ニ於テ其輕重ハ如何ニ區別スヘキヤト云フニ所犯情狀最モ重キ者ヲ以テ重シトスト(第一〇〇條第二項)是レ裁判官ノ認定ニ依ルノ外ナキモノナリ輕罪ノ刑ニ付テハ法律ノ規定此ノ如シト雖モ之ニ付テモ亦疑問ナキニ非ス例ヘハ輕罪ノ刑ニテ一ハ重禁獄一ハ輕禁獄ノ刑ニ該ルトキハ孰レヲ重シトスルヤ定役ノ有無ヲ以テモハ重禁獄ヲ重シトセザルヘカラス又輕罪ニ於テ刑期ノ長短ヲ異ニスル罪併發セハ孰レヲ重シトスルヤ或ハ附加罰金ノアル

モノトナキモノトノ間ニ於テハ孰レヲ重シトスルヤ又一ハ罰金ノ刑ニシテ一ハ禁獄ノ刑ナル場合ニ於テハ孰レヲ重シトスルヤ例ヘハ刑法第二百三十二條ノ犯罪ト竊盜罪ト俱發シタル場合ニ於テ裁判所カ官職詐稱ノ罪ヲ重シトシテ輕禁獄十五日罰金二圓ニ處シ又氏名詐稱罪ト竊盜罪ト俱發シ裁判所ハ氏名詐稱罪ヲ重シトシテ罰金五圓ニ處セリ此等ノ場合ニ於テ其裁判ハ正當ナル裁判ナルヤ或ハ法律ニ違背セル裁判ナルヤ之ニ付テハ既に判決例ノ存スル所ナリ刑法ハ輕罪ノ刑ニ付テハ所犯情狀最モ重キ者ヲ重シトスト規定タルヲ以テ所犯情狀ノ如何ヲ見ルハ一ニ事實裁判官ノ職權内ニ屬スルモノナリ隨テ其罪ニ對スル刑ノ輕重明瞭ナルトキト雖モ其所犯ノ情狀如何ハ刑ニ依テ定マルモノニ非サルヲ以テ刑ハ如何ニ重キモ裁判官ニ於テ其所犯ノ情狀輕シト認定シタルトキハ如何トモスルコト能ハサルモノナリ

以上數罪俱發ノ要件及ヒ其處分ニ付キ講述セリ是ヨリ數罪俱發例ヲ用フルコト下ヲ得サル場合ニ付キ説明スヘシ數罪俱發ノ例ヲ用ヒストハ數罪中一ノ重キニ從ハスシテ各罪ニ對スル刑ヲ併科スルコトヲ謂フナリ其例外ノ場合ハ四

第一例外 違警罪ニ付テハ數罪俱發ノ例ヲ用ヒス。第一其刑ヲ科ス。是レ第百一條ノ規定スル所ナリ。但シ違警罪ニシテ重罪又ハ輕罪ト俱發シタルトキハ數罪俱發例ニ依ルハ勿論ノコトナリトス。

第二例外 沒收並ニ微償處分ハ之ヲ併科ス。即チ總テ數罪俱發例ヲ用フヘキ犯罪ナリト雖モ沒收又ハ微償處分ハ之ヲ併科スルモノナリ。例ヘハ竊盜證書偽造及ヒ詐欺取財罪ヲ犯シタル者ヲ一ノ重キ竊盜罪ニ從ヒ重禁錮一年監視六月ニ處分スル場合ニ於テハ竊盜罪ニ用ヒタル器具應禁物タル偽造證書及ヒ詐欺取財罪ノ用ニ供シタル物件ハ總テ之ヲ沒收スヘキモノトス。若シ此場合ニ於テ一ノ重キニ從フモノトセハ偽造證書及ヒ詐欺取財ノ用ニ供シタル物件ハ之ヲ沒收スルコトヲ得サルヲ以テ茲ニ第二ノ例外ヲ設ケ總テ之ヲ沒收スルコトヲ爲シタルモノナリ。各罪ニ付キ要シタル裁判費用ニ付テモ悉ク之ヲ徵收スルモノトス。第一〇三條

茲ニ諸罰則中ニ規定セル追徴ノコトニ關シ一ノ疑問ヲ生ス。追徴トハ沒收ス

キ物件ヲ犯人カ已ニ賣却シタルカ如キ場合ニ於テ其代金ヲ追徴スルコトヲ謂フ。而シテ茲ニ疑問ト爲ルヘキコトハ此追徴ノ刑ハ之ヲ併科スヘキヤ否ヤト謂フニ在リ。例ヘハ葉煙草專賣法ノ如キハ數罪俱發例ヲ用ヒサル旨ヲ規定セルカ故ニ別ニ疑ナシト雖モ此ノ如キ規定ナキ稅關法ニ背キ竊ニ外國品ヲ輸入シタル者カ其他ニ竊盜詐欺取財罪等ヲ犯シタル場合ニ於テ裁判所カ竊盜ヲ重シトシテ處分スルモ其外國品カ犯人ノ手ニ現存セハ之ヲ沒收シ得ルコトハ勿論ナリト雖モ若シ犯人カ其物品ヲ已ニ他人ニ賣却シタルトキハ其代金ヲ追徴スルコトヲ得ヘキヤ否ヤ沒收ノ刑ヲ併科スル法律ノ精神ヨリ之ヲ推究スレハ代金ヲ追徴スルハ沒收ニ代ハルモノナレハ追徴モ亦之ヲ併科セサルヘカラスト論スル者ナキニ非スト雖モ刑法ハ此ノ如ク比附援引シテ解釋スルコトヲ許ササル制限ノ法律ナルヲ以テ追徴ハ之ヲ併科スルコトヲ得サルモノナリト論セサルヘカラスト。

第三例外 諸罰則中ニ於テ數罪俱發ノ例ヲ用ヒスト規定セル場合ニハ數罪俱發例ヲ適用セス。而シテ其罰則ハ概テ刑ノ加重減輕等ノ場合ニ違ヘタル所ト同

二ナルヲ以テ茲ニ之ヲ再述セス今茲ニ前ニ示ササル所ノモノヲ掲ケレバ明治三十年法律第四十六號森林法第五十一條同二十八法律第十三號古物商取締法第二十一條同二十八法律第十四號質屋取締規則第二十四條其他明治二十九年法律第十五號航海獎勵法及ヒ同三十年法律第四十五號遠洋漁業獎勵法等ニ於テモ數罪併發ノ例ヲ用ヒサルモノナリ而シテ其各罰則中ニ規定セル罪ヲ數度犯シタル場合ハ勿論諸罰則ニ規定セル罪ト刑法上ノ罪トヲ犯シタルトモ亦數罪併發例ヲ用ズルコトヲ得サルモノナリ

第四例外 明治十五年以前ノ諸罰則ノ犯罪ニ付テモ數罪併發例ヲ用ヒス是レ現行刑法施行ノ當時諸罰則處斷方ヲ以テ此等ノ諸罰則違反ニ付テハ刑法ノ再犯加重數罪併發等ノ例ヲ適用スルコトヲ得ストノ規定アルニ由ルモノナリ故罪併發ノ實際ニ現ハルルニ種類ノ場合アリ茲ニ先ツ其場合ヲ分チテ之ヲ說明セシ

第一ノ場合ハ數箇ノ犯罪發覺シ其裁判ヲ同時ニ爲ス場合ニシテ普通ニ最も多キ所ナリ此場合ニ於テハ刑法第百條ニ依リ一ノ重キニ從テ處斷スヘキモノトス

第二ノ場合ハ數罪カ變體ニ發スル場合ナリ例ヘハ或犯人竊盜及ヒ殺人罪ヲ犯シ其中ノ竊盜罪ニ付テノミ昨年十二月中ニ重禁錮一年監視六月ニ處セラレ其後本年ニ至リ殺人罪ノ發覺シタル場合ノ如シ此場合ニ於テハ如何ニ裁判ヲ爲スヘキヤ此場合ニ於テ昨年十二月重禁錮一年監視六月ニ處セラレタル竊盜罪ハ前發ノ罪ニシテ之ニ對スル刑ヲ前發ノ刑ト謂ヒ本年發覺シタル殺人罪ヲ餘罪ト謂フ此ノ如ク數罪カ變體ニ發シタルトキハ規則トシテハ後ノ事件ノ刑前ノ事件ノ刑ヨリ輕キカ或ハ等シキトキハ其罪ヲ論セス之ニ反シテ後ノ事件ノ刑前ノ事件ノ刑ヨリ重キトキハ之ヲ論シテ更ニ刑ノ言渡ヲ爲ササルヘカラス但シ前ノ事件ノ刑ヲ通算スヘキモノトス是レ畢竟吸收主義ノ原則ニ依リタルモノナリ而シテ死刑無期刑ノ場合ト雖モ前發ノ刑ハ必ス之ヲ通算セサルヘカラス是レ甚タ奇怪ナルカ如シト雖モ大赦又ハ特赦ニ因リ本刑ヲ減輕セラレタル場合ニ通算ノ利益ヲ生シ得ヘキヲ以テ故ニ死刑無期刑ニ於テ通算ノ利益ナシトシテ前發ノ刑ヲ通算セサル如キコトアラハ擬律ノ錯誤タルヲ免レサルモノトス

第二の場合ニ於テ尙ホ一ノ規則トシテ數罪中ニ於テ餘罪カ再犯ノ罪ト俱ニ發シタルトキハ其再犯ノ罪ト輕重ヲ比較セ一ノ重キニ從テ處斷スヘキモノトス例ヘハ前ニ竊盜及ヒ強盜罪ヲ犯シタル者其竊盜ニ付テハ一昨年十二月ニ於テ重禁錮一年監視六月ニ處セラレタルニ其裁判確定後再ヒ官吏侮辱罪ヲ犯シタル然ルニ今年ニ至リ前ニ發覺セサル強盜ノ事件ト官吏侮辱罪ト俱發シタルトキハ如何ニ裁判ヲ爲スヘキカ前ニ述ヘタル規則ニ照シ之ヲ處分セハ強盜ノ刑ハ竊盜ノ刑ヨリ重キヲ以テ其重キ強盜ノ刑ヲ科シテ竊盜ノ刑ヲ通算スヘキモノナルモ此場合ニ於テハ再犯ノ官吏侮辱罪ト比較セ一ノ重キニ從テ處斷シ前發ノ刑ヲ通算セサルモノトス是レ被告ノ爲メ非常ニ不利ナル規定ナリトス」

第二百二條第一項ノ行文ハ程ナラサル所ナキニ非ス何トナレハ該條ニハ「罪前ニ發シ已ニ判決ヲ經テ餘罪後ニ發シ」タルヲ以テ例ヘハ煩雜ナル詐欺取財罪ニ付テハ豫審中被告人カ官吏侮辱又ハ毆打創傷罪ヲ犯シ檢事ヨリ直ニ公判ヲ求メタルノ結果重禁錮一年ニ處スルノ判決ヲ受ケタリトセハ其後詐欺取財罪ノ裁判ヲ爲スニ當リテハ該條ニ依リ之ヲ處分スルコトヲ得サルカ如クナ

レハナリ然レトモ法律ノ精神ハ此ノ如キ場合ニモ亦本條ヲ適用スルニ在ルモノナレハ「發シ」ノ文字ニ重キヲ置ケト得サルナリ畢竟スルニ本條ノ趣旨ハ「罪已ニ判決ヲ受ケ確定シタル後其判決確定前ニ犯シタル罪ノ判決ヲ爲ストキハ其輕キ若クハ等シキモノハ之ヲ論セズ其重キトキハ更ニ之ヲ論セタリ」ニ確定シタル判決ノ刑ヲ通算スヘシト斷フニ外ナラズ

第二百二條第二項ニハ單ニ再犯ノ罪ト俱ニ發シタル者ハ云云トアレトモ其再犯ト謂フハ獨リ二度目ノ犯罪ノミヲ指スモノニ非スシテ三犯四犯ト雖モ尙ホ此規定ニ依ルヘキヤ論ヲ埃タス尙ホ茲ニ注意スヘキハ前發ノ刑カ罰金科料ニシテ後發ノ刑カ禁錮ナルトキハ如何ニシテ之ヲ通算スルヤト云フニ罰金一圓ヲ禁錮一日ニ折算シテ之ヲ通算スヘキモノトス但此通算ヲ爲スニハ既ニ其罰金科料ヲ完納シタルコトヲ要スルモノナリ

本章ヲ終ルニ茲ニ數罪併發ニ關シテ起ルヘキ種種ノ疑問ヲ掲ケテ之ヲ説明セント欲ス

第一問題 或者カ竊盜強盜詐欺取財罪ヲ犯シ各罪ニ付キ各別ニ判決ヲ受ケタ

ル場合ニ於テハ其判決ハ如何之ヲ執行スヘキヤ 刑法中之ニ關スル明文ナシト雖モ第百條ノ精神ニ則リ執行上一ノ重キ罪ニ該ル刑ヲ執行スルヲ以テ其當ヲ得タルモノト信ス 竊盜罪ノ輕重ハ其被害ノ輕重ニ依リテ異ナリ 第二問題 竊盜強盜詐欺取財毆打創傷罪等數罪ヲ犯シタル者カ竊盜ニ付キ重禁錮一年詐欺取財及ヒ毆打創傷罪ニ付テモ各重禁錮一年ト云フカ如ク各別ニ判決ヲ受ケ其判決確定ノ後強盜ノ罪發シタルトキハ通算スヘキ前發ノ刑ハ何レノ刑ナリヤ 此問題ニ付テハ單ニ竊盜ノ刑ノミヲ通算スヘキモノナリト論スル者ナキニ非スト雖モ此場合ニ於テハ前發ノ刑ノ總テヲ通算スルヲ以テ其當ヲ得タルモノト信ス何トナレハ前記竊盜詐欺取財毆打創傷強盜罪等ニ付テハ同時ニ判決ヲ爲スヘキモノナルモ其發覺セサル爲メ各別ニ裁判ヲ爲シタルモノナレハ吸收主義ノ原則ニ則リ其數罪中一ノ重キモノニ對スヘキ相當ノ刑ヲ執行セサルヘカラサルヲ以テナリ 第三問題 數箇ノ餘罪アルトキハ裁判所ハ如何ナル裁判ヲ爲スヘキヤ 此場合ニ於テハ一罪毎ニ第百二條第一項ニ依リ前發ノ刑ト比較シテ其輕重ヲ定メ

餘罪カ總テ前發ノ罪ヨリ輕キトキハ之ヲ論セス前發ノ罪ヨリ重キモノ二箇以上アルトキハ更ニ第百條ニ依リ一ノ重キニ從テ處斷シ前發ノ刑ヲ通算スヘキモノトス 第四問題 ハ例ヘハ竊盜罪ト詐欺取財罪トヲ犯シタル者一昨年中詐欺取財罪ニ付キ重禁錮一年罰金五圓監視六月ノ判決ヲ受ケ其判決確定後再ヒ毆打創傷罪ヲ犯シタルニ因リ昨年中重禁錮六月ノ判決ヲ受ケ其判決確定後今年ニ至リテ詐欺取財罪ヲ犯シタルノ當時ニ犯シタル竊盜罪發覺シタルトセハ此竊盜罪ヲ裁判スルニ當リテハ如何ナル裁判ヲ爲スヘキヤ即チ第百二條第二項ニ依ルヘキヤ或ハ其他ニ依ルヘキモノナリヤ 此問題ニ關シテハ左ノ三說アリ 第一說ニ依レハ此場合ニハ第百二條第二項ニ依ルヘキモノニ非スシテ第一項ニ依ルヘキモノナリ即チ竊盜ヲ詐欺取財罪ト比較シ其輕ク若クハ等シキトキハ之ヲ論セス重キトキハ更ニ之ヲ論シテ詐欺取財罪ノ刑ヲ通算スヘキ何トナレハ第百二條第二項ニハ再犯ノ罪ト俱ニ發シタル者ハ云云アルヲ以テ該規定ハ再犯ノ罪ト俱ニ發シタル場合ニノミ適用スヘキモノニシテ本問ノ如キ再

犯ノ判決確定後ニ於テハ之ヲ適用スルヲ得サルカ故ニ第一項ノ規定ニ從ヒ之ヲ處分セサルヘカヲサレハナリト謂フニ在リ
第二說ニ於テハ之ニ反シテ第百二條第二項ニ依リ再犯ノ罪ト比較シ其輕ク若クハ等キトキハ之ヲ論セス重キトハ更ニ之ヲ論セテ再犯ノ罪ニ對スル刑ヲ通算セサルヘカラスト其理由ハ餘罪後ニ發シテ重キトキハ之ヲ論シテ前發ノ刑ヲ通算セ其輕ク若クハ等キモノハ之ヲ論セストノ規則ハ數罪俱發例ノ一ノ變體ナルカ故ニ單純ナル餘罪ハ第百二條第一項ニ依ラサルヘカラスト雖モ再犯ノ罪ト共ニ發シタルトキハ餘罪ト再犯ノ罪トノ關係ハ數罪俱發ニ外ナラズ即チ餘罪ト再犯ノ罪トヲ比較スルコトハ畢竟第百條ノ原則ノ適用ニ外ナラサルカ故ニ再犯ノ判決確定後ニ至リ餘罪カ發覺シタルトキハ則チ再犯ノ罪ノ餘罪ナルヲ以テ之ト比較シテ其處分ヲ爲ササルヘカラスト謂フニ在リ
第三說ニ於テハ初犯ノ刑ト再犯ノ刑ト合算シタルモノト其輕重ヲ比較シ之カ處分ヲ爲ササルヘカラスト故ニ前例ニ於テハ詐欺取財ト毆打創傷罪トノ刑ヲ合セタル重禁錮一年六月罰金五圓監視六月ト餘罪タル竊盜ノ罪トヲ比較シ其輕

ク若クハ等シキトキハ之ヲ論セス重キトキハ之ヲ論シテ前發ノ刑ヲ通算スルモノトス右ハ畢竟餘罪ニ對シテハ詐欺取財ノ刑モ毆打創傷ノ刑モ共ニ前發ノ刑ナレハ之ヲ合算セテ第百二條第一項ノ規定ヲ適用セサルヘカラストノ理由ニ基クモノナリ然レトモ此說ハ探ルニ足ラサルカ如シ何トナレハ餘罪カ再犯ノ罪ト俱ニ發シタルトキハ前發ノ刑ハ之ヲ通算セサルモノナルニ其判決後ニ餘罪ノ發シタル爲メ初犯ノ刑ニ至ルマテ之ヲ通算スヘシトノ理由生セサルヲ以テナリ
大審院ノ判決例ニ於テハ從前ハ第二說ヲ採用シタルモ其後第一說ヲ採用スルコトト爲リ今日モ尙ホ此說ヲ採用セリ然レトモ學說トシテハ第一第二說何レヲ可トスヘキヤ一ノ疑問ニ屬ス
第五問 數箇ノ餘罪カ再犯ノ罪ト俱ニ發シタルトキハ如何ニ之ヲ處分スヘキカ 此問題ニ付テハ始ニ先ツ第百二條第二項ニ照シテ數箇ノ餘罪ト再犯ノ罪トノ輕重ヲ比較シテ一ノ重キニ從テ處斷スヘキモノトス故ニ若シ餘罪カ再犯ノ罪ヨリモ輕キカ若クハ等シキトキハ再犯ノ罪ヲ重シト爲シ之ニ從テ處斷シ

餘罪ノ重キトキハ更ニ第百條ヲ適用シテ餘罪中一ノ重キ罪ヲ以テ處斷セサル
ヘカラス第百二條ハ餘罪カ唯一箇ノミ發シタル場合ヲ想像シテ規定シタルモ
ノニシテ數箇ノ餘罪ヲ發シタル場合ヲ規定セサルモ理論上當ニ此ノ如ク解釋
セサルヘカラス
第六問 餘罪一箇ニシテ再犯ノ罪數箇アルトキハ其處分如何 本問モ亦第五
問ト同一ノ論理ニ據リテ決定セサルヘカラス故ニ第百二條第二項ニ依リ先
輕重ヲ比較シ再犯タル數箇ノ犯罪ヨリモ餘罪重キトキハ餘罪ヲ以テ論シ再犯
ノ罪重キトキハ再犯ノ罪ニ從ヒ第百條ヲ適用シテ處斷セサルヘカラス
第七問 數箇ノ餘罪中再犯ノ罪ヨリモ重キモノト輕キモノトアリ又再犯中ニ
餘罪ヨリモ重キモノト輕キモノトアル場合ニハ如何ニ之ヲ處分スヘキカ 此
場合ニ於テモ亦始メニ第百二條ニ依リ輕重ヲ比較シ後更ニ第百條ニ依リ輕重
ヲ比較シ一ノ重キニ從ヒ處斷セサルヘカラス
第八問 二人ノ被告人カ數箇ノ犯罪ヲ爲シ其犯罪ニ付テ各別ニ判決ヲ受ケタ
ルトキハ其處分如何ニ付キ別ニ何等ノ明文ナシト雖モ執行官ハ第百條ノ

趣旨ニ從ヒ之ヲ處分スヘキモノトス然ルモ若シ數箇ノ犯罪カ第百二條第二項
ノ規定ニ依ルヘキ場合ニ於テ初犯ナリトモ判決ヲ受ケタルトキハ其處分ハ
如何ニスヘキヤ
此點ニ付テハ多少ノ議論アルヘキモ執行官ハ總テノ判決ヲ執行セサルヘカ
ス蓋シ是レ純然タル再犯ナルヲ以テ數罪併發例ニ依ルヘキモノニ非サルコト
ハ理ノ當然ナレハナリ

第九問 被告人カ數箇ノ犯罪ヲ爲シタルニ其犯罪ニ付キ同時ニ公訴起リ同時
ニ其判決ヲ受ケタルニ其判決中ノ一罪ニ付キ被告ヨリ控訴シタルトキハ如何
ニ處分スヘキカ即チ控訴審ハ第百條ニ依ルヘキヤ或ハ又第百二條ニ依ルヘキ
ヤ 此問題ハ甚タ困難ナルモノニシテ其實例モ亦區區ニ出テ一定スル所ナシ
今第百條ヲ適用スヘシト爲ス説ト第百二條ニ依ルヘシト爲ス説ノ要領ヲ擧ゲ
ンニ第百二條ニ依ルヘシトノ説ハ第一審ニ於テ數箇ノ犯罪ニ付キ判決ヲ受ケ
タルニ被告人カ其中ノ一犯罪ニ付キ控訴シタルトキハ他ノ犯罪ニ付テハ第一
審ノ判決已ニ確定シ單ニ一罪ニ付テノミ事件カ控訴審ニ繫屬スルヲ以テ數箇

ノ確定タル判決ノ刑ハ餘罪ノ刑ト通算スヘシト謂フニ在リ之ニ反シテ第百條ニ依ル説ハ第一審判決中總令一箇ノ犯罪ニ付キ控訴スル此場合ニ於テハ判決全部ニ對シ控訴アリタルモノナレハ全部控訴審ニ屬スヘキカ故ニ其結果數罪俱發例ヲ適用セラルヘカラスト謂フニ在リ
從來我大審院ノ判決例ニ於テハ第一説ヲ採用セタリシカ明治三十二年四月ノ頃ニ至リ聯合判決ニ於テ第二説即チ第百條適用説ヲ採用スルコトニ變更セラレタリ

第八章 數人共犯

犯罪ハ多クハ一人ニシテ一罪ヲ犯スヲ常態トス然レトモ其變態ニテ時々ハ數人相集リテ一罪ヲ犯スコトアリ此場合ニ加功シタル各犯罪人ニ付テノ責任ハ其數人カ各平等ナルコトアルヘク或ハ又等級アルコトアルヘシ隨テ其刑ニ付テモ輕重ナカルヘカラスト故ニ法律ニ於テモ亦特別ノ規定アルコトヲ要ス之ニ於テカ數人共犯例ヲ設ケタリ又學理上ニ於テモ數人共犯ニ付テハ第一犯

即加功ノ條件第二犯罪ニ加功シタル所爲ノ區別種類第三犯罪加功ノ程度ニ相當スヘキ所ノ刑ノ適用ノ三段ニ區別スルコトヲ得ヘシ
右ノ三點ヲ說明スルニ先チ茲ニ一言スヘキハ數人共犯ニ類似シタ然ラサルモノアリ即チ犯罪ノ種類ニ由ルモノ是ナリ例ハ兇徒聚衆賭博有未遂ノ如キハ罪質上數人集合シテ行動スルコトヲ要ス換言スレハ犯罪人ノ數人アルコトハ犯罪ノ要素ナリ然ルニ數人共犯ハ性質上一人ニテ爲シ得ヘキ犯罪ヲ數人ニテ爲ス場合ヲ指稱スルモノナリ
第一 犯罪加功ノ條件 犯罪ニ加功シテ罪ト爲ルモノハ左ノ條件ヲ要ス
(一)有形ノ要素及ヒ無形ノ要素アルコトヲ要ス 此要素カ犯罪ノ成立ニ必要ナルコトハ前段犯罪構成ノ部ニ於テ詳述シタル所ナリ而シテ茲ニ加功ト謂フハ犯罪ノ實行ニ加ハルコトノミヲ謂フニ非ス有形ノ要素タル加功ハ廣義ニ解セタルヘカラスト即チ教唆者ノ所爲又ハ從犯者ノ所爲ハ實行者ト共同シテ實行セタルモ有形ノ要素アルモノナリ故ニ積極的行爲カタンハ犯罪ノ加功アリト謂フコトヲ得ス然レトモ其積極的行爲ハ必スシモ他ノ共犯者ト同一行爲タル

コトヲ要セス
無形ノ要素ヲ解剖スレハ知情ト意思トヲ包含ス知情トハ暴行罪ヲ犯スコトヲ知リテ而シテ加功スルヲ謂フ意思トハ知情ノミナラス其人ヲ殺シテ罪ヲ犯サシムルノ心意アルコトナリ是ヲ以テ知情ナキトキハ常ニ意思ナカルヘシ然レトモ亦意思ナキトキハ常ニ知情ナシト謂フコトヲ得ス然ルニ知情ノ有無ハ必ス判文上ニ表示スルノ必要ナキモ或場合ニハ之ヲ表示スルコトヲ要スルコトアリ例セハ從犯ノ如キ場合ニハ必ス之ヲ明記スルコトヲ要ス或ハ又之ヲ明記セサルモ自ラ明カナル場合アルヘシ例ヘハ實行正犯ノ如キハ即チ情ヲ知リテ加功シタル者タルコトハ自ラ明瞭ナリ尙ホ進ミテ説明スヘキハ知情ノミアリテ意思ナキトキハ犯罪ヲ構成セス如何トナレハ知情ノミニテハ犯罪ノ加功ト謂フコトヲ得サレハナリ然レトモ實際上ニ於テハ此ノ如キ場合ニハ意思アリトノ認定ヲ受ルコトアルヘキモ其反對ヲ立證スルコト頗ル難カラン
實行正犯者ノ意思ト犯罪加功者ノ意思ト合致セザルトキハ其犯罪ハ成立スルヤ否ヤ嚴正ニ論スルトキハ其意思ガ齟齬スルヲ以テ隨テ無形ノ要素ヲ欠缺シ

犯罪ヲ構成セスト爲スコト正當ナルヤモ知ルヘカラスト雖モ現行刑法第百八條ニ於テハ之ヲ加功者トシテ罰セタリ同條ニ曰ク犯人教唆ニ乘シ其指定シタル以外ノ罪ヲ犯シ又ハ其現ニ行フ所ノ方法教唆者ノ指定シタル所ト殊ナル時云云ト故ニ縱令教唆者ト被教唆者タル實行正犯者ト意思ノ齟齬シタルトキ例雖モ之ヲ共犯トシテ罰スルコトハ疑ヲ容ルヘカラス唯其刑責ニ付テノミ特トヲ設ケラレタリ

(二) 犯罪ニ加功シタルコトヲ要ス 若シ或行爲ニ加功シタリト雖モ其行爲ニシテ犯罪ト爲ラサル場合ニハ共犯ト爲ルコトナシ尤モ其犯罪ハ法律上罰スルコトヲ得ル犯罪ナレハ足レリ故ニ既遂犯ノ場合ハ勿論未遂犯ノ場合ト雖モ之ニ加功シタルトキハ共犯ト爲ル又或特別ノ場合ニ於テハ豫備ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトアリ(第一〇五條第一〇九條此場合ニ於テ豫備ノ所爲ニ加功シタル者ハ共犯タリ然ルニ第百五條ノ法文ハ既遂ノ場合ノミヲ規定シタルカ如キ感アルモ該條ニ重罪輕罪トアルハ既遂ト未遂ト豫備トヲ問ハス苟モ法律上犯罪行爲ト認メラルモノハ總テ之ヲ包含スルモノト解釋セサルヘカラス

茲ニ疑問ノ存スルハ教唆者カ教唆後被教唆者ノ犯罪實行以前ニ於テ前非ヲ悔
ヒ其意思ヲ變更シ且ツ其實行ヲ防止スル行爲アリタルトキハ其責任ハ如何ト
謂フニ在リ被教唆者カ實行ニ著手スル前ニ犯意ヲ中止スレハ既ニ犯意ナキモ
ノナルカ故ニ縱令其結果ヲ生スルモ刑責ナシト論スルコトヲ得ルカ如シ然レ
トモ教唆罪ハ被教唆者ニ犯罪ノ決意ヲ爲サシメタルコト即チ主動力ヲ開スル
モノナルヲ以テ其決意後實行前ニ犯意ヲ翻シ悔悟ノ念ヲ生スルモ既ニ原因デ
リ結果アル以上ハ刑法上之ヲ不問ニ付スルコトヲ得タルヘシ又從犯モ一度豫
備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ノ實行ヲ容易ナラシメタルトキハ其後縱令
實行ヲ防止スル行爲アリトスルモ已ニ業ニ原因結果ノ生シタル場合ニ於テハ
是レ亦其責ヲ免ルルコトヲ得スト論決セサルヲ得ス

(三) 加功シタル犯罪カ重罪輕罪タルコトヲ要ス 此點ニ付テハ第百五條及ヒ第
百九條ニ於テ明カニ規定スル所ナリ故ニ違警罪ニ付テハ教唆及ヒ從犯ノ罪ハ
成立セス其理由ハ蓋シ違警罪ハ其罪質甚タ輕微ナルモノナレハ之ヲ罰スルノ
必要ナシト認メタルモノナラン

第二 犯罪ニ加功シタル所爲ノ區別 數人カ集合シテ一箇ノ犯罪ヲ爲シタル
トキハ其各犯人ノ行爲ハ同一ナルコトアリ或ハ不同一ナルコトアリ例ヘハ數
人共犯ノ場合ニ一人ハ其犯罪實行ノ手段方法ヲ企圖シ他ノ一人ハ之ヲ實行ス
ルカ如シ故ニ共犯ノ範圍ハ之ヲ定ムルコト頗ル困難ナリ之ヲ以テ或ハ曰ク正
犯ハ犯罪行爲ヲ實行シタル者又ハ直接ニ其實行ニ關係シタル者ナリト之ヲ例
セハ竊盜ノ目的ヲ以テ共犯者中ノ一人ハ他人ノ家屋ヲ毀壞シ(直接ニ其實行ニ
關係シタル者)他ノ一人ハ金品ヲ竊取犯罪ノ實行者シタルカ如シ或ハ又正犯ハ
犯罪ノ著手又ハ其成立若クハ成就ニ關係スル者ヲ指スト謂ヘル者アリ然ラハ
實行正犯ノ範圍ハ如何ト謂フニ實行正犯ニハ共謀ヲ必要トス然ルニ現行刑法
第百四條ニ二人以上出現ニ罪ヲ犯シタル云云トアリテ共謀ハ之ヲ要セサルカ如
キ感アリ如何トナレハ現實犯罪ヲ爲ス時ニ二人以上ナレハ意思ノ共通アル場
合ハ勿論偶然ノ場合ト雖モ俱ニ共犯タルヲ妨グサルカ如ク法文上解釋シ得ハ
キヲ以テナリ然レトモ犯意ノ共通ナキニ共犯アルノ條理ナシ蓋シ通謀ナキト
キハ一ノ犯罪ニ非スシテ二箇獨立ノ犯罪ナルヲ以テナリ

教唆正犯從犯ノ三箇ニ付キ分説スルニ先チ茲ニ此三者ノ異同ヲ摘示スヘシ

教唆犯ト正犯及ヒ從犯ト同一ナル點ハ次ノ如シ

(イ) 公訴ノ時効ハ起訴豫審又ハ公判ノ手續アリタルニ因リ中斷セラル故ニ時効中斷ノ手續アリタルトキハ其手續ヲ受ケタル被告人ノミナラス他ノ正犯從犯教唆者ノ未タ發覺セサルトキト雖モ其中斷ノ效力ヲ及ホスモノナリ(刑事訴訟法第一一條)

(ロ) 裁判管轄ニ付テ從犯ハ正犯ヲ管轄スル裁判所ヲ以テ其管轄ト爲ス(刑事訴訟法第二八條)

教唆犯ト正犯ト異ナル點ハ次ノ如シ

(イ) 實行正犯ハ教唆ナキモ成立ス之ニ反シテ教唆罪ハ實行正犯ノ成立シタル場合ニ非サレハ成立スルコトナシ換言スレハ教唆罪ハ獨立シテ成立スルコトヲ得サルモノナリ

(ロ) 實行正犯多數アル場合ニ於テハ法律上刑ヲ加重スレトモ教唆者ハ無形ノ共犯ナレハ之ヲ算入シテ多數ト爲シ刑ヲ加重スルコトヲ得ス

正犯ト從犯トノ異ナル點ハ次ノ如シ

(イ) 正犯ノ罪成立セザレハ從犯ノ罪ハ成立セス之ニ反シテ正犯ノ罪ハ從犯ノ罪成立セザルモ獨立シテ成立スルコトヲ得

(ロ) 法律上正犯ノ多數ニ因リテ刑ヲ加重スル場合ト雖モ從犯ヲ算入シテ多數ト爲スコトヲ得ス

(ハ) 從犯ノ受クヘキ刑ハ正犯ノ刑ヨリ一等ヲ減セラレ

(一) 教唆 一人カ犯罪ヲ爲サントテ發意シ他ノ一人之ヲ實行シタル場合ニ其發意者カ實行者ニ決意ヲ爲サシメ以テ罪ヲ犯サシメタルヲ教唆罪ト謂フ故ニ教唆者ハ自身ニ犯罪ヲ實行セザルヲ以テ實行者ヨリモ其犯情輕キカ如キ感ナキニ非ス是ヲ以テ佛國刑法ニ於テハ教唆者ヲ以テ從犯ト爲シタリ然レトモ教唆者ハ實際實行正犯ヨリモ犯情重キモノナリ例ヘハ博徒ノ親分カ子分ヲ教唆シテ犯罪ヲ實行セシムルカ如ク普通威權ヲ有スル者ト威權ニ服スル者トノ間ニ教唆ハ行ハルモノナリ故ニ現行刑法ニ於テハ之ヲ正犯ト看做シ同一ニ處分セリ而シテ教唆者ヲ以テ正犯ト爲シタルハ其性質ノ實行正犯ト同一ナリ

トノ法意ニ非スシテ唯其利責ノミ正犯者ト同一ナラシメタルニ過キス茲ニ教唆罪ノ成立ニ要スル條件ヲ舉タレハ次ノ如シ
(イ)人ヲ教唆シタルコトヲ要ス 總テ犯罪ノ主體ハ人類タルヲ要スルコトハ言ハ埃タス故ニ若シ被教唆者カ人類ニ非サレハ教唆罪ヲ構成スルコトナシ然ラハ精神病者即チ白痴癡癲者等ヲ教唆シタルトキハ教唆罪成立スルヤ否ヤハ成ハ之ヲ教唆罪ニ非スシテ實行正犯ナリト論スル者アリト雖モ其犯罪ハ實行者刑法上ニ於テ罪責ナキハ人類ト看做ササルノ故ニ非スシテ他ニ特別ノ理由アリ然ルモノナリ左レハ實際教唆ヲ受ケタルニ因リ犯罪ヲ實行シタル以上ハ無論人ヲ教唆シタル者ナルカ故ニ教唆罪ハ成立スルモノナリ

教唆ノ方法ニ付テハ佛國刑法ハ之ヲ規定シテ贈與又ハ強迫威嚇シテ爲サシメタル場合ト爲セリ然ルニ我利法ニハ何等ノ規定アルナシ故ニ言語文章若クハ手似其他如何ナル手段方法ヲ以テ教唆ヲ爲スモ毫モ妨ケナシト謂ハサルヲ得ス然ラハ犯罪ヲ爲スコトヲ注意シタルトキハ教唆罪成立スルヤ否ヤ其注意ノ結果決意シテ犯罪ヲ爲シタルトキハ教唆罪ハ成立スヘイ何トナレハ教唆ノ方

ノ一部ト爲スニ在リ即チ國家構成ノ諸元素國家機關ノ組織ニ關スル規定全體ヲ憲法ト爲シ此等ノ諸機關ノ作用ノ標準ニ關スル規定全體ヲ作用法ト爲シ行政法ハ其作用法中立法司法ニ關スルモノヲ除キタル部分ノ法規ナリト爲スニ在リ

此說モ論理上ニ於テハ敢テ非難スヘキニアラス然レトモ此說ニ從フトキハ憲法ニ於テハ國家ノ下級機關ニ關スルコトモ仍ホ之ヲ説明シ而シテ行政法ハ國家作用法ノ一部トシテ説明スルコトト爲リ行政法ハ之ヲ特別ノ一學科ト爲ス必要ナキニ至ルヘシ然ルニ我國ノ慣例上行政法ハ之ヲ憲法ヨリ分離シテ一學科ト爲セル以上ハ之ヲ作用法ノ一部分トシテ説明スルハ頗ル不穩當ナリト謂ハサルヘカラス

第三ノ主義ハ憲法ハ原則法ナリ行政法ハ細則法ナリト爲スニ在リ故ニ憲法トハ國家統治機關ノ組織及ヒ作用ニ關スル一般ノ原則ヲ規定セタル法ノ全體ヲ謂ヒ行政法トハ唯行政ニ關スル細則ノ規定全體ヲ謂フ故ニ憲法ニ於テハ刑法行政訴訟法等ニ關スル重ナル原則ヲ含有スルモノナリト云ヘリ

此說ハ多數ノ學者ノ採用セル所ナレトモ其所謂原則則ト云フハ唯程度ノ多少ノコトニシテ性質上ノ區別ヲ爲スヲ得サルヲ以テ之ヲ完全ナル説明ト爲スヲ得サルナリ

第四ノ主義ハ國家機關ヲ標準トシテ憲法行政法ノ區別ヲ爲セリ但シ此主義中ニモ種種ノ說アリ或ハ憲法トハ統治權ノ主格即チ國家ノ要素及ヒ其統治權主格ノ作用ニ關スル規定ナリ行政法トハ國家機關ノ統治權執行ニ關スル法ナリ即チ行政法トハ統治權ヲ行フヘキ機關及ヒ其統治權執行ニ關スル實體及ヒ形式ニ關スル法規ヨリ成立ツト云フ者アリ此說ハ一見甚タ明確ナルカ如クナルモ吾人ノ說トハ根底ニ於テ全ク異ナルモノトス

或ハ憲法トハ國家ノ機關ト爲ルヘキ權利ヲ有スル者ノ組織及ヒ其機關ノ作用ニ關スルコト其他國家諸元素ノ關係ヲ規定シタル法ノ全體ナリ行政法トハ此等ノ機關以外ノ機關ノ組織作用ニ關スル法ノ全體ナリト云フ者アリ

此最後ノ說ハ吾人ノ採用セント欲スル說ト殆ト其範圍ヲ同シウスルモノトス若シ憲法ト行政法トヲ區別シテ國家法ヲ説明セント欲セハ兩者ノ區別ノ標準

ヲ機關ニ求メスンハ劃然タル區別ヲ爲スヲ得サルナリ國家ハ統治權ノ主格ニシテ機關ニ依リテ其意思ヲ發表スルモノタルコトハ既ニ述ヘタル所ノ如シ而シテ國家ノ機關ハ種種ニシテ君主ヨリ下級ノ官吏ニ至ルマテ皆國家ノ爲メニ作用スル者ハ等シク國家ノ機關ナリ然レトモ此等ノ機關ハ其地位性質ヲ同シウスルモノニアラス今此等ノ機關ニ付キ區別ヲ立テテ直接關係ト間接關係ト爲スヲ得直接機關ノ中ニ主直接機關アリ副直接機關アリ主直接機關トハ他ノ機關ノ行為ニ依ラス直接ニ其存在ト作用トヲ有スル者ヲ謂フ君主國ニ於テハ君主ハ即チ主直接機關ナリ凡ソ國家ニハ必要のニ機關ノ存セサルヘカラスルカ故ニ何レノ國家ニモ少クモ一ノ直接機關ハ必ス存スヘシ副直接機關トハ其機關ノ實際ノ存在ハ他ノ機關ノ行為ニ依ルモ其作用ノ權限ハ各箇ノ場合ニ他ノ機關ヨリ付與セラルルモノニアラス憲法上直接ニ其權限ヲ有スル者ヲ謂フ例ヘハ帝國議會ノ如キ其各議員選任ノ方法ハ種種ナリト雖モ其合議體タル議會トシテノ權限ハ特別ニ他ノ機關ノ付與ニ基クモノニアサルヲ以テ之ヲ直接機關ノ一種ト爲スコトヲ得之ニ反シテ間接機關トハ其存在ト權限トヲ他

機關ノ任命ニ依リテ有スル者ヲ謂フ各省大臣以下ノ諸官廳ノ如キ皆間接機關タリ此間接機關ノ組織權限及ヒ其作用ニ關スル規定ハ行政法ノ成分ト爲ルナリ

之ニ反シ憲法トハ直接機關ノ組織權限及ヒ其作用ニ關スル規定竝ニ國家ノ要案タル一定ノ領地内ノ人類及ヒ領土ノ直接機關ノ作用ニ關スルコトヲ説明スルヲ以テ其任ト爲スモノヲ謂フ

第二節 憲法ノ系統竝ニ其淵源

既ニ述ヘタルカ如ク國家法ハ公法ノ一種ニシテ國家ノ人民ニ對スルニハ如何ナル機關ノ組織如何ナル作用ノ形式如何ナル制限標準ニ依ルヘキヤヲ規定シタル法ノ中刑法訴訟法等ノ司法ノ作用ニ關スル法規ヲ取除キ殘存シタル部分ヲ指シテ云フナリ而シテ國家法ノ中ニ於テ間接機關ニ關スルコトハ行政法ニ於テ説クヘキコト亦前ニ述ヘタル所ノ如キ故ニ憲法ノ範圍及ヒ其系統ハ容易ニ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ

前ニ説明シタルカ如ク國家ハ地球表面ノ一定ノ境域内ニ多數人類ノ結合シタル團體ナリ故ニ國家ナル團體ノ構成ノ元素ハ人類ト一定ノ國土ナリ凡ソ一國人類ノ結合セル單位ノ團體自體ト團體員ナル一箇人トハ法律上同一ノ位置ニ在ルモノニアラス團體構成ノ元素タル一箇人及ヒ國土ハ統治權總攬者ノ作用ニ對シ如何ナル關係ヲ有スルモノナルカ是レ吾人カ第一ニ講究セント欲スル所ナリ又國家カ外部ニ對シテ意思ヲ發表スルニハ其機關ニ依ルモノナリ其機關ノ中最上直接機關ノ組織權限ニ關スルコトヲ第二ノ講究ノ目的トス其第一ニ來ル者ハ君主及ヒ攝政ナリ帝國議會ハ獨立シテ外部ノ人格ニ對シ國家ノ意思ヲ發表スモノニアラスト雖モ最上機關ノ意思發表ニ參與スル副直接機關ナルヲ以テ其次ニ來ルヘキモノハ帝國議會ナリトス其他國務大臣ノ如キモ亦副直接機關ノ地位ヲ有スルコトアルヲ以テ其地位ノミハ亦此部分ニ於テ説明スヘシ且此等ノ國家ノ機關カ外部ニ對シテ作用スルニハ如何ナル形式標準ニ依ルヘキモノナルカ又其形式ヲ以テ外部ニ發表スルマデハ如何ナル内部ノ作用ヲ爲スヘキモノナルカ此等ノ機關ノ作用ニ關スルコトヲ第三ノ講究ノ目的

トス故ニ憲法ノ系統ハ第二編國家構成ノ基礎第三編國家直接機關ノ組織權限
第四編直接機關ノ作用ト爲ルヘシ
茲ニ憲法ト曰フハ明治二十二年二月十一日發布ノ憲法典ヲ指シテ謂フニア
ラス凡ソ憲法ハ之ヲ實際上及ヒ形式上ノ二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ形式上
ノ憲法トハ即チ形式上憲法トシテ發布セラレタル特別ノ保障ヲ有スル規定ヲ
總稱シテ謂ヒ實質上ノ憲法トハ即チ學理ノ系統上行政法ニ對スル國家法ノ一
部ヲ指シテ謂フナリ故ニ實質上ノ憲法ハ諸種ノ法源ヨリ構成セラレルモノニ
シテ必スシモ形式上ノ憲法ト其範圍ヲ同シウスルモノニアラス固ヨリ形式上
ノ憲法ハ實質上ノ憲法ノ重要ナル法源ナルコトハ明カナレトモ然レトモ形式
上ノ憲法ニハ行政法ノ法源ヲ含ムコトアリ故ニ此憲法講義ノ法源トスル所ハ
獨リ憲法典ノミニ限ルニアラス其他ノ法律勅令等ノ規定モ亦此講義ニ於テ
説明スヘシ例ヘハ皇室典範ノ或部分議院法選舉法及ヒ國籍ニ關スル法規モ亦
憲法ノ淵源トシテ之ヲ説明スヘシ
然レトモ憲法ノ淵源ハ獨リ成文法ノミニ限ルニアラサルナリ不文法即チ慣習

法モ亦他ノ法ニ於ケルト同シク憲法ノ淵源タルコトヲ得ヘシ「グローテヘンド」
ノ如キハ慣習法ハ一般ニ國家法上ノ淵源タルコトヲ得スト云ヘリ然レトモ慣
習法カ私法上ニ於テ發生スルヲ得ルコトハ何人モ疑ハサル所ナリ夫レ既ニ私
法上ニ於テ發生シ得ルモノカ何故ニ公法上殊ニ國家法上ニ於テ發生シ得サル
カ固ヨリ特別ノ明文ヲ以テ禁止セル部分ニ於テハ發生スルノ餘地ナシト雖モ
苟モ然ラズンハ公法ノ範圍内ニ於ケルト私法ノ範圍内ニ於ケルトニ差異アル
ヘキ理ナシ「グルベル」「ステングエル」「マイエル」如キ國家法上慣習法ノ存在シ得
ヘキコトハ皆其認ムル所ナリ「グルベル」曰ク國家法上ノ法規ハ慣習法ノ形式ニ於
テモ亦成立シ得ヘシ此成立ハ憲法發布以後ニ至リテモ異ナルコトナシト或ハ
之ニ反對シテ君主カ大權ヲ行使スルニハ憲法典ノ條項ニ循フヘキコトヲ宣
言シ且ツ憲法ヲ變更スルニハ一定ノ手續ニ依ルヘキコトヲ明カニ規定セル以
上ハ少クモ憲法上ニ於テハ慣習法ノ發生シ得ヘキ餘地ナシト云フ者アラン
モ知ルヘカラス然レトモ縱令憲法典ノ條項ヲ變更スル慣習法ハ發生シ得ス
ト爲スモ慣習法カ一般ニ國家法上ノ區域内ニ於テ發生シ得ストノ證明ト爲ル

コトナシ何トナレハ憲法ノ明文ニ低觸セサル範圍内ニ於テ慣習法發生キハ決シテ憲法ト相觸接スルモノニアラス隨テ憲法變更ノ手續ノ規定ニ衝突スルコトナキヲ以テナリ

慣習法ハ慣令ノ範圍内ニ於テ各人格ノ間ニ或一定ノ慣習カ永年間行ハレ且テ其慣習カ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反セス永年ノ間法律的ノ規則トシテ行ハレタルトキ始メテ其效力ヲ生スルモノナリ

斯ル慣習ノ法律上ノ效力ハ何レノ人格間ニ發生スルモ敢テ異ナル理ナシ故ニ公法上ニ慣習法ナリト云フハ少シモ論據ナキ說ナリト謂ハサルヲ得ス然レトモ今日私法ノ範圍内ニ於テモ慣習法ノ生シ得ヘキ場合ハ大ニ制限セラレ又公法ノ範圍内ニ於テモ明文ノ規定スル所甚タ精密ニシテ昔時ニ比スレハ其發生ノ場合ヲ制限セラレタルハ明白ナリ然レトモ公法上荷モ明文ノ規定ニ低觸セサル範圍内ニ於テハ君主又ハ帝國議會行政官廳等ノ行為カ法律的ノ慣行トシテ存在スルトキハ即チ慣習法タルノ效力ヲ有スルモノナリ

右陳述シタルカ如ク慣習法ハ既成憲法又ハ法律ノ明文ノ規定ヲ變更スル效力

ヲ有セス然ルニ多數ノ學者ハ變更スル效力ヲ有スト論セリ蓋シ是レ慣習法ノ效力ヲ生スル原因ハ人民ノ法律確信ニ存在スト云フ說ニ基ケリ然レトモ人民ノ法律確信ヲ以テ慣習法ノ效力ヲ生スル原因トスルトキハ人民ノ確信スル以上ハ永年ノ慣行ナシト雖モ法律上ノ效力ヲ有スト謂ハサルヘカラス然ルニ永年ノ慣行ヲ以テ慣習法ノ要素ト爲スハ甚タ解シ難キ所ナリ且ツ慣習法ハ果シテ人民ノ確信ニ基キ法律タル效力ヲ有ストスルトキハ立法者ハ人民ニシテ國家ニアラスト謂ハサルヘカラス是レ即チ國家主權說ニ反スル說明ナリ荷モ國家カ主權ヲ有スル以上ハ凡テ法律ハ國家ノ意思ニ基カサルヘカラス慣習法ノ效力モ國家カ其法規トシテ暗黙ニ認許スルモノナラサルヘカラス已ニ國家ノ認許ヲ要ストスルトキハ國家ノ明示シタル意思ニ反スル能ハサルハ多言ヲ俟タズシテ明カナリ即チ國家カ或法律ヲ發シ荷モ之ヲ廢止セサル以上ハ其法律ハ有效ナリトノ意思ヲ有スルモノナリ故ニ國家ノ機關又ハ臣民ハ此意思ニ服從セサルヘカラス國家ノ意思ニ反シテ國法上ノ組織ヲ有セサルモノカ慣習ナル形式ヲ以テ立法ヲ爲ス權ヲ有セサルコトハ自ラ明瞭ナリ以上ノ理由ニ因リ慣

智法ハ既成ノ憲法法律ヲ變更スル效力ヲ有セサルモノト信ス「マイエ」等ハ口
ク憲法變更ノ手續ニ關スル規定ヲ設ケタルハ唯命令ヲ以テ憲法ヲ變更スルヲ
得スト云フニ過キス慣習法ヲ以テ變更スルコトヲ禁止シタルモノニアラスト
然レトモ此說ハ信スルヲ得サルナリ

以上ノ外向條約ヲ以テ憲法ノ淵源ト爲ス者アリ然レトモ條約ハ條約トシテ
ハ決シテ國法ニアラス故ニ憲法ノ淵源ト爲ルコトナシ唯條約ヲ公布シタルト
キニ於テ國法ト推定スル場合アルヲ以テ憲法ノ淵源ト爲ルハ此場合ニ在リ

第二編 國家ノ基礎

此ニ説明シタルカ如ク國家ハ地球表面ノ一定ノ境域内ニ人類ノ集合シタル團
體ニシテ國權ノ主體タル者ヲ謂フ凡ソ權利ハ或主體ニ附著ス然ラハ國權ハ
如何ナル主體ニ附著スルヤ子ハ國權ハ一定ノ境域内ニ結合セル人類ノ共同體
ニ附著スルモノタルコトヲ信シテ疑ハス故ニ一定ノ境域ト人類ノ團結トハ國
家ノ觀念ニ缺クヘカラサル要素ナリ此地球表面ノ境域ト團結トハ員タル人民

トハ自然的ニ存在スル元素ニシテ國家ノ基礎ヲ形成スルモノナリ或學者ハ君主
國ニ於テハ君主カ統治權ノ主體ニシテ即チ國家ナリ國土及セ人民ハ統治ノ客
體即チ目的物ナリト云ヘリ然レトモ統治ノ目的物トハ統治權ノ相手方タル義
務者ト云フ意味ナルニ於テハ妨ケンシト雖モ若シ私法上ニ所謂物權ノ目的物ト
同シキ意味ニ用ヒテ人民ノ意思ヲ認メサルニ於テハ固ヨリ不當ノ說ト謂ハサ
ルヘカラス近世ノ國家ハ一箇人ノ意思ヲ認メ國家ニ對スル請求權ヲ與ヘタリ
以テ權利者カ其目的物ヲ處分スルカ如ク隨意ノ支配ヲ爲スコトヲ得ス國家自
ラモ人格ヲ有シ法律上ノ作用ヲ爲スヘキモノニシテ人民ト國家トハ互ニ權利
義務ノ關係ニ立テリ決シテ物權ノ目的物タル物品ト同一視スル能ハス又國土
ヲ國民ト同シテ統治權ノ客體即チ目的物ト説クト雖モ國土ハ意思ヲ有スルモ
ニアラス又人格ヲモ有セス隨テ國土ト國家トノ間ニ權利義務ノ關係ヲ生ス
ルコトナシ然ラハ國土ト人民ヲ同地位ニ置キテ共ニ統治權ノ目的物ト云フハ
頗ル妥當ヲ缺クモノト謂ハサルヘカラス然レトモ人類ノ共同體ヲ以テ國權ノ
主體ト爲スハ唯其人格ノ集合體ヲ單位ト看テ其單位カ國權ノ主體タリト云フ

ニ過キテ決シテ僑民ハ人カ國權ノ主體ナリト云フニアラス一國ノ人類ハ其條
合體トシテハ國權ノ主體ナルモ其僑民ハ人トシテハ固ヨリ國權ノ支配ヲ受ケ
サルヘカラス是レ恰モ社團法人ノ協合ニ社員全體ヲ單位ト看タル者カ法人ト
シテ財產權ノ主體タルモ社員一箇人トシテハ法人ニ對シ義務ヲ負擔スルト異
ナルコトナシ而シテ其法人ヲ組織スル者ハ僑民ノ一箇人タルカ如ク國家ノ共
同團體ヲ組織シタル者モ僑民ノ人民ナリ且ツ近世ノ觀念ニ於ケル國家ハ一定
ノ地域内ニ人類ノ團結セルモノヲ謂フカ故ニ此僑民ノ人民ト國土トハ國家ノ
基礎ニシテ此國家ヲ形成スル僑民ヲ臣民ト云ヒ一定ノ地域ヲ領土ト云フ今此
編ニ於テ臣民ノ國家ニ對スル關係及ヒ領土ノ性質ヲ陳ヘントス

第一章 臣 民

第一節 臣民並ニ臣民籍ノ意義及ヒ外國人

既ニ述ヘタル國家ノ觀念ニ依ルトキハ國家ナル團體ヲ組織スル者ハ即チ臣
民ナリ故ニ臣民ハ國家ナル全部ニ屬スル一員ニシテ國家ノ關節タル地位ヲ有

シ國家ト必然的ニ永久附屬ノ關係ヲ有ス此ノ如ク國家ト永久附屬ノ關係ニ立
テ者ヲ臣民ト云ヒ此ノ如ク國家ト永久附屬ノ關係ニ立ツ狀態ヲ臣民籍ト云フ即
チ臣民籍トハ臣民タル身分ヲ謂フモノナリ茲ニ所謂臣民トハ領土内ノ住民ト
同一ノ謂ヒニアラス固ヨリ通常ノ場合ニ於テハ一國ノ住民ハ其國ノ臣民ナル
モ外國ノ臣民ニシテ内國ニ住居スルモ其國ノ臣民ニアラス又臣民ニテモ領土
外ニ住居スルコトアリ然ラハ臣民籍ヲ有スル者ハ領土内ニ在留スルコトヲ必
要トセス國家ノ一員トシテ法律上ノ能力ヲ有スルコトヲ必要トス然レトモ此
臣民籍ハ如何ナル實質ヨリ成ルモノナリヤ其實質ヲ學ケテ説明スルコトヲ得
ス或學者ハ住民權ヲ存スルコトヲ臣民籍ノ本質ト云ヘリ然レトモ此ノ如ク言フ
トキハ條約ニ依リ外國人ニ住居權ヲ與フル場合ニハ其外國人ハ臣民權ヲ取得シ
タルモノト謂ハサルヘカラス故ニ住居權ノミヲ以テ臣民籍ノ本質ト謂フヲ得ス
又或學者ハ兵役ノ義務ヲ有スルハ臣民籍ヲ有スル特質ナリト云ヘリ此他權利
義務ヲ列擧シテ臣民籍ノ實質ヲ説明スル者アレトモ臣民ノ權利義務ハ一定不
變ノモノニアラス常ニ變動スルモノナレハ之ニ據リテ其性質ヲ確定スルコト

能ハス此臣民タル身分ハ唯一箇人カ國家ニ對スル附屬ノ關係ヲ謂フモノニシテ縱令如何ナル實質ヲ附加スルモ此關係ハ依然トシテ存在スルナリ例ヘハ父タル權利ノ實質ヲ如何ニ擴張スルモ又如何ニ縮小スルモ父タル身分ハ依然存在スルト同一ナリ故ニ臣民籍ハ一箇人カ領土ニ在留スル事實トハ少シモ關係ナク國家ニ永久附屬スル關係ナリト云フ外ニ定義ヲ與フルコト能ハス此附屬ノ狀態ヲ條件トシテ更ニ二ノ關係ヲ生ス

一ハ義務的ノ關係ニシテ一ハ權利的ノ關係是ナリ

古代ノ專制國ニ於テハ臣民ハ國家ニ對シテ請求權ヲ有セス唯受動的ノ地位ヲ有スルニ過キサリシモ近世ノ國家ニ於テハ臣民モ國家ニ對シテ權利ヲ有スルコトヲ認ムルニ至レリ故ニ臣民ハ義務的ノ地位ヲ有スルト同時ニ權利的ノ地位ヲ有ス即チ臣民籍ニハ服從ノ義務ト請求ノ權利ノ二種ノ關係カ附著スルモノナリ就中服從ノ義務ハ根本的ノ關係ナリ然リ而シテ國家ナル全部ハ一箇人ヲ從屬セシムルニ依リテ成立スルコトヲ得即チ一箇人ハ國家ノ調節員タリ故ニ從屬ノ關係ハ臣民ノ國家ニ對スル關係ノ基礎ナリ

右述ヘタル臣民ノ國家ニ對スル地位ヲ細別スルトキハ左ノ四種ト爲ル

第一受動的ノ地位

凡テ一箇人カ國家ニ服從スヘキハ國家作用ノ基礎ナリ是ニ於テカ受動的ノ地位ヲ生ス此關係ニ於テハ一箇人ハ其自定權及ヒ人格ヲ主張スルコトヲ得ス

第二自由ノ地位又ハ消極的ノ地位

元來國家ノ支配ハ共同利益ノ爲メニ執行セラルルモノニシテ全然ノ服從者ノ上ニ在ル支配ニアラス自由人ノ上ニ在ル支配ナリ故ニ一箇人ハ或範圍内ニ於テ自由ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ヘク國家ハ此自由ニ關涉セサル義務アリ

第三積極的ノ地位

國家ノ行爲ハ被支配者ノ利益ノ爲メニ行フモノニシテ國家ハ此目的ヲ爲メニ國家ノ權力ヲ請求シ國家ノ制度ヲ利用スヘキ法律上ノ能力ヲ一箇人ニ與フルコトアリ之ニ由テ一箇人ハ積極的ノ請求ヲ爲スノ地位ヲ有ス

第四自働的ノ地位

國家ノ作用ハ一箇人ノ所爲ニ依リテ之ヲ爲スモノナリ即チ國家ハ一箇人ニ國家ノ爲メニ作用スヘキ能力ヲ付與セリ是ニ於テカ自動的ノ地位ヲ生ス以上四種ノ關係ヲ以テ一箇人ノ國家ニ對スル地位ハ盡セリ即チ(一)國家ニ對スル義務(二)國家ノ制限ヲ受ケサル自由(三)國家ニ對スル要求四國家ノ爲メニ作用ヲ爲ス權利是ナリ此等ハ一箇人ノ公法上ノ地位ヲ理會スヘキ觀察點ナリ然ルニ「ボルンハック」氏ノ如キハ臣民籍ハ臣民カ國家ニ全然服従スル義務ナリト云ヘリ然レトモ臣民籍ハ人ノ身分年齡等ト同シク一ノ狀態ニシテ或會社又ハ或團體ニ屬スルト云フカ如ク國家ナル團體ニ附屬スル狀態ヲ謂フモノニシテ直チニ義務其モノナリト謂フヘカラス臣民ノ義務ハ此狀態ヨリ生スヘキモ此狀態ヨリ生スルモノハ獨リ義務ノミナラス又權利ヲモ生ス即チ臣民ハ國家ニ對シ權利ヲ有スルカ故ニ臣民籍ヲ獨リ義務ノミト謂フヘカラス臣民籍ヲ此ノ如ク解釋シテ外國人ト臣民トノ區別ヲ知ルコトヲ得ルモノナリ古代ニ於テハ外國人ハ權利ヲ有スルコト能ハナリシモ近世ニ於テハ外國人ト雖モ或範圍内ニ於テハ臣民ト同シク權利ヲ享有シ義務ヲ負フ故ニ臣民ト外國人トハ一見之ヲ

區別スルコト能ハス然レトモ臣民ハ國家ノ構成員ニシテ國家團體ノ一員タリ國家ニ對シテハ領土内ニ在留スルト否トニ關セズ永久附屬ノ關係ニ立ツモノナリ故ニ臣民ハ其領土内ニ在留セサルモ國權ハ臣民ノ所在ニ追隨シテ其働ヲ及ホスナリ國權ノ效力ハ人身のナリ即チ臣民ハ人身高權ノ支配ヲ受ケ隨テ其支配ハ永久のナリ之ニ反シテ外國人ハ國家ノ團體員ニアラス唯一國ノ領土内ニ在留シ其國內ニ或關係ヲ有スル範圍内ニ於テ國權ノ作用ヲ受クルニ過キス一度其領土ヲ去リ又ハ其關係ヲ喪フニ至ルトキハ國權ハ追隨シテ其働ヲ及ホスモノニアラス國權ハ原則トシテ其領土内ニ完全ニ行ハルモノナリ故ニ外國人カ此場所ノ範圍ニ進入スルコトアレハ則チ國權ノ支配ヲ受クルニ過キス國權ノ外國人ニ及ホス效力ハ全ク領土のニシテ領土主權ノ支配ヲ受クルモ其支配ハ唯一時的ノモノナリ是レ即チ外國人ト臣民ト異ナル所ナリ

第二節 臣民ノ義務

前ニ述ヘタルカ如ク一箇人ハ國家ノ團體員ナリ故ニ必要の國家ト永久附屬ノ

關係ヲ有ス此附屬ノ關係ニ由リ第一ニ生スルモノハ臣民ノ服從ノ義務ナリ此義務ナクハ從屬ノ關係モ消滅ス即チ臣民ノ國家ニ對スル服從ノ義務ハ國家作用ノ行ハルル基礎ナリ隨テ絕對ノ人格ヲ有スル一人格ヲ以テ國家ヲ組織スルコト能ハス故ニ國家ナル共同團體ニ從屬スル者ハ國權ノ作用ニ服從セサルヘカラス國家ハ臣民ニ對シ統治權ヲ行ヒ臣民ニ行爲不行爲及ヒ提供ノ義務ヲ負ハシメ而シテ國家ニ屬スル目的ヲ達センコトヲ務ムルモノナリ即チ國家ハ臣民ニ對シテ統治スル權利ヲ有シ臣民ハ此統治權ニ服從スル義務アリ嘗テ「ダールベル」氏カ臣民ハ統治ノ目的物ナリト唱ヘ「レニユルチニ」氏其他ノ學者ヨリ攻擊ヲ受ケタリシカ「ダールベル」氏之ヲ辯護シテ曰ク予カ臣民ハ統治ノ目的物ナリト爲セシハ敢テ私法上ノ物權ノ目的物ト同シキ意味ニ於テ云ヒシニアラス唯親族法上ノ權力の關係ト比較シテ子タル者ハ親權ノ目的物タリト云フ意味ト同一ニテ言ヒシノミト凡ソ國家ノ統治權ハ臣民ニ命令シ其命令ヲ強制ス故ニ其命令其強制ヲ受タル義務者ト云フ意味ニ於テ目的物ト言フハ敢テ不可ナシ然レトモ此ノ如キ意味ヲ表明スルニ目的物ナル名稱ヲ用フルハ適當ヲ缺クモノト

即ハサルヘカラス國家ノ統治權ハ臣民ノ服從義務ト相對當ス即チ國家ノ統治權ヲ應用スル範圍ハ臣民服從義務ノ範圍ナリ而シテ臣民ノ服從義務ハ單位ノ統治權ニ對スル服從義務ナルカ故ニ此服從義務モ亦單位ノ義務ナリ例ヘハ或官廳ノ職權ニ對シ服從スルハ即チ臣民單位ノ服從義務ヲ發表スル一ノ形式ナリ國家ノ意思カ適法ノ形式ヲ備ヘテ發表スルトキハ臣民ハ之ニ抵抗スル權利ナシ積極的ノ抵抗權モ消極的ノ抵抗權モ主張スルヲ得ス此國家ノ命令ニ對スル服從ハ一ノ制限ナキモ其命令ハ適法ノ權限内ニ出テタルコトヲ要ス臣民ハ唯國家機關ノ行爲カ其權限内ニ作用スルモノニ限リ服從スル義務アリ故ニ機關ノ行爲カ權限内ニ於テ作用スルモノナルヤ又ハ其權限ヲ脱シタルヤ之ヲ區別スルコト緊要ナリ機關ノ權限内ノ行爲ニ付テハ臣民ハ其機關ノ上ニ立チテ其適法ナリヤ否ヤヲ決定スルコトヲ得ス權限内ノ行爲ニ付テハ臣民ハ唯法律ノ定メタル裁判所ニ法律ノ定メタル手續ニ依リテ之カ裁判ヲ求メ其取消ヲ申立タルコトヲ得ルノミ若シ法律上其取消ヲ爲スコト能ハサルカ又ハ或範圍内ニ於テノミ取消スコトヲ得ルトキハ權限ノ適法ナルコトハ形式上確定シタルモ

ハト謂ハサルヘカラス之ニ反シテ機關ノ行爲力越權ノ行爲ナルトキハ例ヘハ場所的及ヒ事物的ノ管轄ヲ脱シ又ハ形式ヲ缺キタル場合ノ如キハ之ニ對シテ服從ノ義務ナシ却テ法律上ノ條件ニ從ヒ正當防衛權ヲ主張スルコトヲ得立右述ヘタル臣民服從ノ義務トハ或一定ノ行爲ノ義務又ハ或一定ノ不行爲ノ義務ヲ指スニアラスシテ唯一般ニ適法ニ發セラレタル國家ノ命令ヲ遵奉スヘキ法律上ノ拘束ヲ指スモノナリ即チ箇箇特定ノ義務ヲ謂フニアラスシテ一般ニ國家ノ命令ヲ遵奉スヘキ義務ヲ謂フ此服從義務ヲ國家命令ノ形式ニ從ヒ區別スル時ハ(一)立法ニ對スル服從ノ義務(二)裁判所ノ裁判ニ對スル服從ノ義務(三)行政官廳ノ處分ニ對スル服從ノ義務ト爲スコトヲ得又服從義務ノ目的ニ從ヒ區別スル時ハ(一)勞力提供ノ義務(二)物品提供ノ義務ノ二種ニ分ツコトヲ得勞力提供ノ義務トハ即チ兵役義務ノ如シ物品提供ノ義務トハ納稅又ハ公用徵收ニ應スル義務ヲ謂フ然レトモ此區別ハ臣民ノ服從義務ヲ盡シタリト謂フヘカラス我憲法第二章ニ臣民ノ權利義務ト題シ其第二十條第二十一條ニ臣民ノ兵役ノ

ノ例外トセラ總テ命令ニ施行期間ヲ特定シタルトキハ其期限ニ依ルヘキナリ尙ホ公文式ニ依レハ施行期限ヲ定メサルモ其性質上發布ノ當日ヨリ施行セムルコトヲ必要ト爲スモノニ至リテハ即日施行スルモノトセリ是レ亦二種ノ例外ナリ次ニ命令ノ失効ニ關シテハ命令ニ特別ナル場合ノ外法律ノ失効ニ類似セリ之ヲ大別スレハ自働的ニ效力ヲ失フ場合他働的ニ效力ヲ失フ場合ノ二ト爲スコトヲ得自働的トハ條件ノ成就期限ノ到達又ハ目的ノ滅失ノ三ナリ條件ノ成就トハ命令カ其消滅スヘキ條件ヲ規定シタルトキニ其條件成就ト共ニ命令ハ消滅ス期限ノ到達トハ例ヘハ經過法ノ如キ一定ノ期限マテ施行スルモノニシテ期限到達ニ因リ命令ノ消滅ヲ來スハ明カナリ目的ノ滅失ニ因ル命令ノ消滅ハ自働的ノ消滅ニ非サルカ如シト雖モ他ノ力ノ爲メニ消滅スルニ非スシテ或事實ノ發生ニ因リテ消滅スルモノナルカ故ニ自働的消滅原因ノ一ト爲スコトヲ得ヘキハ命令ノ久シク用ヒラレサルコトヲ以テ消滅原因ト爲スハ實最後ニ違フヘキハ命令ノ久シク用ヒラレサルコトヲ以テ消滅原因ト爲スハ實

ヤ否ヤ是ナリ此點ニ付テハ積極ノ答ヲ爲ス所ノ學者多シ然レトモ理論上ヨリ云ヘハ縱令久シク不用ニ屬シタリト雖モ目的カ全ク消滅セサル以上ハ其命令ハ當然消滅シタリト謂フハ穩當ナラサルカ如キ故ニ予ハ之ヲ以テ消滅原因中ニ算セサルナリ

他動的ノ原因ハ之ヲ分テ廢止、免除及ヒ停止イ三ト爲スコトヲ得命令ノ廢止ハ法律ニ由ルコトアリ命令ニ由ルコトアリ尙ホ又上級官廳ハ下級官廳ノ命令ヲ取消スコトヲ得此取消ト廢止ノ區別ハ理論上ハ之ヲ爲シ得ルモ其效果ハ同一ニ歸スルモノナリ蓋シ廢止ノ場合ニ於テハ命令カ廢止セラレタルカ爲メニ其命令以前ノ狀態ニ復セサルヲ原則トス然ルニ取消ノ場合ニ於テハ命令カ取消セラレタルカ爲メニ其命令以前ノ狀態ニ復スルヲ原則トス隨テ廢止ト取消ノ區別ハ此點ニ在リト論スル者アリ然レトモ實際ノ效果ニ至リテハ二者異ナル所ナシ何トナレハ上級官廳カ未タ取消ヲ行ハサル間ハ下級官廳カ自己ノ權限内ニ於テ發シタル命令ハ遂由ノ效力アルモノニシテ國民ハ之ニ對シテ服從ノ義務アリ隨テ其取消以前ニ於テ既ニ生レタル效果ハ取消

ニ因リテ變更セララルヘキモノニアラサレハナリ取消ニ付テハ官制通則第六條ニ依レハ各省大臣ハ其主任ノ事務ニ付テ警視總監、北海道廳長、官及ヒ府縣知事ノ命令ニシテ成規ニ違ヒ公益ヲ害シ又ハ權限ヲ侵スト認メタルトキハ之ヲ取消ス權アリトセリ又地方官官制ニモ同様ナル場合ニ知事、郡長、又ハ島司ノ命令ヲ取消ス權ヲ認メタリ此規定ハ較々曖昧ナリ所謂權限ヲ侵ス場合トハ正當ニ論スレハ國家ノ機關ノ行爲ニアラス隨テ之ヲ取消スノ要ナキナリ故ニ茲ニ取消ト謂フハ單ニ國家機關ノ行爲ニアラスト云フコトヲ宣言スルニ止マルモノト看ルヘキモノナリ尙ホ嚴格ニ論スレハ成規ニ違フ場合ハ即チ權限外ノ行爲ナリト謂フコトヲ得ヘレ何トナレハ機關ノ權限ハ法令ノ範圍内ニ於テ存スルモノナレハ法令ニ違ヒシ場合ハ同シタ權限ヲ超エタルモノト謂フコトヲ得ヘケレハナリ然レトモ現在ノ用例ハ之ト異ナレリ

以上ハ廢止ニ因ル消滅ナリ次ニ説明スヘキハ免除ナリ免除ハ嚴格ニ云ヘハ消滅ニアラス即チ特ニ或場合ノミ命令カ效力ヲ失フモノニシテ消滅シタルモノニアラス

終リニ達フヘキハ停止ナリ停止ハ一時命令ノ效力ヲ止ムルモノナリ停止ニ關シテハ取消ト同シク一般ノ規定アリ即チ官制通則ニ依レハ各省大臣ニ又地方官官制ニ依レハ知事ニ此權ヲ認メタリ而シテ各省大臣ノ命令ニ付テハ内閣官制第三條ニ於テ總理大臣カ樞要ノ場合ト認メタルトキハ各省大臣ノ命令ヲ中止セシメ勅裁ヲ待ツコトヲ得ト規定セリ

第二 處分

處分トハ廣キ意味ヨリ之ヲ言ヘハ法規ニ對スルモノニシテ要スルニ特定ノ事件ニ對スル命令權ノ作用ナリ法規ト處分トノ區別ハ獨逸學者ノ議論多キ所ナレトモ我國法トシテハ殆ト論スルノ要ナシ何トナレハ既ニ述ヘタルカ如ク我國法ハ法律命令共ニ形式的ノ意義ヲ採リ法律トハ帝國議會ノ協賛ヲ經タル天皇ノ政令ヲ謂ヒ命令トハ帝國議會ノ協賛ヲ經タル所ノ政令ヲ謂フニ由リ之ヲ實質ヨリ論スレハ特定事件ノ規定ナルモ法律タリ命令タルヲ妨グス隨テ茲ニ處分ト云フハ之ヲ廣キ意味ニ解スルコト能ハサルナリ要スルニ處分トハ法律命令トシテ一般ニ發布セラレタルモノニアラスシテ特定ノ人ニ對シテ命令スルモ

ノナリト謂フヘシ是ヲ以テ處分ノ形式モ亦一定セス即チ處分ヲ命令スルニ當リテハ文書ヲ用フルコトアリ便宜口頭ヲ以テ爲スコトアリ普通ノ場合ハ多ク文書ヲ用フ文書ハ交付ヲ要ス即チ處分ヲ受クル者ノ住所ニ送達ス若シ住所カ其官廳ノ管轄外ニ在ルトキハ居所ニ送達ス其他細目ノ手續ハ一般ノ規定ナキヲ以テ學者ハ民事訴訟法ノ送達ノ規定ヲ準用スルモノトセリ時トシテ新聞紙等ニ揭示スル手續アレトモ是レ關係者多數ナル場合ニ便宜上此ノ如キ方法ヲ採ルモノニシテ法令ノ發布ト同シカラス此ノ如クニシテ命令シタル處分ニ對シテ違由ノ義務ヲ怠リタル者ニ對シテハ之ヲ強制ス此強制亦處分アリ之ヲ要スルニ處分ハ右ノ如ク法令ト區別セラルルモノニシテ常ニ法令ノ範圍内ニ於テ行フヲ以テ原則トス何トナレハ國家カ一般ニ對シテ法令ヲ以テ其意思ヲ宣言シタル以上ハ同一方法ヲ以テ之ヲ改メサル限リハ各箇ノ場合ニ當リテ其法令ニ從テ處分セサルヘカラサルハ至當ノ理ナレハナリ故ニ處分ハ必ス法令ニ從ヒ又ハ法令ニ反セサル限リニ於テ實際ノ事實ヲ惹起ス勸ナリ處分ノ成立ニ付テハ更ニ説明ノ必要ヲ見ス其失效ニ付テハ廢止及ヒ停止アレトモ命令ノ場合ニ違

「タル所ト同一ナルヲ以テ茲ニ略ス」此ノ語ハ、
處分ノ種類ニ關シテハ學者多ク列舉主義ヲ採リテ區別ヲ爲セリ即チ或者ハ之
ヲ四種ニ區別シ證明裁定免許命令トセリ又或ハ第一命令及ヒ禁止第二免許第
三認可第四權利ノ設定變更及ヒ廢止第五公證第六判決ト爲ス者アリ然レトモ
此等ハ列舉ノ弊害トシテ處分ヲ舉テ盡クスコト能ハサルノミナラス區別ノ範
圍五ニ重複スルモノアルヲ以テ未タ完全ナリト云フコト能ハス加之處分ハ素
ト命令權ノ作用ナルニ合意ニ基テ勸マテモ包含セシムルカノ疑アリ結局此ノ
如キ區別ハ却テ識ヲ生シ易ク管ニ理論上穩當ナラサルノミナラス實際モ亦不
都合ナルヲ以テ予ハ此說ヲ採ラス單ニ法令ニ依ル處分及ヒ便宜處分ノ二者ニ
區別セン即チ其第一ハ現在ノ法令ヲ實行スルヲ目的ト爲スモノニシテ第二ハ
法令ニ背カサル限り各權限内ニ於テ便宜ノ處置ヲ爲スモノヲ謂フ獨逸學者ノ
中ニ之ヲ (Einscheidung) (Vertigung) ノ二種ニ區別スル者アリ例ヘハ行政官カ租
稅ヲ課課シ徵收スルカ如キハ法令ニ依リテ定マラル事ヲ行フモノニシテ自己ノ
權限ヲ以テ人民ノ負擔ヲ輕重スルコト能ハサルモノナリ此等ハ即チ第一種ニ

屬スルモノナリ又警察處分ノ職權ノモノハ行政官カ便宜人民ノ自由ヲ制限
スルヲ得ルヲ以テ此ノ如キハ第二種ニ屬スル處分ト爲スコトヲ得ヘシ獨逸ノ
「ミルナチク」ノ如キハ此二種ノ區別ヲ認メス總テ行政ノ勸ハ實際ニ法令ノ原則
ヲ適用スルモノナリト論セリ是レ蓋シ予カ前ニ述ヘタル所ト同シテ總テ處分
ハ其基ヲ所ノ法規ヲ必要トスルノ精神ナルヘシ此點ハ可ナリト雖モ前述セル
カ如ク其中ニ在リテ直接ニ法令ニ依ルモノト然ラサルモノトアルヘシ即チ行
政機關ノ職權トシテハ單ニ法令ヲ其儘實行スルコトノミノ場合アルヘク或ハ
法規ニ依リテ概括的ニ權限ヲ付與セラレ之ニ基キ便宜自由ノ活動ヲ爲レ得ル
場合モアルヘシ然ラハ此二種ノ區別ハ猶ホ認ムルコトヲ得ヘシ
第三 合意ニ基テ行爲
公法ノ範圍ニ於テ合意ニ基ク國家ノ行爲ヲ認ムルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ
議論アリ又合意ヲ認ムルトスルモ其合意ハ私法上ノ契約ト同一性質ナリヤ否
ヤモ亦議論ノ餘アル所ナリ公法ノ範圍ニ於テ此種類ノ行爲ヲ認メサル說ニ種
種アリ

第一説ニ據レハ國家ノ効ハ總テ權力ノ作用ニ歸シ絶エテ權利義務ノ關係アルコトナシ隨テ公法ノ範圍ニハ合意關係ヲ認ムルコトヲ得スト即チ國家ニハ私法上ノ行為ナシト論スルモノナリ成程公法上ニ在リテハ治者被治者ノ關係即チ不平等ノ關係ヲ基礎ト爲スト雖モ國家カ一旦法規ヲ制定シテ以テ相互ノ意思ノ限界ヲ定メタル以上ハ其法規ノ範圍内ニ於テ臣民ト雖モ國家ニ對シテ權利ヲ有スルコトヲ得ヘク又國家ト雖モ義務ヲ負フコトヲ得ルハ明カナリ而レテ此ノ如ク論スルモ毫モ統治ノ主體タルニ害ナレ何トナレハ此等ノ權利義務ヲ定ムル法令ハ皆國家自身ノ制定ニ係ルモノニシテ畢竟國家自身ノ意思ニ外ナラナレハナリ若シ之ヲ變更セント欲セハ一定ノ手續ニ依リテ何時ニテモ之ヲ變更スルコトヲ得ヘキナリ果シテ然ラハ公法ノ範圍内ニ於テ合意關係ヲ認ムルモ毫モ不可ナシ尙ホ一步ヲ進メテ論スレハ此論者ノ所謂權力ハ法律上ヨリ云ヘハ即チ權利ナリト謂フコトヲ得ヘシ何トナレハ權利ハ素ト法ニ依リテ主張シ得ヘキ人ノ行為ナリトハ前ニ述ヘタル所ナリ權力モ亦之ト本質ヲ同シス即チ法ニ依リテ主張シ得ヘキ意思ノ力ニ相違ナキナリ勿論法ヲ離レタル事

實上ノ力ハ法律學ノ範圍外ナリ蓋シ國家カ統治權ヲ行フニ方リテハ必スシモ命令權ノミヲ行使スルニ限ラス便宜合意ニ基ク所ノ行為モ亦爲シ得タルヘキモノナリ其目的カ一國ノ統治ニ存スルモノナル以上ハ總テ公法關係タルヲ妨ケサルモノナリト信ス尙ホ前論者ハ國家ニ私法上ノ行為ナシト云フト雖モ是レ甚タ窮屈ナル考ト謂ハサルヘカラス又國家ト雖モ私法ノ範圍ニ立入ルハ明白ノ事實ニシテ此等ノ行為ヲ強テ公法上ノ行為ナリトスル必要ハ毫モ存スルコトナシ蓋シ國家ノ働ニヤテ統治ノ目的ニ出テス治者被治者ノ關係ヲ基礎トセサルモノハ總テ私法上ノ關係ナリト謂フモ可ナリト信ス此範圍内ニ在テ法ヲ改メサル以上ハ國家モ亦一私人ト平等ニ其支配ヲ受クルモノナリ斯ル點由アルニ由リ結局第一説ハ探ルニ足ラス

第二説ノ論者ハ曰ク國家ハ統治ノ主體ナリ國家ト臣民トハ對等ノモノニアラズ隨テ國家ト臣民トノ間ニハ合意オシト此議論ハ第一説ノ如ク國家ノ行為ヲ總テ權力關係ナリトハ曰ハス又私法上ノ行為オシトモ曰ハス雖公法上合意ナレト云フニ在リ然レトモ前述ノ如ク其基礎ハ治者被治者ノ不平等關係ヨリ出

ルモ既ニ法ヲ以テ統治權行使ノ方法ヲ定メタル以上ハ臣民ノ自由意思ヲ容レテ而シテ統治ノ目的ヲ達スルコトモ亦アリ得ヘシ例ヘハ官吏ノ任命ノ如キハ一人ノ自由意思ヲ容レテ以テ國家ノ機關ヲ組織スルモノナリ又外國人ノ歸化ノ如キモ外國人ノ自由意思ニ基キテ許可ヲ與フルモノナリ尙ホ若シハ國債ノ募集ノ如キ是ナリ國債募集ハ全ク合意關係ニ由リテ財政ノ目的ヲ達スルニ在リ或ハ官吏任命又ハ歸化ノ許可等ノ行為ノ本質ハ權力關係ナレトモ唯合意ヲ以テ條件トスルノミト曰フ者アリ然レトモ其條件タルト否トヲ問ハス見ニ角自由意思ヲ入ルコト明カナリ且ツ一步ヲ進メテ云ヘハ此等ハ條件ニ非シテ行為ノ本質ナリ既ニ官吏ニ任命セラルルカ或ハ歸化ヲ許サレタル後ハ權力關係ヲ生スレトモ任命其レ自身或ハ歸化其レ自身ハ合意關係ナリト謂ハサルヘカラスト信ス加之普通所謂條件トハ其條件ノ發生スル前ニ條件附行為ノ成立スルモノナリ若シ此ノ如キモノナリトセハ前例ニ於テ外國人ハ歸化ヲ田顯スル前ニ既ニ條件附ノ服從ノ義務アリト謂ハサルヘカラストニ至ラン要スルニ條件說ハ甚タ巧ナルカ如シト雖モ程當ノ說ト謂フコト能ハスト信ス

第三說ニ據レハ凡ソ權力ハ合意ノ目的ト爲ルコトヲ得サルモノナリ故ニ合意關係ヲ認ムルコトヲ得スト而シテ此說ハ何故ニ權力ハ合意ノ目的ト爲リ得サルカヲ説明セズ予ハ縱令權力ニテモ不法ニアラサル限りハ合意ノ目的ト爲リ得ルモノナリト信ス加之國家ノ行為ハ決シテ權力ノ性質ヲ帶ルモノノミニアラス以上述ヘタル三種ノ說ハ共ニ充分ナル證據ナキモノノ如シ隨テ公法ノ範圍ニ於テ合意關係ヲ認ムルコト能ハスト論斷スヘカラス

次ニ合意關係ヲ認ムルトスルモ私法上ノ契約ト同一ナリヤ否ヤハ疑問ニ屬スル所ナリ私法上ニ於テ契約トハ普通法律上ノ效果ヲ生セシメント欲スル二人以上ノ意思ノ合致ナリト云ヘリ此點ニ於テハ公法上ノ合意モ亦敢テ異ナル所カシ即チ就レモ法律上ノ效果ヲ生セシメントスル意思ノ合致ナリ推其異ナル所ハ公法ト私法トノ差別ニ基クモノトス即チ公法ニ在リテハ國家ノ常ニ統治ノ目的ノ爲メニスルモノトス以上ハ外部ニ對スル行政行為ニ關スル大體ノ説明ナリ次ニ内部ニ於ケル行政行為ノ概要ヲ説明スヘシ

内部ニ於ケル行政行為ハ一言ニシテ之ヲ蔽ヘハ監督權ノ作用ト云フニ歸ス即チ廣義ノ監督ト云フ語ニテ總セリ。大體ニ總督府ノ官廳ニ於テハ監督權ノ作用アリ又第九條ニハ「天皇ハ法律ヲ執行スル爲ニ又ハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ増進スル爲ニ必要ナル命令ヲ發シ又ハ發セシム」ト規定セリ是レ大體ノ作用ニシテ行政法ノ範圍外ナリ行政法ニ於テハ行政機關相互間ニ於ケル監督ヲ説明スルヲ以テ足レリトス監督權ノ行ハルル方法ハ普通上級官廳カ下級官廳ニ對シテ之ヲ行ヒ唯時トシテ特別ノ官廳ニ依リテ監督セシムル場合例ヘハ行政裁判所ヲ設ケテ行政官廳ノ違法處分ニシテ權利ヲ侵害セラレタリトスル者ノ訴訟ヲ聽キ之ヲ裁判シ而シテ其裁決ハ行政官廳ヲ束縛スルモノト爲スカ如キハ監督權ノ一作用ナリト謂フコトヲ得ヘシ或ハ又會計検査院ヲ設ケテ天皇ニ直隸セシメ之ヲシテ財政上ノ監督ヲ爲サシムルモ亦監督權ノ作用ニ外ナラス要スルニ監督トハ行政ノ統一ヲ完全ニスル所以ニシテ又政務ノ混淆ヲ防ク手段ト爲ルモノナリ

現行法ニ依レハ行政上ノ監督ハ官廳ノ權限又ハ行政行為ノ當否其成敗ノ良否及ヒ官吏ノ身分ニ付テ行ハルルモノナリ先ツ下級官廳ハ其權限ニ關シテ疑義ヲ生シタル場合ニハ上級官廳ノ解釋ニ從フヘシトハ一般ノ說ナリ此點ニ付テハ少シク卑見ナキニアラサレトモ後ニ官吏ノ審査權ヲ説明スル時ニ併セテ論述スヘシ又行政行為ニ付テハ上級官廳ノ命令ニ反シ或ハ成規ニ違ヒ又ハ公益ヲ害スルコトアレハ監督權ノ作用ニ由リテ或ハ之ヲ停止シ又ハ取消スコトアリ權利外ノ行為ニ付テモ亦然リ此ノ如ク監督權ハ消極的ニ行ハルルノミナラス尙ホ積極的ニ行政行為カ果シテ能ク其目的ニ適合スルヤ否ヤヲ監視シ以テ良否ナル成績ヲ舉クルコトヲ期セサルヘカラス之カ爲メニハ訓令又ハ指令ヲ發シ必要アレハ下級官廳ノ報告ヲ徵シ或ハ書類帳簿等ヲ檢閲スルコトアリ茲ニ所謂訓令トハ主トシテ下級官廳ニ對シテ或ハ事務ノ準則ヲ示スモノニシテ必要アレハ其誤ヲ匡スノ目的ニ出ツルモノナリ訓令ノ形式ニ付テハ公文式第九條ニ規定スル所ニシテ前ニ述ヘタル命令ノ式ト殆ト同一ナリ其發布ニ付テモ別ニ規定ナシト雖モ性質上當該官廳ニ告知ス

ルコトヲ得レハ充分ナリ指令ハ訓令ノ一種ニシテ下級官廳ノ何ニ對シテ發スルモノヲ謂フ此ノ如キ手段形式ヲ以テ監督權ヲ行フモノナリ其他尙ホ監督權ハ官吏ノ身分ニ關シテ行ハルモノニシテ即チ服務規律等ニ依リテ官紀ヲ勵行シ必要アレハ懲戒處分ヲモ行フモノナリ

右監督權ノ作用ハ行政機關ノ間ニ於テ各種ノ方面ヨリ行ハレ依テ以テ國利民福ヲ舉クルコトヲ期スルモノナリ

以上述ヘ來リタル所ハ行政行為ノ形式ノ大樣ナリ今此章ヲ終ルニ臨ミ順序トシテ行政上ノ強制權ニ付テ略述スヘシ蓋シ國家カ臣民ニ行為不行爲ヲ要求スルモ臣民カ之ニ從ハサレハ強制シテ其目的ヲ達セサルヘカラサルハ明カナルカ故ニ行政行為ヲ説明シタル終ニ附シテ強制手段ヲ略述スルハ其當ヲ得タルモノナリト信スレハナリ

現行法ニ於ケル強制ノ手段ハ必スシモ一定セス各種ノ場合ニ付テ種種ノ規定アリ例ヘハ納税ノ義務ヲ怠リタル者ニ對シテ國稅滯納處分ノ規定アルカ如シ然レトモ此ノ如キ財産上ノ義務ヲ怠リタル場合ノ外普通學者ハ強制手段ヲ概

括シテ論スルヲ例トスルカ故ニ予モ亦之ニ倣ヒ説明スル所アラントス

先づ行政上ノ命令ニ關シテハ明治二十三年九月法律八十四號ヲ以テ命令ニ附スヘキ罰則ヲ規定セリ此規定ニ依レハ命令ニ背キタル者ニハ各其命令ノ定ムル所ニ從ヒテ二百圓以内ノ罰金若クハ一年以下ノ禁錮ニ處スルコトヲ得トス同年同月勅令第二百八號ヲ以テ省令廳令府縣令及ヒ警察令ニ關スル罰則ヲ規定セリ即チ省令ニハ二十五圓以内ノ罰金若クハ二十五日以下ノ禁錮ノ罰金ヲ附スルコトヲ得地方長官及ヒ警視總監ノ命令ニハ十圓以内ノ罰金若クハ拘留ノ罰則ヲ附スルコトヲ得此規定以外ニ於テ一般ノ規定トシテハ現行法ハ甚タ不備ニシテ唯偶々各法令ニ附シテ之ニ關スル規定ヲ設クルノミ故ニ予ハ唯學理上ノ種別トシテ左ノ三箇ノ場合ヲ舉ク聊カ之カ説明ヲ爲サントス

第一代執行 代執行トハ行為ノ義務ヲ負フ者カ其義務ヲ怠ル場合ニ國家カ第三者ヲシテ之ヲ行ハシメ其費用ヲ強制セテ義務者ヨリ徵收スルモノナリ此方法ハ甚タ便利ナルカ如ク見ユレトモ先ツ之ヲ行フニハ國家ノ要求カ臣民ノ積極的行爲ニ對スルモノナラサルヘカラス若シ不行爲ヲ要求セル場合ニハ代リテ

行ハシムルコトヲ得ス又次ニ臣民ノ行為カ第三者ヲシテ行ハシムルコト能ハサル性質ノモノニアラサルコトヲ要シ尙ホ縱令第三者ヲシテ行ハシムルコトヲ得ルモノニテモ若シ義務者カ無實力ナルニ於テハ其費用ヲ辨スルコト能ハサルカ故ニ此場合ニハ其效力ナシト謂ハサルヘカラス是ニ由リテ觀レハ國家ニ常ニ此手段ノミニ由ルコト能ハス茲ニ於テカ第二ノ方法ヲ執ルニ至ル

第二強制罰 強制罰ハ又執行罰ト名クルモノニシテ臣民カ國家ノ要求ニ從ハタレハ或一定ノ罰ヲ科スヘキコトヲ豫告シ違ニ之ニ從ハサル場合ニ於テ科スル所ノモノナリ一般ノ學說ニ從ヘハ強制罰カ刑罰ト異ナル所以ハ其目的ニ在リテ存ス何トナレハ刑法上ノ罰ハ法ノ侵害アリテ後ニ其行為ニ對シテ科セラレルモノナリ故ニ違反者カ其行為ヲ終リテモ仍ホ罰ヲ科セラルルヲ免レス然ルニ執行罰ニ至リテハ特定ノ人ニ對シテ特定ノ行為ヲ不行爲ヲ強制スルヲ目的ト爲スカ故ニ其目的タニ違シ得レハ縱令一旦ハ國家ノ要求ニ從ハサル行為アルモ之ヲ止ムレハ罰スルノ必要ナシ又一方ヨリ觀レハ同一ノ行為ヲ不行爲ヲ強制スル爲メニハ何回ニテモ此強制罰ヲ行フコトヲ得ルモノナリ此ノ如ク其目

的ヲ異ニスルカ故ニ二者同時ニ併科スルコトヲ得ルカ故ニ此二者ハ同シ性質ノモノニアラスト論斷セサルヘカラスト説明セリ
抑モ國家カ法ヲ設ケ罰ヲ定ムルハ一般ニ犯罪行為ヲ爲サシメント欲スル豫防ノ目的ヲ含ムモノナリ此點ヨリスレハ罰ハ皆一種ノ強制手段ナリト云フコトヲ得ヘク隨テ論者カ刑罰ト強制罰トヲ區別セル論據ハ自ラ薄弱ナルヲ知ルヘシ此ノ如ク罰ヲ設ケテ豫防スルニ拘ラス實際違犯者ヲ生シタルトキハ止ムヲ得ス之ヲ行フモノニシテ此點ハ強制罰ト相異ナル所ナシ唯刑罰ハ一般ニ對スルモノニシテ執行罰ノ如ク特定ノ場合ニ特定ノ人ニ對シテ特定ノ行為ヲ不行爲ヲ強制スルモノニアラスト云フハ一ノ論據タルニ似タリト雖モ特定ナルト一般ナルトハ唯形式上ノ差異ニ過キスシテ罰ノ本質ニ至リテハ之カ爲メニ異ナルコトナカルヘシト信ス
次ニ前論者ノ說ニ於テハ強制罰ハ同一ノ行為ヲ不行爲ニ對シテ之ヲ強制スル爲メニハ幾度モ之ヲ科スルコトヲ得ルノ點ハ刑罰ト異ナレリト云フト雖モ此場合ハ法律上其行為ヲ一行爲ト看做サスシテ各行爲ニ付テ刑罰ヲ行フモノナリ

ト罰フコトヲ得果シテ然ラハ此點ニ付テモ罰ノ本質ニ差異アルヲ見ス又強制罰ハ一旦違反ノ行為アルモ之ヲ中止スレハ行フコトナク刑罰ノ場合ハ之ト異ナリ既ニ行為アリタル以上ハ之ヲ罰スト雖モ是レ亦實質上ノ區別ニ非スト惜ス即チ強制罰ヲ行フヘキ違犯ノ行為カ社會ノ安寧秩序ニ危害ヲ及ホス程度ハ既ニ中止セタル者ヲ追窮シテ之ヲ罰スルノ必要ナキカ故ニ罰セタルノミ舉覺程度ノ議論タルニ止マリ其本質ニ於テハ敢テ異ナル所ナシト信ス

尙ホ刑罰及ヒ強制罰ハ併科スルコトヲ得ルカ故ニ其性質異ナレリ若シ同性質ナルニ於テハ重キヲ罰スルコトナシト云フト雖モ此場合ニハ一般刑法上ノ罰ニ加フルニ國家ノ行政上ノ命令ニ背キタル一種ノ罪アルカ故ニ併科セラルルモノニシテ敢テ差支ナシト信ス

以上述フル所ニ據リテ刑罰ト強制罰トハ罰タル本質ニ於テ區別スル必要ナシト信ス然ルニ此二者ヲ區別スル論者ハ尙ホ刑罰ト警察罰トノ區別ヲ爲サントシテ曰ク法ノ保護スル利益ニ危害ヲ加フル行為ニ對シテハ刑罰ヲ科シ單ニ其利益ニ危険ヲ及ホス虞アル場合ニハ警察罰ヲ科スルモノナリト此議論モ亦舉

覺程度論ニ過キスシテ罰ノ本質ノ區別ニアラス此種ノ論者ハ刑罰強制罰及ヒ警察罰ヲ其性質上ヨリ區別シ此區別ヨリシテ一種ノ重大ナル結論ヲ生スルモノアリ即チ憲法第二十三條ノ解釋是ナリ同條ニ曰ク「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問處罰ヲ受クルコトナシ」ト第一種ノ論者ハ同條ニ所謂處罰トハ刑罰ヲ謂フモノニシテ警察罰又ハ強制罰ハ之ヲ包含セスト云ヒ又第二種ノ論者ハ之ト少ク議論ヲ異ニシ所謂處罰トハ刑罰及ヒ警察罰ヲ謂フモノニシテ強制ノ手段タル執行罰ヲ含マスト曰ヘリ此二種ノ議論ハ勿論處罰ノ範圍ニ廣狹ノ差アレトモ強制罰ヲ含マスト云フニ至リテハ同一ナリ第一種ノ論ニ據レハ強制罰ハ畢竟行政上ノ罰ニシテ刑罰ト異ナリ又警察罰ハ警察權當然ノ作用ヨリ生スルモノニシテ憲法ニ於テハ此ノ如キ點マテモ法律ヲ要ストノ趣意ニアラス蓋シ警察ノ勤ハ社會ノ安寧秩序ヲ維持スルヲ以テ其目的トス而シテ臣民ハ此安寧秩序ヲ害スヘカラサル根本的ノ義務ヲ有ス故ニ臣民ハ國家ノ爲メニ何時ニテモ此義務ヲ強制セララルコトアルヲ免レス國家カ此權ヲ行フニ當リテハ必スシモ法律ニ由リテ爲ササルヘカラサルニアラス其必要ニ應シ

テ何時ニテモ命令ヲ以テ臣民ノ自由ヲ制限スルコトヲ得ヘシ是ニ由リテ觀ヒ
ハ憲法第二十三條ハ警察權ノ作用ヲ含ムモノニアラス隨テ警察罰ハ此規定ノ
範圍外ナリ結局本條ニ所謂處罰トハ刑罰ニ限ラルルモノナリト云フニ在リ然
レトモ此論者ノ所謂強制罰ハ純粹ノ罰ニアラストノ論旨ノ穩當ナラサルハ前
ニ述フル所ノ如シ

次ニ警察罰ヲ本條ヨリ除外シテ警察ノ目的ノ爲メニハ命令ヲ以テ如何ナル罰
ヲモ規定スルコトヲ得ト云フモ亦穩當ニアラサルヘシト信ス既ニ述ヘタルカ如ク
刑罰ト警察罰トハ罰ノ本質ニ於テ同一ナルノミナラス若シ此議論ヲ推セハ刑
罰ト雖モ仍ホ社會ノ安寧秩序ヲ害スル行爲ニ對シテ科スルモノナルカ故ニ國
家ハ必スシモ法律ヲ埃ツニアラサレハ刑罰ヲ行フコト能ハサルノ理ナシ必要
アレハ何時ニテモ處罰シ得ルモノト謂ハサルヘカラサルカ如シ然ルニ憲法カ明
カニ法律ニ依ルニアラサレハ行フコトヲ得スト規定スル所以ハ畢竟國家ノ行爲
ヲ或一定ノ規矩準繩ニ依ラシムルニ在ルカ故ニ警察罰ト雖モ亦此規矩準繩ニ
依ルヘキモノト解スルヲ穩當ナリトス加之憲法ハ第三十條ニ於テ特ニ非常事

變ノ場合ヲ想像シ例外トシテ天皇ノ大權ヲ以テシテモ處罰ヲ行ヒ得ルコトヲ
定ムル以上ハ其他ノ場合ハ總テ法律ニ依ルヘキモノトスルヲ穩當ナル解釋ナ
リト信ス

以上ハ第一種ノ議論ニ對スルモノナレトモ第二種ノ議論ニ對シテモ同一ナリ
即チ此論ハ憲法第二十三條ヨリ強制罰ノミヲ除去セントスルモノナリ若シ此
論ニシテ正當ナリトセハ行政官ハ自由ニ如何ナル罰ト雖モ強制ノ目的ノ爲メ
ニハ之ヲ科スルコトヲ得ルニ至ルヘシ是レ第二種ノ議論ノ穩當ナラサルコト
ヲ證スルモノナリ既ニ述ヘタルカ如ク命令ニハ明治二十三年九月法律第八十
四號ヲ以テ其範圍ヲ限リ罰則ヲ附スルコトヲ許セリ然ルニ獨リ強制罰ノ場合
ニハ何故ニ法律ニ依ルニアラスシテ自由ニ爲シ得ルカ到底説明スルコト能ハ
サルヘシ予ハ前ニ述ヘタルカ如ク以上三種ノ罰ハ其性質同一ナリト信スルカ
一故ニ臣民ハ同シク憲法第二十三條ノ保障ヲ享クルコトヲ得ルモノナリト信ス
第三直接強制 直接強制トハ處分ヲ行フニ當リテ直接ニ行爲不行爲ヲ行フモ
ヲナリ此種ノ強制手段ハ當然國家ノ要求ニ附隨スルモノナルカ故ニ官

權限ヲ以テ人民ニ或行爲ヲ命スルニ當リテハ此強制權ハ其權限中ニ含ムモノト看ルコトヲ得若シ然ラサルハ其權限ヲ行スコト能ハサルヘクレハナリ之ニ反シテ第一第二ノ強制ニ至リテハ則チ例ヘハ代執行ヲ爲シテ義務者ヨリ費用ヲ徴收スル如キハ必スシモ官廳ノ權限ニ當然含マルモノト謂フコトヲ得ズルヘシ況キ強制罰ヲ課スルニ於テヲヤ

第二編 行政組織

第一章 緒論

本編ニ説カント欲スル所ハ要スルニ行政機關ノ組織ノ有様即チ行政機關ハ如何ニ設定セララルカ如何ナル方法ニ由リテ事務ノ分配ヲ受クルヤ並ニ行政機關相互ノ關係如何是ナリ

行政組織ヲ大別シテ官治制及ヒ自治制ノ二ツトス官治ト云ヒ自治ト云フモ皆國權行使ノ方法ノ區別ニシテ國家ノ行政ニ二ツアルニアラス等シク國家ノ機關

カ國家ノ行政權ヲ行フ方法ニ外ナラス唯官治トハ機關カ國家ノ目的ノ爲メニ國家ノ行政ヲ爲ス場合ニシテ自治トハ自己ノ目的ノ爲メニ國家ノ行政權ノ行使ヲ許サルモノナリ自己ノ目的ノ爲メト云ヘハ國家ノ目的ト相對峙スルカ如シト雖モ素ト國家力之ヲ認メテ其目的カ恰モ國家ノ目的ニ適合スルカ故ニ行政權ヲ行ハシムルモノナリ

自治ノ制度ハ古ニ於テモ行ハレタルモノニシテ唯法ヲ以テ明カニ認メラレザリシニ過キス然ルニ今日ニ於テハ明カニ自治ノ制度ヲ認メ或團體ニ公法上ノ人格ヲ與ヘ其地方ノ事務又ハ團體ニ特別ナル事務ヲ自ら處理セシム是レ畢竟國家行政ノ便宜ニ出ツルモノニシテ國家ハ唯大體ノ上ニ於テ監督ヲ行フニ止ムルモノナリ自治制度ハ政務ノ統一事務ノ敏捷ノ點ヨリ云ヘハ官治制ニ劣ルモノノ如シ然レトモ各地方ノ實際ノ事情又ハ其事務固有ノ性質ニ適合スル點ヨリ云ヘハ官治制ニ優ルコト明カナリ今日ノ如ク概シテ各人カ相當ノ智識ヲ有シ法律上ノ權能權利ヲ有シ政務ニ參スル資格アルトキハ之ニ自治ヲ許スモ決シテ危險ナキノミナラス却テ良好ナル結果ヲ見ルヲ得ヘシ加之中央ニ於テ

行政政治上ノ變動カ常ニ地方ニ影響ヲ及ホスハ好マシカラサルコトナルカ故ニ自治ヲ許シテ獨立セル行政ヲ爲サシムルハ甚タ可ナリトス此等ノ理由ニ據リテ今日ノ如クニツノ制度ヲ併用セル所以ナリトス此官治制自治制ノ區別ニ對シテ中央制及ヒ地方制ノ區別アリ中央制トハ事務ヲ基礎トシテ機關ヲ分ツモノニシテ地方制トハ或一定ノ地域ニ基キテ機關ヲ分ツモノナリ例ヘハ各大臣ハ中央制ノ機關ニ屬シ市町村制ノ如キハ地方制ノ機關タルカ如シ此區別ハ必スシモ前ノ官治制及ヒ自治制ノ區別ト一致セズ何トナレハ官治制ニモ地方制ナルアリ又必スシモ自治制ニシテ中央制ニアラスト謂フコトヲ得ス前者ノ例ハ府縣知事ノ如キ者ニシテ後者ノ例ハ或公ノ團體ニシテ地域ニ基カサルモノ是ナリ

第二章 官廳

官廳トハ廣ク國家ノ機關ヲ包含シテ用ヒタル語ニアラス例ヘハ自治體ノ如キハ國家ノ機關ナルモ官廳ニアラス畢竟官廳ハ官治ノ機關ヲ稱ス或ハ官廳トハ

羅馬國入カ締結シタル同盟條約ニ對等のノ條約アリ不對等の等ノ條約アリ而シテ羅馬ト不對等のノ條約ヲ締結セル國ハ何レモ小國ニシテ羅馬ノ保護ヲ受クルヲ以テ同盟條約ノ本旨ト爲ス而シテ羅馬國民カ同盟條約ヲ締結スルニ方リテハ種種ノ宗教的儀式ヲ用ヒタリ

羅馬國民カ條約ニ違反スル例ハ當初頗ル少カリシカ後世ハ全ク之ニ反シ條約ニ違反セシ例屢之アリ殊ニ帝政時代ニ至リテハ一層甚シク故ラニ條約ニ違反シテ敵國ノ挑戰ヲ待タルコトアリト云フ而シテ羅馬國民ノ締結シタル同盟條約ハ何レモ皆攻守同盟ナリ羅馬國民ハ其國ノ利益ヲ保護スルニ方リテハ右ニ示シタル同盟條約ニハ人質領地割讓等ノコトヲ規定スル例頗ル多シ然レトモ領地割讓條約ノ如キハ至テ簡單ナルモノニシテ今日ノ割讓條約ト同一ノ談ニ非ス羅馬國內ニ外國人カ逃レ來リタル場合ニ羅馬國ハ此犯罪人ヲ本國政府ニ引渡シタリ又羅馬ニ於テ罪ヲ犯シタル外國人カ其本國ニ逃ケ歸リタルトキハ本國政府ニ對シテ犯罪人ノ引渡ヲ要求スルヲ例トセリ又羅馬人カ羅馬國ニ於テ罪

ヲ犯シ外國ニ通レタル場合ニ於テモ其引渡ヲ請求スルコトヲ例トセリ而シテ此等ノ外交事務ヲ掌ル官吏ヲ稱シテ「フェチアーレン」ト謂ヒ又此官吏ノ掌ルハキ外交事務ノコトヲ定メタル規則ヲ稱シテ「ユス、フェチアーレン」外交法ト譯スルキモノナランカト謂フ此ノ如ク羅馬人ハ一種ノ國際法ヲ有シタルモノナレトモ同國ノ國力漸漸増加スルニ至リ殆ト之ヲ無視スルニ至レリ羅馬ニ行ハレタル「ユス、ゲンチー」トヲ以テ羅馬ニ行ハレタル國際法ナリト謂フ者アリ而シテ此等ノ學者ハ所謂國際公法ト同視セリ然レトモ其規定スル所ヲ觀ルニ羅馬人ト外國人トノ間ニ生シタル關係又ハ外國人間ニ生シタル關係ノミヲ規定スル法律ナルカ故ニ寧ロ國際私法ニ類スルモノト謂フヘシ要スルニ「ユス、フェチアーレン」以テ國際法ト觀ル方正當ナランカ但シ今日ノ國際法ト相違スル點ハ羅馬國民カ作リタル法律ナルニ在リ

第二節 中世

第一款 耶蘇教

耶蘇教ノ本旨ハ政治ト宗教トヲ分離スルニ在ルカ故ニ當初耶蘇教ノ寺院カ政治ニ際ラ容レサリシコトハ一ノ事實ナリシト雖モ後世耶蘇教ノ寺院カ漸漸勢力ヲ有スルニ至ルニ及ヒテ寺院ハ人民ニ對シ往來政府ト同様に權力ヲ有シ政府ト寺院トハ社會ニ於ケル二大勢力ト爲ルニ至レリ羅馬法王「グレチース」ハ既ニ第五世紀ニ於テ此事ヲ公言セリ其後寺院ノ勢力益々盛ナルニ至リ寺院ハ政府ニ比シ優等ノ地位ヲ有スヘキモノナリトノ說ヲ爲ス者漸漸多キヲ加フルノミナラス此事實ハ實際ニ現ハレタリ即チ寺院ハ法律ヲ制定シ裁判ヲ爲ス等ノ權力ヲ有スルノミナラス寺院ハ其利益ヲ國ルカ爲メニ諸國ノ君主ヲシテ戰爭ヲ爲サシメタルコトアリ當時寺院ハ隱容權ヲ有シ寺院ノ建物内ニ逃込ミタル犯罪人ハ之ヲ政府ニ引渡ササルノ權利アリ又一定ノ祭日ニハ租税ノ義務ヲ免除スルヲ例トセリ又寺院ハ奴隸ノ制度ニ痛ク反對セシノミナラス高利ヲ嚴禁セシ等ノ事實アリシカ爲メ人民カ寺院ヲ尊重スルノ念一層深厚ト爲レリ各國ノ政府カ宗教ニ關スル規則ヲ制定セントスルトキハ必ズ寺院ノ承諾ヲ經

サルヘカラス而シテ各國ノ政府ニ於テ制定シタル規則カ寺院ノ承諾ナキ爲メ無効ト爲リタル例少カラス又羅馬法王カ外國ノ君主ニ對シ廢王ノ宣告ヲ爲シタルコトアリ要スルニ當時寺院ハ人民ニ對シテ非常ノ勢力ヲ有セシカ故ニ各國政府力カ之ニ對抗スルコト能ハナリシハ勿論ナリトス隨テ寺院ハ宗教ニ關スル事項ノミナラス宗教以外ノ事項ニモ干渉ヲ試ミタリ斯ク寺院ハ宗教ニ關スルナリシ時代ハ第十二世紀ヨリ第十四世紀ニ至ルマテナリトス然ルニ寺院ノ勢力カ漸ク減スルニ及ヒ寺院ハ宗教ニ關スル規則ヲ制定スルニ當リ少シク宗教以外ノ事項ヲ含ムトキハ各國政府ノ承諾ヲ經ル例ヲ生シタリ而シテ此承諾ハ條約ノ形ヲ以テ表示セララルル例トス所謂コンコルダトハ此時ニ始マレリ千四百四十八年當時コンコルダト中ニ規定セシモノハ多クハ僧侶ノ財産ニ關スル事項又ハ僧侶ノ裁判權ニ關スル事項ナリトス

耶蘇教ハ一般ニ外國人ヲ嫉視スル念慮ヲ薄カラシメタル點ニ於テ少クトモ國際法ノ沿革上效益アリタルモノナレトモ寺院カ其勢力ヲ擅ニセシ時ニ當リ起リタル戰爭ハ殘虐ノ分子ヲ含ミタル點頗ル多シ殊ニ宗教ノ爲メニ戰爭ヲ起シ

タル場合ニ耶蘇教徒ハ互ニ暴虐ヲ行ヒタリ

第一款 回回教

「マホメット」ハ其經典コーランニ於テ教ヘテ曰ク「若シ「マホメット」教ヲ信セサル者アルトキハ劍ヲ以テ之ヲ征服スヘシ」ト要スルニ「マホメット」精神ハ回回教ヲ以テ全世界ニ行ハルル宗教ト爲サントスルモノニシテ其方法ハ平和的ナルヲ要セスト謂フニ在リ而シテ「マホメット」ハ又天命ノ教並ニ魂體不死ノ教ヲ傳ヘシカ故ニ此教ヲ奉スル者ハ戰爭ヲ爲スコトヲ好ミ勇敢ノ風ヲ馴致セリ隨テ回回教徒ハ屢々外國ヲ戰爭ヲ爲シシカ一種ノ戰時公法ヲ守リタリ即チ開戰前先ツ敵國ニ使者ヲ送リテ回回教ニ改宗シ且ツ貨物ヲ納ムヘキコトヲ要求シ敵國カ此要求ヲ聽カサル場合ニ始テ戰ヲ開始シタリ而シテ戰爭ヲ開始シタルトキ敵國政府又ハ人民ノ財貨ヲ略奪スルコトハ之ヲ認メタリト雖モ一定ノ法則ニ依リテ之ヲ行ヒタルカ如シ又回回教徒ハ戰時禁制品ノ制度ヲ認メタリ即チ一種ノ局外中立ノ制度カ該教徒中ニ行ハレタルコトヲ知ルヘシ

「回回教徒カ敵國ニ於テ軍事上ノ負擔ヲ課シタル例ヲ觀ルニ今日ノ國際法ニ類似スル點頗ル多シ殊ニ歎服スヘキハ回回教徒ノ法律書ニ敵兵ノ鼻耳等ヲ殘害セザルコト戰爭中外國公使ニ侮辱ヲ加フヘカラサルコト俘虜ヲ虐待セザルコト戰爭中毒物ヲ使用スルコトヲ禁スル等ノ規定アリシコト是ナリ抑モ此等ノ規定ハ歐羅巴諸國ニ於テハ近世ニ至リ始テ生シタル原則ニシテ回回教徒カ千有餘年前ニ於テ此ノ如キ法律ヲ制定セシコトハ實ニ吾人ノ意想外ナリトス蓋シ千八百五十四年ノ露土戰爭並ニ千八百七十年ノ普佛戰爭ニ於テ佛蘭西ノ傭兵タル「チュル」兵カ獨逸ノ兵並ニ露西亞ノ兵ニ對シテ殘暴ナル所爲ヲ行ヒシ時ニ當リ世人カ之ヲ非難セシコトハ國際法史上ニ於テ抹殺スヘカラサル事實ナリトス今回回教徒ノ法律ニ記載シタル右ノ事項ト「チュル」兵ノ所爲トヲ對照セハ回回教徒カ豐富ナル國際法上ノ智識ヲ具ヘルコトヲ證スルニ餘リアリ又回回教徒ノ法律中ニ記載シタル俘虜ノ規定ノ如キ該教徒ノ標度ヲ窺フニ足ル當時回回教徒カ職ヒタル國民例ヘハ波斯人ヲ見ルニ俘虜ヲ虐待セシコト甚タシク一旦敵兵ヲ俘虜ト爲セタル後其身體ニ害ヲ加ヘ若クハ奴隸ト

シテ之ヲ苦役シタリ然ルニ回回教徒ハ其指ヘタル所ノ波斯人ヲ優遇セシノミナラス本國ニ之ヲ送還シタルコトアリト云フ又回回教徒ハ原狀回復ヲ認メタリ此ノ如ク回回教徒ハ國際法ノ沿革上實ニ特筆大書スヘキモノナレトモ外國人民ヲ征服スルコトヲ主眼トセシカ故ニ平時國際法ト認ムヘキモノ殆ト之ナカリキ但シ外國ノ公使ヲ優遇セシ事實ハ疑フヘカラス

第三款 國ノ平和及ヒ神ノ平和

中古歐洲ニ於ケル各國ノ法律カ充分國內ニ行ハレザリシカ故ニ爭議ヲ決スル爲メニ人民カ武器ヲ弄スル風益々盛ナルニ至レリ是ニ於テカ寺院ハ所謂神ノ平和ナル制度ヲ設ケタルニ至レリ此制度ニ依レハ一定ノ祭日ニハ如何ナル事情アルモ武器ヲ弄スルコト能ハス若シ此禁制ヲ犯セハ寺院ノ規則ニ從ヒテ罰セラレタリ然ルニ寺院ノ罰則ノミニテハ充分弊風ヲ防クコト能ハサリシカ故ニ各國ノ君主及ヒ貴族ト一ノ條約ヲ結ビ安ニ武器ヲ弄スルコトヲ禁スルニ至レリ此條約ヲ稱シテ國ノ平和ト謂フ然ルニ此條約ハ後世一變シテ法律ト爲ルニ至

第四款 騎士

騎士ハ日耳曼人ノ武勇ヲ經トレ而シテ宗教心ヲ稱トシ當時ノ社會ニ行ハレタル總テノ弊風ヲ除カンコトヲ目的トシ殊ニ耶穌教ヲ保護スルコトニ力メタリ隨テ其社會ニ及ホシタル效力ハ頗ル大ナルモノアリ即チ騎士ノ制度カ完成セル時代ニ於テハ又敵ノ婦女子又ハ老幼ヲ保護シ寺院ノ隱密權ヲ認メタル等要スルニ從來ノ戰爭上ノ弊風ヲ大ニ矯正セリ又騎士ハ俠勇ヲ以テ自ラ任セシ結果トシテ大ニ禮讓ヲ重ンシ餘風ハ各國ノ朝廷ニマテ及ヒ外交上禮讓ヲ重ンスル風實ニ此時ニ胚胎ス

第五款 通商

歐羅巴ノ中原カ蠻民ノ爲メニ蹂躪セラレシ時ニ於テ獨リ伊太利ノ「ヴェネツヒ」「アマルフ」等ハ兵亂ヲ免レ貿易ヲ盛ニ營ミタリ而シテ一方ニ於テハ地中海ニ

散在スル諸島ハ十字軍以來東西交通ノ媒介ヲ爲シシカ爲メニ伊太利及ヒ其近海ハ第十二世紀以來通商ノ中心ト爲レリ而シテ通商ノ發達ト共ニ各種ノ商慣習亦生スルニ至レリ而シテ此商慣習ハ時ヲ經ルニ隨ヒ伊太利以外ノ國ニモ行ハルルニ至リ殆ト歐洲ノ通商ハ此商慣習ノ管轄ニ屬スルニ至レリ當時生シタル商慣習ノ中最モ注意スヘキモノハ株式銀行手形保險商號運送取扱業等ニ關スルモノ是ナリ當時伊太利ノ「フロレンツ」ニ行ハレタル手形ノ制度ハ頗ル發達シタルモノニシテ今日ニ於テモ之ヲ模範トスヘキ點甚タ多シト云フ此ノ如ク伊太利ノ商法ハ各國ニ行ハレタルカ故ニ後世ノ學者ハ往往伊太利ヲ以テ四大法ノ母國ナリト謂ヘリ蓋シ民法寺院法商法及ヒ貴族ノ制度カ各國ニ於テ採用セラレタレハナリ

次ニ海商ノコトニ付テ一言スヘシ中世ニ於テハ海上ニ於テ難破シタル船舶ハ海岸ノ屬スル國ノ所有ニ歸シタリ加之各國ハ往往海賊ヲ公認シタル例アリ蓋シ當時ノ思想ニ依レハ海水ノ幾部分ハ海岸ノ屬スル國ノ所有ニシテ此海水ヲ通行スル船舶ハ通行稅ヲ拂フヘキ義務アルノミナラズ難破シタル場合ニ於テ

海岸ノ屬スル國ノ爲メニ取得セラルルハ海水ニ對スル所有ノ結果ナリト信セ
リ然ルニ海賊ノ被害少カラザリシカ爲メ第十五世紀以來其跡ヲ滅スルニ至リ
シト雖モ同時ニ所謂私艦免狀ナルモノ各國間ニ行ハルルニ至レリ蓋シ私艦免
狀ナルモノハ人民ニ軍艦ヲ模倣スルコトヲ許ス書面ニシテ此書面ヲ所有スル
者ハ戰爭ノ際敵國ノ船舶其他ノ財產ヲ奪略スルコトヲ得タリ當時私艦免狀ヲ
有スル者ハ其本國ノ海軍ヲ輔翼スヘキモノナリシカ故ニ各國ニ於テ私艦免狀
ヲ下付セシハ故ナキニ非ス

第十三世紀以來歐洲各國ニ於テ鎮守府ヲ設クルニ至レリ鎮守府トハ一種ノ裁
判所ニシテ海上ニ於テ起リタル犯罪並ニ海上ノ通商航海ヨリ起リタル民事ノ
訴訟ヲ裁判セリ其他沈没シタル船舶ノ引上ケ船舶ノ難破等ニ關スル事務ヲ管
轄セリ又戰爭カ起リタル場合ニ海軍ノ司令權ヲ握有セリ而シテ此鎮守府ニ於
テ適用セラレタル法律ハ羅馬法ナリトス

當時歐洲ニ行ハレタル商法ヲ分チテ四箇ト爲スコトヲ得ヘ即チ歐洲ノ東部ニ
行ハレタル商法伊太利ノ中央ニ行ハレタル商法歐羅巴ノ南部殊ニ佛蘭西ノ南

部ニ行ハレタル商法並ニ歐洲ノ北部ニ行ハレタル商法是ナリ歐洲ノ東部ニ行
ハレタル法律ノ中最モ有名ナルモノハ所謂ローグニスフ海商法ナリ而シテ歐
洲ノ北部ニ行ハレタル商法中最モ有名ナルモノハ所謂オレロンノ法典ナリト
ス又地中海ノ海岸ニ發達シタル商慣習ヲ編纂シタル「コンゾラート、デール、マ
ーレ」以上四種ノ商法中何レノ部分ニ屬スヘキヤ明カナラサレトモ「ワグネル氏
」ノ考證ニ依レハ「バルセロナ」ヲ裁判所ニ於テ之ヲ編纂シタルモノナルカ如シ而
シテ「コンゾラート、デール、マール」ハ海商ニ關スルノミナラス海賊ニ關スル原則
ヲモ規定シタルモノナルカ故ニ以上ノ諸商法中今日ノ國際法ニ最モ關係アル
モノハ此「コンゾラート、デール、マール」ナリトス

次ニ領事ノコトヲ一言スヘシ領事ハ埃及時代ニ既ニ行ハレタルモノナレトモ
當時ニ於テハ領事ヲ設クル國至テ少カリシカ中世以降萬國通商ノ盛ナルニ隨
ヒ各國ニ於テ領事ヲ設クルニ至レリ就中伊太利ハ前ニ一言セシ如ク通商ノ中
心ナリシカ故ニ伊太利ニ派遣セラレタル各國領事ノ數亦少カラス即チ今日歐
米諸國ニ行ハルル領事ノ原語「コンシユル」乃伊太利ニ起リタルヲ見テモ之ヲ知

ルニ足ル領事ハ本國ノ通商ヲ保護スルコトヲ以テ主タル職務ト爲スモノニ
テ本國商人ノ質問ニ答ヘ又ハ居留地ノ保護ヲ爲シ又通商ノ事ニ關シ駐在國ノ
政府ト交渉スル等ノ事ヲ司レリ

第六款 「ハンザ」同盟

羅馬人カ有シタル伊太利以外ノ領地及ヒ伊太利ニ於テハ羅馬人ノ舊法ニ則リ
何レモ完全ナル市府ヲ見ルニ至リシカ歐洲ノ北部ニ於テハ之ニ反シスレ
「人」ノ「ルマン」人羅馬人等ノ暴行甚シキカ爲メニ何レノ市府モ殆ト太平ノ日ヲ見
「ル」コト能ハナリシヲ以テ歐羅巴ノ北海岸ニ於ケル「ハンブルヒ」「リウーベック」「ブ
レーメン」等ノ諸市府ハ互ニ同盟條約ヲ結ビスレ「ブ」人等ノ侵襲ヲ防クニ至レ
リ即チ此等ノ諸市府ハ所謂防禦同盟ヲ締結セリ然ルニ防禦同盟ニテハ未タ充
分外延ニ備フル能ハサルコトヲ發見セシカ故ニ此等ノ市府ハ終ニ攻守同盟ヲ
結フニ至レリ歐洲ノ文明竝ニ國際法ノ發達ニ大關係アル所「ハンザ」同盟ナ
ルモノ即チ是ナリ然ルニ「ハンザ」同盟ハ後ニ至リ互ニ貿易上ノ利益ヲ共通セ

「ン」コトヲ計劃シ此同盟ヲ組織スル諸市府ノ間ニ種種ノ規約ヲ立ツルニ至レリ
例ヘハ「ハンザ」同盟ヲ組織スル諸市府ノ人民カ債務ヲ履行セスシテ「ハンザ」
同盟中ノ他ノ市府ニ連レタルトキハ之ヲ捕縛シテ本國ニ送還スル規約ノ如
キ是ナリ此「ハンザ」同盟ハ貿易上ノ利益ヲ共通センカ爲メニ海外ニ於テモ共
同シテ同盟ノ利益ヲ保護スルコトヲ圖レリ而シテ「ハンザ」同盟カ實行シタル
制度中著明ナルモノハ貨幣制度深著品獲得權ノ制限等是ナリ其他航海及ヒ貿
易ノ區域ヲ擴張シテ萬國貿易ニ變動ヲ與ヘタル如キ亦「ハンザ」同盟カ舉ゲタ
ル功績中ノ重大ナルモノトス

右ノ外「ハンザ」同盟ハ船舶ノ製造ヲ改良シ竝ニ歐洲諸國ノ農業ヲ發達セシメ
タリ蓋シ「ハンザ」同盟ノ成立以來歐羅巴北部ノ貿易ハ非常ニ發達シ農產物ノ
需要益々増加セシカ故ニ隨テ農業ノ發達ヲ惹起スルニ至リ農業ノ景況ハ全ク大
規模ト爲レリ而シテ「ハンザ」同盟ハ國際上ニ於テハ恰モ國際法ノ主體タル地
位ヲ有シ「ハンザ」同盟ノ人民ハ外國例ヘハ英國ニ於テ獨立ノ裁判權ヲ享有セ
リ即チ「ハンザ」同盟ノ人民間ニ起リタル訴訟ハ「ハンザ」同盟ノ裁判權ニ依リ

ヲ裁判セラレ 留在國ノ法律ニ從ハス又獨立ノ集會及ヒ結社ノ權利ヲ有シ留在國ノ法律ニ從ハスシテ隨意ニ會社ヲ組織シ又ハ集會ヲ爲シタリ其他最モ注意スヘキハ所謂帶兵ノ權利ニシテ「ハンザ」同盟ノ人民ハ國外ニ於テ自己ヲ保護スルカ爲メ兵力ヲ備ヘタリ此事タル今日ノ國際法ニ於テ認メタル所ナリ又「ハンザ」同盟ノ人民ハ海外ニ於テ食料品ニ付キ關稅ヲ免除セラレタリ此ノ如ク「ハンザ」同盟ノ人民カ海外ニ於テ優遇セラレ他ノ外國人民ニ比シ優等ノ權利ヲ享有シタル理由ハ明カナラスト雖モ惟フニ「ハンザ」同盟ハ當時歐羅巴北部ニ於ケル貿易ノ中心トナリシカ爲メ隨テ歐洲諸國モ之ニ依ルコト頗ル多ク其報國トシテ此ノ如キ特權ヲ與ヘタルモノナルヘシ殊ニ「エドワード」一世ノ如キハ一ノ勅令ヲ發シテ英國ニ於ケル「ハンザ」同盟ノ商人ヲ優遇セリ然ルニ「ハンザ」同盟内部ノ軋轢ヲ生シ又一方ニ於テハ和團人民カ「ハンザ」同盟ニ學ヒタル智識ニ因リテ其航海及ヒ貿易上ニ於テ新ニ勢力ヲ得シカ故ニ「ハンザ」同盟ハ漸漸從來ノ地位ヲ失フニ至レリ

第七款 第十六世紀

第十六世紀以來歐洲諸國ハ何レモ常備兵ヲ設ケルニ至レリ是ニ於テ突然外國兵ノ來襲スルコトナキヲ保セサルカ故ニ平時ニ於テモ使節ヲ外國ノ朝廷ニ當置スルノ必要ヲ生シタリ又外交ノ局面一變セシカ故ニ平時使節ヲ外國ニ派遣シテ其國ノ内情ヲ探偵セシムル必要アリ是レ使節常置ノ例ヲ開キタル所以ニシテ或ハ路易十一世カ始テ此例ヲ開キタリト謂フ者アリ或ハ伊太利内ノ小國間ニ此例ヲ開キタリト謂フ者アリト雖モ第十六世紀以來使節常置ノ制度アリシコトハ明白ナル事實ナリ其以前ニ於テハ外國ノ皇太子カ帝位ニ即ケ場合又ハ臨時ニ生シタル事件ヲ整理センカ爲メニ殊ニ締和條約ヲ締結セシムルカ爲メニ使節ヲ派遣シタル例アルノミ

此ノ如ク當時常置ノ使節ヲ生シタルハ各國ノ交際親密ニ爲リシカ故ニ非スシテ全ク朝廷間ニ於ケル猜忌心ノ結果ニ外ナラザリシカ當時使節カ往往駐在國政府ノ機械ト爲リタル例少カラザリシカ故ニ伊太利ノ諸國ニ於テハ使節ヲ外

國ニ派遣スル前豫メ之ヲシテ宣誓ヲ爲シメタリ殊ニ「ウニ」ノ使節ニ關スル制度ハ最モ著名ナルモノニシテ他國ニ於テモ漸漸之ヲ模倣シタリト云フ「ウニ」ノ制度ニ依レハ使節ハ駐在國ニ於テ土地ヲ所有スルコトヲ得ス又使節ヲ羅馬法王ノ朝廷ニ派遣スル場合ニ於テハ親戚中ニ僧侶ヲ有セサル者ヲ選ミ特派シタリ又使節ハ其駐在國ヲ離ルルコト能ハス而シテ使節力其任務ヲ終リテ歸國スル場合ニハ必ス報告書ヲ本國政府ニ提出スルモノトス而シテ此報告書タルヤ單ニ外交ノ事情ヲ報告スルノミナラス會計ノ事ニ至ルマテ報告セリ

此時歐洲ノ外交政策ニ一變動ヲ與ヘタル者アリ伊太利フロレンツ府ノ「マキアベリ」千四百六十九年生氏是ナリ氏ノ說ニ依レハ政治上殊ニ外交上ノ目的ヲ貫カンカ爲メニハ決シテ其手段ヲ選フヲ要セスト隨テ當時「マキアベリ」ノ主義ヲ選舉シタル各國ノ外交家ハ道義ヲ蹂躪スルニ至レリ又「マキアベリ」ヲ考ニ依レハ所謂萬國統一ハ全ク根據ナキ議論ニシテ各國ハ可及の權力ノ平均ヲ維持スル丈ケノ數ニ於テ分立スルコトヲ要ス且ツ各國カ交際スルニ當リテハ宗教ノ

ヲ與フル所ノ動靜ヲ有シ公權ヲ執行セムルコト固ヨリ事理ノ許ス所ニアラサルカ故ニ今日尙ホ刑法ニ於テ附加刑トシテ之ヲ存スルコト實ニ止ムヲ得サルニ出ツルナリ但シ其旨義及ヒ方法ニ於テハ舊時ノ所謂名譽刑ナルモノトハ全ク其面目ヲ更新スルニ至レリ

我刑法ニ於テ公權ヲ剝奪若クハ停止スト稱スルモノハ即チ名譽刑ニシテ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒスシテ終身公權ヲ剝奪シ禁錮ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス現任ノ官職ヲ失ヒ及ヒ其刑期間公權ヲ行フコトヲ停止ス而シテ其所謂公權ナルモノハ國民ノ特權官吏ト爲ルノ權勳章年金位記貴號恩給ヲ有スルノ權外國ノ勳章ヲ佩用スルノ權兵籍ニ入ルノ權裁判所ニ於テ證人ト爲ルノ權後見人ト爲ルノ權分散者ノ管財人ト爲リ又ハ會社及ヒ共有財産ヲ管理スルノ權學校長及ヒ教師學監ト爲ルノ權即チ是ナリ刑法第三一條乃至第三三條「和蘭」新刑法ハ名譽刑ニ於テ殊ニ若シキ改良ヲ施シタリ即チ或一定ノ權利陸海軍ニ入籍スルコト官職爵位官稱勳章ヲ有スルコト議權選舉權被選舉權其他公權ヲ行フコト證人ト爲ルコト後見人管財人附添人親族

會議員タルコトヲ剝奪スルニ當リ之ヲ取捨スルハ總テ裁判官カ犯人ノ罪質其他ノ箇人の關係ヲ省察シタルノ意見ニ一任セリ

第七章 行刑法 (Strafvollzugsgesetz)

刑罰ノ目的ニ付テハ既ニ之ヲ説述セリ行刑ハ當ニ此目的ニ一致スル所ノ方法ヲ以テ之ヲ組織セサルヘカラス自由刑執行ノ方法ハ或ハ雜居制ト稱シ或ハ分房制ト稱シ或ハ練獄法分類法表點法階級法等ノ區別アリト雖モ通例之ヲ大別シテ雜居制分房制及ヒ階級制ノ三種ト爲ス

第一節 雜居制 (Gemeinsame Haft)

自由刑執行ノ最モ古ク最モ簡單ニ且ツ最モ疎策ナル方法ヲ指シテ之ヲ雜居制ト稱ス雜居制トハ多數ノ罪囚ヲ同一ノ監房同一ノ工場ニ起臥就役セシムルモノ即チ是ナリ此方法ハ往時ハ勿論今日ニ於テモ尙ホ最モ多ク且ツ普通ニ行ハル所ノモノニシテ唯今日ニ在リテハ男女罪質年齡犯數役業等ニ因リテ相當ノ類別ヲ

施シ復タ昔日ノ如ク亂暴狼藉ニ混同雜居セシムルモノ少シト雖モ而モ受刑者ヲシテ犯罪の一社會ヲ形成セシムル點ニ至ラハ即チ敢テ異ナル所アラサルナリ我カ監獄則第十一條乃至第十五條ノ規定ニ依リテ之ヲ觀レハ我國ニ於テモ亦現ニ雜居制……稍ヤ改良シタル雜居制ヲ採用シツアハコト知ルヘキナリ罪惡ノ傳播ハ傳染病ノ傳播ヨリ尙ホ一層迅速ニシテ且ツ危險ナリ人心ノ同シカラサル猶ホ其面ノ如シ既ニ二人以上ノ犯罪者ノ集合アリトセハ甲ハ乙ト其犯罪ノ度ヲ同シウセス程度ノ同シカラサル所ハ則チ恰モ冷温相異ナル所ノ空氣カ毛髮ノ間隙ヲ通シテ其平均ヲ保タントスルノ作用アルカ如ク同因ノ間モ亦言語形容其他種種ナル微妙ノ機動ニ依リテ忽チ犯罪ノ思想ノ交換ヲ遂ケ罪惡傳播ハ結果ハ終ニ小惡ヲ化シテ大兇ト爲シ微罪ヲ變シテ大辟ト爲スニ至ルヲ免レズ是レ即チ彼ノ所謂集同排異ノ旨趣ニ基キ罪質年齡犯數身分等ニ由ルノ外向ホ或ハ教育技能性行其他廉耻心ノ有無及ヒ改良希望ノ有無等ニ據リ多數ノ犯罪者ニ對シテ類ニ詳密ナル類別法ヲ施スモ其結果徒ニ管理上ノ混淆錯雜ヲ來スノミニシテ竟ニ全ク罪惡傳播ノ弊ヲ防遏スルニ至ルコト能ハサル所以

ナリ
雜居制施行ハ實況ハ監獄ノ大小ニ因リテ自ラ其趣ヲ異ニスル所アリ小監獄ニ在リテハ管理上諸般ノ設備殊ニ完全ナル能ハス獨リ罪質年齡犯數等ニ因リテ適當ノ別異ヲ爲ス能ハサルノミナラス甚シキハ則チ男女尙ホ其房壁ヲ接スルカ如キモノナキニアラス作業ト稱スルモノ亦多クハ儀式的ニ手足ヲ動作セシムルマテノコトニシタモ以テ定役トシテ見ルニ足ルヘキモノアルニアラス吏員ノ數ハ常ニ僅少ニシテ僅少ナル吏員亦多クハ適當ノ者ニアラス動モスレハ輒チ囚徒ト相狎狎シ主僕相親ムノ觀ヲ呈スルニアラサレハ則チ降佑相和スルノ關係ヲ作スニ至ル紀律行ハレス觀察周到ナル能ハス幾同トナシ監獄ヲ出入シ監獄ヲ以テ殆ト常住トスル所ノ竊盜拘捕乞丐浮浪者等所謂慣習的犯罪者ハ即チ一朝誤テ微罪ヲ犯シタル初犯短期ノ者即チ所謂偶發的犯罪者ト其居席ヲ同シウシ智慮辨別ナキ無垢ノ幼童ヲシテ惡漢無賴ノ成年者ト同一監房ノ内ニ繋禁シ少クモ區畫不十分ナル同一工場ノ内ニ就役セシム同因相語ル所ノモノハ過去ニ於ケル犯罪者若クハ遊蕩ノ事蹟ニアラサレハ則チ之ニ關スル將來

ノ計畫ニアラサルハナク監獄官吏ヲ暗着スルノ術ニアラサレハ則チ警吏若クハ法官ヲ欺罔スルノ手段ニアラサルハナク交談僅ニ止ムノ時ハ則チ不倫ノ快樂ニ兩兩枕ヲ同シウシテ華胥ノ夢ヲ結フ所ノ就寢令後起床令マテノ數時間ノミ而シテ此ニ出入スル所ノ者多クハ皆短期ノ受刑者ノミナルカ故ニ往來ノ頻繁ナルコト恰モ遊旅ノ客ヲ迎フルカ如ク社會新奇ノ出來事ハ都置シテ傳フルヨリモ尙ホ速ニ監獄ノ内部ニ傳播シ談話材料ノ多キハ三十石燭ノ同乘ニ於ケル心ヲ買フヲ得レハ則チ復々屢賞詞優遇ノ典ニ浴ス被服ハ固ヨリ四季ニ適シ僅ニ病故アレハ則チ勞働ヲ止メラレ醫藥亦至ラサルナシ之ヲ要スルニ殆ト一モ受刑者ヲシテ刑ノ其身ニ在ルヲ威セシムルニ足ルモノナク彼ノ憐ムヘキ幾多ノ尊鈍蠢愚ノ民誤テ微罪ヲ犯シ所謂偶發的犯罪者トシテ始メテ監獄ノ鐵門ヲ潜タルニ當リ戰戰兢兢心忤レ魂驚キ口言ハント欲シテ言フ能ハサリシ所ノ者モ居ルコト幾何ナラスシテ獨リ忽チ監獄ノ畏避スヘキ所ニアラサルノミナラス却テ其無上ノ樂土タルヲ咸知セシメ惡友ヲ慕フコト寧ロ其妻子ヲ愛スルノ情

三、優劣ニ相牽ヒテ慣習的犯罪ノ深淵ニ墮落セシムルニ至ルヲ免レズ雜居制小監獄ハ所謂初犯罪ニ入ルノ門ニシテ之ヲ指シテ犯罪ノ小學校ト謂フハ實ニ輕言ニアラサルナリ

雜居制大監獄五百囚以上千囚以下ノ實況ニ就テ之ヲ觀ルニ其上乘ナルモノニ至テハ表面紀律秩序及ヒ清潔ノ整備セル觀ヲ呈シ集團排異別異法ノ如キモ亦頗ル慎重ノ注意ヲ加フルモノナキニアラス晝間ハ則チ三十乃至五十ノ罪囚ヲ區處セテ一群ト爲シ廣闊ナル工場ニ於テ混同就役セシム一ニノ看守及ヒ授業手アリテ場内ヲ見張り一面戒護ヲ掌リ一面作業ヲ督勵ス罪囚ハ能ク緘黙ノ義務ヲ守ルト云フト雖モ混同就役ノ結果ハ勢ヒ言ヲ作業上ノ必要ニ託シテ喋々相交談スル者アルノ弊ヲ防ク能ハス或ハ此所ニ製品ヲ提出スル者アレハ彼所ニハ又素品ヲ要求スル者アリ或ハ病故ヲ告クル者或ハ器具ノ缺損ヲ訴フル者喧喧囂囂宛然タル職工場ノ光景ニアラサルナキモノハ殆ト稀ナリ夜間ハ則チ少クモ三人或ハ五人多キハ則チ三十乃至五十ノ多囚ヲ一監房ニ拘禁シ燈光薄ク視察充分ナル能ハサル暗黒場裏ニ就寢セシム其他日曜及ヒ祭

日ハ免役シ平日亦三十分乃至二時間ハ休憩セ或ハ教誨堂ニ群集シ或ハ工場若クハ監房内ニ於テ讀書スルニアラサレハ則チ被服臥具ノ補綴ヲ爲シ然ラサレハ則チ空坐欠伸ス此間及ヒ夜間ハ彼レ罪囚ノ爲メニハ最も其犯罪的思想ヲ交換スルニ便利ナルノ時機ニシテ戒護官吏ノ周到ナル視察アルニモ拘ラス甲ハ乙ヲ識リ乙亦丙ニ親ミ忽ニシテ全監ヲ舉ツテ同囚相懇親ヲ結フニ至ラシムルヲ免レズ詐欺ハ則チ竊盜ヲ學ヒ竊盜ハ則チ強盜ヲ習ヒ強盜ハ益進シテ陰險殘虐ノ手段ヲ講究シ偶發犯者ハ則チ幾何ナラスシテ醜汚ナル慣習犯罪ニ化成スルニ至ラサル者殆ト鮮シ偶々悔悟ノ狀ヲ表彰セント欲スル者アレハ則チ同囚ノ爲メニ或ハ侮辱セラレ或ハ逆待セラレ巧ニ偽善ヲ裝ヒ能ク獄則ヲ潜リ能ク獄吏ヲ欺瞞スル者ハ則チ英雄豪傑トシテ尊崇セラル多囚合同ノ勢力ハ常ニ因情ノ傲惰ヲ養成シ能ク官吏ノ命ニ抗シ懲罰ノ痛苦ニ堪フル者ハ則チ恰モ凱歌ヲ以テ勝將ヲ迎フルム如クニ同囚之ヲ厚遇シ獄則ノ威信ハ終ニ之カ爲メニ毫モ行ハレサルニ至ルヲ免レズ

之ヲ要スルニ雜居制ハ第一刑ノ道義的要件ニ一致スル能ハス何トナレハ雜居

向執行ノ結果ハ受刑者ヲシテ刑罰ノ爲メニ却テ其道義心ヲ潰亂破壊セシムルニ至リ且ツ之ニ由リテ獨リ國家ノ法規ヲ保全スル能ハサルノミナラス却テ益之ヲ危險ナラシムルノ虞アルヲ免サレハナリ(第二)雜居制ニ由リテ刑ヲ執行スルノ結果ハ到底刑ノ眞面目ヲ保持セシムルニ足ラス何トナレハ雜居制ハ犯罪人ヲシテ強盛ナル國家ノ權力ニ對シテ其眇タル一箇人ノ勢力ノ極メテ微弱ナルヲ認識セシムルニ至ルコト能ハナレハナリ(第三)雜居制ハ刑ノ公平ヲ期スル所以ノ旨趣ヲ貫徹セシムル能ハス何トナレハ多因ヲ雜居セシムルコト醜汚兇惡ノ徒ニ取リテハ却テ無上ノ快樂ナルヘキモ多少身分アリ良心アル者ニ對シテハ則チ非常ノ苦痛タルヘキヲ以テナリ(第四)雜居制ハ自由刑ノ旨義ニ適セス何トナレハ同因相偕合シテ彼我ノ思想ヲ交換スルノ自由ヲ剝奪スルコト能ハナレハナリ(クローチ氏曰シ)雜居制ヲ以テ刑ヲ執行スルハ恰モ國家ノ費用ヲ擲テ犯罪ヲ養成シ犯罪者ヲ薰陶スルカ如キモノナリト吾人ハ往往ニシテ囚人ノ語ルヲ聽クコトアリ曰ク予ハ當初某監獄ノ支署ニ繫カレ次回ハ進ンテ某監獄本署ニ入り今ハ則チ集治監拘禁ノ身ニ榮達スルニ至ル故ニ予カ爲メニ

ハ某支署ハ即チ小學ニシテ某本署ハ即チ中學タリ集治監ハ則チ大學ヲ以テ之ヲ見ルヘク此所ヲ卒業スルニアラサレハ則チ終ニ犯罪社會ニ自立シテ予カ畢生ノ目的ヲ達スルコト能ハスト且ツ此ニ對シテ其後進ノ修業ヲモテハ雜居制固有ノ弊失ヲ剔除セシカ爲メニハ各國到處種種ノ考察ヲ進ラシテ之カ實行ヲ試ミサルハナキモ越獄法(アラブレン)ニ始マル獨行ノ結果ハ徒ニ懲罰件數ノ増加ヲ見ルノミニシテ一モ其目的ヲ達スルニ至ラス越獄法實施ノ結果ハ空シク僞善假面者ノ養成ヲ助クルノミニシテ毫モ其效果ヲ見ルニ至ラス結局終ニ一人ヲ以テ一般ヲ作ルニアラサレハ箇人ノ遇囚ノ旨義ヲ貫徹スル能ハサルヲ悟リ此ニ始メテ分房制施行ノ必要ヲ確認セシムルニ至レリ拙著日本監獄法講義ノ一節ニ曰ク(四五頁)

前略但シ我立法者ノ賢明ナル固ヨリ雜居制ノ不可ナルヲ認メサルニアラヌ又分房制ノ有效ナルヲ辨ヘサルニアラスヤ左レハ我監獄則ニ於テハ表面ヨソ雜居拘禁法ヲ採用セルモノタルニ相違ナシト雖モ尙モ他ノ別異ニ關スル條文ノ規定ニ就テ之ヲ詳察スルトキハ我監獄則モ亦著著分房制ノ主義ニ向

ヲ其方針ヲ取ルノ精神ナルコト知ルヘキナリ(中略)故ニ地方ノ情況ニ由リ經費其他諸般ノ關係ニ於テ差支ナキ限リハ此最底限度ヲ超ニテ尙ホ種種ノ點ニ依リテ細別ヲ爲シ更ニ進ンテ純粹ノ分房制ヲ施行スルニ至ルモ管ニ違法ノ事ナラサルノミナラス却テ監獄則ノ精神ニ適合スルモノナリト謂フヘシ云云

第二節 分房制 (Cinzahab)

分房制ハ敢テ近代ニ於テ新ニ創見セラレタルモノニアラス唯往時ニ在リタハ其適用ノ範圍極メテ狭ク且ツ主トシテ脅嚇主義ニ基キ之ニ依リ單ニ刑ノ痛苦ヲ増加セシメント欲スルニ在リシカタヒ北米合衆國ニ於テ「ペンシル」之カ實行ヲ試ミシ以來分房拘禁ヲ以テ獨リ寂寥ノ痛苦ニ堪ヘサシムルノミナラス併セテ又罪惡ノ傳播ヲ防キ且ツ之ニ依リテ遷善改過ノ效果アラセメント欲スルニ至リ更ニ一層進ンテ今日ニ在リテハ大ニ其旨義方法ヲ改良シ終ニ前日ニ所謂分房制トハ殆ト全ク其面目ヲ更新スルニ至レリ

今日ニ所謂分房制ナルモノハ實ニ左ノ要旨ニ基キテ之ヲ組織セサルヘカラス(第一)刑罰ノ真面目ヲ保チ囚人ヲシテ全然其自由ノ剝奪セラレズ觀念ヲ起ス至ラシムルコトヲ要ス(第二)囚人ノ生活ノ必要ノ事項モ亦總テ此所ニ於テ受刑者ハ晝夜一監房(十平方メートル)二十五立方メートルノ廣サアルノ内ニ之ヲ拘禁シ起臥就寝此所ニ於テシ衣食其他生活上必要ノ事項モ亦總テ此所ニ於テ其用ヲ達セシム左視右顧會テ一人ノ己ヲ憐ミ己ヲ助クルノ同類アルヲ見ス鐵窓ハ高ク且ツ密ニ格子ヲ以テ望見ヲ防キ戸扉ハ堅ク閉鎖シテ外界ヲ劃ス寂寥寥勢ヒ囚人ヲシテ此所ニ己ヲ強行スルニ至リタル威力ノ尊嚴ヲ感シ之カ淵源タル國權法紀ノ強盛且ツ神聖ニシテ到底一箇人ノ微力ヲ以テ之ヲ干犯シ能ハサルモノナルコトヲ銘識セシム是ニ於テカ則チ受刑者ヲシテ自由ノ全ク己ノ身ニ剝奪セラレアルコトヲ確認セシムルコトヲ得ヘシ監獄ノ紀律ハ嚴正ニ之ヲ厲行スルコトヲ要ス犯ス者ハ則チ毛髮ノ微モ假借スル所ナク之ヲ責罰セサルヘカラス分房ニ在リテハ則チ能ク此目的ヲ達シ流石ニ強暴硬勁ナル惡漢兇徒モ獨力在リテ如何トモ之ニ對抗スルニ由ナク痛憤ノ餘リ其頭腦ヲ

房壁ニ碎タニテサレハ則チ懺悔シテ嚴正ナル紀律ノ下ニ屈服セサルヲ得ス
是ニ於テカ則チ國家ノ法規ハ全然強行セラレ刑ノ眞面目之ニ據リテ始メテ
完全ニ保持セラルルヲ得ヘシ分房制ニ依リテ執行スルノ結果ハ刑罰ヲシテ
至嚴ナラシムルコト固ヨリ論ヲ俟タス然レトモ亦能ク紀律ヲ遵奉スルモノニ
對シテハ寛ト爲リ之ニ背戾スル者ニ對シテハ則チ層重ス寛ト嚴トハ四人自ラ
招ク所ノ結果ニシテ之ヲ要スルニ敢テ毫モ正理公道ノ要求ニ戾ル所アラサル
ノミナラス不良者ハ之カ爲メニ益痛苦ヲ感シ情落未タ甚シカラサル者ハ却テ
之カ爲メニ幾分カ痛苦ヲ寛和セラルルヲ得ルコト蓋シ刑ノ道義的眞面目ハ官
裁ニ適スルモノト謂フヘシ

(第二)犯罪者ノ共同ヲ防遏シ之ニ依リ行刑ノ爲メ却テ犯罪ヲ養成スルニ至ル
カ如キ弊ナカラシムルコトヲ要ス
分房制ニ在リテハ如何ナル場合ニ論ナク四人ヲシテ毫モ同囚相接スルハ機會
ヲ與ヘシメス是ヲ以テ囚人ハ其同囚ノ氏名刑期等ハ言フヲ俟タズ在監人員ノ
概數スラ之ヲ知ル能ハス偶々禁ヲ犯シテ相通聲セシト欲スル者アレハ則チ露

露一聲忽チ嚴罰ノ其頭上ニ墜落シ來ルヲ免レズ犯罪の思想ノ交換ハ之ヲ以テ
全ク防遏セラレ彼ノ犯罪者中狡猾老練ナル先輩ヲ以テ稱セラルル所ノ者モ終
ニ其蠱與ヲ叩イテ初犯輕微ノ後輩ヨリ師事セラルルノ快ヲ得ル能ハス同類監
ヲ同シウスルモ其所在ヲ知ル能ハス偶々之ヲ知ルモ互ニ其秘密ヲ聞ハシテ後
圖ヲ期スルニ由ナク要スルニ偶發犯者ハ慣習犯者ノ薰陶ヲ免レ輕微初犯ノ者
亦少クモ其罪惡浸染ノ度ヲ一層深カラシメラルル弊ナキヲ期スルヲ得ヘシ
第三惡交ヲ絶チ善交ヲ獎メ以テ人ヲシテ良民の生活ニ復歸セシムルノ便ヲ
與フルノ注意アルヲ要ス

分房制ハ世人ノ妄想スルカ如ク狹隘ナル監房圍内ニ生體埋葬ヲ爲スモノニア
ラス絕對的ニ社交ヲ禁絶スルモノニアラス唯有害ナル犯罪の即チ罪囚相互
ノ交際ハ他マテ嚴重ニ之ヲ防遏スルモ有益ナル交際ハ紀律ニ支障ナキ限り務
メテ之ヲ勤獎ス看守及ヒ授業手ハ最モ頻頻囚人ニ直接シテ或ハ憂愁ヲ披露
或ハ精勉ヲ督勵ス典獄醫師敎育師其他多數ノ監獄官吏モ亦屬其監房ヲ訪問シ
或時ハ友侶ト爲リ或時ハ協議者ト爲リテ懇切ニ慰諭訓誡スル所アリ父兄妻子

其他最近親族ト接見及ヒ書信ノ贈答モ亦紀律ノ許ス限リハ管ニ之ヲ許容スル
ノミナラス却テ成ルヘク之ヲ獎勵ス其他又心身ヲ無事ニ苦悶セシムルカ如キ
コトナカラシメンカ爲メニハ或ハ作業ヲ課シテ之ニ精勵シ或ハ教誨ヲ施シ或
ハ教育ヲ授ケ或ハ有益ナル書籍ノ看讀ヲ許可シ或ハ時時適度ノ運動ヲ與ヘテ
一面其健康ヲ保全シ一面其精神ヲ改良センコトヲ勉ム夜間人定マリ氣靜ナル
ノ時ハ即チ既往ヲ追懷シ前非ヲ悔悟スル所ノ良心發動ノ時機ニシテ胸裏復タ
一片ノ迷執アルヲ見ス此ノ如クニシテ始メテ能ク刑罰ヲシテ正理ノ要求ヲ充
タシ且ツ道義ノ目的ヲ貫徹セシムルヲ得ルモノト謂フヘキナリ
分房制施行ハ方法ニ付テハ二派ノ潮流アリテ互ニ相縱横スルモノアルヲ見ル
一派ハ即チ獨リ監房ヲ別異スルノミヲ以テ足レリトセス如何ナル場合ニ於テ
モ渾テ同因相見ルノ機會ヲ得サシムルヲ必要トシ監房ヲ出ツル時ハ忽チ覆
面ヲ以テ其面ヲ覆ハシテ運動ノ際ニ在リテモ各箇特別ノ運動場ヲ區畫シテ單
獨ニ其中ニ運動セシメ會堂教場等ニ於テモ亦所謂任切ヲ設ケテ獨坐セシメ教
師侶侶看守ノ外ハ四人ヲシテ一人モ其服中ニハコトヲ得サシメント欲ス

ルニ在リ他派ハ即チ之ニ異ナリ分房ハ大體監房ヲ離隔スルヲ以テ足レリトシ
一タヒ監房ヲ出シタル以上ハ唯タ嚴重ナル觀察ノ下ニ同因ノ交際ヲ峻絶ス
ルニ止メ會堂教場運動場等ノ如キハ左マテ器械的嚴密ニ之ヲ隔離スルヲ要セ
スト云フニ在リ一時ハ二派互ニ其旗色ヲ異ニシテ相讓ル所アラサリシカ近時
初逸等ニ在リテハ一般ニ寬和派分房制ニ歸向セリニシタルモノノ如シ蓋シ會
堂教場運動場等ニ於テ稀ニ屋外ノ光景ヲ眺メ或ハ同因相見ルノ機會ヲ得セシ
ムルハ却テ四人ノ心神ヲ發揚舒暢セシムルノ效果アリ或ハ教場會堂等ニ於テ
四人ヲ雜居セシムルトキハ崇敬注意ノ念慮ヲ薄弱ナラシメ或ハ種種ノ手段ニ
依リ通聲交通スルノ弊アルヲ免レスト云フ者アリト雖モ是ハ觀察若シ嚴密周
到ナルヲ得ハ即チ充分ニ之ヲ阻絶スルヲ得ヘタ縱令全ク阻絶スル能ハストス
ルモ瞬間ノ機會殊ニ不完全ノ方法盜眼或ハ形容等ヲ以テスルニ過キサルカ故
ニ之カ爲メ格別彼ノ所謂四人ヲ不良社會ヨリ隔離セシメント欲スルノ旨義ニ
異ルトモ思ハレス且ツ經濟上ニ於テハ幾分カ餘分ノ費用ヲ節減シ之カ爲メ分
房制ノ實施ヲ容易ナラシムルノ利益アルヲ以テナリ

分房制ハ之ヲ他ノ行刑制度ニ比スレハ其結果ノ一層嚴且ツ重ナルハコト論ヲ俟
タス是ヲ以テ之カ施行上ニ於テハ多少制限ヲ設クル所ナクシハアルヘカラス
施行期限ノ長短ニ付テハ諸説相同シカラス各國制度亦其軌ヲ一ニセス和蘭ニ
於テハ五年トシ諸威ニ於テハ四年トシ獨逸ハ三年英國ハ二年佛國ハ一年ヲ以
テ其最長期限トシ白耳義ニ於テハ實驗上精神及ヒ身體ニ缺タル所ナキ者ニ對
シ十年間ニ至ルマテ分房ニ獨居セシムルヲ得ルコトヲ確認セリ然レトモ之ヲ
要スルニ各國ノ事情風俗等ニ應シテ考量シ仍ツテ以テ其最長期限ヲ劃定セザ
ルヘカラス「クローチ氏曰ク審究スル所歐洲人ニ對シテハ五年ヲ以テ最長期限
ト爲スコト最モ其宜ヲ得タルモノノ如シ」ト婦女ハ男子ニ比スレハ一般ニ比
較的能ク分房拘禁ニ堪フルモノノ如シ其他分房拘禁ハ箇人ノ心身上ノ關係
ニ由リテ慎密ニ取締斟酌スル所ナカルヘカラス精神及ヒ身體上健全ヲ缺ク所
ノ四人ハ或ハ分房ヲ中止シ或ハ初ヨリ之ヲ分房ニ付スヘカラス又年齡六十歲
以上ノ老者十四歲以下ノ幼童及ヒ癡疾不具ノ輩ハ全盤之ヲ分房ニ拘禁セザル
コトヲ要ス

明治三十三年五月廿六日印刷
明治三十三年五月三十日發行

東京市四谷區四谷仲町三丁目六番地

編輯者

小田幹治郎

東京市芝區西久保明舟十一番地

印刷者

金子鐵五郎

東京市芝區西久保明舟町十一番地

印刷所

金子浩版所

東京市總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)



明治二十二年十二月九日內務省許可