法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-05-09

和仏法律学校講義録

寺尾，亨 / 勝本，勘三郎 / 副島，義一

(出版者 / Publisher)
和佛法律學校
(巻 / Volume)
3-22
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
53
(発行年 / Year)
1900-12-30

私佛法律學校講義錄

第貳拾貳號

爭參部

刑法各論（自一至三八）法學士勝本勘三郎

憲法（自三四二至三六八）法學士副島義一

表紙及ヒ目次八頁

國際公法（自五七至八〇）法學博士寺尾亨

表紙及ヒ目次四頁

090
1900
3-1-22

刑法各論

法學士　勝本勘三郎講述

緒論

第一章　各論ノ必要

我刑法ハ全編ヲ分チテ四編ト爲シ第一編ニ各種ノ犯罪ニ通スヘキ總則第二編ニ公益ニ關スル重罪輕罪第三編ニ身體財產ニ對スル重罪輕罪第四編ニ違警罪ヲ規定セリ然レトモ今少シク其內容ニ入リテ之ヲ按スルトキハ我刑法ハ全編ヲ分チテ二ト爲シ第一ヲ各種ノ犯罪ニ通スル總則第二ヲ各種ノ犯罪行爲及ヒ其制裁トシ更ニ第二ヲ區分シテ第一ヲ重罪輕罪第二ヲ違警罪ト爲シ又更ニ其

然ルニ一ヲ二分シテ一ヲ公益ニ關スルモノ一ヲ身體、財產ニ關スルモノ即チ私益ニ關スルモノトセリ今圖ヲ以テ之ヲ示セハ左ノ如シ

刑法
- (一) 各種ノ犯罪ニ通スル總則
- (二) 各種ノ犯罪行爲及ヒ其制裁
  - (一) 重罪、輕罪
    - 公益ニ關スルモノ
    - 私益ニ關スルモノ
  - (二) 違警罪

諸君ノ知ラルルカ如ク總則ハ各種ノ犯罪ニ通スヘキ法理ノ神髓ヲ網羅シタルモノニシテ譬ヘハ刑法法理ノ大本營トモ謂フヘキモノナリ故ニ立法上ヨリスルモ又法理上ヨリスルモ其切要ナルハ多辯ヲ要セサルナリ然レトモ之ヲ以テ直チニ刑法ハ總則ヲ研究スレハ足レリ各論ノ如キハ條文ヲ一讀セハ可ナリト謂フヘカラス高遠ナル學理ノミノ研究ニ從事スル輩ハ往往此弊ニ陷ルモノアリ戒ムヘキナリ蓋シ刑法ノ總則ト各論トハ互ニ經タリ緯タリ二者相待テ茲ニ始メテ完全ナル研究ヲ遂クルヲ得ルモノニシテ就レヲ重シトシ就レヲ輕シトスルヲ得ス例之、總則ノ研究ニ由リ如何ニ未遂犯ト豫備トノ區別ヲ明カニスルヲ得タリトテ我刑法第二編第一章ニ所謂危害トハ如何ナル事ヲ意味スルヤヲ知了セサレハ其規定ハ畢シテ豫備ノ所爲ヲ罰スルモノナルヤ將タ未遂犯ヲノミ罰スルモノナルヤヲ知ル能ハス隨テ總則ノ研究ハ全ク徒勞ニ屬セン尚ホ例之、貨幣ヲ僞造若クハ變造シタル者アリトセンニ其僞造若クハ變造トハ如何ナル意義ナルヤヲ知得セサレハ縱令總則ノ研究ニ由リ罪ニハ犯意及ヒ之ニ伴ヒタル行爲アルヲ要スルモノタルコトヲ明カニスト雖モ到底之ノミニ依リテ完全ナル擬律ヲ爲スコトヲ得サルナリ由是觀之各論ト總則トハ互ニ相待テ始メテ完全ナル應用ヲ見ルヘキモノニシテ各論ノ必要ハ決シテ總則ニ讓ラサルナリ

第二章　重罪、輕罪、違警罪ノ區別

本章ニ付テハ先ツ始メテ法典ニ於テ重罪、輕罪、違警罪ノ區別ヲ採用シタル佛國刑法典ノ規定ヨリ論究シ漸次我刑法法典ノ規定ニ論及スヘシ佛國刑法第一條ニ曰ク重罪ノ刑ヲ以テ罰スルモノハ「クリーム」(重罪)ナリ輕罪ノ刑ヲ以テ罰スルモノハ「デリー」(輕罪)ナリ違警罪ノ刑ヲ以テ罰スルモノハ「コントラヴワンシヨン」(違

警罪ナリト此法文一タヒ出テヨリ彼ノ有名ナル刑法學者「ロシー」氏ヲ始メ有力ナル學者ハ皆之ヲ非難セリ今其論點ノ重ナルモノヲ擧クレハ概チ左ノ二點ニ歸ス

第一　凡ソ罪ハ主ニシテハ刑ハ從ナリ罪ノ性質ノ性質先ヲ定マリテ而シテ後刑之ニ伴フヘキモノナリ換言スレハ罪ノ性質ハ罪自體ニ於テ存在スルモノニシテ刑ニ因リテ存スルモノニアラス然ルニ佛國刑法第一條斯斯ノ刑ヲ以テ罰スルモノハ重罪ナリ輕罪ナリ云云ト定義シタルハ是レ罪ノ重罪タリ輕罪タリ若クハ違警罪タルノ性質ハ自體ニ存スルモノニアラスシテ刑ノ輕重若クハ種類ニ因リテ存スルモノナリトシタルモノニシテ恰モ長衣ヲ著スル者ハ大人ナリ短衣ヲ用フル者ハ小人ナリト定義シタルト一般畢竟原因結果ノ大則ヲ顚倒シタルモノナリ

第二　佛國刑法ニ所謂「クリーム」(重罪及ヒ「デリー」(輕罪)ナルモノハ均シク是レ同性質ノ犯罪ニシテ其間僅ニ輕重ノ差アルノミ彼ノ「コントラヴワンシヨン」(違警罪)ノ「クリーム」重罪若クハ「デリー」(輕罪)ニ對スルカ如ク全ク別種ノモノ

ニ非ス故ニ若シ強テ之ヲ區別セント欲セハ宜シク之ヲ「デリーグラーブ」(重キ罪)「デリーレジエール」(輕キ罪)又ハ「クリームカピタール」(大罪)「クリームノンカピタール」(小罪)トシテ單ニ輕重若クハ大小ニノミ依ル罪ノ種別ト爲スヘキナリ然ルニ事茲ニ出テスシテ彼ノ「コントラヴワンシヨン」(違警罪)ト他ノ犯罪トヲ區別シタルト同樣ノ方法ニ依リ同性質ノモノヲ分チテ故ラニ一ヲ「デリー」トシ一ヲ「クリーム」トシ各自ニ各別ノ名稱ヲ付シ以テ別種ノ犯罪トシタルハ是レ大ナル誤ナリ

此批評ハ漸次歐洲刑法學者ノ一般ニ是認スル所ナリ其結果遂ニ近世ニ於テハ犯罪ハ之ヲ二分シテ罪ト科トスヘキモノニシテ佛國ノ如ク之ヲ三分スヘキモノニ非ストスルニ至レリ是ニ於テカ我國ニ於テモ或一派ノ學者ハ直チニ右ノ學說ヲ採テ以テ我刑法ノ規定ヲ排斥セントスル者アルカ如シ然レトモ是レ大ナル誤謬ナリ今左ニ其理由ヲ陳セン

(イ)　我刑法草案第一條ニ於テハ佛國刑法第一條ト同シク何ノ刑ヲ以テ罰スルモノハ重罪ナリ輕罪ナリ若クハ違警罪ナリト云フノ文字アリシカ故ニ若シ

此條文カ我刑法ノ明文ニ採用セラレナハ到底佛國刑法ノ規定ニ對スル第一ノ非難ヲ免ルル能ハサルノ恐アリト雖モ我刑法ハ佛國刑法若クハ我草案ト全ク其體裁ヲ異ニシ何レニ於テモ刑ニ於テ重罪輕罪若クハ違警罪ノ性質ヲ定メタル明文否寧ロ方法ノ如何ニ拘ラス重罪輕罪又ハ違輕罪ノ定義ヲ下シタルノ法文アルコトナシ尤モ佛國刑法第一條及ヒ我草案第一條ノ規定ト稍ヤ相對比スヘキ刑法第七條第八條第九條ニハ左ニ記載シタル者ヲ重罪輕罪若クハ違警罪ノ主刑ト爲ス云云トアリ又第二條以下ニ於テハ單ニ某ノ所爲ハ某ノ刑ニ處ストアリテ彼是相參照スルトキハ茲ニ始メテ某ノ所爲カ重罪タリ輕罪タリ若クハ違警罪タルヲ知ルコトヲ得ルカ故ニ或ハ我刑法モ亦佛國刑法第一條及ヒ草案第一條ノ如ク刑ニ因リテ罪ノ性質ヲ定メタルモノニ非サルヤノ疑ヲ抱ク者アルヘシト雖モ此ノ如キハ全ク皮相ノ見タルヲ免レス今仔細ニ佛國刑法第一條及ヒ草案第一條ノ規定ト刑法第七條乃至第九條ノ規定ヲ照比センニ彼ハ刑ニ因リテ罪自體ノ性質ヲ定メタルモノ換言スレハ何何ノ刑ヲ以テ罰スルモノハ重罪輕罪若クハ違警罪トシテ立法上ノ定義ヲ掲ケタルモノナリ之ニ反シテ此ハ立法者カ重罪輕罪若クハ違警罪タルモノニ科スヘキ刑ノ如何ナルモノナルヤヲ記載シ以テ法ヲ知ラント欲スル者ヲシテ立法者カ第二編以下ニ於テ定メタル所ノ罪ノ重罪タルヤ將タ違警罪タルヤヲ刑ノ種類輕重ニ依リテ知得セシメンカ爲メニ設ケタル規定ニシテ二者全ク相異ナレリ之ヲ要スルニ畢竟我刑法ノ規定ハ彼ノ「オングリー」刑法ニ於テ例之天皇ニ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ重罪ト爲シ死刑ニ處ス、皇族ニ對シテ不敬ノ所爲アル者ハ輕罪ト爲シ何年何月以下ノ重禁錮ニ處ス」トアルト同一ニシテ毫モ相異ナル所ナシ唯其少シク之ト異ナルハ彼ニ於テハ各所爲毎ニ其重罪タリ若クハ輕罪タルコトヲ告クルノ方法ヲ設ケ先ツ重罪輕罪又ハ違警罪トスヘキ所爲ニ科スヘキ刑ヲ定メ法ヲ知ラント欲スル者ヲシテ第二編以下ト相參照セシテ以テ其所爲カ重罪タルヤ輕罪タルヤ將タ違警罪タルヤヲ知得セシムルノ便法ヲ取リシニ在ルノミ由是觀之佛國刑法ニ對スル第一ノ非難即チ刑ノ輕重若クハ種類ヲ以テ罪ノ性質如何ヲ定ムルモノナリトノ非難ハ直チニ採テ之ヲ我刑法ニ施スヲ得サル

ナリ

(ロ) 我刑法ハ罪ヲ分チテ重罪輕罪違警罪ト爲スカ故ニ其外形ニ於テハ恰モ佛國ノ如ク犯罪ヲ三種ニ分チタルノ觀アリト雖モ其實決シテ然ラス先ニモ述ヘタルカ如ク佛國ニ於テハ犯罪ヲ三分シテ一ヲ「クリーム」一ヲ「デリー」一ヲ「コントラヴワンション」トシ「クリーム」ト「デリー」トハ唯輕重ノ差異ニシテ實質ニ於テハ毫モ相異ナラサルニモ拘ラス各之ニ特種ノ名稱ヲ與ヘ之ヲ「コントラヴワンション」ト同一ノ位置ニ置キ以テ「クリーム」ト「デリー」トハ「コントラヴワンション」ノ「クリーム」若クハ「デリー」ニ於ケルカ如ク全ク各別種ノ犯罪トシタリト雖モ我國ニ於テハ所謂重罪輕罪ナルモノハ讀テ字ノ如ク一種ノ罪ヲ輕重ニ依リテ分類シタルモノニシテ一見性質上ノ分類ニ非スシテ程度ノ區別タルコト明瞭ナリ同性質ノモノヲ其輕重大小ニ依リテ分類スルハ學理上敢テ非難スヘキモノニ非サルノミナラス佛國ノ規定ニ對シテ非難ヲ試ミタル學者ト雖モ未タ曾テ此點ニ異議ヲ唱ヘタル者アルヲ聞カス由是觀之此點ニ對シテモ亦我刑法ノ規定ハ佛國ノ規定ニ對スルト同樣ノ非難ヲ以テ之ヲ攻

擊スルヲ得サルモノト信ス

然ラハ重罪輕罪及ヒ違警罪ノ區別ニ付テハ我國ノ規定ハ毫モ非難スヘキ點ナキカ曰ク以上述ヘ來リタル二箇ノ點ニ付テハ我輩ハ別段之ヲ非難スヘキノ餘地アルヲ發見セスト雖モ我輩ハ此區別ニ付テ一點立法者ノ注意ヲ煩ハサント欲スルモノアリ即チ他ニ非ス諸君ノ知ラルル如ク違警罪ナルモノハ重罪若クハ輕罪トハ全ク別異ノ性質ヲ有スルモノナリ然ルニ我刑法第一條ニ於テハ罪ヲ重罪、輕罪、違警罪トストアリ恰モ嘗同一ノ性質ヲ有スルカ如ク規定セリ是レ少クトモ外形上ノ瑕瑾アルヲ免レス故ニ我輩ハ此ノ如ク何レニ付テモ何罪。何罪トシテ常ニ罪。ノ字ヲ用ヒ恰モ同性質ノモノタルカ如クセスシテ違警罪ト重罪若クハ輕罪トニハ各別異ノ名稱ヲ用ヒ以テ其間判然タル區別アルヲ示スヲ當然ナリト思惟ス而シテ今試ニ余カ卑見ヲ示セハ我法律ニ於テ違警罪トアルハ之ヲ訂正シテ單ニ科。ト爲シ以テ之ヲ罪。ニ對向セシメ罪ヲ分チテ重罪、輕罪トスヘシト尙ホ圖ヲ以テ示サハ左ノ如シ

犯行(又ハ犯罪)〔重罪〕〔輕罪〕〔科(即チ違警罪)〕

第三章　公罪、私罪ノ區別

罪ヲ分チテ公、私ノ二ト爲スコトハ遠ク其淵源ヲ羅馬法ニ汲ムモノナリ羅馬法ニ於テハ犯罪ノ責罰一般人民ノ利害ニ關係ヲ有スルモノニシテ且ツ之ヲ訴追スルノ權一般人民ニ屬スルモノヲ公罪トシ之ニ反シテ其利害ハ唯リ害ヲ被リタル者ノミニ止マリ被害者ノミ之ヲ訴追スルコトヲ得ルモノヲ私罪トセリ而シテ更ニ公罪ヲ小分シテ常罪、大罪、小罪ト爲シ其科スヘキ刑罰ノ法律、勅令又ハ慣習ニ依リ豫メ規定セラレタルモノニシテ裁判官ニ於テ伸縮ノ自由ナキモノヲ常罪トシ其刑ノ輕重豫メ確定セスシテ裁判官ニ於テ被告人ノ身分及ヒ其他犯罪ノ性質及ヒ輕重ヲ考査シ自由ニ輕減加重シ得ルモノヲ非常罪トス又死刑流刑若クハ鑛山、勞役等ノ刑ニ該ルモノヲ大罪トシ其他ノ身體刑若クハ財產刑ヲ科スヘキ加辱ノ刑ニ該ルモノヲ小罪トセリ其後中古ノ法制ニ於テハ學理上右ノ如キ犯罪ノ區別ヲ爲ササリシト雖モ實際ニ於テハ公罪、私罪、大罪、小罪ノ區別ヲ爲セリ而シテ中古ノ時代ニ於テハ善良ナル秩序及ヒ公ノ安寧ヲ害スル罪例之、神又ハ君主若クハ國民ニ對スル大逆ノ罪異端ヲ信スル罪、貨幣ヲ僞造スル罪、殺人ノ罪等ヲ公罪トシ公ノ安寧ヲ害スルヨリハ寧ロ被害者其人ノ利害ニ關係スル罪例之、誹毀及ヒ暴行ノ罪等ヲ私罪トシ死刑ヲ以テ罰スルモノヲ大罪トシ其他ノモノハ刑ノ輕重ヲ問ハス總テ之ヲ小罪トセリ降テ近世法典ノ父母トモ謂フヘキ佛國法典ニ於テハ中古ノ法制ニ所謂大罪、小罪ノ區別ハ之ヲ認メスト雖モ公罪、私罪ノ區別ハ依然之ヲ採用セリ而シテ佛國ノ法典ニ於テハ犯罪ノ所爲直接ニ國家ノ公益ヲ害スルモノヲ公罪トシ其直接ニ一私人ヲ害スルモノヲ私罪トセリ此區別ハ佛國法ヲ繼受シタル歐米諸國及ヒ我國ノ法律ニ於テ採用セラレタリ然レトモ學者間ニ於テハ佛國ノ區別ト相對シテ別ニ種種ノ區別ヲ試ミタル者アリ今先ツ其重ナルモノヲ列擧シ終ニ我法制ノ可否ヲ詳論スヘシ

第一　「ペンザム」ノ說　氏ハ犯罪ヲ分チテ四種トシ第一ヲ私罪トシ私罪トハ或

特定シタル一箇人ニ對スルモノニシテ常ニ被害者ノ何人タルコトヲ指定シ得ルモノヲ謂フ第二ヲ自害罪トシ自害罪トハ他人ヲ害スルコトナク自ラ害スルモノ即チ例之不健康浪費自殺等ノ罪ヲ謂フ而シテ此第一第二ハ各更ニ之ヲ區別シテ人身ニ對スル罪財產ニ對スル罪榮譽ニ對スル罪身分ニ關スル罪ノ四トス第三ヲ半公罪トシ半公罪トハ市町村組合若クハ會社等ニ對スルモノニシテ其害惡カ現在又ハ過去ニアラスシテ唯リ將來ニ存シテ未タ何人カ害ヲ受クルヤ明カナラサル罪過去又ハ現在ナルトキハ被害者特定スルカ故ニ私罪ニ入ル(シ云云)例之市町村ノ堤防ヲ破壞シ又ハ其市町村ニ設定セラレタル傳染病豫防規則ヲ犯シ或ハ商工業其他ノ會社又ハ組合ノ名譽ヲ毀損シ又ハ財產ヲ掠奪セントスルカ如キ罪ヲ謂フ第四ヲ公罪トシ公罪トハ國家ノ全員ヲ害スル罪ヲ謂フ而シテ氏ハ此公罪ヲ更ニ小別シテ(一)國家ノ外部ノ安寧ニ關スル罪(二)警察ニ關スル罪(三)司法權ニ關スル罪(四)公ノ權力ニ對スル罪(五)人口ニ關スル罪(六)國庫ニ關スル罪(七)主權ニ對スル罪(八)道德ニ關スル罪(九)宗教ニ關スル罪等トセリ

此區別ハ凡ソ左ノ三點ニ於テ缺點アリ

(一)氏カ罪ノ公ナルト私ナルトヲ區別シタルハ抑モ如何ナル標準ニ據ルモノナルヤ害惡ノ社會全般ニ關スルト否トニ據ルカ將タ被害者ノ特定スルト否トニ據ルカ若シ第一ノ標準ニ據ルモノトセハ普通ノ學說ニ於テハ一箇ノ市町村、會社若クハ組合ニ對スル犯罪ハ其害惡常ニ社會全般ニ關セサルカ故ニ當然之ヲ私罪ニ列セサルヘカラス若シ又第二ノ標準ニ據ルモノトセハ市町村、會社又ハ組合ニ對スル犯罪ハ市町村、會社又ハ組合ノ全員ニ關スルモノニシテ之ルカ故ニ被害者ハ決シテ其中ノ甲某又ハ乙某ナリト特定スルコトナシ隨テ常ニ公罪ニ列セサルヘカラス依テ惟フニ氏カ公、私ノ區別ヲ爲シタルノ標準ハ獨リ第一ノ標準ニモアラス又獨リ第二ノ標準ニモアラス此二箇ノ標準ヲ以テ各一箇ノ條件ト爲シ此二箇ノ條件ヲ具備スルヤ否ヤニ據リテ公、私ヲ區別スル標界ト爲シタルカ如シ若シ余カ見解ニシテ誤ナクンハ氏ハ國家ノ外患警察、司法權等ニ關スル犯罪ハ社會ノ全員ニ關スル犯罪ナルト同時ニ被害容ノ何人ナルヤヲ指定スルコト能ハサルモノナルカ故ニ之ヲ公罪ニ列シ

個人ノ身體財產榮譽又ハ身分ニ關スル犯罪ハ社會ノ全員ニ關セサルト同時ニ被害者特定セルモノナルカ故ニ之ヲ私罪ニ列シ市町村會社組合等ニ關スル犯罪ハ社會ノ全員ニ關セサルモ被害者特定セサルモノ換言スレハ一部公罪タルノ要件ヲ具フルカ故ニ半公罪トシタルナリ斯タ解釋シ來ルトキハ此區別ハ一見愛スヘキカ如キモ仔細ニ之ヲ觀察スルトキハ毫モ明瞭ナル區別ノ存スルモノナキヲ發見スヘシ今先ツ氏カ市町村會社又ハ組合ニ對スル犯罪ヲ以テ半公罪トシタルノ理由ヲ研究センニ先ニ述ヘタルカ如ク此等ノモノニ對スル犯罪ハ公罪タルニ要スル條件ノ一即チ詳シク言ヘハ被害者ノ不特定タリトノ條件ヲ具有ストノ唯一ノ理由ニ因ルモノナリ若シ假ニ氏ノ說ヲ以テ正當ナリトシ氏ノ理由ニ依リテ半公罪ト私罪若クハ公罪トヲ分別スルノ標識トセンカ(一)例之茲ニ兇人アリテ會社又ハ組合ヲ爲ササル一箇人ニ對シ余ハ某某十數名ノ中一人ヲ殺害スヘシト脅迫シタル場合ニ於テハ其害ハ氏カ所謂未來ノモノニシテ被害者何人ナルヤ特定セス(脅迫罪ハ其實現在ノ害惡ナレトモ氏ハ之ヲ以テ未來ノ害ト云ヘルト市町村會社又ハ組合ニ對スルモノニシテ常ニ未來ノ害惡ナルコトヲ要ス現在又ハ過去ナレハ被害者特定スルカ故ニ私罪ナリト云ヘルヲ參照セヨ)隨テ半公罪ニ列セサルヘカラサルナリ氏ハ抑モ何カ故ニ半公罪ハ市町村會社又ハ組合等ノ團體ニ對スル場合ニ限ルトセシヤ余ハ其理由ヲ解スル能ハス(二)又一例ヲ擧ケンニ茲ニ若シ君子ヲ害シタル者アリトセンニ若シ氏カ標準ニ依ルトキハ一方ニ於テハ君子ノ一身ハ國家全般ノ利害ニ關係ヲ有スレトモ又他ノ一方ヨリ觀察スルトキハ所謂直接ニ害惡ヲ受ケタルモノハ君主其人ニシテ被害者ハ明カニ特定セルカ故ニ市町村會社若クハ組合ニ對スル場合ト同シク公罪タルニ要スル條件ノ半具備スルモノトシテ之ヲ半公罪ニ列セサルヘカラサルナリ然ルニ氏カ之ヲ主權ニ對スル罪トシテ公罪ノ中ニ列シタルハ是レ何ノ故ソヤ余ハ其理由ヲ發見スル能ハス

上來論究シタル所ニ依リ之ヲ按スルニ氏カ所謂半公罪ナルモノト他ノ犯罪トノ區別ノ標準ハ甚タ漠然トシテ毫モ確然タルモノアルヲ見ス抑モ此ノ如ク氏カ普通ノ學說ニ反シテ半公罪ナルモノヲ認メタルノ結果遂ニ之ト他ノ

犯罪トノ標界ニ不明瞭ヲ來シタル所以ノモノハ惟フニ氏ハ普通ノ學說ニ所謂公罪即チ社會ノ全般ニ害ヲ與フル所ノ犯罪ハ犯罪ノ客體即チ犯罪行爲カ其者ノ上ニ行ハレタル目的判然確定セサル場合多キニノミ著眼シ公罪ハ例之若主ノ身體ニ對スル場合ノ如ク社會ノ全員ニ害ヲ受ケシムルトノ條件アラハ直チニ成立シ必スシモ犯罪ノ客體ノ不特定タルヲ要セス換言スレハ公罪ノ場合ニ於テ犯罪ノ客體ノ不特定ト云フコトハ多クノ場合ニ於テ社會ノ全員ヲ害スルト云フコトニ隨伴スル事實ナレトモ決シテ公罪成立ノ一要件ニ非ナルコトヲ忘却シ直チニ取テ以テ總テノ公罪ハ社會ノ全員ヲ害スルト云フコトト同時ニ必ス犯罪客體ノ不特定ト云フコトトヲ伴フモノニシテ此犯罪ノ客體ノ不特定ト云フコトハ公罪成立ノ一要件ナルカ故ニ苟モ一箇ノ犯罪ニシテ此要件ヲ具有スルモノアレハ常ニ多少公ノ性質ヲ有スルモノナリト誤認シタルニ由ルナリ

夫レ然リ氏ハ學說トシテハ犯罪客體ノ不特定ヲ以テ公罪成立ノ要件ト爲スニ拘ラス其之ヲ適用スルニ當リテハ苟モ社會ノ全員ヲ害スルコトアレハ常

ニ必ス之ヲ公罪ニ列シ又犯罪客體ノ特定スルヤ否ヤヲ問ハサルカ如キ而是觀之此點ニ付テハ氏モ亦自ラ其誤レルヲ認ムルモノ如シ偽テ全氏カ犯罪種別ニ關スル考案ヲ訂正セハ氏ハ犯罪ヲ三分シテ自害罪公罪私罪ト爲スト云フニ歸著スヘシ

(二) 抑モ氏カ自害罪ナルモノヲ種別シタルハ是レ其犯罪者自身ヲ傷害シタ他人ヲ害スルコトナキニ由ルナルヘシ然ルニ自害罪ト相對立セシメタル自餘ノ犯罪ハ私罪タルト半公罪タルト公罪タルトニ論ナク均シク皆他人ヲ害スヘキ罪ナリ然ラハ先ツ罪ヲ大別シテ自害罪ト他害罪トノ二ト爲シ他害罪ヲ種別シテ之ヲ私罪半公罪及ヒ公罪トスヘキナリ然ルニ此區別ヲ爲サスシテ直チニ自害罪私罪半公罪公罪ヲ一樣ニ列記シテ以テ犯罪ノ四大別トシ互ニ相對向セシメタルハ決シテ論理的ノ區別ト謂フヘカラス加之我輩ノ見解ニ依レハ氏カ所謂自害罪ナルモノハ犯罪種別ノ一トシテ存在シ得ヘキモノニ非スト信ス如何トナレハ抑モ一箇人カ自ラ自己ノ身體ヲ傷ケ又ハ財產ヲ浪費スルト云フコトハ之ヲ其者一人ヨリ見ルトキハ決シテ害ト謂フヘキ

モノニ非ス否從令之ヲ害トスルモ若シ社會カ之ニ因リテ毫モ害ヲ被ルコトナクンハ社會ハ之ヲ罰スルノ必要ナシ其之ヲ罰スル所以ノモノハ社會ノ團體中ノ一人カ自ラ傷ケ自ラ害フト云フコトアレハ直チニ社會ハ之ニ因リテ害ヲ被ルカ故ナリ然ラハ其罪ト爲ルノ點ハ自害自體ニ非スシテ自害ニ因リテ他ヲ害スト云フニ在ルナリ若シ我輩ノ見解ニシテ誤ナクンハ氏ノ所謂自害罪ハ自害罪ニ非スシテ他害罪ナリ而シテ其性質ハ一箇人ヲ害スト云フモノニ非スシテ社會ノ公安秩序ヲ害スルモノナルカ故ニ公罪ノ中ニ列スヘキモノナリ論シテ此ニ至レハ氏カ所謂犯罪ノ種別ハ普通學說ニ所謂公罪私罪ノ二ナリト云フニ歸著スヘシ

(三) 今假ニ數歩ヲ讓リテ氏カ分類ヲ以テ正當ナルモノトスルモ若シ之ヲ法典ニ採用スルニ至リテハ同性質ノ犯罪ヲ各部ニ分截セラルヘカラサルノ結果徒ニ法條ヲ增加スルノミニシテ實用上大ナル不便ヲ生スヘシ

第二「シャルル、リュカース」ノ說　氏ハ犯罪行爲ノ行ハレタル目的體ノ如何ニ依リテ罪ヲ三種ニ分チ第一ヲ人ニ對スル罪第二ヲ物ニ對スル罪第三ヲ中間

ノ罪トセリ

此區別ハ一見スルトキハ甚タ簡單ニシテ喜フヘキカ如シト雖モ余ヲ以テ之ヲ觀レハ是レ決シテ完全ナル區別ナリト謂フヲ得ス如何トナレハ氏カ所謂中間ノ罪ナルモノハ其範圍極メテ汎博ニシテ例之政事的犯罪ノ如キ、持兇器強盜罪ノ如キ、放火、決水ノ罪ノ如キ風俗又ハ宗教ニ關スル犯罪ノ如キ苟モ第一種ニモ又第二種ニモ入ラサルカ若クハ第一種ト第二種トニ共屬スルモノハ凡テ罪質ノ如何ニ拘ラス皆此中ニ包含セシムルヲ得ヘク其結果却テ言フヘカラサル紛雜ヲ來スヘケレハナリ

第三「ロシー」ノ說　氏ハ罪ヲ大別シテ二ト爲シ一ヲ人ニ對スル罪二ヲ財產ニ對スル罪トシ更ニ之ヲ公私ニ分類セリ

犯罪
- (一)人ニ對スル罪
  - (イ)公ノ人ニ對スル罪
  - (ロ)私ノ人ニ對スル罪
- (二)財產ニ對スル罪
  - (イ)公ノ財產ニ對スル罪
  - (ロ)私ノ財產ニ對スル罪

此分類ハ佛國並ニ我刑法ノ分類ト略ヽ相類似スルカ故ニ大體ノ評論ハ之ヲ次ニ

論ヲ按ニ單ニ此分類ニ特殊ナル點ニ付テノミ評論ヲ試ムベシ此分類ニ依ルトキハ、ロシー氏ハ總テノ罪ヲ公私ニ區別セントシタルノ結果遂ニ財産ニ對スル罪ヲモ尚ホ之ヲ公私ニ分類セリ抑モ此ノ如ク財産ニ對スル罪ヲモ尚ホ之ヲ公私ニ分類シタルハ果シテ何等ノ必要アルニ因ルヤ余ハ之ヲ解スル能ハス蓋シ公ノ財産ヲ竊ムト私ノ財産ヲ竊ムトハ其之ニ科スヘキ刑罰ノ點ニ於テ多少輕重ヲ異ニスルコトアルヘシト雖モ其罪質ニ至リテハ其ニ均シク竊盜ノ罪ニシテ區別スルノ必要モ亦之アラサルナリ然ルニ氏ノ如ク強テ分類スルハ畢ニ無用ノ條文ヲ增加スルノミナラス其結果甚シキ不便ヲ生スヘシ是レ此分類法ヲ學ヒタル「ババリヤ」法典ヲ讀ム者ノ常ニ道破セサル所ナリ

以上ヲ以テ余ハ本問ニ關スル諸家ノ學說ヲ略叙セリ是ヨリ尚ホ進ミテ些カ我法典ノ分類ヲ評論セン

前ニモ述ヘタル如ク我法典ハ佛國ノ法典ニ倣ヒ其第二編以下ニ於テ各種ノ犯罪ヲ大別シテ二ト爲シ一ヲ公益ニ關スル重罪、輕罪、一ヲ身體財産即チ私益ニ關スル重罪、輕罪トセリ抑モ此區別ハ果シテ穩當ナルモノトスヘキカ我輩ヲ以テ之ヲ觀レハ此區別モ亦非難ヲ免レサルモノナリ請フ左ニ之ヲ論述セン

(一) 我刑法草案ニ佛國ノ刑法ハ或犯罪ハ直接ニ國家ヲ害シ他ノ犯罪ハ直接ニ一箇人ヲ害シテ間接ニ國家ヲ害スルモノナリトノ理由ニ基キ一ヲ公罪即チ國家ニ對スル罪ト他ヲ私罪即チ一箇人ニ對スル罪トセリ或種犯罪ノ行爲ハ或ハ國家ノ全部ニ對シテ行ハルルモノアリ或ハ國家ノ一局部ニ對シテ行ハルルモノアリ故ニ此點ヨリ觀察スルトキハ或ハ一ノ犯罪ハ國家ノ全部ニ對シテ行ハレサルカ故ニ公罪ナリ他ノ犯罪ハ國家ノ一局部ニ對シテ行ハレタルカ故ニ私罪ナリト云フヲ得ベシト雖モ若シ之ヲ其行爲自體ヨリ生スル害ト云フノ點ヨリ觀察スルトキハ元來國家ハ一箇人ヨリ集成シタル團體ニシテ國家トハ箇人トハ互ニ利害ヲ異ニセルモノナリ若シ夫レ果シテ然リトセハ國家ノ全部ニ對シテ行ハレタル犯罪ノ害惡ハ國家ノ害惡タルト同時ニ都テ一局部ニ對シテ行ハレタル犯罪ノ害惡ハ一箇人ノ害惡タルト同時ニ亦國家ノ害惡ナリ其間或ハ罪ノ大小若クハ輕重等ノ差異アルヘシト雖モ畢竟若干ノ間隔ヲ隔ツヘキ餘地アルヲ見

ス然ルニ我刑法カ此ノ如キ理由ニ據リテ罪ヲ公私ニ區別シタルハ甚タ不當ナリト謂ハサルヘカラス

(二)今假ニ一歩ヲ轉シ我刑法ヲシテ犯罪行爲ノ行ハレタル部分ノ一箇人タルト國家タルトニ據リ之カ公私ヲ區別セシメンカ尚ホ未タ十分ナル結果ヲ得ルコト能ハサルナリ成程多クノ犯罪ハ或ハ偏ニ國家ニ對シテノミ行ハレタルモノナリトノ區別ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ總テノ犯罪皆然ルヲ得ス即チ例之、官吏人民ニ對スル罪ノ如キ、僞證罪ノ如キ、私書僞造罪ノ如キ、猥褻姦淫罪ノ如キハ恰モ破碎シ易キ二箇ノ物件ヲ衝突セシメタルト一般一箇ノ所爲ニシテ同時ニ國家ト一箇人トニ對シテ行ハルルモノナリ必スシモ國家ニノミ若クハ一箇人ノミニ對シテ行ハレタリト謂フヲ得ス一國家ニ僅ラサル由是觀之我刑法カ採用シタル公私ノ分類ハ之ヲ何レノ點ヨリ觀察スルモ決シテ正確ナル區別ト認ムルヲ得サルナリ

斯ク論シ來ルトキハ諸君或ハ曰ハン然ラハ如何ニセハ可ナルヤト余ハ之ニ對シテ下ノ如ク言ハント欲ス曰ク法典中ニ於ケ犯罪ヲ分類スルハ(一)極メテ困難

ナル業ニシテ到底完璧ヲ望ムヘカラス(二)然ルニ若シ强テ區別ヲ設ケルトキハ(イ)之カ解釋ヲ爲スニ當リ或ハ其區別ノ原由ニ拘束セラルルノ結果畫ヲ立法者カ夢ニタモ豫想セサリシ程ノ解釋ヲ採ラサルヘカラサルノ結果ヲ生スルコトアルヘク(ロ)又凡ソ法律ノ解釋ハ常ニ法典ノ全體ニ精通スルニ非ラレハ完全ナル說明ヲ求ムルヲ得サルニモ拘ラス時ニ或ハ單ニ一局部ニノミ拘泥シテ之カ解釋ヲ試ムルノ結果遂ニ大ナル錯誤ニ陷ラサルヲ得サル等許多ノ弊害アリテ却テ便益ヲ主トシタル分類ノ趣旨ニ反スルノ結果ヲ見ルコト多カルヘシ(三)加之實際法律ヲ適用スルニ當リ此ノ如キ分類カキモ格別ノ不便ヲ感スルコトナシ要之法典中ニ於テ犯罪ヲ數科書的ニ分類スルハ徒ニ害アルノミニシテ毫モ益アルヲ認メス隨テ余輩ハ以爲ラク此ノ如キ區別ハ全タ之ヲ廢棄シ法典ハ單ニ殺人罪、强盜罪又ハ竊盜罪ト云フカ如ク各犯罪カ國家ニ被ラシメタル所ノ害惡ノ輕重大小ヨリ漸次之ヲ敘別スルニ止ムルニ若カスト

第一編　第一章　公益ニ關スル重罪輕罪

第一章 皇室ニ對スル罪

本章ノ標題ハ皇室ニ對スル罪トアリ皇室ニ對スル罪トハ極メテ汎博ナル語ニシテ天皇以下皇族ノ御身體ニ勿論皇室ニ屬スル財產ニ對スル罪マテモ含ネ之ヲ包含スルカ如キ觀アレ然レトモ(一)後ニモ述フルカ如キ本章ノ罪ニ天皇以下皇族ノ御身體ニ對スル罪ヲ規定セルノミナラス(二)佛文ノ草案ニ發ヲ為(陛下及ヒ殿下ニ對スル重罪輕罪)トアリテ明カニ御身體ニノミ對スル罪ナルコトヲ示セリ左レハ本章ノ表題ハ恰モ多數諸外國ノ刑法ノ如ク天皇及ヒ皇族ノ身體ニ對スル罪ト記載スヘキ筈ナシ然ルニ故ラニ皇室ニ對スル罪ト云フカ如キ廣漠ナル文字ヲ以テ之ニ代ヘタルハ是レ蓋シ立案者苦心人存スル所漫ニ非ス本章皇室ニ對スル罪ハ第百十六條乃至第百二十條マテ全部五箇條ヲ以テ成ル而シテ其規定スル所ハ之ヲ大別スレハ下ノ三種トス曰ク危害ヲ加ヘ又ハ無ヘシトシタル者ハ其處分曰ク不敬ノ罪及ヒ其處分曰ク危害罪ト不敬罪ニ共通ナル處分是ナリ即チ余ハ之ヲ三節ニ分チテ論究スヘキ筈ナレトモ右三種ノ中最後ノモノハ格別之ヲ說明ヲ要セス條文ノ通讀ヲ以テ明カナルカ故ニ之ヲ省キ茲ニハ前二種ノ規定詳言スレハ危害罪及ヒ不敬罪ノミニ付キ講說スヘシ

第一節 危害罪

第百十六條ニ曰ク「天皇三后皇太子ニ對シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ處ス」ト又第百十八條ニ曰ク「皇族ニ對シ危害ヲ加ヘタル者ハ死刑ニ處ス其危害ヲ加ヘントシタル者ハ無期徒刑ニ處ス」ト此二條ハ何レモ危害ト云フコトヲ以テ通素トセリ故ニ余ハ此二條ヲ通シテ假ニ名ケテ危害罪トス

危害罪成立ノ要素ハ(一)犯罪ノ客體ハ天皇三后皇太子若クハ皇族タルコト(二)犯罪ノ所爲(舉動ト意思ヲ包含ス)ハ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタルコトナリ

(一)犯罪ノ客體ハ天皇三后皇太子若クハ皇族タルコトヲ要ス

(イ)天皇トハ萬世一系ノ帝位ヲ踐ミ現ニ我大日本帝國ヲ統治ス給フ所ノ君主ヲ奉稱ス隨テ外國ノ君主ハ勿論縱令皆テ萬世一系ノ帝位ヲ踐マセ

ラレタル御方ト雖モ一旦位ヲ去リ給セシトキハ茲ニ所謂天皇ニ非ス論者ア
リ說ヲ爲シテ曰ク古來我國ノ慣例ニ依レハ天皇ナル語ノ中ニハ常ニ太上天
皇ヲモ包含スルノミナラス第百十六條及ヒ第百十七條ニハ皇太后ヲ掲ケア
リ皇太后ヲ掲ケアル以上ハ太上天皇ヲ掲ケサルノ理ナシ依テ茲ニ所謂天皇
ナル語ノ中ニハ太上天皇ヲモ包含スト解釋セサルヘカラスト余ハ此說ヲ是認
スル能ハス其理由ハ(一)單ニ天皇ト謂フトキハ我國ヲ統治セサセ給フ所ノ君
主即チ一天萬乘ノ主權者ヲ奉稱ス天ニ二日ナク國ニ二君ナシ若シ論者ノ說
ニ隨ハハ吾人臣民ハ同時ニ二人ノ君主ヲ奉戴スルコトアルヲ想像セサルヘ
カラス(二)成程我國從來ノ慣例ニ依レハ現在ノ天皇モ太上天皇モ均シク之ヲ
天皇ト稱シ奉リタルコトアリキ然レトモソハ普通俗用ノ言語ニ於テ然ルノ
ミ此慣例アレハトテ嚴格ナル刑法ノ用語ニ於テモ尙ホ且ツ然リト謂フヲ得
ンヤ我輩ノ見ル所ニ依レハ法律上ニ於テハ太上天皇トハ單純ナル尊號ニ
過ギス主權者タル君主トハ全然區別アルモノナリ隨テ君主即チ主權者ヲ奉稱
セスヘキ天皇ナル語ノ中ニ太上天皇ヲ含マシムルノ理アルヘカラス(三)皇太后

ヲ掲ケテ太上天皇ヲ掲ケサルノ理ナキカ故ニ天皇タル語ノ中ニハ太上天皇
ヲモ含ムモノト解釋セサルヘカラストハ是レ論者カ最モ强キ理由トシテ主
張セラルル所ノモノタリ然レトモ我輩ノ見ル所ニ依レハ右ニ述ヘタルカ如
ク天皇ト太上天皇トハ法律上確然タル區別アルヘキモノナルノミナラス論
者カ所謂勿論解釋ハ一種ノ類推解釋ニ屬スルモノニシテ嚴正ナル解釋ヲ要
スル刑法ノ明文ニ於テハ決ヒテ許スヘキモノニ非ス
之ヲ要スルニ若シ立法者ニシテ今尙ホ昔時ノ如ク我國ニ太上天皇ノ稱アル
コトヲ知リナカラ之ヲ掲ケナリシトセハ是レ疑モナク法文ノ缺點ナリ然レ
トモ(一)皇室典範第十條ニ天皇崩スルトキハ皇嗣即チ踐祚シ祖宗ノ神器ヲ承
ク」ト アリテ天皇ハ御在世中決シテ位ヲ去リ給フコトナキト(二)當時若シ立法
者ニシテ尙ホ舊來ノ如ク太上天皇ノ制アルヘキコトヲ想像シナハ上ハ天皇
ヨリ下皇太子マテヲモ極メテ綿密ニ規定シナカラ唯リ太上天皇ヲノミ脫漏
スルノ理由ナキトニ據リ之ヲ按スルニ蓋シ立法者ハ刑法編纂ノ當時業ニ已
ニ我國ハ王政復古ト共ニ上古ノ制度ニ則リ自今以後太上天皇ノ制ヲ設ケサ

ルノ趣旨ナリシモハ非サルカ若シ夫レ果シテ然リトセハ茲ニ太上天皇ヲ掲ケサリシハ却テ當然ノコトニシテ從來學者カ此點ニ付キ論議ヲ試ミタルハ蓋シ立法者ノ意思ヲ知ラサルニ基ク机上ノ贅辯タリシト評スルノ外ナカラン

(ロ)三后　三后トハ皇后、皇太后、太皇太后ヲ奉稱ス(一)皇后トハ皇室典範第十六條ノ規定ニ依リ皇后ニ立タセラレタル御方ヲ奉稱ス(二)皇太后トハ先帝ノ皇后、太皇太后トハ先先帝ノ皇后ヲ奉稱ス隨テ今上天皇ノ御母又ハ御祖母ハ常ニ必スシモ皇太后又ハ太皇太后ニ非ス(皇族支系ヨリ入リテ大統ヲ繼タセ給フトキニハ此例ヲ見ルコトアリ)

(ハ)皇太子　皇太子トハ皇室典範第十五條及ヒ第十六條ノ定ムル所ニ依リ皇太子ニ立タセラレタル御方ヲ奉稱ス隨テ皇室典範ニハ皇太孫ノ側アレトモ茲ニ所謂皇太子ナル文字ノ中ニハ包含セス蓋シ刑法改正ノ日キハ必ス之ヲモ書キ加ヘラルヘキハ當然ノコトト信ス

(ホ)皇族　皇室典範第三十條ニ皇族ト稱スルハ太皇太后、皇太后、皇后、皇太子

皇太子妃、皇太孫皇太孫妃親王親王妃王王妃女王ヲ謂フトアリ本章中ニハ所謂皇族トハ右ニ擧ケタル皇室典範ノ所謂皇族ト同一ナルヲ曰フ右ノ中皇太皇太后、皇太后及ヒ皇太子ニ付テハ本章別ニ規定アリ故ニ本章所謂皇族トハ皇室典範所謂皇族ノ中ヨリ皇太子、皇后、皇太后、太皇太后ヲ除キタル以外ノ皇族ヲ指シ奉ルモノトス

(二)危害罪ノ所犯ハ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタルコトヲ要ス茲ニ謂ヒ所謂危害トハ如何ナル害ヲ意味スルヤ刑法中他ノ場所ニ於テ用ヒラレタル危害ナル文字ト本罪ノ規定ニ相當スル準案ノ條文ト本章中ノ他ノ規定トヲ參照セハ略ヽ其義ヲ知ルヲ得ヘシ(一)刑法中本章以外ニ於テ危害ナル文字ヲ用ヒタルノ例ヲ按スルニ第二編第五章第四節ニハ危害品及ヒ健康ヲ害ス可キ物品云云第三百十六條ニ……危害已ニ去リ云云トアリテ危害ナル文字ハ常ニ生命又ハ身體ニ對スル害ト云フノ義ニ用ヒラレ洗ハ財產等ニ對スル害ト云フノ義ニ用ヒラルルコトナシ(二)本罪ノ規定ニ相當スル佛文第案第百三十一條ニ(tout crime ou dalit commis contre la personne del Empereur du Japon)

トアリ即チ日本天皇……ノ身體ニ對スル害ノミヲ規定セリ左レハ茲ニ所謂危害ナル文字ハ身體ニ對スル害ノミヲ意味スルモノニシテ第百十六條及ヒ第百十八條ハ天皇三后皇太子若クハ皇族ノ御身體ニ對スル加害ノ所爲ヲ規定シタルモノタルコト疑ヲ容レス然ラハ茲ニ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル罪トハ尚ホ刑法第三編中ニ規定シタル身體ニ對スル罪ト云フト同一ノ意義ナルカ故ニ苟モ身體ニ對スル加害ノ所爲ハ生命ニ對スルト身體(肉體)ニ對スルト自由ニ對スルト榮譽ニ對スルトニ論ナク總テ之ヲ包含スルモノナルヤ曰ク本章ニ於テハ別ニ不敬罪ナルモノノ設アリテ第三編身體ニ對スル罪ノ中ニテ榮譽ニ對スル罪ニ相當スル罪ヲ規定セリ故ニ茲ニ所謂危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル罪トハ第三編ニ規定シアル身體ニ對スル罪ノ中ニテ榮譽ニ對スル罪ヲ除外シタル總テノ罪ヲ意味スルモノト信セラル

以上說明シ來レル所ニ依レハ危害ヲ加ヘタルトハ生命ヲ害シ又ハ身體ヲ傷ケタルコトヲ意味スルモノニシテ此點ハ極メテ明瞭ナルカ如シト雖モ尚ホ些カ說明ヲ要スルモノアリソハ他ニ非ス凡ソ罪ヲ犯サントスル者ニシテ唯單ニ他人ノ身體若クハ財產ニ害ヲ加ヘント云フカ如キ漠タル意思ヲ有スルモノ甚タ稀ナリ必スヤ某ヲ殺サントカ傷ケントカ又ハ某ノ財產ヲ竊取セントカ殺藥セントカ常ニ特定ノ意思アルヲ例トス是レ刑法第二編以下ノ明文ニ於テ各皆特定ノ意思アル特定ノ所爲ヲ想像シテ制裁ヲ附スル所以ナリ是ニ於テカ諸君或ハ曰ハン茲ニ危害トアルハ尚ホ第三編以下ニ於テ謀殺又ハ毆打ト言フト同一ニシテ唯茲ニ之ヲ危害ト言ヒタルハ謀殺故殺又ハ毆打ト云フノ類ヲ避ケンカ爲メニ之ヲ一括シタルニ過キス例ヘハ或皇族ヲ弑シ奉ラント欲シテ遂ケス僅ニ微傷ヲノミ負ハセ奉リタル者アリトセハ是レ其犯人ハ君主ノ身體ヲ害シ奉ラント云フカ如キ漠然タル意思ニ因リテ此兇行ヲ爲シタルニ非スシテ之ヲ弑シ奉ラントノ特定ノ意思ヲ以テ其事ヲ行ヒタルモ未タ其目的タル所爲ヲ遂ケサルモノナルカ故ニ危害ヲ加ヘントシタルモノナリト謂フヲ得ヘキモ危害ヲ加ヘタルモノト謂フヲ得スト然レトモ是レ大ナル誤ナリ(一)成程殺人ノ意思ト傷人ノ意思トハ其間大差アリト雖モ廣ク一括シテ之ヲ觀察スレハ孰レモ人身ヲ害スルノ意思ヲ通有セリ亦之ト同シク殺人ノ所爲トハ其間極

庭アリト雖モ之ヲ害ノ一點ヨリ觀察スレハ敢テ遠ノオ人身傷害ノ所爲タル
動シテ本罪ノ場合ニ於テハ法律ハ此意思ト此所爲トヲ以テ成立要素トセリ
(二)加之論者ノ如クセンカ第百十六條ノ場合ニ於テハ格別ノ不都合ヲ見サルモ
第百十八條ノ場合ニ於テハ甚シキ奇觀ヲ呈スヘシ何トナレハ論者ノ如クスル
トキハ皇族ヲ毆打シテ創傷セシメント欲シテ其事ヲ遂ケタル者ハ危害ヲ加ヘ
タル者トセテ死刑ニ處セラルルニモ拘ラス皇族ニ對シ謀殺ヲ行ヒ其未タ遂ケ
サル者ハ縱令因テ之ニ重傷ヲ負ハシメタルモ危害ヲ加ヘントシタル者トシテ
却テ無期徒刑ニ處セラルヘケレハナリ故ニ第百十六條第百十八條即チ危害罪
ノ場合ニ於テハ犯人ニ於テ謀殺又ハ故殺ト云フカ如キ特定ノ意思アル特定ノ
所爲ヲ遂クルコトヲ要セス苟モ廣キ意味ニ於テ身體ニ害ヲ加フルノ意思ト害
ヲ加ヘタルノ所爲トアルトキハ常ニ危害ヲ加ヘタルノ罪ヲ以テ擬スヘキナリ」
次ニ危害ヲ加ヘントシタルトハ如何ナル意義ナルカ用語概博殆ト捕捉スルヲ
得サルノ觀アリ然レトモ今此意義ヲ定ムルニ先チ些カ一言ヲ要スルモノアリ
シハ他ニ毒ス仰モ蓋ニ所謂危害ヲ加ヘントシタルト云フハ危害ヲ加ヘタルト

云フ犯罪ニ對スル未遂犯罪以下ヲ規定シタルモノナルヤ將タ危害ヲ加ヘント
シタルト云フ一箇獨立ノ犯罪ヲ規定シタルモノナルヤ第百十二條ニ曰ク「罪ヲ
犯ナントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ遂
ケサル時ハ云云」此原則ニ依レハ障礙舛錯ハ兎ニ角未遂犯罪ト言ヒ得ル爲メ
ニハ必ス常ニ法律ノ禁止又ハ命令ニ違背シタル所爲即チ罪ヲ犯ナントシテ未
タ遂ケサルコトヲ要ス換言スレハ或所爲カ未遂犯罪タルヤ否ヤヲ區別スルノ
標準ハ犯人カ其目的ヲ遂ケタルト否トニ在ラスシテ罪即チ法律違犯ノ所爲ヲ遂
ケタルヤ否ヤニ在リ例ヲ以テ之ヲ示サハ內亂罪ノ場合ニ於テ朝憲紊亂ノ目的
ヲ以テ兵ヲ擧ケタルノミノ所爲ハ之ヲ犯人ノ目的ヨリ觀ルトキハ政府顚覆若
クハ變亂未遂ノ所爲ナルモ法律違犯ノ所爲即チ罪ト云フコトヲ目安トシテ之
ヲ觀察スルトキハ決シテ內亂未遂犯罪ニ非スシテ既遂犯ナリ如何トナレハ此
場合ニ於テハ法律ハ犯人カ其目的ヲ遂ケタル時ヲ以テ始メテ一ノ罪トセス
シテ其目的ニ著手シタル時即チ擧兵ノ行爲アル時ヲ以テ法律違犯ノ所爲即
チ內亂ノ罪トスレハナリ是ニ由リテ推論シ來ルトキハ本問ノ場合ニ於テ危

害ヲ加ヘントシタルノ所爲ハ之ヲ危害ヲ加ヘザルノ所爲ニ對スル無上ニ大ハ未遂人所爲ナリトモ第百十六條及ヒ第百十八條ニハ危害ヲ加ヘントシタル者ハ死刑若クハ無期徒刑ニ處スト在リテ其所爲自身法律ノ明文ニ依リテ一ノ犯罪トセラレタルカ如キ狀態アリ隨テ危害ヲ加ヘタル罪ニ非スシテ加ヘントシタルト云フ一箇獨立ノ犯罪ナリト謂フヲ得ルカ如シ然レトモ(一)凡ソ法律ニ於テ一ノ所爲ヲ一ノ獨立犯罪トシテ制スルニハ必ス其所爲カ法律犯ノ所爲ヲ爲サントノ意思ニ會合スルコト換言スレハ意思ト所爲トカ相伴ヒタル明文ノ要求スル條件ヲ充實シタルコトヲ要ス意思ノ如キ彼屋ニ進シテ所爲ノ未タ之ニ及ハサルモノハ常ニ其犯罪ノ豫備若クハ未遂罪ナリ今退テ本問ノ場合ヲ鑑ミンニ明文ハ危害ヲ加ヘタル所爲專動ト意思アリトトモニ以テ始メテ明文要求ノ條件ヲ充實シタルモノトセリ然ラハ其之ニ對シテ危害ヲ加ヘントシタル云云トハ是レ明カニ意思ハ危害ヲ加フルニ在リテ所爲ノ未タ之ニ及ハサルヲ意味スルモノニシテ明文上意思ト所爲トノ會合ヲ認メス隨テ危害罪ノ未遂罪以下ヲ規定シタルモノナリト認メルヲ得ルモ一箇獨立ノ犯罪ヲ規定シタルモノナリト謂フヲ得ス(二)加之條文ノ草案ヲ按スルニ本問所謂危害ヲ加ヘントシタル云云トアル場合ハ之ヲ種種ニ區別シ以テ危害罪ニ對スル未遂犯罪以下ノ規定トセリ由是觀之草案ニ危害ヲ加ヘントシタル云云トアルハ一箇獨立ノ犯罪ヲ規定シタルニ非スシテ危害罪ノ未遂犯罪以下ヲ規定シタルモノタルコトヲ明カニ知ル可シ然ルニ本問ノ場合ヲ見ルニ明文ハ危害ヲ加ヘタル所爲專動ト意思アリトトモニ以テ始メテ明文要求ノ條件ヲ充實シタルモノトセリ然ラハ其之ニ對シテ危害ヲ加ヘントシタル云云トハ是レ明カニ意思ハ危害ヲ加フルニ在リテ所爲ノ未タ之ニ及ハサルヲ意味スルモノニシテ明文上意思ト所爲トノ會合ヲ認メス隨テ危害罪ノ未遂罪以下ヲ規定シタルモノナリト謂フヲ得ス(三)加之條文ノ草案ヲ按スルニ本問所謂危害ヲ加ヘントシタル云云トアル場合ハ之ヲ種種ニ區別シ以テ危害罪ニ對スル未遂犯罪以下ノ規定トセリ由是觀之草案ニ危害ヲ加ヘントシタル云云トアルハ一箇獨立ノ犯罪ヲ規定シタルニ非スシテ危害罪ノ未遂犯罪以下ヲ規定シタルモノタルコトヲ明カニ知ル可シ然ルニ本問ノ場合ヲ見ルニ明文ハ危害ヲ加ヘタル所爲專動ト意思アリトトモニ以テ始メテ明文要求ノ條件ヲ充實シタルモノトセリ然ラハ其之ニ對シテ危害ヲ加ヘントシタル云云トハ是レ明カニ意思ハ危害ヲ加フルニ在リテ所爲ノ未タ之ニ及ハサルヲ意味スルモノニシテ明文上意思ト所爲トノ會合ヲ認メス隨テ危害罪ノ未遂罪以下ヲ規定シタルモノナリト謂フヲ得ス(四)凡ソ法律ニ於テ一ノ所爲ヲ一ノ獨立犯罪トシテ制スルニハ必ス其所爲カ法律犯ノ所爲ヲ爲サントノ意思ニ會合スルコト換言スレハ意思ト所爲トカ相伴ヒタル明文ノ要求スル條件ヲ充實シタルコトヲ要ス意思ノ如キ彼屋ニ進シテ所爲ノ未タ之ニ及ハサルモノハ常ニ其犯罪ノ豫備若クハ未遂罪ナリ今退テ本問ノ場合ヲ鑑ミンニ明文ハ危害ヲ加ヘタル所爲專動ト意思アリトトモニ以テ始メテ明文要求ノ條件ヲ充實シタルモノトセリ然ラハ其之ニ對シテ危害ヲ加ヘントシタル云云トハ是レ明カニ意思ハ危害ヲ加フルニ在リテ所爲ノ未タ之ニ及ハサルヲ意味スルモノニシテ明文上意思ト所爲トノ會合ヲ認メス隨テ危害罪ノ未遂罪以下ヲ規定シタルモノナリト謂フヲ得ス故ニ已ムヲ得ス此ニ出テタルモノナラン然ルニ皇室ノ御威德ヲ滿シ奈ルノ秋ヲ以上ヲ以テ危害ト云フコトト危害ヲ加ヘントシタルト謂フコトトノ危害罪ノ未遂犯罪以下ヲ規定シタルモノタルコトヲ論述シタリ是ヨリ于ハ尚ホ進ミテ危害ヲ加ヘントシタルトハ危害罪ノ未遂犯罪以下如何ナル程度マテヲ含ムモノナルヤヲ論究セン[illegible]欲スル[illegible]凡ソ犯罪ノ所爲ハ其既遂ニ至ルマテ漸次數段ノ階級ヲ踏ムモノナリ今之ヲ略述セハ先ツ內心ニ思想動ク(一)ヲ發シ進テ決心ト爲リ(二)轉然タル外部ノ舉動ト

爲ヲ第一ニ豫備及ニ實行ノ著手終ニ既遂ニ至ル間ノナリ然リ而シテ茲ニ危害ヲ加ヘントシタルトキハ危害罪ノ未遂犯罪ヨリ以事何レマテヲ包含スルモノナルカ若クハ換言スレハ單ニ著手若クハ缺效ノ未遂犯罪ノミヲ意味スルモノナルカ若クハ豫備ヲモ包含スルカ將タ尙未遂ニテ決心ヲモ含ムモノナルカ是レ大ニ研究スヘキノ問題タリ(一)本問ニ所謂危害ヲ加ヘントシタルト云フカ如キ用語極メテ廣濶ニシテ單ニ此文字アミニテハ何レヲナハ之ヲ含ミ何レヨリハ之ヲ含マストノ劃然タル標界ヲ定ムルヲ得ス隨テ予ハ信ス此用語自體ハ無制限ニシテ上ハ著手若クハ缺效未遂ヨリ下ハ決心ニ至ルマテ悉タ之ヲ包含セシムルヲ得ルモノナリト(二)然ラハ此危害ヲ加ヘントシタル云云ノ文字ハ絶對無制限ニシテ刑法上復タ他モ之ヲ制限スルノ規定アリサルカ曰タ凡ソ犯行アルモ犯意ナキトキハ勿論縱令犯意アルモ犯行ナキハ決シテ犯罪ト爲ラス是レ我刑法ノ全體ヲ貫通スル一大原則ナリ隨テ本問ノ場合ニ於テモ決心ノ如キ犯意ノミナリテ犯行ナキモノハ縱令言語文書ニ依リ外部ニ表示セラレタルトキト雖モ之ヲ罪トシテ罰スルヲ得ス換言スレハ危害ヲ加ヘン

トシタルトノ廣キ用語ハ之ヲ制限シテ決心ヲ包含セサルモノトセサルヘカラス(三)然レトモ右ノ大原則ハ又必スシモ如何ナル場合ト雖モ例外ヲ容ササル絶對的ノモノニ非ス或重大ナル場合ニノミ限リ法律ハ例外トシテ或種類ノ決心ヲ罰スルノ規定ヲ設ケ以テ此大原則ヲ制限キリ所謂例外トハ何ソヤ曰タ第百十一條首文ニ「罪ヲ犯サンコトヲ謀リ」云云ト在ルモノ即チ陰謀是ナリ陰謀トハ著手ノ所爲ニモ非ス又豫備ノ所爲ニモ非ス二人以上ノ謀議ニ依リテ成リタル犯罪ノ決心ナリ然ルニ危害罪ハ大罪中ノ大罪ニシテ本罪ノ規定ニ該當スヘキ犯罪ノ決心ナリ然ルニ陰謀ヲ罰スル規定アルノミナラス雖モ準ヘタル如ク危害ヲ加ヘントシタルトハ用語ノ極メテ廣濶ニシテ苟モ法律ニ禁セサル限リハ如何ナル場合ト雖モ曾之ヲ包含セシムルコトヲ得ヘキ性質ヲ有スル文字ナルカ故ニ茲ニ所謂「危害ヲ加ヘントシタル」トハ陰謀ヲモ包含スルノ謂ニシテ即チ第百十一條末文本條別ニ罪名ヲ記載シタル場合タルコト疑ヲ容レサル以上叙述シタル所ニ倣ヒ茲ニ危害ヲ加ヘントシタルトアルハ上ハ著手者タハ缺效未遂ヨリ下ハ豫備及ヒ決心ノ或場合即チ陰謀マテヲ包含スルモノト解釋スヘ

キ大ナリ而シテ公益ニ關スル罪ハ皇室ニ對スル罪 不敬罪

予ハ以上ニ於テ本罪ノ成立要素ヲ說明シ了リタリ而シテ處分法ニ付テハ解釋上格別說明スベキ點ナシ唯犯罪ノ客體ヲ異ニスルニ因リテ二箇ノ處分法アルノミ即チ若シ犯罪ノ客體カ一、天皇三后又ハ皇太子ナルトキハ危害ヲ加ヘ了リタルト危害ヲ加ヘントシテ未タ遂ゲザルトヲ問ハズ皆死刑ニ處シ(第一一六條)二、三后、皇太子以外ノ皇族ナルトキハ危害ヲ加ヘ了リタル場合ト危害ヲ加ヘントシタル場合トヲ區別シ危害ヲ加ヘ了リタル場合ハ死刑ニ處シ危害ヲ加ヘントシタル場合ハ無期徒刑ニ處スルコトトセリ(第一一八條)

第二節 不敬罪

皇室ニ對スル不敬ノ罪ハ第百十七條及ヒ第百十九條ニ在リ第百十七條ニ曰ク「天皇三后皇太子ニ對シ不敬ノ所爲アル者ハ三月以上五年以下ノ重禁錮ニ處シ二十圓以上二百圓以下ノ罰金ヲ附加ス皇陵ニ對シ不敬ノ所爲アル者亦同シ」ト又第百十九條ニ曰ク「皇族ニ對シ不敬ノ所爲アル者ハ二月以上四年以下ノ重禁錮

ヲ故ニ若シ本年度豫算不成立ノ場合ニハ前年度ノ豫算ヲ施行スベシトアル所ハ前年度ノ豫算ヲ本年度ノ豫算トシテ施行セヨトノ命令ナリ故ニ本年度ニハ前年度ノ豫算ト同シキ本年度ノ豫算ヲサラ前年度ノ豫算ヲ其儘ニ行フニアラズ本年度ニハ縱令豫算成立セサルモ法ノ結果ニ由リ本年度ノ豫算アリ故ニ若シ本年度ニ於テ豫算成立セサルトキハ本年度ノ豫算即チ前前年度ノ豫算ト同シキ豫算ヲ施行スベキナリ前前年度ノ豫算ヲ施行スルハ即チ前年度ノ豫算ヲ施行スル所以ナリトス

第三章 條約

第一節 條約ノ性質

國家ノ意思ハ種種ノ形狀ニ依リテ表ハル或ハ立法ノ手續ニ依リテ表ハレ或ハ命令ト爲リテ表ハレ或ハ條約ト爲リテ表ハル所ナリ國家支配ノ下ニ在ル目的物ニ依リテハ立法事項ノ範圍ト條約締結事項ノ範圍トヲ區別スルヲ得サルナリ立法手續ハ唯リ法規ヲ規定スルノミニ限ラス國家

ノ他ノ事項ニモ之ヲ應用シ得ベシ之ト同シク國家カ施行シ得且ツ他人ヲ得ル事件ハ總テ國際條約ノ目的物タルヲ得ルカ故ニ國際條約締結ノ要件トシテ力ニ關スル規定ハ立法ニ關スル原則ト一致調和セサルヘカラサルナリ何トナレハ若シ然ラサレハ此兩形式中ノ一ニ關スル法規ハ他ノ手續ノ應用ニ因リ書餅ニ屬スル恐アリ而シテ單位ノ國家ニ矛盾ノ意思アルヲ推定シ得サレハナリ今此一致調和ノ存スル所以ヲ説明センニハ又條約ノ締結ニ於テ生スル意思表示ノ性質ヲ解説スルヲ肝要ナリトス

法令ハ國家一方ノ意思行爲ナレトモ條約ハ雙方行爲ナリ條約ハ國家ナル同等ノ當事者ノ間ニ結ハルル約束ニシテ國家ハ條約ニ依リ或ハ或物ヲ與ヘ或ハ或事ヲ爲シ又ハ爲サヽルノ義務ヲ負フナリ故ニ條約ハ決シテ獨立シテ內部ニ向テ即チ臣民官廳ニ對シ法ノ效力ヲ有スルモノニアラス唯外部ニ向テ效力アルノミ此一點他ノ意思行爲即チ法律命令ト異ナル所ナリ法律命令ハ國家ノ臣民官廳ニ對スル命令ナリ決シテ外部ニ對スルモノニアラス條約ハ法律行爲ナリ此法律行爲ニ因リ唯相手方カ獨リ權利ヲ得義務ヲ負フナリ然レトモ總テノ契

約ト同シク常ニ必スシモ履行サルルモノト定マルモノニアラス多クノ條約ハ實行ナレスシテ止ムコトアリ時トシテハ雙方ノ默諾ニ由リ時トシテハ一方カ實行ヲ逼リ得ス又ハ逼ルヲ欲セサルニ由リ實行ナレスシテ止ムコトアリ而シテ其條約ヲ履行スルカ又ハ履行セスシテ國際法上ノ制裁ヲ受クヘキヤハ常ニ國家其モノノ意思如何ニ由ルノミニシテ決シテ臣民官府ノ知ル所ニアラサルナリ臣民官府ハ決シテ國際條約ニ因リ義務ヲ負ハシメラルルモノニアラス唯國家獨リ其履行ノ義務ヲ負フモノナリ而シテ唯其義務ヲ履行スル爲メニ法律命令ヲ發スルニ過キス例ヘハ日本ト朝鮮ト對清同盟ヲ結フトキハ此同盟條約ハ直接ニ吾人臣民ヲ拘束スル法令ノ效力アルモノニアラス唯吾人臣民ハ開戰ノ際ニ國家ノ命令ニ從ヒ召集ニ應シ司令官ノ命令ニ服シ法律ノ命スル軍費ヲ出スノ義務アルノミ此命令ナクンハ隨意ニ直接ニ對清同盟ヲ履行スルノ義務ナキナリ之ト同ク甲乙兩國間ニ或事件ヲ同一ノ定ニ從ヒテ管理セン關稅ハ如何ノ割合ニセントノ條約ヲ結ヒタルトキハ此條約ハ決シテ其事務ニ任スル官府官吏ヲ拘束スルモノニアラサルノミナラス猶ホ官府ハ條約ヲ其官職上ノ行爲

ノ標準ト爲スヲ得サルナリ

上級官府ヨリ其條約ニ從ヒテ行爲ネヘキ命令ナキ間ハ官府官吏ハ唯國家ノ命スル官制、勅令等ニ依リ事務ヲ取扱フノ外條約ニ從フ義務ナキモノトス

若シ又條約ニシテ當事者ノ國ニ成立セル法令ヲ變更廢止シ又ハ新令ヲ創發スヘキ趣旨ヲ含ムトキハ此條約ハ當然此等ノ法文ヲ變更廢止、創定スルノ效力アルモノニアラス唯相手方ノ國ヲシテ此變更廢止、創定ヲ爲スヘキ法文ヲ發スルノ義務ヲ負ハシムルニ過キス此法文ヲ發スルモハ國法ニ適シタル命令ヲ要スルナリ

是ニ由リテ之ヲ觀レハ條約ヲ締結スルモ其結果トシテ決シテ法規又ハ行政規定ヲ生スルモノニアラス唯國家ヲシテ之ヲ發セシムルノ義務ヲ負ハシムルニ過キサルモノナリ國家ハ此法令ヲ發シテ始メテ條約上ノ義務ヲ履行スルモノニテ官府、臣民カ此法令ニ服從スルハ是レ條約ヲ遵奉スルニアラス國家ノ命令ニ服從スルナリ故ニ縱令兩者間ニ或條約カ有效ニ締結セラルルモ若シ一方ノ國ニ於テ法令ヲ發シテ之ニ服從スベシト云ハサルカ又ハ其法令ニシテ國法上ノ手續ヲ履マスシテ發セラレタルトキハ其國ノ官吏臣民ニ對シテハ此條約ノ實質ハ全ク行ハレサルニ至ルモノト見ルヲ得ヘキナリ若シ此ノ如キ條約不履行ノ場合ヲ生シタルトキハ當事者ハ國際上ノ制裁ヲ免レサルコトアルヘキモ私法ニ於ケルト同シク國際上ノ條約ニ於テモ不履行ノ場合決シテ生シ難ハサルニアラス例ヘハ獨逸帝國ト墺太利トノ「プラーグ」條約第五條ニ於テ「ノルド、シュレスヴィヒ」ヲ丁抹ニ分割セント約シタルカ如キ是ナリ

此區別ハ條約ヲ告示セサルトキニ於テ認ムルヲ得ヘシ條約ハ之ヲ告示セサルモ當事者ニ於テ其義務ヲ負フヘキハ少シモ異ナルコトナシ然レトモ人民官府ハ條約殊ニ秘密ノ條約ニ拘束サルヘキ謂レ毫モ之ナシ唯此條約履行ノ爲メニ發シタル國家ノ國法上有效ナル法令ニ服從スヘキノミ且ツ其法令ハ此條約ニ基キテ發シタルモノナルコトヲ發表スルニモ及ハサルナリ國法上ハ唯國權ノ發レタル命令ニ注意スヘキノミ出典命令ハ直接ニ國民ニ對シテ法律命令トハ全ク別條約ノ性質既ニ此ノ如シ故ニ此條約ト條約實行ニ關スル法律命令トハ全ク別物ナリ而シテ條約ハ通常交互的ノ保證ヲ含有シ其外法令ヲ發スルコトモ關ス

ルコトアリ其法令中ニハ新ニ行政規定又ハ法規ヲ發スルニ關スルコトアリ或ハ既ニ成立セル制度ヲ廢止變更スルニ關スルコトアリ故ニ條約ヲ履行セント欲セハ必ス官府臣民ヲ拘束スル法律命令ヲ憲法法律ノ命スル手續ニ從ヒ之ヲ發シテ以テ始メテ之ヲ完ウスルヲ得ヘキナリ之ニ反シテ此手續ニ依ラス唯條約ヲ告示シタルノミニテハ決シテ其國內ニ拘束力ヲ生スルコトナシ何トナレハ條約ノ締結ハ國家カ自己ニ或義務ヲ負フト云フ意思ヲ發表スルニ過キス而シテ此締結アリタル事實ヲ告示スルモ此條約ヲ遵奉セヨト命スル獨立ノ命令ニアラサレハナリ命令ハ法律ニセヨ勅令ニセヨ憲法上ノ手續ヲ履ミテ發スルニアラサレハ之ニ服從スル義務ナケレハナリ但シ或場合ニハ條約ノ公布アレハ國法上ノ行爲アリタルモノト推定スルコトヲ得ヘキコトアルヘシ

「ヴォルシ」ハ國際法及ヒ條約ノ觀念ニ付キ稍異ナル見解ヲ有スルカ如シ氏曰ク國際法ナルモノハ特別ニ存スルコトナシ世ニ所謂國際法トハ唯外部ニ對スル國法ヲ指シテ云フノミ國際間ノ條約ハ法律上ノ性質モ國際上ノ性質モ有スルコトナシ唯條約ニ批准ヲ與フルハ法律上ノ行爲タルコト恰モ法律ニ裁可ヲ與フル

ト同シ故ニ條約ニ法ノ效力ヲ與フルハ即チ批准ニ在リ批准ハ條約ヲ遵奉セヨトノ主權者ノ國民ニ與フル命令ナリト然レトモ此論ハ正當ナリト謂フヲ得ス總令國際法ハ對外ノ國法ナリトスルモ國家カ互ニ條約ヲ結ヒテ始メテ法律關係ヲ生シ交互ニ國家的ノ行爲ヲ爲スヘキ義務ヲ負フモノハニテ而シテ此等ハ法律上ノ行爲ノ效力其モノハ唯外部ニ對スル當事者タル國家ニ向テノミ働クモノニテ決シテ內部ニ向テ其働ヲ及ホスモノニアラサルナリ殊ニ屢起ル所ノ秘密條約ナルモノハ其之ヲ締結シタル國ノ間ニハ國際法上ノ拘束力ヲ生スルコト疑ナシト雖モ曾テ其批准セラレタル條約ナルカ爲ニ其國ノ法令ト爲ラサルハ炳然復タ一點ノ疑ヲ容ルヘキ餘地ナキナリ況ヤ他ノ國ニ對シテ締結シタル條約ヲ其國民ニ對シテ發セタル命令ナリトハ如何ニスルモ解シ能ハサルニ於テヤ

「ヴォルシ」モ一方ニハ國際間ノ條約ハ實際法律上ノ性質モ又國際法上ノ性質モ有セスト曰ヘトモ他ノ一方ニハ批准書交換ハ即チ交互ノ受諾ト爲スヘキモノナルユヘ條約締結ニハ批准書交換ノ在リタルコトヲ明白ニ告示スルヲ要スト曰ヘリ然レトモ何故ニ法律上ノ性質ヲ有キサル條約締結ニ受諾ヲ證スヘキ批

雅書交換ヲ明示スルノ要アルカ是レ殆ト解スヘカラサルコトナリト謂フヘキ也

第二節 條約締結ノ機關

條約ハ國家相互間ノ契約ナルヲ以テ法律上條約ヲ締結スル當事者ハ國家自體ナリ然レトモ國家ノ爲メニ條約ヲ締結スルモノハ各國國法ノ規定ノ異ナルニ從ヒ自ラ其機關ヲ異ニスルナリ共和國ニテハ大統領締結權ヲ掌リ(但シ瑞西國ニ於テハ國會州會ヨリ成ル聯邦議會之ヲ掌レリ)君主國ニ於テハ君主之ヲ掌ルヲ通常トス我國ニ於テハ憲法第十三條ニ依リ條約締結權ハ天皇ニ屬スルコト明白ナリ但シ天皇ハ自ラ條約締結ノ全部ヲ行フモ亦他ノ機關ヲシテ其一部ヲ行ハシムルモ其自由トスル所ナリ

國ニ依リテハ條約締結機關ノ行爲ニ制限ヲ附スルコトアリ即チ國家元首ノ條約ヲ締結スルニ他ノ機關ノ協贊ヲ經セシムルコトアリ若シ憲法ニ此ノ如キ附款アレハ如何ノ效力アルヤニ付キ多少ノ爭議アリ「グナイスト」「ラバンド」「マイヤル」等ハ國法上締結權ノ作用ニ制限ヲ附スルモ國際法上ニ於テハ其權限ニ制限アルコトナシ國法上元首ノ權限ヲ制限スルモ其全部代表權ヲ制限スル效力ナシト曰ヘリ之ニ反シ「シュルチェー」「ブレーデベト」「ツォルン」等ハ國法上元首ノ條約締結權ニ制限ヲ附スレハ即チ國際法上モ亦其效力ヲ有スヘシト曰ヘリ殊ニ「マエイル」ノ如キハ斯ル場合ニハ條約締結權ハ元首ト協贊機關トニ共屬スト曰ヘリ

然レトモ條約ノ締結ト締約ノ協贊トハ之ヲ區別スルヲ得ヘシ締結者ト協贊者トハ之ヲ區別スルヲ得ヘシ協贊ノ機關ハ唯元首ノ締結行爲ニ異議ナキコトヲ發表スルニ過キスシテ自ラ締結スルモノニアラス例ヘハ合衆國ノ大統領ハ元老院ノ協贊ヲ以テ條約ヲ結フモ條約締結ハ即チ大統領ノ行爲ナリ條約ノ提案及ヒ批准ハ大統領ノ爲ス所ナリ固ヨリ大統領ノ條約締結ノ意思ハ元老院ノ協贊ヲ受ケタルモノナレトモ其協贊ニ由リ締結ヲ爲スハ大統領ノ意思ニ發スルナリ未成年者カ或法律行爲ヲ爲スニハ後見人ノ許可ヲ受クルコトヲ要スルトモ後見人ハ其行爲ノ當事者タラサルナリ猶ホ君主國ニ於テ君主カ法律ヲ裁可スルニハ議會ノ協贊ヲ要スルモ之カ爲メニ君主ノ立法權ヲ否認スル能ハサル

ト同一ナリ但シ協賛ヲ經スシテ締結シタル行爲ノ效力ニ付テハ稍疑ナキ能ハサルカ如キハ條約締結ニ議會ノ協賛ヲ爲スモ其協賛ハ唯副的行爲ニシテ君主ノ主的行爲ヲ補充スルニ過キスト曰ヘルヨリ推考スレハ其條約ハ取消ヲ爲スコトヲ得ルモ全ク無效ニハアラスト爲スモノノ如シ然レトモ民法上ニ於テ未成年者カ後見人ノ許可ヲ受ケスシテ爲シタル法律行爲ハ總テ全然無效ニセサル場合ト條約トハ少シク區別シテ論セサルヲ得サル(ベシ蓋シ民法上ニ於テ未成年者カ後見人ノ許可ヲ受ケスシテ爲シタル法律行爲ヲ全然無效トセハ所以ハ素ト未成年者ノ利益ノ爲メニ許可ヲ受クルコトニセルヲ以テ未成年者モ後見人モ之ヲ其利益ナリト信スルモノヲ無效トスル理由ナキニ由ルナリ之ニ反シ權限ヲ制限スル爲メニ設ケタル規定ヲ侵セハ民法上ニ於テモ之ヲ無效トスルコトアリ(例ヘハ後見人カ親族會ノ許可ヲ受クスシテ爲シタル行爲ノ如シ)公法上ニ於テハ殊ニ然リトス故ニ條約締結ニ要スヘキ協賛ヲ經サルトキハ國際法上ニ於テハ有效ノ締結行爲ト爲スヲ得サルナリ(中略)然レトモ此事ハ唯我國カ他國ニ條約ヲ締結スルニ際シ注意スヘキ點ニシテ我國法上ニ於テハ斯ル附款存スルナキヲ以テ天皇ハ條約ノ締結ニハ少シモ制限ヲ受クルコトナキナリ(中略)天皇ノ國法上有效ニ締結シ得ル範圍内ノ條約ハ國際法上ニ於テモ亦全然有效ナリ但シ我國カ他國ト條約ヲ締結スルニ際シ其相手方ノ國法ノ規定ノ如何ハ由リ締結シタル條約ノ效力ニ付キ差異アルユヘ締結權ノ制限ノ有無ハ常ニ之ヲ顧慮スルヲ要スルナリ(中略)

第三節　條約ト立法トノ關係

國家ノ元首カ外國ト條約ヲ締結シタルトキハ其條約ハ國内ニ於テ如何ノ影響ヲ有スルヤノ問題ニ答辯ヲ附スルハ頗ル難事ニ屬ス事制君主國ニ於テハ條約ノ締結ニモ法律ノ制定ニモ他ノ機關ノ制限ヲ受ケサルユヘ斯ル問題ヲ生スルコトナシト雖モ立憲君主國ニ於テハ君主ハ立法權ノ行使ニ他ノ機關ノ制限ヲ受クルヲ以テ若シ條約ノ事項立法事項内ニ屬スルトキハ此制限ハ如何ノ變動ヲ受クルモノナルヤノ問題ヲ生スルナリ(中略)

先ヅ條約事項ハ憲法上君主ヲ他ノ機關ノ協贊ヲ要セズシテ命令ヲ發シ得ル範圍內ニ屬スル場合ヲ見ン此場合ニ於テモ君主カ他國ト條約ヲ締結スルヤ國內ニ於テ直チニ其效力ヲ生スルモノニアラサルカ如シ何トナレハ既ニ前ニ述ヘタル如ク條約ハ國家相互間ニ於ケル意思行爲ナルヲ以テ其拘束力ハ直接ニ條約締結ノ當事者タル國家其モノニ對スルノミニシテ第三者タル國內ノ或關節員モ對シテ生スヘキモノニアラサルヲ以テナリ但シ國家ノ元首ニ國家ハ他ニ對シ條約ニ依リテ負擔シタル義務ヲ履行スル爲メニ其範圍內ニ屬スル命令權ヲ應用シテ官廳又ハ人民ニ對シ命令ヲ發セサルヘカラサルヲ以テ此命令ニ由リテ條約規定ノ實質モ國內ニ效力ヲ有スルニ至ルヘキナリ但シ其公布ノ方法ハ必スシモ通常ノ命令ト其形式ヲ同シクスヘキヤ不可カシ例ヘハ條約ヲ官報ニマテ公布スルトキハ命令トシテ公布セラレタルモノトハ推測ニ依リ命令タル效力ヲ有スヘシ條約ニテ負擔シタル義務ハシテ締結者ノ意思範圍內ニ於テ全然實行シ得ヘキモノナルトキハ其條約事項ニ付キ國法上公布ヲ爲スヲ以テ足レリトナス

然レトモ若シ條約事項ニシテ國家ノ他ノ機關ヲシテ其履行方法ニ參與セシムルヲ要スルトキハ國法上ノ規定ニ從ヒ公布スルヲ必要ナリトス殊ニ條約事項ノ立法範圍ニ屬スルトキハ命令ノ場合トハ全ク其狀態ヲ異ニスルヲノトス條約實行ノ法律ハ議會ノ協贊ヲ經サルヘカラス此協贊ヲ求ムル方法ニ付キ歐洲各國ニ二種ノ主義アリ第一ノ主義ニ於テハ條約締結ニ付キ議會ノ協贊ヲ求ムルモノニアラス條約締結ノ授權又ハ締結條約ノ實行法律ヲ議會ノ協贊ニ付スルナリ是レ方今英國獨逸國等ニ於テ行ハルル主義ナリ第二ノ主義ニ於テハ條約其モノヲ議院ニ提出シ議院ノ議決ノ目的物ト爲スナリ之ヲ白耳義主義ト曰フ此等ノ主義ニ對シ條約ト立法トノ關係ニ付キ學者ノ論スル說ニ三種アリ

第一ノ說ニ曰ク第一ノ主義ヲ採用セル國ニ於テハ既ニ締結シタル條約ハ執行法律ヲ發スル前ニ既ニ國際法上有效ノ條約トシテ存在スルナリ故ニ若シ議會カ執行法律ノ制定ニ付キ其協贊ヲ拒ムトキハ國法上執行スルヲ得サルニ至ルモノニシテ條約ハ依然トシテ有效ニ存在スルナリ而シテ此關係ハ第二ノ主義

ヲ採用セル國ニ於テモ異ナルコトナク苟モ憲法ニ反對ノ規定ナキ以上ハ議院ノ協贊ハ唯國法上ノ執行ノミニ影響ヲ及ホスニ過キスシテ條約ノ國際法上ノ存在ニハ少シモ關係ヲ及ホスモノニアラスト此說ヲ主張スル者ハ「アルナイスト」「ラバンド」等ナリ

第二ノ說ニ曰ク條約ノ效力ハ之ヲ分ツコトヲ得ス內ニ對シテ無效ナルモノカ外ニ向テ有效ナルヲ得サルナリ議會ノ協贊ヲ得サルモノハ絕對ニ無效カルヘシ第二ノ主義ヲ採用セル國ニ於テモ條約ノ國際法上ノ存在ハ議院ノ協贊ノ有無ニ關ス而シテ議院ノ協贊ハ條約ノ批准以前ニ之ヲ與ヘサルヘカラス若シ議院ノ協贊以前ニ批准ヲ爲セハ其條約ハ無效タリ故ニ議院ノ協贊ハ唯リ條約執行ノ法律ノミナラス締結ノ效力ニモ關スルモノトスト此說ハ「エマイエル」ノ主張スル所ナリ

若シ憲法上ノ規定ヲ以テ白耳義佛蘭西ニ於ケル如ク條約ノ締結ヲ議院ノ協贊ニ附スベシト爲ससカ又ハ和蘭西班牙等ニ於ケル如ク批准以前ニ議會ノ協贊ヲ經ヘキコトト爲セルトキハ疑ヲ生スル人餘地ナシト雖モ填太利普漏西獨逸帝國等ニ於ケル如ク憲法ニ規定稍不明了ナル所ニ於テハ議院ノ協贊ハ條約ノ締結ニ要スルカ又ハ條約執行法律ノミニ要スルカ多少ノ疑ヲ生スル所ナリ普漏西等ノ憲法ニハ條約ノ有效ナルニハ議院ノ協贊ヲ要ストノ規定アリ然レトモ此等ノ國ニ於テモ凡テ條約ハ元首之ヲ締結ストノ一般ノ原則ヲ掲ケルヲ以テ議會ノ協贊ハ條約ノ締結ノ完成ニハ影響ヲ有スルモノニアラサルコトハ多數學者ノ一致スル所ナリ(但シ「エマイエル」「シュルチニー」「ブレブスト」「ヴォルン」「サールウヘイ」等ハ反對ナリ)故ニ此等ノ國ニ於テハ條約事項ノ立法範圍ニ屬スルトキハ議會ノ協贊ヲ經サルヘカラサルコトハ固ヨリ論ナキ所ナリ但シ議會ハ之ヲ協贊スヘキ義務アルヤ又ハ自由ノ議決ヲ以テ協贊ヲ與ヘサルヲ得ルヤノ問題ハ猶ホ殘留スルナリ

然ルトキハ天皇ハ條約ヲ締結ストアリ而シテ別ニ何等ノ附款ナキヲ以テ一タヒ條約ヲ締結シタル事項ハ公布スレハ直チニ國法タル效力ヲ生スルヤ否ヤ立法ノ範圍ニ屬スルコトハ直チニ法律タル效力ヲ生スルヤ否ヤノ問題ヲ生スルナリ

或ハ曰ハシ獨逸帝國普墺諸國ノ憲法ニ於ケル如ク條約ノ有效ナルニハ議會ノ協賛ヲ要スト之規定ノ在ル所モ於テハ條約締結ノ公布アルモ直チニ以テ法律タル效力ヲ生ズト雖トモ然レトモ吾國ノ憲法ニ於テハ斯ル規定ナキヲ以テ議會ノ協賛ハ條約事項ノ國内ニ於ケル效力ニ少シモ關係アルコトナシ憲法上天皇ハ條約締結ノ全權ヲ有ス全權ヲ有スル天皇カ締結シタル條約ハ其外ニ對シテ有效ナルコトハ論ナキナリ而シテ外ニ對シテ有效ナルモノハ又直チニ内ニ對シテモ有效ナラサルヘカラス條約ハ決シテ内外ニ因リ其效力ヲ異ニスルヲ得サルナリ故ニ外ニ向テ有效ナル條約事項ハ亦當然内ニ對シテ執行セラレ得ヘキモノナリ抑モ條約ハ一般ノ契約ト同シク當事者ノ合意ニ因リ權利義務ヲ創立スルモノナリ然レトモ國家ヲ代表シテ他ノ國家ト條約ヲ締結シ得ルモノハ國家ヲ義務ニ附シ得ルト同時ニ國家ノ機關國家内ノ人格ヲ義務ニ附シ得サルヘカラスト [illegible] 機レトモ此説ハ憲法規定ノ意義條約ノ性質及ヒ條約締結權ノ範圍ヲ害ニセサルノ議論ナリト謂ハサルヘカラス既ニ述ヘタル如ク條約ハ國家相互間ニ存ス

ル合意ナリ條約ノ締結ハ一國ノ他國ニ對スル意思行爲ナリ條約ノ批准ハ他國ニ對スル意思發表ナリ國内ニ向テ發スル命令ニアラサルナリ國家ノ臣都ニ對スル意思行爲ニアラサルナリ國家ノ官廳臣民ニ對スル法令ノ裁可ニアラサルナリ條約ハ法令トハ全ク其意思ノ方向ヲ異ニス故ニ當然國内ノ他ノ人格又ハ機關官廳ニ對シ效力ヲ有スルコトナキナリ憲法第十三條ニハ天皇ニ條約締結權ヲ存スルコトヲ規定セルモ此規定タルヤ缺シテ憲法ノ他ノ規定ヲ破ルカキ效力ヲ有スルモノニアラス則チ締結權ハ立法權ノ例外ト爲ルモノニアラス條約ノ締結ト立法ノ作用ト就レモ原則タルヤ論證シ得サルナリ此兩規定ハ併行ノ規定タリ猶ホ天皇ハ陸海軍編制權ヲ有スルモ法律ノ定メタル所ニ依リテ臣民ノ負擔スル兵役義務ニ關セス兵員ヲ定メ得サルト同シ蓋シ憲法ニ天皇ハ諸般ノ條約ヲ締結スト規定セルハ唯單ニ條約締結權ヲ存在スル所ヲ明カニシタルニ過キス即チ他ノ機關ノ權限ニ屬セサルコトヲ明カニシタルニ過キサルナリ此條文ヨリ天皇ノ締結シタル條約ハ内外共ニ效力ヲ有スト決定スル如キハ謬論タルヲ免レサルナリ此條文ハ唯條約ヲ締結スヘキ機關ヲ指示シタルニ

過キスシテ其代表權ノ範圍ヲ規定シタルモノニアラス代表權ノ範圍ハ特別ノ規定ナキ以上ハ憲法一般ノ規定ニ從ヒ之ヲ決定セサルヘカラサル故ニ普魯西獨逸帝國等ノ憲法ニ條約ノ有效ナルニハ議會ノ協贊ヲ要スト規定セルモ是レ必スシモ必要ノ規定ニアラサルナリ但シ彼國ニハ斯ル規定ヲ設クヘキ特段ノ理由ノ存スルニ由ルナルヘシ(即チ唯戒事件例ヘハ通商條約ニノミ協贊ヲ要ス他ニハ協贊ヲ要セストノ意味ナリ)

此ノ如ク論スルトキハ條約ノ事項ニシテ立法事項ニ屬スルモノナルトキハ必ス議會ノ協贊ヲ經サルヘカラサルモノナルコトハ自ラ明カナリ故ニ我憲法ニ於テモ議會ハ此條約事項ニ對シ必ス協贊ヲ與ヘサルヘカラサルカ又ハ一般ノ法律案ト同シク協贊スルト否ヤハ全ク其自由トスル所ナルヤノ問題ヲ生スヘシ

議會ハ必ス協贊ヲ與ヘサルヘカラスト爲ス論者ノ一派ノ言フ所ニ依レハ凡ソ國家ハ明示ノ承認ニ因リ又ハ連續ノ慣行ニ因リテ客觀的ノ國際法規ヲ自己ノ國法上ノ法規ト爲スモノナリ故ニ國際法ハ一國ノ他國ニ對シ國權ヲ實行スルニ

付キ遵守スヘキ法規ト爲スコトヲ得隨テ國際法ハ形式上ニ於テモ國家自己ノ法即チ國法タリ是ニ由リテ之ヲ觀ルニ國際法上或義務ヲ負擔スルトキハ是レ即チ國法上ノ行爲ナリ國際法上有效ナルモノハ同時ニ亦國法上ニモ有效ナラサルヘカラス國家ノ代表者カ既ニ國際法上有效ニ國家ヲ義務ニ附シ得ハ國法上ニ有效ニ亦之ヲ執行セサルヘカラサルノミナラス又實ニ執行シ得サルヘカラス執行シ得サルヘカラストハ執行ニマツテノ法律上ノ權力方法ヲ有セサルヘカラサルコトヲ意味スルナリ即チ國家ヲ義務ニ附シ得ヘキ元首ハ亦執行ノ作用ヲ爲ス權限ヲ義務ニ附スヘキ權力ヲ有セサルヘカラス故ニ議會ハ元首ノ條約締結權ノ作用ニ基キ其執行法律ニ協贊ヲ與ヘサルヘカラサル義務ヲ負擔スルモノナリト云フニ在リ

然レトモ國際法ハ即チ國法ニシテ條約ノ締結ハ即チ國法上ノ行爲ノ一種ニ屬スト云フトキハ議會協贊權ノ制限ハ蓋シ之ヲ否認セサルヲ得サルヘシ何トナレハ議會ノ協贊權ハ國法上明文ノ規定ナキ以上ハ獨立ナルコト原則ナルヲ以テ元首ノ國法上ノ或行爲ノ爲メニ制限セラルルノ理ナケレハナリ若シ夫カ命令ノ

發布ヲ以テ法律ノ協贊ヲ左右シ得サルト同シク條約ノ締結ヲ以テキ亦立法協贊權ヲ左右シ得サルナリ凡ソ立憲君主國及ヒ大統領制共和國ニ於テハ國家代表者ノ法律上爲シ得ル行爲ノ範圍ハ制限的ノモノナリ即チ此等ノ國ニ於テハ議會ハ其權限ノ範圍內ニ於テハ元首ノ意思ニ對スルコトヲ得ルナリ故ニ元首ハ唯其自ラ履行シ得ル行爲ヲ有效ニ約束シ得ルニ過キサルナリ其執行ニシテ元首ノ自ラ處分シ得サル範圍ニ關スルトキハ元首ハ獨立シテ國家ニ義務ヲ附シ得サルナリ何トナレハ執行法律ニ議會ノ協贊ヲ得ルコトハ其權力ノ範圍內ニ屬セサルヲ以テナリ故ニ條約ニシテ明暗共ニ其履行カ元首ト對立スル機關ノ協贊ヲ必要トスル事件ニ關スルトキハ無條件ヲ以テ締結スルヲ得サルナリ其他ノ一派ノ言ヲ所ハ第一派ト稍其論點ヲ異ニス曰ク國家ヲ義務ニ附シ得ル權利ヲ有スルモノハ亦各箇ノ機關ニ義務ヲ附シ得ル權ヲ有スルコトハ疑ナカルヘシ國家ヲ義務ニ附スル無制限ノ權ヲ有スルモノハ亦國家ノ總テノ機關ヲ義務ニ附スル無制限ノ權ヲ有スヘシ若シ君主其代表權ニ依リテ國際法上國家ニ義務ヲ附スル無限ノ權ヲ有セハ亦國家ノ機關タル議會ニ其執行法律ニ協贊

ヲ與フヘキ義務ヲ科シ得ヘシ議會ハ國家ノ代表者ニ依リ國家ノ負ヒタル義務ヲ執行スヘキ法律ニ協贊ヲ與フヘキ義務ヲ負フヘキナリ若シ議會ニシテ此義務ニ反シ執行法律ノ制定ニ協贊ヲ與ヘサル如キアラハ是レ議會ハ國法上ノ不法行爲ヲ爲シ元首ノ條約締結權ノ實行ヲ妨ク國家ヲシテ國際法上ノ義務違反ニ陷ラシムルモノナリ凡ソ條約ノ執行ハ唯リ國法上ノ意義ヲ有スルノミナラス又國際法上ノ義務ヲ履行スルモノナリ元首ノ國法上ノ執行ヲ妨クルモノハ亦國際法上ノ履行ヲ妨クルモノナリト是レ亞米利加法學者ノ曾テ主張シタル所ナリ

此說ハ第一派ノ如ク國際法上ノ行爲ヲ直チニ國法上ノ行爲ト同視スルニアラサルモ其條約締結ナル行爲ハ同時ニ國家機關ニ義務ヲ附スルモノト爲スハ則チ一ナリ然レトモ議會ノ制限ナキ協贊權カ元首ノ條約締結ノ行爲ノ爲メニ制限ヲ受クルトハ之ヲ明文ニ依ラスシテ推測シ得ルノ理ハ如何ニシテモ之ヲ發見スルヲ得サルナリ故ニ此實際上ノ不便ヲ避クル爲メニ或學者ノ如キハ元首カ立法事項ニ屬スル

コトヲ條約ニ附セントスルトキハ條約締結前ニ先ツ議會ノ協贊ヲ求メサルヘカラスト論スト雖モ是レ唯政治上ノ希望ニシテ法律上ノ義務ト謂フヲ得サル

以上ノ說ニ反シ一方ニハ議會ノ協贊權ハ一般ノ場合ト同シク全ク自由ナリト爲ス論者アリ此論者ノ中ニモ亦議論二派ニ岐ル其第一派ノ論スル所ニ依レハ代表權ヲ有スル元首カ條約ヲ締結シタルトキハ其條約ハ國際法上既ニ有效ナリ然レトモ國法上ニ於テハ直チニ執行力ヲ生スルモノニアラス議會ハ自由ノ協贊權ヲ有スルモノナルニハ若シ議會カ其執行法律ノ制定ニ協贊ヲ與ヘサルトキハ國法上ハ執行スヘカラサルモノト爲ルナリ時トシテ議會ハ事實上協贊ヲ與フルコトアルモ法律上ハ與ヘサルヘカラサルノ理ナシ隨テ國際法上有效ノ條約ニシテ國法上ニハ執行シ得サル場合ヲ生スト此說ハ「グナイスト」「ラバンド」「グ、マイエル」等ノ唱フル所ナリ

然レトモ國法上執行シ得サル事項カ國際法上ニ於テ當然有效ノ條約トシテ存在シ得ルトハ實ニ實際上不穩當ノ說タルノミナラス法理上ニ於テモ亦排斥セ

ヘキ說明ナリトス凡ソ國際法モ國家法モ等シク國家ノ意思ニ基クモノナルコトハ前論第一派ノ說ニ言フ所ノ如シ若シ果シテ然ルトキハ等シク國家ノ意思ニ基ク結果中ニ此ノ如ク有效ト執行不能トノ反對カ當然ニ生シ得ヘキ理ハ如何ニシテモ之ヲ推測スルヲ得サルナリ尙ホ「グナイスト」ノ言フ所ヲ見ルニ國家カ條約ニ依リテ受クル拘束ハ縱令國內ニ於テ議會カ執行法律ニ協贊セサルモ少シモ變スルモノニアラス故ニ政府ハ百方手ヲ盡シテ議會ノ協贊ヲ得ルコトヲ力メサルヘカラス若シ此ヲ遠シ得スンハ則チ條約違反ト爲リ場合ニ由リテハ開戰ノ宣告ヲ受クルヲ辭スルヲ得ナルヘシト曰ヘリ然レトモ議會カ其法律上當然ノ職權ヲ以テ作用スルニ反テ開戰ノ效果ヲ生ストハ甚タ聽ナシト謂ハサルヘカラス天下豈此ノ如キ法理アランヤ

是ニ於テ第二ノ論者ヲ生シタリ(此論者ノ說ハ前述ノ第一第二ノ說ニ對シ第三ノ說ト爲ル)其說ニ曰ク凡テ條約ハ(此狀態ニ於テ)附款ヲ以テ締結セラルルモノナリ若シ國家ノ代表者カ執行法律ノ生スヘキ條件ノ下ニ條約ヲ締結シタルトキニ若シ此條件生スルニ至ラサルトキハ締結者ハ其條約ノ消滅スルコトヲ

宣言スルノ權ヲ有スヘシ殊ニ條約締結ノ當時ニ絶對的履行不能ノ義務又ハ雙方ノ代表者ノ共ニ知悉シタル相對的不能ノ義務ヲ約スルモ其條約ハ當然取消サルヘキモノトス故ニ憲法上議會ノ協贊ヲ經ヘキ事項ニ付キ條約ヲ締結セタルトキハ斯ル條約ハ法律上條件ヲ附セラレタル條約ナリ殊ニ解除條件附ナリ若シ立法ノ途ニテ執行セラルヘキ行爲ノ生スルニ至ラサルトキハ條約ハ既ニ存在セサルナリ故ニ此種ノ條約ハ絶對的無效ニアラサルモ相對的無效ナリト此說ハ「ウングル」「ブレーアスト」「モリネック」「ヘフテル」「グスケン」等ノ唱フル所ニシテ吾人モ亦此說ヲ採用セント欲スルナリ凡ソ條約ヲ締結スルニハ先ツ其代表者ノ國法上適法ノ權限者ナルコトハ互ニ之ヲ知ルコトヲ要ス國ヲ又其締約事項ノ履行ハ國法上如何ノ途ニ依ルヘキモノナルヤモ亦之ヲ知ルコトヲ要スルナリ故ニ相手方ノ國法ニ於テ其代表者ハ議會ノ協贊ヲ經テ其履行ノ法律ヲ立テ得ルコトヲ規定セル場合ニ之ヲ知ルコトヲ要シテ條約ヲ締結セタル國家ハ相手方ニ對シ其法律上不能ノ事ヲ强フル權利ヲ有セサルナリ此場合ニハ相手方モ其條約ノ履行ヲ請求シ得サルハ自ラ明了ナル所ナリトス但シ實際上一

タヒ有效ニ締結セラレタル條約ノ執行ニ關スル法律ニ協贊ヲ與ヘサル如キハ重大ノ事件ニアラサルヨリハ通常之ナカルヘキナリ英國ニテモ千七百十三年四月十一日ノ佛國トノ通商條約ノ締結後ニ於テ議會ハ其執行法律ヲ否決セシコトアルモ其後ニ至リテハ此ノ如キ例ハ甚タ稀ナル所ナリト云フ

憲法終

和佛法律學校發行

憲法

法學士 副島義一講述

(三十三年度講義錄)

和佛法律學校發行

憲法

法學士 唱 島 義 一 編述

行發林學林法律學校

明治三十三年九月發行

憲法目次

第一編 緒論……一八八
第一章 國家……一八八
第一節 近世ノ法理ニ於ケル國家ノ觀念……一八八
第二節 國家ノ結合……一四六
第三節 國權作用ノ分合及ヒ國權ノ主體……一五四
第四節 主權又ハ最高權……一六三
第五節 國體ノ區別……一七七
第二章 憲法……一八九
第一節 憲法ハ法系中ニ於ケル地位及ヒ定義……一八九
第二節 憲法ノ系統竝ニ其淵源……一〇〇
第二編 國家ノ基礎……一〇六
第一章 臣民……一〇八

第一節　臣民並ニ臣民籍ノ意義及ヒ外國人……二〇八
第二節　臣民ノ義務……二一五
第三節　臣民ノ權利……二一九
第一款　任爲請求權……二三五
第二款　自由權……二四〇
第三款　參政權……二六二
第四節　臣民籍ノ取得及ヒ喪失……二七二
第一款　臣民籍ノ取得……二七二
第二款　臣民籍ノ喪失……二七九
第二章　領土……二八〇
第一節　領土ノ性質……二八〇
第二節　領土ノ變更……二八四
第三編　國家ノ機關……二八九
第一章　天皇……二九二

第一節　天皇ノ國法上ノ地位……二九二
第二節　天皇ノ大權……三〇〇
第三節　天皇ハ一身上ニ附著スル權利……三〇五
第四節　皇位ノ繼承……三一一
第五節　天皇ノ踐祚……三一五
第六節　皇位ノ喪失……三一七
第二章　攝政……三一八
第一節　攝政ノ地位……三一八
第二節　攝政ノ生スヘキ場合……三二二
第三節　攝政ノ資格及ヒ順序……三二六
第四節　攝政ノ終了……三二六
第三章　帝國議會……三二六
第一節　帝國議會ノ法律上ノ地位……三二六
第二節　帝國議會ノ權限及ヒ作用ノ形式……三三三

第三節　議會ノ召集開會停會閉會及ビ解散……二三九
第四節　帝國議會ノ議事ニ關スル原則……二五五
第五節　議會ト政府員トノ關係及ビ各院相互間ノ關係……二五五
第六節　帝國議會ノ組織……二五六
第七節　議員ノ特權……二五九
第四編　國家ノ作用……二六六
第一章　立法……二六六
第一節　法律……二六六
第二節　法律制定ノ手續……二八五
第三節　法律ノ效力及ビ其廢止……二九七
第四節　緊急命令……三〇三
第五節　執行命令……三一〇
第六節　獨立命令……三一二

第七節　委任命令……三一五
第二章　豫算……三一九
第一節　豫算ノ性質……三一九
第二節　豫算案議定ニ關スル制限……三二八
第三節　豫算ノ效力……三三九
第四節　豫算ノ不成立……三四二
第三章　條約……三四三
第一節　條約ノ性質……三四三
第二節　條約締結ノ機關……三五〇
第三節　條約ト立法トノ關係……三五三

憲法目次　終

トノ認ムルナリ然ルニ獨逸等ノ學說ニ依レハ頗ル寬裕ニシテ航海ノ途次敵國ノ通信ヲ取次キタル場合ノ如キハ中立義務違反ニ非スト爲シ特ニ交戰國ノ爲メニ通信ヲ爲スノ目的ヲ有シ且ツ其通信カ戰爭ニ關シタル場合ニ限リテ中立義務ノ違反ト認ム然レトモ此說ハ實際其適用極メテ困難ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ船長ハ通常其運送ニ係ル書狀中ノ事項ヲ知ルコトヲ得サレハナリ加之此說ニ依レハ其船舶ハ特ニ戰爭ノ用ニ供シタル場合ニ限ルカ故ニ其以外ノ場合即チ航海ノ途次特ニ交戰國一方ノ通信ヲ取繼キタル場合ハ何等ノ制裁ナキヲ以テ凡ソ敵國ノ通信ヲ媒介セントスル者ハ皆航海ノ途次ヲ以テ之ヲ爲スコトト爲ルヘク竟ニ此種ノ禁制ヲ設ケタル趣旨ヲ滅却スルニ至ルヘシ故ニ今日ノ通說ハ通信者ノ資格及ヒ通信ヲ受クル者ノ資格如何ニ因リ果シテ中立義務ノ違反ナリヤ否ヤヲ決スルヲ適當ナリトセリ例ヘハ戰地ヨリ交戰國一方ノ本國ニ通信シ若クハ其本國ヨリ戰地ニ在ル司令官ニ向ヒ通信スル場合ニ其書狀ノ運搬ヲ爲シタル者ハ即チ交戰國一方ヲ援助シタルモノニシテ中立義務ニ違反シタルモノト爲セリ然レトモ理論上ヨリ之ヲ言ヘハ交通殊ニ信書ノ往復ハ社會

一般ノ進歩ノ上ニ於テ一日モ缺クヘカラサルモノナルカ故ニ之ヲ爲スニ當リテハ多少交戰國ニ便宜ヲ與フヘシト雖モ之ヲ以テ一方ノ戰爭ヲ助クルモノト爲シ直チニ中立義務ノ違反トスルハ其當ヲ得サルモノナリ但シ其交通機關ニ供スル船舶ヲ特ニ交戰國一方ノ爲メニ雇ハレタルカ如キ場合ハ格別ナリトス

第三　交戰國一方ノ外交官ヲ運搬スルコト　是レ大ニ議論アル所ニシテ或時代ニ於テハ中立義務ノ違反ナリト主張セラレタル實例アリ彼ノ有名ナル「トレント」號事件是ナリ即チ千八百六十一年米國南北戰爭ノ際南軍ハ四人ノ使臣ヲ歐洲ニ派遣シ歐洲强國ト同盟シテ軍資金ヲ募ラシメント欲シ英國船タル「トレント」號ニ搭シ「ハヴァナ」ヲ出帆セシメタリ然ルニ北軍ノ軍艦之ヲ偵知シ其船ヲ追跡シテ停船ヲ命シ兵力ヲ以テ右ノ四人ヲ捕虜ト爲シ而シテ後該船ヲ放還セリ此處置ニ對シ南軍ハ異議ヲ唱ヘ軍隊ヲ輸送スルコトハ從來中立義務ノ違反ト認メラレタル所ナリト雖モ交戰國ノ使臣ヲ輸送スルコトハ決シテ不法ニ非スト主張シ米國政府ハ之ニ對シテ該處置ノ正當ナル理由ヲ述ヘ雙方大ニ爭ヒタリシカ結局米國政府ハ理論上他クマテ自國ノ主張ヲ正當ト認ムルモ實際彼ノ四名ノ者ヲ捕虜トシテ永ク留置スルノ必要ナシトシテ之ヲ解放セリ爾後各國一般ニ使臣ヲ運送スルコトハ中立義務ノ違反ニ非スト認ムルニ至レリ

以上述ヘタル中立義務違反ノ行爲アリタル場合ニ於テハ其違反ニ係ルモノカ物品ナルトキハ之ヲ沒收シ人ナルトキハ之ヲ捕虜トシ其船舶ハ其犯行ニ因リテ中立ノ資格ヲ失フカ故ニ沒收セラルルモノトス尤モ米國ニテハ船舶ハ之ヲ沒收セサリシ是レ戰爭ニ關係ナキ多クノ乘客ノ權利ヲ侵害ストノ理由ニ出ツルモノナリ

以上ハ戰時禁制品ノ何物タルコト及ヒ戰時禁制品ト看做サルルモノニ付テノ說明ナリ次ニ之ニ對スル制裁ニ付キ述フル所アルヘシ

中立國ノ商業ニ加ヘタル制限ヲ犯シタル者ニ對スル制裁即チ他ノ語ヲ以テ之ヲ言ヘハ戰時禁制品ニ關スル法則ノ侵犯ニ對スル制裁ニ二種アリ其一ハ臨檢ニシテ他ノ一ハ船舶ノ差押是ナリ

甲　臨檢

交戰國ノ權利トシテ其所屬軍艦多クハ戰鬪艦又ハ巡洋艦ハ商船ノ臨檢ヲ爲ス權利ヲ有ス是レ軍艦カ商船ノ上ニ立ツ權利アリトノ理由ニ出ツルモノニ非スシテ畢竟自國防衛ノ必要ヨリ來ルモノナリ何トナレハ戰爭中敵國ノ船舶ヲ差押フルカ又ハ中立國ノ船舶ト雖モ戰時禁制品ヲ搭載スルモノヲ差押フルコトハ戰爭行爲ニ最モ必要ナレハナリ隨テ戰時臨檢ノ目的ニ二アルコトヲ知リ得ヘシ即チ一、其商船ノ國籍ヲ確ムルコト換言スレハ敵ノ船舶ナルカ中立國ノ船舶ナルカ若クハ自國ノ船舶ナルカヲ確ムルニ在リ而シテ若シ敵國ノ船舶ナルトキハ直チニ之カ差押ヲ爲スコトヲ得ヘク二、中立國若クハ自國ノ船舶ナル場合ニ於テモ戰時禁制品ヲ搭載セルモノナルトキハ之ニ對シテ相當ノ處分ヲ爲スコト是ナリ蓋シ此權利ハ古ク既ニ彼ノ「海上案內」ト稱スルモノノ中ニモ認メラレタリト雖モ實際未タ各國一般ニ行ハルルニ至ラサリシヲ以テ各國各之カ條約ヲ結ヒテ臨檢ニ關スル條欵ヲ設クルモノ多カリシ殊ニ十五世紀以來之ニ關スル條約極メテ多シ而シテ此權利カ一般ニ行ハルルニ至リタルハ實ニ十七世紀以後ノ事ニ屬ス尤モ此當時ニ於テモ多少之ヲ否認スルノ說アリシモ今日

ニ於テハ交戰國ニ此權利アルコトハ何人モ疑ハサルニ至リ故ニ之ニ關スル國際條約ヲ締結スルニ當リ當事國家ハ已ニ前提ニ於テ各此權利ヲ有スルコトヲ認メ唯細末ノ點即チ臨檢ノ手續等ニ付キ之カ約定ヲ爲スニ過キサルニ至レリ然レトモ此權利ハ交戰國ノ權利ナルヲ以テ交戰國ノ軍艦又ハ交戰國政府ノ命令ニ因リテ軍艦ト同一ノ資格ヲ有スル船舶ニ由リテノミ之ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ今日ニ於テハ中立國ノ船舶ニ由リテ之ヲ爲スコトヲ得サルノミナラス彼ノ戰時ニ於ケル私裝捕獲船ニ由リテ之ヲ爲スコトヲ得サルハ千八百五十六年ノ巴里宣言ニ由リテ定メラレタル所ナリ

此ノ如ク臨檢ヲ爲スノ權限ヲ有スル者ハ必ス交戰國一方ノ艦船ナラサルヘカラス又此臨檢ニ服スル船舶ハ商船ニ限ルモノニシテ軍艦ニ對シテハ此權利ヲ行フコトヲ得サルモノトス尤モ實際ニ於テ或ハ軍艦ナルヤ否ヤヲ確ムルコト能ハサルカ若クハ軍艦ナルコト明カナルモ其所屬ノ何國ナルカヲ確ムルコト能ハサルトキハ一方ノ軍艦ハ之ニ向ヒテ空砲ヲ發シ同時ニ國旗ヲ揭ケテ其國籍ヲ確ムルコトヲ得ヘク又他ノ一方ハ之ニ應シテ空砲ヲ發シ且ツ國旗ヲ示シ

テ其國籍ヲ知ラシムヘキモノトス此ノ如クニシテ其軍艦ナルコト明カナルヤ至レハ最早臨檢ヲ爲スコトヲ得サルナリ

臨檢ヲ行フヘキ場所ニ付テハ自國ノ領海タルト敵國ノ領海タルト將タ公海タルトヲ問ハサレトモ唯中立國ノ領海ニ於テハ之ヲ行フコトヲ得ス若シ之ニ反スルトキハ之ヲ行ヒタル船舶所屬ノ國家ハ中立國ノ主權ヲ侵害シタルノ責ヲ負ハサルヘカラス

臨檢ノ手續ニ付テハ種種煩雜ナル規則アリ今其大要ヲ述フレハ交戰國軍艦カ戰鬪區域若クハ其近海ニ於テ商船ヲ認メ得タルトキハ第一ニ空砲ヲ發シテ國旗ヲ掲ケシメ尙ホ疑アルトキハ發砲シテ其停船ヲ命スルコトヲ得若シ發砲スルモ仍ホ其船舶カ停船セサルトキハ其船舶ハ概シテ敵船若クハ中立義務ニ違反セル中立國船舶ナルヘキヲ以テ之ヲ拿捕スルノ手段ヲ施スコトヲ得若シ又其船舶カ兵力ヲ以テ抵抗スルトキハ縱令中立國ノ船舶ナル場合ニ於テモ敵國船舶ト看做シテ開戰シ相當ノ處分ヲ行フコトヲ得ルモノナリ之ニ反シテ其船舶カ停船ノ命ニ從ヒタルトキハ軍艦モ亦或距離ニ於テ其進行ヲ停メサルヘカラス其距離ニ關スル從來ノ條約ニ依レハ大砲ノ彈丸ノ達セサル距離ト定ムルヲ通例ト爲シタレトモ大砲ノ改良ト共ニ漸次著彈點ノ延長スルニ從ヒ今日尙ホ右ノ如キ規則ニ從フトキハ八海里以上ヲ隔テサルヘカラサルノ不便アルカ故ニ從來ノ條約ハ勢ヒ變更セサルヘカラサルニ至レリ而シテ停船ヲ命シタル船舶ニ臨檢ヲ爲スニハ軍艦ヨリ端艇ヲ下シ士官一人及ヒ一二人ノ從者ヲ從ヘテ其船舶ニ到リ先ツ其船籍積荷乘組員其他航海日誌等ヲ調査シ該船舶ノ事情ヲ明カニシ疑ナキトキハ其證明ヲ與ヘテ航海ヲ繼續セシムルニ反シテ其船舶ニ疑アルトキハ一般ノ學說ニ依レハ尙ホ進ミテ十分ナル搜索ヲ爲スコトヲ得ルモノトス尤モ學者ニ依リテハ中立義務違反ノ嫌疑ノミニ由リテハ斯ク深ク立入リテ搜索ヲ爲スカ如キ重大ナル權利ナシト云フ者アレトモ是レ通說ニ非ス而シテ其搜索ノ結果敵船ナルコト明白ナルカ又ハ中立國船舶ト雖モ其到達地ヲ偽ハレルコト若クハ中立義務違反ナルコトヲ認メタル場合ニ於テハ之ニ對シテ相當ノ處分ヲ爲シ且ツ相當ノ監督(例ヘハ士官ヲ乘組マシムルカ如シ)ヲ爲シテ自國ノ港ニ引致スヘキモノトス

仰モ臨檢ハ交戰國ノ自衛權ニ基ク行爲ナルカ故ニ一方ニ於テハ十分其目的ヲ遂スルノ手段ヲ取ラサルヘカラサルト同時ニ他ノ一方ニ於テハ嚴格ナル方式ニ依リテ其濫用ヲ避ケサルヘカラス然ラサレハ其船舶ハ爲メニ權利ヲ侵害セラレテ損害ヲ被ルコト大ナルヘケレハナリ尤モ不法ノ臨檢ニ因テヲ損害ヲ受ケタルトキハ其船舶ハ其軍艦所屬ノ國家ニ對シテ相當ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘシト雖モ凡ソ損害ノ賠償ナルモノハ通常十分ナル滿足ヲ得セシムルコトナク殊ニ或損害例ヘハ之ニ因リテ商工業ノ發達ヲ妨ケラレタル損害ノ如キハ殆ト之ヲ償フコト能ハスト云フモ過言ニ非ス臨檢ハ此ノ如ク船舶所有者若クハ荷主ニ對シテ迷惑ヲ及ホスモノナリト雖モ今日ニ於テハ之ヲ以テ交戰國ノ權利ト認メサルヲ得サルナリ唯之ヲ避ケント欲スル船舶ハ自國軍艦ノ保護ノ下ニ航海スルノ方法ニ出テサルヘカラス之ヲ商船ノ保護ト云フ今其沿革ヲ尋ヌルニ昔時海上ノ取締十分ナラサル時代ニ在リテハ海賊常ニ各所ニ出沒シ掠奪ヲ逞シウセシヲ以テ航海者ハ其危險ヲ避ケンカ爲メニ平時ト雖モ組合ヲ結ヒテ商船ノ隊ヲ成シ以テ僅ニ航海ヲ貪スノ狀態ナリキ又戰時ニ於テハ前述ノ如ク交戰國ハ臨檢ノ權利ヲ有シ之ニ因リテ商船ニ妨害ヲ與フルコト甚タ大ナルヲ以テ千六百五十三年英國ト和蘭トノ間ニ戰爭アリシ際瑞典國王カ軍艦ニ依リテ商船ヲ擁護セシメ以テ商船ニ對スル臨檢ヲ避ケシメンコトヲ企テタルニ和蘭政府ハ之ヲ容レ軍艦ヲ以テ擁護セラルル商船ノ責任ハ全タ之ヲ軍艦ニ歸セシメ若シ其艦長ニ虛僞ノ所爲アルトキハ軍艦ハ其本國ヲ代表スルモノナリトノ理由ニ據リ軍艦ノ所爲ニ付テハ其軍艦所屬ノ國家ヲシテ十分其責任ヲ負ハシムルコトト爲シ斯ル商船ニ對シテハ臨檢ヲ爲ササルコトトセリ而シテ此ノ如キ實例ハ第十八世紀ノ終ヨリ第十九世紀ノ初ニ於テ盛ニ行ハレ凡ソ軍艦ニ擁護セラルル商船ニ對シテハ其艦長ノ證言明瞭ナラサルカ又ハ軍艦ノ擁護ヲ受クル商船カ軍艦所屬國ノ國籍ヲ有セサルモノナルカ又ハ擁護艦長ノ不知ノ事實ヲ其艦長ニ注意シ其立會ヲ以テスル場合ノ外ハ總テ臨檢ヲ爲ササルコトトセリ(尤モ擁護艦長カ自己ノ責任ヲ以テ取調ヲ爲スハ固ヨリ其自由ナリ)遡リ英國ハ之ニ反對シ單ニ軍艦ニ擁護セラルルノミニテハ商船ヲシテ臨檢ヲ免レシムヘキモノニ非スト主張セシモ今日ニ於テハ一般ノ學說ニ於テモ亦一

般ノ慣例ニ於テモ總テ擁護艦長ノ證言ニ信用ヲ置キ其責任ヲ以テ商船ノ臨檢ヲ免レシムルコトト爲リ依テ以テ商業ノ發達ニ對スル一妨害ヲ排除スルニ至レリ

此商船擁護ニ關シテ一二ノ問題アリ

(一)　商船ノ擁護ハ交戰國一方ノ軍艦ト雖モ仍ホ之ヲ爲スコトヲ得ルヤ換言スレハ交戰國一方ノ軍艦カ擁護セル商船ハ臨檢ヲ免ルルコトヲ得ルヤ否ヤ、此問題ハ殆ト問題トスルノ價値ナシ茲ニ交戰國ノ一方ト云ヘルハ臨檢ヲ爲ス軍艦所屬國ノ他ノ軍艦カ擁護スル場合ニ非スシテ敵國ノ軍艦カ擁護ヲ爲ス場合ナリト謂ハサルヘカラス此場合ニ於テハ固ヨリ敵國軍艦ニ信用ヲ置クコト能ハサルノミナラス敵國軍艦カ中立國ノ船舶ヲ擁護セル場合ノ如キハ通常其船舶ハ戰時禁制品ヲ搭載スルモノナリ然ルニ若シ之ニ對シテ臨檢ヲ得サルモノトセハ交戰國ノ一方ハ十分自衛ノ權利ヲ行フコトヲ得サルニ至ルヘシ故ニ其船舶ハ普通ノ臨檢ヲ免ルヘカラサルコト明カナリ

(二)　中立國ノ船舶ハ他ノ中立國ノ軍艦ニ依リテ擁護セラルルコトヲ得ルヤ換言スレハ中立國ノ軍艦ヲ以テ擁護セラルル他ノ中立國船舶ハ其軍艦ニ責任ヲ負ハシメテ普通ノ臨檢ヲ免ルルコトヲ得ルヤ否ヤ　此問題ニ付テハ多少議論アル所ニシテ或ハ其軍艦カ十分責任ヲ負ヒ且ツ商船所屬ノ中立國カ交戰國ト對等ノ國家ナルトキハ交戰國軍艦ハ其中立國艦長ノ證言ヲ信用スヘキモノニシテ臨檢ハ之ヲ爲スコトヲ得スト論スル者アリ然レトモ凡ソ一般ノ場合即チ中立國ノ軍艦カ自國ノ商船ヲ擁護シテ航海シ交戰國軍艦ノ嫌疑ニ遇ヒタル場合ニ於テ其擁護艦長カ其商船ハ戰時禁制品ヲ積載セス又交戰國一方ノ封鎖港其他ノ港灣ニ入ルモノニ非サルコトヲ證言セハ其擁護軍艦ノ代表セル國家ニ對スル禮讓トシテ其艦長ノ證言ニ信用ヲ置キ其證言ハ即チ其代表國家ノ宣言ト看做シ其商船ニ對スル臨檢ヲ免レシムヘキモ若シ其證明カ虛僞ニシテ之カ爲メニ交戰國ノ一方カ利益ヲ害セラレタルトキハ國際談判ニ由リテ其損害ヲ賠償セシメ之ト同時ニ違反ノ行爲ヲ爲ヘタル者ノ處罰ヲ求メ且ツ其違反者ニ對シテ損害賠償ヲ要求スルコトヲ得ヘシト雖モ中立國ノ軍艦カ他ノ中立國ノ船舶ヲ擁護セル場合ニ其艦長カ虛僞ノ證言ヲ爲シ之カ爲メニ交戰國ノ一方カ損

害ヲ被リタルトキハ何レノ國ヲ責ニ任スヘキカ此場合ニ於テハ艦長ノ所爲ノ不當ナルコト明カナルカ故ニ其軍艦ノ所屬國ニ對シテ其責任ヲ盡サシムルノ外ナカルヘシ然ルニ其違反者ノ處罰ヲ求メ又ハ之ニ對シテ損害賠償ヲ要求セントスルモ其船舶カ虛僞ノ證言ヲ爲シタル軍艦所屬國ノ船舶ニ非サルカ故ニ軍艦所屬國ハ之ニ對シテ裁判管轄ヲ有セス隨テ其違反者ニ對シテ處罰並ニ損害賠償ヲ言渡スコト能ハス畢竟十分ナル責ヲ盡サシムルコトヲ得サルモノナリ然ラハ商船所屬ノ中立國ニ對シテ責任ヲ盡サシメンカ是レ自國軍艦ノ擁護ニ由ルモノニ非サルカ故ニ商船ノ所屬國ハ全ク其責任ヲ負フヘキ理由ナキモノナリトノ理由ニ據リテ他國ノ軍艦ヲ以テ擁護ヲ爲スコトヲ得スト論スル者多數ヲ占ム

乙　差押

差押ノ場合ハ之ヲ三段ニ分チテ說明スヘシ

第一　差押ハ如何ナルモノニ及ヲヤ

第二　差押ハ如何ナル條件ヲ以テ爲スヘキヤ

第三　差押ノ結果如何

第一　差押ハ如何ナルモノニ及ヲヤ

或船舶カ中立ノ義務ニ違反シテ戰時禁制品ヲ搭載セル場合ニ於テハ交戰國ハ一定ノ條件ノ下ニ其戰時禁制品ヲ捕獲スルコトヲ得ルハ國際法ニ於テモ又實例ニ於テモ認メラルル所ナリ或ハ戰時禁制品ハ單ニ戰爭ノ繼續スル間之ヲ抑留スルニ止ムヘク之ヲ沒收スヘキモノニ非スト主張スル者ナキニ非サレトモ是レ今日ノ學理竝ニ實際ニ於テ認メラレサル說ニシテ戰時禁制品ヲ沒收スルコトヲ得ルハ殆ト異論ナキ所ナリ唯問題ト爲ルハ戰時禁制品ヲ搭載セル船舶及ヒ他ノ貨物ハ之ヲ沒收スルコトヲ得ルヤ否ヤニ在リ理論上ニ於テハ別ニ困難ナル問題ニ非ス即チ戰時禁制品ヲ搭載セル船舶ト雖モ敢テ敵對行爲ヲ爲サス又敢テ臨檢ニ反抗セサル限リハ其船舶ハ沒收セラルヘキニ非スト謂ハサルヘカラス何トナレハ戰時禁制品ヲ運搬シ又ハ賣買スル等ノ行爲ト雖モ今日ノ如ク商業ノ自由ヲ認ムル以上ハ理論上固ヨリ非難ト爲ルヘキモノニ非サレハナリ然レトモ戰時禁制品タル貨物ヲ交戰國ノ一方ニ輸入スルトキハ之カ爲

メニ其國ノ戰鬪力ヲ增シ隨テ他ノ交戰國ノ不利益ト爲ルカ故ニ已ムヲ得ス戰爭ノ必要行爲ノ一トシテ沒收スルモノナリ隨テ其船舶又ハ之ニ積藏セル他ノ貨物ニ付テハ共犯ノ性質アリトシテ之ヲ差押ヘ又ハ沒收スルコトヲ得ルモノトス(尤モ戰時禁制品ヲ運搬スルノ疑アル船舶ノ航海ヲ一時差止ムルハ格別ナリ)然レトモ是レ理論ニ過キスシテ實際ハ大ニ之ト異ナルノミナラス學說モ亦多少異同アリ彼ノ「ビンケルショーク」ノ如キハ已ニ之ニ付テ多少細論セリ氏ハ船舶又ハ一般貨物ノ所有者カ戰時禁制品ヲ交戰國ノ一方ニ運搬スルコトヲ知リタルトキ否トニ因リテ區別シ其船長ト船舶ノ所有者トカ同一人ニシテ且ツ其積荷ノ全部又ハ一部カ戰時禁制品タルノ事實ヲ知リタルトキハ勿論船長カ船舶ノ所有者タラサル場合ニ於テモ若シ其船長及ヒ船舶所有者カ其事實ヲ知レルトキハ船舶モ亦沒收セラルヘク又他ノ貨物ノ所有者カ自己ノ積荷ト同時ニ戰時禁制品ノ積載アルコトヲ知レルトキハ其貨物モ亦沒收セラルルモノト爲シ之ニ反シテ第一ノ場合(船舶所有者カ船長ヲ兼ヌル場合)ニ於テ船長カ戰時禁制品搭載ノ事實ヲ知ラス第二ノ場合船長ト船舶所有者トカ別人ナル場合ニ於テ船長又ハ船舶所有者ノ就レカ之ヲ知ラサルトキハ其船舶ハ之ヲ沒收セラルルコトナク又一般貨物ノ荷主カ豫メ自己ノ貨物カ戰時禁制品ト同船ナルコトヲ知ラサリシ場合ニハ其貨物ハ沒收セラルルコトナシトセリ此說ハ畢竟戰時禁制品ノ運搬ヲ以テ一種ノ犯罪行爲ト看做シ其行爲者ノ有意無意ニ因リテ其共犯從犯ノ罪ヲ問フヘシトノ精神ヨリ出テタルモノナリ然レトモ前ニモ述ヘタル如ク今日ノ國際法ノ原則ヨリ言ヘハ戰時禁制品ノ賣買運送自體ハ犯罪行爲ニ非スシテ唯戰爭行爲ノ必要上之ヲ差押フルニ過キス既ニ犯罪行爲ニ非ストセハ其行爲ヲ知ルト知ラサルトハ差押ノ上ニ何等ノ關係ナキモノト謂ハサルヘカラス但シ氏ノ說ハ前ニ述ヘタル戰時禁制品ニ付テノ說ト共ニ大ニ行ハレ實際ニ於テモ採用セラレタル所ナリ英國ノ如キモ亦氏ノ說ニ基キテ戰時禁制品以外ノ貨物ニ付テハ右ノ區別ニ因リテ差押ヲ爲スト否トヲ定メ又船舶ハ原則トシテ之ヲ差押ヘス又沒收セストノ原則ヲ採リタルモ一方ニ於テハ之カ例外ヲ認メ例ヘハ船舶カ其到達地ヲ明言セサルカ若クハ虛僞ノ申述ヲ爲シタル場合其他條約又ハ國內法ニ違反セル場合ニハ船舶ヲモ沒收シタルノ

實例甚タ多シ佛國ニ於テハ從來一般ニ犯罪行爲說ヲ非認シ中立國船舶中ノ中立國貨物ハ其荷主カ同船中ニ戰時禁制品ヲ積載セルコトヲ知リタル場合ニ於テモ其貨物ハ之ヲ沒收スヘカラストセリ要スルニ從來行ハレ來リタル各國ノ實例ヲ見ルニ大凡左ノ三主義ニ分ツコトヲ得ヘシ

第一ノ主義ハ戰時禁制品ノミヲ沒收シテ他ノ一般貨物及ヒ船舶ハ沒收セサルモノト爲スモノニシテ北米合衆國及ヒ西班牙ノ如キハ此主義ヲ採レリ

第二ノ主義ハ戰時禁制品及ヒ船舶ハ之ヲ沒收スルモ他ノ一般貨物ハ沒收セストノ說ニシテ伊太利ノ如キハ此主義ヲ採ル

第三ノ主義ハ船舶及ヒ一般貨物ヲ沒收スルハ其積荷ノ分量ニ依リテ之ヲ異ニシ即チ戰時禁制品ノ分量カ全積荷ノ四分ノ三以上ヲ占ムルカ如キ場合ハ他ノ一般貨物及ヒ船舶モ共ニ之ヲ沒收シ之ニ反シテ戰時禁制品ノ分量カ全積荷ノ四分ノ三ニ滿タサルトキハ船舶並ニ一般貨物ハ之ヲ沒收セサルモノトセリ佛國ノ如キ之ニ屬ス

此ノ如ク差押ニ關スル法則ハ各國其主義ヲ異ニシ未タ一定スル所アラサルナリ

第二　差押ハ如何ナル條件ヲ以テ之ヲ爲スヘキヤ

前ニ屬ヘタル如ク戰時禁制品ヲ買買運送スル等ノ行爲ハ決シテ罪ト爲ルモノニアラス唯戰時禁制品ヲ敵國港ニ運搬スルカ若クハ其陸海軍等ニ給付スルトキハ是レ交戰國一方ヲ助クルモノトシテ他ノ一方ノ交戰國ハ之カ差押ヲ爲スモノナリ故ニ差押ノ第一條件トシテハ其戰時禁制品ハ敵國港ニ陸上セラルルカ若クハ敵國ノ陸海軍ニ交付セラルルコトヲ要スルモノナリ是ヲ以テ若シ中立國船舶カ實際中立國ニ運搬スル場合ニ於テハ縱令如何ニ多クノ戰時禁制品ヲ積載セルモ之ヲ差押フルコトヲ得ス之ニ反シテ戰時禁制品ヲ積載セル中立國船舶カ交戰國又ハ其軍隊ニ交付スルモノニ非サルコトヲ申述スルモ其申述カ明カニ虛僞ナル場合ニ於テハ之ヲ差押フルコトヲ妨ケサルモノトス而シテ此場合ニ於ケル立證ノ實ハ差押ヲ爲ス者ニ在ルコト一般ニ認メラルル所ナリ是レ惡意ハ推定スヘカラスト云フ原則ニ由ルナリ然ラハ如何ナル場合ニ果シテ其戰時禁制品ヲ敵國ニ交付スルモノナリトノ推測ヲ爲スコトヲ得ルヤ例ヘハ戰時禁制品ヲ搭載セル中立國船舶カ直接ニ敵國ノ港ニ入ラス又他ノ便宜ノ

場所ニ於テ直チニ之ヲ敵國ニ交付スルコトヲ爲サスシテ一旦中立國ノ港ニ寄港シ其港ニ於テ積替ヲ爲シ敵國ニ輸入キマントスル場合ニハ其中立國ノ港ニ入ル前之ヲ差押フルコトヲ得ルヤ否ヤ此點ニ付テハ多少議論アル所ナリ米國ノ如キハ右ノ場合ニ於テモ所謂連続ノ繼續ト稱シテ彼ノ南北戰爭ノ際之カ差押ヲ爲セリ理論上ヨリ言ヘハ前ニ述ヘタル如ク戰時禁制品ヲ沒收スルハ戰爭上ノ必要ヨリ出ツル一例外ニ過キスシテ原則トシテハ飽クマテ商業ノ自由ヲ認メサルヘカラサルカ故ニ此場合モ亦彼ノ封鎖ヲ破ル場合ノ如ク現行犯ノ場合ニ於テソノミ之ヲ沒收スルニ止メサルヘカラス然ルニ運送ノ繼續ナリトシテ中立國ニ運搬スルモノヲモ仍ホ差押フヘキモノトセハ甚シキ弊害ヲ生シ遂ニハ殆ト商業ノ自由ナキニ至ルヘシ故ニ若シ其船舶ノ積載セル戰時禁制品カ結局敵國ニ交付セシカ爲メニ運搬セラルル場合ト雖モ苟モ中立國ノ港ニ到ラントスルモノナル以上ハ理論上其自由ヲ認メサルヘカラス唯交戰國ハ注意シテ其中立國ノ港ヨリ更ニ敵國ニ向ヒ積出ス場合ニ於テ始メテ之ヲ差押フルコトヲ得ヘキノミ然ルニ米國ノ實例等ハ之ニ異ナルノミナラス又其實例ヲ辯護スル說

アリ此說ニ依レハ今日ニ於テハ右ト異ナリテ船舶ノ速力大ニ增加セルヲ以テ交戰國一方カ聊カ注視ヲ怠レハ忽チ其戰時禁制品ヲ敵國ニ引渡サルルノ憂アリ故ニ戰時禁制品ヲ差押フルノ目的ヲ達センニハ之ヲ搭載セル船舶カ直接ニ敵國ニ行カサルモ其戰時禁制品カ實際敵國ニ交付セラルルコト明カナル以上ハ其船舶ハ未タ其中途ニ在ル場合ト雖モ之ヲ差押フルコトヲ得サルヘカラスト云ヘリ然レトモ是レ前ニ述ヘタル如ク動モスレハ濫用ニ流レ多クノ弊害ヲ生スル恐アルノミナラス縱令其船舶カ中立國ノ港ニ寄港セル場合ニ於テモ若シ嚴重ニ其出港ヲ注意セハ之ヲ差押フルコトヲ得サルニ非ス此勞ヲ省カント欲シテ途中ニ於テ差押ヲ爲スカ如キハ商業ノ自由ヲ害スルモノニシテ條理上許スヘカラサルナリ

第三　差押ノ結果如何

戰時禁制品ヲ搭載セリトノ理由ヲ以テ中立國船舶ヲ差押ヘタル場合ニハ國際法上必ス裁判ヲ受ケサルヘカラサルコトト爲レリ即チ船舶ヲ差押ヘタルノミニテハ單ニ一ノ事實タルニ止マリ未タ沒收スルノ權利ヲ生スルモノニ非スシ

タ其差押カ果シテ正當ナリシヤ裁判ヲ總テ始メテ差押國ノ所有ニ歸スルモノトス戰時禁制品アリテ差押ヘタル場合ニ於テモ亦間シ

右ノ審判ハ如何ナル裁判所ニ於テ之ヲ爲スヘキカ今日各國ノ實際ニ於テハ捕獲審檢所ナルモノヲ置キテ之カ裁判ヲ司ラシム此裁判所ハ交戰國一方ニ於テ任意ニ組織セル一ノ行政上ノ裁判所ニ外ナラス

今日ノ實際ニ於テハ戰時禁制品又ハ船舶ヲ差押ヘタルトキハ差押ヲ爲シタル軍艦カ之ヲ自國ノ港ニ引致シ來リテ自國ノ捕獲審檢所ヲシテ自國法規ニ定ムル所ニ從ヒ其差押カ果シテ正當ナリヤ否ヤヲ審判セシムルナリ此ノ如キ捕獲審檢所ハ自國法ヲ適用シテ裁判ヲ爲スモノナリト雖モ其裁判ハ國際法上中立國ニ對シテモ十分其效力ヲ有スルモノトス是ヲ以テ或ハ之カ批難ヲ試ムル者アリ其理由トスル所ハ(第一)捕獲審檢所ノ裁判ハ其差押ノ正當ナリヤ否ヤニ付其差押ヲ爲シタル者ノ一方ニ於テ裁判スルモノニシテ當事者カ同時ニ裁判官タル不條理ニ陷レルモノナリ(第二)此裁判所カ適用スル法律ハ其裁判所所屬國ノ國內法ナリ即チ當事者一方ノ自國法ヲ以テ中立國ニ關スル事項ヲ決スルモノ

ニシテ到底裁判ノ公平ヲ保ツコト能ハサルヘシ(第三)捕獲審檢所ハ通常從來ノ先例ニ據リテ裁判スルヤキモ若シ新事實ヲ生シタル場合ニ於テハ國際法上別ニ據ル所ナキヲ以テ自ラ獨斷ニ流ルルノ弊ヲ免レスト雖ク

此ノ如キ批難アルヲ以テ或ハ曰ク捕獲ニ關シテハ差押ヘラレタル者ノ本國ノ裁判所ヲシテ裁判ヲ爲サシムヘキモノナリト然レトモ是レ亦當事者カ裁判スルノ弊ヲ免ルコトヲ得サルヘシ且其裁判官カ適用スル法律ハ其裁判所所屬國ノ法律ナルカ故ニ一國ノ法律ヲ以テ他國ヲ拘束スルモノナリトノ批難ハ此場合ニ於テモ生スルモノナリ加之其裁判ノ目的物差押物ハ差押ヲ爲シタル國ニ留置スルカ故ニ差押ヘラレタル國ノ裁判所カ總令差押ヲ不當ナリト判決スル者シ差押ヲ爲シタル國カ其裁判ニ服從セサルトキハ船ト執行ノ途ナカルヘシ總テハ差押ニ關係ナキ第三國ヲシテ裁判ヲ爲サシムルハ如何トスヤ此場合ニ於テハ或ハ裁判ハ公平ヲ得ヘシト雖モ第三國ヲシテ裁判セシムルハ十ノ仲裁裁判ニ外ナラサルカ故ニ幾ヲ條約ヲ以テ定メタル場合ニ非サレハ之ヲ强ヒ難シト謂ハサルヘカラス

捕獲審檢所ノ組織權限ニ關スル問題ハ此ノ如ク困難ナルカ故ニ學者ハ已ニ第十八世紀中ヨリ之カ攻究ヲ爲シ來リシ所ニシテ或ハ混合裁判所即チ二國以上ノ各代表者ヲ以テ組織セル裁判所ヲシテ裁判セシムヘシト曰フ者アリ現ニ國際法協會ノ如キハ嘗テ二三ノ學者ヲ委員トシテ之ヲ研究セシメシニ該委員モ亦混合裁判所ノ制度ヲ是認シタリト雖モ其權限ニ付テハ或ハ之ヲ以テ終審裁判所ト爲スヘシト曰ヒ或ハ控訴ノ裁判ヲ爲スニ止ムヘシト曰ヒ今日未タ決議ヲ見ルニ至ラス[illegible]

混合裁判所ノ組織ニ付キ或學者ノ論スル所ニ依レハ戰爭ノ初ニ當リ合意ヲ以テ中立國中ノ或一國ヲ指定シ捕獲其他戰時ノ不法行爲ニ關スル問題起レハ其中立國及ヒ當事國ノ雙方ヨリ一名ノ審判官ヲ出シ其合議ニ由リテ審判セシムルトキハ裁判ノ公平ヲ保ツコトヲ得ヘキヲ以テ是レ最モ適當ナル組織ナリト曰フト雖モ若シ此組織ニ依ルトキハ審判官中二人ハ必ス當事者ヨリ出スカ故ニ此二人ハ事件ノ曲直ノ明白ナル場合ヲ除キ多クノ場合即チ多少疑アル問題ニ付テハ各自國ノ利益ヲ主張スヘク結局中立國ヨリ任命セラレタル審判官ハ人ヲ以テ裁判シタル場合ト異ナル所ナキニ歸著スヘシ然ルニ若シ其中立國カ強國ニ非サルカ又ハ故意ニ他ノ一方ニ同情ヲ表スルカ如キコトアラハ決シテ裁判ノ正鵠ヲ得ルコト能ハサルヘシ加之戰時ノ裁判ハ須ク迅速ナルコトヲ要スルニ拘ラス斯ル組織ニ依ル裁判所ヲシテ審判セシムルトキハ評議容易ニ決セスシテ往其時日ヲ經過スルヲ免レサルヘシ是ヲ以テ學者ハ猶ホ已ムヲ得ス捕獲國ノ審檢所ニ於テ審判セシメ唯其裁判ノ公平ヲ得ンカ爲メニ救濟ノ方法ヲ講スルニ如カスト說キ其救濟ノ方法トシテ平常ニ於テ條約ヲ締結シ之ニ由リテ其手續ヲ定メ以テ其審判ノ根據タラシムヘシト曰ヘリ蓋シ今日ニ於テハ尙ホ未タ研究十分ナラサル所ナリ

以上ヲ以テ局外中立ニ關スル法則ノ概要ヲ講了セリ

國際公法　終

和佛法律學校發行

國際公法（局外中立）

法學博士　寺尾亨講述

大正十三年度講義錄

和佛法律學校發行

國際公法目次

局外中立……一
第一　中立トハ如何ナルモノナルカ……三
第二　中立ノ沿革……四
第三　中立ノ性質……八
第四　中立國ノ權利義務……一三
第五　中立國人民ノ商業……二三

國際公法目次　終

國際公法目次

第五　中立國人民ノ商業……二四
第四　中立國ノ獨逸錨泊……一三
第三　中立ノ詐欺……八
第二　中立ノ當事……四
第一　中立ノ時間ヲ以テ中立ヲ宣ス……三
國際中立……一

國際公法目次

校外生規則摘要

一 講義錄ハ各部毎月二回發行シ滿一个年ヲ以テ卒業トス
一个年ヲ以テ完了セザルトキハ號外ヲ發ス

一 講義錄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 月謝金ハ全部壹圓、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驗ノ上校內生三年級ニ編入セラルルコトヲ得

一 校外生ハ講義錄中ノ疑義ニ付キ質問スルコトヲ得門題ハ一問毎ニ別紙ニ認メ且一問毎ニ返信用郵券ヲ封入スルコトヲ要ス

一 三个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

明治三十三年十二月廿六日印刷
明治三十三年十二月三十日發行

編輯兼發行者　東京市四谷區四谷竹町三丁目六番地　小田幹治郎

印刷者　東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地　金子鐵五郎

印刷所　東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地　金子活版所

發行所　東京市麴町區富士見町六丁目十六番地
司法省指定　和佛法律學校
（電話番町百七十四番）