

ニ對スル  
應報タル  
痛苦

刑罰カ其  
實利有  
スルヲ以  
テ其  
法實  
ル

刑罰ハ正  
義ヲ應  
ズルヲ  
ナリ

刑罰ハ刑法ノ遵守ヲ強制スル唯一ノ制裁トシテ違反者ハ罪責ニ應シ之ニ科スヘキ害惡ナリ。更ニ之ヲ別言スレハ刑罰ハ犯罪ヲ原因トシ之ニ對スル法律上ノ結果トシテ行為者ニ科スル痛苦若クハ害惡ナリ。刑罰カ犯罪ニ對スル應報タル痛苦ナル實質即チ犯罪ニ對スル法律上ノ結果タル害惡ナル實質ヲ有スルハ一事ハ刑罰カ其目的タル刑法ノ威嚴信用ヲ確保スルヲ得ル所以即チ刑法ヲシテ強制準則タル實質ヲ有セシムル所以ナリ。故ニ刑罰ノ實質中ヨリ應報タル分子ヲ除キ又其痛苦タル分子ヲ去ルトキハ刑罰ハ其名ヲ存スルモ其實質ヲ失フモノニシテ刑罰ハ到底其目的タル刑法ノ威嚴信用ヲ確保スル能ハサルヘク又斯ノ如キ刑罰ヲ採用スル刑法ハ刑法タル實質ヲ有セサルヘク從テ斯ノ如キ刑法ハ之ニ依リ到底利益保護即チ世道風教法律秩序及ヒ生活利益ノ保護ノ目的ヲ貫徹スル能ハサルヘシ。

刑罰ハ正義應報ノ觀念ニ一致セサル可カラズ。即チ行為者カ爲サント欲シタル意思ト其爲シタル行為トニ對スル正當ナル應報ナラサル可カラズ。換言スレハ刑罰ハ罪責ニ正比例ヲ爲ス害惡タル實質即チ正義ニ適合スル應

刑罰ハ犯  
罪ヲ唯一

報タル實質ヲ有セサル可カラズ。刑罰ハ善行ヲ爲シタル者ハ善報ヲ受クルカ如ク惡行特ニ犯罪ヲ爲シタル者ハ惡報特ニ刑罰ヲ受クヘシトノ應報的觀念ヲ基礎トスルモノナリ。應報的觀念ナルモノハ人間ノ性質中ニ深キ根柢ヲ有スルモノナリ(ビルクマイヤ氏ノ說明特)。古來各國ニ行ハレ來リタル刑罰ハ勿論最近立法例ニ於テ認メラル、刑罰モ亦應報的性質ヲ具備セサルハナシ。獨リ文明各國ニ於ケル刑罰カ應報的性質ニ基クノミナラス野蠻國例ヘハ比律賓馬來半島エキスモ一等ニ於ケル刑罰モ亦應報的觀念ニ基クモノナリ(刑事政策大綱一〇頁參照)。上古ニ行ハレタル刑罰ト最近立法例ニ於テ認メラル、刑罰トヲ比較スルニ其實質カ應報ニアルコトハ兩者擇ム所ナシト雖モ其異ル所ハ上古ニ於ケル刑罰ハ主トシテ復讐ノ臭味ヲ脱スル能ハスシテ外形上ノ害惡ヲ主眼トシ之ニ對シ被害者ノ復讐的感情ヲ満足スルニアリタルモノナルカ如シト雖モ近世ノ刑罰カ犯罪(罪)ト正比例ヲ爲スモノニシテ其應報カ正義ニ適シ公平ニ合スル點ニアリ。

刑罰ハ犯罪ヲ唯一ノ原因トシテ之ニ對スル法律上ノ結果トシテ科スル害

ノ原因ト

惡ナリ。故ニ刑罰ハ犯罪ヲ唯一ノ原因トスルモノニシテ其種類及ヒ分量ハ犯罪(責罪)ニ應シテ之ヲ定ムヘキナリ。犯罪行為ヲ條件トシ之カ法律上ノ效果トシテ加ヘラル、處分ト雖モ犯罪其モノ(罪責其)ヲ唯一ノ原因トシテ其結果トシテ加フルモノニ非サル處分ハ刑罰ニ非ス。故ニ例ヘハ精神ニ幾分ノ異狀アル殺人犯者ニ對シ刑期服役後之ニ對シ檢束ヲ加フル處分ノ如キハ犯罪ヲ條件トスルモ處分ト犯罪トノ間ニ於テ直接ナル原因結果ノ關係ヲ有セサルヲ以テ刑罰ノ實質ヲ有セス。又犯罪ヲ原因トスルモ罪責ヲ原因ト爲サ、ル強制手段ノ如キハ刑罰ノ實質ヲ具備セス。例ヘハ犯罪ノ行為アリタル幼年者ヲ感化院ニ送致シ犯罪ノ所爲アリタル精神病者ヲ檻置スルカ如キハ刑罰ニ非ス。

犯罪者ニ對シ其罪責ニ對スル應報トシテ之ニ加フヘキ刑罰ハ法律カ本來保護スル犯罪者ノ利益(生命、身體、自由、名譽)ニ對スル侵害ナリ。換言スレハ刑罰ハ實質ハ犯罪者ノ法益ニ對スル侵害ナリ。死刑ノ如キハ犯罪者ノ有スル生命タル法益ヲ剝奪スルモノナリ。自由刑ノ如キハ犯罪者ノ有スル自由ナル法

刑罰ハ犯罪者ノ法益ニ對スル侵害ナリ

刑罰ハ犯罪者ニ對スル害惡ナル止

益ヲ剝奪若クハ侵害スルニアリ。財産刑ハ犯罪者ノ有スル財産ナル法益ヲ剝奪スルニアリ。身體刑(答刑)ノ名譽刑(公權剝奪)ノ如キハ之ヲ認ムル法制ニ在リテハ斯ノ如キ刑罰ハ犯罪者ノ有スル身體若クハ名譽ナル法益ニ對スル侵害ナリ。又斯ル刑罰ヲ認メサル法制ニ在リテモ死刑、自由刑、財産刑ノ間接ノ結果トシテ或ハ身體ノ法益カ侵害サレ或ハ名譽ナル法益カ害セラルヘキナリ。之ヲ要スル刑罰ハ其如何ナル種類ナルトヲ問ハス犯罪者ニ對スル害惡ニシテ其有スル法益ヲ直接又ハ間接ニ剝奪若クハ侵害スルモノナリ。學者或ハ刑罰ノ實質ハ犯罪者ノ改善ニアリト論スルカ如キハ管ニ刑罰ノ實質ニ符合セサルノミナラス斯ル主張ニ依ルトキハ死刑、財産刑ノ如キハ到底之ヲ説明スル能ハサルヘシ。犯罪者ノ改善ハ刑罰ノ實質ト矛盾セサル範圍ニ於テ極力之ヲ企圖スヘキ必要アルコト前述ノ如シト雖モ改善ヲ以テ刑罰ノ實質ナリト爲スカ如キハ甚シキ謬見ナリ(一六九頁參照)。

刑罰ハ之ヲ受クル犯罪者(家族)ニ對スル害惡タルニ止マラス之ヲ科スル國家ニ對シテモ亦一種ノ害惡ナリ。國家カ刑罰ヲ施スニハ幾多ノ手數ヲ要ス

マラス國  
家ニ對シ  
テモ一種  
ノ害惡ナ

ルモノニシテ之カ爲メ國家的精力ヲ消費スルモノ尠カラス。又刑罰ヲ執行スルニハ國家的精力ヲ要スルニ比例シテ相當ノ經費ヲ要スルモノナリ。特ニ自由刑ノ如キハ直接多額ナル監獄費ノ支出ヲ伴フモノナリ。故ニ刑罰ハ之ヲ加ヘスシテ止ムヲ得ルトキハ立法上刑罰ヲ規定セサルヲ可トス(此點ハ前ニ論示シタル五九頁參照)。刑ノ規定シナカラ之ヲ實行セサルハ刑法ノ威信ヲ確保スル所以ニ非ス(六七頁參照)。故ニ刑罰ハ立法論ヨリスレハ必要缺ク可カラサル範圍内ニ於テノミ之ヲ採用スヘクシテ其範圍外ニ及ホスヲ得サルモノナリ。然レトモ一旦之ヲ採用シタル以上ハ司法論トシテ犯罪必罰ノ原則ヲ履行シ刑法ノ威嚴信用ヲ確保シ以テ利益保護ノ目的ヲ貫徹セサル可カラス(一六四乃至一六七頁參照)。

29.6-13

刑事政策  
刑事立法  
政策

刑事社會  
政策

### 第三章 刑事政策論ノ要領

刑事政策ハ犯罪ノ鎮滅若クハ減少ヲ目的トスル立法政策ヲ謂フ。立法者ノ地位ニ立テ犯罪ノ鎮滅若クハ減少ヲ企圖スル道ニ二アリ。其一ハ如何ナル原則ニ基キ刑法ヲ定ムルヲ以テ最モ可良ナリト爲スヲ得ヘキヤヲ論究スルモノナリ。此點ニ於テ刑事政策ハ刑事立法政策ト其意義ヲ同ウスルモノニシテ刑法ハ如何ナル目的及ヒ實質ヲ有セシムヘキヤヲ論究スルモノナリ。其二ハ刑事法以外ノ手段ニ依リ犯罪ノ鎮滅若クハ減少ヲ企圖スヘキ方法ヲ論究スルモノナリ。此點ニ於テ刑事政策ハ刑事社會政策ト其意義ヲ同ウスルモノニシテ犯罪豫防ニ直接關係アル法規ハ勿論苟モ犯罪ノ發生若クハ其增加減少ニ影響アル事項ニ關スル處措ヲ論究スルモノナリ。此二者ノ區別ハ刑事政策ノ二大綱目タル犯罪ノ鎮壓 (Repression) ト豫防 (Prevention) トノ區別ト大體ニ於テ合致スルモノニシテ犯罪ノ鎮壓ニ關スル政策ハ刑事立法政策ニ該當シ犯罪ノ豫防ニ關スル政策ハ刑事社會政策ニ符合ス。以上ノ區別ニ

從ヒ先ツ刑事立法政策ノ要項ヲ説キ次ニ刑事社會政策ノ要項ヲ明ニシ以テ最モ可良ナリトスル刑事政策論ノ要項ヲ掲クヘシ。

### 第一節 刑事立法政策ノ要項

犯罪ノ鎮滅若クハ減少ヲ企圖セントスルニハ如何ナル原則ニ從ヒ犯罪及ヒ刑罰ヲ定ムルヲ以テ最良ナリト爲スヘキヤハ重大ナル問題ニシテ深思熟慮ヲ以テ之ヲ解決スルヲ要ス。凡ソ物ヲ使用シテ有效ナル結果ヲ收メント欲セハ先ツ之ヲ使用スヘキ目的ト其使用スヘキ物ノ實質トヲ明ニシ而シテ後其目的ト實質トニ最モ能ク合スル所ニ從ヒテ之カ計畫ヲ定メサル可カラズ。其目的ニシテ明ナラストセンカ其結果ヲ望ム能ハサルハ勿論ナリ。其目的ニシテ可良ナリトスルモ其使用セラルヘキ物ノ實質ニ一致セサルトキモ亦到底良果ヲ收ムル能ハサルハ自明ノ理ナリ。刑事立法ヲ以テ犯罪ノ鎮滅若クハ減少ヲ企圖セント欲セハ須ク思慮ヲ周密ニシ其定ムヘキ刑法及ヒ刑罰ハ各其理想トスヘキ目的及ヒ實質ニ最モ能ク適合スル所ニ從ハサル可カラズ。而シテ刑法及ヒ刑罰ノ目的及ヒ實質ハ前既ニ之ヲ論述シタルカ如

シ(一七四三乃至一七四四頁)。故ニ刑事立法政策ノ要項ハ既ニ爲シタル論究ノ結果ヲ應用スルニ依リ之ヲ求ムルヲ得ヘシ。之ヲ略示スレハ左ノ如シ。

刑法ハ世道風教、法律秩序及ヒ人ノ生活利益ヲ保護スルヲ以テ其目的トスルモノニシテ嚴峻ナル制裁ヲ以テ其遵守ヲ強制スル人類行爲ノ準則タルヲ以テ其實質ト爲スモノナレハ刑法ヲ定ムルニ當リテハ須ク此目的及ヒ實質ニ最モ能ク適合スル所ニ從ハサル可カラズ。刑罰ハ刑法ノ威嚴、信用ヲ保持スルヲ以テ目的トスルモノニシテ刑法ノ遵守ヲ強制スヘキ唯一ノ制裁トシテ違反者ノ罪責ニ比例スル害惡ヲ加フルヲ以テ實質トスルモノナレハ刑罰ヲ定ムルニ當リテハ此目的及ヒ實質ニ最モ能ク適合スル所ニ從ハサル可カラズ。此兩者ノ目的及ヒ實質ニ從ヒテコソ始メテ刑法ノ威嚴信用ハ之ヲ確保スルヲ得ヘク世道風教及ヒ法律秩序ハ最モ能ク之ヲ保持シ人類ノ生活利益ハ之ニ依リ最モ能ク之ヲ保護スルヲ得ヘシ。

刑事立法政策ノ要項ハ以上述ヘタル所ニ依リ其要ヲ悉シタルモノト謂フ

ヲ得ヘシト雖モ尙ホ一層之ヲ明瞭ナラシムル爲メ左ニ第一刑事立法政策ノ  
二分分類、第二刑事立法政策上特ニ注意スヘキ要點ノ二者ニ分テ之ヲ略説ス  
ヘシ。

### 第一款 刑事立法政策ノ二分分類

凡ソ政策ハ目的ヲ定メ之ヲ達スル爲メ一定ノ計畫ヲ立ツルヲ謂フ。刑事  
立法政策モ亦刑法ノ目的ヲ明ニシ之ヲ達スルノ方策(計畫)ヲ講スルモノナリ。  
刑事立法政策ノ目的ト刑法ノ目的トハ全然同一ナリ。刑法ノ目的ハ利益保  
護ニ在ルコト前既ニ之ヲ説明シタルカ如シ(一四三頁乃至一四五頁)。刑事立法政策ノ目  
的即チ刑法ノ目的ハ其内容ニ依リ之ヲ大別スレハ第一積極的目的、第二消極  
的目的ノ二ト爲スコトヲ得。從テ刑事立法政策モ亦之ヲ分テ第一積極的刑  
事立法政策、第二消極的刑事立法政策ノ二ト爲スコトヲ得。

#### 第一 積極的刑事立法政策

刑法ハ民衆一般ニ對シ有力ニシテ適切ナル教育ノ一ニシテ然モ其教育ハ  
強制的權威ヲ有スルコト前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(一五五頁參照)。教育カ積極的

積極的刑  
事立法政  
策

目的ヲ有スルカ如ク、刑法モ亦此點ニ於テ積極的目的ヲ有スルモノナリ。道  
徳觀念ヲ尊重スル刑法ノ威嚴信用ヲ確保スルニ依リ世道風教ヲ作振シ以テ  
民衆一般ノ品位ヲ高クシ法律秩序ヲ維持シ以テ民衆一般ヲシテ其睹ニ安セ  
シメ又人ノ生活利益ヲ保護シ以テ權利自由ノ安固ヲ確保スルヲ得ルカ如キ  
ハ(一四五頁乃至一四八頁參照)之ヲ強制的權威ヲ有スル刑法ニ依ル教育ノ效用ナリト解ス  
ヘキナリ。其他新ニ刑罰法ヲ規定スルニ依リ積極的ニ國民民福ノ増進ヲ企  
圖スルカ如キモ亦積極的刑事立法政策ニ外ナラス。學者或ハ刑法ニ唯タ消  
極的目的ノミアルヲ知テ其積極的目的アルヲ知ラサルカ如キハ重大ナル誤  
謬ナリ。刑法新派ノ如キハ此誤謬ニ陷レルノミナラス蓋シ此誤謬ヲ基礎ト  
シテ説ヲ立ツルモノ、如シ。特ニ刑法ニ依リ世道風教ノ向上ヲ策スルノ道  
ヲ知ラサルカ如キ點ニ於テ然リ。

#### 第二 消極的刑事立法政策

刑法ニ依リ犯罪豫防ノ計畫ヲ講スルカ如キハ消極的刑事立法政策ナリ。  
犯罪ノ豫防ハ更ニ之ヲ分テ(一)一般豫防、(二)特別豫防ノ二ト爲スコトヲ得。刑

消極的刑  
事立法政  
策

罰規定ニ依ル威嚇ト刑罰執行ニ依ル威嚇トニ依リ較モスレハ惡事ヲ爲サン  
トスル者ニ對シ刑法ノ制裁タル刑罰ノ恐ルヘク悔ル可カラサルコトヲ警メ  
且誠ユルカ如キハ一般豫防(General prevention)ナリ。又既ニ罪ヲ犯シタル者ニ  
對シ刑罰ヲ加ヘ或ハ感化遷善セシメ或ハ之ニ威嚇ヲ加ヘ犯罪ヲ爲スノ結果  
ノ恐ルヘキコトヲ知ラシメ又ハ之カ自由ヲ奪ヒ又之カ生命ヲ奪ヒ以テ將來  
罪ヲ犯ス能ハサラシムルカ如キハ特別豫防(Special prevention)ナリ。新派ハ刑  
法ノ目的ヲ以テ獨リ犯罪ノ特別豫防(再犯豫防)ナリト爲スコト及ヒ其缺點ハ前既  
ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(四六、一二三乃至一三六頁)。

**第二款 刑事立法政策ニ付キ注意スヘキ**

**要項**

刑事立法政策ノ目的ヲ貫徹セント欲セハ刑法及ヒ刑罰ヲ定ムルニ當リ各  
其目的及ヒ實質ニ最モ能ク合致セシメサル可カラス。仍テ刑事立法政策ノ  
要點ナリトシテ示スヘキモノハ前既ニ説明シタル所ニ牽連スルモノニシテ  
寧ロ其摘要ナリト謂フヲ得ヘシ。其最モ主要ナル點ヲ舉クレハ左ノ如シ。

刑法ハ人  
類行爲ノ  
標準則タ  
ルヲ爲シ  
シテ實則  
ハ有ル

**第一 刑法ハ人類行爲ノ準則タル實質ヲ有セシムヘシ。**

刑法ノ定ムル準則ハ原則トシテ道義ノ準則ト一致セシムヘク道義ノ準則  
中最モ重要ニシテ之カ遵守ヲ強制スルニ刑罰ヲ以テスルヲ要スルモノハ之  
ヲ刑法ニ採用スヘク換言スレハ強制的遵守ヲ要スヘキ重要ナル道義ノ準則  
ハ同時ニ刑法上ノ準則タラシムヘシ(一五七乃至一六〇頁)。故ニ道德上責ム可カラサ  
ル行爲ハ之ヲ罰ス可カラス。從テ故意(犯罪構成ノ事實又ハ過失アル行爲ニ  
テ知テ爲ス意思)又ハ過失アル行爲ニ  
限リ之ヲ罰スヘシ。幼兒、白痴、癡癲者及ヒ精神病者ノ如キ真正ノ意義ニ於テ  
故意又ハ過失アリト言フ能ハサル者ハ之ヲ罰ス可カラス。故意又ハ過失ナ  
キ行爲ヲ罰シ又ハ真正ノ意義ニ於テ故意又ハ過失アリト言フ能ハサル者ヲ  
罰スルカ如キハ殘忍酷薄ヲ敢テスルモノニシテ刑法ヲシテ道義ノ準則ニ矛  
盾セシムルモノナリ(刑法新派ハ故意又ハ過失アリト言フ能ハサルハ  
行爲者ヲモ罰スヘシト主張ス、八九乃至九二頁)。此點ハ  
主トシテ積極的刑事立法政策ノ必要ニ出ツルモ亦大ニ消極的刑事立法政策  
ノ必要ニ合スルモノナリ。

**第二 刑法ハ世道風教ヲ培養助長セシムルノ精神ヲ有セサ**

刑法ハ世  
道風教ヲ

培養助長  
ノ精神ヲ  
有セザル  
可カラス

ル可カラス。

刑法ニ於テ道德觀念ヲ尊重シ以テ民衆一般ニ行ハル、道義ノ準則ヲ發達  
進歩セシムヘキナリ(一四八頁至)。故ニ刑法ニ於テ道德觀念ニ矛盾スルカ如  
キ規定ハ之ヲ爲ス可カラス。一般民衆カ認メテ甚シキ悖德ナリト爲スヘキ  
モノヲ默許スルカ如キ又道德上惡行ヲ爲サ、ルモノニ對シ刑法上ノ制裁(刑)  
ヲ加フルカ如キハ極力排斥セサル可カラス。刑政ノ要ハ世道風教カ認メテ  
公正穩健ナリトスル所ニ從ヒ之ヲ補正スルニアリ。即チ人心ノ歸向スル所  
ヲ尊重シ之ヲ善ニ導クニアリ。此點ハ主トシテ積極的刑事立法政策ノ必要  
ニ出ツルモノナリ。

**第三** 刑法ハ之ヲ必ス遵守セサル可カラサル強制法タル實  
質ヲ有セシメサル可カラス。

強制遵守ヲ要セサルモノハ之ヲ刑法トシテ規定セサルヲ可トス。「一旦刑  
法(強制遵守ヲ要)トシテ之ヲ規定シタル以上ハ犯罪必罰ノ原則ヲ履行シ刑法  
ノ威嚴信用ヲ確保シ以テ刑法ノ目的タル世道風教ノ作振、法律秩序ノ維持及

守テハ之  
ナカサル  
可カラス  
守テハ之  
ナカサル  
可カラス  
守テハ之  
ナカサル  
可カラス

刑罰ハ正  
義應報ノ  
觀念ニ  
對シテ  
ラサレ  
ラサレ  
ラサレ

ヒ生活利益ノ安固ヲ期待セサル可カラス(一六四表乃)。區々タル一時ノ都合  
若クハ目前ノ利害ニ拘泥シテ犯法者ヲ不問ニ付シ以テ刑法其モノ、威嚴信  
用ヲ失墜スル所以ヲ覺ラサルカ如キハ刑政ノ本旨ヲ解シタルモノト爲スニ  
足ラス(一六六頁)。此點ハ主トシテ積極的刑事立法政策ノ必要ニ出ツルモ亦  
同時ニ消極的刑事立法政策特ニ一般豫防ノ爲メ必要トスルモノナリ。

**第四** 刑罰ハ正義應報ノ觀念ニ一致セシメサル可カラス。

犯罪ニ對スル刑罰ヲ定ムルニ當リテモ亦常ニ刑罰ヲシテ道德的色彩ヲ有  
セシメサル可カラス。刑罰ハ行爲者ノ罪責(一五八頁)ニ比例スル痛苦タラシ  
ムルハ即チ刑罰ヲシテ道德的色彩ヲ有セシムル所以ニシテ又民衆一般ノ腦  
裏ニ深キ根底ヲ有スル正義應報ノ觀念ト符合セシムル所以ナリ。罪責ナキ  
者ニ對シ刑罰ヲ加フルカ如キハ新ニ道德上ノ非行ヲ爲スモノニシテ罪責ニ  
比例セサル刑罰ヲ加フルカ如キハ道德觀念ニ背反スルモノナリ。此點ハ積  
極的及ヒ消極的刑事立法政策ノ必要ニ出ツルモノナリ。

**第五** 刑法ノ規定スル刑罰ノ種類ハ之ヲ成ルヘク多數ニシ

定法ノ規  
定スル刑

罰ノ種類  
ハ之ヲ成  
ルニシテ  
數ニシテ  
之ヲ多ク  
之ヲ分割  
得ヘキモ  
ノナラザ  
スルヲサ  
ル

且之ヲ多數ニ分割シ得ヘキモノナラサル可カラス。  
刑罰ソレ自身ハ一種ノ害惡ナルヲ以テ之ヲ科スルハ必要止ムヲ得サル場  
合ニ限ラサル可カラス。從テ其科スヘキ種類及ヒ分量ト雖モ必要止ムコト  
ヲ得サル範圍ヲ超ユ可カラス。其結果トシテ刑罰ノ種類ハ成ルヘク之ヲ多  
數ニシ其分量ハ成ルヘク多數ニ分割シ得ヘク從テ各種ノ行爲者ノ各種ノ罪  
責ニ最モ能ク符合スヘキ種類及ヒ分量ヲ選ミ得ヘク規定セサル可カラス。  
斯ノ如クニシテ始メテ各必要ノ範圍内ニ限定セル刑罰ヲ科スルヲ得ルモノ  
ナリ。之ニ反シテ僅少ナル種類ノ刑罰ヲ以テ各種ノ行爲者ノ各種ノ罪責ニ  
應セントスルカ如キハ恰モ二三ノ賣藥ヲ以テ無數ノ疾病ニ應セントスルニ  
等シク到底良果ヲ望ム能ハサル場合アルヲ免レス。故ニ刑罰ノ種類ハ成ル  
ヘク多數ナラサル可カラス。文明各國ノ最近立法例ニ於テモ多クハ此精神  
ニ則ル(三三五二)。此點ハ積極的及ヒ消極的刑事立法政策ノ必要ニ應スルモ  
ノナリ。

第六 刑罰ヲ定ムルニ當リテモ人倫ニ基キ風教ヲ匡スノ趣

刑罰ヲ定  
ムルニ當

リテモ人  
倫ニ基キ  
風教ヲ匡  
スルニ當  
リ

旨ヲ有セサル可カラス。

刑法ハ一面道義ノ準則タル性質ヲ有スルヲ以テ之カ違反ニ對スル刑罰ヲ  
定ムルニ當リテモ常ニ道義ノ準則ニ矛盾セスシテ却テ之ヲ補ヒ之ヲ助クル  
ノ性質ヲ有スル刑罰ヲ選ムヲ要ス。換言スレハ刑罰ヲ定ムルニ當リテモ人  
倫ヲ以テ基本トシ風教ヲ匡正スルノ趣旨ニ則ラサル可カラス。舊君ノ讐ヲ  
酬ユルカ爲メ殺人罪ヲ犯シタル四十七義士ニ對シ普通ノ醜辱刑ヲ以テセス  
シテ其名譽ヲ傷ケサル意味ニ於テ切腹ノ言渡ヲ爲シタルカ如キ精神ハ今日  
ノ刑罰ヲ定ムルニ當リテモ尙ホ大ニ考慮ヲ費サ、ル可カラス。故ニ刑罰ノ  
種類ヲ二大別シ破廉恥罪ニ科スヘキモノト然ラサルモノトヲ區別シ其犯罪  
ノ性質カ破廉恥罪ニ屬セサルトキハ勿論其犯罪ノ性質破廉恥罪ニ屬スルモ  
行爲者カ之ヲ犯スニ至リタル心意若クハ動機ニシテ破廉恥ニ非スシテ却テ  
人倫ニ合シ風教ニ適スルモノアルトキハ之ヲ罰スルニ當リテ其然ラサルモ  
ノト之ヲ區別セサル可カラス。例ヘハ病父ノ醫藥ノ料ヲ得ンカ爲メ窮迫ノ  
餘リ竊盜ヲ爲シタルカ如キ者ニ對スル刑罰ハ普通破廉恥罪ニ適用スヘキ刑



罰ニ比シ幾分ノ差異ヲ設ケ其罪ハ之ヲ罰スルモ其精神ハ大ニ賞揚スヘキ趣旨ヲ明ニセサル可カラス。文明各國ノ最近立法例ニ於テハ大ニ此點ニ重キヲ措クモノ、如シ(二〇三乃至二〇五頁ニ一三乃至二一三頁參照)。此點ハ主トシテ積極的刑事立法政策ノ必要ニ出ツルモノナリ。

### 第七 刑罰ノ目的及ヒ實質ニ矛盾セサル範圍内ニ於テ再犯豫防ノ實效ヲ期スヘシ。

改善威嚇及ヒ加害不能ノ如キ再犯豫防ハ刑罰ノ最モ望マシキ效用ナレハ刑罰ノ本來ノ目的及ヒ實質ヲ妨ケサル限リハ之カ貫徹ヲ企圖スヘシ。斯ノ如キ事項ニシテ法令ノ規定ヲ要スヘキモノハ之ヲ法令ニ依リ定ムヘク或ハ既定ノ法令ノ範圍内ニ於テ爲シ得ヘキモノハ事務ニ作振ヲ加ヘ銳意其實效ヲ舉クルニ力ヲ盡スヲ得ヘシ(九六八—九六九頁參照)。此點ハ消極的刑事立法政策ノ實效ニ外ナラス。

### 第二節 刑事社會政策ノ要項

最モ有效ニ犯罪ヲ豫防セント欲セハ犯罪ノ發生原因ヲ究メ之ニ向テ斧鉞

刑罰ノ目的及ヒ實質ニ矛盾セサル範圍内ニ於テ再犯豫防ノ實效ヲ期スヘシ

ヲ加ヘサルヲ得ス。犯罪ノ原因ハ之ヲ分テ社會的原因及ヒ個人的原因ノ二ト爲スヲ得。行爲者ノ社會ニ於ケル境遇特ニ生計資料ノ窮乏、社會的關係ノ不適當ノ如キハ社會的原因ノ最モ主要ナルモノナリ。行爲者ノ犯罪的性癖及ヒ犯罪的慣習ノ如キハ個人的原因ノ最モ主要ナルモノナリ。然レトモ大多數ノ犯罪ハ右兩原因ノ併合ニ因リ發生スルモノニシテ獨リ社會的原因若クハ個人的原因ノ一ノミニ因リ發生スヘキモノニ非ス。故ニ兩原因ノ中其一ヲ除クヲ得ハ犯罪ノ豫防ハ其目的ノ大部分ヲ達シ得ヘキナリ。

刑事社會政策ハ之ヲ分テ第一狹義ニ於ケル刑事社會政策、第二廣義ニ於ケル刑事社會政策ノ二ト爲スコトヲ得。犯罪行爲アリタル者ニ行政上ノ保護若クハ檢束ヲ加ヘ以テ犯罪ノ豫防ヲ企圖スルカ如キハ狹義ノ刑事社會政策ニ屬ス。例ヘハ前科者及ヒ犯罪行爲アリタル幼年者若クハ精神病者ノ處置ノ如キ犯罪行爲アリタル者ニ對シ施スヘキ處分ノ如キハ狹義ノ刑事社會政策ニ屬ス。刑事社會政策ハ一ニ之ヲ犯罪豫防法(Prophylaxis von Verbrechen)ト稱ス。之ニ反シテ犯罪行爲又ハ犯罪者ノ處分ニ直接ノ關係ナキモ犯罪ノ發

生若クハ其増減ニ重大ナル影響ヲ及ホスヘキ事項ニ對スル政策ハ廣義ニ於ケル刑事社會政策ニ屬ス。救貧、防貧、教育、勞働者保護其他之ニ類スル事項ノ如キハ之ニ屬ス。本來ノ意義ヨリスレハ前者ハ之ヲ刑事社會政策ト謂フヲ得ルモ後者ハ寧ロ純然タル社會政策ニ屬ス。然レトモ斯ル事項ハ特ニ犯罪ノ發生若クハ増減ニ影響アル部分ニ屬スルモノニシテ刑事政策ト密接ノ關係ヲ有スルモノトス。

### 第一款 狹義ノ刑事社會政策ノ要項

狹義ノ刑事社會政策中最モ重要ナルモノハ第一前科者ニ對スル處置、第二犯罪アリタル幼年者ニ對スル處置、第三犯罪アリタル心神喪失者及ヒ心神耗弱者ニ對スル處置ナリトス。

#### 第一 前科者ニ對スル處置

既ニ一旦罪ヲ犯シタル者ハ之ニ依リ多少ニモセヨ犯罪の心意ヲ有シ又ハ之ヲ有シタリシコトヲ證明スルモノナリ。而シテ一旦犯罪ニ依リ刑ヲ受ケタル者ハ一種ノ不名譽ヲ有スルモノニシテ普通人ト伍シテ競争場裡ニ立ツ

前科者ニ對スル處置  
前科者ハ生存競争ノ場裡ニ立ツ

再犯ノ虞アル者

憐ミ且傷ムシキ者トシテ救護スル要ス  
再犯ノ虞アル者トシテ保護スル要ス

能ハサルヲ普通トス。特ニ刑ノ執行ヲ終リタル後ニ於テモ尙ホ之ニ罪ヲ犯スニ至ルヘキ個人的若クハ社會的原因ニシテ存スル以上ハ此者カ再ヒ罪ヲ犯スコトアルヘシトハ何人モ之ヲ想像シ得ヘキ所ナリ。生計資料ニ窮スル無資無産ノ徒ニ在リテハ刑ノ執行ニ依リ新ニ不名譽ヲ得且曾テ有シタル地位、職業ヲ失フニ依リ其社會的犯罪原因ハ一層増大スヘキナリ。斯ノ如ク社會的犯罪原因増大シタル者ニ在リテハ其個人的犯罪原因カ既ニ消滅シタルヤ否ヤ換言スレハ本人カ既ニ犯罪ヲ眞心ヨリ悔悟シタルヤ否ヤハ實際ニ於テ左程ノ重大ナル意義ヲ有スルモノニ非ス。既ニ刑ヲ受ケタル者ノ身ニ立チテ考フレハ其境遇ハ非常ニ憐ミ且傷ムヘキモノナリ。國家ハ斯ル窮民ヲ救助シ之ヲ保護スルハ其當然ノ任務ヲ果ス所以ナリ。又國家ノ地位ニ立チテ考フレハ行爲者カ憐ムヘキモノナルト又惡ムヘキモノナルトヲ問ハス再ヒ罪ヲ犯シ社會ニ害惡ヲ加フル虞アル者ナリ。國家ハ之ニ對シ或ハ保護ヲ加ヘ場合ニ依リテハ併セテ其自由ヲ拘束シ保安處分ヲ施シ以テ自衛ノ道ヲ講スルハ其當然ノ任務ヲ果ス所以ナリ。故ニ孰レノ方面ヨリスルモ國家ハ

私人經營  
之保護  
價値

將來罪ヲ犯スノ虞アリト認メラル、者ニ對シ保護ノ道ヲ盡サ、ル可カラス。此保護タルヤ國家自ラ經營スヘキモノニシテ私人ノ經營ニ一任スヘキモノニ非ス。何トナレハ私人經營ノ保護事業ハ之ヲ如何ナル範圍ニ及ホスヘキヤ又之ヲ恒久的ニ繼續スヘキヤ否ヤハ私人ノ自由意思ニ存スルモノニシテ私人ノ事業ノ當然ノ結果トシテ保護ヲ希望スル本來無害ニ等シキ者ニ限り之ヲ保護スルヲ得ルモ保護ヲ希望セサル兇暴不逞ノ惡漢ノ如キ真ニ保護ヲ要スヘキ者ハ却テ之ヲ保護スル能ハスシテ一ニ其爲ス所ニ放任セサルヲ得サルカ如キ結果ヲ生スルヲ免レス。方今前科者保護ノ方法トシテ各國ニ行ハル、モノハ所謂免囚保護事業ナリ。免囚保護事業モ亦有效ナル一方法タルヲ失ハスト雖モ素ヨリ私人ノ經營事業ニシテ之ニ固有ナル缺點アリテ到底充分ナル方法ト爲スニ足ラス(此點ニ關シテハ拙著「刑事政策」左レハ最近ノ學說及ヒ立法例ニ於テハ國家經營ニ屬スル保護處分ヲ以テ之ニ代ヘントスルニ至レリ(二三九頁)(三四一頁)而シテ如何ナル方法ヲ以テ最モ適當ナルモノト爲スヘキヤハ第三卷第二編保護處分論ノ題下ニ於テ之ヲ説明ス)

國家的  
的保護  
價値

ヘシ。

## 第二 犯罪行為アリタル幼年者ニ對スル處置

犯罪行為アリタル幼年者モ其年齡ノ長幼ニ從ヒ之ニ刑罰ヲ科スルヲ得サル者ト之ヲ科スルヲ得ル者トノ區別アリ。之ヲ科スルヲ得サル者ニ在リテハ之ニ感化教育ヲ施シ再ヒ犯罪行為ニ出ツルコトナカラシムルヲ目的トスル救護ニ付スルヲ要ス。又刑罰ヲ加ヘ得ヘキ幼年者ト雖モ尙ホ將來ノ爲メ感化教育ヲ要スヘキモノトセハ刑罰ニ代ヘ又ハ刑罰執行後之ヲ感化教育ニ付スルヲ可トスヘシ。又幼年者ノ墮落既ニ甚シクシテ感化教育ヲ以テスルモ到底累犯ノ虞ヲ豫防スル能ハスト認メラル、トキハ一般前科者ニ對スルト同一ノ處置ニ付スヘキナリ。犯罪行為アリタル幼年者ニ對スル現今ノ法制ハ一ノ感化法アルノミ。然レトモ幼年者ニ對シテ第一特別ナル刑法上ノ處分、第二特別ナル刑事訴訟法上ノ手數、第三特別ナル行政法上ノ處分ヲ要スルハ學說及ヒ最近ノ立法例ニ於テ等シク認ムル所ナリ(二三八頁)(二四〇頁)。此處分ニ付テハ第三卷第二編保護處分論、第四卷第一編罪刑適用論、第二

犯罪行為  
幼年者ニ  
對スル處  
置

編保護處分適用論ノ題下ニ於テ論スル所アルヘシ。

### 第三 犯罪行為アリタル心神喪失者及ヒ心神耗弱者ニ對スル處置

犯罪行為アリタル精神病者ノ如キハ刑法ノ所謂心神喪失者ニシテ刑法上無責任者ニシテ之ニ刑罰ヲ加フルヲ得ス。心神耗弱ノ結果トシテ罪ヲ犯ス者ノ如キハ全然無責任者ニ非サルモ其刑罰タルヤ常人ニ比シ其刑ヲ輕減スヘキモノナリ。然レトモ此兩者カ犯罪的傾向ヲ有スル點ハ之ヲ無賴ノ惡漢ニ比シ更ニ勝ルモノナシト爲サヌ。斯ル場合ニ於テハ一面心神喪失者又ハ心神耗強者ヲ憐ミ且傷ムノ趣旨ニ於テ之ヲ保護シ他ノ一面ニ於テ國家ハ犯罪的傾向アルモノニ備ヘ以テ自衛ノ道ヲ講スル趣旨ニ於テ之ヲ保護シ必要アルトキハ之ニ檢束ヲ加ヘサル可カラヌ。此保護檢束タルヤ犯罪行為アリタルコトヲ條件トスルモノナレハ之ヲ刑事政策ニ於テ論スヘキモノトス。

最近刑事立法例ニ於テモ此處分ニ付キ必要ナル規定ヲ設ケタリ(三三九頁四三頁(三)及ヒ二)之ニ關スル說明ハ第三卷第二編保護處分論ニ讓ル。

犯罪行為  
心神喪失  
心神耗弱  
心神者  
對置スル  
處置

### 第二款 廣義ノ刑事社會政策ノ要項

社會政策中犯罪ノ發生若クハ増減ニ關係アルモノ、中最モ著シキモノハ第一救貧及ヒ防貧其他ノ經濟關係ノ整正、第二孤兒其他適當ナル監護者ナキ幼兒ノ救護、第三教育事業ノ作振、第四勞働制限ノ履行ノ四ト爲スヲ得ヘシ。

第一憐ムヘキ窮民ヲ救助シ又一般細民ノ未タ甚シキ赤貧ニ陥ラサルニ當リ之ヲ救護シ之ヲシテ力行勤儉以テ恒産ヲ得セシムルノ策ヲ講スルカ如キ其他經濟關係ヲ整正スル如キハ人ヲシテ生活資料ヲ得セシムル所以ニシテ之ニ依リ社會的犯罪原因ノ大部分ヲ芟除スルコトヲ得ルモノナリ。第二孤兒其他適當ナル監護者ナキ幼兒ハ之ヲ其自然ノ境遇ニ放任スルトキハ較モスレハ犯罪者ノ新兵ト爲リテ大ニ社會ニ害惡ヲ加フルモノナリ。然ルニ之ヲ救護教養スルハ大ニ人道ニ合スルモノニシテ一面ニ於テ社會ニ對スル害惡ヲ未萌ニ芟除シ他ノ一面ニ於テ將來ニ於ケル國民ヲ構成スヘキ分子ヲ健全ナラシムルモノナリ。換言スレハ孤兒若クハ監護者ナキ幼兒ヲ救護教養スルハ雷ニ人道ニ合スルノミナラス禍ヲ轉シテ福ト爲ス所以ナリ。第三教育

救貧及ヒ  
防貧其他  
經濟關係  
之整正

孤兒其他  
適當ナル  
監護者  
ナキ幼兒  
ノ救護

教育事業  
ノ作振

勞働制限

ニ關スル設備ヲ周到ニシ世道風教ヲ作振スルハ一面ニ於テ犯罪ノ個人的原因ヲ未萌ニ豫防スル所以ニシテ他ノ一面ニ於テ社會關係ヲ優良ナラシメ以テ社會的犯罪原因ヲ芟除スル所以ナリ。第四女子ヲシテ規律アル一定ノ勞務若クハ勞働ニ服セシムルカ如キハ將來ノ國民ヲ産ムヘキ母體ニ煩累ヲ及ホスノ虞アルモノナリ。又身體精神未タ熟セサル幼者ヲシテ早ク規律アル一定ノ勞務若クハ勞働ニ服セシムルカ如キハ其健全ナル發達ヲ阻害スルモノニシテ將來ニ於ケル國民ノ勞働力ヲ減殺セシムル所以ナリ。故ニ女子及ヒ幼者ノ勞務若クハ勞働ニ對スル制限的保護ヲ嚴ニシ或ハ健全ナル子女ノ繁殖ヲ計リ或ハ健全ニシテ勞働力旺盛ナル國民ヲ養成スルノ道ヲ講スルハ國家ノ富強ヲ企圖スル所以ニシテ又以テ社會ノ落伍者ヲ生スルノ虞ヲ少カラシメ以テ將來ニ於ケル社會的及ヒ個人的犯罪原因ヲ未萌ニ防ク所以ナリ。

## 第四章 最近刑事立法例及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義及ヒ刑事政策

最近二十世紀ニ現ハレタル最重要ナル刑事立法ハ千九百二年ノ諾威刑法典、千九百八年瑞西刑法準備草案、千九百九年埃太利刑法準備草案、同年獨逸刑法準備草案等ニシテ千九百三年ノ露西亞刑法典、千九百七年(明治十四年)ノ日本刑法典、千九百八年改正洪牙利刑法典及ヒ千九百十一年改正土耳其刑法典ノ如キモ若シ世界學者ノ眼中ニ措カル、モノトセハ其一ニ加ヘラル、ナルヘシ。就中重キヲ措カル、ハ獨逸兩國ノ準備草案ナリ。是レ兩草案共ニ法學ノ淵藪タル中歐ニ於テ碩學鴻儒ノ數十年乃至十數年ノ研究ノ結果ニ成レルモノナレハナリ。左レハ此兩草案ニ於テ採用シタル刑法主義及ヒ刑事政策ハ殆ト歐洲大陸ニ於ケル刑法主義及ヒ刑事政策ノ研究ノ結果ヲ公ニシタルモノト爲スモ大過アルコトナシ。又獨逸刑法準備草案ニ付テハ新派ノ代表者タル**フォンリスト**(ベレリン大學教授)、**フォンリ、エンター**(ハイデルベルグ大學教授)兩氏カ正

第四章 最近刑事立法例及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義及ヒ刑事政策 第一節 獨逸刑法兩準備草案、リスト氏等對案及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義

統刑法學派ニ屬スルカール(大學教授)ゴールドシュミット(學助教授)兩氏ト妥協シ一種ノ對案(案修正)ヲ作レリ。此對案ハ新舊兩派ノ主張ニ付キ妥協ヲ遂ケタル一種ノ交讓案トシテヨリハ寧ロ新派ノ代表者タルフォンリスト氏等ノ今日ニ於ケル具體的意見トシテ世上ノ注意ヲ惹ク所ナリ。此對案ト獨逸兩國ノ準備草案トヲ對比考案スルトキハ現時ノ中歐ノ學界ニ於ケル刑法主義及ヒ刑事政策ノ趨勢ヲ窺フニ難カラス。仍テ本書ニ於テハ右兩準備草案ノ規定ヲ主トシ之トリスト氏等ノ對案ノ規定トヲ參酌シ右三案ノ採用セル刑法主義及ヒ刑事政策ヲ概論シ之ト日本刑法ノ採用スル規定トヲ比較シテ以テ最近刑事立法例及ヒ日本刑法典ノ採用スル刑法主義及ヒ刑事政策ヲ明ニスルノ一端ニ供スヘシ。

第一節

獨逸刑法兩準備草案、リスト氏等對案及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義

第一款

獨逸刑法準備草案ト刑法主義

獨逸刑法準備草案ト刑法主義

應報主義基礎トス

第一 應報主義ヲ基礎トス。

獨逸刑法準備草案理由書(劈頭九頁)ニ「草案ハ如何ナル學派ニモ傾カス一ニ實際ノ必要ニ基クモノナレトモ強テ其主義トスル所ヲ言ヘハ大體ニ於テ所謂正統刑法學派ノ基礎ニ立ツモノニシテ新派ノ要求中時代ノ必要及ヒ輿論ニ依テ正當ナリト認メラレタルモノハ之ヲ採用セル旨ヲ言明シ又同案理由書(八頁)ニ「刑罰ハ行為及ヒ之ニ合體スル責任ニ對シ應報セントスルモノナリト説明シ又同案理由書(六頁)ニ「正義ニ適スル應報ハ健全ナル法律的感覺ノ要求スル所ナリト説明シタルカ如キハ孰レモ獨逸刑法準備草案ハ正統刑法學派ノ立脚點ニ基キ應報主義ニ則リ制定セラレタルモノナリト斷定スルヲ得ヘシ。草案第十八條ニ監獄ヲ以テ旅舍ト心得居ルカ如キ無賴ノ惡漢又ハ其行為甚タ憎ムヘク且賤ムヘキ者ニ對シ特ニ刑罰ノ執行方法ヲ峻酷ニシ一定ノ期間減食及ヒ板上寢臥ヲ命スルノ規定ヲ設ケタルカ如キハ罪惡ノ程度甚シキ者ニ對シテハ之ニ匹敵スヘキ惡報ヲ以テ之ニ應スヘシトノ應報的觀念ニ基キタルモノナルコト其他同草案カ應報主義ニ基キタルコトハフォンビ

ルクマイヤー氏カ之ヲ論證スルカ如シ(註一)。

(註一) フォン・ビルクマイヤー氏獨逸刑法準備草案評論第一卷三頁乃至九頁參照 (Von Birkeneyer, Beiträge zur Kritik des Vorwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch S. 3-9.)

新派ノ人格主義ヲ排斥ス

### 第二 新派ノ人格主義ヲ排斥ス。

獨逸刑法準備草案ハ正統刑法學派ノ主張タル正義應報ノ主義ニ則ルコト前述ノ如シ。故ニ草案カ其根本ニ於テ新派ノ生命タル主張ト一致セサルハ論ヲ俟タス。從テ新派刑法ノ基礎(八六、八)新派ノ刑事責任ノ基礎觀念(八九、九)及ヒ新派刑法ノ根本的原則(九〇乃至一〇〇五頁)及ノ如キハ草案ニ依リ悉ク排斥セラレタルハ敢テ怪ムニ足ラス。左ニ之ヲ略示シ上示ノ斷言ノ誤ラサル所以ヲ證スヘシ。

新派ノ刑法基礎ヲ排斥ス

(一) 新派ノ刑法ノ基礎ノ排斥。新派ノ主張スル刑法ノ基礎ハ將來ノ刑法ハ行爲ヲ罰スルモノニ非スシテ人ヲ罰スルニ在リ。即チ行爲者ノ有スル反社會的性質ヲ罰スヘキナリ。將來ノ刑罰ハ行爲者ノ犯罪的危險性ノ深淺大小ニ應シテ其種類ト分量トヲ定ムヘキナリ。換言スレハ新派ハ行爲者

ノ危險性ニ比例スル刑罰ヲ要求スルモノナリ。此要求ハ正統刑法學派ノ主張タル行爲者ノ罪責ニ比例スル刑罰ノ要求ト正反對ニシテ此點ハ兩派カ刑法ノ基礎ニ關スル差異ナルコト前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(八六乃至八九頁參照)。獨逸刑法準備草案ヲ通覽スルニ行爲者ノ危險性ニ比例スル刑罰ヲ採用シタルモノト認ムヘキ規定存スルコトナク却テ之カ正反對ナル罪責ニ相當スル刑罰ヲ規定シタルコトハ草案カ應報主義ヲ基礎ト爲シタル一事ニ依リ之ヲ知ルヲ得ヘキノミナラス草案ノ各論ノ各規定ニ於テ行爲ノ輕重大小ニ從ヒ輕重大小ノ差アル刑罰ヲ規定シタルニ依リ明ニ之ヲ認ムルヲ得ヘシ。又草案理由書ニ就テ之ヲ見ルニ正統刑法學派ノ此點ノ主張ヲ採用シタルコト炳然タリ。理由書(八四)ニ「刑罰ハ行爲及ヒ行爲ニ包含スル責任ニ對シ應報スルモノナリ」ト説明セルカ如キハ正統刑法學派ノ主張其モハト異ナラス。其他スル精神ヲ言明シタル箇所甚タ尠カラス(理由書五九、三〇〇頁)。

殊ニ草案カ新派ノ主張タル行爲ノ如何ヨリハ人格ノ如何ヲ基礎トシ刑罰ノ種類及ヒ分量ヲ定ムヘシトノ提案ヲ排斥シタルコトハ

第四章 最近刑事立法例及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義及ヒ刑事政策 第一節 獨逸刑法兩準備草案、リント氏等對案及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義

理由書(三頁)ノ左ノ記載ニ依リ之ヲ知ルヘシ。

『刑罰量定ハ罪ニ若クハ主トシテ行為者ノ心意若クハ人格ニ依ルハカシテ行為ハ輕重大小ハ之ヲ順ミテ若クハ主トシテ行為者ノ心意若クハ人格ニ依ルハカシテ行為ハ輕重ハ吾人ノ日常生活ノ見解ニ矛盾スルモノトシテ斯ノ如キハ正當ナル民衆ノ見解(Volkssinnung)ニ矛盾シ且民衆一般ノ判斷ト背馳スルモノト爲サルヲ得ス』

又此事タル尙ホ理由書(三頁)ノ左ノ記載ニ依リテモ之ヲ認ムルヲ得ヘシ。

『個々ノ場合ニ於テ犯罪の心意ヲ明確ニ認ムハキ證明方法ヲ缺カテ以テ犯罪の心意ニ基キ犯罪ヲ鎮滅セントスルカ如キハ實際上之ヲ行ハ能ハサルモノニ屬ス』

之ヲ要スルニ草案ハ新派ノ生命トモ稱スヘキ其刑法ノ基礎原則タル『將來ノ刑法ハ行為ヲ罰スルニ非スシテ人ヲ罰スルニアリ將來ノ刑罰ハ行為者ノ犯罪の危険性ノ深淺大小ニ應シテ之カ種類及ヒ分量ヲ定ムヘシ』トノ要求ヲ排斥シ之ト正反對ナル正統刑法學派ノ基礎原則タル『責任ニ相當スル刑罰』ヲ採用シタルコト明ナリ尙ホ此點ニ關シテハフオンビルクマイヤー氏ノ詳論スル所ナリ(註11)。

(註11) ビルクマイヤー氏評論第一卷二〇乃至二四頁參照(Birkmeyer, Beiträge Bd. I S. 20-24)。

新派ノ基礎觀念ノ責任ノ排斥

新派ノ基礎觀念ノ責任ノ排斥

(二) 新派ノ刑事責任ノ基礎觀念ノ排斥。準備草案總則第三章ニ責任ナル題

號ヲ設ケ其第五十八條ニ『責任アル行為ニ非サレハ之ヲ罰セス』トノ原則ヲ掲ケ尙ホ『責任アル行為トハ故意又ハ過失ニ依ル行為ヲ謂フ』ト規定シタルヲ始メトシテ同條以下第六十二條ニ之ニ關スル詳細ノ規定ヲ爲シタルカ如キ又同第四章ニ刑罰ノ除却及ヒ輕減原因ナル題號ヲ設ケ其第六十三條以下ニ於テ行為者カ行為ノ當時精神病、精神障礙又ハ無意識ナルニ依リ其自由ナル意思決定ヲ爲ス能ハサリシトキハ之ヲ罰セストノ規定其他之ニ類スル規定ヲ設ケタルカ如キハ孰レモ直接ニ新派ノ刑事責任ノ基礎觀念ヲ排斥シタルト同時ニ之カ正反對ナル正統刑法學派ノ責任ノ基礎觀念ヲ採用シタルモノト爲スハ外ナシ。

(三) 新派刑法ノ根本の原則ノ排斥。新派刑法ノ基礎及ヒ刑事責任ノ基礎觀

念ニシテ排斥セラレタル以上ハ新派刑法ノ根本の原則モ亦大略排斥セラレ、ノ運命ヲ有シタルコトハ論ヲ俟タス。茲ニ新派ノ要求中最モ主要ナリトセラル、刑罰ハ豫防の意義及ヒ任務ヲ有スルニ外ナラストノ要求、行

第四章 最近刑事立法例及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義及ヒ刑事政策 第一節 獨逸刑法兩準備草案、リスト氏等對案及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義



爲者ノ犯罪の心意ノ強弱ニ從ヒ之ヲ瞬間の犯罪者（機會的）改善可能ノ慣習的犯罪者（改善不能ノ性）改善不能ノ慣習的犯罪者（改善不能ノ性）ニ三分スヘシトノ要求ノ如キハ明ニ排斥セラレタルコトハ草案ノ規定其モノニ依リ明ニ之ヲ認め得ヘキノミナラス其理由書各所ニ於テ之ヲ排斥シタル所以ノ理由ノ説明アルコトノ一事ヲ述フルニ止ムヘシ。尙ホ此點ニ關シテハ

フォンビルクマイヤー氏カ反覆詳論スル所ナリ（註三）。

（註三） フォンビルクマイヤー氏評論二五乃至四五頁參照（V. Birkmeyer, Beitrage Pal. I. S. 25-47）。

然リト雖モ草案起案者ハ新舊執レノ學派ニ偏スルコトナク新派ノ要求ニシテ時代ノ必要及ヒ輿論ニ依リ正當ナリト認めラレタルモノハ之ヲ採用セリト言明セルカ如ク新派ノ要求ニシテ採用シタルモノナキニ非ス。然レトモ其採用セラレタル事項ハ孰レモ刑法主義ノ大體ニ關係ヲ及ホスカ如キ重要ナルモノニ非ス。而シテ其採用セラレタル事項中賛同スヘキモノナキニ非スト雖モ又大ニ非難スヘキモノナキニ非ス。此等ノ點ニ關シテハ第二卷以下ノ各事項ヲ説明スル際ニ讓ルヘシ。

## 第二 獨逸刑法準備草案ト道德觀念

草案ハ犯罪ヲ大別シテ廉恥ヲ破ルノ甚シキモノト否トニ分チ其廉恥ヲ破ルノ甚シキモノニ對シテハ懲役刑（無期又ハ一年以下）ヲ科シ其然ラサルモノニ對シテハ拘禁刑（無期又ハ一年以下）ヲ科ス。懲役刑ハ獄内又ハ獄外ニ於ケル嚴重ナル強制労働ニ服シ獄衣ヲ着ケ獄食ニ養ハレ外部トノ交通ハ甚シク制限セラル（一五）。之ニ反シテ拘禁刑ノ實質ハ受刑者ノ行狀及ヒ生活ヲ監視シ自由ヲ剝奪スルニアリテ自己ノ被服ヲ着ケ自己ノ食物ヲ食フヲ得ルニ止マラス適當ナル自己ノ勞務ヲ爲スコトヲ許サル（一九三）。此兩刑ノ中間ニ位スル自由刑ハ禁錮刑ナリ。禁錮刑ハ獄内ニ於ケル強制労働ニ服シ獄衣ヲ着ケ獄食ニ依テ養ハルハ原則トスルモ受刑者ニシテ國民名譽權ノ喪失ノ言渡ヲ受ケサルトキハ自己ノ被服ヲ着用スルコトヲ得ヘク又自己ノ食物ヲ食フコトヲ許サルハ得（一七）。尤モ破廉恥罪ニ對シ懲役刑ヲ科シ然ラサルモノニ拘禁刑ヲ科スヘキコトニ付キ總則ニ於テハ特別ノ明文ナキモ各論ノ規定ヲ通覽スルトキハ容易ニ之ヲ認め得ヘキ所ナリ。特ニ草案ノ法條中第八十五

獨逸刑法準備草案  
ト道德觀念  
念ト道德觀念  
破廉恥罪  
ニ對スル  
醜辱刑  
然ラサル  
罪ニ對スル  
自由刑  
兩者ノ中  
間ニ位ス  
ル刑罰

第四章 最近刑事立法例及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義及ヒ刑事政策 第一節 獨逸刑法兩準備草案 リスト氏等對案及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義

條ニ「法律ニ於テ懲役刑ト他ノ自由刑トニ付キ選擇ヲ許ス場合ニ於テハ行爲カ破廉恥ナル心意ニ基キタルコトカ確定シタル場合ニ於テノミ懲役刑ヲ言渡スコトヲ得」トノ規定アルニ依リ此精神ヲ窺フコトヲ得。

國民ノ名譽權ノ喪失ハ獄内ニ於ケル處遇ト執行中及ヒ執行後ニ於ケル權利ノ喪失ヲ意味スルモノナリ。國民名譽權ヲ喪失セサル禁錮刑者ハ前述ノ如ク獄内ニ於テモ白衣ヲ着ケ自食ヲ食フコトヲ許サル、コトアルノミナラス他ノ一般ノ受刑者ト成ルヘク別異セラル、ノ權利ヲ有ス。又此權利ヲ喪ハサル者ハ兵役ニ就クノ能力、諸般ノ公務ニ就クノ能力、辯護士ト爲ルノ能力ヲ喪ハサルノミナラス自由刑ノ言渡ヲ受ケタル事實アルモ之ニ因テ當然選舉權、稱號勳章等ヲ喪フコトナシ(四四、四六條)。而シテ國民ノ名譽權ノ喪失ハ常ニ重キ刑罰例ヘハ死刑、無期徒刑等ニ伴フモノニ非スシテ犯罪カ破廉恥ナル心意ニ基キタル場合ニ限り其罪ニ對スル死刑、懲役刑及ヒ禁錮刑ノ附加刑トシテ言渡サルヘキモノトス。國民ノ名譽權ノ喪失ノ言渡ハ無期及ヒ有期ノ二者アリテ破廉恥ナル心意ニ基ク罪ニ付キ言渡サレタル刑ニシテ死刑、無期懲役

破廉恥ニナ  
ル心意ニ  
出テタル  
犯罪ニ對  
スル國民  
名譽權ノ  
喪失ヲ指  
スルモノ  
ハ停止若  
クハ若ク

道德觀念  
ヲ尊重シ  
テ世道風  
氣ヲ導ク

ノ場合ニ於テハ此言渡ハ無期ニシテ有期懲役及ヒ禁錮刑(以上)ノ場合ニ於テハ有期ナリ。斯ノ如ク獨逸刑法準備草案ハ一面自由刑ヲ分テ廉恥ヲ破ルコト甚シキ罪ニ對スル刑ト然ラサル罪ニ對スル刑ト其中間ノ刑トヲ規定シ廉恥ヲ破ルコト甚シキヤ否ヤニ依リ之ニ相當スル刑ヲ科セシムル如キハ是レ刑法ノ上ニモ道德觀念ヲ認メ正義應報ノ主義ヲ貫徹スルモノナリ。又國民名譽權ノ喪失ヲ以テ一種ノ刑罰ト爲シ道義ノ準則ヲ破ルコト甚シキ者ニ加ヘ刑ノ執行中及ヒ執行後ニ於ケル名譽權ニ重大ノ關係ヲ有セシムルカ如キハ是レ亦刑法ノ上ニモ道德觀念ヲ認メ正義應報ノ主義ヲ貫徹スルモノナリ。之ヲ要スルニ獨逸刑法準備草案カ正義應報ノ觀念ニ則ル點ニ於テ又道義ノ準則ヲ認メ道德觀念ノ培養助長ニカムル點ニ於テ同案ハ正統刑法學派ノ主張ト其軌ヲ同ウスルモノナリ。

獨逸刑法  
準備草案  
ニ依リテ

### 第二款 獨逸刑法準備草案ト刑法主義

第四章 最近刑事立法例及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義及ヒ刑事政策 第一節 獨逸刑法準備草案、リスト氏等對案及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義

報應主義  
ヲ基礎トス

第一 應報主義ヲ基礎トス。

草案理由書(第六頁)ハ刑罰ノ性質ニ付キ「刑罰ハ法律利益ヲ保護スル爲メ應報トシテ科セラレ又斯ク感受セラレヘキ害惡タルヘシ」ト説明シ以テ刑罰ハ應報ナルコトヲ言明セリ。又同書(第七頁)ニ於テ「刑罰ハ罪責アル行爲ニ對シテハミ科セラレヘキモノナリ。應報ハ刑罰ヲ受クル行爲者ト其行爲ノ結果トハ間ニ罪責ナル主觀的聯結ノ存スル場合ニ於テハミ科セラレヘキモノナリ。此ハ一般豫防及ヒ特別豫防ノ要求スル所ナリ、道德ヲ根底トスル刑法ハ此基礎ノ上ニ建設セサル可カラズ」ト説明シ以テ刑罰ハ罪責アル行爲ニ對スル應報ナル所以ヲ明ニセリ。

草案カ刑罰ノ執行方法ノ嚴峻ヲ規定シ犯罪行爲カ甚シキ貪慾無恥ニ基クカ若クハ自由刑ヲ志願スル目的ヲ以テ犯シタルカ如キ行爲者ニ對シ刑罰ノ執行方法ヲ嚴峻ニシ一定期間麴麵ト水トノミヲ給與シ板上ニ寢臥セシムルノ規定(六條一、六)ヲ設ケタルカ如キハ獨國草案ニ於ケルト同シク應報の觀念ニ基キタルモノト解スヘキナリ。其他草案カ正統刑法學派ノ應報主義ヲ基礎

新派ノ人格主義ノ排斥

トスルモノト解スヘキ根據ニ乏シカラス。

第二 新派ノ人格主義ノ排斥。

獨國草案ハ正義應報ノ主義ニ則リタルコト前述ノ如ケレハ草案カ新派刑法ノ基礎新派刑事責任ノ基礎觀念及ヒ新派刑法ノ根本的原則ヲ排斥シタルハ勿論ナリ。

(一) 新派ノ刑法ノ基礎ノ排斥。草案カ新派刑法ノ基礎タル人格主義則チ行

爲者ノ危險性ニ比例シ刑罰ノ種類及ヒ分量ヲ定ムルノ主義ヲ排斥シ正統刑法學派ノ基礎タル罪責主義即チ行爲者ノ罪責ニ比例シ刑罰ノ種類及ヒ分量ヲ定ムルノ主義ヲ採用シタルコト明ナルコト獨逸刑法準備草案ト其趣ヲ同ウス。草案カ人格主義ヲ排斥シ罪責主義ヲ採用シタルハ其規定其モノニ依リ之ヲ認メ得ヘキ所ナリ。特ニ草案カ犯罪行爲ニ對スル刑罰ヲ詳細ニ定ムルノ主義ヲ採リ其犯罪行爲ヲ定ムルヤ抽象的一般ニ定ムルノ方法ヲ採ラスシテ具體的詳細ニ規定スルノ方法ヲ採リ各犯罪ニ對スル各刑罰ヲ定ムルヤ之カ範圍ヲ比較的狭少ニ規定シタルニ依リ之ヲ認ム

新派ノ刑法ノ基礎ノ排斥

第四章 最近刑事立法例及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義及ヒ刑事政策 第一節 獨逸刑法兩準備草案、リスト氏等對案及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義

ルヲ得ヘシ。而シテ草案カ現行法ニ比シ具體的詳細ノ規定ヲ採用シタルハ草案改正ノ目的中ノ最重要ナルモノナルコトハ理由書(劈頭)ノ左ノ記載ニ依リ之ヲ知ルヲ得ヘシ。

「草案ハ個々ノ犯罪構成事實ヲ成ルヘク詳細ニ規定シ現行法ニ比シ其事實ノ範圍ヲ途ニ精密ニ分界スルヲ目的トシタルコトハ重要ナル點ナリ。」

新派ノ刑  
事責任ノ  
基礎概念  
ノ排斥

(二) 新派ノ刑事責任ノ基礎概念ノ排斥。草案カ新派ノ刑事責任ノ基礎概念ヲ排斥シ之カ正反對ナル規定ヲ爲シタルコトハ草案第三條以下ノ責任能力ニ關スル規定第七條以下ノ罪責ニ關スル規定等ニ依リ炳然タリ。而シテ草案理由書ノ記載特ニ左ノ記載(劈頭)ノ如キハ移シテ之ヲ正統刑法學派其モノ、説明ト爲スコトヲ得ヘシ。

「憎ムヘク嫌フヘキ結果カ故意若クハ過失ニ依リ惹起セラレハハモ行為者ニ責任ナク又行為者ハ性質例ヘハ行為者ノ幼年等ニ依リ刑罰ヨリ刑罰以外ハ方法ニ依リ之カ豫防ハ目的ヲ達シ得ヘキ場合ニ於テハ刑罰又ハ之ヲ確保スル執行例ヘハ勾引勾留ハ全然之ヲ行ハス又ハ之ニ代フルニ救護的處分又ハ保安的處分ヲ以テスヘシ。唯々之ニ關スル限界ハ一般豫防ノ概念即チ刑罰威嚇力ニ依ル一般ニ對スル犯罪ノ防止力ハ之ニ依リテ薄弱

新派刑  
法ノ根  
本的原  
則ノ排  
斥

奧國草  
案ノ兩  
派ノ

(三)

ナラシム可カラストノ必要ニ依リ決スヘキナリ(中略)。此觀察點ハ刑罰ノ適用及ヒ分量ヲ一定ノ方針ニ從ヒ定ムヘキコトヲ命スルモノナリ。罪責ヲ基本トスル刑罰ハ行為者カ責任能力ヲ有スル場合ニ於テハ適用スヘキモノニシテ保安處分ニ基キ量利スヘキモノニ非ス。不規則狀態カ行為者ノ責任能力ヲ著シク低減スルカ又ハ刑罰ニ對シ感覺ヲ有セサルニ至リタルトキノ如キ是ナリ。換言スレハ重大ナル危險カ不規則ナル狀態ニ基クトキハ草案ハ刑罰ヲ適用セシテ寧ロ保安處分例ヘハ犯罪狂者一般ニ危險ナル精神病者酒精中毒者ノ保護等ヲ適用スヘキモノト爲セリ。刑罰ト保安處分トハ嚴ニ區別スルニ依リ刑罰ノ性質及ヒ罪責主義ヲ確保シ以テ社會保護ノ必要ニ應スルヲ得ヘシ。元來保安處分ナルモノハ道德的ノ色彩ヲ有スルモノニ非ス。

新派刑法ノ根本的原則ノ排斥。新派刑法ノ原本的原則ハ其源ヲ其刑法ノ基礎及ヒ刑事責任ノ基礎概念ニ發スルモノナリ。然ルニ草案ニシテ既ニ其刑法ノ基礎タル人格主義ヲ排斥シ又其刑事責任ノ基礎概念ヲ排斥シタル以上ハ同派ノ根本的原則モ亦排斥セラレタルコト敢テ怪ムニ足ラス。然ルニ特ニ茲ニ草案カ新派ノ影響ヲ受ケタルモノニ付キ看過ス可カラサルモノアリ。

奧國草案ハ大體ニ於テ正統刑法學派ノ應報主義ニ則ルコト前述ノ如シ

ト雖モ同草案モ亦獨國草案ノ如ク刑法學派ノ一方ニ偏セスシテ兩派ノ中間ニ立チ兩派主張ノ調和ヲ試ミントシタルモノナキニ非ス。就中第四十三條第一項中ニ「刑罰ハ行爲者ノ罪責及ヒ危險ニ從ヒ之ヲ量定スヘシ」トノ規定ヲ設ケタルカ如キハ大ニ新派ノ影響ヲ受ケタルモノト言フヘシ。フオンビルクマイヤー氏ハ此規定ハ草案ノ價值ヲ失墜スヘキ重大ナル誤謬ニシテ且獨國刑事裁判上救済シ難キ錯雜ヲ生スルニ適スルモノナリト論斷セリ。氏ノ之ニ對スル理由ノ説明タルヤ語簡ナレトモ精深ニシテ要ヲ盡セルモノアルト又一ニハ世ノ所謂折衷論ハ往々中庸ヲ得タル穩健ナル說ナルカ如ク誤認セラレハモ其實無意義ナル混合主義ニ外ナラサル所以ヲ明ニセルモノアリテ須ク精讀ヲ要ス。左ニ之カ要部ヲ掲クヘシ。

獨國草案カ其刑罰規定ヲ以テ達セントスル目的ハ第四十三條ノ「罪責及ヒ危險」ナル語ヲ以テ之ヲ表示セリ。刑罰ヲ以テ第一位ニ應報及ヒ抑壓ヲ行ハント欲セハ行爲者ノ罪責ニ從ヒ刑罰ヲ量定スヘキナリ。之ニ反シテ刑罰ヲ以テ第一位ニ保安及ヒ豫防ヲ行ハント欲セハ行爲者ノ危險ニ從ヒ刑罰ヲ量定スヘキナリ。獨國草案第四十三條ニ於テハ此兩立脚點ヲ併セテ採用セリ。斯ノ如キ兩者ノ併合採用ハ立案者カ兩主義ノ調和ヲ計ラ

ントスルノ趣旨ニ出テタルコト疑ナク容レズ。立案者ハ刑法學上ニ於ケル正統刑法學派及ヒ新派ノ兩派ノ要求ヲ併セテ採用スルニ依リ兩主義ノ調和ヲ企圖セント試ム。草案ハ採ル所ハ正統刑法學派カ主張スル如ク行爲者ノ罪責及ヒ罪責中ニ包含スル危險ヲ以テ標準ト爲スニ非サルト同時ニ新派ノ唱フルカ如ク罪責ノ代リニ危險ヲ以テ標準ト爲スニ非シテ寧ロ罪責及ヒ危險ヲ以テ刑罰量定ノ標準ト爲スモノナリ。斯ノ如ク獨國立法者ハ刑法學派上折衷主義ヲ以テ學說ト爲シ無主義ヲ變シテ有主義ト爲サント努ムナルトナリ。氷炭相容レサル兩主義ニ對スル各折衷ハ本來誤謬ナリ。此點ハ余竝ニ他ノ學者カ屢ニ之ヲ論述シタルカ如シ(中略)。余ハ茲ニ尙ホ左ノ點ニ付キ注意ヲ喚起セント欲ス。個々ノ場合ニ適應セシムル爲メ判事ノ自由裁量ノ活動範圍カ廣クシテ大ナラザルヲ得ス。此一貫シタル終局ノ刑罰目的ハ判事ノ裁量ニ一任セラレタル總テノ問題ニ關シ判事ノ自由裁量ヲ一定ノ程度迄畫一的ニ指導スルヲ得ルモノナリ。余ノ意見ヲ以テスレハ是ハ爭フ可カラサル要求ニシテ獨國草案ノ如キハ此ノ要求ニ反スルモノナリ。獨國草案ハ相互ニ矛盾スル刑法ノ目的ヲ認メ而モ各目的ヲ其主要ナル目的ナリト認ムルモノナリ。斯ノ如キハ判事ヲシテ刑罰目的ニ關スル各其主觀的見解ヲ以テ隨意ニ刑法適用ノ根據ト爲スヲ得セシムルモノナリ。刑罰ノ第一ノ目的ハ單ニ應報ナリ。刑罰ノ量定ノ標準ハ行爲者ノ罪責ノミナリ。犯罪者ノ危險ハ犯罪豫防ノ觀念ニシテ刑法ニ

屬セス。豫防ハ觀念ヲ刑法中ニ混入シテ刑法ヲシテ保安的刑法ト爲サントスル刑法主義ハ甚シキ惡誤ナリトハ認識ハ獨逸科學界ニ於テ益々其道ヲ開クニ至レリ。ピンチング氏(Billing)ハ大綱七版二〇七頁ニ於テ左ノ言ヲ爲セリ「近時主唱セラル、所謂保安的刑法ハ元來刑法ニ非ス」ト。余自身モ拙著研究一六三頁ニ於テ新派ナルモノハ刑法ノ範圍外ニ屬スルコトヲ證明スヘク試ミタリ。近時フォンローランド(V. Roland)社會的刑法學八四頁八六頁ニ於テ特ニフォンリスト氏(F. List)ニ關シ同一ノ結論ヲ爲シタリ。其言ニ曰ク「リストノ刑法主義ハ刑法ノ領域外ニアリ」ト。ナイグラー氏(Niggler)及ヒリヒヤールド・シュンプト氏(Richard Schmitt) (刑事司法ノ任務一八九五年版)後者ハ少クトモ一部ニ於テハ前者ニ先ヅハ獨逸刑法學ノ歴史ニ於テ嘗テ刑法ノ任務ト犯罪豫防策ノ任務トノ間ニ存スル如上ノ錯雜ハ存在シタルコトアリシモ當時幸ニシテ之ヲ打破シ得タルコトヲ歴史的二證明シタリ。此歴史ハ奧國草案第四十三條ニ於テ今ヤ再ヒ現ハレタルカ如キ混合的規定ニ對スル否定的判斷ヲ包含ス(中略)。實際ニ就テ之ヲ見レハ罪責ト危險トハ二個ハ全然相異レル領域ニ屬スル觀念ナルコトハ充分ニ證明セラレタルニ非サルカ。屢々容易ニ罪ヲ犯ス者ト雖モ必スシモ重大ナル危險アルモノニ非ス(例遺失物積領ノ習癖アル者)。又全然危險ナキ者ナシト爲サス。之ニ反シテ甚々危險ナル犯罪行為者ニシテ全然罪責ヲ有セス(例狂者惡意)又ハ大ナル罪責ヲ有セサル者(例半狂者)アルニ非サルカ。若シ夫レ例事ニシテ同一ノ犯罪事件ニ於テ兩立脚點ニ從ヒ刑罰ヲ量定スヘキモノト爲サンカ彼ハ如何ニシテ一個ノ趣旨貫徹シタル刑事判決ヲ爲シ得ヘキカ。嘗テパウ

アー(Bauer)カ作リタル比喻ヲ茲ニ採用シテ之ヲ言ヘハ例事ハ異レル方向ニアル二個ノ目的地ニ同時ニ到達セントスル旅行者ニ等シキニ非サルカ。彼若シ一ノ目的地ニ達スル爲メ其行路ヲ取ルトキハ他ノ目的地ニハ當然到達スル能ハス。然レトモ彼若シ兩者ノ中間ノ行路ヲ取ルトキハ兩者ノ孰レヘモ到達スルヲ得サルヘシ。上述ノ趣旨ハ奧國草案第四十三條ノ如ク全然相異レル觀念及ヒ領域ノ盲目的混淆ヲ基礎トスル規定カ假ニ法律ト爲リタルモノトセハ忽ニシテ其不良ナルコトカ認識セラレ其廢止ノ運命ニ到達スヘキコトハ之ヲ豫知スルニ難カラス(ヒ氏例事ノ自由裁量論一一一乃至一二〇頁)。

## 第二 奧太利刑法準備草案ト道德觀念

奧國草案ハ道德觀念ヲ重要視シ刑法ヲ以テ之カ保護發達ヲ企圖セントスルノ精神ハ其規定ニ依テ之ヲ認メ得ヘキノミナラス理由書ニ言明スル所ナリ。理由書(六頁)ニ「應報トシテ科セラル、害惡(刑)ヨリ道德的含蓄ヲ除去セハ斯ル刑罰ハ行為者ニ對スル效驗甚々薄弱ナルニ止マラス特ニ一般ニ對スル刑罰ノ效驗ヲ見ル能ハサルヘシ。刑法ト道德トノ間ノ聯結ヲ必要トシ之ヲ確保セント欲セハ刑法上ノ準則ト道義ノ準則トノ間ニ矛盾ナカラシムルノ必要アリ。此必要ハ總則規定及ヒ各論規定ニ依リ罰スヘキ範圍ヲ定ムルニ

奧太利  
法準備  
草案  
道德  
觀念  
ヲ  
重要  
視シ  
刑法  
ヲ以  
テ之  
カ保  
護發  
達ヲ  
企圖  
セント  
スル  
ノ精  
神ハ  
其規  
定ニ  
依テ  
之ヲ  
認メ  
得ヘ  
キノ  
ミナ  
ラス  
理由  
書ニ  
言明  
スル  
所ナ  
リ。

第四章 最近刑事立法例及日本刑法ノ採用スル刑法主義及刑事政策 第一節 獨逸刑法兩準備草案、リスト氏等對案及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義

當リ、特ニ注意ス、ヘキモノトス、ト説明セルカ如キ又同書(七頁)ニ「道德ヲ根底ト  
スル刑法ハ罪責アル行爲ノミヲ罰スルノ原則ニ基クコトヲ要スル」旨ヲ言明  
セルカ如キハ孰レモ埃太利刑法準備草案カ如何ニ道德觀念ニ重キヲ措キ之  
ヲ助長セントスルノ精神ヲ有スルヤヲ見ルニ足ル。

草案ノ各法條ニ就テ之ヲ見ルニ草案ハ道德觀念ヲ尊重シ道德ヲ破ルノ程  
度如何ニ依リテ刑罰ヲ異ニスヘキ旨ヲ定ム。草案ハ犯罪ヲ大別シテ廉恥ヲ  
破ルノ甚シキモノト否トニ分チ其廉恥ヲ破ルノ甚シキモノニ對シテハ懲役  
刑(無期又ハ一年以下)ヲ科シ其然ラサルモノハ拘禁刑(五日以上)若クハ  
監居刑(一  
週以上)ヲ科シ其中間ナルモノニ對シテハ禁錮刑(三日以上)ヲ科ス。各刑共  
ニ執行スル場所ヲ異ニシ懲役刑、禁錮刑ニ處セラレタル者ハ獄衣獄食ニ依リ  
生活スヘキモ拘禁刑ニ處セラレタル者ハ自衣ヲ着スルコトヲ得ヘク、自食ヲ  
食フコトヲ得ルモノ(準備草案五六七條)ニシテ尙ホ特定ノ犯罪ニ依リ禁錮  
刑ニ處セラレタル者ハ自己ノ衣食ニ依リ生活スルヲ得ルモノト爲セリ(同草案  
六八)。而シテ草案各論ノ各條項ヲ通覽スルニ道義ノ準則ヲ破ルコト甚シキ

破廉恥罪  
ト否トノ  
區別

モノニ付テハ懲役刑若クハ禁錮刑ヲ選ミ其然ラサルモノニ付テハ拘禁刑ヲ  
選ムコトニ付キ大ニ注意ヲ拂フモノ、如シ。或ハ破廉恥ノ心意ニ依リ犯サ  
レ或ハ然ラサル心意ニ依リ犯サルヘキ性質ヲ有スル犯罪ニ付テハ同一犯罪  
ニ付キ數種ノ自由刑ヲ規定シ裁判官ヲシテ其中ノ一ヲ選マシムルコト、爲  
シ尙ホ之カ選擇ニ付キ特ニ明文ヲ設ケ行爲カ累犯ナルカ甚シキ蠻行ナルカ  
甚シキ貪慾、破廉恥、懈怠ニ出テタルトキハ其重キモノヲ選フヘキ旨ヲ規定セ  
ルカ如キハ幾分政略上ノ意味ヲ包含スルモ又大ニ道德觀念ヲ尊重スルノ精  
神ヲ明ニスルモノト謂フヘシ。

又草案ハ國民ノ名譽權ノ剝奪ヲ規定ス。名譽權ノ剝奪ハ官職、學位、勳章其  
他ノ貴號ヲ失ヒ選舉權其他ノ公權ヲモ喪失セシム。死刑ハ勿論懲役刑ニ處  
セラレタル者ハ刑期間及ヒ刑期後十年間之ト共ニ當然國民名譽權ヲ喪失ス。  
六月以上ノ禁錮刑ニ處セラレタル者ハ其行爲カ甚シキ蠻行ナルカ甚シキ貪  
慾、破廉恥又ハ懈怠ニ基ク場合ニ限り刑期間及ヒ刑期後五年間國民名譽權喪  
失ノ言渡ヲ受クヘキモノトス(草案三三)之ヲ要スルハ、埃國草案ハ犯罪ニ對ス

國民ノ名  
譽權ニ關  
スル規定

第四章 最近刑事立法例及日本刑法ノ採用スル刑法主義及刑事政策 第一節  
獨逸刑法兩準備草案、リスト氏等對案及日本刑法ノ採用スル刑法主義

ルハ刑罰ヲ定ムルニ當リ常ニ道德觀念ヲ重要視シ之ヲ破ルハ輕重大小ニ從ヒ之ニ相當スル刑罰ヲ定ムル點ニ於テ正統刑法學派ノ主張ト其趣旨ヲ同ウスルモノナリ。

第三款

リスト氏等合著對案(獨逸刑法準備草案)

フォンリスト、フォンリ、エンター、カール、ゴールドシュミット四氏ノ合著ノ對案ノ序言第一ニ記スル所ハ能ク獨逸刑法準備草案ニ對スル同對案ノ地位ヲ示スモノアリ。其要ニ曰ク

「吾人ハ準備草案ノ基礎ノ下ニ獨逸刑法改正事業ノ進行ヲシテ容易ナラシメ且急速ナラシメント欲スルモノナリ。吾人ハ準備草案ニ規定セル大部分ニ賛成ヲ表スルモノナリ。準備草案ハ其形式内容共ニ將來ノ刑法タルヘキ要求ヲ充サ、ルモノ少カラサルモ之ヲ現行法ニ比スレハ進歩シタルモノアリテ之ヲ基礎(原案)下爲シ改正ヲ企ツルヲ得ルモノナリ。吾人ハ準備草案ノ可哀ナル點ハ之ニ賛同シ且之ヲ修正スヘキ又其脫漏シタル所ハ之ヲ修補スヘキ其缺點トシ弱點トスル所ハ之ヲ除去スヘキ任務ヲ有スルモノト爲スモノナリ。對案ハ尙ホ他ノ目的ヲ有ス。今日學者ノ論争ヲ止ムルハ國民的義務ナリト信セリ。對案ハ起草者ハ一般ニ知ラル、如ク相反スル學派ニ屬スルモノナレトモ畫一セル法律ハ完成ハ任務ニ對スル善意ト熱心トヲ傾注スルトキハ甚キ困難ナク之ヲ爲シ得ルコトヲ示サシカ爲メ共同シテ本案ハ合著ニ從事シタルモノナリ。吾人カ對案ニ於テ提案スル所ノモノハ全部吾人ノ一致ヲ以テ之ヲ爲シタルモノナルコト及ヒ吾人ノ中一ニカ有セシ異見若クハ反對ノ希望ハ快ク之ヲ取消シタリシコトヲ言明スルモノナリ。是レ此等ハ異見及ヒ希望ハ當時一般ハ承認ヲ得サルモノト認メラルハナリ。」

對案ハ獨逸對案ニ對スル修正小

獨逸刑法準備草案トリスト氏等合著ノ對案ノ規定トヲ通覽シ之ヲ對照スルトキハ何人モ對案ハ準備草案ノ修正ニ過キサルコトヲ發見スヘシ。而シテ其修正タルハ刑法主義若クハ之ト同一視スヘキ根本タル問題ニ關スルコトナク僅ニ辭句ノ改訂其他根本問題ニ何等影響ハナキ小問題ニ關スル規定ハ取捨ニ外ナラサルコトヲ發見スヘシ。又準備草案カ其基礎ト爲シタル根本問題ニ付テハ同理由書ニ於テ大ニ其採ル所ヲ明ニシタルニ拘ハラヌ對案理由書ハ辭句ノ修正若クハ小修正ニ關シテハ大ニ辯明スル所アルモ此等根本問題ニ付テハ何等言及シタル所ナシ。是ニ由テ之ヲ觀レハ對案ハ準備草案ノ趣旨ヲ繼承シ之ニ小修正ヲ加ヘタルモノニ外ナラスト爲スモ甚シキ誤謬ニ非サルヘシ。

第四章 最近刑事立法例及日本刑法ノ採用スル刑法主義及七刑事政策 第一節 獨逸刑法兩準備草案、リスト氏等對案及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義



對案ハ應  
報主義ト  
基礎トス

對案ハ新派ノ代表者タルフオンリストフオンリ、エンタール氏等ハ合著  
ニ成ルニ拘ハラス同案ノ基礎トスル所ハ正義應報ノ主義ニシテ正統刑法學  
派ノ立脚點ニ立ツモノナルコトハ對案カ準備草案ノ基礎トスル所ヲ變更シ  
タリト認ムヘキモノナキト草案ノ各規定特ニ各論ニ於ケル各規定ハ一トシ  
テ犯罪行為(罪)ニ對スル刑罰ヲ定メタルモノニ非サルハナキト依リ之ヲ認  
ムルニ難カラス。又對案ノ規定全部ヲ通覽スルニ新派刑法ノ基礎タル將來  
ノ刑法ハ行為ヲ罰スルニ非スシテ人ヲ罰スルニ在リ即チ行為者ノ有スル反  
社會的性質ヲ罰スヘシ將來ノ刑罰ハ行為者ノ犯罪の危險ノ輕重大小ニ應シ  
テ其種類及ヒ分量ヲ定ムヘキナリトノ原則ハ對案ニ於テ採用セラレタルモ  
ノト認ムヘキモノ存スルコトナシ。特ニ對案第十九條ニ「違法ニシテ且罪責  
アル行為者ノミヲ罰ス」トノ規定ヲ設ケタルカ如キ又第八十一條ニ「刑罰ノ量  
定ハ法律ニ依リ規定シタル範圍内ニ於テ加重又ハ輕減スヘキ總テノ情狀ヲ  
斟酌スヘシ」特ニ犯罪行為ニ依リ表明セラレタル犯罪の心意、行為ノ動機、行為  
ニ依リ違セントシタル目的、行為ヲ爲スニ至リタル誘惑、行為者ノ個人的及ヒ

罪責ニ比  
例スル刑  
罰ノ要求

リスド氏  
等多年ノ  
主張ノ抛  
棄

對案ト道  
徳觀念

經濟的關係、行為者ノ辨識ノ程度、行為ノ結果及ヒ行為後ニ於ケル行為者ノ舉  
動、就中眞心悔悟ノ有無、行為ノ結果ヲ償ハントスル行為アリタルヤ否ヤヲ斟  
酌スヘシトノ規定ヲ設ケタルカ如キハ罪責アル行為ニ非サレハ之ヲ罰セス  
又之ヲ罰スルニ當リテモ罪責ニ比例スル刑罰ヲ量定スヘシト言フニ外ナラ  
ス。換言スレハリスド氏等カ對案ニ斯ノ如キ規定ヲ採用シタルハ正統刑法  
學派ノ刑法ノ基礎及ヒ刑事責任ノ基礎觀念ヲ採用シタルカ多年主張シ來リ  
タル刑法ノ基礎及ヒ刑事責任ノ基礎觀念ヲ捨ツルニ至リタルモノト爲サハ  
ルヲ得ス。對案ノ序言中ニ於ケル文字ヲ適用シテ此點ヲ説明スレハ新派ノ  
刑法ノ基礎タル原則及ヒ刑事責任ノ基礎觀念ハ對案起草者ノ一二ノ嘗テ有  
セシ異見若クハ反對ノ希望ニ外ナラスシテ此等ノ異見及ヒ希望ハ當時一般  
ニ承認ヲ得サリシモノト認メ快ク之ヲ取消シタルモノニ該當ス。  
準備草案ハ犯罪ヲ大別シテ廉恥ヲ破ルノ甚シキモノト否トニ區別シ之カ  
刑罰ヲ異ニシ且兩者ハ監獄内ニ於ケル處遇ヲ異ニセルコト及ヒ名譽刑ヲ規  
定シ廉恥ヲ破ルノ甚シキ者ニ對シ國民ノ名譽權ヲ奪ヒ監獄ニ於ケル處遇及

中歐ニ於ケル刑法主義ニ關スル現時ノ趨勢

ヒ執行中及ヒ執行後ニ於ケル權利ノ得喪ニ重大ナル關係ヲ有セシメ以テ刑法ニ於テモ道義ノ準則ヲ認メ道德觀念ノ培養助長ニ努ムルコトハ前既ニ之ヲ述ヘタル如シ(三〇五頁參照)。對案ハ準備草案ノ此等ノ點ニ關スル規定ヲ繼承シ敢テ重要ナル修正ヲ加ヘサリシコトハ對案第四十八條、第四十九條、第七十條、第七十一條、第七十二條ニ依リ之ヲ知ルヘシ。  
之ヲ要スルニ新派ノ代表者リスト氏等カ積年ノ主張ヲ捨テ正統刑法學派ノ主張ヲ基礎トスルニ至リタル事實ハ學界ノ淵藪タル中歐ニ於ケル刑法主義ニ對スル現時ノ趨勢ヲトスルヲ得ルモノナリ。

#### 第四款 日本刑法

第一 日本刑法ノ最近文明各國ノ刑事立法ト異ナル顯著ナル點

我日本ニ於ケル刑事立法ト最近文明各國ニ於ケル刑事立法トヲ比較スルトキハ顯著ナル差異トシテ特ニ掲クヘキモノ三アリ。

第一 彼ハ用意周到ニシテ堅實我ハ輕快迅速

彼ハ用意周到ニシ

日本最近刑法ノ顯著ナル點

テ堅實我ハ輕快迅速

最近文明各國ノ刑事立法ノ態度ハ用意周到ニシテ堅實ナルニ反シ我邦ノ刑事立法ノ態度ハ輕快ニシテ迅速ナリ。最近文明各國ノ刑事立法ノ經路ヲ見ルニ先ツ一國ノ碩學ヲシテ刑法改正ノ準備ニ必要ナル材料ニ付キ審査ヲ爲サシメ其研究ノ結果ニ基キ準備草案及ヒ之ニ對スル詳密ヲ極メタル理由書(註)ヲ作成セシメ共ニ公布シ一般識者ノ論評ヲ聞キタル上成案ヲ作り議會ニ提出スルノ順序ヲ採レリ。然ルニ我國ニ於テハ此等ノ經路ヲ採ラス直ニ草案ヲ議會ニ提出シ其協賛ヲ得テ刑法典トシテ之ヲ公布ス。之ヲ文明各國ノソレニ比スレハ其差異雲泥霄壤モ當ナラス。

(註一) 獨國刑法準備草案ノ理由書ハ上下兩卷ニシテ八百六十九頁ニシテ之ヲ邦語ニ翻譯スルトキハ優ニ二千頁ニ達スヘシ。獨國刑法準備草案ノ理由書ハ三百九十三頁ニ過キスト雖モ細字ノ印刷ニ係ルヲ以テ之ヲ邦語ニ翻譯スルトキハ優ニ一千五百頁以上ニ及フヘシ。如何ニ懇切ニ理由ヲ説明シタルヤチ推知シ得ヘキナリ。

第二 彼ノ規定ハ綿密詳細我ハ極メテ簡單

最近文明各國ノ刑法典若クハ其案ノ規定スル所ハ綿密詳細ヲ極ムルカ上ニモ尙モ理由書ヲ以テ刑事立法ノ基礎トスル所ヲ明ニシ其目的トスル主義

彼ノ規定ハ綿密詳細メテ簡單

第四章 最近刑事立法例及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義及ヒ刑事政策 第一節 獨國刑法兩準備草案、リスト氏等對案及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義

方針並ニ規定ノ内容ヲ詳細ニ説明シ以テ一般民衆ヲシテ改正趣旨ノ存スル所ヲ周知スルコトヲ得セシム。之ニ反シテ我法典ノ規定ハ極メテ簡單ニシテ其條項ノ少キコト世界無比ナルニ止マラス(註二)其規定タルヤ其字句略ニ過キ専門家ト雖モ其意ノ存スル所ヲ知ル能ハサルモノ少シト爲サス。之ニ加フルニ其草案ハ勿論法典ノ主義方針及ヒ規定ノ内容ヲ詳述シタル理由書ノ存スルコトナシ。

(註二) 獨逸刑法兩準備草案ト我法典ト試ニ其條數ヲ比較スレハ獨逸準備草案ノ條數ハ四百七十八條、獨逸刑法準備草案ハ三百十條、リスト氏等ノ同對案ハ三百六十一條、我法典ハ二百六十四條ナリ。故ニ條數ノミテ比較スルトキハ我法典ノ規定ハ簡ナリト雖モ文明各國ノ刑事立法ノ條數ト比シ其差異ハ二百條乃至百條内外ナリ。然レトモ更ニ内容ニ立入り之ヲ究ムルトキハ我一條ハ簡單ニシテ僅ニ一二行若クハ數行ナルヲ例トスレトモ彼ノ一條ハ我ノ如ク簡單ナラスシテ數十行ニ涉ルモノ珍シト爲サス。分量ニ付テ之ヲ言ハント獨逸日本刑法ハ僅ニ三十七頁ヲ充スニ足ラサルモ獨逸刑法準備草案ハ百三十頁、獨逸刑法準備草案ハ六十六頁、リスト氏等ノ同對案ハ九十八頁ナリ。尙ホ此點ニ付テハ拙著刑法各論上卷第四版一〇乃至一三頁參照。

第三 我ノ認ムル判事ノ自由裁量ノ範圍ハ彼ニ比シ極メテ廣大。

方今文明各國ノ刑事立法ニ於テハ判事ノ自由裁量ノ範圍ヲ認メサルハナ

我ノ認ムル判事ノ自由裁量ノ範圍ハ

彼ニ比シ極メテ廣大

ク而シテ之ヲ認ムル範圍ニ於テモ廣狹ノ差ナキ能ハス。獨逸兩草案及ヒリスト氏等對案ニ付テ之ヲ見ルニ獨逸準備草案及ヒ對案ハ判事ノ自由裁量ヲ認ムルコト稍廣ク獨逸準備草案ハ之ヲ認ムルコト稍狹シト爲スヘキナリ。而シテ我刑法ハ之ヲ前三者ニ比スレハ判事ノ自由裁量ノ範圍ヲ認ムルコト極メテ廣且大ニシテ到底同日ノ論ニ非ス。

我刑法カ獨逸刑法兩準備草案及ヒリスト氏等對案ニ比シ判事ノ自由裁量ヲ認ムルノ範圍如何ニ廣大ナルヤハ草案並ニ我刑法ノ規定ヲ一見シタル者ハ何人モ知ル所ナリ。試ニ竊盜罪ノ規定ニ付キ之ヲ例證セン。我刑法ハ單純ナル竊盜罪ヲ認メ累犯ト否トニ依リ刑期ヲ異ニスルコト左ノ如シ。

(日本) 竊盜罪ニ對スル刑 一、初犯 一月以上十年以下ノ懲役 二、累犯 一月以上二十年以下ノ懲役

然ルニ獨逸刑法準備草案、リスト氏等對案及ヒ獨逸太利刑法準備草案ハ孰レモ竊盜罪ヲ分テ單純竊盜、特定ノ重キ情狀アル竊盜、小竊盜ノ三ト爲シ其刑期左ノ如シ。

竊盜罪ニ對スル刑

一、單純竊盜 甲、通常ナル場合、一年以上五年以下ノ禁錮  
乙、特ニ重キ情狀アル場合、一年以上十年以下ノ懲役

二、特定ノ重キ情狀アル竊盜 甲、通常ノ場合、一年以上十年以下ノ懲役  
乙、特ニ重キ情狀アル場合、一年以上十五年以下ノ懲役  
丙、輕キ情狀アル場合、三月以上五年以下ノ禁錮

三、小竊盜 甲、通常ノ場合、千マルク以下ノ罰金又ハ六月以下ノ拘禁若クハ禁錮  
乙、特ニ輕キ場合、刑ヲ免除スルコトヲ得

一、單純竊盜 甲、通常ノ場合、一週日以上二年以下ノ禁錮  
乙、特ニ重キ場合及ヒ累犯ノ場合、一週日以上五年以下ノ禁錮  
丙、特ニ輕キ場合、拘留、科料、譴責

二、特定ノ重キ情狀アル竊盜 甲、通常ノ場合、二年以上十年以下ノ懲役  
乙、特ニ重キ情狀アル場合及ヒ累犯ノ場合、二年以上十五年以下ノ懲役  
丙、特ニ輕キ情狀アル場合、禁錮刑以下ノ刑ニ輕減スルコトヲ得

竊盜罪ニ對スル刑

一、單純竊盜 甲、通常ノ場合、六月以下ノ禁錮又ハ五百圓以下ノ罰金  
乙、特ニ重キ情狀アル場合、五年ノ禁錮ニ加重スルコトヲ得

二、特定ノ重キ情狀アル竊盜 甲、通常ノ場合、六月以下ノ禁錮又ハ五百圓以下ノ罰金  
乙、特ニ重キ情狀アル場合、五年ノ禁錮ニ加重スルコトヲ得  
丙、特ニ輕キ場合、刑ヲ免除スルコトヲ得

三、小竊盜 甲、通常ナル場合、六月以下ノ禁錮  
乙、特ニ重キ情狀アル場合、四週日以上三年以下ノ禁錮

竊盜罪ニ對スル刑

一、單純竊盜 甲、通常ナル場合、一年以上五年以下ノ懲役又ハ三月以上五年以下ノ禁錮  
乙、特ニ重キ情狀アル場合、一年以上十年以下ノ懲役又ハ禁錮

二、特定ノ重キ情狀アル竊盜 甲、通常ノ場合、四週日以下ノ禁錮又ハ拘禁  
乙、特ニ重キ情狀アル場合、三月以下ノ禁錮  
丙、特ニ輕キ場合、刑ヲ免ス

我刑法ノ認ムル刑事ノ自由裁量ノ範圍ハ刑罰規定其モノニ依リ獨塊兩刑法準備草案ト甚シキ差異アルコト前掲各表ニ依リ自ラ明ナリ。而シテ我刑法ノ總則ニ於テ法律上ノ減輕ノ外一般ニ適用スヘキ酌量減輕ヲ規定シ、刑事ニシテ犯罪ノ情狀憫諒スヘキモノアリト認メタルトキハ其刑ヲ輕減スルコトヲ得ヘキ旨ノ規定(第六六條)存スルヲ以テ左ナキタニ廣キ刑事ノ自由裁量ノ範圍ハ甚シク擴張セラルヘキナリ。我刑法中刑事ノ自由裁量ヲ認ムルコト最モ少ナキ大逆罪ヲ以テ之ヲ例證セン。天皇、皇太后、皇太子、皇后、皇太子、皇太孫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ノ規定アレトモ酌量減輕ノ總則規定ハ各論ニ規定セル各犯罪ニ例外ナク適用セラル、ノ結果トシテ大逆罪ノ刑期ハ死刑又ハ無期若クハ十年以上ノ懲役ト規定セ

ラレタルニ等シ。然ルニ獨逸兩草案ハ法律上特別ノ明文アル場合ニ限り減輕ヲ爲サシムルノ規定ヲ採用シタル結果トシテ兩草案ニ於テハ大逆罪ハ法定刑即チ死刑ヲ以テ罰スルノ外ナク判事ハ之ヲ減輕スル權限ナシ。獨リリスト氏等對案ハ減輕スヘキ情狀ヲ總則中ニ規定シ(八七、八)以テ各論ノ各犯罪ニ適用セシムルヲ以テ我刑法ト同一ノ結果ヲ生スヘキナリ。又獨逸兩草案及ヒリスト氏對等ニ於テハ判事ノ刑期量定ニ付キ遵守スヘキ法定ノ原則ヲ揭クルヲ以テ自由裁量ハ之ニ依リ支配セラレ、モ(獨逸草案第八十一條乃至第十三條乃至第四十六條、リスト氏等)我ニハ之ヲ缺クヲ以テ我ト彼トハ到底同對案第八十一條乃至第九十八條)日ハ論ニ非ス。尙ホ此點ニ關シテハ第四卷第二章ニ於テ之ヲ説明スヘシ。

日本刑法主義

第二 日本刑法ト刑法主義

日本刑法ハ其成立ノ迅速ナル點ニ於テ、其法文ノ簡單ナル點及ヒ之ニ詳細ナル理由書ヲ缺如スル點ニ於テ、判事ノ自由裁量ノ範圍ノ極メテ廣大ナル點ニ於テ文明各國ノ最近ノ刑事立法例ト大ニ其趣ヲ異ニスルコト前述ノ如シ。其結果トシテ我日本刑法ニ其主義ト爲シタル確乎タル基礎ノ存スルヤ若シ

存ストセハソハ如何ナル原則ニ則リタルヤニ付キ疑ヲ挿ムヘキ餘地ナキニ非ス。我邦ノ新派ニ屬スル學者ハ我刑法ハ新派ノ主張ヲ採用シ豫防主義ヲ以テ貫徹スルモノナリト爲セリ(註三)。

(註三) 牧野英一氏曰ク『舊刑法ハ十九世紀ノ當初ニ制定セラレタル佛蘭西刑法ヲ母法トシタルモノニシテ其基礎トスル所應報主義及ヒ事實主義ニ在リシヤ論ナシ。然レトモ近時ノ思潮ハ專ラ其兩主義ニ據ルコトヲ許サ、ルモノアルカ故ニ裁判所ニ於ケル實際ノ適用ニ於テハ目的主義及ヒ人格主義ヲ加味シタル所甚タ多カリキ。新刑法ハ十九世紀ニ於ケル學術及ヒ實際ノ進歩ニ鑑ミ最近ノ理論ニ依リテ制定セラレタルモノニシテ二十世紀ノ劈頭ニ於ケル立法トシテ歐西ニ對シ我邦ノ以テ誇ト爲シ得ル所トス。固ヨリ刑法學理ノ發展ハ今尙ホ過度ノ時代ニ屬シ規定ノ細末ニ至リテハ必スシモ主義ノ一貫セサルモノアルチ免レズト雖モ其要點ヲ捉ヘテ之ヲ見レハ舊刑法ト新刑法トノ差異ハ即チ近世ニ於テ學理進化ノ大綱ヲ示スモノナリ。法ヲ解スル者先ツ之ヲ看取スルコトヲ要ス』(刑法通義二一版七、八頁)。

泉二新熊氏曰ク『新刑法典ハ更ニ從來ノ經驗ト最新ノ學說トヲ應用シテ根本的ニ舊刑法ヲ改正シ世界最新ノ良立法例ヲ成スニ至レリ』(日本刑法論一三版七三頁)。

刑法成立ノ當時我邦ニ於テハロンフローリ一派ノ學派カ過大ナル賞賛ヲ以テ迎ヘラレタル結果トシテ同派ノ主張ハ立法當局者中ノ一部ノ思想ニ影響ヲ及ホシタルノ事實ハ之ヲ否ム能ハサルモノアルカ如シ。然レトモ法文全體ニ就テ之ヲ通覽スルトキハ新派ノ主張ハ之ヲ採用セラレタリト認ムヘ

第四章 最近刑事立法例及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義及ヒ刑事政策 第一節 獨逸刑法兩準備草案、リスト氏等對案及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義

キ、痕跡少ク却テ之ト矛盾スル規定ナキニ非ス。例ヘハ犯意ナキ行為ヲ罰セサル旨ノ規定(三八)心神喪失者ノ行為ハ之ヲ罰セス心神耗弱者ノ行為ハ其刑ヲ減輕ス(三四)トノ規定ノ如キ危險豫防ヲ目的トスル新派ノ保安刑主義ヲ排斥シ罪責ニ應スル刑罰ヲ定ムル正統刑法學派ノ罪責刑主義ニ則ルモノナリ。蓋シ責任アル者若クハ責任能力者ノ行為ニ非サレハ罰セストノ原則ハ正統刑法學派ノ罪責刑主義ニ依リ之ヲ説明シ得ヘキモノニシテ新派ノ刑法ノ基礎タル原則ノ如ク行為者ノ危險ノ有無ニ依リ罰スヘキト否トヲ決スヘシトノ主張ト矛盾スルモノナリ。又刑法第二編(各論)ニ於テ犯罪者ノ種類ニ從ヒテ刑罰ヲ規定セスシテ犯罪ノ種類即チ犯罪行為ノ輕重大小ニ應シテ輕重大小ノ差アル刑罰ヲ定メタリ。斯ノ如キハ行為者ノ危險ノ深淺大小ヲ標準トシテ刑罰ヲ定ムヘシトノ新派ノ要求ヲ排斥シ舊派ノ要求ニ從ヒ犯罪行為ニ合體スル行為者ノ罪責ニ比例スル刑罰ヲ定メタルモノナリ。

### 第三 日本刑法ト道德觀念

日本刑法カ責任能力アル者若クハ責任能力アル者ノ行為ヲ罰シ責任能力

日本刑法  
ト道德觀念

ナキ者ハ如何ニ社會ニ危險アルモ之ヲ罰セストノ原則ヲ採用シタルコト(二八)ハ刑事上ノ責任ト道德上ノ責任トヲ一致セシメタルモノニシテ犯罪ニ對スル刑罰ヲシテ道德的色彩ヲ有セシメタルモノナリ。此點ハ我刑法カ道德觀念ヲ全然無視スルモノニ非サルコトヲ示スモノナリ。又我刑法ニ於テモ刑罰ヲ分テ禁錮刑ト懲役刑ノ二種ト爲シ懲役刑ハ之ヲ廉恥ヲ破ルコト甚シキ者ニ加ヘ禁錮刑ハ然ラサル者ニ科スルヲ原則ト爲シ。内亂罪、國交ニ關スル罪其他一二ノ犯罪ニ禁錮刑ヲ科シ騷擾罪、公務員職權濫用罪其他二三ノ罪ニ對シ懲役、禁錮ノ兩刑ノ中其一ヲ選擇セシムルカ如キノ規定ヲ設ケタル點ニ於テ最近文明各國ノ刑事立法ト類似ス。然レトモ我刑法ニ於ケル禁錮刑ト懲役刑トノ差異ハ獨塊兩草案ノソレノ如ク甚シカラサルト又名譽刑ハ我國法ニ於テ全然之ヲ認メサルトハ彼我ヲ區別スヘキ重要ナル點ナリ。又我刑法ノ全部ヲ通覽スルニ法典ノ上ニ於テ道義ノ準則ヲ認メ道德觀念ノ培養助長ヲ企圖スルノ點ニ於テ大ニ意ヲ用ヒタリト言フ能ハサルヲ遺憾トス。

### 第二節 獨塊刑法兩準備草案リスト氏等對案

第四章 最近刑事立法例及日本刑法ノ採用スル刑法主義及刑事政策 第二節 獨塊刑法兩準備草案、リスト氏等對案及日本刑法ノ採用スル刑事政策

及ヒ日本刑法ノ採用スル刑事政策  
第一款 獨塙兩草案及ヒリスト氏等對案  
ノ採用スル刑事政策

刑法ニ於テ規定スヘキ刑事政策ハ刑事立法政策(一八七六頁)ノ全部ト刑事社會政策中ノ一部ニ外ナラス。左ニ先ツ此等草案カ採ル所ノ刑事立法政策ヲ示シ次ニ刑事社會政策ニ及ハントス。

第一 獨塙兩草案及ヒリスト氏等對案ノ採用スル刑事立法政策

刑事立法政策ノ問題ハ畢竟刑法及ヒ刑罰ノ目的及ヒ實質ハ如何様ニ定ムヘキヤノ問題ニ外ナラス。故ニ獨塙兩草案及ヒリスト氏等對案ニ定ムル刑法及ヒ刑罰ノ目的及ヒ實質如何ヲ研究スルハ此等諸案ノ採用スル刑事政策ヲ研究スル所以ナリ。

第一 獨塙兩草案及ヒリスト氏等對案ト刑法ノ目的。

刑法ノ目的ハ利益ノ保護ニ在リテ更ニ之ヲ詳言スレハ世道風教、法律秩序

獨塙兩草案及ヒリスト氏等對案ノ採用スル刑事立法政策

獨塙兩草案及ヒリスト氏等對案ト刑法ノ目的

ノ目的

及ヒ人ノ生活利益ノ保護ニ在ルコト前既ニ之ヲ説明シタルカ如シ(一四三頁)。此點ハ獨塙兩草案及ヒリスト氏等對案ノ否認スル所ニ非サルヘシ。世道風教、法律秩序及ヒ人ノ生活利益ノ三者ノ中ニ在リテモ爲政家特ニ刑事政策家ハ世道風教ノ保護ヲ重大視スヘク刑法ヲ制定スルニ當リテモ其規定中ニ道義ノ準則ヲ直接間接ニ認メ以テ道德觀念ヲ尊重シ世道風教ヲ培養助長スル點ニ大ニ意ヲ用ヒサル可カラサルコトモ前既ニ之ヲ説明シタルカ如シ(二四六乃至二五〇頁)。獨塙兩草案及ヒリスト氏等對案モ此趣旨ニ則リタルコトモ前既ニ之ヲ説明シタルカ如シ(二〇三乃至二〇五頁、二二一頁)。試ニ至孝ナル貧兒カ病父ノ藥餌ノ料ヲ得ン爲メ一朝竊盜罪ヲ犯シタルモノト假定セヨ。道德觀念ヲ尊重スル獨塙兩草案及ヒリスト氏等對案ハ法律ノ威信ヲ妨ケサルト同時ニ憐ムヘキ孝子ノ面目ヲ傷クルコトナキ處分ヲ爲スコトヲ得ヘシ。先ニ摘示シタル三案ノ定ムル竊盜罪ノ刑(二五頁、二)ニ依リ例示ノ場合ヲ擬律セン。其行爲ニシテ小竊盜ノ條件ニ該當スルトキハ或ハ其刑ハ免除セララルヘク或ハ罰金刑又ハ六月以下ノ拘禁刑(ハ六月以下ノ對案ニ依リ)ニ處セラルヘ

第四章 最近刑事立法例及ヒ日本刑法ノ採用スル刑事政策 第二節 獨塙兩草案及ヒ日本刑法ノ採用スル刑事政策

シ。其ノ拘禁刑ニ處セラレタルトキハ自衣ヲ着ケ自食ヲ食ヒ自己ノ勞務ニ服スルヲ得ヘキモノナリ(四頁二二頁二頁)。又其行爲ニシテ通常ノ竊盜ノ條件ニ該當センカ三案ノ孰レニ依ルモ多分禁錮刑(三案共ニ刑期ヲ異ニス)ニ處セラル、ナルヘシ。又三案ノ孰レニ依ルモ設例ノ行爲ハ廉恥ヲ破ルコト甚シキモノト認メラレサルヘキヲ以テ竊盜罪ニ依リ假令禁錮刑ニ處セラル、モ國民ノ名譽權ノ喪失ヲ宣告セラル、コトナカルヘク從テ行爲者ハ位記勳章貴號學位其他ノ權利ヲ喪失スルコトナカルヘシ。又獨國草案及ヒリスト氏等ノ對案ニ依レハ行爲者ハ假令禁錮刑ニ處セラレタルモ國民ノ名譽權ヲ喪失セサル以上ハ自衣ヲ着ケ自食ヲ食フコトヲ許サレ成ルヘク他ノ囚人ト別異セラル、ノ權利ヲ有スヘキナリ。斯ノ如クスルトキハ行爲者ノ孝心ニ出ツル行爲ト雖モ違法行爲ハ之ヲ罰シ以テ法律ノ威信ヲ確保スルヲ得ヘク又孝子ノ衷情ニ諒察ヲ加ヘ以テ道德觀念ヲ尊重スルノ實ヲ舉クルコトヲ得ヘシ。之ヲ我國ノ刑法ニ擬律セハ行爲者ハ竊盜罪ニ依リ懲役刑ニ處セラレ破廉恥極マル囚人ト伍セシメラレ何等ノ區別ヲ爲サ、ルモノト比較セハ到底

日ヲ同ウシテ語ル可カラス。之ヲ要スルニ獨墮兩草案及ヒリスト氏等對案ハ規定ハ多少差異ナキ能ハスト雖モ三案共ニ世道風教ノ保護ニ重キヲ措キ以テ法律秩序及ヒ人ノ生活利益ヲ保護スルハ目的ヲ貫徹スルハ精神ヲ主トセサルハナシ。

第二 獨墮兩草案及ヒリスト氏等對案ト刑法ノ實質。

利益保護ノ目的ヲ有スル人類行爲ノ準則中嚴峻ナル制裁(刑)ヲ科シ之カ遵守ヲ強制スル準則ハ即チ刑法ナルコトハ前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(一至二頁六二)。此點ニ於テ獨墮兩草案及ヒリスト氏等對案モ敢テ之ニ異ナラザルヘシ。而シテ以上三案カ刑法上ノ準則ヲ定ムルニ當リ行爲者ニ責任能力アルコトヲ前提トシ罪責アル者ノ罪責アル行爲ヲ罰スヘキモノト爲シ又犯罪ニ對スル刑罰ハ罪責ニ比例スヘキモノト爲ス等一ニ正義應報ノ觀念ニ則リタルコトハ前既ニ之ヲ説明シタルカ如シ(一九七乃至二〇二頁二〇六乃至二〇九頁)。

第三 獨墮兩草案及ヒリスト氏等對案ト刑罰ノ目的。

刑罰ノ目的ハ刑法ノ威嚴信用ヲ確保スルニアルコト及ヒ刑法ノ目的タル

獨墮兩草案及ヒリスト氏等對案ト刑罰ノ實質

獨墮兩草案及ヒリスト氏等對案ト刑罰ノ目的

第四章 最近刑事立法例及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義及ヒ刑事政策 第二節 獨墮兩草案及ヒ日本刑法ノ採用スル刑事政策



利益保護ハ刑法ノ威嚴及ヒ信用カ確保セラル、ニ依リ之カ貫徹ヲ期待シ得ヘキコトハ前既ニ之ヲ説明シタルカ如シ(一六九頁)至。獨塙兩草案及ヒリスト氏等對案ノ如キモ此趣旨ニ反對スルモノニ非サルヘシ。殊ニ塙國草案ノ如キハ嚴正ナル合法主義ヲ採用シ犯罪必罰ノ原則ヲ厲行シ刑法ノ威嚴信用ニ對シ假令僅少ニモセヨ之ヲ侵蝕スルノ餘地ナカラシム(頁一六五)。

獨逸現行法ニ於テモ亦嚴正ナル合法主義ヲ採用シ刑事訴訟法ニ明文ヲ以テ犯罪必罰ヲ規定シ苟モ犯罪アリタルトキハ之ニ對シ公訴ヲ提起スルヲ以テ檢事ノ義務ナルコトヲ明文ヲ以テ規定セリ(註一)。

尤モ同帝國議會ニ於テ斥ケラレタル獨逸刑事訴訟法改正案ニ於テハ幾分カ便宜主義ヲ認メタルモノナキニ非スト雖モ其之ヲ認ムル範圍ハ頗ル狭少ニシテ被告事件違警罪ニ係ルカ又ハ拘留刑若クハ僅少ノ罰金刑ニ係ル場合等ニ限ル(註二)。

故ニ獨逸刑事訴訟法改正案ノ如クスルモ甚シク合法主義ノ基礎ヲ危ウスルモノアルコトナシ。茲ニ於テカ三案ノ孰レニ依ルモ刑罰ハ刑法ノ威信ヲ確保スルノ任務ヲ果シ得ヘキ點ニ於テ大差アルコトナシ。

獨塙兩草案及ヒリスト氏等對案ノ實質刑

(註一) 獨逸刑事訴訟法第五十二條ニ曰ク「公訴ノ提起ハ檢事ニテ爲ス。檢事ハ法律ニ別段ノ定メアルニ非サレハ裁判上處罰セラレ且訴訟スヘキ總テノ行爲ニ付キ事實上ノ證據アルトキハ處罰及ヒ訴訟ヲ爲スノ義務アリ」。

(註二) 獨逸刑事訴訟法改正案第五十四條ニ「參審員ノ干與ナクシテ手續ヲ爲スヘキ區裁判所事件ニ付キ檢事局被告ノ訴追ヲ公益ノ要求スル所ニ非スト思料スルトキハ其手續ヲ見合スコトヲ得」ト規定シ獨逸裁判所構成法改正案第二十三條ノ三ノ二項ニ違警罪事件及ヒ單ニ拘留又ハ三百マルク以下ノ罰金ニ該ルヘキ又ハ此兩者ヲ併科スヘキ或ハ沒收ヲ附加スヘキ輕罪事件及ヒ工業法第四百六條ノ甲ニ依リ罰スヘキ輕罪事件ニ付テハ參審員ヲ干與セシメス」ト規定セリ。

第四 獨塙兩草案及ヒリスト氏等對案ト刑罰ノ實質。

刑罰ノ實質ハ犯罪者ニ對スル害惡ニシテ刑法ニ違反スル行爲(罪)ニ對スル法律上ノ結果ナルコトハ前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(一七四頁)至。此趣意ハ獨塙兩草案及ヒリスト氏等對案ニ矛盾セサルヘシ。而シテ三草案カ刑罰ハ罪責ニ比例セサル可カラストノ主義ニ則リタルコト前既ニ説明シタル如シ(一九七頁以下二〇六頁以下)。

刑罰ヲシテ罪責ニ正比例ナラシメント欲セハ刑罰ハ犯罪ノ情狀ヲ異ニスルニ從テ其種類分量ヲ異ニセサル可ラス。故ニ三草案ハ之カ必要ニ應スル爲メ各種ノ刑罰ヲ採用セリ。獨國刑法準備草案ハ刑罰

トシテ死刑、懲役刑(無期又ハ一年以上以下)、禁錮刑(一年以上以下)、拘禁刑(無期又ハ一年以上以下)ヲ以テセリ(保安處分ニ付テハ後段ニ刑事)。埃國草案ハ死刑、懲役刑(無期又ハ一年以上以下)、拘禁刑(十年以上以下)、蟄居刑(四日以上以下)、罰金刑、沒收刑、名譽刑等ヲ規定シ之ニ附加スルニ保安處分ヲ以テセリ。リスト氏等對案ハ死刑、懲役刑(無期又ハ一年以上以下)、禁錮刑(七年以上以下)、拘禁刑(三年以上以下)、罰金刑、沒收刑等ヲ定メ尙ホ之ニ附加スルニ保安處分ヲ以テセリ。而シテ此等三草案ノ規定スル自由刑中ニ在リテモ受刑者ニ對スル處遇甚シク相違ス。斯ノ如ク多數ノ種類ノ刑罰ヲ採用スルニ依リ判事ハ犯罪者ノ罪責ニ比例シテ多カラス少カラス寛ナラス酷ナラサル刑ヲ選ムヲ得ルモノナリ。之ヲ我刑法カ甚シキ差等ナキ懲役刑、禁錮刑ノ二者ヲ擇ミタルニ比スレハ到底日ヲ同ウシテ語ル可カラス。

獨埃兩草案及ヒリスト氏等對案ノ採

## 第二 獨埃兩草案及ヒリスト氏等對案ノ採用スル刑事社會政策

用スル刑事社會政策

刑法本來ノ性質ヨリスレハ刑法ハ犯罪及ヒ之ニ對スル刑罰ヲ定ムルモノ即チ刑事立法政策ニ屬スル事項ヲ定ムヘキモノナリ。故ニ刑罰ニ非サル保安處分ノ如キ刑事社會政策ニ屬スル事項ノ如キハ刑法ノ本來ノ領域ニ非ス。然レトモ保安處分中犯罪行為又ハ犯罪事實ヲ原因トシテ科スヘキモノハ刑事事件ノ内容ヲ詳知セル裁判官ヲシテ之ヲ科スヘキヤ否ヤヲ決セシムルヲ適當ナリト爲スヘク又保安處分ハ行為者ニ存スル犯罪の危険ノ深淺大小ニ依リ之ヲ科スルノ要否ヲ決スヘキモノナレハ刑事専門家タル刑事裁判官ヲシテ之ヲ擔當セシムルヲ適當ナリト爲スヘキナリ(五八、五九)。最近刑事立法例ニ於テ刑法ヲ以テ犯罪ニ對スル刑罰ノ外尙ホ犯罪者ニ對シ科スヘキ保安處分ヲ規定スルカ如キハ蓋シスル理由ニ基クモノナルヘシ。茲ニ注意スヘキハ保安處分ハ刑事社會政策ノ重要ナルモノニ屬スレトモ之ヲ以テ刑事社會政策ノ全部ナリト誤解ス可カラサル一事ナリ(刑事社會政策ノ要領ニ付テハ一八六頁乃至一九四頁參照)。尙ホ刑事社會政策ニ關スル詳細ハ第三卷第二章保安處分ノ題下ニ於テ説明スヘク茲ニハ單ニ其要領ヲ摘示スヘシ。

第四章 最近刑事立法例及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義及ヒ刑事政策 第二節 獨埃兩草案及ヒリスト氏等對案及ヒ日本刑法ノ採用スル刑事政策

獨逸刑法  
準備草案  
ノ定ムル  
刑事社會  
政策

第一 獨逸刑法準備草案ノ定ムル刑事社會政策。

獨國草案(第四二條、第四三條)ノ認ムル犯罪豫防ノ處分トシテ特定ノ犯罪者ニ對シ科スヘキ刑罰ニ附加シ又ハ之ニ代フヘキ保安處分ノ主要ナルモノヲ舉クレハ左ノ如シ。

幼年犯罪  
者ニ對ス  
ル保安處  
分

(一) 幼年犯罪者ニ對スル保安處分。十八歳以下ノ幼年者ノ犯罪ニシテ其原因カ教養ノ不完全ニ基クカ又ハ幼年者ヲシテ正則ナル生活ニ馴致セシムルニハ教養手段ヲ必要ナリトスル場合ニ於テハ裁判所ハ刑罰ニ附加スルニ強制感化處分ヲ以テシ或ハ自由刑ニ代フルニ強制感化處分ヲ以テスルコトヲ得(六九)。

特定ノ犯  
罪者ニ對  
スル保安  
處分

(二) 特定ノ犯罪者ニ對スル保安處分。法律ニ特定シタル犯罪ヲ爲シタル者ニシテ其行爲ノ原因カ一ニ遊惰若クハ勞働嫌惡ニ基ク場合ニ於テハ行爲者ヲシテ規則正シキ且勞働ニ勵ム生活ニ馴致セシムル爲メ必要ナリト認ムル場合ニ於テハ刑罰執行ノ後受刑者ヲ六月乃至三年間勞役場(我法律所トシテ全然其實質)ニ收容スヘキ旨ノ言渡ヲ爲スヲ得ヘク其言渡シタル自由刑カ

酒類ヲ好  
ム犯罪者  
ニ對スル  
保安處分

三月以下ナルトキハ之ニ代フルニ勞役場收容ノミヲ以テスルコトヲ得ヘシ(四二)。

(三) 酒類ヲ好ム犯罪者ニ對スル保安處分。犯罪行爲カ酒類ヲ嗜好スルニ原因スルコト明ナル場合ニ於テハ裁判所ハ通常刑ニ附加スルニ一年以下ノ期間内飲食店ニ出入スルコトヲ禁スル旨ノ言渡ヲ爲スヲ得ヘク又行爲カ酒精中毒ニ基クコト明ナル場合ニ於テハ之ヲ治療セシムル目的ヲ以テ其治療スル迄(但シ二年以上)酒精中毒治療院ニ收容スヘキ旨ノ言渡ヲ爲スヘシ(四三)。

犯罪アリ  
タル責任  
無能力者  
ニ對スル  
保安處分

(四) 犯罪アリタル責任無能力者ニ對スル保安處分。行爲ノ當時精神病、白痴若クハ無意識ナルカ爲メ不起訴又ハ無罪ト爲リタルカ又ハ自由意思ヲ著シク減損シタルカ爲メ其刑ヲ減輕セラレタル場合ニ於テ公安ノ爲メ行爲者ヲ檻置スルノ必要アル場合ニ於テハ裁判所ハ之カ檻置ノ言渡ヲ爲スヘシ(四五)。

獨逸利  
法準備  
草案

第二 獨逸利法準備草案ノ定ムル刑事社會政策。

第四章 最近刑事立法例及ヒ日本利法ノ採用スル刑事政策 第二節 獨逸利法兩準備草案、リスト氏等對案及ヒ日本利法ノ採用スル刑事政策

埃國草案モ亦犯罪豫防タル保安處分ヲ定ムルコト獨國草案ニ異ナラス。然ルニ同案ノ認ムル保安處分ハ獨國草案ノソレニ比シ更ニ適切ニシテ且刑事政策ノ要旨ニ合セルモノアルカ如シ。同案ノ定ムル保安處分ノ主要ナルモノ左ノ如シ。

犯罪アリ  
タル幼年  
者ニ對ス  
ル保安處  
分

(一) 犯罪アリタル幼年者ニ對スル保安處分。相當年齢ニ達セサルカ爲メ罰セラレサル幼年者、心神ノ發達未熟ニシテ辨識力ヲ缺クカ爲メ罰セラレサル幼年者ハ其家庭ニ於ケル教養ヲ以テ不充分ナリトスル場合ニ於テハ之ヲ強制感化ニ付スヘシ(五條)。

精神病者  
酒精中毒  
者ニ對ス  
ル保安處  
分

(二) 精神病者及ヒ酒精中毒者ニ對スル保安處分。六月以上ノ自由刑ニ該ル犯罪行爲ヲ爲シタルモ行爲ノ當時責任無能力者ナリトシテ訴追セラレヌ又ハ無罪ノ判決ヲ受ケタル者ニシテ其行狀又ハ生活狀態又ハ行爲ノ性質ニ依ルトキハ風俗ヲ害シ又ハ人ノ生命財產ニ危險(一般ノ危險)アリト認メラル、場合ニ於テハ其治癒セサル間即チ一般ノ危險ノ繼續スル間國立犯罪の癲狂院(Die staatliche Anstalt für Verbrecherliche Irre)ニ收容スヘキモノトス(三六條)。

犯罪の危険  
アル心神  
耗弱者ニ  
對スル保  
安處分

(三) 犯罪の危険ナル心神耗弱者ニ對スル保安處分。重罪又ハ六月以上ノ自由刑ニ該ル罪ヲ犯シタルニ依リ刑ヲ受ケタル者カ行爲ノ當時其繼續的病的事情ニ依リ行爲ヲ辨識スルノ能力又ハ之ニ從ヒ其意ヲ決スルノ能力薄弱ナリトシテ其刑ヲ輕減セラレタル者ニシテ一般ニ危險ナル者ナリト認メラル、場合ニ於テハ刑罰ノ執行後國立ノ保護院ニ收容セラルヘキモノナリ(三七條)。

累犯的犯罪  
者ニ對ス  
ル保安處  
分

(四) 累犯的犯罪者ニ對スル保安處分。曩ニ特定ノ罪ニ依リ二個以上ノ懲役刑ヲ科セラレタル者カ其執行ヲ終リタルヨリ五年内ニ同種ノ罪ヲ犯シタルトキハ其犯罪カ一般ニ危險ニシテ行爲者ハ尙ホ斯ル犯罪ヲ爲スナルヘシト認メラルヘキ場合ニ於テハ刑ノ執行後特別ノ保護院若クハ監獄ノ特別ナル區劃内ニ留置スヘキ旨ノ言渡ヲ爲スコトヲ得。此言渡ハ行爲ニ對スル裁判ノ當時斯ル留置ヲ爲スコトアルヘキ旨ノ言渡ヲ爲シ刑ノ執行ヲ終リタル後執行ノ結果ニ基キ果シテ留置處分ヲ命スルノ必要アルヤ否ヤヲ審査シ必要ナキトキハ之ヲ釋放シ必要アルトキハ之ヲ留置スヘキモノ

第四章 最近刑事立法例及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義及ヒ刑事政策 第二節 獨逸刑法國準備草案、リスト氏等對案及ヒ日本刑法ノ採用スル刑事政策

危險ナル  
犯罪者ニ  
對スル保  
安處分

スリト氏  
等對案ノ  
策定ムル  
社會刑

幼年犯罪  
者ニ對ス  
ル保安處  
分

トス。留置ハ十年ヲ超ユルコトヲ許サス。留置後三年ヲ經過シタルトキハ終局的若クハ假ニ釋放スルヲ得(三八)。

(五) 危險ナル犯罪者ニ對スル保安處分(警察)。通貨ノ安全ニ對スル罪、財産ニ對スル罪及ヒ一般ニ危險ナル罪ニ依リ懲役刑ニ處セラレタル者ニシテ將來尙ホ同種ノ行爲ヲ爲ス虞アリ且此處ハ警察監視ニ依リ輕減セラルベキモノト認メラル、場合ニ於テハ行爲者ヲ警察監視ニ付スルコトヲ得(三九)。

第三 リスト氏等對案ノ定ムル刑事社會政策。

リスト氏等對案ハ獨國草案ノ修正ニ外ナラサレトモ犯罪ノ豫防ニ關スル處分ニ關シテハ其面目ヲ一新スルモノナキニ非ス。左ニ之カ要項ヲ掲クヘシ。

(一) 幼年犯罪者ニ對スル保安處分。十八歳以下ノ幼年犯罪者ニシテ其行爲ヲ正當ニ理解スルノ能力ナカリシ爲メ不起訴又ハ無罪ト爲リタルトキ又ハ其罰セラルヘキトキト雖モ犯罪ノ原因カ不完全ナル教養ニ基ク場合ニ於テハ裁判所ハ幼年者ヲ強制感化處分ニ付スヘシ。幼年者ヲ正則ナル生

活ニ馴致セシムル爲メ必要ナリトスル場合ニ於テハ刑ノ執行後此處分ヲ爲スコトヲ命スルヲ得(一七)。

(二) 特定ノ犯罪者ニ對スル保安處分。此處分ハ大體ニ於テ獨國草案ノソレト異ナラス。唯タ對案ハ累犯者ニ限リ此處分ヲ加フルコト、爲セリ(六八)。

(三) 酒類ヲ好ム犯罪者ニ對スル保安處分。此處分モ亦大體ニ於テ獨國草案ノソレト異ナラス(六九)。

(四) 犯罪アリタル責任無能力者ニ對スル保安處分。此處分モ亦大體ニ於テ獨國草案ノソレト異ナラス(一四)。

(五) 法律的安固ニ危險ナル犯罪者ニ對スル保安處分。此處分ハ獨國草案ノ累犯の犯罪者ノ處分ニ酷似ス。少クモ五回以上重罪若クハ故意ニ基ク輕罪ニ依リ自由刑(懲役刑ナルモ一回ハ)ニ處セラレ其刑ノ執行ヲ終リタルヨリ未ダ三年ヲ經過セサル者カ再ヒ重罪若クハ故意ニ基ク輕罪ヲ犯シタルニ依リ行爲者ヲ營業的若クハ慣習的犯罪者ニシテ法律的安固ニ危險ナル犯罪者ナリト認定スヘキ場合ニ於テハ裁判所ハ刑罰ニ附加スルニ保護院ニ

特定ノ犯  
罪者ニ對  
スル保安  
處分  
酒類ヲ好  
ム犯罪者  
ニ對スル  
保安處分  
犯罪アリ  
タル責任  
無能力者  
ニ對スル  
法律的安  
固ニ危險  
ナル犯罪  
者ニ對ス  
ル保安處  
分

第四章 最近刑事立法例及ヒ日本刑法ノ採用スル刑法主義及ヒ刑事政策 第二節 獨國刑法兩準備草案、リスト氏等對案及ヒ日本刑法ノ採用スル刑事政策 二四三

收容スヘキ旨ノ言渡ヲ以テスルコトヲ得。收容ノ期間及ヒ釋放ハ地方警察官廳(警視廳又ハ府縣警察部ノ類)之ヲ定ム。收容二年以上ニ及フトキハ裁判所ノ裁判ヲ仰ク旨ノ申立ヲ爲スコトヲ得。其申立却下セラレタルトキハ其後二年以上ヲ經過スルニ非サレハ同上ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス(九八條)。

### 第二款 日本刑法ノ採用スル刑事政策

#### 第一 刑事立法政策

我刑法ハ法文簡ニシテ理由書ヲ缺如スルモ其採用スル刑事立法政策ハ刑法ノ目的、實質及ヒ刑罰ノ目的、實質ヲ遺憾ナク貫徹スルニアルコトハ蓋シ疑ヲ容ル能ハサル所ナルヘシ。換言スレハ刑法ノ目的ハ世道風教、法律秩序及ヒ人ノ生活利益ノ保護又單ニ利益ノ保護ニアリト爲スヘク、刑法ノ實質ハ利益保護ノ目的ヲ有スル人類行爲ノ準則中嚴峻ナル制裁即チ刑罰ヲ科シ之カ違由ヲ強制スル準則ナリト爲スヘク、刑罰ノ目的ハ刑法ノ威嚴信用ヲ確保スルニアリト爲スヘク、刑罰ノ實質ハ犯罪ニ對スル法律上ノ結果トシテ行爲者ニ科スヘキ痛苦ナリト爲スヘキコトハ我刑法ニ於テモ獨逸兩草案及ヒリス

ト氏等對案ニ於ケルト異ナラサルヘシ。唯タ此趣旨ヲ確認スヘキ材料ニ乏シク從テ此趣旨ヲ貫徹セントスルノ精神ニ乏シキモノアリテ往々反對解釋ヲ爲シ得ルノ餘地ヲ存スルヲ遺憾トス。又我刑事裁判ノ實際ニ於テ檢事ノ微罪不檢舉主義カ盛ニ行ハル、ノ結果トシテ犯罪必罰ノ原則ハ實際ニ行ハル、コトナク刑法ノ威信ハ刑罰ニ依リ確保セラル、コトナキ場合甚タ尠カラサルコト換言スレハ刑法ハ之ヲ侵スモ必スシモ罰セラル、モノニ非サルコトカ次第ニ一般ニ公認セラル、ノ結果トシテ刑法ノ威嚴信用ハ漸次失墜スルニ至ルノ虞アルヲ遺憾トス。又判事ノ自由裁量ノ範圍ノ廣大ナルハ我刑法ノ特質トスル所ナリ。判事ノ自由裁量ノ廣大ナル範圍ヲ認ムルノ實際上ニ於ケル利害得失ノ如キハ慎重ナル注意ヲ以テ臨マサル可カラサル立法上ノ重大問題ナリ。フオンピルクマイヤー氏ハ判事ノ自由裁量論ニ於テ判事ノ自由裁量ノ範圍ヲ廣ムルノ利害ニ付キ左ノ六大疑問ヲ提出シタリ。

- 第一 判事ノ自由裁量ノ甚シキ擴張ハ法律ノ性質及ヒ實質ニ矛盾セサルカ、
- 第二 判事ノ自由裁量ノ甚シキ擴張ハ法律ノ確定ト安固トニ矛盾セサルカ、

第四章 最近刑事立法例及ヒ日本刑法ノ採用スル刑事政策 第二節 獨逸刑法兩準備草案、リスト氏等對案及ヒ日本刑法ノ採用スル刑事政策

第一編 刑法學、刑法主義及ヒ刑事政策

第三 判事ノ自由裁量ノ甚シキ擴張ハ國民ノ權利自由ノ安固ヲ危カセザルカ、

第四 判事ノ自由裁量ノ擴張ハ裁判ナシテ區々ナラシメ且甚シク裁判ノ威信ヲ失墜セ

シムル虞ナキカ、

第五 判事ノ自由裁量ノ甚シキ擴張ハ人ノ性情ニ悖ル裁判ヲ行ハントスルモノニ非サ

ルカ、

第六 判事ノ自由裁量ノ甚シキ擴張ハ判事ニ不可能ナル任務ヲ擔ハシムルモノニ非サ

ルカ、

右ハ憂國愛民ノ士ノ精讀ヲ要スヘキ大文字ニシテ其詳細ニ付テハ拙譯ビ  
氏判事ノ自由裁量論ニ就テ之ヲ觀ルヘシ。

第二 刑事社會政策

刑事社會政策ニ付テハ我刑法ニ何等ノ規定スル所ナシ。

第二編 刑法及ヒ刑法典

刑法トハ犯罪及ヒ之ニ對スル刑罰ノ二者ヲ定メタル一切ノ法律ヲ總稱ス。  
此意義ヨリスレハ専ラ犯罪及ヒ之ニ對スル刑罰ヲ規定シタル刑法典ハ勿論  
各種ノ法律ニ規定セラル、刑罰法令ハ悉ク刑法ナラサルハナシ。學者此意  
義ニ於ケル刑法ハ之ヲ單ニ刑法 (Strafrecht) ト稱シ之ヲ刑法典 (Strafgesetzbuch) ト  
區別シ以テ二者ノ混同ヲ避ク。然レトモ刑法典ハ刑法中最モ重要ナルモノ  
ニシテ總テノ刑法ニ對シ代表的地位ヲ占ムルモノナレハ刑法典ヲ以テ直ニ  
刑法ト稱スルノ用例ナキニ非ス。

刑法ハ之ヲ廣義ニ解スレハ犯罪及ヒ刑罰ニ關スル規定ノ一切ヲ總稱ス。  
此意義ヨリスレハ上述ノ刑法ハ勿論犯罪ニ對スル刑罰ノ適用及ヒ執行ニ付  
キ規定スル法規ハ悉ク刑法ナラサルハナシ。換言スレハ刑法典及ヒ各種ノ  
法律ニ規定セラル、刑罰法令ハ勿論刑事訴訟法ノ如キ刑罰ノ適用及ヒ其手





ノ認ムル爾餘ノ惡行ト犯罪トハ共ニ法律カ之ヲ惡行ナリトスル點ニ於テハ異ルコトナシト雖モ兩者ヲ區別スヘキ重要ナル點ヲ擧クレハ左ノ如シ。

- (一) 犯罪ハ之ヲ爾餘ノ惡行ニ比スレハ法律ノ保護スル利益ヲ害スルノ程度一層大ニシテ惡報中最モ重キ惡報タル刑罰ナル制裁ヲ科スルヲ要スヘキモノナリ。
- (二) 犯罪ナリト爲スヘキ惡行ハ法律ノ明文ニ該當スルモノナラサル可カラス(以下參照)。此點ハ他ノ諸般ノ惡行ト異ル所ナリ。
- (三) 犯罪ハ自然人ノ行爲ナラサル可カラス。嚴正ニ言ヘハ自然人ニ非サレハ犯罪ヲ犯ス能ハス。尤モ我國法令中法人モ亦犯罪ノ主體タルヲ得ルカ如キ法令ナキニ非ス(註一)ト雖モ斯ル場合ニ於テモ尙ホ極メテ小數ノ例外ヲ除クトキハ其現ニ罰セラル、者ハ法人ニ非スシテ現ニ犯法行爲アリタル自然人ノ行爲ヲ罰スヘキモノト解スヘキナリ。此點ハ民事上ノ非行ト區別スヘキ點ナリ。

(註一) 例ハ電信法第四十二條ニ於テ「法人ノ業務ニ關シ其ノ代表者又ハ雇人其他ノ從業者前數條ノ罪ヲ犯シタル

其三  
刑法ノ定  
ムル惡報  
ハ刑罰ト  
ナリ

トキハ其罰則ヲ法人ニ適用ス。但罰金、料科以外ノ刑ニ處スヘキ場合ニ於テハ法人ヲ三百圓以下ノ罰金ニ處スル規定シタルカ如キ、明治三十三年法律第五十二號、法人ニ於テ租税ニ關スル違反事件ニ付テモ之ト略ホ同様ナル規定ヲ設ケタルカ如キ又煙草專賣法第六十六條、粗製樟腦專賣法第二十三條及ヒ鹽專賣法第三十八條等ニ於テ法律第五十二號ヲ適用スヘキ旨規定シタル如キハ孰レモ斯種ノ規定ニ屬ス。

第三 刑法ノ定ムル惡報ハ刑罰ナルコト。他ノ法律カ定ムル惡行ニ對スル

- 惡報ト刑法カ定ムル刑罰トヲ區別スヘキ重要ナル點ハ左ノ五點ナリ。
- (一) 刑罰ハ之ヲ各法規ノ定ムル禁令若クハ命令ノ違反行爲トシテ科スヘキ制裁タル惡報ニ比スレハ最モ重キ惡報ナリ。而シテ其重シト謂フハ法律上ノ性質ニ就テ之ヲ言フモノナリ。
- (二) 刑罰ハ之ニ特有ノ目的ヲ有ス。行爲者ヲシテ行爲ノ不當ナルコトヲ知ラシムルコト換言スレハ行爲者ニ對シ惡行ノ結果タル惡報ヲ受ケサル可カラサルコトヲ自覺セシムルノ目的ヲ有ス。此點ハ他ノ法則ノ認ムル惡報例ヘハ過料、免官、除名、解雇、破門等ト其趣ヲ異ニスル點ナリ。
- (三) 刑罰ハ行爲者ノ罪責ニ比例ス。刑罰ハ犯罪ノ責任(罪責)ニ比例シテ之ヲ定ムヘキモノトス刑法ニ於ケル罪責ハ之ヲ單ニ主觀的方面ノミヨリ觀

察ス可カラサルト同時ニ之ヲ單ニ客觀的方面ノミヨリ觀察ス可カラス  
 シテ主觀的及ヒ客觀的ノ兩方面ヨリ觀察シテ之ヲ量定スヘキモノトス。  
 即チ行爲者カ其犯罪ヲ犯スニ至リタル意思ノミニ着眼シ之ニ因リ罪責  
 ヲ量定スヘキモノニ非サルト同時ニ行爲者カ現ニ爲シタル犯罪タル所  
 爲ノ結果ノミニ着眼シ之ニ因リ其罪責ヲ量定ス可カラスシテ行爲者カ  
 其犯罪ヲ犯スニ至リタル意思及ヒ其現ニ爲シタル犯罪タル行爲ノ兩者  
 ニ着眼シ之ニ因リ其罪責ノ輕重大小ヲ量定スヘキモノトス。刑罰ハ主  
 觀的及ヒ客觀的ノ兩方面ヲ觀察シ之ニ因リ量定シ得タル罪責ノ輕重大  
 小ト比例スヘキモノトス。故ニ此點ハ主トシテ行爲者ハ主觀的方面ヲ  
 觀察スル宗教上若クハ道德上ハ罪條ト異ル所ニシテ又主トシテ客觀的  
 方面ヲ觀察シテ實害ノ輕重大小ニ着眼スル民法上ハ損害賠償ト異ル所  
 ナリ。尤モ此點ハ新派ノ爭フ所ナリ(新派ノ此點ニ關スル見解ハ六六頁以  
 下及ヒ八九九〇頁參照之ニ關スル評  
 論ニ付テハ一〇  
 九頁以下參照)

(四) 刑罰ハ行爲者ヲシテ痛苦ヲ受ケシムル目的ヲ以テ之ヲ加フル其法益

ニ對スル侵害ナリ。惡行ノ結果トシテ行爲者ニ加フルモ法律力之ヲシ  
 テ痛苦ヲ感セシムル目的ヲ以テ加フル惡報ニ非サルトキハ假令行爲者  
 カ之ヲ痛苦ナリト感スルモ刑罰ニ非ス。故ニ例ヘハ幼年者ニ不良行爲  
 アリタルカ爲メ之ニ強制教養ヲ施スカ如キハ其直接ノ目的ハ幼年者ヲ  
 救護スルニアルヲ以テ假令幼年者カ其結果トシテ痛苦ヲ受ケ又ハ其自  
 由(益法)ヲ害セラル、コトアルモ之ヲ刑罰ナリト爲ス能ハサルカ如シ。此  
 點ニ就テモ新派ノ主張ト一致セ(此點ニ付キ六七、八)。  
 (五) 犯罪ノ惡報タル刑罰ヲ科スルノ權利ハ國家之ヲ有ス。故ニ國家ノ機  
 關ハ刑罰權ノ運用ヲ管掌スルニ止マラス之ヲ執行スルノ職權ト職責ト  
 ヲ有スルモノナリ。此點ハ刑罰カ私法上ノ制裁ト異ル所以ナリ。

第二節 刑法ノ淵源

往時國家ノ機關單純ニシテ立法權ト司法權トノ區別ナカリシ時代ハ兎モ  
 角時運漸ク進ミ立憲政體ニ移リ立法者ハ法律ヲ制定シ裁判官ハ法律ニ從ヒ  
 裁判ヲ爲スニ至リ法律ナケレハ犯罪ナク法律ナケレハ刑罰ナシ (nullum crimen

罪刑法定主義

罪刑主義ノ起源  
最近各國ノ文明  
各事立法ノ例  
則定ハ罪刑主義ニ依ル

sine lege, nulla poena sine lege)ノ原則ノ確立ヲ見ルニ至レリ。此原則ハ一ニ之ヲ  
罪刑法定主義ト謂ヒ凡ソ人ヲ罰スルニハ其爲シタル行爲ヲ豫メ特定ノ犯罪  
ナリト爲シ特定ノ刑罰ヲ以テ罰スヘキ旨ノ法律アルコトヲ要スト爲ス。此  
主義ニ依レハ法律ニ正條ナキモノハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ  
得ス。此主義ハ有名ナルモンテスキウ (Montesquieu)カ判事ノ專擅ニ對スル國  
民ノ權利自由ヲ保護スル爲メ成文刑法ヲ制定スヘシト要求セルニ其源ヲ發  
シタルモノハニシテ佛國大革命(一七九)以來歐洲文明各國ノ憲法ニ於テ國民ノ  
權利自由ノ保障トシテ一般ニ採用セラレタル所ナリ。最近二十世紀ノ文明  
各國ノ刑事立法例ニ徴スルニ刑法典ニ於テ特ニ法律ニ正條ナキモノハ何等  
ノ所爲ト雖モ之ヲ罰セサル旨ノ明文ヲ掲ケ以テ罪刑法定主義ヲ明規セサル  
ハナシ(註一)。

(註一) 千九百三年露西亞刑法第一條、千九百八年洪牙利改正刑法第一條、千九百九年暹太利刑法準備草案第一條、  
同年獨逸刑法準備草案第二條、リスト氏等對案第二條ハ法律ニ正條ナキトキハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰セサル旨ノ  
明文ヲ掲ケ、尙ホ此點ニ付キ拙著刑法各論上卷七頁(註一)參照。

我國モ亦  
罪刑主義  
ニ依ル

帝國ニ於テモ立憲政體ヲ採用シ立法權及ヒ司法權ノ別ヲ認メ罪刑法定主  
義ヲ採用シタルコト歐洲ノ文明各國ニ異ナラス。特ニ憲法第二十三條ニ於  
テ日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スルハ處罰ヲ受クルコトナキ旨ヲ規定シタル  
ハ罪刑法定主義ヲ認メタルモノナリ。又同條ハ犯罪及ヒ之ニ對スル刑罰ヲ  
規定スル法則ヲ設ケントセハ必ス法律ナル形式ヲ以テスヘク命令ナル形式  
ヲ以テス可カラサルコトヲ明ニシタルモノナリ(註二)。換言スレハ憲法第二  
十三條ハ帝國ニ於テ人ヲ處罰スル旨ノ法則ノ制定ハ立法事項ニシテ命令事  
項ニ非サルコトヲ明ニスルモノナリ。而シテ立法權ハ憲法第五條ニ依リ帝  
國議會ノ協賛ヲ經テ天皇之ヲ行フヘキモノニ屬スルヲ以テ帝國ニ於テ人ヲ  
處罰スル旨ヲ定ムル法則ハ議會ノ協賛ヲ經テ天皇ノ裁可アリタル法律ニ限  
ル。換言スレハ總テハ刑法ノ唯一ノ淵源ハ法律ナリ。舊刑法第二條ニ法律  
ニ明文ナキモノハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰セストハ明文ヲ掲ケ刑法上ニ於  
テモ罪刑法定主義ヲ採用セルコトヲ明ニセリ。新刑法ニ於テハ斯ル明文ナ  
シト雖モ固ヨリ同趣旨ナルコトハ殆ト疑ヲ容レス(註三)。

刑法ノ淵源  
ハ法律ニ在リ

(註二) 憲法第二十三條ニ所謂法律トハ法律ナル形式ヲ以テ公布セラルヘキモノニ限ルヘクシテ命令ハ之ヲ法律ナル文字中ニ包含スルモノト爲スヲ得ス。他ノ法規ニ於ケル法律ナル文字中ニ命令モ包含スルモノト解シ得ヘキモノナキニ非スト雖モ法律ト命令トナ判然區別シテ規定シタル憲法ニ於テハ斯ル解釋ヲ許スヘキモノニ非サルハ論ヲ俟タス。

(註三) 同題旨 泉二新熊氏日本刑法論八四頁尙ホ其理由ニ付テハ拙著刑法各論上卷六頁以下ヲ參照スヘシ。異說 我刑法ハ專擅主義ヲ採用シタルモハト爲ス。牧野英一氏法學協會雜誌二七卷三號參照。

慣習的刑  
法存セス

刑注ノ  
唯一ノ  
淵源  
ハ法律  
ノ原  
則  
トシテ  
例外  
アリ

既ニ罪刑法定主義ヲ認ムル以上ハ慣習法的刑法ヲ認ムヘキ餘地ヲ存セサルハ言ヲ俟タサルヘシ。尤モ刑罰規定其モノニ直接關係ナキ事項ニ關シテハ慣習法ヲ認ムヘキ餘地ナキニ非ス。例ヘハ民法上ノ權利ノ存否カ犯罪構成ノ前提ヲ爲ス場合ニ於テハ民法上ノ權利ノ存否ヲ定ムヘキ慣習法ノ如キハ之ヲ參酌セサル可カラサルカ如シ(三二七、三二八)。

刑法ノ唯一ノ淵源ハ法律ナルコト上述ノ如シト雖モ(一)帝國憲法ハ執行命令、行政命令、獨立命令等ヲ認ムルコト、(二)帝國ノ領域中尙ホ未タ憲法ヲ施行セサルモノアルコト、(三)條約締結權ハ無條件ニ天皇ニ屬スルコト等ノ諸點ヨリ上述ノ原則ノ例外ヲ爲スモノ若クハ例外ヲ爲スノ疑アルモノナキニ非ス。

命令特ニ  
執行命令  
及ヒ行政  
命令

第一 命令特ニ執行命令及ヒ行政命令(警察命令)。

憲法第九條ニ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ヒ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但シ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得スト規定セリ。本條前段ハ執行命令ヲ規定シタルモノニシテ後段ハ行政命令(警察命令)ヲ規定シタルモノナリ。執行命令ニ依ルモ又行政命令(警察命令)ニ依ルモ一定ノ範圍内ニ於テ國民ニ對シ或行爲ヲ爲ス可カラスト禁令シ又或行爲ヲ爲スヘシト命令スル法規命令(行爲ノ)ヲ發スルコトヲ得ルコトハ爭ナキ所ナリ。既ニ命令ヲ以テ行爲ノ準則(禁令若ク)ヲ定ムルコトヲ得ヘシトセハ之カ違反ニ對スル制裁ヲ定ムルコトヲ得ルニ非サレハ準則ヲ定ムルヲ得ルノ趣旨ヲ徹底スル能ハス。故ニ憲法ノ定ムル執行命令及ヒ行政命令ヲ發スルノ權限中ニハ之ニ或種ノ制裁ヲ付スルヲ得ルコトヲモ包含スルモノト解スヘキナリ。明治二十三年法律第八十四號ヲ以テ命令ニハ其條項ニ違背スル者ニ對シ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ヘキ旨ヲ規定シタルハ憲法上發シ得ヘキ命令特ニ執行

命令及行政命令(警察)ニ一定ノ制裁ヲ付スルヲ得セシメタルモノト解スヘキナリ。若シ右法律第八十四號ヲ以テ一般ニ命令ヲ以テ刑罰法規ヲ定ムルコトヲ委任シタルモノナリト爲ストキハ是レ即チ法律ヲ以テ憲法ノ改正ヲ許シタルモノナリト解スルニ外ナラス。何トナレハ法律ノ委任アルトキハ立法事項ヲ規定スルヲ得ルモノト爲ストキハ苟モ法律ノ委任アルトキハ憲法カ立法事項ナリト規定シタルモノモ悉ク法律ヲ以テ自由ニ命令ヲ以テ規定スルコトヲ許スコト爲ルヘク從テ立法事項ナリト規定シタル憲法ノ條項ハ單純ナル法律ヲ以テ之ヲ改正シ命令事項ト爲スヲ得ルノ結果ヲ生スレハナリ。斯ノ如キ方法ヲ以テスル憲法ノ變更ハ明ニ憲法(第七條)ノ禁スル所ナリ。(註四)。

(註四) 權積八束氏ハ委任命令ニ關シ左ノ論ヲ爲セリ。『立法權ハ之ヲ委任スルコトヲ得ス。立法權ハ議會ノ協賛ヲ以テ天皇之ヲ行フ。憲法ノ明文動カス可カラズ。若シ法律ヲ以テ之ヲ君主政府ニ委任スルヲ妨ケストモハ是レ政體ノ根底ヲ顛覆スルコトヲ許スモノナリ。裁可ト協賛トハ憲法上ノ立法ノ要件ナリ。若シ法律ヲ以テ此要件ヲ不明ナラシムルヲ得ハ、是レ法律ヲ以テ憲法ヲ變更スルコトヲ得ルモノナリ。所謂立法權ノ委任ノ自由ハ立法權ノ自殺ノ自由ナリ。憲法豈之ヲ許ス者ナランヤ』(憲法提要八〇一頁)。然ルニ氏ハ上述法律第八十四號ヲ以テ委任命令ヲ規定

シタルモノト解スルモノ、如シ(同上八〇五頁參照)。

之ニ反シテ美濃部達吉氏ハ委任命令ハ違憲ニ非スト説明シ其理由トシテ法律ハ唯々事ノ重大ニシテ容易ニ變更ス可カラサル事項ヲ規定スルニ適スト雖モ時ハ需要及ヒ各地方ハ特殊ノ狀況ニ應ジ臨時變更ヲ要スヘキ細目ハ法律ヲ以テ之ヲ規定スルニ適セズ。斯ル事項ハ法律ヲ以テ命令ニ委任スルコトヲ得ヘク而シテ委任命令ノ範圍ハ此必要ニ基キタルモノナレハ此必要以外ニ及フヲ得サル旨ヲ論セリ(同氏憲法及ヒ憲法史研究二五九乃至二六二頁)。凡ソ重大ニシテ容易ニ變更ス可カラサル事項ハ法律ヲ以テ之ヲ規定シ得ヘク之ヲ執行スル爲メ必要ナル細目ニ涉ル事項ハ之ヲ命令ヲ以テ規定シ得ヘキコト氏ノ言ノ如シ。然レトモ斯ル命令ハ之ヲ憲法第九條前段ニ所謂執行命令ナリト解シ得ヘキモノナレハ(後段二七一乃至二七三頁參照)。特ニ違憲ノ嫌疑免ル能ハサル委任命令ナリト解スルノ要ナキモノ、如シ。

右法律第八十四號ニ基キ勅令以下ノ各命令ニ對シ其定メ得ヘキ制裁ヲ左ノ如ク限定シタリ。

- (一) 閣令及ヒ省令ニ在テハ三月以下ノ懲役禁錮百圓以下ノ罰金拘留料(明治三二年勅令第二〇八號同三九年勅令第二五八號同四一年勅令第二五九號)。
- (二) 道府縣令及ヒ警視廳令ニ在テハ五十圓以下ノ罰金又ハ拘留若クハ科料(同上勅令領事裁判權ヲ行フ領事官ノ發スル命令ニ付テモ亦同シ(明治三三年勅令第三一號)。

- (三) 朝鮮及ヒ臺灣ノ總督府令並ニ關東都督府令ニ在テハ一年以下ノ懲役、禁錮又ハ二百圓以下ノ罰金(明治四三年勅令第三五四號、同三〇年勅令第三六二號、同三九年勅令第一九六號)。
- (四) 樺太府令ニ在テハ二月以下ノ懲役、禁錮若クハ拘留又ハ七十圓以下ノ罰金若クハ科料(明治四〇年勅令第三三三號)。

律令、制令、勅令

第二 律令、制令、勅令

憲法ハ其發布當時ノ帝國ニ屬セシ領土全部ニ施行セラル、目的ヲ以テ制定セラレタルモノナリ。帝國カ新ニ領土ヲ得ルモ憲法ハ當然新領土ニ施行セラル、モノニ非ス。未タ憲法ノ施行セラレサル領域ニ於テハ憲法ニ據ラズシテ統治權ヲ行フヲ得ルモノナリ。刑法ノ淵源ハ獨リ法律ナリトハ憲法ハ施行セララル、領域ノミニ於テ之ヲ言フヲ得ヘキモノナリ。故ニ未タ憲法カ施行セラレサル臺灣、朝鮮及ヒ關東州ニ於テハ刑法ノ制定ハ之ヲ法律ヲ以テスルモ又命令ヲ以テスルモ自由ニシテ何等拘束セララル、所ナシ。現ニ臺灣、朝鮮及ヒ關東州ニ施行セララル、刑法典ハ命令ニ依リ定メラレタルモノナリ。

明治二十九年法律第六十三號ハ臺灣總督ニ付與スルニ當分ノ中(明治四九年〇號ヲ以テ明治四十九年十二月三十一日迄)其管轄區域内ニ於テ法律ノ效力ヲ有スル命令ヲ發スル權ヲ以テセリ。之ニ基キ臺灣總督ハ明治二十九年律令第四號ヲ以テ其管轄内ニ施行スヘキ刑法典ヲ定メ又其後新刑法典ノ發布セララル、ニ至リ明治四十一年律令第九號ヲ以テ臺灣ニ施行スヘキ刑法典(我刑法典ト同一)ヲ定メタリ(註五)。明治四十四年緊急勅令第三百二十四號(後同三四四年法)ハ朝鮮總督ニ付與スルニ法律ニ代ルヘキ命令ヲ發スルノ權ヲ以テセリ。之ニ基キ朝鮮總督ハ明治四十五年制令第十一號ヲ以テ其管轄區域内ニ施行スヘキ刑法典(我刑法典ト同一)ヲ定メタリ。又關東州ニ於テハ明治四十年勅令第二一三號關東州裁判事務取扱令ヲ以テ關東州ニ於テ施行スヘキ刑法(我刑法典ト同一)ヲ定メタリ。是ニ於テ律令、制令及ヒ勅令ヲ以テ定メタル三個ノ刑法典ヲ生スルニ至レリ。

(註五) 穂積八束氏ハ臺灣ニ於テ法律ヲ要スル事項ヲ規定スル命令ヲ以テ委任命令ナリト解シル命令ハ違憲ナリト論セリ(憲法提要八〇五頁)。之ニ反シテ市村光惠氏ハ斯ノ如キ命令ハ委任命令ナルモ實質上法律ノ規定ニ外ナラサルヲ以テ違憲ニ非サル旨ヲ論セリ(同氏憲法要論六二三頁以下)。之ニ反シテ美濃部達吉氏ハ斯ノ如キ命令ヲ以テ委任



サルハ自明ノ理ナリ。然レトモ、此前提アルカ故ニ、條約ハ國內ニ於テ法律タル効力ヲ有スト爲スカ如キハ、何等論理上ハ、關聯アルヲ見ス。條約ハ條約トシテ國際關係ニ於テモ、又國內法ノ關係ニ於テモ効力ヲ有スヘキノミ。條約、法令モ、共ニ國家ノ意思ヲ表示タル點ニ於テ論ナキモ、外國ニ對シテ表示スル形式ヲ以テ條約ト稱シ、人民ニ對シテ表示スル形式ヲ法令ト謂フ。法令ノ形式ニ依リ表示セラレタル意思ハ、外國ニ對シテ約東タル効力ヲ生セサルカ如ク、條約ノ形式ニ依リ表示セラレタル意思ハ、人民ニ對シテ法令タル効力ヲ生セサルナリ。國家カ人民ニ服從ヲ要求スルハ、法令ノ形式ニ依ラサル可カラサル所ナリ。若シ條約ヲシテ法令ニ代ル効力ヲ有セシメント欲セハ、憲法ニ於テ之ヲ明示セサル可カラス。(同氏憲法提要下卷七六三乃至七八四頁) 同說上杉慎吉氏(帝國憲法四一四、四一五頁)市村光惠氏(憲法要論六五六頁)。

### 第三節 刑法ノ分類

廣義ニ於ケル刑法(刑事)ハ之ヲ分テ實體的刑法及ヒ形式的刑法ノ二種ト爲シ得ヘキコト前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(二四七、二四八頁參照)。實體的刑法即チ一般ノ意義ニ於ケル刑法ハ之ヲ種々ニ分類スルコトヲ得ルモノニシテ本書ニ於テ主トシテ攷究セントスル刑法典ノ如キハ其分類中ノ一ニ屬スルモノトス。

刑法ハ之ヲ分テ普通刑法ト特別刑法ノ二ト爲スコトヲ得。此二者ノ區別ハ刑法ノ適用セラル、人、場所及ヒ時ノ三者ニ依リ生スルモノトス。從テ普通刑法及ヒ特別刑法ノ區別ハ此三者ノ區別ニ從ヒ三種ノ意義ヲ有スルモノ

トス。又刑法ハ之ヲ規定スル法令ノ種類如何ニ依リ更ニ之ヲ三種ニ分類スルコトヲ得ルモノトス。

#### 第一 普通刑法ト特別刑法

(一) 人ノ區別ニ依ル普通刑法ト特別刑法。等シク刑法ナレトモ原則トシテ一般ニ何人ニモ適用セラル、モノト特定ノ身分ヲ有スル者ノミニ適用セラル、モノトノ二アリ。刑法典ノ如キハ此區別ニ依ル普通刑法ニシテ陸軍刑法及ヒ海軍刑法ノ如キハ此區別ニ依ル特別刑法ナリ。刑法典ヲ初メトシテ他ノ刑罰法令ハ他ノ法律ニ別段ノ規定ナキモノハ普通人ナルト軍人軍屬ナルトヲ問ハス一般ニ適用セラル、モノナリ。之ニ反シテ陸海軍刑法ハ原則トシテ軍人軍屬ノミニ適用セラル、モノナリ。陸海軍刑法ハ普通刑法ト異レル規定ヲ有スルモノニシテ(一)其規定カ普通刑法ニ全然存セサルモノト(二)其規定カ普通刑法ニ存スルモ其内容ニ相違アルモノトノ二者アリ。擅權、辱職、逃亡ニ關スル規定ノ如キハ陸海軍刑法特有ノ規定ニシテ普通刑法ニ斯ル規定存セス。學者此種ノ犯罪ヲ稱シテ純然タル軍事

普通刑法  
特別刑法  
人ノ區別  
ニ依ル普通  
特別刑法ト  
普通刑法ト



犯(Echte militärische Verbrechen)ト爲ス。之ニ反シテ叛亂、暴行脅迫及ヒ侮辱等ニ關スル陸海軍刑法ノ規定ノ如キハ普通刑法ニモ存スル所ニシテ内容ニ多少ノ相違アルニ過キス。學者此種ノ犯罪ヲ純然ナラサル軍事犯(Unechte militärische Verbrechen)ト稱ス。普通刑法ハ一般ニ何人ニモ適用セラル、ヲ以テ原則トスレトモ其規定ノ法條中獨リ特定ノ身分ヲ有スル者ニ限り適用セラル、ニ過キサレモノナキニ非ス。秘密ヲ侵ス罪ハ醫師、藥劑師、產婆辯護士、公證人其他第三百三十四條列記ノ職業ヲ有シ又ハ有セシ者ニ非サレハ之ヲ犯ス能ハサルカ如キ又老若幼者不具者又ハ疾病者ノ生存ニ必要ナル保護ヲ爲サ、ルノ罪ハ之ヲ保護スヘキ責任アル者ニ非サレハ之ヲ犯ス能ハサルカ如キハ其例ナリ。之ト同シク陸海軍刑法ハ軍人軍屬以外ニ適用スヘキモノニ非サルヲ原則トスレトモ常人ニ對シテモ尙ホ陸海軍刑法ヲ適用スヘキ場合ナキニ非ス。哨兵若クハ守兵ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ爲スノ罪(陸海軍刑法六二條乃至六七條)哨兵又ハ守兵侮辱ノ罪(陸海軍刑法七二條)軍用物毀棄ノ罪(陸海軍刑法七九條乃至八五條)掠奪ノ罪(陸海軍刑法八六條乃至八九條)

場所ノ區別ニ依ル  
特別刑法ト  
普通刑法ト

八條乃至九條)俘虜ニ關スル罪(陸海軍刑法九一條乃至九三條)違命ノ罪(陸海軍刑法九六條乃至九七條)九七條九七條二項九八條一〇〇條)ノ如キハ是ナリ(陸海軍刑法二條)。

(二) 場所ノ區別ニ依ル普通刑法ト特別刑法。刑法ニシテ一般ニ帝國ノ版圖

内ニ施行セラル、モノト帝國ノ版圖内ノ一部ニミ施行セラル、モノトノ二者アラハ前者ハ之ヲ場所ノ區別ニ依ル普通法ト謂フヲ得ヘク後二者ハ之ヲ場所ノ區別ニ依ル特別法ナリト謂フヲ得ヘシ。然ルニ我現時ノ實際ニ就テ見レハ我刑法典ヲ始メ其他ノ刑罰法令ノ如キハ一トシテ我帝國ノ全版圖内ニ施行セラル、モノナシ。刑法典ニ就テ言ヘハ我刑法典ハ我帝國ノ本土及ヒ樺太ニ施行セラル、ニ過キスシテ朝鮮ニハ制令ヲ以テ規定シタル刑法典施行セラレ臺灣ニハ律令ヲ以テ定メラレタル刑法典施行セラレ關東州ニハ勅令ヲ以テ定メラレタル刑法典施行セラル。此四個ノ法典ハ各獨立ナル法域ヲ有スルモノニシテ其各法域内ニ於テハ之ヲ普通刑法ト謂フヲ得ヘシ。然レトモ制令、律令、勅令等ヲ以テ定メタル刑法典ハ執レモ刑法典ヲ以テ其基礎ト爲シタルモノナリト謂ハンヨリハ寧ロ刑法典

時ノ區別  
ニ依ル  
特別刑法ト  
普通刑法ト

其儘ヲ準用シタルモノニ過キササルコトヲ忘ル可カラス。故ニ刑法典ハ他ノ刑法典ニ比シ特別ナル地位ヲ保有スルモノナリ。場所ノ區別ニ依ル普通刑法及ヒ特別刑法ノ區別ハ同一法域内ニ行ハル、法令ニ就テ之ヲ見ルヲ得ヘシ。我帝國ノ本土ヲ法域トスル刑法ニ付テ之ヲ言ヘハ刑法典ヲ始メ其他ノ刑罰法令ノ大部分ハ普通法ナレトモ一府縣ノ區域内ニ限り施行セラル、刑罰法令ノ如キハ特別刑法ナリ。例ヘハ府縣カ取締ノ必要上定メタル其府縣ノ區域内ニ施行スヘキ警察犯ノ如キハ其例ナリ。

(三) 時ノ區別ニ依ル普通刑法ト特別刑法。時ノ區別ニ依ル刑法ノ分類ハ刑法ノ施行セラル、時期ノ區別ニ依ル刑法ノ分類ナリ。施行セラル、終期ヲ豫メ定メサル刑罰法令ノ如キハ普通刑法ナリ。刑法典ヲ始メ其他刑罰法令ハ此種ノ刑法ニ屬スルヲ以テ通常ト爲ス。斯種ニ屬スル刑法ニ特別ナリトスル所ハ恒久的ノ性質ヲ有スル點ニアリ。之ニ反シテ豫メ定メラレタル時期ニ限り施行セラル、刑法ハ特別刑法ナリ。其施行時期ハ豫定セラレタル一定ノ時期ナルコトアリ又豫定セラレタル不定ノ時期ナルコトアリ。

法令ノ區別  
ニ依ル  
刑罰法令ノ分類  
刑罰典ト  
其他ノ刑罰  
法令ト

トアリ。例ヘハ廢朝五日間歌舞音曲ヲ禁シ之ヲ犯ス者ハ拘留又ハ科料ニ處ストノ規定アリト假定センカスル刑罰法令ハ豫定セラレタル一定ノ時期ニ限り施行セラル、法令ナリ。又例ヘハ戰爭ノ繼續中又ハ傳染病流行中或種ノ物件ノ賣買交換若クハ輸入ヲ禁シ之ヲ犯ス者ハ罰金ニ處ストノ規定アリト假定センカ。斯ル刑罰法令ハ豫定セラレタル不定ノ時期ニ限り施行セラル、法令ナリ。斯種ニ屬スル刑法ニ特別ナリトスル所ハ一時的ノ性質ヲ有スル點ニアリ。

### 第二 法令ノ區別ニ依ル刑法ノ分類

(一) 刑法典ト其他ノ刑法。此區別ハ極メテ平凡ナルニ拘ハラス極メテ重要ナル區別ナリ。日常起ルヘキ大多數ノ犯罪ハ刑法典之ヲ規定シ其然ラサルモノハ其他ノ刑罰法令之ヲ規定ス。故ニ刑法典ハ之ヲ普通刑法ナリト爲スヘク刑法典以外ノ刑罰法令ハ之ヲ特別刑法ト爲スヘキナリ。特別ノ法令中ニハ單ニ犯罪及ヒ刑罰ヲ規定シタルモノ即チ單行刑法タル内容ヲ有スルモノト行政事項其他ノ法律關係ヲ規定スルト共ニ刑罰ヲ規定シタ

規定ノ内  
容ニ依ル  
普通刑法  
ト空白刑  
法

ルモノトノ二者アリ。前者ハ特別刑法ナル實質ヲ有スルハ明ナル所ニシテ後者ト雖モ苟モ法令ノ内容中ニ禁令若クハ命令ノ規定存シ之ニ違反スル者ニ刑罰ヲ科スル旨ノ規定存スル以上ハ是レ亦刑罰法令即チ特別刑法タル實質ヲ有スルモノトス。學者或ハ規定スル事項ノ區別ニ依リ普通刑法ト特別刑法トノ二者ノ區別ト爲サントスルモノアリ。凡ソ事項其モノニ普通ナルモノト特別ナルモノトノ性質上ノ區別存スルコトナク如何ナル事項ト雖モ個々獨立セシメテ之ヲ觀察スルトキハ各自特別ナリト爲スコトヲ得ヘク之ニ反シテ事項ノ多數ヲ總括シテ之ヲ觀察スルトキハ普通ナリト爲スヲ得ヘシ。又如何ナル事項ニ關スル禁令若クハ命令ト雖モ其事項ノ性質上之ヲ刑法典ニ規定スルヲ得サルハナク又之ヲ特別法ニ規定スルヲ得サルハナシ。故ニ事項ノ如何ニ依リ普通刑法ト特別刑法トノ區別ヲ爲サントスルカ如キハ寔ニ其理由ナキモノト爲サルヲ得ス。

(二) 規定ノ内容ニ依ル普通刑法ト空白刑法(Blankettstrafgesetz)。空白刑法トハ罪名及ヒ刑罰ノミヲ定メ其犯罪構成事實ノ内容ハ之ヲ特別ノ法律若クハ

法律ヲ以テ  
命令ヲ以テ  
刑罰規定ス  
ルテ命令ヲ  
刑罰規定ス  
ル

命令又ハ外國法ニ讓ルヲ謂フ。刑法典第九十四條ノ如キハ斯種ノ刑法ニ屬ス。此點ヨリスレハ其他斯種ニ屬セサル刑法ハ悉ク普通刑法ナリ。

(三) 法律ヲ以テ規定スル刑法ト命令ヲ以テ規定スル刑法。刑法典ヲ始メ多數ノ刑罰法規ハ法律ヲ以テ規定スルモノナリ。臺灣、朝鮮及ヒ關東州ニ施行セラル、刑法ヲ除外スルトキハ命令ヲ以テ規定セラル、刑罰法規ハ極メテ輕微ナルモノニ限ラル。而シテ其多クハ執行命令若クハ行政命令(警察)ヲ以テスル刑罰法規ニ外ナラス(二五七、二)。茲ニ特ニ説明ヲ要スヘキハ執行命令ヲ以テスル刑罰命令ト委任命令ヲ以テスル刑罰命令ノ區別ナリトス。法律ニ大綱若クハ方針ヲ示サスシテ漠然或種ノ立法事項ハ之ヲ命令ヲ以テ定ムト規定シ之ニ基キ命令ヲ以テ立法事項ヲ規定スルカ如キハ純然タル委員命令ニシテ斯ノ如キ委任命令ノ違憲ナルコトハ殆ト疑ヲ容レサル所ナリ(二五八頁註四、二五九頁註五)美濃部達吉氏說。之ニ反シテ法律ヲ以テ根本タル準則(禁令若ク)ヲ定メ之ニ對スル違反行爲ノ制裁ヲ命令ノ規定ニ讓リタルモノト假定セヨ。斯ル場合ニ於テハ命令ハ法律ノ定メタル趣旨ニ從

ヒ之ヲ執行スル爲ニ必要ナル事項ヲ規定スルモノト解シ得ヘケレハ之ヲ  
憲法第九條ノ所謂執行命令ナリト解スルヲ得ヘシ。然ルニ學者或ハ法律  
ノ定ムル趣旨ニ從ヒ命令ヲ以テ或ハ一定ノ事項ニ付キ細則ヲ定メ或ハ例  
外規定ヲ定メ或ハ其法律ノ施行期日ヲ定ムルカ如キハ本來法律ノ自ラ規  
定スヘキモノヲ規定セスシテ之ヲ命令ニ委任シタルモノニ外ナラサレハ  
之ヲ委任命令ナリト解スヘキモノナリト説明ス。勿論斯ル命令ハ之ヲ委  
任命令ト解スル能ハサルニ非スト雖モ同時ニ又之ヲ執行命令ナリト解ス  
ル能ハサルニ非ス。何トナレハ一方ニハ斯ル命令ノ規定スル内容ハ一ニ  
法律ノ明意又ハ暗黙ニ規定スル所ニ從フヘキモノニシテ法律ノ趣旨ニ相  
反スル規定ヲ爲ス能ハサルモノナルト又他ノ一方ニハ命令ニ規定スル所  
ハ一トシテ憲法第九條ノ所謂法律ヲ執行スル爲ニ必要トスル命令ニ外ナ  
ラサルモノアレハナリ。果シテ然ラハ斯ル命令ヲ以テ我憲法ニ何等ノ規  
定ナク且又憲法違反ノ嫌アル委任命令ナリト解センヨリハ寧ロ憲法ニ規  
定セラル、執行命令ナリト解スルヲ以テ妥當ナリト爲スヘキナリ。等シ

ク刑罰規定ナルモ執行命令若クハ行政命令ヲ以テスルモノナルトキハ有  
效ナル刑罰命令ナルコト疑ナキモ委任命令ナルトキハ少クトモ違憲ノ疑  
ナキ能ハス是レ兩者ヲ區別スヘキ實益ノ存スル所ナリ。

## 第二章 刑法典

### 第一節 刑法典ノ地位

第八條 本法ノ總則ハ他ノ法令ニ於テ刑ヲ定メタルモノニ亦之ヲ適用ス但其法令ニ特別ノ規定アルトキハ此限ニ在ラス。

刑法典カ他ノ總テノ刑法ニ對シ普通法タル地位ヲ保有スルコト(二六五)及ヒ刑法典カ他ノ總テノ刑法典ノ基礎ヲ爲スコト(二六八)前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ。故ニ此點ヨリスレハ刑法典ヲ攷究スルハ同時ニ他ノ刑法ノ原則ヲ攷究スル所以ナリ。然レトモ刑法典カ總テノ刑法中ニ於テ最モ重要ナル地位ヲ占ムル所以ハ上述ノ二個ノ理由ニ基クニ非スシテ寧ロ刑法典ノ總則ハ他ノ總テノ刑法ノ總則タルノカヲ有スルヲ原則トスルニ基ク者トス(第八條)換言スレハ刑法典カ他ノ總テノ刑法ニ對シ代表的地位ヲ保有スル所以ハ他ノ刑法ニ別段ノ規定ナキトキハ刑法典ノ總則ハ直ニ他ノ刑法ニ適用セラル

ヘキ總則タルカヲ有スル點ニアリ。故ニ刑法典ノ總則ヲ攷究スルハ同時ニ他ノ總テノ刑法ニ適用スヘキ原則ヲ攷究スル所以ナリ。

刑法典以外ニシテ犯罪及ヒ刑罰ヲ定メタル法令即チ刑法中(一)獨立ナル總則規定ヲ有スルモノ、(二)全然之ヲ有セサルモノ、(三)刑法ノ總則中ノ幾分ヲ適用セサル旨ヲ規定セルモノ、三者アリ。(一)法令中ニ獨立ナル總則規定ヲ有スルモノハ其數少シ。而シテ獨立ナル總則規定ヲ有スル場合ニ於テモ之ニ矛盾セサル範圍内ニ於テ刑法典ノ總則ハ其法令ニ適用セラル、モノトス。例ヘハ陸軍刑法及ヒ海軍刑法ノ如キハ獨立ナル總則規定ヲ有スルモ其總則ニ矛盾セサル範圍内ニ於テ刑法典ノ總則ハ陸海軍刑法ニモ適用セラル、モノトス。(二)法令中ニ何等總則ヲ有セサルモノハ其數甚タ多シ。大多數ノ單行刑罰法令ハ之ニ屬ス。此場合ニ於テハ刑法典ノ總則ハ例外ナク之ニ適用セラル、モノナリ。(三)法令中別ニ總則ヲ設ケス單ニ刑法典ノ總則規定ノ幾分ヲ適用セサル旨ヲ規定セルモノハ其數極メテ小數ナリト謂フ能ハス。税法ニ關スル刑罰法令、警察的刑罰法令ノ大多數ハ之ニ屬スルモノナリ(註一)。斯

ル場合ニ於テハ適用セサル旨ノ規定ニ矛盾セサル範圍ニ於テ刑法典ノ總則ハ此等刑罰法令ニ對シテモ其適用ヲ見ルヘキハ論ヲ俟タス。

(註一) 例ハ關稅法(明治四十四年法律第四四號)ニ於テ營業者ノ代理人若クハ使用人ノ犯則行為ニ付キ營業者ヲ處罰スルカ如キ(同第八二條二項)營業者カ未成年者若クハ禁治產者ナルトキハ其法定代理人ヲ罰スルカ如キ(同第八二條三項)又同法ニ關シテハ刑法典第三十八條第三項但書(法ノ不知ニ對スル減輕ノ規定)第三十九條第二項(心神耗弱者ニ對スル減輕ノ規定)第四十條(瘡癩者ニ對スル規定)第四十一條(十四年以下ノ幼年者ニ對スル規定)第四十八條第二項(罰金ノ合算額ニ對スル規定)第六十三條(從犯ニ對スル減輕ノ規定)第六十六條(酌量減輕)ノ規定ヲ適用セサル旨ヲ定メタル規定ノ如キ(同第八二條四項)ハ刑法典ノ總則中ノ一部ヲ適用セサル旨ヲ定メタル例ナリ。又酒造稅法、酒精及ヒ酒精含有飲料稅法、麥酒稅法其他ノ稅法ニ於テ之ト類似ノ規定アリ。又銃砲火藥類取締法(明治四十四年法律第五三號)ニ營業者未成年者又ハ禁治產者ナルトキハ其法定代理人ヲ罰スルカ如キ(同第二〇條)營業者ハ其代理人、戶主、家族、同居者、雇人其他ノ從業者ノ犯則行為ニ付キ其責任ニ任スルカ如キモ亦刑法典ノ總則中ニ矛盾スル規定ヲ設ケタル例ナリ。

### 第二節 刑法ノ解釋及ヒ刑法ノ用語

#### 第一款 刑法ノ解釋

#### 第一 刑法解釋ノ基礎

成文法律ヲ以テ刑法ノ唯一ノ淵源ト爲ス罪刑法定主義ノ下ニアリテハ刑

刑法解釋ノ基礎

法ノ解釋ハ刑法學上最モ注意ヲ要スヘキ事項ノ一ナリ。若シ夫レ刑法解釋ニ關スル研究ヲ忽諸ニ付センカ罪刑法定主義ハ此點ヨリ土崩瓦解セサルヲ得ス。法律解釋ノ基礎ヲ明ニセント欲セハ先ツ法律ト立法者ノ意思トノ間ニ存スル區別ヲ明ニセサルヲ得ス。法律ト立法者ノ意思トノ表示セラレタル立法者(即チ一般)ノ意思ニシテ必スシモ立法者ノ意思其モノト同シカラス。法律ナル形式ヲ以テ表示セラレタル意思即チ法律ハ公ナル性質ヲ有スルモノニシテ國民ニ對シ拘束力ヲ有スルモノナリ。之ニ反シテ立法者ノ意思ニシテ法律ナル形式ヲ以テ表示セラレサルモノハ公ノ性質ヲ有スルモノニ非ス。シテ又何等拘束力ヲ有セサルモノナリ。蓋シ立法者ノ意思カ法律ノ形式ヲ以テ決定セラレ公布セラレテ始メテ拘束力ヲ有スルモノナリ。其未タ法律ナル形式ヲ以テ決定セラレサル間ハ真正ノ意義ニ於ケル立意者ノ意思ナラズ。ルモノアリト謂フ能ハス。又既ニ法律ノ形式ヲ以テ決定セラレタルモノニ非ス。公布セラレサル間ハ國民ニ對シ何等ノ拘束力ヲ有スルモノニ非ス。法律ノ解釋トハ公ノ性質ト拘束力トヲ有スル法律ノ解釋即チ表示セラレタル立法者

(即チ一般ノ意思ノ内容ト範圍トヲ探究スルヲ謂フ。之ニ反シテ其法律ノ制定ニ干與シタル人ノ意思ヲ探究スルカ如キハ是レ法律(表示セラレ)ノ解釋ニ非スシテ單ニ嘗テ立法ニ干與シタル者ノ私ノ意思ハ解釋即チ何等拘束力ナキ意思ノ解釋ナリ。彼ト此トノ差異ハ嚴ニ之ヲ區別セサル可カラス。假ニ立法者ノ意思其モノ(法律ノ形式ヲ以テ表)ハ法律ノ解釋ニ與テカアルモノトスルモ所謂立法者トハ天皇及ヒ貴族院並ニ衆議院ノ三者ヲ指稱スルモノニシテ又所謂立法者ノ意思トハ此三者ノ合體シタル意思ヲ謂フモノニシテ三者ノ個々ノ意思ヲ指稱スルニ非サレハ其法律ナル形式ヲ以テ表示セラレタル意思以外ニ立法者ノ意思ノ如何ヲ探究セントスルカ如キハ絶對的ニ不能ナリト言フモ大過ナシ。彼ノ立法ニ干與シタル者ノ意思ヲ以テ直ニ立法者ノ意思ナリト思料スルカ如キハ憲政ノ大要ニタモ通曉セサルモノナリ。『誰人カ天皇ハ法律トシテ表示セラレサル思想ヲ裁可シ且斯ノ如キ思想ヲ適法ニ公布シタリト主張シ得ヘキヤ』トストース氏カ爲シタル發問ハ初學者ノ迷夢ヲ覺醒スルニ足ルモノナリ。之ヲ要スルニ法律解釋ノ目的物ハ法律ノ形

式ヲ以テ表示セラレタル立法者ノ意思即チ一般ノ意思ナリ。而シテ其意思ハ法文ニ依リ表示セラル。故ニ法文ノ文理解釋即チ刑法ニ就テ之ヲ言ヘハ其條文ノ意義ノ解釋ハ刑法解釋ノ基礎ヲ爲スモノナリ(註一)。

(註一)一、フォンリスト氏曰ク「法律ハ表示セラレタル一般ノ意思ナリ。表示セラレサル意思及ヒ表示スルヲ欲セザル意思ハ如キハ法律ニ非ス。此表示ハ帝國議會及ヒ聯邦議會ノ決議ト皇帝ノ裁可ト依リ爲サルモノトス」(同氏獨逸刑法教科書八八、八九頁V. List, Lehrb. 16-17 Anl. S. 88, 89)。二、フォンビルクマイヤー氏曰ク「法律ノ解釋ハ立法者ノ意思ヲ解釋スルニ非スシテ法律ノ意思ヲ解釋スルニアリ。二者同一ナル場合アルモ相違スル場合ナキニ非ス」(同氏刑法一四四頁V. Birkeneyer, Einjuristische 2. Anl. S. 114)。三、フィンガー氏曰ク「立法者ノ意思ハ直ニ法律ト爲ルニ非スシテ其表示セラレタル意思カ法律ト爲ルモノトス。解釋ハ法律ヲ以テ其物體ト爲スヘキナリ」(同氏獨逸刑法教科書一八〇頁 Finger, Lehrbuch S. 180)。四、ストース氏曰ク「解釋ノ物體ハ公布セラレタル法律ノ言語ナリ。公布セラレタル法律ノ言語ハ即チ立法者ノ意思ナリ。法文ニ依リ言ヒ表ハサレタル言語ヲ法律ナリト爲サシテ言語ニ依リ言ヒ表ハサント欲シタル思想ヲ以テ法律ナリト解スルカ如キハ不當ナリ」(同氏獨逸刑法教科書六四頁 Störs, Lehrbuch S. 64)。五、ワッハ氏曰ク「法律ヲ解釋ストハ法文ノ淵源タル意思ヲ穿鑿シ釋明スルヲ謂フニ非スシテ法文ノ内容タル意思ヲ穿鑿シ釋明スルヲ謂フ」(同氏獨逸民事訴訟法二五五頁 Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozesses S. 255)。六、泉二新熊氏モ亦曰ク「立法者ノ意思表示ハ成文法ニ於ケル要素ナリ。故ニ法律適用ノ手段タル法律ノ解釋モ亦立法者ノ意思表示ニ依ルヘキモノニシテ表示セラレサル立法者ノ意思ヲ推究スルコトヲ以テ目的ト爲ス可カラス」(同氏日本刑法論一三版八九頁)。





釋方法ニ依リ得タル結果ハ系統的解釋方法ニ依リ其當否ヲ稽査シテ始メテ解釋ノ正鵠ヲ得ルモノトス。故ニ法律規定ハ個々ハ條文ニ付キ文理的且論理的ニ解釋シ得タル結果カ法律規定ノ全體ニ存スル意義ト首尾貫徹シ脈絡相通スル場合ニ於テ始メテ之ヲ正解ナリト爲スヲ以テ通常ト爲ス。是レ法律規定ハ個々ノ條文ハ法律規定ノ全體ハ一部ニシテ其全體ト相待テ一體ヲ爲スヲ以テ原則トスレハナリ。此場合ニ於テモ尙ホ法律ハ法文ニ依リ表示セラレタル立法者ノ意思ニシテ立法者ノ意思其モノニ非サルコト及ヒ法律解釋ノ基礎ハ法文ナルコトヲ忘ル可カラス。合理的解釋ト謂ヒ系統的解釋ト謂フモ法文ノ文理的意義ヲ基礎トスルコトハ換言スレハ法文ノ文理的意義ハ刑法解釋ノ基本ニシテ法文ノ意義ハ場合ニ依リ狹義又ハ廣義ニ解スルヲ得ルモノ之ヲ變更シ又ハ抹殺ス可カラサルコトヲ忘ル可カラス。合理的及ヒ系統的解釋方法ハ法律ニ使用セラレタル個々ノ文字ヲ重要視スルト同時ニ法律全體ニ眼ヲ洒スハ用意ヲ怠ル可カラサルコトヲ教ユルモノナリ。換言スレハ法文ヲ離レテ解釋ヲ爲スヲ許サハルト

同時ニ必スシモ法律ニ使用セラレタル字句ニ拘泥ス可カラサル場合アルヲ教ユルモノナリ。

制限解釋  
又ハ擴張

第三 制限解釋又ハ擴張解釋 (Restriktive oder Extensive Auslegung) 法律ノ解釋

トシテ合理的解釋及ヒ系統的解釋ノ二方法ヲ必要トスル以上ハ法文ニ使用セラル、文字ハ場合ニ依リ之ヲ制限シテ又場合ニ依リ之ヲ擴張シテ解釋セサルヲ得サルハ必スシモ辯ヲ要セサル所ナルヘシ。一定ノ法文ニ對シ制限解釋ヲ採用スル場合ト又擴張解釋ヲ採用スル場合トヲ問ハス其制限又ハ擴張ハ一ニ合理的解釋若クハ系統的解釋ノ要求ニ基クヘキモノニシテ安リニ制限若クハ擴張ヲ爲シ得ヘキモノニ非ス。例ハ法典第二百二十二條第一項ニ「生命、身體、自由、名譽又ハ財產ニ對シ害ヲ加フヘキコトヲ以テスル脅迫」ナル文字ヲ制限スルニ第一加ヘント通告シタル害ハ不法ナル行爲ナルコト、第二其加ヘント通告シタル害ハ犯罪ヲ組成スヘキ行爲ナルコトノ二者ヲ以テスルカ如キハ法文ノ「加フヘキ害」ナル文字ノ制限解釋ナリ。其第一ハ法典全體ヨリ觀察シテ必要ナリト認めラル、制限ニシテ

其第二ハ若シ然ラスト解スルトキハ害ヲ加フルノ行為カ罰セラレシテ之ヲ加フル旨ノ通告カ罪ト爲ルカ如キ不權衡ヲ生スルノ趣旨ニ基ク制限ナリ。又例ヘハ法典第四十三條ニ「犯罪ノ實行ニ著手シ之ヲ遂ケサル者ハ之ヲ減輕スルコトヲ得但自己ノ意思ニ依リ之ヲ止メタルトキハ其刑ヲ減輕又ハ免除ス」トノ規定ハ單ニ該法文上ノミヨリスレハ犯罪ノ實行者ノミニ對スル規定ナルカ如キモ此法文ヲ擴張シテ其效力ヲ實行又ハ中止ニ直接ノ關係ヲ有セサル教唆者又ハ從犯ニ及ホサシムヘシト解釋スルカ如キハ法典第六十一條(教唆者規定)及ヒ第六十二條、第六十三條(從犯規定)ノ對照上相當ナリト認メラル、擴張解釋ナリ。之ヲ要スルニ制限解釋又ハ擴張解釋ハ獨立ノ解釋方法ニ非スシテ合理的解釋若クハ系統的解釋ノ要求ヲ充スニ過キサレハ制限及ヒ擴張ノ兩解釋ハ寧ロ之ヲ合理的及ヒ系統的兩解釋ノ結果ナリト爲スヘク從テ前二者ハ後二者ノ觀念ノ中ニ包含スルモノト爲スヲ以テ相當ト爲ス。

類推的適用者クハ

第四 類推的適用若クハ精神的適用 (Analogische oder sinngemässe Anwendung) 法

精神的適用

律ノ類推的適用ハ一ニ之ヲ精神的適用ト謂フ。類推的適用トハ法律カ特定ノ場合ニ適用スヘキモノトシテ定メタル法律的原則ヲ之ニ類似スル他ノ場合ニ適用スルヲ謂フ。換言スレハ特定ノ場合ニ適用スヘキ法律中ヨリ原則ヲ發見シ之ヲ他ノ類似ノ場合ニ適用スルヲ謂フ。故ニ法律ノ類推的適用ハ法律ノ解釋ニ非ス。類推的適用ハ法律ニ包含スル精神ヲ探究シ之ヲ類似ノ場合ニ適用スル點ニ於テ法律ノ解釋ト相似タリ。法律ノ規定ナキ事項ニ對シ法律ヲ適用スル點ヨリスレハ類推的適用ハ新ニ法律ヲ制定シ之ヲ適用スルニ等シ。故ニ罪刑法定主義ヲ採用スルノ一事ハ類推的適用ヲ禁スルコトヲ意味スルモノナリ。故ニ類推的ニ法律ヲ適用シ以テ或ハ人ヲ罰シ或ハ其刑罰ヲ加重スルカ如キ人ノ權利自由ニ不利益ヲ及ホスヘキ處分ヲ爲ス能ハサルハ勿論ナリ。而シテ多數學者ハ法律ヲ類推的ニ適用スルコトヲ禁スル所以ノ唯一ノ理由ハ斯ル適用ニ依リ人ノ權利自由ヲ害スル虞アルカ爲メナリト爲シ從テ人ノ權利自由ヲ害スル虞ナキ事項例ヘハ刑罰除却原因、刑罰ノ免除及ヒ減輕ノ理由ノ如キモノニ付キテハ

類推の適用ヲ爲スヘキモノニシテ之ヲ爲サルハ却テ正當ニ非スト論セリ(註11)。

(註11) フォンリスト、アルフェルト、フィンガー、ピンチングノ諸氏ハ同様ノ説明ヲ爲セリ (v. Listl. S. 88; Allfeld IS. 85; Finger S. 181; Binding, Handb. I S. 218)。

實際ニ就テ之ヲ見レハ行爲者ノ利益ノ爲ニ法律ヲ類推的ニ適用スヘキ場合ハ甚タ稀ニシテ僅ニ法律ニ缺典アル場合ニ限ル(法律ニ缺典ナルキトキ起ラ)。而シテ法律ニ缺典アル場合トハ第一法律ヲ類推的ニ適用スルニ非サレハ法律ノ適用ヲ爲ス能ハサル場合、第二法律ヲ類推的ニ適用スルニ非サレハ甚シキ不都合ノ結果ヲ生スル場合ノ二者ヲ指稱ス(フォンビルク)。人ニ義務ヲ科シ責任ヲ負ハシムヘキ規定ニシテ疑ハシキトキハ成ル可ク狭ク解釋スヘシトハ一般ニ認めラル、法律解釋ノ原則アリ。特ニ刑事ニ關シテハ『疑ハシキハ輕クセヨ(in dubio mitius)』ハ格言アリ。刑法ノ解釋ニ關シテハ此原則此格言ハ法律ニ缺典アル場合ニ限リ之ヲ適用スヘキナリ。換言スレハ法律ニ缺典アルトキハ一面ニ於テ上示ノ原則ト格言トヲ適用

勿論解釋  
又ハ尙更  
解釋

シ一面ニ於テ類推的適用ヲ爲スハ必要止ムヲ得サル所ニシテ又一般學說ノ認ムル所ナリ(註12)。我法典ニ就テ之ヲ言ヘハ例ヘハ收賄金ノ追徴(第七九條)又ハ勞役所留置(第八條)ノ言渡ニ對スル時効期間ノ如キハ法律ニ於テ何等規定スル所ナケレハ類推的適用ヲ爲スニ非サレハ之ヲ解決スル能ハス。

(註12) フォンビルクマイヤー氏曰ク『刑法ニ於ケル類推的適用ハ法律ノ缺典ヲ補フ爲メ之ヲ必要トスル場合ニハ許容セラル、モノトス(Gegen Schwärze)。法律ノ缺典ハ類推的適用ノ力ヲ借ルニ非サレハ法律ノ適用ヲ爲ス能ハサル場合ノミナラス(Merkel)又類推的適用ヲ禁スルトキハ甚シキ不都合ニ導ク場合ニ存スルモノトス(同氏刑法一四四頁 Birkeneyer, S. 114)』。

第五 勿論解釋又ハ尙更解釋 (Argumentum a fortiori) 勿論解釋ハ一定ノ法律

ヲ其之ヲ適用スヘキモノトシテ定メタル場合ヨリモ尙ホ一層ノ理由アル他ノ場合(法律ニ規定セシニ適用セントスルモノナリ。是此語ニ對シ尙更解釋ナル稱アル所以ナリ。法律ヲ其定メタル場合以外ニ適用セントスル點及ヒ法律ニ包含スル精神ヲ適用セントスル點ニ於テ勿論解釋ハ類推的適用ト異ナル所ナシ。換言スレハ勿論解釋及ヒ類推的適用ハ法律其モノヲ解釋シ之ヲ適用スルニ非スシテ其精神的適用(Sinngemäß Anwendung)ヲ爲サ

ノトスル點ニ於テハ兩者同一ナリ。故ニ法律ノ規定ニシテ存スル場合ハ勿論解釋ハ之ヲ爲スヘキ餘地ヲ存セス。法律ニ缺典アル場合ニ於テハ行爲者ニ不利益ヲ及ホサハル限度ニ於テ之ヲ適用スヘキコト類推的適用ト擇ム所ナシ(註四)。然ルニ或ハ說ヲ爲シテ曰ク裁判官ハ法律ニ依ランヨリハ寧ロ立法者ノ精神ニ從ヒ裁判スヘキモノニシテ法文(表示セラレタ)ノ如キハ深ク之ヲ顧慮スルヲ要セス。而シテ世間ノ廣キ往々此說ヲ信スル者少シト爲サ、ルニ似タリ。此說ニ從ハンカ類推的適用ハ言フニ及ハス勿論解釋ノ如キハ最モ上等ナル解釋法トシテ何等ノ例外ヲ設ケス一般ニ之ヲ許サ、ルヲ得サルヘシ。又此說ノ如ク法文(表示セラレタ)ノ如キハ深ク之ヲ顧慮スルコトナク一ニ立法者ノ精神ニ從ヒ裁判スヘシト爲スハ是レ何等ノ例外ナク一般ニ裁判官ニ許スニ刑法上ノ比附援引ノ解釋ヲ以テスルニ異ナラス。是レ文明各國ノ最近刑事立法例ニ於テ一般ニ認メラルハ、判事專擅ノ防止ノ精神(註五)又ハ我憲法及ヒ刑法ニ於テ認メラルハ、罪刑法定主義ヲ根本ヨリ破壞シ古代ノ裁判官ノ專斷權ヲ復活セシムルモ

ノナリ。我刑法豈斯ノ如キ逆戻ヲ爲スモノナラシヤ。

(註四) 要説 勿論解釋ノ場合ニアリテハ被告人ニ不利益ヲ及ホス場合ニ於テモ之ヲ適用スヘシ。岡田朝太郎氏曰ク「類似解釋ニ似テ非ナルモノハ本文ニ所謂勿論解釋ナリ例ヘハ甲乙二個ノ場合ノ性質全ク同一ニシテ而モ甲ノ場合ハ乙ノ場合ニ比シテ一層其理由ニ重キヲ加フヘキ理由アリ而シテ乙ノ場合ニ對スル刑罰法令アリテ甲ノ場合ニ對スル明文ナキ場合ニハ乙ノ場合ニ於ケル法文ニ依リ甲ノ場合ヲ處分スルコトヲ得此ノ如キハ決シテ法文ノ比附援引ニ非シテ法令ノ精神ヲ適用スルモノナリ。」刑法講義二六、二七。勝本勳三郎氏曰ク「夫ノ通常學者カ尙更解釋又ハ勿論解釋ト名クルモノハ(中略)明文其モノヲ解釋スルモノニシテ類似解釋ヲ試ムルモノニ非サルカ故ニ不法ノ解釋ニ非サルモノトス。」同氏刑法總論講義一四頁。

(註五) 最近二十世紀ノ刑事立法例特ニ千九百九年獨逸刑法準備草案、同年奧太利刑法準備草案及ヒ千九百十一年リスト氏等ノ對案ノ如キハ孰レモ刑罰法規ノ類推的適用ヲ禁スルコトヲ言明シ以テ判事ノ專擅ヲ防止スルハ用意ヲ爲サハルハナシ。獨逸草案理由書五頁ニ曰ク刑罰ハ法律上ノ明白ナル規定ニ基キテハミ之ヲ科スルヲ得。慣習法並ニ類推論斷(Analogie)ノ如キハ刑法ヨリ排斥セサル可カラズ。稀ニハ類推論斷ヲ許スヘシト要求スルモノアルモ國民ノ法律的安全ヲ考フルトキハ之ヲ採用ス可カラズト說明シ又獨逸草案理由書三頁ニ於テハ草案規定第一ニ掲グル法律ナケレハ犯罪ナシトハ原則(anthrum crimen sine lege)ハ千七百八十七年ノ刑法以來獨逸立法ノ要素ヲ爲スモノニシテ判事ノ專擅ニ對シ國民ノ自由ヲ確保スルモノナリト說明シ、リスト氏等對案理由書二頁ニ對案カ草案ノ規定ヲ改メ之ヲ現行法ノ如クナシタルハ此規定ハ草案ノ規定ヨリモ一層專擅的刑罰(poenas arbitrariae)ヲ排除スル力アリト認メラルヲ以テナリト說明シタルカ如キハ皆然ラサルハナシ。

沿革的解釋方法

第六

沿革的解釋方法(Historische Auslegungsmethode)

法律制定ヲ必要トスルニ

第二章 刑法典 第二節 刑法ノ解釋及ヒ刑法ノ用語 第一款 刑法ノ解釋

至リタル原因、立法ノ動機及ヒ其經過等ニ依リ法文ヲ以テ表示セラレタル意思ヲ解釋スル方法ヲ稱シテ沿革的解釋ト謂フ。此解釋方法ハ法文ノ直接解釋、合理的解釋及ヒ系統的解釋ニ依リ得タル結果ヲ補助シ之ヲ確證スル點ニ於テ侮ル可カラサルカヲ有スルモ之ニ反對スル何等ノ力ヲ有セス。法文ノ直接解釋、合理的解釋及ヒ系統的解釋ニ依リ明瞭ト爲リタル結果ニ反對シ之ヲ沿革的解釋ニ依リ變更セントスルカ如キハ是レ法文ヲ解釋スルニ非スシテ之ヲ抹殺シ之ニ代フルニ他物ヲ以テセントスルモノナリ。法律起草ノ參考ニ供セラレタル資料、同委員ノ報告、同委員會ノ記錄、草案理由書、帝國議會ノ議事錄殊ニ政府委員ノ説明ノ如キハ上述ノ趣旨ニ於テ法律解釋ノ有益ナル參考資料タルノ價値アルモノナリ。之ヲ要スルニ沿革的解釋ハ法文ノ意義ヲ一層明確ナラシムル趣旨ニ於テ有力ナル資料トシテ之ヲ利用スルヲ得ルモ、法律制定ニ關スル過失ヲ補正スル能ハサルハ勿論ナリ(註六)。故ニ例ヘハ法典第六十九條ニ「法律ニ依リ宣誓シタル證人虛偽ノ陳述ヲ爲シタルトキハ三月以上十年以下ノ懲役ニ處ス」トアリ

テ該法文ニ依レハ宣誓シタル證人カ虛偽ノ陳述ヲ爲シタルトキハ同條ニ依リ之ヲ罰スルコトヲ得ヘキモ之ニ反シテ證人カ虛偽ノ陳述ヲ爲シタル後其陳述カ真正ナルコトヲ宣誓シタル場合(民事訴訟法第三〇七條)即チ宣誓シタル後何等ノ虛偽ノ陳述ヲ爲サル場合ニ於テハ同條ニ依リ之ヲ罰スル能ハサルハ法文ノ文理上一點ノ疑ナキ所ナリ。(直接)然ルニ他ノ權衡上ヨリスレハ斯ル行爲ハ當然之ヲ罰セサル可カラス。然ルニ當然罰スヘキ行爲ヲ罰スル能ハサルカ如キ法文ヲ規定シタルハ儘ニ立法ノ過失ナリ。故ニ之ヲ補正シ斯ル行爲ヲ罰シ得ヘキモノト爲サント欲セハ立法ノ手續ニ依ラサル可カラス。然ルニ判事カ此疑ナキ明文ニ反シ宣誓シタル後毫モ虛偽ノ陳述ヲ爲サル者ニ對シ前掲法條(第一六)ヲ適用シ之ヲ罰セントスルカ如キハ是レ表示セラレタル意思ヲ解釋スルニ非スシテ之ヲ抹殺シテ自己ノ意思ヲ以テ法律ナリト爲スモノナリ。斯ノ如キハ憲法ニ於テ認メラレタル罪刑法定主義ヲ紊ルニ止マラス立法權ヲ潛行スルモノナリ。

(註六) フォンリスト氏ハ法律編纂ニ際シ表示セラレタル意思カ過失ニ基クコトアルモ既ニ表示セラレタル以上ハ

裁判上及  
ノヒ學說上  
ノ解釋上

既ニ拘束カアル法律タルモノナレハ之ヲ補正スルニハ更ニ法律ニ依ラサル可カラサル旨及ヒ草案理由書及ヒ委員會  
記録ノ如キ之ヲ解釋資料トシテ使用セントスルニハ重大ナル注意ヲ以テセサル可カラス。此等ハ表示セラレタル一  
般ノ意思ニ非スシテ立法ニ干與シタル者ヲシテ其意思表示ヲ爲サシムルニ至リタル動機タルコトアルニ過キサル旨  
ヲ説明セリ(同氏獨逸刑法教科書八九頁 v. Iszt, Lehrb. S. 89)。尙ホフォン・ビルクマイヤー (Birkmeyer, Ency-  
klopädie S. 114) フンガー (Finger, Lehrb. S. 182) アルフェルト (Alfeld, Lehrb. S. 84) ノ諸氏皆同意ニ出ス。

第七

裁判上及ヒ學說上ノ解釋。

大審院カ特定ノ事件ニ付キ法律上ノ點ニ

付キ表示シタル意見ハ其事件ニ付キ下級裁判所ヲ羈束スルモノトス(裁判所

八條四)。此場合ヲ除クトキハ大審院ノ意見ハ下級裁判所ヲ羈束スルモノニ

非ス。然レトモ大審院ハ最高裁判所ナルカ故ニ其表示シタル意見ハ實際ニ

於テ大ニ重キヲ措カル、モノトス。然レトモ大審院ハ單ニ法律ヲ解釋ス

ルノ職權ヲ有スルニ止マリ新ニ法律ヲ制定シ若クハ既定ノ法律ヲ變更ス

ル權利ナキハ言フヲ俟タス。然ルニ若シ萬一大審院カ法律ハ明文ニ該當

セサルニ拘ハラス比附援引シテ之ヲ適用シ人ヲ處罰スルカ若クハ法律ヲ

枉ケテ之ヲ適用スルカ如キハ大審院判事ニシテ假令(法律ヲ彌縫セシ)ニモ

セヨ是レ微々タル一官吏タル身分ヲ願ミス憲法上ノ立法權ヲ蔑如シ兩議

院ノ協贊權ト天皇ノ裁可權トヲ併セテ潛行シ裁判ノ名義ヲ以テ立法權ヲ  
行ヒ其立法シ其變更シタル法律ヲ人ニ適用スルモノナリ。斯ノ如キハ當  
ニ職權ノ濫用タルニ止マラス又大憲ヲ紊亂スルモノナリ。

學說モ亦裁判ト同シク既定ノ法律ヲ釋明シ法意ノ存スル所ヲ明ニスル  
任務ヲ有スルモノトス。名ヲ學說ニ藉リテ法文ニ存セサル規定ヲ變更若  
クハ附加スルカ如キハ立憲治下ノ法治國ニ於ケル刑法ノ解釋トシテ最モ  
注意セサル可カラサルモノニ屬ス。

第二款 刑法ノ用語

立法者カ規定セントスル法律ニ於テ再三使用スル言語ニ付キ法文ヲ以テ  
註釋的ニ其意義ヲ定ムルハ一ニハ法律解釋ヲシテ劃一ナラシメ又一ニハ其  
言語ヲ使用スル法文ヲシテ簡明ナラシムル利益アリ。左レハ文明各國ノ最  
近刑事立法例ニ於テ此方法ヲ採用スルノ例ニ乏シカラス。千九百二年ノ諾  
威刑法典第五條乃至第七條第九條乃至第十一條千九百七年日本刑法典第七  
條千九百九年獨逸刑法準備草案第十二條及ヒ千九百十一年リスト氏等ノ同

對案第十二條ノ如キハ其例ナリ。之ヲ我規定ト爾餘ノ立法例ト異ル所ハ我ハ單ニ公務員及ヒ公務所ニ付キ規定スルモ彼ハ數多ノ事項ニ付キ規定スル點ニアリ(註一)。若シ斯ル規定ヲ設クルノ方針ヲ採ル以上ハ諾威刑法典、獨國草案及ヒリスト氏等ノ同對案ノ如ク數多ノ事項ニ付キ規定ヲ設クルヲ以テ相當トスヘキニ似タリ。

(註一) 諾威刑法典ハ第五條ニ親族、姻族、第六條ニ官吏ト同視スヘキ者、船長、第七條ニ公然ノ場所、公然ナル犯行、第九條ニ重大ナル身體傷害、第十條ニ文書、圖畫又ハ類似物發行、第十一條ニ二月、一日ニ付キ註釋的ニ其意義ヲ規定シ、獨國草案第十二條ニ於テ一、親族、二、幼年者、三、公務員、四、暴行、五、動産ノ五者ニ付キ註釋的ニ其意義ヲ規定シ、又リスト氏等ノ同對案第十二條ハ一、親族、二、幼年者、三、公務員、四、公然ノ犯行、五、文書圖畫其他ノモノ、頭布、六、暴行、七、文書、八、動産ノ八者ニ付キ註釋的ニ其意義ヲ規定シタリ。

我法典及ヒ獨國草案並ニ對案ハ共ニ公務員ニ付キ註釋的ニ其意義ヲ規定ス。獨國草案並ニ對案ハ公務員トハ公務ヲ實行スル爲ニ授權セラレタル者ヲ謂フト規定シ我法典ニ於テハ官吏、公吏、法令ニ依リ公務ニ從事スル議員、委員其他ノ職員ヲ以テ公務員ト爲スヘキ旨ヲ規定セリ。二者法文ノ字句ニ差異アリ從テ公務員タルヘキ者ノ範圍ニ差異アリト雖モ立法ノ精神ニ於テハ

二者ノ間ニ差異ナキモノ、如シ。獨國草案カ公務員ニ關シ上示ノ如キ規定ヲ設ケタルハ一面國家ノ爲メ公務ノ實行ヲ爲ス者ニ對シ官吏ニ與フルト同一ノ刑法上ノ保護ヲ與フルヲ必要トスルト同時ニ他ノ一面ニ於テハ一般ニ公務ニ從事スル者ノ職務上ノ義務背反ヲ罰スルノ規定ヲ設クルヲ必要ナリト認メタルカ爲メナリ(註二)。我法典ニ於テ公務員及ヒ公務所ノ註釋的意義ヲ規定シタルハ蓋シ此精神ノ外ニ出テサルヘシ。從テ法典規定ノ公務員及ヒ公務所ノ意義ハ此精神ニ依テ之ヲ解セサル可カラス。

(註二) 獨國草案理由書二二頁ニ曰ク司法ノ區域ナルト其他ノ國家行政ノ區域ナルトチ間ハ私人チシテ國家ノ事務ニ干與セシムルコト益々多キニ至レリ。是ニ於テ二重ナル立法義務チ生スルニ至レリ。國家カ公務ヲ行ハシムル人ニ對シ官吏ニ屬スル保護ヲ爲スコト例ヘハ其公務實行中暴行チ加フル者ニ對シ彼等チ保護スルカ如キハ正義ノ命スル所ナリ。又他ノ一面ニ於テ廣キ範圍ニ於テ彼等ノ義務違反ヲ罰セサル可カラス。

### 第一項 公務員ノ意義

第七條 本法ニ於テ公務員ト稱スルハ官吏、公吏、法令ニ依リ公務ニ從事スル議員、委員其他ノ職員ヲ謂フ。

(公務所ト稱スルハ公務員ノ職務ヲ行フ所ヲ謂フ。)

法典第七條第一項ニ依レハ法典ニ於テ公務員ト稱スル者ハ第一官吏、第二

官吏

公吏、第三法令ニ依リ公務ニ従事スル議員、第四法令ニ依リ公務ニ従事スル委員、第五法令ニ依リ公務ニ従事スル其他ノ職員ノ五者ニ限ルヘキモノトス。從テ此五者ニ該當セサル者ハ公務員ニ非ス。左ニ之ヲ略示スヘシ。

第一 官吏。官吏トハ國家ノ事務ニ従事スル爲メ任用セラレテ國家機關ヲ組成スル一員ヲ謂フ。國家ノ事務中最モ重要ナルモノハ行政上ニ屬スル事務ナリトス。從テ官吏ノ多數ハ國家ノ行政事務ヲ實行スル爲メ任用セラル、者ナリ。然レトモ國家カ或ハ商業上又ハ工業上若クハ家事上ノ事務ヲ以テ其事務ト爲スコトナキニ非ス。國家カ鹽或ハ煙草ノ專賣ヲ爲シ或ハ貨物旅客ノ運送ヲ爲スカ如キハ國家カ商業ヲ以テ其事務ト爲スノ例ニシテ斯ル事務ヲ實行スル爲メ任命セラレタル鹽若クハ煙草專賣局又ハ鐵道院ノ吏員ハ官吏ナリ。又國家ハ建造物建設、船舶ノ築造、鐵道ノ敷設ヲ以テ國家ノ事務ト爲スコトアリ。斯ル事務ヲ實行スル爲メ任命セラレタル技師、技師、技手ノ如キハ官吏ナリ。又國家ハ宮廷ノ内事及ヒ皇族ニ關スル家政ヲ以テ國家ノ事務ト爲スコトアリ。斯ル事務ヲ實行スル爲メ任命

任命ノ形式ニ依リ  
任命セラル  
非公務員

セラレタル宮内官及ヒ皇族職員(別當、家令、家扶、家從)ハ官吏ナリ。

官吏タルニハ我法制ノ下ニ於テハ任官ノ形式ヲ必要トス。其任官ノ形式ノ異ルニ從ヒ、親任官、勅任官、奏任官、判任官ノ四者ノ別アリト雖モ其官吏タル點ニ至リテハ敢テ異ル所ナシ。假令國家ノ事務ニ従事スル爲メ任命セラレタル者ト雖モ官吏任用ノ形式ニ依ラサルモノハ我國法上之ヲ官吏ト爲スコトヲ得ス。故ニ例ヘハ各官廳ニ於テ任用シ居ル雇員、傭員(小使、給丁)ノ如キハ官吏ト謂フ能ハス。

任命ノ形式ニ依リ任命セラレタル者ト雖モ國家ノ事務ニ従事スル爲メ任命セラレタル者ニ非サレハ官吏ニ非ス。例ヘハ貴族院ノ勅選議員ノ任命(貴族院令、第五條)、貴族院ノ議長及ヒ副議長ノ任命(貴族院令、第一條)、衆議院ノ議長及ヒ副議長ノ任命(衆議院議員、第三條)、日本銀行總裁ノ任命(日本銀行條例、第一八條)ノ如キハ孰レモ勅任ニシテ日本銀行副總裁ノ任命(日本銀行條例、第一八條)ハ奏任ナレトモ國家ノ事務ニ従事スル爲メ任命セラレタル者ニ非サレハ官吏ニ非ス。之ニ反シテ國家ノ事務ニ従事スル爲メ任命セラレタル者タル以上ハ專屬ノ職務タルヲ要



休職、退命ノ官吏

セス。故ニ例ヘハ執達吏ノ如キモ亦官吏タル性質ヲ有ス。休職、退職待命ノ官吏ハ行政法其他ノ法規上ヨリスレハ官吏タルニ相違ナシト雖モ刑法上ヨリスレハ之ヲ官吏即チ所謂公務員ニ非スト解釋スルヲ相當ト爲ス。法典ニ於テ公務員ニ關スル規定ヲ設ケタルハ一ニハ公務ノ實行ヲ確保シ又一ニハ公務ノ潔白ヲ維持スルヲ以テ立法ノ精神ト爲スモノナレハ公務實行ニ付キ職務上何等ノ權限ヲ有セサル休職、退職又ハ待命ノ官吏ヲ以テ刑法上ノ官吏即チ公務員ナリト解釋スルノ必要ナク又法典ノ各論中公務員ニ關スル規定(九五、九六、一〇〇、一〇一、一〇七、一〇八、一〇九、一五五乃至九八、二四二、二)ヲ通覽スルニ現職ニ非サル官吏ニシテ公務員トシテ保護セラル、場合ナク又公務員タル行爲者トシテ罰セラル、場合ナケレハ休職、退職又ハ待命中ノ官吏ハ之ヲ法典ニ所謂公務員ナリト解釋スヘキ餘地ヲ存セス(註三〇)。

〔註三〕 異説 休職、官吏及ヒ待命、官吏ハ刑法ノ公務員ナリ。清水澄、小崎傳(新刑法論一四四頁)諸氏。清水澄氏曰ク「休職官吏、待命官吏ノ如キ現ニ官職ニ從事セサルモノハ刑法ノ公務員ナルヤ否ヤト謂フニ刑法第七條ノ從事ノ文

字ハ官吏、公吏ノ二者ニ係ラサルニ依リ官吏、公吏ノ二者ハ現實ニ公務ニ從事セサルモ刑法ノ公務員タルヲ妨ケス」  
(法曹記事一八卷七號四八頁)。

官吏タル待遇ヲ受クル者

法令ヲ通覽スルニ官吏ニ非スシテ勅任官、奏任官或ハ判任官ノ待遇ヲ受クル者ナキニ非ス。例ヘハ神佛各派ノ管長(明治一七年太)ヲ勅任官ノ取扱ト爲シ公立中學校、高等女學校、專門學校、實業學校ノ職員中或者ヲ奏任待遇ト爲シ或者ヲ判任待遇ト爲シ(明治二四年勅令第二四四號)或ハ市町村立小學校長及ヒ正教員ヲ判任待遇ト爲シ(同年勅令第一八號)又巡査看守ヲ以テ判任官待遇ト爲ス(明治二四年勅令第一七〇號)カ如キハ其例ナリ。然レトモ待遇ノ一事ハ其文字ノ示スカ如ク眞ニ待遇ニ止マリ之ニ依テ直ニ官吏タルノ實質ヲ與ヘタルモノト爲スニ足ラス。然レトモ官吏タルノ實ヲ有スルモ官吏タル名ヲ有セサル者例ヘハ國家ノ事務ニ從事スル爲ニ任用セラレタル雇員ニシテ官吏タルノ待遇ヲ受クルトキハ法典ニ所謂官吏ト爲ル。故ニ例ヘハ巡査看守ノ如キハ雇員ニ過キサレモ官吏タルノ實ヲ有スルヲ以テ判任官ノ待遇ヲ受グルニ因リ法典ニ所謂官吏ト爲ル。之ニ反シテ公立學校ノ職員ノ如キハ公共

團體ノ事務ニ從事スルモ國家ノ事務ニ從事セサルヲ以テ公吏タル性質ヲ有スルモ官吏タル性質ヲ有セス。從テ此等ノ職員カ奏任官又ハ判任官ノ待遇ヲ受クルノ一事ニ依リ官吏ニ變更スルコトナシ(註四)。又神佛各宗派ノ管長ノ如キハ到底之ヲ官吏若クハ公吏ト指稱スル能ハスシテ單ニ其待遇ヲ與ヘタルモノニ止マルモノト解スヘキナリ(註五)。尤モ宗教事務ニシテ公務ナリト論定シ得ヘシトセハ管長ハ第五ノ其他ノ職員中ニ包含セラレヘク從テ公務員ノ一ニ數ヘラル、コト、ナルヘシ。

(註四) 同趣旨 清水澄氏(法曹記事一八卷七號五〇、五一頁參照)。

異說 泉二新熊氏曰ク「職務上此等(親任、勅任、奏任、判任)ノ待遇ヲ受クル者(例公立中小學校職員、巡查、憲兵卒ノ類)亦官吏ナリ」(同氏日本刑法論一三版一四二頁)。

(註五) 同趣旨 清水澄氏(法曹記事一八卷七號五〇、五一頁參照)。

公吏

第二 公吏。公共團體ノ事務ニ從事スル爲メ任用若クハ選舉セラレテ團體ノ機關ヲ組成スル一員ヲ謂フ。公共團體トハ一面國家ノ事務ノ一部ヲ行ヒ他ノ一面團體自身ノ爲ニスル事務ヲ行フモノニシテ國家ノ監督ノ下ニ立ツモノナリ。公吏ハ國家直接ノ機關ニ非サルコト及ヒ其從事スル事務

ハ國家ノ事務ノミニ非サル點ハ之ヲ官吏ト區別スヘキ點ナリ。公法人ノ機關トシテ公益ニ關スル事務ニ從事スル者ニシテ私人(ハ私人若クハ私人ノ代理人若クハ被用人ト區別スヘキ點ニシテ又等シク公益ニ關スル事務ニ從事スルモ私法人ノ機關ニ非サル點ハ公益ヲ目的トスル私法人ノ役員ト區別スヘキ點ナリ。市町村ノ吏員及ヒ之ニ屬スル營造物ノ吏員例ハ小學校長及ヒ教員(其正教員ナルト)ノ如キハ公吏ナリ。又水利組合、產業組合等公法人ノ役員モ亦公吏ナリ。等シク公法人ノ事務ニ從事スル者ニアリテモ單ニ法人ノ意思決定ニノミ干與スル議員ノ如キハ公吏ニ非スシテ次項ノ議員ナリ。

等シク公法人ノ事務ニ從事スル爲メ任命セラレタル者ノ中ニアリテモ小使使丁ノ如キハ真正ノ意義ニ於ケル公法人ノ事務ニ從事スル爲メ任用セラレタル者ニ非スシテ單ニ雜役ニ從事スル爲メ任用セラレタル者ナレハ之ヲ公吏ニ非スト爲スヲ以テ妥當トス。

法令ニ依  
リ公務ニ  
従事スル  
議員

第三

法令ニ依リ公務ニ従事スル議員。議員ニシテ刑法ノ所謂公務員タルニハ法令ニ依リ公務ニ従事スル者ナラサル可カラス。故ニ公務員タルヘキ議員ノ如何ヲ明ニセント欲セハ先ツ議員ノ意義ヲ明ニシ次ニ法令ニ依ル公務ノ意義ヲ略示セサル可カラス。

(一) 議員。

議員ハ意思決定ノ機關ニシテ意思實行ノ機關ニ非ス。換言スレハ議員トハ國家若クハ公法人ノ事務ヲ實行スル者ニ非スシテ國家若クハ公法人ノ機關トシテ其意思ヲ決定スル合議體ノ一員ナリ。議員タル資格ノ獲得ハ選舉ニ基クヲ以テ普通トスルモ又任命ニ基ク場合ナキニ非ス(二九七)。参考ノ爲メ意見ヲ陳述スル爲メ設ケラレタル諮問機關ヲ組成スル職員ノ如キハ議員ニ非ス。議員ニシテ刑法ノ所謂公務員タルニハ法令ニ從ヒ公務其モノニ従事スルニ非スシテ公務ニ關スル議事ニ従事スル者ナラサル可カラス。法文ニ法令ニ依リ公務ニ従事スル議員ナル文字ハ「公務ニ關スル議事ニ従事スル議員」ナル意義ト同一ニ解スヘキナリ。

議員

法令ニ依  
ル公務

(二)

法令ニ依ル公務。公務トハ私ノ事務ニ對スル公ナル事務ノ意義ニシテ國家ノ事務(事務)若クハ公法人ノ事務ヲ指稱スルニ外ナラス。公益ヲ目的トスル事務ト雖モ國家若クハ公法人ノ事務ニ非サルトキハ法典ノ所謂公務ニ非ス。公益ヲ目的トスル私法人ノ事務ノ如キハ公法人ノ事務ニ非スシテ私法人ノ事務ナルヲ以テ之ヲ公務ト謂フ能ハス。公務ニ關スル議事ニ従事スル議員ト雖モ之ヲ法典ノ所謂公務員タルニハ其議スル公務ハ法令ノ規定スルモノナラサル可カラス。例ヘハ貴族院議員、衆議院議員、府縣會議員、市町村會議員ノ従事スヘキ議事ハ法令ノ規定スル所ナレハ此等ノ議員ハ法典ノ所謂公務員ナリ。

第四

法令ニ依リ公務ニ従事スル委員。委員トハ國家若クハ公法人ノ機關タル資格(官吏、公吏者)ニ因ラスシテ別ニ國家若クハ公法人ノ任命、選舉若クハ囑託ニ基キ國家若クハ公法人ニ屬スル事務ノ一部(主トシテ或一定ノ事)ニ従事スル者ヲ謂フ。委員ハ官吏、公吏若クハ議員中ヨリ選任セラル、コトアリ又之ニ何等關係ナキ別人中ヨリ選任セラル、コトアリ。特別ニ選

法令ニ依  
リ公務ニ  
従事スル  
委員

任セラレタルニ非スシテ官吏、公吏若クハ議員カ其當然ノ職務ニ屬スル事務ヲ分擔シテ執行スヘク命令若クハ指定セラレタル者ノ如キハ法文ノ所謂委員ニ非スシテ官吏、公吏若クハ議員ニ外ナラス。委員ニシテ法典ノ所謂公務員タルニハ法令ノ規定スル所ニ從ヒ公務ニ從事スルモノナラサル可カラス。例ヘハ法律取調委員(明治四〇年勅令一三三號)、國勢調査準備委員(明治四三號)、文官高等試験委員(明治二七年勅令五十四號)ノ如キハ各法令ニ規定スル所ニ從ヒ公務ニ從事スルモノナレハ法典ノ所謂公務員ナリ。之ニ反シテ貴賓歡迎委員、官廳移轉運動委員ノ如キハ假令公法人ニ依リ選任セラル、モ刑法ノ所謂公務員ナリト謂フ能ハス。

第五 法令ニ依リ公務ニ從事スル其他ノ職員。官吏、公吏、議員若クハ委員ニ非スシテ尙ホ刑法ノ所謂公務員タルヘキ者ハ法令ニ依リ公務ニ從事スル右四者以外ノ職員ナリ。茲ニ特ニ説明ヲ要スルハ職員ノ意義ナリ。職員トハ一定ノ機關ニ屬スル一員トシテ一定ノ事務ニ從事スル者ヲ謂フ。而シテ職員トハ必スシモ公的意義ヲ有スルコトヲ必要トセス。從テ官廳若

法令依リ  
公務ニ從  
事スル其  
他ノ職員

クハ公法人ニ屬スル者タルヲ要セス。故ニ官廳若クハ公法人ノ備員(小門使)ヲ始メトシテ私法人若クハ一人ノ常務ニ使用セラル、雇人ノ如キハ孰レモ職員ナリト解スルコトヲ得ヘシ。左レハ職員ハ之ヲ分テ公的職員ト私的職員トノ二者ニ分ツコトヲ得。公的職員タルト私的職員タルトヲ問ハス法令ニ依リ公務ニ從事スル者ナルトキハ之ヲ刑法ノ所謂公務員ナリト解スヘキナリ。

各官廳ノ事務ニ從事スル爲メ任命セラレタル備員ノ如キ公的職員ナレトモ其從事スル事務ニシテ法令ノ規定スルモノナルトキハ其備員ハ刑法典ノ所謂公務員ナリト解スヘキナリ。例ヘハ帝國圖書館ノ囑託員(明治三〇年勅令第一〇二號)ノ如キハ法令ニ依リ公務ニ從事スル者ナレハ備員ニ過キサレトモ法典ノ所謂公務員ナリ。又日本銀行員ノ如キハ私法人ノ役員即チ私的職員ニ外ナラサレトモ役員中法令ニ依リ本金庫ノ事務ニ從事スヘク定メラレタル者(金庫規則六條、八條)ハ法典ノ所謂公務員ナリ。又執達吏代理ノ如キハ執達吏ノ私ノ使用人即チ私的職員ニ外ナラサレトモ法令

ニ依リ公務ニ從事スル者(執達吏規則)ナレハ是レ亦公務員ナリ(註六)。

(註六) 同趣旨 大審院判例・泉二新熊氏(日本刑法論一三版一四六頁)。

判例ニ曰ク『執達吏代理ハ執達吏規則ニ依リ執達吏ノ職務ヲ行フ者ナレハ刑法第七條第一項ニ所謂法令ニ依リ公務

ニ從事スル職員ニシテ即チ公務員ナリトス』(四四年大審院判決録(二一六四頁))。

ニ從事スル職員ニシテ即チ公務員ナリトス』(四四年大審院判決録(二一六四頁))。

### 第二項 公務所ノ意義

第七條 (本法ニ於テ公務員ト稱スルハ官吏、公吏、法令ニ依リ公務ニ從事スル職員、委員其他ノ職員ヲ謂フ)

公務所ト稱スルハ公務員ノ職務ヲ行フ所ヲ謂フ。

通俗ニ公務所トハ公務員ノ公務ヲ行フ所若クハ家屋ヲ指稱スレトモ斯ル通俗ノ見解ハ法律上ノ公務所ノ意義ヲ説明スルニ足ラサルハ論ヲ俟タサルヘシ。法律上ノ意義ヨリスレハ公務所トハ公務員ニ依リ組成セラル、公務執行ノ機關ナリ。更ニ之ヲ詳言スレハ公務所トハ官吏、公吏、議員若クハ委員其他ノ職員ニ依リ組成セラル、國家若クハ公法人ノ機關ナリ。故ニ公務所ハ國家ノ機關及ヒ公法人ノ機關ヲ併稱シタルモノト解スルヲ得ヘシ。故ニ公務所ノ意義ハ官署及ヒ公署ヲ併稱シタルモノヨリ其範圍廣シ。

公務所ノ中最モ重要ナルモノハ官署及ヒ公署ノ二ナリ。官署ハ法令ニ依リ國家ノ事務ヲ分任セラレタル國家ノ一機關ナリ。故ニ官署ハ法律上獨立ノ人格者トシテ權利ヲ有シ義務ヲ負フコトヲ得ルモノニ非スシテ官署ノ行爲ハ悉ク國家ノ責任ニ歸スヘキナリ。之ニ反シテ公署ハ公法人ノ機關ニシテ獨立ノ人格者トシテ權利ヲ有シ義務ヲ負フコトヲ得ルモノナリ(公法人ノ機關トシテ行動スル)。此點ハ國家機關タル官署ト公法人ノ機關タル公署トヲ區別スヘキ要點ナリ。

法典第七條第二項ニ『公務所ト稱スルハ公務員ノ職務ヲ行フ所ヲ謂フ』ト規定セリ。斯ノ如キ愚劣ナル法文ハ有害無益ナリ。此法文ハ公務所ノ真正ナル意義ヲ示スニ足ラスシテ却テ甚タシキ沒理(honsense)ヲ規定シタルコトハ何人モ法文ヲ一讀シタル者ノ直ニ感スル所ナルヘシ。

### 第三節 刑法ノ施行力

#### 第一款 時ニ關スル刑法ノ施行力ノ範圍

第六條 犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタルトキハ其輕キモノヲ適用ス。

第二章 刑法典 第三節 刑法ノ施行力 第一款 時ニ關スル刑法ノ施行力ノ範圍 三〇七

第一項 時ニ關スル刑法ノ施行力ニ對スル原則

第一 刑法ノ不溯及的施行力ノ原則

刑法ノ施行力ハ刑法施行ノ始期ニ起リ其廢止ニ終ル。法律ヲ以テ規定スル刑法施行ノ始期ハ一般法律ノ施行ノ始期ト同シク特別ノ規定アルトキハ之ニ從フヘク然ラサルトキハ公布ノ日ヨリ起算シ滿二十日ヲ經テ之ヲ施行スヘキモノトス(法例第(一)條第(一)條)。勅令、閣令、省令ヲ以テ規定スル刑法ニ付テモ之ト同様ナリ(公式令第(一)條)。臺灣、朝鮮、關東州ニ施行スヘキ法律命令ハ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外其各官廳ニ到著シタル翌日ヨリ起算シ七日ヲ經テ施行スヘキモノトス(明治四〇年勅令(第一一、一二號))。地方官廳其他ノ官廳ノ發スル命令ノ施行期ニ付テハ特別ノ規定アリ(明治二〇六年勅令第九九號、同三七年臺灣總督府令第六二號等)。刑法ハ一般法律ノ廢止ト同シク或ハ其施行期限ノ滿了ニ依リ或ハ明示的ノ廢止ニ依リ或ハ之ト抵觸スル後法ヲ設クルニ依リ默示的ニ廢止セラル、ニ依リ消滅スルモノナリ。其明示若クハ默示ヲ以テ刑法ヲ廢止スル場合ニ

則行溯刑  
力及法ノ  
の施不

於テ其刑法カ法律ナルトキハ必ス法律ヲ以テ之ヲ廢止スヘク命令ナルトキハ同等若クハ同等以上ノ命令又ハ法律ヲ以テ廢止スルニ非サレハ廢止ノ效ナキモノトス。長年月間無効ナリト一般ニ認メラレ之ヲ久シク適用セサリシ慣習アリシトキハ之ヲ以テ法律廢止ノ原因ト爲スヲ得ルカ如キ議論ナキニ非スト雖モ其根據ニ乏シキモノ、如シ(註一)。

(註一) ビンチング、フランク、ヘルシナー、オルスハウゼンノ諸氏ハ慣習モ亦刑法ヲ廢止スルノ效力アルモノト爲シ其理由トシテ法律カ慣習ヲ除外セサル以上ハ慣習法ナルモノハ他ノ法律ノ範圍ニ於ケルト同シク有效ニ刑法ヲ廢止スルノ力アルモノナリ。故ニ管轄官廳タル檢事局及ヒ裁判所カ一定ノ刑法ヲ以テ長年月間無効ナリトシテ適用セサリシトキハ假令其實有效ナルモノニモセヨ最早法律タル效力ヲ失ヒタルモノナリト論セリ (Binding, I. 210; Frank, § 2.1; Hilschner, I. 85; Olsch. "Zweig 5.")。之ニ反シテフォンリスト氏ハ法律ハ刑法ノ唯一ノ淵源タル如ク又消滅ノ唯一ノ淵源ナリト論セリ (v. Liszt, Lehrb. § 19)。泉・新熊氏(日本刑法論八四頁)、小崎傳氏(新刑法論四七頁)ハリスト氏ニ賛成セリ。

法律ナクンハ犯罪ナク又刑罰ナシトノ罪刑法定主義ヲ採用スル以上ハ苟モ人ノ一定行爲ヲ以テ犯罪ナリト爲シ之ニ一定ノ刑罰ヲ科セント欲セハ其行爲ノ前既ニ其行爲ヲ以テ一定ノ犯罪ナリトシ之ニ對シ一定ノ(絕對的若クハ相對的)刑罰ヲ加フヘキ旨ノ法律ノ存在スルコトヲ必要トスルモノナリ。罪

刑法定主義ハ既存ノ刑法ヲ現在ノ行為ニ適用シ行為者ヲ罰スヘシト爲スモ  
 ハニシテ過去ノ行為ニ對シ新ニ定メタル刑法ヲ適用シテ行為者ヲ罰スルコ  
 ニヲ禁スルモノナリ。若シ夫レ新ニ定メタル刑法ヲ過去ノ犯罪ニ溯及シテ  
 人ヲ罰スルカ如キハ是レ即チ罪刑法定主義ヲ正面ヨリ破壞スルモノナリ。  
 左レハ刑法ノ不溯及的施行力ノ原則ハ獨リ裁判上ノ原則タルニ止マラス立  
 法上ノ原則ナリ。

以上ノ法理ヨリスレハ行為ノ當時ノ法律ニ從ヘハ無罪ナルトキハ後法ニ  
 依リ有罪ナルトキト雖モ之ヲ無罪ト爲サ、ルヲ得サルヘク又行為ノ當時ノ  
 法律ニ依レハ輕キ刑ニ該ルモ後法ニ依ルトキハ之ヨリ遙ニ重キ刑ニ該ルト  
 キト雖モ前法ニ從ヒ輕ク處斷セサルヲ得ス。刑法第六條ノ一半ハ此趣旨ヲ  
 明ニシタルモノナリ。

第二一 刑法ノ溯及的施行力(刑法ノ不溯及的施行力ノ原則ノ例外)

裁判上及ヒ立法上ニ於テ刑法ノ不溯及的施行力ノ原則ヲ認ムル所以ハ一  
 二人ノ權利自由ヲ保障シ之ヲ尊重スルノ必要ニ基クモノナリ。故ニ刑法ノ

及  
的  
施  
行  
力  
の  
溯  
及

施行力ヲ溯及セシムルモ敢テ人ノ權利自由ヲ侵害スルコトナク且之ニ依リ  
 却テ人ノ權利自由ヲ尊重スル趣旨ニ反セサルトキハ例外トシテ刑法ノ溯及  
 的施行力ヲ認ムヘキモノトス。若シ之ニ反シテ刑法ノ不溯及的施行力ヲ絶  
 對的ニ固執スルトキハ新法ニ於テ舊法ノ刑ヲ以テ不必要ナル酷刑ナリト爲  
 シ大ニ之ヲ輕減シタル場合若クハ舊法ヲ以テ不必要ナリト爲シ之ヲ廢止シ  
 タル場合ニ於テモ尙ホ或ハ舊法ノ酷刑ヲ科シ或ハ舊法ニ從ヒ有罪ナリト爲  
 ササルヲ得サルノ結果ヲ生スヘシ。斯ノ如キハ既ニ法律力酷ニ失スルモノ  
 トシテ廢シタル舊時代ノ刑罰ヲ新時代ニ適用セントスルモノニシテ裁判及  
 ヒ法律ヲシテ管ニ一般民衆ノ公平トスル所ニ反對セシムル嫌アルニ止マラ  
 ス又決シテ社會ノ必要ニ適合セシムル所以ニ非ス。是レ各國ノ刑法典ニ於  
 テ人ノ權利自由ヲ保障シ之ヲ尊重スル精神ニ矛盾セサル場合ニ限リ刑法ノ  
 不溯及的施行力ノ例外トシテ刑法ノ溯及的施行力ヲ認メ以テ刑法ヲシテ必  
 要ト公平トニ適合セシムル所以ナリ。我刑法第六條ノ一半ハ此精神ヲ明ニ  
 シタルモノト解スヘキナリ。然ルニ學者或ハ此規定ヲ以テ法理上ノ根據ナ

キ立法者ノ恩惠ニ外ナラズト解スルカ如キハ其當ヲ得タルモノト謂フ能ハス(註110)。

(註二) 同語旨 ビルクマイヤー、ストリス、フランク諸氏。但其理由ニ多少ノ差異アリ。

フォンビルクマイヤー氏ハ輕キ場合ニ溯及力ヲ認ムルハ公平ニ合セシメントスル斟酌 (Billigkeitsabwägung) ニ基クト説明シ (v. Brinkmeyer, S. 1145)。ストリス氏ハ判決ノ當時ノ法律ニ於テ必要ナリトスル所ヨリ重ク罰スルハ事實上正當ナラズト説明シ (Thoenes, S. 66)。フランク氏ハ現在爲スヘキ判決ニ於テ法律ノ變更ニ依リ廢滅ニ歸シタル過去ノ苛酷ヲ適用ス可カラズトノ理由ニ基クモノナリト説明セリ (Frank, IV zu § 2)。

異説 之ニ反シテリスト氏ハ此要求ハ法律上ノ根據ナク立法者ノ恩惠的減輕 (Billigende Milder) ニ基クモノト爲ス (v. Liszt S. 94)。泉ニ新熊氏ハ之ニ賛成シテ『輕キ新法ナシテ既往ニ溯及セシムルハ犯人ニ對シテ立法者ノ恩惠タルニ外ナラズ是レ博愛主義ノ要求ニ基キタルモノニシテ特ニ法理上ノ根據アルニアラサレハナリ』ト説明シタリ(日本刑法論一三版九九頁)。

### 第三 刑法ノ不溯及的及ヒ溯及的の施行力ノ調和。

刑法第六條ニ犯罪後ノ法律ニ依リ刑ノ變更アリタルトキハ其輕キモノハ適用スト規定セルハ刑法ノ不溯及的及ヒ溯及的の效力ノ二者ヲ認メ之カ調和ヲ規定シタルモノト解スヘキナリ。同條ニ從ヘハ裁判當時ノ刑法重ク行爲ノ當時ノ刑法輕キトキハ行爲ノ當時ノ刑法ヲ適用スヘキコト、ナル。是レ

刑及法の及不  
溯及的の及  
施行力  
調和

行爲の爲  
時ノ裁  
時ノ裁  
トノ外  
トノ外  
中ノ外  
律アリ  
ル場  
合

刑法ノ不溯及的の施行力(一般原則タル)ヲ認メタルモノナリ。又同條ニ依レハ行爲ノ當時ノ刑法重ク裁判當時ノ刑法輕キトキハ裁判當時ノ刑法ヲ適用スヘキコト、ナル。是レ刑法ノ溯及的の施行力(例外的)ヲ認メタルモノナリ。要スルニ同條ニ依ルトキハ新舊兩刑法中輕重ノ差アルトキハ常ニ輕キモノヲ適用スヘキ結果トナル。以上ノ法理ニ依ルトキハ新舊兩刑法中其一方ニ從ヘハ有罪ニシテ他ノ一方ニ從ヘハ無罪ナル場合ニ於テハ其無罪トスル法律ニ從ハサルヲ得サルハ勿論ナルヘシ。又以上ノ法理ニ從ヘハ行爲ノ當時ノ刑法及ヒ裁判當時ノ刑法ノ外ニ尙ホ中間ニ刑法ノ存在シタル場合ニ於テハ三刑法中最モ輕キモノヲ適用セサルヲ得ズ。故ニ例ヘハ行爲ノ當時ノ刑法ニ依レハ其刑最モ重ク其後施行セラレタル刑法ニ依レハ無罪ニシテ裁判當時ノ刑法ニ依レハ其刑輕キ場合ニ於テ三箇ノ刑法中最モ輕キ中間ノ刑法ヲ適用シ無罪ノ言渡ヲ爲サルヲ得ス。是レ既ニ行爲者ノ權利自由ヲ尊重シ一般ノ公平ト社會ノ必要トニ合致セシムルノ精神ニ基キ第六條ヲ規定シ刑法ノ溯及的の效力ヲ認メタル以上ハ中間ノ刑法ノ當時ニ於テ行爲者ニ對シ



同○法○カ○溯○及○的○ニ○施○行○力○ヲ○有○シ○タ○ル○結○果○其○當○時○行○爲○者○ハ○既○ニ○無○罪○タ○ル○コ○ト○ニ  
 爲○リ○タ○ル○モ○ノ○ナ○レ○ハ○ナ○リ○。○此○場○合○ニ○於○テ○行○爲○ハ○當○時○ノ○刑○法○ハ○最○モ○重○キ○モ○ハ  
 ナ○レ○ハ○(溯○及○的○施○行)適○用○セ○ラ○ル○ハ○、○餘○地○ナ○ク○又○裁○判○當○時○ノ○刑○法○ハ○既○ニ○施○行○力  
 ヲ○有○シ○タ○ル○コ○ト○ア○ル○中○間○ノ○刑○法○ニ○比○シ○重○キ○モ○ハ○ナ○レ○ハ○(刑○法○ノ○不○溯○及○的)適○用  
 セ○ラ○ル○ハ○、○餘○地○ナ○キ○モ○ハ○ナ○リ○。

新舊兩刑  
法ニ輕重  
ノ差ナキ  
場合

新舊兩刑法ニ輕重ノ差別ナキトキハ裁判當時ノ刑法タル新法ヲ適用スル  
 モ又行爲ノ當時ノ刑法ヲ適用スルモ實際上同一ノ結果ヲ見ルヲ以テ斯ル場  
 合ニ於テハ兩者ヲ區別スルノ實益ナキカ如クナレトモ更ニ考スレハ之  
 ヲ區別スルノ實際上ノ必要ヲ感スルコト痛切ナル場合ナシト爲サス。新舊  
 兩刑法ニ定ムル刑名相同シカラスシテ二者ノ輕重ヲ定ムヘキ法律上ノ根據  
 ナク從テ兩刑ノ間法律上輕重ノ差別ナシト爲サ、ルヲ得サルカ如キ場合ニ  
 於テハ新法ヲ適用スルト舊法ヲ適用スルトニ依リ實際上ノ甚シキ相異リタ  
 ル結果ヲ生スヘキコトアルハ勿論ナリ。刑法ハ不溯及的施行力ヲ有スルヲ  
 以テ一般原則トスルモノニシテ此一般原則ハ後法ハ前法ニ比シ輕キ場合ニ

限リ例外トシテ溯及的施行力ヲ認ムルコト前述ノ如シ。新舊兩刑法ニ輕重  
 ノ差ナキカ若クハ法律上輕重ノ差アリト爲ス能ハサル場合ニ於テハ例外法  
 タル溯及的施行力ヲ認ムヘキ理由存スルコトナケレハ一般原則(行力不溯及的施  
 ニ從ヒ行爲ノ當時ノ法律ヲ適用スヘキナリ(註三))。

(註三) 同趣旨 アルフェルト氏教科書八七頁(Alfeld, Lehrb. S. 87)、フォン・リスト氏一九章(V. List, § 19)、フ  
 ランク氏二五頁(Frank, S. 25)。我邦ニ於テハ大審院判決例ヲ始メ泉二新熊氏(日本刑法論一三版九九頁)小嶋傳氏  
 (新刑法論六四頁)モ然リ。判例ニ曰ク『刑法第六條ハ犯罪後法律ノ改正ニ因リ刑ノ變更アリタル場合ニ適用スヘキ  
 規定ニシテ刑ノ變更ナキ場合ニ適用スヘキモノニ非ス』(四二年大審院判決錄八〇頁)。  
 異説 フォン・パール氏ハ斯ル場合ニ於テハ新法ヲ適用スルモ輕キ刑法ヲ適用ストノ原則ニ乖戾スルコトナケレハ  
 新法ヲ適用スヘシト論セリ(V. Bar, Gesetz und Schuld I S. 95 ff.)同趣旨マイヤー氏(Meyer, 5 Anl. S. 113)。

第二項 時ニ關スル刑法ノ施行力ニ對  
 スル原則ノ適用

刑法ノ不溯及的及ヒ溯及的施行力ノ原則ノ調和ハ上述ノ如ク簡單明瞭ナ  
 リト雖モ之ヲ實際上ノ適用ニ付キ困難ナル問題甚タ尠カラズ。左ニ上述ノ

刑法ノ輕重ト依リテ

原則ノ適用問題ニ中比較的重要ナリト認メラル、モノニ付キ説明スヘシ。

### 第一 刑法ノ輕重ト刑罰ノ輕重

#### 第十條

主刑ノ輕重ハ前條記載ノ順序ニ依ル、但無期禁錮ト有期懲役トハ禁錮ヲ以テ重シトシ、有期禁錮ノ長期有期懲役ノ長期ノ二倍ヲ超ユルトキハ禁錮ヲ以テ重シトス。同種ノ刑ハ長期ノ長キモノ又ハ多額ノ多キモノヲ以テ重シトシ、長期又ハ多額ノ同シキモノハ其短期ノ長キモノ又ハ寡額ノ多キモノヲ以テ重シトス。二箇以上ノ死刑又ハ長期若クハ多額及ヒ短期若クハ寡額ノ同シキ同種ノ刑ハ犯情ニ依リ其輕重ヲ定ム。

#### 第九條

死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留及ヒ科料ヲ主刑トシ、沒收ヲ附加刑トス。

尚ホ参照 刑法施行法第二條、第三條、第六條、第七條

刑法ノ輕重ヲ定ムヘキ最モ重要ナル條件ハ刑罰ノ輕重ナリ。新舊兩法定ムル刑罰ノ輕重ハ如何ナル標準ニ基キ之ヲ定ムヘキヤノ問題ハ左ノ二點ニ分テ解答スルコトヲ得。

#### 第一 刑罰ノ輕重ハ法律ニ依リ定ムヘキモノトス。

刑罰ノ輕重ハ吾人ノ感覺又ハ常識ヲ以テ之ヲ定ムヘキモノハ、非スシテ法律ノ定ムル所ニ依リ之ヲ決スヘキモノトス。刑法典第十條第九條ノ定ムル

刑罰ノ輕重ト依リテ

所ニ依リ其定ムル刑罰ノ輕重ニ付キ其重キ順序ヨリ數フレハ第一死刑最モ重ク第二無期懲役次ニ重ク第三無期禁錮第四有期懲役若クハ禁錮第五罰金第六拘留第七科料ナリ。而シテ有期ノ懲役及ヒ禁錮ノ比較ニ付テハ有期禁錮ノ長期カ有期懲役ノ長期ノ二倍ニ超ユルトキ禁錮ヲ以テ重シト爲スヘク又同種ノ刑ニ在リテハ長期ノ長キモノ又ハ多額ノ多キモノヲ以テ重シト爲シ、長期又ハ多額ノ同シキモノニアリテハ其短期若クハ寡額ノ多キモノヲ以テ重シト爲スヘキナリ。刑罰カ同種ニシテ且輕重ノ差ナキ場合(二個ノ死刑又ハ多額及ヒ短期若クハ寡額)及ヒ以上ノ例ニ依リ比較シ同等ナル結果ヲ得タル場合(有期禁錮ノ長期及ヒ短期カ有期懲役)ハ其犯情ノ重キモノ即チ現ニ科スヘキ刑ノ重キモノヲ以テ重シト爲スヘキナリ。此法定ノ比較法ハ大體ニ於テ吾人ノ感情若クハ常識ニ基ク比較法ト符合スト雖モ又必スシモ然ラサルモノアルヲ發見スヘシ。例ヘハ此比較法ニ依ルトキハ數千萬圓ノ罰金ハ一二箇月ノ禁錮ヨリ輕ク數圓ノ罰金ハ二十九日ノ拘留ヨリ重キコト、爲ルヘシ。

上述ノ比較法ハ現行刑法ニ定メタル刑ノ輕重ノ比較法ナリ。現行刑法ニ定メタル刑名ト舊刑法ニ定メタル刑名トヲ比較スル場合ニ於テハ刑法施行法第二條第三條第六條第七條ヲ適用スヘキナリ。前後兩刑法ニ於テ定メタル別種ノ刑名ニシテ輕重ノ差別ヲ定ムヘキ法律上ノ根據ナキトキハ假令感情上若クハ常識ニ依リ輕重ノ差別ヲ定メ得ヘキ場合ト雖モ法律上輕重ノ區別ナキモノト爲サハルヲ得ス。此場合ニ於テハ一般原則ニ從ヒ行爲ノ當時ノ刑法ヲ適用スヘキコト前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(三一三頁)。

**第二 刑罰ノ輕重ハ先ツ主刑ノ輕重ニ依リ決スヘク主刑同一ナルトキハ附加刑ニ依リ決スヘシ。**

我刑法ニ於テ刑ノ輕重ヲ定ムルヤ常ニ主刑ノミヲ標準トスルモノナリ。併合罪中ノ重キ罪トハ常ニ主刑ノ重キモノヲ指稱スルコトハ第四十七條第四十九條第五十一條ニ依リ明ナリ。新舊兩刑法典ノ刑ノ輕重ノ對照ヲ爲スニ當リテ常ニ主刑ノミヲ標準ト爲スヘキコトハ刑法施行法第二條第三條ニ依リ疑ナキ所トス。是レ法律カ一定ノ犯罪ニ對シ主トシテ科セントスル制

重刑ノ先ノ輕刑ニ依リ決スヘキ  
主刑ノ輕重ニ依リ決スヘキ  
主刑ノ輕重ニ依リ決スヘキ  
主刑ノ輕重ニ依リ決スヘキ

裁ハ主刑ニ外ナラサルヲ以テ主刑ヲ標準トシテ刑ノ輕重ヲ定ムルモ不當ナル立法ニ非サルヘシ。兩法ノ定ムル主刑ニ輕重ノ別アルトキハ附加刑ノ有無ハ之ニ何等影響ヲ及ホスモノニ非ズ。故ニ新法ノ主刑重ク舊法ノ主刑輕キトキハ假令舊法ニ附加刑(沒收)アリテ吾人ノ感覺又ハ常識ヨリスレハ兩者ノ輕重ノ別頗ル疑ハシキ場合ハ勿論寧ろ舊法ヲ以テ重シト認メラル場合ト雖モ舊法ヲ輕シト爲シ之ヲ適用セサルヲ得サルヘシ。又其實際ノ適用ニ於テ沒收刑ニ依リ受ケタル痛苦カ主刑ヨリ大ナルモノアル場合ト雖モ之ト同一ノ論決ヲ爲サハルヲ得ス(註四)。

(註四) 同趣旨 大審院判例。判例ニ曰ク『新舊兩法ノ輕重ハ主刑ノ輕重ニ依リ之ヲ定ムヘキモノトス。故ニ裁判所カ刑法第六條ノ適用上新舊刑法ノ輕重ヲ定ムルニ當リ兩法ノ主刑ヲ對照比較シタル以上ハ沒收刑ニ付キ比照セサルモ違法ナリト云フヲ得ス(四二年大審院判決一〇頁)』

然ルニ之ト多少例ヲ異ニシテ新舊兩法ノ定ムル主刑ハ同等ニシテ輕重ノ別ナク其一方ニミ附加刑存スルトキハ附加刑存スル刑法ヲ以テ重シト爲サハルヲ得ス。是レ有ハ無ニ優ルコトハ自明ノ理ニシテ敢テ法律ノ規定ヲ

要セサル所ナレハナリ。新舊兩法ノ主刑同等ニシテ輕重ノ別ナキモ兩法ニ相同シカラサル附加刑アル場合ニ於テハ附加刑ノ輕重ニ依リ兩者ノ輕重ヲ決スヘキコトハ前ト同一理論ニ依リ明白ナル所ナルヘシ。然ルニ此場合ニ於テ兩法相同シカラサル附加刑ニ付キ法律上孰レヲ以テ重シトシ又孰レヲ以テ輕シト爲スヘキヤニ付キ法律上之ヲ認ムヘキモノナキトキハ新舊兩法ニ付キ輕重ノ區別ヲ爲ス能ハサルモノトシテ行爲ノ當時ノ刑法ヲ適用スルノ外ナキナリ。故ニ新舊兩法ノ主刑ハ共ニ輕重ノ差ナキ罰金刑ニシテ新法ニハ沒收刑ノ附加刑アリ舊法ニハ選舉權停止ノ附加刑アリタル場合アリトセハ其一例ナルヘシ。

茲ニ注意スヘキハ刑罰以外ノ處分ハ行政法上ノモノナルト民法上ノモノナルトヲ問ハス刑罰ノ輕重ニ關シ之ヲ眼中ニ措ク可カラサル一事ナリ。故ニ刑罰ノ外保安處分例ヘハ精神ノ異狀アル者ニ付キ檻置處分ノ言渡ヲ爲スカ如キ處分ノ有無又ハ物件ノ還付刑事訴訟費用ノ負擔ノ言渡ノ有無ノ如キハ刑罰ノ輕重ニ何等ノ影響ヲ及ホサルモノトス。

刑法ノ要件

### 第二 刑法ノ輕重ト公訴ノ要件

公訴カ一定ノ條件ヲ具備セサルニ依リ之ヲ實行スル能ハサル場合ト公訴權ノ消滅ヲ來ス場合トノ二者アリ。茲ニ於テ公訴ノ要件ノ如何ハ刑法ノ輕重ニ如何ナル關係ヲ有スルヤノ問題ヲ解決セサルヲ得ス。此問題ハ分テ左ノ二點ト爲スコトヲ得。

告訴ノ要件

#### 第一 告訴ノ有無ト刑法ノ輕重。

重キ親告罪ト雖モ告訴ノ提起ナキトキハ處罰セラレ、コトナキ點ニ着眼スレハ輕キ非親告罪ヨリモ輕シト爲サ、ルヲ得ス。然ルニ若シ告訴ノ提起アリタルトキハ親告罪重ク非親告罪輕シト爲サ、ルヲ得ス。茲ニ於テ兩者ノ輕重ヲ決セサル可カラサルノ必要ヲ生ス。然レトモ此點カ時ニ關スル刑法ノ施行力ニ關シ問題トシテ解決スルノ必要ヲ生スル場合ハ一所爲ニ對シ新舊兩法ノ中一方ニ於テ親告罪ト爲シ他ノ一方ハ非親告罪ト爲シ而シテ被害者ノ告訴ナキ場合ニ限ル。何トナレハ被害者ノ告訴アリタル場合ニ於テハ輕重ノ別自ラ明ニシテ之ヲ解決スルノ必要ナケレハナリ。元來親告罪ニ

對スル告訴ノ有無ハ公訴權ノ成否ニ關シ「犯罪後ノ法律ヲ以テスル刑ノ廢止」又ハ「大赦」ト對立シ此等ト同等ノ價值ヲ有スルモノニシテ「刑事訴訟法第六條」告訴ナキトキハ豫審ニ於テハ免訴ノ言渡ヲ爲スヘク（刑事訴訟法第一六九條第三項）公判ニ於テハ公訴不受理ノ言渡ヲ爲スヘキモノニ屬ス（同第一八六條）故ニ親告罪ニ付キ告訴ナキトキハ之ヲ定メタル刑法ハ其罪ニ付キ刑法タルノ實質ヲ失フモノトス。故ニ重キ刑ヲ定メタル親告罪ハ之ニ付キ告訴ナキトキハ之ヨリ輕キ刑罰ヲ定ムル非親告罪ニ比シ輕シト爲サ、ルヲ得ス。而シテ親告罪ニ告訴ヲ要スヘキコトハ實體法タル刑法典ノ定ムル所ナレハ（例ハ刑法一三五、一八〇、二二九、二四三、二四四條等）我刑法ノ解釋トシテ此點ニ付キ疑ヲ挿ム、餘地ナカルヘシ（註四）。特ニ刑法施行法第四條ヲ設ケタル趣意ニ依ルモ此精神ヲ窺フコトヲ得ヘシ（註五）。等シク親告罪ノ場合ニ於テモ告訴ヲ提起スヘキ期間ニ付キ長短ノ差ヲ設ケタル場合ニ於テハ短期告訴提起期間ヲ定メタル刑法ヲ以テ輕シト爲スヘキナリ。若シ反對論者ノ說ニ從ハンカ兩法ノ刑力同等ナル場合ト雖モ親告罪ト非親告罪トハ輕重ノ差ナシト爲サ、ルヲ得サルカ如キ結果ヲ生スヘシ。

ヲ生スヘシ。

（註四）同趣旨 アルフェルト氏教科書八八頁（Allfeld, Lehrb. S. 88）、フランク氏第二條第四（Frank, IV zu § 2）。之ニ反シテフィンガー氏ハ告訴權ハ被害者ノ利益ニ對酌シテ定メタルモノニ外ナラスシテ之ニ依リ行爲者カ利益ヲ受クルカ如キハ其反射作用ニ外ナラサレハ之ヲ以テ刑罰ノ輕重ト爲スニ足ラス又告訴ハ訴訟條件ニシテ刑罰ノ條件ニ非サレハ之ヲ以テ刑罰ノ輕重ヲ論スルニ足ラスト爲セリ（同氏教科書一四二頁 Finger, Lehrb. S. 142 ff.）尙ホリスト氏（List, Lehrb. S. 93）、ベニング氏（Bening, Handbuch S. 253 ff.）等モ亦同様ノ論ヲ爲セリ。

（註五）刑法施行法第四條ニ「刑法施行前舊刑法又ハ他ノ法律ノ規定ニ依リ告訴ヲ待テ論スヘキ罪ヲ犯シタル者ハ刑法ノ規定ニ依リ告訴ヲ要セサルモノト雖モ告訴アルニ非サレハ其罪ヲ論セス」ト規定セリ。而シテ新刑法典ハ舊刑法典カ親告罪ト規定セルモノヲ非親告罪ト爲シタルモノ（脅迫罪）アルモ舊刑法典カ非親告罪ト爲シタルモノヲ親告罪ト爲シタルモノナクシテ同條ノ結果ハ上述スル所ト同一ノ結果ニ歸スヘキナリ。

公訴時効ノ完成ト否ト輕重ト

第二 公訴時効ノ完成ト否ト刑法ノ輕重。

公訴ノ時効モ亦公訴權消滅ノ原因タルコト犯罪後頒布セラレタル法律ニ依ル刑ノ廢止、大赦及ヒ上述親告罪ニ付キ告訴ノ拋棄ト其法律上ノ效力ヲ同ウス（刑事訴訟法第六條）。故ニ時効ニ依リ公訴權消滅シタルトキハ事件豫審ニ繫屬スルト又公判ニ繫屬スルトヲ問ハス免訴ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス（刑事訴訟法第一六四、一六五條）。故ニ一定ノ犯罪ニ付キ公訴時効ノ完成スルトキハ其犯罪ハ全然之

ヲ罰スル能ハスシテ之ニ對シ刑罰ヲ規定セサルト同一ノ結果ヲ生スヘキモ  
 ノトス。故ニ公訴時効完成シタル犯罪ニ對シ法律ノ定ムル刑罰ハ假令重シ  
 トスルモ未タ公訴時効ノ完成セサル之ヨリ遙ニ輕キ犯罪ヨリ輕シト爲サ、  
 ルヲ得ス(註六)。然ルニ公訴時効ノ規定ハ我法律ニアリテハ刑事訴訟法ニ規  
 定セラレ(刑事訴訟法第八條刑)同第二十二條ニ「此法律ハ頒布前ニ係ル犯罪ニ  
 モ亦之ヲ適用ス、頒布以前ニ爲シタル訴訟手續當時ノ法律ニ背カサルトキハ  
 其效アリトス」ト規定アルカ爲メ公訴時効ニ關スル規定ハ常ニ溯及的施行力  
 ヲ有スト論スル學說ヲ生スルニ至レリ。然レトモ第一、本來、刑事訴訟法ハ主  
 トシテ刑事訴訟ノ手續ヲ規定スルモノニシテ、我刑事訴訟法第八條ノ如キ刑  
 罰權ノ存否ニ關スル規定ノ如キハ、我刑事訴訟法中ニ於テ眞ニ例外ニ屬スル  
 モハナルト(從テ刑事訴訟法第二十二條第一項ハ原則トス)第二、刑事訴訟法第  
 二十二條第一項ハ第二項ト對照上主トシテ訴訟手續ニ關シテ規定シタルモ  
 ハト解釋スルコトヲ得ルト、第三、公訴ノ時効ハ刑事訴訟法第六條ニ於テ犯罪  
 後ノ法律ニ依リ刑ノ廢止若クハ大赦ト對立スルコト(刑罰權ノ存否ニ關ス)第

四、刑法ハ常ニ輕キモノヲ適用スヘシトハ原則(以下參照)トヲ參酌スレハ上述  
 ノ如ク解スルヲ以テ法律ノ精神ヲ得タルモノト爲スヘキナリ。若シ假ニ刑  
 事訴訟法第二十二條ハ其法文上ヨリ到底上述ノ如ク解スル能ハサルモノト  
 セハ同條ハ其後制定セラレタル刑法典第六條ヲ以テ變更セラレ上述ノ解釋  
 ノ如ク改正セラレタルモノト解スルヲ得ヘシ(註七)。

(註六) 同趣旨 獨逸帝國裁判所判決(E. 34, 247)ヲ始メアルフェルト氏(Alfeld, S. 88)フオンリスト氏(v. Liszt, § 19)フランク氏(Frank, IV zu § 2)等ハ公訴ノ時効ヲ以テ刑罰除却理由(Strafaufhebungsründe)ト爲セリ。

(註七) 同趣旨 法曹會議小數意見、小崎傳氏(新刑法論五九頁以下)、豐島直通氏(刑事訴訟法新論四二頁)。法曹會  
 小數意見ニ曰ク「公訴ノ時効ハ刑罰消滅原因タルモノニシテ公訴ノ時効完成スルトキハ各犯罪ヨリ生シタル刑罰權  
 ヲ消滅セシムルコトハ刑事訴訟法第二百二十四條ニ於テ此場合ニ免訴ノ判決ヲ爲シ之ニ實體法上ノ確定力ヲ認ムル  
 ニ依リテ知ルコトヲ得ヘシ。公訴ノ時効ニ依リ公訴權ノ消滅スルハ刑罰權既ニ消滅ニ歸シ公訴權ハ其目的物ヲ失フ  
 カ爲ニ外ナラス。是ヲ以テ公訴時効ノ規定ハ縱令刑事訴訟法中ニ在リト雖モ其實質ハ實體法ノ規定ニ屬スルモノニ  
 シテ訴訟手續ノ如ク刑事訴訟法第二十二條ヲ適用スルコトヲ得ルモノニ非サルナリ。第二十二條ノ規定ハ刑事訴訟  
 法ハ其實施以後ノ訴訟手續ニ適用スヘク又其實施以前ノ手續ヲ舊治罪法ニ反カサレハ有效ニシテ引續キ爾後ノ手續  
 ニ刑事訴訟法ヲ適用スルノ趣旨ナリトス。蓋シ同條第一項ハ一見訴訟法カ溯及シテ舊法時代ノ犯罪ニ適用セラル、  
 カ如キ規定アルモ訴訟法ハ訴訟手續ニ適用セラレ犯罪ニ適用セラル、モノニ非ス。從テ同條第一項ハ文字通りニ之  
 ヲ解釋スルコトヲ得サル規定ニシテ此規定ヲ公訴時効ノ規定ニ適用スルハ誤レリ。即チ公訴時効ハ刑法ノ時ニ關ス

ル效力規定ノ適用ヲ受クヘキ性質ノモノニシテ訴訟法ノ時ニ關スル效力ノ規定ニ從フヘキモノニ非ス。而シテ新法ヲ以テ公訴時効ノ期間ヲ伸縮シ其他時効ニ關スル規定ヲ變更スルトキハ即チ刑罰權ノ存續ヲ變更シタルモノニシテ結局刑ノ變更アリタルモノナリ。蓋シ刑法第六條ニ所謂刑ノ變更ハ刑ノ範圍ノ變更ノミニ限ラル、モノニ非スシテ刑ノ存續ノ變更ヲモ包含スレハナリ。又新舊法中其一ツノ適用ニ依リ免訴ヲ言渡スニ至ルヘキモノハ他ノ適用ニ依リ刑ヲ言渡スヘキモノニ對照シテ輕キ法ナルコト論テ俟タス。故ニ或罪ニ付キ判決ヲ爲スニ當リ舊法ノ時効ノ規定ニ從ヘハ既ニ時効ハ完成シ新法ノ時効ノ規定ニ從ヘハ未ダ時効ハ完成セサル場合ニ於テハ刑法第六條ヲ適用シテ輕キ舊法ヲ適用セサル可カラス〔法曹記事一九卷六號〕。

異說 犯罪後ノ法律ニ依リ公訴時効期間變更セラレタルトキハ新法ヲ適用スヘキモノトス。大審院判決例、法曹會決議、泉二新熊氏(日本刑法論一三版一〇四頁)、牧野英一氏(刑法通義二二版二八頁)。

判例ニ曰ク「公訴ノ時効ニ關スル刑事訴訟法ノ規定ハ公訴權實行ノ條件ニ關スル手續法規ニ外ナラサレハ改正ニ係ル同法第八條ノ規定ハ其改正以前ノ犯罪ニシテ同條施行前ニ公訴ノ時効ノ成就セサリシモノニ付テモ亦之ヲ適用スヘキモノトス」〔四四年大審院判決錄四六六頁〕同題旨(四三年一五一四頁)。法曹會決議ノ理由ニ曰ク「刑事訴訟法第二十二條第一項ニ依リハ刑事訴訟法ノ規定ハ其頒布以前ノ犯罪ニ適用セラルヘキモノナルカ故ニ刑法施行法第三十八條ニ依リ改正セラレタル刑事訴訟法第八條ノ規定ハ其改正前ノ犯罪ニモ適用セラルヘキコト當然ニシテ即チ公訴時効期間ハ此新規定ニ依テ之ヲ決スヘキモノトス。反對說ノ如ク第二十二條ヲ以テ手續ノミニ關スル規定ナリト解スルハ明確ナル根據ヲ缺クモノニシテ同條第一項ハ刑事訴訟法ニ於ケル規定ノ全體ニ關スルモノト解スルヲ以テ正確ナリトス」〔法曹記事一九卷六號〕。

刑法ニ輕重ヲ及ホス

### 第三 刑法ニ輕重ヲ及ホスヘキ法律ノ變更

スヘキ法律ノ變更

一定ノ犯罪ニ對シ科スヘキ一定ノ刑罰ヲ定メタル規定ヲ變更スルカ如キ刑法其モノヲ直接變更スル場合ニ於テハ上述ノ原則ニ依リ解決スルコトヲ得ヘシ。然ルニ刑法其モノニ直接ノ變更ヲ加ヘサルモ他ノ法律ニ變更ヲ加ヘタル結果トシテ刑法ノ輕重ニ影響ヲ及ホス場合ハ如何。法律ノ變更ニシテ從來刑法ヲ以テ命セラレタル準則即チ禁令若クハ命令ノ範圍カ擴張又ハ縮少セラレタル場合ニ於テハ刑法ニ輕重ノ別ヲ生シタルモノトシテ新舊兩法ヲ比較シ其輕キモノヲ適用スヘキナリ。刑法上ノ準則(禁令又命令)ノ範圍ノ擴張又ハ縮少ハ從來ノ法律ニ依リテ爲サレタル保護ノ範圍ノ擴張若クハ縮少ニ依リ伸縮スヘキモノトス。法律保護ノ範圍ハ保護ノ目的物ヲ變更シ又ハ保護ノ條件ヲ變更スルニ依リ變更セラレテ刑法ノ輕重ヲ生スルモノトス(アルフェルト)。例ヘハ商法ヲ改正シ商業帳簿、財産目錄又ハ貸借對照表ノ作成義務(商法第二五條)ヲ輕減スルカ如キハ命令ノ範圍ノ縮少ニシテ舊商法第五十一條ニ所謂過怠破産罪ニ關スル刑法的準則ヲ輕クスルモノナリ。故ニ從來過怠破産罪ナリトシテ處罰セラレタル行爲モ改正法ニ依ラハ無罪タルニ

至ルヘキナリ(註八)。又例ヘハ民法ヲ改正シ先取特權若クハ留置權ノ範圍ヲ擴張スルカ如キハ禁令ノ範圍ノ擴張即チ法律保護ノ範圍ノ擴張ニシテ刑法典第二百六十二條準毀棄罪ニ關スル準則ヲ重クスルモノナリ。故ニ從來準毀棄罪ヲ構成セサリシ行爲モ改正法ニ依ラハ同罪ヲ構成スルニ至ルヘキナリ(註九)。

(註八) 同趣旨 アルフェルト氏ハ法律保護ヲ基礎トシ同様ノ説明ヲ爲セリ(Allfeld S. 89) フランク氏(Frank, V. 20 §. 37) 獨逸帝國裁判所判決例(E. 33, 184; 34, 37) フォンリット氏ハ刑法ニ對シ意義ヲ有スル法律ノ變更アリタルトキハ輕キニ從ヒ處斷スヘシト説キ之カ理由ヲ詳ニセス(V. List § 19.)。

(註九) 同趣旨 アルフェルト氏(Allfeld a. a. O.)。 異説 フランク氏ハ民法ヲ以テ擔保物權ノ範圍ヲ縮小シタル場合ト雖モ舊法ノ當時擔保物權ヲ害シタル行爲アルトキハ新法ノ下ニアリテ尙ホ擔保物權ヲ害シタル事實ニ變更ヲ來スコトナケレハ舊法ノ下ニアリテ擔保物權ヲ侵害シタル所爲ハ新法ノ下ニアリテモ依然擔保物權侵害ノ所爲タルヲ免レズト爲ス(Frank a. a. O.)ト雖モ氏ノ如ク事實上ノ論ヲ爲ストキハ舊法ノ下ニアリテ犯罪ヲ構成シタリシ事實アルコトハ(註八)ノ場合ニ於テモ同様ナリ。然ルニ氏ハ(註八)ノ場合ニ於テ上述ノ如キ説ヲ爲シ本問ノ場合ニ斯ノ如キ説ヲ爲スハ論理ニ矛盾スルモノト爲サ、ルヲ得ス。

然ルニ學者或ハ法律變更ノ結果刑法上ノ準則ニ影響ヲ及ホシ從テ新舊兩

法ノ間ニ輕重ノ差アル場合ト雖モ尙ホ新舊兩法ノ對照ヲ爲ス可カラサル場合アリト論スルモノアリ。アルフェルト氏ハ他ノ法律ヲ以テ刑法ノ準則ヲ補充シ若クハ變更スルカ如キハ之ヲ悉ク刑法ノ變更ト謂フ能ハスシテ其變更ト爲シ新舊兩法ノ比照ヲ爲スヘキ場合ハ從來ノ法律保護ノ擴張若クハ變更アリタル場合ニ限ルモノニシテ法律保護ノ變更ヲ來サ、ル場合ハ新舊兩法ノ比照ヲ爲スヘキモノニ非スト爲シ其例證トシテ輸入禁令、一定ノ道路ヲ通行ス可カラサル旨ノ禁令カ廢止セラレタル場合若クハ貨幣ノ通用カ廢止セラレタル場合ニ於テ右禁令ノ施行中又ハ貨幣ノ通用中犯サレタル犯罪行爲ノ如キハ其後ト雖モ尙ホ行爲ノ當時ノ法律ニ依リ之ヲ罰スヘキモノナリト爲シ其理由トシテ法律保護ハ依然變更セラル、コトナキカ爲メナリト説明セリ(Allfeld, S. 89.90) 氏カ前例示ノ場合ニ於テ刑法上ノ準則ノ變更ヲ來シタル點ヲ認メタルハ正當ノ見解ナリト雖モ斯ル場合ニハ法律保護ノ變更ヲ來スコトナシ從テ有罪ナリト説明シタルハ其理由ヲ發見スル能ハス。既ニ或種ノ物件ニ付キ輸入禁止ノ禁令ヲ解キタル以上ハ輸入禁止ニ依リ保護セ



ントシタル關係ノ縮少即チ法律保護ノ縮少ヲ來スモノト謂ハサルヲ得ス。又其擧ケタル他ノ例ニ付テモ同様ノ論結ヲ爲シ得ヘシ。凡ソ、刑法的準則（禁令）ハ縮少若クハ擴張ハ常ニ法律保護ノ範圍ハ縮少若クハ擴張ヲ意味スルモノナリ。然ルニ刑法的準則ノ縮少若クハ擴張ヲ爲シタルニ拘ハラヌ法律保護ノ變更ヲ來スコトナシト論スル如キハ何等ノ根據ナシ。又コーラウシ氏ハ法律變更ノ結果物體カ刑法上保護セラルヘキ性質（Eigenschaft）ヲ失ヒタルト物體カ刑法上保護セラルヘキ性質ヲ保有スルモ刑法上ノ保護カ一部又ハ全部除却セラル、場合トノ二者ヲ區別シ前者ノ場合ニ於テハ保護セラルヘキ物質欠缺ノ結果トシテ輕キ新法ナク從テ新舊兩法ノ比照ノ問題起ラスト雖モ後者ノ場合ニ於テハ新舊兩法ノ比照ヲ爲スヘシト説明セリ（Kohlrausch, Zeitschrift für die gesamte Strafwissenschaft XXIII S. 54）。然レトモ氏ノ如ク法律ノ變更ニ依リ物體カ刑法上保護セラル、性質ヲ失ヒタルトキハ保護セラル、物體ヲ欠缺スルヲ以テ新法存セス從テ新舊兩法ノ比照ハ之ヲ爲ス能ハストノ理由ヲ以テ唯一ノ根據ト爲スカ如キハ寔ニ其理由ニ乏シト爲サ、ルヲ

得ス。何トナレハ法律ヲ變更シ從來保護シ來リタル性質ヲ失ハシムルハ從來保護シ來リタル法律（舊法）ヲ變更（廢止）シテ之ヲ無保護ノ状態ニ置ク新法ヲ制定スルモノニ外ナラサレハ此場合ニ於テ新法存セス從テ新舊兩法ノ比照ヲ爲ス能ハストノ説明ハ其根據ナキモノト爲サ、ルヲ得サレハナリ。元來行爲ノ後ノ法律ニ依リ刑ニ變更アリタルトキハ其輕キモノヲ適用スヘキコトハ刑法上ノ準則ニ變更アリテ其結果輕重ノ別ヲ生シタル一切ノ場合ニ適用スヘキ原則ナリ。若シ此原則ヲ貫徹スルヲ以テ不都合ナリトセハ特別ノ規定ヲ設ケサル可カラス。特別ノ規定ナキニ拘ハラヌ此原則ニ付キ制限ヲ設ケント欲セハ確乎タル根據ナカル可カラス。

#### 第四 限時的刑法ノ执行力

刑法カ廢止セラレタルトキハ其施行ノ當時ノ行爲ハ之ニ依リ罰スル能ハサルコトハ前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ（三以下）。其廢止セラル、キ一時的（例）ハ當分ノ中ナル（語）ナルト永久的ナルトハ之ヲ問フ所ニ非ス。然ルニ法律ハ其施行ヲ一定ノ時期ニ限定スルコトアリ。此場合ハ之ヲ分テ左ノ二ト爲ス

限時的  
刑法ノ  
执行力

犯罪構成要件トシテ定メタル時期

コトヲ得。

第一 犯罪構成ノ要件トシテ定メタル時期。

凡ソ犯罪カ犯サレタルトキハ其如何ナル時ニ犯サレタルトヲ問ハス悉ク之ヲ罰スルヲ以テ原則トスレトモ特殊ノ犯罪ニ限リ一定ノ時期ニ爲サレタル場合ニ非サレハ之ヲ罰スルノ必要ナシト爲シ法律ヲ以テ一定ノ時期ニ於テ爲サレタル行爲ニ限リ之ヲ罰スヘキ旨ヲ規定スルコトアリ。斯ル場合ニ於テハ行爲カ一定ノ時期ニ爲サル、コトヲ以テ犯罪構成條件ト爲シタルニ過キスシテ其時期外ト雖モ刑法上ノ準則ハ依然施行力ヲ有スルモノニシテ敢テ之カ廢止若クハ停止ヲ來スコトナシ。換言スレハ斯ル場合ニ於テハ普通ノ犯罪構成ノ要件ノ外ニ尙ホ一定ノ時期内ニ行爲カ爲サレタルコトヲ要ストノ特別條件ヲ必要トスルコトヲ定メタルニ過キス。例ヘハ狩獵法ニ於テ夏期自四月十六日至十月十四日狩獵ヲ爲スヲ禁スルカ如キハ狩獵法ノ認ムル刑法的準則ハ冬期ト雖モ其施行ヲ廢止又ハ停止スルニ非スシテ之カ違反タル犯罪ハ狩獵タル行爲ノ外其行爲カ夏期ニ於テ爲サル、コトノ條件ヲ必要トスルニ

施行期間トシテ定メタル時期

過キス。又例ヘハ刑法第九十四條ニ外國交戦ノ際局外中立ニ關スル命令ニ違背スル行爲ヲ罰スル準則ハ常ニ施行力ヲ有スルモノニシテ獨リ外國交戦ノ際ノミニ限リ施行力ヲ有スルニ非スシテ交戦ノ終リタル後ト雖モ該法條ハ依然施行力ヲ有スルモノトス。唯タ同條ノ犯罪ヲ構成スルニハ犯罪行爲カ外國交戦ノ未タ終了セサル間即チ外國交戦ノ際行ハル、コトヲ以テ犯罪構成ノ要件トスルニ過キス。

第二 施行期間トシテ定メタル時期。

等シク期間ヲ定メタル法律ニ在リテモ犯罪構成ノ要件トシテ之ヲ定ムルニ非スシテ法律ノ施行力ヲ限定スルカ爲メ之ヲ定ムルコトアリ。例ヘハ此法律ハ大正元年十二月末日限り之ヲ廢止スト規定スルトキハ其法律ハ同日迄施行力ヲ有スルモ同日以後ハ施行力ヲ有セサルコトヲ定ムルモノナリ。故ニ其施行期間内ニ犯サレタル犯罪ハ其施行廢止後ニ至リ同法ニ依リ之ヲ罰スル能ハサルモノトス。此場合ハ先ノ場合ト多少類似スル點ナキニ非スト雖モ性質上根本的差異ナキニ非ス。前者ノ場合ニ在リテハ其定メタル時

期ハ犯罪ノ構成ノ要件ニ止マリテ刑法準則ノ施行力ニ何等ノ影響ナシト雖モ後者ノ場合ニアリテハ其定メタル時期ハ施行力ノ限定ニシテ其時期ノ經過スルト共ニ施行力ヲ失フ點ニアリ。

### 第五 新舊兩法ノ比照ヲ爲シ得ヘキ時期

刑法第六條ニ所謂犯罪後ノ法律ニ依リ變更アリタルトキハ其輕キモノヲ適用ストノ法條ハ裁判官ノ刑ノ適用ニ付キ定メタル準則ナリ。故ニ判決確定セサル間ハ第一審及ヒ第二審ノ如キ事實裁判所ハ勿論獨リ法律ヲ適用ノ當否ヲ審判スル法律裁判所ト雖モ尙ホ同法條ヲ適用スヘキモノトス。換言スレハ行爲ノ當時ノ法律ト裁判ノ當時ノ法律トヲ比照シ其輕キモノヲ適用スヘキモノトス(註一〇)。元來事實裁判所ハ職權ヲ以テ事實及ヒ法律點ノ全部ニ涉リ審判スルモノナレハ新舊兩法ノ比照ヲ爲シ其輕キモノヲ適用シ裁判ヲ爲シ得ルハ明白ナル所ナリ。之ニ反シテ上告裁判所ハ事實點ニ付キ審判スル職權ナク法律點ニ至リテモ僅ニ上告トシテ申立テラレタル法律點及ヒ之ニ牽連スル事實ニ付キ審判シ得ヘキ職權ヲ有スルニ過キサレハ裁判所ハ

新舊兩法ノ比照ヲ爲シ得ヘキ時期

當事者ノ申立ナキトキハ上述ノ原則ヲ適用スルノ機會ヲ有スルコトナシ(註一〇)。又假令上告裁判所ニ申立アルモ其申立ニシテ法律上效力ヲ有セサルトキモ亦同シ(註一一)。然ルニ學者或ハ新舊兩法ノ比照ハ獨リ事實裁判所ノミ之ヲ爲スノ權限ヲ有スルモ上告裁判所ハ之ヲ有セスト論スルカ如キ(Frank IV zu § 2) 或ハ上告裁判所ハ常ニ新舊兩法ヲ比照シ輕キモノヲ適用スルヲ得ト論スルカ如キ(V. Bar. I. S. 92) 共ニ適當ナラス。

#### (註一〇) 同趣旨

大審院判例、小幡傳氏(新刑法論六六頁以下)、泉二新熊氏(日本刑論法一〇六頁以下)。

判例ニ曰ク『依テ按スルニ本件ノ犯罪ハ舊刑法ノ下ニ遂行セラレ第二審裁判所カ裁判ヲ爲スニ當リテハ舊刑法ハ尙ホ效力ヲ保有シ現行刑法ハ未タ實施セラレサルモノナレハ原院カ該犯罪ニ對シ舊刑法ノ規定ヲ適用シ新刑法ヲ適用セザリシコトハ判決ノ當時ニ溯テ之ヲ觀察スルトキハ固ヨリ至當ナルヲ以テ該判決ハ之ヲ是認シ上告棄却ノ判決ヲ爲スナ當然ナリトスルニ似タリ。然リト雖モ當院カ被告ノ上告ニ依リ原判決ノ當否ヲ審査スルニ當リテハ其判決ハ縱ヒ其判決當時ノ法律ニ照シ正當ニシテ之ヲ言渡シタル原院ニハ何等過失ノ責ムヘキモノナシトスルモ其判決カ尙モ現行刑法ノ規定ニ照シテ正當ナラサルニ於テハ其判決ハ結局擬律錯誤ノ違法アリトシテ之ヲ破毀シ更ニ相當ノ判決ヲ爲サル可カラス。是レ他ナシ大審院ハ其判決ヲ爲スノ當時ニ於テ效力ヲ有スル現行ノ刑法ニ照シテ原判決ノ適法ナルヤ否ヤヲ審査スルノ職權ヲ有スルモノニシテ現行ノ法律ニ照シテ不法ナル判決ハ之ヲ破毀シ其不法ノ點ヲ矯正スルコトヲ要スルヲ以テナリ』(四一年大審院判決錄九五八頁)。

(註一) 同趣旨 アルフェルト氏 (Allfeld S. 90) ブンチンク氏 (Binding I. 241, 252)。

(註二) 同趣旨 大審院判例。判例ニ曰ク「凡ソ上告ハ原裁判カ法律ニ違背シタルコトヲ以テ其理由ト爲シ趣意書ニ於テ之ヲ明確ニスルコトヲ要スルハ刑事訴訟法ノ規定ニ照シ明白ナリトス。而シテ此所謂法律トハ犯罪當時現ニ行ハレタル法律若クハ其以後趣意書提出ノ時ニ至ル迄ニ現ニ行ハレタル法律ノ謂ニシテ犯罪前既ニ廢止セラレタル法律又ハ趣意書提出ノ時未タ施行セラレサル法律ノ謂ニアラサルヤ疑テ容レズ何トナレハ前者ハ既ニ法律タル効力ヲ失シ後者ハ未タ法律タルノ効力ヲ生セサルヲ以テナリ」(四一年大審院判決録八四二頁)。

裁判所カ不當ニモ新舊兩法ノ比較ヲ爲サスシテ重キ新法若クハ舊法ニ依リ處斷シタル判決確定シタル後ハ刑事訴訟法第二百九十二條ニ依リ檢事ハ司法大臣ノ命ニ依リ非常上告ヲ爲シ之カ救済ヲ企圖スヘク判決確定後法律ニ依リ刑ノ變更アリタルトキハ恩赦ニ依リ之ヲ救済スルノ外他ニ道ナキモノトス。

### 第六 新舊兩法ノ比照ト結合犯、連續犯、及ヒ繼續犯

新舊兩法ノ施行期ニ涉リ行ハレタル結合犯、連續犯及ヒ繼續犯アリタルトキハ新舊兩法ノ比照ノ原則ハ如何ニ適用スヘキヤハ犯罪ノ時ニ關スル問題ナレハ此點ハ第二卷犯罪ノ時ニ關スル説明ニ讓ル。

新舊兩法ノ比照ト結合犯、連續犯及ヒ繼續犯

### 第二款 場所ニ關スル刑法ノ施行力ノ範圍

#### 第一項 場所ニ關スル刑法ノ施行力ニ對スル各種ノ主義(國際刑法)

刑法ノ施行力ノ場所的範圍ニ關スル法則ハ刑法ハ獨リ國內ニ行ハレタル犯罪ニノミ之ヲ適用スヘキカ將タ外國ニ行ハレタル犯罪ニモ之ヲ適用スヘキカ又內國人ノ犯罪ニノミ之ヲ適用スヘキカ將タ外國人ノ犯罪ニモ之ヲ適用スヘキカニ關スル問題ニ付キ解答ヲ與フルモノニシテ刑事事件ニ付キ內外交涉ニ關スル原則ヲ定ムルモノナリ。而シテ其原則ハ大部分ニ於テ國際法ノ原則ヲ基礎トスルモノナリ。故ニ刑法ノ施行力ノ範圍ニ關スル法則ハ一ニ之ヲ國際刑法(Internationales Strafrecht)ト稱ス。然レトモ斯ル法則ハ一邦國ニ依リ制定セラレタル國內法ノ一部ニ屬スルモノナレハ之ヲ固有ノ意義ニ於ケル國際刑法トハ嚴ニ區別セサル可カラズ(註一)。

(註一) 固有ノ意義ニ於ケル國際刑法ニ付テモ其意義一様ナラス。リスト氏ノ説明スル所ニ依レハ固有ノ意義ニ於ケル國際刑法ノ意義ニ四種アルモノ、如シ(Tiest S. 100, 101)。(一)國際刑法トハ文明各國ノ一團即チ國際團體ニ依リ

制定セラレタル刑法的準則ヲ指稱スルコトアリ。例ヘハ國際河流委員及ヒ國際衛生委員ノ刑罰制定ノ權限ニ基キ發セラレタル準則ノ如キ是ナリ。(二)國際刑法トハ刑法ヲ以テスル法益保護ニ付キテノ國際的協約ヲ指稱スルコトアリ。例ヘハ千八百八十四年ノ海底電線保護條約、千八百九十年奴隸販賣禁止ニ關スルブリュッセル一般協約等是ナリ。締約國カスル條約ヲ結ヒタルトキハ之ヲ強制施行スル爲メ之ニ相當スル國內法ヲ設クルノ義務アリ。而シテ其之ニ基キ制定セラレタル刑法的準則ハ國內刑法ニシテ國際刑法ニ非サルコトヲ忘ル可カラズ。(三)國際刑法トハ國家力刑法ヲ定ムルニ付キ特ニ注意スヘキ國際法上ノ準則ヲ指稱スルコトアリ。國際團體ニ屬スル各邦國ハ相互ニ其獨立及ヒ同等權ヲ承認スヘシトノ國際法上ノ根本原則ハ各國ニ對シ外國ノ立法ニ注意ヲ拂フヘク又之ヲ侵害スルヲ避ケ且其缺點ヲ補フヘキ義務ヲ生ス。斯ノ如クシテ各國立法者カ刑法制定ニ付キ國際法上遵守スヘキ準則ヲ生ス。(四)國際刑法トハ一國カ外國ニ對シ刑事事件ニ關シ爲スヘキ法律的共助ノ原則ヲ指稱スルコトアリ。犯罪人ノ引渡ニ關スル原則ノ如キハ其主要ナルモノナリ。斯ル原則ハ關係國間ノ國際條約ニ因リ發生スルモノナリ。而シテ之ニ基キ例ヘハ犯罪人引渡法ヲ制定スルトキハ該法ハ國內法ニ外ナラス。

刑法ノ施行力ノ範圍ニ關スル原則ニ付キ各國ノ定ムル所相同シカラス。學者之ニ關シ論スル所區々ニシテ底止スル所ナキモノ、如シト雖モ此原則ニ對スル主義ハ之ヲ大別シテ左ノ四ト爲スコトヲ得。

### 第一 屬地主義又ハ領域主義(Territorial-, Territorialitätsprinzip)

此主義ハ凡ソ刑法ハ之ヲ制定シタル國ノ領域内ニ限り施行セラル、モノ

屬地主義  
又ハ領域  
主義

ナリトノ觀念ヲ基礎トスルモノナリ。此主義ニ依レハ犯罪カ一國ノ領域内ニ於テ行ハレタル以上ハ行爲者又ハ被害者カ內國人ナルト又外國人ナルトヲ問ハス其害セラレタル法益カ内外人ノ孰レニ屬スルトヲ論セス之ヲ罰スヘキモノトス。此主義ハ孰レノ國タルトヲ問ハス領域主權(Gebietshoheit)ヲ有セサルハナシトノ國際法上ノ原則ヲ基礎トスルモノナリ。此主義ハ四主義中最モ有力ナル主義ト爲スヘキナリ。是レ此主義ノ實行ハ領土主權ニ基ク國內法上ノ實力ヲ以テスルモノナレハ容易ニ之カ貫徹ヲ期シ得ヘキモノアルト又一ニハ此主義ハ行爲ノ場所ニ於テ訴追ヲ爲スモノナレハ之カ實行上ニ於ケル便利甚タ大ナルモノアレハナク。此主義ノ缺點中ノ最モ主要ナリトスヘキ所ハ國外ニ於テ罪ヲ犯シタル自國臣民ヲ罰スル能ハサル點ニアリ。此主義ニ屬スル學者ハ自國臣民カ外國ニ於テ罪ヲ犯シタルトキハ之ヲ自國ニ於テ犯シタルモノト同視シテ之ヲ罰シ以テ此主義ノ缺點ヲ補ハントセリ。

### 第二 屬人主義又ハ國民主義(Personalitäts-, Nationalitätsprinzip)

屬人主義  
又ハ國民  
主義

此主義ハ凡ソ刑法ハ之ヲ制定シタル國ノ臣民ニ對シテ之カ遵守ノ義務ヲ命スルモノナリトノ觀念ヲ基礎トスルモノナリ。此主義ニ從ヘハ人カ其屬スル國ノ刑法ニ反シテ罪ヲ犯シタル以上ハ其國ニ在ルト外國ニ在ルトヲ問ハス又其罪ハ其國ノ法益ニ對シ犯サレタルト外國ノ法益ニ對シ犯サレタルトヲ論セス之ヲ罰スヘキモノトス。此主義ノ缺點中最モ主要ナリトスヘキ所ハ内國ニ滞在スル外國人ノ犯罪ヲ罰スル能ハサル點ニアリ。此主義ヲ主張スル學者ハ外國人カ其國內ニ滞在スル間ハ一時的ノ内國人ナリト爲シ以テ其國內ニ於テ犯サレタル罪ヲ罰シ以テ此主義ニ存スル缺點ヲ補ハントセリ。

### 第三 保護主義又ハ實質主義(Shutz-Realprinzip)

此主義ハ犯罪ニ依リ侵害セラルヘキ法益ニ重キヲ措クモノナリ。此主義ニ依レハ犯罪ニ依リ害セラルヘキ法益カ其國內法上保護スヘキモノナルトキ即チ法益カ其國內的性質ヲ有スルトキハ内國人ニ依リテ犯サル、ト又外國人ニ依リテ犯サル、ト又ハ國內若クハ國外ニ於テ犯サル、トヲ論セス悉

保護主義  
又ハ實質  
主義

ク之ヲ罰スヘシト爲スモノナリ。此主義ハ其侵害セラルヘキ法益カ内國的性質ヲ有スル點ヲ基礎トスルモノナルヲ以テ一ニ之ヲ消極的國民主義(Passive Nationalitätsprinzip)ト稱ス。此主義ハ屬地主義ニ次テ最モ有力ナルモノト爲スヘキナリ。近時ベリング氏ノ如キハ此主義ヲ以テ正鵠ヲ得タル唯一ノ主義ナリト解セリ(Belings, Grundzüge S. 68)。

### 第四 世界主義又ハ宇宙主義(Weltrechts-, Universalprinzip)

此主義ハ國際團體ニ屬スル文明各國ハ孰レモ同様ニ刑罰權ヲ以テ法律秩序ヲ確保シ世界的ノ利益ノ保護ヲ企圖スヘシトノ觀念ヲ基礎トスルモノナリ。此主義ニ依レハ犯罪カ何國ニ於テ行ハレタルト又行爲者カ何國ニ屬スルト又其害セラレタル法益カ何人ニ屬スルトヲ問ハス苟モ罪カ犯サレタル以上ハ何國ト雖モ行爲者ヲ捕ヘ國內刑法ニ依リ之ヲ處罰シ以テ世界的ノ利益保護ノ目的ヲ實行スルノ權利ヲ有シ義務ヲ負フモノト爲スモノナリ。一國カ外國ニ對シ刑事事件ニ付キ法律的共助殊ニ犯罪人引渡ノ義務ヲ認ムルカ如キハ此主義ニ基クモノナリ。此主義ハ健全ナル思想ヲ包含スルコト疑

世界主義  
又ハ宇宙  
主義

ナキ所ナレトモ此主義ニ依レハ外國人カ外國ニ於テ犯シタル總テノ罪モ亦之ヲ罰スヘシト爲スカ如キ不便ニシテ殆ト不可能ノ要求ヲ爲サ、ルヲ得サルカ如キハ此主義ノ缺點トスル所ナリ。

### 第五 折衷主義

屬地主義ハ國際法ノ原則タル領域主權ヲ基礎ト爲シ刑法ノ施行力ノ範圍ニ關スル法則ヲ定ムルモノナレハ此主義ハ原則トシテ之ヲ採用セサルヲ得ス。然レトモ此主義ノミヲ嚴守スルトキハ法律ノ目的ノ貫徹ヲ期スル點ニ於テ不充分ナリト感スヘキ點ナシト爲サス。是レ屬地主義ヲ基礎ト爲シ他ノ各主義ヲ以テ其短ヲ補ハントスル折衷主義カ起リタル所以ナリ。然レトモ折衷主義ノ基礎的の原則ハ屬地主義ニシテ他ノ各主義ハ補充トシテ採用セラル、例外的の原則ナレハ屬人主義保護主義及ヒ世界主義ノ如キハ必要止ムコトヲ得サル場合ニ例外トシテ適用セラル、モノナルコトヲ忘ル可カラス。具體的ニ此主義ノ要求スル所ヲ示サハ第一其國ノ領域内ニ犯サレタル罪ハ屬地主義ニ從ヒ之ヲ罰スヘク其足ラサル所ハ第二其國ノ臣民カ外國ニ於テ

折衷主義

犯シタル罪ハ其重大ナルモノニ限り屬人主義ニ從ヒ補充的ニ之ヲ罰スヘク第三其國ノ存立其他之ニ類スル利益及ヒ其臣民ノ法益ニ對シ外國人カ外國ニ於テ犯シタル重大ナル罪ハ補充的ニ保護主義ニ從ヒ之ヲ罰スヘク第四世界共通ノ利益例ハ國際商業取引國際的往來通信ノ安全貨幣流通ノ安固並ニ社會公共ノ敵タル海賊、奴隸賣買、無政府の爆發物罪ノ如キハ屬地主義乃至保護主義ニ依リ罰スル能ハサル場合ニ於テ補充的ニ世界主義ニ從ヒ之ヲ罰スヘキモノト爲スモノナリ。

### 第二項 我刑法典ノ採用セル主義

刑法ノ施行力ノ範圍ニ關スル原則ニ付キ我刑法ノ採用スル所ハ文明各國ノ最近ノ立法例ノ多數ト同シク上述ノ折衷主義ニアリト解スルヲ得ヘシ。刑法典第一條ノ如キハ屬地主義ヲ原則トスルコトヲ明ニシタルモノニシテ同第二條乃至第五條及ヒ各種ノ條約並ニ犯罪人引渡條例ノ如キハ屬地主義ノ補充トシテ屬人主義、保護主義及ヒ世界主義ヲ採用シタルモノト解スルヲ得ヘシ。左ノ各項ニ分テ之ヲ説明スヘシ。

基本的原則  
タル屬地主義

## 第一 基本的原則タル屬地主義

第一條 本法ハ何人ヲ問ハス帝國内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用ス。  
帝國外ニ在ル帝國船舶内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ付キ亦同シ。

法典ハ其第一條ヲ以テ行爲者カ帝國臣民ナルト外國人ナルトヲ問ハス又其害セラレタル法益カ帝國若クハ帝國臣民ニ屬スルト又ハ外國若クハ外國人ニ屬スルトヲ論セス苟モ帝國ノ領域内ニ於テ犯サレタル罪タル以上ハ其罪ノ輕重大小ヲ問ハス帝國法典ヲ適用シテ處斷スヘキ旨ヲ定メタルハ是レ法典カ屬地主義ヲ採用シタルコトヲ明ニシタルモノナリ。然レトモ屬地主義ハ國際法上ノ領域主權ノ原則ノ當然ノ結果ナレハ一國ノ法律カ其領域ニ施行セラル、ヲ原則トスルコトハ言フヲ俟タサル所ニシテ明文ノ規定ヲ以テ始テ定マルモノニ非ス。是レ我舊刑法典時代ニ於テ同法典ヲ始メトシテ無數ノ法律カ法典第一條ノ如キ明文ヲ缺如セシニモ拘ハラズ帝國内ニ於テ犯サレタル罪ニ對シ一般ニ適用セラレ來リタル所以ナリ。故ニ法典第一條ノ如キ明文ナキトキト雖モ其之アル場合ト同一ニ解釋セラルヘキコトハ蓋

シ疑ヲ容レサル所ナリ。

法律ノ施行力ハ如何ナル範圍ニ及フヘキヤノ問題ハ一面國際法上ノ問題ニシテ他ノ一面國內法上ノ問題ナリ。法典第一條ハ本法ハ何人ヲ問ハス帝國内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ適用ストアリテ其意義明白ニシテ疑ヲ挿ム餘地ナキカ如クナレトモ更ニ一考ヲ費ストキハ必スシモ然ラス。就中帝國内ナル文字ハ地理書若クハ地圖ニ依リ示サル、帝國内ト同一ノ意義ヲ有スルモノニ非スシテ全然別種ノ意義ヲ有ス。而シテ其意義如何ハ國際法及ヒ國內法ニ依リ之ヲ明ニセサルヲ得ス。

法律ノ施行力ハ一國ノ領域全部ニ及フヲ原則トス。而シテ如何ナル範圍ヲ以テ其領域ト爲スヘキヤハ國際法上ノ問題ナリ。領域ノ伸縮ハ一ニ國際法(若クハ國)ニ依リ決セラル、モノニシテ國內法ニ依リ左右シ得ヘキ所ニ非ス。一國ノ法律ノ施行力ヲシテ國際法ニ依リ定マリタル其國ノ領域中如何ナル範圍ニ及ハシムヘキヤハ一ニ國內法ノ定ムル所ニ依リ決セラル。之ヲ要言スレハ國際法ハ一國ノ領域ヲ定メ國內法ハ前者ニ依リ定マリタル領域



ノ如何ナル範圍ニ如何ナル法律ヲ施行スヘキヤヲ定ムルモノナリ。左レハ  
刑法ノ施行力ノ範圍ノ問題ハ第一國際法上ニ於ケル帝國刑法ノ施行力ノ範  
圍第二國內法ニ於ケル刑法ノ施行力ノ範圍ノ二者ニ分テ之ヲ説明スヘシ。

第一 國際法上ニ於ケル帝國刑法ノ施行力ノ範圍。

國際法上帝國ノ領域如何ノ問題ハ觀察點ヲ異ニスルニ從ヒ相同シカラス。  
刑法ノ施行力ノ範圍ノ點ニ依リ觀察スレハ我裁判權(Gerichtsbarkheit)ノ及フ所ハ  
即チ帝國ノ領域ナリト解スヘキモノトス。故ニ刑法上我領域ナリト爲スヘ  
キ區域ハ(一)我帝國ノ版圖若クハ之ト同視スヘキモノ(二)我裁判權ヲ施行シ得  
ヘキ他國ノ版圖及ヒ(三)帝國裁判權ヲ施行シ得ヘキ何國ノ領域ニモ屬セサル  
區域ノ三者アリ。

(一) 帝國ノ版圖若クハ之ト同視スヘキモノ。日本帝國ニ屬スル版圖ハ悉ク  
我法權ニ屬スルハ論ヲ俟タス。帝國ノ本土ハ勿論臺灣、朝鮮、樺太ノ如キハ  
帝國內ニ屬スルコト疑ヲ容レズ。關東州ノ如キハ本來支那ノ版圖ニ屬ス  
ルモ帝國カ同所ニ於テ統治權ヲ實行スルヲ得ルノ權利ノ割讓ヲ得タルモ

國際法上  
於ケル  
帝國刑法  
ノ施行力  
ノ範圍

帝國ノ版  
圖若クハ  
之ト同視  
スヘキモノ  
ノ範圍

ノナレハ國際法上之ヲ我版圖ナリト解スヘキモノトス(註二)。

(註二) 明治三十八年十月十六日勅令日露講和條約第五條ニ曰ク露西亞帝國政府ハ清國政府ノ承諾ヲ以テ旅順口、大  
連並ニ其附近ノ領土及ヒ領水ノ租借權及該租借權ニ關聯シ又ハ其一部ヲ組成スル一切ノ權利、特權及ヒ讓與テ日本  
帝國政府ニ移轉讓渡ス。露西亞帝國政府ハ又前記租借權カ其效力ヲ及ホス地域ニ於ケル一切ノ公共營造物及財産ヲ  
日本帝國政府ニ移轉讓渡ス。兩締約國ハ前記規定ニ係ル清國政府ノ承諾ヲ得ヘキコトヲ互ニ約ス。日本帝國政府ニ  
於テハ前記地域ニ於ケル露西亞臣民ノ財産權カ完全ニ尊重セラルヘキコトヲ約ス。  
明治三十九年一月二十一日勅令清國滿洲ニ關スル條約第一條ニ曰ク清國政府ハ露國カ日露講和條約第五條及第六條  
ニヨリ日本國ニ對シテ爲シタル一切ノ讓渡ヲ承諾ス。

帝國ノ版圖ハ獨リ其領土ニ屬スル土地ノミニ限ラルヘキモノニ非スシ  
テ領水、領空及ヒ帝國ノ船舶ニ及フモノトス。

(甲) 領水。領土ノ沿岸中武力ヲ以テ支配シ得ヘキ範圍ハ領水ト爲シ領土  
ト同一視セラレ。條約ヲ以テ海岸干潮線ヨリ三哩ヲ以テ領水ナリト爲  
シタル多數ノ例アレトモ近時武器ノ威力ノ増進ト共ニ領水ノ範圍ハ擴  
張セラル、傾アリ。

(乙) 領空。領土及ヒ領水ノ上部ニアル空間モ亦下部ヨリ之ヲ支配シ得ヘ

領水

領空

キ範圍ニ限リ帝國ノ版圖ニ屬スルモノト解スルヲ得ヘシ。輓近空中飛行船及ヒ空中飛行機ノ盛ニ行ハル、ニ從ヒ領空ニ關スル問題ノ研究ノ必要ヲ感スルコト大ナリ。

帝國外ニアル帝國船舶

(丙) 帝國外ニアル帝國船舶。帝國船舶ニ帝國々用船舶(Staatschiffe)ト帝國ノ國籍ニ屬スル私有船舶ノニアリ。帝國ノ國用船舶タル軍艦、郵便船及ヒ戰時ニ於ケル運送船ノ如キハ帝國ノ版圖ノ延長ナリト看做スヘキモノニシテ假令外國ノ領水ニ錠泊スル場合ト雖モ國用船舶内ハ之ヲ帝國ノ版圖内ト同一視スヘキモノトス。之ニ反シテ帝國ノ國籍ニ屬スル私有船舶ハ他國ノ領水内ニ在ラサル場合ニ限リ之ヲ帝國ノ版圖ノ延長ナリト看做スヘキナリ。故ニ私有船舶カ外國ノ領水内ニ在ルトキハ其船舶内ハ外國ノ版圖内ナリト爲サ、ルヲ得サレトモ船舶カ何國ノ領水ニモ屬セサル大洋中ニ在ルトキハ船舶内ハ之ヲ帝國ノ版圖内ナリト爲スヘキナリ。法典第一條第二項ニ該法典ハ之ヲ帝國外ニアル帝國船舶内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ適用スヘキ旨ヲ規定シタルカ如キハ上述國際法

上ノ原則ヲ明ニシタルモノト解スヘキナリ(註三)。追テ飛行船、飛行機ノ使用ノ進歩スルニ從ヒ之ニ付テモ同様ノ問題ヲ生スルニ至ルヘシ。  
(註三) 泉・新熊氏ハ法文ノ帝國船舶ハ船舶法ニ依リ帝國ノ國籍ヲ指稱スルモノニシテ該文字中ニハ軍艦ヲ包含セサルモ勿論解釋ニ依リ之ヲ包含スルト同一ニ解釋スルヲ得ヘキ旨ヲ說明セリ(同氏日本刑法論一三版一九頁)。然レトモ斯ノ如キ場合ニ勿論解釋ヲ使用シ得ヘキヤ否ヤハ大ナル疑問ナリ(二八七頁以下參照)。

帝國ノ裁判權ヲ行ヘキ他國ノ版圖

(二)

帝國ノ裁判權ヲ行ヒ得ヘキ他國ノ版圖。外國ノ版圖ニ屬スル領域ハ總テ其國ノ裁判權ニ服スヘキモノニシテ帝國裁判權ヲ行ヒ得ヘキ餘地ナキコトヲ以テ原則トスレトモ之ニ對シ國際法上三個ノ例外アリ。

其一 大使館内若クハ公使館内

(甲) 大使館内若クハ公使館内。帝國ノ大使館及ヒ公使館ハ外國ノ版圖内ニ在ルモ大使館内若クハ公使館内ハ其國ノ裁判權ニ服スルモノニ非ス

シテ全然帝國ノ法權ニ服スヘキコトハ帝國ノ軍艦内ト異ルコトナシ。之ト同シク帝國ノ版圖内ニ在ル外國ノ大使館内若クハ公使館内ハ其國ノ法權ニ屬スルモノニシテ帝國ノ裁判權ニ服スルモノニ非ス。

(乙) 帝國ノ領事裁判權ニ屬スル區域。帝國領事ハ支那、暹羅ニ於テハ日本

其二 帝國ノ領

臣民ノ犯罪(及ヒ日本臣民ノ原告若クハ被告タル民事案件)ニ付キ我法律ヲ適用シ裁判權ヲ行フヘキモノナリ(註四)。故ニ我刑法ノ施行力ハ一定ノ限度内ニ於テ帝國ノ領事裁判權ニ屬スル外國ノ區域ニ及フモノナリ。

(註四) 明治二十九年十月二十九日勅令日清通商航海條約第三條第二項ニ曰ク「右領事官ハ清國官吏ヨリ相當ノ禮遇ヲ受ケ且最惠國ノ領事官ニ現ニ附與シ若クハ將來附與スヘキ總テノ資格、職權、裁判、管轄權、特權及ヒ免除ヲ享有スヘキモノトス」同第二十二條ニ曰ク「清國ニ於テ犯罪ノ被告ト爲リタル日本國臣民ハ日本國ノ法律ニ依リ日本國官吏之ヲ審理シ其有罪ト認メタルトキハ之ヲ處罰スヘシ。清國ニ在ル日本國臣民ニ對シ犯罪ノ被告ト爲リタル清國臣民ハ清國ノ法律ニ依リ清國官吏之ヲ審理シ其有罪ト認メタルトキハ之ヲ處罰スヘシ」。

明治三十一年六月二十五日勅令日本運送修好通商航海條約議定書第一ニ曰ク「暹羅國政府ハ暹羅國ノ司法改革ノ完了セラル、迄即チ刑法、刑事訴訟法、民法(但シ婚姻及ヒ相続法ヲ除ク)民事訴訟法及ヒ裁判所構成法ノ實施ニ至ル迄日本國領事官ニ於テ在暹羅國日本國臣民ニ對シ裁判權ヲ執行スルコトヲ承諾ス」。

(丙) 帝國ノ軍隊ノ占領スル外國版圖。外國ノ版圖ニシテ戰時帝國ノ陸海軍ニ依リ占領セラル、區域ニ於テハ帝國ハ國際法上一定ノ程度ノ裁判權ヲ行フコトヲ得ルモノナリ。陸軍刑法第四條及ヒ海軍刑法第四條ノ如キハ國際法上ノ原則ニ從ヒ定メタルモノト謂フヘシ(註五)。

(註五) 陸軍刑法第四條ニ曰ク「帝國軍ノ占領地ニ於テ陸軍々人刑法又ハ他ノ法令ノ罪ヲ犯シタルトキハ之ヲ帝國内ニ於テ犯シタルモノト看做ス。海軍々人ニ非スト雖モ帝國臣民、從軍外國人及ヒ俘虜ノ犯シタルトキ亦前項ニ同シ」。

ニ於テ犯シタルモノト看做ス。陸軍々人ニ非スト雖モ帝國臣民、從軍外國人及ヒ俘虜ノ犯シタルトキ亦前項ニ同シ。海軍刑法第四條ニ曰ク「帝國軍ノ占領地ニ於テ海軍々人刑法又ハ他ノ法令ノ罪ヲ犯シタルトキハ之ヲ帝國内ニ於テ犯シタルモノト看做ス。海軍々人ニ非スト雖モ帝國臣民、從軍外國人及ヒ俘虜ノ犯シタルトキ亦前項ニ同シ」。

(三) 何國ニモ屬セサル區域。大洋若クハ亞弗利加内地ノ如ク何國ノ版圖ニモ屬セサル場所ニ於テハ何國カ如何様ニ裁判權ヲ行フトハ其隨意ニ屬ス。而シテ斯ル裁判權ハ屬地主義ト沒交渉ナレトモ保護主義若クハ世界主義ノ實行上斯ル區域ニ於テ犯サレタル罪ニ付キ帝國刑法ヲ施行場合アルコト勿論ナリ。

第二 國內法ニ於ケル刑法ノ施行力ノ範圍。

法典第一條ニ同法典ハ何人ヲ問ハス帝國内及ヒ帝國外ニ在ル帝國船舶内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用スヘキ旨ノ規定アルモ同法ハ帝國ノ領域全部ニ施行セラル、モノニ非スシテ帝國ノ領域ノ中臺灣、朝鮮、關東州ヲ除キタル區域内ニ於テノミ施行力ヲ有スルモノナリ。換言スレハ刑法典ハ帝國ノ領域中帝國ノ本土及ヒ樺太ノ領域(領土、領空)内、帝國外ニ在ル帝國船舶内、帝國

犯罪地ト  
結合犯連  
續犯若ク  
ハ繼續犯

ノ裁判權ヲ施行シ得ヘキ他國ノ區域内ニ施行力ヲ有スルモノニシテ臺灣、朝鮮及ヒ關東州ニ屬スル領域(水、領土、領空)ハ法典ノ施行力ノ及ハサル範圍ニ屬ス。而シテ臺灣ニハ明治四十一年律令第九號臺灣刑事令ヲ以テ定メタル刑法典施行セラレ、朝鮮ニハ同四十五年制令第十一號朝鮮刑事令ヲ以テ定メラレタル刑法典施行セラレ、關東州ニハ明治四十一年勅令第二百十三號關東州裁判事務取扱令第一條ヲ以テ定メラレタル刑法典施行セラレ。故ニ我帝國ハ刑法典ノ施行力ノ範圍ヨリスレハ之ヲ四個ノ相獨立セル法域ニ分割セラレ、モノト爲サ、ルヲ得ス。而シテ右各法典ハ其內容帝國刑法典ト同一ナレトモ刑法典以外ノ刑罰法令ハ各法域ヲ異ニスルニ從ヒ各內容ヲ異ニス。茲ニ於テ他ノ法域内ニ於テ犯サレタル罪ハ元來之ヲ罰スルヲ得ヘキヤ若シ罰スルヲ得ルモノトセハ何地ノ法律ヲ適用スヘキヤノ問題ヲ生ス。此問題ハ第三項法域ヲ異ニセル國內刑法ノ施行力ノ題下ニ説明ヲ試ムヘシ。

**第三 犯罪地ト結合犯、連續犯若クハ繼續犯。**

屬地主義ハ犯罪ノ地ノ刑法ノ施行力ヲ認ムルモノナリ。是ニ於テ犯罪ノ

補充的原  
則タル屬  
人主義

地如何ノ問題ハ此主義ノ適用上緊要ナル問題ニ屬ス。犯罪カ帝國ト外國トノ境界ヲ接スル地點ニ於テ犯サレタルカ若クハ帝國内ニ於テ法域ヲ異ニセル二個ノ區域ノ境界線ヲ接スル地點ニ於テ行ハレタル場合ニ於テ行爲ノ地ト結果ノ發生ノ地ト區域ヲ異ニスル場合又ハ犯罪カ結合犯、連續犯若クハ繼續犯ナル場合ニ於テ犯罪ヲ組成スル行爲カ兩區域ニ於テ爲サレタル場合ニ於テ屬地主義ハ如何ニ適用スヘキヤノ問題ヲ生ス。而シテ此問題ハ主トシテ犯罪ノ場所ハ何レニアリヤノ問題ニ外ナラサレハ此點ハ第二卷犯罪ノ場所ニ關スル説明ニ讓ル。

**第二 補充的原則タル屬人主義**

**第三條**

本法ハ帝國外ニ於テ左ニ記載シタル罪ヲ犯シタル帝國臣民ニ之ヲ適用ス。

- 一 第八條(放火罪)、第九條第一項(放火罪)、第八條、第九條第一項ノ例ニ依リ處斷スヘキ罪及ヒ此等ノ罪ノ未遂罪。
- 二 第九十九條ノ罪(溢水罪)。
- 三 第五十九條乃至第六十一條ノ罪(文書偽造罪)。
- 四 第六十七條ノ罪及ヒ同條第二項ノ未遂罪(印章若クハ署名ノ偽造罪)。

第二章 刑法典 第三節 刑法ノ施行力 第二款 場所ニ關スル刑法ノ施行力ノ範圍 三五三

- 五 第七十六條乃至第七十九條(強姦罪、強制猥褻罪)、第八十一條(同上ニ關スル致死傷罪)及ヒ第八十四條ノ罪(重婚罪)。
  - 六 第九十九條、第二百條ノ罪(殺人罪)及ヒ未遂罪。
  - 七 第二百四條(傷害罪)及ヒ第二百五條ノ罪(傷害致死罪)。
  - 八 第二百四條乃至第二十六條ノ罪(重キ墮胎罪)。
  - 九 第二十八條ノ罪(保護ノ義務アル者ノ遺棄罪)及ヒ同條ノ罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル罪。
  - 十 第二百二十條(逮捕監禁罪)及ヒ第二百二十一條ノ罪(同上ニ因ル致死傷罪)。
  - 十一 第二百二十四條乃至第二十八條ノ罪(略取誘拐罪)。
  - 十二 第二百三十條ノ罪(名譽毀損罪)。
  - 十三 第二百三十五條(竊盜罪)、第二百三十六條(強盜罪)、第二百三十八條乃至第二百四十一條及ヒ第二百四十三條ノ罪(準強盜罪、強盜致死傷罪、強盜強姦及ヒ同致死傷罪)。
  - 十四 第二百四十六條乃至第二百五十條ノ罪(詐欺恐喝ノ罪)。
  - 十五 第二百五十三條(業務上ノ横領罪)。
  - 十六 第二百五十六條第二項ノ罪(贓物ノ運搬、寄藏、故買又ハ牙保罪)。
- (帝國外ニ於テ帝國臣民ニ對シ前項ノ罪ヲ犯シタル外國人ニ付キ亦同シ)。

参考 刑法施行法第二十七條 左ニ記載シタル罪ハ刑法第三條ノ例ニ從テ、一著作權法ニ掲ケタル罪、二重要物産同業組合法ニ掲ケタル罪、三移民保護法ニ掲ケタル罪。

第五條 外國ニ於テ確定裁判ヲ受ケタル者ト雖モ同一行為ニ付キ更ニ處罰スルコトヲ妨ケス但犯人既ニ外國ニ於テ言渡サレタル刑ノ全部又ハ一部ノ執行ヲ受ケタルトキハ刑ノ執行ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得。

法典第三條第一項ハ帝國外ニ於テ帝國臣民カ同項記載ノ罪(及ヒ刑法施行法<sup>記載</sup>ヲ犯シタル以上ハ之ニ因リテ害セラレタル法益カ帝國若クハ帝國臣民ニ屬スルト外國若クハ外國人ニ屬スルトヲ問ハス帝國法典ヲ適用シテ處罰スヘキ旨ヲ定メタルモノニシテ法典カ一定ノ程度ニ於テ一種ノ屬人主義ヲ採用シタルコトヲ明ニスルモノナリ。行為者カ帝國臣民ナルトキハ之ヲ罰シ外國人ナルトキハ之ヲ罰セサル點ハ此主義ノ特色トスル所ナリ。帝國外ニ於テ犯サレタル罪ヲ罰スル點ニ於テ此主義ハ屬地主義ト對立スルモノナリ。外國ニ於テ外國若クハ外國人ノ法益ヲ害シタル罪ヲモ罰スル點ニ於テ此主義ハ保護主義ト矛盾スルモノナリ。此主義ノ如ク自國臣民ノ犯罪ハ犯

罪地ノ如何、被害法益ノ如何ヲ論セス悉ク之ヲ罰スルハ蓋シ自國臣民ノ非行ヲ禁シ善行ヲ保タシメ以テ國民ノ品位ヲ向上セシメントスルノ趣旨ニ出テタルモノナルヘシ。

法典第三條第一項規定ノ屬人主義ハ屬地主義ノ例外ヲ爲スモノニ非スシテ之ヲ補フモノナリ。即チ屬人主義ヲ以テ屬地主義ヲ補フニ依リ刑法ヲ以テ罰シ得ヘキ範圍ヲ擴張スルモノナリ。是レ屬人主義カ補充的原則タル所以ナリ。而シテ屬人主義ニ依リ罰シ得ヘキ範圍ハ法律(法典第三條及七刑法施行法第二十七條)ニ依リ指定セラレタル種類ノ犯罪ニ限ルヘキモノニシテ指定以外ノ種類ノ犯罪ハ屬人主義ニ依リ之ヲ罰スルコトヲ得サルモノトス。

帝國臣民タル者ハ帝國臣民タル國籍ヲ喪失セサル以上ハ依然帝國臣民ナリ。帝國臣民ノ子ハ帝國臣民ナリ(明治三十二年法律第六六號)。外國人ハ帝國臣民ノ入夫ト爲リ妻ト爲リ養子ト爲リ或ハ歸化シテ日本臣民タル國籍ヲ獲得スルヲ得ヘキモノトス(同法第五條第七條)。帝國臣民タル當時罪ヲ犯シ其後外國人ト爲リタルカ又外國人タル當時罪ヲ犯シ其後帝國臣民タルノ國籍ヲ

獲得シタル場合ニ於テハ特別ノ規定ナキ以上ハ時ニ關スル刑法ノ施行力ニ關スル原則ヲ準用シ行爲者ニ利益ナル原則ヲ適用スルノ外ナカルヘシ。

法典第五條ハ外國ニ於テ罪ヲ犯シタル帝國臣民カ其罪ニ付キ或ハ無罪ノ言渡ヲ受ケ或ハ有罪ノ言渡ヲ受ケ其裁判確定シタル場合ト雖モ帝國ノ裁判所ハ同一罪ニ付キ更ニ審理ヲ爲シ有罪無罪ノ裁判ヲ爲シ其有罪ナリトシ刑ノ言渡ヲ爲シタルトキハ(假令外國ニ於テ無罪ノ言渡ヲ受ケ又ハ有罪ノ言渡ヲ受ケ其刑ノ執行ヲ終リタル場合ト雖モ)更ニ刑ノ執行ヲ爲スヲ得ヘキ旨ヲ定ム。此主義ハ世界主義ト矛盾スル所ナリ。然レトモ犯人カ既ニ外國ニ於テ言渡サレタル刑ノ全部又ハ一部ノ執行ヲ終リタルニモ拘ハラズ全然之ヲ無視シテ我裁判所ノ言渡シタル刑ヲ執行スルトキハ甚シキ不公平ヲ生スル場合ナシト爲サス。是レ法典第五條但書ヲ以テ斯ル場合ニ於テハ裁判所ヲシテ刑ノ執行ノ減輕又ハ免除ヲ爲スコトヲ得セシメタル所以ナルヘシ。本條ハ屬人主義ニ適用セラル、ノミナラス保護主義ニ適用セラル、モノナリ。

### 第三 補充的原則タル保護主義

補充的原則タル保護主義

第二條 本法ハ何人ヲ問ハス帝國外ニ於テ左ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用ス。

- 一 第七十三條乃至第七十六條ノ罪(皇室ニ對スル罪)。
  - 二 第七十七條乃至第七十九條ノ罪(内亂ニ關スル罪)。
  - 三 第八十一條乃至第八十九條(外患ニ關スル罪)。
  - 四 第四百四十八條ノ罪(内國通貨ノ偽造罪)及ヒ其未遂罪。
  - 五 第五百四十四條(詔書其他ノ文書ノ偽造變造罪)、第五百五十五條(公務所ノ文書ノ偽造變造罪)、第五百五十七條(公務員チシテ公文書ニ不實ノ記載ヲ爲サシムル罪)及ヒ第五百五十八條ノ罪(以上ノ文書ヲ行使スル罪)。
  - 六 第六百六十二條(有價證券偽造罪)及ヒ第六百六十三條ノ罪(同上行使罪)。
  - 七 第六百六十四條乃至第六百六十六條ノ罪(御璽、國璽、御名ノ偽造、公務所ノ印章偽造罪)及ヒ第六百六十四條第二項、第六百六十五條第二項、第六百六十六條第二項ノ未遂罪。
- 參考 刑法施行法第二十六條 左ニ記載シタル罪ハ刑法第二條ノ例ニ從フ、一軍機保護法ニ掲ケタル罪、二徵兵令ニ掲ケタル罪、三明治三十八年法律第六十六號ニ掲ケタル罪(外國ニ於テ流通スル貨幣、紙幣、銀行券、證券、偽造變造及ヒ模造ニ關スル罪)、四通貨及ヒ證券模造取締法ニ掲ケタル罪、五船舶法ニ掲ケタル罪、六船員法ニ掲ケタル罪、七船舶職員法ニ掲ケタル罪、八船舶検査法ニ掲ケタル罪、九戶籍法ニ掲ケタル罪、十郵便法ニ掲ケタル罪。

第三條 第一項(略之)。

帝國外ニ於テ帝國臣民ニ對シ前項ノ罪ヲ犯シタル外國人ニ付キ亦同シ。

第四條 本法ハ帝國外ニ於テ左ニ記載シタル罪ヲ犯シタル帝國ノ公務員ニ之ヲ適用ス。

- 一 第一百一條ノ罪及ヒ其未遂罪(被拘禁者ヲ逃走セシムル罪)。
- 二 第一百五十六條ノ罪(公務員ノ文書偽造罪)。
- 三 第九十三條(職權濫用罪)、第九十五條第二項(被拘禁者ヲ虐待スル罪)、第九十七條ノ罪(收賄罪)及ヒ第九十五條第二項ノ罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル罪。

第五條 外國ニ於テ確定判決ヲ受ケタル者ト雖モ同一行為ニ付キ更ニ處罰スルコトヲ妨ケス但犯人既ニ外國ニ於テ言渡サレタル刑ノ全部又ハ一部ノ執行ヲ受ケタルトキハ刑ノ執行ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得。

法典第二條ニ列記スル罪ハ孰レモ帝國ノ法益ヲ害スル罪中ノ最モ重大ナルモノニ屬ス。刑法施行法第二十六條列記ノ罪ハ直接又ハ間接ニ帝國ノ法益ヲ害スル罪ニ屬ス。法典第三條ニ列記スル罪ハ孰シモ直接又ハ間接ニ一個人ノ法益ヲ害スル罪ノ中最モ重大ナルモノニ屬ス。尙ホ又第四條ニ列記

スル罪ハ孰レモ公務ニ關スル罪ニシテ其帝國ノ法益ヲ害スル罪ナルコト明白ナリ。第二條第三條二項及ヒ第四條ハ帝國ノ法益又ハ帝國臣民ノ法益ヲ保護スル爲メ定メタルモノト解スヘキモノトス。就中法典第二條ハ帝國ノ法益ヲ害スル罪(同條指)カ外國ニ於テ犯サレタルトキハ行爲者ノ何人タルトヲ問ハス(即チ帝國臣民ナラハト)外之ヲ罰スヘキ旨ヲ定メ又第三條第二項ハ帝國臣民ノ法益ヲ害スル罪(同條指)カ外國ニ於テ犯サレタルトキハ行爲者カ外國人ナル場合ト雖モ尙ホ之ヲ處罰スヘキ旨ヲ定メタルモノニシテ法典ハ法律ヲ以テ指定シタル或種ノ罪ニ付キ保護主義ヲ採用シタルコトヲ明ニスルモノナリ。又法典第四條ハ帝國ノ公務員カ帝國外ニ於テ公務ニ關スル罪(同五條指)ヲ犯シタルトキハ之ヲ罰スヘキ旨ヲ規定シタルモノナリ。行爲者カ帝國ノ公務員タルヲ要スル點ニ著眼スルトキハ該規定ハ屬人主義ニ出テタルモノ、如クナレトモ必スシモ然ラス。帝國ノ公務員ハ帝國ノ公務ニ從事スル職員ヲ指稱スルモノニシテ必スシモ帝國ノ公務員タルニハ帝國臣民タルヲ要セス(歐洲各國ノ各市ニ於ケル名)。故ニ第四條ハ屬人主義(行爲者カ帝國臣民

補充的  
原則タル  
世界主義

スタル場合ニ罰ニ出テタルモノト爲スニ足ラス。而シテ公務ニ關スル罪ハ前述ノ如ク帝國ノ法益ニ關スル罪ナルコト明白ナル所ナレハ第四條ノ規定ハ寧ロ保護主義ニ出テタルモノト解スルヲ以テ正解トス。

保護主義カ屬地主義ノ補充トシテ採用セラレタルコト及ヒ第五條ノ適用ニ付テハ前段屬人主義ニ關シ説明シタルカ如シ。

#### 第四 補充的の原則タル世界主義

法典直接ノ規定ニ依リ帝國ニ於テ世界主義ヲ採用シタルモノト認ムヘキモノナシト雖モ帝國カ締盟各國ト條約ヲ結ビ犯罪中特ニ社會公共ニ對スル敵對行爲ナリト認メラルヘキモノニ付キ犯罪者ノ現在スル國ノ政府ハ犯罪者ヲ罰スヘキ權アル國ノ政府ニ相互ニ引渡スヘキコトヲ約シ又逃亡犯罪人引渡條約(明治二四年勅令第四四號)ヲ制定シ引渡ノ手續ヲ規定シ以テ犯罪者ヲシテ國外ニ於テ犯シタル罪ニ付キ處罰ヲ免ル能ハサラシムルカ如キハ帝國カ世界主義ヲ否認セサルコトヲ示スモノナリ。此主義ハ特定ノ種類ノ犯罪ニ付キ行ハル、コト及ヒ此主義ハ屬地主義ト矛盾スルモノニ非スシテ之ヲ補充スル



引渡請求  
ノ管轄  
ニ於テ  
犯罪  
タル者  
ニ限ル

ニ止マルコトハ屬人主義及ヒ保護主義ト其趣ヲ同ウス。然レトモ犯罪人引渡ノ事タル元來刑事訴訟上ノ國際的共助ニ屬スル事項ニ外ナラサレハ茲ニハ逃亡犯罪人引渡條例、日米間犯罪人引渡條例(明治一九年勅令一九)並ニ日露間ノ犯罪人引渡條例(明治四四年勅令四)ニ基キ引渡ヲ爲スヘキ犯罪人ノ種類ニ付キ要項ヲ略示スヘシ。

(一) 引渡請求國ノ管轄内ニ於テ罪ヲ犯シタルコト明ナル者ニ限ル。引渡請求國ノ管轄内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ對シテハ引渡請求國ニ於テ之ヲ罰スルノ權利アリ。從テ犯罪人ノ引渡ヲ請求スルヲ相當ナリトスヘシ。之ニ反シテ犯罪カ被請求國ニ於テ行ハレタル場合ハ勿論第三國ニ於テ行ハレタル場合ノ如キハ引渡ヲ正當ナリトスヘキ理由薄弱ナルカ若クハ全然其理由ナキモノトス。故ニ法律又ハ條約ニ於テ引渡ヲ爲スヘキ犯罪者ハ引渡請求國ノ管轄内ニ於テ罪ヲ犯シタル者タルヲ要スル旨ヲ定ムルヲ通常トス。逃亡犯罪人ノ引渡條例(第一項)日米犯罪人引渡條例(第二)日露犯罪人引渡條例(第一)等悉ク然ラサルハナシ。而シテ犯罪者トシテ引渡サルヘ

條約ニ定  
メタル  
犯罪タル  
者トシテ  
引渡スル  
コトヲ要ス

キ者ハ一應犯罪者タルコトヲ認メ得ヘキモノアルコトヲ要ス。故ニ犯罪者トシテ引渡ヲ請求シ又ハ引渡ヲ爲サントスルニハ本人ニ於テ既ニ有罪ノ判決ヲ受ケ居ルカ又ハ之ニ犯罪アリト認ムヘキ一應ノ證據アル場合ニ限ルヲ原則トス(逃亡犯罪人引渡條例第一條、日米犯罪人引渡條例第八條)。

(二) 條約ニ定メタル罪ヲ犯シタル者タルコトヲ要ス。犯罪者トシテ引渡スヘキ犯罪ノ種類ハ之ヲ條約ニ定ムヘキモノニシテ其定メラレタル犯罪ハ之ヲ引渡犯罪ト謂フ(逃亡犯罪人引渡條例第一項)。引渡犯罪ハ或ハ抽象的ニ定メ或ハ具體的ニ定ム。日露條約ノ如キハ前者ノ例ニシテ(日露犯罪人引渡條例第二條)日米條約ノ如キハ後者ノ例ナリ(日米犯罪人引渡條例第二條)。其孰レナルトハ問ハス其犯サレタリトセラル、犯罪輕微ナルカ又ハ其所爲雙方ノ國法中ノ孰レカニ依リ無罪ナルトキハ引渡ヲ爲スヘキモノニ非サル點ニ於テハ一致セリ(日米條約第五條第三項、日露條約第二條)。

(三) 政治上ノ目的ヲ以テスル犯罪者ニ非サルコトヲ要ス。犯罪人引渡ヲ認ムル所以ハ一ニハ締盟國相互ノ利益ヲ計ルニアリト雖モ又大ニ世界的法

政治上ノ  
目的ヲ以  
テスル  
犯罪者  
ニ非サル  
コトヲ要ス

律秩序ヲ確保シ世界の共同ノ利益ヲ企圖セントスルノ精神ヲ包含スルモノトス。故ニ世界公共ノ利益ニ關係ヲ有スルコト少キ政治犯ノ如キ又政治犯ニ非サルモ引渡請求ノ目的カ政治上ノ犯罪ヲ罰スルノ目的ニ出テタルトキハ引渡ヲ拒ミ得ヘキ旨ヲ規定スルヲ通常トス。逃亡犯罪人引渡條例(第三)日米犯罪人引渡條約(第四)日露犯罪人引渡條約(第四)ノ如キハ明文ヲ掲ケテ此點ヲ明ニセリ。政治上ノ犯罪トハ國家ノ存立及ヒ國家ノ主權者ニ對スル罪及ヒ國民ノ參政權ニ對スル罪等ヲ指稱スルモノニシテ之ヲ我法律ニ求ムレハ皇室ニ對スル罪ノ一部、内亂ニ關スル罪、外患ニ關スル罪、選舉法違反ノ罪ノ如キハ政治犯ナルヘシ。

### 第三項 法域ヲ異ニセル國內法相互ノ 施行力

我帝國ハ刑法典ノ施行力ノ範圍ニ依リ之ヲ分テ第一帝國本土、第二臺灣、第三朝鮮、第四關東州ノ四個ノ相獨立セル法域ニ區別シ得ヘキコト前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ(三五)。又内閣、各省、北海道、各府縣、樺太ハ各若干ノ刑罰制裁ヲ

有スル命令ヲ發シ得ヘク而シテ其命令ハ各管轄區域内ニ施行力ヲ有スルモノナレハ各法域ヲ異ニスル無數ノ刑罰法令ノ存在スルコトアルヘキハ自明ノ理ナリ。是ニ於テ一法域ニ於ケル刑罰法令ハ他ノ法域ノ裁判所ニ於テ之ヲ適用シ得ルヤ否ヤノ問題ヲ生ス。

本問ニ對シ解決ヲ試ムルニ先チ一言スヘキハ事實上限地的ニ施行セラル、法律ト一法域内ニ施行セラル、法令トノ區別是ナリ。例ヘハ臺灣銀行(明治三〇年法)ハ事實上臺灣ニ在ル臺灣銀行ニ施行セラル、モ同法ハ帝國ノ領域ノ全部ニ於テ適用スルヲ得ルモノナリ。又北海道拓殖銀行(明治三〇年法)ハ事實上北海道札幌ニ在ル北海道拓殖銀行ニ施行セラル、モ同法ハ帝國ノ領域ノ全部ニ於テ施行セラル、モノナリ。故ニ帝國ノ孰レノ裁判所モ之ヲ無視スル能ハサルモノニシテ之ニ該當スル事件アリタルトキハ之ヲ適用セサル可ガラス。故ニ例ヘハ臺灣銀行法第二十六條若クハ北海道拓殖銀行法第二十七條ノ違反事件アリテ被告人ノ所在地ナル東京ニ於テ起訴セラレタリト假定セハ東京ノ裁判所ハ右法律ヲ適用シテ處斷セサル可カラス

トノ點ニ付テハ何人モ異論ナカルヘシ。然ルニ一法域内ニ施行セラル、法令カ限地的ニ施行セラル、點ニ付テハ事實上限地的ニ施行セラル、法律ト同一ナルモ其異ル所ハ一ハ帝國ノ全部ニ通スル法律即チ帝國法律タル性質ヲ有スルモ一ハ斯ル性質ヲ有セサル點ニアリ。是ニ於テ裁判所ハ他ノ法域内ニ於テ行ハレタル犯罪ニ付キ行爲地ノ法令ヲ適用シ處罰スルヲ得ルヤ否ヤニ付キ大ニ争ハル、所以ナリ。

此問題ハ之ヲ積極ニ解スルヲ相當ト爲ス即チ裁判所ハ他ノ法域内ニ於テ犯サレタル犯罪ニ付テハ其法域内ニ施行セラル、法令(行爲地ノ法令)ヲ適用シテ處斷スヘキモノト解スルヲ相當ト爲ス。之カ理由トスヘキモノ三アリ。左ニ之カ要領ヲ略示スヘシ。

第一 事實上限地的ニ施行セラル、法律ト一法域内ニ施行セラル、法令トハ其形式ニ付キ大差アルモ其實質ニ於テハ殆ト同様ナリト謂フヘシ。一法域内ニ於テ施行セラル、法令ト雖モ正當ノ權限アル機關ニ依リ制定セラレタルモノニシテ客觀的有效ナル法令ナル點ニ於テ其實質他ノ帝國法

令ト異ナル所ナク單ニ之ヲ制定スル機關ヲ異ニスルニ過キス。而シテ其機關モ亦帝國ノ一機關ニ外ナラサレハ帝國ソレ自身ニ依リ制定セラレタル法令ト選ム所ナシ。故ニ若シ帝國ノ各裁判所ハ事實上限地的ニ施行セラル、帝國ノ法律ヲ適用スヘキモノトセハ他ノ法域ニ屬スル法令モ亦之ヲ適用セサルヲ得サルヘシ。等シク帝國ノ機關ニ依リ有效ニ制定セラレタル法令ナリ其一ノ適用ヲ認め其二ノ適用ヲ拒ムカ如キハ理由アルコトナシ。

第二 此問題ハ近時大ニ争ハル、モ敢テ新ナル問題ニ非ス。此問題ハ移シテ甲府縣ノ警察令ノ違反事件カ被告人所在地ナル乙府縣ニ於テ起訴セラレタル場合ニ於ケル問題ト爲ヌヲ得。例ヘハ静岡縣ト神奈川縣ノ境界ニ近キ村落ニ於テ警察令ニ違反スル犯行アリト假定セヨ。而シテ其行爲ハ神奈川縣ノ警察令ニ依ルモ又静岡縣ノ警察令ニ依ルモ共ニ罰セラルヘキモノニシテ行爲ノ地ハ神奈川縣ニシテ被告人ハ常ニ静岡縣ニ居住シ犯行後時効完成迄神奈川縣ノ區域ニ足ヲ踏込マサルヘシト決意シタリト假定

セヨ。此場合ニ於テ被告人ノ居住地ノ警察署カ隣村タル犯罪地ノ警察署ヨリ告發ヲ受ケ其罪證顯者ナルモノアリトスルトキハ之ヲ即決處分ニ付シ又ハ之ヲ管轄區裁判所ニ送致スルヲ得ルヤ否ヤ又即決處分ニ付スルヲ得トセバ静岡縣ノ警察令ヲ適用スヘキヤ又神奈川縣ノ警察令ヲ適用スヘキヤノ問題ヲ生スヘシ。斯ル場合ニ於テハ警察署ハ其行爲ハ孰レノ警察令ニ從フモ違反行爲ナレハ到底無罪ニ非スト爲シ或ハ即決處分ニ付シ或ハ管轄區裁判所ニ送致スルナルヘシ。其即決處分ヲ爲ス場合ニ於テハ警察署ハ犯罪地ノ警察令ヲ適用スルヲ得ルモ行爲地ニ施行力ナキ即決地ノ警察令ヲ適用スル能ハサルハ勿論ナルヘシ。而シテ斯ノ如キ處分ハ疑ヲ容レサルモノトシテ一般ニ行ハレタル慣行ナルモノ、如ク又斯ノ如キ慣行ヲ不當ナリトスヘキ理由アルヲ見ス。斯ノ如キ慣行ニシテ不當ニ非ストセハ之ヲ擴張シテ裁判所ハ他ノ法域ニ施行セラル、帝國內ノ法令ヲ適用シ裁判スルハ不當ニ非スト爲サ、ルヲ得ス。

第三 假ニ反對ノ解釋ヲ採用シ裁判所ハ他ノ法域ニ施行セラル、法令ハ之

ヲ適用スル能ハサルモノト解センカ是レ帝國ノ機關ニ依リ適法ニ制定セラレタル法令ヲ無視スルモノナリトノ非難ハ之ヲ別論トスルモ斯ル解釋ヲ採用スルノ實際上ノ不都合ハ意想外ニ大ナルモノアルコトヲ一言セザルヲ得ス。此解釋ヲ採用スルトキハ各府縣ニ行ハル、警察令違反(假令被告)人所在地ニ於テモ有境ヲ越ユルトキハ到底罰スル能ハサルカ如キ不都合ヲ生スルカ如キハ是ヲ小ナルモノトシテ假ニ忍ビ得ルモノト爲スヲ得ヘシ。然レトモ此解釋ニ從ハンカ到底忍フ能ハサル重大ナル不都合ヲ生スルコトアルヘシ。例ヘハ朝鮮ニ於テ大逆罪ヲ犯シタル者カ帝國ノ本土ニ現在スルコトヲ發見シタリト假定センカ帝國刑法典ニ從フモ他ニ比類ナキ重大ナル犯罪者ニシテ朝鮮ノ制令ニ基ク刑法典ニ依ルモ他ニ比類ナキ重大ナル犯罪者ナリ。然ルニモ拘ハラス論者ノ解釋ニ從ハンカ我裁判所檢事ハ之ヲ無罪ナリト爲サ、ルヲ得サルノ結果トシテ手ヲ下スノ餘地ナク僅ニ朝鮮ノ司法官廳ニ通報シテ其處分ヲ待ツノ外ナカルヘシ。然ルニ此罪カ帝國外ニ於テ犯サレタルモノト假定セハ檢事ハ刑法第二條、第七十