591
112

0016081001

0016081-001

５９１－１１２

刑法学粋

宮本英脩・著

弘文堂書房

第１至５分冊

昭和４至６

ACG

8. 4.26

納本

348

刑法學粹

第一分册

宮本英脩著

發兌 弘文堂書房

帝國圖書館藏

刑法學粹

第一分冊

京都帝國大學教授
法學士 宮本英脩著

發兌 弘文堂書房

昭和10年 帝國圖書館藏

591-112

序

予曩ニ予ノ講筵ニ於ケル教科書用トシテ刑法學綱要ノ著アリ。叙述力メテ簡約ヲ期シタリト雖モ仍ホ拘ハル所アリ。爲メニ冗漫ノ跡少カラス。予竊ニ之ヲ憾トス。而カモ又之カ爲メニ永ク學生諸子ヲ累スルニ忍ヒス。便チ今次之ヲ絶版トシ別ニ其粹ヲ選ト之ニ補註ヲ加ヘ又多少説明ノ方法ヲ換ヘテ以テ本書ヲ編ス。若シ幸ニ是ニ由テ幾分學生諸子ノ研學ニ資スル所多キヲ加ヘハ予ノ望則チ贍レリ。

昭和四年五月

著者識

參考書トシテ適當ナルモノ左ノ如シ

邦書

故法學博士勝本勘三郎著　刑法要論(總則)
東北帝國大學教授久田益喜著　日本刑法總論
法學博士牧野英一著　增訂日本刑法
法學博士泉二(モトヨ)新熊著　日本刑法論(上下二冊)
日本大學教授島田武夫著　日本刑法新論(總論)
法學博士岡田朝太郎著　刑法論
法學博士岡田庄作著　刑論原論(總論各論二冊)
故法學博士大場茂馬著　刑法總論(上下二冊)
同　刑法各論(上下二冊)
京都帝國大學教授瀧川幸辰著　刑法講義
法學博士山岡萬之助著　刑法原理

外國書

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts.
Frank, Kommentar zum Strafgesetzbuch.
Hafter, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts.
Kohler, Leitfaden des deutschen Strafrechts.
Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts.
M. E. Mayer, Strafrecht (Allg. T.).
Garraud, Précis de droit criminel.
Roux, Cours de droit criminel et de procédure pénale.
Vidal, Cours de droit criminel.

刑法學粹目次

第一編　緒論

第一章　刑法學……（一—八二）
第一節　刑法學ノ形式……（一—五）
……法律學……刑法學……刑事學
第二節　刑法學ノ內容……（五—一一）
……法律的規範的評價ノ學……刑法的可罰的評價ノ學
第三節　刑法學ノ根本主義……（一一—六六）
第一款　刑法ノ進化……（一三—二〇）
……復讐時代……威嚇時代……博愛時代……現代
第二款　刑法ノ學派……（二一—三五）
……古典學派（應報刑主義、威嚇主義）……事實主義、客觀主義的刑法學……實證學派（刑事人類學派、刑事社會學派、刑事心理學派）……徧表主義、人格主義、主觀主義、刑罰個別主義的刑法學……

第三派

第三款　刑法ノ目的……（三五—五九）

刑罰制度ノ諸效果（功利的並ニ心理的基礎）…（犯罪飽和ノ法則）…（社會的必然現象）…諸效果ノ價値ノ比較　感情的效果（應報、公憤、報復心）…實際的效果（一般威嚇、特別豫防）…特別豫防ノ意義及ヒ根據…刑法ノ目的

第四款　刑法ノ根本主義……（六〇—六六）

豫防主義…特別豫防主義…價表主義…規範的責任主義…謙抑主義

第四節　刑法學ノ研究方法——刑法ノ解釋……（六六—七五）

刑法學ノ方法…法ノ解釋ノ意義…解釋ノ材料…解釋ノ方法…解釋ノ當否…當爲ノ特殊的妥當性ト規範ノ普遍的妥當性…解釋ト評價…解釋ト立法…刑法ノ解釋…刑法ノ類推

第五節　刑事學……（七五—八二）

狹義ノ刑事學（刑事人類學、刑事社會學）…刑事政策學（刑事司法政策學、刑事行政政策學）…刑事法學

第二章　刑法……（八三—一五〇）

第一節　刑法ノ特質……（八三—一一一）

第一款　法ノ本質……（八三—一〇四）

法ノ二方面…規範的法則ト事實的法則…本體ト作用…拘束意思…國法ト社會法…放任行爲…文化規範（條理、公序良俗）…權利義務…權利義務ノ二方面…命令禁令ト權利義務…權利義務對應關係（請求權）…權利義務ト法益…法律上ノ人格…法律的規範體系ト權利義務體系

第二款　刑法ノ意義……（一〇四—一〇九）

實質的刑法ト形式的刑法…刑罰請求權ノ關係…刑罰請求權ノ主體…（國家人格說ニ對スル疑問）…刑事法

第三款　刑法ノ特質……（一〇九—一一一）

一般的法律規範…刑法ノ形式的特質（第二次的制裁法）…刑法ノ實質的特質

第二節　刑法ノ淵源……（一一一—一一八）

淵源ノ三義…罪刑法定主義…其歷史的意義…其憲法上ノ意義…委任命令…白地刑法…國際條約

第三節　刑法ノ種類……（一一八—一二三）

一般刑法ト特別刑法…普通刑法ト特別刑法…普通刑法ノ總則ト特別刑法ノ特例

第四節　刑法ノ效力……（一二三—一五〇）

第一款　刑法ノ土地的效力……（一三三—一三三）
……土地的效力ト施行範圍……學說及ヒ立法例……我刑法ノ原則（屬地主義　屬人主義、保護主義）
……共通法……（土地的特別刑法）
第二款　裁判上ノ國際共助——犯罪人引渡……（一三四—一三八）
第三款　刑法ノ對人的效力……（一三八—一三九）
……原則……國法上ノ例外……（對人的特別刑法）……國際法ニ由來スル例外
第四款　刑法ノ時間的效力……（一三九—一五〇）
……刑法不遡及……刑法不追及……新舊刑法比照問題……學說……新法適用ノ原則……例外……刑法廢止後ノ相對的效力……刑法ノ停止

刑法學粹

第一編　緒論

第一章　刑法學

第一節　刑法學ノ形式

§1

科學（又ハ學）トハ或範圍ノ事項ニ關スル幾多ノ原則的知識（認識）ヲ一定ノ理論ニ從フ一ノ體系ニ統一シタルモノナリ。卽チ或知識カ科學的ナルカ爲メニハ、其知識或範圍ノ事項ニ普遍妥當ナル原則的（法則的）ノモノナルコト、二ニ其原則的知識ハ全體トシテ一個ノ體系ヲ爲スコト、三ニ其體系ニ於ケル原則ノ配列ハ一定ノ理論ニ從フモノナルコトヲ要ス。此三條件ハ說明學タルト規範學タルトニ拘ラス一切ノ科學ニ通シテ缺クヘカラサルモノナリ。蓋シ此三條

件ニ從フ認識方法ニ依リテノミ、吾人ハ各種ノ事項ニ關スル一般的知識ヲ最モ正確且容易ニ把握スルコトヲ得ルカ故ナリ。

是ヲ以テ法律學ノ研究ニ於テモ、其目的トスル所ハ社會ノ共同生活ノ規範タル各種ノ法ヲ明確ニ認識スルト同時ニ、其成果タル是等ノ諸法則ニ對シ、一ノ體系ニ於テ夫々理論ニ照ラシ適當ナル地位ヲ與フルニ在リテ、法律學ハ斯クノ如クシテ成立シタル法律的知識ノ體系的全體ニ外ナラス。而シテ法律學ハ其內容ヲ爲ス事項ノ種類ニ因リテ數多ノ分科ニ岐レ、各分科ハ又夫々一個ノ體系ヲ爲ス。所謂刑法學(Strafrechtswissenschaft)ハ此法律學體系中ノ特ニ犯罪ト刑罰トノ關係ヲ定ムル諸法則ヲ內容トスル一分科ヲ謂フ。

刑法學ノ形式ハ通例之ヲ緒論(Einleitung)、總論(Allgemeiner Teil)及ヒ各論(Besonderer Teil)ノ三ニ別ツ。先ツ緒論ノ學ニ於テハ、刑法學體系ヲ構成スル諸法則ニ付キ法則一般ニ通スル原理ノ適用ヲ論スルコトヲ目的トシ、次ニ總論ノ學ニ於テハ刑法學體系中ノ比較的上位ニ在ル大ナル法則ノ內容ヲ研究スルヲ以テ目的トシ、最後ニ各論ノ學ニ於テハ其比較的下位ニ在ル小ナル法則ノ內容ヲ研究

スルヲ以テ目的トス。之ヲ具體的ニ謂フトキハ、緒論ハ刑法ノ特質、淵源、種類、效力等ニ關シ、總論ハ一切ノ刑罰法ニ於ケル犯罪並ニ刑罰ノ普遍概念及ヒ其態樣ニ關シ、各論ハ一種又ハ數種ノ刑罰法ニ於ケル犯罪並ニ刑罰ノ特殊概念及ヒ其態樣ニ關スル學ナリ。從テ緒論ノ學ハ、特別ノ問題ヲ除ク外、原則トシテ刑法ノ規定ニ關係ナク、之ニ反シテ總論ノ學ハ多ク刑法總則ノ規定ヲ包含シ、各論ノ學ハ刑法其他ノ刑罰法ニ於ケル各本條ノ規定ヲ包含ス。然レトモ斯カル區別ハ固リ緒論、總論、各論ノ三者カ各個獨立ノモノナルコトヲ意味スルモノニアラスシテ、刑法學體系ニ於ケル各種ノ原理原則ノ理論的分界ニ過キス。從テ三者相待テ刑法學ヲ大成スルモノナリ。

§2 刑法學ノ意義ヲ明ニスルニハ、仍ホ其刑事學上ノ地位ヲ知ルコトヲ要ス。刑事學(Kriminalwissenschaft, Sciences pénales)トハ犯罪ト其對策ヲ中心トスル社會及ヒ個人ノ一切事項ノ學ニシテ、理論上之ヲ狹義ノ刑事學(犯罪學 Kriminologie 及ヒ刑罰學 Pönologie)ト刑事規範學トニ分ツコトヲ得。其中前者ハ犯罪ノ原因乃至發生狀態ニ關スル各種ノ法則並ニ刑罰執行ノ實際ノ結果ニ付テ研究スルコトヲ

目的トスルモノニシテ、主トシテ刑事規範學ノ基礎學タルノ性質ヲ有シ、今日之ニ刑事人類學、刑事社會學、刑事統計學、刑事生理學、刑事心理學等ノ外、尙ホ囚人生活ヲ對象トスル分科アリ。後者ハ犯罪豫防ヲ目的トスル規範ノ學ニシテ、是ニハ刑事法學(Strafrechtswissenschaft i. w. S.)ト刑事政策學(Kriminalpolitik)トノ二分科アリ。刑法學ハ此二者ノ中前者ニ屬ス。而シテ此二分科ハ孰モ規範ノ學タルハ一ナルモ、刑事法學ニ在リテハ其取扱フ所ノ規範ハ法タル規範ナルニ反シ、刑事政策學ノ論スル所ハ主トシテ事實上ノ規範タリ。然レトモ此二者ハ共ニ刑事處遇ニ關スル規範トシテ同一指導原理ニ從フモノニシテ、極メテ密接ノ關係ヲ有スルノミナラス、政策學上確立セラレタル原則ハ當然ノ傾向トシテ漸次法學上ノ原則ニ轉化スヘキ性質ヲ有ス。從テ理想ヨリ謂ヘハ、刑事法學上ノ法則ハ刑事政策學上ノ原則ノ完成シタルモノタルヘキナリ。

§3 以上述フル所ニ依リテ、略々刑法學體系ノ形式ヲ明ニシタリ。卽チ斯クノ如ク刑法學ノ一般形式ニ屬スル法則ハ本來一切ノ刑罰法ニ亘リ、單ニ刑法ニ規定セラレタル範圍ノモノヽミニ限ルモノニアラス。從テ本書ニ於テ講スルトコロモ、理論上ハ刑罰法ノ全般ヲ網羅スルヲ本旨トスヘキモ、斯クノ如キ嚴格ナル意義ニ於テ刑法學ヲ講スルコトハ頗ル難事トセサルヲ得ス。故ニ予ハ茲ニハ一般ノ例ニ倣ヒ、主トシテ刑法ノ規定ニツキテ之カ理論的說明ヲ試ミルニ止ム。但シ必要アル場合ニ於テハ、特ニ重要ナル事項ニ關シテ刑法以外ノ刑罰法ニモ亦論及スルトコロアルヘシ。

第二節 刑法學ノ內容

§4 法律學ハ法律的規範ノ學ナリ。規範トハ普遍的ニ妥當スヘク意識セラレタル自然法則上ノ可能ノ一形式ヲ謂フ。本來直接ニハ意思ニ妥當スルモノナレトモ、實踐科學ニ於テハ通例意思ノ表動タル行爲ニ妥當スルモノトシテ解セラル。法律的規範ハ實踐規範ノ中ノ法タル規範ナリ。(精密ニ謂ヘハ、實踐規範ノ中、社會的規範ノ一種ナリ。)

規範(Normen)ハ當爲(Sollen)ヲ本質トス。卽チ規範ハ或目的(價値)ニ照ラシテ普遍的ニ一定ノ態度カ要求セラルヽトキニ成立ス。從テ規範ニ適合シ又ハ適合セサル各個ノ態度ハ亦一ノ價値(正價値又ハ反價値)ナリ。換言スレハ、規範ハ價値實現ノ

手段ニシテ、同時ニ價値ノ標準ナリ。個人又ハ團體ノ行爲ノ規範的觀察ハ卽チ是等ノ行爲ノ規範的評價ニ外ナラス。

右ノ如クナルヲ以テ、一般ニ規範ノ學ハ之ヲ普遍妥當ナル行爲ノ價値標準ヲ研究スルコトヲ以テ目的トスト謂フコトヲ得。然レトモ價値標準ノ如何ナルモノナルカハ、直接ニ之ヲ標準其者ニ付キテ規定スルコトヲ得ス。之ヲ規定スルニハ、該價値標準ニ依リテ評價セラルヘキ對象ノ方面ヨリ觀察スルコトヲ要ス。換言スレハ、標準其者ヲ理解スルニハ該標準ノ適用ノ條件乃至結果ニ關スル觀念ヲ籍ラサルヲ得ス。從テ價値標準ノ學ハ、說明ノ方法ヨリ謂ヘハ、畢竟、評價ヲ通シテ見タル對象ノ學ナリ。

獨リ規範的評價ニ限ラス、一般ニ評價ヲ通シテ見タル對象ノ世界ハ價値ノ世界ナリ。價値世界ニ於ケル一切ノ事物ハ、ソカ價値關係ヲ有スル限リ、皆價値ノ衣ヲ纏ヒ、赤裸々ナル自然的事物ニアラス。此世界ニ於テ實在ト謂フハ感覺的若クハ自然科學的ノモノニアラスシテ、理想的乃至文化的ノモノナリ。例ヘハ人ト謂フハ生理的個人ニアラスシテ文化人ナリ。物ト謂フハ物質ニアラスシテ文化財ナリ。又社會ト謂フハ群居セル人類ニアラスシテ文化社會ナリ。是等ノモノハ、之ヲ價値世界ヨリ抽出シ、價値ノ衣ヲ剝キテ觀察スルトキハ、凡テ一切ノ意味ヲ脫シタル純自然科學的ナル素材ノミ。

此中、規範的評價ノ限リニ於ケル價値世界ニ於テハ、價値的ナルモノハ、直接ニハ人ノ行爲ニシテ、間接ニハ該行爲ヲ價値的ナラシムル牽連アル事情ナリ。蓋シ規範ハ行爲（嚴密ニ謂ヘハ、最初ニ述ヘタルカ如ク第一次ニ意思）ノ當不當ヲ判斷スル標準ナレトモ、行爲ノ當不當ハ該行爲ヨリ生スヘキ結果ノ可能（意味）ニ牽連セシメテ初メテ定マルカ故ナリ。故ニ行爲ト之ニ牽連アル事情トハ常ニ同時ニ規範的評價ノ對象トナル。例ヘハ行刑官吏カ死刑ヲ執行スル行爲カ正當ナル以上ハ、是ニ因リテ受刑者カ死亡スル結果モ亦正當ト判斷セラルヽカ如シ。從テ行爲以外ノ事情モ亦、行爲ニ牽連アル限リ、規範ニヨリテ是認セラルヽカ非認セラルヽカノ關係ニ於テ規範的價値世界ニ於ケル價値ヲ有ス。而シテ規範的評價ハ常ニ吾人カ或態度ヲ要求スルヤ又ハ要求セサルヤノ二方面ヨリ見タル評價ナリ。從テ此場合ノ評價ハ論理上二面的ニシテ、同一標準ニ基キテ實質的ニ有價値ナルモノト反價値

ナルモノトノ二種ノ價値判斷ヲ生ス。茲ニ反價値トハ單ニ價値ナシト謂フ消極的形式判斷ニアラス。進テ無價値トシテ非認セラルヘキ積極的意義ヲ有スル實質的判斷ナリ。此反價値ノ意義、目的ニ關シテハ後ニ本論ニ於テ違法ニ關シテ說ク所アルヘシ。

實踐規範ノ中、社會的規範ニハ法律、宗教、道德、習慣、風俗等ノ種類アリ。從テ此ノ中何ヲ標準トスルカニ因リテ價値ノ種類ニ差別アリ。例ヘハ等シク價値的ニ人ト謂フモ、法律上ノ人格ト道德上ノ人格トハ其意義ヲ異ニシ、又法律上有價値ノ行爲ト道德上有價値ノ行爲トハ必スシモ一致サセルカ如シ。而シテ法律學ハ是等ノ社會的規範ノ中、法タル社會的規範ニ基ク評價ノ學ナルカ故ニ、法律學ノ對象タル世界ハ法律規範的價値ノ世界ニシテ、法律學上取扱ハル丶一切ノ事物ハ皆法律規範的價値（適法又ハ違法、是認又ハ非認、保護又ハ禁止）ノ衣ヲ纏フ。從テ法律學上ノ實在モ亦感覺的乃至自然科學的實在ニアラスシテ法律上ノ價値的實在ナリ。例ヘハ人格、行爲、物、事實、因果關係、法律關係、法律的效果、權利義務ト謂フカ如キモノハ、前ニ述ヘタル意義ニ於テ、人ノ行爲ニ牽連アル限リ、何レモ法律的評價ヲ前提トシタル概念ニシテ、法律世界ヲ離レテ之ヲ見レハ、全ク虛無ナルカ又ハ赤裸々ナル自然科學的若クハ社會學的素材ノミ。少クトモ意義ヲ異ニスル他種ノ文化的實在ナルモ法律的實在ニアラス。

以上述フル所ヲ要約スレハ、法律學ハ法律的規範ヲ認識スルコトヲ以テ目的トス。而シテ其方法トシテハ、適用ノ條件又ハ結果ノ方面ニ關シテ種々ノ概念ヲ定ムレトモ、其概念ハ凡テ價値的概念ニシテ自然科學的概念ニアラス。從テ法ノ解釋適用ニ當リテ事實ヲ認識スルニモ、此價値的概念ヲ以テスヘク自然科學的概念ヲ以テスヘキニアラス。例ヘハ法律上人ヲ殺スト謂フ場合ニ、之ヲ或生理的個人ノ生理的運動ニ因ル他ノ生理的個人ノ死亡ト見ルハ法律的觀察ニアラスシテ、法律的ニハ或人格ノ違法ナル行爲ニ因ル他ノ人格ノ違法ナル死亡ト解スヘシ。斯クノ如キ見解ハ法律學上理論問題ト價値問題トハ之ヲ峻別スヘシトスル一派ノ立場トハ全然相容レサルモノナリ。

§5 法ニハ、後ニモ述フルカ如ク、狹義ノ法律的規範（一般規範）ト制裁法トアリ。廣義ニ於テハ其ニ規範ナレトモ、狹義ニ於テハ其性質ヲ異ニス。前者ハ獨立ニ一

定ノ行爲ヲ命スル當爲ニシテ、單純ナル命令ノ性質ヲ有ス。後者ハ該命令カ遵由セラレサル場合ニ於ケル制裁ヲ定ムルモノニシテ、刑法ハ之ニ屬ス。卽チ一般規範カ反價値(違法)ノモノト判斷シタル行爲ニ對シテ一定ノ制裁(刑罰)ヲ科スルコトヲ定ム。換言スレハ一般規範的評價カ加ヘラレタル行爲ニ對シ、該評價ヲ前提トシテ、更ニ別個ノ刑法的見地ヨリ可罰的評價ヲ加フルコトヲ定ムルモノナリ。然レトモ此可罰的評價ハ、評價ナル語ヲ用ヰルニ拘ラス、本質的ニ謂ヘハ、刑法學上ノ如何ナル立場ニ於テモ、價値ノ問題トシテ見ルヘキモノニアラス。蓋シ犯罪若クハ犯罪人カ吾人ノ要求ニ對シテ非認ノ關係ニ立ツ所以ハ犯罪ノ實質タル違法行爲トシテノ問題ニ係ル。從テ、既ニ右ノ如ク、行爲ノ反價値(違法)ニ關スル問題カ、第一次ニ一般規範的評價ノ問題トシテ可罰性ノ問題ヨリ區別セラルヘキモノタル以上ハ、第二次ニ於ケル可罰性ノ問題トシテ、毫モ非認ノ判斷ヲ含マサルヘキ理ナリトス。斯クノ如ク可罰性ノ問題ヲ事實問題ト見レハ、可罰的判斷ハ、客觀主義ノ刑法學ニ於テハ恰モ度量衡器ヲ以テ物ノ輕重大小ヲ計ルカ如ク、又主觀主義ノ刑法學ニ於テハ醫師カ疾病

ノ診斷ヲ爲スカ如ク、常ニ事實的判斷ニシテ價値的判斷ニアラス。然レトモ可罰的判斷ノ目的ハ規範的評價ヲ前提トセスシテハ考フルコトヲ得サルカ故ニ、予ハ仍ホ可罰的判斷ヲ規範的評價ニ關連セシメツヽ之ヲ可罰的評價ト呼ハント欲ス。但シ斯ク考フルモ、可罰的評價其者ハ是ニ因リテ規範的評價トナルニアラス。從テ可罰的價値ハ可罰的ニ有價値ナル場合ニノミ實質的ニ判斷セラレ、可罰的反價値ナルモノナシ。

右ニ述ヘタル所ハ制裁法ヲ一般規範ニ對立セシメタル場合ノ觀察ナリ。然レトモ制裁法モ法トシテハ亦廣義ノ規範ナルカ故ニ、此見地ヨリシテ別ニ規範的評價ノ行ハルヽコトハ當然トス。此點ハ後ニ刑法ノ特質ニ關シテ論スル所アルヘシ。

以上述フルカ如クナルヲ以テ刑法學ハ一般規範上ノ評價ヲ經タル行爲ニ對スル刑法上ノ可罰的評價ノ原則ノ學ナリト謂フヘシ。

第三節 刑法學ノ根本主義

§6 刑法學ハ規範的評價ヲ經タル行爲ニ對スル刑法上ノ可罰的評價ノ原則ノ學ナルコトハ右ニ述ヘタリ。此可罰的評價ノ標準タル各種ノ原則ハ卽チ刑法其者ナルモ、其意義內容ヲ明ニシ之ヲ統一的ニ說明スルニ付キテハ從來種々ノ見地アリ。見地ノ相違ニ因リテ根本ノ主義(Grundprinzipien)ヲ異ニス。

刑法學上ノ根本主義ノ爭ハ結局之ヲ論スル者ノ人生觀乃至世界觀上ノ爭ニ歸ス。是レ獨リ刑法學ノミナラス、吾人ノ理想ノ作用スル範圍ニ於テハ、一切ノ科學ニ於テ然リ。今刑法學ニ付キテ謂ヘハ、從來刑法ノ學派ノ間ニハ絕對主義ト相對主義トノ爭アリ。又主觀主義ト客觀主義トノ爭アリ。又各自ノ間幾多ノ小分派アリテ、各獨自ノ見解ヲ立ツ。然レトモ惟フニ刑法學ハ純正規範學ニアラスシテ、法律學一般ノ通有性トシテノ實踐規範學ナリ。從テ全然刑法ノ實踐的意義ヲ無視シテ成立スルコトヲ得ヘキモノニアラス。而シテ實踐的意義ヲ定ムルモノニハ理想ノ外、尙實際アリ。從テ理想ヲ立ツルニモ汎ク實際ニ依據スルコトヲ要シ、實際ヲ觀ルニモ亦嚴ニ理想ニ由リテ批判スルコトヲ要ス。是レ理想ト實際トノ調和ニシテ、蓋シ現實ノ理想ナリ。是ヲ以テ刑法學上ノ根本主義ノ研究ニ於テハ、其理想ヲ建ツルニ方リ、如何ナル立場ニ於テモ常ニ刑法ハ實際的事情ニ關スル觀察ノ結果ヲ取入ルヽコトニ努メサルヘカラス。極言スレハ、寧ロ實際的事情ヲ基礎トシテ理想ヲ建ツルコトヲ要ス。而シテ刑法學ニ於テ此實際的事情ノ如何ナルモノナルカヲ明ニスルニハ、之ヲ現在ノ事情ニ付テ觀察スルコトモ固リ肝要ナルモ、現在ノ事情ヲ理解スルニハ又或程度ニ於テ過去ノ歷史ヲ知ラサルヘカラス。因テ茲ニハ先ツ刑法學ノ根本主義ヲ明ニスル一方法トシテ、刑法學ノ對象タル刑法ノ進化ノ跡ヲ尋ネ、其變遷ノ由來ニ照ラシテ、實際的事情ノ如何ナルモノナルカヲ見ント欲ス。

第一款　刑法ノ進化

§7 刑法ノ沿革ヲ論スルニハ種々ノ方法アリ。然レトモ茲ニハ唯歐洲學者ノ研究ニ基キ、主トシテ歐洲ニ於ケル刑法ノ沿革ニ付キ、事件ヲ主トスルコトヲ避ケ、專ラ時代ヲ主トシテ簡略ニ其特色ヲ叙スルニ止メントス。蓋シ是ニ由リテモ理想カ如何ニ實際ニ依據シテ構成セラルヽカノ一端ヲ明ニスルニ足ルカ故ナ

リ。

刑法ノ沿革ハ其特色ニ依リテ通例之ヲ四大時期ニ分ツ。即チ左ノ如シ。

一 復讐時代 (Période de vengeance)

此時代ハ歐洲ニ於テハ有史以來中世ニ入ラントスルマテノ時期ニ當ル。

上古歐洲ノ社會ハ一般ニ血族關係ヲ中心トシテ部族ヲ爲シ、是等小部族ハ相結テ中部族ヲ爲シ、中部族ハ又相集リテ更ニ大部族ヲ爲シ、斯クシテ獨立ノ社會ヲ形成セルカ如シ。而シテ部族ニハ各其長アレトモ、族長ハ敢テ私意ニ任セテ專横ヲ行ヒタルモノニアラス。蓋シ部族内ニハ原始以來一切ノ事柄ニ關シテ牢固タル慣習アリ。此慣習ハ迷信ノ奴隸タリシ原始社會ニ在リテハ凡テ神意ニ出ツルモノト爲シ、其部族ノ條規トシテ族長モ亦之ニ違反スルコトヲ得サリシモノナリ。而シテ此慣習ニ違反シ條規ヲ紊ル者アレハ、部族全體ハ其慣習ニ從テ之ヲ瀆神者トシテ追放ニ處ス。蓋シ瀆神者ト絶チ之ヲ神ノ自由處分ニ委ネ、之ニ由テ部族ニ對スル神ノ怒ヲ解カントスルモノナリ。而シテ此内部的事情ハ機能ヨリ謂ヘハ社會ノ自已主張ノ爲メノ反動トシテ刑罰ト同一作用ヲ營ミタルコト固リナルモ、歴史上ノ表現的系統ヨリ謂ヘハ、直接ニハ今日ノ刑法ノ發生ニ影響ナク、其直接ノ起原ハ寧ロ部族相互間ノ外部關係ニアリシカ如シ。即チ異部族間ニ於テ侵害カ行ハレタルトキハ、其關係ハ加害者ト被害者トノ個人的關係ニアラスシテ、部族ハ各共同團體トシ

テ復讐ヲ行ヒ、特別ノ事情ナキ限リ、何レカ一方カ殲滅セラルヽカ、又ハ雙方共ニ疲憊スルニ至ルマテ鬪爭ヲ繼續ス。而シテ斯カル復讐カ慣習トシテ意識的ニ成立スルニ至レル所以ノモノハ、亦復讐ヲ以テ神意ニ適スルモノト爲シタルニ因ル。然レトモ斯クノ如キ狀態ハ固リ長ク其弊ニ堪フヘカラス。是ニ於テ異部族間ノ私鬪ハ中央權力ノ增大ニ伴フテ漸次之ヲ制壓スルノ傾向ヲ生シ、或ハ鬪爭ニ期限ヲ附シ、或ハ時ニ暴力的復讐ニ代ヘテ賠償金ノ授受ニ由リテ爭ヲ解決スルノ方法ヲ採ラシムルニ至レリ。此賠償金ハ未タ民事責任ト刑事責任トノ分化ヲ生セサリシ當時ニ在リテハ、固リ純然タル損害賠償ノ性質ヲ有スルモノニアラス、寧ロ加害者側ニ苦痛ヲ與フル報復心ノ滿足ト、相手方ノ勢力ヲ殺カントスルノ一方法トシテ考フヘキモノナリ。學者是等ノ事情ヨリ見テ、刑罰ハ異部族間ノ外部關係ニ於テモ亦其起原ハ社會的反動ニ外ナラサリシモノト解ス。

賠償制度ノ端緒一旦開クルヤ、何レノ中央權力モ一般ニ之ヲ奬勵シタリ。其方法トシテ、加害者ハ必ス賠償ヲ爲スコトヲ要シ、被害者ハ必ス之ヲ受クルコトヲ要ストセルカ如キコトアリ。又遂ニハ加害者ヨリ被害者又ハ其親族ニ支拂フヘキ價額ニ關スル細則ノ制定ヲスラ見ルニ及ヘリ。是ニ至リテハ從來賠償制度ト並ヒ行ハレシ私鬪ハ法律上全ク禁止セラレ、一般ノ制度トシテハ賠償制度ノミ獨リ行ハレタルハ當然トス。然ルニ封建時代ニ於テハ此賠償制度モ亦漸次方法ヲ變シテ公刑ノ形式ヲ備フルニ至レリ。即チ初メ封建君主ハ賠償ニ由リテ和解シタル加害者ノ爲メノ安全擔保料トシテ賠償額ノ三分ノ一ヲ徵收シタリシカ、第十二三世紀ノ頃ニ至リテハ其全部ヲ

自己ノ手ニ徵收シタリ。是レ君主ハ犯罪ノ被害者トシテノ自己ノ地位ヲ證明スル趣旨ニ出テタルモノニシテ、是ニ至リテハ賠償金ハ全ク公刑タル罰金トナリ、是ト同時ニ一般人民ヲシテ科刑ノ對象タル犯罪モ亦公的ノモノナルコトヲ意識セシムルノ因ヲ爲セリ。之ヲ公刑ノ濫觴ト爲ス。

此時代ノ特色ハ犯罪ニ對スル反動カ常ニ復讐ヲ動機トシテ行ハレタルコトナリ。其後君主カ干涉ノ手ヲ加フルニ至リテモ、治罪手續ハ所謂彈劾主義ニシテ、被害者又ハ其親族若クハ其他何人カノ告訴告發ヲ待テ其罪ヲ論シタルモノトス。

二 威嚇時代 (Période d'intimidation)

此時代ハ中世及ヒ文藝復興期ヲ含ム。

此時代ニ於テハ先ノ罰金刑ハ復タ漸次廢レテ新ニ身體刑ヲ生セリ。抑モ十字軍以後諸國商業ノ發達ニ伴ヒ都會ノ繁榮ヲ馴致スルヤ、自然ノ趨勢トシテ社會上種々ナル階級ヲ生シ、無籍者、浮浪者、貧困者增加シ、是等ノ者ハ多ク同時ニ犯罪人階級ヲ形成シテ社會ノ安全ヲ脅スニ至レリ。然レトモ此等ノ無產者ノ取締ハ從來ノ財產刑ノ制度ヲ以テシテハ到底如何トモスヘカラス。是ニ於テ何レノ國ニ於テモ政府ハ刑法ヲ一變スルノ必要ヲ認メ、皆罰金制度ヲ捨テ、身體刑(死刑ヲモ含ム)ヲ科スルノ原則ヲ採レリ。

此身體刑ハ、中世ノ末期ニ至リテハ、宗教上ノ應報思想特ニ異端者ニ對スル迫害ノ必要ト結合シテ、一般ニ慘酷ヲ極メタルコト今日想像ノ外ニ在リ。蓋シ當時ノ思想ニ於テハ、刑罰ハ罪業ニ對ス

ル責罰ナルト同時ニ、政府ノ權威ヲ證明シ國法ノ重スヘキヲ知ラシムル所以ノ具ナルカ故ニ、反則者アレハ之ニ嚴罰ヲ科シ以テ民衆ヲ威嚇セサルヘカラスト爲セルニ因ルナリ。

此時代ニ於テハ歷史上著名ナル刑法典ノ編纂セラレタルヲ見ル。「カロリナ」法典(一五三二年)路易法典(一六七〇年)ノ如キ是ナリ。其他ニ於テモ一般ニ法制整備シ、後ニハ身體刑以外ニ浮浪者ノ取締上自由刑モ認メラルヽニ至リタルモ、佛國大革命(一七八九年)ニ至ルマテノ刑法ハ一般威嚇ヲ本旨トシタル專制的ノモノニシテ、犯罪者ニ對シテ何等一般的ノ標準ニ依ル保障ヲ與フルコトナク、所謂罪刑擅斷主義ノ刑法トシテ、罪ト刑トハ裁判官ノ自由ニ定ムルコトヲ得タルモノナリ。從テ刑ノ適用ニ付テモ犯罪者ノ社會的階級ニ從ヒ極メテ不公平ナル結果ヲ見タリ。

此時代ニ於テ注意スヘキコトハ、古代ニ於ケル實際的ナル宗教的復讐義務ノ意識ハ宗教的若クハ道德的應報ト謂フ抽象的理想ニ變シ、同時ニ一般威嚇ヲ以テ刑罰ノ重要ナル職能ト見ルニ至リタルコト、從テ治罪手續ハ所謂糾問主義ニシテ、何人ノ告訴告發ヲ待ツコトナク、裁判官ハ進テ刑事手續ヲ開始シタルコト、然カモ其效果ノ方面ニ於テハ、其レニ拘ラス、犯罪者、刑餘ノ浮浪者愈々激增シテ底止スル所ヲ知ラス、爲政者ハ全ク策ノ施ス所ヲ知ラサル狀態ニ在リシコトナリ。

三 博愛時代 (Période humanitaire)

此時代ハ十八世紀及ヒ十九世紀ノ一部ヲ含ム。

十六世紀ヨリ十七世紀ニ亘ル歐洲ノ世界ハ所謂文藝復興期ト稱セラルヽ個人覺醒ノ時代ニ當

ル。此時代ニ於テハ思想界ハ一般ニ精神上政治上一切ノ中世的束縛ヨリ離脱シ、自由ノ天地ニ翱翔センコトヲ冀フノ傾向ヲ生シ、此傾向ハ十八世紀ニ入リテ益々旺盛トナリ、當時如何ナル哲學ト雖モ個人ノ自由ヲ高調セサルモノナシ。即チ政治的方面ニ於テハ個人ノ自由ハ天賦ノ人權ナリトノ說ヲ生シ、個人ハ國家ノ爲メニ存スルニアラスシテ、國家ハ却テ個人ノ爲メニ存スト解セラレタリ。此見解ハ當時一般政治思想ノ根底ヲ形成シ、一切ノ國家的制度ハ皆此基準ニ依リテ說明シ批判セラレタリ。從テ斯クノ如キ思想的傾向カ當時ノ裁判官ノ專横ト殘虐ナル行刑制度トニ對シテ假借ナキ批難ヲ加ヘタルハ亦當然ノコトニ屬ス。是ニ於テカ刑法上ニ於テモ亦改革ノ機運ノ開クルヲ見ルニ至レリ。即チ先ツ犯罪ニ對シ必要以上ニ嚴刑ヲ科スルヲ以テ罪惡ナリトスル見解ヲ生シ、之ニ基キテ從來ノ罪刑擅斷主義ヲ廢シテ、刑罰ハ必ス犯罪ノ輕重ニ應シテ一律ニ科セサルヘカラストスル罪刑法定主義ノ原則ヲ確立シタルカ如キ、又其適用ニ於テハ從來無制限ニ濫用セラレタル死刑ヲ制限シ、身體刑ヲ廢メテ自由刑ヲ本則トシ、尙ホ受刑者ノ待遇ヲ改善シテ之ニ對シ出獄後再ヒ良民トシテ社會ニ伍シ得ル教養ヲ授ケタルカ如キ大ニ博愛仁慈ノ精神ヲ發揚スルニ努メタリ。之ヲ十九世紀中葉ニ至ルマテノ狀勢トス。

斯クノ如ク、十九世紀ニ入リテ、刑法ハ天賦人權說ニ依リテ專ラ博愛主義ニ傾キタルモ、此博愛主義タルヤ犯罪並ニ刑罰ノ實際的事情ヲ考察シタル理想ニアラス。但タ從來ト同一ナル應報ト威嚇トノ立場ニ於テ博愛仁慈ノ精神ニ依リテ無用ノ嚴刑ヲ寬和シタルニ過キス。從テ此思想ノ下ニ於テモ犯罪ヲ活キタル社會ノ必然的現象ト見ルコトヲ爲サス、依然トシテ專ラ抽象的法律的ニノミ觀察シタルカ故ニ、其實際上ノ方面ニ及ホス效果モ毫モ進歩ノ跡ヲ示サス。例ヘハ恐ルヘキ累犯者ノ如キハ其數逐年增加ノ傾向ヲ示シ、識者ヲシテ刑法ノ破產ヲ叫ハシムルニ至レリ。

四　現代(Période scientifique contemporaine)

現代ハ學者之ヲ呼テ科學時代ト謂フ。蓋シ刑法ノ根本精神カ何レニ在ルヲ問ハス、一面ニ於テ犯罪ト刑罰トノ實際的事情ヲ科學的ニ研究シ、其成果ニ基キテ刑法上ノ重要ナル諸原則ヲ確立セントスル傾向ノ顯著ナルカ故ニシテ、此傾向ハ十九世紀後半ニ至リテ初メテ生シタルモノトス。博愛時代マテノ刑法ハ凡テ一ノ假定ヲ前提トシ、人ハ凡テ自由意志ヲ有スト謂フ見解ノ下ニ、應報並ニ威嚇ニ關シ典型的ノ平均人ヲ假想シテ一律ニ之カ處遇方法ヲ定メタレトモ、事實ハ之ニ反シ、吾人ハ全ク自由意志ヲ有セス、又吾人ノ思想感情性格ハ決シテ一樣ニアラス。從テ犯罪人ノ間ニモ威嚇又ハ改善ノ可能者ト不能者トアリ。加之犯罪發生ノ原因ハ獨リ犯罪人ノミニ存スルニアラスシテ、其環境モ亦有力ナル原因タリ。斯クノ如クナルヲ以テ、犯罪ノ鎭壓ハ深ク諸般ノ原因ヲ究メテ其對策ヲ定メサルヘカラストスルモノ即チ現代刑法思想ノ特色ニシテ、刑法ノ刑事政策的要素ハ、學派ノ如何ニ拘ラス、刑法上最モ重要ナル事項ノ一トナレリ。

§8

以上ハ歐洲ニ於ケル刑罰制度即チ刑法ノ變遷ナリ。以上ノ變遷ニ由リテ見レハ、刑罰ハ終始反規範的行爲ニ對スル社會的反動(社會ノ自己主張)トシテ行ハ

レタルモノナリ。卽チ原始時代ニ於ケル一種ノ宗敎的應報タル追放ハ神意ニ從テ社會全體ノ行ヘルモノナリ。復讐ヲ主トセル團體的鬪爭並ニ之ニ代ル賠償金ノ要求モ亦固リ社會全體ノ反動タリ。公刑時代ニ至リテハ、刑罰ノ意味ハ、宗敎的應報、主權者又ハ國法ノ權威ノ證明、一般威嚇又ハ犯罪ノ特別豫防ト謂フカ如ク解セラレ、而シテ是等ノ意味ハ歷史上時代ノ變遷ニ從テ其主タル地位ヲ變シタレトモ、其一般ニ共通ナル意義ヲ繹ヌレハ、是レ亦何レモ刑罰カ社會的反動タル所以ヲ示スモノニ外ナラス。斯クノ如ク刑罰ハ原始時代ヨリ社會的反動トシテ行ハレタルモノナリ。然レトモ其效果ニ付テハ、從來意識的ニハ多ク感情的效果カ重セラレタルニ拘ラス、實際的ニハ犯罪豫防ノ作用ヲ以テ基本的ノモノトス。是レ沿革上刑法改正ノ機運カ常ニ如何ナル社會事情ノ下ニ動ケルヤヲ見レハ明ナリ。而シテ近代ノ刑法カ一般ニ刑罰ノ此機能ヲ特ニ重要視スルニ至レルハ、卽チ刑罰カ益々感情的反動ヨリ目的的反動ニ進化セルコトヲ證明スルモノニシテ、同時ニ又將來ニ於ケル刑法ノ進化ノ方向カ那邊ニ在リヤヲ示スモノナリ。

第二款 刑法ノ學派

§9 凡ソ文化事象ノ觀察方法ニ二個ノ傾向アリ。思辨的傾向(Spekulative Neigung)ト實證的傾向(Positivistische Neigung)ト是ナリ。前者ハ論理ヲ先ニシ、之ヲ通シテ事實ヲ見、後者ハ觀察ヲ先ニシ、之ニ基キテ理論ヲ立ツ。從テ論理ニシテ實際ヲ離レス、觀察ニシテ價値ヲ解セハ、共ニ不可ナシ。然レトモ若シ論理ニシテ抽象ニ失シ、觀察ニシテ事實ニ偏センカ、恐ラクハ思辨的考察ハ空理ヲ指シテ理想ト爲シ、實證的觀察ハ自然ノミヲ見テ文化ヲ知ラサルノ弊ニ陷ラン。是レ共ニ不可ナリ。然レトモ飜テ考フルニ、社會事象ノ文化的觀察ハ、前ニ謂ヘルカ如ク、結局人生觀乃至世界觀上ノ問題ニシテ、夫々獨自ノ思想的背景ヲ有ス。論理ニシテ極端ニ失シ、觀察ニシテ一面ニ偏スルコトモ、亦畢竟多ク之ニ由來ス。s. §6. 從テ文化科學上ノ學說ノ價値批判ハ、各其立場ヲ異ニスル限リ、之ヲ其背景ニ關連セシメテ內在的ニ批判ヲ行フ場合以外ニハ、常ニ根本的ナル思想ト思想トノ爭ニ歸着シ、其解決ハ結局思想其者ノ推移ニ俟ツノ外ナシ。從來ノ刑法學上ノ學

派間ノ勢力ノ消長ハ明ニ此事實ヲ證明スルモノナリ。即チ從來ノ學派ハ、其基本觀念トシテ、犯罪ト刑罰トヲ前記二個ノ傾向ノ何レニ從テ觀察セルカニ因リテ岐レタルモノナルモ、其初メ甚タシク相隔レルハ、畢竟全然其思想的背景ヲ異ニシタルニ因ル。然レトモ此對立ハ、右ノ理由ニ依リ、思想的背景ノ移動ニ伴ヒ、近時著シク緩和セラレタリ。

刑法ノ學派ハ今日之ヲ古典學派(舊派)ト實證學派(新派)トニ分ツ。前者ハ一般ノ傾向トシテ犯罪ノ意義ヲ先驗的ニ一定シ、專ラ思辨的ニ之ニ對スル刑罰ノ意義ヲ考フルモノナルモ、後者ハ犯罪ヲ人類學的乃至社會學的現象ト見、之ニ關スル法則ヲ實證的ニ認識シ、刑罰ヲ之ニ對スル鎮壓ノ手段トシテ考フルコトヲ特色トス。即チ新舊兩派ノ爭ハ、第一犯罪ノ意義ニ關シ、第二ニ刑罰ノ目的ニ關シ、第三ニ刑罰ノ方法ニ關ス。

§10

一 古典學派(Klassische Schule, École classique)

古典學派中ノ大宗タルモノヲ應報刑主義ノ學說トス。之ニ次テ威嚇主義ノ學說アリ。先ツ前者ヨリ述フヘシ。

應報刑主義(Theorie der Vergeltungsstrafe)ノ學說ニ於テハ、犯罪ノ本質ヲ正義ニ反スル點ニ求ム。刑罰ハ此正義カ其被リタル侵害ヲ回復スルカ爲メノ反動ナリ。正義ニハ其根據ヲ如何ニ見ルカニ依リテ、哲學的正義、經驗的正義ヲ分ツコトヲ得ヘク、又標準ノ如何ニ依リテ、宗教的正義、道德的正義、法律的正義等ヲ分ツコトヲ得ヘシ。而シテ是等ハ固リ同一對象ニ對スル觀點ノ相違ニシテ、必スシモ相排スルモノニアラサレトモ、其根據又ハ標準ヲ異ニスルニ從テ、正義ノ違反ヨリ生スル反動モ亦其根據又ハ標準ヲ異ニス。從テ應報刑主義ニ次ノ數種アリ。

イ 宗教的應報刑主義

此主義ハ應報ノ根據ヲ神意ニ求ムルモノナリ。例ヘハ Stahl(スタール)(†1861)ニ依レハ、國家秩序ハ萬有ノ主宰者タル神ノ地上ニ於ケル顯現ニシテ、正義トハ此國家秩序ノ不可侵ト謂フコトナリ。從テ國家ハ、此秩序ニ違反スル者アレハ、神ノ權威ヲ證明スル爲メ、刑法ニ依リテ之ヲ處罰セサルヘカラス。而シテ此刑法モ亦神ノ秩序ニシテ、國家カ刑罰ヲ行フニ當リテハ、正義ニ基ク

應報トシテ之ヲ行フモノトス。

ロ　哲學的應報刑主義

此主義ノ中最モ古典的ナルモノヽ、第一ヲKant（カント）（†1804）ノ理性的應報刑主義トス。彼ニ依レハ、刑罰ハ實踐理性ノ斷言的命令ニシテ、正義トハ之ニ服從スルコトナリ。而シテ此命令ハ絶對的ニシテ、其自身ノ爲メニ行ハレ、他ノ目的ノ爲メニスル假言的ノモノニアラス。從テ刑ノ適用モ亦正義ニ基キ、其質ニ於テ反座(Talio, Talion)ナラサルヘカラス。（此意味ニ於テ此主張ヲ反座主義ト謂フ。）

其二ハ Hegel（ヘーゲル）（†1831）ノ論理的應報刑主義ナリ。彼ニ依レハ、一切ハ絶對(Das Absolute)ガ論理的必然的ニ展開スル過程ナリ。法ハ此絶對ノ論理的展開ノ成果タル客觀的精神ニシテ、其自身トシテ實在ナリ。蓋シ一切ハ合理的ナル限リ實在ニシテ、實在ナル限リ合理的ナルカ故ナリ。而シテ犯罪ハ其自身不可侵ナル法ニ對スル假現的侵害ナルモ、仍ホ一ノ存在ナルカ故ニ、法其者ノ實在性及ヒ必然性ハ當然ニ犯罪ノ假現ナルコトヲ證明スル爲メ、之ニ對向スル他ノ反對侵害ヲ要求ス。是レ卽チ刑罰ニシテ、要スルニ刑

罰ハ自己目的タル「法ノ否定ノ否定」ニシテ正義ナリ。而シテ犯罪ト刑罰トハ其價値ニ於テ對等ナルコトヲ要スルモ、其形式ニ於テハ同等ナルコトヲ要セス。Lasson, Stamm'er, Kahl, Jellinek等ノ見解ハ最モ此見解ニ近シ。Hegel ノ見解ハ其哲學ト共ニ一時獨逸ノ學界ヲ風靡シタルモノニシテ、少クトモ其論理ノ形式ハ、應報刑ノ觀念ヲ理解スル考察ノ方法トシテ、今日尙ホ一般ニ此派ノ學說ヲ支配シツヽアルモノナリ。

近代ノ應報刑主義中特殊ナル哲學的色彩ヲ有スルモノニ Kohler（コーラー）ノ贖罪主義アリ。氏ニ依レハ、刑罰ハ事實上一ノ害苦ナルカ故ニ、國家カ之ヲ行フハ形式上矛盾ナリ。然レトモ實質上之ヲ正當トスルハ、正義カ之ヲ要求スルカ故ナリ。蓋シ犯罪ハ單ナル法ノ否定ニアラスシテ、文化秩序ノ破壞ナリ。從テ之ヲ中和スル爲メ正義ニ因リテ要求セラル、反動ハ、又當然單ナル論理的否定ナルヘカラスシテ、現實ナル關涉ナルコトヲ要ス。卽チ刑罰苦ハ其解消力ト贖罪力トニ依リテ、犯罪ニ於ケル道德的不淨ヲ消除シ、犯罪人ヲ淨化スルモノナリ。

ハ　倫理的應報刑主義

此說ハ應報ノ根據ヲ經驗的ナル正義又ハ倫理感情ニ求メ、刑罰苦ヲ以テ

犯罪ニ對スル一般社會ノ正義ノ要求又ハ倫理的評價ニ基キヲ當然生スヘキ結果ト爲ス。Bar, A. Merkel, Liepmann 等之ヲ唱フ。

ニ　法律的應報刑主義

此說ハ應報ノ根據ヲ經驗的ナル法ニ求メ、刑罰ヲ以テ、法律秩序ノ侵害ニ對シ、法カ其本質ニ基キ自己ノ權威ヲ證明スルカ爲メニ作用スルモノト解ス。Allfeld, Beling, Bierling, Binding, Birkmeyer, Köhler 等之ヲ唱フ。

以上ノ如ク應報刑主義ニ種々アリ。然レトモ是等ハ多ク刑事責任ノ基礎トシテ自由意思ヲ前提トヌル點(意思非決定論)ニ於テ相一致ス。蓋シ、自由意思ナクンハ、論理上犯罪人ヲシテ其行爲ニ付キ如何ナル責ニモ任セシムルコトヲ得ストスルナリ。例外トシテA. Merkel, Liepmann ノ如キ意志決定論者アリ。

應報刑主義ハ右ノ如ク應報ヲ以テ刑罰ノ本義ト解スルモノナレトモ、必スシモ其ノ凡テカ他ノ實際的意義ヲ排スルモノニアラス。近代ノ應報刑主義ハ、說明ノ方法ニハ種々アレトモ、結果ニ於テハ、概シテ應報ノ要求ヲ妨ケサル程度ニ於ケル犯罪ノ不處罰並ニ犯罪豫防ノ手段トシテノ刑罰ノ效果(威嚇、改

善、淘汰)ヲ併セ認ムルカ故ニ、著シク折衷的ノモノトナレリ。例ヘハ Köhler カ——刑罰ハ之ヲ科スル必要アル場合ニノミ正義ニシテ、各場合ノ事情如何ニ拘ラス劃一的ニ之ヲ科スルハ不正義ナリ。正義ハ一個ノ文化要素トシテ他ノ文化要素ニ關連セシメテノミ理解セラル——ト說クカ如シ。折衷主義者ノ主ナルモノハ A. Merkel, Bar, Lammasch, Stooss, Frank, Liepmann, Hippel, Freudenthal, Sauer, Hafter, Garraud (佛) Vidal (佛) 等ナリ。

威嚇主義(Abschreckungstheorie, Théorie d'intimidation)ハ一般豫防主義(Generalpräventionstheorie)トモ稱セラル。卽チ刑罰ニ依リテ一般世人ヲ威嚇シ、之ヲシテ犯行ヨリ遠サカラシメンコトヲ主タル目的トスル主義ナリ。近代ニ於テハ純粹ナル威嚇主義ノ論者ハ甚ク少ク主ナルモノハ Thomsen, Hold v. Ferneck. 却テ此派ノ論者ハ多ク主トシテ應報刑主義ノ見解ニ從フ。然レトモ嘗テハ純粹ナル威嚇主義者モ亦之レナキニアラス。先ニハ一般ニ刑法學ノ開祖ト稱セラルヽ伊ノ Beccaria (カヲヤ) (†1794) 中頃ニシテ獨逸刑法學ノ改造者ト呼ハルヽ Feuerbach (フオイヤーバッハ) (†1833) ノ如キ是ナリ。後者ハ刑法ニ於ケル刑罰ノ豫告ニ重キヲ置クカ故ニ、其學說ヲ心理的强制主義ト謂フ。純粹ナル威嚇主義ニ於テハ、寧ロ應報刑主義ト反對ニ

意思決定論ヲ前提トス。

右ノ如ク、應報刑主義ト威嚇主義トハ等シク古典學派ト稱セラルレトモ、理論上其根本主義ハ全ク相異ル。即チ前者ハ既ニ行ハレタル犯罪ノ故ニ刑ヲ科スルコトヲ本義トシ(punitur quia peccatum est)後者ハ將來ニ對シ一般ノ犯罪ヲ豫防スル爲メニ爲スコトヲ本義トス(punitur ne peccetur)。換言スレハ、刑罰ハ前者ニ在リテハ所謂正義(抽象的正義)ヲ目的トシ、後者ニ在リテハ他ノ實際的效果ヲ目的トス。此意味ニ於テ威嚇主義ハ後ニ述フヘキ新派ノ主張タル特別豫防主義(Spezialpräventionstheorie)ト共ニ廣ク豫防主義又ハ目的刑主義(Zweckstrafe)トシテ理解セラル。然レトモ其適用ノ結果ヨリ謂ヘハ、威嚇主義ハ寧ロ應報刑主義ニ相似タリ。即チ古典學派刑法學一般ニ付テ謂ヘハ、刑事責任ヲ認ムル基礎ニ付キ、所謂意思ノ自由ヲ認ムルト否トノ點ヲ除キテハ、概シテ、一ハ正義ニ基ク應報ノ要求ヲ絶對ト見、一ハ一般威嚇ノ徹底ヲ期スルカ爲メ、共ニ犯罪必罰ヲ原則トス。又一ハ應報ノ本質ヨリ、一ハ他戒ノ必要ヨリ、共ニ刑ト罪トノ權衡ヲ重要視シ、刑ヲ定ムルニ犯罪ノ動機、犯罪人ノ性格、環境

等ヲ考慮セスシテ、專ラ犯罪ノ客觀的事情ニ重キヲ置カントスル傾向アリ。斯クノ如クシテ、古典學派刑法學ハ自ラ行爲ノ可罰的價値ヲ判斷スルニ當リ、行爲者カ爲シタル客觀的事實ヲ標準トシ、之ニ依リテ刑法上ノ原則ヲ立テ若クハ之ヲ說明セントスルカ故ニ、之ヲ事實主義又ハ客觀主義ノ刑法學ト謂フ。而シテ純粹ナル事實主義、客觀主義ノ刑法ニ於テモ、從來多少裁判官ニ裁量ノ餘地ヲ認メサルニアラスト雖モ、是モ後ニ述フル刑罰個別主義ニ由來スルモノニアラスシテ、多ク情狀憫諒スヘキ場合ニ對スル恩惠ノ意味ニ外ナラス。

二　實證學派(Scuola positiva, Positivistische Schule, École positiviste)

實證學派ハ又伊太利學派又ハ刑事人類學派ト稱セラル。一般ニ Darwin(ダーウイン)ノ進化論ノ立場ヲ承認シ、之ニ基キテ犯罪現象ト其對策トヲ自然科學的ニ研究セントスルモノナリ。之ニ三個ノ分派アリ。

固有ノ刑事人類學派(Kriminal-anthropologische Schule)ハ Lombroso(ランブローゾー)(†1909)ノ創唱ニ係ル。氏ノ見解ニ依レハ、犯罪ハ原人時代ニ於ケル人類學的缺陷ノ遺傳ニ因ル再現ニシテ、犯罪人ハ生來一種ノ解剖學的、人類學的定型ヲ有ス。即チ

犯罪人ハ凡テ生來犯人ナリ。從テ責任ノ根據ハ犯罪人モ精神病者モ其間ニ區別ナキカ故ニ、刑事處遇ノ目的モ、亦精神病者ニ對スル保安處分ト異ル所ナク、專ラ將來ノ犯罪ノ豫防ニ在リ。而シテ右ノ犯罪人定型中ニハ又種々ノ類型アルカ故ニ、類型ノ異ルニ因リテ、之ニ對スル處遇ノ方法モ亦異ラサルヲ得サルモノトス。刑事社會學派(Kriminal-sozio'ogische Schule)ハ Ferri(フェルリー)ノ主唱ニ係ル。氏ノ見解ニ依レハ、犯罪ハ一ノ社會現象ニシテ必然的ノモノナリ。其原因ハ犯罪人ノ性格、能力、教育、家庭其他ノ個人的事情、其生活スル社會ニ對スル氣候、風土等ノ自然的影響及ヒ其社會ニ於ケル政治、經濟、法律其他各般ノ社會的事情ヲ主要ナルモノトス。故ニ犯罪鎮壓ノ方法トシテハ、一面ニ於テ犯罪人ノ有スル性格ノ種類ヲ科學的ニ區別シ、其將來ノ危險ニ對シ夫々適切ナル改善、隔離其他ノ豫防的處置ヲ講スルト同時ニ、他面ニ於テハ各種ノ犯罪ニ付キ、其原因ヲ爲ス社會的事情ノ何タルヤヲ研究シ、之カ改革ニ努ムヘキモノトス。Garofalo(ガロファロー)ノ主唱スル刑事心理學派(Kriminal-psychologische Schule)ノ謂フ所モ大體之ト同樣ニシテ、唯、氏ハ自然犯ナル觀念ヲ明ニシ、同時ニ犯罪人ノ性格ヲ種別

スルニ當リ、道德意識ノ痲痺ノ點ヲ重要視シタルコトヲ特色トス。以上三氏ハ伊太利學派ノ創始者ニシテ、同學派ノ謳歌者ハ右三者ヲ三人ノ傳道者ニ譬ヘ、「ロ」氏ノ犯罪人論、一八七八年初版「フ」氏ノ刑事社會學、一八八一年初版「ガ」氏ノ犯罪學一八八五年初版ノ三著ヲ三福音書ニ譬フ。

伊太利學派一般ノ傾向トシテ其中核ヲ爲ス見解ヲ要約スレハ——犯罪ハ犯罪人ノ個人的條件、自然的及ヒ社會的條件ノ結合ニ因リテ生スル一ノ社會的必然現象ニシテ、社會ノ存立スル限リ必ス之ニ伴フ。從テ犯罪ヲ根絶スルコトハ如何ナル社會ニ於テモ不可能ナレトモ、能フ限リ此現象ノ發生ヲ抑壓セントスルニハ、先ツ一方ニ科學的ニ犯罪人其者ニ付テノ實證的研究ヲ爲スコトヲ必要トス。而シテ此場合ニ犯罪人ニ意思ノ自由又ハ正則ナル決定性アリヤ否ヤノ如キ抽象論ハ問題ニアラス。換言スレハ、刑事責任ハ意思ノ自由又ハ正則ナル決定性等ヲ前提トスル道德的責任ニアラスシテ、單ニ社會ノ一員トシテ生存スト謂フ事實ヲ根據トスル社會的責任ナリ。然レトモ犯罪發生原因ニシテ右ノ如クナル以上ハ、犯罪豫防ハ獨リ刑事處遇ノミヲ以テ達

成シ得ヘキモノニアラス。犯罪人ニ對スル刑事處遇ト其他ノ一般的犯罪豫防方策ト相俟テ、初テ效果ヲ擧クルコトヲ得ルモノナリ。故ニ他方ニ一般的豫防方策ノ研究ニ努ムルト同時ニ、從來古典學派刑法學カ顧慮シタル一般豫防ノ方面ハ之ニ讓リ、刑事處遇ハ專ラ犯罪人ノ性格ニ着眼シ、之ニ對シ各特別ノ方法ヲ講スルコトニ依リテ、各個ニ其者ノ將來ノ犯罪ヲ豫防スルコトヲ以テ任務ト爲サヽルヘカラス。從テ刑事學上重要視スヘキハ犯罪ノ概念的分類ニアラスシテ、犯罪人ノ實證的分類ナリ――ト曰フニ在リ。故ニ斯カル立場ヨリスレハ、犯罪行爲ニ對スル可罰的評價ハ一般的抽象的ノ標準ニ依ルヘカラスシテ、犯罪人各個ノ主觀的特質ニ應シ、具體的ニ適當ナル評價ヲ行フヘキモノトス。要スルニ、此學派ノ見解ニ於テハ、犯罪ハ犯罪人ノ一定度ノ反社會的性情ノ徵表(Symptom für asoziale Gesinnung)ナリ。而シテ此徵表ヲ通シテ犯罪人ノ性格ヲ見、之ニ對シ個別的ノ處置ヲ講スル方法トシテ刑事處遇ヲ理解スルカ故ニ、此學派並ニ此點ニ於テ此學派ト見解ヲ一ニスル學說ヲ徵表主義、人格主義、主觀主義、刑罰個別主義又ハ特別豫防主義ノ刑法學ト謂フ。

三　前記二派ノ外ニ伊太利學徒ノ所謂折衷學派(Eclettismo)アリ。古典學派ニ比シテ著シク實證學派ノ色彩ヲ帶フルモノナレトモ、責任ノ意義其他ニ付キ多少古典派ノ主張ヲ斟酌スル點ニ於テ折衷的ノモノト稱セラル。獨ノ Liszt 等之ヲ代表ス。今 Liszt ノ保護刑說(Schutzstrafe)ニ付テ謂ヘハ、氏ハ法ノ目的ヲ以テ生活利益ノ保護ニ在リトスル點ニ於テ Ihering ノ影響ヲ受ケ、犯罪ヲ社會的現象ト見ル點ニ於テ Wahlberg, Ferri ノ影響ヲ受ケタルモノナリ。氏ノ見解ニ依レハ、犯罪ハ社會ノ病的現象ニシテ、形式ニ於テハ社會ノ成立條件タル法律秩序ヲ破壞シ、實質ニ於テハ常ニ社會的生活關係ニ於テ生スル利益卽チ法益ヲ侵害ス。刑罰ハ卽チ此社會的侵害ニ對スル社會的反動ニシテ、其目的ハ他ノ保安處分ト同シク法律秩序ノ維持ト法益ノ保護トナリ。而シテ其作用ハ威嚇(一般的及ヒ特殊的)、改善、淘汰乃至被害者及ヒ一般世人ノ感情ノ滿足トシテ各方面ニ表ハルレトモ、其中最モ重要視スヘキハ犯罪人ニ對スル特別豫防ノ點ニ在リ。卽チ刑法カ罰スルハ行爲ニアラスシテ行爲者ナリ。而シテ今日ノ法制ノ下ニ於テハ、刑罰ハ特殊ノ意義內容ヲ有スレトモ、將來ノ問題トシテハ、結

局犯罪ヲ條件トシテ行ハル、保安處分ノ一方法ニ過キサルニ至ルヘキモノトス。

§13 刑法學上ノ學派對立ノ形勢ハ大凡右ニ述フルカ如シ。此形勢ハ約言スレハ主觀主義及ヒ客觀主義ノ爭ニ外ナラス。卽チ犯罪ヲ通シテ犯罪人ヲ見レハ、犯罪人ハ社會ノ危險分子ナルカ故ニ、之ニ對スル處遇ヲ定ムルモノトシテ刑法ヲ說ク立場ハ主觀主義ノ刑法學(Subjektive Strafrechtstheorie)ナリ。之ニ反シテ犯罪人ヲ見スシテ專ラ犯罪ヲ見レハ、犯罪ハ一ノ惡行ナルカ故ニ、或ハ之カ爲メニ應報ヲ定メ、或ハ之ニ對シテ一般威嚇ノ方法ヲ定ムルモノトシテ刑法ヲ說ク立場ハ客觀主義ノ刑法學(Objektive Strafrechtstheorie)ナリ。而シテ此爭ハ程度論上ノモノニアラスシテ、立場ヲ異ニスル主義上ノモノナルカ故ニ、之ヲ折衷シテ單一ノ理論ヲ構成スルコトハ固リ不可能ニ屬ス。唯事實上一ノ折衷方法トシテ結果ニ於テ矛盾ヲ生セサル程度ニ於テ二主義ヲ併用スルノ途ナキニアラサルモ、苟モ刑法ノ進步ニ着眼スル限リ、其發達スヘキモノヲ促シ、其止マルヘキモノヲ抑フル意味ニ於テ何レカ一方ヲ主要視セサルヲ得サルハ是レ亦當然ノ歸結ナリ。

要スルニ、此刑法學上ノ二主義ハ其孰レヲ採ルトスルモ、各其立場ニ於テ刑法學上ノ原則カ合理化セラルヽ根本義ナルカ故ニ、其主トシテ孰レニ依ルヘキカハ、刑法學ノ研究ニ方リ、最先ニ決セラレサルヘカラサル問題ナリトス。

第三款 刑法ノ目的

§14 刑法ノ目的ヲ正當ニ理解セントスルニハ、先ツ刑罰制度ノ現實ノ作用ヲ其全般ニ亘テ考察スルコトヲ要ス(1)。刑罰ノ作用ニ二アリ。一ヲ實際的效果トシ一ヲ感情的效果トス。

先ツ實際的效果ニ付テ見ンカ。思フニ、個人間ノ本能的反動カ自ラ個人ノ自己保全(Selbsterhaltung)ノ方法ナルカ如ク、一切ノ社會的反動(Soziale Reaktion)ハ亦自ラ社會其者ノ自己主張(Selbstbehauptung)トシテ社會自全ノ方法タリ。而シテ刑罰モ、既ニ刑法ノ沿革ニ徵シテ明ナルカ如ク、一ノ社會的反動ニシテ、其直接ノ意義乃至實行ノ方法ハ時代ニ因リテ同シカラスト雖モ、其實際的作用ニ於テハ常ニ社會自全ノ條件ニ對シ一定ノ效果ヲ寄與セルモノナリ。此效果ハ前ニモ

述ヘタルカ如ク、犯罪豫防ノ作用ニシテ、刑罰ノ存在理由トシテ之ヲ見レハ刑罰ハ、功利的基礎トモ謂フヘキモノトス。S. 88. 此作用ニ二方面アリ。一ハ一般世人ニ對スルモノニシテ、刑法ニ於ケル刑罰ノ豫告ト之ニ伴フ執行トニ依リテ、一般世人ニ對シ犯行ヲ回避スヘク警告シ、且ツ積極的ニ一般規範ノ價値ヲ意識セシムル作用ナリ(一般豫防)。二ハ既ニ罪ヲ犯シタル特定人ニ對スルモノニシテ、刑法ノ警告ノ效果微弱ナル者ニ對シテハ、刑罰ノ執行ニ依リテ其效力ヲ一層劃切ニ作用セシメ、又ハ全ク警告ノ效果ナキ者ニ對シテハ、之ヲ社會外ニ淘汰スル作用ナリ(特別豫防)。次ニ感情的效果ニ付テ見ンカ。刑罰ニハ一ニ犯罪ノ被害者並ニ其親族等ノ報復心、二ニ一種ノ社會的反動トシテノ公憤、及ヒ三ニ一般的ナル應報感情ヲ滿足セシムル效果アリ。而シテ刑罰カ前記ノ實際的效果以外ニ是等ノ效果ヲ有スルハ、譬ヘハ食物カ一方ニ身體ノ營養物タル實際的效果ヲ有スルト同時ニ、他方ニ其滋味ニ因リテ食慾ヲ滿足セシムル作用ヲ有スルニ似タリ。從テ又刑罰ハ、恰モ食物カ普通ニ其營養物タルカ爲メヨリモ寧ロ其滋味ニ由ル食慾ノ滿足ノ爲メニ要求セラルヽカ如ク、從來一般ニハ、前記ノ實際的效

果ノ爲メヨリモ寧ロ主トシテ此感情的效果ノ爲メニ要求セラレタルモノナリ。前ニ刑法ノ學派ニ關シテ述ヘタル應報刑主義ノ理論ハ卽チ此感情的效果ニ對シ道德的乃至思辨的意義ヲ附加シタル觀察ニシテ、斯カル考察ヲ離レテ應報ヲ見レハ、其實際ハ右ノ如キ感情的滿足ナル一ノ心理的事實ニ外ナラス。而シテ此心理的事實ニ對スル批判價値ハ之ヲ後論ニ讓ルヘキモ、今日ノ刑罰カ實際上仍ホ或程度マテ斯カル事實ヲ理由トシテ要求セラレ且ツ此要求ニ一致スルニ因リテ刑罰ノ實行カ或程度マテ圓滑ニ行ハレツヽアル以上ハ、其程度ニ於テ感情的效果ハ現ニ刑罰ノ心理的基礎タリ。S. 86.

刑罰ノ作用ニハ右ノ如ク實際的效果ト感情的效果トノ二種アリ。然レトモ此二者ハ決シテ無關係ノモノニアラス。卽チ感情的效果ハ、一方ニ於テハ刑罰ノ心理的基礎タルト同時ニ、他方ニ於テハ一般世人ノ規範意識ノ作用ノ弛緩ヲ防キ、若クハ場合ニ依リ一層之ヲ鞏固ナラシメ、因リテ實際的效果ノ一タル一般豫防ト同樣ノ作用ヲ營ムモノナリ。

註(一)　今日刑事社會學ニ於テハ犯罪飽和ノ法則(Gesetz kriminellen Sättigung, Loi de saturation criminelle)

nelle)ナルモノヲ說ク。此法則ノ意味ハ、特定ノ社會ニ於ケル特定ノ自然的並ニ社會的事情ノ下ニ於テハ當然一定ノ犯罪ヲ生シ、其種類ト數量トハ其レヨリモ多カラス又少カラストノ謂フコトナリ。詮スル所、一定ノ原因アレハ必ス之ニ相應スル一定ノ結果アリト謂フ因果的觀察ノ適用ニ外ナラス。然レトモ此法則ハ刑法ノ無價値ヲ證明スル意味ノモノニアラス。蓋シ一定ノ社會ニ於ケル犯罪ノ飽和點ヲ決定スル諸條件ハ所謂自然的、政治的、經濟的、社會的事情ノミニアラスシテ、法律的事情モ亦其有力ナル一條件ナルカ故ナリ。從テ刑罰制度ノ效果ハ犯罪飽和ノ法則カ眞理ナルコトニ關係ナク之ヲ認ムルコトヲ得ルモノナリ。

次ニ又之ニ類スル他ノ疑問アリ。卽チ犯罪ハ社會ノ必然的ナル病的現象ニシテ、如何ナル社會組織ノ下ニ於テモ根絶シ得ヘキモノニアラス。(此命題ハ、今日仍ホ一部學者ノ反對アルモ、略々一般ノ承認ヲ經タリ)。從テ此命題カ眞理ナル以上ハ、應報刑主義ノ立場ヨリハ別論トシ、豫防刑主義ノ立場ヨリ謂ヘハ、刑法ノ使命ハ又殆ト無意義ナルカノ疑ナキヲ得ス。否、獨リ刑法ノミナラス、一切ノ犯罪豫防方策ハ皆然ルカ如シ。然レトモ犯罪カ社會ノ必然的現象ナルカ如ク、之ニ對スル社會的反動モ亦社會ノ必然的現象ナリ。而シテ此社會的反動ハ、實際ニ於テハ原始時代ヨリ隱ニ陽ニ或程度マテ犯罪豫防手段トシテ社會ノ自己主張ノ目的ト一致シ來レルモノニシテ、此事自體亦必然的過程ナリ。故ニ此關係ニシテ正シク理解セラルヽ限リハ、犯罪ハ其絶滅ヲ期スルコトヲ得ストスルモ、少クモ其增加ヲ抑制スルコトハ可能ナルカ故ニ、刑罰制度ノ效果ハ又犯罪カ必然的現象タルコトニ關係ナク之ヲ認ムルコトヲ得ルモノトス。

§15

刑罰ノ現實ノ作用ハ大凡右ノ如シ。然レトモ前記ノ諸效果ハ何レモ其價値ニ於テ同一ナルコトヲ得サルモノトス。蓋シ之ヲ同一ナリトセンカ、事實論トシテ、具體的ノ場合ニ一定ノ刑罰カ一ノ效果ニ對シテ適度ナルモ他ノ效果ニ對シテ不適度ナルカ如キトキハ、其何レニ依リテ刑ノ當否ヲ定ムヘキカニ惑ハサルヲ得サルヘシ(一)。加之、理想論トシテハ、刑法モ亦常ニ社會文化ノ發展ニ伴フテ進化セサルヘカラス。而シテ進化ハ一般ニ分化ト統一トニ由リテ全ウセラルヽモノナルカ故ニ、刑法ノ進化ニ在リテモ、其傾向ヲ助成シ、刑罰ノ效果ヲシテ一層純粹且ツ有力ノモノタラシメント欲セハ、刑罰ノ諸效果中ノ本質的ナルモノヲ重要視シ、其他ノモノハ漸次之ヲ目的ヲ同クスル他ノ政策ニ讓ルコトヲ以テ適當ト爲サヽルヘカラス。是ヲ以テ刑法ノ目的ヲ正當ニ理解スルニハ、次テ刑罰ノ諸效果ニ付キ其價値ノ輕重卽チ其孰レカ本質的ノモノナリヤヲ明ニスルコトヲ要ス。

註(一)　先ツ一般豫防ト特別豫防トニ付テ謂ヘハ、一般豫防ヲ徹底スレハ一般威嚇トナリ、犯罪人ハ全ク威嚇ノ爲メノ犧牲トシテ、犯罪アル限リ、之ヲ處罰スルコトヲ要シ、特別豫防ヲ徹底スレハ、如何ナル場合ニモ、犯罪人ニ於テ再犯ノ虞ナキ限リ、之ヲ不問ニ措クコトヲ要ス。是レ矛盾ノ一ナリ。又兩者ノ立場ヨリ見テ共ニ處罰ノ必要アル場合ニ於テモ、處罰ノ實行方法ニ關シテ當然見解ノ相違ヲ生ス。蓋シ刑罰ノ實質ハ沿革的ニ略々一定セルカ如キモ、理論的ニハ何ヲ以テ刑罰トシ、如何ナル意味ヲ以テ、如何ニ執行スヘキカハ、之ヲ行フ目的ニ從テ種々ニ定ムルコトヲ得ルカ故ナリ。是レ矛盾ノ二ナリ。又處罰ノ實行ニ關シ或程度マテ同一方法ヲ採ルコトヽスルモ、多クノ場合ニ刑罰量定ノ標準ヲ異ニス。即チ此場合ニハ犯罪事實ヲ以テ標準トスヘキカ、又ハ犯罪人ノ性情ヲ以テ標準トスヘキカヽ問題トナルナリ。是レ矛盾ノ三ナリ。斯カル矛盾ハ特別豫防ト感情的效果トノ間ニモ亦考フルコトヲ得ヘシ。

一　感情的效果

感情的效果ヲ論スルニハ、先ツ應報一般ニ付テ考フルコトヲ要ス。思フニ、應報カ其根據如何ニ拘ラス、應報其者トシテ吾人ノ意識深ク植付ケラレ、信仰的ニ吾人ノ實際生活ヲ或程度マテ支配シツヽアルコトハ否認スヘカラス。從テ吾人カ所謂應報刑主義ノ主張ニ或程度マテ共鳴ヲ感シ得ルコトモ亦爭フヘカラス。然レトモ根本ノ問題トシテ、應報刑ノ理論ハ當然ニハ斯種ノ應報ヨリ導カルヽモノニアラス。蓋シ應報ハ、自然的應報トシテハ、謂ハヽ、神秘的ナル善因樂果、惡因苦果ノ法則ナリ。縱ヘ之ヲ信スヘシトスルモ、其作用ハ獨リ人間ヲ通シテノミ行ハルヽモノニアラスシテ、物心兩界ニ亘ル有ラユル事象ヲ通シテ行ハル。從テ此應報ノ實現ヲ人間ノ獨占權ノ如ク考ヘ、人間カ人間ノ立場ニ於テ自ラ之ヲ行フハ啻ニ僭越ナルノミナラス、又應報其者ノ神秘的構理ヲ紊ルモノナリ。斯ク見レハ、人間相互間ニ於テ行フ應報刑ハ名ハ應報ナリト雖モ、謂ハヽ、人爲的應報ニシテ、自然的應報トハ全ク因果系統ノ中心ヲ異ニスル人間界限リノモノナラサルヘカラス。故ニ應報刑主義ノ理論ヲ立テントスルニ當リ、右二個ノ因果系統ノ間ニ如何ナル關係アリヤヲ明ニセスシテ、漫然一般的ナル應報感情ニ訴ヘ、之ニ其根據ヲ置カントスルハ誤ナリ。從テ應報刑ノ理論ハ、其レカ仍ホ自然的應報ニ關係ヲ有スルト否トニ拘ラス、其自身直接ノ根據ヲ要ス。是ニ於テ、應報刑ノ理論ニハ前ニ刑法ノ學派ニ關シテ述ヘタルカ如キ數種アリ(§8 10)。此中其根據ヲ宗教的、哲學的ニ說明セントスル立場ニ付テハ、茲ニ論評ノ限ニアラス。然レトモ少クトモ經驗的ナル道德乃至法律意識ニ考察ノ基礎ヲ置ク立場ニ付テハ批評ノ餘地アリ。

人爲的應報ノ基礎ヲ經驗的ナル道德乃至法ニ求メントスル一派ハ、應報ヲ解シテ道德又ハ法律意識ニ基ク善行ニ對スル褒賞、惡行ニ對スル制裁ノ必然的結合ノ要求トス。然レトモ思フニ、斯カル結合其者ノ要求モ經驗的ニハ歷史的ニ發達シタル特殊ノ社會感情ニ外ナラス。從テ斯カル應報感情ノ發達シタル後代ニ於テハ、恰モ論理上應報カ褒賞若クハ制裁ノ根原ナ

ルカ如クナルモ、心理的ニハ却テ褒賞、刑罰等ノ現實ノ社會的事實カ斯カル應報感情ノ發達ヲ促セルモノナリ。此點ハ刑罰制度ヲ背景トスル惡因苦果ノ應報的要求ノ程度カ、背景トシテ何等關連アル一般的社會制度ヲ有セサル善因樂果ノ應報的要求ノ程度ニ比シテ遙ニ優レタルニ由リテモ明ナリトス。右ノ如ク人爲的應報ノ觀念ハ一ノ歷史的產物ニシテ、恰モ、等シク歷史的產物タル經驗的ナル法若クハ道德カ、實際上ハ單ニ法若クハ道德ナルカ故ニ行ハレサルヘカラスト謂フ心理ニ基キテ妥當スルカ如ク、同樣ニ人爲的應報ナルカ故ニ人爲的ニ應報セラレサルヘカラスト謂フ心理ニ基キテ妥當スルモノナリ。然レトモ此應報特ニ制裁的應報ノ心理ハ寧ロ刑罰ニ依リテ最モ有力ニ啓發セラレタルモノナルコト前述ノ如シトスレハ、此心理ハ又刑罰ノ實際ノ變化ニ因リテ自ラ變化スヘク、其自身不動ノ根據アルモノニアラス。此般ノ事情ハ新派刑法學勃興以來最近三十年間ニ於ケル一般ノ刑罰思想變遷ノ跡ヲ顯レハ、明白ニ之ヲ觀取スルコトヲ得ヘシ。斯クノ如クナルヲ以テ、今日ニ於テ刑罰ノ本質的意義ヲ尋ネントスレハ、此種ノ應報觀念ニ關係ナク之ヲ把捉スルコトヲ得。要スルニ、今日ノ豫防刑ノ思想ヲ以テ刑罰制度ノ嫡出子ニ譬フレハ、應報刑ノ思想ハ其私生子ナリ。而カモ前者ニ比シテ遙ニ年長ナル庶兄ナルカ故ニ、實際上容易ク其地位ヲ動カスコトヲ得サレトモ、刑法ノ理想トシテハ明ニ其正閏ヲ正サヽルヘカラス。

更ニ應報ト離レテ一般社會ノ公憤ニ付テ考フルニ、應報刑主義中ノ近代的

ナル經驗的法律的應報刑主義ニ於テハ、刑罰カ應報ナリト謂フコトヲ解シテ、法ノ違反ニ對シ法律上ノ反動トシテ必然的ニ刑罰カ行ハルヽニ因リテ、法自ラ其權威ヲ證明スルノ義ナリトヽ爲スヲ通例トス。S.88.10. 然レトモ此見解ハ實ハ一般的法律規範上ノ問題ト刑法上ノ問題トヲ混同セルモノナリ。蓋シ法カ法ノ違反ニ對シテ論理的ニモ心理的ニモ其妥當性ヨリ一定ノ反動ヲ生スヘキハ論ヲ俟タス。然レトモ其直接ノ反動ハ何レモ決シテ刑罰其者ニアラス。即チ一般規範ノ違反ニ對スル直接ノ反動ハ、論理的ニハ單ナル規範的價値判斷ニシテ、此場合ニハ事前ニ於テ行爲規範タリシモノカ事後ニ於テ評價規範トシテ作用スルモノナリ。此價値判斷ハ違法行爲ニ對シテ刑罰其他ノ制裁カ科セラルヽ場合ニハ、制度上之ニ含マレテ表現スレトモ、決シテ其自身ノ意義ト目的トヲ失フモノニアラス。S.88. 又一般規範ノ違反ニ對スル直接ノ反動ハ心理的ニハ一般社會ノ公憤ニ基ク侵害セラレタル法ノ權威ノ恢復ノ要求ナリ。此公憤ハ一般規範意識ノ根底ヲ爲ス感情ノ發動ニシテ、是ニ基ク右ノ要求ハ法律的規範ノ妥當性ト其心理的基礎ヲ同クス。從テ此公憤カ

適當ニ法ノ權威ノ證明ニ因リテ緩和セラルヽコトハ、一般規範意識ノ發達ヲ促シ、法律的規範ノ效力ヲ鞏固ナラシムル所以ナリト雖モ、其方法トシテハ必スシモ獨リ刑罰ノミカ要求セラルヽモノニアラス。又此公憤ハ或場合ニ於テハ刑罰カ科セラレタリトスルモ、必スシモ緩和セラルヽモノニアラス。要ハ犯罪人ニ對スル規範ノ勝利ニ在リ。而カモ刑罰カ多クノ場合ニ於テ公憤ヲ緩和スル作用アルハ、一般社會カ科刑ノ形式ヲ以テ規範ノ勝利ノ象徵ト爲シ、科刑ニ由リテ犯罪人ノ反抗的態度カ全然克服セラルヽモノヽ如ク擬制スルカ故ナリ。公憤カ刑罰ノ心理的基礎タルハ實ハ此關係ニ於テノミ。S.S.14. 故ニ一般ノ平衡感ニ照ラシテ科刑輕キニ失スト見ユルカ、又ハ科刑相當ナルモ、偶々犯罪人頑强ニシテ毫モ其不遜ナル態度ヲ改メサル事實顯著ナルトキハ、一般社會ノ公憤ハ決シテ鎭靜ニ歸スルコトナシ。卽チ此公憤ノ緩和セラルヽ根本ノ理由ハ、犯罪人カ衷心其罪ヲ悔改シ、規範ノ價値ヲ承認シテ之ニ對シテ恭順ヲ表スルコトニ在リ。蓋シ斯クシテ初メテ眞ニ法ノ權威ハ恢復セラルヽカ故ナリ。斯クノ如ク一般規範ノ違反ニ對スル直接ノ反動ハ心理的

ニモ刑罰其者ニアラス。從テ今日ノ刑罰制度カ特別豫防主義ニ則リ、犯罪人改悛ノ情顯著ニシテ處罰ノ必要ナキニ至レル場合ニ於テ、或ハ起訴猶豫ヲ爲シ、或ハ刑ノ執行猶豫ヲ與ヘ、或ハ假出獄ヲ許スカ如キコトアルモ、是ニ由リテ一般社會ノ公憤カ不當ニ顧ミラレサルモノト爲スヘキニアラス。唯此場合ニハ別ニ政策上改悛ノ情顯著ナル事情ヲ社會ニ諒知セシムル方法ヲ考慮スヘキノミ。斯クノ如ク考フルトキハ、犯罪ニ對スル一般社會ノ公憤ハ、特別豫防主義ノ刑法ノ下ニ於テモ適當ニ之ヲ滿足セシムルコトヲ得ルモノニシテ、其以上常ニ公憤ノ要求ニ對スル滿足ヲ目的トシテ形式的ニ刑罰ヲ行フコトハ、徒ニ口腹ノ慾ヲ樂マシムルカ爲メニ過食スルニ等シク、其害寧ロ其利ニ超ユ。要スルニ刑罰ハ犯罪ニ對スル社會的反動ナルコトハ屢々述フルカ如クナレトモ、今日ニ於テハ社會ノ自己保全ノ必要ニ基ク特別ナル目的的政策的反動ニシテ、感情的心理的反動ニアラス。心理的反動ハ前記ノ如ク本質上刑罰トハ別個ノモノナリ。

次テ被害者ノ報復心ハ滿足ニ付テ考フルニ、一般ニ違法行爲ノ被害者カ加害者ニ對シテ憎惡

ノ念ヲ懷ケル場合ニ於テ、何等報復心ノ滿足ヲ得スシテ悶々タルコトハ明ニ被害者ニ取リテ苦痛ナリ。從テ被害者カ加害者ノ處罰ニ於テ其報復心ヲ滿足セシムルコトハ其自身毫モ排斥スヘキ理由ヲ見ス。然レトモ被害者ノ報復心ヲ滿足セシムルモノハ獨リ刑罰ノミニアラス。恰モ前記ノ犯罪ニ對スル一般社會ノ公憤カ本來規範ノ勝利ニ因リテ緩和セラルヽモノナルカ如ク、被害者ノ報復心ハ本來自我人格ノ勝利卽チ犯罪人ノ眞實ノ陳謝ニ因ル自我人格ノ權威ノ恢復(損害アル場合ニハ併セテ加害者ノ能力相應ノ賠償ニ因ル損害ノ恢復)ニ因リテ滿足セラルヽモノナリ。而シテ特別豫防主義ノ刑罰制度ノ下ニ於テ、犯罪人カ處罰ノ必要ナシトセラレ又ハ輕ク處罰セラルヽカ如キ場合ニハ、當然豫メ此種ノ方法ニ由リテ被害者ヲ滿足セシムルヲ通例トスルカ故ニ、特ニ被害者ノ報復心ヲ斟酌シテ刑罰ヲ科スル一般的必要ハ之レナシト謂ヒテ可ナリ。加之被害者ノ報復心其者ハ、一般社會ノ公憤トノ共通點ヲ除ケハ、他ハ全ク純粹ノ私怨ナルカ故ニ、寧ロ社會一般ノ平和ノ爲メニハ能フ限リ之カ斟酌ヲ避クルヲ可トス。蓋シ被害者ニ報復心アルカ如ク、加害者ニモ亦再報復心アルカ故ニ、刑法ニ於テ被害者ノ報復心ヲ過重視スルノ結果ハ、却テ一般ニ再報復心ヲ誘發スルニ至ルヘケレハナリ。斯クノ如クナルヲ以テ、被害者ノ報復心ノ滿足ニ對スル斟酌モ亦特別豫防主義ニ伴フ程度ニ於テ相當ト見ルヘク、特ニ之ヲ理由トシテ刑罰ヲ行フヘキモノニアラス。

二　一般豫防

刑罰カ犯罪ノ豫防ニ關シ一般世人ニ對スル警告ノ作用ヲ營ムモノナルコトハ既ニ述ヘタリ。是レ刑罰カ受刑者ニ取リテ常ニ一般的ニ觀テ一ノ害苦卽チ刑罰苦(Strafübel)ナル結果ニシテ、刑罰ハ固リ犯罪ヲ誘發スルカ如キ快樂ナルコトヲ得サルモノトス。然レトモ刑罰ハ一般豫防主義ノ如ク威嚇ヲ目的トシテ之ヲ行フモ、其效果ハ一時的ニシテ且ツ限度アリ。若シ强テ是レカ爲メニ科刑ヲ峻嚴ナラシメンカ、恰モ機械ノ運轉速力ヲ極度ニ增加セントスルカ如シテ石炭ヲ過度ニ投シ徒ニ汽罐ヲ大破セシムルニ等シク、其害遙ニ其利超ユ。故ニ此主義ハ依ルヘカラス(一)。然ラハ刑罰カ特別豫防主義ニ於ケル如ク犯罪人ノ改善ノ手段タルコトハ、如何ニシテ此條件ニ適合スルコトカヲ得ルカ。思フニ、犯罪人ノ改善ハ犯罪人カ欲スルカ故ニ行ハルヽ任意的ノモノニアラス。之ヲ欲スルカ如キ人ハ之ヲ要セサル人ニシテ、之ヲ要スルカ如キ人ハ之ヲ欲セサル人ナリ。從テ事實ニ於テハ常ニ一種ノ强制敎育ニシテ、之ニ伴フ自由ノ剝奪ハ、如何ナル場合ニ於テモ、適意ノモノニアラサルハ論ヲ俟タス。加之外部的强制ノ制度ハ、一般ニ社會ノ發達ニ伴ヒ、個人ノ自由自律ノ傾向ノ

旺ナルニ從ヒテ、益々嫌忌ノ度ヲ增スモノナルカ故ニ、刑罰カ教育ナルハヲ故以テ威嚇ノ效ナシト謂フコトアルヘカラス。況ヤ其改善刑カ淘汰刑的性質ヲ帶フル場合ニ於テヲヤ。從テ刑罰ノ一般威嚇ノ效果ハ特ニ之ヲ目的トスルコトナクモ、特別豫防主義ノ刑法ニ於テモ亦適當ニ備ハルモノト謂フヘク、其レ以上ノ一般豫防的效果ハ別ニ一般的犯罪豫防方策 §.8 ニ待ツノ外ナシ。

註(一)　從來此點ニ關シテハ威嚇主義ト稱セラルヽ見解ノ存スルコトハ前ニ述ヘタリ。(§.8 10)

此主義ハ刑罰ノ輕重ニ從ヒ、殆ト之ニ正比例シテ威嚇ノ效果ニ大小アルコトヲ前提トスルカ故ニ、此立場ヨリ謂ヘハ、犯罪人ノ反規範的性情ノ大小ヲ以テ科刑ノ要否又ハ輕重ノ標準トスル改善主義ノ刑法ハ、著シク一般威嚇ノ效果ヲ犧牲トスルモノナリ。然レトモ此觀察ハ一見頗ル合理的ナルカ如クニシテ、而カモ根本ニ於テ刑罰ノ威嚇力ヲ過大視スルノ憾アルヲ免レス。蓋シ刑罰ノ威嚇ノ實際的效果ニ至リテハ決シテ世人ノ普通ニ考フルカ如ク大ナルモノニアラサルナリ。其理由左ノ如シ。

(イ)　刑罰ノ一般威嚇カ十分ニ其作用ヲ發揮シ得ルカ爲メニハ、其手段タル害惡ハ理論上必至的ナラサルヘカラス。從テ起訴猶豫ノ如キ犯罪發覺後ノ特別處分ハ姑ク別問題トスルモ、苟モ犯罪アル限リ、少クトモ其發覺ハ必然的ナラサルヘカラス。然ルニ今日ノ實狀ハ全ク之ニ反シ、一切ノ犯罪中其發覺スルモノハ割合ハ極メテ僅少ニシテ、之ニ對シ假借ナク刑罰ヲ科スルモ、仍ホ全體ノ幾百千分ニ過キス。斯カル情況ノ下ニ於テハ、何人モ犯罪的傾向ヲ有スル限リ、又犯罪ヲ誘發スル何等カノ事情ノ存スル限リ、不發覺ヲ僥倖シテ罪ヲ犯スモノ其跡ヲ絕タサルハ當然ナリ。

(ロ)　斯カル缺點ヲ補フ爲メ、犯罪ノ發覺シタル場合ノ科刑ヲ力メテ峻嚴ナラシメントスルハ、最モ普通ニ考案セラルヽ方法ナリ。然レトモ單ニ威嚇ノ手段トシテ人格者ノ有ラユル利益ヲ犧牲トスルコトハ、今日ノ一般感情ニ照ラシ、其程度ニ自ラ制限アリ。之ヲ超ユレハ即チ所謂恐怖時代ヲ現出シ、一般世人ハ寧ロ刑罰ヲ罪惡ト見テ却テ犯罪人ニ同情シ、裁判官モ亦永ク斯カル惡法ヲ行フニ堪ヘスシテ、自ラ適用ヲ寬和スルニ至ル。

(ハ)　科刑ノ峻嚴ハ一時威嚇ノ效果アルコトハ爭フヘカラス。然レトモ假ニ其レカ一般感情ノ許ス程度ニ於テ行ハルヽモ、幾何モナク、世人ハ威嚇ニ馴ルヽニ至ル。蓋シ、吾人ノ生命、自由、財產ト謂フカ如キ生活利益ノ價値ハ其社會ニ於ケル生活利益其者ノ安固ノ度ニ比例スル相對的ノモノナリ。從テ科刑峻嚴ニシテ絕エス威嚇ニ因リテ脅サレツヽアル生活利益ハ、保有者自ラ之ヲ輕ンシ、事アレハ容易ク拋棄ノ決心ヲ爲ス傾向ヲ生ス。何レノ社會ニ於テモ、威嚇主義時代ノ民カ竄ヲ好ミテ刑ヲ恐レサリシハ其明白ナル證左ナリ。

(ニ) 又犯罪人ノ種類ニ因リテハ、如何ナル刑罰ヲ以テ臨ムモ威嚇ノ目的ヲ達シ得サル者アリ。例ヘハ本能犯人、激情犯人ノ如キ是ナリ。又所謂確信犯人ノ如キニ對シテハ斃刑ハ却テ主義ニ對スル殉教的態度ニ對シテ崇高ノ感ヲ懷カシメ、一層犯意ヲ强固ナラシム。

(ホ) 科刑ノ峻嚴ハ其反動トシテ犯罪ノ實行方法ヲシテ一般ニ益々陰險兇暴ナラシム。即チ犯罪人ハ發覺豫防並ニ犯跡湮滅ノ點ニ於テ愈々巧妙大膽トナリ、其結果僞造、詐欺、殺人、放火、暴行、脅迫等ノ犯罪ヲ激增セシム。

(ヘ) 歷史上ノ觀察ニ於テ、往々鋸、斬磔、炮等ノ極刑カ犯罪豫防ノ效果ヲ擧ケ得タルカ如キ事跡ナキニアラス。然レトモ之ヲ以テ其威嚇ノ力ニ歸スルハ皮相ノ見ニ過キス。例ヘハ諸國ノ歷史ニ散見スル異端者邪宗徒ノ迫害ノ如キハ、何レモ威嚇ニ由リテ信仰ヲ拋棄セシメタルカ如キ外觀アルモ、結果ヨリ謂ヘハ、死刑ノ徹底的勵行ニ因リテ非改宗者ヲ剿滅シ、異端邪宗其者ヲ根柢ヨリ一掃シタルニ由リテ目的ヲ達シタルモノナリ。是ト同シク、一般ノ犯罪ニ於テモ、死刑ハ從來應報又ハ威嚇ノ方法トシテ行ハレタルニ拘ラス、社會學的ニ見レハ、危險ナル重大犯人其者ヲ淘汰シ、同時ニ是ニ由テ犯罪的素質ノ承繼者ノ增殖ヲ防遏シ得タル點ニ於テ效果アリシモノナリ。同樣ニ最近ノ刑法カ常習犯人等ニ對シ長期刑ヲ科シ、比較的好成績ヲ收メツヽアルカ如キコトモ、威嚇刑トシテノ效果ニアラスシテ、寧ロ淘汰刑(§18)トシテノ效果ト見ルヘキモノナリ。

三　特別豫防

特別豫防ヲ論スルニハ、先ツ其具體的方法ノ如何ナルモノナルカヲ知ラサルヘカラス。是レニハ威嚇(Abschreckung, Intimidation)改善(Besserung, Amendement)淘汰(Unschädlichmachung, Élimination)ノ三者アリ。威嚇ハ此場合ニハ特別警告スルモノナリ。從テ不斷ニ刑法ニ於ケル處罰ノ豫告ヲ前提トス。此處置ハ特別ノ事情ナキ限リ§.88 專ラ最モ輕微ナル犯罪ニ對シテ講セラル。次テ改善ハ比較的重大ナル犯罪人ノ中、改善可能者ニ對シテ適用セラレ、淘汰ハ改善不能者ニ對シテ適用セラルヽモノナリ。故ニ威嚇ヲ廣ク改善ノ一方法ト見レハ、特別豫防ノ方法トシテハ改善ト淘汰トノ二アルノミ。今特別豫防ノ實際ヲ右ノ如キモノトシテ左ニ少シク此主義ノ眞價如何ヲ批判セントス。

(一)　理論的根據

思フニ社會生活ハ矛盾ト調和トノ連續ナリ。然レトモ之ヲ事實トシテ見レハ、常ニ嚴密ナル

一定ノ法則ニ支配セラレ、其間一ノ矛盾ナク又一ノ調和ナシ。唯之ヲ矛盾ト見又ハ調和ト見ルハ吾人ニ一定ノ要求アルカ故ナリ。而シテ此要求ハ實生活ニ於ケル必然ニシテ、從テ吾人カ要求ヲ滿足セシムル調和ヲ欲スルコトモ亦必然ナリ。然ラハ調和トハ何ソヤ。若シ夫レ矛盾ヲ象ルニ鬪爭ヲ以テスレハ調和ハ愛ナリ。而カモ調和ハ偏愛ニアラス。又單ニ各場合ニ於テ相容レサル要求ヲ相互ニ部分的ニ承認又ハ拒否スルカ如キ交讓妥協ノ謂ニモアラス。相互ノ立場ヲ超越シテ如何ナル要求ヲモ夫々完全ニ包揚スル唯一妥當ノ統一ナリ。器械的結合ニアラスシテ有機的融合ナリ。從テ結果ニ於テハ或ハ各自ノ要求カ共ニ容レラレサルコトアリ。或ハ各自カ部分的ニ容レラルヽ妥協ノ外觀ヲ呈スルコトアリ。或ハ一方ノミ容レラレ他方ハ全然容レラレサルコトアリ。然レトモ各自ノ立場ハ、其意味ニ於テハ、何レノ場合ニ於テモ共ニ統一ニ於テ完全ニ活キ、且一段ノ進歩ヲ見ルモノナリ。從テ如何ナル社會的事實モ調和的ナル限リ進歩アリ。進歩アル限リ調和的ナリ。而シテ斯カル唯一ノ調和ハ理論上恰モ如何ナル二點ノ間ニモ之ヲ結付クル唯一ノ最短距離タル直線ノ考ヘラルヽカ如ク、如何ナル問題ニ付テモ考ヘラルヽモノナリ。唯、事實問題トシテ、各場合ニ如何ナル具體的ノ解決カ眞ニ唯一妥當ナル調和ヲ實現スル所以ナルカヽ問題トナルノミ。(但統一形式ハ不斷ニ新條件ノ發生ニ因リテ變更ヲ免レス。故ニ嚴密ニ謂ヘハ統一成ルノ時ハ既ニ矛盾ノ端ヲ發セルノ時ニシテ、統一形式ハ無限ニ開展シテ靜止ノ期ナシ)。斯クノ如ク調和ハ社會生活ノ理想的形式ナルヲ以テ、其當然ノ結

果トシテ、此調和ヲ求ムル方法モ亦調和的ナラサルヘカラス。從テ吾人ノ社會生活ニ於テハ、縱ヘ其現實ハ不可能ナリトスルモ、一切ノ目的モ手段モ常ニ自他ノ人格ト良心トノ尊嚴ヲ基調トシ、相互ニ誘掖ト反省トニ由テ相提撕シ、圓滿無碍ノ大統一ニ精進スルコトヲ以テ無上ノ價値ナリト爲サルヽヘカラス。予ハ斯カル立場ヨリシテ、國家モ法モ刑罰ヲモ批判セントスル者ニシテ、刑法ニ關シテハ、自ラ稱シテ敢テ調和ノ刑法觀、又ハ愛ノ刑法觀ト謂フ。

今上叙ノ見地ニ於テ刑罰ヲ考フルニ、抑モ刑罰ハ單ニ實際的效果ヲ有スト謂フニ止マラス、同時ニ眞個ニ其價値ヲ發揮スルカ爲メニハ必ス調和ノ理想ニ從ハサルヘカラス。而シテ調和ノ具體的形式ハ、右ニ述ヘタルカ如ク、各個ノ場合ニ於ケル事情ノ異ルニ因リテ異ルモノナリト雖モ、或一般的ナル社會制度ノ價値ハ其制度ノ一般的ナル目的ト效果トニ照ラシテ抽象的ニ之ヲ考察スルコトヲ得ヘシ。然ラハ刑罰ハ如何ニシテ調和ノ理想ニ從フコトヲ得ルカ。思フニ科刑問題ニ關シテハ其當事者ニ二アリ。犯罪人ト社會ト是ナリ。今此各自ニ付キ其立場ヲ考フルニ、從來ノ傾向ヨリ謂ヘハ、犯罪人ト其同情者トハ全然放任的處置ヲ欲スルコトハ明ナルモ、斯クノ如クンハ、相手方タ

ル社會ノ立場ハ全ク無視セラルヽモノナリ。又社會ハ絶對的ナル科刑ヲ欲スルコトハ明ナルモ、斯クノ如クンハ、又犯罪人ノ立場ハ全ク顧ラレサルコトヽナルヘシ。處罰ト放任ト、此調和ハ如何ニシテ成立スヘキカ。前ニモ謂ヘルカ如ク、調和ハ現實ノ立場ニノミ執着シテハ成立スヘキモノニアラス。各自ノ立場ヲ超越シテ而カモ完全ニ之ヲ包揚スル統一ニ於テノミ可能ナルモノナリ。從テ此場合ノ統一カ可能ナルカ爲メニハ、兩者ノ利益カ、縱ヘ本來ノマヽナラストスルモ、何等カ同等ノ意味ニ於テ全ウセラルヽコトヲ要ス。而シテ斯クノ如キ意味ニ於テノ統一ハ、第一ニ刑罰カ前ニ述ヘタルカ如キ特別豫防ノ一態樣タル犯罪人ノ改善ヲ目的トシテ行ハルヽ場合ニ成立スルコトヲ得ヘシ。蓋シ斯カル目的ヲ有スル刑罰ハ科刑セラルヽ犯罪人ノ爲メナルト同時ニ、科刑ヲ加フル社會自身ノ爲メナレハナリ。即チ、犯罪人カ科刑ニ由リテ社會ノ健全分子ニ化スルコトハ、其人格ト自由トヲ全ウスルコトヲ得ル上ヨリ見テ利益ナリ。又社會カ其不良分子タル犯罪人ヲ教化シ、健全分子トシテ之ヲ包揚スルコトハ、社會ノ生存ト發達トニ資スル上ヨリ見テ社會ノ利

益ナリ。斯カル關係ハ、前ニ述ヘタルカ如ク、當事者各自ノ立場ヲ超越シテ之ヲ包揚統一スル眞ノ調和ナルカ故ニ、一方ノ利益大ナレハ他方ノ利益モ亦之ニ正比例シテ大ヲ成シ、通常謂フ所ノ調和即チ當事者各自ノ利益範圍カ互ニ反比例ヲ爲シテ增減スル交讓妥協ニ因ル機械的結合ノ場合トハ全ク異ル。理想論

斯クノ如クナルヲ以テ、此改善ハ、犯罪人ト社會トニ取リテ、最モ有意義ナル刑罰ノ基本的作用ナリト謂フヘシ。第二ニ前記ノ如キ統一ハ又特別豫防ノ一態樣タル淘汰ニ由リテ成立スルコトヲ得ヘシ。淘汰トハ犯罪人ヲ社會ヨリ隔離スルコトヲ謂フ。（今日ノ制度ニ於テハ死刑、無期又ハ極メテ長期ノ自由刑ニ該當ス。）蓋シ右ニ述ヘタル所ハ當然一切ノ犯罪人カ改善可能ナルコトヲ以テ前提トス。然レトモ事實ニ於テ改善不能ノ犯罪人モ亦少カラス。而カモ此種ノ犯罪人ニ對シテ仍ホ改善ヲ直接ノ目的トシテ刑罰ヲ行フヘシトスルハ全ク無意味ニシテ、是ニ對スル方策トシテハ、唯犯罪人ノ犯行反覆ノ機會ヲ絶ツ淘汰以外ニ途アルコトナシ。從テ改善不能者ニ對スル淘汰刑ハ、全ク前ニ述ヘタル所ト反對ニ、教化ニ依ル調和ニアラスシテ、隔離ニ依ル調和ナリ。其關係ハ、宛モ世上、一方ニハ、親子夫

婦ノ共同生活ニ由リテ幸福ナル生活ヲ營ム者アルニ反シ、他方ニハ、特別ノ事情ノ下ニ各自別居ニ由リテ却テ幸福ヲ贏チ得ル人アルニ似タリ。卽チ形式ハ分離ナレトモ、實質ハ相互ニ不利ナル關係ヲ閉鎖シテ適宜ナル關係ニ於テノミ結合セントスル統一ニシテ、改善カ全部的結合ナルニ對シ、淘汰ハ一部的結合ナルノ差アルノミ。然カモ此一部的結合タルヤ、人力ヲ以テ自然的條件ヲ克服シ得サル已ムヲ得サル事情ニ基クモノニシテ、此特殊ノ事情ノ下ニ於テハ是レ亦完全ナル調和ナリ。斯クノ如ク淘汰ハ改善以外ニ於テ等シク調和的ナル別個ノ刑罰ノ基本的作用ナレトモ、又一方ヨリ謂ヘハ、改善可能ト改善不能トノ分界ハ、如何ナル標準ニ依ルモ實ハ程度論ニシテ、而カモ其事前ニ於ケル具體的判斷ハ必スシモ正確ヲ期シ難シ。從テ刑法上淘汰刑ヲ科スヘキ場合ニ於テモ、一般ニ之ヲ變シテ有期刑ト爲シ得ル餘地ヲ存シ、且其目的ノ爲メ死刑ノ如キハ絶對ニ之ヲ廢止スヘキノミナラス、刑罰ノ執行方法ニ於テモ、亦同シク敎化ノ根本方針ニ則ルコトヲ以テ本旨ト爲サヽルヘカラス。此意味ニ於テ理想的ニハ刑罰ハ常ニ改善刑タリト謂フモ不可ナキナリ。嚴密ナル

意義ニ於ケル改善刑モ、其カ自由刑ナル限リ、少クトモ一時的淘汰ノ附隨的作用ヲ兼備ス。故ニ此點ヨリ逆ニ謂ヘハ、自由刑以上ノ刑罰ハ凡テ淘汰刑ナリ。

(二) 實際的根據

理想ヨリ見タル特別豫防主義ノ根據ハ右ノ如シ。然レトモ飜テ考フルニ、所謂改善モ之ヲ口ニスルハ易ク之ヲ行フハ難シ。先ツ之ヲ理想的ニ解スレハ、今日犯罪人ノ改善ヲ高唱スル吾人自ラ先ツ改善ヲ要スル人ナリ。又之ヲ社會的意義ニ解シ、且之ヲ今日ノ一般敎育ノ實效ニ鑑ミルトキハ、未タ深ク社會ノ惡風ニ感染セサル年少ノ學童ヲ敎化スルコトスラ、既ニ難事業ニシテ、成長後罪ヲ犯ス者ハ殆ト悉ク是レ嘗テ國民敎育ヲ受ケタル者ナリ。而カモ其中特ニ敎養アル階級ニ屬スル者勝ケテ數フヘカラス。斯カル實狀ヨリ推セハ、犯罪人ノ改善ト謂フカ如キハ、實ハ痴人夢ヲ說クノ類ナリト爲スモ不可ナキカ如シ。從テ改善主義ノ刑法觀ハ此點ニ於テ成立ノ可能ヲ疑ハレサルニアラス。然レトモ第一ニ、特別豫防主義ニ於ケル改善ハ知情意ノ作用ノ正則ナル個人(責任能力者)ヲ前提トシ、之ニ對シ略々日常生活ニ關スル通常ノ規範ニ從テ行動シ得ル習慣ト能力ト自覺トヲ授ケントスルモノニシテ、如何ナル

違法行爲ヲモ再ヒスルコトナキカ如キ人格者ヲ養成セントスルモノニアラス。卽チ唯犯罪人ヲ通常人ノ程度ニ引上ケントスルニ過キサルナリ。從テ斯カル程度ノ改善ハ設備ノ完全ト方法ノ宜シキトヲ得ルニ於テハ通常人ノ努力ヲ以テ尙相當ノ效果ヲ擧クルニ足ル。第二ニ、特別豫防主義ハ改善不能ノ犯罪者ニ對シテハ之カ淘汰ヲ直接ノ目的トス。故ニ此種ノ犯罪人ニ對シテ改善ノ實績ヲ擧クルコトハ困難ナリトスルモ、淘汰ノ意味ニ於テ犯罪豫防ノ效果ヲ收ムルコトヲ得ルハ明ナリ。

以上述フル所ニ徵スレハ、刑罰制度（形式的ニ謂ヘハ刑法）カ社會ノ生存發達ノ條件タル法律的一般規範ノ效力ヲ確保スル作用ニハ種々アリト雖モ、其ノ主トシテ直接ノ目的トスヘキ所ハ特ニ犯罪人ノ將來ニ於ケル犯罪ノ反覆ノ豫防ニ在リ。而シテ此特別豫防組織ノ下ニ於テハ、犯罪ノ一般豫防ノ方面ハ此組織ニ伴フ程度ニ於テ滿足シ、其レ以上ハ之ヲ一般的豫防方策ニ讓ルモノナルカ故ニ、刑罰ハ一方ニハ無益ニ個人ノ利益ヲ蹂躪スルコトナク、又一方ニハ純粹ニ改善刑又ハ淘汰刑トシテノ機能ヲ營ムコトニ因リテ、益々其效果ヲ大ナラシムルコトヲ得ヘシ。

而カモ尙ホ問題ハ感情的效果ノ點ニ存スト雖モ、理論的ニ謂ヘハ、元來社會感情ハ制度ノ結果ニシテ原因ニアラス。從テ社會感情カ尙ホ有力ニシテ之ヲ無視スレハ社會一般ノ價値觀念ヲ動搖セシムルカ如キ虞アル場合ニ於テハ、固リ之ヲ斟酌セサルヲ得スト雖モ、而カモ此場合ニ於テモ制度ノ進步カ適度ニ之ニ先タツコトヲ妨ケス。而シテ應報思想トイヒ、公平觀念トイウモ、畢竟此種ノ社會感情ニシテ、社會カ特別豫防主義ノ制度ニ慣レ且此制度ノ下ニ於ケル刑罰ノ實際的效果カ論證セラルヽ場合ニハ、感情上ノ要求ハ自ラ讓步スルニ至ルヘキナリ。s. § 16.

斯クノ如クシテ、刑法ノ直接ニ關與スル所ハ犯罪人タル以上ハ、刑法カ犯罪人ニ對シ如何ニ刑ヲ科スヘキカノ評價ノ標準ハ、當然犯罪ヲ通シテ見タル犯罪人ノ性格タルヘク、犯罪ノ事實タルヘキニアラス。卽チ刑法ニ於テハ犯罪人ノ危險ナル性格ヲ以テ社會ニ對スル脅威ノ原因トシ、一ニ之ニ對スル方策ヲ定ムヘキモノナリ。從テ刑法上ノ一切ノ原則ハ理論上主觀主義的ニ構成セラレ、又說明セラルヘキモノトス。

第四款　刑法ノ根本主義

§20

刑法學上ノ根本主義ノ如何ナルモノナルカハ、大凡前項ニ之ヲ述ヘタリ。然レトモ右ハ理論トシテノ刑法學上ノ一般原則タルニ止マリ、成法上ノ問題トシテ此原則カ如何ナル範圍マテ妥當スルカハ又別ニ法ノ淵源ニ付テ之ヲ論セサルヘカラス。因テ左ニ我現行刑法上主觀主義ノ原則カ一般的ニ如何ナル範圍ニ於テ妥當スルカヲ攻究セントス。

一　我刑法カ、應報刑主義ニ依レルカ、豫防刑主義ニ依レルカハ、刑法之ヲ明言セス。然レトモ仔細ニ刑法上科刑ニ關スル各種ノ規定ヲ通覽スルトキハ、犯罪ハ原則トシテ「實行ノ着手ヲ要スルコト」並ニ「既遂ヲ要件トスルコト」ノ二點ヲ除キテハ、其形式ハ一般ニ豫防主義ノ精神ヲ以テ解釋スルモ妨ナキコトヲ觀取スルコトヲ得ヘシ。例ヘハ各本條ニ於ケル法定刑ノ範圍ノ頗ル廣汎ナルコト、未遂カ罪トナル場合ノ科刑ノ範圍カ原則トシテ既遂犯ト同一ナルコト、累犯ニ對スル刑ノ加重、刑ノ執行猶豫、假出獄、酌量減輕等ニ關スル規定ノ設

ケラレタルコトノ如キ、孰レモ此趣旨ニ解スヘキモノナリ。而シテ右ニ述ヘタル、犯罪ハ原則トシテ實行ノ着手ヲ要スルコト並ニ既遂犯タルコトノ二點ハ、實ハ共ニ刑法ニ於ケル重大ナル傳統的制限ニシテ、主觀主義的刑法理論ヲ以テハ說明スルコトヲ得サルモノナリ。卽チ主觀主義ノ立場ヨリ謂ヘハ、右ハ刑法カ傳統的一般社會感情ノ前ニ政策上餘儀ナクセラレタル考慮ノ結果ニ外ナラス。

二　現行刑法ノ規定カ、特殊ノ考慮ヲ用キタル點ヲ除キ、一般ニハ豫防主義ノ精神ニ依テ解釋シ得ヘキコトハ前述ノ如シ。然レトモ之ヲ遍ク特別豫防主義ニ依リテ說明スルコトハ困難ニシテ、是亦相當ノ威嚇主義的例外ヲ認メサルヲ得ス。例ヘハ多數ノ重大犯罪ニ對シ死刑ヲ科シタルカ如キ、人格的犯罪ニ關シ相當汎ク加重的結果犯ヲ認メタルカ如キ是ナリ。然レトモ此點ハ特別豫防主義ノ運用ニ關シテハ深ク問題トスルニ足ラス。何トナレハ裁判官ハ一般刑罰思想ノ推移ニ鑑ミ、刑法ノ運用トシテ死刑其他ノ重刑ヲ適用セサルモ亦妨ナケレハナリ。

Gefährlichkeit

三　斯クノ如クシテ、現行刑法學上本則トシテ特別豫防主義ヲ認ムルトキハ、其結果ハ當然、特別豫防ニ伴フ程度以上ノ一般豫防方面ノ任務ハ之ヲ一般的豫防方策 s.8 ニ讓リ、刑法ノ範圍ニ於テハ、專ラ犯罪ノ個人的原因 s.8 ヲ考慮スルヲ以テ足レリト爲サルヘカラス。此個人的原因ヲ總括シタルモノハ卽チ犯罪人ノ規範的危險性(反規範的性情)ナリ。s.8 此危險性(Gefährlichkeit, Nocivité, Nocuité, Tenibilita)ハ所謂犯罪的傾向(Hang zum Verbrechen, Penchant au crime)ニシテ、之ヲ構成スル要素ハ、犯罪人ノ心理的及生理的素因、性格、習癖、教養等ニシテ、犯罪ハ卽チ此危險性カ行爲トシテ外部ニ顯現セル徵表ナリ。但シ犯罪ノミカ行爲者ノ危險性ヲ證明スルモノニアラサルハ論ナシト雖モ、犯罪カ其最モ主要ナルモノナルコトハ爭フヘカラス。而シテ我刑法モ亦特別豫防主義ノ立場ヲ容ル、限リ、徵表主義ヲ是認スルモノト謂ハサルヘカラス。

徵表主義ニ反對スル論者ハ、多ク之ヲ駁シテ、犯罪ヲ以テ反規範的性情ノ徵表ナリト見ル立場ヨリハ、他ノ行爲又ハ機會ニ於テ、犯意乃至犯罪的傾向ノ窺知シ得ル限リ、之ニモ亦刑ヲ科セサルヘカラサルヘシト說ク。然レトモ犯罪人ノ反規範的性情ノ有無ノ認定ハ、一般民衆ノ權利ヲ尊重スル必要上最モ確實ナル一般的客觀的標準ニ據リテ之ヲ決セサルヘカラス。而シテ其標準トシテ最モ確實ナルモノハ犯罪ニシテ、縱ヘ犯意乃至犯罪的傾向アリトスルモ、其未タ犯罪ニ由リテ確實ニ證明セラレサルモノハ、嚴格ニ謂ハヽ、實ハ嫌疑ニ過キス。但シ茲ニ犯罪ト謂フハ單ニ所謂犯罪ノ實行ノミニアラス。犯罪ノ實行ヲ目的トスル所謂豫備陰謀等ノ行爲モ亦之ヲ含ム。而シテ刑法カ特ニ重大ナル犯罪ニ限リ豫備陰謀等ノ行爲ヲ處罰スルコトヽセルハ、前ニ第一號ニ述ヘタルカ如ク、一般社會感情ヲ考慮セル結果ナリ。從テ嚴格ナル理論ヨリ謂ヘハ、豫備陰謀等ヲ處罰スルコトカ例外ニアラスシテ、寧ロ處罰セサルコトカ例外タルヘキモノナリ。(此點通說ニ反ス。)

四　刑法ハ法律的規範ニ違反シ社會ノ利益ヲ侵害スル行爲ヲ處罰スルモノナリ。然レトモ刑法カ刑罰ヲ科スルニハ單ニ行爲アリタルコトヲ條件トスルニ止マラス、尙行爲者ニ於テ其行爲ニ付キ法律的規範ニ照ラシテ反價値(違法)ノ判斷ヲ受クルニ足ル精神上ノ能力アルコトヲ前提トス。換言スレハ、刑

事責任ハ精神病者等ノ場合ト異リ、單ナル社會的責任ニアラスシテ、規範的評價ヲ感應シ之ニ由リテ啓發セラレ得ル能力（規範的責任能力又ハ規範的故意過失能力 S. 88）ヲ前提トスル特別ノ責任ナリ。卽チ精神病者カ罪ヲ犯シタル場合ニ、公ノ處分トシテ精神病院ニ監置セラルヽコトアリトスルモ、是レ罪ヲ犯シタルカ爲メニアラスシテ、唯精神病者ナルカ故ナリ。其目的ハ唯危險ノ爲メノ隔離ト治癒トナリ。通常人カ刑罰ニ處セラルヽ場合ニモ、其目的ハ隔離ト改善（廣義ノ治癒）トナレトモ、此場合ニハ刑罰ノ執行ニ由ル危險性ノ治癒ノ外、尙科刑其者ニ含マルヽ規範的評價ノ意味（違法）ヲ意識セシムル目的ヲ伴フ。卽チ、此規範的評價ニ由リテ行爲ノ反價値ヲ行爲者ノ意識ニ訴ヘ其自覺ヲ求ムルモノナリ。此關係ハ今日ノ刑罰制度カ刑法ヲ前提トシ、刑法ハ一般規範ヲ豫想スル以上、到底絕ツヘカラサル因緣タリ。故ニ刑罰ト他ノ處分トハ唯之ヲ行フニ付キ何等カノ行爲アリタルコトヲ條件トスルヤ否ヤノ手續ニ關スル形式的差別ニアラス。若シ唯此形式的差別ノミナラハ刑事責任モ亦全ク單純ナル社會的責任ニ外ナラス。此點ニ於テハ刑罰ハ猶家庭ニ於テ父母カ其子ニ對シテ行フ懲戒ニ

似タリ。思慮アル父母ハ妄ニ辨別ナキ幼兒ニ對シテ懲戒ヲ加ヘサレトモ、既ニ辨別ヲ有スルニ至レハ懲戒ヲ行フ。是レ懲戒ニ含マルヽ規範的評價ニ由リテ其子ノ規範意識ヲ啓發センカ爲メナリ。右ノ如キ意味ニ於テ刑法ハ科刑ノ條件トシテ先ツ犯罪人カ相當ナル規範意識能力ヲ備ヘタル事情ノ下ニ行爲ヲ爲シタルコトヲ要求ス。卽チ刑法ノ採ル所ノ主義ハ社會的責任主義ニアラスシテ規範的責任主義（又ハ單ニ責任主義）ナリ。S. 8

五　右ノ如ク、刑法ハ、規範的責任主義ヲ前提トシ、特別豫防主義ヲ本領トシテ之ヲ理解スルコトヲ得ヘシトスルモ、元來犯罪ハ社會ノ必然的現象ニシテ根絕シ得ヘキモノニアラス。强テ之ヲ根絕セント欲スレハ、縱ヘ一般方策ヲ以テスルモ、刑罰ヲ以テスルモ、又縱ヘ其目的ハ人類愛ノ理想ニ基キ、一方ニ社會ノ安全ヲ保護シ、一方ニ犯罪人ノ改善ヲ圖ルニ在リトスルモ、却テ妄ニ個人ノ利益ヲ侵害シ、社會文化ノ發達ヲ妨クルニ至ル。故ニ刑罰ハ之ヲ行フニ限度アリ。是レ刑法カ自ラ謙抑シテ、一切ノ違法行爲ヲ以テ處罰ノ原因ト爲サス、僅ニ種類ト範圍トヲ限リテ、專ラ科刑ニ適スル特殊ノ反規範的性情ヲ徵表ス

ル違法行爲ノミヲ以テ處罰ノ原因ト爲シタル所以ナリ。S. 88 予ハ刑法ノ斯カル態度ヲ名ケテ刑法ノ謙抑主義 (Minima non curat praetor) ト謂フ。

以上ヲ要スルニ、現行刑法ノ立場ハ、傳統的社會感情ニ對シ特別ノ考慮ヲ用キタル點ヲ除キ、大體ニ於テ犯罪徵表主義ヲ經トシ、規範的責任主義ヲ緯トシテ、犯罪ヲ定メ、之ニ對シテ謙抑主義ノ自制ノ下ニ刑ヲ科セントスルニ在リ。從テ其諸原則ハ多ク主觀主義的理論ニ從ヘルモノナルカ故ニ、現行刑法ヲ對象トスル刑法學ハ一般的ニ觀テ主觀主義的刑法學タルヘキモノトス。

第四節 刑法學ノ研究方法——刑法ノ解釋

§21

刑法學ノ目的ハ、初メニ述ヘタルカ如ク、一ニハ刑罰法ノ正確ナル認識 (Methodik) 二ニハ其認識成果タル刑罰法的諸法則ノ體系的整正 (Dogmatik od. Systematik) ニ在リ(一)。S. 81. 而シテ刑法學ノ研究ハ此二個ノ目的ノ實現ニ由リテ達セラルヽモノナルカ故ニ、此二個ノ目的ハ同時ニ刑法學ノ方法ヲ意味ス。法律學ノ他ノ特殊分科ニ付テ謂フモ亦同シ。

註(一) 刑法學上ノ諸法則カ一定ノ理論ニ由リテ說明セラル、以上、該理論カ自ラ刑法ノ運用並ニ改正ノ方針ヲ指示スル作用ヲ營ムヘキハ當然ノ事理ナリ。故ニ處斷論 (Kasuistik) 並ニ立法論 (Rechtspolitik) モ亦刑罰法ト其事項ヲ同シクスル限リ從トシテ刑法學ノ目的タリ。

法律學ハ法ヲ對象トスル學ナルカ故ニ、其研究ニ當リテハ、一般ニ法ノ認識手段トシテ理論上先ツ法其者ノ概念ヲ定ムルコトヲ要ス。從テ法律學ノ研究ニ於テハ常ニ何カ法ナリヤ、換言スレハ、法ノ實在形式ノ一般的條件ハ何ナリヤカ先ツ問題トナル。但シ此點ニ付テハ法其者ノ概念ト法ノ內容ニ屬スル概念トヲ區別スルコトヲ要ス。卽チ後者ハ法ノ內容ヲ理解スルニ付テノ概念ニシテ、法律學ノ各分科ニ共通又ハ特殊ナル學義上ノ問題ナルニ反シ、前者ハ法ヲ他ノ社會的規範ト區別シテ認識スルニ付テノ法其者ノ一般的實在形式ニシテ純正法律學又ハ法理學上ノ問題タリ。

法ハ之ヲ經驗的實在トシテ考フルトキハ、其一般的形式ハ最モ强力ナル拘束意思ナリ。S. 88. 從テ刑罰法ハ各種ノ犯罪ト之ニ對スル刑罰トノ關係ヲ內容トスル特殊ナル拘束意思ナリ。刑法學ハ卽チ此特殊ナル拘束意思カ如何ナル

事項ニ關シ如何ナル體系ニ於テ成立スルカヲ研究スルコトヲ以テ目的トス。

然レトモ精密ニ謂ヘハ、法ノ內容ヲ研究スルニハ法ノ形式ヲ知ラサルヘカラサルカ如ク、法ノ形式ヲ研究スルニモ亦實ハ略ホ內容ノ如何ナルモノナルカヲ知ラサルヘカラス。卽チ少クトモ具體的ナル法ノ一端ヲ知ルコトニ由リテ法ノ抽象的形式ヲ知ルコトヲ得ルモノナリ。是ノ故ニ法律學ノ研究ニ於テハ理論上先ツ法ノ概念ヨリ始マルト謂フモ、事實上ハ其對象ハ常ニ同時ニ法ノ實在形式ト其特殊內容トノ兩者ヲ兼ヌ。卽チ斯クシテ先ツ法ノ認識ハ達セラルヽモノナリ。之ヲ法ノ解釋(或ハ解釋的方法)トス。而シテ之ニ次テ行ハルヽモノハ概念構成ト其配列トナリ。之ヲ體系的方法トス。斯クノ如クナルヲ以テ、刑法學ニ於テ行ハルヽ具體的ノ作用ハ、或ハ刑罰法ノ解釋材料ノ研究タリ。(淵源論。)或ハ刑罰法ヲ貫流スル根本主義ノ研究タリ。(刑法理論。)或ハ刑罰法ノ含ム普遍又ハ特殊概念、其相互間ノ關係及ヒ是等ノ全體系ノ研究タリ。(解釋、構成及ヒ體系論。)或ハ刑罰法ノ實現可能性ノ研究タリ。(妥當性效力論)而シテ刑法學ニ於テハ此四項ヲ以テ其固有ノ範圍トス。

§22　右ニモ述ヘタルカ如ク、法ノ解釋トハ法ノ認識ヲ謂フ。詳言スレハ、法ノ實在形式ヲ備ヘタル具體的ナル各個ノ內容ヲ一定ノ材料(淵源)ニ依リテ現實ニ認識スル研究方法ヲ廣義ニ於テ法ノ解釋(解釋的方法)ト謂フ(一)(二)。卽チ法ノ解釋ハ、從來往々誤解セラレタルカ如ク、法其者ヲ解釋スルコトニアラスシテ、材料ノ意味ヲ解釋シテ現實ノ法ヲ發見スルコトナリ。而シテ法ノ解釋ニ於テ、其材料タルモノハ主トシテ法文又ハ判例若クハ慣習ニシテ、法文ヲ通シテ認識シ得タル法ハ所謂成文法タリ。又判例ヲ通シテ得タル法ハ所謂判例法タリ、又慣習ヲ通シテ得タル法ハ所謂慣習法タリ。但シ是等各種ノ法ニ於テ、夫々宗教、道德、風俗、儀禮等ノ規範、社會觀念、公序良俗ト謂フカ如キモノモ同時ニ解釋ノ參考材料タリ。S. S.

註(一)　汎ク法ノ解釋ト謂フトキハ二個ノ意義ヲ有ス。一ハ一切ノ人ノ解釋ナリ。此意義ニ於テハ、當事者カ自己ノ見解ニ依リテ民法ヲ解釋シ、之ニ從テ法律行爲ヲ爲スモ法ノ解釋(私解釋)ナリ。二ハ當該國家機關カ其職務ニ關シ法ヲ適用スル場合ノ解釋(公解釋)ナリ。茲ニ論スル所ハ專ラ後者ノ意義ニ於ケルモノトス。(二)狹義ニ於テ法ノ解釋トハ專ラ成文法ノ解釋ヲ謂フ。

フ。

法ノ解釋ヲ右ノ如ク解スレハ、法ノ材料ノ解釋ニモ亦一定ノ方法ヲ要ス。而シテ特ニ成文法ノ解釋方法ニハ、從來、文理解釋、論理解釋、勿論解釋、反對解釋、擴張解釋、制限解釋、歴史的解釋、比較法學的解釋、類推解釋等種々アリ。然レトモ法ノ解釋ハ成文ニ關スルモノト雖モ、他ノ成文並ニ其他ノ參考材料ナクシテハ不可能ニシテ、之レカ爲メニハ先ツ一切ノ材料ノ周到ナル調査ヲ必要トス。是レ卽チ經驗ナリ。卽チ法ノ解釋ハ此經驗ト論理ト評價トニ由リテ初メテ可能ナルモノナリ。要スルニ、右ノ成文法ノ解釋方法ノ各種類ハ此三者ノ作用ヲ夫々其運用又ハ結果ノ特殊ナル方面ヨリ見タルモノニ外ナス。

法ハ解釋ニ依リテ初メテ一定ノ結果カ定マルモノナルカ故ニ、理論上初ヨリ如何ナル結果カ生スヘキカヲ豫想スルコトヲ得サルモノトス。從テ法ノ解釋ニ關シテハ、如何ニシテ其結果ノ當否ヲ定ムヘキカカ問題トナル。然レトモ此點ニ關シテハ經驗(材料ノ調査)ト論理ト評價トカ適當ニ行ハレタルヤ否ヤニ依リテ之ヲ決スルノ外ナシ。左ニ其所以ヲ論セン。

抑モ社會生活ノ理想ハ調和ニシテ、調和ハ各場合ノ事情ニ應シ、現實ノ立場ヲ超越スル統一ナルコトハ前ニ述ヘタリ。S.8.18 從テ或問題ニ關シ其問題ノ特殊性ヲ最モ具體的且嚴密ニ評價スレハ、如何ナル問題モ歴史的一回事トシテ他ノ事件ト區別セラルヘキ多少ノ特殊的意義ヲ有スルカ故ニ、其場合ノ調和モ亦、其レカ理想的ナル限リ、其事件限リノ特殊的妥當性ヲ有スルニ過キス。換言スレハ、當爲ハ凡テ理想的ナル限リ嚴密ニ特殊的ノモノナリ。然レトモ規範トシテノ法ハ固リ斯カル特殊的ナル當爲ヲ定ムルモノニアラス。此種ノ當爲ハ各場合ニ於ケル規範ノ適用ニ於テ夫々表現スルモノニシテ、規範ハ規範タル限リ、如何ニ規範體系中ノ最下級ノモノト雖モ、其レカ關係スル範圍内ノ事項ニ付テハ普遍妥當ノモノナリ。然レトモ又一方ヨリ謂ヘハ、右ニ述ヘタル調和ノ本義ニ照ラシ、規範ノ内容ハ社會的種々相ニ近ク、能フ限リ多樣且差別的ナルコトヲ要ス。而シテ斯カル職能ハ實ハ立法ニ存セスシテ法ノ解釋ニ存シ、解釋ハ場合ニ因リ種々ナル條件ヲ加除スルニ由リテ此作用ヲ全ウスルコトヲ得ルモノナリ。斯カル立場ニ於テハ、理論上如何ナル社會事情ニ對シテモ一應其價値ヲ認

§22

ムヘキモノトス。例ヘハ從來違法又ハ罪惡ト考ヘラレタル事情ニ付テモ、其社會的由來ヲ察シテ之ヲ統一ニ於テ調和スルナリ。

斯クノ如クナルヲ以テ解釋ノ目的ハ畢竟規範ノ創造ニ在リ。然レトモ近時一般ニ所謂論理解釋カ重キヲ爲ス傾向アルニ拘ラス、其創造的素因ハ論理ニ在ルニアラス。蓋シ若シ然ラストスレハ、前ノ解釋カ論理ノ誤用ニ基カサル限リ、解釋ノ進歩ハ理論上之ヲ想像スルコトヲ得サレハナリ。而シテ法ノ解釋ニ於ケル創造的素因ハ實ハ經驗(材料ノ調査)ト論理的抽象トノ結果タル一定ノ命題ニ對シ何等カ加除スヘキ條件アリヤ否ヤノ選擇ニ存ス。此選擇ハ卽チ一定ノ事項ニ關シテ相反スル二個ノ命題卽チ肯定命題ト否定命題トヲ分ツ一定ノ條件ノ採否ニシテ、畢竟該條件ノ理由タル一定ノ事情ニ對スル價値判斷ノ問題ニ外ナラス。例ヘハ一定ノ事情ニ因ル從來ノ原則ニ對シ或他ノ事情ニ因ル例外ヲ認ムヘキヤ否ヤト謂フカ如キ問題ハ、一定ノ事項ニ備ハル一般的事情ト例外的事情トニ對スル評價問題ニシテ、論理上ノ問題ニアラス。論理ハ此場合ニ於テハ、唯其條件ノ有無ニ從テ原則又ハ例外タル一定ノ命題ヲ理論的ニ構成スル

§23

ニ役立ツコトヲ以テ其機能ノ限度トシ、價値ノ比較ニ役立ツモノニアラサルナリ。斯クノ如ク法ノ解釋ノ問題ハ結局價値ノ比較問題ニ外ナラス。而シテ、此價値ヲ定ムル標準ノ何タルカニ付テハ、予ハ事實トシテハ結局社會感情ニ求ムルノ外ナキモノト解ス。從テ社會感情ノ變化ニ伴テ法ノ解釋モ亦進歩ス。斯ク見テ予モ亦近代ノ自由法運動(Freirechtsbewegung)ノ立場ニ與ミス。

法ノ解釋ノ機能ハ右ノ如シ。然レトモ既ニ述ヘタルカ如ク、解釋ハ一定ノ材料ヲ基礎トスル點ニ於テ立法ト異ル。故ニ法ノ解釋カ如何ニ創造的作用ヲ有ストスルモ、全ク材料ニ關係ナキ解釋ヲ爲スコトヲ得ヘキモノニアラス。從テ解釋ノ結果ハ一個又ハ數個ノ材料ニ由リテ示サル、一應ノ趣旨ヲ其程度ニ於テ獨立ノ原則ト見ルカ、又ハ之ヨリ何等カノ條件ヲ除キテ更ニ其背後ニ一層大ナル原則アリト爲スカ、若クハ之ニ何等カノ條件ヲ附シテ一層狹ク解スルカ等ノ點ニ於テ、常ニ材料ヲ離ルヽコト能ハサルモノナリ。

以上述ヘタル所ハ法一般ニ關スル解釋ノ意義ナリ。刑法ノ解釋モ亦其意義ハ之ニ異ルコトナシ。從來法ノ解釋ニ關シテハ例外法〃之ヲ嚴格ニ解スヘシ

トノ原則アリ。而カモ刑罰法ハ見方ニ依レハ亦一ノ例外法ナルカ故ニ、同樣ニ刑法一般ニ關シテ其解釋ハ嚴格ナルコトヲ要ストノ制限アリ。又同一理由ニ依リ、疑ハシキ場合ニハ被告人ノ利益ニ解スヘシ (in dubio pro rei) 又ハ輕キニ從フヘシ (in dubio mitius) トノ原則アリ。然レトモ刑法ノ解釋ノ意義モ亦一般ニ前述ノ如キモノトスレハ、斯クノ如キ制限ハ今日ニ於テハ既ニ問題トスルニ足ラス。但タ今日尙ホ動カスヘカラサル一ノ制限ハ罪刑法定主義ニシテ、刑事ニ關シテハ裁判官ハ民事ニ於ケルカ如ク明文ノ根據ナクシテ積極的ノ裁判(卽チ有罪裁判)ヲ爲スコトヲ得サルモノトス。 §.33

其他從來刑法ニ關シテ類推カ許サルヘキヤ否ヤノ問題アリ。類推トハ、或一定ノ法文カ直接ニ表示スル法意ニ基キ、更ニ一層一般的ナル法則ヲ想定シ、之ヲ法文以外ノ場合ニ適用スルコトヲ謂フ。此點ニ關シテハ(一)類推ハ法以外ニ法ノ代用物ヲ創設スルモノナルカ故ニ之ヲ許スヘカラストスル說、(二)類推ハ、刑ノ減免ノ規定ノ如キ處罰ニ關スル消極的規定ニ付テハ之ヲ許スヘカラストスル說、義ニ抵觸セサルヲ以テ之ヲ許スヘキモ、其他ノ積極的規定ニ付テハ之ヲ許スヘカラストスル說 (Allfe'd, Beling, Binding, Frank, Kohler, Liszt) (三)法文ノ類推ハ之ヲ許スヘキモ法ノ類推ハ之ヲ許スヘカラストスル說 (Lilienthal) ノ三アリ、然レトモ予ハ所謂類推ヲ以テ法ノ解釋ト見ルカ故ニ、特ニ類推其者ノ可否ヲ論スルノ要ナシ。

第五節 刑事學

§24 刑事學ハ既ニ述ヘタルカ如ク (§.22) 廣義ニ於テハ、犯罪ノ諸問題ヲ中心トスル一切ノ學ニシテ、之ヲ別テ狹義ノ刑事學(以下單ニ刑事學ト謂フ)ト刑事規範學ト爲シ、更ニ後者ヲ分テ刑事法學ト刑事政策學ト爲ス。而シテ刑事學ハ、主觀主義的刑法理論ヲ執ル立場ニ於テハ、刑事規範學一般ノ基礎學ニシテ、刑事規範學上ノ原則ノ說明ハ刑事學ノ知識ヲ俟テ初メテ可能ナルモノナリ。此點ハ刑事規範其者ノ運用ニ關シテモ亦同シ。右ノ如クナレトモ、廣義ノ刑事學ニ屬スル諸科學中ニハ、刑事法學ヲ除キ、或ハ其發達極メテ幼稚ニシテ未タ獨立ノ科學ト稱スルニ足ラサルモノ、或ハ其固有ノ範圍極メテ狹クシテ寧ロ他ノ學科ノ一部ト稱スヘキモノ、或ハ他ノ學科ノ一部ツヽノ綜合ヨリ成リ、自己固有ノ範圍ヲ有セサルモノ等アリテ、其分界必スシモ截然タラサルノミナラス、其原則モ相互ニ交錯シテ理論的分界ノ立テ難キモノアリ。今姑ク是等ノ重復ヲ無視シテ廣義ノ刑事學ニ屬スル各學科並ニ其相互ノ關係ノ概要ヲ示セハ左ノ如シ。

§25 **一 刑事學(犯罪學) (Kriminologie)**

§25 **(一) 刑事人類學 (K.-Anthologie)**

近代ノ所謂刑事人類學ハ犯罪生物學ニシテ、犯罪ヲ專ラ個人的生活現象トシテ觀察シ、其本質

ヲ爲ス犯罪性ノ構成狀態、種類並ニ其個人的條件ノ研究ヲ以テ任務ト爲ス。從テ初期ニ於ケル刑事人類學ト異リ、犯罪人定型ノ研究ヲ目的トスルモノニアラス。之ヲ別テ更ニ犯罪人體學(犯罪生理學及ヒ犯罪解剖學)ト犯罪心理學トノ二トス、犯罪精神病學ハ後者ニ屬スルモノナリ。

(二)　刑事社會學(K.-Soziologie)

刑事社會學ハ犯罪ヲ專ラ人類ノ社會生活其者ノ現象トシテ觀察シ、其社會的發生ノ狀態並ニ條件ノ研究ヲ以テ任務ト爲ス。而シテ是カ爲メニハ、一方ニ、犯罪ノ社會的原因ノ作用ヲ受ル犯罪人ハ主トシテ社會成員中ノ如何ナル種類ノ者ナルカヲ明ニスルニ付テ、刑事人類學ト提携シ、他方ニ、犯罪ノ社會的原因カ作用シタル結果如何ヲ明ニスルニ付テ、犯罪ノ社會全體的狀勢ノ變動ノ調査ヲ目的トスル刑事(犯罪)統計學ノ力ヲ藉ル。從テ刑事社會學ノ固有ノ問題トシテハ、是等ノ研究乃至調査ノ結果ヨリ溯テ犯罪ノ社會的原因ヲ爲ス諸條件ノ探究ヲ以テ範圍トス。

刑事學ハ右ノ如ク一般ニ犯罪ノ發生原因ヲ論スルノ學ニシテ、刑事社會學亦右ノ如キモノトスレハ、刑事社會學ヲ廣義ニ解スルトキハ、刑事學即チ刑事社會學ナリ。而シテ今日刑事社會學ニ於テ論スル所ノ事項ハ略々左ノ如シ。

刑事社會學ハ先ツ犯罪發生條件ノ理論トシテ左ノ三種ノ條件ヲ區別ス。

イ　個人的又ハ人類學的條件　年齢、性別、身分、職業住居、社會的階級、訓育、教育、生理的及ヒ心理的組織等。

ロ　器械的又ハ自然的條件　民族、氣候、土地ノ肥瘠其他ノ特徴、晝夜ノ長短、季節、氣象、氣溫等。

ハ　社會的條件　人口密度、移民、社會觀念、風俗、宗教、政治、經濟、治安、感化、一般教育、交通其他民刑立法等。

犯罪ハ此三者ノ協同作用ノ所產ナリ。而シテ犯罪人ハ其特徴ニ因リテ之ヲ分類シテ數種トス。其代表的ナルモノトシテ Ferri ノ分類ヲ示セハ、之ニ生來的(本能的)犯罪人 (Geborene Verbrecher, Criminels-nés)、癲狂的犯罪人 (Verbre herische Irre, Criminels aliénés)、激情的犯罪人 (Leidenschaftsverbrecher, Criminels par passion)、習慣的犯罪人 (Gewohnheitsve.brecher, Criminels d'habitude)、偶發的犯罪人 (Gelegenheitsverbrecher, Criminels d'occasion) ノ五種アリ。Garofalo ハ別ニ心理學的ニ觀察シテ、典型的犯罪人(生命犯人)、破廉恥的犯罪人(財產犯人)、猥褻的犯罪人、强暴的犯罪人ノ四種ト爲ス。而シテ此種ノ犯罪人ハ何レモ又別ニ改善ノ適否ノ方面ヨリ考察ノ對象トナル。

二　刑事政策學(K.-Politik)

既ニ述ヘタルカ如ク、刑事政策學ハ政策上ノ規範ヲ論スルノ學ナリ。從テ實質的ニハ法律的規範ヲ對象トスル刑事法學モ亦其一部ニ屬スヘキモ、形式上一般ニハ之ヲ區別ス。又前記ノ刑事學ハ刑事政策學ノ基礎學タリ。從テ刑事學攻究ノ目的ハ刑事政策的規範ノ確立ニ在ルカ故ニ、此二者ハ事實上必然的ニ或程度マテ相伴テ研究セラル。

(一)　刑事司法政策學

4　實體的刑事司法政策學

此部門ニ於テ論セラルヽ所ハ犯罪處遇ニ關スル實體的問題ニシテ、主トシテ從來ノ刑罰組織ニ對スル批判ト之ニ關スル將來ノ立法方針トナリ。

從來ノ刑罰制度ニ對スル批判トシテ、第一ニ改善不能ノ犯罪人ニ對スル死刑存廢ノ問題ニ付テハ實證學派ニ屬スル論者ノ間ニモ說岐ル。第二ニ、無期自由刑ニ付テハ、犯罪人植民地ヲ開キテ流刑制度ヲ設ケ、從來ノ拘禁制度ヲ廢止スヘシトスル說アリ。第三ニ、有期自由刑ハ一般ニ之ヲ不定期自由刑ト爲スヘシトスルコト殆ト定說ナリ。不定期刑制度ニハ絕對的ノモノト相對的ノモノトアリ。前者ハ刑期カ絕對的ニ不確定ノモノニシテ、敎化ノ實績ヲ見テ隨時出獄ヲ許スモノナルニ反シ、後者ハ裁判言渡ノ際刑期ノ最高限ト最低限トヲ定メ其間ニ於テ同樣ノ處置ヲ講スルモノナリ。(少年法八I)。現況ニ於テハ後者ヲ本則トスヘシ。此場合ニ出獄ヲ許スヘキヤ否ヤノ認定權ヲ裁判官ニ與フヘキヤ行刑官吏ニ與フヘキヤニ付テモ亦議論アリ。

犯罪行爲ヲ條件トスル處分ニ刑罰ノ外、倘政策上保安處分アリ。是ヲ別テ刑罰ニ代ルモノト刑罰ヲ補充スルモノトノ二種ト爲ス。前者ハ責任無能力者ニ對シテ行ハルヽモノニシテ、例ヘハ癲狂的犯罪人ノ癲狂院收容ノ如シ。後者ハ責任能力者ニ對シ、定期刑ヲ科シタルト相對的不定期刑ヲ科シタルトニ拘ラス刑期滿了後ニ於テ行ハルヽモノニシテ、勞働忌避者ノ勞役場留置、習慣的犯罪人ノ特別戒護處分、飲酒癖者ノ酒場出入禁止又ハ飲酒癖治療所收容、危險性犯罪人ノ

居住制限、外國人ノ追放ノ如シ。其他醫學ノ立場ヨリ特殊犯罪傾向ノ手術的治療並ニ特殊犯罪傾向遺傳防遏ノ爲メノ生殖機能剝奪ヲ主張スル者アリ。

刑罰ト保安處分トハ孰レモ犯罪行爲ヲ條件トシテ科セラルヽモノナルカ故ニ、政策學上一般行政處分ヲ豫防處分(Preventivmassregeln, Moyens préventifs)ト稱スルニ對シテ之ヲ鎭壓處分(Repressivmassregeln, Moyens répressifs)ト謂フ。

少年犯罪人ノ處遇ハ成年犯罪人ト區別シテ一般的ノ問題トシテ研究セラル。蓋シ此種ノ者ハ刑法上責任能力ヲ有スル場合ニ於テモ多ク未タ思慮熟セス性格定マラサルカ故ニ、通常ノ刑罰ヲ以テ之ニ臨ムヘキモノニアラサレハナリ。我國ニ於テモ最近少年法(大正一一年法律第四一號)ノ制定アリ。蓋シ晩近ニ於ケル刑事政策的要求ニ基ク研究ノ成果ニシテ、其實體的規定ニ屬スルモノヽ中注意スヘキモノヲ擧クレハ、罪ヲ犯ス時十六歲ニ滿タサル者ニハ特別ノ場合ヲ除キ死刑及無期刑ヲ科セス、(少七)少年ニ對シ長期三年以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮ヲ以テ處斷スヘキトキハ其刑ノ範圍內ニ於テ短期ト長期トヲ定メ之ヲ言渡ス(同八I)、卽チ相對的不定期刑ヲ定メタルモノナリ。其他少年犯罪人並ニ犯罪的傾向ヲ有スル少年(十八歲未滿者)一般ノ處遇ニ關シテハ少年法、矯正院法(大正一一年法律四三號)ニ詳細ナル規定アリ。從テ少年犯罪人ニ關スル刑事政策學ハ一部ハ刑事法學ナリ。刑事社會學派ハ少年ニ關シテモ生來的犯罪人ヲ認ムルカ故ニ、此種ノ犯罪人ニ對シテモ植民地流刑ヲ科スヘシト謂フ者アリ。

行刑手續ハ刑事處分ニ關スル手續ナレトモ、此手續ノ執行ハ卽チ事實上刑事處分其者ナルカ故ニ、監獄管理ヲ主タル研究事項トスル監獄學ハ是レ亦此部門ニ於テ論セラルヘキモノナリ。其內容ハ他ノ刑事學ト共通ナル總論ノ部分ヲ除キ、各論トシテ、監獄ノ構造ヲ各使用ノ目的ニ照ラシ建築、衞生、風紀、經濟、管理ノ諸方面ヨリ講究シ、又其管理ノ分擔、統一ノ方法ヲ明ニシ、同時ニ監獄統計ノ研究ヲ兼ヌ。但其管理ニ關スル主要ナル事項ハ、吾邦ニ於テハ監獄法(明治四一年法律二八號)ニ依リテ規定セラル、カ故ニ、監獄學ハ事實上一部ハ刑事法學ナリ。

▫ 形式的刑事司法政策學

此部門ニ於テ論セラル、範圍ハ犯罪搜査並ニ裁判上證據調ニ關スル事項ナリ　卽チ犯罪搜査ニ關スル方面ニ於テハ、從來刑事採證學ト稱セラル、モノアリ。犯人ノ何人ナリヤ、犯罪ノ實行手段、逃走ノ方向等ヲ明ニシ、且是等ノ事項ニ關スル證據蒐集ノ方法ヲ科學的ニ研究スルコトヲ目的トス。指紋法、警察犬ノ研究ハ其一部ニ屬ス。法醫學ハ此部門ニ於ケル基礎學ト見ルヘシ。裁判上證據調ニ關シテハ、被告人證人等ノ取調ニ關スル供述心理學アリ。學者時ニ犯罪人ノ心理的研究ト併セテ之ヲ廣義ノ刑事心理學ト謂フコトアリ。

(二)　刑事行政々策學

此部門ニ於テ論スル所ハ前ニ屢々述ヘタル一般的犯罪豫防方策ニシテ、政策學上犯罪行爲ヲ條件トスル刑罰並ニ保安處分ヲ執歷處分ト稱スルニ對シ之ヲ犯罪ノ豫防處分ト謂フ。其性質

ハ純然タル行政上ノ處分タリ。是ニ特定ノ犯罪傾向者ニ對スル取締ト一般的ナル社會的刑事政策トアリ。

1　特定者ニ對スル處分ハ、例ヘハ何レモ犯罪行爲ヲ條件トセサル居住、夜間外出、誘惑ノ危險アル場所ノ出入、一定ノ業務等ノ禁止又ハ制限、癲狂者、酒精中毒者、勞働忌避者、浮浪者、不良少年ノ癲狂院、療養所、勞役場、矯正院、植民地ヘノ收容又ハ隔離、外國人ノ追放ノ如シ。

▫ 社會的刑事政策上ノ施設ハ、例ヘハ Ferri ノ所謂刑罰代用物ノ如キモノニシテ、卽チ政治、經濟、行政、民刑立法ノ諸方面ニ於テ、各般ノ施設ニ依リ、各個人ノ自由ヲ最低限度ニ拘束シツヽ犯罪ノ誘惑ト機會トヲ防遏スルコトヲ目的トスルモノナリ。而シテ此點ニ關スル同氏ノ提案ハ、經濟的方面ニ於テハ、營業ノ自由、生活必需品ノ課稅免除、嚴寒時ニ於ケル公共的事業ノ起工、酒精類生產ニ對スル課稅及ヒ制限、酒精類飲用ノ機會ノ制限、官公吏其他一般事務員ノ物質的待遇ノ改善、勞働時間ノ制限、住宅道路街燈宿泊所ノ完全ナル施設、政治的方面ニ於テハ、完全ナル言論出版ノ自由、應用自然科學ノ方面ニ於テハ、性的犯罪ニ關シテ婦人醫師ノ普及、嬰兒殺墮胎ニ關シテ產兒制限ノ勵行、毒殺其他ノ科學的方法ニ依ル犯罪ノ簡易化、重婚姦通配偶者殺ニ關シテ離婚ノ許容又ハ其手續ノ簡易化、合理的改正、一般訴訟手續ノ簡易化、民事關係ニ於テハ、相續法ノ特殊ノ人ニ對スル婚姻ノ制限等ヲ主要ナル事項トス。要スルニ社會的刑事政策ノ目的ハ、犯罪ノ社會的條件ヲ排除シ、一切ノ人ヲシテ所謂境遇上ノ善人タラシムル爲メニハ、社會的ニ如何ナ

ル改革的施設ヲ爲スヘキカヲ研究スルニ在リ。

社會的刑事政策ヲ重要視スル刑事社會學派ノ代表者ハ多ク社會組織ノ理想トシテ社會主義ヲ奉ス。然レトモ社會主義的社會組織ノ下ニ於テ一切ノ犯罪カ消滅スヘシト考フル者ハ稀ニシテ、人性ヨリ懶惰ト慾情ト譎詐トカ影ヲ潛メサル限リ、犯罪ハ必然ノ現象タリ。

三 刑事法學

刑事法學ノ何タルカハ刑事法ノ意義ヲ明ニスルニ至リテ自ラ明ナルヘシ。

第二章 刑法

第一節 刑法ノ特質

第一款 法ノ本質

§28 法ヲ經驗的ニ觀察スルトキハ、之ニ二個ノ方面アリ。規範的方面ト事實的方面ト是ナリ。卽チ法ハ規範的方面ヨリ見レハ普遍妥當ナル當爲ニシテ、事實的方面ヨリ見レハ一ノ自然法則ナリ。

當爲ハ一ノ理想ナルモ、然カモ自然法則ニ無關係ノモノニアラス。卽チ吾人ノ行爲ニ關シ自然法則上ノ幾多ノ可能ノ中其一カ特ニ要求セラルルニ由リテ成立ス。規範トハ此當爲カ或種ノ事項ニ關シテ普遍妥當ナル場合ヲ謂フ。是故ニ規範ハ其內容ヲ爲ス命題カ事實上實現セラレサル場合ニ於テモ仍ホ例外ナク妥當ス。從テ規範的法則トシテノ法ハ事前ニ於テハ行爲規範 (Handlungs-

normen)タリ。事後ニ於テハ評價規範(Beurteilungsnormen)タリ。何等カノ法律上ノ行爲アリタル場合ニ於テ、之ニ對シテ必ス適法違法ノ何レカノ價値判斷ヲ下シ得ル所以ノモノハ、畢竟法カ例外ナク妥當スル規範ナルカ故ニ外ナラス。S. 22

事實的法則トシテノ法ハ、理論上全然規範ト其性質ヲ異ニスル蓋然的自然法則(Wahrscheinliche Naturgesetze)ナリ。卽チ此方面ニ於テハ、法ハ蓋然法則トシテ幾多ノ例外アルニ拘ラス、一ノ自然的傾向トシテ社會秩序ヲ構成ス。所謂法律秩序ハ此蓋然的社會秩序ヲ意味スルモノト解スヘシ。而シテ現ニ見ルカ如ク、世人カ日々安ンシテ社會生活ヲ營ミ得ル所以ノモノハ、實ニ此事實的法則カ社會生活ニ於ケル各員相互間ノ期待又ハ信賴ヲ或程度マテ保障スル力アルカ故ニシテ、社會法學ノ學徒カ通例法ヲ解シテ法ハ社會力ナリト爲スハ畢竟法ノ此方面ヲ强調シタル言ナリ。然レトモ右ニ述ヘタルカ如ク、此事實的法則ハ固リ規範ト無關係ノモノニアラス。卽チ規範ノ內容ハ自然法則上ノ可能ノ一ナリ。規範ハ其幾多ノ可能中ノ一個ヲ一般的ニ特定シテ自然的蓋然法則タラシムルコトヲ以テ任務トス。從テ規範ノ價値ハ之ニ對應シテ或程度ノ蓋然法則カ成

立スルコトニ由リテ初メテ發揮セラル。卽チ蓋然法則ハ、規範ヲ本體トシテ見レハ、其作用タル實現可能性(Möglichkeit der Durchsetzung)ニシテ、予ハ之ヲ所謂規範ノ妥當性(Geltung)ト解ス。蓋シ規範カ妥當ストハ規範カ規範トシテノ價値ヲ有スルコトノ謂ヒナルカ故ナリ。從テ嚴密ニ謂ヘハ、此妥當性ハ規範カ規範タル限リ其當然ノ條件ニシテ、規範ニシテ妥當セサルモノナク、又妥當セサル規範アルコトナシ。但シ此妥當性カ規範ノ內容ニ對應スル程度ハ必スシモ全部的ナルコトヲ要セス。其一部ニ過キサルモ亦妨ナシ。此場合ニ於テハ眞ノ法律的規範ハ寧ロ其對應スル程度ニ變形セラレタルモノト見ルヲ可トス。S. 23

斯クノ如ク規範ハ同一對象タル法ヲ本體(理想)ノ方面ヨリ見タルモノニシテ、妥當性ハ法ヲ作用(事實)ノ方面ヨリ見タルモノナリ。法ハ此兩方面ヨリ觀察シ得ル事情ノ備ハリタル場合ニ初メテ一ノ文化價値トシテ成立スルコトヲ得ルモノニシテ、換言スレハ、此二方面ハ法ノ實在形式ノ理想的及ヒ社會的二條件ナリ。成文法ニ於ケル立法手續ノ如キモ右二條件以外ノ別個ノモノニアラスシテ、單ニ社會的條件ノ具體的觀察ニ過キス。右ノ如クナルヲ以テ、約言スレハ法

ハ卽チ拘束意思(Bindendes Wollen)ナリ。而カモ其意思ノ主體カ事實上何人ナリヤ、又如何ナル範圍ノ人ナリヤハ之ヲ問ハス。一ノ社會ニ於テ一定ノ事項ニ關シ直接間接ニ關係ヲ有スル者ノ意思カ一般的ニ當該事項ニ關シ自他ヲ拘束スル可能アレハ其意思ハ法ナリ。從テ此見地ヨリスレハ、慣習法カ法タルハ最モ明白ナル場合ナリ。又通常成文法ニ關シテ立法者ノ意思ナルカ故ニ法タリト謂フモ、事實ハ少クトモ、各種ノ國家機關カ所謂立法者ヨリ與ヘラレタル材料其他ニ依リテ法ヲ解釋シ、此解釋カ其自體トシテ自他拘束ノ可能アルカ故ニ法タルナリ。故ニ社會事情ノ變更ニ因リ此可能ナキニ至レハ、如何ナル法モ何等ノ方法ヲ要セスシテ當然消滅ニ歸ス。革命ニ由リテ成立セル新政府ノ新法令カ當然法タルカ如キ、又舊政府ノ法令カ少クトモ、特ニ明示又ハ默示ノ改廢ナキ限リ當然ニハ失效セサルカ如キモ亦此理ナリ。然リ而シテ右ノ如キ拘束意思カ成立スル爲メニハ、一定ノ目的ト之ニ對スル社會感情(並ニ必要アル場合ニハ、實行ノ爲メノ手續又ハ設備トヲ要件トス。蓋シ意思ハ常ニ目的ト價値感情トヲ根底トシテ發動スルカ故ナリ。

§23 其他法カ強制手段ヲ伴フコトモ亦通例拘束力ノ原因トシテ解セラル。

然レトモ嚴密ニ考フレハ、有效且永續的ナル強制手段ハ其自體ニ於テ亦之ニ由テ強制セラルヘキ法ノ目的性ト社會感情ノ支持トヲ前提トス。從テ此前提ヲ缺ク場合ニ於テハ、如何ナル強制手段モ遂ニ行ハレサルニ至ルヤ必セリ。以上ノ如クナルヲ以テ、法ハ理想トシテハ一ノ文化的實在ニシテ、事實トシテハ社會的實在ナリ。

法ハ拘束意思ナリトスレハ、廣義ニ於テハ法律學ノ對象タル法以外ニモ仍ホ幾多ノ法アリ。此種ノ法ハ前者ヲ國家法、又ハ國法ト稱スルニ對シテ之ヲ社會法ト謂フコトヲ得ヘシ。例ヘハ內緣ノ夫婦關係ノ如キ、內容ノ違法ナルニ拘ラス一般ニ約束又ハ誓約ト稱スルモノノ效力ノ如キ、各種ノ取引等ニ於ケル脫法的簡易手續ノ如キ、(國法ニ一致スルト背反スルトニ拘ラス)就レモ世間的ナル義理、人情、意氣地、實際ノ便宜、一般道德等ヲ根底トスル特殊ナル社會法上ノ關係ニシテ、其他此種ノ類例勝ケテ數フヘカラス。斯ク見レハ、法律學ノ對象タル國法ハ廣義ノ法卽チ一切ノ社會法ノ中最モ一般的ナル而シテ最モ强力ナル拘束意思ニシテ、他ノ社會法ニ對スル關係ハ、喩ヘハ大海ノ大〔ウネリ〕カ、或ハ之ト方向ヲ

同ウスル、或ハ之ト逆行スル、或ハ之ト交錯スル無數ノ小波浪ヲ載セテ行クカ如シ。從テ法ハ最モ嚴密ナル意義ニ於テ單ニ拘束思意ナリト謂フヲ妨ケス。事項ノ性質ニ因リテハ、社會法ハ又國境ヲ超エテ成立ス。

§29

法ヲ經驗的實在トシテ考フルトキハ、法ハ吾人ノ一切ノ行爲ニ亘リテ例外ナク支配ヲ及ホスモノニアラス。換言スレハ、吾人ノ社會生活ニ於ケル行爲中ニハ法ノ領域(妥當)外ニアルモノ少カラス。卽チ此區域ニ於テハ、如何ナル行爲モ法ノ支配ヲ受クルコトナキナリ。而シテ此場合ハ、一面ニ或行爲ヲ許ス法ナキ故ヲ以テ、當然反面ニ之ヲ禁止スル法アリト見ルヘキニアラスシテ、一面ニ或行爲ヲ許ス法モナキト同時ニ、反面ニ之ヲ禁止スル法モナク、全然法ト沒交渉ナル場合ナルヲ以テ、此區域ニ於ケル行爲ハ適法行爲トモ違法行爲トモ謂フヘキモノニアラス。之ヲ最モ嚴格ナル意義ニ於テ放任行爲(Rechtlich indifferente od. irrelevante Handlung)ト謂フ。蓋シ社會的實際生活ニ於テハ法律的ニモ一般道德的ニモ普遍妥當ノ標準ニ依リテハ解決シ得サル幾多ノ問題アリ。斯カル場合ニモ僅ニ理想道德ノミハ妥當スレトモ、理想道德ハ社會的拘束意思トシテ成立スルコトヲ得サルモノナリ。從テ法ハ全ク此種ノ問題ヲ自然ノ成行ニ放任スルモノトス(一)。例ヘハ緊急行爲ノ場合ノ如シ。

(註一) 民法第九〇條ニ依リ、公序良俗ニ反スル事項ヲ目的トスルノ故ヲ以テ無效ナリトセラルル法律行爲中ニモ、必スシモ目的カ違法ナルカ故ニ無效ナルニアラサル場合アリ。斯カル場合ハ性質上法ノ關與スルコトヲ得サル事項ニ關スル法律行爲ナルカ故ニ法律上ノ效力ヲ生セサルノミ。

§30

法ニ關連シテ文化規範(Kulturnormen)ナルモノヲ說ク一派アリ。或ハ時ニ條理ト謂ヒ公序良俗ト謂フモ亦畢竟同一觀念ニ歸スルカ如シ。而シテ法其者モ實ハ文化規範ノ一種ニ外ナラサルモ、右ノ一派ノ立場ニ於テハ、文化規範卽チ條理ト法トハ觀念上別物ナリ。卽チ條理ハ社會生活其者ノ內部ヨリ自ラ生スル社會的常規ナルモ、法ハ社會生活ニ對シテ加ヘラレタル外部的拘束ナリ。而シテ此二者ノ範圍ト內容トハ多クノ場合ニ一致スレトモ、必スシモ然ラス。卽チ內容ニ於テ扞格スル場合ニハ法ハ條理ニ讓ラサルヘカラス。此點反對ノ見解モアリ。但タ未タ條理ノ關知セサル範圍ニ於テノミ法ハ無條件ニ妥當スルコトヲ得ルニ過

キス。然レトモ此種ノ見解ニ對シテハ予ハ何レノ點ニ於テモ異見ヲ有ス。第一ニ、一般論トシテ、既ニ法ノ解釋ニ關シテ述ヘタルカ如ク、法ハ解釋ニ由リテ定マル。而シテ解釋ノ材料(淵源)ハ獨リ法文ノミニアラス。法文ト或程度ノ關連ヲ保チツツ有ラユル材料ニ由リテ社會的拘束意思ヲ發見スルコトカ法ノ解釋ナルカ故ニ、所謂社會的常規タル條理モ亦同時ニ法ノ一淵源タリ。而シテ予ハ法ヲ以テ最モ强力ナル拘束意思ナリトスルカ故ニ、若シ偶々法ニ優越スル條理アルトキハ、其條理ヲ淵源トスル規範ハ卽チ法ニシテ、論者ノ所謂法ハ法ニアラス。從テ斯カル場合ニハ法モ條理モ同一物ナリ。第二ニ、論者多ク條理ニ關係ナキ法ノ適例トシテ警察上ノ取締規則ヲ擧ケ、例ヘハ道路取締令ニ於ケル左側通行ノ原則ノ如キモノヲ以テ全ク單ニ器械的ニ加ヘラレタル拘束ナルカ如ク解ス。然レトモ此種ノモノモ、其設定ノ由來ヲ考フレハ、凡テ缺クヘカラサル社會的必要ニ基クモノニシテ、有ルモ可無キモ亦可ナルカ如キ事情ニ因ルモノニアラス。詳言スレハ、此種ノ規定ハ何等カノ規則ヲ以テ取締マラサルヘカラサル程度ニ發達シタル道路交通ノ狀態ヲ根底トスルモノニシテ、其通行スヘキ方

側カ右側カ左側カハ器械的規定ナリトスルモ、何レカ一定ノ方側ヲ通行セサルヘカラサルコトハ、現實ナル社會生活其者ヨリ生スル自ラナル常規ナリ。此點カ既ニ社會的常規ナル以上、其何レノ一方ナルカノ一條件カ當該社會ノ拘束意思ニ由リテ指定セラルルコトモ亦自ラナル經過ニシテ、決シテ社會生活ノ本質的要求ニ關係ナク外部ヨリ加ヘラレタル拘束ニアラス。此場合ノ立法ハ唯助産婦ノ役目ヲ果セルノミ。但タ前ニモ述ヘタルカ如ク(§7. 26. 27. 28.)法カ法タルニハ其事實的秩序トシテノ可能性ヲ要件トス。從テ此種ノ取締規則ハ、一般ニ制定者カ善ク民衆ノ心理ヲ理解シ、甚タシク其自由ヲ拘束スルコトナク、而カモ一般カ其レニ由テ十分便益ヲ享ケ得ルカ如ク極テ適切ナル規定ヲ設クルニアラスンハ、慣行ニ由リテ自ラ其內容ニ變更ヲ受クルカ、然ラスンハ全ク法トシテノ存在ヲ失ヒ死法タルニ至ルモノトス。斯カル場合ニ仍ホ舊來ノママ之ヲ强制スルハ法ノ適用ニアラスシテ全然不當ナル外部的拘束ナルコト論ヲ俟タス。第三ニ、論者復タ、右ト反對ニ、法ニ關係ナキ條理トシテ、法ナキ範圍ニ於ケル條理ノ存在ヲ認ム。而シテ我國ニ於ケル此種ノ學者ハ好テ裁判事務心得第三條(民事

ノ裁判ニ成文ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ條理ヲ推考シテ、裁判スヘシ」明治八年太政官布告一〇三號ナル規定ヲ援用ス。然レトモ右規定ニ條理ナル語ヲ用ヰタルノ故ヲ以テ直ニ法以外ニ論者ノ解スルカ如キ條理アリト爲スハ全ク當ラス。蓋シ予ヲ以テ見レハ、右ハ單ニ成文（成文法）並ニ習慣（慣習法）ナキ場合ニハ、何等カ適當ト思料スル根據（具體的ニ謂ヘハ、類推セラルヘキ他ノ成文、習慣、其他一般道德、學說、敎訓、先例、外國法制等）ニ依リテ裁判スヘシト謂フ趣旨ヲ簡約ニ法文ニ表ハシタルニ過キスシテ、一種ノ社會的規範タル條理其者ノ客觀的存在ヲ斷定シタルモノニアラス。又斯カルコトハ法ノ規定ヲ以テ斷定シ得ヘキモノニモアラス。第四ニ、論者又時ニ法ノ運用ニ關スル條理ヲ說ク。然レトモ法ノ運用ノ精神カ私意ニ基クニアラスシテ、拘束意思ニ基ク限リ、其精神ハ運用セラルヘキ法ト共ニ等シク法タリ。特ニ運用ニ關スル明文ナキノ故ヲ以テ法ニアラスト爲スヘキニアラス。斯クノ如ク考フルトキハ、法以外ニ特ニ條理ナル規範ノ存在ヲ想定スルノ要アリヤハ疑ナキ能ハス。要スルニ、予ヲ以テ見レハ、條理ハ法以外ニ在リテ法ト對立スル別個ノ規範ニアラス。條理ヲ以テ社會的常規ナリトスレハ、法カ法タル限リ、法ハ常ニ條理ナリ。而カモ

尙且論者カ從來條理ヲ區別スル所以ノモノハ、思フニ或ハ法ノ或一部ニ付キ特ニ其有スル歷史的並ニ普遍的意義ヲ重要視スルカ故ナランカ。若シ然リトセハ、論者ノ所謂條理ハ、法ノ成文ノ存スル場合ニハ成文法トモ見ラレ、該形式ヲ去レハ慣習法又ハ其他ノ社會法 s. soc. トモ見ラルルカ如キ場合ヲ謂フニ外ナラス。然レトモ此種ノモノモ法律學ノ立場ニ於テハ其性質ハ凡テ單純ナル法ナリ。

法ノ內容ハ權利義務ナリ。之ヲ法ノ本體タル規範的方面ニ付テ謂ヘハ、法ハ權利義務ノ當爲ヲ定ムルコトニ由リテ、夫々如何ニ權利カ行使セラレ義務カ履行セラル、ヘキカノ當爲ヲ示スモノナリ。又之ヲ法ノ作用タル事實的方面ニ付テ謂ヘハ、社會生活ノ蓋然的法則タル法律秩序ハ卽チ權利義務活動ノ蓋然的法則ニシテ、權利ノ實行義務ノ履行ハ社會的ニ一ノ傾向ヲ成ス。斯クノ如クナルヲ以テ、法カ規範的方面ト事實的方面トノ二方面ヨリ觀察シ得ルカ如ク、其內容タル權利義務ニモ亦之ニ相應スル二方面ノ觀察アリ。卽チ權利義務ハ、規範的價値的ニハ、其權利義務タル限リ、如何ナル場合ニモ妥當スレトモ、事實的社會的ニハ、其活動カ蓋然的ナル限リ實現セラレサル場

合アリ。又宛モ法カ規範ヲ以テ本體トスルニ拘ラス、之ニ對應スル事實的蓋然性ヲ有セサル限リ法トシテ實在スルコトヲ得サルカ如ク、權利義務モ亦規範的方面ヲ以テ本體トスルニ拘ラス、等シク之ニ對應スル事實的蓋然性(妥當性)ナクンハ權利義務トシテ實在ニアラス。從テ權利義務ハ法カ社會的價値感情ノ評價ニ由リテ支持セラルルト同一ノ程度ニ於テノミ等シク之ニ由テ支持セラルルモノトス。S. 83 22. 28. 通常、法ハ客觀的(抽象的)權利義務(Recht im objektiven Sinne)ニシテ、權利義務ハ主觀的(具體的)法(R. im subjektiven Sinne)ナリト謂フハ是カ爲メナリ。

右ノ如クナルヲ以テ、權利義務其者ノ理論ハ同時ニ法タル拘束意思ノ理論ナリ。左ニ此見地ヨリシテ少シク法律意思ノ理論ヲ明ニスル爲メ、相伴テ權利義務ノ理論ヲ究メントス。

當爲トシテノ法ハ、之ヲ言語上形式ニ表ハストキハ「云々ナリ」又ハ「云々ニアラス」ト謂フ思考形式ニ對シ更ニ「ヘシ」ト謂フ目的意思ノ形式ノ加ハリタルモノナリ。換言スレハ、法ハ各個人ニ對スル命令、禁令又ハ禁令ナリ。命令禁令ナル語ハ、通常ノ用法ニ於テハ、受命者ノ反對意思ヲ抑壓シテ一定ノ作爲不作爲ヲ爲サシム

ル要求ヲ意味スレトモ、法律學上一般ニハ唯當爲ノ言語上ノ形式トシテ此語ヲ借ルニ過キス。從テ結果ニ於テハ規範ハ各個人ノ通例欲スルコト、卽チ利益ナル行爲ヲモ亦命スルコトアリ。然ルニ學者往々此理義ヲ解セス、規範カ單ニ命令禁令ノミヲ定ムルモノトセハ、規範ハ常ニ義務者ニ對シテ義務ノミヲ命シ、權利者ニ對シテハ毫モ直接ノ意義ヲ有セサルニ至ルヘシト論スル者アルモ、是レ個人心理ニ捉ハレタル批難ニシテ固リ當ラス。抑モ當爲ハ、其本旨ヲ考フレハ、論理上同一人ニ對シ同一事項ニ關シテ同時ニ權利ト義務トヲ命スルモノナリ。卽チ當爲トシテ或行爲ヲ爲シ得ル(許サル、dürfen)コトハ、同時ニ其行爲ヲ爲スヘキ(要スル sollen)コトナリ。又當爲トシテ或行爲ヲ爲スヘキコトハ、其行爲ヲ爲シ得ルコトナリ。蓋シ論理上積極的ニ爲スコトヲ許サルルハ爲スコトヲ要スルカ爲メニシテ、爲スコトヲ要スルニハ爲スコトカ許サレサルヘカラサルカ故ナリ。其之ヲ權利ト見義務ト見ルハ唯各事項ノ性質ニ從ヒ社會的價値批判上何レノ方面ヲ重ク見ルカニ因リテ岐ルルニ過キス。本質的ニ謂ヘハ、權利ナラサル義務ナク、(義務ノ權利性。)義務ナラサル權利ナシ。(權利ノ義務性。)是レ要スルニ、法カ拘束

意思タル、以上、其拘束性ハ當然一定ノ目的 s. §33. ニ基クコトヲ要シ、而カモ其目的ハ一般的ナル拘束意思其者ノ目的ニシテ、必スシモ當事者ノ個人心理的意思ノ目的ニアラサルカ故ナリ(一)。次ニ法タル當爲ハ常ニ相互ニ相手方タル複數當事者ノ對立ヲ豫想ス。是レ法カ社會的規範タル限リ當然ノ事理ナリ。而シテ此場合ニ於テハ、一方ノ當事者ノ權利義務ノ二方面ハ相手方ノ權利義務ノ二方面ニ對シ之ト逆ニ相對應ス(二)。通常權利義務ノ關係ト謂フハ此複數當事者ノ關係ヲ謂フモノナリ。而シテ權利義務ノ關係ハ法律意思ノ關係ナルカ故ニ、法律意思ノ要求ハ之ヲ權利義務ノ當事者ニ付テ見レハ請求ノ關係ニ外ナラス。從テ嚴格ナル意義ノ權利ハ凡テ請求權(Anspruch)ナリ(三)。但シ斯クノ如ク各當事者ハ常ニ雙方交互ニ權利者タリ義務者タルモ、其各自ノ權利義務ノ內容ハ當事者ノ地位ノ異ルニ因リテ夫々相表裏スルカ故ニ、其價値ニモ亦通例著シキ差別アリ。從テ斯カル場合ニハ其價値ノ大ナル方面ノミ重要視セラレ、然ラサルモノハ殆ト無視セラル。例ヘハ債權債務ノ關係ニ於テ、實際生活上債權者側ニ在リテハ殆ト其債權ノ權利性ノミカ重要視セラレ、反對ニ債務者側ニ在リテハ

32

14

殆ト其債務ノ義務性ノミカ重要視セラルルカ如シ。以上ノ如クナルヲ以テ「云々スヘシ」又ハ「云々スヘカラス」ト謂フ法ノ言語上ノ形式ハ之ヲ權利義務ノ形式トシテ表ハセハ「云々ノ權利(又ハ義務)アリ」ト謂フコトトナル。從テ權利義務ノ本質ハ規範的ニハ法ノ主觀的當爲性ニシテ、事實的ニハ法ノ主觀的妥當性ナリ。

註(一) 權利ノ性質ニ付テハ之ヲ欲シ得ルカ(Wollen dürfen)ト解スル說アリ。然レトモ欲シ得ル點ヨリ謂ヘハ、義務モ亦欲シ得ルカヲ前提トス。或ハ論者ノ通例欲シ得ルト謂フハ、欲スルト否トノ自由ヲ意味スルカ如クナルモ、論理上自由ハ欲スルト否トノ點ニ在ルニアラスシテ、欲スヘキ場合ナリヤ否ヤノ判斷ノ點ニ存ス。若シ欲スルコトカ適當ナル場合ニ於テハ權利者ハ欲セサルヘカラサルナリ。思フニ論者ノ見解ハ規範ノ命令カ一般ニ斷言的(無條件)ニアラスシテ假言的(條件的)(Bedingter od. hypothetischer Imperativ)ナルニ累セラレタルモノナリ。假言的トハ例ヘハ規範ノ內容カ「欲スルナラハ(卽チ適當ト認ムルナラハ)云々スヘシ」ト謂フ場合ナリ。此場合ニモ其實體ハ「云々スヘシ」ト謂フ當爲ナルニ拘ラス、學者通例「欲スルナラハ」ト謂フ假言ニ重キヲ置キ、誤テ權利ヲ特ニ欲シ得ル力ト解スルモノナリ。從テ斯カル見解ノ下ニ於テハ、明白ニ權利カ義務性ヲ有スル場合、例ヘハ官公吏ノ職權、代理權、親權、相續權等ニ付テ適當ナル說明ヲ爲スコトヲ得サルモノトス。而シテ前記ノ如ク規範カ假言的命令ヲ定ムル場合

ニ於テハ、受命者(事實上ハ權利者)ハ若シ欲セサルナラハ、(即チ欲スルコトヲ適當ト認メサルナラハ)、或ハ何等カノ手續ヲ經テ、或ハ何等ノ手續ヲモ要セスシテ、其當爲ヨリ免ルルコトヲ得ルノミ。從テ權利ノ義務性ヲ認ムルモ何等理論上モ實際上モ矛盾ヲ生スルモノニアラス。要スルニ權利義務ノ理論ハ法律意思ノ內容トシテ論理的ニ考フヘク、個人意思ノ問題トシテ心理的ニ考フヘキモノニアラス。

註(二)　權利義務ノ必然的對應關係說ニ付テハ、從來賛否相半ス。消極說ノ中一說ニ依レハ、權利ニハ其行使ニ對シテ相手方ノ忍受ノ義務ヲ生スルモノト然ラサルモノトアリ。後者ハ其本質ニ於テハ等シク法ノ許容スルモノナレトモ、忍受ノ義務ヲ生セサル點ヨリ見テ之ヲ放任行爲ト稱スヘシト爲ス。然レトモ斯カル見解ハ是レ亦單ニ權利ノ作用ヲ心理的ニ觀察シタルモノニシテ、毫モ論理的ニ考察シタルモノニアラス。若シ忍受ノ義務ヲ生セサル權利アリトセハ、其ハ論理的ニ見テ純然タル事實上ノ放任行爲ニシテ、一種ノ權利タリト謂フカ如キ法律的意義ヲ有スルモノニアラス。(§. 33 29)。又他ノ說ニ於テハ、單ニ權利義務ハ必然的ニ對應スルモノニアラストシテ、其例證トシテ通例私法上ノ形成權ヲ擧ク。然レトモ所謂形成權ハ講學ノ便宜上之ヲ權利ト稱スルモ、其本質ハ獨立ノ權利ニアラス。形成權行使後ノ當爲關係ノ一條件ニ過キス。

註(三)　通常請求權ハ對人關係ニ於テ現實ニ一定ノ給付ヲ請求スル場合ノ權利トシテ解セラル。

然レトモ嚴密ナル意義ニ於テ權利ハ凡テ對人的ノモノナリ。物ハ如何ナル場合ニ於テモ單ニ權利關係ノ條件ニ過キス。又權利ハ動態ニ於ケルモノヽミ權利ナルニアラス。靜態ニ於ケル權利モ亦權利ニシテ唯行使ノ條件ノ具ハラサルノミ。斯ク見レハ權利ハ凡テ請求權ナリ。(制度上請求ノ方法カ具ハレルヤ否ヤハ問題ニアラス)。但俗ニ權利ノ名アリテ理論上獨立ノ權利ニアラサル形成權ノ如キハ論外トス。

§33

拘束意思トシテノ法ハ一定ノ目的ニ依リテ規定セラル。§. 33 31. 從テ法ハ目的意思ナリ。此法ノ目的ハ各個ノ法ニ付テ其內容ヲ論スレハ皆相異ナレトモ、究極ハ法一般ノ根本目的カ論理的並ニ評價的ニ展開セラレタルモノナリ。法ノ解釋カ同時ニ論理的且評價的ナラサルヘカラサルコトハ是ニ職由ス。是故ニ主觀的法トシテノ權利義務ハ亦法ト其目的ヲ同ウス。其目的ハ即チ調和 §. 33 22. ナリ。調和トハ各當事者ノ立場ヲ超越シテ之ヲ包揚スル統一ナルカ故ニ、權利義務ノ目的ハ之ヲ何レノ方面ヨリ見ルモ必スシモ當事者ノ主我的立場ニ於テハ利益ト見ルコトヲ得サル場合アリ。唯權利義務ヲ行フコトニ依リ、統一ニ於テ調和ヲ得ル意味ニ於テノミ常ニ何人ニモ利益タルナリ。便チ利益ハ

卽チ利益ナレトモ、醇化セラレタル調和的利益ナリ。權利ノ義務性カ一般觀念ニ照ラシ權利者ニ負擔ヲ課シ不利益ヲ與フルカ如ク考ヘラルル場合ニ於テモ仍ホ權利タルハ此理ニ基ク。

權利ノ目的タル調和的利益(以下單ニ利益ト謂フ)ハ所謂法ノ保護スル利益ナリ。之ヲ法益(Rechtsgüter)ト謂フ。法益ハ客體(Objekt)ニアラスシテ客體ニ對シテ成立スル利益關係ナリ。從テ同一客體ニ對シテ數個ノ法益カ重疊シテ成立スルコトヲ得。例ヘハ同一不動產上ニ所有者ノ所有權ト債權者ノ抵當權トカ重疊シテ存シ得ルカ如シ。而シテ此法益ハ權利義務ノ目的ナル以上、權利義務ハ法益ノ手段ナリ。手段トシテノ權利義務ハ常ニ相吻合シタル同一內容ヲ有ス。

§34

權利義務ノ主體ハ法律上ノ人ナリ。之ヲ法律上ノ人格ト謂フ。法律上ノ人格ニ付テモ、法並ニ權利義務ト同シク、一方面ノ觀察アリ。卽チ人格ハ、一方ヨリ見レハ、規範ノ內容ニ從テ當爲ヲ課セラレタル規範上ノ人ニシテ、常ニ規範ニ從テ行動スヘキ人トシテ妥當スル(行動スルコトヲ要スルモノナリ。他方ヨリ見レハ、規範ノ妥當性タル蓋然的法則ニ依リ、事實上蓋然ノ程度ニ於テ支配セラレツツアル人ナリ。而シテ規範ハ法ノ本體ナレトモ、法並ニ權利義務ノ實在ノ要件トシテ妥當性カ問題トナルカ如ク、人格ニ關シテモ亦然リ。卽チ或拘束意思ヨリ見テ全然其定ムル規範ニ從テ行動スル可能ナキ者ハ理論上其國法上ノ人格ニアラス。然レトモ今日ニ於テハ、國外ニ在ル外國人ト雖モ、貿易ニ從事シ外債ヲ所有シ國外犯罪ニ關係ヲ有スルカ如キ場合アルカ故ニ法律上ノ人格タリ。又國內ニ在ル者ハ縱ヘ極端ナル無政府主義者ト雖モ、全然國法ヲ離レタル生活ヲ營ムコトヲ得サルカ故ニ是レ亦人格タリ。

法律上ノ人格ハ意思主體(意思能力者)ナリ。意思主體トハ一定ノ程度ニ於テ規範ヲ意識シ之ニ從テ行動シ得ル人ヲ謂フ。蓋シ斯カル人ニ對シテノミ拘束意思ハ其妥當ヲ豫想スルコトヲ得ルカ故ナリ。從テ嚴格ニ論スレハ、斯カル人ニ由リテノミ法律的社會秩序ハ編成セラレ、然ラサル者ハ皆眞正ノ意味ニ於ケル反射的利益又ハ反射的不利益ヲ受クルニ過キス。然レトモ一切ノ生理的個人ハ、縱ヘ意思能力ヲ有セサルモ、其本質的價値ニ於テハ同一ナリ。從テ法ハ此種ノ者ヲシテ能力者ト同樣ノ利益ヲ享有セシムル爲メ、其周圍ニ在ル他ノ能力者ニ

對シ、其無能力ヲ補充スルカ爲メノ當爲ヲ加重ス。而シテ此加重セラレタル當爲ハ又之ニ相應スル權利義務ヲ含ミ、此權利義務カ實行セラルルコトハ、之ニ由テ一切ノ無能力カ補充セラルル所以ナルカ故ニ、結局意思無能力者自ラ規範ヲ意識シ權利義務ヲ行ヒタル場合ニ異ルコトナシ。然レトモ無能力者ナル語ノ示スカ如ク、此種ノ者ハ所詮規範ノ妥當スル主體ニアラス。然カモ尙且ツ之ヲ人格ト稱スヘキヤ否ヤハ畢竟用語上ノ問題タリ。國家人格ニ關シテハ§37. 法人一般ニ關シテハ§38.

以上ノ如ク考フルトキハ、法モ權利義務モ人格モ本質的ニハ凡テ同一對象ニ對スル別個ノ觀察ニシテ、唯客觀的ト主觀的、抽象的ト具體的トノ差ニ過キス。

§35 以上ハ權利義務一般ノ理論ナリ。然レトモ初ニ述ヘタルカ如ク、權利義務ハ主觀的法ナルカ故ニ、法ノ論理的命題カ拘束意思ノ主體ニ由リテ行ハルル社會的價値感情上ノ評價ニ由リテ制限セラルルトキハ、權利義務モ當然其範圍ヲ超エテ妥當スルコトヲ得サルモノトス。此點ハ以上屢述シタル所並ニ法ノ解釋ニ關シテ述ヘタル所ニ依リテモ明ナリ。例ヘハ道路取締令ニ於テ吾人ハ凡テ左側通行ノ義務アリ。此義務ノ履行ニ由リテ相互ニ利益ヲ受クル者モ亦吾人

ナリ。從テ嚴密ナル理論ヨリ謂ハ、此場合ノ權利義務ノ當事者ハ吾人相互ナリト雖モ、請求ノ方法ノ備ハレルヤ否ヤハ問題ニアラス。今日ノ幼稚ナル社會感情ニ於テハ未タ此權利義務ノ關係ヲ承認スルニ至ラス。僅ニ左側通行義務ノ權利者ヲ國家又ハ當該機關若クハ全體トシテノ一般世人ナリト解シ、一般世人各自ノ享クル利益ヲ該權利ノ反射作用(Rechtsreflex)ト名ツク。S. §§ 22, 31.

§36 法律學ハ法律的規範ノ體系的認識ヲ目的トスルコトハ既ニ述ヘタリ。而シテ前記ノ如ク、權利義務ハ法ノ內容ヲ爲スモノナルカ故ニ、法ノ認識方法トシテ役立ツモノハ畢竟權利義務ノ概念ニ外ナラス。從テ規範體系ト權利義務體系トハ理論上全然相一致ス。而シテ此體系ハ右ノ如ク一ノ認識方法トシテ組立テラレタルモノナルモ、認識セラレタル法並ニ權利義務ハ何レノ段階ニ於テモ實在ノモノナリ。例ヘハ權利ニ付テ謂ヘハ、占有權、所有權等ノミカ實在ナルニアラスシテ、是等ノ統一概念タル物權、財產權、私權ト謂フモ亦同シ。是ト等シク、法ニ付テ謂フモ、占有權、所有權ヲ犯スヘカラスト謂フカ如キ最下級ノ規範ノミカ實在ノ法ナルニアラス。其上位ニ在ル物權ヲ犯スヘカラスト謂フモノモ亦法ナリ。是レ恰モ森林カ各個ノ立木トシテモ實在ニシテ一體ノ森林トシテモ實在ナルカ如シ。斯クノ如クシテ、法ノ最高ノ認識形式ハ「法ヲ遵由スヘシ」換言スレハ「適法ヲ行フヘシ」又ハ「遵法ヲ行フヘカラス」ト謂フコトナリ、內容ヨリ謂ヘハ「自己ノ權利義務ヲ行フ

1951. gun 1st.

ヘシ」又ハ「他人ノ權利義務ヲ侵害スヘカラス」ト謂フコトトナル。

法ノ認識ノ問題ニ關連シテ、其用語上ハ形式ニ付テ一言スヘキコトアリ。即チ規範トシテノ法ノ形式ハ「云々スヘシ」又ハ「云々スヘカラス」ト謂フ語ヲ以テ表ハスコトヲ得ルモ、法文上規範カ斯カル形式ヲ以テ表明セラルル場合ハ寧ロ稀ナリ。例ヘハ法文ニ於テハ當爲ヲ正面ヨリ定メスシテ、實質ノ方面ヨリ「云々ノ權利アリ」「云々ノ義務ヲ有ス」ト定ムルコトアリ。又正面ニハ刑罰、損害賠償等ノ責任ヲ定メテ、裏面ニ他人ノ權利義務ヲ侵害スヘカラサル規範ヲ表ハスコトアリ。加之或場合ニハ同一規範カ間接ニ數個ノ法文ニ由リテ表ハサルル場合アリ。例ヘハ、一面ハ民法ニ表ハレ、一面ハ刑法ニ表ハルルコトアリ。或ハ一面ハ憲法ニ表ハレ、一面ハ他ノ法律ニ表ハルルコトアルカ如シ。斯カル場合ニ、其規範ハ憲法上ハ形式的效力カ問題トナルトキハ、形式上最モ强力ナルモノヲ以テ標準トスヘシ。又法文ト規範トヲ同一視シ如何ナル法文モ常ニ其自身獨立ノ規範ヲ表ハスモノト考フルコトナキヲ要ス。例ヘハ各種法典ノ總則規定ノ如キハ、規範ノ發生、消滅、效力、其他內容ノ諸問題ニ關シ各一般的ニ規範ノ內容ノ一條件ヲ規定スルニ過キス。其自身獨立ノ規範ハ各關係アル諸規定ヲ綜合シテ初メテ明ナルモノトス。

第二款　刑法ノ意義

刑法(Strafrecht, Droit pénal ou criminel)ニ二義アリ。實質的意義ニ於テハ、刑法トハ刑罰法ノ義ニシテ、罪トナルヘキ行爲ト之ニ科スヘキ刑トノ關係ヲ定メタル一切ノ法ヲ謂フ。其憲法上ノ種類カ法律タルト命令タルトハ之ヲ問ハス。形式的意義ニ於テハ、刑法ハ刑罰法ノ中特ニ刑法ナル名稱ヲ附シテ頒布シタル法律(明治四〇年法律四五號)ヲ意味ス。從テ形式的刑法ハ實質的刑法ヲ廣義ノ刑法ト稱スルニ對シテ之ヲ狹義ノ刑法ト稱スルコトヲ得。吾人ノ通常刑法ト稱スルモノハ此狹義ノ刑法ナリ。

刑法ハ右ノ如ク廣狹何レノ意義ニ於テモ罪ト刑トヲ定ムルモノナリ。故ニ等シク罰則ニテモ、若シ其罰則カ刑罰以外ノ別種ノ罰(例ヘハ、懲戒、懲罰、過料等)ヲ定ムルモノナルトキハ刑法ニアラス。而シテ何カ刑罰ナリヤハ刑法自ラ之ヲ定ム。(刑、九。)

刑法ハ法ナルカ故ニ其內容ハ權利義務ナリ。s. § 31. 之ヲ通例科刑者ニ課セラレタル當爲ノ權利性ヨリ見テ刑罰請求權(Strafanspruch)ノ關係ト謂フ(I)。刑罰請求權ハ、一定ノ犯罪アリタル場合ニ、之ヲ條件トシテ犯人ニ對シ刑罰ニ服スルコトヲ請求スル權利ニシテ、其主體ハ當該國家機關ナリ(II)。犯人ハ之ニ對ス

ル相手方當事者トシテ、該請求ニ應シテ刑罰ニ服スル義務ヲ有ス。然レトモ既ニ述ヘタルカ如ク、權利ハ同時ニ義務性ヲ有シ、義務ハ同時ニ權利性ヲ有スルカ故ニ S. §32. 當該國家機關ノ有スル刑罰請求權ハ、之ヲ反面ヨリ見レハ、刑ニ對スル服從ヲ請求スルノ義務ニシテ、犯人ノ義務ハ又刑ニ服スルノ權利ナリ。但タ犯人ヨリ見レハ、刑罰カ如何ニ特別ノ目的ヲ有ストスルモ、事實上著シキ苦痛ヲ伴フ結果トシテ、殆ト何人モ心理的ニ其權利性ヲ認メサルノミ。以上ノ如ク解スルトキハ、刑法ハ刑罰請求權ノ發生條件並ニ其效力ヲ規定スル一切ノ法ナリ。

註(一) 權利ハ、嚴密ニ謂ヘハ、凡テ請求權ナリ。(S. §33. 註三)。從テ單ニ刑罰權ト稱スルモ不可ナキカ如クナルモ、然ルトキハ、國家カ刑法ヲ定メテ何人ヲモ處罰スルコトヲ得ル主權ノ一般的作用 (Strafgewalt) ヲ指ス場合ノ意義ト混同ヲ生スル虞ナキニアラス。從テ斯カル虞ナキ場合ニ限リ、略シテ單ニ刑罰權ト謂フモ不可ナシ。

註(二) 刑罰請求權ノ主體ハ通例之ヲ國家ナリト解ス。而シテ通說ハ所謂國家ヲ以テ治者被治者ノ全一體トシテノ法律上ノ人格ト爲シ、之ヲ權利義務關係ノ當事者トシテ犯人タル個人ト對立セシムルモノナリ。然レトモ予ハ根本ニ於テ、多數個人ノ組織的集合體タル若クハ之ニ卽シテ抽象的統一其者トシテ考ヘラルル國家カ、果シテ其組織體ノ一成員タル若クハ之ニ卽

シテ抽象的統一其者ノ一部トシテ考ヘラルル個人ニ對シ、共ニ同一法律關係ノ當事者トシテ對立スルコトヲ得ルヤ、換言スレハ、部分ヲ含ミタル全體カ同時ニ部分其者ト並立スルコトヲ得ルヤヲ疑フ。蓋シ全體ナル觀念ハ當然統一ヲ前提トシテ部分ノ全體其者ニ對スル獨立ヲ排シ、個體トシテノ部分ナル觀念ハ當然分立ヲ前提トシテ全體其者ノ成立ヲ否定スルカ故ナリ。此點ニ關シテハ、論者通例、國家ハ一ノ組織ヲ抽象シタル觀念ナルカ故ニ、個人ニ對立セシムルヲ妨ケスト說ク。然レトモ此場合ノ組織ナル觀念ハ抽象ノ結果ニアラスシテ、分析ニ由ルモノナリ。抽象ハ種ニ於ケル一般者ノ把握ナルカ故ニ、一般者ヲ規定スル諸條件ハ抽象ニ由リテモ之ヲ除クコトヲ得ヘキモノニアラス。然ルニ論者ノ所謂抽象ハ一般者ニ於ケル諸條件ヲ分析シテ其中ノ組織ノミヲ採リテ國家ト爲スモノナリ。斯カル方法ハ固リ許スヘカラス。加之斯カル見解ニ從ヘハ、組織ハ畢竟法ナルカ故ニ法其者ヲ以テ國家ト見サルヘカラス。然ルニ法其者ハ人格ニアラサルカ故ニ、斯カル見解ハ結果ヨリ謂ヘハ自殺論ナリ。

右ノ如クナルヲ以テ、法律上ノ國家概念ハ次ノ二樣ノ中其何レカニ解スルノ外ナシ。一ハ個人ト同一位列ニ在リテ之ト並立スル所謂國家機關ヲ代理人ト看做シ、其背後ニ等シク同一位列ニ在ル國家ナル本人ノ存在ヲ擬制スル方法ナリ。此見解ハ通常ノ國家人格說ト異ル。卽チ彼ニ在リテハ治者被治者ノ統一ヲ基礎トシテ一段上位ニ在ル國家ヲ想像スルモノナルモ、此ニ在リテハ單ニ國家機關ノミノ背後ニ隱ルル國家ヲ擬制スルナリ。斯ク見レハ、國家ハ

§37

代理關係ニ於ケル本人トシテ相手方ト並立スルコトヲ得。予ノ見ル所ヲ以テスレハ、通常ノ國家人格說ハ實ハ無意識ニ斯カル觀察ヲ爲スモノナリ。二ハ、所謂國家機關其者ヲ權利義務ノ當事者トシ、或個人カ制度上國家機關ノ地位ニ在リテ其地位ニ伴フ權利義務ヲ行フ場合ニ限リ、之ヲ單ニ名稱上國家ト稱スル方法ナリ。斯カル見解ニ於テハ、所謂國家ノ權利義務ハ機關タル個人カ其地位ニ在ル期間之ヲ享有シ、個人ノ交代ニ因リテ當然移轉ス。又機關タル個人ハ自己ノ權利義務ナルニ拘ラス、特ニ定メラレタル法ノ制限内ニ於テノミ之ヲ實行スルモノトス。又同一權限ヲ有スル個人數人アル場合ニハ、是レ復タ特ニ法ノ定ムル所ニ從ヒ、各自獨立ニ又ハ共同シテ之ヲ實行スルモノトス。而シテ是等ノ諸機關ヲ統一スルモノハ卽チ法ナリ。

以上述ヘタル所ハ敢テ社會的統一體トシテノ國家ノ存在ヲ否定スルニアラス。(右ニ國家機關ト謂ヘルモ此意義ニ於テナリ)。唯國家カ全體トシテノ統一ナル限リ、統一カ自己ノ部分ニ對シテ更ニ統一セラルルコトヲ得スト謂フ意義ニ於テ、其國法上ノ人格ヲ疑問トスルノミ。從テ他ノ意味ニ於テ國家ハ人格ナリト謂フハ全然別論ナリ。

國家人格ハ殆ト今日ノ法律學ニ於ケル「アブリオリー」ナリ。從テ前記ノ如キ疑問ハ又殆ト疑問トシテサヘモ成立ノ餘地ナキ觀アレトモ、國家人格說ノ基礎ハ右ニ論シタルカ如ク決シテ論理上安固ナルモノニアラス。(s. 8)。

§38

刑法ニ關連シテ刑事法ナル觀念アリ。刑事法トハ直接間接ニ刑罰請求權ノ實體並ニ運用ニ關スル法令ノ總稱ニシテ、刑法ハ其中刑罰請求權ノ實體ニ關スルモノナリ。從テ之ヲ實體的刑事法トモ稱スルコトヲ得ヘシ。其他運用ニ關スル規定トシテハ、手續ニ關スル刑事訴訟法、陪審法、少年法等、並ニ該手續ノ執行機關ノ組織權限ニ關スル裁判所構成法、監獄法等アリ。是等ハ之ヲ形式的刑事法ト謂フコトヲ得。S. § 2, 27.

第三款　刑法ノ特質

§39

凡ソ法律的規範ハ悉ク法益保護ノ目的ヲ有ス。之ヲ法ノ内容タル權利義務ニ付テ謂ヘハ、權利義務ハ凡テ法益保護ノ手段タルコトヲ以テ目的トス。S. § 33. 然レトモ法律的規範ハ之ヲ其法益ニ對スル關係ヨリ見ルトキハ、自ラ二種ニ別ル。一ハ一般的法律規範(一般規範)卽チ狹義ノ法律的規範ニシテ他ノ法律的規範ニ關係ナク、獨立ノ當爲トシテ第一次ニ法益ヲ保護ス。從テ此種ノ規範カ遵由セラルル狀態ハ各人ノ法益カ之ニ由リテ直接ニ保護セラルル狀態ニシテ、之

ニ對スル違反アレハ、常ニ何等カノ法益ノ侵害又ハ脅威(危險)ヲ伴フ。但反對說アリ(S. 88)

而シテ法ハ、其保護スル法益ノ種類如何ヲ問ハス、苟モ各人ニ對スル獨立ノ當爲トシテ作用スル限リ、凡テ此種ノ規範ニ屬ス。其二ハ一般規範ノ違反ヲ條件トシテ之ニ對シ一定ノ效果ヲ附與スヘキコトヲ定ム。而シテ此場合ノ效果ハ違反行爲又ハ或結果カ違反行爲ヨリ生シタルコトヲ理由トシテノミ附與セラルルモノナルカ故ニ、或結果ヲ違反行爲ヨリ分離シ、客觀的ニ結果タル事實其者ヲ直接ノ理由トシテ附與セラルル效果ト全ク意義ヲ異ニス。S. 8 而シテ斯カル制裁ヲ定ムル法ハ、或ハ專ラ、或ハ多少ノ程度ニ於テ、之ニ由リテ一般規範ノ拘束力ヲ確保スル作用ヲ有スルモノニシテ、一般規範ヲ第一次法(Primäres Recht)ト謂フニ對シテ之ヲ制裁法又ハ第二次法(Sanktionelles od. sekundäses Recht)ト謂フ。刑法ハ此制裁法中ノ最モ有力ナルモノナリ。此意味ニ於テ刑法ノ特質ハ通常其保護セラルル法益ノ特殊ナル點ニ存セスシテ、一般規範ノ保護スル各種ノ法益ニ對シ第二次的ニ作用スル保護ノ方法ノ特殊ナル點ニ存ストシテ理解セラル。S. 8 17. 之ヲ刑法ノ形式的特質トス。

§40 刑法カ制裁法タルコト右ノ如シ。然レトモ制裁法モ其者トシテ亦一ノ法律的規範ナルカ故ニ、其言語上ノ形式ハ命令又ハ禁令ニシテ、其內容ハ當事者間ノ權利義務ナリ。此權利義務ハ所謂刑罰請求權ノ關係ニシテ、是ニモ亦當然其目的タルヘキ法益ナカルヘカラス。卽チ國家機關ノ側ニ付テ謂ヘハ、刑罰請求權ハ犯罪豫防ノ爲メニ直接ニ犯人ノ改善又ハ淘汰ヲ目的トシテ處罰ニ對スル服從ヲ要求スル權利ナルカ故ニ、此目的ノ爲メニ犯人ヲ一定ノ方法ニ從テ適當ニ取扱ヒ得ルコトカ法益ナリ。又犯人ノ側ニ付テ謂ヘハ、斯カル取扱ヲ受クルコトカ法益ナリ。S. 8 33. 而シテ此種ノ制裁法上ノ法益ハ理論上第一次法タル一般規範其者ノ保護スル法益トハ全然別個ノ關係ニ在ルモノニシテ、宛モ私法上物權法ノ保護スル法益ハ物權的法益ナルモ、物權侵害ノ場合ニ關スル第二次法タル不法行爲法ノ保護スル法益ハ損害ノ賠償ナルカ如シ。S. 8 5. 之ヲ刑法ノ實質的特質トス。

第二節 刑法ノ淵源

§41 法ノ淵源(Quellen, Sources)ニハ用例上二義アリ。一ハ成文法、慣習法ト謂フカ如ク、又ハ成文法トシテ制定セラレタル各種ノ法ノ如ク、形式ノ區分セラルヘキ法ヲ謂ヒ、二ハ斯カル法ノ形式ヲ謂フ。茲ニハ淵源ヲ第二ノ義ニ解ス。從テ此意義ニ於テハ、淵源ハ之カ解釋ニ由リテ法ヲ認識シ得ル一種ノ材料タルコトナリ。從來之ヲ成文ト慣習トノ二ト爲ス。國ニ因リテ判例モ亦法源タルコトアリ。S. §§ 22. 而シテ法ノ淵源トハ、廣義ニ於テハ、前記ノ二義ノ外、尙ホ法ノ一切ノ解釋材料ヲ謂フト解スルヲ妨ケサレトモ、所謂淵源ヲ右ノ第二ノ義ニ解スレハ、淵源ハ廣義ノ淵源中各個ノ法ニ於テ特ニ最モ有權的ノモノトシテ取扱ハレ、其解釋ニ當リテ全然之ヨリ離ルルコトヲ得サルモノナリ。

§42 法源ニハ一般ニ右ノ如ク成文、慣習、判例ノ三アレトモ、刑法ノ範圍ニ於テハ、從來罪刑法定主義(Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege)ナルモノアリ。此主義ハ、犯人ヲ罰スルニハ罰セラルヘキ行爲ト之ニ對スル刑ノ範圍トカ犯行前ニ於テ刑法ニ豫定セラルルコトヲ要シ、裁判官ハ此條件ナクシテ犯人ヲ處罰スルコトヲ得スト爲スモノニシテ、其目的ハ專ラ裁判官ノ專横ニ對シ人民ノ權利ノ

安固ヲ保障スルニ在リ。從テ罪刑法定主義ハ其本來ノ意義ニ於テハ、結局(一)刑法ナクシテ刑ヲ科スルコトヲ得ス、(二)刑法ハ成文刑法ニ限リ、慣習法又ハ判例タル刑法ハ之ヲ認メス、(三)刑法ハ遡及ノ效ナク、S. §§ 55. 56. (四)裁判官ハ類推ノ自由ヲ有セス S. § 23. ト謂フヲ以テ根本義ト爲ス。抑モ此罪刑法定主義カ立法上初メテ嚴肅ナル形式ヲ以テ宣明セラレタルハ、佛國革命ノ際ニ於ケル人權宣言ノ規定(一七八九年八月二六日發布、八條)ニシテ、該宣言中ノ此主張ハ當時行ハレタル二個ノ見解ノ結合ヨリ成レルモノナリ。卽チ其一ハ、刑法ノ作用ヲ威嚇ニ由ル心理强制ニ在リト解シ、從テ刑法ハ必ス成文ノ形式ニ於テ之ヲ周知セシムルコトヲ要スト爲ス見解ナリ。其二ハ所謂三權分立ノ思想ニシテ、裁判ハ單ニ法ノ宣言ニ止マルトス見解ナリ。而カモ此二個ノ見解ハ法ノ運用上瑣細ノ點ニ於テ相容レサル場合アルモ、前記ノ程度ニ於ケル罪刑法定ノ理想ニ於テハ互ニ扞格スル所ナク、能ク該宣言中ニ於テ融合スルコトヲ得タルモノトス。其後諸國刑法ニ於テ罪刑法定主義ヲ採用セルモノハ殆ト皆之ニ倣フ。我舊刑法第二條ニ「法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス」トアリシモ亦然リ。現行刑法

カ此種ノ規定ヲ踏襲セサリシハ今日ニ於テハ既ニ當然ノ要求ト見ルヘシト爲シタルニ因ル(一)。是レ罪刑法定主義ノ歴史的意義ナリ。

註(一) 今日ニ於テハ罪刑法定主義ハ當然ノ要求ナリ。然レトモ第十七世紀末葉マテハ社會ハ一般ニ罪刑擅斷主義ヲ以テ當然ト爲シ、學者中ニモ同樣ノ說明ヲ爲セル者アリ。(例、Pufendorf)。蓋シ統治ノ目的物タル被治者ニ對シテハ治者ハ其適當ト信スル所ニ從テ何事ヲモ爲スコトヲ得ヘシトセルナリ。然ルニ一旦罪刑法定主義ノ確立スルヤ、裁判官ノ權能ハ俄ニ縮少シテ、一時ハ正當ナル法ノ解釋ヲスラ爲スヘキ者ニアラスト解セラルルニ至レリ。是レ極端ヨリ極端ニ走レル一ノ反動ニシテ、此反動ハ今日復タ漸次緩和ノ傾向ニアリ。即チ例ヘハ類推ノ如キ之ヲ如何ナル意味ニ於テモ絶對ニ不可ナリト爲ス者ナシ。蓋シ不當ナル類推カ許スヘカラサルハ當然ナルモ、正當ナル類推ハ法ノ正當ナル解釋ニシテ、罪刑法定主義ニ反スルモノニアラサレハナリ。

以上ハ罪刑法定主義ノ本來ノ意義ナリ。此外我帝國憲法第二三條ハ之ニ對シ更ニ新ナル意義ヲ附シタリ。曰ク[日本臣民ハ法律ニ依ルニアラスシテ逮捕、監禁、審問、處罰ヲ受クルコトナシ]ト。外國人ハ一般ニ條約ニ依リ司法ニ關スル一切ノ事項ニ付キ內國臣民ト同一ノ權利及ヒ特權ヲ享有ス。蓋シ罪刑法定主義ハ、前ニ述ヘタルカ如ク、本來ハ唯成文ヲ以テ刑法ヲ定ムヘキ

コトヲ要求スルニ過キサルカ故ニ、此意義ニ於テハ刑法ヲ定ムル法ノ種類如何ハ理論上之ヲ問フヘキニアラス。然レトモ同條ニ所謂法律ハ憲法上ノ法律ノ謂ヒナルコト疑ヲ容レス。是レ政府ヲシテ恣ニ刑法ヲ定メテ臣民ノ權利ヲ剝奪スルコトヲ得サラシメタルモノナリ。從テ今日我國ニ於テハ命令ヲ以テ刑法ヲ定ムルコトハ特別ノ場合(緊急命令(憲、八))ノ外之ヲ許サス(一)。是レ罪刑法定主義ノ憲法上ノ意義ナリ。

註(一) 但左ノ點ニ注意スルコトヲ要ス。即チ刑法ハ所謂第二次的制裁法ニシテ、他ノ一般規範カ定メタル違法行爲ノ中ニ付テ更ニ犯罪ノ範圍ヲ定ムルモノナリ。故ニ一般規範ノ變更カ犯罪成立ノ前提タル違法行爲ノ範圍ヲ變更シタル場合ニハ(勿論其レノミノ事情ニテ直ニ刑法ノ內容モ亦變更セラレタルモノト爲スコトヲ得サレトモ)時ニ之ニ伴テ刑法ノ內容(犯罪ノ範圍)モ共ニ變更セラレタルモノト解スヘキ場合ナキニアラス。從テ斯カル關係ニ於テハ、命令並ニ慣習法モ間接ニ刑法ノ內容ヲ規定ス。

§43 右ニ述フル所ニ由レハ、我國ノ刑法ノ淵源ハ憲法上原則トシテ法律ニ限ル。然レトモ此原則ヲ如何ナル場合ニモ例外ナク墨守スルコトノ不能ナルコトハ言ヲ俟タス。是ヲ以テ從來我國ニ於テモ憲法ノ規定ヲ條件附ニ解釋シ、所謂、委

任命令ノ效力ヲ認メ、法律ノ委任ノ範圍ニ於テ命令ヲ以テ刑法ヲ定ムルコトヲ得ルコトト爲セリ。委任命令ノ基礎ヲ爲ス法律ヲ列擧スレハ左ノ如シ。

一 命令ノ條項違犯ニ關スル罰則ノ件（明治二三年法律八四號）

命令ノ條項ニ違犯スル者ハ各其命令ニ規定スル所ニ從ヒ二百圓以內ノ罰金若クハ一年以內ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス。（刑施、一九、參照）

二 臺灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律（大正一〇年法律三號）

第二條 臺灣ニ於テ法律ヲ要スル事項ニシテ施行スヘキ法律ナキモノ又ハ前條ノ規定ニ依リ難キモノニ關シテハ臺灣特殊ノ事情ニ依リ必要アル場合ニ限リ臺灣總督ノ命令ヲ以テ之ヲ規定スルコトヲ得

附則 明治二十九年法律第六十三號又ハ明治三十九年法律第三十一號ニ依リ臺灣總督ノ發シタル命令ニシテ本法施行ノ際現ニ效力ヲ有スルモノニ付テハ當分ノ內仍從前ノ例ニ依ル

（明治四一年律令九號臺灣刑事令ハ右附則ニ依リテ現ニ效力ヲ有ス）

三 朝鮮ニ施行スル法令ニ關スル件（明治四四年法律三〇號）

第一條 朝鮮ニ於テハ法律ヲ要スル事項ハ朝鮮總督ノ命令ヲ以テ之ヲ規定スルコトヲ得

（明治四五年制令一一號朝鮮刑事令ハ本條ニ依リテ現ニ效力ヲ有ス）

委任命令ハ右三個ノ法律ニ依リ、一定ノ範圍ヲ限リ若クハ無制限ニ罰則ヲ規定スヘキ委任ヲ受ケ、其限度ニ於テ隨時適當ニ罰則ヲ設クルモノナリ。從テ委任命令ノ效力ノ基礎ハ委任ヲ爲ス法律ニ存シ、法律消滅スレハ命令ノ效力モ亦當然消滅ス。

法律ノ委任ニ關シテハ、以上三個ノ法律ノ外尙ホ講學上白地刑法(Blankettstrafgesetze)ト稱スルモノアリ。白地刑法トハ通常ノ法律ノ委任カ一般ニ處罰ノ條件(犯罪)ト其範圍トヲ併セテ命令ノ規定ニ一任スルニ反シ、處罰ノ範圍ハ豫メ之ヲ法律ニ規定シ、其條件ノミ隨時命令ヲ以テ之ヲ定メシムルモノヲ謂フ。例ヘハ刑法第九四條ノ如シ。此種ノ場合モ亦一種ノ法律ノ委任ナリ。

委任命令ニハ、法律ニ由ル委任命令ノ外、別ニ勅令ノ復委任ニ由ル命令アリ。卽チ勅令ハ閣令、省令、廳府縣令其他各種ノ命令ニ對シ、夫々更ニ一定ノ範圍ヲ限リテ罰則ヲ定ムヘキコトヲ委任シタリ。但前揭明治二三年法律第八四號ハ直接且平等ニ一切ノ命令ニ對スル委任ヲ定メタルモノナレトモ、勅令ハ命令ノ種類ニ因リテ範圍ニ廣狹ヲ設クルヲ相當ト認メ、復委任ノ形式ニ由リテ之ヲ制限セリ。

國際條約カ條約トシテ公布セラレタル場合ニ於テ直ニ國內的ニ法トシテノ效力ヲ生スルヤ否ヤハ議論ノ存スル所ナリ。從テ條約ヲ以テ罰則ヲ定ムルコトヲ得ルヤモ亦問題タリ。然レトモ一般論トシテ、條約カ國內ニ向テ公布セラレタル場合ニハ、憲法上之ヲ命令ニ準シテ取扱フコトヲ妨ケサルカ故ニ、命令カ一般ニ法律ノ委任ニ由リ刑法ヲ定メ得ル限度ニ於テ條約ヲ以テ罰則ヲ定ムルモ亦妨ナシ。(日清通商航海條約六條參照)。

第三節　刑法ノ種類

§44

法ニ一般法(Generelles Recht, Droit commun)ト特別法(Specielles Recht, Droit special)トノ別アリ。前者ハ人、土地、又ハ事項ニ關シ、其適用ノ範圍カ他ノ法ノ適用ノ範圍ヲ含ムモノヲ謂ヒ、後者ハ他ノモノニ由テ含マルルモノヲ謂フ。此關係ハ刑法ノ領域ニ於テモ亦存ス。例ヘハ刑法中ノ或規定ヲ一般刑法トスレハ、陸軍刑法、海軍刑法中ノ或規定ハ人ニ關シ、又森林法中ノ竊盜又ハ放火ニ關スル規定ハ竊盜又ハ放火ナル事項ニ關シ何レモ特別刑法タリ。而シテ一般法ト特別法トノ關係ハ各規定相互間ノ相對的關係ニシテ、一般法ニ對シテ更ニ一般法アリ、特別法ニ對シテ復タ特別法ヲ考フルコトヲ得ルカ故ニ、此關係ハ同一法典中ノ諸規定ノ間ニモ亦存スル理ナリ。例ヘハ業務上ノ横領又ハ致死致傷ノ規定ト通常ノ横領又ハ致死致傷ノ規定トノ關係ノ如シ。而シテ一般刑法ト特別刑法トノ間ニ於テハ後者ハ前者ニ優先シテ適用セラル。

右ノ如ク一般刑法、特別刑法ノ區別ハ二個ノ規定相互間ノ相對的關係ナルカ故ニ、理論上ハ特ニ或規定ヲ以テ初ヨリ一般刑法又ハ特別刑法トシテ定ムヘキモノニアラス。然レトモ刑法ト他ノ刑罰法トノ間ニ於テハ、其規定ノ內容ノ相交涉スル限リ、前者ハ常ニ人、事項ノ孰レノ點ニ於テモ事實上其適用ノ範圍最モ廣シ。是ヲ以テ普通ニ刑法其者ヲ全體トシテ普通刑法ト稱ス。普通刑法ノ此意義ニ於テハ、其以外ノ刑罰法ハ其內容カ刑法ト相交涉スルト否トニ拘ラス悉ク特別刑法タリ(一)。

註(一)　朝鮮刑事令、臺灣刑事令等ハ刑法ト同一事項ヲ規定スルモ、元來刑法ノ施行セラレサル區域ニ於ケル沒交涉ノモノナルヲ以テ、理論上ハ刑法ニ對スル土地的特別刑法ニアラス。(s. §48. I (一))。唯普通刑法以外ノ刑罰法ト謂フ意味ニ於テノミ特別刑法タリ。

§45

普通刑法ト特別刑法トノ關係ニ付テハ、刑法第八條ニ「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」トアリ。從テ普通刑法中第一條乃至第七二條ノ規定ハ原則トシテ一切ノ特別刑法ニ適用アルモノナレトモ、各特別刑法ニ於テ特例ヲ設ケタルトキハ之ニ從フ。今特別刑法ニ於テ普通刑法ノ總則ニ對スル特例ヲ設ケタル樣式ヲ示セハ左ノ如シ。

一　特別刑法ニ於テ別ニ一般的ニ總則ノ規定ヲ設クル場合

例ヘハ朝鮮刑事令、臺灣刑事令等ニ於ケルカ如シ。是等ノ命令ハ其ニ刑事ニ關シテハ原則トシテ刑法ニ依ルヘキコトヲ定ム。從テ其總則ノ規定ハ內容ニ於テハ普通刑法ト同一ナレトモ、本來法源ヲ異ニスルカ故ニ、特別ノ總則規定タリ。

二　特別刑法ニ於テ刑法總則中ノ或規定ニ異リタル例外規定ヲ設クル場合

例ヘハ陸軍刑法、海軍刑法ニ於テ緊急行爲ノ範圍、死刑ノ執行方法等ニ關シ特別ノ規定ヲ設ケタルカ如シ。（陸軍刑法二一、乃至二三、海軍刑法一六、乃至一八。）

三　特別刑法ニ於テ刑法總則中ノ或規定ヲ適用セサルコトヲ定ムル場合

例ヘハ特別刑法ニ於テ特ニ刑法中犯罪ノ不成立、刑ノ減免、併合罪、累犯ノ規定ヲ適用セサルコトヲ定ムル場合ノ如シ。（刑法施行法二二參照。）主トシテ警察法令、財政法令ニ於テ見ル所ノ例ナリ。（例、質屋取締法二四、古物商取締法二一、新聞紙法四四（以上併合罪ノ例ヲ用キス）、出版法三二（自首減輕、累犯、併合罪ノ例ヲ用キス）、鑛業法一〇二、煙草專賣法六四（以上刑ノ減輕、累犯、併合罪ノ例ヲ用キス）、印紙稅法一四（犯罪ノ不成立、刑ノ減輕、累犯、併合罪ノ例ヲ用キス）、酒造稅法三一（犯罪ノ不成立、刑ノ減輕、累犯、併合罪ノ例ヲ用キス）。）

特別刑法ニ於テハ、前記ノ外仍ホ普通刑法一般ニ對スル特例ト見ルヘキ場合アリ。便宜左ニ併セテ其主ナルモノヲ示スヘシ。

一　他人ノ行爲ニ付キ處罰セラルル場合。（此場合ニ於テハ行爲者自身處罰セラルルコトナシ。）

(一)　法人カ其代表者又ハ雇人其他ノ從業者ノ法規違反行爲ニ付キ處罰セラルル場合。（例、明治三三年法律五二號「法人ニ於テ租稅及ヒ葉煙草專賣ニ關シ事犯アリタル場合ニ關スル件」及ヒ其準用アル各種行政法令。）

(二)　營業者カ其代理人、戶主、家族、同居者、雇人其他ノ從業者ニシテ其業務ニ關シ當該法令ニ違反シタル行爲ニ付キ無條件ニ處罰セラルル場合。（例、酒造稅法三二。）

二　法律上ノ擬制ニ由リテ處罰セラルル場合。

§46

(一)　營業者カ前號(二)ノ他人ノ行爲ニ付キ法律上特ニ監督上ノ過失行爲アリト看做サレ、自己ノ指揮ニ出テサルノ故ヲ以テ其處罰ヲ免ルルコトヲ得サル場合。（此場合ニモ行爲者タル他人ハ處罰セラルルコトナシ。例、賣藥法一八、銃砲火藥取締法二一、貸屋營業取締法二五、古物商取締法二二、電氣事業法二一、鑛業法一〇四、肥料取締法一三、煙草專賣法六五。稀ニ工場法二二、ノ如ク相當ノ注意ヲ用ヰタル場合ニハ此種ノ例ニ從ハサルコトアリ。）

(二)　營業者ノ法定代理人カ、未成年者又ハ禁治產者タル營業者ニシテ當該法令ノ規定ニ依リ罰則ノ適用ヲ受クヘキトキ、法律上特ニ監督上ノ過失行爲アリト看做サレ、處罰セラルル場合。（此場合ニモ營業者本人ハ處罰セラルルコトナシ。例、前揭各法律。）

(三)　事業ノ名義人（例、新聞紙ノ編輯又ハ發行名義人）タルノ故ヲ以テ、其事業ニ關スル犯罪アリタル場合ニ、犯人ト看做サレ、處罰セラルル場合。（例、新聞紙法三一乃至三八、四〇乃至四二。）

以上各種ノ特例カ特別刑法ニ設ケラレタル理由ニ付テハ之ヲ一律ニ說明スルコト難シ。

第四節　刑法ノ效力

刑法ノ效力トハ刑法カ法トシテ如何ナル事實ニ適用セラルルカノ一定ノ關係ヲ謂フ。換言スレハ、刑法上ノ要件ヲ充實シタル一定ノ事實カ發生シタル場合ニ、刑法カ之ニ對シ其豫定スル效果ヲ連結スルコトヲ得ル一定ノ力ニシテ、畢竟刑法ノ妥當性ニ外ナラス。（S. § 28.）

刑法ノ效力ハ通例之ヲ土地、人及ヒ時ニ關スル三方面ヨリ觀察ス。

第一款　刑法ノ土地的效力

§47

刑法ノ土地的效力（Räumliche Geltung, Force obligatoire par rapport au lieu）トハ刑法ハ犯罪カ如何ナル土地ニ行ハレタルコトヲ條件トシテ適用スルコトヲ得ルカノ效力ノ義ナリ。從テ刑法ノ妥當範圍ノ問題ト謂フコトヲ得ヘシ。然レトモ刑法ノ完全ナル妥當（施行）ハ當然裁判所構成法、刑事訴訟法、其他各種ノ手續法合ノ妥當（法權作用）ノ前提トス。從テ此前提ナキ所ニ帝國官憲ヲ刑罰請求權ノ主トスル帝國刑法カ完全ニ妥當スルノ理ナシ。故ニ例ヘハ、刑法ノ國外犯罪ニ對スル效力ト謂フモ、實ハ之カ處罰ハ之ヲ帝國法權地域內ニ於テスルノ義ニ外ナラス。從テ斯カル場合ノ刑法ノ國外ニ於ケル妥當性ハ一般ニハ僅ニ犯罪ヲ理

由トシテ之ニ對シ一應刑罰請求權ヲ發生セシムル程度ニ止マル。

刑法ノ土地的效力ニ關スル原則ニ付テハ、從來學說立法例一樣ナラス。

卽チ左ノ如シ。

一 屬人主義(Personalitätsprinzip) 此主義ニ依レハ、刑法ハ苟モ犯人カ自國臣民タル限リ犯罪地ノ如何ニ拘ラス適用アリ。但此主義ハ古クヨリ主張セラレタルニ拘ラス實際ニ行ハルルニ至ラス。

二 屬地主義(Territorialprinzip) 此主義ニ依レハ、刑法ハ原則トシテハ何人タルヲ問ハス唯自國領域內ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ適用アルニ止マリ、條約、戰爭等ノ事由ニ由リ主權ノ效力ノ擴張セラレタル場合ニノミ、國外犯罪ニ適用アリ。我舊刑法ハ此主義ニ依レルモノナリ。

三 保護主義(Schutzprinzip) 此主義ハ刑法ノ適用範圍ヲ自國自體並ニ自國臣民ノ利益ヲ保護スルニ必要ナル程度ニ限ラントスルモノニシテ、是ニ由レハ、自國內ノ犯罪ハ、何人ノ行爲タルニ拘ラス、自國ノ秩序ヲ侵害スルモノトシテ之ヲ處罰シ、其他ノ國外犯罪ハ自國並ニ自國臣民ニ對スルモノノミ之ヲ處罰スルモノトス。今日ノ新立法例ハ多少ノ程度ニ於テ此主義ヲ參酌セサルモノナシ。

四 世界主義(System der Weltrechtspflege) 此主義ハ、現代ノ國家ハ所謂世界國家ニシテ、孤立ナルコトヲ得サルノミナラス、特ニ歐米ニ於テハ、夙ニ所謂國際犯罪ノ激增セル實狀ニ鑑ミ、各文化國ハ犯罪カ何人ニ由リテ何處ニ行ハレタルニ拘ラス之ヲ處罰シ、以テ世界的刑政ノ目的ニ副ハンコトニ努メサルヘカラスト爲スモノナリ。但此主張ハ勿論實際ニ行ハレタルコトナキノミナラス、學說トシテモ今日ニ於テハ未タ多ク顧ラルルニ至ラス。

五 折衷主義 此主義ハ單獨主義ヲ捐テ、以上一號乃至三號ノ主義ヲ適宜ニ按排シテ、各々自國ノ一般的並ニ特殊的實情ニ鑑ミ、適切ナル規定ヲ設クルコトヲ以テ立場トス。而シテ其折衷ノ方法トシテハ、一般ニ屬地主義ヲ中心トシ、夫々他ノ主義ヲ參酌ス。

我國ノ刑法ノ採ル所ノ主義モ亦一ノ折衷主義ナリ。其中心ヲ爲スモノハ屬地主義ニシテ、之ニ配スルニ屬人主義ト保護主義トヲ以テス。卽チ左ノ如シ。

一　原則(屬地主義)

刑法ハ帝國內ニ於ケル一切ノ犯罪ニ對シテ適用セラル。刑法第一條第一項ニ「本法ハ何人ヲ問ハス帝國內ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用ス」トアルモノ卽チ是ナリ。茲ニ所謂本法ハ刑法其者ヲ指スモノナレトモ、同法第八條ノ規定アルニ因リテ、帝國ノ定メタル刑罰法ハ、性質上一地方ニノミ施行セラルルモノ(土地的特別刑法)ヲ除キ、其他凡テ帝國ノ全版圖內ニ於テ行ハレタル犯罪ニ適用アリ。之ヲ屬地主義ノ原則トス。此屬地主義ノ行ハルル範圍ヲ明ニスレハ左ノ如シ。

(一)　帝國ノ領土、領水及ヒ領空

帝國ノ領土、領水及ヒ領空ハ凡テ刑法ノ效力ニ關シ屬地主義ノ適用ノ範圍ニ屬ス。然レトモ是ニハ大ナル例外アリ。卽チ朝鮮、臺灣及ヒ樺太(領水及ヒ領空ヲ含ム)ニ於テハ、一切ノ法律ハ特ニ勅令ヲ以テ施行ヲ命スルマテハ凡テ實施ノ效力ヲ有セス。(明治四四年法律三〇號。大正一〇年法律二五號。明治四〇年法律三號。明治四一年一〇月一日ヨリ施行)而シテ此中刑法ノ施行ヲ命セラレタルハ樺太ノミニシテ、朝鮮及ヒ臺灣ニハ未タ施行ヲ命セラル

ルニ至ラス(一)。但シ朝鮮ニハ朝鮮刑事令アリ。臺灣ニハ臺灣刑事令アリ。何レモ刑事ニ關シテハ刑法ニ依ル旨ヲ定メタレトモ、形式上法源ヲ異ニスルモノナルコト既ニ述ヘタルカ如シ(二)。S. 8 45 I.

註(一)　朝鮮及ヒ臺灣ニハ特別刑法ノ施行セラルルモノ多シ。而シテ前ニ述ヘタルカ如ク、特別刑法ニハ原則トシテ刑法總則ノ規定ノ適用アル結果トシテ、刑法總則ノ規定ハ特別刑法ニ伴テ現ニ右兩地ニ施行セラレツツアルノ理ナリ。然レトモ施行トハ獨立規定ニ付テ謂フヘキモノトス。

註(二)　帝國領土內ニ於テハ普通刑法、朝鮮刑事令及ヒ臺灣刑事令ノ三者カ各々天下ヲ三分シテ固有ノ法域ヲ領有スルノ狀態ナリ。然レトモ純正法律學的見地ヨリ謂ヘハ、同一內容ヲ有スル同一拘束意思主體ノ法カ三個各自ニ獨立ノモノトシテ相對立スト謂フカ如キコトハ論理上考ヘ得ヘキコトニアラス。從テ斯カル場合ニ於テハ、帝國全版圖ヲ通シテ妥當スル法ハ唯一ニシテ、唯以上三個ノ地域ニ於テハ、該法ヲ適用スルニ當リ法源タル三個ノ成文ノ中何レヲ示スヘキカノ技術上ノ問題ニ付テ差別アルニ過キス。(S. 8 50)

(二)　帝國ノ租借地、委任統治區域及ヒ其領水、領空

帝國ノ租借地タル關東州ニ於テハ、帝國ハ條約上ノ權利トシテ帝國ノ法令

ヲ施行シ且其法權ヲ行フコトヲ得。從テ屬地主義ノ立場ヨリハ、該地域ハ刑法第一條第一項ニ謂フ所ノ帝國內ニ相當ス。但シ今日ノ實際ニ於テハ、帝國ハ該地域ニ刑法ヲ施行セスシテ、別ニ關東州裁判事務取扱令（明治四一年勅令二一三號）ヲ實施シ、原則トシテ刑法ニ依ルヘキコトヲ定ム。

帝國ノ國際聯盟委任統治區域タル南洋群島ニ於テハ、帝國ハ對獨講和條約並ニ國際聯盟理事會ノ決定ニ依リ、帝國ノ法令ヲ施行シ且其法權ヲ行フコトヲ得。然レトモ是レ亦今日ノ實際ニ於テハ南洋群島裁判事務取扱令（大正一四年勅令二六號）ヲ實施シ、原則トシテ刑法ニ依ルヘキコトト爲セリ。

(三) 領事裁判管轄區域

帝國ノ領事裁判管轄區域タル支那ハ條約ニ依リ帝國臣民ニ對スル關係ニ於テ帝國ノ刑罰法及ヒ其前提タル一般規範ト法權トノ行ハルル地域ナリ。從テ屬地主義ノ立場ヨリハ、是レ亦刑法第一條第一項ニ所謂帝國內ニ相當ス。然レトモ是レ單ニ右ニ謂フカ如ク帝國臣民ニ對スル關係ニ過キサルカ故ニ、帝國臣民以外ノ者ノ行爲ハ凡テ國外犯罪タリ。從テ領事裁判管轄區域內ノ

犯罪ニ關スル主義ハ屬人的屬地主義トモ謂フヘキモノナリ(一)。

註(一) 右ノ如ク、帝國ノ領事裁判管轄區域內ノ帝國臣民ノ犯罪ハ、刑罰法ノ關係ニ於テハ國外犯罪ニアラスシテ國內犯罪ナルカ故ニ、理論上一般ニハ帝國ノ刑罰法ト其前提タル一般規範トハ凡テ之ニ妥當スルカ如クナルモ、一般規範ノ性質ニ因リテハ帝國內ニノミ妥當スルモノアリ。卽チ「特別ノ法令ノ存スル場合ヲ除ク外、其性質上國外ニ適用スヘカラサル取締法令中ノ附隨的刑罰法規ハ、帝國ノ領事裁判權ヲ行フ地ニ於ケル行爲ニ付キ、當然ニ適用セラルヘキモノニアラス。而シテ阿片法ハ專ラ帝國內ニ於ケル阿片ノ製造、賣下、賣買、授受、所有及ヒ所持等ニ關スル取締ヲ目的トスル行政法規ニシテ、帝國內ニ於テノミ施行セラルヘキモノナレハ、同法中ノ罰則モ亦上海ニ於ケル行爲ニ適用セラルヘキモノニアラス」。（大審院判、大正七、四、一三日宣告）。

(四) 帝國所屬ノ軍艦及ヒ船舶內

軍艦ハ一般ニ所屬國ノ領土ト同一視セラルルコト國際法上ノ通義ナリ。其他ノ船舶ハ、公有私有ヲ問ハス、性質上一ノ財產ニ過キサレトモ、船籍國ノ刑法ハ、其船舶ノ所在カ領水內タルト否トニ拘ラス、當然該船舶內ノ犯罪ニ對シテ適用セラルヘキモノナリ。是レ刑法第一條第二項ニ「帝國外ニ在ル帝國船

舶內ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ付キ亦同シ」ト規定シタル所以ニシテ、謂ハハ屬地主義ノ擴張ナリ。

(五)　帝國軍隊ノ占領スル土地並ニ帝國ノ陸軍部隊若クハ海軍官衙團體ノ所在地

此地域ニ於テハ、前段ノ場合ニ付テハ帝國陸海軍々人、帝國臣民、從軍外國人及ヒ俘虜ニ對シ、後段ノ場合ニ付テハ陸軍部隊又ハ海軍官衙團體ニ屬シ若クハ從フ者又ハ之ニ俘虜タル者ニ對シ、刑法其他ノ刑罰法ヲ適用スルコトヲ得。(陸刑、四、五、海刑、同上。)是レ主權ノ效力タル法權ノ擴張ニ伴フ當然ノ結果ナリ。

二　補則

(一)　保護主義

刑法第二條ハ同條所揭ノ犯罪ニ付テハ何人ヲ問ハス帝國外ニ於テ罪ヲ犯シタル者ヲ處罰スヘキコトヲ規定ス。此種ノ犯罪ハ何レモ帝國ノ安寧秩序ヲ害スルコト大ナルヲ以テ、之ヲ處罰スルハ帝國ノ公安ヲ維持スル所以ニシテ、同條ハ卽チ保護主義ニ則レルモノナリ。又第三條第二項ノ規定ハ外國人カ帝國外ニ於テ帝國臣民ニ對シ比較的重大ナル罪ヲ犯シタル場合ヲ處罰スルモノニシテ、是レ亦保護主義ノ規定ナリ。

(二)　屬人主義

刑法第三條第一項ハ帝國外ニ於ケル帝國臣民ノ犯罪ヲ處罰スル規定ニシテ、屬人主義ニ則レルモノナリ。蓋シ同條所揭ノ犯罪ハ何レモ犯人ノ反規範的性情ノ顯著ナルモノナルカ故ニ、縱ヘ該犯罪カ國外ニ於テ行ハレタル場合ト雖モ、帝國ハ尙自國臣民ニ對スル刑政上ノ措置トシテ之ヲ等閑ニ付スルコトヲ得サルモノトス。而シテ其範圍ハ恰モ帝國臣民ニ對スル國外犯罪ヲ罰スル場合ト相一致ス。第四條ハ帝國公務員カ帝國外ニ於テ特ニ公務ニ關シテ犯シタル罪ヲ罰スル規定ニシテ、是レ亦屬人主義ニ依レルモノナリ。

刑法ノ土地的效力ノ原則ハ大要右ノ如シ。是ニ由テ之ヲ觀レハ、刑罰法令ノ土地的效力ハ一々各個ノ規定ニ付テ之ヲ論スヘク、廣ク一律ニ論スヘキモノニアラス。而シテ各個ノ法令ニ付テ特ニ之ヲ國外犯罪ニ適用スヘキ根據ナキトキハ、其效力ハ、刑法第八條及ヒ第一條ノ趣旨ニ基キ、屬地主義ノ範圍ヲ超ユルコ

トヲ得サルモノトス。（刑、二、乃至四、以外ニ國外犯罪ヲ處罰スル場合ハ、例ヘハ刑施、二六、二七、印紙犯罪處罰法四、郵便法五五ノ二、治安維持法七ノ如シ。）

§49 以上述ヘタルカ如ク、我刑法ハ屬地主義以外ニ保護主義及ヒ屬人主義ヲ加味ス。從テ帝國臣民又ハ外國人カ帝國外ニ於テ其犯シタル罪ニ付キ、既ニ外國ニ於テ刑ノ言渡並ニ執行ヲ受ケタルニ拘ラス、重ネテ同一犯罪ニ付キ帝國法權下ニ於テ刑ノ言渡ヲ受ケ且其刑ヲ執行セラルル場合ナキヲ保セス。刑法第五條ハ此場合ニ關スル規定ニシテ、是ニ依レハ、「外國ニ於テ確定判決ヲ受ケタル者トハ雖モ、同一行爲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」ルモノトス。本條ノ適用ニ付テハ犯人カ現ニ外國ニ於テ刑ノ執行ヲ受ケタルコトヲ要件トスルコト、（執行猶豫、特赦ノ場合ヲ除外スルコト）並ニ輕減又ハ免除ハ刑ノ減輕又ハ免除ニアラスシテ、刑ノ執行ノ減輕又ハ免除ナルコトヲ注意スヘシ。

§50 刑法ノ土地的效力ニ關連シテ共通法ニ特別ノ規定アリ(一)。是ニ由レハ內地、朝鮮、臺灣、關東州及ヒ南洋群島ノ各地域（共通法一）ノ中、一ノ地域ニ於テ罪ヲ犯シタル者ハ他ノ地域ニ於テモ之ヲ處罰スルコトヲ得。（共、一、三。）此場合ニ於テ、刑事ニ關シ、

一ノ地域ニ於テ他ノ地域ノ法令ニ依ルコトヲ定メタル場合ニ於テハ（例、朝鮮刑事令カ刑法ニ依ルト定メタルカ如シ）各地域（上例ノ場合ニハ內地及ヒ朝鮮各處罰地）ニ於テ其地ノ法令ヲ適用ス。二以上ノ地域ニ於テ同一ノ他ノ地域ノ法令ニ依ルコトヲ定メタル場合ニ於テ（例、朝鮮刑事令、關東州裁判事務取扱令カ共ニ刑法ニ依ルト定メタルカ如シ）其相互（上例ノ場合ニハ朝鮮及ヒ關東州）ノ間亦同シ。（各處罰地ノ法令ヲ適用ス。共、一、四、I。）右ノ外、一ノ地域ニ於テ他ノ地域ノ犯罪ヲ處斷スル場合ニ於テハ、笞刑ニ關スル規定（關東州ニ行ノミハル）ヲ除キ、犯罪地ノ法令ニ依ル（共、一、四、II。）

註(一) 刑法ニ依ルコトヲ定メタル各地域ノ法ハ、各自其總則ノ定ムル所ニ依リ、形式上皆刑法トト同趣旨ナル固有ノ土地的效力ヲ有ス。然レトモ是等ノ特別刑法ハ其性質ニ於テ普通刑法ニ對スル例外法ニ外ナラサルカ故ニ、條約其他ノ事由ニ依リテ帝國ノ法權カ外國領土ニ擴張セラレタルカ如キ場合ニ、當然之ニ伴フテ外國ニ妥當スル刑法ハ常ニ普通刑法ナリ。但シ各地域ニ於テ國外犯罪ヲ罰スルカ如キトキハ、別ニ何等ノ制限ナキヲ以テ、何レノ地域ニ於テモ其地域ノ刑法ニ依リテ之ヲ處罰スルコトヲ得。刑法第一條第二項ニ定ムル船舶內ノ犯罪ニ關スル屬地主義ノ適用ニ付テハ本籍又ハ船籍ノ所在ノ地域ニ依ル。若シ他ノ地域ニ於テ處罰スル場合ニハ共通法ノ規定ニ依ラサルヘカラス。

第二款　裁判上ノ國際共助——犯罪人引渡

刑法カ既ニ普ク國內犯罪ヲ處罰シ、又一定ノ範圍ニ於テ國外犯罪ヲモ處罰スヘキコトヲ定ムル以上ハ、手續上外國ノ協力(Internationale Rechtshilfe, Aide judiciaire internationale)ニ待ツヘキモノ少カラス。證據調ニ關スル共助ノ如キ其重要ナルモノノ一ナリ。(我國ニ付テハ未タ行ハレス)。然レトモ就中實際上其尤ナルモノヲ逃亡犯罪人ノ引渡(Auslieferung, Extradition)トス。此問題ハ其性質上國際法並ニ刑事訴訟法ノ研究ノ範圍ニ屬スルモノナレトモ、刑法ノ土地的效力ニ關連シテ其概要ヲ知ルヲ便トス。

國際間ノ逃亡犯罪人ノ引渡ハ從來一般ニ條約ニ依ル。條約アル限リ、請求國ハ引渡ニ關スル請求權ヲ有シ、被請求國ハ其義務ヲ有ス。我國ノ條約ニハ、先ニ北米合衆國トノ間ニ日米犯罪人引渡條約(明治一九年勅令)及ヒ日米追加犯罪人引渡條約(明治三九年勅令)アリ。又後ニ露國トノ間ニ日露逃亡犯罪人引渡條約(明治四四年條約一二號。本條約ハ大正一四年條約五號、日本國及ヒ「ソヴイエト」社會主義共和國聯邦間ノ關係ヲ律スル基本的法則ニ關スル條約第二條ニ依リ追テ改訂又ハ廢棄セラルヘキモノトス)アリ。此外國內法トシテハ、右條約上ノ義務遂行ノ爲メノ手續ニ關スル逃亡犯罪人引渡條例(明治二〇年勅令四二號)アリ。今是等ノ條約及ヒ條例ヲ基礎トシテ逃亡犯罪人引渡ニ關スル規定ヲ說明スレハ左ノ如シ。

一　引渡サルヘキ逃亡犯罪人ハ締約國一方ノ管轄內ニ於テ犯シタル引渡請求ノ原因タル罪(引渡犯罪)ニ付キ有罪ノ宣告ヲ受ケ若クハ告訴告發ヲ受ケタル者ニシテ他ノ一方ノ管轄內ニ於テ發見セラレタル者ニ限ル。茲ニ所謂管轄ハ領土ヨリ廣シ。

二　引渡犯罪ハ比較的輕微ノ犯罪タラサルコトヲ要ス。例ヘハ日米條約ニ於テハ主ナル犯罪ノ種類ヲ列擧シ、日露條約ニ於テハ相當ノ刑期ニ於テ概括的ニ範圍ヲ定ム。而カモ何レノ場合ニ於テモ、所犯政治上ノ犯罪(Politische Verbrechen. Délits politiques)ナルトキハ原則トシテ之ヲ引渡サス。是レ所謂隱避權(Asylrecht, Droit d'asile)ノ原則ナリ。所謂政治上ノ犯罪ノ範圍ニ付テハ學說岐ルルモ、通說ハ國家ノ存立及ヒ安全ニ對スル罪、國家ノ元首ニ對スル罪並ニ國民ノ參政權ニ對スル罪ヲ以テ絕對的政治犯ト爲シ、此種ノ犯罪ノ實行ノ便宜ノ爲メ若クハ罪證湮滅ノ爲メニ行ハレタル犯罪ヲ相對的政治犯ト爲ス。然レトモ前者ノ中國家ノ元首ニ對スル罪ニ付テハ、諸國ノ條約ニ於テ例外トシテ隱避權ヲ認メサルモノアリ。我日露條約亦然リ。此例外ハ一八五六年白耳義ノ法律ニ初メテ設ケラレタル以來諸國範ヲ之ニ採リタルニ由來シ、通常之ヲ稱シテ白耳義式侵害約款ト謂フ。(英、米、伊、瑞西ハ原則ニ從ヒ例外ヲ認メス)。

三　締約國ノ臣民ハ相互ニ之ヲ引渡ササルヲ原則トス。此點ハ歐洲大陸ニ於テハ一般ノ慣例ナレトモ、之ニ對シテハ學說上反對アルノミナラス、實際上ニモ亦多少ノ例外ヲ認ム。我條例ハ相互主義ヲ條件トス。

四　被請求國ニ於テ引渡犯罪ニ付キ審判中ナルトキハ、或ハ引渡ヲ爲ササルコトアリ、或ハ之ヲ任意トスルコトアリ。

五　引渡サレタル犯罪人ハ引渡犯罪以外ノ事項ニ付テハ訴追又ハ處罰ヲ受ケス。但シ日露條約ニハ多少ノ條件ヲ附シテ例外ヲ認ム。

第三款　對人的効力

§52

刑法ノ對人的效力 (Persönliche Geltung, Force obligatoire par rapport aux personnes) トハ刑法ハ犯罪カ如何ナル人ニ依リテ行ハレタル場合ニ之ニ適用スルコトヲ得ルカノ效力ノ謂ナリ。此點ニ關シテハ、刑法ハ土地的效力ノ限度ニ於テハ、何人ノ犯罪タルニ拘ラス、之ニ對シテ適用アリトスルヲ原則トス。特別刑法ニ付テモ人ニ關スルモノ(對人的特別刑法)ヲ除キ亦同シ。然レトモ此原則ニ對シテハ左ノ二個ノ例外アリ。

一　天皇(攝政ハ在任中刑事ノ訴追ヲ受クルコトナキニ止マル。攝政令四。)

二　帝國議會ノ議員

貴衆兩院ノ議員ハ議院ニ於テ發言シタル意見及ヒ表決ニ付キ院外ニ於テ責ヲ負フコトナシ。(憲法五二。)院外ノ責トハ議院法上ノ懲罰ヲ除キタル刑法各種懲戒法其他私法上ノ一切ノ責ヲ謂フ。但シ議員ノ職務ニ關係ナキ罵詈、暴行等ニ對シテハ固リ此原則ハ適用ナシ。加之議院ニ於テ發言シタル意見ニテモ、議員自ラ其言論ヲ演說、刊行、筆記又ハ其他ノ方法ヲ以テ公布シタルトキハ、一般ノ法律ニ依リテ處分セラル。(同上但。)

人ニ關スル特別刑法ハ一定ノ條件ヲ具シタル人ニノミ適用アリテ其他ニ適用ナキコトハ前ニ述ヘタリ。此場合ハ刑法ノ對人的效力ノ例外ニアラサレトモ、便宜其稍々一般的ノモノヲ擧クレハ左ノ如シ。

一　陸、海軍刑法中ノ或規定ハ陸、海軍々人ニノミ適用セラル。此場合ニハ、其行爲カ同時ニ刑法ニ該當スルトキト雖モ、陸、海軍刑法ノ規定ニ依ル。(陸刑一、海刑一。)此種ノ規定ハ通常人ニ適用ナシ。

二　樺太ニ於ケル土人ニ關スル刑事々項ハ專ラ從來ノ慣例ニ依リ、刑法ヲ適用セス。(明治四〇年法律二五號大正九年勅令一二四號一。)此慣例ハ土人以外ノ者ニ適用ナシ。

§53

三　關東州ニ於テハ、關東州罰金及ヒ笞刑處分例明治四十一年勅令二三六號アリ。是ニ依レハ、支那人ニ對シ三月以下ノ懲役其他一定ノ輕微ナル刑ニ處スヘキトキハ、情狀ニ因リ笞刑ニ處シ、又百圓以下ノ罰金並ニ科料ニ處シタル場合ニ、其換刑處分トシテ笞刑ヲ用キルコトヲ得。是レ亦支那人以外ノ者ニ適用ナシ。

§53

刑法ノ對人的效力ニ付テハ、前記ノ數者ノ外、何國際法上ノ理由ニ基ク二三ノ例外アリ。所謂國際法上ノ不可侵權者(治外法權者)ノ行爲ニ係ル場合是ナリ。然レトモ此種ノ場合ハ本質的ニハ手續法上ノ例外ニシテ刑法上ノ例外ニアラス。從テ此種ノ犯人カ依然トシテ不可侵權者ノ地位ニ在ルカ、又ハ犯罪後新ニ斯カル地位ヲ得タルトキハ、之ヲ訴追スルコトヲ得サレトモ、若シ一旦其地位ヲ離レタルトキハ、帝國ハ之ニ對シテ法權ヲ行フコトヲ妨ケス。

一　外國ノ君主、大統領、其家族及ヒ帝國臣民ニアラサル從者

二　外國ノ交際官(大使、公使)附屬員(參事官、書記官、外交官補、大公使館付武官、書記生)其家族及ヒ帝國臣民ニアラサル雇員、從者

三　外國政府ヲ代表シテ或事務ニ付キ帝國政府ト交渉ノ爲メ帝國ニ滯在シ且其事務取扱中ノ派遣員(外國領事ハ單ニ帝國ニ在リテ對外交渉事務以外ノ行政事務ヲ執行スル官吏ニシテ、條約ニ依ル場合ノ外不可侵權ヲ有セス)

四　承諾ヲ得テ帝國ノ版圖內ニ在ル外國ノ軍隊又ハ軍艦

第四款　刑法ノ時間的效力

§54

刑法ノ時間的效力(Zeitliche Geltung, Force obligatoire par rapport au temps)トハ刑法ハ如何ナル時期ニ行ハレタル犯罪ニ對シテ之ニ適用スルコトヲ得ルカノ效力ノ謂ナリ。此問題ニ關シテハ學者所謂刑法不遡及ノ原則ヲ基礎トシテ一律ニ論シ去ルヲ通例トスレトモ、此問題ハ本來理論上爾カク簡單ナルモノニアルス。場合ヲ別テ論スルコト左ノ如シ。

§55

先ツ刑法ハ、其施行以前ニ於テ全ク罪トナラサリシ(適用スヘキ處罰規定ナカリシ)行爲カ刑法ニ照ラシテ罪トナル場合ニ、之ニ適用スルコトヲ得ルカ。多數ノ學者ハ之ヲ否定スルニ拘ラス、目的刑主義ノ精神ヨリ謂ヘハ、理論上之ヲ肯定セサルヘカラス。蓋シ右ノ場合ハ之ヲ細別スレハ二アリ。(一)ハ行爲ヲ違法トスル一般規範、前ニ備ハリ、其下ニ於テ行ハレタル違法行爲ニ對シテ後ニ刑法ノ備ハリタル場合ナリ。此場合ニハ犯罪ノ故意又ハ過失ハ處罰ノ認識ヲ含マス又ハ之ニ關係ナキ

ヲ以テ、§. 38　行爲者ニシテ當時既ニ違法ヲ知リ又ハ知ラサルニ付キ過失アリタル限リ、其行爲ハ處罰ノ價値アリ。(二)ハ行爲ヲ違法トスル一般規範ト刑法トカ共ニ行爲後ニ備ハリタル場合ナリ。此場合ニハ前ノ行爲ハ本來違法行爲ニアラサルカ故ニ、之ニ對シテ刑法ヲ適用セントスルモ固リ處罰ノ要件ヲ缺ク。斯クノ如ク見レハ、刑法施行前ノ行爲カ刑法ニ照ラシテ罪トナル(一)ノ場合ニ刑法ヲ適用スルコトハ、目的刑主義ノ立場ヨリハ、適當ノ處置タルヲ失ハサルナリ。然レトモ此純理上ノ要求ニ對シテハ歷史的ニ既ニ述ヘタル罪刑法定主義ノ制限アリ。§. 38 43. 從テ此制限アル限リ、刑法ハ其施行以前ニ於テ全ク罪トナラサリシ行爲ニ對シテハ之ヲ適用スルコトヲ得サルモノトス。之ヲ最モ正確ナル意義ニ於テ刑法不遡及ノ原則(Prinzip der Nichtrückwirkung, Principe de la non-rétroactivité)ト謂フ。

刑法ハ其廢止後ニ於テ廢止後ノ行爲ニ對シテ之ヲ適用スルコトヲ得ルカ。此點ニ付テハ之ヲ否定スヘキコト疑ナシ。而シテ是レ亦罪刑法定主義ノ一適用ナリ。之ヲ刑法不追及ノ原則(Prinzip der Nichtnachwirkung)ト謂フ。

刑法其他ノ刑罰法ノ實施ノ始期ニ付テハ一般ノ規定ニ依ル。卽チ法律、勅令、閣令及ヒ省令ハ、別段ノ施行時期ノ定メアル場合ノ外、原則トシテ公布ノ日ヨリ起算シ滿二十日ヲ經テ施行セラル。但シ朝鮮、關東州、臺灣及ヒ南洋諸島ニ於テハ、法令カ各官廳ニ到達シタル翌日ヨリ起算シテ七日トス。(法例一、公式令一一、同四〇年勅令一一號、明治二九年勅令二九二號、大正一一年勅令一三〇號)。地方官廳ノ發スル命令ニ付テモ特別ノ規定アリ。(明治二六年勅令一九九號)。刑法其他ノ刑罰法ノ廢止時期モ亦一般ノ原則ニ依ル。卽チ刑罰法令ハ他ノ法令ノ明示又ハ默示ノ規定ニ因ルカ、或ハ施行期間ノ滿了ニ因ルカ、或ハ適用ヲ受クヘキ事項ノ絕對ニ發生セサルニ至リタルカ等、要スルニ其委當性ヲ失フコトニ因リテ消滅ス。(§. 38 28)。

§56

前記ノ場合ノ外、更ニ問題トナルハ、(一)新法施行前ニ舊法アリテ、該舊法ノ下ニ行ハレタル犯罪ヲ新法ノ下ニ於テ裁判スル場合ニハ、新舊何レノ法ヲ適用スヘキカ、並ニ(二)刑法カ單純ニ廢止(制限、廢止、失效)セラレ、廢止之ニ代ルヘキ規定ノ設ケラレサル場合ニハ其廢止前ノ犯罪ニ對シテ仍ホ之ヲ適用スルコトヲ得ルカノ點ナリ。刑法ノ時間的效力ノ原則如何ハ此二個ノ問題ニ關シテ特ニ考究ヲ要ス。先ツ第一點ヨリ論スヘシ。(刑法ノ時間的效力ノ問題ハ現行刑法ノ下ニ於テハ刑法中ノ一部又ハ刑法第八條ニ依リ、特別刑法ノ改廢ノ場合ニノミ關係アルニ過キス。)

一　第一說ニ依レハ、法ハ一般ニ事實ノ發生ト同時ニ之ニ對シ其豫定スル效

§56

果ヲ附與スルモノナルカ故ニ、舊法時代ノ犯罪ノ效果ハ當然舊法ニ依リテ之ヲ決セサルヘカラス。是レ原則ナリ。然レトモ新法ノ刑カ舊法ノ刑ニ比シテ輕キトキハ、或ハ立法者ノ恩惠トシテ、或ハ衡平ノ觀念ニ基キ新法ヲ遡及セシムルヲ可トス。此說ハ從來ノ通說ナリ。

二　第二說ニ依レハ、法律上ノ效果ハ一般ニ事實ノ發生ト同時ニ生スルモノナレトモ、其一旦發生シタル舊法上ノ效果ハ當然新法ニ依リテ變更セラルルカ故ニ、新法ノ適用ヲ原則ト爲ササルヘカラス。是レ新法ノ遡及ニアラスシテ其當然ノ效力ナリ。Binding, Haischner. 但シ新法ノ刑カ舊法ノ刑ニ比シテ重キトキハ、衡平ノ觀念ニ從ヒ舊法ヲ適用スヘキモノトス。Finger, Birkmeyer. 而シテ此說ト第一說トハ其適用ノ結果ハ同一ナレトモ、新舊兩法ニ於テ刑ニ輕重ナキ場合ニ原則トシテ其何レヲ適用スヘキカニ付キ差異ヲ生ス。

三　第三說ハ新舊兩法ニ付キ同等ノ價値ヲ認メ、唯衡平ノ原則ニ依リ其輕キモノヲ適用スヘシト爲ス。Bar, A. Merkel.

思フニ、法律上ノ效果カ一般ニ事實發生ノ際ニ妥當スル法ニ由リテ附與セラルルコトハ論ナキ所ナルモ、其一旦發生シタル法律上ノ效果ハ亦法ノ妥當性ニ因リテ維持セラルルモノニシテ、法ヲ離レテ存スルモノニアラス。從テ一朝之ヲ維持スル法ニシテ絕對的ニ廢止セラレンカ、單純ナル理論ヨリ謂ヘハ、其效果モ亦之ニ從テ消滅スルヲ當然トス。然レトモ法ノ變更ノ場合ニ於テハ、其形式ノ如何ニ拘ラス、（改正ノ形式ヲ用ユルト、又新法ヲ施行シ舊法ヲ廢止スル形式ヲ取ルトニ拘ラス）舊法カ消滅シテ無關係ナル新法カ全ク獨立ニ施行セラルルニアラス。此場合ニ於テハ新舊兩法ハ別個ノ法源ナレトモ、本來同一拘束意思主體ノ同一事項ニ關スル拘束意思ナルカ故ニ、舊法上ノ效果ハ當然ニ新法ニ由リテ繼受セラル。從テ此繼受ニ關シテ特別ノ規定ナキ限リハ、舊法上ノ效果ハ論理上又當然ニ新法ニ由リテ變形セラルルヲ免レス。蓋シ新法ノ立場ヨリスレハ、新法ハ唯自己ノ規定スル趣旨ニ從テ一切ノ效果ヲ規定スヘク、當然ニハ舊法ノ規定ヲ承認スルモノニアラサレハナリ。加之刑法改正ノ意義ヨリ考フルモ亦理論上新法適用ノ當然ナルコトハ言ヲ俟タス。蓋シ此場合ニハ決シテ新法ニ依リテ無辜ヲ罰セントスルニアラス、唯舊法上罰セラルヘキ行爲ニ對シテ一層適當ナル標準ニ依リテ可罰的評價ヲ行ハン

トスルモノナレハナリ。斯クノ如ク見ルトキハ、畢竟第一說ハ法律上ノ效果ノ發生ノ點ノミニ着眼シ、其效果ノ維持セラルル理由ヲ看過シタルモノナリ。又第三說ハ理論ヲ無視シタル嫌ナキ能ハス。從テ一般ノ原則論トシテハ第二說ノ見解ヲ以テ最モ當ヲ得タルモノトス。然レトモ又飜テ考フレハ、新法ノ刑カ舊法ノ刑ニ比シテ重キ場合ニ於テハ、今日ノ社會感情ニ照ラシ、特ニ罪刑法定主義ニ於ケルト同一ノ事情ヨリシテ、或程度ノ例外ヲ認メサルヲ得サルハ爭フヘカラス。刑法第六條ニ「犯罪後ノ法律ニ因リテ刑ノ變更アリタルトキハ其輕キモノヲ適用ス」ト規定シタル所以ハ、畢竟斯カル事情ヲ考慮シタル結果ニシテ、新法適用ハ原則當然ノ事理ナルカ故ニ、之ヲ呼フニ新法遡及ナル名稱ヲ以テスルハ當ラスニ對スル例外ヲ定メタルモノト見ルヘシ。以上ノ見解ヨリ謂ヘハ、新法ノ效力問題ニ付テハ法律學ノ各分科ニ亘リテ新ナル考究ヲ要ス。

以上ノ見地ヨリシテ刑法第六條ノ規定ヲ解說スレハ左ノ如シ。

一　刑ニ影響アル法律ノ變更カ犯罪後ナルコト

刑法第六條ニハ「犯罪後ノ法律ニ因リ云々」トアルカ故ニ、本條ハ犯罪前ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタル場合ニハ適用ナシ。犯罪ノ前後ヲ區別スヘキ標

準ニ付キテハ、後段犯罪ノ時ノ問題ニ關スル說明ニ讓ル。

犯罪ノ中途ニ於テ法律ニ因ル刑ノ變更アリタル場合ニ關シテハ左ノ二說アリ。

(一)　第一說ハ新舊法ヲ比照シ輕キモノヲ適用スヘシト爲ス。Liszt.

(二)　第二說ハ當然新法ヲ適用スヘシト爲ス。是レ今日ノ通說ニシテ其理由トシテ、通常新法ハ舊法ニ優ルトノ原則ヲ援用ス。然レトモ此場合ニハ毫モ法律其者ノ間ニ衝突アルニアラス。蓋シ論者多ク犯罪ノ一部カ各々新舊兩法ノ下ニ行ハレタルトキハ全部カ同時ニ兩法ノ下ニ行ハレタルモノノ如ク速斷スルモ、是レ明ニ事實ヲ曲タルモノナリ。或ハ論シテ此場合ハ一罪ナルカ故ニ然リト爲ス。然レトモ一罪ナリヤ否ヤハ全部ニ對シ適用スヘキ法定マリテ然ル後決スルモノニシテ、初ヨリ法ヲ離レテ一罪ナルモノナシ。從テ漫然一罪ナリト謂フ結論ヲ前提トシテ之カ理由ヲ說明セントスルハ明ニ論理ノ顚倒ナリ。斯クノ如クナルヲ以テ此場合ハ一般ノ理論ニ依リテ決スルノ外ナシ。卽チ先ツ新法適用ノ原則ニ依リテ舊法下ノ一部ヲ律シ、然ル後新

法ニ照ラシテ是レト新法下ノ一部トカ相合シテ一罪ヲ構成スルトキハ之ヲ一罪トシテ處斷スヘク、然ラサルトキハ之ヲ數罪トス。但シ刑法第六條ノ規定アルカ故ニ、舊法下ノ一部ニ對スル舊法ノ刑輕クシテ之ニ依ルヘキトキハ、一應舊法ニ依リテ之ヲ律シ、然ル後新法ニ照ラシ新法下ノ部分ト合セテ處斷スヘキトキハ之ヲ一罪トシ、然ラサレハ數罪トス。斯カル取扱ハ單一犯タルト複成犯 S. 58 タルトヲ問フコトナシ。要スルニ、予ノ謂フ所モ結論ニ於テハ大要通說ト同一ナレトモ、斯カル結論ハ新法適用ヲ原則トスル者ニシテ初メテ合理的ノ說明ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ、新法不遡及ヲ原則トスル立場ニ於テハ、斯カル結論ハ附會ナリ。

犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタル場合ニ犯罪時法ト判決時法トノ間ニ更ニ中間時法アリタルトキハ、其中間時法ノ刑カ最モ輕キ場合ニ限リ、該法律ヲ適用スヘキモノトス。

二　犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタルトキ

刑法第六條ニハ「刑ノ變更アリタルトキ」トアルカ故ニ、法律ノ變更アルモ刑

ニ變更ナキトキハ原則ニ依ル。而シテ刑ノ變更ハ刑ノ範圍ノ變更ニシテ、嘗テ罪タリシ行爲カ罪タラサルニ至リシ場合ハ之ヲ含マス。 S. 58 刑ノ範圍ニ差異ヲ生スル場合ニ二アリ。一ハ一般規範ノ變更ニ因ル場合ニシテ、例ヘハ一般規範ノ變更ニ因リ老幼等ニ對スル保護責任ニ變更ヲ生シタル爲メ遺棄罪ニ關シ刑法第二一七條及ヒ第二一八條ノ何レノ適用スヘキヤニ關シ差異ヲ生スルカ如シ。二ハ刑法其者ノ變更ニ因ル場合ニシテ、此關係ニ於テ斟酌ヲ要スルモノハ、主トシテ刑法各本條ニ於ケル科刑ノ範圍、限定責任能力、未遂罪、併合罪、累犯、共犯、酌量減輕等一般ニ刑ノ加重減輕ニ關スル規定トス。

訴訟手續並ニ刑ノ執行手續ニ關スル法律ノ變更ハ刑ノ變更ニ關係ナシ。例ヘハ親告罪ニ於ケル告訴ハ所謂訴訟條件ニシテ、之カ規定ハ訴訟法ニ屬シ刑法ニ屬セス。故ニ之ニ變更ヲ生スルモ刑法第六條ニ關係ナク現ニ手續ヲ行フ際ニ於ケル規定ニ從テ訴追ヲ爲スヘキモノトス。但シ法律ノ變更ニ因リ親告罪カ非親告罪トナリタル場合ハ、事實上結果ニ於テ刑ニ變更アリタル場合ト異ルコトナキカ故ニ、法律ハ特ニ規定ヲ設ケテ舊法ニ依ラシム。刑施、四。

公訴ノ時效(刑訴、二八一)ハ我國ニテハ手續法上ノ權利ノ時效ニシテ實體法上ノ刑罰請求權ノ時效ニアラストスルコト通說ナリ。從テ是ニ依レハ訴訟法ニ於テ公訴ノ時效期間ニ變更アリタルトキハ、刑事訴訟法第六一六條ノ適用ニ由リテ新期間ニ從ハサルヘカラス。然レトモ同時ニ實體法上刑ノ變更アリタル場合ニ於テ其公訴ノ時效期間ヲ判スルニハ、刑法第六條ニ依リ新舊法ヲ比照シ輕キモノヲ定メ、之ニ期間ニ關スル訴訟法ノ新規定ヲ適用スルコトヲ要ス。

三　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ルコト

刑ノ輕重ハ新法ト舊法トニ於テ夫々具體的ニ犯罪事實ニ對シテ一切ノ關係規定ヲ適用シ、(刑ノ加重輕減ノ事情アルトキハ一切ノ加減ヲ爲シタル上、)其結果ヲ比較シテ之ヲ定メサルヘカラス。從テ變更セラレタル規定カ關係規定中ノ一部ニ過キサル場合ニ於テモ亦然リ。刑ノ輕重ハ刑法第一〇條ノ定ムル所ニ依ル。

以上ハ刑法施行前ノ犯罪ニ關スル問題ナリ。此外刑法ノ時間的效力ノ問題

トシテ前ニ掲ケタル尙一個ノ事項アリ。(s. § 56.) 卽チ舊法ノ下ニ於テ罪タリシ行爲カ法令ノ廢止ニ因リ後ニ之ニ適用スヘキ罰條ナキニ至リタル場合是ナリ。此場合ハ、之ヲ理論上ヨリ論スレハ、一樣ニ律スルコトヲ得サルモノトス(一)。然レトモ我刑事訴訟法ハ殆ト何等ノ考慮ヲ用キスシテ凡テ免訴ノ言渡ヲ爲スヘキモノト定メタルカ故ニ、(刑訴、三一四、3、三六三、2) 裁判上ノ取扱トシテハ、理論ノ如何ニ拘ラス、旣ニ動カスヘカラス(二)。

註(一)　此場合ハ理論上之ヲ分テ三トスルコトヲ得。卽チ(一)刑法ノ前提タル一般規範カ廢止變更セラレ其結果第二次法タル刑法其者ノ適用ノ範圍ニ制限ヲ生シタル場合(例、從來違法ナリシ行爲カ適法トシテ許サルルニ至リタル場合)(二)刑法其物カ廢止變更セラレ(總則ノ規定タルト各本條ノ規定タルヲ問ハス)之ニ代ルヘキ規定ノ設ケラレサル場合(三)刑法其者カ所定ノ期間ノ經過ニ因リテ當然效力ヲ失ヒ之ヲ延長シ又ハ之ニ代ルヘキ規定ノ設ケラレサル場合是ナリ。而シテ其何レノ場合ナルニ拘ラス、刑法ノ制限、廢止、失效後ノ相對的效力ノ問題ニ付テハ左ノ二說アリ。

一　第一說ハ刑法其者カ廢止又ハ失效ニ因リ消滅シタル後ハ凡テ其適用ナシト說ク。(Bar, Hälschner.)

二　第二說ハ刑法其者ノ制限又ハ消滅カ實際事情ノ變更ニ基ク場合ニハ(例、戰時中ノ法令ニ付テ謂ヘハ、平和克復ノ場合)仍ホ當該罰則ノ適用アルモ、一般ノ法律確信ノ變更ヲ理由トスル場合(例、現行刑法カ舊刑法中ノ官吏侮辱罪ノ規定ヲ承繼セサリシカ如キ場合)或ハ之ヲ權利保護ノ有無又ハ範圍ニ變更アリタル場合ト說明スルモノアリ)ニハ適用ナシト說ク。(Frank, Allfeld, Binding, Finger.)理論トシテハ此說ヲ當レリトス。

註(二)　刑法ノ制限、廢止、失效ノ場合ノ外通例、刑法、ノ停止ト稱セラルル場合アリ。例ヘハ刑法第九四條ノ效力ハ局外中立命令ヲ以テ處罰ノ條件カ補充セラルルマテハ全ク停止セラルルカ如シ。而シテ斯カル場合ニ於テ一旦局外中立命令ニ違反シタル行爲ハ該命令廢止後ニ於テモ仍同條ノ制裁ヲ免レサルヤノ問題ニ付テハ、理論上前註二ノ場合ト同一ニ論スヘキニ拘ラス、訴訟法上ハ是レ亦免訴ヲ言渡スヘキモノナルヘシ。

昭和四年五月二十日印刷
昭和四年五月二十五日發行

正價金壹圓貳拾錢

著作者　宮本英脩

發行兼印刷者　八坂淺次郎　京都市丸太町寺町東入

印刷所　弘文堂印刷部　京都市賀茂川通川端東入

發行所　弘文堂書房　京都市丸太町寺町東　振替口座　大阪二一〇七〇〇九五番　電話　上二一〇七番

發賣元　弘文堂東京店　東京市神田區錦町二丁目四　振替口座　東京五三〇九二五番　電話　神田二七九五番

禁不許複製
漢譯

(弘文堂ノ發行ニ非ラズ)
(奥付及發行證印無キモノハ)

宗澤太郎述 著土地收用法論 三・五〇〇・〇〇

同 著民法大意 三・〇〇・〇〇

同 著民法要論（總則）（物權） 四・五〇〇・〇〇

同 著民法研究 三・〇〇・〇〇

末川博 著民法に於ける特殊問題の研究（I）（II） 三・八〇〇・〇〇

同 著婚姻法の抗爭（I） 三・〇〇・〇〇

同 著人格權法の發達 一・二〇〇・〇〇

武栗敬夫 著西洋立法史（I）（II） 三・〇〇・〇〇

同 著民事訴訟法（I）（II） 三・〇〇・〇〇

同 著民事訴訟法判例批評（I） 三・〇〇・〇〇

同 著民事訴訟法（II） 三・〇〇・〇〇

正山三田次 著改正民事訴訟法（I） 四・〇〇・〇〇

同 著民事訴訟法（II） 三・〇〇・〇〇

牧健二 著日本法制史論 卷上（III） 四・〇〇・〇〇

同 著民事訴訟法判例批評（III） 一・四〇〇・〇〇

英宮修本 著刑法學綱要（I）（II） 各一・一〇〇・〇〇

同 幸治郎 著刑法講義 二・五〇〇・〇〇

同 辰川信一 著陪審裁判 一・四〇〇・〇〇

竹田省 著商法判例批評 二・一〇〇・〇〇

同 著手形法大意 二・八〇〇・〇〇

常森三郎 著釋註民訴法（二）（二）（仮差押） 六・三〇〇・〇〇

同 著同（手續擔保） 四・〇〇・〇〇

同 著日本和議法論 六・〇〇・〇〇

同 著破產法大綱 三・〇〇・〇〇

同 著破產法及和議研究（1—4） 各三・〇〇・〇〇

同 著民法要論（總則） 三・三〇〇・〇〇

佐々木穆 著民法の社會化 一・八〇〇・〇〇

同 著社會法學の發達 一・一〇〇・〇〇

忠有三郎馬 著不正競業論 五・五〇〇・〇〇

同 著民法判例批評（總則） 四・二〇〇・〇〇

春雷 著日本民法論（總則） 五・〇〇・〇〇

二原治郎 著行政學と法律學 二・八〇〇・〇〇

德田治村 著立憲非立憲 二・一〇〇・〇〇

惣佐々木 著研究刑事訴訟法判例 三・一〇〇・〇〇

清小一郎野 著代理の研究 三・五〇〇・〇〇

耕大三酉 著民法と社會主義 三・八〇〇・〇〇

岡村司 著民法判例批評（總則） 四・〇〇・〇〇

同 著民法總則 三・〇〇・〇〇

同 著民法要論（物權） 六・〇〇・〇〇

文曄藏 著日本民法要論（總則） 六・〇〇・〇〇

同 著社會法學の發達 一・一〇〇・〇〇

鄭鄭直井三郎上 著訂增破產法綱要（I） 二・八〇〇・〇〇

同 著民法研究 三・〇〇・〇〇

同 著近最判例大審院民事法 三・〇〇・〇〇

司山海 著共同損害論 一・五〇〇・〇〇

591
112