

第一 刑法ハ制裁法ノ一種ナリ凡ソ法規ハ令禁法(Norm)ト制裁法トニ分類スルコトヲ得令禁法ハ人類ノ社會的生活上ニ於ケル一定ノ利益ヲ保護シ以テ社會秩序ヲ維持センカ爲メ一定ノ行爲ヲ禁止シ若クハ命令スル法規ニシテ制裁法規ハ令禁法規ニ違反シテ令禁法規ノ保護セル生活利益ヲ侵害シタル者ニ不利益ナル法律的效果ヲ連結スル法規ナリ此意味ニ於テ刑法カ制裁法規ノ性質ヲ有スルコト疑ナシ故ニ法規ノ令禁ハ刑法ノ基礎ニシテ刑法カ令禁ニ對スル服従ヲ確保シ以テ令禁法規ヲ保護シ非服従ニ對シテ刑罰制裁ヲ連結シ以テ令禁法規ニ依リ第一次ニ保護サレタル利益ニ對シ更ニ強力ナル第二次ノ保護ヲ加フル任務ヲ有ス然レトモ令禁法規ノ違反ハ必シモ刑罰制裁ヲ伴フモノニアラス刑法ハ立法者カ刑罰以外ノ制裁ヲ付スルノミニテハ社會ノ秩序ヲ維持スルニ足ラスト認ムル場合ニ於ケル制裁法ナリ

第二 令禁法規ハ刑法ト合體シテ存在スルモノアリト雖モ或ハ相分離シテ存在スルモノ少カラス殊ニ令禁法カ刑法ニ先チテ制定セラルル場合ト刑法先ツ制定セラレ令禁法規ヲ後日ニ制定セラル可キ法令ニ委スル場合トアリ此

最後ノ場合ニ關スル刑法ハ學者ノ所謂空白刑罰法規(Blankstrafgesetze)又ハ開放刑罰法規(Offene Strafgesetze)ナリ例ヘハ刑法第九十四條舊刑法第五百五條第二百四十六條乃至第二百四十九條ノ如キ是レナリ

第三 凡ソ一國ノ法律ハ互ニ相關連シテ一體ノ法律系統ヲ組織スルモノニシテ個個ニ孤立スルモノニ非ス加之既ニ説明シタルカ如ク刑法ハ他ノ公法及ヒ私法ニ於テ保護セラレタル利益ニ對シ更ニ第二次ノ保護ヲ與フルモノニシテ此等ノ法域ニ於ケル諸種ノ概念ハ犯罪ノ内容ヲ構成スルモノ少ナカラサルカ故ニ刑法ト他ノ法域トノ間ニ重要ナル牽聯ノ存スルコト明カナリ

第三章 刑法ノ淵源

第一 近世ノ刑法ハ罪刑法定主義ヲ採用スルヲ通義トス我舊刑法亦第二條ニ其明文ヲ掲ケタリ刑法典カ之ヲ省キタルハ憲法ノ規定ニ於テ其精神明白ナルニ因レリ一九一九年獨逸刑正案カ明文ヲ置カサルコト亦之ト同趣旨ナルコト其理由書ノ説明ニテ知ルヲ得ヘノ反之伊太利草案第一條第一項ハ此原

則ヲ明示セリ

帝國憲法第二十三條ニ曰ク「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問處罰ヲ受クルコトナシ」ト是レ罪刑法定主義ヲ保障スルモノナリ〔註一〕而シテ茲ニ所謂法律ハ成文法ヲ意味スルカ故ニ刑罰法規ノ淵源ハ成文法律ニ限ルモノニシテ慣習法ハ此淵源タルヲ得サルモノト謂ハサル可カラス〔註二〕

〔註一〕我憲法ハ日本臣民ニ關シテ罪刑法定主義ヲ擔保シ外國人ニ付テハ一言之ニ及ハスト雖モ本邦ト外國トノ條約ニ依ルトキハ「兩締盟國ノ一方ノ臣民又ハ人民ハ相互ニ他ノ一方ノ領土及ヒ所屬地ニ於テ其身體及ヒ財產ニ對シ内國臣民若クハ人民ニ附與セラレタルト同様ナル完全ノ保護ヲ享有」ス可キコトヲ定ムルカ故ニ外國人ト雖モ法律ニ依ラスシテ處罰スルヲ得ス

〔註二〕慣習法カ刑罰法規ノ淵源タルコトヲ得ルヤ否ヤハ抽象的ノ問題トシテハ之ヲ肯定スルヲ得ヘク又沿革上何レノ國ニ於テモ一旦慣習法時代ヲ經過シタルモノニシテ殊ニ英國ニテハ現今尙ホ成文法ナレハ犯罪ナシ

トノ原則ヲ一般的ニ採用セス慣習法(Common Law)ト個個ノ刑罰法規トヲ連結シテ刑罰ヲ科スルヲ通例トスルモ歐洲大陸諸國竝ニ我國ニ於テハ慣習法(判決例)ハ刑罰法規ヲ解釋スルニ止リ法規其モノト同一ニアラス然レトモ刑罰法規ノ内容ヲ成セル事實ニ關スル慣習ハ刑罰法規ノ解釋ニ影響ヲ及ホシ從テ該刑罰法規ノ内容ヲ變更スルコトアル可シ

第二 刑罰法規ノ淵源タル可キ成文法ハ原則トシテ憲法上所謂法律ナリ然レトモ之ニ對シ左ノ例外アリ

- 一 明治二十三年法律第八十四號ニ依リ命令ニハ其條項ニ違背スル者ニ對シ一年以下ノ懲役禁錮又ハ二百圓以下ノ罰金ヲ科スルコトヲ得從テ拘留科料ノ刑ヲ定メ得ルハ勿論ナリ
- (1) 閣令及ヒ省令ニハ三月以下ノ懲役禁錮百圓以下ノ罰金拘留科料(同二十三年勅令第二〇八號、三十九年同第二五八號、四十一年同第二四五號)
- (2) 道府縣令及ヒ警視廳令ニ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定ムル罰亦同シ(同三十

三年勅令第一五三號

(3) 朝鮮及ヒ臺灣ノ總督府令竝ニ關東都督府令ニハ一年以下ノ懲役禁錮又ハ二百圓以下ノ罰金(明治四十三年勅令第三五四號、同十三年勅令第三六二號竝ニ同三十九年勅令第一九六號)朝鮮總督府警務總長及ヒ道長官ノ發スル命令ニハ三月以下ノ懲役若クハ禁錮、拘留、百圓以下ノ罰金又ハ科料同府警務部長ノ命令ニハ拘留、科料

(4) 樺太廳令ニハ二月以下ノ懲役、禁錮若クハ拘留又ハ七十圓以下ノ罰金若クハ科料(同四十年勅令第三三號)

(5) 南洋廳長官ノ發スル命令ニハ一年以下ノ懲役若クハ禁錮、拘留、二百圓以下ノ罰金又ハ科料ノ罰則ヲ付スルコトヲ得(大正十一年三月勅令第一〇七號第四條)

二 緊急勅令ニテハ如何ナル範圍ノ刑罰ヲモ設クルコトヲ得、何トナルハ此命令ハ法律ニ代ル可キモノナレハナリ(憲法第八條參照)

三 臺灣總督府ノ發布スル律令ニハ如何ナル範圍ノ刑罰ヲモ設クルコトヲ

得ヘク但臺灣ニ行ハルル法律及ヒ勅令ニ違反セサルコトヲ要スルノミナリ(大正十一年法律第三號參照)

四 朝鮮總督ノ制令ニハ如何ナル範圍ノ刑罰ヲモ設クルコトヲ得(明治四十四年法律第三〇號)

五 南洋廳長官ハ安寧秩序ヲ保持スル爲メ臨時緊急ヲ要スル場合ニハ第四條ノ制限ヲ超ユル罰則ヲ付シタル令定ヲ發スルコトヲ得(大正十一年勅令第一〇七號第五條第一項)

六 國際條約モ現行ノ慣例ニ依レハ刑罰法規ノ淵源タルコトヲ得(例ヘハ口清通商航海條約第六條參照)

第三 最高裁判所ノ判決ハ實際ノ作用ニ於テ法律ノ解釋ヲ統一シ其見解ニ依リ法令ノ内容ニ變更ヲ及ホスモノナルカ故ニ學者或ハ判決モ亦法規ノ淵源ナリト解スルモノアリト雖モ現行法上ノ理論トシテハ最高裁判所カ特定ノ事件ニ關シテ裁判ヲ爲スニ當リ法律ノ點ニ付キ表示シタル意見ハ其特定ノ訴訟一切ノ事項ニ付キ下級裁判所ヲ拘束スルニ止ルモノニシテ一般的ノ拘

東力ヲ有スルモノニ非ス且裁判所ハ法律適用ノ機關ニシテ法律制定ノ權能ヲ有スルモノニ非サルカ故ニ其意見ハ既存法規ノ内容ヲ闡明スルニ過キサ
ルモノト解ス可ク新ナル法規ヲ制定スルモノト認ム可キニ非ス(英國ニ於テ
ハ判決例カ慣習法ト爲ルモノナルコト第一段ニ略説シタリ)

第四 學說モ亦刑罰法規ヲ制定スルヲ得ス換言スレハ學說ハ唯解釋ニ依リテ
既存刑罰法規ノ意義ヲ闡明シ直接ニ表明セラレサル而モ既存ノ法條中ニ包
括セラレタル立法者ノ真意ヲ發見スルニ止ルモノニシテ刑罰法規ヲ制定シ
若クハ廢止スルノ效力ヲ有セサルナリ而シテ立法者カ重要ナル問題ニ付テ
特ニ明文ヲ置カスシテ解釋ヲ學說ニ委ヌル場合ニ於テモ亦學說ハ既存ノ法
條ヨリ得ラル可キ諸種ノ觀念ヲ綜合シテ其解釋ヲ爲スニ止リ新ナル法條ヲ
制定スルモノニアラス從テ立法者カ間接ニ法條ノ設定ヲ學說ニ委任シタリ
ト云フノ見解ハ正當ニアラサルカ如シ然レトモ學說カ法規ノ設定變更ヲ促
スノ動機ト爲リ得ルハ疑ヲ容レサル所ナリ(註)

(註) 往古ニ在リテハ權威アル法律學者ノ學說カ法律ノ效力ヲ有スルモノ

ト認メラレタル事例少カラス例ヘハローマ帝國ユスチニヌス時代ニ於ケ
ルウルピアヌス及ヒガイユス等ノ學說又ハ日耳曼ニ於ケルカルプツフノ
學說ノ如キ是レナリ又明治三十二年以前歐米諸國カ我國ニ於テ領事裁判
權ヲ行ヒタル時代ニ在リテハ瑞西國ハ其國內諸カントン各獨立ノ刑法ヲ
有シ同國領事裁判所カ同國人ニ對シ刑事裁判ヲ行フニ付キ統一ヲ缺クノ
虞アリタルヲ以テ獨逸刑法學ノ泰斗ベルナーノ刑法教科書ヲ以テ法典ト
シテ適用シタルコトアリ然レトモ立法機關ノ整頓セル文明國ニ在リテハ
個人ノ學說ヲ以テ法律ノ效力アリト認ムルコトナシ

第五 我現行刑罰法規ノ主要ナルモノ次ノ如シ

- (1) 刑法(明治四十年法律第四十五號)
- (2) 陸軍刑法(明治四十一年法律第四十六號)
- (3) 海軍刑法(明治四十一年法律第四十八號)
- (4) 警察犯處罰令(明治四十一年內務省令第十六號)
- (5) 印紙犯罪處罰法(明治四十二年法律第三十九號)

- (6) 醫師法(明治三十九年法律第四十七號)齒科醫師法(同年法律第四十八號)
- (7) 飲食物其他ノ物品取締ニ關スル件(明治三十三年法律第十五號)
- (8) 爆發物取締罰則(明治十七年太政官布告第三十二號)
- (9) 賣藥法(大正三年法律第十四號)賣藥稅法(明治三十八年法律第七十一號)
- (10) 破產法(大正十一年法律第七十一號)
- (11) 法人ニ於テ租稅ニ關シ事犯アリタル場合ニ關スル件(明治三十三年法律第五十二號)
- (12) 法人ノ役員處罰ニ關スル件(大正四年法律第十八號)
- (13) 度量衡法(明治四十二年法律第四號)
- (14) 取引所法(明治二十六年法律第五號)
- (15) 取引所稅法(大正三年法律第二十三號)
- (16) 特許法(明治四十二年法律第二十三號)
- (17) 治安警察法(明治三十三年法律第三十六號)
- (18) 著作權法(明治三十二年法律第三十九號)

- (19) 畜牛結核病豫防法(明治三十四年法律第三十五號)
- (20) 徵兵令(明治二十二年法律第一號)
- (21) 關稅法(明治三十二年法律第六十一號)
- (22) 要塞地帶法(明治三十二年法律第五號)
- (23) 煙草專賣法(明治三十七年法律第十四號)
- (24) 粗製樟腦樟腦油專賣法(明治三十六年法律第六號)
- (25) 通貨及證券模造取締法(明治二十八年法律第二十八號)
- (26) 臘虎臘肭獸獵禁止ニ關スル件(明治四十五年法律第二十一號)
- (27) 無線電信法(大正四年法律第二十六號)
- (28) 外國ニ流通スル貨幣紙幣銀行券證券偽造變造及模造ニ關スル件(明治三十八年法律第六十六號)
- (29) 軍機保護法(明治三十二年法律第四百四號)
- (30) 藥品營業並藥品取扱規則(明治二十二年法律第十號)
- (31) 懸賞又ハ富籤類似云々取締方(明治四十二年內務省令第二十號)

(45) (44) (43) (42) (41) (40) (39) (38) (37) (36) (35) (34) (33) (32)

決闘罪ニ關スル件(明治二十二年法律第三十四號)
俘虜處罰ニ關スル件(明治三十八年法律第三十八號)
國稅徵收法(明治三十年法律第二十一號)
航空法(大正十年法律第五十四號)
工場法(明治四十四年法律第四十六號)
鑛業法(明治三十八年法律第四十五號)
廣告物取締法(明治四十四年法律第七十號)
骨牌稅法(明治三十五年法律第四十四號)
古物商取締法(明治二十八年法律第十三號)
電信法(明治三十三年法律第五十九號)
電氣事業法(明治四十四年法律第五十五號)
鐵道營業法(明治三十三年法律第六十五號)
傳染病豫防法(明治三十年法律第三十六號)
阿片法(明治三十年法律第二十七號)

(59) (58) (57) (56) (55) (54) (53) (52) (51) (50) (49) (48) (47) (46)

漁業法(明治四十三年法律第五十八號)
郵便法(明治三十三年法律第五十四號)
新聞紙法(明治四十二年法律第四十一號)
出版法(明治二十六年法律第十五號)
紙幣類似證券取締法(明治三十九年法律第五十一號)
衆議院議員選舉法(明治三十三年法律第七十三號)
商法(明治三十二年法律第四十八號)
商標法(明治四十二年法律第二十五號)
實用新案法(明治四十二年法律第二十六號)
質屋取締法(明治二十八年法律第十四號)
銃砲火藥類取締法(明治四十三年法律第五十三號)
森林法(明治四十年法律第四十三號)
銃術灸術取締規則(明治三十九年内務省令第二十八號)
狩獵法(明治三十四年法律第三十三號)

- (60) 酒造税法(明治二十九年法律第二十八號)
 - (61) 酒精及酒精含有飲料税法(明治三十四年法律第八號)
 - (62) 酒母醪及麴取締法(明治三十八年法律第七號)
 - (63) 少年法(大正十一年法律第四十二號)
 - (64) 鹽專賣法(明治三十八年法律第十一號)
 - (65) 肥料取締法(明治四十一年法律第五十一號)
 - (66) 麥酒税法(明治三十四年法律第十二號)
 - (67) 船舶法(明治三十二年法律第四十六號)
 - (68) 船員法(明治三十二年法律第四十七號)
 - (69) 稅關貨物取扱人法(明治三十四年法律第二十八號)
 - (70) 水難救護法(明治三十二年法律第九十五號)
- 以上列擧スル外諸種ノ法律命令中刑罰法規ヲ存スルモノ甚タ多シ殊ニ北海道廳令、警視廳令、府縣令等ニシテ罰則ヲ設クルモノ殆ト無數ナリ又朝鮮ニ行ハルル制令臺灣ニ行ハルル律令其他朝鮮、臺灣、關東州等ニ行ハルル罰則命令

等ニ至リテハ素ヨリ茲ニ列擧スルニ遑アラヌ加之將來ニ於テモ諸種ノ刑罰法規ノ増加ス可キコト疑ヲ容レサル所ナリ

尙ホ舊刑法(明治十三年布告第三十六號)ノ一部第二編第四章第九節公選ノ投票ヲ偽造スル罪第五章第三節傳染病豫防規則ニ關スル罪ハ當分其效力ヲ存ス可ク(刑法施行法第二十五條)又刑法施行法中ニモ廣ク刑罰法規ニ關スル規定ノ存スルコトヲ注意ス可シ

第四章 刑法ノ解釋

第一 刑罰法規ノ解釋ニ付テモ亦一般成文法ノ解釋規則ヲ採用ス可キコト勿論ナリ然リ而シテ成文法ハ法文ニ表示セラレタル立法者ノ意思ナリ故ニ立法者ノ意思ハ法文ニ於テ表示セラレタル場合ニ限り且其範圍内ニ於テノミ成文法タルコトヲ得ルモノナリ換言スレハ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可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

的トナス可カラス從テ立法者カ表示シタル所ト異リタル意思表示ヲ爲サント欲シ或ハ其表示セザリシコトヲ表示セント欲シタルノ事蹟法律以外ノ徵憑ニ依リテ知り得ラルル場合ニ於テモ尙ホ現ニ表示サレサル意思ハ立法者ノ意思ト見ルコト能ハサルカ故ニ現ニ表示サレタル所ニ從ヒテ之ヲ解釋ス可キモノニシテ其表示ヲ變更スルハ解釋家ノ爲ス可キコトニ屬セスシテ立法者ノ任務ナリ要スルニ成文法解釋ノ一般原則トシテハ解釋ハ法文ニ表示サレタル立法者ノ意思ヲ明確ニスル手段タルニ過キササルコトヲ注意ス可キナリ〔註一、二〕

〔註一〕成文法ノ學理的解釋ヲ分チテ文理解釋及ヒ理論解釋ノ二種トナス文理解釋ハ法文ヲ組織スル文句ヨリ立法者ノ意思ヲ探究スルヲ謂ヒ理論解釋トハ法文ノ編別上ノ地位、法文相互ノ關係及ヒ一般法理觀念等ヨリ推理シテ立法者ノ意思ヲ探究スルヲ謂フ而シテ文理解釋ノ結果カ狹隘ニ失シ立法者ノ眞意ニ適セサル場合ニ於テ理論解釋ヲ以テ其結果ヲ立法ノ本旨ニ適スル如ク擴張スルヲ擴張解釋ト云ヒ文理解釋ノ結果カ廣濶ニ失シ

立法者ノ意思ニ適セサル場合ニ論理解釋ヲ以テ其結果ヲ立法ノ本旨ニ適スル程度ニ縮少スルヲ縮少解釋ト云フ文理解釋ト論理解釋トハ之ヲ併用スルニアラサレハ立法者ノ眞意ヲ探究スルノ手段タル能ハス

〔註二〕成文法ハ立法者ノ意思表示其モノナリ法律ノ草案、立法ニ參與スル機關ノ意思例ヘハ法典調査委員會ノ報告、議會ノ議事録、議會委員會ノ報告、政府委員ノ説明、草案ノ理由書等ハ法律ニアラサルナリ故ニ此等ヲ以テ法律ノ意義ヲ決定スル唯一ノ資料トナスコトヲ得ス然レトモ全然之ヲ消滅セシム可キモノトナスハ極端ノ議論ニシテ法律解釋ノ參考ノ爲メニ之ヲ利用スルハ何等ノ不可ナル所ナシ

第二 然レトモ法令ハ社會現象ヲ以テ規定ノ對象トスルモノナルカ故ニ法文ニ表示サレタル立法者ノ意思ヲ解釋スルニハ社會一般ノ時代思想ニ悖戾セサルコトヲ注意シ社會ノ利害關係ヲ顧慮セサル可カラス從來刑法ノ解釋ハ嚴ナラサル可カラス、(Penal statutes are to be strictly construed.) トノ原則ヲ認メタルノ結果トシテ刑法ニ付テハ所謂擴張解釋ヲ用フ可カラストノ見解ヲ生シ

タリト雖モ謬見タルヲ免レヌ刑法ノ解釋モ立法者ノ真意ヲ探究スルヲ目的トスルモノニシテ立法者ノ真意ヲ探究スル爲メニハ徒ニ字句ニ拘泥スルコトナク文理解釋ト論理解釋トヲ併用セサル可カラス然リ而シテ既ニ論理解釋ヲ用フルノ必要アリトセハ擴張解釋ヲ採用スルモ當然ノ結果ナリト云ハサル可カラス〔註三、四〕

〔註三〕 ベッカリアハ其時代ノ裁判ノ專擅ニ流レ居タル弊害ヲ矯正セント努メタル結果トシテ推理ノ方法ニ依ル解釋ヲ排斥シタリ其要旨ニ曰ク人ノ見解ハ十人十色ニシテ一樣ナラサルカ故ニ論理解釋ヲ許ストキハ法律ノ真意ハ畢竟裁判官ノ意思ニ左右セラレ罪ノ有無輕重モ各裁判官ノ私意專裁ニ決セラル可キカ故ニ裁判ノ公平ヲ維持スルコトヲ得サルニ至ル可シ法律ノ奥意ヲ極メス單ニ文面ノミニ依リテ解釋ヲ爲ストキハ往往ニシテ一時ノ失錯アル可シト雖モ理論解釋ノ弊害ニ比スレハ敢テ顧慮スルニ足ラスト氏ノ所說ハ一ノ時弊救濟論トシテハ適當ナル可キモ學理論トシテハ排斥セサル可カラス然レトモ氏ノ所說ノ餘勢ハ未タ盡キスシテ實事上

今尙ホ法曹界ヲ風靡シ動モスレハ刑法ノ解釋ハ字句ニ拘泥スルノ弊アルヲ觀ル斯ノ如クンハ立法者ノ真意ハ到底之ヲ探究スルコト能ハサル可シ茲ニ於テカ近年ノ立法例中此弊ヲ除カンカ爲メニ明文ヲ設クルモノアルニ至レリ(例ヘハカリフォルニア刑法第四條)

〔註四〕 然レトモ擴張解釋ヲ爲スニ付テハ周到ナル注意ヲ用フ可キハ勿論ニシテ解釋範圍ヲ脱ス可キニアラス解釋上其法文ノ範圍ニ屬セサル事項ニ付テハ刑罰ヲ科スルコトヲ得ス近來獨逸ノ學者間ニ行ハルル法規自由發見論(Freie Rechtsfindung)ノ如キハ動モスレハ解釋ノ範圍ヲ超脱スルモノニシテ刑法ノ解釋ニ付テハ容易ニ採用ス可キモノニ非ス

第三 反之所謂類推論斷(Analogie)ハ罪刑法定主義ノ刑罰法規ノ解釋ニ付テハ之ヲ用フルコトヲ許ササルコト勿論ナリ類推論斷トハ法律ニ規定ナキ事項ヲ他ノ類似ノ事項ニ關スル法文ニ依リテ論斷スルモノニシテ法律解釋ノ範圍ヲ超越スルモノナリ換言スレハ類推ハ法律ノ解釋ニアラスシテ刑罰法規ヲ創定スルニ等シキモノナリ成文法ニ依ルニアラサレハ處罰スルコトヲ得

ストノ原則ト相容レサル觀念ナリ〔註五〕然レトモ此原則ヨリ當然禁止サル可キ類推ハ罪ヲ認メ刑ヲ科スル場合ニ限ルコト明白ニシテ其他ノ關係例ハ免責若クハ除刑ノ事由ニ關シテ類推論斷ヲ用フルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ハ此原則ノ關係スル所ニアラサルカ故ニ刑法ノ領域ニ於テハ如何ナル場合ニ付テモ類推論斷ヲ用フルコトヲ得スト見解スルハ極端ニ失スルモノニシテ誤ナリ而シテ此原則ノ關係セサル範圍ニ於テ刑法ノ適用上類推ヲ用フルコトヲ得ルヤ否ヤハ一般ノ法理ニ依リ之ヲ決ス可キモノニシテ一般ノ法理トシテハ類推論斷ニ依リ法律關係ヲ解決スルヲ以テ適當トスル場合アルコトヲ認メサル可カラス〔註六〕

〔註五〕所謂勿論解釋又ハ推上論斷 (Argument à fortiori) ハ最低度ノ例ヲ基礎トシ論理上之ヲ一層強大ナル場合ニ推及スルモノニシテ寧ロ擴張解釋ニ屬スル場合少カラス此場合ニハ素ヨリ之ヲ禁ス可キ理由ナシ反之所謂勿論解釋ト稱セララルモノニシテ類推論斷ニ過キサル場合ナルトキハ之ヲ禁セサル可カラス

〔註六〕ビンディング曰ク獨逸刑法第二條ハ法律ニ於テ明示的ニ刑罰ヲ付セラレサル行爲ヲ類推ニ依リ處罰スルコトヲ禁スルノミナルヲ以テ其他ノ總テノ目的ノ爲メニハ刑法ノ領域ニ於テモ類推論斷ヲ用フルコトハ等シク已ムヲ得サル所ナリ例ヘハ中止ノ規定ヲ從犯ノ場合ニ類推援用シ又例ヘハ親族相盜ニ加擔シタル非親族ハ不論罪ノ限リニアラストノ規定ヲ親族間ノ詐欺ニ加擔スル他人ニ類推援用スルコトハ已ムヲ得サル所ナリト其他多數ノ學者ハ同趣旨ノ見解ヲ維持ス

第四 擴張解釋ト類推論斷トヲ混同ス可カラス前者ハ立法ノ精神ニ照シテ法律ノ規定中ニ包含スル事項ヲ探究スルモノニシテ後者ハ法律ノ規定ニ包含セラレスト決セラレタル事項ニ付テ類似ノ事項ニ關スル法文ヲ準用スルモノナリ例ヘハ人ヲ殺スト云フハ故意ニ他人ヲ死ニ致スノ義ナリト解シテ死ノ結果ヲ生セシムル手段ハ假令不作爲ナリト雖モ此中ニ包含スルモノトシ不敬ノ行爲中ニハ不敬ノ言語ヲモ包含スルモノト解シ文書ヲ毀棄スルト云フ觀念中ニハ文書ヲ塗抹スル行爲ヲモ包含スト解シ兵役ヲ免ルル目的ヲ以

テ身體ヲ毀傷シタルモノト云フハ其目的ヲ以テ他人ヲシテ自己ノ身體ヲ毀傷セシメタルモノヲモ包含スト解スルカ如キハ擴張解釋ニ外ナラスト雖モ反之例ヘハ自動車ハ汽車ニアラスト決シタルニ拘ラス不定多數ノ人ヲ運搬スル車輛タル點ニ於テ汽車又ハ電車ト異ル點ナキノ理由ヲ以テ人ノ現在スル自動車ヲ燒燬シタル者ニ刑法第九號ヲ準用處罰セントシ有妻ノ男子カ姦通スルハ有夫ノ婦カ姦通スルト同シク破倫ノ行爲ナルカ故ニ第八十三條ヲ準用シテ處罰ス可キモノナリト論斷スルカ如キハ類推論斷ニシテ許ス可カラサルモノナリ、然レトモ此區別ハ寧ロ形式的ノモノタルニ過キサカ故ニ同一ノ事項ニシテ論理形式ノ如何ニ依リ或ハ擴張解釋ト認メラレ或ハ類推論斷ト認メラルルコトアル可シ例ヘハ乳母アリ故意ニ哺乳ヲ爲サスシテ嬰兒ヲ死ニ致ス場合アリトセヨ若シ此不作爲モ亦殺人ノ手段タルヲ得ルモノト認ムルトキハ解釋ニ外ナラサルモ反之斯ノ如キ行爲ハ之ヲ殺スノ行爲ニ包含セサレトモ其價值ニ於テ殺人行爲ト類似スルカ故ニ殺人罪ノ規定ヲ準用シテ處斷ス可シトノ形式論法ヲ用フルモノトセハ所謂類推論斷タル

可シ從テ斯ノ如キ行爲ヲ罰セント欲スル者ハ後ノ論理形式ヲ避ケテ前ノ形式ヲ採用スレハ則チ足ル可シ果シテ然ラハ所謂類推論斷ハ形式上禁止セララルニ止リ實質ニ於テハ擴張解釋ノ形式ヲ以テ採用セラレ得ルモノナルコトヲ知ル可ク又實際ニ於テ斯ノ如ク採用セラレツツアルコトヲ注意セサル可カラス

第五章 刑法ノ用語

第一 凡ソ法令ノ用語ハ徒ニ形式ニ拘泥シテ曖昧不可解ナラサルニ力メ成ル可ク普通一般ノ用例ニ從フト同時ニ最モ精確ナル可キコトヲ期シ同一ノ觀念ハ同一ノ語句ヲ以テ之ヲ表示シ同一ノ語句ハ同一ノ觀念ヲ指示スルモノト爲スヲ可トス然レトモ此希望ハ各種ノ立法ニ付テ之ヲ貫徹スルコト能ハサルノ事情アリ新刑法モ亦此事情ノ支配ヲ脱スルコトヲ得サリシカ如シ例ヘハ財産ニ對スル犯罪ノ物體ニ付テ或場合ニハ之ヲ財物ト稱シ他ノ場合ニハ之ヲ物ト謂ヒ又違法ノ觀念ヲ示スニ或ハ不正ト謂ヒ或ハ不法ト謂フカ如

キ或ハ又侮辱ト謂フ同一ノ語句ヲ以テ廣狹二義ヲ有セシムルカ如キ即チ是レナリ然レトモ刑法ハ公務員及ヒ公務所ノ意義ニ付テハ特別ノ必要アリト認メ第七條ニ於テ其定義ヲ示シテ語義ノ統一ヲ期シタリ

第二 法律ハ公務ノ執行ヲ妨害スル罪及ヒ瀆職ノ罪ヲ規定シタルノミナラス各本條中公務ノ關係ヲ以テ特別ノ條件ト爲シタル場合少カラス是レ公務機關ニ對スル罪及ヒ公務機關ノ犯罪ヲ豫防シ以テ公務執行ノ安全ト公平トヲ保持センコトヲ期スルモノニシテ諸國ノ立法例ニ於テ等シク注意セララル特別ノ事項ナリ然レトモ如何ナル公務機關ト犯罪トノ關係ヲ以テ刑法上特別ノ價值アリト爲ス可キカハ立法者ノ意見ヲ以テ決ス可キ事項ナルカ故ニ其範圍ハ法律ニ依リ同シカラス例ヘハ我舊刑法ニ於テハ官署又ハ官吏ノ犯罪及ヒ之ニ對スル犯罪ヲ觀察スルノミニシテ明治二十三年法律第百號ニ依リ刑法中官廳官署ニ關スル條項ハ公署ニ適用シ官吏ニ關スル條項ハ公吏ニ適用スルコトヲ得ルニ至リタリト雖モ其他ニ及ハス獨逸刑法ノ如キモ亦之ト稍同シキ範圍ニ於テ公務員ノ資格ヲ認メタリ即チ刑法上ニ於テ公務員ニ

anterior)ト稱スルハ就職宣誓ヲ爲シタルト否トヲ問ハス又終身、有期若クハ臨時ノ區別ナク帝國ノ公務又ハ聯邦各邦ノ直接若クハ間接ノ公務ニ任セラレタル者ヲ謂ヒ公證人亦之ニ屬スルモノトス(同法第三百五十九條)蓋斯ノ如ク其範圍ヲ狹隘ニスルハ公務ノ保護上不十分ナルカ故ニ新刑法ハ公務機關ノ刑法上ニ於ケル範圍ヲ擴張シ

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

ト規定シタリ而シテ此規定ハ日本帝國ノ公務員又ハ公務所ノミヲ定義スルモノニシテ外國ノ公務員又ハ公務所ヲ包含セサルハ勿論ナリ

第三 法令ニ依リ公務ニ從事スル職員トハ如何ナル者ヲ指スカ先ツ法律ニ例示シタル官吏、公吏、議員、委員ヲ包含スルハ明カナリ(一)官吏トハ任官ノ形式ニ依リ特別ノ權力服從關係ニ於テ國ノ事務ヲ分擔ス可キ義務アル者ナリ之ヲ分チテ親任、勅任、奏任、判任トシ任命ノ形式ヲ異ニス此等ノ者ニ准セララル者

(例)文官試補、見習及ヒ職務上此等ノ待遇ヲ受クル者例、公立中小學校職員、巡查、憲兵上等卒ノ類亦官吏ナリトス(二)公吏ハ公共團體即チ國家ニ服屬シ其組織ノ一部トシテ國家ノ目的ヲ遂行スルト共ニ自己ノ目的ノ爲メニ其事務ヲ處理スル團體殊ニ地方自治團體ノ吏員ナリ從來公證人モ亦公吏ナリト解セラレタルモ我法令ノ解釋トシテハ正確ナル根據アルニ非サルカ故ニ寧ロ其他ノ職員中ニ屬スル公務員ト認ムルヲ至當トス(三)議員、委員ハ法令ニ依リ公務ニ從事スルモノニ限リ公務員タリ例ヘハ帝國議會、縣會、郡會、市會、町村會、區會等ノ議員又ハ高等教育會議、鐵道會議等ノ議員、中央衛生會委員、東京市區改正委員、町村ノ常設又ハ臨時委員、教員檢定試驗委員、法律取調委員等ノ類之ニ屬ス運動會委員、歡迎準備委員ト云フカ如ク公務以外ノ關係ニ斡旋スル者ヲ包含セス(北海道土功組合評議員ハ公務員ナリ、大正三年れ第四九三號判決參照)

第四 要スルニ公務員ノ意義ハ法令ニ依リ公務ニ從事スル職員ト云フ意義ノ解釋如何ニ依リテ定マル可キモノナリ

一 公務トハ何ソ、曰ク國家及ヒ之ニ服屬スル公共團體ノ事務ノ一部ニ外ナ

ラス其事務ノ性質カ權力的ノモノナルト學問的又ハ技術的ナルトニ關係ナシ從テ個人事業タルコトヲ得ル事務モ其主體ノ如何ニ依リ公務タルヲ得ヘシ例ヘハ均シク教育事業ナリト雖モ官公立學校ノ事務ハ公務ニシテ私立學校ノ事務ハ公務タルヲ得サルカ如シ、公務ニ從事スル職員タルヲ要スルカ故ニ例ヘハ辯護士ノ如ク公認ノ試驗資格ヲ要シ官廳ノ監督ニ服スル者ト雖モ個人ノ利益ヲ辯護スル業務ニ從事スル者ハ公務員ニ非ス

二 職員ト謂フハ法令上特別ノ原因殊ニ任命囑託選舉ノ類タル行爲ニ基キ一定ノ組織的團體殊ニ國家又ハ公共團體ノ有形的機關トシテ不定量ノ事務ヲ執行ス可キ地位ヲ有スル者ナリ故ニ個個ノ一事件ノミニ付テ公務ヲ行フ者ハ公務員ニ非ス例ヘハ特定ノ事件ニ付テノ鑑定人、通事ノ如キ是レナリ反之數量ニ於テ不定ナル公務ニ從事ス可キ地位ニアル以上ハ期間ノ長短ヲ問ハス從テ臨時ノ職員モ公務員タルヲ得ヘシ、又法令上特別ノ原因タル行爲ニ基クニ非スシテ國民ノ一般義務トシテ一定ノ役務ニ從事スル兵卒ノ如キハ職員タル地位ヲ有スルコトナシ

三 公務員ハ法令ニ依リ公務ニ従事スル職員タルヲ要ス而シテ所謂法令ハ憲法、法律及ヒ天皇ノ職制權(憲法第十條)ニ依ル勅令又ハ法律勅令ノ委任ニ依ル命令ヲ指示スルモノト解セサル可カラス職員ノ地位ヲ設定シ又ハ職員ヲ任免スル權限ナキ者ノ發スル命令ニ依リ公務ヲ行フ者ハ公務員タル資格ヲ有セサルナリ又法令ニ依リ公務ニ従事スルモ上叙ノ意義ニ於ケル職員タル地位ナキ者ハ公務員ニ非ス例ヘハ明治二十九年勅令第二十一號海軍定期職工條例、明治三十四年勅令第八號政府直接事業ニ所要ノ職工人夫雇傭請負隨意契約制、明治三十五年勅令第九十一號砲兵工廠職工扶助條例、明治三十九年農商務省訓令第三十四號製材職工定夫規則等ニ依リ公務ニ従事スル者ノ如キ是レナリ給仕小使等ノ類亦同シ然レトモ權限アル者ノ發スル命令ナルトキハ其形式ノ如何ハ之ヲ問フ可キモノニアラス例ヘハ訓令ノ形式ニテモ可ナリ又公務員ノ行フ事務ハ法令上之ヲ具體的ニ明示スルコトヲ要スルモノニ非ス唯抽象的ニ又ハ法令ノ精神解釋上其根據ヲ認ムルヲ得レハ則チ足レリ

公務員ノ意義ニ關スル大審院ノ判例ハ予輩ノ所説ト大差アラサルカ如シ曰ク法令ニ依リ公務ニ従事スル職員タルニハ其職務カ單ニ公務タルヲ以テ足レリトセス公務ニ従事スル資格ノ根據カ法令ニ存スルヲ必要トシ又同條ニ所謂法令中ニハ官制、職制其他汎ク抽象的ニ職務權限ヲ定メタルモノヲ包含スルヲ以テ指令、訓令ト雖モ亦法令ノ一種ナリト解ス可ク而シテ就職ノ形式カ任命若クハ選舉ニ依ルト將タ囑託ニ基クトヲ問ハス公務ニ従事スル者ノ資格カ其根據ヲ一定ノ法令中ニ有スルニ非サレハ刑法上之ヲ公務員ト稱スルヲ得スト又曰ク明治四十年十月鐵達第十三號製鐵所職工規則ハ個個ノ事件ニ對スル處分ニ非スシテ製鐵所長官カ製鐵所官制ニ依リテ與ヘラレタル權限ニ依リ所内ニ亘リ抽象的ノ通則ヲ規定シタルモノニシテ法令ノ一種ナルヲ以テ右規則ニ依リ任用ノ根據及ヒ職務ヲ定メラレタル者ハ刑法ニ所謂公務員ナリトスト(大正八年第一八〇八號、同九年十二月十日宣告判決)更ニ又最近ノ判例アリ曰ク苟モ法令ニ依リ任命囑託若ハ選舉等ノ形式ニ從ヒ其ノ資格ヲ獲得シ國家又ハ公共團體ノ機關トシテ公務ニ従事スル者ナル以上ハ

法令ノ明文上特ニ其ノ職務權限ノ定アルト否トヲ問ハス公務員ケルヲ妨ケ
スト(大正十一年れ第二四一號同年七月廿二日言渡大審院判決)

第五 各官公廳ニ於ケル雇員ヲ以テ皆公務員ト爲ス可キヤ否ヤハ殊ニ著シキ
疑問タル可シ各行政法規ヲ通覽スルニ雇員ニ關スル規定少カラス(例文官任
用令第六條滿五年以上雇員トシテ同一官廳ニ勤續シタル者ハ云云其官廳ノ
判任文官ニ任用スルコトヲ得雇員備人等ノ手當金給與其他ノ事項ニ關スル
數多ノ勅令省令等)ト雖モ諸種ノ行政法規中雇員ヲ以テ職員吏員等ニ列シタ
ルモノハ極テ少ナク裁判所構成法カ其第二編ニ裁判所及ヒ檢事局ノ官吏ト
題シ其第六章ニ廷丁ノ雇入解雇及ヒ事務取扱ニ關スル事項ヲ規定シタルカ
如キハ例外ナリ茲ニ於テカ説ヲ爲ス者アリ曰ク雇員ハ民法上ノ雇傭關係ニ
於テ公務ニ從事スルモノニシテ斯ノ如キ者ハ公務員タルコトヲ得スト然レ
トモ法律ハ法令ニ依リ公務ニ從事スル職員タルコトヲ以テ公務員ノ概念ヲ
決スルモノニシテ雇傭關係タルト權力關係タルトヲ區別セサルノミナラス
雇員ヲ命スルコトモ公務所又ハ公務員カ職務上爲ス所ニシテ純然タル私法

的雇傭關係ナリト認ム可キヤ否ヤハ疑問タルヲ免レサルナリ(註要之官廳ノ
雇員モ上叙ノ法令ニ依リ官公吏ノ行フ可キ公務ニ從事スル者ハ之ヲ公務員
ト認ムルヲ得ヘク又斯ノ如ク解釋スルニ非サレハ公務執行ニ關スル刑罰保
護ノ主旨ヲ全ウスルコトヲ得サルナリ此觀察點ヨリ論スレハ執達吏代理モ
亦公務員タルヲ得ヘシ(同趣旨ノ判例アリ)

〔註〕三等郵便局ノ事務員モ亦明治四十一年十一月遞信省公達第九三八號
遞信管理局及ヒ通信官署雇員規定ニ依リ三等郵便局長ニ於テ採用ス可キ
通信官署ノ雇員ナルヲ以テ此兩者ハ公務員トシテノ關係アルニ止リ後者
ヲ以テ個人タル前者ノ私ノ雇人ナリト謂フ可カラス(大正三年れ第一三八
號大審院判決又鐵道院建築助手又ハ保線助手ハ雇員タルモ特殊ノ服務規
定ニ依リ公務ニ從事スルヲ以テ公務員ナリ(大正五年判決録一七二八頁)反
之司法省工手及ヒ稅務署雇員ノ如キハ公務員ニ非スト爲ス判例アリ(大正
元年判決録五七〇頁及ヒ大正六年同二七九頁)ト雖モ上叙ノ最近判例(大正
十一年れ第二四一號)ニ依ルトキハ此等ノ者モ亦公務員タルヲ失ハサル可

第六 公務所ハ法令ニ依リ公務ノ一部ヲ分配セラレタル無形ノ機關ニシテ公務員ヲシテ其公務ヲ擔任實行セシムルモノナリ〔註〕法典ニ所謂公務員ノ職務ヲ行フ所トハ即チ此趣意ニ外ナラス公務員カ職務ヲ行フニハ通常一定ノ場所又ハ建物ヲ使用スルモ有形ノ場所又ハ建物其モノカ公務所タルニ非サルナリ法典第二百四十二條及ヒ第二百五十二條等ニ於テ公務所ノ命令ト云フ觀念ヲ認メタルニ由テ之ヲ觀ルモ此趣旨ヲ知ルニ足ル可シ

〔註〕官署ハ公法ニ依リ限界サレタル國務ノ一部ナリ故ニ權利主體其モノニ非ス然レトモ公務ノ執行上國權ノ行使ヲ必要トスル範圍内ニ於テハ公務所ハ常ニ國權ヲ行使スルノ權能ヲ有スルモノニシテ此權能ハ又公務ヲ執行ス可キ義務ト分離シテ思考ス可キモノニ非サルカ故ニ官署其モノニ人格アルモノト想定シ之ヲ以テ公務ヲ執行ス可キ權利義務ノ繼續的主體ナリト認メ公務員ハ一定ノ時期ニ於テ之ヲ擔任スルモノト解スルコトヲ得ヘシ然レトモ國權ノ實際ノ主體ハ國家其モノナリ國權カ數多ノ官廳ニ

割讓セララルルモノニ非スシテ官廳ハ國家カ依テ以テ國權ヲ行使スル機關タルニ過キス故ニ官廳ヲ職權職務ノ主體ナリト認ムルハ人民トノ關係上官廳ヲ國家其モノト同一視スルノ便宜ニ基ク擬制ニシテ官廳カ國家ニ對シ獨立ノ人格アリトスル主旨ニ非ストハ是レ官廳ノ觀念ニ關スルラバンドノ説明同氏獨逸國法學第四版第三卷三三八頁乃至三四〇頁參照ニシテ公務所ノ觀念ヲ理解スルニ付テ參考ノ價值アルモノナリ然レトモ官廳ハ公務所ノ一種ニシテ即チ公務所ノ意義ハ官廳ノ意義ヨリ廣キコトヲ注意ス可シ

第六章 刑法ノ效力

第一節 時ニ關スル效力

第一款 不遡及ノ原則

第一 刑法ノ時ニ關スル效力ハ一般法令ノ時ニ關スル效力ト異ラサルモノニシテ刑罰法規ヲ定ムル法令ノ實施ノ始期ヨリ其廢止ニ至ルノ期間内ニ於テ

ノミ存在スルヲ通則トス〔註〕從テ刑法ハ原則トシテ其實施以前ニ行ハレタル犯罪ニ適用スルコトヲ得ス刑法不遑及(Nicht-rückwirkbarkeit)ノ原則即チ是レナリ又他ノ一面ニ於テ刑法ハ其廢止後ニ行ハレタル犯罪ニ付テ之ヲ適用スルヲ得ス(Nicht-nachwirkbarkeit.)

〔註〕法律勅令閣令及ヒ省令ハ特別ノ定メアル場合ノ外公布ノ日ヨリ二十日ヲ經テ效力ヲ生シ法令ノ臺灣朝鮮及ヒ關東州ニ於ケル施行力ハ其各官廳ニ到達シタル翌日ヨリ起算シ七日後ニ發生スルヲ原則トス明治三十一年法律第十號法例第一條同四十年勅令第六號公式令第十一條同二十九年勅令第二百九十二號同四十年勅令第十一號參照尙ホ地方官廳ノ發スル命令ノ施行期限ニ付テハ明治二十六年勅令第九十九號第三條第四條ヲ參照ス可シ又軍令制令關東都督府令等ノ施行期限ニ付テモ特別ノ規定アルコトヲ注意ス可シ而シテ刑法廢止ノ原因モ亦一般法令廢止ノ原因ト同一ニシテ即チ刑法ハ特ニ定メタル施行期限ノ滿了スルカ又ハ其適用物體カ絶對的ニ不能ニ歸スルカ或ハ明示的ニ若クハ默示的ニ後法(新法)ノ規定ニ

因テ廢止セラレルニアラサレハ消滅スルモノニ非ス長年期間ノ不適用ハ成文法ヲ消滅セシムル力ナシ

第二

刑法ハ既往ニ遡ルノ效力ヲ有セス (La loi pénale n'a pas d'effet rétroactif.) ト

ノ原則ハ佛國立憲議會カ一七八九年ノ人權布告中ニ之ヲ宣言シタル以來諸國刑法ノ採用スル所ナリト雖モ法令ハ公布後一定ノ時期ヲ經テ施行セラレルヲ原則トスルコトハ前述ノ如クニシテ其施行期限前ニ發生シタル事實ニ付テハ其法令ヲ適用セサルノ趣意亦自ラ明カナルカ故ニ舊刑法ニ明文アルニ拘ラス新刑法ハ明文ヲ設ケサリシナリ或ハ曰ク(一)裁判所ハ裁判當時ニ實シ力アル法令ノミヲ適用ス可ク既ニ廢止ニ歸シタル法令ヲ適用スルノ權能ナシ而シテ(二)立法者カ舊法ヲ以テ不充分ナリトシ新法ヲ制定シタル以上ハ新法ヲ適用スルヲ至當トスルノミナラス(三)凡ソ公ノ秩序ニ關スル法規ハ既ニ舊法規ノ下ニ確定シタル事實ヲモ變更スルヲ原則トスルカ故ニ新法ヲ適用スルヲ以テ原則ト爲ササル可カラスト然レトモ法令ニ施行期限ヲ定ムルハ其施行以前ニ發生シタル事實ニ之ヲ適用ス可カラサルノ趣旨ヲ包含スル

モノニシテ當然ニ遡及力アリト爲スハ失當ナリト謂ハサル可カラス〔註〕若シ夫レ特ニ原則トシテ或法令ノ遡及力ヲ認メントセハ明文ヲ必要トス可ク且立法論トシテハ斯ノ如キ明文ヲ設ケテ凡テ新刑罰法令ヲ適用スルコト最モ便利ナル可シ我新律綱領ニ於テ凡律ハ頒降ノ日ヨリ始メト爲ス若シ所犯頒降以前ニ在ル者モ竝ニ新律ニ依テ擬斷シ舊律ヲ援引スルコトヲ得スト規定シタルハ此便宜主義ヲ採用セルコト明カナリ然ルニ改定律例以來歐洲刑法ニ倣ヒ此原則ヲ否定シタルハ寧ロ予輩ノ贊同セサル所ナリ(法學志林第百號所載拙著「刑法ノ遡及力」ニ付テ第一段參照)

〔註〕最近立法案タル一九一九年獨乙刑法改正案第六條第一項及ヒ一九二一年伊太利草案第一條第一項ニ於テ行爲當時ノ法律ヲ適用ス可シトノ原則ヲ認メタルハ則チ不遡及ノ原則ヲ明示スルモノナリ

第二款 輕キ新法ノ遡及

第一 刑法不遡及ノ原則ニ對シテ一大例外アリ是レ即チ法典第六條ノ規定スル所ナリ法文次ノ如シ

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

刑法不遡及ノ原則ニ從フトキハ犯罪終了後ニ實施セラレタル法律(新法)ハ其犯罪ニ付テ之ヲ適用スルヲ得スト雖モ立法者カ特ニ例外ノ規定ヲ設ケテ新法ヲ既往ノ事實ニ適用セシムルハ不法ニアラス而シテ本條ノ規定ニ依ルトキハ新法ノ遡及スルハ新法ト舊法(犯時法)トヲ比照シ新法カ舊法ヨリモ輕キ場合ニ限ルモノトス〔註一、二〕故ニ新法カ舊法ヨリ重キ場合ハ勿論其輕重ナキトキハ一般原則ニ從ヒ舊法ヲ適用セサル可カラス

〔註一〕輕キ新法ヲシテ既往ニ遡及セシムルハ犯人ニ對スル立法者ノ恩惠タルニ外ナラス是レ博愛主義ノ要求ニ基キタル恩惠的ノ規定ナリ輕キ法律ノミカ遡及スルニ付テハ法理上強キ根據アルモノニアラス一九一九年獨乙改正案亦輕キ新法ノ遡及ヲ認ムル從來ノ立法例ニ從ヘリ一九二一年伊太利草案ハ略同様ナルモ慣習的犯罪人ニ對シテハ輕キ新法ノ遡及ヲ否定シタリ

〔註二〕輕キ新法ノ遡及力ト「新法ハ舊法ニ優ル」即チ「後法ハ前法ヲ廢ス」トス

posterior derogat lex priori)ノ原則トヲ混同ス可カラス此原則ハ同一事項ニ付テ新舊兩法ニ規定アルトキハ舊法ハ新法ノ爲メ廢止セララルコトヲ認ムルモノニシテ新法實施後ニ發生シタル事實ニ付テハ新舊法ノ刑ノ輕重如何ニ拘ラス常ニ新法ヲ適用ス可シトノ結論ヲ生シ毫モ舊法時代ノ犯罪ニ對スル法律適用問題ニ關セス反之輕キ新法ノ遡及問題ハ舊法時代ニ行ハレタル犯罪ニ對スル法律ノ適用問題ニ關スルモノニシテ新法實施後ノ犯罪ニ關係セス

第二 新舊法比照ノ問題ハ或法律ノ下ニ於テ犯罪アリタル後法律ノ變更セラレタル場合ニ限リテ生スルモノトス從テ犯罪當時ヨリ判決確定スル迄ノ間ニ於テ法律ノ變更ナキ場合ニハ問題ヲ生セス〔註三〕若シ此間ニ於テ法律ノ變更アリタルトキハ凡テ之ヲ比照スルヲ要ス〔註四〕

〔註三〕連續犯又ハ持續犯カ前法施行時代ト後法施行時代トニ跨リテ犯サレタルトキハ第六條ヲ適用ス可キヤ否ヤ蓋新舊法比照ノ問題ハ行爲カ舊法時代ニ行ハレ新法時代ニ審判セララルル場合ニ限リテ生スルモノニシテ

新法實施後ニ行ハレタル行爲ニ付テハ常ニ新法ヲ適用ス可キモノナルカ故ニ連續又ハ持續シタル行爲ヲ舊法時代ニ行ハレタル部分ト新法時代ニ行ハレタル部分トニ分割スルコトヲ得ルモノトセハ舊法時代ニ行ハレタル部分ニ付テノミ新舊法比照ノ問題ヲ生ス可シト雖モ此種ノ犯罪ハ一罪トシテ處分ス可キモノニシテ之ヲ分割シテ觀察スルハ失當タルヲ免レス然ラハ則チ如何ナル觀察ヲ下ス可キモ或ハ其犯罪カ全部舊法ノ下ニ於テ犯サレタルモノト看做シテ第六條ヲ適用ス可キカ或ハ全部新法ノ下ニ行ハレタリト看做シテ當然ニ新法ヲ適用ス可キカ何レモ事實ニ反スルカ故ニ適當ナリト云フヲ得ス惟フニ此場合ニ於テハ一罪ニ付テ前法ト後法トカ具體的ニ衝突スルモノナルカ故ニ後法ハ前法ニ優ルトノ原則ニ照シテ常ニ新法ヲ適用スルヲ至當トス(大審院判例ハ同趣旨ニシテリスト及ヒ牧野博士等ハ反對說ヲ採用ス)

〔註四〕犯罪後判決當時マテニ法律カ屢變更セラレタルトキハ其中ニテ最も輕キモノヲ適用スルコトヲ要ス中間法律ハ違反セラレタルモノニアラ

ス又判決當時有效ナルモノニアラスシテ犯罪ト何等ノ關係ナキカ故ニ之ヲ適用スルヲ得スト主張スル者アリト雖モ第六條ノ規定カ恩惠的ノ趣旨ヲ有スル以上ハ中間法律ト雖モ其輕キ場合ニ於テハ之ヲ適用スルヲ至當トス加之第六條ニ所謂犯罪後ノ法律中ニハ中間法律ヲモ包含スルコト明白ナリ

第三 新舊法比照ニ付テノ問題ハ舊法ノ下ニ於ケル犯罪事實ニ關シテ刑ノ變更アリタル場合即チ新舊法カ互ニ刑ノ有無若クハ輕重ヲ異ニスル場合ニ於テ且其場合ニ限リテ生スルモノトス故ニ例ヘハ姦通若クハ重婚罪ヲ犯シタル後詐欺取財ノ規定ニ變更ヲ生スルモ固ヨリ新舊法比照ノ問題ヲ生セス新法カ舊法ニ於ケル姦通若クハ重婚ニ對シ刑ノ種類又ハ範圍ヲ變更シ又ハ加重減輕ノ規定ヲ變更シタルトキハ比照ノ問題ヲ生ス可シ又例ヘハ民法ニ於テ婚姻ノ要件變更セララルルモ之カ爲メニ法定ノ犯罪事實及ヒ其刑ノ範圍ハ毫モ變更セラレサルカ故ニ姦通若クハ重婚罪ヲ犯シタル後民法上ニ於テ婚姻ノ要件ニ變更ヲ生スルモ刑法第六條ノ適用ナシ之ト等シク單ニ或事實狀

態ノ變更ニ因リ法定ノ犯罪事實カ將來發生スルコト能ハサルニ至ルコトアルモ其變更前ニ行ハレタル犯罪ヲ無罪トスルヲ得ス例ヘハ戰時刑罰法所定ノ事實カ戰爭終熄ニ因リテ已ニ發生スルコト無キニ至ルモ戰時中ニ犯サレタル犯罪ハ處罰セラル可キモノトス(獨逸案第六條第四項ハ此趣旨ヲ明カニセリ)終リニ空白刑罰法規ニ付テモ亦同様ノ論結ヲ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ新刑法第九十四條ニシテ變更セラレサル以上ハ犯罪後ニ於テ局外中立ニ關スル命令ノ效力消滅スルニ至ルモ(交戰國間ニ平和回復シタル爲メ)尙ホ同條ヲ適用シテ其犯罪ヲ處罰セサル可カラス

同一ノ法定犯罪事實ニ對スル處罰ヲ廢止シ或ハ抽象的ニ法定犯罪事實ノ範圍ヲ變更スル法規ハ各本條ノ法定刑ノ範圍ヲ變更スル刑罰法規ト等シク比照ノ對象タルヲ得ルヤ否ヤ理論トシテハ之ヲ肯定スルコトヲ得ヘク從テ無罪ノ言渡ヲ爲ササル可カラスト雖モ斯ノ如キ場合ニ關シテハ刑事訴訟法ニ特別ノ規定ヲ存スルカ故ニ之ニ從ハサル可カラス即チ現行刑事訴訟法第六條第六十五條、第二百二十四條、新刑事訴訟法第三百十四條、第三百六十三條

ニ依レハ犯罪後ノ法令ニ因リ刑ノ廢止アリタルトキハ免訴ノ言渡ヲ爲ササル可カラス次ニ抽象的ニ法定犯罪事實ノ範圍ヲ變更スル法規トハ犯罪ノ一般要素又ハ特別要素ニ抽象的ノ影響ヲ及ホス法規ヲ謂フモノニシテ例ヘハ違法ヲ阻却スル原因又ハ責任能力ニ關スル規定ノ如キ是レナリ此種ノ法規ノ遡及力ニ付テハ學說一致セスト雖モ之ヲ刑ノ廢止ノ場合ト同一ニ觀察スルヲ正當ナリトス〔註五〕

犯罪後ノ法律ニ因リ公訴時効期間ノ變更アリタル場合ニハ第六條ノ適用アリヤ否ヤニ付テモ議論アリ獨逸ニ於テハ公訴時効ハ刑罰權ヲ消滅セシムルモノト認メ之ヲ刑法典ニ規定スルカ故ニ此期間ノ變更ハ畢竟刑ノ變更ナリト解スルヲ例トスレトモ我法律ニ於テハ公訴時効ハ公訴權ヲ消滅セシムルヲ本旨トシ刑罰權ハ之カ結果トシテ自然消滅ニ歸スルニ外ナラサルモノト解スルヲ正當トスルカ故ニ刑事訴訟法ノ規定ニ依リ常ニ新法ノ期間ニ從フモノト爲スヲ正當ナリトス(判例亦同說ナリ)然レトモ新規定ノ實施セラルル以前既ニ公訴時効ノ完成シタル事件ニ付テ新規定ノ適用ナキハ勿論ニシテ

又犯罪後ノ法律ニ依リ刑ノ變更アリタル場合ニハ刑法第六條ニ依リ輕キ刑ニ從ヒテ時効期間ヲ定ム可キコトヲ注意ス可シ(判例ハ此點ニ付キ反對ナリ、大正元年大審院判決錄一二三一頁參照)例ヘハ舊刑法時代ニ犯サレタル持兇器竊盜カ刑事訴訟法時効期間ノ區別上十年以上ノ懲役ニ該ル罪ナリヤ將タ十年未滿ノ懲役ニ該ル罪ナリヤト言ハハ此問題ハ刑法上ノ問題ナルカ故ニ第六條ニ依リ輕キニ從ヒタル後刑事訴訟法第二百八十一條第三號ノ時効期間ニ依ル可キモノトスルヲ正當ナリトス

〔註五〕 **リスト**ハ新舊法ノ比照ニ付テハ特定ノ場合ニ於テ罪ノ有無及ヒ刑ノ輕重ニ直接又ハ間接ニ影響ヲ及ホス可キ總テノ法規ヲ斟酌ス可キ結果トシテ刑罰法規以外ノ規定モ刑罰法規ノ内容ニ變更ヲ生スル範圍内ニ於テ遡及力ヲ有シ得ルモノナリト説明シ**フランク**ハ犯罪ノ要素ニ變更ヲ及ホササル非刑罰法規ノ變更ハ特定ノ行爲カ其變更後ニ於テ罪トナラサルカ如キ結果ヲ生スルニ過キスシテ刑法上遡及力ヲ有セス之ニ反シ非刑罰法規ノ變更カ同時ニ犯罪ノ要件ヲ變更スルトキハ其輕キ場合ニ於テ刑法

上週及力ヲ有スト斷シコトルラウシハ非刑罰法規ノ變更ニ因リ保護ヲ受クル物體カ其性格ヲ失フ場合ニハ該物體ニ對スル將來ノ侵害ヲ罰スルコト能ハサルニ至ルモ輕キ新法ヲ存セス之ニ反シ非刑罰法規ノ變更ニ因リ或物體カ其從來ノ性格ヲ失フニ非スシテ刑罰保護カ全部又ハ一部除却セラルルトキ例ヘハ行爲ノ違法性カ除却セラルル場合ハ其新法ハ刑法上週及力ヲ有スト説明セリ

第四 新舊法比照ノ問題ハ刑ヲ適用スル場合ニ關スルモノナルコト明カニシテ再ヒ刑ヲ適用スルノ餘地ナキ既判事件ニ影響ヲ及ホス可キ性質ノモノニアラス然レトモ苟クモ刑ヲ適用スル場合ナルニ於テハ何レノ審級ニ屬スル裁判所ト雖モ本條ヲ遵守セサル可カラサルコト勿論ナリ〔註六〕

〔註六〕 上告審繫屬中ニ輕キ新法カ實施セラルル場合ニ於テ上告裁判所カ第六條ニ依リ輕キ新法ヲ適用スルカ爲メニハ先ツ第二審判決ヲ破毀セサル可カラサルハ明カナリ然ルニ第二審判決カ輕キ新法判決當時ニ存在セサルヲ適用セサリシコトカ當然ニ破毀ノ理由トナルヤ否ヤニ付テハ異論

アリ一説ニ依ルトキハ上告審ニ於テハ其判決當時ノ法律狀態ヲ標準トシテ第二審判決カ法律ニ違背スルヤ否ヤヲ判斷ス可キモノナルカ故ニ被告事件カ上告審繫屬中ニ於テ輕キ新法ノ實施セラルルトキハ第二審判決カ此法律ヲ適用セサリシヲ違法トシテ之ヲ破毀シ新法ヲ適用ス可カラス(判例亦此見解ヲ採用ス)然レトモ上告裁判所ハ下級裁判所ノ判決カ法律ニ違背スルヤ否ヤヲ審判スルモノニシテ此審判ハ下級審判決當時ノ法律狀態ヲ標準トシテ之ヲ爲ササル可カラス下級裁判所カ其判決當時ニ於テ未タ實施セラレサル法律ヲ適用セサルハ違法ニアラス若シ將來實施セラレ可キ法律ヲ其實施前ニ適用スルコトアリトセハ是レ即チ法律ノ不當不法ナル適用ナリ上告裁判所ハ違法ナラサル判決ヲ破毀スルヲ得ス從テ事件カ上告審ニ繫屬シタル後輕キ新法ノ實施セラルルニ至リタルノ事實アルヲ以テ第二審判決ヲ違法ナリトナス可キニ非サルカ故ニ此範圍ニ於テハ刑法第六條ノ適用ナシ要之上告審ニ於テモ罪ヲ處斷ス可キ場合ニハ輕キ新法ヲ適用ス可キモノナリト雖モ舊刑事訴訟法ニ於ケルカ如ク上告申立後

ニ新法ノ實施セラレタルコト自體ヲ理由トシテ原判決ヲ破毀ス可シトノ特別ノ明文ヲ置カサルトキハ第二審判決カ上告審繫屬後ニ實施セラレタル新法ヲ適用セザリシコトヲ違法ナリトシテ其判決ヲ破毀シ直チニ新法ヲ適用スルノ餘地ナキナリ(同說ヘルシネル、マイヤー、オッペンホッフ、オルスハウゼン、シワルツ、エーヤンカ等)然レトモ是レ舊刑事訴訟法ノ解釋論ニシテ刑法第六條ノ解釋問題ニ非ス本條ノ規定ハ刑ノ適用ヲ爲ス可キ一切ノ場合ニ付テ適用アリト解スルヲ以テ足ル、新刑事訴訟法ニ於テハ判決アリタル後刑ノ廢止變更アルモ法令違反ト認ムルコトナク特別ノ上告理由トシテ破毀セシムルモノトセリ(同法第四百九條、第四百十五條、第四百十六條、第四百三十四條參照)之ヲ正當ナル見解ナリトス

第五

法典第六條ニ依リ刑ノ輕重ヲ比照ス可キ場合ヲ類別シテ二種トス其一ハ法典其モノノ各本條又ハ法典ノ刑名ニ依リ刑ヲ定ムル刑罰法規ニ變更アリタル場合ナリ此場合ニ於テハ新舊法ノ何レニモ法典ノ總則ノ適用アリテ唯法定刑ノ差異ヲ生スルニ過キサレカ故ニ法典第十條ニ依リ新舊法ニ於ケ

ル法定刑ノ輕重ヲ比照シテ輕キモノ適用スルヲ以テ足ル刑ヲ定ムル命令ノ規定ニ變更アリタル場合ニ付テモ亦同シ(法典第八條參照)

其二ハ刑法又ハ刑法ノ刑名ニ依リ刑ヲ定ムル刑罰法規ト舊刑法トノ間ニ於テ輕重ヲ比照ス可キ場合ナリ此場合ニ於テハ新舊兩法ノ刑名異ナルカ故ニ法定刑ノ輕重ヲ比照スルニ付テ特別ノ法律規定ヲ要ス可ク又兩法ニ於テ刑ノ有無及ヒ輕重ヲ定ムル標準ト爲ス可キ他ノ條件ヲ異ニスルカ故ニ如何ナル方法ヲ以テ比照ヲ爲ス可キカヲ規定スル必要アリ是レ刑法施行法(明治四十一年三月法律第二十九號)ニ關係規定ノ存スル所以ナリ、前述ノ如ク新舊法ノ比照ハ具體的ナラサル可カラス換言スレハ獨リ法定刑ノ輕重ノミナラス被告人各自ニ付テ刑ノ輕重ニ影響スル一切ノ規定ヲ斟酌セサル可カラス更ニ之ヲ換言スレハ各被告人ニ付キ假ニ舊法ト新法トヲ別別ニ適用シ其何レニテモ結果ノ輕キモノヲ實地ニ適用スルヲ要スルモノトス而シテ刑法施行法ノ規定モ亦概ネ此趣意ニ從ヘリ(註七)

〔註七〕 刑法施行法中新舊法ニ於ケル刑ノ輕重比照方ニ關スル規定ハ第二

條第三條第六條及第七條ナリ同法第五條第八條乃至第十四條ノ規定ノ如キハ均シク法律ノ適用ニ關スル規定ナリト雖モ刑法不遑及ノ原則ニ對スル例外ヲ定ムルモノニシテ刑法第六條ニ依リ輕キ新法ヲ適用スル爲メニ必要ナル刑ノ輕重比照方ニ關係ナシ又親告罪ニ於ケル告訴ハ訴訟條件ニシテ刑ノ輕重ニ關セサルカ故ニ法典第六條ノ規定ノ關係スル所ニアラスト雖モ施行法第四條ハ之ニ關スル特別ノ規定ヲ爲シタリ

第二節 場所ニ關スル效力

第一款 緒論

第一 凡ソ犯罪ハ國內ニ於テ犯サルル場合ト國外ニ於テ犯サルル場合トアリ此兩様ノ場合ニ亘リ如何ナル範圍ニ於テ國內刑法ヲ適用ス可キカハ國內法ノ規定ス可キ事項ナリ外國ニ於ケル犯罪ニ付テ國內ニ於テ刑法ヲ適用スルハ外國ノ主權ヲ侵害スルモノニアラス而シテ我舊刑法カ此事項ニ關シテ何等ノ規定ヲ存セサリシハ一大缺點ナリシカ新法典ハ第一條乃至第五條ノ規定ヲ以テ此缺點ヲ補フニ至レリ〔註一〕

〔註一〕 場所ニ關スル刑法ノ效力ヲ規定スル法規ヲ名ツケテ國際刑法ト稱スルノ例アリト雖モ此種ノ法規カ國家ト國家トノ關係ヲ定ムル純然タル國際法ノ一部ニアラサルハ明白ナリ之ヲ國際刑法ト云フハ涉外的元素ヲ有スル犯罪ニ付テ刑法ノ適用範圍ヲ定ムルカ爲メナルニ外ナラス

第二 刑法ノ場所ニ關スル效力ノ問題ハ之ヲ廣ク觀察スレハ(1)帝國ハ如何ナル場所ニ於テ刑罰權ヲ行使スルコトヲ得ルカ、(2)刑罰法令ハ如何ナル場所ニ於テ施行セラルルカ、(3)刑罰法令ハ如何ナル場所ニ於テ犯サレタル犯罪ニ付テ之ヲ適用スルコトヲ得ルカノ三問題ヲ包含ス、而シテ刑法法例中ノ規定ハ最後ノ問題ニ付テノミ直接ノ關係ヲ有ス

第三 國家ハ其領土、領水、領空ノ範圍内ニ於テノミ權力行動ヲ爲スコトヲ得ルヲ原則トス刑罰權ノ行使ニ付テ亦同シ然レトモ國際法上ノ慣例及ヒ特別ノ條約ニ依リ此原則ニ對スル例外ヲ認ムル場合アリ帝國ハ特別ノ條約ニ依リ現今租借地タル關東州ニ於テ帝國内ニ於ケルト同シク統治權ヲ行ヒ〔註一〕支那及ヒ暹羅國ニ於テ領事裁判權ヲ行使シ〔註二〕南洋群島ノ一部ニ於テ委任統

治權ヲ行フ〔註三〕而シテ戰時國際法ノ例規ニ依レハ帝國軍ノ占領地ニ於テモ帝國ハ其裁判權ヲ行使スルコトヲ得ルモノトス反之我領土領海内ニ在ル外國使節及ヒ其隨員ノ事務所竝ニ住宅及ヒ外國軍艦内ハ權力ヲ以テ之ヲ犯スコトヲ得ス

〔註一〕明治三十八年十月十六日勅令、露國講和條約第五條、明治三十九年一月三十一日勅令、支那滿洲ニ關スル條約第一條參照

〔註二〕明治二十九年十月二十九日勅令、日支間通商航海條約第三條第二項第二十二條、明治三十一年二月二十五日日還間議定第一參照

〔註三〕大正九年條約第一號ベルサイユ對獨平和條約、第二十二條、第一百九條及ヒ大正十一年七月條約第五號太平洋諸島委任統治ニ關スル日米間條約參照

第四 凡ソ國家カ其刑罰權ヲ實行シ得ル場所ニ於テ如何ナル刑罰法令ヲ施行スルカハ專ラ國內法ニ依テ決定ス可キ問題ナリ從テ立法例ニ依リ其主義同シカラス或ハ刑罰權ヲ行使シ得ル場所全體ニ於テ凡テ同一法令ヲ實施スル

モノアリ(例、獨逸)或ハ場所ニ依テ別異ノ法令ヲ布キ全ク統一ヲ缺クモノアリ蓋一國司法上ノ利害問題ヨリ觀察スルトキハ斯ノ如ク法系分割主義ヲ採用スルハ種種ノ不便ト不利トヲ生スルモノニシテ頗ル不適當ナルカ故ニ原則トシテ統一主義ヲ採用シ必要已ムヲ得サル範圍内ニ於テノミ例外ヲ認ムルヲ可トス本邦ノ制度ハ後者ニ屬ス

一 現行法ニ依レハ朝鮮、臺灣及ヒ樺太ニ付テハ全部又ハ一部ヲ此等ノ地ニ施行スルコトヲ要スル法律ハ勅令ヲ以テ之ヲ指定スルコトヲ要シ(明治四十四年法律第三十號、同三十九年法律第三十一號、大正五年法律第二十八號、明治四十年法律第二十號)其指定ナキモノハ此等ノ地ニ施行セララルコトナシ而シテ普通刑法典ハ樺太ニ施行セララルモ(明治四十年勅令第九十四號)ヲ以テ之ヲ指定セリ(朝鮮及ヒ臺灣ニハ施行セラレス)朝鮮ニ於テハ明治四十五年制令第十一號、朝鮮刑事令ニ依リ、臺灣ニ於テハ同四十一年律令第九號、臺灣刑事令ニ依リ、刑法ニ從フ旨ノ規定ヲ設ケタリ)其他ノ刑罰法令モ同様ナルヲ通例トスレトモ陸海軍刑法、特許法、意匠法、實用新案法、商標法、著

作權法、郵便法、電信法其他若干ノ法律(何レモ罰則ヲ伴フ)ハ朝鮮、臺灣ニモ施行セラルルモノトス(明治四十年勅令第九十四號、同四十二年勅令第三百三十五號、第四百十二號、大正二年同第二百八十三號等參照)然リ而シテ朝鮮、臺灣等ニ施行セラレサル刑罰法令殊ニ刑法典ノ罪ハ之ヲ内地ニ於テ犯ストキハ犯人朝鮮、臺灣ノ地ニ在ルモ之ヲ同地ニ於テ處罰スルノ途ナク又彼地ニ於テ犯ストキハ犯人内地ニ來ルモ通常裁判所之ヲ處罰スルヲ得ス且又累犯關係ノ如キモ相互ニ何等ノ交渉ヲ有セサルモノト解ス可キモノニシテ其不便ナルハ勿論一國刑罰權ノ運用ヲ完ウスル所以ニ非サルコト亦明白ナルカ故ニ大正七年法律第三十九號共通法ハ左ノ規定ヲ設ケテ此不便ヲ除去シタリ

共通法第十三條 一ノ地域ニ於テ罪ヲ犯シタル者ハ他ノ地域ニ於テ之ヲ處罰スルコトヲ得
同 第十四條 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各地域ニ於テ其ノ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其ノ相互ノ間亦同シ
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前項ノ場合ヲ除クノ外犯罪地ノ

法令ニ依ル但シ管刑ニ關スル規定ハ此ノ限ニ在ラス
犯罪地ノ法令ニ依リ處斷スル場合ニ於テ處斷地ノ法令ニ管刑ニ關スル規定アルトキハ其ノ規定ニ依リ管刑ノ言渡ヲ爲スコトヲ得

同 第十五條 一ノ地域ノ法人ノ役員又ハ支配人ノ行爲ニ付定メタル刑罰ノ規定ハ其ノ地域ニ於テ他ノ地域ノ同種ノ法人ノ役員又ハ支配人ノ爲シタル行爲ニ之ヲ適用ス
前項ノ役員ニハ第八條第二項ニ掲クル者ノ外検査役ヲ包含ス

同 第十六條 一箇ノ刑事事件又ハ牽連スル數箇ノ刑事事件カ地域ヲ異ニスル數箇ノ裁判官應ニ管轄ニ屬スルトキハ刑事訴訟法第二十七條及第二十八條ノ規定ヲ準用ス

同 第十七條 一ノ地域ノ檢察、檢察官又ハ其ノ職務ヲ行フ者他ノ地域ノ管轄裁判官應ニ於テ事件ヲ審理スルコトヲ適當ト認ムルトキハ其地域ノ檢察、檢察官又ハ其ノ職務ヲ行フ者ニ之ヲ送致スルコトヲ得

一ノ地域ノ豫審又ハ第一審ノ裁判官應他ノ地域ノ管轄裁判官應ニ於テ事件ヲ審理スルコトヲ適當ト認ムルトキハ檢察、檢察官又ハ其ノ職務ヲ行フ者ノ請求ニ因リ決定ヲ以テ其ノ地域ノ管轄裁判官應ニ之ヲ移送スルコトヲ得

同 第十八條 一ノ地域ニ於テ刑事ノ訴訟若ハ即決處分又ハ假出獄ニ關シテ爲シタル裁判處分其ノ他ノ手續上ノ行爲ハ他ノ地域ニ於ケル法令ノ適用ニ關シテハ其ノ地ニ於テ爲シタルモノト同一ノ効力ヲ有ス

同 第十一條第一項但書ノ規定ハ私訴ニ之ヲ準用ス
同 第十九條 一ノ地域ニ於テ爲シタル刑ノ執行猶豫ノ言渡又ハ假出獄ノ處分ハ他ノ地

域ニ於テ其ノ地ノ法令ニ依リ之ヲ取消スコトヲ得

三三〇

二 關東州ハ我租借地ナリ租借地ヲ以テ領土ニ外ナラストスル英獨ノ學說ハ我政府ノ採用セサル故ニヤ關東州ニ於ケル諸般ノ成規ハ法律ヲ以テ之ヲ定メスシテ皆勅令ニ依ルノ慣例ナルカ如シ故ニ刑法典モ亦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ニ依リ此地ノ裁判ニ付キ準據ト爲ルニ止リ刑法典其モノカ直接ニ實施セラルルモノト認ムルコトヲ得サルハ朝鮮臺灣ニ於ケル關係ト稍同様ナリ

三 南洋群島委任統治區域ニ於テハ我統治權ヲ行フコト既述ノ如シ而シテ對獨平和條約第廿二條第六項ニ依レハ此區域ハ後見統治受任國タル日本帝國ノ領土ノ構成部分トシテ其ノ國法ノ下ニ施政ヲ行フヲ以テ最善ナリト爲セルカ故ニ之ヲ帝國ノ領土ト同一視スルヲ最モ得策ナリトス可ク(法制時報大正十一年七月號所載清水博士同說)從テ此區域ニハ當然憲法ノ施行セラル可キヲ前提トシ朝鮮臺灣ニ於ケルト同一ノ態度ヲ以テ法律ノ施行ニ關スル特別法ヲ設クルヲ可トス然レトモ政府ハ何等此種ノ計劃ヲ爲

ナス南洋廳官制ニ依リ長官ノ命令ヲ以テ殆ト無制限ノ罰則ヲ設ケ得ルコトヲ定メタルノミナラス大正十二年勅令第二六號南洋群島裁判事務取扱令ヲ以テ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除ク外刑法、民法、刑法施行法等ニ依リテ裁判事務ノ取扱ヲ爲シ島民ノミニ關スル民事事件ハ慣例ニ依ルノ原則ヲ定メタルカ故ニ(第一條第二條)同島ノ地位ハ關東州ト實際上殆ト異ル所ナキナリ

四 帝國ノ領事裁判權ヲ行フ地域即チ現今支那及ヒ暹羅國ニ於テハ帝國臣民ニ對シ我刑罰法令ヲ施行ス可キモノトス(明治三十二年法律第七十號領事官ノ職務ニ關スル制第三條第七條)日清通商航海條約第二十二條參照然ルニ我刑罰法令中如何ナルモノヲ施行ス可キカニ付テハ何等ノ明文ナキカ故ニ普通ニ内地ニ行ハルルモノヲ施行ス可キモノト解セサル可カラス然レトモ所謂附隨的刑罰法規ハ之ヲ包含スル法令ニ依リ保護セラル可キ法律關係カ此地域ニ存在スル場合ニ非サレハ保護セラル可キ法益ヲ缺クカ故ニ適用ノ餘地ナシ明治四十四年勅令第二百六十七號カ帝國臣民ノ帝

國ニ於テ享有スル特許權、意匠權、商標權、實用新案權及ヒ著作權ノ效力ヲ關東州及ヒ上叙ノ地域ニ及フモノト認メ當該法律中罰則ヲ其地ニ在ル帝國臣民ニ適用ス可キコトヲ定メタルノ趣旨亦上叙ノ理ニ基ケルモノナラン(ステンゲル獨逸保護領内ノ法律關係論一九〇〇年版一七二頁以下、ビゴツト領事裁判權論二六二頁以下參照我判例亦此趣旨ヲ採用スルニ至レリ)〔註〕

〔註〕大正六年れ第一七八二號判決ニ云ク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可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可キモノニ非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可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可キモノニ非スト

第二款 國內犯及ヒ國外犯ト刑法ノ適用

第一 刑罰法令ハ如何ナル場所ニ於テ犯サレタル犯罪ニ之ヲ適用スルコトヲ

得ルカノ問題ハ刑罰法令ノ施行セラルル場所ニ在ル者ヲ犯罪人トシテ處罰スルニハ其犯罪カ如何ナル場所ニ於テ犯サレタルモノナルコトヲ要スルカノ問題ニシテ上叙二問題トハ其趣意ヲ異ニス例ヘハ刑法ハ外國ノ領海ニ在ル帝國船舶内又ハ外國領土ニ於テ犯サレタル一定ノ犯罪ニ付キ其犯人ヲ帝國內ニ於テ處罰スル場合ニ之ヲ適用スルコトヲ得ヘシト雖モ帝國ハ上叙ノ船舶(商船)内又ハ外國領土ニ於テハ特別ノ條約アルニ非サレハ刑罰權ヲ實施スルヲ得サルナリ而シテ本問題ニ付テハ四個ノ主義アリ屬地主義、屬人主義、世界主義及ヒ折衷主義是レナリ

一 屬地主義 (Prinzip der Territorialität) ハ凡ソ國內ニ於テ犯サレタル犯罪ニ付テハ犯罪人ノ國籍如何ヲ問ハスシテ國內刑法ヲ適用スルモ外國ニ於テ犯サレタル犯罪ハ之ヲ不問ニ付スルモノナリ

二 屬人主義 (Prinzip der Personalität) 犯罪地ノ如何ヲ問ハス内國人ハ皆之ヲ處刑スルモ外國人ハ之ヲ放任スル主義ナリ、外國ノ領事裁判權ヲ行ハルル國ニ於テハ此主義ノ認容セラルルコトアリ

三 世界主義 (Prinzip der Welrechtspflege.) ハ犯罪地ノ國內タルト國外タルトヲ問ハス又犯罪人ノ國籍如何ニ關セス一切ノ犯罪ニ付テ國內刑法ノ效力ヲ認ムルモノナリ

四 折衷主義 ハ凡ソ國內ニ於テ犯サレタル犯罪ニ付テハ犯罪人ノ國籍如何ニ依ラスシテ國內刑法ヲ適用シ外國ニ於テ犯サレタル犯罪ニ付テハ內國ノ秩序ヲ維持スル爲メ必要ナル範圍内ニ限リテ國內刑法ノ效力ヲ認ムルモノナリ而シテ其範圍ヲ定ムルニハ二個ノ標準アリ一ハ犯罪ノ主體ヲ標準トスルモノニシテ即チ內國法上ノ身分ヲ有スル者ハ之ヲ處罰スルモ其他ノ者ハ一切之ヲ不問ニ付スルモノ(身分主義)ナリ一ハ被害法益ヲ標準トスルモノニシテ即チ被害法益カ自國若クハ自國人民ニ屬スル場合ニハ其犯罪ヲ處罰スルモ其他ノ場合ニハ之ヲ放任スルモノ即チ保護主義又ハ實質主義 (Schutz=oder Realprinzip.) ナリ

蓋屬地主義ニ依ルトキハ一國ハ外國ニ於ケル犯罪ニ因リ如何ナル危害ヲ被ムルモ之ヲ處罰スルコト能ハサルノ結果ヲ生スルモノニシテ狹キニ失シ自國ノ法律秩序ヲ維持スルニ足ラス又世界主義ハ廣キニ失シ實益ナキノミナラス實行不能ニ歸著ス可ク獨リ身分主義ト保護主義トヲ併用スル折衷主義ヲ採用スルニ依リ初メテ刑法ノ任務ヲ完ウスルコトヲ得ヘシ而シテ我刑法ハ獨埃佛伊等ノ刑法ト同シク此主義ヲ採ルニ至レリ英國多數學說ニ依レハ外國ニ於ケル外國人ノ犯罪ヲ處罰スルハ屬地主義ニ適セス又自國臣民ニ對シテハ屬人的管轄權アルモ外國人ニ對シテハ此權利ヲモ有セサルカ故ニ所謂保護主義ハ法理上ノ根據ヲ缺クモノナリ加之若シ其罪重大ナレハ犯罪地ノ國家之ヲ處罰ス可ク輕微ナレハ不問ニ付スルヲ妨ケス政治犯人ハ引渡ヲ受クルコト能ハサルモ他國ノ領土カ自國ノ政治組織ニ對スル陰謀ノ根據地タルコトハ外交上ノ抗議ニ依リ之ヲ防止スルコトヲ得ルカ故ニ保護主義ナルモノハ實際上ノ必要ヲ存セサルモノナリトス (Lawrence P.242, Wharton §113, Hall 5 ed pp. 112—213, Westlake, International Law. Part I pp 251—252) 又北米合衆國ハメキシコ國カテキサス州ニテ自國人ニ對シ犯罪ヲ犯シタルカッチング氏ヲ自國(墨國)内ニテ拘禁シタル際一八八六年之ニ抗議ヲ爲シ遂ニ放免セシメ

タルコトアリ英國ノ實例亦同様ナリ然レトモ一八八三年ノ國際法萬國會議
ハ反對ノ決議ヲ爲シタリ蓋國家ハ外國ノ不正侵害ニ對シ自衛ノ權利アリ個
人ニ對シテモ亦此權利ナカル可カラス保護主義ハ畢竟自衛權ノ發動トシテ
之ヲ是認セサル可カラス
本問題ニ關スル我法典ノ規定左ノ如シ

第一條 本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

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適用ス

- 一 第七十三條乃至第七十六條ノ罪
- 二 第七十七條乃至第七十九條ノ罪
- 三 第八十一條乃至第八十九條ノ罪
- 四 第四百四十八條ノ罪及ヒ其未遂罪
- 五 第五百四十四條、第五百五十五條、第五百五十七條及ヒ第五百五十八條ノ罪
- 六 第六百六十二條及ヒ第六百六十三條ノ罪
- 七 第六百六十四條乃至第六百六十六條ノ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

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 第八八條、第九九條第一項ノ罪、第八八條、第九九條第一項ノ例ニ依リ處斷ス可キ罪及ヒ此等ノ罪ノ未遂罪
- 二 第一百九條ノ罪
- 三 第一百五十八條乃至第一百六十一條ノ罪
- 四 第六百六十七條ノ罪及ヒ同條第二項ノ未遂罪
- 五 第七百七十六條乃至第七百七十九條、第八百八十一條及ヒ第八百八十四條ノ罪
- 六 第九百九十九條、第二百條ノ罪及ヒ其未遂罪
- 七 第二百四條及ヒ第二百五條ノ罪
- 八 第二百四條乃至第二百十六條ノ罪
- 九 第二百十八條ノ罪及ヒ同條ノ罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル罪
- 十 第二百二十條及ヒ第二百二十一條ノ罪
- 十一 第二百二十四條乃至第二百二十八條ノ罪
- 十二 第二百三十條ノ罪
- 十三 第二百三十五條、第二百三十六條、第二百三十八條乃至第二百四十一條及ヒ第二百十三條ノ罪
- 十四 第二百四十六條乃至第二百五十條ノ罪
- 十五 第二百五十三條ノ罪

總論 第一編 刑罰法令 第六章 刑法ノ效力

十六 第二百五十六條第二項ノ罪

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

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

二 第一百五十六條ノ罪

三 第九十三條、第九十五條第二項、第九十七條ノ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

第二 帝國內ノ犯罪

一 刑罰法令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ル
ヲ原則トス(法典第一條第一項、第八條)是レ所謂屬地主義ト一致スル點ナリ
然レトモ別ニ國外犯ヲ處罰スル點ニ於テ之ト異レリ而シテ帝國內トハ帝
國ノ領土領海及ヒ領空內ヲ謂フ(註)帝國內ニ在ル外國使節館內ハ不可侵ナ
リト雖モ外國ノ領土ト爲ルニ非スシテ依然トシテ帝國內タリ從テ館內ニ

テ犯サレタル犯罪ハ帝國內ノ犯罪ナリ犯人治外法權者ニ非サル限りハ館
內ヨリ退去スル場合ニ之ヲ逮捕シ處罰スルヲ得ヘシ

(註) 領海ノ範圍ニ付テハ國際法ノ著書ノ說明ヲ參照ス可シ本邦ニ於テ
ハ今尙ホ三哩主義ヲ採用シツツアリ領空權ニ付テハ最近ニ於テ發達シ
タル航空機ニ關連シテ種々ノ見解ヲ生シタルカ大正十二年條約第四號
日英米佛伊外二十二國間ノ航空條約第一條ニ於テハ條約國ハ各國カ其
ノ版圖(本國及ヒ植民地)ノ國土竝之ニ接スル領水上ノ空間ニ於テ完全且
排他的ノ主權ヲ有スルコトヲ承認シタリ又我領土內ニ在ル外國使節館
及ヒ我領海內ニ在ル外國軍艦ハ不可侵ノ特權ヲ有スルモ其本國ノ一部
ニ非スシテ我帝國內ノ一部タルヤ明カナリ故ニ其館內又ハ艦內ノ犯罪
ニ付テハ法典ヲ適用ス可キモノトス但此等ノ場所ニハ意ニ反シテ侵入
スルヲ得サルニ過キサルナリ

二 帝國內ニ在ラスト雖モ帝國軍ノ占領スル地ニ於テ帝國臣民、從軍外國人
及ヒ俘虜ノ犯シタル犯罪竝ニ陸軍部隊若クハ海軍官衙團體ノ所在地ニ於

テ其從屬者又ハ其俘虜ノ竝シタル犯罪ハ之ヲ帝國内ニ於テ犯シタルモノト看做ス可キモノナルカ故ニ各種ノ刑罰法令ハ此等ノ犯罪ニ付テモ適用セラルルヲ原則トス(陸軍刑法第四條、第五條、海軍刑法第四條、第五條參照)帝國ノ領事裁判權ヲ行フ場所ハ臣民ニ對スル關係ニ於テハ帝國内ト同一視セサル可カラス、決判ニ曰ク暹羅王國ハ我帝國ノ領事裁判權ヲ行フ地ニシテ帝國臣民ニ對スル關係ニ於テハ我刑法ノ適用上帝國内ト同一視ス可キモノナレハ同國ニ於テ犯シタル罪ハ之ヲ外國犯ト爲スヲ得スト(大正五年判決錄五一七頁)

三 樺太ハ帝國ノ領土ニシテ此地ニ於ケル犯罪ハ法典ニ所謂帝國内ノ犯罪ニ外ナラスト雖モ土人ノミニ對スル刑事ニ關スル事項ハ從來ノ慣例ニ依ル可キモノニシテ刑法ヲ適用スルヲ得サルモノトス(明治四十年法律第二十五號及ヒ同年勅令第九十四號第二條參照)

四 朝鮮及ヒ臺灣ハ帝國ノ領土ニシテ法典第一條ニ所謂帝國内ニ該當スルコト勿論ナリト雖モ此等ノ場所ニ於テハ前述ノ如ク明治四十四年法律第

三十號大正十年法律第三號同四十五年制令第十一號及ヒ同四十一年律令第九號ニ依リ特別ノ刑罰法令ヲ施行スル結果トシテ刑法典ヲ施行セサルカ故ニ此等ノ場所ニ於テ犯サレタル犯罪ニ付テハ上叙特別刑罰法令ヲ適用セサル可カラス(共通法第十三條、第十四條第二項、第三項參照)論者或ハ曰ハン我刑法典ハ外國ニ於テ施行セラレサルニ拘ラス外國犯罪ニ付キ此法典ヲ適用スルヲ得ルカ故ニ法典カ朝鮮、臺灣等ニ施行セラレサルモ此地ニ於ケル犯罪ニ付キ内地ニ於テ法典ヲ適用スルヲ妨タルモノニ非スト然レトモ我帝國ノ刑罰權カ二重ニ行ハル可キモノニ非サルハ勿論ニシテ朝鮮、臺灣ニ於ケル我特別裁判權ト内地ニ於ケル一般裁判トノ關係ハ外國裁判ト帝國裁判權トノ關係ト之ヲ同一視ス可キモノニアラス(後者ニ付テハ法典第五條ノ適用アルモ前者ニ付テハ此適用ナシ)

第三 船舶内ノ犯罪

一 刑罰法令ハ帝國外ニ在ル帝國船舶内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニモ之ヲ適用スルヲ原則トス(第一條第二項、第八條)外國ノ領海モ亦帝國外ナルコト勿

論ナリ帝國船舶トハ船舶法ニ依リ帝國ノ船籍ヲ有スル船舶ヲ謂フ而シテ刑法ハ軍艦ト船舶トヲ併示スル場合ニ艦船ト稱スルノ例ナリト雖モ本條ノ場合ニ於テハ擴張解釋ニ從ヒ軍艦ニ付テモ此原則ヲ適用スルヲ得ヘキナリ然レトモ此原則ハ我船舶内ノ秩序ヲ維持スルノ必要ニ基キ帝國船舶内ニテ罪ヲ犯シタル者ニ對シ帝國ノ管轄内ニ於テ我刑罰法令ヲ適用スルコトヲ明カニスルニ過キサレモノニシテ軍艦又ハ船舶ト領海主權トノ關係ヲ規定スルノ趣旨ニ非サルコト明カナリ

二 領海内ニ在ル船舶ハ帝國船舶ナルト外國船舶タルトヲ問ハス領海主權ニ服従スルモノナルカ故ニ其船内ノ犯罪ニ付テハ特別ノ規定ナキ限りハ第一條第一項ニ依リ我刑罰法令ヲ適用ス可キハ勿論ナリ我領海内ニ在ル外國軍艦内ノ犯罪ニ付テハ其軍艦内ニテ我權力ヲ行使スルコト能ハスト雖モ其犯人軍艦内ヨリ立去リ而モ治外法權ヲ有セサルモノナルトキハ第一條第一項ヲ適用シテ之ヲ處罰スルコトヲ得ルモノト解スルヲ正當ナリトス軍艦ヲ以テ其本國ノ國土ノ延長セル一部ナリト爲スハ舊說ニシテ現

今ノ國際法學者ノ排斥スル見解ナリ (Lawrence, Principles of International Law. P. 249)

第四 國外犯罪

一 刑法ハ以上説明シタル場合ヲ除キ帝國外ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用スルニ付キ必要ナル犯罪ヲ制限シ第二條ニ犯人ノ國籍如何ヲ問ハスシテ罰ス可キ場合第三條ニ帝國臣民ノ犯シタルトキ(第一項)及ヒ外國人カ帝國臣民ニ對シテ犯シタルトキ(第二項)ニ限り罰ス可キ場合及ヒ第四條ニ帝國ノ公務員ニ限り罰ス可キ場合(此場合ニハ適用ヲ受ク可キ者ハ公務員ニ限ルカ故ニ公務員ニ非サル共犯者ニハ刑法ヲ適用スルヲ得サルモノト解スルヲ正當トス、反對説アリ)ヲ列舉シタリ而シテ第二條及ヒ第三條第二項ハ所謂保護主義 (Schutzprinzip) ニ則リ第三條第一項及ヒ第四條ハ身分主義ニ則ルモノトス而シテ第三條ニ所謂帝國臣民ハ犯罪又ハ被害ノ當時ニ於テ帝國臣民タルコトヲ要スルモノト解セサル可カラス從テ外國人カ第三條第一項ノ罪ヲ犯シタル後ニ帝國臣民ト爲ル場合ノ如キハ(被害者外國

人タル場合(處罰スルヲ得サルモノトス(獨逸改正案第二條ハ斯ル場合ニ付テモ訴追ヲ許スモノト爲シタリ))

二 刑法カ國外犯罪ニ對スル適用ニ付テ前述ノ如ク必要ナル犯罪ヲ列舉シタル結果トシテ第二條乃至第四條ノ規定ハ之ヲ他ノ刑罰法令ニ適用スルノ餘地ナキカ故ニ他ノ刑罰法令ニシテ國外犯罪ニ適用スルコトヲ要スルモノニ付テハ更ニ特別ノ規定ヲ設ケサル可カラス而シテ刑法施行法ハ特別刑法ノ犯罪ニシテ刑法第二條ノ例ニ依ル可キモノ(施行法第二十六條)及ヒ刑法第三條ノ例ニ依ル可キモノ(同法第二十七條)ヲ規定シタリ尙ホ印紙犯罪處罰法第一條第二條第四條及ヒ郵便法(第四十八條)等ニ國外犯處罰ノ明文アリ反之舊刑法ニ於テハ國外犯ニ付テ何等ノ規定ナキニ拘ラス刑法ニ當然屬人的ノ效力アルモノト認メタル判例アリト雖モ新刑法ニ於ケルカ如ク列舉主義ヲ明示セル以上ハ斯ル判例ヲ用フルコトヲ得ス

第五 國外犯罪ノ準據法

外國ニ於ケル犯罪ニ付テ犯人ヲ處罰スルニハ常ニ我刑罰法令ヲ適用セサル

可カラス而シテ外國(犯罪地)ノ法律ニ依リ罰ス可キ行爲ナリヤ否ヤハ問フ所ニ非ス外國立法例中ニハ犯罪地ノ法律ニテモ罰ス可キ行爲タルヲ要スルノ原則ヲ採用スルアリ(獨逸改正案第二條伊太利草案第六條參照)或ハ犯罪地ノ法律カ國內法律ヨリ輕キモノナルトキハ之ヲ適用スル場合アルコトヲ規定スルモノアリト雖モ斯ノ如キ主義ハ我法典ノ採用セサル所ナリ加之法典第五條ニ依レハ外國ニ於テ罪ヲ犯シタル者カ既ニ外國ニ於テ處罰ヲ受ケタルトキト雖モ尙ホ帝國內ニテ之ヲ罰スルコトヲ妨ケサルモノニシテ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場合ニ限り內國裁判所ハ自己ノ言渡シタル刑ノ執行ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得ルニ過キサルモルトス外國立法例中ニハ外國ニ於テ既ニ確定裁判ヲ經タル行爲ニ付キ更ニ內國ニ於テ處罰スルヲ許ササルモノアリ或ハ種種ノ制限ヲ付スルモノアリト雖モ是レ固ヨリ一事不再理ノ原則ニ支配セラレタル爲メニ非ス何トナレハ此原則ハ同一刑罰權ノ行使ノミニ關スルモノニシテ外國裁判ト內國裁判トノ間ニ行ハル可キモノニ非サレハナリ

第三款 犯罪人引渡

第一 國家ハ他國領内ニ於テ權力行動ヲ爲スコトヲ得ストノ原則ニ從ヘハ我刑罰權ノ行使セラルル場所ニ於テ罪ヲ犯シタル者ト雖モ一旦外國ニ逃亡シタルトキハ之ヲ處罰スルコト能ハサルノ結果ヲ生シ刑罰權ノ實效ヲ損スルコト少ナカラサルカ故ニ此缺點ヲ補ハント欲セハ外國ヲシテ斯ノ如キ犯人ヲ我ニ引渡サシムルノ方法ヲ講セサル可カラス是レ犯人引渡 (Auslieferung; extradition)ノ制度ヲ生スル所以ナリ然レトモ犯人引渡ヲ求ムルノ權利及ヒ其請求ニ應スルノ義務ハ特別ノ條約ニ依テ發生スルモノニシテ條約ナキ場合ニ於テハ斯ノ如キ權利義務ノ關係ヲ生スルコトナシ

引渡ハ犯罪人ニ關スル國家相互間ノ法律上ノ共助ニシテ國際裁判ニ非ス又引渡國ノ刑罰權ノ實行ノ結果ニモ非スト雖モ刑法上ノ觀念タル犯罪ヲ原因トスルモノナルカ故ニ茲ニ逃亡犯罪人引渡條例、日米間及ヒ日露間犯罪人引渡條約ノ規定ニ依リ引渡ニ關スル實體條件ノ主ナルモノヲ説明ス可シ

第二 逃亡犯罪人ノ引渡ハ帝國ト犯罪人引渡條約ヲ締結シタル國(締約國)ノ管

轄内ニ於テ一定ノ犯罪(引渡犯罪)ヲ犯シ告訴發ヲ受ケ若クハ有罪ノ宣告ヲ受ケタル者帝國ノ管轄内ニ逃避スルニ當リ締約國ヨリ引渡ノ請求アリタル場合ニ於テ之ヲ爲ス可キモノトス(逃亡犯罪人引渡條約第一條及ヒ日米間犯罪人引渡條約第一條、日露間逃亡犯罪人引渡條約第一條參照)

第三 引渡犯罪ハ帝國ト外國トノ間ニ締結スル引渡條約ニ依テ定ル可キモノナリト雖モ(前掲條約第一條第二項參照)之ヲ諸國ノ條約及ヒ法令ニ徵スルニ引渡犯罪ハ輕微ナラサル犯罪ニ限リ且引渡請求國及ヒ被請求國雙方ノ刑法ニ於テ罪ト爲ル可キ行爲ナル可キコトヲ要件トスルヲ通例トス而シテ日米間條約ニ於テハ殺人罪、貨幣偽造罪、有價證券偽造行使罪、文書偽造行使罪、使罪、看守盜、強盜、重罪ヲ犯ス目的ヲ以テ爲シタル家宅侵入罪竝ニ破壞罪、偽證罪、強姦罪、放火罪、國際公法ニ於テ海賊ト認メタル犯罪等ヲ主ナルモノトス(條約第二條及ヒ明治三十九年五月十七日日米間追加犯罪人引渡條約參照)反之日露間條約ハ引渡犯罪ヲ概括的ニ規定シタリ(條約第二條)

然レトモ當該犯罪ハ引渡請求國ノ管轄内ニ於テ犯サントルモノニ非サレハ

引渡ノ原因ト爲スヲ得ス(前掲條例第一條第三項參照)而シテ所謂管轄内ノ範圍ハ條約ニ依リテ其趣ヲ異ニス日米間ニ在リテハ領土内ト同一意義ナリトシ日露間ニ在リテハ法權内(即チ裁判管轄權ノ範圍内)ト同一視セラレ(日米間及ヒ日露間各條約第一條參照)

第四 政治上ノ犯罪(Délits politiques)ハ引渡犯罪ト爲ササルヲ原則トス(前掲條例第三條)故ニ日米間ノ條約中ニハ之ヲ引渡犯罪ノ項目中ニ列舉セス又日露間引渡條約第四條ニハ此原則ヲ明示シタリ現今諸國間ニ締結セラレタル最多數ノ引渡條約及ヒ諸國法令亦此主義ヲ採用ス〔註一〕然リ而シテ政事犯ニハ國家ノ生存若クハ治安ニ對スル罪、元首ノ生命身體ニ對スル罪、臣民ノ政事上ノ權利ニ對スル罪(我刑法第二編第一章、第二章及ヒ第三章ノ罪、選舉法違反ノ罪、法律ヲ以テ組織シタル議會ニ對スル罪等ニ該當ス)及ヒ此等ノ犯罪ノ手段若クハ結果トシテ犯サレタル普通犯罪(Délits complexes ou complexes)ヲ包含スルモノト解スルヲ稍通説ナリトス然レトモ一八五六年白耳義法律カ元首ノ生命身體ニ對スル犯罪ヲ政事犯中ヨリ除外シタル以來最多數ノ條約及ヒ立法之

ニ傲フノ傾向アリ日露間條約第四條第二項ハ君主又ハ皇族ノ生命身體及ヒ名譽ニ對スル罪ハ政治上ノ性質ヲ有スルモノト認メサルコトヲ規定シタリ又瑞西國法ノ如ク主トシテ普通犯タル性質ヲ有スル犯罪例ハハ虛無黨、無政府黨等ノ實行スル暗殺手段ノ如キモノヲ政事犯中ヨリ除外スルコトヲ規定スルモノアリ反之伊太利刑法改正草案ノ如キハ政治的社會的犯罪(專ラ政治的ノ動機又ハ公共利益ノ爲メニ犯シタル罪)又ハ之ニ結合スル犯罪ヲ以テ引渡犯罪ト爲ササルコトヲ規定セリ

〔註一〕 政事上ノ犯罪人ヲ引渡サストノ原則ヲ認ムルハ正當ナルカ、此原則ノ理由ヲ尋ヌルニ或ハ政事犯ハ其當該國家ニ對シテノミ危險ナルモノニシテ各國共通ノ敵ニアラサルニ因ルト云ヒ或ハ政事上ノ犯罪者ハ自己ノ思想ニ依リ必要ニシテ且神聖ナリト信スル高尚ナル理由ヲ以テ犯行ヲ爲ス者ニシテ卑劣ナラス不徳ナラス而シテ一面ニ於テ政事上ノ犯罪者ノ引渡請求國ハ事件ニ對シ公平ナル裁判ヲ爲スコト能ハサルカ故ナリト云ヘリ、然レトモ此等ノ説明ハ未タ以テ政事犯人不引渡ノ理由ヲ盡セルモノニ

非ス蓋此原則ノ根據ハ學理ニ求ムルコトヲ得スシテ寧ロ歷史上ノ理由ニ求メサル可カラス抑第十九世紀ノ前半ニ於ケル歐洲諸國ノ政事犯人ハ主トシテ其所屬國ノ舊形的政治組織ニ反對シテ革新ヲ求メタル志士ナリ是ヲ以テ既ニ革新サレタル他國ニ於テハ却テ名譽アル紳士トシテ尊敬シ歡待スルノミナラス又之ヲ本國政府ニ引渡スヲ寧ロ恥辱ナリトシタルナリ然レトモ國際的法律共助ヲ容易ナラシムルハ各國相互ノ利益ナルカ故ニ斯ノ如キ感情的ノ理由ハ速ニ除去シテ政事犯人引渡ヲ自由ニスルヲ可トス

第五

內國人ハ審問又ハ處罰ノ爲メニ之ヲ外國ニ引渡ササルヲ以テ原則トス此原則ハ歐洲大陸諸國ノ條約又ハ法律ニ規定スル所ニシテ殊ニ佛國一八一四年ノ憲法ニハ何人モ其自然的裁判官ヨリ奪移セラルルコトナシトノ規定ヲ設ケタリ而シテ此原則ノ由來スル所ハ或ハ自國人カ偏頗ノ待遇ヲ受ケンコトヲ虞レ或ハ內國人ノ引渡ハ自國ノ地位及ヒ尊嚴ヲ毀損スト云フニ在リ然レトモ既ニ他國ノ政府ヲ信用シテ引渡條約ヲ締結セル以上ハ斯ノ如キ區

別ヲ爲スノ根據ナキノミナラス法律保護ノ利害ト被害者ノ利害トニ最モ關係アル犯罪地ノ裁判所ヲシテ之ヲ處罰セシムルハ適當ナル處置ナルカ故此原則ハ採用ス可キニアラス我國ニ於テハ內國人不引渡ノ原則ヲ認ムルト同時ニ相互ノ擔保アルトキハ內國人ト雖モ之ヲ引渡ス可シトノ例外ヲ認メタリ(前掲條例第一條參照英國ニ於テハ犯罪者ノ國籍如何ハ犯罪ノ特質ヲ左右ス可キ條件ニアラストノ思想ニ基キ內國人不引渡ヲ原則トセス

第六

處罰スル權利ヲ有スル國ハ犯罪者又ハ犯罪ト法律上一定ノ關係ヲ有スル國即チ犯罪者ノ本國又ハ犯罪地ノ國家ニ限ルモノニシテ引渡ヲ請求シ得ル國ハ處罰權ヲ有スル國ニ限ルモノトス引渡ヲ爲ス國家ハ犯人滯在地ニ於テ獨占的ニ權力行動ヲ爲シ得ヘキ國家タルコト勿論ナリ數箇ノ國家カ同一人ニ付テ引渡ヲ請求スルトキハ何レノ國ニ引渡ス可キモノナリヤ此問題ニ關シテハ諸國ノ法律若クハ條約ノ主義一定セス即チ或ハ犯罪ノ輕重ニ依テ問題ヲ決セントシ或ハ犯罪人ノ本國ニ優先權ヲ認ム可キモノナリトシ或ハ引渡請求ノ前後ニ依リ優先ノ位地ヲ定メントス前掲引渡條例第八條ハ此最

後ノ主義ヲ採用シ日露條約ノ規定ニ依ルトキハ此順序ヲ引渡國ノ法令ニ依リ決ス可キモノト爲シタリ

第七 引渡ノ請求ニ係ル犯人ニ對シ被請求國カ審判中ナルトキハ之ヲ引渡スト引續キ審判スルトハ被請求國ノ隨意ナルヲ以テ例トス前掲引渡條例及ヒ引渡條約皆此例ニ從フ殊ニ其犯人カ引渡請求ニ係ル犯罪以外ノ事件ニ付キ内國ニ於テ訴追ヲ受ケ又ハ刑ノ執行中ナルトキハ免訴又ハ執行完了ニ因リ放免セラレタル後ニアラサレハ之ヲ引渡ササルヲ原則トス然レトモ前段ノ場合ニ於テ審判上便利ノ爲メ引渡ヲ可トスルトキハ締約國ノ請求ニ應シテ引渡ヲ爲スコトヲ妨ケス(前掲條例第四條參照)

第八 引渡ハ特定のナルコトヲ原則トス換言スレハ犯人ノ引渡前ニ犯サレタル罪ニシテ請求國ヨリ請求原因トシテ明示セラレス若クハ被請求國ヨリ承諾セラレサリシモノニ付テ審問若クハ處罰ヲ受クルコトナキヲ原則トス(日米間犯罪人引渡條約第四條後段參照)故ニ犯罪人ノ引渡ヲ受ケタル國カ引渡前ノ犯罪ニ付テ引渡國ノ明示ノ承諾ナクシテ之ヲ訴追セント欲スルトキハ

本人ニ對シテ國內ヲ去ルニ適當ナル期間ヲ與ヘサル可カラズ此期間ノ經過スルモ尙ホ本國ニ滞在スルトキハ其滞在ハ既ニ引渡ニ基クモノト認ム可キモノニ非サルカ故ニ之ヲ逮捕シ處罰スルヲ得ヘシ(日露間條約第十一條參照)以上説明シタル原則ノ外犯罪人引渡ノ手續ニ關シテハ前掲引渡條約及ヒ引渡條例ノ各規定ヲ參照スルコトヲ要ス

第三節 人ニ對スル效力

第一 人ニ對スル刑罰法令ノ效力問題ハ之ヲ廣ク解スレハ刑罰法令ハ如何ナル人ノ行爲ヲ罰ス可キモノトスルカ如何ナル人カ罰セラル可キ性質ノ行爲ヲ爲シタルトキハ之ニ對シ具體的ニ刑罰法令ヲ適用シテ刑罰權ヲ實行スルコトヲ得ルカ及ヒ我刑罰權ニ服從スル者ニ對シ如何ナル刑罰法令ハ適用セラレサルカノ三方面ヨリ觀察スルヲ得ヘシ而シテ第一及ヒ第二ノ意義ニ於ケル人的效力ハ全ク其性質ヲ異ニスルモノニシテ第一ノ意義ニ於テハ如何ナル者ヲ責任能力者トスルカノ關係ヨリ犯罪ノ成立不成立ヲ決ス可キ問題ニ係リ第二ノ意義普通一般ニ使用セララルル意義ニ於テハ訴訟上ノ手續ヲ以

テ具體的ニ刑罰權ヲ行使スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ係ル從テ第二ノ意義ニ於テ刑法ノ適用ヲ受ケサル者ノ行爲ト雖モ必シモ犯罪タルヲ得ストノ結論ヲ生ス可キモノニ非ス(二五九頁以下説明參照)

第二 普通ノ意義ヨリ觀察スレハ刑法ノ效力ハ一般ノ人ニ及フ可キモノナリト雖モ左記ノ人ニ付テハ國法上ノ理由ニ基キ此效力ヲ否認セサル可カラス

一 君主 君主ハ神聖ニシテ侵ス可カラサルモノニシテ國法上全然無責任ナリ而シテ君主ノ不可侵權ハ寧ロ政治上ノ理由ニ基クモノニシテ君主ノ行爲ハ常ニ違法ニ非スト爲スノ趣旨ニアラス蓋君主ヲ以テ國家ノ機關ナリトスル學說ニ從フトキハ君主カ國家ノ意思タル法律ニ從フ可キハ論ヲ埃タス又君主即チ國家ナリトスル學說ニ從フモ少クトモ立憲國ニ在リテハ君主カ憲法ヲ制定シ自己ノ權力行動ノ形式ヲ定メタル以上ハ其法則ニ從フ可キハ明カニシテ違法ノ行爲モ亦爲シ得ルモノト認メサル可カラス英國憲法ニ於ケル「君主ハ惡ヲ爲スコト能ハス(King can not do wrong)」トノ格言ハ君主カ違法行爲ヲ爲スコト能ハストノ事ヲ意味スルカ如キ觀アリト

雖モ是レ亦君主カ其違法ノ行爲ニ付テ責ヲ負ハサルコトヲ意味スルモノナリトハ英國憲法學者ノ見解一致スル所ナリ

二 攝政 攝政ハ不可侵權ヲ有スルヤ否ヤニ付テハ憲法學者間ニ於テ議論一致セスト雖モ其在任中刑事訴追ヲ受クルコトナキハ攝政令第四條ニ明記スル所ナリ

刑法ハ之ヲ皇族ニ適用スルコトヲ得ルヤ否ヤ一ノ疑問ナリ、裁判所構成法及ヒ刑事訴訟法ノ規定ニ依レハ大審院ノ特別權限ニ屬スル管轄トシテ皇族ノ犯罪ニ關スル規定ヲ設ケタリト雖モ皇室典範增補第七條第一項ノ規定ニ依レハ皇族ノ身位其他ノ權義ニ關スル規程ハ此典範ニ定メタルモノノ外別ニ之ヲ定ムトノ明文アルカ故ニ刑法ヲ以テ身位及ヒ權義ニ關スル規程ノ一部ナリト爲ストキハ刑法モ亦別ニ規定セラレ可キモノナルコト勿論ナリト謂ハサル可カラス然レトモ既成ノ皇族身位令、皇室親族令及ヒ皇室財産令等ニハ刑法ノ規定ヲ包含セサルコトヲ注意ス可シ

三 帝國議會ノ議員 帝國議會ノ議員ハ院內ニ於テ發表シタル意見竝ニ表

決ニ付キ院外ニ於テ訴追セラレ若クハ處罰ヲ受クルコトナシ然レトモ此無責任ハ議員ヲシテ其職責ヲ完ウセシムル爲メ安全ト自由トヲ與ヘ且司法及ヒ行政ニ對スル立法ノ獨立ヲ保護セントスルノ趣旨ニ出ツルモノナルカ故ニ其範圍ハ單ニ意見竝ニ表決ニ限ルモノニシテ其以外ノ行爲ニ及フモノニ非ス又院外ニ於テ同一ノ言論ヲ爲シ若クハ之ヲ刊行公布シタルトキハ其責ヲ負ハサル可カラス且院内懲罰權ノ行使ヲ妨ケサルコト勿論ナリ(憲法第五十二條)〔註〕

〔註〕 憲法第五十三條ノ保障ハ刑事手續ニ關スルモノニシテ刑事無責任ヲ規定スルモノニアラス

第三 國際法上ノ慣例ニ依レハ左ニ記載スル者ハ裁判權ニ對シテ治外法權ヲ有ス

- 一 外國ノ元首 外國ノ元首ハ國際法上治外法權ヲ享有スルモノト認メラル然レトモ既ニ其地位ヲ退キタル者及ヒ在位ノ元首ニシテ微行スル場合ニ於テハ治外法權ヲ享有スルコトヲ得ス外國ノ攝政外國元首ノ同行家族

及ヒ內國人ニ非サル從者等モ亦治外法權ヲ有スルモノトス

- 二 外國外交官 國際法ノ原則ニ依レハ外交官ハ駐劄國ノ刑事裁判權ニ服スルモノニ非ス蓋外交官ニシテ內國ノ裁判權ニ服スルモノトセハ政府ハ犯罪ヲ名トシテ之ヲ拘禁シ若クハ使館ニ臨檢シ又ハ搜索シ以テ職務ノ執行ヲ妨ケ祕密書類ヲ押收スルコトヲ得ヘキカ故ニ外交官ノ職務執行ヲ保護スルカ爲メニハ之ニ完全ナル治外法權ヲ享有セシメサル可カラス而シテ此治外法權ハ普通犯ニ關スルト政治犯ニ關スルトノ區別ナク之ヲ認メサル可カラス若シ夫レ外交官カ駐劄國ノ生存安寧ヲ害ス可キ犯罪ヲ犯シ其危險ノ切迫セル場合ニ於テハ駐劄國ハ之ヲ國外ニ送り出スコトヲ得ヘク其他ノ場合ニ於テハ本國ニ照會シテ之ヲ召還セシムルコトヲ得ヘシ外交官ノ家族事務使用人及ヒ駐劄國ノ臣民ニアラサル從僕モ亦治外法權ヲ有ス〔註〕

〔註〕 外交官ノ住居及ヒ所屬物權モ亦不可侵ニシテ其承諾アルニアラサレハ臨檢搜索ヲ行フコトヲ得スト爲スハ外交官ノ職務ヲ保護スル爲メ

ナリ然レトモ外交官ハ其住居以外ニ在ルトキト雖モ尙ホ治外法權ヲ有
スルモノナリ

二五八

三 内國ノ承諾ヲ得テ内國ノ領域内ニ在ル外國ノ軍隊竝ニ内國ノ領海内ニ
在ル外國ノ國有艦船ハ内國裁判權ニ服從セサルヲ以テ國際法上ノ原則ト
ス然レトモ其所屬員カ職務外ニテ其軍隊又ハ艦船ヲ離レタルトキハ此特
權ヲ有セス、又外國商船カ此特權ヲ有セサルコトモ明カナリ

四 外國ノ領事 領事ハ外交官ニアラサルヲ以テ國際法上當然治外法權ヲ
有スル者ニアラスト雖モ條約ニ依リ領事ヲシテ或範圍内ニ於テ其駐在國
ノ裁判權ニ服從セシメサルヲ通例トシ舊日白間及ヒ日獨間ノ領事職務條
約ニハ此點ニ關スル明文ヲ存シタリ而シテ現行條約中ニハ最惠國約款ヲ
設ケタリト雖モ未タ具體的ニ特權ヲ認メタル實例ナキカ故ニ他日特別ノ
條約ヲ締結スルニ非サレハ問題ハ解決セラレサル可シ

第四 以上列舉シタル人ハ在任中ノ行爲ニ付キ退任後ト雖モ科刑處分ヲ受ク
ルコトナキヤ否ヤ我國法ニ依レハ天皇ハ不可侵權ヲ有セラルルノミナラス

在世中退位セラルルコトナキカ故ニ問題ヲ生セサル可ク又帝國議會議員ノ
院内ニ於ケル意見ノ發表及ヒ表決モ亦刑法上ノ制裁ヲ受ク可キ行爲ニ非サ
ルカ故ニ退任後ト雖モ其行爲ニ因テ處罰スルコトヲ得サルモノト解ス可ク
攝政ハ在任中刑事訴追ヲ受ケサルニ止ル

外交官其地位ヲ失ヒタル後ハ在任中ノ行爲ニ付キ之ヲ處罰スルコトヲ得ル
ヤ否ヤニ付テハ立法例及ヒ學說ノ徵ス可キモノ少シ唯獨逸裁判所構成法第
十八條及ヒ第十九條ニハ内國裁判權(Gewaltshoheit)カ外國使臣及ヒ其家族事
務員等ニ及ハサル旨ノ明文アリ而シテ同國ノ學者間ニハ之カ解釋ニ付テ爭
アリ即チ一說ニ依レハ外國使臣等ハ駐在國ノ裁判權ニ服セサルニ止リ刑法
上不可侵權ヲ有スルモノニ非サルカ故ニ一旦其身分ヲ失フトキハ在任中ノ
犯罪ニ付キ處罰セラル可キモノナリトシ(例ヘハビンディングベールینگ、ブラ
ンク、オルスハウゼン、一八九九年六月二十六日伯林控訴院判決、マイリー、クラ
インフエルラー等)他ノ一說ニ依レハ外國使臣等ハ獨リ裁判權ニ服セサルニ
止ラス尙ホ刑法上ニ於テモ不可侵權ヲ有スルモノト解セサル可カラス然ラ

スンハ治外法權ヲ認メタル精神ヲ貫徹スルヲ得ス但此不可侵權ハ全然一身
 的ニシテ其行爲ノ違法性ヲ阻却スルモノニアラサルカ故ニ治外法權者ノ行
 爲ニ付テ從犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ヘク又其行爲ニ對シテ正當防衛ヲ行
 フコトヲ得ルモノト爲ス(例ヘハホン・パール、コーラー及ヒ多數ノ國際法學者
 本說ヲ採ル)我大審院最近ノ判決ハ前說ヲ採用シタリ(大正十年れ第一〇三號
 判決蓋所謂治外法權者ト雖モ駐在國ノ國法ヲ犯スノ權利ヲ有スル者ニ非サ
 ルカ故ニ一般ニ犯罪タル可キ行爲ハ此等ノ者ハ犯スモ尙ホ犯罪タル性質ヲ
 失フモノニ非ス故ニ此等ノ者ハ其在任中科刑セララルコトナシト云フニ止
 ルモノト解スルヲ正當ナリトス可シ從テ本問ニ付テハ積極的ノ結論ヲ採ル
 可キナリ因ニ曰ク我領土ニ在ル外國使節館カ不可侵ノ特權ヲ有スルハ爭ナ
 キ所ナルモ此特權モ亦權力ヲ以テ侵ス可カラスト云フニ止リ館内ニ於ケル
 行爲カ凡テ無責任ナリト云フノ結論ヲ生スルモノニ非ス其行爲者治外法權
 者ニ非サルモノカ館外ニ出テタルトキハ之ヲ逮捕シ處罰スルコトヲ得ルハ
 佛國其他ニ先例ノ存スル所ナリ

第五 我刑罰權ニ服從スル者ニ對シテモ一定ノ刑罰法令ハ適用セラレサル場

合アリ而シテ此關係ハ各法令ノ規定ニ依テ定ル其例左ノ如シ

- 一 刑罰法令ハ權太ニ施行セラルルモ土人ニ對シテハ之ヲ適用セス(明治四
 十年法律第二十五號及ヒ同年勅令第九十四號第二條參照)
- 二 陸軍刑法海軍刑法ハ軍人ニ適用スルヲ原則トシ常人ニ對シテハ特別ノ
 場合ニ限り之ヲ適用ス(陸軍刑法海軍刑法各第一條第二條參照)
- 三 關東州罰金及ヒ管刑處分例(同四十一年勅令第二百三十六號)ハ關東州ニ
 於テ支那人ニ對シテノミ之ヲ適用ス

第七章 刑法總則ト特別刑法

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

第一 刑法總則ト特別刑法トノ關係ハ法典第八條ニ之ヲ定メタリ此規定ニ依
 レハ刑法總則ハ他ノ法令ニ於テ刑ヲ定メタルモノ(特別刑法)ニ亦之ヲ適用ス

ルヲ原則トス刑ヲ定メタルモノト謂フハ刑法ノ刑名ニ依リ刑ヲ定メタルモノヲ意味スルモノニシテ他ノ罰則ヲ包含セス〔註一〕、〔二〕從テ過料罰及ヒ懲戒罰等ニハ刑法總則ヲ適用スルヲ得ス證人不參等ノ場合ニ科ス可キ訴訟罰トシテノ罰金ニ刑法總則ヲ適用スルヲ得ルヤ否ヤハ議論ノ存スル所ナルモ現行法ノ解釋トシテハ積極說ヲ採ル者多數ナルカ如シ然レトモ新刑事訴訟法ハ此罰ヲ過料ニ改メタルカ故ニ此問題ヲ生セサルニ至ル可シ

〔註一〕新刑法施行前ニ於テ舊刑法ノ刑名ニ依リ刑ヲ定メタル法令ニシテ新刑法施行ノ爲メ廢止ニ歸セサルモノニ付テハ刑法施行法第二條ノ例ニ準シ其主刑ヲ新刑法ノ刑ニ對照シテ新刑法ノ刑名ニ變更スト雖モ其期間又ハ金額ハ之ヲ變更セス又前上法令ニ定メタル刑ノ加重減輕モ舊刑法ノ加減例ニ關スル規定ヲ準用スルヲ原則トス(刑法施行法第十九條乃至第二十一條、明治四十二年勅令第二一七號參照)

〔註二〕舊陸軍刑法及ヒ舊海軍刑法ハ何レモ舊刑法ト獨立シタル總則ヲ有シタルカ故ニ舊刑法ノ總則ニ支配セラレサリシト雖モ現行ノ陸軍刑法及

ヒ海軍刑法ハ獨立ノ一般總則ヲ設ケス原則トシテ新刑法總則ノ支配ヲ受クルモノトシ只其除外例タル可キ特別總則ノミヲ規定シタリ

第二 然レトモ特別刑法中刑法總則ノ或規定ヲ適用セサルコトヲ規定スルモノ〔註三〕若クハ其解釋上明カニ例外規定タル可キ性質ヲ有スルモノ〔註四〕又ハ特ニ例外規定ヲ規ケタルモノ〔註五〕ニ付テハ其一定ノ範圍内ニ於テ刑法總則ノ適用ナシ是レ第八條但書ノ明規スル所ナリ

〔註三〕特別刑法中ニハ舊刑法ノ不論罪減輕、數罪俱發、再犯加重ノ例ニ依ラサルコトヲ規定スルモノアリ或ハ不論罪ノ例ヲ用フルモ減輕、數罪俱發及ヒ再犯加重ノ例ヲ用ヒサルコトヲ明カニスルモノアリ前者ニ屬スル特別刑法ニ付テハ刑法第七章犯罪ノ不成立及ヒ刑ノ減免乃至第十章未遂罪、併合罪、累犯及ヒ第十二章酌量減刑ノ規定ヲ適用スルヲ得ス後者ニ屬スル特別刑法ニ付テモ亦犯罪ノ不成立ニ關スル規定ノ外同様ノ除外例ニ從フ(刑法施行法第二十二條第一項參照)

〔註四〕新聞紙法ニハ不論罪ノ例ニ依ラサルノ規定ナシト雖モ同法違反ノ

罪ニ付テハ發行人編輯人又ハ印刷人ニ於テ其犯罪ノ故意ヲ有セサル場合ニ於テモ亦處罰ヲ免レサルハ其規定ノ性質上明カナリ出版法第二十六條乃至第二十八條ノ罪ニ付キ亦同シ大審院カ舊新聞紙條例第三十三條ノ解釋ニ付キ同條ハ新聞紙ニ社會ノ秩序又ハ風俗ヲ壞亂スル事項ヲ記載シタルトキハ發行人編輯人ヲシテ常ニ之カ責ニ任セシムルモノトス從テ發行人若クハ編輯人ハ其發行ノ當時不在ナリシト云フカ如キ主張ヲ以テ責罰ヲ免ルルコトヲ得スト判決シタルハ正當ナリ(明治三十八年大審院判決錄一二四六頁參照)

〔註五〕現行ノ陸軍刑法及ヒ海軍刑法ニ於テハ刑法ノ土地ニ關スル效力及ヒ緊急狀態ノ範圍ヲ擴張シ死刑ノ執行方法等ニ付テ除外例ヲ設ケタリ

第三 特別刑法ハ普通刑法ノ變更ニ因リ當然ニ其罪目ヲ廢セラレルコトナキヲ以テ原則トス然レトモ從來特別刑法中ニ規定シタルト同一ノ事項ニ付キ其後ノ普通刑法カ更ニ一定ノ規定ヲ爲シタルトキハ尙ホ後法ハ前法ニ優ルノ原則ニ從ハサル可カラス例ヘハ明治十五年布告第二十五號富籤賣買者等

處分方ハ刑法第百八十七條第二項第三項ノ爲メ明治三十四年法律第三十七號瀆職法ハ刑法第二十五章ノ規定ノ爲メ明治三十二年法律第八十七號遺失物法第十六條ノ規定ハ刑法第二百五十四條ノ規定ノ爲メ何レモ廢止ニ歸シタルモノトス而シテ特別刑法ト後ノ普通刑法トカ同一事項ニ關スルヤ否ヤハ各場合ニ付テ精査スルニ非サレハ之ヲ決定スルヲ得サルナリ

第四 法典第八條ノ規定ハ刑ヲ定メタル命令ニ付テモ適用セラル可キモノナルコト明文上疑ヲ容レサル所ナリ之カ結果トシテ法典第六條及ヒ第三十八條等ニ於ケル法律ニ關スル規定モ亦刑ヲ定ムル命令ニ適用セラル可キコト當然ナリ而シテ此種ノ命令ニ於テハ法律ノ認ムル範圍内ニ於テ刑法總則ニ異リタル特別ノ規定ヲ設クルコトヲ妨ケス〔註〕然レトモ命令ヲ以テ刑法總則ノ或規定ヲ全然廢止シ又ハ刑法各本條ノ規定ニ矛盾スルカ如キ規定ヲ設クル能ハサルハ憲法第九條ノ明文上爭ヲ容レサル所ナリ

〔註〕警察犯處罰令第四條ニ於テハ刑法第六十三條第六十四條ト異リ本令ニ規定シタル違反行爲ヲ教唆シ又ハ幫助シタル者ハ各本條ニ照シ之ヲ罰

ス但情狀ニ依リ其刑ヲ免除スルコトヲ得トノ特別規定ヲ設ケタリ是レ法典第八條及ヒ第六十四條ノ許容セル範圍ニ屬スルモノニシテ憲法第九條ノ明文ニ反スルモノニ非サルハ明カナリ之ト同シク命令ヲ以テ規定スル特別ノ犯罪ニ付キ法典第三十八條ノ例外ヲ設クルモ亦支障ナキモノト解スルヲ得ヘシ

第二編 犯罪

第一章 犯罪ノ概念

第一節 犯罪ノ意義

第一 犯罪 (Verbrechen, infraction, crime)ノ意義ニ廣狹二様アリ廣義ニ於テハ一切ノ非社會的の行爲ヲ意味スルモノトス〔註〕例ヘハ狂人又ハ十四歳未滿ノ者カ人ヲ殺シ物ヲ盜ミ火ヲ放ツモ健全者又ハ成年者カ之ヲ犯ス場合ト等シク殺人罪竊盜罪放火罪ヲ構成ス可シ而シテ刑事政策ニ於テハ概ネ此意味ニ於ケル犯罪ヲ以テ研究ノ對象トシ其原因ノ如何ニ因テ豫防方法ヲ考案スルヲ以テ例トシ一九二一年伊太利刑法草案ノ如キハ專ラ廣義ニ於ケル犯罪ノ定義ヲ與ヘタリ(同案第十一條及ヒ第三十九條以下參照)

〔註〕犯罪ハ如何ナル時代ニ於テモ非社會的の行爲ヲ以テ其骨子トス然レトモ如何ナル行爲ヲ非社會的ノモノト認ムルカハ時代思想ノ變遷人種風俗ノ異同ニ依リテ同シカラス例ヘハスバルタカ尙武ノ爲メ虛弱ナル兒童ヲ

殺戮シ、或民族ニ於テ人口制限ノ爲メ墮胎ヲ公認シ、臺灣ノ生蕃カ爭議ノ裁判方法トシテ蕃外人ノ首級ヲ爭得シ、徳川氏ノ法令カ武士ニ斬捨御免ヲ認メタル如キハ現代文明諸國ノ法律カ之ヲ犯罪ト爲スニ正反對ナリ。

第二 然レトモ現行普通刑法ヲ基礎トスル解釋刑法學ノ見地ヨリ觀察スレハ犯罪ノ意義ハ之ヲ狹義ニ解ス可キモノニシテ即チ犯罪ハ有責ナル非社會的行爲ニシテ刑罰法令ニ列擧セラレタルモノナリト定義スルヲ可トス而シテ此意義ニ於テハ狂人幼者等ノ爲シタル加害行爲ハ犯罪タルヲ得サルモノトス反之特別刑法ニ於ケル犯罪中ニハ全然責任能力ノ有無ヲ問ハサルモノアリ而シテ獨逸ノ學者中ニハ有責條件ヲ必要トスル犯罪ヲ實質的犯罪ト稱シ然ラサルモノヲ形式的犯罪 (Formelles Delikt) ト稱スル者アリ

第三 犯罪ハ不法行爲ナリ然レトモ民法第七百九條以下ニ所謂不法行爲ハ必シモ狹義ノ犯罪ト其範圍ヲ同シウセス即チ民法上ノ不法行爲タルト同時ニ犯罪タル行爲アル外不法行爲ニシテ犯罪タラサル行爲及ヒ不法行爲ニ非スシテ犯罪トナル行爲アルナリ

第二節 犯罪ノ要素

第一 犯罪ノ要素ハ之ヲ一般ノモノト特別ノモノトニ區別スルコトヲ得ルモノトス犯罪ノ一般要素トハ諸種ノ犯罪ニ共通ナル要素ニシテ特別要素トハ個個ノ犯罪ニ特別ナル要素ヲ云フ例ヘハ犯罪ハ少クトモ十四歳以上ノ者ノ任意ノ行爲ナルコトヲ要スト云フカ如キハ一般要素ニシテ他人ノ物ヲ竊取スルコトハ竊盜罪ニ於ケル特別要素ナリ一般要素ハ刑法總則ニ規定セラレ特別要素ハ刑法第二編及ヒ特別法令ノ各本條ニ規定セララルモノナリ犯罪ノ一般要素ト特別要素トハ犯罪ノ成立ニ關シテ毫モ其價值ヲ異ニスルモノニ非ス即チ一定ノ種類ノ犯罪カ成立スルニハ一般要素竝ニ特別要素ノ併存ヲ前提トスルモノニシテ其一ヲ缺クトキハ其種類ノ犯罪成立スルコト能ハサルヲ原則トス而シテ犯罪ノ一般要素ニ關スル研究ハ刑法總論ノ範圍ニシテ特別要素ノ研究ハ刑法各論ノ範圍タリ

第二 我現行刑法ハ近世諸國多數ノ立法例ニ倣ヒ客觀要素ト主觀要素トヲ以テ等シク犯罪ノ成立ニ必要ナル一般ノ條件トセリ即チ刑法ハ外部行爲ニ表

示セラレサル純然タル精神作用ニ干涉スルモノニ非スシテ非社會的意思ヲ客觀化スル行爲ヲ以テ刑罰制裁ノ條件トス換言スレハ犯罪ハ非社會的意思ノ存在ニ因テ當然成立スルモノニ非スシテ斯ノ如キ意思カ行爲ニ表示セラ
ルルヲ待テ成立スルヲ大原則トシ (Cognitionis poenam nemo patitur.) 從テ行爲ノ非社會性客觀的要素竝ニ行爲者ノ非社會性(主觀的要素)ヲ以テ要件トス

一 行爲ノ非社會性ハ其行爲カ危險性ヲ有スル場合即チ法規ノ保護スル利益ヲ侵害シ又ハ侵害スルノ虞アル状態ヲ惹起スル場合ニ存スルモノナリ然レトモ危險性アル行爲ハ違法ナル場合ニアラサレハ非社會性ヲ具備スルモノト爲スヲ得ス從テ一定ノ行爲ノ違法性ヲ阻却ス可キ特別ノ事由ノ存在スル場合ニハ外形上刑罰法令ノ各本條ニ該當スル行爲ト雖モ犯罪ヲ構成ス可キモノニ非ス是ヲ以テ斯ノ如キ事由ノ存在セサルコトヲ以テ犯罪ノ消極的構成要件 (Negative Tatbestände.) ト稱スルコトアリ

二 行爲者ノ非社會性ハ其者カ主觀的責任能力ヲ有シ且故意又ハ過失ニ基テ社會ニ危險ナル影響ヲ及ホス可キ行爲ヲ爲ス場合ニ於テ存スルモノト

ス然レトモ此條件ハ現行刑法カ犯罪ノ成立要素ト爲スモノタルニ過キス若シ伊太利刑法改正草案ノ如キ見地ヨリスレハ行爲者カ主觀的(道義的)責任能力ヲ有スルコトハ犯罪ノ要素ニ屬スルモノニ非スシテ苟クモ非社會的行動ヲ爲スノ性格ヲ有スル者ハ皆犯罪者タリ

現行法令ニ於ケル犯罪ノ成立スルニハ上叙ノ條件ノ具備スル外尙ホ其行爲カ刑罰法令ノ各本條ニ列舉セラレタルモノナルコトヲ要ス從テ若シ此條件ヲ缺クトキハ現行法上ノ意義ニ於ケル犯罪ヲ存セス(次節參照)

第三 法律ハ有責ナル非社會的行爲ヲ罰スルニ行爲其モノノ要素ヲ成ササル一定ノ事實ノ存在ヲ以テ特別ノ條件トスル場合アリ(故ニ一般要素ニ非ス)獨逸ノ學者ハ斯ノ如キ條件ヲ狹義ノ處罰條件 (Strafbarkeitbedingung i.e.S.) ト稱ス〔註一〕例ヘハ詐欺破産罪ニ付テ債務者カ虛偽ノ負債ヲ増加シ帳簿記載ヲ詐ルカ如キ有責違法ノ行爲アル外其行爲ノ前又ハ後ニ於テ破産宣告ノ確定スルコトヲ特別ノ條件トスルカ如キ是ナリ(新破産法第三百七十四條乃至第三百七十九條參照)而シテ斯ノ如キ條件ヲ必要トスル犯罪ニアリテハ其條件ノ到

來セサル以上ハ其行爲ヲ罰ス可カラサルカ故ニ其條件ノ到來ヲ以テ犯罪ノ成立要素ト爲ササル可カラサルハ勿論ニシテ即チ此條件ノ到來前ニハ行爲ノ可罰性ハ完成セサルモノトス〔註二〕若シ夫レ此條件ニシテ到來シタル以上ハ犯罪ニ關スル凡テノ問題ハ其行爲ヲ標準トシテ之ヲ決定セサル可カラス例ヘハ公訴時効ハ條件到來ノ日ヨリ起算セスシテ行爲終了ノ日ヨリ之ヲ起算ス可キカ如シ(同趣旨判決アリ)

〔註一〕 Binding („Das bedingte Verbrechen“ im Gerichtsamt Bk. 63. S. 1. ff.) ヲ未タ確實ナラサル將來ノ事實(Ereignie)到來スルニ因リテ始メテ處罰シ得可キ違法行爲ヲ廣ク條件付犯罪ナリトス、例ヘハ教唆従犯ハ正犯ノ實行セラルルヲ條件トスル犯罪ニシテ詐欺破産行爲ハ支拂停止又ハ破産宣告アルヲ待テ始メテ處罰ス可キ犯罪ナリ、現在違法ナルニアラスシテ其將來ノ犯罪ノ結果ヲ惹起ス可キ行爲モ亦其結果ノ發生ト共ニ違法ト爲リ犯罪ト爲ルコトアリ例ヘハ獨逸刑法上竊盜犯人カ裁判費用ノ執行ヲ免ルル爲メ直チニ財産ヲ隱匿シタルトキハ費用ノ強制執行無効ニ歸スルニ至テ犯罪成立ス然レ

トモ行爲ノ要素タル結果ニ因リ刑ヲ重クセララルル場合ハ條件付犯罪ニアラス而シテ條件付犯罪ハ條件到來前ニハ犯罪ニアラサル故其未遂モ亦存セス條件到來前ニ違法ノ状態ヲ除却スルトキハ常ニ無罪ナリ時効モ亦條件到來ノ時ヨリ起算ス可キモノト爲ス氏ハ又解除條件付犯罪ヲ認メタリ例ヘハ獨逸附隨刑罰法規ニ於ケル附從的刑事責任ノ場合ニハ無責任者カ全額ヲ納付スルニ因リ犯罪ノ責任消滅スルモノトス(我法律ニテハ偽證ノ訂正之ニ相當ス可キカ)

〔註二〕 犯人カ破産宣告ヲ受ケ其決定確定セルコトハ處罰條件ニシテ罪ト爲ル可キ事實ナリ(大正六年判決録四〇三頁)

第四

反之左ノ諸點ハ犯罪ノ一般要素ニ屬セス

一 行爲ノ背徳性 凡ソ犯罪中ニハ或ハ社會ノ一般道德思想ニ背戻スルモノアリ(所謂自然犯 *Delicta in se*)ト雖モ或ハ然ラスシテ全ク特別ノ法令ヲ待テ始メテ犯罪ノ區域ニ屬スルモノアリ(所謂制禁犯 *Delicta prohibita*)又一般道義ノ觀念ニ背戻スル行爲ニシテ必シモ犯罪ヲ構成セサルモノアリ故ニ行

爲ノ背徳性ハ犯罪ノ一般要素ニ屬セス(但犯情ニ影響スルハ勿論ナリ)

二 裁判權ノ行使ニ對スル制限 裁判權ハ一定ノ事由アル場合ニ於テ之ヲ行使スルコトヲ得サルコトアリ例ヘハ外國使節カ我國ニテ殺人又ハ傷害等ノ行爲ヲ爲スモ其身分ノ存在スル間ハ我裁判權ハ之ニ對シテ活動スルヲ得サルカ如キ是レナリ然レトモ這ハ犯罪ノ不成立ヲ認ムルニ非スシテ裁判權行使ノ停止タルニ外ナラス故ニ斯ノ如キ場合ニ於ケル教唆者、幫助者ハ殺人罪又ハ傷害罪ノ教唆又ハ從犯トシテ之ヲ處罰スルコトヲ妨ケサルナリ(第三節第三段及ヒ第一編第六章第三節第四段説明參照)

三 所謂親告罪ニ於ケル親告 親告ハ犯罪ノ成立要件ニアラスシテ訴訟上ノ條件ナリトスルヲ通説トス

四 反法行爲ノ情狀 反法行爲ノ情狀ハ刑ノ減免ノ事由ト爲ルモ(刑法第十六條參照)犯罪ノ成立ヲ左右セサルモノト解ス判例カ所謂一厘事件ニ付キ「零細ナル反法行爲ハ犯人ニ危險性アリト認ム可キ特殊ノ狀況ノ下ニ決行セラレタルモノニ非サル限り共同生活上ノ觀念ニ於テ刑罰ノ制裁ヲ加

フ可キ法益ノ侵害ト認メサル以上ハ犯罪ヲ構成スルコトナシ(明治四十四年判決録一六二〇頁)ト説明シタルハ解釋論トシテ失當ナル可シ(註)

〔註〕警察犯處罰令第二條第二十九號ニ所謂他人ノ田野園圃ニ於テ菜果ヲ採摘シ又ハ花卉ヲ採折スル行爲ハ零細ナル反法行爲ナル可シト雖モ竊盜罪ヲ構成スヘキモノニ非スト云フヲ得サル可シ從テ舊刑法(第四二九條第一六號)ノ如ク法律ノ特別規定ト爲ストキハ格別ナルモ警察犯處罰令(省令)ニ依リ之ヲ竊盜罪中ヨリ除外スルハ違法タルヲ免レス(ローマ法ニ於テハ De minimis non curat lex (法律ハ些事ニ付テ救濟セス)トノ格言アリ印度刑法第九十五條此原則ヲ是認シ些細ナル危害ヲ惹起スル行爲ヲ處罰ス可キモノニ非ストセリ) (Nothing is an offence by reason that it causes,

or that it is intended to cause, or that it is known to be likely to cause any harm, if that harm is so slight that no person of ordinary sense and temper would complain of such harm.) 例ヘハ他人ノインキ瓶ニペンヲ浸ス場合ノ如キ又ハ他人ノ邸内ニ於テ數個ノ小石ヲ拾取リ之ヲ邸外ノ野犬ニ放抛スル場合ノ如キ是

レナリ蓋此等ノ些事ハ何人モ介意セサルヲ例トシ從テ行爲者亦所有者ノ暗黙承諾ヲ豫想スルヲ普通トスルカ故ニ犯意ノ存在(從テ犯罪ノ成立)ヲ否定スルヲ通例トスルニ過キス若シ所有者ノ拒ムニ拘ラス暴行脅迫ヲ以テ此種ノ行爲ヲ爲スモノトセハ強盜タルヲ免レサル可シ

第三節 刑罰制裁

第一 犯罪ハ違法ナル有責行爲ノ一種ナリ然レトモ違法ナル有責行爲ハ皆犯罪ナリト云フコトヲ得ス違法ノ有責行爲ニシテ何等法律上ノ制裁ヲ受ケサルモノアリ犯罪ハ刑罰制裁ノ威嚇ヲ以テ禁止セラレタル有責行爲ナリ

第二 違法ノ有責行爲ニ科ス可キ制裁ハ之ヲ公法上ノモノト私法上ノモノトニ區別シ公法上ノ制裁ハ法律ニ於テ刑ト稱セラルルモノト然ラサルモノトニ分ツコトヲ得而シテ此等ノ制裁ハ同一ノ行爲ニ對シテ併科セララル可キ場合ト然ラサル場合トアリ犯罪ハ他ノ制裁ノ併科セララルト否トヲ問ハス法令上刑罰制裁ヲ以テ威嚇セラレタル行爲ナリ

第三 刑罰ヲ定ムルニハ法令ノ明文ノ存スルコトヲ要ス故ニ犯罪ハ刑罰法令

ニ列舉セラレタル行爲ナリト云フコトヲ得ヘシ而シテ特別刑法ニ於ケル犯罪ハ此要素ノミニテ完成スルモノアリ然レトモ普通刑法上ニ於ケル犯罪ハ各本條ニ列舉セラレタル行爲ニシテ且有責違法ナルコトヲ要ス故ニ主觀的ニ責任ヲ阻却シ若クハ客觀的ニ違法ヲ阻却スル原因ノ一ヲ存スルトキハ各本條ニ列舉サレタル行爲ト雖モ處罰セサルヲ原則トス之ニ反シ刑罰法令ニ列舉サレタル行爲カ有責違法ナルトキハ常ニ犯罪タルノ性質ヲ有スルモノニシテ刑罰權カ現實ニ行使セラルルコトヲ必要トセス故ニ所謂親告罪ノ場合ニ告訴ナキカ爲メ訴追スルコトヲ得サルモ其行爲ハ犯罪ナリ又外國使節ノ如ク内國ノ裁判所ニ於テ訴追スルコトヲ得サル者ノ行爲ト雖モ尙ホ犯罪タルノ性質ヲ有ス自首其他ノ原因ニ因リ免刑セラル可キ行爲モ亦犯罪タル性質ヲ失ハス況ハ言渡サレタル刑ノ執行セララルヤ否ヤハ犯罪ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ホササルコト明カナリ

國外犯罪ニシテ我刑法ノ適用ヲ受ク可キモノカ我刑法上ニ於ケル犯罪タルヤ言ヲ須タサル所ナリ然レトモ我刑法ノ適用ヲ受ケサル行爲ト雖モ苟クモ

我刑罰法令ニ列擧セラレタル有責違法ノ行爲ト同一ノ條件ヲ具備スル行爲ハ刑法ノ解釋上犯罪タルノ性質ヲ有スルモノト謂ハサル可カラス例ヘハ外國人カ外國ニテ他ノ外國人ヲ殺害スルモ我刑法ヲ之ニ適用セス即チ其外國人ニ對シテハ我刑罰權ヲ行使セスト雖モ帝國臣民ニシテ之ヲ教唆又ハ幫助シタル者ハ法典第六十一條又ハ第六十二條(又外國ニテ教唆幫助ヲ爲シタルトキハ更ニ第三條第一項)ニ依リ殺人罪ノ教唆又ハ從犯トシテ處罰セラル可キナリ要之一定ノ行爲カ犯罪ノ概念ニ包容セラルルニハ抽象的ニ刑罰法令ニ列擧セラレタル有責違法行爲タルヲ以テ足ルモノニシテ場所的關係上刑罰權ヲ行使スルコトヲ得サル場合ニハ其行爲自體ニ對シ具體的ニ刑罰制裁ヲ適用スルコト能ハサルニ止リ行爲ノ犯罪性ヲ認ムルコトヲ妨ケサルモノトス

第四 刑罰ハ犯罪ニ固有ナル制裁ナリ犯罪ト其他ノ有責違法ナル行爲トヲ區別ス可キ唯一ノ標準ハ行爲ニ對スル制裁カ法律上刑罰ト認メラレタルモノナリヤ否ヤニ在リ此制裁ノ異同ヲ外ニシテ兩者ヲ區別ス可キ性質上ノ標準

ヲ求ムルハ困難ナリ殊ニ犯罪ト所謂私犯即チ私法上ノ不法行爲トノ關係ニ付テ然リ〔註一〕

〔註一〕私犯(Tort)ハ犯罪ヨリ廣キ範圍ヲ有スト見解スル者アリト雖モ誤レリ例ヘハ私犯ニ在リテハ一般ニ過失ヲ故意ト同様ニ制裁スルノ點ニ於テハ犯罪ヨリ其領域廣キニ似タリト雖モ犯罪ハ一個人ノ權利ヲ害セスシテ一般ノ利益ヲ侵害スル行爲ヨリ成立シ得ル點ニ於テ私犯ヨリ廣キ範圍ヲ有ス加之其範圍ノ廣狹ニ依リ性質ヲ區別スルカ如キハ誤レリ又私犯ハ權利ノ侵害アル場合ニ限り犯罪ハ權利ノ侵害ナキ場合ニ於テモ成立スルノ差異アリト雖モ犯罪モ亦權利ノ侵害ニ因リテ成立スル場合少カラサルカ故ニ或場合ニ於テハ其行爲カ犯罪タルト同時ニ又私法上ノ不法行爲タルコトアリ此點ヨリ觀察スルモ其制裁ヲ別ニシテ二者ヲ區別ス可キ特質ノ存在セサルコトヲ知ルニ足ル可シ

〔註二〕オースチンノ見解ニ依レハ犯罪ト私犯トヲ區別ス可キ標準ハ制裁ノ異同ニ存セス即チ刑罰ハ社會的豫防ヲ以テ其性質トシ私犯ニ對スル制

裁ハ損害ノ賠償ヲ以テ本質ト爲ストノ理由ニ依リ犯罪ト私犯トヲ區別スルハ不當ニシテ標準ハ單ニ訴訟手續ノ上ニ存シ刑事訴訟ノ手續ヲ以テ處罰ス可キ行爲ハ犯罪ニシテ被害者ノ請求ニ基キ制裁ヲ強制ス可キ民事訴訟手續ニ依リ制裁ヲ加フ可キトキハ私犯ナリト云フノ外ナシトセリ然レトモ是レ本末ヲ顛倒シタル議論ナリト云ハサル可カラス

第二章 犯罪ノ主體

第一 近世ノ法律思想ニ依レハ犯罪ハ行爲ニシテ行爲ハ人ノ意思活動ナルカ故ニ人ニアラサレハ犯罪ノ主體タルコトヲ得ス往時ノ法律ニ於テハ人ニ對シテ害ヲ加ヘタル獸類ヲ處罰スルノ手續アリタリト雖モ舊約全書エキソ¹ト(第二十一節第二十八號參照)現今ノ法律ハ獸類ヲ犯罪ノ主體ト認ムルコトナシ例ヘハ危害豫防上狂犬ヲ撲殺スルカ如キハ刑罰ノ觀念ニ屬セス(白河帝欲幸法勝寺、阻雨不果、帝大怒謂雨有罪、乃盛之器中、下獄、時人謂之雨禁獄)

第二 法律上ニ於テ人ト稱スルハ自然人ト法人トヲ包含ス然レトモ現行刑法

ニ依ルトキハ犯罪ノ主體タルコトヲ得ルモノハ自然人ノミニシテ法人ハ此能力ヲ有セサルヲ以テ原則トス而シテ普通刑法上ノ犯罪ニ付テハ此原則ニ對スル例外ナシ蓋現行普通刑法ニ在リテハ犯罪ノ要素タル責任能力ヲ自然人ニ關シテノミ規定スルノミナラス(法典第三十九條乃至第四十一條參照)性質上自然人ニ對スルニアラサレハ執行ス可カラサル刑罰(生命刑及ヒ自由刑)ヲ定メ且罰金ト雖モ完納不能ノ結果ハ犯人ヲ勞役場ニ留置スル點ヨリ觀ルモ此原則ヲ證明スルニ足レリ故ニ表面上ニ於テ法人カ犯罪ノ主體タルカ如キ觀アル場合ニ於テハ實際ニ此犯罪行爲實行ノ局ニ當リタル代表者ヲ處罰ス可ク法人其者ヲ處罰スルコトヲ得サルナリ(註一)我從來ノ判例亦終始一貫此見解ヲ採用ス

〔註一〕彼有名ナル一六七〇年ノ佛國刑事勅令ノ如キ市町村團體其他ノ團體ヲ以テ犯罪ノ主體タルコトヲ認メ現今ニ於テモ北米諸州ノ刑法ハ原則的ニ法人ニ自然人ト同一ナル犯罪能力ヲ認メタリ例ヘハ紐育刑法ニ依レハ凡ソ法人カ自然人ニ關シ禁錮刑ノミニ當ル可キ犯罪ニ付キ處罰セラル

可キ場合ニ於テ其犯罪カ重罪ナルトキハ五千弗以下ノ罰金ニ處ス可ク輕罪ナルトキハ裁判所適宜ノ處分ヲ爲ス可キモノトス(同法第一九三二條及ヒ一九三一條舊カリフォルニヤ刑法典第二十六條ノ一ハ)各種ノ法人ハ自然人ト同一方法ニ依リ犯罪ヲ爲スノ能力アリ而シテ此法典ニテ禁錮刑ノミニ處セラレル犯罪ニ付テ法人ヲ罰ス可キ場合ニ於テ其犯罪カ輕罪ナルトキハ五百弗以下、重罪ナルトキハ五千弗ノ罰金ニ處ス^ト規定シタルカ現行法ニハ此規定ヲ存置セス從テ從前ノ如ク法人ヲ處罰スルノ精神ナリヤ將タ處罰ヲ否定スルノ趣旨ナリヤ判然セス然レトモ此ノ如ク法人ノ犯罪能力ヲ肯定セサル我現行刑法ノ解釋トシテハ反對ノ論結ヲ採用スルヲ以テ正當ナリトセサル可カラス

第三

一般的ノ法理論トシテハ法人ノ犯罪能力ニ關スル學說二派ニ岐レタリ一ハ法人擬制論ヲ根據トシテ法人ノ犯罪能力ヲ否認シ他ハ法人實在論ヲ標榜シテ法人ノ犯罪能力ヲ肯定ス而シテ擬制說ニ依レハ法人ハ法律ノ擬制ニ依リテ人格ヲ有スルモノニシテ而モ適法ナル目的ノ範圍内ニ於テノミ存在

スルモノナルカ故ニ不法ナル行爲ニ付テハ其存在ヲ認ムルコトヲ得ス加之法人ハ自然的ノ意思ヲ有セサルカ故ニ斯ノ如キ意思ヲ必要トスル犯罪ヲ犯スコトヲ得スト云フニ在リ(ベルナー、ビュンゲル、フインガー、ヤンカ、ランマッシ、マイヤー、オルスハウゼン、ガロイ等本說ヲ採ル)實在說ニ依ルトキハ法人ハ擬制ニアラスシテ實在ノ團體ナリ而シテ法人ハ其機關ニ依リテ其實在ヲ表彰セラレ其機關カ其資格ニ於テ發表スル意思及ヒ行爲ハ即チ法人其者ノ意思及ヒ行爲ニシテ行爲ノ觀念ハ民法ノ範圍ニ於テモ刑法ノ領域ニ於テモ異ル可キモノニアラサルカ故ニ法人カ民法上ニテ行爲ノ主體タルコトヲ得ル以上ハ又刑法上ノ行爲ノ主體タルコトヲ得ヘシト云フニ在リ(ギルター、リスト、ハフテル、プリンス等本說ヲ採ル)

第四

予輩ノ見解ニ依ルトキハ人格ハ一アリテ二ナク自然人ノ人格モ法人ノ人格ト同シク法ノ認否ニ依リテ存否ヲ異ニスルカ故ニ人格ニ自然ノモノト擬制ノモノトヲ區別スルハ正當ナラス而シテ法人ノ存在ハ擬制ニアラスシテ事實ナリ法人カ之ヲ組成スル各員ノ生死増減ト關係ナクシテ存續スルモ

ノト認メラルルハ争フ可カラサル事實ニシテ國家カ君主若クハ人民ノ各自ノ新陳代謝アルニ拘ラス永遠ニ存續シ會社カ社員ノ變更スルニ拘ラス其存在ヲ失ハスト認メラルルハ普通ノ状態ナリ又國民ノ間ニハ國民各自ノ意思ノ總和ト異リタル所謂總意ト稱スルモノアリテ各時代ニ於ケル國民的行動ニハ自ラ其特徴ノ存スルカ如キ傾向アルハ事實ノ證明スル所ナリ多數人ノ團結人格ノ有無ニ拘ラスニハ其團結ニ屬スル各個人ノ力ヲ總計シタルヨリモ強大ナル勢力ノ存スルコトモ亦社會心理學ノ研究ヲ待ツマテモナク吾人ノ實際ニ經驗スル現象ナリ以テ團體實在ヲ論證スルニ足ル我民法第四十二條第四十三條參照及ヒ刑罰規定ハ皆法人擬制說ヲ採用シタリト雖モ商法ハ寧口實在說ヲ採用スルニ似タリ(商法第四十八條參照)然リ而シテ既ニ實在說ヲ認ムルコトヲ得ルモノトセハ例ヘハ前掲紐育刑法等ノ如キ法律ノ規定ヲ以テ法人其者ノ犯罪ヲ認ムルハ論理ニ矛盾セサルコト明カナリ然レトモ實在說ヲ根據トスルモ我現行法ノ解釋トシテハ法人ノ犯罪能力ヲ認ムルコトヲ得サルハ第二段ノ説明ニ依リ之ヲ了知スルニ足ル可シ(註二)

(註二) 大審院カ曾テ法人タル漁業組合ハ其名ヲ以テ爲シタル誣告ニ對シ刑事上ノ責任ヲ負フ可キモノニアラス現ニ誣告ヲ爲シタル代表者ニ於テ刑事上ノ責任ヲ負フ可キモノニシテ其誣告カ法人タル組合ノ事業トシテ組合ノ名ヲ以テ爲サレタルノ事實ハ其罪責ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシト判斷シタルハ現行ノ法律状態ニ於ケル解釋トシテ正當ナリ(明治三十六年判決錄一二〇頁參照)而シテ此趣旨ハ爾後一貫シテ判例ノ承認スル所ナリ(大正四年刑事判決錄一七四五頁大正五年同一五一九頁等參照)尙ホ最近ノ判例亦此精神ヲ是認スルモノアリ曰ク現行刑法ニ於テハ法人ヲ犯罪ノ主體ナリトシ之ニ刑事上ノ責任ヲ科ス可シト爲ス見解ヲ採ルコトナク事實上其局ニ當リタル代表者ヲ處罰スルモノト認ムルヲ正當ナリトス(大正十二年第一三八八號判決)

第五 然ルニ特別刑法中法人ノ處罰ヲ認メタル特別ノ規定アルヲ注意ス可シ例ヘハ明治三十三年三月法律第五十二號法人ニ於テ租稅ニ關シ事犯アリタル場合ニ關スル法律ノ如キ是レナリ同第一條ニ曰ク「法人ノ代表者又ハ其ハ

雇人其ハ他ハ從業者法人ハ業務ニ關シ租稅ニ關スル法規ヲ犯シタル場合ニ於テハ名法規ニ規定シタル罰則ヲ法人ニ適用ス但シ其ノ罰則ニ於テ罰金科料以外ノ刑ニ處ス可キコトヲ規定シタルトキハ法人ヲ三百圓以下ノ罰金ニ處スト而シテ煙草專賣法、粗製樟腦樟腦油專賣法、鹽專賣法、銃砲火藥類取締法其他ノ取締法ニシテ此規定ヲ準用スルモノ頗ル多シ註三然レトモ此等ノ規定ハ法人ノ犯罪能力ヲ認メタルモノナリヤ將タ他人ノ行爲(犯罪)ニ付テ特ニ法人ニ刑責ヲ負ハシムルモノナリヤハ疑問ノ存スル所ナリ之ヲ法人擬制說ノ見地ヨリ觀察スレハ此等ノ場合ニ於テハ法人カ他人ノ行爲ニ付テ制裁ヲ負擔スルモノニシテ法人カ此規定ニ依リ犯罪能力ヲ認メラレタルモノニアラスト論斷ス可キハ當然ナル可ク之ヲ法人實在說ノ見地ヨリ觀察スレハ此場合ニ於テ法人ハ他人ノ行爲ニ付テ刑罰ヲ受クルニアラスシテ自己ノ機關タル代表者等ニ依リ犯罪ヲ爲シタルモノト解スルヲ得ルナリ然レトモ此等ノ規定カ前說ニ從ヘルコトハ其文句自體ニ徴シテ明カナリ

註三 特別法令ニ依リ法人ヲ處罰スルノ規定アリテ法人カ被告人タル可

キ場合ニ於テハ其代表者訴訟行爲ニ付キ之ヲ代表ス可ク而シテ數人ノ代表者アルトキハ常ニ其各自ニ於テ此代表權ヲ行フ可キモノトス(刑事訴訟法第三十六條)尙ホ法人ヲ處罰ス可キ場合ニ於テ法人ノ業務ヲ執行スル社員取締役理事監查役監事等カ法人ノ刑事訴追ヲ免レシムル爲メ合併其他ノ方法ニ依リ之ヲ消滅セシメタルトキハ五年以下ノ懲役ニ處ス可キ特別法(大正四年法律第十八號)ノ存スルコトヲ注意ス可シ然レトモ此法律ハ消滅シタル法人ヲ處罰スルモノニ非サルコト固ヨリ明白ナリ

第六 以上説明シタル所ニ依レハ法人ヲ以テ犯罪ノ主體ナリト認メ又ハ之ニ刑罰ヲ科スルニ付テハ法令ニ特別ノ明文ヲ置クノ必要アルコト明白ナリ此點ニ付キ注意ス可キ判例アリ曰ク業務取締法規ニ在リテハ自己ノ計算ニ於テ業務ヲ行フ主體ニ對シテ取締ヲ爲ス可キコト當然ノ原則ニシテ明治三十三年法律第五十二號及ヒ之ヲ準用セル取締法規ニ於テ法人ノ業務ニ關シ代表者等カ此等法令ノ規定ヲ犯シタル場合ニ法人ヲ處罰ス可キモノトシ又此等ノ法規中最モ多數ノモノカ當該業務ニ關シ代理人雇人家族其他ノ從業

者ノ反則行爲ニ付キ業務主ヲ處罰スルハ當ニ此原則ヲ採用シタルモノナリ但
 法人ヲ處罰シ又業務主カ從業者等ノ行爲ニ付テ犯意ナキモ尙ホ之ヲ處罰ス
 ルコトハ現行刑法ノ原則ニ對スル大例外ナルカ故ニ法令ノ規定ニ依リ之ヲ
 明示スルヲ要スト(大正十二年第一五三五號同十三年二月九日判決)

第七 自然人ト雖モ責任能力ナキ者ハ現行法ニ於ケル犯罪ノ主體タルコトヲ
 得サルヲ以テ原則トス之ニ反シ責任能力アル者ハ國內刑法ノ適用ヲ受ケサ
 ルトキト雖モ苟クモ其者ノ行爲カ犯罪ノ要素ヲ具備スルトキハ則チ犯罪ヲ
 構成スルモノニシテ國際例規上若クハ國內法ノ理由ニ基キ國內刑法ニ依リ
 處罰セラルルコトナキニ止ルカ故ニ此種ノ人ハ犯罪ノ主體タル能力ヲ有ス
 ルコト明カナリ

第三章 犯罪ノ客體

第一 犯罪ノ客體ハ即チ犯罪ノ對象 (Gegenstand) 即チ目的物 (Objekt) ナリト解ス
 ル者アリ此意味ニ於テハ總テ法律保護ノ目的物即チ法益註ハ其種類ノ如何

ヲ問ハスシテ犯罪ノ客體タルコトヲ得ルモノトス例ヘハ生命、身體、名譽、貞操、
 財産、信用、風俗、胎兒及ヒ無主動物等ノ如キ是レナリ而シテ各犯罪ニ於ケル法
 益カ何モノナルカハ其犯罪ノ性質如何ニ依リテ定ル

〔註〕 法益 (Rechtsgut) ハ法律ノ保護スル目的物ナリト解スルヲ普通トスル
 モ主觀的ニ觀察シ法律ハ目的物體其モノヲ保護スルモノニアラスシテ或
 目的物ノ保有者カ其物體ニ對シテ有スル主觀的利益ヲ保護スルモノナリ
 換言スレハ法ノ保護ヲ受クルモノハ (Rechtsgut) ニアラスシテ Rechtsinteresse)。
 ナリト主張スル者アリ本書ニ於テハ通説ニ從フ而シテ此意味ニ於ケル法
 益ニハ必シモ格段ナル主體ノ存スルコトヲ要セス例ヘハ胎兒ハ法益ノ主
 體ニアラスト雖モ尙ホ法益其モノタルヲ得ルナリ

第二 犯罪ノ客體ヲ犯罪ノ被害者即チ受働的主體 (Subjekt passiv) ト云フ意味ニ解
 スル者アリ例ヘハ(オルトラン、プリンス、ガロ)等此意味ニ於テハ常ニ直接若
 クハ間接ニ犯罪ノ客體タルモノハ獨リ國家アルノミ然レトモ直接ニ法益ヲ
 侵害セラレタル者カ一私人(自然人若クハ法人)ナルトキハ是レ亦犯罪ノ被害

者タリ現行法ニテ犯罪ノ被害者ト稱スルハ寧ロ此直接ノ被害者ヲ指示ス而シテ犯罪ノ被害者ニ關シテハ犯罪ノ主體ニ關スルカ如キ諸種ノ條件ヲ必要トセサルカ故ニ十四歳未滿ノ者若クハ心神喪失者等モ等シク犯罪ノ被害者タルヲ得ヘク又死刑ノ宣告ヲ受ケタル者若クハ不治ノ疾病者ト雖モ尙ホ法益ノ主體ナルカ故ニ犯罪ノ被害者タルヲ得ヘシ法人ノ被害能力ノ範圍ハ各犯罪ノ性質ヲ研究シタル後ニ非サレハ決定スルヲ得スト雖モ現行刑法ノ解釋トシテ一定ノ範圍内ニ於テ法人ニ此能力ヲ認メ得ルコト明白ナリ

第三 犯罪ノ客體ヲ第一ノ意義ニ解スルト第二ノ意義ニ解スルトハ用語ノ爭ナリ孰レヲ是トシ孰レヲ非トス可キニアラス然レトモ二者混用スルトキハ説明ノ錯雜ヲ來スカ故ニ寧ロ犯罪ノ客體ハ犯罪行為ノ對象タル法益其モノヲ指稱スルモノトシ犯罪ノ被害者トハ其法益ノ主體ナリトスルノ用例ニ從フヲ適當ナリトス此用例ニ從フトキハ例ヘハ公然猥褻ノ行為ヲ爲ス罪ニアリテハ風俗カ客體ニシテ格別ナル被害者ヲ存セス反之竊盜罪ニアリテハ其客體ハ他人ノ財物ニシテ其被害者ハ其財物ノ所有者又ハ占有者ナリ

第四章 行為

第一節 行為ノ概念

第一 行為ハ外界ニ影響ヲ及ホス人ノ身體ノ任意的動靜意思活動ナリ行為ノ主體ハ人ナリ故ニ人以外ノ動物ノ運動ハ行為ニアラス又風雨震雷等ノ如キ自然現象モ亦行為ノ觀念ニ屬スルコトナシ人ニ自然人ト法人トノ別アリ法人モ法理上行爲能力ヲ有スルコトヲ得ルモノナリト雖モ現行刑法ニ依ルトキハ法人ハ犯罪行為ノ能力ヲ有セス

第二 行為ハ人ノ身體ノ任意的動靜ナリ從テ抗拒ス可カラサル外部の強制(自然力タルト人爲タルト)問ハスニ因ル身體ノ動靜ハ行為ニアラス又催眠若クハ熟醉中ノ如キ無意識狀態ニ於ケル身體ノ動靜ハ行為ニアラス其他意識ニ基クコトナク直接ニ感覺神經ニ影響スル刺激ニ基ク動靜(所謂反射運動)モ亦行為ニアラス但機械的動靜又ハ無意識的動靜ヲ任意ニ利用シタル者ヲ間接行為者ト認ムルコトヲ得ルハ別論ナリトス

第三 行爲ハ外界ニ影響ヲ及ホス意思活動ナリ故ニ外界ノ影響殊ニ社會的利

益ニ對スル實害又ハ危險ハ刑法上ニ於ケル行爲ノ一要素ナリト謂ハサル可
カラス蓋犯罪ヲ構成ス可キ行爲ハ非社會性ヲ有スルモノナルコトヲ要スル
點ヨリ觀察スレハ上叙ノ結論ヲ正當ナリトス可キコト明カナリ

第四 意思活動ト外界ノ影響トノ間ニハ原因結果ノ關係アルコトヲ要スルモ
ノニシテ此因果關係モ亦行爲ノ一要素タル可キモノトス

第二節 意思活動

第一 行爲ハ單一ノ意思活動ヨリ成立スル場合ト多數ノ意思活動ヨリ成立ス
ル場合トアリ又或目的ヲ遂行スル場合ニ行爲ハ多數ノ階級ヲ經テ發展スル
モノニシテ多數ノ意思活動ニ因リテ結果ヲ惹起スルモノトス例ヘハ人ヲ殺
害スル爲メ兇器ヲ買入レ之ヲ携帶シテ犯罪ノ實行ニ適當ナル場所ヲ撰擇シ
被害者ノ來ルヲ其途ニ要シ被害者ト格闘シタル後遂ニ之ヲ殺スニ至ルカ如
キ是レナリ廣キ意味ニ於テハ此等ノ相連續セル數箇ノ意思活動ハ殺人テフ
單一ナル概念ヲ構成ス然レトモ嚴格ニ云フトキハ兇器ヲ買入レ若クハ被害

者ヲ或場所ニ要スルカ如キハ殺人行爲ノ準備行爲タルニ止リ殺人行爲其モ
ノニ屬セサルモノト觀察ス而シテ多數ノ意思活動中或犯罪行爲其モノノ範
圍ニ屬ス可キ部分ト然ラサルモノトハ各犯罪行爲ニ關スル法文ヲ標準トシ
テ之ヲ決定セサル可カラス

第二 行爲ハ身體四肢ノ動靜ヨリ成立スルノミナラス尙ホ言語、文書等ニ依ル
意思表示ヲモ包含スルモノトス例ヘハ誹毀罪、脅迫罪又ハ一般ニ教唆幫助等
ハ文書言語等ヲ以テ之ヲ實行スル場合少カラサルナリ通俗ノ用語トシテハ
言語ト行爲トヲ區別スルモ法令ニ於テハ上叙ノ如ク言語即チ行爲タル可キ
場合ノ存スルコトヲ注意ス可シ然レトモ言語文書等カ直接ニ實行行爲ト爲
ルヲ得ルヤ否ヤハ各犯罪ノ性質ニ依テ之ヲ判斷セサル可カラス例ヘハ言語
文書ヲ以テシテハ殺人罪、傷害罪、強竊盜罪等ニ付テノ謀議ヲ爲シ又ハ教唆若
クハ幫助ヲ爲スヲ得ルモ直接ニ其實行ヲ爲スコト能ハサルカ如キ是レナリ

第三 行爲ハ之ヲ作爲 (Tun, commission.) ト不作爲 (Unterlassen, omission.) トニ分類ス
作爲ハ身體ノ任意的運動ニシテ不作爲ハ身體ノ任意的靜止ナリ何レモ意識

ノ外部的發動タル點ニ於テ同一ナリ單純ナル決意アルノミニテ外部ノ事實トシテ表現セサルトキハ不作爲モ亦存在スルヲ得ス而シテ作爲ト不作爲トハ何レモ等シク同種類ノ犯罪ノ手段タルヲ得ヘシ例ヘハ兇器ヲ使用シテ人ヲ殺スモ又ハ乳兒ニ哺乳セスシテ故意ニ之ヲ死ニ致スモ同シク殺人犯タルヲ得ヘク又例ヘハ徵兵検査ニ應ス可キ者カ所定ノ日時ニ於テ終日就床何等ノ運動ヲ爲ササル場合物理的ノ不作爲ト其日時ニ於テ運動會ニ赴キ盛ンニ活動シタル場合物理的ノ作爲トハ法律上等シク不作爲犯(検査不應罪)タル可シ

刑法ハ或場合ニ於テハ一定ノ影響ヲ發生セシムルコトヲ禁止スル法規ヲ保持スル爲メ積極的形式ノ規定ヲ設ケテ其法規違反ノ行爲ヲ處罰シ(例ヘハ人ヲ殺シタル者他人ノ財物ヲ竊取シタル者ヲ處罰スル規定)又或場合ニ於テハ一定ノ狀態ヲ維持シ若クハ發生セシムルコトヲ命令スル法規ヲ保持スル爲メ消極的形式ノ規定ヲ設ケテ當該法規違反ノ行爲ヲ處罰ス(例ヘハ老者幼者等ノ扶助義務者カ必要ナル保護ヲ爲ササル罪暴行脅迫ヲ爲ス目的ヲ以テ聚

合シタル多衆カ命令ヲ受クルモ解散セサル罪)積極的ノ形式ニテ規定サレタル犯罪ハ之ヲ作爲犯 (Kommissivdelikte.) ト稱シ消極的ノ形式ニテ規定サレタル犯罪ハ之ヲ不作爲犯 (Omissiv-oder Unterlassungsdelikte.) ト稱ス而シテ不作爲ヲ手段トシテ作爲犯ヲ犯シタルトキハ(例ヘハ幼者ニ對シテ必要ナル保護ヲ爲サスシテ故意ニ之ヲ死ニ致ス)之ヲ不作爲ニ因ル作爲犯又ハ不真正不作爲犯 (Kommissivdelikte durch Unterlassung oder unechte Unterlassungsdelikte.) ト稱シ(單純ナル不作爲犯ハ不真正作爲犯ニ對シテ真正不作爲犯ト稱スルヲ例トス

第三節 結果

第一 意思ノ外部的活動アレハ必ヤ外界ニ於ケル事態ノ變更ヲ伴フコトヲ常トス外界トハ自然界及ヒ行爲者以外ノ人ノ心界ヲ謂フ例ヘハ「マツチ」ヲ擦レハ火ヲ發ス可ク足ヲ舉クレハ空氣ノ振動ヲ生スルカ如キ一舉手一投足ノ運動ニシテ尙ホ能ク斯ノ如キ影響ヲ生スルナリ言語モ亦同シ音聲ヲ發スレハ空氣ノ波動ヲ生シ傍人ノ耳朶ヲ打チテ其心界ニ感應セシム是ヲ以テ行爲ハ皆外界ノ影響ヲ伴フモノト斷定スルヲ得ヘシ而シテ意思活動ヨリ生スル外

界ノ影響ハ論理上ニ於テハ悉ク之ヲ意思活動ノ結果ナリト云フコトヲ得ヘシ然レトモ刑法上ニ於テハ各本條ノ罪ノ成立上必要ナル條件タル影響ノミヲ結果ト稱スルヲ通例トス例ヘハ甲者指頭ヲ以テ短銃ノ引金ヲ引クトキハ此意思發動ニ因リ火藥爆發シ銃丸飛ビ乙者ヲ傷ケ遂ニ其死ヲ致シ遺族爲メニ生計ニ苦ミ惡事ヲ行フニ至ル而シテ論理上ニ於テ此等ノ影響ハ悉ク之ヲ甲者ノ指頭ノ働ニ起因スル結果ナリト云フコトヲ得ヘシト雖モ刑法上ニ於テハ乙者ノ死亡ノミヲ結果ト稱ス但廣義ニ於テハ未遂罪ノ成立上必要ナル危險狀態モ亦刑法上ノ結果ト稱スルヲ得ヘシ

第二 各種犯罪行爲ハ必ス結果ヲ有スルヤ否ヤニ付テハ學者ノ見解一致セス或ハ之ヲ肯定シ或ハ之ヲ否定スト雖モ此議論ハ寧ロ用語上ノ爭タルヲ免レス蓋結果ハ或ハ外形ニ表現スルモノ(有形的結果)アリ例ヘハ殺人罪ニ於ケル結果(人ノ死亡)又ハ傷害罪ニ於ケル結果(人ノ負傷)ノ如キ是レナリ或ハ反之意思活動其モノト分離シテ外形ニ表現セサルモ唯五官ノ作用ニテ認識スルコトヲ得ルニ止ルモノ(無形的結果)アリ例ヘハ名譽毀損罪ニ於ケル結果ノ如キ

是レナリ而シテ一部ノ學者ハ前者ノミヲ結果ナリトシ之ヲ必要トスル罪ヲ結果犯(Erfolgsdelikt)若クハ實質犯ト稱シ然ラサルモノヲ舉動犯(Tätigkeitsdelikt)若クハ刑式犯ト稱スルナリ茲ニ所謂結果犯ト他ノ意味ニ於ケル結果犯即チ一定ノ故意行爲ニ一定ノ重キ結果ノ附加スルニ因リ刑ヲ加重セラルル犯罪例ヘハ傷害致死罪トヲ混同セサルコトヲ要ス抑因果關係ノ問題ハ主トシテ所謂結果犯ニ付テ之ヲ研究スルヲ以テ通例トスルモ理論上有形的結果ト無形的結果トヲ區別スルノ必要ナシ無形的結果ハ所謂舉動犯又ハ真正不作爲犯ニモ存スルモノト認ム可キナリ

第三 結果ハ行爲ノ要素ナリヤ否ヤ此問題ニ付テハ三箇ノ見解アリ即チ甲說ニ依レハ行爲ハ既遂罪又ハ未遂罪ノ成立上必要ナル外界ノ影響即チ結果ヲ以テ一要素トナスモノニシテ結果ナケレハ行爲ナシ乙說ニ依レハ行爲ノ觀念ハ意思活動及ヒ之ニ伴フ中間影響ヨリ成立スルモノニシテ狹意ノ結果ヲ包含セス終リニ丙說ニ依レハ行爲ノ要素ハ意思活動ノミニシテ之ヲ伴フ影響ハ意思活動自體ト分離シテ互ニ對立セシム可ク而シテ此影響殊ニ結果ハ

行為ニ對スル處罰ノ有無若クハ刑ノ輕重ニ關係アルノミニシテ行為ノ意義ヲ構成スル要素ニアラストナス蓋刑法上ニ於ケル行為ハ前述ノ如ク非社會的影響ヲ有スルコトヲ必要トスルカ故ニ社會的利益ノ侵害ヲ實質トスル一定ノ結果ハ犯罪行為ノ一要素ナリト解スルヲ正當ナリトス〔註一、二〕

然レトモ法律ハ或關係ニ於テハ意思活動ノミニ重キヲ置キ又或關係ニ於テハ意思活動ト結果トヲ同等ニ觀察スルコトアルカ故ニ等シク行為ヲ語句ノ使用セラレタル場合ニ於テ或ハ意思活動ノミヲ觀察シ結果ヲ度外視シテ解釋ス可キ場合ノ存スルコトハ之ヲ注意セサル可カラズ字句ノ外形ノミニ拘泥シテ其趣旨ヲ没却スルハ失當ナリ

〔註一〕犯罪ハ直接ニ共同利益ヲ侵犯スルノミニシテ個人ノ權利ニ關係ナキモノアリ(例ヘハ風俗ヲ害スル罪)之ニ反シテ直接ニ個人ノ權利ヲ侵害スル場合アリ(例ヘハ殺傷竊盜詐欺ノ類)然レトモ個人ノ權利ニ對スル侵害ハ此種ノ侵害カ共同利益ニ關係アル場合ニ限リテ犯罪タルモノナリ故ニ直接ニ侵害ノ目的トナレル個人ノ法益ヲ標準トスルトキハ犯罪ハ之ヲ實害

罪 (Verletzungsdelikt) 危害罪 (Gefährungsdelikt) 及コ危険罪 (Gefährigkeitsdelikt) ノ

三種トナスコトヲ得ヘク危険罪ニアリテハ直接ニ個人ノ法益ヲ害スルコトナシト雖モ間接ニ保護セラルル社會共同ノ利益ヲ標準トシテ觀察スルトキハ何レノ犯罪ト雖モ法益ニ對スル侵害タラサルモノナシ

〔註二〕法律ハ共同利益保護ノ機關タルカ故ニ如何ナル範圍、如何ナル形式ニ於テ各個人ノ利益ヲ保護ス可キカ如何ナル範圍、如何ナル方法ニ於テ個人ノ自由ニ對スル法律上ノ限界ヲ定メ而シテ此限界ヲ超越スル行為殊ニ犯罪ヲ如何ニ抑壓ス可キカノ方策上常ニ共同利益ヲ以テ標準トナス可キモノニシテ此種ノ利益カ犯罪ニ因リ如何ニ侵犯セラルルカノ關係ハ法定刑ノ範圍ヲ定ムルニ付テ主要ナル標準ノ一ナリ

第四節 作為ト因果關係

第一 法律上關係アル外界現象ヲ或者ノ意思活動ニ歸スルニハ其意思活動ト其現象トノ間ニ因果關係ノ存在スルコトヲ要ス換言スレハ斯ノ如キ因果關係ノ存在スルコトハ行為者カ外界ノ現象ニ付テ制裁ヲ負フノ一前提ナリ〔註

一而シテ法律上關係アル外界現象ハ必シモ既遂罪ノ要件タル可キ結果ノミニ非スシテ斯ノ如キ結果ヲ到來セシムル虞アル状態即チ危險ヲモ包含シ又其有形的ノモノナルト無形的ノモノタルトヲ區別ス可キ理由ナシ故ニ一定ノ結果ノ發生シタルニアラスシテ其發生ス可キ危險状態ノ到來シタルニ過キサル場合ニ於テ處罰ヲ行フニモ其危險状態ト當該本人ノ意思活動トノ間ニ此關係アルコトヲ要シ又無形的ノ結果カ犯罪要素タル場合ニ於テモ其結果ト當該本人ノ意思活動トノ間ニ因果關係ノ存スルニアラサレハ其本人ヲ處罰スルヲ得サルモノトス然レトモ因果關係ノ問題ハ有形的結果ヲ必要トスル犯罪ニ於ケル狹意ノ結果既遂犯ノ結果ト當該意思活動トノ關係ニ付テ最モ顯著ニシテ又最モ必要ナリ從テ刑法ニ於ケル因果關係ノ問題ハ主トシテ此範圍内ニ於テ研究ノ目的ト爲ルヲ例トス

〔註一〕因果關係ノ存在ハ行爲者ヲ罰スルノ客觀的條件ニシテ主觀的條件トハ別個ノ觀念ニ屬スルカ故ニ因果關係ノ存在ヲ認ムルモ主觀的條件ノ具備セルニ非サレハ直チニ有罪ノ斷定ヲ下スコト能ハサルハ勿論ナリ

第二 因果關係ハ或現象ト他ノ現象トノ間ニ於ケル條件的關係ナリ換言スレ

ハ甲現象ナカリシモノト假定スルトキハ現ニ發生シタル具體的ノ乙現象モ亦發生ス可カラサリシコトヲ推理シ得ヘキニ現象間ノ關係ナリ二個ノ現象カ斯ノ如キ状態ニ在ルトキハ其間ニ因果ノ關係アリト稱ス然レトモ凡ソ外界ノ現象ハ唯一ノ條件ヨリ發スルモノニアラスシテ多數條件ノ競合的作用若クハ連續的作用ニ因リテ成立スルモノナルカ故ニ因果關係ノ觀念ハ獨リ二個ノ現象アル場合ノミニ限ラスシテ多數ノ現象アル場合ニモ存在スルモノナリ而シテ多數ノ條件カ競合的作用ニ因リテ一ノ現象ヲ發生セシムルトキハ其多數ノ條件ヲ共同原因ト稱シ或條件カ第二ノ條件ヲ生ミ第二ノ條件カ第三ノ條件ヲ生ムカ如キ關係ニ於テ因果ノ連鎖ヲ形成シテ一ノ結果ヲ得タルトキハ其結果ニ直接スル條件ニ先タテル條件ヲ間接ノ原因ト稱ス故ニ原因ノ原因ハ又結果ノ原因ナリ(Causa causae est causa causati)又多數ノ條件中ニハ一定ノ現象ノ發生ニ付テ積極的ノ作用ヲ爲スモノ(所謂起果條件)ト一定現象ノ發生ヲ妨害スル條件(所謂妨果條件)ヲ抑壓シテ他ノ條件ノ作用ヲ補助ス

ルニ止ルモノトアリ何レモ一ノ具體的現象ト條件關係ヲ有スルカ故ニ其間ニ因果關係ヲ認メサル可カラス要之一定ノ現象殊ニ結果ヲ具體的ニ其發生ノ時期及ヒ態様ニ從テ觀察スルトキハ之カ條件タル諸種ノ現象中其結果トノ關係ニ付キ其大小輕重優劣ヲ分チテ孰レヲ必要ナリトシ孰レヲ必要ナラストスルカ如キ區別ヲ設クルコト能ハサルカ故ニ苟クモ結果ニ對シテ一ノ條件タル現象ハ何レモ等シク其原因ナリト認ム可キナリ

此説明ニ從フトキハ因果關係ノ範圍ハ殆ト無限ニシテ宇宙ノ事物間ニハ必ス直接又ハ間接ノ因果關係アルコトヲ發見スルニ難カラサル可シ然レトモ斯ノ如ク廣汎ナル範圍ノ因果關係ヲ研究スルハ刑法學ノ目的ニ屬セス刑法ニ於テハ非社會的ノ傾向ヲ有スル一定ノ行爲ト一定ノ結果トノ間ニ於ケル因果關係ノ問題ヲ研究スルヲ以テ足ル

第三 刑法上ニ於テ或行爲ト或結果トノ間ニ於ケル因果關係ノ有無ヲ判斷スルニハ前段ニ説明シタル因果關係ノ觀念ヲ其ママ應用ス可キモノナルヤ否ヤニ付テハ學說一致セス此觀念ヲ其ママ應用スルトキハ或行爲ニシテ一定

ノ結果ニ對シ苟クモ條件的關係ヲ有スル以上ハ他ノ行爲若クハ自然的事實ト共同ニ其條件ヲ成シタルト否トヲ問ハス主タル條件ナリシヤ從タル條件ナリシヤニ關係ナク又絶對的條件ナリシヤ相對的條件ナリシヤヲ分タス其行爲ヲ其結果ノ一原因ナリト認ムルヲ得ヘク例ヘハ**ホンブリー、ホンリスト**及ヒ**ヤンカ**ノ如キハ此見解ヲ採用シ一面ニ於テ因果關係ノ中斷ヲ認メタリ**フランク**モ亦原則トシテ此見解ヲ採リ精神的ニ媒介サレタル條件ハ獨逸現行法ノ解釋上原因タルヲ得サルモノトシ尙ホ結果犯ニ付テハ相當原因ヲ要スルモノトセリ反之多數ノ學者ハ諸種ノ條件中ニ單純ナル條件ト原因タル條件トヲ區別シ或行爲カ一定ノ結果ニ對シテ單純ナル條件タルニ過キサルトキハ之ヲ原因ト認メサラントト主張ス而シテ單純ナル條件ト原因トヲ如何ナル標準ニテ區別ス可キカニ付テハ多數ノ見解アリ

一 必要條件說 結果ノ發生上必要ニシテ缺ク可カラサル條件ノミヲ原因トシ然ラサルモノヲ條件(單純ナル)トスル見解即チ是レナリ**カルプツ**以**來フ、エルバハ**一派ノ主張セル所ニシテ頗ル廣ク行ハレタルモ今ヤ之ニ從

フモノ少シ蓋一定ノ結果ヲ具體ニ觀察スレハ到底其條件中ニ必要條件ト然ラサルモノトヲ區別スルコト困難ナリト謂ハサル可カラス加之論理學上共通要素發見ノ方法ヲ以テ原因ト條件トヲ區別ス可キモノトセハ〔註二〕吾人ノ行爲ハ殆ト凡テノ場合ニ於テ或結果ニ對スル原因タルコトヲ得サルニ至ル可シ

〔註二〕論理學上ニ於テ一定ノ條件カ必要ニシテ缺ク可カラサルモノナリヤ否ヤヲ決定スルニハ諸種ノ類似事實ヲ集メ其總テニ共通ナル原素ヲ發見スルヲ要ス(Method of agreement)其總テニ共通ナルモノハ即チ必要缺ク可カラサルモノニシテ原因ヲ成シ共通ナラサルモノハ條件タルニ過キササルモノトス(Jevons, Elementary lessons in logic p. 241 :—"The sole invariable antecedent of a phenomenon is probably its cause. To apply this method we must collect as many instances of the phenomenon as possible, and compare together their antecedents. Among these the cause will lie, but if we notice that certain antecedents are present or absent without appearing to affect the result, we conclude that they can not be necessary

antecedents. Hence it is the one antecedent or groups of antecedents always present, when the effect follows, that we consider the cause".)

二 優勢條件說 他ノ條件ニ優越シ(Uberwiegen)妨果條件ヲ抑壓シテ結果ヲ發生セシメタル條件又ハ最モ有力ナル條件(Wirkksamste Bedingung)ノミカ原因ニシテ其他ノ條件ハ單純ナル條件ナリトスル見解ニシテビンディングビルグマイヤー等ノ主張スル所ナリ然レトモ具體的ノ結果ヨリ觀察スルトキハ優勢ナラサル條件モ亦之ヲ除去ス可カラサル關係ニ在ルカ故ニ優勢ノモノノミヲ原因ナリトスルハ不條理ナリ

三 最後條件說 結果ノ發生ニ付テ最後ノ影響ヲ及ホシタル條件ノミカ原因ニシテ其他ハ單純ナル條件ナリトスル見解ニシテオルトマンノ主張スル所ナリ此見解ニ從フトキハ間接正犯ノ如キハ之ヲ否定セサル可カラス

四 背則條件說 事物自然ノ進路順序ヲ變シテ異常ノ進行ヲ爲サシムル常規違反ノ條件(Regelwidrige Bed.)ノミカ刑法上ノ原因ニシテ然ラサル事實ハ原因タルヲ得ストスル見解ニシテホン・パールノ主張スル所ナリ此見解ニ

從フトキハ例ヘハ既ニ致命的の傷害ヲ被ムレル者ノ未タ絶命セサルニ先チ之ヲ刎首スルモ其行爲ハ原因ニアラスト爲ササル可カラサルノ觀アリ何トナレハ被害者ハ既ニ致命傷ヲ負ヘルモノニシテ刎首ノ行爲ハ之ト等シク死ノ結果ヲ惹起シタルニ止リ異常ノ進行ヲ惹起シタルモノニアラサレハナリ然レトモ本説ノ精神ヲ案スルトキハ相當條件説ト同趣旨ニ歸スルモノニシテ寧ロ此相當原因説ノ先驅ヲ成セルモノト謂フヲ得ヘシ

五 原動條件説 コーラーノ主張スル所ニシテ事物ニ推進力又ハ原動力(原動ende o. l. bewegende Kraft)ヲ付與スル條件ハ原因ニシテ事物ノ進行ヲ可能ナラシムルニ止ル條件ハ單純ナル條件ナリトスルヲ要旨トス蓋此見解ハ優勢條件説ト結局同趣旨ニ歸ス可シ

六 決定的條件説 マイヤー、ワッペン、フェルト等ノ主張スル所ニシテ因果連鎖ノ方向ヲ決定シ以テ事物ノ進行ニ對シ決定的動力ヲ付與スル條件ヲ以テ原因ナリト認ムルモノナリ原動條件説ト殆ト同趣旨ニシテ單ニ因果連鎖ノ方向(Richtung)ヲ支配スルヤ否ヤニ重キヲ措ク點ニ於テ僅ニ彼ト異ル所

第四

アルニ過キス又本説ハ大體ニ於テ背則條件説ト同趣旨ニ歸スルカ如シ

意思活動ト結果トノ間ニハ一般論理上ノ觀念ニ依リ條件關係ノ存在スルコトヲ要スルハ勿論ナリト雖モ凡テノ條件關係ヲ以テ刑法上ノ責任ノ基礎タル可キ因果關係ナリトスルハ廣汎ニ失スルコト明カニシテ多數説カ條件ノ性質等ニ依リ何等カ制限ヲ付セントスルハ概シテ理由アリト謂ハサル可カラス然レトモ上叙諸説カ一般論理上ノ因果關係ノ觀念ヲ全然度外視シテ絶對的ニ原因ト條件トヲ區別シ得ルモノト爲スハ失當タルヲ免レス蓋法律上ノ因果關係ハ一般論理上ノ因果關係ノ觀念ヲ基礎トシ此因果關係カ事物自然ノ狀態又ハ之ト不可分のニ同一視ス可キ狀態ニ於テ發展シテ當該結果ヲ惹起シタル場合ニ於テノミ存スルモノト爲スヲ正當ナリトス是レ所謂相當原因説(Theorie der adäquaten Verursachung)ナリ(註三)抑刑法ハ通常ノ事態ヲ標準トスルモノニシテ不可抗力ト同視ス可キ偶然ノ因果連絡ヲ以テ處罰ノ基礎タラシムルモノニ非サルカ故ニ刑法上ニテハ一定ノ行爲カ事物ノ通態トシテ存在スル原因力ヲ有シ從テ吾人ノ經驗上一般ノ常識上相當ト認メ

ラルル因果關係ヲ惹起シタル場合ニ限リテ其行爲ヲ以テ結果ニ對スル原因ナリト認ムルヲ正當トス從テ當該意思活動自體ニ相當原因力ノ存スルニ非スシテ之ニ豫見ス可カラサル偶然ナル事情ノ新ニ附加シタルカ爲メ偶然ナル因果連絡ヲ形成シタル場合ニ於テハ刑法上其結果ヲ當該意思活動ニ歸スルコトヲ得サルモノトス例ヘハ微傷ヲ負ヒタル者治療ノ爲メ病院ニ運搬セラルル途中暴風雨ニ因リ倒潰シタル工作物ニ壓殺セラレ又ハ入院中火災ニ罹リテ焼死シタル場合ノ如キハ彼ノ傷害行爲ト燒死トノ間ニ刑法上ノ因果關係アリト認ムルコトヲ得ス一定ノ結果カ發生スルニ因リ刑ヲ加重セラル可キ犯罪ニ付テモ亦同シ例ヘハ強姦セラレタル婦女カ羞耻ノ情ニ堪ヘスシテ自ラ毒死シタル場合又ハ或者船舶ヲ轉覆セシメタルニ因リ乗客ノ妻此變事ヲ聞キ精神過勞ノ爲メ發狂シテ縊死シタル場合ニ於テハ強姦又ハ船舶轉覆ノ行爲ト毒死又ハ縊死トノ間ニ理論上因果關係アルモ刑法ノ解釋上此等ノ結果ノ行爲者ノ責ニ歸スルコトヲ得ス

此相當原因說ニ對シテハ普通一般ノ經驗ト謂フカ如キ曖昧ナル觀念ヲ標準

ト爲スヲ失當ナリトスルノ批難アリト雖モ斯ノ如ク一般の常識判斷ヲ除外排斥スルトキハ刑法ノ解釋概ネ不能ニ歸スルニ至ル可シ

〔註三〕 此見解ハホン・ローランド、グリース、メルケル、ランマシユ、アルフェルド等ノ主張スル所ニシテ我大審院大正二年れ第一三四九號判決及ヒ勝本博士(刑法要論)等ノ採用スル所ナリ

第五 相當因果關係說ヲ採ルトキハ吾人ノ一般社會的通念ニ從ヒ一定ノ結果ヲ惹起シ得ル手段ノ行ハルルヲ以テ必要ナリトス從テ例ヘハ呪咀ニ依リ人ヲ殺サントスルカ如キ手段ヲ行フ場合ノ如ク現今ノ社會通念上單純ナル迷信ニ過キスシテ絶對的ニ人ヲ死ニ致スノ原因力ナキモノト認メラルル行爲ヲ以テ相當原因ナリト解スルヲ得ス又社會カ一般ニ日常生活ニ使用スル手段ハ之ヲ其普通ノ用法ニ從テ利用スルモ相當原因トシテノ危險性ヲ有スルモノト解ス可キニ非サル可シ例ヘハ人ヲ勸メテ汽車汽船ニ依ル旅行ヲ爲サシムルカ如キハ假令長途旅行中不慮ノ災難ニ遭遇セシメントスル惡意アル場合ナリトスルモ相當因果關係ノ成立ヲ認ムルコト能ハサル可シ(汽車汽船

ヲ顛覆セシムル如キ手段ヲ講シアル場合ノ如キハ別問題ナリ然レトモ相當因果關係ノ原因タル行爲ハ其自體ニ於テ物理的ノ相當原因力ヲ具備スルコトヲ必要トセス其自體ニ於テ斯ノ如キ原因力ヲ有セサルモ精神的媒介ニ依リ相當原因力アル行爲ヲ利用シテ一定ノ結果ヲ惹起シタルトキハ相當原因ヲ與ヘタルモノト爲ササル可カラス例ヘハ甲カ乙ヲ教唆シテ他人ヲ殺サシメタル場合ニ在リテハ甲ノ行爲ト被害者ノ死亡トノ間ニハ相當因果關係ヲ存ス可シ加之相當因果關係ノ觀念ハ之ヲ物理的因果關係ノミニ局限ス可キモノニ非ス凡ソ社會的觀察上因果ノ推理ヲ爲ス可キ場合ニハ刑法上ノ因果關係ヲ認メサル可カラス

第六 相當原因力ヲ有スル意思活動ハ之ト何等ノ條件關係ヲ有セサル獨立絶對ノ中間勢力ニ因リ其自然的發展ヲ遮斷セラレ其中間勢力カ自ラ當該結果ニ對スル決定的ノ原因ト爲ル場合アリ例ヘハ甲者アリ乙者ニ致命的ノ毒物ヲ服用セシメタルモ未タ其毒物ノ作用ヲ生セサルニ先テ丙者忽チ乙者ヲ斬殺シタル如キ場合若クハ甲者乙者ニ致命傷ヲ負ハセタルモ其未タ絶命セ

サルニ先チ落雷アリ乙者ヲ即死セシムルカ如キ場合ニ於テハ甲者ノ意思活動ハ乙者死亡ノ結果ニ對スル原因力ヲ遮斷スルモノニシテ即チ甲ノ行爲ト乙ノ死亡トノ間ニハ相當因果關係ノ成立ヲ認ムル能ハサルナリ〔註四五〕然レトモ上叙ノ如ク相當原因力ノ遮斷セララルルハ當該意思活動ト因果ノ關係ナキ獨立絶對ハ決定的原因カハ介入スル場合ニ限レルカ故ニ一定ノ意思活動ト其介入原因力トカ協同シテ當該因果連鎖ヲ組成シタル場合ニ於テハ當該意思活動ト結果トノ間ニモ相當因果關係ヲ認メサル可カラス例ヘハ甲者アリ乙者ニ分量不足ノ毒藥ヲ與ヘタル後丙者之ヲ補足シタルニ因リ乙者ノ死亡ヲ惹起シタル場合ニ在リテハ丙者ノ行爲ハ單獨絶對ノ原因タルヲ得サルカ故ニ甲者ノ行爲ノ原因力ヲ遮斷スルニ非スシテ二個ノ行爲カ互ニ相待チテ相當原因力ヲ成スニ至レルモノナリ又例ヘハ甲者アリ殺意ヲ以テ乙者ヲ海中ニ突擠シ乙者救助板ヲ得ントスルニ際リ丙者忽チ之ヲ奪ヒテ遂ニ乙者ヲ溺死セシメ又ハ幼兒カ他人ニ傷ケラレ生命ニ危險ノ迫レルニ當リ其監督者アリ之ヲ救済シ得ルニ拘ラス故意ニ放任シテ遂ニ之ヲ死ニ致シタル

場合ノ如キハ何レモ後ノ作爲又ハ不作爲カ自ラ絶對的ノ原因ト爲ルニアラ
スシテ却テ前ノ行爲ノ原因力ヲ逞シウセシムルモノナルヲ以テ前ノ行爲ハ
之カ爲メニ原因力ヲ遮斷セラルルモノニアラス(此場合ト同シク凡ソ不作爲
ハ前積極行爲ノ原因力遮斷セサルヲ原則トス、リストノ反對說ハ余ノ採ラサ
ル所ナリ)

〔註四〕 介入原因力カ當該意思活動ト結果トノ間ニ於ケル因果關係ヲ遮斷
スルヤ否ヤハ各場合ニ付テ之ヲ決定ス可キモノニシテ抽象的ニ判斷ス可
キモノニアラス例ヘハ甲カ乙ニ傷ケラレタル後其居宅火災ニ罹リテ燒死
シタリトノ事實ノミニテハ未タ因果關係中斷ノ問題ヲ決スルコトヲ得ス
若シ甲ノ負傷カ致命傷ナラサルニ偶然、ハ火災ニテ燒死シタリトセハ負傷
ノ爲メ逃避スルコト能ハサリシニ因ルトスルモ相當因果關係ノ存在ヲ認
ムルヲ得サル可ク又其負傷ハ致命原因ト爲リ得ヘキ程度ノモノナルモ具
體的ニ發生シタル死亡ノ結果ハ絶對的ニ火傷ニ基クモノナリトセハ乙ノ
行爲ト甲ノ燒死トノ間ニ相當因果關係アリト爲スヲ得サルナリ、負傷輕微

ニシテ火災避難ノ妨トナラサルニ甲カ他ノ理由ニ因リテ速ニ屋内ヨリ立
去ラサリシ爲メ(例ヘハ其衣類ヲ持出サント欲シ屋内ニテ躊躇シ居タル場
合)燒死スルニ至リタルモノナルトキ亦同シ(此等ノ場合ニ於テ未遂罪ヲ認
ムルハ別問題ナリ)反之其負傷ハ致命傷ニアラサルモ乙カ甲ノ倒レタルヲ
見更ニ放火ニ因テ燒死セシメント欲シ此結果ヲ惹起シタルモノナリトセ
ハ乙ノ行爲ハ前後相合シテ甲ノ死ノ原因タル可シ

〔註五〕 一説ニ依レハ甲カ乙ニ毒藥ヲ飲マシメタル後丙カ乙ヲ斬殺スル如
キ場合ニモ亦因果關係ハ中斷スルコトナク只甲ノ行爲ハ丙ノ行爲ノ爲メ
ニ其責任ヲ更新セラルルモノト爲ス然レトモ因果關係ノ中斷更新ヲ認め
スシテ責任更新ヲ認ムルハ理由ナキモノナリ

第七 然リ而シテ介入原因力ニシテ苟クモ偶然ニシテ、決定的、ハ、モ、ハ、タル、以上
ハ自然ノ事實ナルト人ノ行爲ナルト又行爲者カ責任能力者ナルト否トヲ問
フコトナク且故意又ハ過失ノ行爲ナルヤ否ヤヲ問ハス係争行爲ノ原因力ヲ
遮斷スルモノト解セサル可カラス一説ニ依レハ責任能力者ノ故意行爲ノ介

入スル場合ニハ前ノ行爲ノ原因力ヲ中斷ス可キモノナリトシ其論據ヲ現行刑法教唆及ヒ從犯ノ規定ニ求メントシ反之他ノ一説ニ依レハ因果關係ノ中斷ハ他人ノ自由意思故意又ハ過失ニ因ル行爲ノ介入スル場合ニ之ヲ認ム可ク只教唆幫助ノ場合ニハ之ヲ一體ト認ム可キカ故ニ中斷關係ヲ生セスト解ス(勝本博士)然レトモ自由意思ニ基ク行爲ハ獨立ニシテ他ノ原因ヲ認メストノ理由ニ因テ此中斷關係ヲ認ムルトキハ前ノ自由意思ニ基ク行爲モ等シク獨立ニシテ後ノ原因ヲ認メサルモノト解スルコトヲ要スルカ如シ

第八 相當原因説ハ一般論理上ノ因果關係ノ觀念ヲ無視スルモノニアラスシテ只其因果關係カ普通一般ノ經驗上相當連絡ヲ有スルモノナリヤ否ヤヲ問ハントスルニ過キサルコト既ニ説明セルカ如シ從テ相當原因説ニ在リテモ共同原因ヲ否認スルモノニアラス例ヘハ共同正犯教唆從犯等ノ場合ニモ相當因果關係ノ觀念ヲ認ムルニ妨ナシ又一定ノ條件カ結果ニ對シテ直接ノ關係アリヤ將タ又間接ナリヤ或ハ重要ナル影響ヲ及ホシタリヤ否ヤノ問題ハ相當原因ノ存否ヲ決スルニ著シキ關係ナシ例ヘハ鑛坑内ニ於テ負傷シタル

坑夫ヲ死ニ致スノ意思ヲ以テ梯子ヲ除去シ遂ニ餓死スルニ至ラシメタル場合ノ如キハ死ノ直接ノ原因ハ饑餓ニ在レトモ梯子ヲ除去シタル行爲ヲ以テ相當原因ト爲スヲ得ヘク又例ヘハ他人ニ輕微ナル負傷ヲ爲サシメタルニ黴菌ノ侵入ニ因リ破傷風ニ變化シ遂ニ死亡ノ結果ヲ生スルニ至リタル場合ノ如キ普通一般ノ經驗上決シテ偶然ノ事實ヲ以テ目ス可キモノニアラサルカ故ニ傷害致死又ハ殺人ノ成立ヲ認ムルニ妨ナシ

第九 現行刑法ノ解釋トシテ相當因果關係ハ單ニ實行正犯ノ場合ニノミ存在スルモノト認ムルコトヲ要スルモノニアラス現行法ノ規定ニ於テ人ヲ教唆シテ罪ヲ犯サシメタル者ヲ正犯ニ準スルモノトシ又正犯ヲ幫助スル者ヲ從犯トシテ正犯ト區別スルハ數人カ一個ノ因果關係(相當ノ)ヲ惹起シタル場合ニ關シ其加功ノ状態如何ニ依リ刑罰制裁ヲ異ニセントスルニ過キス即チ現行法ニ於テハ教唆及ヒ從犯ハ責任能力者ノ故意ノ行爲ニ付テノミ成立ス可キモノニシテ實行正犯ノ如ク過失ニ因リ成立スルコトナキノミナラス教唆從犯ノ處分ハ正犯ヨリモ寬ニスル所アリ(刑法第六十三條第六十四條參照)是

レ即チ三者ノ區別ヲ認メタル所以ナリト解ス可シ此區別アルノ故ヲ以テ因果關係ハ正犯ニ付テノミ存シ教唆從犯ニ付テ存在ス可キモノニアラスト解スルノ根據ト爲スヲ得サルナリ〔註六〕

〔註六〕一派ノ學說ニ依レハ現行法ニ於ケル教唆及ヒ從犯ノ規定ハ故意行爲ノ介入ニ因ル因果關係ノ中斷ヲ認ムルモノナリトシ之ヲ根據トシテ他ノ場合ニ於ケル中斷ヲ説明セントス(例ヘハリスト)予モ亦曾テ此見解ニ從ヒタルモ中斷ヲ認ム可キ必要ノ存スル場合ニ付テハ別ニ説明方法ノ存スルノミナラス(第四段參照)教唆從犯ノ場合ニ於テモ結果ニ對スル相當條件關係ノ存在ヲ必要トスルハ明白ナルカ故ニ特ニ其中斷ヲ認ムルハ妥當ナラサルヲ以テ既ニ前說ヲ採ラス

第五節 不作爲ト因果關係

第一 因果關係ノ概念ハ不作爲ニ付テモ亦之ヲ應用スルコトヲ得ヘシ即チ一般社會的觀察上該不作爲ト當該結果トノ間ニ因果ノ推理ヲ爲ス可キ場合ニ於テハ其不作爲ト結果トノ間ニ刑法上ノ因果關係ヲ認ムルコトヲ得ルモノ

トス然レトモ此斷定ニ付テハ學者ノ見解一致セサル所ナリ〔註一〕

〔註一〕所謂作爲犯カ不作爲ニ依テ犯サレ得ルヤ否ヤノ問題ニ付テハ佛國法曹ノ多數ハ從來之ヲ默過シ獨逸法曹ハ一般ニ之ヲ肯定シタリ然レトモ近來ニ至リテハ佛國ノ學者モ漸次之ヲ積極的ニ解スルノ傾向アリ外國ノ立法例中ニハ殊ニ此點ニ關スル明文ヲ置キ其處罰ニ付テ作爲ニ因ル場合ヨリモ多少之ヲ寬大ニ處分スルモノアリ例ヘハ母カ乳兒ニ乳ヲ與ヘスシテ之ヲ死亡セシメタル場合ニ關シテハ從前ノ立法例中明文ヲ置キタルモノ往往アリ蓋斯ノ如キ場合ニ於テ其不作爲ヲ無罪ナリトスルハ頗ル穩當ヲ缺クモノナルカ故ニ之ヲ有罪ナリト認ムルヲ正當ナリトス然レトモ此結論ノ理由ニ付テハ學者ノ見解頗ル區區タリ(第二編第十一章第三段參照)

第二 消極說ニ曰ク無ハ有ヲ生セス不作爲ハ無的ノ狀態ナルカ故ニ不作爲ト結果トノ間ニハ因果ノ關係ヲ生ス可キモノニアラス不作爲ハ單ニ義務ニ違反シテ結果ヲ妨止セスト云フ關係アルニ過キス然レトモ斯ノ如キ關係アルトキハ法律上ニ於テハ因果關係ト同一視ス可キ關係アルモノトシテ同一ニ

處分スルコトヲ得ヘシト、此見解ハホイエルバツハ以來獨逸法曹中或一派ノ主張ニ係リ又最近ニ於テハリスト及ヒマイヤー等之ヲ唱道シテ最モ勢力アリ蓋刑法上ノ因果關係ヲ物理的因果關係ニ局限スルノ前提ヲ採ルトキハ不作爲ヲ以テ原因ナリトスルヲ得サルコト當然ナリトス然レトモ刑法ニ於テ例ヘハ人ヲ殺シタル者ト謂フハ人ノ死亡ヲ惹起シタル者ト謂フニ同シ即チ人ヲ殺シタル者トシテ制裁ヲ受クルニハ其者ノ意思活動ト人ノ死亡トノ間ニ因果ノ關係アルヲ要スルノ意味ニシテ斯ノ如キ因果ノ關係ナキ場合ニ於テ殺人罪ノ成立ヲ認メスントスルハ正當ニアラス茲ニ於テカ論者ハ不作爲ニ因果關係ト同一視ス可キ關係アルカ故ニ責任ヲ負フモノナリトスルノ已ムナキニ至レルナリ予輩ハ其前提ノ偏狹ナルヲ非トスル者ナリ

又論者ノ説明スル所ニ依レハ義務違反ハ獨リ刑法上ノ義務ニ對スル違反ノミナラス民法、商法、行政法等各種ノ法令ニ於ケル義務ノ違反ヲモ包含スルモノト爲ササル可カラス蓋此點ニ關スル見解ハ正當ニシテ予輩モ亦斯ノ如ク主張シツツアリト雖モ單ニ其義務ノ違反ノミニ依リテ直チニ犯罪ノ成立ヲ

認ム可キニ非サルハ勿論ニシテ此種ノ義務ニ違反スル不作爲ニ隨伴スル有害ノ結果アルニ因リテ其結果ヲ要素トスル犯罪ヲ構成スルコト明白ナリ然リ而シテ斯ノ如キ場合ニ於テハ吾人ノ社會的通念上其結果ヲ以テ其不作爲ニ歸ス可キ關係アリト爲スヲ通例トス換言スレハ斯ノ如キ場合ニハ不作爲ト結果トノ間ニ法律上ノ因果關係即チ社會的意義ニ於ケル因果關係アルナリ而シテ社會的現象タル犯罪ニ付テハ此意義ニ於ケル因果關係ノ存スルヲ以テ足ルモノニシテ物理的因果關係ノミヲ以テ法律上ノ因果關係ト爲スノ條理ナキモノト謂ハサル可カラス

第三 積極說ハ不作爲ト結果トノ間ニ因果ノ關係ヲ認メントスルモノニシテ其結論ニ於テハ皆同一ナリト雖モ自ラ其理由ヲ異ニセリ殊ニ從前ノ學者ハ不作爲ニ物質的ノ原因力アルコトヲ證明センカ爲メニ不作爲ニ原因力ヲ與フ可キ他ノ積極行爲ヲ發見スルコトニ努メタリ其要旨ニ曰ク不作爲ハ體動ヲ爲ササルコトニシテ體動ヲ爲ササルコトハ其自體ニ於テ結果ヲ發生セシムルコトヲ得ス何トナレハ無ハ有ヲ生スルコト能ハサレハナリ故ニ不作爲

カ原因タルニハ何等カノ積極的原素ヲ發見スルニアラサレハ其因果關係ニ付テノ證明ヲ爲サント欲スルモ無益ナリト而シテ此見地ヲ採用シタル學說中注意ス可キモノ二說アリ

一 同時作爲原因說 此說ニ依レハ吾人カ或義務ヲ果ササルハ其義務ヲ履行ス可キ時ニ於テ他ノ行爲ヲ爲シツツアルカ爲メナリ從テ其義務ヲ履行ス可キ時ニ於ケル他ノ行爲カ不作爲ト相待ツテ結果ヲ發生セシムル原因ト爲ルコトヲ主張スルナリ本說ハルーデンノ主張セル所ニシテ今日ニ於テハ之ヲ顧ミル者ナシ蓋問題ハ要求セラレタル當該作爲ヲ爲ササルコトカ原因タルヤ否ヤニ在リ他ノ行爲ヲ以テ之ヲ解決セントスルハ問題以外ニ屬スルナリ加之義務ヲ履行ス可カリシ時ニ於テ他ノ行爲ヲ爲ストキハ其義務ヲ履行スルコト能ハサルヲ以テ通例トスルモ義務ヲ履行ス可キ時ニ於テ其義務ヲ履行セス且他ノ行爲ヲ爲サスシテ全ク靜止ノ状態ニ在ル場合ナキニ非サルカ故ニ義務違反アルトキハ必ス他ノ行爲ヲ爲シツツアルモノナリトノ前提ヲ立論ノ根據トスルコト亦失當ナリ

二 先行作爲原因說 此說ニ依レハ不作爲ハ單獨ニテ原因力ナシト雖モ先ノ積極行爲アルトキハ之ト相合シテ原因タルコトヲ得ルモノトナス例ヘハ甲カ故意又ハ過失ナクシテ乙ヲ傷ケ且其後死ノ結果ヲ防止シ得ルニ拘ラス故意ニ之ヲ防止セサルトキハ其故意ノ不作爲ニ基キ先ノ作爲ヨリ生スル結果ニ付テ故意犯ノ責ニ任ス可シトクルーグラーゼル、メルケル等此見解ヲ採ル然レトモ本說モ亦不作爲其モノニ原因ヲ求メスシテ他ノ作爲ニ之ヲ求ムルモノナルカ故ニ顧ミテ他ヲ言フノ誹ヲ免ルルモノニ非ス加之此見解ハ責任問題ト調和ス可カラサル抵觸ヲ生スルモノナリ先ノ行爲ハ無責任ノ行爲ナルニ拘ラス後ニ至リ事實ヲ知リタルノ故ヲ以テ前ノ行爲ヲ處罰ノ原因ト爲スハ責任不遑及ノ原則ニ反スルモノナリ意思活動ノ當時ニ於テ責任ナキ行爲ハ後發ノ事實ニ因リテ有責ノモノト爲スヲ得サルコト刑法ノ大原則ナリ

抑不作爲ハ物理的ニハ無ナリ原因力アリト爲ス可カラス而モ原因ヲ與ヘスシテ結果ニ對スル責任ヲ負フモノトスルハ不條理ナリ此チレンマヨリ脱出

スルカ爲メニ此等ノ説明ノ生シタルモ怪ムニ足ラス是レ皆刑法上ノ因果關係ヲ物理的因果關係ニ局限スルニ基因セル迷路ナリ

第四 反之他因利用說(ワッヘンフェルド)ノ主張スル所ニ依ルトキハ凡ソ外部ノ變更ヲ惹起スル無數ノ因果連鎖ハ或ハ人類ノ意思活動ニ因リテ生シ或ハ自然界ノ運動ニ因リテ生スルモノニシテ人類カ此等ノ因果連鎖ヲ任意ニ支配シ得ルトキハ其因果連鎖ヲ以テ其責ニ歸スルコトヲ得ヘク即チ其因果連鎖ニ於ケル外界ノ影響ハ其人カ之ヲ惹起シタルモノト云フコトヲ得ヘシ而シテ吾人ハ自ラ因果連鎖ヲ惹起シテ之ヲ支配スルコトアリ或ハ他ニ發生シタル因果連鎖ヲ支配シ利用スルコトアリ斯ノ如ク他因ヲ利用スル場合ニハ外部ヨリ認知シ得ヘキ體動アルコトハ必要ナキナリ例ヘハ甲カ乙ヲ害セントスル自己ノ飼犬ヲ制止スルコトヲ得ルニ拘ラス之ヲ制止セサリシ場合ハ乙ニ對シ犬ヲ使嗾シテ之ヲ害セシメタル場合ト等シク因果連鎖ヲ支配スルモノナリ而シテ斯ノ如ク自己ノ體動ニ因リ原始的ニ又ハ之ヲシテ傳來的ニ因果連鎖ヲ支配スル場合ニ於テハ其結果ヲ支配者ニ歸スルコトヲ得サル可カ

ラス然レトモ吾人ノ支配力ニ服スルモノハ獨リ個個ノ因果關係アルノミニシテ法律若クハ契約ニ因ル勢力範圍其モノニ非ス例ヘハ鐵道番人ニ或權限ヲ附與スル契約ハ番人カ不作爲ニ因リテ或行爲ヲ爲シ得ル機會ヲ與フルノミニシテ此可能力カ事實ニ現ハルルヤ否ヤハ個個ノ因果連鎖カ其番人ノ支配力ノ範圍内ニ在リヤ否ヤニ依リ之ヲ決セサル可カラスト〔註二〕蓋此見解ハ具體的事情ニ從ヒ法律上ノ作爲義務アル者之ヲ履行セス物理的原因力ヲ進行セシムルトキハ之ヲ社會的ニ觀察シテ其者カ不作爲ニ依リ他人ヲ利用シタルモノトシテ當該結果ニ付キ責ニ任スルノ當然ナルコトヲ說示スルノ趣旨ニ外ナラス吾輩ハ此觀察法ニ贊同スルモノナリ

〔註二〕 牧野博士曰ク原因ノ進行ヲ遮斷シ得ル事實上ノ地位ニ在ル者カ之ヲ遮斷セサルトキハ常ニ結果ノ發生ニ對シテ因果關係(危險性)アリト(刑法通義第八〇段)蓋ウ氏ノ見解ト同一ノ觀念ニ基クモノナリ然レトモウ氏ハ義務違反ノ不作爲ノミヲ以テ原因ナリト認ムルモノニシテ此點ニ於テ博士ト所見ヲ異ニセルハ明カナリ

第五 別ニ妨果條件破壊説ナルモノアリ(ヤンカ)要旨ニ曰ク抑一定ノ結果ハ所謂起果條件ノ勢力ヲ直接ニ増加セシムル事實及ヒ結果ノ發生ヲ妨害セントスル條件ヲ抑壓スル事實ニ因リテ惹起セラレルモノニシテ吾人カ法律上或結果ノ發生ヲ防止ス可キ義務ヲ有スル場合ニ於テハ吾人ノ積極行爲ハ法律上起果條件ヲ妨害ス可キ妨果條件ナルヲ以テ此妨果條件タル積極行爲ヲ爲ササルトキハ其不作爲カ即チ妨果條件ノ抑壓ニ外ナラスシテ原因ノ一ニ屬スルモノナリ換言スレハ斯ノ如キ不作爲ハ其結果ノ發生ニ必要ナル一條件ニシテ前者ナクンハ又後者ナシト推理ス可キ關係アルカ故ニ兩者ノ間ニ因果關係ヲ認ムルニ支障ナキナリト蓋因果關係ヲ物質現象ニ局限セントスル論者ヨリ批評セシムルトキハ此見解ノ誤レルヤ疑ナシ何トナレハ義務違反ト云フカ如キ無形ノ觀念ハ因果關係ノ價值判斷ニ關スルモノニシテ何等物質的ノ原因關係ヲ發生セシム可キ能力ヲ有セサレハナリ然レトモ刑法上ノ因果關係ヲ物理的現象ノミニ局限スルノ失當ナルコトハ既ニ述ヘタル所ナリ吾人ハ物理的因果關係ニ拘泥スルコトナク苟クモ社會的觀察ニ從ヒ甲現

象ナクンハ又乙現象ナシト推理シ得ヘキ場合ニ於テ甲乙兩者間ニ因果關係ヲ認ムルニ非サレハ犯罪行爲ト處罰トノ關係ヲ適切ニ説明スルヲ得サル可シ而シテ此見地ヨリ出發スルトキハ本説亦正當ナリト云ハサル可カラス予輩ノ所見ニ依レハ作爲義務者カ其作爲ヲ爲ササルトキハ社會的ニ觀察シテ妨果條件ノ破壊ヲ認ムルヲ得ヘク斯ノ如キ妨果條件ヲ破壊シテ他因ノ進行ヲ放任スル場合ニ於テハ不作爲ニ依ル他因利用ノ關係アリト爲スヲ以テ社會的通念ナリトス予輩ハ他因利用説ト本説トヲ調和スルニ依リ社會的因果關係ノ觀念ヲ充分ニ理解スルコトヲ得ルモノト信ス

第六 不作爲ノ觀念ハ作爲義務ニ違反シ且本人カ結果ヲ防止スルコトヲ得ヘカリシ場合ニノミ存スルモノナルカ故ニ不作爲ノ因果關係問題モ亦此範圍ニ限ル可キモノトス故ニ結果ヲ防止ス可キ義務者カ第三者ノ強制ニ因リ作爲ヲ妨ケラレタルトキハ不作爲ノ因果關係ハ之ヲ本人ニ歸スルコトヲ得ス寧ロ其第三者ニ歸セサル可カラス又本人カ結果ヲ防止シ得ヘカリシ場合ニ於テモ作爲義務ニ違反シタル不作爲アルニ非サレハ其結果ノ原因タルヲ得

ス現行法典第二百十七條乃至第二百十九條ニテ保護責任者カ幼者、病者等ノ生活ニ必要ナル保護ヲ爲サスシテ之ヲ死傷ニ致ス場合ヲ傷害罪トシテ處斷ス可キコトアルヲ認ムルニ拘ラス保護責任ナキ者ニ付テ斯カル犯罪ノ成立ヲ認メサルハ上叙ノ見解ヲ採用シタルモノニ外ナラサル可シ然リ而シテ不作爲ハ左ノ場合ニ於テ義務違反ナリトス

一 法令カ或作爲ヲ命シタルトキ、但其法令カ刑法タルト他ノ公私法タルトヲ問ハス故ニ扶養義務者カ故意ニ必要ナル扶養ヲ缺キテ被扶養者ヲ餓死セシムルトキハ殺人ノ行爲アリト認メサル可カラス行政命令ニ依ル義務ニ付テハ疑ヲ抱ク者アリト雖モ法律ト命令トニ依リテ結果ヲ異ニス可キ理由ナシ故ニ例ヘハ官吏カ服務規律若クハ其職務ニ依リテ命セラレタル作爲ノ義務ヲ怠リテ故意ニ人ヲ死ニ致シタルトキハ殺人ノ行爲アリト認メサル可カラス、加之此作爲義務ハ明示ノ規定ニ因ルコトヲ必要トセス法令ノ精神上斯ノ如キ義務アリト認メ得ルヲ以テ足ルモノトス〔註三、四〕例ヘハ過失ニ因リ人ノ身體ヲ傷害シタル者カ出血ヲ防止シ死亡ヲ防キ得ルニ

拘ラス故意ニ此作意ヲ爲サスシテ死亡ノ結果ヲ生セシメタリトセハ不作爲ニ因ル殺人行爲アリト云フヲ得ヘシ蓋加害ヲ禁スルノ法規ハ又一旦加ヘラレタル危害ヲ増大セシムルコトヲ禁スルモノト解ス可キハ當然ノ事理ニ屬スレハナリ一九一九年獨逸刑法改正案(第十六條)カ不作爲ニ因ル結果ノ惹起ニ付テハ作爲ニ依リ當該結果ノ到來ヲ妨止ス可キ義務ヲ有セル者ニ限り之ヲ處罰ス可キモノトシ又自己ノ舉動ニ因リ結果到來ノ危険ヲ惹起シタル者亦此義務ヲ有スト規定シタルハ上叙所説ト同一ノ趣旨ヲ明示セルコト疑ナシ

〔註三〕 此意味ニ於テ予輩ノ見解ハ法令上ノ義務ヲ廣義ニ解スルコト明カナリ或ハ不作爲カ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スルモノト認メラルル場合ニ作爲ノ義務アリト爲ス見解ト大差ナシ只純然タル道德上ノ義務ヲ以テ足レリトスルヲ否定セントスルノミ、一説ニ依レハ例ヘハ他人カ生命ニ對スル危険ニ遭遇シツツアルニ際シ自己ニ著シキ危険ヲ冒スコトナク之ヲ救済シ得ル場合ニ之ヲ放任スルハ公序良俗ニ反スルモノニシ

テ即チ義務違背ノ行爲ナルカ故ニ此場合ニハ不作爲ニ因ル殺人罪ヲ認ムルコトヲ得ヘシト然レトモ予輩ハ之ヲ以テ單純ナル道義上ノ義務違背ニ過キスト解スル者ナリ若シ之ヲ處罰セント欲セハ特ニ其規定ヲ設クルノ必要アルモノトス(一九一九年獨逸刑法改正案第二百九十一條參照)

〔註四〕大正七年十二月大審院判決ニ依レハ家屋ノ占有者及ヒ所有者ハ民法第七百十七條第七百十八條等ノ精神ニ徴スルモ其家屋ニ火災發生シ公共ノ危險ヲ生スル虞アル場合ニ之ヲ消防スルノ義務ヲ有スルモノト認メサル可カラストセリ是レ本文ノ見地ヲ是認スルモノト謂フ可シ
ニ 合意上特ニ或作爲ノ義務ヲ引受ケタルトキ例ヘハ病人ノ看護ヲ引受ケタル者ハ病人ニ藥餌ヲ進メ其他必要ナル看護ヲ爲ス可キ義務アルカ故ニ故意ニ藥餌ヲ與ヘスシテ病人ヲ死ニ致ストキハ殺人ノ行爲アリト云ハサル可カラス但合意ハ明示タルコトヲ必要トセス例ヘハ醫師カ手術ニ著手スルトキハ默示ノ合意ニ依リ之ヲ完了ス可キ義務ヲ引受ケタルモノナリ若

シ夫レ最初ヨリ病人ヲ死ニ致スノ意思ヲ以テテ如上ノ義務ヲ引受ケ手術ヲ名トシテ傷害ヲ加ヘテ死ニ至ラシメタルトキハ作爲犯タルコト勿論ナリ事務管理モ作爲義務ヲ發生セシム可シ例ヘハ行旅病者又ハ棄兒ヲ引取リテ保護ヲ始メタル以上ハ爾後一定ノ作爲義務ヲ負擔ス可キモノトス然レトモ例ヘハ單ニ旅行ノ同伴者ト爲リタルノミニテハ當然ニ身體保護ノ責任者タル可キ法律上ノ義務ヲ負擔スルコト無カル可シ(尙ホ各論第三十章遺棄罪第二節第二段第三段ノ說明ヲ參照ス可シ)

第七 義務違背ハ不作爲ニ於ケル何レノ條件ナルヤ換言スレハ義務違背ハ不作爲ノ因果關係ノ要素ナリヤ否ヤニ付テハ議論アリ一説ニ依レハ不作爲ハ其義務ノ違反タルト否トヲ分タス原因タルヲ得ルモノニシテ苟クモ本人カ作爲ニ依リ結果ヲ妨止スルコトヲ得ヘカリシ場合ニ於テハ皆其結果ニ對スル原因タル可キモノトス只其犯罪ト爲ルニハ作爲ノ場合ニ於ケルト等シク違法ナルコトヲ要シ不法カ違法ナルニハ作爲ノ義務ニ違反セルコトヲ要スト爲ス(例ヘハフランク牧野博士等此見解ヲ採ル)此見解ハ之ヲ結果ノ上ヨ

リ觀察スレハ本文所説ト殆ト同一ニ歸著スト雖モ觀念ニ於テ互ニ異ル所アルハ明白ナリ蓋不作爲ハ物理的ニ觀察スレハ有ニアラスシテ無ナリ從テ義務違反タルト否トニ拘ラス物理上ノ原因力アルモノニアラス物理上ヨリ二者ヲ區別スルハ明カニ誤リナリ吾人ハ社會的觀察ニ從ヒ初メテ不作爲ヲ以テ原因ナリトスルヲ得ヘク而シテ義務違背ノ不作爲ニノミ原因タルノ價値アリトスルナリ(第四段第五段說明參照)物理的因果關係ハ物理的ノ價値判斷ニ基ク推理ニ外ナラスシテ此場合ニハ社會的法律的ノ價値判斷ト沒交渉ニ斷定ヲ下スコトヲ得ヘシト雖モ社會的法律的見地ヨリ觀タル因果關係ノ觀念ニハ物理的觀察ト異レル價値判斷ヲ以テ因果關係ノ有無ヲ決定スルコト寧ロ當然ナリト謂ハサル可カラス(是レ即チ不作爲ニ對スル相當因果觀念ノ應用ニ外ナラス)加之形式上ノ論理ニ於テモ義務違反ノ不作爲ノミヲ以テ原因トスルノ優レルニ如カス例ヘハ既ニ甲カ其不作爲ニ因リ乙ヲ殺シタリトノ論結ヲ爲シタル以上ハ作爲ニ因リ殺シタル場合ト何等ノ區別ヲ存セス而シテ苟クモ殺人ノ行爲ヲ爲シタル以上ハ特ニ違法ヲ阻却スル原因ノ存セル

限リハ其行爲ノ違法ナルコト當然ニシテ義務違反ト云フ特別ノ理由ヲ待チテ初メテ之ヲ違法ナリト爲スキモノニ非サルナリ

第八 要之社會的意義ニ於ケル不作爲トハ單純ナル靜止ヲ意味スルニ非スシテ物理的意義ニ於ケル活動ノ有無如何ニ拘ラス特定ノ作爲ヲ爲スキ義務ノ不履行ヲ謂フニ外ナラス此義務ニ違反スル不作爲ノミカ社會的觀察上一定ノ結果ニ對スル一ノ妨果條件ノ抑制ニ外ナラサルカ故ニ法律上ニ於テ一ノ原因タルナリ作爲義務ニ違反セサル不活動ハ宗教及ヒ道德ノ範圍内ニ於テハ非議スキモノナリトスルモ社會上及ヒ法律上ノ觀念ニ於テハ不作爲ノ概念ニ屬セサルモノト解スルヲ正當トス〔註五〕從テ斯カル不活動ト法律上關係アル一定ノ結果トノ間ニ因果關係ノ存在ヲ認ムルヲ得ス

〔註五〕ワッヘンフェルド曰ク因果連鎖ヲ支配シ得ル地位ニ在ルノミニテハ未タ刑法上ノ意義アル不作爲ヲ存セス法規ノ期待スル作爲ノ不履行即チ義務違反ノ不作爲ニ限リ刑法上ノ關係アリ從テ刑法上ノ意義ヲ有スル不作爲ハ法規上積極行爲ヲ爲スキ義務ヲ有スル者カ因果連鎖ノ支配ヲ承引

スル場合ニ限リテ之ヲ認メサル可カラスト (Wachsfeld, Lehrbuch S. 95.)

第六節 行爲ノ單位

第一 既ニ説明シタルカ如ク意思活動ト結果トハ共ニ行爲ノ要素ヲ成スモノトス、然レトモ二者ノ個數ハ必シモ一致スルモノニアラス、或ハ一個ノ意思活動ヨリ數個ノ結果ヲ生スル場合アリ或ハ又數個ノ意思活動ヨリ單一ナル結果ヲ生スルニ過キササル場合アルナリ而シテ第一ノ場合ニ於テハ一個ノ行爲ヲ認ム可キカ將タ數個ノ行爲ヲ認ム可キカニ付キ異説アリ

第二 此場合ニ多數行爲ヲ認ムル學說亦其理由ヲ異ニセリ

一 法律上ニ於ケル行爲ハ自然的ノ意味ニ於ケル行爲ト異リ其結果ノ數ニ依リテ其一個ナルヤ將タ數個ナルヤヲ判斷セサル可カラズ即チ自然的ノ意味ニ於テハ一行爲ナリト云フ可キ場合ニ於テモ其行爲カ數個ノ結果ヲ有スル場合ニハ法律上ニ於テハ之ヲ數個ノ行爲ナリト云フ可キナリ例ヘハ一個ノ意思表示ヲ以テ二個ノ申込ヲ承諾スルトキハ自然的ノ意味ニ於テ一行爲アルニ過キササルモ二個ノ法律行爲成立ス可シ而シテ刑法上ニ於

テモ他ノ法律ニ於ケルト行爲ノ意義ヲ異ニスルコトナキカ故ニ同一ノ判斷ヲ下ササル可カラズ (Ortmann, Archiv für Strafrecht Bd. 35 S. 26 ff 參照)

二 法律上ニ於ケル行爲ハ決心ト結果トヨリ成立スルモノニシテ數個ノ決心ト數個ノ結果アルトキハ働作ノ單一ナルト否トニ拘ラス法律上數個ノ行爲アリト云ハサル可カラズ要之法律上ノ範圍外ニ於ケル行爲ノ意味ハ法律上ノ行爲ノ意味ト何等ノ關係ナシ (Binding, Handbuch S. 596 參照)

三 法律上ノ行爲モ亦自然的ノ意味ニ於ケル行爲ト其種類ヲ異ニスルモノニ非ス然レトモ何レノ意味ニ於テスルモ行爲ノ構成要素ハ意思ヲ表示スル働作及ヒ此働作ト其結果トノ關係ノ二個ニシテ行爲ノ數ハ此働作ト結果トノ關係ノ數ニ依リ決ス可キモノナリ而シテ働作ト結果トノ關係ハ結果其モノニアラスシテ觀察者ノ心理作用ナリト雖モ此關係ノ數ハ結果ノ數ト同一ナラサル可カラサルカ故ニ數個ノ結果アル場合ニハ數個ノ行爲 (Handlung) アリ (Binger in der Zeitschr. f. d. ges. St. RW. Bt. 8 參照)

四 反之通説ニアリテハ此場合ニ付キ單數行爲ヲ認ム可キモノトス其要旨

ヲ聞クニ刑法上ノ行爲モ亦自然的ノ意味ニ於ケル行爲ノ一種ニシテ此意味ニ於ケル行爲ハ意思ヲ表示スル働作及ヒ其結果ヨリ成立スルモノナルカ故ニ此働作ト結果トハ行爲ニ對シ對等獨立ノ要素タル可ク從テ數個ノ結果アルモ之ニ對應スル數個ノ働作(Willensbetätigungen)ナケレハ數個ノ行爲ヲ構成スルヲ得ス換言スレハ各行爲ハ其自身ノ原因ヲ要スルカ故ニ一個ノ働作ヨリ數個ノ行爲ヲ生スルコトナシ(V. Liszt, Zeitschr. f. d. Ges. St. R. W. Bd. 6 S. 695 ff; Wachenfeld, Theorie der Verbrechenkonk. S. 38 參照)ト謂フニ在リ

第三 蓋法律上ノ用語ハ普通ノ用語ト異リタル特別ノ意義ニ於テ使用セラレルコトナキニ非スト雖モ法律上特ニ其意義ヲ示サス若クハ反對ノ解釋ヲ爲ス可キ明白ナル理由ナキトキハ兩者ヲ區別ス可キモノニアラス法律ハ別種ノ意味ヲ有スル行爲ヲ新設スルニ非スシテ普通ノ意味ニ於ケル行爲カ一定ノ條件ヲ具備スルトキハ之ニ一定ノ效力若クハ制裁ヲ付スルニ過キサリナリ而シテ普通ノ意味ニ於テハ假令數個ノ結果アルモ一個ノ働作アルニ過キサレ場合ハ數個ノ行爲アリト爲スコトナキカ故ニ法律上ニ於テモ亦斯ノ如

キ場合ニ於テハ數個ノ結果ヲ有スル一個ノ行爲アリト云ハサル可カラス然リ而シテ法典第五十四條第一項前段ニ所謂一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルル場合ヲ認メタルハ即チ此觀念ニ基ケルコト明カナリ〔註〕

〔註〕前段數行爲說ヲ案スルニ(一)民法上ニ於テ一個ノ行爲カ數個ノ效果ヲ生スルコトアルモ之ヲ以テ犯罪行爲ノ觀念ニ及ホスヲ得サル可ク(二)行爲ハ外部ノ現象ニシテ其要素ハ働作及ヒ其結果ナリ然ルニ決心ハ内部ノ現象ニシテ行爲ノ構成要素ニ非サルカ故ニ働作ヲ度外視スルハ失當ナリ(三)行爲ハ行爲者以外ノ者ヨリ之ヲ觀レハ全然客觀的ノ事實ナリ觀察者其モノノ主觀的要素ヲ以テ此事實ノ構成要素中ニ加フ可キモノニアラス之ヲ要スルニ數行爲說ハ行爲ノ一要素タルニ過キサレ結果ト全部タル行爲其モノトヲ混同スルノ傾向アリト云フ可シ

第四 數個ノ意思活動アリト雖モ單一ナル結果ヲ得ルノ目的ニ向テ漸進的ニ發展スルモノナルトキハ行爲ハ常ニ一個ニシテ數個ニアラス例ヘハ數十日間無數ノ意思活動ヲ繼續シテ一個ノ建造物ヲ損壞スルハ一個ノ建造物損壞

行爲アルニ過キサレコト明カニシテ複數行爲ノ概念ヲ容ルルノ餘地ナキナリ又例ヘハ數回ニ毒物ヲ施用シテ一人ヲ殺スノ意思アリテ其擧ニ出テタル場合ニ於テモ等シク單一行爲ノ觀念ヲ生スルニ過キス而シテ此關係ハ犯罪ノ既遂ナルト未遂ナルトニ依リテ差異ヲ生スルコトナキカ故ニ上叙毒物施用ニ依ル殺人行爲カ未遂ニ終リタル場合ニ於テモ數個ノ殺人未遂行爲ヲ認ム可キモノニアラスシテ一個ノ殺人未遂行爲アルニ過キスト解セサル可カラス(從テ斯ノ如キ場合ニ於テ連續シタル數個ノ行爲アリトシテ法典第五十五條ノ通用ヲ認ム可カラサルコト亦勿論ナリ)然レトモ一定ノ結果ヲ惹起セントシタルモ果サスシテ其事止ミタル後更ニ再ヒ同一ノ事ヲ行フ場合ニ於テハ目的物カ同一ナリトスルモ行爲ハ單一ニアラス

數個ノ意思活動アリ且之ニ伴フ數個ノ結果アリト雖モ其數個ノ意思活動カ同一機會ニ行ハレ其各個ノ結果カ總括的ニ單一ノ結果トシテ觀念セラレ得ル場合ニ在リテハ單一ノ行爲ヲ存スルモノト認ムルヲ社會的常識上ノ觀察ナリトス例ヘハ同一機會ニ數個ノ擧動ヲ以テ同一人ニ對シ數個ノ創傷ヲ負

ハシムルモ包括的ニ一個ノ傷害行爲アリト認ム可ク又例ヘハ一斗ノ米ヲ一袋ト爲シ一個ノ意思活動ニ依リ之ヲ竊取スルト之ヲ三袋ニ分チ同一機會ニ於テ引續キ三個ノ意思活動ヲ以テ之ヲ竊取スルトハ等シク單一ノ竊盜行爲ヲ存スルモノトス(從テ三個ノ引續キタル意思活動ヲ以テ竊取シタル場合ニモ連續犯ノ規定ヲ適用ス可キモノニ非ス)然レトモ若シ此三個ノ意思活動カ機會ヲ異ニシテ行ハルルモノトセハ三個ノ行爲アリト認ムルヲ一般ノ觀念トシ又數個ノ結果カ同一機會ニ於ケル數個ノ意思活動ニ因テ惹起セラルルモ包括的ニ單一ナリト認ムルコトヲ得サル場合(例、連發銃ヲ以テ順次ニ數人ヲ殺害スル場合)ニアリテハ數個ノ行爲ヲ存スルモノト解スルヲ以テ通例ナリトス

第五章 違法性

第一節 違法ノ概念

第一 犯罪ハ違法ナル行爲ナリ違法ナル行爲トハ法ノ命令禁令ニ違背スル行

爲ナリ換言スレハ法規ノ禁止スルコトヲ行ヒ命令スルコトヲ爲ササルノ謂ナリ、而シテ法ノ命令禁令ハ社會的生活利益ヲ保護スルヲ目的トスルモノナルカ故ニ此命令禁令ニ對スル違背ハ畢竟法益ニ對シテ危害ヲ及ホス可キ行爲ナラサル可カラス

第二 法規ノ命令禁令ハ法文ニ明示セラルル場合ト然ラサル場合トアリ特別刑法上ノ犯罪ハ多クハ明示ノ令禁ニ違反スルモノナリト雖モ普通刑法上ノ犯罪ハ皆默示ノ令禁ニ違反スルニ因テ成立スルモノニシテ各本條ニ於ケル事實的條件ヲ具備スル行爲ハ形式上ニ於テ當然違法タリ然レトモ此種ノ行爲カ法令ノ明文上又ハ社會ノ一般慣行上一定ノ條件ノ下ニ要求セラレ若クハ許容セラレタルモノナルトキハ外形上各本條ノ要件ヲ具備スルモ之ヲ以テ實質的ニ法益ヲ侵害スル違法ノ行爲ナリトナスコトヲ得ス故ニ行爲ノ違法性ヲ研究スルニハ外形上犯罪ノ特別要素ヲ具備スル行爲カ如何ナル事由ニ依リ實質的ニ違法タラサルカノ消極的觀察ヲ爲スノ必要アリ而シテ此種ノ事由ヲ總稱シテ客觀的不論罪原因若クハ違法阻却ノ原因ト稱ス而シテ犯

罪ノ成立スルニハ斯ル原因ノ存在セサルコトヲ必要トスルカ故ニ此原因タル事實ヲ犯罪ノ消極的構成要件トモ稱スルコトアリ本節ニ於テハ此等ノ原因ヲ説明スルヲ以テ目的トス

第三 一定ノ行爲カ法規ノ命令禁令ニ違反スルモノト認ムルニハ之ヲ客觀的ニ觀察ス可シト主張スルモノト主觀的ニ觀察ス可キコトヲ主張スルモノトアリ客觀說ニ依レハ客觀的ニ法ノ令禁ニ順合セサル行爲ハ責任無能力者ノ行爲タリト雖モ尙ホ違法タルコトヲ妨ケス換言スレハ責任能力ノ有無ハ行爲ノ違法性ト毫モ關係スルモノニアラスト爲シ主觀說ニ依レハ法規ハ木石禽獸等ニ對シテ命令セス禁止セス之ト等シク法律上意思能力ナシト看做サレタル責任無能力者ノ行爲若クハ故意ナキ者ノ行意ハ法ノ令禁ノ範圍外ニ存スルモノニシテ從テ之ニ違反スルコトヲ得ス換言スレハ此種ノ行爲ハ違法タルコトヲ得スト云フニ在リ(リスト、フインゲル、レフレル等ハ前說ヲ採リヤンカ、ランマシ、等ハ後說ヲ主張ス)蓋責任無能力ハ受令無能力ニ非スシテ違法行爲ニ付テ制裁ヲ負擔スルノ能力ナキコトヲ意味スルモノニ外ナラサルカ

故ニ主觀說ハ其前提ニ於テ誤レルモノト謂ハサル可カラス然レトモ抗拒ス可カラサル有形無形ノ強制ニ基ク動作ハ寧ロ行爲ノ觀念ニ屬スルモノニ非ス從テ之ヲ以テ違法ノ行爲ト爲スヲ得ス又故意アルニ非ス且過失タニ存セスシテ不可避ノ錯誤ニ基キ事實ヲ知ラサル場合ハ之ヲ不可抗力ト同一視ス可キモノニシテ違法ノ行爲ト爲ス可キモノニ非ス伊太利刑法改正草案(第九條第一號)カ抗拒ス可カラサル他人ノ強制若クハ病的暗示ニ因リ又ハ不可避ノ錯誤ニ基ク善意ニ因ル事實ヲ以テ刑事上正當視ス可キコトヲ規定セルコト亦此趣旨ヲ明カニセルモノト謂フ可シ若シ夫レ他人ヲ斯ノ如キ不可抗力ニ陥レ之ヲ利用シタル者ノ行爲カ違法タリ得ルコトハ勿論ナリ

第四 客觀的不論罪原因ハ一定ノ範圍内ニ於テノミ犯罪ヲ不成立タラシムルカ故ニ其範圍ヲ逸出シタル行爲ニ對シテハ普通ノ場合ト同シク之ヲ處罰セサル可カラス例ヘハ正當防衛者カ危害既ニ去リタルニ拘ラス尙ホ勢ニ乗シテ暴行者ニ害ヲ加ヘタルカ如キ又ハ懲戒權者カ懲戒權ノ範圍ニ屬セサル行爲ヲ爲シタルカ如キ場合ニ於テハ何レモ普通ノ場合ト同シク制裁ヲ免ルル

コトヲ得ス但事情ニ依リ刑ヲ減輕スルコトヲ得ルモノトス

第五 客觀的不論罪原因ハ主觀的不論罪原因及ヒ刑ノ免除等ト之ヲ區別セサル可カラス其理由次ノ如シ

一 主觀的不論罪原因ハ責任無能力意思無責任等ニシテ主觀的責任原因ヲ缺クカ爲メニ犯罪ノ成立ヲ妨ケ客觀的不論罪原因ハ行爲ノ違法性ヲ阻却スルニ因リ犯罪ヲ不成立タラシム換言スレハ主觀的不論罪原因ハ一身のニ犯罪ヲ不成立ナラシメ客觀的不論罪原因ハ行爲其モノノ犯罪性ヲ消滅セシム

二 客觀的不論罪原因ハ之ヲ刑ノ免除原因ト區別セサル可カラス刑ノ免除ハ犯罪ヲ構成シタル行爲ニ對スル刑ヲ免除スルモノニシテ犯罪ノ不成立ヲ意味セス

三 客觀的不論罪原因ハ之ヲ裁判權實行制限ノ原因ト區別セサル可カラス後者ハ犯罪ノ要件ヲ具備スル行爲ノ存在スルニ拘ラス犯罪者ニ對スル裁判權ノ實行ヲ除外ス可キ事情タルニ止ルモノニシテ(例ヘハ外國ノ使節タ

ル資格(此事情ハ個人ニ專屬スルモノナルカ故ニ此者ノ行為ニ加擔シタル者ノ處罰ヲ妨ケス)

四 客觀的不論罪原因ハ刑ノ消滅原因又ハ訴訟條件等ト混同ス可カラス刑ノ消滅原因ハ恩赦時効ノ如ク既ニ成立シタル國家ノ刑罰權ヲ消滅セシメ訴訟條件ハ例ヘハ親告罪ニ於ケル告訴ノ如ク訴追ヲ條件ニ繋ラシムルニ過キスト雖モ客觀的不論罪原因ハ始メヨリ犯罪ヲ不成立タラシムルモノナリ

第二節 法令又ハ正當業務ニ因ル行為

第三十五條 法令又ハ正當ノ業務ニ因リ爲シタル行為ハ之ヲ罰セス

第一 法令又ハ正當ノ業務ニ因ル行為ハ之ヲ罰セス(法典第三十五條)蓋法令ニ因ル行為ハ即チ法令ニ準據スルモノナルカ故ニ違法行為ニ非サルハ勿論ナリ正當ノ業務ニ因ル行為ヲ罰セサルモ亦其行為ヲ以テ違法ニ非スト爲スノ趣意ナリト解セサル可カラス而シテ法令ニ因ル行為トハ法令ノ規定ニ依リ當然ニ權利義務(職權職務ヲ包含ス)トシテ認メラレタル行為ヲ謂ヒ正當ノ業

務ニ因ル行為トハ法令上又ハ國民一般ノ慣例上正當トシテ許容セララルル業務ヲ組成ス可キ行為ヲ謂フ而シテ此正當業務行為ハ相手方ノ同意ヲ條件トスルモノニシテ此點ニ於テ法令ニ因ル行為ト其趣ヲ異ニス例ヘハ職務上ノ行為ハ前者ニ屬シ醫師カ患者ニ對シ切解ノ手術ヲ施ス行為ノ如キハ後者ニ屬ス〔註一〕蓋職務行為モ亦廣義ニ於ケル業務行為ナリト認ムルヲ得ヘシト雖モ本條ニ於ケル如キ區別ヲ設ケタル場合ニハ之ヲ法令ニ因ル行為ニ屬セシメサル可カラズ然レトモ正當業務ニ因ル行為ト雖モ畢竟法令ノ一般精神ニ準據スルモノナルカ故ニ適法行為ナリト認ム可キハ勿論ナリトス

〔註一〕醫師ノ手術ヲ爲スコトカ例ヘハ監獄法ノ規定ニ基キ監獄醫ノ職權トシテ行ハルル場合ニハ法令ニ因ル行為ナリト解ス可シ

第二 法令ニ因ル行為トハ法規ニ準據スル一切ノ行為ヲ謂フ例ヘハ民法及商法等ニ依ル權利行為ハ勿論刑事訴訟法ニ依リ現行犯人ヲ逮捕スル權能的行為ノ如キ特定公務員ノ武器使用權(次節說明參照)ノ如キ精神病者監護法ニ因ル監置ノ如キ取引所法ニ因ル差金授受取引ノ如キ競馬法ニ因ル勝馬投票券

賣買ノ如キ、皆然リ、而シテ所謂法規ハ法令ノ明文ノミヲ指スニ非スシテ法令ノ精神上推理セラル可キ條理ヲ包含スルモノトス此意味ニ於テ緊急防衛(正當防衛)ノ如キハ元來法令ニ因ル行爲ノ一種ナリト認ムルコトヲ得ヘク法典(第三十六條)カ別ニ之ヲ規定シタルハ其條件及ヒ範圍ヲ明確ニシタルニ過キサル可シ又法律上或者ノ爲スコトヲ要求セラレタル義務行爲カ法令ニ因ル行爲タルヤ疑ヲ容レス

然レトモ法律カ一定ノ行爲ニ對シ或效果ヲ認ムルノ一事ヲ以テ直チニ其行爲ヲ法令ニ因ル行爲ト爲スヲ得サルハ勿論ナリ例ヘハ民法ニ於テ重婚ハ取消シ得ヘキモノタルニ止リ全然無効ニ非スト雖モ之ヲ適法ト爲ス可キニ非ス(重婚罪ノ成立スルハ當然ナリ)又例ヘハ詐欺及ヒ強迫ハ相手方ニ於テ取消スコトヲ得ヘキ法律行爲ヲ成立セシムルノ效果アリト雖モ詐欺罪又ハ恐喝罪ヲ構成スルヲ妨ケサルナリ

第三 法令ニ因ル行爲ヲ列舉シテ説明スルハ不可能ナリ唯一二ノ重要ナル問題ニ付テ略説スル所アラントス而シテ先ツ説明ス可キハ職務行爲ナリ

一 公務員ノ職務行爲ハ法令ノ規定ニ依リ公務員ノ義務ニ屬スルト同時ニ

其權利ニ屬スルモノナリ此種ノ行爲ハ或ハ直接ニ法規ニ基ク場合アリ例ヘハ司法警察官吏カ刑事訴訟法ノ規定ニ依リ現行犯人ヲ逮捕スル場合ノ如キ是レナリ或ハ本屬長官ノ命令ニ基クコトアリ然レトモ其行爲ノ違法ナラサル點ニ於テハ前者ト同一ナリ從來職務命令ニ基ク行爲ニ付テハ之ヲ無形ノ強制ニ因ル不論罪ナリト主張スル者アリト雖モ正當ナラス例ヘハ巡查カ現行犯人ヲ令狀ナクシテ逮捕スルモ令狀ニ依リ非現行犯人ヲ逮捕スルモ均シク違法行爲ニ非ス若シ夫レ執行上本廳長官ノ命令ヲ埃ツ可キ場合ニ於テ其命令ナクシテ執行シタルトキハ違法タルコトヲ免レス例ヘハ指揮命令ナクシテ死刑ヲ執行シ或ハ令狀ナクシテ非現行犯人ヲ逮捕スルカ如キハ違法ナル行爲ナリ

二 然レトモ命令カ形式上若クハ實質上違法ナル場合ニ於テモ下級官吏カ其命令ニ基キテ爲シタル行爲ハ適法ナルコトヲ得ルヤ否ヤハ一ノ疑問ニシテ職務上ニ於ケル命令服從關係ノ範圍ヲ先決スルニ非サレハ之ヲ決定スルヲ得ス而シテ此先決問題ニ關シテハ行政法學者ノ見解頗ル區區タリ第一説ニ依レハ屬官ハ長官ノ命令ノ形式若クハ實質ヲ調査スルコトナク

絶對ニ其命令ニ服従ス可キ義務アリトシ第二說ニ依レハ之ト正反對ニ屬官ハ長官ノ命令ノ形式及ヒ實質ヲ審査スルコトヲ得ルモノトナシ第三說ニ依レハ屬官ハ長官ノ命令アル場合ニ於テ其形式ヲ審査スルコトヲ得ルモ實質ニ付テハ斯ノ如キ權能ナシトナス而シテ第三說ヲ以テ最も普通ノ見解ナリトス抑、屬官ハ長官ノ命令カ長官ノ職權ノ範圍内ニ於テ發セラレタルモノナリヤ其命令ノ形式ハ法令ノ規定ニ適合スルモノナリヤ其命令セラレタル事項ハ自己ノ職務ノ範圍内ニ屬スルヤノ點ヲ審査シ總テ積極的斷定ヲ下ス可キ場合ニ在リテハ命令カ實質上違法ナルモ之ヲ理由トシテ其執行ヲ拒ムコトヲ得ス之ニ反シ其一條件ニシテ欠缺セル場合ニ於テハ之ニ服従ス可キモノニアラサルナリ例ヘハ豫審判事カ或被告人ヲ裁判所ニ拘引ス可キ旨ノ命令ヲ發スルコトハ其職權ニ屬シ勾引狀ト稱スル一定ノ要件ヲ具備シタル書面ヲ以テ其命令ヲ爲シタルトキハ形式ヲ具備スルモノニシテ巡查ハ勾引狀ヲ執行スルノ職務ヲ有スルカ故ニ此場合ニ於テハ其巡查ハ縱令被執行者カ犯罪人ニ非サルコトヲ知ルモ亦其令狀ヲ執

行セサル可カラス之ニ反シ豫審判事カ口頭ニテ或者ヲ勾引ス可キ旨ヲ巡查ニ命スルモ命令ノ形式ヲ具備セサルカ故ニ巡查ハ其命令ニ服従スルノ義務ナシ又長官ノ命令ナリト雖モ自己ノ職務内ニ屬セサル事項ニ付テハ命令ヲ遵奉スルノ義務ナシト爲ササル可カラス

三

然リ而シテ命令事項カ職務ニ關スルヤ否ヤニ付テ長官ト屬官トノ見解一致セサルトキハ固ヨリ長官ノ解釋ニ從ハサル可カラスト雖モ何人モ犯罪ヲ犯スノ職權ヲ有スルコトナク又如何ナル長官ト雖モ下官ヲ利用シテ犯罪行爲ヲ爲スノ職權ヲ有セサルハ言フ俟タサルカ故ニ屬官ハ其命令者ニ於テ犯罪ノ意思アリテ自己ヲ犯罪行爲ニ利用スルモノナルコトヲ認識スル場合ニ於テハ服従ヲ拒絶セサル可カラス例ヘハ絶對的服従ヲ要素トスル軍隊紀律ニ於テモ上官ト共ニ反亂ヲ爲ス可シトノ命令ハ職務上ノ命令ニアラサルカ故ニ此命令ニ從ヒタルノ故ヲ以テ反亂罪ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ス之ヲ要スルニ命令服従關係ノ範圍問題ニ付テハ學者間異論ノ存スル所ナリト雖モ苟クモ職務上服従義務ノ存スル範圍内ニ於テ命令ニ

依リ爲シタル行爲ハ即チ職務行爲ナルカ故ニ犯罪ヲ構成セス但故意ニ職權ヲ濫用シテ違法命令ヲ執行セシメタル上官カ間接正犯トシテ處罰セラレルコトアルハ疑ナシ

四 凡ソ公務員ノ行爲カ一定ノ職務行爲タルコトヲ得ル爲メニハ當該行爲カ職務權限ヲ行使スルノ意思ニ出テタルコトヲ要シ且行爲ノ目的事項カ抽象的ニ職務權限ノ範圍ニ屬スルモノナルコトヲ要ス故ニ例ヘハ公務員カ婦女ヲ略取誘拐スルノ職權アリト誤信スルカ如キコトアリトスルモ之カ爲メニ職務行爲ノ成立ヲ認ムルノ餘地ヲ存セス然レトモ一定ノ職權職務ヲ有スル者ハ之ヲ行使スル爲メニ必要ナル範圍内ニ於テ自ラ法律ヲ解釋シ事實ヲ認定スルノ權能ヲ有セサル可カラサルカ故ニ公務員カ特定ノ場合ニ於テ職務行爲ヲ爲ス可キ條件ノ具備セルコトヲ認メテ職務ヲ行フ意思ヲ以テ一定ノ行爲ヲ爲シタルトキハ假令其裁量宜シキヲ得スシテ其確信カ客觀事實ト齟齬スル所アルモ其行爲ヲ以テ職務行爲ニ非スト爲スコトヲ得ス例ヘハ裁判官カ自由心證ニ依リ有罪ノ判決ヲ爲シ之ニ因リテ

刑ノ執行アリタル後再審ノ手續ニ依リ受刑者無罪ノ判決ヲ受クルコトアリトスルモ之カ爲メニ前ノ裁判ヲ以テ職務行爲ニ非スト爲ス可キニ非ス要之職務上ノ裁量カ客觀眞實ニ符合スルト否トハ職務行爲ノ成立ニ必然的ノ影響ヲ及ホスコトナキナリ反之公務員カ抽象的ニ自己ノ職務權限ニ屬スル事項ニ關シ名ヲ職權ノ行使ニ藉リテ不正ノ目的ヲ達スル爲メニ具體的ニ自己ノ職權ニ屬セサル行爲ヲ爲ストキハ之ヲ以テ職務行爲ト爲スコトヲ得ス(職權濫用罪ノ成立ヲ認ム可キ場合アル可シ)尙ホ本文ノ説明ニ付テ本書各論公務執行妨害罪及ヒ瀆職罪ノ章下ニ於ケル説明ヲ參照ス可シ

第四 次ニ説明ス可キハ懲戒行爲ナリ懲戒權ノ行使ニ付テハ特ニ法令ノ規定ニ依リ其手續及ヒ實質ヲ明カニスル場合アリ例ヘハ判事懲戒法、會計検査官懲戒法、文官懲戒令等ノ如キ是レナリ反之親權ニ基ク懲戒權ノ如キハ法律上其程度ヲ明確ニセス斯ノ如キ場合ニ於ケル懲戒權ノ範圍如何即チ如何ナル程度ノ加害ハ懲戒行爲トシテ之ヲ適法ナリトスルヲ得ルカノ問題ハ概ネ慣

習ニ依リ之ヲ定ムルノ外ナシ例ヘハ親ハ子ヲ懲戒スルカ爲メニ子ニ對シテ單純ノ毆打ヲ加ヘ若クハ短キ時間中子ヲ密室ニ監禁スルカ如キハ懲戒行爲トシテ現今ノ慣習ノ認ムル所ナル可シト雖モ重キ創傷ヲ加ヘ若クハ數日間ニ亘リテ食ヲ斷チ監禁ヲ行フカ如キハ既ニ懲戒權ノ範圍ヲ脱シタルモノナル可シ又小學校教師ハ生徒ニ對シ體罰ヲ行フコトヲ得サルモ其以外ノ懲戒ヲ施スヲ得ルコト小學校令第四十七條ニ規定スル所ナリ然レトモ其程度ハ親權者ノ懲戒權ト同シク懲戒ノ目的上ヨリ觀察シテ一般慣習ノ許ス範圍ニ限ルモノト爲ササル可カラス〔註三〕而シテ懲戒權ノ程度ニ關スル法律上ノ誤解ハ原則トシテ犯意ヲ阻却セサルモノト解ス

〔註三〕 小學校教員ノ懲戒權ハ校長ノ之ヲ行フ場合ト等シク全校生徒ニ及フモノニシテ受持學級ニ制限セラルルモノニアラス(大正五年判決錄一一頁)尙ホ身體傷害ト懲戒權行使トノ關係ニ付キ各論第二十七章傷害罪ノ說明ヲ參照ス可シ

第五 正當業務ヲ組成スル行爲ヲ例示スレハ醫術行爲、針灸、相撲、剃髮等ヲ以テ

最モ普通ナリトス何レモ他人ノ身體ニ傷害又ハ毆打ヲ加フルモノナリト雖モ之ヲ以テ犯罪ナリト爲スヲ得ス而シテ此等ノ行爲カ犯罪ヲ構成セサル理由ニ付テハ或ハ犯意ナキカ爲メナリト云ヒ或ハ緊急危難ニ基クモノナリトシ或ハ慣習ニ依リ適法ナルカ爲メナリト云フカ如ク種種ノ見解アリト雖モ刑法ハ正當ノ業務ニ因ルコトヲ以テ之ヲ適法ト認ムルノ理由ト爲スコト明カナリ然リ而シテ此等ノ行爲ヨリ成ル業務カ正當ナリトセラルルニハ當該官廳ノ許可又ハ認可ヲ要スルヲ通例トス

正當ノ業務ニ因ル行爲ハ其業務ノ種類及ヒ性質上必要ナリト認メラルル學術上及ヒ慣習上ノ條件ヲ遵守スルコトヲ要シ且相當ノ範圍ヲ超エサルコトヲ要ス而シテ例ヘハ醫師ノ手術ニ付テハ受術者又ハ其他ノ權利者ノ同意ヲ得ルコトヲ要シ且醫學上相當ナル方法ヲ用フルコトヲ要ス故ニ緊急避難ノ場合ヲ除クノ外醫師カ當該權利者ノ同意ヲ得スシテ害ヲ加ヘ又ハ醫學上許ス可カラサル方法ヲ用ヒテ害ヲ加ヘタルカ如キ場合ニ於テハ犯罪ヲ構成スルコトアル可シ

第六 法律ハ正當ノ業務ニ因ル行爲ヲ罰セサトコトヲ明カニセリト雖モ業務關係ニ因ラサル正當行爲ヲ罰スルヤ否ヤヲ明カニセス是レ研究ヲ要スル點ナリ例ヘハ素人相互ニ角力シ素人相互ノ擊劍ノ仕合ヲ爲シ素人相互ニ剃髮ヲ爲シ若クハ學生互ニ雪合戰ヲ爲スカ如キハ何レモ業務ニ因ル行爲ニアラスト雖モ國民一般ノ慣例上正當ト認メラルル行爲ニシテ而モ又身體ニ對スル危害ヲ生スル行爲ナリ是レ果シテ處罰ス可キヤ否ヤ蓋正當ノ業務ハ畢竟法令上又ハ慣習上一般ニ認許セララル正當行爲ヲ不定量ニ繰返ヘシ若クハ繰返ヘサントスル狀態ニシテ個個ニ不法ナル行爲ハ決シテ正當ノ業務ヲ組成ス可キモノニアラサルカ故ニ法律カ正當業務ニ因ル行爲ヲ罰セサルハ畢竟其行爲自體ヲ正當ナリト認ムルニ因ルモノト謂ハサル可カラス從テ法律カ正當業務ニ因ル行爲ヲ處罰セスト認ムル以上ハ之ト性質ヲ同シウスル個個ノ行爲モ亦其自體ニ於テハ犯罪ヲ構成セサルモノト認メサル可カラス例ヘハ疾病治療ノ目的ニ出テタル行爲ノ如キハ通常ノ傷害罪又ハ暴行罪ヲ構成セサル可シ然レトモ醫術行爲モ亦免許ヲ受ケスシテ之ヲ業ト爲ス場

合ニ於テハ私醫業犯ヲ構成ス可キカ故ニ此關係ニ於テハ處罰ヲ免ルルモノニアラス從テ正當業務ニ因ラサル正當行爲ヲ以テ絶體的ニ違法ニ非スト爲スヲ得サル場合アルコトヲ注意セサル可カラス是レ法律カ廣ク正當行爲ヲ罰セストノ規定ヲ爲サスシテ正當業務ニ因ル行爲ヲ罰セスト云フ所以ナル可シ(然レトモ正當ナラサル業務行爲ハ之ヲ正當行爲ト曰フコト能ハサルカ故ニ廣ク正當行爲ハ之ヲ罰セスト規定スルヲ相當ナリトス)

第三節 武器使用權

第一 現行法令中ニハ特殊ノ官吏ニ其ノ携帯スル武器ノ使用ヲ認許セルモノアリ試ミニ之ヲ左ニ列舉スヘシ

- 一 監獄法第二十條 法令ニ依リ監獄官吏ノ携帯スル劍又ハ銃ハ左ノ各號ノ一ニ該當スル場合ニ限リ在監者ニ對シ之ヲ使用スルコトヲ得
- 一、人ノ身體ニ對シテ危險ナル暴行ヲ爲シ又ハ爲スヘキ脅迫ヲ加フルトキ
- 二、危險ナル暴行ノ用ニ供スヘキ物ヲ所持シ其ノ抛棄ヲ肯セサルトキ
- 三、逃走ノ目的ヲ以テ多衆騷擾スルトキ
- 四、逃走ヲ企テタル者捕拿ヲ免レントシ又ハ制止ニ從ハスシテ逃走セントスルトキ

二 陸軍監獄令第十九條並海軍監獄令第二十條(監獄法第二十條ト同文)

三 衛戍勤務令第十二條 衛戍勤務ニ服スル者ハ左ニ記載スル場合ニ非サレハ兵器ヲ用フルコトヲ得ス

一、暴行ヲ受クルトキ又ハ兵器ヲ用フルニ非レハ鎮壓スルノ手段ナキトキ
一、人及土地其ノ他ノ物件ヲ防衛スルニ兵器ヲ用フルニ兵器ヲ非レハ他ニ手段ナキトキ
衛戍勤務ニ服スル者兵器ヲ用ヒタルトキハ直チニ衛戍司令官ニ報告シ衛戍司令官ハ之ヲ陸軍大臣ニ報告スヘシ但シ師團長ノ統轄ニ屬スル司令官ニアリテハ之ト同時ニ當該師團長ニ報告スヘシ

四 巡查帶剣心得方(明治十七年一月内務省達乙第三號)

第一條 帶剣ハ左ノ場合ノ外抜劍スルヲ得ス

一、兇器ヲ持シ人ノ身體財産ニ對シ暴行ヲ爲シ抜劍スルニ非レハ保護スルニ衛ナキトキ
一、暴行人兇器ヲ持シ抜劍スルニ非サレハ防衛スルニ衛ナキトキ
一、犯人逮捕ノ時又ハ逃因追捕ニ際シ兇器ヲ持シテ抗拒シ抜劍スルニ非サレハ防衛スルニ衛ナキトキ

第二條 前各條不得止場合ニ際シ抜劍スルト雖モ兇人畏服ノ模様アルニ於テハ穩ニ取押フヘシ

第三條 (略)

第四條 抜劍シタル時ハ兇人ヲ傷スルト否トニ拘ラス其ノ景況ヲ速ニ所屬長ニ具申スヘシ

此等ノ規定ニ依リ當該官吏カ武器ヲ使用スル行爲ハ刑法第三五條ニ所謂法令ニ依ル行爲タルハ疑ヲ容レサル處ナリ

第二 此等ノ規定ニ依ル行爲中ニハ刑法第三十六條ニ於ケル緊急防衛ノ條件ト一致スルモノアリ例ヘハ監獄法第二十條第一號衛戍勤務令第十二條及ヒ巡查帶剣心得方ニ規定スル場合ノ如キ然リ然ルニ監獄法第二十條第一號ハ單ニ人ノ身體ニ對スル暴行脅迫ノアル場合ニ限ラルモノニシテ財産其他ノ權利ニ對ス侵害アル場合ヲ包含セス之ニ反シ同第二號及ヒ第三號ハ刑法第三十六條ノ規定セサル場合ニモ武器ノ使用ヲ許シタリ又巡查帶剣心得方ニ規定スル場合ハ概ネ緊急防衛ノ條件ヲ具備スルモノナルモ抜劍ハ他ニ防衛ノ術ナキ場合ニ制限セラルル點ニ於テ其條件カ緊急防衛ニ比シ一層嚴格ナルコト判然タリ

以上法令ニ依リ武器ノ使用ヲ爲スハ前述ノ如ク刑法第三十五條法令ニ依ル行爲ニシテ第三十六條ニ依ル緊急防衛ニ基クモノニ非ス從テ此等ノ法令ニ依リ認めラレタル條件ヲ具備スル以上ハ緊急防衛ニ於テ要求セララルル條件

ヲ具備スルコトヲ要セサルナリ殊ニ已ムヲ得サルニ出テタル行爲ナリヤ否
 ヤノ如キ問題ハ此等ノ法令ノ規定スル條件ノ下ニ詮議セラル可キ限リニア
 ラス尙ホ茲ニ注意ス可キハ此等公務員ハ武器ヲ使用セスシテ此等ノ法令ニ
 規定スル暴行脅迫等ノ行爲ヲ抑壓スルコトヲ得サルノ意ニ非サル點ナリト
 ス例ヘハ此等ノ不法行爲者ニ對シ之カ鎮壓ノ爲メ已ムヲ得サル範圍ニ於テ
 拳骨ヲ加フルカ如キハ職務執行上爲シ得ルモノナリト認メサル可カラス又
 事情ノ如何ニ依リ棍棒ノ類ヲ使用スルカ如キモ亦可ナリト考ヘサル可カラ
 ス然ルニ此點ニ付テハ學者間ニ議論ノ存スル所ニシテ一説ニ依ルトキハ此
 等ノ官吏ハ其携帯スル武器ヲ使用スルノ外何等ノ加害行爲ヲ爲スコト能ハ
 サルモノニシテ法律ハ其者カ法律ニ依リ携帯スル武器ヲ使用スル事ノミヲ
 許スモノナリト(後出ブロイセン規則第八條ノ如キ然リ)按スルニ法律ノ精神
 ハ斯ル主旨ニアラサルコト明カナリ即チ單ニ武器ヲ使用シ得ヘキ場合ヲ嚴
 定シ其濫用ヲ防止スルト共ニ特定ノ條件ヲ具備スルニ於テハ其武器ノ使用
 ニ依ル重大ナル加害行爲ヲモ許容スルモノナルカ故ニ之ヨリ輕キ手段ヲ採

ルハ勿論其職務ノ執行上支障ナキモノト解スルヲ正當ナリト信ス

第三 然ラハ此等ノ官吏ハ此等法令ニ因ル行爲ヲ爲ス外刑法第三十六條ニ認
 ムル所ノ緊急防衛ヲ爲スヲ得サルモノナリヤ此點ニ付テモ學者ニ依リテハ
 之ヲ消極的ニ解スルモノアリト雖モ予輩ハ反對ノ見解ヲ有スルモノナリ即
 チ此等ノ官吏ハ法令ノ規定スル條件ニ從ヒ武器ヲ使用スル行爲ニ付テ何等
 ノ責任ヲ負擔セサルト共ニ緊急防衛ノ條件具備スル範圍ニ於テハ緊急防衛
 ヲモ爲スコトヲ得ルモノト信スルモノナリ例ヘハ在監者カ監獄ノ建物又ハ
 其設備品若クハ監獄ノ製品ヲ不法ニ破壊セントスル場合ニ在リテハ第三十
 六條ニ依リ緊急防衛ヲ爲シ得ルモノナリ唯斯ル場合ニ於テ監獄法第二十條
 第二號ノ條件ノ具備セサルニ拘ラス緊急防衛トシテ武器ヲ使用シ得ルヤ否
 ヤハ疑問タリト雖モ監獄法第二十條ハ如何ナル場合ニ於テモ絶對的ニ監獄
 官吏ノ携帯スル武器ハ同條所定ノ何レカノ條件カ存在スルニアラサレハ之
 ヲ許ササルノ趣旨ナルカ故ニ本問ノ如キ場合ニ於テ之ヲ使用スルコトヲ得
 サルモノト解スルヲ穩當ナリトセン(後出ブロイセン規則第八條第二項ニ於

テハ之カ反對ヲ規定シタルノ觀アリ然レトモ其武器ヲ使用セス他ノ方法ニ依テ防衛上ノ加害行爲ヲ爲スコトハ監獄法第二十條ノ禁止ス可キ理由アリトハ認メラレサルナリ又巡查帶劔心得方ノ規定ノ精神モ之ト同様ニシテ拔劔以外ノ方法ニ依ル緊急防衛ヲ禁シタルモノト解スルノ理由ナキモノノ如シ

或ハ此等ノ法令ハ緊急防衛ノ理由トナル可キ事實ノ存在スル場合ニ於テ武器ノ使用ニ依リテノミ緊急防衛ヲ爲スコトヲ得ルモノナリトシ此等ノ官吏ニ對シテ刑法第三十六條ノ適用ナキモノト解スル者ナキニシモアラス又刑法第三十六條ハ一人カ緊急防衛ヲ爲ス場合ノ規定ニシテ公務員カ此規定ニ因リ緊急防衛ヲ爲スコトハ認メサル主旨ナリト解スル者アリト雖モ公務員モ亦公務員タル資格ニ於ケル外人タル資格ニ於ケル存在ヲ有スルモノナルカ故ニ此等ノ法令ニ因リ制限ヲ受ケサル範圍ニ於テハ刑法第三十六條ニ於ケル緊急防衛ヲ禁セラル可キ理由ナキナリ殊ニ刑法第三十七條ノ如キハ公務員ニ對シテモ適用アル可キコト其第二項ノ規定ヨリ推理スルヲ得ル

モノニシテ之ト同シク第三十六條ノ規定モ亦公務員タルト將タ一人タルトヲ問ハス適用セラルルモノト解スルコトヲ得ヘシ

第四 巡查帶劔心得方ニ依レハ暴行人兇器ヲ持スル場合ニ非サレハ拔劔スルヲ許ササル規定ナルモ所謂兇器トハ如何ナルモノナリヤ不明ナリ例ヘハ暴行人カ瓦石ノ類ヲ投スル場合ノ如キハ如何是亦兇器ト認ムルヲ相當トス可ク且之ヲ例示スルヲ適當トス又暴行人カ數倍數十倍ノ多數ニシテ一人ノ巡查ヲ捕ヘ何レモ拳骨ヲ以テ之ヲ亂打スル場合アリトセハ果シテ如何巡查ハ斯ル場合ニ於テモ拔劔スルヲ許ササルカ如シ斯ル場合ニハ緊急防衛ノ規定ヨリ觀レハ勿論拔劔シ加害行爲ヲ爲スコトヲ妨ケサルモ巡查帶劔心得方ニ於テ巡查ニハ斯ル場合ニ拔劔ヲ許ササルカ故拔劔加害ヲ爲スハ犯罪タルヲ免レサルモノト解セラルルノ虞アリ然レトモ此巡查帶劔心得方ハ明治十七年內務省達ノ命令ナル故之ヲ以テ刑法第三十六條ノ適用ヲ除外スルノ效力ナキモノトシ此場合ニ於テハ緊急防衛ヲ認ムルヲ相當ナリトス

因ニ云フ刑法第三十五條ハ獨リ法律ニ因ル行爲ノミナラス命令ニ因ル行爲

ヲモ罰ス可カラサルコトヲ明カニ規定シアルカ故ニ巡查帶劔心得方ニ因ル
武器ノ使用モ亦之ニ該當スルコト勿論ナレトモ其規定事項ノ性質ヨリ觀ル
ニ法律ヲ以テ定ムルヲ適當ナリトス例ヘハ行政執行法中ニ之ヲ加フルヲ相
當トス可シ

第五 巡查帶劔心得方ノ規定ニ據レハ犯人逮捕又ハ逃囚追捕ニ際シ兇器ヲ持
シテ抗拒シ拔劔スルニ非サレハ防衛スルニ術ナキトキハ拔劔スルコトヲ許
スモ兇器ヲ持セスシテ抗拒セル場合又ハ兇器ヲ持セルト否トニ拘ラス制止
ニ從ハスシテ逃走スル場合ニ於テ巡查ハ逮捕ニ付キ必要ナレハ拔劔ヲ爲ス
カ又ハ其他ノ方法ヲ以テ加害行爲ヲ爲スコトヲ得サルモノナリヤ監獄法第
二十條第四號ニハ斯ノ如キ場合ニ於テモ明カニ武器ノ使用ヲ許シアルモ其
他ノ法令ニテハ明カニ之ヲ認メサルカ故ニ解釋上ノ疑問ヲ生ス
若シ刑法第三十六條ニ規定スル權利ノ中ニ犯人ヲ逮捕スル權利ノ如キモノ
ヲモ包含スルモノナリトセハ被逮捕者カ逮捕ヲ免ルル爲メニ逃走スルコト
ハ即チ逮捕權ニ對スル急迫不正ノ侵害ナリト認メ得ルカ故ニ拔劔以外ノ方

法ニ依ル防衛的加害行爲ヲ爲スコトヲ妨ケストノ結論ヲ生ス可シ然レトモ
第三十六條ハ權利ノ實體ヲ保護スルモノニシテ權能的行爲ヲモ包含スルモ
ノト解ス可キニ非サルカ故ニ如上ノ結論ヲ爲スハ失當ナル可シ
英國コンモンローニ依レハ官吏又ハ其他ノ者カ適法ニ其義務ヲ執行スルニ
際シ抵抗ヲ受クル場合及ヒ重罪犯人又ハ危險ナル傷害罪ヲ犯ス者抵抗セサ
ルモ逃走セントシ他ニ之ヲ逮捕ス可キ途ナキトキハ之ヲ殺スモ正當ナリト
ナス(ハリー)刑法原理第十一版百六十三頁參照)又印度刑法第四十六條ノ規
定ニ依レハ犯罪人若シ逮捕ヲ免ルル爲メ暴行ヲ以テ抵抗シ若クハ逮捕ヲ無
效ナラシメントスルトキハ之カ逮捕ヲ爲スコトヲ得ル警察官其他ノ者ハ其
逮捕ヲ有效ナラシム可キ總テノ手段ヲ構スルコトヲ得ヘク唯被逮捕者カ死
刑又ハ無期徒刑ニ該ル罪ニテ訴追セラレタルモノニ非サル限りハ之ヲ殺害ス
ルヲ許ササルモノトナシタリ此ノ規定ニ據ルトキハ警察官吏ハ重大ナル犯
罪ヲ犯シタル者ヲ生捕シ又ハ逮捕ノ爲メニ死ニ致スノ權利ヲ有スルノ理ナ
リ但斯ル權利ハ逮捕ヲ爲スニ必要ナル範圍ニ於テノミ認メラレタリ若夫レ

誤ツテ其必要ノ程度ヲ超ユルコトアルモ之ヲ以テ殺人罪ト看做スコトナシ又此法律ハ死ノ結果ヲ惹起ス可キ過剰ナル力ヲ用ユルコトヲ許サスト雖モ決シテ警察官吏ノ緊急防衛ノ權利ヲ奪フモノニアラサルカ故ニ若シ緊急防衛ノ條件ノ具備スル限リハ死ノ結果ヲ惹起スルモ犯罪ヲ構成スルモノニ非スト解釋セラレツツアリ其他警察官吏カ逮捕ヲ行フニ際シ抵抗ヲ受クル場合ニ於テ力ヲ以テ其ノ力ヲ排拆スルノ權利アルコトハ一般ニ認めラルル所ナリ即チ警察官吏ノ第一ノ義務ハ逮捕ヲ有效ニ行フコトニアルカ故ニ抵抗ヲ受クルモ逮捕ヲ行フ可キ義務アリ若シ抵抗ヲ受ケタルカ爲メ逮捕ヲ爲サルトキハ義務違反ノ責ヲ免レス從テ重罪犯人ヲ生キ乍ラ逮捕シ得サル場合ニ於テハ之ヲ殺ス權利ヲモ認ム可キモノナリト解セラレツツアリ(グーア印度刑法第二版第一卷四百五十二頁參照)

蓋重罪犯人ヲ逃走セシムルハ社會一般ノ危險ヲ醸スモノナルカ故ニ特ニ或種類ノ犯人ニシテ犯罪ノ現場ヨリ逃走セントスル者ハ之ヲ逮捕スルコト能ハサレハ寧ロ其場ニ於テ之ヲ殺害スルヲ妨ケサルモノト爲スコト必スシモ

無理ナル要求ニ非ス然レトモ又恐ル可キ弊害ノ之ニ伴フコトヲ考慮セサル可カラス從テ立法論トシテ研究ヲ要スル點ナルモ現行法ノ解釋トシテハ英國**コンモンロー**及ヒ印度刑法ノ如キ結論ヲ爲スコト能ハサルナリ然レトモ逮捕及ヒ當然之ニ包含セラルル實力ノ行使ハ逮捕罪又ハ暴行罪ヲ構成セサルコト勿論ニシテ又之ヨリ輕キ過失傷害ノ如キモ罪ト爲ル可キモノニアラサル可シ又犯人逮捕ヲ免レ逃走セントスルニ當リ拳銃ヲ以テ射撃ス可シト告知シ又ハ空砲ヲ發射スル如キハ脅迫罪ヲ構成スルモノニアラス蓋逮捕ニシテ正當ニ許サレアル限リハ斯ル權能ヲ行使スル爲メ必要ナル範圍内ニ於テ逮捕其モノヨリモ重カラサル手段ハ之ヲ用フルヲ妨ケサルナリ而シテ我刑法第二百二十條ト二百二十二條トノ規定ヲ對照スルニ逮捕ハ脅迫ヨリモ重キカ故ニ如上ノ結論ヲ採ルコトヲ得ヘシ

第六 法令上武器ノ携帯ヲ許サレタルモノカ其武器ヲ使用スルニ付嚴重ナル條件ヲ設ケ其濫用ヲ防カサル可カラサルハ言ヲ要セサルモ過度ニ制限ヲ設クルハ職務ヲ執行ノ不可能ナラシムルノ虞アリ立法者ハ此點ニ付注意ヲ怠

ル可キニ非ス之ニ關シ普國ノ千八百二十年十二月三十日附憲兵職務取扱規則千八百五十年二月四日閣令千九百八年七月三日內務省令執行警察官吏ノ武器使用ノ件千八百九十七年七月十四日及ヒ九月一日林務官及ヒ狩獵官武器使用ノ件千八百七十九年五月廿五日漁業監督官武器使用ノ件千八百三十七年五月二十日軍人武器使用法等ヲ參照スルノ必要アリ〔註〕

〔註〕 普國漁業監督官武器使用令ノ規定左ノ如シ

第一條 漁業監督官ハ執行警察官吏トシテ其職務ヲ行フニ當リ左ニ記載

セル事由アル場合ニ於テハ其携帶ヲ許シタル劍及ヒ連發拳銃ヲ使用スルコトヲ得

- 一 自己ノ身體ニ對スル暴行又ハ危險ナル脅迫ヲ受クルトキ
- 二 犯罪行爲ヲ犯シ又ハ犯シタリト認ム可キ顯著ナル嫌疑アリ現場ニ於テ發見セラレ又ハ追呼セラルルモノヲ最近ノ官署ニ引致スルニ當リ暴行又ハ身體ニ對スル重大ナル脅迫ヲ以テ抵抗ヲ受クルトキ及ヒ其者ノ所持スル物件及ヒ乗物等ヲ差押フルニ付キ斯ル抵抗ヲ受クル

トキ亦同シ

三 漁業監督官吏カ其監視ノ地位ヲ他ノ方法ニ依リ保護シ又ハ保護スルコト能ハサルトキ

第二條 危險ナル脅迫トハ其脅迫ノ性質及ヒ其場合ノ事情ニ因リ身體ニ對スル侵害ノ實行セラルルコトヲ疑フ可カラサル脅迫ヲ謂フ武器又ハ他ノ危險ナル器具ヲ持シ制止スルニ拘ラス之ヲ放棄セス又ハ放棄シタル後直チニ之ヲ拾得スルトキハ危險ナル迫害アルモノト看做ス漁業監督官竝ニ之カ援助ノ爲メ現在スル他ノ官吏ノ數ヨリモ優勢ナル民衆集合シテ散會ノ要求ヲ受クルモ解散セサルトキ亦同シ

危險ナル器具中ニハ石壤棍棒ポルト舵機ポルト鉤ノ類ヲモ包含ス武器ハ先ツ輕微ナル手段ヲ用ヒタルモ其效ヲ奏セス又其場合ノ事情ニ從ヒ自己ノ身體ニ對スル危險ヲ冒スニ非レハ輕微ナル手段ニテハ目的ヲ達スル能ハスト認ム可キトキ及ヒ抵抗カ武器ヲ以テスルノ外抑壓スルコトヲ得サル程度ニ於テ強大ナルトキニ限り之ヲ使用スルコトヲ得

武器ノ使用ハ侵害ノ排除抵抗ノ抑壓看守地位ノ保持及ヒ看守ス可キ人ノ保全ノ目的ヲ達スルニ必要ナル範圍ヲ起ユルコトヲ得ス
武器ヲ使用スルニハ常ニ可及的ニ死亡又ハ重傷ヲ避クル様心掛ク可キモノトス

第三條 (略)

第四條 前條ニ記載シタル以外ノ目的殊ニ單純ニ逃亡ヲ防キ又ハ暴行脅迫ニ依ル抵抗ヲ爲スコトナクシテ制止ヲ肯ンセス逃亡ヲ續クルモノヲ阻止スル爲メニ武器ノ使用ヲ許サス

第五條 然レトモ違法行爲又ハ抵抗ヲ妨ケ被追捕者又ハ逃走者ヲ制止シ且ツ必要ナル場合ニ於テ援助ヲ求ムル爲メニ武器ヲ使用ス可キコトヲ以テ威嚇シ又ハ無害ナル警告及ヒ合圖ノ發射ヲ爲スコトヲ妨ケス

第六條 (連發拳銃ハ劍ノ使用ヲ以テ目的ヲ達スルコト能ハサルトキニ於テノミ使用シ得ルノ制限ヲ定ム)

第七條 漁業監督官吏カ職務上武器ヲ使用スルハ職服ヲ着用セル場合ナ

ルコトヲ要ス

第八條 漁業監督官吏ハ職務上ニ於テハ其許容セラレタル武器ノミヲ携帯シ且使用シ其拳銃ハ制規ノ彈丸ヲ以テノミ裝填スルコトヲ得
刑法ニ依ル正當防衛ヲ行フ爲メニハ各種ノ防禦手段ヲ用フルコトヲ得

第九條 職務上ニ於ケル武器ハ晝間夜間ヲ問ハス又水陸ヲ分タス之ヲ使用スルコトヲ得又現場ニ在ル漁業監督官吏カ一人タルト數人タルトニヨリ區別ナキモノトス

本令ノ規定ニ據リ正當ニ武器ヲ使用シ得ヘキ場合ニハ之ヲ實際使用スルニ先チ豫メ之カ警告ヲ爲スコトヲ必要トセス

第十條 漁業監督官吏ハ武器ヲ使用スルニ際シ靜思熟慮ヲ以テ勇敢果斷ニ行動シ且常ニ武器ノ使用カ制規ノ目的ヲ達スルニ必要ナル範圍ヲ超エサルコトニ注意ス可シ

當該瞬間ニ於ケル事情ニ照シ此目的ヲ達スルニ充分ナルコトカ確實ナルトキハ人ニ對シテ武器ヲ使用セスシテ物ニ對シテ力ヲ使用ス可シ

殊ニ警告的發銃ニ依リ威嚇シ又ハ合圖ノ發銃ニ依リ直チニ援助ヲ求ムルヲ以テ足ルトキハ銃器ノ使用ニ付キ前項ノ注意ヲ爲スコトヲ要ス

第十一條 銃器ヲ使用スルニハ附近ニ現在スル無關係ノ人ニ害ヲ及ホササル爲メ最大ノ注意ヲ用フルコトヲ要ス即チ陸路又ハ水路若クハ邸宅ノ存スル方向ニ銃器ヲ發射スル場合ハ特ニ此注意ヲ爲スコトヲ要ス
爆發物ノ附近ニ於テハ銃器ノ使用ハ成ヘク之ヲ避クルコトヲ要ス

第十二條 暴行又ハ危險ナル脅迫ニ伴ハサル單純ナル恥辱又ハ危險ナラサル脅迫ヲ受クルモ武器ヲ使用スルコトヲ得ス

漁業監督官吏自ラ不當ノ行狀ニ因リ抵抗ヲ招キ武器ヲ使用セサルヲ得ルニ至リシ場合ニハ處罰ヲ免レス

第十三條 (武器使用後ノ注意ニ關スル規定省略)

第十四條 (武器ノ使用ニ付テ監督官ニ報告ス可キコトヲ命スル規定省略)

第十五條 此職務規定ニ違反シタル者ハ懲戒及ヒ刑事處分並ニ損害賠償ヲ免レサルモノトス之ニ反シ充分ナル注意ヲ以テ此規定ヲ遵守シテ武

器ヲ使用シ人ヲ死傷ニ致タル者ハ法律及ヒ監督官ノ保護ヲ受ク

第四節 適法行爲ト犯罪トノ關涉

第一 前節ニ於テ既ニ説明シタル如ク適法行爲ハ如何ナル場合ニ於テモ犯罪ヲ構成ス可キモノニ非サルコト疑ヲ容レサル所ナリト雖モ權利ヲ濫用スルトキハ犯罪ヲ構成スル場合アルコトヲ注意セサル可カラズ獨逸民法第二百二十六條ニ於テ權利ハ單ニ他人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ之ヲ行使スルヲ得スト規定シタルハ正當ナル見解ニ基ケリ我民法中ニハ斯ノ如キ明文ヲ存セスト雖モ法規一般ノ精神上ヨリ觀察シテ同一ノ結論ヲ爲スコト明白ナル場合少カラサルナリ例ヘハ職權濫用ノ行爲カ瀆職罪ヲ構成スルハ刑法第九十三條以下ノ規定ニ明示スル所ニシテ又例ヘハ所有者ハ其所有物ヲ使用スルノ權利ヲ有スト雖モ民法第二百六條自己所有ノ兇器ヲ用ヒテ人ヲ殺傷シ他人ノ物ヲ損壞スルカ如キハ使用權ノ濫用ニシテ適法行爲ノ範圍ヲ離脱シ殺傷毀棄等ノ罪ヲ構成スルコト疑ヲ容レサル所ナリ

第二 事情ヲ知ラサル者ノ適法行爲カ犯罪實行者ノ爲メニ利用セラルル場合

ニ於テ其利用者ヲ間接正犯ニ問擬ス可キコト亦通説ノ承認スル所ナリ例ヘハ檢事カ令狀ヲ偽造シ巡查ニ對シテ其執行ヲ指揮シ由テ己ノ怨敵ヲ逮捕監禁スル場合ノ如ク本屬長官カ情ヲ知ラサル屬官ノ職務行爲ヲ利用シテ間接ニ自己ノ犯罪ヲ實行スル場合アリ又例ヘハ一私人カ裁判所ヲ欺罔シ勝訴ノ確定判決ヲ得テ強制執行ヲ爲シ以テ財物騙取ノ目的ヲ達スル場合アルハ世人ノ普ネク熟知スル所ナリ此等ノ場合ニ於テ巡查カ令狀ヲ執行スル行爲及ヒ裁判所カ判決ヲ爲ス行爲ハ孰レモ職務行爲ナリト認ム可ク從テ之ヲ以テ違法ナリト爲スヲ得スト雖モ利用者ハ斯ノ如キ適法行爲ヲ器械的ニ利用シテ犯罪ヲ實行スルモノト認ムルヲ得ヘシ而シテ此等ノ場合ニ於テ利用者ノ方面ニハ權利ノ濫用アリト認メサル可カラス即チ前例ニ在リテハ職務上命令權ノ濫用アリ後例ニ在リテハ訴權ノ濫用アリト謂フ可シ權利ノ濫用ハ權利行爲ノ範圍ニ屬セスシテ不法行爲ノ範圍ニ屬ス情ヲ知ラサル他人ノ適法行爲ヲ利用シテ犯罪ヲ實行シ得ルモノト認ムルノ根據實ニ茲ニ存スルモノトス

形ヲ緊急防衛ニ裝ヒテ殺傷ヲ行ハント欲シ故意ニ其機會ヲ醸成シテ犯意ヲ實行スルカ如キ亦權利濫用ノ一例ナリ

第三 然レトモ正當行爲ハ法益侵害ノ結果ヲ發生セシムルニ因リ當然不法性ヲ帶フルニ至ルモノト解ス可キモノニ非サルコトヲ注意セサル可カラス法令カ一定ノ法益ヲ侵害スル行爲ヲ認許スル場合ニ於テハ其行爲ハ全體トシテ(其結果ヲモ包含シテ)適法ナリ例ヘハ緊急防衛ノ如キ陸軍刑法第二十二條海軍刑法第十七條監獄法第二十條ニ依ル緊急行爲ノ如キ其他法令ニ因ル行爲皆然ラサルハナキナリ然リ而シテ一定ノ法益侵害ノ結果カ特ニ認許サレタル適法行爲ニ屬スルモノナリヤ否ヤハ實ニ各行爲ノ性質ニ因リ異ル可キ具體的ノ問題ニシテ抽象的ニ之ヲ決定スルコトヲ得サルモノトス試ミニ一二ノ疑問ヲ掲ケテ説明ス可シ

例一 自己ノ發行スル新聞紙ヲ改題シテ他人ノ經營ニ依ル新聞紙發行發賣ノ業務ヲ妨害スルハ全體ニ於テ新聞紙改題ノ自由行爲ナリト認ム可キヤ將タ此自由行爲ハ他人ノ業務ヲ妨害スルノ結果ヲ生セシムルニ因リ業務

妨害罪ヲ構成スルヤ判例ハ此場合ニ付キ後段ノ見解ヲ採用シタリ(大正四年判決録八二頁參照)蓋改題カ當然ニ斯ノ如キ結果ヲ發生セシムルコトヲ豫見シテ其自由ヲ認許シタリト解ス可キ法令ノ明文又ハ一般法理ナキノミナラス不正ノ目的ニ出ツル行爲ナルカ故ニ處罰スルヲ正當ナリトス

例二 禁錮以上ノ刑ニ該ル罪ノ現行犯人アルニ當リ其者ノ業務ヲ妨害スルニ至ル可キコトヲ知りナカラ之ヲ逮捕告發スルトキハ之ヲ權利行爲ト認ム可キヤ將タ業務妨害罪ヲ以テ論ス可キヤ此場合ニ於テハ犯罪ノ成立ヲ認メサルヲ正當ナリトス蓋法律ハ現行犯人ノ逮捕ニ依リ其被逮捕者カ業務ヲ執行スルコト能ハサル状態ニ陥ル可キコトモ亦之ヲ豫想スルニ拘ラス其逮捕ヲ認許シタルモノト解ス可キヲ以テナリ

例三 戸主カ民法ノ規定ニ依リ隱居ヲ爲シ全然扶養義務ヲ免レ扶助ヲ要スル者ノ生活ニ必要ナル保護ヲ爲ササルトキハ之ヲ如何ニ觀察ス可キカ蓋隱居ハ戸主權ヲ喪失セシムル制度ニシテ戸主權ノ喪失ハ其戸主タル地位ニ伴フ扶養義務ヲ消滅セシムルコトハ明カニシテ家族ニシテ之カ爲メニ

不利益ヲ被ムル者アルハ當然ナルニ拘ラス法律ハ一定ノ條件ノ下ニ戸主ノ隱居ヲ認許シタルモノナレハ隱居ニ依リ家族ニ對スル保護義務ヲ免レタル後必要保護ヲ爲ササルコトハ隱居當然ノ效果トシテ法律ノ認許セルモノト解ス可ク從テ斯ノ如キ場合ニ刑法第二百十八條ノ罪ヲ構成スルモノト認ムルヲ得サルカ如シ但隱居者カ戸主タルノ關係以外ニ於テ扶助責任ヲ有スル者ナルトキハ反對ノ結論ヲ生ス可キコト勿論ナリ

例四 本夫カ告訴ニ因リ姦夫ヲ畏怖セシメテ相當慰藉料ヲ得ント欲シ其目的ヲ達シタル後告訴ヲ取下ケタルトキハ恐喝取財罪ヲ構成ス可キヤ蓋本夫カ姦通ノ告訴ヲ爲ストキハ姦夫姦婦ノ畏怖スルニ至ル可キコトハ法律之ヲ豫見シテ本夫ノ告訴權ヲ認メ更ニ他ノ一面ニ於テ民法ハ本夫ニ損害賠償請求權ヲ認メ刑事訴訟法ハ本夫カ公訴附帶ノ私訴ニ依リ此賠償請求權ヲ行使シ得ルコトヲ認メタルカ故ニ姦夫カ畏怖ノ結果相當慰藉料ヲ提供シテ告訴ノ取下ヲ爲サシムルモ本夫ニ恐喝取財罪ノ行爲アリト爲スヲ得サル可シ然レトモ由テ以テ不當ノ要求ヲ爲ス場合ニハ恐喝罪ヲ構成ス

可シ判例ニ曰ク告發ノ通知カ權利ノ實行ヲ告知スルモノナルモ之ニ依リ不正ノ利益ヲ得ルコトヲ目的トスル場合ニハ不法ナリ例ヘハ斯ノ如キ通知ヲ爲シ被害者ヲシテ無價物品ヲ高價ニ買受ケシメタル場合ノ如キ是レナリ(大正六年民事判決録一三六二頁參照)又所謂美人局ノ場合ニ於ケルカ如ク本夫姦通ヲ縱容シ告訴權ヲ有セサルニ拘ラス姦夫ヲ威嚇シテ財物ヲ交付セシムルハ本夫姦婦ノ共謀恐喝取財タルコト疑ナシ

例五 惡意ヲ以テ他人ヲシテ危險ナル正當業務ニ從事セシムルトキハ如何例ヘハ他人ノ死ヲ欲シ之ヲ勸誘シテ飛行將校タラシメタルニ被勸誘者之ニ應シテ飛行家ト爲リ遂ニ墜落死亡シタル場合又ハ他人ノ死ヲ欲シテ從軍ヲ勸誘シ遂ニ戰死スルニ至ラシメタルトキハ殺人罪ヲ構成ス可キヤ予輩ハ單ニ其動機ノ惡ム可キヲ認ムルモ行爲ノ違法性ヲ認ム可カラサルモノト解ス

要之法令ノ禁止セサル放任行爲又ハ權利行爲モ亦犯罪ノ手段トシテ之ヲ行フニ於テハ犯罪ヲ組成スルコトアリト雖モ(大正四年判決録八一頁以下參照)

或犯罪ニ於ケル結果ヲモ包含セル行爲カ法令上認許セラレタルモノト解ス可キ場合ニハ犯罪ノ成立ヲ認ム可キモノニアラス而シテ其前者ノ場合ナルカ後者ノ場合ナルカハ各個ノ係争行爲ニ付キ精密ニ之ヲ覈查スルコトヲ要スルモノトス然レトモ此ニ注意ス可キハ法令ニ於テ一定ノ效果ヲ認メラルル行爲ハ必シモ法令ニ依リ認許セラレタル行爲ト常ニ一致ス可キモノニ非サルコト是レナリ例ヘハ重婚ハ民法上之ヲ取消スコトヲ得ルニ止リ當然ニ無効ナルニ非サルモ民法上之ヲ禁止セルノミナラス刑法亦之ヲ處罰シ又民法ハ詐欺又ハ強迫ニ因ル意思表示ヲ取消シ得ヘキモノトスルニ止リ之ヲ當然ニ無効ナリトセサルカ故ニ詐欺及ヒ強迫ノ行爲モ契約ヲ成立セシムル效アリト認ム可キモノナルニ刑法上ニ於テハ詐欺罪又ハ恐喝罪等ヲ構成スルコトアルハ既ニ説明セル所ナリ

第四 權利實行ノ手段トシテ不法行爲ヲ爲シタル場合ニ於テハ之ヲ不可分のニ觀察シテ其全體ヲ犯罪トス可キカ將タ其手段カ他ノ罪名ニ觸ルルトキハ之ノミヲ犯罪トス可キカ是レ亦研究ヲ要スル問題ニシテ學說ノ一致セサル

所ナリ例ヘハ債權者カ債務者ヲ脅迫シテ辨濟ヲ受ケタルトキハ之ヲ強盜罪トシテ處罰ス可キカ將タ其脅迫ノ手段ノミヲ一定ノ條件ノ下ニ脅迫罪トシテ處罰ス可キカ又例ヘハ現行犯人逃走シテ捕ヲ免レントスルニ當リ縛ニ就カサレハ短銃ヲ發射シテ殺傷ス可キ旨ノ脅迫ヲ加ヘテ逮捕シタルトキハ之ヲ不法逮捕罪トシテ罰ス可キカ其他類似ノ問題少カラサルナリ予輩ハ此點ニ付キ可分說ヲ採用シ權利ノ要素ニ屬スル事實關係ハ犯罪ノ要素ト爲ル可キモノニアラスシテ其以外ニ他人ノ權利ヲ侵害スル點ニ於テノミ犯罪ノ成立ヲ認ム可キモノト解ス從テ上叙ノ設例ニ在リテハ或ハ脅迫罪ノ成立ヲ認ム可キモ強盜罪又ハ不法逮捕罪ノ成立ヲ認ム可カラスト解ス蓋法典第二百三十六條第二項、第二百四十六條第二項、第二百四十九條第二項等ニ於テ「不法ノ利益ヲ得」ルコトヲ要件トスルハ取得スヘキ權利ヲ有スル者カ其利益ヲ得ルハ此等ノ犯罪ヲ構成セスト爲スノ趣旨ナリト認ム可ク又例ヘハ巡查カ現行犯人ヲ逮捕スルニ際リ暴行ヲ加フルハ法典第九十五條ニ依リ特殊ノ暴行罪トシテ處罰セラル可キモノニシテ前條ノ不法逮捕罪ト爲ラサルコト兩

條ノ對照上明白ナリトス更ニ法典第二百二十三條ノ規定ニ注意ス可シ暴行脅迫ヲ用ヒテ人ヲシテ義務ナキコトヲ行ハシムルトキハ強要罪ノ成立ヲ認ム可キモ此等ノ手段ヲ用フレハトテ人ヲシテ其義務アルコトヲ行ハシムルハ單純ナル暴行罪又ハ脅迫罪ヲ構成スルニ止リ強要罪ヲ構成セサルコト法文ノ解釋上明カナリ手段ノ不法ナルノ故ヲ以テ正當ナル目的事項ヲモ犯罪ノ要素ト爲ササルコトカ我法典ノ精神ナリト解スルコト決シテ失當ニアラス大審院判例カ法律上他人ヨリ財物ノ交付ヲ受ク可キ正當ノ權利ヲ實行スルニ當リ欺罔又ハ恐喝ノ手段ヲ用ヒ或義務ノ履行ヲ爲サシメ財物ノ交付ヲ受クルモ詐欺又ハ恐喝ノ罪ヲ構成セスト曰ヒ(同院大正二年判決錄一五〇五頁大正五年判決錄三四〇頁等)又自己ノ物ヲ不法占有者ヨリ騙取スルモ詐欺罪ヲ構成セスト(大正七年判決錄一二二頁以下參照)曰ヘルハ當ニ上叙ノ趣旨ニ從ヘルモノナルカ如シ然レトモ或權利ノ行使ハ當然ニ他人ノ權利ヲ侵スノ力ヲ包含スルモノト解ス可カラス例ヘハ所有者ハ物ヲ使用スルノ權ヲ有スルモ之カ爲メニ當然ニ人ヲ害スルノ權アリト云フ可カラス刀ノ所有者