

同正犯ニ於テ假令其身分ヲ有セサルモ犯人ノ特別身分ニ因リ構成スヘキ罪ノ共同正犯トシテ處罰スル爲メニ特ニ本條第一項ノ規定ヲ設ケタリ此ノ如ク共同正犯中一人ノ身分關係カ他ノ共同正犯ニ影響ヲ及ホスコトハ共同正犯ノ處罰ニ關スル例外規定タルカ故ニ本項ノ規定ハ之ヲ嚴格ニ適用スヘク共同正犯ト其性質ヲ異ニスル間接正犯ノ場合ニ準用スルコトヲ得サルナリ即チ假令被利用者ニ特別ノ身分アルモ間接正犯タル利用者ニ於テ此身分ヲ有セサルトキハ犯人ノ特別身分ニ因リ構成スヘキ罪ノ間接正犯トシテ處罰スルコトヲ得サルナリ

本條第二項ハ舊刑法第六條第一百條ノ規定ヲ修正シタルモノニシテ新刑法ハ身分ニ因リ刑ヲ加重シ又ハ減輕スヘキ場合ニ於テ其身分ナキ者ハ正犯タルト致唆又ハ從犯タルトヲ問ハス其影響ヲ受ケス通常ノ刑ヲ以テ處罰スルノ趣旨ヲ明カニシタリ(拙著日本刑法論總則本論第一卷第二編第二章第四節—四〇六乃至四一—參照)

### 第十二章 酌量減輕

本章ハ舊刑法第一編第四章第三節ノ規定ニ該リ其趣旨ニ於テ異ナル所ナシ新法ニ於テハ各本條ニ規定スル法定刑ノ範圍ヲ擴張シ各事件ニ付裁判所ヲシテ最モ適當ナル刑ヲ量定セシムルコトヲ期シタリト雖モ尙ホ場合ニ依リ法定刑ヨリモ輕キ刑ヲ科スルノ必要アルヘキコトヲ豫想シ更ニ酌量減輕ノ制ヲ設ケ裁判所ヲシテ各犯人ニ對シ最モ適當ナル刑ヲ科セシメンコトヲ期シタリ

第六十六條

**第六十六條** 犯罪ノ情狀憫諒ス可キモノハ酌量シテ其刑ヲ減輕スルコトヲ得

第六十七條

**第六十七條** 法律ニ依リ刑ヲ加重又ハ減輕スル場合ト雖モ仍ホ酌量減輕ヲ爲スコトヲ得

本法第六十六條ハ舊刑法第八十九條第一項ニ該リ第六十七條ハ舊刑法第八十九條第二項ニ該リ其趣旨ヲ同フス(拙著日本刑法論總則本論第二卷第

三章第二節中——五六六參照

第六十七條ニ所謂法律ニ依リ刑ヲ加重スル場合トハ累犯加重及ヒ併合罪ノ加重ヲ指シ同條ニ所謂法律ニ依リ刑ヲ減輕スル場合トハ本法第三十六條第二項第三十七條第一項但書第三十八條第三項但書第三十九條第二項第四十條第四十二條第四十三條第六十三條第八十條第七十條第七十一條第七十三條第九十三條等ノ如ク酌量減輕以外ニ於テ法律上刑ヲ減輕スルコトヲ規定スル場合ヲ總稱ス

第十三章 加減例

本章ハ舊刑法第一編第三章加減例及ヒ第六章加減順序ノ二章ヲ合シテ之ヲ修正シタルモノナリ

前章ニ規定スル如ク法律ニ依ル刑ノ減刑ト酌量減輕トハ之ヲ區別スヘキカ故ニ本章ニ於テモ其減輕方法ニ付各別ニ之ヲ規定シタリ

法律ニ依リ刑ヲ加重スル場合ハ累犯加重及ヒ併合罪ノ加重ニシテ其加重

方法ニ付テハ既ニ各章ニ於テ之ヲ規定スルカ故ニ本章ニ於テ別ニ之ヲ規定セズ

本章ニ所謂刑ヲ減輕ス可キ場合トハ刑ヲ減輕スル場合ト云フノ意義ニ外ナラス

第六十八條 法律ニ依リ刑ヲ減輕ス可キ一箇又ハ數箇

ノ原由アルトキハ左ノ例ニ依ル

- 一 死刑ヲ輕減ス可キトキハ無期又ハ十年以上ノ懲役若クハ禁錮トス
- 二 無期ノ懲役又ハ禁錮ヲ減輕ス可キトキハ七年以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮トス
- 三 有期ノ懲役又ハ禁錮ヲ減輕ス可キトキハ其刑期ノ二分ノ一ヲ減ス

四 罰金ヲ減輕ス可キトキハ其金額ノ二分ノ一ヲ減ス

五 拘留ヲ輕減ス可キトキハ其長期ノ二分ノ一ヲ減ス

六 科料ヲ減輕ス可キトキハ其多額ノ二分ノ一ヲ減ス

本條ハ法律ニ依リ刑ヲ減輕スル場合ニ於ケル刑ノ減輕方法ヲ規定スルモノニシテ其減輕ノ原因カ一箇タルト數箇タルトヲ問ハス本條規定ノ例ニ因リ一回ノ減輕ヲ與フルニ止ム

本條第一項ニ依リ死刑ヲ減輕スルトキハ懲役ニ處ス可キカ又ハ禁錮ニ處ス可キカニ付キ本條ニハ何等ノ標準ヲ規定セスト雖モ此ノ標準ハ裁判所ノ自由ナル裁量ニ任シタルモノニ非スシテ本法第二編以下各本條ニ於テ死刑ヲ科シタル罪ノ性質ニ依テ之ヲ定ム可ク即チ懲役ニ該ル罪ト同質ノ

モノナラハ懲役ニ處ス可ク禁錮ニ該ル罪ト同質ノモノナラハ禁錮ノ刑ニ處スヘキナリ例ヘハ本法第二編第一章皇室ニ對スル罪ニハ死刑若クハ懲役ヲ科スルカ故ニ本法第七十三條第七十五條前段ニ規定スル死刑ヲ減輕ストキハ懲役ニ處ス可ク反之第二章内亂ニ關スル罪ニハ死刑若クハ禁錮ヲ科スルカ故ニ第七十七條第一號ニ規定スル死刑ヲ減輕スルトキハ禁錮ニ處ス可キナリ

本條第二項ニ依リ無期ノ懲役ヲ減輕スルトキハ有期ノ懲役ニ處ス可ク無期ノ禁錮ヲ減輕スルトキハ有期ノ禁錮ニ處ス可キナリ  
本條第三號ニ所謂其刑期ノ二分ノ一ヲ減スルハ減輕ノ本トナルヘキ有期ノ懲役又ハ禁錮ノ刑ノ最長期並ニ最短期ニ付キ各二分ノ一ヲ減シ其刑期範圍内ニ於テ刑ヲ量定セシムルノ意ナリ而シテ有期ノ懲役又ハ禁錮ハ減輕シテ一月以下ニ降スコトヲ得(本法第十四條說明參照)

本條第四號ニ所謂其金額ノ二分ノ一ヲ減スルハ減輕ノ本トナルヘキ罰金

ノ最多額並ニ最寡額ニ付キ各二分ノ一ヲ減シ其金額範圍内ニ於テ罰金額ヲ最定セシムルノ意ナリ而シテ罰金ハ減輕シテ二十圓以下ニ降スコトヲ得(本法第十五條說明參照)

本條第五號第六號ニ依リ拘留又ハ科料ヲ減輕スルトキハ單ニ其最長期又ハ最多額ノ二分ノ一ヲ減スルニ止ム

第六十條

**第六十九條** 法律ニ依リ刑ヲ輕減ス可キ場合ニ於テ各本條ニ二箇以上ノ刑名アルトキハ先ツ適用ス可キ刑ヲ定メ其刑ヲ減輕ス

本條ハ各本條ニ於テ二箇以上ノ選擇刑ヲ規定スル場合ニ於テ法律ニ依リ刑ヲ減輕スル方法ヲ規定スルモノナリ

第七十條

**第七十條** 懲役禁錮又ハ拘留ヲ減輕スルニ因リ一日ニ滿タサル時間ヲ剩ストキハ之ヲ除棄ス  
罰金又ハ科料ヲ減輕スルニ因リ一錢ニ滿タサル金額

ヲ剩ストキ亦同シ

本條ハ法律ニ依リ刑ヲ減輕シタル爲メ一日ニ滿タサル時間又ハ一錢ニ滿タサル金額ヲ算出シタル場合ニ於テ其端數ハ刑期金額ヨリ除棄スヘキコトヲ規定シタルモノナリ

第七十一條

**第七十一條** 酌量減輕ヲ爲ス可キトキ亦第六十八條及ヒ前條ノ例ニ依ル

本條ハ酌量減輕ニ依ル刑ノ減輕方法ヲ規定スルモノニシテ本條ニハ第六十八條及ヒ第七十條ノ例ニ依ル旨ヲ規定スルニ止マルト雖モ各本條ニ規定スル選擇刑ノ減輕ニ付テハ第六十九條ニ規定スル方法ニ準據スヘキヤ勿論ナリトス

本法第六十八條ニ於テハ法律ニ依リ刑ヲ減輕スル方法ヲ規定シ第六十七條ニ於テハ法律ニ依リ刑ヲ加重又ハ減輕スル場合ト雖モ尙ホ酌量減輕ヲ爲スヲ得ルコトヲ規定スルカ故ニ此場合ニ於テハ第六十八條ニ依リ減輕

シタル刑ヲ標準トシテ更ニ同條(第六十八條)ノ例ニ依リ其刑ヲ減輕ス可キナリ

本條ノ規定ニ依レハ酌量減輕ニ依リ拘留又ハ科料ヲ減輕スルトキハ單ニ其最長期又ハ最多額ノ二分ノ一ヲ減スルニ止ムルモ特ニ此減輕ヲ爲サストモ裁判所ニ於テ犯罪ノ情狀憫諒スヘキモノト認ムルトキハ拘留又ハ科料ノ最短期又ハ最寡額マテ刑ヲ量定シ得ルカ故ニ此種ノ刑ニ對シテハ特ニ酌量減輕ノ制ヲ設クルノ必要ナシト思料ス

第七十二條

同時ニ刑ヲ加重減輕ス可キトキハ左ノ順序ニ依ル

- 一 再犯加重
- 二 法律上ノ減輕
- 三 併合罪ノ加重

四 酌量減輕

本條ハ舊刑法第九十九條ノ規定ヲ修正シタルモノナリ即チ刑ヲ加重スヘキ數個ノ原因カ存在スルトキハ先ツ再犯加重ヲ行ヒ次ニ其刑ヲ本トシテ法律上ノ減輕(本法第六十八條參照)ヲ行ヒ次ニ其刑ヲ本トシテ併合罪ノ加重ヲ行ヒ最後ニ其刑ヲ本トシテ酌量減輕ヲ行フ

大審院判例  
引照批評

日本刑法論

### 日本刑法論總則序

法ハ人類ノ社會的生存ニ伴フ利益ヲ保護スルコトヲ以テ  
目的トス故ニ社會文化ノ進歩ニ伴フテ法ノ解釋モ亦之カ  
必要ニ應セサルヘカラス本著ハ主トシテ獨逸刑法諸學者  
ノ說ヲ參酌シ且ツ學說ト實際ノ調和ヲ圖リ以テ我カ現行  
刑法ヲ解釋シタルモノナリ殊ニ大審院判決中重要ト認ム  
ルモノハ悉ク之ヲ引照シテ批評ヲ加ヘタリ若シ本著ニ依  
テ現行刑法ノ適用ニ關シ司法上幾分ノ裨益スル所アラハ  
著者ノ幸榮何物カ此ニ加ヘン

明治三十九年五月上旬

小 疇 傳

# 日本刑法論目次

|  |       |     |
|--|-------|-----|
| 總則   | …………… | 一頁  |
| 緒論   | …………… | 一頁  |
| 第一章 刑法及ヒ刑法學  | …………… | 一頁  |
| <small>刑法、客觀的觀察、主觀的觀察、刑法ノ二大綱目、刑法學、<br/>刑法下刑事政策、</small>  |       |     |
| 第二章 刑法ノ沿革  | …………… | 四頁  |
| <small>刑法ノ沿革、日本刑法ノ沿革、</small>  |       |     |
| 第三章 刑事政策ノ本領  | …………… | 七頁  |
| 第一節 刑法ニ於ケル利益保護ノ方法  | …………… | 七頁  |
| <small>刑事政策ノ本領、刑法ニ於ケル利益保護ノ方法、法益下法律規定、<br/>法律ノ強制、刑罰ノ目的、一般的防止、被害者ニ與フル満足、<br/>特別的防止、刑法ノ補充的性質、</small> |       |     |
| 第二節 犯罪ノ原因及ヒ種類  | …………… | 一四頁 |
| 目次   |       |     |



犯罪ノ原因及種類、犯罪學、犯罪生物學、犯罪社會學、犯罪發生ノ二條件、犯罪人ノ種類、偶發犯、必然犯、職業犯、社會政策、

第三節 刑事政策ノ目的……………一七

刑事政策ノ目的、刑事政策ノ應用トシテ注意スヘキ數點、微罪不檢舉、條件付判決、刑ノ執行猶豫ニ關スル法律、同法注解、懲治場留置處分、換刑、不確定ノ刑事裁判、刑罰ノ目的ヲ遂行スルニ付テノ制限、

第四節 刑罰ノ法律的基本及ヒ目的ニ關スル諸學說……………二八

刑罰ノ法律的基本及ヒ目的ニ關スル諸學說、必要主義、反對主義、絕對主義、共同の反對主義、目的刑、報酬刑、報酬主義、目的主義、現行刑法ニ於ケル主義、

第四章 刑法ノ淵源……………三一

刑法ノ淵源、擅斷主義、法定主義、折衷主義、刑法第二條、裁判上ノ慣例ノ效力、學說ノ效力、類似解釋ヲ許サ、ル範圍、類似解釋ヲ許ス範圍、慣習及ヒ學說ノ刑法ニ及ホス間接ノ效力、日本刑法淵源ノ種類、廣義ノ刑法、狹義ノ刑法、特別刑法、公布

第五章 刑法ノ效力……………三九

第一節 時ニ關スル刑罰法規效力ノ範圍……………三九

ノ誤植、編纂ノ錯誤、法律ノ資料、  
刑法ノ效力、時ニ關スル刑罰法規效力ノ範圍、刑法ノ拘束力發生ノ時期、刑法ノ拘束力廢止ノ時期、明示ノ廢止、暗黙ノ廢止、時ニ關スル刑法效力ノ原則、適及力、追及力、刑法第三條第一項、法ノ不遑及ニ關スル原則ノ沿革、例外、刑法第三條第二項、刑法第三條第二項ヲ適用スヘカラザル場合、刑罰法規ト混同スヘカラサル場合、新舊刑法ノ輕重比照ノ標準、刑罰法規以外ノ法規ニ變更アルタル場合、新舊法ノ輕重ヲ比照シ得サル場合、上告裁判所ト刑法第三條第二項、出版法ト刑法第三條第二項、再犯加重ノ例ニ依ラズトノ意義、

第二節 場所ニ關スル刑法效力ノ範圍……………五六

第一項 場所ニ關スル刑法效力ノ範圍ニ付テノ諸主義……………五六

場所ニ關スル刑法效力ノ範圍、此ノ效力範圍ニ付テノ諸主義、屬人主義、屬地主義、保護主義、現行刑法草案ノ主義、刑法改正案ノ主義、世界主義、

第二項 日本刑法ノ主義 ..... 六七

日本刑法ノ主義、現行判例ノ主義、版圖ノ範圍、

第三項 犯罪人引渡 ..... 七二

犯罪人引渡、犯罪人引渡ニ付普通ニ行ハルル所ノ制度、自國人ヲ外國ニ引渡サ、ル制度ニ對スル非難、日米犯罪人引渡條約第二條、政治犯人ノ避難權擴張ニ對スル制限、逃走海員ノ引渡、

第三節 人ニ關スル刑法ノ效力範圍 ..... 七九

人ニ關スル刑法ノ效力範圍、例外、刑法ノ適用ヲ受ケサルモノ、犯罪行為トノ關係、

總則本論 ..... 八五

第一卷 犯罪 ..... 八五

犯罪、犯罪ト私犯トノ差異、主觀的條件ヲ必要トスル學說、主觀的條件ヲ必要トセサル學說、犯罪ノ普通構成條件、犯罪ノ特別構成條件、犯罪發生ノ形式、犯罪ノ種類、

第一編 犯罪ノ普通構成條件 ..... 八八

第一章 行為 ..... 八八

第一節 罪ノ主體並ニ被害者 ..... 八八

犯罪ノ主體、法人ハ犯罪ノ主體タルコトヲ得サルカ、現行刑法ノ主義、法人ト誣告罪、法人犯罪說、法人ヲ處罰スル法規、犯罪ノ被害者、

第二節 行為 ..... 九八

行為、事變、行為ノ條件、一、意思實行、意思自由說ト任意トノ關係、意思確定說、二、結果、總テノ犯罪ノ成立ニハ結果ノ發生ヲ必要トスルヤ、結果犯ト非結果犯トノ區別、實質犯ト形式犯トノ區別、數個ノ結果ヲ以テ罪トナルヘキ事實トスルモノ、實害罪及危險罪、危險ノ意義、危險ノ觀念ノ存在シ得サル場合、危險ノ觀念ニ關スルフランシス氏ノ說、危險ノ觀念ニ關スル主觀主義、三、意思實行ト結果トノ結合、

第一項 作為 ..... 一〇八

作為、事實上ノ引責理由、法律上ノ引責理由、因果關係、普通說、異說、優勢說、最有力條件說、因果關係ニ關スル二原則、一、唯一原因タルコトヲ要セス、二、自己單獨ノ作用タルコトヲ要

セス、刑法上過失ノ相殺ヲ認メス、以上ノ原則ニ對スル二個ノ例外、例外一、此ノ例外ヲ認ムヘキ理由、設例一、設例二、結果ノ發生ヲ防止セントスル行為ヲ妨クル行為ノ性質、設例三、設例四、例外二、普通原因説、設例五、普通的原因、偶然的原因、

第二項 不作爲

不作爲ニ於ケル意思實行ト結果トノ關係、不作爲ニハ因果關係ナシ、不作爲ニ依ル因果關係ノ中斷、設例一、結果ノ發生ヲ防止スル行為ヲ妨クル行為、設例二、不作爲ノ強制、設例三、不作爲ニ因果關係アリトノ説、消極的條件、純正不作爲犯、不純正不作爲犯、作爲犯、不作爲犯、不純正不作爲ニ付テ責任ヲ負フニ必要ナル條件、法律上ノ義務ニ違犯スル不作爲ノ場合、第一、不作爲ニ因果關係アリトノ説ニ對スル辯駁、有意ノ行為ハ總テ因果關係ヲ中斷ストノ説ニ對スル辯駁、責任更新説ニ對スル辯駁、

第三節 行為ノ時及ヒ場所

第一項 作爲ノ時及ヒ場所

作爲ノ時及ヒ場所、間隔犯、間隔犯ノ時及ヒ場所ヲ定ムルニ付テノ標準、第一説、第二説、第三説、第四説、第二説乃至第四説ノ缺點、意思實行ヲ標準トスル説ヲ可トス、

第二項 不作爲ノ時及場所

不作爲ノ時及場所、以上行為ノ時及場所ヲ定ムル原則ノ適用、一、教唆及從犯ノ時及場所、二、間接實行ノ時及場所、四、法律上ノ單一行為ノ時及場所、五、處罰條件トノ關係、

第二章 法律違犯

形式的違法、實質的違法、違法ニ關スル形式的及實質的觀察ノ衝突、行為カ適法ナリヤ否ヲ定ムル標準、法益ニ對スル攻撃ノ分類、一、實害罪、二、危險罪、具體的危險罪及一般的危險罪ノ區別、此ノ區別ト犯意トノ關係、三、警察犯、違法ノ排除、違法排除ノ原因、

第一節 正當防衛

正當防衛、正當防衛ノ成立條件、違法ノ攻撃、違法ノ攻撃アルヘキコトヲ豫想シタル場合、刑法第三百十四條但書ニ所謂不正ノ意義、現在ノ攻撃、防衛ノ準備、攻撃カ終了シタリヤ否ヲ定ムル標準、

防衛ハ攻撃者自身ニ對スルコト、防衛ノ爲メニ必要ナル程度、防衛者ニ於テ遁逃ノ猶豫アル場合、正當防衛ノ要件ハ客觀的ニ之ヲ完備スルコトヲ要ス、正當防衛ノ過度、刑法第三百十四條第三百十五條ニ所謂「殺傷」ノ意義、正當防衛ト民事上ノ責任關係、正當防衛ニ關スル刑事並ニ民法規定ノ關係、

第二節 危難防衛又ハ緊急狀態).....一八〇

危難防衛、危難防衛ト正當防衛及自救トノ區別、刑法第七十五條、  
第一項、抗拒スヘカラサル強制、危難狀態ニアル法益ト此ノ危難ヲ避クル爲メニ第三者ニ加フル害トノ關係、「其意ニ非サル」所爲トノ意義、第二項、天災又ハ意外ノ變、避ク可カラサル危難、  
民法第七百二十條、緊急狀態ハ宥恕スヘキ狀況ニアルコトヲ要ス、緊急狀態ニ關スル民法規定ノ影響、緊急狀態ヲ主張シ得サルモノ、緊急狀態ニ基ク防衛行爲ハ何人ニ對シテモ例外ナク之ヲ行フコトヲ得ルモ正當防衛ニ付テハ制限アリ、

第三節 職務上ノ義務).....一九一

職務上ノ義務、下官ヲシテ違法ノ命令ヲ執行セシメタル上官ノ責任、刑法第七十六條、

第四節 自救).....一九三

自救、刑法第三百十五條第二號後段、

第五節 教育及監護權).....一九四

教育及監護權、

第六節 治療行爲).....一九五

治療行爲カ適法トナル條件、治療行爲カ無罪トナル理由ニ付テノ諸説、結論、母體ヲ救フ爲ニスル胎兒切斷ハ適法ナリヤ、動物解剖、按摩相撲擊劍、業務ノ執行、

第七節 被害者ノ承諾).....二〇〇

被害者ノ承諾、如何ナル法益ハ個人ニ於テ之ヲ處分スルコトヲ得ルヤ、個人ハ自己ノ身體生命ヲ處分スルコトヲ得ルヤ、

第八節 自己ノ法益ヲ侵害スルコト).....二〇三

自己ノ法益ヲ侵害スルコト、

第九節 其他ノ場合).....二〇四

其他ノ場合、

第三章 有責行爲).....二〇四

有責行為、犯罪ノ觀念ニ主觀主義ト客觀主義トアリ、有責行為トナルニ必要ナル二條件、形式犯、秩序罰、形式犯ニ屬スル類例、酒精及酒精含有飲料稅法第二十三條違犯、責任ナキ結果ニ付責ヲ負フ場合、

第一節 責任能力……………二二〇

責任能力、責任能力ヲ要スル時期、暴行ノ目的ヲ達クル爲メ自ラ酩酊ノ状態ヲ招キタル場合、責任能力ナキ者ヲ利用スル場合、責任能力ヲ排除スル場合、

第一項 精神ノ不成熟……………二二三

精神ノ不成熟、其原因、一、刑法上ノ未丁年者、宥恕セラルヘキ責任能力者、現行刑法上責任能力ニ關スル時期ノ分類、第一期、懲治場留置處令、第二期、「其所爲是非ヲ辨別シ」ノ意義、獨乙刑法第五十六條、第三期、第四期、違背罪ニ關スル特別規定、二、精神ノ發達ニ故障アルモノ、刑法第八十二條ニ所謂癡弱者ノ意義、

第二項 精神ノ不健全……………二二三

精神ノ不健全、精神ノ喪失、知覺ノ喪失、獨乙刑法第五十一條、

改正刑法草案第四十九條ニ對スル批評、

第二節 犯意及過失……………二二七

犯意及過失、

第一項 犯意ノ概念……………二二七

犯意、犯意ノ二要件、作爲ノ犯意、不作爲犯ノ意、犯意ニ關スル諸學說、豫見主義、希望主義、違法認識主義、結果ヲ目的トスル場合、結果ヲ目的トセサル場合、犯意ノ種類、無條件ノ犯意、條件付犯意、以上二分類ノ結果、刑法第七十七條、第一項、犯意ノ推定、第二項、第三項、第四項、違法ノ認識ヲ以テ罪ノ特別構成條件トスル場合、犯意ト關係ナキ事實、總轄的認識、不特定ノ犯意、事後ノ犯意、事前ノ犯意、

第二項 錯誤……………二四二

錯誤、罪トナルヘキ事實ノ不知、違法排除ノ原因ヲ以テ罪ノ消極的構成要件ト認ムル說、罪トナルヘキ事實ニ關シ行爲者カ具體的ニ豫見シタル事實ニ付テ錯誤アル場合、主要ナル點ニ關スル一致ノ有無ヲ判定スル標準、第一說、第二說、攻撃ノ錯誤、目的物ノ錯誤、第二說ハ正當ナリ、

第三項 違法ノ認識……………二四九

違法ノ認識、原則、例外(違法ノ認識ヲ以テ罪ノ特別構成要件ト  
スル場合) フランク氏ノ説、行為ノ違法ニ關スル錯誤ノ場合、  
違法ニアラサル行為ヲ違法ナリト誤認シタル場合、違法タル行為ヲ  
違法ニアラスト誤認シタル場合、犯意ノ成立ニ違法排除ノ原因タル  
狀況カ存在セサルコトヲ認識シタルコトヲ要ストノ説、

第四項 過失……………二五七

過失、過失ノ二要件、一、二、過失ト不確定犯意トノ關係、  
過失ト違法ノ認識トノ關係、過失ト犯意及ヒ事變トノ區別、法文  
ニ明示セスシテ過失ヲ罰スル場合、過失ノ二分類、現行刑法上過失ノ  
分類、疎虞、懈怠、規則慣習ヲ遵守モスシテ、普通ノ學說ニ  
依ル過失ノ分類、認識アル過失、認識ナキ過失、

第四章 處罰サルヘキ不法行為……………二六七

處罰サルヘキ不法行為、形式ニ於テ犯罪ト他ノ不法行為ト異ナル點、  
實質ニ於テ犯罪ト他ノ不法行為ト異ナル點、法規ノ種類ト其強制手  
段、刑罰ナル制裁ヲ必要トスル不法行為、犯罪行為ノ實質、物  
的刑罰排除ノ原因、人的刑罰排除ノ原因、刑罰消滅原因、狹義

第二編 犯罪發生ノ形式……………二八〇

犯罪發生ノ形式、

第一章 犯罪ノ既遂及未遂……………二八〇

犯罪ノ既遂及未遂、

第一節 未遂ノ定義……………二八〇

未遂ノ定義、既遂、既遂ト處罰條件、未遂ノ存在シ得ヘキ場合、  
一、犯意ノ實行ニシテ而モ其結果カ發生セサル場合、法律カ未遂ヲ  
處罰スル所以、異説、二、罪ノ構成要件ヲ欠缺シタル場合、誤  
想犯ハ常ニ無罪ナリトノ説、準備ト未遂ノ區別、刑法第百十二條、  
實行ノ開始ニ關スル諸學說、リスト氏ノ説、マイエル氏ノ説、  
結合罪ノ着手、文書偽造行使罪ノ未遂、フランク氏ノ説、實行  
ノ開始、豫備行為、主觀主義、正當ナル説、強盜盜ノ見張、  
未遂ノ種類、一、實行未遂、詐欺取財ノ未遂、二、着手未遂、

間接實行ノ既遂未遂ヲ定ムル標準、委託物毀損罪ノ着手、處罰條件ヲ必要トスル罪ノ未遂、重キ結果ノ發生ニ依テ其刑ヲ加重スル罪ノ未遂、強盜傷人罪ノ未遂、不作爲犯ト未遂、不純正不作爲犯ニ付テハ着手未遂ハ成立セス、未遂又ハ豫備行爲ノ未遂ハ之ヲ認ムルコトヲ得ス、刑法第百十三條、未遂ノ刑、陰謀、

第二節

不能犯……………三〇三

不能犯、沿革、フオン、フリー氏ノ主觀主義、客觀主義、誤想犯ニ限リ之ヲ處罰セストノ說、罪トナルヘキ事實ノ欠缺セル場合ニ限リ之ヲ處罰セストノ說、フランク氏ノ說、正當ナリト信スル法、現行刑法ハ不能未遂ヲ處罰スルヤ否ヤ、危険アル未遂ニ限リ之ヲ處罰スヘキナリ(折衷主義)、危険アル未遂、

第三節

中止犯……………三一六

中止犯、中止犯ヲ所罰セサル主義、法律的基本ニ基キ説明スルモノ、刑事政策上ノ理由ニ基キ説明スルモノ、中止犯ヲ所罰セストノ法制ニ於テ之方規定上二個ノ區別アリ、(イ)積極的ニ規定スルモノ、(ロ)消極的ニ規定スルモノ、中止犯ヲ處罰スル主義、此ノ主義ノ根據、中止犯ノ存在シ得ル場合、(イ)着手未遂ノ場合ニ於ケル中止犯、犯人カ實行ヲ反覆スルコトヲ止メタル場合ハ中止犯ニアラス、中止

ハ任意タルコトヲ要ス、刑法第百十二條、任意ナル中止トハ、非任意ノ未遂、他働的故障ハ必スシモ實在スルコトヲ要セス、實行ノ中止ハ永久タルコトヲ要セス、實行ノ繼續ト實行ノ反覆トハ區別スルコトヲ要ス、間接實行ノ中止、教唆及從犯ノ中止、(ロ)缺効未遂ノ場合ニ於ケル中止犯、中止犯ノ成立ニハ中止者カ單獨ニテ中止行爲ヲ爲スコトヲ要セス、現行刑法ニ於テ中止犯ニ關シ積極的規定ヲ採リタル結果、處罰スヘキ未遂ノ成立シタル場合ニ於テモ共犯者ニ對シテ中止犯ノ成立スルコトアリ、教唆及從犯ニ付テモ中止犯ノ理論ヲ準用スルコトヲ得、中止犯ニ依テ既ニ生シタル他ノ既遂ノ罪ニ付テノ責任、中止犯ヲ理由トシテ其刑罰ヲ免カル、コトヲ得サル場合、中止犯ニ似テ非ナルモノ、

第二章

共犯……………三三一

第一節

總論……………三三一

共犯、正犯、加擔(教唆及從犯) 刑法第一編第八章數人共犯ニ對スル例外、形式犯ト共犯關係、酒造稅法違犯罪ト教唆及從犯、現行刑法ニ於テ正犯教唆從犯ノ區別ヲ認メタル理由、共犯ト混同スヘカナサルモノ、陰謀、犯罪の組合、犯罪庇護、偶然ノ加擔、必要的加擔、

第二節 正犯

第三節 教唆及ヒ從犯(加擔)

正犯、直接正犯、間接正犯、假設正犯ノ存在シ得ル場合、イ、ロ、ハ、ニ、ホ、間接正犯ノ行為ハ正犯自身ノ働作ト被利用者ノ働作トニ依テ定マルカ故ニ、間接正犯ニ關スル疑問、一、間接正犯ノ成立ニハ被利用者カ利用者ノ目的ノ爲メニ利用セラレタルコトヲ必要トスルヤ、二、直接正犯タルコトヲ得サル者ハ亦間接正犯タルコトヲ得サルカ、三、特別ノ身分ヲ要スル罪ノ間接正犯、四、間接正犯ノ成立ニ必要ナル條件ノ認識、共同正犯、共同正犯ト從犯トノ區別ノ標準ニ關スル諸主義、客觀主義、リスト氏ノ説、強盜盜ノ爲メニスル見張、主觀主義、獨乙帝國裁判所判例、主觀主義ニ對スル非難、折衷説、フランク氏ノ説(客觀主義中精神上ノ因果關係ヲ以テ區別ノ標準ニ加ヘタル説)、正犯ノ實行中ニ於ケル從犯、正犯カ實行ヲ終リタル後ニ於ケル從犯、現行刑法ノ解釋トシテ採ルヘキ主義、大審院判例、強盜盜ノ爲メニスル見張、共同正犯ノ犯意、共同正犯ノ超過、共同正犯ノ責任、特別ノ目的ヲ以テ構成條件トスル罪ニ付テハ此ノ目的ナキ者ハ正犯タルコトヲ得ス、共同實行ヲ以テ刑罰加重ノ原因トスル場合、關稅法ニ依ル沒收刑、共同ノ犯意アルモ共同正犯ノ成立セサル場合、副共同正犯、

第一項 加擔ノ概念

教唆及ヒ從犯、加擔ノ概念、教唆、教唆ノ手段、共同教唆、副共同教唆、罪ノ實行ニ付キ單ニ機會ヲ與フルハ教唆ニアラス、教唆ハ被教唆者ニ對シテ犯罪全部ノ計畫ヲ與フルコトヲ要セス、教唆ノ處罰セラル理由、教唆者ノ犯意、教唆者ニ科スル刑罰、首魁、主幹、發起人、計畫、挑發、誘惑、煽動、囑託、教唆ハ特定ノ人ニ對スルコトヲ要セス、從犯、幫助ノ手段、消極的從犯、從犯ノ犯意、幫助ノ與ヘラルヘキ時期、從犯ニ科スル刑罰、正犯ノ行為カ罰スヘキ豫備ニ止マル場合、幫助ハ特定ノ人ニ對シテ與フルコトヲ要セス、

第二項 加擔ニ付テノ結論

加擔ニ付テノ結論、教唆又ハ從犯ノ成立シ得サル場合、任意ノ超過、被教唆者カ罪ヲ實行セス更ニ他人ヲ教唆シタル場合、錯誤、特別ノ目的ヲ要スル罪ノ加擔、行為カ正犯行為ニ當ルカ若クハ罪ノ加擔ニ該ルカノ點ニ付テノ錯誤、加擔ノ處罰條件、教唆及從犯ノ未遂、罪ノ未遂ノ教唆及幫助、加擔ハ附屬的性質ヲ有スルカ故ニ、間接ノ教唆及從犯、教唆者又ハ從犯カ任意ニ正犯ニ依テ行ハルル罪ノ成

目次



立ヲ妨ケタルトキ、從犯ニ對シテ減等ヲ與フル能ハサル場合、加  
擔ニ關スル原則ノ制限、法益ノ享有者ハ此ノ法益ニ對スル罪ノ加擔  
者トシテ處罰サルコトナシ、法律カ實行行為ヲ罰セスシテ加擔行為  
ヲ獨立罪トシテ處罰スル場合ニ於テハ正犯ハ其罪ノ加擔者トシテモ賃  
ヲ負フコトナシ、特別ノ身分アルカ爲メニ其刑ヲ科セサル場合ニ於  
テハ此ノ身分アル者ハ其罪ノ加擔者トシテ賃ヲ負フコトナシ、

### 第四節

加擔者ニ對スル身分關係ノ影響……………四〇六

加擔者ニ對スル身分關係ノ影響、身分カ刑罰加減ノ原因タル場合、  
身分カ罪ノ構成條件タル場合、刑ノ全免ノ原因、訴訟條件ノ欠缺、  
刑罰排除ノ原因ト共犯者トノ關係、

## 第三章

一罪及數罪……………四二一

### 第一節

單一ナル行為及ヒ數個ノ行為……………四二一

一罪及數罪、單一ナル行為及ヒ數個ノ行為、行為ノ個數ヲ以テ罪  
ノ個數ヲ定ムル標準トスル説、違犯セラレタル法規ノ個數ヲ以テ罪  
ノ個數ヲ定ムル標準トスル説、フランク氏ノ所説、行為ノ個數ヲ  
定ムル標準、一、意思實行ト結果ト何レモ單一ナル場合、二、意  
思ノ實行ト結果ト何レカ一方カ單一ナル場合、結果カ單一ナリヤ否

ナチ定ムルニ付テノ法則、他人ニ讓渡スルコトヲ得サル法益ノ侵害  
他人ニ讓渡スルコトヲ得ル法益ノ侵害、創造權ノ侵害、繼續犯、  
遺跡犯、

### 第二節

數個ノ行為ニシテ單一ナル罪ヲ成ス場合……………四二八

數個ノ行為ニシテ單一ナル罪ヲ成ス場合、數行為ノ中間ニ於テ法律  
ニ變更アリタルトキ、數行為ノ場所カ國ノ内外ニ亘ルトキ、數個  
ノ行為カ法規ニ依テ單一ナル罪ヲ爲ス場合ノ主ナルモノ、一、連續  
犯、主觀主義、客觀主義、連續犯ノ成立ヲ中斷スル原因、二、  
一個ノ共通ナル處罰條件ヲ有スル場合、三、結合犯、監守盜ト官  
文書ノ増減毀棄ノ關係、四、一個ノ犯罪行為カ他ノ犯罪行為ノ手段  
トシテ行ハレタル場合、五、一ノ犯罪行為カ他ノ犯罪ノ構成要件タ  
ル目的ノ實行ニ關スル場合、六、聚合犯、イ營業犯、ロ營業犯  
ハ常習犯、フランク氏ノ所謂形式的實質上ノ數罪俱發、其場合甲、  
乙、一人ニテ新聞紙ノ編輯人ト發行人トヲ兼子タル場合ノ刑責、  
丙、丁、戊、イ、集合犯、ロ、繼續犯、己、連續犯、連  
續犯成立ノ條件、一、結果ノ單一、二、犯意ノ單一、三、犯意  
ハ單一ナラサルモ同一ナル機會又ハ同一ナル繼續シタル關係ノ利用、

### 第三節

一罪ニ對スル法律上ノ處分……………四六一

一罪ニ對スル法律上ノ處分、異種類及同種類ノ想像上ノ數罪俱發、  
 恐喝及ヒ欺罔ノ手段ヲ併用シテ擄取ヲ遂ケタル場合ノ處分、法規ノ競  
 合ニ於テ其何レノ法規ヲ適用スヘキヤ、一、數個ノ違犯セラレタル  
 法規中ノ一カ同一行為ノ全部ヲ總轄スル場合、無免許清酒製造ト無  
 免許醗製造トノ關係、フランクリン氏ノ所謂形式的想像上ノ數罪俱發、甲、  
 乙、(イ)特別法ハ普通法ニ優ル、刑法第三百九十條第二項ノ罪ノ  
 本刑、(ロ)充實法ハ補助法ニ優ル、二、數個ノ違犯セラレタル法  
 規中ニ同一行為ヲ總轄スヘキ規定ノ存セサルトキ、一旦重キ法規ヲ  
 選ビタル結果、刑ノ輕重ヲ定ムル標準、

第四節

數罪

四八一

數罪、再犯、數罪俱發、數罪俱發ノ處分ニ付テノ諸主義、併  
 科主義、吸收主義、制限加重主義、

第三編

犯罪ノ分類

四八五

犯罪ノ分類、重罪輕罪違警罪區別ノ標準、攝擇的ニ刑ヲ規定シタル  
 場合ノ標準、一定ノ金額ノ幾倍又ハ幾分ヲ以テ罰金額ト定メタル場  
 合ノ標準、一般的加減原因ニ依リ刑ヲ變更シタル場合ノ標準、特  
 別ノ加減原因ニ依リ刑ヲ變更シタル場合ノ標準、未遂從犯ニ基ク刑

第二卷

刑罰

四九七

刑罰

第一章

刑罰ニ關スル概念

四九七

ノ減等ハ罪質ヲ變更スルヤ、未遂ニ依リ刑ノ減等ハ罪質ヲ變セスト  
 ノ新判例、刑法規則ト違警罪、刑事犯ト警察犯、警察犯ノ分類  
 警察犯ノ成立ニハ犯意ヲ必要トセス、警察犯ト違警罪、

第二章

刑罰ノ種類

五〇一

刑罰ノ種類、主刑、附加刑、法益ヲ標準トシタル分類、現行  
 刑法ノ刑罰制度、

第一節

死刑

五〇四

死刑、沿革、死刑ノ執行、

第二節

自由刑

五一〇

目次

一一

自由刑、監視ノ效果、假出獄、

第三節 財産刑……………五二七

財産刑、四捨五入ノ計算法、財産刑ノ執行、

第四節 名譽刑……………五一九

名譽刑、剝奪公權、停止公權、

第五節 沒收……………五三二

沒收、

第一項 沒收ノ性質……………五三二

沒收ノ性質、現行刑法ニ於テ沒收ノ性質、沒收カ附加刑ナルカ  
故ニ生スル結論、禁制品トシテ沒收シ得ル場合、

第二項 沒收ノ目的物……………五二六

沒收ノ目的物、法律ニ於テ禁制シタル物件、犯罪ノ用ニ供シタル  
物件、所謂罪體、猥褻物ト禁制品、酒造税法違犯ト沒收ノ關係、  
罪ノ未遂ト犯罪供用物、所謂罪體ト犯罪供用物件トノ關係、證書ノ  
寫造ニ付キ使用シタル印類、犯罪供用ノ短銃ト彈丸トノ關係、主

タル物件ノ沒收ト從タル物件トノ關係、犯罪ニ依テ得タル物件、犯  
罪ニ依テ得タル物件ト贓物、

第三項 沒收ニ要スル條件……………五四三

沒收ニ要スル條件、刑法第四十四條ニ所謂「犯人ノ所有ニ屬ス」トノ  
意義、犯罪供用物件ノ沒收ト使用者以外ノ共犯者トノ關係、犯罪  
供用ノ物件カ犯人以外ノ者トノ共有ニ屬スル場合、刑法第四十四條  
ニ所謂「所有主ナキトキ」ノ意義、

第四項 沒收ニ關スル主義……………五四六

沒收ニ關スル主義、

第五項 沒收ノ目的物ハ如何ナル時期ニ於テ國庫ノ所  
有ニ歸スルヤ……………五四六

沒收ノ目的物カ國庫ノ所有ニ歸スル時期、正當ナリト信スヘキ說、  
沒收ノ效力、

第六項 沒收ノ客觀的科刑手續……………五四九

沒收ノ客觀的科刑手續、

第七項 沒收ノ範圍……………五五〇

没収ノ範圍、物件ノ一部ヲ没収スル場合ニ於テ没収ニ係ラサル部分  
トノ關係、没收判決ノ執行、没收物件ノ處分手續、

第六節 刑期計算……………五五五  
刑期計算、

### 第三章 法律上及ヒ裁判上ノ刑量……………五五六

法律上及ヒ裁判上ノ刑量、

第一節 裁判官ニ屬スル刑ノ量定……………五五六  
裁判官ニ屬スル刑ノ量定、 双對的刑罰規定ノ制度、 裁判官カ刑ヲ  
量定スルニ付テノ標準、 裁判官ニ屬スル刑ノ量定、

第二節 刑ノ變更……………五六一  
刑ノ變更、

第一項 刑ノ加重……………五六一  
刑ノ加重、

第一款 刑ノ一般加重ノ原因(累犯)……………五六二

刑ノ一般加重ノ原因、 累犯、

第二款 特別加重ノ原因……………五六三  
特別加重ノ原因、

第二項 刑ノ減輕……………五六三  
刑ノ減輕、

第一款 一般減輕ノ原因……………五六四  
一般減輕ノ原因、 幼年者ニ對スル輕減、 自首減輕、 酌量減輕、  
酌量減輕ヲ與フヘキ情狀、 未遂犯ノ減輕、 從犯ノ減輕、

第二款 特別減輕ノ原因……………五六七  
特別減輕ノ原因、

第三節 加減例……………五六七  
加減例、 罰金以外ノ附加刑ニハ適用ナシ、

第四節 加減順序……………五七一  
加減順序、

第五節 換刑……………五七二

換刑、換刑ノ刑法第三十三條、

第六節 刑ノ通算……………五四七

刑ノ通算、保釋中ト拘留日數、刑法第五十一條「上訴正當ナルトキ」ノ意義、被告ノ控訴取下ケト檢事ノ附帶控訴、移送後其上訴正當ナラサル場合、故障申立ヲ理由アリトシタルトキ、缺席判決カ期滿免除ニ罹リタルトキ、死刑ト有期刑トハ通算スヘキモノニアラス、監視ノ通算、刑法第百條ト第百二條トノ適用ノ順序、刑法第百二條第二項ハ特別規定ナリ、「已ニ判決ヲ經」ノ意義、同上反對ノ判旨、刑法第百條ヲ適用スヘキ場合、

第七節 數罪俱發……………五八一

數罪俱發、數罪俱發ノ處分ニ關スル諸主義、吸收主義ノ缺點、吸收主義ヲ採レル場合、數罪俱發ノ場合ニ於テ刑ノ輕重ヲ定ムル標準、刑法第百條ト刑法第九十二條又ハ第九十條トノ適用順序、刑法第百條ヲ適用シ得ル場合、數罪俱發ト刑法第百條、併科主義ヲ採レル場合、前發罪ノ刑ト後發罪ノ刑ト通算シ得ル場合、

第八節 再犯加重……………五八七

第四章 刑ノ消滅原因……………五九〇

刑ノ消滅原因、

第一節 刑ノ消滅原因ニ關スル概念……………五九一

刑ノ消滅原因ニ關スル概念、犯人ノ死亡、自首全免、

第二節 恩赦……………五九四

恩赦、恩赦ノ效力、現行法上恩赦ノ種類及其效力、大赦、特赦減輕、特赦減輕ト再犯加重トノ關係、復讐、

第三節 時效……………五九八

時效、時效ヲ認ムル理由、

第一項 公訴時效……………五九九

公訴時效、期間、期間ノ開始、期間ノ中斷、

第二項 刑ノ滿期免除……………六〇一

目次

刑ノ期滿免除、期間、期滿免除ヲ得サルモノ、期間進行ノ開始、  
期間ノ中斷、

第五章 徵償處分……………六〇三

徵償處分、訴訟費用、贓物ノ還付、取消シ得ヘキ詐欺ニ因ル詐  
欺取財ノ贓物ノ處分、贓物タル衣類ヲ解放シタル場合、假還付ノ  
效力、假還付ト質屋取締規則ニ依ル贓物ノ還付、

第六章 親屬例……………六一〇

親屬例、刑法上ノ親屬例ハ新民法ノ規定ニ依テ變更セス、

日本刑法論總則目次終

日本刑法論

法學士 小 疇 傳 著

總 則

緒 論

第一章 刑法及ヒ刑法學

第一刑法 Das Strafrecht トハ犯罪 Das Verbrechen ト云フ事實ニ對シ刑罰 Die  
Straf ト云フ法律上ノ結果ヲ結付クル國家ノ法規ヲ總稱ス凡ソ法ハ一定ノ  
事實(原因)ニ對シテ之ニ伴フヘキ法律上ノ結果ヲ規定スルモノナリ而シテ  
刑法ハ犯罪ト云フ事實ニ對シテ刑罰ト云フ法律上ノ結果ノ伴フヘキコト  
ヲ規定スルモノニシテ例ヘハ豫メ謀テ人ヲ殺ス者ハ死刑ニ處スト云フ規

總則 緒論 第一章 刑法及ヒ刑法學

客觀的觀

主觀的觀

刑法ノ二  
大綱目

定刑法第二百九十二條ハ謀殺ト云フ犯罪ト之ニ伴フヘキ死刑ト云フ法律上ノ結果ヲ定ムルモノニシテ此ノ關係ヲ規定スル法條ハ刑法上ノ規定ト云フヘキナリ

此ノ如ク刑法ハ犯罪ト刑罰トノ關係ヲ規定スルカ故ニ客觀的ニ之ヲ觀察スレハ刑法ハ刑罰法 *Penitentes Recht* 又ハ犯罪法 *Kriminalrecht* ト稱スルコトヲ得ヘキナリ又主觀的ニ之ヲ觀察スレハ刑法ハ處罰ニ關スル法規 *Jus puniendi* ト云フコトヲ意味ス即チ國家ノ無限ナル刑罰權 *Die Strafgewalt* ヲ自カラ制限スル所ノ法規ニシテ換言スレハ國家ノ無限ナル刑罰權ノ實行ニ關スル特定ノ條件ト内容(即チ犯罪ト刑罰)トヲ規定スルモノナリ

刑法ニ特有ナル事實ハ犯罪ニシテ犯罪トハ不法行為 *Das Unrecht* 即チ責任アル違法行為ノ一種ナリ次ニ刑法ニ特有ナル法律上ノ結果ハ刑罰ニシテ刑罰トハ國家カ不法行為ノ責任者ニ對シ其人カ法律上保護セラル、利益 *das Rechtsgut* ニ科スル所ノ侵害ナリ之レ刑罰カ他ノ法律上ノ結果ト異ナ

ル所ニシテ犯罪ト刑罰トハ實ニ刑法ノ二大綱目ヲ形ツクルモノト謂フヘキナリ

刑法學

第二刑法學 *die Strafrechtswissenschaft* ノ職分ハ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ(一)純粹ナル法理ノ研究トシテハ犯罪ト刑罰トノ根本的性質ヲ研究シ以テ之ニ關スル原理原則ヲ明ラカニシ此ノ原理原則ニ適合スル秩序アル刑法制定ノ指導トナルニアリ而シテ總則ニ於テハ犯罪ト刑罰ニ關スル一般ノ原則ヲ研究シ各論ニ於テハ個々ノ犯罪ト此ニ科スヘキ刑罰トヲ研究シ(二)現行法規ノ解釋ニ關スル研究トシテハ司法ノ必要ニ應スル爲メ現行刑法ニ基キ犯罪ト刑罰ニ關スル原理原則ヲ明ラカニシ此ノ秩序的知識ニ依テ各場合ニ於ケル實例ニ對シ各法規ヲ適用シテ誤リナカラシムルニアリ而シテ吾輩カ爰ニ講究スル所ノモノハ主トシテ現行刑法ノ解釋ニ關スルモノナルモ傍ラ其補足トシテ純粹ナル法理ニ關スルモノ、幾分ニ付テモ亦説明スル處アルヘキナリ

第三刑法カ犯罪責任者ニ科スル所ノ刑罰ハ國家カ犯罪鎮壓ノ爲メニ採ル所ノ一ノ手段ニシテ此ノ觀念ハ國家刑罰權ノ法律上ノ基本並ニ目的如何及ヒ犯罪ノ原因並ニ其特質ニ關スル問題トハ離ルヘカラサル關係ヲ有スルモノナリ然レトモ此等重大ナル問題ヲ科學的ニ説明スルコトハ犯罪學 Kriminologie 及ヒ刑罰學 Pönology ヲ基礎トスル刑事政策 Kriminalpolitik ノ範圍ニ屬シ裕ニ一個ノ專門科學ヲ形ツクルモノニシテ本著ニ於テハ單ニ之カ概要ヲ説明スルニ止ムヘシ而シテ刑事政策ノ原則ニ適合スル所ノ刑法ハ最モ價值アル法規ト稱スヘク又立法論トシテハ此ノ原則ニ適合スル所ノ刑法ヲ制定スヘク解釋論トシテハ現行刑法カ目的トスル所ノ犯罪鎮壓ノ主旨ニ適合スル方法ニ於テ之ヲ解釋シ此ノ目的ニ從フテ各實例ニ當リ法規ヲ適用スルコトヲ要ス

## 第二章 刑法ノ沿革

太古ヨリ今日ニ至ル各國刑法ノ沿革ヲ案スルニ大凡ソ左ノ時代ヲ經過シ

タルカ如シ

### 第一 人類群居時代ノ復讐主義

太古時代ニ於テハ人々互ニ群居スルニ止マリ國ト云フ觀念ナク又刑法ト云フ法律規定ナク各人ハ自己ニ攻撃ヲ加ヘタル者ニ對シテ更ニ攻撃ヲ加ヘ復讐ヲ遂ケタルニ過キサリシナリ

### 第二 血族團體 Blutgemeinschaften ニ於ケル神ノ命令主義

太古時代ニ於ケル人類群居ノ時代ニ次キ同一ノ血族カ相集ツテ各團體ヲ組織スルニ至リ團體ノ安寧ハ神ニ依テ保護セラルトノ觀念ヲ生シ此ノ團體員又ハ團體外ノ者カ團體ノ安寧ヲ妨害スルトキハ神ノ意思ニ逆フモノナリトシ其團體員ヲ團體外ニ放逐シ又團體外ノ者ニ對シテハ其妨害者及ヒ其所屬ノ血族團體全體ト相戰ヒ而シテ此等放逐及ヒ異族間ノ戰鬥ハ神ノ命令ニ出ツルモノナリトノ信仰ヲ有シタリ當時血族團體ハ水草ヲ逐フテ移住シ別ニ一定ノ土地ニ定居セサリシモ其後社會ノ發達ト共ニ各團體



六  
カ一定ノ土地ニ居住シ且ツ其團結モ純粹ナル同一血族ノミヲ以テ組織スルコトヲ得サルニ至リ從前ノ如ク犯罪者ヲ無制限ニ放逐又ハ殺戮スルコトヲ止メ最モ重キ者ニ對シテハ死刑ヲ科シ其他體刑自由刑財產刑ヲ科シ又異族間ノ復讐 die Blutracheニ代フルニ被害血族團體ニ對シテ他方ヨリ贖罪金 das Sühnegeldヲ支拂フコト、セリ

### 第三 國家刑罰權ノ行使ニ因ル刑罰 die staatliche Strafe

第一第二ノ時代ヲ經過シテ今日ノ國家組織ヲ認ムルニ至リ國家ハ自己生存ノ必要上犯罪鎮壓ノ手段トシテ犯人ニ對シ刑罰權ヲ行使スルコト、シテ此刑罰權ノ行使ニ付テハ一定ノ條件ヲ設ケ特定ノ條件ノ下ニ(一定ノ犯罪ニ對シ)特定ノ刑罰ヲ科ズルコト、シ且ツ此カ行使ヲ裁判官 der Richterニ委ヌルニ至レリ

次ニ吾現行刑法ノ沿革ヲ略述センニ吾刑法ハ前記ノ第一第二時代ヲ經過シタル後始メテ彼ノ隋唐ノ制度ヲ模倣シタル成文法(大寶律令)出タルモ當

日本刑法  
ノ沿革

時此等ノ律令ハ單ニ其形式ニ於テ存在シタルノミニシテ現實ニ行ハレタルヤ否ヤハ頗ル疑問ニ屬ス其後政權武門ニ移リテヨリ徳川氏ノ亡フルニ至ル迄其間ニ於テ貞永式目建武式目徳川百ヶ條等ノ如キ武斷的刑法行ハレタルモ遂ニ明治ノ初年ニ至リ王政復古ト共ニ支那系統ニ因レル刑法主義復活シテ新律綱領又ハ改定律令ノ編纂トナリ明治十五年正月ヨリ支那系統ニ因ル所ノ改定律令ヲ廢シテ佛人ポアソナード氏其他當時編纂ニ從事シタル我起草委員ノ手ニ成リタル歐洲主義ノ刑法カ施行セララル、ニ至リタリ而シテ今ヤ現行刑法ノ規定中大ニ改正ヲ要スルモノアルコトヲ覺知シ政府ハ法典調査會ニ囑シテ改正刑法草案ノ起草ヲ爲サシメ該案ハ既ニ數回帝國議會ニ提出セラレタルモ未タ議會ノ協賛ヲ經ルニ至ラス

## 第三章 刑事政策ノ本領

### 第一節 刑法ニ於ケル利益保護ノ方法

#### 一 法益 Rechtsgut、ト法律規定 Norm

總則 緒論 第三章 刑事政策ノ本領 第一節 刑法ニ於ケル利益保護ノ方法 七

刑事政策  
ノ本領  
ニ於ケル  
利益保護  
ノ方法  
於  
法益  
ト法律  
規定

凡ソ法律ハ人類ノ爲メニ存在スルモノニシテ法律ハ總テ人類ノ生活的利益 Lebensinteresse ヲ保護スルコトヲ目的トス即チ此ノ利益ヲ保護スルコトハ法律ノ實質ニシテ立法ノ目的モ又此ノ外ニ出テサルナリ而シテ法律ニ依テ保護セラル、所ノ人類生活上ノ利益(一個人ノ利益又ハ團體全體ノ利益ヲ包含ス)ヲ稱シテ法益ト云フ法規ハ利益ヲ生セス利益ハ人類ノ生活ニ因テ生ス然レトモ法規ノ保護ニ依テ人類生活上ノ利益カ法益トナルナリ例ヘハ身體ノ自由、家屋内ノ安寧、信書ノ秘密、信教ノ自由ハ物ノ發見創造ニ因ル利益ノ專有ト共ニ何レモ法律ニ依ラサル國家ノ攻撃又ハ個人ノ攻撃ニ對シ憲法上若クハ刑法其他ノ法律ニ依テ保護セラル、以前ニ於テ既ニ存在スル所ノ人類生活上ノ利益ナリ而シテ此ノ人類生活上ノ利益ハ各人相互ニ於ケル又ハ一個人ト國家其他ノ團體ニ對スル相互ノ生活關係ニ因テ生ズルモノナリ蓋シ人類カ此ノ世ニ生活スルヤ制限ナク自由ニ各自ノ意思ヲ實行センコトヲ欲シ此ノ欲望ハ人類相互ノ間ニ種々ノ點ニ於テ相

衝突スヘシ此ノ人類相互ノ生活關係ヨリシテ一方カ他方ニ對シテ自己ノ意思ノ實行ニ必要ナル他人ノ作爲又ハ不作爲ヲ要求スルノ利益ヲ生ス例ヘハ借家人ハ借家ヲ自己ノ爲メニ利用センコトヲ欲シ債主ハ負債者ヨリ資金ノ返濟セラレンコトヲ欲シ自己ノ製作品ハ他人ニ依リ押領又ハ毀損セラレサルコトヲ欲シ商家ハ自己ノ有名ナル商號ヲ他人ノ爲メニ擅用セラレサルコトヲ欲シ又國家ハ個人ニ對シテ兵役納稅等ヲ要求シ人民ハ國家ニ對シテ言論文章ノ自由ヲ要求スルカ如シ此等各自ノ自由ナル欲望ヲシテ爭鬪ニ終ラサラシムル爲メニ此ノ生活關係ニ於ケル秩序ヲ必要トス即チ國家ハ各自ノ自由意思ヲ制限シテ一方ノ利益ハ認メテ之ヲ保護シ他方ノ利益ハ之ヲ認メス其欲望ヲ拒絕スルコトヲ要ス此ノ如ク人類生活上ノ利益ニ對シテハ法律上之ヲ保護シ他ハ之ヲ禁止スルモノハ法規 die Rechtsordnung ナリ即チ法規ハ各自ノ意思實行ヲ制限シテ意思實行ノ自由ナル範圍殊ニ他ニ對シテ意思ヲ強制(作爲又ハ不作爲)シ

得ル範圍ヲ定ムルモノナリ此ノ如ク法規ハ人類ノ生活關係ヲ法律關係ニ變シ生活上ノ利益ヲ法益ニ變スルモノナリ即チ法規ハ特定條件ノ下ニ權利義務ノ關係ヲ生ス(一定ノ條件ノ下ニ一方カ他方ニ對シテ作為、不作為ヲ要求スル利害關係)法規ハ一定ノ條件ノ下ニ行為ヲ命令又ハ禁止スルコトニ依テ法益ノ限界ヲ定ムルモノナリ即チ法規ニ依テ法益ノ範圍定マルカ故ニ此ノ二者ハ法律 *das Recht* ノ二大綱目ト云フヘキナリ

法律ノ強制

二 法律ノ強制 *die Rechtszwang*  
法律ハ人類ノ生活關係ニ於ケル平和的秩序ヲ維持スルコトヲ目的トシ(一面ニ於テハ人類生活上ノ爭鬪ニ對スル秩序ヲ目的トスト云フコトヲ得ヘシ)此ノ目的ヲ遂クル爲メニハ法規ニ違背スル者ヲ抑壓スル所ノ力ヲ必要トス即チ秩序ハ國家ノ統治權 *die Staatsgewalt* ニ依テ維持セラル、モノニシテ法規ノ遵守ヲ強制スル爲メニハ法規ニ違犯スルト云フ事實ニ對シテ法律上ノ制裁ノ伴フヘキ因果關係ヲ規定スルコトヲ要ス爰ニ於テ法律ハ法

刑罰ノ目的

一般的防止

規法益ト云フ二大綱目ノ外ニ更ニ強制ト云フ綱目ヲ必要トス而シテ此ノ法規強制ノ方法ハ左ノ如シ一 實行ヲ強制スルコト(強制執行 *Zwangsvollstreckung*) 二 既ニ害セラレタル秩序ノ恢復又ハ金錢ニ依ル賠償 三 違犯者ノ處罰此レナリ

三 刑罰ノ目的

法律ハ人類生活上ノ利益ヲ保護スルヲ以テ目的トシ刑法ハ犯罪者ニ對シテ刑罰ト云フ苦痛ヲ科スヘキコトヲ豫告シ及ヒ之ヲ實行スト云フ特別ナル強制方法ニ依テ保護ノ必要アル利益ノ保護ヲ目的トスルニアリ而シテ國家カ犯罪責任者ニ對シテ刑罰ナル制裁ヲ科シ及ヒ之ヲ執行スル目的ハ實ニ左ノ三個ノ方面ニ於テ存ス

第一 社會全般ニ對シテハ一面ニ於テ犯罪ニハ其法律上ノ制裁トシテ刑罰ナル苦痛ノ伴フコトヲ豫告シ依テ以テ犯罪ノ發生ヲ豫防シ他ノ一面ニ於テハ刑罰規定ノ適用ニ依テ國民ノ法律的知覺(法律カ刑罰ヲ制裁ト

總則緒論 第三章 刑事政策ノ本領 第一節 刑法ニ於ケル利益保護ノ方法 一一

被害者ニ  
足フル補

止特別防

シテ法規ノ違犯ヲ禁止スルコトニ關スル知覺ヲ強固ナラシムルニア  
リ(一般ノ豫防 Generalprävention)

第二 犯罪ノ被害者ニ對シテハ被害者ノ被ムリタル不法ナル侵害ハ必ス  
復讐セラレ決シテ不問ニ附セラルヘキモノニアラサルコトヲ示シ依テ  
以テ被害者ニ満足ヲ與フルニアリ

第三 特ニ犯罪者自身ニ對シテハ左ノ目的ヲ有ス(特別ノ豫防 Specialpräven-  
tion)

イ 犯罪者ヲシテ再ヒ社會ノ有用ナル組織員トナスコト換言スレハ刑罰  
ノ執行ニ依テ犯罪者ヲ畏嚇 Abschreckung 改善 Besserung スルコト即チ犯人  
カ苦痛ヲ恐ル、ノ結果又ハ犯人カ改心遷善ノ結果再ヒ罪ヲ犯サ、ルニ  
至ルコト

ロ 社會ニ不用ナル犯罪人即チ改悛遷善ノ見込ナキ犯罪者ニ對シテハ再  
ヒ罪ヲ犯サ、ラシムル爲メ一定ノ期間又ハ永久ニ之ヲ社會ヨリ有形的

ニ分離スルコト(無害ニ爲スコト Unbeschädlichmachung)

刑罰ノ目的ハ實ニ前述ノ如シ從テ此ノ目的ヲ達スルニ必要ニシテ且ツ適  
切ナルモノハ法律上理由アル刑罰ト云フコトヲ得ヘシ而シテ以上刑罰ノ  
目的並ニ合法ニ關スル問題ハ從來 Der Streit der Strafrechtstheorien ナル標題ノ  
下ニ刑法學者間ニ於テ大ニ論争セラルル處ニシテ以上説明スル所ハ最モ  
其當ヲ得タルモノト信ス

四 刑法ノ補充的性質

刑法ハ總テノ法律ト等シク利益保護ヲ目的トスルモノニシテ刑法ノ特質  
ハ他ノ法律ニ比シ保護ノ目的タル利益ノ種類ヲ異ニスルニアラスシテ利  
益保護ノ方法ヲ異ニスルニ存ス例ヘハ財産又ハ家族關係ニ於ケル利益、身  
體、生命、國ノ元首ノ地位、國民ノ參政、國家行政ノ利益、會社組織ノ利益、婦女ノ  
貞操、取引ノ安固、其他總テノ利益ハ例外ナク刑罰ト云フ方法ニ依テ之ヲ保  
護スルコトヲ得ヘク從テ刑法ハ此等ノ利益ヲ保護スル所ノ他ノ法律ニ對

刑法ノ補  
充的性質

犯罪ノ原因及種類

犯罪學

犯罪生物學

犯罪社會學

犯罪發生ノ條件

シテモ補充的ニ其遵守ヲ強制スル所ノ性質ヲ有ス

一四

### 第二節 犯罪ノ原因及種類

既ニ述ヘタル如ク刑罰ハ法規ノ強制手段ニシテ犯罪ノ鎮壓ヲ目的トスルモノナリ而シテ刑罰ヲシテ此ノ目的ヲ遂ケシムル爲メニハ先ツ犯罪ノ現象及ヒ原因ニ付テ研究スルコトヲ要ス此レ等犯罪ニ關スル研究ハ犯罪學 *Kriminologie* ノ範圍ニ屬ス犯罪學ハ之ヲ分テ犯罪生物學 *Kriminal-Biologie* o. *Kriminal-Anthropologie* 及ヒ犯罪社會學 *Kriminal-Soziologie* ニ分ツコトヲ得(一)犯罪生物學ニ於テハ各個人ノ體質及ヒ性情ニ基テ犯罪ノ性質ヲ研究シ更ニ之ヲ分テ犯罪物質學 *Kriminal-Somatologie* 及ヒ犯罪心理學 *Kriminal-Psychologie* ト爲スコトヲ得ヘク(二)犯罪社會學ニ於テハ社會的組織及ヒ條件ニ基ヒテ犯罪ノ性質ヲ研究スルモノナリ

犯罪學ニ於ケル研究ノ結果ニ依レハ各犯罪ハ二個ノ條件即チ犯人各自ノ性質ト外圍ノ物理的及ヒ社會的殊ニ經濟的關係トノ共同作用ニ依テ發生

犯罪人ノ種類

偶發犯

必然犯

スルコトヲ知得スヘシ而シテ此ノ二ケノ條件關係カ異ナルニ從フテ犯罪ノ現象及ヒ性質ヲ異ニスト雖トモ此ノ關係ハ大凡ソ左ノ二個ノ種類ニ分ツコトヲ得ヘシ

- 一 外圍ノ動機カ犯人ノ特質ニ打勝チテ犯罪ヲ發生セシムル場合即チ一時ノ激烈ナル挑撥又ハ切迫シタル必要的狀況ニ驅ラレテ善良ナル犯人ノ特質ニ反シ罪ヲ犯スニ至リタルトキ例ヘハ他人ノ挑撥ニ基キ一時ノ憤怒ニ依リ他人ヲ毆打傷害スルカ如キ或ハ一時ノ饑餓ヲ防ク爲メニ他人ノ財物ヲ窃取スルカ如キ何レモ犯人ノ善良ナル特質ニ反シ其人ノ履歷ニ全ク孤立シタル一ノ汚點ヲ存スルニ止マリ犯人ハ犯罪後直チニ悔悟ノ狀況ニアルモノナリ此ノ種ノ犯罪ヲ稱シテ偶發犯又ハ一時犯 *das Gelegenheits-oder Augenblicks-Verbrechen; akute Kriminalität* ト稱ス
- 二 犯人ノ不良ナル特性カ僅少ナル外界ノ動機ニ誘導セラレテ犯罪ヲ發

生シタル場合即チ犯人ノ莽猛、冷酷、宗教迷信、輕卒、無分別、職業嫌忌、淫褻ナル特質カ種々階級ヲ經テ遂ニ犯罪的性僻(精神病的狀態) Psychopathischen Zustandトナリ僅少ナル外界ノ刺激ニ伴フテ直チニ犯罪ヲ決行スルニ至ル場合ニシテ此種ノ犯罪ヲ稱シテ必然犯 Zustandverbrechen; Chronische Kriminalitätト云フ而シテ此ノ一種ニシテ極メテ危險ナルモノハ職業犯 das gewerbenässige Verbrechenト稱シ罪ヲ犯スコトヲ以テ一種ノ營業ノ如クセルモノ是レナリ此ノ職業犯ガ侵害スル所ノ法益ハ獨リ財產上ノ利益ニ止マラス身體生命其他ノ法益ニモ及フコトアリ而シテ必然犯人ノ内ニハ受刑ノ結果改悛ノ目的ヲ達シ得ヘキモノト到底改悛ノ目的ヲ達シ得ヘカラサルモノトノ區別アルコトヲ注意スヘシ從テ國家カ此等ノ犯人ニ對シテ刑罰ヲ科スルニ當リテハ前者ニ對シテハ改悛ノ目的ヲ取り後者ニ對シテハ社會ヨリ分離スルノ目的ヲ取ラサルヘカラス

(職業犯)

社會政策

要之犯罪ノ發生ハ犯人ト外圍ノ狀況トノ共同作用ニ基クカ故ニ單ニ犯人ノ肉體上及精神上ノ特質ニ付テノ研究即チ生物學的研究ニ依ルノミニテハ犯罪ノ原因ヲ明ラカニスルコトヲ得ス

而シテ犯罪ヲ行フ當時ニ於ケル犯人ノ特質ハ其人ノ生來ノ特質ノ發達ト出產後ニ於ケル外圍ノ社會的關係トニ依テ確定スルモノナルカ故ニ犯罪ヲ鎮壓シ若クハ其發生ヲ可成抑壓スルカ爲メニ極メテ必要ニシテ且ツ刑罰ニ比シテ其效顯著大ナルモノハ教育ニ依テ人類一般ノ性質ヲ善良純潔ナラシムルコトヲ務メ又一面ニ於テハ社會ノ狀況ヲ安寧秩序のナラシムルニアリ此等ノ事業ハ何レモ社會政策 die Sozialpolitikノ範圍ニ屬ス

刑事政策ノ目的

第三節 刑事政策ノ目的

犯罪鎮壓ノ手段トシテ社會政策ハ犯罪ノ誘導トナルヘキ社會的條件ヲ排除若クハ制限スルコトヲ勉メ刑事政策ハ刑罰ハ目的ニアラスシテ手段ナリトノ見地ヨリシテ各犯人ニ就テ其特質ニ從ヒ刑罰ナル苦痛ヲ科スルコ

トニ依テ犯人カ再ヒ罪ヲ犯スコトヲ防止スルニアリ  
刑事政策ノ應用トシテ刑罰ニ關シ最モ注意スヘキ要點ノ概要ヲ示セハ大  
凡ソ左ノ如シ

一 短期ナル拘禁刑ハ犯人ヲ畏嚇改善シ又ハ社會ヨリ分離スルノ目的ニ  
適セス故ニ此ノ種ノ刑罰ニ代フルニ強制的勞働名譽刑外出止公衆集  
合ノ場所ニ立入ルコトノ禁止管刑等ヲ以テスルコトヲ至當トス

二 被害ノ僅少ナルモノニ付テハ之ヲ處罰セサルヲ可トス (minima non  
curat Praetor 裁判官ハ最少ノ事件ニ干涉セス)

法益侵害ノ僅少ナルモノニ付テハ之ヲ訴追セストノ訴訟法上ノ規定  
ヲ設クルカ(便宜訴追主義此ニ反對スル主義ヲ法定訴追主義 Legalis-  
tispripinip ト稱ス)若クハ法益侵害ノ輕微ナルモノニ付テハ之ヲ處罰セ  
ストノ實體法上ノ規定ヲ設クルヲ(輕微ナル侵害無罪主義)可トス而シ  
テ現行法上此ノ種ノ規定ヲ見スト雖モ檢事ハ自己ノ責任ニ於テ公益

ノ爲メニ便宜訴追主義ヲ採ルコトヲ得ヘシ現時法曹社會ニ所謂「微罪  
不檢舉主義」ナルモノハ刑事政策ニ適合スルモノト云フヘキナリ其他  
損害賠償請求ノ範圍ヲ擴張シ(民法第七百十條參照)及ヒ適當ナル方法  
ニ依ル私和ヲ認メ或ル程度ノ犯罪ニ關シテ之ヲ處罰スルコトヲ免除  
スルトキハ刑罰ノ目的ニ適セサル場合ニ於ケル刑事ノ訴追ヲ削略ス  
ルノ利益アリ(本章第四節刑罰ノ目的參照)

三 特定ノ場合ニ於テ偶發犯人ニ付テ宣告セラレタル刑ノ執行ヲ免除ス  
ルコトヲ得ルノ制度ヲ設クルヲ可トス之ヲ條件付判決 Bedingte Verur-  
theilung ト稱シ(保證人ヲ立ツルコトヲ要スルモノト然ラサルモノトア  
リ)此ノ制度ハ久シキ以前ヨリ現今猶ホ英美法ニ於テ行ハレ其他白耳  
義佛蘭西ルクセンブルグ葡萄牙那威及瑞西聯邦ノ諸州ニ行ハレ獨乙  
聯邦ノ各邦ニ於テハ千八百九十五年以來勅令ヲ以テ條件付ノ恩赦ト  
シテ此ノ制度ヲ認メ其他ノ諸國ニ於テモ早晚此ノ制度ヲ採用セント

スルノ傾キアリ

我現行法ニ於テモ亦此ノ制度ヲ認メタリ即チ左ノ如シ

刑ノ執行猶豫ニ關スル件 (明治三十八年三月法律第七十號)

第一條 左ニ記載シタル者一年以下ノ禁錮ニ處セラレタルトキハ情狀ニ因リ裁判確定ノ日ヨリ二年以上五年以下ノ期間内其執行ヲ猶豫スルコトヲ得

但シ監視ニ付セラレタル者ハ此ノ限ニ在ラス

一 前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキ者

二 前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトアルモ其執行ヲ終リ又ハ其執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ十年以内ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキ者

第二條 刑ノ執行ヲ猶豫シタル場合ニ於テハ附加刑亦其ノ執行ヲ猶豫ス但シ沒收ハ此ノ限リニ在ラス

第三條 刑ノ執行猶豫ハ裁判所ニ於テ檢事ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ刑ノ言渡ト同時ニ判決ヲ以テ之ヲ言渡スヘシ

刑ノ言渡アリタル後ニ於テハ其言渡ヲ爲シタル裁判所檢事ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ執行猶豫ノ決定ヲ爲スヘシ此ノ場合ニ於テハ其決定確定ニ至ル迄刑ノ執行ヲ停止ス

刑ノ執行ニ着手シタル者ニ付テハ其ノ執行ヲ猶豫セス

第四條 檢事ハ刑ノ執行猶豫ノ裁判ニ對シテハ刑事訴訟法ノ規定ニ從ヒ上訴ヲ爲スコトヲ得

第五條 刑ノ言渡ニ對シ上訴アリタル場合ニ於テハ刑ノ執行猶豫ノ裁判ハ當然其ノ效力ヲ失フ但シ上訴裁判所ニ於テ更ニ執行ヲ猶豫スルコトヲ妨ケス

第六條 刑ノ執行猶豫ノ期間内左ニ記載シタル事由アルトキハ執行猶豫ノ裁判ヲ取消スヘシ



一猶豫期間内ニ犯シタル罪ニ付禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルトキ  
二猶豫ノ裁判前ニ犯シタル他ノ罪ニ付禁錮以上ノ刑ニ處セラレタル  
トキ

三猶豫ノ裁判前十年以内ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコト發覺シ  
タルトキ

第七條 刑ノ執行猶豫ノ取消ハ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ノ所在地ヲ管轄  
スル地方裁判所ニ於テ檢事ノ請求ニ因リ之ヲ決定スベシ

前項ノ決定ニ對シテハ刑事訴訟法ノ規定ニ從ヒ抗告ヲ爲スコトヲ得  
第八條 刑ノ執行猶豫ノ裁判取消サレタルトキハ刑期ハ其決定確定ノ

日ヨリ之ヲ起算ス

第九條 刑ノ執行猶豫ノ裁判取消サルコトナクシテ其ノ猶豫期間ヲ經  
過シタルトキハ猶豫セラレタル刑ノ執行ヲ免除ス

附則

本法ハ發布ノ日ヨリ之ヲ執行ス

明治三十八年第一一六二號同年十月二十日宣告大審院判決要旨ニ曰ク上告裁判  
所ニ於テ被告人ニ對シ刑ノ執行ヲ猶豫スヘキ情狀ヲ認ムルトキハ上告棄却ノ旨ニ  
モ明治三十八年法律第七十號ノ規定ヲ適用スヘキモノト解釋セルハ正當ナリ(第五條  
但書參考)

同法註解

同法註解

檢事ハ刑ノ言渡ト同時ニ判決アリタル刑ノ執行猶豫ノ裁判ニ對シ刑ノ言  
渡ト分離シテ上訴スルコトヲ得ヘシ此ノ場合ニ於テハ裁判所ハ執行猶豫  
ノ點ニ付テノミ裁判スルコトヲ得ルナリ何トナレハ本按ノ裁判ハ刑ノ執  
行猶豫ノ裁判トハ之ヲ分離スルコトヲ得ヘケレハナリ  
上告裁判所ハ刑ノ言渡ヲ爲ストキノミナラス上告棄却ノトキニモ前審ニ  
於テ言渡シタル刑ノ執行猶豫ノ裁判ヲ爲スコトヲ得(第五條但書參照大審  
院判決亦然リ)

四幼年者ノ犯罪ニ付テハ可成自由刑ニ代ユルニ國家ノ強制的教育ヲ

懲治場  
留置處分

以テ犯人ヲ改善スルコト(幼年者ニ對スル懲治場留置處分ハ此ノ主旨ニ外ナラス刑法第七十九條第八十條參照)

五 立法上及ヒ法律ノ適用ニ付テモ犯人ノ特質ニ應シテ其刑罰ヲ科スルコトヲ要ス故ニ偶發犯人ニ付テハ刑罰ノ畏嚇ノ目的ヲ達スルヲ以テ足レリトス從テ例ヘハ謀殺ニ付テ常ニ死刑ヲ科スルコトハ不當ノ規定ナリト云ハサルヘカラス又罰金刑ハ可成換刑ヲ禁シ犯人ノ財産ノ程度ニ應シテ之ヲ科スルコトニ依テ其目的ヲ遂クルコトヲ得ヘシ

六 必然犯人ニ對シテ法律的秩序ヲ維持スル爲メ之ヲ社會ヨリ分離スルコトヲ要スルハ猶ホ精神病者ヲ一定ノ場所ニ監置スルコトヲ要スルカ如シ而シテ犯人カ必然犯人ナルヤ否ヤハ必スシモ累犯ヲ待テ後ニ知ルヘキニアラス初犯ニ於テモ亦之ヲ識別スルコトヲ得ヘキナリ

換刑

不確定ノ  
刑事裁判

七 未タ必然犯人ト云フ程度ニハ達セスト雖トモ稍々此ノ狀況ニ近キ犯人 *angehender Zustandsverbrecher* ニ對シテハ特ニ長キ且ツ激烈ナル刑罰ニ依テ其ノ犯罪的傾向ヲ矯制スルコトヲ勤メサルヘカラス而シテ此ノ方法ハ幼年ナル職業犯人ニ付テモ又其效ヲ奏スルコトアリ得ヘキナリ

八 刑罰ノ目的ヲ達スル爲メニハ刑罰ヲ宣告スル機關ト刑罰ヲ執行スル機關ト互ニ相關連スルコトヲ要ス而シテ刑罰ヲ宣告スルニ當リ其刑期ヲ確定セス刑ノ宣告後其犯人ノ性情ヲ探究シテ法律上定メラレタル刑期ノ範圍内ニ於テ其犯人ニ適合スル刑期ヲ確定スル制度即チ不確定ノ刑事裁判 *Unbestimmte Strafteile* ト稱スル制度ノ可否及ヒ此ノ制度ヲ採用スヘキ場合ニ付テハ今猶ホ學者間ニ争ヒアル所ナリト雖トモ既ニ北米合衆國ノ諸州ニ於テハ此ノ制度ヲ實行シ着々實效ヲ奏シツツアリ而シテ此ノ制度ヲ贊スル者ノ内ニモ最後

ニ於ケル刑期ノ確定ヲ(一)以前刑ヲ宣告シタル裁判所ニ留保スルモノト(二)裁判所以外ノ特別ナル官廳刑ノ執行官府ニ委任スヘシトノ二説アリ

九 犯罪鎮壓ノ目的ヲ達スル爲メニハ刑事裁判官ヲシテ其職務上ノ義務トシテ犯罪人社會ニ於ケル各般ノ事情ニ精通スルノ智識ヲ具備セシムルコトヲ要ス

刑罰ノ目的ヲ遂行スルニ付テ當然左ノ如キ制限アルコトヲ注意セサルヘカラス

一 假令社會一般ノ利益ヲ保護スル爲メナリト雖トモ之カ爲メニ個人ノ自由ハ無制限ニ之ヲ剝奪スルコトヲ許サス而シテ此カ制限ハ各時代ニ於ケル國家の觀念ノ異ナルニ從フテ自カラ差異アルヘシト雖トモ法治國 *Rechtsstaat* ニ於テハ刑罰ト云フ苦痛ヲ犯人ニ科スルニハ必ス豫メ法律ニ於テ規定セラレタル行爲ヲ行フコトニ依テ行爲者カ國家

ニ對抗スル場合ニ限ルヘキモノナリ

二 立法ハ當時國民ノ法律の觀念ニ基クコトヲ要スルト同時ニ又一面ニ於テ漸次ニ之ヲ啓發スルノ目的ヲ有セサルヘカラス

三 刑罰ノ效果ハ單ニ犯人ニ對スルノミナラス社會一般ニ對スル效果ニ付テモ常ニ着眼セサルヘカラス從テ其一方ニ偏スルコトナク全般ノ效果ヲ收ムルコトヲ務メサルヘカラス(例ヘハ偶發犯人ニ對シテ無限ニ苛酷ノ苦痛ヲ與ヘ又ハ必然犯人ニ對シテ殘酷ナル苦痛ヲ與フルカ如キハ共ニ其宜シキヲ得タルモノト云フヘカラス)

四 犯罪ノ發生カ社會的關係ニ重大ノ關係ヲ有スルコトヲ知ラハ犯人自身ニ關スル刑罰ノ目的ノ實行ハ大ヒニ制限セラルヘキモノニシテ犯罪ノ發生以前ニ於テ社會全般ニ對シテ其發生ヲ警戒スルコトハ刑罰ノ實行ヨリモ却テ其效果ノ大ナルヘキコト明ラカナリトス

刑罰ノ法律的基本及ヒ目的ニ付テハ從來學者間ニ於テ研究セラルル所ノ項目ニシテ殊ニ十九世紀ニ於テハ諸說紛々其軌ヲ一ニセスト雖トモ吾輩ノ信スル所ニ依レハ既ニ前節ニ於テ説明シタル如ク刑罰ハ人類ノ社會的生活ニ於ケル秩序ヲ維持スル所ノ法規ノ強制方法ニシテ換言スレハ法律的秩序 *die Rechtsordnung* ヲ維持スル必要ニ出テタルモノニシテ(絶對的主義

#### 第四節 刑罰ノ法律的基本及ヒ目的ニ

關スル諸學說 *Der Streit der Strafrechtstheorien.*

又ハ必要主義 *Absolute oder Notwendigkeitslehre*) 刑罰ノ目的ハ社會全般、被害者及ヒ犯罪人ノ三個ノ方面ヨリ觀察シ得ヘキコトハ前節ニ於テ説明シタルカ如シ從テ爰ニハ單ニ本問ニ關スル普通ノ學說ヲ照介スルニ止ムヘシ希臘時代ヨリ十九世紀ニ至ル迄一般ノ學者ハ刑罰ノ目的ハ社會全般ニ對スル畏嚇及ヒ犯罪人ノ改善、分離ニ存スルモノトシタルモノ十九世紀ノ初メニ於テ刑罰ノ基本ニ付テ二個ノ說ヲ生シ一ハ刑罰ハ單一ナル目的ノ爲メ

必要主義

雙對主義  
絶對主義

ニ存スルモノトシ(雙對主義 *die relative Theorie*) フォイエルバッハ氏ニ依テ始メテ主張セラレ他ハ刑罰權ノ基本ヲ哲學的ニ論究スルモノニシテ(絶對主義 *die absolute Theorie*) カント氏ヘーゲル氏ニ依テ唱導セラレタルモノナリ而シテ雙對主義ノ内ニハ一、社會全般ニ對スル犯罪防止主義(此ノ内ニモ更ニ(イ)刑罰ノ豫告ニ依テ畏嚇スト云フ主義ト(ロ)刑罰ノ執行ニ依テ畏嚇スト云フ主義ノ別アリ) 二、各犯罪人ニ對スル犯罪防止主義(此ノ内ニモ(イ)刑罰ノ執行ニ依リ犯罪人ヲ畏嚇スト云フ説ト(ロ)犯罪人ヲ改善スト云フ説ト(ハ)犯罪人ヲ分離スト云フ説ト(ニ)犯罪人ヲ監督スト云フ説ト)ノ別アリ) 要之以上ノ雙對主義ハ何レモ刑罰ノ目的カ狹マキニ失シ犯人ノ特質カ異ナルニ從ツテ各其主義ヲ貫徹スルコト能ハサルノ誹ヲ免カレス吾輩ハ刑罰ハ三ヶノ目的ヲ有ストノ説ニ賛ス此ノ説ヲ稱シテ共同的雙對主義 *Zusammengehörende relative Theorie* ト謂フ而シテ此ノ主義ニ於ケル刑罰ヲ稱シテ目的刑 *Zweckstrafe* ト謂フヘク反之刑罰ハ犯罪ニ對スル報酬ナリトノ主義ニ於ケル刑罰

共同的雙對主義  
目的刑  
報酬刑

ヲ報酬刑 Vergeltungsschraf ト稱ス報酬主義中ベルチル氏等ノ主張スル所ニ依レハ刑罰ハ犯罪行為ニ關スル責任ノ程度ニ應シテ輕重スヘキモノニシテ罪ノ重キモノハ刑罰モ重ク喚言スレハ犯罪ニ依ル法益侵害ノ程度ニ應シテ刑罰ヲ輕重シ隨テ例ヘハ殺人罪ノ刑罰ハ身體毀損罪ヨリモ常ニ重ク強盜ノ刑罰ハ竊盜ノ刑罰ヨリモ常ニ重シト云フカ如シ此ノ如ク法益侵害ノ程度ニ依テ罪ノ輕重ヲ定ムルモノナリ反之目的主義ハリスト氏等ノ主張スル所ニシテ此ノ主義ニ依レハ刑罰ノ輕重ハ犯罪行為ニ依テ立證セラハル所ノ各犯人ノ犯罪的性情ノ程度ニ應シテ定ムヘキモノニシテ單ニ客觀的行為ノ程度ニ依テノミ定ムヘキモノニアラスト云フニアリ而シテ報酬主義ニ依レハ刑法中再犯加重宥減減輕等ノ規定ハ之ヲ説明スルコトヲ得サルノミナラス犯罪ニ關スル犯人ノ責任ハ單ニ客觀的犯罪ノ結果ニ依テノミ之ヲ定ムルコトヲ得ス主觀的犯人ノ性質ニ基カサルヘカラサルコトヲ知ラハ目的主義ト報酬主義トハ全然相反對スルノ主義ナリト云フコ

トヲ得サルヘシ而シテ現行刑法ハ刑ノ輕重ヲ定ムルニ付テハ豫メ加害ノ種類程度ニ應シテ其刑期ノ範圍ヲ限定シ之カ輕重ヲ定メ其刑期範圍内ニ於テハ主觀的犯人ノ性質ニ依テ其刑ヲ輕重シ得ルコトトセリ即チ以上二個ノ主義ニ對シテ折衷主義ヲ採用シタルモノト謂フヘキナリ

#### 第四章 刑法ノ淵源

昔時未開時代ニ於テハ犯罪ノ項目ニ關シテモ刑罰ノ種類程度ニ關シテモ總テ之ヲ其當時ノ主權者若クハ之ヲ代表シタル裁判官ノ斷定ニ一任シ法ノ豫メ規定シタルモノナカリキ隨テ此時代ニ於テハ如何ナル行為ヲ以テ罪トシ又如何ナル刑罰ヲ科スヘキモノナルヤハ偏ニ此等裁判官ノ斷定ニ一任シタリ(擅斷主義)然ルニ社會漸ク進歩シテ茲ニ法律ノ必要ヲ認ムルニ至リテ重大ナル事項ハ裁判官ノ斷定ニノミ一任セザルコトトセリ然レトモ尙ホ犯罪項目及刑罰ノ程度ニ付テハ共ニ一定ノ標準ヲ示スノミニシテ裁判官ニ於テ臨機ニ比附援引スルコトヲ許シタリ例ヘハ羅馬帝政時代ニ

折衷主義

於ケルカ如キ或ハ中古ノ裁判官ノ如キ或ハ獨乙ノ普通法時代ノ如キ(テ  
 シア)ノ刑法典ノ如キ又然リ)即チ此時代ニ於テハ裁判官ハ法律適用ノ機關  
 タルト同時ニ一面ニ於テハ立法者タリシナリ然ルニ其後ニ至リ斯ノ如ク  
 裁判官ニ立法權ヲ許スコトノ危險ナルコトヲ慮リ一時ハ犯罪項目ハ勿論  
 刑罰ノ程度ニ至リテモ總テ成文法ヲ以テ之ヲ規定シ文字ニ依テ裁判官ヲ  
 拘束シ法文ノ解釋ヲモ禁セント欲スルニ至リタリ即チ紀元千七百九十  
 一年九月三日彼ノ佛國憲法公布ノ時以來行ハレタル主義(法定主義)之レナリ  
 然レトモ此ノ如ク刑罰ノ程度ニ付テモ尙ホ裁判官ノ自由採量ヲ許ササル  
 コトトスルトキハ同一犯罪中ニテ其所犯情狀ニ關シテ種々ノ階級アルカ  
 故ニ其間少シモ裁判官ニ刑罰ノ程度伸縮ノ自由ヲ與ヘサルハ刑罰ノ目的  
 ヲ達スルノ所以ニアラサルコトヲ慮ルニ至リ茲ニ於テ犯罪ノ項目ハ之ヲ  
 動カス可カラサルモノトスルモ刑罰ニ至リテハ或ル程度ヲ限リテ裁判官  
 ニ伸縮ノ自由ヲ許シ且ツ法律ヲ科學的ニ解釋スルコトヲ許スニ至リタリ

法定主義

之レ佛蘭西刑法及ヒ之ニ模倣シタル歐洲諸國及ヒ我カ現行刑法ノ採用ス  
 ル所ナリ

刑法第二條

要之近世發達シタル法律の觀念ニ於テ刑罰法規ノ淵源ハ唯一ノ成文法ニ  
 アルノミ從テ *nulum crimen sine lege, nulum poena sine lege* (法律ナケレハ犯罪ナク、  
 法律ナケレハ刑罰ナシ)ノ格言アルカ如ク法律ニ於テ明ラカニ處罰スヘキ  
 コトノ規定アルニアラサレハ如何ナル所爲モ之ヲ罰セス又法律ニ於テ明  
 ラカニ規定セラレタル刑罰ニアラサレハ之ヲ科スルコトヲ得ス(我カ現行  
 刑法第二條ニ於テ法律ニ正條ナキモノハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコ  
 トヲ得ストアルハ本文ト同一ノ意義ヲ明示シタルナリ)故ニ少クトモ刑法  
 ノ範圍内ニ於テハ昔時羅馬法時代ニ於テ *Consuetudo* 及ヒ *Desuetudo* ト稱シ裁  
 判上ノ慣例カ新クニ法律ヲ發生シ又ハ現行ノ法律ヲ廢止セタルカ如キ法  
 律上ノ效力ヲ生スルコトハ全ク其跡ヲ絶ツニ至リタリ即チ裁判官ノ權限  
 ハ只タ解釋術ニ依テ刑罰法規ノ内容ヲ釋明スルニアリ換言スレハ法律的

效力上ノ  
慣例ノ効

觀念ヲ發展スルコトニ依テ現存ノ刑罰法規中不明ノ意義ヲ開發スルコトヲ得ルニ止マリ自カラ法ヲ制定シ又ハ法ノ適用ヲ拒ムコトヲ得サナリ是レ法律歴史上裁判官ノ權限ニ關スル一大變遷ノ時期ト云ハラルヘカラス尙ホ此ト同時ニ學說カ法律ヲ發生スル效力モ亦其跡ヲ絶ツニ至リタリ(フランク氏曰ク檢察及裁判官カ法律上無効ナリトノ理由ヲ以テ久シキ間繼續シテ或ル刑罰法規ヲ事實ニ對シテ適用セサリントキハ慣習法ニ依テ法ヲ廢止スルコトナリ反之刑罰法規カ單ニ其存在ヲ忘却セラレタルノミニテハ之ヲ廢止スヘキ慣習法ヲ發生セスト論シ大體ニ於テピンデング氏ヘルシユチル氏フリーゴ、マイエル氏オールスハウゼン氏ノ說ト一致セリ然レトモ余輩ハリスト氏ト共ニ此ノ說ヲ採ラズ何トナレハ余輩ハ此ノ場合ニ於テ慣習法ヲ生スルヤ否ヤヲ疑フ)

此ノ如ク刑罰法規ノ淵源ハ成文法ニ限ルカ故ニ從テ刑法ハ民法ト異ナリ類似解釋 *Analogie* ヲ許サス故ニ例ハ刑法第三百五十三條ノ規定ハ夫カ

妻以外ノ婦人ト通シタル場合ニ準用スルコトヲ得ス(但シ全ク例外トシテ法規ニ於テ此ノ類似解釋ヲ許ス場合アリ例ハ刑法第二百五條ニ於テ賄賂其他ノ方法ヲ以テ云々ト規定スルカ如キ又ハ刑法第三百六十七條ニ於テ水火震災其他ノ變ニ乘シテ云々ト規定スルカ如シ)然レトモ類似解釋ヲ許ササル範圍ハ法規ニ於テ明ラカニ之ヲ禁止シタル程度ニ限ラルヘキモノナルカ故ニ此ノ種類ノ解釋ハ犯罪タルヘキ事實並ニ刑罰ヲ創定スルコトニ關スル範圍内ニ限リ(即チ國家ノ刑罰權ヲ發生スル範圍ニ限リ)刑法第二條ニ依リ禁止セラルト雖モ刑罰權ヲ排除シ又ハ廢止シ又ハ輕ク變更スル範圍ニ於テハ之ヲ禁止スルコトナシ從テ例ハ刑法第一百十二條ニ於テ實行者ノ任意ナル中止ヲ處罰セサル趣旨ノ規定ハ教唆從犯者カ正犯ニ依テ與ヘラルル結果ノ發生ヲ自カラ任意ニ防止シタル場合ニモ適用アルヘク從テ之ヲ處罰セスト解スルコトヲ得ヘシ其他刑法第八十五條第二百二十六條ノ如キ實行者ニ對スル減輕及ヒ全免ノ規定ハ教唆從犯者ニモ

慣習及  
學說ノ  
及ニホ  
法學及  
ス間接  
効力

日本利  
源ノ種  
類

準用セラルヘキナリ(獨乙刑法學者ノ通説ニシテ殊ニフランク氏ピンチン  
グ氏ハ此説ヲ採レリ)

次ニ慣習ハ刑法ノ淵源タルコトヲ得スト雖モ刑法以外ノ法規ノ淵源トナ  
リ得ルノ結果トシテ間接ニ刑法適用ノ上ニ影響ヲ及ホスコトアリ例ヘハ  
民法ニ關スル慣習法ニ依リ所有權移轉ノ原因ヲ生シタルトキハ前ノ所有  
者カ後ノ所有者ヨリ其所有物ヲ竊取スルトキハ竊盜罪ヲ以テ罰スヘキカ  
如シ又學說ハ刑法ノ淵源タルコトヲ得スト雖モ立法者ハ時トシテハ刑法  
ノ規定中重大ナル問題ノ決定ヲ學說ニ委任スルコトアリ從テ學說ハ間接  
ニ刑法適用ノ上ニ影響ヲ及ホスコトアリ(例ヘハ犯罪ノ未遂中不能犯ヲ處  
罰セサルコトヲ學說ニ一任スルカ如シ第二編第一章第二節不能犯參照)  
日本刑法淵源ノ種類 明治十三年七月第三十六號布告現行刑法第二條ニ  
「法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖トモ之ヲ罰スルコトヲ得ス」ト規定シ  
刑法ノ淵源ハ成文法ニ限ルコトヲ明ラカニシ且ツ憲法第二十三條ニ於テ

廣義ノ刑  
法  
狹義ノ刑  
法

「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ處罰ヲ受クルコトナキコト」ヲ規定シタ  
リ從テ日本刑法ノ淵源ハ左ノ三個ノ成文法ニ限ラルルナリ第一、憲法ノ條  
規ニ從ヒ帝國議會ノ協贊ヲ經テ制定セラルル所ノ狹義ノ法律 Gesetz in en-  
geren Sinne (憲法第三十七條參照)第二、法律ニ代ルヘキ緊急勅令(憲法第八條)  
及ヒ法律ノ委任ニ依リ其委任ノ範圍内ニ於テ各行政機關ヨリ發セラルル  
命令 Verordnung(例ヘハ明治二十九年法律第六十三號臺灣ニ施行スヘキ法  
令ニ關スル件明治二十三年法律第八十四號命令ノ條項違犯ニ關スル罰則  
同年勅令第二百八號省令廳令府縣令及ヒ警察ニ關スル罰則ノ件及ヒ刑法  
第四百三十條參照)第三、憲法施行以前ニ於テ法律規則命令其他種々ノ名稱  
ヲ附シテ既ニ發セラレタル諸般ノ法規(憲法第七十六條第一項)  
刑法ナル文字ハ廣狹二様ニ解スルコトヲ得ヘシ(一)廣義ニ於テハ刑法ハ犯  
罪ト刑罰トヲ定ムル法令ノ全體ヲ總稱シ(上來説明シタル所ハ總テ此ノ意  
義ニ於テ説明シタルナリ)(二)狹義ニ於テハ明治十三年第三十六號布告即チ



特別刑法

刑法ナル名稱ヲ附シテ制定セラレタル法典 Gesetzbuch ヲ稱ス此ノ狹義ノ刑法以外ニ於テ廣義ノ刑法ニ屬スヘキ法律命令ヲ狹義ノ刑法(一般刑法)ニ對シテ特別刑法ト稱ス例ヘハ陸軍刑法、海軍刑法、爆發物取締罰則、稅則、葉煙草專賣法違犯ニ關スル罰則、森林法違犯ニ關スル罰則ノ類是レナリ、同一事項ニ關シテ普通法ト特別法ト存スルトキハ特別法ニ從ヒ特別法ニ規定ナキモノハ普通法ニ從フ(現行刑法第四條第五條參照)刑法改正案第八條同主旨(狹義ノ法律ハ憲法ノ規定ニ從ヒ帝國議會ニ於テ合議ニ依リ表示セラレタル確定法律案ヲ天皇カ裁可シテ公布スル所ノモノナリ)即チ法律ハ合議體ノ意思ノ表示ナルカ故ニ合議體ノ意思ト現ニ公布セラレタルモノト附合セサルトキ(Druckfehler 印刷ノ誤植)ハ法律ト云フコトヲ得ス何トナレハ此場合ニ於テハ合議體ノ意思ハ公布セラレス又公布セラレタルモノハ合議體ノ意思ニアラサレハナリ故ニ此場合ニハ新ニ更正の公布ヲ爲スニ依テ此ノ失策ヲ匡正スルコトヲ得ヘシ然レトモ爰ニ注意スヘキハ法律トシ

公布ノ誤植

編纂ノ錯誤

法律ノ資料

刑法ノ效力

時ニ關スル刑法ノ效力ノ範圍

拘束力發生ノ時期

テ公布セラレタル合議體ノ意思ニ關シ其遠因ニ錯誤アリタル場合 (Druckfehler) 編纂ノ錯誤ニ於テ苟クモ其意思表示ニシテ合議體ノ意思ニ出テ且ツ其意思ニシテ表示セラレタル以上ハ其遠因ニ錯誤アルト否トヲ問ハス人民ニ對スル拘束力ニ毫末モ間然スル所ナク從テ更ニ法律ニ依テ廢止セラレサル限リハ法律トシテノ效力ヲ失ハサルモノトス

所謂法律ノ資料殊ニ理由書及議事録ハ法律解釋ノ材料トシテ多大ノ參考トナルヘキ價值アルヤ勿論ナリト雖モ此等ハ合議體ノ意思ニアラスシテ立法機關タル各院ニ於ケル議員カ其意思表示ヲ爲スニ至リタル動機ヲ示スニ過ギサルコトヲ注意スヘキナリ

第五章 刑法ノ效力

第一節 時ニ關スル刑罰法規效力ノ範圍

第一、刑罰法規ノ拘束力發生ノ時期及廢止

(イ) 刑罰規定モ一般ノ法令ト同シク制定ニ依テ發生シ施行時期ノ到着ニ依

テ人民ニ遵守ノ義務(刑罰法規ノ拘束力ヲ生ス)法例第一條及ヒ公文式地方官廳ノ發スル命令ノ公布式參照)

明治三十二年第七一五號同年十二月二十五日宣旨大審院判決ニ依レハ效力ヲ停止セラレタル法律ノ效力ノ回復ハ新法ノ頒布ト云フコトヲ得ス然レトモ其適用ニ至テハ新々ニ頒布セラレタル法律ト異ナルコトナシト解セルハ正當ナリ

刑法ノ拘束力ノ時期

明示ノ廢止  
暗黙ノ廢止

(一)刑罰法規モ一般法令ト同シタ同法令ニ於テ其有効期間カ豫メ定メラレタルカ又ハ特定條件ノ到來ニ依テ其效力カ消滅スヘキコトノ定メラレタル場合ニ於テハ其期限又ハ條件ノ到來ニ依テ當然廢止セララルルハ勿論尙ホ其他ニ立法權ニ依ル二種ノ廢止方法アリ即チ明示ノ廢止及ヒ暗黙ノ廢止是ナリ(二)明示ノ廢止トハ一ノ法令ヲ以テ明カニ他ノ法令ヲ廢止スル場合ヲ謂ヒ(三)暗黙ノ廢止トハ新舊兩法ノ規定カ同一事項ニ關シ又ハ相一致シタルキニ於テ新法ハ舊法ヲ廢止ストノ原則ニ因リ舊法ハ新法ノ爲ニ廢止セラレタル者トスル場合ヲ謂フ而シテ暗黙ノ廢止ニ付テハ新舊兩法中一方カ一般法ニシテ他方カ特別法タルヤ否ヤ又ハ其一方ハ刑法ニシテ他

時ニ關スル  
刑法ノ效力  
原則

追及力  
及力

ハ刑法以外ノ法規タルト否トハ問フニアラス但シ憲法上ノ法律ハ更ニ法律ト云フ形式ニ依ルニアラサレハ廢止スルコトヲ得ス

要之刑罰法規ノ發生及ヒ廢止ハ一ニ立法權ノ作用ニ依ル

第二法令カ施行セララルトカ又ハ有效ナリト云フコトハ法令ニ規定セラレタル事實カ發生スルト同時ニ之ニ關スル法律上ノ效果カ發生スヘキコトヲ意味スルモノナリ從テ總テノ法規ハ其有効期間内ニ於テ發生シタル事實ニ關シテノミ適用セララル者ニシテ法ニ特別ノ規定ナキ以上ハ其有效期間ノ前後ニ於テ發生シタル事實ニ對シテハ適用スルコトヲ得サルナリ此原則ハ刑罰法規ニモ適用セララルモノナリ即チ刑罰法規モ立法者ニ於テ特ニ明示セサル以上ハ追及力 rückwirkende Kraft 及ヒ追及力 nachwirkende Kraft ヲ有セサルナリ換言スレハ刑罰法規ハ其效力ノ期間内ニ發生シタル行為ニ對シテノミ適用セラレ其有効期間前又ハ後ニ於テ發生シタル行為ニ對シテハ適用セララルヘキニアラス是レ刑法ノ時ニ關スル效力範圍ニ

法ノ不遡及ニ關スル沿革

付テノ一大原則ナリトス吾現行刑法第三條第一項ハ此ノ原則ノ一半即チ刑法カ遡及力ヲ有セサル點ノミヲ規定シタリト雖モ法令ニ反對ノ明示ナキ以上ハ法カ遡及力及ヒ追及力ヲ有セサルコトハ本條ノ規定ヲ待タス當然然ラサルヲ得サルナリ(フリーゴト、マイエル氏カ獨乙刑法學者ノ通説ニ反シ輕キ新法ハ原則トシテ遡及力ヲ有スト論セルハ誤見ナリ)

而シテ法ノ不遡及ニ關スル原則ハ之ヲ歴史ニ徵スルニ昔時ニ於テ憲法上ノ規定トナリ居レリ即チ立法者ハ既往ニ遡ルヘキ效力ヲ有スル法律ヲ制定セスト云フニアリ故ニ當時ニ於テハ遡及力ヲ有スル法律ハ憲法違反ナリトシタリ然レトモ今日何レノ國ニ於テモ法ノ不遡及ハ憲法上ノ規定トセシテ單ニ法律上ノ規定トセリ即チ我現行刑法第三條第一項ノ精神ハ立法者ハ既往ニ遡ルヘキ效力ヲ有スル法律ヲ制定スルコトヲ得スト云フニアラスシテ時ニ關スル法律效力ノ範圍ヲ規定シタルニ過キス故ニ若シ立法者ニシテ明ラカニ法ノ遡及力ヲ認メタルトキハ其法律ハ有效ニシテ

憲法違反ニアラサルヤ勿論ナリトス

刑罰法規ハ原則トシテ遡及力ヲ有セサルカ故ニ若シ身體ノ動作ヲ終リタル後未タ結果ヲ發生セサル間ニ於テ其行為ヲ處罰スルノ法規カ施行セラレタリトスルモ行為ハ法規施行前ニ發生シタルカ故ニ此ノ法規ヲ遡及セシメテ之ヲ處罰スルコトヲ得サルナリ(行為ノ時及ヒ場所ニ關スル節説明參照)聚合犯及連續犯ニ付テハ處罰法規施行前ニ行ハレタル行為ノ部分ハ之ヲ罰スルコトヲ得ス(但シ既往ノ行為ハ此ノ種ノ犯罪成立ノ條件タル慣習性ノ有無ヲ證明スルノ材料トナスコトヲ妨ケス)新法カ或ル狀態ヲ持續スルコトヲ罰スル場合ニ於テ假令既往ニ發生シタル狀態ナリト雖モ新法施行後猶之ヲ持續シテ放任スルトキハ新法ニ依テ處斷スヘキヤ勿論ナリトス例ヘハ刑法第三百四十條ノ罪ノ如シ(聚合犯、連續犯、繼續犯ノ意義ニ付テハ本著第一卷第二編第二章第二節參照)

刑罰法規ハ不遡及ヲ以テ原則トス故ニ或ル行為ノ發生當時ニ於テハ之ヲ

處罰スル規定ナク判決ノ當時ニ於テ之ヲ處罰スル規定アルカ又ハ行為當時ノ法規ニ比照シテ重ク處罰スルノ規定アリト雖モ其行為ニ對シテハ判決當時ノ法律ヲ適用スルコトヲ得ス從テ前例ニ於テハ無罪タルヘク後例ニ於テハ輕キ舊法ヲ適用スヘキヤ勿論ナリトス反之新法ニ於テハ其罪ヲ論セサルカ又ハ舊法ニ比シテ輕キ刑罰ヲ科スル場合ニ於テモ尙ホ此ノ原則ニ從ヒ該行為當時ノ法律ヲ適用シテ之ヲ有罪トシ又ハ重ク處罰スヘシトノ結論ヲ生スヘシ然レトモ凡ソ刑罰法規ヲ設ケ判決ニ依テ刑ヲ科スル所以ハ社會ノ秩序ヲ保護スル爲メニシテ新法ニ於テ其罪ヲ論セス又ハ舊法ニ比シテ輕キ刑罰ヲ科スル規定ヲ設ケタル所以ハ立法者ニ於テ今日社會ノ狀態ヲ鑑ミ舊法ノ如ク其罪ヲ論スルノ必要ナキコト若クハ不適當ナルコトヲ認メ又ハ重キ刑罰ヲ科スルノ嚴ニ失スルコトヲ認メタルニ外ナラス從テ此場合ニ於テハ法ノ不遑及ノ例外トシテ舊法時代ノ所爲ニ對シテモ輕キ新法ヲ適用スルヲ至當ナリトス(フランク氏曰ク刑ヲ科スル判決

例外

刑法第三條第二項

ハ現時社會ノ法律觀念ヲ表ハスモノニシテ過去ノ社會ニ於ケル法律觀念 Rechtsanschauung ヲ表ハスモノニアラス(即チ新法ニ遑及力ヲ與フルノ必要ヲ見ルナリ)リスト氏オールスハウゼン氏曰ク刑罰規定ニ遑及力ヲ認ムルハ刑罰法規ノ效力ニ關スル當然ノ結果ニアラスシテ立法者ノ慈仁ニ出テタルモノナリ是レ刑法第三條第二項ノ規定アル所以ニシテ該條ハ例外トシテ法律ノ遑及力ヲ認メタルモノナリ而シテ同項規定ノ主旨ハ單ニ犯罪發生當時ノ法律ト判決當時ノ法律ノミナラス其中間ニ介入スル刑罰法規 Zwischenstrafgesetz ニ付テモ互ニ對照シテ其内最モ輕キモノニ從テ處罰スヘキコトヲ規定シタルモノナリ故ニ若シ中間ニ頒布セラレタル法律ニシテ最モ輕キトキハ同法ニ從テ處罰スヘキナリ(刑法改正案第二條同主旨)此ノ如ク輕キ新法ハ(刑カ輕キノミナラス全ク刑ヲ科セサル場合ヲ包ム)遑及力ヲ有スルト同時ニ重キ舊法ハ其廢止以前ニ於テ行ハレタル行為ニ對シテモ適用スルコトヲ得サルコト、ナルヘシ然レ共爰ニ注意スヘキハ刑罰

刑法第三條第二項  
ナ適用ス  
ルヘカラサ  
ルハカラス  
ルハカラス

法規カ同法令ニ於テ豫メ特定ノ有効期間ヲ定メタルカ若クハ他ノ法規ノ有効期間ヲ條件トシテ有效タルヘキコトヲ定メタル場合ニ於テハ(例ヘハ動物輸入禁止法令ノ存在スル期間内ニ行ハレタル法規違反ノ行為ニ限リ刑ヲ科スヘキコトヲ規定スルカ如シ)此等法規ハ該法規自體ニ依テ廢止セラル、モノニシテ新法ニ依テ明示又ハ暗黙ニ廢止セラレタリト云フヲ得ス換言スレハ遡及力ヲ有スヘキ新法ナキカ故ニ刑法第三條第二項ノ適用ナキヤ勿論ナリトス從テ其廢止ノ時期以前ニ於テ行ハレタル違反行為ニ對シテハ其廢止後ニ於テモ適用アル者トス(オールスハウゼン氏ト同説獨乙帝國裁判所判例又然リ反之リスト氏ハ本文ノ場合ニ於テモ他ノ場合ト等シク獨乙刑法第二條第二項ニ依リ舊法ハ適用ヲ失フト論セルモ若シリスト氏ノ説ノ如クスレハ此等刑罰法規ノ有効期間ノ末日ニ行ハレタル違反行為ハ常ニ其處罰ヲ免ルルト云フ不條理ナル結論ヲ生スヘシ故ニ立法者ノ主旨ハ此ノ場合ニハ常ニ廢止後ニ於テ此等法規ヲ適用シ處罰スル

ニアリト云フコト明了ナルヘシ(ビンゲング氏ヘルシユチル氏フーゴー、マイエル又大體ニ於テリスト氏ト同説ナリ)フランク氏ハ本文ノ場合ニ付キ刑罰法規カ他ノ法規ノ有効期間ヲ條件トスル場合ト法規ニ廢止ノ期間ヲ明記シタル場合トヲ區別シ前ノ場合ニ於テハ條件タル他ノ法規ノ廢止ハ行為ノ處罰條件ヲ缺キタルニ止マリ法律觀念ニ刑罰法規ノ廢止アリタリト云フコトヲ得ス從テ苟クモ其以前ニ行ハレタル違反行為ニ對シテハ條件タル法規ノ廢止後ニ於テモ舊法ノ適用アリ反之後ノ場合ニ於テハ刑罰法規ノ廢止ニシテ新法カ制定セラレタリト云ヒ得ヘキカ故ニ其以後ニ於テハ廢止前ノ行為ニ對シテ舊法ヲ適用スルコトヲ得スト論セルモ論理ノ貫徹セサルヤ明了ナリ(コールラウシユ氏ハ法規ノ保護自體カ變更シタルトキハ重キ舊法ハ適用ヲ失フモ保護ノ目的物ニ變更ヲ生スル時ハ然ラスト論シフインゲル氏ハ法律觀念ノ變更ヲ標準トシテ此ノ問題ヲ決セリ)反之刑罰法規ノ施行中一時之ヲ停止スル法令ヲ公布シタルトキハ之ヲ停止

刑罰法規  
ト混同ス  
ヘカラス  
ル場合

新舊刑法  
ノ輕重比  
照ノ標準

スル所ノ法規ハ新法トシテ存在スルカ故ニ刑法第三條第二項ノ適用アリ  
刑罰法規ノ廢止ト混同スヘカラスル場合アルコトヲ注意スヘシ即チ刑罰  
法規カ其處罰ノ條件トシテ特定ノ規則ニ違反シテ若クハ特定ノ期間内ニ  
行ハレタルコトヲ必要トスル場合此レナリ例ヘハ刑法第三百三十條(交戦中  
云々)第三百三十四條(外國交戦ノ際本國ニ於テ局外中立ヲ布告シタルトキ云  
々)第二百四十六條(傳染病豫防規則ノ爲メ設ケラレタル規則ニ違背シテ云  
々)第二百四十八條(傳染病流行ノ際豫防規則ニ違背シテ云々)ノ規定ノ如シ  
此等ノ刑罰法規ハ特定ノ時期又ハ規則ノ消滅ニ依テ其效力ヲ失フモノニ  
アラサルコト明了ナルカ故ニ苟クモ此等法規ニ違犯シタル行爲ニ對シテ  
ハ此等ノ時期以後ニ於テモ完全ニ之ヲ適用スヘキヤ疑ヒナキ所ナリトス  
從テ此等ノ場合ニ關シテハ刑法第三條第二項ノ適用ナシ  
新舊法輕重比照ノ標準 刑法第三條第二項ニハ新舊兩法ヲ比照シ輕キニ  
從テ處罰ストノミアリ之カ輕重ヲ識別スヘキ標準ニ付テ説明ヲ與ヘス而

シテ明治十四年十二月布告第八十一號新舊法比照例及ヒ刑法第七條乃至  
第九條及ヒ第一百條ノ規定ハ未タ以テ刑罰法規ノ輕重ヲ識別スルニ付完全  
ナル標準ヲ示シタリト云フコトヲ得ス從テ此カ標準ハ純粹ナル學理ニ求  
ムルノ外ナキナリ  
即チ新舊法ノ輕重ヲ比照スルニハ先ツ問題トナリタル所爲ヲ各法規ニ依  
テ有罪無罪ヲ決シ及ヒ之カ刑罰ヲ定メ其結果ヲ對照シテ所爲ノ責任者ニ  
對シ最モ便宜ナル結果ヲ生シタル法規ヲ以テ最モ輕キ法律ト謂フヘキナ  
リ此ノ如ク各法規ヲ適用シタル結果ニ付テ對照スヘキモノナルカ故ニ各  
法規中責任者ニ對シテ各便宜ナル部分ヲ綜合シタル結果ニ依リテ處分ス  
ルコトヲ許サス此ノ如キハ法律ノ對照ニアラスシテ新タニ法ヲ作ルモノ  
ト云ハサルヘカラス而シテ各法規ヲ對照スルニ當テハ單ニ其規定スル刑  
罰ノ範圍(種類、程度)ニノミ着眼セス廣ク新舊刑罰法規ノ全般ニ着目セ  
サル可ラス從テ主刑ノ外ニ附加ノ刑罰及ヒ刑ノ加重、減輕、累犯、共犯、未遂犯

又ハ處罰條件等總テ處罰ニ關スル規定ハ之ヲ對照ノ材料ニ供セサルヘカ  
 ラス故ニ例ヘハ對照法規中其一ニ從ヘハ未遂犯ヲ罰セサルカ爲ニ本問ノ  
 行爲カ無罪トナルニ拘ハラス他ノ法規ハ其未遂ヲ罰スル場合ニ於テハ前  
 者ヲ最モ輕キモノトシテ同法ヲ適用スヘク又同シ刑罰ヲ科スル場合ナラ  
 ハ其期限ノ最モ長キモノ又ハ其額ノ最モ大ナルモノヲ以テ重シトスヘク  
 又一方ハ再犯加重若クハ俱發併科主義ヲ取り他ハ之ヲ認メサル爲メ其刑  
 期カ前者ニ比シテ輕キトキハ後者ヲ以テ輕シトスヘキナリ又定役ヲ附シ  
 タルモノト然ラサルモノトニ付テハ後者ヲ以テ輕シトスヘク又刑罰消滅  
 原因殊ニ時効ニ關スル規定ニ付テモ亦然リ即チ公訴時効若クハ刑ノ期滿  
 免除(缺席判決ニ關シ)ニ關スル期間カ既ニ新舊法何レカニ依テ經過シ終リ  
 タルトキハ既ニ時効ノ經過シタル法律ヲ適用シテ無罪ヲ宣告スヘキナリ  
 (時効期間ノ起算點並ニ時効期間ノ長短ニ付新舊法ヲ比較スヘキナリ)反之  
 訴訟上ノ條件ハ法ノ輕重比照ノ標準トナラサルナリ例ヘハ親告罪ニ於ケ

ル訴訟條件タル告訴ノ如キ是レナリ

明治三十七年第一〇八八號同年六月十七日宣告大審院判決ニ依レハ酒類製造者ニ  
 課スヘキ造石税ノ税率ハ明治三十七年法律第三號非常特別税法ニ依リ改正セラレ  
 タルヲ以テ其改正前ニ係ル犯罪ニシテ造石税ヲ標準トシ罰金刑ニ處スヘキ場合ニ  
 在リテハ必ス刑罰法第三條第二項ノ規定ニ從ヒ新舊ノ法則ヲ比照シ輕キニ從テ處  
 斷セサルヘカラスト解セルハ正當ナリ

明治三十四年第一六〇九號同年十二月十日宣告大審院判決ニ依レハ刑ノ輕重ハ  
 主刑ヲ以テ標準トス從テ第一審判決ニ於テ附加セザリシ罰金ヲ附加スルモ主刑ニ  
 シテ第一審判決ヨリ輕キトキハ第一審判決ヲ被告ノ不利益ニ變更シタルモノニ非  
 スト解セルハ正當ナリ

明治三十四年第三八七號同年四月十二日宣告大審院判決ニ依レハ新舊二法ノ輕  
 重ヲ比較スルニ當リ二法共ニ附加刑アルトキハ附加刑ノ種類ノ異同如何ニ拘ハラ  
 ス專ラ主刑ノミニ依リ輕重ヲ比較スヘキモノトス而シテ主刑同一ニシテ舊法ニハ  
 監視ノ附加刑アリ新法ニハ附加刑ナキ場合ニ在リテハ舊法ヲ以テ重シトスト解セ  
 ルハ正當ナリ

明治三十三年第七〇二號同年六月十八日宣告大審院判決ニ依レハ餘罪後發例刑

法第百二條ヲ適用シテ其輕重ヲ比較スルニハ前發ノ主刑ト後發ノ主刑トヲ標準トスヘキモノトスト解セルハ正當ナリ

明治三十一年第一一七二號明治三十二年二月九日宣告大審院判決ニ依レハ新舊法ヲ比照スル場合ニ於テ輕罪刑ノ輕重ハ體利ニ在テハ刑期ノ長キモノヲ以テ重シトナシ罰金刑ニ在テハ多額ノモノヲ以テ重シトナスト解セルハ正當ナリ(但シ體利トハ自由刑ノ誤ナルヘシ)

明治三十一年第六六六號同年九月九日宣告大審院判決ニ依レハ刑法第三條第二項ニ依リ新舊法ヲ比照スル場合ニ於テ舊法(刑法)ハ數罪併發例ヲ適用シ新法(森林法)ハ數罪併科スルトキハ舊法ヲ以テ輕シトスト解セルハ本文ト同趣旨ナリ

假令刑罰法規以外ノ法規ナリト雖モ該法規ノ變更カ刑罰法規ニ於テ規定セラレタル事實ノ内容ニ變更ヲ來タストキニ限り此等法規モ亦法ノ輕重比照ノ標準トナルヘキナリ例ヘハ民法第七百二十條ト刑法第七十五條第三百十四條第三百十五條トノ關係ニ於ケルカ如シ明治三十五年十二月法律第五十號年齡計算法ニ關スル規定モ亦此ノ種ノ法規ニ屬ス(リスト氏ピンデング氏ゾイフェルト氏ト同説ニシテ獨乙刑法學者ノ通説ニ依レハ此

刑罰法規以外ノ法規ニ變更アル場合

新舊法ノ輕重ヲ比較シ得サル場合

ノ場合ニハ法ノ適及力ニ關スル規定即チ獨乙刑法第二條第二項ヲ適用スヘキモノニアラスト論セリフラング氏又然リ)

刑法第三條第二項ハ新舊法ノ輕重ヲ比照シ得ヘキ場合ニ關スル規定ニシテ若シ(一)新舊法何レニ依ルモ其刑罰カ同一ナルトキ(二)新舊法ノ輕重ヲ比照シ難キ場合ニ於テハ原則ニ歸リ所爲當時ノ法律ヲ適用スヘキナリ

明治三十六年第一七一八號同年十月六日宣告大審院判決ニ依レハ法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得ス而シテ新法ノ刑罰法ノ刑ヨリ輕キ場合ニ付テハ刑法第三條第二項ノ例外アリト雖トモ新舊兩法ノ刑全ク同一ナルトキハ該例外ノ場合ニ該當セス從テ舊法ヲ適用スヘキモノトスト解セルハ正當ナリ

刑法第三條第二項ニ所謂「判決」トハ確定判決ト解スヘキカ故ニ確定判決後ニ於テハ同條ノ適用ナク從テ特別ノ法律又ハ大赦特赦等ニ依ルニアラサレハ確定判決ニ依ル刑罰ノ執行ヲ變更スルコトヲ得ス而シテ從來諸國ノ實例ヲ按スルニ此等ノ場合ニ於テハ特別ノ法律ヲ以テ刑罰ヲ免除又ハ輕減スルヲ普通トス



明治三十五年第一六三五號同年十一月二十八日宣告大審院判決ニ依レハ控訴裁  
判所カ判決ヲ爲シタル當時ニ在リテハ舊衆議院議員選舉法ヲ適用スヘキモノナル  
モ上告裁判所カ判決ヲ爲ス當時ニ在リテハ舊選舉法既ニ廢止ニ屬シ新選舉法ノ效  
力ヲ生シタル場合ニ於テハ刑法第三條第二項ニ遵由シ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從  
テ處斷スヘキモノトスト解セルハ正當ナリ

明治三十八年第八六四號同年十月三日宣告大審院判決要旨ニ曰ク「依テ按スルニ  
刑法第三條第二項ニ若シ所犯頒布以前ニ在テ未ダ判決ヲ經サルモノハ新舊ノ法ヲ比  
照シ輕キニ從テ處斷ストアリ此規定ニヨルトキハ刑事裁判所ハ新法發布以前ノ犯  
罪ニ對シテ擬律ヲ爲スニ當リテハ新舊ノ法ヲ比照シ新法輕キトキハ其效力ヲ既往  
ニ溯ラシメテ其發布以前ノ犯罪ニ適用セサルヘカラス是レ罪ノ有無刑罰ノ輕重ヲ  
定ムル法律規定ニ付キテ然ルノミナラス酌量減輕再犯加重其他被告ノ罪責ニ影響  
ヲ及ホスヘキ一切ノ法律規定ニ付キテモ亦然ラサルヲ得ス故ニ舊法ノ下ニ再犯加  
重ノ例ニ依ルヘキ犯罪ニ付新法カ再犯加重ノ例ニ依ラサル旨ヲ規定シタルトキハ  
其犯罪ハ如何ナル場合ニ於テモ他ノ前科ニ對スル再犯罪タルコトヲ得サルト同時  
ニ再犯罪ニ於ケル前科タルコトヲ得ス而シテ此後ノ場合ニ於テハ其犯罪カ舊法ノ  
下ニ於テ確定判決ヲ經タル場合ニ於テモ尙ホ然リトス何トナレハ或ル犯罪カ再犯  
罪ノ前科タルト他ノ前科ニ對スル再犯罪タルトハ其犯罪ノ性質如何ニ依リテ定マ

ルモノニシテ確定判決ハモ其性質ニ影響ヲ及ホスモノニアラサルヲ以テナリ而  
シテ本件ニ在テハ被告ハ明治十五年中出版條例違反ノ所爲ニ依リ確定判決ヲ經タ  
ルコトハ原院ノ事實トシテ確定シタル所ニシテ該犯罪ニ付キテハ其當時再犯加重  
ノ例ニ依リタルコトハ明カナルモ現行法タル出版法ハ出版條例違反ノ所爲ニ對シ  
テ再犯加重ノ例ヲ用ヒサルコトヲ規定セルヲ以テ被告カ明治十五年中ニ確定判決  
ヲ經タル前記ノ犯罪ハ現行法ノ下ニ於テ再犯罪ニ於ケル前科タルコトヲ得サルモ  
ノナリ左スレハ原院カ本件被告ノ犯罪ヲ再犯ナリトシテ其刑ヲ加重スルコトヲ得  
サル筋合ナルニ事茲ニ出テサリシハ失當ナリト

(批評) (一)刑法第三條第二項ニ所謂新舊ノ法トハ單ニ罪ノ有無ニ關スルモノノミ  
ナラス苟クモ被告ノ罪責ニ影響ヲ及ホスヘキ一切ノ法律規定ヲ包含スルコト(二)再  
犯加重ノ例ニ依ラサルコトヲ規定シタル罪ハ如何ナル場合ニ於テモ他ノ前科ニ對  
スル再犯罪タルコトヲ得サルト同時ニ再犯罪ニ於ケル前科タルコトヲ得サルコト  
ハ同判決所論ノ如クナリト雖モ刑法第三條第二項ハ法ノ時ニ關スル效力ノ例外規  
定ニシテ即チ舊法時代ノ行爲ニ對シテ新法ヲ適用スル場合ニ關スル規定ニシテ其  
行爲ニ對スル裁判確定後ニ於テハ同一行爲ニ對シテ到底新法ヲ適用スヘキニアラ  
サルナリ而シテ本件ノ事實ハ被告カ舊出版條例時代ニ同條例違反ノ所爲ニ依リ有  
罪ノ確定判決ヲ受ケ(舊條例ニハ同條例違反ノ罪ニ對シテ再犯加重ノ例ヲ用ヒタリ)

場所ニ關スル刑法ノ效力ノ範圍

新出版法(新出版法ニハ出版法違反罪ニハ再犯加重ノ例ヲ用ヒス)時代ニ於テ更ニ別種ノ罪ヲ犯シタルモノニシテ此ノ罪ハ元ヨリ新出版法實施後ニ犯シタルモノナレハ當然新法ノ支配ヲ受クヘク從テ刑法第三條第二項ノ適用ヲ受クヘキモノニアラサルヲ明了ナリトス然レニ前掲判決ニ於テ刑法第三條第二項ヲ引用シタルハ失當ナルヲ免カニス但シ舊出版條例ニ於テ同條例違反罪ニ對シテ再犯加重ノ例ヲ用ヒタルモ新出版法ニ於テ再犯加重ノ例ヲ用ヒサルコト、ナリタルカ故ニ假令舊法時代ニ確定シタル罪ナリト雖モ新法實施後ニ生シタル別種ノ罪ニ對シテハ再犯罪ニ於ケル前科タルコトヲ得サルナリ要之舊法時代確定ノ罪ト新法時代ニ發生シタル新ナル罪トノ再犯關係ハ新法時代ニ於テ發生シタルモノナルカ故ニ舊法ノ適用ナキヲ勿論ナリトス之レ法ノ時ニ關スル效力ノ原則ニ從フモノニシテ此ニ對スル例外規定タル刑法第三條第二項トハ何等ノ關係ナキモノトス從テ反對ニ舊法時代ニハ再犯加重ノ例ニ依ラザリシモノモ新法ニ於テ再犯加重ノ例ニ依ルコト、改メタルトキハ舊法時代確定ノ罪ト雖モ新法時代ニ生シタル罪ニ對シテハ再犯罪ニ於ケル前科タルヘキナリ

### 第二節 場所ニ關スル刑法效力ノ範圍 第一項 場所ニ關スル刑法效力ノ範圍

範圍ニ付テノ諸主義

抑モ一國ノ刑法ハ如何ナル土地ノ上ニ效力ヲ有スルモノナリヤハ内國法ヲ以テ定ムヘキモノニシテ此種ノ規定ヲ國際刑法トモ稱ス Internationales Strafrecht 之ニ關スル學說ハ大凡ソ左ノ如シ

第一 屬人主義 das Nationalitäts- oder Subjektionsprinzip.

第二 屬地主義 das Territorialprinzip.

第三 保護主義 das Schutzzprinzip, 又ハ Realprinzip.

第四 世界主義 das Universalitätsprinzip 又ハ System der Weltrechtspflege.

以下順次之ヲ説明スレハ

#### 第一 屬人主義

古代未開時代殊ニ或ル酋長ノ下ニ多數ノ人民カ從屬シテ或ル團體ヲ組織シ水草ヲ追フテ移住シタル時代ニ於テハ團體的觀念ハ單ニ團體ヲ組織スル人ニノミ著眼シ今日ノ如ク團體ノ定着スル土地ニ付テノ觀念ヲ缺キタ

總則 緒論 第五章 刑法ノ效力 第二節 場所ニ關スル刑法效力ノ範圍 五七

屬人主義

リ隨テ法律ノ效力範圍ニ關スル問題ニ付テモ最初ハ專ラ人ヲ限界トスル觀念行ハレタリ即チ屬人主義ナルモノハ場所ニ關スル刑法效力ノ範圍ニ付テノ觀念中最モ古ク發生シタルモノニシテ古代刑法ノ多クハ此ノ主義ニ基ケリ而シテ此ノ主義ニ依レハ自國ノ刑法ハ自國ノ人民ニ對シテハ其ノ犯罪地カ國ノ内外タルヲ問ハス常ニ適用セラルヘク反之外國人ニ對シテハ犯罪地カ國ノ内外タルト否トヲ問ハス一切適用セサルモノト爲スナリ

## 屬地主義

## 第二屬地主義

社會漸ク進步スルニ及ンテ人民ノ團體ハ遂ニ或ル一定ノ土地ニ定着スルニ至リ互ニ其區域ヲ確守シ敢テ他ノ侵害ヲ許サ、ルニ至リ是ニ於テ團體的觀念ハ昔時ノ如ク單ニ之ヲ組織スル人ニノミ着眼セス更ニ團體ノ定着セル領土ニ關スル觀念ヲ生シ法律ノ效力範圍ニ關スル問題ニ付テモ專ラ領土ヲ限界トスルノ觀念ヲ生シタリ即チ屬地主義ハ場所ニ關スル刑法效力

力ノ範圍ニ付テノ觀念中第二期ニ屬スルモノニシテ此ノ主義ニ依レハ苟クモ内國領土ノ上ニ發生シタル犯罪ニ付テハ犯人カ内國人タルト外國人タルトヲ問ハス又被害者ノ内國人タルト外國人タルトヲ問ハス總テ内國ノ刑法ヲ適用スヘク反之外國ニ於ケル犯罪ニ付テハ犯人カ内國人タルト外國人タルトヲ問ハス一切適用ナキモノト爲スナリ

以上説明シタル如ク第一屬人主義ニ依レハ内國人民ノ行爲ニ對シテハ完全ニ内國法ヲ適用スルコトヲ得ヘキモ外國人ニシテ内國ノ安寧秩序ヲ侵害スル行爲(犯罪)ヲ爲シタル者ニ對シテハ何等ノ制裁ヲ施スコトヲ得サルヲ以テ此ノ主義ニ依ルトキハ一國ノ安寧秩序ハ未タ以テ完全ニ保持スルコトヲ得サルナリ加之屬人主義ニ依レハ犯罪地以外ニ於テ犯罪ヲ審理判決スルノ不便ト且ツ必要ヲ脱シテ處罰スルノ缺點アルヲ免カレス次ニ第二屬地主義ニ依レハ自國內ニ於ケル内外國人ノ犯罪ニ付テハ完全ニ之ヲ處罰スルコトヲ得ヘク又犯罪地ニ於テ犯罪ヲ審理判決スルノ便宜ヲ有ス

ト雖トモ外國ニ於テ内國ノ安寧秩序ヲ害スヘキ行為(犯罪)ヲ爲シタル内外國人ニ對シテハ何等ノ制裁ヲモ施スゴトヲ得ス加之各國カ等シク屬地主義ヲ採リ且ツ外國ノ安寧秩序ヲ害スル行為ニ對シテ其犯罪地ノ刑法カ之ヲ處罰シ以テ完全ニ外國ノ利益ヲ保護スル規定ヲ設グルコトハ國際條約ニ依ルノ外ハ今日ニ於テ豫期スルコトヲ得サルヲ以テ屬地主義ニ依ルモ未タ以テ完全ニ一國ノ安寧秩序ヲ保持スルコトヲ得サルナリ此ノ如ク純粹ナル屬地主義及ヒ屬地主義ハ何レモ適當ナル主義ト云フコトヲ得ス而シテ近世多數ノ立法例ハ屬地主義ヲ根據トシ更ニ一國ノ安寧秩序ヲ保持スル必要ノ範圍内ニ於テ内國領土外ニ於ケル犯罪ニ付テモ内國刑法ヲ適用シテ之ヲ處罰スルノ主義ヲ採ルカ如シ即チ次ニ説明スル保護主義此レナリ

第三保護主義

保護主義ハ屬地主義ヲ擴張シタルモノニシテ此ノ主義ニ依レハ自國領土

ニ發生シタル犯罪ハ其犯人ノ内外國人タルヲ問ハス自國刑法ヲ以テ之ヲ處罰シ自國領土外ニ發生シタル犯罪ニ付テハ特ニ自國ノ安寧秩序ヲ保持スル必要ノ範圍内ニ於テ犯人ノ國籍如何ヲ問ハス内國刑法ヲ以テ之ヲ處罰スルナリ而シテ此ノ必要以外ニ於テハ内國人ノ外國ニ於ケル犯罪ニ對シテモ之ヲ適用セサルナリ近世多數ノ立法例ハ此ノ主義ニ依リ我カ現行刑法草案及ヒ刑法改正案モ亦此ノ主義ニ依ルモノ、如シ

(現行刑法日本文草案第四條乃至八條參照)

第四條 日本人外國ニ在テ日本國ノ安寧ニ關シ又ハ日本ノ貨幣及ヒ貨幣ニ代用スル銀行ノ證券ヲ偽造變造シ若クハ國璽官印記號極印ヲ偽造スル重罪輕罪ヲ犯シタル者ハ日本ノ法律ニ依テ處斷ス  
若シ其罪ヲ犯シタル外國ニ於テ已ニ確定ノ裁判ヲ受タル者ハ再ヒ之ヲ裁判スルコトナシ

第五條 日本人外國ニ於テ前條ニ記載シタル以外ノ重罪輕罪ヲ犯シタ

ル時ハ左ノ條件ノ具備スルニ非サレハ日本ノ法律ニ依テ處斷スルコトヲ得ス

- 一 罪ヲ犯シタル國ニ於テ未タ確定ノ裁判ヲ受ケサル時
- 二 犯人日本國ニ歸リ來リ又ハ外國ヨリ交付ヲ得タル時
- 三 日本國ノ法律及ヒ罪ヲ犯シタル國ノ法律ニ照シテ重罪輕罪ト爲ス可キ時

四 被害者又ハ外國政府ヨリ日本政府ニ告訴告發ヲ爲シタル時

五 罪ヲ犯シタル國ニ於テ大赦ヲ受サル時

七 罪ヲ犯シタル國ノ法律ニ照シ公訴ノ期滿免除ヲ經サル時

第六條 日本人ハ外國政府ヨリ處刑ノ爲メニ交付ヲ求ムト雖トモ之ヲ交付セス

第七條 外國人日本管内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ハ日本法律ニ依テ處斷ス

刑法改正案ノ主表

第八條 外國人外國ニ在テ日本國ニ對シ第四條ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者外國ニ於テ確定ノ裁判ヲ受スシテ日本國ニ來ル時ハ日本ノ法律ニ依テ處斷ス

(刑法改正案第一條第二條第三條第四條第五條參照)

第一條 本法ハ何人ヲ問ス帝國內ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用ス

第二條 本法ハ何人ヲ問ス帝國外ニ於テ第八十七條乃至第九十條第九

十二條乃至第九十四條第九十七條乃至第四百四條第七十二條第一項

第七十三條第一項第七十五條第七十九條乃至第八十二條第

百八十八條第百八十九條第一項第三項及ヒ第百九十一條乃至第百九

十三條ノ罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用ス

第三條 本法ハ帝國外ニ於テ第二百二十八條第二百二十九條第一項第百三

十二條第百三十四條第百三十八條第百四十條第百八十三條第百八十

六條第百九十四條第二百五條乃至第二百七條第二百九條第二百三十

四條乃至第二百三十六條第二百四十一條第二百四十二條第二百五十  
 五條第二百五十六條第二百五十八條第二百五十九條第二百六十二條  
 乃至第二百六十四條第二百六十七條第二百七十二條第二百七十三條  
 第二百七十五條乃至第二百八十條第二百八十六條第二百八十九條及  
 ヒ第二百九十二條第二項ノ罪ヲ犯シタル帝國臣民ニ之ヲ適用ス帝國  
 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第二百十條第二百二十四條第二百二十六  
 條第二項第二百二十七條乃至第二百二十九條第二百三十一條及ヒ第  
 二百三十二條ノ罪ヲ犯シタル帝國ノ公務員ニ之ヲ適用ス  
 第五條 外國ニ於テ確定裁判ヲ受ケタル者ト雖ト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

保護主義ハフオイエルバツハ氏アルノルド氏等ニ依テ始メテ主張セラレ今  
 日ニ於テハペーリング氏ヒンチング氏ハインツエ氏マイエル氏(同氏ハ近頃  
 世界主義ニ傾ケリ)ローランド氏ゾイフェルト氏バハテル氏等ノ主張スル  
 所ナリ

屬地主義ノ擴張ノ一種トシテ左ノ主義ヲ唱フル者アリ即チ開明諸國ノ  
 共同的利益ヲ侵害スル行為(犯罪)ニ對シテハ犯人ノ國籍及ヒ犯罪地ノ如  
 何ヲ問ハス常ニ犯人ヲ逮捕シタル國ノ刑法ヲ以テ處罰スヘシト爲シ其  
 所謂共同的利益トハ例ヘハ國際間ニ於ケル需要品ニ關スル商取引通商  
 公路ノ安全貨幣流通ノ安全ヲ害スル行為及ヒ萬國ノ敵ト認ムヘキ行為  
 die hostes generis humani 即チ海賊奴隸ノ賣買無政府黨ノ爆烈彈暴舉ノ如キ  
 其著例ナルモノトス然レトモ此ノ種ノ擴張ハ犯人カ犯罪地ニ引渡サレ  
 且ツ犯罪地ノ法律ニ依テ完全ニ處罰セララルコトヲ得ハ其必要ヲ認メ  
 サルニ至ルヘシ

世界主義ニ依レハ一國ノ刑法ハ犯罪地カ國ノ内外ヲ問ハス汎ク内外國人ニ對シテ適用セラル、モノニシテ各開明國ハ國際開明國團體全體ノ代表者トシテ其犯罪地ノ如何ヲ問ハス總テノ犯罪ニ付キ自國ニ於テ逮捕シタル犯人ニ對シテ少クトモ補助的ニ(犯罪地ノ國ヨリ犯罪人引渡ノ請求ナキトキヲ指ス)處罰ノ手續ヲ爲サ、ルヘカラスト爲スナリ然レトモ此ノ主義ハ(一)各國刑法ノ規定カ其内容ニ於テ大ニ異ナル所アルコトヲ無視シ(二)內國裁判官ヲシテ不知ノ外國刑法ヲ適用セシムルコトヲ要求シ(三)間接ナル證據集斂ノ爲メニ訴訟手續ヲ困難ナラシメ(四)此カ處罰ハ犯人ヲ其所屬國境内ニ追放スルコトニ比シテ更ニ著大ナル效果ヲ有セサルトニ依テ見レハ此ノ主義ハ學說トシテモ永續ノ希望ナキノミナラス又實際ニ於テモ到底實行ニ適セサルモノト云フヘキナリ而シテ此ノ主義ハガイエル氏ヘルシユチル氏レントキル氏ウールマン氏ノ外殊ニランマッシュエ氏マルチツ氏

ニ依テ主張セラレ又バール氏ハインツエ氏リ、エンタール氏ハ一定ノ制限ノ下ニ此ノ主義ヲ贊セリ

第二項 日本刑法ノ主義

日本刑法ノ主義

立法上ノ議論トシテハ場所ニ關スル刑法ノ效力範圍ニ付テハ保護主義ニ基キ之カ規定ヲ設クヘキコトハ元ヨリ論ヲ待タスト雖トモ現今刑法ノ解釋論トシテハ聊カ疑ナキヲ得ス  
 現行刑法ニハ場所ニ關スル刑法ノ效力範圍ニ付何等ノ規定ヲ存セス故ニ刑法ノ明文ニ依リテハ何レノ主義ヲ採リタルヤヲ明ラカニスルコトヲ得ス而シテ現行刑法草案ニ於テハ佛蘭西刑法ノ明文ニ倣ヒ保護主義ヲ採用シタルニ依リ多數ノ學說及ヒ裁判例ハ現行法ヲ以テ此草案ノ主義ニ從フモノト爲スト雖トモ吾輩ノ見ヲ以テスレハ國際公法ノ原則ニ基キ一國ノ刑法ハ原則トシテ其領土ノ上ニ完全ニ行ハル、コトヲ認メ得ヘキモ其版圖外ニ於ケル犯罪ニ付テハ國法上特別ノ明文ノ存スルニアラサレハ當然

之ヲ支配スト云フコトヲ得サルノミナラス其果シテ如何ナル犯罪ハ之ヲ  
罰シ如何ナル犯罪ハ之ヲ不問ニ付スヘキヤ之カ判然タル區劃ヲ立ツルコ  
ト能ハサルヲ以テ解釋論トシテハ我國ノ刑法ハ版圖外ニ於ケル犯罪ヲ支  
配セサルモノト論斷セサルヘカラス(屬地主義)

現行判例ノ主義

明治二十八年第八五九號同年八月二十三日宣告大審院判決ニ依レハ帝國臣民ハ外  
國ニ於テ罪ヲ犯スモ尙帝國法律ノ制裁ヲ受クト解セルハ誤見ナリ(屬人主義)  
明治二十七年第五八六號明治二十八年七月二日宣告大審院判決ニ依レハ我刑法ハ  
帝國カ治外法權ヲ有スル地ナルト否トテ論セス總テ帝國人民ヲ支配スト解セルハ  
誤見ナリ(屬人主義)  
明治二十八年刑部第二百七十七號同年三月八日宣告大審院判決ニ依レハ凡ソ一國ノ  
臣民ニシテ其國民タルノ分限ヲ有スルモノハ音ニ其本國ニ居住スル年月日ニ止マ  
ラス假令外國ニ居住シ若クハ滯在中ト雖モ本國ノ法律ニ服従スヘキ義務アルコト  
ハ音ヲ俟タスト解セルハ誤見ナリ(屬人主義)

即チ現行刑法ハ原則トシテ我版圖内ニ於ケル總テノ犯罪ニ付キ犯人ノ國  
籍如何ヲ問ハス適用セラル、ナリ而シテ(一)原則トシテハ我版圖内ニ於テ

ハ内外國人ハ等シク刑法ノ支配ヲ受クト雖トモ時トシテハ刑法ノ規定中  
内國人ニ對シテノミ規定スルモノト(例ヘハ第二編第二章國事ニ關スル罪  
ノ如キ)反之外國人ニ關シテノミ規定スルモノアリ得ヘキナリ而シテ前例  
ニ於テハ外國人後例ニ於テハ内國人ハ此ノ特種ノ犯罪ニ付キ教唆及ヒ從  
犯並ニ間接ノ實行犯トシテ責ヲ負フコトヲ得ヘキモ直接ノ實行犯トシテ  
ハ責ヲ負フコトヲ得サルナリ(共犯ノ部說明參照)(二)原則トシテハ日本ノ版  
圖内ニ於テハ内外國ノ利益ハ等シク刑法ノ保護ヲ受クト雖トモ例外トシ  
テ外國ノ國權ハ内國ノ國權ト等シク刑法ノ保護ヲ受クルコトヲ得ス特別  
ノ條件ノ下ニ於テ外國ノ國權ヲ保護スルコトアルノミ例ヘハ現行刑法ニ  
依レハ第三百三十三條ニ於テ外國ト私ニ戰端ヲ開ク罪ヲ規定スルモ外國ノ  
官吏公吏ニ對スル職務抗拒罪ヲ認メス(刑法第三百三十九條以下參照)其他外  
國ノ皇室ニ對スル攻撃ノ如キ外國ノ利益ニシテ内國法ニ依リ特別ノ保護  
ヲ與ヘサルモノ多シ又外國ノ利益中相互主義ニ依リ内國ニ於テ保護セラ



ル、場合アリ得ヘキナリ

次ニ版圖 *Titel* ノ意義ニ付テ説明スレハ左ノ如シ

刑法ノ觀念ニ於テ版圖トハ刑法ノ有效ニ行ハルヘキ單一ナル場所ノ區域ヲ謂フ而シテ版圖ニ屬スヘキモノヲ列記スレハ左ノ如シ

- (一)日本國ニ屬スル一切ノ領土、日本國ノ領土ハ一定不變ニ非ス時々伸縮アルヘク日本刑法モ又領土ノ伸縮ニ伴テ當然其有效ノ範圍ヲ伸縮スル者也
- (二)犯人カ日本人タル場合ニ限リ外國ニ於ケル日本領事裁判管轄區域 *Die Konsulargerichtsbezirke* ハ刑法上日本ノ版圖ニ屬ス而シテ日本ハ支那、朝鮮、暹羅ニ對シテハ領事裁判權ヲ有シ以上三ヶ國ニアル日本臣民ハ日本ノ國法ニ依リ日本領事ノ裁判ヲ受ケ在留國ノ裁判ヲ受ケス

明治二十九年七月二十一日日清通商航海條約第二十二條、西曆千八百九十八年二月二十五日日本暹羅間ノ通商航海條約議定書第一、明治九年三月日本朝鮮間ノ修交條規第十款及ヒ同三十二年三月法律第七十號領事官ノ職務ニ關スル件、明治三十八年十一月二十二日勅令第二百四十號同年同月二十三日外務省告示第六號日韓條約第

三條同年十二月二十日勅令第二百六十七號統監府及理事廳官制第二十四條參照

(三)國際公法上ノ原則ニ依リ版圖ニ關スル國法上ノ觀念ハ更ニ左ノ如ク擴張スルコトヲ得ヘシ

(イ)領海 *die Küstengewässer* 並ニ領空 *die Luftraum*

領海、領空ノ範圍ハ他ノ侵害ニ對シ實際武力ニ依テ防護シ得ル區域ニ限定セラルヘキモノニシテ領海ニ付テハ普通國際條約ニ於テハ海岸干潮線ヨリ三哩ヲ以テ限リトセルモ紀元一千八百九十五年佛蘭西巴里ニ於テ開カレタル萬國國際法協會ノ決議ニ依レハ平時ニ於テハ領海ノ區域ヲ海岸ヨリ六哩トシ灣口十二哩以内ノ灣口ヲ結合セル線ヨリ六哩迄ヲ領海ト定メ戰時ニ於テハ更ニ之ヲ延長スヘキ理由アルモノトセリ

(ロ)公海上ニ在ル日本ノ船舶及ヒ外國ノ領海又ハ河川上ニアル日本ノ國船 *Staatschiffe* (軍艦 *Kriegsschiffe*) ノミナラス汎ク内國ノ國務ニ從事スル船舶ヲ總稱ス倒ヘハ政府使用ノ郵便船ヲ包含スハ日本ノ版圖ト看做ス

(四)接近國間ノ國際條約ニ依リ一國ノ國法ノ一部(例ヘハ税法)カ他國ノ限定セラレタル場所ノ上ニ效力ヲ有スルコトアリ即チ外國ニ建築セラレタル自國ノ官廳(例ヘハ税關)ハ自國ノ版圖ト看做サル、コトアリ得ヘキナリ(一八九〇年獨逸國ノ條約參照)

以上説明スル如ク一國ノ刑法ハ版圖ノ上ニ其效力ヲ有スト雖トモ一國ノ刑法ハ必スシモ全版圖ノ上ニ施行サル、コトヲ必要トセス國家ハ其必要ニ應シテ或種ノ罰則ニ付テハ始メヨリ一定ノ區域ヲ制限シテ例ヘハ各地方違警罪罰ノ如シ(現行刑法第四百三十條參照)施行スルコトアリ又特定ノ區域ニハ適用セサルコトアリ得ヘキナリ(明治二十九年法律第六十三號及ヒ同三十五年三月法律第二十號臺灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル件參照)

犯罪人引渡

第三項 犯罪人引渡

場所ニ關スル刑法效力ノ範圍ニ制限アルカ爲メニ犯罪地ノ刑法ニ依リ處罰セラルヘキ行爲ニシテ逃亡犯人ノ現住セル國ノ刑法ニ依リ處罰スルコ

犯罪人引渡ニ付テハ  
通ニ行ハル  
ル所ノ  
制度

トヲ得サル場合ヲ生スヘシ於此此ノ缺點ヲ補フ爲メニ國際間ニ於ケル法律上共助 Internationale Rechtshilfeノ必要ヲ生スヘシ而シテ逃亡シタル刑事被告人又ハ刑ノ執行ヲ免レタル罪人ヲ犯罪地又ハ刑ノ言渡ヲ爲シタル國ノ請求ニ依リ引渡スコトハ(die Auslieferung)此ノ法律上ノ共助ノ一ニ屬ス  
罪人引渡ニ付テハ國法ニ於テ之ヲ規定スル國ト國際條約又ハ國際間ノ慣例ニ一任スル國トアリ而シテ此等條約又ハ慣例ニ依リ一國カ罪人引渡ノ請求ニ應スヘキ義務ヲ負擔セサル場合ニ於テモ國法ノ禁止セサル限りハ各場合ニ當テ罪人引渡ノ請求ニ應スルコトヲ妨ケサルナリ、  
罪人ノ引渡ニ付普通ニ行ハル、處ノ制度ヲ舉クレハ左ノ如シ  
一、 罪人引渡ハ重キ犯罪ニ付テノミ行ハレ輕キ輕罪、違警罪ノ如キハ引渡ノ目的トナラス

- 二、 請求國ハ其犯罪人ヲ處罰スル權限ヲ有スルコトヲ要ス
- 三、 請求國ト請求ヲ受ケタル國双方ノ國法ニ於テ處罰スル所ノ所爲ニシ

自國人民ヲ引渡スルニ對シテ外國人ニ引渡スルハ非ズ

テ何レノ國法ニ依ルモ公訴時効又ハ刑ノ期滿免除ニ罹ラサルコトヲ要ス  
四、自國人民ハ刑事審問又ハ處刑ノ爲メ外國ニ交付セラル、コトナシ國  
法ニ於テ自國人民ヲ外國ニ引渡サスト定メタルハ伊太利和蘭獨逸奧太利白  
耳義等ニシテ尙ホ外國トノ條約ニ於テ自國人民ヲ引渡サ、ルコトヲ約定  
セリ日米間ノ明治十九年九月二十七日批准交換アリタル罪人引渡條約第  
七條ニ於テモ「締約國ハ本條約ノ條款ニヨリ互ニ其人民ヲ引渡スノ義務ナ  
キモノトス但シ其引渡ヲ至當ト認ムルトキハ之ヲ引渡スコトヲ得ヘシト  
アリ此ノ如ク自國人民ヲ外國ニ引渡サ、ルハ外國ノ法律制度裁判官等ヲ信  
用セザルコトニ基因スルモノニシテ近頃ニ至リ自國人民ト雖トモ之ヲ引  
渡スヘキモノナリトノ說盛ニ行ハレオツクスフアルドニ開カレタル國際  
協會ノ議決ニ依レハ自國人民ト雖トモ等シク引渡スヘシト爲セリ又英吉  
利ルクセンブルヒアルゼンチン等ノ如キハ國法ニ於テ自國人民ト雖トモ  
之ヲ外國ニ引渡スコトヲ規定セリ又瑞典ハ國法ニ於テハ自國人民ヲ外國

日米犯罪人引渡條約第二條

ニ引渡サ、ルコトヲ規定セルニ拘ハラヌ北米合衆國トノ條約ニ於テ之ヲ  
引渡スヘキコトヲ約セリ  
五、政治上ノ犯罪人ヲ引渡サ、ルコトハ西曆千八百三十三年ベルギー國  
法ニ於テ規定セラレタル以來此ノ原則ハ殆ント總テノ國際條約ニ於テ認  
メラレタリ  
西曆千八百九十二年ヂュネーブニ於テ開キタル國際法會議ノ決議ニ依レ  
ハ政治上ノ犯罪人ハ引渡サストセリ即チ各國ハ外國ニ於ケル政治犯人ニ  
對シテ避難權 *Asylrecht* ヲ認ムルコト、ナリタリ然レトモ政治犯ノ罪質ハ  
學者間ニ争ヒアル所ニシテ問題トナリタル犯罪カ所謂政治犯ニ屬スルヤ  
否ヤニ付キ屢々疑ヲ生スヘキニ依リ多クノ條約ニ於テハ引渡ヲ請求シ得  
ヘキ犯罪ノ種類ヲ列記シテ此カ限界ヲ明ラカニセリ例ヘバ日米犯罪人引  
渡條約第二條ニ於テハ其引渡ヲ爲スヘキ犯罪ニ付キ左ノ如ク制限的ニ列  
舉セリ

- 一 謀故殺及其未遂犯
- 二 貨幣偽造若クハ變造偽造若クハ變造貨幣ノ發行或ハ行使公債證書利札銀行紙幣其他公衆ノ信用ヲ受ケ可キ證書類ノ偽造並ニ其發行若クハ行使
- 三 文書ノ偽造若クハ變造並ニ其行使
- 四 監守盜即チ官吏又ハ監守人締約國一方ノ管轄内ニ於テ公金ヲ私用スル罪
- 五 強盜
- 六 重罪ニ當ル罪ヲ犯ス目的ヲ以テ夜間若クハ晝間他人ノ家宅ヲ破壊シ之ニ侵入スル罪
- 七 重罪ニ當ル罪ヲ犯ス目的ヲ以テ官衙國立銀行貯蓄銀行財產管理會社及保險會社並ニ其他會社ノ家屋ヲ破壊シ若クハ破壊セスシテ之ニ侵入スルノ罪

八 偽證及ヒ偽證教唆

九 強姦

十 放火

十一 國際法ニ於テ海賊ト認ムル罪

十二 引渡ヲ請求スル國ノ旗章ヲ掲ケタル船舶大洋航海中其船内ニ於テ犯シタル謀殺謀殺未遂犯及ヒ其他ノ殺人罪

十三 惡意ヲ以テ鐵道馬車鐵路船舶橋梁家屋及ヒ公用建物並ニ其他ノ建物ヲ破壊シ若クハ破壞セント謀リ其所爲人命ニ危害ヲ生ズ可キモノ  
 ベルギウム國法ニ依レハ純粹ナル政治犯ニアラストモ苟モ政治犯ト關連スル犯罪 (delit connexe Complexe) 即チ常事犯ニシテ政治犯ノ目的又ハ庇護ノ爲メニ行ハレタル罪ノ犯人モ外國ニ引渡サストセリ而シテ其他多數ノ國モ亦此ノ例ニ倣ヘリ然レトモ此ノ如ク政治犯人ノ避難權ヲ擴張スルコトハ學理ニ反スルモノトシテ現今此ノ種ノ擴張ニ對シテ一ノ制限ヲ設ケル

政治犯  
 避難權  
 擴張ノ  
 對人  
 權限  
 制スル

逃走海員ノ引渡

ノ必要ヲ認ムルニ至レリ例ヘハ西曆千八百七十四年瑞西獨逸間ノ條約第四條ニ於テハ引渡ヲ要求スル處罰行為カ政治上ノ犯罪ヲ含ムトキハ引渡ヲ爲サスト規定シ其例外トシテ謀殺放火文書偽造貨幣紙幣ノ偽造變造等ヲ爲シタルトキハ其政治上ノ爲メニ爲シタルト否トニ拘ハラヌ之ヲ引渡スヘキ罪ノ内ニ算スト規定セリ其他西曆千八百八十一年露西亞ニ於テ開キタル國際法會議ニ於テモ未遂タルト豫備タルト共犯タルトヲ問ハス謀殺及ヒ毒殺ノ場合ニハ之ヲ政治上ノ犯罪ト見スト議決セントシタレ行ハレサリシ又千八百八十年オツクスフールド千八百九十三年ゲンフニ開カレタル國際法會議ニ於テモ此ノ制限ニ付テ決議セントシタルモ特別ノ效果ヲ得スシテ今日ニ至レリ

○逃亡犯罪人引渡條例(明治二十八年八月勅令第四十二號參照)

猶此ノ外ニ逃走海員ノ引渡ナルモノアリ此ノ引渡ハ犯罪人引渡條約中ニ規定スヘキモノニアラスシテ之ヲ通商航海條約又ハ領事條約中ニ規定ス

人ニ關スル刑法ノ效力範圍

例外

刑法ノ適用ヲ受ケサル者

ヘキナリ(日本ト英米獨其他諸國ノ通商航海又ハ領事條約及ヒ明治三十二年三月法律第六十八號外國艦船乘組員ノ逮捕留置ニ關スル援助法參照)

### 第三節 人ニ關スル刑法ノ效力範圍

一國ノ刑法ハ原則トシテ其版圖ノ上ニアル内外國人ニ對シテ效力ヲ有スト雖トモ例外トシテ特種ノ人ニ限り刑法ノ適用ヲ受ケサルモノアリ即チ左ノ如シ

第一國法上ノ原則ニ基キ左記ノ者ハ刑法ノ支配ヲ受ケス

- (一) 國ノ元首 (das Staatsoberhaupt) 即チ日本國ニ於テハ天皇但シ皇族ハ自國刑法ノ支配ヲ受ク(普通ノ學說ニ依レハ攝政モ亦自國法ノ支配ヲ受ケス)

(皇族ノ犯罪ニ付テハ裁判所構成法第五十條第二號ニ於テ特別裁判管轄ノ規定アリ)

(二) 國會議員 (die Volksvertreter) ハ議院内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ハス即チ此ノ制限ノ範圍内ニ於テ刑法ノ支配ヲ受ケス(憲法第五十二條參照)

第二國際法上ノ原則ニ基キ左記ノ者ハ刑法ノ支配ヲ受ケス

一 外國ノ君主并ニ其家族及ヒ内國人ニアラサル從者外國ノ攝政大統領又然リ

二 内國ノ版圖内ニ在ル外國ノ軍隊及ヒ内國ノ領海内ニ在ル外國ノ國船 (Staatschiffe)

三 内國ニ於テ信認セラレタル外國ノ交際官全權大使全權公使辨理公使代理公使公使館書記官書記生公使官武官其家族及内國人ニアラサル雇員從者

司法警察規則附錄(明治七年九月太政官第百二十八號達)

外國公使及公使館雇員ノ事

第一條 外國公使ハ我國憲法以テ國際スヘカラサル通義ナレハ是ヲ擴充スルトキ

ハ其家族并ニ公使館雇員書記官隨員公使ノ僕隸書記官ノ家族及ヒ書記官ノ僕隸等ニテ公使官ノ名籍ニアルモノヲ云フ及ヒ其家屋車馬迄モ同様ナリト思量スヘ

第二條 内國人公使館又ハ公使ノ書記官ニ備ハレ公使館ノ名籍ニアル間ハ公使館ノ屬隸ト見做シ若シ事故アリテ逮捕セサルヲ得サルカ或ハ呼出シテ糾問セサルヲ得サル時ハ外務省ヲ經テ公使館ヘ報知シ其唯諾ヲ待テ後引出スヘシ尤モ其者ヲ處分スルハ公使ノ關係スルコトニアラス

第三條 内國人各公使館及ヒ書記官ニ備ハレ中ハ其公使又ハ代理ヨリ其者ノ名籍ヲ外務省ヘ届出テ外務省ハ其届書ヲ速カニ司法警察官吏ヘ送達シ置クヘシ警察官吏ハ常ニ其姓名ヲ簿記シ置クヘシ若シ途中ニテ或人ヲ引留其名籍ノアル所ヲ聞札ス時公使館ニ備ハレ中ト稱スル時其簿記ト校照シ愈相違ナキトキハ一旦公使館迄同道シ照會ヲ送ケタル後其處分ヲ施スヘシ若シ其姓名簿記中ニアラサルモノニテモ其本人決シテ相違ナキ旨ヲ述フルトキハ公使館ヘ同道シ右ノ如ク處分スヘシ

但シ重科ニテ捕縛セサルヲ得サルモノハ第六條ニ照シテ處分スヘシ  
外國公使館ノ事

第四條 外國公使館内ハ事故アリテ館主ヨリ請求スルトキノ外決シテ立入ルヘカラ

總則 緒論 第五章 刑法ノ效力 第三節 人ニ關スル刑法效力ノ範圍 八一

ス若シ重科ヲ犯シタル罪人ト認メタルモノ奔逃シテ門内へ侵入セシ等強盜ノ間  
モ猶豫スヘカヲサルトキハ其把門者ニ告ケ其館主ノ許可ヲ受ケテ後館内又ハ邸  
内ヲ探索スヘシ

第五條 右公使館書記官ノ住宅外ニアル内外屬員ハ勿論馬車家畜ノ末ニ至ル迄一  
切手ヲ觸ルヘカラス若シ職務上止ムヲ得ス手ヲ降スヘキ事故アラハ之ヲ外務省  
ニ打合セ而シテ其處分ヲナスヘシ

外國公使館屬員罪ヲ犯シ并ニ犯罪ノ内國人公使館内ニ住居スルトキノ事

第六條 外國公使館ノ屬員ナル外國人殺傷或ハ剽盜放火強姦等目前ニ顯ハレタル  
罪ヲ公使館外ニテ現ニ行フヲ見及フカ或ハ現ニ見スト雖モ衆人ヨリ報告シ確證  
アリテ片時モ猶豫シ難キトキハ其人ヲ其場ニ引留置即刻公使館へ報知ノ上同館  
へ引渡シ又外務省へ報知シ是ヲ公使館へ引渡セシ手續ヲ申スヘシ決シテ手鎖捕  
縛等ノコトアルヘカラス或ハ屬員ノ内國人ハ引留置即刻公使館へ報知シ改メテ  
被レヨリ引渡ヲ受クルノ手續ヲ施シ又之ヲ外務省ニ申スヘシ

第七條 犯罪ノ風聞アルカ或ハ犯人ノ自狀ニヨリ明了ニ其罪科ノ知レタル内國人  
現ニ公使館内ニ儲ハレテ公使館ニ住居スルトキハ其館外周圍ノ各路ヲ遮斷シ而  
シテ後ヲ外務省へ報知シ同館へ照會ヲ乞ヒ館主ニ引渡ヲ要求シ其人ヲ受取リテ  
後之ヲ捕縛スヘシ若シ館主之ヲ拒ムトキハ其旨ヲ對外務省ニ通知シテ其處分ヲ

定ムヘシ

外國領事 (Konsulin) ハ條約ニ依リ特ニ定メタル場合ノ外ハ駐在國刑法ノ適  
用ヲ受ク

日白領事職務條約第三條中ニ「總領事領事副領事及代辦領事ニシテ其任命國ノ臣民  
ナルトキハ駐在國ノ法律ニ從ヒ重罪ト認メ且ツ重罪ノ刑罰ニ處スヘキ罪ヲ犯シタ  
ル場合ニ非ラサレハ勾留ヲ受クルコトナカルヘシ……下略」トノ規定アリ而シテ  
大不列顛國亞米利加合衆國伊太利國瑞西國和蘭國瑞典國露西亞國丁抹國獨逸國秘  
露共相國西班牙國葡萄牙國暹羅國佛蘭西國諸國ト帝國間ノ通商航海條約又ハ領事  
條約中ニ各締盟國ノ總領事領事副領事及代辦領事ハ其在留國ニ於テ最惠  
國ノ領事官ニ現ニ許與シ又ハ將來許與セラル可キ一切ノ特典特權及免除ハ總テ之  
ヲ享有スヘキモノタルノ旨ヲ規定セリ故ニ前記自耳義國領事ト同様ノ特權ヲ有ス  
清國ノ領事官モ日清國ノ通商航海條約第三條ニ依リ此ノ特權ヲ有スヘシ然レトモ  
前記ノ特權ハ刑罰法規ノ適用ヲ受クスト云フノ意義ニアラサルコトヲ注意スヘキ  
ナリ

以上ノ場合ハ何レモ特別ノ身分ヲ有スル者ニ對スル刑罰排除ノ理由人的

規則 緒論 第五章 刑法ノ效力 第三節 人ニ關スル刑法效力ノ範圍 八三

犯罪行為  
トノ關係

刑罰排除ノ理由 *persönliche strafrechtliche Ursachengründe* タルニ止マリ此等ノ身分  
アル者ノ犯シタル行爲カ違法ナルコト及ヒ處罰スヘキ行爲ナルコトノ性  
質ヲ變更スヘキモノニアラス從テ此等ノ身分ナキ第三者ハ此等ノ身分ア  
ル者ノ犯罪行爲ニ關シテ共同正犯教唆又ハ從犯トシテ其責ヲ負フヘク亦  
此等ノ身分アル者ノ違法ナル攻撃ニ對シテ之ヲ防衛スル爲メニ正當防衛  
權ヲ生スヘシ

犯罪

犯罪ト私  
異トノ差

主觀的  
要件必要  
トスル學  
說

## 總則本論

### 第一卷 犯罪

一犯罪トハ國家カ刑罰ヲ制裁トシタル不法行爲ナリ而シテ不法行爲トハ  
法律違犯ノ有責行爲ニシテ之ニ刑罰ト云フ制裁ヲ科スルモノハ刑事上ノ  
不法行爲 *Krimineller Unrecht* 即チ犯罪ナリ單ニ損害賠償ト云フ制裁ヲ科ス  
ルモノハ私法上ノ不法行爲 *Privatrechtliche Delikte* (私犯)ナリ犯罪モ私法上ノ不  
法行爲モ共ニ不法行爲ナル點ニ付テハ同一ニシテ其異ナル要點ハ一ハ刑  
罰ヲ制裁トシ他ハ損害賠償ヲ制裁トスルニアリ而シテ犯罪ニ依テ私法上  
ノ權利ヲ侵害シタルトキハ刑罰ノ外ニ損害賠償ノ制裁ヲ負フヘキナリ  
此ノ如ク犯罪ハ第一行爲ニシテ任意ニ外界ノ變狀ヲ惹起シ又ハ外界ノ變  
狀ノ發生ヲ防止セサルコトヲ意味ス(第二法律ニ違犯シタルコト)法規ノ命  
令又ハ禁止ニ違犯スルコトヲ意味ス(第三有責行爲タルコト)責任能力者ノ



主觀的條件ヲ必要トセサル學說

故意又ハ過失ニ出タル行爲ヲ意味ス(第四國家カ刑罰ヲ制裁トシタル不法行爲タルコトヲ要ス)處罰行爲ノ成立ニハ表見的行爲即チ客觀的條件 Objective Thatbestandヲ以テ足レリトシ行爲者ノ責任 Verschulden 即チ主觀的條件 Subjective Thatbestand ヲ必要トセスト論スル學說アリ即チヘルツォーグ氏 シュッツェ氏ハ此ノ說ヲ主張スルモ獨逸刑法學者ノ通說ニ依レハ處罰行爲ノ成立ニハ客觀的條件ノ外ニ責任ヲ必要トセリ刑法各本條ニ於テ用ヒラレタル例ヘハ人ヲ殺シタルモノハ云々人ヲ毆打創傷シ云々トアル文字ハ之ヲ普通ノ用語トシテモ行爲者ニ於テ責任ナク全ク偶然ニ人ニ死ノ原因ヲ與ヘ又ハ創傷ノ原因ヲ與ヘタル場合ト解スヘカラサルノミナラス刑法上教唆及ヒ從犯ニ關スル規定ニ於テ教唆及ヒ從犯ノ刑ハ正犯ノ刑ヲ標準トシテ之ヲ定メ而シテ正犯ノ刑ハ正犯ノ責任ヲ條件トシテ定ムルニ依テ觀レハ刑法上處罰行爲ノ成立ニハ責任ヲ必要トスルヤ明了ナリトス)以上四ヶノ條件ハ總テノ犯罪ニ具備スヘキ必要條件ニシテ若シ其一ヲ缺

犯罪ノ普通構成條件

犯罪ノ特別構成條件

犯罪發生ノ形式

クトキハ犯罪ハ存在セサルモノトス故ニ以テ<sup>上</sup>條件ヲ稱シテ犯罪ノ普通構成條件ト稱ス而シテ刑法第二編以下ニ規定スル各種ノ犯罪ノ成立ニ付テハ各本條ノ規定ニ基キ更ニ特種ノ條件ヲ必要トス此ノ種ノ條件ヲ稱シテ犯罪ノ特別構成條件ト謂フ  
犯罪ノ普通構成條件ニ付テ研究スルコトハ刑法總則講義ニ於ケル一ノ眼目ニシテ犯罪ノ特別構成條件ニ付テ説明スルコトハ刑法各論講義ノ範圍ニ屬ス  
二 犯罪發生ノ形式 die Erscheinungsformen ハ必スシモ一樣ナラス(一)既遂ニ至ルコトアリ未遂ニ止マルコトアリ(二)一人單獨ニテ罪ヲ犯スコトアリ數人共同ニシテ罪ヲ犯スコトアリ又數人ノ内或者ハ實行者トシテ他ハ附隨ノ加擔者トシテ罪ヲ犯スコトアリ(三)一個ノ罪ヲ發生スルコトアリ數個ノ罪ノ發生スルコトアリ面シテ此等各場合ニ付テハ刑法上其取扱ヲ異ニスル所ナカルヘカラス

三、現行刑法ハ刑罰ヲ分テ重罪、輕罪、違警罪ノ刑ノ三種トシ、重罪ノ刑ヲ科スルモノヲ重罪トシ、輕罪ノ刑ヲ科スルモノヲ輕罪トシ、違警罪ノ刑ヲ科スルモノヲ違警罪トセリ、即チ罪ヲ重罪、輕罪、違警罪ノ三種ニ區別セリ。而シテ本卷ニ於テハ主トシテ第一編犯罪ノ普通構成條件第二編犯罪發生ノ形式第三編犯罪ノ種類ニ付テ説明セント欲ス。

### 第一編 犯罪ノ普通構成條件

Die Begriffsmerkmale des Verbrechen.

#### 第一章 行爲

##### 第一節 罪ノ主體 *das Subject des Verbrechen.*

並ニ被害者

第一犯罪ノ主體。現今ノ法律の觀念ニ依レハ罪ヲ犯シ得ルモノ即チ犯罪ノ主體ハ人類ニ限ルコト、シ人類以下ノモノ即チ動物及ヒ生活ナキ物體

行爲能力無ク從テ犯罪ノ主體タルコトヲ得サルナリ但シ古代ハ勿論十三世紀ヨリ十七世紀迄ハ動物ニ對スル刑罰及ヒ訴訟手續等存在シ其他生活ナキ物體ニ對シテ刑罰ヲ科シタルコトハ法律歷史上ニ其跡存ス而シテ此等人類以外ノモノヲ處罰スルコトハ主トシテ宗教的觀念ニ基因シタルナリ

我現行法ニ依レハ個々ノ人類ノミナラス社團法人 *Körperschaft* モ亦行爲能力アルコトヲ認メラル然レトモ社團法人ノ行爲能力ハ法ニ特別ノ規定ナキ以上ハ犯罪行爲ニ及フコトヲ得ス即チ社團ハ罪ヲ犯スコトヲ得サルナリ *Societas delinquere non potest* 故ニ假令社團法人ノ事務ニ關シテ罪カ犯サレタルトキト雖モ常ニ其行爲ニ與リタル代表者ノミヲ罰スヘク其代理セラレタル法人ヲ處罰スルコトヲ得ス現行刑罰法規ノ規定ヲ通覽スレハ原則トシテ法人ニ關シテ自然人ニ科スヘキ刑ニ代ユヘキ特別ノ刑ヲ定メス又之カ處罰ニ關スル手續法ヲ定メサルカ故ニ現行法ノ主義ハ原則トシテハ

法人ニ犯罪能力ナシトセルコト明了ナリ

明治三十六年六月三十日大審院第二刑事部判決同年(九)第八〇五號上告事件判決要旨ニ依テ按スルニ漁業法第十九條ニ依ルルハ漁業組合ハ漁業權ノ享有及ヒ行使ニ付キ權利ヲ有シ義務ヲ負フヲ以テ一ノ法人ヲ組成スルコト明確一點ノ疑ヒヲ容レズ又同法第二十八條ニ第三條第四條ノ權利ヲ侵害シタルハ被害者ノ告訴ニ依リ百圓ノ罰金ニ處スルコトアルヲ以テ法人タル漁業組合カ其漁業權ヲ侵害セラレタルトキハ被害者トシテ告訴ヲ爲スコト得ルハ勿論其告訴ハ組合ノ事業トシテ組合員ノ議決ヲ經タル上組合ノ代表者タル理事ニ於テ組合ノ名義ヲ以テ提出スヘキモノナルコトモ亦誠ニ明了ナリトス若シ夫レ漁業組合ノ名義ヲ以テ提出セラレタル漁業權侵害ノ告訴カ正當ナリトセンカ此ノ場合ニ就テハ其告訴ハ組合ノ告訴トシテ完全ニ其效力生シ何等ノ難問ヲ生スルコトナシト雖モ其告訴カ不正ニシテ誣告ニ出タルモノトセハ何人カ之ニ對シテ責任ヲ負フヘキヤ是レ本訴ニ於テ決スヘキ重要ノ點ナリトス抑モ誣告ハ一ノ犯罪ナルヲ以テ誣告ニ對シテ刑事上ノ責任ヲ負フニハ必スヤ犯罪ノ主體タルノ能力ナカレカカラサルハ論テ俟タサル所ニシテ此能力ヲ有スル者ハ有形人タルコトヲ要シ法人ハ無形人ニシテ唯其目的ノ範圍内ニ於テ人格ヲ享有スルニ過キサルヲ以テ犯罪ノ主體タル能力ヲ有セサルヲ原則トシ法律ノ明文ヲ以テ特ニ犯罪ノ主體トシタル場合ニ非ザレハ刑事上ノ責任ヲ負ハサルノ

ミナラス此場合ト雖モ財產刑其他法人ノ性質ト相容ルヘキ刑罰ニ服從スルニ止マリ如何ナル場合ト雖モ體刑(自由刑ノ誤記ナラン)ヲ科スヘキ犯罪ノ主體タルコト能ハサルヘキハ法人其者ノ性格ニ於テ毫モ疑ヒヲ容レサル所ナリ故ニ漁業組合ノ名義ヲ以テ爲シタル漁業權侵害ノ告訴カ誣告ニ出タル場合ニ法人タル組合カ體刑ヲ科スヘキ誣告罪ノ主體トシテ刑罰ノ制裁ヲ受クヘキ限リニ非サルハ多辨ヲ要セスシテ明カカリ被告ニ於テハ漁業法第三十條ノ規定ヲ援用シ本件ノ場合ニ於テモ漁業組合ヲ以テ犯罪ノ主體トナスヘキモノ、如ク論スルモ同條ニハ明治三十三年法律第三十二號ノ規定ヲ漁業法ノ犯罪ニ適用スヘキ旨ノ規定アリ又明治三十三年法律第三十二號第一條ニ法人ノ代表者又ハ其雇人其他ノ從業者法人ノ業務ニ關シ租稅及葉煙草專賣ニ關スル法規ヲ犯シタル場合ニ於テハ各法規ニ規定シタル罰則ヲ法人ニ適用スルコト規定シアリ此兩條ノ規定ヲ參照スルトキハ法人タル漁業組合ハ其代表者カ組合ノ業務執行上ニ於テ漁業法違反ノ行為ヲ爲シタル場合ニ限リ犯罪ノ主體トシテ同法ニ定ムル罰則ノ適用ヲ受クルニ過キスシテ其代表者ノ爲シタル犯罪ハ其何タルヲ論セス總テ組合ニ於テ其責任ニ任スヘシトノ法意ニアラサルコトハ該規則ノ明文ニ徴シテ明カナルヲ以テ漁業組合カ其代表者ノ爲シタル刑法ノ誣告罪ニ同擬セラル、コトナカルヘキハ勿論ナリ夫レ斯ノ如ク法人タル漁業組合ハ其名義ヲ以テ爲シタル誣告ニ對シ刑事上ノ責任ヲ負ハサルモノトスルトキハ現ニ誣告ヲ爲

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第一章 行爲 九一  
第一節 罪ノ主體並ニ客體

シタル代表者ニ於テ刑事上ノ責任ヲ負フハキモハニシテ其誣告ガ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ボスコトナシ何トナレバ刑法第三百五十五條ニ依レハ不實ノ事ヲ以テ人ヲ誣告シタル者ハ誣告罪ヲ犯シタルモノトシテ刑罰ノ制裁ニ服從セサル可カラサルヲ以テ本罪ノ成立ニハ不實ノ事ヲ以テ現ニ誣告ヲ爲シタルノミヲ以テ足レリトシ自己ノ名義ヲ以テ之ヲ爲スト他人ノ名義ヲ以テ之ヲ爲ストハ之ヲ問フコトヲ要セサルヲ以テナリ故ニ檢事カ漁業組合ノ名ヲ以テ河合友平外十六名ニ漁業法第二十六條第二十八條ノ所爲アリトシテ誣告ヲ爲シタル被告ニ對シ公訴ヲ提起シタルハ適法ナルノミナラズ原院カ檢事ノ公訴ヲ受理シ此事實ヲ認メタル上被告ヲ刑法第三百五十五條ニ間接シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシト說明シタルハ法人ノ行人能力ニ關シテ擬制說ヲ採リタルモノニシテ現行刑法ノ解釋トシテハ正當ナリ

法人犯罪

然レトモ單純ナル法理論トシテハ社團法人ノ行爲能力ノ範圍内ニ於テ犯罪能力ヲ認メ得ヘク且ツ其法益享有ノ範圍内ニ於テ之ニ刑罰ヲ負ハシメ得ヘク此ノ如クニシテ社團法人ノ犯罪能力 *Körperschaftsverbrechen* ヲ認ムルコトハ處罰ノ目的ニ適合スルモノナリト云ハサルヘカラス此ノ觀念ハ國

際法上ノ犯罪ニ關シテハ毫モ疑ヲ納ル、ノ餘地ナシ何トナレハ此ノ種ノ犯罪ニ付テハ其主體タルモノハ國家ヲ措テ他ニ求ムルコトヲ得サレバナリ然レトモ十八世紀ノ末葉フオイエルパツハ氏以來社團法人ニ犯罪能力ナシトノ說一般ニ行ハレタリ然ルニ近頃ニ至リギルケ氏カ社團法人ノ民法ニ於ケルカ如ク刑法ニ於テモ等シク犯罪能力アルコトヲ唱ヘタル以來此ノ說ハ學者間ニ同意者ヲ得ルニ至リメスツール氏ハフテル氏等此ノ說ヲ唱導シリスト氏モ亦此ノ說ヲ採レリ此等ノ學者ハ法人實在說ヲ採ルモノニシテ法人ハ法ノ擬制ニ依テ始メテ存在スルニアラス個々ノ人類カ實在スル如ク社團法人モ實在(生存)スルモノニシテ社團法人ノ刑法ノ範圍ニ於ケル行爲能力ニ關スル必要條件ハ原則トシテ民法若クハ他ノ公法ノ範圍ニ於ケルト異ナルナク法人ハ各人ト等シク契約ヲ締結シ得ル如ク亦詐欺ニ依ル契約ニ依テ他人ヲシテ物ヲ給付セシムルコトヲ得ヘク(詐欺取財)他人ノ財物ヲ冒認シテ抵當典物ト爲スコトヲ得ヘク(冒認)又ハ物品供給ノ契

約ヲ履行セサルコトニ依テ軍備ノ缺乏ヲ致サシムルコトヲ得ヘク(刑法第百三十二條參照)法人ハ人ヲ告訴スルノ能力アルカ如ク又人ヲ誣告スルコトヲ得ヘシ次ニ社團法人ハ財産權選舉權存在權(解散ハ存在權ヲ奪フモノナリ)名譽權其他ノ特權(例ヘハ兌換券發行權)ヲ享有シ得ルカ故ニ此等ノ法益ヲ減少シ又ハ剝奪スルコトニ依テ刑罰ヲ科スルコトヲ得ヘキナリ殊ニ社團法人ノ行爲ハ一人又ハ數人ノ行爲ニ比シテ至大ノ勢力ヲ有シ且ツ根源ノ責任者タル法人ハ罰スルコトナクシテ法人ノ意思ヲ代表スル機關ニノミ全部ノ責任ヲ負ハシムルハ正義ニ反シ正當ナル刑事政策ニモ違背スルモノタルコトヲ悟ラハ法人ニ犯罪能力ヲ認ムルノ必要ナルコトヲ知ルヘキナリ

而シテ現行法ニ於テ法人ヲ罪ノ主體トシ之ニ刑罰ヲ科スルノ法規ハ明治三十三年三月法律第五十二號(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)同月法律第五十九號(電信法)明治三十四年四月法

律第三十四號(漁業法)ニ此カ規定ヲ設クルノミ其法文ハ左ノ如シ  
明治三十三年法律第五十二號

第一條 法人ノ代表者又ハ其雇人其他ノ從業者法人ノ業務ニ關シ租稅及葉煙草專賣ニ關スル法規ヲ犯シタル場合ニ於テハ各法規ニ規定シタル罰則ヲ法人ニ適用ス但シ其罰則ニ於テ罰金料以外ノ刑ニ處スヘ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

第二條 法人ヲ處罰スヘキ場合ニ於テハ法人ノ代表者ヲ以テ被告人トス

第三條 法人ヲ處罰スルノ裁判確定シタル日ヨリ罰金ニ關シテハ一月以内科料ニ關シテハ十日以内ニ之ヲ納完セサルトキハ民事訴訟法第六編ノ規定ニ從ヒテ其ノ執行ヲ爲ス此ノ場合ニ於テハ檢事ノ命令ヲ以テ執行力ヲ有スル債務名義ト同一ノ效力アルモノトス前項ニ依リ執行ヲ爲スニハ執行前裁判ノ送達ヲ爲スコトヲ要セス

同第五十九號電信法

第四十二條 法人ノ業務ニ關シ其ノ代表者又ハ雇人其ノ他ノ從業者前數條ノ罪ヲ犯シタルトキハ其ノ罰則ヲ法人ニ適用ス但シ罰金科料以外ノ刑ニ處スヘキ場合ニ於テハ法人ヲ三百圓以下ノ罰金ニ處ス  
 法人ヲ處罰スヘキ場合ニ於テハ法人ノ代表者ヲ以テ被告人トス  
 法人ヲ處罰スルノ裁判確定シタル日ヨリ罰金ニ關シテハ一月以内科料ニ關シテハ十日以内ニ之ヲ納完セサルトキハ民事訴訟法第六編ノ規定ニ從ヒテ其ノ執行ヲ爲ス此ノ場合ニ於テハ檢事ノ命令ヲ以テ執行力ヲ有スル債務名義ト同一ノ效力アルモノトス  
 前項ニ依リ執行ヲ爲スニハ執行前裁判ノ送達ヲ爲スコトヲ要セス

漁業法

第三十條 明治三十三年法律第五十二號ノ規定ハ本法又ハ本法ニ基キテ發スル命令ニ依ル犯罪ニ之ヲ適用ス

明治三十八年第一一七七號同年十月十六日宣告大審院判決要旨ニ依レハ明治三十三年法律第五十二號ノ第一條ニ法人ノ代表者又ハ其雇人其他ノ從業者法人ノ業務ニ關シ租税及葉煙草專賣ニ關スル法規ヲ犯シタル場合ニ於テハ各法規ニ規定シタル罰則ヲ法人ニ適用ス云々ト規定シ以テ右法令違犯ノ所爲ニ付法人ヲ處罰スヘキ旨ヲ明示シ第二條ニ法人ヲ處罰スヘキ場合ニ於テハ法人ノ代表者ヲ以テ被告人トスト規定シ以テ法人ノ爲メ事實上被告人トシテ審理及ヒ判決言渡ヲ受クヘキ責任者ヲ定メ法人處罰ノ手續ヲ明カニシ其目的ヲ達スルコトヲ期シタルモノナレハ原院ニ於テ本件酒造株式會社ナル法人ノ代表者タル專務取締役何某(甲)ヲ被告人トシテ審理ヲ遂ケタル末同會社ノ支配人何某(乙)カ同會社ノ業務ノ執行トシテ酒造稅法ヲ犯シタル事實ヲ認定シ被告人トシテ同會社專務取締役何某(甲)ノ名義ヲ判文ニ掲ケ同人ニ對シ同會社ヲ處罰スル旨ノ言渡ヲ爲シタルハ右法律ノ規定ニ適合セルモノナリト解セルハ正當ナリ

犯罪ノ被害者

第二犯罪ノ被害者 總テ犯罪ハ特定ノ法益ニ對スル違法ノ侵害ニシテ其侵害セラレ、法益ノ種類ニ從フテ犯罪ノ種類モ亦異ナルヘキナリ例ヘハ殺人罪ハ人ノ生命ト云フ法益ヲ侵害シ誹毀罪ハ人ノ名譽ト云フ法益ヲ侵害スルカ如シ斯ノ如ク刑法ニ於テ保護スル法益カ犯罪ニ依テ侵害セラレ

總則本論 第一卷 犯罪ノ第一編 犯罪ノ普通構成條件 第一章 行爲 九七

タルトキハ犯罪ニ依テ直接ニ侵害セラル、法益ノ享有者ヲ指シテ犯罪ノ被害者ト云フ現行刑法ハ原則トシテ法人ハ犯罪ノ主體タルコトヲ得ストセルモ法人カ法益ノ享有者タリ得ルコトハ明カニ認ムルカ故ニ法人モ亦其享有スル法益ノ範圍内ニ於テ犯罪ノ被害者タルコトヲ得ルナリ次ニ法益ノ直接ノ享有者ハ時ニ一個人タルコトアリ又ハ共同團體タルコトアリ(例ハ官吏侮辱罪貨幣偽造罪兇徒聚衆罪ノ如キハ後者ニ屬ス)從テ犯罪ノ被害者中ニモ一個人タルコトアリ共同團體タルコトアリ又時トシテハ同時ニ二者ヲ包含スルコトアリ(例ハ偽證誣告罪ノ如シ)

行爲

第二節 行爲 Die Handlung

凡ソ法律上ノ效果ヲ發生セシムルニハ必スヤ一ノ事實ナカルヘカラス事實 Thatsache トハ心裏ニ認識シ得ヘキ外界ノ變狀(現象)ナリ例ハ家畜ノ分娩ニ依テ飼養主カ産兒ニ對スル所有權ヲ收得スルカ如キ貸金ニ依テ貸主カ債權ヲ收得スルカ如キ或ハ家畜ノ賣却ニ依テ飼養主ガ其所有權ヲ失フ

事變

カ如キ貸主カ貸金ノ辨濟ヲ受クルコトニ依テ其債權ヲ失フカ如キ又財ヲ盜ミ或ハ人ヲ殺スニ依テ刑罰ヲ科セラル、カ如キ凡ソ法律上ノ效果ヲ發生スルニハ其原因タルヘキ一ノ事實カ存在セサルヘカラス而シテ事實ニハ人類ノ意思ニ基キ發現スルモノト人類ノ意思トハ全ク獨立シテ發現スルモノトノ別アリ前者ヲ行爲ト稱シ後者ヲ事變(出來事 Ereignis)ト稱ス而シテ法律違犯ノ現象ト目セラレ又刑罰ナル制裁ヲ科セラル、ノ原因タルヘキ事實ハ獨リ行爲ニ限ルヘキモノトス

行爲ノ條件  
行爲ノ條件  
行爲ノ條件

行爲トハ外界ノ變狀結果ヲ任意ニ惹起シ又ハ防止セサルコトヲ謂フ  
一 行爲ト云フ概念ニハ第一ニ意思ノ實行ヲ必要トス意思ノ實行トハ個々ノ任意ナル舉動ヲ謂フ即チ機械的又ハ生理的強制ヲ受ケス概念ニ依テ定メラレタル (determiniert, notiviert) 個々ノ舉動ヲ謂フ而シテ意思ノ實行ハ之ヲ分テ一 身體ノ動作ヲ任意ニ行フモノニ 身體ノ動作ヲ任意ニ行ハサルモノトアリ(任意ト云フ條件ハ過失ノ不作爲ニモ必要ナル條件ニシテ

自由意志  
トノ  
關係  
トノ  
關係

若シ抗拒スヘカラスアル強制ニ依リ舉動カ任意ナラサルトキハ意思實行ナク從テ行爲ナキコト、ナルベシ故ニ人カ極學發作ノ爲メニ他人ノ物ヲ毀損シ又ハ卒倒シテ義務ノ履行ヲ妨ケラレ又ハ抗拒スヘカラスアル暴行ノ爲メニ或ル舉動カ強制セラル、モ行爲ト云フコトヲ得ス但シ茲ニ所謂任意 Wirklichkeit ハ自由意思 Willensfreiheit トハ何等ノ關係ナキコトヲ注意セサルヘカラス即チ任意ト云フ觀念ハ自由意思說 Indeterminismus ニ反對スル意思確定說(意思必然說 Determinismus)ノ範圍内ニ於テ認メラル、觀念ナルコトヲ注意スヘキナリ

(今日哲學者ノ通說トシテハ異論ナク意思確定說ヲ採ルト雖モ刑法學者間ニ於テハ今日猶兩說互ニ相讓ラス意思自由說ニ屬スルモノハペーリング氏ベルテル氏ビンヂニング氏ビルクマイエル氏グレーテテル氏カール氏コーレル氏ケーレル氏ランマツシユ氏フリーゴ、マイエル氏ローランド氏等ニシテ意思確定說ニ屬スルモノハフアン、カルケル氏ドーナ氏フイング

意思確定

氏フランク氏ヒツベル氏ホルド氏フエルチツク氏コーレルラウシユ氏リーフマン氏リ、エンタール氏メルケル氏チツテル氏ゾイフェルト氏トレーゲル氏チユルケル氏スタムチル氏エリチツク氏リスト氏モツデルマン氏等トス)

意思實行ノ觀念中ニハ必ス原因 (Motiv) ノ觀念ヲ包含ス原因ナクシテハ意思實行ナク從テ行爲ハ存在スルコトヲ得サルナリ意思實行ノ原因トハ行爲者カ意思實行ニ依テ期待スル欲望ノ觀念(認識)ナリ此ノ欲望ノ觀念(原因)ハ常ニ外圍ノ刺激ニ依テ發芽スト雖トモ此ノ刺激ニ依テ活動スルモノハ行爲者ノ思考、感覺及ヒ意思活動(知覺若クハ神經活動)ニ關スル各自ノ特質ナリトス此ノ如ク意思實行ハ外界ノ刺激(原因)ト之ニ感應スル行爲者ノ特質(性質)トニ依テ定マル (Determiniert, motiviert) モノトス

二、結果

二 行爲ノ觀念中ニハ意思實行ノ外ニ外界ニ(即チ人又ハ物ノ上)ニ生スル變狀ヲ必要トス此ノ變狀ヲ名ツケテ結果 Erfolg ト謂フ結果ハ意思實行ト



共ニ行爲ヲ構成スル條件ナリ(リスト氏ベルテル氏ハ本文ト同説ナリ反之  
ピンディング氏ブユンゲル氏フーゴーマイエル氏テレルマン氏ノ如ク結果  
ヲ行爲 Handlungノ觀念中ヨリ分離シ意思實行ト結果トヲ包含スルモノヲ  
稱シテ所爲 Handlungト謂ヒフランク氏ハ結果カ犯罪行爲ノ構成條件タル場合  
ニ限り意思實行ト共ニ相合シテ行爲ヲ構成スト論セルモ要スルニ結果カ  
行爲ノ構成部分ナリヤ否ヤハ行爲ナル用語ノ争ヒニ過キスト雖モ結果カ  
意思實行ニ對シテ如何ナル關係ヲ有スルヤト云フコトヲ講究スルハ行爲  
ニ付テ行爲者ノ責任ヲ定ムルニ重要ナルコトヲ忘ルヘカラス)

總テノ犯罪ノ成立スルニハ例外ナク結果ノ發生ヲ必要トス總テノ犯罪ハ  
意思實行ノ外ニ多少ノ結果ヲ包含シ只タ犯罪ノ種類ニ依テ之ニ包含スヘ  
キ結果ノ分量ニ多少ノ差異ヲ生スルノミ然ルニ犯罪ヲ分チテ結果ノ發生  
ヲ以テ罪ノ成立ニ必要トスルモノ(結果犯 Erfolgsdelikt) 及ヒ結果ノ發生ヲ  
以テ罪ノ成立條件トセザルモノ非結果犯 (Nicht-erfolgsdelikt) 又ハ純然タル動

總テノ犯罪ノ成立  
ニハ結果ノ發生  
ノ必要トス

結果犯ト  
非結果犯ト  
區別

作犯 (reinen Tätigkeitsdelikt) トニ區別シ結果ノ犯罪ニ於ケル關係ハ分量ノ差  
異ニアラスシテ性質上ノ差異ナリト認ムルハ誤レリ何トナレハ例ヘハ言  
語ニ依テ人ヲ誹毀侮辱シ又ハ形容ニ依ル猥褻ノ所業アリタリト云フニハ  
必スヤ他人ノ心理ニ之カ認識ヲ與フルコトヲ必要トセザルヘカラス此ノ  
如ク他人ノ心理ニ或ル變狀ヲ與フルハ恰モ被害迫者ノ心理ニ不安ノ狀態  
ヲ生スルト等シク外界ニ於ケル(犯人ヨリ見テ)變狀即チ結果ナリト謂フヲ  
正當ナリトス(リスト氏ト同説ナリ反之ベトリング氏ビルクマイエル氏フ  
インゲル氏フランク氏キツチンゲル氏ランマツシユ氏レーニング氏マル  
クス氏等ノ學者ハ本文ノ區別ヲ認メフランク氏ハ實質犯 Materialdelikt 及ヒ  
形式犯 Formdelikt トニ區別シ例ヘハ虚偽ノ宣誓ヲ爲ス罪 Meineid ハ後者  
ニ屬スト論セリ)外界ニ於ケル各種ノ變狀ハ更ニ他ノ變狀ヲ惹起スルモノ  
ニシテ例ヘハ刀ヲ以テ人ヲ切レハ創傷ヲ生シ次テ出血トナリ次テ負傷者  
ノ死亡ヲ來タシ次テ民法上ノ遺産相續ヲ惹起スルカ如シ爰ニ於テ意思

實質犯ト  
形式犯ト  
區別

數個ノ結果ヲ以テ  
トヘキ事ナルモ  
トスルモ

實行ト結果トノ間ニ於テ近キ結果ト遠キ結果トノ區別ヲ生スヘシ而シテ  
犯罪ヲ規定スル各種ノ刑罰法規ヲ觀察スルニ必ス諸般ノ結果ノ中刑法組  
織ニ於テ重要ナル結果即チ其結果ノ發生ニ對シテ立法者カ刑罰ヲ科スル  
所ノモノヲ發見スヘシ換言スレハ罪トナルヘキ事實(罪ノ構成要件)ニ屬ス  
ル結果ヲ發見スヘシ例ヘハ殺人罪(刑法第二百九十二條以下)ノ成立ニハ被  
害者ノ死亡ト云フ結果ヲ以テ要件トシ其前後ニ存スル結果即チ被害者ハ  
負傷又ハ財産關係ノ變動ヲ條件トセサルナリ而シテ多クノ犯罪ハ單一ナ  
ル結果ヲ以テ罪トナルヘキ事實(即チ重要ナルモノ)トセルモ時トシテ多數  
多ノ結果ヲ以テ罪トナルヘキ事實トスルモノアリ即チ更ニ重キ結果ノ發  
生ニ依テ刑ヲ加重スル罪 *qualifizierte Delikt* 是レナリ例ヘハ人ヲ毆打創傷  
シテ死ニ致ス罪ノ如シ(刑法第二百九十九條參照)  
危險ナル狀態ヲ生スルト云フコトハ實害ヲ生スルト云フコト、共ニ外界  
ニ生シタル<sup>●</sup>狀即チ結果ナリト云フヘキナリ爰ニ於テ罪ヲ分テ實害罪

實害罪及  
危險罪

危險ノ意  
義

*Verletzungsdelikt* 及ヒ危險罪 *Gefährungsdelikt* ト爲スコトヲ得ヘシ實害罪ノ  
成立ニハ法益ヲ侵害シタル結果ノ發生ヲ必要トシ危險罪ノ成立ニハ法益  
ニ對スル危險ノ發生ヲ以テ足ル即チ處罰(科刑)ノ理由カ危險ヲ發生セシメ  
タルニ存ス  
危險トハ吾人ノ想像ニ止マリ未タ現ニ發生セサル狀態(實害)ニ對スル關係  
ナリ從テ危險ノ觀念ハ左ノ如ク定義スルコトヲ得ヘシ危險トハ現實ニシ  
テ且ツ意思實行ノ當時ニ於テ一般ニ認識セラルヘキ若クハ單ニ行爲者ニ  
ノミ認識セラレタル周圍ノ事情ノ下ニ公平ナル判斷ニ依テ實害發生ノ伴  
フヘキ<sup>●</sup>カ眞實ラシク (*nahe Möglichkeit*) 思ハレ從テ此カ懸念ヲ惹起スル所  
ノ狀態ヲ謂フ、犯罪中危險ヲ處罰スル者多シ例ヘハ幼者又ハ老疾者ヲ遺棄  
スル罪(刑法第三百三十六條以下)決闘罪ニ在テハ人ノ生命ニ對スル危險ヲ  
罰シ、賭博罪、富籤罪(刑法第二百六十一條)第二百六十二條ニ在テハ財產ニ對  
スル危險ヲ罰シ、信用ヲ害スル罪(刑法第二編第四章)ニ在テハ信用ニ對スル

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第一章 行爲 一〇五

危険ヲ罰シ兇徒聚衆罪(刑法第三百三十六條以下)ニ在テハ公衆ノ安全ニ對スル危険ヲ罰シ放火罪(刑法第四百二條以下)決水罪(刑法第四百十一條以下)等ノ如キ公共ノ危険罪ニ在テハ不特定ノ人又ハ物ニ對スル危険ヲ罰スルニアリ罪ノ未遂ヲ處罰スル理由モ又危険ヲ罰スルニアリ

危険ノ觀念ニ必要ナル要件即チ結果(實害ナル結果)カ發生スルナルヘシトノ懸念又ハ結果實害ナル結果カ發生スルラシク思ハルコトハ結果ノ發生カ行爲者ノ實力ニ依テ又ハ行爲者カ確實ニ豫期シタル事情ニ依テ防止ナレ能フ場合ニ於テハ存在スルコトヲ得サルナリ(危険ノ觀念ニ關スル本文ノ説明ハリスト氏ト同説ニシテ大體ニ於テ獨逸帝國裁判所判例及ヒ獨逸學者ノ通説ト一致ス反之フランク氏ハ危険ノ觀念中ニハ不規則 *abnormel* ナルコト及ヒ博識ナル判斷ヲ必要ナリトセリ即チ同氏ノ説ニ依レハ危険トハ原因 *Kausalreihe* ガ既ニ目的ニ向テ進行ヲ始メ又ハ容易ニ進行シ能フカ爲メニ諸般ノ關係ヲ熟知シタル者ハ判斷ニ依テ目的ニ對スル侵害ノ發

危險ノ觀念ニ關スル場合

危險ノ觀念ニ關スル場合

危險ノ觀念ニ關スル場合

危險ノ觀念ニ關スル場合

生カ近ツキタル(侵害ノ結果カ發生スルナルヘシト思ハル)即チ侵害發生ノ防止カ不確實トナリタル不規則ナル状態ヲ謂フ此ノ如ク危険ハ不規則(常規ヲ逸シタル)ナル状態タルヲ要スルカ故ニ製造場ニ於ケル機械ノ運轉及汽車ノ進行ニシテ常規ニ準據スル場合ハ刑法ノ觀念ニ於テハ危険ニアラスト論セリ以上客觀主義ニ反對シテ危険ノ觀念ヲ全然主觀的ニ觀察スル者アリ即チフオンブリー氏フインゲル氏オッペンハイム氏ブッシュ氏ランマッシュ氏トーン氏等ノ主張スル所ニシテ此説ニ依レハ危険ナル状態カ客觀的ニ發生スルヲ必要トセサルナリ(不能犯ニ關スル説明參照)

三、行爲ノ觀念中ニハ行爲ノ要件タル意思實行ト結果ノ外ニ此ノ二者ヲ一體トシテ結合スルノ條件ヲ必要トス即チ意思實行ト結果トノ關係是レナリ此ノ關係ハ客觀的及ヒ主觀的二個ノ方面ヨリ觀察セサルヘカラス

甲 客觀的的關係ニ於テハ結果カ意思實行ニ依テ惹起セラレタルカ又ハ結果ノ發生カ(義務ニ違反シテ)防止セラレザリシコトヲ要ス

爰ニ於テ(原因タル)作爲ト(原因ニアラサル)不作爲ノ區別ヲ生ス  
乙 主觀的關係ニ於テハ行爲者カ意思實行ニ際シ結果ヲ豫見シ又ハ豫見シ能ヒシコトヲ要ス爰ニ於テ犯意(故意)及ヒ過失ノ觀念ヲ生ス

第一項 作爲 Das Thun

作爲トハ任意ニ或ル結果ヲ發生セシメタル所ノ動機 (Veranlassung) ナリ作爲ハ行爲ノ一種ニシテ行爲ハ任意ナル意思實行ニ基ク外界ノ變狀(結果ナルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ)而シテ作爲ノ場合ニ於ケル意思ノ實行ハ任意ナル(觀念ニ依テ定メラレタル)身體ノ動作ナリ換言スレハ機械的又ハ生理的強制ニ依ラス任意ニ結果ヲ豫想シテ爲ス所ノ筋肉ノ伸縮ナリ故ニ作爲ハ任意ナル身體ノ動作ニシテ之ニ依テ發生スル外界ノ變狀(結果)ノ原動力ナリト云フ可シ

次ニ作爲ノ場合ニ於ケル結果ハ身體ノ動作ニ因テ發生セルヘカラス即チ身體ノ發動ト外界ノ變狀トハ互ニ原因 Ursache ト結果 Wirkung ノ關係(因果

作爲

事實上ノ引責理由  
法律上ノ引責理由

因果關係  
普通說

關係 Kausalzusammenhang)ヲ保タサルヘカラス

因果關係ノ存在ハ結果ニ對スル事實上ノ引責理由 Imputatio facti, tatsächliche Zurechnung タルニ止マリ結果ニ對スル法律上ノ引責理由 Imputatio iuris, rechtliche Zurechnungトハ全然區別アルコトヲ注意セサルヘカラス (前者ハ客ニシテ後者ハ主觀的關係ナリ)

作爲ノ場合ニ於ケル身體動作ト結果トノ因果關係ハ刑法學上頗ル價值アル問題ニシテ古來學者ノ大ニ研究ヲ費ス一項目タルコトヲ忘ルヘカラス今左ニ少シク此ノ關係ニ付テ説明セント欲ス

身體ノ動作ト結果トノ間ニ因果關係ノ成立スルニハ現ニ發生シタル結果(此ノ時此ノ方法ニ於テ發生シタル結果ヲ指ス)ヲ標準トシテ此ノ結果ヲ生スルニハ此ノ身體ノ動作ナカルヘカラス換言スレハ此ノ身體ノ動作ナカリセハ此ノ格段ナル結果ハ到底發生スルコト能ハサリシト云フ關係ノ存在スルコトヲ要ス如斯現在ノ結果ヲ標準トスヘキカ故ニ假令甲ノ死亡ハ乙

ノ身體動作ナクトモ發生シ得ヘキモ若シ乙ノ身體動作ナカリセハ此ノ格  
 段ナル狀態ニ於ケル死亡ト云フ結果ヲ生セザリシトキハ兩者ノ間ニ因果  
 關係アリト云フヘキナリ蓋シ如何ナル結果ト雖モ他ノ狀態ノ共同作用ニ  
 依ルコトナク單獨ニ身體ノ動作ノミニ依テ發生スルト云フコトハ到底想  
 像スルコトヲ得サルナリ故ニ身體ノ動作ハ結果ニ對スル動機 *Veranlassung*  
 タルヲ以テ足レリトス、要之結果ヲ發生セシメタル總テノ條件ハ結果ニ對  
 シテ各同等ノ價值ヲ有シ其間ニ優劣アルコトナク等シク原因ナリト云ハサ  
 ルヘカラス又同一ノ結果ニ對スル共同ノ原因ハ法律上ノ原因ト認ムヘク  
 原因ノ觀念ハ之ト同時ニ、又ハ後ニ參加シタル共同原因ノ爲メニ其成立ヲ  
 妨ケラル、コトナキナリ之レ獨乙學者間ノ通説ナリ  
 結果ニ對シテ必要ナル條件又ハ最後ノ條件ニ限り結果ニ對スル原因ナリ  
 ト認メタル右説ハ今ヤ其跡ヲ滅シタリト雖モ猶ビンデング氏ノ説ニ依レ  
 ハ結果ノ發生ニ關シ便宜ナル條件ト妨害トナル條件ト互ニ相均勢ヲ保ツ

承説

優勢説  
最有力條  
件説

因果關係  
ニ關スル  
二原則

モノト想像シ原因トハ此均勢ヲ破テ結果ヲ發生セシムル所ノ行爲ヲ謂フ  
 ト論シ(優勢説 *Ubergewichtstheorie*) ビルクマイエル氏モ此ト同説ニシテ同氏  
 ハ最有力ナル條件 *Wirksamste Bedingung* ヲ謂フト論セリ然レモ此等ノ説ハ  
 原因ハ諸條件中ノ唯一個ニノミ存スルコトナリ從テ共同原因ナルモノヲ  
 認ムルコト能ハサルヘク此ノ如キ結論ハ刑事ノ司法制度ト相容レサルモ  
 ノト云フヘク加之ビンデング氏ノ説ニ依レハ結局原因トハ諸條件中最後  
 ニ與ヘラレタル條件ニ存スト云フコトニ歸着スヘク從テ例ヘハ甲カ暗夜  
 ニ歩行スルニ當リ乙カ過テ置キ忘レタル瓶ヲ踏ミ破リタルトキニ於テ甲  
 ノ歩行ノミカ器物毀棄ニ對スル原因トナリ乙ノ過失行爲ハ其原因ニアラ  
 スト云フカ如キ不條理ナル結論ヲ生スヘキナリ而シテ前項ノ説ハ獨逸帝  
 國裁判所刑事部並ニ獨逸民刑學者間ノ通説ナリ、オールスハウゼン氏ハ嘗  
 テビンデング氏ト同説ナリシモ今ハ普通説ニ改メタリ  
 以上説明シタル原因ノ觀念ニ依リ左ノ如キ結論ヲ生スヘシ

一、原因  
コトナル  
セトナル  
要ス

結果ハ身體ノ動作ノミニ依テ生シタルニ非ス身體ノ動作カ行ハレシ當時ノ状態若クハ身體ノ動作後ニ生シタル状態ノ存スルニ非サレハ生セサリシ場合ニ於テモ兩者ノ間ニ因果關係アリト云フヘキナリ例ヘハ創傷ハ致命傷ニ非サルモ當時衰弱シタル被害者ノ身體ニ對シテ與ヘラレタルカ故ニ負傷者ヲ死亡セシメタルカ如キ又ハ負傷者カ入院治療中病院ニ火災起リ爲ニ焼死シタルカ如キ何レモ創傷ハ負傷者ノ死亡ニ對スル原因ナリトス即チ身體ノ動作ハ結果ノ發生ニ關シテ唯一必要的ナルヲ要セサルナリ(例ヘハ創傷ハ絶對致命的タルコトヲ要セサルナリ)

二 結果ハ身體ノ動作ノミニ依テ生シタルニアラス此ト同時又ハ其後ニ參加シタル他人ノ行爲トノ共同作用ニ依ルニアラサレハ發生セサリシ場合ニ於テモ兩者ノ間ニ因果關係アリト云フヘキナリ故ニ因果關係ノ成立ハ第三者ノ過失カ共同原因トナリタル爲メ(例ヘハ醫師カ負傷者ノ治療ヲ誤リタルカ如キ)又ハ被害者ノ不注意ナル舉動ノ爲メ(例ヘハ負傷

二、原因  
コトナル  
セトナル  
要ス

利法上  
失ノ相殺  
メス殺過

者カ應急治療ヲ怠リタルカ如キ)ニ何等ノ障害ヲ受クルコトナキナリ(刑法上過失ノ相殺 *Kulpa-kompensation* ナルモノナシ)

然レトモ假令身體ノ動作ナクトモ現在ノ結果ノ發生ニ對シ何等ノ變更ヲ與フルコトナキ場合ニ於テハ兩者ノ間ニ因果關係ハ成立スルコトヲ得ス殊ニ身體ノ動作ノ目的トシタル結果カ更ニ新ナル獨立シタル原因ノ進行ニ依テ(即チ前ニ與ヘラレタル身體ノ動作ト關係ナク)生シタル場合ニ於テ然リトス例ヘハ甲カ水夫乙ニ致命傷ヲ與ヘタルニ乙カ其負傷ノ爲メニ死亡スル以前ニ於テ不慮ノ暴風起リ突然端縦カ轉覆シ爲メニ乙カ溺死シタリ此ノ場合ニ於テハ甲ノ意思實行ト乙ノ死亡トノ間ニハ因果關係ナク甲ハ單ニ殺人ノ未遂ヲ以テ論セラルヘキナリ反之外形上新ナル原因ノ進行カ前ノ身體ノ動作ニ因テ惹起セラレタルトキハ(即チ身體動作ナカリセハ此ノ原因ノ進行カ發生セサリシトキハ)前ノ身體動作ト結果トノ間ニ因果關係アリト云ハサルヘカラス即チ前例ニ於テ負傷シタル水夫カ負傷ニ因

以上ノ原則ニ對スル例外

リ帆ヲ掌ルノ能力ヲ失ヒ爲メニ端艇カ轉覆シタルナラハ甲ハ乙ノ溺死ニ原因ヲ與ヘタリト云フヘキナリ

前段ノ所論ハ外形上新タナル原因ノ進行カ他人ノ意思實行ニ因テ惹起セラレタル場合ニ於テモ適用スルコトヲ得ヘキナリ即チ新タナル意思實行ハ前ノ意思實行ナカリセハ發生セサリシ場合ニ於テハ前ノ意思實行ト後ノ結果トノ間ニ因果關係ノ成立ヲ認ムヘキナリ例ヘハ森林ノ監視人甲カ出獵者ニ致命傷ヲ與ヘテ其儘森林中ニ放棄シタルニ更ニ森林監視人乙カ之ヲ發見シテ同狩獵者ノ心臟ヲ刺シ瞬間ニシテ之ヲ殺害シタルトキハ乙カ現在行ヒタル意思實行ハ甲カ前ニ同狩獵者ヲ森林中ニ創傷放棄シタル意思實行ナカリセハ發生スヘカラサリシモノナルカ故ニ同狩獵者ノ死亡ハ直接ニ乙ノ爲メニ間接ニハ甲ノ爲メニ原因ヲ與ヘラレタルモノナリト云ハサルヘカラス

以上ノ因果關係ニ付テ論シタル諸般ノ結論ハ例外ナク之ヲ貫徹スルコトヲ得ス即チ左ノ如キ例外アルコトヲ注意スヘキナリ

例外一  
此ノ例外ナキ理由ヘ

例外一 現行刑法第五條ノ規定ニ依レハ教唆ハ結果ニ對スル間接ノ獨立原因ニアラス即チ間接正犯ト認メスシテ他人(正犯)ノ行爲ニ加擔(附隨)ノ性質ヲ有スルモノ(スルモノト認メ同第九條ニ依レハ從犯モ亦正犯ノ行爲ニ加擔スルモノト認メ共ニ正犯ノ與ヘタル結果ニ對シテ原因ヲ與フルモノト認メス此ノ如ク教唆從犯共ニ其結果ニ對シテ一ノ條件(動機)ヲ與フルニ拘ラズ現行刑法ニ於テ之ヲ原因ト認メサル所以ノモノハ立法者カ主犯(Maître)ノ行爲ニ依テ常ニ新ナル且ツ獨立シタル原因ノ進行ヲ發生スト云フ原則ヲ認メタルニ基因ス故ニ此原則ニ適合スル總テノ場合ニ於テ同一ノ結論ヲ生セサルヘカラス隨テ左ノ如キ一般法則ヲ生スヘシ

責任能力者ノ自由ニシテ(強制ニ依ラサルコトヲ意味ス)且ツ故意アル行爲ハ法律上常ニ新ナル獨立シタル原因ノ進行ヲ生シ從テ前ノ意思

實行ト現ニ發生シタル結果トノ間ノ因果關係ノ成立ヲ妨ク(此ノ場合ヲ指シテ普通ニ因果關係ノ中斷ト稱スルモ用字穩當ナラス但民法第二百十九條ハ特別ノ見地ヨリ本文例外ノ法則ヲ認メス)故ニ前例ニ於テ森林ノ監視人乙ハ殺人ノ既遂トナリ反之甲ハ單ニ殺人ノ未遂ヲ以テ論スヘキノミ(本文リスト氏ト同説)

此ト同一理由ニ依リ甲カ丙ニ一ノ創傷ヲ與ヘ其後乙ハ丙ニ他ノ創傷ヲ與ヘ丙ハ此ノ二個ノ創傷ノ爲メニ死亡シタルトキハ乙ハ丙ノ死亡ニ對シテ原因ヲ與ヘタリト云フヘク反之甲ハ丙ノ死亡ニ對シテ原因ヲ與ヘタリト云フコトヲ得サルヘシ(設例一)又ハ責任能力者タル乙カ甲ノ教唆ニ依テ自殺シタルトキハ甲ハ乙ノ死ニ對シテ原因ヲ與ヘタリト云フコトヲ得ス從テ殺人ヲ以テ論スルコトヲ得ス自殺者ノ爲メニ幫助ヲ與ヘタル者(下手者)ハ此ノ限りニアラス(亦然リ但此等ノ場合ニ付テハ刑法第三百二十條第三百二十一條ニ於テ特ニ處罰規定ヲ設

設例一

ケタリ

設例二

フランク氏ハ獨乙刑法註釋ニ於テ教唆ニ關スル獨乙刑法第四十八條ノ規定ヲ根據トシ刑法上ノ原因ハ因果關係カ物理的ニ媒介セラレタル場合ニ限り成立スヘク反之精神的 Psychischeニ媒介セラレタルトキハ成立セスト論セリ所謂精神的ニ媒介セラル、トキトハ自由ニシテ且ツ故意アル責任能力者ヲ介シテ因果關係カ與ヘラル、場合ヲ謂ヒ殺人ヲ教唆シタルモノハ殺人ノ原因ヲ與ヘタルモノニアラス又強姦セラレタル婦女カ貞操ヲ破ラレタルコトヲ憤リ自殺スルモ(設例二)強姦者ハ婦女ノ死ニ對シテ原因ヲ與ヘタルモノニアラスト論セリ思フニフランク氏ノ所論ニ依レハ前段設例一ノ場合ハ物理的因果關係ニ屬シ甲乙共ニ丙ノ死亡ニ對シテ原因ヲ與ヘタルモノトシテ論スルノ主旨ナルヘシト雖モ苟クモ同氏ニシテ獨乙刑法第四十八條教唆ニ當ラサル場合即チ設例二ノ場合ニ於テ因果關係ノ成立ヲ認メサル以上ハ



所謂物理的因果關係ノ場合ニ於テモ自由ニシテ故意アル責任能力者ノ行為カ介在シタルトキハ汎ク刑法上因果關係ノ成立ヲ妨クトノ結論ヲ採ラサレハ論理ノ矛盾ヲ免レス若シ又教唆又ハ從犯ノ如キ特別規定ニ該當スル場合ニ限り刑法上因果關係ノ成立ヲ妨クト云フカ如キ嚴格ナル議論ヲ採ルモノアラハ刑法カ教唆及ヒ從犯ニ關スル特別規定ヲ設ケタル根本的理由ヲ沒却スルモノニシテ皮想的解釋タルノ誹リヲ免レス

若シ設例一ニ關スル卑見ヲ正當ナリトセハ甲乙カ單ニ創傷ノ故意ヲ有シタル場合ニ於テ乙ハ毆打致死刑法第二百九十九條ヲ以テ論セラレヘク甲ハ單ニ創傷ヲ與ヘタルモノトシテ論セラルヘキモノナリ(刑法第三百一條第三項)若シ甲ノ與ヘタル創傷ノ爲メニ丙カ現ニ疾病休業ニ至ルトキハ刑法第三百條又ハ第三百一條第一項若クハ第二項ノ規定ニ從ヒ論セラルヘキ者ナリ但シ此ノ場合ニ關シ刑法第三百五條

結果ノ防止  
爲メトシテ  
セシメタル  
行為トス  
ルモ  
妨グ  
ル  
性  
質  
爲  
ノ  
行  
爲  
ト  
ス

後段ノ規定ヲ適用シ毆打致死ノ刑ヨリ各一等ヲ減シテ處罰スヘキモノナリト論スルモノアルモ同條ハ各共毆者ノ與ヘタル創傷ノ輕重ヲ知ル能ハサル場合即チ何人カ何レノ傷ヲ與ヘタルヤ不明ナル場合ニ關スル規定ニシテ本問ノ如ク甲乙ノ與ヘタル各創傷ノ明了ナル場合ニ適用スヘカラサルヤ明カナリトス(但甲乙同時ニ各丙ニ創傷ヲ與ヘタル場合ニ付テハ結論ヲ異ニスヘキナリ後段副共同正犯說明參照)結果ノ發生ヲ防止セントスル實行々爲ヲ妨クル行為ハ發生シタル結果ニ對シテ原因ヲ與ヘタルモノニシテ而カモ結果ニ對スル實行々爲ト云フコトヲ得ヘキモ結果ノ發生ヲ防止スル爲メノ豫備行為ヲ妨クル行為ハ假令發生シタル結果ニ對シテ一ノ條件即チ原因ヲ與ヘタリト云ヒ得ヘキモ結果ニ對シテ實行々爲ト云フコトヲ得ス(豫備行為ニ屬ス)故ニ例ヘハ甲カ乙ヲ殺害スル故意ヲ以テ乙ヲ創傷シタル後乙カ應急治療ヲ受クル爲メ醫師ヲ招カントスルニ當リ丙カ之ヲ妨害シ乙

設例四

數人共謀シテ同一ナル結果ヲ發生セシムル爲メ又ハ結果ノ發生ヲ防止セサル爲メ共同スルコトノ認識罪ノ實行々爲ノ一部ヲ行ヒタルトキハ(實行々爲ノ一部ヲ開始シ又ハ完成シタルトキハ)各獨立シテ其結果ニ對シ責任

設例三

ハ負傷ノ爲メ遂ニ死亡シタルトキハ甲ハ殺人ノ正犯ニシテ丙ハ從犯ナリ從犯ノ行爲ハ正犯ノ實行後ニ於テモ苟クモ結果ノ發生以前ナラハ成立スヘシ(フランク氏ト同説)此ト同一理由ニ依リ病人乙カ危篤ニ陥リタル際醫師ヲ招カントスルニ當リ之ヲ妨ケ乙ハ遂ニ病死シタリ此ノ場合ニ於テ甲ハ假令乙ノ死亡ヲ希望シタリトスルモ乙ノ死亡ニ對シテ殺人ノ實行々爲アリト云フコトヲ得ス從テ無罪タルヘシ(設例三)反之乙カ治療ヲ受ケントスルニ當リ又ハ服藥セントスルニ當リ之ヲ妨害シタルトキハ其治療又ハ服藥ニシテ現在ノ病死ヲ防止スルニ足ルヘキモノナリシ場合ニ限り甲ハ乙ノ病死ニ對シテ殺人既遂ノ責任ヲ負フヘキナリ(設例四)

ヲ負フヘキコトハ刑法第百四條ニ於テ之ヲ規定セリ反之數人カ共謀セシテ同一ナル結果ノ發生又ハ不防止ニ關與シタルトキハ刑法第百五條又ハ第百九條ニ規定スル教唆又ハ從犯ニ該當セサル場合ニ於テハ各關與者ハ罪ノ實行者トシテ罪責ヲ負フヘキナリ而シテ此ノ場合ハ法律ニ特別ノ規定ナキカ故ニ原則ニ復シ必スシモ實行々爲ニ關與スルコトヲ要セス但此ノ場合ト雖モ前段例外一ニ述ヘタル因果關係ノ成立防止ノ法則ハ適用アルモノトス此ノ場合ヲ稱シテ數人實行 *Mehrfähigkeit* ノ一種タル副共同正犯 *Nebenfärschaft* ト謂フ即チ左ノ如シ

殊ニ過失ノ共同的作用ハ此ノ場合ニ屬ス例ヘハ數人ノ大工カ共ニ通行人ニ注意スルコトナクシテ取毀中ノ建物ノ棟梁ヲ往來ニ投落シ其不注意ナル共同動作ニ依テ通行人ヲ撲殺シタルカ如シ  
故意犯ノ場合ニ於テモ數人ノ實行者カ同時ニ各故意ヲ以テ(但シ共謀ナク)罪ヲ實行シ其共同作用ニ依リ同一ノ結果ヲ生シ又ハ同一ナル結

總則本論 第二卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第一章 行爲 一二二

果ノ發生ヲ防止セザリシトキハ何レモ其結果ニ對シ實行者トシテ責ヲ負フヘキナリ蓋シ此ノ場合ニ於テハ責任能力者ノ自由ニシテ且ツ故意アル行爲カ互ニ相存在スト雖モ此ノ如ク同時ニ實行セラレタルトキハ各實行々爲ハ各新ナル獨立因果關係ヲ生スト云フコトヲ得サルト同時ニ各因果關係ハ他ノ實行々爲ノ爲メニ共成立ヲ妨ケラルト云フコトヲ得ス結局共同シテ同一ノ因果關係ヲ生スト云ハサルヘカラス例ヘハ甲乙何レモ丙ヲ毒殺スルノ故意ヲ以テ共謀ナク各丙ノ飲料水中ニ毒ヲ投シ丙ハ其水ヲ飲ミ中毒死亡シタルトキハ甲乙共ニ毒殺ノ既途ヲ以テ論スヘキナリ(甲乙共ニ丙ノ故意ナキ即チ毒殺ナルコトヲ知ラスシテ之ヲ服用スル行爲ヲ同時ニ利用シテ同時ニ毒殺實行々爲ヲ爲シタルモノナリ)又甲乙各同時ニ丙ヲ創傷シ丙ハ各創傷ノ共同作用ノ爲メ死亡シタルトキハ甲乙共ニ毆打致死ノ責ヲ負フヘキナリ(刑法第二百九條第三百五條前段參照)

例外二

其他一人カ故意ヲ缺キ他ハ故意ヲ有スル場合又ハ一人カ責任無能力者ニシテ他ハ責任能力者ナル爲メ共同正犯ヲ以テ論スヘカラサル場合ニ於テ故意アル者及ヒ責任能力者ハ所謂副共同正犯ニ屬ス

例外二 重キ結果ヲ發生シタル爲メ刑ヲ加重スル所ノ罪 qualifizierten Delikt

(例ヘハ刑法第三百九條以下ニ規定スル毆打創傷罪ノ如シ)ニ付テハ其重キ結果ト身體ノ動作トノ間ノ因果關係ノ發生カ原犯ノ實質ニ適合スル場合ニ限り刑法上兩者間ニ因果關係アリト云フコトヲ得ヘシ換言スレハ意思ノ實行カ吾人ノ經驗ニ依リ普通ニ此ノ結果ヲ生スルニ適合スルモノト認め得ラルヘキ場合ニ限り原因ト云フコトヲ得ヘシ(普通原因説 Theorie der adäquaten Verursachung)蓋シ此ノ種ノ加重罪ニ付テハ犯人カ其重キ結果ニ付テ責ヲ負フニハ犯人ニ於テ其結果ノ發生ニ付テ故意又ハ過失アルコトヲ必要トセサルニ依リ若シ此ノ種ノ犯罪ニ付テモ猶因果關係ニ關スル原則ヲ貫徹スルトキハ行爲者ハ因縁ノ

普通原因説

極メテ粗遠ナル結果ニ對シテモ猶事實上ノ因果關係ヲ理由トシテ其責ヲ負フコトトナリ極メテ不條理ナル結論ヲ生スヘキカ故ニ此ノ種ノ犯罪ニ限リ因果關係ノ原則ニ對シ前記ノ制限ヲ認ムヘキナリ從テ例ヘハ毆打創傷ニ依リ惹起セラレタル病理學上ノ經過カ被害者ノ死ヲ惹起シタル場合ニ限リ毆打致死(刑法第二百九十九條)ヲ以テ論スヘク若シ負傷者カ治療ヲ求ムル爲メ醫師ノ家ニ騎行スル途中ニ於テ落馬ノ爲メ水中ニ落テ溺死シタル場合又ハ負傷者カ入院中流行室扶私病ニ罹リ死亡シタル場合ハ毆打致死ヲ以テ論スルコトヲ得サルナリ

(設例五)反之被害者カ負傷ノ爲其機關ノ一ヲ衰弱セシメタルニ乘シ其局部ニ微菌病ヲ惹起シ爲メニ死亡シタル場合ハ毆打致死ヲ以テ論スヘク刑法第六十九條ノ場合ニ付テハ汽車ノ顛覆又ハ船舶ノ覆没ノ爲メ被難者カ死亡スル場合(船舶覆没ノ爲メ被難者カ餓死スル場合)ヲモ包含スニ限リ同條ヲ適用スヘク反之船舶覆没ノ爲メ被難者ノ家族

設例五

因 普通的原

因 偶然的原

カ被難ノ報告ニ接シ悲哀ノ爲メニ死亡スルモ同條ノ所謂船舶覆没ノ爲メ人ヲ死ニ致シタルモノト云フコトヲ得サルナリ此ノ如ク刑法上結果ニ對スル原因ト認メラル、モノヲ稱シテ普通的原因 *attributione Verursachung* ト謂ヒ反之刑法上結果ニ對スル原因ト認メラレサルモノヲ稱シテ偶然的原因 *Zufällige Verursachung* ト謂フ

(本文ノ說ハフランク氏其他獨乙學者間ノ通說ナリ反之リスト氏ハ因果關係ノ存否ヲ決スルニハ例外一ノ場合ヲ除キ常ニ實際ノ因果關係ノ存否ヲ標準トスヘキモノニシテ其關係カ各個ノ場合ニ於テ普通ノ狀態ニ屬スルト否トハ問フ所ニアテストシ普通的原因ヲ必要トスルノ說ハ主觀的問題ニ屬スル責任問題ト客觀的問題ニ屬スル原因問題トヲ混同スルカ然ラサレハ救フヘカラサルノ矛盾ニ陷ルモノナリト論セルモ本文ノ說ハ原因カ普通のナルヤ否ヤヲ定ムル標準ヲ客觀的標準ニ求ムルモノナルカ故ニ主觀的問題ニ屬スル責任問題ト混同シ

タリト云フコトヲ得ス加之リスト氏ノ所論ニ依レハ負傷者カ入院中  
病院ニ火災起リ爲メニ焼死シタル場合ニ於テモ前ニ創傷ヲ與ヘタル  
行爲ハ負傷者ノ焼死ニ對シテ原因ヲ與ヘタルモノトシテ責任ヲ負フ  
コトトナリ極メテ不條理ナル結論ヲ生スルコトヲ免レサルナリ

第二項 不作為 *Das Unterlassung*

不作為トハ或結果ノ發生ニ對シ任意ニ之ヲ防止セサルコトヲ云フ此場合ニ  
於テハ行爲ノ一要件タル意思ノ實行ナルモノハ身體ノ動作ニアラスシテ  
結果ノ發生ヲ防止シ得ヘキ身體ノ動作ヲ行ハサルコトヲ意味ス而シテ不  
爲モ又行爲ニ屬スルカ故ニ機械的又ハ生理的強制ニ依ラス(任意ナル)觀念  
ニ依テ定メラレタル *motiviert* 行爲者ノ舉動ナリ故ニ例ヘハ倉庫ノ看守者  
カ強盜ノ爲メニ脅迫セラレ(毆打ノ手段ニ依リ)又ハ卒倒シタルニ依リ強盜  
ヲ防ク爲メニ警鐘ヲ報スルコトヲ爲サ、ルルハ看守者ノ意思實行ナルモ  
ノハ存在セス從テ此ノ場合ニ於テ看守者ノ不作為(行爲)アリト云フニトヲ

不作為

得ス

要之不作為ノ觀念ニハ行爲者カ或作為ヲ行フノ能力ヲ有シ且ツ吾人カ要  
求スル作為ニシテ行ハレシナラハ此ノ結果ノ發生ヲ防止シ得ルニモ拘ハ  
ラス之ヲ行ハサリシコトヲ要ス即チ作為カ結果ノ原因タル如ク不作為ハ  
或ル結果ノ發生ヲ防止セサリシコトヲ云フ作為ト結果トノ間ニ原因結果  
ノ關係カ存在スル如ク不作為ト結果トノ間ニ於テモ亦之レニ類似ノ關係  
*Analoges Merkmal* カ存在スルコトヲ認ムヘキナリ此ノ如ク不作為ト結果(外  
界ノ變狀)トノ間ニハ元ヨリ原因結果ノ關係ナシト雖モ因果ノ關係ニ類似  
スル一種ノ關係ノ存在スルコトヲ認メ得ヘキヲ以テ權利ナキ作為者カ其  
結果ニ對シテ責任ヲ負フカ如ク義務ニ違反シタル不作為者モ此ノ特別ナ  
ル條件ノ下ニ於テ自己ノ防止セサリシ結果ニ付テ責任ヲ負フヘキコトハ  
敢テ法律ノ規定ヲ待テ後ニ知ルヘキコトニアラサルナリ此ノ如ク不作為  
カ結果ニ對スル引責理由トナル關係ハ作為カ結果ニ對スル引責理由ト同

不作為ニ  
於ケル意  
思實行ト  
結果トノ  
關係  
不作為  
ニハ因果  
關係ナシ

不作爲ニ  
依ル因果  
關係ノ中

等ノ地位ニアルカ故ニ作爲ノ場合ニ於テ説明シタル(前節)因果ノ關係ヲ中  
斷スルコトニ關スル理論ハ不作爲ノ場合ニ付テモ同様之ヲ認メサルヘカ  
ラス即チ責任能力者ノ法律上ノ義務ニ違背シタル自由ニシテ故意ニ基ク  
不作爲ハ刑法上因果關係ノ成立ヲ妨ケ新タナル因果關係類似ノ關係ヲ生  
スヘキナリ例ヘハ獨乙民法第二百五十四條第二項ニ於テハ負傷者ニ創傷  
治療ノ義務ヲ負ハシメタルカ故ニ若シ負傷者カ其義務ニ違反シテ治療ヲ  
怠リ創傷ノ爲メ死亡シタルトキハ加害者ノ與ヘタル創傷ト負傷者ノ死亡  
トノ間ノ因果關係ハ負傷者ノ義務違反ナル不作爲ノ爲メニ其成立ヲ妨ケ  
ラレ加害者ハ負傷者ノ死亡ニ對シ原因ヲ與ヘタリト云フコトヲ得ス但シ  
應急ノ治療カ負傷者ノ死亡ヲ防止シ得ヘカリシ場合ニ限ルヤ勿論ナリト  
ス(但シ我カ民法上此ノ種ノ義務ヲ規定スル法規ナシ本文リスト氏ト同説)  
之ト同一理由ニ依リ甲カ乙ヲ殺害スル故意ヲ以テ丙ニ毒藥ヲ與ヘタルニ  
丙カ入院治療中看護婦乙アリ丙ノ死亡ヲ希望シ醫師ヨリ與ヘラレタル解

設例一

結果ノ發  
生ヲ防止  
スル行爲  
ヲ妨グル  
行爲

設例二

毒劑ヲ服用セシメス爲ニ丙ハ中毒死亡シタルキハ(設例一)看護婦乙ハ毒殺  
ノ既遂ヲ以テ論スヘク甲ハ毒殺ノ未遂ヲ以テ論スヘキナリ但醫師ノ與ヘ  
タル解毒劑ハ丙ノ中毒死亡ヲ防止シ得ルノ能力アル場合ニ限ルヤ勿論ナ  
リトス反之結果ノ發生ヲ防止スル爲メノ實行々爲ヲ妨ケ爲メニ結果ヲ發  
生セシメタルモノハ積極的行爲即チ作爲ニ依テ結果ヲ惹起シタルモノト  
云ハサルヘカラス例ヘハ甲水中ニ落チ溺死ヲ免レン爲メ將ニ船ニ乗ラン  
トスルニ當リ乙之ヲ妨害シ(作爲ニシテ不作爲ニアラス)甲ハ遂ニ溺死シタ  
ルトキハ乙ノ妨害行爲ハ甲ノ溺死ニ對シテ原因ヲ與ヘタルモノト云フヘ  
ク(此ノ點ニ付テハ反對論ナカルヘシ)從テ前例ニ於テ若シ丙カ甲ヲ水中ヘ  
投込ミタリトスルモ丙ノ行爲ト甲ノ溺死トノ因果關係ハ乙ノ甲ニ對スル  
妨害行爲ニ依テ其成立ヲ妨ケラルヘキナリ(設例二)前例ニ於テ丙カ甲ヲ水  
中ニ投込ミタル後チ之ヲ救助スル爲メニ盡力スルニ際シ丙ノ救助行爲ヲ  
乙カ妨害シタル場合亦同シ

不作爲ノ  
強制

他人ヲ強制シテ作爲ヲ行ハシメタル者ヲ作爲ノ間接正犯トシテ論スルカ  
如ク他人ヲ強制シテ法律上ノ義務ニ屬スル作爲ヲ行ハシメサル者(法律上  
ノ義務ニ違反スル不作爲ノ強制)モ亦作爲ノ間接正犯トシテ論スヘキナリ  
(フランク氏ハ本文ト同説ニシテ不作爲ノ強制ヲ指シテ消極的條件 Negative  
Bedingung ヲ與フルモノト稱セルモ不作爲ハ條件即チ原因ニアラス結果  
ニ對シテ因果關係類似ノ關係ヲ有スルニ依リ結果ニ對スル客觀的引責理  
由トナルモノナレハ此ノ場合ニ條件ナル名稱ヲ附スルハ不當ナリ)從テ前  
段設例一ノ場合ニ於テ丁カ看護婦乙ヲ強制シテ前記ノ不作爲ヲ爲サシメ  
タルトキハ乙ハ無罪ニシテ之ヲ機械トシテ使用シタル丁ヲ毒殺既遂ノ間  
接正犯トシテ論スヘキナリ(設例三)

設例三

十九世紀ノ初半期迄ノ立法例ニ於テハ特ニ不作爲ニ付テ規定ヲ設ケ且ツ  
法文ニ例外トシテ輕ク罰スルノ規定ナキ限リハ作爲ト同様ノ刑ヲ科スル  
コト、ナシタルモ近世立法例ニ於テハ全ク不作爲ニ關スル規定ヲ廢止シ

不作爲ニ  
因果關係  
アリトシテ  
説

消極的條  
件

學說及判例ニ於テ一般ニ作爲ト等シク不作爲ヲ處罰スルコト、ナレリ即  
チ反對ノ規定ナキ以上ハ不作爲ハ作爲ト同様結果ニ對スル物的引責理由  
タルコトヲ認ムルニ至レリ

フランク氏ノ説ニ依レハ他ノ狀況ノ下ニハ此ノ變狀ハ發生セサリシト云  
フ關係ノ存スル以上ハ此ノ狀況ハ此變狀即チ結果ニ對シテ原因ノ關係ヲ  
有ス故ニ若シ此ノ變狀ノ發生カ或狀況ニ依テ防止セラレ得タリシト云フ  
關係ヲ有スル場合ニ於テハ或狀況ヲ與ヘサリシ意思實行ト變狀トノ間ニ  
於テ因果關係ノ存在ヲ認ムヘク即チ不作爲ノ場合ニ於テモ結果ヲ防止セ  
サリシ意思ノ實行ト結果トノ間ニハ因果關係ノ存在ヲ認メ結果ヲ防止ス  
ヘキ意思實行ノ能力アリ且ツ此不作爲ニシテ義務ニ違反シタルトキニ限  
リ此ノ不作爲ハ結果ニ對スル客觀的引責ノ原因ト認ムルコトヲ得ルナリ  
但シ強制ニ依リ他人ノ作爲ヲ妨ケ結果ノ發生ヲ防止セシメサリシトキハ  
不作爲ノ強制ト結果トノ間ニ因果ノ關係ヲ生スヘシ此種ノ強制ヲ稱シテ





基クモノ及ヒ刑法以外ノ法令ニ依リ明示又ハ暗黙ニ要求セラル、モ  
 ノヲ包含ス而シテ(一)刑法ノ規定ニ基クモノトハ例ヘハ刑法第三百四  
 十條ノ規定ニ基キ自己ノ所有地又ハ看守スヘキ地内ニ遺棄セラレタ  
 ル幼者老疾者アルコトヲ知り又ハ疾病ニ罹リ昏倒スルモノアルコト  
 ヲ知リタルトキハ之ヲ扶助シ又ハ官署ニ申告スル義務ヲ負フカ如キ  
 又同法第三百六十四條ニ基キ子孫ハ其祖父母父母ニ對シテ衣食ヲ給  
 與シ其他必要ナル奉養ヲ爲スヘキノ義務ヲ負フノ類是レナリ(二)次ニ  
 刑法以外ノ規定ニ基クモノトハ法律上特別ナル地位ヨリ發生スル所  
 ノ諸般ノ義務例ヘハ官吏公吏タル身分ニ伴フテ法律上科セラレタル  
 所ノ諸般ノ義務例ヘハ行政警察規則ニ依リ行政警察官吏カ人ノ身體  
 財產ニ對スル危難ヲ防衛スル爲メ必要ナル處分ヲ爲ス可キ義務又ハ  
 監獄則ニ依リ典獄看守カ風火震災其他非常ノ急變ニ際シ必要ナル場  
 合ニ於テ囚徒ヲ解放スルノ義務ヲ負フノ類ナリ(三)親權ヲ行フ父又ハ母

カ未成年者タル子ヲ監護スル義務(民法第八百七十九條第七百十四條  
 參照)民事上ノ契約ニ基キ看護婦カ患者ヲ看護スルノ義務鐵道ノ番人  
 カ汽車ニ對スル危險ヲ監視スル義務ノ如キ是レナリ其他諸種ノ行政  
 法規ニ基キ或作爲ヲ爲スヘキ義務ヲ負フ場合ハ枚舉ニ暇アラサルナ  
 リ以上ノ法律上ノ義務アリ且ツ其義務タル作爲ヲ行フノ能力ヲ有シ  
 且ツ此ノ作爲ヲ行ヒシナラハ此ノ結果ノ發生ヲ防止シ得タリシ狀況  
 ニ於テ任意ニ之ヲ防止セザリシト云フ不作爲ハ此ヲ防止セザリシ結  
 果ニ付テ責任ヲ負フノ理由トナルヘキナリ

第二 養キニ自己カ行ヒタル作爲ノ結果トシテ發生スル所ノ或ル現象  
 ヲ防止セサルコトカ普通ノ法律的概念ニ於テ(假令法律ニ明示ナキ場  
 合ト雖モ)法律上ノ義務違背ナリト目セラルヘキ場合例ヘハ捨兒ヲ拾  
 ヒ一旦之ヲ養育スル以上ハ更ニ引續キ之ヲ養育スルノ義務ヲ生スル  
 カ如キ又ハ最初自動車ノ進行ニ原因ヲ與ヘタル者ハ其進行ニ依リ生

スヘキ法益侵害ノ結果ヲ防止スヘキ義務ヲ生スルカ如シ其他外科醫  
カ手術ヲ行フニ當リ其手術ヲ過リタル爲メニ患者カ危篤ニ陥リタル  
場合ニ於テ應急治療方法ヲ施スヘキ義務アルカ如キ又ハ過テ洋燈ヲ  
轉覆シ爲メニ火ノ漫延セントスルニ當リ之ヲ防止スヘキ義務アルカ  
如キ又ハ過テ人ヲ監禁シタル後チ其實ヲ覺リタル以上ハ此カ監禁ヲ  
解クノ義務アルカ如シ

以上ノ防止義務ヲ負ヒ且ツ其義務タル作爲ヲ行フノ能力アリ若シ其作爲  
ニシテ行ハレシナラハ或ル結果ハ發生セザリシ狀況ニ於テ其結果ノ發生  
ヲ防止セザリシ不作爲ハ其結果ニ付テ責任ヲ負フノ理由トナルヘキナリ  
爰ニ注意スヘキハ先キノ作爲ト後ノ結果トノ間ニ於ケル因果ノ關係ニ付  
キ其作爲ノ當初ヨリ犯意ノ存スルトキハ是レ純然タル作爲ニ基ク結果ニ  
シテ此場合ニ於テハ不作爲ノ問題ハ生セザルナリ例ヘハ外科醫カ初メヨ  
リ殺人ノ犯意ヲ以テ患者ニ粗暴ノ手術ヲ施シ依テ患者ヲ死亡セシメタル

不作爲ニ  
モ因果關  
係アリト  
スノ説ニ  
對スル駁

カ如キ又ハ初メヨリ燒燬ノ犯意ヲ以テ洋燈ヲ轉覆シ依テ家屋ヲ燒燬セシ  
メタルカ如キ是ナリ

勝本博士ハ法學新報第十五卷第十一號第十三號參照結果ニ對スル客觀的  
引責理由ハ行爲カ結果ニ對シテ常ニ因果關係アルコトヲ條件トセラレ若  
シ不作爲ニシテ結果ニ對スル因果關係ナシトセハ不作爲ハ結果ニ對スル  
引責ノ理由トナルヘキモノニアラスト云ヒ不作爲カ結果ニ對スル因果關  
係ナキコトヲ認ムル論者カ不作爲モ亦結果ニ關スル引責ノ理由トナルヘ  
シト論スルハ論理ニ矛盾アリト斷定セラレタリ然レトモ博士ハ如何ナル  
證據ニ依テ此ノ前提ヲ認メラレタルヤ博士ハ此ノ前提ニ付テハ敢テ論議  
ヲ要セスト斷定セラレタルモ余輩ハ此ノ點コソ却テ大ニ博士ノ論議ヲ値  
スルモノト信ス思フニ博士ノ所謂因果關係ナルモノハ獨乙普通ノ學說ト  
等シク現ニ發生シタル結果ヲ標準トシテ此ノ結果ヲ生スルニハ此ノ身體  
ノ動作ナカルヘカラス換言スレハ此ノ身體ノ動作ナカリセハ此ノ格段ナ

ル結果ハ到底發生スルコト能ハサリシト云フ關係ノ存在スルコト更ニ換言スレハ若シAナカリセハBハ發生セサリシ若クハ發生セサリシナラントノ判斷ノ與ヘラル、場合ニ於テAトBトノ間ニ因果關係アリトノコトヲ意味スルナルヘシ而シテ博士ノ所謂作爲ノ義務アルモノ、不作爲カ(勿論違法ノ不作爲ヲ指スモノナラン)其發生ヲ防止シ得ヘカリシ結果ニ對シテ前掲ノ意味ニ於ケル因果關係ナシトスルモ吾人普通ノ觀念(Gewöhnlichen Leben)ニ於テ結果ニ對シ此ノ如キ關係ヲ有スル不作爲ヲ全然不問ニ付スルコトヲ不當ナリトセハ作爲カ結果ニ對シテ因果關係ヲ有スル場合ト同シク之ヲ客觀的引責ノ理由ト認メテ不可ナルノ理由那邊ニカアル加之刑法各本條ニ於テ例ヘハ人ヲ殺スモノハトアル文字ハ前掲ノ不作爲ニ關スル場合ヲ包含セスト解スヘキ嚴格ナル理由ノ存セサルニ於テヲ宜ナルカナ近世刑法ノ法制ニ於テ不作爲ヲ處罰スヘキ特別ノ規定ヲ設クルコトヲ廢止シ學說並ニ判例ニ於テ法文ニ反對ノ明文ナキ限り作爲ト等シク不

作爲ヲ問責スルニ至リタルハ誠ニ理由アリト云ハサルヘカラス要之特定ノ條件(現在ノ結果ノ發生ヲ防止シ得ヘキ作爲ヲ爲シ得ヘキニモ拘ハラス法律上ノ義務ニ違反シテ之ヲ爲サ、リシコトヲ要ス)ノ下ニ於テ不作爲ヲ作爲ト等シク結果ニ對スル客觀的引責理由ト爲ス所以ノモノハ不作爲カ結果ニ對シテ因果關係ヲ有スルカ故ニアラスシテ作爲カ結果ニ對スル客觀的引責理由タルカ如ク不作爲モ亦結果ニ對スル客觀的引責理由トスルノ必要ニ出タルモノト云ハサルヘカラス而シテ作爲カ結果ニ對シテ因果關係ヲ有スルカ如ク不作爲モ亦防止セサリシ結果ニ對シテ因果關係ヲ有スト云ヒ得ルヤ否ヤハ結局因果關係ト云フ名稱ノ適用問題ニ屬ス即チ純粹ナル術語ノ爭 terminologische Streitfrage ニ過キス從テ不作爲カ結果ニ對シテ因果關係ヲ有スト論シ得ルト否トニ拘ハラス特定ノ條件ノ下ニ於テ不作爲ハ結果ニ對スル客觀的引責理由タル關係ニ於テ作爲ト同等ノ地位ニアルモノト云ハサルヘカラス故ニリスト氏ハ曰ク不作爲ハ如何ナル時ニ

ル結果ハ到底發生スルコト能ハサリシト云フ關係ノ存在スルコト更ニ換言スレハ若シAナカリセハBハ發生セサリシ若クハ發生セサリシナラントノ判斷ノ與ヘラル、場合ニ於テAトBトノ間ニ因果關係アリトノコトヲ意味スルナルヘシ而シテ博士ノ所謂作爲ノ義務アルモノ、不作爲カ(勿論違法ノ不作爲ヲ指スモノナラン)其發生ヲ防止シ得ヘカリシ結果ニ對シテ前掲ノ意味ニ於ケル因果關係ナシトスルモ吾人普通ノ觀念(*gewöhnlichen Leben*)ニ於テ結果ニ對シ此ノ如キ關係ヲ有スル不作爲ヲ全然不問ニ付スルコトヲ不當ナリトセハ作爲カ結果ニ對シテ因果關係ヲ有スル場合ト同シク之ヲ客觀的引責ノ理由ト認メテ不可ナルノ理由那邊ニカアル加之刑法各本條ニ於テ例ヘハ人ヲ殺スモノハトアル文字ハ前掲ノ不作爲ニ關スル場合ヲ包含セスト解スヘキ嚴格ナル理由ノ存セサルニ於テヤ宜ナルカナ近世刑法ノ法制ニ於テ不作爲ヲ處罰スヘキ特別ノ規定ヲ設クルコトヲ廢止シ學說並ニ判例ニ於テ法文ニ反對ノ明文ナキ限り作爲ト等シク不

作爲ヲ問責スルニ至リタルハ誠ニ理由アリト云ハサルヘカラス要之特定ノ條件現在ノ結果ノ發生ヲ防止シ得ヘキ作爲ヲ爲シ得ヘキニモ拘ハラス法律上ノ義務ニ違反シテ之ヲ爲サ、リシコトヲ要ス)ノ下ニ於テ不作爲ヲ作爲ト等シク結果ニ對スル客觀的引責理由ト爲ス所以ノモノハ不作爲カ結果ニ對シテ因果關係ヲ有スルカ故ニアラスシテ作爲カ結果ニ對スル客觀的引責理由タルカ如ク不作爲モ亦結果ニ對スル客觀的引責理由トスルノ必要ニ出タルモノト云ハサルヘカラス而シテ作爲カ結果ニ對シテ因果關係ヲ有スルカ如ク不作爲モ亦防止セサリシ結果ニ對シテ因果關係ヲ有スト云ヒ得ルヤ否ヤハ結局因果關係ト云フ名稱ノ適用問題ニ屬ス即チ純粹ナル術語ノ爭 *terminologische Streitfrage* ニ過キス從テ不作爲カ結果ニ對シテ因果關係ヲ有スト論シ得ルト否トニ拘ハラス特定ノ條件ノ下ニ於テ不作爲ハ結果ニ對スル客觀的引責理由タル關係ニ於テ作爲ト同等ノ地位ニアルモノト云ハサルヘカラス故ニリスト氏ハ曰ク不作爲ハ如何ナル時ニ

於テ因果關係ヲ生スルヤト云フ問題ハ重要ニアラスシテ不作爲ハ如何ナル場合ニ於テ違法ナリヤ又結果ノ發生ヲ防止セスト云フコトハ如何ナル條件ノ下ニ於テ作爲ト同等ノ地位ニ立ツヘキモノナリヤト云フノ問題ハ極メテ肝要ナリト謂ヘリ要之勝本博士カ結果ニ對スル客觀的引責理由ハ結果ニ對スル因果關係ノ存在スル場合ニ限ルトノ前提ヲ認メラレタルコソ却テ獨斷的ニアラサルカ

勝本博士ハ作爲ノ義務アル者ノ不作爲ハ結果ニ對スル因果關係ヲ有スト論セラレタルモ事實ニ於テ不作爲ノ場合ニ於ケル身體動作ト防止セサリシ結果トノ關係ハ作爲ノ場合ニ於ケル身體動作ト結果トノ關係ト異ナルモノアルコトヲ認メサルヘカラス即チ作爲ノ場合ニ於テハ現在ノ結果ハ現ニ行ハレタル身體動作トノ間ニ或ル關係ヲ生スルモ反之不作爲ノ場合ニ於テハ現在ノ結果ハ單ニ吾人カ不作爲者ニ對シテ豫期シタルニ止マル(未タ行ハレサル)所ノ身體動作ト或ル關係ヲ有スルニ止マル換言スレハ前

者ハ物的(外界ニ現ハレタルモノ)現象カ結果ニ的シテ物的關係ヲ生シ後者ハ單ニ吾人ノ豫期シタル(假令法律上ノ義務ニ屬スト雖モ)現象タルニ止マリ未タ外界ニ表ハレサルモノカ防止セサリシ結果ニ對シテ無形ノ關係ヲ有スト云フニ止マル然ルニ勝本博士ハ不作爲ノ場合ニ於テ不作爲者ノ義務ニ屬シタル作爲ハ物的ノモノナリト斷定シ從テ此ノ物的ノ作爲ヲ爲ササリシト云フ意思實行ト結果トノ間ニモ等シク物的關係ヲ生スト論セラレタルモ不作爲者ノ義務ニ屬スル作爲カ未タ實行セラレサル以上 其作爲ハ常ニ心裡ノ状態ニ屬ス故ニ博士カ未タ行ハレサル作爲ヲ指シテ物的ノモノナリト斷定シタルハ到底速斷タルヲ免レス要之作爲ノ場合ニ於ケル意思ノ實行ハ任意ナル身體動作ニシテ不作爲ノ場合ニ於ケル意思ノ實行ハ義務ニ屬スル身體ノ動作ヲ任意ニ行ハスト云フコトニ存ス博士曰ク「若シ夫レ不作爲者ノ義務付ケラレタル作爲ト防止セサリシ結果トノ關係カ物質的關係ナルコトニ付尙ホ了解シ難キモノアランカ嫁姆ハ小兒ノ墜

落ヲ防カンカ爲メニ設ケラレタル椽側ノ手スリヲ代表シ其小兒ノ墜落ヲ防止スヘク義務ツケラレタル状態ハ若干錢ヲ投スレハ之ニ乗リタル人ノ重量ヲ指シ示スヘク仕組マレタル自働衡器又ハ若干時ヲ經過スルキハ目覺ヲ鳴ラスヘク發條ヲ捲キ上ケラレタル時計ト異ナラサルコトヲ會得セハ疑問ハ容易ニ氷解スルコトヲ得ヘシト然リ姪婦カ小兒ノ墜落ヲ防止スヘク義務ツケラレタル状態ハ實ニ博士所論ノ如シト雖モ以上ノ比喩ハ此以上何等ノ意味ヲ有セス姪婦カ履行セサリシ義務ノ目的タル作爲即チ小兒ノ墜落ヲ防止スト云フコトハ其義務ヲ履行セサル以上ハ心裡ノ状態タルニ止マリ到底物的ノモノト云フコトヲ得サルナリ故ニリスト氏ハ結果ヲ防止セサル不作爲(結果ノ原因ニアラス)ハ結果ノ原因タル身體動作(作爲)ト共ニ各獨立シテ犯罪ノ構成要件タル行爲ノ一種ニ屬スト論セリ要之博士カ不作爲者ノ義務ツケラレタル作爲ハ假令作爲トシテ外界ニ現ハレサルモ此ノ想像的作爲ト防止セサリシ結果トノ間ニ物的關係アリトノ趣旨ヲ

論セラレタルコソ却テ明白ナル誤謬ナリト云ハサルヘカラス終リニ不作爲ニ因果關係アリヤ否ヤト云フコトハ前段既ニ論シタルカ如ク用語ノ爭ヒニ過キスト雖モ不作爲ニ因果關係ナシトノ說ハ果シテ博士ノ謂フ如ク當初ハ多少ノ同意者アリタルモ現今漸ク其數ヲ減シタルカ余輩ノ信スル所ニ依レハ其數ニ於テリスト氏ト同說ヲ採ルモノ多キヲ見ル(リスト氏ハ前ニ因果關係アリトノ說ヲ採リ今ハ之ヲ改メタリフランク氏ハ前ニハ因果關係ナシトノ說ヲ採リ今ハ因果關係アリトノ說ニ改メタリ)然レトモ贊成者ノ多寡必スシモ眞理ノ存否ヲ決スルニ足ラス要ハ前段所論ノ内容ニ入テ其可否ニ付敢テ識者ノ高教ヲ待ツヘキノミ

勝本博士ハ責任ノ原因タル行爲ハ自由意思ニ出テタルコトヲ前提トシ從テ刑法上ノ因果關係ハ自由意思ニ基ク行爲ニ依リ中斷セラルトノ結論ヲ認メ此ノ論根ニ依リ獨乙法曹中一般ニ認ムル法則即チ故意ニ基ク行爲介入スルトキハ因果關係中斷セララル、ト云フ法則ヲ説明セントスルモ余輩

ノ見ニ依レハ獨乙法曹ノ一半ハ博士カ謂フ如ク刑法上責任ノ原因タル行爲ハ自由意思ニ出タルコトヲ必要トスルニアラス(意思自由説 Indeterminismusニ依ラス)リスト氏ト等シク Determinismus 意思確定説ニ依ル者ニシテ從テ元來他人ノ任意ニシテ即チ機械的又ハ生理的強制ニ依ラス觀念 Vorstelljungニ依テ定メラレタル motiviert (自由意思 Willensfreiheit トハ全然關係ナシ)故意アル行爲ハ因果關係ノ成立ヲ妨クヘキモノニアラサルモ法律ハ其犯ノ規定ニ於テ教唆及ヒ從犯ニ關スル特別規定ヲ設ケ此等ノ行爲ハ正犯ノ行爲ニ附屬スルモノニシテ刑法上結果ニ對シテ當然客觀的引責ノ理由トナルヘキモノニアラサルヲ明示シタルニ依リ此ノ立法主旨ヲ推究シテ茲ニ故意アル行爲ニ限り因果關係ヲ中斷ストノ法則ヲ認メタルモノト信ス即チ博士カ自由意思ニ出テタル行爲介入スルトキハ因果關係ヲ中斷スルヲ原則トスルニ反シ獨乙法曹ノ一半ハ任意ナル行爲(自由意思ト云ハス)ハ因果關係ノ成立ヲ妨ケサルヲ原則トシ故意アル行爲ニ限り(從テ過失

有意ハ總テ行爲ノ關係ニ對スルニ  
爲ハ總テ行爲ノ關係ニ對スルニ  
因果關係ノ成立ヲ妨ケサルヲ原則トスルニ

ニ基ク行爲ハ然ラス)例外トシテ因果關係ヲ中斷スルモノナリト論スルモノニシテ此ノ點ニ關シ全然博士ノ見解ト其立論ノ根據ヲ異ニセルコトヲ注意セサルヘカラス

勝本博士ハ獨乙法曹ノ一般カ因果關係中斷ノ理由ナリト認ムル所ノ所謂任意ニシテ故意アル行爲 vorsätzliche Handlung 中ニハ過失行爲ヲモ包含シ從テ故意並ニ過失行爲(即チ苟クモ他人ノ有意ノ行爲ハ)ハ其ニ因果關係ヲ中斷スルコトハ獨乙法曹ノ一般ニ認ムル所ナリト斷定セラレタルハ誤レリ獨乙法曹ノ一般ハ故意アル行爲 vorsätzliche Handlungト過失ニ基ク行爲 Unlässige Handlung トハ常ニ區別シテ之ヲ用ヒ管テ之ヲ混同シタルコトヲ見ス例ヘハリスト氏ハ

Daher steht der Annahme des Kausalzusammenhanges die mitwirkende Fahrlässigkeit eines dritten oder das unvorsichtige Verhalten des Verletzten selbst nicht im Wege (keine „Kulpa-kompensation“ im strafrecht.)

即チ第三者ノ共同的過失又ハ被害者ノ不注意ナル舉動ハ因果關係ノ成立ヲ妨ケス(過失ノ相殺ナシ)ト論セルニ依テ見ルモ其一端ヲ伺ヒ知ルヘキナリ加之博士ノ所論ヲ貫徹セハ過失行爲ハ因果關係ヲ中斷スルカ故ニ他人ノ過失行爲ヲ利用シテ或結果ヲ惹起スルモ例ヘハ看護婦ヲ欺罔シ毒藥ヲ正藥ト取り間違ヘシメ之ヲ患者ニ服用セシメ患者ヲ中毒セシメタルカ如キ看護婦カ自己ノ過失行爲ニ付テ責任ヲ負フハ格別之ヲ利用シタルモノハ患者ノ中毒ト云フ結果ニ付テ責任ナキコト、ナリ(教唆ニ付テハ明文アルモ此ノ場合ニハ明文ナキカ故ニ)極メテ條理ニ反スルノ結論ヲ生スヘシ而カモ獨乙法曹ノ一般ハ此ノ場合ニ於テ因果關係ノ中斷ヲ認メス所謂間接正犯トシテ之ヲ處罰スト論セルニアラスヤ要之以上ノ不條理ナル結論ハ博士カ自己ノ見解タル自由意思說ヲ根據トセル因果中斷說ヲ以テ此ト根據ヲ異ニスル獨乙法曹一般ノ認ムル因果關係中斷說ヲ說明セントシタル根本的誤謬ニ基因スルモノト謂フヘキナリ要之余輩ノ見解ニ依レハ任

責任更新  
對新  
辯駁

意ニシテ故意アル行爲ハ原則トシテハ因果關係ノ成立ヲ妨クヘキモノニアラサルモ獨乙刑法並ニ我カ現行刑法ニ於テハ教唆從犯ニ關シ特別ノ規定ヲ設ケタルニ依リ其立法ノ主旨ヲ推究シテ遂ニ任意ニシテ故意アル行爲ハ因果關係ノ成立ヲ妨ク(不作爲ニ付テモ亦同シ)トノ例外ヲ認ムヘキモノニシテ博士ノ如ク自由ナル有意ノ行爲(故意過失ヲ含ム)ハ原則トシテ因果關係ヲ中斷ストノ說ヲ是認スルコトヲ得ヌ又岡田博士ノ如ク此ノ場合ヲ指シテ因果關係ノ中斷ニアラスシテ責任更新ナリト云フノ說法學協會雜誌第二十三卷第三號參照ヲ是認スルコトヲ得ヌ殊ニ岡田博士カ此ノ場合ハ因果關係ノ中斷ナク責任ノ更新ナリト論シ責任能力者ノ自由ニシテ故意又ハ過失ニ出テタル(主觀的引責理由ノ具備シタル)行爲カ結果ニ對シテ因果關係ヲ有スルコトヲ認メナカラ(客觀的引責理由ノ具備スルコトヲ認ムルニ拘ハラズ)單ニ中斷說ノ缺點ヲ舉クルニ止マリ(卑見ニ依レハ實ハ缺點ニアラス)何カ故ニ此場合ニ於テ其責任ヲ更新スルヤノ理由ニ付何等



ノ説明ヲ與ヘラレサルヲ遺憾トス卑見ニ依レハ責任能力者ノ自由ニシテ故意アル行爲ハ因果關係ノ成立ヲ妨クルカ故ニ結果ニ對スル物的引責理由ヲ缺クコト、ナリ從テ前ニ事實上ノ原因ヲ與ヘタル者ハ此ノ結果ニ對シテ責任ヲ負ハサルコト、ナルヘク從テ茲ニ責任更新ト云フ結論ヲ生スルナリ故ニ此ノ場合ニ於テ因果關係ノ中斷ト云ヒ或ハ責任ノ更新ト云フハ單ニ其觀察ノ立脚點ヲ異ニシタルニ過キスシテ岡田博士ノ所謂責任更新ナルモノハ此ノ範圍内ニ於テ吾輩カ所謂物的引責理由ノ更新ト同意義タルヲ免レサルヘシ果シテ然ラハ岡田博士ハ吾輩ノ認ムル所ノ刑法上ノ因果關係中斷說ヲ否認シナカラ直ニ責任更新論ヲ採ラレタルハ前提ヲ有セサル結論ニシテ論理ニ誤リアリトノ非難ヲ免レサルヘシ

### 第三節 行爲ノ時及ヒ場所

行爲ヲ分テ作爲及ヒ不作爲ト爲スカ故ニ行爲ノ時及ヒ場所ニ關スル問題モ作爲及ヒ不作爲ノ場合ニ分テ説明セント欲ス

行爲ノ時  
及ヒ場所

### 第一項 作爲ノ時及ヒ場所

作爲ハ意思實行即チ身體ノ動作(原因)ト外界ノ變狀(結果)トニ依テ成立シ不可分ノモノナルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ故ニ若シ此ノ二個ノ要件カ時又ハ場所ヲ異ニシテ發現シタルトキハ(間隔犯 *Distanzverbrechen*)行爲ハ何所ニ於テ發生シタリヤ換言スレハ犯罪ハ何時又何所ニ於テ發生シタリヤノ問題ヲ生スヘシ

作爲ノ時  
及ヒ場所

間隔犯

意思實行ト結果トハ相俟テ始メテ一個ノ作爲ヲ完成シ互ニ分離スルコトヲ得サルカ故ニ此ノ二個ノ要件カ共ニ内地ニ發生シタルトキニ限り作爲ハ内地ニ於テ發生シタリト云フコトヲ得ヘク又二個ノ要件カ同一法律ノ有效期間内ニ發生シタルトキニ限り作爲ハ同一ノ法律ノ支配ヲ受クルコトヲ得ヘキモ反之若シ二個ノ要件ノ一カ内地ニ發生シ他ハ外國ニ於テ發生シタルトキハ此ノ不可分ナル作爲ハ内地又ハ外國何レニ於テモ發生シタリト云フコトヲ得ス此ト同一理由ニ依リ身體ノ意思實行ヨリ結果ノ發

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第一章 行爲 一四九  
第三節 行爲ノ時及ヒ場所

間隔犯ノ  
時及ヒ場  
所ヲ定ム  
ルニ付テ  
標準ノ  
第一説

生スル迄ノ間ニ於テ内國法律ニ變更アルトキハ其作爲ハ舊法又ハ新法何  
レノ時代ニ於テモ發生シタリト云フコトヲ得サルヘシ  
此ノ如ク作爲ノ時及ヒ場所ヲ決スルニ作爲ノ二要件ヲ以テ標準トスルト  
キハ極メテ不都合ナル結果ヲ生スルカ故ニ此二要件中何レカ一ツヲ以テ  
此カ標準トセサルヘカラス而シテ此ノ標準ニ付テハ左ノ諸説アリ

第二説

第一説 意思實行ヲ以テ標準トスル説キツチンゲル氏ベーリング氏  
クマイエル氏フインゲル氏フランク氏フォンバル氏ヘルシユテル氏  
メルケル氏マイエル氏ローゼンフェルド氏シユナイドレル氏ゾイフェ  
ルト氏リスド氏其他國際私法諸學者ノ主張スル所此ノ説ヲ稱シテ行爲  
者所在地説 *Aufenthaltheorie* ト稱スルモ意思實行ノ場所ハ必スシモ行爲  
者ノ所在地ト一致スヘキモノニアラサルカ故ニ此ノ名稱ハ穩當ナラス  
第二説 結果ヲ以テ標準トスル説ヘーベルリン氏ノイマイエル氏ノ主張  
スル所此説ノ根據トスル處ハ行爲ノ特質ハ結果ニ依テ定マル例ヘハ殺

第三説

人ノ特質ハ被害者ノ死亡ト云フ結果ニ依テ定マリ之カ原因タル意思實  
行即チ或ハ鐵砲ヲ射ツトカ又ハ刀ヲ以テ切ルト云フコトニ存セサルカ  
如シ加之刑法ノ目的ハ法益ノ保護ニ存スト云フニアリ然レモ此ノ説ハ  
意思實行ニ重キヲ置カサルカ故ニ假令被害者ノ死亡ト云フ結果ヲ生ス  
ルモ其行爲ハ故殺ナリヤ過失殺ナリヤ將タ毆打致死ナリヤヲ判定スル  
コトヲ得ス從テ行爲ノ特質ヲ定ムルコトヲ得サルノ誹アリ

第四説

第三説 中間ノ結果 *Zwischenresultat* ヲ標準トスル説最近ノ違法ナル結果ヲ  
標準トスル説此ノ説ハ第二説ノ變體ニシテ例ヘハ殺人罪ノ場合ニ於テ  
ハ致死ノ原因トナリタル創傷ヲ生シタル時及場所ヲ以テ殺人罪ノ時及  
場所トスル説(ベッツ氏レーウエ氏フォンヒッペル氏等ノ主張スル所)  
第四説 意思實行及結果ヲ以テ等ク標準トスル説獨乙帝國裁判所判例ベ  
ルチル氏ビンチング氏フォンリ、エンタール氏オールスハウゼン氏タ  
ーフエル氏バハ氏バハヘンフェルド氏等ノ主張スル所此説ハ明ラカニ

總則本論 第二卷 犯罪ノ普通構成條件 第一章 行爲 一五三  
第三節 行爲ノ時及ヒ場所

國際私法ニ適用スルコトヲ得サルカ故ニ不當ナリトノ非難アリ

第四説ノ一種ニシテ身體ノ動作ト因果トノ因果關係ヲ單一ノモノト認メ此ノ關係ノ接續スル總テノ時及場所ヲ以テ行爲ノ時及場所トスル説此ノ説ニ依レハ例ヘハ文書ニ依テ人ヲ誹毀スル場合ニ其文書ヲ在獨乙ノ人ニ送付スル爲メ之ヲ郵送シタルトキハ此ノ文書ノ經過シタル總テノ國ハ本罪ノ場所ト云フヘク此ノ説ハピンヂング氏カルケル氏等ノ主張スル所ナルモ此ノ説ノ主張者モ前掲例示ノ場合即チ經過犯(Transitverbrechen)ニ付テハ例外トシテ此ノ原則ヲ適用セスト論セリ此ノ説ノ根據トスル所ハ行爲ハ意思實行ト結果トヨリ成リ不可分ナルカ故ニ若シ二者カ時及場所ヲ異ニシテ發生シタルキハ其行爲ハ何レノ時及場所ニ於テモ發生セザリシト云フカ若クハ何レノ時及場所ニ於テモ發生シタリト云フカノ外ナカルヘク而シテ前段ノ斷定ハ實際不都合ヲ生スルカ故ニ之ヲ採ルコトヲ得ス從テ結局後段ノ斷定ヲ採ラサルヘカラスト云フ

至第二説  
ノ第四説  
ノ缺點

ニアリ

然レトモ以上第二乃至第四ノ説ハ左ノ如キ事實上並ニ法律上ノ缺點アリ

- (1) 結果ヲ標準トスルトキハ結果カ發生シタル時ニ於テモ猶罪カ行ハレタリト云ハサルヘカラスト從テ例ヘハ行爲者カ毒藥ヲ他人ニ與フル時ニハ責任無能力者タリシモ後被害者カ之ヲ服用シ中毒死亡スル當時ニ於テ責任能力者トナルモ尙ホ毒殺ノ責任ヲ負フコト、ナリ主觀的引責理由ハ意思實行ノ當時ニ存在スルコトヲ要ストノ定論ト矛盾スヘシ
- (2) 結果ヲ以テ標準トスルトキハ其結果ハ最後ノ結果第二説ノ如クニ依ルヘキカ將タ中間ノ結果(第三説ノ如ク)ニ依ルヘキカ若クハ何レノ結果ニ依ルモ可ナルカ不明ナリ(殊ニ毆打致死ノ場合ニ於テ此ノ疑問ヲ生スヘシ)加之結果ハ行爲者ノ豫期セサル場所ニ於テ發生スルコトアルヘク從テ犯罪ノ場所ハ不確定トナルヘシ

意思實行  
標準ト  
スル  
可ト  
ス

(3) 結果ヲ標準トスルトキハ新聞紙條例違犯ノ罪ノ如キ同條例ニ違犯シテ  
公布セラレタル新聞紙ノ各購讀者ノ所在地カ何レモ犯罪地ニシテ裁判  
管轄ヲ有スルコト、ナリ無數ノ裁判管轄ヲ生スルカ如キ不可思議ナル  
結論ヲ生スヘシ

(4) 結果ヲ標準トスルトキハ意思實行ノ當時ニハ處罰ノ規定ナク結果ノ發  
生當時ニ於テ始メテ處罰規定カ施行セラレタルトキト雖モ猶其行爲ヲ  
處罰セサルヘカラサルノ結論ヲ生ス可シ

要之行爲ノ時及場所ヲ定ムル標準ハ意思實行ニ依ルノ外ナク此ノ標準ハ  
刑法ノミナラス刑事訴訟法其他總テノ法律區域ニ於テモ等シク適用アル  
ヘキナリ(ベッツ氏クリース氏フォンリ、エンタール氏フォンリスト氏ト  
同説反之ビンヂング氏フオン、パール氏ベンネツケ氏パッハ氏ハ刑訴ノ區  
域ニ於テハ其標準ヲ異ニスヘキナリト論セルモ立論ノ理由ニ乏シ)

明治三十五年九月第二三〇八號明治三十六年一月十九日宣告大審院判決ニ依ルヘシ

不作爲ノ  
時及場所

敗清酒ヲ模造シ造石税ノ免除ヲ得ントシタル犯罪行爲カ現行酒造税法施行後ナル  
トキハ其清酒ノ醸造カ施行前ニ係ル場合ト雖モ現行酒造税法ヲ適用スヘキモノト  
スト解セルハ正當ナリ

### 第二項 不作爲ノ時及場所

不作爲ニ於ケル意思實行ハ法律カ命シタル作爲ヲ行ハサルコトニ存スル  
カ故ニ不作爲ニ於テハ意思實行ノ時及ヒ場所ハ法律カ命シタル作爲カ行  
ハルヘカリシ時及ヒ場所ニ存ス從テ純正不作爲犯並ニ不純正不作爲犯ノ  
時及ヒ場所ハ不作爲者ノ義務ニ屬スル作爲ノ行ハルヘカリシ時若シ作爲  
ヲ爲スヘキ義務ガ或ル時間殘續スルトキハ其最終ノ時及ヒ場所ニ依テ定  
マル

以上ノ時及場所  
ノ時及場所  
ノ時及場所  
ノ時及場所  
ノ時及場所

一 教唆及從犯ノ時及ヒ場所ハ教唆及從犯(幫助)ノ意思實行ノアリシ時及

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 行爲 一五五  
第三節 行爲ノ時及ヒ場所