

又
17

中央大學廿八年
法律學部講義錄
實習科講演

刑法效力連續犯
泉二新熊

036013-000-9

ス-17ハ

實習科講演

泉二新熊/述

[M37?]

BBP-0634



實習科講演

法學士 泉 二 新 熊 講義
卒業生 荻野 對助 編輯



刑法ノ效力

刑法ノ效力トハ刑法カ一定ノ時ニ一定ノ場所ニ於テ一定ノ人カ犯シタル犯罪ヲ支配シ得ル状態ナリ故ニ刑法ノ效力ノ問題ハ(一)刑法ハ如何ナル時ニ犯サレタル犯罪ニ適用サレ(二)如何ナル場所ニ生シタル犯罪ヲ支配シ(三)如何ナル犯人ヲ處罰シ得ルヤノ問題ナリ故ニ其效力ハ時ニ關スルモノ、土地ニ關スルモノ及ヒ人ニ關スルモノ、三種ニ別ツコトヲ得ヘシ

(一) 時ニ關スル刑法ノ效力

實習科講演 刑法ノ效力

第一 刑法ノ時ニ關スル效力ニ付テハ刑法ハ如何ナル時ニ犯サレタル犯罪ヲ支配シ得ルヤ詳言セハ刑法ハ何時ヨリ犯罪ヲ支配シ得ルヤ(實施)刑法ハ其實施以前ニ犯サレタル犯罪ヲ支配スルコトヲ得ルヤ(遡及力)刑法ハ何時ヨリ犯罪ヲ支配スルコト能ハサルニ至ルヤ(廢止)ノ問題ヲ生ス然レトモ本講演ニ於テハ特ニ最モ趣味アル遡及力ニ關スル部分ニ付テ説明スルニ止メント欲ス

刑罰法規ニ遡及力(リニクウイルクンデー、クラフト)即チ實施以前ニ犯サレタル所爲ヲ支配スル效力ヲ認ムヘキヤ否ヤノ問題ニ付テハ原理上ノ見地ヨリシテ二箇ノ相異ナリタル見解ヲ生ス即チ一説ハ犯罪ノ所爲ハ其犯サレタル當時ニ實施力アル法規ニ依リテノミ之ヲ處斷スルコトヲ得換言スレハ刑罰法規ニ遡及力ヲ認ムヘキモノニアラスト主張スルモノニシテ他ノ一説ハ凡テ裁判ヲ爲スニ當リテハ獨リ判決當時現行ノ法規ノミ適用セラルヘキモノニシテ既ニ廢止サレタル法規ハ縱令所犯當時ニ實施力ヲ有スルニセヨ適用セラルヘキモノニアラス何トナレハ立法者ハ新ニ法律ヲ制定シ之ニ準據センコトヲ期スルモノナレハナリ從テ刑罰法規ニ遡及力ヲ認メサルヘカラスト論スルモノナリ

然レトモ此兩見解ハ何レモ之ヲ正義ノ觀念ニ鑑ミ其原則ニ對スル例外ヲ認メ輕キ法律ニ遡及力ヲ有セシメ重キ法律ヲ排斥セントスル點ニ於テ相一致セリ即チ刑罰法規ニ遡及力ヲ拒否スル學者モ判決當時ニ刑ノ制裁ナキ行爲(作爲、不作爲)ハ所犯當時ノ法律ニ依リテ罰セラルヘキモノニアラス又之ト均シク判決當時ノ法律ニ於テ輕ク處斷セラル、行爲ニハ舊法ノ重キ刑ヲ科スヘキモノニアラサルコトヲ認メ遡及力ヲ認ムル學者モ所犯當時刑ノ制裁ナカリシ行爲ハ其後ノ發布ニ係ル法律ニ依テ處罰セラルヘキモノニアラス又輕キ刑ノ制裁アリタル行爲ハ新法ノ重キ刑ニ依テ處斷スヘキモノニアラスト認メタリ而シテ前者ノ理由トスル所ハ立法者ノ表示シタル見解ニ依リ處罰若クハ重キ科刑ハ既ニ不必要ナルコト明白ナリト云フニアリ後者ノ理由トスル所ハ處罰若クハ重キ科刑ハ違犯セラレサル法律ニ依リテ爲スコトヲ得スト云フニアリ

是ニ由リテ之ヲ觀レハ此二ノ見解ハ實際上ニ於テ殆ト同一ノ結果ヲ生スルモノナルカ如シ然レトモ新舊兩法ノ刑ニ輕重ナキトキ即チ刑ノ相等シキ場合ニ於テハ第一ノ見解ニ依レハ舊法ヲ適用スヘク第二ノ見解ニ依レハ新法ヲ適用セサル

ヘカラサルノ差異ヲ生スルコトニ注意スヘシ學說ニアリテハヘルシユネル、ラッサレ
 1. フンリス、トウエヒテル等第一ノ見解ヲ採リ、ガツバ、キヨストリン、ゼーゲル等第二ノ見
 解ヲ維持セリ立法例ニアリテハ我現行刑法ノ如キハ前者ニ一致シ、埃國刑法(一八
 五二年)ノ如キハ後者ニ一致セリ

余輩ノ所見ニ依レハ第一ノ見解ヲ以テ正當ナリト信ス蓋シ豫メ法律ニ定メタル
 刑罰ヲ以テスルニアラサレハ如何ナル所爲ト雖モ之ヲ處罰スルコトヲ得サルハ
 刑法上ノ大原則ニシテ所犯後ノ頒布ニ係ル法律ノ刑ハ豫メ定メラレタル刑罰ニ
 アラサルカ故ニ新法ニ當然遡及力ヲ認ムルハ此原則ニ反スルノミナラス凡ソ法
 律ハ特別ノ規定ナキ限ハ實施後ニ生シタル事實ノミヲ支配スヘキコトハ法理上
 ノ原則ナレハナリ(法例一)若シ夫レ一派ノ學者ノ論スルカ如ク此原理上ノ區別ヲ
 無視シ漫然輕キ法律ノ適用ヲ原則ナリトスルトキハ新舊兩法ニ輕重ノ差ナキ場
 合ニ於テ何レヲ適用スヘキヤノ問題ハ遂ニ解釋スルコト能ハサルニ至ルヘシ
 此二箇ノ見解ノ外極端ナル反對主義アリ一説ニ曰ク或犯罪行為ヲ處斷スルニハ
 常ニ所犯當時ニ實施力ヲ有セル法律ノミヲ適用スヘキモノナリ換言スレハ新法

ハ其輕キ場合ニ於テモ法理上遡及力ヲ有スヘキモノニアラスト他ノ一説ニ曰ク
 何等ノ例外ナク判決當時ノ法律ヲ適用スヘキモノナリ換言スレハ常ニ新法ノ遡
 及力ヲ認ムヘシト前説ハベッケルノ主張スル所ニシテ純然タル法理論トシテハ敢
 テ批難スルコトヲ得スト雖モ既ニ立法者カ不必要ナリトセル處罰若クハ重キ刑
 罰ヲ科スル必要ナシトナセルモノヲ強テ維持セントスルハ正義ノ觀念ニ適セサ
 ルノミナラス我現行法ノ解釋トシテハ採用スルノ餘地ヲ存セサルナリ後説ハ古
 代羅馬法ニ於テ採用セラレタル所ニシテ法理ニ反シ道理ニ背キ人民ノ自由ヲ無
 視シ暴君ノ擅恣ヲ補助スルノ弊アルヲ以テ到底採用スル能ハサルモノナリ是レ
 佛國立憲議會(L'Assemblée constituante)カ千七百八十九年八月二十六日ノ人權布告
 (La Déclaration des droits de l'homme)ニ於テ刑罰ハ所犯前ノ法律ニ依リテノミ之ヲ科
 シ得ヘキコトヲ宣言シタル以來各國刑法カ之ヲ明文ニ規定スルニ至リタル所以
 ナリ

第二 所犯ノ時ヨリ判決ノ時ニ至ルマテノ間ニ於テ法律ニ數次ノ變更ヲ生スル
 場合ニ於テハ輕キ中間法律ヲモ比照スヘキヤ否ヤニ付テハ學說區々ニシテ未タ

歸一セサル所ナリ我現行刑法ノ規定モ又此解釋ヲ決定シタリト云フコトヲ得スト雖モ一見積極說ニ從ヘルモノナルカ如キ感ナキニシモアラス然レトモ余ハ純理上消極說ヲ正當ナリト信ス何トナレハ既ニ述ヘタル如ク犯罪ニ適用セラルヘキ法律ハ獨リ所犯當時ノ法律ノミニシテ之ヲ排斥シ得ルモノハ判決當時ニ實施力アル且所犯當時ノ法律ニ比シ輕キ法律ノミナリ然ルニ中間ノ法律ハ違反セラレタル法律ニモアラス又判決當時有效ニ行ハル、法律ニモアラサルヲ以テ何レノ點ニ於テモ特定ノ犯罪行為ト全ク關係ナキモノト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ此中間ノ法律ヲ比照スヘキモノニアラサルヤ明カナリ若シ夫レ獨逸刑法ノ如ク明文ヲ以テ中間法律ヲモ比照スヘキ旨ヲ解決シタルモノニアリテハ單ニ犯人ニ對シテ恩惠的ノ趣旨ニ出テタルモノナルヘク理論上ノ可否ハ暫ク措キ論爭スルノ餘地ヲ存セサルナリ然レトモ斯ノ如キ問題ハ實際ニ於テ發生スルコト稀ニシテ僅ニ特別刑法等ニ於テ其例ヲ見ルコトヲ得ヘキノミ

第三 新舊兩法ヲ比照シテ其輕重ヲ決スルニハ總體ノ結果ヲ標準トナサ、ルヘカラス即チ獨リ刑ノ種類大小ノミナラス科刑ニ影響スル凡テノ事情例ヘハ除責

ノ原因、加重減輕ノ原因、親告、時效等ヲ斟酌スルコトヲ要ス故ニ新舊法ノ比照ニ於テハ兩法ノ何レカ大體ノ組織ニ於テ寬大ナルヤヲ抽象的ニ決スヘキモノニアラス又各條ニ規定シタル刑ト刑トノ種類ノ輕重ノミヲ以テ決スヘキモノニアラシテ具體的ニ特定ノ事件ニ對シテ何レヲ適用スルトキハ犯人ニ最モ利益ナル結果ヲ生スルヤヲ觀察シテ之ヲ定メサルヘカラス然レトモ兩者ヲ分解シテ其個々ノ規定ヲ結合スヘキモノニアラサルヤ勿論ナリ蓋シ斯ノ如キハ新舊何レノ法ニモ屬セサル一種特別ノ法規ヲ制作スルノ結果ヲ生スレハナリ

第四 刑法ノ時ニ關スル效力ニ付キ繼續犯ノ所爲カ一部舊法時代ニ跨ル場合ニハ種々ノ疑問ヲ生ス即チ(一)舊法ニ於テ其行為カ罰スヘキモノニアラサリシトキ新法ニ依リテ之ヲ罰スルヲ得ルヤ否ヤ(二)舊法カ新法ヨリ輕キ刑ヲ科シタル場合ニハ何レヲ適用スヘキヤ(三)新法カ其行為ヲ罰セサルトキハ如何ニスヘキヤ等是ナリ而シテ(一)ハ之ヲ積的ニ決セサルヘカラス蓋シ繼續犯ヲ組成セル各個動作ハ其レ自體ニ於テ既ニ犯罪構成要件ヲ具備スルヲ以テ所犯時ノ異ナルニ從ヒ各動作ヲ分離スルコトヲ得ヘク而シテ犯罪タル行為ハ新法頒布ノ時ヨリ始マリタル

モノト見テ舊法ニ關係ナク新法ノミヲ適用スヘキモノト論セサルヘカラス故ニ
 此場合ハ正確ニ論スルトキハ遡及力ニ關スル問題ヲ生セサルモノナリ何トナレ
 ハ舊法時代ノ行爲ニ關係ナク新法頒布以後ノ行爲ヲ新法ニ依リ處罰スルニ止マ
 レハナリ唯特ニ茲ニ説明シタル所以ノモノハ繼續犯ナルモノ、性質上疑ヲ抱ク
 者アルヲ以テ單ニ注意的説明ヲ爲シタルノミ次ニ(二)ニ付テモ又新法ヲ適用スヘ
 キモノトス蓋シ此場合ニハ凡テノ動作ヲ一括シテ一犯罪ト見ルヘキモノニシテ
 之ニ對スル科刑ハ新法ノ重キ場合ニ於テモ尙ホ之ヲ適用セサルヘカラス何トナ
 レハ其犯罪ハ一個ノ犯罪トシテ新法ノ下ニ於テ終局シ犯人ハ新法ノ支配ノ下ニ
 行動シタルモノナレハナリ(三)ノ場合ニ於テハ極メテ普通ノ場合ニシテ新法以前
 ノ動作ニ關シテハ新法ヲ適用ス何トナレハ舊法ヨリ輕キ法律ナレハナリ
 第五 既ニ述ヘタル如ク新舊兩法ヲ比較スルニハ凡テノ規定ヲ總括シテ特定ノ
 事件ニ對スル結果如何ヲ觀察シ以テ其輕重ヲ定ムヘキモノニシテ獨リ兩法ニ於
 テ特定ノ行爲ト同種ノ行爲ニ對シ抽象的ニ定メタル刑ノ範圍ノミノ輕重ヲ以テ
 標準トナスヘキモノニアラス刑法改正案第二條ノ如キハ稍、此點ニ付キ疑ヲ生ス

ルノ餘地アルモノト云フヘシ然レトモ凡テノ他ノ事情相等シキコトヲ前提トス
 ルトキハ兩法ニ規定シタル刑ノ輕重ニ依リテ決スヘキモノナリ而シテ此刑ノ輕
 重ハ特別ノ施行法ヲ以テ之ヲ規定セサルヘカラス舊法並ニ新法中各自刑ノ輕重
 ヲ定ムル規定ハ新舊兩法同一ナル場合ノ外標準トナスコトヲ得ス何トナレハ一
 法カ重シトスル所他法之ヲ輕シトナシ其間矛盾ノ存スル場合ニ於テハ何レノ法
 ニ依リテ決スヘキヤ未決ノ問題ナレハナリ唯變更セラレタル刑法カ特別刑法ニ
 屬シ普通刑法ニ依リテ其兩法ノ刑ノ輕重ヲ定メ得ル場合ニ於テハ固ヨリ施行法
 ノ發布ヲ必要トセサルナリ若シ夫レ特ニ新舊法ノ輕重ヲ決スヘキ標準ニ關スル
 法規ノ存セサルニ於テハ條理ヲ以テ之ヲ決定スルノ外ナカルヘシ而シテ今條理
 ニ依ル刑ノ輕重ヲ察スルニ凡ソ左ノ如クナルヘシ

(一) 死刑ハ他ノ何レノ刑ヨリモ重シ

(二) 體刑(死刑ヲ除ク)ハ概シテ財産刑ヨリ重シ然レトモ極メテ短期ノ體刑ハ巨額
 ノ財産刑ヨリ輕シ

(三) 體刑ヲ比照スルニハ主刑ヲ標準トナスヘシ然レトモ他ノ條件ニシテ全ク等

シキトキハ附加刑ノ有無輕重ニ依リテ決スルヲ得ヘシ(所犯情狀ノ重キモノヲ重シトナス如キハ新舊法比照ノ場合ニ用キルコトヲ得サル規定ナリ)

(四) 死刑以外ノ體刑中ニアリテハ刑期ノ長期ノ長キモノヲ重シトシ長期ノ等シキトキハ定役アルモノヲ重シトス長期及ヒ定役ノ有無共ニ同一ナルトキハ短期ノ長キモノヲ重シトス

(五) 財産刑中ニアリテハ其額ノ多キモノヲ重シトス

新舊法ノ比照ニ付キ困難ナル場合ノ一例トシテガロー氏ハ次ノ場合ヲ掲ケテ自ラ之ヲ解答シタリ曰ク例ヘハ舊法ハ單ニ罰金ヲ科スルモ其併科ヲ許シ且裁判官ニ酌量減輕ノ權能ヲ認メス之ニ反シ新法ハ禁錮ノ刑ヲ科スルモ其併科ヲ許サス且被告ノ利益ノ爲メニ酌量減輕ヲ爲スノ權ヲ裁判官ニ認メタルトキハ新舊兩法何レヲ輕シトスヘキヤ此場合ニ於テハ輕キ刑ヲ規定スル舊法ヲ適用スルト同時ニ新法ヲモ適用シテ罰金ヲ科スルモ併科スルコトヲ許サス且酌量減輕ヲ行フヘシ蓋シ是レ犯人ニ利益ナル規定ノ各個ニ付テ兩法ヲ適用スルニ外ナラサルカ故ニ所謂兩法ノ結合ニ依リ任意ノ刑ヲ制作シタリトノ批難ヲ容ルヘキモノニアラ

スト然レトモ之ヲ以テ兩法ヲ結合シタルモノニアラストスルハ畢竟附會ノ說タルヲ免カレス故ニ其所爲カ果シテ新法ノ酌量減輕ヲ適用スヘキ情狀アリヤ否ヤヲ審査シ其情狀アルトキハ酌量減輕ヲ行ヒ且併科ヲ爲サル結果ト舊法ノ適用ニ依ル結果トヲ比照シテ犯人ニ利益ナル刑ヲ適用セサルヘカラス然レトモ新舊兩法ノ輕重ハ之ヲ比照スルコト能ハサル場合ナシト謂フコトヲ得ス斯ノ如キ場合ニ於テハ原則ニ依リテ舊法ヲ適用セサルヘカラス若シ夫レ斯ノ如キ場合ニハ比照スルコト能ハサルカ爲メ適用スヘキ法律ナシ從テ其所爲ハ之ヲ無罪トセサルヘカラスト論スルカ如キニ至リテハ一顧ノ價值タモナキモノト云フヘシ

第六 刑罰法ノ變更ハ確定判決ヲ經タル事件ニ影響ヲ及ホスコトナキハ疑ナシ故ニ確定判決後ニ輕キ新法ノ發布アルトキハ唯大權ノ發動ヲ以テ刑ノ執行ヲ減免スルノ外救済ノ方法ナシ然レトモ第一審ノ判決ヲ經テ上訴審ニ繫屬スル事件ニ付テハ疑ヲ生スル餘地アリ蓋シ此場合ニ於テハ上訴審ノ性質如何ニ依リテ差異ヲ生スルニ至ル即チ第二審ニ繫屬中法律ノ變更アルトキハ裁判所ハ輕キ新法

ヲ適用セサルヘカラス上告審ニ於テハ判決カ法律ニ違背セルヤ否ヤヲ裁判スヘキモノニシテ事實審裁判所ノ判決カ法律ニ違背セルヤ否ヤヲ決スルニハ原判決當時ノ法律ヲ標準トセサルヘカラサルカ故ニ之ヲ現行刑法及ヒ刑事訴訟法ノ關係ヨリ觀察スルトキハ原則トシテハ輕キ新法ヲ適用スルコトヲ得ス或ハ曰ク刑法第三條第二項ニ未タ判決ヲ經ストアルハ確定判決ヲ經サルノ意ナルヲ以テ事件カ苟モ上告審ニ繫屬シテ未タ確定セサル場合ニハ常ニ原判決ヲ破毀シ輕キ新法ヲ適用スヘキモノナリト然レトモ上告審ニ於テハ法律ニ違背シタル裁判アルニアラサレハ之ヲ破毀スルコトヲ得ス而シテ法律ニ違背シタルト云ヒ得ル場合ハ刑事訴訟法第二百六十八條第二項及ヒ第二百六十九條ニ限定セラレタルカ故ニ上告審ニ於テ原判決ヲ破毀スルニハ必ス此規定ニ依ラサルヘカラス然ルニ原判決後ニ輕キ新法ノ發布セラレタル場合ニ於テハ原判決ハ新法ヲ適用スルコト能ハサルコト論ヲ俟タス否ナ其當時ニハ適用セラルヘキ新法ナカリシカ故ニ原判決カ新法ヲ適用セサリシノ點ヲ以テ擬律ノ錯誤アリト云フコトヲ得ス又法則ノ不適用若クハ不當ノ適用アリトモ云フコトヲ得サルナリ況ヤ其他ノ破毀ノ原

因ニ該當セサルコトハ明瞭ナルヲ以テ上告審ニ於テハ斯ノ如キ場合ニハ原判決ヲ破毀スルコトヲ得サルヘク從テ新法ヲ適用スヘキ餘地ヲ存セサルナリ是レ刑事訴訟法ノ規定ヨリ生スル缺點ナリト雖モ解釋論トシテハ眞ニ已ムヲ得サルナリ若シ夫レ現今ノ判例ニ於ケルカ如クスノ如キ場合ニ於テモ原判決ヲ破毀シ輕キ新法ヲ適用スルカ如キハ解釋上余雖ノ服スルヲ得サル所ナリ然レトモ刑事訴訟法第二百八十七條又ハ第二百九十二條第二項ニ依リ上告裁判所カ直チニ判決ヲ爲ス場合ニ於テハ必ス新法ヲ適用セサルヘカラス次ニ又上告裁判所カ他ノ點ニ付キ原判決ヲ破毀シ之ヲ他ノ裁判所ニ移シタル場合ニ於テ其移送ヲ受ケタル裁判所カ其事件ヲ裁判スルニハ輕キ新法ヲ適用スヘキハ論ヲ俟タス

第七 裁判所構成法及ヒ刑事訴訟法ノ變更モ亦被告ノ利害ニ影響ヲ及ホスコト尠少ナラサルコト疑ヲ容レス然レトモ此等ノ規定ハ刑ノ有無又ハ其輕重ヲ定ムルモノニアラスシテ單ニ現在ニ於テ犯罪ヲ處斷スル機關ノ組織若クハ犯罪處斷ノ手續ヲ定ムルニ過キササルモノナルカ故ニ縱令舊法ニ遵フテ裁判所ヲ構成シ又ハ裁判ヲ爲スコトカ被告ノ爲メ利益ナリトスルモ舊法ヲ適用スヘキモノニアラ

スシテ常ニ新法ヲ適用セサルヘカラス然レトモ此場合ニハ刑法ノ遡及力ニ關スル問題ナシ即チ常ニ新法ヲ適用スルコトハ刑法不遡及ノ原則ニ反スルモノニアラス何トナレハ此場合ニハ現在ノ訴訟手續ヲ現在實施力アル法律ニ依リテ爲スニ過キサルモノニシテ既往ノ訴訟手續ニ新法ヲ適用スト云フカ如キ遡及の規定ノ存スルニアラサレハナリ

第八 刑法ハ法律關係ノ創設ヲ主眼トスルモノニアラスシテ寧ロ他ノ法域ニ於テ設定セラレタル法律關係ヲ確保スルヲ目的トスル所謂保護法ノ性質ヲ有スルカ故ニ他ノ法域ニ於ケル規定ノ變更ニ因リ間接ノ影響ヲ受クルコト尠ナカラス從テ非刑罰法ノ變更ニ因リ解釋上犯罪ノ有無若クハ刑罰ノ輕重ニ關シテ犯人ニ利益ナル結果ヲ生スルトキハ新ナル非刑罰法モ亦其レ自身ニ於テ刑法第三條第二項ニ依リ遡及スヘキヤ否ヤノ問題ヲ生スヘシ而シテ此問題ニ關シテハ次ノ三種ノ見解アリ

一 積極說ニ曰ク法律ハ新舊ノ法ヲ比照スルコトヲ規定スルノミニシテ新舊ノ刑罰法ヲ比照スヘシト謂ハサルカ故ニ輕キ非刑罰法モ亦遡及力アリ又新舊法

ノ比照ハ之ヲ抽象的ニ爲スヘキモノニアラスシテ具體的ニ爲スヘク且行爲ハ新刑罰法ノ下ニ爲サレタルモ行爲ニ關スル諸種ノ法律關係ハ舊法ニ依リテ判斷セラルヘキモノナリトノ擬制ハ之ヲ許スヘキモノニアラサルヲ以テ特定ノ場合ニ於テ罪ノ有無及ヒ罪ノ輕重ニ直接又ハ間接ニ影響ヲ及ホス所ノ總テノ法規ハ悉ク之ヲ斟酌セサルヘカラサルカ故ニ非刑罰法モ亦其刑罰法ノ内容ニ變更ヲ生セシムル範圍内ニ於テハ其遡及效ヲ認メサルヘカラストベルネル及ヒリスト等ハ此後段ノ見解ヲ採ル

二 消極說ニ曰ク單純ナル文字ノ解釋トシテハ新舊ノ法ト謂フ中ニハ新舊ノ非刑罰法ヲモ包含スト見ルヲ得ヘキモ之ヲ前後條文ノ關係ニ照ストキハ刑罰法ノミニ局限セラレタルコトヲ知ルニ難カラス且非刑罰法ハ一面ヨリ見レハ輕キ場合アルコトアルモ他ノ一面ヨリ見ルトキハ重キコトアルヘキカ故ニ其比較ヲ爲スコト不能ナルヲ以テ輕重比照ノ目的トナリ得ルモノハ刑罰法ニ限レリトマキエルオルスハウセン等ハ此後段ノ見解ヲ採レリ

三 折衷說ハ細別シテ三種トナス

(イ) 非刑罰法ノ變更ノ理由ニ因リテ其遡及スルヤ否ヤヲ區別ス其趣旨ニ曰ク非刑罰法ノ變更カ遡及力ヲ有スルハ舊キ非刑罰法カ不必要ナルカ若クハ苛酷ニ過クルカ爲メ新ナル非刑罰法ニ依リテ變更セラル、場合ニ限ルト

(ロ) 非刑罰法ノ變更カ刑罰法ニ及ホス影響ニ依リテ區別ヲ立ツルモノアリ其主旨ニ曰ク非刑罰法ノ變更ニ因リ刑法ノ保護ヲ受クル或客體カ其性格ヲ喪失スル場合ニハ該客體ニ對スル將來ノ侵害ハ罰スルコト能ハサルモ是レ法ノ輕キカ爲メニアラスシテ罰スルコトノ不能トナレルカ爲メナリ從テ輕キ新法アリト云フコトヲ得ス之ニ反シテ非刑罰法ノ變更ニ依リ或客體ハ其從來ノ性格ヲ失フコトナキモ法律保護カ全部又ハ一部除去セラル、トキハ遡及スヘキ新法アリ例ヘハ質權ノ成立要件、貨幣ノ意義、婚姻ノ成立條件等ヲ規定スル法律ハ刑法ノ保護物體ヲ狭少ナラシムルノミニシテ保護ヲ變更セサルカ故ニ遡及效ナシ之ニ反シテ例ヘハ行爲ノ違法ナルコトヲ除去スル規定ノ如キハ法律保護其モノニ變更ヲ加フルモノナルカ故ニ遡及效ヲ有スルモノナリト

(ハ) 非刑罰法規ノ變更カ犯罪ノ概念ヲ變更スルヤ否ヤニ因リテ區別ヲ設クル

モノアリフランクノ説明ニ依レハ犯罪ノ概念ニ變更ナキ場合ニハ非刑罰法ノ變更ハ爾後或種ノ行爲ハ犯罪タラサルコトヲ意味スル場合アルニ過キサレモノニシテ刑法上遡及力ヲ有セス之ニ反シテ非刑罰法規ノ變更カ同時ニ犯罪ノ概念ヲ變更スルトキハ刑法第三條第二項ノ適用アリト言ヘリフォン、シヨワルツエーハ非刑罰法カ犯罪ノ概念ヲ變更セサル場合ノ一例ヲ示シタリ曰ク後見人カ被後見人ト私通シタル後(刑罰法ハ之)成年時期ニ關スル法律規定ノ變更アリ其新法ニ依ルトキハ所犯當時ニ於テモ被後見人ハ成年タリシ場合ニ於テ法律改正後ニ判決ヲ爲スヘキトキハ尙ホ舊法ヲ適用セサルヘカラス蓋シ此種ノ行爲ヲ處罰スルノ理由ハ單ニ未成年タルコトニアラスシテ寧ロ後見人カ被後見人ニ對スル忠實關係ヲ破ルノ點ニアリ即チ忠實關係ハ此犯罪ノ概念ヲ構成スルモノナリ然ルニ此關係ハ成年ノ時期ニ關スル規定ノ偶然ナル變更ニ依リテ何等ノ影響ヲ受クヘキモノニアラス故ニ此判決ニ於テハ舊法ニ從テ後見人ヲ處罰セサルヘカラスト

蓋シ第一說ハ簡單明瞭ニシテ適用上困難ヲ生スルコトナシ然レトモ第二說ニ於

テ批難セラル、理由ニ因リ到底維持シ得サル説ナリ若シ夫レ強ヒテ第一説ヲ維持セント欲セハ次ノ如キ説明ヲ用キルコトヲ得ヘシ曰ク非刑罰法ノ變更ハ刑罰法規ノ構成ニ實質的變更ヲ生スルカ故ニ此變更カ犯人ニ利益ナル結果ヲ生スル場合ニハ常ニ新ナル輕キ刑罰法ヲ生スヘシ即チ遡及效ハ非刑罰法其モノニアラスシテ非刑罰法ニ依リテ變更ヲ受ケタル新刑罰法ニアリ尙ホ換言スレハ刑罰法ノ構成實素タル概念ヲ規定スル法規ハ刑罰法ノ一部ヲ成スカ故ニ此種ノ法規ノ變更ハ同時ニ刑罰法ノ變更ナリト此論法ニ依ルトキハ論理ノ間然スル所ナシト雖モ此見地ヨリ觀察スルトキハ事實狀態ノ變更モ亦新ナル刑罰法ヲ生スルノ原因トナルヘシ何トナレハ刑罰法規ノ構成實素ヲ成スモノハ法規關係ノミニアラスシテ事實關係モ亦其實素タルヲ得ヘク即チ此種ノ事實關係ハ刑罰法規ノ一部ナルカ故ニ此種ノ事實狀態ノ變更ハ即チ刑罰法規ノ變更ナリト云ヒ得ヘケレハナリ例ヘハ無線電信全國ニ普及シ條線電信其跡ヲ絶ツノ曉ニハ爾後電線切斷ノ罪ナキニ至ルヘク刑法第六十四條ハ其保護物ヲ縮少セラルヘシ茲ニ人アリ電信條線ヲ切斷シテ電氣ヲ不通ニ至ラシメタル後未タ判決ヲ經サル前ニ於テ條線

電信全廢セラレタリト假定セヨ論者ハ能ク此場合ニ刑法第三條第二項ヲ適用シテ犯人ヲ無罪タラシメントスルカ論者ハ條線電信一時廢絶シテ無線電信之ニ代リ其後更ニ條線電信採用セラル、トキハ其都度刑法第六十四條ニ變更ヲ生スルモノトナスカ論者ハ事實狀態ノ變更ハ當然新法ヲ制定スルノ效力ヲ有ストナスカ恐ラクハ此質問ヲ肯定スルコトヲ得サルヘシ故ニ此論法ヲ以テ第一説ヲ辯護セントスルモ其結果ニ於テ到底維持スルコト能ハサルニ至ルヘシ第三ノ見解ハ一面ノ眞理ヲ包含スト雖モ是レ亦畢竟維持スルコトヲ得サル説ナリ何トナレハ既ニ存スル或非刑罰法規カ刑法上遡及力ヲ有スト云フ以上ハ他ノ種類ノ非刑罰法規ニ於テ然ラスト云フ論據ナケレハナリ我輩ハ第二説ニ贊同スルモノナリ而シテ之ト同時ニ第三條第二項ハ新舊兩刑罰法ノ存在ヲ前提トスト主張スルモノナリ何トナレハ新舊ノ刑罰法ヲ比照スト云フ以上ハ新ナル刑罰法ノ存在ヲ前提トナスコト論ヲ俟タサレハナリ然ラハ如何ナル場合ニ新ナル刑罰法アリト云ヒ得ルカ

(イ) 新法カ舊法ニ於ケルト同種ノ行爲ニ刑罰ヲ科シタルモ單ニ刑ノ程度若クハ

分量ヲ減輕シタルニ過キサル場合ニハ新ナル刑罰法アリ

(ロ) 新法カ舊法ニ於ケル一定ノ行爲ニ對スル刑罰ヲ廢止シタル場合ニモ輕キ刑罰法アリ而シテ此場合ニ於テハ新刑罰法全體ノ解釋上其行爲カ罰スヘキモノニアラサルコト、ナルカ故ニ舊刑罰法ニ比照スヘキ新刑罰法ハ全部的ニ之ヲ觀察セサルヘカラス

以上述フル所ヨリ生スル重ナル結果ハ左ノ如シ

(一) 苟モ刑罰法其モノニ變更ナキ以上ハ縱令他ノ法規ニ變更アリタルカ爲メ其解釋上犯罪人ニ利益ナル結果ヲ生スルコトアルモ此法律ヲ其頒布以前ノ行爲ニ關シテ適用スルコトヲ得ス例ヘハ所犯當時ノ年齢計算法ニ依レハ犯人ハ滿十二歳トナルモ新計算法ニ依レハ所犯當時滿十二歳ニ達セサルトキハ何レノ計算法ニ依ルヘキカ前ノ計算法ニ依ラサルヘカラス

(二) 法律ハ一定ノ期間ニ犯サレタル行爲ノミニ刑ヲ科スルコトヲ得ヘシ斯ノ如キ場合ニハ苟モ其期間内ニ犯サレタル行爲ハ其期間ノ經過後ト雖モ亦處罰セサルヘカラス何トナレハ此場合ニハ新法カ舊法ヲ廢止シタルニアラスシテ同

一法律カ一定期間後ニ於テ生シタル行爲ニ付テハ處罰ノ必要ナキニ至ルニ過キサルヲ以テナリ

(三) 新法カ處罰スルコト若クハ其程度ニ關シテ舊法ヲ廢止變更スルニアラサレハ新舊ノ刑罰法規ナシ換言スレハ新法ハ舊法ニ於ケル罰令ヲ認メサルコトヲ意味スル場合ニ限リテ遡及力ヲ有シ得ルモノニシテ刑罰法ノ保護物件カ他ノ法規ノ變更ニ依リ其範圍ヲ減縮スルコトアルモ新ナル刑罰法ヲ生スルコトナシ故ニ例ヘハ一圓銀貨ノ通用ヲ禁止シタル勅令ノ發布以前ニ一圓銀貨ヲ僞造行使シタル者ハ今日ニ於テハ尙ホ刑法第百八十三條ニ依リテ處罰シ得ヘシ又民法施行前實際上ノ配偶者ヲ有シタル婦女カ他ノ男子ト私通シタリトシテ今日ニ於テ訴ヘラレタリトセハ所犯當時ニ婚姻ノ届出ナカリシコトヲ理由トシテ姦通罪ヲ不問ニ付スルコトヲ得サルヘシ蓋シ此等ノ關係ハ舊法規ニ依リテ之ヲ解釋スヘキモノナルカ故ニ此等ノ概念ヲ含メル刑罰法規モ亦其保護物體ノ範圍ニ付テハ影響ヲ受クルモノナリト雖モ決シテ新ナル刑罰法トナリタルニアラサルナリ獨逸學者中獨逸民法第二百二十八條及ヒ第九百四條ヲ基礎ト

シテ民法ノ規定カ刑法上遡及力ヲ有スヘキモノナルコトヲ論スル者アリ其第二百二十八條ニハ所謂緊急状態ニ於ケル行爲ハ違法ニアラスト規定シ第九百四條ニハ所有者ノ方面ヨリ觀察シテ所有者ハ他人ノ緊急状態行爲ヲ抑制スルノ權利ナキコトヲ規定シタリ故ニ緊急状態行爲ハ獨逸民法施行後ニ於テハ獨逸刑法ノ緊急状態行爲ニ關スル規定ノ範圍外ニ於テモ尙ホ之ヲ無罪トスヘキコト論ナシ然レトモ此民法ノ規定ヲ其施行前ニ犯サレタル行爲ノ解釋ニ適用スルコトヲ得サルナリ

(二) 場所及ヒ人ニ關スル刑法ノ效力

第一 場所及ヒ人ニ關スル刑法ノ效力ヲ規定スル法規ハ所謂國際刑法ヲ組成スルモノナリ然レトモ國際刑法ナル語句ハリストノ説明スルカ如ク誤謬ヲ招キ易キモノナルカ故ニ豫メ注意ヲ爲スノ必要アリ蓋シ場所ニ關スル一國刑法ノ效力範圍ヲ規定スルモノハ國內法ニシテ國際法ニアラス國際法ノ如ク諸國ヲ羈束スル法規ハ刑法ニ關シテ未タ諸國ニ承認セラレタルモノナシ學者或ハ所謂國際刑法ハ悉ク國際法ノ一部ナルカ如ク説明スル者アリト雖モ一個人カ外國ニ於テ犯

シタル犯罪ヲ内國ニテ處罰スヘキカ將タ處罰スヘカラサルカ若シ處罰スヘキモノナリトセハ其範圍如何ヲ定ムルカ如キハ國家ト人民トノ關係ヲ定ムルモノナルカ故ニ國家間ノ法規タル國際法トハ根本的性質ヲ異ニスルモノナリ唯各國カ一方ニ於テハ其法權ノ抵觸ヲ避ケ他ノ一方ニ於テハ其法權ノ實效ヲ收ムルカ爲メ互ニ類似ノ刑罰法規ヲ存スルモノナリト雖モ各國ハ其獨立ナル立法權ヲ以テ自由ニ其法規ヲ改廢スルコトヲ得ヘク決シテ他國ノ制限ヲ受クヘキモノニアジス要スルニ總テノ點ニ於テ所謂國際刑法ナルモノハ國內法規タルノ性質ヲ具有スルモノナリ

第二 刑法ノ場所ニ關スル效力如何ハ刑法ハ如何ナル場所ニ其效力ヲ及ボスヤノ問題ニシテ人ニ關スル刑法ノ效力問題ハ如何ナル人ニ其效力ヲ及ボスヤノ問題ナリ故ニ二者ハ理論上ハ嚴格ニ之ヲ區別スルコトヲ得ヘク從テ從來多數ノ學者ハ此二ノ問題ヲ各別ニ論述シタリ然レトモ場所ニ關スル效力ヲ研究スルニ當リテハ刑法ノ效力ハ領土ヲ基礎トシテ之ヲ決スヘキカ將タ人ヲ標準トシテ定ムヘキカノ前提ヲ決定シ人ニ關スル效力問題ハ單一國ノ領土内ニ於テ刑

法ノ適用ヲ受ケサル特權アル人ノ種類ノミヲ説明スルヲ常トス然ルニ此形式ニ依ルトセハ場所ニ關スル效力問題ハ畢竟刑法ノ效力ハ屬地的ナルヤ將ク屬人的ナルヤノ問題トナルナリ而シテ人ハ常ニ何レカノ場所ニ存在スヘク人ト場所トハ絶對ニ離ル、コト能ハサルモノナルヲ以テ題シテ場所ニ關スル刑法ノ效力ト云フモ其實人ニ關シテ之ヲ説明セサルヘカラサルニ至ルハ必然ノ勢ナリ是ヲ以テ余輩ハ刑法ノ場所ニ關スル效力ト人ニ關スル效力トヲ一括シテ之ヲ説明シ從來所謂人ニ關スル效力問題ハ場所及ヒ人ニ關スル效力ノ原則ニ對スル例外トシテ之ヲ説明スルノ至當ナルヲ信スルモノナリ

第三 刑法ノ場所及ヒ人ニ關スル效力如何ノ問題ニ付テハ凡ソ左ノ數種ノ提案ヲ想像スルニ難カラス

一 絶對的屬人主義 刑法ノ效力ハ屬人的ナリ即チ刑法ハ犯罪カ如何ナル場所ニ行ハレタルニ拘ハラズ内國人ノ犯シタルモノヲ悉ク支配ス然レトモ單ニ内國人ニ對シテ適用セラルヘキカ故ニ外國人ニ對シテハ縱令其内國ニ於テ犯シタル犯罪ト雖モ之ヲ支配スルコトヲ得スト云フニアリ

二 屬地主義 刑法ノ效力ハ屬地主義ナリ換言スレハ刑法ハ犯罪ノ主體カ外國人タルト内國人タルトヲ問ハス總テ内國ニ於テ犯サレタル犯罪ニ適用セラルヘキモノニシテ外國ニ於テ犯サレタル犯罪ハ内國人ノ犯シタルトキト雖モ之ヲ支配スルコトヲ得ストナス主義ナリ

三 折衷主義(所謂屬人主義) 刑法ノ效力ハ屬地的ニシテ且屬人的ナリ即チ内國ニ於テ内國人及ヒ外國人ノ犯シタル總テノ犯罪並ニ内國人ノ外國ニ於テ犯シタル犯罪ヲ支配スルモノナリト云フ主義ナリ

四 保護主義 刑法ハ自國若クハ自國人民ノ法益ヲ保護スルカ爲メニハ犯罪地ノ内國タルト外國タルトヲ問ハス又犯罪者カ内國人タルト外國人タルトヲ論セス自國ノ法序又ハ自國人ノ法益ニ對スル犯罪ヲ支配スト云フ觀念ヲ基礎トス

五 世界主義 刑法ノ效力ハ世界的ナリ即チ單ニ内國ニ於ケル犯罪外國人ノ内國ニ於テ犯シタル犯罪及ヒ内國人ノ外國ニ於テ内國若クハ内國臣民ニ對シテ犯シタル犯罪ノミナラス尙ホ其他如何ナル犯罪ニ付テモ各國ハ犯人處罰

ノ權利ヲ有ス何トナレハ如何ナル犯罪ト雖モ各國ニ共通ナル一般法規ニ對スル侵害ナレハナリトノ理想ニ出ツルモノナリ

第四 以上五主義中

1、絶對的屬人主義ハ全然之ヲ排斥セサルヘカラス蓋シ昔時交通不自由ニシテ人民ノ生活カ諸國團體ノ境域内ニ限定セラレタル場合ニ於テハ屬地主義ト屬人主義トハ之ヲ區別シ得サリシモノナルヘク從テ所謂絶對的屬人主義ヲ其時代ニ適應スルモノトセハ別ニ支障ナカルヘシト雖モ世界ノ交通頻繁ニシテ何レノ國ト雖モ外國人ノ來往セサル所ナキ現時ニ於テハ到底此主義ヲ採用スヘカラス何トナレハ此主義ニ依ルトキハ内國ニ在リテ外國人ニ總テノ犯罪ヲ行フノ特權ヲ付與スルト同一ニシテ内國ノ安寧秩序ハ外國人ノ爲メニ蹂躪セラレ、ニ至ルモ之ヲ防止スルノ手段ナキニ至レハナリ是レ現今此主義ヲ認ムル學說、立法例ノ一トシテ存在セサル所以ナリ

2、所謂屬地主義ハ刑法學者ホイエル、バツハ、ミツチル、マイエル、キョストリン、國際法學者クリューベル、フオン、ローランド、フキリ、モーア、ホー、ホー、ト等ノ主張スル所ニ

シテ所說簡明頗ル適用ニ便ナリト雖モ此主義ヲ採ルトキハ國家ハ自國人民カ故ラニ外國ニ赴キテ自國若クハ自國人ニ對シテ犯罪ヲ遂ケタル後自國ニ歸來シテ公然晏居スルモ之ヲ處罰スルヲ得サルカ故ニ内國ハ外國ニ於テ自國若クハ自國人ニ對シテ犯罪ヲ行ヒタル内外人ノ隱匿所トナルヘシ是ニ於テカ近世多數ノ立法例ハ何レノ場合ニ於テモ國境ハ刑法ノ場所の效力ヲ限界スルモノニアラストノ觀念ヲ認ムルニ至レリ學者或ハ屬地主義ヲ辯護シテ曰ク國家ハ外國ニ於テ犯サレタル犯罪ヲ處罰スルノ實質的利益ヲ有セサルカ故ニ其犯罪ハ外國ノ法權ニ放任スヘキモノナリト非ナリ犯罪地ノ刑法ニシテ常ニ被害國ニ對スル犯罪ヲ充分ニ處罰シテ餘サ、ルニ於テハ此說一理アルヘシト雖モ内國ニ對スル犯罪例ヘハ特ニ内國ノ貨幣ヲ偽造シ若クハ内國ニ對シ叛逆ヲ企ツルカ如キハ外國ハ之ヲ處罰スルノ實益ヲ有セサルモノニシテ其地ノ法律ハ實際斯ノ如キ犯罪ヲ罰セサルコトナキニアラサルカ故ニ内國ニ於テ之ヲ處罰スルノ實益ヲ有スルモノト謂フヘシ

3、折衷主義ハ通常之ヲ屬人主義ト稱ス蓋シ絶對的屬人主義ハ既ニ説明シタル

カ如ク全然採用スヘカラサルカ故ニ先ツ屬地主義ヲ前提シ之ニ多少ノ屬人主義ヲ加味シタルモノヲ屬人主義ト稱スル例トナレルナリ而シテ此主義ハ國權ノ性質上ヨリ當然生スル結果ト合致スルモノナリ蓋シ國家ハ其領土及臣民ヲ支配スルモノニシテ其權力ハ領土内ニ普ク行ハレ且臣民ノ身邊ニ追及スルカ故ニ苟モ其領土内ニ於ケル犯罪ハ外國人ノ犯シタル場合ニ於テモ尙ホ之ヲ處罰スルコトヲ得ルハ勿論外國ニ於ケル犯罪ト雖モ臣民ノ犯シタルモノハ内國ニ於テ之ヲ支配シ得ルモノト謂ハサルヘカラス論者或ハ曰ク各獨立國ハ皆其主權ヲ有スルカ故ニ自國ノ主權ヲ他國ノ領土ノ上ニ及ホスコトヲ得ス從テ自國臣民カ他國ニ於テ犯シタル犯罪ヲ支配スルコトヲ得スト然レトモ此見解ハ法律ノ效力ト其實行力トヲ混同シタル誤謬ニ基ケルモノナラン抑モ一國ハ他國ニ於テ權力行動ヲ爲スコトヲ得ス即チ内國人若クハ外國人カ犯シタル犯罪ニ關スル搜查乃至審判等ヲ他國ノ領土上ニテ執行スルコトヲ得サルハ疑ナキ原則ナリト雖モ外國ニ於テ自國ノ刑法ヲ犯シタル者カ内國ニ來ルトキハ内國ニ於テ之ヲ處罰シ得ルヤ否ヤハ全ク別個ノ問題ナリ而シテ一國ノ法律カ其

權力行動ニ於テ其領土内ニ局限セララルヘキモノナルコトハ決シテ他ノ場所ニ於テ行ハレタル犯罪ヲ自國ノ領土内ニ於テ處罰シ得ストノ論結ヲ來スモノニアラス要スルニ國家ハ其臣民ヲ保護スル義務アルト同時ニ其犯罪ヲ内國ニ於テ處罰スルノ權利アリト謂ハサルヘカラス大審院ニ於テ此折衷主義ニ依リテ現行刑法ノ適用範圍ヲ定ムヘキモノトセルハ至當ナリ然レトモ此主義ハ未タ以テ内國ノ法序ヲ保護スルニ充分ナリト云フコトヲ得ス何トナレハ此主義ニ依ルトキハ外國ニ於テ外國人カ内國若クハ内國人ニ對シテ犯シタル犯罪ヲ處罰シ得サルカ故ニ此種ノ犯人ハ内國ニ安全ナル隱匿所ヲ有スルニ至ルヘケレハナリ

4. 保護主義ハ國家ハ犯罪者ノ何人タルヤヲ問ハス自國ノ法序若クハ自國人ノ法益ノ侵犯サレタルコトヲ理由トシテ犯罪者ヲ處罰スヘシトノ觀念ニ基クモノナルカ故ニ或ハ之ヲ實質主義(Realpr.)若クハ關係法序主義(Prinzip der Betheiligten-Rechtsordnung)ト稱ス從來此主義ノ範圍如何ニ付テハ學說二派ニ岐レタリ其一ハ國家領土ノ境界ヲ標準トシテ刑法ノ效果ノ及フ範圍ヲ定ムルモノニシテ刑

法ハ内國ニ存在シ若クハ内國ニ於テ實行セラル、權利ニ對スル犯罪ヲ支配スルモノナリト主張シ其二ハ被害者ノ國籍ヲ標準トシテ刑法ノ效果ヲ定メントスルモノナリ蓋シ第一ノ見解ハ畢竟屬地主義ト同一ノ結果ニ歸著スルモノニシテ未タ充分ナルモノト云フヘカラス第二ノ見解ニ依レハ内國ニ於テ外國人ニ對シテ犯サレタル犯罪ハ内國刑法ノ支配ヲ受ケサルコト、ナルヘシ然レトモ内國ニ於テ外國人ヲ殺スカ如キ場合ハ國內ノ法序ヲ侵害スルコト内國人ヲ殺セル場合トモ異ナル所ナシ故ニ此見解ハ保護主義ノ要求ヲ全カラシムルモノニアラス余輩ハ自國ノ法律若クハ自國人ノ法益ニ對スル侵害ノ有無ヲ標準トシテ刑法ノ效力ノ及フヘキ範圍ヲ定ムヘシトノ意味ニ於テ保護主義ヲ是認セントス或ハ曰ク此主義ヲ採ルトキハ他國ノ權力ヲ侵犯セル結果ヲ生スヘシ即チ外國ニ於テ犯罪ヲ行ヒタル自國民民ヲ自國ニ於テ處罰スルハ權力服從ノ關係上當然之ヲ爲シ得ヘシトスルモ外國ニ於テ犯罪ヲ行ヒタル外國人ヲ處罰スルハ外國ノ權力ヲ侵スモノタルヘシト然レトモ國家ハ自己ノ存在若クハ其臣民ノ法益ヲ保護スル爲メ此等ノ法益ヲ侵害スル外國人ノ外國ニ於ケル行

爲テ内國ニ於テ處罰スルノ權利ヲ有スルコト國際上ノ觀念ヨリシテ當然ノ事理ナリトス要スルニ此場合ニ於テモ刑法ノ效力ト強制手段トヲ區別シテ觀察スルトキハ其解決困難ヲ感スルコトナカルヘシ

5. 世界主義ハ其理想ニ於テ高尚ナル所アラン然レトモ各國ノ刑法ハ悉ク同一ニアラサルカ故ニ此主義ノ實行ハ不能ニ歸スヘキナリ

第四 自國ノ法序ハ内國ニ於ケル各種ノ犯罪及ヒ外國ニ於テ内外人カ自國ニ對シテ犯シタル犯罪ニ因リテ侵害セラル、モノナリ而シテ保護主義ハ此種ノ侵害及ヒ外國ニ於テ自國人カ内外國人ニ對シテ若クハ外國人カ自國人ニ對シテ犯シタル犯罪ヲ内國ノ刑法ノ效力範圍ニ屬セシムルモノナルカ故ニ凡ソ左ノ如キ結果ヲ生スヘシ

1. 内國ニ於テ犯罪ヲ犯シタル者ハ其國籍及ヒ住所ノ如何ニ拘ハラヌ又被害者ノ國籍及ヒ住所ノ如何ヲ問ハスシテ總テ内國ニ於テ之ヲ處罰スルヲ得ヘシ從テ内國ニ居住シ若クハ内國ヲ通過スル外國人ニ對シ又ハ外國ニ住スル外國人ニ對シ内國人若クハ外國人カ内國ニ於テ犯シタル犯罪モ亦内國刑法ノ支配ヲ

受クルモノトス

2、内國ニ於テ實行セラル、犯罪ハ悉ク内國ノ法序ヲ侵害スルモノニシテ教唆及ヒ幫助ハ實行行爲ト不可分唯一ノ犯罪ヲ組成スルモノナルカ故ニ苟モ其實行行爲ニシテ内國ニ於テ犯サレタルトキハ其教唆及ヒ幫助行爲ハ外國ニ於テ犯サレタル場合ニ於テモ亦内國ニ於テ犯サレタル犯罪トシテ内國ニ於テ處罰スルコトヲ得

3、外國ニ於テ内國人ノ犯シタル犯罪ノ共同正犯若クハ教唆並ニ從犯ハ屬地主義ニ依ルトキハ之ヲ處罰スルコトヲ得ス何トナレハ内國刑法ハ内國ニ於テ犯サレタル犯罪ノミヲ支配スルモノナレハナリ然レトモ保護主義ハ犯罪ノ場所ヲ標準トスルモノニアラサルカ故ニ之ト異ナリタル結果ニ歸著スヘシ

4、内國ノ法序若クハ内國人ノ法益ニ對スル犯罪ハ内國人ノ犯シタルト外國人ノ犯シタルトヲ問ハス内國ノ法律ニ從テ之ヲ訴追シ審理シ且處罰スヘク外國法ト内國法トヲ比照シ其寬嚴ニ依リテ適用スヘキ法律ヲ定ムルカ如キハ許スヘカラサルコト、ス

5、保護主義ニ依ルトキハ國家ハ外國人カ外國ニ於テ犯シタル犯罪カ自國ニ關係スル場合ニ限リテ外國人ノ外國ニ於テ犯シタル犯罪ヲ罰シ得ルモノトス即チ外國人カ外國ニ於テ自國若クハ自國人民ニ對シテ犯罪ヲ爲シ且自國內ニ來リタル場合ニアラサレハ外國ニ於ケル外國人ノ犯罪ヲ處罰スルノ權利ナキモノトス故ニ例ヘハ外國人カ外國ニ於テ他ノ外國人ノ權利ヲ攻撃シタルカ如キ場合ニ於テハ其犯人カ内國ニ來ルコトアルモ之ヲ處罰スルヲ得ス蓋シ斯ル場合ニ於テ其犯人ト内國トノ關係ハ唯犯人カ現時國內ニ滞在スト云フニ止マルモノニシテ其犯罪行爲ニ付テハ内國ト何等ノ利害關係ヲ有セサレハナリ然レトモ此場合ニ於テ犯罪地國家及ヒ犯罪者ノ本國ハ犯罪人ノ引渡ヲ請求スルヲ得ヘク若シ此請求ナキトキハ犯罪者現在地ノ國家ハ行政上ノ處分トシテ該犯罪者ヲ放逐スルコトヲ得ヘシ

第五 現今多數ノ立法例ニ於ケルカ如ク諸國カ保護主義ヲ採用スルトキハ外國ニ於テ犯罪ヲ犯シ若クハ内國ニ於テ外國又ハ外國人ニ對シテ犯罪ヲ行ヒタル者ハ其外國ノ法律及ヒ内國ノ法律ニ依リテ二重ニ處罰セラル、場合ヲ生スヘキコ

ト疑ナシ而シテ此場合ニ關シテハ種々ノ見解アリ或ハ斯ノ如ク外國ニ於テ既ニ處罰セラレタル行爲ニ付テ更ニ内國ニ於テ其犯人ヲ處罰スルハ一事不再理ノ原則ニ違反スルモノナリト論シ或ハ刑事ニ關スル一事不再理ノ原則ハ同一事實ニ對シテ再ヒ行ハルヘキモノニアラサルコトヲ明カニシタル原則ニシテ外國ニ於テ既ニ處罰シタル犯罪ナリヤ否ヤハ内國裁判上何等ノ關係ヲ有スルモノニアラスト主張ス余輩ハ理論ニ於テ後說ノ正當ナルヲ信モ然レトモ保護主義ヲ採用スル理由ハ自國若クハ自國臣民ニ對シテ外國ニ於テ行ハレタル犯罪ヲ外國カ處罰セサルノ結果自國ノ法序ヲ維持スルコト能ハサルニ至ルノ悞ナキニアラスト云フ點ニアルカ故ニ既ニ外國ニ於テ處罰セラレタル者ハ其刑ヲ減免スルコトヲ得ルモノトナスモ充分ナリ我改正案ノ如キハ此主義ヲ採リタルカ獨逸刑法ハ外國ニ於テ獨逸人ノ犯シタル行爲カ獨逸ノ刑法上重罪若クハ輕罪タルヘキモノニシテ且其他行爲地ノ法律上犯罪タル場合ニシテ既ニ外國ノ裁判所ニテ確定判決ヲ受ケ之ニ因リテ刑ノ執行ヲ終リ若クハ免訴、無罪トナリタル者ニ對シテハ更ニ内國ニテ處罰セサルコトヲ規定セリ

第六 外國ニ於テ内國人ノ犯シタル犯罪及ヒ外國人ノ内國若クハ内國人ニ對シテ犯シタル犯罪ヲ如何ナル範圍ニ於テ處罰スルカハ立法例ニ依リテ異ナレリ

1. 獨逸刑法ニ依レハ外國ニテ犯サレタル罪ハ之ヲ訴追セサル原則ノ例外トシテ

(イ) 外國ニ於テ犯サレタル獨逸帝國若クハ各邦ニ對スル内亂罪、硬貨ニ關スル罪、獨逸帝國若クハ各邦ノ官吏トシテノ職務ニ關スル獨逸刑法上ノ重罪、輕罪ニ付テハ犯人ノ國籍如何ヲ問ハス獨逸國刑法ニ依リテ常ニ之ヲ處罰スルコトヲ得

(ロ) 獨逸人カ外國ニ於テ獨逸帝國若クハ各邦ニ對シテ外患ニ關スル罪又ハ各邦君主ニ對シテ誹毀罪ヲ犯シタルトキハ常ニ獨逸刑法ニ依リテ之ヲ處罰スルコトヲ得

(ハ) 獨逸人若クハ外國人カ獨逸刑法上重罪若クハ輕罪ニ該リ且行爲地法ニ依リテ處罰セラレヘキ所爲ヲ爲シタルトキハ被告カ外國ノ裁判所ノ確定判決ニ依リ無罪ノ宣告ヲ受ケ若クハ言渡サレタル刑ノ執行ヲ了リタルトキ、訴追

權若クハ刑ノ執行權カ外國法律ニ從ヒ時効ニ罹リ若クハ刑カ赦免セラレタルトキ及ヒ外國法律ニ從ヒ訴追ニ必要ナル被害者ノ告訴ナカリシトキニ於テハ獨逸ニ於テ之ヲ訴追セス其他ノ場合ニ於テハ之ヲ訴追スルヲ得但外國人ニ對シテハ更ニ行爲地ノ權限アル官廳ヨリ請求アル場合ニ限リテ之ヲ訴追スヘク且此場合ニハ獨逸ノ刑法ト行爲地ノ刑法トヲ比照シ其輕キモノヲ適用ス

2: 佛國刑法ニ依レハ

(イ) 外國ニ於テ犯サレタル佛國ノ安寧ニ對スル重罪、國璽、佛國ノ通貨若クハ紙幣ヲ偽造スル罪ニ付テハ正犯及ヒ共犯ノ國籍如何ヲ問ハス佛國ニ於テ佛國ノ刑法ニ依テ之ヲ處罰スルコトヲ得ルモノトス但我現行刑法上所謂外患ニ關スル罪ノ如キハ佛國人ノ犯ス場合ニ於テノミ佛國刑法上ノ犯罪タルヘキハ佛國學者ノ認ムル所ニシテ此點ニ付テハ獨逸刑法ノ規定ト同一ノ結果ニ歸著スヘシ

(ロ) 其他ノ佛國刑法上ノ重罪カ外國ニ於テ犯サレタルトキハ犯人カ佛國人タル場合ノ外佛國ニ於テ其犯罪ヲ訴追審判スルコトナシ而シテ此場合ニハ被害者ノ國籍如何ヲ問フコトナク又佛國人カ犯シタル場合ニハ被害者若クハ其相續人ヨリ告訴アルコトヲ必要トセス但從前ノ法文(佛刑二)ニ於テハ被害者カ佛國人ナルコト及ヒ被害者ノ告訴アルコトヲ必要トシタリ蓋シ現行法文ニ此二要件ヲ廢シタルハ一段ノ進步ナリト雖モ佛國人若クハ其財產ニ對スル外國人ノ犯罪ヲ處罰セサルハ未タ以テ保護ノ充分ナルモノト云フヲ得サルナリ

(ハ) 外國ニ於テ外國人ノ犯シタル輕罪ハ凡テ之ヲ罰セス然レトモ內國人カ犯シタルトキハ犯罪地ノ刑法ニ依リテモ犯罪タルヘキ場合ニ限リ佛國ニ於テ之ヲ處罰スルコトヲ得ルモノトス(檢事ハ同一ノ行爲カ佛國刑法ニ於ケル輕罪ニ該リ且犯罪アリタル國ノ刑法上刑罰ヲ附セラレタルモノナルコトヲ證明スルコトヲ要ス)

3、本邦改正刑法案ニ依レハ

(イ) 刑法ハ何人タルヲ問ハス帝國外ニ於テ皇室ニ對スル罪、內亂ニ關スル罪、外

忠ニ關スル罪、内國ノ通貨ニ關スル罪、官公文書、有價證券、公印ニ關スル罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用ス。但其形式ハ上述ノ如ク概括的規定ニアラスシテ各條ニ於テ之ヲ列舉セリ。而シテ此規定中外忠ニ關スル罪ヲ犯シタル外國人ヲモ本邦ニ於テ處罰スヘキ旨ヲ規定シタルハ獨佛刑法ト其趣ヲ異ニスル所ナリ。

(ロ) 刑法ハ帝國臣民ノ帝國外ニ於テ生命、身體、自由、財産及ヒ信用ニ關シテ犯シタル罪ニ之ヲ適用ス。而シテ其犯人カ外國人ナルトキハ被害者カ帝國臣民タル場合ニ限リテ之ヲ適用ス。

(ハ) 刑法ハ帝國ノ公務員カ帝國外ニ於テ犯シタル職務ニ關スル犯罪ニ適用ス。
 (ロ) 及ヒ(ハ)ノ各場合ニ於テモ(イ)ノ場合ト同シク各條ノ罪ヲ列舉セリ。

4、白耳義刑法ニ依レハ

(イ) 白耳義國外ニ於テ犯サレタル犯罪カ同國ノ内外公安ニ對スル罪、通貨、官文書、公ノ信用證券、官公印章、印紙、記號等ニ關スル偽造變造ノ罪ナルトキハ犯人ノ内國人タルト外國人タルトヲ區別スルコトナク白耳義裁判所ハ之ヲ處罰スルノ權利ヲ有ス。若シ内國人カ外國ニ於テ外國ノ貨幣、文書、證券、印章、印紙等

ニ關スル偽造變造罪ヲ犯シタルトキハ外國官廳ヨリ内國官廳ニ對シテ請求アリタル場合ニ限リテ之ヲ處罰ス。

(ロ) 内國人カ國外ニ於テ内國人ニ對シ重罪輕罪ヲ犯シタルトキハ犯人ノ歸國シタル一事ノミヲ以テ之ヲ訴追スルコトヲ得之ニ反シテ被害者カ外國人ナルトキハ犯人カ歸國シタルコト及ヒ被害者若クハ外國官廳ヨリ内國官廳ニ對シテ公ノ通知アリタル場合ニ限リ訴追スルコトヲ得ヘク且其犯罪ノ種類ハ制限セラレ

(ハ) 白耳義刑法ハ外國人カ外國ニ於テ外國人ニ對シテ犯シタル犯罪ヲ處罰スル場合アル旨ヲ規定ス。即チ内國人カ外國ニ於テ外國人ニ對スル重罪ヲ犯シ歸國シタルトキ其罪ノ教唆犯及ヒ從犯タル外國人カ内國ニ來ル場合ニハ之ヲ訴追シ處罰スルコトヲ得ルモノトス。然レトモ此場合ニハ正犯カ内國人タルニ因ルモノト云フヘシ。

外國ニ於テ犯シタル違警罪ハ内國人カ犯シタル場合ト雖モ之ヲ内國ニ於テ處罰セサルヲ各國ニ於ケル立法例ノ常態トス。但佛國刑法カ佛國人ノ外國ニ於テ森林

田野狩獵、税關及ヒ間接税ニ關シテ犯シタル違警罪及ヒ特別犯罪ハ之ヲ佛國ニ於テ訴追スルコトヲ得ルモノトシ獨逸刑法カ特別ノ法令若クハ條約アル場合ニ於テハ外國ニ於テ獨逸人ノ犯シタル違警罪ヲ獨逸國ニ於テ處罰スル旨ノ規定ヲ爲シタルカ如キ例外的規定ノ有無ハ立法例ニ依リテ一致セス

第七 現今歐洲諸國ニ於ケル多數ノ立法例ハ保護主義ヲ採用スト雖モ英國ハ屬地主義ヲ採リ北米合衆國亦之ニ從フ英國ノ裁判所カ外國ニ於テ犯シタル犯罪ヲ審判スルハ例外ニシテ原則トシテハ犯罪ハ其犯サレタル國ノ裁判所ノミ之ヲ裁判ストノ主義ヲ採ル今其例外ノ主タル場合ヲ示サハ謀反罪及ヒ官文書偽造罪等ニシテ此等ノ行爲ハ被害國ニ於テ其結果ヲ生セシムル目的ニ於テ爲サレタルコトヲ要スルモノトス其他外國ニ於テ犯サレタル殺人罪ノ如キハ疑モナク例外ノ一場合ナリトス例ヘハ外國ニ於テ英國人若クハ其他ノ外國人ヲ謀殺シタル英國臣民ハ英蘭若クハ愛蘭ニ於テ逮捕次第直チニ審判ヲ受クルモノトス次ニ犯罪當時又ハ其前三個月以内ニ英國船舶ニ使用セラレタル船長、海員等カ外國ニ於テ財產若クハ身體ニ對シテ犯シタル罪モ亦英國ニ於テ審判セラレヘク尙ホ英國船舶

ハ英國領土ノ一部分ト看做シ其船舶内ノ犯罪ハ多數ノ場合ニ於テ英國裁判所之ヲ管轄ス

第八 法學上内國ト云ヘル觀念ハ單一國ノ領土内ヲ指稱スルニ止マラス尙ホ領土ノ限界ヲ超越シテ國權ノ實力ノ及フ場所即チ領海、船舶、國境外ニ於ケル占領地及ヒ領事裁判權ノ行使セラル、外國ノ領土ヲモ包含ス

1、海ハ自由ナリ萬民ニ共通ナリ然レトモ此原則ハ國際上ノ慣例ニ依リテ制限ヲ受クルモノニシテ海ノ或部分ハ防衛權及ヒ刑罰權ヲ行使スルニ必要ナリト認メラル、範圍ニ於テ沿岸國ノ主權及ヒ裁判管轄權ニ屬ス此範圍ハ海岸線ト之ニ併行セル一定距離ヲ保テル想像線トノ間ニ屬スル海ノ部分ヨリ成ルモノニシテ之ヲ領海ト稱ス而シテ此距離ハ武器ノ力ヲ以テ支配スルコトヲ得ル範圍ヲ標準トシテ一定スルヲ以テ國際法上ノ理想トスルモ現今一般ニ承認セラ

ル、所ニ依レハ三哩ナリトス
然レトモ沿岸國ノ刑事裁判管轄ハ港内若クハ領水内ニ碇泊セル外國船舶上ニ及フヤ否ヤ此點ニ付テハ軍艦ト商船トヲ區別スヘキモノトス即チ軍艦ハ一國

- ノ權力ノ一部ヲ保有スルモノナルカ故ニ沿岸國ニ對シテ敵對行爲ヲ爲ス(例ヘハ船長カ其特權ヲ亂用シテ内亂犯人ヲ隱匿スルカ如シ)コトナキ限りハ港内若クハ領海内ヲ通過シ又ハ碇泊中ト雖モ沿岸國ノ主權ニ服スルコトナシ商船ニ付テハ英國主義ト佛國主義トノ別アリ前者ニ依ンハ英國ノ領海ヲ通過シ又英國ノ領海ニ碇泊スル商船上ノ犯罪ハ英國裁判所之ヲ管轄スルヲ原則トス唯特別ノ條約アル場合ニハ船員又ハ船舶所屬國ノ領事ヲシテ其本國ノ法律ニ從ヒ違警罪ヲ處罰セシムルモノトス佛國主義ニ於テハ港ノ安全ヲ害スル犯罪及ヒ佛國人ニ關係アル犯罪ハ佛國裁判所ノミ之ヲ裁判スルノ權限ヲ有スルモ其他ノ犯罪(主トシテ船員相互間ノ犯罪)ハ佛國裁判所之ヲ裁判スルノ權限ナキモノトス
- 2、公海上ニ在ル艦船ハ其所屬國領土ノ一部タル取扱ヲ受クルモノニシテ内國ト同一ニ看做サル國家所屬船(軍艦及其他ノ公船)ハ外國ノ領海内ニ在ル場合ニ於テモ亦同一ナリ
- 3、戰時ニ於テ内國ノ軍隊ニ依リテ占領セラレタル外國領土ノ部分ニ付テハ内

國ハ其占領地所屬國ノ刑法カ占領地ノ秩序及ヒ占領軍ノ安全ヲ維持スルニ不充分ナリト思料スルトキ若クハ占領地ノ裁判所カ裁判權ノ行使ヲ拒否スルトキハ自ラ軍事裁判所ヲ設ケ内國ノ法律ヲ適用シテ占領地ニ於ケル内外國人ノ犯罪ヲ處罰スルコトヲ得ルモノニシテ此範圍ニ於テハ裁判權ニ關シテ占領地ハ内國ト同一視スヘキモノトス

- 4、内國ノ領事裁判權ノ行ハル、外國領土ノ部分ハ刑罰法上ノ關係ニ於テハ内國人民ニ關シテ内國ト看做スヘキモノナリ故ニ例ヘハ支那若クハ朝鮮ニ於テ犯罪ヲ犯シタル日本人ハ日本ニ於テ犯罪ヲ行ヒタルモノト看做サル

第九 屬地主義、屬人主義若クハ保護主義ノ何レヲ採用スルモ刑法ハ内國ニ於テ犯罪ヲ犯シタル一切ノ人ニ其效力ヲ及ボスヲ以テ原則トスルコト既ニ説明シタルカ如シ然レトモ次ニ列舉スル人ニ關シテハ國法上及ヒ國際慣習上之カ例外ヲ認メラル

- 1、君主 君主ハ神聖ニシテ侵スヘカラストハ各國憲法ノ認ムル所ニシテ此不可侵權ハ君主カ其爲シタル違法行爲ニ對シテ無責任ナルコトヲ意味ス而シテ

君主カ其違法行爲ノ責任ヲ負ハサルハ寧ロ政治上ノ理由ニ基クモノニシテ君主カ法以上ニ在ルノ故ヲ以テ其行爲ニ對シ法ノ適用ヲ爲ス能ハストノ觀念ニ基クモノニアラス蓋シ君主ヲ以テ國家ノ機關トスルトキハ君主カ國家ノ意思タル法律ニ從フヘキハ論ヲ俟タヌ又君主即チ國家ナリトスル學說ニ從フモ少ナクトモ立憲國ニア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ヘキモノナルコト明白ナレハナリ之ヲ要スルニ君主不可侵權トハ君主ハ如何ナル行爲ニ付テモ無責任ナルコトヲ意味スルニ過キスシテ君主ノ行爲ハ悉ク適法ナリトノ觀念ヲ表ハスモノニアラス而シテ此無責任ハ一身のニシテ決シテ行爲ノ違法ヲ除却スルコトナキモノナルカ故ニ君主ヲ教唆シテ人ヲ殺サシメタル者ハ殺人教唆罪タルヘク君主ノ殺人行爲ヲ幫助シタル者ハ殺人罪ノ從犯タルヘシ又個人ハ君主ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得ルモノトス反對說ハ直覺的ノ感情ニ制セラレタルモノニシテ法理上何等ノ根據ヲ有セサルニ似タリ

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余輩

ハ積極的斷定ニ贊同セントス

共和國ノ元首ハ完全ナル不可侵權ヲ有スルモノニアラス然レトモ其刑事上ノ責任ハ謀反罪ノ如キ重大ナル場合ノミニ制限セラル蓋シ元首ニシテ一般ノ犯罪ニ付キ一般人ト等シク訴追セラレ又審判セラルヘキモノトセハ司法權ニ對スル執行權ノ獨立ハ破壞セラルヘク行政ノ活動ハ滯滞スヘキヲ以テナリ

2. 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並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フ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並ニ表決ニ限り其以外ノ行爲ニ及フモノニアラス(憲法第五十三條ノ擔保ハ刑事手續ニ關スルモノニシテ刑事無責任ヲ保障スルモノニアラス二者混同スヘカラス)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ヘカラス而シテ如上ノ無責任ハ一身のノモノニシテ適法ヲ根據トスルモノニアラサルカ故ニ(曾テ之ヲ違法除却ノ原因中ニ説明シタル

ハ誤ナリ)加擔者ハ固ヨリ其責任ヲ免カル、ヲ得サルモノトス

3、外國使節 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アラス即チ駐劄國ニ於テハ刑事上完全ナル不可侵權ヲ享有スルモノトス蓋シ外交官ハ駐劄國ニ對シ其本國ヲ代表スルモノニシテ國ト國トノ間ニハ防衛權存在スルモ刑罰權ナキヲ以テ外國ヲ代表スル外國使節ヲ謂スル能ハサルコト其第一ノ理由タリ又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公使館ニ臨檢シ又ハ搜索シ以テ職務ノ執行ヲ防クルヲ得ヘキカ故ニ外交官ヲシテ不可侵權ヲ享有セシメ以テ其職務ノ執行ヲ保護スルノ必要アルコト其第二ノ理由タリ而シテ此不可侵權ハ絶對的ニシテ普通犯ト政治犯トニ依リテ差別ヲ設クルコトナキモノトス若シ夫レ使節カ駐劄國ノ生存安寧ヲ害スヘ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ルカ如キハ別個ノ問題タリ又外國使臣ニ對シテ正當防衛ヲ行ヒ得ヘキハ固ヨリ論ナキ所ナリ

外交官ノ不可侵權ハ國家ヲ代表スル總テノ者ニ屬スルモノニシテ代表者カ公使タルト大使タルト又其他其名稱ノ如何ニ依リテ差異ヲ生スルコトナシ此他使臣ノ家族事務使用人及ヒ駐劄國ノ臣民ニアラサル從僕ニ對シテモ內國刑法ヲ適用セサルヲ例トス

外交官ノ不可侵ナル結果トシテ其住居及ヒ所屬物件モ亦不可侵ナリ故ニ檢事及ヒ司法警察官等ハ普通人民ニ對シテハ其承諾ナクシテ家宅ニ侵入スルヲ得ヘキ場合ニ於テモ外國使臣ノ住居ニ對シテハ其承諾アルニアラサレハ臨檢搜索ヲ行フコトヲ得ス然レトモ使臣ノ住居ヲ以テ其本國領土ノ一部ヲ成スモノト看做シタリシ擬制ハ採用スヘキ理論ニアラサルカ故ニ其住居内ニ於テ犯シタル犯罪ヲ外國ニ於テ犯シタルモノト同一視スルコトヲ得ス

4、外國ノ君主並ニ其家族及ヒ從者攝政大統領 此等モ亦國際法上不可侵權ヲ享有ス羅馬法王亦同シ但公認サレタル在位ノ人タルコト及ヒ微行セル場合ニアラサルコトヲ要ス

5、內國ノ承諾ヲ得テ內國ノ領域内ニ在ル外國ノ軍隊並ニ內國ノ領海内ニ在ル

外國ノ國有艦船ニ屬スル者 此等ハ內國刑法ヲ適用セサルヲ原則トス然レトモ兵員カ其軍隊ヲ離レタルトキハ此特權ヲ有セス又船員カ艦船外ニ於テ犯シタル犯罪ハ內國刑法ノ適用ヲ受クヘキモノトス

6. 外國ノ領事 外國領事ハ他ノ外國人ト同一視スヘキモノナルヤ或ハ本國政府ノ外交上ノ代表者トシテ外交使臣ト同一ノ不可侵權ヲ享有スルモノナリヤ或ハ又本國ヲ代表スル外交使臣ニアラサルモ本國ノ行政機關トシテ一般外國人ノ有セサル權利ヲ享有スルモノナリヤノ點ニ付テハ學說未タ一致セスト雖モ第三ノ見解ヲ以テ正當ナリトス故ニ法理上當然不可侵權ヲ有スル者ニアラスト雖モ條約ニ依リ領事ヲシテ其駐在國ノ裁判權ニ服從セサルノ自由ヲ有セシムルヲ以テ現今ノ通態トス

以上説明セル部類ニ屬スル者カ爲シタル行爲ニ對シテハ刑法ヲ適用スルヲ得サルカ故ニ此等ノ者ノ身分カ消滅シタル後ニ於テモ身分存在當時ニ於ケル行爲ハ之ヲ內國刑法ニ依リテ處罰スヘキモノニアラス然レトモ其身分ノ消滅後ニ爲シタル行爲ニ付テハ內國刑法ヲ適用スヘキコト論ヲ俟タス

第十 我現行刑法ハ未タ保護主義ヲ採用セス而シテ其屬地主義ニ從ヘルヤ將又屬人主義ニ依レルヤハ刑法上之ヲ知ルヘキ明文ナキヲ以テ理論上ヨリ判定スルノ外ナキナリ而シテ之ニ關シテハ屬人主義ニ依リテ現行刑法ヲ解釋スルノ至當ナルハ既ニ説明セル所ニ依リ明ナリ大審院ノ判例亦此見解ニ依リタルハ適當ナリトス現行刑法定當時ニ於ケル起案者ノ意見ヲ基礎トシテ現行刑法ハ屬地主義ヲ採用セルモノナリト解釋ヲ下スハ獨斷ニ過キス然レトモ屬地主義ニ依ルモ又屬人主義ニ依ルモ帝國內ニ於テ犯サレタル總テノ犯罪ニ對シ現行刑法ヲ適用シ得ル原則ヲ生スル點ニ於テハ同一ナル結果ニ歸著スルモノナリ然ルニ尙ホ此原則ニ對シテハ一種ノ例外アリ即チ現行普通刑法典ハ帝國領土ノ一部タル臺灣ニ適用セラレサルコト是ナリ(或ハ曰ク臺灣總督カ現行刑法典ヲ臺灣ニ施行スルコトヲ命令ニ依リテ定メタルカ故ニ現行刑法ハ臺灣ニ適用セラレ、ニ至リタルモノナリト然レトモ是レ誤レリ内地ニ行ハル、法律其モノカ臺灣ニ施行セラレルニハ勅令ヲ以テ其旨ヲ定メサルヘカラスシテ總督カ命令ヲ以テ之ヲ定ムル場合ハ現行刑法ト同一ノ内容ヲ有スル法律ノ效力アル命令カ臺灣ニ施行セラレ、

ニ過キスト論斷スヘキコト臺灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル明治三十三年法律第六十三號ノ解釋上當然ナリトス然レトモ此種ノ例外ハ前段ニ於テ説明シタルモノトハ全然其趣ヲ異ニスルモノナリ即チ前段ニ於ケル例外ノ場合ニハ内國ノ如何ナル刑罰法モ適用ナク行爲者ハ全ク刑罰權ニ服セサルモノナルニ反シ本段ニ説明セル所ハ單ニ現行普通刑法典カ臺灣ニ行ハレサルニ過キスシテ總督ノ命令ニ依リテ制定セラレタル刑罰法ハ内國刑罰法トシテ臺灣ニ適用セラレ臺灣ニ於テ犯罪ヲ犯シタル者ハ前段ニ説明セル特權者ノ外皆内國ノ刑罰權タル臺灣法院ノ裁判權ニ服従スルモノナリ此點ヨリシテ觀レハ現行普通刑法典カ臺灣ニ施行セラレストノコトハ屬地主義ニ對スル例外ナリトナスコトヲ得サルモノトス警視總監又ハ地方長官ノ定ムル罰則カ其管轄内ニノミ效力ヲ有シ他ノ管轄區域内ニ對シ何等ノ效力ナキカ如キ現象亦同シ

是ニ由テ之ヲ觀レハ土地及ヒ人ニ關スル刑法ノ效力範圍ニ付テハ客觀的ノ刑法(即チ刑罰法令)ヲ標準トスルヨリモ寧ロ主觀的ノ刑法(即チ刑罰權)ヲ標準トシテ屬地主義乃至保護主義ヲ論スルコト正當ニシテ誤解ヲ避クルニ便ナリトス

第十一 刑罰權ノ抽象的範圍ハ國境ニ依リテ限界セラレ、モノニアラサルコト前既ニ説明シタルカ如シト雖モ刑罰權ノ具體的範圍即チ刑罰權ヲ特定ノ事實ニ對シテ行使スルコトハ内國ニ於テノミ爲シ得ヘキモノニシテ外國ノ領土ニ於テハ内國ノ權力行動タル裁判ヲ爲ス能ハサルヲ原則トス而シテ此原則ニ依ルトキハ内國ニ於テ犯罪ヲ犯シタル者カ一旦外國ニ逃亡シ若クハ外國ニ於テ内國刑法ニ依リ罰スヘキ犯罪ヲ犯シタル者カ依然外國ニ滞在シ内國ニ來ラサルトキハ内國ハ之ニ對シテ如何トモ爲ス能ハサルノ結果ヲ呈スヘシ此缺點ヲ補ヒ國家ノ刑罰權ヲシテ其實效ヲ收メシメントセハ外國ヲシテ斯ノ如キ犯人ヲ内國ニ引渡サシムルノ方法ヲ講セサルヘカラス犯罪人引渡ノ制度即チ是ナリ次ニ又犯罪ヲ處罰スルニハ必ス證據ニ依リ犯罪事實ノ有無ヲ認定スルノ要アルニ拘ハラズ證據材料ノ外國ニ存在スル場合ニ於テハ如何トモ爲ス能ハサルコト亦刑罰權ノ行使ヲ妨クル一原因タリ犯人カ外國ニ在リテ之ニ對シテ送達ヲ爲スヘキ必要アル場合亦同シ斯ノ如キ缺點ヲ補フ爲メニ存スル制度ヲ囑託ノ制度(Les commissions rogatoires)トス此等ノ制度ヲ總稱シテ刑事ニ關スル國際上ノ法律共助ト云フ

此種ノ法律共助ヲ求メ若クハ之ニ應スル權利義務ハ特別ノ條約ニ因リテ發生スルモノナルカ故ニ條約ナキ場合ニ於テ此種ノ法律共助ヲ與フルト否トハ請求ヲ受ケタル國ノ任意ナリトス

刑事國際共助中最モ緊要ナルハ犯罪人引渡(Die Auslieferung, Extradition)ノ制度トス犯罪人引渡トハ刑事訴追ヲ受ケ又ハ有罪ノ判決ヲ受ケタル逃亡人ノ現在國ヨリ審問又ハ處刑ノ權利ヲ有スル國ニ其逃亡犯人ヲ交付スルヲ云フモノトス故ニ引渡ハ國際裁判(Internationale Rechtspflege)ニアラス又引渡國ノ固有刑罰權ノ實行ノ一種ニアラス唯國家相互間ノ法律共助ニ過キサリ從テ引渡ハ實體刑法上ノ研究題目ニ屬セスシテ寧ロ手續法上ノ説明ヲ待ツヘキモノトス然レトモ實體法上ニテ如何ナル犯罪カ引渡ノ目的トナルヘカト云フカ如キ關聯問題アルカ故ニ便宜ノ爲メ茲ニ其大要ヲ講述スヘシ

1、處罰スル權利ヲ有スル國ハ犯罪者又ハ犯罪ト法律上ノ或關係ヲ有スル國家即チ犯罪者ノ本國又ハ犯罪ノアリタル土地ノ國家ニ限ルモノニシテ引渡ヲ請求シ得ル國家ハ處罰權ヲ有スルモノニ限ルモノトス而シテ引渡ヲ爲ス國家ハ

犯人滯在地ノ國家タルコト勿論ナリ

數箇ノ國家カ一人ノ引渡ヲ請求スルトキハ何レノ國ニ引渡スヘキモノナルヤ

此問題ニ關シテ諸國ノ法律若クハ條約ハ略ホ左ノ如ク規定スルヲ例トス

(イ) 引渡請求國カ其版圖内ニ在リタル犯罪ニ對シ他國ニ先ンシテ犯罪者ヲ處罰スル地位ニアルトキハ此國ハ他國ニ優先シテ刑罰權ヲ行使スル權利ヲ有ス

(ロ) 優先ノ地位ハ引渡請求ノ前後ニ因リテ定マルヘキコトヲ規定シタルモノアリ(此主義ハ諸國カ同時ニ引渡ヲ請求シタル場合ヲ解決シ難シ)犯罪者ノ本國ニ此地位ヲ與フルモノアリ其他罪ノ輕重ニ由リテ此地位ヲ定ムルコトヲ規定スルモノアリ

2、内國人ハ審問又ハ處罰ノ爲メニ之ヲ外國ニ引渡スコトヲ得ス

此原則ハ歐洲大陸諸國ノ條約又ハ法律ニ規定セラル、所ニシテ殊ニ佛國千八百十四年ノ憲法ニハ何人モ其自然的裁判官(Juges naturels)ヨリ奪移セラル、コトナシトノ規定ヲ置キ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内國人引渡ハ自國ノ地位及ヒ尊嚴ヲ損スルコトヲ虞レタルニアリ然レトモ既ニ他國ノ司法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權利保護ノ利害ト被告ノ利害トニ最モ多ク關係アル犯罪地ノ裁判所ヲシテ之ヲ處罰セシムルハ最モ望マシキ所ナルカ故ニ此原則ヲ採用スルハ適當ニアラス

英米ニ於テハ犯罪者ノ國籍如何ハ犯罪ヲ左右スヘキ性質ヲ有スルモノニアラストノ思想ニ基キ右ノ原則ヲ排斥ス又我國ニ於テハ右ノ原則ヲ認ムルモ相互ノ擔保アルトキハ内國人ト雖モ之ヲ引渡スヘシトノ例外ヲ設ケタリ

3、如何ナル犯罪ヲ犯シタル者カ引渡サル、カハ等シク條約若クハ法律中ニ規定セラル而シテ引渡ハ重罪(政治上ノ犯罪ヲ除ク)及ヒ輕微ナラサル輕罪ノ爲メニ爲スモノトス然レトモ條約ハ斯ノ如ク概括的ニアラスシテ各個ノ犯罪ヲ列擧スルヲ例トス而シテ或條約殊ニ白耳義ト南米諸國及ヒ露國トノ間ニ於ケル引渡條約ニ於テハ輕罪ハ引渡請求國及ヒ被請求國ノ何レノ刑法上ニ於テモ罰セラルヘキ行爲ニシテ且請求國ノ刑法上一年(白露間ニテハ二年)ノ禁錮以上ノ

刑ニ該當スルモノニ限リテ引渡原因タルヘキコトヲ規定セリ

政治上ノ犯罪ヲ犯シタル者ハ之ヲ引渡サル、ルヲ原則トス

此原則ハ英國ノ創定シタルモノニシテ歐洲大陸諸國之ヲ繼受シテ其根柢ヲ固カラシムルニ至レルモノナリ然レトモ法律上一般のニ政治犯ノ意義ヲ明確ニスルハ困難ナリ何トナレハ殺人強盜竊盜誹謗等ノ如キ普通犯ト雖モ尙ホ其動機若クハ目的ニ因リテハ政治上ノ性質ヲ有シ得レハナリ故ニ國際交渉上ニ於テハ一定ノ規則ニ依ルコトナク各場合ニ於テ關係國政府ハ問題トナレル犯罪ヲ政治犯ト認ムヘキヤ否ヤヲ決定セサルヘカラス然レトモ或引渡條約ニアリテハ外國政府ノ元首若クハ其家族ニ對スル攻撃カ謀故殺若クハ毒殺ヲ構成スル場合ニハ之ヲ以テ政治犯ト看做サルコトヲ規定セリ

抑モ政治上ノ犯罪者ヲ引渡サル理由アルカ或ハ曰ク政治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又曰ク政治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尙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治上ノ

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然レトモ此等ノ説明ハ未タ以テ政治犯人非引渡ノ理由ヲ盡セルモノニアラス此原則ノ根據ハ多數學者ノ見解スルカ如ク寧ロ歷史上ノ理由ニ存ス蓋シ第十九世紀ノ上半ニ於ケル歐洲諸國ノ政治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ニ過キサルカ故ニ既ニ革新サレタル他國ニ至レハ却テ尊敬ヲ受ケ名譽アル紳士タリシヲ以テ他國ハ之ヲ本國政府ニ引渡スヲ不名譽ナリトセルカ如シ然レトモ此歷史上ノ理由モ亦今日ノ時勢ニ於テハ半ハ其根柢ヲ失フニ至レルカ故ニ從來政治犯トシテ取扱ハレタル場合(例ヘハ外國ノ元首ニ對スル殺害)モ今ヤ既ニ政治犯ノ範圍ヲ脱セントスルノ傾向ヲ生セリ

4、引渡ハ特定のナリ換言スレハ犯人ハ請求國ヨリ請求原因トシテ明示セラレ且被請求國ヨリ承諾セラレサリシ犯罪ニ付テ審問若クハ處罰セラルヘキモノニアラス而シテ引渡前ニ本國ニ於テ犯サレタル犯罪ニ付テモ此原則ノ適用アルモノトス(Spezialität der Auslieferung)故ニ犯人ノ本國カ引渡前本國ニテ犯サレタ

ル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セハ本人ニ本國ヲ去ルニ適當ナル期間ヲ與ヘサルヘカラス此期間經過スルモ尙ホ本國ニ滞在スルトキハ之ヲ逮捕シ處罰スルヲ得ルナラン何トナレハ此場合ニ於テハ其滞在ハ既ニ引渡ニ基クモノニアラサレハナリ

5、引渡ノ請求ハ外交手段ニ依リテ即チ政府ヨリ政府ニ對シテ之ヲ爲ス而シテ引渡ヲ爲スヘキヤ否ヤニ付テハ裁判所ノ判斷ヲ待ツコトナク政府之ヲ獨決スルヲ多數ノ例トス唯英米ニ於テハ引渡ノ承諾ハ裁判上ノ手續及ヒ判斷アルコトヲ前提トスルカ如シ

以上説明シタル原則殊ニ引渡手續ニ付テハ逃亡犯罪人引渡條例及ヒ日米犯罪人引渡條約ヲ參照スルコトヲ要ス

刑法ノ效力(完結)

連續犯 (Fortgesetztes Verbrechen)

第一 犯罪ノ繼續ハ廣義ニ於テ法益ニ對スル侵害カ時間上延長スルコトヲ意味ス而シテ法益ニ對スル侵害ハ種々ノ形式ニ於テ繼續ス

(イ) 一時ニ完成スヘキ結果ニ對シテ漸次ニ原因ヲ與フルコトアリ例ヘハ三打撃ヲ加ヘテ一人ヲ殺スカ如シ此場合ニ於テハ犯罪ハ最初ノ打撃ニ始マリ第三打撃ノ爲メニ被害者ノ生活機能ノ絶止スルトキニ終了スルモノニシテ唯一罪ヲ構成スルノミナリ二箇ノ殺人未遂罪ト一箇ノ殺人既遂罪トノ成立ヲ認メントスルハ普通ノ概念ニ背馳ス而シテ此場合ニ於テ三箇ノ打撃カ一括セラレテ一罪ヲ構成スルハ法益ノ單一ナルニ基因ス

(ロ) 一度扶植サレタル原因カ持續的ニ侵害ヲ生スルコトアリ例ヘハ不法監禁カ長時日ニ亘ル場合ノ如シ所謂繼續犯 (Dauerdelikt) 是ナリ此場合ニ於テ犯人ノ所爲カ一罪ヲ構成スルニ過キサレハ斯ノ如キ不法ナル状態ヲ維持スルコトモ亦

此状態ヲ惹起スルコト、共ニ犯罪ノ要素ニ屬スルカ爲メナリ

(ハ) 一度與ヘラレタル原因カ長時日ヲ經過シタル後ニ於テ結果ヲ惹起スコトアリ例ヘハ毒物施用ノ效果カ數十日ヲ經過シタル後ニ現ハレテ被害者ノ死亡ヲ惹起ス場合ノ如シ

(ニ) 連續シタル數箇ノ獨立ナル法益侵害カ法律上一罪ヲ構成スルコトアリ例ヘハ詐欺取財ヲ爲スカ爲メニ文書ヲ偽造シ其文書偽造ノ爲メニ印章ヲ盗用セルカ如シ此種ノ數箇ノ侵害ヲ一括シテ一罪トナスモノハ法律ノ規定其モノナリ

(ホ) 犯罪カ同種ノ數行爲アル場合若クハ犯人カ斯ノ如キ數行爲ヲ目的トシタル場合ニ限リテ成立スルトキ即チ慣行犯若クハ常業犯營業犯ノ場合ニ於テハ犯罪成立前後ノ數箇ノ行爲ハ同一罪ノ内容ヲ構成シ犯罪ハ其行爲ノ繼續セル間ハ一罪トシテ繼續ス

(ヘ) 法益ニ對スル侵害ハ犯罪完成後ニ於テモ續發スルコトアリ例ヘハ或者カ放火ニ遭遇シテ其家財ヲ失ヒ若クハ遺棄セラレタル結果トシテ生存状態ノ安全ヲ失フカ如キ又ハ強竊盜若クハ詐欺取財犯人カ其贓物ヲ處分シ重婚者カ交接

ヲ行フカ如キ是ナリ此場合ニハ被害者ノ法益ニ對スル侵害ハ犯罪既成後ニ繼續スルニ拘ハラズ之ヲ以テ數罪トナサスシテ一罪ト看做スヲ例トス是レ後ノ侵害ハ當然ナル結果トシテ立法者ノ豫想シタルモノナルヲ以テ新ニ犯罪ヲ構成スルコトナキニ因ル或ハ被害者ノ法益ニ對スル侵害ハ例ヘハ竊盜又ハ重婚等ノ所爲ニ於テ完成シ其當該法益ハ既ニ侵害スル能ハサル状態ニ陥リタルカ爲メニ犯罪成立後ノ所爲ハ法益ニ對スル侵害トナラス此所爲ノ罰セラレサルハ唯之カ爲メノミト主張スル者アリ(Binger)一説トシテ參考ニ供スヘシ

(ト) 純正不作爲犯ハ不作爲カ罰セラレヘキモノトナリシ瞬間ヨリ作爲ヲ爲ス義務ノ消滅スルマテ持續ス而シテ其義務消滅ノ時期ハ各個ノ規定ノ性質ニ因リテ異ナル例ヘハ豫戒命令ヲ受ケタル者カ轉居シタル場合ニ所轄警察署ニ對シ二十四時間内ニ届出ヲ爲サ、ルトキハ不作爲犯ヲ構成スルモノニシテ其後届出ヲ爲スマテノ間ハ届出ノ義務消滅セサルカ故ニ犯罪ハ届出ヲ爲スマテ持續ス之ニ反シテ徴兵検査ヲ受クヘキ義務ハ兵役義務年齡ノ經過ニ因リテ消滅スルカ故ニ検査不應ノ犯罪ハ其時期以後ニ繼續セス

第二 然レトモ以上ノ場合ニ關スル研究ハ本講義ノ範圍外ニシテ吾人ノ目的トスル所ハ所謂連續犯ノ問題ナリトス連續犯トハ何レモ犯罪ノ徵憑ヲ具備スル數箇ノ行爲カ連續スル場合ヲ云フ例ヘハ家僕カ其主人ノ酒又ハ煙草ノ若干量ヲ數回ニ竊取シタルカ如キ若干分量ノ偽造貨ヲ數回ニ製造シタルカ如キ姦夫ト姦婦トカ繼續シテ通シタルカ如キ連續犯ノ好適例トシテ一般學者ノ引用スル所ナリ所謂連續犯ニ付キ第一ニ生スル問題ハ連續犯ハ一罪ナリヤ將タ數罪ナリヤ換言スレハ連續犯ノ存否如何ト云フ點ニアリ次ニ若シ連續犯ノ存在ヲ認ムヘキモノトセハ數箇ノ行爲ヲ一括シテ一罪タラシムル原素ハ果シテ何者ナルヤノ問題ヲ生ス而シテ連續犯ノ難問タル所以ハ實ニ此第二ノ點ニアリテ存ス

第三 連續犯テフ觀念ヲ否認スル者少ナカラス例ヘハフォンブリー、フォンリエンタトル、オッペンホッフ等ノ如キ是ナリ此等ノ學者ノ主張ヲ聽クニ凡ソ各別ニ犯罪構成要素ヲ具備スル數箇ノ所爲ハ常ニ數箇ノ犯罪ヲ構成スヘキモノニシテ其例外ハ單リ法律ノ明文ヲ待テ之ヲ認ムヘキモノナルカ故ニ所謂連續犯ノ如ク何レノ行爲モ悉ク犯罪ノ徵憑ヲ具フルニ拘ハラズ之ヲ一括スヘキ明文ナキモノニアリテ

ハ數罪ヲ認ムヘシト云フニアリ而シテ千八百十三年バイエルン刑法第百十條、千八百五十五年ザクゼン刑法第七十八條、ツルテンベルヒ刑法第二十二條、バーデー刑法第八十條其他各邦ノ刑法ニ於テ連續犯ヲ規定シタルニ拘ハラズ獨逸刑法ノミ之カ規定ヲ置カサルハ即チ連續犯ヲ認メサルノ證左ナリト云フニアリ然レトモ各別ニ犯罪ノ徵憑ヲ具フル數箇ノ行爲ハ絕對ニ數箇ノ犯罪ヲ構成スルモノナリト云フハ極端ナル議論ト謂フヘシ甲カ乙ヲ殺スノ意思ヲ以テ或日之ヲ傷ケ其翌日更ニ之ヲ毆打シテ遂ニ之ヲ殺害スルニ至リタル場合ヲ想像セヨ初日ノ行爲ハ其自體ニ於テ犯罪ノ要素ヲ具備スルモノニシテ必スシモ第二ノ犯罪行爲ヲ俟テ然ルニアラス又第二ノ犯罪行爲ハ初日ノ犯罪行爲ナシトスルモ獨立ニ犯罪ノ要素ヲ具備スルモノナリ論者ハ此場合ニ於テ二箇ノ犯罪ヲ認ムルコトヲ得ルカ更ニ他ノ一例ヲ以テ之ヲ考察セン盜賊カ或家屋ニ忍ヒ入り衣服ヲ竊取シ更ニ隣室ニ至リ時計ヲ竊取シタリト假定セヨ衣服ヲ竊取シタル行爲モ時計ヲ竊取シタル行爲モ各犯罪ノ構成要素ヲ具備スルハ疑ナシ論者ノ見地ヨリスレハ此場合ニ二罪ヲ認メサルヘカラス極端ニ云フトキハ竊盜罪ノ數ハ竊取ニ係ル物件ノ

數ト同一ニ歸著スヘシ豈ニ斯ノ如キ理アラシヤ又獨逸刑法カ連續犯ニ關スル明文ヲ置カサルハ難問ヲ學說ニ委ネタルカ爲メニシテ決シテ之ヲ否認スルノ意ニアラス我改正刑法案第六十六條ニ於テ連續犯ヲ規定シタルハ適當ナル見解ヨリスレハ寧ロ不必要ナルノ觀アリ唯或範圍ニ於テ學說上疑問トナレル點ヲ一定シタルニ外ナラス

第四 數箇ノ行爲ヲ一括シテ一罪タラシムル原素如何ト云フ問題ニ付テハ學說一致セス然レトモ大別シテ客觀說、折衷說及ヒ主觀說ノ三トス

一 主觀說 主觀說ハ獨逸ニ於テハミッテル、マイエル氏ノ創唱セルモノニシテ決心ノ單一ヲ以テ一罪ノ條件トナスモノナリホイエル、パッハノ說亦同シ蓋シ各行爲ハ各別ニ決心ヲ必要トスルモノニシテ今甲者カ乙者ノ炭庫ヨリ毎日一俵宛ノ木炭ヲ竊取セント決心シタルトキハ此概括的決心アルカ爲メニ毎日竊取ヲ行フ場合ニ於ケル決心ヲ以テ不必要トスルモノニアラス果シテ然ラハ個々ノ行爲ニ直接先行スル決心ノ數ト同數ノ犯罪アリト言フノ結果ヲ生スヘキニアラサルカ然レトモ論者ハ最初ノ概括的決心ニ付テ此要件ヲ求メントスルモノ

ナリ斯ノ如ク概括的決心ノ單一ナルヲ以テ一罪ノ標準ナリトセハ其結果ハ果シテ如何或者カ東京市民全部ノ財産ヲ竊取スヘシトノ概括的決心ヲ爲シ連夜數十箇ノ家屋ニ於テ竊盜ヲ行フトキハ一罪ナリト認めサルヘカラサルニ至ルヘク又十人ノ者ヲ悉ク殺害スヘシトノ概括的決心ヲ以テ毎日一人宛ヲ殺害シタル場合ニ於テモ之ヲ一罪ナリト認めサルヲ得サルニ至ラン

佛國ノ學說ニアリテハ^{レヴィエリオン}決心及ヒ^{ピユル}目的ノ單一ナルコトヲ以テ一罪ノ標準ナリトス例ヘハガロー^ルオルトラン其他ノ學者是ナリ白耳義ノプリンス亦同一ノ見解ヲ持セリ我大審院ニ於テハ意思ノ繼續ヲ以テ一罪ノ標準ナリトナス此等ノ見解ハ其形式ニ於テハ多少決心單一説ト異ナル所アリト雖モ要スルニ同様ナル批難ヲ加フルコトヲ得ヘシ

決心目的若クハ意思ノ單一ナルコトハ或ハ一罪ヲ認めルノ一條件トナスコトヲ得ン然レトモ之ヲ以テ唯一ノ標準トナスコトハ明カニ誤ナリ大審院ニ於テ一個ノ意思ノ繼續ヲ以テ一罪ノ標準トナスハ寧ロ其他ノ條件例ヘハ數箇ノ罪名ニ觸レサルコト、監督ノ數人ニ屬セサルコト等ヲ默示ノ前提トシタルモノト

解釋スルノ外ナシ

二 折衷説 此説ハ單純ニ主觀的原素ノミヲ以テ標準トナスシテ更ニ客觀的原素ヲ加ヘテ説明セントスルモノナリピンチングノ見解ニ依レハ數箇ノ行爲ヲ結合スル原素ハ分量上侵害ノ擴張サレ得ヘキ結果ノ單一ナルコト及ヒ侵害ヲ一定ノ範圍ニ至ラシメントスル決心ノ單一ナルコトニアリ氏ハ此見地ヨリ説明シテ曰ク第二ノ行爲ハ初ヨリ第一ノ行爲ヲ繼續スルノ意思ニ出テサルヘカラヌ新ニ爲スノ意思ニ出テタルトキハ即チ非ナリ故ニ犯意カ一部實行サレタル後ニ拋棄サレ其後犯人カ更ニ同一ノ法益ヲ侵害シタル場合ニハ其犯人ノ行爲ハ數罪ヲ構成スヘキモノナリト蓋シ客觀的要素ヲ附加シタル點ニ於テハ主觀說ニ比シ進歩セルモノナリト認め得ヘキモ此見解ニ基クトキハ例ヘハ人ヲ毆打シタル者カ其行爲ヲ終了シテ被害者ヨリ隔離シタルニ被害者ヨリ罵詈雑言ヲラレタルヲ憤激シ更ニ追行シテ其被害者ヲ毆打シタルカ如キ場合ニハ二罪ナリト認めサルヘカラヌ斯ノ如キハ普通ノ概念ニ反スルノ甚ダシキモノナリ是ニ於テカ^レ氏ハ斯ル場合ニハ二箇ノ犯意アルコトニ付キ證據ヲ認めル能ハ

サルカ故ニ一罪ナリトセリ是レ不條理ノ論結ヲ避ケンカ爲メニ強辯ヲ逞フスルモノト謂フヘシ證據ノ有無ハ事實ノ問題ナリ證據ナシトシテ理論ヲ曲クルコト能ハス次ニ此見解ニ依ルトキハ或者カ金錢ヲ竊取スルカ爲メ他人ノ家屋ニ忍ヒ入り適優美ナル時計ノ存スルコトヲ發見シ更ニ此時計ヲモ竊取スルノ決意ヲ起シ且之ヲ竊取シタルトキハ決心ノ單一ヲ缺クカ爲メ二箇ノ犯罪ヲ認メサルヲ得サルヘシ獨逸帝國裁判所ハ折衷說ヲ採用シ決心ノ單一ナルコト及ヒ法益ノ單一ナルコトヲ以テ一罪ノ標準ナリトセリワッヘンフェルド氏ハ此見解ヲ以テビンディング氏ノ見解ト異ナルモノナリトシ之ヲ駁撃シテ曰ク此見解ニ依ルトキハ竊盜カ家主ノ物品ト共ニ家主ノ借用品ヲ竊取シタルトキハ二人ノ所有權即チ二箇ノ法益カ侵害セラレタルモノナルカ故ニ二罪ナリト認メサルヘカラサル結果ヲ生スヘシ惟フニ此批難ハ法益ヲ觀念ヲ曲解シタルモノナリ所有權モ法益ナルコトハ疑ナシ然レトモ竊盜罪ニ於ケル法益ハ物ノ監督ナリ此例ニ於テハ監督一ナルヲ以テ一罪トスルヲ得ヘク上記裁判所ノ判決ヲ以テスルモ二罪ニアラサルヘシ然レトモビンディング氏ノ說ニ對スル批難ハ亦同

裁判所ノ見解ニ對シテモ適用スルコトヲ得ヘシ

ビンゲル氏モ亦決心ノ單一ナルコト及ヒ法益ノ單一ナルコトヲ以テ一罪ノ標準トナス者ナリ然レトモ法益ノ意義ニ付テ其見解ヲ異ニシ法律ノ保護スル所ハ普通ノ學說ニ於ケル如ク「レヒツ、グート」ニアラスシテ「レヒツ、インテレッセ」ナリ「レヒツ、グート」ハ主體ニ依リ認識セラル、モノニシテ即チ主體ノ利益ノ目的トナルモノナリ「インテレッセ」利益ハ之ト趣ヲ異ニシ或主體カ自己ニ對スル價値ノ點ヨリ二箇ノ物體ヲ比較スル點ヨリ主觀的ノ認識ヲ爲スニ依リテ成立ス例ヘハ人ノ生存ノ利益ハ死亡ト生存トノ比較ニ依リテ成立スルモノナリト言ヘリ斯ノ如ク法益ニ關スル見解ヲ一ニセスト雖モ尙ホビンディング氏ノ見解ニ對スル批難ヲ以テ臨ムコトヲ得ルナリ

三 客觀說 此說ハ以上二說ト異ナリ一罪ノ標準ヲ全然客觀的原素ニ求メントスルモノナリ之ヲ詳說スルトキハ種々ノ形式トナルヘシ其主要ナルモノヲ擧ケテ批評セン

(イ) 同時說 此說ハ數箇ノ行爲カ同時ニ行ハル、コトヲ以テ之ヲ一括スルノ

原素ナリトスルモノナリ(例へハ、Kleinschrod; Abegg)然レトモ之ヲ嚴格ニ解釋スルトキハ其不條理ナルコト明白ナラン何トナレハ行爲ハ瞬間ニ於テ經過スルカ故ニ犯人カ同時ニ數箇ノ行爲ヲ爲スコト能ハサルヲ以テナリ唯此說ハ時間上前後連續スル行爲ヲ標準トスルノ趣旨ナリト解スルコトヲ得ヘシト雖モ時間ノ繼續ハ如何ナル場合ニ於テ認ムヘキカハ頗ル不明ノ事ニ屬ス假ニ一步ヲ讓リテ通說ニ從ヒ時間ノ繼續ヲ認メ得ルトスルモ唯此一點ノミヲ以テ標準ヲ決セントスルハ恰モ決心ノ單一ナリトノ二點ヲ以テ標準ヲ定メントスル主觀說ト相對峙シテ不條理ナル論結ヲ生スルモノナリ然レトモ總テノ行爲ハ其經過ニ於テ時間ト關係ヲ有スルコト必然ニシテ且時間ハ法律發生消滅ノ原因トモナルコトアルモノナルカ故ニ行爲連續ノ一條件トシテ之ヲ是認スルノ穩當ナルハ後ノ說明ニ付テ知ルヘシ

(ロ) 同性質說 此說ハ或ハ之ヲ同種類說ト稱スルコトヲ得ヘシ(グライヒアルチヒカイ)ト其趣旨ニ曰ク數箇ノ行爲ハ其性質ノ同一ナルニ依リテ一罪ニ一括スルコトヲ得ヘキモノナリ而シテ數箇ノ行爲カ同性質ナリト云フニハ其

數多ノ行爲カ同一法益ヲ侵害スルコト及ヒ其犯行方法ノ類似スルコトヲ要スルモノナリト此說ヲ極端ニ解釋スルトキハ數箇ノ行爲ハ決シテ同一ナル方法ニ依ルコトヲ必スルコト能ハサルヘキカ故ニ之ヲ採用スルコトヲ得ス例へハ犯人カ或時ハ庖厨ヨリ忍入り他ノ時ハ玄關ヨリ忍入りタルトキハ其方法同一ナラサルヲ理由トシテ前後ノ連續ヲ認ムルコト能ハサルニ至ルヘシ蓋此ノ如キハ極端ナル非難ニシテ論者ノ本旨トスル所ニアラサルヘク其趣旨ハ數多ノ行爲カ事實上同方法ニ依リテ行ハレタリト見ルヲ得サルニセヨ法律上ノ觀念ニ於テ同方法ナリト見解スルコトヲ得ルヲ以テ足レリトスルニアリト解セサルヘカラス然レトモ何カ故ニ同一法益ニ對スル場合ニ於テノミ數箇ノ行爲ハ同性質ナリト云フカ吾人ノ理解ニ苦シム所ナリ例へハ連發銃ヲ以テ順次ニ數人ヲ射殺シタリトセヨ又數戸ノ家ニ於テ同シ方法ヲ以テ同種類同量ノ金品ヲ竊取セリトセヨ殺人ノ數行爲若クハ竊盜ノ數行爲ハ各事實上及ヒ法律上ニ於テ其性質ノ同シキコトハ爭フヘキニアラサルヘシ然ルニ同性質ト云フコトヲ一箇ノ法益ニ對スルニ數行爲ノ場合ノミニ限

ラントスルハ同性質ト云フ觀念ヲ不當ニ制限スル獨斷ナラストセンヤフオン、
リストハ所謂想像上ノ數罪ノ場合ニ數箇ノ犯罪ノ存在ヲ認ムルハ之ヲ例ヘ
ハ一人カ二箇ノ國籍ヲ有スルトキハ其一人ハ即チ二人ナリト言フト同シク
甚ク誤謬ナル結果ヲ生スルモノナリト曰ヘリ吾人ハ此論法ヲ反對ニ應用シ
テ數箇ノ行爲カ單純ニ同種類ナリトノ點ヲ以テ一罪ヲ認メントスルハ恰モ
數人ノ者カ法律上同資格ヲ有スル場合ニハ即チ一人ナリト言フカ如キ論法
ト同シク誤謬ナル結果ヲ生スルモノナリトノ非難ヲ加フルコトヲ得ヘシ之
ヲ要スルニ數箇ノ行爲カ偶然ニ其性質ヲ同ウスルノ理由ヲ以テ之ヲ一括シ
テ一罪タラシムルノ標準トナスハ何等ノ特別ナル理由アルコトヲ發見セス
然レトモ數箇ノ行爲カ法律上同種類ナルコトハ連續犯ノ存在ヲ認ムルニ必
要ナル標準ノ一條件タルコトハ之ヲ認定セサルヲ得サルヘシ

(ハ) 同一法文違反説 此説ハ數箇ノ行爲カ同一法文ニ違反スルコト即チ犯行
方法ノ類似スルコトヲ以テ連續犯成立ノ要件トスルモノニシテ前説中ノ一
條件ノミヲ抽出シテ標準ヲ定メントスルモノナリ惟フニ此要素モ亦標準ノ

一條件タルヘキコト疑ナシ何トナレハ殺人ノ行爲ト竊盜ノ行爲トハ決シテ
一罪ニ一括セラルヘキモノニアラサレハナリ唯同一種類ノ犯罪タルヘキ行
爲ニシテ一ハ通則ニ觸レ他ノ一ハ加重若クハ減輕ノ情狀ヲ規定シタル法文
ニ觸ル、場合ニ於テハ之ヲ一括スルコト能ハサルヤ否ヤニ付テハ頗ル議論
ノ存スル所ナリピンヂング氏ハ此問題ヲ肯定シ個々ノ行爲カ同一法文ノ適
用ヲ受クヘキモノナルコトハ必要ニアラス例ヘハ小僧カ主人ノ卷煙草ヲ普
通ノ方法ヲ以テ竊取シタルニ或場合ニ於テハ鎖鑰ヲ破毀シテ之ヲ竊取シタ
リトスレハ其前後ノ行爲ハ一括シテ重キ盜竊罪ヲ以テ論スヘキモノナリト
セリマイヤー氏ノ見解亦同シ之ニ反シテリスト氏ハ數箇ノ行爲カ一箇ノ連
續犯タルニハ同一法文ニ觸ル、場合ニ限ルモノニシテ前例ノ如キ場合ニ於
テハ連續ヲ斷ツモノナリト説明セリ余輩ハ此點ニ於テハリストノ説ニ賛成
スルモノナリ然レトモ同一法文違反ノ一事ヲ以テ唯一ノ標準トナスハ謬レ
ルノ甚クシキモノナリ爰ニ某アリ先ツ甲ノ家ニ忍ヒ入りテ竊盜ヲ行ヒ次ニ
乙ノ家ニ忍ヒ入りテ竊盜ヲ行ヒタリトセヨ其前後ノ行爲ハ同一法文ニ觸ル

ルモノナルコト明カナリト雖モ之ヲ以テ一罪ナリト爲ス者ハ未タ之アルヲ知ラス

(三) 結果説 此説ノ要旨ニ曰ク犯罪ノ單位ハ行爲ノ單位ニ一致スヘク行爲ノ單位ハ行爲ノ要素タル結果ヲ標準トシテ之ヲ決スルノ外ナシ而シテ結果ノ單一ナルコトハ自然的ノ影響ノ單一ナルコトヲ意味セス法律上ニ於テ結果ノ單一ナリトノ事ハ自然的影響ノ單一ナル場合ハ勿論數箇ノ自然的影響カ同性質ヲ有スル場合ニモ存在ス例ヘハ一箇ノ打撃ヲ以テ一創傷ヲ爲シタル場合ニハ自然的ノ影響及ヒ法律上ノ結果共ニ單一ナリ數箇ノ打撃ヲ以テ數箇ノ創傷ヲ爲シタル場合即チ自然的影響ノ數箇ナル場合ニモ法律上ニ於テハ唯一ノ健康侵害トシテ唯一ノ結果アリト言フコトヲ得ヘシト蓋シ此見解ハ行爲ノ單位ト犯罪ノ單位トハ相一致スヘキモノナリトノ點ニ關シテ余輩ノ反對スル所ナリト雖モ結果ノ單一ヲ以テ一罪ヲ決スルノ標準トナスヘシトノ點ニ付テハ賛成スル所ナリ以下其理由ヲ陳ヘン

抑モ結果ノ單一ナルコトガ數箇ノ意思活動ヲ一括シテ一罪タラシムルハ決シ

テ之ヲ否認スルコトヲ得サルナリ例ヘハ毎日或ハ意ヲ破壊シ或ハ壁ヲ破壊シ進テ其家屋ノ全部ヲ破滅シタリトセヨ其數箇ノ行爲ハ何レモ物件毀棄罪タルノ徵憑ヲ具備スルコト明カナルニ拘ハラズ其總體ノ結果ハ單一箇ノ家屋ヲ毀棄シタルノ點ニ存シ從テ總結果ノ單一ナルカ爲メニ一罪ヲ認ムルコト殆ト總テノ學者ノ爭ハサル所ナリ又他ノ一例ヲ以テ之ヲ説明センニ三箇ノ打撃ヲ一人ニ與ヘテ三箇ノ創傷ヲ生セシメタリトセヨ其各打撃ハ何レモ毆打創傷罪タルヘキ徵憑ヲ具備スルコトハ何人モ否認シ能ハサル所ニシテ而カモ此三箇ノ打撃ヲ一罪ト爲スノ理由ハ其總結果カ健康侵害トシテ單一ノ結果ナルニ因ルコト亦學者ノ認ムル所ナリ殊ニリストノ如キハ或者カ一室ヨリ順位ニ數箇ノ物件ヲ運ヒ出シテ之ヲ竊取スルカ如キ場合ニハ其結果ノ單一ナルカ爲メニ此等ノ數箇ノ意思活動ハ一罪ニ併括セラル、モノナリトナセリ果シテ然ラハ數箇ノ意思活動ヲ一罪タラシムルモノハ即チ結果ナリトノ論結ヲ爲スモ敢テ不當ニアラサルヘシ然ルニ學者ハ或場合ニ於テハ結果ノ單一ナルコトヲ以テ標準ト爲シ又或場合ニハ之ヲ否認セントス自家撞著ノ見解ト謂フヘシ

然ラハ謂フ所ノ結果ノ單一ナルコトハ如何ナル條件ヲ以テ之ヲ決定スヘキカ
 (1) 人ノ一身ニ於テノミ侵害スルコトヲ得ル法益例ヘハ生命、健康、名譽及ヒ貞操ノ如キニ付テハ被害者ノ數ハ結果ノ數ヲ定ムルノ標準ナリ故ニ數箇ノ行為ハ各被害者毎ニ數箇ノ犯罪ヲ構成スルモノニシテ常ニ連續ヲ斷ツヘキモノトス

(2) 人ノ一身ヲ離レテ侵害シ得ル法益ニ付テハ監督ノ數ニ依リテ結果ノ數ヲ決定スヘシ而シテ監督ハ數箇ノ物件カ共ニ包括的關係ヲ有スル場合例ヘハ同一人ノ懷中若クハ同一家屋内ニ存スル數箇ノ物件ノ如キモノニ付テ單一ナリ故ニ同一監督内ニ在ル數箇ノ物件ヲ同一機會ニ於テ若クハ毎日順次ニ奪取スルモ又ハ其數箇ノ物件ヲ毀壞スルモ一箇ノ犯罪ヲ構成スヘク其數箇ノ物件カ同一人ノ所有ニ屬スルト否トハ問フ所ニアラス

(3) 分量上増大スルコトヲ得ル侵害ノ目的トナル法益ニ對スル數箇ノ箇々ノ結果ハ單一ナル總結果ヲ構成ス例ヘハ一人ノ健康ハ一箇ノ創傷ヲ與フルニ依リテ之ヲ侵害シ得ヘキモ二箇若クハ二箇以上ノ創傷ヲ與フルトキハ別個

ノ健康侵害ニアラスシテ單ニ分量上増大セラレタル一箇ノ健康侵害タリ又人ノ監督ハ僅少ナル物件ヲ竊取スルニ依リテ之ヲ侵スコトヲ得ヘキモ巨額ノ物件ヲ竊取スルニ依リテ其侵害ヲ増大スルコトヲ得ヘシ故ニ同一監督内ヨリ十日間ニテ百圓ノ金額ヲ竊取シタルトキハ百圓ノ監督ニ對スル一箇ノ侵害アリト言フコトヲ得ヘシ畢竟此ノ如ク分量上増大シ得ル侵害ハ一回ニシテ之ヲ侵スコトヲ得ヘシテ之ヲ侵スコトハ其結果ニ於テ全ク同一ナルカ故ニ其結果ノ全體ヲ捉ヘテ之ヲ單一ナリト觀ルコトヲ得ヘシ之ニ反シテ人ノ生命ノ如キハ之ヲ絶ツカ絶タサルカ孰レカノ一ニ屬スヘキモノニシテ一箇ノ生命ハ決シテ之ヲ數回絶ツコト能ハサルナリ(一箇ノ身體ニ存スル生命ハ一箇ニ止マレハナリ)故ニ一タヒ結果ヲ生シタルトキハ之ニ對スル總結果ヲ想像スルコトヲ得ス或ハ曰ク二人ノ者ヲ一行爲ニテ殺害スルト二箇ノ行為ヲ以テ殺害スルト其總結果ニ於テ同一ナルニアラスヤト然レトモ此場合ニハ一箇ノ結果カ分量上ノ増大シタルニアラスシテ各別ノ結果カ其個數ニ於テ増加スルモノトス

(4) 總結果ヲ惹起スル數箇ノ行爲カ何レモ同一法文ニ觸ル、モノナルコトヲ要ス即チ法律上其犯行方法カ同種類ナルコトヲ必要トス故ニ同一人ノ健康ヲ害スル數箇ノ行爲ハ連續シテ一罪タルコトヲ得ヘシト雖モ同一人ヲ強姦シ且之ヲ殺シタルカ如キ場合若クハ同一人ニ對シ詐欺取得ヲ行ヒ且竊盜ヲ行ヒタルカ如キ場合ハ前後ノ行爲ハ其連續ヲ斷ツニ至ル

(5) 單一ナル總結果ヲ構成スル個々ノ影響ヲ生シタル數箇ノ行爲ハ或程度ニ於テ時間上相連絡スルコトヲ要ス此時間ノ範圍如何ハ頗ル困難ナル問題ニシテ或ハ同時時間ナルコトヲ要スト曰フ者アリト雖モ嚴格ニ立言スルトキハ同時ナルコトハ到底之ヲ想像シ能ハサルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ或ハ時間ノ間斷ナク繼續スルコトヲ要スト曰フ者アリ然レトモ如何ナル場合ニ於テ果シテ時間ノ間斷ナキ繼續アリヤカ即チ吾人ノ決定セントスル問題其モノナリ蓋シ時間ノ間斷ノ大小ハ行爲ノ連續ヲ妨クヘキモノニアラス毎日主人ノ卷煙草ヲ盜ムモ或ハ隔日ニ盜ムモ又三日毎ニ之ヲ盜ムモ其間ニ區別ヲ設クルコトヲ得スト雖モ其時間ノ間斷ノ甚タシク大ナルトキハ連續ニ關ス

ル吾人ノ觀念ヲシテ直覺的ニ不能ナラシム茲ニ於テカワッヘンヘルドノ如キハ説明シテ曰ク長キ時間ノ經過ハ法律ノ影響ヲ生シ得ルカ如ク(例ヘハ取得時効又法益ノ傷害ヲ醫スルノ力ヲ有スルモノトス即チ時ノ經過ト共ニ犯罪ニ對スル記憶消滅シ平和ノ狀態現出スルモノニシテ此平和ノ狀態現出シタルトキハ一ノ行爲ハ其以前ノ行爲ニ連續スルコトヲ得サルモノニシテ第二ノ犯罪トナルヘシ被害者モ數日連續シテ數箇ノ物件ヲ竊取セラル、場合ニハ其被害ノ觀念唯一ナルモ數年ヲ隔テ、再ヒ竊盜ニ遭ヒタルトキハ二回ノ侵害ヲ感スヘシト茫乎トシテ捕捉スル所ヲ知ラス又フーゴ、マイヤーハ時間ノ間隔カ事實上ニ於テ大ナルト小ナルトハ問フ所ニアラス當該犯罪ノ種類ニ屬スル意味ニ於テ時間上ノ連絡アルコトヲ要スルノミト曰ヘリ然レトモ是亦問題ヲ以テ問題ヲ解カントスルモノナリ要スルニ如何ナル範圍ニ於テ標準タルヘキ時間ヲ決スヘキヤハ容易ニ解決スルコトヲ得サル問題ナリト雖モ而カモ此條件ヲ以テ標準ト爲サ、ルヘカラサルハ止ムヲ得サル所ナリ故ニ余輩ハ常識ニ依リテ此時間上ノ關係ヲ決スルノ外ナシト信ス

第五 過失ニ因ル數箇ノ行爲ハ一連續犯ヲ構成スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ學說一致セスピンドンダリスト、マイヤー、ワッヘンヘルド等ハ之ヲ肯定シベルネルハ之ヲ否定セリベルネル曰ク連續犯ノ觀念ハ之ヲ過失犯ニ擴張スルヲ得ス一箇ノ過失行爲カ數箇ノ結果ヲ生シタルトキハ一行爲ト同様ノ取扱ヲ爲スヘキモノニシテ敢テ連續犯ノ觀念ヲ應用セル迂路ヲ取リテ此論結ニ到達スルヲ要セスト此辯明ハ數箇ノ過失行爲ノ存在スル場合ヲ看過シタルモノ、如シ吾人ハ過失行爲カ數箇ナル場合ニモ其結果ニシテ單一ナリト見ルコトヲ得ル場合例ヘハ結果ヲ豫見セシテ數回ニ窓ヨリ燐寸ノ燃片ヲ捨テシカ爲メニ同一人ノ帽子及ヒ衣服ヲ燒キタル場合ノ如シ又醫師カ同一ノ過マレル處方ニ依リ同一人ニ對シ數回ニ毒劑ヲ服用セシメタル場合ノ如キハ數箇ノ過失行爲アリト雖モ結果ノ單一ナル一罪ナリト謂フヘシ或ハ曰ク第二例ノ如キ場合ニハ過失ハ最初ノ處方行爲ノミニ存シ其後ノ調劑行爲ハ唯其結果ニシテ過失ニアラサルカ故ニ數箇ノ過失行爲アリト謂フコトヲ得スト然レトモ調劑ヲ爲ス毎ニ處分ノ誤リヲ發見セシテ同一ノ誤方ニ從ヒ調劑ヲ爲スコトハ亦過失行爲ニ

アラスシテ何ッヤ

第六 一連續犯ヲ構成スル數箇ノ行爲ハ刑法上種々ナル點ニ於テ同様ノ取扱ヲ受ケサルヘカラス例ヘハ連續犯中ノ一行爲ニ付テ親告アリタルトキハ其他ノ行爲ニ付キ親告ナシト雖モ全部ノ親告アリタルト同シ時効ハ連續犯ヲ構成スル最後ノ行爲ノ時ヨリ起算ス恰モ一箇ノ行爲ノ著手ノ時ヨリ時効ヲ起算セスシテ其終結ノ時ヨリ起算ストノ觀念ヲ得ヘシ又連續犯中ノ或行爲カ既ニ判決ヲ經タルトキハ其判決當時マテニ存シタル各行爲ハ悉ク確定判決ヲ經タルモノト看做サルヘシ

第七 數箇ノ行爲ヲ一罪ニ加重情狀ノ存スル場合ニハ其他ノ行爲モ之ト同様ニ終ニ連續犯中ノ或行爲ニ加重情狀ノ存スル場合ニハ其他ノ行爲モ之ト同様ニ取扱フヘキモノトス是レ連續犯ヲ構成スル總テノ行爲ヲ一行爲ト看ルノ觀念ヨリ生スル當然ノ論結ナリ

第七 數箇ノ行爲ヲ一罪ニ包括スル原素如何ノ問題ハ以上説明シタルカ如クニシテ余輩ハ結果ノ單一ナルコトヲ以テ此原素ナリトスル點ニ於テワッヘンヘルド氏ト其論結ヲ同ウスルモノナルカ故ニ以下同氏ノ説明セル趣旨ニ從テ個々

ノ犯罪ニ對スル連續犯ノ意義ノ適用ヲ畧述セントス

(一) 殺人罪 殺人罪ハ各個人ノ生命ノ毀損ニシテ其結果ハ即チ各個人ノ死亡ナリ故ニ前後相繼テ甲乙二人ヲ殺シタルトキハ獨立ナル二箇ノ結果ヲ生スルモノニシテ此二箇ノ結果ハ併括セラレヘキモノニアラス即チ其二箇ノ行為間ニ連續ナキニ至ルモノトス是レ數箇ノ行為カ同一ノ緣由ニ基因スル場合ト雖モ亦同様ナリ或學者(例ヘハロッシルト)カ雙子ヲ殺スハ連續嬰兒殺ノ一罪ナリト言ヘルカ如キ頗ル奇異ナル見解ト謂フヘシ

(二) 身體傷害 身體傷害ニアリテハ各個人ノ身體上ノ整狀イシクサレタニ整狀トハ完全ナルコト若クハ無疵ナルノ意ニ對スル侵害ニ基キテ處罰セラレ、モノニシテ各行爲ハ死ヲ惹起サ、ル間ハ其傷害ノ分量ノ如何ニ拘ハラヌ一箇ノ身體創傷トナル而シテ數箇ノ行為ニ因リ死ヲ惹起シタル場合ニハ性質上異ナリタル一結果ヲ生セシメタルモノトス之ニ反シテ數箇ノ行為カ數箇ノ創傷ヲ生シタル場合ニハ分量上増大サレタル一結果アルナリ何トナレハ數箇ノ創傷ハ相合シテ單一ナル身體整狀ノ或分量ノミヲ害スルモノニシテ此分量ノ

大小ハ犯罪ノ成立上緊要ナラサレハナリ而シテ此說ノ誤ニアラサルコトハ之ト同シ大サノ創傷カ一行爲ニ因リテ惹起サレ得ルコト及ヒ其場合ニ於テハ唯一罪タルニ過キサレコトヲ見ルモ明カナリ又各個ノ行為間ニ存スル時間ノ長短ハ或範圍マテハ關係ナキカ故ニ甲カ乙ニ一打撃ヲ與フル場合及ヒ一休憩ノ後更ニ第二ノ打撃ヲ與フル場合ハ共ニ其結果ノ單一ナルニ基ク一箇ノ連續犯タルヘキモノトス然レトモ其中間時ニ於テ創傷カ全癒シタルトキ即チ法益カ其整狀ヲ回復シタル後ニ在リテハ更ニ同一人ヲ傷クルモ第二ノ犯罪トナルヘシ

(三) 誹謗罪 誹謗罪ニ付テハ身體傷害ニ於ケルト同一ノ見地ヨリ立論スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テハ其結果ハ人ノ名譽ノ毀損ナリ而シテ毀損ノ大小ノ程度ハ犯罪ノ性質ヲ變更スルモノニアラス例ヘハ甲カ乙ニ對シテ其一箇ノ惡事醜行ヲ摘發スルモ或ハ十數箇ノ惡事醜行ヲ摘發スルモ唯一回ノ誹謗トナルモノトス又個々ノ惡事醜行ノ摘發カ同一ノ原因ヨリ生シタルヤ否ヤノ點及ヒ誹謗カ被害者ノ一利益ニ關スルヤ將タ數箇ノ利益ニ關スルヤ(例ヘ

ハ一ハ婚姻上ノ生活ニ關スル惡事醜行ヲ摘發シ一ハ臣民タル資格ニ關スル惡事醜行ヲ摘發スルカ如シノ點ハ罪數ノ判斷上無關係ナリ又同一人ニ對シ數箇ノ方法ヲ以テ(一ハ演述ヲ以テ一ハ公刊物ヲ以テ)誹譏ヲ爲スモ尙ホ一罪タリ然レトモ同様ナル方法ヲ以テ數人ヲ誹譏シタルトキハ身體傷害ノ場合ニ於ケルト同シク數罪ヲ構成ス然レトモ這ハ各個人ニ付テ説明シタル所ニシテ數人ノ團體即チ人ノ或階級カ誹譏セラレタル場合ニハ縱令數人カ自ラ誹譏セラレタリト感スルモ唯一罪アリト認ムヘキモノトス何トナレハ犯罪行爲ハ數人ノ團體ニ對シテ行ハルレハナリ(然レトモ以上説明シタル所ハ獨逸刑法ノ規定殊ニ同法第九十七條ノ解釋上ヨリ生スルモノニシテ我現行刑法ノ解釋トシテハ其團體カ法人ニアラサルトキハ其團體ニ屬スル人ノ數ニ依リテ罪數ヲ異ニスルモノト見解スルヲ正當ナリトセン)

(四) 横領罪(殊ニ盜罪) 横領罪ニ付テハ大ナル困難アリ是レ所有者ノ法益ハ各物件ノ上ニ存スルニ拘ハラヌ横領セラレタル物件ノ數ト同一ノ罪數ヲ認ムヘカラサルカ故ナリ抑モ物ノ獨立性ハ今日ニ於テ現存スルモ明日消滅スル

コトアリ得ヘク又昨日マテハ一單位ヲ構成セル數箇ノ物件カ今日二箇ノ單位ヲ形成スルコトアリ得ヘシ例ヘハ今日ハ一箇ノ完キ物件ナルモ明日破壊セラレ三片ニ分カル、金剛石ハ其外形ノ變更アリタルニ拘ハラヌ其所持者ニ對スル關係ニ於テハ一箇ノ監督ノ下ニアリ故ニ或者カ一箇ノ金剛石ヲ盜ミタルヤ將タ分割セラレタル三箇ノ物ヲ盜ミタルヤハ結果ノ單一ナルコトニ影響ヲ及ホスモノニアラス蓋シ盜罪ニ於ケル結果ハ所持者カ其物件ヲ支配スルノ能力ヲ奪ハル、コトニ於テ成立スルモノニシテ即チ他人ノ監督ヲ奪ヒ他人ノ物ニ對シテ自己ノ監督ヲ設定スルコトニアリ而シテ數箇ノ物件カ一箇ノ動作ヲ以テ盜取セラル、トキニ單一ナル結果ノ存在セルモノトセハ數箇ノ動作ヲ以テ盜取ノ物件ヲ盜取スルモ亦同シク其結果ハ單一ナラサルヘカラス若シ然ラストセハ一箇ノ物件ヲ盜マント決心シ之ヲ破壊シテ其各片ノ全部ヲ數箇ノ動作ニテ盜取シタルトキハ數箇ノ盜罪アリト謂ハサルヘカラスナルニ至ラン一回ニ百圓ヲ盜取スルモ百圓ヲ數回ニ盜取スルモ結果ノ單一ナルコトニ於テ即チ一箇ノ監督ノ侵害タルコトニ於テ相異ナルヘ

キモノニアラス又盜取セラレタル物件ノ性質ノ異同モ盜罪ニ於ケル結果ノ單一ナルコトニ影響ヲ及ホスモノニアラス
 終リニ同一人ノ監督内ニ在ル數箇ノ物件カ數箇ノ所有者ニ屬スル場合ヲ研究セン此場合ニ於テハ所有權ハ數人ニ屬スル法益ナリト雖モ盜罪ニ於ケル法益ハ監督ニ在ルヲ以テ其監督ノ數ニ依リテ之ヲ決セサルヘカラス故ニ一室中ヨリ家主及ヒ止宿人ニ屬スル數箇ノ物件ヲ竊取スル者ハ數人ニ屬スル數箇ノ所有權ヲ侵害シタルニ拘ハラヌ其罪數ハ數箇ニアラス之ニ反シテ異ナリタル場所ニ於テ數箇ノ物ヲ竊取シタル場合ニハ數箇ノ監督ヲ侵害スルモノニシテ數箇ノ盜罪成立スヘシ又同一所有者ノ住宅及ヒ之ニ接近スル倉庫ノ中ヨリ數箇ノ物件ヲ盜ミタル場合ニハ唯一箇ノ盜罪ヲ認メサルヘカラス何トナレハ此場合ニハ唯一箇ノ監督範圍ノミ侵害セラレタレハナリ之ニ反シテ今日旅人宿ノ主人ノ監督ヲ侵シ明口其旅客ノ監督ヲ侵ストキハ二罪ナリ而シテ以上述ヘタル所ハ一行爲カ他ノ行爲ニ對シテ附屬的關係ニ立テル場合例ヘハ一行爲カ他ノ行爲ノ手段タル場合ニモ之ヲ應用スルコトヲ得

ヘシ例ヘハ筆筒ヲ開カンカ爲メニ先ツ其鍵ヲ盜ムハ二罪ナルヤ將タ一罪ナルヤハ其行爲者カ二箇ノ行爲ヲ以テ異ナリタル監督ヲ侵シタルヤ否ヤニ依リテ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシ(旅人宿若クハ下宿屋等ニ侵入シテ主人ノ居室及ヒ客室ヨリ數箇ノ物件ヲ盜ミタルトキハ一罪ナルヤ數罪ナルヤノ問題ハ頗ル研究ノ價アルモノニシテ必スシモ數罪ヲ認ムヘキモノニアラサルカ如シ余輩ノ所見ヲ以テスレハ物件ニ對スル監督關係ハ内部ノ關係即チ宿主ト客人トノ關係ニ於テハ各獨立ナルモ外部ノ關係即チ盜取セラレタル物件ノ監督カ犯人ニ對スル關係ニ於テハ客人ノ携帶品モ亦宿主ノ監督内ニアルモノト認ムルヲ至當ナリト信ス)
 盜取セラレタル數箇ノ物件ニ付キ一箇ノ共同監督ノ存スルコトハ他ノ場合ト區別スル理由トナラス共有ト同シク共同監督モ亦法律上ノ見解ヲ變スルモノニアラス故ニ罪數ハ共同監督ヲ有スル人ノ數ニ依リテ定マルモノニアラスシテ共同監督カ一箇ナルト數箇ナルトニ依リテ定マルモノトス

(五) 委託物費消罪 (Unterschlagung) 委託物費消罪ニ於テモ亦結果ハ他人ノ監督

關係ヲ侵犯スルニ因リテ成立ス然レトモ盜罪ハ他人ノ物ニ對スル監督ヲ奪ヒ更ニ之ヲ己ニ設定スルコトニ依リテ成立スルニ反シ委託物費消罪ハ既ニ監督ヲ有セルモノナルカ故ニ本罪ニ於ケル結果ハ物ニ對スル監督關係ノ變更ニ因リテ生スルモノニシテ監督ノ設定ニ依リテ生スルモノニアラス此監督關係ノ變更ハ即チ委託物費消罪ノ特徵ナリ故ニ犯罪ノ數ハ他人ノ物ニ對スル監督關係ノ數ニ同シ即チ一箇ノ監督關係カ變更セラル、トキハ數箇ノ委託物カ數人ニ屬スル場合ニモ尙ホ一罪タルニ過キス例ハ貯金管理所ノ官吏ハ自己ノ管理内ニ在ル數人ノ金圓ヲ屢横領スル場合ニハ個々ノ費消行為カ相異ナル方法ニ於テ生スルモ亦一罪ノミ成立ス之ニ反シテ該官吏カ貯金ノ外己カ一私人トシテ委託ヲ受ケタル金錢ヲ費消スル場合ニハ決シテ之ヲ連續犯ト爲ス能ハス其官吏カ公衆ヨリ委託ヲ受ケタル金額ノ外長官タル地位ニ於テ下級官吏賞與ノ爲メニ受取りタル金錢ヲ費消シタル場合モ同シク二罪ナリ何トナレハ此場合ニハ此官吏ハ公衆ヨリ預リタル貯金ニ對シテ他ノ監督關係ニアレハナリ

(六) 物件毀棄罪 物件毀棄罪ハ之ヲ身體傷害罪ニ對照シテ説明スルコトヲ得ヘシ數箇ノ打撃ニ依リ一箇ノ家屋ニ數箇所ノ破損ヲ與フルハ例ヘハ數箇ノ打撃ニ因リ一人ニ數箇ノ創傷ヲ負ハシムルト同シク其數箇ノ破損ハ唯其分量ノ増大シタルノミニシテ數箇ノ異ナリタル結果ヲ生スルモノニアラス即チ身體傷害罪ニ於テハ身體ノ整狀ニ對スル侵害アリ物件毀棄ニ在リテハ物ノ整狀ニ對スル侵害アルナリ唯身體傷害罪ト物件毀棄罪トニ於テ多少説明ヲ異ニセサルヘカラサル點ハ結果ノ單一性ニ在リテ存ス即チ前者ニ在リテハ數箇ノ行為ヲ以テ數人ノ身體整狀ヲ害スルトキハ事實上及ヒ法律上數箇ノ結果アリト雖モ後者ニ於テハ數箇ノ行為ヲ以テ數箇ノ物件ヲ毀棄スルトキハ事實上其結果ハ數箇ナルモ其數箇ノ物カ場所ニ關シ一定ノ關聯ヲ有シ即チ之ニ對スル監督カ一箇ナル場合ニハ法律上其結果ハ單一ナリ故ニ例ヘハ店頭ニ陳列セラレタル數箇ノ物件ヲ數回ニ毀棄スルモ唯一罪アルニ過キサルナリ

(七) 放火罪 本罪ハ手段ノ特種ナルニ依リ物件毀棄罪ト異ナルモノナルカ故

ニ此場合ニ於テモ結果ノ單一ハ物ノ單一ニ依リテ定マルモノトス從テ一箇ノ建造物ノ四面ヨリ放火スル場合ニハ單一箇ノ放火罪アルノミ之ニ反シテ場所ノ上ニ於テ分離セル建物ニ放火スルトキハ一箇ノ放火罪アルナリ

(八) 詐欺取財罪 本罪ハ欺罔ノ存スルコトヲ以テ第一ノ要件トシ次ニ被欺罔者ノ所作アルコトヲ要スルモノニシテ欺罔者ハ被欺罔者ノ所作ニ依リテ其目的ヲ達スルモノトス是ヲ以テ被欺罔者ノ如何ナル財産ニ對シ如何ナル範圍内ニ於テ損害ノ生スルコトアルモ同シク之ヲ以テ詐欺行爲ノ一ニ屬セシムルコトヲ得ヘシ此結果トシテ一財産ノ侵害アル場合ニハ一罪ノミ成立スルコト當然ナリト雖モ其財産ノ數箇アル場合ニ於テモ亦盜罪及ヒ委託物費消罪ノ場合ニ於ケルト同シク單一罪アルノミ之ニ反シテ被欺罔者カ數人ナル場合ニ於テハ數罪ヲ構成スヘシ故ニ同一人ニ對シ毎日異ナリタル手段ヲ以テ若干宛ノ財物ヲ騙取スル者ハ一箇ノ詐欺取財罪ヲ犯シタルニ過キスト雖モ一ハ甲ニ對シ一ハ乙ニ對シ同様ナル若クハ異ナリタル詐欺手段ヲ行ヒタルトキハ其目的ノ同一ナル場合ニ於テモ尙ホ二罪トナルヘシ

(九) 文書偽造罪 本罪ニ付テ最モ緊要ナルハ文書ノ偽造若クハ變造ナリ抑モ文書偽造罪ノ規定ハ取引ノ安全ヲ保護スルコトヲ目的トスルモノニシテ取引ノ安全ハ各個ノ偽造變造ニ因リテ危險ヲ被ムルカ故ニ偽造變造ノ數ハ犯罪ノ數ヲ定ムルニ付キ重要ナル關係ヲ有スルモノナリ然レトモ取引ノ安全ヲ危ウスルコトハ文書ヲ以テ其手段トスル場合ニ限リテ罰セラルヘキモノナルカ故ニ文書ノ偽造若クハ變造ノ數カ罪數ノ決定上必要トナルナリ故ニ或ハ數箇ノ文書ヲ偽造スルニ因リ或ハ同一文書中ニ於ケル數箇ノ權利關係ヲ變更スルニ因リ文書偽造若クハ變造ノ數罪成立シ得ルモノトス然レトモ文書偽造若クハ變造ハ其レ自身ニ於テ罰セラルヘキモノニアラスシテ文書ノ行使ヲ俟テ始メテ罰セラルヘキモノニシテ一箇ノ文書カ縱令種々ノ權利關係ヲ包含シ居ルモ之ヲ利用スルカ爲メ數箇ノ行使トナラサルカ故ニ利用サレタル一箇ノ文書カ多數ニ偽造セラレタル場合ニ於テモ一箇ノ行使アル場合ニ於テハ一罪トナルニ過キス之ニ反シテ同シ一箇ノ文書ヲ屢利用スルハ數箇ノ行使アリ然レトモ文書カ單一箇ノ虛偽ノ事實ノミヲ含メル場合

ニハ數箇ノ行使アルトキト雖モ尙ホ一罪ノミ成立ス

(十) 猥褻罪 猥褻行爲ヲ罰スル所以ノモノハ猥褻行爲ノ受動者ノ精神上及ヒ身體上ノ健康ヲ危ウスルノ點ニアリ從テ斯ノ如キ危險ヲ有スル影響ハ即チ本罪ニ於ケル結果ナリ健康ハ獨立ノ法益ナルヲ以テ數人ニ對スル猥褻行爲ハ數罪トナル之ニ反シテ同一人ニ對スル數箇ノ猥褻行爲ハ縱令其時ヲ異ニシテ生スルモ尙ホ一罪タリ次ニ姦通罪ニ於ケル結果ハ婚姻ニ對スル侵害ナリ之ニ反シテ數人ノ妻ト通シタルトキハ數箇ノ姦通罪ヲ構成ス然レトモ妻ノ側ニ於テハ數人ノ男子ト關係スルモノ一箇ノ婚姻ノミヲ侵害スルモノナルカ故ニ一箇ノ姦通罪アルノミトス而シテ姦通ヲ爲ス男子ハ他人ノ妻カ既ニ姦通ヲ爲シ居ル場合ニ於テモ各別ニ姦通罪ノ責任ヲ負ハサルヘカラス何トナレハ一ノ婚姻ハ各人ニ對シテ神聖ノ維持ヲ要求スルモノニシテ一旦侵害サレタルカ爲メニ各人ニ對スル此要求ヲ失フモノニアラサレハナリ

實習科講演(完結)

