

326.01
M631k
(5)



0016300000

0016300-000

326.01-M631k-(5)

刑法学粹

宮本英脩・著

弘文堂書房

5版

1935

ACG

SANSEIDO

8 1200 (38-3)
13)



京都帝國大學
法學部教授

宮本英脩著

刑法學粹

發兌弘文堂書房

326.01M631k(5)

此書ヲ法學博士中川孝太郎先生ニ捧ク



214492

序

本書ハ法律學トシテノ刑法學ヲ論シタルモノナリ。然レトモ刑法ヲ以テ所謂第二次法トスル從來ノ通説ニ從ヘハ、第二次法タル刑法ノ學ハ第一次法タル一般規範ノ學ト不可分ノ關係ニアルモノニシテ、犯罪ニ付テ謂ヘハ、刑法上ノ行爲ノ可罰性ノ問題ハ常ニ一般規範上ノ違法性ノ具備ヲ前提トシテノミ可能ナルモノトス。從テ刑法學ノ研究ニハ當然ニ行爲ノ違法性ニ關スル一般規範學的知識カ先行セサルヘカラス。是レ本書緒論ニ於テ先ツ一見無用ナルカ如キ一般法律學的研究ヲ試ミ、以テ本論ニ於テ隨處ニ生起スル行爲ノ違法性乃至規範的評價ノ問題ノ解決ノ準備ト爲シタル所以ナリ。次テ此範圍ニ屬スル諸問題ハ法律上ノ行爲性、因果關係、行爲性ノ特殊類型タル違法性、之ヲ主觀的ニ觀察シタル有責性及ヒ違法行爲ニ對スル純粹ナル規範的反動トシテノ違法判斷即チ規範的責任ノ目的トス。而シテ是等ノ諸問題ノ研究ニ付テハ、予ハ法ノ規範性ノ分析ト其論理的展開トヲ以テ終始シタリ。然シテ更ニ右ノ通説ニ從ヘハ、刑法ハ一般規範ニ依リテ違法ト評價セラレタル行爲ノ中ニ付テ更ニ刑法ニ依

リ可罰的價值ヲ有スルモノト判斷セラレタル行爲ヲ處罰スルモノナリ。從テ法律關係トシテハ一般規範上ノ關係ト刑法上ノ刑罰請求權ノ關係トハ別個ノモノナリ。唯刑法上ノ關係カ成立スルニ付テハ一般規範上ノ關係ヲ前提トスト謂フニ過キス。而シテ此問題ノ範圍ニ於テハ予ハ一般規範上ノ純粹ナル規範的反應ト刑法上ノ可罰的反應トヲ何レモ社會生活上ノ矛盾ノ揚棄トシテノ調和タル目的的反應トシテ統一的理解スル結果トシテ、刑法理論ヲ主觀主義的ニ構成セント試ミタリ。此範圍ニ於ケル研究ハ凡テ主觀主義的理論ノ展開ニ外ナラス。

思フニ從來ノ應報刑主義ノ理論ニ於テハ多ク一般規範ヲ重視シ第一次法上ノ問題ヲ以テ同時ニ刑法問題ト爲シタル觀アリ。犯罪ハ法ノ否定ニシテ刑罰ハ法ノ否定ノ否定ナリトスル思考形式ハ略此派ノ論者ニ共通ノ觀念ナルカ如シ。然レトモ法ノ否定ハ本來法ニ對スル否定意思ノ自己主張ニシテ、行爲ハ其結果タルニ過キス。從テ法ノ否定ノ否定ハ論理上法ニ對スル否定意思ノ自己否定即チ反省又ハ改悛ニ因リテノミ可能ニシテ、行爲ニ對スル有形的ナル應報

ハ社會トシテハ寧ロ二重ニ損害ヲ被ルモノナリ。故ニ有形的ナル刑罰カ合理的ナルカ爲メニハ、別ニ其自身ノ理由ヲ有セサルヘカラス。此獨立ノ理由ヲ與フルモノハ即チ刑罰ノ實際的效果ナリ。而シテ斯カル觀察ハ一般規範上ノ違法問題ト刑法上ノ可罰問題トヲ峻別スルコトニ因リテ初メテ可能ナルヘシ。又近代ノ新派刑法學ノ代表者ハ一般ニ刑事責任ヲ以テ社會的責任ト爲スカ如シ。極言スレハ、犯罪人ヲ監獄ニ拘禁スルコトト傳染病患者ヲ避病院ニ收容スルコトトハ社會的ニ其理由ヲ同クスト爲ス。蓋シ犯罪ヲ理由トスル法律關係ヲ以テ直接ニ第一次的ノモノト見ルナリ。從テ此派ノ論者ノ所謂違法ハ予ノ所謂違法トハ語同クシテ義異ル。予ノ所謂違法ハ事前ニ於ケル行爲規範タル一般規範カ事後ニ於テ當然ニ評價規範トシテ作用スト謂フ見解ニ基ク違法ナルカ故ニ、本來規範ノ妥當セサル能力者以外ノ者ノ行爲及ヒ其結果ニ對シテ成立スルコトヲ得サル主觀的違法ナレトモ、論者ノ所謂違法ハ法律的ナル規範價值ニアラスシテ、法律以前ノ事實價值ナリ。故ニ一般規範ニ違反スルコトハ等シク違法ナレトモ、其違法ハ規範ニ違反シタルカ爲メニアラスシテ、實質的ニ社

會ヲ害シタルカ爲メナリ。從テ、例ヘハ、人ヲ傷害スルコトノ意義ハ通常人ノ所爲タルモ精神病者ノ所爲タルモ狂犬ノ所爲タルモ全ク相同シ。而シテ此見解ハ實質上ノ問題トシテハ予ノ異議ナキ所ナレトモ、刑法學上ノ犯罪概念ノ構成要件タル違法トシテハ予ノ見ル所ハ之ニ異ル。即チ刑法ハ其特質トシテ一般規範ノ行爲規範トシテノ先行ヲ豫想スト謂フ命題ヲ維持スル限り、刑法學ニ於ケル違法ハ常ニ能力者カ規範ニ對スル不從順ニ因リテ社會ヲ害スト謂フ特殊の意義ヲ有ス。予カ特ニ刑事責任ヲ以テ規範的責任ヲ前提トスト謂ヒ、所謂反社會性ヲ反規範性ト稱スルハ此意義ニ基クモノニシテ、此意義ヲ離レテ刑事責任其者ヲ考フレハ明ニ社會的責任ナリ。又反規範性ハ明ニ反社會性ナリ。是レ第二次法タル刑法限りノ問題トシテ本書ノ理論的構成カ純主觀主義的ナル所以ナリ。是ニ於テ學者或ハ難シテ抑モ斯カル形式論カ實際的ニ如何ナル價値アリヤト爲サン。然レトモ是レ一般規範ト刑法トヲ區別スル根本の見解ニ由來ス。而カモ此區別ハ之ニ由テ、一方ニ「掟」又ハ「法度」ニ違背スト謂フ犯罪ニ關スル從來ノ國民的法律確信ニ一致シツツ、他方ニ威嚇主義若クハ應報刑的意義

ヲ脱シタル純粹ナル目的刑主義ヲ建ツルコトヲ得ヘシ。斯カル見地ニ於テハ刑法學上ノ殆ト絕對的通説タル刑事犯ト法定犯トノ區別ハ必要ニアラス。即チ責任ノ理論ニ關シテハ二者ノ間ニ差別ナキナリ。要スルニ予ハ本書ニ於テハ、刑法ハ第二次法ナリト謂フ命題ノ示ス方向ヲ辿リツツ理論ヲ展開シタルモノナルコト以外ニ、特ニ序シテ讀者ニ告クヘキモノナシ。讀者若シ予ノ説ヲ以テ徒ニ新舊兩説ヲ平面的ニ折衷シタルモノト解スルコトナクンハ幸ナリ。

本書ノ刊行ハ、曩ニ公ニシタル刑法學綱要總論ヲ絶版トシ、更ニ昭和四年五月本書第一分冊ヲ發刊シタルニ始マル。爾來二星霜ヲ閱シ、今次五月第五分冊ヲ公ニスルニ至リテ初メテ一應ノ完結ヲ告ケタリ。其間永ク讀者ニ不便ヲ被ラシメタルハ其罪洵ニ大ニシテ、深く自責ニ堪ヘス。唯茲ニ予カ其間敢テ努力ヲ爲ササリシニアラス、身上已ムヲ得サリシ事情ト研究上多ク異説ヲ以テ終始シタル爲メ據ルヘキ先進ノ文獻ノ少キト、加フルニ予ノ微力ノ致ス所ナルヲ述ヘテ切ニ寛恕ヲ乞フノミ。

本書ハ素ト教科書用トシテ稿ヲ起シタリ。然レトモ分冊刊行ノ結果トシテ、

體裁ニ於テ繁簡一ナラス、又論旨一貫セサル個所アリテ第一乃至第四分冊ノ部
分ハ從來改版毎ニ多少ノ訂正ヲ加ヘタリ。茲ニ合本ヲ刊行スルニ方リ亦然リ。
庶幾クハ、今後讀者ノ批判ト援助トニ依リ、更ニ誤ヲ正シ缺ヲ補ヒ、本書ヲシテ步
一步現代刑法學ノ水準ニ近ツカシメンコトヲ。

昭和六年六月

宮 本 英 脩

參考書トシテ主要ナルモノ左ノ如シ

邦書

- 故法學博士勝本勘三郎著 刑法要論(總則)
- 東北帝國大學教授久禮田益喜著 刑法學概說
- 法學博士牧野英一著 增訂日本刑法
- 法學博士泉^{モト}二新熊著 日本刑法論(上下二冊)
- 故法學博士大場茂馬著 刑法總論(上下二冊)
- 同 刑法各論(上下二冊)
- 法學博士岡田朝太郎著 刑法論
- 法學博士岡田庄作著 刑法原論(總論各論二冊)
- 東京帝國大學教授小野清一郎著 刑法講義(各論)
- 日本大學教授島田武夫著 日本刑法新論(總論各論二冊)
- 京都帝國大學教授瀧川幸辰著 刑法講義(改訂版)
- 法學博士山岡萬之助著 刑法原理

參考書

外國書

- Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts.
- Frank, Kommentar zum Strafgesetzbuch.
- Hafer, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts.
- Hippel, Deutsches Strafrecht (I. u. II. Bd.).
- Kohler, Leitfaden des deutschen Strafrechts.
- Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts.
- M. F. Mayer, Strafrecht (Allg. T.).
- Garraud, Précis de droit criminel.
- Roux, Cours de droit criminel et de procédure pénale.
- Vidal, Cours de droit criminel.

刑法學粹目次

第一編 緒論

第一章 刑法學	(一—八三)
第一節 刑法學ノ形式	(一—一五)
……法律學……刑法學……刑事學	
第二節 刑法學ノ內容	(五—一二)
……法律的規範的評價ノ學……刑法的可罰的評價ノ學	
第三節 刑法學ノ根本主義	(二—六六)
第一款 刑法ノ進化	(三—二〇)
……復讐時代……威嚇時代……博愛時代……現代	
第二款 刑法ノ學派	(三—三五)
……古典學派(應報刑主義、事實主義)……事實主義、客觀主義的刑法學……實證學派(刑事人類學派、刑事社會學派、刑事心理學派)……徵表主義、人格主義、主觀主義、刑罰個別主義的刑法學……第三派	

第三款 刑法ノ目的……………(三五—五九)

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

第四款 刑法ノ根本主義……………(六〇—六六)

…: 豫防主義…: 特別豫防主義…: 徵表主義…: 規範的責任主義…: 謙抑主義

第四節 刑法學ノ研究方法——刑法ノ解釋……………(六六—七五)

…: 刑法學ノ方法…: 法ノ解釋ノ意義…: 解釋ノ材料…: 解釋ノ方法…: 解釋ノ當否…: 當爲ノ特殊の妥當性ト規範ノ普通の妥當性…: 解釋ト評價…: 解釋ト立法…: 刑法ノ解釋…: 刑法ノ類推

第五節 刑事學……………(七五—八二)

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

第二章 刑法……………(八三—一五〇)

第一節 刑法ノ特質……………(八三—一二)

第一款 法ノ本質……………(八三—一〇四)

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

第二款 刑法ノ意義……………(一〇四—一〇九)

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

第三款 刑法ノ特質……………(一〇九—一一)

…: 一般的法律規範…: 刑法ノ形式的特質(第二次的制裁法)…: 刑法ノ實質的特質

第二節 刑法ノ淵源……………(一一一—一二)

…: 淵源ノ二義…: 罪刑法定主義…: 其歷史的意義…: 其憲法上ノ意義…: 委任命令…: 白地刑法…: 國際條約

第三節 刑法ノ種類……………(一二八—一三三)

…: 一般刑法ト特別刑法…: 普通刑法ト特別刑法…: 普通刑法ノ總則ト特別刑法ノ特例

第四節 刑法ノ效力……………(一三三—一五〇)

第一款 刑法ノ土地の效力……………(一三三—一三三)

……土地の效力ト施行範圍……學說及ヒ立法例……我刑法ノ原則(屬地主義、屬人主義、保護主義)……
共通法……(土地の特別刑法)

第二款 裁判上ノ國際共助——犯罪人引渡……………(二五四—二五八)

第三款 刑法ノ對人の效力……………(二六一—二六九)

……原則……國法上ノ例外……(對人の特別刑法)……國際法ニ由來スル例外

第四款 刑法ノ時間の效力……………(二七九—二八〇)

……刑法不遑及……刑法不追及……新舊刑法比照問題……學說……新法適用ノ原則……例外……刑法廢止後ノ相對的效力……刑法ノ停止

第二編 總論

第一部 犯罪

第一章 犯罪ノ意義……………(二五一—二六九)

……形式的意義……一般要件(及ヒ犯罪阻却原因)……特別要件……主觀的要件……客觀的要件(犯罪事實)……狹義ノ處罰條件……實質的意義……反規範性……刑事犯ト行政犯(法定犯)

第二章 犯罪ノ一般要件……………(二六九—三五八)

第一節 行爲……………(二七〇—二八二)

第一款 行爲ノ主體……………(二七〇—二七五)

……人格……法人……法人ノ本質……法人ノ違法行爲能力……法人ノ犯罪能力……法人ノ處罰……行爲ノ客體

第二款 行爲……………(二七五—二八〇)

……意義……法律上ノ行爲(行爲性及ヒ其要件)……作爲ト不作爲……舉動犯ト廣義ノ結果犯

第三款 因果關係……………(二八一—二九六)

……因果關係ノ本質……論理關係ト規範ノ普遍妥當性……法律的因果關係(合法則的ト反法則的)……結果責任ニ於ケル因果關係……共同原因……間接原因……因果關係ノ範圍……條件說……差別原因說……適當條件說(及ヒ其適用)

第四款 不作爲……………(二九七—三二二)

……不作爲ノ意義……真正不作爲犯ト不真正不作爲犯……不作爲ト因果關係……不作爲ニ於ケル作爲義務

第二節 違法……………(三二二—三三三)

第一款 違法ノ意義……………(三三一—三三六)

……形式的意義……主觀的違法說……客觀的違法說(違法狀態)……違法類型(行為ノ違法類型性)……實質的意義……法益脅威……權利濫用……違法一元論……違法二元論……(形式的違法ト實質的違法)……(刑法上ノ違法ト客觀的違法)……(刑法上ノ違法ト一般規範上ノ違法)

第二款 違法(類型)阻却原因……………(三六—三七)

第一項 法令又ハ正當ノ業務……………(三七—三五)

……適法行為……法令ニ因ル行為……正當行為……

第二項 正當防衛……………(三五—三五)

……法益衝突ノ一……正當防衛ノ意義及ヒ條件……(自救權)……(誤想防衛)……(必要性)……(相當性)……(過剩防衛)……(不正侵害ノ誘發)……(盜犯等ノ防止及ヒ處分ニ關スル法律)……正當防衛ノ根據……正當防衛ノ性質

第三項 緊急避難……………(三五—三六)

……法益衝突ノ二……緊急避難ノ意義及ヒ條件……(補充性)……(均衡性)……(現在危難ノ誘發)……(誤想避難)……(過剩避難)……例外……緊急避難ノ根據及ヒ性質

第四項 被害者ノ同意……………(三六—三七)

……被害者ノ同意ノ意義……嚴格ナル意義ニ於ケル被害者ノ同意ノ效力……通常ノ意義ニ於ケル被害者ノ同意ノ效力

第三節 有責

(三七三—三四五)

第一款 責任ノ意義

(三七三—三八三)

……責任ノ意義ノ四種……規範的責任……(道德的責任ト社會的責任)……行為性ノ要件トシテノ規範的責任……(意思ノ違法)……可罰的責任……犯罪要件トシテノ可罰的責任

第二款 責任能力

(三八三—二九三)

……規範的責任能力……(其實質)……可罰的責任能力……(其實質)……(限定責任能力)……責任能力阻却原因

第三款 責任條件(故意及ヒ過失)

(二九二—三四五)

……意思ノ價值トシテノ故意過失……(規範的責任トシテノ故意過失)……(可罰的責任トシテノ故意過失)……意思内容トシテノ故意過失

第一項 故意

(二九五—三〇九)

……故意ノ内容……類型事實ノ豫見……違法ノ意識……科刑ノ認識……觀念主義ト意思主義……故意ノ種類……動機

第二項 過失

(三〇九—三八)

……過失ノ内容……類型事實ノ不豫見……不注意ト其標準……規範ノ不知……過失ノ種類……過失犯ノ範圍……(狹義ノ結果犯)……過失犯ノ處罰……法律上ノ擬制

第三項 錯誤(責任條件阻却原因).....(三九—三四九)

.....錯誤ノ種類.....類型事實ノ錯誤.....(主體ノ錯誤).....(目的ノ錯誤).....(法定手段ノ錯誤).....(打擊ノ錯誤).....(類型阻却原因ノ錯誤).....法律ノ錯誤.....(消極的錯誤).....(積極的錯誤)

第四節 可罰類型性.....(三四九—三五六)

.....違法類型トノ關係.....刑法ノ謙抑主義.....刑罰(可罰類型)阻却原因.....刑罰消滅原因.....刑罰加重事情.....刑罰減輕事情

第三章 犯罪ノ態樣.....(三五七—四七七)

.....犯罪ノ縱斷的類型ト橫斷的類型

第一節 段階的類型.....(三五七—三九〇)

第一款 段階的類型ノ態樣.....(三五八—三六一)

.....橫斷的類型トシテノ段階的類型.....段階的類型ノ態樣(既遂罪、未遂罪、豫備罪、陰謀罪)

第二款 未遂罪.....(三六一—三七三)

.....未遂罪ノ意義.....未遂罪ノ種類(著手未遂、實行未遂).....犯罪實行ノ著手ノ意義(客觀說、主觀說、自說).....未遂可能ノ範圍.....未遂罪ノ範圍.....未遂罪ノ處分

第三款 中止犯.....(三七三—三八二)

.....中止犯ノ意義.....未遂罪ノ一種トシテノ中止犯(中止未遂罪又ハ任意未遂罪ト障礙未遂罪).....任意中止ノ意義(心理的觀察、評價的觀察).....中止犯ノ種類(著手中止犯、實行中止犯).....中止犯ノ處分.....豫備陰謀ト任意中止

第四款 不能犯.....(三八—三九〇)

.....不能犯ノ意義.....客觀說(客觀的危險說、具體的危險說).....主觀說(純正主觀的、主觀的客觀說).....折衷說.....迷信犯

第二節 共犯(方法的類型).....(三九〇—四三三)

第一款 共犯ノ意義.....(三九〇—三九五)

.....共犯ノ意義.....性質(從屬犯說、獨立犯說).....共犯ノ種類.....(共同正犯、教唆犯、從犯).....任意的共犯、必要的共犯

第二款 共同正犯.....(三九五—四〇B)

.....共同正犯ノ意義.....共同ノ契機.....(相互了解).....(因果關係).....(一方的共同正犯).....要件.....(同時犯).....共同正犯ノ處分

第三款 教唆犯.....(四〇五—四一五)

.....教唆犯ノ意義.....(教唆犯ト過失犯).....要件.....教唆未遂.....(agent Provocateur).....教唆犯ト共同正犯トノ競合.....教唆ニ因ル自害.....教唆犯ノ處分

第四款 從犯……………(四一五—四三三)

第五款 共犯ト身分トノ關係……………(四三三—四三〇)

第六款 間接正犯……………(四三〇—四三三)

第三節 罪數數量的類型……………(四三三—四七七)

第一款 一罪ノ一般的類型……………(四三三—四六九)

第二款 想像的併合罪……………(四三八—四五三)

第三款 牽連犯……………(四五三—四六三)

第四款 連續犯……………(四六三—四六四)

第五款 集合犯……………(四六五—四六九)

第六款 一罪の規定ノ競合……………(四六九—四七四)

第二款 數罪……………(四七四—四七七)

第一款 併合罪……………(四七四—四七七)

第二項 累犯……………(四七七—四七七)

……累犯ノ意義……累犯ノ處分(其條件)……(原則)……(特別法上ノ例外)

第四章 犯罪ノ種類……(四七七—四八二)

……國事犯、常事犯……刑事犯、行政犯……重罪、輕罪、違警罪……親告罪、非親告罪……現行犯、非現行犯……形式犯、實質犯……即時犯、繼續犯……加重犯、減輕犯……單一犯、複合犯……其他

第五章 犯罪ノ時及ヒ場所……(四八三—四八七)

……學說……犯罪ノ時……犯罪ノ場所

第二部 刑罰

第一章 刑罰ノ意義……(四八八—四九五)

……刑罰ノ形式の意義……刑罰ノ實質的意義……刑罰ノ目的……刑罰ノ真價……(有利作用、有害作用)

……行政上ノ處罰トノ比較……刑罰ノ種類

第二章 刑罰ノ適用……(四九五—五〇二)

……絕對法定刑主義ト相對法定刑主義……法定刑ト宣告刑……刑罰ノ輕重ノ比較……刑罰ノ加重ト減輕

……(自首減輕)……(酌量減輕)……加減例……適用刑……刑罰ノ量定……(犯罪ノ情狀)

第三章 刑罰ノ執行……(五〇二—五二二)

……刑罰ノ執行ノ意義……一般手續……(期間計算)……死刑……(死刑ノ執行)……(死刑ノ過去ト將

來)……自由刑……(自由刑執行ノ諸態樣)……(自由刑ノ沿革)……(刑ノ執行猶豫)……(假出獄)……身體刑……財產刑……(罰金及ヒ科料ノ執行)……(沒收)

第四章 刑罰ノ消滅……(五二二—五二六)

……刑罰ノ消滅ノ意義……(刑ノ免除ト刑ノ執行ノ免除)……責任者ノ死亡又ハ消滅……刑又ハ刑ノ執行ノ免除ノ言渡ノ事由……恩赦(大赦、特赦、減刑、復權)……時效

第五章 保安處分……(五二七—五二九)

……性質……種類

第三編 各論

第一部 個人ノ法益ニ對スル罪……(五三三—六九二)

第一章 生命身體ニ對スル罪……(五三三—五六六)

第一節 殺人ノ罪……(五三七—五四三)

第二節 傷害ノ罪……(五四三—五五三)

第三節 過失傷害ノ罪……(五五三—五五六)

第四節 墮胎ノ罪……(五五六—五六一)

第五節 遺棄ノ罪……………(五六一—五六六)

第二章 自由ニ對スル罪……………(五六六—五七七)

第一節 逮捕及ヒ監禁ノ罪……………(五六六—五六九)

第二節 脅迫ノ罪……………(五六九—五七二)

第三節 略取及ヒ誘拐ノ罪……………(五七二—五七七)

第三章 名譽ニ對スル罪……………(五七七—五八五)

第四章 財産ニ對スル罪……………(五八五—六八二)

第一節 汎論……………(五八五—六一四)

第二節 竊盜ノ罪……………(六一四—六三二)

第三節 強盜ノ罪……………(六三二—六三五)

第四節 詐欺ノ罪……………(六三五—六四四)

第五節 恐喝ノ罪……………(六四四—六四八)

第六節 横領ノ罪……………(六四八—六五九)

第七節 背任ノ罪……………(六五九—六六六)

第八節 贓物ニ關スル罪……………(六六六—六七二)

第九節 毀棄及ヒ隱匿ノ罪……………(六七二—六七八)

第十節 信用及ヒ業務ニ對スル罪……………(六七八—六八二)

第五章 住居又ハ秘密ヲ侵スル罪……………(六八二—六九二)

第一節 住居ヲ侵スル罪……………(六八二—六八五)

第二節 秘密ヲ侵スル罪……………(六八六—六九二)

第二部 公共ノ法益ニ對スル罪……………(六九二—七五三)

第一章 騷擾ノ罪……………(六九三—六九九)

第二章 公共危險罪……………(七〇〇—七二三)

第一節 放火及ヒ失火ノ罪……………(七〇一—七二五)

第二節 溢水及ヒ水利ニ關スル罪……………(七二五—七二九)

第三節 往來ヲ妨害スル罪……………(七二九—七三三)

第三章 公衆ノ健康ヲ害スル罪飲料水ニ關スル罪……………(七三三—七三六)

第四章 公衆ノ感情ヲ害スル罪禮拜所及ヒ墳墓ニ關スル罪……………(七三六—七三九)

第五章 公衆ノ生活ヲ廢頽セシムル罪……………(七三一—七五三)

第一節 阿片煙ニ關スル罪……………(七三三—七三七)

第二節 猥褻姦淫及ヒ重婚ノ罪……………(七三七—七四四)

第三節 賭博及ヒ富籤ニ關スル罪……………(七四四—七五三)

第三部 國家ノ法益ニ關スル罪……………(七五四—八〇三)

第一章 國家ノ存立ヲ害スル罪……………(七五四—七六四)

第一節 皇室ニ對スル罪……………(七五四—七五六)

第二節 内亂ニ關スル罪……………(七五六—七五八)

第三節 外患ニ關スル罪……………(七五八—七六一)

第四節 國交ニ關スル罪……………(七六一—七六四)

第二章 國家ノ機能ヲ害スル罪……………(七六四—七九三)

第一節 公務ノ執行ヲ妨害スル罪……………(七六六—七七三)

第二節 逃走ノ罪……………(七七三—七七五)

第三節 犯人藏匿及ヒ證憑湮滅ノ罪……………(七七五—七八〇)

第四節 偽證ノ罪……………(七八〇—七八八)

第五節 誣告ノ罪……………(七八八—七九三)

第三章 國家ノ品位ヲ害スル罪瀆職ノ罪……………(七九三—八〇三)

第四部 特殊ノ方法ニ由ル罪……………(八〇五—八五三)

第一章 通貨偽造ノ罪……………(八〇八—八一五)

第二章 文書偽造ノ罪……………(八一五—八四〇)

第三章 有價證券偽造ノ罪……………(八四一—八四五)

第四章 印章偽造ノ罪……………(八四五—八五三)



法學粹

第一編 緒論

第一章 刑法學

第一節 刑法學ノ形式

§1 科學(又ハ學)トハ或範圍ノ事項ニ關スル幾多ノ原則的知識(認識)ヲ一定ノ理論ニ從テ一ノ體系ニ統一シタルモノナリ。即チ或知識カ科學的ナルカ爲メニハ、一ニ其知識ハ或範圍ノ事項ニ普遍妥當ナル原則的(法則的)ノモノナルコト、二ニ其原則的知識ハ全體トシテ一個ノ體系ヲ爲スコト、三ニ其體系ニ於ケル原則ノ配列ハ一定ノ理論ニ從フモノナルコトヲ要ス。此三條件ハ說明學タルト規範學タルトニ拘ラス一切ノ科學ニ通シテ缺クヘカラサルモノナリ。蓋シ此三條

§1

緒論 第一章 刑法學 第一節 刑法學ノ形式

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

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

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

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

§2 刑法學ノ意義ヲ明ニスルニハ、仍ホ其刑事學上ノ地位ヲ知ルコトヲ要ス。刑事學 (Kriminalwissenschaft, Sciences pénales) トハ犯罪ト其對策ヲ中心トスル社會及ヒ個人ノ一切事項ノ學ニシテ、理論上之ヲ狹義ノ刑事學 (犯罪學 Kriminologie) 及ヒ刑罰學 (Pönologie) § 25. ト刑事規範學トニ分ツコトヲ得。其中前者ハ犯罪ノ原因乃至發生狀態ニ關スル各種ノ法則並ニ刑罰執行ノ實際ノ結果ニ付テ研究スル

コトヲ目的トスルモノニシテ、主トシテ刑事規範學ノ基礎學タルノ性質ヲ有シ、今日之ニ刑事人類學、刑事社會學、刑事統計學、刑事生理學、刑事心理學等ノ外、尙ホ囚人生活ヲ對象トスル分科アリ。後者ハ犯罪豫防ヲ目的トスル規範ノ學ニシテ、是レハ刑事法學(Strafrechtswissenschaft i. w. S.)^{s. § 30}ト刑事政策學(Kriminalpolitik)^{s. § 26}トノ二分科アリ。刑法學ハ此二者ノ中前者ニ屬ス。而シテ此二分科ハ孰モ規範ノ學タルハ一ナルモ、刑事法學ニ在リテハ其取扱フ所ノ規範ハ法タル規範ナルニ反シ、刑事政策學ノ論スル所ハ主トシテ事實上ノ規範タリ。然レトモ此二者ハ共ニ刑事處遇ニ關スル規範トシテ同一指導原理ニ從フモノニシテ、極メテ密接ノ關係ヲ有スルノミナラス、政策學上確立セラレタル原則ハ當然ノ傾向トシテ漸次法學上ノ原則ニ轉化スヘキ性質ヲ有ス。從テ理想ヨリ謂ヘハ、刑事法學上ノ法則ハ刑事政策學上ノ原則ノ完成シタルモノタルヘキナリ。

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

第二節 刑法學ノ内容

§4 法律學ハ法律的規範ノ學ナリ。規範トハ普遍的ニ妥當スヘク意識セラレタル自然法則上ノ可能ノ一形式ヲ謂フ。本來直接ニハ意思ニ妥當スルモノナレトモ、實踐科學ニ於テハ通例意思ノ表動タル行爲ニ妥當スルモノトシテ解セラレ。法律的規範ハ實踐規範ノ中ノ法タル規範ナリ。精密ニ謂ヘハ、實踐規範ノ中、社會的規範ノ一種ナリ。規範(Normen)ハ當爲(Sollen)ヲ本質トス。即チ規範ハ或目的(價值)ニ照ラシテ普遍的ニ一定ノ態度カ要求セラル、トキニ成立ス。從テ規範ニ適合シ又ハ適合セサル各個ノ態度ハ亦一ノ價值正價值又ハ反價值ナリ。換言スレハ、規範ハ價值實現ノ

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

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

獨リ規範的評價ニ限ラス、一般ニ評價ヲ通シテ見タル對象ノ世界ハ價值ノ世界ナリ。價值世界ニ於ケル一切ノ事物ハ、ソカ價值關係ヲ有スル限り、皆價值ノ衣ヲ纏ヒ、赤裸々ナル自然的事物ニアラス。此世界ニ於テ實在ト謂フハ感覺的若クハ自然科學的ノモノニアラスシテ、理想的乃至文化的ノモノナリ。例ヘハ人ト謂フハ生理的個人ニアラスシテ文化人ナリ。物ト謂フハ物質ニアラスシ

テ文化財ナリ。又社會ト謂フハ群居セル人類ニアラスシテ文化社會ナリ。是等ノモノハ、之ヲ價值世界ヨリ抽出シ、價值ノ衣ヲ剥キテ觀察スルトキハ、凡テ一切ノ意味ヲ脱シタル純自然科學的ナル素材ノミ。

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

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

實踐規範ノ中、社會的規範ニハ法律、宗教、道德、習慣、風俗等ノ種類アリ。從テ此ノ中何ヲ標準トスルカニ因リテ價值ノ種類ニ差別アリ。例ヘハ等シク價值的ニ人ト謂フモ、法律上ノ人格ト道德上ノ人格トハ其意義ヲ異ニシ、又法律上有價值ノ行爲ト道德上有價值ノ行爲トハ必スシモ一致サセルカ如シ。而シテ法律學ハ是等ノ社會的規範ノ中、法タル社會的規範ニ基ク評價ノ學ナルカ故ニ、法律學ノ對象タル世界ハ法律規範の價值ノ世界ニシテ、法律學上取扱ハル、一切ノ事物ハ皆法律規範の價值適法又ハ違法、是非認、保護又ハ禁止ノ衣ヲ纏フ。從テ法律學上ノ實在モ亦感覺的乃至自然科學的實在ニアラスシテ法律上ノ價值的實在ナリ。例ヘハ人格、行爲、物、事實、因果關係、法律關係、法律的效果、權利義務ト謂フカ如キモノハ、前ニ述ヘタル意義ニ於テ、人ノ行爲ニ牽連アル限り、何レモ法律的評價ノ前提ト

シタル概念ニシテ、法律世界ヲ離レテ之ヲ見レハ、全ク虛無ナルカ又ハ赤裸々ナル自然科學的若クハ社會學的素材ノミ。少クトモ意義ヲ異ニスル他種ノ文化的實在ナルモ法律的實在ニアラス。

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

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

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

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

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

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

第三節 刑法學ノ根本主義

§6

刑法學ハ規範的評價ヲ經タル行爲ニ對スル刑法上ノ可罰的評價ノ原則ノ學ナルコトハ右ニ述ヘタリ。此可罰的評價ノ標準タル各種ノ原則ハ即チ刑法其者ナルモ、其意義内容ヲ明ニシ之ヲ統一のニ説明スルニ付キテハ從來種々ノ見地アリ。見地ノ相違ニ因リテ根本ノ主義(Grundprinzipien)ヲ異ニス。

刑法學上ノ根本主義ノ爭ハ結局之ヲ論スル者ノ人生觀乃至世界觀上ノ爭ニ歸ス。是レ獨リ刑法學ノミナラス、吾人ノ理想ノ作用スル範圍ニ於テハ、一切ノ科學ニ於テ然リ。今刑法學ニ付キテ謂ヘハ、從來刑法ノ學派ノ間ニハ絕對主義ト相對主義トノ爭アリ。又主觀主義ト客觀主義トノ爭アリ。又各自ノ間幾多ノ小分派アリテ、各獨自ノ見解ヲ立ツ。然レトモ惟フニ刑法學ハ純正規範學ニアラスシテ、法律學一般ノ通有性トシテノ實踐規範學ナリ。從テ全然刑法ノ實踐的意義ヲ無視シテ成立スルコトヲ得ヘキモノニアラス。而シテ實踐的意義ヲ定ムルモノニハ理想ノ外、尙實際アリ。從テ理想ヲ立ツルニモ汎ク實際ニ依據スルコトヲ要シ、實際ヲ觀ルニモ亦嚴ニ理想ニ由リテ批判スルコトヲ要ス。是レ理想ト實際トノ調和ニシテ、蓋シ現實ノ理想ナリ。是ヲ以テ刑法學上ノ根

本主義ノ研究ニ於テハ、其理想ヲ建ツルニ方リ、如何ナル立場ニ於テモ常ニ刑法ハ實際的事情ニ關スル觀察ノ結果ヲ取入ル、コトニ努メサルヘカラス。極言スレハ、寧ロ實際的事情ヲ基礎トシテ理想ヲ建ツルコトヲ要ス。而シテ刑法學ニ於テ此實際的事情ノ如何ナルモノナルカヲ明ニスルニハ、之ヲ現在ノ事情ニ付テ觀察スルコトモ固リ肝要ナルモ、現在ノ事情ヲ理解スルニハ又或程度ニ於テ過去ノ歴史ヲ知ラサルヘカラス。因テ茲ニハ先ツ刑法學ノ根本主義ヲ明ニスル一方法トシテ、刑法學ノ對象タル刑法ノ進化ノ跡ヲ尋ネ、其變遷ノ由來ニ照ラシテ、實際的事情ノ如何ナルモノナルカヲ見ント欲ス。

第一款 刑法ノ進化

§7

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

§7

リ。

刑法ノ沿革ハ其特色ニ依リテ通例之ヲ四大時期ニ分ツ。即チ左ノ如シ。

一 復讐時代 (Période de vengeance)

此時代ハ歐洲ニ於テハ有史以來中世ニ入ラントスルマテノ時期ニ當ル。

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

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

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

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

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

二 威嚇時代 (Période d'intimidation)

此時代ハ中世及ヒ文藝復興期ヲ含ム。

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

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

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

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

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

三 博愛時代 (Période humanitaire)

此時代ハ十八世紀及ヒ十九世紀ノ一部ヲ含ム。

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

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

斯クノ如ク、十九世紀ニ入りテ、刑法ハ天賦人權說ニ依リテ專ラ博愛主義ニ傾キタルモ、此博愛主義タルヤ犯罪並ニ刑罰ノ實際的事情ヲ考察シタル理想ニアラス。但タ從來ト同一ナル應報ト威嚇トノ立場ニ於テ博愛仁慈ノ精神ニ依リテ無用ノ嚴刑ヲ寬和シタルニ過キス。從テ此思想ノ下

ニ於テモ犯罪ヲ活キタル社會ノ必然的現象ト見ルコトヲ爲サス、依然トシテ專ラ抽象的法律的ニノミ觀察シタルカ故ニ、實際上ノ方面ニ及ホス效果モ毫モ進歩ノ跡ヲ示サス。例ヘハ恐ルヘキ累犯者ノ如キハ其數逐年增加ノ傾向ヲ示シ、識者ヲシテ刑法ノ破産ヲ叫ハシムルニ至レリ。

四 現代 (Période scientifique contemporaine)

現代ハ學者之ヲ呼テ科學時代ト謂フ。蓋シ刑法ノ根本精神カ何レニ在ルヲ問ハス、一面ニ於テ犯罪ト刑罰トノ實際的事情ヲ科學的ニ研究シ、其成果ニ基キテ刑法上ノ重要ナル諸原則ヲ確立セントスル傾向ノ顯著ナルカ故ニシテ、此傾向ハ十九世紀後半ニ至リテ初メテ生シタルモノトス。博愛時代マテノ刑法ハ凡テ一ノ假定ヲ前提トシ、人ハ凡テ自由意志ヲ有スト謂フ見解ノ下ニ、應報並ニ威嚇ニ關シ典型的ノ平均人ヲ假想シテ一律ニ之カ處遇方法ヲ定メタレトモ、事實ハ之ニ反シ、吾人ハ全ク自由意志ヲ有セス、又吾人ノ思想感情性格ハ決シテ一様ニアラス。從テ犯罪人ノ間ニモ威嚇又ハ改善ノ可能者ト不能者トアリ。加之犯罪發生ノ原因ハ獨リ犯罪人ノミニ存スルニアラスシテ、其環境モ亦有力ナル原因タリ。斯クノ如クナルヲ以テ、犯罪ノ鑿壓ハ深ク諸般ノ原因ヲ究メテ其對策ヲ定メサルヘカラストスルモノ即チ現代刑法思想ノ特色ニシテ、刑法ノ刑事政策的要素ハ、學派ノ如何ニ拘ラス、刑法上最モ重要ナル事項ノ一トナレリ。

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

レタルモノナリ。即チ原始時代ニ於ケル一種ノ宗教的應報タル追放ハ神意ニ從テ社會全體ノ行ヘルモノナリ。復讐ヲ主トセル團體的鬭爭及ヒ之ニ代ル賠償金ノ要求モ亦固リ社會全體ノ反動タリ。公刑時代ニ至リテハ、刑罰ノ意味ハ、宗教的應報、主權者又ハ國法ノ權威ノ證明、一般威嚇又ハ犯罪ノ特別豫防ト謂フカ如ク多様ニ解セラレ、而シテ是等ノ意味ハ歷史上時代ノ變遷ニ從テ順次ニ其主タル地位ヲ變シタレトモ、其一般ニ共通ナル意義ヲ釋ヌレハ、是レ亦何レモ刑罰カ社會的反動タル所以ヲ示スモノニ外ナラス。次ニ其效果ニ付テ論スレハ、從來觀念的ニハ多ク刑罰ノ感情的效果カ重視セラレタルニ拘ラス、實際的ニハ犯罪豫防ノ作用ヲ以テ基本的ノモノト爲シタルコト爭フヘカラス。是レ沿革的ニ刑法改正ノ機運カ常ニ如何ナル社會事情ノ下ニ動ケルヤヲ見レハ明ナリ。而シテ近代ノ刑法カ意識的ニモ亦一般ニ刑罰ノ此機能ヲ特ニ重視スルニ至レルハ、即チ刑罰カ益々感情的反動ヨリ目的的反動ニ進化シ來レルコトヲ證明スル所以ニシテ、又同時ニ將來ニ於ケル刑法ノ進化ノ方向如何ヲ示スモノナリ。

第二款 刑法ノ學派

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

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

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

一 古典學派 (Klassische Schule, École classique)

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

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

イ 宗教的應報刑主義

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

應報トシテ之ヲ行フモノトス。

ロ 哲學的應報刑主義

此主義ノ中最モ古典的ナルモノ、第一ヲ Kant (1784)ノ理性的應報刑主義トス。彼ニ依レハ、刑罰ハ實踐理性ノ斷言的命令ニシテ、正義トハ之ニ服從スルコトナリ。而シテ此命令ハ絕對的ニシテ、其自身ノ爲メニ行ハレ、他ノ目的ノ爲メニスル假言的ノモノニアラス。從テ刑ノ適用モ亦正義ニ基キ、其質ニ於テ反座(Talio, Talion)ナラサルヘカラス。此意味ニ於テ此主張ヲ反座主義ト謂フ。

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

罰ハ自己目的タル「法」ノ否定ノ否定ニシテ正義ナリ。而シテ犯罪ト刑罰トハ其價值ニ於テ對等ナルコトヲ要スルモ、其形式ニ於テハ同等ナルコトヲ要セス。Lasson, Stammler, Kahl, Jellinek等ノ見解ハ最モ此見解ニ近シ。Hegelノ見解ハ其哲學ノ觀念ヲ理解スル考察ノ方法トシテ、今日尙ホ一般ニ此派ノ學說ヲ支配シツ、アルモノナリ。

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

ハ 倫理的應報刑主義

此說ハ應報ノ根據ヲ經驗的ナル正義又ハ倫理感情ニ求メ、刑罰苦ヲ以テ

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

ニ 法律的應報刑主義

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

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

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

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

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

緒論 第一章 刑法學 第三節 刑法學ノ根本主義 第二款 刑法ノ學派
意思決定論ヲ前提トス。

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

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

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

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

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

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

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

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

成シ得ヘキモノニアラス。犯罪人ニ對スル刑事處遇ト其他ノ一般的犯罪豫防方策ト相俟テ、初テ效果ヲ擧クルコトヲ得ルモノナリ。故ニ他方ニ一般的豫防方策ノ研究ニ努ムルト同時ニ、從來古典學派刑法學カ顧慮シタル一般豫防ノ方面ハ之ニ讓リ、刑事處遇ハ專ラ犯罪人ノ性格ニ着眼シ、之ニ對シ各特別ノ方法ヲ講スルコトニ依リテ、各個ニ其者ノ將來ノ犯罪ヲ豫防スルコトヲ以テ任務ト爲サ、ルヘカラス。從テ刑事學上重要視スヘキハ犯罪ノ概念的分類ニアラスシテ、犯罪人ノ實證的分類ナリ——ト曰フニ在リ。²⁰ ²¹故ニ斯カル立場ヨリスレハ、犯罪行為ニ對スル可罰的評價ハ一般的抽象的ノ標準ニ依ルヘカラスシテ、犯罪人各個ノ主觀的特質ニ應シ、具體的ニ適當ナル評價ヲ行フヘキモノトス。要スルニ、此學派ノ見解ニ於テハ、犯罪ハ犯罪人ノ一定度ノ反社會的性情ノ徵表(Symptom für asoziale Gesinnung)ナリ。而シテ此徵表ヲ通シテ犯罪人ノ性格ヲ見之ニ對シ個別的ノ處置ヲ講スル方法トシテ刑事處遇ヲ理解スルカ故ニ、此學派並ニ此點ニ於テ此學派ト見解ヲ一ニスル學說ヲ徵表主義、人格主義、主觀主義、刑罰個別主義、又ハ特別豫防主義ノ刑法學ト謂フ。

三 前記二派ノ外ニ伊太利學徒ノ所謂折衷學派(Flectismo)アリ。古典學派ニ比シテ著シク實證學派ノ色彩ヲ帶フルモノナレトモ、責任ノ意義其他ニ付キ多少古典派ノ主張ヲ斟酌スル點ニ於テ折衷的ノモノト稱セラル。獨ノList²²等之ヲ代表ス。今Listノ保護刑說(Schutzstrafe)ニ付テ謂ヘハ、氏ハ法ノ目的ヲ以テ生活利益ノ保護ニ在リトスル點ニ於テThering²³ノ影響ヲ受ケ、犯罪ヲ社會的現象ト見ル點ニ於テWahlberg²⁴、Feri²⁵ノ影響ヲ受ケタルモノナリ。氏ノ見解ニ依レハ、犯罪ハ社會ノ病的現象ニシテ、形式ニ於テハ社會ノ成立條件タル法律秩序ヲ破壞シ、實質ニ於テハ常ニ社會的生活關係ニ於テ生スル利益即チ法益ヲ侵害ス。刑罰ハ即チ此社會的侵害ニ對スル社會的反應ニシテ、其目的ハ他ノ保安處分ト同シク法律秩序ノ維持ト法益ノ保護トナリ。而シテ其作用ハ威嚇²⁶ニ在リ。而シテ其作用面ニ表ハルレトモ、其中最モ重要視スヘキハ犯罪人ニ對スル特別豫防ノ點ニ在リ。即チ刑法カ罰スルハ行為ニアラスシテ行為者ナリ。而シテ今日ノ法制ノ下ニ於テハ、刑罰ハ特殊ノ意義内容ヲ有スレトモ、將來ノ問題トシテハ、結

局犯罪ヲ條件トシテ行ハル、保安處分ノ一方法ニ過キササルニ至ルヘキモノトス。

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

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

第三款 刑法ノ目的

刑法ノ目的ヲ正當ニ理解セントスルニハ、先ツ刑罰制度ノ現實ノ作用ヲ其全般ニ亘テ考察スルコトヲ要ス(一)。刑罰ノ作用ニ二アリ。一ヲ實際的效果トシ一ヲ感情的效果トス。

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

述ヘタルカ如ク、犯罪豫防ノ作用ニシテ、刑罰ノ存在理由トシテ之ヲ見レハ刑罰ノ功利的基礎トモ謂フヘキモノトス。^{S. 236} 此作用ニ二方面アリ。一ハ一般世人ニ對スルモノニシテ、刑法ニ於ケル刑罰ノ豫告ト之ニ伴フ執行トニ依リテ、一般世人ニ對シ犯行ヲ回避スヘク警告シ、且ツ積極的ニ一般規範ノ價值ヲ意識セシムル作用ナリ(一般豫防)。二ハ既ニ罪ヲ犯シタル特定人ニ對スルモノニシテ、刑法ノ警告ノ效果微弱ナル者ニ對シテハ、刑罰ノ執行ニ依リテ其效力ヲ一層割切ニ作用セシメ、又ハ全ク警告ノ效果ナキ者ニ對シテハ、之ヲ社會外ニ淘汰スル作用ナリ(特別豫防)。次ニ感情的效果、ニ付テ見ンカ。刑罰ニハ一ニ犯罪ノ被害者並ニ其親族等ノ報復心、二ニ一種ノ社會的反動トシテノ公憤、及ヒ三ニ一般的ナル應報感情ヲ満足セシムル效果アリ。而シテ刑罰カ前記ノ實際的效果以外ニ是等ノ效果ヲ有スルハ、譬ヘハ食物カ一方ニ身體ノ營養物タル實際的效果ヲ有スルト同時ニ、他方ニ其滋味ニ因リテ食慾ヲ満足セシムル作用ヲ有スルニ似タリ。從テ又刑罰ハ、恰モ食物カ普通ニ其營養物タルカ爲メヨリモ寧ロ其滋味ニ由ル食慾ノ満足ノ爲メニ要求セラル、カ如ク、從來一般ニハ、前記ノ實際的效

果ノ爲メヨリモ寧ロ主トシテ此感情的效果ノ爲メニ要求セラレタルモノナリ。前ニ刑法ノ學派ニ關シテ述ヘタル應報刑主義ノ理論ハ即チ此感情的效果ニ對シ道德的乃至思辨的意義ヲ附加シタル觀察ニシテ、斯カル考察ヲ離レテ應報ヲ見レハ、其實際ハ右ノ如キ感情的満足ナル一ノ心理的事實ニ外ナラス。而シテ此心理的事實ニ對スル價值批判ハ之ヲ後論ニ讓ルヘキモ、今日ノ刑罰カ實際上仍ホ或程度マテ斯カル事實ヲ理由トシテ要求セラレ且ツ此要求ニ一致スルニ因リテ刑罰ノ實行カ或程度マテ圓滑ニ行ハレツ、アル以上ハ、其程度ニ於テ感情的效果ハ現ニ刑罰ノ心理的基礎タリ。^{S. 216}

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

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

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

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

故ニ、刑罰制度ノ效果ハ又犯罪カ必然的現象タルコトニ關係ナク之ヲ認ムルコトヲ得ルモノトス。

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

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

一 感情的效果

感情的效果ヲ論スルニハ、先ツ應報一般ニ付テ考フルコトヲ要ス。思フニ、應報カ其根據如何ニ拘ラス、應報其者トシテ吾人ノ意識深ク植付ケラレ、信仰的ニ吾人ノ實際生活ヲ或程度マテ支配シツ、アルコトハ否認スヘカラス。從テ吾人カ所謂應報刑主義ノ主張ニ或程度マテ共鳴ヲ感シ得ルコトモ亦争フヘカラス。然レトモ根本ノ問題トシテ、應報刑ノ理論ハ當然ニハ斯種ノ應報ヨリ導カル、モノニアラス。蓋シ應報ハ、自然的應報トシテハ、謂ハ、神秘的ナ

ル善因果果、惡因果果ノ法則ナリ。縱ヘ之ヲ信スヘシトスルモ、其作用ハ獨リ人間ヲ通シテノミ行ハル、モノニアラスシテ、物心兩界ニ亘ル有ラユル事象ヲ通シテ行ハル。從テ此應報ノ實現ヲ人間ノ獨占權ノ如ク考ヘ、人間カ人間ノ立場ニ於テ自ラ之ヲ行フハ實ニ僭越ナルノミナラス、又應報其者ノ神秘的攝理ヲ紊ルモノナリ。斯ク見レハ、人間相互間ニ於テ行フ應報刑ハ名ハ應報ナリト雖モ、謂ハ、人爲的應報ニシテ、自然的應報トハ全ク因果系統ノ中心ヲ異ニスル人間界限リノモノナラサルヘカラス。故ニ應報刑主義ノ理論ヲ立テントスルニ當リ、右二個ノ因果系統ノ間ニ如何ナル關係アリヤヲ明ニセスシテ、漫然一般的ナル應報感情ニ訴ヘ、之ニ其根據ヲ置カントスルハ誤ナリ。從テ應報刑ノ理論ハ、其レカ仍ホ自然的應報ニ關係ヲ有スルト否トニ拘ラス、其自身直接ノ根據ヲ要ス。是ニ於テ、應報刑ノ理論ニハ前ニ刑法ノ學派ニ關シテ述ヘタルカ如キ數種アリ(註(二))。此中其根據ヲ宗教的、哲學的ニ説明セントスル立場ニ付テハ、茲ニ論評ノ限ニアラス。然レトモ少クトモ經驗的ナル道德乃至法律意識ニ考察ノ基礎ヲ置ク立場ニ付テハ、批評ノ餘地アリ。

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

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

更ニ應報ト離レテ一般社會ノ公憤ニ付テ考フルニ、應報刑主義中ノ近代的

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

適當ニ法ノ權威ノ證明ニ因リテ緩和セラル、コトハ、一般規範意識ノ發達ヲ促シ、法律的規範ノ效力ヲ鞏固ナラシムル所以ナリト雖モ、其方法トシテハ必スシモ獨リ刑罰ノミカ要求セラル、モノニアラス。又此公憤ハ或場合ニ於テハ刑罰カ科セラレタリトスルモ、必スシモ緩和セラル、モノニアラス。要ハ犯罪人ニ對スル規範ハ勝利ニ在リ。而カモ刑罰カ多クノ場合ニ於テ公憤ヲ緩和スル作用アルハ、一般社會カ科刑ノ形式ヲ以テ規範ノ勝利ノ象徴ト爲シ、科刑ニ由リテ犯罪人ノ反抗的態度カ全然克服セラル、モノ、如ク擬制スルカ故ナリ。公憤カ刑罰ノ心理的基礎タルハ實ハ此關係ニ於テノミ。S. 5. 故ニ一般ノ平衡感ニ照ラシテ科刑輕キニ失スト見ユルカ、又ハ科刑相當ナルモ、偶々犯罪人頑強ニシテ毫モ其不遜ナル態度ヲ改メサル事實顯著ナルトキハ、一般社會ノ公憤ハ決シテ鎮靜ニ歸スルコトナシ。即チ此公憤ノ緩和セラ、根本ノ理由ハ、犯罪人カ衷心其罪ヲ悔改シ、規範ノ價值ヲ承認シテ之ニ對シテ恭順ヲ表スルコトニ在リ。蓋シ斯クシテ初メテ眞ニ法ノ權威ハ恢復セラル、カ故ナリ。斯クノ如ク一般規範ノ違反ニ對スル直接ノ反動ハ心理的

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

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

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

二 一般豫防

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

旺ナルニ從ヒテ、益々嫌疑ノ度ヲ増スモノナルカ故ニ刑罰カ教育ナルノ故ヲ以テ、威嚇ノ效ナシト謂フコトアルヘカラス。況ヤ其改善刑カ淘汰刑の性質ヲ帶フル場合ニ於テヤ。從テ刑罰ノ一般威嚇ノ效果ハ特ニ之ヲ目的トスルコトナクモ、特別豫防主義ノ刑法ニ於テモ亦適當ニ備ハルモノト謂フヘク、其レ以上ノ一般豫防的效果ハ別ニ一般的犯罪豫防方策 § 20(1)ニ待ツノ外ナシ。

註(一) 從來此點ニ關シテハ威嚇主義ト稱セラル、見解ノ存スルコトハ前ニ述ヘタリ。(§ 20)

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

(イ) 刑罰ノ一般威嚇カ十分ニ其作用ヲ發揮シ得ルカ爲メニハ、其手段タル害惡ハ理論上必至的ナラサルヘカラス。從テ起訴猶豫ノ如キ犯罪發覺後ノ特別處分ハ姑ク別問題トスルモ苟

モ犯罪アル限り、少クトモ其發覺ハ必然的ナラサルヘカラス。然ルニ今日ノ實狀ハ全ク之ニ反シ、一切ノ犯罪中其發覺スルモノハ、割合ハ極メテ僅少ニシテ、之ニ對シ假借ナク刑罰ヲ科ストスルモ、仍ホ全體ノ幾百千分ニ過キス。斯カル情況ノ下ニ於テハ、何人モ犯罪的傾向ヲ有スル限り、又犯罪ヲ誘發スル何等カノ事情ノ存スル限り、不發覺ヲ僥倖シテ罪ヲ犯スモノ其跡ヲ絶タサルハ當然ナリ。

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

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

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

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

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

三 特別豫防

特別豫防ヲ論スルニハ、先ツ其具體的方法ノ如何ナルモノナルカヲ知ラサルヘカラス。是レニハ威嚇 (Abschreckung, Intimidation) 改善 (Besserung, Amendment) 淘汰 (Unsel ädlichmachung, Elimination) ノ三者アリ。威嚇ハ此場合ニハ特別威嚇ニシテ、犯罪人ニ刑罰ヲ科スルコトニ由リテ、本人自身ノ將來ヲ威嚇又ハ警告スルモノナリ。從テ不斷ニ刑法ニ於ケル處罰ノ豫告ヲ前提トス。此處置ハ特別ノ事情ナキ限リ^{註四} 專ラ最モ輕微ナル犯罪ニ對シテ講セララル。次テ改善ハ比較的重大ナル犯罪人ノ中、改善可能者ニ對シテ適用セラレ、淘汰ハ改善不能者ニ對シテ適用セララル、モノナリ。故ニ威嚇ヲ廣ク改善ノ一方法ト見レハ、特別豫防ノ方法トシテハ改善ト淘汰トノ二アルノミ。今特別豫防ノ實際ヲ右ノ如キモノトシテ左ニ少シク此主義ノ眞價如何ヲ批判セントス。

(一) 理論的根據

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

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

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

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

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

益ナリ。斯カル關係ハ、前ニ述ヘタルカ如ク、當事者各自ノ立場ヲ超越シテ之ヲ包揚統一スル眞ノ調和ナルカ故ニ、一方ノ利益大ナレハ他方ノ利益モ亦之ニ正比例シテ大ヲ成シ、通常謂フ所ノ調和即チ當事者各自ノ利益範圍カ互ニ反比例ヲ爲シテ増減スル交讓妥協ニ因ル機械的結合ノ場合トハ全ク異ル。斯クノ如クナルヲ以テ、此改善ハ、犯罪人ト社會トニ取リテ、最モ有意義ナル刑罰ノ基本的作用ナリト謂フヘシ。第二ニ前記ノ如キ統一ハ、又特別豫防ノ一態様タル淘汰ニ由リテ成立スルコトヲ得ヘシ。淘汰トハ犯罪人ヲ社會ヨリ隔離スルコトヲ謂フ。今日ノ制度ニ於テハ死刑、無期又ハ極メテ長期ノ自由刑ニ該當ス。蓋シ右ニ述ヘタル所ハ當然一切ノ犯罪人カ改善可能ナルコトヲ以テ前提トス。然レトモ事實ニ於テ改善不能ノ犯罪人モ亦少カラス。而カモ此種ノ犯罪人ニ對シテ仍ホ改善ヲ直接ノ目的トシテ刑罰ヲ行フヘシトスルハ全ク無意味ニシテ、是ニ對スル方策トシテハ、唯犯罪人ノ犯行反覆ノ機會ヲ絶ツ淘汰以外ニ途アルコトナシ。從テ改善不能者ニ對スル淘汰刑ハ、全ク前ニ述ヘタル所ト反對ニ、教化ニ依ル調和ニアラスシテ、隔離ニ依ル調和ナリ。其關係ハ宛モ世上、一方ニハ、親子夫

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

嚴密ナル

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

(二) 實際的根據

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

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

以上述フル所ニ由テ之ヲ見レハ、刑罰制度形式的ニ謂ハハ刑法カ社會ノ生存發達ノ條件

タル法律の規範ノ效力ヲ確保スル作用ニハ種々アリト雖モ、其中特ニ該制度ノ直接ノ目的トシテ重視スヘキ所ハ一ニ犯罪ノ特別豫防ニ在リ。而シテ斯カル觀察ノ下ニ於テハ、犯罪ノ一般豫防ノ效果ハ右ノ目的ニ伴フ程度ニ於テ之ニ満足シ、其レ以上ハ之ヲ一般の豫防方策ニ待タントスルカ故ニ、自ラ刑罰ハ、一方ニハ不當ニ個人ノ利益ヲ蹂躪スルコトヲ免レ得ルト同時ニ、他方ニハ純粹ニ改善刑又ハ淘汰刑トシテノ徹底ニ由リテ益々效果的ナルコトヲ得ルモノトス。然

レトモ特別豫防主義ハ唯犯罪ノ特別豫防ヲ目的トスト謂フニ在ルカ故ニ、必スシモ寛刑主義ニアラス。又嚴刑主義ニアラス。其寬嚴ハ要スルニ各場合ノ必要ニ依リテ定マル所謂刑罰個別主義ナリ。斯クシテ尙問題ハ感情的效果ノ點ニ存スト雖モ、理論的ニ謂ヘハ、元來社會感情ハ制度ノ原因ニシテ又結果ナリ。從テ社會感情カ尙有力ニシテ之ヲ無視スレハ社會一般ノ價值觀念ヲ動搖セシムルカ如キ虞アル場合ニ於テハ、固リ之ヲ斟酌セサルヲ得スト雖モ、而カモ此場合ニ於テモ制度ノ進歩カ適度ニ之ニ先タツコトヲ妨ケス。而シテ應報思想トイヒ、公平觀念トイフモ、畢竟此種ノ社會感情ニシテ、社會カ特別豫防主義ノ制度ニ慣レ且此制度ノ下ニ於ケル刑罰ノ實際的效果カ實證セラル、場合ニハ、感情上ノ要求ハ自ラ讓歩ヲ爲スニ至ラン。S. 316.

斯クノ如クシテ、刑法ノ直接ニ關與スル所カ犯罪人タル以上ハ、犯罪人ニ對スル可罰的評價ノ標準ハ、當然犯罪ヲ通シテ見タル犯罪人ノ性格タルヘク、犯罪ノ事實タルヘキニアラス。即チ刑法ニ於テハ、犯罪人ノ危險ナル性格ヲ以テ社會ニ對スル脅威ノ原因トシ、一ニ之ニ對スル方策ヲ定ムヘキモノナリ。因テ、刑法

上ハ一切ノ原則ハ理論上主觀主義的ニ構成セラレ又説明セラルヘキモノトス。

第四款 刑法ノ根本主義

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

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

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

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

三 斯クノ如クシテ、現行刑法學上木則トシテ特別豫防主義ヲ認ムルトキハ、其結果ハ當然、特別豫防ニ伴フ程度以上ノ一般豫防方面ノ任務ハ之ヲ一般豫防方策^{s. § 20}ニ譲リ、刑法ノ範圍ニ於テハ、專ラ犯罪ノ個人的原因^{s. § 25}ヲ考慮スルヲ以テ足レリト爲サルヘカラス。此個人的原因ヲ總括シタルモノハ即チ犯罪人ノ規範的危險性(反規範的性情)ナリ。^{s. § 67}此危險性(Gefährlichkeit, Noxivité ou nocuité, Tembilita)ハ所謂犯罪的傾向(Hang zum Verbrechen, Penchant au crime)ニシテ、之ヲ構成スル要素ハ、犯罪人ノ心理的及生理的素因、性格、習癖、教養等ニシテ、犯罪ハ即チ此危險性カ行爲トシテ外部ニ顯現セル徵表ナリ。但犯罪ノミカ行爲者ノ危險性ヲ證明スルモノニアラサルハ論ナシト雖モ、犯罪カ其最モ確實ナルモノナルコトハ争フヘカラス。而シテ我刑法モ亦特別豫防主義ノ立場ヲ容ル、限リ、徵表主義ヲ是認スルモノト謂フヘシ。

徵表主義ニ反對スル論者ハ、多ク之ヲ駁シテ、犯罪ヲ以テ反規範的性情ノ徵表ナリト見ル立場ヨリハ、他ノ行爲又ハ機會ニ於テ、犯意乃至犯罪的傾向ノ窺知シ得ル限リ、之ニモ亦刑ヲ科セサルヘカラサルヘシト説ク。然レトモ犯罪

人ノ反規範的性情ノ有無ノ認定ハ、一般民衆ノ權利ヲ尊重スル必要上最モ確實ナル一般客觀的標準ニ據リテ之ヲ決セサルヘカラス。而シテ其標準トシテ最モ確實ナルモノハ犯罪ニシテ、縱ヘ犯意乃至犯罪的傾向アリトスルモ、其未タ犯罪ニ由リテ確實ニ證明セラレサルモノハ、嚴格ニ謂ハ、實ハ嫌疑ニ過キス。但シ茲ニ犯罪ト謂フハ單ニ所謂犯罪ノ實行ノミニアラス。犯罪ノ實行ヲ目的トスル所謂豫備陰謀等ノ行爲モ亦之ヲ含ム。而シテ刑法カ特ニ重大ナル犯罪ニ限リ豫備陰謀等ノ行爲ヲ處罰スルコト、セルハ、前ニ第一號ニ述ヘタルカ如ク、一般社會感情ヲ考慮セル結果ナリ。從テ嚴格ナル理論ヨリ謂ヘハ、豫備陰謀等ヲ處罰スルコトカ例外ニアラスシテ、寧ロ處罰セサルコトカ例外タルヘキモノナリ。此點通説ニ反ス。

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

事責任ハ精神病者等ノ場合ト異リ、單ナル社會的責任ニアラスシテ、規範的評價ヲ感應セシメ之ヲ啓發スルニ適スル能力的意思故意又ハ過失(§20 II)ヲ前提トスル責任ナリ。即チ精神病者カ罪ヲ犯シタル場合ニ、公ノ處分トシテ精神病院ニ監置セラル、コトアリトスルモ、是レ罪ヲ犯シタルカ爲メニアラスシテ、唯精神病者ナルカ故ナリ。其目的ハ唯危險ノ爲メノ隔離ト治療トナリ。通常人カ刑罰ニ處セラル、場合ニモ、其目的ハ隔離ト改善廣義ノ治療トナレトモ、此場合ニハ刑罰ノ執行ニ由ル危險性ノ治療ノ外、尙科刑其者ニ含マル、規範的評價ノ意味(違法)ヲ意識セシムル目的ヲ伴フ。即チ此規範的評價ニ由リテ行爲ノ反價值ヲ行爲者ノ意識ニ訴ヘ其自覺ヲ求ムルモノナリ。此關係ハ今日ノ刑罰制度カ刑法ヲ前提トシ、刑法ハ一般規範ヲ豫想スル以上、到底絶ツヘカラサル因縁タリ。故ニ刑罰ト他ノ處分トハ唯之ニ科スルニ付キ何等カノ行爲ヲ條件トスルヤ否ヤノ手續ニ關スル形式的差別ニアラス。若シ唯此形式的差別ノミナラハ刑事責任モ亦全ク單純ナル社會的責任ニ外ナラス。此點ニ於テハ刑罰ハ猶家庭ニ於テ父母カ其子ニ對シテ行フ懲戒ノ如シ。思慮アル父母

ハ妄ニ辨別ナキ幼兒ニ對シテ懲戒ヲ加ヘサレトモ、既ニ辨別ヲ有スルニ至レハ懲戒ヲ行フ。是レ懲戒ニ含マル、規範的評價ニ由リテ其子ノ規範意識ヲ啓發センカ爲メナリ。右ノ如キ意味ニ於テ、刑法ハ科刑ノ條件トシテ、先ツ犯罪人カ規範意識能力ヲ備ヘタル事情ノ下ニ一定ノ反價值的意思ニ依リテ行爲ヲ爲シタルコトヲ要求ス。即チ刑法ノ採ル所ノ主義ハ社會的責任主義ニアラスシテ、規範的責任主義又ハ單ニ責任主義ナリ。§20 III註一。ナリ。

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

ル違法行為ノミヲ以テ處罰ノ原因ト爲シタル所以ナリ。§ 133. 予ハ刑法ノ斯カル態度ヲ名ケテ刑法ノ謙抑主義 (Minima non curat praetor) ト謂フ。

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

第四節 刑法學ノ研究方法—刑法ノ解釋

刑法學ノ目的ハ、初メニ述ヘタルカ如ク、一ニハ刑罰法ノ正確ナル認識 (Methodik) 一ニハ其認識成果タル刑罰法の諸法則ノ體系の整理 (Dogmatik od. Systematik) ニ在リ (§ 1)。§ 1. 而シテ刑法學ノ研究ハ此二個ノ目的ノ實現ニ由リテ達セラル、モノナルカ故ニ、此二個ノ目的ハ同時ニ刑法學ノ方法ヲ意味ス。法律學ノ他ノ特殊分科ニ付テ謂フモ亦同シ。

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

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

法ハ之ヲ經驗的實在トシテ考フルトキハ、其一般的形式ハ最モ強力ナル拘束意思ナリ。§ 23. 從テ刑罰法ハ各種ノ犯罪ト之ニ對スル刑罰トノ關係ヲ内容トスル特殊ナル拘束意思ナリ。刑法學ハ即チ此特殊ナル拘束意思カ如何ナル

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

右ニ叙ヘタルカ如ク、法ノ解釋トハ法ノ認識ヲ謂フ。詳言スレハ、法ノ實在形式ヲ備ヘタル具體的ナル拘束意思ノ内容ヲ一定ノ材料(淵源)ニ依リテ現實ニ認識スル研究方法ヲ廣義ニ於テ法ノ解釋(法律學ノ解釋的方法)ト謂フ(二)。即チ法ノ解釋ハ、從來往々誤解セラレタルカ如ク、法其者ヲ解釋スルコトニアラスシテ、材料ノ意味ヲ解釋シテ現實ノ法ヲ發見スルコトナリ。而シテ法ノ解釋ニ於テ、其材料タルモノハ主トシテ法文又ハ判例若クハ慣習ニシテ、法文ヲ通シテ認識シ得タル法ハ所謂成文法タリ。又判例ヲ通シテ得タル法ハ所謂判例法タリ、又慣習ヲ通シテ得タル法ハ所謂慣習法タリ。但シ是等各種ノ法ニ於テ、夫々宗教、道德、風俗、儀禮等ノ規範、社會觀念、公序良俗ト謂フカ如キモノモ同時ニ解釋ノ參考材料タリ。5. 83 28.

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

法ノ解釋ヲ右ノ如ク解スレハ、法ノ材料ノ解釋自體ニ付テ亦一定ノ方法ヲ要ス。而シテ特ニ成文法ノ解釋方法ニハ、從來、文理解釋、論理解釋、勿論解釋、反對解釋、擴張解釋、制限解釋、歷史的解釋、比較法學的解釋、類推解釋等種々アリ。然レトモ法ノ解釋ハ成文ニ關スルモノト雖モ、他ノ成文及ヒ其他ノ參考材料ナクシテハ不可能ニシテ、之レカ爲メニハ先ツ一切ノ材料ノ周到ナル調査ヲ必要トス。是レ即チ經驗ナリ。而シテ法ノ解釋ハ此經驗ノ結果ヲ内容トシ之ニ論理ト評價トヲ適用スルニ由リテ初メテ可能ナルモノニシテ、右ノ成文法ノ解釋方法ノ各種類ハ、要スルニ此三者ノ作用ヲ夫々其運用又ハ結果ノ特殊ナル方面ヨリ見タルモノニ外ナラス。

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

抑モ社會生活ノ理想ハ調和ニシテ、調和ハ各場合ノ事情ニ應ジ、現實ノ立場ヲ超越スル統一ナルコトハ前ニ述ヘタリ。^{§ 10.} 從テ或問題ニ關シ其問題ノ特殊性ヲ最モ具體的且嚴密ニ評價スレハ、如何ナル問題モ歷史的一回事トシテ他ノ事件ト區別セラルヘキ多少ノ特殊の意義ヲ有スルカ故ニ、其場合ノ調和モ亦、其レカ理想的ナル限り、其事件限りノ特殊の妥當性ヲ有スルニ過キス。換言スレハ、當爲ハ凡テ理想的ナル限り嚴密ニ特殊のモノナリ。然レトモ規範トシテノ法ハ固リ斯カル特殊のナル當爲ヲ定ムルモノニアラス。此種ノ當爲ハ各場合ニ於ケル規範ノ適用ニ於テ夫々表現スルモノニシテ、規範ハ規範タル限り、如何ニ規範體系中ノ最下級ノモノト雖モ、其レカ關係スル範圍内ノ事項ニ付テハ普遍妥當ノモノナリ。然レトモ又一方ヨリ謂ヘハ、右ニ述ヘタル調和ノ本義ニ照ラシ、規範ノ内容ハ社會的種々相ニ近ク、能フ限り多様且差別的ナルコトヲ要ス。而シテ斯カル職能ハ實ハ立法ニ存セスシテ法ノ解釋ニ存シ、解釋ハ場合ニ因リ種々ナル條件ヲ加除スルニ由リテ此作用ヲ全ウスルコトヲ得ルモノナリ。斯カル立場ニ於テハ、理論上如何ナル社會事情ニ對シテモ一應其價值ヲ認

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

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

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

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

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

トノ原則アリ。而カモ刑罰法ハ見方ニ依レハ亦一ノ例外法ナルカ故ニ、同様に刑法一般ニ關シテ其解釋ハ嚴格ナルコトヲ要ストノ制限アリ。又同一理由ニ依リ、疑ハシキ場合ニハ被告人ノ利益ニ解スヘシ (in dubio pro rei) 又ハ輕キニ從フヘシ (in dubio mitius) トノ原則アリ。然レトモ刑法ノ解釋ノ意義モ亦一般ニ前述ノ如キモノトスレハ、斯クノ如キ制限ハ今日ニ於テハ既ニ問題トスルニ足ラス。但タ今日尙ホ動カスヘカラサル一ノ制限ハ罪刑法定主義ニシテ、刑事ニ關シテハ裁判官ハ民事ニ於ケルカ如ク明文ノ根據ナクシテ積極的ノ裁判(即チ有罪裁判)ヲ爲スコトヲ得サルモノトス。§ 42。

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

ニ類推其者ノ可否ヲ論スルノ要ナシ。

第五節 刑事學

刑事學ハ既ニ述ヘタルカ如ク (§ 32) 廣義ニ於テハ、犯罪ノ諸問題ヲ中心トスル一切ノ學ニシテ、之ヲ別テ狹義ノ刑事學以下單ニ刑事學ト謂フ(ト)刑事規範學ト爲シ、更ニ後者ヲ分テ刑事法學ト刑事政策學ト爲ス。而シテ刑事學ハ、主觀主義的刑法理論ヲ執ル立場ニ於テハ、刑事規範學一般ノ基礎學ニシテ、刑事規範學上ノ原則ノ說明ハ刑事學ノ知識ヲ俟テ初メテ可能ナルモノナリ。此點ハ刑事規範其者ノ運用ニ關シテモ亦同シ。右ノ如クナレトモ、廣義ノ刑事學ニ屬スル諸科學中ニハ、刑事法學ヲ除キ、或ハ其發達極メテ幼稚ニシテ未タ獨立ノ科學ト稱スルニ足ラサルモノ、或ハ其固有ノ範圍極メテ狭クシテ寧ロ他ノ學科ノ一部ト稱スヘキモノ、或ハ他ノ學科ノ一部ツ、ノ綜合ヨリ成リ、自己固有ノ範圍ヲ有セサルモノ等アリテ、其分界必スシモ截然タラサルノミナラス、其原則モ相互ニ交錯シテ理論的分界ノ立チ難キモノアリ。今姑ク是等ノ重複ヲ無視シテ廣義ノ刑事學ニ屬スル各學科並ニ其相互ノ關係ノ概要ヲ示セハ左ノ如シ。

- 一 刑事學(犯罪學) (Kriminologie)
- (一) 刑事人類學 (K.-Anthropologie)

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

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

(二) 刑事社會學 (K.-Soziologie)

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

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

刑事社會學ハ先ツ犯罪發生條件ハ理論トシテ左ノ三種ノ條件ヲ區別ス。

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

ロ 器械的又ハ自然的條件 民族、氣候、土地ノ肥瘠其他ノ特徵、晝夜ノ長短、季節、氣象、氣溫等。
ハ 社會的條件 人口密度、移民、社會觀念、風俗、宗教、政治、經濟、治安、感化、一般教育、交通其他民刑立法等。

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

二 刑事政策學 (K.-Politik)

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

(一) 刑事司法政策學

イ 實體的刑事司法政策學

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

從來ノ刑罰制度ニ對スル批判トシテ、第一ニ改善不能ノ犯罪人ニ對スル死刑存廢ノ問題ニ付テハ實證學派ニ屬スル論者ノ間ニモ說岐ル。第二ニ、無期自由刑ニ付テハ、犯罪人植民地ヲ開キテ流刑制度ヲ設ケ、從來ノ拘禁制度ヲ廢止スヘシトスル說アリ。第三ニ、有期自由刑ハ一般ニ之ヲ不定期自由刑ト爲スヘシトスルコト殆ト定説ナリ。不定期刑制度ニハ絕對的ノモノト相對的ノモノトアリ。前者ハ刑期カ絕對的ニ不確定ノモノニシテ、教化ノ實績ヲ見テ隨時出獄ヲ許スモノナルニ反シ、後者ハ裁判言渡ノ際刑期ノ最高限ト最低限トヲ定メ其間ニ於テ同様ノ處置ヲ講スルモノナリ。(少年法八一)。現況ニ於テハ後者ヲ本則トスヘシ。此場合ニ出獄ヲ許スヘキヤ否ヤノ認定權ヲ裁判官ニ與フヘキヤ行刑官吏ニ與フヘキヤニ付テモ亦議論アリ。

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

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

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

少年犯罪人ノ處遇ハ成年犯罪人ト區別シテ一般的ノ問題トシテ研究モラル。蓋シ此種ノ者ハ刑法上責任能力ヲ有スル場合ニ於テモ多ク未タ思慮熟セス性格定マラサルカ故ニ、通常ノ刑罰ヲ以テ之ニ臨ムヘキモノニアラサレハナリ。我國ニ於テモ最近少年法(大正一一年法律第四一號)ノ制定アリ。蓋シ轉近ニ於ケル刑事政策的要求ニ基ク研究ノ成果ニシテ、其實體的規定ニ屬スルモノ、中注意スヘキモノヲ舉クレハ、罪ヲ犯ス時十六歳ニ滿タサル者ニハ特別ノ場合ヲ除キ死刑及無期刑ヲ科セス、(少、七)少年ニ對シ長期三年以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮ヲ以テ處斷スヘキトキハ其刑ノ範圍内ニ於テ短期ト長期トヲ定メ之ヲ言渡ス(同、八一)、即チ相對的、不定期刑ヲ定メタルモノナリ。其他少年犯罪人並ニ犯罪的傾向ヲ有スル少年(十八歳未滿者)一般ノ處遇ニ關シテハ少年法(矯正院法)大正一一年法律四三號ニ詳細ナル規定アリ。從テ少年犯罪人ニ關スル刑事政策學ハ一部ハ刑事法學ナリ。刑事社會學派ハ少年ニ關シテモ生來的犯罪人ヲ認ムルカ故ニ、此種ノ犯罪人ニ對シテモ植民地流刑ヲ科スヘシト謂フ者アリ。

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

□ 形式的刑事司法政策學

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

(二) 刑事行政々策學

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

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

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

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

ル改革の施設ヲ爲スヘキカラ研究スルニ在リ。

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

三 刑事法學

刑事法學ノ何タルカハ刑事法ノ意義ヲ明ニスルニ至リテ自ラ明ナルヘシ。(註 § 38)。

第二章 刑法

第一節 刑法ノ特質

第一款 法ノ本質

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

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

normen)タリ。事後ニ於テハ評價規範 (Beurteilungsnormen)タリ。何等カノ法律上ノ行爲アリタル場合ニ於テ之ニ對シテ必ス適法違法ノ何レカノ價值判斷ヲ下シ得ル所以ノモノハ、畢竟法カ例外ナク妥當スル規範ナルカ故ニ外ナラス。事實的、法的、則トシテノ法ハ、理論上全然規範ト其性質ヲ異ニスル蓋然的自然法則 (Wahrscheinliche Naturgesetze)ナリ。即チ此方面ニ於テハ、法ハ蓋然法則トシテ幾多ノ例外アルニ拘ラス、一ノ自然的傾向トシテ社會秩序ヲ構成ス。所謂法律秩序ハ此蓋然的社會秩序ヲ意味スルモノト解スヘシ。而シテ現ニ見ルカ如ク、世人カ日々安ンシテ社會生活ヲ營ミ得ル所以ノモノハ、實ニ此事實的、法的、社會生活ニ於ケル各員相互間ノ期待又ハ信賴ヲ或程度マテ保障スル力アルカ故ニシテ、社會法學ノ學徒カ通例法ヲ解シテ法ハ、社會力ナリト爲スハ畢竟法ノ此方面ヲ強調シタル言ナリ。然レトモ右ニ述ヘタルカ如ク、此事實的、法的、則ハ固リ規範ト無關係ノモノニアラス。即チ規範ノ内容ハ自然法則上ノ可能ノ一ナリ。規範ハ其幾多ノ可能中ノ一個ヲ一般的ニ特定シテ自然的蓋然法則タラシムルコトヲ以テ任務トス。從テ規範ノ價值ハ之ニ對應シテ或程度ノ蓋然法則カ成

立スルコトニ由リテ初メテ具ハル。即チ蓋然法則ハ、規範ヲ本體トシテ見レハ、其作用タル實現可能性 (Möglichkeit der Durchsetzung)ニシテ、予ハ之ヲ所謂規範ノ妥當性(效力) (Geltung)ト解ス。蓋シ規範カ普遍妥當タルニハ、少クトモ實現ノ可能ノ存スルコトヲ要スルカ故ナリ。從テ嚴密ニ謂ヘハ、此妥當性ハ規範カ規範タル限リ其當然ノ條件ニシテ、規範ニシテ妥當セサルモノナク、又妥當セサル規範アルコトナシ。但シ此妥當性カ規範ノ内容ニ對應スル程度ハ必スシモ全部的ナルコトヲ要セス。其一部ニ過キサレモ亦妨ナシ。此場合ニ於テハ眞ノ法律的規範ハ寧ロ其對應スル程度ニ變形セラレタルモノト見ルヲ可トス。斯クノ如ク規範ハ同一對象タル法ヲ本體(理想)ノ方面ヨリ見タルモノニシテ、妥當性ハ法ヲ作用(事實)ノ方面ヨリ見タルモノナリ。法ハ此兩方面ヨリ觀察シ得ル事情ノ備ハリタル場合ニ初メテ一ノ文化價值トシテ成立スルコトヲ得ルモノニシテ、換言スレハ、此二方面ハ法ノ實在形式ノ理想的及ヒ社會的ニ條件ナリ。成文法ニ於ケル立法手續ノ如キモ右ニ條件以外ノ別個ノモノニアラスシテ、單ニ社會的條件ノ具體的觀察ニ過キス。右ノ如クナルヲ以テ、約言スレハ法

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

其他法カ強制手段ヲ伴フコトモ亦通例拘束力ノ原因トシテ解セラル。

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

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

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

§29

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

§30

ルコトヲ得サルモノナリ。從テ法ハ全ク此種ノ問題ヲ自然ノ成行ニ放任スルモノトス(1)。例ヘハ緊急行爲ノ場合ノ如シ。S. 347 Co 註 III, 72, 73, 105, 149.

註(一) 民法第九〇條ニ依リ、公序良俗ニ反スル事項ヲ目的トスルノ故ヲ以テ無効ナリトセラルル法律行爲中ニモ、必スシモ目的カ違法ナルカ故ニ無効ナルニアラサル場合アリ。斯カル場合ハ性質上法ノ關與スルコトヲ得サル事項ニ關スル行爲ナルカ故ニ法律上ノ效力ヲ生セサルノミ。

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

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

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

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

尙且論者カ從來條理ヲ區別スル所以ノモノハ、思フニ或ハ法ノ或一部ニ付キ特ニ其有スル歴史的並ニ普遍的意義ヲ重要視スルカ故ナランカ。若シ然リトセハ、論者ノ所謂條理ハ、法ノ成文ノ存スル場合ニハ成文法トモ見ラレ、該形式ヲ去レハ慣習法又ハ其他ノ社會法social lawトモ見ララルカ如キ場合ヲ謂フニ外ナラス。然レトモ此種ノモノモ法律學ノ立場ニ於テハ其性質ハ凡テ單純ナル法ナリ。法ノ内容ハ權利義務ナリ。之ヲ法ノ本體タル規範の方面ニ付テ謂ヘハ、法ハ權利義務ノ當爲ヲ定ム。即チ各種ノ權利義務ヲ定ムルコトニ由リテ、夫々如何ニ權利カ行使セラレ義務カ履行セラルヘキカノ當爲ヲ示スモノナリ。又之ヲ法ノ作用タル事實の方面ニ付テ謂ヘハ、社會生活ノ蓋然的法則タル法律秩序ハ即チ權利義務活動ノ蓋然的法則ニシテ、權利ノ實行義務ノ履行ハ社會的ニ一ノ傾向ヲ成ス。斯クノ如クナルヲ以テ、法カ規範の方面ト事實の方面トノ二方面ヨリ觀察シ得ルカ如ク、其内容タル權利義務ニモ亦之ニ相應スル二方面ノ觀察アリ。即チ權利義務ハ、規範的、價值的、ニハ、其權利義務タル限り、如何ナル場合ニモ妥當スレトモ、事實的、社會的、ニハ、其活動カ蓋然的ナル限り實現セラレサル場

合アリ。又宛モ法カ規範ヲ以テ本體トスルニ拘ラス、之ニ對應スル事實的蓋然性ヲ有セサル限リ法トシテ實在スルコトヲ得サルカ如ク、權利義務モ亦規範的方面ヲ以テ本體トスルニ拘ラス、等シク之ニ對應スル事實的蓋然性^{妥當}ナクンハ權利義務トシテ實在ニアラス。從テ權利義務ハ法カ社會的價值感情ノ評價ニ由リテ支持セララルト同一ノ程度ニ於テノミ等シク之ニ由テ支持セララルモノトス。^{S. 83 21.} 通常法ハ客觀的^{抽象}的權利義務 (Recht im objektiven Sinne) ニシテ、權利義務ハ主觀的^{具體}的 (R. im subjektiven Sinne) ナリト謂フハ是カ爲メナリ。

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

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

ル要求ヲ意味スレトモ、法律學上一般ニハ唯當爲ノ言語上ノ形式トシテ此語ヲ借ルニ過キス。從テ結果ニ於テハ規範ハ受命者ノ通例欲スルコト、即チ利益ナル行爲ヲモ亦命スルコトアリ。然ルニ學者往々此理義ヲ解セス、規範カ單ニ命令禁令ノミヲ定ムトセハ、規範ハ常ニ義務者ニ對シテ義務ノミヲ命シ、權利者ニ對シテハ毫モ直接ノ意義ヲ有セサルヘシト論スル者アルモ、是レ個人的觀察ニ捉ハレタル批難ニシテ固リ當ラス。抑モ當爲ハ、法律意思トシテハ、論理上同一人ニ對シ同一事項ニ關シ同時ニ權利ト義務トヲ命スルモノナリ。換言スレハ、權利義務ハ同一當爲ノ表裏ナリ。蓋シ拘束意思ノ内容トシテ、吾人カ或行爲ヲ爲シ得ル(是認セララル *dürfen*) コトハ、其行爲ヲ爲スヘキ(要スル *sollen*) カ爲メニシテ、又吾人カ或行爲ヲ爲スヘキカ爲メニハ、其行爲ヲ爲シ得サルヘカラサルカ故ナリ。然ルニ此二者カ通例各獨立ノモノナルカ如キ外觀アルハ、唯其社會的評價ニ於テ輕重ノ差アルカ故ニ、事實上其何レカ一面ノミカ特ニ重視セララル結果タルニ過キス。論理的ニ謂ヘハ、權利ナラサル義務ナク、^{權利性}義務ナラサル權利ナシ^{義務性}。是レ畢竟法ニ於ケル拘束性ノ理由タル一定ノ目的。^{S. 33. カ}

一般的ナル拘束意思其者ノ目的ニシテ、必スシモ當事者ノ個人意思ノ目的ニ一
致セサルカ故ナリ(二)。又法タル當爲ハ常ニ一般人民(受命者)相互ノ對立ヲ豫想
ス。是レ法カ社會的規範タル限リ當然ノ事理ナリ。而シテ此場合ノ受命者
(Adressat)ハ抽象的ニハ勿論、各個ノ具體的ノ問題ニ付テモ理論上常ニ一般人民
ニシテ、所謂當事者ノミニアラス。即チ當事者ヲ中心トシテ謂ヘハ、其權利義務
ノ關係ハ同時ニ他ノ當事者及ヒ一般人トノ間ニ各個ニ生スルモノナリ。^{5. 36}
唯此場合ニ於テ、當事者間ノ關係ノミカ重視セラルルハ受命者各自ノ立場ノ相
違ニ由來スル内容ノ相違ニ因リ、其權利義務ノ關係カ著シク社會的價值ヲ異ニ
スルニ因ル。^{私法上ニ於テ漸次第三者ニ因ル債權侵害カ問題トナルヲ見ヨ。}而シテ是等ノ關係ニ於テハ其各主體ノ
權利義務ノ二方面ハ夫々相手方ノ權利義務ノ二方面ト相交錯シテ對應ス(三)。
斯カル關係ハ通常權利義務ノ關係ト稱セラルル當事者間ノ關係ニ於テ特ニ明
ナリ。而シテ凡ソ權利義務ノ關係ハ法律意思ノ關係ナルカ故ニ、法律意思ノ要
求ハ之ヲ權利義務ノ當事者ニ付テ見レハ請求ノ關係ニ外ナラス。從テ嚴格ナ
ル意義ノ權利ハ凡テ請求權(Anspruch)ナリ(四)。但斯克ノ如ク各當事者ハ常ニ交

互ニ權利者タリ義務者タルモ、此場合ニモ其各自ノ權利義務ノ内容ハ其地位ノ
異ルニ因リテ夫々相表裏スルカ故ニ、其價值ニモ亦通例著シキ差別アリ。從テ
斯カル場合ニハ其價值ノ大ナル方面ノミ重視セラレ、然ラサルモノハ殆ト無視
セラル。例ヘハ、債權債務ノ關係ニ於テ、債權者側ニ在リテハ殆ト其債權ノ權利
性ノミカ重視セラレ、反對ニ債務者側ニ在リテハ殆ト其債務ノ義務性ノミカ重
視セラルルカ如シ。以上ノ如クナルヲ以テ「云々スヘシ」又ハ「云々スヘカラス」ト
謂フ法ノ言語上ノ形式ハ之ヲ權利義務ノ形式トシテ表ハセハ「云々ノ權利」又ハ
義務「アリ」ト謂フコトトナル。從テ權利義務ノ本質ハ規範的ニハ法ノ主觀的當
爲性ニシテ、事實的ニハ法ノ主觀的妥當性ナリ。

註一) 權利ノ性質ニ付テハ之ヲ欲シ得ル力(Vollen dirten)ト解スル説アリ。誤レルニアラスト
雖モ、論理上義務モ亦欲シ得ル力ヲ含ムモノナリ。或ハ論者ノ通例欲シ得ルト謂フハ、欲スル
ト否トノ自由ヲ意味スルカ如クナルモ、論理上自由ハ欲スルト否トノ點ニ在ルニアラスシテ、
欲スヘキ場合ナリヤ否ヤノ判斷ノ點ニ存ス。若シ欲スルコトカ適當ナル場合ニ於テハ權利
者ハ欲セサルヘカラサルナリ。思フニ論者ノ見解ハ規範ノ命令カ一般ニ斷言的無條件ニア
ラスシテ假言的(條件的)(Bedingter od. hypothetischer Imperativ)ナルニ累セラレタルモノナリ。假

言的トハ、最も自由ナル場合トシテハ、規範ノ内容カ「欲スルナラハ（即チ適當ト認ムルナラハ）云々スヘシ」ト謂フ場合ナリ。此場合ニモ其實體ハ「云々スヘシ」ト謂フ當爲ナルニ拘ラス、學者通例「欲スルナラハ」ト謂フ假言ニ重キヲ置キ、誤テ右ノ如ク解スルモノナリ。從テ斯カル見解ノ下ニ於テハ、明白ニ權利カ義務性ヲ有スル場合、例ヘハ官公吏ノ職權、代理權、親權、相續權等ニ付テ適當ナル説明ヲ爲スコトヲ得サルモノトス。而シテ規範カ前記ノ如キ假言的命令ヲ定ムル場合ニ於テハ、受命者（權利者）ハ若シ欲セサルナラハ（即チ欲スルコトヲ適當ト認メサルナラハ）或ハ何等カノ手續ヲ經テ、或ハ何等ノ手續ヲモ要セスシテ、其當爲ヨリ免ルルコトヲ得ルノミ。從テ權利ノ義務性ヲ認ムルモ何等理論上モ實際上モ矛盾ヲ生スルモノニアラス。

註(二) 權利義務ノ必然的對應關係說ニ付テハ贊否相半ス。消極說中一說ニ依レハ、權利ニハ其行使ニ對シテ相手方ノ忍受ノ義務ヲ生スルモノト否トアリ。後者ハ其本質ニ於テハ等シク法ノ許容スルモノナレトモ、忍受ノ義務ヲ生セサル點ヨリ見テ之ヲ放任行爲ト稱スヘシト爲ス。然レトモ斯カル行爲ハ、縱ヘ名稱上忍受ノ義務ヲ生セサル權利ト呼フトスルモ、其ハ論理的ニ見テ純然タル事實上ノ放任行爲ニシテ、一種ノ權利タリト謂フカ如キ法律の意義ヲ有スルモノニアラス(§ 32)。又他ノ說ニ於テハ、單ニ權利義務ハ必然的ニ對應スルモノニアラストシテ、其例證トシテ公法上又ハ私法上ノ形成權ヲ舉ク。然レトモ所謂形成權ハ講學ノ便宜上之ヲ權利ト稱スルモ、其本質ハ獨立ノ權利ニアラス。形成權行使後ノ當爲關係發生ノ一條

件ニ過キス。例ヘハ、官廳ノ處分ニ於テハ處分後ノ取扱關係カ眞ノ權利關係ニシテ、處分ハ其發生ノ條件ナリ。所謂處分權ヲ權利ト見ルハ處分後ノ權利ヲ條件附ニ取扱フ便法タルナリ。

註(三) 通常請求權ハ對人關係ニ於テ一定ノ給付ヲ請求スル權利トシテ解セラル。然レトモ嚴密ナル意義ニ於テ權利ハ凡テ對人的ナリ。物ハ如何ナル場合ニ於テモ單ニ權利關係ノ條件ニ過キス。物ニ對スル權利ヲ認ムルハ又便宜ニ出ツ。又權利ハ動態ニ限ラス。靜態ニ於ケル權利モ亦權利ニシテ唯行使ノ條件ノ具ハラサルノミ。斯ク見レハ權利ハ凡テ請求權ナリ。

拘束意思トシテノ法ハ一定ノ目的ニ依リテ規定セラル。§ 33. 從テ法ハ目的的、意思ナリ。此法ノ目的ハ各個ノ法ニ付テ其内容ヲ論スレハ夫々相異レトモ、究極ハ法一般ノ根本目的カ論理的並ニ評價的ニ展開セラレタルモノナリ。法ノ解釋カ同時ニ論理的且評價的ナラサルヘカラサルコトハ此理ニ由ル。是故ニ主觀的法トシテノ權利義務ハ亦法ト其目的ヲ同クス。其目的ハ即チ調和§ 32. ナリ。調和トハ各當事者ノ立場ヲ超越シテ之ヲ包揚スル統一ナルカ故ニ、權利義務ノ目的ハ之ヲ何レノ方面ヨリ見ルモ必スシモ當事者ノ主我的立場ニ於テハ利益ト見ルコトヲ得サル場合アリ。唯權利義務ヲ行フコトニ依リ、統一ニ於テ調和ヲ得ル意味ニ於テノミ常ニ何人ニモ利益タルナリ。便チ利益ハ

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

權利ノ目的タル調和的利益以下單ニ利益ト謂フハ所謂法ノ保護スル利益ナリ。之ヲ法益(Rechtsgüter)ト謂フ。法益ハ客體(Object)ニアラスシテ客體ニ對シテ成立スル利益關係ナリ。從テ同一客體ニ對シテ數個ノ法益カ重疊シテ成立スルコトヲ得。例ヘハ同一不動産上ニ所有者ノ所有權ト債權者ノ抵當權トカ重疊シテ存シ得ルカ如シ。而シテ此法益ハ權利義務ノ目的ナル以上、權利義務ハ法益ノ手段ナリ。手段トシテノ權利義務ハ常ニ相吻合シタル同一内容ヲ有ス。

權利義務ノ主體ハ法律上ノ人ナリ。之ヲ法律上ノ人格ト謂フ。法律上ノ人格ニ付テモ、法並ニ權利義務ト同シク、二方面ノ觀察アリ。即チ人格ハ、一方ヨリ見レハ、規範ノ内容ニ從テ當爲ヲ課セラレタル規範上ノ人ニシテ、常ニ規範ニ從テ行動スヘキ人トシテ妥當スル行動スルコトヲ要スルモノナリ。他方ヨリ見レハ、規範ノ妥當性タル蓋然的法則ニ依リ、事實上蓋然ノ程度ニ於テ支配セラレツツアル人ナ

リ。而シテ規範ハ法ノ本體ナレトモ、法並ニ權利義務ノ實在要件トシテ妥當性カ問題トナルカ如ク、人格ニ關シテモ亦然リ。即チ或拘束意思ヨリ見テ全然其定ムル規範ニ從フ行動アリトスヘキ可能ナキ者ハ理論上其國法上ノ人格ニアラス。然レトモ今日ニ於テハ、國外ニ在ル外國人ト雖モ、貿易ニ從事シ外債ヲ所有シ國外犯罪ニ關係ヲ有スルカ如キ場合アルカ故ニ法律上ノ人格タリ。又國內ニ在ル者ハ縱ヘ極端ナル無政府主義者ト雖モ、全然國法ヲ離レタル生活ヲ營ムコトヲ得サルカ故ニ是レ亦人格タリ。

法律上ノ人格ハ意思主體意思能力者並ニ社會的ニ之ト同等ノ價值ヲ有スル者ナリ。意思主體トハ一定ノ程度ニ於テ規範ヲ意識シ之ニ從テ行動シ得ル人ヲ謂フ。法ハ本來斯カル人ニ對シテノミ其妥當ヲ豫想スル。トヲ得ルモノナリ。從テ事實ニ付テ論スレハ、斯カル人ニ由リテノミ法律秩序ハ編制セラレ、然ラサル者ハ皆其反射的效果ヲ受クルニ過キス。然レトモ所謂人格ハ縱ヘ意思能力ヲ有セサルモ、其社會的價值ニ於テハ同一ナリ。從テ法ハ特ニ此種ノ者ヲシテ能力者ト同様ニ一定ノ利益ヲ享受シ同時ニ其職能ヲ營マシムル目的ヲ以テ、其

周圍ニ在ル又ハ之ヲ組織スル他ノ能力者ニ對シ、其無能力ヲ補充スルカ爲メノ當爲ヲ加重ス。而シテ此加重セラレタル當爲カ實行セラルルコトハ、之ニ由テ一定ノ無能力カ補充セラルル所以ナルカ故ニ、其結果ハ意思無能力者ヲ中心トシテ見レハ、無能力者自ラ規範ヲ意識シ權利義務ヲ行ヒタル場合ニ異ルコトナシ。從テ此種ノ者モ畢竟規範ノ妥當スル主體ニシテ、法律上ノ實在タル人格§35トトシテハ意思能力者、意思無能力者、法人間ニ差別ナシ。國家人格ニ關シテハ、§35ト以上ノ如ク考フルトキハ、法モ權利義務モ人格モ本質的ニハ凡テ同一對象ニ對スル別個ノ觀察ニシテ、唯客觀的ト主觀的、抽象的ト具體的トノ差ニ過キス。

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

ナリ。從テ嚴密ナル理論ヨリ謂ハハ、此場合ノ權利義務ノ當事者ハ吾人相互ナリト雖モ、請求ノ方法ノ備ハレルヤ否ヤハ問題ニアラス今日ノ幼稚ナル社會感情ニ於テハ未タ此權利義務ノ關係ヲ承認スルニ至ラス。僅ニ左側通行義務ノ權利者ヲ國家又ハ當該機關若クハ全體トシテノ一般世人ナリト解シ、一般世人各自ノ享クル利益ヲ該權利ノ反射作用(Rechtsreflex)ト名ツク。S. 31, 32, 22.

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

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

第二款 刑法ノ意義

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

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

刑法ハ法ナルカ故ニ其内容ハ權利義務ナリ。§ 31. 之ヲ通例科刑者ニ課セ
 ラレタル當爲ノ權利性ヨリ見テ刑罰請求權(Strafanspruch)ノ關係ト謂フ(一)。刑
 罰請求權ハ、一定ノ犯罪アリタル場合ニ、之ヲ條件トシテ犯人ニ對シ刑罰ニ服ス
 ルコトヲ請求スル權利ニシテ、其主體ハ當該國家機關ナリ(二)。犯人ハ之ニ對ス

ル相手方當事者トシテ、該請求ニ應シテ刑罰ニ服スル義務ヲ有ス。然レトモ既ニ述ヘタルカ如ク、權利ハ同時ニ義務性ヲ有シ、義務ハ同時ニ權利性ヲ有スルカ故ニ^{§ 37}當該國家機關ノ有スル刑罰請求權ハ、之ヲ反面ヨリ見レハ、刑ニ對スル服從ヲ請求スルノ義務ニシテ、犯人ノ義務ハ又刑ニ服スルノ權利ナリ。但タ犯人ヨリ見レハ、刑罰カ如何ニ特別ノ目的ヲ有ストスルモ、事實上著シキ苦痛ヲ伴フ結果トシテ、殆ト何人モ心理的ニ其權利性ヲ認メサルノミ。以上ノ如ク解スルトキハ、刑法ハ刑罰請求權ノ發生條件並ニ其效力ヲ規定スル、一切ノ法ナリ。

註(一) 權利ハ、嚴密ニ謂ヘハ、凡テ請求權ナリ。^{(§ 37) 註三}。從テ單ニ刑罰權ト稱スルモ不可ナキカ如クナルモ、然ルトキハ、國家カ刑法ヲ定メテ何人ヲモ處罰スルコトヲ得ル主權ノ一般的作用 (Strafgevalt) ヲ指ス場合ノ意義ト混同ヲ生スル虞ナキニアラス。從テ斯カル虞ナキ場合ニ限り、略シテ單ニ刑罰權ト謂フモ不可ナシ。

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

シテ抽象的統一其者ノ一部トシテ考ヘラルル個人ニ對シ、共ニ同一法律關係ノ當事者トシテ對立スルコトヲ得ルヤ、換言スレハ、部分ヲ含ミタル全體カ同時ニ部分其者ト並立スルコトヲ得ルヤヲ疑フ。蓋シ全體ナル觀念ハ當然統一ヲ前提トシテ部分ノ全體其者ニ對スル獨立ヲ排シ、個體トシテノ部分ナル觀念ハ當然分立ヲ前提トシテ全體其者ノ成立ヲ否定スルカ故ナリ。此點ニ關シテハ、論者通例、國家ハ一ノ組織ヲ抽象シタル觀念ナルカ故ニ、個人ニ對立セシムルヲ妨ケスト説ク。然レトモ此場合ノ組織ナル觀念ハ抽象ノ結果ニアラスシテ、分析ニ由ルモノナリ。抽象ハ種ニ於ケル一般者ノ把握ナルカ故ニ、一般者ヲ規定スル諸條件ハ抽象ニ由リテモ之ヲ除クコトヲ得ヘキモノニアラス。然ルニ論者ノ所謂抽象ハ一般者ニ於ケル諸條件ヲ分析シテ其中ノ組織ノミヲ探リテ國家ト爲スモノナリ。而シテ斯カル意義ノ組織ハ實ハ法律秩序ノ異名ニ外ナラス。故ニ斯カル見解ハ畢竟法律秩序ト國家トヲ同一ト見ル説ニシテ、結果ヨリ謂ヘハ機關人格論ナリ。

右ノ如クナルヲ以テ、法律上ノ國家概念ハ次ノ二様ノ中其何レカニ解スルノ外ナシ。一ハ個人ト同一位列ニ在リテ之ト並立スル所謂國家機關ヲ代理人ト看做シ、其背後ニ等シク同一位列ニ在ル國家ナル本人ノ存在ヲ擬制スル方法ナリ。此見解ハ通常ノ國家人格説ト異ル。即チ彼ニ在リテハ治者被治者ノ統一ヲ基礎トシテ一段上位ニ在ル國家ヲ想像スルモノナルモ、此ニ在リテハ單ニ國家機關ノミノ背後ニ隱ルル國家ヲ擬制スルナリ。斯ク見レハ、國家ハ

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

以上述ヘタル所ハ敢テ社會的統一體トシテノ國家ノ存在ヲ否定スルニアラス。(右ニ國家機關ト謂ヘルモ此意義ニ於テナリ)。唯國家カ全體トシテノ統一ナル限リ、具體的ニモ抽象的ニモ、統一カ自己ノ部分ニ對シテ更ニ統一セラルルコトヲ得スト謂フ意義ニ於テ、其國法上ノ人格ヲ疑問トスルノミ。從テ他ノ意味ニ於テ國家ハ人格ナリト謂フハ全然別論ナリ。國家人格說ハ殆ト今日ノ法律學ニ於ケル公理ナリ。從テ前配ノ如キ疑問ハ又殆ト疑問トシテサヘキ成立ノ餘地ナキ觀アレトモ、國家人格說ノ基礎ハ右ニ論シタルカ如ク決シテ論理上安固ナルモノニアラス。(S. 37)。

刑法ニ關連シテ刑事法ナル觀念アリ。刑事法トハ直接間接ニ刑罰請求權ノ實體並ニ運用ニ關スル法令ノ總稱ニシテ、刑法ハ其中刑罰請求權ノ實體ニ關スルモノナリ。從テ之ヲ實體的刑事法トモ稱スルコトヲ得ヘシ。其他運用ニ關スル規定トシテハ、手續ニ關スル刑事訴訟法、陪審法、少年法等、並ニ該手續ノ執行機關ノ組織權限ニ關スル裁判所構成法、監獄法等アリ。是等ハ之ヲ形式的刑事法ト謂フコトヲ得。(S. 38)。

第三款 刑法ノ特質

凡ソ法律的規範ハ悉ク法益保護ノ目的ヲ有ス。之ヲ法ノ内容タル權利義務ニ付テ謂ヘハ、權利義務ハ凡テ法益保護ノ手段タルコトヲ以テ目的トス。(S. 39)。
然レトモ法律的規範ハ之ヲ其法益ニ對スル關係ヨリ見ルトキハ、自ラ二種ニ別ル。一ハ一般的法律規範(一般規範)即チ狹義ノ法律的規範ニシテ、他ノ法律的規範ニ關係ナク、獨立ノ當爲トシテ第一次ニ法益ヲ保護ス。從テ此種ノ規範カ遵守セラレル狀態ハ各人ノ法益カ之ニ由リテ直接ニ保護セラレル狀態ニシテ、之

ニ對スル違反アレハ、常ニ何等カノ法益ノ侵害又ハ脅威(危險)ヲ伴フ。但反對說アリ(§39)而シテ法ハ、其保護スル法益ノ種類如何ヲ問ハス、苟モ各人ニ對スル獨立ノ當爲トシテ作用スル限り、凡テ此種ノ規範ニ屬ス。其二ハ一般規範ノ違反ヲ條件トシテ之ニ對シ一定ノ效果ヲ附與スヘキコトヲ定ム。而シテ此場合ノ效果ハ違反行爲又ハ或結果カ違反行爲ヨリ生シタルコトヲ理由トシテノミ附與セラルルモノナルカ故ニ、或結果ヲ違反行爲ヨリ分離シ、客觀的ニ結果タル事實其者ヲ直接ノ理由トシテ附與セラルル效果ト全ク意義ヲ異ニス。§ 91.而シテ斯カル制裁ヲ定ムル法ハ、或ハ専ラ、或ハ多少ノ程度ニ於テ、之ニ由リテ一般規範ノ拘束力ヲ確保スル作用ヲ有スルモノニシテ、一般規範ヲ第一次法(Primäres Recht)ト謂フニ對シテ之ヲ制裁法又ハ第二次法(Sanktionelles od. sekundäres Recht)ト謂フ。刑法ハ此制裁法中ノ最モ有力ナルモノナリ。此意味ニ於テ刑法ノ特質ハ通常其保護セラルル法益ノ特殊ナル點ニ存セスシテ、一般規範ノ保護スル各種ノ法益ニ對シ第二次的ニ作用スル保護ノ方法ノ特殊ナル點ニ存ストシテ理解セラレ。§ 17.之ヲ刑法ノ形式的特質トス。

刑法カ制裁法タルコト右ノ如シ。然レトモ制裁法モ其自身亦一ノ法律的規範ナルカ故ニ、其形式ハ命令又ハ禁令ニシテ、其内容ハ當事者間ノ權利義務ナリ。此權利義務ハ所謂刑罰請求權ノ關係ニシテ、是ニモ亦當然其目的タルヘキ法益ナカルヘカラス。即チ國家機關ノ側ニ付テ謂ヘハ、刑罰請求權ハ犯罪豫防ノ爲メニ直接ニ犯人ノ改善又ハ淘汰ヲ目的トシテ處罰ニ對スル服從ヲ要求スル權利ナルカ故ニ、此目的ノ爲メニ犯人ヲ一定ノ方法ニ從テ適當ニ取扱ヒ得ルコトカ法益ナリ。又犯人ノ側ニ付テ謂ヘハ、斯カル取扱ヲ受クルコトカ法益ナリ。§ 33.而シテ此種ノ制裁法上ノ法益ハ理論上第一次法タル一般規範ノ保護スル法益トハ全然別個ノ關係ニ在ルモノニシテ、宛モ私法上物權法ノ保護スル法益ハ物權的法益ナルモ、物權侵害ノ場合ニ關スル第二次法タル不法行爲法ノ保護スル法益ハ損害ノ賠償ナルカ如シ。§ 5.之ヲ刑法ノ實質的、特質トス。第二次法ハ法タル故ヲ以テ、裁判官ノミヲ受命者(Adressat)トスル裁判規範ナリト見ル說アリ(M. E. Mayer)。然レトモ斯ク見ルトキハ刑罰請求權其者ハ如何ナル法ヨリ發生スルカ明ナラス。又刑法ヲ以テ裁判上ノ準則ト同視スルカ如キハ刑法カ現實ニ處罰法トシテ社會的ニ妥當セル事實(§ 29)ヲ無視シタルモノニ外ナラス。要スルニ、況ク刑法ノ受命者ト謂ヘハ、論理的ニハ妥當範圍内ノ一切ノ人ニシテ、第三者モ亦刑罰請求權ノ關係ヲ尊重スル權利義務ヲ有ス(例、刑、九五、九九、一〇三、一六九)。唯受命者ノ地位ノ異ルニ因リテ權利義務ノ内容ヲ異ニスルナリ。(§ 33)。

第二節 刑法ノ淵源

§41

法ノ淵源 (Quellen, Sources) ニハ用例上ニ義アリ。一ハ成文法、慣習法ト謂フカ如ク、又ハ成文法トシテ制定セラレタル各種ノ法ノ如ク、形式ノ区分セラレヘキ法ヲ謂ヒ、二ハ斯カル法ノ形式ヲ謂フ。茲ニハ淵源ヲ第二ノ義ニ解ス。從テ此意義ニ於テハ、淵源ハ之カ解釋ニ由リテ法ヲ認識シ得ル一種ノ材料タルコトナリ。從來之ヲ成文ト慣習トノ二ト爲ス。國ニ因リテ判例モ亦法源タルコトアリ。§ 22. 而シテ淵源ヲ右ノ如ク解スレハ、淵源ハ畢竟一切ノ解釋材料中各個ノ法ニ於テ最モ有權的ノモノトシテ之ヨリ離ルルコトヲ得サルモノナリ。

§42

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

安固ヲ保障スルニ在リ。從テ罪刑法定主義ハ其本來ノ意義ニ於テハ、結局(一)刑法ナクシテ刑ヲ科スルコトヲ得ス、(二)刑法ハ成文刑法ニ限り、慣習法ト判例法タル刑法ハ之ヲ認メス、(三)刑法ハ遡及ノ效ナク、§ 50. § 51. (四)裁判官ハ類推ノ自由ヲ有セス。§ 23. ト謂フヲ以テ根本義ト爲ス。抑モ此罪刑法定主義カ立法上初メテ嚴肅ナル形式ヲ以テ宣明セラレタルハ、佛國革命ノ際ニ於ケル人權宣言ノ規定一七八九年八月二十六日發布、八條ニシテ、該宣言中ノ此主張ハ當時行ハレタル二個ノ見解ノ結合ヨリ成レルモノナリ。即チ其一ハ、刑法ノ作用ヲ威嚇ニ由ル心理強制ニ在リト解シ、從テ刑法ハ必ス成文ノ形式ニ於テ之ヲ周知セシムルコトヲ要スト爲ス見解ナリ。其二ハ所謂三權分立ノ思想ニシテ、裁判官ハ單ニ法ノ宣言ニ止マルトスル見解ナリ。而カモ此二個ノ見解ハ法ノ運用上瑣細ノ點ニ於テ相容レサル場合アルモ、前記ノ程度ニ於ケル罪刑法定ノ理想ニ於テハ互ニ扞格スル所ナク、能ク該宣言中ニ於テ融合スルコトヲ得タルモノトス。其後諸國刑法ニ於テ罪刑法定主義ヲ採用セルモノハ殆ト皆之ニ倣フ。我舊刑法第二條ニ「法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス」トアリシモ亦然リ。現行刑法

§42

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

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

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

コトヲ要求スルニ過キサレカ故ニ、此意義ニ於テハ刑法ヲ定ムル法ノ種類如何ハ理論上之ヲ問フヘキニアラス。然レトモ同條ニ所謂法律ハ憲法上ノ法律ノ謂ヒナルコト疑ヲ容レズ。是レ政府ヲシテ恣ニ刑法ヲ定メテ臣民ノ權利ヲ剝奪スルコトヲ得サラシメタルモノナリ。從テ今日我國ニ於テハ命令ヲ以テ刑法ヲ定ムルコトハ特別ノ場合(緊急命令)ノ外之ヲ許サス^(二)。是レ罪刑法定主義ノ憲法上ノ意義ナリ。

註(二) 但左ノ點ニ注意スルコトヲ要ス。即チ刑法ハ所謂第二次的制裁法ニシテ、他ノ一般規範カ定メタル違法行為ノ中ニ付テ更ニ犯罪ノ範圍ヲ定ムルモノナリ。故ニ一般規範ノ變更カ犯罪成立ノ前提タル違法行為ノ範圍ヲ變更シタル場合ニハ(勿論其レノミノ事情ニテ直ニ刑法ノ内容モ亦變更セラレタルモノト爲スコトヲ得サレトモ)時ニ之ニ伴テ刑法ノ内容(犯罪ノ範圍)モ共ニ變更セラレタルモノト解スヘキ場合ナキニアラス。從テ斯カル關係ニ於テハ命令並ニ慣習法モ間接ニ刑法ノ内容ヲ規定ス。

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

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

一 命令ノ條項違犯ニ關スル罰則ノ件 明治二三年法律八四號

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

二 臺灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律 大正一〇年法律三號

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

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

(明治四一年律令九號臺灣刑事令ハ右附則ニ依リテ現ニ效力ヲ有ス)

三 朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律 明治四四年法律三〇號

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

(明治四五年制令一一號朝鮮刑事令ハ本條ニ依リテ現ニ效力ヲ有ス)

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

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

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

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

第三節 刑法ノ種類

法ニ一般法 (Generelles Recht, Droit commun) ト特別法 (Specielles Recht, Droit special)
 トノ別アリ。前者ハ人、土地、又ハ事項ニ關シ、其適用ノ範圍カ他ノ法ノ適用ノ範
 圍ヲ含ムモノヲ謂ヒ、後者ハ他ノモノニ由テ含マルモノヲ謂フ。此關係ハ刑
 法ノ領域ニ於テモ亦存ス。例ヘハ刑法中ノ或規定ヲ一般刑法トスレハ、陸軍刑
 法、海軍刑法中ノ或規定ハ人ニ關シ、又森林法中ノ竊盜又ハ放火ニ關スル規定ハ
 竊盜又ハ放火ナル事項ニ關シ何レモ特別刑法タリ。而シテ一般法ト特別法ト
 ノ關係ハ各規定相互間ノ相對的關係ニシテ、一般法ニ對シテ更ニ一般法アリ、特

別法ニ對シテ復タ特別法ヲ考フルコトヲ得。例ヘハ同一刑法典中ノ規定ニ付
 テ謂ヘハ、墮胎罪ニ關スル第二一五條ハ最モ一般的ナル規定ニシテ、第二一三條
 及ヒ第二一四條ハ順次其特別規定タルカ如シ。而シテ一般刑法ト特別刑法ト
 ノ間ニ於テハ後者ハ前者ニ優先シテ適用セララルモノトス。

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

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

普通刑法ト特別刑法トノ關係ニ付テハ、刑法第八條ニ本法ノ總則ハ他ノ法令ニ於テ刑ヲ定メタルモノニ亦之ヲ適用ス、但其法令ニ特別ノ規定アルトキハ此限ニ在ラストアリ。從テ普通刑法中第一條乃至第七二條ノ規定ハ原則トシテ一切ノ特別刑法ニ適用アルモノナレトモ、各特別刑法ニ於テ特別ヲ設ケタルトキハ之ニ從フ。今特別刑法ニ於テ普通刑法ノ總則ニ對スル特別ヲ設ケタル様式ヲ示セハ左ノ如シ。

一 特別刑法ニ於テ別ニ一般的ニ總則ノ規定ヲ設ケル場合

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

二 特別刑法ニ於テ刑法總則中ノ或規定ニ異リタル例外規定ヲ設ケル場合

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

三 特別刑法ニ於テ刑法總則中ノ或規定ヲ適用セサルコトヲ定ムル場合

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

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

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

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

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

二 法律上ノ擬制ニ由リテ處罰セララルル場合。

- (一) 營業者カ前號(二)ノ他人ノ行爲ニ付キ法律上特ニ監督上ノ過失行爲アリト看做サレ、自己ノ指揮ニ出テサルノ故ヲ以テ其處罰ヲ免ルルコトヲ得サル場合。此場合ニモ行爲者タル他人ハ處罰セラルコトナシ。例、賣藥法一八、銃砲火藥取締法二一、質屋營業取締法二五、古物商取締法二二、電氣事業法二一、鑛業法一〇、肥料取締法一三、煙草專賣法六五。稀ニ工場法二二、ノ如ク相當ノ注意ヲ用キタル場合ニハ此種ノ例ニ從ハサルコトアリ。
- (二) 營業者ノ法定代理人カ、未成年者又ハ禁治產者タル營業者ニシテ當該法令ノ規定ニ依リ罰則ノ適用ヲ受クヘキトキ、法律上特ニ監督上ノ過失行爲アリト看做サレ、處罰セラルル場合。此場合ニモ營業者本人ハ處罰セラルルコトナシ。例、前掲各法律。
- (三) 事業ノ名義人例、新聞紙ノ編輯タルノ故ヲ以テ、其事業ニ關スル犯罪アリタル場合ニ、犯人ト看做サレ、處罰セラルル場合。例、新聞紙法三一乃至三八、四〇乃至四二。
- 以上各種ノ特例カ特別刑法ニ設ケラレタル理由ニ付テハ之ヲ一律ニ説明スルコト難シ。

第四節 刑法ノ效力

刑法ノ效力トハ刑法カ法トシテ如何ナル事實ニ適用セラルルカノ一定ノ關

係ヲ謂フ。換言スレハ、刑法上ノ要件ヲ充實シタル一定ノ事實カ發生シタル場合ニ、刑法カ之ニ對シ其豫定スル效果ヲ連結スルコトヲ得ル一定ノ力ニシテ、畢竟刑法ノ妥當性ニ外ナラス。S. § 28.

刑法ノ效力ハ通例之ヲ土地、人及ヒ時ニ關スル三方面ヨリ觀察ス。

第一款 刑法ノ土地の效力

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

由トシテ之ニ對シ一應刑罰請求權ヲ發生セシムル程度ニ止マル。

刑法ノ土地の效力ニ關スル原則ニ付テハ、從來學說立法例一様ナラス。即チ左ノ如シ。

- 一 屬人主義(Personalitätsprinzip) 此主義ニ依レハ、刑法ハ苟モ犯人カ自國臣民タル限り犯罪地ノ如何ニ拘ラス適用アリ。但此主義ハ古クヨリ主張セラレタルニ拘ラス實際ニ行ハルルニ至ラス。
- 二 屬地主義(Territorialprinzip) 此主義ニ依レハ、刑法ハ原則トシテハ何人タルヲ問ハス唯自國領域内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ適用アルニ止マリ、條約、戰爭等ノ事由ニ由リ主權ノ效力ノ擴張セラレタル場合ニノミ、國外犯罪ニ適用アリ。我舊刑法ハ此主義ニ依レルモノナリ。
- 三 保護主義(Schutzprinzip) 此主義ハ刑法ノ適用範圍ヲ自國自體並ニ自國臣民ノ利益ヲ保護スルニ必要ナル程度ニ限ラントスルモノニシテ、是ニ由レハ、自國內ノ犯罪ハ、何人ノ行爲タルニ拘ラス、自國ノ秩序ヲ侵害スルモノトシテ之ヲ處罰シ、其他ノ國外犯罪ハ自國並ニ自國臣民ニ對スルモノノミ之ヲ處

罰スルモノトス。今日ノ新立法例ハ多少ノ程度ニ於テ此主義ヲ參酌セサルモノナシ。

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

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

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

一 原則(屬地主義)

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

(一) 帝國ノ領土、領水及ヒ領空

帝國ノ領土、領水及ヒ領空ハ凡テ刑法ノ效力ニ關シ屬地主義ノ適用ノ範圍ニ屬ス。然レトモ是ニハ大ナル例外アリ。即チ朝鮮、臺灣及ヒ樺太領水及ヒ領空ヲ含ムニ於テハ、一切ノ法律ハ特ニ勅令ヲ以テ施行ヲ命スルマテハ凡テ實施ノ效力ヲ有セス。明治四四年法律三〇號。大正一〇年法律三號。明治四〇年法律二五號。而シテ此中刑法ノ施行ヲ命セラレタルハ樺太ノミニシテ、明治四一年一月一日ヨリ施行朝鮮及ヒ臺灣ニハ未タ施行ヲ命セララル

ルニ至ラス(二)。但シ朝鮮ニハ朝鮮刑事令アリ。臺灣ニハ臺灣刑事令アリ。

何レモ刑事ニ關シテハ刑法ニ依ル旨ヲ定メタレトモ、形式上法源ヲ異ニスルモノナルコト既ニ述ヘタルカ如シ(1)。§ 451.

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

註(二) 帝國領土内ニ於テハ普通刑法、朝鮮刑事令及ヒ臺灣刑事令ノ三者カ各々天下ヲ三分シテ固有ノ法域ヲ領有スルノ狀態ナリ。然レトモ純正法律學的見地ヨリ謂ヘハ、同一内容ヲ有スル同一拘束意思主體ノ法カ三個各自ニ獨立ノモノトシテ相對立スト謂フカ如キコトハ論理上考ヘ得ヘキコトニアラス。從テ斯カル場合ニ於テハ、帝國全版圖ヲ通シテ妥當スル法ハ唯一ニシテ、唯以上三個ノ地域ニ於テハ、該法ヲ適用スルニ當リ法源タル三個ノ成文ノ中何レヲ示スヘキカノ技術上ノ問題ニ付テ差別アルニ過キス。(§ 450)

(二) 帝國ノ租借地、委任統治區域及ヒ其領水、領空

帝國ノ租借地タル關東州ニ於テハ、帝國ハ條約上ノ權利トシテ帝國ノ法令

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

帝國ノ國際聯盟委任統治區域タル南洋群島ニ於テハ、帝國ハ對獨講和條約並ニ國際聯盟理事會ノ決定ニ依リ、帝國ノ法令ヲ施行シ且其法權ヲ行フコトヲ得。然レトモ是レ亦今日ノ實際ニ於テハ南洋群島裁判事務取扱令大正一年勅令二六號ヲ實施シ、原則トシテ刑法ニ依ルヘキコトト爲セリ。

(三) 領事裁判管轄區域

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

犯罪ニ關スル主義ハ屬人的屬地主義トモ謂フヘキモノナリ(一)。

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

(四) 帝國所屬ノ軍艦及ヒ船舶内

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

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

(五) 帝國軍隊ノ占領スル土地並ニ帝國ノ陸軍部隊若クハ海軍官衙團體ノ所在地

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

二 補則

(一) 保護主義

刑法第二條ハ同條所掲ノ犯罪ニ付テハ何人ヲ問ハス帝國外ニ於テ罪ヲ犯シタル者ヲ處罰スヘキコトヲ規定ス。此種ノ犯罪ハ何レモ帝國ノ安寧秩序ヲ害スルコト大ナルヲ以テ、之ヲ處罰スルハ帝國ノ公安ヲ維持スル所以ニシテ、同條ハ即チ保護主義ニ則レルモノナリ。又第三條第二項ノ規定ハ外國人

カ帝國外ニ於テ帝國臣民ニ對シ比較的重大ナル罪ヲ犯シタル場合ヲ處罰スルモノニシテ、是レ亦保護主義ノ規定ナリ。

(二) 屬人主義

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

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

トヲ得サルモノトス。刑二乃至四、以外ニ國外犯罪ヲ處罰スル場合ハ刑施二六、二七、印紙犯罪處罰法四、郵便法五五ノ二、治安維持法七、兵役法七八、陸刑三、海刑三ノ如シ。

以上述ヘタルカ如ク、我刑法ハ屬地主義以外ニ保護主義及ヒ屬人主義ヲ加味ス。從テ帝國臣民又ハ外國人カ帝國外ニ於テ其犯シタル罪ニ付キ、既ニ外國ニ於テ刑ノ言渡並ニ執行ヲ受ケタルニ拘ラス、重ネテ同一犯罪ニ付キ帝國法權下ニ於テ刑ノ言渡ヲ受ケ且其刑ヲ執行セラルル場合ナキヲ保セス。刑法第五條ハ此場合ニ關スル規定ニシテ、是ニ依レハ「外國ニ於テ確定判決ヲ受ケタル者ト雖モ、同一行為ニ付キ更ニ處罰スルコトヲ妨ケス。但犯人既ニ外國ニ於テ言渡サレタル刑ノ全部又ハ一部ノ執行ヲ受ケタルトキハ、刑ノ執行ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得。」但本條ノ適用ニ付テハ、犯人カ現ニ外國ニ於テ刑ノ執行ヲ受ケタルコトヲ要スルコト執行猶豫、特赦ノ場
合ヲ除外スルコト及ヒ減輕又ハ免除ハ刑ノ減輕又ハ免除ニアラスシテ、刑ノ執行ノ減輕又ハ免除ナルコトヲ注意スヘシ。 § 205.

刑法ノ土地の效力ニ關連シテ、共通法ニ特別ノ規定アリ(一)。是ニ由レハ内地、朝鮮、臺灣、關東州及ヒ南洋群島ノ各地域共通ノ中、一ノ地域ニ於テ罪ヲ犯シタル者ハ他ノ地域ニ於テモ之ヲ處罰スルコトヲ得。共一。此場合ニ於テ、刑事ニ關シ、

一ノ地域ニ於テ他ノ地域ノ法令ニ依ルコトヲ定メタル場合ニ於テハ例朝鮮刑事令カ刑法ニ依ルト定メタルカ如シ各地域上例ノ場合ニハ内地及ヒ朝鮮ニ於テ其地各處ノ地ノ法令ヲ適用ス。二以上ノ地域

ニ於テ同一ノ他ノ地域ノ法令ニ依ルコトヲ定メタル場合ニ於テ例朝鮮刑事令、關東州間亦同シ。各處ノ地ノ法令ヲ適用ス。共一四、I。右ノ外、一ノ地域ニ於テ他ノ地域ノ犯罪ヲ處斷スル場合ニ於テハ、管刑ニ關スル規定關東州ニハノミ行フ除キ、犯罪地ノ法令ニ依ル共一四、II。

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

第二款 裁判上ノ國際共助—犯罪人引渡

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

國際間ノ逃亡犯罪人ノ引渡ハ從來一般ニ條約ニ依ル。條約アル限り、請求國ハ引渡ニ關スル請求權ヲ有シ、被請求國ハ其義務ヲ有ス。我國ノ條約ニハ、先ニ北米合衆國トノ間ニ日米犯罪人引渡條約(明治一九年勅令)及ヒ日米追加犯罪人引渡條約(明治三九年勅令)アリ。又後ニ露國トノ間ニ日露逃亡犯罪人引渡條約(明治四四年條約一號)。本條約ハ大正一四年條約五號、日本國及ヒソグイエト「社會主義共和國聯邦間ノ關係ヲ律スル基本的法則ニ關スル條約」第二條ニ依リ追テ改訂又ハ廢棄セラルヘキモノトス(アリ)。此外國內法トシテハ、右條約上ノ義務遂行ノ爲メノ手續ニ關スル逃亡犯罪人引渡條例(明治二〇年勅令四二號)アリ。今是等ノ條約及ヒ條例ヲ基礎トシテ逃亡犯罪人引渡ニ關スル規定ヲ説明スレハ左ノ如シ。

- 一 引渡サルヘキ逃亡犯罪人ハ締約國一方ノ管轄内ニ於テ犯シタル引渡請求ノ原因タル罪(引渡犯罪)ニ付キ有罪ノ宣告ヲ受ケ若クハ告訴發ヲ受ケタル者ニシテ他ノ一方ノ管轄内ニ於テ發見セラレタル者ニ限ル。茲ニ所謂管轄ハ領土ヨリ廣シ。
- 二 引渡犯罪ハ比較的輕微ノ犯罪タラサルコトヲ要ス。例ヘハ日米條約ニ於テハ主ナル犯罪ノ種類ヲ列舉シ、日露條約ニ於テハ相當ノ刑期ニ於テ概括的ニ範圍ヲ定ム。而カモ何レノ場合ニ於テモ、所犯政治、上ノ犯罪(Politische Verbrechen, Délits politiques)ナルトキハ原則トシテ之ヲ引渡サス。是レ所謂隱避權(Asylrecht, Droit d'asile)ノ原則ナリ。所謂政治上ノ犯罪ノ範圍ニ付テハ學說岐ルルモ、通説ハ國家ノ存立及ヒ安全ニ對スル罪、國家ノ元首ニ對スル罪並ニ國民ノ參政權ニ對スル罪ヲ以テ絕對的政治犯ト爲シ、此種ノ犯罪ノ實行ノ便宜ノ爲メ若クハ罪證湮滅ノ爲メニ行ハレタル犯罪ヲ相對的政治犯ト爲ス。然レトモ前者ノ中國家ノ元首ニ對スル罪ニ付テハ、諸國ノ條約ニ於テ例外トシテ隱避權ヲ認メサルモノアリ。我日露條約亦然リ。此例外ハ一八五六年白耳義ノ法律ニ初メテ設ケラレタル以來諸國範圍之ニ採リタルニ由來シ、通常之ヲ稱シテ白耳義式侵害約款ト謂フ。(英、米、伊、瑞西ハ原則ニ從ヒ例外ヲ認メス)。
- 三 締約國ノ臣民ハ相互ニ之ヲ引渡ササルヲ原則トス。此點ハ歐洲大陸ニ於テハ一般ノ慣例ナレトモ、之ニ對シテハ學說上反對アルノミナラス、實際上ニモ亦多少ノ例外ヲ認ム。我條約ハ相互主義ヲ條件トス。

- 四 被請求國ニ於テ引渡犯罪ニ付キ審判中ナルトキハ、或ハ引渡ヲ爲ササルコトアリ、或ハ之ヲ任意トスルコトアリ。
- 五 引渡サレタル犯罪人ハ引渡犯罪以外ノ事項ニ付テハ訴追又ハ處罰ヲ受ケス。但シ日露條約ニハ多少ノ條件ヲ附シテ例外ヲ認ム。

第三款 對人的効力

刑法ノ對人的効力 (Personliche Geltung, Force obligatoire par rapport aux personnes) ハ刑法ハ犯罪カ如何ナル人ニ依リテ行ハレタル場合ニ之ヲ適用スルコトヲ得ルカノ効力ノ謂ナリ。此點ニ關シテハ、刑法ハ土地的効力ノ限度ニ於テハ、何人ノ犯罪タルニ拘ラス、之ニ對シテ適用アリトスルヲ原則トス。特別刑法ニ付テモ人ニ關スルモノ別刑法^特ヲ除キ亦同シ。然レトモ此原則ニ對シテハ左ノ主人^ル例外アリ。§ 134

- 一 天皇 攝政ハ在任中刑事ノ訴追ヲ受ケルコトナキニ止マル。攝政令四。
- 二 帝國議會ノ議員

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

人ニ關スル特別刑法ハ一定ノ身分ヲ具シタル人ニノミ適用アリ。但該規定ハ其内容カ刑法ト交渉アルモノニ限ル。^{§ 134}然ラサルモノハ共犯ノ場合ニハ通常人ニモ亦適用アリ。^{刑六}五I。而シテ前者ハ刑法ノ對人的効力ノ例外ト見ルヘキニアラサレトモ、便宜其稍々一般的ノモノヲ舉クレハ左ノ如シ。

- 一 陸、海軍刑法中ノ或規定ハ陸、海軍々人ニノミ適用セラル。此場合ニハ、其行爲カ同時ニ刑法ニ該當スルニ拘ラス、陸、海軍刑法ノ規定ニ依ル。^{陸刑一、海刑一。}
- 二 樺太ニ於ケル土人ニ關スル刑事々項ハ專ラ從來ノ慣例ニ依リ、刑法ヲ適用セス。^{明治四〇年法律二五號、大正九年勅令一二四號一I。}此慣例ハ土人以外ノ者ニ適用ナシ。

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

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

- 一 外國ノ君主、大統領、其家族及ヒ帝國臣民ニアラサル從者
- 二 外國ノ交際官(大使、公使)附屬員(參事官、書記官、外交官補、大公使館付武官、書記生)其家族及ヒ帝國臣民ニアラサル雇員、從者
- 三 外國政府ヲ代表シテ或事務ニ付キ帝國政府ト交渉ノ爲メ帝國ニ滞在シ且其事務取扱中ノ派遣員(外國領事ハ單ニ帝國ニ在リテ對外交涉事務以外ノ行政事務ヲ執行スル官吏ニシテ條約ニ依ル場合ノ外不可侵權ヲ有セス)

第四款 刑法ノ時間的効力

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

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

ヲ以テ、§ 110 行爲者ニシテ當時既ニ違法ヲ知リ又ハ知ラサルニ付キ過失アリタル限リ、其行爲ハ處罰ノ價值アリ。(二)ハ行爲ヲ違法トスル一般規範ト刑法トカ共ニ行爲後ニ備ハリタル場合ナリ。此場合ニハ前ノ行爲ハ本來違法行爲ニアラサルカ故ニ、之ニ對シテ刑法ヲ適用セントスルモ、固リ處罰ノ要件ヲ缺ク。斯クノ如ク見レハ、刑法施行前ノ行爲カ刑法ニ照ラシテ罪トナル(一)ノ場合ニ刑法ヲ適用スルコトハ、目的刑主義ノ立場ヨリハ、適當ノ處置タルヲ失ハサルナリ。然レトモ此純理上ノ要求ニ對シテハ歷史的ニ既ニ述ヘタル罪刑法定主義ノ制限アリ。§ 21 從テ此制限アル限リ、刑法ハ其施行以前ニ於テ全ク罪トナラサリシ行爲ニ對シテハ之ヲ適用スルコトヲ得サルモノトス。之ヲ最モ正確ナル意義ニ於テ刑法、不遑及ノ原則 (Prinzip der Nichtrückwirkung, Principe de la non-rétroactivité) ト謂フ。

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

刑法其他ノ刑罰法ノ實施ノ始期ニ付テハ一般ノ規定ニ依ル。即チ法律、勅令、閣令及ヒ省令ハ、別段ノ施行時期ノ定メアル場合ノ外、原則トシテ公布ノ日ヨリ起算シ滿二十日ヲ經テ施行セラル。但シ朝鮮、關東州、臺灣及ヒ南洋諸島ニ於テハ、法令カ各官廳ニ到達シタル翌日ヨリ起算シテ七日トス。(法例一、公式令一一、同四〇年勅令一一號、明治二九年勅令二九二號、大正一一年勅令一三〇號)。地方官廳ノ發スル命令ニ付テモ特別ノ規定アリ。(明治二六年勅令一九九號)。刑法其他ノ刑罰法ノ廢止時期モ亦一般ノ原則ニ依ル。即チ刑罰法令ハ他ノ法令ノ明示又ハ默示ノ規定ニ因ルカ、或ハ施行期間ノ滿了ニ因ルカ、或ハ適用ヲ受クヘキ事項ノ絕對ニ發生セサルニ至リタルカ等、要スルニ其妥當性ヲ失フコトニ因リテ消滅ス。(§ 20)。

§56 前記ノ場合ノ外、更ニ問題トナルハ、(一)新法施行前ニ舊法アリテ、該舊法ノ下ニ行ハレタル犯罪ヲ新法ノ下ニ於テ裁判スル場合ニハ、新舊何レノ法ヲ適用スヘキカ、並ニ(二)刑法カ單純ニ廢止制限、廢止、失効セラレ之ニ代ルヘキ規定ノ設ケラレサル場合ニハ其廢止前ノ犯罪ニ對シテ仍ホ之ヲ適用スルコトヲ得ルカノ點ナリ。刑法ノ時間的効力ノ原則如何ハ此二個ノ問題ニ關シテ特ニ考究ヲ要ス。先ツ

第一點ヨリ論スヘシ。刑法ノ時間的効力ノ問題ハ現行刑法ノ下ニ於テハ刑法中ノ一部又ハ刑法第八條ニ依リ、特別刑法ノ改廢ノ場合ニノミ關係アルニ過キス。

一 第一說ニ依レハ、法ハ一般ニ事實ノ發生ト同時ニ之ニ對シ其豫定スル効

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

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

三 第三說ハ新舊兩法ニ付キ同等ノ價值ヲ認め、唯衡平ノ原則ニ依リ其輕キモノヲ適用スヘシト爲ス。Bar, A. Merkel. 思フニ、法律上ノ效果カ一般ニ事實發生ノ際ニ妥當スル法ニ由リテ附與セラ

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

トスルモノナレハナリ。斯クノ如ク見ルトキハ、畢竟第一説ハ法律上ノ效果ノ發生ノ點ノミニ着眼シ、其效果ノ維持セラレル理由ヲ看過シタルモノナリ。又第三説ハ理論ヲ無視シタル嫌ナキ能ハス。從テ一般ノ原則論トシテハ第二説ノ見解ヲ以テ最モ當ヲ得タルモノトス。然レトモ又翻テ考フレハ、新法ノ刑カ舊法ノ刑ニ比シテ重キ場合ニ於テハ、今日ノ社會感情ニ照ラシ、特ニ罪刑法定主義ニ於ケルト同一ノ事情ヨリシテ、或程度ノ例外ヲ認メサルヲ得サルハ争フヘカラス。刑法第六條ニ「犯罪後ノ法律ニ因リテ刑ノ變更アリタルトキハ其輕キモノヲ適用ス」ト規定シタル所以ハ、畢竟斯カル事情ヲ考慮シタル結果ニシテ、新法適用ノ原則當然ノ事理ナルカ故ニ之ヲ呼フニ新法適用ノ原則法適用ノ原則當然ノ事理ナルカ故ニ之ヲ呼フニ新法適用ノ原則ハ法律學ノ各分科ニ亘リテ新ナル考案ヲ要ス。

以上ノ見地ヨリシテ刑法第六條ノ規定ヲ解説スレハ左ノ如シ。

一 刑ニ影響アル法律ハ變更カ犯罪後ナルコト

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

準ニ付キテハ、後段犯罪ノ時ノ問題ニ關スル説明ニ讓ル。

犯罪ノ中途ニ於テ法律ニ因ル刑ノ變更アリタル場合ニ關シテハ左ノ二説アリ。

(一) 第一説ハ新舊法ヲ比照シ輕キモノヲ適用スヘシト爲ス。List.

(二) 第二説ハ當然新法ヲ適用スヘシト爲ス。是レ今日ノ通説ニシテ其理由トシテ、通常新法ハ舊法ニ優ルトノ原則ヲ援用ス。然レトモ此場合ニハ毫モ法律其者ノ間ニ衝突アルニアラス。蓋シ論者多ク犯罪ノ一部カ各々新舊兩法ノ下ニ行ハレタルトキハ全部カ同時ニ兩法ノ下ニ行ハレタルモノノ如ク速斷スルモ、是レ明ニ事實ヲ曲クルモノナリ。或ハ論シテ此場合ハ一罪ナルカ故ニ然リト爲ス。然レトモ一罪ナリヤ否ヤハ全部ニ對シ適用スヘキ法定マリテ然ル後決スルモノニシテ、初ヨリ法ヲ離レテ一罪ナルモノナシ。從テ漫然一罪ナリト謂フ結論ヲ前提トシテ之カ理由ヲ説明セントスルハ明ニ論理ノ顛倒ナリ。斯クノ如クナルヲ以テ此場合ハ一般ノ理論ニ依リテ決スルノ外ナシ。即チ先ツ新法適用ノ原則ニ依リテ舊法下ノ一部ヲ律シ、然ル後新

法ニ照ラシテ是レト新法下ノ一部トカ相合シテ一罪ヲ構成スルトキハ之ヲ一罪トシテ處斷スヘク、然ラサルトキハ之ヲ數罪トス。但シ刑法第六條ノ規定アルカ故ニ、舊法下ノ一部ニ對スル舊法ノ刑輕クシテ之ニ依ルヘキトキハ一應舊法ニ依リテ之ヲ律シ、然ル後新法ニ照ラシ新法下ノ部分ト合セテ處斷スヘキトキハ之ヲ一罪トシ、然ラサレハ數罪トス。斯カル取扱ハ單一犯タルト複成犯九〇タルトヲ問フコトナシ。要スルニ、予ノ謂フ所モ結論ニ於テハ大要通説ト同一ナレトモ、斯カル結論ハ新法適用ヲ原則トスル者ニシテ初メテ合理的ノ説明ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ、新法不遑及ヲ原則トスル立場ニ於テハ、斯カク結論ハ附會ナリ。

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

二 犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタルトキ

刑法第六條ニハ「刑ノ變更アリタルトキ」トアルカ故ニ、法律ノ變更アルモ刑

ニ變更ナキトキハ原則ニ依ル。而シテ刑ノ變更ハ刑ノ範圍ノ變更ニシテ、嘗テ罪タリシ行爲カ罪タラサルニ至リシ場合ハ之ヲ含マス。五〇 刑ノ範圍ニ差異ヲ生スル場合ニ二アリ。一ハ一般規範ノ變更ニ因ル場合ニシテ、例ヘハ一般規範ノ變更ニ因リ老幼等ニ對スル保護責任ニ變更ヲ生シタル爲メ遺棄罪ニ關シ刑法第二一七條及ヒ第二一八條ノ何レヲ適用スヘキヤニ關シ差異ヲ生スルカ如シ。二ハ刑法其者ノ變更ニ因ル場合ニシテ、此關係ニ於テ斟酌ヲ要スルモノハ、主トシテ刑法各本條ニ於ケル科刑ノ範圍、限定責任能力、未遂罪、併合罪、累犯、共犯、酌量減輕等一般ニ刑ノ加重減輕ニ關スル規定トス。

訴訟手續並ニ刑ノ執行手續ニ關スル法律ノ變更ハ刑ノ變更ニ關係ナシ。例ヘハ親告罪ニ於ケル告訴ハ所謂訴訟條件ニシテ、之カ規定ハ訴訟法ニ屬シ刑法ニ屬セス。故ニ之ニ變更ヲ生スルモ刑法第六條ニ關係ナク現ニ手續ヲ行フ際ニ於ケル規定ニ從テ訴追ヲ爲スヘキモノトス。但シ法律ノ變更ニ因リ親告罪カ非親告罪トナリタル場合ハ、事實上結果ニ於テ刑ニ變更アリタル場合ト異ルコトナキカ故ニ、法律ハ特ニ規定ヲ設ケテ舊法ニ依ラシム。四〇 刑施

公訴ノ時効ハ一、二ハ我國ニテハ手續法上ノ權利ノ時効ニシテ實體法上ノ刑罰請求權ノ時効ニアラストスルコト通説ナリ。從テ是ニ依レハ訴訟法ニ於テ公訴ノ時効期間ニ變更アリタルトキハ、刑事訴訟法第六一六條ノ適用ニ由リテ新期間ニ從ハサルヘカラス。然レトモ同時ニ實體法上刑ノ變更アリタル場合ニ於テ其公訴ノ時効期間ヲ判スルニハ、刑法第六條ニ依リ新舊法ヲ比照シ輕キモノヲ定メ、之ニ期間ニ關スル訴訟法ノ新規定ヲ適用スルコトヲ要ス。

三 犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタルトキハ其輕キモノヲ適用スルコト

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

以上ハ刑法施行前ノ犯罪ニ關スル問題ナリ。此外刑法ノ時間的效力ノ問題

トシテ前ニ掲ケタル尙一個ノ事項アリ。 *§ 256.* 即チ舊法ノ下ニ於テ罪タリシ行爲カ法令ノ廢止ニ因リ後ニ之ニ適用スヘキ罰條ナキニ至リタル場合はナリ。此場合ハ、之ヲ理論上ヨリ論スレハ、一樣ニ律スルコトヲ得サルモノトス(二)。然レトモ我刑事訴訟法ハ殆ト何等ノ考慮ヲ用キスシテ凡テ免訴ノ言渡ヲ爲スヘキモノト定メタルカ故ニ、刑訴、三一四、三六三、二 裁判上ノ取扱トシテハ、理論ノ如何ニ拘ラス、既ニ動カスヘカラス(三)。

註(一) 此場合ハ理論上之ヲ分テ三トスルコトヲ得。即チ(一)刑法ノ前提タル一般規範カ廢止變更セラレ其結果第二次法タル刑法其者ノ適用ノ範圍ニ制限ヲ生シタル場合(例、從來違法ナリシ行爲カ適法トシテ許サルルニ至リタル場合)(二)刑法其物カ廢止變更セラレ(總則ノ規定タルト各本條ノ規定タルヲ問ハス)之ニ代ルヘキ規定ノ設ケラレサル場合(三)刑法其者カ所定ノ期間ノ經過ニ因リテ當然效力ヲ失ヒ之ヲ延長シ又ハ之ニ代ルヘキ規定ノ設ケラレサル場合はナリ。而シテ其何レノ場合ナルニ拘ラス、刑法ノ制限、廢止、失效後ノ相對的效力ノ問題ニ付テハ左ノ二説アリ。

一 第一説ハ刑法其者カ廢止又ハ失效ニ因リ消滅シタル後ハ凡テ其適用ナシト説ク。

(Bar, Hilschner.)

緒論 第二章 刑法 第四節 刑法ノ效力 第四款 刑法ノ時間的效力

一五〇

二 第二説ハ刑法其者ノ制限又ハ消滅カ實際事情ノ變更ニ基ク場合ニハ(例、戰時中ノ法令ニ付テ謂ヘハ、平和克復ノ場合)仍ホ當該罰則ノ適用アルモ、一般ノ法律確信ノ變更ヲ理由トスル場合(例、現行刑法カ舊刑法中ノ官吏侮辱罪ノ規定ヲ承繼セサリシカ如キ場合)或ハ之ヲ權利保護ノ有無又ハ範圍ニ變更アリタル場合ト説明スルモノアリ)ニハ適用ナシト説ク。
(Frank, Allefeld, Binding, Finger.) 理論トシテハ此説ヲ當レリトス。

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

第二編 總論

第一部 犯罪

第一章 犯罪ノ意義

§59

刑法ノ内容ハ刑罰請求權ノ關係ナリ。此關係ハ條件タル犯罪ト效果タル刑罰トヲ以テ二要素トス。從テ刑法一般ノ内容ヲ明ニスルニハ、先ツ犯罪ノ意義ヲ明ニスルコトヲ要ス。

犯罪 (Verbrechen od. Delikt, Infraction ou délit) ノ意義ハ之ヲ形式ト實質トノ二方面ヨリ考察スルコトヲ得。形式的考察ハ刑法的可罰的評價 (Strafwürdigung) ノ對象トシテノ犯罪ノ法律的概念的考察ニシテ、實質的考察ハ此可罰的評價ノ理由トシテノ一定ノ立場ヨリ見タル犯罪ノ特殊の意義ノ考察ナリ。而シテ理論上ハ形式的犯罪ト實質的犯罪トハ其範圍相一致スヘキヲ當然トスレトモ、刑法ノ

§59

總論 犯罪 第一章 犯罪ノ意義

一五一

規定ニ付テ謂ヘハ事實ハ之ハ反ス。是レ前ニモ述ヘタルカ如ク、主觀主義的刑法ニ於テハ、犯罪ハ犯罪人ノ反規範の性情ノ徵表ナルカ故ニ、其徵表ヲ實質トシテ其儘ニ犯罪ノ形式ヲ定ムレハ足ルニ拘ラス、諸種ノ理由ニ因リ、刑法ノ根本主義トシテ單純ニ徵表主義ノミヲ徹底セシムルコトヲ得サルニ因ル。§ 30 從テ形式的犯罪ハ實質的犯罪ヨリモ其範圍狹キヲ免レス(1)。

註(一) 通常ノ見解ニ從ヘハ、此點ノ觀察ハ右ニ述ヘタル所ニ比シテ全ク相顛倒ス。即チ實質的犯罪ノ範圍ハ形式的犯罪ノ範圍ヨリモ狹シ。蓋シ此種ノ見解ニ於テハ、通常犯罪ヲ刑事犯ト行政犯トニ分チ、後者ノ場合ニハ實質的ニ犯罪ニアラスト解スルカ故ナリ(§ 68)。

犯罪トハ、形式的ニ解スレハ、刑法ニ於テ、刑ヲ科シタルノ原因タル行為ヲ謂フ。是レ刑罰法全體ヨリ抽象シタル觀念ナリ(二)。然レトモ右ハ科刑ナル效果ヨリ見タル觀察ニシテ、未タ犯罪其者ノ直接ノ規定ニアラス。犯罪其者ノ規定ハ刑法カ特ニ法律的效果ノ發生原因トシテ設ケタル刑法上ノ、一般的定型(Allgemeiner Tatbestand)ナリ。而シテ此定型ハ、一般規範上ノ概念ト異リ、純粹ナル法律的價值的觀念ニアラサレトモ、仍ホ該觀念即チ違法行爲中核トスル制裁法上ノ事實的

價值的觀念ニシテ、是レ亦刑罰法全體ヨリ抽象シテ之ヲ明ニスルコトヲ得ヘシ(1)。即チ是ニ依レハ、先ツ此定型ハ數個ノ一般要件(Allgemeine Tatbestandsmerkmale, Elements généraux constitutifs)ノ結合ヨリ成ル。因テ其要領ヲ示セハ左ノ如シ。

註(一) 刑法ニ於テ刑ヲ科ストハ受刑者カ常ニ行為者ト同一人ナルコトヲ意味スルモノニアラス。特別刑法ニ於テハ受刑者必スシモ行為者ニアラス。然レトモ斯カル場合ニ於ケル行為者ノ行為モ受刑者ニ對スル科刑ノ原因タルカ故ニ仍ホ犯罪タリ(例、法人ノ場合。§ 45)。

註(二) 既ニ述ヘタルカ如ク、法律學上ノ概念ハ其レカ一般規範上ノモノナル限り純粹ニ法律的價值的觀念ナリ。從テ制裁法上ノ觀念タル犯罪ニ關シテハ左ノ如キ注意ヲ要ス。即チ犯罪ニ對スル可罰的評價ハ所謂事實的評價ニシテ毫モ法律的ニ價值否定ノ判斷ヲ含ムモノニアラス。此法律的價值否定ノ判斷ハ可罰的評價ノ前提タル規範的評價ノ職分ナリ。從テ犯罪ハ可罰的評價ニ於テハ法律上ノ價值的觀念ニアラサレトモ、規範的評價ノ對象タル違法行為トシテ法律上ノ價值的觀念ナリ(§ 33 4, 5, 88, 89, 133)。

一 犯罪ハ人ノ行為ナリ。

刑法ハ一般ニ人ノ行為ヲ以テ科刑ノ原因トス。故ニ行為ハ犯罪ノ一般要件ナリ。而シテ行為ハ意思、表動、即チ意識的ナル身體ノ舉止動靜(態度)ヲ以テ

素材トス。從テ自覺ナキ動靜及ヒ未タ何等ノ動靜トシテ表動スルニ至ラサル意思ハ共ニ罪ト爲スコトヲ得ス。(Cogitationis poenam nemo patitur)。§ 140。(1)

素材タル意思表動其者ヲ對象ト爲スモノハ自然科学ナリ。法律學ハ之ニ法律的评价ヲ加ヘ之ヲ法律上ノ行爲(價值)トシテ對象ト爲ス(三)。即チ法律上行爲トハ意思表動ノ行爲性ニ外ナラス。而シテ行爲性ハ實ハ犯罪ノ直接ノ要件ニアラスシテ、間接ニ其前提タル違法行爲ノ要件ナリ。從テ行爲ハ次ノ違法性ト相對立シテ各直

接ニ犯罪要件ヲ爲スモノニアラス。本章及ヒ次章ニ於テ特ニ行爲ヲ犯罪要件トシテ掲ケタルハ行爲性ヲ詳細ニ説明センカ爲メノ便宜ニ出ツ。

註(三) 法律上ノ行爲カ成立スル爲メニハ、或意思表動カ一定ノ能力ニ基キ(能力性)且適法行爲又ハ違法行爲ノ中何等カ一定ノ類型ニ適合スルコト(規範的類型性)ヲ要ス。故ニ或意思カ表動スルモ、能力又ハ類型ノ一ヲ缺クコト(自然性又ハ放任性)ハ根本ニ於テ行爲性阻却原因タリ。

刑法ハ、多クハ仍ホ行爲ヨリ一定ノ結果ノ發生スルヲ待テ科刑ノ原因トス。從テ斯カル場合ニハ結果モ亦犯罪ノ要件ナリ。然レトモ表動カ意思ノ延長ナルカ如ク、結果ハ表動ノ延長ナリ。故ニ廣義ニ於テハ、結果ヲ要件トスル犯罪ニ付テモ犯罪ハ人ノ行爲ナリト謂フヲ以テ足ル。

二 犯罪ハ違法ナル行爲ナリ。

刑法ハ法律上ノ行爲中一般ニ違法ナル行爲ヲ以テ科刑ノ原因トス。故ニ違法性 (Rechtswidrigkeit, Illegalité) ハ犯罪ノ一般要件ナリ。違法性トハ、規範的評價ノ問題トシテ、或意思表動カ法律の規範ニ照ラシ反價值ノ判斷ヲ下サルヘキ事情ニ在ルコトヲ謂フ。換言スレハ、違法性ハ違法行爲類型性ニシテ、或意思表動カ一定ノ違法行爲ノ類型ニ適合スルコトナリ。

違法行爲ハ行爲性ノ違法化ナリ。故ニ其成立ニハ、素材タル意思表動カ能力的ニシテ且客觀的ニ一般規範ノ定ムル違法行爲類型ニ適合スル外、尙主觀的ニ意思其者ノ違法性(即チ其内容カ表動ト同一ノ違法類型ニ適合スルコト)ヲ要ス。此意思ノ違法性ハ即チ次ニ述フル所ノ故意過失(責任)ニシテ、行爲性ハ斯カル責任ノ具ハルニ因リテ初メテ違法タルコトヲ得(四)。

註(四) 意思ハ、能力性ハ意思表動ノ行爲性ノ要件ニシテ、意思ノ違法性ハ本文ノ如ク行爲性ノ違法化ノ要件タリ。然レトモ刑法學上意思カ能力的ニシテ且違法类型的ナル場合ヲ特ニ責任

(一般規範上ノ)ト稱スルカ故ニ、此點ヨリ謂ヘハ、二者ノ何レヲ缺ク事情モ責任阻却原因タリ。

三 犯罪ハ有責且違法ナル行爲ナリ。

刑法ハ一般ニ有責且違法ナル行爲ヲ以テ科刑ノ原因トス。故ニ刑法上有責任 (Schuldhaftigkeit, Culpabilité) ハ犯罪ノ一般要件ナリ。但所謂責任ハ一般規範上ノ意義ト刑法上ノ意義トニ於テ本質ヲ異ニス。前者ニ從ヘハ、責任ハ規範的評價ノ問題ニ於ケル違法性ノ要件ニシテ、行爲カ違法ト判斷セラルヘキ前提タル行爲者ノ一般意思能力^{一般責任能力}ト故意過失^{茲ニハ責任條件ノ義ニシテ能力ヲ前提トセサル單ナル意思内容ヲトナリ。後者ニ從ヘハ、責任ハ可罰的評價ニ於ケル犯罪ノ要件ニシテ、行爲カ罰セラルヘキ前提タル行爲者ノ可罰的意思能力^{刑法上ノ責任能力}ト故意過失トナリ。從テ責任能力ニ付テ謂ヘハ、一ハ單ナル違法意思ノ能力ニシテ、一ハ處罰セラルヘキ犯罪意思ノ能力ナリ。故意過失(責任條件)ニ付テ謂ヘハ、一ハ單ナル違法意思ノ内容ニシテ、一ハ處罰セラルヘキ意思ノ内容ナリ。而シテ右ハ故意過失ニ付テモ其内容ニ差異アレトモ、責任能力ニ付テモ亦法律上條件ニ相異アリ。例ヘハ、十四年未滿ノ幼者ハ發育ノ程度ニ因リ一般責任能力ヲ有スルコトアルモ、刑法上ノ責任能力ハ全ク之ヲ有セサルカ如シ。而シテ茲}

ニ第三要件タル責任ハ專ラ刑法上ノモノニシテ、一般規範上ノモノハ理論上第二要件中ニ含マル。

四 犯罪ハ刑法上可罰類型ナル有責違法ノ行爲ナリ。

刑法ハ一般ニ各個ノ可罰類型 (Besonderer Tatbestand) ^{竊盜又ハ強盜ト謂フカ如キ各種類型}ニ適合スル有責且違法ノ行爲ヲ以テ科刑ノ原因トス。故ニ犯罪ハ可罰類型性 (Tatbestandsmässigkeit od. Typizität) ^{又ハ犯罪類型性}ヲ以テ一般要件トス(五)(六)。蓋シ有責ニシテ違法ナル行爲ハ其凡テ犯罪トシテ罰セラルルニアラス。法律カ特ニ罪トスルハ僅ニ其一部ニ過キスシテ、刑法カ刑法的價值判斷ノ下ニ罰スヘキモノトシテ定メタル各種ノ特殊類型ニ適合スル行爲ノミ罪トセラル(七)。從テ斯カル類型ノ何レニモ適合セサル有責違法ノ行爲ハ他ノ公法上又ハ民事上ノ責任ヲ生スルコトアルモ、刑事責任ヲ生スルコトナシ。

註(五) 類型性ヲ以テ犯罪ノ一般要件ト爲スニ付テハ、多少ノ異論ヲ想像スルコトヲ得。即チ或ハ論シテ曰ハン、例ヘハ樹木ト謂フ以上、其レカ松、杉等何等カノ種類ニ屬スルコトハ當然ナルカ故ニ、樹木ナル概念ノ一般要件ノ一トシテ、其レカ松、杉等何レカノ種類ニ屬スルコトト謂フ

カ如キ條件ヲ考フル必要ナシ。是レト同シク、犯罪概念ニ關シテモ、或行爲カ犯罪タル限り、殺人又ハ竊盜等ノ類型ニ屬スルコトハ當然ナルカ故ニ、斯クノ如キ事情ハ之ヲ犯罪ノ一般型トシテ掲タル必要ナシト。然レトモ此比較ハ誤レリ。蓋シ或行爲カ犯罪タル以上、何レカノ類型ニ屬スルハ當然ナレトモ、其犯罪タルコトハ何レカノ類型ニ屬シテ初メテ定マルコトナルカ故ナリ。抑モ樹木ノ概念ト犯罪概念トハ其概念タル點ニ於テハ一ナレトモ、各其内包ニ對スル關係ニハ相異アリ。即チ前者ノ含ム種類ニハ理論上制限ナク、苟モ樹木ノ概念ニ適合スル限り、如何ナル種類ノモノニテモ皆樹木ナレトモ、後者ノ含ム種類ニハ法律上一定ノ制限アリ。幾多ノ違法行爲中刑法カ殺人、竊盜ト謂フカ如ク特ニ規定ヲ設ケタル種類ニ限り犯罪タリ。換言スレハ、或行爲ハ刑法カ制限的ニ列擧スル何レカ一ノ類型ニ適合スルコトニ因リテノミ初メテ犯罪トナルモノナリ。故ニ類型性ハ犯罪ノ一般要件タラサルヘカラス。

註六) 類型性ニ付テハ從來之ヲ刑、科、シタルト謂フ語ヲ以テ説クヲ通例トス。然レトモ問題ハ刑ヲ科スル前提トシテ何カ犯罪ナリヤヲ明ニスルニ在ルヲ以テ、刑ヲ科シタルコト自體ヲ以テ犯罪ノ要件トスルハ正當ニアラス。

註七) 類型性ヲ要件トスル學者ノ中ニモ、此外仍ホ刑、科、セラルヘキコトヲ要件トシテ數フル者アリ (Beling, M. E. Meyer)。此種ノ學者ハ多ク類型性ヲ犯罪ノ客觀的方面ノミニ付テ考フレトモ、之ヲ主觀客觀兩方面ヲ含ムモノト考フル以上ハ、刑法上、典型的ナル有責違法ノ行爲ハ當

然科刑ノ原因トナルモノナルカ故ニ、是レ亦必要ナシ。唯類型性カ刑法上ノモノタルコトヲ明瞭ナラシムル爲メ、可罰類型性ト呼フカ如キハ用語上ノ問題ニシテ別論ニ屬ス。

右ノ如ク刑法カ犯罪ノ一般要件トシテ定ムル所ハ四項トス。此中一及ヒ二ハ犯罪ヲ單ニ違法行爲トシテ見ルモ缺クヘカラサル要件ナリ。而シテ此四個ノ要件ニ因リテ組立テラレタルモノハ即チ形式的犯罪概念ニシテ、是ニ由レハ犯罪トハ刑法上、典型的ナル有責違法ノ行爲ナリト謂フコトヲ得。但右ハ原則ニシテ、法律ハ或場合ニ於テ例外トシテ責任(有責性)ヲ必要トセサル旨ヲ定ムルコトアリ。斯クノ如キ場合ハ嘗テ述ヘタル特別刑法ニ於テ刑法總則ノ或規定ヲ適用セサル場合ニ相當シ、稀ニ財政法令中ニ見ル所ニシテ例、酒造税法三一、印紙税法二一、學者之ヲ形式犯 (Formaldelikt) ト稱ス。S. 45.

§62 犯罪ノ意義ハ右ノ如クナルカ故ニ、犯罪ノ不成立ハ理論上常ニ犯罪要件カ完備セスト謂フ消極的ノ觀念ニ外ナラス。然レトモ或場合ニ於テハ之ヲ反對ニ觀察シテ、或行爲カ偶々特別ノ事情ノ存在スルカ爲メ犯罪要件カ阻却セラルルコトニ因リテ犯罪ノ成立モ亦阻却セラルト見ルヲ便宜トスルコトアリ。斯カ

ル觀察ノ下ニ於テハ此事情ヲ通例犯罪阻却原因ト謂フ。是レニ狹義ノ犯罪阻却原因ト所謂刑罰阻却原因（嚴密ニ謂ヘハ可罰類型阻却原因）トアリ。前者ハ行為性（茲ニハ無意識又ハ規範的責任能力ニ關シ自然行為トナル）若クハ規範的類型ニ關ス放任行為トナル。又ハ違法性（茲ニハ意思及ヒ表動ニ亘ル違法行為トナル）若クハ有責任性（茲ニハ故意過失ニ關シ意思ノミノ違法類型ニ同シ適法行為トナル）ヲ阻却スル原因ニシテ、此原因ノ一ノ存スルトキハ、一般ニ犯罪タルヘキ行為モ、其性質ヲ變シテ自然行為、放任行為、適法行為又ハ單純ナル違法行為タルニ止マルカ故ニ、此場合ニハ刑事上ノ責任ヲ生スルコトナシ。S. §§ Co I—11. 93, 97, 111.之ニ反シテ、刑罰阻却原因ハ刑法上唯科刑ノミヲ阻却スルモノニシテ、此場合ハ違法性ヲ失ハス。S. § 133.

以上述ヘタルカ如ク、犯罪ノ一般要件ハ犯罪一般ニ共通ノ要件ナリ。從テ或種ノ犯罪カ其種ノ犯罪トシテ他種ノ犯罪ト區別セラルルカ爲メニハ特別ノ要件ヲ要ス。之ヲ一般要件ニ對シテ特別要件(Besondere Tatbestandsmerkmale, Éléments spéciaux constitutifs)ト謂フ。然レトモ特別要件ハ理論上ハ一般要件以外ニ獨立シタルモノニアラスシテ、抽象的ナル一般要件カ特殊のニ具體化シタルモノニ外ナラス。例ヘハ、行為ハ行為其者トシテ竊盜罪ノ要件タルコト能ハス。是レ

カ要件タルカ爲メニハ竊盜ノ行為トシテ特殊化スルコトヲ要ス。又有責條件タル故意ハ故意其者トシテ、殺人罪ノ要件タルコト能ハス。是レカ要件タルカ爲メニハ殺人ノ故意トシテ特殊化スルコトヲ要ス。類型性ニ付テモ亦同様ニシテ、其レカ具體的ニ或犯罪ノ要件タルカ爲メニハ、刑法ニ掲ケラレタルモノノ中殺人罪、竊盜罪又ハ其他何等カノ類型トシテ特殊化スルコトヲ要スルカ如シ。而シテ一般要件ハ凡テ特殊化ニ因リテ特別要件トナル。是等ノ各種犯罪類型ニ於ケル特別要件ノ研究ハ何

犯罪要件ヲ分テ主觀的の要件ト客觀的の要件トスルコト通例ナリ。然レトモ要件ハ凡テ主觀客觀ニ亘ラサルモノナキカ故ニ、此區別ハ同一要件ニ對スル觀點ノ相異ニ歸著シ、本來要件ニ二種アルニアラス。例ヘハ行為ハ普通ニ客觀的の要件ナリト謂フモ、夫レカ意思表動タル以上ハ主觀的の要件トシテ見タル行為ハ存シ得サルカ如シ。而シテ各種類型ニ於テ客觀的の要件トシテ見タル行為ハ被害者ノ身分、結果等一切ノ事情ヲ含メテハ之ヲ或犯罪ノ犯罪事實（嚴密ニ謂ヘハ(Tatunstände)ト謂フ。）ト謂フ。犯罪要件ハ廣義ニ於テハ皆處罰條件ナリ。之ニ對シテ狹義ノ處罰條件(Be-

dingungen der Strafbarkeit i. e. S.) ナルモノアリ。即チ犯罪ハ通例其要件ヲ具備スルニ依リテ成立スルモノナレトモ、稀ニ或種ノ犯罪ニ在リテハ、此外仍ホ毫モ犯人ノ行爲カ違法タルニ關係ナキ特殊ノ外部的事情ヲ處罰ノ條件トス。例ヘハ詐欺破産罪破産法三七四以下ニ於テハ犯人ニ對シ破産宣告アリタルコトヲ以テ狹義ノ處罰條件ト爲スカ如シ。此種ノ犯罪ニ在リテハ、單ニ要件カ具備シタルノミニテハ犯罪ハ成立セス。

§66

犯罪ノ形式の成立ニ關シテ一般のニ論スヘキ事項トシテハ、一般要件並ニ處罰條件ノ外、仍ホ發現形式(態様)ノ問題アリ。此問題ハ被害法益ノ種類(縦斷的類型)ニ關係ナク、專ラ犯罪ノ一般の差別(横斷的類型)ニ關スルモノニシテ、犯罪ノ未遂ト既遂、一罪ト數罪、單獨犯ト共犯ノ問題ヲ含ム。是等ノ點ニ關スル詳細ノ説明ハ後章ニ讓ル。

§67

以上犯罪ノ形式の意義ト其一般要件ノ項目トヲ明ニシタリ。以下更ニ其實質的意義ヲ檢セント欲ス。

犯罪ハ社會ノ必然的現象ナリ。從テ事實的因果法則ヨリ見シハ、犯罪ノ犯罪

タル所以ハ之ヲ解スヘカラス。然レトモ犯罪ト謂フトキハ既ニ一ノ價值判斷ヲ含ム。即チ事實上必然的ノモノナリトスルモ、吾人ノ理想ハ其價值ヲ否定ス。此價值否定ノ反動モ亦犯罪カ必然的ナルカ如ク必然的ナルモノナリ。即チ事實タル犯罪モ理想ニ本ツク評價モ共ニ社會的ニ必然的ノモノトシテ永遠ニ相伴ヒ相對立スルモノナリ。註一從テ犯罪ノ犯罪タル所以ハ其理想ニ對スル反價值(違法)ニ存ス。而シテ犯罪ハ一面ニ於テハ法益ノ侵害又ハ脅威ナリ。然レトモ法益ハ單純ナル利益ニアラスシテ法律上ノ價值ナリ。法律上ノ價值ノ根源ハ事實上ノ價值ニ外ナラサレトモ、事實上ノ價值アル所常ニ法律上ノ價值アリト爲スコトヲ得ス。蓋シ事實上ノ價值カ相抵觸スル場合ニハ、法ハ其可能ナル程度ニ於テ之ヲ調和シ、調和ノ形式ニ適合スル限りニ於テノミ之ヲ法益トスルカ故ナリ。§ 338, 339, 340故ニ法益ノ侵害並ニ脅威モ亦法律的規範ヲ離レテハ考フルコト能ハス。斯クノ如クナルヲ以テ、犯罪カ法益ノ侵害又ハ脅威ナルコトモ畢竟犯罪ノ特質カ違法ニ存スト謂フコトニ外ナラス。而シテ違法トハ、換言スレハ規範ニ對スル、無關心(gleichgültig)ノ態度ナリ。斯カル態度ハ畢竟行爲者ノ

性情ノ發露ニシテ、予ハ此規範的危險性(無關心)ヲ稱シテ行爲者ノ反規範的性情(反規範性)ト謂フ。此危險性カ自然行爲者ノ事實的危險性ト異ル特質ハ其危險カ違法ニ基因スルノ點ニ在リ(一)。要スルニ犯罪ハ犯罪人各自ノ有スル一定度ハ反規範性ノ徵表ナリトス。§ 20

註(一) 例ヘハ傳染病患者ハ其病原菌ヲ撒布スルコトニ由リテ社會ヲ侵害又ハ脅威スル者ナリ。從テ之ヲ避病院ニ隔離スルハ社會自全ノ方法ナリ。然レトモ或人カ傳染病ニ罹レルコトハ規範ニ對スル無關心ナル性情ノ表現ニアラサルカ故ニ事實的危險性ニシテ規範的危險性ニアラス。其レカ行爲ニ出ツル場合ニテモ精神病者カ人ヲ殺スカ如キ亦然リ。蓋シ斯カル場合ノ危險性ハ保安處分ノ理由タルニ止マリ、規範的評價ヲ含ミ規範意識ニ訴ヘテ其發露ヲ目的トスル刑罰ノ理由タルモノニアラサレハナリ(§ 20 四, 80)。

反規範性ニハ種々ノ程度アリ。此程度ヲ規定スル條件ニモ亦種々アリ。其第一ハ行爲者ノ具フル規範意識ナリ。蓋シ規範意識ハ意思ノ反規範的表動ニ對シテ障礙觀念トシテ作用スルカ故ニ、此障礙觀念ヲ克服スル反規範性ハ大小ハ一般的ニ見テ其克服セラルル障礙觀念ノ大小ニ正比例スルノ理ナレハナリ。

今此點ヨリ犯人ノ規範意識(責任能力)ノ成熟ヲ前提トシテ其レカ反規範性ノ大小ヲ規定スル態様ヲ區別スルトキハ是ニ二アリ。其一ハ規範(法益)ニ對スル無關心カ直接ナリヤ間接ナリヤニ因ル程度ナリ。換言スレハ、具體的ノ場合ニ於ル無關心カ規範意識反動ノ容易ナル方面ニ關スルヤ否ヤニ由來スル差別ナリ。所謂故意過失ノ問題ハ之ニ關ス。假ニ之ヲ反規範性ノ種ノ問題ト見ルコトヲ得ヘシ。其二ハ規範ニ對スル無關心ヲ内容的ニ見タル程度ナリ。換言スレハ、具體的ノ場合ニ規範意識カ之ニ對シテ反動スル法益ノ量ニ由來スル差別ナリ。犯罪ノ大小、輕重、單複ノ問題ハ多ク之ニ關ス。假ニ之ヲ反規範性ノ量ノ問題ト見ルコトヲ得ヘシ。第二ニ反規範性ノ程度ヲ定ムル條件トシテ其表現カ本質的傾向ヲ有スルヤ否ヤノ問題アリ。累犯ノ問題ハ之ニ關ス。假ニ之ヲ反規範性ノ質ノ問題ト見ルコトヲ得ヘシ。第三ニ各個具體的ノ場合ニ於ケル情狀ノ如キモ亦其條件ノ一ナリ。例ヘハ環境ノ壓迫又ハ特殊ノ誘惑ニ由リテ表現セル反規範性ハ然ラサルモノヨリモ其程度小ナリ。

以上ノ見解ヨリ謂ヘハ、一切ノ違法行爲ハ皆一定度ノ反規範性ノ徵表ナルカ