I45W11

刑法改正案批評

# 刑法私法觀

全

國學大學教授 法學士 岡松參太郎著

東京 有斐閣書房

特70
129

京都帝國大學法科大學教授
法學士 岡松參太郎 著

改正案批評

# 刑法私法觀

全

東京 有斐閣書房

刑法
明治三十四年三月十日 發行 求 眾

# 正誤（緑ニ重要ナルモノノミヲ挙示ス）

| 頁 | 行 | 誤 | 正 |
|---|---|---|---|
| 序 | 九 | | Gerichtssaal |
| 五 | 一〇 | 刑。 | 則。 |
| 七 | 八 | 之ヲ制。法ト爲スノ | 之ヲ価。法ト爲スノ |
| 八 | 一 | 二分ツノ | 二分ツノ |
| 一一六 | 一 | | 227 fg. |
| 一一八 | 一二 | 線ニ付。キ | 線ニ就。キ |
| 一一九 | 一一 | | Deliktsobligation |
| 二一 | 四 | 主。ナ。著。言語 | 言語 |
| 二二 | 九 | 主。義。 | ア。ル。チ。要。ス |
| 二二 | 四 | | Janka |
| 二二九 | 一一 | 得。ン。ヤ。 | 得。ン。カ。 |
| 三一 | 六 | 其。逆。帶。債。務。者 | 逆。帶。債。務。者 |
| 三二 | 一三 | 條。固。 | 條。因。 |
| 三三 | 五 | ニ。固。ル | チ。圖。ル |
| 三三 | 七 | 主。者。 | 主。言。 |
| 三六 | 八 | | Subjective |
| 三九 | 一二 | 已。定。ニ。マ。ン。リ。ト。セ。ス | 已。足。ン。リ。ト。セ。ス |
| 四三 | 一 | | 已。ン。 |
| 四三 | 一四 | 二〇七頁。 | 二〇七頁 |
| 四四 | 八 | | Dernburg Pand. I |
| 四五 | 二 | | Kronecker |
| 四五 | 三 | | John, Bruck |
| 四五 | 五 | | Gareis |
| 四六 | 三 | 20 | 30 |
| 四八 | 七 | 何。邦。 | 我。 |
| 五一 | 九 | 何。ハ。國 | 何。ソ。 |
| 五二 | 九 | 刑法公務員 | 刑法。ハ。公務員 |
| 五二 | 一三 | 何。ヲ。ニ。フ。カ。不明 | 何。ヲ。ニ。フ。カ。不明 |
| 五四 | 一二 | | R. in Subj. S. |
| 五六 | 一三 | ナ。ル。カ。故。ニ | ア。ル。カ。故。ニ |

| 頁 | 行 | 誤 | 正 |
|---|---|---|---|
| 五七 | 六 | ノ。ト。キ。ニ | ノ。ミ。ニ |
| 五九 | 二 | 終。カ。リ。キ。ニ | 終。カ。ク。ニ |
| 六〇 | 一二 | ト。終。キ。ニ。ハ | 中。終。ニ。ハ |
| 六六 | 一〇 | 「强。强。者」 | 「猛。强。者」 |
| 六八 | 一二 | 同。日 | 今。日 |
| 六九 | 八 | 終。カ。リ。 | 終。カ。ク。 |
| 七〇 | 八 | 況。ン。ヤ。ク。組。造。物。ト。チ | 況。ン。ヤ。工。作。物。ト。組。造。物。ト。チ |
| 七一 | 一三 | 通。理。ナ。リ。 | 通。論。ナ。リ。 |
| 七二 | 九 | 人。組。 | 人。組。 |
| 七五 | | | （印紙稅法第六條參照） |
| 七七 | 一〇 | 賭。爭。 | 賭。罪。 |
| 七八 | 一三 | 金。錢。チ。所。ス。ル | |
| 八一 | 五 | 經。濟。的 | 相。對。的 |
| 八一 | 九 | | Regelsberger |
| 八三 | 一一 | 恕。ニ。因。リ | 怒。ニ。因。リ |
| 八五 | 三 | 又。必。要。當。 | 又。不。必。要。當。 |
| 八九 | 一二 | 攻。撃。 | 攻。擊。 |
| 九〇 | 六 | 事。實。 | 事。柔。 |
| 九〇 | 一二 | 切。ニ。 | 巧。ニ。 |
| 九二 | 一三 | 者。チ。 | 者。カ。 |
| 九三 | 九 | | Streifzüge 70 fg. |
| 九四 | 一 | 何。ハ。 | 何。ソ。 |
| 九六 | 七 | 物。件。 | |
| 一〇三 | 二 | 共。犯。罪。行。爲 | |
| 一〇五 | 六 | 口。外 | |
| 一一〇 | 一 | 探。ラ。サ。ル | 探。ラ。サ。ル |
| 一一〇 | 四 | 被。ム。ル | 認。ム。ル |
| 一一三 | 一四 | | Kollision d. rechtm. |
| | | | Interesse. |
| 一一四 | 八 | 財。務 | 賠。務 |

| 頁 | 行 | 誤 | 正 |
|---|---|---|---|
| 一一四 | 一一 | | Amtsphlicht |
| 一一五 | 一〇 | | Ersatzanspruch. |
| 一一六 | 三 | 大個 | 大綱 |
| 一一九 | 九 | 然リト雖トモ | 然リ然リト雖トモ |
| 一二七 | 一一 | 民法ハ刑法家ハ | 刑法家ハ民法ハ |
| 一三一 | 七 | | Qui Suo jure |
| 一三五 | 七 | 從來ニ主義 | 從來ニ主義 |
| 一三五 | 一一 | | Calker |
| 一三五 | 一三 | | Ihering |
| 一三八 | 七 | 規定セルカ他ノ場合 | 規定セルカ故ニ他ノ |
| 一四三 | 一四 | 行爲者 | 行爲者 |
| 一五一 | 一〇 | 一二 | 一二 |
| 一五三 | 一三 | 規定ノ | 現在 |
| 一五四 | 二 | | Titzo 21 |
| 一五六 | 六 | 項日 | 明日 |
| 一五八 | 二 | 犯罪意 | 犯意 |
| 一六二 | 六 | 單張 | 單純 |
| 一六六 | 一 | | Hermann-Fuzier art 1137 |
| 一六六 | 一一 | | Oblig. |
| 一六六 | 一一 | | Oertmann |
| 一六九 | 四 | コトナク | コトナリ |
| 一七〇 | 三 | | Horn |
| 一七三 | 五 | 第三條 | 此三條 |
| 一七五 | 一一 | 欠ク可キ | 受ク可キ |
| 一七七 | 三 | 所有權物 | 所有物 |
| 一八四 | 一 | 支ヘタル | 與ヘタル |
| 一八四 | 一〇 | 支ヘタル | 與ヘタル |
| 一八五 | 六 | (二) | (三) |
| 一八六 | 五 | 然ラハ | 然ラス |
| 一九一 | 一一 | 供主 | 借主 |
| 一九二 | 一二 | | Strohal |
| 一九八 | 一二 | 一二 | 一二 |

| 頁 | 行 | 誤 | 正 |
|---|---|---|---|
| 一九九 | 三 | 第一節第二節 | 第一章 |
| 一九九 | 七 | | Ravit |
| 二〇〇 | 一三 | 適用ノ | 通用 |
| 二〇一 | 五 | 刑法ト | 刑法カ一反對 |
| 二〇七 | 九 | | 我國カ |
| 二一六 | 二 | 外國カ | |
| 二一九 | 一 | 通用 | 適用 |
| 二二一 | 一四 | 混載 | 混池 |
| 二二四 | 三 | 權利ヲ | 權利ノ |
| 二二六 | 六 | 權力ナキ | 效力ナキ |
| 二二六 | 一一 | 我ヨリ | 紙ヨリ |
| 二二八 | 二 | 移轉ト共ニ | 移轉共ニ |
| 二三一 | 一一 | | Beweisurkunde |
| 二三四 | 一〇 | 引受 | 引渡 |
| 二三六 | 一三 | 有學者 | 各學者 |
| 二四〇 | 一一 | 程示 | 呈示 |
| 二四六 | 一四 | 郵便切手ト | 郵便切手ハ |
| 二四七 | 一 | 胎用シ | 貼用シ |
| 二五四 | 二 | 所有者ヲ | 所有者ノ |
| 二五四 | 五 | 無ヲ代理人 | 代理ス |
| 二五五 | 八 | 賃及 | 賃權及 |
| 二五五 | 一三 | 物權ニ非スト雖トモ | 物權ニ基クニ非スト雖トモ |
| 二五六 | 一三 | 殺人 | 數人 |
| 二五七 | 六 | コトヲ之ヲ | コトハ之ヲ |
| 二五八 | 二 | 占有權ヲ之ヲ | 占有權ハ之ヲ |
| 二五八 | 四 | 竊盜ナク | 竊盜ナリ |
| 二五九 | 四 | 然シ | 然レトモ |
| 二六三 | 一二 | 所有受託者 | 所有者受託者 |
| 二六四 | 四 | 倉庫者 | 倉庫業者 |
| 二六四 | 九 | 所有及取得 | 所有權取得 |
| 二六四 | 一二 | 依之此 | 依之觀是 |

# 自序

曾テ獨逸ニ於テ現行刑法ノ編纂セラルヽヤ、フオン、ブリード
ベルヒ命ヲ受ケ稿ヲ起ス。千八百六十九年七月三十一日第一草
案公ニセラレ其後各聯邦ヨリ委員ヲ徵シ審議ヲ經第二草案成
リ次テ又委員ヲ設ケ審査ヲ經第三草案ト爲リ終ニ千八百七十
年二月十四日議會ニ提出セラル。其間凡ソ半年批評家皆批評ノ
時期短キニ失スルヲ攻擊セリ。然レトモ尚其間批評ヲ公ニセル
者三十五。浩翰大册ヲ爲スモノ亦少シトス。而シテ起草委員ノ一
人シュワルツェ―ハ各批評ニ對シ一々自ヲ辯明ス(Gerichlssaal 22 Jahrg.
146 fg)。我邦今又刑法改正ノ議熟シ其改正案公ニセラレ又已ニ
議會ニ提出セラル。是非ノ論囂々トシテ起ル。素ヨリ其處タリ。國
家ノ立法セントスルヤ其長ヲ揚ケ其短ヲ示シ善法ヲシテ益善

ナラシメ惡法ヲシテ正ニ就カシムルハ是正ニ國民タルモノヽ義務ナリ。

余輩前キニ一文ヲ草シ又其批評ノ時期短キニ過クルヲ責メタリ。今亦此書ヲ公ニシ聊カ其實質ニ付キ論述スル所アラントス。然レトモ余輩ハ素ヨリ刑法ヲ專攻スル者ニ非ス。從テ其所論往々正鵠ヲ失スルコトアル可キハ余輩ノ豫期スル所ナリ。余輩ハ天下刑法ヲ專攻スルノ學士亦必ス其刑法眼ヲ開キ批評ヲ下ス者アルヲ信ス。余輩ハ茲ニ暫ク刑法改正案ニ對シ余輩ノ私法的觀察ヲ述ヘントス。燈臺ハ下暗シ門外漢亦焉ンソ堂ニ上リ室ニ入ルモノナキヲ知ランヤ。余輩ハ天下ノ爲ニ俑ヲ作ラントスル者ナリ。

明治三十四年三月梅花笑ヒ黄鳥囀スルノ時叡山ノ陽、鳴水ノ涯紹成書院ニ於テ

岡松參太郎

刑法改正案批評

# 刑法ノ私法觀目次


第一章　組織上ノ觀察……一丁
第一節　刑法ノ法例ニ就キ……同丁
第二節　各章ノ表題ニ就キ……七丁
第二章　用語上ノ觀察……一九丁
第一節　一般ノ用語ニ就キ……二〇丁
第二節　各條ノ用語ニ就キ……四八丁
第三章　理論上ノ觀察……九四丁
第一節　第二十五條(沒取)……同丁
第二節　第四十五條乃至第四十七條(違法ノ除去)……一〇六丁

第三節　第四十八條(犯意)……一五八丁
第四節　第百三十三條第百四十條第三百條(財産毀損ノ犯罪)…一七三丁
第五節　第百七十二條(金錢犯罪)……一九八丁
第六節　第百八十七條(有價證券ニ關スル犯罪)……二二一丁
第七節　第二百八十六條(占有侵害ノ犯罪)……二五二丁



刑法改正案批評

# 刑法ノ私法觀目次

終

刑法改正案批評

# 刑法ノ私法觀

京都帝國大學法科大學教授法學士　岡松參太郎著

## 第一章　組織上ノ觀察

### 第一節　刑法ノ法例ニ就キ

(一) 刑法改正案ノ組織ハ全典ヲ二編ニ分チ第一編ヲ總則トシ之ヲ分チテ九章トシ第二章ハ又分ツテ五節トシ第二編ハ之ヲ罪ト題シ之ヲ分チ十四章トシ章ニ從ヒ又之ヲ節ニ分ツ秩序整然犯ス能ハサルモノアリ刑法々典トシテ蓋體裁ヲ得タルモノナル可シ然レトモ余輩ハ之ニ關シ大ニ慊焉タラサルモノアリ第一ハ總則ノ中ニ法例ヲ置キタルニ在リ

(二) 法例ノ規定ヲ見ルニ極メテ雜駁ナリト雖モ其ノ主要ナル規定ハ刑法ノ人、時及所ニ關スル效力ナリ是三點ハ刑法中最モ重要ナルモノニシテ一國ノ刑法トシ

テ此點ヲ規定セルハ誠ニ當然ナリ。而シテ是恰モ現行刑法ニ於テ其規定ノ不備アル所ニシテ刑法改正ノ有力ナル理由タリシモノナリ。

刑法カ此規定ヲ設ケタルハ誠ニ間然スル所ナシ。而シテ若シ之ヲシテ他國ノ刑法ナラシメハ余ハ敢テ云ハス。日本ノ刑法トシテハ如何。余輩ハ今其規定ノ實質ノ良否ヲ云ハス。余輩ハ我國ノ刑法々典トシテ其體裁ヲ失スルナキヤヲ疑フ。何カ故ニ之ヲ云フ。改正案起草者ハ我國ニ法例ナル法律アルコトヲ忘却スレハナリ。

或法律又ハ法典ニ其規定カ適用セラルヘキ範圍ヲ規定スルハ素ヨリ不當ノ事ニ非ス。其如何ナル部分ニ規定ス可キヤハ之ヲ第二ノ問題トシテ之ヲ規定スルハ決シテ咎ム可キニ非ス。然レトモ若シ法律ノ適用ノ範圍ヲ其法律内ニ規定スルノ主義ヲ取ラハ必ス凡テノ法律ニ於テ此主義ヲ取ラサル可ラス。一國ノ立法トシテ一法ハ甲主義ヲ取リ一法ハ乙主義ヲ取ルハ決シテ體裁ノ當ヲ得タルモノニ非ス。然ルニ如何。我立法ノ府タル法典調査會ハ曾テ民法商法ヲ編纂スルニ當リ其適用ノ範圍ヲ民法商法中ニ規定スルハ非ナリトシテ之ヲ排斥セルニ非スヤ。當時佛國民法カ其前加編ニ於テ國際私法其他ノ規定ヲ設ケタルヲ見テ法典調査會ハ其體裁ヲ失スルノ甚シキモノトセルニ非スヤ。則我國ノ立法者ハ一法律内ニ其法律ノ適用ノ範圍ヲ規定セハ體裁ヲ誤ルモノトシ而シテ其結果トシテ所謂法例ナル法律ヲ作リ之ニ凡テノ法律ニ關スル一般的規定ヲ設クルノ主義ヲ執レルニ非スヤ」

然リ其實質ハ大ニ其主義ニ異ル。法例ノ實質ヲ見レハ一、二條ヲ除クノ外ハ悉ク私法ノ規定ナリ。名實ト副ハス。是已ニ非ナリ。然レトモ已ニ一國ノ法律トシテ成立スル以上ハ立法者ハ必ス之ニ則ラサル可ラス。已ニ法例ナル大法律アリ。何カ故ニ凡テノ法律ノ適用ノ範圍ハ之ヲ法例ノ中ニ規定セサルカ。實質ニ於テハ全ク民法ノ規定タル可キ法例ヲ民法ノ中ニ入ルヽヲ非トシ之ヲ法例ナル別法ト爲ス必要アリト爲セル我國立法者ハ何故ニ刑法ニハ其適用ノ範圍ニ關スル規定ヲ刑法中ニ入ルヽノ必要アリト爲セルヤ。彼ノ囂々ナル輕侮ヲ以テ見ラレタル佛國民法ノ編纂法ハ我國ノ民法ニハ非ニシテ刑法ニハ可ナルヤ。若法例ノ規定カ民法中ニ在ルコトカ非ナラハ刑法中ニ其法例ノ規定アルモ亦非ナリ。余輩ハ我立法者ノ主義ノ一貫セサルニ驚クト共ニ其體裁ヲ失フノ甚シキヲ嗚ラサスンハアラス。

或ハ曰ハン刑法ニ刑法適用ノ範圍ヲ規定スルコト便利ナリ。然リ大ニ便利ナラ

ン。然ラハ何カ故ニ民法ニ法例ヲ規定スルハ便利ト認メサリシカ。否便利ナレトモ體裁ヲ失スルカ故ニ能ハストセルニ非スヤ。然リ我立法者ハ民法中ニ民法ノ法例アルヲ以テ體裁ヲ失スルトセリ。然ラハ刑法中ニ刑法ノ法例アルモ亦其體裁ヲ失スルモノニ非スシテ何ソヤ。

已ニ法例ナル法律アリ。又刑法中ニ法例アリ。然ラハ第一ノ法例ハ何ノ法例タルカ。必ス一般ノ法律ノ法例タラサルヲ得ス。然ラハ何ソ刑法ノ法例モ亦法例ナル法律中ニ入ラサルヤ。

或ハ曰ハン。刑法ノ法例ハ刑法ニ特別ナルモノナルカ故ニ之ヲ刑法ニ規定セリ。然カモ刑法改正前已ニ法例ナルモノ存スルカ故ニ刑法ノ法例ハ此中ニ入レス。之ヲ別ニ刑法中ニ入レタルナリト。是蓋實情ナラン。然レトモ事實ノ上ニ於テ我國ノ所謂法例ナルモノハ特別ナルモノニ非ルカ。余輩カ見ル所ヲ以テスレハ刑法ノ法例カ刑法ニ特別ナルカ如ク法例ノ規定ハ民法ニ特別ナリ。若法例ノ規定ヲ以テ民法ニ特別ナル規定ニ非ストセハ民法ノ規定ハ悉ク民法ニ特別ナラサルニ至リ。其極民法ナルモノ存在セサルニ至リ民法ハ則法例ト化シ去ルニ至ランノミ。又現今ハ羅馬時代ト異リ法律ノ改廢ハ實ニ自由ナリ。議院ハ異議ナシ異議ナシノ一天張ナルニ非スヤ。若起草者ニシテ其法例ハ法例ナル法律中ニ入ル可キモノト見ハ何ソ法例ヲ改正セサル。

要之刑法改正案カ其法例ヲ刑法中ニ採用セルハ我國立法者ノ主義ヨリ云ヘハ體裁ヲ失スルモノナリ。惡法モ亦法ナリ。惡主義モ亦主義ナリ。既ニ立法者カ採用セル主義ハ我邦立法上ノ大主義ナリ。後ノ法律ハ之ニ從ハサル可ラス然ラスンハ前ノ法律ノ主義ヲ改メサル可ラス。法理ニ適スルモ成法ノ規定之ヲ認メサルトキハ無效ナリ。法理ニ適スルモ我立法ノ主義之ヲ認メサルトキハ不體裁ナリ。

(三) 余輩ハ信ス之ヲ學理ノ上ヨリ云フモ已ニ國際私法ヲ以テ我國ニ於ケルカ如ク別法ト爲ストキハ少クトモ國際刑法ノ規定モ亦之ヲ刑法ト爲スノ正當ナルコトヲ。通常國際私法ヲ論スルノ學者ハ又勢國際刑法ヲ論セサル可ラス著書モ亦此體裁ヲ取レルコトヲ信ス。然ラハ刑法改正案ハ我立法ノ惡主義ニ從フコト却テ學理ニ適スルモノニ非ランカ否耶。

余輩ハ我立法ノ主義ヲ惡主義ト云フ何カ故ニ然カ云フ。曰ク法例ナルモノハ、ア

ル可キノ理ナケレハナリ。若法例ナルモノアラハ民法ノ總則ハ則法例ナル可シ。余輩ハ現今ノ法例ノ規定ヨリハ民法總則ノ規定ノ方遙ニ法例タルノ性質ヲ有スルト信ス。現今法例ノ規則ハ是民法ノ一部(所謂一部ト云フト雖トモ如何ナル部ニ規定ス可キヤハ茲ニ論スル限ニ非ス)ニ過キサルナリ。

故ニ我刑法改正案カ取リタルノ主義ハ夫自身ニ於テ觀察セハ敢テ非ナル無ケン。唯余輩ハ其我立法ノ主義上體裁ヲ失シ且立法者ノ主義ノ一貫セサルヲ責ムルナリ。

然リ改正案ノ主義ハ實際上ハ便利ナル可シ正當ナル可シ然レトモ余輩ハ此主義ヨリ云フモ刑法カ其所謂法例ナルモノヲ刑法々典ノ一部トセルハ果シテ學理ニ適フモノナルヤ否ヤヲ疑フ。刑法ハ其刑法カ適用セラル可キ人、時及處ニ關スル規定ヲ爲スヲ本職トス。其如何ナル人、時及處ニ適用セラル可キヤハ刑法ノ範圍外ニ非スヤ。何者是一般公法ノ規定ニ屬スレハナリ。例之刑法ナル法律カ何時ヨリ效力ヲ有ス可キヤハ憲法上ノ問題ナリ。又一國ノ刑法カ何人ニ適用セラル可キヤハ國際法ノ問題ナリ。一法カ適用セラル可キ範圍ヲ定ムルハ其法律ノ一部ニ非ス。是特ニ民法ヨリ法例ヲ除キタル理由ナル可シ。恰モ何カ法律ナルカハ法律ノ問題ニ非ルカ如シ。故ニ嚴格ニ論セハ刑法カ適用セラル可キ範圍ハ刑法自身之ヲ決スルコトヲ得ス。他ノ法律ヲ以テ之ヲ決セサル可ラス。余輩ハ我刑法モ亦其施行法ニ於テ法例ニ屬ス可キ規定ヲ設クルコト體裁ノ正ヲ得ルモノニ非ルヤヲ問ハントス。

## 第二節　各章ノ表題ニ就キ

(一) 刑法改正案ハ其第二編ニ於テ各種ノ罪ヲ規定シ之ヲ章ニ分チ之ヲ節ニ分テリ。余輩ハ改正案カ節ヲ分チタルモノニ付キ云フ。改正案ハ何カ爲ニ或類似ノ犯罪ヲ集メテ之ヲ一章ニ入レ而シテ後之ヲ前ニ分ツノ勞ヲ取レルヤ。何ソ夫レ一ニ刑法教科書然タルヤ。余輩ハ刑法々典トシテ各種ノ罪ヲ列記スルヲ以テ足リ之ヲ分類スルノ要ナシト信ス。則余輩ハ改正案カ罪ヲ分類セルハ法典トシテ其體裁ヲ失フモノナルコトヲ信ス。

(二) 凡ソ罪ヲ其性質ニ從ヒ分類スルハ私法上法律行爲又ハ契約ヲ分類スルト等シク容易ノ業ニ非ス。學者各其說ヲ異ニシ論者各其見ヲ別ニス。余輩ノ見ル處ヲ以テスレハ刑法學上未凡テノ學者カ一致スル罪ノ分類法ナシ (Seuffert Verhandlg. d.

21 Juristentags I 22z fg. Oppenheim, Objecto d. Verbrechens)。改正案ハ其執リタル罪ノ分類法ヲ以テ確然動ス可ラサルモノト爲セルカ。余輩ハ其全體ヨリ觀察シ其然ラサルコトヲ信ス。余輩ハ刑法改正案ハ一ニ便宜ニ從ヒ單ニ類似ノ罪ヲ一章ノ下ニ集メタルニ過キスト信ス

已ニ論セルカ如ク法律ノ體裁ハ立法上最モ重要ナルモノナリ然レトモ徒ニ體裁ノ美ヲ裝ハントシテ之カ爲ニ實質ヲ害スルハ尚一層許ス可ラサルモノアリ。法律ハ體裁ヲ失セサルコトヲ要ス。然レトモ體裁ヲ飾ルノ要ナシ。法典ハ教科書ニ非ス。其體裁ヲ失セサル限リハ徒ニ體裁ノ故ヲ以テ其實ヲ破ルコトナキヲ要ス。改正案起草者ハヨシヤ或一定ノ罪ノ分類法ヲ以テ確定動ス可ラサルモノト信シタル場合ニモ如斯キ一ニ學理上ノ問題ニシテ然カモ刑法ノ實際ノ適用上ニ差違ヲ生セサル問題ハ可成立法上之ヲ決スルコトヲ避クルヲ至當ト認ム。學理上ノ問題ハ各其之ヲ說ク者ニ委ス可シ。立法者カ法律ノ規定ヲ以テ之ヲ決スルノ要ナシ。已ニ起草者カ罪ノ分類法ニ附キ一定ノ見解ヲ有スルモ尚然リ。況ンヤ余輩ノ信スル所ヲ以テスレハ起草者ハ決シテ一定ノ見解ヲ持シテ以テ此分類ヲ爲セルニ非ルニ於テオヤ。

改正案カ節ニ分チタルモノヲ分タス。各之ヲ章トシ始終列記スレハ如何ナル點ニ於テ體裁ヲ失スルヤ。何故ニ信用ヲ害スル罪ハ之ヲ六節ニ分タサル可ラサルカ。此節ノ罪ハ何故ニ之ヲ信用ヲ害スル罪トシテ一章ニ纏メサレハ不可ナルヤ。若第八章信用ヲ害スル罪ト云フモノヲ除キ各節ヲ各章トセハ如何ナル點ニ於テ不可ナルヤ。否余輩ハ刑法々典トシテ却テ其體裁ヲ得ルモノナルコトヲ信ス

要之余輩ハ刑法々典トシテ一モ法律ノ規定ヲ以テ其罪ヲ分類スルノ必要ナキコトヲ信ス。必要ナケレハ止ム可シ。必要ナキニ之ヲ爲スハ法典トシテ爲ス可キ業ニ非ス。且必要ナキニ爲シタルカ爲ニ無キニ等シキニ至ラハ尚可ナリ。必要ナキニ爲シタルカ爲ニ害ヲ生スルニ至リテハ決シテ恕ス可ラス。而シテ刑法々典ノ爲セル分類ハ明ニ之カ爲ニ害ヲ生ス。其法典トシテ體裁ヲ失シ教科書的ナルハ第一ノ害ナリ。其他尚重大ナル害ヲ生スルノ點ニ付キテハ乞フ項ヲ改メテ述ヘン。

(三) 如何ニ教科書的ナルニモセヨ。如何ニ獨斷的ナルニモセヨ。若シ刑法改正案カ爲セル罪ノ分類ニシテ實質上間然ス可キ處ナキニ於テハ尚可ナリ。然レトモ果シ

テ間然スル所ナキカ。然リ起草者ハ間然ス可キ處ナシト信セサルカ故ニ此分類法ヲ採用セルモノナル可シ。然レトモ余輩ハ之ヲ天下ニ問ハン果シテ欠點ナキカト。是刑法上ノ問題ナリ。余輩ハ此書ノ目的トシテ直ニ此問題ヲ論スルヲ好マス。然レトモ余輩ハ信ス。此分類法ハ決シテ一モ間然ス可キ處ナキモノニ非ルコトヲ。少クトモ其當否ヲ爭フノ余地アルコトヲ。

Ihering ノ「法律ノ目的」(Zweckine Recht) ノ著アリタル以來法律ハ利益ノ保護ナリト云フハ凡ソト定說ト爲レリ。法律ハ法律利益ノ保護ナラハ刑法モ亦法律利益ノ保護ナラサル可ラス。則刑法ハ之ヲ實質的ニ云ハヽ特ニ重要ナル法律利益ヲ刑ヲ制裁トシテ保護スルモノナリ。刑法一タヒ立テハ其法則ノ保護ハ則其法則カ保護スル利益ヲ保護スル所以ナルカ故ニ刑法ヲ形式的ニ解シ法則ノ保護ナリ(Binding)ト云フモ結局同一義ニ歸ス。

刑法ニシテ法律利益ノ保護ナラハ犯罪ハ必ス法律利益ノ侵害ナラサル可ラス。則各犯罪ハ必ス特定ナル法律利益ノ侵害ナリ(Oppenheim, a. a. O.)。從テ法律利益ヲ以テ罪ノ分類ノ標準ト爲スハ正當ナル起點タリ。刑法改正案モ亦此主義ニ則リタル

然リ法律利益ニ從ヒ罪ヲ分類スルノ標準ト爲スハ誠ニ正當ナリ。然レトモ微頭徹尾此一標準ニ依リテ分類ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ第二ノ問題ナリ。而シテ是恰モ刑法上最モ議論ノ存スル點ナリトス。而シテ近時ニ至リテハ或犯罪ハ之ニ依リ侵害サル可キ法律利益特定セス如何ナル法律利益モ之ニ依リ侵害セラレ得可シ。則此等ノ犯罪ハ其侵害ス可キ法律利益ニ依リ特定サレス其手段ニ依リテ特定サル、從テ法律利益ノ侵害ニ因ル罪ノ外ニ其侵害ノ手段ヲ以テ罪トスル一類ヲ認ム可キコト有力ナル學說ナリトス。(Oppenheim 233, Liszt, P. 309)。余輩ハ必シモ全然此學說ニ同意スルモノニ非ス。殊ニ其所謂手段ニ因ル罪ノ範圍ニ付キテハ大ニ異論アリ。

此學說ヲ主張スル者ニ在リテハ主トシテ(一)改正案カ靜謐ヲ害スル罪ト爲スモノ(二)及所謂廣ク僞造罪ト稱スルモノヲ之ニ入ルヽヲ通常トス(Liszt, 309, 51ff)。第一ノモノニ付キテハ暫ク之ヲ云ハス。第二ノモノニ付キテモ余輩ハ其主義ニ於テ

正當ナルコトヲ認ム。例之文書僞造ノ罪ナリ。此犯罪ハ改正案ハ之ヲ信用ヲ害スル罪ノ中ニ入ル。信用ヲ害スルトハ如何ナル意義ナルヤ甚タ不明ナリ。若シ文書僞造カ信用ヲ害スルナラハ所謂名譽ニ對スル罪ハ悉ク此中ニ入ラサル可ラス。余輩ノ信スル所ニ依レハ文書僞造ハ犯罪ノ手段ニ過キス。之ヲ僞造スル者ノ目的ハ他ニ在リテ茲ニ在ラス。故ニ之ニ依リ侵害サル可キ法律利益ハ必スシモ信用ニ限ラス財産權ナルコトアリ。親族權ナルコトアリ。又改正案ノ所謂公權ナルコトアル可シ。則此方法ニ依リ如何ナル犯罪ヲモ之ヲ犯スコトヲ得可シ。從テ此派ノ學說カ此犯罪ヲ以テ侵害ス可キ法律利益ニ依ラス其手段ニ依リ特定セラルノモノトシ之ヲ他ノ犯罪ト區別シ一類ノ者ト爲スハ大ニ理由アリ。然レトモ此學派ノ者カ凡テノ僞造罪ヲ以テ皆此種ノ手段ニ依ル犯罪ト爲サントスルハ誤ナリ。余輩ノ信スル所ニ依レハ僞造ノ物體如何ニ關ス僞造ノ物體ニシテ自ラ價格ヲ有スル物ナルトキ(例之金錢、郵便切手)ハ犯罪者ノ目的ハ必ス其物ヲ僞造スルニ在リ。刑法ハ其物自身ヲ保護スルモノニシテ他ノ法律利益ノ爲ニ之ヲ保護スルニ非ス。反之其僞造ノ物體カ夫レ自身ニ於テ價格ナキトキ(例之證書、有價證券)ハ犯罪者ノ目的ハ決シテ其物ノ僞造ニ非ス此僞造ニ依リ他ノ目的ヲ達セントスルナリ。刑法ハ其物自身ヲ保護スルニ非スシテ他ノ法律利益ノ爲ニ之ヲ保護スルナリ。從テ第二ノ場合ニハ此派ノ主張タル手段ニ因ル犯罪アレトモ第一ノ場合ニハ然ラス。此犯罪ハ必ス其特定ノ法律利益(例之金錢)ヲ害スルモノナリ。故ニ余輩ハ後ニ述フルカ如ク金錢犯罪ニ關シ改正案カ此學派ノ說ニ迷ハサレサリシヲ多トスルト同時ニ他ノ僞造罪例之文書僞造、印章僞造(郵便切手等ハ之ヲ除ク。此點ニ付キテハ後段ヲ參照ス可シ)等ニ付キテハ改正案ノ主義當ヲ得ルヤ否ヤヲ疑フ。

上來述フルカ如ク從來ノ Merkel(メルケル) 派ノ學說ニ反スル此 Liszt(リスト) 一派ノ學說ハ其範圍ニ於テハ異論ナキニ非スト雖トモ其大體ノ主義ニ於テハ正鵠ヲ得タルモノナルコトヲ信ス。改正案ハ然ラスト認メタルモノナラン。然ラスト認メタルカ故ニ又此種ノ犯罪モ法律利益ニ從ヒ一般標準ニ依リ分類シ信用ヲ害スル罪トセルモノナラン。余輩ハ此點カ純然タル刑法論ナルノ故ヲ以テ深ク之ヲ論セス。然レトモヨシ改正案ハ此學說ヲ非ナリトセルモ必シモ立法的ニ之ヲ排斥スルノ要ナカル可シ。否若此學說ヲ取ルト Merkel(メルケル) 一派ニ從フトニ依リ實際ノ適用上ノ差違ヲ生セハ立

法的ニ之ヲ決スルモ可ナラン。然リ或實際上ノ差違ハ必ス是アリ。然レトモ余輩ノ信スル所ニ依レハ立法上之ヲ決ス可キ程ノ差違アルコトナシ。余輩ハ少クトモ改正案カ學者ニシテ此說ヲ執ラントスル者ノ爲ニ餘地ヲ存スルヲ至當ト認ム。況ンヤ余輩ハ此說ノ少クトモ其種核ニ於テハ正當ノモノタルコトヲ疑ハサルニ於テオヤ。

要之我改正案ノ認メタル微頭徹尾侵害サル可キ法律利益ニ從フノ分類法ハ凡テノ學者ノ認ムルモノニアラス。否有力ナル反對說アリ。余輩ハ何カ故ニ改正案ハ此反對說ヲ非ナリト認メタルヤヲ問ハサル可シ。然レトモ少クトモ一部ノ有力者ハ之ヲ非ナリトスルノ分類法ナリ。果シテ然ラハ我改正案カ設ケタル各章ノ表題ハ少クトモ此派ノ學者ニ取リテハ害ヲ爲スモノタリ。然カモ改正案ノ主義ヲ取ラントスル學者ハ敢テ改正案ノ表題ノ爲ニ其後援ヲ得ルコトナカル可シ。既ニ一派ニ取リテハ害アリ一派ニ取リテハ左程ノ益ナキニ於テハ立法上之ヲ決スルヲ止ムルコト至當ニ非ルコトナキカ。否法典上ニ在リテハ却テ教科書的ノ體裁ヲ與ヘ其體裁ヲ失シ學理上ニ在リテハ其無キヲ可トスルニ於テハ全ク之ヲ存スルノ理由ナキニ非スヤ。改正案ハ第八章信用ニ關スル罪ト云フ表題ヲ置カサル可ラサル理由アリト認メタルノ理由ハ如何。

(四) 否改正案カ各章ニ附セル表題ハ決シテ刑法上ノ學理ノミニ害ヲ及ホスモノニ非ス。其害ハ一般法律ニ及フ。茲ニ於テカ余輩ハ益〻默シテ止ム能ハサルナリ。

一法典ノ文字ハ悉ク法律ナリ。法律ハ第何條何々ト云フニ限ルニアラス。第何章何々ニ關スル罪、第何節何々ノ罪ト云フ表題モ法律ノ中ナリ。法文ナリ。此ニ於テカ若刑法カ或罪ハ何ヲ害スル罪ナリト規定セハ此規定ハ立法者ノ言ニシテ如何ニ法理上不當ナルモ法律ノ適用上ニ於テハ必ス之ニ從ハサル可ラス。茲ニ於テカ其害ノ及フ所刑法ニ止マラサルニ至ル。余輩ハ一例ヲ示シ以テ其害ノ及フ所ヲ示サン。

民法第七百九條ハ規定シテ曰ク[故意又ハ過失ニ依リ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任スト]。今甲者アリ余カ金錢ヲ盜ミ逃走セリ。余ハ直ニ官ニ訴ヘ且損害賠償ヲ求メントス。日ヲ重ネテ搜索スルモ其人ヲ知ル能ハス豈ニ圖ランヤ乙者アリ其盜賊ヲ陰匿セリ。此場合ニ於テ其乙者ニシ

テ盗難ヲ陰匿セサリシナラハ立ニ縛ニ付キ且其金錢ハ安全ナルコトヲ得タルニ之ヲ陰匿セルカ爲ニ其間ニ盗賊悉ク金錢ヲ費消シ余ハ又一錢ヲモ回復スル能ハサルニ至リタルノ事實アリ。且之ヲ證明スルヲ得タルトキハ余ハ民法第七百九條ニ依リ乙者ニ對シ損害賠償請求權ヲ有ス。何者乙者ハ明ニ余カ財産權ヲ害シタレハナリ。是私法上多少爭ナキニ非スト雖トモ余輩ノ見解ニ依レハ疑ノ餘地ナシトス。然ルニ如何。改正案第百二十一條以下ハ罪人隱匿罪ハ之ヲ第五章公權ニ對スル罪トセリ。公權トハ甚明ナラサレトモ其私權ニ非ルヤ明ナリ。刑法改正案ハ如此キ場合ニ余ニ損害賠償請求權ヲ與ヘサランコトヲ欲シテ此規定ヲ設ケタルニ非ル可シ。然レトモ前ニ云フカ如ク第五章公權ニ對スル罪ト云フハ法文ナリ。余輩ハ之ニ從ハサル可ラス則罪人隱匿ハ私權ノ侵害ニ非スト見サルヲ得ス。從テ余ニ損害賠償請求權ナシト云ハサル可ラサルニ至ル。改正案カ公權ニ對スル罪ト云フハ必シモ同時ニ私權ニ對スルモノニ非スト云フノ意義ニ非ストスルモ少クトモ此文字ハ余輩ノ反對論者則罪人隱匿者ニ恰好ナル抗辯ノ根據ヲ與フルモノナリ。況ンヤ恰モ此點則罪人隱匿カ私權ヲ害シ得可キヤ否ヤハ私法上見解ノ分ルヽ所ナルニ於テヲヤ。

改正案起草者ハ民法上ノ結果迄モ御世話セラルヽノ譯ナキカ故ニ如斯キ結果ヲ生セシムルコトハ其意思ニ非リシヤ明ナリ。然レトモ此結果ハ思ハサルノ點ニ生ス。則罪人隱匿罪ハ罪人隱匿罪ニシテ刑法上ニ於テハ其前ニ第五章公權ニ對スル罪トアルト否トニ依リ毫モ差違スルコトナカル可シ。則刑法上ハ益ナキ文字ナリ。而シテ私法上ハ如斯キ害アリ。茲ニ於テカ余輩カ偏ニ其各章ノ表題ノ取下ヲ希フノ理由アルコトヲ知ルニ足ラン。

改正案第百三十二條ノ場合ニハ一層甚シキ結果ヲ生セン。例之甲者アリ一日余ニ書面ヲ送リ若金錢ヲ與ヘサルトキハ侮辱ス可キ旨ヲ申越セリ。然ルニ余ハ金錢ヲ與ヘサリシカ爲ニ甲者ハ或公會ノ席上ニ於テ余カ惡事醜行ヲ摘示セリ。余ハ其書面ヲ證據トシテ告訴セントスル際乙ナル者來リ甘言以テ余ヲ欺キ其書面ヲ出サシメ余カ隙ニ乘シ其書面ヲ火中セリ。書面ノ所有權ハ何人ニ存スルヤハ大ニ議論アル處ナレトモ。今假ニ余ニ其書面ノ所有權アリトスルモ如何。余若乙者ニ證憑湮滅ニ對シ損害賠償ヲ求ムルトセンカ。乙者答ヘテ曰ク可ナリ。余ハ君ニ其書面ノ

紙代凡ソ金一錢ヲ賠償ス可シト。余ハ曰ク否。君ハ余カ大切ナル刑事被告事件ニ關スル證憑ヲ湮滅セリ。今ヤ甲ヲ訴ヘ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得サルカ故ニ乞フ之ヲ君ヨリ受ケント。乙ハ必ス曰ハン。是余ノ預リ知ラサル所ナリ。余カ君ノ私權ヲ害セルハ唯紙ノ所有權ノミ。君カ有スル證憑ヲ湮滅セルハ君ノ私權ニ對スル損害ニ非ス。君知ラスヤ刑法改正案第百二十二條ハ明ニ之ヲ公權ニ對スル罪トスルニ非スヤ。余ハ罪ト爲ル可シ。然レトモ私權ヲ侵害セサルカ故ニ損害賠償ニ任スルノ義務ナシト。是果シテ正當ノ結果タルヤ。余ハ刑法改正案ヲ怨ムノ外ナシ。改正案ハ第百二十二條ニ依リ余カ權利ヲ保護セントシ唯其第五章公權ニ對スル罪ナル文字ヲ置キタルカ爲ニ余カ折角私法上有スル權利ヲ水泡ニ歸セシメタリ。

依之觀是如何ニ刑法上ノ罪ノ分類ニ關スル見解カ私法上ニ及ホス效果ノ大ナルカヲ知ラン。曾テ獨逸民法成ルヤ其理由書カ一般ノ利益ノ侵害ハ不法行爲ト爲ストセルニ對シ Liszt(リスト) (Delictsobligation) ハ一般ノ利益ト個人ノ利益トハ之ヲ區別スルコト甚タ困難ナリトシ刑法上其見解ノ非ナルコトヲ攻擊セリ。余輩ハ又同一理由ニ依リ刑法改正案ヲ責メントスルモノナリ。則知ル可シ刑法改正案カ罪ノ分類ヲ爲セシハ一方ニ於テハ法典トシテ體裁ヲ失シ一方ニ於テハ實質上害ヲ遺スコトナ。況ンヤ其採用セル主義必シモ間然ス可キ點ナキモノニ非ス。殊ニ住居ヲ侵ス罪、秘密ヲ侵ス罪、猥褻ノ罪、禮拜所及墳墓ニ關スル罪、又先キニ擧タル罪人藏匿及證據湮滅ノ罪ノ如キハ刑法組織ノ上ニ於テモ常ニ爭論アル處ナルニ於テナヤ。

## 第二章　用語上ノ觀察

文字ハ法律ノ根本タリ。故ニ法律ハ最其用語ヲ愼シムコトヲ要ス。殊ニ刑法ニ於テ然リトス。一字一句ハ實ニ罪ノ有無ヲ分ツ所以ナリ。刑法ハ最モ其用語ノ愼重ニシテ文字ノ精確ナランコトヲ要ス。而シテ余輩ハ此點ニ於テ又改正案カ果シテ成功セルヤ否ヤヲ疑フモノナリ。然レトモ余輩カ刑法改正案ニ付キ之ヲ論スルカ爲ニ他ノ法典ハ用語精確ナリ非難ス可キ點ナシト云フモノト見ルナキヲ要ス。後ニ陳フル[惡意]ナル善言語ノ用法ヨリ見ルモ如何ニ我民法商法等カ用語ノ上ニ於テ精確ヲ欠クヤヲ知ル可シ。其他用語上ノ非難ヲ云ハヽ民法商法ヲ以テ最モ多シトス。刑法案ハ此等法典ニ比セハ比較的成功セルモノナル可シ。今余輩ハ茲ニ刑法改正案サヘ尙其用語ノ點ニ於テ完全ナラサルモノアルヲ示サントスルナリ。

余輩ハ先ツ刑法カ一般ニ用ヒタル文字ニ付キ論シ次ニ各條ニ付キ觀察セントス。

## 第一節　一般ノ用語ニ就キ

第一　「對スル罪」「關スル罪」「侵スル罪」「害スル罪」「妨害スル罪」

刑法改正案ハ直ニ其罪ヲ名指シ所々ノ罪ト云フ外其罪ノ命名ニ於テ五種ノ區別ヲ認ム是刑法改正案ノ目錄ヲ讀ストキハ明瞭ナリ。對シ。關シ。侵シ。害シ。妨害スルトハ如何ナル區別アルカ。

刑法改正案カ執リタル侵害サル可キ法律利益ニ依リ罪ヲ分類セントスルナラハ凡テノ罪ハ何々ヲ侵スル罪ト云フカ又ハ何々ヲ害スル罪トカ云フヲ正當トス。若侵シ又ハ害スト云フハ一般ノ場合ニハ可ナルモ其侵害ノ行爲ヲ以テ罪名トスルトキ例之外患ニ關スル罪ト云フカ如キ場合ニハ使用ス可ラスト云ハヽ然ラハ凡テ之ヲ「關スル罪」ト云ハヽ可ナルニ非スヤ。關スルハ關スルナリ。如何ナル場合ニモ關セサル罪ナシ。然リ關スルトハ甚タ曖昧ナリ如何ナル點ニ關スルヤ明ナラス。然レトモ刑法改正案ハ或場合ニハ關スル罪ト云フテ滿足スルニ非スヤ。然ラハ他ノ場合ニハ何故ニ非ナルヤ。己ニ外患ニ關スル罪ト云フ。何故ニ財産ニ關スル罪ニテハ不可ナルヤ。何故ニ公權ニ關スル罪ト云ヒ自由ニ對スル罪ト云フカ。自由ニ關スル罪ニテハ何カ故ニ不可ナルカ。余輩ハ必シモ如斯ク區別スルヲ非ナリト爲スモノニ非ス。然レトモ其區別ヲ認ムル以上ハ或主義ナルヲ要ス。若何等ノ主義ナシト云ハヽ可成同一ノ言語ヲ使用スルコト用語ノ當ヲ得タルモノニ非ルカ。

先皇室ニ對スル罪」ハ或ハ可ナラン。然レトモ皇室ニ關スル罪ト云フモ敢テ不可ナシ「內亂ニ關スル罪」「外患ニ關スル罪」ハ毫モ關スル所ナシ。內亂ノ罪、外患ノ罪ト云フヲ正當トス。蓋此場合ニハ內亂、外患ハ行爲ナレハナリ。賊盜ニ關スル罪ト云ハヽ可笑ニ非スヤ。又表題ニハ必ス關スルトカ何トカアルコトヲ要ストセハ第十章「瀆職ノ罪」ト云フハ如何。次ニ「國交ニ關スル罪」ト云フハ國交ハ事項ナルカ故ニ關スル罪ト云フモ可ナリ。然レトモ害スル罪ト云フモ尙可ナリ。

「公權ニ關スル罪」ハ公權ニ對スル罪又ハ公權ヲ害スル罪又ハ公權ヲ侵ス罪ト云フ方至當ナラン。「公務ノ執行ヲ妨害スル罪」妨害ナル文字ハ第六章第四節ニモアリ。他ト同シク害スルニテハ不可ナルニヤ。

「靜謐ヲ害スル罪」ト云ヒ「衛生ニ關スル罪」ト云フ。如何ナル區別アリヤ。

「生命及身體ヲ害スル罪」ト云フテハ何カ故ニ不可ナルヤ。其他自由名譽財産ノ如キハ之ヲ害スル罪ト云フコト却テ至當ナランカ。

要之少シク文字ノ用法ヲ謹メハ大ニ之ヲ歸一スルコトヲ得ルト信ス。若觀念ノ上ニ於テ差違ナカランカ文字モ亦同一ナルコトヲ要ス。

第二　「法律」「法令」

「法律」ナル文字ハ最モ屢用ヒラル。是刑法ニ限ラス凡テノ法律殊ニ命令ヲモ之ヲ含ムモノナル可シ。何者命令ニモ或罰則ヲ附スルハ常ニ見ル所ナレハナリ。憲法上法律ナル文字ニ確固タル主義アルニ拘ラス。他ノ意義ニ於テ法律ナル文字ヲ使用スルコト已ニ不當ナリト雖是凡テノ法律カ已ニ用ユル所ナルカ故ニ暫ク之ヲ恕スヘシ。

然レトモ或場合ニハ法律ト云ヒ或場合ニハ法令(第八條四十五條)ト云フハ如何ナル理由ニ依ルカ。是民法商法ニ付テモ生ス可キ非難ナリ。已ニ法律カ凡テノ法ヲ含ムナラハ法令ト云フノ要ナク。又法律ニテハ狹キニ失スルナラハ凡テノ法ヲ含ム可キ場合ニハ必ス之ヲ法令ト云ハサル可ラサルニ非スヤ。如斯ク之ヲ區別シテ用ユルトキハ其間意義ノ差違ナキヲ得サルニ至ル可シ。改正案ハ果シテ法律ト云フト法令トハ意義異ナルモノトセルカ。尚四十五條ノ法令ニ付キテハ後ニ至リ之ヲ論セン。

第三　「物」「物件」「物品」「動産」「不動産」「器具」「械具」

改正案ハ物ヲ指スニ或場合ニハ之ヲ物ト云ヘリ(一二八、一二九、一三〇、一三三、一三六、一四〇、一四三、一六九、二九九、三〇〇)。物トハ民法上一定ノ意義ヲ有スル文字ナルカ故ニ(民八五)民法ニ所謂物ヲ意味スル場合ニハ之ヲ「物」ト云フヲ正當トス。

而シテ民法上ハ物ヲ分チテ動産不動産ト爲スカ故ニ(民八六)改法案カ或ハ動産ト云ヒ(二七三、二七七、二八一、二八六、二九一)或ハ動産又ハ不動産ト云フ(例之二八九、二九〇)ハ是亦言語ノ正當ノ用法ナリ。

然ルニ改正案ハ或場合ニハ「物件」ト云フ(二五、二六、九七、九八、九九、一三四、一四一、一五二、二二一、二二二等)。物件トハ何ヲ云フカ。是余輩ノ解スル能ハサル處ナリ。我私法上物件ナル觀念ナシ。物ナル觀念ハ私法上ノ觀念ナルカ故ニ私法ニ從ハサル可ラ

ス。然ルニ私法上物件ナル觀念ナシ。余輩ハ此物件ナル文字カ如何ナル意義ヲ有スル可キヤハ後ニ第二十五條ヲ論スルトキニ詳述ス可シ。而シテ余輩ハ終ニ其物件ト物トカ異ナル點ヲ發見スル能ハサルナリ。若果シテ然ラハ改正案ハ何ニカ故ニ物ト云ハサルカ。已ニ或場合ニハ物ト云ヒテ可ナリトシ而シテ或場合ニハ物件ト云ハサル可ラサルノ要アルカ。若物件ナル文字ヲ用ユルノ必要アリトセハ如何ナル意義ヲ之ニ附セントスルカ。結局物ト云フニ歸スルニ非スヤ。然リ後ニ云フカ如ク我國法モ已ニ他ノ法律ニ物件ナル文字ヲ用ヒタルコトアリ。然レトモ今ヤ民法カ物ナル觀念ヲ一定セリ。若物件トハ物ヲ云フモノタラハ必ス之ニ從ハサル可ラス。而シテ物件ハ物ナル意義ニ過キサルコトハ後ニ至リ之ヲ論スヘシ。

次ニ又改正案ハ「物品」ト云ヘリ(例之一三七、二〇四、二一四等)。物品トハ何ヲ云フカ。是亦余輩カ知ラサル觀念ナリ。察スルニ動産ト云フト同義ナルヘシ。唯動産ト云フトキハ文章ヲ爲サヽルカ故ニ之ヲ物品ト云ヘルモノナルヘシ。然ラハ何ソ簡單ニ之ヲ物ト云ハサル。改正案ハ動産ノミヲ含ムヘキ場合ニモ已ニ之ヲ物ト云ヘリ。第百六十九條ノ如キ其例ナリ。余輩ハ必シモ改正案カ物品ト云フ文字ヲ動産ノ意義ニ用ヒタルヲ非トスルモノニ非ス。唯然レトモ若之ヲ如斯ニ用ユルナラハ少クトモ物ト云フテハ廣キニ過キ、然レトモ動産ナル文字ヲ用ユルニ適セサル凡テノ場合ニハ之ヲ「物品」ト云ハサルヘカラス。余輩ハ改正案カ用ヒタル物品ノ意義ヨリ云ヘハ第百六十九條ノ如キハ最モ之ヲ用ユルニ適スル場合ナルコトヲ信ス。然ルニ改正案ハ玆ニ出テス。或場合ニハ「物」ト云ヒテ凡テノ物ヲ含マシメ、或場合ニハ「物」ト云ヒテ動産ニ限リ、或場合ニハ特ニ之ヲ「動産」ト云ヒ、又或場合ニハ之ヲ「物品」ト云フ用語ノ當ヲ得タルモノトスルコトヲ得ルカ。況ンヤ其法律ノ刑法タルニ於テヤ。

尙改正案ハ「器具」ナル文字ヲ用ユ(一一七、一六一、一六二等)又「械具」ナル文字ヲ用ユ(一一六)。余輩ハ同シク物ナルニ種々ナル文字ヲ用ユルヲ可ナリトセス。若此等ノ場合ニハ物ト云フテ不可ナラハ幸ニ已ニ「物品」ナル文字ヲ用ヒタルニ非スヤ。「物品」ト云ヒテ何ニカ故ニ不可ナルヤ。若必ス器械又ハ器具タルノ觀念ヲ示スノ要アリトセハ(余輩ハ必シモ然リト認メス)余輩ハ必スシモ器具ト云フテ不可ナリトセサルヘシ。然レトモ「器具」ト「械具」トヲ區別スルハ餘リ贅澤ニ過クルニ非ルカ。近世ノ法律ハ美文ヲ圖ハスモノニアラス。觀念ノ精確ナルコトヲ要ス。假令ヒ文章ニ少シク缺

クル所アルモ用語ノ精確ニシテ適用ノ誤ナキヲ期スルヲ可ナリトス。而カモ改正案ハ此文章ノ妥當ナルノ點ニ於テモ必シモ成功セルモノニ非ス。是余輩カ後ニ述フル所ニ依リ明ナルヘシ。

## 第四　[人][他人][第三者]

改正案ハ己ニ物ナル根本的觀念ニ於テ用語ノ正ヲ得ス。人ナル根本的觀念ニ於テモ亦同一誤謬ニ陷レリ。改正案カ人ト云フ文字ヲ用ユル場合凡ソ五十條アリ。而シテ(一)或ハ之ヲ人類(Homo)ナル義ニ用ヒタリ(七三、一二七、一二八、一三九、一四六、一四八、一四九、一六六、一六八、一六九、二〇九、二二五、二二七、二二八、二三四、二三五、二三八、二四〇、二四二、乃至二四八、二五六、二五八、乃至二六〇、第十二章、第三節、二六四、二六五、二六七、二七八)(二)或ハ之ヲ權利ノ主體(Persona)ノ義ニ用ヒタリ(例之一三八、一五八、二二四、二七〇、二七一、二九一、二九七、二九八)。則此場合ニハ明ニ人ト云フハ人類ノ外法人ヲモ含ムモノトセサル可ラス。尙第一五三條二〇一條ノ如キモ刑法上法人モ犯罪者タルヤ否ヤノ問題ノ決定如何ニ依リテハ此場合ニ入ルヘシ。(三)或ハ之ヲ他人ノ意義ニ用ヒタリ(例之二七三、二七七、二七八、二八一、二八三)其他(二)ニ屬スヘキ場合ニハ必ス自己以外ノ權利主體ヲ指スモノトセサル可ラス。

余輩ハ改正案カ人ナル文字ヲ如斯ク種々ナル意義ニ用ヒタルヲ以テ獨リ改正案ノ罪ト爲サス。現行刑法亦然リ。況ンヤ此ニ至ル所以ハ元來我國語上[人]ナル文字ハ種々ナル意義ヲ有スルニ基因スルニ於テヲヤ。然レトモ唯余輩カ遺憾トスル所ハ我國法カ其一タヒ定メタル意義ヲ確守セサルニ在リ。民法ハ云ハスヤ。第一編總則第一章[人]ト。則民法ハ明ニ[人]ナル文字ヲ人類則自然人ニ限リ之ヲ法人ト相對セリ。則民法カ自ラ與ヘタル定義ニ依レハ我國法上單ニ[人]ト云フトキハ必ス之ヲ自然人ニ限リ法人ヲ含マサルモノトセサルヲ得ス、余輩ハ民法ノ此定義ヲ以テ必シモ其當ヲ得タルモノト云ハス。又我國凡テノ法律殊ニ民法自身モ此用法ヲ確守セリト云ハス。然レトモ兎ニ角我民法ノ定義ハ如斯シ。從テ[人]ナル文字ヲ用ユル場合ニハ必ス此用法ニ從フテ正當トセサル可ラス。已ニ國法カ自ラ立法的定義ヲ下スアルニ拘ラス他ノ國法カ之ニ從ハサルトキハ內部ノ理由ノ如何ニ拘ラス余輩ハ其當ヲ失スルモノタルヲ責ムルニ躊躇セサルナリ。

然レトモ余輩ハ素ヨリ一事ヲ前定セリ。則余輩カ先キニ擧タル(二)ニ屬スヘキ場

合ハ法人ヲ含ム可キコトヲ前定セリ。改正案ハ或ハ曰ハン。否改正案ハ凡テ「人」トハ之ヲ人類ノ意義則民法ノ定義ノ通リニ之ヲ用ヒタリ。余輩ハ Gierke（ギーアケー）ノ團體法ノ著書出テヽヨリ獨逸刑法學ニ於テ一部ノ有力家カ主張シ(例之 Merkel, Liszt 等)然レトモ通說ハ尙之ニ反對スル(gantka, Lilienthal, Olshausen)法人モ亦犯罪ノ主體タリ得可シトスルノ說ノ當レルヤ否ヤハ暫ク之ヲ置ク。唯法人ハ擬別ナルカ故ニ犯罪ノ主體タル能ハストスルノ見解ハ(岡田氏刑法論一卷一一三頁)凡ソ五六十年前 Savigny（サビニー）カ伯林大學ノ敎授タリシ時代ノ法人說ニ從フニ非ルヨリハ理由トスルニ足ラス。又我民法上ノ議論トシテ我民法ハ理論ノ是非ヲ問ハス法人ノ理事其他ノ代表者ハ法人ノ代理人タリ法人ノ機關ニ非ストスルノ說ヲ取リタルカ故ニ法人ハ犯罪ノ主體タル能ハストスルノ說適當ナルコトヲ信ス。何者若理事等カ法人ノ機關ナラハ恰モ口カ言ヲ發シ手カ人ヲ打ツモ吾人ノ犯罪ト爲スコトヲ得ルカ如ク機關ノ犯罪ハ法人ノ犯罪タリト云フコトヲ得サルニ非スト雖モ已ニ理事等カ代理人ナリト認ムル以上ハ代理ハ法律行爲ニ限ルカ故ニ不法行爲又ハ犯罪行爲ノ代理アルコトヲ得ス。從テ理事等ノ不法行爲、犯罪行爲ハ之ヲ法人ノ行爲トシテ認ムルコトヲ得ス。唯特別ノ規定(例之民四四)ニ依リ法人ヲシテ民事又ハ刑事ノ制裁ヲ受ケシムルコトヲ得ルニ過キサレハナリ。然リ法人ハ犯罪行爲ノ主體タルコト能ハストスルノ說ハ或ハ當ヲ得タルモノナラン。然レトモ假ニ此說ヲ許ストスルモ法人カ犯罪ノ容體タルコトヲ得可キハ何人モ爭ハサルナリ。法人ト雖モ財產權ヲ有ス名譽權ヲ有ス姓名權ヲ有ス(Regelsberger, Pand, 320)從テ法人ニ屬スル財產ト雖トモ之ヲ奪去スレハ竊盜タリ。又其名譽ヲ侵セハ侮辱タリ。又其姓名ヲ僞リ文書ヲ作レハ文書僞造タル可シ。是改正案モ認メサルヲ得サル可シ。果シテ然ラハ第百三十八條ニ「人ノ財產」ト云フ中ニハ法人ノ財產モ之ヲ含ミ第百五十八條ノ「人ノ秘密」ト云フハ法人ノ秘密モ之ヲ含ミ第二百二十四條ノ「人ヲシテ義務ナキコトヲ行ハシメ」ト云フ中ニハ法人モ之ヲ含ミ(同一理由ニ依リ二百六十條ニ百六十一條ノ人モ法人ヲ含ムモノトスルコトヲ得ンヤ)第二百七十條、二百七十一條ノ「人ノ名譽又ハ侮辱」ハ法人ノ名譽又ハ侮辱ヲ含ミ尙又第二百七十三條ハ法人ノ動產ヲ含ミ第二百五十七條ノ「人ノ文書」ト云フ中ニハ法人ノ文書モ之ヲ含ミ、更ニ第二百九十八條ノ「人ノ建造物、又ハ船舶」ハ法人ノ所有ニ係ルモノヲ含ムヤ明ナリ、尙人ト云ヒ

法人ヲ合ムモノトセサル可ラサル場合少カラサル可シ。依之觀是刑法改正案ハ或場合ニハ人ヲ人類ノ意義ニ用ヒス權利主義ノ意義ニ用ヒ。從テ民法上定リタル人ナル文字ヲ不當ニ使用セルノ非難ハ到底之ヲ免ル能ハサル可シ。

成程右等ノ場合ニ「人」ト云フ文字ニ代ル可キ適當ナル文字ヲ使用スルコトハ甚タ困難ナル可シ。然レトモ余輩ノ信スル所ニ依レハ多クハ「人」ナル文字ハ右等ノ場合ニ不用ナリ。人ト云ハサルモ明ナリ。且若シ眞ニ「人」ナル文字ヲ用ヰサル可ラサル場合ヲ生シ然カモ他ニ代ハラサル可キ文字ナキ場合アラハ是民法ノ立法的定義カ誤リナリ。刑法改正案起草者ハ何故ニ其本ニ反リ民法ノ改正ヲ爲サヽル。

人ヲ或ハ人類或ハ權利ノ主體ニ用ヒタルハ尙可ナリ、人ト云ヒテ或ハ他人ヲ示スノ意義ヲ有シ然カモ此意義ニ於ケル「人」ト「他人」ト云フ文字トヲ混用セルハ怨ス可ラス、是實ニ現行刑法ニモ用ユル所ナリ然レトモ現行刑法ハ惡シキカ故ニ之ヲ改正スルニ非スヤ、現行刑法ハ之ヲ用ヒタルカ故ニ改正案モ亦之ヲ用ユト云ハヽ現行刑法ニハ如斯キ規定アルカ故ニ改正案モ亦斯ク規定スト云ヒ結局改正ヲ爲サヽルコト至當ナル可シ現行刑法カ「人」ノ用法ヲ誤ルナラハ改正案ハ是ヲ之レ改正ス可シ殊ニ余輩ハ改正案カ特ニ「人」ナル文字ヲ用ヒタルハ其他人ナルコトヲ示サントスルノ意思ニ出タルコト多キヲ信ス、他人ヲ人ト云フハ我邦ノ言語ナリ。故ニ此用法ハ必シモ咎ムヘキニ非ス。然レトモ同一文字ニ然カモ刑法ニ於テ種々ナル意義ヲ有セシムルハ少クモ用語ノ正ヲ得タルモノニ非ス。況ンヤ往々ハ特ニ「他人」ナル文字ヲ用ヒ然カモ余輩ノ見ル所ヲ以テスレハ改正案カ人ニ他人ノ意義ヲ與ヘタル條文ハ之ヲ「他人」ト云フモ毫モ其文章又ハ用語ニ害ナキノミナラス却テ其明瞭ナルノ點ニ於テ利益アルニ於テオヤ。一例ヲ擧レハ第二百七十三條ニハ「人」ト云ヒ而シテ第八十二條百十三條ニハ之ヲ「他人」ト云フハ如何ナル必要ヲ感セルカ

余輩カ已ニ論セルカ如ク「人」ト「他人」ナル文字ヲ混用セルコト已ニ罪アリ然レトモ「他人」ト云フ文字ト「第三者」ト云フ文字ヲ混用スルニ至リテハ益其罪ノ深キヲ認ム。見ヨヤ第百三十三條百八十二條百九十三條二百三十二條二百八十六條二百八十九條二百九十條等ニ於テハ「他人」ト云ヘリ然ルニ第二百八十二條ニ於テハ「第三者」ト云ヘリ。成程第二百八十二條ニ於テハ他人以外ノ他人ヲ指ス必要アリ語ニ窮

シテ第三者ト云ヒタルモノナル可シ。然レトモ余輩ハ第二百八十二條ハ議論ノ種子ト成ルヘキコトヲ信ス。何者改正案ハ「他人」ト云ヒテ自己以外ノ者ヲ指スコトヲ確定セリ。然ラハ「第三者」ハ他人以外ノ他人ナラサル可ラス。數多ノ場合ニハ誤謬ヲ生スルコトナシ。然レトモ或場合ニハ他人ナルコトハ疑ナキモ第三者ナルヤ否ヤ疑ナキ能ハサル場合アリ。二三ノ例ヲ示セハ明ナル可シ。共同契約者ノ一人ト他ノ共同契約者トハ他人ナレトモ第三者ナルヤ否ヤ其連帶債務者ノ一人ト他ノ連帶債務者トハ他人ナレトモ第三者ナルヤ否ヤ。代理人ト復代理人トハ他人ナレトモ第三者ナルヤ否ヤ。會合(法人ニ非ル)ノ一人ト他人ノ會員トハ他人ナレトモ第三者ナルヤ否ヤ。社團法人又ハ商事會社ノ一社員ト他ノ社員トハ他人ナレトモ第三者ナルヤ否ヤ。而シテ此終ノ三ツノ場合ハ直接ニ第二百八十二條ノ適用ニ關シ問題ヲ生ス可シ。改正案起草者ハ之ヲ知ル可シ。民法第四十五條二項ハ法人ノ設立ハ之ヲ登記スルニ非レハ之ヲ以テ他人ニ對抗スルヲ得スト規定セルニ商法第四十五條(丁度同數ノ條ナルモ何ニカノ緣固ナル可シ)ハ會社ノ設立ハ登記ヲ爲スニ非レハ第三者ニ對抗スルヲ得スト規定セシヨリ私法上ニ於テハ此二ツノ規定カ適用ヲ異ニスルヤ否ヤニ付異議ヲ生シ。或ハ商法四十五條ハ第三者ト云フカ故ニ社員ニ對シテハ登記ナキモ對抗シ得可シト爲シ或ハ否民法四十五條ト同一ナリトス。其他第三者又ハ他人ト云フノ範圍ニ付キ疑ヲ生スルハ私法上其例極メテ多シ。刑法改正案モ亦他人ト第三者トヲ區別セリ。余輩カ先キニ述タル杞憂ハ決シテ杞憂ニ非ルコトヲ信ス。第二百八十二條ハ復代理人カ代理人ノ利益ニ因ル場合、會ノ事務ヲ處理スル會員カ他ノ會員ノ利益ヲ圖ル場合ニハ適用ナシトスルノ論ヲ生セサルコトナキヲ保センヤ。余輩ハ改正案ノ主者ノ然ラサルコトヲ信ス。然レトモ「他人」ナル文字ト「第三者」ナル文字ノ比較上又以上ノ議論カ多少ノ勢力ヲ有セサルコトヲ保センヤ。況ンヤ合名會社ノ場合ニハ我商法ハ之ヲ法人トセルモ是多數ノ學說ノ許サヽル處ニシテ而シテ事實ノ上ニ於テ此場合ニハ法人ノ財產ト社員ノ財產トハ之ヲ區別スルコト能ハス。故ニ其事務ヲ處理スル社員ハ法人ノ事務ヲ處理スルトハ云フモノヽ實ハ他ノ社員ノ事務ヲ處理スルモノナリ。從テ他ノ社員ハ皆第二百八十二條ノ所謂他人ノ事務ヲ處理スル他人ノ中ニ入リ第三者中ニ入ラサルニ至ル。是殊ニ法人格ナキ會合及組合ノ場合ニハ爭フ可ラサル所ナリトス。然レト

刑法改正案モ如斯キ社員カ他ノ社員ノ利益ヲ圖ル場合ハ第二百八十二條ニ入ラサルノ主旨ニハアラサル可シ。而シテ此等ノ場合ハ必シモ第二百八十九條ノ場合ニハ入ラサルナリ。以上ノ疑義ハ已ニ他人ト云フニ付キテモ生セサルニ非ス。然レトモ改正案カ他人ト第三者トヲ區別セルヨリシテ一層其疑義ノ度ヲ高ムルコトハ爭ハレサル所ナリ。余輩ハ此點ニ於テ改正案カ他人ト第三者ナル文字ヲ別々ニ使用セルハ用語ノ上ニ於テ成功セルモノニ非ルコトヲ信ス



第五　「不法ニ」「故ナク」「不正ニ」

改正案ハ刑法學ノ一般ノ結果ヲ認メ犯罪タルニハ其行爲カ違法ナルコト則法律ノ許容セサル行爲(權利ナキ行爲)ナルコトヲ要スルハ云フヲ俟タス。犯罪ナル觀念違法行爲ナル觀念ヨリ當然生ス可キ條件トシテ一般ノ場合ニハ之ヲ云フヲ要セスト認メタリ。是素ヨリ至當ノコトト云ハサル可ラス。然ルニ改正案ハ或場合ニハ之ニ拘ハラス違法ノ條件ヲ明示セリ。余輩ハ其之ヲ特ニ擧示セル場合ニ付キ二個ノ疑問ヲ有ス。

第一ニ此違法タルコトノ條件ハ單ニ其行爲カ法律ノ許サヽルモノ則權利ナキモノタルコトヲ要スルノ意カ「不法ニ」ト云ヒ「故ナク」ト云ヒ「不正ニ」ト云フハ一般違法ノ條件ニ過キス。只特ニ其場合ニハ之ヲ擧示スルノ必要アリト認メタルニ過キサルカ。若然ラハ是蛇足ニ非スヤ。

第二ニ然ラハ或ハ「不法ニ」「故ナク」「不正ニ」ト云フハ單ニ其行爲カ違法ナルノ條件ヲ示スニ非ス。意思ニ關シ、則此場合ニハ特ニ違法ナルコトノ自覺アルヲ要スルノ主旨ナルカ。例之第二百七十四條二項ノ場合ニ「不法ニ」財産上ノ利益ヲ得ト云フハ其利益ヲ得ルノ行爲カ權利ナキコトヲ要スルノミナラス尙犯罪者ハ其權利ナキコトヲ知ルヲ要スルモノカ。從テ權利ナキ行爲ナレトモ其不正ナルコトヲ知ラサル場合權利アリト誤信セル場合ハ犯罪成立セスト爲スモノナルカ。又第百五十三條ニ所謂「故ナク」人ノ住居ニ侵入ント云フハ又單ニ權利ナキノミナラス權利ナキコトヲ知ルコトヲ要スルモノカ。又第百七十九條ニ「不正ニ」文書ヲ僞造シト云フモ不正ノ自覺アルコトヲ必要トスルノ意義ナルカ。其所謂「不法ニ」「故ナク」「不正ニ」ナル文字カ常ニ或行爲ニ繫ルヨリ見レハ是意思ニ關スル條件ニ非ストセサルヲ得サルカ如シ。且若之ヲ意思ニ繫ラシムルモノナラハ改正案ノ用語ハ不當ナリ。毫モ其

主旨ヲ認ムルコト能ハサルハナリ。只若單ニ違法ナルノ條件ヲ示スニ過キサルモノナラハ改正案起草者モ亦其蛇足タルコトヲ知ル可キカ故ニ特ニ此等ノ場合ニ限リ此等違法ノ條件ヲ掲クルノ要ナク。然カモ條件ヲ擧クル場合ノ犯罪ハ單ニ權利ナクシテ之ヲ爲スモ必シモ罰ス可キ必要ナク唯其違法ナルヲ知ルニ拘ラス之ヲ爲シタル場合ノミニ行爲ノ可罰的性質ヲ生スルモノ多キヲ見レハ余輩ハ改正案ハ此條件ヲ擧クルニ依リ一般ノ場合ニ對スル例外タリ、則特ニ違法ナルコトノ自覺ヲ要スルコトヲ示スノ主旨ナリト見ルノ適當ナルヲ信ス(尙一般ノ場合ニ違法ノ自覺ヲ要セサルコトハ後段)。改正案ハ恐ク Lucas (Solzeefive Verschuldung) 等ノ學說ヲ認メ凡テノ場合ニ例外ナク違法ノ條件ヲ必要トセサルコトヲ認メタルモノニハ非ル可シ。果シテ余輩カ云フカ如クナラハ其主旨ニ於テハ素ヨリ正當ナリト雖トモ用語ノ點ニ於テ誤レリ。「故ナク」『不法ニ』『不正ニ』ト云フハ毫モ其精神的要素ヲ示サヽルニ非スヤ。

否之ニ止ラス。余輩カ尙問ハントスル所ハ同シク是違法ノ自覺ニ過キサルニ非スヤ。然ルニ何ニカ故ニ場合ニ從ヒ其用語ヲ異ニセルカ。成程或場合ニハ多少一ノ言語ヲ用ユルヨリハ他ノ言語ヲ用ユルコト文章ノ體裁上且其直接ノ意義ノ上ニ於テ適當ナルコトアル可シ。然レトモ其言語ヲ異ニスレハ其意義ヲ異ニスルモノナリトノ推定ハ容易ニ之ヲ生ス。然ルニ余輩ノ見ル所ヲ以テスレハ毫モ、少クトモ刑法上ノ意義ニ於テハ毫モ其間ニ差違アルコトヲ發見セス。改正案ハ第百五十三條第百五十四條第百五十七條第二百五十七條等ニ於テ「故ナク」ト云ヒ其第百七十九條第百八十條第百八十一條第百八十二條第百九十條乃至第百九十三條第二百五十八條等ニ於テ「不正ニ」ト云ヒ。尙又其第二百七十四條第二百八十條第二百八十一條第二百八十三條等ニ於テ「不法ニ」ト云フニ付キ如何ナル差違ヲ認メタルカ。靜謐ヲ犯ス罪及老幼及疾病ノ保護ヲ缺クノ罪ニ在リテハ「故ナキ」ヲ要シ。信用ヲ害スル罪又自由ニ對スル罪ニ在リテハ「不正ナルコト」ヲ要シ。而シテ財產ニ對スル罪ニ在リテハ凡テ「不法ナルコト」ヲ要スルハ抑モ亦奇ナラスヤ。改正案ハ之ヲシモ尙其用語ノ當ヲ得タルモノト爲スカ。

第六 「不實、虛僞、詐僞」

余輩ノ信スル所ニ依レハ眞ハ眞ナリ。眞ニ非ルモノハ僞ナリ。眞ハ一ナルカ如ク

僞モ又一ナリ。而シテ僞ニ性質ノ差違ナク程度ノ差ナシ。然ルニ改正案ハ先[不實]ト云フト[虛僞]ト云フトヲ區別セリ。第百八十三條第百八十五條第二百一條等ニハ之ヲ[不實]ト云ヘリ。第百九十七條第百九十九條等ニハ[虛僞]ト云ヘリ。然リ[不實]ト云ヘハ實ナラサルモノナルカ故ニ何ニカ其實ナルモノ存セサル可ラス。則白ヲ黑ト云フトキハ不實ナリ。虛僞ハ虛ナルカ故ニ何ニモ存セサルコトヲ得。故ニ無ヲ有ト云フトキハ虛僞ナル可シ。然レトモ刑法上此二ツヲ區別スルノ必要アルカ。否刑法改正案ハ其觀念上ノ區別ニ依リ適用ヲ異ニス可シト爲セルカ。余輩ノ見ル所ヲ以テスレハ改正案ハ此主旨ニ非ス。其ニ僞ト云フ外ニハ其意義ナシ。然ラハ何ソ一ニ[虛僞]ト云ヒ一ニ[不實]ト云フカ。其ニ僞ナラハ同一文字ヲ使用スルヲ正當トス。文字ノ差異ハ意義ノ異ナルコトヲ推定セシムルコトハ余輩カ反覆論セル所ナリ。

次ニ刑法改正案ハ第百八十三條第百八十四條第百八十七條ニ於テハ[詐僞]ナル文字ヲ用ユ。詐僞ナル文字ハ我國ノ刑法上從來慣用セラレタル所ノ文字ナリ。民法上ニ於テハ[詐欺]ナル文字アリ(民九六)。[詐僞]ト[詐欺]トハ文字ヲ異ニスルカ故ニ其意義モ亦異ル所アル可シ。成程民法上[詐欺]ト云フハ必ス[詐欺]ニ因リテ相手方ヲシテ意思表示ナサシムルコトヲ要ス。則相手方ニ錯誤ヲ引起セシメ之レニ因リ意思ヲ決定表示セシメンカ爲ニ事實ノ虛僞ナル表示ヲ爲スヲ云フモノナルカ故ニ改正案カ用ヒタル[詐僞]トハ必スシモ同一ニ非ス。然レトモ余輩ハ已ニ文字ノ上ニ於テ果シテ如斯キ觀念ノ差違アルヤヲ疑フ。否余輩ハ我國法上已ニ一定ノ意義ヲ有スハ言語ノ僅カニ變シテ則欺僞ニ變シ以テ異リタル觀念ヲ附スルノ果シテ正當ナルヤヲ疑フ。況ンヤ民法上ニ於テハ[詐欺]ト[詐僞]トハ常ニ混合シテ之ヲ使用シ意義ノ差違ナシト爲セルニ於テヲヤ。

次ニ[詐僞]ト[虛僞]又ハ[不實]トハ又多少ノ差違アル可シ。則[詐]ナル文ノ差異アル可シ。然レトモ刑法上[詐]トハ如何ナル意義ヲ有スルカ。余輩ハ他人ヲシテ錯誤ニ陷ラシムルコトヲ企圖スト云フノ意義ヲ有スルモノト信ス。則若眞ニ詐僞ト云フト虛僞不實ト云フトハ刑法上觀念ノ差違アリトセハ余輩ハ詐僞タルニハ通常ノ故意ヲ以テ定マレリトセス必ス其行爲ニ依リテ生ス可キ結果(則相手方ニ錯誤ヲ生スルコト)ヲ目的トシ希望セルコトヲ要シ。虛僞不實ニハ故意則單ニ相手方ニ錯誤ヲ生ス可キコトヲ知レルヲ以テ定レリト信ス。然レトモ改正案ハ[詐僞]ト云フト[虛僞]

ト[不實]ト云フトノ間ニ此差違アルコトヲ認メタルカ。第百八十七條ノ場合ニ詐僞ノ裏書アルニハ裏書人カ其詐僞ニ依リ他人カ誤リテ支拂ヲ爲シ又ハ他人カ之ヲ眞實ト信スルノ結果ヲ生スルコトヲ企圖セルヲ要スルト爲スカ。若裏書人カ他人カ之ニ依リ誤ラレサルコトヲ希望セルニ拘ラス不實ノ裏書ヲ爲セルトキハ無罪ナルカ。余輩ハ其一般ノ關係ヨリ改正案ノ意義ノ然ラサルコトヲ信ス。何ヲ以テカ之ヲ云フ。乞フ第百八十三條ト第百八十四條トヲ比セヨ。兩條共ニ同一事實ナルニ關ラス第百八十三條ニハ[不實ノ記載]ト云ヒ第百八十四ニハ[詐僞ノ記載]ト云フニ非ス ヤ。余輩ハ此二條ノ間ニ不實ノ記載ハ詐僞ノ記載ト異ルモノアリト信スルコト能ハス。若改正案カ之ヲ區別セントスルノ主旨ナルモ余輩ハ世人ハ此區別ヲ認メサルコトヲ信ス。然ラハ詐僞トハ不實ニ過キス虛僞ニ過キス。只第百八十三條ニハ己ニ不實ナル文字アルカ爲ニ之ヲ詐僞ニ代ヱタルモノナリト見ルハ蓋余輩一已ノ見ニアラサル可シ。果シテ然ランカ。余輩ハ[不實][虛僞]ト區別シ改正案カ[詐僞]ナル文字ヲ使用セルハ用語ノ當ヲ得タルモノニ非スト云ハサル得ンヤ。

余輩ノ見ル所ヲ以テスレハ改正案カ民法上已ニ[詐欺]ナル文字ニ一定ノ意義アルニ拘ラス[詐僞]ナル文字ヲ他ノ意義ニ使用セルコト已ニ不當ナリ。次ニ意義ノ異ナキニ少クトモ意義ヲ異ニスルモノニ非スト認ム可キ場合ニ[詐僞]ト云ヒ[不實]ト云フ二ツノ異リタル文字ヲ使用スルハ第二ノ誤ナリ。而シテ終ニ改正案カ余輩刑法上ノ素人カ正サニ豫期セル通常詐僞取財ト稱スル罪ニ於テ恰モ此文字ヲ用ヒス。人ヲ[欺罔シテ動產ヲ騙取シ]ト云ヘリ。余輩ハ漢學者ニ非ス。[詐僞]ト云フト[欺罔]ト云ヒ[騙]ト云フト如何ナル字義上ノ差違アルカヲ知ラス。然レトモ刑法其他法律上ノ用語ハ必シモ漢學上ノ意義ニ依ル可ラス。而シテ余輩ハ少クトモ刑法上ノ意義ニ於テハ[詐僞]ト云フト[欺罔]ト云フトハ毫モ差違アルコトナシト信ス。第二百八十一條ニ[欺罔]ト云フハ恰モ民法上ニ所謂詐欺ニ外ナラス。只勿論其事實ヲ構成スルノ條件ニ付キテハ多少ノ差違アリ。刑法上ノ所謂詐僞取財則第二百八十一條ノ犯罪ニハ利益ヲ得ルノ目的(Gewinnabsicht)アルヲ要スルコト通說ナリト雖トモ民法上ノ詐欺ニハ之ヲ要セス。又刑法上ノ詐僞ニハ利益ヲ收得セルコトヲ要スルモ民法上ノ詐欺ニハ之ヲ要セサルハ差違ノ要點タリ。然レトモ大體ノ事實ニ於テハ同一ナリ。則刑法改正案カ同一事實ヲ示ス可キ[詐欺]ナル文字已ニ業ニ國法上認メラ

ルヽニ拘ラス之ヲ用ヒスシテ特ニ「欺罔」ト云フ文字ヲ用ヒタルハ立法組織上ノ當ヲ得タルモノニ非スト云ハサル可ラス、余輩ハ刑法改正案カ用ヒタル「詐僞」ナル文字ハ其用ヒタル所ニ於テハ却テ「虛僞」又ハ「不實」ト云フヲ適當トシ、其排斥セル第二百八十一條ニ於テハ却テ之ヲ用ユルコト甚タ妥當ナルヲ覺ユルナリ

## 第七　脅迫

刑法改正案ハ種々ナル場合ニ「脅迫」ナル文字ヲ用ヒタリ。例之一一一、二、一一六、一一八、一二四、一二五、一五三、二〇五、二〇六、二六〇、二六一等是ナリ。

脅迫ノ觀念モ亦詐僞ト同樣民法刑法ニ共通ナル觀念トス。唯此場合ニモ民法上脅迫ト云フハ脅迫ニ因リ他人ヲシテ法律行爲的又ハ不法行爲的意思表示ヲ爲サシムル場合ニ限ル。

然ルニ民法上ノ脅迫ハ又之ヲ民法第九十六條ニ規定シ之ヲ「强迫」ト云ヘリ。余輩ハ此點ニ於テハ「强迫」ト云フヨリハ「脅迫」ト云フノ至當ナルコトヲ信ス。然レトモ是亦國法ノ命スル所タリ。苟クモ國法ヲ尊重セントスル者ハ必ス之ニ從フコトヲ要ス。然ラハ又余輩ハ刑法カ脅迫ナル文字ヲ用ユルハ用語ノ正ヲ得タルモノニ非ス少クトモ民法ヲ改正セスシテ已ニ獨リ「脅迫」ト云ハントスルハ立法者ノ業ニ非ルコトヲ信ス。

然レトモ或ハ民法ハ「强迫」ト云ヒ刑法ハ「脅迫」ト云フ可キ理由アルカ。余輩少シク之ヲ說カン。余輩ノ見ル所ヲ以テスレ刑法上ノ「脅迫」ト民法上ノ「强迫」トカ異ル要點ハ凡ソ左ノ如シ。

(一) 强迫ノ手段　强迫ノ手段ハ共ニ心理的强迫ニシテ相手方ニ對スル物質的强迫制(Vis absoluta)ニ非ルコトヲ要スルノ點ニ於テハ民刑同一ナリ。然レトモ刑法ニ於テハ暴行ニ依ル脅迫ト强迫ニ依ル脅迫ヲ區別ス。故ニ(一)暴行ヲ他人ノ身體ニ加フト雖トモ物質的暴力ト爲ラサル場合(二)暴行ヲ第三者ニ加フル場合及(三)暴行ヲ物ニ加フル場合ニハ暴行ニ依ル脅迫アリトシ。所謂强迫ハ之ヲ毒惡ノ通知ノ場合ニ限ル(Olshausen § 240 nr. 4, Liszt, 367)。然ルニ私法上ニ於テハ强迫ヲ手段ニ依リテ區別セス。暴行ト云フハ之ヲ物質的暴力ノ場合ニ限リ。刑法上所謂暴行ニ依ル脅迫アル場合ハ是亦實惡ノ通知アル場合ニ過キス。從テ刑法家カ强迫ト云フト暴行ト云フ場合トヲ區別ス可キ理由ナシトス(獨リ草理由一卷二〇七丙)。則私法上ニ於テハ

脅迫ノ手段ニ依リ暴行ヲ加ヘテ爲ス脅迫危害ノ通知ニ依ル脅迫トノ區別ヲ認メス。然レトモ歸着スル所ハ一ナリ。刑法上脅迫ト爲ス場合ハ私法モ又强迫ト爲ス。故ニ此點ニ於テハ實際ノ差違ナシ。

(二) 通知サレタル害惡ノ程度　是民刑兩法ノ全ク異ル所ナリ。刑法上ニ於テハ如何ナル害惡ノ通知(又ハ暴行)ハ脅迫トナルヤハ一ニ主觀的ニ之ヲ決ス。刑法上ニ於テハ其害惡ノ程度ヲ問ハス。苟クモ被脅迫者ニシテ畏怖ヲ起シタル場合ニハ脅迫アリトス (Olshausen, a. a. O. nr 9)。私法ノ上ニ於テモ亦此說ヲ主張セルモノアリ (Demburg, Pard § 103)。然レトモ是通說ニ非ス。私法上ハ其强迫ハ必ス有力ナルモノニシテ各場合ノ事情ニ從ヒ人ノ意思ヲ强制スルニ足ルモノタルコトヲ要スト爲ス (Blume, Herungjahrb, Bd 38, 224fg, Endemaun, Lehrb. I 315)。蓋法律ハ少クトモ私法上ニ於テハ特別ニ怯懦ナル者ヲ保護スルノ必要ナケレハナリ。故ニ其强迫ハ有力ナルモノニ非レハ强迫ト爲ラス。

(三) 强迫ハ違法ナルコト　强迫ノ權利ヲ有シ强迫ヲ爲スモ强迫ニ非ルコトハ是又民刑法ノ一致スル所ナリ。唯强迫ハ如何ナル場合ニ違法ト爲ルヤハ各自見ル所ヲ異ニシ。(一)或ハ强迫ハ其手段ニシテ違法ナルトキハ違法ナリトシ(刑法上 Olshausen, Hälschner, Kronecker, Buri)。(二)或ハ强迫ハ其目的スル結果ニシテ違法ナルトキハ違法ト爲ルトス(刑法上 Iohn, Bsuck 私法上 Cosack, Blume)。(三)或ハ强迫ハ其手段又ハ其目的ニシテ違法ナルトキハ違法ナリトス(刑法上 Schwarze, Merkel Berner, Liszt 私法上 Plauck, Endemaun, Matthias Goreis)。而シテ刑法上ハ第一說ヲ通說トスル(Olshausen の 240 nr 11 參照)ニ反シ私法上ハ第三說ヲ通說トス(Blume, a. a. O 240 fg 參照)。余輩ハ刑法家カ第一說ヲ主張スルノ大ニ故ナキニ非サルコトヲ信スト雖トモ私法上ハ少クトモ第三說ヲ正トセサルヲ得ス。蓋强迫者ハ其得ントスル結果ニ對シ權利ヲ有シ且其手段ヲ用ユルノ權利ヲ有スルニ非レハ强制カ權利ヲ以テ爲サレタリト云フ能ハサレハナリ。

以上論スルカ如ク今日ノ法學ニ於テハ刑法上ノ强迫ト私法上ノ强迫トハ多少其見解ヲ異ニス。而シテ是亦各國條文ノ如何ニ歸スル點モ少シトセス。余輩ハ刑法ト私法トニ依リ强迫ノ觀念ノ異ル可キモノニ非スト信ス。少クトモ同一事實存スル場合ニハ判決ハ兩者一致ニ出テサル可ラス。然レトモ今日ニ於テ尙兩法ノ觀

念多少異ルコトハ事實ナリ。然レトモ亦其範圍、效果ノ多少異ルニ關ラス根本ハ同一ナリ。同一ナル觀念ニ過キストスルハ何人モ爭ハサル所ナル可シ(Liszt, Grenzgebiet go, Endemann, a. a. O. 315)。果シテ然カランカ改正案カ[脅迫]ト云フモノト民法カ[强迫]ト云フモノトハ同一物ヲ指スナリ。多少其範圍ヲ異ニスルトスルモ其文字ヲ異ニス可キ丈ノ差違アルコトナシ。文字異レハ異物ナリト見ルハ自然ノ結果ナリ。然ラハ今其異物ニ非ルコト明ナルニ於テハ文字モ亦同一ナラサル可ラス。已ニ我國法ハ或物ヲ指シテ[强迫]ト云ヘリ改正案ハ亦同物ヲ指スニ拘ラス特ニ之ヲ[脅迫]ト云フ。余輩ハ改正案カ用語ノ當ヲ得タルモノトスルコトヲ得ス。殊ニ詐欺强迫ノ如ク一方ニ於テ犯罪行爲タルハ同時ニ一方ニ於テハ私法上法律行爲ノ瑕疵ト爲リ又不法行爲ト爲ルモノニ在リテハ同一事件ニ於テ公訴及私訴トシテ現出スルコト少ナカラス。然ルニ公訴ニ在リテハ[欺罔]又ハ[脅迫]ト云ヒ私訴ニ於テハ[詐欺]又ハ[强迫]アリトスルハ果シテ立法上司法上適當ノ結果ナルカ。而シテ現今ノ儘ニテハ又此結果ヲ生セサルヲ得ス。刑法ハ[脅迫]ヲ認ムト雖トモ私法ニハ[脅迫]ナルモノナリ唯[强迫]アリ。故ニ公訴ノ判決ニハ必ス[脅迫]ト云ハサル可ラサルニ反シ私詐ノ判決ハ必ス[强迫]ト云ハサル可ラス。余輩之ヲ奇怪ナル現象ト云ハサルヲ得ンヤ。況ンヤ文字異ルヨリシテ刑法上ノ[欺罔]ト私法上ノ[詐欺]トハ別物ナリ。刑法ノ[脅迫]ハ私法ノ所謂[强迫]ニ非ス。則異ナル觀念ナリ別物ナリトスルノ見解ノ出テンコトハ決シテ一片ノ杞憂ニ非ス。所謂三百代言ニ好辭柄ヲ與ユルモノタルニ於テヲヤ。

乞フ余輩カ云フ所ヲ誤解スル勿レ。余輩ハ刑法ハ必ス民法ニ從フ可シト云フニ非ス。又詐僞强迫ノ何タルヤハ民法上之ヲ定ム可キモノナリト云フニ非ス。余輩ノ云ハントスル所ハ刑法改正案ハ我國法ニ從ハサル可ラスト云フニ在リ。我邦ニ於テハ民法商法先キニ成リ已ニ國法ヲ爲ス。今刑法ヲ改正スルトセンカ。其改正案ハ此已ニ成立セル國法ニ從ヒ其文字用語ヲ定ムルノ至當ナルコトヲ云フナリ。刑法ハ必ス民法ニ從フ可シト云フニ非ルナリ。若我國ニ於テ刑法先キニ成リ民法後ニ成ランカ。民法ハ刑法ノ用語、文字ニ從フヲ正當トス。實ニ獨逸ニ於テ此實例アリ。獨逸民法ハ刑法ノ先キニ存スルヲ以テヤ其同一觀念ヲ指ス場合ニハ一ニ皆刑法ニ從ヒ而シテ從來私法上慣用セル言語ヲ捨テヽ顧ミサリシ。是一國ノ立法トシテ適

當ノ處置ト云ハサル可ラス。

或ハ云ハン我國今尚現行刑法ノ存スルアリ。是亦國法タリ。改正案ハ之ニ從ヒタルナリト。或ハ然ラン(然レトモ余輩ハ改正案カ悉ク其用語ヲ襲ヘリト信セス)。然レトモ今其改正ヲ爲ス所以ハ舊刑法カ非ナルカ故ニ非スヤ。又民法商法ノ編纂セラルヤ當時已ニ刑法ノ後ニ改正セラル可キヲ察シ新ニ用語ヲ定ムルノ擧ニ出タルヤ明ナリ。然リ法律トシテハ民法商法モ現刑法モ同一效力ヲ有ス可シ。然レトモ少クトモ用語ノ點ニ於テハ民法商法ハ現刑法ヨリ一層大ナル效力ヲ有ス。刑法改正案カ刑法ニ反スルモ民法商法ノ用語ニ從フコト當然ニシテ又將來邦國立法ノ統一ヲ計ルノ點ニ於テ稗益スル所多カル可キコトハ何人モ疑ハサル所ナル可シ。

## 第二節　各條ノ用語ニ就キ

### 第一　第一條

[法律]ナル文字カ法令ト區別サレタルニヨリ不都合ヲ生ス可キコトハ已ニ論セリ。且余輩ノ見ル所ヲ以テスレハ本條以上數條ニ法律ト云フハ寧ロ刑法ト云フヲ可トス。改正案ハ罰ヲ定ムルコトハ刑法ニ限ラス又犯罪ニ適用セラル可キハ刑法ノミニ非スト云フノ主義ヨリ汎ク法律ト云フモノナル可シト雖トモ刑法以外ニ於テ如何ナル行爲ニ刑罰ヲ課スルヤハ刑法々典ニ於テ決ス可キ問題ニ非ス。又一ノ犯罪ニ如何ナル法律カ適用セラル可キヤ。例之第三條乃至第六條等ニ於テ所謂適用セラル可キ法律ハ刑法ノミニ非ル可シト雖トモ然カモ其如何ナル法律カ之ニ適用セラルヽヤハ其法律自身之ヲ決ス可シ。刑法々典ノ決ス可キ問題ニ非ス。刑法々典ハ刑法ノ規定ノ適用ヲ定ムルノ外權力ナシ。況ンヤ茲ニ所謂法例ハ刑法ノ法例タルニ於テヲヤ。若刑法改正案ノ此等ノ規定ハ凡テ刑罰ヲ課ス可キ行爲ニ對シ適用セラル可キ一切ノ法律ノ適用範圍ヲ定メントスルノ主旨ナラハ之ヲ刑法中ニ置ク可ラス。之ヲ刑法ノ法例ニ規定ス可ラサルノミナラス。之ヲ刑法ノ法例ニ規定スルニ於テハ其目的ヲ達スル能ハサルナリ。

### 第二　第三條

[帝國]ナル文字ハ改正案カ好テ用ユル所ナリ。[帝國內][帝國外]ト云ヒ、[帝國]ニ對シテ]ト云ヒ、[帝國臣民]ト云フ。余輩ハ之ヲ至當ト認メス。單ニ帝國ト云フノミニテハ日本帝國ノ意義ハ之ヲ包含セサルナリ。憲法ニ帝國議會等カ單ニ帝國ト云ヒテ日本

帝國ノ意義ト爲ルハ是其表題ニ大日本帝國憲法トアルカ故ナリ。外國ノ法律ニ於テモ往々帝國ト云ヒ王國ト云ヒ又ハ共和國ト云フハ其法律ノ表題カ獨逸帝國刑法ト云ヒ、白耳義王國商法ト云ヒ又ハ佛國人ノ民法等ト云フカ故ナリ。刑法々典カ已ヲ呼ンテ大日本帝國刑法ト云ハヽ其中ニ於テ單ニ帝國ト云フモ可ナリ。然レトモ其表題ハ單ニ刑法ト云フニ非スヤ。然ラハ單ニ帝國トノミニテハ何帝國ナルヤ明ナラサルナリ。此意義ニ帝國ヲ用ヒタルハ必シモ刑法改正案ノミニ非ス。他ノ法令ニモ之ヲ見サルニ非スト雖トモ皆非ナリ。若好ンテ帝國ナル文字ヲ用ヒハ必ス日本帝國ト云ハサル可ラス。殊ニ本條以下外國ニ對スル刑法ノ範圍ヲ定ムルノ條文ニ至リテハ殊ニ然リトス。又「帝國艦船」ト云フカ如キハ意義ヲ爲サス日本艦船ト云フ可シ。況ンヤ法律上我國ヲ指シテ何ト云フカニ付キ改正案カ必ス遵奉セサルヲ得サル法例及國籍法ニハ常ニ我國ヲ指シテ「日本」ト云フニ非スヤ。法例國籍法ニハ「日本」ト云ヒ刑法々例ニハ「帝國」ト云フハ權衡ヲ失スルニ非スヤ。改正案ハ何ソ進ンテ「大帝國」ト云ヒ「中華ノ國」ト云ハサル。

尙本條及第四條ハ明ニ外國人ニモ適用セラル可ク日本ニ適用セラル丶場合ニハ「帝國」ト云ヘハ日本帝國タル可キモ外國人カ犯罪者ナルトキハ帝國ト云フハ獨逸ナルカ果タ露西亞ナルカ。

第三　第五條

「帝國臣民」ナル文字ハ未タ我國ノ法律ニ使用セラレス。憲法ニモ必ス之ヲ日本臣民ト云ヘリ。又此點ニ於テ最モ權力アル可キ國籍法ハ常ニ之ヲ「日本人」ト云フ。刑法ニテハ何カ故ニ日本人ニテハ不可ナルヤ。「帝國臣民」ト云フト「日本人」トハ如何ナル刑法的差違アル。

第四　第七條

(一)「事件」刑法ハ人ヲ罰セスシテ事件ヲ罰スルノ意カ。何ハ其人ヲ指サヽル。然リ罪ヲ罰ストハ我國ノ慣用語ナルカ故ニ若罪ヲ罰スト云ハヽ尙可ナリ。事件ヲ罰ストハ意義ヲ爲サス。或ハ曰ハン此場合ニハ未タ罪ト爲ルヤ否ヤ分ラス罰シテ後初メテ罪ト爲ルカ故ニ罪ト云フ可ラス。然ラハ改正案カ其第二編ニ於テ慣用スル「未遂罪ハ之ヲ罰ス」ト云フ文章ハ如何。

(二)「犯人」ナル文字ハ本條ノミナラス第二十五條、七十七條等ニモ使用セラルヽ

文字ナルカ余輩ノ目及耳ニハ少シク奇怪ナリ。何故ニ犯罪人ト云ハサル、又未タ罪ト爲ラサルカ故ニ犯罪人ト云フ能ハスト云ハヽ犯人ト云フモ同一ナリ。犯人ハ犯罪人ノ略語ニ過キサルナリ。犯人トハ何ヲ犯シタルモノナルヤ。



### 第五　第八條

本條ノ用語ハ誤謬ノ極ナリ。公務員ノ定義ヲ示スノ意義ナル可シト雖モ公務員ハ公務員ナリト云フニ等シ。兎ニ角官吏、公吏カ公務員タル可キハ本條ノ規定ナキモ疑ヲ生スルコトナシ。疑ヲ生スルハ第八條ノ所謂「法令ニ依リ公務ニ從事スル議員委員其他ノ職員」ナリ。而シテ此規定ニ依レハ此等ノ職員カ公務員ナルヤ否ヤハ其從事スル所ノモノカ公務ナルヤ否ヤニ依テ決セラルヽコトヽ爲ル。刑法公務員カ何人ナルヤヲ示スカ爲ニ定義ヲ設ケタルニ非スヤ。然ルニ公務員トハ公務ニ從事スル職員ナリト云フハ甲ハ甲ナリ乙ハ乙ナリト云フニ等シ。如斯キ定義ナレハ無キニ等シ。公務員カ公務ニ從事スル職員ナリト云フコトハ公務員ト云フ文字ノ中ニ含マル。而シテ其所謂公務ニ從事スル職員トハ何ヲ云フカ不明ナルニ非スヤ。余輩刑法家ノ論理ノ正確ナルニ驚カスニハ非ス。否其所謂定義ナルモノヽ正確ナルニ驚カスンハ非ス。此筆法ヲ以テセハ竊盜トハ竊ニ盜ムヲ云フ放火トハ火ヲ放ツコトヲ云フト云フモ又刑法家ハ之ヲ竊盜。放火ノ定義トスルモノナラン。成程公務員トハ公務ニ從事スル職員ト云フ程正確ナル定義ハ外ニ非ル可キナリ。

否公務ナルヤ否ヤハ如斯キ簡單ナル問題ニ非ス。數十年來行政法家、私法家カ公ノ法人ト私ノ法人トヲ區別センカ爲ニ研究ヲ積ミ未タ定見ヲ立ツル能ハサル所ナリ。然ルニ改正案起草者ハ單ニ公務員トハ公務ニ從事スル職員ト云ヒテ公務員ノ何タルヤヲ定メ得可キモノトスルカ。如斯キ刑法ノ施行セラレンカ。疑義百出底止スル所ヲ知ラサルニ至ル可シ。日本銀行ノ職員ハ公務員ナルカ。商業會議所ノ小使ハ公務員ナルカ官設鐵道ノ役夫ハ如何、小學校ノ教員ハ如何。郵便脚夫道路修繕ノ工夫ハ如何。

### 第六　第十一條

「長期ノ長キモノ又ハ多額ノ多キモノ」トハ Maximum（マキシムム）ノ意義ナル可シト雖モ日本語トシテハ可笑シ。最長期又ハ最多額ニ依リ其輕重ヲ定ムト云ヘハ明ナルニ非スヤ。

### 第七　第十二條

「絞首シテ之ヲ執行ス」是必シモ非ニ非ス。然レトモ然ラハ何カ故ニ第十三條ニハ「懲役場ニ拘置シ定服ニ服セシメテ之ヲ執行ス」ト云ハサル。又第十四條モ「禁錮ハ禁錮場ニ拘置シテ之ヲ執行ス」ト云ハサル。又第十五條ニハ第二項ヲ加ヘ「罰金ハ現金ヲ徴收シテ之ヲ執行ス」ト云ハサレハ不可ナリ。若他ノ場合ニハ現在ノ儘ニテ可ナリトセハ死刑ノ場合ノミハ何カ故ニ特ニ之ヲ執行スト云フヤ。懲役禁錮罰金ノ如キハ之ヲ執行スルモノニ非ルヤ。何故ニ死刑ハ絞首スト云ヘハ不可ナルヤ。

第八　第二十條

(一)「公權剝奪」此文字ハ不當ナリト信ス。現今我國ニ於テ公權ナル文字ハ凡テ三種ニ用ユラル、或場合ニハ其實質的ノ意義ニ於テ私權ニ對シ公權ト云フ。又或場合ニハ形式的ノ意義ニ於テ憲法第二章ノ權利ヲ指シテ公權ト云ヒ又或場合ニハ刑法的意義ニ於テ現行刑法ノ公權剝奪ヲ指シテ公權ト云フ。果シテ私權ニ對シ公權ナルモノナルヤ否ヤ(Jellineck, öffentl. Rinsuby. S)。又憲法第二章ノ權利公權ト云フ可キヤ否ヤニ付キテハ大ニ議論アレトモ兎ニ角公權ナル文字ニ此等ノ意義ヲ附スル者アルハ爭ハレサル所ナリ。然レトモ此二ツノ意義アルハ尙怨ス可シ。刑法上ノ公權剝奪ニ至リテハ刑法家モ亦其意義一種特別ナルモノナルコトヲ認ム。則現行刑法ノ公權剝奪ハ全ク一種ノ形式的意義ニ於ケル公權ニ外ナラサルナリ。蓋droits civiques(ドロア シヒック)公權ト譯セルニ起因ス。故ニ公權ト云フニ拘ラス私權ニ屬ス可キ權利モ亦其中ニ加ヘラレヌルナリ。其眞ノ意義ニ於テハ公權剝奪ニ非ス名譽制限ナレハナリ。

改正案モ亦刑法ノ公權剝奪ヲ不當ト認メタリ。不當ト認メタルカ故ニ之ヲ改メ所謂公權剝奪ノ效果ヲ公ニ關スル權ノミニ限ラントスルノ主義ヲ取リ本條ヲ設ケタルナリ。然レトモ之カ爲ニ改正案ハ二ノ誤謬ヲ爲セリ。

(イ) 公權剝奪ヲ以テ眞ニ其文字カ示スカ如ク公權ヲ剝奪スルモノナリトセリ。少クトモ從來ノ公權剝奪ノ不當ナルヲ認メ之ニ其文字ニ適フノ意義ヲ與ヘントス。然レトモ第一ニ抑モ公權剝奪ナル文字ハ初メヨリ其文字ニ適スルノ意義テタリ。然レトモ第一ニ抑モ公權剝奪ナル文字ハ初メヨリ其文字ニ適スルノ意義ヲ以テ生セルモノニ非ス。名ト實トハ相副ハサルモノナリ。文字カ不當ナルモノナリ。然ルニ今其本ヲ矯メスシテ其文字ニ之ニ相當スルノ意義ヲ與ヘントス。是馬ヲ鹿ナリト云ヒタルカ爲ニ馬ニ角ヲ附スルノ類ニ非ルコトナキカ。第二ニ果シテ本

條ニ擧クル所ノモノカ公權ナリトハ何ヲ以テ之ヲ云フカ。否改正案ハ公權ナルモノヽ性質ヲ如何ニ認メタルカ。余輩ノ信スル所ヲ以テスレハ改正案ハ此點ニ關シ定見ヲ立テタルニ非ス。唯公權剝奪ト云フカ故ニ兎ニ角公ニ關スル權利ト認ム可キモノニ限ラントスルノ主意ナル可シ。然レトモ此規定アルカ爲ニ生スル結果ハ刑法ハ公權ナルモノヽ存在ヲ認メタルコト及少クトモ茲ニ擧ケタル權利ハ我國法上之ヲ公權ト云ハサル可ラサルニ至ルコト是ナリ。然ルニ公權ノ存在ヲ認メス又ハ其性質ヲ通俗ニ所謂公權ト異リテ解スルノ學說アリ又我國ニ於テモ憲法第二章ノ權利ハ公權ナルヤ否ヤハ未定ノ問題タリ。則我國法上若クハ法理上公權ナルモノアリヤ又アラハ何ヲ公權ト云フカハ公法學上未定ノ問題タリ。然ルニ刑法改正案ハ少クトモ此問題ノ一部ヲ決定シ且或學說ニ根據ヲ與ヘタリ。是刑法カ爲ス可キ範圍ヲ趣越シタルモノナルノミナラス。又刑法上一毫ノ利ナクシテ公法上百年ノ害ヲ遺スモノタリ。若現刑法ナラハ其所謂公權ナルモノヽ中コハ明ニ如何ナル學說ヲ採ルモ公權ト見ル可ラサルモノナルカ故ニ何人モ之ヲ以テ直接ニ實質的ノ公權問題ヲ決スルモノニ非ス一種特別ノ意義ナルコトニ疑ヲ容レス。然レトモ改正案ニ至リテハ大ニ異リ。之ヲ外形上公權トモ見ユ可キモノニ限リタルカ故ニ世人ハ最早之ヲ以テ特別ナルモノトセス。實質的ノ公權問題ヲ決定セルモノトシ又ハ少クトモ其根據ヲ作ル可キコトハ爭ハレサル處ナリ、則刑法上何ノ益ナキニ他ニ害ヲ及ホセルハ其一ノ誤謬ナリ。況ンヤ刑法改正案自身モ公權ナル文字ヲ必シモ同一ニ使用セス。公權ニ對スル罪ト云フ塲合ニハ全ク異リタル意義ヲ用ヒ。則改正案自身ノトキニ付キテ云フモ其用法一貫セサルニ於テヲヤ。

(ロ) 次ニ本條ニ依リ公權剝奪ハ最早證人ト爲ルノ權、後見人ト爲ルノ權、破產管財人ト爲ルノ權等ノ剝奪ヲ生セサルモノトセリ。改正案ハ此等ハ特別法ニ於テ規定ス可キカ故ニ刑法ニ其規定ヲ設クルノ要ナシ。況ンヤ名ニ於テ公權剝奪ト云フ以上ハ此等ヲ以テ其效果トシテ列記スルハ適當ニ非ストセルモノナラン。然レトモ第一ニ公權剝奪者ハ法人ノ理事、監事、又ハ淸算人タルヲ得ス(民施二七非訟一三八)後見人、保佐人、後見監督人タルヲ得ス(民九〇八、九〇九、九一六)又證人タルコトヲ得ス(民訴三一〇)ト云フカ如キ規定各法律ニ存スルカ故ニ實際ノ不便ハ勿ル可シ。然レトモ此等ノ效果ハ則公權剝奪ノ效果ニ非スヤ。改正案ハ是公權剝奪ノ效果ニ非

ト爲スカ例之剝奪公權者カ後見人タル能ハサルハ公權剝奪ノ效果ニ非ス民法ノ
規定ノ效果ナリトスルカ然ラハ改正案カ公權剝奪ノ效果トシテ擧ケタルモノ則(一)
選擧權被選擧權ナキコトモ已ニ特別法ニ規定アリ(衆議院議員選擧法一一多額納
稅者議員互選規則四、市制七、九、町村制七、九等)(二)又公務員タル資格ナキコトモ選擧
權ナキヨリ當然ニ生スル場合アリ。又官吏ニ付テハ分限令ハ多クハ刑法ノ宣告ト
云フカ故ニ之カ爲ニハ刑法上ノ規定アルヲ要ス可キモ是亦唯僅ニ分限令ヲ改ム
レハ可ナリ。(三)位記、勳章、年金及恩給ヲ受クル資格ノ喪失及(四)外國勳章佩用ノ禁止
モ多クハ又特別法ニ規定アリ(叙位條例四、勳章年金支給細則一二一七、明治十六年
六月二二號布告、十九年七月閣令一九號等)(五)兵籍ニ付キテハ徵兵令第八條ニ規定
アリ(刑法改正ノ爲メニ多少異ル場合ヲ生ス可キモ)則悉ク或ハ其大部分ハ特別法
ニ規定アルカ故ニ是亦公權剝奪ノ效果ニ非ス其規定ノ效果ナリト云ハサル可ラ
サルニ至ル可シ。若此等カ改正案ノ認ムルカ如ク公權剝奪ノ效果ナラハ後見人タ
ルコトヲ得サル等モ亦其效果ナラサル可ラス。從テ之ヲ本條列記ノ中ヨリ除去ス
可キモノニ非ス。勿論此等ヲモ列擧スルトキハ又現刑法ニ於ケルカ如ク公權剝奪

ト云フコトハ多少低觸スルニ至ル。然レトモ是初メヨリ其實ニ副ハサルノ名ヲ附
セルカ爲ニシテ改正案ハ則其ノ名ヲ變スレハ可ナリ。否改正案ハ何カ故ニ然カリ
名ニ重キヲ置キ無理ニ實ヲシテ名ニ副ハシメントスルノ企ニ出タルカ名ヲシテ
實ニ副ハシメンカ爲ニ名ヲ變スルコト至當ノ業ナル可シト信ス。況ンヤ其名カ初
メ譯語ヲ選フノ時ニ於テ適當ノモノニ非リシコトハ起草者モ亦之ヲ認ム可キニ
於テヲヤ。則改正案ハ馬ヲ鹿ナリト云ヒ來リタルカ故ニ今ヤ馬ニ角ヲ附セントスル
ルモノナリ何ソ馬ヲ鹿ト云ヒ來リタルハ誤ナルカ故ニ鹿ニ非ス馬ナリト云ハサ
ルカ第二ニ改正案ハ後見人タルコトト能ハサルノ效果等ヲ除キ去リタルカ故ニ我
刑法上ノ公權剝奪ナルモノハ一種不可思議ノモノト爲リ外國ニモ例ナキコトト
爲リタリ。外國刑法ニ於テハ現刑法カ公權剝奪ト名ケタル制度ノ下ニ於テハ親族
法上其他ノ重要ナル私權ノ喪失ヲ其重ナル少クトモ吾改正案カ列記セルモノト
同等ニ重要ナル效果トセリ。然ルニ改正案ハ此等ハ公權剝奪ノ直接ノ結果ニ非ス
トシテ之ヲ排斥セルハ如何ナル理由ニ出スルカ。或ハ曰ハン公權剝奪ノ效果ハ悉
ク之ヲ列記シ得可キニ非ス其重ナルモノヲ擧ケ他ハ特別法ニ任スルナリ。而シテ我

國ニハ以前ハ民法等ナカリシカ故ニ後見人等ノコトモ刑法ニ規定スルノ要アリシモ今ヤ民法等ニ夫々規定アルカ故ニ之ヲ掲クルノ要ナシト認メタリト。果シテ然ラハ何カ故ニ他ノ特別法ニ明ニ規定アル塲合モ之ヲ除カサリシカ。否若如斯キ主義ヲ取ラハ刑法ニ公權剝奪ノ效果ヲ示スヲ止メ其效果ハ之ヲ各法律ノ規定ニ讓ルノ主義ヲ取ルコト最モ適當ナル可シ。然ルニ改正案ハ此ニ出テス。或效果ハ之ヲ擧ケ或效果ハ之ヲ排斥セルカ故ニ其體裁ヲ失スト云フナリ。

要スルニ公權剝奪ナル名稱ハ不適當ナリ。改正案ノ規定ノ爲ニ益不當ナルニ至レリ。余輩ハ改正案カ少クトモ公權剝奪ヨリ生スル私法上ノ重要ナル效果モ舊法典ニ從ヒ之ヲ掲ケ而シテ公權剝奪ナル名稱ヲ改ムルヲ以テ最モ至當ナリト認ム。

(二)「法律ニ定メタル選擧ニ付」是汎キニ過クモノニ非ルカ。法律ニ定メタル選擧ト云ヘハ法人ノ總會、會社ノ總會等ニ於ケル選擧モ亦之ヲ含ムニ至ル可シ。蓋民法商法等カ定メタル總會ノ決議ト云フトキニハ明ニ選擧ニ依ル決議モ亦之ヲ含メハナリ。寧ロ公務員ノ選擧ニ於ケル等ト云フ方適當ナル可シ。

(三)「年金及恩給ヲ有スル資格」トハ語ヲ爲サス。成程位記勳章ハ之ヲ有スルナル可シ。然レトモ年金及恩給ハ之ヲ受クルニシテ有スルニ非スト信ス。官吏ハ俸給ヲ有スト云ハヽ何人カ其之ヲ笑ハサラン。位記勳章ヲ有シ、年金恩給ヲ受クルノ資格ト云ハヽ可ナルニ非スヤ、現刑法ノ「權」ト云フヲ非ナリトシ資格ニ改メ乍ラ何ニ故ニ「有スル」ト云フノ文字ハ如斯クニ貴重セルカ。又恩給年金ト云ヒ扶助料ハ之ヲ入レス又褒賞モ之ヲ含マサルカ故ニ此等ヲ失フハ又公權剝奪ノ直接ノ結果ニ非ス。褒賞條例四條、遺族扶助法一六條ニ依ル間接ノ結果ナル可シ。

(四)「兵役ニ入ル」是亦現行法ノ文字ナレトモ徵兵令ハ兵服ニ服スト云フ。刑法改正案ハ何カ故ニ之ニ從ハサル

(五)「左ノ效果ヲ生ス」是第二十二條ニモ亦アリ又第三十條三十九條八十條八十二條第八十四條ニモ「左ノ區別」「左ノ期間」「左ノ例」「左ノ順序」ト云ヘリ。然ルニ第二十五條三十一條三十三條三十六條ニ至テハ「左ニ記載セル」ト云ヘリ。如何ナル標準ニ依リ單ニ「左」ト云フト「左ニ記載セル」ト云フトヲ區別セルカ。法文ハ可成相一致スルヲ可トス。理由ナキニ種々ナル文章ヲ用ルハ決シテ體裁ヲ得タルモノニ非スト信ス。」

## 第九　第二十一條

「當然」ナル文字ハ改正案カ屢々用ユル所ナリ。本條ノミナラス第二十四條三十四條ニモ亦之ヲ用ユ。然ルニ其當然ハ種々ナル當然ナルハ甚タ非ナリ。三十四條ノ當然ハ明ニ宣告ヲ用ヒサルコトヲ示ス。二十四條モ亦然ルカ如シ。然ラハ本條ノ當然モ亦然ルカ。余輩ノ見ル所ヲ以テスレハ已ニ附加ス可キ公權剝奪ト云フカ故ニ必ス公權剝奪ハ之ヲ宣告スルコトヲ要ス可シ。故ニ當然ハ唯時期ノ當然ナリ。當然ナル文字必シモ非ナルニアラスト雖モ其意義ヲ一定スルコトヲ要ス。同一文字ヲ二ツノ異リタル意義ニ用ヒハ之カ爲ニ誤ヲ生スルハ往々ニシテ實例アル所ナリ。」

第十　第四十條

「時效ノ期間ハ、、、、經過スルコトナシ」元來時效ノ期間ハ經過スルモノニ非ス。時ハ經過ス可キモ期間ノ經過ス可キ理由ナシ。故ニ一般ニ時效ニ付キテハ時效カ進行スト云フヲ常トス。何ニカ故ニ改正案ハ時效ノ期間カ經過スルト云フノ用語法ヲ採リタルカ。

第十一　第四十一條

「之ヲ中斷ス」時效カ中斷サルヽト云ヒ又ハ時效ヲ中斷スト云フハ同一ノ語法タル可シ。然レトモ特ニ時效ハ何々ニ因リ之ヲ中斷スト云フノ必要ナシ。時效ハ何々ニ因リ中斷スト云ヘハ足レリ。民法第百四十七條ニモ「時效ハ左ノ事由ニ因リテ中斷ス」ト云ヘリ。

第十二　第二章第五節

「減刑」第二章第五節ノ表題ニ「減刑」トアリ又第三章ノ表題ニ「刑ノ減免」トアリ。勿論其原因異ルカ故ニ同一所ニ之ヲ規定スルハ不能ナル可シト雖トモ同一表題カ二重ニ現出スルハ體裁ヲ失スルモノニ非ルカ。

第十三　第四十七條

「生命身體自由若クハ財產」何故ニ名譽及信用ハ之ヲ除キタルカ。名譽信用ニ對スル急狀アルモ急狀權ヲ認メサルノ理由ハ如何ナル根據ニ基ツカ。余輩ハ後ニ至リ尙此點ヲ論ス可シ。然レトモ少クトモ已ニ名譽ニ對シテハ脅迫罪ノ成立シ得可キコトヲ認ム(二六〇)。然ラハ名譽ニ對スル急狀アリ得可キハ當然ナルニ非スヤ。又名譽ニ對スル正當防衛ヲ認ムルコトハ四十六條ニ依リテ明ナリ。然ラハ甲者余ヲ侮辱シ之ヲ止メントシテ力及ハス已ムヲ得ス短銃ヲ以テ之ヲ殺ス場合ニ若シ此

外ニ免ルヽノ道ナキトキハ正當防衛存ス。然ルニ其發砲ノ爲ニ其隣家ノ障壁ヲ破壞セルトキハ此破壞ニ對シテハ急狀成立セス。折角正當防衛ノ爲ニ無罪ト爲ルモ其壁ノ破壞ノ爲ニ罪ヲ負ハサル可ラサルニ至ルカ。余ハ後ニ論スル前ニ於テ一言ス名譽信用ヲ四十七條ヲ除去ス可キ理由ナキコトヲ。

## 第十四　第四十九條

(一)「精神」民法ニハ常ニ「心神」ト云フ(民七十一、七一三)。「心神」ト云フヨリハ「精神」ノ方或ハ却テ適當ナラン。然レトモ民法ハ已ニ「心神」ナル文字ヲ用ユル以上ハ刑法モ亦之ニ從フヲ適當トス。刑法上ハ必ス「精神」ナラサル可ラサル理由存ルカ。若然ラハ民法ヲ改正ス可シ。民刑用語ヲ異ニスルハ一國立法ノ體裁ヲ得ルモノニ非ス。

(二)「障礙」此文字甚タ不明ナリ。障礙ト云フカ故ニ全然喪心ナルコトヲ要セサルハ明ナリ。此點ハ大ニ論及ス可キ點ナリト雖トモ今暫ク之ヲ論セス。兎ニ角刑法ハ全然ノ喪心ヲ必要トセサルコトハ此文字及一般刑法學ノ結果ヨリシテ明ナリ。然レトモ第一ニ何ノ位障礙サレタルトキハ責任無能力ト爲ルヤ甚タ不明ナリ。刑法家ハ單ニ障礙ト云ヒテ毫モ疑義ヲ生セサルモノト爲スカ。第二ニ私法上ニ於テハ責任能力ノ喪失ニハ必ス全然タル喪心ヲ要ス(民七一三)。此民法カ「心神喪失」ト云フハ先用語上初ヨリ精神ノ發達セサル者例之生來ノ白痴ノ場合ニハ毫モ精神ヲ喪失セシコトナキカ故ニ甚タ不當ナルノミナラス、又心神ノ全然タル喪失ナキニ於テハ不法行爲ノ責任ヲ免レストスルノ法理ハ決シテ正當ノモノニ非ルコトヲ信ス。余輩ハ此點ニ於テハ刑法改正案カ取リタル主義ヲ贊成スルモノタリ。然レトモ民法ノ規定ハ破ル可ラス。故ニ所謂半狂ノ行爲ニ在リテハ刑法上ハ無罪ナレトモ私法上ノ損害賠償ノ責任アリ。刑法上ハ責任ナキモ私法上責任ヲ生スルノ結果ハ必シモ奇怪ニ非ス往々ニシテ生ス。然レトモ其責任ノ有無ノ異ルカ責任能力ノ有無ヨリ來リ然カモ同一ナル精神ノ狀況アルニ責任ヲ異ニスルニ至リテハ甚奇怪ナル結果ナリト云ハサル可ラス。人ニ責任ヲ負フノ能力アルヤ否ヤハ刑法上又ハ民法上ノミノ問題ニ非ス。一般ノ問題ナリ。故ニ此能力ハ凡テノ場合ニ同一ナラサル可ラス。殊ニ此場合ノ如ク事實上ノ精神狀況ニ從ヒ責任ノ有無ヲ定ムル場合ニハ最モ然リトス。刑法上責任ヲ負フ丈ノ精神力ナシトスル者カ民法上ハ責任ヲ負フノ精神力アリトスルハ一方ニ於テハ人ニ非ストシ一方ニ於テハ人ナリトスル

ニ同シ。余輩ハ我國法カ一方ニ於テハ人トシ一方ニ於テハ人ニ非ル者ヲ認ムルニ至リテハ其立法ノ精神、主義ノ一貫セサルニ驚愕セサランスルモ得ンヤ。

(三)〔精神耗弱〕以上ノ結果トシテ所謂精神耗弱モ亦其範圍ヲ異ニスルニ至ル。民法上ハ心神喪失者又ハ心神喪失ノ常況ニ在ル者以外ノ精神異常者ハ皆精神耗弱者ナリ。反之刑法上ハ精神喪失者ノミナラス精神障礙者モ一方ノ種類ニ入リ其以外ノ者ノミカ精神耗弱者ト爲ル。刑法改正案ハ折角此點ハ民法ノ用語ニ從ハントシタルニ豈ニ圖ランヤ其主旨ハ水泡ニ歸シ異リタルモノニ同名ヲ附スルノ結果ト爲ラントス。

第十五　第五十條

〔聾啞者〕此點ニ於テモ民法ハ聾者啞者ト云フ。而シテ民法ハカク云ヒテ聾ニシテ且啞ナル者タルコトヲ要セサルコトヲ示サントセリ。而シテ刑法改正案ハ此點ニ於テ民法ト主義ヲ異ニシテ特ニ現刑法ノ用語ヲ襲ヒ瘖啞者ト云フハ瘖且啞ナル者ヲ要スルノ主義ナル可シ。蓋現行法モ亦然レハナリ。然レトモ是亦聾啞者ト云ヒテハ何ニカ故ニ不可ナルカ。

第十六　第五十一條第五十二條

未成年ノ責任能力ニ付キテハ論究ス可キモノ少カラスト雖モ今暫ク之ヲ措ク唯改正案ノ取リタル主義ヨリ生スル結果ヲ一言セン。

(イ) 十四歲以下ナルトキハ刑法上ハ必ス無罪ナリ。民法上ハ損害賠償ノ責任ナキコトアルモ又此責任アルコトアリ(七一二)。此結果尙可ナリ。

(ロ) 十四歲以上ナルトキハ刑法上ハ必ス有罪ナリ。刑ノ輕減アルモ刑ナキニ至ルコト能ハス。反之民法上ハ必シモ損害賠償ノ責任アルニ限ラス或ハナキコトヲ得(七一二)。實際ノ事實ノ場合ニハ通常同一判決ニ歸着ス可シ。何者民法上責任ナキカ如キ場合ニハ刑法上ハ本條ニ依ラス第四十九條ニ依リ無罪ナリトスルヲ得レハナリ。然レトモ余輩カ疑フハ刑法ハ十四歲以上ニシテ行爲ノ責任ヲ辨別スル能ハサル者ナシトセルニ民法ハ之アリトスルノ點ニ存ス。則此場合ニ於テハ刑法ハ十四以上ノ幼者ナキコトヲ認ムルニ民法ハ十四歲以上ノ幼者アリ得可キコトヲ認ム。人ヲ人ト認メ或ハ認メサル程ノ差違ハナキモ然カモ立法ノ主旨ノ貫徹セサレハ一ナリ。

第十七　第九十一條

(一)「邦土ヲ僭竊シ其他朝憲ヲ紊亂シ」是現行法刑ニ基クノ語ナリ。現行法編纂ノ時代ハ尚漢字モ盛ナリシカ故ニ此等ノ文字アルモ毫モ疑ナシト信シタルモノナル可シ。然レトモ今日ノ文部省カ漢字ヲ省滅シ漢文科ヲ廢セントスルハ時代ニハヲト不適當ニ非スヤ。否余輩ハ其何ノ意タルヲ解スル能ハサルナリ。現行刑法ニ於テモ已ニ諸家其解釋ニ苦シムヲ見ル。起草者ハ蓋漢學ノ大家ニシテ此等ノ文字ノ字義ニ付キ法律上疑義ナシトセルモノナラン。然カモ本條ノ規定ト第三十四條ノ文章トヲ比較セハ世人何トカ云ハン。余輩ハ梅ト櫻ヲ同時ニ見ルノ感アルナリ。

(二)「附加隨行」是亦現行刑法ニ基クノ文字ナリト雖トモ亦前掲セルモノト同一ノ非難ヲ免レス。現行刑法制定ノ當時ニハ自ラ基ク所アッテ此文字ヲ用ヒタリ。然レトモ今日ニ於テ云ヘハ附加隨行ト云フ一ノ從犯ニ過キス。勿論單ニ從犯ト云フモ必シモ其意義明瞭ナルニ非ス然レモ附加隨行ト云フモ亦不明ナリ。同日ノ法律ハ今日ニ於ケル法律的ナルヲ要ス。時效又ハ有價證券ト云フ文字ヲ用ユルノ主旨ト附加隨行、朝憲紊亂等トハ恰モ木ヲ以テ竹ニ接クノ感ナキニ非ルカ。況ンヤ隨行ト云フ文字ノ如キハ今日ノ世俗ニ於テハ之ヲ好キ意義否官吏服務規律上當然爲ス可キノ行爲トシテ之ヲ見ルニ於テヲヤ。

第十八　第九十三條

「金穀」是亦現行刑法ニ用ユルノ文字ナレトモ甚タ不當ナリ現行刑法ニ金穀ト云フハ財產ノ意義ニ過キス。改正案ハ已ニ「雜役ニ供シ」ト云ヒ「兵ヲ舉クル」ト云フカ如キ言語ヲ不當トシテ斥ケタルニ非スヤ。何ソ獨リ金穀ハ之ヲ財產ニ改メサル。財產ト金穀トヲ區別スレハ金穀トハ金ト穀ナリト解スルモ不當ナリト云フ能ハサルニ至ランノミ。內亂ニ關スル罪モ刑法上ハ等シク罪ナリ。何ソ然カリ言語ニ差等ヲ設クルヲ要セン。

第十九　第九十六條

「戰端ヲ開カシメ」是素ヨリ正當ノ言語ノ用法ナル可シ。然レトモ凡ソ戰ノ何タルヤハ國際公法上之ヲ決ス可キ問題タリ。而シテ國際公法ニ於テハ戰ハ之ヲ「戰爭」ト云フヲ通常トス。然ラハ刑法改正案モ亦此用語ニ從フヲ至當トス。第九十九條第百十條ノ「戰鬪」ト云フモ亦同シ。特ニ通常ノ用語ヲ離レ「戰端」ト云ヒ「戰鬪」ト云ハサル

可ラサルノ要何クニカアル。

第二十　第九十七條

「塲所又ハ建造物」「塲所」ト云フハ尙可ナリ。然レトモ「建造物」ト云フハ不可ナリ。是第百二十七條第百二十八條ニモ使用スル文字ナレトモ他ノ法律ト合セス。民法ニハ此等ノ塲合ニハ必ス「工作物」ト云ヘリ(民二一六、二一八、二六五、七一七)。工作物ト云フト建造物ト云フトハ多少意義ヲ異ニス可シ。然レトモ本條ノ塲合ニハ民法ニ工作物ト云フモノハ必ス之ヲ包含シ又之ヲ包含セサシムルモ不當ニ非ス。然ラハ已ニ我國法ノ認メタル用語ニ從ヒ工作物ト云フハ至當ニ非ルカ。況ンヤ建造物トヲ區別セルヨリ建造物ハ工作物ト云フヨリ狹カラサル可ラス。從テ必シモ民法上所謂工作物ヲ包含セスト論セル者アラハ必シモ之ヲ不當ト云フ能ハサルモノアルニ於テヲヤ。尙又船渠、敷設セル水雷等ニ在リテハ塲所ト云フ中ニ入ラス又建造物ト云フ文字ニモ當ラス。却テ工作物ト云フヲ適當トスルニ於テヲヤ。

第二十一　第百條

「漏泄」是必シモ不當ノ文ニ非ス。第二百三十二條ニモ亦此文字アリ然レトモ「漏泄」ト「漏告」トハ如何ナル差違アル。而シテ第百五十八條ニハ漏泄ト云ハス漏告ト云フニ非スヤ。漏泄、漏告ヲ區別セハ第百五十八條ハ口ニ由ラス文書ヲ以テ漏泄セル塲合ハ之ヲ包含セシメサルノ意カ。

第二十二　第百七條

「侮辱」我皇族ニ對スルトキハ「不敬」ト云ヒ(八七)、外國ノ君主、大統領ニ對シテ「侮辱」ト云フ。少クトモ國際公法上ノ禮儀ニ悖ルコトナキカ。若不敬ト云ヒテ害ナキモノナラハ我皇族同樣不敬ト云ヒ而シテ國際公法上ノ禮儀ニ從フコト至當ニ非ルカ。況ンヤ本條等ノ塲合ニハ侮辱ノ行爲其物ヲ罰スルニ非ス外國ノ君主、大統領ニ對スルカ故ニ之ヲ罰スルモノニシテ主眼ノ點ハ君主、大統領ニ在リ。然ラハ他ノ言語モ又其君主、大統領ニ從ヒ之ヲ立ツルコト正當ナルニ於テヲヤ。

第二十三　第百十二條

「處分」余輩ハ此文字ハ甚タ不當ナリト信ス。處分ト立法ヲ分ツハ行政法學上ノ通理ナリ。之ヲ處分ト云フカ爲ニ立法ヲ含マストスルノ結果ヲ生スルハ必シモ杞憂ニ非ル可シ。蓋シ廣ク行爲ト云ハサル。已ニ處分ト云ヘハ害アリ行爲ト云ヘハ害

ナキ以上ハ廣ク之ヲ行爲ト云フヲ正當トセサルカ。例之裁判所官カ破産管財人ニ或事ヲ命シ又官吏カ競賣ノ條件ヲ定ムルカ如キハ之ヲ處分ト云フコト甚タ難カル可シ。

第二十四　第六章

「靜謐ヲ害スル罪」是亦現行刑法ニ基クモノナリト雖トモ近時行政法上ノ用語ニ從ヒ「公安」ト云フコト立法ノ統一ヲ得又意義ノ明白ナルノ點ニ於テ穩當ニ非ルカ。

第二十五　第百二十七條

「住居」ト云ヘハ必ス人種ノ住居タルコトヲ要ス。然ラハ法人ノ事務所ヘ之ヲ含マサルカ。一大銀行ヲ燒燬スルモ第百二十七條ニ入ラストシ九尺二間ノ茅屋ヲ燒クモ第百二十七條ニ入ルトスルハ適當ニ非サル可シ。然レトモ解釋上ハ然ラサルヲ得サルニ至ラン。蓋法人ノ住居ナルモノアリ得可ラサレハナリ。或ハ人ヲ現在スル建造物ト云フ中ニ入ル可キコトアル可シト雖トモ商店ニシテ晝間ノミ商店ニ使用シ夜間ハ之ニ住セサルカ如キ場合ニ夜間之ヲ燒クトキハ人ハ現在セス。從テ此場合ニハ是非トモ第百二十八條ニ入ラサル可ラサルニ至ラン。而シテ已ニ商店トシテ使用スル以上ハ之ヲ他ノ家屋ト區別ス可キ理由アルカ。林間ノ一小堂宇ヲ燒クト同視スルコトヲ得ルヤ。

第二十六　第百四十四條

「水閘」是亦現行刑法所用ノ文字タリ。然レトモ水閘トハ何ヲ云フカハ決シテ一般人民ノ解スル所ニ非ス。小學校カ使用スル漢字中ニハ之ナキコト明ナリ。水閘トハ水門又ハ堰ノ意義ナル可シ。堰ト云ハヽ田夫野人モ尙之ヲ解スルニ苦マス。而シテ現ニ我民法ハ之ヲ堰ト云フニ非スヤ。乞フ民法第二百二十二條ヲ見ヨ。

第二十七　第百六十四條

「所有」余輩ノ信スル所ニ依レハ法律上所有ヲ禁シタル物アルコトナシ(後段參照)。然レトモ改正案ハ其之アルヲ認メタリ(二五)。若所有ヲ禁セル物アラハ阿片煙又ハ阿片煙吸食ノ器具ノ如キハ必ス其一ナル可シ。果シテ然ランカ。此等ノ物ニ對シ所有權ノ成立ス可キ理由ナシ。從テ本案ニ所有ト云フハ不要ナリ。決シテ此事ノ器具ヲ所有スルコトアラサレハナリ。

第二十八　第百七十九條

[文書] 本節ノ表題其他皆[文書]ト云フ。然レトモ狹キニ失スルコトナキカ。殊ニ第百八十條第百八十六條等ニ於テハ文書ニ非ル鑑札標石等ニ付キテモ亦犯罪ノ生シ得可キハ爭ナキ所ナリ。然レトモ[文書]ナル文字ハ之ヲ曲解スルニ非ルヨリハ木札標石等ニ適用スルヲ得サル可シ。他ニ適當ノ用語ナキカ。

第二十九　第百八十二條

[事實證明] 是慥ニ不當ノ文字ナリ。唯事實證明ニ關スル文書ヲ僞造シ、文書僞造罪タラハ書家ノ落款ヲ似セ、僞印ヲ款シ他人ノ日記帳ヲ變更シ折紙ヲ變造スルモ亦罪ト爲ルニ至ラン。事實證明ニ關スル文書ハ必スシモ證書ニ非ルナリ。證書ダルニハ必ス權利義務ニ關スルモノタルコトヲ要ス。故ニ本條ニ於テハ事實證明ナル文字ハ不要ナリ。現ニ第二百九十七條ニ於テハ權利義務ニ關スル文書ト云ヒテ滿足スルニ非スヤ。又若此文字ヲ使用セントセハ法律事實ノ證明ト云フカ如キ文字ヲ用ヒサル可ラス。

第三十　第百九十四條ハ[illegible]

本條ノ如ク列記ノ主義ヲ取ル以上ハ凡テ之ニ入ル可キモノヲ列記セサル可ラス。而シテ凡テ之ヲ列記セントセルハ本條ニ擧タルモノノミニテハ必ス不完全ナル點アルヲ信ス。一例ヲ示スモ爲換印章(Wechselstempel)ハ此中ニ入ラス。而シテ爲換印章ハ之ヲ以テ第百九十一條ニ所公務所ノ印章ト同視スルコト能ハス。全ク印紙ト同一性質ヲ有スルモノナリ。

第三十一　第二百四條

(一)[猥褻ノ文書、圖書其他ノ物品]「其他ノ物品」ト云フカ故ニ凡テノ物品ヲ包含シ素ヨリ不可ナルコトナシ。唯怪訝ニ堪ヘサルハ第百十三條ニ於テハ[偶像]ナルモノヲ擧クルニ拘ラス恰モ偶像ニ依ル犯罪ノ最モ多カル可キ本條ノ場合ニハ特ニ之ヲ擧ケス其他ノ物品ト云フ中ニ包含セシメタル事ナリ。

(二)[沒取例ヲ適用ス]トハ如何ナル意義ナルカ甚タ不明ナリ。此等ノ物ヲ所持スルコトハ犯罪ナルカ故ニ沒收スト云フノ意カ。犯罪ニ非スト雖トモ所有ヲ禁シタル物ナルカ故ニ沒取スト云フノ意カ。果タ又本條ノ場合ニハ必ス沒取ノ刑ヲ附加ス可シト云フノ意カ。唯沒收例ヲ適用スニテハ意義全然不明ナリ。是必ス改正ヲ要

スルノ點ナリトス。

第三十二　第二百十一條

本條ノ規定ハ果シテ當ヲ得タルモノカ。「有夫ノ婦」トハ妻ト云フニ等シカル可シ。妻トハ婚姻セルノ女ナリ。婚姻ハ民法ニ依レリ届出ナキ間ハ效力ナシ(民七七五)。效力ヲ生セサル婚姻ハ婚姻ニ非ルカ故ニ届出ナキ間ハ妻ニ非ス從テ届出ナキ間ハ假令事實上ノ婚姻アリ比隣皆認メテ以テ妻トスルモノナルモ姦通罪ハ成立セス。改正案ハ勿論此結果ヲ認メテ此規定ヲ設ケタルモノナル可シト雖モ是果シテ刑事政策上其當ヲ得タルモノナルヤ否ヤ。余輩其純然タル刑法上ノ問題ニ屬スルカ故ニ玆ニ之ヲ論究スルヲ欲セス。然レトモ本條ノ用語ニ至リテハ大ニ責ム可キ點アルヲ認ム。

(一)「有夫ノ婦」トハ「妻」ニ非ルカ。民法上妻ナルノ名稱アレトモ「有夫ノ婦」ナル名稱ナシ。此點ニ於テハ刑法ハ慥ニ民法ノ用語ニ從ヒ妻ト云ハサル可ラス。

(二)「本夫」我民法ハ妾ナルモノヲ公認セス。又一婦多夫ノ制度ヲ認メス。從テ夫ニ本夫假夫ノ別ナシ。夫ト云ヘハ必ス本夫ナリ。本夫ト云フハ蛇足ナリ。



第三十三　第二百十四條

(一)「財物」是亦財産ト云フコト適當ニ非ルカ。一般ニハ財産ナル文字ヲ用ユルコ特ニ此場合ニハ之ヲ財物ト云フノ必要ナカル可シ。第二百八十六條ノ場合ニハ尙財物ト云フノ理由アリ。何者同條ノ場合ニ必ス之ヲ動産則物ニ限レハナリ。然レトモ本條ノ場合ニハ所謂財物トハ物タルコトヲ必要トセス。權利ナルモ尙可ナルコトハ疑ナキ所ナル可シ。博奕ニ依リ債權ノ讓渡ヲ約スルモ亦必ス本條ニ入ル可シ。則一切ノ財産ヲ包含ス可シ。然ラハ之ヲ財産ト云フヲ適當トス。第二百八十六條ノ財物ハ物ニ限ルカ故ニ本條モ亦物ニ限ルトスルノ見解アラハ法文上之ヲ排斥スルハ困難ナルニ至ラン。

(二)「博戲及諸事」ハ如何ナル點迄之ヲ罰ス可キヤハ刑事政策上ノ大問題ナリト雖トモ然カモ少クトモ或賭事ハ之ヲ許サヽル可ラサルコト一般ニ異論ナキカ如シ。果シテ然ラハ本條カ單ニ一時ノ娛樂ノ爲ニセル場合ノミヲ除外セルハ狹キニ失スルコトナキカ。我民法ハ全ク此點ニ關スル規定ヲ設ケサルカ爲ニ全然刑法ノ規定ニ任セサルヲ得ス。唯所謂差額取引ハ商法其他ノ特別法上ノ規定ニ依リ許容

セラレタルモノト爲スヲ得可キノミ。此改正案ノ規定ニ依レハ假令余カ余ノ學說眞實ナル可キヲ確信シ若虛僞タラハ金千圓ヲ與ユ可シト云ハヽ尙犯罪タルニ至ラン。蓋若之ヲ偶然ノ輸贏ニ關スルモノニ非ストシ之ヲ除外センカ玉突園碁ニ依ル賭事モ亦之ヲ除外セサル可ラサルニ至ラン(現ニ岡田氏ハ之ヲ除外セリ)。若然レトモ是偶然ニ非ストシテ除外セハ事凡テ偶然ニ非ルニ至ラン。事生スルハ生ス可キ原因アリテ生ス。骨子ノ六ト爲リ一ト爲ルモ偶然ニ非ス若シ一々手ノ筋肉ノ動作ト引力ノ如何ヲ精査セハ之ヲ振ラサル前ニ於テ確定シ得可キナリ。現ニ圍碁玉突ノ結果ハ明カニ之ヲ私法上ノ條件トシテ無效ナリ。己ニ條件タルコトヲ許ナラサルモノハ之ヲ必至ノ條件トシテ無效ナリ。豈ニ偶然ナラサルコトヲ得ンヤ。則知ル學理ノ黑白モ亦偶然ナルコトヲ。況ンヤ物理學上ノ問題ノ如キ眞ニ偶然ノ發見ノ爲ニ決定セラレ得可キモノ少カラス。又況ンヤ本條ニ偶然ト云フハ必シモ全然偶然ナルモノタルコトヲ要スルトスル必然ノ理由ナキニ於テオヤ。然ラハ學理ノ爲ニ論爭シ餘勢延ヒテ金錢ヲ賄スルモ亦犯罪ト爲ル可シ。玆ニ於テカ余輩ハ其廣キニ過キサルヤヲ疑ハスンハアラサルナリ。

(三)「物品」是已ニ前ニ論スル所ニシテ本條ニ於テ「財物」ト「物品」トヲ區別セルヨリ益其用語ノ不當ナルヲ覺ユ

第三十四　第二百十七條

「買得」改正案ハ汎ク物又ハ權利ヲ取得スルニ付キ「收得」(一七四以下)「領得」(二二一)「收受」(二二九、二九三)トヲ區別シ尙ホ「買得」ヲ區別ス。其規定ノ意義ヨリ云ヘハ收得ト收受ハ同一ニシテ權原ニ因ル取得ヲ云ヒ、買得トハ賣買ノ權原ニ依ル取得ヲ云ヒ領得トハ無權原ノ取得ヲ云フカ如シ。果シテ此區別ヲ認タルモノナルカ。然ラハ第百七十四條ノ場合ニハ僞造貨幣ヲ竊取シ又ハ詐取セル場合ハ竊盜又ハ詐僞取財ト爲ルコトアル可キモ第百七十四條ニハ入ラサルコトト爲ル可シ。第二百二十九條ニ於テモ同樣ナル可シ。唯第二百九十三條ノ場合ニハ多少ノ疑ナキニ非ス。又本條ノ場合ニハ贈與ニ依リテ當籤ヲ取得セル者ハ罪ト爲ラサル可ク又第二百二十一條ノ場合ニハ贈與ヲ受ケタルカ故ニ取得セル場合ハ入ラサルコトヽ爲ル可シ。「收受」ニ付キテハ多少ノ疑ヒアルモ「買得」「領得」ニ付キテハ必ス此ニ述フル結果ト

爲ル可キヲ信ス。改正案ハ果シテ此結果ヲ認ムルヤ。此結果ヲ認ムルモノナラハ明カニ權原ニ因リ取得シ。賣買ニ依リ取得シト書カハ如何。若シ此結果ヲ認メサルモノナラハ用語ヲ變スルコトヲ要ス。殊ニ「收得」「收受」ヲ區別スルハ何ノ意タルヲ知ラス。

第三十五條　第二百二十一條

(一)「死體」是適當ノ文字ナリ。然レトモ第二百二十三條ニハ「屍」ト云フ。「屍」ト「死體」ト如何ナル區別アル。若同一物ナラハ同一文字ヲ用ユルヲ至當トス。

(二)「領得」收得、買得トノ區別ハ已ニ之ヲ論セリ。然レトモ「領得」ト第二百八十九條ノ「横領」トハ如何ナル差違アル「横領」ハ不動產ヲ含ミ「領得」ハ動產ニ限ルトスルカ。然レトモ文字ニ如斯キ差違アルカ、横領ハ横領ニシテ領得ハ縱領ナルカ余輩ハ共ニ同一觀念ナリト信ス然ラハ文字ヲ一ニスルヲ要スルモノニ非ルカ。

第三十六　第二百二十四條

「義務ナキ事ヲ行ハシメ又ハ行フ可キ權利ヲ妨害ス」是第二百六十一條ニモ用ヒタル言語ナリ。只第二百六十一條ニハ「義務ナキコト」アリ。何ニカ故ニ「事ト」「コト」トヲ分チタヤ。或ハ是活版ノ誤植ナルカ。

又「義務ナキ事ヲ行ハシメ」ト云フ。私法學上義務ハ行爲ヲ以テ物體トスルコトヲ認ム。然ラハ義務ナキ行爲ヲ爲サシメント云フコト適當ニ非ルカ。

次ニ「行フ可キ權利ヲ妨害シ」ト云フ。然レトモ權利ハ必スシモ之ヲ行フモノニ非ラス。行フニハ行ハル可キ相手方ヲ要ス。故ニ行ハルヽ權利ハ必ス絶對的權利ナラサル可カラス。絶對的權利ハ行ハル可キモノニ非ラス。絶對的權利カ行ハルヽ場合ハ權利侵害ノ場合タリ。相對的權利ハ活動ノ權利タリ。絶對的權利ハ不活動ノ權利タルコトハ曾テ Sohm (ゾーム) (Grünhut Z. IV 451) カ主張セル所ニシテ多少ノ非難ナキニ非ラスト雖トモ亦或範圍內ニ於テ眞理ヲ有ス(Leonhard, Grünhut Z. X 32, Degelsberger, Pand 199) 則所謂權利ヨリ直チニ請求權ヲ生ス可キ場合ニ非サレハ權利ヲ行フト云フコト能ハス。從ツテ行フ可キ權利ト云フトキハ凡テ權利ヲ包含セサルノ結果ヲ生ス。

次ニ義務ナキ事ヲ行ハシメ行フ可キ權利ヲ妨害スルト云フハ則是權利侵害ニ非スヤ。如何ナル行爲タルヲ問ハス義務ナキニ行ハシムルハ是實ハ義務ナキニシ

テ從テ必ス其自由身體又ハ財産權ヲ侵害ス。又行フ可キ權利ヲ妨害スルハ則文字ノ示スカ如ク權利侵害タリ。則義務ナキ事ヲ行ハシメ行フ可キ權利ヲ妨害スルト云フハ權利侵害ト云フニ歸着ス。然ラハ單ニ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ト云ヘハ足レリ。義務ナキ事ヲ行ハシメ云々ト云フカ如キハ語多クシテ意足ラス。却テ誤謬ヲ生セシムルノ基ナリ。

第三十七　第二百二十六條

「凌虐」是亦現行刑法ヨリ繼受セル文字ナレトモ甚タ其明清律的ナルヲ覺ユ而シテ現行刑法ヲ解スル者モ之ヲ以テ拷問其他苛刻ノ行爲ヲ爲スモノトス然ラハ苛刻若クハ之ニ類スル通俗的ノ文字ヲ使用スルコト適當ナルニ非スヤ。法ハ知ラシム可ラスト云フハ古ノ格言ニシテ今ノ禁物ナリ法ハ可成一般人民ニ解シ易キコトヲ要ス。

第三十八　第二百二十九條

(一)「不正ノ行爲」玆ニ所謂不正トハ第二百三十一條ニ不正ノ行爲ト云フニ等シカル可シ。唯第四十六條ノ場合ニ不正ト云フトハ多少異アル可シ。則第四十六條ノ場合ニハ權利アルトキハ常ニ不正ニ非トモ本條及第二百三十一條ノ場合ニハ必ス其行爲ヲ爲スノ權利アル場合ニシテ爲スノ權利アレトモ其爲スコトカ不正ナルヲ要ス然レトモ已ニ述タルカ如ク不正ニト云フハ常ニ權利ナキコト、違法ナルコトニ用ヒ來ルカ故ニ玆ニ至リ他ノ意義ニ之ヲ用ユルハ甚タ適當ナラサルヲ覺ユ何トカ改正シテハ如何又相當ノ行爲ト云フモ甚タ其語ノ弱キヲ覺ユ或ハ「職務ニ背キ」ト云ハヽ凡テノ場合ヲ包含シテ且明瞭ナル可シト信ス。

第三十九　第二百三十一條

「情ニ徇ヒ又ハ怨ヲ挾サミ」是亦現行刑法ノ遺物ナレトモ餘リニ其明清律的ニ過クルヲ覺ユ。法文ハ美文ナルコトヲ必要條件トセス。又法律ハ意思ノ道德的ノ性質ニ從ヒ一々其適用ヲ異ニスルコトナシ。恃ニ情ニ徇ヒ又ハ怨ヲ挾サミト云ヒテ其意思ノ道德的性質ヲ示スノ要ナカル可シ情ニ徇ヒ怨ヲ挾マサルモ或ハ怨ニ因リ或ハ恐ニ依リ職務ヲ盡サルモ亦本條ノ罪ハ成立シ得可キナリ。則此言語アルカ爲ニ他ニ比シテ體裁ヲ失ヒ。然カモ其云ハントスル所ヲ云ハサルニ非スヤ、

第四十　第二百三十五條

「支解析割其他慘刻ノ行爲」是亦單ニ慘刻ノ行爲ト云フヲ以テ定ル可シ必シモ爾カラク古物ノ保存ヲ務ムルノ要ナカルヘシ。

第四十一　第二百四十條

(一)「頭髮」是特ニ疑ナキヲ期センカ爲ニ設ケラレタルモノナル可シト雖トモ是今日ノ刑法學上凡ソト爭ナキ所ナリト信ス。殊ニ改正案ハ現行法ノ毆打創傷ノ創傷ヲ改メテ身體傷害セシニ依リ此點一層疑ナシト信ス。身體傷害ト云ヘハス一必般ノ傷害ヲ含ミ必シモ傷ノ塲合ノミナラス其他他人ノ行爲ニ因リ生スル一切ノ害ヲ含ム可シ。則毆打、突擊(pulsare et verberare)創傷(Coups et blessures)不具ト爲シ。又ハ毛髮ノ切斷、齒牙ノ板出、生理的精神的疾病ノ惹起嘔吐セシメ、下痢セシメ脫精セシメ又ハ酩酊セシメ「メスメリスム」ヲ施シ畏怖ヲ起シ、嘔氣ヲ起シ。其他感情ヲ傷害スル塲合(ソスグリ、又ハ痛ヲ感セシメ咬セシメ、驚カシメ)及饑渴ニ陷ラシムル等ノ塲合ヲ包含ス可シ。婦女ノ頭髮ノ如キ勿論ノ塲合ナリト信ス。

若特ニ此塲合ヲ擧ケハ却テ男子ノ頭髮ヲ削落シ鬚髯ヲ切斷シ齒ニ埋メタル金ヲ取リ瓜ヲ切ルカ如キ塲合ハ身體傷害ニ入ラストスルノ解釋ヲ生スルニ至ル可シ。第一項ハ云ハスヤ人ノ身體ヲ傷害シト。然ラハ此等ノ塲合モ苟クモ其極メテ微細ノ傷害ニ非ル以上ハ皆之ヲ包含セサルヲ得ス。婦女ノ頭髮ハ婦女ノ爲ニハ必要品タリ。

(三)「切斷又ハ毀損」假ニ疑ナカラシメンカ爲ニ婦女ノ頭髮ヲ擧クルトスルモ「切斷又ハ毀損」ト云フハ蜿足ニ蛇足ヲ加フルモノニ非ルカ。若切斷トノミ云ハヽ毀損ヲ含マストスルノ憂アラハ毀損ト云ヘハ足レリ。何ソ切斷又ハ毀損ト云フヲ須ヒンヤ。

第四十二　第十一章第五節

「疾病ノ保護」トハ語ヲ爲サス。疾病ハ讀ンテ字ノ如シ。病者ハ保護スルコトヲ得ルモ疾病ハ之ヲ保護シ得可キニアラス。我刑法改正案ハ病者ヲ保護スルヲ以テ足レリトセス尙ホ進ンテ疾病其物ヲ保護セントスルカ。何ソ夫レ我刑法ノ保護ニ厚キ。

第四十三　第二百六十條

「人ノ生命、身體、自由、名譽、又ハ財產」此塲合ニハ第四十七條ト異リ名譽ハ保護セ

ラル可キ中ニ入リタリ。獨リ哀ナル信用ハ尚保護ノ以外ニ立テリ。然レトモ何ニカ故ニ信用ハ其中ニ入ラサルカ。信用ニ對スル脅迫ナシトセルカ。然リ多クノ場合ニハ信用ニ對スル脅迫アルトキハ又必ス他ノ法律利益ニ對スル脅迫アル可シ。然レトモ貞操ノ如ク之ニ對スル脅迫ハ必ス自由、名譽ニ對スル脅迫アルモノトハ必スシモ一致ス可キニ非ス。然カモ我國法カ信用ヲ以テ特別ナル法律利益ト認メサルナラハ尚可ナリ。我商法第百八條ハ合資會社ノ出資ハ財産ニ限ルト規定スルヨリ民法上ノ組合等ノ場合ニハ信用モ亦出資ト爲シ得可シト爲スハ假令反對論ナキニシモアラサルモ有力ナル議論タリ。已ニ信用ハ一部ノ學者カ會社ノ出資ト爲シ得可キコトヲ認メタリ。然カモ其一般ニ所謂財産中ニ含マサルコトモ亦今論シタル所ニヨリテ明ナリ。然ラハ信用ハ明ニ我國法上一ノ特別ナル法律利益ニシテ從テ之ニ對シ脅迫成立スルヲ得サル可ラス而シテ脅迫アルトキハ刑法カ之ヲ保護セサルノ理由ナカル可シ。

第四十四　第二百六十七條

「人ヲ賣買シ」「被賣者」　我刑法改正案ハ近世法律ニ一新機軸ヲ出シ人ノ賣買ヲ認メタリ。蓋是將來臺灣ニ適用セル可キコトヲ虞リタルモノナル可シ。獨リ奈何セン。我民法ハ人ノ賣買ヲ認サルナリ。民法上人ノ賣買ヲ認メサル以上ハ刑法之ヲ許スモ行ハレサルモノト信ス。然レトモ刑法ハ明ニ人ヲ賣買シト云ヒ被賣者ト云ヒ賣買ノ成立セルコトヲ認ム。余輩之ヲ知ラス民法非ナルカ果タ又刑法非ナルカ。

第四十五　第二百四十七條

此場合モ何故ニ名譽、信用ヲ除キタルカ。殊ニ名譽ハ明ニ第二百六十條ノ場合ニハ認メラレタリ。本條ハ再ヒ之ヲ除外ス。名譽ヲ毀損ス可シト脅迫シ財産ヲ與ヘシムルモ强盜トナラサルカ。

第四十六　第二百八十二條

本條ハ用語上誤レリ明々白々ニ誤レリ。先他人ノ爲ニ事務ヲ處理スル者トハ代理アルト否トヲ問ハサル可シ。則其管理人ハ他人ノ名義ニ於テ管理スルト、自己ノ名義ニ於テ管理スルトヲ問ハサルノ意義ナル可シ。然ルニ如何。直ニ後ニ權限外ノ行爲ト云フ。權限トハ民法上自ラ一定ノ意義アリ。民法第百三條ハ明ニ此意義ヲ定ム。則權限トハ代理權ノ範圍ト云フコトナリ。故ニ代理權ナキ場合ニハ凡テ權限ナ

ク從テ權限外ナル行爲アル可キ理ナシ。則本條カ其初メニ甚タ汎ク規定セルニ拘ラス又自ラ之ヲ代理爾カモ有權代理ノ場合ノミニ限レリ故ニ無權代理(民法一一(三)事務管理(六九七)委任、雇傭、請負、組合等ノ契約ニ依リ他人ノ事務ヲ管理スル場合此等ノ場合ニハ必シモ代理權アルコトナシ)。其他夫カ妻ノ財産ヲ管理シ(八〇一、此場合ニモ必シモ夫ハ妻ノ代理人ト云フ可ラス。少クトモ一派ノ學說ハ之ヲ代理人セス)。民法八九一條以下ニ依リ子ノ財産ヲ管理スル者等ノ場合ニハ適用ナキニ至ル。

余輩ハ此結果ハ刑法カ認メタルモノニ非ルコトヲ信ス。何者若然ラハ本條ノ適用ハ甚タ狹クシテ被管理者ノ利益ヲ保護スルニ足ラサレハナリ。只奈何セン刑法ノ規定ハ以上論セル以外ニ適用ナキニ至ルヲ。則他人ノ事務ヲ管理スル者ト云フ文字ト權限外ナル文字トハ相當スルモノニ非ルナリ。改正案ハ一人カ他人ノ爲ニ事務ヲ處スル場合ニハ必ス代理權アルモノト信セルモノナラン、代理權ハ特別ナル權原アルニ非レハ生セス。代理權ノ發生ニハ必ス授權又ハ法律ノ規定ヲ要ス。刑法改正案ハ須ラク少シク私法ヲ研究シテ後其規定ヲ設ケサルヘカラス、

第四十七　第二百四十三條

余輩ハ實ニ本條ヲ歡迎セサルヲ得ス。何者余輩ハ本條ニ依リ彼ノ可惡高利貸ナル者ヲ罰スルコトヲ得レハナリ。怨ムラクハ智慮淺薄ニ出テタル場合ハ之ヲ未年者ニ限リ成年者ニ付キテハ獨リ精神耗弱ノ場合ノミニ限ルコトヲ。何カ故ニ改正案ハ知慮淺薄ヲ未成年者ニ限リ又何カ故ニ他人ノ窮亡ニ乘シ不法ニ財産上ノ利益ヲ貪ル場合ヲ罰セサルカ。

改正案起草者モ亦高利貸ノ惡ム可キヲ知ラン。其罰ス可キモノナルコトヲ知ラン。然ルニ何故ニ本條ヲ設ケタルニ拘ラス之ヲ狹隘ニシテ充分ニ彼ノ高利貸ヲ罰スルコトヲ得セシメサルカ。抑又改正案ハ高利貸ヲ以テ刑法上罰ス可ラサルモノト認メタルヤ。余輩少シク之ヲ說カン。往古ニ在リテハ各國利息ヲ禁止シ後漸ク其禁ヲ解クト共ニ利息ヲ制限スルノ主義ヲ取レリ。然レトモ漸ニシテ種々ナル方法ヲ以テ制限ヲ免レ實際ニ制限行ハレス。又一方ニ於テハ經濟學上此法律ヲ攻革スルノ聲起リ(例之 Say, Ricardo, Mill)終ニ一八五四年英國先ツ之ヲ廢シ丁、西、諾、蘭、瑞典、白、以、蘭、獨、墺、魯、瑞西、米ノ諸州、印度之ニ次キ今日尙此法ヲ存スルモノハ佛、伊、モナコ、

土耳古、北米ノ二三州及我日本アルノミ。然レトモ如斯キ法律殊ニ我利息法ハ害アリテ利ナシ。此法律ハ高利ナルモノニ二種ノ區別アルコトヲ認メス抑モ或場所ニ於ケル普通ノ利息ニ越ユルモノハ或意義ニ於テ悪ク高利タリ。然レトモ此高利中ニハ道德上ノ高利ト然ラサル高利アリ。則高利ヲ取ルノ理由ナキニ高利ヲ貪ルモノアリ。或ハ高利ヲ取ル可キ理由アリテ之ヲ取ルアリ。例之或國カ他國ト戰爭ヲ開キ軍資ヲ得ンカ爲ニ高利ヲ以テ公債ヲ募リ、遠洋捕鯨會社カ其事實ノ冒險ナルカ爲ニ資本ヲ借ルノ途ナク高利ヲ以テ債券ヲ發行スルカ如キ後者ニ屬ス。道德上ノ高利ニ非ス。所謂高利貸ナルモノハ則前者ニ屬ス。實ニ道德上可惡ノ高利ナリ。後者ハ經濟上却テ利アリ前者ハ國家ノ生存上是非ト雖モ禁壓セサル可ラス。然ルニ彼ノ利息制限法ナルモノハ如何。同一筆法ヲ以テ兩者ニ臨ム。故ニ道德上ノ非行ニ非ル高利ニ對シテハ害ヲ爲シ、高利ヲ以テスルモ資金ヲ得ントスル場合ニ資金ヲ得ルノ途ナシ。佛國ノ實情ハ之ヲ示ス。反之道德上ノ非行タル高利ハ切ニ法網ヲ免レ之ニ對シテハ利息制限法ハ何等ノ效力ナシ。此高利ハ皆消費ノ爲ニ資本ヲ借リ又ハ生產ノ爲ニスル小資本ノ運轉ノ場合ニ生ス。而シテ彼等高利貸カ制限法ヲ免ルルハ誠ニ容易ニシテ殊ニ我制限法ハ制限ニ超過スルモ制限ニ引下クルニ過キサル故ニ兎ニ角高利ヲ約スルヲ利トスルノ傾アリ。又額ニ從ヒ然カモ、少額ニ對シ高利ヲ許スカ故ニ大口ノモノハ之ヲ二三口ニ分ツトキハ直ニ高利ヲ得ルニ至リ。其他豫メ貸高ヲ引去リ手數料ヲ貪リ其他ノ方法擧クルニ暇アラス。

是實ニ憂フ可キノ現象ニ非スヤ。制限法ハ高利貸ハ之ヲ免レ、正當ナル資本家ハ之アル爲ニ貸出ヲ爲サス。今ヤ此ヲ醫スルノ法ハ一アルノミ則利息制限法ヲ廢シ刑法ヲ以テ高利貸ヲ罰スルナリ。(Blodig, Wucher U. Seine Gesetzgebung 50 fg, Wagner, Schönberg H. Bl. 428). 而シテ實ニ墺(一八八一年五月二十八日法)匈(一八八三年五月二日法)獨(一八八〇年五月二十四日法)白(刑四九四)多數ノ瑞西カントン及英法ノ如キハ刑法上之ヲ罰スルナリ。而シテ其規定ハ他人ノ智慮淺薄若クハ窮迫ニ乘シ不法ノ利益ヲ貪ル者ハ云々ト規定スルニ在リ。余輩ハ改正案カ已ニ堂ニ上リタルニ拘ラス室ニ入ラサルヲ怨トス。余輩ハ切望ス改正案ハ百尺竿頭一歩ヲ進メ以テ高利貸ヲ罰センコトヲ知ラスヤ南獨逸及ハルッエゴビーナ等ニ於テハ高利ノ爲ニ人民ハ凡ソト奴隸ノ地位ニ在ル者アルコトヲ。而シテ我國ノ高利未タ金錢高利ニ過

キスト雖トモ彼ノ最モ恐ル可キ物上高利(Sachwucher)ノ現出セソコトハ日ヲ期シテ待ツ可シ。否彼ノ地主ガ不法ニ地代ヲ上ケ、家主ガ不法ニ家賃ヲ貪ルガ如キハ是實ニ物上高利ノ萠芽ニシテ而シテ現ニ我國ニ於テモ往々聞見スル所タルニ於テヲヤ。

第四十八　第二百八十九條

(一)「他人ノ爲ニ占有スル」此文字ハ第一ニ不當ナリ。我民法ニ依レハ他人ノ爲ニ占有スルハ、代理占有ノ場合ノ外ニハナシ。占有者ガ自ラ占有權ヲ有スル場合ニハ必ス自己ノ爲ニ占有スルコトヲ要ス(民一八〇)而シテ本條ハ代理占有者ガ横領スル場合ノミナラス自己ノ爲ニ占有スル者ガ横領スル場合モ之ヲ含ムノ主意ナルコト明ナレハナリ

第二ニ各國刑法ニ於テモ Unterschlagung (横領)ノ場合ニハ必ス其犯罪人ニ所有權ナキコトヲ要スルガ如シ。本條モ亦此意義ナル可シ。然レトモ余輩ハ其狹キニ失スルニ非ルヤヲ疑フ。(一)他人ノ代理人タル者ヲ委任其他ノ關係上本人ニ引渡ス可キ義務(債務)アル物ヲ横領セル場合ニモ之ヲ罰ス可キ價値ナキヤ。而シテ此等ノ場合ニハ代理人ハ其物ニ付キテハ所有權ヲ有シ本人ハ唯引渡ノ債權ヲ有スルニ過キサルガ故ニ當然本條ノ場合ニ入ラス(民六四六條以下)(二)所謂信用的所有權(fiduazialisches Eigenthum)ヲ有スル者ガ横領シタル場合ニハ刑法ハ必ス之ヲ罰ス可キモノナリト信ス。信用的所有權トハ所有者ハ所有者ナレトモ其物ヲ一定ノ目的ニ使用ス可キ債務ヲ負擔スル場合ナリ。是殊ニ義捐金寄附金ノ場合ニ生ス。義捐金寄附金ノ場合ニ付キテハ種々ナル見解アレトモ余輩ハ義捐金寄附金ノ所有權ハ蒐集者即委員發起人等ト稱スル者ニ存スルヲ至當トス(勿論民法上財團法人ノ生ス可キ寄附行爲ノ場合ハ之ニ入ラス)。唯其所有權ハ信用的所有權ニシテ一定ノ使途ニ充ツ可キ義務アルニ過キス(Regelsberger, Strefzüge Zofg, Matthias, Lehrb. I 139, Hellwig Vertragz. Gunsten Dritter 239)。故ニ發起人等カ之ヲ横領スル場合ニハ民法上ハ凡ソト救濟ナク稍ヤヽ不當利得ノ訴權アルニ過キス。然レトモ其所爲ノ惡ム可キヤ勿論ニシテ殊ニ義捐金寄附金ノ如キハ公益ノ爲ナルコト多キガ故ニ刑法上制裁ヲ附シ其目的ヲ達セシムルコト最モ必要ナリト信ス。然シテ本條カ取リタル一般刑法ノ主義ニテハ此場合ハ委員ニ所有權アルガ故ニ犯罪トナラサルナリ。

(二)〔横領〕ノ文字ハ如何ナル出處ニ基クヤ。何ハ夫レ貞永式目然タルヤ。而シテ其意義ハ甚タ不明ナリ。察スルニ刑法學ニ認ムルト同樣事實上所有權者タルノ行爲ヲ爲スコト(Aneignung)ヲ云フモノタル可シ。

一般ニ刑法學ニ於テハ本條ノ場合ニハ之ヲ前陳ノ行爲アル場合ニ限ルカ如シ。外國刑法ニテハ尙可ナリ。我刑法改正案ニハ所謂使用ノ侵害(furtum usus)ノ場合則他人ノ物ヲ占有者カ許ナクシテ使用スル場合(殊ニ質權者カ)ナキカ如シ。若然ラハ本條ニ於テ單ニ横領ト云ヒ所有者タル行爲アル場合ニ限レルカ如キ觀ヲ呈セルハ狹キニ非スヤ否那。

# 第三章　理論上ノ觀察

## 第一節　第二十五條(沒取)

### 第一　所有ヲ禁シタル物件

改正案第二十五條ハ沒取ニ付キ規定ス。是現行刑法第四十三條及第四十四條ヲ修正セルモノニシテ第二章刑例第一節刑ノ部ニ屬スル一規定ナルヨリ見レハ之ヲ以テ一ノ附加刑ト爲シタルコト明ニシテ而シテ是亦第二十六條ヨリ見ルモ明ナリトス。而シテ余輩ハ此規定ニ關シ多少ノ疑義ナキ能ハス。先第一項ヲ見ン。

(一)改正案ハ〔物件〕ナル文字ヲ用ユ。而シテ已ニ論セルカ如ク改正案カ物件ナル文字ヲ用ユルハ本條ニ限ラス其數甚多シ。而カモ又已ニ論セルカ如ク〔物〕ナル文字ヲ用ヒタル場合モ甚多シ。同一法律ニ於テ或ハ物件ト云ヒ或ハ物ト云フ其間區別ナキ能ハス。然ラハ改正案ハ物件ト物トノ間ニ如何ナル區別ヲ爲スヤ。從來ノ用法ニ依レハ或ハ物件ト云ヒテ動産ヲ指スコトアリ(例之府縣制一〇六、一〇七)。或ハ不動産ヲ指スコトアリ(例之市町村制九七)。而シテ最多クノ場合ニ於テハ物ト云フト等シク一切ノ物ヲ包含ス、然レトモ改正案ノ意義ハ以上三種ノ中其一ヲ採用スルモノトスルヲ得ス。何者改正案ニ於テハ動産ハ明ニ動産ト云ヒ(例之二七三)不動産ノ場合ニハ明ニ不動産ト云ヒ(例之二八九)又動産不動産一切ノ物ヲ包含スル場合ニハ之ヲ物ト云ヘハナリ(例之一二八、一二九)。況ンヤ動産不動産又ハ物ト云フ意義ハ民法上一定ノ意義アルコト民法々典ノ規定スル所ニシテ而シテ改正案起草者亦必ス之ヲ知ル可シ從テ若此等ノ意義ヲ指スニ於テハ何ヲ苦ンテカ殊ニ物件ナル

異リタル文字ヲ用ユ可キノ理由ナキニ於テヤ。

私法上ニ於テハ從來[物]ト[物體]トヲ分チ物ト云ヘハ有體物ノミヲ指シ物體ト云ヘハ權利ノ目的タルヲ得可キ一切ノモノヲ含ムモノトス。然ラハ改正案ニ所謂[物件]ノ意義ハ余輩ノ所謂物體ナルモノカ。若然ラハ物件ハ物ノ外尚權利、義務、信用、得意、商號、其他智能的製作物ヲ包含セサル可ラス。然レトモ改正案ハ又物件ニ此意義ヲ附スルモノニ非ル可シ。何者若然ラハ法律ニ於テ所有ヲ禁シタル物件トハ意義ヲ爲サス。又沒取ト云フ以上ハ必ス有體物ヲ物件トセサル可ラス。況ンヤ本條第二項其他物件ナル文字ノ使用セラルヽ場合ニ權利、義務ヲモ包含スルモノトセンカ奇々妙々ノ結果ヲ生スルニ於テヲヤ。一例ヲ示セハ本條第二項第二ノ場合ニ犯罪行爲ヨリ生シタル物件中ニ義務ヲ包含スルトセハ竊盜ノ爲ニ賠償義務ヲ負ハヽ其義務ハ沒取セラルヽコトヲ得。犯人ハ却テ利益ヲ蒙ルニ至ル可シ。

於此乎余輩ハ全ク改正案ノ物件ナル語ヲ解スル能ハス。若余輩カ先ニ述タルカ如ク物件トハ物ト云フニ等シトセハ何故ニ物ナル文字ヲ使用セサルカ。即起草者ハ用語ノ上ニ於テ精確ナラサルノ非難ヲ免レス。又若之ニ他ノ意義アリトセハ少



クトモ本條第一項ハ意義ヲ爲サス。何者所有權ト目的タルモノハ物ノ外アルコトナキヲ以テナリ。

(二) 次ニ本項ニ於テ[法令]ト云フハ先キニ述タルカ如ク刑法又ハ刑事法ノミヲ指スニ非ル可シ。廣ク一般ノ法令ヲ指スモノナル可シ。若然ラハ多クノ法律ニ於テ規定スル沒取ハ沒取ナレトモ刑法上ノ附加刑トシテノ沒取ニ非ス。其物ヲ所持スルコトカ犯罪ト爲ルモノニ非ス。果シテ然ラハ何カ故ニ如斯キ規定ヲ刑法中ニ置キタルカ殊ニ之ヲ刑例中ニ規定セルヤ。附加刑ニ非ル沒取ハ一種ノ行政處分ニシテ行政法ニ於テ規定セラル可キ刑法上ニ於テ規定セラル可キモノニ非スト信ス (Mandry, civilrechtl. Inhalt 365, Friedläander, Archio f. b. R. XII 349 fg)

或ハ本項ノ目的トスル所ハ刑法上所有ヲ禁スル物又ハ佛國ノ刑法學ニ所謂罪體ナルモノヲ指スノ意カ。然ラハ第一ニ法文不完全ナリ。第二ニ刑法上所有ヲ禁シタル物アルナク又刑法上所有ヲ禁シタル物トハ全ク意義ナキノ語タリ。第三ニ罪體ヲ指スモノトセハ佛國刑法學ニ所謂罪體ナルモノハ必シモ所有ヲ禁セル物ニ非ス。又所有ノ事實カ犯罪ト所ル可キ物ノミニ非ルナリ。

(三) 所有ヲ禁シタル物件トハ如何、法律上果シテ所有ヲ禁セル物アルカ、若法律上所有ヲ禁セル物アラハ物ノ性質上所有シ得可ラサルモノナリ、私權ノ物體ト爲リ得可ラサルモノナリ、而シテ私法學ノ正當ナル見解ニ從ハヽ如斯キ物ハ所有ヲ禁シ又ハ所有シ得可ラサル物ニ非スシテ全ク物ニ非ルナリ。

性質上所有シ得可キ物ニシテ法律カ所有ヲ禁スル物ナシ、刑法家カ例示スル阿片烟僞造貨幣、猥褻ノ圖畫ト雖モ所有ヲ禁セラレタル物ニ非ス、是誠ニ見易キノ理ナリ、國庫カ之ヲ沒取スルト云フハ國庫ノ所有權ニ入ルト云フコトナリ、若所有カ禁セラレタル物ナラハ如何ニシテ國庫ハ所有權ニ入ルコトヲ得可キカ、醫師カ阿片ヲ嗜ム、刑法家カ參考トシテ僞造貨幣ヲ所持シ、國立圖書館カ猥褻ノ圖畫ヲ藏スルハ所有スルモノニ非スト爲スカ、否國庫ハ或物ハ沒取セル後公賣ニ付スルコトアリ、公賣ハ賣買ニシテ所有權移轉ヲ目的トス、所有ヲ禁シタル物カ如何ニシテ賣買ノ目的タルヲ得ルカ。

思フニ改正案ノ主旨ハ所有ヲ禁スルト云フハ所謂禁制物ノ意義ナル可シ、現刑法ハ明ニ法律ニ於テ「禁制シタル物件」ト云ヘリ、余輩ハ此語ノ適ニ改正案ニ優ルコトヲ信ス、何者禁制物ナルモノハ私法上自ラ一定ノ觀念アレハナリ。

私法上ニ於テハ禁制品ハ分ツテ四トス、一ハ其存在ニ伴フ危險アルカ爲ニ一定ノ手續ヲ經タル後破壞セラルヽ可キ物ナリ(例之牛疫ニ罹リシル牛)、二ハ私人ノ占有ニ係ルトキハ沒取セラルヽ可キ物ナリ(例之犯罪ノ用ニ供シタル物、僞造貨幣)、三ハ頒布陳列、又ハ販賣ヲ禁止セラレタル物ナリ(例之風俗ヲ害ス可キ圖畫)、四ハ許可ナシテ所有、占有、頒布、陳列、販賣、製造、輸入等ヲ禁止セラレタル物ナリ(例之火藥、毒藥)。

(Wächter, wärt. pr. R. II 281, Thöl, H. R § 205, Regelsberger, Pand. § 111)

尙私法上ニ於テハ物ノ能力ニ關シ權利無能力(則私權ノ目的タル能ハサル物及取引無能力(則取引ノ目的タル能ササル物)ヲ分ツ、而シテ禁制物ハ或場合ニ取引無能力タルモ決シテ權利無能力タルコトナシトスルヲ通說トス、實ニ四種ノ禁制物中一モ私權ノ目的タルコト殊ニ所有權ノ物體タルコトヲ禁止セラレタルモノアルコトナシ、第二種ノ物ト雖トモ唯私人ノ所有ヲ許サヽルノミ、現刑法ハ禁制物ハ之ヲ沒取ス、ト云フモ第一ニ禁制物ト雖モ必シモ沒取セラルヽ可キモノニ非ス、第二ニ之ヲ刑法中ニ規定セルノ欠點アリト雖トモ改正案ニ優ルコト万々ナル可シ。

第二　犯罪行爲ヨリ生シ又ハ之ニ因リ得タル物件

是ヨリ第二項ニ移ラン

第二項第二ハ規定シテ曰ク「犯罪行爲ヨリ生シ又ハ之ニ因リテ得タル物件」ト余輩ハ私法家トシテ又此規定ニ關シ大ニ疑ヲ挾ムモノナリ。是必シモ改正案ノミニ對スルニ非ス。各國刑法ニ於テ皆然リトス。何ヲカ疑ト云フ。他ナシ。或行爲ハ犯罪行爲タルト同時ニ法律行爲タルコトアリ。刑法カ之ヲ罰スルニ拘ハラス私法カ之ヲ保護スルモノアリ。是甚奇怪ナルカ如シ。民法第九十條及同九十一條ハ明ニ不法ノ內容ヲ有スル法律行爲ヲ以テ無效トセリ。故ニ一見セハ犯罪行爲カ同時ニ法律行爲タルコトナキカ如シト雖トモ而カモ刑法上ノ犯罪タルノ事實ハ常ニ必シモ私法上ノ行爲トシテ其內容ヲ不法ナラシムルモノニ非ス。換言セハ刑法的禁止ハ必シモ法律行爲ヲ無效ナラシムルモノニ非ス (Endemann, civilrechtl. Wirkg. d. Verbotg. III (g) 二三ノ例ヲ示セハ明ナル可シ。

甲者價値ナキ繪畫ヲ大家ノ筆ナリト僞リ乙者ニ賣レリ。甲者ハ改正案第二百八十一條ニ依リ罰セラル。然レトモ賣買ハ有效ナリ。殊ニ甲者ノ意表意示ハ完全ニ有效ニシテ唯乙者ノ意思表示ハ民法第九十六條ニ依リ取消シ得可キニ過キス。強迫ノ場合ニ於テモ亦同樣ナリ。殊ニ乙者ノ取消權ハ五年ニシテ消滅ス可キカ故ニ(民一二六)若乙者ニシテ犯罪者ヲ恐レ取消ヲ爲サヽルトキハ五年ノ後ハ甲者ノ詐僞ニ因リ成立セル賣買ハ完全ニ有效ト爲リ。刑法カ一方ニ於テ罰スル行爲ヲ民法ハ他方ニ於テ之ヲ保護シ而カモ五年ノ後ハ犯罪者ヲシテ安シテ其犯罪ノ果實ヲ收ムルコトヲ許ス (Hölder, civ. Archiv. Bd 73, 991)

以上ノ場合ニ於テハ然レトモ刑法上罰スル行爲ハ詐僞ニシテ民法カ保護スルハ此詐僞ヨリ生セル意思表示ニシテ多少目的物ヲ異ニスト雖トモ或場合ニハ全然同一ナル行爲ヲ刑法ニ罰シ私法ハ保護スルコトアリ。例之乙者ハ其所有物ヲ甲者ニ受寄セリ。甲者ハ之ヲ善意ナル丙者ニ賣渡セハ。此場合ニ甲者ト丙者トノ間ニ二個ノ法律行爲アリ一ハ賣買契約ニシテ一ハ占有ノ引渡ナリ。第一ノ行爲ハ疑モナク有效ナリ又刑法上モ無罪ナリ。何者他人ノ財產ノ賣買契約ハ所有權ヲ移轉セス。一方ニ債權ヲ生スルニ過キス。從テ受寄者ハ未タ改正案第二百八十九條ノ橫領ヲ爲セルモノト云フ可ラサレハナリ。然レトモ第二ノ引渡ノ行爲ハ明ニ占有物ノ

横領ニシテ改正案第二百八十九條ノ罰スル所ナリ。然ルニ私法ハ現ニ此犯罪行爲タル引渡ヲ有效トシ然カモ極力之ヲ保護シ丙者ハ所有權ヲ得ルモノトス(民一九二)則犯罪行爲タル引渡ハ完全ナル法律行爲的效力ヲ生ス。

以上例示セル場合ニ於テ詐僞ノ賣主又ハ占有者横領者タル甲者ハ其賣買ヨリ代價ヲ得タルコトアル可シ。又未タ代價ヲ得サルトキハ法律行爲ハ有效ナルカ故ニ又代價ヲ請求スルヲ得可シ、此請求ハ新ナル給付ノ請求權ニシテ不當利得ニ非ルカ故ニ民法第七百八條ハ適用ナシ。如斯クシテ甲者ハ代價ヲ得タル場合ニ刑法家ハ之ヲ以テ犯罪行爲ニ因リテ得タル物ト爲スカ又ハ法律行爲ニ因リテ得タル物ト爲スカ。私法上ヨリ云ヘハ賣買ハ完全ニ有效ニシテ又第二ノ場合ニ於テモ丙者ノ得タル所有權ハ法律ノ結果トシテ得タルモノニシテ引渡又ハ賣買契約ノ結果トシテ得タルモノニ非スト雖トモ債務ノ辯濟アルカ爲ニハ相手方ヲシテ所有權ヲ得セシムルヲ以テ足リ債務者ノ行爲ニ因リ直接ニ之ヲ取得スルヲ要セスト爲スコト一般ノ認ムル所ナルヲ以テ(Dernburg, Pand. II 152)甲者ハ明ニ自己ノ負擔セル債務ヲ辯濟セルモノニシテ從テ反對給付タル代價ヲ受クルノ正當ノ權源ヲ有スルモノタリ。

共犯罪行爲ニ因リ得タルモノトシテ之ヲ沒取センカ。更ニ奇怪ナル結果ヲ生ス。

第一ノ場合ニ付キ云ハヽ甲ナル詐僞ヲ賣主ハ其繪畫ハ不正ノモノタルモ尙幾分ノ價値ヲ有ス可シ。從テ全ク代價ヲ受ケスシテ其財産ヲ失フノ結果ト爲ル可シ。第二ノ場合ニ於テハ之カ沒取ハ寄託者タル乙ニ取リ甚迷惑ナリ。何者其代價ニシテ甲者ノ所有ニ歸セハ乙者ハ直ニ之ヲ差押ヘ以テ其損害賠償請求權ヲ完フスルヲ得レトモ之ヲ沒取セラルヽトキハ即此利益ヲ失フ可キヲ以テナリ。

又假リニ之ヲ沒取セリトシテ其金額ハ之ヲ如何ニスルカ。第一ノ場合ニ於テハ乙者其賣買ヲ取消ストキハ賣買ハ無效ト爲ル。然レトモ此時迄甲者ハ代價ヲ其儘保存スルコト決シテ勿ル可キカ故ニ從テ乙者ハ直接ニ其代價ノ所有權ヲ回復セス。單ニ損害賠償ノ債權ヲ有ス可キノミ。第二ノ場合ニ於テモ亦然リトス。則乙者ハ何レノ場合ニモ甲者ニ對シ損害賠償ノ債權ヲ有スルニ過キス從テ官ハ其沒取セル金額ヲ乙者ニ下渡スコト能ハサル可シ。若之ヲ下渡ストセハ官ハ犯罪人タル甲者ニ代リ損害賠償ヲ爲スモノニ非ルカ故ニ乙者ハ之ニ關ラス尙甲者ニ對シ損害

賠償ノ請求權ヲ有シ從テ乙者ハ不當ニ二重ノ利得ヲ得ルニ至ル可シ。或ハ官其代價ヲ沒取スルトキハ乙者ハ之ニ對シ權利ヲ行使スルコトヲ得可シト爲ス者アル可シト雖トモ非ナリ。乙者ノ權利ハ債權ニシテ沒取アルトキハ代金ノ所有權ハ國庫ニ歸スルカ故ニ直ニ之ニ對シ權利ヲ行フヲ得ス。

以上論スルカ如ク同一行爲ニシテ犯罪行爲且法律行爲タル場合アルコトハ事實之ヲ證ス。或ハ犯罪行爲タルト同時ニ法律行爲アルトスルヲ非ナリトシテ是法律行爲ノ元素ノ一タル意思表示カ犯罪行爲タルニ過キス。法律行爲ノ全體カ犯罪行爲タルニ非スト爲スト雖トモ(Regelsberger, 476, Isay, Willenserklärung 94 fg.)是言語ノ爭ナリ。一方ニ於テ犯罪行爲ト爲リ一方ニ於テ法律行爲ト爲ル行爲アリ得可キコトハ爭フ可ラサル所ニシテ(Schlossmann, Vertrag 130, Thon, Rechtsnorm, 366, Dernburg I 180) 余輩ハ刑法家カ如何ニ此場合ニ處スルカヲ見ントス。

尙玆ニ同一種類ニ屬スル一例ヲ示ス。甲者乙者ヨリ無記名株券ヲ竊取シ情ヲ明シテ之ヲ丙者ニ賣渡シ丙者ハ之ヲ善意ナル丁者ニ賣レリ。此場合ニ甲者ノ行爲及甲者丙者間ニ爲サレタル賣買ハ明ニ犯罪ナリ。然レトモ丙者カ之ヲ丁者ニ賣渡スノ行爲ハ特別ナル犯罪ヲ構成セス。而シテ私法上ニ於テハ有效ナリ。從テ甲者カ丙者ヨリ得タル代金ハ之ヲ沒取スルコトヲ得ルモ丙者カ丁者ヨリ得タル代金ハ如何。尙犯罪行爲ヨリ生シタル物ト云フヲ得ルカ。將又法律行爲ニ依リテ得タル物ト爲スカ。

### 第三　犯人ニ屬セサル物件

第三項ハ規定シテ曰ク「物件ノ沒取ハ其物件犯人口外ノ者ニ屬セサルトキニ限ル」ト。全體カ消極的ニ規定セラレタルコト已ニ奇ナリ。犯人ナル文字ハ尙奇ナリ。全體ノ適用ノ範圍明ナラサルハ更ニ奇ナリ。此規定ハ第一項ノ場合ニモ亦適用アルカ。然レトモ第一項ハ廣ク所有ヲ禁セル物件ト云フ而シテ所有ヲ禁セル物件ヲ所持スルコトハ常ニ必シモ犯罪ニ非ルコト已ニ論セル所ナリ。然ラハ犯人ナル文字ハ當ラサルニ非スヤ。若第一項ハ第三項ト相待チテ他ノ犯罪ニ依リ罪セラル可キ者所有ヲ禁シタル物件ヲ所持シ又ハ其物ヲ所持スルコトカ犯罪ト爲ル可キ場合ノミニ適用セラル可キモノナリト云ハヽ第一項ノ文字ハ適當ノモノニ非ス。

更ニ奇ナルハ「屬セサル」ノ文字ナリ。屬スルトハ所有ノ義ナル可シ。若第三項ハ第

一項ニ適用セラル可シトセハ第一項ハ已ニ所有ヲ禁スル物件ト云フカ故ニ其物カ犯人以外ノ者ニ屬シ則其所有ニ在ルコト決シテナキニ非スヤ。又犯人ノ所有ニ係ルトキ則他人ノ所有權アラサルトキハ之ヲ沒取スルコトヲ得。然ラハ問ハシ。余ハ他人ノ紙ヲ盗ミ他人ノ筆ヲ無斷ニ使用シ又他人ノ墨ヲ盗ミ以テ爲換手形ヲ發行シ之ヲ第三者ニ流通セリ。第三者ハ余カ他人ノ紙ヲ盗ミタルコトヲ知レリ。此場合ニ其手形ハ犯罪則竊盗ニ因リ得タルモノナリ。然レトモ余ハ民法第二百四十六條ニ依リ所有權ヲ取得ス。則犯人ニ屬スル物ナルカ故ニ之ヲ沒取スルヲ得ルカ又余ハ官許ヲ得スシテ鑛物ヲ採取セリ。然ルニ鑛物ハ國ノ所有ニ屬スルコト鑛業條例第二條ノ規定スル所ニシテ則犯人以外ノ者ニ屬スルカ故ニ之ヲ沒取スルコト能ハサルカ。

## 第二節　第四十五條乃至第四十七條(違法ノ除去)

### 第一項　總論

改正案ハ此數條ニ於テ犯罪ノ要素タル違法ノ條件ニ付キ其違法ヲ除去ス可キ原因ヲ擧示ス。

抑モ刑法上ノ犯罪行爲ト私法上ノ不法行爲トハ共ニ違法行爲ナル大ナル觀念ニ屬シ共ニ過失的違法ノ行爲ニシテ唯刑罰ヲ以テ制裁ト爲スヤ否ヤノ一點ニ依リ區別セラルヽコト私法上ニ於テノミナラス又刑法上ニ於ケル通說ナリ(Liszt, Strafr, 186 Delikssoblig. 3 fg, Binding, Normen I 252 fg)。然ラハ刑罰ノ一點ヲ除クノ外ハ犯罪行爲ト私法行爲トハ其要素ヲ同フセサル可ラス。殊ニ違法ナル點ニ於テ然リトス。違法トハ之ヲ形式的ニ云ハヽ Binding(ビンヂング)ノ云フカ如ク法律ノ規定ノ違反ナリ。之ヲ實質的ニ云ハヽ法律利益ノ侵害ナリ。或ハ權利ナル語ヲ廣ク解スルトキハ違法トハ權利侵害ニ外ナラス。民法七百九條ハ此見解ニ從ヘリ。此違法ノ觀念ハ私法ト刑法トニ依リテ異ナシ。唯違法ノ觀念ト制裁ノ觀念トヲ混合スルナキヲ要ス。後ニ述フルカ如ク刑法上違法ナリト雖トモ之ニ刑罰ヲ課セス私法上違法ナリト雖トモ之ニ損害賠償ヲ命セサル場合アルト同シク刑法上ノ犯罪ニ非ル行爲ニモ刑罰的制裁ヲ加フルコトアリ(例之違警罪又私法上不法行爲ニ非ル行爲ニモ損害賠償ヲ命スルコトアリ(例之債權者ノ遲滯、無權代理行爲)。故ニ制裁ナケレハ違法ニ非スト爲スヲ許サヽルト共ニ制裁アルモ必シモ違法ニ非ルナリ。

違法ノ觀念ニシテ同一ナル以上ハ其違法ヲ除去ス可キ原因ニ至リテモ亦同一ナラサル可ラス。蓋同一要素ヲ具備スル犯罪行爲ニ其一要素ヲ奪フノ原因ハ私法上ノ不法行爲ニ付キテモ同一ノ效果ヲ生セサル可ラス。又反對ニ論スルモ同一ナリ。換言スレハ如何ナル違法行爲ニ刑罰ヲ課スルヤ否ヤハ刑法ノ自由ニシテ刑法ノ規定ニ依リ定ル可ク又如何ナル違法行爲ニ損害賠償ヲ命スルヤ否ヤ(又ハ違法ナラサルモ損害賠償ヲ命ス)ハ私法ノ自由ニシテ私法ノ規定ニ依リ定マルト雖トモ其違法行爲トシテ認ムルノ範圍ハ兩者同一ナラサル可ラス、則或行爲ハ刑法上ノ犯罪ナレトモ私法上損害賠償ノ責ニ任セス則私法上ノ不法行爲ニ非ルコトアリ。然レトモ是私法上違法ニ非ルカ故ニ不法行爲ニ非ル=非ス。他ノ要素(例之實害ナシ)ヲ欠クカ故ニ不法行爲ト爲ラサルモノアリ。又私法上不法行爲タルモノニシテ刑法上犯罪ト爲ラサルモノアリ。然レトモ是刑法上違法ニ非ルカ故ニ犯罪ト爲ラサル=非ス。又他ノ要素(則刑罰ナシ)ヲ欠クカ故ニ犯罪トナラサルノミ。所謂違法ノ範圍ニ於テハ兩者必ス同一ナラサル可ラス(Lünckelmann, Schadeusersatz 71, Liszt, Delikts-obligo, 21 fg)。違法ハ法律ノ違反則法律利益ノ侵害ナルカ故ニ法律カ或場合ニ法律利益ノ侵害ヲ許容スルニ於テハ違法ハ除去サル可シ。法律ノ許容トハ權利ノ授與、認定ト云フト同一意義ヲ有ス。故ニ法律カ或權利ヲ與フルトキハ此權利ニ依リ爲シタル行爲ハ違法ニ非ス。然ルニ已ニ述ヘタルカ如ク一法律ニ於テ違法ニ非ル行爲ハ他ノ法律ニ於テモ亦違法ナルコト能ハス。故ニ違法ヲ除去ス可キ權利ノ授與ハ如何ナル法律ニ於テ之ヲ授與セルヲ問ハス。苟クモ法律上權利アリテ或行爲ヲ爲ス以上ハ刑法上ニ於テハ決シテ犯罪タルコト能ハス。私法上ニ於テハ決シテ不法行爲タルコト能ハス。換言セハ刑法上違法ニ非ス、權利アリト爲スカ故ニ犯罪行爲ニ非ストスルノ行爲ハ私法上ニ於テモ決シテ不法行爲タルコト能ハス。又私法上違法ニ非ス權利アリト爲スカ故ニ不法行爲ニ非ストスルノ行爲ハ刑法上ニ於テモ決シテ犯罪タルコト能ハス。唯刑法上或行爲ニ刑罰ヲ課セサルハ必シモ其違法ニ非ス權利アリトスルカ故ニ非ス。又私法上或行爲ニ損害賠償ヲ命セサルハ必シモ違法ニ非ス權利アリトスルカ故ニ非ス。故ニ常ニ其理由ヲ探求スルヲ要ス。刑法家ハ私法上或行爲ニ損害賠償ノ責任ナシトセルハ之ヲ爲スノ權利ヲ認メタルモノナルヤ否ヤヲ尋スルコトヲ要シ、私法家ハ又刑法上或行爲ニ刑罰ヲ課セサルハ

之ニ權利ヲ認メタルモノナルヤ否ヤヲ採ラサル可ラス。苟クモ一法律ニ於テ權利アリト認メタル行爲ハ又必ス他ノ法律ニ於テモ違法タルコト能ハサルナリ。

權利ヲ以テ爲ス行爲ハ違法ニ非サルト共ニ或行爲カ客觀的ニ違法ナルニ拘ラス法律カ之ヲ違法ニ非スト爲スハ則法律カ法律利益ヲ侵害スルノ權利ヲ被ムルモノタリ。法律ハ權利義務ヲ規定スルモノナルカ故ニ法律カ許容スルトキハ權利勿ル可ラス。法律カ命令スルトキハ義務勿ル可ラス。或ハ違法ニ非ルモ權利ナキ行爲アリト爲ス者アレトモ(例之Linckelmann a. a. O 71.)非ナリ。法律上違法ニ非サレハ權利アルナリ、權利アレハ違法ニ非ルナリ。法律ハ命令禁止ナリ。法律カ或行爲ヲ許容スレハ權利ナリ。法律ハ權利ト非權利ノ中間觀念ヲ認メス。權利ナケレトモ違法ニ非ルモノアリト爲スハ權利ナル語ニ附スル言語上ノ爭ニ非レハ必ス法律カ或行爲カ違法ニ非ルカ故ニ之ニ制裁ヲ加ヘサル場合ト違法ナレトモ他ノ理由ニ依リテ之ニ制裁ヲ加ヘサル場合トヲ混同スルニ外ナラス。

今此根據ヲ置キ是ヨリ改正案ノ私法的觀察ヲ下サン

## 第二項　法令ニ因リ爲シタル行爲

第一　此規定ハ不必要ナリ

改正案ハ第四十五條ニ於テ違法除去ノ第一原因トシテ法令ニ因リ爲シタル行爲ヲ擧タリ。誠ニ間然スル所ナシ。獨リ疑フ果シテ之ヲ明言スルノ必要アルカ。刑法ハ行爲ト結果トノ間ニ因果關係ナキニ於テハ犯罪ナキコトヲ明言スルヲ要セサルト共ニ違法ノモノニ非レハ犯罪ニ非サルコトヲ明言スルコトヲ要セス。法無ケレハ罪ナシトスルノ條文ヲ掲クルノ要ナシト爲セル刑法改正案ハ何カ故ニ其反對ヲ示スノ必要ヲ感シタルカ。法令ニ由リテ爲シタル行爲ハ違法ノモノニ非ス。權利アリテ爲シタルモノタリ、其犯罪トナラサルヤ明ナリ。何カ故ニ改正案ノ所謂正當ノ業務ニ因リ爲シタル行爲其他四十六條、四十七條ニ依リ爲シタル行爲カ犯罪ト爲ラサルカ。是法令ニ因リテ爲シタルモノナレハナリ。苟クモ違法ヲ除去スルノ原因ハ皆法令ニ因リタルカ故ニ外ナラス。余輩ハ改正案カ如何ナル必要ヲ感シテ此規定ヲ設ケタルヤヲ知ラス。

若之ヲシテ私法ナラシメハ或ハ之ヲ明言スルノ要アリ。私法上ニ於テハ權利ノ行使ナルニ拘ラス損害賠償ニ任スル場合少ナラス。殊ニ私法上ニ於テハ損害アレ

ハ之ヲ賠償スルノ義務アリトスル陳腐ノ見解未タ全ク消滅セス。故ニ或ハ權利ノ行使ナル場合ニハ法律カ殊ニ命スル場合ノ外ハ損害賠償ノ義務ナキコトヲ示スカ爲ニ法令ニ因リ爲シタル行爲ニ對シ責任ナキコトノ原則ヲ示スノ要アル可シ。我民法ハ然ルニ其要ナシト認メタリ。起草者ヲ異ニスト雖トモ尙同一國家ノ法律ナリ一ノ法律然カモ其必要ヲ感スル法律ニ於テ之ヲ不必要ト認メタルニ拘ラス他ノ法律然カモ疑ヲ生スルノ恐ナキ法律ニ於テ之ヲ必要トスルノ理由アランヤ。

第二　此規定ハ害アリ

否余ハ却テ此條文アルカ爲ニ疑ヲ生スルコトアルヲ免レサルヲ恐ル。現ニ私法ノ上ニ於テハ往々法令ナル文字ニ付疑ヲ生セリ。法令ナル文字ハ之ヲ平易ニ解セハ法律命令ナリ。然ルニ我國語ノ法律命令ナル文字ハ各法律ニ於テ其意義ヲ異ニス又學者ニ依リ見解ヲ異ニス。私法上ニ於テ從來生シタル疑少カラス。曰ク法令トハ憲法、皇室典範ヲ含ムヤ。曰法令トハ條約ヲ含ムヤ。曰ク法令トハ自治體ノ條例規則ヲ含ムヤ。曰ク法令ハ天皇カ皇族ノ事項ヲ規定シ玉フ自治的規則ヲ含ムヤ。曰ク法令トハ訓令其他內部ノ命令ヲ含ムヤ。曰ク法令トハ商慣習其他慣習ヲ含ムヤ。刑法ハ須ラク其用語ノ上ニ於テ精確ナルヘシ。將來若刑法ハ嚴格ニ解釋ス可キノ原則ニ依リ法令トハ憲法、條約ヲ含マストスルノ解釋出來レハ本條アリテ却テ害ヲ遺スモノニ非ルナキヲ得ンヤ。況ンヤ民法第二條ハ明ニ法令ト條約ヲ區別スルカ故ニ此解釋ノ出テンコト蓋杞憂ニ非ルコトヲ信ス。

## 第三項　正當ノ業務ニ因テ爲シタル行爲

第一　此規定ハ不完全ナリ

改正案ハ第二ノ違法除去ノ原因トシテ「正當ノ業務ニ因リ爲シタル行爲」ト云ヘリ。此點ハ從來刑法並ニ民法上屢爭アル所ナルカ故ニ改正案カ之ヲ以テ明ニ違法除去ノ原因則權利ノ存在アルモノト認メタルヲ多トセサルヲ得ス。然レトモ業務ニ因ル行爲カ如何ナル範圍迄違法ヲ除去スルヤ換言セハ業務權ノ範圍如何ハ刑法上ニ於ケルヨリモ寧ロ私法上ニ於テ一層之ヲ定ムルノ必要ナルヲ認ム(Liszt, Deliktsobligｰ. 95)。殊ニ刑法上ニ於テハ業務ニ因ル行爲ノ責任ナキハ全ク一般ノ疑ハサル所ニシテ唯其根據ニ付キ多少ノ異議ナキニ非ス(例之 Oppenheim, ärztl. Recht, R. Merkel, Rollision Nchtmässig. Interesse)。然カモ之ヲ業務權ノ行使ニ歸ストハ凡ソト通說

ト云フ可シ(Binding, Grundr. I. 143)。然ルニ私法ハ之ヲ規定セス刑法ハ之ヲ規定セルハ少シク一國ノ立法トシテ權衡ヲ欠クノ恐ナキ能ハス。又刑法上及私法上ニ於ケル今日ノ立法上ノ必要ハ業務ニ因ル行爲カ違法ト爲ルヤ否ヤヲ決スルノ點ニ非ス。其違法ヲ除去ス可キ條件及範圍ヲ確定スルノ點ニアリ。殊ニ問題ヲ生スルハ醫師ハ其患者又ハ親族ノ依頼ナキニ拘ラス如何ナル治療ヲ爲スノ權利アルヤニ關ス。改正案ハ單ニ業務權アルコトヲ規定シ立法上其必要ヲ感スルノ點ニ及サルヨリ余輩ハ凡ソト此規定ノ恩澤ヲ蒙ラサルコトヲ明言セサルヲ得ス。

## 第二　財務ニ因ル行爲

尙本條ニ所謂業務ト云フ中ニハ必ス職務ヲ包含ス可シ。是改正案カ現刑法七十六條ヲ削除セルニ依リテ明ナリ。或ハ改正案ハ業務ナル文字ト職務ナル文字ヲ區別シテ用ユルカ故ニ業務トハ Beruf(ベーフ) ヲ指シ職務(Amtspflicht)ハ之ヲ包含セスト爲ス者ナキヲ保セス。殊ニ職務ノ場合ハ多クハ法令ニ依ル行爲ト云フ中ニ入ル可キカ故ニ此解釋モ亦一片ノ理ナキニ非スト雖トモ余輩ハ業務トハ職務ヲ包ス含モノト見ルヲ至當トス。何者或職務上ノ行爲ハ必シモ法令ニ因ルノ行爲ノ中ニ入ル能ハサルモノアレバナリ。

此解釋ハ何ニ決スルモ職務上ノ行爲ノ犯罪ト爲ラサルコトハ明ニ本條ノ認ムル所ナリ。此點ニ於テモ亦余輩ハ改正案ニ嫌焉タラサルヲ得ス。職務上ノ行爲ノ犯罪ト爲ラサルモ又一般ノ疑ハサル所ニシテ唯其範圍適用ニ付キ疑アルモノナリ。我國ニ於テ刑法ヲ改正シ殊ニ職務上ノ行爲ノ犯罪ト爲ラサルコトヲ明定スル以上ハ少シク其範圍條件ヲ明ニスルヲ要ス。是余輩私法家トシテ最モ之ヲ希望セサルヲ得ス。蓋私法上職務上ノ行爲カ不法行爲ト爲ルヤ否ヤハ刑法ニ於テ之ヲ犯罪トスルヤ否ヤニ關スルコト殊ニ多シ。各國ノ刑法之ヲ決セス刑法家ノ意見亦甚タ精確ナラサルカ故ニ私法上ニ於テモ常ニ其說ノ紛々タルヲ見ル(例之 Anschütz, Ersatzanspnch durch rechtm. Hlg. d. Staatsgewalt, Klewitz, Entschädigungsanspnch aus rechlsw. Amtshlg, Merkel, Rollision d. rechtm. Interesse 參照)。殊ニ長官ノ命令ニ因ル行爲ニ付キ然リトス。又官吏ノ行爲カ職權內ナルヤ否ヤニ付キ常ニ問題ヲ生ス。殊ニ長官ノ命令ニ因ル場合ニ關シテハ其命令カ違法ナル場合ノミニ現刑法七十六條ヲ適用ス可キ奇怪ナル解釋說アリ又屬官カ長官ノ命令ヲ拒ムコトヲ得ルヤ否ヤノ標準ハ(岡

田氏刑法論)問ヲ以テ問ヲ答フルモノニシテ之ニ依リ適用ノ範圍ヲ定メ難キニ於テヲヤ。余輩ハ刑法改正案カ此點ニ關シ多少精確ナル規定ヲ設クルコトヲ得ルヲ信ス。若改正案起草者モ亦從來法典調査會ノ所謂大主義ニ從ヒ「法ハ大個ヲ定ムルヲ以テ足ル運用ノ妙自ラ其中ニ存ス」ト云ハヽ余輩亦何ヲカ云ハン。

第三　正當ノ業務ト云フハ不當ナリ。

終ニ正當ノ業務トハ意義ヲ爲サス。業務ト云フ以上ハ正當則適法ノ意義ナル可シ)ナルコトハ之ヲ包含ス。不正當ナル業務アルコトヲ得ルカ。正當ナル形容詞ハ却テ業務ヨリハ之ヲ行爲ノ條件ト爲ス可シ。即業務上正當ノ行爲ト爲スコトヲ要ス。

## 第四項　正當防衛ノ行爲

第一　此規定ハ不必要ナリ

改正案第四十六條ハ正當防衛權ヲ規定ス。改正案カ近世法學ノ結果ニ從ヒ現刑法ノ佛刑法ニ依遵セル狹隘ナル規定ヲ改メタルヲ多トセサルヲ得ス。然レトモ余輩ハ此規定ニ關シ種々ナル疑ヲキ能ハス。先ツ第一ニ余輩ハ又刑法ニ此規定ヲ設クルノ必要アルヤ否ヤヲ疑フ。何者正當防衛權ハ已ニ業ニ民法第七百二十條一項ニ於テ之ヲ明定スレハナリ。然リ實ニ民法第七百二十條ノ規定ハ果シテ正當防衛權ヲ認メタルモノナルヤ否ヤ疑ナキニ非ス。然レトモ若之ヲ疑ハヽ改正案ノ規定モ亦同一ナリ。刑法家ハ或極メテ陳腐ノ說ヲ取ル者ヲ除キ改正案第四十六條ハ正當防衛權ヲ認ムルモノタルコトヲ疑ハサル可シ。然ラハ民法七百二十條ニ付キテモ亦之ヲ疑ハサル可シ。況ンヤ同條ハ其母法タル獨逸民法ヨリ見レハ明ニ正當防衛權ヲ認メタルノ點ニ於テ一點ノ疑ナキニ於テヲヤ。已ニ民法七百二十條ハ正當防衛權ヲ認ムルコトヲ疑ナシトセハ何カ敢ニ再ヒ之ヲ刑法ニ規定スルノ必要アルカ。

刑法上違法ヲ除去スルノ權利ハ何法律ニ於テ之ヲ認ムルヲ問ハサルコト已ニ論セル所ナリ。民法上已ニ正當防衛權ヲ認ム。此權利ニ因リ爲シタル行爲カ犯罪ニ非ルコトハ明文ヲ要セス。私法上ノ不法行爲ト刑法上ノ犯罪トハ性質ヲ異ニスルモノト爲スハ佛法ノ謬想ナリ。各國刑法ニ正當防衛權ノ規定アルハ各國民法ニハ此規定ナキカ故ナリ。

刑法上重要ナル規定ハ刑法ニ之ヲ規定ス可シト爲サハ刑法ハ何ニ故ニ所謂法

合ニ依ル行爲ナルモノヲ列擧シ所謂正當ノ業務ナルモノヲ列擧セサル乎。法律ハ各箇獨立ナルコト能ハス必ス相關連ス。故ニ刑法ト雖トモ刑法上適用セラル可キ凡テノ規定ヲ列擧スル能ハス又之ヲ爲ス可キモノニ非ス。一例ヲ擧クレハ改正案四十六條ニ不正ノ侵害ト云ヘリ。何カ不正ナルカハ刑法ハ民法ニ依ラスシテ之ヲ決スルコトヲ得ルカ。則改正案ハ或規定ハ全ク之ヲ民法ニ讓レルニ非スヤ。何ニ故ニ正當防衛權ノミハ刑法上之ヲ再言スルノ要アリト爲スカ。若此規定ハ重要ナルカ故ナリト云ハヽ余輩ハ之ニ答ヘテ云ハン。親權ノ行使ハ刑法上ノ犯罪ニ非ス。是刑法上甚タ重要ナル規定ナリ。然ルニ改正案ハ之ヲ一言セス。而シテ之ヲ云ハサルハ當然ナリ。何者親權ノ行使ハ民法上正當ノ權利ナルカ故ニ刑法上罪ト爲ラサルハ當然云フヲ待タサレハナリ。親權ニシテ然ランカ何ソ正當防衛權ニシテ他ナルヲ得ンヤ。親權其他民法上ノ權利ト行使ハ所謂法令ニ依ル行爲ノ中ニ入ルカ故ニ特別ノ規定ヲ要セストセハ正當防衛權モ亦然ルニ非スヤ。

然リ民法第七百二十條ノ正當防衛權ノ規定ハ不完全ナリ。殊ニ侵害カ急迫ナルコトヲ云ハサルハ其缺點ニシテ刑法改正案ハ之ヲ明言ス。尙ホ其以外ニモ缺點アル可シ。然レトモ民法ノ規定ニシテ非ナラハ刑法改正案起草者ハ何故ニ其改正案ト共ニ民法改正ノ意見ヲ立テサリシカ。民法ハ民法ナリ刑法ハ刑法ナリ民法ノ規定ハ不當ナルカ故ニ刑法ハ別ニ規定ヲ設クト云フハ立法者ノ言トスルコトヲ得ルカ。

或ハ云ハン刑法起草者ハ刑法起草者ニシテ民法改正ノ職權ナシト。然リ直ニ民法ヲ改正スルノ職權ハ之勿ルヘシ。然レトモ案ヲ具シテ政府ニ建議シ得ルハ明ニシテ又立法起草ノ任ニ當ル者ノ當然ノ職務ト信ス。尙進ンテ之ヲ云ハヽ民法ヲ改正スルノ要ナシ刑法中ニ附則ヲ置キ之ニ依リ民法第何條ヲ如斯ク改ムト規定スルコトヲ得ルニ非スヤ。或ハ云ハン一法律中ニ他ノ法律ノ修正條文ヲ狹ムカ如キハ體裁ヲ失スルモノ甚シト。誠ニ然リト雖トモ我立法者ハ已ニ之カ先例ヲ開ケリ。商法二百八十條ハ商法ノ或規定ニ適用ス可キコトヲ定ム。余輩ハ外國ノ法律中ニ於テモ甲法律中ニ於テ乙法律ノ規定ヲ甲法律中ノ或規定ニ適用シ又ハ適用セサルノ例ヲ見ルト雖トモ未タ甲法律ニ於テ其規定ヲ乙法律然カモ其特別ナル規定(特別ナル規定ニ非スシテ刑法改正案第九條ノ如キ規定ハ非議ス可キ點ナシ)然カモ其特別ナル規定ヲ變更ス可キコトヲ定メタルノ例アルヲ知ラ

ス。刑法起草者ハ何故ニ民法中正當防衛權ノ規定ヲ改ムルニ此好先例ニ則ラサリシカ。

第二　侵害ノ條件

余輩ハ是ヨリ刑法改正案カ認メタル正當防衛權ト民法七百二十條一項カ認メタル正當防衛權トヲ比較シ如何ナル結果ヲ生スルヤヲ見ン。

第一正當防衛權ノ成立ニハ侵害ヲ要ス。是刑法上ハ明文ニ依リ明ニシテ民法上ニハ他人ノ不法行爲ト云ヒ而シテ不法行爲ハ七百九條ニ依リ他人ノ權利ノ侵害ナルニ依リテ明ナリ。然ラハ此侵害ハ如何ナル條件ヲ要スルヤ。

(一)　不正ノモノタルコト　刑法改正案ハ不正ナルコトヲ要スルヲ明言ス。此場合ニ不正ト云フ意義甚明ナラス。然レトモ兎ニ角茲ニ不正ト云フハ法律ニ違反スルモノナルコト則權利ナキコトヲ包含スルヤ(或ハ其意義尙是ヨリ廣キヤハ後ニ至リ云ハン)明ナリ。是改正案カ他ノ場合ニ不正ト云フハ此意義ナルニ依リテ明ナリ。不正トハ權利ナキコトヲ云フモノトセハ是亦民法上ニ於テモ同シ。何者七百二十條ハ他人ノ不法行爲ト云ヒ而シテ不法行爲ハ必ス違法則權利ナキ行爲ナレハナリ。

(二)　急迫ナルコト　是刑法ノ明言スル所ニシテ民法ノ明言セサル所ナリ、而シテ攻擊カ急迫ナルコトハ正當防衛權ノ一大要件ナリ。民法起草者モ之ヲ知ラサリシニ非ル可シ。又現ニ其母法タル獨逸民法草案ニモ之ヲ明言セリ。然ルニ尙民法ハ之ヲ明言セサルヨリ見レハ民法ハ急迫ナルコトノ要件ヲ必要トセサルモノナルカ。而シテ此推定ハ我民法カ一モ自助權(Selbsthilfe)ヲ認メサルヨリ見レハ益其推定ヲ堅クシ。則民法七百二十條ニ於テハ殊ニ急迫ナル條件ヲ必要トセス以テ自助權ニ屬ス可キ場合モ其中ニ包含セシムルモノト解釋スルモ不當ニ非ル可シ。若此解釋ニシテ正當ナランカ奇怪ナル現象ヲ生ス。民法ハ急迫ナラサル侵害ニ對シテモ尙正當防衛權ヲ認ム。而シテ民法上認メタル權利ニ依リ爲シタル行爲ハ刑法上之ヲ犯罪ト爲スコト能ハサルカ故ニ刑法改正案カ急迫ナル條件ヲ加ヘタルノ注意ヲ水泡ニ歸シ去リ改正案四十六條ハ無キニ等シキニ終ランノミ。

或ハ曰ク民法ハ急迫ナル條件ヲ附セスト雖トモ已ムコトヲ得サルノ行爲ト云フ。急迫ノ侵害アルニ非レハ加害行爲ハ已ムコトヲ得サルモノニ非ル可シ。然リ多

クノ場合ニ於テハ然カラン。然レトモ必シモ然リト云フ可ラス。而シテ其必スシモ然ラサルコトハ刑法改正案カ急迫ナル條件ノ外ニ尙ホ已ムヲ得サル行爲ナル可キコトヲ求ムルヲ以テ知ル可シ。殊ニ盜賊ノ來ランコトヲ慮リ豫メ彈藥ヲ埋メ盜賊之ニ觸レ又ハ盜賊カ已ニ盜品ヲ持チ逃走セル後之ヲ追ヒ暴力ヲ以テ之ヲ奪ヒ還スカ如キ場合ハ已ムヲ得サル所爲ナル可キモ侵害ハ現在則急迫ナルモノニ非ス。從テ此場合ハ刑法四十六條ヨリ云ハヽ正當防衛ニ非スト雖トモ民法七百二十條ヨリ云ハヽ正當防衛ト爲リ從テ刑法家モ亦其四十六條ニ拘ラス之ヲ正當防衛トシテ認メサルヲ得サルニ至ラン。

余輩ハ勿論我民法七百二十條ハ如斯キ主意ニ非ス尙侵害ノ急迫ナル可キヲ要スルモノト解釋ス。然レトモ前ニ擧クル解釋ノ出ルコトアルモ明文上ハ之ヲ排斥スルコト能ハス。此ニ於テカ余輩ハ刑法改正案カ自ラ其四十六條ヲ設ケテ屑トシ民法改正ノ擧ニ出テス災ノ自ラ及フヲ知ラサルヲ怨トスルナリ。

尙余輩ヲシテ望マシメハ改正案ノ急迫ハ甚タ可ナリトセス。須ラク之ニ現在ノ意義ヲ附ス可シ。何ヲ以テカ之ヲ云フ。不當ノ解釋ノ出ルコトヲ憂フレハナリ。已ニ余カ擧ケタル盜賊ノ逃走セルヲ追驅ケ盜品ヲ取戻シタルカ如キ場合ニハ私法學上(例之 Endemann, Lehrbuch 396) 並ニ刑法學上(例之 Frank § 53, Olshausen § 53 nr 9) 尙之ヲ以テ正當防衛ト爲スノ謬說アリ。此等ノ場合ニハ自助權ノ行使アル可シ。從テ自助權ノ爲ニ犯罪ト爲ラス損害賠償ヲ負ハサルコトアル可シト雖トモ正當防衛ノ一場合ニ非ルコトハ苟クモ正當防衛ト自助權ノ區別ヲ認ムル者ニ在リテハ許ス可ラス。而シテ急迫ナル文字ハ未タ如此キ謬說ヲ排斥スルニ足ラサルコトヲ信ス、岡田君ハ其著刑法論ニ於テ目前ト云ヘリ誠ニ適當ナル條件ナリト信ス。

(三) 自己又ハ他人ノ權利ニ對スルコト　是亦民法刑法共ニ一致スル所ナリ。唯民法ハ第三者ト云ヒ刑法ハ他人ト云フ用語上ノ非難ヲ免レサルコトハ已ニ之ヲ論セリ、

茲ニ所謂權利トハ刑法上保護セラレタル權利ニ限ラス、苟クモ權利タル以上ハ悉ク之ヲ包含ス。私法上ニ於テハ此權利ハ信書ノ秘密其他公法上ニ於テ保護スル權利選擧權等ヲ包ムカ。又姓名ニ對スル侵害、善良ノ風俗ニ反スル行爲(例之無理ニ娼妓ト同衾セシメラル)及契約違反ニ對シテモ正當防衛アリ得可キカ。殊ニ權利ニ

非ル占有(則事實上ノ所持)及準占有ニ對シテモ亦正當防衛アリ得可キヤハ已ニ獨逸普通法上最モ爭論アル所ナリ(Titze, notstand-recht 76)。余輩ハ此點ニ關スル刑法家ノ見解ヲ聞カント欲ス。

(四) 侵害ハ人ヨリ來ルコトヲ要スルヤ否ヤ　民法七百二十條ハ明ニ他人ノ不法行爲ト云ヒ。而シテ第二項ニ於テ他人ノ物ヨリ來ル急迫ノ危難ノ場合ヲ擧ク。故ニ私法上正當防衛ハ人ノ侵害ニ限ルヤ否ヤハ七百二十條第二項ハ正當防衛ナルヤ急狀權(Notstandrecht)ナルヤノ先決問題ニ擊ル。然ルニ七百二十條二項ハ獨逸第一草案百八十七條ニ基ク。而シテ獨逸草案ハ Merkel(Lehrb. 163 尙ホ Titze 14) 一派ノ學說ニ從ヒ正當防衛ハ人ノ侵害アル場合ニ限ル故ニ狂者ニ對シテモ尙正當防衛アル可キモ物ニ對シテハ正當防衛アルコト能ハストスルノ主義ヲ取リタルコト其草案理由書一卷三三九頁以下ニ依リテ明ナリ。我民法起草者ハ之ニ對スル攻擊ノ聲ノ盛ナリシコト(例之 Hölder, civ. Archiv Bd, 73, 151 fg, Liszt, Grenzgebiet 8 fg)ヲ知リタルヤ知ラスヤ、獨逸草案ニ從ヒ此規定ヲ設ケタリ。依之觀是民法ハ正當防衛ヲ七百二十條第一項ニ限リ則人ヨリ來ル侵害ノ場合ノミニ限ルコト明ナリ。

今刑法改正案ハ他人ノ侵害ナルコトヲ云ハス。是侵害ノ人ヨリ來ルコトヲ要セサルモノトスルモノナルカ否ヤ。勿論危難カ純然タル物ヨリ來ル場合(例之隣家ノ燒クルトキニ之ヲ破壞ス)ニハ是明ニ急狀權ニシテ改正案四十七條ニ入ル可シ。常ニ問題ト爲ルハ狂者其他意思能力ナキ者ノ侵害及動物ヨリ來ル危難ナリ。余輩カ見ル處ヲ以テスレハ從來ノ刑法學上前ニ擧タル Merkel 一派カ無心者ノ場合ニハ正當防衛アリ動物ノ場合ニハ急狀權アリト爲スノ外ハ學者中此二ツノ場合カ正當防衛權ナルカ急狀權ナルカニ付キテハ爭アレトモ此二ツノ場合ヲ別々ニスルノ學說アルヲ聞カス。則或一派ハ侵害ハ能力者ヨリ來ルコトヲ要ストシ從テ無心者ノ侵害ハ之ヲ急狀權中ニ入レ。或一派ハ動物ノ侵害モ尙正當防衛中ニ入ル可シト爲ス(Titze, notstand 17 ニ學說ヲ列擧ス)。而シテ近時ニ至リテハ寧ロ後說ヲ以テ通說トスルカ如シ(例之 Binding, Olshausen Liszt 而シテ Tuhr 等ハ私法上之ニ反セリ)唯獨法ノ解釋上ハ民法ノ謬リタル規定ノ爲ニ如何トモスル能ハサルニ過キス。

我刑法改正案ハ何レノ學說ヲ取リタルヤ。我刑法家ハ如何ナル見解ヲ取ラントスルカ。然レトモ刑法改正案又ハ學者カ如何ナル見解ヲ取ルモ是唯空論タルニ至

ヲン。何者民法ハ國家ノ法典トシテ明ニ之カ適用ヲ命スレハナリ。而シテ我民法ハ則獨法ノ謬說ヲ襲ヒ七百二十條ニ依リ正當防衛權ハ人ノ侵害ニ限リ又人ノ侵害ノ場合ハ無心者ナルモ必ス正當防衛權アリトス。今日奴隷ヲ認メサル法律ニ於テハ無心者ノ侵害ハ物ト同視シ七百二十條第二項ニ入ル可キコトハ到底之ヲ主張スルコト能ハス(Birkmeyev, Mecklemb. Z. VII 192, Tize 83, Liszt, Deliksoblig. 88) 則我國刑法家ハ民法ノ惡規定ノ爲ニ獨逸刑法家ト同一ナル境界ニ陷ラン。

今若國法ノ命スル所民法ニ從ハンカ。無心者ノ場合ハ正當防衛權アリ。動物ノ場合ニハ急狀權アリ(Endemaun Lehrb. I 369, Liszt, Deliktsoblig. 87)。刑法改正案ニ依レハ正當防衛權ハ避ケントシタル害ト正當防衛ヨリ生セル害トノ大小ヲ問ハスシテ犯罪ト爲ラス、急狀權ハ第二ノ害カ第一ノ害ヲ超ヘサルトキニ限リ犯罪ト爲ラス。從テ狂者アリテ余カ庭園ノ花ヲ取去ラントシ余之ト爭ヒ力及ハサレハ之ヲ銃殺スルモ罪ト爲ラス、反之隣家ノ獵犬此花ヲ折ラントスルトキハ其花ノ價隣家ノ犬ノ價ヨリ大ナル場合ニ非レハ之ヲ殺シテ無罪タルヲ得ス。改正案四十七條ニ依リ余ハ刑ヲ輕減セラルヘシ然レトモ決シテ無罪タルコト能ハス。是實ニ奇怪ナル現象ニ非ス。又甲者乙者ニ其犬ヲケシ掛ケタル場合ニハ甲者ニ對シテハ正當防衛權アリ犬ニ對シテハ急狀權アリ、從テ乙者ハ其短銃ヲ犬ニ向クルヨリハ甲者ニ向クルヲ以テ安全トス。

又若假リニ刑法家ハ其理論ト規定ヲ固守シ或ハ無心者及動物ノ場合共ニ正當防衛權アリ又ハ共ニ急狀權アリト主張センカ。民法上正當防衛ト見ル場合ニ刑法上ハ急狀ナリトシ、又刑法上ハ正當防衛ナリトスルニ民法上ハ急狀ナリトスルヲ至ル可シ。國法上許ス可ラサルノ結果ヲ生スルノミナラス、又其許ス可ラサルノ主張ナルコトヲ知ルニ足ラン。

然レトモ以上ハ刑法改正案ノ罪ニ非ス。刑法カ其主義ヲ明ニセサルハ解釋ニ依リテ決スルコトヲ得可キヲ以テ尙ホ可ナリ。此等ハ皆民法ノ罪ナリ。然レトモ是ニ依リテ民法ハ刑法家ハ民法ナリ刑法ハ刑法ナリトシテ安然タルコト能ハス。即余躍カ論セルカ如シ刑法改正案ハ常ニ改正案ニ規定ヲ設クルヲ以テ足レリトセス民法ヲ改正スルニ非レハ其效ナキコトヲ知ルヘシ。

第三　防衛ノ條件

正當防衛ニハ第二防衛ノ行爲アルコトヲ要ス。是刑法及私法上認ムル所ニシテ又其條件ニ付キテモ刑法ト民法トニ依リ規定ノ差異ナシ。唯正當防衛ノ場合ニハ防衛ス可キ害ト之ニ依リ生シタル害トノ大小ヲ問ハサルハ刑法上ニ於テハ或ハ正當ナル可キモ(然レトモ異議ナキニ非ス(Liszt, Lehrb 140, Titze 89)私法上ニ於テハ大ニ考フ可キ點ナキニ非ス。一少財産ノ爲ニ他人ノ生命財産ヲ奪フモ尙責任ナシト爲スハ立法論トシテハ大ニ考フ可シ。然レトモ刑法起草者ハ必ス此點ヲ熟考シテ此規定ヲ設ケタルモノナル可ク而シテ私法ニ於ケル疑義ハ茲ニ論ス可キ限ニ在ラサルカ故ニ今暫ク之ヲ置ク(Getz 諾威刑法草案理由書,尙瑞西刑法十五條參照)。

尙防衛者ハ正當防衛權ヲ行使スルコトヲ自覺スルヲ要スルヤ否ヤハ是亦刑法上議論ノ存スル點ナリト雖トモ(Olshausen § 53 nr 11 fg)私法上ニ於テハ疑ナク權利ノ行使ハ之ヲ知ラサルモ權利ノ行使タリ。唯此自覺ヲ必要トスルヤ否ヤニ依リ法人モ亦正當防衛權ヲ有ス可キヤ否ヤ又此場合ニハ法人カ其權利ヲ有スルモノトスルカ又其代表者之ヲ有スルトスルカ。若法人之ヲ有ストセハ他人代リテ之ヲ行フヲ得ルヤノ問題ノ決定ニ影響ヲ及ホス可シ。余輩ハ此點ニ關シ又刑法家ノ見解ヲ聞カント欲ス。

刑法及民法ニ已ムヲ得サル行爲トハ何ヲ云フカ甚タ不明ナリト雖トモ是蓋其必要ナル行爲ナリト云フノ意義ナル可シ。唯已ムヲ得サル行爲ト云フトキハ其已ムヲ得サルハ防衛カ已ムヲ得サルモノナルカ又其防衛ノ方法カ已ムヲ得サルモノナルカニ付キ疑ナキ能ハス。例之自己ノ名譽ヲ汚サス又ハ危險ニ陷ラスシテ逃走シ得タル事實アルトキハ正當防衛無シトスルカ有リトスルカ。刑法家ハ如何ニ之ニ答ヘントスルカ。改正案ハ如何ナル主義ヲ執リタルカ。已ムヲ得サル所爲ト云フノミニテハ此點ニ付キ疑ナキ能ハス。余輩私法家ハ此點ニ付キテハ最好ノ通路ヲ有ス。即惡意ニ因ル權利行使ノ禁止是ナリ。而シテ此考ハ又民法七百二十二條(四一八)ニ於テ現出ス。故ニ私法上ニ於テハ防衛ヲ要セサルニ拘ハラス防衛セルトキハ正當防衛ナルヤ否ヤヲ決セスシテ其防衛者ニ損害賠償ノ義務アルヤ否ヤヲ決スルコトヲ得。然レトモ刑法上ニハ此通路勿ル可シ。從テ益刑法家ノ見解ヲ聞カンコトヲ希望スルナリ。

尙終ニ正當防衛カ必要ノ程度ヲ越エタル場合ニハ私法上ニ於テハ必ス之ヲ違

法トス。然レトモ損害賠償ニ付キテハ其程度超過ニ關シ過失アルヤ否ヤ則相當ノ注意ヲ施サハ其程度ヲ超過セサルコトヲ得タルヤ否ヤニ依リ損害賠償ノ責任ノ有無ヲ定ム(Plauck I 281)。錯誤ニ依リ正當防衛權アリト信シタル場合モ同樣ナリ。改正案四十六條二項モ亦之ヲ認ムルカ如シト雖トモ其刑ヲ免除スル場合ニハ過失ナキヲ要スルヤ否ヤ。刑法家ノ意見ハ必シモ此點ニ關シ一致スルモノニ非ルカ如シ。殊ニ改正案ハ所謂必要ノ程度ニ付キテハ主觀的ニ之ヲ定ムルカ客觀的ニ之ヲ定ムルカ(Olshausen § 53 nr. 11)。又正當防衛ノ爲ニ第三者ノ權利ヲ害セル場合ニ付テハ第三者ニ對シテハ違法アリトスルカ或ハ然ラストスルカ。又若然ラストセハ正當防衛ナルカ急狀ナルカ。民法七百二十條ノ明文ヨリ云ヘハ正當防衛ハ何人ニ對スルモ違法ニ非ルモノトセサルヲ得サルカ如シ。然レトモ之ニ反スル說ナキニ非ス(Endlmann I 368, Plauck I 280)。而シテ違法ニ非ストスルノ說ニ在リテハ第三者ニ對シテハ急狀ト爲スヲ通說トス。一般ノ急狀權ヲ認メサル我民法上ニ於テモ尙然ルヲ得ルヤ否ヤ疑ハシト雖トモ是純然タル私法上ノ議論ニ屬ス。刑法上ニ於テモ亦第三者ニ對シテハ改正案四十七條ニ入ルモノトスルカ。第三者ニ屬スル棒ヲ以テ正當防衛ト爲スカ如キ場合、又攻擊者他人ノ刄劍ヲ持テ攻擊スルトキニ其刄劍ヲ破壞スルカ如キ場合ニハ困難ナシ。然レトモ祭日ニ途上人通多キニ際シ家內ニ於テ甲者余ノ財產ヲ奪去ラントス、余若シ發砲スルトキハ他人ヲ害スルコトアルヘキヲ知ルニ拘ラス發砲シテ正當防衛ヲ爲シ仍テ通行人ヲ死ニ致シタル場合ニ其他人ニ對シテハ急狀權アリ四十七條ノ適用ヲ受ク可キモノトセハ財產ニ對スル急狀ノ爲ニ人命ヲ奪フカ故ニ余ハ尙刑ヲ蒙ラサルヲ得ス。果シテ然ラハ余カ有スル正當防衛權ハ有名無實ノモノナリ。qui Suojure utiliter neminem laedit(權利ヲ行フ者ハ侵害セス)ノ確言ハ全ク適用ナキニ至ラン。是一ニ公平ノ點ヨリ云ハヽ非難ス可ラサル結果ナル可シト雖トモ法律カ權利ヲ認メタルノ結果ニ適フコトヲ得ルカ。刑法家ハ如何ニ之ヲ說明セントスルカ。

第四自ラ招キモノニ非ルコトノ條件

正當防衛アルニハ侵害ハ防衛者自ラ招キタルモノニ非ルコトヲ要スルカ。刑法改正案ハ此點ヲ明言セス。我國從來刑法家ノ學說ニ於テハ正當防衛ニハ必ス自ラ招キタル攻擊ニ非ルコトヲ要スルモノトセルカ如ク。又現刑法三百十四條ハ明ニ

此條件ヲ認メタリ。反之外國刑法ノ學說ニ於テハ此條件ヲ必要トセサルヲ通說トス(Olshausen § 53 nr. 6)。然ルニ改正案ハ此條件ヲ明言セサルハ之ヲ不要トスルモノト見サルヲ得ス。余ハ果シテ立法上此主義ノ當ヲ得タルヤ否ヤヲ疑フト雖トモ是刑法上ノ理論ニ係ル。余輩暫ク之ヲ云ハス唯之ニ對シ有力ナル反對論ナキニシモアラサルコトヲ一言セントス(例之Oppenheim nr. 7 Litze 86)。

所謂不正ノ侵害ト云フ中ニハ單ニ權利ナキ侵害ノミナラス自ラ招キタル侵害ニ非ルコトヲ包含スルモノト爲スノ說ナキニ非ル可シ。然レトモ如斯キ解釋ノ許ス可ラサルコトハ之ヲ他ノ不正ナル文字ト比較シ、尙故意ヲ以テ攻擊ヲ招クモ苟モ其攻擊ニシテ自ラ正當防衛ニ非ル以上ハ尙不正ノモノタルコトヲ免レサルヲ知ラハ明ナル可シ。

尙刑法上起草者ノ意思如何ニ拘ラス過失ニ因リ招キタル侵害ニ對スルモ尙正當防衛アリ得可キコトハ民法之ヲ證明ス。蓋我民法ハ羅馬法ニ則リ過失ノ衝突ハ別々ニ之ヲ判斷スルノ主義ヲ則リ英法ノ如ク此場合ニハ過失ナシトスルノ主義ヲ採ラス。是四百十八條及七百二十二條二項ニ依リ明ナリ。則被害者ニ過失アルニトハ唯損害賠償ノ額ニ影響スルニ過キス。加害者ノ行爲ノ違法ナルコトヲ除去スルモノニ非ス。已ニ加害者ノ所爲ハ被害者ノ過失アルニ拘ラス違法ナラハ之ニ對シ正當防衛ヲ認メサルヲ得ス。而シテ此理論ハ刑法家モ亦之ヲ認メサルヲ得サル可シ。

## 第五項　急狀ノ行爲

### 第一　急狀行爲ノ性質

改正案第四十七條ハ急狀權ヲ規定ス。余輩ハ先ツ此規定ニ對シ第一ニ改正案カ佛刑法第六十四條ニ基キタル現刑法第七十五條ノ狹隘ナル規定ヲ定メ廣ク急狀ヲ認メタルヲ多トセサルヲ得ス。然レトモ

(一) 余輩ハ此法理ニ付キ聊カ疑ナキ能ハス。改正案ハ(一)急狀ニ因ル行爲ハ國家ノ棄權ニ基ク無罪ナリ、若クハ急狀ハ特別ノ場合ニ法律自身ヲ廢止セラルヽカ故ニ無罪ナリトスル自然法說ノ產出物タル學說(例之Grotius, Pufendorf, Fichte, Wächter)ヲ認メタルモノニ非ル可シ。(二)然レトモ改正案ハKant, Feuerbachニ基キ以太利、佛蘭西ノ學者及獨逸ノ或學者(Geyer, Heusler, Levita等)ノ主張スル自由喪失主義ニ基タル

ノニ非ルカ。即急狀ハ强制ヲ生シ自由ヲ喪失セシメ責任能力ノ欠缺ヲ來スカ故ニ無罪ナリト爲セルニ非ルカ。現刑法ハ此主義ナルコト佛刑法トノ連絡上疑ナカル可シ。而シテ改正案第四十七條ハ現行法七十五條ノ改正ナルカ故ニ尙舊主義ノ繼續スルヤヲ疑ハシムルハ無理ナラス。又彼ノ法典實習會ナルモノヽ發行ニ係ル刑法草案理由書ナルモノヲ見ルニ其八十一項以下ハ改正案第四十七條ハ自由ヲ欠クニ基クノ不論罪ナルコトヲ明言ス。然レトモ尙舊主義ノ繼續スルモノトスルハ毫モ理由ナキノ疑ナルノミナラス彼ノ草案理由書ナルモノハ一私人ノ編纂ニシテ依據スルニ足ラス。殊ニ改正案ハ我國ニ於ケル著名ノ刑法家ノ編纂ニ係ルヨリスレハ改正案カ如此キ陳腐ノ主義ヲ執リタルニ非ルヤ明ナリト信ス。佛派ノ學說ハ自由意思說ノ結果ニシテ自由意思說ノ誤レルコトハ喋々ヲ要セス。急狀ニ在リテ爲スノ行爲ナルモ意思ナキニ非ス。若此意思ハ其成立ノ原因(所謂緣由)自由ヲ欠クカ故ニ無罪ナリトセハ如何ナル行爲ヤ、如何ナル意思ヤ自由ノ緣由ヲ有スルモノアルカ。悉ク不自由ノ緣由ヨリ來ルモノタリ。然ラハ凡テノ行爲ハ悉ク皆無罪タルニ至ランノミ。意思ノ緣由ノ自由ナラサルコトハ私法上ノ法律行爲ノ效力ヲモ左右スルニ足ラス。詐僞强迫ニ基ク意思表示ノ取消シ得ヘキモ自由ヲ欠クカ爲ニ非ルコトハ (Blume, Jherings jahrb. bd 38, 229) 私法上今日ノ定說タリ。私法上ノ行爲尙然リ。況ンヤ犯罪ヲヤ。自由ヲ欠クカ故ニ犯罪ニ非ストハ許ス可ラサルノ說ナリ。

(三)然ラハ改正案ハ近世ノ主義ニ從ヒ急狀ハ法律カ特別ノ場合ニ他人ノ法律利益ヲ犧牲トシテ自己ノ法律利益ヲ保護スルコトヲ許容スルモノトスルノ見解ヲ取ルモノナル可シ。然レトモ更ニ進ンテ改正案ハ急狀權ヲ認ムルヤ否ヤ。此點ニ關シテハ世人カ知ルカ如ク從來ニ主義アリ。一ハ急狀權アルニ非ス。故ニ急狀行爲ハ尙違法ノモノタリ唯之ヲ以テ刑罰ヲ免除スルノ一場合トスルニ過キストシ。一ハ急狀權ヲ認ム。從テ急狀行爲ハ正當防衛ト同シク違法ヲ除去スルモノトス。刑法上ニ於テハ解釋上ニ於テモ理論上ニ於テモ寧ロ第一說ハ通說ニシテ(例之 Binding, Birkmayer, Colker, Hälschner, Janka, Meyer, Olshausen, Tobler 瑞西刑法理由之ニ反シ刑法上急狀權ヲ主張スル者ハ Göb, Morinaud, Stammler, Liszt, Finger 諾威刑法草案理由)反之私法上ニ於テハ却テ第二說ヲ通說トス (Hering, Sintenis, Windscheid, Dernburg, Bepker, Regelsberger, Unger, Sjögern, 近時ニ至リ殊ニ Tuhr, R. Merkel, Titze 之ニ反對スル者例

之 Tobler。改正案ハ其主義ヲ明言セス。第四十六條モ第四十七條モ[之ヲ罰セス]ト云然レトモ第四十六條ハ權利ナルコト疑ナキカ故ニ第四十七條モ亦權利ヲ認ムルモノトスルハ刑法解釋上必シモ正當ノモノニ非ル可シ。

(二) 然レトモ其實ヲ云ハヽ法律カ急狀權ナルモノヲ認ムルヤ否ヤヲ刑法家ニ問ヒ又ハ刑法ニ其主義ヲ明ニスルコトヲ求ムルハ誤レリ。急狀行爲ノ性質ヲ定ムルハ私法ノ正ニ爲ス所ニシテ私法家ノ職務タリ (R. Merkel, 30 fg)。私法上急狀權アリト決セハ刑法ハ之ニ從ハサルヲ得ス。

今之ヲ私法ニ問フニ唯民法第七百二十條第二項ノ規定アリ。先キニ述ヘタルカ如ク我民法ハ獨民法カ物ニ對シ正當防衛ナシトスルノ誤想ニ基キタル規定ヲ襲ヒタルモノニシテ。而シテ獨法ハ此第七百二十條ニ相當スル規定ヲ以テ物ニ對スル一種ノ防衛權ヲ認ムルノ主義ナリシナリ。物ニ對スル防衛權ナル考カ如何ニ誤レルカハ後ニ之ヲ云フ可シ。然レトモ獨法ノ解釋家ハ之ニヲ以ヲ急狀權ノ一場合ト見做セリ。正當防衛ニ非レハ急狀權タラサル可ラサルカ故ニ我民法上ニ於テモ亦此解釋ヲ取ラサルヲ得サルヘシ。然ルニ獨法ニ於テハ後ニ至リ此規定ノ狹キヲ認メ別ニ所有權ノ章ニ於テ他人ノ物ニ對スル急狀權ヲ認メタリ。然レトモ急狀權ハ他人ノ物ヲ使用破壞スルカ如キ場合ニ止ラサルコト勿論ナルカ故ニ學者ハ皆尙其狹キヲ攻擊ス。然レトモ獨法ハ他人ノ物ニ對スル場合ハ皆之ヲ含ムニ係ラス我民法ハ唯第七百二十條第二項ニ於テ其物ヨリ危難ノ生スル場合ノミヲ認ム。唯然レトモ此場合ハ明ニ急狀權ヲ認ムルノ主旨ナルコトハ獨法トノ關連上明ナルノミナラス。之ヲ第七百二十條ノ同一條ニ規定セルヲ見ルモ明ナルカ故ニ私法家ノ學理ノ如何ニ拘ラス又刑法家ハ自家ノ說ノ如何ニ拘ラス少クトモ此場合ノミハ急狀權ヲ認メサル可ラス。

然レトモ其他ノ場合ニ付キテハ一モ規定スル所ナシ。而シテ此他ノ場合ニ急狀權ヲ認ムルヤ否ヤハ大ナル關係ヲ有ス。刑法上ニ於テハ第四十七條ニ依リ罰ナキコト明ナルニ於テハ其權利ノ行使ナルト否トハ大差ナカル可シ。然レトモ尙共犯其他刑事訴訟法上ニ於テハ關係ヲ及ホス可シ。反之私法上ニ於テハ大關係アリ則之ニ依リ一ニ損害賠償ノ責任ノ有無定レハナリ。Binding (Handb 765) ハ權利ノ行使ナルヤ否ヤハ損害賠償ノ責任ニ關係ナシト云フモ是立法論ニ過キス。私法上ニ於

テハ權利ノ行使ナルニ拘ラス損害賠償ノ責任アリト立法スルハ不可ナシト雖モ苟クモ此規定ナキニ於テハ權利ノ行使ノ爲ニ損害賠償ヲ負フコトナシ。尙私法刑法ニ通シ急狀行爲ハ刑法上罰ナキニ拘ハラス若之ヲ權利ノ行使ニ非ストセハ之ニ對シ正當防衛ヲ許サヽル可ラス。若權利行使ナラハ之ヲ許ス可ラサルノ差異アリトス。

而シテ之ヲ私法ノ規定ヨリ云ハヽ第七百二十條第二項以外ノ場合ニ於テハ私法ハ急狀權ヲ認メサルモノト云ハサル可ラス。此理論上ハ素ヨリ非ナリ。然レトモ解釋上ハ動ス可ラス。何者已ニ此場合ノミヲ規定セルカ他ノ場合ヲ除外スルト見ルコト正當ナルノミナラス。又若一般ニ急狀權ヲ認メタルモノトセハ私法上ハ到底其結果ニ堪ヘス。何者一方ニ急狀權ヲ認ムルト決定シ而シテ他方ニハ何等ノ規定ナキニ於テハ急狀ノ凡テノ場合ニハ皆損害賠償ノ責任ナキニ至ル可シ。是私法上許ス可ラサルノ結果ナリ。狂犬ニ追ハレ他人ノ檣壁ヲ破リ難ヲ免ル素ヨリ違法ニ非ス。然レトモ之カ爲ニ損害賠償ノ責任モ亦無シトスルハ正當ニ非ス。即若私法上一般ニ急狀權ヲ認メントセハ或場合ニハ其急狀權ノ行使ナルニ拘ラス損害賠償ヲ爲ス可キ旨ノ規定ナキヲ得ス。獨法ハ先ニ述タルカ如ク單ニ物ニ對スル急狀權ノミヲ認メタルニ拘ラス特ニ明文ヲ以テ我第二百二十條第二項以外ノ場合ニハ急狀權アルニ拘ラス損害ヲ賠償ス可キコトヲ定メタリ。我法典ニ如斯キ規定一モナキ以上ハ到底一般ニ急狀權ヲ認ムルコトヲ得ス。

余輩ハ民法第七百二十條第二項ヲ以テ誤レルモノト云ヘリ。然リ。其第一ノ誤ハ近來急狀權ニ關スル各種ノ研究ヲ知リタルヤ知ラスヤ。徒ラニ急狀權ナルモノナシト認メ、急狀ニ因ル行爲ハ刑法上罰セサルノ理由アル可キモ尙違法ノモノタリ。私法上急狀ノ權利ヲ認ム可キモノニ非ストセリ。實ニ前ニ述タルカ如ク刑法上ニ於テモ尙今日急狀權ヲ認メサル學說甚多シト雖トモ學界ノ傾向ハ他方ニ在ルコトハ疑フ可ラス。其第二ノ誤ハ違法ノモノニ非レハ損害賠償ノ責任ナシトセルニ在リ。已ニ陳タルカ如ク違法ノモノニ非サレハ損害賠償ノ責任ナキ解釋上ノ規則ニシテ立法上ノ規則ニ非ス。實ニ急狀ニ因ル所爲ノ或場合ニハ之ニ損害賠償ヲ負ハシムルノ必要アリ。然レトモ之カ爲ニ立法上其行爲ヲ違法トスルノ要ナキニ非スヤ。其行爲ハ違法ニ非レトモ損害ハ賠償ス可シト爲スハ決シテ不當ノ規則ニ非

ス。獨法ハ已ニ此法理ヲ認メタルニ非スヤ。故ニ我民法ニ依テハ彼ノ有名ナル例タル二人洋中ニ漂フ場合ニ一人其木片ヲ奪ヒ他人ヲ沈ムルトキハ刑法上罰ナシトスルニ拘ラス民法上ハ不法行爲ト爲ルノ結果ヲ生ス。豈ニ夫奇怪ニ非スヤ。第三ノ誤ハ獨法ニ從ヒ第七百二十條第二項ヲ置キタルニ在リ。急狀ニ在ルモ權利ヲ生スルコトナシ唯他人ノ物ヨリ危難襲來スルトキハ是恰モ狂人刀ヲ振ヒ來ルニ等シ。故ニ恰モ正當防衛ニ於ケルカ如ク其物ニ對スルノ防衛權ヲ認メサル可ラスト。何ソ其思想ノ稚氣ヲ帶フルヤ。何カ故ニ危難其物ヨリ生セハ之ヲ破壞スルモ違法ニ非ス。一物ヨリ來ル危難ノ爲ニ他物ヲ破壞セハ違法ナルカ。是恰モ物ノ責任ヲ問フニ異ラス。起草者或ハ曰ハン。一般急狀ノ場合ニハ其害ヲ蒙ルモノハ第三者ナルカ故ニ許ス可ラス。此場合ニハ其害ヲ蒙ルハ其物自身ナルカ故ニ之ヲ許スト。是實ニ獨逸民法草案理由書(三百五十頁)ノ云フ所ナリ。然レトモ危難ノ由リテ來ル物ト雖トモ若此物ヲ以テ苟クモ權利ノ主權ト見サル以上ハ害ヲ受クルハ物ニ非スシテ第三者ナリ。狂犬ニ追ハレ之ヲ殺スモ狂犬ニ追ハレ土足ノ儘他人ノ家ニ逃入ルモ害ヲ受クルハ皆第三者ナリ。何故ニ第一ノ場合ニハ違法ニ非スシテ第二ノ場合ニハ違法ナルカ。第四ニ此規定ノ誤ルコトハ二三ノ例ヲ擧レハ明ナリ。隣家ニ火アリ自家ニ延燒スルヲ拒カンカ爲ニ其隣家ヲ破壞スルモ違法ニ非ス賠償責任ナシ。隣家ノ隣家ニ火アリ自家ニ延燒スルヲ拒カンカ爲ニ隣家ヲ破壞スルトキハ違法ナリ賠償責任アリ。而シテ其火ハ其破壞サレタル家人ノ過失ニ出タルト否トヲ問ハス。余カ隣家ハ大厦高樓ナリ。余ノ家ハ弊屋ナリ。隣家ニ落雷シ火起リタルトキハ余ハ其高樓ヲ破壞スルコトヲ得。大厦高樓ノ隣ニ他人ノ弊屋アリ。余ハ其隣ニ貴重ナル圖書館ヲ有ス。弊屋ノ住者大厦ニ放火セリ。余ハ延燒ヲ恐レ隣ノ弊屋ヲ破壞ス余ハ賠償ノ責ニ任セサル可ラス。肉屋ノ小僧一片ノ肉ヲ持チ余カ家ニ來ル。余カ秘藏ノ獵犬之ニ向フ。小僧ハ犬ヲ殺スモ賠償ノ責任ナシ。若之ヲ靜ムルカ爲ニ肉ノ一片ヲ與フレハ違法ナリ賠償責任アリ(第七百二十條第二項ハ價ノ大小ヲ問ハサルニ注意ス可シ)。

獨法ノ規定ハ已ニ諸方ノ攻擊ヲ向ケタル所ナリ。法典起草者ハ此攻擊ヲ知ラサルニ非ル可シ。然ルニ尙此規定ヲ採用セルハ如何ナル理由ニ出ルカ。

## 第二　刑法上急狀權ノ範圍

今ヤ眼ヲ轉シテ刑法改正案ヲ見ン、上述スル所ニ依リ第四十七條中民法第七百二十條ノ場合ハ急狀權アレトモ其他ノ場合ニハ此權利ナシトセサル可ラス。是刑法家モ亦從ハサルヲ得サル所ナル可シ。此結果トシテ

(イ) 若急狀カ物ヨリ生シ其物ヲ破壞スル場合ニハ之ニ對シ正當防衛ヲ許サス。又民法第七百二十條第二項ハ價ノ大小ヲ問ハサルカ故ニ刑法第四十七條ノ規定アルニ拘ラス其物ハ如何ニ高價ニシテ其害如何ニ小ナルモ之ヲ破壞シテ全ク犯罪ト爲ラス。

(ロ) 以上ノ場合ニ入ラサル場合ニハ急狀權ナシ。從テ急狀行爲ニ對シ正當防衛アリ。行爲者カ罰ヲ受ケサルハ一ニ刑法第四十七條ニ依ル。故ニ利益ノ程度ヲ越ユルコトヲ許サス。又刑法上罰ナキニ拘ラス私法上ハ必ス損害賠償ノ責任アリ。

余ハ暫ク改正案第四十七條ノ條文ノ當否ヲ論スルコトヲ止ム。何者上ニ論スル所ニ依リ是一ニ刑法上ノ議論ト爲リ了スレハナリ。唯本條ニ於テハ急迫ノ危難ト云ハス現在ノ危難ト云ヘリ。現在ト危迫トノ間ニ如何ナル差異ヲ認メタルカ。

余カ刑法家ニ問ハント欲スル所ハ財產ニ對スル危難ニ在リ。財產トハ凡テノ財產上ノ權利ヲ含ム。然ラハ債務ノ履行モ亦之ヲ含ムヤ否ヤ。余ニ負債アリ債權者之ヲ督促シ强制執行セントス。危難目前ニ逼レリ。余ハ友人ノ金錢ヲ竊取シテ之ヲ支拂ヘリ。余ハ無罪ナルコトヲ得ルヤ否ヤ。曾テ私法ニ於テ Pernice (Labeo II 64) ハ此類ノ說ヲ出セリ。刑法家ハ之ヲ認メントスルヤ否ヤ。又船長アリ一定日ニ一定ノ港ニ着セサレハ莫大ノ違約金ヲ拂フコトヲ約セリ(我民法ニ違約金ハ如何ニ不當ナルモ裁判官之ヲ減スルコトヲ得ス民四百二十條)。若期日ニ後ルヽノ危難アルトキハ凡テ其搭載セル荷物ヲ海ニ沈ムルモ無罪ナルカ。私法上ニ於テ Titze (Wolstandr. 102) 之ヲ主張セリ。刑法家ハ之ヲ認ルヤ否ヤ。

改正案ハ又其行爲ヨリ生シタル害其避ケントシタル害ノ程度ヲ越エサル場合ニ限リ罰ナシトス。害則利益ノ比較ハ如何ニシテ之ヲ爲スカ。馬鹿華族ノ名譽ト有望ナル青年ノ生命トハ何レカ重キカ。娼妓ノ自由ト學者ノ身體トハ何レカ重キカ。否果シテ生命、名譽、身體、貞操、自由等ニ附スル危難アル場合ニ害ノ大小ニ依リ罰ノ有無ヲ決スルハ果シテ立法上ノ根據アルカ。急狀ハ急狀ナリ。思慮及フ可ラサルノ時ナリ。此場合ニ尙行爲若ハ自己ノ生命ト害セントスル所ノ財產トハ何レカ重キ

自己ノ名譽ト害セントスル身體トハ何レカ重キヲ考慮シテ後行動スルコ非レハ罰ヲ受ク可キコトアルヲ免レサルハ果シテ刑法上ノ規則ノ精神ナルヤ。曰ク故ニ但書ヲ設ケタリト云ハヽ余輩ハ我國裁判官ノ學識ノ高尚ナルヲ信シ又言ハス

(Titze 109 fg)

要之急狀權ノ問題ハ決シテ獨リ刑法上ノ問題ニ非ス。此點ニ於テモ刑法家ハ如何ニ民法上ノ惡規定カ其害毒ヲ流スヤヲ知ラン。急狀權ノ問題ハ從來刑法家ノ專攻ニ係ル。殊ニ改正案ノ起草者ハ我邦有名ノ刑法家ナリ。希クハ之ヲ刑法ヲ止メス其本ニ遡リ病源ヲ醫センコトヲ。

余輩思フニ急狀權ノ問題ハ決シテ急狀ニ限ラルヽモノニ非ス。凡ソ法律上正當ナル利益カ衝突スル場合ニ於ケル處斷ノ問題ナリ。或場合ニハ他人ノ利益ヲ害セシムルモ一ノ利益ヲ保護スルコト國家ノ目的ニ適ス。刑法私法ノミニ限ラルヘキ問題ニ非ス。國家ノ大問題タルコトヲ信ス。之ヲ以テ權利ナルヤ否ヤヲ論スルハ抑モ末ナリ。又近來諸家ノ說益此權利ノ擴張ヲ主張スルハ大ニ故アリトス(刑法家ニ於テ Binding, Ianka. Stammler, Buri, A. Merkel 私法家ニ於テ Lehmaun, Unger, Rümelin 殊ニ Tuhr, Nofstandim C. R, R. Merkel, Kollision rechtm. Iuteressen, Titze, Noptandrecht)。此問題ノ解釋如何ハ實ニ國家ノ安危ニ係ル。今日ノ社會問題ハ急狀權ノ問題ニ外ナラサルナリ。

第三　急狀ハ過失ナキコトヲ要スルカ

終リニ改正案ハ急狀ハ過失ナシシテ來ルコトヲ要スルモノトスルヤ否ヤ。改正案ハ又此點ヲ明言セス。正當防衛ノ場合ニハ過失ニ依リ招キタル侵害ニ對スルモ正當防衛權アリ得可キコトハ民法ノ規定ヨリ論スルコトヲ得ル旨ヲ云ヘリ。此場合ニモ亦果シテ民法ノ規定ヨリ之ヲ云フヲ得ルカ。

民法上ニ於テハ此場合ニハ第七百二十三條第二項(四一八)ヨリ如何ナル結論ヲモ作ルヲ得ス。何者正當防衛ノ場合ニハ防衛者ト侵害者ノ關係ニシテ而シテ侵害者ノ侵害ハ防衛者ノ過失ニ悲シニ關テス尙第七百二十三條ノ法理ヨリ論シ違法ノ侵害タリ。違法ノ侵害ナルカ故ニ之ニ對シ正當防衛アルコトヲ論結スルヲ得タルモノナレトモ此場合ニハ急狀權ニ依リテ害サル可キハ第三者ノ法律利益ナルカ故ニ上來ノ議論ハ全ク適用ナシ。然テハ私法上ハ如何ニ決ス可キヤト云フニ實

ハ我法典ノ上ニ於テハ此問題ハ私法上甚タ重要ナルモノニ非ス。蓋我法典ハ獨法ノ誤想ニ基キ先キニ陳タルカ如ク防衛的急狀ト攻擊的急狀トヲ區別シ第七百二十條第二項ノ防衛的急狀ノ場合ニハ違法ニ非ストシ其以外ノ凡テノ攻擊的急狀ノ場合ニハ悉ク之ヲ違法ト認メタリ。之ヲ違法ト認メタルカ故ニ此場合ニハ其急狀カ過失ニ依リテ招カレタルヤ否ヤヲ區別スルコトヲ要セサルコトヽ爲リタレハナリ。從テ此問題ハ只第七百二十條第二項ノ防衛的急狀ノ場合ノミニ付キ生スルコトヲ得。而シテ余輩ハ其理論上不當ナルコトヲ認ムルニ拘ハラス解釋上ハ同條ハ過失ニ因リ招キタルニ非ルコトヲ要セサルモノトセサルヲ得ス。是第一ニ何等ノ明文ナキナリ。如斯キ重大ナル要件ハ法律ニ之ヲ必要トスレハ必ス明文アルヲ要ス。條文中ニ解釋ヲ挿入シ得可キモノニ非ス。第二ニ獨法ノ原文ニハ明ニ此條件ヲ揭ケタリ。我民法ノ手本ト爲リタル第一草案ニモ明ニ此條件アリタリ。然ルニ我法典ハ之ヲ除キタリ。之ヲ見タルニ拘ハラス之ヲ除キタルハ之ヲ要セストシタルモノトセサルヲ得ス。第三ニ第七百十三條ノ心神喪失ニ付キテハ故意過失ニ因リ自ラ招キタル場合ヲ除外スルコトヲ明言ス。心神喪失ヲ自ラ招キタル場合ニハ之カ爲ニ責任能力ヲ喪フコトナキハ凡ソト疑ナキ所ナリ。人ヲ殺シタルハ余ニ非スト及ナリト云フ能ハサル位明瞭ノ事ナリ。刑法改正案ハ即此場合ヲ明定セサル位明瞭ナルコトナリ。然ルニ我民法ハ此場合迄モ明言セルニ拘ラス第七百二十條第二項ニ何等ノ制限ナキヲ見レハ則上ノ結論ヲ得サル可ラス。

刑法家ハ果シテ此結論ヲ以テ滿足スルカ。我國法ハ民法ニ於テ(一)危難カ物ヨリ生シ其物ヲ毀損シタル危狀ノ場合ニハ自ラ招キタルト否トヲ問ハス違法ニ非ス。(二)其以外ノ場合ニハ自ラ招キタルト否トヲ問ハス凡テ違法ナルコトヲ認メタリ。余輩ハ刑法家カ果シテ此理論ヲ認ムルコトヲ得ルヤ否ヤヲ疑フ。然レトモ是國法ノ命スル所ナリ如何トモスル能ハス。於此乎我國刑法家ハ實ニ急狀ニ陷ルモノト云フ可シ其取ル途ハ三アリ。第一ハ我民法ニ服從スルナリ。而シテ是正當ノ途ナル可シ。而シテ之ニ服從セハ其結果如何。余自ラ隣家ニ放火シ自家ノ急ヲ救フカ爲ニ其家ヲ破壞スルモ余ハ唯放火ノ爲ニ罪セラル可ク隣家破壞ニ對シテハ無罪ナリ盜賊巡査ニ追ハレ危急他人ノ門戸ヲ毀チ逃走スルモ私法上ハ損害賠償ノ責任アレトモ刑法上ハ無罪ナリ。債務者辨濟ヲ怠リ執達吏ヲ差向ケラレ急狀之ヲ抑留ス

ルモ刑法上ハ全ク無罪ナリ。刑法家果シテ之ニ首肯スルコトヲ得ルカ。然ラハ第二途ヲ取リ民法ハ民法トシテ刑法ハ自ラ刑法ノ法理ヲ取リ自ラ招キタルモノニ非ルコトヲ要スルトセンカ。犬ヲ激セシメ犬吠掛リ已ムヲ得ス之ヲ殺ストキハ刑法上罪アリ然レトモ私法上ハ第七百二十條第二項ニ依リテ損害賠償ノ責任ナキニ至ル。他人ノ財産ヲ害シ刑法上罪ト爲ルモ私法上責任ナシ。然カモ私法上ハ違法ニ非ストシテ責任ナシトス。是豈ニ許ス可キノ法理ナルヤ。船長故意ヲ以テ方向ヲ誤リ急狀ニ陷リ自ラ乘客ヲ捨テヽ免ル刑法上罪ト爲ルモ私法上ハ違法ニ非ス。或ハ第三途ヲ取リ第七百二十條第二項ノ場合ハ民法ノ規定上已ムヲ得ス之ニ從フトシ其以外ノ場合ニハ民法ハ之ヲ決セサルモノナルカ故ニ刑法上ノ理論ニ依リ自ラ招キタルニ非サルコトヲ要スルトセンカ。其結果ノ一層奇怪ナルコトハ此ニ諜々ヲ須ヒサル可シ。

然レトモ是素ヨリ改正案ノ罪ニ非ス。民法ノ罪ナリ。然レトモ之ニ依リ刑法改正案起草者ハ如何ニ我民法ノ惡規定カ啻ニ私法上ノミナラス刑法上迄其毒害ヲ流スヤヲ知ラン。刑法ハ刑法トシテ獨立スルコト能ハス。刑法起草者ハ何カ故ニ其根本ニ遡リ民法ノ修正ヲ爲サヽルカ。然レトモ刑法改正案モ亦又全ク罪ナキニ非ス。何者若其自ラ招キタルニ非ルコトヲ要スルコトヲ刑法中ニ明言セハ少クトモ刑法上刑罰ヲ除去スルニハ此條件ヲ必要トスルモノナルコトヲ明ニスルヲ得タルニ其擧ノ此ニ出テサリシヲ以テナリ。刑法家或ハ曰ハン。此要件ハ自ラ急狀ナル觀念ノ中ニ之ヲ含ム。法律ニ明言スルノ要ナシト。曰ク否ナ。是決シテ自明ノ理ニ非ス。急狀權ニ關スル有力ナル學者ニシテ尙理論上自ラ招キタルニ拘ラス急狀權ヲ認ム可キ場合アルコトヲ論スル者アリ(例之 Titze 13, Pennice a. a. O 67)。又假リニ自ラ招キタル危難ニ非ルコトハ云ハスシテ明ナリトスルモ其範圍ニ付キテハ從來爭論アリ。例之自ラ負ヒタル義務ノ履行ニ關シ急狀ニ陷ルハ自ラ招キタルモノカ(Binding, Hand f. 758)。又其急狀ハ性質上過失ヨリ生シタルニ非ルコトヲ要スルカ又ハ單ニ急狀權行使者ノ過失ニ出テタルニ非ルコトヲ要スルカ。例之甲者犬ヲ激サシメ自ラ急狀ニ陷リ甲者ノ朋友乙者來リテ其犬ヲ殺ストキハ乙者ノ責任如何。又甲者犬ヲ激シ乙者急狀ニ陷リ乙者之ヲ殺ストキハ乙者ノ責任及甲者ノ責任如何。是實ニ私法上見解ノ分ルヽ所ニ係ル(Liszt, Delipsobilig. 93, Planck § 238 nr. 4)。又所謂自

ラ招キタリト云フニ付キテモ必シモ議論一定セス。之ニ通常ノ意義ニ解セハ其危難ノ生ス可キコトヲ豫見シタルヤ又ハ豫見シ得タルヤニ歸ス。於此乎一方ニ於テハ Liszt (Grenzgebiet-18) ハ郵便脚夫カ某邸内ニ狂大アルコトヲ知ルニ拘ラス配達ノ爲其ノ邸内ニ入リタルトキハ其狂大ニ對シ急狀行爲ヲ爲スコトヲ得サルカト冷笑シ。一方ニ於テハ Titze (115) ハ竊盜夜ニ乘シ忍ヒ入リ火鉢ヲ顚覆シ火事ト爲リタルトキハ窓ヲ破リテ免ルヽモ其破壞ニ對シ責任ナシト論セリ。又果シテ過失ナキコトヲ要セハ則責任能力アルコトヲ要スルヤ否ヤモ議論アル所ナリ (Liszt, Delipl. soblig 93)。此等ノ問題ハ必シモ解釋上決シテ得可キモノニ非ス。故ニ獨逸民法ハ殊ニ明文ヲ以テ其或モノヲ決定セリ。然レトモ之カ決定ハ殊ニ刑法上其必要アル可キヲ信ス。改正案ハ此等ノ問題ニ對シ或決定ヲ與ユルモ其徒勞ナラサルコトヲ信ス。

## 第六項　其他ノ違法除去ノ原因

### 第一　强制ニ因ル行爲

改正案ハ强制ニ因ル行爲及自助ノ行爲ニ付キテハ何等ノ規定ヲ設ケス。

先强制ニ因ル行爲ニ付キテハ改正案カ急狀ノ外ニ强制ヲ認ムル一二ノ外國法典ノ例ニ倣ハス之ヲ急狀ノ一場合トセルニ贊成ス。蓋急狀トハ又强制ナリ。則害惡ヲ忍フカ犯罪行爲ヲ爲スカ二者其一ヲ選ハサル可ラサル强制的境涯ヲ云フモノニシテ其强制カ人ヨリ來ルカ何ヨリ來ルヤニ依リ區別アル可キ理ナケレハナリ故ニ觀念ノ點ニ於テハ改正案ノ主義ハ一モ間然スル所ナシ。唯第一ニ之カ爲ニ他人ノ强制ニ因リ爲シタル犯罪行爲モ我刑法上ニ於テハ違法ヲ除去サルヽモノニ非ス。唯刑罰ヲ除去サルヽモノト爲ルノ結果ヲ生ス。何者我國法ハ上述セルカ如ク急狀ノ場合ハ民法第七百二十條第二項ノ場合ノ外ハ權利ト認メサルヲ以テナリ一般急狀ノ場合ニ付キテハ外國ニモ此學說少カラサルカ故ニ之ヲ以テ刑罰除去原因ト見ルモ尙忍フ可シ。然レトモ他人ノ强制ニ出タル場合ニ付キテハ一ニ有力ナル反對ナキニ非スト雖トモ(例之 Merkel) 通說ハ明ニ之ヲ以テ違法除去ノ原因ト爲シ (Binding, Meyer, Olshausen, Liszt, Stammler)。而シテ余輩モ理論上其然ラサル可ラサルヲ信ス。刑法改正案ハ之ヲ以テ刑罰除去ノ原因ト爲スニ同意スルカ。第二ニ强迫ニ因ル行爲ニ付キテハ害ノ程度ヲ比較シテ罪ノ有無ヲ分ツノ方針ハ果シテ適當

ナル可キカ。例之甲ナル乞食強制ニ因リ已ムヲ得ス皇族ニ對シ不敬ヲ加ヘタリ。此場合ニ刑法家ハ尚甲ヲ有罪トスルカ。刑ノ輕減ハ刑ナキニ至ルコト能ハサルノミナラス又決シテ違法ヲ除去スルコト能ハス。

余ハ茲ニ至リ一言セサル可ラス。所謂急狀ナルモノハ其觀念上ハ素ヨリ同一ナリ。然レトモ其實情ニ至リテハ各大ニ異ル。等シク急狀ニ屬スト雖トモ或場合ニハ之ヲ違法ニ非ストセサル可ラス或場合ニハ刑ナシトスルモ違法ナリトセサル可ラサル場合アリ。又場合ニ從ヒ害ノ大小ヲ問ヒ又ハ之ヲ問ハサルコトアル可キナリ。凡テ急狀ニ屬ス可キ場合ヲ同一規定ノ下ニ集メタル改正案ノ主義ハ理論上間然スル所ナキモ立法上果シテ適當ノモノタルカ(Berner, Strafr. 99, Titze 98 Pernice 71, Iauka, 215 等ハ急狀ハ種々ノモノヲ含ムカ故ニ立法上之ヲ一規定ノ下ニ集ムルハ正當ニ非スト爲ス)

刑法上ニ於テハ強制ノ場合ニハ其理論上ノ可否ヲ問ハス兎ニ角第四十七條ニ入ルコトヲ得ルカ故ニ可ナリ。然レトモ此場合ノ病源モ亦實ハ民法ニ在リ。民法カ一般ニ急狀權ヲ認メス從テ強制ニ因ル行爲ノ適法ナルコトヲ認メサルカ故ニ此ニ至ルナリ。而シテ其結果ハ刑法上ニ於テヨリハ私法上ニ於テ甚シトス。民法ハ第九十六條ニ依リ強迫ニ因ル法律行爲的意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得ルコトヲ認メタリ。故ニ甲者乙者ノ強迫ニ因リ全ク其事實ヲ知ラサル丙者ニ對シ或約束ヲ爲ストキハ甲者ハ之ヲ取消シ何等ノ責任ナキコトヲ得。然ルニ強迫ニ因ル不法行爲的意思表示ニ至リテハ被強迫者責任ヲ負ハサル可ラス。故ニ甲者乙者ノ強迫ニ因リ其強迫ヲ受ケタルコトヲ知レル丙者ノ財産ヲ破壞スルモ甲者ハ損害賠償ヲ負ハサル可ラス。然リ乙者モ亦第七百十九條ニ依リ教唆者トシテ連帶責任ヲ負フ可シ。然レトモ強迫ニ因リ爲ス意思表示カ法律行爲ナルトキハ責任ナク不法行爲ナルトキハ責任アリトスルハ如何ナル法理ニ基クヤ。

## 第二　自助ニ因ル行爲

次ニ自助權(Selbsthilfe)ニ付キテハ刑法改正案ハ一言ノ之ニ及フモノナシ。自助權ヲ以テ正當防衛ノ一場合ト爲ス能ハサルハ已ニ之ヲ論セリ而シテ自助權ハ之ヲ以テ又急狀ノ一場合ト爲ス能ハサルコトハ改正案第四十七條カ規定ノ危險ト云フヨリスルモ明ニシテ又理論上ヨリ之ヲ論スルモ其然ラサルヲ得サルコトハ最

モ廣ク急狀權ヲ認ムルノ學說ニ在リテモ尙此場合ヲ以テ通常ノ急狀ト區別スルノ必要ヲ感スルヲ以テ知ル可シ(Binding, 790, Titze)

近世國家ニ於テハ自助ノ方法ハ之ヲ許サヽルヲ原則トセサルヲ得ス。然レトモ近世國家ノ行政機關ヲ以テスルモ尙未タ全ク自助權ヲ排斥スルヲ得可キニ非ス。請求權ノ主張ニハ訴訟ヲ要シ訴訟ニハ時日ヲ要ス。民事訴訟法ハ之ヲ救ハンカ爲ニ假差押、假處分ノ二方法ヲ設ク、然レトモ此方法ヲ以テスルモ尙或時日ヲ要スルカ故ニ請求權ノ主張ヲ保護スルニ足ラサルコトアリ。於此乎何レノ國ニ於テモ或自助權ヲ認メサルモノナシ。

然ルニ我國法ニ於テハ民法之ヲ云ハス刑法亦之ヲ云ハス。之ヲ云ハサルハ之ヲ認メサルモノトセサル可ラス。或ハ我國法ハ例ノ筆法ニ依リ是云フヲ俟タサルカ故ニ云ハサルト云ハンカ。曰ク否。自助權ハ例外的權利ナリ。國法ノ許可アリテ初メテ生ス、殊ニ其之ヲ許スノ條件ハ國法ニ明定スルヲ要ス。云ハスシテ明ナル權利ニ非サルナリ。於此乎吾國法ハ自助權ヲ認メサルモノト云ハサルヲ得ス。

甲ナル俳優乙ナル坐主ニ對シ丙ナル劇場ニ於テ演技セサルコトヲ約シタルニ拘ラス之ニ出場セリ。若其演劇ニシテ永ク續クモノナルトキハ尙可ナリ。唯一日ノ演劇ナルトキハ如何。乙ハ甲ヲ舞臺ヨリ引下スコトヲ得サルカ民法第四百十四條ハ此權利アルコトヲ認ムト雖トモ之カ爲ニ訴ヲ起シ執達吏ヲ差向クル間ニハ芝居ハ終ラン。殊ニ其芝居ニシテ夜間ニシテ舞臺ニ出テヽ始メテ違約ヲ知リタルトキハ全ク公權ニ依賴スルヲ得ス。乙ハ之ヲ引下サンカ刑法上罪ト爲リ(傷害スルトキハ二四〇、否ラサルトキハ二四五)私法上損害賠償ヲ支拂ハサル可ラス。之ヲ引下サヽランカ其契約上ノ債權ハ全ク蹂躪セラル。

竊盜今ヤ財ヲ得テ戶外ニ出タリ。持主ハ之ヲ追ヒ財物ヲ取戻スヲ得ス。若之ヲ取戻サハ持主ハ刑法上罪ト爲ラン。之ヲ極端ニ論セハ暴行ニ因リ不法ニ竊盜ノ占有權ヲ害シ則財產上ノ利益ヲ得タルモノナルカ故ニ改正案第二百四十七條第二項ニ因リ强盜罪ト爲ラン(?)。若假ニ自己ノ動產則所有權ハ尙持主ニ存スルカ故ニ第二百八十六條ニ依リ强盜ト爲ラストスルモ若取戻ノ際其物ヲ毀損セル場合ニハ第三百條ニ入ル可シ。何者占有權ハ物權ナレハナリ。第三百條ハ物權ヲ設定シト云フモ必シモ意思表示ニ依ル設定ニ限ラス法律ノ規定ノ結果トシテ生スル場合モ

之ヲ含ムヤ明ナリ。若然ラサレハ先取特權ノ凡テノ場合ハ之ニ入ラサルニ至レハナリ(第三百條ノ規定ノ結果ハ如斯シ???)。唯刑法家ノ名論ニ依リ持主ハ幸ニ無罪トヤルモ民法上ハ損害賠償ノ責任ヲ負ハサル可ラス。何者明ニ第七百九條ニ依リ故意ヲ以テ他人ノ權利ヲ害セルモノナレハナリ。唯第七百二十三條第二項ニ依リ其行爲ハ違法ナルモ僅ニ賠償ヲ免ルヽヲ得ルニ過キス。若之ヲ取戻サヽランカ盜賊ハ之ヲ持去リ。頃日之ヲ善意ノ第三者ニ賣ランカ。幸ニシテ二年間ニ其物ノ持主ヲ發見スレハ之ヲ回復スルヲ得ルモ否ラサルトキハ全ク權利ヲ失ヒ。又若盜賊之ヲ商人ニ賣リ第三者ハ商人ヨリ之ヲ買ヒタルトキハ代價ヲ支拂フニ非レハ之ヲ取戻スコトヲ得ス。余ハ終ニ如斯クシテ余カ千金ニモ替ヘ難シトスル亡父ノ遺物ノ所有權ヲ失フニ至ラン(民一九二以下)。

壯士故ナク余カ室内ニ闖入セントス。余ハ之ヲ拒ムヲ得ス。走リテ巡査ヲ呼ヒ巡査來リテ之ヲ引出ス迄ハ余ハ壯士ニ一指ヲモ觸ルヽヲ得ス彼カ爲スノ儘ニ任セサル可ラス。他人余カ子ヲ誘拐シ日夜探索シ偶一日一家ニ之ヲ發見ス。余ハ直ニ之ヲ取戻スヲ得ス。走リテ派出所ニ至ランカ。誘拐者ハ再ヒ逃走シ終ニ又其所在ヲ失フニ至ル。

如斯キハ果シテ人民ノ法律感想ニ伴フノ結果ナルカ。果シテ法律上正當ノ結果ナルカ。民法カ全ク規定スル所ナキ已ニ非ナリ。然ルニ刑法改正案モ亦此哀レナル債權者、所有者。親權者ニ一臂ノ力ヲ假スヲ惜シミタルハ如何。

第三　權利者ノ同意ニ因ル行爲

權利者ノ同意ノ場合ニ付キテハ改正案ハ其正當ノ步調ヲ取リ。二三ノ場合ニ限リ特ニ之カ明文ヲ設ケタリ。唯余輩ハ此問題ハ刑法家カ Volonti non fit injuria (同意アレハ罪ト爲ラス)ト云ヒ安然タルカ如キ簡單ナル問題ニ非ルコトヲ一言ス。然レトモ是私法上ノ問題タリ。刑法家ハ此點ニ於テハ甚好地位ニ在リ。明文ノ有無ニ依リ直ニ之ヲ決スルコトヲ得。然レトモ私法上ニ於テ權利者ノ同意カ如何ナル點迄其損害賠償請求權ヲ除去スルヤハ從來諸家ノ研究ニ關ラス未タ歸着スル所ナシ。處分シ得可キ權利ニ關シ同意アルトキハ請求權ヲ生セスト爲スコト刑法上ヨリ私法上ニ傳ハリタル說ナレトモ若然ラハ私通ニ依リ懷胎セル女子ハ男子ニ對シ賠償請求權ナキニ至ル。

## 第三節　第四十八條(犯意)

第一　犯罪意トハ故意ヲ云フカ

第四十八條ハ犯罪ノ一要素タル意思ニ付キ規定スル所アリ。所謂罪ヲ犯スノ意トハ現刑法モ亦之ヲ用ユル所ナレトモ意義甚不明ナリ。蓋現刑法ニ於テモ之ヲ故意ト解スルヲ至當ト信ス。而シテ故意及過失ノ何タルヤニ付キテハ今暫ク之ヲ論セス。唯余輩カ改正案ニ關シ私法的觀察ヲ下スニ罪ヲ犯ス意トハ故意ノ義ナラハ何故ニ之ヲ故意ト云ハサルカ。蓋違法行爲ニハ必ス過失(廣義)アルコトヲ要スルノ理論ハ改正案モ亦必ス之ヲ認ム可ク而シテ私法上ノ不法行爲ニ於テモ亦然ラサルコトヲ得ス。前述セルカ如ク犯罪行爲ト不法行爲トハ刑罰ノ有無ノ差アルノミ其以外ニ於テ觀念上ノ差違アルコトヲ許サス。然ルニ我民法ハ行爲ヲ行爲者ニ歸ス可キ主觀的連絡タル過失ハ之ヲ分チテ「放意及過失」トセリ(七〇九)。成積罪ヲ犯ス意ナル語ハ現刑法ノ使用スル所ナレトモ其不當ナルコトハ已ニ刑法家モ之ヲ認ムルコトヲ得可ク。且第一ニ罪ヲ犯ス意ト云ハヽ不法行爲ヲ犯ス意トハ其間ニ區別勿ル可ラサルノ疑ヲ生セシメ。第二ニ國家ノ成典タル民法カ同一物ヲ故意ト云フ以上ハ改正案モ亦之ニ從ヒ一ニハ解釋上ノ疑義ヲ避ケ一ニハ法理ノ一貫ニ歸スルヲ正當ナリト信ス。罪ヲ犯ス意又ハ故意ト云フニ如何ナル法理上ノ見解ヲ附スルモ其同一物タルハ爭フ可ラサレハナリ。而シテ余輩ハ却テ故意ト云フノ刑法的ナルヲ信ス。何ソ夫レ民法第七百九條カ然カク刑法的ニシテ刑法改正案第四十八條カ爾カリ明律清律然タルカ。

然リ民法商法法典カ此意志ノ要素ヲ示スカ爲ニ用ヒタル文字ハ決シテ一定セルモノニ非ス。余輩ハ常ニ之ヲ非トスル者ナリ。民法々典ハ多少ノ場合ニハ故意過失ヲ併セ之ヲ「過失」ト云フ(例之四一〇、二項)然ニ或場合ニハ故意過失ヲ分チ故意ニ對シ「過失」ト云フ(例之七〇九、七一二、九六九、一號)。而シテ故意ナル文字ハ七〇九、七一三、九六七、一號等ニ之ヲ用ユ。故意過失ト云フ外ニ尙「惡意」ナル文字ヲ用ユ。而シテ其意義又種々ナリ(一)或ハ全ク意思ノ過失ニ關係ナク單ニ善信ニ對シ或事情ヲ知リタルコトニ用ユ(例之一九〇、七〇四)。(二)或ハ惡意ト云ヒテ故意ト同一意義ナルコトアリ。惡意又ハ重大ナル過失ト云フトキハ必ス故意ニ意義タラサルヲ得ス(例之六九八登記法一三、戸籍法六)。其他商法上ニ於テ惡意ト云フハ余輩ハ皆之ヲ故意ト

解サント欲ス。例之三四一、三九六、三九八、四三七、四四一、五九二、六六七等是ナリ。(三)然ルニ或場合ニハ又惡意ト云ヒテ單純ノ故意ニ非ス刑法上所謂目的、希圖(Absicht)ヲ含ムノ意思ヲ指スモノト見ルヲ可キ場合アリ(例之八一三、六號、八六六二號。)(四)又或場合ニハ故意ト云ハハ足ル場合ニ進ム何々ヲ知リテ爲シタルトキ」ト云フコトアリ(例之四二四、一一三三、一一四二、一一四三。)

同一民法中ニ於テモ用語如斯區々ナリ。又民法ト商法トハ如斯相一致セス。故ニ刑法改正案ハ自ラ獨歩ノ用語法ヲ取リタルコト穴勝咎ム可キニ非ストヽ雖トモ然カモ民法第七百九條等ニ明ニ故意ト云フ文字ヲ用ユル以上ハ刑法モ亦之ニ從フテ可ナリト信ス。

第二　犯意ハ故意ニ非ルカ

若此議論ニシテ單ニ文字上ノ爭ナラハ尙之ヲ怨ス可シト雖トモ余ハ其罪ヲ犯スノ意ナル文字ニ對シ怨嗟ヲ抱ク者ナリ。蓋今日私法上ニ於テハ羅馬法ノ Dolus (ドールス) ノ概念ハ全ク之ニ異ルニ拘ラス。第一ニ Vorstellungstheorie (豫見主義)ニ從ヒ故意トハ結果ノ豫見ヲ云ヒ其結果ヲ希圖トセルコトハ詐僞其他二三ノ特別ナル場合(則民法上此意義ニ於テ惡意ヲ要スル場合(例之離婚ノ原因タル惡意ノ遺棄等)ノ外ハ之ヲ要セサルモノトス。從テ又過失トハ豫見シ得可キ結果ノ不豫見ヲ云フモノトス。第二ニ故意及過失ハ唯行爲其物ニ歸スルモノトシ換言スレハ行爲則意思ノ決定カ其作用トシテ生セシムル外界ノ變狀ヲ豫見シ又ハ豫見シ得タルトキハ故意又ハ過失アリトシ其結果ノ法律的性質ヲ知リ又ハ知リ得可カリシコトヲ要セサルモノトス。只私法上ニ於テハ刑法上ノ通說タル(然レトモ反對說モナキニ非ス例之 Binding, Zitelmann)行爲ハ其結果ヲ含ムモノトスルノ說ヲ取ラス、損害賠償ノ範圍ヲ確定スルノ必要上行爲則意思ニ基キタル身體ノ動靜ト其結果タル外界ノ變狀トヲ區別スルヲ通說トシ、行爲ハ結果ヲ含マサルモノトスルカ故ニ刑法上ニ於ケルカ如ク過失ハ行爲ニ關係スト云ハス。過失ハ行爲ノ直接ノ結果タル事實(私法上ハ之ヲ責任原因ト云フ Rümelin, civ. Archiv Bo 90, 235 fg 或ハ Endemann, Lehrb. 572 ノ如キハ之ヲ結果ト云ヒ其結果ノ結果ヲ作用ト云ヘリ則責任原因ニ關スト云フ。然レトモ Binding (ビンディング) 一派ノ過失ハ行爲ノ違法ナル點ニ關スト。過失ヲ以テ違法ヲ知ルコト又ハ欲スルコトト爲サヽルノ點ニ至リテハ一派ノ刑法家ノ說ト異ラス。

私法上ハ以上ノ見解ヲ以テ通說スルニ關テス刑法上ニ於テ未必スシモ此點ニ關スル定說ナキカ如シ。第一ニ豫見主義ハ刑法上ニ於テモ有力ナル說ナルニ拘ラス(例之 Kohler, Frank, Liszt, Zitelmann)又一方ニハ有力ナル Willeustheeric (意思主義)ノ尙之ニ反抗スルヲ見ル(例之 Buri, Ortloff, Horn)。又第二ニ過失ハ違法ナル點ニ關スルコトハ Binding(ビンディング) 一派ノ尙嶮ニ主張スル所ナリ、是余輩カ四十八條ノ文言ニ對シ甚タ疑ヲ抱ク所以ニシテ。若罪ヲ犯スノ意ト云ハヽ第一ニ罪トハ單張ナル行爲ヲ云フニ非ス刑罰ヲ課スヲ可キ違法行爲ナルカ故ニ之ヲ犯スノ意アリト云フニハ其行爲カ罪タルコト違法タルコトヲ知リタルコトヲ要スト云フノ議論ハ最モ出テ易キノ議論ナリ。第二ニ犯スノ意ト云ハヽ犯トハ意思カ一定ノ方向ヲ得タルノ意義ヲ包ムカ故ニ單ニ結果ヲ知リタルヲ以テ足レリトセス。之ヲ欲セルコトヲ要ス。則結果ヲ知リ且欲シテ爲スニ非サレハ故意ナシトスルノ見解ヲ生シ。從テ間接故意(doluseventualis)ハ故意ニ非ストスルノ結果ヲ生セサルヲ保セス。殊ニ佛法學ニ於テハ此點ニ關スル見解明快ナラス不知不識意思主義ヲ認ムルノ傾向ヲ生シ凡故意トハ intention (意向)ナリトスルコト一般ナルカ如シ(Garand 171)而シテ我國ニ於テ改正案ハ以上ノ結果ヲ生スルコトヲ甘受セルカ、余ハ改正案起草者、刑法新論三七〇頁ハ純然タル意思主義ヲ取ル)ハ意思主義若ハ Binding(ビンディング) ノ過失ヲ違法ニ關セシムルノ誤想ヲ取ラサリシコトヲ信ス。第一ニ結果ヲ欲スルトスル意思說ハ意思ノ作用ヲ知ラサルノ論タリ。又過失ハ違法ニ關セシムルノ說ハ或結果カ違法ナルコトヲ知ルニハ其前ニ或結果アルコトヲ知ラサル可ラス。而シテ行爲カ或結果ヲ生スル因果關係ノ主觀的自覺ハ則過失ナルコトヲ知ラサルノ說ナレハナリ。私法スラ今日ニ於テハ凡ソト遺漏ナク此見解ヲ認ム。殊ニ私法上最モ意思ニ重キヲ置ク慶罷訴權ノ場合ニ於テスラ(民四一四)債務者ハ其債權者ヲ害スルコトヲ欲セルヲ要セス知ルヲ以テ足ルトシ又其行爲カ違法ノモノタルノ自覺ヲ要セスト爲スヲ一般ノ認ムル所ナリ。

## 第三　過失

改正案ハ第四十八條但書ニ基キ二三ノ場合ニ過失ニ出ツル犯罪ヲ認メタリ、然レトモ刑法家ハ如何ニ過失ヲ解セントスルカ。過失カ何ナルカハ上ニ論セル所ニ依リ明ナリ。余ハ過失ノ程度ヲ問ハントスルナリ。法律上如何ナル注意ヲ欠キタルトキハ過失アリト爲スカ。是獨リ刑法上ノ問題ニ非ス。過失ノ觀念ハ一般ナリ凡テノ法律ニ通ス。從テ民法ハ須ラク此點ヲ決セサル可ラサリシナリ。然ルニ民法ハ例ノ筆法ニ依リ之ヲ云フヲ待タストセルカ之カ爲ニ規定ヲ設クルコトヲ爲サス。

然リ民法ハ或場合ニ限リ此問題ヲ決セリ。而シテ遺傳ニ基キ過失ノ三段ヲ區別ス、(一)或場合ニハ良家父ノ注意ト云フニ等シク[善良ナル管理者ノ注意]ヲ要スルモノトセリ(抽象的過失)。是民法カ二九八、三五〇、四〇〇、六四四、六七一、九三六、一一一四及商法三五三等ニ明定スル所ナリ。(二)次ニ或場合ニハ[自己ノ財産ニ加フルト同一ノ注意]ヲ要スルモノトセリ(成形的過失)。是民法カ六五九、八〇五、八八九、一〇二一、一〇二八、一〇四〇、一〇四四等ニ明定スル所ナリ。(三)終ニ或場合ニハ特ニ[重大ナル過失]ヲ要ストス。是九五、六九八、其他商法三四一、三九六、三九、八、四一九、四三三、四三七、三項、四四一、五七八、五八一、二號、五九二、六六七、一號、三號等ニ明定スル所ナリ。善良ナル管理者又ハ自己ノ財産ニ加フル注意ト云フカ如キハ決シテ適當ナル文字ニ非ス。已ニ獨逸民法草案ニ於テ此語ニ對スル非難ハ囂々トシテ起リ從テ獨逸民法ハ之ヲ改メタリ。我法典ハ終ニ之ヲ固守セリ。然レトモ文字ノ用法ハ暫ク云ハス。民法ハ過失ニ關スル一般的觀念ヲ定メサルカ故ニ私法ノ上ニ於テモ第一ニ法律カ唯過失又ハ注意ト云ヒ其程度ヲ示サヽル場合(例之民一〇一、一六二、二項、一九二、四一〇、四一八、四八〇、六一一、六五〇、三項、九五九、二項、商三二二、三三六—民三三八、三五四、二項、三七六、五五八、五六五、二項、五八三、二號、五九二、六一九、六三九等)。第二ニ不法行爲ニ關スル場合(七〇九、七一三、七一五、七一六、七一七、七一八、七二二、二項等)第三ニ法律上或注意ヲ必要トスルニ何等ノ明文ナキ場合(例之雇傭請負、事務管理等)ニハ其必要トスル注意ノ程度ニ付キ疑ナキ能ハス。唯私法ノ上ニ於テハ幸ニ先例アリ、佛法ハ又過失ノ一般觀念ヲ認メサルニ拘ラス、特別規定ナキ以上ハ抽象的過失ヲ標準トスルコト一般ノ認ムル所ナルカ故ニ我國法上ニ於テモ私法上ハ又此解釋ヲ取リテ以テ欠點ヲ補フコトヲ得可シ。

然レトモ如斯キ解釋ヲ取ルモ尙疑ナキニ非ス。第一ニ佛法ノ學說ニ於テ(Laurent

XVI, no 230, Larombière, art. 1137 no 4, Hermann-Fazier 1137 獨學者ニテモ Crome, Ofigi 109, Endemann, Lehrb. I 488) 一般ニ法律行爲上ノ過失ト不法行爲上ノ過失トハ其性質ヲ異ニスルモノトシ。從テ不法行爲ニ於ケル過失ハ一般ノ抽象的過失ニ依ル可ラスト爲ス。余輩ハ此說ノ誤レルヨトヲ信ス。過失ハ一貫ノ觀念ナリ。法律行爲ト不法行爲ト民法ト刑法トニ依リ異ル ノ理ナシ。從テ已ニ抽象的過失ハ一般過失ノ標準ナリト認メンカ苟クモ特別ノ規定ナキ場合ニハ如何ナル場合ニモ如何ナル法律ニ於テモ此過失ヲ標準トセサル可ラス。然レトモ此點ハ恰モ私法上見解ノ異ルモノアル點(殊ニ佛國ニ於テ)ニシテ而シテ此點ハ恰モ刑法上ニ重大ナル關係アル點ナリ。余輩カ我邦刑法家ノ此點ニ關スル見解ヲ問カントス。

第二ニ或場合ニハ同一行爲ハ債務違反タルト同時ニ不法行爲ナルヨトアリ得可キハ二三ノ反對論者アルニ拘ラス今日ハ爭フ可ラサル點ナリトス。(Oerlmann, Ersatzanspruch I. Oblig. Berechtigten) 然ルニ若此場合ニ債權關係上ハ低度ノ注意ヲ爲スヲ以テ足ルモノナルトキハ不法行爲上ノ注意モ亦其程度ニ從フヤ否ヤ。例之我民法上無報酬ノ受寄者ハ第六百五十九條ニ依リ自己ノ財產ニ加フルト同一注意ヲ盡シスヲ以テ足ルト。今受寄者カ過失ニ依リ之ヲ毀損セルニ依リ債務違反ト共ニ不法行爲ト爲ル場合ニハ不法行爲ニ付キテモ尙其過失アルヤ否ヤハ成形的注意ニ依ルヤ。或ハ不法行爲ニ關シテハ原則ニ還リ抽象的過失ニ依ル可キヤ。是從來議論アル所ニシテ (Windscheid ss 455) 今日尙決定セサル所ナリ (Oertmann, Komment, 37, Wendt, civ Archio. Bd 87, 440)、刑法上過失罪ヲ問フ場合ニハ同時ニ債務違反ト爲ルヨトナキカ故ニ此問題ハ刑法上直接影響勿ル可シ。然レトモ一般過失論トシテ(過失ノ性質ニ付キ)ハ刑法家モ亦之ヲ拋擲スル能ハサル可シ。

要スルニ民法ハ過失ノ一般觀念ヲ定ム可シシテ而シテ之ヲ爲サス。從テ刑法家ハ之ニ關スル一般標準ヲ法律ノ規定ニ求ムルヲ得ス。然カモ私法ノ議論ハ恰モ刑法トノ接觸點ニ於テ爭アリ。刑法家ハ如何ニ此點ヲ決セントスルカ。

余輩ハ玆ニ過失ニ付キ一點刑法家ニ正サントスルモノアリ。刑法上ノアウントリテイタル二三ノ學者ハ過失アルヨハ注意ノ欠缺アルノミヲ以テ足レリトセス。尙豫見シ能ヒシヨヲ要スト爲ス。則結果ハ適法ノ注意ヲ盡サハ行爲者ハ其結果ヲ豫見シ能ヒシヨトヲ要スト爲ス。則結果ハ適法ノ注意ヲ盡サハ豫見シ得可キモノタルト同時ニ又其行爲者ノ能力上豫見シ能ヒシモノナルヨト

ヲ要ストシ。第一ハ客觀的標準ニ依リ第二ハ主觀的標準ニ依リ決スヘキモノトス(Olshausen § 59 nr. 17 Liszt str. R. 180)。Liszt(リスト)ハ進ンテ之ヲ私法上ニ適用セントセリ(Deliktsfdig. 55)。而シテ或私法ノ學者モ亦之ニ贊同ス(Cosack. b. R 237, Wendt, a. a. O. 438 fg, Zitelmann, allg. Th. 158)。余輩ハ私法上ニ於テハ決シテ此見解ヲ許ス能ハサルモノナリ。過失アルヤ否ヤハ一ニ客觀的標準ニ依リテ決ス。通常人カ通常必要ナル注意ヲ盡スニ於テハ豫見シ得可キ結果ヲ豫見セサリシトキハ必ス過失アリトス其行爲者カ之テ豫見シ得可キ能力ヲ有シタルヤ否ヤ換言スレハ其行爲者カ性質上通常人カ爲シ得可キ注意ヲ爲スコトヲ得ルモノナルヤ否ヤハ之ヲ問ハサルナリ。法律ハ極メテ怯懦ナル者ヲ保護スルノ必要ナキト同シク(故ニ强迫ハ常ニ理由アルモノナルコトヲ要ス)又極メテ馬鹿ナル者(責任能力ヲ欠カヽサル以上ハ)ヲ保護スルノ必要ナシ。魯愚ナル者カ鐵砲トハ人ヲ殺スモノニ非ルコトヲ信シ發砲シ人ヲ殺スモ又酩酊ノ上足許ヲ誤リ墜落シテ他人ヲ傷クルモ少クトモ私法上ノ責任ヲ免ル可キモノニ非スト信ス(Linckelmann 37, Endemann I 486, Dernburg, b. R. II 136)。否余輩ハ尙進ンテ刑法上ニ於テモ此見解ノ正當ナル可キヲ信ス。刑法改正案ハ此



點ニ關シ如何ナル見解ヲ取リタルカ。

第四　法律ノ不知

改正案第四十八條第二項ハ不要ナリ。否甚タ害アリ。第一ニ故意ハ結果ノ豫見換言スレハ犯罪行爲ノ行爲トシテノ要件ヲ知リ乍ラ引キ起シタルコトナク。故ニ若其要件ニ關スル錯誤アルトキハ常ニ故意ナシ。反之故意ハ其行爲カ違法ナル點ニ關スルコトナキカ故ニ其行爲ノ違法ナルヤ否ヤヲ知ラサリシコト則法律ヲ知ラサリシコトハ決シテ故意ヲ左右ス可キモノニ非ス。而シテ此結果ハ故意其物ノ觀念ニ含マルヽモノタリ。之カ爲ニ明文ヲ要ス可キニ非ス。第二ニ此法文ノ誤レルコトハ法文ハ故意ヲ以テ法律ヲ知リタルヤ。知ラサルヤノ點ニ關係セシム。是根本的誤謬ナリ。此規定ハ從テ第一項ヨリモ尙一層 Binding(ビンディング) 的學說ニ根據ヲ與フルモノタリ。

尙一層此規定ノ害アルハ此規定ハ故意、過失ヲ違法ノ點ニ關セシムルノ疑アルノミナラス。尙又犯罪ノ成立ニハ故意ニ含マレ又ハ其以外ニ於テ違法ノ自覺ヲ必要トスルヤノ疑ヲ生セシム。上來論セルカ如ク故意ハ毫モ違法ニ關セス違法ノ自

覺ヲ含ムモノニ非ルノミナラス。又故意以外ニ於テモ違法ノ自覺ハ犯罪ノ條件ニ非ス。是刑法上ハ未必シモ通說ニ非ルカ如シ。何者屢論セル Binding(ビンディング) 一派ノ故意ニ違法ヲ包含セシムルモノヽ外尙或學者(Hälschner, Harn, Olshausen 等)ハ種々ナル形式ニ於テ違法ノ自覺ヲ以テ犯罪ノ要件ト爲ス者アレハナリ。然レトモ此說ノ謬レルコトハ玆ニ喋々ヲ待タス。刑法改正案起草者モ亦必ス此說ヲ許サヽルコトヲ信ス。余輩私法家トシテハ(Zitelmann allg. Th 157)一派ノ學說ニ對シテ極力之ヲ排斥セサル可ラス。何者債務違反タルコトヲ知リテ債務ニ違犯セサルモ債務違反ナルト等シク不法行爲ニ非ス權利行使ナリト信シテ或行爲ヲ爲スモ客觀的違法ナルニ於テハ必ス其損害ノ賠償ノ責任ヲ負ハサル可ラサルヤ明ナレハナリ。(Heinmann, Bindingsche Schildlehre)。

## 第五　故意過失ナキ犯罪

尙終リニ刑法上往々故意過失ナクシテ刑ヲ課スル場合アリ、改正案ハ違警罪ナルモノヲ除キタルカ故ニ此場合凡ソト無カル可シト雖モ然カモ改正案第九條カ適用セラル可キ特別法中ニハ此場合多シ。然ルニ改正案第一條及ヒ第十條以下ノ規定ヲ綜合スルトキハ刑ヲ課スルモノハ之ヲ犯罪ト爲スカ如シ。故ニ過失ナクシテ刑ヲ受クルモノモ亦犯罪タル可シ。然レトモ是必シモ改正案ノミノ罪ニ非ス。外國ニ於テモ刑法家ノ學說ハ二三ノ反對論アルニ拘ハラス(例之 Binding, Nermen I 309)刑ヲ課スルモノハ犯罪ト爲スヲ通說トスルカ如シ。余輩ハ是ヲ誤ナリト信ス。刑罰ハ制裁ナリ、制裁ハ行爲ノ結果ニ依リテ其行爲ノ性質ヲ定ムルヲ得ス、犯罪ハ違法行爲ノ一種ナルカ故ニ違法ニ非レハ犯罪タルコト能ハス。故ニ違法ニ非ルモノハ假令之ニ刑ノ制裁ヲ附スルモ之カ爲ニ犯罪ト爲ルコトナシ。換言スレハ行爲カ犯罪タル可キ性質ヲ有スルヤ否ヤハ之ニ刑ヲ課スル前ニ決定スルヲ要ス。勿論犯罪ハ刑罰アル違法行爲ナルカ故ニ刑罰ナケレハ犯罪ナシト雖トモ之ヲ顚倒シテ刑罰アレハ犯罪アリト云フ可ラス。行爲カ犯罪タルノ性質ヲ有セサルコトヲ認ムルモ尙之ニ刑罰ヲ課スルハ國家ノ自由ナリ又現ニ其爲ス所ナリ。然レトモ之カ爲ニ其行爲ハ性質ヲ變シテ犯罪ト爲ルモノニ非ス。要スルニ余輩ハ犯罪ヲ以テ刑罰アル行爲ナリトスルヲ非トスルナリ。犯罪ニハ必ス刑罰アルコトヲ要スト雖トモ刑罰アルモ必スシモ犯罪ニ非ス。則過失ナクシテ尙刑アルモノハ犯罪ニ

非ルナリ。則外國刑法家カ所謂形式的犯罪ナルモノハ犯罪ニ非ス。犯罪ニ非ラスシテ刑罰アルモノナリ。

制裁ニ依リ行爲ノ性質ヲ分タントスルハ私法上ニ於テモ近來迄行ハレタル所ニシテ過失アレハ不法行爲ト爲リ損害賠償ヲ生スルノ現象ヲ見テ一方ニハ過失ナケレハ不法行爲ト爲ラス從テ損害賠償ノ義務ナシト爲シ。而シテ凡テ損害賠償ノ場合ニ强ヒテ過失ノ條件ヲ包含セシメントシ。一方ニ於テハ過失ナキモ損害賠償ヲ生スル場合アルヲ覺リ從來過失ナケレハ不法行爲ナシトセルヲ不可ナリトス。然レトモ是共ニ誤レリ。損害賠償ニハ必シモ過失ヲ要スルモノニ非ス。余ハ此點ニ於テ近來學者ノ主張スル原因主義則過失ノ有無ヲ問ハス。因果關係ノミヲ以テ損害賠償ノ責任ヲ生スルモノトスルノ說ニ左袒スルモノナリ。然レトモ之ヨリシテ過失ヲ要セサルモ損害賠償アリ故ニ不法行爲ニハ過失ヲ要セストスルハ誤ナリ。過失ナキモ損害賠償ヲ生ス。然レトモ不法行爲タルニハ必ス過失ヲ要ス。唯不法行爲ニ非ルモ損害賠償ノ責任ヲ生スルコトアルニ過キザルナリ。債務ノ不履行ニ付キテモ亦同シ債務違反アリト云フニハ必ス過失ヲ要ス。唯債務違反ナキモ損害賠償ヲ生スル場合アルニ過キサルナリ。我民法等カ過失ナキモ債務違反アリト爲スハ此法理ヲ誤ルモノナリ。

## 第四節　第百三十三條、第百四十條、第三百條(財産毀損ノ犯罪)

第三條ハ廣義ニ於ケル財産毀損罪(Sachbeschädigung)ノ一場合ニシテ或場合ニハ自己ノ所有物ニ對シテモ財産毀損罪ノ成立スルコトアルヲ認ム。而シテ其場合トシテ四ツノ場合ヲ擧ク。是改正案カ現行法ニ比シ又外國刑法ニ比シテモ一層ノ進歩ヲ示セル點ナリトス。余輩ハ此場合ニ關シ私法的觀察ヲ施サン

第一　差押ヲ受ケタル場合

我民事訴訟法ハ佛法ニ倣ヒ差押ハ質權ヲ生スルモノトセス。故ニ差押アルトキハ占有權ハ最早所有者ニ存セサルコト多シト雖トモ差押ヲ爲セル債權者ハ物權ヲ取得スルコトナシ。然レトモ已ニ差押ヲ受ケタル場合ニハ自己ノ物ニシテ自己ノ物ニ非サルノ觀アルヲ以テ改正案カ現行法ヲ改メ此場合ヲ以テ犯罪ト爲セルハ誠ニ當然ナリ。然レトモ改正案ハ何カ故ニ之ヲ差押ニ限リタルカ。余輩ハ假差押、

及假處分ノ場合ニモ同樣爲ラサル可ラサルコトヲ信ス。差押ヲ受ケタル場合ニハ罪ト爲リ假差押假處分ノ場合ニハ罪ト爲ラストスルハ權衡ヲ失スルモノニ非スト云ハサルヲ得ンヤ。殊ニ余輩ノ信スル所ヲ以テスレハ本條ノ適用アル可キハ假差押ノ場合ニ多シ。何者差押ノ場合ニハ執達吏直ニ其財產ヲ占有スルカ故ニ(民訴五六四、五六六、六四四)債務者タル所有者ニ其財產ヲ缺損スルノ機會ヲ有スルコト少シ。又第二ニ物權ヲ設定シトアリ之ヲ占有權ヲ包含スルモノトセハ差押ノ場合ニハ多クハ(動產ノ場合ニハ)執達吏占有權ヲ有ス可キカ故ニ此中ニ入ル可シ。

或ハ改正案ハ差押トハ差押、假差押、假處分ヲ包含スルモノト爲シタルカ。若然ラハ誤ナリ。差押ナル文字ハ決シテ假差押、假處分ヲ含ムコト能ハス。其性質全ク異リタル別種ノ制度ニ屬スレハナリ。且民事訴訟法ニ於テハ勿論其他ノ法律ニ於テモ未差押ヲ以テ假差押、假處分ヲ包含スルモノト爲セルコトナシ。既ニ民法第百四十七條ヲ以テ證トス可シ。

次ニ改正案ノ明文ニ依レハ物夫自身カ差押ヲ受ケタル場合ニ限ルカ如シ。然レトモ民事訴訟法上差押、假差押、假處分ヲ許スハ直ニ物ニ對シテノミナラス。物ノ請求權ノ差押ヲモ之ヲ許ス(民訴五九四、七三二)。勿論其物カ未タ犯罪者ノ所有權ニ歸セサル場合ニハ本條ノ適用ナキモ我民法ニ於テハ所有權ノ移轉ハ必シモ占有ノ移轉ニ伴ハサルカ故ニ所有者タル者(例之買主)カ引渡ノ請求權ヲ有スルニ過キサルコト甚タ多シ。又所有者カ其物ヲ他人ニ使用ノ貸借ヲナシ(賃借ノ場合ナラハ之ニ依ラサルモ本條ノ第三ノ場合ヲ以テ論スルコトヲ得)又ハ寄托ヲ爲シ。又殊ニ所有者カ直接ノ差押ヲ免レンカ爲ニ虛僞ノ賣買等ヲ爲シ他人ニ財產ヲ引渡セル場合ノ如キハ所有權ハ債務者ニ在ルモ占有ハ第三者ニ在リ。而シテ差押ハ債務者ノ占有中ニ在ル物ニ對スルニ非レハ之ヲ許サヽルカ故ニ(民訴五六六)此等ノ場合ニハ債權者ハ請求權ノ差押ヲ爲サヽル可ラス。然ルニ此等ノ場合ニハ改正案ノ明文ニ依レハ其物カ差押ヲ受ケタルニ非ルカ故ニ本條ノ中ニ入ラサルニ至ル可シ。然レトモ余輩ハ物カ差押ヲ受ケタル所有者其物ヲ毀損シ又ハ物ノ引渡ヲ欠ク可キ請求權カ差押ヲ受ケ所有者其者ヲ毀損セル場合ニ付キ立法上ノ差別ヲ設クルノ理由ヲ見サルナリ。

尙余輩ハ請求權ノ差押モ此場合ニ入ル可キ以上ハ差押ノ外此場合ニ入ル可キ

モノモノアルヲ信ス。是民法第四百二十三條ノ場合ナリ則所謂間接訴權ト稱スルモノ是ナリ。我民法ハ佛民法ニ倣ヒ此規定ヲ民法中ニ設ケタレトモ此權利タルヤ抑佛訴訟法ニ於テ請求權ノ差押ヲ認ムルノ範圍狹キニ失シ殊ニ不動產ノ請求權ニ對シテハ全ク差押ヲ認メサリシヨリ此等ノ欠點ヲ補ハンカ爲ニ生シタル權利ニシテ實ハ訴訟法上ノ性質ヲ有シ。差押ノ一種ト見ル可キモノナリ。唯債權者カ債務者ニ代リ保全行爲ノミヲ爲ス場合ハ勿論性質ヲ異ニス(Crome, Oblig. 297)。勿論此權利ハ純然タル差押ニ非ス。又債權者カ債務者ノ請求權ノ行使ニ着手セル後ハ債務者ハ其請求權ヲ處分スルヲ得ルヤ否ヤハ議論アル所ナレトモ通說ハ之ヲ處分スルヲ得スト爲スニ在リ。殊ニ我國法ニ在リテハ非訟事件手續法第七十六條ハ辨濟期ニ至ラサル債權ニ付キ裁判上ノ代位アル場合ニ付テハ明ニ之ヲ規定ス。是ヨリ見ルモ一般ノ場合則辨濟期ノ至リタル債權ニ基キ當然代位スル場合ニモ同樣ナラサル可ラス(Demolombe, Aubryet Raw, Huc, Crome 反對論 Laromblère, Laurent, Boudryet Bardé)。已ニ此場合ニハ債務者ニ其請求權ヲ處分スルノ權能ナキコトヲ認ムル以上ハ其效力ニ至リテハ民事訴訟上ノ請求權ノ差押ト同一ナルカ故ニ又ハ其請求ノ目的タル物ヲ債務者カ毀損セル場合ニハ又本條ニ入リ罪ト爲ラサル可ラサルモノト信ス。

余ハ更ニ一歩ヲ進メントス。自己ノ所有權物カ差押ヲ受ケルトキニ之ヲ毀損シテ罪ト爲ラハ破產宣告後破產者カ其所有物ヲ毀損セル場合ハ何カ故ニ罪ト爲ラサルカ。破產手續ハ一種ノ强制執行ナリ否手續ノ込入リタル强制執行ニ過キス。而シテ毒害ヲ流スハ差押ノ場合ニ其所有物ヲ害セル場合ヨリモ甚シ。蓋破產ノ場合ニハ差押ノ場合ヨリモ金額多ク且關係多キヲ常トスレハナリ。殊ニ銀行會社ノ破產ノ場合ニ然リトス。改正案ハ何故ニ此場合ヲ規定セサリシカ。或ハ曰ハン。破產ノ場合ニ付キテハ破產法ニ規定セントスト。然レトモ現行破產法ニハ此規定ナキナリ。或ハ改正破產法ニハ之ヲ規定スルノ主旨ナル可シ。然レトモ余輩ノ見ル所ヲ以テスレハ破產法ニ於ケル有罪破產ノ規定ハ債權者ノ侵害ヲ以テ其罪責ノ根據トス。故ニ其罰セントスル所モ亦必ス債務者カ財產ヲ減少シ債務ヲ增加スルノ行爲ニ限ル。自己ノ財產ヲ毀損スルモ素ヨリ財產ノ減少ナリト雖トモ、然レトモ之ヲ財產毀損罪ノ一種トシテ見ルト有罪破產ノ一場合トスルトハ多少其觀察點ヲ異ニ

シ從テ刑罰ノ大小ニ影響ヲ及ホス可シト信ス。已ニ差押ヲ受ケタル財産ヲ破壞スル場合ヲ以テ財産破壞毀損罪ノ一トセル刑法改正案カ破産者カ其財産ヲ毀損セル場合ハ單ニ破産法上他人ト虛僞ノ債務ヲ約セル場合等ト同視セントスルハ權衡ヲ失スルコトナキカ。

余輩ハ更ニ一歩ヲ進メントス。債權者ノ保護ハ決シテ差押又ハ破産アリタル後ニ於ケル債務者ノ行爲ヲ罰スルヲ以テ足レリトセス。尙其前ニ遡ラサル可ラス。抑モ債權ノ侵害モ亦凡テ之ヲ犯罪トシテ刑法上罰ス可シト爲スノ說ハ一部ノ學者間ニ行ハルヽ所ニシテ (Loening, Vertragsbruch 參照)其正否ハ暫ク之ヲ刑法家ノ研究ニ委ス。一般債權ノ侵害ハ之ヲ措クトスルモ或債權ノ侵害ハ必ス之ヲ罰ス可キノ必要アリ。勿論此場合ハ必シモ凡テ財産毀損罪中ニ入ル可キモノニ非ス。余輩ハ序トシテ之ヲ玆ニ論セントスルナリ。改正案ニ於テモ第二百八十二條、第二百八十六條及第二百八十九條ニ依リ債權侵害ノ場合モ罪ト爲ル可キコトアリト雖トモ余輩カ之ニ云ハントスルハ債務者カ其債權者ヲ詐害スルノ意思ヲ以テ其債權者ヲ侵害スル場合ナリ。破産ニハ必ス破産法ニ於テ此規定ノ設ケラル可キコトヲ信スルカ故ニ暫ク之ヲ措ク。然レトモ債權者ノ詐害ハ破産ノ場合ニ限ラス。殊ニ通常ノ强制執行ノ將ニ至ラントスル場合ニ多シトス。余輩ハ其犯罪ノ條件ニ付キテハ今之ヲ論セス。民法第四百二十四條ノ規定ハ誤謬ノ甚シキモノナリ。決シテ之ニ依ルヲ得ス。然レトモ其條件ハ之ヲ如何スルモ詐害行爲ノ刑法上犯罪タル可キハ學理ノ認ムル所ニシテ (Cosack, Anfechtungsrecht, Behme, Schuldner U. drohende Zwangsvollstreckung) 又已ニ二三外國刑法ノ規定スル所ナリ。余輩ハ我國ニ於テ最モ其必要アルヲ認ム。民法ハ其第四百二十四條ニ依リ債權者ヲ保護スト雖トモ利息制限法ト同シク實ニ有名無實ナリ。公德ノ甚タ揚ラサル我國ニ於テハ是非トモ刑法ヲ以テ之ヲ罰スルノ必要アリ。

### 第二　物權ヲ設定セル場合

自己ノ所有物ト雖トモ他人カ物權ヲ有スル物ヲ毀損セル場合ニハ罪ト爲ル可キモノトス。此規定ハ一方ニ於テ狹キニ失シ一方ニ於テ廣キニ失ス。

(甲) 其狹キニ失スル所以ハ

(イ) 我國ノ私法ニ於テハ所謂法律上ノ地役ナルモノハ之ヲ物權ト認メス。之ヲ所

有權ノ限界ナリトス。然ルニ通行權、流水權、其他第二百十九條、第二百二十一條、第二百三十四條以下ノ權利ノ如キハ明ニ一種ノ絶對的權利ニシテ若之ヲ契約ニ依リテ定メタルトキハ純然タル地役權即物權ト爲ルモノナリ。然レトモ法律ノ規定ヨリ當然生スル間ハ地役權ニ非ルカ故ニ物權ニ非ス(民一七五)。從テ改正案第百三十三條、第百四十條、第三百條ハ之ヲ含マサルモノト解釋セサルヲ得ス。於此乎奇怪ナル現象ハ生ス。甲者カ第二百十條ニ依リ通行權ヲ有スル場合ニ其土地ノ持主カ通行ヲ不能ナラシムルノ意思ヲ以テ穴ヲ堀ルトキハ私法上損害賠償ヲ負擔ス可キモ刑法上犯罪トナラス。反之同一事實ニシテ唯其通行權カ契約ニ基ク場合ニハ犯罪ト爲ル。通行權ハ法律カ與ヘタルモノタルト契約ニ基クトニ依リ罪ト爲ルト否トノ差違ヲ生セシムルノ理由アルカ。否或場合ニハ當然法律上通行權ヲ有スルニ拘ラス尙念ノ爲登記其他ノ便宜ノ爲ニ契約ヲ以テ之ヲ地役ト爲スコトアリ。此等ノ場合ニハ全ク同一權利タルニ係ラス之カ侵害ハ或場合ニハ罪ト爲リ或場合ニハ罪ト爲ラス。況ンヤ法律上ノ地役ナルモノハ法律カ特ニ其必要アル場合ノミニ認ムルモノナルカ故ニ之カ侵害ハ契約上ノ地役ノ場合ヨリモ害毒ヲ流スコト多キニ於テオヤ。

尙此等ノ例ハ之ヲ增加スルコトヲ得。殊ニ自己ノ所有地ヲ堀下ケ因リテ以テ隣地ヲ墜落セシムル場合ニ最モ其之ヲ罪トスルノ必要ヲ認ム。

(ロ) 次ニ所謂無形的物權則佛學者ノ精神的所有權ナルモノハ物權ニ非ス。少クトモ我法典上ノ物權ニ非ス。余輩ハ曾テ梅博士カ之ヲ以テ物權ナリトスルヲ聞ケリ。然レトモ是彼ノ Fuchs (Wesend. Dinglichkeit 58 fg) 物權トハ絶對的債權ナリトスル奇說ヲ取ルカ。或ハ Windscheid (§ 43 尙 Lenel Exceptionen 5, 14, Schlossmann, Vetrog 253) 一派ノ物權トハ一般ニ對スル請求權ナリトシ權利ノ效力ニ依リ其性質ヲ定メントスルノ誤說ヲ取ルカ。或ハ佛法派ノ精神的所有權說ヲ取ルカ。何レカ其一ヲ取ラサレハ能ハサル所ニシテ且我法典ノ上ニ於テハ民法第百七十五條ニ依リ決シテ許ス可ラサルノ說ナリ。何者如何ナル法律モ著作權特許權等ヲ物權トセルモノナケレハナリ。要スルニ物ニ對スルニ非レハ物權アルコト能ハス。而シテ物トハ第八十五條ニ依リ有體物ニ限ルナリ。從テ刑法ハ是カ侵害ヲ罪トセサルモノトセサルヲ得ス。

云フヲ休メヨ。此等ノ權利ノ侵害ノ場合ハ悉ク之ヲ特別法ニ規定スト。特別法ニ規定スル所ノモノハ(一)其特別法ニ規定スル手續ヲ終リ特別法カ其著作權、特許權、意匠權等ト爲セルモノノミニ關ス。然レトモ無形的物權ハ之ニ限ルニ非ス。余カ大學ニ於テ爲セル講義ニ對シテハ余ハ之ヲ屆出テ版權ヲ得サルモ、尙無形的物權ヲ有ス。他人カ余ノ許可ヲ得スシテ出版スルトキハ明ニ權利侵害ナリ。又余カ自ラ勝區ヲ探リ寫眞セリ。余カ之ニ對シ著作權法ノ著作權ヲ有セサルモ一種ノ無形的物權ヲ有ス。音學家カ一種ノ曲譜ヲ發明スルトキハ又之ニ對シ一種ノ無形的物權ヲ有ス。而シテ此等ノ權利ノ侵害ハ特別法ニ之ヲ定ムル所ナキナリ。

又云フヲ休メヨ。如斯權利ノ侵害アルトキハ同時ニ必ス他人ノ所有物ヲ毀損スルコトアリ。之ニ依リ罪ト爲スコトヲ得ルト。知ラスヤ此等ノ權利ハ他人ノ所有物ノ上ニモ成立シ得可キコトヲ。余ハ新聞社ノ委囑ヲ受ケ新聞社ノ原稿紙ニ論文ヲ書ケリ。余ハ余ノ朋友ノ種板ヲ借リテ寫眞セリ。此等ノ場合ニハ其紙種板ノ所有權ハ必スシモ加工ニ因リ余ニ歸屬スルモノニ非ス。余カ新聞社ノ委囑ヲ受ケ其繪絹ニ下手ナル繪ヲ畫キ然カモ未タ其繪ノ半ナル場合ヲ想像セヨ。此等ノ場合ニ其新聞社、又ハ朋友ハ自己ノ所有物ナルカ故ニ其紙ヲ裂キ其種板ヲ壞シ以テ余カ無形的物權ヲ害スルモ余ノ權利ハ物權ニ非サルカ故ニ罪ト爲ラサルナリ。而シテ現ニ余輩ハ昨年之カ實例ヲ見タルニ非スヤ。余輩ハ刑法カ一歩ヲ進メテ此等無形的物權ノ侵害ニシテ特別法ノ罰セサルモノヲ罰シ。且自己ノ所有物タルモ他人ノ無形的物權アル場合ニ之ヲ破毀セル者ヲ罰センコトヲ希望シテ止マサルナリ。

(ハ) 次ハ狩獵權、漁業權、鑛業權等ノ所謂廣ク工業權ト稱スルモノナリ。此等ノ權利ハ我國法上未タ充分ナル發達ヲ見ス。而シテ此等ノ權利ハ時ニ或ハ之ヲ物權ナリト論スル者アレトモ其誤レルコトハ先キニ論セル所ニ依リテ明ナリ。然レトモ然ラハ其性質如何ハ我國法上疑ナキニ非ス。鑛業權、漁業權ノ如キハ一種ノ絶對的效力ヲ有スル權利ナルコト疑ナシト雖トモ狩獵權ニ付キテハ疑ナキ能ハス。殊ニ疑アルハ此權利カ第三者ニ對スル場合ニ非スシテ其土地ノ所有者ト權利者間ノ關係ナリ。而シテ是恰モ今此ニ論スル場合ニ重要ナルモノニシテ又恰モ此等ノ事項ニ關スル特別法カ罰則ヲ定メサル所ナリ。則余輩ハ土地ノ所有者カ一定ノ區域ヲ限リ他人ニ狩獵權、漁業權、鑛業權(勿論鑛業ノ場合ニハ官許アルコトヲ要スルモ)等

ヲ支〜タル場合ニ此所有者カ其權利ヲ害スル場合ヲ云フナリ。

抑モ加斯キ場合ニ我國法上權利者ハ所有者ニ對シ如何ナル權利ヲ有スルモノト爲スヤハ多少ノ疑ナキニ非ス。或ハ貸借ナリト爲ス者アラン或ハ地役ナリト爲ス者アラン。然レトモ余輩ハ皆誤レリト信ス。此等ノ權利ハ取得權 (Aneignungso. Erwerbsrecht) ト稱スル階級ニ屬スルモノニシテ或權利ヲ得ルノ權利ナリ。換言スレハ鳥獸魚介、鑛物等ヲ先占シテ其所有權ヲ取得スルノ權利、即一種ノ絶對的權利ニシテ所有者ニ對スルモ第三者ニ對スルモ同一性質ヲ有ス。債權又ハ物權ニ非ルナリ (Enneccerus, Rechtsgeschäft Beil. III, Stobbe-Lehmann, pr. R. § 116)。然レトモ刑法上ノ觀察ニ於テハ其性質ヲ窮ムルヲ要セス。兎ニ角物權ニ非ルヨトハ慥ニシテ從テ所有者カ此權利ヲ害スルモ罪ト爲ルモノニ非ス。即所有者カ他人ニ狩獵權ヲ支〜タルニ拘テス自ラ其鳥獸ヲ捕獲シ鑛物ヲ採取ス(此終ノ場合ニハ或ハ他ノ原因ニ依リ罪ト爲ル可キモ)ルモ毫モ罪ト爲ラサルナリ。他人カ地役權ヲ有スル場合ニモ之ヲ罰シ罪ト爲ルニ此場合ニ罪ト爲ラサルハ是亦奇怪ナル結果ニ非スヤ。而シテ其鳥獸ハ未タ他人ノ所有又ハ占有ニ非ルカ故ニ竊盜ヲ以テ論スル能ハサルヤ勿論ナリ、(Liszt, 472)。余輩ハ此點ニ於テモ改正案カ一方ニハ直接ニ第三者カ此等ノ權利ヲ害スル場合ニシテ特別法ノ規定セサル場合ヲ規定シ(例之狩獵權ニ付キテハ特別法上何等ノ規定ナシ)又一方ニハ所有者カ此權利ヲ害スル場合ノ規定ヲ設ケソコトヲ切望ス。改正案起草者モ亦必ス此權利ノ刑法上保護ス可キ點ニ付キテハ異議勿ル可シ。

(二) 終ニ物權ヲ設定ヲト云フカ狹シト爲ス所以ハ第一ニ改正案ハ權利カ或場合ニ權利ノ目的タルコトアルヲ見サルノ點ニ存ス。例之地上權、永小作權ハ抵當ニ供スルコトヲ得ルナリ。凡テノ財産權ハ之ヲ質入スルコトヲ得ルナリ(民三六二、三六九)而シテ權利ノ抵當又ハ質權ハ物權ニ非ルナリ。是民法ノ規定ニ依ルモ第三百六十二條第三百六十九條ニハ質權抵當權ノ規則ヲ準用スト云ヒ適用ト云ハサルヨリ見ルモ明ナルノミナラス、學理上ヨリ云フモ先キニ物權ニ付キ述タル所ニ依リ明ニシテ若權利ノ質權ハ物權ナラハ債權ノ質權モ物權ト爲リ了スルニ至ラン。天下豈ニ如斯法理アランヤ。於此乎抵當權ノ性質ニ付キ學理上ノ爭アリ果シテ之ヲ物權ト認ム可キヤニ付キ異議ナキニ非ス(例之 Horn, R. als Objectd. Pfandrechts, Schwind,

Pfandrecht)。然レモ今暫ク之ヲ措ク。モ權利上ノ質抵當等カ物權ニ非ルヤ明ナリ。

於此乎奇怪ナル現象ヲ呈ス。余カ或家屋ノ抵當權ヲ有シ此抵當權ヲ再ヒ抵當ニ附セリトセン。或ハ抵當權ノ抵當權ハ抵當權ノ移轉ナリトスル愚論アラハ之ヲ質入セリトスルモ同樣ナリ。此場合ニ其第一抵當權者カ抵當物ヲ燒燬破壞セルトキハ罪ナキカ。或ハ曰ク。然ラハ此場合ニハ抵當物ハ抵當權者ノ物ニ非ルカ故ニ却テ他人ノ物ヲ破壞セル場合ニ入ル可シト。然ラハ抵當權カ所有權者ノ同意ヲ得若クハ所有者カ抵當權者ノ同意ヲ得テ之ヲ燒拂ヘルトキハ如何。第二ノ抵當權質權ハ只物權ナラサルノミ刑法上之ヲ保護ス可キ點ニ於テハ同一ナリ。其侵害ノ惡ム可キモ同一ナリ。而シテ此場合ニハ其所有者又ハ抵當權者ハ他人ノ質權抵當權ヲ害セルニ拘ラス罪ナシ。

尙又地上權者アリ之ヲ抵當ニ附シタル後其地上權ヲ拋棄センカ。已ニ物權ニ非スト云フノ點ヨリシテ無罪ナルノミナラス。更ニ「燒燬ト云ヒ浸害ト云ヒ毀損傷害ト云フ其何レニモ入ラサル可シ。然リ抵當ノ場合ニハ民法第三百九十八條ノ規定アリト云ハヽ、余ハ直ニ例ヲ代エン。著作權ヲ質入シ之ヲ拋棄セルトキハ如何。

刑法改正案ノ誤謬ハ先「所有ニ係ル」ト云ヒ所有權者ノ外ハ他ノ權利ヲ侵害スル能ハスト爲シタルノ點ニ存シ。次ニ權利ハ物ノ上ニノミ存シ權利ノ上ニ權利ナシトセルノ點ニ存シ。又更ニ物權ノ外保護ス可キ權ナシ他人ノ物ノ上ニ存スル權ナシトセルノ點ニ在リ。終ニ權利ノ侵害ハ其目的物ノ有形的侵害ノ場合ニ限ルトセルノ點ニ存ス。

第二ニ物權ヲ設定シト云フカ狹キ所以ハ條件附物權、期限附物權ノ侵害アルモ罪ナキニ至ルヲ以テナリ。條件附物權カ物權ニ非ルコトハ論ヲ待タス條件附權利者ハ條件成就ニ依リ物權ヲ取得ス可キ權利ヲ有スルニ過キス。期限附ノ場合ニモ亦然リ。或ハ民法第百三十五條ニ依リ期限附物權ハ期限前ト雖トモ物權トシテ存在スルコトヲ主張スル者ナキヲ保セス、ト雖トモ同條ハ債權カ期限ニ羅ル場合ニ限ル可キコト少シク私法ヲ解スル者ノ爭ハサル所ナリ。即物權カ條件、期限ニ羅ル間ハ所有者ハ其物ヲ破壞スルモ罪ト爲ラス。是又奇怪ノ結果ニ非スヤ。社會ニ害毒ヲ流スハ其物ニ對シ物權存スルト條件又ハ期限ノ到來ニ依リ物權ヲ取得ス可キ權利ノ存スルトニ依リ差異ナキナリ。而シテ尙其差異ノ程度ヲ大ナラシムルハ不

動產登記法第二條第二號ハ此等ノ權利ニ對スルモ物權ト同樣ナル保護ヲ與ヘ假登記ヲ許ス。登記法ハ同一ニ保護スルニ刑法ハ之ニ有罪無罪ノ區別ヲ立ツ。果シテ立法上ノ根據ヲ誤ルナキカ。

更ニ一歩ヲ進メテ云ハヽ是當ニ條件附期限附ノ場合ニ限ラス。凡テ物權其他ノ絶對的權利ヲ設定移轉ス可キ請求權アル場合ニ及ホス可シ。所謂 jus ad rem (物權ハ得ルノ債權)ハ近世法ノ認メサル所ナリ。蓋一方ニ於テハ物權債權ノ區別ヲ混同シ(異議ナキニ非ス例之 Gierke, Entwarf)又我法典ニ於テハ物權ノ設定移轉ノ意思表示ト共ニ效力ヲ生スルヲ以テ此場合ヲ生スルコト稀ナルカ故ナリ。然レトモ是私法上ノ理論ニ過キス。刑法上罪ト爲スニ明日ノ所有權ヲ移轉ス可キコトヲ約シ今夕之ヲ燒キタルト已ニ今日所有權ヲ移轉シ今夕之ヲ燒キタルト。又明日抵當權ヲ與ユ可キコトヲ約シ今夕之ヲ破壞シ今日抵當權ヲ與ヘ今夕之ヲ破壞セルトニ依リテ罪ノ有無ヲ區別スルノ理由アルカ。況ンヤ現ニ登記法ハ此等ノ請求權モ之ヲ登記シ保護ヲ爲スニ於テオヤ。則我國法ハ明ニ jus ad rem ヲ認メスト雖トモ然カモ間接ニ之ヲ認メタルニ於テヲヤ。

(乙) 廣キニ失スル所以ハ刑法改正案カ我民法ハ占有權ヲ以テ一ノ物權ト認メタルコトヲ忘レタルニ在リ。占有權ハ權利ナルヤ否ヤハ之ヲ論セス。我法典ハ之ヲ權利然カモ物權ト認メタリ。而シテ自己ノ爲ニスルノ意思ヲ以テ物ヲ所持スルトキハ則占有權ナル物權ヲ取得スルモノトス(一八〇)。而シテ占有權ノ取得ニハ其權原ノ如何、意思ノ善惡ハ問ハサルナリ。此ニ於テカ奇怪ナル結果ヲ生ス。

(イ) 先ツ余カ所有物ニ付キ何人カ占有權ヲ得タルトキハ余ハ最早罪ナクシテ其物ヲ破壞スルヲ得ス。故ニ已ニ陳タルカ如ク盜賊忍入リ衣服ヲ奪ヒ戶外ニ出ツ余追フテ衣服ヲ取戻サントシテ之ヲ破ルトキハ余ハ已ニ自助權ヲ認メサル我刑法上ハ已ニ此點ニ依リ違法行爲ヲ爲スモノニシテ只盜賊ノ身體若クハ其衣服ヲ傷害セサリシヨリ僅ニ此罪ヲ免ルヽモ第二ノ條文ハ第三百條ニ在リ。余ハ余ノ所有物ナシトモ盜賊カ占有權ナル物權ヲ取得セル物ヲ傷害セルカ故ニ第三百條ニ入リ。若其盜賊ニシテ法律家タリ自首スルト共ニ余ヲ告訴スルトキハ(改正案二九九)余ハ二年以下ノ懲役又ハ百圓以下ノ罰金ニ處セラル。

又余ハ下女ノ依賴ニ依リ余カ不用ナル簞笥ヲ之ニ貸與ヘタリ。下女ハ自ラ其衣