

91

108

# 刑法講義案

(總則)

岡田朝太郎

東京法科大學教授法學博士

(第六版)

東京

---

有斐閣書房發行

91  
108

# 刑法總則講義案目次

緒論	1-3
第一章 刑法ト刑事法	1
第二章 刑法ハ公法	1
第三章 日本刑法史	1
第四章 日本新刑法ノ外來分子	2
第五章 國家刑罰權ノ根據	2
第一編	
第一章 總論	3
第一節 犯罪ノ定義	4
第二節 犯罪要素ノ概念	4
第二章 犯罪ノ主體及ヒ客體	
第一節 主體	5
第二節 客體	5
第三章 刑罰法令	
第一節 罪刑法定主義	6
第二節 刑罰法令ノ效力	7
第一項 時ニ關スル效力	7
第二項 人ニ關スル效力	8
第三項 處ニ關スル效力	9
第四章 行爲	11
第一節 通則	11
第二節 積極行爲	14



第三節 消極行爲.....17

第五章 有責行爲.....21

第一節 通則.....,,

第二節 有責能力.....22

第一項 精神=故障アル者.....23

第二項 幼者.....24

第三項 瘖啞者.....26

第四項 懲治場ノ留置, 附監置.....27

第三節 故意及ヒ過失.....28

第一項 故意.....,,

第二項 故意ノ體様.....32

第三項 錯誤.....35

第四項 過失.....37

第六章 不法行爲.....39

第一節 通則.....,,

第二節 權利行爲.....40

第一項 下屬官ノ職務行爲.....,,

第二項 正當防衛.....42

第三項 一般ノ權利行爲.....46

第三節 放任行爲.....,,

第一項 緊急狀態=基ノ行爲.....49

第二項 承諾アル=基ノ行爲.....52

第二編 刑罰.....53

第一章 總論.....,,

第一節 刑ノ概念.....54

第二節 刑名.....55

第二章 刑ノ種類.....,,

第一節 生命刑.....55

第二節 自由刑.....,,

第三節 財産刑.....57

第一項 罰金科料.....,,

第二項 沒收.....58

第四節 能力刑.....60

第一項 剝奪公權.....61

第二項 停止公權.....62

第三章 刑ノ適用.....,,

第一節 通則.....,,

第二節 加重.....64

第一項 通則.....,,

第二項 法律上ノ加重.....,,

第三節 減輕.....65

第一項 裁判上ノ減輕.....66

第二項 法律上ノ減輕.....,,

第四節 加減例及ヒ加減順序.....69

第一項 加減例.....70

第二項 加減順序.....72

第四章 刑ノ執行.....73

第一節 通則.....,,

第二節 死刑ノ執行.....,,

第三節 自由刑ノ執行.....74

第一項	配流制度	75
第二項	拘禁制度	76
第三項	定役,工錢	77
第四項	衣食住	78
第五項	待遇一斑	79
第六項	假出獄,免幽閉	80
第五章	刑ノ消滅	78
第一節	通則	78
第二節	犯人ノ死亡	79
第三節	餘罪ノ刑ノ確定	80
第四節	非常上訴ノ成立	80
第五節	恩典	81
第一項	大赦	81
第二項	特赦及ヒ減刑	82
第三項	復權	83
第六節	期滿免除一時效	84
第一項	適用ノ範圍及ヒ期間	85
第二項	期間起算點	86
第三編	罪狀	87
第一章	犯罪ノ類別	87
第一節	重罪,輕罪,違警罪	87
第二節	普通犯,特別犯	88
第三節	現行犯,非現行犯	88
第四節	親告罪,非親告罪	88
第二章	行爲ノ階級	89

第一節	犯意ノ表示	89
第二節	實行,着手,豫備	90
第一項	標準	90
第二項	犯狀	91
第三節	中止犯(即チ犯罪ノ中止)	93
第四節	不能犯	95
第三章	再犯	98
第四章	數罪俱發	101
第一節	通則	101
第二節	數罪ト一罪トノ區別	102
第一項	數所爲一罪	102
第二項	一所爲數罪	106
第三節	處分	108
第五章	數人共犯	110
第一節	通則	110
第二節	共犯ノ行爲	112
第一項	正犯	112
第二項	教唆犯	113
第三項	從犯ノ行爲	116
第三節	共犯ノ意思	120
第一項	故意	121
第二項	過失	122
第四節	共犯ノ處分	123
第一項	通則	123
第二項	身分ノ關係	124
第三項	齟齬	127

本書ハ東京帝國大學法科大學ニ於テ刑法總則ノ  
講義ヲ爲スニ方リ之ヲ筆記セシムル勞ヲ省ク爲  
ニ其大要ヲ印刷シテ學生間ニ配付スル目的ニ成  
レルモノナリ

著 者

# 緒論

## 第一章 刑法ト刑事法

一 刑法トハ犯罪ト刑罰トヲ定メタル國法ヲ謂フ廣狹二様ノ意義アリ廣義ノ場合ニハ犯罪ト刑罰トヲ定メタル法令全躰ニ通シ狹義ノ場合ニハ其中ニ就テ特ニ刑法ノ名アル法律ノミニ該當ス(一般刑法,特別刑法)

二 刑法アルモ之ヲ實際ニ運用センニハ別ニ之カ職制ト手續トヲ定メタル國法ヲカル可ラス是(刑事)裁判所構成法及ヒ刑事訴訟法アル所以ナリ刑事法トハ畢竟刑法(刑事)裁判所構成法,刑事訴訟法ノ三ヲ合シタル名稱ニ外チラス(附,刑事社會學,刑事人類學,司法警察)

## 第二章 刑法ハ公法

## 第三章 日本刑法史

## 第四章 日本新刑法ノ外來分子

### 第五章 國家刑罰權ノ根據

一 國家ニ刑罰權アル根據ヲ熾ニ哲學的ニ研究スルニ至レルハ十八世紀ノ末以來ノ出來事ナリ (Strafrechtstheorie, Théorie du droit pénal) 純正主義, 實利主義, 折衷主義ノ三ニ大別ス

二 純正主義ニ在リテハ刑罰權ノ根據ハ專ラ正義ノ要求ニ在リトシ因果應報, 罪惡必罰ノ純理ヲ以テ之ヲ説明セントス (絶對主義, 主觀主義)

三 實利主義ニ在リテハ刑罰權ノ根據ハ專ラ利益ノ關係ニ在リトシ國利民福ノ實益ヲ以テ之ヲ説明セントス (相對主義, 客觀主義)

四 折衷主義ニ在リテハ正義ト利益ト相俟テ刑罰權ノ根據ヲ成スモノトナシ且ツ曰ク(1)國家ハ道義ニ反スルモノ一切ヲ悉ク罰スルコトヲ得ス(2)然リト雖モ道義ニ反セサルモノハ之ヲ罰

スルコトヲ得ス(3)道義ニ反シ且ツ社會ノ利益ヲ害スルモノ(背徳加害)ハ初メテ之ヲ罰スベシ(4)國家ノ科スル刑罰モ亦道義ノ法則ト社會ノ利益トニ準據シテ其性質及ビ分量ヲ定メザル可ラズ故ニ無道有害ナル方法ヲ退ク可シ(5)罪刑其權衡ヲ保ツベシ(6)自懲他戒ノ效ヲ收ム可シト

五 夫レ六合ハ有無ノ界ヲ出テズ人事ニ善惡ノ二道アリ爲不爲ノ必然的關係ニ外ナラス而モ宗教ト道德ト國法トノ分派ニ於テ其一派ヲ統ブル原理ナカラシヤ正邪善惡ノ觀念ハ僞トシテ之ヲ排スベキニ非ス止グ國法ノ基礎ヲ解スルニ方リテハ社會的生存ノ實利實害已上ニ遡ル必要ナキヲ信セントス

## 第一編 犯罪

### 第一章 總論

#### 第一節 犯罪ノ定義



一 犯罪(形式上)トハ刑ヲ科シタル不法行爲  
ヲ謂フ詳シク言ハバ刑罰法令ニ列擧シタル行爲  
ニシテ有責不法ナルモノヲ謂フ

### 第二節 犯罪要素ノ概念

二 犯罪ノ成立要素ニ一般ノモノアリ特別ノ  
モノアリ一般要素ハ犯罪全體ヲ通シ特別要素ハ  
一定ノ犯罪ニ限リ其成立ニ必要ナル條件ナリ

三 犯罪全體ノ成立要素トシテハ(1)人類其主  
體トナリ法益其客體トナルヲ要シ(2)刑罰法令ア  
ルヲ要シ(3)刑罰法令ニ列擧シタル行爲アルヲ要  
シ(4)其行爲ハ責任アルモノタルヲ要シ(5)且ツ不  
法ノモノタルヲ要ス本編第二章乃至第六章ニ論  
スル所是ナリ

四 特別ノ成立要素ハ各論ニ於テ論スベキモ  
ノトス一般要素ニ一定ノ制限ヲ加ヘタルモノト  
全ク一般要素ノ外ニ存スルモノトノ二種アリ

## 第二章 犯罪ノ主體及ヒ客體

### 第一節 主體

一 近世ノ進歩シタル刑法上犯罪ノ主體トナルコトヲ得ルモノハ獨リ人類ニ限ラレタリ古ノ如ク人類以外ノモノヲ犯人トシテ罰スルコトナシ

二 生前ニ人ナク死後ニ人ナシ出產ノ時期ヲ定ムルニ種々ノ說アリ獨立呼吸說ヲ可トス但シ幼者ニ對シテハ責任年齡ノ規定アリ死亡ノ時期ニ關シテハ未タ定說アルヲ知ラス

三 法人ハ特別ノ法令ヲ設ケタル場合ノ外犯罪ノ主體トナルコトナシ

### 第二節 客體

四 一切ノ法益ハ犯罪ノ客體トナルコトヲ得法益ハ法令ノ保護スル利益ト云フノ節畧語ナリ(法令自體ノ利益ヲ云フニ非ズ)故ニ例ヘバ犯罪

ノ主體トナルコトヲ得サル胎兒並ニ遺骸ノ如キ  
モ其客體(被害物體)トナルコトヲ妨ケス法人乃  
至禽獸草木亦同シ

### 第三章 刑罰法令

#### 第一節 罪刑法定主義

五 犯罪及ビ刑罰ヲ定ムルニ擅斷主義ト法定  
主義トノ二アリ擅斷主義トハ裁判官其職權ヲ以  
テ隨意ニ罪ノ有無ヲ決シ適宜ノ刑ヲ宣告スル制  
度ヲ謂ヒ法定主義トハ豫メ明文ヲ以テ罪トナル  
行爲及ヒ之ニ科スベキ刑ヲ定メ裁判官ハ只之ヲ  
適用スル職權ノミヲ有スル制度ヲ謂フ我國ニ在  
リテハ現行刑法ニ依リ初メテ法定主義ヲ採用ス  
ルニ至レリ(刑.2)

六 刑罰法令ノ明文ニ漏レタル行爲ハ罪トナ  
ラズ *Nulla crimina sine lege poenali* 是特ニ刑罰  
法令ヲ以テ犯罪ノ一般要素ノ中ニ列シタル所以

ナリ但シ同シク無罪(犯罪不成立ノ謂)ナリト雖  
モ明文ニ漏レタル行爲自體ノ性質ハ一樣ナラズ  
本編第六章ヲ參酌シテ自得スベシ

七 明文ナキ行爲ヲ罪トスルコト能ハザル結  
果トシテ刑法ハ民法ト異リ類似解釋ヲ爲スコト  
ヲ許サズ但シ勿論解釋(Argument a fortiori)ハ之  
ヲ禁スルモノニ非ス

### 第二節 刑罰法令ノ效力

八 效力アル法令トハ其法令ノ推定シタル事  
實ノ生シタル場合ニ之ニ對シテ豫メ定ムル所ノ  
結果ヲ附與スルコトヲ得ルモノヲ謂フ時ト人ト  
處トニ關係アリ

#### 第一項 時ニ關スル效力

九 明文ナキ行爲ヲ罰スル能ハサル結果トシ  
テ行爲ノ當時之ヲ罰スル法令ナキトキハ其後ニ  
至リテ制定セラレタル法令ニ因リ之ヲ所罰スル  
コトヲ得ス行爲ノ當時法令存シテ實施力ナキ場

合亦同シ此原則ヲ名ケテ刑法不遡既性 (Non rétroactivité, Nichtrückwirkendbarkeit) ト謂フ

一〇 刑法不遡既性ノ原則ニ例外アリ刑法ノ改正アリタル場合ニ行爲ノ當時ノ刑法ト裁判當時ノ刑法トヲ比較シ新法輕キトキハ既性ノ行爲ニ遡リテ之ヲ適用スベキモノトス (刑3) 若シ二回以上ノ改正アリテ各輕重アル時ハ其中最モ輕キモノヲ適用ス

第二項 人ニ關スル效力

一一 日本ノ刑法ハ日本國內ニ於ケル一切ノ犯罪ヲ支配スベキコト第三項ニ述フル所ノ如シト雖モ左ニ掲クル身分アルトキハ其適用ナシ (第六章第三節參照)

- 1) 天皇(憲. 3. Princeps legibus solutus)但シ皇族一般ニ及バス (攝政ニ付テハ議論岐ル)
- 2) 外國ノ君主大統領 (並ニ其家族從者)
- 3) 信認セラレタル外國ノ交際官 (全權大使, 公使,

代理公使,公使官附武官,書記官,書記生,軍使,其  
家族及ビ日本人ニアラサル使用人)

4)承認ヲ經テ入來レル外國ノ軍隊(及ビ軍艦)

一二 國會議員ハ議院ニ於テ發言シタル意見  
及ヒ表決ニ付キ院外ニ於テ其責ヲ負フコトナシ  
亦是レ刑法ノ効力ニ關スル一制限ナリ

第三項 處ニ關スル効力

一三 刑法ノ處(並ニ人)ニ關スル効力ニ付テ  
二種ノ提案アリ一ヲ屬人主義トシ他ヲ屬地主義  
トス

屬人主義ハ自國臣民ノ犯罪ハ其犯地ノ内國タ  
ルト外國タルトヲ分タズ總テ之ヲ支配シ毫モ外  
國人ニ及ハズト云フニ在リ其國內ニ於ケル外人  
ノ犯罪ヲ支配セズト云フハ國內主權ノ効力ニ反  
シ在外自國人ノ一切ノ犯罪ヲ支配スト云フハ必  
要ノ程度ヲ超過ス

屬地主義ハ自國內ノ犯罪ハ其犯人ノ内國人タ

ルト外國人タルトヲ分タズ總テ之ヲ支配シ毫モ  
外國ニ於テ犯シタル犯罪ニ及ハズト云フニ在リ  
其外國ニ於ケル犯罪ヲ全ク不問ニ附セント云フ  
ハ交通ノ便利ナル現今ノ會社ノ必要ニ應セズ

一四 屬人主義屬地主義共ニ良策ト謂フ克ハ  
ズ爰ニ於テ近世多數ノ立法例ハ一種中間ノ便法  
ヲ案出セリ假ニ折衷主義ト名ケン(保護主義)

1) 折衷主義ノ第一義ハ前第二項ニ名ケタル身分  
アル人及ヒ制限ヲ除ク外苟モ日本國內ニ於テ  
罪ヲ犯シタル以上ハ其外國人ノ行爲ニ係ル場  
合ト雖モ總テ之ヲ日本ノ刑法ニ因テ處斷ス可  
シトナスニアリ現行刑法ニ明文ナシト雖モ主  
權當然ノ効力斯ノ如クナラザル可ラズ(治外  
法權ノ撤回)

2) 折衷主義ノ第二義ハ國外ニ於ケル犯罪ト雖モ  
其或モノハ之ヲ日本ノ刑法ヲ以テ所罰スルニ  
アラズンバ到底日本ノ必要ヲ充タス克ハズト

ナスニ在リ但シ其如何ナルモノハ之ヲ罰スヘク如何ナルモノハ之ヲ不問ニ付スヘキカハ明文アルニ在ラスンハ之カ判然タル區畫ヲ立ツル能ハス

一五 訴訟上ノ列國共助 Aide judiciaire internationale, Internationale Rechtshilfe, 犯罪人引渡 Extradition, Auslieferung.

## 第四章 行 爲

### 第一節 通 則

一 身體ノ舉動ヲ言現ハスヘキ語ハ内外國共ニ一定セス働作ト云ヒ行爲ト云ヒ所爲ト云ヒ作爲ト云ヒ所行ト云フ余ハ左ノ例ニ用ヒンコトヲ期ス

働作=舉動=身體ノ動靜 Körperliche Thätigkeit  
Activité corporelle

舉働+意思=行爲 Willensbethätigung, Acte.

行爲+結果=所爲 Handlung, Action.



働作+結果+狀況=事實 That?

二 法定主義ノ適用トシテ犯罪ハ刑罰法令ノ定ムル條件具備スルニアラスンハ成立セス今其定ムル所ヲ視ルニ一切ノ犯罪ヲ通シテ外部身體ノ働作ヲ條件トセサルハナシ近世ノ刑法ハ此點ニ付テモ古法ト同シカラズ *Cogitationes nemo poena patitur* 之ヲ物質上ノ要素トモ謂フ

三 而リト雖モ外部身體ノ働作ハ一般要素ノ一タルニ過キス從テ他ノ條件ト相合スルニアラサレハ罪トナルコトナシ他ノ(法文ニ觸レ有責不法ノモノタルヲ要スル)條件ノ中特ニ働作ト密接ノ關係アルモノヲ意思トス身體ノ働作ニシテ意思ノ發動ニ係ル場合ハ之ヲ行爲ト名ケン外部ニ法文ノ示ス働作アルモ内部ニ之ヲ惹起シタル意思ノ條件ヲ具ヘサルトキハ亦罪トナラズ(第五章第三節ヲ參照ス可シ)

四 (凡ソ吾人ノ行爲ハ國法上之ヲ犯罪行爲

權利行爲、放任行爲ノ三ニ大別セサル可ラス故  
ニ無罪タルベキ行爲ニ尙ホ權利ノ性質アルモノ  
ト止テ放任セラレタルニ過キサルモノトアルヲ  
注意ス可シ本編第六章參照)

五 行爲ニ關係アル物界ノ影響ヲ結果ト名ケ  
行爲ト結果トヲ合一シタル事實ヲ所爲ト名ケン

六 行爲ハ單一ニ一舉働ヨリ成立スルコトヲ得  
而レトモ多クハ數個數十個ノ舉働ノ結合ヨリ成  
立シ其物界ニ影響スルヤ恰モ一度起レル波動ノ  
絶ユルカ如ク絶エザルカ如クニシテ容易ニ其終  
ル所ヲ識ルコト克ハサル關係アリ法律上行爲ニ  
關係アリトスル物界ノ影響ハ勢ヒ法ノ明文乃至  
本旨ニ擧ケラレタルモノニ限ラザル可ラス(人  
命犯ニ付テハ被害者ノ死亡ヲ結果ト謂フ)

七 犯罪ノ中ニハ實害ヲ生シテ罪トナルアリ  
實害ヲ生スル虞(危險, Gefahr, danger)アルノミ  
ニシテ罪トナルコトアリ單一ニ實害ヲ生スル虞ア

ルヲ罰スル場合ト雖モ斯ノ如キ状況(危険)ハ行  
爲ニ關係アル物界ノ影響ニ外ナラサルヲ以テ亦  
同シク結果ナリト云フヲ妨ケス

八 意思ノ發動(行爲)ト物界ノ影響(結果)ト  
ノ關係ハ行爲ノ種類ニ因リ同シカラス行爲ニ積  
極ノモノアリ消極ノモノアリ積極行爲(作爲)ト  
結果トノ間ニハ原因結果ノ關係 Causalité, Kausa-  
lität) ナ有シ消極行爲(不作爲)ト結果トノ間ニハ  
他ニ存スル原因ノ進行ヲ遮斷セスト云フ關係ヲ  
有スルニ過キス

仍ホ行爲ニハ其程度ニ付テ數段ノ階級アリ  
(第三編第二章ヲ參照スベシ)

### 第二節 積極行爲

九 積極行爲一名作爲 *Thun, Action = Faire*  
トハ物界ニ一定ノ影響ヲ惹起スヘキ故意ノ働作  
ヲ謂フ其犯罪ノ一要素トナルハ身體ノ働作ト物  
界ノ影響トノ間ニ原因結果ノ關係アル場合ナラ

ザル可ラス

—C 動作ト結果トノ間ニハ單ニ外部物質的ノ因果關係アルヲ要スルノミ之ヲ意思ト動作トノ間ニ存スヘキ責任(内外ノ連絡)ノ關係ト混ス可ラス第五章ヲ參酌ス可シ

— 作爲ハ如何ナル場合ニ結果ヲ惹起シタリ(原因トナレリ)ト云フコトヲ得ルカ

1) 一派ノ學說ハ結果ヲ惹起スヘキ事情ヲ分ケテ原因、條件ノ二トナシ更ニ原因ノ何タルヤヲ論セントス曰ク人間ノ常規ニ違ヒタル事情ハ犯罪ノ原因トナル(Regelwidrige Bedingung, Bar) 曰ク結果ヲ惹起スニ最モ有力ナル事情ハ原因ナリ(Birkmeyer) 曰ク他ノ事情ヲ卒ヒテ結果ヲ惹起サシムル事情ハ原因ナリ(Ausschlaggebende, Binding Olshausen) ト而シテ何レモ其餘ノ事情ハ之ヲ原因ト稱セス結果ヲ起ス條件(副因從因?)ト名ケタリ

2) 他ノ一派ノ學說ハ結果ニ對シテ其原因ト條件トヲ分ツコトヲ爲サス且ツ單ニ裏面ヨリ説明シテ曰ク一定ノ作爲カ一定ノ結果ノ原因ト云フヲ得ルヤ否ヤハ假ニ其作爲ナカリシモノトシ尙ホ且ツ同一ノ結果ヲ生シタルヤ否ヤニ因テ之ヲ決ス可シト (Buri, Liszt, Hälschner, Meyer) 後說ヲ可トス

一二 第二ノ說ヲ採ルトキハ作爲カ結果ヲ惹起スニ付テ最モ有力ノモノタリシコトヲ必要トセス (既ニ出火中ノ家ニ更ニ火ヲ放ツ如キ) 亦其唯一ノ原因タリシコトヲ必要トセス (極端ニ云フトキハ人ノ作爲カ唯一ノ原因タル場合ナシ) (起動因, 副因, 中間因) (物理上ノ因果則)

一三 原因トシテノ作爲ト結果トシテノ物界ノ影響トノ間ニ連絡斷ユルコトアリ

1) 自己ノ行爲ニ係ル場合 (中止犯, 第三編第二章 第三節)

2) 他人ノ行爲ニ係ル場合 (第三編第五章)

3) 自然力ニ出ツル場合

### 第三節 消極行爲

一四 消極行爲一名不作爲 *Unterlassung, Inaction, laisser faire* トハ物界ニ一定ノ影響ヲ惹起スヘキ原因ノ進行ヲ遮斷セサル任意ノ働作ヲ謂フ進行中ノ原因カ自己ノ行爲ヨリ起レルト自己以外ノ人又人以外ノ働ヨリ起レルトヲ區別セズ

不作爲ト結果(物界ノ影響)トノ間ニハ如何ナル關係アルカ又タ如何ナル場合ニハ罪ノ一條件トナルカ

一五 不作爲ト結果トノ關係ヲ説明スルニ種々ノ意見アリ

- 1) 曰ク不作爲ハ獨立シテ結果ヲ惹起スカナシ然レトモ他ノ作爲ニ加ハリ兩者相埃ツテ初メテ結果ヲ惹起スカナ生スト
- 2) 曰ク不作爲ハ決シテ結果ヲ惹起スカナ有セス

他ノ作爲ニ加ハルトキハ結果ヲ惹起ス皮想アリト雖モ其實他ノ原因ノ進行ヲ遮斷セスト云フ消極的關係アルニ止ルハ一ナリト

一六 不作爲ト之ニ因テ成立スル犯罪トノ關係ハ法文ノ直ニ一定ノ不作爲ヲ罰スル規定アル場合ト否ラサル場合トヲ分ケテ考究ス可シ

一七 法ニ不作爲ヲ罰スル明文アル場合ニ付テハ之カ有罪無罪ヲ争フ餘地ナシ此種ノ罪ヲ名ケテ單ニ不作爲犯トモ不行犯トモ云フ佛蘭西派ノ學者ハ殆ト一般ニ不作爲ノ罪トナルハ此場合ニ限レリト論ス獨逸ノ一派ノ學者ハ之ヲ真正不作爲犯ト名ク……例 Frank

一八 法ノ明文ニ止タ……人ヲ殺シタル者、火ヲ放ケタル者ト云フカ如ク……作爲ノミヲ掲ケタル罪ハ不作爲ニ因リテ成立スルコトヲ得ルカ佛派學者ハ多ク之ヲ否定シ獨派學者ハ之ヲ認容ス但シ其條件トシテ唱道スル點ハ著シキ相違

アリ

1) 一説ニ曰ク凡ソ犯罪ハ外部ノ條件トシテ身體ノ働作ト結果トノ間ニ因果ノ連絡アルニ非カレハ成立セサルヲ原則トス然ルニ不作爲ハ單獨ニテ結果ヲ惹起ス力ナキヲ以テ他ノ作爲ト合併シ原因タル力ヲ生シタル場合ニ限り罪トナルコトヲ得ト而シテ其所謂他ノ作爲ニ合併シ原因タル力ヲ生スルニ付キ種々ノ條件ヲ案出セリ …… 例

2) 他ノ説ニ曰ク不作爲ノ性質タル …… 他ノ作爲ト合併スルモ …… 決シテ原因タルヘキ物質上ノ力ヲ生スルモノニアラス他ノ作爲ト合併シテ結果ヲ惹起シタリト稱セラル、場合ハ其作爲ノ有スル原因力ノ進行ヲ遮斷セズト云フ消極的關係アルノミ斯ノ如ク不作爲ハ客觀的ノ原因力ナシト雖モ他ノ原因(人爲ト自然トヲ分タス)ノ進行ヲ遮斷スヘキ法律上ノ義務ア



ル者之ヲ爲サル(不作為)場合ニ於テ罪(ノ一條件)トナルコトヲ得ト此說ヲ正トス

一九 要スルニ不作為ノ罪トナルハ物質上ノ因果關係アルカ爲ニアラスシテ原因ノ進行ヲ遮斷スヘキ主觀的ノ義務ヲ履行セサルカ爲ナリト云フニ歸着ス作為ノ場合ニ因果關係アルヲ必要トシ不作為ノ場合ニ之ヲ必要トセサル理由如何先ニ述フル如ク作為ヲ原因トシテ認ムルニハ假ニ其作為ナカリシトスレハ結果ヲ生セサリシト云フ關係アルノミヲ以テ足レリトス今前段ニ掲ケタル不作為ヲ見ルニ亦全ク同一ノ關係アリ法律上ノ義務ヲ履行シ原因ノ進行ヲ遮斷セハ……即チ假ニ此不作為ナカリシトセハ……之ヲシテ結果ヲ惹起スニ至ラシメサリシコトヲ得從テ法律上ノ價值ハ彼此差別ナシ是其因果ノ連絡ナクシテ罪トナルヲ妨ケサル所以ナリ

## 第五章 有責行爲

## 第一節 通 則

- 一 責任トイフ……日本ノ……語ニ二種ノ意味アリ一ハ身體ノ動作ト其本人トヲ連結スル精神上ノ關係ヲ謂ヒ一ハ行爲ヨリ生スヘキ……法律上徳義上ノ……制裁ヲ謂フ本章ニ論スル所ハ第一ノ意味ニ於ケル責任ナリ第二ノ意味ニ於ケル刑法上ノ責任ハ刑罰ヲ其重ナルモノトス(未次拘留, 私訴)
- 二 犯罪ノ成立スルニハ身體ノ動作ヲカル可ラス……且ツ其動作ハ刑罰法令ニ列舉サレタルモノナラザル可ラス……ト雖モ其動作ニシテ責任ナキモノナルトキハ有責行爲ノ一種タル犯罪成立スルコトナシ
- 三 身體ノ動作ヲ目シテ責任アル行爲ナリト爲スニハ(1)責任能力アル者ノ動作タルヲ要シ(2)

故意又ハ過失ニ出ツル働作タルヲ要ス

四 能力、故意又ハ過失ノ外意思自由……別  
說選擇自由……ヲ責任ノ一要素トナシ抗拒ス可  
ラサル強制ニ遇ヒ已ムコトヲ得サルニ出テタル  
行爲ハ意思ノ自由ヲ缺クニ基ク無責任ノ場合ナ  
リトスル學說立法例尠カラス我現行刑法第七十  
五條第一項モ解釋トシテハ此說ヲ採リタルモノ  
ト爲サ、ルヲ得ス但シ理論トシテハ到底之ヲ是  
認スル能ハサルカ故ニ後ノ第六章第三節ニ至リ  
說述スル所アラン

#### 第二節 責任能力

五 責任能力ハ精神ノ作用完キ者若クハ其發  
育十分ナル者ニ非サレハ之ヲ有セス故ニ刑法ハ  
精神ニ故障アル者及ヒ幼者瘖啞者ノ働作ヲ無責  
任トスル規定ヲ設ク(不論罪ト云フ語ハ明瞭ヲ  
缺ク嫌アリ)

六 佛蘭西派ノ學說ハ精神ニ故障アル者及幼

者瘖啞者ノ動作ハ之ヲ辨別ヲ缺クニ基ク無責任  
行爲ト稱シ獨逸派ノ學說ハ多ク之ヲ能力ナキニ  
基ク無責任行爲ト稱ス(精神ノ作用又ハ發育完  
カラサル場合ニハ辨別ノミニ故障アルニアラズ  
ト云フヲ理由トスルニ似タリ)

第一項 精神ニ故障アル者

七 精神ノ作用ニ故障アルヲ理由トシテ其動  
作ヲ無責任……動作ト本人トノ連結ヲ欠ク……  
トスルニハ動作ノ當時ニ其故障アリタルコトヲ  
必要トス(刑・78)動作ノ以前又ハ以後ノ故障ハ  
之ヲ以テ動作其者ヲ無責任(無罪)トスヘキ理由  
ト爲ス能ハス

八 故障ノ種類ハ病的タルト非病的タルトヲ  
區別セス又持續性タルト一時性タルトヲ區別セ  
ス

九 精神ノ病的故障ニ精神病ト其餘ノ疾病ト  
ノ別アリ精神病ノ發作中ノ動作ハ辨別ヲ缺クモ

ノトシテ一般ニ之ヲ無責任トセサル可ラス精神病以外ノ疾病……通常高度ノ熱ノ作用等……ニ因リ精神ニ故障ヲ生シタルトキハ是非ヲ辨別セサル間ニ限り之ヲ無責任トス

疾病ニ非スシテ一時精神ノ作用ニ故障ヲ生スルコトアリ(泥酔者?)刑法第七十八條ニハ病的故障ニ限ル明文ナキヲ以テ非病的故障ト雖モ是非ノ辨別ヲ缺ケル間ノ動作ハ亦之ヲ無責任トセサル可ラス(酩酊ノ極是非ノ辨別ヲ喪失シタルヤ否ヤハ事實論ノミ)

#### 第二項 幼者

一〇 幼者ノ責任年齢ヲ定ムルニ三主義アリ  
 (1)第一ノ主義ニ於テハ一生ヲ二期ニ分ケ第一期(佛・白・土等ハ十六歳以下)ノ間ハ先ツ辨別ノ有無ヲ調ヘテ次ニ責任ノ有無ヲ決スヘキモノトシ第二期ノ年齢ニ達スレハ全責任ヲ負ハシメ(2)第二ノ主義ニ於テハ一生ヲ三期ニ分ケテ第一期ノ

間ヲ無責任トシ第二期ノ間ヲ辨別ノ有無次第  
……但シ責任アル場合モ刑ヲ減スヘキモノ……  
トシ第三期ニ入りテ初メテ全責任アリトナシ(3)  
第三ノ主義ニ於テハ更ニ之ヲ四期ニ別テ第一期  
ノ間ヲ無責任トシ第二期ノ間ヲ辨別ノ有無次  
第……但責任アル場合モ刑ヲ減スヘキモノ……  
トシ第三期ノ間ヲ減輕トシ第四期ニ入りテ初メ  
テ全責任アリト定ム我現行刑法ハ第三ノ主義ヲ  
採用シ且ツ重罪輕罪ト違警罪トニ依リ處分ヲ異  
ニス

—— 我刑法上十二歳以下ノ幼者ハ全ク無責  
任ナリ(刑79,83)十二歳以上十六歳以下ノ幼者ニ  
重罪又ハ輕罪タルヘキ行爲アリタルトキハ辨別  
ノ有無ニ依リ責任ノ有無ヲ決ス但シ責任アル場  
合ト雖モ二等ノ宥恕減輕ヲ受ク違警罪ニ付テハ  
常ニ責任ヲ負ヒ一等ノ宥恕減輕ヲ受ク(刑80,83)  
十六歳以上二十歳以下ノ幼者ニ重罪又ハ輕罪タ

ルヘキ行爲アリタル時ハ單ニ一等ノ宥恕減輕ヲ受ケ違警罪ニ付テハ全責任ヲ負フ(刑 81,83)

一二 幼者ノ任責能力ニ關シ減輕時代……即チ一部分ノ責任ヲ負フ時代……ヲ認ムルニ反對スル説アリ 外部身體ノ動作ヲ其本人ニ出テタリ……即チ責任アリ……トナスヤ否ヤハ之ヲ認ムルカ之ヲ認メサルカ……即チ物心兩界ニ連絡アリトスルカ無シトスルカ……二者其一ヲ出テス一部ノ連絡アリ乃至小ナル連絡アリト認ムル減輕時代ハ須ラク之ヲ排斥スヘシト而レトモ精神ノ發育ニ其源ヲ發スル幼者ノ能力問題ハ其ハ發育シタル時期若クハ事實ナシト云ハ克ハス(?)

### 第三項 瘖啞者

一三 瘖啞者ハ總テノ動作ニ付テ其責任ナキコト十二歳以下ノ幼者ニ同シ(刑 82,83)但シ瘖ニシテ且ツ啞ナル場合ニアラスンハ此限ニアラス

一四 刑法ニ謂フ所ノ瘖啞ハ生來ノモノニ限ルカ生後ノ疾病又ハ負傷ニ基ク不具ヲモ含ムカ若シ生後瘖啞トナリタル者ヲモ含ムトセハ其之ニ陥リタル年齢ニ制限ナキカ (Liszt 生來及ヒ幼時ニ瘖啞トナレル者ニ限ル説)

第四項 懲治場ノ留置附監置

一五 八歳以上十二歳未滿ノ幼者ハ滿十六歳ニ過キサル時間又十二歳以上十六歳未滿ニシテ辨別ヲ缺キ無責任ト認メラレタル幼者ハ滿二十歳ニ過キサル時間情狀ニ依リ之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得(刑79, 80, 82) 懲治場ノ留置ハ國家自ラ此等ノ者ヲ督監シ教育スル趣旨ニ出テ刑罰タル性質ヲ有セス

一六 精神病者ヲ無責任トスルハ宜シ無責任ノ故ヲ以テ直チニ放免スルハ大ニ危険ナルコトアリ情狀ニ依リ病院其他一定ノ場所ニ監置セシムル規定ナカル可ラス



## 第三節 故意及ヒ過失

一七 責任能力ヲ有スル者ト雖モ其故意又ハ過失ヨリ出テタル動作ニ對スルニアラサレハ其責ニ任セス(刑77,民709)

## 第一項 故意

一八 故意ハ觀念決意ナリ事實ノ認識(觀念)動作ノ意思(決意)ナリ故ニ犯罪ノ故意トハ犯罪ノ事實ヲ知リ犯罪行爲ニ志スヲ謂フ,犯罪事實,犯罪事實ノ觀念,犯罪行爲ノ決意,ノ三點ニ分テテ説明スル所アラシ

一九 (1) 犯罪事實トハ犯罪構成ノ物的條件(即チ罪ト成ルヘキ事實刑,77,2)及ヒ刑罰加重ノ物的條件(則チ罪本重カルヘキ事實刑,77,3)ヲ謂フ刑法ニ列擧スル所ノ構成乃至加重條件ヲ視ルニ,主體ノ資格,客體ノ性質,方法ノ種類,結果ノ大小等犯罪ニ據リ同シカラス而シテ身體ノ積極又ハ消極ノ働作ハ犯罪全般ニ通スル物的構成條件

ナリ

二〇 (2) . 觀念ハ猶認識トイフカ如シ心像ノ再現ナリ犯罪ニ就テ云フトキハ犯罪事實ノ觀念即チ罪ト成ルヘキ事實乃至罪本重カルヘキ事實ヲ知ルヲ謂フ (別説結果ノ豫見, 本章二九號)

二一 身體ノ積極又ハ消極ノ動作ハ犯罪全體ノ構成ニ必要ナル一事實ナリ犯罪ノ故意ノ成立上身體ノ動作ニ對シテモ亦其認識ナカル可ラス衝動的動作 (impulsif) 二對シテハ概シテ其認識ヲ缺クモノトス……略言, 犯意ニハ行爲ノ觀念ヲ含ム

二二 身體ノ動作ニ關係アル物界ノ影響 (結果) ニシテ犯罪ノ構成ノ要素又ハ刑罰加重ノ條件タルモノハ犯罪ノ故意ノ成立上之ニ對シテモ亦其認識ナカル可ラス……略言, 犯意ニハ結果ノ觀念ヲ含ム

二三 動作ノ觀念ナキ場合ニハ亦當然結果ノ

觀念ナシ而シテモ動作ノ觀念アリテ結果ノ觀念  
ナキ場合アリ

二四 動作及ヒ動作ノ結果ノ外尙犯罪ノ構成  
ニ必要ナル事實及ヒ刑罰ノ加重ニ必要ナル條件  
ハ犯罪ノ故意ノ成立上亦之ニ對シテ其觀念ナカ  
ル可ラス……略言、犯意ニハ動作及ヒ動作ノ結果  
以外ノ事實ノ觀念ヲモ含ム

二五 之ヲ略セハ犯罪ノ故意ハ其成立上犯罪  
事實全體ノ觀念(認識)アルコトヲ要スト云フニ  
歸着ス而リト雖モ行爲ニ關係スル一切ノ事實ヲ  
知ラサル可ラサルニアラス單ニ犯罪ノ事實即チ  
刑法ニ列擧スル所ノ犯罪構成事實及ヒ刑罰加重  
條件ニ限ルハ勿論ナリ……例、人命犯ニ於テ被害  
者ノ健康年齢貧富強弱ノ類ハ之ヲ知ルニ及ハ  
ス

二六 (3) 決意ハ身體ノ動作ヲ指揮スル精神  
作用ナリ犯罪ニ就テ云フトキハ罪ト成ルヘキ行

爲ヲ指揮スル精神作用ヲ謂フ

二七 犯罪事實ノ觀念アリテ尙犯罪行爲ノ決意アルトキニ限り初メテ犯罪ノ故意アリト云フコトヲ得

二八 而ラハ一定ノ動作ヲ探ラントノ決意ハ一ノ觀念ニアラサルカ決意ハ觀念ノ一種ニアラサルカ決意ノ本質ヲ觀念ト爲シ觀念ノ内ヨリ外ニ向テ動作ヲ命スル作用ノミヲ決意ト名クルト精神ノ外ニ向フ能働的作用ヲ別種ニ立テ内部ニ止ル心像又ハ心像ノ再現一名觀念ト區別スルトハ全ク便宜ノ問題ナリ語ノ争ナリ前段ノ所論ハ犯罪事實ヲ知ルト雖モ犯罪行爲ヲ採ルヘキ精神的命令アルニアラサレハ犯意ナシト云フ迄ノ主旨ナリ

二九 (4) 犯罪事實ノ觀念……及ヒ犯罪行爲ノ決意……ノミヲ以テ犯罪ノ故意ノ成立ヲ認ムル説ハ之ヲ觀念主義乃至豫見主義 *Vorstellungs-*

theorie ノ犯意論トイフ犯罪事實ノ觀念ノ外尙犯罪事實ノ希望アルニアラサレハ犯罪ノ故意成立セストスル説ハ之ヲ希望主義乃至意慾主義 Wil- lenstheorie ノ犯意論トイフ其希望トイヒ意慾トイフ語ノ意味確定セスト雖モ犯罪事實ヲ認識シ積極又ハ消極ノ行爲ヲ採ラントノ決意アル以上ハ別ニ之ニ對スル快感アルヲ必要トセス止タ此意味ニ於テノミ希望主義意慾主義ノ犯罪論ヲ排斥スルコトヲ得ルニ似タリ

三〇 上來觀念ノ對象ヲ廣ク犯罪事實ト爲セリ一派ノ學説ハ之ニ反シテ結果ノミニ限リ結果ノ認識ヲ觀念説結果ノ希望ヲ意慾説ノ骨子トシテ立論ス而レトモ結果ト名クヘキ物界ノ影響ヲ何レ迄ニ限ルカトイフ語ノ爭ニ過キスシテ歸スル處ハ一ナラン

#### 第二項 故意ノ體様

三一 (1) 犯罪ノ故意ハ犯罪事實ノ觀念犯罪

行爲ノ決意ナリ之ヲ作爲ト不作爲トニ就テ區別  
スルトキハ

作爲犯ニ對スル故意ハ罪トナルヘキ働作ノ因  
果律ノ觀念決意ナリ某ノ働作(斬ル燒ク等)ハ某  
ノ結果(死亡燒燬等)ヲ惹起スコトヲ知テ其働作  
ヲ採ル決意ナリ

不作爲犯ニ對スル故意ハ義務ニ背キ罪トナル  
ヘキ結果ヲ防止セサル……原因ノ進行ヲ遮斷セ  
サル……觀念決意ナリ某ノ結果(死亡燒燬等)ヲ  
惹起ヘキ原因(斬ル燒ク)ノ(自己ノ別個ノ行爲  
又ハ自己以外ヨリ)進行スルコトヲ知リ之ヲ防  
止スヘキ義務アルコトヲ知リテ其防止的働作ヲ  
採ラサル決意ナリ

三二 (2) 犯意ハ犯罪事實ノ觀念ヲ含ム而ル  
ニ其觀念確實ナルコトアリ不確實ナルコトアリ  
甲ヲ確定ノ犯意ト名ケ乙ヲ不定ノ犯意ト名ケ而  
レトモ働作ニ對スル決意ハ常ニ確定ノモノナラ

サル可ラス此意味ニ於テナラハ不定ノ犯意モ亦  
犯意ナリト云フコトヲ得

三三 (3) 決意ヲ促シタル觀念ハ之ヲ動機  
Beweggrund 又ハ遠因 motif ト謂フ決心ノ理由  
トイフニ同シ故意ハ過失犯ヲ除ク外一般ノ犯罪  
ノ成立ニ必要ナリト雖モ遠因ハ特別ノ明文アル  
場合ヲ除ク外其成否ニ關係ナシ

三四 遠因ヲ特ニ一成立要素トスル場合ハ刑  
法ハ何々ノ目的ヲ以テ(刑.321)何々ノ爲メ(刑.  
296)何々ヲ圖リ(刑.321)等ノ文例ヲ用ユ此種ノ  
犯罪ニ對スル故意ハ其遠因ヲモ含メルモノニシ  
テリスト氏ハ之ヲ absicht ト稱シプリンス氏ハ  
之ヲ最特別故意 intention la plus spéciale ト稱ス  
三五 (5) 意ヲ決スル迄ニ深思熟慮ヲ經ルコ  
トアリ一瞬ノ間ニ終ルコトアリ …… 諸觀念ノ爭  
鬪時間ニ長短アリ …… 甲ヲ豫謀ニ出ツル決意ト  
謂ヒ乙ヲ單純ナル決意乃至豫謀ヲ缺ク決意ト謂

フ特ニ法文ニ掲クル……コト謀殺謀傷ノ如キ  
 ……場合ヲ除ク外決意ニ豫謀アリシト否トハ犯  
 意ノ成立不成立ニ關係ナシ

第二項 錯誤

三六 錯誤ハ認識(觀念)ト對象トノ齟齬ナリ  
 事實ノ不知法律ノ不知ノ二點ニ歸着ス

三七 罪ト成ル事實ヲ知ラス(刑77.2)トハ犯  
 罪構成又ハ刑罰加重ノ物的要素ノ存在スルヲ知  
 ラサルヲ謂フ之カ爲メニ犯罪ノ故意ヲ阻却スル  
 場合ト而ラサル場合トアリ

事實ノ錯誤ニシテ犯罪ヲ構成スヘキ物的要素  
 ニ係ル場合ハ犯罪ノ故意ヲ阻却ス故ニ例ヘハ人  
 ナ獸ト信シテ銃殺スルカ如キハ殺人ノ故意アル  
 コトナシ(刑77.2)之ニ反シテ單ニ刑ヲ重クサル  
 ヘキニ止ル物的要素ニ係ル場合ハ止テ其部分ノ  
 意思ヲ缺クノミ犯罪全體ヲ阻却セス親タルヲ知  
 ラスシテ人ヲ殺スカ如シ此場合ニハ其知ラサル



部分ノ責ニ任セス(刑77.3)

三八 法律ノ不知トハ…… 刑罰法令ニ就テハ  
……一定ノ所爲ヲ罪トスル法律ノ有無及ヒ刑ノ  
輕重ヲ知ラサルヲ謂フ例ヘハ迷信ノ爲メ親ヲ殺  
スニ方リ其罪トナルヤ否ヤヲ知ラス又ハ死刑ニ  
處セラル、カ無期徒刑ニ處セラル、カヲ知ラサ  
ルカ如キハ法律ノ不知ノ適例ナリ事實ノ錯誤ニ  
異リ法律ノ錯誤(不知)ハ犯意ヲ阻却セサルヲ原  
則トス(刑77,4)

三九 刑罰法令ノ知不知ハ犯意ノ存否ニ關係  
ナシ故ニ或所爲ヲ罰スル法令ナシト誤信シテ之  
ヲ實行シタル場合ト雖モ責任ナシトスルコト得  
ス或所爲ヲ罰スル法令アリト誤信シテ之ヲ實行  
シタル場合ト雖モ責任アリトスルコトヲ得ス其  
刑ノ輕重ニ係ル場合亦同シ

四〇 刑罰法令以外ノ諸法令ノ錯誤ハ(一般  
ニ?)犯意ヲ阻却ス Frank s,91 刑法ノ關係ニ於

テハ事實ノ不知トナルヲ以テナリ例、民法上權利移轉ノ效力ヲ生セサル他人ノ不動産ヲ既ニ已ニ屬セリト誤解シテ賣却スルモ冒認ノ犯意ナシ他人ノ不動産タル事實ヲ知ラサルヲ以テナリ

### 第三項 過失

四一 過失トハ認識スルコトヲ要シ且ツ認識スルコトヲ得ル事實ヲ認識セサルヲ謂フ Non scire quod scire debemus et possumus, culpa est 犯罪ニ就テ云フトキハ犯罪構成又ハ刑罰加重ノ物的條件ノ存在ヲ知ルコトヲ要シ且ツ知ルコトヲ得ルニ拘ラス之ヲ知ラサルヲ謂フ

四二 過失ハ犯罪事實ヲ知ラサル …… 犯罪ノ物的條件ノ觀念認識ヲ欠ク …… 點ニ於テ故意ト區別アリ人ヲ鹿ト信シモルヒネヲ蜜ト信シテ云々シタル場合ハ殺人ノ犯意ナシ

四三 而レトモ犯罪事實ヲ知ルコトヲ得ル狀況アリシニアラサレハ以テ過失アリト謂フ克ハ

ス此點ニ於テ不可抗力ト區別アリ故ニ過失ハ不注意ヲ以テ其骨子トス

四四 過失……不注意……ノ程度ハ之ヲ抽象的ニ定ムヘキカ具體的ニ定ムヘキカ抽象的タルヘシトスルモノアリ Bonus et diligens pater familias, Prins. ? n°309 <sup>will</sup>具體的タルヘシトスルモノアリ各事項ニ要スル注意ノ程度ハ之ヲ客觀的抽象的ニ定ムヘク其程度ノ注意ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ハ之ヲ主觀的具體的ニ定ムヘシトスルモノアリ Liszt

四五 犯罪事實ノ存在ヲ知リタル場合ニ於テモ過失ヲ認ムル説甚多シ而シテ希望主義ノ犯意論者ハ此場合ノ過失ト故意トノ差別ヲ結果ニ對スル希望ノ有無ニアリトシ觀念主義ノ犯意論者中一部ノ者ハ結果ヲ認諾 Billigen シタルヤ否ニアリトナセリ

四六 過失ハ犯罪ニヨリ或ハ單獨ノ特別要素

トナリ ..... 過失殺失火等 ..... 或ハ故意ト合併シ  
テ刑ヲ變ス ..... 毆打致死

## 第六章 不法行爲

### 第一節 通則

一 犯罪ノ成立スルニハ身體ノ動作アルヲ要シ其動作ハ責任アルモノタルヲ要ス而レトモ有責ノ行爲必スシモ不法ノ行爲タルニ在ラス犯罪ハ有責行爲タル上ニ不法行爲タルヲ要スルナリ

二 爰ニ不法ト稱スルハ權利ノ行使ニアラサルコト及ヒ法ノ放任スル行爲ニアラサルコトノ二點ヲ概括シタルナリ凡ソ犯罪ハ刑法掲クル所ノ行爲ナカル可ラスト雖モ其行爲權利ヲ行使スルモノ若クハ法ノ放任スルモノナルトキハ罪トシテ成立スルコトナシ

三 刑法掲クル所ノ行爲ト謂フト罪ト云フトヲ同一視ス可ラス刑法掲クル所ノ行爲ト云フト

キハ單ニ……人ヲ殺シ家ヲ燒クト云フカ如ク  
 ……働作及ヒ働作ノ結果ヲ指シ其他ニ及ハス而  
 シテ犯罪ノ成立スルハ其行爲別ニ不法タル……  
 死刑ノ執行ニアラス賊徒征伐ニアラスト云フ如  
 キ……條件ヲ具フル場合ニ限ルナリ

### 第二節 權利行爲

四 權利ヲ行使スルニ出テタル行爲ハ罪トナ  
 ラス刑法ニ二種ノ權利行爲ヲ規定ス一ハ第七十  
 六條ノ職務行爲ニシテ他ハ第三百十四條ノ正當  
 防衛ナリ

#### 第一項 下屬官ノ職務行爲

五 刑法第六十七條ニ曰ク本屬長官ノ命令ニ  
 從ヒ其職務ヲ以テ爲シタル者ハ其罪ヲ論セスト  
 本條ノ規定ニ因リ無罪……權利行爲……トナル  
 ニハ第一上官ノ命令アルコト第二職務行爲タル  
 コトノ二條件ヲ具ヘサル可ラス

六 上官ノ命令ニ出テス直々ニ法令ノ附與ス

ル職務ヲ執行スルハ亦同シク權利行爲ナリ無罪ナリト雖モ之カ權利タリ無罪タルヲ宣告スルニ就テハ刑法第七十六條ヲ引用スル能ハス單ニ法令ノ執行ナルカ故ニ罪ニアラスト云フ外ナシ(後ノ第三項ヲ見ヨ)

七 上官ノ命令アリト雖モ下級官吏ノ職務ニ屬セサル行爲ニ對シテハ亦刑法第七十六條ヲ引用シ無罪ヲ宣言スルコト克ハス而ラハ之ヲ如何ニ處分スヘキカ(1)抗拒スルコトヲ得サル命令ニ係ル場合ハ勢ヒ同時ニ下官ノ執行義務アル場合タル可シ(軍律參照)ト雖モ(2)抗拒スルコトヲ得ルニ係ラス已ノ職務ナリト誤信シテ執行シタルトキハ刑法以外ノ法令ノ錯誤ニシテ罪トナルヘキ事實ヲ知ラサルモノトス(第五章第三節第三項ヲ見ヨ)(2)若シ又命令ニ裝ヒテ使喚スルモ其實犯罪ノ教唆ニ外ナラサルコトヲ知り之ニ同意シテ執行セハ普通共犯ノ例ニ照シ處分スヘキノ

≡職務行為ノ問題ニアラス

第二項 正當防衛

八 正當防衛ハ殺傷ニ關スル特別ノ不論罪ナリトシテ第三百十四條ニ其規定アリト雖モ正當ナル防衛行為ノ權利タリ無罪タルハ獨リ殺傷ノミニ限ラサルヲ以テ之ヲ總則ノ中ニ論ス

九 正當防衛ハ其成立上四個ノ條件ヲ具ヘサル可ラス第一暴行ハ身體又ハ生命ニ對スルモノナルコト, 第二暴行ハ不正ノ侵害タルコト, 第三其暴行ハ防衛者不正ノ所爲ニ因リ自ラ之ヲ招キタルモノニ非ルコト, 第四防衛行為ハ其必要ノ程度ヲ超ヘサルコト是ナリ

一〇 第一ノ條件……身體又ハ生命ニ對シ暴行アル以上ハ單ニ(1)其身體又ハ生命ノミニ對スル暴行アルト財産ト同時ニ身體又ハ生命ニ對スル暴行アルトヲ區別セス又(2)自己ノ身體又ハ生命ニ關スルト他人ノ身體又ハ生命ニ關スルト

ヲ區別セス、(3)他人ハ自己以外總テノ人ニ該當  
シ其己ノ親屬タルト否トヲ區別セス

一一 正當防衛ハ自己以外ノ者生命又ハ身體  
ヲ侵害サル、場合ニモ亦成立スルコトヲ得而ラ  
ハ暴行人ナリト誤信シテ被侵害者ヲ殺傷シタル  
トキハ如何權利トナルヘキ行為ト誤信シ之ヲ實  
行シタル……犯罪事實ノ認識ヲ欠ク……モノニ  
シテ罪ヲ犯ス故意ナキ場合ノ一ナリ *Dolus pu-*  
*tatis*

一二 身體ト云フ中ニハ肉體ノ外(1身體ノ自  
由(例逮捕、監禁、略取等)健康及ヒ節操(例強姦)ヲ  
含ム(2)名譽ノ侵害ニ對シ防衛權アリヤ否ヤニ就  
テハ學說一定セス(積極說 Frank, Liszt 等、獨、刑  
53ニハ汎ク不法ノ侵害云々……消極說多數ナ  
リ)

一三 刑法第三百十五條ハ財産ノ侵害ニ對ス  
ル正當防衛ヲ認メタルモノカ特種ノ不論罪ナル



カ本章二四號ヲ見ヨ

一四 第二ノ條件……刑法第三百十四條ノ暴行人ト云ヘルハ不正(不法,違法等用語一定セス)ノ侵害者ト云フニ同シ不正ニ非サル侵害ハ之ヲ防衛スル權利アル可ラス故ニ先ツ權利ヲ行使スルモノ……例死刑ヲ執行セントスル者,適法ニ逮捕又ハ監禁セントスル者,既ニ正當ニ防衛行為ヲ採ル者等……ニ對シテハ防衛權ナシ

\* 一五 權利行為ニ非ル侵害ハ總テ之ヲ不正ノ侵害ト見做シ防衛權ヲ認ムヘキカ

- 1) 狂者,幼者,瘖啞者,故意又ハ過失ヲ缺ク者ノ行為ハ責任ノ要素ヲ具ヘサルヲ以テ罪トナラス而レトモ行為自體ハ法ノ保護スル所ニアラス亦其放任スル所ニアラス之ニ對シテ防衛權アリ
- 2) 身分ニ因リ法ノ適用ヲ受ケサル者ノ行為ハ責任ノ要素ヲ欠クニアラス且ツ法ノ保護乃至放

任スルモノニアラス之ニ對シテ防衛權アリ

3) 不得已行為(刑75)ハ其性質ニ就キ學說一定  
セス若之ヲ意思自由ノ欠缺ニ基ク無責任ノ場  
合ナリト認ムルトキハ他ノ無責任行為ト同シ  
ク之ニ對シ防衛權アリトセサル可ラス之ニ反  
シテ責任ノ要素ヲ欠クニ非ス單ニ法ノ保護セ  
ス所罰セサル放任行為ナリト認ムルトキハ  
(不正ニ非ルヲ以テ)之ニ對シ更ニ不得已行為  
對立スルコトヲ得ルノミ防衛權ナシトセサル  
可ラス(第三節參照)

4) 人間ノ行為ニアラサル侵害ハ我刑法ノ適用上  
……暴行人ト云フヲ以テ……之ニ對シ防衛權  
ヲ認ムルコト能ハス又我民法ハ自助權ヲ認メ  
サルカ故ニ結局不得已行為ト解スル外ナカラ  
ン本章二五號ヲ見ヨ

一六 第三ノ條件……不正ノ所爲ニ因リ自ラ  
招キタル暴行ニ對シテハ防衛權ナシ是第三百十

四條但書ノ明言スル所ナリ同條本文ノ暴行人ヲ解シテ不正ノ侵害者トナスト同一ノ論鋒ニ因レハ但書ノ暴行ハ亦之ヲ解シテ不正ノ侵害トナササルヲ得ス從テ他人ノ侵害的行爲不正ナルモ自己ノ不正ノ所爲ニ因リ之ヲ招キタル者ハ防衛權ナシト論決スヘキナリ

之ニ反シテ自己ノ不正ノ所爲ニ因テ他人ニ侵害的行爲ヲ爲ス權利ヲ生セシメタルトキ……例、職務行爲又ハ正當防衛行爲ヲ生セシメタルトキ……ハ更ニ之ニ對シテ防衛權アル可ラスト雖モ此斷定ハ本條ノ但書ヨリ來ルニアラスシテ本文暴行人即チ不正ノ侵害者ヲ云ノ條件ヲ欠クヨリ來ルモノトス第二ノ條件ノ説明ヲ見ヨ

一七 第四ノ條件……防衛ノ行爲ハ其必要ノ程度ヲ超ユ可ラス必要ノ程度トハ侵害ヲ除去スル爲メニ已ムコトヲ得サル範圍ヲ謂フ其結果トシテ

- 1) 暴行目前ニ存セス既往又ハ將來ニ屬スルトキ  
ハ之ニ對シ必要不得止防衛行爲アリト云フコ  
トヲ得ス
- 2) 暴行目前ニ存スト雖モ之ニ對シ必要ニアラサ  
ル害ヲ加フルトキハ ..... 例容易ニ暴行人ヲ取  
押フルコトヲ得ル者之ヲ殺害スル如シ ..... 亦  
以テ不得已防衛行爲トナスコトヲ得ス
- 3) 斯ノ如ク已ムコトヲ得サル範圍ノ外ニ逸出ス  
ルコト克ハサルヲ以テ其場合ノ狀況ニ應シ或  
ハ逮捕或ハ毆打或ハ脅迫等必要ナル行爲 .....  
且ツ必要ナル行爲ノミ ..... 一ハ般ニ權利トナ  
ル可シ法文ニ殺傷ニ限定シタルハ最モ重キ行  
爲ヲ擧ケタルニ過キス
- 4) 暴行ノ當時他人ノ救助ヲ求メ得ル事實アリシ  
コト若クハ遁逃シ得ル餘地アリシコトノ二者  
其一ハ防衛行爲ノ必要ヲ阻却スルヤ否ヤ消極  
積極二説アリ

一八 上述ノ制限以外ノ必要ニアラサル害ヲ加ヘタルトキハ状況ニ因リ單ニ其刑ヲ減スルコトヲ得(刑316)

第三項 一般ノ權利行爲

一九 刑法ニ掲クル權利行爲ハ第七十六條及ヒ第三百十四條ノ二個ニ過キスト雖モ苟モ他ノ法令ニ因リ權利ノ行使ト認ムルコトヲ得ル行爲ハ一般ニ罪ト成ラス故ニ

- 1) 上官ノ命令ヲ俟タス法令ニ因リ直接ニ已ニ屬スル職務ヲ執行スル行爲
- 2) 法令又ハ慣習ニ因リ已ノ業務……例外科ノ施術角力等……ニ屬スル行爲
- 3) 民法ノ認ムル懲改權, 刑事訴訟法ノ認ムル逮捕權, 監護法ノ認ムル癲狂監督權ノ行使ニ屬スル行爲ノ等ハ刑法ニ明文ナシト雖モ其無罪タルヤ論ヲ俟タス

第三節 放任行爲

二〇 責任アル行爲ニシテ法ノ保護セス所罰セサルモノ之ヲ名ケテ放任行爲ト云ハシ爰ニハ特ニ緊急状態ニ基ク行爲及ヒ承諾アルニ基ク行爲ノ二ヲ論セントス

第一項 緊急状態ニ基ク行爲

二一 緊急状態ニ基ク行爲トハ現在ノ危難ヲ避クル爲メ已ムコトヲ得ス他人ノ法益ヲ侵害スルヲ云フ刑法第七十五條ニ抗拒スヘカラサル強制ニ遇ヒタル所爲ト云ヘル是ナリ但シ斯ノ如キ行爲ノ性質ニ付テハ古來其意見同シカラス

二二 曰ク抗拒ス可ラサル強制ニ遇フトキハ人ハ已ヲ救フニ急ニシテ他ヲ顧ミルコト能ハス意思ノ自由……別説、選擇ノ自由……ヲ喪失スルカ故ニ無責任ナリ無罪(主觀的無責任論)ナリト刑法第七十五條第一項ニ其意ニ非サルノ所爲ト云ヘルハ疑モナク此學説及ヒ立法例ヲ襲用シタルモノナリ

二三 又曰ク如何ニ危急ノ場合ト雖モ必スシ  
モ人ハ意思ノ自由ヲ喪失セス但シ二個ノ法益兩  
立スル能ハサル危急ノ場合ニ而モ其何レニ於テ  
モ不法ノ侵害アリタルニ非サル以上ハ自然ノ成  
行ニ放任スル外ナシ故ニ緊急ナル状態其者ヲ以  
テ直ニ無罪ノ理由ト認ム可シ Noth hat kein  
Recht; Nécessité n'a pas de loi ト理論トシテハ  
之ヲ是認セサル可ラス (刑草 47) Liszt, gewähren  
lassen 云々

二四 刑法第七十五條第一項ハ抗拒ス可カラ  
サル強制ニ遇ヒタル所爲ニシテ其意ニ非サルモ  
ノ……意思ノ自由ヲ喪失シタルモノ……ト認ム  
ヘキ總テノ場合ヲ無罪トナシ尙ホ第二項ニ於テ  
天災又ハ意外ノ變ニ依リ避ク可ラサル危難ニ遇  
ヒ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出テタル  
所爲亦同シト云ヘリ是恐ラク第一項ノ適用ヲ示  
スノ意ニ出テタルナラント雖モ第一項ト異ナリ

其果シテ其意ニ非ル所爲……意思自由ヲ喪失シタル所爲……ナルヤ否ヤヲ審案スル必要ナキヲ以テ視レハ第二項ノ規定ニ至リ俄然客觀的無罪說ヲ混用シタリト云フコトヲ得ン(第三百十五條亦同シ?)

二五 緊急狀態ニ基ク行爲ト正當ナル防衛行爲トノ間ニハ二ノ重要ナル差異アリ(1)正當防衛ハ人ノ侵害行爲アルニ非レハ成立セス之ニ反シテ緊急行爲ハ人ノ侵害行爲ニ對抗スルコトヲ必要トセス、特ニ人以外ニ出ツル危難ヲ避クル爲メ不得已行爲ハ緊急行爲トナルコトアル可シ決シテ我刑法上正當防衛トナルコトナシ、(2)正當防衛ハ不正ノ侵害行爲ノミニ對立シ緊急行爲ハ不正ニ非サル侵害ニ(權利行爲ヲ除ク)對立ス Recht gegen Unrecht, Recht gegen Recht.

二六 緊急危難ノ爲メ精神ノ作用其常ヲ失シ俗ニ所謂夢中ノ行爲アリタルトキ……例化物ノ



眞似ヲ爲シタル者ヲ夢中ニ斬ル如キ……ハ故意  
ヲ缺ク無責任ノ一例ニシテ爰ニ論スル放任行爲  
ニアラス

第二項 承諾アルニ基ク行爲

二七 豫メ人ノ承諾ヲ得テ實行スル行爲ハ罪  
トナルヤ否ヤ刑法ニ規定ナシ之カ解答ヲ試ムル  
以前ニ二ノ注意アリ

- 1) 刑法ノ罪トシテ列擧スル行爲ノ中豫メ承諾ヲ  
得ル途ナキモノ……例國ニ對スル罪、公共ニ  
對スル罪……ハ本問ノ範圍外ナリ
- 2) 豫メ人ノ承諾ヲ得且ツ之カ爲ニ權利ヲ獲得ス  
ル場合……例蜂須賀小六ノ木下藤吉郎ニ爲シ  
タル刀ノ贈與……ハ亦本問ノ範圍外ナリ先ニ  
述ヘタル權利行爲ニ屬ス

二八 本問ニ關シ獨逸ノ碩學ベル子ル氏以來  
被害者ノ承諾ヲ得タル爲メ無罪トナルハ被害者  
ノ處分スルコトヲ得ル目的物ニ係リ且ツ其處分

公益又ハ第三者ノ利益ヲ害セサル場合ナラサル  
 可ラストスル説ニ賛同スル學者尠カラス然レト  
 モ本問ハ或ル目的物ノ處分ノ適法不適法ヲ論ス  
 ルニ在ラスシテ或ル行為ハ對手人ノ承諾アルニ  
 因リ其犯罪タル性質ヲ失フヤ否ヤヲ決セントス  
 ル主旨ナリ

二九 原則トシテハ(1)對手人ノ不承諾ヲ一要素トシタル犯罪ニ係リ(2)承諾アルモ權利ニ變セサル行為ハ爰ニ所謂罪ニアラス權利ニアラサル放任ノモノナリト謂フヘキカ? ..... 例承諾ヲ得テ人ノ邸宅ニ入ルハ權利行為ナリ而レトモ其邸内ニ於テ善良ノ風俗ニ反スル行為ヲ爲ス如キハ權利ニアラス罪ニアラス Kessler 氏 Indifferentsakt

## 第二編 刑罰

### 第一章 總論

## 第一節 刑ノ概念

一 刑罰トハ國家カ犯罪ノ制裁トシテ一私人ノ利益ヲ剝奪スルヲ謂フ

二 刑法上ノ刑罰ハ國家ト一私人トノ間ノ關係トシテ存在ス國ト國トノ間,一私人ト一私人トノ間ニハ刑法ニ謂フ所ノ刑罰關係ナシ

三 國家カ一私人ノ利益ヲ剝奪スルコトアルハ必スシモ刑罰ノ場合ノミニ限ラス然レトモ其犯罪ノ制裁トシテ利益ヲ剝奪スル場合ニアラサレハ刑罰タル性質ヲ有セス

四 古來刑罰トシテ剝奪スル利益ハ之ヲ五ニ區別スルコトヲ得生命,身體,自由,名譽,財産是ナリ

五 然レトモ現今文明國ニ於テ身體刑ハ殆ト其跡ヲ斷テ名譽刑ハ其形ヲ變シテ資格喪失ノ刑即チ能力刑ト成レリ本編第二章第四節

六 刑罰ハ其種類,其適用,其執行,及ヒ其消滅

原因ノ四點ニ就テ要旨ヲ説明スヘシ

## 第二節 刑名

### 第二章 刑ノ種類

一 刑ハ其剝奪スル利益如何ノ點ヨリシテ之ヲ生命刑 自由刑 財産刑 能力刑 ノ四ニ大別スルコトヲ得此順序ニ從ヒ概要ヲ説明セン

#### 第一節 生命刑

二 生命刑即チ死刑ハ國事犯非國事犯ノ重罪ノ主刑ニシテ刑罰ノ頂上ニ位ス

三 現行刑法ハ之ヲ以前ノ刑法ニ比スレハ大ニ死刑ノ適用ヲ狭クシ主トシテ人命ニ關スル犯罪ノミノ制裁トナセリ

四 沿革ノ大要

五 存廢論ノ大意

#### 第二節 自由刑

六 自由刑ハ國家カ犯罪ノ制裁トシテ一私人

ノ自由ヲ剝奪スル制度ノ謂ナリ徒刑,流刑,懲役  
禁獄,禁錮,拘留,監視ノ七種トス

七 爰ニ自由ト稱スルハ不羈獨立何等ノ拘束  
ヲモ受ケサル状態ヲ謂フニアラス法ノ認ムル範  
圍内ニ於テ普通國民ノ有スル隨意行動ノ意義ナ  
リ犯罪ノ制裁トシテ之ニ多ク又ハ僅ノ制限ヲ加  
フルヲ名ケテ自由剝奪ノ刑ト云フ

八 期間ヨリイフトキハ主刑ノ無期ト有期ト  
ノ別アリ無期自由刑ハ無期徒刑,無期流刑ノ二  
種ニシテ他ハ盡ク有期ノモノトス

有期自由刑ノ中有期徒刑,有期流刑ノ期間ハ  
十二年上以十五年以下(刑 17, 20)重懲役,重禁獄  
ノ期間ハ九年以上十一年以下(刑 22, 23)輕懲役  
輕禁獄ノ期間ハ六年以上八年以下(刑 22, 22)重禁  
錮,輕禁錮ノ期間ハ十一日以上五年以下拘留ノ  
期間ハ一日以上十日以下ナリ禁錮並ニ拘留ハ仍  
ホ各本條ニ於テ其長短ヲ區別ス(刑 34, 28)

九 定役ノ有無ヨリイフトキハ徒刑,懲役,重禁錮ニハ定役アリ 流刑,禁獄,輕禁錮,拘留ニハ定役ナシ 監視ニハ獄内ニ於テ之ヲ執行スル場合ハ定役アリ(刑附 32, 47)

一〇 附加ノ自由刑ハ止タ監視ノ一アルノミ其期間,期間ノ起算點等ハ刑法第三十七條以下第四十條之ヲ規定ス

### 第三節 財産刑

一一 財産刑ハ國家カ犯罪ノ制裁トシテ私人ノ資産ヲ剝奪スル制度ナリ現行刑法ハ罰金科料沒收ノ三財産刑ヲ認ム

#### 第一項 罰金科料

一二 罰金ハ二圓以上科料ハ五錢以上一圓九十五錢以下ニシテ仍ホ各本條ニ其多寡ヲ定ム(刑 26, 28) 罰金ハ時ニ輕罪ノ主刑タリ(刑 8)時ニ附加刑タリ(刑 10) 科料ハ常ニ違警罪ノ主刑タリ

一三 違警罪ノ主刑タル科料ハ常ニ拘留ノ豫備トシテ其傍ニ置カレ幾日ノ拘留又ハ若干ノ科料ニ處スト規定セラル(刑425以下)故ニ之ヲ名ケテ補充刑トイフコトヲ得輕罪ノ主刑タル罰金ニ就テハ例外トシテ之ニ均シキ規定アリ(刑418,421等)

一四 罰金科料モ亦刑罰ナリ故ニ二人以上共同シテ罰金又ハ科料ニ該ルヘキ罪ヲ犯シタルトキハ各共犯者ヨリ其全額ヲ徵收スヘク之ニ分擔セシムルコトヲ許サス(刑104)

#### 第二項 沒收

一五 沒收ニ一般沒收,特定沒收ノ二アリ現時文明國ノ刑法ハ一般沒收ヲ認メス累ヲ犯人以外ニ及ホスコト重大ナルヲ以テナリ我現行刑法モ特ニ沒收スヘキ物件ヲ指定ス其種類三ニ曰ク  
法律ニ於テ禁制シタル物件 犯罪ノ用ニ供シタル物件 犯罪ニ因テ得タル物件是ナリ(刑43)

一六 法律ニ於テ禁制シタル物件トハ法律カ製造又ハ所持スルコトヲ禁シタル物件ヲ謂フ其禁ヲ犯シタルニ因リテ主刑ト同時ニ宣告スル禁制物ノ没收ハ其性質附加刑タルニ就テ毫モ疑ヲ生セス

一七 製造又ハ所持ノ禁ニ觸レテ而モ……時効其他ニ因リ……主刑ナキ場合若クハ此ノ如キ禁令ニ觸レタル者ノ有無不明ナル場合ト雖モ禁制品ハ之ヲ人民ノ手ニ残留セシムルコト克ハス等シク没收スヘキ必要アリ(刑44)但シ此場合ノ没收ニハ犯人ナク主刑ナク從テ其性質ハ行政警察處分タルヘシ

一八 製造又ハ所持ノ禁ニ觸レサル限ハ禁制品ニアラス甲某ノ手ニ存ル爲ニ所持ノ禁ニ觸レタリトスルモ若シ別ニ之ヲ所持乃至所有スルコトヲ得ル乙某アルトキハ固ヨリ之ニ其品物ヲ還付セサル可ラス



一九 禁ヲ犯シテ製造シ爲ニ偽造罪ヲ組成シタル物件ハ犯罪ニ因テ得タル物件ニアラス禁制品ナリ

二〇 犯罪ノ用ニ供シタル物件ハ罪ヲ犯ス爲メ故意ニ使用シタル物件ナラサル可ラス從テ過失ニハ供用物件ナシ

二一 犯罪ニ因テ得タル物件トハ犯罪ニ因リ直接ニ得タル物件ノミヲ謂フ之ヲ販賣交換シ間接ニ得タル物件ニ及ハス

#### 第四節 能力刑

二二 爰ニ能力刑ト稱スルハ剝奪公權、停止公權ノ二附加刑ナリ公權ヲ享有スル能力ヲ喪失セシムルモノニシテ其名譽ニ及フハ間接ノ結果ニ過キサルカ故ニ之ヲ稱シテ名譽刑トイフハ妥當ナラス

二三 刑事禁治産ハ民法施行法第十四條乃至第十六條ヲ以テ廢止セラレタリ

## 第一項 剝奪公權

## 二四 剝奪公權ハ

1. 國民ノ特權即チ參政權
  2. 官吏ト爲ル權
  3. 勳章, 年金, 位記, 貴號, 恩給ヲ有スル權
  4. 外國ノ勳章ヲ佩用スル權
  5. 兵籍ニ入ル權
  6. 裁判所ニ於テ證人ト爲ル權但シ單ニ事實參考人ト爲ルコト妨ケス
  7. 後見人ト爲ル權但シ親屬ノ許可ヲ得テ子孫ノ後見人ト爲ルコトヲ妨ケス
  8. 分財者ノ管財人ト爲リ又ハ會社又ハ共有財産ヲ管理スル權
  9. 學校長又ハ教師學監ト爲ル權
- チ剝奪ス法文(刑31.)之ヲ名ケテ公權ト云フト雖モ其實此等ノ權(?)ヲ享有スル能力ヲ喪失セシムルモノニシテ資格喪失ト云フニ同シ

二五 重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス終身公權ヲ剝奪ス(刑32)重罪ヲ犯スト雖モ重罪ノ刑ニ處セラレサルトキハ此規定ノ適用ナシ

#### 第二項 停止公權

二六 停止公權ハ刑法第三十一條ニ列舉スル九種ノ公權ノ享有能力ヲ一時中斷ス故ニ期間ヲ經過スルトキハ……選舉權,被選舉權,年金權,其他……喪失シタル所ノ公權ヲ回復ス官職ハ其例外ナリ(刑33)

二七 停止公權ハ禁錮又ハ監視ノ繼續スル間ヲ其期間トス(刑33,34)但シ選舉被選舉資格ハ禁錮滿期ノ後仍ホ三年間之ヲ喪失ス(選14)

### 第三章 刑ノ適用

#### 第一節 通則

一 刑ノ適用トハ法律ノ現定又ハ裁判ノ宣告

ヲ以テ犯罪ニ相當スル刑ヲ示定スルヲ謂フ

二 裁判ノ宣告ヲ以テ隨意ニ各罪ノ刑ヲ定ムルコトヲ得テ法律ニ何等ノ制限ナキハ之ヲ名ケテ刑ノ適用ニ關スル放任主義ト謂フ之ニ反シテ豫メ法律ヲ以テ各罪ノ刑ヲ定メ裁判上取捨伸縮スルコトヲ許サ、ルハ之ヲ名ケテ刑ノ適用ニ關スル法定主義ト謂フ共ニ弊害アリ故ニ現今ノ刑法ハ一般ニ一ノ折衷法ヲ採用シ刑ハ必ス豫メ法律ノ定ムルモノニアラサレハ之ヲ科スルコトヲ得スト雖モ其之ヲ定ムルニ方リテハ亦必ス裁判官ニ於テ多少ノ伸縮ヲ爲スコトヲ得ル餘地ヲ存シタリ

三 法律ノ定ムル刑ヲ法律自身又ハ裁判官伸縮スルコトアルカ爲ニ爰ニ加重減輕及ヒ之ニ關係スル諸種ノ問題ヲ生ス

四 附加刑ニ對シテハ附加ノ罰金ヲ除ク外刑(74)加重又ハ減輕ノ問題ナシ

## 第二節 加重

## 第一項 通則

五 裁判官ハ一等又ハ一等以上ノ加重ヲ爲スコトヲ得ス斯ノ如キ職權ヲ認メタル法文ナキヲ以テナリ故ニ最高度 Maximum アル刑ニ就テハ其最高度ヲ超ユヘカラス各本條ニ最高度ナキ刑(重罪ノ主刑)ハ其上級ノ刑ニ移ル可ラス

六 之ニ反シテ法律自身一等又ハ一等以上ノ加重ヲ爲スコトアリ但シ別ニ又制限ヲ附シテ曰ク 加ヘテ死刑ニ入ルコトヲ得ス(刑66) 輕罪ノ刑ハ加ヘテ重罪ニ入ルコトヲ得ス(刑70) 違警罪ノ刑ハ加ヘテ輕罪ニ入ルコトヲ得ス(刑72)  
ト

## 第二項 法律上ノ加重

七 法律上ノ加重ニ再犯加重、特別加重ノ二アリ再犯ノ加重ハ重罪輕罪違警罪一般ニ通シ特別ノ加重ハ各本條ノ示シタル犯罪ノミニ限ラ

ル

八 再犯加重ハ再犯タル身分ニ基ク加重ナリ  
 之ニ反シテ特別加重ハ身分ニ基ク場合(例刑167)  
 ト客觀的事實ニ基ク場合(例刑173,327)トアリ  
 リ身分ニ基ク加重ハ共犯ノ場合ニ身分ナキ者ノ  
 刑ヲ變セス(刑106,110)

### 第三節 減輕

#### 第一項 裁所上ノ減輕

九 裁判上ノ減輕ハ刑法ノ所謂酌量減輕ナリ  
 重罪輕罪違警罪ヲ分タス其情狀原諒スヘキモノ  
 アルトキハ裁判官ハ一等又ハ二等ノ減輕ヲ與フ  
 ル職權ヲ有ス(刑89,90)

一〇 酌量スヘキ情狀アルヤ否ヤハ事實ノ認  
 定ナリ故ニ之ニ對シテ上告ヲ爲スコト克ハス

一一 法律上ノ加重又ハ減輕アル場合ト雖モ  
 仍ホ酌量減輕ヲ與フルコトヲ得(刑89)

一二 禁錮,罰金,拘留,科料ニ對シ一等又ハ二

等ノ酌量減輕ヲ與ヘナカラ減輕セサル最短期又ハ最寡額以上ノ刑期金額ヲ宣告スルコトヲ得ルカ消極論ヲ正トスヘシ(?)

一三 主刑ニ對シテ酌量減輕アリタルトキハ附加ノ罰金ニ對シテモ亦當然同等ノ減輕アリタルモノトス(刑74)

一四 法律上ノ減輕ニ宥恕減輕 特別減輕 自首減輕(附全免) 未遂犯ノ減輕 從犯ノ減輕ノ五種アリ未遂犯從犯ノ減輕ノ事ハ第三編ニ讓ル

一五 宥恕減輕……ノ一ハ年齡ニ基キ一等又ハ二等ノ減輕ヲ與フル場合是ナリ第一編第五章一〇號ニ見ユ(刑80以下)重罪 輕罪違警罪一般ニ通ス 他ノ一ハ學說上挑發宥恕ト名クルモノニシテ殺傷罪ノミニ關シ二等又ハ三等ノ減輕ヲ與フル場合是ナリ(刑309以下)何レモ主觀的ノ減輕ナルヲ以テ同一ノ原因ナキ他ノ共犯ノ刑ヲ

變セス

一六 特別減輕……各本條ニ於テ法律カ一定ノ犯罪ニ限リ刑ヲ減スルハ等シク特別減輕ナリト雖モ現行刑法ニ謂フ所ノ特別減輕ハ其中特ニ宥恕又ハ自首ノ名アルモノ即チ挑發宥恕及ヒ特別ノ自首減輕ヲ除カサル可ラス

一七 自首減(免)……ハ犯人自ラ進ンテ相當ノ官署又ハ官吏若クハ被害者ノ未發覺ノ犯罪ヲ告知シタルヲ理由トシ法律カ其刑ノ全部又ハ一部ヲ免スル制度ナリ支那法系ニ屬スル諸刑典ハ古來汎ク之ヲ採用ス

一八 第一ノ條件トシテ犯人自カラ進ンテ其犯罪ヲ告知シタルコトヲ必要トス(1)嫌疑ヲ受ケ相當官吏ニ推問サレタルニ因リ初メテ己ノ罪ヲ告クルハ自首ニアラスシテ一ノ自白ナリ(2)他人ノ犯罪ヲ告知スルハ告訴又ハ告發ニ屬シ自首ニアラス(3)但シ口頭ヲ以テスルト書面ヲ以テスル



ト自身ニ告知スルト他人ニ代告セシムルトヲ區別スルコトナシ

一九 第二ノ條件トシテ相當ノ官署又ハ官吏若クハ被害者ニ未發覺ノ犯罪ヲ告知シタルコトヲ必要トス

- 1) 相當ノ官署官吏トハ檢事局, 警視廳, 警察署, 檢事, 司法警察官等犯罪ヲ捜査スル職權アル官署官吏ヲ謂フ財産ニ對スル犯罪ニ限り被害者ニ首服スルハ官ニ自首シタルト同一ノ取扱ヲ受ク(刑87)
- 2) 未タ發覺セサル犯罪トハ捜査權ヲ有スル官署又ハ官吏犯罪ノ事實若クハ犯人ノ誰タルヲ知ラサル間ノモノヲ謂フ故ニ被害事實ノ届出アルモ犯人ノ知レサルモノ又ハ被害者若クハ捜査權ナキ者ノミ犯人ノ誰タルヲ知リタルモノハ何レモ未發覺トス

二〇 自首ノ効力ハ犯罪ノ種類ニ因リテ同シ

カラス

- 1) 謀殺故殺ヲ除ク外一般ノ犯罪ニ就テハ一等ノ減輕ヲ與フ (問題強盜殺人罪ニ就テハ自首減輕ノ適用アリヤ否ヤ)
- 2) 財産ニ對スル罪ヲ犯シタル者官又ハ被害者ニ自首シタル上其贓物ヲ還給シ損害ヲ賠償シタルトキハ自首ニ因ル一等減輕ノ外尙ホ二等ノ減輕……即チ併セテ三等ノ減輕……ヲ受ク其全部ヲ還償セスト雖モ半數以上ヲ還償シタルトキハ一等……即チ併セテ二等……ノ減輕ヲ受ク (刑 85,86.)
- 3) 總則ニ掲クル減輕ノ外若シ各本條ニ於テ自首ノ効力ニ關スル規定アルトキハ之ニ從フ 例 刑 126,192,226. 等
- 4) 自首ハ自首シタル者ニ限り減免ノ利益ヲ受ケ他ノ自首セサル共犯ニハ其効力ヲ及ボサス

## 第四節 加減例及ヒ加減順序

二一 法律ノ規定又ハ裁判ノ宣告ヲ以テ刑一等又ハ一等以上ヲ加重減輕セントスルトキハ若干ノ刑期金額ヲ以テ一等ト爲スカ二種以上ノ加減ノ原因共存スルトキハ其間ニ先後ノ順序ヲ立ツルコトナキカノ二問ヲ生ス現行刑法ハ第一問ヲ加減例第二問ヲ加減順序ト題スル章ノ中ニ規定セリ

#### 第一項 加減例

二二 加減例ハ刑一等ト稱スルモノ、標準ヲ定ム重罪ノ刑ト輕罪違警罪ノ刑ト其標準同シカラス

二三 重罪ノ非國事犯ノ刑ハ 1.死刑 2.無時徒刑 3.有期徒刑 4.重懲役 5.輕懲役 ..... 國事犯ノ刑ハ 1.死刑 2.無期流刑 3.有期流刑 4.重禁獄 5.輕禁獄ノ等級ニ照シ刑名一ヲ一等トシテ加減ス(刑67)

二四 重罪ノ最下級ノ刑タル輕懲役ヨリ一等

ヲ減セントスルトキハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ……輕禁獄ヨリ一等ヲ減セントスルトキハ二年以上五年以下ノ輕禁錮ニ處ス(刑69)

二五 輕罪ノ刑タル禁錮,罰金並ニ違警罪ノ刑タル拘留,科料ハ各本條ニ記載シタル刑期金額ノ四分ノ一ヲ以テ一等トナシ加減ス……例二月以上四年以下ノ禁錮ニ一等ヲ加フレハ二月十五日以上五年以下……又一等ヲ減スレハ一月十五日以上三年以下ノ期間トナル(刑70,72.)

二六 輕罪ノ刑ハ加ヘテ重罪ニ入ルコトヲ得ス但シ禁錮ハ加ヘテ七年ニ至ルコトヲ得違警罪ノ刑ハ加ヘテ輕罪ノ刑ニ入ルコトヲ得ス但シ拘留ハ加ヘテ十二日科料ハ二圓四十錢ニ至ルコトヲ得(刑70,72)

二七 禁錮ヲ減盡シタルトキハ拘留ニ,罰金ヲ減盡シタルトキハ科料ニ處スルコトヲ得但シ拘留ハ一日以下ニ降スコトヲ得ス科料ハ五錢以

下ニ降スコトヲ得ス

**二八** 輕罪違警罪ノ刑ニ就テ二等以上ノ加減ヲ施サントスルトキハ通加減スヘキカ遞加減スヘキカ同一ノ原因ニ出ツルトキハ通加通減スヘク別種ノ原因ニ出ツルトキハ加減順序ノ規定ニ據リ遞加遞減セサル可ラス

第二項 加減順序

**二九** 刑法第九十九條ハ別種ノ加減ノ原因共存シタル場合ノ順序ヲ定メタリ

- 1) 從犯、未遂犯及ヒ各本條ノ特別加重減輕ノ原因存スルトキハ其加減ヲ先ニス而シテ此等ノ原因相互ノ間ニハ法律ニ別段ノ順序ノ規定ナキヲ以テ一等ノ加重ト一等ノ減輕トヲ相殺スルコトヲ得
- 2) 以上ノ加減ヲ了リタル刑ニ基キ(1)再犯加重(2)宥恕減輕(3)自首減輕(4)酌量減輕トイフ順序ヲ履ミテ加減ス既ニ順序アル以上ハ勢ヒ遞加減

スルコトヲ要ス又一等ノ再犯加重ト一等ノ宥恕  
其他ノ減輕トヲ相殺スルコト克ハス

## 第四章 刑ノ執行

### 第一節 通則

一 刑ハ裁判確定シタル後ニアラサレハ之ヲ  
執行スルコトヲ得ス(刑50 刑訴317)裁判確定ス  
レハ死刑ヲ除ク外ハ即日ヨリ之ヲ執行スルコト  
ヲ得(刑訴319)

二 執行ノ指揮ヲ與フルハ檢事ノ職ナリ(刑  
訴320)執行ノ職ニ當ルハ司獄官又ハ警察官若  
クハ執達吏ナリ

三 能力刑ハ宣告確定スレハ當然其効力ヲ生  
シ執行ニ就テ別段ノ問題ナキヲ以テ以下死刑  
自由刑,財産刑ノ執行ヲ略述セントス

### 第二節 死刑ノ執行

四 死刑ノ執行ニ就テハ其方法,場所,時期ノ

三問題ヲ生ス我刑法ハ(1)方法ニ於テ絞(2)場所ニ於テ獄内(2)時期ニ於テ大祀、令節、國祭ノ日及ヒ妊婦ヲ除ク外司法大臣ノ命令アリタル日ヨリ三日ノ間ト定ム(刑12乃至14刑附1乃至4監施細22乃至25刑訴318,321)

**五** 死刑ノ宣告ヲ受ケタル婦女懷胎ナルトキハ分娩後一百日經過セザレハ之ヲ執行スル克ハス(刑11)但シ早産流産亦同シ(?)

**六** 死刑ノ執行トハ生命ヲ剝奪スルヲ謂ヒ奪命ノ方法タル絞首ヲ謂フニアラス故ニ一旦此方法ヲ了スルモ蘇生スルトキハ更ニ之ヲ執行セサル可ラス

### 第三節 自由刑ノ執行

**七** 現行刑法上自由刑執行ノ方法及ヒ場所ノ問題ノ要點ハ大略下ノ如シ

1) 徒刑ハ無期有期ヲ分タス男子ハ之ヲ島地ニ發遣シ婦女ハ之ヲ内地ノ懲役場ニ留メ共ニ定役

ニ服ス(刑17,18)

- 2) 流刑ハ無期有期ヲ分タス嶋地ノ獄ニ幽閉シ定役ニ服セス(刑20)
- 3) 懲役,禁獄,禁錮,拘留ハ内地ノ獄ニ入レ懲役,重禁錮ハ定役ニ服シ禁獄,輕禁錮,拘留ハ定役ニ服セス(刑22,24)
- 3) 定役ニ服スル囚人ノ工錢ハ監獄ノ規則ニ從ヒ囚人ニ其幾分ヲ給與ス(刑25)

第一項 配流制度

第二項 拘禁方法

第三項 定役工錢

第四項 衣食住

第五項 待遇一斑

第六項 假出獄,免幽閉

八 流刑ヲ除ク外重罪又ハ輕罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ行政處分ヲ以テ假ニ出獄ヲ許サル、コトヲ得其條件トシテ



- 1) 無期徒刑ニ處セラレタル者ハ十五年,其餘ノ刑ニ處セラレタル者ハ刑期四分ノ三ヲ經過シタルコト
- 2) 刑期限内重罪又ハ輕罪ヲ犯サ、リシコト
- 3) 獄則ヲ謹守シ悔改ノ狀アルコト

ヲ必要トス但シ其果シテ悔改ノ狀アリヤ否ヤヲ認定シテ假出獄ノ許否ヲ決スルハ一ニ當該官吏ノ職權ニ屬シ囚人之ヲ請求スル權利ヲ有スルニアラス(刑 53,57)

**九** 假出獄ヲ得タル者徒刑ノ囚ニ係ルトキハ仍ホ島地ニ居住シ其他ノ囚ニ係ルトキハ豫メ定メタル場所ニ居住シ本刑期限内特別ノ監視ヲ受ク(刑 54,55 刑附 42 以下)

**一〇** 假出獄ヲ許サレタル者出獄中更ニ重罪又ハ輕罪ヲ犯ストキハ直ニ出獄ヲ停止セラレ出獄中ノ日數ハ之ヲ刑期ニ算入サルコトヲ得ス之ニ反シテ更ニ重罪又ハ輕罪ヲ犯スコトナキト

キハ出獄中ノ日數ヲ刑期ニ算入サル、結果刑期ノ滿了スルト共ニ本刑亦消滅ス(刑57)

一一 無期流刑ニ處セラレタル者五年ヲ經過スレハ行政處分ヲ以テ幽閉ヲ免セラレ嶋地ニ於テ地ヲ限り居住スルコトヲ得 有期流刑ニ處セラレタル者三年ヲ經過スルトキ亦同シ(刑21,53)

#### 第四節 財産刑ノ執行

一二 罰金、科料、沒收ハ檢事ノ指揮ニ因テ之ヲ執行スヘキコト他ノ刑ニ同シ(刑訴320)但金圓又ハ物品ヲ徵收スル任務ハ執達吏ニ在リ(執規3)

一三 罰金ハ裁判確定ノ日ヨリ一ヶ月内 科料ハ十日内ニ之ヲ納完スルコトヲ要ス(刑27,30,43,42)沒收ニハ此ノ如キ猶豫期間ナシ

一四 若シ限内罰金又ハ科料ヲ納完セサルトキハ一圓ヲ一日ニ折算シテ輕禁錮又ハ拘留ニ換フ但シ其金額何程巨大ナル場合ト雖モ換刑處分

タル輕禁錮ノ期間ハ二年ヲ過クルコトヲ得ス

一五 換刑處分タル輕禁錮又ハ拘留ハ罰金科料執行ノ一方法タルニ過キスシテ同一ノ名稱ヲ有スル自由刑ト全ク其性質ヲ異ニス

一六 換刑處分ノ期限内ニ罰金又ハ科料ヲ納メタルトキハ其經過シタル日數ヲ控除シ禁錮又ハ拘留ヲ免ス他人代納シタルトキ亦同シ

## 第五章 刑ノ消滅

### 第五章 通則

一 刑ハ(1)其執行終了シタルトキ(2)犯人死亡シタルトキ(3)餘罪ノ刑確定シタルトキ(4)非常上訴成立シタルトキ(5)恩典アリタルトキ(6)期滿免除ヲ得タルトキ消滅ス

二 刑ノ消滅ト稱スルハ其實刑ノ執行權ノ消滅ニ外ナラス

三 刑ハ其執行終了シタルニ因リ消滅スルコ

ト恰モ辨濟ニ因リ債務ノ消滅スルカ如シ最モ適切ナル消滅ノ場合ナリ但シ前第四章ニ述ヘタルヲ以テ爰ニ之ヲ繰返サス

### 第二節 犯人ノ死亡

四 有罪ノ確定判決ヲ受ケタル者死亡スルトキハ刑ヲ適用スヘキ物體消滅スルカ故ニ刑罰モ亦當然消滅ス古法ノ如ク遺骸ヲ罰スルコトナシ

五 佛國刑法及ヒ我現行刑法ノ草案ハ罰金科料ニ限り其判決確定後ハ普通ノ債權ノ如ク遺産相續人ヨリ之ヲ取立ツルコトヲ認ム而レトモ判決確定セサレハ執行力無ク確定スレハ債權ニ變ストイハ、結局財産刑ナキニ均シ故ニ我現行法ハ罰金科料ト雖モ犯人ノ死亡ニ因リ消滅スルコトヲ明言ス(刑附20)沒收ニ就テハ其明文ナシト雖モ罰金科料同様ニ解スヘキナリ

### 第三節 餘罪ノ刑ノ確定

六 同一人ノ犯シタル二個以上ノ犯罪中一罪

ニ對スル刑ノ宣告確定後ニ更ニ餘罪發覺シ之ニ對スル刑ノ宣告確定スルトキハ前發ノ刑消滅ス是其時ヨリ後發ノ刑ヲ併合シ執行ノ理由ヲ一變スルヲ以テナリ(刑102)

#### 第四節 非常上訴ノ成立

七 非常上訴ニ非常上告ト再審トノ二種アリ甲ハ法律點ヲ理由トシ(刑訴292)乙ハ事實點ヲ理由トシ(刑訴301.302)法ノ命スル制限内ニ於テ既ニ確定シタル判決ヲ破ラシムル非常手續ナリ既ニ刑ノ宣告確定シタル後ニ於テ……即チ刑ノ執行權生シタル後ニ於テ……之ヲ破毀スル効力アルカ故ニ非常上告及ヒ再審成立スルトキハ共ニ前刑ヲ消滅セシム

#### 第五節 恩典

八 爰ニ恩典ト稱スルハ憲法第十六條ニ所謂大赦特赦減刑及ヒ復權ノ四ナリ何レモ公益ニ基ク大權ノ命令ナルヲ以テ一私人之ヲ拒絕スルコ

ト克ハス

第一項 大赦

九 大赦ハ或ル種類ノ罪ニ對スル訴追又ハ裁判ヲ廢滅セシムル大權命令ナリ

一〇 大赦ハ……例ヘハ國事ニ關スル罪又ハ刑法第何條ノ罪トイヘル如ク……汎ク或ル種類ノ罪ニ關シテ發セラル、恩典ナリ故ニ苟モ之ニ該當スル者ハ誰彼ノ別ナク共ニ其恩典ニ浴ス

一一 大赦ハ某種ノ犯罪ニ對スル訴追又ハ裁判ヲ廢滅スルヲ以テ未タ其公訴起ラサルトキハ將來之ヲ提起スルコトヲ得ス既ニ公訴起リタルトキハ之ヲ續行スルコトヲ得ス裁判既ニ確定シタルトキハ裁判全部消滅ス此終ノ場合ハ純然タル刑ノ消滅ナリ

一二 斯ノ如ク大赦ハ一時法ノ一部ヲ中止スルニ均シキヲ以テ立法機關ノ一行動トナス例アリ(佛憲3)ト雖モ運用ノ妙ヲ缺ク不便アリ我國

ニ於テハ憲法ニ因リ天皇ノ大權ニ屬ス

一三 大赦ニ因テ有罪ノ確定判決消滅シタルトキハ1當然直チニ復權ヲ得2又爾後再犯ノ事由トシテ數フルコトヲ得ス(刑97)

一四 大赦ハ刑ノ消滅シタル後ニ於テモ其適用アリ

一五 大赦ニ遇ヒタル行爲ニ對シテ民事上ノ訴權アリヤ 積極説

#### 第二項 特赦及ヒ減刑

一六 大權命令ヲ以テ一定ノ犯人ニ對シ確定ノ刑罰全部ヲ取消スハ之ヲ特赦ト謂ヒ一部ヲ取消スハ之ヲ減刑ト謂フ

一七 特赦減刑ト大赦トヲ比較スルニ左ノ區別アリ

1) 手續ニ於テ特赦減刑ハ當該官吏ヨリ之ヲ上奏シ 御裁可ヲ請フコトヲ要ス(刑訴331)大赦

ニ斯ノ如キコトナシ

2) 適用ニ於テ大赦ト異リ特赦減刑ハ 單ニ何某  
ニノミ對シ 裁判確定後、刑ノ消滅前ニ限リ  
(刑訴 331) 將來ニ刑ノ全部又ハ一部ノミヲ取  
消シ 裁判其者ヲ廢滅セシメス

3) 効力ニ於テ 赦狀中特ニ記載アルニアラサレ  
ハ復權ヲ得ス 將來再犯ノ事由ニ數フルコト  
ヲ妨ケサル等

一八 特赦減刑ノ運用其宜ヲ得ルトキハ(1)悛  
改ヲ獎勵シ(2)法ノ不備ヲ補ヒ(3)裁判ノ誤ヲ正ス  
コトヲ得ル利益アリ

### 第三項 復權

一九 復權ハ剝奪サレタル公權ノ享有能力ヲ  
付與スル大權命令ナリ故ニ將來ニ公權ヲ享有ス  
ルコトヲ得ル能力生スルノミニシテ宣告ノ當時  
享有セシ公權…… 例年金權…… 其者ヲ回復スル  
ニアラス

### 第六節 期滿免除一時効



二〇 時効 *prescriptio longi temporis*, *Verjährung* トハ時ノ經過ニ因ル權利ノ取得 *Usucapio* 又ハ消滅 *Prescriptio* ナ謂フ刑事法ニアリテハ止メ消滅時効ニ比スヘキ公訴ノ時効及ヒ刑ノ期滿免除アルノミ (刑訴 8,10 刑 58—62)

二一 時効ヲ設クル理由ハ若干ノ時間ヲ經過シタル後ハ權利又ハ義務ヲ認ムルニ因テ却テ不便不利益ヲ醸スヲ以テナリ特ニ刑事ニ就テイフトキハ訴追又ハ執行上種々ナル積極的乃至消極的ノ反對事情ヲ生スルカ故ナリ …… 例積極的の反對事情、證人又ハ證據品ノ滅滅、消極的の反對事情、被害者ノ感情和キ世人犯罪事實ヲ遺忘シ犯人タルヲ知ラスシテ生スヘキ平和ノ關係増加シ餘リ古キ犯罪ニ對スル所罰ニ就テハ世人寧ロ犯人ヲ憫ミ刑ヲ惡ム等 …… (XVIII世紀ニハ汎ク犯人ノ改心ヲ推測スル説行ハレタリ中ニハ犯人晝夜心ヲ苦ムヘキヲ以テ既ニ贖罪ノ要求ヲ滿セリト説

ク者アリキ)

二二 刑事法上時効ヲ認ムルニ就キ全部之ヲ  
刑法ニ規定スルアリ……例獨刑 67 以下……刑  
事訴訟法ニ規定スルアリ……例佛刑訴 635 以下  
……我國ニ於テハ公訴ノ時効ヲ刑事訴訟法第八  
條第十條ニ規定シ刑ノ期滿免除ヲ刑法第五十八  
條以下ニ規定ス

第一項 適用ノ範圍及ヒ期間

二三 剝奪公權、停止公權及ヒ監視ニハ期滿  
免除ノ適用ナシ(刑 60,32,39,40)禁制物ノ沒收ニ  
付キ亦同シ

二四 其餘ノ刑ニ付キ期滿免除ヲ得ヘキ期間  
ハ (1)死刑三十年 (2)無期徒流刑二十五年 (3)  
有期徒流刑二十年 (4)重懲役重禁獄十五年 (5)  
輕懲役輕禁獄十年 (6)禁錮罰金七年 (7)拘留科  
料一年 (8)禁制物以外ノ沒收五年 (9)附加ノ罰  
金主刑ト同期間(刑 56)

## 第二項 期間起算點

二五 前項ニ掲クル期間ハ對席判決ニ係ル刑ハ其執行ヲ遁レタル日ヨリ起算シ 闕席判決ニ係ル刑ハ其宣告アリタル日ヨリ起算ス

二六 期間ノ中斷……右ノ區別ニ從ヒ既ニ進行ヲ開始シタル期間ハ二個ノ原因ノ爲メ中斷サル、コトアリ

- 1) 執行ヲ遁レタル者一旦縛ニ就キ再ヒ逃走シタルトキハ其逃走ノ日ヨリ新ニ期間ヲ計算ス
- 2) 執行ヲ遁レタル者ニ對シ逮捕ヲ命ジタルトキハ最終ノ令狀ヲ出シタル日ヨリ新ニ期間ヲ計算ス故ニ毎年一回令狀ヲ發スルトキハ終生時効ヲ得ス……獨刑 72 伊刑 96 同主義白刑 96 反對

二七 問……逃走中全ク別個ノ犯罪ノ爲メ捕縛セラレ又ハ令狀ヲ發セラレタルトキハ爲ニ時効ヲ中斷スルヤ

## 第三編 罪状

### 第一章 犯罪ノ類別

#### 第一節 重罪, 輕罪, 違警罪

一 現行刑法ハ一切ノ犯罪ヲ大別シテ重罪, 輕罪, 違警罪ノ三種トナシ(刑1,)主刑ヲ以テ之カ區別ノ標準ト爲ス

1) 死刑, 徒刑, 流刑, 懲役, 禁獄ヲ科スルハ重罪ナリ  
禁錮, 罰金ヲ科スルハ輕罪ナリ 拘留, 科料ヲ科スルハ違警罪ナリ(刑7,8,9)

2) 上ニ示ス刑ヲ減輕スヘキ場合ハ未遂犯, 從犯 特別減輕ニ基ク減輕ハ罪質ヲ變シ 宥恕減輕, 自首減輕, 酌量減輕ニ基ク減輕ハ罪質ヲ變セス(議論岐ル)

#### 二 區別ノ關益ハ

1) 刑32, 以下53,83,91,100,101,105,106,113,147,152,218,

2) 刑訴 8,49,57,58,60,62,67,69,124,142,166,168,17  
2,237,240,241,301,

3) 監 32,45,

### 三 違警罪即決例

第二節 普通犯,特別犯

第三節 現行犯,非現行犯

第四節 親告罪,非親告罪

## 第二章 行爲ノ階級

一 一切ノ犯罪ハ其成立上他ノ要素ト共ニ故意又ハ過失ニ出テタル身體ノ動作……行爲……アルコトヲ必要トス是第一編第三章第四章ニ述ヘタル所ナリ而ルニ各罪ノ既遂條件タル行爲ヲ終局ノモノト看做シテ考フルトキハ之ニ達スル迄ニ更ニ仍ホ幾多ノ階級アルヲ識ルヘシ假ニ之ヲ犯意ノ表示,豫備行爲,着手行爲,實行ノ數點ニ分テテ説明セン

## 第一節 犯意ノ表示

二 單ニ罪ヲ犯サントノ意思ヲ……口頭、書面、舉動ニ依リ……表示スルモ通常其實害又ハ危險大ナラサルカ故ニ法律ハ一般ニ之ヲ罰セサルヲ原則トス而リト雖モ犯罪ノ性質若クハ表示ノ方法如何ニ因リテハ到底之ヲ放任スルコト克ハス從テ之ヲ別種ノ罪 *Delicta sui generis* トシテ所罰スルコトアリ……例犯罪ヲ豫告スル場合ノ脅迫罪、新聞紙條例第三十二條出版法第二十六條ノ罪……犯人ノ目的ヨリ視ルトキハ未タ豫備ニタモ達セサル行爲ナリト雖モ法律ハ特ニ之ヲ一罪ト爲セリ(注意、此場合ニ於ケル犯意表示ハ其罪ノ實行ナリ)

三 他人ニ向テ共ニ罪ヲ犯サントノ意思ヲ表示シ他人之ヲ承諾シタル場合ニ

1) 特定ノ犯罪ニ係ルトキハ之ヲ陰謀 *Complot* ト謂フ其加盟者ノ多少ヲ問フコトナシ我現行刑

法ハ内亂ノ陰謀ヲ……陰謀トシテ……所罰セ  
リ

2) 別ニ犯罪ヲ特定セス多數氣脈ヲ通シテ臨機罪  
ヲ犯サントスルトキハ之ヲ兇徒組合 Association  
des malfaiteurs ト謂フ其社會ニ危険ナルハ  
毫モ疑ヲ容レサル所ナリト雖モ我國ニハ仍ホ  
此種ノ者ヲ罰スル規則ナシ

### 第三節 實行、着手、豫備

#### 第一項 標準

四 實行トハ刑法ノ各本條ニ於テ各犯罪ノ特  
別成立要素タル行爲ヲ謂フ

五 着手行爲トハ實行ヲ組成スル各舉動及ヒ  
實行ニ近接密着シタル各舉動ヲ謂フ故ニ實行終  
結スルト共ニ着手行爲ノ關係終結ス

六 豫備行爲トハ……陰謀ヲ除ク外……實行  
ノ着手以前犯意ノ表示タル一切ノ働作ヲ謂フ故  
ニ實行ニ對シテハ間接離隔シタルモノトス方法

ヲ畫策シ、器具ヲ調達シ、機會ヲ搜索シ、犯所ニ進行スル類ハ普通ニ起ル豫備行爲ナリ

七 参考(1)犯意ヲ識別スルコトヲ得ヘキ行爲ハ着手ナリ之ニ至ラサル行爲ハ豫備ナリ Garraud, Hälschner (2)實行ニ近接シテ實行ノ危險迫レルモノハ着手ナリ而ラサルモノハ豫備ナリ Finger, Merkel, Liszt.

#### 第二項 犯狀

八 豫備行爲ハ罪トナラサルヲ原則トス(刑111)而レトモ其害又ハ危險ノ大ナルモノニ限り特ニ……預備トシテ……所罰スルコトアリ、例、刑16,118,125,186.

九 實行ニ着手シ又ハ實行ヲ終結スルモ意外ノ障害アリテ遂クルニ至ラサルトキハ之ヲ未遂犯ト謂フ二種ノ細別アリ

1) 實行ニ着手スルモ意外ノ障害アリテ實行ヲ終結スルコト能ハサルトキハ之ヲ着手未遂犯



Délit tenté, Nichtbeendeter Versuch ト謂フ

2) 實行ヲ終結スルモ意外ノ障害アリテ要素タル  
結果ヲ生セサルトキハ之ヲ實行未遂犯又ハ缺  
効犯 Délit manqué, Beendeter Versuch ト謂フ。

一〇 故意ニ出テサル犯罪特ニ過失犯ニ付テ  
ハ未遂犯ナシ

一一 不作為犯ニ付テハ着手未遂犯ナシ缺効  
犯ノ成立ヲ認ムルヤ否ヤハ議論岐ル……積極論

一二 法律カ二個以上ノ所爲ヲ合シテ一罪ト  
爲シタル(例, 暴行取財, 暴行姦姪, 欺罔取財罪等  
ノ)罪ニ付テハ其一行爲ニ着手セハ全犯罪ニ着  
手シタルモノナリ

一三 重罪ノ未遂犯ハ一般ニ之ヲ罰シ輕罪ノ  
未遂犯ハ各本條ニ明文アルモノニ限り之ヲ罰シ  
違警罪ノ未遂犯ハ一般ニ之ヲ罰セス

一四 上ニ示ス區別ニ從ヒ未遂犯ヲ罰スル場  
合ニハ既遂ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス其立法上

ノ當否ニ付テハ議論アリ

一五 既遂犯ト未遂犯又ハ豫備犯トハ同種ノ罪完全ニ成立シタルト不完全ニ成立シタルトノ差アルノミニシテ別種ノ罪成立シタルニアラサルコト例ヘハ同人種ノ健全者ト不具者トノ關係ノ如シ之ニ反シテ着手行爲又ハ豫備行爲ヲ法律カ獨立ノ犯罪トシタル場合ハ恰モ優等人種ト劣等人種トノ差アルニ似タリ

### 第三節 中止犯(即チ犯罪ノ中止)

一六 未遂犯ハ法律ノ之ヲ罰スルト否トニ論ナク犯人意外ノ障害ノ爲メ罪ヲ遂クルコト能ハサリシトキニ成立ス故ニ犯人若シ自分ノ故意ヲ以テ中止シタルトキハ刑法(刑112)ニ所謂未遂犯罪ニアラス二個ノ場合アリ

1) 一旦實行ニ着手スルモ犯人自己ノ意思ヲ以テ其實行ヲ終結セサルトキハ之ヲ名ケテ着手中止犯トイフ

2) 既ニ實行ヲ終結スルモ犯人自己ノ意思ヲ以テ  
罪素タル結果ノ發生ヲ妨止スルトキハ之ヲ名  
ケテ實行中止犯トイフ

一七 自己ノ意思ヲ以テシタル犯罪ノ中止ハ  
之ヲ罰スル明文ナシ之ヲ罪トセサルハ無罪ヲ擔  
保トシテ成ル可ク害ヲ遂ケサラシメントスル政  
策ナリ

一八 中止シタル理由如何ハ之ヲ問ハス故ニ  
全ク斷念シテ止ミタルト後日ニ讓リテ止ミタル  
トノ區別ナシ但シ障害ノ目前ニ現ハレタルヲ見  
テ之カ爲ニ意ヲ翻シタルハ未遂犯ナリ、例巡査  
ノ來ルヲ見テ巡査ノ心附カサル中ニ逃去ル如  
シ

一九 中止セントノ故意ト意外ノ障害ト全ク  
同一時ニ起リテ遂ケサルトキハ如何本人ノ利益  
ニ解スヘシ(?)

二〇 中止ノ場合ニ既ニ生シタル結果ノ責任

ヲ負フヤ否ヤ

- 1) 故意ニ出テタル甲トイフ罪ヲ中止シタルトキ  
ハ故意ニ出テサル乙トイフ結果ニ對シテモ亦  
責任ナシトノ説アリ
- 2) 而レトモ故意ハ必スシモ單一ナルモノトイフ  
コトヲ得ス故ニ既ニ生シタル結果ニ付テハ再  
ヒ其故意ニ出テタルヤ否ヲ決シテ責任ノ有無  
ヲ定メサル可ラス、例、謀故殺ノ中止ト毆傷、屋  
内竊盜ノ中止ト家宅侵入、放火ノ中止ト物品  
毀棄等

#### 第四節 不能犯

二一 行爲ノ性質上本人ノ豫期シタル結果ヲ  
惹起スコト克ハサル場合ハ所謂不能犯ニシテ單  
ニ障害ノ爲メ遂ケサリシ場合即チ未遂犯ニ同シ  
カラストイフ思想ノ適用ヲ一般ノ犯罪ニ試ミン  
トスルニ至レルハ十九世紀ノ始以來ノ事ナリ先  
ツ(1) 不能ナル所以ヲ目的物ト手段トニ分ツ意