

1-543

91-245



新
刑
法
論

明治
43. 6. 24
内交

序

刑法ノ目的ハ刑罰ナル法律上ノ制裁ニ依テ犯罪ノ發生ヲ鎮壓シ以テ社會ノ秩序ヲ維持スルニ在ルカ故ニ法ヲ立ツル者ハ此ノ目的ニ適合スル刑法ヲ制定ス可ク法ノ適用ヲ司ル者ハ此ノ目的ヲ遂クルニ適切ナル方針ニ向テ刑法ノ法規ヲ釋明シ之ヲ適用セサルヘカラス從テ刑法ノ理論ト之カ適用トハ互ニ相一致ス可ク決シテ相背馳スルコトヲ許ササルナリ故ニ刑法ヲ講スルニ當テハ常ニ此ノ兩者ヲシテ相接近調和セシムルコトニ留意セサル可カラス

本著ハ叙上ノ趣旨ニ基キ刑法上ノ理論及新刑法ノ意義

ヲ釋明スルト共ニ我大審院刑事判例及司法省民刑局長
回答等ヲモ援用比較シ以テ理論ト實際トヲシテ互ニ相
調和セシメンコトヲ圖リタリ
若シ本著ニ依テ聊カ斯法ノ適用ニ關シテ裨益スル所ア
ラハ幸甚

明治四十三年六月上旬

著 者

凡 例

一本著中舊刑法ト謂フハ明治十三年第三十六號布告刑法ヲ指シ新刑法又
ハ刑法ト謂フハ明治四十年法律第四十五號刑法ヲ指ス
一大審院判例中舊刑法ニ關スルモノト雖モ猶ホ新刑法ノ解釋ニ付テ襲用
セラルヘキモノ若クハ新舊刑法ニ關シテ判例ノ變遷ヲ示スノ必要アル
モノニ付テハ新刑法ノ判例ト共ニ併セテ之ヲ援用シタリ

頁 行 誤
 四五二 過キキル
 五一四 處
 六六八 其刑法ニ
 七五七 世要
 九六七 法上ニ
 九八一 モノニモ
 一〇六九 編則
 一一七九 前條
 一一九四 適用スヘカラス
 一二四二 刑法第
 一三三二 選擇セル
 一三五五 第五十七條
 一四〇三 稱スル
 一五七九 採用
 一六二九 中ニテ
 一七五十一 第八條
 一八六十一 處罪
 一九四五 場合
 一九九七 丙カ水中

正

頁 行 誤
 過キサル
 其刑ニ
 世界
 法上ノ原則ニ
 モノニテモ
 總則
 前二條
 適用セサルヘカラス
 刑法施行法第
 選擇セサル
 第五十七條
 稱スルハ
 採用
 中ニモ
 第八條
 處罰
 場合ハ
 丙カ甲ヲ水中

誤

頁 行 誤
 二三二 其行爲
 二二六 要ス
 二五二 今被攻撃者
 二六六 八 構成セルコト
 二六六 十 目的ヲ爲シタル
 二六九 十一 違法ナル
 二八四 十五 要スル
 二八九 十三 違犯ニ
 二九〇 九 任
 三三六 十 誤錯
 三四〇 四 存在セル
 三九二 二 ホンボニウス
 三九八 十二 於テ
 三九九 一 ニ於テハ既遂ノ場合モ
 四〇四 八 思料モ
 四〇六 一 獎勵ス
 四〇九 一 利益アルヘシ
 四一三 四 實行ハ
 以 上

正

頁 行 誤
 其行爲
 得ス
 亦被攻撃者
 構成セルコト
 目的ヲ以テ爲シタル
 違法トナル
 要セサル
 違犯ニモ
 任テ
 誤錯
 存在セル
 ホンボニウス
 依テ
 ハ既遂ノ場合ニ於ケル
 思料モ
 獎勵スル
 利益アルヘシ
 實行ノ

新刑法論目次

總則	一頁
緒論	一
第一章 刑法及ヒ刑法學	一
<small>刑法、客觀的觀察、主觀的觀察、刑法ノ二大綱目、刑法學、 刑法下刑事政策、</small>		
第二章 刑法ノ沿革	五
<small>刑法ノ沿革、帝國刑法ノ沿革、</small>		
第三章 刑事政策ノ本領	八
第一節 刑法ニ於ケル利益保護ノ方法	八
<small>刑事政策ノ本領、刑法ニ於ケル利益保護ノ方法、法益下法律規定、 法律ノ強制、刑罰ノ目的、一般的防止、被害者ニ與フル満足、 特別的防止、刑法ノ補充的性質、</small>		

目次

第二節

犯罪ノ原因及ヒ種類……………一五
犯罪ノ原因及ヒ種類、犯罪學、犯罪生物學、犯罪社會學、犯罪發生ノ二條件、犯罪人ノ種類、偶發犯、必然犯、(職業犯)、社會政策、

第三節

刑事政策ノ目的……………一八
刑事政策ノ目的、刑事政策ノ應用トシテ注意スヘキ數點、微罪不檢舉、條件付判決、刑ノ執行猶豫ニ關スル法律、幼年犯罪者ニ對スル強制的教育、換刑、不確定ノ刑事裁判、刑罰ノ目的ヲ遂行スルニ付テノ制限、社會政策ト刑事政策トノ關係

第四節

刑罰ノ法律的基本及ヒ目的ニ關スル諸學說……………二五
刑罰ノ法律的基本及ヒ目的ニ關スル諸學說、必要主義、反對主義、絕對主義、共同的反對主義、目的刑、報酬刑、報酬主義、目的主義、現時ノ立法ニ於テ採ル可キ主義、改正刑法ノ採リタル主義、

第四章

刑法ノ淵源……………三三
刑法ノ淵源、擅斷主義、法定主義、折衷主義、舊刑法第二條、裁判上ノ慣例ノ効力、學說ノ効力、刑法ニ類似解釋ヲ許ササル範圍、

第五章

刑法ノ効力……………四五
刑法ノ効力、慣習及ヒ學說ノ刑法ニ及ホス間接ノ効力、日本刑法淵源ノ種類、空白委任法規、廣義ノ刑法、狹義ノ刑法、特別刑法、法律公布ノ錯誤、法律編纂ノ錯誤、法律ノ資料、

第一節

時ニ關スル刑罰法規効力ノ範圍……………四五
時ニ關スル刑罰法規効力ノ範圍、刑法ノ拘束力發生ノ時期、刑法ノ拘束力廢止ノ時期、明示ノ廢止、暗黙ノ廢止、時ニ關スル刑罰法規ノ原則、遡及力、追及力、舊刑法第三條第一項、法ノ不遡及ニ關スル原則ノ沿革、法ノ効力不遡及ト連續犯聚合犯トノ關係、法ノ効力不遡及ノ原則ニ對スル例外、改正刑法第六條、改正刑法第六條ヲ適用スヘカラサル場合、刑罰法規廢止ト混同スヘカラサル場合、新舊刑法ノ輕重比照ノ標準、時效ノ期間ト新舊法ノ輕重比照トノ關係、刑罰法規以外ノ法規ニ變更アリタル場合、新舊法何レニ依ルモ刑力同一ナルトキト刑法第六條トノ關係、右關係ニ付テノ判例、上告裁判所ト刑法第六條

第二節

場所ニ關スル刑罰法規効力ノ範圍……………七〇
場所ニ關スル刑罰法規効力ノ範圍……………七〇

場所ニ關スル刑法效力ノ範圍、

第一項 場所ニ關スル刑法效力ノ範圍ニ付テノ諸

主義……………七〇

此ノ效力範圍ニ付テノ諸主義、屬人主義、屬地主義、保護主義、改正刑法ノ主義、(共同的利益保護主義)、共同的利益保護主義ト明治三十八年法律第六十六號ノ解釋、世界主義、舊刑法ノ主義、舊刑法判例、版圖ノ範圍、

第二項 犯罪人引渡……………七八

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

第三節 人ニ關スル刑法ノ效力範圍……………九五

人ニ關スル刑法ノ效力範圍、例外、刑法ノ適用ヲ受ケサル者、以上特別ノ身分アル者ノ爲シタル刑法違反行為ノ性質、

第六章 刑法第一編總則第一章法例各條

說明……………一〇〇

刑法第一編第一章法例說明、新刑法總則ニ於テ削除シタル舊刑法ノ規定、法例ニ關スル新舊刑法規定ノ對照、改正ノ點、刑法第一條、刑法第二條、刑法第三條、刑法第四條、刑法ノ場所ニ關スル効力範圍ノ規定、犯罪カ帝國内ニ發生シタルカ否ヲ定ムル標準、刑法第一條乃至第四條ト同法第六十五條第一項トノ關係、刑法ノ場所ニ關スル効力範圍ニ付本法以外ノ規定、刑法第五條(外國裁判)、刑法第六條(刑法ノ適及力ヲ認ムル例外規定)、上告審ト本法第六條、本法第六條適用ノ範圍、法律上單一行為ノ連續スル中途ニ於テ刑法ニ變更ヲ生シタルトキト刑法第六條、新舊兩法比照方法、刑法施行法第三條第三項ト第一項トノ關係、刑法施行法第二條第三條ニ關スル判例、刑法施行法第三條第三項ト第一項トノ適用ノ順序、舊刑法時代ノ犯罪ニシテ舊刑法第百二條ニ依リ前發ノ刑ヲ後發ノ刑ニ通算スヘキ場合ニ於テ新舊法比照ノ基礎タルヘキ對照刑ヲ求ムル方法、刑法施行以前ノ犯罪ニ對シ新舊刑法ヲ比照スルニ當リ公訴ニ係ル犯罪行為ノ範圍ヲ定ムル標準、刑法施行前ニ犯シタル犯罪ニ科スヘキ刑、刑法施行前ニ犯シタル罪ト施行後ニ犯シタル罪トノ關係ニ關スル規定、舊刑法ニ於ケル沒收刑以外ノ附加刑、親告罪ニ關スル新舊刑法ノ變更、刑法第七條、公務員、執達吏代理ハ公務員ナリヤ、神社ノ神職ハ公務員ナリ、兵卒ハ公務ニ非ス、公務所、刑法第八條、

總則本論……………一五一

第一卷 犯罪……………一五一

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

第一編 犯罪ノ普通構成條件……………一五四

第一章 行爲……………一五四

第一節 罪ノ主體並ニ被害者……………一五四

犯罪ノ主體、法人ハ犯罪ノ主體タルコトヲ得サルカ、現行刑法ノ主義、法人ト報告罪、法人犯罪說、法人ヲ處罰スル法規、法人ノ處罰ト其代表者及從業者ノ責任關係、法人處罰法規ノ一例、法人處罰ニ關スル判例、犯罪ノ被害者、

第二節 行爲……………一六八

行爲、事變、行爲ノ條件、一、意思實行、意思自由說ト任意トノ關係、意思確定說、二、結果、總テノ犯罪ノ成立ニハ結果

ノ發生ヲ必要トスルヤ、結果犯ト非結果犯トノ區別、實質犯ト形式犯トノ區別、數個ノ結果ヲ以テ罪トナルヘキ事實トスルモノ、實害罪及危險罪、危險ノ意義、危險ノ觀念ノ存在シ得サル場合、危險ノ觀念ニ關スルフランク氏ノ說、危險ノ觀念ニ關スル主觀主義、三、意思實行ト結果トノ結合、

第一項 作爲……………一七八

作爲、事實上ノ引責理由、法律上ノ引責理由、因果關係、普通說、異說、優勢說、最有力條件說、因果關係ニ關スル二原則、一、唯一原因タルコトヲ要セス、二、自己單獨ノ作用タルコトヲ要セス、刑法上過失ノ相殺ヲ認メス、以上ノ原則ニ對スル二個ノ例外、例外一、此ノ例外ヲ認ムヘキ理由、設例一、設例二、結果ノ發生ヲ防止セントスル行爲ヲ妨グル行爲ノ性質、設例三、設例四、副共同正犯、例外二、普通原因說、設例五、普通的原因、偶然的原因、

第二項 不作爲……………一九六

不作爲、不作爲ニ於ケル意思實行ト結果トノ關係、(不作爲ニハ因果關係ナシ)、不作爲ニ依ル因果關係ノ中斷、設例一、結果ノ發生ヲ防止スル行爲ヲ妨グル行爲、設例二、不作爲ノ強制、設例

三、不作爲ニ因果關係アリトノ説、消極的條件、純正不作爲犯、不純正不作爲犯、作爲犯、不作爲犯、不純正不作爲ニ付テ責任ヲ負フニ必要ナル條件、法律上ノ義務ニ違反スル不作爲ノ場合、
 第一、不作爲ニモ因果關係アリトノ説ニ對スル辯駁、有意ノ行爲ハ總テ因果關係ヲ中斷ストノ説ニ對スル辯駁、責任更新説ニ對スル辯駁、

第三節 行爲ノ時及場所……………二一九

行爲ノ時及場所、

第一項 作爲ノ時及場所……………二一九

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

第二項 不作爲ノ時及場所……………二二六

不作爲ノ時及場所、以上行爲ノ時及場所ヲ定ムル原則ノ適用、一、教唆及從犯ノ時及場所、二、間接實行ノ時及場所、三、未遂犯ノ時及場所、四、法律上ノ單一行為ノ時及場所、一個ノ連續犯タルヘキ數個ノ連續行爲カ新舊兩法時代ニ跨リタル場合ニ於ケル擬律、

第二章 法律違犯……………二三四

新舊兩法時代ニ亘リタル單行犯ニ適用スヘキ法條、舊法時代ノ犯罪行爲ト新法時代ノ犯罪行爲ト相合シテ一罪ヲ爲スヘキ場合ニ適用スヘキ法條、五、處罰條件トノ關係、

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

第一節 正當防衛(緊急防衛)……………二四三

正當防衛、刑法第三十六條、正當防衛ニ關スル新舊刑法規定ノ異同、正當防衛ノ成立條件、違法ノ攻撃、違法ノ攻撃アルヘキコトヲ豫想シタル場合、現在ノ攻撃、防衛ノ準備、攻撃カ終了シタリヤ否ヤヲ定ムル標準、防衛ハ攻撃者自身ニ對スルコト、防衛ノ爲メニ必要ナル程度、防衛者ニ於テ遁逃ノ猶豫アル場合、正當防衛ノ要件ハ客觀的ニ之ヲ完備スルコトヲ要ス、正當防衛ノ過度、正當防衛ト民事上ノ責任關係、正當防衛ニ關スル刑事並ニ民事法規定ノ關係、

第二節 緊急避難(緊急状態).....二五五

緊急避難、危難防衛ト正當防衛及自救トノ區別、刑法第三十七條、緊急避難ニ關スル新舊刑法規定ノ異同、民法第七百二十條ト刑法第三十七條トノ關係、緊急状態ニ基ク避難行為ハ何人ニ對シテモ例外ナク之ヲ行フコトヲ得、緊急避難ト無責任行為トノ關係、

第三節 職務上ノ義務.....二六四

職務上ノ義務、下官ヲシテ違法ノ命令ヲ執行セシメタル上官ノ責任、刑法第三十五條、

第四節 自救.....二六六

自救、

第五節 教育及監護權.....二六八

教育及監護權、

第六節 治療行為.....二六九

治療行為、治療行為カ適法トナル條件、治療行為カ無罪トナル理由ニ對テノ諸說、結論、母體ヲ救フ爲メニスル胎兒切斷ハ適法ナリヤ、動物解剖、按摩、相撲、擊劍、業務ノ執行、新刑法第三十五條ニ所謂正當ノ業務ノ説明、

第七節 被害者ノ承諾.....二七五

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

第八節 自己ノ法益ヲ侵害スルコト.....二七九

自己ノ法益ヲ侵害スルコト、

第九節 其他ノ場合.....二七九

其他ノ場合、

第三章 有責行為.....二八〇

有責行為、犯罪ノ觀念ニ主觀主義ト客觀主義トアリ、有責行為トナルニ必要ナル二條件、形式犯、秩序罰、形式犯ニ屬スル類例、形式犯ニ關スル判例、批評、批評、判旨、責任ナキ結果ニ付キ責ヲ負フ場合、

第一節 責任能力.....二九四

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

目次

第一項 精神ノ不成熟……………二九七

精神ノ不成熟、其原因、一、刑法上ノ未丁年者、宥恕セラルヘキ責任能力者、刑法第四十一條（現行刑法上責任能力ニ關スル時期ノ分類）、獨逸刑法第五十六條、二、精神ノ發達ニ故障アル者、刑法第四十條、

第二項 精神ノ不健全……………三〇五

精神ノ不健全、獨逸刑法第五十一條、刑法第三十九條、心神喪失者ト心神耗弱者ノ區別、

第二節 犯意及過失……………三〇八

犯意及過失、

第一項 犯意ノ概念……………三〇九

犯意、犯意ノ二要件、作爲ノ犯意、不作爲ノ犯意、犯意ニ關スル諸學說、豫見主義、希望主義、違法認識主義、結果ヲ目的トスル場合、結果ヲ目的トセサル場合、犯意ノ種類、無條件ノ犯意、條件付犯意、以上二分類ノ結果、刑法第三十八條、第一項、犯意ノ推定、第二項、第三項、違法ノ認識ヲ以テ罪ノ特別構成條件トスル場合、犯意ト關係ナキ事實、總括的認識、

第二項 錯誤……………三二四

不特定ノ犯意、事後ノ犯意、事前ノ犯意、

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

第三項 違法ノ認識……………三三三

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

第四項 過失……………三四一

過失、過失ノ二要件、一、二、過失ト不確定犯意トノ關係、過失ト違法ノ認識トノ關係、過失ト犯意及ヒ事變トノ區別、法文ニ明示セシテ過失ヲ罰スル場合、過失ト結果トノ關係、過失ノ

二分類、舊刑法ニ於ケル過失ノ分類、殊虞、懈怠、規則侵害ヲ遵守セスシテ、新刑法ニ於ケル過失ノ分類、普通ノ學說ニ依ル過失ノ分類、認識アル過失、認識ナキ過失、

第四章 處罰サルヘキ不法行為……………三五二

處罰サルヘキ不法行為、形式ニ於テ犯罪ト他ノ不法行為ト異ナル點、實質ニ於テ犯罪ト他ノ不法行為ト異ナル點、法規ノ種類ト其強制手段、刑罰ナル制裁ヲ必要トスル不法行為、犯罪行為ノ實質、物的刑罰排除ノ原因、人的刑罰排除ノ原因、刑罰消滅原因、放棄ノ處罰條件、處罰條件ノ客觀的状況タル性質ニ伴フ結論、處罰行為ト處罰條件トハ全ク獨立シテ存在スルコトニ伴フ結論、訴訟條件、處罰條件ト訴訟條件トノ區別ヨリ生スル訴訟上ノ效果、親告罪ニ對スル告訴ノ性質、

第二編 犯罪發生ノ形式……………三六四

犯罪發生ノ形式、

第一章 犯罪ノ既遂及未遂……………三六四

犯罪ノ既遂及未遂、

第一節 未遂ノ定義……………三六四

未遂ノ定義、既遂、既遂ト處罰條件、未遂ノ存在シ得ヘキ場合、一、犯意ノ實行ニシテ而カモ其結果力發生セサル場合、法律力未遂ヲ處罰スル所以、異說、二、罪ノ構成要件ヲ缺除シタル場合、誤想犯ハ常ニ無罪ナリトノ說、豫備ト未遂ノ區別、刑法第四十三條、實行ノ開始ニ關スル諸學說、リスト氏ノ說、マイエル氏ノ說、綜合罪ノ着手、文書偽造行使罪ノ未遂、フラング氏ノ說、實行ノ開始、豫備行為、主觀主義、正當ナル說、強盜ノ見張、未遂ノ種類、一、實行未遂、詐欺取財ノ未遂、二、着手未遂、間接實行ノ既遂未遂ヲ定ムル標準、間接實行既遂ノ例外、間接實行未遂ノ例外、處罰條件ヲ必要トスル罪ノ未遂、重キ結果ノ發生ニ依テ其刑ヲ加重スル罪ノ未遂、強盜傷人罪ノ未遂、竊盜未遂ト刑法第二百三十八條準強盜罪ノ未遂トノ關係、不作爲犯ト未遂、不純正不作爲犯ニ付テハ着手未遂ハ成立セス、未遂又ハ豫備行為ノ未遂ハ之ヲ認ムルコトヲ得ス、刑法第四十三條、第四十四條、陰謀、

第二節 不能犯……………三九二

不能犯、沿革、フオン、フリー氏ノ主觀主義、客觀主義、誤想犯ニ限り之ヲ處罰セストノ說、罪トナルヘキ事實ノ欠缺セル場合ニ限り之ヲ處罰セストノ說、フラング氏ノ說、正當ナリト信スル

說、刑法ハ不能未遂ヲ處罰スルヤ否ヤ、危險アル未遂ニ限り之ヲ處罰スヘキナリ(折衷主義)、危險アル未遂

第三節

中止犯……………四〇五

中止犯、中止犯ヲ處罰セサル主義、法律的基本ニ基キ説明スルモノ、刑事政策上ノ理由ニ基キ説明スルモノ、中止犯ヲ處罰セストノ法制ニ於テ之カ規定上二個ノ區別アリ、(イ)積極的ニ規定スルモノ、(ロ)消極的ニ規定スルモノ、中止犯ヲ處罰スル主義、此ノ主義ノ根據、中止犯ノ存在シ得ル場合、(イ)着手未遂ノ場合ニ於ケル中止犯、犯人カ實行ヲ反覆スルコトヲ止メタル場合ハ中止犯ニアラス、中止ハ任意的タルコトヲ要ス、任意ナル中止トハ、非任意ノ未遂、他動的故障ハ必スシモ實在スルコトヲ要セス、實行ノ中止ハ永久的タルコトヲ要セス、實行ノ繼續ト實行ノ反覆トハ區別スルコトヲ要ス、間接實行ノ中止、教唆及從犯ノ中止、(ロ)缺效未遂ノ場合ニ於ケル中止犯、中止犯ノ成立ニハ中止者カ單獨ニテ中止行為ヲ爲スコトヲ要セス、共同正犯中ノ或者カ犯罪ヲ中止シタル場合ニ於ケル他ノ共犯ノ刑責、教唆及從犯ニ付テモ中止犯ノ理論ヲ準用スルコトヲ得、中止犯ト刑法第五十四條トノ關係、中止犯ヲ理由トシテ其刑罰ヲ免カルルコトヲ得サル場合、中止犯ニ似テ非ナルモノ、

第二章

共犯……………四二三

共犯、

第一節

總論……………四二三

共犯ノ處分ニ關スル理論上ノ要求、正犯、加擔(教唆及從犯)刑法第一編第十一章共犯ニ對スル例外、形式犯ト共犯關係、酒造稅法違犯罪ト教唆及從犯、共犯規定廢止ノ傾向、新刑法ニ於テ正犯教唆從犯ノ區別ヲ認メタル理由、共犯ト混同スヘカナルモノ、陰謀、犯罪の組合、犯罪底護、偶然ノ加擔、必要的加擔、

第二節

正犯……………四三二

正犯、直接正犯、間接正犯、假設正犯ノ存在シ得ル場合、(イ)、(ロ)、(ハ)、(ニ)、(ホ)、間接正犯ノ行為ハ正犯自身ノ動作ト被利用者ノ動作トニ依テ定マルカ故ニ、間接正犯ニ間スル疑問、一、間接正犯ノ成立ニハ被利用者カ利用者ノ目的ノ爲メニ利用セラレタルコトヲ必要トスルヤ、二、直接正犯タルコトヲ得サル者ハ亦間接正犯タルコトヲ得サルカ、三、特別ノ身分ヲ要スル罪ノ間接正犯、四、間接正犯ノ成立ニ必要ナル條件ノ認識、共同正犯、共同正犯ト從犯トノ區別ノ標準ニ關スル諸主義、客觀主義、リス卜氏ノ說、強竊盜ノ爲メニスル見張、主觀主義、獨逸帝國裁判所判例、主觀主義ニ對スル非難、折衷說、フラング氏ノ說(客觀主義中精

神上ノ因果關係ヲ以テ區別ノ標準ニ加ヘタル説、正犯ノ實行中ニ於ケル從犯、正犯ヲ實行ヲ終リタル後ニ於ケル從犯、新刑法ノ解釋トシテ採ルヘキ主義、右ニ關スル大審院判例、強竊盜ノ爲メニスル見張、放火ノ見張、犯罪方法ノ畫策、從犯ノ行爲、從犯行爲ノ行ハルヘキ時期、共同正犯ノ犯意、共同ノ認識ヲ必要トスル時期、犯罪ノ實行ニ中途ヨリ加擔シタル者ノ責任ニ關スル判例、共同正犯ノ超過、共同正犯ノ責任、特別ノ目的ヲ以テ構成條件トスル罪ニ付テハ此ノ目的ナキ者ハ正犯タルコトヲ得ス、犯人ノ身分ト共同正犯ノ成立トノ關係、刑法第六十五條第一項、共同實行ヲ以テ刑罰加重ノ原因トスル場合、關稅法ニ依ル沒收刑、共同ノ犯意アルモ共同正犯ノ成立セサル場合、副共同正犯、

第三節 教唆及從犯(加擔)……………四七〇

教唆及ヒ從犯、

第一項 加擔ノ概念……………四七〇

加擔ノ概念、教唆、教唆ノ手段、共同教唆、副共同教唆、罪ノ實行ニ付キ單ニ機會ヲ與フルハ教唆ニアラス、教唆ハ被教唆者ニ對シテ犯罪全部ノ計畫ヲ與フルコトヲ要セス、教唆ノ處罰セラルル理由、教唆者ノ犯意、教唆者ニ科スル刑罰、首魁、主幹、

發起人、計畫、挑發、誘惑、煽動、囑託、教唆ハ特定ノ人ニ對スルコトヲ要セス、從犯、幫助ノ手段、消極的從犯、從犯ノ犯意、幫助ノ與ヘラルヘキ時期、從犯ニ科スル刑罰、正犯ノ行爲ヲ罰スヘキ豫備ニ止マル場合、幫助ハ特定ノ人ニ對シテ與フルコトヲ要セス、教唆及ヒ從犯ニ對スル制限(新刑法第六十四條)、同上ノ制限ニ關スル解釋、

第二項 加擔ニ付テノ結論……………四八三

加擔ニ付テノ討論、教唆又ハ從犯ノ成立シ得サル場合、任意ノ超過、被教唆者カ罪ヲ實行セス更ニ他人ヲ教唆シタル場合、錯誤、特別ノ目的ヲ要スル罪ノ加擔、行爲方正犯行爲ニ當ルカ若クハ罪ノ加擔ニ該ルカノ點ニ付テノ錯誤、加擔ノ處罰條件、教唆及從犯ノ未遂、幫助者カ企圖シタル幫助行爲ノ未遂ト從犯成立トノ關係、罪ノ未遂ノ教唆及幫助、加擔ハ附屬的性質ヲ有スルカ故ニ、間接ノ教唆及從犯、新刑法第六十一條第二項及ヒ第六十二條第二項、教唆罪ノ個數ト正犯ノ個數トノ關係、教唆者又ハ從犯カ任意ニ正犯ニ依テ行ハルル罪ノ成立ヲ妨ケタルトキノ責任問題、從犯ニ對シテ減等ヲ與フル能ハサル場合、同一ノ犯罪ニ對シテ同一人カ種々ノ形式ニ於テ干與シタル場合ノ處分方法、新刑法第五十四條ト教唆從犯トノ關係、加擔ニ關スル原則ノ制限、法益ノ享有者ハ此ノ法益ニ對

スル罪ノ加擔者トシテ處罰サルコトナシ、法律カ實行行為ヲ罰セ
スシテ加擔行為ヲ獨立罪トシテ處罰スル場合ニ於テハ正犯ハ其罪ノ加
擔者トシテモ責ヲ負フコトナシ、特別ノ身分アルカ爲メニ其刑ヲ科
セサル場合ニ於テハ此ノ身分アル者ハ其罪ノ加擔者トシテ責ヲ負フコ
トナシ、

第四節 加擔者ニ對スル身分關係ノ影響……………五二三

加擔者ニ對スル身分關係ノ影響、身分カ刑罰加減ノ原因タル場合(新
刑法第六十五條第二項)、身分カ罪ノ構成條件タル場合(新刑法第六
十五條第一項)、刑ノ全免ノ原因、訴訟條件ノ欠缺、刑罰排除ノ
原因ト共犯者トノ關係、

第三章 一罪及數罪……………五一八

一罪及數罪、

第一節 單一ナル行為及數個ノ行為……………五一九

單一ナル行為及數個ノ行為、行為ノ個數ヲ以テ罪ノ個數ヲ定ムル標
準トスル說、違犯セラレタル法規ノ個數ヲ以テ罪ノ個數ヲ定ムル標準
トスル說、フランク氏ノ所說、新刑法ノ主義、行為ノ個數ヲ定
ムル標準、一、意思實行ト結果ト何レモ單一ナル場合、二、意思

ノ實行ト結果ト何レカ一方カ單一ナル場合、結果カ單一ナリト否ヤ
ヲ定ムルニ付テノ法則、他人ニ讓渡スルコトヲ得サル法益ノ侵害、
他人ニ讓渡スルコトヲ得ル法益ノ侵害、創造權ノ侵害、繼續犯、
遺跡犯、

第二節 數個ノ行為ニシテ單一ナル罪ヲ成ス場合……………五三六

數個ノ行為ニシテ單一ナル罪ヲ成ス場合、一罪ヲ構成スヘキ數行為
ノ中間ニ於テ法律ニ變更アリタルトキ、數行為ノ場所カ國ノ内外ニ
亘ルトキ單一ナル罪ヲ構成スル數行為相互ノ關係、數個ノ行為カ法
規ニ依テ單一ナル罪ヲ爲ス場合ノ主ナルモノ、一、連續犯、酒類
密造ト數罪、連續犯ニ關スル判例、主觀主義、客觀主義、連
續犯ノ成立ヲ中斷スル原因、二、一個ノ共通ナル處罰條件ヲ有スル
場合、三、結合犯、四、一個ノ犯罪行為カ他ノ犯罪行為ノ手段ト
シテ行ハレタル場合、五、一ノ犯罪行為カ他ノ犯罪ノ構成要件タル
目的ノ實行ニ屬スル場合、六、聚合犯、イ營業犯、ロ常業犯、
ハ常習犯、フランク氏ノ所謂形式的實質上ノ數罪俱發、其場合甲、
乙、一人ニテ新聞紙ノ編輯人ト發行人トヲ兼ネタル場合ノ刑責、
丙、丁、戊、イ、集合犯、ロ、繼續犯、己、連續犯、連
續犯成立ノ條件、一、結果ノ單一、二、犯意ノ單一、三、犯意
ハ單一ナラサルモ同一ナル機會又ハ同一ナル繼續シタル關係ノ利用、

新刑法第五十五條、連續犯ニ關スル判例、連續シタル竊盜ト強盜
行爲トノ處分、新舊兩法時代ニ亘リタル連續犯ニ適用スヘキ法律、
刑法施行前ノ犯罪ト刑法第五十五條トノ關係、連續犯ヲ教唆シタル
者ト刑法第五十五條トノ關係、連續犯ト單行犯トノ區別、

第三節

一罪ニ對スル法律上ノ處分……………五七八

一罪ニ對スル法律上ノ處分、異種類及同種類ノ想像上ノ數罪俱發、
一個ノ所爲ガ數回同一罪名ニ觸ルル場合ノ處分、恐喝及ヒ欺罔ノ手
段ヲ併用シテ騙取ヲ遂ケタル場合ノ處分、一個ノ罪カ同時ニ數個ノ
法條ニ觸ルルトキノ處分、法規ノ競合ニ於テ其何レノ法規ヲ適用ス
ヘキヤ、一、數個ノ違犯セラレタル法規中ノ一方同一行爲ノ全部ヲ
包括スル場合、(無免許清酒製造ト無免許釀造トノ關係)、(刑法第
五十四條第五十五條ト酒造稅法第三十一條トノ關係)、賄賂聽許ト賄
賂收受トノ關係、フラング氏ノ所謂形式的想像上ノ數罪俱發、甲、
乙、(イ)特別法ハ普通法ニ優ル、舊刑法第三百九十條第二項ノ罪
ノ本刑、刑法第五十四條ト加重又ハ減輕ノ法條適用トノ順序、(ロ)
充實法ハ補助法ニ優ル、二、數個ノ違犯セラレタル法規中ニ同一行
爲ヲ包括スヘキ規定ノ存セザルトキ、叙上ノ場合ニ於ケル判決ニ對
スル要求、一旦重キ法規ヲ選ビタル結果、主刑ノ輕重ヲ定ムル標
準、刑法第五十四條、最モ重キ刑ヲ以テ處斷ストノ意義、本條

第二項規定ノ趣旨、本條ニ規定スル罪ノ個數、其結論一、刑法
第五十四條ト起訴ノ範圍ヲ定ムル標準、刑法第五十四條ト報告罪ト
ノ關係、刑法第五十四條ノ適用ト裁判所構成法第十六條ノ一トノ關
係、其結論二、刑法第五十四條ト公訴時効トノ關係、新刑法ト
罪ノ個數ヲ定ムル標準、本條第一項前段ニ所謂數個ノ罪名ノ意義(一
個ノ行爲ニシテ同一法條ニ該當スル數個ノ結果ヲ生シタルトキノ處分
方法)、行爲ノ個數ヲ定ムル標準、一個ノ放火行爲ニ依リ數個ノ建造
物ヲ燒燬シタル者ニ對スル擬律、一個ノ欺罔行爲ニ依リ財物ヲ騙取
シ及不正ニ利得シタル者ニ對スル擬律、本條第一項前段ヲ適用シ得
ヘキ範圍、刑法第五十四條第一項前段ニ所謂行爲トハ犯罪着手以上
ノモノニ限ルカ、刑法第五十四條ト判文擬律トノ關係、本條第一
項後段ニ所謂手段若クハ結果ノ意義、犯罪ノ手段タル行爲、手段
ノ意義ニ關スル判例、本條第一項後段ニ所謂犯罪ノ手段タル行爲ト
ハ犯罪ノ着手以上ノモノナルコトヲ要スルカ、犯罪ノ結果タル行爲、
結果ノ意義ニ關スル判例、刑法第五十四條ト加重減輕ニ關スル法條
トノ適用順序、刑法第五十四條ト第五十五條トノ適用ノ順序、教
唆及從犯ト刑法第五十四條トノ關係、刑法第五十四條第五十五條ト
特別法中刑法併合罪ノ規定ヲ適用セストノ規定トノ關係、新舊刑法
ノ比照ト刑法第五十四條適用トノ關係、

第四節

數罪……………六四六

數罪、累犯、併合罪、併合罪ノ處分ニ付テノ諸主義、併科主義、
吸收主義、制限加重主義、

第三編 犯罪ノ分類

犯罪ノ分類、舊刑法ニ於ケル重罪輕罪違背罪區別ノ標準、選擇的
ニ刑ヲ規定シタル場合ノ標準、一定ノ金額ノ幾倍又ハ幾分ヲ以テ罰
金額ト定メタル場合ニ於ケル標準、一般的加減原因ニ依リ刑ヲ變更
シタル場合ノ標準、特別ノ加減原因ニ依リ刑ヲ變更シタル場合ノ標
準、未遂、從犯ニ基ク刑ノ減等ハ罪質ヲ變更スルヤ、未遂ニ依ル刑
ノ減等ハ罪質ヲ變セストノ新判例、舊刑法總則ト違背罪、刑事犯
ト警察犯、警察犯ノ分類、警察犯ノ成立ニハ犯意ヲ必要トセス、
舊刑法ノ違背罪ト警察犯トノ關係、舊刑法ニ於ケル罪ノ三箇分類ノ
可否、級上ノ分類ニ對スル新刑法ニ於ケル改正、警察犯處罰令ニ
規定スル犯罪ノ性質、刑法施行法第二十九條乃至第三十二條第三十
八條ニ規定スル罪ヲ定ムル標準、

第二卷 刑罰

刑罰、

第一章 刑罰ニ關スル概念

刑罰ニ關スル概念、刑罰ノ觀念ニ屬セサルモノ、秩序罰ハ刑罰ニ
アラス、刑事罰ノ本質ヲ有セサルモノ、

第二章 刑罰ノ種類

刑罰ノ種類、主刑、附加刑、法益ヲ標準トシタル分類、新刑
法ノ刑罰制度、

第一節 死刑

死刑、沿革、死刑ノ執行、

第二節 自由刑

自由刑、

第三節 財産刑

財産刑、四捨五入ノ計算法、罰金科料ノ執行方法、

第四節 沒收

沒收、

第一項 沒收ノ性質

沒收ノ性質、新刑法ニ於ケル沒收ノ性質、沒收カ附加刑ナルカ故ニ生スル結論、以上ノ結論ト判例、

第二項 沒收ノ目的物……………六八七

沒收ノ目的物、舊刑法ノ沒收例、法律ニ於テ禁制シタル物件、同一物件ニ對シ二個ノ沒收理由ノ存スル場合ニ於ケル處分方法、主刑ト沒收、犯罪ノ用ニ供シタル物件、所謂罪體、猥褻物ト禁制物、酒造税法違犯ト沒收ノ關係、罪ノ未遂ト犯罪供用物、所謂罪體ト犯罪供用物件トノ關係、證書ノ偽造ニ付キ使用シタル印類、犯罪供用ノ短銃ト彈丸トノ關係、主タル物件ノ沒收ト從タル物件トノ關係、犯罪ニ依テ得タル物件、犯罪ニ依テ得タル物件ト贓物

第三項 沒收ニ要スル條件……………七〇五

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

第四項 沒收ニ關スル主義……………七〇九

沒收ノ規定ニ關スル主義、

第五項 沒收ノ目的物ハ如何ナル時期ニ於テ

國庫ノ所有ニ歸スルヤ……………七一〇

沒收ノ目的物カ國庫ノ所有ニ歸スル時期、正當ナリト信スヘキ説、沒收ノ效力、

第六項 沒收ノ客觀的科刑手續……………七一三

沒收ノ客觀的科刑手續、

第七項 沒收ノ範圍……………七一四

沒收ノ範圍、物件ノ一部ヲ沒收スル場合ニ於テ沒收ニ係ラサル部分トノ關係、沒收判決ノ執行、沒收物件ノ處分手續、

第五節 法典第一編第二章刑各條說明……………七一九

本法第一編第二章各條說明、刑名ニ關スル新刑法修正ノ要點、科刑ノ量定標準、刑法第九條、死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料、刑法第十條、刑法第十一條、刑法第十二條、刑法第十三條、刑法第十四條、刑法第十五條、罰金ヲ減輕シタル最寡額、稅額ヲ基礎トスル罰金額ノ算定法、刑法第十六條、刑法第十七條、刑法第十八條、罰金併科ト刑法第十八條、舊刑法總則ノ適用ト刑法第十八條トノ關係、刑法第十九條、犯罰行爲ヲ組成シタル物、犯罪行爲ニ供シタル物、犯罪行爲ニ供セントシ

タル物、犯罪行為ヨリ生シタル物、犯罪行為ニ因リ得タル物、偽造文書ト其所有權、刑法第一百五十七條ニ規定スル公正文書ト沒收、犯罪行為ヨリ生シタル物、同一物件ニ付沒收ノ理由ニ簡以上存スル場合ニ於ケル疑律、刑法第二十條、刑法第二十一條、未決拘留日數ノ通算、未決拘留日數通算ニ關スル條件、未決拘留日數ト罰金、科料、無期自由刑トノ通算、未決拘留日數ノ通算ト上訴審裁判トノ關係、舊刑法ノ適用ト本條トノ關係。

第六節

期間計算……………七七一

期間計算、刑法第二十二條、刑法第二十三條、刑法第二十四條。

第三章

法律上及裁判上ノ刑量……………七七四

法律上及ヒ裁判上ノ刑量

第一節

裁判官ニ屬スル刑ノ量定……………七七四

裁判官ニ屬スル刑ノ量定、雙對的刑罰規定ノ制度、裁判官カ刑ヲ量定スルニ付テノ標準、裁判官ニ屬スル刑ノ量定、

第二節

刑ノ變更……………七七九

刑ノ變更、

第一項

刑ノ加重……………七七九

刑ノ加重、

第一款

刑ノ一般加重ノ原因……………七八一

刑ノ一般加重ノ原因、

第一 累犯

……………七八一

累犯、累犯ニ關スル新刑法修正ノ要點、本法累犯ノ規定ト他ノ法律ノ罪ヲ犯シタルモノトノ關係、裁判所構成法第十六條ノ第一項第五號ト累犯加重トノ關係、新刑法累犯規定ノ除外例、刑法第五十六條、累犯時効ノ起算點、刑法施行法第七條、刑法施行法第十二條、缺席判決ト再犯加重、刑法第五十七條、刑法第五十八條、本條ノ適用問題、刑法第五十九條、三犯以上ノ意義、

第二 併合罪

……………七九七

併合罪、併合罪ノ處分ニ關スル諸主義、吸收主義ノ缺點、吸收主義ヲ採レル場合、制限加重主義ヲ採レル場合、併科主義ヲ採レル場合、刑法第四十五條、刑法第四十六條、刑法第四十七條、刑法第四十八條、刑法第四十九條、刑法第四十九條第二項ノ準用、刑法第五十條、刑法第五十一條、刑法第五十二條、刑法第五十三條

第二款 特別加重ノ原因……………八一九

特別加重ノ原因、

第二項 刑ノ減免……………八一九

刑ノ減免、

第一款 一般減免ノ原因……………八二三

一般減免ノ原因、自首及首服、刑法第四十二條、自首、數個ノ犯罪中
其一ニ對スル自首ノ效力、巡查ニ對スル自首ノ效力、自首ト自白ト
ノ區別、首服、酌量減輕、刑法第六十六條、新舊刑法ノ比照
ト酌量減輕トノ關係、刑法第六十七條、

第二款 特別減免ノ原因……………八三三

特別減免ノ原因、

第三節 加減例……………八三三

加減例、刑法第六十八條、刑期ノ減輕ト刑期計算法トノ關係、
刑法第六十九條、刑法第七十條、刑法第七十一條、刑法第七十
二條、

第四節 未決拘留日數ノ通算……………八四二

未決拘留日數ノ通算

第四章 刑ノ消滅原因……………八四二

刑ノ消滅原因、

第一節 刑ノ消滅原因ニ關スル概念……………八四三

刑ノ消滅原因ニ關スル概念、犯人ノ死亡、罰金ノ徵收ト受刑者ノ
死亡トノ關係、自首全免、刑ノ執行猶豫ノ完成、

第二節 恩赦……………八四八

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

第三節 消滅時效……………八五二

消滅時效、時效ヲ認ムル理由、

第一項、公訴時效……………八五四

公訴時效、期間、期間ノ開始、期間ノ中斷、

第二項 刑ノ執行時効……………八五六

刑ノ執行時効、 刑法施行前ノ法令ノ刑ニ處セラレタル者ト刑ノ時効、
刑法第三十一條、 刑法第三十二條、 刑法第三十三條、 刑法第三
十四條、

第五章 刑ノ執行猶豫……………八六四

刑ノ執行猶豫、 刑法第二十五條、 刑ノ執行猶豫ニ關スル要件、
刑法施行後ニ於テ舊刑法ノ刑ニ處ス可キ者ト刑ノ執行猶豫トノ關係、
刑ノ執行猶豫ト附加刑、 刑法第二十六條、 刑ノ執行猶豫ノ取消、
刑法第二十七條、 刑ノ執行猶豫ノ效力、 刑ノ執行猶豫ニ關スル手
續規定、 舊法ニ因リ言渡ヲ受ケタル刑ノ執行猶豫ノ效力、

第六章 假出獄……………八八二

假出獄、 刑法第二十八條、 假出獄ヲ許スニ付テノ條件、 刑法第
二十九條、 假出獄處分ノ取消、 刑法第三十條、 假出場、 刑法
施行前ノ法令ノ刑ニ處セラレタル者ト假出獄

新刑法論總則目次終

新刑法論

法學士 小疇 傳著

總則

緒論

第一章 刑法及ヒ刑法學

第一刑法 Das Strafrecht トハ 犯罪 Das Verbrechen ト云フ事實ニ對シ刑罰 Die
Strafe ト云フ法律上ノ結果ヲ結付クル國家ノ法規ヲ總稱ス凡ソ法ハ一定ノ
事實(原因)ニ對シテ之ニ伴フヘキ法律上ノ結果ヲ規定スルモノナリ而シテ
刑法ハ犯罪ト云フ事實ニ對シテ刑罰ト云フ法律上ノ結果ノ伴フヘキコト

總則 緒論 第一章 刑法及ヒ刑法學

ヲ規定スルモノニシテ例ヘハ刑法第九十九條ニ於テ「人ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ニ處ス」ト規定セルハ殺人ノ罪ト云フ犯罪ト之ニ伴フヘキ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ト云フ法律上ノ結果トヲ定ムルモノニシテ此ノ關係ヲ規定スル法條ハ刑法上ノ規定ト云フヘキナリ

客觀的觀

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

主觀的觀

刑法ニ特有ナル事實ハ犯罪ニシテ犯罪トハ不法行爲 *Das Unrecht* 即チ責任アル違法行爲ノ一種ナリ次ニ刑法ニ特有ナル法律上ノ結果ハ刑罰ニシテ

刑法ノ二大綱目

刑罰トハ國家カ不法行爲ノ責任者ニ對シ其人カ法律上保護セララルル利益 *Das Rechtsgut* ニ科スル所ノ侵害ナリ之レ刑罰カ他ノ法律上ノ結果ト異ナル所ニシテ犯罪ト刑罰トハ實ニ刑法ノ二大綱目ヲ形ツクルモノト謂フヘキナリ

刑法學

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

スルモノナルモ傍ラ其補足トシテ純粹ナル法理ニ關スルモノノ幾分ニ付
テモ亦説明スル處アルヘキナリ

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

第二章 刑法ノ沿革

太古ヨリ今日ニ至ル各國刑法ノ沿革ヲ案スルニ大凡ソ左ノ時代ヲ經過シ
タルカ如シ

第一 人類群居時代ノ復讐主義

太古時代ニ於テハ人々互ニ群居スルニ止マリ國ト云フ觀念ナク又刑法ト
云フ法律規定ナク各人ハ自己ノ意思及勢力範圍ヲ侵害シタル者ニ對シテ
其侵害者ノ意思及勢力範圍ニ攻撃ヲ加ヘ以テ復讐ヲ遂ケタルニ過キサリ
シナリ (ein malum passionis quod infligitur propter malum actionis 惡シキ行爲ニ對シ
テ報ユル所ノ侵害)

第二 血族團體 Blutsgegenschaften ニ於ケル神ノ命令主義

太古時代ニ於ケル人類群居ノ時代ニ次キ同一ノ血族カ相集ツテ各團體ヲ
組織スルニ至リ團體ノ安寧ハ神ニ依テ保護セラルトノ觀念ヲ生シ此ノ團
體員又ハ團體外ノ者カ團體ノ安寧ヲ妨害スルトキハ神ノ意思ニ逆フモノ

ナリトシ其團體員ヲ團體外ニ追放シ又團體外ノ者ニ對シテハ其妨害者及ヒ其所屬ノ血族團體全體ト相戰ヒ而シテ此等追放及ヒ異族間ノ戰鬥ハ神ノ命令ニ出ツルモノナリトノ信仰ヲ有シタリ當時血族團體ハ水草ヲ逐フテ移住シ別ニ一定ノ土地ニ定居セサリシモ其後社會ノ發達ト共ニ各團體カ一定ノ土地ニ居住シ且ツ其團結モ純粹ナル同一血族ノミヲ以テ組織スルコトヲ得サルニ至リ從前ノ如ク犯罪者ヲ無制限ニ追放又ハ殺戮スルコトヲ止メ最モ重キ者ニ對シテハ死刑ヲ科シ其他體刑無期又ハ有期ノ追放、財産刑ヲ科シ又異族間ノ復讐 *die Blutrache* ニ代フルニ被害血族團體ニ對シテ他方ヨリ贖罪金 *das Sühngeld* ヲ支拂フコトトセリ

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

第一第二ノ時代ヲ經過シテ今日ノ國家組織ヲ認ムルニ至リ國家ハ自己生存ノ必要上犯罪鎮壓ノ手段トシテ犯人ニ對シ刑罰權ヲ行使スルコトトシ而シテ此刑罰權ノ行使ニ付テハ一定ノ條件ヲ設ケ特定ノ條件ノ下ニ(一定

ノ犯罪ニ對シ(特定ノ刑罰ヲ科スルコトトシ且ツ此カ行使ヲ裁判官 *der Richter* ニ委ヌルニ至レリ

次ニ帝國刑法ノ沿革ヲ略述センニ吾刑法ハ前記ノ第一第二時代ヲ經過シタル後始メテ彼ノ隋唐ノ制度ヲ模倣シタル成文法(大寶律令)出タルモ當時此等ノ律令ハ單ニ其形式ニ於テ存在シタルノミニシテ現實ニ行ハレタルヤ否ヤハ頗ル疑問ニ屬ス其後政權武門ニ移リテヨリ徳川氏ノ亡フルニ至ル迄其間ニ於テ貞永式目建武式目徳川百ヶ條等ノ如キ武斷的刑法行ハレタルモ遂ニ明治ノ初年ニ至リ王政復古ト共ニ支那系統ニ依レル刑法主義復活シテ新律綱領又ハ改定律令ノ編纂トナリ明治十五年一月一日ヨリ支那系統ニ依ル所ノ改定律令ヲ廢シテ佛人ボアソナード氏其他當時編纂ニ從事シタル我起草委員ノ手ニ成リタル歐洲主義ノ舊刑法(明治十三年七月布告第三十六號)カ施行セラルルニ至リタリ其後舊刑法ノ規定中大ニ改正ヲ要スルモノアルコトヲ認メ政府ハ改正刑法案ヲ帝國議會ニ提出スルコ

ト第一帝國議會以來前後五回ニ亘リ數回ノ修正ヲ重ネタル結果現行改正
刑法ハ遂ニ第二十三議會ノ協賛ヲ經テ明治四十年法律第四十五號ヲ以テ
公布セラレ明治四十一年十月一日ヨリ實施セラルルニ至リタリ(第二十三
帝國議會ニ提出サレタル改正刑法案ハ司法省内ニ法律取調委員會ヲ設置
シ朝野ノ學者及ヒ實務家中ヨリ三十五名ノ委員ヲ選任シ同委員會ニ於テ
審議ヲ經タルモノニシテ明治四十年一月同法案ヲ議會ニ提出シ貴衆兩院
ニ於テ多少ノ修正ヲ加ヘ兩院協議會ヲ開キタル末明治四十年三月二十三
日兩院協議案成立シ同月二十五日同協議案ノ通り可決シ後裁可ヲ經テ同
年四月二十四日現行刑法典ノ公布ヲ見ルニ至リタルモノニシテ同法ハ明
治四十一年勅令第六十三號ヲ以テ同年十月一日ヨリ施行セラレタリ)

第三章 刑事政策ノ本領

第一節 刑法ニ於ケル利益保護ノ方法

一 法益 Rechtsgut. ト 法律規定 Norm

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

衝突スヘシ此ノ人類相互ノ生活關係ヨリシテ一方カ他方ニ對シテ自己ノ意思ノ實行ニ必要ナル他人ノ作爲又ハ不作爲ヲ要求スルノ利益ヲ生ス例ヘハ借家人ハ借家ヲ自己ノ爲メニ利用センコトヲ欲シ債主ハ負債者ヨリ貸金ノ返濟セラレンコトヲ欲シ自己ノ製作品ハ他人ニ依リ押領又ハ毀損セラレサルコトヲ欲シ商家ハ自己ノ有名ナル商號ヲ他人ノ爲メニ擅用セラレサルコトヲ欲シ又國家ハ個人ニ對シテ兵役納稅等ヲ要求シ人民ハ國家ニ對シテ言論文章ノ自由ヲ要求スルカ如シ此等各自ノ自由ナル欲望ヲシテ爭鬪ニ終ラサシムル爲メニハ此ノ生活關係ニ於ケル秩序ヲ必要トス即チ國家ハ各自ノ自由意思ヲ制限シテ一方ノ利益ハ認メテ之ヲ保護シ他方ノ利益ハ之ヲ認メス其欲望ヲ拒絶スルコトヲ要ス

此ノ如ク人類生活上ノ利益ニ對シテ一ハ法律上之ヲ保護シ他ハ之ヲ禁止スルモノハ法規 *die Rechtsordnung* ナリ即チ法規ハ各自ノ意思實行ヲ制限シテ意思實行ノ自由ナル範圍殊ニ他ニ對シテ意思ヲ強制(作爲又ハ不作爲)シ

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

法律ノ強制

二、法律ノ強制 *die Rechtszwang*

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

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

刑罰ノ目的

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

一般的防

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

與害者ニ足

シテ法規ノ違犯ヲ禁止スルコトニ關スル知覺ヲ強固ナラシムルニアリ
(一般ノ豫防 Generalprävention)
第二 犯罪ノ被害者ニ對シテハ被害者ノ被ムリタル不法ナル侵害ハ必ス復讐セラレ決シテ不問ニ附セラルヘキモノニアラサルコトヲ示シ依テ以テ被害者ニ満足ヲ與フルニアリ

特別的防

第三 特ニ犯罪者自身ニ對シテハ左ノ目的ヲ有ス(特別ノ豫防 Specialprävention)
イ 犯罪者ヲシテ再ヒ社會ノ有用ナル組織員トナスコト換言スレハ刑罰ノ執行ニ依テ犯罪者ヲ畏嚇(Abschreckung) 改善(Besserung) スルコト即チ犯人カ苦痛ヲ恐ルルノ結果又ハ犯人カ改心遷善ノ結果再ヒ罪ヲ犯ササルニ至ルコト

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

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

刑法ノ補
充的性質

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

シテモ補充的ニ其遵守ヲ強制スル所ノ性質ヲ有ス

第二節 犯罪ノ原因及ヒ種類

犯罪ノ原
因及ヒ種
類

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

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

犯罪發生
ノ二條件

犯罪社會
學

犯罪生物
學

犯罪學

犯罪人ノ種類

スルコトヲ知覺スヘシ而シテ此ノ二箇ノ條件關係カ異ナルニ從ツテ犯罪ノ現象及ヒ性質ヲ異ニスト雖トモ此ノ關係ハ大凡ソ左ノ二個ノ種類ニ分ツコトヲ得ヘシ

偶發犯

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

必然犯

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

(職業犯)

社會政策

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

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

第三節 刑事政策ノ目的

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

刑事政策ノ目的

刑事政策ノ應用トシテ注意スヘキ點

懲罪不檢

トニ依テ犯人カ再ヒ罪ヲ犯スコトヲ防止スルニアリ

刑事政策ノ應用トシテ刑罰ニ關シ最モ注意スヘキ要點ノ概要ヲ示セハ大凡ソ左ノ如シ

- 一 短期ナル拘禁刑ハ犯人ヲ畏嚇改善シ又ハ社會ヨリ分離スルノ目的ニ適セス故ニ此ノ種ノ刑罰ニ代フルニ強制的勞働、名譽刑、外出止、公衆集合ノ場所ニ立入ルコトノ禁止、管刑等ヲ以テスルコトヲ至當トス
 - 二 被害ノ僅少ナルモノニ付テハ之ヲ處罰セサルヲ可トス (*minima non curat praetor* 裁判官ハ最少ノ事件ニ干涉セス)
- 法益侵害ノ僅少ナルモノニ付テハ之ヲ訴追セストノ訴訟法上ノ規定ヲ設クルカ(便宜訴追主義)此ニ反對スル主義ヲ法定訴追主義 (*subsistentia praeiudicij*) ト稱ス(若クハ法益侵害ノ輕微ナルモノニ付テハ之ヲ處罰セストノ實體法上ノ規定ヲ設クルヲ可トス(輕微ナル侵害無罪主義)而シテ現行法上此ノ種ノ規定ヲ見スト雖モ檢事ハ自己ノ責任ニ於テ公益ノ

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

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

條件付判
決

スルノ傾キアリ

我國ニ於テモ亦此ノ制度ヲ設ケ明治三十八年三月法律第七十號ヲ以
テ刑ノ執行猶豫ニ關スル法律ヲ公布シ之ヲ實施シタルモ改正刑法ニ
於テハ之ニ幾分ノ修正ヲ加ヘ刑法典總則中ニ規定スルコトニ改メタ
リ(刑法第一編第四章刑ノ執行猶豫參照)

刑ノ執行
猶豫ニ關
スル法律

四 幼年者ノ犯罪ニ付テハ可成自由刑ニ代ユルニ國家ノ強制的教育ヲ以
テ犯人ヲ改善スルコト(舊法ハ刑法典中ニ幼年者ニ對スル懲治場留置
處分ノ規定ヲ設ケタルモ改正刑法ハ之ヲ削除シ此種ノ處分ハ行政處
分トシテ特別法ノ規定ニ讓リタリ感化法參照同法ハ明治四十一年法
律第四十三號ヲ以テ改正削除セラレタリ)

幼年犯罪
ニ對スル
強制的
教育

五 立法上及ヒ法律ノ適用ニ付テモ犯人ノ特質ニ應シテ其刑罰ヲ科スル
コトヲ要ス故ニ偶發犯人ニ付テハ刑罰ノ畏嚇ノ目的ヲ達スルヲ以テ
足レリトス從テ例ヘハ舊刑法第二百九十二條ノ如ク謀殺ニ對シ常ニ

死刑ヲ科スルコトハ不當ノ規定ナリト云ハサルヘカラス(改正刑法第百九十九條參照)又罰金刑ハ可成換刑ヲ禁シ犯人ノ財産ノ程度ニ應シテ之ヲ科スルコトニ依テ其目的ヲ遂クルコトヲ得ヘシ(改正刑法第十八條施行法第五十條參照)

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

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

八 刑罰ノ目的ヲ達スル爲メニハ刑罰ヲ宣告スル機關ト刑罰ヲ執行スル機關ト互ニ相關連スルコトヲ要ス而シテ刑罰ヲ宣告スルニ當リ其刑期ヲ確定セス刑ノ宣告後其犯人ノ性情ヲ探究シテ法律上定メラレタル刑期ノ範圍内ニ於テ其犯人ニ適合スル刑期ヲ確定スル制度即チ不確定ノ刑事裁判 *unbestimmte Strafzeit* ト稱スル制度ノ可否及ヒ此ノ制度ヲ採用スヘキ場合ニ付テハ今猶ホ學者間ニ爭ヒアル所ナリト雖トモ既ニ北米合衆國ノ諸州ニ於テハ此ノ制度ヲ實行シ着々實效ヲ奏シツツアリ而シテ此ノ制度ヲ賛スル者ノ内ニモ最後ニ於ケル刑期ノ確定ヲ(一)以前刑ヲ宣告シタル裁判所ニ留保スルモノト(二)裁判所以外ノ特別ナル官廳刑ノ執行官府ニ委任スヘシトノ二說アリ

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

刑罰ノ目的ヲ遂行スルニ付テ當然左ノ如キ制限アルコトヲ注意セサルヘカラス

- 一 假令社會一般ノ利益ヲ保護スル爲メナリト雖トモ之カ爲メニ個人ノ自由ハ無制限ニ之ヲ剝奪スルコトヲ許サス而シテ此カ制限ハ各時代ニ於ケル國家的觀念ノ異ナルニ從フテ自カラ差異アルヘシト雖モ法治國 *Rechtsstaat* ニ於テハ刑罰ト云フ苦痛ヲ犯人ニ科スルニハ必ス豫メ法律ニ於テ規定セラレタル行爲ヲ行フコトニ依テ行爲者カ國家ニ對抗スル場合ニ限ルヘキモノナリ
- 二 立法ハ當時國民ノ法律的概念ニ基クコトヲ要スルト同時ニ又一面ニ於テ漸次ニ之ヲ啓發スルノ目的ヲ有セサルヘカラス
- 三 刑罰ノ效果ハ單ニ犯人ニ對スルノミナラス社會一般ニ對スル效果ニ付テモ常ニ着眼セサルヘカラス從テ其一方ニ偏スルコトナク全般ノ效果ヲ收ムルコトヲ務メサルヘカラス(例ヘハ偶發犯人ニ對シテ無限

ニ苛酷ノ苦痛ヲ與ヘ又ハ必然犯人ニ對シテ殘酷ナル苦痛ヲ與フルカ如キハ共ニ其宜シキヲ得タルモノト云フヘカラス)

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

第四節 刑罰ノ法律的基本及ヒ目的ニ

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

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

必要主義

又ハ必要主義 Absolute oder Nothwendigkeitstheorie) 刑罰ノ目的ハ社會全般、被害者及ヒ犯罪人ノ三個ノ方面ヨリ觀察シ得ヘキコトハ前節ニ於テ説明シタルカ如シ從テ爰ニハ單ニ本問ニ關スル普通ノ學說ヲ紹介スルニ止ムヘシ希臘時代ヨリ十九世紀ニ至ル迄一般ノ學者ハ刑罰ノ目的ハ社會全般ニ對スル畏嚇及ヒ犯罪人ノ改善、分離ニ存スルモノトシタルモ十九世紀ノ初メニ於テ刑罰ノ基本ニ付テ二個ノ說ヲ生シ一ハ刑罰ハ單一ナル目的ノ爲メニ存スルモノトシ(双對主義 die relative Theorie)フオイエルバハ氏ニ依テ始メテ主張セラレ他ハ刑罰權ノ基本ヲ哲學的ニ論究スルモノニシテ(絶對主義 die absolute-Theorie)カント氏ヘーゲル氏ニ依テ唱導セラレタルモノナリ而シテ双對主義ノ内ニハ一、社會全般ニ對スル犯罪防止主義(此ノ内ニモ更ニイ)刑罰ノ豫告ニ於テ畏嚇スト云フ主義ト(ロ)刑罰ノ執行ニ依テ畏嚇スト云フ主義ノ別アリ(二)各犯罪人ニ對スル犯罪防止主義(此ノ内ニモイ)刑罰ノ執行ニ依リ犯罪人ヲ畏嚇スト云フ說ト(ロ)犯罪人ヲ改善スト云フ說ト(ハ)犯

双對主義

絶對主義

共同的
對主義

目的刑

報酬刑

報酬主義

罪人ヲ分離スト云フ說ト(三)犯罪人ヲ監督スト云フ說トノ別アリ(要之以上ノ双對主義ハ何レモ刑罰ノ目的カ狹マキニ失シ犯人ノ特質カ異ナルニ從ツテ各其主義ヲ貫徹スルコト能ハサルノ誹ヲ免カレス吾輩ハ刑罰ハ三箇ノ目的ヲ有ストノ說ニ贊ス此ノ說ヲ稱シテ共同的雙對主義 Zusammenge-
tzte relative Theorieト謂フ而シテ此ノ主義ニ於ケル刑罰ヲ稱シテ目的刑 Zweck-
strafeト謂フヘク反之刑罰ハ犯罪ニ對スル報酬ナリトノ主義ニ於ケル刑罰ヲ報酬刑 Vergeltungsstrafeト稱ス報酬主義(又ハ應報主義報復主義トモ謂フ)中
ベル子ル氏等ノ主張スル所ニ依レハ刑罰ハ犯罪行為ニ關スル責任ノ程度ニ應シテ輕重スヘキモノニシテ罪ノ重キモノハ刑罰モ重ク換言スレハ犯
罪ニ依ル法益侵害ノ程度ニ應シテ刑罰ヲ輕重シ隨テ例ヘハ殺人罪ノ刑罰ハ身體毀損罪ヨリモ常ニ重ク強盜ノ刑罰ハ竊盜ノ刑罰ヨリモ常ニ重シト
云フカ如シ此ノ如ク法益侵害ノ程度ニ依テ罪ノ輕重ヲ定ムルモノナリ反
之目的主義ハリスト氏等ノ主張スル所ニシテ此ノ主義ニ依レハ刑罰ノ輕

重ハ犯罪行為ニ依テ立證セラルル所ノ各犯人ノ犯罪の性情ノ程度ニ應シテ定ムヘキモノニシテ單ニ客觀的行爲ノ程度ニ依テノミ定ムヘキモノニアラスト云フニアリ而シテ報酬主義ニ依レハ刑法中累犯加重及ヒ犯人ノ主觀的情狀ニ基ク減輕等ノ規定ハ之ヲ説明スルコトヲ得サルノミナラス犯罪ニ關スル犯人ノ責任ハ單ニ客觀的犯罪ノ結果ニ依テノミ之ヲ定ムルコトヲ得ス主觀的犯人ノ性情ニモ基カサルヘカラス

現時ノ立法ニ於テ採ル可キ法義

然レトモ法律ヲ以テ豫メ犯人ニ對スル科刑(處罰)ヲ定ムルニ當リ全然主觀的犯人ノ性情ニノミ着目シ法益侵害ノ種類程度ニ應シテ豫メ法定刑ノ範圍ヲ定ムルコトナクハ刑ノ量定ニ關シテ裁判官ヲシテ無制限ナル擅横ヲ演セシムルノ弊害ヲ生スルノ恐ナシトセス由是觀之目的主義ト報酬主義トハ元ヨリ其立脚點ヲ異ニスト雖モ現時ノ立法ニ於テハ全然目的主義ノミニ依ルヘキニアラス傍ラ報酬主義ヲモ加味セサルヲ得サルナリ應報主義ヲ採ル者ノ中ニ主觀的犯人ノ性情ニモ着目シ其性情ノ惡性ナル程度

改正刑法ノ採リタル主義

ニ應シテ重キ刑ヲ科スルハ應報刑ノ本旨ニ適合スルモノナリト説ク者アルモ若シ斯ノ如ク解スルトキハ應報刑ト目的刑トハ單ニ名稱ノ爭タルニ止マリ其主義ノ實質ニ於テハ毫モ差異ナキニ終ルヘキナリ而シテ改正刑法ハ犯罪處罰ニ關シテ犯人ノ主觀的性情ニ重キヲ置キ刑ノ執行猶豫假出獄累犯加重其ノ他犯人ノ性情ニ基キ刑ヲ減免スルノ制ヲ設ケ第三編以下各本條ニ於テ各罪ニ科スヘキ法定刑ヲ定ムルニ付テモ舊刑法ニ比シテ大ニ刑ノ量定範圍ヲ擴張シタリト雖モ各種ノ犯罪ニ對シ法益侵害程度ノ大小ニ應シテ豫メ法定刑ノ輕重ヲ定メタルニ由テ觀レハ改正刑法ハ全然報酬刑ノ主義ヲ排斥シテ目的刑ノ主義ノミヲ採リタリト云フコトヲ得サルナリ又目的主義ヲ唱ル者ノ中ニ犯罪中法益侵害程度ノ大ナルモノニ對シ重キ刑ヲ科スルハ即チ犯人ノ惡性(非社會性)大ナル者ニ對シ重キ刑ヲ科スル所以ニシテ犯罪ニ依テ大ナル法益ヲ侵害シタル者ハ大ナル惡性ヲ有スルコトヲ證スト謂ヒ得ヘキナリト説明セリ(即チ同論者ニ關スル部分ヲ披

總則 緒論 第三章 刑事政策ノ本領 第四節 刑罰ノ法律的基本及七日 二九
的ニ關スル諸學說

萃スレハ下ノ如シ刑罰ヲ以テ犯罪ヲ豫防スルハ社會ノ秩序ヲ維持スルカ爲メナリ刑罰ノ程度ハ犯人ノ非社會性ノ大小深淺ニ因リテ之ヲ決定セサルヘカラス非社會性ノ大小ハ犯人ノ侵害スル法益ノ社會秩序上ニ於ケル價值ノ大小ニ因リテ定マルヘキモノトス蓋シ其當時ニ於ケル社會秩序上最重要ナル地位ヲ有スル法益ヲ侵害スル者ハ之ニ比シテ劣等ナル法益ヲ侵害スル者ヨリモ社會秩序ヲ攪亂スルノ傾向即チ非社會性ノ大ナルコト明白ナルカ故ニ之ニ從テ刑罰ノ程度モ亦大ナルニアラサレハ其非社會性ヲ抑壓シテ將來ノ犯罪ヲ豫防スルノ目的ヲ達スル能ハサルヘシト然レトモ犯人ノ惡性ハ必スシモ法益侵害ノ大小ニ正比例ヲ保ツヘキモノニアラス例ヘハ改正刑法ニ於テ人ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ニ處シ改正刑法第九十九條舊刑法第二百九十二條第二百九十四條對照強盜ノ罪ヲ犯シタル者ハ五年以上ノ有期懲役(即チ五年以上十五年以下ノ懲役)ニ處シ改正刑法第二百三十六條舊刑法第三百七十八條第三百

七十九條對照殺人ノ罪ノ最重刑ハ死刑ナルモ其選擇刑ノ一タル有期懲役ノ最短期ハ強盜ノ罪ニ科スヘキ刑タル有期懲役ノ最短期ヨリモ輕クシ法益侵害ノ大小ヲ標準トシテ法定刑ヲ定ムルニ當リ宣告刑ノ輕重ト犯人惡性ノ程度ト正比例ヲ保タシメントラ注意シタルノ跡誠ニ明ラカナリトス而シテ法益侵害ノ程度ハ客觀的標準ニ依テ之ヲ判定スヘク犯人ノ惡性ハ主觀的標準ニ依テ之ヲ識別スヘク二者全ク其觀察ノ根據ヲ異ニス故ニ比較的大ナル法益ヲ侵害シタル者ニ對シ常ニ比較的重キ刑ヲ科スルニアラサレハ犯人ヲ畏嚇又ハ改善スルコトヲ得スト云フノ理ナシ要スルニ叙上ノ論者ハ目的主義ノ觀念ト報酬主義ノ觀念トヲ混同シタルモノト云ハサルヘカラス殊ニ改正刑法ニ於テ未遂ハ總テ既遂ト等シク之ヲ處罰スルコトトセス(改正刑法第四十三條第四十二條參照)又第二編以下ニ於テ同種ノ犯罪ニシテ單ニ其行爲ノ結果タル法益侵害ノ大小ニ依リ(大ナル結果ニ對スル犯意ヲ必要トセスシテ)法定刑ヲ輕重スル規定ヲ設クルカ如キ例ヘ

ハ改正刑法第十一條第一項ニ於テ第九條第二項ノ罪ヲ犯シ因テ第八條ニ記載シタル物ニ延焼シタルトキハ三月以上十年以下ノ懲役ニ處シ第九條第二項ニ規定スル六月以上七年以下ノ懲役ニ比シ重キ法定刑ヲ科シタルカ如シ其他同法第十一條第二項第二百三條第二百四條第二項第二百六條第二項第二百七條第二百四十五條第二百四十六條後段第八十一條第九十六條第二百五條第一項第二百十六條第二百十九條第二百二十一條第二百四十條第二百四十一條後段第二百六十條後段等皆然リ加之同法第九條第二項ニ於テ假令自己ノ所有ニ係リ人ノ現在セサル建造物ヲ燒燬スルモ因テ公共ノ危險ヲ生セサルトキハ之ヲ罰セサルカ如キ故意アル行爲ノ結果タル法益侵害程度ノ大小ニ依リ之カ處罰ノ有無ヲ決シタルニ由テ觀レハ(其他同法第一百七條第一項第一百八條第一百十九條等皆然リ)改正刑法ハ科刑ニ關シ全然報酬主義ヲ排斥シタルモノニアラサルコトヲ伺ヒ知ルヘキナリ要之改正刑法ハ科刑ニ關シ舊刑法

ニ比シテ多ク目的主義ヲ採用シタルコト明カナリト雖モ亦一面ニ於テ應報主義ヲ加味シタルモノト云ハサルヘカラス(而シテ科刑ノ量定標準ニ關スル私見ニ付テハ本著總則第二卷第二章第六節冒頭參照)

第四章 刑法ノ淵源

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

シアノ刑法典ノ如キ又然リ則チ此時代ニ於テハ裁判官ハ法律適用ノ機關タルト同時ニ一面ニ於テハ立法者タリシナリ然ルニ其後ニ至リ斯ノ如ク裁判官ニ立法權ヲ許スコトノ危險ナルコトヲ慮リ一時ハ犯罪項目ハ勿論刑罰ノ程度ニ至リテモ總テ成文法ヲ以テ之ヲ規定シ文字ニ依テ裁判官ヲ拘束シ法文ノ解釋ヲモ禁セント欲スルニ至リタリ即チ紀元千七百九十一年九月三日彼ノ佛國憲法公布ノ時以來行ハレタル主義(法定主義)之レナリ然レトモ此ノ如ク刑罰ノ程度ニ付テモ尙ホ裁判官ノ自由採量ヲ許ササルコトトスルトキハ同一罪名ノ犯罪中ニテモ其所犯情狀ニ關シテ種々ノ階級アルカ故ニ其間少シモ裁判官ニ刑罰ノ程度伸縮ノ自由ヲ與ヘサルハ刑罰ノ目的ヲ達スルノ所以ニアラサルコトヲ慮ルニ至リ茲ニ於テ犯罪ノ項目ハ之ヲ動カス可カラサルモノトスルモ刑罰ニ至リテハ或ル程度ヲ限リテ裁判官ニ伸縮ノ自由ヲ許シ且ツ法律ヲ科學的ニ解釋スルコトヲ許スニ至リタリ之レ佛蘭西刑法及ヒ之ヲ模倣シタル歐洲諸國及ヒ我カ改正刑法

法定主義

折衷主義

ノ採用スル所ナリ(舊刑法亦然リ)

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

舊刑法第二條

裁判上ノ慣例ノ效力

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

此ノ如ク刑罰法規ノ淵源ハ成文法ニ限ルカ故ニ刑法ハ民法ト異ナリ類似解釋 Analogy ヲ許サス故ニ例ヘハ改正刑法第百八十三條第一項前段ノ規定

ハ夫カ妻以外ノ婦人ト通シタル場合ニ準用スルコトヲ得ス(但シ全ク例外トシテ法規ニ於テ此ノ類似解釋ヲ許ス場合アリ例ヘハ改正刑法第百十四條ニ於テ火災ノ際鎮火用ノ物ヲ隱匿又ハ損壞シ若クハ其他ハ方法ヲ以テ云々ト規定スルカ如シ同法第百二十一條第百二十五條ニ於テモ亦同様ノ規定アリ)然レトモ類似解釋ヲ許ササル範圍ハ犯罪タルヘキ事實並ニ刑罰ヲ制定スルコトニ關スル範圍内ニ限ルヘク(即チ國家ノ刑罰權ヲ發生スル範圍ニ限ル)反之刑罰權ヲ排除シ又ハ廢止シ又ハ輕ク變更スル範圍ニ於テハ此種ノ解釋ヲ禁止スルコトヲ得ス從テ例ヘハ改正刑法第四十三條ニ於テ實行者ノ任意ナル中止ニ對シ其刑ヲ減輕又ハ免除スル趣旨ノ規定ハ教唆、從犯者カ正犯ニ依テ與ヘラルヘキ結果ノ發生ヲ自カラ任意ニ防止シタル場合ニモ適用アルヘク從テ其刑ヲ減輕又ハ免除スヘキモノト解スルコトヲ得ヘシ其他改正刑法第四十二條第百七十條百七十三條ノ如キ實行者ニ對スル刑ノ減輕又ハ免除ニ關スル規定ハ教唆、從犯者ニモ適用アルヘク

改正刑法第五條ニ於テ本章ノ罪(犯人藏匿及ヒ證憑湮滅ノ罪)ハ犯人又ハ逃走者ノ親族ニシテ犯人又ハ逃走者ノ利益ノ爲メニ犯シタルトキハ之ヲ罰セストノ規定ハ此等特別ノ身分アル者カ實行者タル場合ノミナラス本章ノ罪ヲ教唆又ハ幫助シタル場合ニモ適用アルヘキナリ其ノ他同法第二百四十四條第一項第二百五十一條ニ規定スル親族間ノ竊盜強盜及ヒ詐欺恐喝ノ罪ニ關スル刑ノ免除ニ付テモ亦同様ノ解釋ヲ採ルヘキナリ(獨逸刑法學者ノ通説ニシテ殊ニフランク氏ビンゲング氏ハ此說ヲ採レリ)但シ刑法ノ規定中假令犯罪タルヘキ事實並ニ刑罰ヲ創定スルコトニ關セサルモノナリト雖トモ其規定ノ趣旨ニ於テ類似解釋ヲ許ササルモノアルコトヲ注意スヘキナリ例ヘハ改正刑法第二十五條ニ規定スル二年以下ノ懲役又ハ禁錮ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對スル刑ノ執行猶豫ニ關スル法條ハ罰金拘留料科料ノ言渡ヲ受ケタル者ニ適用スルコトヲ得サルカ如シ故ニ叙上ノ範圍ニ於テモ類似解釋ヲ許スヤ否ヤハ各條規定ノ趣旨ニ鑑ミテ之ヲ判定ス

慣習及
學說ノ
法ニ及
ス間接
力ノホ
効力

ヘキナリ

次ニ慣習ハ刑法ノ淵源タルコトヲ得スト雖モ刑法以外ノ法規ノ淵源トナリ得ルノ結果トシテ間接ニ刑法適用ノ上ニ影響ヲ及ホスコトアリ例ヘハ民法ニ關スル慣習法ニ依リ所有權移轉ノ原因ヲ生シタルトキハ前ノ所有者カ後ノ所有者ヨリ其所有物ヲ竊取スルトキハ竊盜罪ヲ以テ罰スヘキカ如シ又學說ハ刑法ノ淵源タルコトヲ得スト雖モ立法者ハ時トシテハ刑法ノ規定中重大ナル問題ノ決定ヲ學說ニ委ヌルコトアリ從テ學說ハ間接ニ刑法適用ノ上ニ影響ヲ及ホスコトアリ(例ヘハ犯罪ノ未遂中不能犯ヲ處罰セサルコトヲ學說ニ一任スルカ如シ本著總則本論第一卷第二編第一章第二節不能犯參照)

日本刑法
淵源ノ種
類

日本刑法淵源ノ種類 明治十三年七月第三十六號布告舊刑法第二條ニ「法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖トモ之ヲ罰スルコトヲ得スト」規定シ刑法ノ淵源ハ成文法ニ限ルコトヲ明ラカニシタルモ改正刑法ハ此原則ハ別

ニ成文ヲ俟タスシテ明カナリトノ理由ニ依リ之ヲ削除シタリ且ツ憲法第二十三條ニ於テ「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ處罰ヲ受クルコトナキコト」ヲ規定シタリ(帝國ト各締盟國トノ各條約ニ依ルトキハ兩締盟國ノ一方ノ臣民又ハ人民ハ相互ニ他ノ一方ノ領土及ヒ所屬地ニ於テ其身體及ヒ財産ニ對シ内國臣民苦クハ人民ニ附與セラレタルト同様ナル完全ノ保護ヲ享有スヘキコトヲ定ムルカ故ニ各締盟國ノ人民モ帝國臣民ト等シク法律ニ依ラスシテ處罰サルルコトナシ)從テ日本刑法ノ淵源ハ左ノ三個ノ成文法ニ限ラルルナリ第一憲法ノ條規ニ從ヒ帝國議會ノ協賛ヲ經テ制定セラルル所ノ狹義ノ法律(Gesetz in engeren Sinne)(憲法第三十七條參照)第二法律ニ代ルヘキ緊急勅令(憲法第八條)及ヒ法律ノ委任ニ依リ其委任ノ範圍内ニ於テ各行政機關ヨリ發セラルル命令(Verordnung)例ハ明治三十九年法律第三十一號臺灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル件第一條ニ「臺灣ニ於テハ法律ヲ要スル事項ハ臺灣總督ノ命令ヲ以テ之ヲ規定スルコトヲ得」ト規定シ明治

二十三年法律第八十四號命令ノ條項違犯ニ關スル罰則ノ件ニ命令ノ條項ニ違犯スル者ハ各其命令ニ規定スル所ニ從ヒ二百圓以内ノ罰金若ハ一年以下ノ禁錮ニ處ス同年勅令第二百八號明治三十九年勅令第二百五十八號明治四十一年勅令第二百四十五號第一條ニ内閣總理大臣及各省大臣ハ法律ヲ以テ特ニ規定シタル場合ヲ除クノ外其發スル所ノ閣令又ハ省令ニ百圓以内ノ罰金若ハ科料又ハ三月以下ノ懲役禁錮若ハ拘留ノ罰則ヲ附スルコトヲ得第二條ニ地方長官及警視總監ハ其發スル處ノ命令ニ五十圓以内ノ罰金若ハ科料又ハ拘留ノ罰則ヲ附スルコトヲ得ト規定シ明治三十九年勅令第九十六號關東都督府官制第七條ニ都督ハ其職權又ハ特別ノ委任ニ依リ都督府令ヲ發シ之ニ禁錮一年以下又ハ罰金二百圓以内ノ罰則ヲ附スルコトヲ得ト規定セリ猶同官制第八條參照其他現行ノ慣例ニ依レハ國際條約ハ公布ニ依リ國內關係ニ於テ法律ノ公布ト同一視セラルル故ニ國際條約中罰則ヲ規定スルトキハ是亦刑法ノ淵源タルヘキナリ(明治二十九

ニ成文ヲ俟タスシテ明カナリトノ理由ニ依リ之ヲ削除シタリ且ツ憲法第二十三條ニ於テ「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ處罰ヲ受クルコトナキコト」ヲ規定シタリ(帝國ト各締盟國トノ各條約ニ依ルトキハ兩締盟國ノ一方ノ臣民又ハ人民ハ相互ニ他ノ一方ノ領土及ヒ所屬地ニ於テ其身體及ヒ財産ニ對シ内國臣民苦クハ人民ニ附與セラレタルト同様ナル完全ノ保護ヲ享有スヘキコト)ヲ定ムルカ故ニ各締盟國ノ人民モ帝國臣民ト等シク法律ニ依ラスシテ處罰サルルコトナシ(從テ日本刑法ノ淵源ハ左ノ三個ノ成文法ニ限ラルルナリ第一、憲法ノ條規ニ從ヒ帝國議會ノ協賛ヲ經テ制定セラルル所ノ狹義ノ法律(Gesetz in engeren Sinne)(憲法第三十七條參照)第二、法律ニ代ルヘキ緊急勅令(憲法第八條)及ヒ法律ノ委任ニ依リ其委任ノ範圍内ニ於テ各行政機關ヨリ發セララルル命令(Verordnungen)(例ヘハ明治三十九年法律第三十一號臺灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル件第一條ニ「臺灣ニ於テハ法律ヲ要スル事項ハ臺灣總督ノ命令ヲ以テ之ヲ規定スルコト)ヲ得」ト規定シ明治

二十三年法律第八十四號命令ノ條項違犯ニ關スル罰則ノ件ニ「命令ノ條項ニ違犯スル者ハ各其命令ニ規定スル所ニ從ヒ二百圓以内ノ罰金若ハ一年以下ノ禁錮ニ處ス」同年勅令第二百八號明治三十九年勅令第二百五十八號明治四十一年勅令第二百四十五號第一條ニ「内閣總理大臣及各省大臣ハ法律ヲ以テ特ニ規定シタル場合ヲ除クノ外其發スル所ノ閣令又ハ省令ニ百圓以内ノ罰金若ハ科料又ハ三月以下ノ懲役禁錮若ハ拘留ノ罰則ヲ附スルコト)ヲ得」第二條ニ「地方長官及警視總監ハ其發スル處ノ命令ニ五十圓以内ノ罰金若ハ科料又ハ拘留ノ罰則ヲ附スルコト)ヲ得」ト規定シ明治三十九年勅令第九十六號關東都督府官制第七條ニ「都督ハ其職權又ハ特別ノ委任ニ依リ都督府令ヲ發シ之ニ禁錮一年以下又ハ罰金二百圓以内ノ罰則ヲ附スルコト)ヲ得」ト規定セリ猶同官制第八條參照其他現行ノ慣例ニ依レハ國際條約ハ公布ニ依リ國內關係ニ於テ法律ノ公布ト同一視セラルル故ニ國際條約中罰則ヲ規定スルトキハ是亦刑法ノ淵源タルヘキナリ(明治二十九

年日清通商航海條約第六條ニ「日本國臣民旅券ヲ携帯セスシテ清國內地ニ旅行シタルトキハ三百兩ヲ超過セサル罰金ニ處ス」ト規定セリ猶同條約第二十二條參照第三憲法施行以前ニ於テ法律規則命令其他種々ノ名稱ヲ附シテ既ニ發セラレタル諸般ノ法規憲法第七十六條第一項

空白委任法規

刑罰法規中普通ノ罰則ト異ナリテ或ル犯罪ヲ規定スルニ當リ之ニ科スヘキ刑ノ制裁ノミヲ定メ其制裁ノ原因トナルヘキ犯罪事實ヲ確定スルコトナク之カ確定ヲ他ノ法令ニ委任スルモノアリ(此種ノ法規ヲ稱シテビンディング氏ハ空白委任法規 Blanket Gesetz ト謂ヘリ)例ヘハ舊刑法第二編第五章第三節傳染病豫防規則ニ關スル罪第二百四十六條乃至第二百四十九條以上舊刑法ノ規定ハ刑法施行法第二十五條第一項第四號ニ依リ刑法施行後ト雖モ當分ノ内刑法施行前ト同一ノ效力ヲ有スニ規定スル各犯罪ヲ構成スヘキ事實ハ別ニ法令ヲ以テ定メラルル所ノ傳染病豫防規則ニ依テ定マルカ如シ而シテ此場合ニ於テハ其犯罪事實ト刑罰トヲ結合スル刑罰法規ノ

羈束力ハ所謂空白法規其モノニ存シ此ノ空白ヲ補充スル法令ニハ存セサルナリ

廣義ノ刑

狹義ノ刑

特別刑法

刑法ナル文字ハ廣狹二様ニ解スルコトヲ得ヘシ(一)廣義ニ於テハ刑法ハ犯罪ト刑罰トヲ定ムル法令ノ全體ヲ總稱シ(上來說明シタル所ハ總テ此ノ意義ニ於テ説明シタルナリ)(二)狹義ニ於テハ明治十三年第三十六號布告即チ刑法ナル名稱ヲ附シテ制定セラレタル舊刑法典及ヒ明治四十年法律第四十五號刑法ナル名稱ヲ附シテ制定セラレタル現行刑法典 Strafgesetzbuch ヲ稱ス此ノ狹義ノ刑法以外ニ於テ廣義ノ刑法ニ屬スヘキ法律命令ヲ狹義ノ刑法(一般刑法)ニ對シテ特別刑法ト稱ス即チ陸軍刑法、海軍刑法、酒造税法、煙草專賣法違犯ニ關スル罰則、森林法違犯ニ關スル罰則ノ類其他刑法典以外ノ諸般ノ罰則是レナリ、同一事項ニ關シテ普通法ト特別法ト存スルトキハ特別法ニ從ヒ特別法ニ規定ナキモノハ普通法ニ從フ(改正刑法第八條ハ本文ト同趣旨)狹義ノ法律ハ憲法ノ規定ニ從ヒ帝國議會ニ於テ合議ニ依リ表

法律公布
ノ錯誤

法律編纂
ノ錯誤

法律ノ資
料

示セラレタル確定法律案ヲ天皇カ裁可シテ公布シ玉フ所ノモノナリ即チ法律ハ合議體ノ意思ノ表示ナルカ故ニ合議體ノ意思ト現ニ公布セラレタルモノト附合セサルトキ(Druckfehler)印刷ノ誤植ハ法律ト云フコトヲ得ス何トナレハ此場合ニ於テハ合議體ノ意思ハ公布セラレス又公布セラレタルモノハ合議體ノ意思ニアラサレハナリ故ニ此場合ニハ新ニ更正の公布ヲ爲スニ依テ此ノ失策ヲ匡正スルコトヲ得ヘシ然レトモ爰ニ注意スヘキハ法律トシテ公布セラレタル合議體ノ意思ニ關シ其遠因ニ錯誤アリタル場合 (Redaktionsversehen) 編纂ノ錯誤ニ於テ苟クモ其意思表示ニシテ合議體ノ意思ニ出テ且ツ其意思ニシテ表示セラレタル以上ハ其遠因ニ錯誤アルト否トヲ問ハス人民ニ對スル拘束力ニ毫末モ間然スル所ナク從テ更ニ法律ニ依テ廢止セラレサル限リハ法律トシテノ效力ヲ失ハサルモノトス所謂法律ノ資料殊ニ理由書及議事録ハ法律解釋ノ材料トシテ多大ノ參考トナルヘキ價値アルヤ勿論ナリト雖モ此等ハ合議體ノ意思ニアラスシテ

刑法ノ効
力ニ關ス
ル刑法効
力ノ範圍
刑法ノ拘
束力發生
ノ時期

立法機關タル各院ニ於ケル議員カ其意思表示ヲ爲スニ至リタル動機ヲ示スニ過キキルコトヲ注意スヘキナリ

第五章 刑法ノ效力

第一節 時ニ關スル刑罰法規效力ノ範圍

第一、刑罰法規ノ拘束力發生ノ時期及廢止

(イ) 刑罰規定モ一般ノ法令ト同シク制定ニ依テ發生シ施行時期ノ到着ニ依テ效力(刑罰法規ノ拘束力)ヲ生ス(明治三十一年法律第十號法例第一條明治四十年勅令第六號公式令第十一條、明治二十六年勅令第百九十九號地方官廳ノ發スル命令公布式第三條第四條、明治四十年勅令第十一號韓國及關東州ニ於テ適用スル法律命令ノ施行時期ニ關スル件、明治二十九年勅令第百九十二號法律命令ノ臺灣ニ於ケル施行時期、明治三十七年臺灣總督府令第七十號廳令公布式第三條、明治三十九年關東都督府令第一號關東都督府公布式第三條、明治三十九年關東都督府令第三條民政署公布式第三條、明治

三十九年統監府令第四號統監府公文式第三條明治三十九年統監府令第五號理事廳令公文式第三條參照

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

刑罰ノ拘束力ノ時期ノ明示ノ廢止暗黙ノ廢止

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

時ニ關スル刑罰ノ效力ノ原則

遡及力

法ニシテ他ハ刑法以外ノ法規タルト否トハ問フニアラス但シ憲法上ノ法律ハ更ニ法律ト云フ形式ニ依ルニアラサレハ廢止スルコトヲ得ス要之刑罰法規ノ發生及ヒ廢止ハ一ニ立法權ノ作用ニ依ル
第二、法令カ施行セララルトカ又ハ有效ナリト云フコトハ法令ニ規定セラレタル事實カ發生スルト同時ニ之ニ關スル法律上ノ效果カ發生スヘキコトヲ意味スルモノナリ從テ總テノ法規ハ其有効期間内ニ於テ發生シタル事實ニ關シテノミ適用セララル者ニシテ法ニ特別ノ規定ナキ以上ハ其有効期間ノ前後ニ於テ發生シタル事實ニ對シテハ適用スルコトヲ得サルナリ此原則ハ刑罰法規ニモ適用セララルモノナリ即チ刑罰法規モ立法者ニ於テ特ニ明示セサル以上ハ遡及力 rückwirkende Kraft 及ヒ追及力 nachwirkende Kraft ヲ有セサルナリ換言スレハ刑罰法規ハ其效力ノ期間内ニ發生シタル行爲ニ對シテノミ適用セラレ其有効期間前又ハ後ニ於テ發生シタル行爲ニ對シテハ適用セララルヘキニアラス是レ刑法ノ時ニ關スル效力範圍ニ

總則 緒論 第五章 刑法ノ效力 第一節 時ニ關スル刑罰法規效力ノ範圍 四七

付テノ一大原則ナリトス舊刑法第三條第一項ハ此ノ原則ノ一半即チ刑法
カ遡及力ヲ有セサル點ノミヲ規定シタリト雖モ法令ニ反對ノ明示ナキ以
上ハ法カ遡及力及ヒ追及力ヲ有セサルコトハ本條ノ規定ヲ俟タス當然然
ラサルヲ得サルナリ故ニ改正刑法ハ舊刑法第三條第一項ノ規定ヲ削除シ
タリ改正刑法第六條參照(フーゴ、マイエル氏カ獨逸刑法學者ノ通説ニ反
シ輕キ新法ハ原則トシテ遡及力ヲ有スト論セルハ誤見ナリ)
而シテ法ノ不遡及ニ關スル原則ハ之ヲ歴史ニ徵スルニ昔時ニ於テ憲法上
ノ規定トナリ居レリ即チ立法者ハ既往ニ遡ルヘキ效力ヲ有スル法律ヲ制
定セスト云フニアリ故ニ當時ニ於テハ遡及力ヲ有スル法律ハ憲法違反ナ
リトシタリ然レトモ今日何レノ國ニ於テモ法ノ不遡及ハ憲法上ノ規定ト
セシテ單ニ法律上ノ規定トセリ即チ舊刑法第三條第一項ノ精神ハ立法
者ハ既往ニ遡ルヘキ效力ヲ有スル法律ヲ制定スルコトヲ得スト云フニア
ラスシテ時ニ關スル法律效力ノ範圍ヲ規定シタルニ過キス故ニ若シ立法

者ニシテ明ラカニ法ノ遡及力ヲ認メタルトキハ其法律ハ有效ニシテ憲法
違反ニアラサルヤ勿論ナリトス
刑罰法規ハ原則トシテ遡及力ヲ有セサルカ故ニ若シ身體ノ動作ヲ終リタ
ル後未タ結果ヲ發生セサル間ニ於テ其行爲ヲ處罰スルノ法規カ施行セラ
レタリトスルモ行爲ハ法規施行前ニ發生シタルカ故ニ此ノ法規ヲ遡及セ
シメテ之ヲ處罰スルコトヲ得サルナリ(本著總則本論第一卷第一編第一章
第三節行爲ノ時及ヒ場所ニ關スル說明參照)聚合犯及連續犯ニ付テハ處罰
法規施行前ニ行ハレタル行爲ノ部分ハ之ヲ罰スルコトヲ得ス(但シ既往ノ
行爲ハ聚合犯ノ犯罪成立ノ條件タル慣習性ノ有無ヲ證明スルノ材料トナ
スコトヲ妨ケス)新法カ或ル狀態ヲ持續スルコトヲ罰スル場合ニ於テ假令
既往ニ發生シタル狀態ナリト雖モ新法施行後猶之ヲ持續シテ放任スルト
キハ新法ニ依テ處斷スヘキヤ勿論ナリトス例ヘハ改正刑法第二百二十條
逮捕及ヒ監禁ノ罪ノ如キ又爆發物取締罰則第七條ニ於テ爆發物ヲ發見シ

タル者ハ直ニ警察官吏ニ告知スヘキコトヲ規定セルカ如シ(聚合犯、連續犯、
繼續犯ノ意義ニ付テハ本著總則本論第一卷第二編第三章第二節參照)

賭場開設並賭博ノ件明治四十二年(第一〇二四號)明治四十二年九月二十七日宣告大
審院判決理由ニ曰ク連續犯ハ前後ノ所爲ヲ通シテ一罪ト爲シ處斷スヘキモノナレハ
新法施行ノ前後ニ跨リタル連續犯ハ之ヲ一罪ト爲シ其終了當時ノ法律ニ依リテ處斷
スヘキモノトス原判決ヲ查閱スルニ所論ノ第二第三ノ犯罪ハ刑法施行ノ前後ニ跨リ
テ行ハレタルモノニシテ其終了ハ刑法施行後ニ在リシモノナレハ同法ニ依リテ處斷
スヘキモノナルコト論ヲ待タス故ニ原院カ單ニ刑法第百八十六條ヲ適用シテ處斷ヲ
爲シタルハ相當ナリトス而シテ同法條ニハ舊刑法第百六十一條ノ如ク現ニ賭博ヲ
行ヒタルコトヲ以テ成立ノ要件ト爲ササルカ故ニ原院カ所論ノ如ク現行犯ナルヤ否
ヤヲ判示セサルモ理由不備ノ判決ナリト云フヲ得ス因テ本論旨ハ理由ナシ
然レトモ卑見ニ依レハ新法施行ノ前後ニ跨リタル連續犯ハ全部ノ數行爲ヲ一罪ト爲
シ其終了當時ノ法律ニ依リテ處斷スヘキモノトストノ斷案ハ新法施行前ニ行ハレタ
ル連續行爲カ舊法ニ依リテモ有罪行爲タル場合ニ限り正當ナリ反之舊法時代ノ行爲
カ舊法ニ在リテハ有罪行爲トナラサルトキハ假令新法ニ於テ之ヲ處罰スルモ之ニ對
シテ新法ノ效力ヲ適及シテ適用スヘキモノニアラス故ニ判示事實ニシテ若シ舊法時

代ニ行ハレタル賭博行爲カ其現行ヲ發見セラレタルニアラサル以上ハ舊刑法ニ在テ
ハ賭博罪ヲ構成セサルヲ以テ(舊刑法第二百六十一條)舊法ニ在テハ無罪タルヘク從テ
假令其行爲カ新刑法實施後ニ於テモ猶連續シ新刑法ニ依レハ舊刑法ノ如キ前記處罰
條件ヲ必要トセサルモ之カ爲メ舊刑法ニ照シテ處罰セサル行爲ノ部分ヲモ新刑法ニ
依テ處罰スルコトヲ得サルヤ定ニ明瞭ナリトス然ルニ同判決ニ於テ叙上舊法時代ノ
賭博行爲カ舊刑法ニ照シテ處罰ノ條件ヲ具備スルト否トチ問ハス常ニ全部ノ行爲ヲ
包括シテ新刑法ニ依リテ處罰スト論結シタルハ失當タルヲ免レス(新舊兩法時代ニ跨リ
タル連續犯ニ對シテ適用スヘキ法規如何ニ付テハ本著總則本論第一卷第一編第一章
第三節第二項中四參照)

刑罰法規ハ不遑及ヲ以テ原則トス故ニ或ル行爲ノ發生當時ニ於テハ之ヲ
處罰スル規定ナク判決ノ當時ニ於テ之ヲ處罰スル規定アルカ又ハ行爲當
時ノ法規ニ比照シテ重ク處罰スルノ規定アリト雖モ其行爲ニ對シテハ判
決當時ノ法律ヲ適用スルコトヲ得ス從テ前例ニ於テハ無罪タルヘク後例
ニ於テハ輕キ舊法ヲ適用スヘキヤ勿論ナリトス反之新法ニ於テハ其罪ヲ
論セサルカ又ハ舊法ニ比シテ輕キ刑罰ヲ科スル場合ニ於テモ尙ホ此ノ原

不法ノ效力
不遡及ノ
原則ニ對
スル例外

改正刑法
第六條

則ニ從ヒ該行爲當時ノ法律ヲ適用シテ之ヲ有罪トシ又ハ重ク處罰スヘシトノ結論ヲ生スヘシ然レトモ凡ソ刑罰法規ヲ設ケ判決ニ依テ刑ヲ科スル所以ハ社會ノ秩序ヲ保護スル爲メニシテ新法ニ於テ其罪ヲ論セス又ハ舊法ニ比シテ輕キ刑罰ヲ科スル規定ヲ設ケタル所以ハ立法者ニ於テ今日社會ノ状態ヲ鑑ミ舊法ノ如ク其罪ヲ論スルノ必要ナキコト若クハ不適當ナルコトヲ認メ又ハ重キ刑罰ヲ科スルノ嚴ニ失スルコトヲ認メタルニ外ナラス從テ此場合ニ於テハ法ノ不遡及ノ例外トシテ舊法時代ノ所爲ニ對シテモ輕キ新法ヲ適用スルヲ至當ナリトス(即チフランク氏曰ク刑ヲ科スル判決ハ現時社會ノ法律觀念ヲ表ハスモノニシテ過去ノ社會ニ於ケル法律觀念 Rechtsanschauung ヲ表ハスモノニアラス)即チ新法ニ遡及力ヲ與フルノ必要ヲ見ルナリ(リスト氏オールスハウゼン氏曰ク刑罰規定ニ遡及力ヲ認ムルハ刑罰法規ノ效力ニ關スル當然ノ結果ニアラスシテ立法者ノ慈仁ニ出テタルモノナリ)是レ改正刑法第六條ノ規定アル所以ニシテ該條ハ例外ト

改正刑法
第六條
適用スル
場合

シテ法律ノ遡及力ヲ認メタルモノナリ而シテ同條規定ノ主旨ハ單ニ犯罪發生當時ノ法律ト判決當時ノ法律ノミナラス其中間ニ介在スル刑罰法規 Zwischenstrafgesetz ニ付テモ互ニ對照シテ其内最モ輕キモノニ從テ處罰スヘキコトヲ規定シタルモノナリ故ニ若シ中間ニ頒布セラレタル法律ニシテ最モ輕キトキハ同法ニ從テ處罰スヘキナリ(舊刑法第三條第二項モ同趣旨此ノ如ク輕キ新法ハ(刑カ輕キノミナラス全ク刑ヲ科セサル場合ヲ含ム)遡及力ヲ有スルト同時ニ重キ舊法ハ其廢止以前ニ於テ行ハレタル行爲ニ對シテモ適用スルコトヲ得サルコトナルヘシ然レトモ爰ニ注意スヘキハ刑罰法規カ同法令ニ於テ豫メ特定ノ有効期間ヲ定メタルカ若クハ他ノ法規ノ有効期間ヲ條件トシテ有效タルヘキコトヲ定メタル場合ニ於テハ(例ヘハ動物輸入禁止法令ノ存在スル期間内ニ行レハタル法規違反ノ行爲ニ限リ刑ヲ科スヘキコトヲ規定スルカ如シ)此等法規ハ該法規自體ニ依テ廢止セララル者ニシテ新法ニ依テ明示又ハ暗黙ニ廢止セラレタリト云コト

ヲ得ス換言スレハ遡及カラ有スヘキ新法ナキカ故ニ改正刑法第六條ノ適用ナキヤ勿論ナリトス從テ其廢止ノ時期以前ニ於テ行ハレタル違反行為ニ對シテハ其廢止後ニ於テモ適用アル者トス(オールスハウゼン氏ト同說獨逸帝國裁判所判例又然リ反之リスト氏ハ本文ノ場合ニ於テモ他ノ場合ト等シク獨逸刑法第二條第二項(日本改正刑法第六條ニ相當ス)ニ依リ舊法ハ適用ヲ失フト論セルモ若シリスト氏ノ說ノ如クスレハ此等刑罰法規ノ有効期間ノ末日ニ行ハレタル違反行為ニ付テハ其判決ハ法規ノ廢止後ニ存スルカ故ニ常ニ其處罰ヲ免ルルト云フ不條理ナル結論ヲ生スヘシ故ニ立法者ノ主旨ハ此ノ場合ニハ常ニ廢止後ニ於テモ此等法規ヲ適用シテ處罰スルニアリト云フコト明瞭ナルハシ(ビンデング氏ヘルシユテル氏フリーゴーマイエル又大體ニ於テリスト氏ト同說ナリフランク氏ハ本文ノ場合ニ付キ刑罰法規カ他ノ法規ノ有効期間ヲ條件トスル場合ト法規ニ廢止ノ期間ヲ明記シタル場合トヲ區別シ前ノ場合ニ於テハ條件タル他ノ法規ノ

刑罰法規ノ廢止ト混同スヘカラスル場合

廢止ハ行為ノ處罰條件ヲ缺キタルニ止マリ法律觀念ニ刑罰法規ノ廢止アリタリト云フコトヲ得ス從テ苟クモ其以前ニ行ハレタル違反行為ニ對シテハ條件タル法規ノ廢止後ニ於テモ舊法ノ適用アリ反之後ノ場合ニ於テハ刑罰法規ノ廢止ニシテ新法カ制定セラレタリト云ヒ得ヘキカ故ニ其以後ニ於テハ廢止前ノ行為ニ對シテ舊法ヲ適用スルコトヲ得スト論セルモ論理ノ貫徹セサルヤ明了ナリ(コールラウシユ氏ハ法規ノ保護自體カ變更シタルトキハ重キ舊法ハ適用ヲ失フモ保護ノ目的物ニ變更ヲ生スル時ハ然ラスト論シフインゲル氏ハ法律觀念ノ變更ヲ標準トシテ此ノ問題ヲ決セリ)反之刑罰法規ハ施行中一時之ヲ停止スル法令ヲ公布シタルトキハ之ヲ停止スル所ノ法規ハ新法トシテ存在スルカ故ニ改正刑法第六條ノ適用アリ

刑罰法規ノ廢止ト混同スヘカラスル場合アルコトヲ注意スヘシ即チ刑罰法規カ其處罰ノ條件トシテ特定ノ規則ニ違反シテ若クハ特定ノ期間内ニ

行ハレタルコトヲ必要トスル場合此レナリ例ヘハ改正刑法第八十二條乃至第八十六條(敵國ニ云云トアルハ帝國カ外國ト交戦中ナルコトヲ條件トスルカ如シ)第九十四條(外國交戦ノ際局外中立ニ關スル命令ニ違背シタル者ハ云云)其他改正刑法施行法第二十五條第四號ニ依リ當分ノ内效力ヲ有スル舊刑法第二百四十六條(傳染病豫防規則ノ爲メ設ケラレタル規則ニ違背シテ云云)舊刑法第二百四十八條(傳染病流行ノ際豫防規則ニ違背シテ云云)ノ規定ノ如シ此等ノ刑罰法規ハ特定ノ時期又ハ規則ノ消滅ニ依テ其效力ヲ失フモノニアラサルコト明瞭ナルカ故ニ苟クモ此等法規ニ違犯シタル行爲ニ對シテハ此等ノ時期以後又ハ規則ノ消滅以後ニ於テモ完全ニ之ヲ適用スヘキヤ疑ヒナキ所ナリトス從テ此等ノ場合ニ關シテハ改正刑法第六條ノ適用ナシ

新舊刑法
輕重比
照ノ標準

新舊法輕重比照ノ標準 改正刑法第六條ニハ犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタルハ其輕キモノヲ適用ストノミアリテ之カ輕重ヲ識別スヘキ

標準ニ付テ説明ヲ與ヘス而シテ改正刑法施行法第二條第三條第六條第七條ニ於テ改正刑法施行前ニ舊刑法ノ罪又ハ他ノ法律ノ罪ヲ犯シタル者ニ付テ新舊兩法ヲ比照シ其輕重ヲ定ムヘキ標準ヲ規定スト雖モ(命令ノ罪ヲ犯シタル者ニ付テハ明治四十一年勅令第二百十七號參照)改正刑法施行後ニ於テ法律ニ因リ刑ノ變更アリタル場合ニ其輕重ヲ比照スヘキ標準ヲ示ササルカ故ニ此ノ場合ニ於テ若シ特別ノ經過法ノ規定ナキトキハ之カ比照ノ標準ハ純粹ナル學理ニ求ムルノ外ナキナリ(前記刑法施行法條文ノ說明ハ司法省民刑局編纂刑法施行法參考書ニ依テ明瞭ナルカ故ニ爰ニ省略ス)

即チ新舊法ノ輕重ヲ比照スルニハ先ツ問題トナリタル所爲ヲ各法規ニ照シテ有罪無罪ヲ決シ及ヒ犯人ニ科スヘキ刑罰ヲ量定シ其結果ヲ對照シテ所爲ノ責任者ノ爲メニ科刑上最モ便宜ナル結果ヲ生シタル法規ヲ以テ最モ輕キ法律ト謂フヘキナリ此ノ如ク各法規ヲ適用シタル結果ニ付テ對照

スヘキモノナルカ故ニ各法規中責任者ニ對シテ各便宜ナル部分ヲ綜合シタル結果ニ依リテ處分スルコトヲ許サス此ノ如キハ法律ノ對照ニアラスシテ新タニ法ヲ作ルモノト云ハサルヘカラス而シテ各法規ヲ對照スルニ當テハ單ニ其規定スル刑罰ノ範圍(種類、程度)ニノミ着眼セズ廣ク新舊刑罰法規ノ全般ニ着目セサル可ラス從テ主刑ノ外ニ附加ノ刑罰及ヒ刑ノ加重、減輕、累犯、共犯、未遂犯又ハ處罰條件等總テ處罰ニ關スル規定ハ之ヲ對照ノ材料ニ供セサルヘカラス故ニ例ヘハ對照法規中其一ニ從ヘハ未遂犯ヲ罰セサルカ爲ニ本問ノ行爲カ無罪トナルニ拘ハラズ他ノ法規ハ其未遂ヲ罰スル場合ニ於テハ前者ヲ輕キモノトシテ同法ヲ適用スヘク又同シ種類ノ刑罰ヲ科スル場合ナラハ其期限ノ最モ長キモノ又ハ其額ノ最モ大ナルモノヲ以テ重シトスヘク又一方ハ累犯加重若クハ併合罪加重主義ヲ取リ他ハ之ヲ認メサル爲メ其刑期カ前者ニ比シテ輕キトキハ後者ヲ以テ輕シトスヘキナリ又定役ヲ附シタルモノト然ラサルモノトニ付テハ後者ヲ

時効ノ新舊ノ
間ト輕重ノ
法ノ關係
比較ノ關係

以テ輕シトスヘク又刑罰消滅原因殊ニ時効ニ關スル規定ニ付テモ亦然リ即チ公訴時効若クハ刑ノ期滿免除缺席判決ニ關シニ關スル期間カ既ニ新舊法何レカニ依テ經過シ終リタルトキハ既ニ時効ノ經過シタル法律ヲ適用シテ無罪ヲ宣告スヘキナリ(時効期間ノ起算點並ニ時効期間ノ長短ニ付新舊法ヲ比較スヘキナリ)

法曹記事第十九卷第六號掲載明治四十二年五月二十二日委員會第三科決議々案第三七一六號決議ニ對スル少數意見ハ本文ト同趣旨ナリ左ニ同決議及少數意見ヲ節録引用ス

決議

犯罪後ノ法律ニ因リ公訴時効期間變更セラレタルトキハ新法ヲ適用スヘキモノトス(常ニ新法ノ公訴時効期間ニ依ルヘキモノトス)

理由 前略

以上叙述スル所ニ依レハ本議案ニ對スル少數意見ハ正當ナル理論ニ從ヘルモノニシテ何等ノ否議スヘキ理由ヲ存セサルニ似タリト雖モ我現行法ノ解釋トシテハ反對ノ結論ヲ採用スルヲ以テ至當ト認ムヘキ二個ノ理由アリ

一 刑事訴訟法第二十二條第一項ニ依ンハ刑事訴訟法ノ規定ハ其頒布以前ノ犯罪

總則 緒論 第五章

刑法ノ效力 第一節 時ニ關スル刑罰法規效力ノ範圍 五九

ニ適用セラルヘキモノナルカ故ニ刑法施行法第三十八條ニ依リ改正セラレタル刑事訴訟法第八條ノ規定ハ其改正前ノ犯罪ニモ適用セラルヘキコト當然ニシテ即チ公訴時効期間ハ此新规定ニ依テ之ヲ決スヘキモノトス反對説ノ如ク第二十二條ヲ以テ手續ノミニ關スル規定ナリト解スルハ明確ナル根據ヲ缺クモノニシテ同條第一項ハ刑事訴訟法ニ於ケル規定ノ全體ニ關スルモノト解スルチ正確ナリトス

二 刑ノ時効モ亦刑罰權ノ實體ヲ消滅セシムルモノナルカ故ニ犯罪ノ後ニ刑ノ時効期間變更セラレルトキハ刑法第六條ノ趣旨ニ從ヒ短キ期間ヲ標準トシテ執行ノ免否ヲ決セサルヘカラス殊ニ岡席判決ヲ以テ刑ヲ言渡サレタル者カ故障ヲ中立テタル場合ニ於テ若シ新舊何レカノ規定ニ依リ時効經過シタルモノナルトキハ裁判所ハ既ニ時効ニ因リ刑罰權ノ消滅シタルモノトシテ之レヲ處分セサルヘカラス是レ現行法ニ於ケル特別ノ規定ヲ離レテ時効ノ性質ヨリ觀察シタル結論ナリ

然ルニ刑法施行法第十三條第一項ハ此趣旨ト全ク反對セル規定ヲ設ケ新法遵奉主義ヲ認メタリ惟フニ是レ實際ノ便宜ヲ慮リタル特別ノ規定ナルヘシト雖モ之ヲ以テ便宜ナリトスルナラハ公訴時効ニ付テモ新法主義ヲ認ムルコト亦便宜ナルヘシ而カモ施行法カ公訴時効ニ付テ一言セサルハ刑事訴訟法ノ解釋上當然ナ

右ニ對スル少數意見

リト認メタルニ因ルモノト推理セサル可ラス下略

犯罪後ノ法律ニ依リ公訴時効ノ期間ヲ變更シ且ツ新舊法中何レカ其一ニ從ヒ既ニ公訴時効ヲ完成シタルトキハ刑法第六條ヲ適用シ短期ノ公訴時効ニ從フヘキモノトス

理由 公訴ノ時効ハ刑罰消滅原因タルモノニシテ公訴ノ時効完成スルトキハ各犯罪ヨリ生シタル刑罰權ヲ消滅セシムルコトハ刑事訴訟法第二百二十四條ニ於テ此場合ニ免訴ノ判決ヲ爲シ之ニ實體法上ノ確定力ヲ認ムルニ依リテ知ルコトヲ得ヘシ公訴ノ時効ニ因リ公訴權ノ消滅スルハ刑罰權既ニ消滅ニ歸シ公訴權ハ其目的物ヲ失フカ爲メニ外ナラス是ヲ以テ公訴時効ノ規定ハ縱令ヒ刑事訴訟法中ニ在リト雖モ其實質ハ實體法ノ規定ニ屬スルモノニシテ訴訟手續ノ如ク刑事訴訟法第二十二條ヲ適用スルコトヲ得ルモノニ非サルナリ第二十二條ノ規定ハ刑事訴訟法ハ其實施以後ノ訴訟手續ニ適用スヘク又其實施以前ノ手續カ舊治罪法ニ反カサレハ有效ニシテ引續キ爾後ノ手續ニ刑事訴訟法ヲ適用スルノ趣旨ナリトス蓋シ同條第一項ハ一見訴訟法カ遡及シテ舊法時代ノ犯罪ニ適用セラルルカ如キ規定ナルモ訴訟法ハ訴訟手續ニ適用セラレ犯罪ニ適用セラルルモノニ非ス從テ同條第一項ハ文字通りニ之ヲ解釋スルコトヲ得サル規定ニシテ此規定チ公訴時効ノ規定ニ適用スルハ誤レリ即チ公訴時効ハ刑法ノ時ニ關スル效力規定ノ適用ヲ受クヘキ性質ノモノニ

シテ訴訟法ノ時ニ關スル效力ノ規定ニ從フヘキニ非ス而シテ新法ヲ以テ公訴時効ノ期間ヲ伸縮シ其他時効ニ關スル規定ヲ變更スルトキハ則チ刑罰權ノ存續ヲ變更シタルモノニシテ結局刑ノ變更アリタルモノナリ蓋シ刑法第六條ニ所謂刑ノ變更ハ刑ノ範圍ノ變更ノミニ限ラレルモノニ非スシテ刑ノ存續ノ變更ヲモ包含スレハナリ又新舊法中其一ツノ適用ニ依リ免訴ヲ言渡スニ至ルヘキモノハ他ノ適用ニ依リ刑ヲ言渡スヘキモノニ對照シテ輕キ法ナルコト論ヲ俟タス故ニ或ル罪ニ付キ判決ヲ爲スニ當リ舊法ノ時効ノ規定ニ從ヘハ既ニ時効ハ完成シ新法ノ時効ノ規定ニ從ヘハ未タ時効ハ完成セサル場合ニ於テハ刑法第六條ヲ適用シテ輕キ舊法ヲ適用セサルヘカラス又新舊法何レノ時効ノ規定ニ依ルモ時効完成セサル場合ニ於テハ茲ニ始メテ各本條ニ定メタル刑期金額ヲ對照シテ其輕重ヲ定ムヘキナリ若シ新舊法ニ於テ刑期金額ハ之ヲ變更セスシテ時効ノ規定ノミヲ變更シタルトキト雖モ刑法第六條ニ依リ新舊二法ヲ比照シ輕キ法即チ免訴ノ言渡ヲ爲スヘキ法ヲ適用ス故ニ刑法施行法第三十八條ノ如ク公訴時効ノ期間ノミヲ變更シ其中斷原因又ハ起算點等ニ關シ何等ノ變更ヲ爲ササル場合ニ於テハ新舊法中最モ輕キ期間ヲ定メタル法ヲ以テ標準ト爲スコトヲ要スルナリ即チ本論旨ハ卑見本文ト同趣旨ナリ

反之訴訟上ノ條件ハ法ノ輕重比照ノ標準トナラサルナリ例ヘハ親告罪ニ

刑罰法規以外ノ法規ニ變更アリタル場合

於ケル訴訟條件タル告訴ノ如キ是レナリ

假令刑罰法規以外ノ法規ナリト雖モ該法規ノ變更カ刑罰法規ニ於テ規定セラレタル事實ノ内容ニ變更ヲ來タストキニ限リ此等法規モ亦法ノ輕重比照ノ標準トナルヘキナリ例ヘハ民法第七百二十條ト舊刑法第七十五條第三百十四條第三百十五條トノ關係ニ於ケルカ如シ明治三十五年十二月法律第五十號年齡計算法ニ關スル規定モ亦此ノ種ノ法規ニ屬ス(リスト氏ペンチング氏ゾイフェルト氏ト同說ニシテ獨逸刑法學者ノ通說ニ依レハ此ノ場合ニハ法ノ遡及力ニ關スル規定即チ獨逸刑法第二條第二項ヲ適用スヘキモノニアラスト論セリフランク氏又然リ)

明治三十七年(一)八八號同年六月十七日宣告大審院判決ニ依レハ酒類製造者ニ課スヘキ造石税ノ税率ハ明治三十七年法律第三號非常特別税法ニ依リ改正セラレタルヲ以テ其改正前ニ係ル犯罪ニシテ造石税ヲ標準トシ罰金刑ニ處スヘキ場合ニ在リテハ必スヤ刑法第三條第二項ノ規定ニ從ヒ新舊ノ法則ヲ比照シ輕キニ從テ處斷セサルヘカラスト解セルハ正當ナリ

新舊法何レニ依ルモ其刑力同キトナリトシテ第六條ト關係ト法ト

右關係ニ付テノ判

改正刑法第六條ハ犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタル場合ニ關スル規定ナルカ故ニ假令犯罪後ノ法律ニ變更アルモ其刑ノ輕重ニ關シテ變更ヲ生セサルトキ即チ新舊法何レニ依ルモ其刑罰力同一ナル場合(例ハ他人ノ建造物ヲ毀壞スルカ如シ舊刑法第四百十七條第一項改正刑法施行法第二條第五條改正刑法第二百六十條第一項對照ニ於テハ刑法ノ時ニ關スル效力範圍ノ原則ニ復シ所爲當時ノ舊法ヲ適用スヘキナリ)

醫師法違反ノ件明治四十一年(レ)第一〇四八號明治四十二年二月八日宣告大審院判決理由刑法施行法第十九條第一項ニ因テ他ノ法律ノ刑名ニ變更ヲ生シ隨ヒテ刑法ノ總則ヲ適用スルニ因テ自ラ其刑ニ變更ヲ來シ新舊二個ノ刑ヲ生スルコトナシトセス此場合ニ於テハ刑法第六條ニ依リ右新舊ノ刑ヲ比照シ其輕キモノヲ適用シテ處斷セサルヘカラス然レトモ本件ハ前記ノ如ク刑法總則ノ適用上刑ニ何等ノ變更ヲ來シタルモノニ非サルカ故ニ刑法第六條ヲ適用スヘキ場合ニ非サルコト勿論ナリ而シテ此場合ニ於テハ犯罪ノ當時ノ法律タル舊刑法ノ總則ヲ適用シテ處斷ヲ爲スヘキノミ然ルニ原院カ新刑法第十九條ヲ適用シテ沒收ヲ爲シタルハ所論ノ如ク擬律錯誤ノ違法アルモノニシテ全部破毀ヲ免レサルモノトスト解セルハ本文ト同

趣旨ニシテ以下所掲ノ二個ノ判例モ亦本判旨ト同趣旨ナリトス

出版法違反ノ件明治四十一年(レ)第九二六號明治四十一年十二月三日宣告大審院判決理由 出版法違反ノ罪ハ新刑法實施ニ依リ何等刑ノ變更ナカリシモノナレハ刑法第六條ヲ適用シテ新舊法ノ比照ヲ爲スヘキ限リニアラス故ニ本論旨ハ理由ナシ新聞紙條例違反ノ件明治四十一年(レ)第一〇六〇號明治四十二年二月八日宣告大審院判決理由 刑法第六條ハ犯罪後法律ノ改正ニ因リ刑ノ變更アリタル場合ニ適用スヘキ規定ニシテ刑ノ變更ナキ場合ニ適用スヘキモノニアラス新聞紙條例ハ刑法及刑法施行法ノ實施ニ因リ其主刑ノ刑名ヲ變更セラレタルモ同例條第三十三條ノ違反タル本案被告事件ニ付キテハ其刑期金額ハ變更セラレサルカ故ニ刑法第六條ヲ適用スヘキ限リニアラス單ニ新聞紙條例ヲ適用シテ處斷スヘキモノトス從テ公訴不受理若クハ無罪放免ノ言渡ヲ爲ス可キモノナリトノ論旨ハ理由ナキモ原判決ハ刑法第六條ヲ不當ニ適用シタル不法アルヲ以テ此點ノ論旨ハ理由アリ原判決ハ破毀ヲ免レス

如斯刑法第六條ハ輕キ新法ニ遡及力ヲ與ヘタルニ過キサレカ故ニ次ニ掲クル判決ニ示ス場合ニ於テハ同法條ヲ適用スヘキモノニアラサルニモ拘ハラヌ同法條ヲ適用シタル同判旨ハ不當ナルノミナラス前記三個ノ判旨ト矛盾スヘシ

召集不應ノ件明治四十一年(レ)第九八二號明治四十一年十二月十七日宣告大審院判

總則 緒論 第五章 刑法ノ效力 第一節 時ニ關スル刑罰法規效力ノ範 六五

決理由 刑法第六條ハ犯罪後法律ノ改正ニ因リ刑ノ變更アリタルトキハ新舊ノ法ヲ比照シテ其中最モ輕キモノヲ適用スヘキコトヲ定メタルモノニシテ不遇及ノ原則ニ對シ例外ヲ設ケタルモノナレハ新舊法ノ刑相異ナル所ナクシテ同一ナルトキハ此例外ノ場合ニ該當セサルヲ以テ原則ニ從ヒ舊法ヲ適用セサルヘカラスト雖モ刑ノ變更アリタルヤ又ハ同一ナリヤハ新舊兩法ヲ對照比較シテ後始メテ知り得ヘキヲ以テ刑ノ變更ナクシテ同一ナルカ爲メ舊法ヲ適用シテ處斷スヘキ場合ニ於テモ先ツ新舊兩法ヲ比照セサルヘカラストハ同條ノ法意ナリトス故ニ原院カ刑法第六條ニ依リ新舊兩法ヲ比照シ其刑法ニ輕重ナキヲ以テ舊法ニ從ヒ處斷スヘキモノト判示シタルハ正當ニシテ擬律錯誤ニ非ス論旨ハ理由ナシ

改正刑法第六條ハ法ノ適用ニ關スル規定ニシテ刑ノ執行ニ關スル規定ニアラサルカ故ニ確定判決後ニ於テハ同條ノ適用ナク從テ特別ノ法律又大赦特赦等ニ依ルニアラサレハ確定判決ニ依ル刑罰ノ執行ヲ變更スルコトヲ得ス

上告裁判所
第六條
刑法

私書偽造行使詐欺取財ノ件明治四十一年(第七六三號)同年十月十六日宣告大審院判決理由 凡ソ上告ハ原裁判カ法律ニ違背シタルコトヲ以テ其理由ト爲シ趣意書

ニ於テ之ヲ明確ニスルヲ要スルコトハ刑事訴訟法ノ規定ニ照シ明白ナリトス而シテ其所謂法律トハ犯罪當時現ニ行ハレタル法律若クハ其以後趣意書提出ノ時ニ至ル迄ニ現ニ行ハレタル法律ノ謂ニシテ犯罪前既ニ廢止セラレタル法律又ハ趣意書提出ノ時未タ施行セラレサル法律ノ謂ニアラサルヤ疑ヲ容レズ何トナレハ前者ハ既ニ法律タル效力ヲ失シ後者ハ未タ法律タルノ效力ヲ生セサルヲ以テナリ故ニ趣意書提出ノ當時未タ實施ナカリシ刑法ノ規定ニ照シ處分アリ度旨主張スル本論旨ハ不合法ニシテ上告ノ理由トシテハ其效ナキモノトス

詐欺取財ノ件明治四十一年(第七七八號)同年十月二十九日宣告大審院判決理由 依テ按スルニ本件ノ犯罪ハ舊刑法ノ下ニ遂行セラレ第二審裁判所カ裁判ヲ爲スニ當リテハ舊刑法ハ尙ホ效力ヲ保有シ現行刑法ハ未タ實施セラレサルモノナレハ原院カ該犯罪ニ對シ舊刑法ノ規定ヲ適用シ新刑法ヲ適用セザリシコトハ判決ノ當時ニ適テ之ヲ觀察スルトキハ固ヨリ至當ナルヲ以テ該判決ハ之ヲ是認シ上告棄却ノ判決ヲ爲スチ當然ナリトスルニ似タリ然リト雖モ當院カ被告ノ上告ニ依リ原判決ノ當否ヲ審査スルニ當リテハ其判決ハ縱シ其判決當時ノ法律ニ照シ正當ニシテ之ヲ言渡シタル原院ニハ何等過失ノ責ムヘキモノナシトスルモ其判決カ苟クモ現行刑法ノ規定ニ照シテ正當ナラサルニ於テハ其判決ハ結局擬律錯誤ノ違法アリトシテ之ヲ破毀シ更ニ相當ノ判決ヲ爲ササル可カラス之レ他ナシ大審院ハ其判決ヲ爲

スノ當時ニ於テ效力ヲ有スル現行ノ刑法ニ照シテ原判決ノ適法ナルヤ否ヤヲ審査スルノ職權ヲ有スルモノニシテ現行ノ法律ニ照シテ不法ナル判決ハ之ヲ破毀シ其不法ノ點ヲ矯正スルコトヲ要スルヲ以テナリ而シテ本件上告論旨ハ結局原判決ニハ刑法第六條ヲ適用セサルノ違法アリト云フニ歸着スルヲ以テ進テ此點ニ付キテ密按スルニ抑モ犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタル時ハ其輕キモノヲ適用ストアル刑法第六條ハ事實裁判所カ刑ヲ言渡スニ付キ遵守スヘキ規定ニシテ上告裁判所タル大審院ハ原判決ヲ破毀シテ自カラ判決ヲ爲ス場合ニアラザンハ職權ヲ以テ之ヲ適用スルノ責務ナキハ論ヲ俟タサル所ナリト雖モ大審院ハ上告論旨ニ對シ第二審裁判所ノ擬律ノ當否ヲ審査スルノ職責ヲ有スルヲ以テ第二審ノ判決ハ刑法第六條ノ規定ヲ遵守シテ刑ノ言渡ヲ爲シタル適法ノ判決ナルヤ若シクハ上告論旨ニ謂フ如ク此適用ヲ等閑ニ付シタル不法ノ判決ナルヤヲ審査スルコトヲ要シ其結果未タ確定セサル第二審判決カ刑法第六條ノ適用ヲ缺ケル不法ノモノナルコトヲ發見シタルトキハ之ヲ破毀シタル上更ニ事實ノ認定ヲ要スルトキハ之ヲ下級裁判所ニ移送シテ相當ノ裁判ヲナサシメ判決ノ基本タルヘキ事實關係カ既ニ確定セルトキハ其事實ニ基ツイテ自カラ裁判ヲ爲シ以テ現行法上不法ナル原判決ヲ其確定前ニ於テ是正スルコトヲ要ス而シテ本件被告儀十郎ノ所爲ハ人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタルモノトシテ其當時効力アリシ舊刑法第三百九十條第一項第三百九十四條

ニ該當スル處犯罪後ニ於テ新刑法施行セラレ同法第二百四十六條ヲ以テ刑ノ變更アリタルヲ以テ刑法第六條ニ從ヒ新舊ノ刑ヲ比較シ刑法施行法第二條刑法第十條ニ從ヒ舊刑法ノ刑ヲ輕シトスルヲ以テ舊刑法ノ規定ニ從ヒテ處斷シ同施行法第五條ノ規定ヲ適用シ被告ヲ一年ノ重禁錮ニ處シ押收物件ハ刑事訴訟法第二百二條ニ依リ差出人ニ還付シ公訴裁判費用ハ刑法施行法第六十七條ニ依リ共同被告源三郎利兵衛ト連帶負擔スヘキモノトス故ニ之ト擬律ヲ異ニスル原判決ハ之ヲ破毀シ更ニ前示ノ如ク判決スヘキモノトス

(批評) 前掲二個ノ判旨ヲ對照スルニ前者ハ上告審ニ於テ第二審判決カ法律ニ違背シタル裁判ナルヤ否ヤヲ決スルニハ犯罪當時若クハ上告趣意書提出ノ當時現ニ行ハレタル法律ヲ標準トスヘキ旨ヲ判示シ從テ假令上告趣意書提出後上告判決ノ當時現ニ行ハルル法律ニ照シテ違背スルモ其第二審判決ハ法律ニ違背シタリト云フコトヲ得サルコトトナリ反之後者ハ上告審ハ上告判決ヲ爲スノ當時ニ於テ効力ヲ有スル現行ノ刑法ニ照シテ原判決ノ適法ナルヤ否ヤヲ審査スルノ職權ヲ有スト判示シ從テ假令上告趣意書提出當時ニ於テ効力ヲ有スル法律ニ照シ原判決ハ法律ニ違背セサルモ上告判決當時ニ行ハルル法律ニ照シテ法律ニ違背スルトキハ原判決ヲ破棄セサルヘカラス如此以上二個ノ判旨ハ互ニ矛盾ノ結果ヲ生スヘシ而シテ余輩ハ後ノ判旨ヲ以テ正當ト認ム

場所ニ關スル刑法ノ效力ノ範圍
此圖ノ效力ノ範圍
義テノ諸主

第二節 場所ニ關スル刑法效力ノ範圍

第一項 場所ニ關スル刑法效力ノ範圍

圍ニ付テノ諸主義

抑モ一國ノ刑法ハ如何ナル土地ノ上ニ效力ヲ有スルモノナリヤハ内國法ヲ以テ定ムヘキモノニシテ此種ノ規定ヲ國際刑法トモ稱ス Internationales Strafrecht 之ニ關スル學說ハ大凡ソ左ノ如シ(刑法カ或場所ノ上ニ效力ヲ有スト云フコトハ其場所ノ上ニ發生シタル法定ノ行爲ニ對シテ刑法上ノ效果カ發生スヘキコトヲ意味スルモノシテ外國ニ於テ發生シタル犯罪ニ對シ帝國刑法ノ效力ヲ及ホスハ帝國ノ主權ヲ外國版圖ノ上ニ行フノ意ニアラス帝國ノ主權ハ帝國版圖内ニ於テノミ行使セラルヘキモノナリ從テ帝國ノ裁判權ハ帝國版圖内ニ於テノミ行使セラルヘキモノナリト雖外國ニ於テ發生シタル法定ノ事實ニ對シテ帝國ノ刑法上ノ效果(刑罰)ヲ及ホスコトハ元ヨリ内國法ヲ以テ定ムヘキモノニシテ敢テ外國主權ノ活動範圍ヲ

侵スモノト云フコトヲ得サルナリ)

第一 屬人主義 das Nationalitäts-oder Subjektionsprinzip.

第二 屬地主義 das Territorialprinzip.

第三 保護主義 das Schützprinzip, 又ハ Realprinzip.

第四 世界主義 das Universalitätsprinzip 又ハ System der Weltrechtspflege.

以下順次之ヲ説明スレハ

第一 屬人主義

古代未開時代殊ニ或ル酋長ノ下ニ多數ノ人民カ從屬シテ或ル團體ヲ組織シ水草ヲ追フテ移住シタル時代ニ於テハ團體的觀念ハ單ニ團體ヲ組織スル人ニノミ著眼シ今日ノ如ク團體ノ定着スル土地ニ付テノ觀念ヲ缺キタリ隨テ法律ノ效力範圍ニ關スル問題ニ付テモ最初ハ專ラ人ヲ限界トスル觀念行ハレタリ即チ屬人主義ナルモノハ場所ニ關スル刑法效力ノ範圍ニ付テノ觀念中最モ古ク發生シタルモノニシテ古代刑法ノ多クハ此ノ主義

ニ基ケリ而シテ此ノ主義ニ依レハ自國ノ刑法ハ自國ノ人民ニ對シテハ其ノ犯罪地カ國ノ内外タルヲ問ハス常ニ適用セラルヘク反之外國人ニ對シテハ犯罪地カ國ノ内外タルト否トヲ問ハス一切適用セサルモノト爲スナリ

七二

第二 屬地主義

社會漸ク進步スルニ及ンテ人民ノ團體ハ遂ニ或ル一定ノ土地ニ定着スルニ至リ互ニ其區域ヲ確守シ敢テ他ノ侵害ヲ許ササルニ至リ是ニ於テ團體的觀念ハ昔時ノ如ク單ニ之ヲ組織スル人ニノミ着眼セス更ニ團體ノ定着セル領土ニ關スル觀念ヲ生シ法律ノ效力範圍ニ關スル問題ニ付テモ專ラ領土ヲ限界トスルノ觀念ヲ生シタリ即チ屬地主義ハ場所ニ關スル刑法效力ノ範圍ニ付テノ觀念中第二期ニ屬スルモノニシテ此ノ主義ニ依レハ苟クモ内國領土ノ上ニ發生シタル犯罪ニ付テハ犯人カ内國人タルト外國人タルトヲ問ハス又被害者ノ内國人タルト外國人タルトヲ問ハス總テ内國

ノ刑法ヲ適用スヘク反之國外ニ於ケル犯罪ニ付テハ犯人カ内國人タルト外國人タルトヲ問ハス一切適用ナキモノト爲スナリ

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

ヲ處罰シ以テ完全ニ外國ノ利益ヲ保護スル規定ヲ設クルコトハ國際條約ニ依ルノ外ハ今日ニ於テ豫期スルコトヲ得サルヲ以テ屬地主義ニ依ルモ未タ以テ完全ニ一國ノ安寧秩序ヲ保持スルコトヲ得サルナリ此ノ如ク純粹ナル屬人主義及ヒ屬地主義ハ何レモ適當ナル主義ト云フコトヲ得ス而シテ近世多數ノ立法例ハ屬地主義ヲ根據トシ更ニ一國ノ安寧秩序ヲ保持スル必要ノ範圍内ニ於テ內國領土外ニ於ケル犯罪ニ付テモ內國刑法ヲ適用シテ之ヲ處罰スルノ主義ヲ採ルカ如シ即チ次ニ説明スル保護主義此レナリ

第三 保護主義

保護主義ハ屬地主義ヲ擴張シタルモノニシテ此ノ主義ニ依レハ自國領土ニ發生シタル犯罪ハ其犯人ノ内外國人タルヲ問ハス自國刑法ヲ以テ之ヲ處罰シ自國領土外ニ發生シタル犯罪ニ付テハ特ニ自國ノ安寧秩序ヲ保持スル必要ノ範圍内ニ於テ犯人ノ國籍如何ヲ問ハス內國刑法ヲ以テ之ヲ處

保護主義

改正刑法ノ主義

罰スルナリ而シテ此ノ必要以外ニ於テハ內國人ノ外國ニ於ケル犯罪ニ對シテモ之ヲ適用セサルナリ近世多數ノ立法例ハ此ノ主義ニ依リ改正刑法モ亦此ノ主義ヲ採リタリ(本著總則緒論第六章中改正刑法第一條乃至第四條説明參照)

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

屬地主義ノ擴張ノ一種トシテ左ノ主義ヲ唱フル者アリ即チ開明諸國ノ共同的利益ヲ侵害スル行爲(犯罪)ニ對シテハ犯人ノ國籍及ヒ犯罪地ノ如何ヲ問ハス常ニ犯人ヲ逮捕シタル國ノ刑法ヲ以テ處罰スヘシト爲シ其所謂共同的利益トハ例ヘハ國際間ニ於ケル需要品ニ關スル商取引通商公路ノ安全貨幣流通ノ安全ヲ害スル行爲及ヒ萬國ノ敵ト認ムヘキ行爲

(共同的利益保護主義)

die hostes generis humani 即チ海賊奴隸ノ賣買、無政府黨ノ爆烈彈暴舉ノ如キ
其著例ナルモノトス、然レトモ此ノ種ノ擴張ハ犯人カ犯罪地ニ引渡サレ
且ツ犯罪地ノ法律ニ依テ完全ニ處罰セラレルコトヲ得ハ其必要ヲ認メ
サルニ至ルヘシ

外國流通紙幣輸入ノ件明治四十二年九月第一一四四號明治四十二年十月二十八日宣
告大審院判決理由 依テ按スルニ(一)金銀貨紙幣銀行券ノ語ニ特ニ内國若クハ外國
等ノ文辭ヲ加ヘサルトキハ上告所論ノ如ク刑法ノ用語トシテハ内國發行ノモノヲ
意味スルコト通例ナリト雖モ總テノ法規ニ付テモ亦同一ノ文例ヲ以テ律スルコト
ヲ得ルモノト速斷スヘキニアラス明治三十八年法律第六十六號ニハ刑法普通ノ文
例ニ依テ解釋スルコトヲ許ササル用語アリ其第一條ニハ實ニ前略帝國官府發行ノ
證券云云トアリ若シ刑法ノ文例ニ從ヒ且上告辯護人ノ說ニ從ハシ帝國官府發行
ノ證券ト謂ハスシテ官府發行ノ證券若クハ官ヨリ發行スル證券又ハ官ノ證券トア
ルヘキ答ナリ(刑法第六十三條舊刑法第九十八條等參照)然ルニ否ラスシテ右第
一條ニ金銀貨紙幣銀行券ノ次キニ特ニ帝國官府發行ノ證券トアル所以ハ證券ニ付
テノミ外國官私發行ノモノ及ヒ帝國官府以外ノ發行ニ係ルモノヲ除外スルノ意義

ヲ表明シタルモノニシテ金銀貨紙幣銀行券ニ至テハ帝國發行ノモノト外國發行ノ
モノトノ別ナク共ニ包含スルノ意義ヲ表明シタルモノト解釋セサルヲ得ス(二)次ニ
刑法第二條ニハ本法ハ何人ヲ問ハス帝國外ニ於テ左ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者
ニ之ヲ適用ストアリテ其第四號ニ第四百八條ノ罪及ヒ其未遂罪ト掲ケ又刑法施
行法第二十六條ニハ左ニ記載シタル罪ハ刑法第二條ノ例ニ從フトアリテ其第三號
ニ明治三十八年法律第六十六號ニ掲ケタル罪トアルニ拘ハラス刑法第四百九條
ノ罪ニ付テハ同第二條ニ之ヲ掲ケサル所ヲ以テ觀ルトキハ法律第六十六號ノ金銀
貨紙幣銀行券ノ語ハ内國發行ノモノニ限リ外國發行ノモノヲ包含セスト解釋セサ
ルヲ得ストノ上告論旨ハ一見理由アルカ如シト雖モ未タ以テ是認スルニ足ラス抑
モ後ノ公布ニ係ル法律ト其以前ノ法律トノ間ニ適用上多少ノ權衡ヲ得サルモノア
リト假定スルモ後ノ法律ニ依リ前ノ法律ニ付キ其實質ノ改定ナキ以上ハ前ノ法律
ノ適用ニ付キ變更アルヘキ謂ハレナキノミナラス刑法第四百九條ノ罪ハ内國ニ
流通スル外國ノ貨幣紙幣又ハ銀行券ニ關スルモノニシテ法律第六十六號ノ罪ハ外
國ニ於テノミ流通スル金銀貨紙幣銀行券等ニ關スルモノナレハ前者ハ内國ニ於テ
内國人又ハ外國人カ偽造變造スルトキハ刑法第二條ニ依ラスシテ制裁ヲ受クヘキ
コト勿論ニシテ若シ外國ニ於テ内國人又ハ外國人カ偽造變造スルモ行使ノ目的ヲ
以テ内國ニ輸入セサルニ於テハ之ヲ處罰スル實際ノ利益ナク之ヲ内國ニ輸入スル

時ハ等シク刑法第二條ニ依ラスシテ制裁ヲ加フル事ヲ得ルヲ以テ同條ニハ第四百十九條ヲ揭ケサリシ者ナルモ後者ノ如キハ外國ニ於テノミ流通スル金銀貨、紙幣、銀行券ニ關スルモノナレハ內國ニ之ヲ輸入セサルヲ以テ通例トスヘク特ニ我保護ノ下ニ在ル韓國又ハ我租借地タル清國ノ一部ノ如キ外國ニ於テ此等ノ國ニ於テノミ流通スル我國ノ貨幣、紙幣、銀行券ハ勿論此等ノ國ノ發行ニ係ルモノヲ偽造變造スル內國人又ハ外國人ハアル場合ニ於テ之ヲ處罰シ以テ彼我國民ノ取引上ノ信用ヲ保持スルハ實ニ内外國共通ノ實利ニ適スルモノニシテ又國交上ノ和親ヲ保全セシムルモノト謂ハサルヘカラス然レハ此點ノ上告趣旨モ亦理由ナキニ歸ス(三)又法律第六十六號ノ前身タル明治三十七年緊急勅令ノ事後承認ニ關スル衆議院委員會明治三十七年十二月十六日速記録(上告論旨ニ明治三十八年一月二十五日衆議院速記録トアルモ右緊急勅令ノ事後承認ニ關スル議會ニ於ケル政府委員ノ説明トシテハ誤記ニアラサル歟)ノ議事速記録中該勅令ノ適用ニ關スル議員ノ質問ニ對スル政府委員ノ答辯トシテ「內國人カ外國ニ於テ偽造シタルトキハ勅令ノ適用アリ犯地法ニ於テ此勅令ト同様ノ規定アリテ其犯地法ニ依テ處罰セラレタル者日本ニ渡來シタルトキハ再ヒ此勅令ヲ適用セラルルニ依リ二重ニ罰セラレルノテアル外國ノ貨幣ヲ偽造シタルモノハ日本ノ貨幣ヲ偽造シタルモノヨリ幾ラカ罪カ劣ツテ居ルツモリテアル內地ニテハ内外人ノ區別ハコサリマセヌカ外國ニ於テ外國人カ偽造シマシ

テモソレニハ適用セヌト先刻申シタルハ現行刑法(當時行ハレタル舊刑法ヲ指シタルコト論ヲ俟タス)ニ就テ外國人ニ適用セヌコトヲ答ヘタルテアル等ノ趣旨ノ記事アリ之レヲ綜合シテ觀察スルトキハ法律第六十六號ノ立法ノ精神モ亦其第一條ノ金銀貨、紙幣、銀行券ノ語ニハ朝鮮又ハ滿洲地方ニ行ハルル第一銀行發行ノ紙幣、正金銀行發行ノ紙幣、我帝國官府發行ノ軍票、白銅貨等ハ勿論外國發行ノ金銀貨、紙幣、銀行券等ヲモ包含セシメタルモノト解釋セサルヲ得ス(四)終ニ明治三十八年法律第六十六號ハ外國人カ外國ニ於テ外國ニ於テノミ流通スル外國發行ノ金銀貨、紙幣、銀行券ヲ偽造變造シタル所爲ヲモ處罰スルノ精神ナルコトハ如上説明ニ依リ明瞭ナルヘシト雖モ是レ該法律ノ解釋トシテ辯明シタルニ過キス如斯解釋スルトキハ該法律ハ果シテ上告所論ノ如ク國際公法ノ法理ヲ無視シタルモノナルヤ否ヤヲ按スルニ本問題ニ關シテハ學說區區ニシテ一様ナラス各國ノ立法例モ亦種種ニシテ一途ニ出テス屬地主義ヲ探レルモノアリ或ハ屬人主義ニ依ルモノアリ或ハ屬地主義ニ屬人主義ヲ加味スルモノアリ或ハ世界主義ヲ可トスルモノアリト雖モ輒近國際關係ノ發達殊ニ文明國ノ國外ニ及ホス勢力ノ發展ハ彼ノ狹隘ナル屬地主義若クハ屬人主義ニ甘ンスルコトヲ許サス漸ク世界主義即チ各國ハ犯罪地下犯人ノ國籍ノ如何ヲ問ハス各國共通ノ秩序ニ對スル侵害所爲ニ付テハ之ヲ處罰シ不罰ニ措クヘカラストノ主義ヲ採用セサルヲ得サルノ傾向ヲ促進スルニ至レリ然レハ此種ノ說ヲ採

用スル學者及ヒ立法例アリ實ニ其自國外ニ勢力ヲ發展セル文明國ハ自國民人ノ多數カ國外ノ勢力範圍内ニ於テ外國民人ト雜居交換スルニ當リ其交換ニ用ユル通貨ノ自國發行ノモノタルト外國發行ノモノタルトヲ問ハス自國若クハ外國ニ於テ自國人又ハ外國人カ之ヲ偽造變造スルモ外國官憲ニアラサレハ之ヲ處罰スルコトヲ得サルニ於テハ其偽造變造等ノ行爲モ遂ニ處罰ヲ免カラルコトナキヲ保セス其不罰ノ結果ハ夥多ノ偽造變造ノ貨幣紙幣等ヲ現出セシメ延テ自國民人ノ交換取引ヲモ滯滞セシメ從テ自國ニ何等ノ利害關係ヲ及ホスコトナシト謂フヘカラス然レハ法律第六十六號ヲ前掲ノ如ク解釋スルモ致テ國際公法ヲ無視スルモノト論スルコトヲ得ス而シテ本件ノ事實ハ被告(常吉)カ偽造ニ係ル清國官憲ノ發行スル同國流通ノ拾角奉天銀票ヲ同國ニ輸入シテ行使シタルモノナルコト原院ノ認定ニ於テ原院ノ以テ原院力之ニ對シ前掲法律第六十六號第二條第一條第一項及第三條第一項ヲ適用處斷シタルハ相當ニシテ上告趣旨ハ如上ノ何レノ點ヨリ論スルモ總テ理由ナシト解セルハ本文共同の利益保護主義ニ基キ前記法律第六十六號ヲ解釋シタルモノニシテ立法ノ趣旨ニ適合スル正當ノ釋明ナリトス

世界主義

第四 世界主義

世界主義ニ依レハ一國ノ刑法ハ犯罪地カ國ノ内外ヲ問ハス況ク内外國人ニ對シテ適用セラルルモノニシテ各開明國ハ國際開明國團體全體ノ代表

者トシテ其犯罪地ノ如何ヲ問ハス總テノ犯罪ニ付キ自國ニ於テ逮捕シタル犯人ニ對シテ少クトモ補助的ニ(犯罪地ノ國ヨリ犯罪人引渡ノ請求ナキトキヲ指ス)處罰ノ手續ヲ爲ササルヘカラスト爲スナリ然レトモ此ノ主義ハ(一)各國刑法ノ規定カ其内容ニ於テ大ニ異ナル所アルコトヲ無視シ(二)內國裁判官ヲシテ不知ノ外國刑法ヲ適用セシムルコトヲ要求シ(三)間接ナル證據蒐集ノ爲メニ訴訟手續ヲ困難ナラシメ(四)此カ處罰ハ犯人ヲ其所屬國境内ニ追放スルコトニ比シテ更ニ著大ナル效果ヲ有セサルトニ依テ見レハ此ノ主義ハ學說トシテモ永續ノ希望ナキノミナラス又實際ニ於テモ到底實行ニ適セサルモノト云フヘキナリ而シテ此ノ主義ハガイエル氏ヘルシユネル氏レントネル氏ウールマン氏ノ外殊ニランマツシユ氏マルチツ氏ニ依テ主張セラレ又バール氏ハインツエ氏リリエンタール氏ハ一定ノ制限ノ下ニ此ノ主義ヲ贊セリ

舊刑法ノ主義

舊刑法ニハ場所ニ關スル刑法ノ效力範圍ニ付何等ノ規定ヲ存セス故ニ舊

刑法ノ明文ニ依リテハ何レノ主義ヲ採リタルヤヲ明ラカニスルコトヲ得
 ス(但シ舊刑法草案ニ於テハ佛蘭西刑法ノ明文ニ倣ヒ保護主義ヲ採用シタ
 リ)而シテ舊刑法ニ關スル判例ニ依レハ舊刑法ハ屬地主義ト屬人主義ヲ併
 用セルモノト解セリ卑見ニ依レハ刑法ハ原則トシテ其領土ノ上ニ完全ニ
 行ハルルコトヲ認メ得ヘキモ其版圖外ニ於ケル犯罪ニ付テハ國法上特別
 ノ明文ノ存スルニアラサレハ當然之ヲ支配スト云フコトヲ得サルノミナ
 ラス其果シテ如何ナル犯罪ハ之ヲ罰シ如何ナル犯罪ハ之ヲ不問ニ付スベ
 キヤ之カ判然タル區劃ヲ立ツルコト能ハサルヲ以テ解釋論トシテハ舊刑
 法ハ版圖外ニ於ケル犯罪ヲ支配セサルモノト論斷セサルヘカラス(屬地主
 義)

例 舊刑法判

明治二十八年第八五九號同年八月二十三日宣告大審院判決ニ依レハ「帝國臣民ハ外
 國ニ於テ罪ヲ犯スモ尙帝國法律ノ制裁ヲ受ク」ト解セリ(屬人主義)
 明治二十七年第五八六號明治二十八年七月二日宣告大審院判決ニ依レハ「我刑法ハ
 帝國カ治外法權ヲ有スル地ナルト否トナ論セス總テ帝國人民ヲ支配ス」ト解セリ(屬
 地主義)

人主義)

明治二十八年刑第二百七十七號同年三月八日宣告大審院判決ニ依レハ「凡ソ一國ノ
 臣民ニシテ其國民タルノ分限ヲ有スルモノハ管ニ其本國ニ居住スル年月日ニ止マ
 ラス假令外國ニ居住シ若クハ滞在申下雖モ本國ノ法律ニ服従スヘキ義務アルコト
 ハ言テ俟タスト解セリ(屬人主義)
 新刑法ニ付テハ第一條乃至第四條參照

版圖ノ範

次ニ版圖 *Land* ノ意義ニ付テ説明スレハ左ノ如シ
 刑法ノ觀念ニ於テ版圖トハ刑法ノ有效ニ行ハルヘキ(單一ナル)場所ノ區域
 ヲ謂フ而シテ版圖ニ屬スヘキモノヲ列記スレハ左ノ如シ
 (一)日本國ニ屬スル一切ノ領土日本國ノ領土ハ一定不變ニ非ス時々伸縮ア
 ルヘク日本刑法モ又領土ノ伸縮ニ伴フテ當然其有效ノ範圍ヲ伸縮スルモ
 ノ也

(二)犯人カ日本人タル場合ニ限り外國ニ於ケル日本領事裁判管轄區域 *Konsulargerichtsbezirke*
 ハ刑法上日本ノ版圖ニ屬ス而シテ日本ハ支那、朝鮮、暹

羅ニ對シテハ領事裁判權ヲ有シ以上三ヶ國ニアル日本臣民ハ日本ノ國法ニ依リ日本領事ノ裁判ヲ受ケ在留國ノ裁判ヲ受ケス(但シ朝鮮ニ於テハ明治四十二年十月十六日勅令第二百三十五號及同日勅令第二百三十六號統監府裁判令ニ依リ日本統監府裁判所ノ裁判ヲ受ケ)

明治二十九年十月勅令日清通商航海條約第三條第二項第二十二條明治三十一年六月勅令日暹修好通商航海條約議定書第一、明治九年三月第三十四號布告日韓修交條規第十款及ヒ同三十二年三月法律第七十號領事官ノ職務ニ關スル件、明治三十八年十一月二十三日勅令第二百四十號韓國ニ統監府及理事廳ヲ置クノ件、同年同月同日外務省告示第六號日韓協約第三條、同年十二月二十日勅令第二百六十七號統監府及理事廳官制第二十四條、明治三十九年法律第五十六號韓國ニ於ケル裁判事務ニ關スル制、明治四十二年七月統監府告示第六十六號韓國ノ司法及監獄事務ヲ日本政府ニ委託ノ件、明治四十二年十月十六日勅令第二百三十五號同日勅令第二百三十六號統監府裁判令參照

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

(イ)領海 die Küstengewässer 並ニ領空 die Luftstraile

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

(ロ)公海上ニ在ル日本ノ船舶及ヒ外國ノ領海又ハ河川上ニアル日本ノ國船 Staatschiffe(軍艦 Kriegsschiffe)ノミナラス汎ク内國ノ國務ニ従事スル船舶ヲ總稱ス倒ヘハ政府使用ノ郵便船ヲ包含ス)ハ日本ノ版圖ト看做スヘキナリ外國ノ版圖内ニ在ル帝國船舶ハ帝國ノ版圖ト認ムルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ疑ナキヲ得スト雖モ前記ノ軍艦及其他ノ國船ト共ニ其上ニ帝國刑法ヲ有效ナラシムル必要アルカ故ニ改正刑法第一條第二項ニ於テ特ニ之

カ規定ヲ設ケ外國ノ版圖内ニ在ル帝國船舶モ刑法上帝國版圖ト同視スル
コトヲ明カニシタリ(船舶カ帝國船舶タル國籍ヲ有スルヤ否ヤハ明治三十
二年法律第四十六號船舶法第一條ニ依テ定マル)

(八)租借地ハ當然日本帝國ノ版圖ト云フコトヲ得スト雖モ特別ノ法令ニ依
リ日本ノ刑法カ其土地ノ上ニモ有效ナルコトトナリタルトキハ刑法上之
ヲ帝國ノ版圖ト認ムヘキナリ(明治三十八年十月十六日勅令露西亞國講和
條約第五條明治三十九年一月三十一日勅令清國滿洲ニ關スル條約第一條
明治四十一年勅令第二百十三號關東洲裁判事務取扱令第一條參照)

(三)戰時ニ於テ帝國軍隊ノ占領スル外國版圖ノ一部ハ特種ノ犯人ニ限リ場
所ニ關スル刑法ノ效力範圍ニ付キ刑法上帝國ノ版圖ト看做ス(陸軍刑法第
四條及海軍刑法第四條參照)

帝國外ニ在ル帝國陸軍ノ部隊又ハ帝國海軍ノ官衙團隊ノ所在地ハ特種ノ
犯人ニ限リ場所ニ關スル刑法效力ノ範圍ニ關シ刑法上帝國ノ版圖ト看做

ス(陸軍刑法第五條、海軍刑法第五條參照)

陸軍刑法第四條 帝國軍ノ占領地ニ於テ陸軍軍人刑法又ハ他ノ法令ノ罪ヲ犯シタ
ルトキハ之ヲ帝國内ニ於テ犯シタルモノト看做ス

陸軍軍人ニ非スト雖帝國臣民、從軍外國人及浮處ノ犯シタルトキ亦前項ニ同シ
海軍刑法第四條 帝國軍ノ占領地ニ於テ海軍軍人刑法又ハ他ノ法令ノ罪ヲ犯シタ
ルトキハ之ヲ帝國内ニ於テ犯シタルモノト看做ス

海軍軍人ニ非スト雖帝國臣民、從軍外國人及ヒ浮處ノ犯シタルトキ亦前項ニ同シ
陸軍刑法第五條 帝國外ニ在ル部隊ニ屬シ若ハ從フ者又ハ之ニ浮處タル者其部隊
ノ所在地ニ於テ刑法又ハ他ノ法令ノ罪ヲ犯シタルトキ亦前條ニ同シ
海軍刑法第五條 帝國外ニ在ル海軍官衙團隊ニ屬シ若ハ從フ者又ハ之ニ浮處タル
者其ノ官衙團隊ノ所在地ニ於テ刑法又ハ他ノ法令ノ罪ヲ犯シタルトキ亦前條ニ
同シ

以上説明スル如ク一國ノ刑法ハ版圖ノ上ニ其效力ヲ有スト雖トモ一國ノ
刑法ハ必スシモ全版圖ノ上ニ施行サルルコトヲ必要トセス國家ハ其必要
ニ應シテ或種ノ罰則ニ付テハ始メヨリ一定ノ區域ヲ制限シテ(例ヘハ各地

方長官又ハ警視總監ノ發スル處罰命令ノ如シ施行スルコトアリ又特定ノ區域ニハ適用セサルコトアリ得ヘキナリ(例ヘハ明治三十九年法律第三十一號臺灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル件第四條ニ「法律ノ全部又ハ一部ヲ臺灣ニ施行スルヲ要スルモノハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム」ト規定スルカ如シ其他明治四十年法律第二十五號樺太ニ施行スヘキ法令ニ關スル件ニ「法律ノ全部又ハ一部ヲ樺太ニ施行スルヲ要スルモノハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム」ト規定スルカ如シ)

犯罪人引渡

第二項 犯罪人引渡

場所ニ關スル刑法效力ノ範圍ニ制限アルカ爲メニ犯罪地ノ刑法ニ依リ處罰セラルヘキ行爲ニシテ逃亡犯人ノ現在セル國ノ刑法ニ依リ處罰スルコトヲ得サル場合ヲ生スヘシ於此此ノ缺點ヲ補フ爲メニ國際間ニ於ケル法律上共助 Internationale Rechtshilfe ノ必要ヲ生スヘシ而シテ逃亡シタル刑事被告人又ハ刑ノ執行ヲ免レタル罪人ヲ犯罪地又ハ刑ノ言渡ヲ爲シタル國ノ

犯罪人引渡ニ付ハ普通ニ行ハル所ノ制度

請求ニ依リ引渡スコトハ (die Auslieferung) 此ノ法律上ノ共助ノ一ニ屬ス
 罪人引渡ニ付テハ國法ニ於テ之ヲ規定スル國ト國際條約又ハ國際間ノ慣例ニ一任スル國トアリ而シテ此等條約又ハ慣例ニ依リ一國カ罪人引渡ノ請求ニ應スヘキ義務ヲ負擔セサル場合ニ於テモ國法ノ禁止セサル限りハ各場合ニ當テ罪人引渡ノ請求ニ應スルコトヲ妨ケサルナリ
 罪人ノ引渡ニ付普通ニ行ハルル處ノ制度ヲ舉クレハ左ノ如シ
 一、 罪人引渡ハ重キ犯罪ニ付テノミ行ハレ輕キ輕罪、違警罪ノ如キハ引渡ノ目的トナラス
 二、 請求國ハ其犯罪人ヲ處罰スル權限ヲ有スルコトヲ要ス
 三、 請求國ト請求ヲ受ケタル國双方ノ國法ニ於テ處罰スル所ノ所爲ニシテ何レノ國法ニ依ルモ公訴時効又ハ刑ノ期滿免除ニ罹ラサルコトヲ要ス
 四、 自國人民ハ刑事審問又ハ處刑ノ爲メ外國ニ交付セララルコトナシ國法ニ於テ自國人ヲ外國ニ引渡サスト定メタルハ伊太利、和蘭、獨逸、埃太利、白

自國人ヲ引渡スルニ對シテ外國人ニ引渡スルニ對シテ

耳義等ニシテ尙ホ外國トノ條約ニ於テ自國人民ヲ引渡ササルコトヲ約定セリ日米間ノ明治十九年九月二十七日批准交換アリタル罪人引渡條約第七條ニ於テモ「締約國ハ本條約ノ條款ニヨリ互ニ其人民ヲ引渡スノ義務ナキモノトス但シ其引渡ヲ至當ト認ムルトキハ之ヲ引渡スコトヲ得ヘシトアリ此ノ如ク自國人ヲ外國ニ引渡ササルハ外國ノ法律制度裁判官等ヲ信用セサルコトニ基因スルモノニシテ近頃ニ至リ自國人民ト雖トモ之ヲ引渡スヘキモノナリトノ說盛ニ行ハレオツクスフアルドニ開カレタル國際協會ノ議決ニ依レハ自國人民ト雖トモ等シク引渡スヘシト爲セリ又英吉利ルクセンブルヒアルゼンチン等ノ如キハ國法ニ於テ自國人民ト雖トモ之ヲ外國ニ引渡スコトヲ規定セリ又瑞典ハ國法ニ於テハ自國人民ヲ外國ニ引渡ササルコトヲ規定セルニ拘ハラス北米合衆國トノ條約ニ於テ之ヲ引渡スヘキコトヲ約セリ

五、政治上ノ犯罪人ヲ引渡ササルコトハ西曆千八百三十三年ベルギー國

日米犯罪引渡條約及日米犯罪引渡條約追加條約

法ニ於テ規定セラレタル以來此ノ原則ハ殆ント總テノ國際條約ニ於テ認めラレタリ

西曆千八百九十二年デユネーブニ於テ開キタル國際法會議ノ決議ニ依レハ政治上ノ犯罪人ハ引渡サストセリ即チ各國ハ外國ニ於ケル政治犯人ニ對シテ避難權 *Asylrecht* ヲ認ムルコトトナリタリ然レトモ政治犯ノ罪質ハ學者間ニ爭ヒアル所ニシテ問題トナリタル犯罪カ所謂政治犯ニ屬スルヤ否ヤニ付キ屢々疑ヲ生スヘキニ依リ多クノ條約ニ於テハ引渡ヲ請求シ得ヘキ犯罪ノ種類ヲ列記シテ此カ限界ヲ明ラカニセリ例ヘハ明治十九年日米犯罪人引渡條約第二條及ヒ明治三十九年日米間追加犯罪人引渡條約ニ於テハ其引渡ヲ爲スヘキ犯罪ニ付キ左ノ如ク制限的ニ列舉セリ

- 同條約第二條列記ノ分
- 一 謀故殺及ヒ其未遂犯
- 二 貨幣偽造若クハ變造、偽造若クハ變造貨幣ノ發行或ハ行使、公債證書利

札銀行紙幣其他公衆ノ信用ヲ受ク可キ證書類ノ偽造並ニ其發行若クハ行使

三文書ノ偽造若クハ變造並ニ其行使

四 監守盜即チ官吏又ハ監守人締約國一方ノ管轄内ニ於テ公金ヲ私用スル罪

五 強盜

六 重罪ニ當ル罪ヲ犯ス目的ヲ以テ夜間若クハ晝間他人ノ家宅ヲ破壊シ之ニ侵入スル罪

七 重罪ニ當ル罪ヲ犯ス目的ヲ以テ官衙國立銀行貯蓄銀行財產管理會社及保險會社並ニ其他會社ノ家屋ヲ破壊シ若クハ破壊セシテ之ニ侵入スルノ罪

八 偽證及ヒ偽證教唆

九 強姦

十 放火

十一 國際法ニ於テ海賊ト認ムル罪

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

十三 惡意ヲ以テ鐵道馬車鐵路船舶橋梁家屋及ヒ公用建物並ニ其他ノ建物ヲ破壊シ若クハ破壊セント謀リ其所爲人命ニ危害ヲ生ス可キモノ

追加條約ノ分

一 傭主ノ損害トナルヘキ被傭人ノ委託物費消ニシテ其費消ニ係ル金額又ハ財産ノ價格四百圓又ハ貳百弗ヨリ少カラサルモノ

一 一年以上ノ禁錮ニ處セラルヘキ竊盜又ハ一年以上ノ禁錮ニ處スルノ宣告アリタル竊盜

ベルギウム國法ニ依レハ純粹ナル政治犯ニアラストモ苟モ政治犯ト牽連スル犯罪 (delit connexe Complexe) 即チ常事犯ニシテ政治犯ノ目的又ハ庇護ノ

政治犯ノ引渡ニ對スル制限

爲メニ行ハレタル罪ノ犯人モ外國ニ引渡サストセリ而シテ其他多數ノ國モ亦此ノ例ニ倣ヘリ然レトモ此ノ如ク政治犯人ノ避難權ヲ擴張スルコトハ學理ニ反スルモノトシテ現今此ノ種ノ擴張ニ對シテ一ノ制限ヲ設クルノ必要ヲ認ムルニ至レリ例ヘハ西曆千八百七十四年瑞西獨逸間ノ條約第四條ニ於テハ引渡ヲ要求スル處罰行爲カ政治上ノ犯罪ヲ含ムトキハ引渡ヲ爲サスト規定シ其例外トシテ謀殺、放火、文書偽造、貨幣、紙幣ノ偽造、變造等ヲ爲シタルトキハ其政治上ノ爲メニ爲シタルト否トニ拘ハラヌ之ヲ引渡スヘキ罪ノ内ニ算スト規定セリ其他西曆千八百八十一年露西亞ニ於テ開キタル國際法會議ニ於テモ未遂タルト豫備タルト共犯タルトヲ問ハス謀殺及ヒ毒殺ノ場合ニハ之ヲ政治上ノ犯罪ト見スト議決セントシタルトモ行ハレサリシ又千八百八十年オックスフォード千八百九十三年ゲンフニ開カレタル國際法會議ニ於テモ此ノ制限ニ付テ決議セントシタルモ特別ノ效果ヲ得スシテ今日ニ至レリ

犯罪人引渡條例

逃走海員ノ引渡

人ニ關スル刑法ノ效力範圍

例外

刑法ノ適用者

犯罪人引渡ニ關スル法令ハ左ノ如シ

逃亡犯罪人引渡條例(明治二十年八月勅令第四十二號)

猶此ノ外ニ逃走海員ノ引渡ナルモノアリ此ノ引渡ハ犯罪人引渡條約中ニ規定スヘキモノニアラスシテ之ヲ通商航海條約又ハ領事條約中ニ規定スヘキナリ(日本ト英米獨其他諸國ノ通商航海又ハ領事條約及ヒ明治三十二年三月法律第六十八號外國艦船乘組員ノ逮捕留置ニ關スル援助法參照)

第三節 人ニ關スル刑法ノ效力範圍

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

第一國法上ノ原則ニ基キ左記ノ者ハ刑法ノ支配ヲ受ケス

(一)國ノ元首 (das Staatsoberhaupt) 即チ日本國ニ於テハ天皇但シ皇族ハ自國

刑法ノ支配ヲ受ク(普通ノ學說ニ依レハ攝政モ亦自國法ノ支配ヲ受ク)

ス)

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

(二)國會議員 (die Volksvertreter) ハ議院内ニ於テ發言シタル意見及ヒ表決ニ付キ院外ニ於テ責ヲ負ハス即チ此ノ制限ノ範圍内ニ於テ刑法ノ支配ヲ受ケス(憲法第五十二條參照)

第二國際法上ニ基キ左記ノ者ハ刑法ノ支配ヲ受ケス

一 外國ノ君主并ニ其家族及ヒ内國人ニアラサル從者外國ノ攝政、大統領又然リ

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

三 内國ニ於テ信認セラレタル外國ノ交際官(全權大使、全權公使、辦理公使、代理公使、公使館書記官、書記生、公使館武官、其家族及内國人ニアラサル

雇員、從者

司法警察規則附錄(明治七年九月太政官第百二十八號達)

外國公使及公使館屬員ノ事

第一條 外國公使ハ我國憲ヲ以テ羈縻スヘカラサル通義ナレハ是ヲ擴充スルトキハ其家族并ニ公使館屬員(書記官、隨員、公使ノ僕隸、書記官ノ家族及ヒ書記官ノ僕隸等總テ公使官ノ名籍ニアルモノヲ云フ)及ヒ其家屋、車馬迄モ同様ナリト思量スヘシ

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

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

總則 緒論 第五章 刑法ノ效力 第三節 人ニ關スル刑法ノ效力範圍 九七

モノニモ其本人決シテ相違ナキ旨ヲ述フルトキハ公使館へ同道シ右ノ如ク處分
スヘシ

但シ重科ニテ捕縛セサルヲ得サルモノハ第六條ニ照シテ處分スヘシ

外國公使館ノ事

第四條 外國公使館内ハ事故アリテ館主ヨリ請求スルトキノ外決シテ立入ルヘカ
ラス若シ重科ヲ犯シタル犯人ト認メタルモノ奔逃シテ門内へ匿入セシ等惡弊ノ
間モ猶豫スヘカラサルトキハ其把門者ニ告ケ其館主ノ許可ヲ受ケテ後館内又ハ
邸内ヲ探索スヘシ

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

第六條 外國公使館屬員罪ヲ犯シ并ニ犯罪ノ内國人公使館内ニ住居スルトキノ事

罪ヲ公使館外ニテ現ニ行フヲ見及フカ或ハ現ニ見スト雖モ衆人ヨリ報告シ確證
アリテ片時モ猶豫シ難キトキハ其人ヲ其場ニ引留置即刻公使館へ報知ノ上同館
へ引渡シ又外務省へ報知シ是ヲ公使館へ引渡セシ手續ヲ申スヘシ決シテ手鎖捕
繩等ノコトアルヘカラス或ハ屬員ノ内國人ハ引留置即刻公使館へ報知シ改メテ

彼レヨリ引渡ヲ受クルノ手順ヲ施シ又之ヲ外務省ニ申スヘシ

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

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

日白領事職務條約第三條中ニ總領事、領事、副領事及代辦領事ニシテ其任命國ノ臣民
ナルトキハ駐在國ノ法律ニ從ヒ重罪ト認メ且ツ重罪ノ刑罰ニ處スヘキ罪ヲ犯シタ
ル場合ニ非ラサレハ勾留ヲ受クルコトナカルヘシ……下略トノ規定アリ而シテ
大不列顛國、亞米利加合衆國、伊太利國、瑞西國、和蘭國、瑞典國、露西亞國、丁抹國、獨逸國、秘
露共和國、西班牙國、葡萄牙國、暹羅國、佛蘭西國諸國ト帝國間ノ通商航海條約又ハ領事
條約中ニ各締盟國ノ總領事、領事、副領事、領事代及ヒ代辦領事ハ其在留國ニ於テ最惠
國ノ領事官ニ現ニ許與シ又ハ將來許與セラル可キ一切ノ特典特權及免除ハ總テ之
ヲ享有スヘキモノタルノ旨ヲ規定セリ故ニ前記白耳義國領事ト同様ノ特權ヲ有ス

清國ノ領事官モ日清國ノ通商航海條約第三條ニ依リ此ノ特權ヲ有スヘシ然レトモ前記ノ特權ハ刑罰法規ノ適用ヲ受ケスト云フノ意義ニアラサルコトヲ注意スヘキナリ

以上特別ノ身分アリシ者ノ爲メニ本法ノ違反ノ性質

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

刑法第一編第一章法例說明

第六章 刑法第一編總則第一章法例各條

說明

新刑法第一編總則ハ舊刑法第一編ニ該リ第二編以下ニ規定スル各種ノ罪

新刑法ニ於テ總則ニシテ舊刑法ノ規定ヲ削除シタル者

ト其處罰方法トニ關シテ共通スル規定ヲ網羅スルモノニシテ舊刑法ハ本編ヲ章節ニ類別シタルモ新刑法ハ總テ章ノミニ分チタリ而シテ各章修正ノ點及ヒ理由並ニ其意義ニ付テハ以下各章便宜ノ個處ニ於テ之ヲ説明スヘシ
舊刑法ニハ第一編第二章第四節ニ於テ徵償處分ニ關スル規定ヲ設ケタリト雖モ此種ノ規定ハ其性質上刑事訴訟法ノ規定範圍ニ屬スヘキモノナルヲ以テ新刑法ハ之ヲ削除シタリ舊刑法ハ同章第八節ニ於テ復權ニ關スル規定ヲ設ケタルモ新刑法ニ於テハ公權剝奪、監視ノ刑ヲ廢シタルカ故ニ從テ復權ニ關スル規定ヲモ削除シタリ舊刑法ハ第一編第十章ニ於テ親屬例ヲ規定シタルモ民法親族法ニ於テ一般ノ親族例ヲ規定シタルカ故ニ更ニ刑法ニ於テ別種ノ親族例ヲ規定スル必要ヲ認メサルヲ以テ新刑法ハ之ヲ削除シタリ但シ現行刑事訴訟法中ニハ徵償處分ニ關スル規定ヲ缺クカ故ニ本法施行法第六十一條乃至第六十七條ニ於テ之カ規定ヲ設ケ此ノ缺點

- 刑法施行法第六十條 私訴ハ公訴ニ附帶スルトキハ民事訴訟ノ方式ニ依ラス書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得
- 同 第六十一條 贓物犯人ノ手ニ在ルトキハ被害者ノ請求ナシト雖モ之ヲ還付スル言渡ヲ爲スコシ
- 同 第六十二條 左ニ記載シタルモノヲ以テ公訴ニ關スル訴訟費用トス
 - 一 豫審公判ニ付キ呼出シタル證人鑑定人及ヒ通事ニ給與ス可キ日當旅費及ヒ止宿料
 - 二 第六十六條ニ記載シタル費用
- 同 第六十三條 證人鑑定人及ヒ通事ノ日當ハ左ノ範圍内ニ於テ豫審判事受託判事又ハ裁判所之ヲ定ム
 - 一 證人ノ日當ハ出頭一度ニ付金二十錢乃至五十錢但止宿料ヲ給與スル場合ニ於テハ日當ヲ給與セス
 - 二 鑑定人及ヒ通事ノ日當ハ出頭一度ニ付金三十錢乃至金五圓
- 同 第六十四條 證人鑑定人及ヒ通事ノ旅費ハ海陸路一里ニ付キ金五錢乃至金二十錢ノ範圍内ニ於テ豫審判事受託判事又ハ裁判所之ヲ定ム但通路兩線以上アルトキハ最近ノ通路ヲ以テ旅費ヲ算定ス

法例ニ關
スル新舊
刑法規定
ノ對照
改正ノ點

新刑法第一編第一章法例ハ舊刑法第一編第一章ト同シク本法總則中ノ通則規定ニシテ

- 一 刑法ノ場所ニ關スル效力範圍ニ付テハ舊刑法ニ於テ何等ノ規定ヲ設ケサルカ故ニ帝國版圖外ニ於ケル犯罪ニ付テ帝國刑法ヲ適用スルコトヲ得ルヤ否ヤ及ヒ其適用スヘキ法規ノ範圍如何ニ付キテ疑義ヲ生シ大審院判例ニ依レハ帝國臣民ハ外國ニ於テ罪ヲ犯スモ尙ホ帝國法律ノ制裁ヲ受クト解シ極端ナル屬人主義ヲ採リタルモ新刑法ニ於テハ第一條

乃至第四條ニ於テ新タニ刑法ノ場所ニ關スル效力範圍ニ付キ保護主義ニ基キ之カ規定ヲ設ケタリ

二 外國ニ於テ言渡サレタル確定裁判並ニ其執行ノ效力ニ關シテハ舊刑法ニ於テ何等ノ規定ヲ設ケサルモ新刑法ハ第五條ニ於テ特ニ之カ規定ヲ設ケタリ

三 舊刑法ニ於テハ官吏官署ニ關スル規定ヲ設ケタルモ其他法令ニ依リ公務ニ從事スル職員並ニ此等ノ職員ニ因リテ組織スル國家機關ニ關スル規定ヲ缺キタルカ故ニ新刑法ニ於テハ汎ク公務員及ヒ公務所ニ關スル規定ヲ設ケ第七條ニ於テ公務員及ヒ公務所ニ關スル定義ヲ與ヘタリ

四 舊刑法第一條ニ於テハ罪ヲ分ツテ重罪輕罪違警罪ノ三種ニ區別セリト雖モ此區別ハ罪ノ性質ニ基ク分類法ニ非シテ單ニ之ニ科スヘキ本刑タル(法定刑)主刑ヲ標準トシテ之ヲ區別スルニ過キス加之新刑法ハ舊刑法ニ比シ各罪ニ對スル本刑ノ刑期又ハ金額ノ範圍ヲ擴張シタルカ故

ニ此種ノ分類法ヲ全廢シ同條ヲ削除シタリ(然レトモ近世刑法學者ハ罪ノ實質ニ付テ之ヲ刑事犯及ヒ警察犯ニ區別シ之ニ科スヘキ刑罰ノ種類ニ依ラス處罰行爲自體ノ性質ニ基キ之カ區別ヲ設ケ警察犯ニ付テハ其性質上原則トシテ罪ノ成立ニ付犯意ヲ必要トセス過失ニ因テ罪ヲ構成スト論セリ)——本著總則本論第一卷第三編犯罪ノ分類中警察犯ト違警罪參照)

五 近世發達シタル法律的觀念ニ於テハ刑罰法規ノ淵源ハ一ニ成文法ニアルノミ從テ法律ニ於テ明ラカニ處罰スヘキ規定アルニアラサレハ如何ナル所爲モ之ヲ罰セス亦法律ニ於テ明ラカニ規定セラレタル刑罰ニアラサレハ之ヲ科スルコトヲ得サルナリ舊刑法第二條ニ於テハ特ニ此趣旨ヲ明記シタリト雖モ此原則ハ成文ヲ俟タスシテ明ラカナルカ故ニ新刑法ニ於テハ同條ヲ削除シタリ如此舊刑法第二條ノ趣旨ハ之ヲ排斥シタルニアラサルカ故ニ裁判上ノ慣例(判決例)學說ノ刑罰法ニ及ホス效

力、刑法ニ類似解釋ヲ許ササル範圍、慣習及ヒ學說ノ刑罰法ニ及ホス間接ノ效力ニ就テハ新舊刑法ノ間ニ毫モ差異アルコトナシ(此等諸點ニ付テハ本著總則緒論第四章刑法ノ淵源參照)

六

舊刑法第四條ニハ「此刑法ハ陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ論ス可キモノニ適用スルコトヲ得ス」ト規定セルモ同條規定ノ趣旨ハ陸海軍ニ關スル法律(特別法)ヲ適用スル場合ニハ此刑法普通法ヲ適用セスト云フニ過キスシテ此點ハ法ノ明文ヲ俟タス特別法ハ普通法ニ優ルトノ原則ニ依リ特別法ヲ適用スヘキモノナルカ故ニ新刑法ニ於テハ本條ヲ削除シタリ但シ本法編則ト陸軍刑法海軍刑法トノ關係ニ付テハ本法第八條ニ於テハ他ノ法令トノ關係中ニ汎ク之ヲ規定セリ

刑法第一條 本法ハ何人ヲ問ハス帝國内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用ス

帝國外ニ在ル帝國船舶内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ付キ亦同シ

刑法第一條

刑法第二條

刑法第二條 本法ハ何人ヲ問ハス帝國外ニ於テ左ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用ス

- 一 第七十三條乃至第七十六條ノ罪
- 二 第七十七條乃至第七十九條ノ罪
- 三 第八十一條乃至第八十九條ノ罪
- 四 第四百四十八條ノ罪及ヒ其未遂罪
- 五 第五百五十四條第五百五十五條第五百五十七條及ヒ第五百五十八條ノ罪
- 六 第六百六十二條及ヒ第六百六十三條ノ罪
- 七 第六百六十四條乃至第六百六十六條ノ罪及第六百六十四條第二項第六百六十五條第二項第六百六十六條第二項ノ未遂罪

刑法第三條 本法ハ帝國外ニ於テ左ニ記載シタル罪ヲ犯シタル帝國臣民ニ之ヲ適用ス

- 一 第八條第九條第一項ノ罪第八條第九條第一項ノ例ニ依

刑法第三條

- リ處斷ス可キ罪及ヒ此等ノ罪ノ未遂罪
- 二 第一百十九條ノ罪
- 三 第一百五十九條乃至第六十一條ノ罪
- 四 第六十七條ノ罪及ヒ同條第二項ノ未遂罪
- 五 第七十六條乃至第七十九條第八十一條及ヒ第八十四條ノ罪
- 六 第九十九條第二百條ノ罪及ヒ其未遂罪
- 七 第二百四條及ヒ第二百五條ノ罪
- 八 第二百十四條乃至第十六條ノ罪
- 九 第二百十八條ノ罪及ヒ同條ノ罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル罪
- 十 第二百二十條及ヒ第二百二十一條ノ罪
- 十一 第二百二十四條乃至第二十八條ノ罪

刑法第四條

- 十二 第二百三十條ノ罪
 - 十三 第二百三十五條第二百三十六條第二百三十八條乃至第二百四十一條及ヒ第二百四十三條ノ罪
 - 十四 第二百四十六條乃至第二百五十條ノ罪
 - 十五 第二百五十三條ノ罪
 - 十六 第二百五十六條第二項ノ罪
- 帝國外ニ於テ帝國臣民ニ對シ前項ノ罪ヲ犯シタル外國人ニ付キ亦同シ
- 刑法第四條 本法ハ帝國外ニ於テ左ニ記載シタル罪ヲ犯シタル帝國ノ公務員ニ之ヲ適用ス
- 一 第一百一條ノ罪及ヒ其未遂罪
 - 二 第一百五十六條ノ罪
 - 三 第九十三條第九十五條第二項第九十七條ノ罪及ヒ第九十五條第二項ノ罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル罪

以上四ヶ條ハ刑法ノ場所ニ關スル效力ノ範圍ヲ規定スルモノニシテ場所ニ關スル刑法效力ノ範圍ニ付テハ從來左ノ諸主義行ハル

- 第一 屬人主義
- 第二 屬地主義
- 第三 保護主義
- 第四 世界主義

此等諸主義ニ關スル説明ニ付テハ本著總則緒論(第五章第二節第一項場所ニ關スル刑法效力ノ範圍ニ付テノ諸主義參照)

以上諸主義中保護主義ハ屬地主義ヲ擴張シタルモノニシテ此主義ニ依レハ自國版圖内ニ發シタル犯罪ハ其犯人ノ内外國人タルトヲ問ハス自國刑法ヲ以テ處罰シ(屬地主義)自國版圖外ニ發生シタル犯罪ニ付テハ特ニ自國ノ安寧秩序ヲ保持スル必要ノ範圍内ニ於テ犯人ノ國籍如何ヲ問ハス内國刑法ヲ以テ之ヲ處罰スルナリ而シテ此必要以外ニ於テハ内國人ノ外國ニ

於ケル犯罪ニ對シテモ之ヲ適用セサルナリ近世多數ノ立法例ハ此ノ主義ヲ採リ我カ改正刑法モ又此主義ヲ採リタリ

即チ第一條第一項ニ於テハ日本帝國版圖内ニ發生シタル犯罪ニ付テハ其犯人ノ内外國人タルヲ問ハス等シク本法刑法ヲ適用スヘキコトヲ規定シ帝國版圖外ニ發生シタル犯罪ニ付テハ第二條ニ列記シタル犯罪ノ總テハ其犯人ノ國籍如何ニ拘ハラス常ニ帝國ノ安寧秩序ヲ侵害スルモノト認メ第三條第一項ニ列記シタル罪ノ總テハ帝國臣民カ之ヲ犯シタル場合及ヒ帝國臣民ニ對シテ第一項列記ノ罪ヲ外國人カ犯シタル場合ニ限リ帝國ノ安寧秩序ヲ侵害スルモノト認メ第四條ニ列記シタル罪ノ總テハ帝國ノ公務員カ之ヲ犯シタル場合ニ限リ帝國ノ安寧秩序ヲ侵害スルモノト認メ以上ノ場合ニ限リ本法ヲ適用スヘキコトヲ規定シタリ

帝國臣民タル國籍ノ得喪ハ明治三十二年法律第六十六號國籍法ニ依テ定マル

帝國版圖ノ範圍ニ付テハ本著總則緒論第五章第二節第二項中版圖ノ範圍
——參照

而シテ公海上ニ在ル帝國船舶及ヒ外國ノ領海其他水上ニ在ル帝國國船ハ
帝國ノ版圖ト看做スヘキコトハ學說上異論ナキカ如シト雖モ外國ノ版圖
内ニ在ル帝國船舶ハ帝國ノ版圖ト認ムヘキヤ否ヤニ付テハ異論アルカ故
ニ第一條第二項ニ於テ此ノ疑義ヲ避クル爲メ特ニ此ノ明文ヲ設ケタリ
船舶カ帝國船舶タル國籍ヲ有スルヤ否ヤハ明治三十二年法律第四十六號
船舶法第一條ニ依テ定マル

第一條第一項ニ於テ本法ハ帝國版圖ノ上ニ全然其效力ヲ有スルコトヲ規
定スト雖モ一國ノ刑法ハ必スシモ全版圖ノ上ニ施行サルルコトヲ必要ト
セス國家ハ必要ニ應シ一定ノ區域ヲ限リ之ヲ施行シ(例ヘハ各地方長官ノ
發スル罰則ノ如シ明治二十三年勅令第二百八號省令廳令府縣令及警察令
ニ罰則ヲ附スル件第二條參照)又ハ特定ノ區域ニハ適用セサルコトアリ得

犯罪ニ於テ
國內ニ發生シタル
否ヤナル
カ否ヤナル
標準

ヘキナリ即チ臺灣及ヒ樺太ニ付テハ特ニ之ヲ施行スヘキ旨ノ勅令ナキ限
リハ之カ適用ナシ(明治三十九年法律第三十一號臺灣ニ施行スヘキ法令ニ
關スル件明治四十年法律第二十五號樺太ニ施行スヘキ法令ニ關スル件)關
東州ハ帝國領土ナリヤ否ヤ疑アリ故ニ租借地トシテ特別法ヲ施行セリ(明
治三十九年勅令第二百三號關東州ニ於ケル諸般ノ成規ニ關スル制其他刑
法ノ人ニ關スル效力範圍(刑法ノ適用ヲ受ケサル者)ニ付テハ本著總則緒論
第五章第三節人ニ關スル刑法ノ效力範圍參照

犯罪カ帝國版圖内ニ發生シタリヤ否ヤヲ決スルニハ犯罪ノ場所ニ關スル
問題ヲ解決セサルヘカラス(本著總則本論第一卷第一編第一章第三節行爲
ノ時及場所參照)

日本銀行五圓兌換券偽造等ノ件明治四十二年(レ)第四四一號明治四十二年五月二十
一日宣告大審院判決理由 帝國外ニ於テ行ハレタル犯罪ニ付テハ刑法第二條第三
條所定ノ場合ノ外帝國刑法ヲ適用スヘキモノニアラサルコト勿論ナリト雖モ犯罪
行爲ニシテ帝國領土内ニ於テ行ハレタル以上ハ縱令其目的カ外國ニ於テ遂行セラ

刑罰法第一編第一章
第四條乃至第六條
第五條第六條第十
五條第六條第十
項下ノ第六ノ關

ルハキ場合ト雖モ帝國刑法ノ支配ヲ受ケサルヘカラサルコト辯テ俟マス而シテ刑
法第五十條明治三十六年勅令第七十三號第二條第三條明治三十七年勅令第七
十七號第三條並明治三十八年法律第六十六號第三條ニ於ケル偽造貨幣紙幣銀行券
等取得ノ犯罪ハ其授受ノ實行ニ因リ成立スルモノナルヲ以テ帝國內ニ於テ其授受
行爲ヲ爲シタル以上ハ同犯罪ハ帝國內ニ於テ爲サレタルモノナルヲ以テ之ニ對シ
テハ帝國刑法ヲ適用セサルヘカラス同犯罪ノ目的カ右貨幣等ヲ外國ニ於テ行使ス
ルニ在ルト之ヲ內國ニ於テ行使スルニ在ルトハ法律ノ適用上何等影響ヲ有スルモ
ノニアラス故ニ原院ニ於テ本件偽造銀行券並ニ露國三留券等カ內國ニ於テ授受セ
ラレタル事實ヲ認メ之ニ對シ前掲各法條ヲ適用處斷シタルハ相當ナリト解シタル
ハ正當ナリ

一一四

第一條第二條ニ所謂人トハ自然人ヲ指スモノニシテ法人ニ付テハ特別ノ
規定アルニアラサレハ犯罪ノ主體タルコトヲ得ス(本著總則本論第一卷第
一編第一章第一節罪ノ主體參照)
第三條ハ帝國臣民ニ限リ若クハ帝國臣民ニ對シ同條列記ノ罪ヲ犯シタル
外國人ニ限リ又第四條ハ帝國ノ公務員ニ限リ本法ヲ適用スヘキコトヲ規

刑罰法ノ關ス
ル所ニ付カ
ル效力ノ範
圍ニ外本
法以外ノ

定セルカ故ニ此等特別ノ身分ナキ者ハ假令此等ノ身分アルモノト共ニ第
三條若クハ第四條列記ノ罪ヲ犯スト雖モ本法ノ適用ヲ受クルコトナシ從
テ新刑法第六十五條第一項ニ「犯人ノ身分ニ因リ構成スヘキ犯罪行爲ニ加
功シタルトキハ其身分ナキ者ト雖モ仍ホ共犯トス」トアルハ第一條乃至第
四條ニ依リ本法ノ適用ヲ受クヘキ者ニシテ共犯タル場合ニ限リ適用アル
ヘキモノナルコトヲ注意スヘキナリ
刑法ノ場所ニ關スル效力ノ範圍ニ付本法施行法及ヒ新陸海軍刑法ニ於テ
更ニ左ノ規定ヲ加ヘタリ

刑法施行法第二十六條 左ニ記載シタル罪ハ刑法第二條ノ例ニ從フ

- 一 軍機保護法ニ掲ケタル罪
- 二 徵兵令ニ掲ケタル罪
- 三 明治三十八年法律第六十六號ニ掲ケタル罪
- 四 通貨及證券模造取締法ニ掲ケタル罪
- 五 船舶法ニ掲ケタル罪

- 六 船員法ニ掲ケタル罪
- 七 船舶職員法ニ掲ケタル罪
- 八 船舶検査法ニ掲ケタル罪
- 九 戸籍法ニ掲ケタル罪
- 十 郵便法ニ掲ケタル罪
- 十一 舊刑法中印紙ノ偽造變造及ヒ其知情使用ニ關スル罪
- 同 第二十七條 左ニ記載シタル罪ハ刑法第三條ノ例ニ從フ
- 一 著作權法ニ掲ケタル罪
- 二 重要物産同業組合法ニ掲ケタル罪
- 三 移民保護法ニ掲ケタル罪

即チ刑法施行法第二十六條ニ列記スル罪カ帝國外ニ於テ發生シタルトキハ犯人ノ國籍如何ヲ問ハス之ヲ適用シ同法第二十七條ニ列記スル罪カ帝國外ニ於テ發生シタルトキハ犯人カ日本臣民タルカ又ハ外國人カ日本臣民ニ對シテ犯シタル場合ニ限り之ヲ適用ス(保護主義)

陸軍刑法第一條 本法ハ陸軍軍人ニシテ罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用ス

同 法第二條 本法ハ陸軍軍人ニ非スト雖左ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用ス

- 一 第六十四條乃至第六十七條ノ罪及此等ノ罪ノ未遂罪
- 二 第七十四條ノ罪
- 三 第七十九條乃至第八十五條ノ罪
- 四 第八十六條乃至第八十九條ノ罪
- 五 第九十一條乃至第九十三條ノ罪及第九十一條第九十二條ノ未遂罪
- 六 第九十五條第一項第九十六條第九十七條第二項及第九十九條ノ罪
- 同 法第三條 本法ハ前條ニ記載シタル者帝國外ニ於テ罪ヲ犯シタルトキト雖之ヲ適用ス

即チ陸軍刑法第三條ノ規定ニ依レハ帝國陸軍軍人ニシテ陸軍刑法ヲ犯シ又ハ帝國陸軍軍人ニ非スト雖モ(犯人ノ國籍如何ヲ問ハス)同法第二條列記ノ罪ヲ犯シタルトキハ犯罪地カ帝國內ナルト帝國外タルトヲ問ハス同法ヲ適用スヘキナリ(保護主義)

海軍刑法第一條 本法ハ海軍軍人ニシテ罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用ス

總則 第六章 刑法第一編總則第一章法例各條說明

同 法第二條 本法ハ海軍軍人ニ非スト雖左ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用ス

- 一 第六十二條乃至第六十五條ノ罪及此等ノ罪ノ未遂罪
 - 二 第七十二條ノ罪
 - 三 第七十八條乃至第八十五條ノ罪
 - 四 第八十六條乃至第八十九條ノ罪
 - 五 第九十一條乃至第九十三條ノ罪及第九十一條第九十二條ノ未遂罪
 - 六 第九十五條第九十六條第九十七條第二項第九十八條及第百條ノ罪
- 同 法第三條 本法ハ前二條ニ記載シタル者帝國外ニ於テ罪ヲ犯シタルトキト雖之ヲ適用ス

前段陸軍刑法第三條說明參照

日本銀行五圓兌換券偽造等ノ件明治四十二年(レ)第四四一號明治四十二年五月二十一日宣告大審院判決理由 依テ按スルニ帝國外ニ於テ行ハレタル犯罪ニ付テハ刑法第二條第三條所定ノ場合ノ帝國刑法ヲ適用スヘキモノニアラサルコト勿論ナリト雖モ犯罪行為ニシテ帝國領土内ニ於テ行ハレタル以上ハ縱令其目的カ外國ニ於テ遂行セラルヘキ場合ト雖モ帝國刑法ノ支配ヲ受ケサルヘカラサルコト辯テ俟タス而シテ刑法第百五十條明治三十六年勅令第七十三號第二條第三條明治三十七

刑法第五條外國裁判

年勅令第七十七號第三條並明治三十八年法律第六十六號第三條ニ於ケル偽造貨幣紙幣銀行券等取得ノ犯罪ハ其授受ノ實行ニ因リ成立スルモノナルヲ以テ帝國內ニ於テ其授受行為ヲ爲シタル以上ハ同犯罪ハ帝國內ニ於テ爲サレタルモノナルヲ以テ之ニ對シテハ帝國刑法ヲ適用スヘカラス同犯罪ノ目的カ右貨幣等ヲ外國ニ於テ行使スルニ在ルト之ヲ內國ニ於テ行使スルニ在ルトハ法律ノ適用上何等影響ヲ有スルモノニアラスト解セルハ正當ナリ

刑法第五條 外國ニ於テ確定裁判ヲ受ケタル者ト雖モ同一行為ニ付更ニ處罰スルコトヲ妨ケス但犯人既ニ外國ニ於テ言渡サレタル刑ノ全部又ハ一部ノ執行ヲ受ケタルトキハ刑ノ執行ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得前數條規定ノ結果トシテ同一犯人ノ犯シタル同一犯罪行為ニ對シ帝國刑法ノ適用アルノミナラス同時ニ外國刑法ノ適用ヲモ受クルコト多々アルヘキナリ而シテ外國ニ於ケル確定判決ハ帝國法律ノ適用ニ關シテ何等ノ拘束力ヲモ生スヘキモノニアラス又外國判決ノ執行ハ內國裁判所ヨリ言

渡サレタル判決ノ執行ニ付何等ノ拘束力ヲ生セス(本條本文ハ單ニ此ノ原理ヲ明記シタルニ止マル)從テ犯人既ニ外國ニ於テ確定判決ヲ受ケ刑ノ全部又ハ一部ノ執行ヲ受ケタルニ拘ハラス更ニ内國ノ裁判所ニ因リ言渡サレタル刑ノ全部ヲ執行スルトキハ犯人ハ同一行為ニ付再度ノ處分ヲ受クルノ不幸ニ遭遇スヘク如斯ハ時トシテ酷ニ失シ犯人處罰ノ本旨ニ背キ必要ノ程度ヲ超ヘテ刑ヲ科スルノ嫌ナキニアラス故ニ本條但書ニ於テハ既ニ外國ニ於テ刑ノ全部又ハ一部ノ執行ヲ受ケタル犯人ニ付テハ帝國裁判所ハ更ニ刑ヲ言渡ス際刑ノ執行ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得ヘキ旨ヲ規定シ以テ叙上ノ弊ヲ除クコトトセリ故ニ裁判所ハ犯人カ外國ニ於テ執行ヲ受ケタル刑ノ種類程度ニ鑑ミ自己ノ言渡スヘキ刑ト對照シテ犯人處罰ノ本旨ニ適合スヘキ限度ニ於テ本條但書ヲ適用スヘキナリ

刑法第六條

適用ス

(刑法ノ
效力及テ
外規
定)

本條ハ刑法ノ時ニ關スル效力範圍ニ關スル規定ニシテ舊刑法第三條ト規定ノ趣旨ヲ同ス然レトモ法律ハ其執行以前ニ生シタル行為ニ適用スルコトヲ得ス即チ法カ遡及力ヲ有セサルコトハ法ノ時ニ關スル效力ノ原則ニシテ別ニ刑法ノ規定ヲ俟タスシテ明カナルカ故ニ新刑法ニ於テハ舊刑法第三條第一項ノ規定ヲ削除シタリ又舊刑法第三條第二項ハ法ノ不遡及ニ對スル例外ヲ規定スルニ際シ「新舊ノ法ヲ比照シ」ト規定シ犯罪發生當時ノ刑罰法ト判決當時ノ刑罰法トノミヲ比照スヘキニ止ムヘキカ又ハ兩者ノ間ニ幾多ノ介在法アルトキハ此等總テノ刑罰法ヲモ比照シテ其輕重ヲ定ムヘキカニ付疑ナキ能ハス故ニ本條ハ單ニ「其輕キモノヲ適用ス」ト修正シテ此疑ヲ避ケ介在法ヲモ尚ホ比照シテ輕重ヲ定ムヘキコトヲ明ラカニシタリ且ツ判決確定後ニ於テハ更ニ法ヲ適用スヘキ道理ナキカ故ニ本條ニ於テハ舊刑法條三條第二項ニ於ケル「未タ判決ヲ經サル者」ノ字句ヲ削除シタリ

第二審判決後ニ於テ輕キ新法カ行ハレタル場合ニ第二審判決カ本法第六條ヲ適用セザリシコトヲ理由トシ上告判決ニ於テ原判決ヲ破毀スヘキヤ否ヤニ付テ學者間ニ爭アリト雖モ余輩ハ積極說ヲ採ル(前章第一節掲載ノ上告裁判所ト刑法第六條トノ關係ニ付テノ判例參照)

本條ハ輕キ新法ニ對シテ遡及力ヲ認ムル例外規定タルニ過キサカ故ニ新舊兩法ヲ比照シ輕キ又ハ等シキ舊法ヲ適用スル場合即チ刑法ノ時ニ關スル效力ノ原則ニ依ル場合ニ於テハ本條ヲ適用スヘキモノニアラス(前章第一節掲載新舊刑法何レニ依ルモ刑カ等シキ場合ト刑法第六條トノ關係ニ付テノ判例參照)法曹記事第十九卷第四號掲載明治四十二年四月十日委員會第三科決議々案第三六五六號決議ニ依レハ新刑法施行前ニ刑法施行法ニ所謂他ノ法律ノ罪ヲ犯シタル者ヲ刑法施行後ニ裁判スルトキハ新刑法施行前ニ於ケル規定ト其施行後ノ規定トヲ對照比較シ其刑ニ變更アル場合ニ限り新刑法第六條ニ依リ輕キ法律ヲ適用スヘキモノナリト解セル

モ本決議ハ本文卑見ト對照スルニ卑見ニ依レハ輕キ新法ヲ適用スル場合ニ限り新刑法第六條ヲ適用スヘク反之本決議ニ依レハ輕キ舊刑法ヲ適用スル場合ニモ猶ホ必ス新刑法第六條ヲ適用スヘキモノト爲スナリ

醫師法違反ノ件明治四十一年(レ)第一〇四八號明治四十二年二月八日宣告大審院判決理由ニ曰ク因テ按スルニ刑法施行法第十九條第一項ニ因テ他ノ法律ノ刑名ニ變更シ生シ隨ヒテ刑法ノ總則ヲ適用スルニ因テ自ラ其刑ニ變更ヲ來シ新舊二個ノ刑ヲ生スルコトナシトセス此場合ニ於テハ刑法第六條ニ依リ右新舊ノ刑ヲ比照シ其輕キモノヲ適用シテ處斷セザルヘカラス然レトモ本件ハ前記ノ如ク刑法總則ノ適用上刑ニ何等ノ變更ヲ來シタルモノニ非サルカ故ニ刑法第六條ヲ適用スヘキ場合ニ非サルコト勿論ナリ而シテ此場合ニ於テハ犯罪ノ當時ノ法律タル舊刑法ノ總則ヲ適用シシテ處斷ヲ爲スヘキノミ然ルニ原院カ新刑法第十九條ヲ適用シテ沒收ヲ爲シタルハ所論ノ如ク疑律錯誤ノ違法アルモノニシテ全部破毀ヲ免レザルモノトスレト解セルハ本文卑見ト同趣旨ニシテ正當ナリ

韓國流通第一銀行券偽造器械製造等ノ件明治四十一年(レ)第一一七號第一一一八號明治四十二年二月十二日宣告大審院判決理由 然レトモ本件ハ明治三十八年法律第六十六號第四條ニ規定スル犯罪ノ未遂ニ係ルヲ以テ同第六條ニ從リ未遂犯罪

ノ例ニ照シテ處斷スヘキモノナリトス而シテ其所謂未遂犯罪ノ例トハ元來舊刑法ノ未遂犯罪ニ關スル規定ヲ指シタルモノナリト雖モ新刑法實施後ニ於テハ刑法第二十二條ニ依リ新刑法ノ未遂犯罪ニ關スル規定ニ變更セラレ而シテ新舊二法ノ間其規定ヲ異ニシタル結果刑ノ變更ヲ生シタルヲ以テ原院カ刑法第六條ニ依リ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷シタルハ相當ニシテ本論旨ハ理由ナシ

定規變更量器所有及詐欺取財ノ件明治四十一年(レ)第一二二九號明治四十二年三月五日宣告大審院判決理由ニ曰ク依テ按スルニ刑法施行法第二十五條ニ掲ケル舊刑法ノ規定ハ刑法ニ於テ之ヲ特別法ニ讓リ同法中其規定ヲ設ケサルニ依リ刑法施行法ヲ以テ當分舊刑法ノ規定ヲ其儘存續セシメ刑法施行前ト同一ノ效力ヲ有セシメタルモノナリ故ニ本件ノ如キ刑法施行法第二十五條ニ依ル舊刑法第二百二十九條第二項ノ規定ハ舊刑法ノ規定ノ儘存續スルモノナルモ同條項ノ犯罪ハ舊刑法ニ規定スル詐欺取財ヲ以テ論スヘキモノニシテ其規定ハ刑法ノ改正ニ因リ變更セラレタルモノト云ハサルヘカラス何トナレハ刑法施行法第二十五條第二項ノ規定ニ依レハ刑法第八條ノ規定及ヒ本法中他ノ法律ニ關スル規定ハ之ヲ前項ノ規定ニ準用スレトアリ而シテ同法第二十二條第一項ニハ他ノ法律中舊刑法ノ規定ヲ掲ケ又ハ舊刑法ノ規定ニ依リ若クハ之ニ依ラサルコトヲ定メタル場合ニ付刑法中其規定ニ相當スル規定アルモノハ刑法ノ規定ニ變更スレトアルヲ以テ舊刑法第二百二十九條第

法律上ノ一途ニ於テ
連行ニ於テ
中途ニ於テ
變更法ニ於テ
シタルト
第六條
第六條

二項ニ掲ケタル詐欺取財ニ關スル規定ハ新刑法ノ詐欺取財ニ關スル規定ニ變更セラレタルモノト云ハサルヲ得サレハナリ故ニ原判決カ本件犯罪ヲ處斷スルニ當リ其法律適用ニ於テ刑法第六條ヲ適用シ新舊二法ヲ對照シタルハ相當ニシテ本論旨ハ理由ナシト解セルモ

以上二個ノ判旨ニ依レハ苟クモ新舊刑法ノ間ニ於テ刑ニ變更ヲ生シタルトハ對照ノ結果輕キ舊刑法ヲ適用スル場合タルト否トナ間ハス常ニ新刑法第六條ヲ適用シテ新舊刑法ヲ比照スヘキモノナリト解スルモノニシテ本文卑見ト相違スル處アリ

刑罰法規ノ廢止ト混同スヘカラサル場合刑罰法規以外ノ法規ニ變更アル場合及ヒ新舊法ノ輕重ヲ比照シ得サル場合其他本條ノ解釋ニ關シテ起ルヘキ諸般ノ疑問ニ付テハ前章第一節時ニ關スル刑罰法規效力ノ範圍參照ニ犯罪カ新法施行以前ニ發生シタリヤ否ヤヲ決スルニハ犯罪ノ時ニ關スル問題ヲ解決セサルヘカラス本著總則本論第一卷第一章第一節第三節行為ノ時及場所參照法律上單一行爲ノ連續スル中途ニ於テ刑法ニ變更アリタル場合ニ於テ新舊何レノ法ヲ適用スヘキヤノ疑問ニ付テモ同上參照

新刑法第六條ニ依リ新刑法又ハ新刑法ノ刑名ニ依リ刑ヲ定メタル法令ト
舊刑法其他ノ舊罰則トノ輕重ヲ比照スル方法ニ付テハ本法施行法第二條
第三條第六條第七條ニ於テ之ヲ規定セリ即チ左ノ如シ

刑法施行法第二條 刑法施行前ニ舊刑法ノ罪又ハ他ノ法律ノ罪ヲ犯シタル者ニ付
テハ左ノ例ニ從ヒ刑法ノ主刑ト舊刑法ノ主刑トチ對照シ刑法第十條ノ規定ニ依
リ其輕重ヲ定ム

刑法ノ刑	舊刑法ノ刑
死刑	死刑
無期懲役	無期徒刑
無期禁錮	無期徒刑
有期懲役	有期徒刑、重懲役、輕懲役、重禁錮
有期禁錮	有期流刑、重禁獄、輕禁獄、輕禁錮
罰金	罰金
拘留	拘留
科料	科料
同	同
法第三條	法律ニ依リ刑ヲ加重減輕ス可キトキ又ハ酌量減輕ヲ爲ス可キト

キハ加重又ハ減輕ヲ爲シタル後刑ノ對照ヲ爲ス可シ
數罪ヲ犯シタル者ニ付テハ併合罪又ハ數罪俱發ニ關スル規定ヲ適用シタル後刑
ノ對照ヲ爲ス可シ

一罪ニ付キ二個以上ノ主刑ヲ併科ス可キトキ又ハ二個以上ノ主刑中其一個ヲ科
ス可キトキハ其中ニテ重キ刑ノミニ付キ對照ヲ爲ス可シ併合罪又ハ數罪俱發ニ
關スル規定ニ依リ數罪ノ主刑ヲ併科ス可キトキ亦同シ

同 法第六條 刑法施行前ニ犯シタル罪ニ付キ刑法施行ノ前又ハ後ニ確定裁判
アリタル後刑法施行前ニ犯シタル餘罪ニ付裁判ヲ爲ストキハ左ノ例ニ依ル

一 確定裁判アリタル罪ニ舊刑法又ハ他ノ法律ヲ適用シタルトキト雖モ刑法又
ハ刑法ノ刑名ニ依リ刑ヲ定メタル法令ニ於テハ其罪ト餘罪トニ付キ併合罪ニ
關スル規定ヲ準用ス

二 確定裁判アリタル罪ニ刑法又ハ刑法ノ刑名ニ依リ刑ヲ定メタル法令ヲ適用
シタルトキト雖モ舊刑法又ハ他ノ法律ニ於テハ其罪ト餘罪トニ付キ數罪俱發
ニ關スル規定ニ依ル

同 法第七條 左ニ記載シタル者刑法施行前更ニ刑法ノ有期懲役ニ相當スル刑
ニ該ル罪ヲ犯シ刑法施行後其罪ニ付キ裁判ヲ爲ストキハ刑法又ハ刑法ノ刑名ニ
依リ刑ヲ定メタル法令ニ於テハ累犯ニ關スル規定ヲ準用ス

- 一 舊刑法又ハ他ノ法律ニ依リ刑法ノ懲役ニ相當スル刑ニ處セラレタル者
- 二 舊刑法又ハ他ノ法律ニ依リ刑法ノ懲役ニ相當スル刑ニ該ル罪ト同質ノ罪ニ因リ死刑ニ處セラレ其執行ノ免除ヲ得又ハ減刑ニ因リ懲役ニ相當スル刑ヲ減輕セラタル者

卑見ニ依レハ新刑法第六條規定ノ趣旨ハ犯人ニ最モ便宜ナル(苦痛少ナキ)結果ヲ生ス可キ處罰法ヲ適用スルニアルヘキカ故ニ新舊法ノ輕重ヲ比照スルニハ先ツ問題トナリタル所爲ヲ各法規ニ照シテ其有罪無罪ヲ決シ及ヒ之ニ科スヘキ刑ヲ量定シテ先ツ其主刑ヲ對照シタル後所爲ノ責任者ニ對シ最モ輕キ結果ヲ生シタル法規ヲ以テ最モ輕キ法規ト云フヘキナリ(反之前記法條ニ依レハ量定前ノ刑ヲ以テ對照刑ト定ムルカ故ニ新法ニ比シ舊法輕キニ拘ハラス刑ヲ量定シタル結果ニ就テ見レハ却テ新法ニ比シテ重キ刑ヲ科セサルヘカラサルノ結果ヲ生スルコトヲ免レス例ヘハ舊刑法第二百九十四條ト新刑法第九十九條對照此點ニ關シテ余輩ハ前掲刑法施行法第二條第三條ノ規定ハ新刑法第六條規定ノ趣旨ニ背馳スルモノニ

新法施行
第三條
第一項
ノ關係

アラサルカヲ疑フ(前章第一節新舊刑法ノ輕重比照ノ標準參照)

新刑法第六條規定ノ趣旨ハ犯人ニ最モ便宜ナル(苦痛少ナキ)結果ヲ生ス可キ處罰法ヲ適用スルニアルヘキカ故ニ新舊法ノ輕重ヲ比照スルニハ先ツ問題トナリタル所爲ヲ各法規ニ照シテ其有罪無罪ヲ決シ及ヒ之ニ科スヘキ刑ヲ量定シ然ル後先ツ其主刑ヲ對照シテ所爲ノ責任者ニ對シ最モ輕キ結果ヲ生シタル法規ヲ以テ最モ輕キ法規ト云フヘキナリ然レトモ刑法施行法第二條第三條ハ叙上ノ趣旨ヲ採用セス特別ノ對照法ヲ規定シタルカ故ニ現行法ノ解釋トシテハ新刑法施行前ノ犯罪ニ付テハ以上ノ各法條ニ依リ刑ノ對照ヲ爲ササルヘカラス而シテ刑法施行法第三條第三項ニ於テ一罪ニ付キ二個以上ノ主刑中其一ノ刑ヲ科ス可キトキハ(撰擇刑ヲ定メタル場合)其中ニテ重キ刑ノミニ付キ對照ヲ爲ス可キ旨ヲ規定シタルハ單純ナル方法ヲ以テ對照ヲ爲サシムルコトヲ目的トスルモノニシテ全ク便宜ニ出テタルモノナリ然レハ此ノ立法ノ趣旨ハ酌量減輕ヲ爲ス可キトキナル

ト否トニ拘ハラス一般ニ適用アルヘキモノニシテ即チ撰擇刑中先ツ重キ刑ヲ撰ヒ之ヲ標準トシテ刑ノ對照ヲ爲スヘク假令酌量減輕ヲ爲スヘキ場合ニ於テモ重キ刑ニ付テノミ酌量減輕ヲ爲シ其結果タル刑ノ範圍ヲ標準トシテ其輕重ヲ定ムヘキナリ故ニ殺人罪ニ付テハ新刑法第七十九條ニ規定スル撰擇刑中最モ重キ死刑ヲ撰ヒ常ニ此ノ主刑ヲ標準トシテ(若シ酌量減輕スヘキトキハ死刑ヨリ減輕シテ)舊刑法ノ刑ト對照スヘキナリ(明治四十一年十月九日民刑甲第二三六號民刑局長回答第二ト同意見)從テ謀殺罪ノ場合ニ於テ若シ減輕ヲ爲ササルトキハ新舊刑法ノ間ニ刑ノ輕重ヲ生セサルカ故ニ犯罪當時ノ法律タル舊刑法第二百九十二條ニ依リ處斷スヘキモノトス(明治四十一年九月十四日民刑甲第一五二號民刑局長回答第一ハ反對ノ見解ヲ採レリ)左記ノ大審院判決ハ何レモ正當ナリ

例關第法刑
ス三第法
ル條二施
判ニ條行

委託金詐欺費消官公印盜用官公文書偽造行使ノ件明治四十一年(レ)第一〇五二號明治四十二年一月二十一日宣告大審院判決理由ニ曰ク新舊兩法ハ輕重ハ主刑ハ輕重

ニ依リ之ヲ定ムヘキモノナルコト刑法施行法第二條ノ明定スル所ナルカ故ニ原審ニ於テ刑法第六條ノ適用上新舊刑法ノ輕重ヲ定ムル爲メ兩法ノ主刑ヲ對照比較シ沒收刑ニ付比照セザリシハ相當ナリ、論旨ハ理由ナシ

謀殺ノ件明治四十一年(レ)第一一九八號同四十二年二月二十五日宣告大審院判決理由ニ曰ク然レトモ刑法施行法第二條第三項ニ依レハ新舊二法ノ輕重ヲ比較スルニ當リ二箇以上ノ主刑中其一箇ヲ科スヘキ場合ニ於テハ其中最モ重キ刑ヲ標準トスルヲ要シ其他ノ輕キ刑ハ之ヲ計算外ニ置カサルヘカラサルモノナレハ此標準ニ從ヒ裁判ヲ爲シタル原判決ハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ

約束手形偽造行使詐欺取財ノ件明治四十二年(レ)第八四號明治四十二年三月十八日宣告大審院判決理由ニ曰ク酌量減輕ハ法定刑ノ範圍ニ於テ刑ヲ科セントモハ犯情ニ比シ重キニ失スル場合ニ於テ之ヲ爲スヘキモノナレハ刑ノ範圍ヲ異ニスル新舊二法ノ比照上舊法ノ適用ニ付テノミ酌量減輕ヲ爲スノ要アルモ新法ノ適用ニ付テハ之ヲ爲スノ要ナキコトナシトセス故ニ原院カ被告ノ約束手形偽造行使ノ所爲ニ付新舊刑法ヲ比照スルニ當リ舊刑法ノ適用ニ付テノミ酌量減輕ヲ爲シタルハ違法ニ非ス要スルニ論旨ハ原院ノ職權ニ屬スル刑ノ量定ヲ非難スルモノニ外ナラサルヲ以テ上告適法ノ理由トナラス

故殺ノ件明治四十二年(レ)第五三二號明治四十二年五月二十日宣告大審院判決理由

以上ノ規定ニ依リ新舊兩法中輕キ法ヲ定メタル以上ハ其輕キ法ニ規定ス
ル刑ノ範圍内ニ於テ裁判所ハ自由ニ科刑ヲ量定スヘク刑法施行法第三條
第三項ノ場合ニ於テ假令對照刑トシテ撰擇刑中最重キ刑ヲ撰ヒタルモ實
際被告ニ科スヘキ刑ハ撰擇刑中最モ重キ刑ニ依ルコトヲ要セス最モ輕キ
刑ヲ撰擇スルコトヲ得ヘキコト勿論ナリトス

殺人ノ件明治四十二年(レ)第六八四號明治四十二年七月一日宣告大審院判決理由
刑法施行第三條第三項ニ一罪ニ付キ二箇以上ノ主刑中其一箇ヲ科スヘキトキハ其
中ニテ重キ刑ノミニ付キ對照ヲ爲スヘシトアルハ撰擇刑ノ場合ニ於テハ法律ニ依
リ刑ヲ加重減輕スヘキトキ又ハ酌量減輕ヲ爲スヘキトキ雖モ必ス最モ重キ刑ヲ
撰擇スルコトヲ要シ其餘ノ輕キ刑ヲ撰擇シテ以テ新舊法ノ輕重ヲ定ムル爲メノ標

準ト爲スコトヲ許ササル趣旨ニ外ナスラ故ニ刑ノ對照ヲ爲スニハ順序トシテ先ツ
該規定ニ依リ撰擇刑中最モ重キ刑ヲ撰擇セルヘカラス而シテ後加重又ハ減輕ヲ爲
スヘキモノナルトキハ同條第一項ニ依リ右撰擇シタル重キ刑ヲ加重又ハ減輕シ以
テ對照刑ト爲スヘキモノトス然レトモ酌量減輕ハ畢竟事實裁判所ノ職權ニ屬スル
刑ノ量定ニ過キサルカ故ニ刑ノ對照上事宜ニ依リ或ハ舊法ノ刑ノミチ減輕シ新法
ノ刑ハ之ヲ減輕セサルコトアルモ違法ト謂フヲ得ス論旨ハ理由ナシ
委託物費消ノ件明治四十一年(レ)第一〇一二號明治四十一年十二月二十四日宣告大
審院判決理由 刑法施行法第三條第二項ニハ數罪ヲ犯シタルモノニ付テハ云云數
罪俱發ニ關スル規定ヲ適用シタル後刑ノ對照ヲ爲スヘキ旨ヲ規定シアリテ而シテ
右數罪俱發ニ關スル規定即チ本件ノ如ク舊刑法第百二條ニ所謂前發ノ刑ヲ以テ後
發ノ刑ニ通算スヘキ場合ニ於テ新舊法比對ノ基礎タルヘキ對照刑ヲ求ムルニハ法
定刑ヨリ前發ノ刑ヲ控除シ以テ前發ノ刑ヲ後發ノ刑ニ吸收セシムルコトヲ要シ而
シテ法定刑ヨリ前發ノ刑ヲ控除スルニハ後發罪ニ對スル法定刑ノ長期ヨリ之ヲ控
除スルニアラスンハ通算ノ效果ヲ生セシムルコト能ハサルコト賭易キ所ナルヲ以
テ右通算ノ方法ハ後發罪ニ對スル法定刑ノ長期ヨリ前發ノ刑ヲ控除スヘク右法定
刑ノ範圍内ニ於テ被告ニ科スヘキモノト量定シタル刑ヨリ之ヲ控除スヘキモノニ
アラストスルヲ相當トス左ノハ原判決ノ法律適用ハ右ノ趣旨ニ適合シ相當ナルヲ

以刑法施行以前之犯罪
以新舊刑法對照之
新舊刑法對照之
公犯之範圍
公犯之範圍
爲犯罪之標準
爲犯罪之標準
標準之範圍

一三四
以テ此點ニ關スル論旨ハ理由ナク又原判決ハ既ニ控除シタル刑ヲ再ヒ通算スル旨
渡チ爲シタリトノ論旨ニ付テハ原判決主文ニ所謂重禁錮八月ハ舊刑法ノ本刑ノ範
圍内ニ於テ量定宣告シタル刑ニシテ舊刑法ノ本刑ヨリ前發刑タル拘留七日ヲ控除
シタルモノノ範圍内ニ於テ量定シタル刑ニアラサルコトハ原判文上之ヲ見ルコト
ヲ得ルヲ以テ原判決ニ於テ前發罪ノ刑拘留七日ヲ右重禁錮八月ノ刑ニ通算スルノ
言渡チ爲シタリトテ所論ノ如キ不當アルコトナクハ此點ノ論旨モ亦理由ナシ
公文書偽造行使等ノ件明治四十二年(レ)第八六九號明治四十二年七月二十日宣告大
審院判決理由 刑法施行以前ノ犯罪ニ對シテ新舊刑法ヲ比照スルニ當テハ公訴ニ係
ル犯罪全部ニ對シテ新舊刑法ヲ適用シ之ヲ比照セサル可カラズ故ニ假令舊刑法ノ
下ニハ公訴ニ係ル犯罪行爲中ニ包含セラレサル別箇ノ行爲ニシテ且少罪トナラザ
ルモノナリト雖モ新刑法ノ下ニハ罪トナルヘキ行爲ニシテ且公訴ニ係ル犯罪ト牽
連シテ一箇ノ犯罪ヲ組成スルモノナルトキハ此行爲ニ對シテモ新刑法ヲ適用シタ
ル上ニテ新舊刑法ノ比照ヲ爲ササルヘカラス而シテ原判決ニ判示シタル所論登記
官吏ニ對シ抵當權設立登記ニ關スル虛偽ノ申立ヲ爲シ登記官吏ヲシテ登記簿原本
ニ不實ノ記載ヲ爲サシメ且ツ之ヲ登記所ニ備付置カシメ以テ行使ヲ遂ケタル各所
爲ハ同判決判示ノ偽造ニ係ル抵當權設定登記申請書其他ノ偽造文書行使ノ結果ニ
シテ同判決判示ノ詐欺取財ノ行爲ニ對シテハ手段タル關係ヲ有スルヲ以テ刑法第

前刑法施行
ニ於テ犯罪
キニナルスヘ
刑科スヘ

前刑法施行
ニ於テ犯罪

新刑法施行前ニ犯シタル罪ト施行後ニ犯シタル罪トノ關係ニ付テハ新刑

總則 第六章 刑法第一編總則第一章法例各條說明

五十四條第一項後段ニ依リ叙上ノ偽造文書行使ノ行爲及ヒ詐欺取財ノ行爲ト合シ
其最モ重キ刑ヲ以テ處斷スヘキ一罪ヲ組成スヘキモノトス然レハ原判決ニ於テ右
判示ノ事實ニ對シ新舊刑法ヲ比照スルニ當リ登記官吏ニ對シ抵當權設定登記ニ關
スル虛偽ノ申立ヲ爲シ登記簿原本ニ不實ノ記載ヲ爲サシメタル行爲ニ對シテ刑法
第五十七條第一項ヲ其登記簿原本行使ノ所爲ニ對シテ同法第五十八條第一項第
百五十七條第一項ヲ適用シ右各行爲ト判示ノ各文書偽造及行使並ニ詐欺取財ノ所
爲トハ互ニ手段若シクハ結果タル關係ヲ有スルニ依リ同第五十四條第十條ニ依リ
重キ偽造ノ印鑑證明書行使ノ罪ニ付キ定メタル刑ニ從ヒ處斷スヘキモノトシテ刑
法ノ對照刑ヲ定メタルハ正當ニシテ本論旨ハ理由ナシ
自殺補助ノ件明治四十一年(レ)第一〇〇八號明治四十一年十二月二十一日宣告大審
院判決理由 本件被告ノ犯罪ニ對シテハ舊刑法ヲ適用スヘキモノナル以上ハ一ノ
附加刑タル沒收ノ處分ニ付キテモ舊刑法ノ規定ニ依ルコトヲ要シ新刑法ノ規定ヲ
適用スヘキ者ニアラスト解セルハ正當ニシテ舊刑法時代ノ犯罪ニ對シ新舊刑法中
ヨリ各輕キ部分ヲ撰ヒ兩法ノ各一部ヲ適用スルハ新舊刑法中輕キ法條ヲ適用セル
モノニアラストシテ新々ニ法ヲ制定スルモノナリトス

タル施行後罪ト
關シタルニ
係ル罪ト關
スル規定ニ
關ス

法施行法第八條乃至第十二條ニ於テ之ヲ規定セリ(以上各法條ハ新刑法ニ
遡及力ヲ與フル例外規定ナリ)

刑法施行法第八條 刑法施行前ニ犯シタル一罪ト刑法施行後ニ犯シタル一罪又ハ
數罪トニ付キ同時ニ裁判ヲ爲ス場合ニ於テハ刑法施行前ノ罪ニ舊刑法又ハ他ノ
法律ヲ適用スヘキトキト雖モ其罪ト刑法施行後ノ一罪又ハ數罪トニ付キ併合罪
ニ關スル規定ヲ準用ス

同 第九條 刑法施行前ニ犯シタル數罪ト刑法施行後ニ犯シタル一罪又ハ
數罪トニ付キ同時ニ裁判ヲ爲ス場合ニ於テハ刑法施行前ノ罪ニ舊刑法又ハ他ノ
法律ヲ適用スヘキトキハ數罪俱發ニ關スル規定ニ依リテ定マリタル一ノ重キ罪
ト刑法施行後ノ一罪又ハ數罪トニ付キ併合罪ニ關スル規定ヲ準用ス

同 第十條 刑法施行前ノ罪ニ刑法又ハ刑法ノ刑名ニ依リ刑ヲ定メタル法
令ヲ適用スヘキトキハ其數罪ト刑法施行後ノ一罪又ハ數罪トニ付キ併合罪ニ關ス
ル規定ヲ適用ス

同 第十條 刑法施行後ニ犯シタル罪ニ付キ確定裁判アリタル後刑法施行
前ニ犯シタル餘罪トニ付キ裁判ヲ爲ス場合ニ於テハ其罪ニ舊刑法又ハ他ノ法律ヲ
適用シタルトキト雖モ確定裁判アリタル罪ト其罪トニ付キ併合罪ニ關スル規定
ヲ準用ス

同 第十一條 刑法施行前ニ犯シタル罪ニ付キ刑法施行後確定裁判アリタル
後刑法施行後ニ犯シタル餘罪トニ付キ裁判ヲ爲ス場合ニ於テハ確定裁判アリタル
罪ニ舊刑法又ハ他ノ法律ヲ適用シタルトキト雖モ其罪ト餘罪トニ付キ併合罪ニ
關スル規定ヲ準用ス

同 第十二條 第七條第一項各號ニ記載シタル者刑法施行後有期懲役ニ該ル
罪ヲ犯シタルトキハ累犯ニ關スル規定ヲ準用ス
第七條第二項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

改正刑法施行前ニ犯シタル罪ニ付キ確定裁判アリタル後改正刑法施行前
ニ犯シタル餘罪ト改正刑法施行後ノ犯罪ト俱ニ發シタル場合ニ關スル處
斷法ニ付キ刑法施行法ニ於テ特別ノ規定ヲ設ケサルカ故ニ此ノ場合ハ舊
法時代ノ前發罪ト餘罪トニ付キ刑法施行法第六條ニ依ルカ若クハ依ルコ
トナクシテ餘罪ニ科スヘキ刑ヲ量定シタル後其刑ト刑法施行後ノ罪ニ付
キ別ニ量定シタル刑トヲ併科スヘキナリ但シ新法時代ノ犯罪カ舊法時代
ノ犯罪ニ對シテ新法ニ規定スル再犯關係ヲ有スルトキハ刑法施行法第十
二條ニ依リ改正刑法ノ累犯ニ關スル規定ヲ準用シテ其刑ヲ定ムヘキナリ

(明治四十一年九月二十九日民刑甲第二〇三號民刑局長回答ト同意見)

舊刑法ニ於ケル没収刑以外

新刑法施行前ニ犯シタル罪ニ對シ舊刑法又ハ其他ノ舊罰則ヲ適用スル場合ニ於テ其附加刑ニ關シ新刑法施行法第五條ニ於テ左ノ如ク規定セリ

刑法施行法第五條 刑法第六條ニ依リ舊刑法又ハ他ノ法律ヲ適用スル場合ニ於テ剥奪公權停止公權監視又ハ罰金ヲ附加スヘキトキト雖モ之ヲ附加セス

親告罪ニ關スル新舊刑法ノ變更

親告罪ニ關スル新舊刑法ノ變更ニ關シテ新刑法施行法第四條ニ左ノ如ク規定セリ

刑法施行法第四條 刑法施行前舊刑法又ハ他ノ法律ノ規定ニ依リ告訴ヲ待テ論ス可キ罪ヲ犯シタル者ハ刑法ノ規定ニ依リ告訴ヲ要セサルモノト雖モ告訴アルニ非サレハ其罪ヲ論セス

親告罪ニ於ケル告訴ハ犯罪ニ對スル處罰條件ニアラスシテ訴追ノ條件(訴訟條件)タルニ過キサレカ故ニ手續法ハ常ニ新法ヲ適用ストノ原則ニ依リ假令舊法ニ於テ親告罪ト爲スモ新法ニ於テ告訴ヲ必要トセザルトキハ舊法時代ニ犯シタル罪ヲ起訴スルニ付テモ告訴アルコトヲ必要トセザルナ

リ然レトモ刑法施行法ニ於テハ例外トシテ叙上ノ規定ヲ設ケタルナリ(舊刑法第三百二十六條以下ノ脅迫罪ト新刑法第二百二十二條以下ノ脅迫罪對照、明治二十二年法律第二十八號議會並議員保護ニ關スル法第四條ト新刑法第九十五條第二項公務ノ執行ヲ妨害スル罪對照)

反之舊法時代ニ親告罪ニ非サル罪ヲ起訴シ其審理中新法ニ於テ親告罪ト爲シタル場合ニ於テモ之カ爲メ前ニ適法ニ爲サレタル起訴ノ效力ニ影響ヲ及ホスコトナシ何トナレハ起訴其他ノ訴訟手續カ有效ナリヤ否ヤハ其手續ヲ爲シタル當時ノ訴訟手續法規ニ依テ之ヲ決スルヲ原則トスルヲ以テナリ

官職詐稱恐喝取財ノ件明治四十一年(レ)第八五二號同年十二月三日宣告大審院判決理由 親告罪ニ於ケル告訴ハ犯罪ノ成立即チ刑罰權ノ發生ニ要スル實體的條件ニアラスシテ犯罪ノ訴追即チ刑罰權ノ發動ヲ被害者ノ意思ニ係ラシムル形式的條件ニ外ナラサルヲ以テ或ル犯罪事件カ其起訴ノ當時ニ於テ効力ヲ有セル訴訟手續ニ準據シテ適法ニ裁判所ニ繫屬シタル以上ハ其後ニ至リ法律ノ改正ニ依リ其犯罪ハ

親告罪トシテ被害者ハ告訴ヲ要スルコトトナルモ之カ爲メ起訴ノ效力ニ影響ヲ及
 ホスコトナシ而シテ刑法施行法第四條ノ規定ニ付キテ按スルニ舊刑法ノ下ニ在リ
 テ親告罪タリシ犯罪ニ付現行刑法ノ下ニ於テ起訴ヲ爲ス場合ニハ其起訴ハ現行法
 ニ從ヒ被害者ノ告訴ナクシテ受理シ得ヘキヲ以テ其本來ノ性質ト爲スモ法律ノ特
 別規定ヲ以テ例外ヲ設ケタルモノニシテ此規則ナカリセハ告訴ナクシテ起訴ヲ爲
 シ得ヘキモノタリ左レハ舊刑法ノ下ニ在テ親告罪タラサリシ罪カ現行刑法ニ依テ
 親告罪トナリタル場合ニ付テハ斯ル特別規定ナキヲ以テ起訴ノ效力ハ其當時效力
 ナ有セル舊法ニ依テ之ヲ定ムルコトヲ要スルハ論ヲ俟タス是レ即チ本件ノ場合ニ
 シテ現行刑法第二百五十一條第二百四十四條カ親族ニ對スル詐欺取財ヲ親告罪ト
 ナシタルコトハ其未タ親告罪タラサルニ當リ被害者ノ告訴ナクシテ爲サレタル本
 件犯罪ノ起訴ヲ不適法ナラシムルノ結果ヲ生スルコトナシト解セルハ本文ト同趣
 旨ナリ

刑法第七
條

刑法第七條 本法ニ於テ公務員ト稱スル官吏、公吏、法令ニ依リ公務ニ從事

スル議員、委員其他ノ職員ヲ謂フ

公務所ト稱スルハ公務員ノ職務ヲ行フ所ヲ謂フ

舊刑法ハ官吏及ヒ官署ニ關スル規定ヲ設クルニ當リ公吏及ヒ公署ニ關ス

公務員

ル規定ヲ脱シタルカ故ニ明治二十三年法律第百號ヲ以テ公吏及ヒ公署ハ
 刑法上官吏及ヒ官署ト同視スル旨ヲ規定シ官吏、公吏ニアラスシテ法令ニ
 依リ公務ヲ行フ者ニ付テハ明治二十二年十一月法律第二十八號議會及ヒ
 議員ノ保護ニ關スル罰則明治三十四年四月法律第三十七號瀆職法ヲ設ケ
 叙上ノ欠缺ヲ補ヒタリト雖モ新刑法ハ總テ此等ノ區別ヲ廢シ總轄シテ公
 務員及公務所ナル名稱ヲ用ヒ廣ク法令ニ依リ國家ノ事務ニ從事スル職員
 又ハ此等職員ニ依テ組織セラルル國權ノ機關ニ共通スル規定ヲ設ケタル
 カ故ニ(新刑法第九十五條、第九十六條、第九十七條、第九十五條、第九十六條、
 第九十七條、第九十八條、第一百零六條、第一百零七條、第一百零八條、第九
 十七條、第九十八條、第九十九條、第一百零二條、第一百零五條、第一百零八條、
 公務員并公務所ニ關スル定義ヲ規定シタリ

本條第一項ニ所謂法令ニ依リ公務ニ從事スル職員トハ法令ニ基キ直接又
 ハ間接ニ國家ノ事務ニ從事スル者ヲ包轄シ其就職ノ形式カ選舉ニ依ルト

任命ニ依ルト將タ囑託ニ依ルト否トハ問フ所ニアラス(即チ就職ノ形式カ
 公法上ノ行爲ニ基クト私法上ノ行爲ニ基クトハ問フ處ニアラス)然レトモ
 法令ニ依ルコトヲ要スルカ故ニ假令國家ノ事務ヲ行フ者ト雖モ法令ノ規
 定ニ基カスシテ其職ニ在ル者ハ公務員ト云フコトヲ得ス例ヘハ裁判所ノ
 雇員官設鐵道ノ驛夫職工ノ如シ(裁判所檢事局ノ雇員備人以下ノ俸給手當
 等支給方ニ關シテハ明治三十一年六月司法省會檢甲第一七五號訓令其他
 各種ノ同省訓令及明治二十六年勅令條七號等アリ又政府ニ於テ直接ニ從
 事スル事業ニ要スル職工人夫雇備ノ請負ニ關シテハ明治三十四年勅令第
 八號ノ規定アリト雖モ此等ハ官制又ハ職制ニ依テ公務ニ從事スルコトヲ
 認メラレタリト云フコトヲ得ス)反之苟クモ法令ニ基キ國家ノ事務ニ從事
 スル以上ハ其名稱ノ如何ハ問フ處ニアラサルカ故ニ例ヘハ雇員備人ノ如
 キモ苟クモ法令ニ依リ公務ニ從事スル以上ハ本條ニ所謂公務員ト云ハサ
 ルヘカラス(例ヘハ明治三十四年勅令第七號ニ於テ遞信省部内判任官ノ補

闕トシテ雇員ヲ使用スルコトヲ許スカ如キ明治三十一年勅令第二百二十七
 號ニ於テ鐵道書記補通信書記補ノ補缺トシテ雇員ヲ使用スルコトヲ許ス
 カ如シ其他裁判所構成法第一百一條ニ依リ雇用セラレタル廷丁又ハ市制第
 五十九條町村制第六十三條ニ依リ認メラレタル附屬員並ニ使丁ノ如キハ
 公務員ナリ要之公務ニ從事スル者カ法令ニ基クヤ否ヤハ之ニ關スル各種
 ノ法規ニ就キ之ヲ定ムルノ外ナシ
 職員トハ數量ニ於テ不定ナル事務ヲ擔當スル者ヲ意味ス從テ假令法令ニ
 依リ公務ヲ行フモノト雖モ單ニ特定ノ一事件ノミニ付テ公務ヲ行フ者ハ
 公務員ニアラス例ヘハ選舉人又ハ特定ノ事件ニ付テノ鑑定人通事又ハ執
 達吏代理ノ如キハ公務員ニアラス然レトモ苟クモ事務ノ數量ニ於テ不定
 ナル以上ハ就職期間ノ長短ヲ問ハス臨時ニシテ永久的ニアラサルモノモ
 公務員タルヲ得ヘシ
 休職官吏待命官吏ノ如キ現ニ職務ニ從事セサル(職務ヲ有セサル)モノハ刑

法ノ公務員ナルヤ否ヤト云フニ本條ニ所謂「從事スル」ノ文字ハ官吏、公吏ニ係ラサルカ故ニ現ニ公務ニ從事セサル官吏、公吏モ刑法ノ公務員タルヲ妨ケスト雖モ議員、委員其他ノ職員ニシテ刑法上ノ公務員タルニハ現實ニ自己ノ從事スヘキ公務ヲ有スルコトヲ要ス

宮内大臣以下宮内省各官ハ同省官制ニ依リ帝室ニ關スル事務ニ從事スルモノニシテ公務員タルヤ疑ナキカ如ク皇族家ノ各職員(別當、家令、家扶、家從)ハ皇族職員職制ニ依リ皇族家ノ家務會計ニ從事スルモノニシテ皇族家ハ皇室ノ一部ニシテ其ノ家務會計ニ關スル事務ハ皇室ノ事務ニシテ公務ト云ヒ得ヘク從テ此等各職員モ刑法上ノ公務員タルヘキナリ

辯護士タルニハ辯護士法ニ依リ一定ノ資格ヲ必要トスルモ其職務ハ個人ノ爲メニ正當ニ其利益ヲ辯護スルニ在リテ公務ト云フコトヲ得サルカ故ニ刑法上ノ公務員ニアラス

破産管財人ハ破産裁判所ニ依リ各個ノ場合ニ於テ破産管財人名簿中ヨリ

選定セラルルモノニシテ其職務ノ性質ハ國家ノ機關トシテ破産財團ノ管理其他ノ事務ヲ行フモノニシテ公務ト云フヘク且ツ其選定セラレタル各個ノ場合ニ於テモ其事務ノ數量ハ不定ナルカ故ニ刑法上ノ公務員ト謂フヘキナリ(破産法第五章及舊商法施行條例第三十五條乃至第三十九條參照)

日本銀行ノ總裁ハ勅任ニシテ副總裁ハ奏任ナリト雖モ日本銀行ハ私法人タル株式會社ニ過キサルカ故ニ其事務ハ原則トシテハ公務ト云フコトヲ得ス(日本銀行條例參照)但シ同條例第十三條ニ依リ日本銀行ニ於テ國庫金ノ取扱ヲ爲ス場合ハ此ノ事務ノ範圍内ニ限リ其性質ハ公務ニシテ此ノ公務ニ從事スル日本銀行ノ職員ハ刑法上ノ公務員ナリ

明治四十一年八月二十二日司法省民刑甲第一四二號回答第一號ニハ雇員ハ公務員ニ非ス但シ法令ニ於テ公務ニ從事スルコトヲ定メタル者ハ公務員ト認ムヘキモノト思考ス例ヘハ明治三十四年勅令第七號同三十年勅令

執行吏代
ハ公務
員ナリヤ

第一百十號第七條ニ定ムルモノノ如シ通信事務員ハ普通ノ雇員ト同一ナリ
執達吏代理者ハ公務員ト認ムルヲ得ス、廷丁、中學校長及同校教師ハ公務員
ナリト解セリ又

明治四十一年十月十二日民刑甲第二五〇號民刑局長回答第二第三ニハ執
達吏代理者ニ對シテハ刑法第九十五條ノ犯罪ヲ構成セス然レトモ右代理
者カ施シタル封印ヲ無効ナラシメタルトキハ同第九十六條ノ犯罪ヲ構成
スト解セリ(叙上卑見ト對照スヘシ)

明治四十二年(レ)第九五三號同年八月三十一日宣告大審院判決ニ依レハ執
達吏代理ハ明治二十三年七月法律第五十一號執達吏規則第十一條ニ依リ
執達吏ノ職務ヲ行フヘキ者ナレハ刑法第七條第一項ニ所謂法令ニ依リ公
務ニ從事スル職員ナリトス故ニ執達吏代理カ職務ヲ執行スルニ當リ同代
理ニ對シ暴行ヲ加ヘタル者ハ刑法第九十五條第一項ノ責ヲ免カルルコト
ヲ得スト解シ叙上民刑局回答ト反對ノ見解ヲ採レリ

神社ノ神職ハ公務員ナリ

神社ノ神職ハ奏任又ハ判任ノ待遇ヲ受ケ其形式ニ於テ官吏ト選フ處ナキ
ノミナラス法令ニ依リ從事スル事務ノ性質モ亦國家ノ宗祀ニ奉仕スルモ
ノニシテ公務ニ屬スルヲ以テ刑法第七條第一項ニ所謂公務員ナリトス(明
治三十五年勅令第二十七號官國幣社職制同二十七年勅令第二十二號府社
縣社郷社ノ神職ニ關スル件同三十五年勅令第二十八號官國幣社及ヒ神部
署神職任用令同年內務省令第四號府縣社以下神社神職任用規則同年勅令
第二十九號神職懲戒令同二十四年內務省訓令第十七號官國幣社神職奉務
規則第一條明治二十四年內務省訓令第十二號府縣郷社神官奉務規則第一
條參照)法曹記事第十八卷第十號掲載明治四十一年十一月七日委員會第三
科決議々案第三六八二號決議ハ本文ト同趣旨ナリ參照スヘシ
但シ國民タル身分ニ伴フ一般義務ニ基キ國務ニ從事スヘク之カ就職ニ付
撰擇ノ自由ナキモノハ公務員ト云フコトヲ得サルヤ勿論ナリトス例ヘハ
國民ノ兵役義務ノ履行ニ屬スル兵卒ハ公務員ニアラサルナリ(反之將校憲

兵卒ハ公務員ニシテ官吏ナリ

以上ノ條件ヲ具備スル以上ハ(一)其職務ノ種類ノ如何ハ問フ所ニアラス即チ公力ヲ用ユルコトヲ要セス全ク技術的事務ニ屬スルモ可ナリ例ヘハ官設鐵道ノ技師技手ノ如キハ公務員ニシテ官吏ナリ(二)任期ノ長短有給タルト否トハ問フ所ニアラス終リニ官吏公吏ノ意義ニ付テハ拙著日本刑法論各論一五一六乃至五二〇—官吏公吏ノ説明参照

公務所

本條第二項ニ「公務所ト稱スルハ公務員ノ職務ヲ行フ所ヲ謂フ」トアレトモ所謂職務ヲ行フ所トハ有形ノ建物場所ヲ指示スルノ意ニアラスシテ公務員ニ依リ活動スル國權ノ機關ヲ意味ス換言スレハ之ヲ組織スル公務員ノ移動ニ關係ナク獨立シタル國權活動ノ機關ニシテ例ヘハ内閣司法省帝國議會及ヒ此等ノモノノ一部局タル法制局民刑局貴族院衆議院ノ如キヲ謂フ而シテ(一)其職務ノ種類ハ必スシモ公力ノ實行ニ屬スルコトヲ要セス例ヘハ印刷局モ公務所ナリ(二)其組織カ必スシモ合議制タルコトヲ要セス例

刑法第八條

ヘハ監督判事ヨリ成ル區裁判所モ公務所ナリ
巡查ハ官吏ニシテ公務員ナルモ其職務ノ場所タル巡查派出所及同駐在所ハ刑法上ノ公務所ト云フコトヲ得ス明治四十一年十月十二日民刑甲第二五〇號司法省民刑局長回答第一ニモ巡查派出所及駐在所ハ刑法上ノ公務所ト謂フヲ得スト解セリ

刑法第八條 本法ノ總則ハ他ノ法令ニ於テ刑ヲ定メタルモノニ亦之ヲ適用ス但其法令ニ特別ノ規定アルトキハ此限ニ在ラス

本條本文ノ規則ハ舊刑法第五條第二項ト其規定ノ趣旨ヲ同フシ舊刑法第五條第一項ノ規定ハ法律ノ規定ヲ俟タスシテ明瞭ナルカ故ニ新刑法ニ於テハ之ヲ削除シ本條但書ノ規定モ又法律ノ規定ヲ俟タスシテ明瞭ナルヘキモ單ニ注意的ニ之ヲ附記シタルニ過キス

本法ノ總則ハ本法第二編以下ニ規定スル處罰規定ニ對スル通則タルニ過キスト雖モ本法以外ノ處罰規定ニ付テモ原則トシテハ本法總則ト差異ア

ルヘキノ理由ナキカ故ニ本條ニ於テハ他ノ處罰法令(法律命令)ニ關シテモ
 本法ノ總則ヲ適用スヘキコトヲ規定シタリ(從テ陸海軍刑法ニモ適用アリ)
 然レトモ多數ノ處罰法令中ニハ其規定ノ性質上犯罪ノ普通構成要件其他
 犯罪ノ處罰ニ關シ本法總則ノ規定ニ對シ往々例外規定ヲ設クルモノアリ
 例ヘハ酒造税法其他多クノ税法ニ於テ刑法ノ不論罪及ヒ減輕累犯加重併
 合罪處分ノ例ヲ用ヒサルコトヲ規定シ又自己ノ業務ニ關シ代理人戶主家
 族同居者雇人其他ノ從業者ニシテ税法ヲ犯シタル場合ニ自カラ處罰ノ責
 任ヲ負フヘキ旨ヲ規定スルモノアリ
 新聞法ニ於テハ併合罪ノ處罰ニ關シ常ニ併科主義ヲ採リ其他諸般ノ警察
 犯ニ關スル處罰規定ニ於テ刑法總則ニ對シ例外規定ヲ設クルモノアリ(新
 刑法施行法第二十二條第一項參照)此等ノ場合ニ於テハ普通法ト特別法ト
 ノ關係上例外法タル特別法ヲ適用スヘキヤ勿論ナリト雖モ本條但書ニ於
 テ特ニ之ヲ規定シタルハ全ク注意規定タルニ過キササルナリ

總則本論

第一卷 犯罪

犯罪

犯罪ト私
 犯トノ差
 異
 主觀的條
 件ヲ必要
 トスル學
 說

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

主觀的條件
必要條件
トセサル
學說

故意又ハ過失ニ出タル行爲ヲ意味ス(第四國家カ刑罰ヲ制裁トシタル不法行爲タルコトヲ要ス)處罰行爲ノ成立ニハ表見的行爲即チ客觀的條件 Objektive Thatbestand ヲ以テ足レリトシ行爲者ノ責任 Verschulden 即チ主觀的條件 Subjektive Thatbestand ヲ必要トセスト論スル學說アリ即チヘルツォーグ氏 シュッツェ氏ハ此ノ說ヲ主張スルモ獨逸刑法學者ノ通說ニ依レハ處罰行爲ノ成立ニハ客觀的條件ノ外ニ責任ヲ必要トセリ刑法各本條ニ於テ用ヒラレタル例ヘハ人ヲ殺シタル者ハ云々人ヲ傷害シタル者ハ云々トアル文字ハ之ヲ普通ノ用語トシテモ行爲者ニ於テ責任ナク全ク偶然ニ人ニ死ノ原因ヲ與ヘ又ハ傷害ノ原因ヲ與ヘタル場合ト解スヘカラサルノミナラス刑法上教唆及ヒ從犯ニ關スル規定ニ於テ教唆及ヒ從犯ノ刑ハ正犯ノ刑ヲ標準トシテ之ヲ定メ而シテ正犯ノ刑ハ正犯ノ責任ヲ條件トシテ定ムルニ依テ觀レハ刑法上處罰行爲ノ成立ニハ責任ヲ必要トスルヤ明了ナリトス)以上四ケノ條件ハ總テノ犯罪ニ具備スヘキ必要條件ニシテ若シ其一ヲ缺

犯罪ノ普通
構成條件

犯罪ノ特別
構成條件

犯罪發生
ノ形式

クトキハ犯罪ハ存在セサルモノトス故ニ以下ノ條件ヲ稱シテ犯罪ノ普通構成條件ト稱ス而シテ刑法第二編以下ニ規定スル各種ノ犯罪ノ成立ニ付テハ各本條ノ規定ニ基キ更ニ特種ノ條件ヲ必要トス此ノ種ノ條件ヲ稱シテ犯罪ノ特別構成條件ト謂フ

犯罪ノ普通構成條件ニ付テ研究スルコトハ刑法總則講義ニ於ケル一ノ眼目ニシテ犯罪ノ特別構成條件ニ付テ説明スルコトハ刑法各論講義ノ範圍ニ屬ス

二犯罪發生ノ形式 die Erscheinungsformen ハ必スシモ一様ナラス(一)既遂ニ至ルコトアリ未遂又ハ豫備又ハ陰謀ニ止マルコトアリ(二)一人單獨ニテ罪ヲ犯スコトアリ數人共同シテ罪ヲ犯スコトアリ又數人ノ内或者ハ實行者トシテ他ハ附隨ノ加擔者トシテ罪ヲ犯スコトアリ(三)一人ニテ一個ノ罪ヲ發生スルコトアリ數個ノ罪ヲ發生スルコトアリ而シテ此等各場合ニ付テハ刑法上其取扱ヲ異ニスル所ナカルヘカラス

三、舊刑法ハ刑罰ヲ分テ重罪、輕罪、違警罪ノ刑ノ三種トシ、重罪ノ刑ヲ科スルモノヲ重罪トシ、輕罪ノ刑ヲ科スルモノヲ輕罪トシ、違警罪ノ刑ヲ科スルモノヲ違警罪トセリ、即チ罪ヲ重罪、輕罪、違警罪ノ三種ニ區別シタルモ新刑法ハ此ノ區別ヲ廢シタリ然レトモ犯罪ハ其性質上之ヲ刑事犯及ヒ警察犯ニ分ツコトヲ得ヘシ

而シテ本卷ニ於テハ主トシテ第一編犯罪ノ普通構成條件第二編犯罪發生ノ形式第三編犯罪ノ種類ニ付テ説明セント欲ス

第一編 犯罪ノ普通構成條件

Die Begriffsmerkmale des Verbrechen.

第一章 行爲

第一節 罪ノ主體 das Subjekt des Verbrechen.

並ニ被害者

第一犯罪ノ主體 現今ノ法律的觀念ニ依レハ罪ヲ犯シ得ルモノ即チ犯罪ノ主體ハ人類ニ限ルコトトシ人類以外ノモノ即チ動物及ヒ生活ナキ物體ハ行爲能力無ク從テ犯罪ノ主體タルコトヲ得サルナリ但シ古代ハ勿論十三世紀ヨリ十七世紀迄ハ動物ニ對スル刑罰及ヒ訴訟手續等存在シ其他生活ナキ物體ニ對シテ刑罰ヲ科シタルコトハ法律歷史上ニ其跡ヲ存ス而シテ此等人類以外ノモノヲ處罰スルコトハ主トシテ宗教的觀念ニ基因シタルナリ

我現行法ニ依レハ個々ノ人類ノミナラス社團法人 *Körperschaft* モ亦行爲能力アルコトヲ認メラル然レトモ社團法人ノ行爲能力ハ法ニ特別ノ規定ナキ以上ハ犯罪行爲ニ及フコトヲ得ス即チ社團ハ罪ヲ犯スコトヲ得サルナリ *Societas delinquere non potest* 故ニ假令社團法人ノ事務ニ關シテ罪カ犯サレタルトキト雖モ常ニ其行爲ニ與リタル代表者ノミヲ罰スヘク其代理セラレタル法人ヲ處罰スルコトヲ得ス現行刑罰法規ノ規定ヲ通覽スレハ原則

トシテ法人ニ關シテ自然人ニ科スヘキ刑ニ代ユヘキ特別ノ刑ヲ定メヌ又
之カ處罰ニ關スル手續法ヲ定メサルカ故ニ現行法ノ主義ハ原則トシテハ
法人ニ犯罪能力ナシトセルコト明了ナリ

法人ト誣告罪

明治三十六年六月三十日大審院第二刑事部判決同年(レ)第八〇五號上告事件判決要
旨ニ依テ按スルニ漁業法第十九條ニ依ルトキハ漁業組合ハ漁業權ノ享有及ヒ行使
ニ付キ權利ヲ有シ義務ヲ負フヲ以テ一ノ法人ヲ組成スルコト明確一點ノ疑ヒヲ容
レヌ又同法第二十八條ニ第三條第四條ノ權利ヲ侵害シタルトキハ被害者ノ告訴ニ
依リ百圓ノ罰金ニ處スルコトアルヲ以テ法人タル漁業組合カ其漁業權ヲ侵害セラレタ
ルトキハ被害者トシテ告訴ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論其告訴ハ組合ノ事業トシテ組
合員ノ議決ヲ經タル上組合ノ代表者タル理事ニ於テ組合ノ名義ヲ以テ提出スヘキ
モノナルコトモ亦誠ニ明了ナリトス若シ夫レ漁業組合ノ名義ヲ以テ提出セラレタ
ル漁業權侵害ノ告訴カ正當ナリトセンカ此ノ場合ニ就テハ其告訴ハ組合ノ告訴ト
シテ完全ニ其效ヲ生シ何等ノ難問ヲ生スルコトナシト雖モ其告訴カ不正ニシテ誣
告ニ出タルモノトモハ何人カ之ニ對シテ責任ヲ負フヘキヤ是レ本訴ニ於テ決スヘ
キ重要ノ點ナリトス抑モ誣告ハ一ノ犯罪ナルヲ以テ誣告ニ對シテ刑事上ノ責任ヲ
負フニハ必ス十犯罪ノ主體タルノ能力ナカレ可カラサルハ論ヲ俟タサル所ニシテ

此能力ヲ有スル者ハ有形人タルコトヲ要シ法人ハ無形人ニシテ唯其目的ノ範圍内
ニ於テ人格ヲ享有スルニ過キサレバ以テ犯罪ノ主體タル能力ヲ有セサルヲ原則ト
シ法律ノ明文ヲ以テ特ニ犯罪ノ主體トシタル場合ニ非ザレハ刑事上ノ責任ヲ負ハ
サルノミナラス此場合ト雖モ財產刑其他法人ノ性質ト相容ルヘキ刑罰ニ服從スル
ニ止マリ如何ナル場合ト雖モ體刑(自由刑)誤記ナラン)ヲ科スヘキ犯罪ノ主體タル
コト能ハサルヘキハ法人其者ノ性格ニ於テ毫モ疑ヲ容レサル所ナリ故ニ漁業組合
ノ名ヲ以テ爲シタル漁業權侵害ノ告訴カ誣告ニ出タル場合ニ法人タル組合カ體刑
ヲ科スヘキ誣告罪ノ主體トシテ刑罰ノ制裁ヲ受クヘキ限リニ非サルハ多辯ヲ要セ
スシテ明カナリ被告ニ於テハ漁業法第三十條ノ規定ヲ採用シ本件ノ場合ニ於テモ
漁業組合ヲ以テ犯罪ノ主體トナスヘキモノノ加ク論スルモ同條ニハ明治三十三年
法律第三十二號ノ規定ヲ漁業法ノ犯罪ニ適用スヘキ旨ノ規定アリ又明治三十三年
法律第三十二號第一條ニ「法人ノ代表者又ハ其雇人其他ノ從業者法人ノ業務ニ關シ
租稅及葉煙草專賣ニ關スル法規ヲ犯シタル場合ニ於テハ各法規ニ規定シタル罰則
ヲ法人ニ適用ス」ト規定シアリ此兩條ノ規定ヲ參照スルトキハ法人タル漁業組合ハ
其代表者カ組合ノ業務執行上ニ於テ漁業法違反ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ限リ犯罪
ノ主體トシテ同法ニ定ムル罰則ノ適用ヲ受クルニ過キスシテ其代表者ノ爲シタル
犯罪ハ其何タルヲ論セス總テ組合ニ於テ其責ニ任スヘシトノ法意ニアラサルコト

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第一章 行爲 一五七
第一節 罪ノ主體並ニ被害者