

11-118

日本刑法論序

法ハ人類ノ社會的生存ニ伴フ利益ヲ保護スルコトヲ以テ
目的トス故ニ社會文化ノ進歩ニ伴フテ法ノ解釋モ亦之カ
必要ニ應セサルベカラズ本著ハ主トシテ獨乙刑法諸學者
ノ說ヲ參酌シテ我カ現行刑法ヲ解釋シタルモノナリ若シ
本著ニ依テ現行刑法ノ適用ニ關シ司法上幾分ノ裨益スル
所アラハ著者ノ幸福何物カ此ニ加ヘン

明治三十七年五月下旬

小 疇 傳

日本刑法論目次

總則

緒論

第一章	刑法及ヒ刑法學	一
第二章	刑法ノ沿革	四
第三章	刑事政略ノ本領	七
第一節	刑法ニ於ケル利益保護ノ方法	七
第二節	犯罪ノ原因及ヒ種類	一四
第三節	刑事政略ノ目的	一七
第四節	刑罰ノ法律的基本及目的ニ關	

スル諸學說	二二
第四章 刑法ノ淵源	二六
第五章 刑法ノ效力	三一
第一節 時ニ關スル刑法效力ノ範圍	三一
第二節 場所ニ關スル刑法效力ノ範圍	三八
第一項 場所ニ關スル刑法效力ノ範圍	三八
第二項 日本刑法ノ主義	四九
第三項 犯罪人引渡	五四
第三節 人ニ關スル刑法ノ效力範圍	六〇
總則本論	六三

第一卷 犯罪	六三
第一編 犯罪ノ普通構成條件	六六
第一章 行爲	六六
第一節 罪ノ主體並ニ客體	六六
第二節 行爲トハ何ソヤ	七〇
第一項 作爲	七三
第二項 不作爲	八五
第三節 行爲ノ時及ヒ場所	九二
第一項 作爲ノ時及ヒ場所	九二
第二項 不作爲ノ時及ヒ場所	九六

第二章 法律違犯	九九
第一節 正當防衛	一〇五
第二節 危難防衛又ハ緊急狀態	一一八
第三節 職務上ノ義務	一二九
第四節 自救	一三一
第五節 教育及監護權	一三三
第六節 業務權	一三三
第七節 被害者ノ承諾	一三六
第八節 自己ノ法益ヲ侵害スルコト	一三九
第九節 其他ノ場合	一四〇
第三章 有責行爲	一四〇

第一節 責任能力	一四二
第一項 精神ノ不成熟	一四六
第二項 精神ノ不健全	一五三
第二節 犯意及過失	一五六
第一項 犯意ノ概念	一五七
第二項 錯誤	一七一
第三項 違法ノ認識	一七七
第四項 過失	一八五
第四章 處罰サルヘキ不法行爲	一九五
第二編 犯罪發生ノ形式	二〇六
第一章 犯罪ノ既遂及ヒ未遂	二〇六

第一節	未遂ノ定義	二〇六
第二節	不能犯	二三四
第三節	中止犯	二三七
第二章	一罪及數罪	二五二
第一節	單一ナル行爲及ヒ數個ノ行爲	二五二
第二節	數個ノ行爲ニシテ單一ナル罪ヲ爲ス場合	二六一
第三節	一罪ニ對スル法律上ノ處分	二八一
第四節	數罪	二九三
第三章	共犯	二九六

第一節	總論	二九七
第二節	正犯	三〇四
第三節	教唆及從犯(加擔)	三二八
第一項	加擔ノ概念	三三八
第二項	加擔ニ付テノ結論	三三六
第四節	加擔者ニ對スル身分關係ノ影響	三四八
第三編	犯罪ノ分類	三五二
第二卷	刑罰	三五八
第一章	刑罰ニ關スル概念	三五八

第二章 刑罰ノ種類	三六二
第一節 死刑	三六五
第二節 自由刑	三七一
第三節 財産刑	三七五
第四節 名譽刑	三七七
第五節 沒收	三七九
第六節 刑期計算	三八一
第三章 法律上及裁判上ノ刑量	三八一
第一節 裁判官ニ屬スル刑ノ量定	三八一
第二節 刑ノ變更	三八六
第一項 刑ノ加重	三八七

第一款 刑ノ一般加重ノ原因	三八七
(累犯)	三八七
第二款 刑ノ特別加重ノ原因	三八九
第二項 刑ノ減輕	三八九
第一款 一般減輕ノ原因	三八九
第二款 特別減輕ノ原因	三九一
第三節 加減例	三九一
第四節 加減順序	三九一
第五節 換刑	三九一
第六節 刑ノ通算	三九二
第七節 數罪俱發	三九三

第四章 刑ノ消滅原因……………三九六

 第一節 刑ノ消滅原因ニ關スル概念……………三九六

 第二節 恩赦……………三九九

 第三節 時效……………四〇二

 第一項 公訴時效……………四〇四

 第二項 刑ノ期滿免除……………四〇六

日本刑法論目次終

日本刑法論



法學士 小 疇 傳 著

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ケ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ヲ規定スルモノニシテ例ヘハ豫メ謀テ人ヲ殺ス者ハ死刑ニ處スト云フ規

總則 緒論 第一章 刑法及ヒ刑法學

刑法

定現行刑法第二百九十二條ハ謀殺ト云フ犯罪ト之ニ伴フヘキ死刑ト云フ法律上ノ結果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

客觀的觀察
主觀的觀察

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 *Penitentes 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 puniendi* 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犯罪ト刑罰トヲ規定スルモノナリ
刑法ニ特有ナル事實ハ犯罪ニシテ犯罪トハ不法行為 *das Unrecht* 又ハ *das Delikt* 即チ責任アル違法行為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罰トハ國家カ不法行為ノ責任者ニ對シ其人カ法律上保護セラル、利益 *das Rechtsgut* ニ科スル所ノ侵害ナリ之刑罰カ他ノ法律上

刑法ノ二大綱目

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總則ニ於テハ犯罪ト刑罰ニ關スル一般ノ原則ヲ研究スルニアリニ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刑法ノ解釋ニ關スルモノナルモ傍ラ其欠點ヲ補足スル爲メニ純粹ナル法理ニ關スルモノ、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探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 *Ponology* ヲ基礎トスル刑事政畧 *Kriminalpolitik* ノ範圍ニ屬シ裕ニ一個ノ専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而シテ刑事政畧ノ原則ニ適合スル所ノ刑法ハ最も價値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ニ攻撃ヲ加ヘタル者ニ對シテ更ニ攻撃ヲ加ヘ復讐ヲ遂ケタルニ過キサリシナリ

第二 血族團體 *Blutgemeinschaften* 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放逐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放逐及ヒ異族間ノ戰鬪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ザリシモ其後社會ノ發達ト共ニ各團體

カ一定ノ土地ニ定居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従前ノ如ク犯罪者ヲ無制限ニ放逐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自由刑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 Sühnegeld* ヲ支拂フコト、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、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、シ且ツ此カ行使ヲ裁判官 *der Richter* ニ委ヌルニ至レリ

次ニ吾現行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初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

日本刑法ノ沿革

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因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正月ヨリ支那系統ニ因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刑法カ施行セララル、ニ至リタリ而シテ今ヤ現行刑法ノ規定中大ニ改正ヲ要スルモノアルコトヲ覺知シ政府ハ法典調査會ニ囑シテ改正刑法草案ノ起草ヲ爲サジメ該案ハ既ニ數回帝國議會ニ提出セラレタルモ未タ議會ノ協賛ヲ經ルニ至ラス

第三章 刑事政畧ノ本領

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*

刑事政畧ノ本領ニ於ケル利益保護ノ方法

總則 緒論 第三章 刑事政畧ノ本領 第一節 刑法ニ於ケル利益保護ノ方法 七

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、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障セラル、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ガ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ソ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済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鬭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絕スルコトヲ要ス此ノ如ク人類生活上ノ利益ニ對シテ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為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鬭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、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

刑罰ノ目的

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

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

一般的防止

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發生ヲ豫防シ他ノ一面ニ

於テハ刑罰規定ノ執行ニ依テ國民ノ法律的知覺法律カ刑罰ヲ制裁トシ

テ法規ノ違犯又禁止スルコトニ關スル知覺ヲ強固ナラシムルニアリ

Generalprävention

犯罪者ニ
足
與
フル
滿

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

止
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 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、ノ結果又ハ犯人カ改心遷善ノ結果再ヒ罪ヲ犯サ、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、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)

刑法ノ補
充
的
性
質

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 Straftheorien 標題ノ下ニ刑法學者間ニ於テ大ニ論争セラル、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

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

犯罪ノ原因及種類

犯罪學

犯罪生物學

犯罪社會學

犯罪發生ノ條件

第二節 犯罪ノ原因及種類

一四

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達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 Kriminologieノ範圍ニ屬ス犯罪學ハ之ヲ分テ犯罪生物學 Kriminall-Biologie o. Kriminal-Anthropologie 及ヒ犯罪社會學 Kriminall-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 Kriminall-Somatologie 及ヒ犯罪心理學 Kriminall-Psychologie ト爲スコトヲ得(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スルコトヲ知得スヘシ而シテ此ノ二ケノ條件關係カ異ナルニ從フテ犯罪

犯罪人ノ種類

偶發犯

必然犯

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

- 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的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竊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 Kriminallität* ト稱ス
- 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薄猛、冷酷、宗教迷信、輕卒無分別、職業嫌疑、淫褻

ナル特質ト其他種々ノ原因トニ依テ犯人カ犯罪的性癖 Psychopathischen Zustandヲ有スルニ當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; Chronische Kriminalitätト云フ而シテ此、一種ニシテ極メテ危険ナルモノハ職業犯 das gewerbmässige 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産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)

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

ノ形體上及精神上ノ特質ニ付テノ研究即チ人類的研究ニ依ルノミニテハ犯罪ノ性質ヲ明ラカニスルコトヲ得ス從テ人類學上特ニ犯人ト云フ特種ノ人種ヲ認ムルコトヲ得ス但シ異例トシテ必然犯ニ付テハ普通人類ト異ナル特權ノ犯罪的性癖ヲ供フル者アルコトヲ認メ得ヘキナリ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的ナラシムルニアリ此等ノ事業ハ何レモ社會政略 die Sozialpolitikノ範圍ニ屬ス

第三節 刑事政略ノ目的

犯罪鎮壓ノ手段トシテ社會政略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勤メ刑事政略ハ各犯人ニ就テ其特質ニ從ヒ刑罰

刑事政略ノ目的

ノ目的ニ適合スル所ノ刑罰ヲ科スルコ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
- 三 特定ノ場合ニ於テ偶然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クルコトヲ要ス之ヲ條件付判決 *die bedingte Verurteilung* 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)此ノ制度ハ現今英米法ヲ始メトシ其他ベルギウム佛ノイエンプルグゲンフポルチユガルノルウエー及ヒ獨逸ノ各州ニ於テ採用セ

ラレ猶其以外ノ國ニ於テモ此ノ制度ヲ採用セントスルノ傾キアリ吾改正刑法草案ニモ又此ノ種ノ規定ヲ設ケタリ

四 幼年者ノ犯罪ニ付テハ可成自由刑ニ代コルニ國家ノ強制的教育ヲ以テ犯人ヲ改善スルコト

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謀殺ニ付テ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ヲ要ス

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曰稍々此ノ狀況ニ近キ犯人
angehender 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効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 Strafteilung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争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効ヲ奏シ
ツ、アリ而シテ此ノ制度ヲ贊スル者ノ内ニモ最後ニ於ケル刑期ノ確

刑罰ノ目
的ヲ達行
スルニ付
テハ制限

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説アリ

九刑罰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
テ犯罪學ニ關スル智識ヲ養成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トモ
法治國 Rechtsstate 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觀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バ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、所ノ

刑罰ノ法律的基本及ヒ目的ニ關スル諸學說

必要主義

相對主義

絕對主義

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 the Rechtsordnungヲ維持スル必要ニ出テタルモノニシテ絕對的主義又ハ必要主義 Absolute oder Notwendigkeitstheorie) 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照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(相對主義 die relative Theorie) フォイエルバッ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(絕對主義 die absolute Theorie) カント氏、ハーゲル氏ニ依テ唱導セラレタルモノナリ

總論 第三章 刑事政策ノ本領 第四節 刑罰ノ法律的基本及ヒ目的ニ關スル諸學說 二三

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)刑罰ノ豫告ニ依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(ニ)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説ト(ロ)犯罪人ヲ改善スト云フ説ト(ハ)犯罪人ヲ分離スト云フ説ト(ニ)犯罪人ヲ監督スト云フ説トノ別アリ(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ヶノ目的ヲ有ストノ説ニ贊ス此ノ説ヲ稱シテ共同的双對主義 *Zusammengesetzte 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 *Endstrafe* 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* ト稱ス報酬主義中ベルネ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喚言スレハ犯罪ニ依ル法益侵害ノ程度ニ應

共同的
對主義
目的刑
報酬刑
報酬主義

目的主義

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レ、所ノ各犯人ノ犯罪的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再犯加重、宥恕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質ニ基カサルヘカラサルコトヲ知ラハ目的主義ト報酬主義トハ全然相反對スルノ主義ナリト云フコトヲ得サルヘシ而シテ現行刑法ハ刑ノ輕重ヲ定ムルニ付テハ豫メ加害ノ種類程度ニ應シテ其刑期ノ範圍ヲ限定シ之カ輕重ヲ定メ其刑期範圍内ニ於テハ主觀的犯人ノ性質ニ依テ其刑ヲ輕重シ得ルコト、セリ即チ以上二

現行刑法
ニ於ケル
主義

個ノ主義ニ對シテ折衷主義ヲ採用シタルモノト謂フヘキナリ

源罰法ノ淵

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規定シタルモノナカリキ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)然ルニ社會漸ク進步シテ茲ニ法律ノ必要ヲ認ルニ至リテ重大ナル事項ハ裁判官ノ斷定ニノミ一任セサルコト、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隨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シ)即チ此ノ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近世ニ至リ斯ノ如ク裁判官ニ比附援引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

擅斷主義

法定主義

折衷主義

ニ至リテモ總テ成文法ヲ以テ之ヲ規定シ其間ニ裁判官ノ意思ヲ加フルコトヲ認メサリシ時代ア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ナリ然レトモ其後刑罰ノ程度ニ付テモ尙裁判官ノ自由探量ヲ許サ、ルコト、スルトキハ同一犯罪中ニ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スコ、ナシタリ之レ佛蘭西刑法及ヒ之ニ模倣シタル歐洲諸國及ヒ我カ現行刑法ノ採用スル所ナリ要之近世發達シタル法律的觀念ニ於テ刑法ノ淵源ハ唯一ノ成文法ニアルノミ從テ *Nulum crimen sine lege, nulla poena sine lege.* 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カニ規定セラレタル刑罰ニアラ

刑法第二條

裁判上ノ
慣例

學說ノ効
力

刑法ノ解
釋

慣習及
學說ノ効
力ニ及
ス間接
ノ効力

サレハ之ヲ科スルコトヲ得ス(我現行刑法第二條參照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
上ノ効力ヲ生スルコトハ全ク其跡ヲ絶ツニ至リタリ是レ法律歷史上裁判
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ノ効力モ亦其跡ヲ絶ツニ至リタリ
此ノ如ク刑法ノ淵源ハ成法文ニ限ルカ故ニ從テ刑法ハ民法ト異ナリ類似
解釋 *die Analogy* ヲ許サス但シ勿論解釋 *Argument a fortiori* ハ之ヲ禁止スルモ
ニアラス

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亦學說
ハ刑法ノ淵源タルコトヲ得スト雖ト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任スルコトアリ從テ學說ハ間接ニ刑法適

日本刑法
淵源ノ種
類

用ノ上ニ影響ヲ及ホスコトアリ(例ハハ犯罪ノ未遂中不能犯ヲ處罰セザル
コトヲ學說ニ一任スルカ如シ)

日本刑法淵源ノ種類 明治十三年七月第三十六號布告現行刑法第二條ニ
「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
刑法ノ淵源ハ成法文ニ限ルコトヲ明ラカニシ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ヲキコト」ヲ規定シタ
リ從テ日本刑法ノ淵源ハ左ノ三個ノ成法文ニ限ラル、ナリ第一憲法ノ條
規ニ從ヒ帝國議會ノ協贊ヲ經テ制定セラル、所ノ狹義ノ法律 *Gesetz im en-
geren 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、
命令 *Verordnung* (例ハハ明治二十九年法律第六十三號臺灣ニ施行スヘキ法
令ニ關スル件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
同年勅令第二百八號省令廳令府縣令及ヒ警察ニ關スル罰則ノ件及ヒ刑法

第四百三十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

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フレタル法典 *Gesetzbuch* 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例ヘハ陸軍刑法海軍刑法爆發物取締罰則稅則葉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(現行刑法第四條第五條參照刑法改正案第八條同主旨)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示セラレタル確定法律案ヲ天皇カ裁可シテ公布スル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ハ法律ト云フコトヲ得ス然レトモ爰ニ注意スヘキハ確定法律案トシテ表示セラレタル合議體ノ意思ニ關シ遠因ニ錯誤アリタル場合 *die Redaktionsverschen* ニ於テモ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處ナク從テ更ニ法律ニ依テ廢止セラレサル限りハ法律トシテノ效力ヲ失ハサルモノトス

第五章 刑法ノ効力

第一節 時ニ關スル刑法効力ノ範圍

第一 刑法ノ拘束力發生ノ時期及廢止

(イ) 刑法モ一般法令ト同シク制定ニ依テ發生シ施行期限ノ到着ニ依テ人民ニ遵守ノ義務ヲ生ス(法例第一條及ヒ公文式地方官廳ノ發スル命令ノ公布式參照)

刑法ノ効力ニ關スル範圍
時ニ關スル範圍
東力發生ノ時期

刑法ノ拘束力ノ時止

明示ノ廢止

暗黙ノ廢止

(ロ) 刑法モ一般法令ト同シク刑法ノ有効期間カ豫メ法令ニ於テ定メラレタルカ又ハ特定條件ノ到来ニ依テ其効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来ニ依テ當然廢止セラル、ハ勿論尙ホ其他ニ二種ノ廢止方法アリ即チ明示ノ廢止及ヒ暗黙ノ廢止是レナリ(一) 明示ノ廢止 *die ausdrückliche Aufhebung* 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 *die stillschweigende Aufhebung* トハ新舊兩法ノ規定カ同一事項ニ關シテ牴觸シ又ハ相一致シタルトキニ於テ新法ハ舊法ニ優ルトノ原則ニ因リ舊法ハ新法ノ爲メニ廢止セラレタルモノ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法ニシテ他ハ刑法以外ノ法規タルト否トハ問フ所ニアラス但シ憲法上ノ法律ハ更ニ法律ト云フ形式ニ依テシニアラザンハ廢止スルコトヲ得ス

時ニ關スル刑法効力ノ原則

第二法令カ施行セラル、トカ又ハ有效ナリト云フコトハ法令ニ規定セラ

刑法第三條第一項

法ノ不遑及ニ關スル原則ノ沿革

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ル、モノ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ノ原則ハ刑法ニモ適用セラル、モノナリ即チ刑法モ立法者ニ於テ特ニ明示セサル以上ハ遑及力 *die rückwirkende Kraft* 及追及力 *die nachwirkende Kraft* ヲ有セサルナリ換言スレハ刑法ハ其有效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ルヘキモノニアラス是レ刑法ノ時ニ關スル効力範圍ニ付テノ一大原則ナリトス吾現行刑法第三條第一項ハ此ノ原則ノ一半即チ刑法カ遑及力ヲ有セサル點ノミヲ規定シタリト雖トモ法令ニ反對ノ明示ナキ以上ハ法カ遑及力及ヒ追及力ヲ有セサルコトハ本條ノ規定ヲ待タス當然然ラサルヲ得サルナリ而シテ法ノ不遑及ニ關スル原則ハ之ヲ法律ノ歴

史ニ徵スルニ昔時ニ於テハ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スシテ單ニ法律上ノ規定トセリ即チ我現行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ザルヤ勿論ナリトス刑法ハ不遡及ヲ以テ原則トス故ニ或ル所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刑スル規定アルカ又ハ所爲當時ノ法規ニ比照シテ重ク處罰スルノ規定アリト雖トモ其所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

法ノ不遡及ニ關スル原則ニ對スル例

セザ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此ノ原則ニ從ヒ該所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然レトモ大凡ソ刑法ハ社會ノ秩序ヲ保護スル爲メニ制定シタルモノ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狀態ニ鑑ミ舊法ノ如ク其罪ヲ論シ又ハ重キ刑罰ヲ科スルノ必要ナシト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新法ヲ適用スルヲ至當ナリトス即チ新法ニ遡及力ヲ與フルノ必要ヲ見ルナリ是レ刑法第三條第二項ノ規定アル所以ニシテ該條ハ例外トシテ法律ノ遡及力ヲ認メタルモノナリ而シテ同項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法規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

刑法第三條第二項

ナリ(刑法改正案第六條同主旨)

新舊法輕重比照ノ標準 刑法第三條第二項ニハ新舊兩法ヲ比照シ輕キニ從フテ處罰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明治十四年十二月布告第八十一號新舊法比照例及ヒ刑法第七條乃至第九條及ヒ第百條ノ規定ハ未タ以テ刑法ノ輕重ヲ識別スヘキ唯一ノ標準ナリト云フコトヲ得ス從テ此カ標準ハ純粹ナル學理ニ求ムルノ外ナキナリ

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依テ有罪無罪ヲ決シ及ヒ之カ刑罰ヲ定メ其結果ヲ對照シテ所爲ノ責任者ニ對シ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種類程度ニノミ着眼セス廣ク新舊法ノ全般ニ着眼セサルヘカラス從テ主刑ノ外ニ附加ノ刑罰及ヒ刑ノ加重減輕再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メニ本問ノ所爲カ無罪トナルニ拘ハラス他ノ法規ハ其未遂ヲ罰スル場合ニ於テハ前者ヲ最モ輕キモノトシテ全法ヲ適用スヘク又同シ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再犯加重若クハ俱發併科主義ヲ取り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以テ輕シトスヘク又公訴時效若クハ刑ノ期滿免除ニ關スル期間カ既ニ新舊何レカニ依テ經過シ了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於ケル訴訟條件タル告訴ノ如キ是レナリ

刑法第三條第二項ハ新舊法ノ輕重ヲ比照シ得ヘキ場合ニ關スル規定ニシテ若シ(一)新舊法何レニ依ルモ其ノ刑罰カ同一ナルトキ(二)新舊法ノ輕重ヲ比照シ難キ場合ニ於テハ原則ニ歸リ所爲當時ノ法律ヲ適用スヘキナリ
刑法第三條第二項ニ所謂判決トハ確定判決ト解スヘキカ故ニ確定判決後ニ於テハ全條ノ適用ナク從テ特別ノ法律又ハ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而シテ從來諸國ノ實例ヲ按スルニ此等ノ場合ニ於テハ特別ノ法律ヲ以テ刑罰ヲ免除又ハ輕減スルヲ普通トス

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

圖ニ付テノ諸主義

場所ニ關スル刑法效力ノ範圍ニ付テノ諸主義

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

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 Schutprinzip, 又ハ Realprinzip.*

第四世界主義 *das Universalitätsprinzip 又ハ System der Wahrheitspflege.*

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眼界トスル

屬人主義

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

屬地主義

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、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テ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旋スコトヲ得ス加之各國カ等シク屬地主
 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カ之
 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
 粹ナル屬地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内國領土外ニ於ケル犯罪ニ付テモ内國刑法ヲ適
 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

保護主義

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内國刑法ヲ以テ之ヲ處
 罰スルナリ而シテ此ノ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ニ依リ我カ現行
 刑法草案及ヒ刑法改正案モ亦此ノ主義ニ依ルモノ、如シ

(現行刑法日本文草案第四條乃至八條參照)

第四條 日本人外國ニ在テ日本國ノ安寧ニ關シ又ハ日本ノ貨幣及ヒ貨
 幣ニ代用スル銀行ノ證券ヲ偽造變造シ若クハ國璽官印記號極印ヲ偽
 造スル重罪輕罪ヲ犯シタル者ハ日本ノ法律ニ依テ處斷ス
 若シ其罪ヲ犯シタル外國ニ於テ已ニ確定ノ裁判ヲ受タル者ハ再ヒ之
 ヲ裁判スルコトナシ

第五條 日本人外國ニ於テ前條ニ記載シタル以外ノ重罪輕罪ヲ犯シタ
 ル時ハ左ノ條件ノ具備スルニ非サレハ日本ノ法律ニ依テ處斷スルコ

トヲ得ス

- 一 罪ヲ犯シタル國ニ於テ未タ確定ノ裁判ヲ受ケサル時
- 二 犯人日本國ニ歸リ來リ又ハ外國ヨリ交付ヲ得タル時
- 三 日本國ノ法律及ヒ罪ヲ犯シタル國ノ法律ニ照シテ重罪輕罪ト爲ス可キ時
- 四 被害者又ハ外國政府ヨリ日本政府ニ告訴告發ヲ爲シタル時
- 五 罪ヲ犯シタル國ニ於テ大赦ヲ受サル時
- 六 罪ヲ犯シタル國ノ法律ニ照シ公訴ノ期滿免除ヲ經サル時
- 第七條 日本人ハ外國政府ヨリ處刑ノ爲メニ交付ヲ求ムト雖トモ之ヲ交付セス
- 第八條 外國人日本管內ニ於テ罪ヲ犯シタル者ハ日本法律ニ依テ處斷ス
- 第九條 外國人外國ニ在テ日本國ニ對シ第四條ニ記載シタル罪ヲ犯シ

タル者外國ニ於テ確定ノ裁判ヲ受スシテ日本國ニ來ル時ハ日本ノ法律ニ依テ處斷ス

(刑法改正案第一條第二條第三條第四條第五條參照)

- 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
- 第二條本法ハ何人ヲ問ハス帝國外ニ於テ第八十七條乃至第九十條第九十二條乃至第九十四條第九十七條乃至第一百零四條第一百零七條第一百零九條第一百十一條乃至第一百十三條ノ罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用ス
- 第三條本法ハ帝國外ニ於テ第二百二十八條第二百二十九條第一項第三百三十二條第三百三十四條第三百三十八條第四百零四條第四百八十三條第四百八十六條第四百九十四條第五百零五條乃至第五百零七條第五百零九條第五百三十四條乃至第五百三十六條第五百四十一條第五百四十二條第五百五十五

條第二百五十六條第二百五十八條第二百五十九條第二百六十二條乃至第二百六十四條第二百六十七條第二百七十二條第二百七十三條第二百零七十五條乃至第二百零八十條第二百零八十六條第二百零八十九條及第二百零九十二條第二項ノ罪ヲ犯シタル帝國臣民ニ之ヲ適用ス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

第四條本法ハ帝國外ニ於テ第二百二十條第二百二十四條第二百二十六條第二項第二百二十七條乃至第二百二十九條第二百三十一條及ヒ第二百零三十二條ノ罪ヲ犯シタル帝國ノ公務員ニ之ヲ適用ス

第五條外國ニ於テ確定裁判ヲ受ケタル者ト雖トモ同一行為ニ付キ更ニ處罰スルコトヲ妨ケス但犯人既ニ外國ニ於テ言渡サレタル刑ノ全部又ハ一部ノ執行ヲ受ケタルトキハ刑ノ執行ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得

保護主義ハフオイエルバ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ベリリング氏ヒンデンダング氏ハインツエ氏マイエル氏(同氏ハ近頃世界主義ニ傾ケリ)ローランド氏ソ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為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為及ヒ萬國ノ敵ト認ムヘキ行為 *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ラルコトヲ得ハ其必要ヲ認メサルニ至ルヘシ

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汎ク内外國人ニ對シテ適用セラレ、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、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)間接ナル證據集蒐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ュテル氏レントナル氏ウールマン氏ノ外殊ニランマッシュニ氏マルチツ氏

ニ依テ主張セラレ又パール氏ハインツエ氏リ、エンタール氏ハ一定ノ制限ノ下ニ此ノ主義ヲ贊セリ

第二項 日本刑法ノ主義

立法上ノ議論トシテハ場所ニ關スル刑法ノ效力範圍ニ付テハ保護主義ニ基キ之カ規定ヲ設クヘキコトハ元ヨリ論ヲ待タスト雖トモ現今刑法ノ解釋論トシテハ聊カ疑ナキヲ得ス

現行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而シテ現行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ルニ依リ多數ノ學說及ヒ裁判例ハ現行法ヲ以テ此草案ノ主義ニ從フモノト爲スト雖トモ吾輩ノ見ヲ以テスレハ國際公法ノ原則ニ基キ一國ノ刑法ハ原則トシテ其領土ノ上ニ完全ニ行ハル、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ザレハ當然

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ヘ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我國ノ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)

即チ現行刑法ハ原則トシテ我版圖内ニ於ケル總テノ犯罪ニ付キ犯人ノ國籍如何ヲ問ハス適用セラル、ナリ而シテ(一)原則トシテハ我版圖内ニ於テハ内外國人ハ等シク刑法ノ支配ヲ受クト雖トモ時トシテハ刑法ノ規定中内國人ニ對シテノミ規定スルモノト例ヘハ第二編第二章國事ニ關スル罪ノ如キ反之外國人ニ關シテノミ規定スルモノアリ得ヘキナリ而シテ前例ニ於テハ外國人後例ニ於テハ内國人ハ此ノ特種ノ犯罪ニ付キ教唆及ヒ從犯並ニ間接ノ實行犯トシテ責ヲ負フコトヲ得ヘキモ直接ノ實行犯トシテハ責ヲ負フコトヲ得サルナリ(共犯ノ部說明參照)(二)原則トシテハ日本ノ版圖内ニ於テハ内外國ノ利益ハ等シク刑法ノ保護ヲ受クト雖トモ例外トシ

版圖ノ範圍

テ外國ノ國權ハ内國ノ國權ト等シク刑法ノ保護ヲ受クルコトヲ得ス特別ノ條件ノ下ニ於テ外國ノ國權ヲ保護スルコトアルノミ例ヘハ現行刑法ニ依レハ第三百三十三條ニ於テ外國ト私ニ戰端ヲ開ク罪ヲ規定スルモ外國ノ官吏公吏ニ對スル職務抗拒罪ヲ認メス(第三百三十九條以下參照)其他外國ノ皇室ニ對スル罪及ヒ外國ノ銅貨及ヒ紙幣ノ偽造變造ヲ認メサルカ如キ外國ノ利益ニシテ内國法ニ依リ保護セサルモノ多シ又外國ノ利益中相互主義ニ依リ内國ニ於テ保護セラル、場合アリ得ヘキナリ

次ニ版圖 *territory* 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アラ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ナリ

(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(明治二十九年七月二十一日日清通商航海條約第二十二條西曆千八百九十八年二月二十五日日本暹羅間ノ通商航海條約議定書第一、明治九年三月日本朝鮮間ノ修交條規第十款及ヒ全三十二年三月法律第七十號領事官ノ職務ニ關スル件參照)

(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* 益々領空 *die Lufthöhe*
 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頭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從事スル船舶ヲ總稱ス例ヘハ政府使用ノ郵便船ヲ包含ス)ハ日本ノ版圖ト看做ス

(四) 接近國間ノ國際條約ニ依リ一國ノ國法ノ一部(例ヘハ税法)カ他國ノ限定セラレタル場所ノ上ニ效力ヲ有スルコトアリ即チ外國ニ建築セラレタル自國ノ官廳(例ヘハ税關)ハ自國ノ版圖ト看做サル、コトアリ得ヘキナリ(一八九〇獨逸間ノ條約參照)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、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違警罪罰ノ如シ(現行刑法第四百三十條參照)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(明治二十九年法律第六十三號及ヒ全三十五年三月法律第二十號臺灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル件參照)

犯罪人引渡

第三項 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往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欠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請求ニ依リ引渡スホトハ (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

犯罪人引渡ニ付普通ノ制度

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、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效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、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、ルハ外國ノ法律制等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、ルコトヲ規定セルニ拘ハラヌ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、ルコトハ西曆千八百三十三年ベルギー國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ニネト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、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セハ日米犯罪人引渡條約第二條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

一 謀故殺及其未遂犯

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蓄貯銀行財産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ス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行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

政治犯ノ擴張ニ對スル制限

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
ベルキ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關連
スル犯罪 (delit connexe Complex) 即チ常事犯ニシテ政治犯ノ目的又ハ庇護ノ
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レトモ行

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ケンフニ
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

逃走海員
ノ引渡

○逃亡犯罪人引渡條例明治二十八年八月勅令第四十二號參照

猶此ノ外ニ脱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

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

例外

(治外法權)

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
刑法ノ支配ヲ受ケ(多數ノ學說ニ依レハ攝政モ亦自國法ノ支配ヲ受ケ
ス)

(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)

第二國際法上ノ原則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 内國ノ版圖内ニ地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、辨理公使

代理公使、公使館書記官、書記生、公使官、武官、其家族及内國人ニアラサル
雇員、從者
外國領事 (Konsuln) 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

總則本論

第一卷 犯罪

犯罪

犯罪ト私
犯ノ差異

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
法律違反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 *Krimineller 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(第二法律ニ違反シタルコト) (法規ノ命
令又ハ禁止ニ違反スルコト)ヲ意味ス(第三有責行為タルコト) (責任能力者ノ

主觀的條件ヲ必要トセシメテ學說

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ユツツエ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モノハ云々人ヲ毆打創傷シ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創傷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救護及ヒ從犯ニ關スル規定ニ於テ救護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)以上四ヶ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欠

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上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担者トシテ罪ヲ犯スコトアリ(三)一個ノ罪ノ發生スルコトアリ數個ノ罪ノ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

犯罪ノ種

三現行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セリ。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 Subject des Verbrechen.*

並ニ客體 *das Object des Verbrechen.*

犯罪ノ主體

第一犯罪ノ主體。現今ノ法律の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

法人ハ犯罪ノ主體トシテ得サル

ハ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の觀念ニ基因シタルナリ。現行法ニ於テハ特別ノ規定アル場合ノ外ハ人類ニ限リ罪ヲ犯シ又此カ爲ニ刑罰ヲ科セラル、コトヲ得法人ハ原則トシテ罪ノ主體タルコトヲ得ストセリ *Societas delinquer non potest* 而シテ若シ法人ノ事務ニ關シ刑法違犯ノ行爲アリタルトキハ其行爲ニ與リタル代表者カ犯人トシテ刑罰ヲ受クヘク法人ハ刑罰ヲ受クルコトナシ。然レトモ苟クモ私法上ニ於テ法人ナル無形ノ人格ヲ認メ一定ノ目的ノ範圍内ニ於テハ行爲ノ能力ヲ認メ同時ニ權利義務ノ主體タリ得ルコトヲ認メタル以上ハ其法律上認メラレタル行爲能力ノ範圍内ニ於テ法人ノ犯罪 *Das Körperschaftsverbrechen* ナルモノヲ認メ亦法人カ獨立シテ享有スル法律上

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 六六
第一節 罪ノ主體並ニ客體

法人ヲ處罰スル法

ノ利益例ヘハ信用財産法人ノ存在法人ノ特權ニ關シテ刑罰ヲ科スルコトハ可能ニシテ加カモ刑罰ノ目的ニ適合スルモノト云ハサルヘカラス而シテ現行法ニ於テ法人ヲ罪ノ主體トシ之ニ刑罰ヲ科スルノ法規ハ明治三十三年三月法律第五十二號法人ニ於テ租稅及ヒ葉煙草專賣ニ關シ事犯アリタル場合ニ關スル件ト同月法律第五十九號電信法ニ此カ規定ヲ設クルノミ其法文ハ左ノ如シ

明治三十三年法律第五十二號

第一條 法人ノ代表者又ハ其雇人其他ノ從業者法人ノ義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但シ其罰則ニ於テ罰金科料以外ノ刑ニ處スヘキコトヲ規定シタルトキハ法人ヲ三百圓以下ノ罰金ニ處ス

第二條 法人ヲ處罰スヘキ場合ニ於テハ法人ノ代表者ヲ以テ被告人トス

第三條 法人ヲ處罰スルノ裁判確定シタル日ヨリ罰金ニ關シテハ一月以内科料ニ關シテハ十日以内ニ之ヲ納完セサルトキハ民事訴訟法第六編ノ規定ニ從ヒテ其ノ執行ヲ爲ス此ノ場合ニ於テハ檢事ノ命令ヲ以テ執行力ヲ有スル債務名義ト同一ノ效力アルモノトス前項ニ依リ執行ヲ爲スニハ執行前裁判ノ送達ヲ爲スコトヲ要セス

同第五十九號

第四十二條 法人ノ業務ニ關シ其ノ代表者又ハ雇人其ノ他ノ從業者前數條ノ罪ヲ犯シタルトキハ其ノ罰則ヲ法人ニ適用ス但シ罰金科料以外ノ刑ニ處スヘキ場合ニ於テハ法人ヲ三百圓以下ノ罰金ニ處ス法人ヲ處罰スルノ裁判確定シタル日ヨリ罰金ニ關シテハ一月以内科料ニ關シテハ十日以内ニ之ヲ納完セサルトキハ民事訴訟法第六編ノ規定ニ從ヒテ其ノ執行ヲ爲ス此ノ場合ニ於テハ檢事ノ命令ヲ以テ執

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 六九

犯罪ノ客體

行力ヲ有スル債務名義ト同一ノ效力アルモノトス
 前項ニ依リ執行ヲ爲スニハ執行前裁判ノ送達ヲ爲スコトヲ要セス
 第二犯罪ノ客體 總テ犯罪ハ特定ノ法益ニ對スル違法ノ侵害ニシテ其侵害セラルル、法益ノ種類ニ從テ犯罪ノ種類モ亦異ナルヘキナリ例ヘハ殺
 人罪ハ人ノ生命ト云フ法益ヲ侵害シ誹毀罪ハ人ノ名譽ト云フ法益ヲ侵害
 スルカ如シ此ノ如ク刑法ニ於テ保護スル法益ノ目的物 Gegenstand ヲ稱シ
 テ罪ノ客體ト謂フ而シテ法益ノ目的物ハ必スシモ人タルコトヲ要セス例
 ヘハ名譽財産胎兒遺骸ノ如キ人類以外ノモノモ又罪ノ客體タルコトヲ得
 ルナリ(緒論第三章第一節法益ニ關スル説明參照)

行爲

第二節 行爲 Die Handlungトハ何ソヤ

一、凡ソ法律上ノ效果ヲ發生セシムルニハ必スヤ一ノ事實ナカルヘカラ
 ス事實 Thatfache トハ心裏ニ認識シ得ヘキ外界ノ變狀(現象)ナリ例ヘハ家畜
 ノ分娩ニ依テ飼養主カ産兒ニ對スル所有權ヲ收得スルカ如キ貯金ニ依テ

事變

行爲ノ構成條件

貯主カ利金ヲ收得スルカ如キ或ハ家畜ノ賣却ニ依テ飼養主ガ其所有權ヲ
 失フカ如キ貯主カ貯金ヲ引出シ之ヲ消費スルコトニ依テ其所有權ヲ失フ
 カ如キ又財ヲ盜ミ或ハ人ヲ殺スニ依テ刑罰ヲ科セラル、カ如キ凡ソ法律
 上ノ效果ヲ發生スルニハ其原因タルヘキ一ノ事實カ存在セサルヘカラス
 而シテ事實ニハ人類ノ意思ニ基キ發現スルモノト人類ノ意思トハ全ク獨
 立シテ發現スルモノトノ別アリ前者ヲ行爲ト稱シ後者ヲ事變(出來事 *Ereignis*)
 ト稱ス而シテ法律違犯ノ現象ト目セラレ又刑罰ナル制裁ヲ科セラル
 ノ原因タルヘキ事實ハ獨リ行爲ニ限ルヘキモノトス
 二、行爲 Handlungトハ人類ノ意思ニ基ク事實ニシテ換言スレハ人類カ任
 意ナル意思ノ實行ニ依テ發現セシメタル外界ノ變狀結果 *Erfolg* ナリ意志
 ノ實行ニ基カサル外界ノ變狀ハ事實ニシテ行爲ニアラス故ニ意思ノ實行
Willensbetätigung ナケレハ行爲ナク隨テ不法行爲モ又犯罪モ存在セサルナ
 リ (*Cogitationis penam nemo patitur*) 亦外界ノ變狀ナクシテ行爲アリト云フコト

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 七一
 第二節 行爲トハ何ソヤ

ヲ得ス隨テ不法行為モ又犯罪モ存在セサルモノナリ此ノ如ク意志ノ實行ト外界ノ變狀トハ相待テ行為ノ構成要件ヲ爲スモノト云ハサルヘカラス而シテ意志ノ實行ト外界ノ變狀トカ相待テ行為ヲ完成スルニハ二者ノ關係カ相互ニ連結スルコト換言スレハ外界ノ變狀カ意志ノ實行ニ基因スルコトヲ要ス而シテ此關係ヲ發生スル爲メニハ左ノ二個ノ場合ニ出テサルヘカラス

- 第一 意志ノ實行カ外界ノ變狀ニ對シテ任意ニ原因ヲ與ヘタル場合例
ヘハ任意ニ刀ヲ振テ人ヲ斬リ之ヲ死ニ致スカ如キ死ト云フ現象ハ刀ヲ振テ斬リ付クルト云フ任意ナル意志ノ實行ニ依テ發生シタル結果ナリ而シテ此ノ關係ニ於ケル行為ヲ稱シテ作爲(Delict)ト云フ
- 第二 外界ノ變狀ハ意志ノ實行ニ依テ原因セラレタルニアラスト雖トモ外界ノ變狀カ防止シ得ラル、ニ拘ハラス任意ニ防止セラレザリシ場合例ヘハ赤兒ノ井ニ投セントスルニ際シ保母傍ニアリテ、墜落ヲ

防止シ得ルニ拘ハラス任意ニ之ヲ抛テ棄テ置キタル爲メ遂ニ其赤兒カ井中ニ落テ溺死シタルカ如キ赤兒ノ溺死シタルハ保母カ其原因ヲ與ヘタルニアラスト雖トモ其墜落セントスルヲ見テ防止シ得ルニ拘ハラス之ヲ防止セザリシハ溺死ト云フ結果ニ對シテ原因ヲ與ヘタルト權衡上同一ノ關係ニアルモノト云フヘキナリ而シテ此ノ關係ニ於ケル行為ヲ稱シテ不作爲(Unterlassen)ト云フ

此ノ如ク行為ハ分テ作爲及不作爲ト爲スコトヲ得而シテ何レモ行為ノ一種トシテ犯罪ノ普通構成要件タルコトヲ得ルモノトス猶其詳細ニ付テハ各項ヲ分テ説明セント欲ス

第一項 作爲(Das Thun)

作爲トハ任意ニ或ル結果ヲ發生セシメタル所ノ動機(Veranlassung)ナリ作爲ハ行為ノ一種ニシテ行為ハ任意ナル意思ノ實行ニ基ク外界ノ變狀結果ナルコトハ既に述ヘタルカ如シ

而シテ作爲ノ場合ニ於ケル意志ノ實行ハ任意ナル身體ノ發動ナリ換言スレハ機械的又ハ生理的強制ニ依ラス任意ニ結果ヲ豫想シテ爲ス所ノ筋肉ノ伸縮ナリ故ニ作爲ハ任意ナル身體ノ發動ニシテ之ニ依テ發生スル外界ノ變狀結果ノ原動力ナリト云フ可シ

次ニ作爲ノ場合ニ於ケル結果ハ身體ノ發動ニ因テ發生セサルヘカラス即チ身體ノ發動ト外界ノ變狀トハ互ニ原因結果ノ關係ヲ保タサルヘカラス (Kausalzusammenhang)

因果關係ノ存在ハ結果ニ對スル事實上ノ引責理由 *Imputio facti, tatsächliche Zurechnung* タルニ止マリ結果ニ對スル法律上ノ引責理由 *Imputio iuris, rechtliche Zurechnung* トハ全然區別アルコトヲ注意セサルヘカラス 作爲ノ場合ニ於ケル身體發動ト結果トノ因果關係ハ刑法學上頗ル價值アル問題ニシテ古來學者ノ大ニ研究ヲ費ヤス一項目タルコトヲ忘ルヘカラス今左ニ少シク此ノ關係ニ付テ説明セント欲ス

事實上ノ引責理由
法律上ノ引責理由

因果ノ關係トハ何

何ヲカ因果ノ關係ト云フ曰ク此ノ身體ノ發動ナカリセハ此ノ結果ハ發生セザリシ場合詳言スレハ此ノ特別ナル外界ノ狀況ニ於テ此ノ特別ナル結果現實ニ發生シタル結果ヲ指スカ發生スルニハ此ノ身體ノ發動ナカルヘカラス換言スレハ此ノ身體ノ發動ナカリセハ此ノ結果ハ決シテ發生セザリント云フ場合ニ於テ此ノ身體ノ發動ハ此ノ結果ニ對シテノ原因 (Die Ursache) ヲ形ツタリタリト云フヘシ而シテ此ノ原因タルヤ決シテ唯一タルコトヲ要セス多クノ身體發動ガ同時ニ若クハ相前後シテ活動シ相集テ始メテ一ノ結果ヲ生シタルトキハ何レノ身體發動モ此ノ結果ニ對シテ各原因結果ノ關係ヲ有スルモノト云フコトヲ得ヘシ此ノ種ノ原因ヲ稱シテ共同原因 (Die Mitsuache) ト云フ

共同原因

原因ニ對スル異觀
結果ニ對スル價值

結果ニ對シテ必要ナル條件又ハ最後ノ條件ニ限り結果ニ對スル原因ナリト認メタル古説ハ今ヤ其跡ヲ滅シタリト雖トモ猶ビルクマイエル氏ノ說ニ依レハ結果ニ對スル條件中最モ價值多キモノニ限り之ヲ原因ト認ムト

ノ程度ヲ
標準トス

平均說

通說

雖トモ此ノ說ハ一面ニ於テ條件中價值ノ優劣ヲ區別スヘキ一定ノ標準ヲ
 求ムルニ困難ニシテ結局任意ナル判斷ニ委テサルヲ得サルヘク又一面ニ
 於テ例ヘハ甲カ暗夜ニ歩行スルニ當リ乙カ過テ置キ忘レタル瓶ヲ踏ミ破
 リタルトキニ於テ若シ甲ノ歩行ノミカ器物毀棄ニ對スル最價值多キ條件
 即チ原因ト認メ甲ノミカ其原因ヲ與ヘタリトシテ其責ヲ負フハ到底不條
 理タルコトヲ免レサルナリ次ニ此說ニ類似スルビンデング氏オールスハ
 ウゼン氏等ノ說ニ依レハ結果ノ發生ニ關シテ積極的條件ト消極的條件ト
 カ互ニ相拮抗スルニ當リ結果ノ發生ニ便宜ナル狀況ヲ與ヘタル條件ニ限
 リ之ヲ原因ト認ム即チ積極的條件ト消極的條件トノ平均ヲ破リ結果ノ發
 生ニ便宜ヲ與ヘタル條件ヲ目シテ原因ナリト認ム(平均說 Gleichgewichtshe-
 orie)ト雖トモビ氏ノ說ニ對スルト同一ノ非難アリ而シテ獨逸刑法學者間
 ニ於ケル通說トシテハ苟クモ此ノ狀況ナカリセハ之ノ變狀即チ結果ハ發
 生セザリシト云フ關係ニ於テ其狀況即チ條件カ結果ニ對シテ與ヘタル效

因果關係
ニ付テノ
二原則

一、唯一
原因ナル
コトヲ要
セス

果ノ程度如何ニ拘ハラヌ等シク結果ニ對スル原因ト認メタリ
 以上論スル所ニ因テ身體ノ發動ト結果トノ因果關係ニ付左ノ如キ二個ノ
 原則ヲ發見スルコトヲ得ヘシ
 (一) 身體ノ發動ノ外ニ其發動カ與ヘラル、當時ニ於ケル外界ノ特別ナル
 狀況若クハ其發動後ニ發生シタル特別ノ事情ノ存スルニアラスンハ
 決シテ此ノ結果ヲ發生セリシ場合換言スレハ單ニ此ノ身體ノ發動ノ
 ミニテハ此ノ結果ヲ發生セシムル力ナク外界ノ事情ト相待テ始メテ
 此ノ結果ヲ發生シ得タル場合ニ於テモ二者ノ間ニ於テ因果ノ關係ア
 リト云フコトヲ得ヘキナリ例ヘハ人ヲ刃傷シタルニ其創傷タルヤ致
 テ重傷ナリト云フニ非サルモ當時負傷者ノ身體非常ニ衰弱シ居リタ
 ルカ爲メ少量ノ出血ニ因リ遂ニ死亡シタルカ如キ或ハ其負傷タル元
 ヨリ普通致死ノ原因タルモノニアラスト雖トモ偶々氣候ノ激變ニ逢
 ヒ餘病ヲ併發シ爲ニ死亡シタル場合ニ於テハ加害者ハ負傷者ニ對シ

テ死亡ノ原因ヲ與ヘタリト云フ可キナリ負傷者カ治療ノ爲メ入院中
病院ニ火災アリタル爲メ死亡シタル場合亦然リ何トナレハ此ノ場合
ニ於テ刃傷ト云フ身體ノ發動ナカリセハ負傷者ノ死亡ト云フ結果ハ
到底發生セザリシヲ以テナリ此ノ如ク身體ノ發動カ或結果ニ對シテ
原因ヲ形ツタリタリト云フニハ其結果ニ對シテ必スシモ全然唯一ノ
原因タルコトヲ要セス即チ前例ニ於テ刃傷ノ程度ハ必スシモ絶對的
致死ノ原因タルコトヲ要セサルナリ

(二) 自己ノ身體ノ發動ノ外ニ之ト同時ニ若クハ相前後シタル他人ノ行爲
ノ共同的作用ニ依ルニアラサレハ決シテ此結果ヲ發生セザリシ場合
換言スレハ單ニ自己ノ身體發動ノミニテハ此ノ結果ヲ發生スルコト
ヲ得ス他人ノ行爲ト相待テ始メテ此結果ヲ發生シタル場合ニ於テモ
二者ノ間ニ因果ノ關係アリト云フコトヲ得ヘシ例ヘハ人ヲ刃傷シタ
ルニ其負傷タルヤ急速ノ治療ヲ施セハ負傷者ノ死亡ヲ免カレシムル

二、單獨
作用ニ依
ルコトヲ
要セス

責任ノ相
殺ヲ認メ
ス

コトヲ得タルニモ拘ハラヌ負傷者カ其治療ヲ怠リタル爲メ遂ニ死亡
シタルカ如キ或ハ醫師カ治療ノ方法ヲ誤リ却テ多量ノ出血ヲ來タシ
爲メニ負傷者ヲ死亡セシメタルカ如キ場合ニ於テ加害者ノ刃傷ハ負
傷者死亡ノ原因ナリト云フコトヲ妨ケス其他例ヘハ甲カ過テ毒藥ヲ
飲料水中ニ投シタルニ乙カ其實ヲ知ラスシテ之ヲ飲ミ中毒シタルカ
如キ又ハ甲カ彈丸ヲ込メタル鐵砲タルコトヲ告グルコトナクシテ鐵
冶師乙ニ交付シタルニ乙過テ之ヲ發射シ他人ヲ殺シタルカ如キ亦然
リ此ノ如ク加害者ノ不法行爲ニ對スル責任ハ被害者又ハ第三者ノ過
失ニ依テ其責任ヲ相殺スルコトヲ許サズ即チ刑法上ニ於テハ所謂責
任ノ相殺ナルモノ Die Kulpkompensation ヲ認サルナリ

以上二個ノ場合ハ何レモ身體發動カ他ノ原因ト相待テ此ノ結果ヲ發生セ
シメタル場合ニ屬ス反之假令身體ノ發動アリト雖トモ全然之ト獨立シタ
ル他ノ原因ノ單獨的作用ニ因テ此ノ結果カ發生シタル場合換言スレハ此

ノ身體發動ハ此ノ結果ノ發生ニ付テ何等ノ作用ヲモ與ヘサリシ場合ニ於テハ二者ノ間ニ因果ノ關係アリト云フコトヲ得サルナリ例ヘハ人ヲ刃傷シタルニ適々他人カ其負傷者ヲ銃殺シタルカ如キ或ハ家屋ニ放火シタルニ適々落雷アリテ爲メニ其家屋ヲ燒燬シタルカ如キ何レモ銃殺落雷ト云フ獨立ナル力ノ作用ニ依テ死亡燒燬ト云フ結果ヲ發生セシメタルヲ以テ刃傷放火ハ此等死亡又ハ燒燬ト云フ結果ニ對シテ其原因ヲ與ヘタリト云フコトヲ得サルナリ

以上二個ノ原則ニ對スル例(斷斷ノ因果關係)

次ニ以上二個ノ原則ハ總テノ場合ニ於テ例外ナク之ヲ貫徹スルコトヲ得ルヤト云フニ現行刑法ノ下ニ於テハ左ニ記載スル二個ノ例外アルコトヲ注意セサルヘカラス

一 現行刑法ニ於テハ犯罪ノ教唆及ヒ從犯ナルモノヲ規定シ(第一編第八章第一節第二節參照)教唆及ヒ從犯ハ刑法上ノ結果ニ對スル原因ト認メス他人ニ依テ行ハレタル獨立ナル犯罪原因ニ對シ從タル加担(Die

Theilnahme)ト看做セリ從テ假令正犯ノ行爲タルヤ教唆及ヒ從犯ノ幫助ニ依テ此ノ結果ヲ發生シタルニモ拘ハラヌ換言スレハ教唆及ヒ從犯モ亦此ノ結果ニ對シテ一部ノ原因ヲ與ヘタルニモ拘ハラヌ正犯ノ行爲カ此ノ結果ニ對シテ獨立ノ原因トナリ教唆及ヒ從犯ノ行爲ト此ノ結果トノ間ニ於ケル因果ノ關係ヲ中斷スルモノト云ハサルヘカラス以上ハ犯意アル教唆及ヒ從犯ト犯意アル正犯トノ關係ヲ説明シタルニ過キスト雖トモ之ト同一理由ニ依リ過失ニ依テ犯意アル正犯ヲ教唆又ハ幫助シタル場合ニ於テモ亦教唆及ヒ幫助(從犯)ノ行爲ト此ノ結果トノ關係ハ正犯ノ行爲ニ依テ中斷セラルト云ハサルヘカラス要之責任能力者ノ行爲ニシテ任意ニ出テ(強制ニ依ラス)且ツ犯意ニ基ク行爲ハ常ニ教唆及ヒ從犯ト刑法上ノ結果トノ間ニ於ケル因果ノ關係ヲ中斷スルモノト云ハサルヘカラス換言スレハ因果關係カ物理的ニ媒介サル、場合ニ於テハ刑法上因果關係ヲ認メ反之因果關係カ精神

的ニ媒介サル、場合ニ於テハ刑法上因果關係ヲ認メス故ニ例ハハ強
 姦ノ被害者タル婦女カ貞操ヲ破ラレタルコトヲ憤リ自殺スルモ刑
 法第三百五十一條ヲ以テ論スルコトヲ得サルナリ亦責任能力者ヲ教
 唆シ被教唆者自身ノ身體ヲ傷害セシメタル場合ニ於テハ教唆ハ被教
 唆者ノ負傷ニ對シ原因ヲ爲シタリト云フコトヲ得ス從テ被教唆者ヲ
 傷害シタリトシテ之ヲ處罰スルコトヲ得ス亦此種ノ教唆ニ付テハ刑
 法上別ニ之ヲ處刑スルノ規定ヲ見ス(但シ自殺ノ教唆及ヒ補助ニ付テ
 ハ刑法第三百二十條以下ニ處罰規定アリ)

以上述アル所ハ共犯ノ説明ト相牽連スルヲ以テ後ニ共犯ノ項ニ於テ
 詳論スル所アルヘシ只タ爰ニハ右ノ原則カ教唆及ヒ從犯ニ付テ適用
 セラレサルコトヲ注意スルニ過キサレナリ

二刑法上或ル特別ナル結果ノ發生ヲ以テ犯罪構成ノ要件トシタル場合
 (例ハハ殺人罪ノ場合ニ於テ被害者ノ死亡ト云フコトヲ以テ犯罪構成

ノ要件トスルカ如キ又ハ刑罰ノ加重原因トセル場合例ハハ不法制縛
 致死罪毆打致死罪強姦致死罪墮胎致死罪ノ場合ニ於テ被害者ノ死亡
 ト云フ結果カ刑罰加重ノ原因トナルカ如シニ於テ此等法律上ノ結果
 カ前ニ與ヘラレタル身體ノ發動ニ對シ全ク偶然ニシテ而カモ行為者
 ノ責ニ歸スヘカラサル狀況トノ共同的作用ニ依テ發生シタル場合ニ
 於テハ其身體發動ト此ノ結果トノ間ニ於テ原因結果ノ關係ハ中斷セ
 ラル、モノト云ハサルヘカラズ(リ)スト氏ハ獨逸刑法ノ解釋ニ於テ本
 文ト同一ノ說ヲ採リフランク氏ハ重キ結果カ發生シタル爲メ刑ヲ加
 重スル所ノ罪ニ付テハ其重キ結果ト身體ノ働作トノ間ノ因果關係ノ
 發生カ原犯ノ實質ニ適合スル場合ニ限り刑法上兩者間ニ因果關係ア
 リト云フコトヲ得ヘシト論セリ其他獨逸刑法學者ノ通說亦然リ此ノ
 如ク刑法上因果關係ノ成立ニ制限ヲ附スル所以ハ若シ此等ノ制限ヲ
 設ケサルトキハ行為者ハ因縁ノ極メテ粗遠ナル結果ニ對シテモ猶事

實上ノ因果關係ヲ理由トシテ其責任ヲ負擔スルコト、ナリ極メテ不
 條理ナル結論ヲ生スヘキカ故ナリ(從テ例ヘハ毆打創傷ニ依リ刺撃セ
 ラレタル病理學上ノ經過カ被害者ノ死ヲ惹起シタル場合ニ限リ毆打
 致死(刑法第二百九十九條)ヲ以テ論スヘク若シ負傷者カ治療ヲ求ムル
 爲メ醫師ノ家ニ騎行スル途中ニ於テ落馬ノ爲メ死亡シタル場合又ハ
 負傷者カ入院中流行室扶私病ニ罹リ死亡シタル場合ハ毆打致死ヲ以
 テ論スルコトヲ得サルナリ反之被害者カ負傷ノ爲メ其機關ノ一ヲ衰
 弱セシメタルニ乘シ其局部ニ混虫病ヲ惹起シ爲メニ死亡シタル場合
 ハ毆打致死ヲ以テ論スヘク刑法第六十九條ノ場合ニ付テハ汽車ノ
 顛覆又ハ船舶ノ覆没ノ爲メ被難者カ死亡スル場合船舶覆没ノ爲メ被
 難者カ餓死スル場合ヲモ包含ス)ニ限リ同條ヲ適用スヘク反之船舶覆
 没ノ爲メ被難者ノ家族カ被難ノ報告ニ接シ悲哀ノ爲メニ死亡スルモ
 同條ノ所謂船舶覆没ノ爲メ人ヲ死ニ致シタルモノト云フコトヲ得サ

普通的原因
 偶然的原
 因

不作爲

因果關係
 類似ノ
 關係

ルナリ此ノ如ク刑法上結果ニ對スル原因ト認メラル、モノヲ稱シテ
 普通的原因 *Adäquate Verursachung* ト謂ヒ反之刑法上結果ニ對ス原因ト
 認メラレサルモノヲ稱シテ偶然的原因 *Zufällige Verursachung* ト謂フ

第二項 不作爲 (Das Unterlassung)

不作爲トハ或結果ノ發生ニ對シ任意ニ之ヲ防止セサルコトヲ云フ此ノ場
 合ニ於テハ行爲ノ一要件タル意思ノ實行ナルモノハ身體ノ發動ニアラス
 機械的又ハ生理的強制ニ依ラサル任意ナル身體ノ靜止ナリ詳言スレハ不
 作爲トハ行爲者カ或作爲ヲ行フノ能力ヲ有シ且ツ其作爲ニシテ行ハレシ
 ナラハ此ノ結果ノ發生ヲ防止シ得タルニモ拘ハラス之ヲ行ハサリシコト
 ヲ意味ス即チ作爲カ或ル結果ノ原因タル如ク不作爲ハ或ル結果ノ發生ヲ
 防止セサリシコトヲ云フ從テ作爲ト結果トノ間ニ原因結果ノ關係カ存在
 スル如ク不作爲ト結果トノ間ニ於テモ亦此ニ類似ノ關係 *Analoges Merkmal*
 カ存在スルコトヲ認ムヘキナリ此ノ如ク不作爲ト結果(外界ノ變狀)トノ間

ニハ元ヨリ原因結果ノ關係ナシト雖トモ因果ノ關係ニ類似スル一種ノ關係ノ存在スルコトヲ認メ得ヘキヲ以テ權利ナキ作爲者カ其結果ニ對シテ責任ヲ負フカ如ク義務ニ違犯シタル不作爲者モ此ノ特別ナル條件ノ下ニ於テ自己ノ防止セサリシ結果ニ付テ責任ヲ負フヘキコトハ敢テ法律ノ規定ヲ待テ後ニ知ルヘキニアラサルナリ然レトモ結果ヲ防止セサリシ不作爲ハ結果ニ對シテ原因ヲ與ヘタル作爲ニ比シテ其所犯情狀概シテ輕キカ故ニ立法論トシテハ特ニ輕ク處罰スルコトヲ規定スルハ敢テ失當ニアラサルヘシト雖トモ法文ニ何等ノ明示ナキ以上ハ一般ノ原則ニ從ヒ一定ノ條件ノ下ニ於テ作爲ト等シク其結果ニ付キ責任ヲ負フモノト論セサルヘカラス又因果ノ關係ヲ中斷スルコトニ關スル理論ハ此ノ結果ヲ防止セサリシト云フ關係ノ中斷ニモ準用スルコトヲ得ルナリ(フランク氏ノ說ニ依レハ他ノ狀況ノ下ニハ此ノ變狀ハ發生セサリシト云フ關係ノ存スル以上ハ此ノ狀況ハ此變狀即チ結果ニ對シテ原因ノ關係ヲ有ス故ニ若シ此ノ變

不作爲ニ
因果關係
ヲ認ムル
ハナラズ

消極的條
件

狀ノ發生カ或狀況ニ依テ防止セラレ得タリシト云フ關係ヲ有スル場合ニ於テハ或狀況ヲ與ヘサリシ意思實行ト變狀トノ間ニ於テ因果關係ノ存在ヲ認ムヘク即チ不作爲ノ場合ニ於テモ結果ヲ防止セサリシ意思ノ實行ト結果トノ間ニハ因果關係ノ存在ヲ認メ結果ヲ防止スヘキ意思實行ノ能力アリ且ツ此不作爲ニシテ義務ニ違犯シタルトキニ限リ此ノ不作爲ハ結果ニ對スル客觀的引責ノ原因ト認ムルコトヲ得ルナリ但シ強制ニ依リ他人ノ作爲ヲ妨ケ結果ノ發生ヲ防止セシメサリシトキハ不作爲ノ強制ト結果トノ間ニ因果ノ關係ヲ生スヘシ此種ノ強制ヲ稱シテ消極的條件 Negative Bedingung ト謂ヘリ)

附言

刑法ノ規定中ニハ或行爲ヲ命令スルモノ(或結果ノ發生ヲ要求スルモノ)ト禁止スルモノ(或結果ノ發生ヲ禁止スルモノ)トアリ而シテ此ノ命令ニ違背スル犯罪ハ常ニ不作爲法律カ要求スル結果ヲ發生セシムル

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 八七
第二節 行爲トハ何ソヤ

純正不作
爲犯

不純正不
作爲犯

作爲犯

不作爲犯

爲メニ身體ヲ發動セサル行爲ニ依ラザレハ之ヲ構成スルコトヲ得ス
 (此種ノ犯罪ヲ純正不作爲犯 *Das echte Unterlassungsdelikt* ト稱シ此種ノ不
 作爲ヲ稱シテ純正不作爲 *Das echte Unterlassung* ト云フ) 次ニ此ノ禁止ニ
 違背スル犯罪ハ必スシモ作爲ニ依ルコトヲ要セス不作爲モ亦一定ノ
 條件作爲ヲ爲スヘキ義務ニ違犯スルコト) ノ下ニ於テ此ノ罪ヲ構成ス
 ルコトヲ得此ノ種ノ犯罪ヲ稱シテ不純正不作爲犯 *Das unechte Unterla-*
ssungsdelikt ト稱シ此ノ種ノ不作爲ヲ稱シテ不純正不作爲 *Das unechte*
Unterlassung ト謂フ) 而シテ本項ニ於テ説明スル所ノ不作爲ハ專ラ不純
 正不作爲ニ關スルモノタルコトヲ注意アラシムコトヲ望ム
 一部ノ學者例ヘハフランク氏ハ罪ノ種類ヲ二分シ(一)積極的行爲即作
 爲ニ依テ犯サル、罪ヲ作爲犯 *Begehungs-oder Kommissivdelikt* ト稱シ消極
 的行爲即チ不作爲ニ依テ犯サル、罪ヲ不作爲犯 *Unterlassungs-oder Om-*
missivdelikt ト稱シ前者ハ法律ノ禁止ニ違犯シ後者ハ法律ノ命令ニ違犯

不純正不
作爲ニ付
責任ヲ必
ズ負フニ
必要ナル
條件

法律上ノ
義務ニ違
犯スル場
合

一合

方ニテハ
法律上ノ
義務ニ違
犯スル場
合

スル者ナリ而シテ法律ノ禁止ハ權利ナキ作爲ニ依リ犯シ得ルカ如ク
 義務ニ違犯シタル不作爲ニ依ラモ犯シ得ルコトヲ認メ此ノ種ノ罪ヲ
 稱シテ不純正不作爲犯ト稱セリ (*Erm delictum Commissivum per Ommissivum*)
 不純正不作爲ニ付テ責任ヲ負フニハ其不作爲カ違法ノ場合ニ限ルヘキモ
 ノニシテ不作爲カ違法ナリト云フニハ或結果ノ發生ヲ防止スヘキ(作爲)法
 律上ノ義務ヲ負フニ拘ハラヌ此義務ニ違背シタル場合ナラサルヘカラス
 而シテ或結果ヲ防止スヘキ(作爲)法律上ノ義務ヲ負フ場合ハ左ノ如シ
 第一、法規ノ特別ナル命令ニ依テ發生ス、而シテ其命令ハ刑法ノ規定ニ
 基クモノ及ヒ刑法以外ノ法令ニ依リ明示又ハ暗示ニ要求セラル、モ
 ノヲ包含ス而シテ(一)刑法ノ規定ニ基クモノトハ例ヘハ刑法第三百四
 十條ノ規定ニ基キ自己ノ所有地又ハ看守スヘキ地内ニ遺棄セラレタ
 ル幼者老疾者アルコトヲ知り又ハ疾病ニ罹リ昏倒スルモノアルコトヲ
 知リタルトキハ之ヲ扶助シ又ハ官署ニ申告スル義務ヲ負フカ如キ又

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 八九
 第二節 行爲トハ何ソヤ

同法第三百六十四條ニ基キ子孫ハ其祖父母父母ニ對シテ衣食ヲ給與シ其他必要ナル奉養ヲ爲スヘキノ義務ヲ負フノ類是レナリ(二)次ニ刑法以外ノ規定ニ基クモノトハ法律上特別ナル地位ヨリ發生スル所ノ諸般ノ義務例ヘハ官吏公吏タル身分ニ伴フテ法律上科セラレタル所ノ諸般ノ義務例ヘハ行政警察規則ニ依リ行政警察官吏カ人ノ身體財產ニ對スル危難ヲ防衛スル爲メ必要ナル處分ヲ爲ス可キ義務又ハ監獄則ニ依リ典獄看守カ風火震災其他非常ノ急變ニ際シ必要ナル場合ニ於テ囚徒ヲ解放スルノ義務ヲ負フノ類ナリ(親權ヲ行フ父又ハ母カ未成年者タル子ヲ監護スル義務民法第八百七十九條第七百十四條參照)民事上ノ契約ニ基キ看護婦カ患者ヲ看護スルノ義務鐵道ノ番人カ汽車ニ對スル危險ヲ監視スル義務ノ如キ是レナリ其他諸種ノ行政法規ニ基キ或作爲ヲ爲スヘキ義務ヲ負フ場合ハ枚舉ニ暇アラサルナリ以上ノ法律上ノ義務アリ且ツ其義務タル作爲ヲ行フノ能力ヲ有シ且

ツ此ノ作爲ヲ行ヒシナラハ此ノ結果ノ發生ヲ防止シ得タリシ狀況ニ於テ任意ニ之ヲ防止セサリシト云フ不作爲ハ其防止セラレサリシ結果ニ付テ責任ヲ負フヘキモノナリ

第二 曩キニ自己カ行ヒタル作爲ノ結果トシテ發生スル所ノ或ル現象ヲ防止セサルコトカ普通ノ法律的觀念ニ於テ(假令法律ニ明示ナキ場合ト雖トモ)法律上ノ義務違背ナリト目セラルヘキ場合例ヘハ外科醫カ其手術ヲ行フニ當リ其手術ヲ過リタル爲メニ患者カ危篤ニ陥リタル場合ニ於テ應急治療方法ヲ施スヘキ義務アルカ如キ又ハ過テ洋燈ヲ轉覆シ爲メニ火ノ漫延セントスルニ當リ之ヲ防止スヘキ義務アルカ如キ又ハ過テ人ヲ監禁シタル後其實ヲ覺リタル以上ハ此カ監禁ヲ解クノ義務アルカ如シ

以上ノ防止義務ヲ負ヒ且ツ其義務タル作爲ヲ行フノ能力アリ若シ其作爲ニシテ行ハレシナラハ或結果ハ發生セサリシ狀況ニ於テ其結果ノ發生ヲ

防止セザリシ不作爲ハ其結果ニ付テ責任ヲ負フノ原因トナルヘキナリ
爰ニ注意スヘキハ先キノ作爲ト後ノ結果トノ間ニ於ケル因果ノ關係ニ付
キ其作爲ノ當初ヨリ犯意ノ存スルトキハ是レ純然タル作爲ニ基ク結果ニ
シテ此場合ニ於テハ不作爲ノ問題ハ生セサルナリ例ヘハ外科醫カ初メヨ
リ殺人ノ犯意ヲ以テ患者ニ粗暴ノ手術ヲ施シ依テ患者ヲ死亡セシメタル
カ如キ又ハ初メヨリ燒燬ノ犯意ヲ以テ洋燈ヲ轉覆シ依テ家屋ヲ燒燬セシ
メタルカ如キ是ナリ

第三節 行爲ノ時及ヒ場所

行爲ヲ分テ作爲及ヒ不作爲ト爲スカ故ニ行爲ノ時及ヒ場所ニ關スル問題
モ作爲及ヒ不作爲ノ場合ニ分テ説明セント欲ス

第一項 作爲ノ時及ヒ場所

作爲ハ身體ノ發動原因ト外界ノ變狀結果トニ依テ成立シ不可分ノモノナ
ルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ故ニ若シ此ノ二個ノ要件カ時又ハ場所ヲ異

行爲ノ時
及ヒ場所

作爲ノ時
及ヒ場所

ニシテ發現シタルトキハ(間隔犯 *Distanzverbrechen*)行爲ハ何時又ハ何所ニ於
テ發生シタリヤ換言スレハ犯罪ハ何時又何所ニ於テ發生シタリヤノ問題
ヲ生スヘシ

身體ノ發動ト結果トハ相俟テ始メテ一個ノ作爲ヲ完成シ互ニ分離スルコ
トヲ得サルカ故ニ此ノ二個ノ要件カ共ニ内地ニ發生シタルトキニ限り作
爲ハ内地ニ於テ發生シタリト云フコトヲ得ヘク又二個ノ要件カ同一法律
ノ有効期間内ニ發生シタルトキニ限り作爲ハ同一法律ノ支配ヲ受クルコ
トヲ得ヘキモ反之若シ二個ノ要件ノ一ツカ内地ニ發生シ他ハ外國ニ於テ
發生シタルトキハ此ノ不可分ナル作爲ハ内地又ハ外國何レニ於テモ發生
シタリト云フコトヲ得ス此ト同一理由ニ依リ身體ノ發動ヨリ結果ノ發生
スル迄ノ間ニ於テ法律ニ變更アルトキハ其作爲ハ舊法又ハ新法何レノ時
代ニ於テモ發生シタリト云フコトヲ得サルヘシ

此ノ如ク作爲ノ時及ヒ場所ヲ決スルニ作爲ノ二要件ヲ以テ標準トスルト

作爲ノ時
及ヒ場所

キハ極メテ不都合ナル結果ヲ生スルカ故ニ此ノ二要件中何レカ一ツヲ以テ此カ標準トセサルヘカラス而シテ此ノ標準ニ付テハ左ノ諸説アリ

第一説 身體ノ發動ヲ以テ標準トスル説(フォンパール氏ベックケル氏ヘル

シユチル氏ヘルツ氏ヤンカ氏マイエル氏フォンローランド氏シユナイ

ドレル氏シユツツエ氏フォンヴェヒテル氏ペーリツグ氏フイソグ氏

ソイフェルト氏等其他國際私法諸學者ノ主張スル所)

第二説 結果ヲ以テ標準トスル説(ヘーベルリン氏メルケル氏ノイマイエ

ル氏フオンリスト氏等ノ主張スル所)

第三説 中間(Zwischenfolge)ノ結果ヲ標準トスル説此ノ説ハ第二説ノ變體

ニシテ例ヘハ殺人罪ノ場合ニ於テハ致死ノ原因トナリタル創傷ヲ生シ

タル時及場所ヲ以テ殺人罪ノ時及場所トスル説(ベツツ氏フオンヒッ

ル氏等ノ主張スル所)

第四説 身體ノ發動及結果ヲ以テ等シク標準トスル説(ベンチツケ氏ヒン

一

二

三

四

五

最モ正當ナルト認

デング氏フアンカルケル氏ランマッシユ氏フオンリ、エンタール氏オ

ールスハウゼン氏バハ氏等ノ主張スル所此ノ説ハ明ラカニ國際私法

ニ適用スルコトヲ得ストノ非難アリ

第五説 身體ノ發動ト結果トノ因果關係ヲ單一ノモノト認メ此ノ關係ノ

接續スル總テノ時及ヒ場所ヲ以テ行爲ノ時及場所トスル説此ノ説ニ依

レハ例ヘハ文書ニ依テ人ヲ誹毀スル場合ニ其文書ヲ在獨逸ノ人ニ送付

スル爲メ之ヲ郵送シタルトキハ此ノ文書ノ經過シタル總テノ國ハ本罪

ノ場所ト云フヘク此ノ説ハヒンデング氏カルケル氏等ノ主張スル所ナ

ルモ此ノ説ノ主張者モ前掲例示ノ場合即チ經過犯(Transitverbrechen)ニ付

テハ例外トシテ此ノ原則ヲ適用セスト論セリ

以上五説中余輩ハ第二説ヲ以テ正鵠ヲ得タリト信ス何トナレハ現行刑法

ヲ通覽スルニ行爲ノ特質(即チ罪ノ特質)ヲ定ムルニハ結果ニ依テ之ヲ決定

セリ例ヘハ殺人罪ノ如キ鐵砲ノ引金ヲ引クト云フコトカ殺人罪ノ特質ニ

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 九五
第三節 行爲ノ時及ヒ場所

アラヌシテ被害者ノ死亡ト云フコトカ殺人罪ノ特徴タルカ如シ加之刑法ノ目的ハ法益ノ保護ニアルカ故ニ此ノ侵害即チ結果ヲ以テ作爲ノ時及ヒ場所ヲ定ムル標準トスルコトハ刑法ノ主旨ニ適合スルモノト云ハサルヘカラス要之犯罪ハ刑法上ノ緊要ナル結果(刑法ニ依テ直接ニ保護スル法益ノ侵害)カ發生シタル時及ヒ場所ニ於テ發生シタリト云フヘキナリ例ヘハ殺人罪ハ被害者ノ死亡シタル時及ヒ場所ニ於テ發生シ傷人ノ時及ヒ場所ニハ未タ發生セサルモノト云ハサルヘカラス但シ未遂犯ニ付テハ未遂ノ狀況即チ法益侵害ノ危険ナル狀況(結果)カ發生シタル時及ヒ場所ニ於テ發生シタリト云フヘキナリ

第二項 不作爲ノ時及ヒ場所

作爲ニ關スル説明ハ總テ本項ニ準用スルコトヲ得ヘシ即チ不純正不作爲犯ハ防止セラレザリシ結果ノ發生シタル時及ヒ場所ニ於テ發生シタリト云フヘク純正不作爲犯ハ刑法上命セラレタル作爲ヲ行フヘキ時及ヒ場所

不作爲ノ時及ヒ場所

行爲ノ時及ヒ場所ニ關スル原則
一、教唆及ヒ從犯ノ時及ヒ場所

ニ於テ發生シタリト云フヘキナリ

以上行爲ノ時及ヒ場所ニ關スル原則ノ適用ニ付テ二三注意スヘキ點ヲ舉クレハ

一、現行刑法ニ於テハ教唆及ヒ從犯ハ獨立ノ行爲トセス正犯(實行者)ノ實行行爲ニ附隨スル加担ノ行爲ト看做セリ從テ教唆ニ依テ發生スル所ノ結果ハ正犯ニ犯意ヲ惹起サシムルニアリ從犯ニ依テ發生スル所ノ結果ハ豫備ノ行爲ニ依テ正犯カ補助ヲ受ケタルニアリ(正犯自身ニ依テ行ハレタル意思實行ノ結果ハ教唆又ハ從犯ト云フ行爲ノ結果ト認メス)故ニ此ノ結果ノ發生シタル時及ヒ場所ニ於テ教唆及ヒ從犯ト云フ行爲カ發生シタリト云フヘク正犯ニ依テ與ヘタル行爲ノ結果ハ其標準トナラサルナリ例ヘハ日本ニ在留スル甲カ一月一日獨逸ニ在留スル乙ニ宛テ丙ヲ殺害スヘシトノ手紙ヲ送り乙ハ三月三日ニ此ノ手紙ヲ受取り甲ノ教唆ニ依テ丙ヲ殺害スルコトヲ決意シ四月十日遂ニ佛國ニ於テ其犯意ヲ決行シテ丙ヲ殺害シタ

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 九七
第三節 行爲ノ時及ヒ場所

二、間接
及實行ノ時
及場所

三、未遂
犯ノ時及
場所

四、繼續
犯ノ時及
場所

リトセハ教唆ノ時ハ三月三日ニシテ教唆ノ場所ハ獨逸ナリト云フヘキナ
リ又殺人ノ情ヲ知テ刀劔ヲ貸與シタルトキハ正犯カ刀劔ヲ受取タル時及
ヒ場所カ從犯ノ發生シタル時及ヒ場所ナリト云フヘキナリ
二、教唆又ハ從犯ト異ナリ他人ヲ機械トシテ責任無能力者又ハ犯意ナキ他
人ヲ利用シ又ハ他人ヲ強制スル場合ヲ指ス結果ヲ發生セシメタルトキハ
間接實行者ト云フヘキカ故ニ此ノ場合ニ於テハ機械トシテ利用セラレタ
ル他人ノ力ニ依テ發生シタル結果ヲ以テ間接實行ノ時及ヒ場所ト云フヘ
キナリ

三、所罰スヘキ未遂犯ノ特質ハ法益ヲ侵害スル危險ナル狀況ヲ發生セシム
ルニアルカ故ニ此ノ危險ナル狀況即チ結果ノ發生シタルトキヲ以テ未遂
犯ノ發生シタル時及ヒ場所ト云フヘキナリ
四、法律上單一ナル繼續行爲ト認メラル、繼續犯ノ發生シタル時及ヒ場所
ヲ判定スルニハ其繼續行爲ヲ切斷シテ論スルコトヲ得ス從テ苟モ其一部

五、處罰
條件ト犯
罪ノ時及
場所ノ
關係
法律違犯

ノ發生シタル時及場所ヲ以テ全部ノ行爲ノ發生シタル時及ヒ場合ト云ハ
サルヘカラス而シテ此ノ場合ニ於テ其繼續行爲カ内地ト外國トニ跨リタ
ルトキ又ハ之ヲ處罰スル舊法ト新法トノ間ニ跨リタルトキハ輕キニ從フ
テ處斷スヘシトノ說アルモ余輩ハ判決ヲ言渡ス國ノ刑法及ヒ新法ヲ適用
スルヲ至當ナリト信ス(明治三十五年最近大市審院判決ニ於テハ此ノ場合
ニハ新法ヲ適用ストノ說ヲ採レリ)
五、處罰條件ハ行爲ニ對スル處罰ノ條件ニシテ行爲自身ニ非サルカ故ニ犯
罪ノ時及ヒ場所ニハ關係ナキモノトス

第二章 法律違犯 Die Rechtswidrigkeit

犯罪ハ民事上ノ不法行爲ト等シク法律違犯ノ行爲タルコトヲ要ス而シテ
或行爲カ法律ニ違犯ストハ形式ニ於テハ國家ノ制定シタル法規ニ違背ス
ルコト即チ國法ノ命令又ハ禁止ニ違背スルコトヲ意味シ其實質ニ於テハ
國法カ命令又ハ禁止ニ依テ保護スル所ノ法律的利益(Das Rechtsgut)法物又ハ

總則本論第一卷 犯罪第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 法律違犯 九九

法益ニ對
スル攻撃
ノ分類

法益ト稱スニ對スル攻撃ヲ意味ス

法律カ保護スル利益ニ對スル攻撃ハ左ノ如ク分類スルコトヲ得ヘシ

罪一、實害

一、國家カ法規ニ依テ保護スル所ノ人類生活上ニ於ケル利益ニ對シテ現
實ニ之ヲ傷害スルコト (Rechtsgüterverletzung) 此ノ傷害ニ對シテ因果ノ

關係アル作爲ハ常ニ違法ノ行爲ニシテ此ノ傷害ヲ防止セザリシ不作

爲ハ傷害ヲ防止スヘキ法律上ノ義務アリシ場合ニ限り違法行爲ト云

フコトヲ得ルナリ(法益ニ對シテ現實ニ特定ノ傷害ヲ與フルコトヲ以

テ罪ノ既遂ニ至ル必要條件トスルモノヲ稱シテ實害罪 Verletzungsde-

iktト謂フ)

罪二、危險

二、國家ハ特別ナル條件ト嚴密ナル制限ノ下ニ法益ニ對シテ傷害ヲ與フル

ノ危險ヲ生セシムルコトヲ禁止スルコトアリ (die Gefährdung eines Rec-

htsgutes) 此ノ危險ノ發生ヲ生セシメタル作爲ハ常ニ違法ニシテ此ノ危

險ノ發生ヲ防止スヘキ法律上ノ義務アルニ拘ハラヌ之ヲ防止セサル

不作爲モ亦違法ト云フコトヲ得ルナリ(法益ニ對シテ現實ニ傷害ヲ與

フルコトヲ要セス特定ノ法益ニ對シテ危險ヲ發生セシムルノミヲ以

テ罪ノ既遂ノ時即チ構成條件トスルモノヲ稱シテ危險罪 Gefährdung-

sdelikt.....ト謂フ而シテ危險罪ハ更ニ具體的 Konkreten O. speziellen 及

ヒ一般的 abstrakten O. generellen ニ分ツコトヲ得ヘシ二者共ニ危險ノ

發生ヲ以テ罪ノ構成要件トセルモ其異ナル點ハ具體的危險罪ニ付テ

ハ危險カ現實ニ發生シタルヤ否ヤニ付裁判官ハ之ヲ審按セサルヘカ

ラス例ヘハ刑法第百六十二條第百六十三條第百六十四條第二項第百

六十五條ノ罪ハ此ニ屬ス反之一般的危險罪ニ付テハ危險カ現實ニ發

生シタルヤ否ヤニ付キ裁判官ハ審按スルコトヲ得ス苟クモ法律ニ定

メラレタル行爲アリタルトキハ常ニ此ノ危險アルモノト看做サレ之

カ反證ヲ舉クルコトヲ許ササルモノ例ヘハ刑法第百六十六條ノ罪ハ

之ニ屬ス)

三、國家ハ法益ニ對スル傷害又ハ危險行為ヲ禁止スル外ニ猶ホ此等實害又ハ危險ノ發生如何ニ拘ハラズ單ニ國法ノ禁止又ハ命令ヲ遵奉セサルコトヲ處罰スルコトアリ(警察犯 Das polizeiliche Delikt) 蓋シ此ノ場合ニ於テハ法律ハ其單純ナル法規ノ不遵奉カ常ニ法益ニ對シテ危險ヲ生セシムノ危險アルモノト見做シ各實際ノ場合ニ於テ果シテ實害又ハ危險ヲ生シタルヤヲ問ハサルナリ例ヘハ制止ヲ背セスシテ人ノ群集シタル場所ニ車馬ヲ牽キタル罪夜中燈火ナクシテ車馬ヲ疾驅スル罪刑法第四百二十七條第二號第三號其他違警罪規定ノ多クハ此ニ屬ス此ノ第三ノ場合モ第二ノ場合ト等シク法律ニ特別ナル規定アル場合ニ限り違法行為ト云フコトヲ得ルナリ

此ノ如ク犯罪ノ普通構成要件トシテ行為カ違法タルコトヲ要スルカ故ニ其行為ニシテ違法ノ要件ヲ缺クトキハ犯罪ト云フコトヲ得ス
法律ニ依リ保護セラル、利益ニ對スル攻撃(違法ノ攻撃)例外トシテ法律

上許容セラル、コトアリ即チ法規ニ依リ此ノ攻撃カ特別ノ權利トシテ認
ヨラレタル範圍内ニ於テハ之ヲ違法ノ攻撃ト云フコトヲ得ス而シテ之ヲ
許容スル法規ハ刑法ニ屬スルト其他何種ノ法規ニ屬スルトハ敢テ區別ス
ル所ニアラサルナリ

左ニ攻撃ノ違法ヲ排除スル場合ニ關スル大槩ニ付キ説明スヘシ

一、犯罪カ違法行為タルコトヲ要スルハ犯罪ノ性質上當然ノコトニ屬シ敢
テ特別ノ規定ヲ要セスト雖モ法律ハ特種ノ犯罪ニ付特ニ此ノ要件ヲ明記
スルコトアリ此ノ場合ニ於テハ判決ニ於テ特ニ其違法タルコトヲ確定ス
ルコトヲ要シ又意思ノ點ニ付テモ此ノ場合ニ限り犯人ニ於テ其違法タル
コトヲ知覺シタルコトヲ要ス故ニ若シ攻撃者ニ於テ其攻撃カ違法ニアラ
スト誤信シタルトキハ假令實際ニ於テ違法ノ攻撃ナリト雖モ罪トナルヘ
キ事實ヲ知ラサルモノナルカ故ニ犯罪ヲ構成セス反之其他ノ場合ニ於テ
ハ(即チ普通ノ場合)其攻撃カ違法ナルヤハ總テ客觀的ニ判定スヘク犯人ノ

意思ニ依リ主觀的ニ決定スヘキニアラス故ニ例ヘハ犯人ハ其攻撃カ法律上許サレタルモノナリト誤信シタルモ實際ニ於テ違法タリシトキハ犯意アルモノトシテ犯罪ヲ構成シ得ルナリ

二、違法ナラサル行爲ハ犯罪ニアラス從テ之ニ加担スルモ犯罪ニ加担シタリト云フコトヲ得ス從テ之ヲ罪ノ共犯者トシテ處罰スルコトヲ得ス

三、法益ニ對スル攻撃カ違法ニアラサルハ法律ニ依リ許容セラレタル權利ノ範圍内ニ限定セラルヘキカ故ニ其限度ヲ越ヘタルトキハ直チニ違法ノ攻撃トシテ罪ヲ構成シ得ルナリ例ヘハ親カ子ニ對スル懲戒權ノ範圍ヲ脱シテ子ヲ殺害シタルトキハ犯意又ハ過失ニ出テタルニ從ヒ謀故殺又ハ過失殺ノ罪ヲ構成スヘキナリ但シ正當防衛權ノ範圍ヲ越ヘタル殺傷ニ付テハ刑法第三百十六條ニ特別宥恕ニ關スル規定アリ

以上説明シタル如ク違法ノ攻撃モ法規ニ依リ例外トシテ其違法タルコトヲ除却セラル而シテ現行法規ノ下ニ於テ此ノ違法ヲ除却スヘキ原因ト認

違法排除ノ原因

メラルヘキモノハ凡ソ左ノ如シ

- 一、權利義務又ハ國家カ認許スル所ノ營業ノ行使
 - 二、權利トシテ保護セラル、所ノ利益ノ保持即チ正當防衛危難防衛自救是レナリ
 - 三、被害者ノ承諾
 - 四、自己ノ享有スル法益ニ對シ享有者自身ニ依テ行ハル、攻撃
- 以上ノ各原因ニ付是レヨリ節ヲ分テ説明セント欲ス

正當防衛

第一節 正當防衛 Die Notwehr

刑法第三百十四條ニ曰ク「身體生命ヲ正當ニ防衛シ已ムコトヲ得サルニ出テ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ自己ノ爲メニシ又ハ他人ノ爲メニスルヲ分タス其罪ヲ論セス但シ不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス」

同法第三百十五條ニ曰ク「左ノ諸件ニ於テ已ムコトヲ得サルニ出テ人ヲ殺

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 法律違犯 一〇五
第一節 正當防衛

傷シタル者ハ其罪ヲ論セス

- 一、財産ニ對シ放火其他暴行ヲ爲ス者ヲ防止スルニ出テタルトキ
- 二、盜犯ヲ防止シ又ハ盜贓ヲ取還スルニ出テタルトキ
- 三、夜間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ門戶牆壁ヲ踰越損壞スル者ヲ防止スルニ出テタルトキ

以上ニケ條ハ共ニ正當防衛ニ關スル規定ニシテ此等規定ノ說明ニ先チ正當防衛ノ概念ニ付テ説明スヘシ

正當防衛トハ違法ノ攻撃ヲ防衛スルカ爲メニ攻撃者カ享有スル法律上ノ利益ヲ侵害スル所ノ必要の防衛行爲ヲ云フ此ノ定義ヲ分拆スレハ左ノ條件ヲ俱フルコトヲ要ス

第一正當防衛權 *Das Notwehrrecht* ハ他人ノ攻撃ニ對スルモノナリ即チ法律上保護セラル、利益ノ侵害ヲ目的トスル所ノ積極的行爲ニ對スルモノナリ

正當防衛ノ成立條件

侵害ノ發生ヲ防止セサル不作爲不純正不作爲ニ對シテハ防衛ト云フコトナキカ故ニ此種ノ不作爲ニ對シテ正當防衛權ノ存在セサルハ勿論法律カ要求スル所ノ結果ヲ發生セシメサル不作爲純正不作爲例ヘハ債務ヲ辨濟セス又ハ家屋ヲ明渡サ、ルノ類ナリニ對シテモ正當防衛權ハ存在シ得サルナリ

而シテ此ノ攻撃ハ更ニ左ノ條件ヲ具備セサルヘカラス

- (イ) 違法ノ攻撃タルコト 苟クモ違法ノ攻撃タル以上ハ其攻撃ハ犯罪行爲タルト否トハ問フ所ニアラス而シテ正當防衛ハ違法ノ攻撃ニ對スルコトヲ要スルカ故ニ (一) 正當ニ職務ヲ執行スル官吏又ハ正當ニ懲戒權ヲ行使スル者即チ正當ニ權利ヲ行使スル者ニ對シテハ正當防衛權ハ存在セス (二) 正當防衛、危難防衛何レモ一種ノ權利ニ屬スルカ故ニ此等ノ權利行爲ニ對シテ更ニ正當防衛權ハ存在セサルナリ (三) 假令權利ノ行使ナリト雖トモ一旦其限度ヲ越ヘタル爲メニ違法トナリタル以

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 法律違犯 一〇七
 第一節 正當防衛

上ハ直チニ之ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得ルナリ(四)君主大統領外國公使ノ如キ其他特別ノ身分アル爲メ只ク國法上處罰ノ外ニアルモノト雖トモ苟クモ此等ノ人ニ依テ行ハル、攻撃カ違法タル以上ハ(此等特別ノ身分ハ此ノ特別身分アルモノニ限り處罰排除ノ原因タルニ止リ違法排除ノ原因トナラス)之ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得ルヤ勿論ナリトス又刑法上ノ幼年者 *Der Strafminijder* 即チ現行刑法ニ於テハ十二歳未滿ノ幼者(刑法第七十九條參照)又ハ精神病者ト雖トモ苟クモ其人ノ行爲ト云フコトヲ得ヘキ違法ノ攻撃タル以上ハ之ニ對シテモ正當防衛ヲ行フコトヲ得ヘク(但シ若シ此ノ場合ニ於テ幼者又ハ精神病者カ全然意思ヲ缺キ從テ其人ノ意思ノ實行アリタリト認ムヘカラサルトキハ爰ニハ行爲ナルモノ存在セサルカ故ニ此ノ攻撃ニ對シテハ正當防衛ヲ行フコトヲ得ス次節ニ説明スル危難防衛權ヲ行フコトヲ得ヘキナリ)(五)攻撃カ違法ナルヤ否ヤハ先キニ説明シタル

如ク普通ニ攻撃者ノ意思ヲ離レテ客觀的ニ之ヲ判定スヘキモノナルカ故ニ假令違法ニアラスト誤解サレタル攻撃ニ對シテモ正當防衛權ハ存在スルモノナリ反之動物ニ依リ行ハルル攻撃ハ行爲ト云フコトヲ得サルカ故ニ之ニ對シテハ正當防衛權ナク危難防衛權ヲ行フコトヲ得ルナリ故ニ例ヘハ甲者アリ乙者ニ對シ他人ノ犬ヲ使嗾シテ之ヲ攻撃セシメタル場合ニ於テハ乙者ハ甲者ニ對シテハ正當防衛ヲ行ヒ得ルナリ

此ノ正當防衛權ノ行使ハ防衛者ニ於テ豫メ違法ノ攻撃アルコトヲ想像シ居タル場合ニ於テモ之ヲ行フコトヲ得ルナリ然レトモ現行刑法第三百十四條但書ニ不正ノ所爲ニ依リ自カラ暴行ヲ招キタル者ハ正當防衛權ナキコトヲ規定セルカ故ニ同條ノ場合ニ限り自己ノ違法行爲ニ依リ招キタル他人ノ違法ナル攻撃ニ對シテハ正當防衛ナキモノト解セサルヘカラス(但シ第三百十五條ニ於テハ此ノ制限ナキカ故ニ

同條ノ場合ニ於テハ自カラ招キタル違法ノ攻撃ニ對シテモ正當防衛
權ヲ行フコトヲ得ルナリ)

(ロ) 攻撃ハ現在ノモノタラサルヘカラス 即チ攻撃ハ直接ニ切迫シ又ハ
現ニ開始セラレタルコトヲ要ス故ニ正當防衛ハ攻撃ノ開始ヲ待タス
ル其直接切迫セル狀況ニ於テ之ヲ行フコトヲ得ヘク又一旦攻撃カ開
始セラレタル場合ニハ其攻撃ノ引續キ行ハルヘキ狀況ニ於テ之ヲ行
フコトヲ得ルナリ而シテ(一)直接ニ切迫シタル攻撃ニ對スルコトヲ要
スルカ故ニ將來ニ於テ起ラントスル攻撃ニ對シテハ正當防衛權ナシ
例ヘハ自己ヲ謀殺セントスル者アルコトヲ探知シ未タ彼レカ殺傷行
爲ニ着手セサル以前ニ於テ彼ヲ殺害スルトキハ正當防衛ト云フコト
ヲ得ス然レトモ假令其防衛ノ準備ハ攻撃以前ニ設ケラレタリト雖ト
モ其設備カ攻撃ノ行ハル、瞬間ニ於テ作用ヲ始メ且ツ其現實ノ作用
ニシテ攻撃ニ對スル防衛上必要ノ程度ヲ越ヘサル以上ハ是亦正當防

衛ト云フコトヲ得ヘシ例ヘハ盜賊ノ襲撃ニ備フル爲メ豫メ自發銃彈鐵
器釣足器等ヲ設ケ置タカ如シ(二)猶ホ攻撃カ引續キ行ハルヘキ狀況ニ
アルコトヲ要スルカ故ニ既ニ行ヒ終リタル攻撃ニ對シテハ正當防衛
權ナシ而シテ其攻撃カ果シテ終了シタルモノナリヤ否ヤハ違法ノ攻
撃ヲ禁止スル各法規ニ基キ其法益侵害カ終了シタルヤ否ヤニ依テ判
定スヘキナリ例ヘハ竊盜罪ハ他人ノ所有物ヲ不法ニ他人ノ保有ヨリ
自己ノ保有ニ移ス所ノ罪ニシテ此違法ナル侵害ハ他人ノ所有物ヲ全
然自己ノ保有ニ移スコトヲ以テ終了スヘキカ故ニ盜人カ他人ノ財物
ヲ握取シタルノミニテハ未タ以テ其違法ナル攻撃ヲ終了シタリト云
フコトヲ得ス財物ニ對スル他人ノ保有ヲ全ク離脱セシメタル時ヲ以
テ終了シタルモノト云フヘキナリ故ニ假令盜人カ財物ヲ握取スルモ
其財物カ未タ全ク前ノ保有ヨリ離脱セサル以上ハ違法ノ攻撃ハ猶繼
續スルモノニシテ前ノ保有者ハ正當防衛權ノ行使トシテ盜人ノ逃ク

ルヲ追跡シ財物ヲ取還スコトヲ得ルナリ(刑法第三百十五條第二號前段然レトモ一旦盜人カ物ノ保有ヲ取得シ終リタル後ニ於テハ之ニ對シテ被害者ハ正當防衛權ヲ行使スルコトヲ得ス自救權ノ行使ニ依テ其財物ヲ取還スコトヲ得ルナリ(同條第二號後段)(三)法令ニ依リ保護セラル、所ノ利益(法益)ニ對スル攻撃ナラサルヘカラス而シテ其法令タルヤ必シモ刑法ノ規定ニ屬スルコトヲ要セス苟クモ法令ニ依リ保護セラル、所ノ利益ヲ侵害セントスル所ノ攻撃ニ對シテ正當防衛權アリト云フヘキナリ然レトモ現行刑法ハ第三百十四條第三百十五條ニ於テ身體生命ニ對スル暴行財産ニ對スル暴行盜犯夜間ノ邸宅侵入若クハ門戶牆壁ノ踰越損壞ニ對シテノミ正當防衛ヲ行フコトヲ認メタルハ狭キニ失スルモノト云ハサルヘカラス

第二正當防衛タル防衛行為ハ左ノ條件ヲ具備セサルヘカラス

(イ) 防衛行為ハ攻撃者自身ニ對スルモノナラサルヘカラス故ニ攻撃者以

外ノ第三者ニ對シテハ正當防衛權存在セス(但シ危難防衛權ノ存在スルコトアリ)

(ロ) 防衛行為ハ防衛ノ爲メニ必要ナル程度ヲ超ユルヘカラス而シテ其必要ナル程度ノ範圍ハ各場合ニ於ケル攻撃ノ程度ニ對比シテ決スヘキ問題ナリトス然レトモ其防衛セラルヘキ利益ハ防衛行為ニ依リ侵害セラル、所ノ利益ニ比シテ必シモ優等ノモノタルコトヲ要セス故ニ例ヘハ一指ヲ切斷セントスル違法ノ攻撃ニ對シテモ苟クモ之ヲ防衛スル爲メニ必要ナル以上ハ假令攻撃者ノ生命ヲ絶ツモ正當防衛ト云フコトヲ得ルナリ亦被攻撃者ハ他人ノ違法ナル攻撃ヲ避クル爲メ自ラ遁逃スル義務ナキカ故ニ假令違法ノ攻撃ヲ免カル、爲メ遁逃ノ猶豫アルニ拘ハラズ猶進ンテ防衛手段ヲ取ルモ正當防衛ト云フコトヲ得ルナリ

以上第一第二ニ説明シタル條件ヲ具備スル以上ハ其防衛ハ自己ノ法益ニ

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

對スル攻撃ヲ防衛スル爲メタルト第三者ノ法益ニ對スル攻撃ヲ防止スル爲メタルトハ敢テ問フ所ニアラサルナリ而シテ以上第一第二ニ説明シタル正當防衛ノ要件ハ總テ客觀的ニ之ヲ完備スルコトヲ必要トスルモノニシテ防衛者ニ於テ此ノ條件ノ完備セルコトヲ知覺シタルト否トハ正當防衛權ノ存在ニ付キ關係ナキモノトス故ニ例ヘハ自己ヲ殺害セントスルモノト信シ之ヲ防衛スル爲メ攻撃者ヲ殺害シタルニ其實攻撃者ニ於テ殺害ノ意志ナク單ニ防衛者ヲ脅迫シタルニ過キササル場合ニ於テハ客觀的ニ以上ノ條件ヲ完備セサルカ故ニ之ニ對シテ正當防衛權ハ存在セサルモノト云ハサルヘカラス亦假令違法ノ攻撃ニ對スル場合ト雖トモ若シ以上第一第二ノ要件ヲ欠キタルトキハ元ヨリ正當防衛ト云フコトヲ得ス違法行爲トシテ論セサルヘカラス但シ正當防衛ノ過度ニ付テハ刑法第三百十六條ニ於テ特ニ其刑ヲ宥減輕スヘキコトヲ規定セリ以上ノ説明ヲ參照スレハ刑法第三百十四條第三百十五條ノ意義自カラ明

刑法第三百十四條ノ要件ハ客觀的ニ之ヲ完備スルコトヲ要ス

瞭ナルヘキヲ以テ爰ニ此カ説明ヲ省略ス只一言スヘキハ(一)法文ニ「殺傷シタル者」トアリテ殺傷以外ノ防衛手段ヲ認メサルカ如キモ法文ノ趣旨ハ暴行人ノ身體生命ニ對スル侵害行爲ノ尤モ重大ナルモノヲ擧ケタルニ止マリ殺傷ノ外ニ單ニ暴行者ヲ逮捕監禁スルカ如キ又ハ毆打ニ止マルカ如キ場合ヲモ包含スルモノトス但シ生命身體以外ノ法益ヲ侵害スルコトハ之ヲ包含セサルモノトス(二)法文ニ所謂身體生命中生命ニ付テハ別段ニ説明ヲ要スルコトナシト雖トモ身體ニ付テハ刑法第三編第一章ノ標題ニ身體ニ對スル罪ト規定シ生命又ハ人身ヲ組成スル體軀ニ對スル侵害行爲ハ勿論身體ノ自由貞操又ハ名譽ニ對スル侵害(誣告誹毀)ヲモ包含セシメタルニ依テ見レハ本條ニ所謂身體中ニハ名譽ヲモ包含スルカ如キモ一面ニ於テハ本條ハ生命身體ト列記シ身體中ニハ生命ヲ包含セシメサルト他ノ一面ニ於テハ暴行トアリテ暴行ハ吾現行刑法ノ用例上有形ノ損害ヲ生スヘキ不正ノ體力ヲ意味スルモノニシテ此ノ如キ不正ノ體力ハ刑法上ノ誣告

總則本論第一卷 犯罪 第二編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 法律違犯 一一五

正當防衛
ト民事上
ノ責任關
係

誹毀ノ手段トナリ得サルトニ依テ見レハ本條ニ所謂身體トハ暴行ニ依テ
 害ヲ生スヘキモノ即チ身體ヲ組成スル體軀自由貞操ヲノミ包含スルモノ
 ト解スルヲ至當トス(三)法文ニ所謂財產トハ物權ノ目的トナルヘキ總テノ
 有體物ヲ謂フ有體物ニ限ルカ故ニ著作權特許權債權等ハ之ヲ包含セス、
 以上現行刑法ハ正當防衛ニ依リ防衛セラルヘキ權利ヲ列記的ニ制限スト
 雖トモ立法論トシテハ此ノ如ク限定スルハ不當ナルヘキヲ以テ況ク權利
 ニ付キ正當防衛ヲ認メ總則ニ於テ一般ニ違法排除ノ原因トシテ規定スル
 ヲ至當ナリト信ス
 終リニ正當防衛ト民事上ノ責任關係ニ付テハ民法第七百二十條第一項ニ
 於テ損害賠償ノ責任ヲキコトヲ規定セリ
 民法第七百二十條第一項ニ曰ク他人ノ不法行為ニ對シ自己又ハ第三者
 ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得スシテ加害行為ヲ爲シタル者ハ損
 害賠償ノ責ニ任セス但被害者ヨリ不法行為ヲ爲シタル者ニ對スル損害

正當防衛
ニ關スル
刑事法ニ
關シテ
民事上ノ
責任關
係

賠償ノ請求ヲ防ケス
 同條ハ他人ノ不法行為ニ對シ正當防衛トシテ不法行為者ニ害ヲ加フル場
 合ト不法行為ヲ避クル爲メニ第三者タル他人ニ害ヲ加フル場合即チ次節
 ニ説明スル所ノ危難防衛トヲ併セテ規定シタルモノニシテ共ニ權利行為
 ト認メ從テ民事上ノ責任ヲ負擔セシメサルモノト解スヘキナリ
 附言 凡ソ民事ニ關スル規定タルト刑事ニ關スル規定タルトヲ問ハス
 苟クモ權利トシテ認メラレタル行為ナル以上ハ民事刑事何レニ於テモ
 等シク權利ニシテ不法行為ニアラス從テ法律ニ特別ノ明示ナキ以上ハ
 刑罰損害賠償共ニ其實ニ任スヘキモノニアラサルヤ勿論ナリト信ス而
 シテ刑法第三百十四條第三百十五條ニ規定スル正當防衛ノ規定ト民法
 第七百二十條ノ正當防衛トノ規定ヲ對照スルニ後者ハ前者ニ比シテ著
 シク正當防衛ノ範圍ヲ擴張シタリ即チ民法ハ正當防衛ニ依リ保護セル
 ヘキ權利ノ種類ヲ刑法ノ如ク身體生命ニ限定セス廣ク權利ノ防衛ヲ認

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 法律違犯 一一七
 第一節 正當防衛

メ又他人ノ不法行為ハ自己ノ不法行為ニ依リテ之ヲ招キタルト否トヲ區別セヌ此ノ如ク民法ニ於テ正當防衛ノ範圍ヲ擴張シタル以上ハ其當然ノ結果トシテ刑事ニ關シテモ等シク正當防衛ノ範圍ハ擴張セラレタルモノト解スルヲ至當ナリト信ス

危難防衛

第二節 危難防衛(又ハ緊急狀態) Der Nothstand

危難防衛又ハ緊急狀態トハ法律上保護セラル、所ノ利益ニ對スル現在ノ危難ニ遭遇シ他人カ法律ニ依テ保護セラル所ノ利益ヲ侵害スルニアラザレハ之ヲ救済スヘキ他ニ方法ノ存在セサル狀態ヲ謂フ即チ自己又ハ他人カ法律上保護セラル、所ノ利益ヲ救済スル爲メニ第三者タル他人カ法律ニ依テ保護セラル、所ノ利益ヲ侵害スル場合ニシテ換言スレハ利益ト利益ト相衝突スル場合ノ一ニシテ (Interessekollision) 其衝突ハ現在ノ危難ニ遭遇シタル自己又ハ他人ノ利益ヲ救済スル爲メニ出テタルモノナラザルヘカラス而シテ此ノ緊急狀態カ彼ノ正當防衛及ヒ次節ニ説明スル自救ト異

ナル點ハ正當防衛ハ不法行為者自體ニ對スル防衛ニシテ自救ハ原狀恢復ヲ目的トスルモノタルニ反シ緊急狀態ハ自己又ハ他人ノ權利ヲ保護スル爲メニ第三者ノ權利ヲ侵害スルモノトス從テ法律ニ定メラレタル一定ノ條件ノ下ニハ他人ノ權利行為ニ對シテモ緊急狀態ヲ理由トシテ之ヲ侵害スルノ權利アルモノトス換言スレハ緊急狀態ニ於テハ此ノ狀態ヲ理由トスル他人ノ攻撃ニ對シ更ニ同一ノ理由ニ依リ之ヲ攻撃スルノ權利アルモノトス
以上緊急狀態ヲ理由トシテ他人ノ權利ヲ侵害スルコトハ一ノ權利ニシテ此權利ヲ稱シテ危難防衛權(又ハ緊急防衛權 Das Nothrecht)ト云フ
現行法ハ此ノ緊急狀態ニ關シテ刑法第七十五條ト民法第七百二十條ニ於テ此カ規定ヲ設ケタリ而シテ何レモ權利行為トシテ規定シタルモノナルカ故ニ此ノ規定ニ該當スル行為ハ民事ニ於テモ刑事ニ於テモ等シク責任ヲ負ハサルモノトス而シテ以上各條ニ付テ説明スレハ左ノ如シ

總則本論第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 法律違犯 一一九
第二節 危難防衛

甲刑法第七十五條ニ曰ク「抗拒スヘカラサル強制ニ遇ヒ其意ニアラサルノ所爲ハ其罪ヲ論セス」

天災又ハ意外ノ變ニ因リ避クヘカ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ノ所爲亦同シ」

第一 本條第一項ニ所謂強制トハ脅迫ト云フノ義ニシテ脅迫トハ他人ノ意思ノ實行ヲ防止シ又ハ制限スル爲メニ脅迫者ニ於テ直接又ハ間接ニ害ヲ他人ニ加フヘキコト且ツ其害ヲ加フヘキ狀況ノ切迫シタルコトヲ示シ相手方ヲシテ之ヲ確信セシムルコトヲ意味ス抗拒スヘカラサル強制トハ脅迫ノ結果被脅迫者カ意思ノ實行ヲ防止セラレ又ハ制限セラレタルコト換言スレハ脅迫ノ結果被脅迫者カ脅迫者ノ意思ニ從フテ或ル作爲ヲ爲シ又ハ作爲ヲ爲サ、ルコトヲ謂フ而シテ脅迫ノ手段ハ法律ニ限定セラレサルカ故ニ體力ニ依リテ脅迫スルト其他ノ方法ニ依ルトハ敢テ問フ所ニアラサルナリ例ヘハ他人ヲシテ或ル行爲ヲ爲サシムル爲メ之ヲ毆打シ若シ

其意ニ從ハサルトキハ尙ホ其毆打ヲ繼續シテ死ニ至ラシムヘシト脅迫スルカ如キ或ハ他人ニ對シテ短銃ヲ擬シ若シ其意ニ從ヒ或ル行爲ヲ爲スニアラスンハ直ニ其人ニ向テ發射スヘシト脅迫スルカ如キ前者ハ被害ノ繼續ヲ以テ脅迫シ後者ハ被害ノ將ニ切迫セルコトヲ以テ脅迫スルモノニシテ二者何レヲモ包含スルモノナリ然レトモ苟クモ所爲アリトシテ論スルニハ必スヤ意思ノ實行ナカルヘカラス故ニ若シ脅迫ニ基ク畏怖ノ結果被脅迫者カ意思ノ作用ヲ失フニ至リタルトキハ假令被脅迫者ノ身體ノ發動ニ依リ他人ノ權利ヲ侵害スルモ意思ノ實行即チ所爲アリト云フコトヲ得ス從テ被脅迫者ニ於テ罪ヲ構成セサルコトハ本項ノ規定ヲ待テ後ニ知ルヘキニアラサルナリ(但シ此場合ニ於テモ脅迫者ハ實行犯トシテ論スルコトヲ得ルナリ)之ト同一理由ニ依リ體力ヲ以テ他人ノ身體ヲ拘束シテ發動セシメタル場合ニ於テハ被暴行者ノ身體ノ發動ハ其人ノ意思ノ實行即チ所爲ニアラサルカ故ニ假令此ノ場合ニ於テ第三者ノ利益ヲ侵害スルモ被

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成要件 第二章 法律違犯 一一二 第二節 危險防衛

暴行者ニ於テ罪ヲ構成セサルコトハ本項ノ規定ヲ待テ後ニ知ルヘキニア
 ラサルナリ例ヘハ他人ノ手ヲ取テ第三者ヲ毆打スルカ如シ(但シ此ノ場合
 ニ於テモ暴行者ハ實行犯トシテ論スルコトヲ得ルナリ)要之本項所謂強制
 トハ(一)暴行ヲ含マス脅迫ノミヲ示シ且ツ(二)其脅迫ハ被脅迫者ノ意思作用
 ヲ失ハシメサル程度ニ止マルコトヲ要ス而シテ被脅迫者ニ加ヘントスル
 害ハ法律ニ限定セラレサルカ故ニ必スシモ身體生命ニ對スル侵害タルコ
 トヲ要セス財産名譽ニ對スル侵害ヲ以テ脅迫スル場合ヲモ包含スルモノ
 トス次ニ脅迫ノ手段トシテ加ヘントスル所ノ害ト被脅迫者ニ於テ其害ヲ
 避クル爲メニ第三者ニ加フル所ノ害トノ比較ニ付テハ法律ハ何等ノ制限
 ヲ設ケサルカ故ニ苟クモ本項ノ條件ヲ具フルトキハ一指ヲ失フコトヲ救
 護スル爲メニ第三者ノ生命ヲ絶ツモ危難防衛權ノ行使ニシテ從テ罪トナ
 ラサルナリ
 終リニ法文ニ其意ニ非サルノ所爲トアルハ犯意ナキ所爲ト云フノ義ニア

ラス犯意ナキ所爲カ罪トナラサルコトハ刑法第七十七條ニ於テ別ニ規定
 スル所ニシテ本條ニ所謂其意ニ非サルノ所爲トハ脅迫ニ基クノ所爲ト解
 スヘキナリ

第二項

第二 本條第二項ノ規定ヲ分拆スレハ下ノ如キ條件ヲ必要トス(一)天災又
 ハ意外ノ變ニ依リ避クヘカラサル危難ニ遇ヒタルコト(二)自己若クハ親屬
 ノ身體ヲ防衛スルニ出テタル所爲タルコト而シテ以上各條件ニ付説明ス
 レハ左ノ如シ

一 法文ニ「天災又ハ意外ノ變」ト云フハ第一項ノ脅迫以外ノ危難ヲ總稱スル
 モノニシテ「天災」トハ人爲外ノ危難例ヘハ水火地震風災等ヲ謂ヒ「意外」
 變トハ人爲ニ基ク危難ニシテ法文ニ「意外」トアルハ被難者カ此ノ危難ニ
 遭遇シ且ツ他人ノ利益ヲ害スルニアラサレハ此ノ危難ヨリ免カルハコ
 トヲ得サルコトヲ豫想シタルカ又ハ豫想シ得ヘカリシ場合ヲ除クノ意
 ナリ故ニ例ヘハ風波荒ク難船ノ恐アルコトヲ豫想シ得ルニ拘ハラズ自

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 法律違犯 一三三
 第二節 危難防衛

ラ船ヲ出シタル爲メ遂ニ難船シタルガ或ハ自ラ愾意ニシテ生計ノ業ヲ營マス爲ニ餓死ニ瀕スルカ或ハ自ラ罪ヲ犯シタル爲メ他人ヨリ逮捕セラレントスルカ如キ場合ハ何レモ意外ノ變ト云フコトヲ得サルヲ以テ此ノ危難ヨリ避クル爲メニ他人ノ利益ヲ害スルトキハ危難防衛ヲ理由トシテ其責ヲ免カル、コトヲ得サルナリ次ニ危難トハ被害ノ切迫シタルカ又ハ現ニ開始シタル被害カ尙ホ繼續スヘキ狀況ヲ指スモノニシテ法文ニハ「避ク可カラサル危難トアルヲ以テ其危難ハ他人ノ利益ヲ害スルニアラサルハ之ヲ避クルニ途ナキ狀況タラサルヘカラス

二、法文ニ「自己若クハ親屬云々」トアルヲ以テ自己若クハ自己ノ親屬刑法第百十四條第百十五條參照カ第一要件ニ於テ説明シタル危難ニ遭遇シタル場合ナラサルヘカラス次ニ法文ニ「身體ヲ防衛スルニ出テタル所爲」トアルヲ以テ身體以外ノ利益ニ對スル危難ニ付テハ本條第二項ヲ理由トシテ危難防衛權ヲ主張スルコトヲ得サルナリ而シテ爰ニ所謂「身體」トハ

生命肉體自由貞操ヲ包含スルモ名譽ヲ包含セサルモノト解スヘキナリ（正當防衛ノ説明參照亦其防衛ノ手段トシテ他人ノ法益ヲ侵害スルノ程度ハ危難ヲ避クルニ必要ナル程度ヲ超ユルコトヲ許サスト雖トモ侵害ノ程度ト防衛ノ目的タル法益トハ對比スルコトヲ要セス終ニ注意スヘキハ若シ被難ニ基ク畏怖ノ結果トシテ被難者カ意思ノ能力ヲ失フニ至リタルルハ被難者ノ所爲アリタリト云フコトヲ得ス從テ被難者ニ於テ罪ヲ構成セサルコトハ本項ノ規定ヲ待テ後チ知ルヘキニアラサルナリ

乙、民法第七百二十條ニ曰「他人ノ不法行爲ニ對シ自己又ハ第三者ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得スシテ加害行爲ヲ爲シタル者ハ損害賠償ノ責ニ任セス但シ被害者ヨリ不法行爲ヲ爲シタル者ニ對スル損害賠償ノ請求ヲ防ケス

前項ノ規定ハ他人ノ物ヨリ生シタル急迫ノ危難ヲ避クル爲メニ其物ヲ毀損シタル場合ニ之ヲ準用ス」

緊急状態ニ關スル民法規定ノ影響
ハ宿怨ス
ニアルコトヲ要ス
ヘキ状況

本條第一項ハ前節ノ終リニ於テ説明シタルカ如シ
第二項ハ(一)危難カ他人ノ物自體ヨリ生シタルコトヲ要ス例ヘハ他人ノ犬
カ咬ミ付カントスルカ如キ或ハ家屋カ崩壞セントスルカ如キ竈ヨリ火ヲ
發セントスルカ如キ場合ヲ云フ(二)防衛トシテ行ハル、所ノ加害行為ハ其
危険ヲ生セシメタル物自體ニ對セサルヘカラス然レトモ危難ニ依テ被ム
ラントスル害ノ種類程度ニ付テハ制限ナシ
終リニ緊急状態ニ付テハ法律ニ明文ナキ場合ト雖トモ危難防衛發生ノ條
件トシテ必ス其緊急状態ハ責任能力アル被難者カ豫期シ又ハ豫期シ得ヘ
カリシモノニシテ豫メ之ヲ避ケ得タル以外ノ場合タルコトヲ要ス(宥恕ス
ヘキ状況又ハ責任ナキ状況ト云フ)
フランク氏ハ獨逸刑法註解ニ於テ論シテ曰ク獨逸刑法中ニ規定スル緊急
状態ニ基ク行為ハ非違法行為ナリヤ果タ違法行為タルモ刑罰ヲ排除スル
ニ過キサルヤニ付テハ古來學者ノ論争スル所ナリシモ獨逸民法第二百二

緊急状態
ヲ主張シ
得サルモ

十八條第九百四條ニ於テ緊急状態ニ關スル規定ヲ設ケ其行為ハ違法行為
ニアラスト認メタル結果トシテ獨逸刑法第五十二條第五十四條中以上民
法ノ規定ト附合スル場合ニ限り違法行為ニアラス其以外ノ場合ニ於テハ
違法行為ニ屬スルモ單ニ刑罰排除ノ原因タルニ過キス此ノ刑罰排除ノ行
爲ニ加擔(Thetnahme)シタル者ハ等シク刑罰ヲ負フコトナシト以上同氏ノ
所論ハ正當ニシテ其論旨ハ之ヲ緊急状態ニ關スル吾刑法及民法トノ關係
ニ引照シテ誤リナカルヘシ其他正當防衛ニ付テモ同一ノ結論ヲ生スヘキ
ナリ
特別ノ身分職業ニ基キ緊急状態ノ場合ニ於テ他人ノ身體生命ヲ防衛スヘ
キ法律上ノ義務アル者ハ自己ニ對スル緊急状態ヲ理由トシテ他人ノ身體
生命ヲ侵害スルコトヲ得サルナリ例ヘハ警察官吏兵士船長消防夫カ各特
別規定ニ基キ特定ノ場合ニ於テ身ヲ殺シテモ他人ノ危難ヲ救フノ義務ヲ
負擔スルカ如シ

緊急状態ニ對シテ
何人ニ對シテ
外行ナクモ
ト行フコト
ハ正當防衛
ニ付テ
ハ制限アリ

以上緊急状態ニ基ク防衛行為ハ刑法總則ニ規定シアルヲ以テ何人ニ對シテモ例外ナク之ヲ行フコトヲ得ヘク從テ天皇三后皇太子皇族祖父母父母ニ對シテ之ヲ行フモ違法ニアラスト雖モ反之正當防衛ハ其規定ノ地位ト同法第三百六十五條ノ特別規定トニ依リ以上列記ノ高貴尊屬親ニ對シテハ正當防衛ヲ理由トシテ之ヲ殺傷スルコトヲ得サルナリ何トナレハ(一)刑法第二編第一章皇室ニ對スル罪第百十六條ニ於テ規定スル所ノ天皇三后皇太子ニ對シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル罪ハ第三編第一章身體ニ對スル罪第二百九十二條以下ニ規定スル殺傷罪ト區別シテ之ヲ規定シタルヲ以テ第三編中ニ規定セル正當防衛ニ關スル第三百十四條第三百十五條ノ規定ハ第二編中ニ規定セル皇室ニ對スル罪ニ適用ナキヤ明了ナリトス(二)刑法第三百六十五條ニ曰ク「祖父母父母ニ對シタル殺傷ノ罪ハ特別ノ宥恕及ヒ不論罪ノ例ヲ用フルコトヲ得ス但シ其犯ス時知ラサル者ハ此限リニ在ラスト」而シテ本條所謂特別ノ宥恕及ヒ不論罪トハ本法第三編第一章

職務上ノ
職務

第三節殺傷ニ關スル宥恕及ヒ不論罪ヲ指示スルモノニシテ即チ第三百十四條第三百十五條ニ規定スル正當防衛ハ祖父母父母ニ對スル殺傷ノ罪ニ適用ナキヤ明了ナリトス蓋シ現行法カ以上皇室及ヒ尊屬親ノ不正ノ攻撃ニ對シテ正當防衛ヲ認メサルコトノ不當タルコトハ言ヲ待タサル所ナリトス

第三節 職務上ノ義務 Amtspflicht

官吏公吏カ其義務ニ屬スル職務ノ範圍内ニ於テ爲シタル所爲ハ違法ニアラス例ヘハ執達吏カ民事訴訟ノ手續ヲ遵守シテ強制執行ヲ爲シ豫審判事カ刑事訴訟ノ手續ニ依リ家宅搜查ヲ爲シ又ハ令狀ヲ發シ檢事カ刑事訴訟法ノ規定ニ依リ刑ノ執行ヲ免レタル者ニ對シテ逮捕狀ヲ發シ又ハ有罪判決ノ執行ヲ指揮シ警察官吏又ハ憲兵看守等カ其職務執行ノ爲メ法定ノ場合ニ於テ兵器ヲ使用シ司法警察官巡查憲兵卒カ禁錮以上ノ刑ニ當ルヘキ現行犯人ヲ逮捕スルカ如シ刑事訴訟法第五十條次ニ下官ニシテ上官ノ命

總則本論第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 法律違犯 一二九
第三節 職務上ノ義務

下官ナシ
テ違法ノ
命令ヲ執
行セシメ
タル者ノ
責任
刑法第七
十六條

令ニ對シ絕對的ニ服従スヘキ職務上ノ義務アル場合ニ於テ其上官ノ命令ニ從フテ爲シタル下官ノ行爲ハ違法ニアラス例ヘハ巡查憲兵卒カ豫審判事又ハ公判判事ノ發シタル適式ノ拘引狀拘留狀檢事ノ發シタル適式ノ逮捕狀ヲ執行スヘキ義務アルカ如キ又ハ司獄官吏カ檢事ノ指揮命令ニ依リ刑ノ執行ヲ爲スカ如キ何レモ適式ノ條件ヲ備ヘタル命令ニ對シテハ其實質ノ適否ヲ問ハス絕對的服従ノ義務アルカ如シ而シテ此ノ場合ニ於テ若シ其命令ノ實質ニ於テ違法アルトキト雖トモ下官ノ行爲ハ適法ナル職務ノ執行ニシテ違法ニアラス反之此ノ違法ノ命令ニ依テ人ヲ不法ニ逮捕監禁シタル上官ハ間接ノ實行犯トシテ其罪責ヲ負フヘキモノナリ而シテ現行刑法第七十六條ハ職務執行ニ關スル後段説明ノ場合ニ付テノミ規定シタルニ止マルモ本條規定ノ有無ニ關セズ職務ノ執行ハ常ニ違法行爲ニアラス從テ罪ヲ構成セサルモノトス

刑法第七十六條 本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ爲シタル者ハ其

自救

罪ヲ論セス

第四節 自救 Selbsthilfe.

法律上保護セラル、利益ニ對シ切迫シタル危難ヲ防衛排除シ又ハ現ニ傷害セラレタル狀況ヲ恢復スル爲メ若クハ適法ナル請求權ノ擔保又ハ實行ノ爲メ法律上認許セラレタル方法ニ於テ相手方ノ意思ニ反シ又公ノ力ニ依ラスシテ行ハル、所ノ自救行爲ハ違法ニアラス而シテ自救行爲ハ近世ノ立法例ニ依レハ多ク民法中ニ之ヲ規定ス例ヘハ獨乙民法第二百二十九條乃至第三百一條ニ於テハ自救ノ目的ノ爲メニ物ノ占有ヲ奪ヒ又ハ物ヲ毀損シ又ハ逃走ノ恐アル債務者ヲ抑留シ又ハ權利ノ行使ニ對スル障礙ヲ排除スル行爲ハ公ノ力ヲ借ルノ猶豫ナク且ツ時期ヲ失スルトキハ後日ノ請求ヲ無効ナラシメ又ハ著シク困難ナラシムル場合ニ限り違法ニアラストシ且ツ自救行爲ニ依ル他人ノ權利傷害ノ範圍ニ付キ規定ヲ設ケ同法第八百五十九條ニ於テ不法ノ占有侵害ニ對シ即時取還ノ權利ヲ認ムト雖ト

總則本論第一卷 犯罪第二編 犯罪ノ普通構成條件 第三章 法律違犯 一三一 第四節 自救

モ吾カ民法ニハ此ニ類スル規定ヲ見ス只タ刑法第三百十五條第二號ニ於
テ盜贓ヲ取還スル行爲ヲ不論罪トシテ規定スル部分ハ正當防衛權ノ範圍
ヲ脱シタル後ニ於テ即チ不法ノ攻撃カ止ミタル後ニ於テモ其現場ニ於テ
ハ猶自救行爲トシテ贓物取還ノ權利ヲ認ムルモノト解スヘキナリ、

第五節 教育及監護權 *Erziehungs- und Zuchtgewalt.*

民法其他法律ノ規定ニ依リ教育又ハ監護ノ權利若クハ義務ヲ有スル場合
ニ於テ其權利義務ノ範圍内ニテ被教育監護者ニ對シテ爲シタル行爲ハ違
法ニアラス例ヘハ親權者カ未成年ノ子ヲ監護教育スル權利義務ノ範圍内
ニ於テ之ヲ毆打シ又ハ監禁スルカ如キ(民法第八百七十九條參照)或ハ精神
病者監護ノ義務アル者カ急迫ノ事情アル場合ニ於テ行政官府ノ許可ヲ待
タス一時被監護者タル精神病者ヲ監置スルカ如シ(明治三十三年三月法律
第三十八號精神病者監護法參照)

永久ニ他人ニ委託シテ行フコトヲ得ヘク(例ヘハ父母カ子ノ教育監護ヲ家
庭教師ニ託シ精神病者監護ノ義務者カ其監護ヲ醫師ニ託スルカ如シ)又其
委託ヲ受ケタル者カ委託ノ目的タル人ヲ懲戒又ハ監禁スルニハ多クノ場
合ニ於テ(例ヘハ教師カ不從順ナル子弟ヲ懲戒ノ爲メ一時監禁スルカ如シ)
權利者ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス而シテ以上法律ニ認メラレタル權利義務
ノ範圍ヲ脱シタル行爲ハ總テ違法トナルヘキモノナリ

第六節 業務權 *Berufsrecht.*

業務ノ執行ニ付法律上(成文法、不文法)ヲ含ム認許セラレタル方法ニ遵據シ
テ行ハレタル行爲ハ違法ニアラス而シテ此ノ種ノ行爲ハ特別ノ法規及ヒ
慣習ニ依テ之ヲ判定スヘキナリ例ヘハ按摩業者カ其按摩術ノ範圍内ニ於
テ人ヲ打敲スルカ如キ又ハ外科醫カ治療ノ方法トシテ人ノ身體ヲ切解ス
ルカ如キ殊ニ妊婦ヲ救フ爲メニ母體內ノ胎兒ヲ殺傷スル(Perforation)カ如キ
何レモ法律ニ於テ認許セラレタル方法ニ依テ之ヲ行フトキハ違法ニアラ

ス而シテ現行法ノ下ニ於テハ外科醫カ患者ノ身體ヲ切開切斷シ又ハ嬰兒ヲ殺傷スルニ付テ特別ノ法規ヲ見スト雖トモ一般ノ慣習ニ依レハ緊急ナル場合ノ外ハ常ニ處分能力アル患者又ハ其法定ノ代理人ノ承諾ヲ得テ之ヲ行フコトヲ要スルカ如シ其他學術研究ノ方法トシテ法律ニ認メラレタル範圍内ニ於テ人體ヲ其材料ニ供スルコトヲ得例ヘハ死屍ヲ解剖 (Virt. section) スルカ如シ(明治九年七月内務省達病死體解剖ノ件明治二十一年九月文部省告示第十號死體解剖ヲ高等中學校醫學部ニ於テモ開届クルノ件明治十八年七月内務省達甲第三十五號請フ者ナキ刑死者等解剖ノ件及ヒ刑法第四百二十五條第七號參照)

醫師ニ依テ行ハル、傷害行為カ毆打創傷罪ヲ構成セサル理由ニ付テハ凡ソ左ノ三說アルカ如シ

第一說 醫師カ治療ノ方法トシテ行フ創傷行為ハ醫師ニ於テモ刑法上毆打創傷ノ犯意ヲ欠クモノナリト云ヒ或ハ現來治療行為ハ行為自體カ客觀

的ニ健康傷害若クハ虐待ト異ナレリト云フニアリ然レトモ此ノ說ハ犯罪ノ目的遠因ト犯意トヲ混同シ若クハ犯罪ノ目的ト手段トヲ混同シタルモノニシテ元ヨリ探ルニ足ラス

第二說 被害者ノ承諾アルカ故ニ其創傷行為ハ罪トナラスト云フニアリ此ノ說ハ個人ハ常ニ自己ノ身體傷害ノ處分權アルコトヲ認ムルモノニシテ其不當ナルコトハ第七節ノ說明ニ依リ明了スヘシ

第三說 醫師ノ創傷行為ハ違法ニアラス何トナレハ治療ノ目的ニ於テ爲サレタル行為ハ科學ノ法則ヲ遵守スル限度ニ於テ國家ハ權利行為トシテ之ヲ認許スレハナリト云フニアリ即チ國家カ或營業ヲ認許シ此ニ關スル法則ヲ定メタル以上ハ其法則ニ依ルノ行為ハ權利行為ニシテ違法ニアラストノ見解ハ極メテ至當ナリト信ス而シテ此ノ理由ハ他ノ業務權ノ行使ニ付テモ適用スルコトヲ得ルナリ

被害者ノ承諾

第七節 被害者ノ承諾 Die Einwilligung des Verletzten.

法益ニ對スル傷害行為ハ法律ニ於テ法益享有者ニ其處分ノ權能ヲ認メ且ツ健全ナル意思能力此ノ意思能力ハ必スシモ民法上ノ行為能力ト一致スルコトヲ要セスアル者ノ自由ナル承諾ヲ與フルトキハ違法トナラス換言スレハ法律カ個人ニ對シテ保護スル利益カ其享有者一人ノ爲メニ止マラス併セテ公共ノ利益ヲ目的トスルトキハ其法益ハ享有者ニ於テ處分能力ナキモノトス反之若シ享有者タル個人ノ爲メニノミ法律カ其利益ヲ保護スルトキハ享有者ハ之ヲ處分シ得ヘク從テ此ノ處分能力アル者ノ承諾ヲ得タルトキハ假令其法益ヲ傷害スルモ違法ニアラサルナリ而シテ如何ナル法益ハ個人ニ於テ之ヲ處分シ得ルヤ否ヤハ現行法規ノ全體ニ鑑ミテ之ヲ判定スヘキモノニシテ單ニ犯罪ノ構成要件ニ依テ決スヘキモノニアラス又豫メ之カ區別ノ標準ヲ摘示スルコトヲ得サルナリ

個人ハ自己ノ生命ヲ處分スルコトヲ得ルヤ現行刑法第三百二條ニ自殺者ノ囑託ヲ受ケテ手ヲ下シ其他自殺者ノ補助ヲ爲シタル者ニ對シテ特別ノ處罰規定ヲ設ケタルニ依テ見レハ個人ニ生命處分ノ權限ヲ有セサルヤ明了ナリトス反之本夫カ姦通ヲ縱容スルノ權限ヲ認メ(刑法第三百五十三條)財產ニ對スル侵害ハ多クノ場合ニ於テ享有者ノ承諾ニ依テ違法トナラス只タ放火決水等ノ手段ニ依ル財產侵害行為ノ或物ニ付テハ享有者ノ承諾權ヲ認メス(刑法各論說明參照醫師以外ノ者カ被害者ノ承諾ニ基キ身體ヲ創傷スルトキト雖トモ猶違法トナルヤノ點ニ付テハ學者間ニ異論ナキニアラスト雖トモ吾輩ハ個人ニ自殺ノ權能ナキカ如ク原則トシテ個人ハ自己ノ身體ヲ創傷スルノ權能ナシト信ス刑法第三百二十條ニ於テ自殺補助ヲ處罰スル特別規定ヲ設ケタリト雖トモ其反對推理トシテ人ハ自己ノ生命ヲ絶ツノ權限ヲ有ストノ結論ヲ生セサルノミナラス(國家カ自殺ヲ罰セサルハ適法行為トシテ之ヲ不問ニ付スルニアラス立法上特別ノ理由ニ依

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 法律違犯 一三七 第七節 被害者ノ承諾

テ之ヲ處罰スヘキ規定ヲ設ケサルニ過キス各論說明參照同第三百二十條
 ハ自殺補助ノ行爲ヲ全然處罰セサルニアラス單ニ其刑ヲ減輕シタルニ過
 キス即チ國法ハ個人ニ自殺ノ權限ヲ認メサルカ故ニ自殺者ノ承諾ノ有無
 ニ關セズ殺人罪ヲ構成スヘシト雖トモ特別ノ理由ニ依リ其刑ヲ減輕スル
 ノ必要ヲ認メテ特ニ同條ノ規定ヲ設ケタルモノト解スルノ外ナシ要之人
 ノ生命身體權ハ一個人ノ利益ノ爲ニノミ法律力之ヲ保護スルニ非スシテ
 一個人ノ利益ト同時ニ公共ノ利益ノ爲メニモ之ヲ保護スルモノト云ハサ
 ルヘカラス然レトモ爰ニ注意スヘキハ個人ハ例外トシテ慣習法ニ依リ自
 己ノ身體ヲ保全又ハ鍊練スル爲メニ此ノ目的ノ範圍内ニ於テ自己ノ身體
 ヲ傷害スルノ權限ヲ有ス例ヘハ相撲業者擊劍業者ニアラサル者カ互ニ體
 力武術ヲ鍊練スル目的ニ於テ互ニ相毆打シ時ニ創傷又ハ致死ノ結果ヲ生
 スルコトアルモ現行ノ慣習ニ於テ下手者ヲ處罰セサルハ即チ前述ノ理由
 ニ依ルモノト解セサルヘカラス

自己ノ法
 益ヲ侵害
 スルコト

終リニ各處罰ノ法條ニ於テ犯罪ノ特別構成要件トシテ被害者ノ意思ニ反
 スルコトヲ必要トシテ特ニ規定セラレタル場合ニ於テ例ヘハ家宅侵入罪
 強姦罪若シ被害者ノ承諾ヲ得タルトキハ其行爲ハ犯罪ノ特別構成要件ヲ
 缺除セルカ爲メニ罪ヲ構成セサルモノニシテ承諾カ違法ヲ排除スル場合
 ニ該當セサルコトヲ注意スヘキナリ

第八節 自己ノ法益ヲ侵害スルコト

法益ノ享有者カ自己ノ法益ヲ侵害スルコトハ享有者ニ於テ其法益ヲ處分
 スル能力アル場合ニ限リ其行爲ノ違法ヲ排除ス(前節說明參照)但シ爰ニ注
 意スヘキハ法律ハ時トシテ享有者ニ處分能力ヲ與ヘサルニ拘ハラズ享有
 者カ自己ノ法益ヲ害シタルトキニ限リ之ヲ處罰セサルコトアリ例ヘハ自
 殺ノ如キ是レナリ(自殺ヲ罰セサル法制ノ沿革及ヒ其理由ニ付テハ各論參
 照)

第九節 其他ノ場合

一 例ヘハ何人モ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ現行犯人ヲ逮捕スル權限ヲ有スルカ如キ(刑事訴訟法第六十條其他法規ニ於テ法定ノ條件ノ下ニ他人ノ法益侵害ノ權限ヲ認メタルトキハ其權限ノ行使ハ違法ニアラス

二 憲法第五十二條ノ規定ニ依リ貴衆兩院ノ議員ハ議院ニ於テ發言シタル意見ノ發表ニ付議院法以外ノ法規ニ依リ處罰セラレサルノ特權ヲ有ス但シ同法第五十二條ニ規定スル議員ノ逮捕ニ關スル特權ハ刑事手續ニ關スルモノニシテ違法排除ノ問題トハ別個ノモノタルコトヲ注意スヘシ

第三章 有責行為 Die schuldhafte Handlung

犯罪ハ民事上ノ不法行為ト同シク有責行為ナラサルヘカラス即チ犯罪ノ構成ニ付テハ客觀的ニ結果外界ノ變狀ト意思ノ實行トノ間ニ因果ノ關係(又ハ此ニ類似ノ關係)アルコトヲ要スルノミナラス主觀的ニモ結果カ行為者ノ責(Schuld)ニ歸スヘキモノタルコトヲ要ス

責トハ行為ニ對スル事實上ノ責任ヲ意味シ法律ハ原則トシテ責任アル行為ニ限り犯罪トシテ刑罰ヲ科ス

而シテ行為カ行為者ノ責任ニ歸スル爲メニハ左ノ二個ノ條件ヲ必要トス

- 一 行為者ニ責任能力アルコト Die Zurechnungsfähigkeit des Täters.
- 二 結果ニ對シ責任關係アルコト Die Zurechenbarkeit des Erfolges. 即チ行為者ニ於テ其結果ノ發生ヲ豫見シタルカ(犯意 Vorsatz)又ハ豫見シ得ヘクシテ豫見セザリシコト(過失 Fahrlässigkeit)ヲ要ス

法律ハ特種ノ犯罪ニ付責任行為タルコトヲ推定スルコトアリ即チ被告人ニ於テ反證ヲ舉ケサル限りハ常ニ有責行為ト推定シ之レヲ處罰スルコトアリ得ヘント雖トモ之レ責任ナキ行為ヲ罪トスルニアラスシテ行為ニ責任アルコトヲ必要トスルト同時ニ此ノ要件ノ存在セルコトヲ推定スルニ過キサルコトヲ注意スヘシ反之法律ハ例外トシテ全ク責任ナキ行為ニ對シテ刑罰(Kriminal Strafe)ニアラサル秩序罰 Ordnungstrafe ヲ科スルコトアリ

總則本論第一卷 犯罪第一編 犯罪ノ普通構成條件 第三章 法律違犯 一四一
第九節 其他ノ場合 第三章 有責行為

リ形式犯 Formaldelikt ト稱ス而シテ一部ノ學者ハ違警罪及ヒ純正不作爲犯
ハ此ノ種ノ罪ニ屬スト解シ或ハ警察犯 Polizeidelikt ノ全部ハ此ノ種ノ罪ニ
屬シ責任ノ有無ニ拘ハラズ罪ヲ構成スト論スルモノアルモ立論ノ根據ニ
乏シ

現行法ノ規定ニ依レハ有責行爲ニ因リ更ニ責任ナキ(犯意又ハ過失ニ依ラ
サル)重キ結果ノ生シタル場合ニ於テ重キ刑ヲ科スルコトアリ例ヘハ刑法
第四百十條第百六十八條第百六十九條第百四十五條第百五十二條第
二百五十五條第百五十七條第百八十八條第百八十二條ノ如シ
其他牧擧ニ暇アラズ然レトモ此ノ如ク責任ナキ結果ニ對シ刑罰ヲ科スル
コトハ法理ニ反シ刑罰ノ目的ニ適合セサル不當ノ規定ナリト云フヘキナ
リ

第一節 責任能力 Die Zurechnungsfähigkeit

責任能力ハ知覺(Bewusstsein)ニ關スル精神作用ノ成熟シ且ツ健全ナル人ニ

責任ナキ
結果ニ付
場合

責任能力

存ス喚言スレハ觀念(Vorstellungen)ノ正則ナル内容ト正則ナル源動力ハ責任
能力ノ實質ヲ構成スルモノトス而シテ意思ノ自由ト責任能力トハ何等ノ
關係ヲモ有セサルモノナリ

責任能力ハ行爲ノ當時ニ於テ存スルコトヲ要ス而シテ假令行爲ノ後ニ責
任能力ヲ欠クニ至ルト雖トモ是レ單ニ刑事訴訟ノ上ニ影響ヲ及ホスニ過
キスシテ犯罪ノ構成ニハ關係ナシ即チ犯罪ノ成立ニ付キ責任能力ヲ必要
トスル時期ハ行爲者ニ依テ任意ナル身體ノ發動カ行ハレタルトキ(又ハ法
律義務ニ違反スル不作爲ニ付テハ其義務タル身體ノ發動カ行ハルヘカリ
シトキ)ニ於テ存ス而シテ其行爲ニ基ク結果ノ發生當時ニ於テ行爲者カ責
任能力ヲ有シタルト否トハ問フ處ニアラサルナリ例ヘハ責任能力アル狀
況ニ於テ殺害ノ意思ヲ以テ毒藥ヲ他人ノ飲用水中ニ投シタル後直ニ酒ヲ
被リ其醜睡中ニ他人カ其毒藥ヲ服用シタルトモ雖トモ殺人罪ノ責任ヲ
自ラヘタ又狂人ヲ使嗾シテ他人ヲ殺害センコトヲ決意セシメタル後チ使

責任能力
ヲ要スル
時期

嗾者ノ熟睡中ニ狂人カ他人ヲ殺害シタルトキト雖トモ使嗾者ハ殺人罪ノ責ヲ負ハサルヘカラス

暴行ノ目的ヲ達スルニ依リ暴行ノ目的ヲ遂行スル爲メ自
ラ爾ノ暴行ノ目的ヲ達スルニ依リ暴行ノ目的ヲ遂行スル爲メ自
ラ爾ノ暴行ノ目的ヲ達スルニ依リ暴行ノ目的ヲ遂行スル爲メ自
ラ爾ノ暴行ノ目的ヲ達スルニ依リ暴行ノ目的ヲ遂行スル爲メ自

鐵道ノ番人カ鐵道ノ避線ヲ接續セサルコトニ依テ停車場ニ接近シタル汽車ヲ轉覆セシムル意思ヲ以テ責任能力アル狀況ニ於テ酒ヲ被リテ熟睡シ爲メニ汽車カ轉覆シ又ハ母親カ自己ノ睡眠中轉輒スル癖アルコトヲ知リナカラ過失ニ依テ赤兒ト同衾シ睡眠中赤兒ヲ自己ノ體下ニ窒息セシメタル場合ニ於テモ此等轉覆及ヒ窒息ノ結果ハ責任能力アル人ノ行爲ニ基クモノトシテ鐵道番人及ヒ母親ハ此ノ結果ニ付キ責任ヲ負ハサルヘカラス要之責任能力ハ結果ニ對スル原因開始ノ當時ニ於テ(飲酒同衾ノ當時)存在スルヲ以テ足レリトス此ト同一理由ニ依リ暴行ノ目的ヲ遂行スル爲メ自カラ酒ヲ被リ醺醉中暴行ヲ行フカ如キ假令其暴行當時ニ於テハ行爲者ニ責任能力ナシト雖トモ其酒亂ヲ醸シタル原因ハ飲酒ニアリテ且ツ醺醉中ノ行爲ハ醺醉前ノ決意ニ基クモノト言ヒ得ル以上ハ其人ハ暴行ニ付キ責

責任能力
ナキ者ヲ
利用スル
場合

任ヲ負ハサルヘカラスナルナリ

責任能力ハ責任ノ要件ニシテ責任能力ナケレハ責任ナク、責任ナケレハ犯罪ナシ、從テ責任能力ナキ者ニ依テ行ハレタル法益侵害ニ對シ責任能力アル第三者ハ共犯トシテ之ニ加効スルコトヲ得ス、然レトモ其侵害ニ加効シタル第三者ハ間接ノ實行犯トシテ其責任ヲ負ハサルヘカラス例ヘハ十二歳未滿ノ幼者又ハ精神障礙者ヲ使嗾シテ他人ノ法益ヲ侵害スルハ此等責任無能力者ヲ介シテ機械トシ又ハ利用シテ間接ニ法益侵害ヲ行フモノト云ハサルヘカラス

一部ノ學者ハ此ノ場合ニハ責任能力ノ有無ニ關セス犯意ノ有無ニ依リ罪ノ有無ヲ決スヘシト論シ又獨乙大審院ノ判決例ニハ精神障礙ニ基ク責任無能力者ノ侵害行爲ハ罪ヲ構成セサルコトヲ認メ反之年齡ニ基ク責任無能力者ノ侵害行爲ハ罪ヲ構成シ得ルコトヲ認ムルモ何レモ責任能力ノ效果ヲ此ノ如ク區別シテ論スヘキ理由ニ乏シ

責任能力
ヲ除外ス
ル場合

精神ノ不
成熟
其原因

一、刑法
上ノ未丁
年者

責任能力ハ左ノ場合ニ於テ除外スルモノトス

一 精神ノ不成熟

二 精神ノ不健全

以下項ヲ分テ説明スヘシ

第一項 精神ノ不成熟

精神ノ不成熟ハ之ヲ二個ノ原因ニ區別スルコトヲ得ヘシ

第一 精神發達ノ未タ完全時期ニ達セサルモノ(刑法上ノ未丁年者 *Straf-*

unmündigkeit des Täters)

凡ソ法律上ノ效果ヲ發生スヘキ行爲ヲ行フニ付キ必要ナル精神成熟ノ時期ハ其行爲ノ性質及ヒ輕重ニ依リ必スシモ一様タルコトヲ得ス或ル行爲ニ對シテハ比較的短期ノ發達ヲ以テ完成スルモ或ル行爲ニ付テハ更ニ長期ノ發達ヲ必要トスルコトアリ從テ民事上ノ行爲能力又ハ責任能力ト刑法上ノ責任能力ニ必要ナル精神ノ成熟ハ必スシモ同一年齡ニ於テ完了ス

宥恕セラ
ルヘキ責
任能力者
現行刑法
上責任能
力ニ關ス
ル時期ノ
分別

ルコトヲ要セス、又等シク民法上ノ行爲ニテモ債權關係ニ關スルト、親屬關係又ハ相續ニ關スルトニ依テ必スシモ其行爲能力ノ年齢ヲ同フスルコトヲ要セス、此ト同一理由ニ依リ等シク刑法上ノ行爲ニ付テモ同一行爲者ニシテ其犯罪行爲ノ種類ニ從フテ此カ責任ヲ負フニ必要ナル精神成熟ノ年齢ヲ異ニセザルヘカラス例ヘハ普通殺人罪ト國事犯ニ付テ此カ是非ヲ識別スルニ足ルヘキ精神成熟ノ年齢ニ異同アルヘキカ如シ、而シテ精神ノ發達ハ猶肉體ノ發育ノ如ク漸ヲ進ムモノニシテ精神作用ノ稍成熟シタル時期ヨリ完全ナル時期ニ至ル間即チ此ノ過渡ノ年齢ニアル者ハ元ヨリ責任無能力 *Zurechnungsunfähigkeit* ト云フコトヲ得サルモ成熟時期ニ達シタル者ニ比シテ其責任ヲ宥恕スヘキナリ(宥恕セラルヘキ責任能力 *verminderte Zurechnungsfähigkeit*)

現行刑法ノ規定ニ依レハ刑法上ノ責任能力ニ付キ年齢ヲ四期ニ區別セリ即チ左ノ如シ

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 行爲 一四七
第一節 責任能力

第二期

第一期 十二歳未滿ノ幼者刑法第七十九條此ノ時期ニアル者ハ例外ナク
 常ニ責任無能力者トシ精神成熟ノ有無ニ付事實ノ審案ヲ許サス從テ其行
 爲ハ常ニ罪ヲ構成セス但年齡八歳以上ノ者ハ情狀ニ依リ滿十六歳ニ過キ
 サル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得懲治場留置ハ刑罰ニアラス精神
 不成熟者ニ對シ教育改善ノ目的ヲ有スル一種ノ行爲處分ニシテ現行法中
 此カ處分ニ付キ別ニ手續法ナキヲ以テ慣例上檢事ノ請求ニ依リ刑事裁判
 所ニ於テ之ヲ宣告シ檢事ニ於テ之カ執行ノ指揮ヲ爲スモ元ヨリ有罪又ハ
 無罪ノ判決ニアラサルカ故ニ此ノ宣告ニ對シテハ上訴スルコトヲ得サル
 ナリ

責任無能力ナル幼者ノ行爲ハ罪ヲ構成セスト雖トモ此カ監督ノ地位ニ在
 ル者親權者又ハ後見人ハ其監督義務ニ違反スル不作爲ニ依リ獨立シテ罪
 ヲ犯スコトヲ得ヘク(不純正不作爲犯說明參照)又例ヘハ未成年者喫煙禁止
 法第三條ニ依リ未成年者ノ喫煙ヲ制止セザリシト云フ不作爲ニ依リ獨立

第二期

シタル純正不作爲犯トシテ處分セラル、コトアルヘキナリ

第二期 滿十二歳以上十六歳未滿ノ幼者刑法第八十條此ノ時期ニ在ル者
 ニ付テハ裁判所ニ其責任能力ノ有無ヲ審案スルコトヲ許シ其責任能力ノ
 有無ヲ審案スル標準トシテ法文ニ所謂其所爲是非ヲ辨別シタルト否トヲ
 審案シトハ行爲者ノ行ヒタル法益侵害ノ種類例ヘハ人ノ生命ヲ絶ツコト、
 人ヲ創傷スルコト、他人ノ物ヲ竊取スルコトヲ意味シ罪ノ構成要件以外ニ
 於ケル行爲ノ遠因等ヲ包含セス)ニ付是非善惡正邪ノ義ヲ辨別スルニ足ル
 ヘキ程度迄精神カ成熟シタルヤ否ヤヲ審案シテ責任能力ノ有無ヲ決スト
 ノ意ニシテ行爲者ニ於テ行爲ノ違法タルコトヲ辨別シタルト否トハ問フ
 處ニアラサルナリ而シテ是非ヲ辨別スルニ足ル智能ハ法益侵害ノ種類ニ
 依テ必スシモ一樣ナラス例ヘハ他人ノ所有物ヲ竊取スルノ惡事タルコト
 ヲ知ルニ足ル所ノ知能アリト雖トモ國事犯ノ惡事タルコトヲ知ルニ足ル
 ノ智能ヲ缺除スルコトアルヘキナリ是非ノ辨別ナキ者ハ責任能力ナキカ

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 有責行爲 一四九
 第一節 責任能力

故ニ其行爲ハ罪ヲ構成セス但情狀ニ因リ滿二十歳ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得反之是非ノ辨別アル者ハ責任能力者ニシテ其行爲ハ罪ヲ構成スト雖トモ其責任ヲ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ス

第三期

第三期 滿十六歳以上二十歳未滿ノ幼者刑法第八十一條此ノ時期ニ達シタル者ニ付テハ法律ハ常ニ是非ノ辨別アルモノト看做シ其責任ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス

第四期

第四期 滿二十歳以上ニ達シタル者ニ付テハ法律ハ完全ニ是非辨別ノ知能發達シタル者トシテ其責任ヲ宥恕セス

以上第二期乃至第四期ニ於ケル是非辨別アル者ト雖トモ他ノ原因例ヘハ酌量又ハ睡眠等ノ爲メ責任能力ヲ缺除スルコトアルヘキナリ(第二項説明參照)

以上ハ重罪輕罪ニ關スル規定ニシテ違警罪ニ付テハ別ニ第八十三條ニ於テ左ノ如ク規定セリ

第八十三條 違警罪ハ滿十六歳以上二十歳ニ滿サル者ト雖トモ其罪ヲ宥恕スルコトヲ得ス

滿十二歳以上十六歳ニ滿サル者ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス
十二歳ニ滿サル者及ヒ瘖啞者ハ其罪ヲ論セス

即チ違警罪ニ付テハ第三期ノ幼者ニ對シテモ宥恕減輕セス第二期ノ幼者ニ對シテハ一等ヲ減輕スルニ止マリ是非辨別ノ有無ヲ審案セス常ニ精神成熟時期ニ達シタルモノト看做セリ此ノ如ク重罪輕罪ト違警罪トニ付責任年齡ノ標準ヲ區別スルハ不當ノ規定ナリト云ハサルヘカラス何トナレハ年齡ニ依テ責任能力ノ有無ヲ決スルハ客觀的事實即チ法益侵害ノ大小ニ依テ決スヘキニアラス專ラ行爲者ノ主觀的状況即チ智能ノ發達程度ニ依テ決スヘキモノナリ而シテ同一幼者ニシテ殺人(重罪)竊盜(輕罪)ノ惡事タルコトヲ知ルモ未タ人家稠密ノ場所ニ烟火ヲ玩ヒ(第四百二十五條第四號)又ハ路上ニ於テ犬ヲ噉スルコト(第四百二十六條第六號)ノ惡事タルヲ知ラ

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 有責行爲 一五一
第一節 責任能力

サルモノアルヘキカ故ニ本條ノ規定ハ其不當ナルヤ明瞭ナリトス(違警罪ニ付テハ懲治場留置處分ノ規定ナシ)

第二 精神ノ發達ニ故障アル者

精神成熟ノ時期ニ至ル以前ニ於テ精神ノ發達ニ故障ヲ生スルコトアリ而シテ刑法第八十二條ニ於テ瘖啞者ハ其不具ノ爲メ精神ノ發達不完全ニシテ常ニ是非ノ辨別ナキモノト看做シ其行爲ハ常ニ罪ヲ構成セストセリ但シ情狀ニ因リ五年ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得、法文ニ所謂瘖啞者トハ聽能ト語能ト共ニ喪失スル者ニシテ、法文ニハ明示ナシト雖トモ第七十九條以下年齢ニ關スル責任無能力ノ規定ト對比シテ本條ニ所謂瘖啞者トハ生前又ハ刑法上ノ未丁年者タル間ニ於テ瘖啞者トナリタル者ノミヲ指示スト解スヘキナリ(但シ教育制度ノ進歩シタル今日ニ於テハ生前又ハ幼年ヨリノ瘖啞者ト雖トモ是非辨別ノ知能ヲ備フルモノ少ナカラス故ニ單ニ瘖啞者トノ理由ニ依リ常ニ責任無能力トスル現行法ノ規

二、精神ノ發達ニ故障アル者
刑法第八十二條ニ於テ瘖啞者ノ意義

定ハ不當タルヲ免カレヌ故ニ立法論トシテハ此種ノ不具者ニ付テハ猶是非辨別ノ有無ヲ審案シ第八十條ノ例ニ照シテ處斷スルノ規定ニ改ムルヲ至當トス)

法文ニハ瘖啞者トノミ規定セルカ故ニ聾者啞者其他ノ不具者及ヒ白痴癡癪者等ヲ包含セス然レトモ此等ノ者ト雖トモ本法第七十八條ノ適用ニ依リ責任無能力トナルコトアルヘシ

精神ノ不健全

第二項 精神ノ不健全

刑法第七十八條ニ曰ク「罪ヲ犯ス時知覺精神ノ喪失ニ因テ是非ヲ辨別セザル者ハ其罪ヲ論セス」本條ハ精神ノ不健全又ハ知覺ニ障礙アル爲メ是非辨別ノ精神作用ヲ缺除スル狀況ニアル者ヲ責任無能力者トシテ規定スルモノナリ

第一 法文ニ「精神ノ喪失」ト云フハ狹義ニ所謂精神病者 (Geisteskrankheiten) ノミヲ指示スルニアラス精神ノ發育ニ故障アル者例ヘハ白痴者癡癪者

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 有責行爲 一五三
第一節 責任能力

(Blödsinn, Schwachsinn) 及ヒ心神耗弱者 (Greisenschwäche) 及ヒ精神障礙ヲ併發スル所ノ肉體上ノ病氣例ヘハ熱病 (Fieberlirien) 神經病 (Nervenkrankheiten) 及ヒ精神作用ニ關スル一時ノ病的障礙例ヘハ銘酩ノ類 (Intoxikationszustände) ヲ包含スルモノト解スヘキナリ而シテ以上精神不健全ノ狀況ニ在ル者ト雖トモ其ノ不健全ノ程度ハ元ヨリ一樣ナラス或ハ全然精神作用ヲ失フモノモアルヘク又作用ノ鈍リタルモノモアルヘク又後者ノ中ニ付テモ其ノ程度一樣ナラス此ニ於テ其ノ最低ノ程度ヲ定ムルノ必要アリ即チ本條ハ是非ヲ辨別スル智能ヲ失フニ至リタルトキヲ以テ責任無能力ノ標準ト定メタル

以上ノ原因ニ依リ行爲者カ行爲ノ當時是非ヲ辨別スル智能ヲ失ヒタルヤ否ヤヲ審案スルニハ元ヨリ法醫學ノ智識ヲ借ラサルヘカラス從テ事實ノ審理ニ付専門家ノ鑑定ヲ求ムルコトアルモ裁判所ハ其鑑定ニ拘束セラレハコトナク自己ノ責任ニ於テ最後ノ審判ヲ下サルヘカラス而シテ此等精神病者廣義ニ於ケルハ其行爲無責任ナルヲ以テ恰モ猛獸ヲ市ニ放ツト一般公衆ニ對スル危險大ナルヘキカ故ニ行政處分トシテ之ヲ一定ノ場所ニ監置スルノ必要アリ(明治三十三年三月法律第三十八號精神病者監置法

參照

第二、法文ニ所謂知覺ノ喪失ニ因リ是非ヲ辨別セサル者トハ精神作用ノ成熟シ且ツ健全ナル者ニシテ病的ニアラサル生理的原因ニ依リ精神作用ノ鈍リタルモノト解スヘシ例ヘハ氣絶睡眠(催眠(Hypnotism))ノ狀況等ヲ包含シ以上ノ狀況ニ依リ是非ヲ辨別ヲ失ヒタルモノヲ責任無能力トス而シテ單純ナル生理的現象ヨリ病的現象ニ移ル限界ヲ明ラカニスルコトハ専門家ノ知識ニ依ルモ仍ホ至難ノ場合アルヘシ

終リニ改正刑法草案第四十九條ハ現行刑法第七十八條ノ規定ヲ改メ精神障礙ニ因ル行爲ハ之ヲ罰セス但シ情狀ニ因リ監置ノ處分ヲ命スルコトヲ得精神耗弱者ノ行爲ハ其刑ヲ減輕スルト規定セリ同條但書以下ノ規定ハ暫

改正刑法草案第四十九條此ニ對スル批

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 有實行爲 一五五 第一節 責任能力

時措キ精神障礙ニ因ル行爲ハ之ヲ罰セストノ規定ハ現行刑法第七十八條ノ規定ト對比シテ寧ロ劣レルモ優ルコトナキモノト言ハサルヘカラス何トナレハ同改正案ノ如ク單ニ精神障礙ニ因ル行爲ハ之ヲ罰セスト云ハハ精神作用ニ如何ナル障礙(故障)ヲ生シタルトキニ於テ責任無能力トナルカ判明セス若シ此カ程度ニ制限ナシトセハ單ニ被酒酪酩シテ精神作用ニ異狀ヲ呈シタルモ未タ是非ノ辨別ヲ失フニ至ラサルトキニ於テモ仍ホ責任無能力ノ狀況ニ在ルモノトシテ其行爲ハ罪ヲ構成セストノ結論ヲ生スヘク其不當ノ規定タルヤ敢テ説明ヲ要セス反之若シ此等ノ場合ヲ包含セス是非ノ辨別ヲ失フニ至リタルトキニ於テ始メテ責任無能力者トスルノ主旨ナラハ現行刑法ノ如ク是非辨別ヲ失ヒタル者ナル條件ヲ明記スルコトヲ必要トスルナリ

犯意及過失

第二節 犯意及過失

責任能力者ニ依テ與ヘラレタル結果カ行爲者ノ責ニ歸スル爲メニハ行爲

犯意

者ニ於テ其結果ヲ豫見シ(犯意)又ハ豫見シ得ヘクシテ豫見セザリシコト(過失)ヲ要ス以下犯意及ヒ過失ニ付キ項ヲ分テ説明スヘシ

第一項 犯意ノ概念 Der Dolus o, Vorsatz.

犯意トハ意思ノ實行 *die Willensbetätigung* ニ因テ與ヘラレタル又ハ防止セザレザリシ結果ノ豫見 *die Voraussicht* ナリ(犯意ハ行爲ニ於ケル因果關係ノ認識ナリト説クモノアルモ此ノ説ハ結果ニ對シテ原因ヲ與フル作爲犯ノ説明ニハ充分ナルモ結果ノ發生ヲ防止セサル不作爲ノ説明ニハ不充分ナリト云ハサルヘカラス)

犯意ノ二要件

以上犯意ノ定義ヲ分拆スレハ左ノ要件ヲ必要トス

- 一、犯罪ノ特別構成要件タル作爲又ハ不作爲ニ就テノ意思實行ノ觀念アルコトヲ要シ其ノ特別構成要件ノ中(現在ノ構成要件 *Gegenwärtigen Thatmstände*)ニハ罪ノ成立ニ關スルモノト刑ノ加重ニ關スルモノトヲ包含ス(罪ノ特別構成要件タル目的體ノ特質法定ノ手段犯人ノ特別身分關係等ヲ

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 有實行爲 一五七
第二節 犯意及過失

云フ

二、犯罪ノ特別構成要件タル結果(未來ノ構成要件 *Zukünftigen Thatumstände*)ヲ豫見スルコトヲ要ス而シテ犯罪ハ作爲犯ト不作爲犯トニ區別スルコトヲ得ルカ如ク犯意モ又作爲犯ト不作爲犯トニ依テ其説明ヲ異ニセサルヘカラス

作爲ノ犯
意

(イ) 作爲犯 *Begehungsverbrechen* ノ犯意トハ犯罪ノ特別構成要件タル結果カ意思ノ實行ニ基因ストノ觀念即チ意思ノ實行カ結果ニ對シテ唯一ノ原因タルカ又ハ行爲者ニ依テ支配セラレヘキ若クハ豫期セラレタル外圍ノ狀況ト相待テ此結果ニ對スル原因トナリ得ヘシトノ觀念ヲ云フ例ヘハ人ヲ斬ルト云フ作爲ハ(意思ノ實行)被害者ノ死亡ト云フ結果ヲ生シ得ヘキコトヲ知リタルトキハ其人ハ殺人ノ犯意アリト云フヘキナリ要之作爲犯ノ犯意ハ自己ノ行爲ニ於ケル因果關係ノ認識(觀念)ヲ云フ

不作爲犯
ノ犯意

(ロ) 不作爲犯 *Unterlassungsverbrechen* ノ犯意トハ作爲ニ依テ結果ノ發生ヲ防

犯意ニ關
スル諸學
說

豫見主義

止シ得ヘキコト換言スレハ結果ノ發生ヲ防止セストノ觀念ヲ云フ例ヘハ産婦カ乳兒ニ乳ヲ與フルコトニ依テ乳兒ノ餓死ヲ防止セストノ意思アルトキハ殺人ノ犯意アリト云フコトヲ得ヘキナリ
此ノ如ク犯意トハ意思ノ實行ニ依リ與ヘラレタルカ又ハ防止セラレザリシ結果ヲ豫見スルコトヲ以テ足レリトシ行爲者ニ於テ其結果ノ發生ヲ希望スルコトヲ必要トセサルナリ此說ヲ稱シテ豫見主義又ハ觀念主義 *Vorsichtstheorie* ト云フ此說ハベツケル氏 *バウムガルテン* 氏 *フリードレンデル* 氏 *ハーゲン* 氏 *コーレル* 氏 *フォンリ*、*エンター* 氏 *ツレー* 氏 *チッテ* *ルマン* 氏 *フランク* 氏 *フォンリスト* 氏 *クリー* 氏 *レッフ* 氏 *ハーン* 氏等ノ主張スル所ナリ
此ノ主義ニ反對シテ犯意トハ結果ヲ包含シタル行爲ノ希望 *Wollen* 換言スレハ結果ノ發生ヲ希望スルコトヲ要スト説ク學者アリ之ヲ希望主義 *Willeustheorie* ト稱ス此說ハヒュンゲル氏 *ブリー* 氏 *フィン* 氏 *ランマン* 氏

希望主義

氏マイエル氏オルトロツフ氏ソイフェルト氏ウアインリヒ氏ウアイスマン氏アーホルン氏等ノ主張スル所ナリ豫見主義ハ近頃ニ至リ獨逸刑法學者フランク氏ノ唱道ニ始リ一般學者ノ贊同スル所トナリタリ而シテ兩説共ニ行爲者ニ於テ行爲ノ違法タルコトヲ認識スルコトヲ要セサル點ニ於テ一致スト雖トモ犯意ハ違法ノ認識若クハ希望ナリトノ説アリ而シテヒンデンク氏一派ノ學說 Die Bindingsche Normentheorieニ依レハ犯意ハ行爲ノ希望ニシテ且ツ違法ヲ認識シタルコトヲ要スト主張セリ然レトモ刑罰法違犯ノ不知ハ刑罰ナル法律の制裁ノ不知ニシテ此種ノ不知ハ責任免除ノ原因タルコトヲ得サルナリ希望主義ハ犯意ト目的 Absichtトヲ混同スルモノニシテ此ノ主義ノ不合理ナルコトハ以下豫見主義ニ基ク犯意ノ説明ニ依テ明瞭スヘキナリ

行爲者カ罪ヲ犯スニ付キ結果ノ發生ヲ目的トスルトキト單ニ結果ノ發生ヲ豫見スルニ止マルトキトアリ即チ左ノ如シ

違法認識
主義

結果ヲ目
的トスル
場合

一結果ヲ目的トシタルトキ即チ結果ノ豫見カ行爲ノ動機遠因 (Beweggrund) トナリタルトキ換言スレハ作爲又ハ不作爲ニ因テ結果ヲ發生シ又ハ防止セサルコトカ行爲ノ目的 (Zweck o. Ziel) トナリタルトキ但シ此ノ場合ニ於テモ行爲者ニ於テ其豫見シタル結果ノ發生ヲ確信スルト又ハ結果カ發生シ得ヘシト思料シタルトニ拘ハラズ結果ヲ目的トシタリト云フコトヲ得ヘキナリ而シテ法律ハ屢々罪ノ特別構成要件トシテ此ノ目的アルコトヲ必要トスルコトアリ例ヘハ刑法第百二十二條第百二十三條第百四十六條第百六十五條第百六十六條第百六十五條第百六十六條第百六十七條第百六十八條第百二十條第百四十條第百六十條第百八十二條第百八十三條第百二十一條等ニ於テ何々ノ目的ヲ以テ何々ノ爲メニ何々センコトヲ圖リ等ノ文字ヲ用ヒテ此要件ヲ明示スルコトアリ此ノ如ク法文ノ用字一様ナラサルノミナラス假令明文ナント雖トモ犯罪ノ性質ニ依リ遠因ヲ必要トスルコトアリ例ヘハ貨幣偽造罪ニ付キ偽造ノ當時

ニ行使ノ目的アルコトヲ要スルカ如シ又此明文アルニ拘ハラズ單ニ結果ノ豫見犯意ヲ意味スルニ過キスト解スヘキ場合ナキニシモ非ラサルヲ以テ犯罪カ遠因ヲ必要トスルヤ否ヤハ刑法各論ノ講義ト相待テ講究スヘキ問題ナリトス此ニ注意スヘキハ法律カ要求スル所ノ遠因ハ犯人ニ於テ希望スル第二ノ目的 Endzweckノ手段トシテ行ハルハコトアリト雖トモ之カ爲メ第一ノ目的ノ存在ニ影響ヲ及ホスコトナシ例ヘハ汽車ノ往來ヲ妨害スル目的ヲ以テ鐵道ヲ損壞シタルトキハ犯人ニ於テ更ニ鐵道會社ノ損失ヲ目的トスルト又ハ汽車ノ不通ニ乘シテ利益ヲ博セントノ目的ニ出タルトハ問フ所ニアラサルナリ(刑法第百六十五條參照)

二行爲者ニ於テ結果ノ豫見シタルノミニシテ豫見カ行爲ノ遠因トナラサル場合ニ於テモ猶犯意アリト云フコトヲ得ヘキナリ例ヘハ内亂ノ情ヲ知テ犯人ニ集會所ヲ給與シタルトキハ犯人ニ於テ内亂ヲ幫助スル目的ナク單ニ營利ノ爲メニ集會所ヲ給與シタルノミニテモ仍ホ刑法

結果ヲ日
的トセザ
ル場合

第百二十七條ノ罪ノ犯意アリト云フコトヲ得ヘク又建造物ニ放火スルニ當リ現在スル人ヲ燒キ殺ス結果ノ生スヘキコトヲ知リ之ニ放火シタルトキハ犯人ニ於テ殺人ノ目的ナク單ニ火災保險金ヲ收得スル目的ニ出タルトキト雖トモ殺人ノ犯意アリト云フコトヲ得ヘク又赤兒ノ誤テ食用スヘキコトヲ知テ菓子中ニ人ノ健康ヲ害スヘキ物品ヲ混入シ置キタルトキハ行爲者ニ於テ赤兒ヲ疾苦セシムルノ目的ナク單ニ鼠ヲ殺ス目的ニ出テタルトキト雖トモ刑法第三百七條ノ健康傷害罪ノ犯意アリト云フコトヲ得ヘキナリ

類犯意ノ種

犯意ノ種類

犯意ハ意思實行ノ觀念ト結果ノ豫見トノ二要件ヲ要スルコトハ前ニ説明シタルカ如シ而シテ此要件中第二ノ要件タル結果ノ豫見ニ關シテ學者ハ犯意ヲ左ノ如ク區別セリ(第一ノ要件タル觀念ニ付テモ是ニ準ス)

一、行爲者ニ於テ結果ノ發生ヲ確信シタルトキ此場合ニ於ケル犯意ヲ指シ

無條件ノ
犯意

總則本論第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 有實行爲 一六三
第二節 犯意及過失

條件付犯
意

テ無條件ノ犯意又ハ直接ノ犯意 *unbedingter o. direkter Vorsatz* ト稱ス

ニ行爲者ニ於テ單ニ結果カ發生シ得ヘシト思料シタルトキ即チ行爲者ニ於テ假リニ結果ノ發生ヲ確信シタルトモ其行爲ヲ止メザリシ場合換言スレハ行爲者カ結果ノ發生ヲ許シタルトキ此ノ場合ニ於ケル犯意ヲ條件付犯意 *bedingter o. eventueler Vorsatz* ト稱ス此ノ如ク犯意アリト云ヒ得ルニハ少クトモ行爲者ニ於テ結果ノ發生ヲ許スコトヲ要スルカ故ニ行爲者ニ於テ結果ノ發生セサルコトヲ期シタルトキ例ヘハ人ニ向テ箭ヲ射ルモ射手カ自己ノ熟練又ハ僥倖ヲ賴ミ箭カ人ニ當ラサルコトヲ期シタルトキハ射手ニ於テ殺人又ハ毆打創傷ノ犯意アリト云フコトヲ得サルナリ

以上三分
類ノ結果

以上犯意ヲ二個ニ區別スルコトニ依テ左ノ如キ結果ヲ生ス即チ法益侵害ニ對スル危險ナル狀況ヲ發生セシムルノ犯意ト法益侵害ヲ發生セシムルノ犯意トハ共ニ條件的ニ併存シ得ヘシ例ヘハ身體傷害罪ノ條件付犯意ト

刑法第七
十七條

殺人罪ノ條件付犯意トハ併存シ得ヘシト雖トモ反之以上二個ノ犯意ハ無條件的ニ併存スルコトヲ得サルナリ例ヘハ此ノ一撃ヲ以テ人ヲ殺スヘシト確信シナカラ又一面ニ於テ人ヲ創傷スルニ止ムヘシト確信スルコトハ到底不能ノコト、云ハサルヘカラス而シテ一ノ犯意カ條件付ニ他ノ犯意ト併存スルヤ否ヤハ各場合ニ於テ決スヘキ事實問題ニシテ殺人ノ犯意ハ常ニ傷人ノ犯意ヲ包含スト斷定スルコトヲ得サルナリ而シテ以上説明スル所ハ中止犯ノ場合ニ於テ既ニ生シタル結果ニ對スル責任問題ニ付重要ノ關係ヲ有スルコトヲ注意スヘキナリ

現行刑法ハ第七十七條ニ於テ犯意ニ關スル規定ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ

第七十七條 罪ヲ犯ス意ナキ所爲ハ其罪ヲ論セス但シ法律規則ニ於テ別ニ罪ヲ定メタル者ハ此限りニアラス

罪トナルヘキ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者ハ其罪ヲ論セス

罪本重カルヘクシテ犯ス時知ラサル者ハ重キニ從テ論スルコトヲ得ス

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 有實行爲 一六五
第二節 犯意及過失

法律規則ヲ知ラサルヲ以テ犯スノ意ナシト爲スコトヲ得ス

本條第一項ニ所謂罪ヲ犯ス意トハ上來説明スル所ノ犯意ヲ指示スルモノニシテ犯意ナキトキハ原則トシテ罪ヲ構成セサルコトヲ規定スルモノナリ

第二項以下ハ犯意ヲ説明シタルモノニシテ即チ犯意トハ罪トナルヘキ事實及ヒ刑罰加重ノ状況ノ認識ニシテ第二項ニ所謂罪トナルヘキ事實トハ罪ノ特別構成要件タル事實ニシテ例ヘハ殺人罪ニ付テ云ヘハ生命アル人ノ生命ヲ絶ツコトヲ意味シ尙ホ竊盜ノ目的物カ他人ノモノタルコト偽造行使ノ目的物ハ證書タルコト行爲ノ性質カ猥褻タルコトハ竊盜罪證書偽造行使罪褻褻罪トナルヘキ特別構成要件ニシテ此事實ヲ知ルニアラサレハ此等ノ罪ノ犯意アリト云フコトヲ得サルナリ(刑法第二百九十四條第三百六十六條第二百十條第二百五十條參照)

第三項ニ所謂罪本重カルヘクシテトハ例ヘハ重キ殺人罪タル親殺ノ罪(第

違法ノ認
以テ特別
罪ノ構成
要件トスル
合トスル

犯意ト關
係ナキ事
實

三百六十二條又ハ毒殺第二百九十三條ノ場合ニ於テ被害者カ犯人ノ親タルコト又ハ殺害ノ手段カ毒物施用ニアルコトヲ意味ス而シテ行爲カ違法ナリヤ否ヤ及ヒ所謂消極的構成要件(違法排除ノ原因ヲ指示ス)ノ存否如何ハ總テ客觀的ニ判定スヘキモノニシテ犯人ノ意志トハ關係ナキモノトス(同條第四項)而シテ茲ニ注意スヘキハ法律ハ時トシテ犯人カ法益侵害ノ違法タルコトヲ認識シタルコトヲ以テ罪ノ特別要件トスルコトアリ例ヘハ不法ニ人ヲ逮捕監禁スル罪(第二百七十八條第二百七十九條第三百二十二條以下)及財産ニ對スル罪ノ如シ此ノ場合ニ於テ行爲ノ違法タルコトハ罪ノ特別構成要件ニシテ同條第二項ニ所謂罪トナルヘキ事實中ニ包含セラレ、モノトス然レトモ犯意ハ犯罪ノ構成要件タル行爲以外ノ事情例ヘハ處罰條件又ハ訴訟條件ニ關係ナク又犯罪ノ普通構成要件(例ヘハ刑罰ヲ制裁トシタル違法行爲ナリヤ否ヤ及ヒ責任能力ノ有無ニ關スル認識ニ關係ナキナリ)ニ關係ナク其他法律ノ適用セラルヘキ效力範圍既遂未遂共犯ノ

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成要件 第二章 有實行爲 一六七
第二節 犯意及過失

不特定ノ
犯意

有無及罪ノ一個ナリヤ二個ナリヤノ認識トハ全ク關係ナキモノトス
 犯意ノ要件タル結果ノ豫見ハ全然不定タルコトヲ許サスト雖トモ又結果
 ノ全部ニ付キ一々之ヲ認識スルコトヲ要セス即チ發生スヘキ結果カ多少
 特定セラレタルコトヲ以テ足レリトス換言スレハ行為者ハ自己ノ意思實
 行ニ依テ招キ又ハ防止セサル因果關係若クハ此ニ類似ノ關係即チ意思實
 行ノ進行 Verlaufs 其效果 Wirkungs トヲ總轄的ニ豫見スルコトヲ要ス然レ
 トモ其總轄的認識ハ必スシモ實際ノ現象ト全然一致スルコトヲ要セサル
 ナリ例ヘハ井戸ニ毒物ヲ投シ何人ニテモ苟クモ其水ヲ汲ミ飲ム人ヲ殺害
 スル意思又ハ陷穴ヲ設ケテ此上ヲ通行スルモノヲ陷落セシメテ殺害スル
 意思又ハ文庫中ニ何物ノ存在スルヤヲ知ラス兎ニ角其中ニ存在スル所ノ
 財物ヲ窃取スル意思ハ何レモ殺人又ハ竊盜ノ犯意ト云フコトヲ得ヘク又
 此等ノ目的物ハ犯意ノ特定シタル目的物ト云フコトヲ得ヘシ而シテ學者
 ハ此場合ニ於ケル犯意ヲ不特定又ハ一般ノ犯意 dolus indeterminatus o. gene-

事後ノ犯
 意
 事前ノ犯
 意

alisト稱セリ然レトモ犯意ハ多少一定シタル結果ノ豫見タルコトヲ要シ
 面シテ此特定カ絕對的 dolus determinatus タルト一部のタルトハ犯意ノ存在
 ニ毫末ノ影響ナク又此ク區別スルノ實益ヲ發見セス只タ爰ニ説明スル所
 以ハ結果ノ豫見ハ總轄的ニ特定セルコトヲ以テ足レリトスルコトヲ注意
 スルニ止マルナリ其他事後ノ犯意 dolus subsequens (犯意ナキ行為ノ結果ヲ
 後ニ追認スル場合ヲ云フ)及ヒ事前ノ犯意 dolus antecedens (第一ノ犯罪ハ既
 ニ遂ケタリリト誤認シテ其發覺ヲ妨クル爲メカ又ハ其他ノ目的ヲ以テ更
 ニ他ノ行為ヲ行フコトニ依テ初メテ前ニ豫見シタル結果カ發生シタル場
 合例ヘハ既ニ殺人ヲ遂ケタリト誤信シ未タ死セサル者ヲ川ニ投シ其人ヲ
 溺死セシメタルカ如シ)ナル名稱アリト雖トモ所謂事後ノ犯意ナルモノハ
 犯罪トシテ認ムルコトヲ得サルコトハ別ニ説明ヲ要セス次ニ所謂事前ノ
 犯意ノ場合ニ於テ起ルハキ問題ハ前ノ意思實行ト後ノ意思實行トハ結果
 ノ單一ナル爲メ單一行為ノ一部分ヲ形ツクリ終始相牽連シタル單一行為

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 有責行為 一六九
 第二節 犯意及過失

ニシテ此行爲ノ進行ニ關スル行爲者ノ觀念ト現實ノ結果トハ主要ナラサル點ニ於テ相齟齬スルニ止マル(ウエーベル氏ノ説)ト云フコトヲ得ルヤ否ヤニ在リ而シテ若シ行爲カ單一ナリトノ前提ヲ得ルトキハ前ノ殺人ノ犯意ハ此ノ單一行爲ノ結果タル溺死ニ對シテ責任ヲ負フヘキハ當然ニシテ特ニ事前ノ犯意ト云フカ如キ特種ノ犯意ヲ認ムルノ必要ナク反之若シ此ノ場合ニ於ケル行爲ハ各獨立シタル別個ノ行爲ナリトノ前提ヲ得ルトキハ前ノ行爲ニ對スル犯意カ後ノ行爲ノ結果ニ對シテ引責ノ原因トナルヘキ理由ナク何レニシテモ特ニ此種ノ犯意ヲ認ムルノ必要ナキナリ而シテ此場合ニ於ケル行爲ハ單一ナリヤ又ハ各獨立シタル數個ノ行爲ナリヤハ學者間ニ於テ異論アル所ナリト雖トモ吾輩ハ暫時フオンリスト氏ランマツシユ氏等ノ如ク多クノ場合ニ於テハ單一行爲ヲ以テ論スヘキナリトノ説ニ贊セント欲ス反之オールスハウゼン氏フランク氏ヤンカ氏ハ此場合ニハ二個ノ獨立シタル行爲カ成立ストシ故殺未遂ト過失殺ノ俱發ナリト

論セリ

第二項 錯誤 *Der Irrtum.*

犯意ノ性質ヲ明瞭ナラシムル爲メニ錯誤ノ場合ニ付テ説明セント欲ス錯誤トハ眞實ト觀念トノ齟齬スルコトヲ謂ヒ從テ犯意ノ成立ヲ却却スルモノナレハ錯誤ニ關スル研究ハ犯意ヲ消極的立脚點ヨリ研究スルモノト謂フヘキナリ

第一 犯意ハ罪トナルヘキ事實ノ認識ナルカ故ニ若シ罪ノ特別構成要件タル事實若クハ刑罰加重ノ情狀トナルヘキ事實ヲ誤テ認識セサルトキハ犯意ハ存住セサルナリ例ヘハ他人ノ所有物タルコトヲ知ラスシテ之ヲ竊取スルモ竊盜罪第三百六十六條以下參照ノ犯意アリト云フコトヲ得ス又自己ノ祖父母父母タルコトヲ知ラスシテ之ヲ故殺スルモ祖父母父母ニ對スル故殺罪加重ノ狀情アル故殺第三百六十二條參照ノ犯意アリト云フコトヲ得サルナリ(現行刑法第七十七條第二項及ヒ第三項參照)

總則本論第一卷 犯罪 第二編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 有實行爲 一七一 第二節 犯意及過失

罪トナル
ヘキ事實
ノ不知

錯誤

ク前例ニ於テ殺害者カ被害者ノ甲ナルコトヲ知ラハ乙ヲ殺害スルコトヲ爲サ、リシト云フ狀況ニアリシナラハ乙ノ殺害ニ付テハ犯意ナシト論セリ而シテ此說ニ從フモ單ニ一部ノ事實ニ付テ錯誤アルモ其錯誤カ行爲ノ全體ニ關シテ不必要ナル場合ニ於テハ現實ノ結果ニ付テ犯意アルモノトシテ論セリ例ヘハ甲カ乙ヲ銃殺スル目的ヲ以テ之ニ短銃ヲ擬シタルニ乙カ之ヲ避クル爲メニ甲ト格闘中甲所持ノ短銃ノ引金ニ觸レ爲メニ銃殺サレタルカ如キ又ハ甲カ乙ヲ溺死セシムル目的ヲ以テ橋上ヨリ乙ヲ河中ニ向テ投シタルニ乙ハ橋ノ杭木ニ衝突シテ頭蓋骨ヲ破リ死亡シタルカ如キ又ハ甲カ乙ヲ銃殺スル目的ヲ以テ銃ヲ擬シタルニ乙カ之ヲ避クル際誤テ深淵ニ墮チ爲メニ死亡シタルカ如キ場合ニ於テハ甲ハ常ニ乙ヲ殺害スル犯意アリト論セリ(フオ
ンリスト氏ノ說)

第二說

第二說 苟クモ犯罪ノ構成ニ必要ナル法律上ノ結果ト行爲者ノ豫想ト

攻撃ノ錯誤

目的物ノ錯誤

相一致スルトキハ主要ノ點ニ於テ一致アリト論シ錯誤ヲ左ノ二箇ノ場合ニ區別セリ(第十五世紀ニ於テポーターンハウエル氏ニ依テ主張セラレタル以來一般ニ行ハル、說)

(イ) 攻撃ノ錯誤 *adversio iuris* 即チ行爲者ニ於テ豫想シタル結果カ豫想外ノ目的物ニ付テ發生シ而カモ其錯誤ノ原因カ行爲者ノ心裏外ノ狀況ニ基クトキ例ヘハ右ノ人ヲ銃殺スル目的ヲ以テ發射シタルニ彈丸誤テ左ノ人ヲ銃殺シタルカ如キ此ノ場合ニ於テハ發砲者ハ左ノ人ノ死ニ付テハ豫想セサリシカ故ニ現實ノ結果ニ付テハ責任ヲ負フヘキニアラス即チ殺人罪ノ既遂ニアラスシテ未遂ト過失殺ノ二罪俱發ヲ以テ論スヘキモノナリトセリ(フランク氏ハ此ノ場合ニハ故殺ノ既遂ヲ以テ論セリ)

(ロ) 目的物ノ錯誤 *error in objecto* 即チ行爲者ノ豫想シタル結果カ豫想外ノ目的物ニ付テ發生シ其錯誤ノ原因カ行爲者ノ心裏ニ於ケル誤解

總則本論第一卷 犯罪第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 有實行爲 一七五
第二節 犯意及過失

ニ基ク時例ヘハ仇敵タル甲ヲ殺ス目的ヲ以テ乙ヲ甲ナリト誤信シテ
 殺害シタルカ如キ場合ニ於テハ行為者ノ豫想シタル目的物ト現實被
 害ノ目的物ト何レモ等シク同一犯罪ノ目的物トナリ得ル場合ニ限リ
 此錯誤ハ不必要ナル點ニ關スルモノニシテ從テ此結果ニ付テ常ニ犯
 意アリト云フコトヲ得ヘシト論セリ(フランク氏ノ說ニ依レハ若シ行
 爲者ノ豫想シタル結果カ豫想シタル目的物ニ付テ發生シタルナラハ
 罪トナラサル場合ニ限リ目的物ノ錯誤ハ犯意ノ成立ヲ沮却スト論セ
 リ例ヘハ子ヲ懲戒スル目的ヲ以テ子ニアラサル他人ヲ毆打シタルカ
 如シ)

以上第一說ニ依レハ第二說(イ)ノ場合ニ於テ例ヘハ牧場ニアル群羊中最上
 等ノモノニ向テ發砲シタルモ彈丸誤テ次等ノ羊ニ命中シタルトキハ假令
 行爲ニ錯誤アルモ發砲者ハ最上等ノ羊ニ限リ發砲スルノ意思ニアラザリ
 シ限リハ結果ニ付テ犯意アリト論シ(ロ)ノ場合ニ於テハ主要ナル點ニ錯誤

第二說ハ
 正當ナリ

アリト認メ現實ノ結果ニ付キ犯意ナキモノト論セリ要之第一說ハ第二說
 ニ列記シタル錯誤ノ區別ヲ不必要ナリト論セリ然レトモ吾輩ノ信スル所
 ニ依レハ犯意ハ罪トナルヘキ事實ノ認識ニシテ苟クモ此ノ事實ヲ認識ス
 ル以上ハ犯意ハ完全ニ存在スルモノニシテ決行ノ原因ニ付如何ナル錯誤
 アルモ關スル所ニアラス從テ第二說ヲ至當ナリトス(但シ殺傷行為ニ限リ
 現行刑法第二百九十八條及ヒ第三百四條ハ手段ニ基ク錯誤ノ場合ニ付テ
 モ殺傷行為ノ既遂ヲ以テ論スヘキコトヲ規定スルモノト解スルヲ至當ト
 ス)

決行ノ原因ハ犯意ノ成立ニ關係ナキカ故ニ迷信ニ基ク犯罪行為ヲ理由ト
 シテ罪ノ不成立ヲ主張スルコトヲ得サルナリ例ヘハ祭神ノ儀式トシテ子
 女ヲ殺害スルカ如シ

第三項

Rechtswidrigkeit.

違法ノ認識 Der Bewusstsein der

違法ノ認

原則

第一、犯意ハ罪ノ特別構成要件タル事實又ハ刑罰加重ノ原因タル事實ノ認識ナルカ故ニ其事實カ違法ナリヤ否ヤヲ認識スルト否トハ原則トシテ犯意ノ成立ニ關係ナキノミケラス違法タルコトヲ認識スルコトハ犯意ノ外ニ更ニ犯罪ノ成立ニ必要ナル條件ニモアラサルナリ(刑法第七十七條第四項參照)ビンヂング氏パーセドウ氏ベーリソング氏ハーブマン氏エートケル氏オールスハウゼン氏スチルツ氏ノ諸學者ハ犯意ノ存在ニハ違法ナル希望認識ヲ必要トセルモ余輩ハ之ヲ採ラス

例(違
法ノ認
識ヲ以
テ特別
構成要
件トス
ル場合)

第二、然レトモ若シ刑法第二編以下ニ於テ行爲ノ違法タルコトヲ罪ノ特別構成要件タル事實ノ内ニ包含セシメタルトキニ於テハ此違法ト云フ事實ノ認識ハ犯意ノ外更ニ此ノ犯罪ノ構成ニ必要ナル條件ト云ハサルヘカラス即チ違法ノ認識ハ例外トシテ犯罪ノ特別構成要件タルヘキモノニシテ其場合ハ左ノ如シ

イ)立法者カ既ニ存在スル權利ニ對スル攻撃行爲又ハ既ニ存在スル義務

ニ違背スル行爲ヲ罪ノ特別構成要件トシテ規定スル場合例へハ窃盜罪ニ於テハ他人ノ所有權ニ屬スル物タルコトヲ知ルコト、姦通罪ニ於テハ既ニ夫婦ト云フ法律關係ノ存在スルコトヲ知ルコト、官吏ノ職務ニ對スル抗拒罪ニ於テハ官吏ノ正當ナル職務ノ執行ニ抗拒スルノ事實ヲ知ルコトヲ要スルカ如シ

ロ)違法ノ目的アルコトヲ以テ犯罪ノ特別構成要件トスル場合例へハ強盜盜取財委託物費消罪ノ如キ之レナリ

ハ)特ニ明文ヲ以テ不法ニ何々ノ行爲アル者云々ト規定スル場合例へハ故ナクシテ人ノ邸宅ニ侵入スル罪刑法第三百七十一條以下(擅ニ人ヲ逮捕監禁スル罪刑法第三百二十三條以下)ノ如キ是レナリ

其他各罰則ニ於テ法律ノ錯誤カ犯罪ノ成立ニ影響ヲ及ホスヘキコトヲ規定スル場合

フランク
氏ノ説

フランク氏ノ説ニ依レハ刑法ノ觀念ニ於ケル事實ノ内ニハ刑法以外ノ法

總則本論第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 有實行爲 一七九
第二節 犯意及過失

規ニ依リ認メラル、所ノ權利法律上ノ身分其ノ他法律上ノ關係ヲモ包含ス刑法ハ事實上ノ現象ニ對シテ法律上ノ保護ヲ與フルカ如ク(例ヘハ身體名譽貞操ヲ保護スルカ如シ)刑法以外ノ法規ニ依リ既ニ認メラレタル法律上ノ現象(例ヘハ所有權夫婦關係ノ如シ)ニ對シテモ等シク之ヲ保護ス而シテ此等法律上ノ現象ハ事實上ノ現象ト共ニ刑法上罪トナルヘキ事實ニ屬シ若シ此等ノ事實ヲ認識セザルトキハ犯意ハ成立スルコトヲ得ス要之刑法以外ノ法律ニ關スル錯誤(Rechtsirrtum)カ事實ノ錯誤ニ屬スル以上ハ事實ニ關スル錯誤(Factirrtum)ト等シク犯意ノ成立ヲ阻却ス例ヘハ民法上ノ誤解ニ依リ自己ノ所有物ナリト誤信シテ他人ノ所有物ヲ毀棄スルモ器物毀棄ノ犯意アリト云フコトヲ得ス次ニ行為ノ違法ナルコトカ罪ノ特別構成要件ニ屬スル場合ニ於テモ若シ其行為カ現存ノ權利ヲ侵害スルモノナルトキニ限リ違法ノ不知ハ犯意ノ成立ヲ阻却シ反之現存ノ義務ニ違背スル行為ニ付テハ其義務ノ不知ハ責任ニ影響ナ

行爲ノ違
法ニ關ス
ル錯誤ノ
場合

キ錯誤ナリト論セリ

第三、以上列記シタル例外ノ場合ヲ除キ罪ノ普通構成要件タル違法ノ有無ハ行為者ノ善意タルト惡意タルトヲ問ハス(違法ニ關スル錯誤ノ有無ニ拘ハラス常ニ客觀的ニ之ヲ判定スヘキナリ)而シテ行為ノ違法ニ關スル錯誤ノ場合ヲ分類スレハ左ノ如シ

一、違法ニアラサル行為ヲ行為者ニ於テ違法ナリト誤認シタル場合此ノ場合ニ於テハ既遂犯ノ成立セザルハ勿論罰スヘキ未遂犯モ成立セザルナリ而シテ此種ノ錯誤ハ更ニ左ノ如ク分類スルコトヲ得ヘク且ツ何レノ場合ニ於テモ罪ヲ構成セザルモノトス

(イ) 全然違法ニアラサル行為ヲ違法ナリト誤認スル場合 Putativdelikt 例ヘハ成年ニ達シタル男女カ合意上婚姻外ノ交接ヲ爲シタルコトニ依テ或ル罪ヲ構成スヘシト誤認シタルカ如キ或ハ高利ヲ以テ金員ヲ貸付ケタルモノカ或ル罪ヲ構成スト誤認スルカ如シ(現行法ニ於テ以上例

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 有實行為 一八一
第二節 犯意及過失

示ノ行爲ヲ罰スル規定ナシ)

(ロ)違法排除ノ原因タルヘキ狀況ノ存在スルニ拘ハラス行爲者ニ於テ此ノ原因カ存在セサルモノト誤認シタル場合例ヘハ正當防衛又ハ懲戒權ノ程度ヲ起ヘタリト誤認シテ爲シタル行爲カ實際ニ於テ其程度ヲ起ヘサリシカ如シ

ニ客觀的ニ違法タル事實ヲ行爲者カ違法ニアラスト誤認シタル場合換言スレハ刑法ニ規定スル禁令又ハ命令ニ違犯セストノ誤認ハ犯人ノ責任ニ影響ヲ及ボサザルモノトス而シテ此種ノ錯誤ハ更ニ左ノ如ク分類スルコトヲ得ヘク且ツ何レノ場合ニ於テモ罪ヲ構成スルモノトス
(イ)普通ニ違法タル行爲ヲ行爲者カ全然違法ニアラスト誤認シタル場合例ヘハ刑法ニ於テ委託金費消行爲ヲ處罰スルニ拘ハラス之カ處罰規定アルコトヲ知ラスシテ委託ヲ受ケタル他人ノ所有金ヲ費消スルカ如キ或ハ密賣淫ヲ處罰スルノ規定アルコトヲ知ラスシテ密ニ賣淫ヲ

爲シタルカ如シ

(五)行爲者ニ於テ普通ノ場合ニ罪トナルヘキ事實タルコトヲ知ルモ違法排除ノ原因タル狀況ノ存在スルモノト誤認シタル場合例ヘハ正當防衛危難防衛或ハ緊急狀態トモ稱スノ狀況ニ遭遇シタルモノト誤認シ又ハ懲戒權ノ範圍内ナリト誤認シテ人ヲ殺傷スルカ如シ(但シ(ロ)ノ場合ニ於テハビンデンク氏ヤンカー氏マイエル氏オールスハムウゼン氏シエツフェル氏スチルツ氏ベヒテル氏其他普通ノ學說ハ罪ヲ構成セスト論スルモ反之リスト氏バーロ氏ハイツ氏ノ諸學者ハ本文ノ說ヲ採レリ)蓋シ行爲者ニ於テ違法排除ノ原因カ存在セリト誤認シタルノ一事ヲ以テ他人ヲ殺傷シタル行爲ヲ不問ニ附スルハ到底其理由ヲ發見スルコトヲ得サルノミナラス現行刑法第三百十六條ニ於テ正當防衛過度ノ場合ニ付キ特別規定ヲ設ケタルニ依テ見ルモ少クトモ現行刑法ニ於テハ本文ノ說ヲ採用シタルモノト解スルヲ至當トス而シテ

犯意ノ成立ニ依レハ罪ノ構成條件タル事實ハ積極的條件ト消極的條件トヲ包含スルモノトシ違法排除ノ原因ハ消極的條件ヲ爲ス者ニシテ罪ノ成立ニ必要ナル犯意ハ積極的構成條件タル事實ノ存在ヲ認識スルコトノ外ニ此ノ消極的構成條件即チ違法排除ノ原因タル狀況カ存在セサルコトヲ認識スルコトヲ要ストシ此ノ積極的條件ノ存在ヲ認識セサルトキハ犯意ハ成立シ得サルカ如ク此ノ消極的條件ノ存在セサルコトヲ認識セサルトキ即チ違法排除ノ原因カ存在スルモノト誤認シタル場合ニ於テモ等シク犯意ハ成立スルコトヲ得スト論シ事實ノ不知ヲ標準トシテ犯意ノ成立若クハ不成立ヲ判定スルコト、セリ例ヘハ現在ノ攻撃ニ對スル防衛行爲ナリト誤信シテ人ヲ殺害スルトキハ殺人ノ犯意ナシト論シ反之將來ノ攻撃ニ對シテモ正當防衛權カ認めラル、モノト誤認シタルトキハ法律ノ錯誤ニシテ殺人ノ犯意ナシト云フコトヲ得スト論セルモ吾輩ノ

レフレル氏メルケル氏フランク氏ノ說ニ依レハ罪ノ構成條件タル事實ハ積極的條件ト消極的條件トヲ包含スルモノトシ違法排除ノ原因ハ消極的條件ヲ爲ス者ニシテ罪ノ成立ニ必要ナル犯意ハ積極的構成條件タル事實ノ存在ヲ認識スルコトノ外ニ此ノ消極的構成條件即チ違法排除ノ原因タル狀況カ存在セサルコトヲ認識スルコトヲ要ストシ此ノ積極的條件ノ存在ヲ認識セサルトキハ犯意ハ成立シ得サルカ如ク此ノ消極的條件ノ存在セサルコトヲ認識セサルトキ即チ違法排除ノ原因カ存在スルモノト誤認シタル場合ニ於テモ等シク犯意ハ成立スルコトヲ得スト論シ事實ノ不知ヲ標準トシテ犯意ノ成立若クハ不成立ヲ判定スルコト、セリ例ヘハ現在ノ攻撃ニ對スル防衛行爲ナリト誤信シテ人ヲ殺害スルトキハ殺人ノ犯意ナシト論シ反之將來ノ攻撃ニ對シテモ正當防衛權カ認めラル、モノト誤認シタルトキハ法律ノ錯誤ニシテ殺人ノ犯意ナシト云フコトヲ得スト論セルモ吾輩ノ

過失

見ニ依レハ違法排除ノ原因ハ罪トナルヘキ事實以外ニ存在スルモノニシテ罪トナルヘキ事實ノ不知ト違法排除ノ原因タル事實ノ不知トハ全然之ヲ區別スヘク、後者ノ不知ハ常ニ違法ノ不知即チ法律上ノ錯誤ニ屬スルモノト信スルカ故ニ例ヘハ現在ノ攻撃ニ對スルモノト誤信シテ人ヲ殺傷シタルトキハ罪トナルヘキ事實ノ不知ニアラスシテ違法ノ不知ナルカ故ニ此ノ場合ニ於テハ當然殺傷罪ヲ構成スヘキモノト信ス

第四項 過失 Die Fahrlässigkeit.

第一 過失トハ豫見セラルヘキ結果ノ發生ヲ豫見セサルコトヲ云フ詳言スレハ行爲者カ或結果ノ發生ヲ豫見スルコトヲ要シ且ツ豫見シ得タリシニ拘ハラヌ之ヲ豫見セサリシコトヲ云フ(ピンデング氏ハ過失トハ認識ナキ違法ノ意思ナリト説明セルモ余輩ハ之ニ贊セス)過失アル行爲 *fahrlässige Handlung* トハ任意ナル意思ノ實行積極的消極的双方ヲ含ムニ依テ豫見ス

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪ノ普通構成條件 第三章 有實行爲 一八五
第二節 犯意及過失

ルコトヲ要シ且ツ行爲者カ豫見シ得ルニ拘ハラズ豫見セザリシ結果ヲ發
生セシメ又ハ其ノ發生ヲ防止セザリシコトヲ云フ換言スレハ罪ノ特別構
成要件タル事實及ヒ刑罰加重ノ原因タル事實ヲ法律上ノ義務ニ違犯シタ
ル不知ニ依テ發生セシメ又ハ其發生ヲ防止セザルコトヲ云フ

過失ノニ

要件

以上説明シタル過失ノ定義ヲ分析スレハ左ノ如シ
一 意思ノ實行ニ當リ注意ノ缺欠スルコト Mangel an Vorsicht 即チ法律ニ依
テ命セラレ且ツ當時ノ狀況ニ於テ必要ナル注意 Sorgfaltノ缺欠アルコトヲ
要ス而シテ此ノ注意ノ程度ハ各場合ニ於ケル行爲ノ客觀的性質ニ從テ抽
象的ニ量定セララルヘキモノニシテ各行爲者ノ特質ニ從テ主觀的(具體的)ニ
之ヲ量定スヘキモノニアラス (Willensschuld)
二 豫見ノ缺欠セルコト Mangel an Voraussicht 即チ意思ノ實行ニ依テ發生シ
又ハ發生ヲ防止セザリシ結果ヲ行爲者カ豫見シ得ヘキ能力アルニ拘ハラ
ス此カ豫見ヲ怠リタルコトヲ要ス且ツ其ノ結果ヲ豫見シ得ル能力ハ必ス

ニ

シモ現ニ發生シタル結果ニ對シテ全然豫見ノ能力アルコトヲ要セス其結
果ニ對シ大體ノ點ニ於テ豫見シ得ル能力アリタルコトヲ以テ足レリトス
例ハ過失殺ノ場合ニ於テ苟クモ人ヲ死ニ致スコトヲ豫見シ得タルトキ
ハ其何人ヲ死ニ致スマニ付テ豫見ノ能力アルコトヲ要セス又被害者死亡
ノ時場所及ヒ致死ノ近因等ニ付テ豫見シ得タルコトヲ要セス而シテ行爲
者ニ此ノ豫見ノ能力アリヤ否ヤヲ決スルニハ各行爲者ノ精神發達ノ程度
及ヒ意思實行當時ニ於ケル精神ノ狀況ニ注意セサルヘカラス即チ此豫見
能力ノ程度ハ各行爲者ノ主觀的(具體的)精神ノ狀況ニ從テ量定スヘキモノ
ナリ (Verstandesschuld)

過失ト不
確定犯意
トノ關係

以上説明シタル所ニヨリ左ノ二點ニ付キ注意スルコトヲ要ス
一 豫見ノ缺欠ハ結果カ發生セサルヘシト確信スルコトヲ意味ス反之若シ
結果ノ發生ヲ確信シタルトキ(確定犯意)又ハ發生シ得ヘシト豫想シタル結
果ノ發生ヲ認諾 Billigung シタルトキハ(不確定犯意)犯意ハ存在スルモノニ

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 有責行爲 一八七
第二節 犯意及過失