

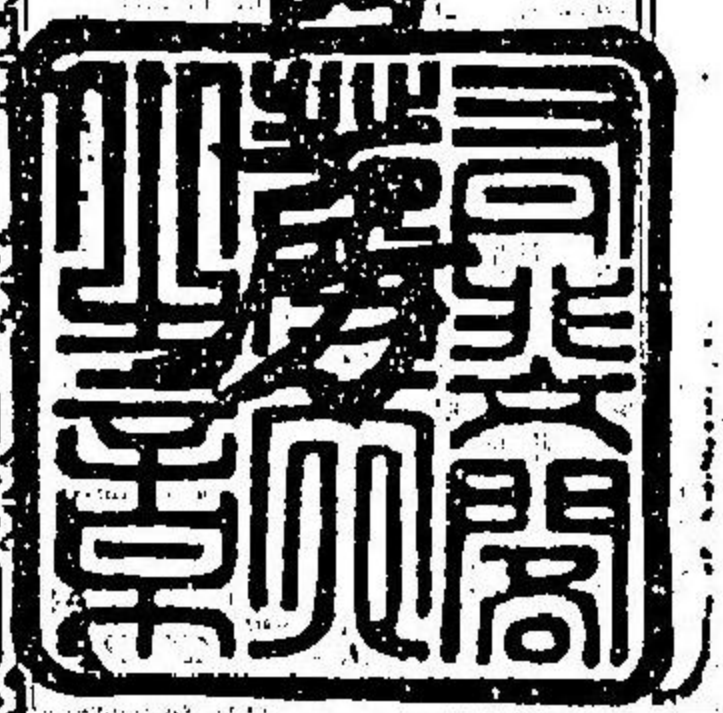
44V-97

法學士泉一新熊著

訂正十版

改正
日本刑法論
全

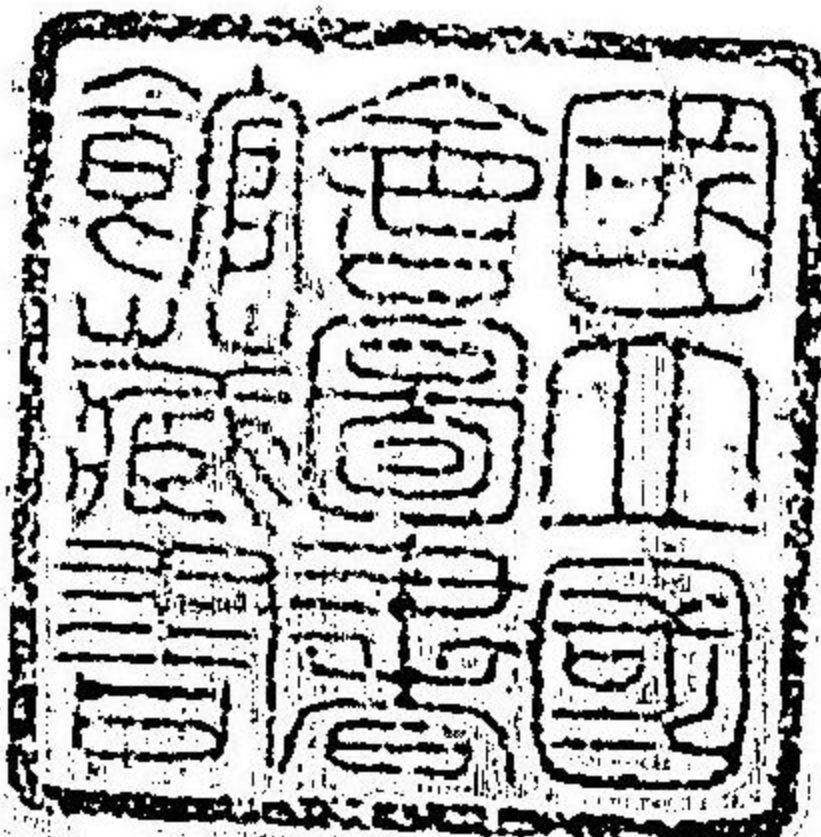
東京
有斐閣書



326

M896a

(t)



1282

序 例

- 一、本書中舊刑法ト謂フハ明治十三年布告第三十六號刑法ヲ指シ現行刑法ト謂フハ新刑法ヲ指ス
- 一、舊刑法ノ規定ニ關スル大審院判例中特ニ新刑法ノ解釋上注意スヘキモノハ戒ルヘク之ヲ參照シタリ
- 一、附錄論文ハ皆本著着手前ニ執筆シタルモノニシテ殊ニ舊刑法ノ解釋ニ關スルモノナルカ故ニ往々本論所説ト見解ノ異ル所アリト雖モ之ヲ蒐集シタルハ聊カ參考ニ資セントスル趣旨ニ出ツ若シ夫レ其差異アル所ハ本論ノ見解ヲ可トス
- 一、新刑法ノ解釋ニ關シテハ獨乙刑法ノ解釋ニ關スル學說ヲ參照スルヲ以テ最モ便宜ナリトスルカ故ニ本書ニ於テハ主トシテ獨乙ノ著書ヲ參看シタリト雖モ本邦及ヒ英佛ノ著書モ必要ナル部分ニ付テハ參照シタリ其最モ主ナルモノ左ノ如シ。
- 一、岡田博士刑法講義及ヒ刑法論

子 例

一

- 二 小野學士日本刑法論
- 三 牧野學士刑法通義
- 四 大審院判決録及ヒ判例要旨類集
- 5. Binding, Handbuch des Strafrechts I, 1885.
 „ Lehrbuch des gemeinen d. Strafrechts. Besonterer Teil. 1905.
- 6. Frank, Strafgesetzbuch für d. d. Reich 8. u. 4. Aufl.
- 7. V. Liszt, Lehrbuch des d. Strafrechts 10. Aufl.
- 8. Merkel, _____
- 9. Meyer, _____ 5. Aufl.
- 10. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für d. d. Reich.
- 11. Oppenhoff-Delius, _____ 14. Aufl.
- 12. Janku, Das österreichische Strafrecht 4. Aufl.
- 13. Stenglein, Lexikon des d. Strafrechts.
- 14. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts.

- 15. Garrand, Précis de droit criminel, 8. éd. et traite théorique etc.
 - 16. Garçon, Code pénal annoté.
 - 17. Ortolan, Éléments de droit pénal.
 - 18. Vidal, Cours de droit criminel etc.
 - 19. Prids, Science pénale etc.
 - 20. Stephen, Digest of the criminal law.
 - 21. Phillips, Comparative criminal Jurisprudence.
- 一 本著ハ公私多端ノ際、勿卒ノ執筆ニ成ル、嚴查盡サス、論旨一貫セサル所少カラ
 サルヘシ切ニ大方ノ教正ヲ希望ス
- 明治四十一年六月

著 者 誌

正改 日本刑法論目次

緒論

第一章	刑法學ノ範圍	一
第二章	刑罰ノ目的	八
第三章	犯罪ノ原因	二六
第四章	刑事政策ノ要求	三五
第五章	刑法ノ一般の沿革ノ大要	五〇
第六章	本邦ニ於ケル刑法改正	六〇

第一卷 刑法總論

第一編	法規トシテノ刑法	七一
第一章	緒論	七一
第二章	刑法ノ本質	七二

第三章	刑法ノ淵源	七七
第四章	刑法ノ解釋	八二
第五章	刑法ノ效力(其一、時ノ關係)	八九
第六章	刑法ノ效力(其二、場所及ヒ人ノ關係)	一〇一
第七章	列國共助	一一四
第八章	普通刑法ト特別刑法トノ關係	一二二
第二編 犯罪		
第一部 總論		
第九章	犯罪ノ意義	一二六
第十章	犯罪ノ主體	一三二
第十一章	犯罪ノ客體	一三九
第二部 犯罪ノ一般要素		
(甲) 行爲		
第十二章	行爲ノ概念	一四二

第十三章	作爲ト因果關係	一四八
第十四章	不作爲ト因果關係	一六〇
(乙) 違法		
第十五章	違法ノ概念	一七二
第十六章	緊急防衛	一七六
第十七章	緊急避難	一九一
第十八章	法令又ハ正當業務ニ因ル行爲	二〇三
第十九章	自害及ヒ被害者ノ承諾	二一〇
(丙) 責任		
第二十章	責任ノ通論	二一六
第二十一章	責任能力	二一九
第二十二章	責任無能力ノ原因	二二六
第二十三章	意思責任	二三一
第二十四章	故意	二三四

目次

四

第二十五章	違法ノ覺知	二四四
第二十六章	錯誤	二五〇
第二十七章	過失	二五九
(丁) 刑罰制裁		二六七
第二十八章	說明	二六七
第三部	犯罪ノ體樣	二七一
(甲) 犯罪ノ既遂及ヒ未遂		二七一
第二十九章	通論	二七一
第三十章ノ一	未遂罪	二七五
第三十章ノ二	不能犯	二九五
(乙) 一罪數罪		三〇七
第三十一章	一罪數罪ノ概念	三〇七
第三十二章	連續犯	三一二
第三十三章	想像的競合犯及ヒ牽連犯	三二四

第三十四章	數罪ノ處分	三三一
(丙) 共犯		三四二
第三十五章	共犯ノ概念	三四二
第三十六章	間接正犯	三六〇
第三十七章	共同正犯	三六八
第三十八章	教唆犯	三七六
第三十九章	從犯	三八九
第四部	犯罪ノ分類	三九八
第四十章	親告罪非親告罪	三九八
第四十一章	其他ノ分類	四〇四
第五部	犯罪時及ヒ犯罪地	四〇九
第四十二章	說明	四〇九
第三編	刑罰	四一八
第四十三章	刑罰ノ意義	四一八

(甲) 刑罰ノ種類.....四二一

第四十四章 通論.....四二二

第四十五章 生命刑.....四二八

第四十六章 自由刑.....四三一

第四十七章 財産刑.....四三六

(乙) 刑罰ノ適用.....四四四

第四十八章 通論.....四四四

第四十九章 刑罰ノ加重減免.....四四七

第五十章 加減例.....四六一

第五十一章 未決勾留.....四七三

第五十二章 刑ノ執行猶豫.....四八一

(丙) 刑罰ノ執行.....四八八

第五十三章 說明.....四八八

(丁) 刑罰ノ消滅.....五〇一

第五十四章 說明.....五〇一

第二卷 刑法各論.....五一

第一編 緒論.....五一

第五十五章 各論ノ領域及ヒ組織.....五一

第五十六章 公務員及ヒ公務所ノ意義.....五一九

第二編 國家ノ安寧ニ對スル罪.....五二八

第五十七章 皇室ニ對スル罪.....五二八

第五十八章 内亂ニ關スル罪.....五三二

第五十九章 外患ニ關スル罪.....五四二

第三編 國交ニ關スル罪.....五五二

第六十章 說明.....五五二

第四編 公權ニ對スル罪.....五六〇

第六十一章 公務ノ執行ヲ妨害スル罪.....五六〇

第六十二章 逃走ノ罪……………五七一

第六十三章 犯人藏匿及ヒ證憑湮滅ノ罪……………五七九

第六十四章 偽證ノ罪……………五八九

第六十五章 誣告ノ罪……………六〇一

第五編 靜謐ヲ害スル罪……………六一〇

第六十六章 騷擾ノ罪……………六一〇

第六十七章 放火及ヒ失火ノ罪……………六二〇

第六十八章 溢水及ヒ水利ニ關スル罪……………六三七

第六十九章 往來ヲ妨害スル罪……………六四三

第六編 公共ノ衛生ニ關スル罪……………六五〇

第七十章 阿片煙ニ關スル罪……………六五一

第七十一章 飲料水ニ關スル罪……………六五六

第七編 偽造罪……………六六〇

第七十二章 通貨偽造ノ罪……………六六一

第七十三章 文書偽造ノ罪……………六七二

第七十四章 有價證券偽造ノ罪……………六九九

第七十五章 印章偽造ノ罪……………七〇二

第八編 風俗ヲ害スル罪……………七一〇

第七十六章 猥褻姦淫及ヒ重婚ノ罪……………七一一

第七十七章 賭博及ヒ富籤ニ關スル罪……………七一九

第七十八章 禮拜所及ヒ墳墓ニ關スル罪……………七二八

第九編 瀆職ノ罪……………七三一

第七十九章 說明……………七三一

第十編 生命身體ニ對スル罪……………七三九

第八十章 通論……………七三九

第八十一章 殺人ノ罪……………七四四

第八十二章 傷害ノ罪……………七四八

第八十三章 過失傷害ノ罪……………七五四

第八十四章 墮胎ノ罪……………七五六

第八十五章 遺棄ノ罪……………七五九

第十一編 自由ニ對スル罪……………七六三

第八十六章 逮捕及ヒ監禁ノ罪……………七六三

第八十七章 脅迫ノ罪……………七六五

第八十八章 略取及ヒ誘拐ノ罪……………七六八

第十二編 住居及ヒ秘密ヲ侵ス罪……………七七三

第八十九章 住居ヲ侵ス罪……………七七三

第九十章 秘密ヲ侵ス罪……………七七六

第十三編 名譽、信用及ヒ業務ニ對スル罪……………七八一

第九十一章 名譽ニ對スル罪……………七八二

第九十二章 信用及ヒ業務ニ對スル罪……………七九二

第十四編 財産ニ對スル罪……………七九五

第九十三章 通論……………七九五

第九十四章 竊盜及ヒ強盜ノ罪……………八〇八

第九十五章 詐欺及ヒ恐喝ノ罪……………八一七

第九十六章 横領ノ罪……………八二八

第九十七章 贓物ニ關スル罪……………八三五

第九十八章 毀棄及ヒ隱匿ノ罪……………八四〇

附 録

改正 日本刑法論目次 畢

改正日本刑法論

泉 二 新 熊 著

緒 論

第一章 刑法學ノ範圍

第一 刑法學ノ意義

刑法學ハ實在ノ刑法上ニ於ケル犯罪及ヒ刑罰ノ原理原則ヲ發見シ之ヲ系統
的ニ説明スルヲ目的トスル學問ナリ抑々學問ハ多數ノ複雜ナル現象中ヨリ
同性質ノ現象ヲ抽出シテ共通ノ原素ヲ發見シ之カ統一的概念即チ標準的
ノ知識ヲ領得スルヲ目的トスルモノニシテ刑法學ノ趣旨亦之ニ外ナラス然
リ而シテ刑法學ハ實在セル刑法ヲ基礎トシテ犯罪ト刑罰トニ關シ如何ナル

原則ノ採用サレタルカヲ發見スルヲ以テ任務トス、自然法學派ノ如ク古今不變ニシテ先天的ニ完全ナル理想的ノ刑法ヲ發見スルヲ以テ主眼トシ、歴史的ニ成立シタル實在刑法ヲ不完全ナリト認メ理想刑法ヲ以テ其是非ヲ判斷セシトスルカ如キハ刑法學ノ範圍ニ屬セス、若シ夫レ實在刑法ヲ研究シタル結果トシテ其缺點ヲ指摘シ將來ノ改正ニ資スヘキ提議ヲ附加スルカ如キハ素ヨリ妨ケサル所ナリト雖モ之ヲ以テ主タル目的トスルニアラサルハ明カナリ

刑法學ハ其研究ノ目的ニ依リ之ヲ解釋刑法學、沿革刑法學及ヒ比較刑法學ノ三種ニ區別スルコトヲ得ルモノトス、解釋刑法學ハ一國現行刑法ニ於ケル諸條規ヲ分析總合シテ統一のニ其原則ヲ知得スルヲ主眼トシ、沿革刑法學ハ古今ノ刑法ヲ歴史的ニ研究シテ其原則ヲ知得スルヲ要旨トシ、比較刑法學ハ諸國ノ現行刑法ヲ比較對照シテ刑法原則ノ異同ヲ發見スルヲ本領トス而シテ沿革刑法學及ヒ比較刑法學ヲ研究スル主要ナル目的ハ將來ノ立法事業ニ參考資料ヲ供給スルニアルヲ以テ何レモ獨立ノ學科トシテノ存在ヲ認メサル

ヘカラスト雖モ此二個ノ方針ニ於ケル研究ハ解釋刑法學ニ有益ナル資料ヲ提供ス而シテ解釋刑法學ハ通常之ヲ單ニ刑法學又ハ刑法ト畧稱ス、刑法學ハ之ヲ總論ト各論トニ別ツ、犯罪及ヒ刑罰ニ關スル一般の原則ヲ説明スルハ刑法總論ニシテ各種ノ犯罪及ヒ刑罰ニ關スル説明ハ刑法各論ノ範圍ヲ構成ス

第二 刑法學ノ補助科學

凡學問ハ他ノ科學ヲ或範圍ニ於テ應用スルニアラサレバ其研究ヲ全クスルヲ得ス、換言スレバ絶對ニ孤立シ得ル學問ナシ、殊ニ刑法ハ諸種ノ概念ヲ包括シ、生活ノ各方面ニ於ケル關係ニ牽聯スルカ故ニ他ノ科學ニ比シテ一層多クノ補助科學ヲ必要トス、即チ刑法以外ノ國法私法ハ勿論、物理、化學、生理學、論理學等ノ一般的知識ヲ養成セザルヘカラス、然レトモ左ノ科學ハ殊ニ直接重要ナル關係ヲ有ス

- 一、刑事人類學
- 二、刑事心理學

三、刑事社會學

四、刑事統計學(年齡、男女別、身分、生活狀態、家族關係、教育、及土地等ト犯罪ノ種類、其件數ノ増減、及ビ刑ノ執行ノ效果等トノ關係ヲ研究ス)

五、法醫學

六、監獄學

七、刑事政策學

以上列舉シタル科學ハ之ヲ刑法學ト併セテ刑事學ト稱スルヲ得ベシ就中刑事政策學ハ刑罰ノ目的ヲ論究シ其他ノ刑法補助科學及ビ沿革刑法學並ニ比較刑法學ニ於ケル研究ノ結果ヲ應用シテ犯罪豫防ノ目的ヲ達スルニ最モ適當ナル手段ヲ攻究シ以テ刑事法及ビ監獄法等ニ關スル將來ノ立法方針ヲ指導スルヲ主要ナル目的トスルモ現行法ノ解釋適用上ニ於テモ刑事政策ノ結果ヲ參考スルノ必要アルコトヲ注意スベシ
以上ノ補助科學ニ關スル參考書ハヘルネル四五頁乃至四八頁脚註、りすと第十八節第八段、まいや、第六節第十乃至第十五註、かる、九頁第二及ヒ第三註

ニ列舉セラレタリ

第三 刑法學ノ沿革

本邦ニ於テ刑法ヲ統一的ニ學問的ニ研究スルニ至リタルハ舊刑法起草者タル佛國法律博士ぼあそな、ゴ氏渡來シ歐洲ノ學說ヲ輸入シタル以來ノコトニ屬シ其後ノ變遷ハ彼我同一ノ狀態ニアリ
歐洲ニ於テ犯罪及ヒ刑罰ニ關スル學問ガ統一的ニ研究セラル、ニ至リタルハ第十八世紀以後ニアリ當時ニ於ケル學者中最有名ナル者ハ獨ノゴ、ましうす、うおるふ、かんど、ふひて、英ノべんたむ、佛ノダ、るて、伊ノベツ、かりあ、及ヒふ、らんじ、り、等ニシテ何レモ從來ノ刑事制度ヲ批難シ犯罪及ビ刑罰ヲ理想的ニ哲學的ニ研究シ犯人ニ對スル脅赫ヲ排斥シテ博愛ヲ主張シタルガ故ニ學者或ハ之ヲ博愛主義ノ學派ト稱シ又理想派ト名ク實ニ神學德學及ビ法學ノ混淆時代タリシナリ(註)

(註) ベツ、かりあノ犯罪及ビ刑罰論 (Beccaria, Dei delitti e delle pene, 1764.) ハ刑法史上最モ重要ナル時期ヲ劃シタリ、本書ノ目的ハ、その一ノ社會契約說ヲ應

用シテ刑罰權ノ基礎ヲ論シ此見地ヨリ當時ノ刑罰制度ヲ攻撃シテ改良ヲ促スニアリ氏ノ所論ニ依レバ人類ノ原始狀態ハ戰爭狀態ナリト雖モ應テ各人此狀態ヲ倦厭シ平和ヲ希望スルヤ其天賦ノ自由ノ大部分ヲ保護スルガ爲メニ其一部ヲ割キテ之ヲ各人ノ代理人タル主權者ニ附與シ以テ保護ヲ行ハシムルモノニシテ刑罰權ハ斯ノ如クニシテ各人ノ割讓シタル自由ノ小部分ノ總和ヨリ成立ス然リ而シテ各人ハ皆完全ナル自由ヲ享有セント欲シ且平和ヲ求ムルノ必要上已ムヲ得ズ其自由ノ最少部分ヲ割讓スルニ至リタルモノナルガ故ニ刑罰ハ各人ノ自由ノ保護ニ必要ナル範圍内ニ於テノミ正當ニシテ其範圍ヲ脱スルトキハ則チ暴行タルヲ免レズ茲ニ於テカ又社會契約ノ一部タル法律ヲ以テ犯罪ト刑罰トヲ豫定シ法律ニ依ルニアラサレハ刑罰ヲ科スルハ餘地ナカラシムルノ必要ヲ生スト謂フニアリ蓋社會契約說ノ失當タルハ現今學者間ノ定説タリト雖モ此見地ヨリ流出シタル諸種ノ改良論ハ着々トシテ實效ヲ奏シタリ

然ルニ第十九世紀ノ中葉ニ至リ伊國ノ法醫學者ルムボロゾー氏ノ理想學派

ヲ批難シ生物學ヲ基礎トシテ犯罪ヲ研究スヘキコトヲ主張スルヤ刑事學ノ趨勢靡然トシテ之ニ赴キ次テ伊國ノふエリー獨國ノりすと等社會學ト生物學トノ兩基礎ヨリ犯罪ヲ研究スヘキコトヲ唱フルニ及ビテ科學派ノ勢力彌々加ハリ理想學派益々衰フ理想派ハ所謂舊派ニシテ科學派ハ所謂新派ナリ新派ノ中堅ハ伊太利ノ學者ニアリ故ニ又之ヲ伊太利學派トモ稱ス而シテ舊派ハ人類ノ自由意思ヲ認メテ因果應報論ヲ主張シ新派ハ自由意思論ヲ排シ意思必至論ヲ唱ヘ刑罰ヲ以テ犯罪豫防ノ一ノ手段ナリト爲ス(第二章參看)

第四 本書ノ目的

本書ノ主旨ハ明治四十年四月二十五日ノ公布ニカ、ル日本新刑法典ニ於ケル原則ヲ論究スルニアリ上卷ニ於テ總論ヲ説キ下卷ニ於テ各論ヲ研究セントス然レトモ總論ニ於テ共通原則ノ根據ヲ明カニスルガ爲メ各論ノ範圍ニ論及シ各論ニ於テ總則ノ適用ヲ明カニスルガ爲メ總論トノ關係ヲ論スルハ當然ニシテ尙ホ普通刑法ノ原則ヲ確立シ例外トノ關係ヲ示スガ爲メニ必要ナル範圍内ニ於テハ特別刑法ノ規定ヲ説明シ本法ノ意義ヲ詳カニスルガ爲

メ其由來ヲ説キ外國ニ於ケル學說及ビ立法例ヲ叙述シ又本法ガ刑事政策ノ要求ニ應シテ採用シタル制度ノ精神ヲ知ルカ爲メ政策上ノ評論ヲ避ケサルベシ然リ而シテ刑法ノ沿革及ヒ刑事政策ニ關スル概念ヲ會得スルハ特ニ必要ナルガ故ニ緒論中ニ於テ其大要ヲ説カン

第二章 刑罰ノ目的

第一 總説

刑罰ノ目的ニ關スル問題ハ獨逸ニ於テハ刑罰理論ノ争トシテ現ハレ佛國ニ於テハ刑罰權ノ基本問題トシテ論議セラレタリ而シテ刑罰權ノ基本問題トシテハ先ツ國家ニ刑罰權アリヤ否ヤノ先決問題ヲ生シ之ニ對シテ消極論ヲ主張シタルモノナキニ非ス其要旨ハ凡ソ犯人ハ其心身ノ狀態變則ナルモノニシテ癡狂ニアラサレハ白痴ナルカ故ニ國家ハ之ヲ治療スヘクシテ刑罰ヲ加フルノ權利ナシ(Gall氏所論ノ要旨トシテ岡田氏日本刑法論總則第六頁以

下ニ見ユ)ト謂ヒ或ハ刑罰ハ犯罪ヲ消滅セシムルコト能ハス否ナ之ヲ減少セシムルヲ得サルノ事實ニ徴スレハ國家ハ元ト刑罰權ヲ有スヘキモノニアラス (Emil de Girardin 氏所論ノ要旨トシテ同上第六頁ニ見ユ)ト謂フニアリ然レトモ犯人悉ク癡狂白痴ナリト云フハ醫學上ノ理論ニ適セス又全然刑罰ナキ場合ヲ想像對比スルトキハ刑罰ノ效果ヲ絶對ニ否認スルコト能ハサルハ言フ歟タサルノミナラス或時代ニ於ケル刑法ノ結果ノミヲ見テ直ニ國家ノ刑罰權ヲ否定スルカ如キハ失當ナリ抑々刑罰權ハ國家主權ノ一作用タルニ過キサルガ故ニ刑罰權ノ基本ハ主權ナリト謂フヲ得ヘク國家カ其秩序ヲ維持スルニ必要ナル範圍ニ於テ刑罰權ヲ行使スルノ正當ナルハ國家概念ヨリ論定スヘキ當然ノ結果ニシテ敢テ神授説又ハ社會契約説ヲ以テ刑罰權ノ正當ナル根據ヲ求ムルカ如キ必要アラサルヘシ是ヲ以テ吾輩ハ刑罰權ノ存在ト其正當ナルコトトヲ當然ノ前提トシ國家カ刑罰權ヲ行使スルハ如何ナル目的ヲ達スルカ爲メナルカヲ研究スルノ適當ナルヲ信ス刑罰ノ目的論ハ即チ此意味ニ外ナラス

從來刑罰ノ目的ニ關シテハ三種ノ學說アリ曰ク絶對主義、正義主義、純理主義
又ハ應報主義、曰ク相對主義、目的主義、實行主義又ハ豫防主義、曰ク折衷主義是
ナリ

第二 絶對主義

絶對主義ハ所謂舊派ノ主張スル所ニシテ刑罰ニ相對ノ目的アルヲ認メス刑
罰其モノヲ目的ナリトスルモノニシテ是非辨別力ト自由意思トヲ前提トシ
因果應報ノ理法ニ依リテ犯罪及ヒ刑罰ヲ説明セントスルモノナリ即チ人ハ
是非ノ辨別力ニ依リ善ヲ撰ヒ惡ヲ避クル自由ノ意思ヲ有スルニ拘ラス犯罪
ト云フ惡因ヲ作ルカ故ニ當然ノ理法トシテ惡因相當ノ惡報即チ刑罰ヲ負ハ
シムルコト當然ナリト主張スルナリ犯罪必罰主義ナリ犯罪の害惡ト刑罰的
害惡トノ均等主義ナリ、三分派アリ神意的應報主義、道德的應報主義及ヒ法律
的應報主義是ナリ

一、神意的應報主義 ノ要旨ハ犯罪ハ神ノ命令ニ違反スルモノナルカ故ニ神
カ俗界ニ於ケル其代表者ニ依リテ其應報權ヲ行フカ爲ニ刑罰ヲ存スト謂フ

ニアリ、すたゝるノ見解ニ依ルトキハ國家ハ神ノ秩序ノ俗界ニ於ケル發現ニ
シテ身體ノ健全、財産ノ保護、家族ノ秩序、國家ノ成立及ヒ寺院ノ存續ハ神ノ秩
序ノ基礎ナリ犯罪ハ即チ此秩序ノ破壊ナルヲ以テ神ハ俗界ニ於ケル神ノ權
力ノ代表者タル國家ヲシテ此秩序ヲ破リタル犯罪者ニ對シテ刑罰ヲ行ハシ
メ以テ秩序ノ支配力ヲ回復セシムルモノナリ而シテ正義ハ神ノ秩序ノ不可
侵の存續ナルカ故ニ惡行ニ對シテ刑罰ノ必然ニ伴フヘキコトハ正義ノ永久
的の法則ナリ (Stahl, Die Philosophie des Rechts II. 1. S. 160 ff, II. 2. S. 681 ff.)

二、道德的應報主義 ノ要旨ハ犯罪ハ道德的秩序ノ侵害ニシテ刑罰ハ道德上
ノ觀念ヨリ必然ニ犯罪ニ伴フヘキ應報ナリト謂フニアリ、かんとノ見解ニ依
レハ道德上ノ原則ニ違背シテ他人ニ害惡ヲ加ヘタル犯罪者カ其應報タル害
惡(刑罰)ヲ負擔セサル可ラサルハ理性當然ノ要求タル公理的命令ニシテ何等
ノ證明ヲ要セサルモノナリトス (Kant, Kritik der praktischen Vernunft, 1788.) 又ほん
ばゝるノ見解ニ依ルトキハ刑罰ハ法律ニ依ルコトナク道德ニ依リテ之ヲ定
メサルヘカラス各人ノ行爲ニ付テ判斷ヲ與フルハ倫理ノ本質ナリ而シテ國

家ハ倫理ノ原則ニ反スル犯罪者ニ對シテ判斷ヲ爲シ之ヲ咎責スル權利ヲ有ス刑罰ハ此咎責ノ表示ニ外ナラス(V. Bar, Handbuch IS. 311 ff.)

三、法律的應報主義 ハ犯罪ヲ以テ違法行爲ナリトシ隨テ刑罰ハ法律上ノ應報ナリトスルモノナリ、ヘーゲルノ見解ニ依レハ犯罪ハ法ノ否定ニシテ刑罰ハ法ノ否定(即チ犯罪)ノ否定ナルカ故ニ犯罪ト刑罰トハ同一ノ害タルコトヲ要セサルモ其價值ニ於テハ互ニ相應スルヲ要スルモノトス(Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 82 ff.)尙ホ罪刑相應ノ標準ニ付テ或學者ノ説明スル所ヲ聞クニ自由刑ヲ量定スルニハ先ヅ犯罪ノ結果タル損害ノ價值ヲ金錢ニ見積リ次ニ其當時ニ於ケル一日ノ普通賃銀ヲ確定シ損害金額ヲ償フニ足ルベキ期間ヲ以テ標準トセサルヘカラス(Zachariae, Anfangsgründe des philosophischen Kriminalrechts 1805 S. 44.)而シテかんとモ後ニ至リ法律上ノ應報ヲ認ムルニ至レリ其見解ニ依レハ刑罰ハ理性ノ絶對的要求ニシテ刑法ハ因果均一ノ應報(即チ反坐)ヲ要求スル公理的命令ナリ(Rechtsschre, II 799, S. 170 ff., 225 ff.)蓋或時代ニアリテハ宗教道德法律ハ互ニ分科セス祭祀ハ國政ノ主位ヲ占メ

法律ハ正善ト衡平トヲ強行スル方術タリ(Gelsus:—Jus est ars boni et Aequi.)シカ故ニ此時代ノ觀念ヲ標準トスルトキハ神意說、道德說亦敢テ批難スルヲ得スト雖モ現今ノ時代ニ於テ此ノ如キ思想ヲ以テ刑罰觀念ヲ説明スルノ非ナルハ敢テ多辯ヲ要セサルヘク又國家カ何等ノ目的ナクシテ單純ニ法律上因果應報ノ理法ヲ強行スト謂フカ如キハ無稽ノ論議ナリ加之犯罪必罰、罪刑均一ノ主義ハ時效、恩赦、未遂犯處罰及ヒ累犯加重等ノ制度ト相容レサルコト明カニシテ現今一般ニ認容サレタル刑法ノ大原則ニ對スル矛盾ナリ

第三 相對主義

相對主義ハ刑罰ノ目的ハ法律秩序ヲ維持スルニアリト爲ス、目的主義、實利主義又ハ必要主義等ノ稱呼アル所以知ルニ難カラス刑事政策論此主義ニ胚胎ス、四種ノ學說アリ

(甲) 一般豫防主義 ハ刑罰ノ目的ハ社會一般ノ犯罪ヲ豫防スルニアルコトヲ主張スルモノナリ三分派アリ

一、脅嚇主義 ニ依ルトキハ刑罰ノ目的ハ執行ニ因リ一般公衆ヲ恐怖セシメ

以テ一般人民ノ犯罪ヲ豫防スルニアリ、ふらんせりー(Milangier)ヲ以テ主唱者トス

二、豫戒主義 ニ依ルトキハ豫防策ハ刑ノ豫定ヲ以テ主トナスヘキモノニシテ刑ノ執行ハ刑ノ豫定ニ必要ナル追壓ニ過キス元來凡テノ違法行為ハ快樂的動機ニ原因スルモノニシテ換言スレハ人ハ犯罪ニ因リ快樂ヲ享受セントスル欲望ニ驅ラレテ犯罪ヲ犯スニ至ルモノナルカ故ニ刑罰ヲ豫定シテ犯罪ニ依リ此欲望ヲ満足セシムルトキハ其快樂ヨリモ大ナル苦痛ノ伴フヘキコトヲ知ラシメ以テ犯罪的欲望ヲ抑壓スルハ刑罰ノ主要ナル目的ナリトス、ほいやーば(Feuerbach)ノ主張ニ係ル所ナリ

三、社會防衛主義 ニ依ルトキハ犯罪ハ法律ヲ犯シテ國家ノ生存條件ヲ危ウスルモノナルカ故ニ國家ハ犯罪ノ危險ヲ排斥シ以テ己ヲ防衛スルノ權利ヲ有スルモノニシテ刑罰ヲ科スルノ目的ハ即チ犯罪ヲ豫防シテ社會自體ヲ防衛スルニアリ、し¹⁹グ¹⁹フー(Schulze)ヲ以テ創唱者トナス

(乙) 特別豫防主義 ニ依ルトキハ刑罰ハ特定ノ場合ニ於テ處罰セラルヘキ

犯罪人ニ對シテノミ正當ナルモノニシテ其目的ハ此犯人ノ將來ノ犯罪ヲ豫防スルニアリト謂フニアリ、二派ニ分ル

一、脅嚇主義 ハ刑罰ノ執行ニ因リ犯人ヲ威嚇シテ特別豫防ノ目的ヲ達セントスルモノナリ、ぐろーるまん(Großmann)ノ所説是ナリ

二、感化主義 ハ刑罰ノ執行ニ因リ犯人ヲ改善シテ特別豫防ノ目的ヲ達セントスルモノナリ故ニ又改善主義ト名ク、れーだー(Rieder)其他ノ監獄學者之ヲ唱道ス法律的改善、知能的改善及ヒ道德的改善等ノ小分派アリ

(丙) 雙面豫防主義 ハ一般豫防ト特別豫防トヲ併セテ刑罰ノ目的ナリトスルモノナリ然レトモ一般豫防ヲ主トシ特別豫防ヲ從トスルモノト之カ反對ノ見地ヲ探ルモノトアリ假ニ前者ヲ一般豫防兼特別豫防主義ト稱シ後者ヲ特別豫防兼一般豫防主義ト稱セン

一、一般兼特別豫防主義 刑罰ニ依リ將來ノ犯罪ヲ豫防スルニハ先ツ外部ノ強制ニ依リ犯人ヲ淘汰スル手段ヲ探ルコトアリ死刑及ヒ自由刑其期間中ノ如キハ其本質上此效果ヲ有ス次ニ精神上ノ威嚇ヲ以テ犯罪的傾向ヲ抑

歴スル手段ヲ探ルコトアリ此場合ニ於テ刑罰ハ一般の方面ニ效果ヲ及スモノニシテ即チ法律ハ刑罰ノ豫定及ヒ其執行ノ留保ニ依リ刑罰權ニ服従スル者全體ヲ警告ス是レ主要ナル目的ナリ然レトモ刑罰ノ執行モ亦犯人ヲ脅嚇スル效果アリ又適當ナル手段ニ依リ犯人ノ犯罪の傾向ヲ撲滅若クハ減弱シテ之ヲ改良スル效果アルコトヲ看過スヘカラス是從タル目的ナリト謂フヲ要旨トス、やんか之ヲ主唱ス

二、特別兼一般豫防主義 刑罰ノ目的ハ威嚇改善及ヒ淘汰犯罪能力剝奪ノ三方面ニ亘ルヘキモノニシテ刑罰ノ效果ヲ單一トナシ絶對ニ之ヲ貫徹セントスルトキハ犯人ノ異同ニ依リテ適應セシムルコト能ハサルノ缺點アルヲ免レス然レトモ犯人ノ一身ニ及ス效果ヲ主眼トスヘキモノニシテ一般豫防ハ從タルモノナリト謂フヲ以テ要領トス、りすとノ主唱スル所ナリ

(丁) 賠償主義 ニ依ルトキハ犯罪ハ法律秩序ノ安全ニ對スル感念ヲ紊亂シ無形ノ損害ヲ生スルモノニシテ刑罰ハ此紊亂サレタル感念ヲ快復シテ無形ノ損害ヲ賠償スルヲ以テ目的トスルモノトス、うゑるかー(Welcker)ノ所説是

ナリ、ふ^フひてノ契約説モ亦一種ノ賠償主義ニ外ナラス其所説ニ曰ク國家ハ人民ハ契約ニ因テ成立スルモノナルカ故ニ契約ニ違反スル者ハ國家ヨリ排除セララルモ亦已ヲ得サル所ナリ然レトモ此如キ嚴格ナル處分ハ刑罰ノ目的トスル社會秩序ノ絶對ニ要求スル所ニ非サルカ故ニ人民ハ追加契約トシテ賠償契約ヲ締結シ排除ニ代フルニ刑罰ニ因ル賠償ヲ以テスルニ至リタルモノナリトほ^ッべす及ヒ^ベが^リあ^等ノ見解亦然リ

按スルニ相對主義ハ總テ之ヲ結合スルトキハ大體ニ於テ刑罰ノ本旨ヲ闡明シタルモノト認ムルヲ得ヘシ若シ夫レ社會防衛主義ノ如キハ其形式ニ於テ不當ナリ(何トナレハ現在ノ侵害ニ對シテ防衛アルモ將來ノ不確定ナル犯罪ニ對シテ防衛アリト謂フヲ得サレハナリ)ト雖モ實際上ヨリ觀察スレハ社會ハ刑罰ニ因リ將來ノ犯罪ヲ豫防シ社會ノ秩序ヲ維持シテ自己ヲ保存スルモノナリト解スルト同一趣旨ナルヘク此意味ニ於テハ豫防主義ノ必要ヲ辯シタルモノト認メテ可ナリ反之賠償主義ノ一種トシテ敘述シタル社會契約説ノ如キハ今ヤ探ルニ足ラサル空論ニ歸シタリ

第四 折衷主義

折衷主義ハ絶對主義ト相對主義トヲ折衷シ刑罰ノ正當ナル一般の理由ハ之ヲ應報主義ニ求メ此範圍内ニ於テハ法律秩序ノ維持ノ必要ニ應セサルヘカラスト爲スモノナリ其說明種々アリ其一ニヲ示サン

一、正義ノ觀念ニ適應セル刑罰ハ法律秩序維持ノ目的ヲ達スルニ充分ナリ(あ
ベグ Abegg)

二、刑罰ハ應報主義ノ範圍内ニ於テ且ツ刑罰ノ目的ヲ達スルニ必要ナル範圍内ニ於テノミ科スルコトヲ得(けすざりん)

三、刑罰ノ根據ハ應報主義ニアリ然レトモ主義ノ觀念ヲ害セサル範圍内ニ於テハ刑罰ヲ以テ改善及ヒ脅嚇ノ目的ヲ達スル手段ト爲スコトヲ得(ろしし、おるざらん、みてるまいや)等

四、國家カ刑罰即チ苦痛ヲ科スルノ正當ナル根據ハ其目的ノミニ就テ之ヲ求ムルコトヲ得ス何トナレハ目的ハ手段ヲ神聖ニスルコトナケレハナリ目的主義ノ學說ハ之ヲ看過スルモノナリ然レトモ國家カ刑罰主義ヲ實行ス

ルハ法律秩序ノ維持ニ必要ナル範圍ヲ超ユヘキニアラス純正主義ノ學說ハ此點ヲ看過シタルモノナリ是ヲ以テ正義觀念ト目的觀念トヲ結合スルノ必要アリ而シテ應報主義ハ犯罪ト刑罰トノ間ニ於ケル明白ナル比例(敢テ因果ノ均一ト言ハス)ヲ存セシムルニ因リ法律感念ヲ満足セシムル目的トス故ニ刑罰ノ目的ハ正義觀念ノ満足、脅嚇、改善ノ三個ナリト謂ハサルヘカラス若シ夫レ犯罪ト刑罰トノ比例ハ個人ノ被害ニ關係ナク社會カ犯罪ニ因リテ被ルヘキ危害ノ大小ヲ標準トシ、同情スヘキ情狀ノ如何ニ依リ刑罰ノ分量ヲ過不及ナカラシムルニアラサレハ之ヲ維持スルコトヲ得ス刑罰重キニ過クルトキハ復讐ニ變シ輕キニ失スルトキハ有名無實ニ歸スルカ故ニ正義ノ觀念ニ反ス然レトモ刑罰ノ分量ハ絶對ナルコトヲ要セス超ユヘカラサル上限ト離ルヘカラサル下限トヲ劃シ其範圍内ニ於テ自由裁量ヲ許スモ比例ヲ破ルコトナシテ改善ト脅嚇トノ目的ハ此自由裁量ノ範圍内ニ於テノミ刑ノ分量ニ影響ヲ及ホスヘキモノナリ(べるな)

五、特別豫防ノ範圍ニ於テ刑罰ノ目的ハ改善、脅嚇及ヒ淘汰ニアリ一般豫防ノ

方面ニ於テハ正義公平ノ觀念ニ適合スル程度内ニ於ケル脅嚇ヲ以テ法律
 威念ノ満足ヲ擔保セザルヘカラス(フナガ)

以上敘述シタル所ニ依レハ折衷主義ノ學說中ニ於テモ純正主義ノ觀念ヲ以
 テ一方ノ基礎ト爲スモノアリ反之刑罰カ犯罪ノ社會ニ及ス危害ノ程度ニ比
 例シテ適當ノ分量ヲ有スルヲ以テ正義ニ適合スト解スル者アルコト明カナ
 リ顧フニ純正主義ノ觀念ヲ絶對的ニ解釋シ之ヲ以テ法律上ノ觀念ヲ説明セ
 ントスルハ寧ロ不可能ナリト雖モ後段ノ如キ意味ニ於テ折衷主義ヲ要求ス
 ルカ如キハ必シモ排斥スヘキニアラス否ナ適度ト云フ觀念ハ社會上ノ總ノ
 現象ト分離セラレヘキモノニアラサルナリ論者アリ折衷主義ヲ批難シテ曰
 ク絶對ナルモノハ同時ニ相對ナルヲ得ス絶對主義ト相對主義トハ氷炭相容
 レサルモノナルカ故ニ之ヲ結合折衷スルカ如キハ不能ナリト是只皮想ノ形
 式論法ニシテ採ルニ足ラス

第五 結論

凡意思ノ發動ニハ一定ノ目的アリ行爲ハ目的ノ觀念ト雖ルヘカラス刑罰ヲ豫

定シ之ヲ適用スルハ國家意思ノ作用ナリ豈其目的ナカラシヤ絶對主義ノ採
 ルヘカラサルハ明白ナリ
 刑罰ハ犯罪豫防ノ手段ナリ抑國家カ特定ノ人ニ對シテ刑罰ヲ行フハ犯罪ア
 ルニ因ルモノニシテ犯罪ハ法益ノ侵害若クハ危害ニ依ル非社會性ノ表示ナ
 リ非社會性カ此ノ如キ行爲ニ依リ外部ニ表現セスシテ心裡ニ潜伏スルニ止
 マルトキハ未タ之ヲ以テ處罰ノ前提ト爲スヲ得ス非社會性ヲ表示スル行爲
 アリテ然ル後ニ處罰アルナリ然レトモ犯罪ハ一ノ經過的事實ナリ既ニ犯サ
 レタル犯罪ハ復タ之ヲ捕捉スルニ由ナシ刑罰ノ對象ハ犯罪其モノニ非スシ
 テ犯罪人ナリ犯罪ハ特定ノ人ヲ處罰スルノ條件タルニ過キス而シテ國家カ
 過去ノ事實ニ因リテ人ヲ處罰スルノ理由ハ將來ノ犯罪ヲ豫防スルノ必要ニ
 基クモノトス是刑罰ヲ犯罪豫防ノ手段ナリトスル所以ナリ要之刑罰ノ本體
 ハ過去ノ犯罪ヲ條件トシテ一私人ニ科セラルル制裁ナリ國家カ此制裁ヲ科
 スルノ目的ハ將來ノ犯罪ヲ豫防スルニアリ彼此混同スル勿レ
 刑罰ハ雙面的豫防ヲ目的トセザルヘカラス一般方面ノミヲ觀察シテ特別方

面ヲ看過シ若クハ特別方面ノミヲ捉ヘテ一般方面ヲ不問ニ付スルカ如キハ共ニ完璧タルヲ得ス又一般豫防ト特別豫防トノ間ニ輕重ヲ分ツヘカラス二者ノ價值同等ナリ警戒恐嚇改善及ヒ淘汰各豫防ノ目的ノ一部ナリ何レモ棄ツヘカラス或ハ曰ク累犯加重ノ如キハ特別豫防ヲ本質トスル制度ニシテ而カモ或範圍ニ於テ各國ノ立法例ニ採用セラルル所ナルカ故ニ特別豫防ヲ主トスル見解ノ至當ナルヲ知ルヘシト然レトモ累犯ノ規定モ亦前科者一般ニ對シテ累犯ヲ豫防スル趣旨ト現ニ處罰セララルル特定ノ累犯者ノ將來ノ累犯ヲ防クノ趣旨トヲ包含スルコト疑ナシ

刑罰ヲ以テ犯罪ヲ豫防スルハ社會秩序ノ維持即チ社會ノ自己保存ニ必要ナルカ爲メナリ故ニ秩序ノ維持上必要ナクハ刑罰ヲ用フヘカラス又刑罰ノ分量ハ必要以上ニ超脱シ若クハ必要以下ニ沈降スヘカラス是目的思想ノ當然ナル要求タリ然リ而シテ秩序維持ノ必要上刑罰ヲ條件トシテ阻止スヘキ行爲ノ種類並ニ程度及ヒ刑罰ノ範圍ヲ定ムルハ其時代ト場所トニ於ケル文

化ノ程度及ヒ人情風俗其他一切ノ社會狀態ニ應シテ立法者ノ適度ナリト認ムル所ニ從テ隨時ニ決定スヘキ刑事政策ノ根本問題ナリ然レトモ刑罰ノ程度ヲ定ムルニモ目的觀念ノ要求ニ從ハサル可ラス而シテ此見地ヨリ觀察ヲ下ストキハ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意思責任ノ大小及ヒ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又凡ソ故意ノ侵害ハ過失ニ因ル侵害ヨリモ社會秩序ヲ攪亂スル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ク又常時本能的ニ犯罪傾向ヲ有スル者ハ偶時的ノ者ヨリモ其非社會性ノ根柢深キコト明瞭ナルカ故ニ刑罰モ亦從テ重キニアラサレハ目的觀念ノ要求ニ適セサルナリ例ヘハ皇室ノ安固若クハ國家ノ生存ヲ危害スル者ハ遺失物ヲ橫領シ若クハ物ヲ毀棄スル者ニ比シ又故意ニ人ヲ傷クル者ハ過失ニ因テ人ヲ殺ス者ニ比シテ其非社會性ノ

程度大ナルカ故ニ其刑罰モ亦比較的ニ重カラサルヲ得ス又同種ノ犯罪ニ付テモ判決ノ前後ヲ問ハス數個ノ犯罪ヲ犯ス者ハ偶然ニ一個ノ犯罪ヲ犯ス者ヨリモ一般ニ其非社會性ノ程度深キカ故ニ刑罰加重ノ餘地ヲ存セサルヘカラス然レトモ非社會性ノ絶對ニ重大ナル場合ノ外同種ノ犯罪ニ付テモ場合ノ如何ニ因リ自ラ非社會性ノ大小深淺等ニ程度ノ差異アルカ故ニ或ハ選擇的ニ數種ノ刑罰ヲ豫定シ或ハ同種ノ刑罰ニ高度ト低度トヲ定メテ伸縮自由ナラシムルノ必要アリ茲ニ於テカ或種類ノ犯罪ニ科スヘキ刑ト他ノ犯罪ニ科スヘキ刑トノ上限ト上限トヲ比スレハ前者ヲ以テ重シトスルモ前者ノ下限ト後者ノ上限トヲ比スレハ却テ後者ヲ以テ重シトスル場合ヲ生スルハ當然ナリ我新刑法ノ如キモ亦上來敘述スル所ノ趣旨ニ依レルコト疑ナシ然レトモ是只犯罪ノ發生ヲ前提トシテ刑罰ノ程度ヲ論スルニ止マル若シ夫レ犯罪傾向アルコトヲ知ルニ足ルトキハ直ニ之ヲ罰スヘキカト謂ヘハ寧ロ之ヲ否定セサルヘカラス蓋單純ナル思考ヲ罰スルニ至ルトキハ刑罰濫用ノ弊ヲ防クヲ得サルヘケレハナリ是立法者カ標準刑ヲ定ムルニ意思活動カ法定結果

ヲ生スルヲ以テ要件トシ主觀客觀ニ要素ノ具備セル犯罪ヲ條件トシテ犯人ヲ處罰スルヲ常例トセル所以ナリ此見地ヨリ觀察スレハ未遂罪ノ成立ニ付テモ獨リ主觀方面ノミニ依ルコトナク結果發生ノ危險ノ有無ヲ斟酌セサルヘカラス殊ニ新刑法ニ於テハ未遂ハ明文アル場合ノ外之ヲ罰セサル主義ヲ採用シタルニ依リテ之ヲ觀ルモ犯罪ノ有無ヲ決スルニハ法定結果ノ有無カ重要ナル關係ヲ有スルコト明カナリ要スルニ犯罪ノ成立不成立ヲ區別スヘキ條件ト刑ノ輕重ヲ定ムヘキ標準トハ稍其趣ヲ異ニスルコトヲ注意スヘシ以上敘述スル所ニ依レハ刑罰其モノハ目的ニアラスシテ國家カ犯罪ヲ豫防スル目的ノ爲メニ使用スル手段ナリト雖モ此目的觀念ハ自ラ社會狀態ニ適當ナル刑罰ノ程度ヲ存スルモノトス若シ夫レ刑罰ニ適度ノ存スルヲ以テ應報主義ナリトセハ此意味ニ於テハ吾輩ノ見解モ亦一種ノ折衷說ナリト謂フヲ得ヘシ然レトモ刑罰ノ程度ハ犯罪ノ結果ト比例ヲ有スヘキモノニアラスシテ犯罪ニ因リテ證明サレタル非社會性ノ大小深淺ニ比例スヘキモノナルカ故ニ此點ニ於テ從來ノ折衷說中我輩ノ見解ニ類似セルモノモ實質上ノ主

旨ヲ異ニス又從來ノ相對說ハ非社會性ノ深淺如何ニノミ注意シ吾輩ノ所謂非社會性ノ大小即チ犯罪ノ對象タル法益ノ價值ニ因リテ定マルヘキ非社會性ノ程度ヲ度外視スルノ傾向アリ二者何レモ一方ニ偏スルモノニシテ吾輩ノ探ラサル所ナリ而シテ新刑法ノ主義亦吾輩ノ見解ニ依リテ明瞭ニ之ヲ說明スルコトヲ得ヘシ

第三章 犯罪ノ原因

第一 總說

凡犯罪ニハ各其原因アリ刑罰ヲ以テ犯罪豫防ノ手段ナリト爲ストキハ單ニ犯罪ノ結果ノミヲ觀察スルニ止メスシテ必ス其由リテ來ル原因ヲ探究シ之ニ適應スヘキ方法ヲ講スルニ非サレハ豫防ノ目的ヲ達スルコト能ハサルヤ明カナリ新派カ犯罪學(Kriminologie)即チ犯罪原因ノ探究ヲ目的トスル學問ヲ基礎トスル所以茲ニアリ

犯罪原因ノ研究上三個ノ學派アリ刑事人類學派、刑事社會學派及ヒ折衷學派是ナリ

第二 刑事人類學派

刑事人類學派ハ病人ナクシテ疾病ヲ研究スルコト能ハサルト等シク犯罪人ヲ措イテ犯罪ヲ研究スルコト能ハストノ見地ヨリ犯罪ノ原因ヲ犯人其者ニ就テ具體的ニ探究スルモノニシテ殊ニ犯人ノ體形、智能及ヒ道德心ノ程度等ヨリ其特質ヲ明カニシ所謂犯人相貌(Type criminal, Verbrechertypus)ヲ研究スルヲ以テ本領トス、ろむぶろぞーノ創唱シタル所ニシテ舊派即チ理想派ト其研究方法異ナルカ故ニ學者之ヲ新派、實驗學派又ハ博物學派ト稱ス而シテ此學派ハ總テノ犯罪的行爲純然タル意味ノ犯罪及ヒ主觀要素ヲ具備セサルモ犯罪ノ客觀要素ヲ具備スル行爲ニ付テ犯人ヲ生來犯人、習慣犯人、偶然犯人、激情犯人及ヒ癡狂犯人ノ五種ニ分類シタリ

一生來犯人ハ祖先ノ遺傳ヲ受ケ先天的ニ犯罪性ヲ有シ犯罪ヲ正當ナル營業ト思爲シ監獄ヲ見ルコト安全ナル家庭ノ如ク感想ス而シテ此種ノ犯人

ハ野蠻的原始的體型ヲ表示スル犯人相貌(又ハ犯人體型ヲ具備ス(例ハ前額ノ著シキ傾斜、顔面及頭蓋ノ不齊調、頭蓋内容ノ貧少、顎骨ノ廣大、下顎ノ突出、眼窩内容ノ廣大、耳朶ノ聳出及ヒ把狀形等ヲ以テ其特徴トス)

二慣習犯人 ハ遺傳ヲ受ケタルニアラスト雖モ出生後ノ生活狀態ノ影響ニ因リ道德心殆ト滅却シ勞働ヲ欲セスシテ浮浪者又ハ賣淫者ト爲リ盜賊又ハ詐欺師ト爲リ慣習遂ニ性ヲ成シ遺傳犯人ト等シク職業的犯人タルニ至ルモノトス故ニ生來犯人ハ先天的ノ本能犯人ニシテ慣習犯人ハ後天的ノ本能犯タリ

三偶然犯人 ハ外國ノ影響ニ對スル抵抗力薄弱ニシテ且ツ自己ノ行爲ノ結果ニ對スル先見ノ能力乏シキカ爲メ犯罪ヲ犯スニ至ル者ニシテ例ハ一時ノ窮乏ニ際シテ忽チ竊盜ヲ犯シ身邊裝飾ノ流行ヲ模擬セント欲シテ詐欺ヲ犯スカ如キ是ナリ

四激情犯人 ハ偶然犯人ノ一變態ニシテ變愛、憤怒、嫌惡、妬嫉等ノ爲メニ情熱激動シ之ヲ抑壓スルコト能ハスシテ忽チ犯罪ヲ犯スニ至ル者ニシテ殊ニ

身體ニ對スル犯罪ニ付テ此種ノ犯人多シ而シテ其犯罪ハ無感覺ノ結果ニアラスシテ神經過敏ノ致ス所ナルカ故ニ犯罪ヲ犯シ了ルヤ直ニ其非ヲ悔悟シ常態ニ復歸スルモノトス

五癡狂犯人 ハ遺傳、墮落、酒精中毒又ハ偶事等ニ因ル白痴及ヒ諸種癡癲ヨリ其他ノ精神醜亂者等ニ至ル迄一切ノ病人ヲ包含ス

刑事人類學派ノ一分派トモ稱スヘキ精神病醫學派ハ常人ニモアラス又狂人ニモアラスシテ精神ノ平均ヲ失ヒタル變則的精神狀態アルコトヲ研究シタリ

第三 刑事社會學派及ヒ折衷學派

刑事社會學派ハ刑事人類學派ノ主張ニ係ル犯人ノ分類殊ニ犯人相貌ヲ否認シ犯罪原因ヲ個人的ニ具體的ニ研究セス幾多ノ犯罪ニ關スル統計ヲ基礎トシテ諸種ノ社會的原素例ハ人口ノ疎密、風俗、宗教、家族關係、教育制度、工場及ヒ鑛業制度、刑事制度等ト犯罪トノ關係ヲ探究シ社會的環象ヲ犯罪ノ微菌ナリト認メ社會其モノヲ以テ犯罪製造者ナリト見解スルモノナリ

折衷學派ハ犯罪ノ原因ヲ刑事人類學派又ハ刑事社會學派ノ如ク片面的ニ觀察スルヲ以テ不充分ナリトシ個人的方面ト社會的方面トヲ併セテ觀察ス而シテ外因ノ内因ニ比シテ優勢ナル場合(即チ從來品行惡シカラサル者カ同情スヘキ一時的ノ興奮激怒等ニ因リ又切迫セル窮狀ニ陥リタル爲メ其本性ニアラサル犯罪ヲ犯シタル場合)ト外因ノ内因ニ比シテ微弱ナル場合(即チ暴戾、殘忍、放恣、淫蕩又ハ輕卒等ノ如キ將來幾多ノ中間階級ヲ經テ精神病の狀態ニ陥ルヘキ根抵的特性ヨリ犯罪ノ生シタル場合)トヲ區別ス前者ハ所謂機會犯又ハ急激犯ナリ後者ハ所謂本能犯偏向犯、彌久犯、又ハ常態犯ニシテ可治ノ者ト不可治ノ者トヲ包含ス此學派ヲ名ケテ第三派ト稱呼スル者アリ

第三 批評

刑事人類學派カ所謂犯人相貌ヲ確定セルハ尙早ノ感ナキヲ得ス反對說ニ依レハ體型ノ異常ハ小兒期ニ於ケル發育不良ノ原因ニ基クモノニシテ犯罪本能ノ特象ニアラス加之所謂常態犯中ニモ幾多ノ常人相貌アルハ統計上爭フヘカラサル事實ナルカ故ニ所謂犯人相貌ヲ有スル者ハ悉ク犯罪者タルヲ免

レサルモノトシ犯人相貌ヲ有セサル者ニハ常態犯ナシト謂フカ如キ結論ヲ生セスト云フ蓋健全ナル精神ハ健全ナル身體ニ宿ルノ原則ハ普通經驗ニ依ルモ明カナルノミナラス體型ノ變質ハ精神的變質ノ傾向ヲ指示スルハ醫家ノ説明スル所ニシテ精神ノ變的傾向カ固執的犯罪性ヲ構成スルコトアルハ疑ヲ容ルルコト能ハサルカ故ニ體型上ノ特徵カ往々ニシテ本人ノ頑強ナル犯罪性ヲ推定スルノ一材料タルヘキコトハ頗ル注意スヘキ點ニシテ絕對ニ之ヲ否認スルハ極端ト極端トノ衝突タルヲ免レス然レトモ所謂犯人相貌ヲ以テ犯罪本能ヲ確知スル唯一ノ標準ナリト爲サハ幾多ノ實驗ハ之カ反對ヲ證明スルニ難カラス反對說ノ乘スル所茲ニアリ共ニ一部ノ理由ヲ以テ全部ノ正否ヲ極論スヘカラス

人類學派カ遺傳犯人ノ外ニ犯人ヲ四種類ニ分別シタルハ其形式ニ於テ適當ナリト謂フヲ得サルモ實質的ニ觀察スレハ其誤リナラサルヲ見ル折衷學派カ人類學派ノ所謂偶然犯人ト激情犯人トヲ併セテ瞬時犯人トシ慣習犯人ト癡狂犯人ノ一部トヲ併セテ常態犯人トスルハ形式上適當ナル分類ナリト雖

モ實質上彼四分類ト大差ナシ然レトモ人類學派カ生活狀態及ヒ其他ノ四圍
ノ環象ニ因リ後天的ニ犯罪本能ノ養成セラレルコトヲ主張スルニ拘ラス社
會的原因ヲ否認スルナラハ矛盾タルヲ免レヌ

刑事社會學派ノ研究モ重要ナリ公園學校及ヒ祈禱所其他男女接見ヲ媒介ス
ル事物カ一般ニ姦淫ノ原因ヲ成シ各種ノ犯罪ノ原因タル男女ノ墮落ヲ誘致
シ酒店及ヒ賣藥店等ノ不注意カ間接直接ニ犯罪ノ原因及ヒ手段ヲ助成シ多
數ノ雇人ト使用者殊ニ工場及ヒ鐵山トノ關係カ一揆暴動ノ原因ト爲リ監視
規則カ却テ竊盜及ヒ詐欺等ノ遠因ト爲リ監獄カ或場合ニ於テ却テ犯罪ノ養
成所ト爲ルカ如キ又新聞其他ノ刊行物カ著ク犯罪原因ヲ媒介スルカ如キ
事例ハ一々枚舉スルノ遑ナシ社會的現象カ如何ニ犯罪ト密接ノ關係アルカ
ヲ知ルニ難カラス加之春夏ノ二季ニ人ノ身體ニ對スル犯罪多ク秋冬ノ二季
ニ財產ニ對スル犯罪ノ多キヲ見レハ氣候モ亦犯罪ニ影響アルコトヲ知ルヘ
ク又尙武ノ爲メ虛弱ナル兒童ヲ殺戮シ巧ミナル盜術ヲ獎勵シタルすばるた
ノ風習アリ我徳川時代ニハ武士ニ斬捨御免ノ特權アリ八丈島民ハ近頃迄公

然墮胎ヲ實行シテ怪マス臺灣ノ生蕃ハ蕃外人ノ首級ヲ得ルヲ以テ爭議ノ裁
判方法トシ姦通及ヒ重婚ヲ處罰スル隣國ニハ數夫一妻又ハ一夫多妻ヲ公認
スル民俗アリ一方ニ近親姦淫ヲ罪スル制度アレハ一方ニ之ヲ不問ニ付スル
法律アルカ如キ現象ヲ觀ルトキハ地理及ヒ時代ニ因ル社會思想ノ異同變遷
カ如何ニ犯罪觀念ヲ左右スルカハ多辯ヲ要セサルナリ果シテ然ラハ社會的
方面ニ犯罪ノ原因ヲ探究シテ之ヲ鎮壓シ以テ將來ノ犯罪ヲ豫防セサルヘカ
ラサルコト亦瞭然タリ然レトモ此等ノ原因カ如何ナル程度ニ於テ一定ノ犯
人ニ影響ヲ及ホシタルカヲ個人的方面ヨリ觀察シ之カ豫防策ヲ講スルノ必
要アルコトヲ注意セサルヘカラス刑事社會學派カ此注意點ヲ忽諸ニ付シタ
ルハ失當ナリ

折衷派ノ見解ハ刑罰ノ效果ヲ全ウセシムル點ヨリ觀察スレハ形式及ヒ實質
共ニ正當ナリト認メサルヘカラス

第四 結論

犯罪ノ原因ヲ探究スルノ主旨ハ其原因ニ相應スル鎮壓手段ヲ講シテ將來ノ

犯罪ヲ豫防セントスルニアルモノニシテ法律カ客觀的ニ刑罰制裁ノ下ニ禁止シタル行爲即チ客觀的犯罪ノ直接原因ハ行爲者ノ反社會性即チ犯罪心其モノニ存シ間接原因ハ漸次若クハ一時ニ犯罪心ヲ形成セシムルニ至リタル外界ノ事物ニ存スルカ故ニ犯罪原因ノ鎮壓手段ハ一面ニ於テハ一般ノ人若クハ特定ノ人ノ犯罪心ニ對シ他ノ一面ニ於テハ犯罪心ノ原因ト爲ルヘキ外界ノ現象ニ對シテ之ヲ施行セサルヘカラス而シテ刑罰ヲ以テ犯罪心ヲ鎮壓スルニハ其犯罪心ノ程度ノ強弱ヲ標準トシテ其方策ヲ決スヘキカ故ニ主トシテ個人的方面ノ研究ニ重キヲ措クヘク犯罪心ノ原因タル外界ノ現象他人ノ行爲ヲ包含スヲ鎮壓スルニハ一定ノ犯人ノ犯罪心ノ程度如何ヲ問ハス如何ナル種類ノ事實カ犯罪心ノ原因ト爲ルヘキカヲ一般的ニ研究シ各原因ニ相應スル方策ヲ講セサルヘラサルカ故ニ社會的方面ノ研究ヲ主トスルコトヲ要ス前者ハ即チ特別ノ刑事政策ニシテ後者ハ即チ一般ノ社會政策タリ二者相待ツニアラサレハ犯罪豫防ノ目的ヲ完ウスルヲ得ス

第四章 刑事政策ノ要求

第一 總說

刑罰ノ目的及ヒ犯罪原因ノ探究ハ刑事政策ニ對シテ自ラ適當ナル方針ヲ指示ス而シテ此方針ヨリ生スル幾多ノ要求ト希望トハ之ヲ枚擧スルニ違アラズ茲ニ刑事立法政策ト刑事司法政策トニ分チテ主要ナル點ノ一二ヲ說キ以テ其應用ヲ示サン

第二 刑事立法政策

刑罰ノ目的ハ犯罪心ノ鎮壓ニ依リ將來ノ犯罪ヲ豫防シ以テ社會ノ秩序ヲ維持スルニアリトノ觀念ハ刑事立法政策ノ根本的前提ナリ此前提ヨリ生スル主要ナル方針左ノ如シ

一、立法當時ノ社會狀態ニ照シ社會秩序ノ維持上必要ナル場合ニアラサレハ刑罰ヲ用フヘカラス刑罰以外ノ手段ニテ鎮壓シ得ル非社會的行爲ハ刑罰

ノ範圍ヨリ除外スベシ

二、處罰ノ程度ハ秩序維持上必要ナル範圍ニ止ムヘシ刑罰ニ輕重ヲ分ツハ賠償正義ノ要求ニアラスシテ目的觀念ノ當然ナル要求ナリ而シテ此要求ニ依ルトキハ社會秩序ノ根柢鞏固ト爲ルニ從ヒ徒ニ重刑ヲ用フルノ必要ナキニ至ルベシ

三、刑罰ハ社會秩序ノ維持上必要已ムヲ得サル範圍内ニ於テ用フヘシトスル以上ハ法律ヲ以テ處罰ノ程度ヲ限定シ豫メ處罰ノ前提條件ト爲ルヘキ事實ヲ定メ以テ必要ノ範圍ヲ明カニセサルヘカラス(罪刑法定主義)而シテ處罰ノ條件ト爲ルヘキ事實ハ任意ノ舉動ナルコトヲ要ス任意ト云フハ外部ノ強制ニ因ラサルコトヲ意味ス外部ノ強制ニ因ル舉動ハ舉動者本人ノ意思活動ニアラス隨テ又本人ノ非社會性ヲ表示スルモノニアラサルカ故此ノ如キ舉動ヲ以テ處罰ノ條件ト爲スハ非社會性ナキ者ニ對シテ處罰ヲ行フト同一ニシテ目的思想ノ要求ニ適合セス又任意ノ舉動即チ行爲ニ依リテ表示セラレサル意思ノミヲ條件トシテ處罰ヲ行フトキハ甚シキ弊害

ヲ生シ却テ社會ノ秩序ヲ紊スノ虞アリ

四、一般ニ刑罰ヲ以テ豫防スルニ適セサル行爲ニ對シテハ刑罰ヲ科スヘカラス如何ナル種類ノ行爲カ之ニ屬スルカハ概括的ニ之ヲ指示シ難シト雖モ國民一般ノ私的生活上ノ慣習ニ適合スル行爲ハ刑罰ヲ以テ急遽ニ禁止スルモ其效ヲ奏セスシテ國家禁令ノ威嚴ヲ損スルニ止マル

五、或範圍ニ於テ刑罰トシテノ效果ヲ奏スルモ他ノ一面ニ於テ重大ナル弊害ヲ伴フノ虞アル刑罰ハ其弊害アル範圍内ニテ之ヲ廢止シ若クハ其弊害ヲ排除スルノ手段ヲ講セサルヘカラス此點ニ關シテ最モ注意ヲ要スルハ短期自由刑ナリ短期自由刑ハ改善、威嚇若クハ淘汰ノ目的ヲ達スルニ充分ナラスシテ寧ロ偶然犯人ヲシテ監獄ノ惡風ニ感染セシメ救済スヘカラサル惡徒タラシムルノ危險ヲ伴フハ經驗上爭フヘカラサル事實ナルカ故ニ或ハ之ヲ廢シ例ハ強制勞役、自宅拘禁又ハ管刑ノ類ヲ以テ之ニ代フヘシト主張シ或ハ條件付有罪判決、條件付刑罰宣告又ハ條件付執行免除ヲ認ムヘシトノ要求アリ前者ノ主張ハ未ク普ク採用セラレスト雖モ後者ノ要求ハ諸

國ノ立法例ヲ支配シ我新刑法亦之ヲ採ルニ至レリ所謂微罪不起訴ノ主義モ同様ノ趣旨ヨリシテ法律上之ヲ認許スルヲ可トス

六 刑罰ノ目的ハ改善若クハ威嚇ニ依リ犯罪傾向ヲ抑壓スルヲ以テ主トシ此第一次ノ效果ヲ望ムヘカラスル者ニ對シテノミ淘汰ノ效果ヲ期セサルヘカラス故ニ心身未タ完熟セス隨テ一般ニ改善ノ望アルヘキ未成年者ニ對シテハ淘汰ヲ以テ本旨トスル死刑及ヒ無期刑ヲ科スヘカラス然レトモ社會ニ對シテ危險ナル狀況ニアル本能的犯人ニ對シテハ或ハ永久淘汰ノ本性ヲ有スル刑罰ヲ科シ或ハ刑罰執行後之ヲ強制勞役場ノ如キ特別ノ場所ニ收容シ不定期ニ改善ヲ期スルト共ニ改善ニ至ル迄ハ社會ト隔離セサルヘカラス英國ハ既ニ千八百六十九年ハ慣習犯罪人條例ヲ以テ又同國殖民地に於テ、ウエストスニ於テハ千九百五年九月二十日ノ慣習犯罪人條例(Habitual Criminals Act)ヲ以テ、ビヨトスニ於テハ千九百六年十月二十日ノ慣習犯罪人及ヒ犯人條例(Habitual Criminals and Offenders Act)ヲ以テ慣習犯人ニ關スル特別ノ處分法ヲ規定スルニ至レリ(法曹記事第十七卷第

七號雜錄參照)

七 刑罰ノ效果ハ第一次ニ於テ一般豫防ニ始マリ第二次ニ於テ特別豫防ニ終ル、第一次ハ警戒ナリ第二次ハ威嚇改善淘汰ナリ、警戒ニ應シテ自ラ制スルノ一般能力ヲ有セサル者ニ對シテハ最初ヨリ致養アリ治療アルヘクシテ刑罰アルヘカラス換言スレハ刑罰ハ責任能力アル者ノ非社會性ヲ抑壓シテ將來ノ犯罪ヲ豫防スル手段ナリ刑事責任能力ハ自己ノ行爲ノ非社會的性質トシテ之カ爲メニ自己ニモ不利益ノ到來スヘキコトヲ認識シ自己ヲ抑制シテ不利益ノ前ニ自己ヲ警戒シ得ル精神ノ正則狀態ナリ此點ニ關シ最モ重要ナルハ刑事責任年齡ノ最低限ヲ何レニ定ムヘキカノ問題ナリ責任能力ヲ上叙ノ意味ニ解スルトキハ總テノ關係ニ於テ心身ノ發達未熟ナル未成年者ノ刑事責任年齡ノ最下限ハ成ルヘク高キニ在ルヲ理想トセサルヘカラス而シテ年齡及ヒ其他ノ原因ニ基ク責任無能力者タル秩序侵害者ニ對シテハ強制的ノ致養若クハ治療ヲ施ササルヘカラス少クトモ滿十六歳ヲ以テ最下限ト爲スヘキハ多數學者ノ希望ナリ

八、刑罰ノ效果ヲ完カラシメンカ爲メ不定期宣告刑(Indeterminate sentence)ヲ採用スルノ可否ニ付テハ大ニ議論アリ不定期宣告刑ハ判決中ニ刑期ヲ確定スルコトナク刑ノ執行中犯人ノ特性ヲ精密ニ觀察シ長期ト短期トノ範圍ニ於テ其犯人ニ適當ナル期間ヲ定ムルヲ以テ本旨トス北米合衆國ノ諸州中ニハ既ニ此制度ヲ採用シ好成績ヲ收メツツアルモノアリ學者亦之ニ贊スル者少カラス又近來此制度ニ準シ未成年者ニ對シテハ執行後ノ狀況ニ因リ一旦言渡シタル刑期ヲ延長スルコトヲ許サント欲スル者アリ蓋理想上ヨリ觀察スレハ何レモ至當ニシテ便宜上ヨリ論スレハ後者ヲ以テ前者ニ優レリトスヘキカ然レトモ一方ニ於テ刑ノ範圍ヲ擴張シ他ノ一面ニ於テ假出獄ノ制度ヲ充分ニ利用シ得ル餘地ヲ存シ犯罪ノ常習的傾向アリトシ疑アル者ニ對シテハ長期ニ從ヒ若クハ之ニ近キ標準ヲ以テ宣告刑ヲ確定シ改善ト共ニ假出獄ヲ許スヲ以テ制度統一上最便宜ナリト信ス

九、刑罰ハ犯罪豫防ノ唯一ノ手段ニアラス否ナ刑罰ハ已ムヲ得サルノ手段ナリ一般社會政策上適當ナル手段ヲ講セサルヘカラス社會刑事學ノ指示スル所ニ從ヘハ(一)浮浪乞丐常習的酩酊及ビ淫賣ハ其自體ニ於テ社會ニ煩累ヲ及スノミナラス幾多ノ犯罪ノ原因タルカ故ニ勞働能力ナキ者及ビ勞働機會ヲ得サル者ヲ保護スルト共ニ勞働倦怠ニ基ク場合ニハ強制勞働其他適當ナル手段ヲ以テ之ヲ抑壓セサルヘカラス(二)生計上ノ困難モ亦犯罪ノ主要ナル原因ヲ占ムルカ故ニ貧民教育ノ手段ヲ講セサルヘカラス殊ニ勞働者ノ保護ハ一般ニ國家生活ノ安固ヲ維持スルト共ニ一面ニ於テハ犯罪ノ豫防策タリ(三)免囚ノ多クハ勞働ノ機會ヲ得ルコト能ハサル結果トシテ生計ノ資料ニ窮シ又ハ惡徒ノ強制スル所トナリテ再ヒ犯人社會ニ伍シ遂ニ本能的犯人ト化スルノ虞アリ故ニ免囚ヲ保護シテ勞働ノ機會ヲ與ヘ又ハ惡徒ノ強制誘惑ヲ免カレシムルハ刑ノ效果ヲ保持セシムルニ最モ肝要ナリ公ニ之カ設備ヲ爲スヘキハ勿論私人ノ免囚保護事業ヲ獎勵シ保護セサルヘカラス而シテ此外犯罪豫防ノ手段タルヘキ政策ノ研究スヘキモノ少カラスト雖モ茲ニ省略ス

第五 刑事司法政策

刑事司法政策ナル語句ノ適否ハ之ヲ知ラス我輩ハ其標題ノ下ニ刑事事務ニ從事スル者カ刑罰ノ目的殊ニ新刑法ノ趣旨ニ順合シテ活動スルニ必要ナル一般の注意ヲ略説セントスルニ過キス或ハ司法上ノ刑事政策ト稱スルヲ可トセン

一、裁判所及ビ檢察官ハ法律ノ許シタル範圍内ニ於テ刑事政策ノ要求ヲ實行スルコトヲ要ス元來裁判所ハ法律ヲ適用スヘキモノニシテ政策ヲ弄スヘキモノニアラストノ主張ハ一面ノ眞理ヲ包含スルモ他ノ一面ニ於テハ失當ナリ、裁判所ハ法律ヲ適用スヘキ義務ヲ有スルカ故ニ原則上處罰ノ必要ノ有無ヲ云爲シテ有罪ヲ無罪トシ無罪ヲ有罪ト爲スヲ得スト雖モ法律カ各個ノ場合ニ應シテ罰スルト罰セサルトノ自由ヲ職務上ノ裁量ニ放任シ(例ハ新刑法第四十條)又ハ宣告スヘキ刑種若クハ刑期ノ確定ヲ裁判所ノ選擇ニ委ネ酌量減刑又ハ刑ノ執行猶豫等ノ餘地ヲ存シタル範圍内ニ於テハ裁判所モ亦其職權及ヒ職務トシテ刑罰ノ效果ヲ完ウスルニ適當ナル處分ヲ爲ササルヘカラス立法者ハ抽象的ノ刑事政策者ニシテ裁判所及ビ檢

察官ハ具體的ノ刑事政策者ナリ

二、宣告刑ノ輕重ハ犯人ノ非社會性ノ大小深淺ニ依リ法律規定ノ範圍内ニ於テ之ヲ定メサルヘカラスアルハ論ヲ竣タス換言スレハ非社會性ノ大小ニ因リ區別サレタル法定刑ノ範圍内ニ於テ非社會性ノ深淺ニ因リ刑ヲ量定スヘキナリ而シテ刑ノ執行ニ付テ假出獄ノ制度アルモ未タ執行延長ノ制度ナキカ故ニ非社會性ノ深キ者ニ對スル宣告刑ハ寧ロ重キニ失スルモ輕キニ失スヘカラス

強竊盜及ヒ詐欺取財等ノ如キ常態犯ニ進行シ易キ傾向アル犯罪ニ付テハ殊ニ充分ナル注意ヲ拂フコトヲ要ス慣習性ニ陷キルヘキ傾向アル犯人ニ對シテハ贖額ノ大小ヲ問ハズ犯罪回數ノ多少ニ拘ラス重キ刑ヲ以テ其根柢ノ未タ鞏固ナラサルニ先テ之ヲ排除スルノ策ニ出テサルヘカラス此點ニ關シ從來我邦ニ於ケル裁判ノ方針ハ失當ニシテ殆ト形式的ノ處罰タルカ如キ感ヲ免レス

我新刑法ニ依ルトキハ未成年者ニ對シテモ死刑又ハ無期刑ヲ科シ得ル場

合アリト雖モ未成年者ハ其心身ノ狀態未成熟ニシテ非社會性モ亦隨テ完全セサルカ故ニ常ニ酌量減輕ヲ行ヒ永久淘汰ノ性質ヲ有スル死刑又ハ無期刑ノ宣告ハ成ルヘク避クルヲ可トス

三、新刑法ハ(一)不處罰ト減輕(二)減輕ト不減輕若クハ(三)減輕ト免除ヲ裁判所ノ裁量ニ委シタル場合アリ斯ノ如キ場合ニ付テハ本人ノ非社會性ノ大小深淺ヲ審査スヘキハ勿論各場合ニ於ケル法律規定ノ精神ニ鑑ミ充分ノ考慮ヲ盡ササルヘカラス

刑ノ執行猶豫ニ付テモ其精神ニ鑑ミ當該犯人ニ對シテ執行猶豫ノ效果ノ有無ヲ熟考シ適當ナル場合ニ於テハ力メテ執行猶豫ヲ言渡ササルヘカラス

四、裁判所カ上叙ノ要求ニ應ズルニハ罪ノ有無ニ關スル證據ヲ審査スヘキハ勿論ナリト雖モ刑ノ量定刑ノ執行猶豫ニ關スル諸種ノ狀況ヲ精査セサルヘカラス獨リ前者ニソミ重キヲ措キ後者ヲ輕クニ付スルトキハ新法典ノ趣旨ヲ沒却スルニ至ラン而シテ檢察官司法警察官及ヒ司獄官ハ裁判所

ヲシテ犯人ノ特性ヲ知ルニ足ルヘキ材料ヲ收集スルコトヲ力メサルヘカラス(然レトモ現實的ノ材料タルヘシ犯人カ其非行ヲ掩ハントスルノ巧ミナルノ一點ヲ觀テ苛察空想ヲ逞ウセル狀況報告ノ如キハ無益ニシテ有害ナリ)殊ニ累犯發見ニ付テハ大ナル注意ヲ拂ハサルヘカラス現今ニ於テハ指痕(Finger Print)對照ヲ以テ最モ便利ニシテ且ツ正確ナル累犯發見方法ナリトス

五、最モ注意ヲ要スルハ檢察官ノ裁量ニ因ル微罪不起訴ノ件ナリ微罪不起訴カ現行法ノ解釋上確實ナル基礎ヲ有スルヤ否ヤハ茲ニ論スル所ニ非ス刑事政策上ヨリ觀察スレハ之ヲ認許スルヲ可トスルカ故ニ解釋上違法ニアラスト前提シテ新刑法トノ關係上注意スヘキ點ヲ研究スヘシ惟フニ法律カ微罪不起訴ニ付テ一定ノ範圍ト條件トヲ限定スルトキハ則チ可ナリト雖モ斯ノ如ク限定セサルトキハ如何ナル範圍ニ於テ之ヲ行フヲ得ヘキカ刑ノ執行猶豫トノ關係上如何ニ之ヲ利用スヘキカノ疑問ヲ生スルハ必然ナリ

元來微罪トハ何ヲ謂フカ蓋法定刑ノ輕キヲ謂フニアラス又具體的ニ發生シタル結果ノ小ナルヲ標準トスルニアラサルヤ明カナリ何トナレハ立法者カ處罰スル必要アリト認メタル犯罪構成要素ヲ具備スレハナリ然レトモ法律ハ抽象的ニ犯罪構成要素ト爲シタル行爲ニ付テモ各個ノ場合ニ於ケル犯人ノ主觀方面ノ狀態如何ニ因リテ或ハ不處罰ヲ認メ或ハ刑ノ免除ヲ許スカ故ニ微罪ノ標準モ主觀方面ニ求メサルヘカラス而シテ此場合ニ關シテモ尙ホ犯人ノ非社會性ノ大小深淺ハ重要ナル關係ヲ有ス、非社會性ノ重大ナルニ拘ラス又ハ其深固ナルニ拘ラス實害ノ小ナルヲ見テ微罪トシテ不起訴ノ處分ニ出ツルカ如キハ刑事政策ノ根本觀念ニ背馳ス、非社會性ノ増長の傾向ヲ有スル犯人(多數ノ場合ニ於テ各種ノ偽造罪、詐欺取財、強竊盜及ヒ賭博犯人ニ此傾向アリ)モ亦微罪不起訴ノ範圍ニ屬スヘキモノニアラス、犯罪後ニ於ケル犯人及ヒ被害者間ニ示談成立シタル場合ニ於テモ此種ノ犯人ニ對シテハ原則トシテ起訴ヲ勵行スルノ必要アリ、要之不處罰ト減輕又ハ免刑ト減輕カ擇一的ニ規定セラレタル場合及ヒ刑ノ執行猶豫

ノ範圍ニ屬スヘキ場合ノ以外ニ於テハ便宜主義ノ實行ヲ避クルヲ可トセシテ然リ而シテ微罪ノ標準カ主觀方面ニアリトセハ主觀元素ノ存否ヲ問ハスシテ成立スルコトヲ認メラレタル形式上ノ犯罪ニ付テハ微罪不起訴ノ餘地ナキナリ

微罪不起訴主義ハ刑ノ執行猶豫ノ制度ト併行スルヲ妨ケス然レトモ此主義ハ專ラ特別豫防ノ方面ニ適合スルモノニシテ一般豫防ノ目的ニ背馳スル結果ヲ生スル虞アル場合少カラサルカ故ニ斯ノ如キ場合ニアリテハ刑ノ執行猶豫ニ讓步セサルヘカラス例ハ猥褻姦淫罪、賭博及ヒ富籤ニ關スル罪、墮胎ノ罪、略取及ヒ誘拐ノ罪ノ如キハ其犯情輕微ナル場合ト雖モ之ヲ不起訴ニ付スルトキハ社會一般ニ惡風ヲ傳播セシムル虞アルカ故ニ一般豫防ノ目的ヲ害セサルカ爲メニハ不起訴ノ範圍ニ屬セシムルヨリモ執行猶豫ノ範圍ニ屬セシムルヲ適當ナリトス而シテ其餘ノ場合ニ付テハ起訴前ニ於テ執行猶豫ノ適用ヲ豫見シ得ヘキトキハ不起訴處分ヲ採ルヘク起訴後ノ審理ニ於テ其狀況ヲ發見シタルトキハ執行猶豫ヲ請求スヘキナリ要

之新刑法ノ如ク稍廣キ範圍ニ於テ刑ノ執行猶豫ヲ認メタル法律ノ運用ニ
關シテハ現行刑法ノ下ニ於ケルヨリモ微罪不起訴ノ範圍ニ付テ一層ノ考
覈ヲ積マサルヘカラス法律狀態ノ變化スルニ拘ラス徒ニ從來ノ方針ヲ固
執シテ有益ナル新制度執行猶豫ヲ死法ニ歸セシムルカ如キアラハ立法趣
旨ニ對スル矛盾タルヲ免レヌ

六、裁判官及ヒ檢察官ハ主トシテ特別豫防ノ方面ニ向テ盡力スヘキモノナ
ルカ故ニ主トシテ各犯人ノ特性ヲ具體的ニ審査スヘキハ勿論ナリト雖モ
例ハ如何ナル犯罪カ他ノ犯罪ト相互ニ因果的關係ヲ有スルヤ、如何ナル種
類ノ犯罪カ一般ニ累犯的傾向ヲ有スルモノナリヤ、如何ナル種類ノ犯罪人
ニ如何ナル期間ヲ以テ言渡シタル刑ノ執行猶豫カ最モ有效ナリヤト云フ
カ如キ一般の方面ニ關スル知識ヲ養成シ各場合ニ於ケル刑ノ量定及ヒ其
他ノ處分ノ參考ニ資スル爲メ殊ニ刑事統計ノ研究ヲ怠ルヘカラス例ハ之
ヲ司法省第五回監獄統計年報明治三十八年三月刊行ニ徵スルニ明治三十
六年中再犯以上ノ者ニ風俗ヲ害スル罪(主トシテ賭博ナランカ)ニ因リ處罰

サレタル一萬一千七百二十四人中同罪ノ前科者實ニ九千二百二十五人毆打
創傷罪ノ前科者四百六十七人、竊盜前科者八百二十五人、詐欺取財及ヒ受寄
物ニ關スル罪ノ前科者四百七十九人アリ同シク竊盜罪ニ因リ處罰サレタ
ル一萬七千三百四十三人中風俗ヲ害スル罪ノ前科者一千十五人、竊盜前科
者一萬一千九百十四人、詐欺取財及ヒ受寄物ニ關スル罪ノ前科者一千二百
二十人アリ詐欺取財及ヒ受寄物ニ關スル罪ニ因リ處罰サレタル四千二十
人中同罪前科者一千三百三十六人、竊盜前科者一千六十人、風俗ヲ害スル罪
ノ前科者五百七十八人アリ而シテ同年中ニ於ケル刑法犯重罪輕罪合計四萬
一千百三十四人中竊盜詐欺賭博等ノ合計實ニ三萬三千八十七人ヲ占ムル
ニ觀ルトキハ此種ノ犯罪カ如何ニ社會秩序ニ重大ナル影響ヲ有スルカ如
何ニ同罪累犯性ニ長スルカ、如何ニ相互因果的關係ヲ成シテ累犯ヲ增加ス
ルヲ知ルニ足ルヘク從テ此種ノ犯人カ具體的刑事政策ノ主要ナル目的物
タルコトヲ注意スヘキナリ要之刑事統計上ヨリ得タル知識ハ特定ノ事件
ニ付キ最モ適當ナル處分ヲ施スニ付テノ好指針タルヘシ

七、裁判官及ヒ檢察官ハ殊ニ自己ノ取扱ヒタル犯人ニ付テ累犯ノ有無ヲ調査シ其裁判ノ適否ヲ省察スルコトヲ要ス而シテ此趣旨ヲ完ウスルカ爲メニハ裁判官檢察官司法警察官及ヒ司獄官ノ相互間ニ相當ノ連絡ヲ保タサルヘカラサルハ明カナリ

第四 餘論

刑罰ノ特別豫防ノ效果ヲ完ウスルカ爲メニハ司獄官ニ適材ヲ登用スルヲ要スルハ勿論ナリ而シテ司獄官ハ平素囚徒ノ履歷ト現在ノ狀態トヲ精査シテ其特性ヲ熟知シ累犯人タルコトヲ發見シタルトキハ之ヲ檢察官ニ報告シ他ノ囚徒ヨリ惡影響ヲ被ムルノ虞ヲ防ク爲メ若クハ犯罪性ヲ抑壓スル爲メ必要ナル者ヲ獨房ニ收監シ抑壓若クハ改善ニ適當ナル勞役ニ從事セシメ又ハ出獄ノ際一定ノ保護ヲ加フル等可及的ノ注意ヲ用ヒサルヘカラス

第五章 刑法ノ一般的沿革ノ大要

第一 凡ソ法ハ社會ノ秩序ニシテ社會ト共ニ推移發達スルモノナリ古今東西ヲ貫通シテ不變不易ナル法ノ自然的存在ヲ認ムルハ謬見ナリ殊ニ刑法ハ各時代ニ於ケル社會狀態ノ反射鏡ナリ故ニ刑法ハ時ニ依リ處ニ依リ其趣ヲ異ニスルモノ頗ル多シ然レトモ諸國刑法ノ沿革ヲ釋ヌレハ其間ニ自ラ共通ノ原理アリ加之現時代ノ刑法ハ古今ノ刑法ト全然連絡ヲ絶チタルモノニアラスシテ寧ロ其成果ナルカ故ニ現代刑法ノ精神ヲ明カニスルカ爲メニハ刑法ノ沿革ヲ攻究スルヲ要ス然レトモ其詳細ニ至リテハ之ヲ沿革刑法學ニ讓ラサルヲ得ス本章ニ於テハ現代文明諸國ノ刑法カ沿革上如何ナル時期ニ在ルカヲ知ラシムルコトヲ主眼トスルカ故ニ唯刑法沿革ノ概要ヲ説明スヘシ

凡ソ一國ノ法制ハ其國ニ固有ナル法律觀念ト先進文明國ノ法制ヨリ繼受シタル法制觀念ヲ包含スルコトヲ以テ交通發達ノ時代ニ於ケル通例ノ狀態ナリトス我改正刑法亦此例ニ依レリト雖モ主トシテ歐洲刑法ノ原理ヲ採用シタルカ故ニ其沿革上ニ於ケル地位ヲ知ルカ爲メニハ歐洲ニ於ケル刑法ノ沿革ヲ敘セサルヘカラス

第二 刑法ハ法制史上最古ノ沿革ヲ有シ社會ト其起點ヲ同ウスルモノナリ抑モ社會カ一定ノ惡行ヲ爲シタル者ニ對シ一定ノ惡報ヲ科スルハ時ノ古今ヲ論セス處ノ東西ヲ問ハス凡テ人類ノ歴史ニ共通ノ事實ニシテ刑法ノ根本的觀念ヲ構成スルモノハ此現象ニ外ナラス而シテ茲ニ所謂惡報ハ即チ刑罰ニシテ惡行ハ社會的秩序ニ違反スル行為ナルカ故ニ刑罰ハ如何ナル場合ニ於テモ社會的秩序ノ侵害ニ對スル社會自體ノ反動ナリリスト及ヒガロー等ノ所謂非社會的行動ニ對スル社會的反應ニシテメルケルノ所謂社會カ自存主張ノ爲メニスル社會力ノ發表ナリ

第三 凡ソ刑罰ヲ受クヘキ行為ハ結局社會的秩序ノ侵害ナレトモ其直接ノ影響ヨリ觀察スルトキハ公共ノ法益ニ對スル犯罪ト私人ノ法益ニ對スル犯罪トニ區別スルコトヲ得ヘシ〔註一〕而シテ前者ニ對シテハ社會カ直接ニ其反動カヲ發表スルコト刑法史上普通ノ現象ナリト雖モ後者ニ對スル社會的反應ハ時代ニ依リ其形式ヲ同ウセス此方面ヨリ觀察スルトキハ刑法ノ沿革ヲ私刑時代及ヒ公刑時代ノ二大期トナスコトヲ得ヘシ〔註二〕

〔註一〕 公共ノ法益ニ對スル犯罪私人ノ法益ニ對スル犯罪ノ區別ハ時ト處トニ依リ一定セス例ハ羅馬法ニ於テハ殺人罪ハ直接ニ社會ノ秩序ヲ害スル行為トナシ國家之ヲ處罰セリ之ニ反シ日耳曼法ニ於テハ一個人ノ復讐ニ委スルヲ通例トシタリ

〔註二〕 刑法ノ沿革ヲ私刑時代及ヒ公刑時代ノ二期ニ大別スルハ必スシモ普通ノ分類法ニアラスリストハ復讐時代、贖罪時代及ヒ國家的刑罰時代ニ區別シマイヤーハ古代、中古、近代及ヒ十九世紀ニ區別シ普通ノ歴史ノ時期ニ依リテ説明セリガローハ慣習時代、宗教主義時代、社會主義時代ニ區別シプリンズハ慣習時代、脅赫時代、博愛時代及ヒ科學時代ノ四期ニ分チタリ

第四 私刑時代ハ中古以前ニ係ルモノニシテ私人ノ法益ヲ侵害スル犯罪ノ處罰ハ被害者若クハ其親族ノ慰籍ニ外ナラサル時期ナリ分チテ復讐時代及ヒ贖罪時代ノ二期トナス

一 復讐時代 非社會的行動ニ對スル社會的反應ノ最古ニシテ最初歩ナル現象ハ復讐ナリ〔註三〕即チ社會ハ犯罪者ヲ被害者若クハ其親族ノ復讐ニ放

任シタルナリ故ニ原始時代ニ於ケル諸民族ノ刑法ハ即チ復讐法ナリ而シテ復讐ハ被害者ノ種族全體カ加害者ノ種族全體ヲ鎮壓スルコトヲ目的トスル種族間ノ爭鬪ニシテ孰レカ一方ノ種族カ屈伏スルカ否ラスンハ兩種族ノ全滅ニ至リテ始メテ止ミタリ斯ノ如ク復讐ノ種族的ナルハ血族連帶ノ觀念ニ基クモノニシテ血族團體ハ一ノ有機體ヲ組織シ外部ニ對スル行爲ノ主體ハ各個人ニアラスシテ血族團體其モノナルカ爲メナリ故ニ之ヲ血族復讐ト稱ス

〔註三〕 被害者若クハ其親族ヨリ加害者ニ對スル復讐モ非社會的行動ニ對スル社會的行動タル刑罰ノ觀念ヲ失フコトナシリスト氏曰ク刑罰ノ執行ハ單ニ一人若クハ數人ノ行爲タルヲ得ヘシ而シテ各個人カ共同ノ利益ヲ保護スルコトヲ知ラス欲セスシテ爲シタル自發的行動カ社會的性質ヲ帶フルニ至ル所以ハ例ハ猶ホ植物カ無意識的ニ繁殖スル場合ニ於ケル如ク種族保存ノ無意識的作用ニ外ナラサルヲ以テナリト

斯ノ如キ劇烈ナル復讐的刑罰ハ所謂反坐法ニ依リ緩和セラレタリ反坐法

トハ殺人ニ報ユルニ殺人ヲ以テシ目ハ目ヲ以テ報イ齒ハ齒ヲ以テ報ユル等ノ類ニシテ被害者ノ復讐ハ加害者ヨリ受ケタル害惡ノ程度ヲ超ユヘカラサルノ制限ヲ包含スルモノナリ然レトモ復讐ヲ受クル者ハ必スシモ加害者其者タルヲ要セス加害者ノ家族ノ一人タルトキハ無辜ノ小兒ト雖モ之ヲ殺ス場合アリ甚タシキニ至リテハ被害者カ溺死シタルトキハ又其池沼ノ所有者ヲ殺シタルコトスラアリト云フ此反坐法ハ我舊刑法ニモ其形跡ヲ止メタリト雖モ改正刑法ニ於テハ既ニ其痕跡ヲ絶ツニ至リタリ

二 贖罪時代 私刑時代ノ第二期ヲ贖罪時代トス此時代ニ於テハ中央權力ノ稍發達セルト共ニ各個人間ノ私鬪的復讐ヲ禁止シ金錢ノ賠償ヲ以テ被害者ニ慰藉ヲ得セシメタリ而シテ其始ニ於テハ賠償ヲ獎勵スルニ過キカリシカ後ニ至リテハ加害者ハ賠償ノ義務アリ被害者ハ賠償ヲ受クルノ義務アリトナシ以テ復讐ニ對シテ加害者ヲ保護スルニ至レルモノニシテ加害者ハ此保護ニ對シテ被保護金(Fiducium)ヲ支拂フノ義務ヲ有シタリ〔註五、六、七〕現今ノ罰金刑ハ此被保護金ニ胚胎ス

〔註五〕 被害者ニ對スル賠償金 (Sühngeld) ハ現今ニ於ケル私法上ノ損害賠償金ナリ民法ト刑法ノ區別明確ナラザリシコトヲ知ルニ足ラン此制度ハ日耳曼法ニ於テ最モ發達シタルモノニシテ之ニ依ルトキハ贖罪金ハ Wergeld 及ヒ Busse ノ二種ニ分レタリ前者ハ殺人ノ場合ニ於ケルモノニシテ後者ハ其他ノ犯罪ニ對スルモノナリ而シテ前場合ニ於ケル贖罪金額ハ概テ一頭ノ馬ヲ以テ耕作シ得ル土地ノ價格ニ相當シ被害者ノ位置、年齢男女ノ別等ニ依リ多少ノ差異アリ Busse ハ身體ノ被害部位、被害物件傷害ノ種類等ニ依リ金額ニ差異アルモノトセラレタルカ如シ

〔註六〕 贖罪金ヲ支拂フコト能ハサルトキハ終身被害者ノ奴隸トセラレ又人格剝奪ノ宣告 (Achtklärung) ヲ受クルニ至ル此宣告ハ被保護金ヲ支拂ハサル場合ニ於テモ亦之ヲ爲ス而シテ此宣告ヲ受ケタル者ハ全然法律保護ノ範圍外ニ置カル、モノニシテ各人ハ斯ノ如ク法ノ保護ノ外ニ置カレタル者ヲ殺傷スルモ刑罰ヲ受クルコトナカリキ所謂無平和狀態 (Friedenslosigkeit) 是ナリ

〔註七〕 當時ニ於ケル中央權力ハ封建君主ノ手中ニ在リタリ然レトモ人智ヲ開發ノ木鐸者タル僧侶ノ勢力盛大ニシテ團體其モノ若クハ神祇ニ對スル犯罪ノ處罰ニ付テハ殊ニ其協力ヲ要スルモノ多カリシト云フ

第五 公刑時代トハ被害者ノ慰藉ヲ唯一ノ目的トセス國家カ犯罪者ニ對シテ苦痛ヲ與フルノ趣意ニ依リ一ニ公力ヲ以テ刑罰ヲ行フ時代ヲ謂フモノニシテ中古以後ノ時期ニ屬スルモノナリ然レトモ中古ノ大半ハ成文羅馬法ト慣習民法、私刑法ト公刑法、封建法ト國家法トノ爭鬭ニシテ私闘、贖金、加辱刑、身體刑等併ヒ行ハレタル錯雜紛淆ノ時代ナリ既ニシテ中古ノ末ニ至リ一面ニ於テハ社會的生活益複雜ヲ極メ種々ノ危險ナル犯罪ノ増加スルト共ニ他ノ一面ニ於テハ國家權力ノ發達愈大ナルニ及ヒテ復讐、贖罪等ノ私刑方法ヲ絶對的ニ禁止シ刑罰權ノ行使ハ國家ノ一手ニ集中シ純然タル公刑時代ト爲リ茲ニ民法ト刑法トノ分化ヲ見ルニ至リタリ而シテ公刑時代ハ更ニ之ヲ脅嚇時代、博愛時代及ヒ科學時代ノ三期ニ分ツコトヲ得ヘシ

一 脅嚇時代ハ中古及ヒ文學再興時代ニ屬ス此時期ニ於テハ刑罰ノ目的ハ

犯人ニ苦痛ヲ加ヘ之ニ依リテ犯人ヲ恐怖セシムルニ在リタルモノニシテ金錢刑ヲ廢シテ身體刑ヲ用ヒ而モ其執行方法ハ苛酷ヲ極メ刑ノ適用ハ犯人ノ社會階級ニ依リテ差等アリ裁判ニハ殘虐ナル拷問ヲ用ヒ且ツ罪刑擅斷ニシテ裁判官ハ隨意ニ刑罰ヲ科シタリ是レ脅嚇時代(Garant: Période d'intimidation)ノ稱アル所以ナリ

二 博愛時代ハ第十八世紀ノ末葉以降第十九世ノ中葉ニ至ル時期ニ屬スルモノニシテ博愛主義ノ學說ニ由來スル沿革ナリ此時代ニ於ケル立法ハ脅嚇的嚴刑ニ代フルニ博愛的寬刑ヲ以テシ拷問祕密審理貴賤階級ニ由ル刑ノ差等殘忍ナル刑ノ執行方法其他ノ宿弊ヲ一洗シタリ是博愛時代(Période humanitaire)ノ稱アル所以ナリ

三 科學時代(Période scientifique)ハ第十九世紀中葉以降現今ニ至ルノ時期ヲ經過シ更ニ將來ニ繼續セシトスルモノナリ此時代ニ於ケル立法ハ刑事政策ノ要求ニ從ヒ生物學及ヒ社會學ヲ基礎トシテ犯罪豫防ノ手段ヲ講シ社會ノ秩序ヲ保持スルノ方針ヲ採ル

博愛時代ト科學時代トハ何レモ罪刑法定主義ヲ採リ法律ナケレハ犯罪ナク又刑罰ナシ(Nulhum crimen et nulla poena sine lege)トノ原則ヲ確認スル點ニ於テ一致ス然レトモ其法定主義ノ内容ハ著シキ差異アリ蓋博愛主義ハ脅嚇主義ノ反動ニシテ擅斷脅嚇ヲ絕滅スルノ意氣ヲ以テ起テ初メ刑ノ種類及ヒ範圍ヲ絶對的ニ法律ニテ確定シ伸縮裁量ノ自由ヲ裁判官ニ許サス後チ漸ク其不便不當ヲ覺リテ相對的法定主義ヲ採リ一定ノ範圍内ニ於テ裁判官ニ刑ヲ伸縮加減スルノ裁量權ヲ認ムルニ至レリト雖モ其伸縮可能ノ範圍尙ホ狹小ニ失シ犯罪ノ情狀ニ應シテ適宜ニ刑ヲ量定セシムルヲ得ス反之科學時代ニ於ケル法定主義ハ刑罰ノ目的觀念ニ從テ刑ノ撰擇伸縮ノ範圍ヲ著シク擴張シ更ニ一步ヲ超ユレハ將ニ擅斷主義ニ復歸セントスルノ傾向アリ然レトモ是レ只一ノ形容タルニ過キスシテ法定主義ハ佛國ノ人權布告中ニ宣言セラレタル以來今尙ホ諸國ノ憲法又ハ刑法中ニ歷然トシテ光彩ヲ放チツ、アルナリ若シ夫レ最近ノ制定ニ係ル諾威新刑法及ヒ我改正刑法等カ罪刑法定ノ大原則ヲ明文ニ掲ケサルカ如キハ寧ロ蛇足ノ批難ヲ避クルノ趣旨ニシテ之ヲ非

認シタルモノニアラサルハ論ヲ竣タサル所ナリ

第六章 本邦ニ於ケル刑法改正

第一 改正刑法前ノ狀況

一、社會アレハ必ス法アリ刑法ハ法制ノ起點ナリ本邦上古代ニ於テモ不文刑法ノ存シタルハ疑方シ天ノ罪及ヒ國ツ罪ヲ處罰シタル事實ハ上古史ニ明カナリ本邦成文法ハ推古天皇十二年上宮太子親シク憲法十七箇條ヲ作ラレ玉フニ始マリ降テ天智天皇元年令二十二卷所謂近江朝廷ノ令ヲ制セラル文武天皇大寶元年大寶律令成リ元正天皇養老二年之ヲ改正ス今日傳ハル所ハ此改正律令ニシテ唐律ヲ模倣シタルモノナリ其刑名ハ笞杖徒各五等流三等及ヒ死二等ノ五種何レモ場合ニ因リ一定ノ價格ヲ以テ財産刑ニ換テ所謂贖銅ノ制即チ是ナリ罪名ハ最モ重キモノ八種曰ク謀反曰ク謀大逆曰ク謀叛曰ク惡逆曰ク不道曰ク大不敬曰ク不孝曰ク不義所謂八虐ニ

シテ其他衛禁律、職制律、賊盜律中ニ各種ノ犯罪規定アリ而シテ刑ハ一身ニ止ラスシテ緣座ノ制アリ又所謂議請減ノ法ヲ定メテ身分ニ因リ處分ヲ差別ス而シテ治罪ノ手續ニハ拷問ヲ許シタリ秋野義之氏外ニ入校訂日本古代法典參照

二、大寶律令編纂實施ノ後數百年ヲ經テ兵馬ノ實權武門ニ移ルヤ司法權モ亦其大部分ハ幕府ニ委任セラレ幕府自ラ法制ヲ定ム北條氏ノ貞永式目(本名御成敗式目)足利氏ノ建武式目、徳川氏ノ御定書百ヶ條ノ如キハ武門爲政時代ニ於ケル主要ナル刑法ナリ註孰モ武斷的脅嚇的ニシテ嚴酷ナリ

[註]貞永式目ハ政所、問注所、侍所其他ノ吏員ノ訴訟裁許ノ爲ニ設ケタル内規ニシテ海内一般ノ人民ニ施示シタルモノニアラス(古代法典卷三緒言參照)建武式目ハ鎌倉評定衆ノ遺老等カ足利尊氏ノ下間ニ對シテ政要ノ一二ヲ答ヘタル問答書ニシテ曾テ世ニ頒行シタル法制刑典ニアラス(前上卷四緒言參照)徳川百ヶ條ハ八代將軍吉宗ノ制定シタルモノニシテ徳川一代ノ刑法、治罪法等ノ基本法典ナリト雖モ是亦奉行之外不可有他見モノナリ

貞永式目ノ末文ニ凡御評定之間於理非者不可有親疎不可有好惡只道理之所推心中之存知不憚傍輩不恐權門可出詞也御成敗事切之條々縱雖不違道理二同之憲法也設雖被行非據二同之越度也云々トアルハ評定間ニ於ケル理非決斷ニ關スル訓示ナリ若雖爲一事存曲折令違犯者梵天帝釋四大天王惣日本國中六十餘洲大小神祇別伊豆管根兩所權現三島大明神八幡大菩薩天滿大自在天神部類眷屬神罰冥罰各可罷蒙也仍起誓如件トアルハ古法ノ特色ヲ存ス若シ夫レ御定書百ヶ條ノ罪目ニ至リテハ頗ル現代刑法ト類似スルモノ少カラズ但隱シ鐵砲有之村方答ノ如キハ法人處罰ノ概念ニ類スヘク其他現代ニ於ケル本邦刑法上認メラレサル罪目アリ書狀切解金子遺捨候飛脚金高之多少ニヨラス引廻之上死罪ト云フカ如キハ當時既ニ郵便法違反罪ヲ認メタルコトヲ知ルト同時ニ其處刑ノ如何ニ嚴酷ナリシカヲ知ルニ足ル刑ノ重キモクハ鋸引磔火罪獄門死罪下手人遠島重追放等ニシテ此種ノ仕置ヲ被ムリタル者ハ田畑家屋敷家財共缺所ト爲ル御定書第二十七條死刑ニモ輕重アルヲ知ルヘク一般沒收ノ行ハレタルヲ知ルヘシ治

罪ニハ拷問ヲ用フ一人殺一火附一盜賊一關所破一謀書謀判右之分惡事いたし候證據に候共不致白狀もの並同類之内致白狀候得共當人不致白狀もの之事(同第八十三條)トアルカ如キ現今ノ思想ヨリ言ハ、奇怪至極ナリ其他各條ノ規定ヲ通覽スルモ趣味ノ津々タルヲ覺ユルモノアリ須ラク參看スヘキナリ岡田氏刑法論總論終論第五章第二款日本刑事法治革畧ヲモ參照スヘシ)

三、徳川政府既ニ倒レ明治維新ニ際シテハ暫時幕府ノ舊ニ依リテ其刑律ヲ用ヒタルモ幾クモナク大寶ノ殘律ヲ骨子トシテ假刑律ヲ編纂シタルカ其後明治三年十二月新律綱領ヲ制定シテ日本全國ニ施行シ更ニ明治六年改定律例ヲ頒布シテ明治十四年マテ之ヲ實施シタリ新律綱領ハ恰モ明律ノ寫本タルノ觀アリ改定律例ハ逐條的編纂ノ體裁ニ倣ヒ懲役刑ヲ採用シタル等幾分カ歐洲風ノ刑法ニ則ル所アリト雖モ尙ホ其大部分ハ支那法系ノ思想ニ從ヘリ

先是明治三四年ノ交本邦ニ於テ初メテ佛國刑法典ヲ翻譯シ其整然トシテ

完備セルコト支那系法典ノ比ニアラサルヲ觀ルヤ時ノ司法卿江藤新平氏ハ歐風刑法編纂ノ志ヲ有シタルモ目的ヲ達セスシテ國事ニ倒レ其後大木喬仁伯司法卿ト爲ルニ及ビテ佛國法律學者バあそなトシ氏ヲ備聘シテ法律顧問トシ刑法及ビ治罪法ヲ起草セシメ之ヲ翻譯シテ元老院ノ審議ニ付シ多少ノ修正ヲ經テ明治十三年七月布告第三十六號刑法ヲ公布シ同十五年一月一日ヨリ之ヲ實施ス是即チ舊刑法典ニシテ專ラ歐洲ニ於ケル博愛主義ノ刑法ヲ模倣ス

第二 刑法典ノ改正

舊刑法ハ歐洲主義ニ則リテ編制セラレ其形式及ヒ實質共ニ支那系ノ刑律ニ優ルコト明カナリト雖モ西曆千八百十年ノ制定ニ係リ爾來幾多ノ歲月ヲ經過シテ既ニ時勢ノ要求ニ適セサル佛國刑法典ヲ以テ母法ト爲シタルモノナルカ故ニ實施ノ後幾モナク已ニ改正ノ議アリ太政官案バあそなトシ案等ヲ生シタルモ消滅シタルカ司法當局者ニ於テモ夙ニ改正ノ必要ヲ認メ刑法實施後幾モナク其業ニ着手シ改正案ヲ帝國議會ニ提出スルコト前後五回二十

有餘年ノ歲月ヲ閱シ多大ノ考慮ヲ費ヤシタル後始メテ其大業ヲ成就スルヲ得タリ其經過ノ大要左ノ如シ

一、明治十七八年ノ交司法省ニ於テ第一改正案ヲ起草シ引續キ審査改訂ヲ重ネタル末明治二十四年一月第一帝國議會ニ之ヲ提出シタルモ議決ニ至ラスシテ會期終了ス

二、明治二十六年中新ニ刑法改正委員ヲ司法省ニ設ケ時勢ノ變遷ト學術經驗ノ結果トニ照シ改正案ヲ創作セシメ翌二十七年其案成ルヤ一面之ヲ裁判所及ヒ辯護士會ニ交付シテ其意見ヲ徵シ一面之ヲ世ニ公表シテ其是非ヲ問フ所アリ後チ更ニ明治三十二年五月審査ヲ法典調査會ノ議ニ付シ同三十四年二月其成案ヲ第十五議會ニ提出シタルモ亦議決ニ至ラスシテ會期終了ス

三、仍テ政府ハ右改正案ヲ法典調査會ノ再議ニ付シ二三ノ修正ヲ加ヘタル上明治三十五年二月三タヒ之ヲ第十六議會ニ提出シタルニ貴族院ニ於テ多少ノ修正ヲ施シ衆議院ニ回送シタルモ是亦議決ヲ見ルニ至ラスシテ會期

終了ス

四、明治三十五年十月政府ハ右貴族院ノ修正ヲ經タル改正案ヲ四タヒ第十七議會ニ提出シタルモ議會解散ノ爲メ議事ニ上ラステ已ム

五、越テ明治三十九年五月勅令ヲ以テ司法省内ニ法律取調委員ヲ設置シ朝野ノ學者及ヒ實務家ヨリ三十五名ノ委員ヲ選定シテ前顯第十七議會提出改正案ニ基キ審議ヲ盡サシメ新ニ必要ナル修正ヲ加ヘ翌四十年一月其成案ヲ第二十二議會ニ提出シタルニ兩院ニ於テ多少修正アリ兩院ノ協議會ヲ經タル末結局同年三月二十五日議會ヲ通過シ幾クモナク裁可ヲ經テ同年四月二十五日新刑法典ノ公布ヲ見ルニ至レリ(改正ノ經過ニ付テハ專ラ司法省參事官谷田三郎氏ノ調査ニ依ル)

第三、改正ノ要旨

舊刑法改正ニ關スル太政官案はあそなトゴ案、司法省第一回案ノ如キハ何レモ其主義ニ於テ舊刑法ト大同小異ナリシト雖モ法典調査會ノ審査ヲ經テ第十五帝國議會ニ提出シタル改正案ニ至リテハ大ニ其面目ヲ新ニシタルカ新

刑法典ハ更ニ從來ノ經驗ト最新ノ學說トヲ應用シテ根本的ニ舊刑法ヲ改正シ世界最新ノ良立法例ヲ成スニ至レリ抑々舊刑法ノ主要ナル缺點ハ應報主義ニ從ヒタル爲メ刑ノ範圍狹縮ニシテ犯罪ノ情狀及ヒ犯人ノ人格ニ由リテ適宜ニ刑ヲ加減伸縮スルコトヲ得サルノ點ニアリ之カ結果トシテ情狀輕キニ拘ラス過重ノ刑ヲ科シ情狀重キニ拘ラス過輕ノ處分ヲ爲スノ止ムヲ得サルニ至リ法律ハ犯罪豫防ノ目的ヲ完ウスルコト能ハサルノミナラス却テ犯罪ヲ増加セシムルノ一原因タルヲ免レサリシハ一般ノ公認スル所ナリ新刑法ハ茲ニ鑑ミル所アリ刑事政策ノ要求ニ從ヒ法律規定ノ範圍内ニ於テ犯人ノ人格特性ニ着眼シテ刑ヲ撰擇伸縮スル裁量範圍ヲ擴張シ以テ如上ノ弊害ヲ除去スルヲ以テ主旨トス(前章參看)改正ノ主要ナル點ヲ示セハ左ノ如シ

一、舊刑法ニ於ケル罪ノ三分類法ヲ廢シタルコト

罪ヲ分チテ重罪、輕罪、違警罪ノ三類トスルノ主義ハ佛國刑法典ノ制定スル所ニシテ爾來歐洲大陸諸國ノ立法ヲ支配シ我舊刑法亦之ニ從ヒタリト雖モ重罪ト輕罪トノ間ニハ其性質上何等ノ差異ヲ存スルモノニアラスシテ

只主刑ノ輕重ニ依リテ區別スルニ過キナルカ故ニ理論上ノ根據ナク又所謂違警罪トシテ舊刑法第四編ニ規定セラレタル行爲中警察犯ノ性質ヲ有スルモノハ之ヲ警察法規ノ領域ニ屬セシメ其他ハ從來ノ重罪輕罪ト共ニ一括シテ犯罪編中ニ配置スルヲ以テ足ルカ故ニ此三分法ヲ認ムルノ必要ナキノミナラス違警罪ノ刑ハ加ヘテ輕罪ニ輕罪ノ刑ハ加ヘテ重罪ニ入ルヲ得サルノ制限アル結果トシテ此分類法ハ刑ノ量定ヲ犯情ニ適應セシムルノ目的ヲ妨碍スルモノナルカ故ニ刑事政策ノ要求ニ適セス更ニ之ヲ沿革ニ徵スルニ此分類法ハ裁判管轄及ヒ訴訟手續ノ三別主義ニ基キタルモノナリト雖モ現今ニアリテハ此三別主義ヲ認メサルカ故ニ犯罪三分法モ亦其根據ヲ失ヒタリ新刑法カ犯罪三分法ヲ廢シタル所以亦茲ニアルヘシ(本書附錄三四六頁諾威新刑法第一段ヲ參照スヘシ)

二 刑名ヲ減シタルコト

舊刑法ニ於テハ主刑ヲ重罪ノ刑輕罪ノ刑及ヒ違警罪ノ刑ハ三類トシ更ニ重罪ノ主刑ヲ九種、輕罪ノ主刑ヲ三種、違警罪ノ主刑ヲ二種ニ分チタリト雖

モ新刑法ハ犯罪三分法ヲ廢シ一切ノ罪ニ通シテ主刑六種ヲ採用スルニ過キス是刑ノ範圍ヲ擴張スル所以ニシテ裁量ヲ自由ナラシムルカ爲メナリ新刑法カ各本條ニ於テ數個ノ異種ノ刑ヲ撰擇的ニ豫定スルノ趣意亦同様ナリ

新刑法ハ主刑ノ種類ヲ減スルト共ニ附加刑ヲ沒收ノミトシ舊刑法ニ於ケル其他ノ附加刑ヲ廢シタリ蓋剝奪公權、停止公權ノ如ク法律上ニ於ケル一定ノ資格ヲ喪失セシムルモノハ總テ之ヲ特別法令ノ規定ニ讓ルヲ以テ適當ナリトシ又監視ノ目的ハ被監視人ノ操行ヲ監視シ之ヲシテ累犯ニ陷キラシメサルニアルニ拘ラス其規定頗ル繁雜ヲ極メ被監視者ノ自由ヲ制限スルコト甚シク之カ違反ノ罪ヲ犯ス者多ク却テ其本旨ニ背戾スルノ結果ヲ生スルニ至リタルカ故ニ之ヲ廢スルニ如カスト爲シタルニ因ル

三 刑ノ執行猶豫ノ規定ヲ採用シタルコト(本論參照)

四 舊刑法ニ於ケル數罪俱發及ヒ再犯ノ規定ヲ改メタルコト(本論參照)

五 國外ニ於ケル犯罪ノ處分ニ關スル規定ヲ新設シタルコト

帝國外ニ於ケル犯罪處分ニ關シテハ舊刑法ニ一言ノ規定ナシト雖モ等シク國家ノ危害ヲ醸スヘキ犯罪タル以上ハ國外ニ於テ犯サレタルノ理由ヲ以テ之ヲ默過スルノ理由ヲ存セサルカ故ニ規定ノナキハ大ナル缺點ナリト言ハサルヘカラス新刑法ハ充分ニ此缺點ヲ補ヒタリ

六法文ノ條數ヲ減シタルコト

舊刑法ハ四百三十箇條ヨリ成リタルニ新刑法ハ僅ニ二百六十四箇條ニ減シタリ是レ一ハ舊刑法ノ罪目中他ノ法令ノ罰則ト相待テ行ハルヘキモノ(例舊刑法第二編第三章第五節第四節第七節乃至第九節第五節第三章第三節乃至第六節等ニ規定スル罪)及ヒ違警罪ノ大部分ヲ特別法ノ規定ニ讓リタルニ因ルモノナリト雖モ又各罪種ニ付テ犯罪ノ情狀ニ基ケル刑ノ輕重ヲ區別スル爲メニ設ケラレタル煩鎖ナル數多ノ規定ヲ避ケ通法ヲ以テ廣キ範圍ノ刑ヲ定メ刑ノ量定ヲシテ罪狀ニ適應セシメントスルノ趣意アルニ因ル例ハ舊刑法第三百六十六條乃至第三百七十六條ニ於ケル竊盜ノ規定ヲ新刑法カ第二百三十五條ノミニテ規定シタルカ如キ是ナリ

以上説明スル外尙ホ刑事責任年齡ヲ變更シ未遂犯ノ範圍及ヒ處分ヲ改メタルカ如キ其他幾多ノ改正アリト雖モ本論中ニ於テ必要ナル範圍ノ比較説明ヲ爲スヘキカ故ニ茲ニ省畧ニ從フ

第一卷 刑法總論

第一編 法規トシテノ刑法

第一章 緒論

第一 刑法總論ハ前述ノ如ク刑罰權ノ實體ニ關スル一般ノ原理即チ刑法總則ノ規定ヲ系統的ニ釋明スルヲ以テ主旨トナス而シテ刑法總則ノ規定ハ刑罰法規其モノニ關スルモノ、犯罪ニ關スルモノ及ヒ刑罰ニ關スルモノ、三種ニ類別スルコトヲ得ルカ故ニ刑罰法規其モノニ關スル現行刑法ノ原理ヲ攻究

スルコト亦本論ノ一部タリ

第二 佛國刑法學者ハ刑罰法規其モノヲ犯罪ノ要素ナリト觀念シ犯罪論中ニ於テ刑罰法規其モノニ關スル現行法ノ規定ヲ説明スルヲ例トシ獨逸ニ於ケル一般ノ學者ハ之ト正反對ニ此原理ヲ説明スルハ寧ロ一般國法學ノ任務ニシテ特ニ刑法學ニ屬スヘキモノニアラスト見解スルノ結果トシテ之ヲ緒論ニ於テ説明シ本論ノ範圍外ニ屬セシムル者アリト雖モ何レモ失當ナリ蓋刑罰法規ハ犯罪ヲ創定スルモノニシテ犯罪ノ構成分子ニアラス二者ノ關係ハ例ハ猶ホ親子間ノ關係ノ如シ父母アリテ後始テ子アリト雖モ父母ハ子ノ身體ノ一部ニアラサルナリ又刑罰法規其モノニ關スル原則ヲ本論中ヨリ除外スルハ刑法法典ノ解釋ヲ主眼トスル刑法學ノ地位ヨリ觀察シテ不適當ナリ

第二章 刑法ノ本質

第一 刑法ノ意義

刑法ハ國家刑罰權ノ實體ヲ定ムル法規ナリ換言スレハ如何ナル條件ニ因リ如何ナル範圍ニ於テ刑罰ヲ行フカヲ規定スルモノナリ而シテ刑罰ノ前提ト爲ルヘキ條件ハ犯罪ニ外ナラサルカ故ニ刑法ハ犯罪ト刑罰トヲ規定スル法規ナリト謂フヲ得ヘシ廣狹二義アリ廣義ニ於テハ刑罰ノ前提タル犯罪ト刑罰其モノ、範圍ヲ定ムル一切ノ法規ヲ包括シ狹義ニ於テハ刑法ト云フ名稱ヲ附セラレタル法典ヲ意味ス

廣義ノ刑法ヲ分チテ普通刑法及ヒ特別刑法トス普通刑法トハ人場所若クハ事項ニ關シ其適用範圍ノ廣キモノヲ謂ヒ特別刑法トハ其範圍ノ狹キモノヲ謂フ人ヲ標準トスルトキハ普通一般人ニ適用セラルヘキモノハ普通刑法ニシテ主トシテ或身分ヲ有スル人ニ適用セラルヘキモノ例ハ陸軍刑法、海軍刑法ハ特別刑法ナリ場所ヲ標準トスルトキハ其適用ノ場所ノ最廣キモノヲ普通刑法トシ國內ノ一地方ニ限リテ行ハル、モノ例ハ臺灣ノミニ行ハル、刑律若クハ一府縣内ニ行ハル、警察罰則ヲ特別刑法トス終リニ事項ヲ標準トスルトキハ最モ多ク諸種ノ犯罪ヲ網羅スルモノハ普通刑法ニシテ個々ノ

事項ニ關シテ特ニ刑罰ヲ定メタルモノハ特別刑法ニ屬ス特ニ一二ノ事項ニ關シテ犯罪及ヒ刑罰ヲ定メタル所謂單行刑法並ニ諸種ノ行政法規中ノ處罰規定ハ此關係ニ於ケル特別刑法ナリ故ニ此三種ノ區別ハ絕對ニ相排斥スルモノニアラス而シテ狹義ノ刑法ハ何レノ點ヨリ觀察スルモ普通刑法タル性質ヲ有ス

刑法ハ罰則ノ一種ナリ然レトモ罰則ハ皆刑法ナリト謂フヲ得ス我現行法上ニ於ケル名稱ヲ標準トスルトキハ罰ニ刑罰アリ懲罰アリ過料アリ罰則ハ此等ノ罰ヲ定メタル法規ノ全體ヲ包括シ刑法ハ刑罰ヲ定メタルモノニ限ル國家カ法規ニ依リテ犯罪ト刑罰トノ關係ヲ規定スルハ即チ國家刑罰權行使ノ準則ヲ劃律シ刑罰權力ノ範圍ヲ限界スルニ外ナラス故ニ刑法ハ國家刑罰權ノ行使ニ關スル法規ナリ然レトモ刑罰權ノ行使ニ關スル法規ハ皆刑法ナリト謂フヲ得ス抑刑罰權ヲ運用スルニハ犯罪ヲ定メ之ニ對シテ刑罰制裁ヲ連結シ以テ刑罰權ノ實體的方面ヲ律定スル必要アリ是即チ刑法ノ範圍ニ屬スルモノナリ而シテ此刑法ヲ實地ニ適用スルニハ其手續ヲ定メ且ツ之カ適

用ニ從事スル機關ノ職制ヲ設ケ以テ刑罰權ノ形式的方面ヲ制限スル法規ナカルヘカラス其手續ニ關スルモノハ所謂刑事訴訟法ニシテ職制ニ關スルモノハ所謂裁判所構成法ナリ學者此二法ヲ刑法ト併セテ刑事法ト稱ス或ハ上叙ノ關係ヨリ觀察シテ刑法ヲ實體刑法ト謂ヒ刑事訴訟法ヲ形式刑法ト名クルコトアリト雖モ廣ク通用スル所ニアラス寧ロ前者ヲ實體刑事法ト稱シ後者ヲ形式刑事法ト稱スルヲ得ヘケン

第二 刑法ノ地位

刑法ハ國內法ノ系統中ニ於テ公法タル地位ヲ占ムル法規ナリ國內公法トハ國家其他ノ權力團體ト一私人トノ間ニ於ケル權力關係ヲ定ムル法規ヲ總稱スルモノニシテ刑法ハ一私人タル犯罪者ニ對スル國家刑罰權ノ作用ヲ規定スルモノナルカ故ニ公法ノ一部タルコト明カナリ若シ夫レ公法私法ノ區別ノ標準ニ付テハ古來學說ノ一致セサル所ナリト雖モ何レノ見解ニ依ルモ刑事法ノ公法タルコトニ付テハ爭ヲ存セス而シテ刑法ハ實體法ニ屬ス何トナレハ刑罰權ノ實體的範圍ヲ規定スレハナリ

第三 刑法ト他ノ法規トノ一般的關係

刑法ハ制裁法ノ一種ナリ凡法規ハ令禁法命令法及ヒ禁止法ト制裁法トニ分類スルコトヲ得令禁法ハ人類ノ社會的生活上ニ於ケル一定ノ利益ヲ保護シ以テ社會秩序ヲ維持センカ爲メ一定ノ行爲ヲ禁止シ若クハ命令スル法規ニシテ制裁法規ハ令禁法規ニ違反シテ令禁法規ノ保護セル生活利益ヲ侵害シタル者ニ不利益ナル法律的效果ヲ連結スル法規ナリ此意味ニ於テ刑法カ制裁法規ノ性質ヲ有スルコト疑ナシ故ニ法規ノ令禁ハ刑法ノ基礎ニシテ刑法ハ令禁ニ對スル服從ヲ確保シ以テ令禁法規ヲ保護シ非服從ニ對シテ刑罰制裁ヲ連結シ以テ令禁法規ニ依リ第一次ニ保護サレタル利益ニ對シ更ニ強力ナル第二次ノ保護ヲ加フル任務ヲ有ス然レトモ令禁法規ノ違反ハ必スシモ刑罰制裁ヲ伴フモノニアラス刑法ハ立法者カ刑罰以外ノ制裁ヲ附スルノミニテハ社會ノ秩序ヲ維持スルニ足ラスト認ムル場合ニ於ケル制裁法ナリ而シテ令禁法規ハ刑法ト合體シテ存在スルモノアリト雖モ或ハ相分離シテ存在スルモノ少カラス殊ニ令禁法カ刑法ニ先チテ制定セララル、場合ト刑法先

ツ制定セラレ令禁法規ヲ後日ニ制定セララルヘキ法令ニ委スル場合トアリ此最後ノ場合ニ關スル刑法ハ學者ノ所謂空白刑罰法規(Blanquetstrafgesetz)又ハ開放刑罰法規(Offene Strafgesetz)ナリ新刑法第九十四條舊刑法第一百五十五條第二百四十六條乃至第二百四十九條ノ如キ空白刑罰法規ノ部類ニ屬ス凡一國ノ法律ハ互ニ相關連シテ一體ノ法律系統ヲ組織スルモノニシテ個々ニ孤立スルモノニアラス加之既ニ説明シタルカ如ク刑法ハ他ノ公法及ヒ私法ニ於テ保護セラレタル利益ニ對シ更ニ第二ノ保護ヲ與フルモノニシテ此等ノ法域ニ於ケル諸種ノ概念ハ犯罪ノ内容ヲ構成スルモノ少カラサルカ故ニ刑法ト他ノ法域トノ間ニ重要ナル牽聯ノ存スルコト自ラ明カナリ

第三章 刑法ノ淵源

第一 帝國憲法第二十三條ニ曰ク日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問處罰ヲ受クルコトナシト是罪刑法定主義ヲ保障スルモノナリ而シテ茲

ニ所謂法律ハ成文法ヲ意味スルカ故ニ刑罰法規ノ淵源ハ成文法律ニ限ルモノナリト云ハサルヘカラス(註一、二)

(註一) 我憲法ハ日本臣民ニ關シテ罪刑法定主義ヲ擔保シ外國人ニ付テハ一言之ニ及ハスト雖モ本邦ト外國トノ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產ニ對シ内國臣民若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外國人ト雖モ法律ニ依ラスシテ處罰スルヲ得ス

(註二) 慣習法カ刑罰法規ノ淵源タルコトヲ得ルヤ否ヤハ抽象的ノ問題トシテハ之ヲ肯定スルヲ得ヘク又沿革上何レノ國ニ於テモ一旦慣習法時代ヲ經過シタルモノニシテ殊ニ英國ニテハ現今尙ホ成文法ナレハ犯罪ナシトノ原則ヲ一般的ニ採用セス慣習法(Common Law)ト個々ノ刑罰法規トヲ連結シテ刑罰ヲ科スルヲ通例トスルモ歐洲大陸諸國並ニ我國ニ於テハ慣習法ハ刑罰法規ノ淵源タルヲ得ス然レトモ刑罰法規ノ内容ヲ成セル事實ニ關スル慣習ハ刑罰法規ノ解釋ニ影響ヲ及シ從テ該刑罰法規ノ内容ヲ變更

スルコトアルヘシ

第二 刑罰法規ヲ設定スル成文法律ハ帝國議會ノ協賛ヲ經タル法規ナリ然レトモ法律ノ認容スル範圍内ニ於テハ命令ノ規定ニモ罰則ヲ附スルコトヲ得ヘシ明治二十三年法律第八十四號ハ命令ノ條項ニ違反スル者ニ對シ命令ヲ以テ二百圓以内ノ罰金若ハ一年以下ノ禁錮ヲ科定スルヲ得ルモノトシ同年勅令第二〇八號、三九年勅令第二五八號及ヒ四一年勅令第二四五號ハ閣令及ヒ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、道廳府縣令及ヒ警視廳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セシメ同三十九年勅令第一九六號ハ關東都督府令ニ一年以下ノ禁錮又ハ二百圓以下ノ罰金ヲ附スルコトヲ許容シ又同二十九年法律第六三號ノ變形タル同三十九年法律第三一號ハ同四十四年十二月三十一日迄命令ニテ立法事項ヲ規定スル權限ヲ臺灣總督ニ附與シタリ若シ夫レ緊急勅令ニ至リテハ法律ト同一ノ效力ヲ有スルカ故ニ法律ト等シク如何ナル罰則ヲモ設定スルコトヲ得ヘシ(註三)其他現行ノ慣例ニ從フトキハ國際條約モ亦公

布ニ依リ法律ト同一視セラルヘキモノナルカ故ニ刑罰法規ノ淵源タリ(註四)

(註三) 刑罰法規中所謂空白若クハ開放刑罰法規ハ刑ノ制裁ノミヲ定メ其制裁ノ前提トナルヘキ犯罪事實ノ確定ヲ他ノ法令ニ委任スルモノナリ(註論第一章第

照)ト雖モ刑罰法規ノ羈束力ハ所謂空白法規其モノニ存スルモノニシテ此空白ヲ補充スル法律命令ニ存セサルナリ

(註四) 明治二十九年日清通商航海條約第六號參照

第三 最高裁判所カ裁判ヲ爲スニ當リ法律ノ點ニ付キ表示スル意見ハ其訴訟一切ノ事項ニ付キ下級裁判所ヲ羈束スルモノナリト雖モ是レ特定ノ事件ニ關スルモノニシテ他ノ同種ノ事件ニ付テ拘束力ヲ有スル刑罰法規ヲ制定廢止スルコトナシ蓋裁判所ハ其階級如何ヲ問ハス法律適用ノ義務ヲ有スルノミニシテ法律ヲ制定若クハ廢止スルノ權能ナキコト國法上ノ原則ナレハナリ然レトモ實際上ニ於テハ法令ノ解釋ニ關スル最高裁判所ノ見解カ殆ト立法ト同一ノ結果ヲ生スルカ故ニ學者或ハ此事實上ノ狀態ヨリ觀察シテ最高裁判所カ或範圍ニ於テ立法スルコトヲ主張スルモノアリ

第四 學說モ亦刑罰法規ヲ制定スルヲ得ス換言スレハ學說ハ唯解釋ニ依リテ既存刑罰法規ノ意義ヲ探明シ直接ニ表明セラレザル而モ既存ノ法條中ニ包括セラレタル立法者ノ真意ヲ發見スルニ止マルモノニシテ刑罰法規ヲ制定シ若クハ廢止スルノ效力ヲ有セサルナリ(註五)

(註五) 立法者カ重要ナル問題ニ付テ特ニ明文ヲ置カスシテ解釋ヲ學說ニ委スル場合ニ於テモ亦學說ハ既存ノ法條ヨリ得ラルヘキ諸種ノ觀念ヲ綜合シテ其解釋ヲ爲スニ止マリ新ナル法條ヲ制定スルモノニアラス從テ立法者カ間接ニ法條ノ設定ヲ學說ニ委任シタリト云フノ見解ハ正當ニアラサルカ如シ

第五 我現行刑罰法規ノ法令上ノ淵源ハ普通刑法典、陸軍刑法典、海軍刑法典、郵便法、電信法、鐵道營業法、出版法、新聞紙條例、傳染病豫防法、銃砲火藥取締法、要塞地帶法、徵兵令、狩獵法、著作權法、許特法、意匠法、商標法、實用新案法、酒造稅法、其他諸種ノ稅法、警察犯處罰令、其他ノ行政法令殊ニ各府縣ノ警察罰則ヲ以テ其主要ナルモノトシ其他枚舉スルニ遑アラス

第四章 刑法ノ解釋

第二 刑罰法規ノ解釋ニ付テモ亦一般成文法ノ解釋規則ヲ採用スヘキモノナリ(註一)(註二)(註三)

(註一) 成文法ハ法文ニ表示セラレタル立法者ノ意思ナリ故ニ立法者ノ意思ハ法文ニ於テ表示セラレタル場合ニ限り且ツ其範圍内ニ於テノミ成文法タルコトヲ得ルモノナリ換言スレハ立法者ノ意思表示ハ成文法ニ於ケル要素ナリ故ニ法律適用ノ手段タル法律ノ解釋モ亦立法者ノ意思表示ニ依ルヘキモノニシテ表示セラレサル立法者ノ意思ヲ推究スルコトヲ以テ目的トナスヘカラス從テ立法者カ表示シタル所ト異リタル意思表示ヲ爲サント欲シ或ハ其表示セザリシコトヲ表示セント欲シタルノ事蹟法律以外ノ徵憑ニ依リテ知り得ラル、場合ニ於テモ尙ホ現ニ表示サレサル意思ハ立法者ノ意思ト見ルコト能ハサルカ故ニ現ニ表示サレタル所ニ從ヒテ

之ヲ解釋スヘキモノニシテ其表示ヲ變更スルハ解釋家ノ爲スヘキコトニ屬セスシテ立法者ノ任務ナリ要スルニ成文法解釋ノ一般原則トシテハ解釋ハ法文ニ表示サレタル立法者ノ意思ヲ明確ニスル手段タルニ過キサルコトヲ注意スヘシ

(註二) 成文法ノ學理的解釋ヲ分チテ文理解釋及ヒ論理解釋ノ二種トナス文理解釋ハ法文ヲ組織スル文句ヨリ立法者ノ意思ヲ探究スルヲ謂ヒ論理解釋トハ法文ノ編別上ノ地位及ヒ他ノ法文トノ關係上ヨリシテ推理ノ方法ヲ用ヒテ立法者ノ意思ヲ探究スルヲ謂フ文理解釋ノ結果カ狹隘ニ失シ立法者ノ眞意ニ適セサル場合ニ於テ論理解釋ヲ以テ其結果ヲ立法ノ本旨ニ適スル如ク擴張スルヲ擴張解釋ト云ヒ文理解釋ノ結果カ廣濶ニ失シ立法者ノ意思ニ適セサル場合ニ論理解釋ヲ以テ其結果ヲ立法ノ本旨ニ適スル程度ニ縮少スルヲ縮少解釋ト云フ文理解釋ト論理解釋トハ之ヲ併用スルニアラサレハ立法者ノ眞意ヲ探究スルノ手段タル能ハス

(註三) 成文法ハ立法者ノ意思表示其モノナリ法律ノ草案立法ニ參與スル

機關ノ意思例ハ法典調査委員會ノ報告、議會ノ議事録、議會委員會ノ報告、政府委員ノ説明、草案ノ理由書等ハ法律ニアラサルナリ故ニ是等ヲ以テ法律ノ意義ヲ決定スル唯一ノ資料トナスコトヲ得ス然レトモ全然之ヲ消滅セシムヘキモノトナスハ極端ノ議論ニシテ法律解釋ノ參考ノ爲メニ之ヲ利用スルハ何等ノ不可ナル所ナシ

第二 從來刑法ノ解釋ハ嚴ナラサルヘカラス(Penal statutes are to be strictly construed)トノ原則ヲ認メタルノ結果トシテ刑法ニ付テハ所謂擴張解釋ヲ用フヘカラストノ見解ヲ生シタリト雖モ謬見タルヲ免レス、刑法ノ解釋モ立法者ノ眞意ヲ探究スルヲ目的トスルモノニシテ立法者ノ眞意ヲ探究スル爲メニハ徒ラニ字句ニ拘泥スルコトナク文理解釋ト論理解釋トヲ併用セサルヘカラス既ニ論理解釋ヲ用フルノ必要アリトセハ擴張解釋ヲ採用スルモ當然ノ結果ナリト云ハサルヘカラス(註四、五)

(註四) ベッカリアハ其時代ノ裁判ノ專擅ニ流レ居タル弊風ヲ矯正セント努メタル結果トシテ推理ノ方法ニ依ル解釋ヲ排斥シタリ其要旨ニ曰ク人ノ

見解ハ十人十色ニシテ一様ナラサルカ故ニ論理解釋ヲ許ストキハ法律ノ眞意ハ畢竟裁判官ノ意思ニ左右セラレ罪ノ有無輕重モ各裁判官ノ私意專裁ニ決セララルヘキカ故ニ裁判ノ公平ヲ維持スルコトヲ得サルニ至ルヘシ法律ノ意與ヲ極メス單ニ文面ノミニ依リテ解釋ヲ爲ストキハ往々ニシテ一時ノ尖錯アルヘシト雖モ理論解釋ノ弊害ニ比スレハ敢テ顧慮スルニ足ラスト氏ノ所説ハ一ノ時弊救濟論トシテハ適當ナルヘキモ學理論トシテハ排斥セサルヘカラス然レトモ氏ノ所説ノ餘勢ハ未タ盡キスシテ事實上今尙ホ法曹界ヲ風靡シ動モスレハ刑法ノ解釋ハ字句ニ拘泥スルノ弊アルヲ觀ル斯ノ如クシハ立法者ノ眞意ハ到底之ヲ探究スルコト能ハサルヘシ茲ニ於テカ近年ノ立法例中此弊ヲ防カンカ爲メニ或明文ヲ設クルモノアルニ至レリ(例ハカリフォルニア洲刑法第四條)

(註五) 然レトモ擴張解釋ヲ爲スニ付テハ周到ナル注意ヲ用フヘキハ勿論ニシテ解釋範圍ヲ脱スヘキニアラス解釋ニ依リ其法文ノ範圍ニ屬セサル事項ハ法文ノ規定セサル所ニ屬スルヲ以テ之ニ刑罰ヲ科スルコトヲ得ス

第三 所謂類推論斷ハ法律ナケレハ犯罪ナク刑罰ナシトノ原則ヲ適用スル常然ノ結果トシテ刑罰法規ニ之ヲ用フルコトヲ許サス類推論斷トハ法律ニ規定ナキ事項ヲ他ノ類似ノ事項ニ關スル法文ニ依リテ論斷スルモノニシテ法律解釋ノ範圍ヲ超越スルモノナリ換言スレハ類推ハ法律ノ解釋ニアラスシテ刑罰法規ヲ制定スルニ等シキモノナリ成文法ニ依ルニアラサレハ處罰スルコトヲ得ストノ原則ト相容レサル觀念ナリ然レトモ此原則ヨリ當然禁止サルヘキ類推ハ罪ヲ認メ刑ヲ科スル場合ニ限ルコト明白ニシテ其他ノ關係例ハ免責若クハ除刑ノ事由ニ關シテ類推論斷ヲ用フルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ハ此原則ノ關係スル所ニアラサルカ故ニ刑法ノ領域ニ於テハ如何ナル場合ニ付テモ類推論斷ヲ用フルコトヲ得スト見解スルハ極端ニ失スルモノニシテ誤ナリ而シテ此原則ノ關係セサル範圍ニ於テ刑法ノ適用上類推ヲ用フルコトヲ得ルヤ否ヤハ一般ノ法理ニ依リ之ヲ決スヘキモノニシテ一般ノ法理トシテハ類推論斷ニ依リ法律關係ヲ解決スルヲ以テ適當トスル場合アルコトヲ認メサルヘカラス(註六、七)

(註六) ビンディング曰ク獨逸刑法第二條ハ法律ニ於テ明示的ニ刑罰ヲ付セラレサル行爲ヲ類推ニ依リ處罰スルコトヲ禁スルノミナルヲ以テ其他ノ總テノ目的ノ爲メニハ刑法ノ領域ニ於テモ類推論斷ヲ用フルコトハ等シク已ムヲ得サル所ナリ例ハ中止ノ規定ヲ從犯ノ場合ニ類推援用シ又例ハ親族相盜ニ加擔シタル非親族ハ不論罪ノ限ニアラストノ規定ヲ親族間ノ詐欺ニ加擔スル他人ニ類推援用スルコトハ已ヲ得サル所ナリト其他多數ノ學者ハ同趣旨ノ見解ヲ維持ス

(註七) 擴張解釋ト類持論斷(Analogie)トヲ混同スヘカラス前者ハ立法ノ精神ニ照ラシテ法律ノ規定中ニ包含スル事項ヲ探究スルモノニシテ後者ハ法律ノ規定ニ包含セラレスト決セラレタル事項ニ付テ類似ノ事項ニ關スル法文ヲ準用スルモノナリ例ハ人ヲ殺スト云フハ人ノ生命ヲ絶ツノ義ナリト解シテ不作爲モ亦此中ニ包含スルモノトシ不敬ノ行爲中ニハ不敬ノ言語ヲモ包含スルモノト解シ文書ヲ毀棄スルト云フ觀念中ニハ文書ヲ塗抹スル行爲ヲモ包含スト解シ兵役ヲ免ル、目的ヲ以テ身體ヲ毀傷シタルモ

ノト云フハ其目的ヲ以テ他人ヲシテ自己ノ身體ヲ毀傷セシメタルモノヲモ包含スト解スルカ如キハ擴張解釋ニシテ許スヘキモノナリト雖モ反之例ハ自働車ハ汽車ニアラスト認ムルニ拘ラス不定多數ノ人ヲ運搬スル車輛タル點ニ於テ汽車又ハ電車ト異ル點ナキノ理由ヲ以テ人ノ現在スル自働車ヲ燒燬シタル者ニ刑法第九九條ヲ準用處罰セントシ有妻ノ男子カ姦通スルハ有夫ノ婦カ姦通スルト同シク破倫ノ行爲ナルカ故ニ第八十三條ヲ準用シテ處罰スヘキモノナリト論斷スルカ如キハ類推論斷ニシテ許スヘカラサルモノナリ所謂勿論解釋又ハ推上論斷(Argument a fortiori)モ亦類推論斷ノ一種ナルカ故ニ科刑ニ付テハ此論斷ヲ許スヘカラス又罪ヲ認メ刑ヲ科スル以外ノ事項ニ付テモ常ニ類推論斷ヲ許スヘシト爲スハ失當ナリ例ハ懲役及ヒ禁錮ニ付テスラ刑ノ執行猶豫ヲ認ムルカ故ニ拘留刑ニ付テハ推上論斷ニ依リ執行猶豫ヲ爲スコトヲ得ルモノナリトシ犯人ノ親族ニシテ犯人ノ利益ノ爲メニ證憑ヲ湮滅シタル場合ニ之ヲ罰セサルト第六六條同一ノ理由ニヨリ犯人ノ親族ニシテ犯人ノ利益ノ爲メニ偽證ヲ爲シ

タル者ハ之ヲ罰セスト云フカ如キ類推論斷ハ許スヘキニアラス宜シク各規定ニ付テ法律ノ精神ヲ探究シタル後其許否ヲ判斷スヘシ

第五章 刑法ノ效力(其一、時ノ關係)

(法典第六條)

第一 刑法ノ時ニ關スル效力ハ一般法令ノ時ニ關スル效力ト異ナラサルモノニシテ刑罰法規ヲ定ムル法令ノ實施ノ始期ヨリ其廢止ニ至ルノ期間内ニ於テノミ存在スルヲ通則トス(註一)從テ刑法ハ原則トシテ其實施以前ニ行ハレタル犯罪ニ適用スルコトヲ得ス刑法不遑及ノ原則即チ是ナリ(註二)又他ノ一面ニ於テ刑法ハ其廢止後ニ行ハレタル犯罪ニ付テ之ヲ適用スルヲ得ス(註一) 法律、勅令、閣令及ヒ省令ハ特別ノ定メアル場合ノ外公布ノ日ヨリ二十日ヲ經テ效力ヲ生シ法令ノ臺灣、韓國及ヒ關東州ニ於ケル施行力ハ其各官廳ニ到達シタル翌日ヨリ起算シ七日後ニ發生スルヲ原則トス(明治三十一年法律第十號法例第一條、同四十年勅令第六號公式令第十一條、同二十九

年勅令第二百九十二號同四十年勅令第十一號參照尙ホ地方官廳ノ發スル
命令ノ施行期限ニ付テハ明治二十六年勅令第九十九號第三條第四條ヲ
參照スヘシ

刑法廢止ノ原因モ亦一般法令廢止ノ原因ト同一ニシテ特別ニ説明スヘキ
點ナシ即チ刑法ハ特定メタル施行期限ノ滿了又ハ其適用物體ノ消滅ニ
因ルカ或ハ後法ノ反對規定ニ因ルニアラサレハ廢止セラル、モノニアラ
ス長年限間ノ不適用ハ成文法ヲ消滅セシムル力ナシ

(註二) 刑法ハ既往ニ遡ルノ效力ヲ有セス(La loi pénale n'a pas d'effet rétroactif)ト
ノ原則ハ佛國立憲議會カ一七八九年ノ人權布告中ニ之ヲ宣言シタル以來
諸國刑法ノ採用スル所ナリト雖モ法令ハ公布後一定ノ時期ヲ經テ施行セ
ラル、ヲ原則トスルコトハ前述ノ如クニシテ其施行期限前ニ發生シタル
事實ニ付テハ其法令ヲ適用セサルノ趣意亦自ラ明カナルカ故ニ舊刑法ニ
明文アルニ拘ラス新刑法ハ明文ヲ設ケサリシナリ或ハ曰ク(一)裁判所ハ裁
判當時ニ實施力アル法令ノミヲ適用スヘク既ニ廢止ニ歸シタル法令ヲ適

用スルノ權能ナシ而シテ(二)立法者カ舊法ヲ以テ不十分ナリトシ新法ヲ制
定シタル以上ハ新法ヲ適用スルヲ至當トスルノミナラス(三)凡ソ公ニ秩序
ニ關スル法規ハ既ニ舊法規ノ下ニ確定シタル事實ヲモ變更スルヲ原則ト
スルカ故ニ新法ヲ適用スルヲ以テ原則ト爲サ、ルヘカラスト然レトモ是
不當ノ見解ナリ(法學志林第百號所載拙著「刑法ノ遡及力ニ付テ」第一段參照)

第二 刑法不遡及ノ原則ニ對シテ一大例外アリ法典第六條ニ犯罪後ノ法律ニ
因リ刑ノ變更アリタルトキハ其輕キモノヲ適用スト規定スルモノ即チ是ナ
リ蓋刑法不遡及ノ原則ニ從フトキハ犯罪終了後ニ實施セラレタル法律(新法)
ハ其犯罪ニ付テ之ヲ適用スルヲ得スト雖モ立法者カ特ニ例外ノ規定ヲ設ケ
テ新法ヲ既往ノ事實ニ適用セシムルハ不法ニアラス而シテ本條ノ規定ニ依
ルトキハ新法ノ遡及スルハ特定ノ被告人ニ對シ具體的ニ裁定スヘキ刑力舊
法ニ依ルヨリモ新法ニ依ルヲ以テ輕シトスル場合ニ限ルモノトス(註三四)故
ニ新法ノ刑力舊法ノ刑ヨリ重キ場合ハ勿論其刑ニ輕重ナキトキハ一般原則
ニ從ヒ舊法ヲ適用セサルヘカラス

〔註三〕 輕キ新法ヲ既往ニ遡及セシムルハ犯人ニ對スル立法者ノ恩惠タルニ外ナラス是レ博愛主義ヲ要求ニ基キタル沿革ニシテ特ニ法理上ノ根據アルニアラサルハ立法者カ舊法ヲ不十分ナリトシテ新法ヲ制定シタル以上ハ常ニ新法ヲ適用スルコトカ原則ニシテ第六條ハ之ニ對スル例外ナリト主張スルノ誤リナルハ前段ノ說明ニ照ラシテ明白ナリト雖モ假ニ此見解ニ從フモ亦本條ヲ設ケタル理由ハ之ヲ恩惠ノ趣旨ニ求ムルノ外ナシ

〔註四〕 輕キ新法ノ遡及カ「新法ハ舊法ニ優ル」即チ「前法ハ後法ヲ廢ス」(Lex posterior derogat lex priori)ノ原則トハ關係ナシ此原則ハ同一事項ニ付テ新舊兩法ニ規定アルトキハ舊法ハ新法ノ爲メ廢止セラル、結果トシテ其廢止後ニ發生シタル事實ニ付テハ新舊ノ刑ノ輕重如何ニ拘ラス常ニ新法ヲ適用スヘキコトヲ示スモノニシテ輕キ新法ノ遡及問題ハ舊法時代ニ行ハレタル犯罪ニ付テ法律ノ特別規定ヲ以テ新法ヲ遡ラシムル場合ニ關ス

第三 犯罪後判決當時マテニ法律カ展變更セラレタルトキハ其中ニテ最モ輕キモノヲ適用スルコトヲ要ス中間法律ハ違反セラレタルモノニアラス又判

決當時有效ナルモノニアラスシテ犯罪ト何等ノ關係ナキカ故ニ之ヲ適用スルヲ得スト主張スル者アリト雖モ第六條ノ規定カ恩惠的ノ趣旨ヲ有スル以上ハ中間法律ト雖モ其輕キ場合ニ於テハ之ヲ適用スルヲ至當トス加之第六條ニ所謂犯罪後ノ法律中ニハ中間法律ヲモ包含スルコト明白ナリ然レトモ確定判決後ニアリテハ假令法律ノ改廢ニ因リ刑ノ變更アルトキト雖モ第六條ノ適用ナシ何トナレハ本條ハ刑ヲ適用スル場合ニ關スルモノナルコト明カニシテ再ヒ刑ヲ適用スルノ餘地ナキ既判事件ニ影響ヲ及ホスヘキ性質ノモノニアラサレハナリ若シ夫レ苟クモ刑ヲ適用スル場合ナルニ於テハ何レノ審級ニ屬スル裁判所ト雖モ本條ヲ遵守セサルヘカラサルコト勿論ナリ(註五)

〔註五〕 上告審察屬中ニ輕キ新法カ實施セラル、場合ニ於テ上告裁判所カ第六條ニ依リ輕キ新法ヲ適用スルカ爲メニハ先ツ第二審判決ヲ破棄セサルヘカラサルハ明カナリ然ルニ第二審判決カ輕キ新法判決當時ニ存在セサルヲ適用セサリシコトカ當然ニ破棄ノ理由トナルヤ否ヤニ付テハ異論

アリ一説ニ依ルトキハ上告審ニ於テハ其判決當時ノ法律狀態ヲ標準トシテ第二審判決カ法律ニ違背スルヤ否ヤヲ判断スヘキモノナルカ故ニ被告事件カ上告審繫屬中ニ於テ輕キ新法ノ實施セララルトキハ第二審判決カ此法律ヲ適用セサルコトヲ違法ナリトシテ之ヲ破棄シタル上輕キ新法ヲ適用スヘキモノナリトス然レトモ上告裁判所ハ下級裁判所ノ判決カ法律ニ違背スルヤ否ヤヲ審判スルモノニシテ此審判ハ下級審判決當時ノ法律狀態ヲ標準トシテ之ヲ爲ササルヘカラス下級裁判所カ其判決當時ニ於テ未タ曾テ存在セサル法律ヲ適用セサルハ違法ニアラス否ナ將來實施セラレヘキ法律ヲ其實施前ニ適用スルコトアリトセハ是即チ法律ノ不當ナル適用ナリ違法ナリ上告裁判所ハ違法ナラサル判決ヲ破棄スルヲ得ス從テ事件カ上告審ニ繫屬シタル後輕キ新法ノ實施セララルニ至リタル事實ノミヲ以テ第二審判決ヲ破棄スルノ理由トナスヘキニアラサルカ故ニ此範圍ニ於テハ新刑法第六條ノ適用ナシ要之上告審ニ於テモ罪ヲ處斷スヘキ場合ニハ輕キ新法ヲ適用スヘキモノナリト雖モ現行刑事訴訟法ノ規定ニ

依ルトキハ第二審判決カ上告審繫屬後ニ實施セラレタル新法ヲ適用セサルシ一點ヲ以テ原判決破棄ノ理由ト爲シ直ニ新法ヲ適用スルノ餘地ナキナリ(同説へるしねる、まいや、たっぺんほふ、たるすはうせん、しゐるつゝ、やんか等)然レトモ是現行刑事訴訟法ノ解釋ニ關スルモノニシテ新刑法第六條ノ規定ノミヲ分離シテ觀察スルトキハ苟クモ刑ノ適用ヲ爲スヘキ一切ノ場合ニ遵守セラルヘキモノナルコトヲ説明スルヲ以テ足ル

第四 連續犯カ前法施行時代ト後法施行時代トニ跨リテ犯サレタルトキハ第六條ノ適用アルヘキヤ否ヤ蓋新舊法比照ノ問題ハ行爲カ舊法時代ニ行ハレ新法時代ニ審判セララル場合ニ限リテ生スルモノニシテ新法實施後ニ行ハレタル行爲ニ付テハ常ニ新法ヲ適用スヘキモノナルカ故ニ連續シタル數個ノ行爲ヲ舊法時代ニ行ハレタル部分ト新法時代ニ行ハレタル部分トニ分割スルコトヲ得ルモノトセハ舊法時代ニ行ハレタル部分ニ付テノミ新舊法比照ノ問題ヲ生スヘント雖モ新刑法ニ於テハ連續犯ヲ一罪トシテ處分スルノ主義ヲ採リタルカ故ニ(第五十五條參照)部分的ニ觀察スルハ失當タルヲ免レ

然ラハ則チ如何ナル觀察ヲ下スヘキカ或ハ其連續犯カ全部舊法ノ下ニ於テ犯サレタルモノト看做シテ第六條ヲ適用スヘキカ或ハ全部新法ノ下ニ行ハレタリト看做シテ當然ニ新法ヲ適用スヘキカ何レモ事實ニ反スルカ故ニ適當ナリト云フヲ得ス惟フニ此場合ニ於テハ一罪ニ付テ前法ト後法トカ明カニ衝突スルモノナルカ故ニ後法ハ前法ニ優ルトノ原則ニ照シテ常ニ新法ヲ適用スルヲ至當トス

第五 新舊法比照ノ問題ハ同一ノ法定犯罪事實ニ關シテ所犯當時ノ法律ト其後ノ法律トカ刑ノ有無若クハ處罰ノ範圍ヲ異ニスル場合ニ於テ且ツ其場合ニ限リテ生スルモノトス故ニ例ハ姦通若クハ重婚罪ヲ犯シタル後詐欺取財ノ規定ニ變更ヲ生スルモ固ヨリ新舊法比照ノ問題ヲ存セス(新法カ舊法ニ於ケル姦通若クハ重婚ヲ處罰セザルコトヲ規定シ若クハ之ニ對スル刑ノ範圍ヲ變更シタルトキハ比照ノ問題ヲ生スヘシ)又法定ノ犯罪事實及ヒ其法定ノ處罰ニ變更ヲ生セザルトキハ新舊法比照ノ問題ナシ例ハ民法ニ於テ婚姻ノ要件變更セラザルモ之カ爲メニ法定ノ犯罪事實及ヒ其刑ノ範圍ハ毫モ變更

セラレザルカ故ニ姦通若クハ重婚罪ヲ犯シタル後民法上ニ於テ婚姻ノ要件ニ變更ヲ生スルモ刑法第六條ノ適用ナシ之ト等シク單ニ或法律關係ノ變更ニ因リ(即チ新法ノ結果トシテ)法定ノ犯罪事實カ將來發生スルコト能ハサルニ至ル(從テ刑罰法規カ自然消滅ニ歸ス)コトアルモ其變更前ニ行ハレタル犯罪ヲ無罰トスルヲ得ス終リニ空白刑罰法ニ付テモ亦同様ノ論結ヲ爲スコトヲ得ヘシ例ハ新刑法第九十四條ニシテ變更セラレサル以上ハ犯罪後ニ於テ局外中立ニ關スル命令ノ效力消滅スルニ至ルモ(交戦國間ニ平和回復シタル爲メ)尙ホ同條ヲ適用シテ其犯罪ヲ處罰セザルヘカラス然レトモ同一ノ法定犯罪事實ニ對スル處罰ヲ廢止シ或ハ其處罰ノ一般的範圍ヲ變更スル法規ハ處罰ノ特別範圍ヲ變更スル刑罰法規ト等シク比照ノ對象タルヲ得ヘシ例ハ單行法規ヲ以テ單行刑罰法規ヲ廢止シタルノミニテ之ニ代ルヘキ刑罰法規ヲ定メザルトキハ其單行法規ハ所謂不處罰法規(Nichtstrafgesetze)ニシテ刑罰法規ニアラスト雖モ輕キ新法トシテ之ヲ遡及セシムヘキコトニ付テ恐クハ異論ナカルヘシ次ニ所謂處罰ノ一般的範圍ヲ變更スル法規トハ刑法總則ニ影響

ヲ及ホス法規(即チ犯罪ノ一般要素ニ影響ヲ及ホス法規)ニシテ例ハ違法ヲ阻却スル原因ヲ定ムル法規ノ如キ之ニ屬スルナリ此種ノ法規ノ遡及力ニ付テハ學說一致セスト雖モ既ニ所謂不處罰法規ニ遡及力ヲ認ムル以上ハ處罰ノ一般的範圍ニ影響ヲ及ホス法規ヲ無關係トナスヘキ根據ナキニ似タリ(反對マヤル、オリスハウゼン)(註六)

(註六) リストカ新舊法ノ比照ニ付テハ特定ノ場合ニ於テ罪ノ有無及ヒ刑ノ輕重ニ直接又ハ間接ニ影響ヲ及ホスヘキ總テノ法規ヲ斟酌スヘキ結果トシテ刑罰法規以外ノ規定モ刑罰法規ノ内容ニ變更ヲ生スル範圍内ニ於テ遡及力ヲ有シ得ルモノナリト説明シフランクカ犯罪ノ概念ニ變更ヲ及ホササル非刑罰法規ノ變更ハ特定ノ行為カ其變更後ニ於テ罪トナラサルカ如キ結果ヲ生スルニ過キスシテ刑法上遡及力ヲ有セス之ニ反シ非刑罰法規ノ變更カ同時ニ犯罪ノ概念ヲ變更スルトキハ其輕キ場合ニ於テ刑法上遡及力ヲ有スト斷シコールラウシユカ非刑罰法規ノ變更ニ因リ保護ヲ受クル物體カ其性格ヲ失フ場合ニハ該物體ニ對スル將來ノ侵害ヲ罰スル

コト能ハサルニ至ルモ輕キ新法ヲ存セス之ニ反シ非刑罰法規ノ變更ニ因リ或物體カ其從來ノ性格ヲ失フニアラスシテ刑罰保護カ全部又ハ一部除却セラル、トキ例ハ行為ノ違法性カ除却セラル、場合ハ其新法ハ刑法上遡及力ヲ有スト説明シタルカ如キ何レモ本文ノ見解ト大同少異ナリ

第六 法典第六條ニ依リ刑ノ輕重ヲ比照スヘキ場合ヲ類別シテ二種トス其一ハ新法典其モノ、各本條又ハ新法典ノ刑名ニ依リ刑ヲ定ムル刑罰法規ニ變更アリタル場合ナリ此場合ニ於テハ新舊法ノ何レニモ新法典ノ總則ノ適用アリテ只法定刑ノ差異ヲ生スルニ過キササルカ故ニ法典第十條ニ依リ新舊法ニ於ケル法定刑ノ輕重ヲ比照シテ輕キモノヲ適用スルヲ以テ足ル其二ハ新刑法又ハ新刑法ノ刑名ニ依リ刑ヲ定ムル刑罰法規ト舊刑法トノ間ニ於テ輕重ヲ比照スヘキ場合ナリ此場合ニ於テハ新舊兩法ノ刑名異ルカ故ニ法定刑ノ輕重ヲ比照スルニ付テ特別ノ法律規定ヲ要スヘク又兩法ニ於テ刑ノ有無及ヒ輕重ヲ定ムル標準ト爲ルヘキ他ノ條件ヲ異ニスルカ故ニ如何ナル方法ヲ以テ比照ヲ爲スヘキカヲ規定スル必要アリ是レ刑法施行法(明治

四十一年三月法律第二十九號ニ關係規定ノ存スル所以ナリ抑法典第六條ハ恩惠的ノ趣旨ニ出テタル規定ナルカ故ニ此趣旨ヲ完ウスルニハ新舊法ノ比照ハ具體的ナラサルヘカラス換言スレハ獨リ法定刑ノ輕重ノミナラス被告人各自ニ付テ罪ノ成否刑ノ輕重ニ影響スル一切ノ規定ヲ斟酌セサルヘカラス更ニ之ヲ換言スレハ各被告人ニ付キ假ニ舊法ト新法トヲ別々ニ適用シ其何レニテモ結果ノ輕キモノヲ實地ニ適用スヘキモノトス而シテ刑法施行法ノ規定モ亦實ニ此趣意ニ從ヘリ〔註七〕

〔註七〕 刑法施行法中新舊法ニ於ケル刑ノ輕重比照方ニ關スル規定ハ第二條第三條第六條及ヒ第七條ナリ同法第五條第八條乃至第十四條ノ規定ノ如キハ均シク法律ノ適用ニ關スル規定ナリト雖モ刑法不遑及ノ原則ニ對スル例外ヲ定ムルモノニシテ刑法第六條ニ依リ輕キ新法ヲ適用スル爲メニ必要ナル刑ノ輕重比照方ニ關係ナシ又親告罪ニ於ケル告訴ハ訴訟條件ニシテ刑ノ輕重ニ關セサルカ故ニ法典第六條ノ規定ノ關係スル所ニアラスト雖モ施行法第四條ハ之ニ關スル特別ノ規定ヲ爲シタリ

第六章 刑法ノ效力 (其二) 場所及ヒ人ノ關係

(法典第一條乃至第五條)

第一 凡犯罪ハ國內ニ於テ犯サルル場合ト國外ニ於テ犯サルル場合トアリ此兩様ノ場合ニ亘リ如何ナル範圍ニ於テ國內刑法ヲ適用スヘキカハ國內法ノ規定スヘキ事項ナリ而シテ外國ニ於ケル犯罪ニ付テ國內刑法ヲ適用スルハ外國ノ主權ヲ侵害スルモノニアラス我舊刑法カ此事項ニ關シテ何等ノ規定ヲ存セサリシハ一大缺點ナリシカ新法典ハ第一條乃至第五條ノ規定ヲ以テ此缺點ヲ補フニ至レリ〔註一、二〕

〔註一〕 場所ニ關スル刑法ノ效力ヲ規定スル法規ヲ名ツケテ國際刑法ト稱スルノ例アリト雖モ此種ノ法規カ國家ト國家トノ關係ヲ定ムル純然タル國際法ノ一部ニアラサルハ明白ナリ之ヲ國際刑法ト云フハ涉外的要素ヲ有スル犯罪ニ付テ刑法ノ適用範圍ヲ定ムルカ爲メナルニ外ナラス

〔註二〕 場所ニ關スル刑法ノ效力問題ハ之一國刑法カ如何ナル場所ニ於

テ實施セラルルカト云フ一般の適用範圍ノ問題ト一國刑法ノ實施セラルル場所ニ於テ具體的ニ裁判ヲ爲スニ際リ如何ナル場所ニ於テ犯サレタル犯罪ニ付テ其刑法上ノ效果ヲ犯人ニ連結スルヲ得ルカノ問題トニ分類スルコトヲ得ヘシト雖モ本章ニ於テ攻究スヘキ法典第一條乃至第五條ノ規定ハ全然後者ニ關係スルモノニシテ前者ニ無關係ナリ例ハ法典第二條ニ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本法ハ之ヲ帝國外ニ施行スト規定セサルハ之カ爲メナリ而シテ一國カ他國ノ領土内ニ自國ノ刑法ヲ施行セントスルカ如キハ尙ホ一國カ他國ノ領土内ニ於テ裁判權ヲ行使スルト等シク國際法ノ原則ニ違反スルモノナリ(特別條約ニ依ルトキハ然ラズ)ト雖モ一國カ其法令ヲ施行シ得ル場所ニ於テ國外ニ於ケル犯罪ヲ條件トシテ犯罪人ヲ處罰スルハ一國カ自己ノ法令ノ規定ニ依リ爲シ得ル所ニシテ國際關係ヲ成スモノニアラサルナリ因ニ云フ一國刑法ノ施行セラルル場所ノ範圍ト其國ノ刑事裁判權ノ行ハルル範圍トハ必スシモ一致セサルコトヲ注意スヘシ例ハ關東

州ニ於テハ我裁判權ヲ行使スルモ我刑法典ハ當然關東州ニ施行セラレサルナリ臺灣ニ付テモ亦然リ

第二 場所及ヒ人ニ關スル刑法ノ效力問題ニ付テハ三個ノ主義アリ屬地主義

世界主義及ヒ折衷主義是ナリ

一、屬地主義　ハ凡國內ニ於テ犯サレタル犯罪ニ付テハ犯罪人ノ國籍如何ヲ問ハスシテ國內刑法ヲ適用スルモ外國ニ於テ犯サレタル犯罪ハ之ヲ不問ニ付スルモノナリ

二、世界主義ハ犯罪地ノ國內タルト國外タルトヲ問ハス又犯罪人ノ國籍如何ニ關セス一切ノ犯罪ニ付テ國內刑法ノ效力ヲ認ムルモノナリ

三、折衷主義　ハ凡國內ニ於テ犯サレタル犯罪ニ付テハ犯罪人ノ國籍如何ニ依ラスシテ國內刑法ヲ適用シ外國ニ於テ犯レサタル犯罪ニ付テハ一定ノ範圍内ニ限リテ國內刑法ノ效力ヲ認ムルモノナリ而シテ其範圍ヲ定ムルニハ二様ノ主義アリ一ハ外國ニ於テ犯罪ヲ犯シタル者カ內國人ナルトキハ凡テ之ヲ處罰スルモ外國人ナルトキハ一切之ヲ不問ニ付スルモノ(屬

人主義ニシテ一ハ外國ニ於ケル犯罪ノ被害法益カ自國若クハ自國人民ニ
屬スル場合ニハ之ヲ處罰スルモ其他ノ場合ニハ之ヲ放任スルモノ(保護主
義又ハ實質主義)ナリ

蓋屬地主義ニ依ルトキハ一國ハ外國ニ於ケル犯罪ニ因リ如何ナル危害ヲ被
ムルモ之ヲ處罰スルコト能ハサルノ結果ヲ生スルモノニシテ狹キニ失シ自
國ノ法律秩序ヲ維持スルニ足ラス又世界主義ハ廣キニ失シ實益ナキノ
ミナラス實行不能ニ歸着スヘク獨リ屬人主義ト保護主義トヲ併用スル折衷
主義ヲ採用スルニ依リ初メテ刑法ノ任務ヲ完ウスルコトヲ得ヘシ而シテ我
新刑法ノ規定ハ此趣意ニ則レリ

第三 法典第一條ハ國內又ハ帝國船舶内ニ於ケル一切ノ犯罪ニ付テ刑法ノ適
用アルコトヲ規定スルモノナリ而シテ法典ニ所謂本法トハ新刑法典其モノ
ヲ指稱シ第一條ハ第二條乃至第四條ト共ニ新法典其モノ、效力範圍ヲ規定
スルモノナリト雖モ第八條ノ規定アル結果トシテ一切ノ刑罰法規ハ(特別ノ
反對規定アルモノヲ除ク外)帝國內ニ於テ又ハ帝國外ニアル帝國船舶内ニ於

テ罪ヲ犯シタル者ニ適用セラルヘシ(註三)

(註三) 船舶ノ國籍ハ明治三十二年法律第四十六號船舶法第一條ニ依リテ
定マル

法典第二條乃至第四條ハ國外ニ於ケル犯罪ニ付テ刑法ノ適用ヲ受クル者ヲ
規定スルモノニシテ第二條及ヒ第三條第二項ハ保護主義ニ則リ第三條第一
項及ヒ第四條ハ屬人主義ヲ採ル(註四)而シテ此等ノ規定ハ國外ニ於ケル犯罪
ニシテ刑法ヲ適用スルノ必要アルモノヲ列擧スルカ故ニ若シ此以外ノ罪ニ
付テ我國內刑法ヲ適用セント欲セハ更ニ特別ノ規定ヲ設ケサルヘカラス(刑
法施行法第二十六條第二十七條新陸軍刑法第一條以下新海軍刑法第一條以
下參照)

(註四) 帝國臣民籍ノ得喪ハ明治三十二年法律第六十六號國籍法ニ依リテ
定マル

第四 法典ニ所謂帝國內ト云フハ帝國ノ領土ハ勿論領水ヲモ包含ス帝國ノ軍
艦並ニ帝國ノ船舶ヲ有スル船舶モ亦法典第一條ノ關係ニ於テ帝國內ニ準ス

同條ニ軍艦ヲ擧ケサルハ當然ナリト認メタルニ因ル帝國ノ船舶ハ外國ノ領海主權ニ服従スルカ故ニ外國ノ領海ニアル帝國船舶内ニ於テ帝國ノ裁判權ヲ行使スルコト能ハスト雖モ其船舶内ニ於ケル犯罪ニ付キ帝國內ニ於テ其犯罪人ヲ處罰スルコトヲ得ルモノトス同條ノ規定亦此趣意ニ外ナラス

戰時ニ於テ帝國軍隊ノ占領スル外國領土ノ一部帝國ノ租借地及ヒ帝國領事裁判權ノ行ハル、場所註五ニ於テハ我刑法ヲ施行スルコトヲ得ヘク此場合ニアリテハ此等ノ場所ニ於テ犯罪ヲ犯シタル者カ我領土内ニ來ルトキハ我刑法ヲ適用シテ之ヲ處罰シ得ヘキコト疑ナシ故ニ此關係ニ於テハ此等ノ場所モ亦帝國內ト看做スヲ得ヘシ反之帝國領海内ニアル外國軍艦内ハ帝國外ト認ムルヲ至當トス又臺灣ハ帝國內ナルコト勿論ナリト雖モ法令ノ施行上特別例外ノ状態ニ在ルカ故ニ現今ノ慣例ヲ襲用スルトキハ臺灣ニテ犯サレタル犯罪ニ付テハ新刑法ヲ當然ニ適用スルコト能ハサルヘシ註六

(註五) 帝國軍ノ占領地ニ於ケル犯罪ニ付テノ刑法適用範圍ハ新陸軍刑法及ヒ新海軍刑法ニ特別ノ規定アリ參照スヘシ帝國ハ清國韓國及ヒ暹羅國

ニ於テ領事裁判權ヲ行ヒ明治二十九年十月二十九日勅令日清間通商航海條約第三條第二項第二十二條——明治九年布告第三十四號韓國修好條規第十款明治十六年布達第三十三號韓國海岸ニ於テ犯罪ノ日本國漁民取扱規則明治三十八年十一月十七日日韓協約第三條——明治三十一年二月二十五日日暹間議定書第一參照清國滿洲ニ於テ租借權ヲ有ス明治三十八年十月十六日勅令露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參照租借權ハ裁判權ノ根據タリ

(註六) 新刑法ヲ臺灣ニ施行セントセハ特ニ勅令ヲ以テ其旨ヲ定メサルヘカラス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法律第四條參照若シ然ラスシテ總督府ノ律令ニテ此事ヲ定メタルトキハ新刑法ト同一ノ内容ヲ有スル律令カ施行セラル、ニ過キサルモノト認メサルヘカラス但新刑法カ當然ニ臺灣ニ施行セラレストスルモ臺灣ニ於テ犯サレタル犯罪ニ付キ内地ニ於テ新刑法ヲ適用シテ其犯罪人ヲ處罰スルハ新法典第一條ノ解釋トシテ寧ロ正當ナルカ如シト雖モ現今ノ慣例ニ依ルト

キハ臺灣ニ於ケル犯罪ニ付テハ犯罪人カ内地ニ來ルモ内地ニテ訴追スルヲ得ス又内地ニ於ケル犯罪ニ付テハ犯罪人カ臺灣ニ在ルモ臺灣ニテ訴追スルヲ得スト認メツアルカ故ニ内地及ヒ臺灣ニ付テ法律狀態ノ統一セラル、迄ハ現今ノ不便ナル慣例ヲ排斥スルコトヲ得サルヘク從テ其時期ノ到來スルマテハ臺灣ハ帝國ノ領土タルニ拘ラス法典第一條ノ關係ニ於テ帝國內ニアラサルモノト爲ルヘシ

第五 新刑法カ折衷主義ヲ採リタル結果トシテ外國ニ於ケル犯罪ニ付テ處罰ヲ行フニハ常ニ我國ノ法令ヲ適用セサルヘカラス外國ノ立法例中ニハ犯罪地ノ法律カ國內法律ヨリモ輕キトキハ其輕キモノヲ適用スル場合アルコトヲ規定スルモノアリト雖モ此ノ如キ主義ハ我新法典ノ採用セサル所ナリ又折衷主義ヲ採用スルトキハ外國ニ於テ內國ニ對シテ罪ヲ犯シ若クハ內國ニ於テ外國又ハ外國人ニ對シテ犯罪ヲ行ヒタル者ハ内外兩國ノ法律ニ依リ二重ノ處罰ヲ受ケサルヘカラサルニ至ルハ自然ノ結果ナルコトヲ注意スヘシ或ハ斯ノ如ク外國ニ於テ既ニ處罰セラレタル行爲ヲ更ニ內國ニ於テ處罰ス

ルハ一事不再理ノ原則ニ違反スルモノナルカ故ニ二重ノ處罰ヲ爲スコトヲ得スト論スル者アリト雖モ刑法ニ關スル一事不再理ノ原則ハ同一ノ刑罰權カ同一ノ事實ニ對シテ再ヒ行使セラルヘキモノニアラサルコトヲ明カニシタルモノニシテ外國カ既ニ處罰シタル犯罪ナリヤ否ヤハ內國ノ裁判上何等ノ關係ヲ有スヘキモノニアラス新刑法ハ外國ニ於テ確定裁判ヲ受ケタル者ト雖モ同一行爲ニ付キ更ニ處罰スルコトヲ妨ケサルヲ以テ原則トナシ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場合ニ限リテ內國裁判所ノ言渡シタル刑ノ執行ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得ルモノト爲シタルニ過キス(第五條)

第六 屬地主義又ハ其他何レノ主義ヲ採用スルモ刑法ハ內國ニ於テ犯罪ヲ犯シタル一切ノ人ニ其效力ヲ及ホスヲ以テ原則トスルコト既ニ説明シタルカ如シ然レトモ次に列舉スル人ニ關シテハ國法上及ヒ國際慣習上之カ例外ヲ認ムルモノトス

一 君主 君主ハ神聖ニシテ侵スヘカラストハ各國憲法ノ認ムル所ニシテ

此不可侵權ハ君主カ其爲シタル違法行爲ニ對シテ無責任ナルコトヲ意味ス而シテ君主カ其違法行爲ノ責任ヲ負ハストノ原則ハ寧ロ政治上ノ理由ニ基クモノニシテ君主カ法以上ニ在ルノ故ヲ以テ其行爲ニ對シテ法ノ適用ヲ爲ス能ハストノ觀念ニ基クモノニアラス蓋君主ヲ以テ國家ノ機關タリトスル學說ニ從フトキハ君主カ國家ノ意思タル法律ニ從フヘキハ論ヲ俟タス又君主即チ國家ナリトスル學說ニ從フモ少クトモ立憲國ニ在リテハ君主カ憲法ヲ制定シ自己ノ權力行動ノ形式ヲ定メタル以上ハ其法則ニ從フヘキモノナルコト明白ナレハナリ之ヲ要スルニ君主不可侵權トハ君主カ如何ナル行爲ニ付テモ無責任ナルコトヲ意味スルニ過キスシテ君主ノ行爲ハ悉ク適法ナリトノ觀念ヲ表ハスモノニアラス(英國憲法ニ於ケル)君主ハ惡ヲ爲スコト能ハス(King can not do wrong)トノ格言ハ君主カ違法行爲ヲ爲スコト能ハストノ事ヲ意味スルカ如キ觀アリト雖モ是亦君主カ其違法ノ行爲ニ付テ責任ヲ負ハサルコトヲ意味スルモノナリトハ英國憲法學者ノ見解一致スル所ナリ而シテ此無責任ハ一身のニシテ決シテ行爲ノ違法

ヲ除却スルコトナキモノナルカ故ニ君主ヲ教唆シテ人ヲ殺サシメタル者ハ殺人教唆罪タルヘク君主ノ殺人行爲ヲ幫助シタル者ハ殺人罪ノ從犯タルヘシ又個人ハ君主ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得ルモノトス反對說ハ感情的ニシテ法理上ノ根據ヲ有セス

攝政ハ不可侵權ヲ有スルヤ否ヤニ付テハ憲法學者間ニ於テ議論一致セス余輩ハ積極的斷定ニ贊同セントス

二 帝國議會ノ議員 帝國議會ノ議員ハ院內ニ於テ發表シタル意見並ニ表決ニ付キ院外ニ於テ訴追セラレ若クハ處罰ヲ受クルコトナシ然レトモ此無責任ハ議員ヲシテ其職責ヲ完ウセシムル爲メ安全ト自由トヲ與ヘ且ツ司法及ヒ行政ニ對スル立法ノ獨立ヲ保護セントスルノ趣旨ニ出ツルモノナルカ故ニ其範圍ハ單ニ意見並ニ表決ニ限り其以外ノ行爲ニ及フモノニアラス又院外ニ於テ同一ノ言論ヲ爲シ若クハ之ヲ刊行公布シタルトキハ其責任ヲ負ハサルヘカラス而シテ此無責任モ亦一身のニシテ行爲ノ違法ヲ阻却スルモノニアラス(註七)

(註七) 憲法第五十三條ノ保障ハ刑事手續ニ關スルモノニシテ刑事無責在ヲ規定スルモノニアラス

三 外國ノ君主 外國ノ君主ハ國際法上不可侵權ヲ享有スルコトヲ認メラル内國ニ於テ罪ヲ犯スモ犯罪者トシテ處罰セラレ、コトナシ然レトモ既ニ君主ノ位ヲ退キタル者及ヒ其在位ノ君主ニシテ微行スル場合ニ於テハ不可侵權ヲ享有スルコトヲ得ス外國ノ攝政、大統領、外國君主ノ同行家族及ヒ從者等モ亦不可侵權ヲ有ス

四 外國使節 國際法ノ原則ニ依レハ外交官ハ駐劄國ノ刑事裁判權ニ服スルモノニアラス蓋外交官ニシテ内國ノ裁判權ニ服スルモノトセハ政府ハ犯罪ヲ名トシテ之ヲ拘禁シ若クハ公使館ニ臨檢シ又ハ搜索シ以テ職務ノ執行ヲ妨ケ秘密書類ヲ押收スルコトヲ得ヘキカ故ニ外交官ノ職務執行ヲ保護スルカ爲メニハ之ニ完全ナル不可侵權ヲ享有セシメサルヘカラス而シテ此不可侵權ハ普通犯ニ關スルト政治犯ニ關スルトノ區別ナク之ヲ認メサルヘカラス若シ夫レ外交官ハ駐劄國ノ生存安寧ヲ害スヘキ犯罪ヲ犯

シ其危險ノ切迫セル場合ニ於テハ駐劄國ハ之ヲ國外ニ送り出スコトヲ得ヘク其他ノ場合ニ於テハ本國ニ照會シテ之ヲ召還セシムルコトヲ得ヘシ外交官ノ家族事務使用人及ヒ駐劄國ノ臣民ニアラサル從僕モ亦不可侵權ヲ有ス(註八)

(註八) 外交官ノ住居及ヒ所屬物件モ亦不可侵ニシテ其承諾アルニアラサレハ臨檢搜索ヲ行フコトヲ得スト爲スハ外交官ノ職務ヲ保護スル爲メナリ然レトモ外交官ハ其住居以外ニ在ルトキト雖モ尙ホ不可侵權ヲ有スルモノナリ

五 内國ノ承諾ヲ得テ内國ノ領域内ニ在ル外國ノ軍隊並ニ内國ノ領海内ニ在ル外國ノ國有艦船ニ屬スル者 是等ハ内國刑法ヲ適用セサルヲ原則トス然レトモ兵員カ職務外ニテ其軍隊又ハ艦船ヲ離レタルトキハ此特權ヲ有セス

六 外國ノ領事 外國ノ領事ハ外交官ニアラス本國ノ行政機關ノ一ニ過キサルヲ以テ法理上當然不可侵權ヲ有スル者ニアラスト雖モ條約ニ依リ領

事ヲシテ其駐在國ノ裁判權ニ服從セシメサルヲ通例トス
以上説明セル部類ニ屬スル者カ其爲シタル行爲ニ付テ内國刑法ノ適用ヲ受
ケサルハ在任中ニ限ルヤ將タ其身分消滅後ニ於テモ在任中ノ行爲ニ付テ處
罰セラレサルヤハ議論ノ存スル所ナリ之ニ反シ其身分ノ消滅後ニ爲シタル
行爲ニ付テハ内國刑法ヲ適用スヘキコト論ヲ俟タス

第七章 列國共助

第一 刑法ノ效力ハ外國ニ於テ犯シタル罪ニモ及ホスコトヲ得ルハ前章ニ於
テ既ニ説明シタルカ如クナリト雖モ特定ノ事實ニ對シテ刑罰權ヲ實行スル
コトハ内國ニ於テノミ爲スコトヲ得ヘク外國ノ領土ニ於テハ權力行動タル
裁判ヲ行フコト能ハサルヲ原則トス而シテ此原則ニ依ルトキハ内國ニ於テ
罪ヲ犯シタル者カ一旦外國ニ逃亡シ若クハ外國ニ於テ内國刑法ニ依リ處罰
スヘキ罪ヲ犯シタル者カ依然外國ニ滞在シ内國ニ來ラサルトキハ之ヲ處罰

スルコト能ハサルノ結果ヲ生スヘシ此缺點ヲ補ヒ國家ノ刑罰權ヲシテ其實
效ヲ收メシメントセハ外國ヲシテ斯ノ如キ犯人ヲ内國ニ引渡サシムル方法
ヲ講セサルヘカラス是レ犯人引渡ノ制度ヲ生スル所以ナリ又犯罪ヲ處分ス
ルニハ必ス證據ニ依リ犯罪事實ノ有無ヲ認ムルノ要アルニ拘ラス證據材料
ノ外國ニ存在スル場合ニハ如何トモ爲スコト能ハサルヘシ犯人カ外國ニ在
リテ之ニ對シテ送達ヲ爲スヘキ必要アル場合亦同シ是レ囑託ノ制度アル所
以ナリ犯罪人引渡及ヒ囑託ノ制度ヲ總稱シテ刑事ニ關スル列國共助ト云フ
此種ノ共助ヲ求メ若クハ之ニ應スル權利義務ハ特別ノ條約ニ依リ發生スル
モノナルカ故ニ條約ナキ場合ニ於テ此種ノ共助ヲ與フルト否トハ被請求國
ノ隨意ナリトス

第二 列國共助ニ關シテ茲ニ説明スヘキモノハ犯罪人引渡制度ナリ犯罪人引
渡トハ刑事訴追ヲ受ケ又ハ有罪ノ判決ヲ受ケタル逃亡人ノ現在國ヨリ審問
又ハ處罰ノ權利ヲ有スル國ニ其逃亡犯人ヲ交付スルヲ謂フ(逃亡犯罪人引渡
故ニ引渡ハ刑事被告人ニ關スル國家相互間ノ法律上ノ共助ニシテ國際裁判

ニアラス又引渡國ノ刑罰權ノ實行ノ一種ニモアラス從テ引渡ハ實體刑法上ノ研究題目ニ屬セスシテ寧ロ手續法上ノ範圍ニ屬スルモノナリ然レトモ刑法ノ效力問題ト牽聯スルカ故ニ本章ニ於テ便宜ノ爲メ其大要ヲ説明セン

第三 處罰スル權利ヲ有スル國ハ犯罪者又ハ犯罪ト法律上一定ノ關係ヲ有スル國即チ犯罪者ノ本國又ハ犯罪地ノ國家ニ限ルモノニシテ引渡ヲ請求シ得ル國ハ處罰權ヲ有スル國ニ限ルモノトス引渡ヲ爲ス國家ハ犯人滯在地ノ國家タルコト勿論ナリ數箇ノ國家カ同一人ニ付テ引渡ヲ請求スルトキハ何レノ國ニ引渡スヘキモノナリヤ此問題ニ關シテハ諸國ノ法律若クハ條約ノ主義一定セス(本邦ニ於テハ犯罪地ノ國家ニ對シテノミ引渡ヲ爲ス)

一 引渡請求國カ其領土内ニ在リタル犯罪ニ對シテ他國ニ先シテ犯罪者ヲ處罰シ得ル地位ニ在ルトキハ他國ニ優先シテ引渡ヲ受クルノ權利ヲ有スト爲スモノアリ

二 引渡請求ノ前後ニ依リ優先ノ地位ヲ定メントスルモノタリ(前掲條例)此主義ハ數國カ同時ニ引渡ヲ請求シタル場合ニ處スルコトヲ得ス

三 以上二主義ノ外犯罪人ノ本國ニ優先ノ地位ヲ與フルモノアリ又犯罪ノ輕重ニ依リ優先ノ地位ヲ定メントスルカ如キ主義アリ

第四 内國人ハ審問又ハ處罰ノ爲メニ之ヲ外國ニ引渡サ、ルヲ以テ原則トス此原則ハ歐洲大陸諸國ノ條約又ハ法律ニ規定スル所ニシテ殊ニ佛國一八一四年ノ憲法ニハ何人モ其自然的裁判官ヨリ奪移セラル、コトナシトノ規定ヲ設ク而シテ此原則ノ由來スル所ハ或ハ自國人カ僥倖ノ待遇ヲ受ケンコトヲ虞レ或ハ内國人ノ引渡ハ自國ノ地位及ヒ尊嚴ヲ毀損スト云フニ在リ然レトモ既ニ他國ノ政府ヲ信用シテ引渡條約ヲ締結セル以上ハ此ノ如キ區別ヲ爲スノ根據ナキノミナラス法律保護ノ利害ト被害者ノ利害トニ最モ關係アル犯罪地ノ裁判所ヲシテ之ヲ處罰セシムルハ適當ナル處置ナルカ故ニ此原則ハ採用スヘキニアラス我國ニ於テハ内國人不引渡ノ原則ヲ認ムルト同時ニ相互ノ擔保アルトキハ内國人ト雖モ之ヲ引渡スヘシトノ例外ヲ認メタリ(前掲條例)英國ニ於テハ犯罪者ノ國籍如何ハ犯罪ノ特質ヲ左右スヘキ條件ニアラストノ思想ニ基キ全然内國人不引渡ノ原則ヲ認メス

第五 如何ナル犯罪ヲ犯シタル者カ引渡サル、カハ條約若クハ法令ニ依リ定マル而シテ諸國ノ條約若クハ法令ニ於テ列舉シタル引渡犯罪ハ罪質輕微ナラサルモノニ限リ且ツ引渡請求國及ヒ被請求國雙方ノ刑法ニ於テ罪ト爲ルヘキ行爲ナルコトヲ要件トスルヲ通例トス例ハ白耳義ト南米諸國及ヒ露國トノ間ニ於ケル引渡條約ニ於テハ輕罪ハ雙方ノ刑法上ニテ罰セラルヘキ行爲ニシテ請求國ノ刑法上一年(白露國ニテハ二年)ノ禁錮以上ノ刑ニ該當スルモノニ限リテ引渡原因タルヘキコトヲ規定シタリ

我國ト北米合衆國トノ間ニ締結シタル犯罪人引渡條約ニ於テハ引渡スヘキ犯罪人ノ種類ヲ殺人罪、貨幣偽造罪、貨幣變造罪、有價證券ノ偽造變造行使罪、文書偽造變造行使罪、看守盜強盜、重罪ヲ犯ス目的ヲ以テ爲シタル家宅侵入罪並ニ破壞罪、偽證罪、強姦罪、放火罪、國際公法ニ於テ海賊ト認メラレタル犯罪等ヲ犯シタル者ニ制限シタリ(日米犯罪人引渡條約二條及ヒ明治三十九年五月十七日日米間追加犯罪人引渡條約參照)

第六 政治上ノ犯罪ヲ犯シタル者ハ之ヲ引渡サ、ルヲ以テ原則ト爲ス(日米引渡條約四前段、逃亡犯引渡條約三參照)蓋前段ニ説明シタルカ如ク條約國カ其義務トシテ引渡

ヲ爲スヘキ犯罪ノ種類ハ條約中ニ於テ悉ク之ヲ列舉シタルカ故ニ特ニ此原則ヲ設クルノ必要ナキニ似タリト雖モ條約中ニ列舉セラレサル犯罪ニ付テ引渡ノ請求ヲ受ケタル國カ其犯人ノ引渡ヲ任意ニ許否スルコトヲ得ル場合ニアリテモ其請求原因カ苟クモ政治犯ニ關スルトキハ決シテ之ヲ引渡スコトナキヲ明カニスルノ必要アルノミナラス條約中ニ列舉セラレタル犯罪ニ付テ引渡ノ請求アリタル場合ト雖モ引渡請求ノ目的カ政治犯ノ審問處罰ニ在ルコトノ明白ナル場合ニハ引渡ヲ爲サ、ルコトヲ明カニスルカ爲メ實益アルナリ而シテ政治犯ノ意義ニ付テハ學說未タ一致セス犯罪人引渡上ニ關シテ諸國制度ノ先例トナレル一八五六年ノ白耳義法律ニ依ルトキハ政治犯ハ國家ノ生存若クハ治安ニ對スル罪、國ノ元首ニ對スル罪、臣民ノ政治上ノ權利ニ對スル罪(我新刑法第二編第一章第二章ノ罪、第三章ノ罪、選舉法違反ノ罪等ニ該當スルモノト認ムルコトヲ得ヘキカ如シ)等ニシテ其他政治犯ノ手段トシテ若クハ政治犯ノ犯跡ヲ蔽フカ爲メ犯サレタル普通犯(Delict connexe ou complexe)ヲ包含スルモノト解釋セラル然レトモ之ヲ以テ政治犯ノ確定ノ意

義ナリトナスコトヲ得ス。國際間ノ交渉ニ於テハ一定ノ原則ニ依ルコトナク各場合ニ於テ關係國政府ハ問題トナレル犯罪ヲ政治犯ト認ムヘキヤ否ヤヲ決定セサルヘカラス(註一)

(註一) 政治上ノ犯罪人ヲ引渡サストノ原則ヲ認ムルハ正當ナルカ、此原則ノ理由ヲ尋スルニ或ハ政治犯ハ其當該國家ニ對シテノミ危險ナルモノニシテ各國共通ノ敵ニアラサルニ因ルト云ヒ或ハ政治上ノ犯罪者ハ自己ノ思想ニ依リ必要ニシテ且ツ神聖ナリト信スル高尙ナル理由ヲ以テ犯行ヲ爲ス者ニシテ卑劣ナラス不徳ナラス而シテ一面ニ於テ政治上ノ犯罪者ノ引渡請求國ハ事件ニ對シ公平ナル裁判ヲ爲スコト能ハサルカ故ナリト云ヘリ然レトモ是等ノ説明ハ未タ以テ政治犯人不引渡ノ理由ヲ盡セルモノニ非ス蓋此原則ノ根據ハ學理ニ求ムルコトヲ得スシテ寧ロ歷史上ノ理由ニ求メサルヘカラス抑第十九世紀ノ前半ニ於ケル歐洲諸國ノ政治犯人ハ主トシテ其所屬國ノ舊形的政治組織ニ反對シテ革新ヲ求メタル志士ナリ是ヲ以テ既ニ革新サレタル他國ニ於テハ却テ名譽アル紳士トシテ尊敬シ

獄待スルノミナラス又之ヲ本國政府ニ引渡スヲ不名譽ナリトシタルナリ、然レトモ今日ニ於テハ此理由モ既ニ其根柢ヲ失フニ至レルカ故ニ從來政治犯トシテ取扱ハレタル國ノ元首若クハ其家族ニ對スル殺害罪ノ如キハ既ニ一八五六年白耳義法律及ヒ獨逸ト他ノ諸國トノ條約ニ於テ政治犯ニアラスト看做サル、ニ至レリ

第七 引渡ハ特定のナルコトヲ原則トス換言スレハ犯人ハ請求國ヨリ請求國因トシテ明示セラレス若クハ被請求國ヨリ承諾セラレザリシ犯罪ニ付テ審問若クハ處罰ヲ受クルコトナキヲ原則トス(條約間後段參照)而シテ引渡前ニ本國ニ於テ犯シタル罪ニ付テモ此原則ノ適用アリ故ニ犯罪人ノ本國カ引渡前本國ニ於テ犯シタル罪ニ付テ引渡國ノ明示ノ承諾ナクシテ之ヲ訴追セント欲スルトキハ本人ニ對シテ本國ヲ去ルニ適當ナル期間ヲ與ヘサルヘカラス此期間ノ經過スルモ尙ホ本國ニ滞在スルトキハ其滞在ハ既ニ引渡ニ基クモノト認ムヘキモノニアラサルカ故ニ之ヲ逮捕シ處罰スルコトヲ得ヘシ

第八 引渡ノ請求ニ係ル犯人ニ對シ被請求國カ審判中ナルトキハ之ヲ引渡ス

ト引續キ審判スルトハ被請求國ノ隨意ナルヲ以テ例トナス(日米間三犯人引
渡條約三)犯人引
犯人引渡條
例六參照殊ニ其犯人カ引渡請求ニ係ル犯罪以外ノ事件ニ付キ内國ニ於テ
 訴追ヲ受ケ又ハ刑ノ執行中ナルトキハ免訴又ハ執行完了ニ依リ放免セラレ
 タル後ニアラサレハ之ヲ引渡サ、ルヲ原則トス然レトモ前段ノ場合ニ於テ
 審判上便利ノ爲メ引渡ヲ可トスルトキハ締約國ノ請求ニ應シテ引渡ヲ爲ス
コトヲ妨ケス(前揭條
例四參照)
 以上説明シタル原則ノ外犯罪人引渡ノ手續ニ關シテハ前掲日米間ノ條約及逃
 亡犯罪人引渡條例ノ各規定ヲ參照スルコトヲ要ス

第八章 普通刑法ト特別刑法トノ關係

(法典第八條)

第一 新刑法ノ總則ハ他ノ法令ニ於テ刑ヲ定メタルモノ(特別刑法)ニ亦之ヲ適
 用スルヲ原則トス刑ヲ定メタルモノト謂フハ刑法ノ刑名ニ依リ刑ヲ定メタ

ルモノヲ意味スルモノニシテ他ノ罰則ヲ包含セス(註一、二)

(註一) 新刑法施行前ニ於テ舊刑法ノ刑名ニ依リ刑ヲ定メタル法令ニシテ
 新刑法施行ノ爲メ廢止ニ皈セサルモノニ付テハ刑法施行法第二條ノ例ニ
 準シ其主刑ヲ新刑法ノ刑ニ對照シテ新刑法ノ刑名ニ變更スト雖モ其期間
 又ハ金額ハ之ヲ變更セス又前上法令ニ定メタル刑ノ加重減刑モ舊刑法ノ
 加減例ニ關スル規定ヲ準用スルヲ原則トス(刑法施行法第十九條乃至第二
 十一條明治四十一年勅令第二一七號參照)

(註二) 舊陸軍刑法及ヒ舊海軍刑法ハ何レモ舊刑法ト獨立シタル總則ヲ有
 シタルカ故ニ舊刑法ノ總則ニ支配セラレサリシト雖モ明治四十一年法律
 第四六號陸軍刑法及ヒ同年法律第四八號海軍刑法ハ獨立ノ一般總則ヲ設
 ケス原則トシテ新刑法總則ニ支配ヲ受クルモノトシ唯其除外例タルヘキ
 特別總則ノミヲ規定シタリ

第二 然レトモ特別刑法中刑法總則ノ或規定ヲ適用セサルコトヲ規定スルモ
 ノ(註三)若クハ其解釋上明カニ例外規定タルヘキ性質ヲ有スルモノ(註四)又ハ

特ニ例外規定ヲ設ケタルモノ(註五)ニ付テハ其一定ノ範圍内ニ於テ刑法總則ノ適用ナシ是レ特別法ハ普通法ニ優ルノ法理ニ依ルモノナリ

(註三) 特別刑法中ニハ刑法ノ不論罪減輕數罪俱發再犯加重ノ例ニ依ラツルコトヲ規定スルモノアリ或ハ不論罪ノ例ヲ用フルモ減輕數罪俱發及ヒ再犯加重ノ例ヲ用ヒサルコトヲ明カニスルモノアリ前者ニ屬スル特別刑法ニ付テハ新刑法第七章犯罪ノ不成立及ヒ刑ノ減免乃至第十章未遂罪併合罪累犯及ヒ第十二章酌量減輕ノ規定ヲ適用スルヲ得ス後者ニ屬スル特別刑法ニ付テモ亦犯罪ノ不成立ニ關スル規定ノ外同様ノ除外例ニ從フ(刑法施行法第二十二條第一項參照)

(註四) 新聞紙條例ニハ不論罪ノ例ニ依ラサルノ規定ナシト雖モ同條例第二十七條乃至第三十三條ノ罪ニ付テハ發行人編輯人又ハ印刷人ニ於テ其犯罪ノ故意ヲ有セサル場合ニ於テモ亦處罰ヲ免レサルハ其規定ノ性質上明カナリ出版法第二十六條乃至第二十八條ノ罪ニ付キ亦同シ大審院カ新聞紙條例第三十三條ハ新聞紙ニ社會ノ秩序又ハ風俗ヲ擾亂スル事項ヲ記

載シタルトキハ發行人編輯人ヲシテ常ニ之カ責ニ任セシムルモノトス從テ發行人若クハ編輯人ハ其發行ノ當時不在ナリシト云フカ如キ主張ヲ以テ責罰ヲ免ル、コトヲ得スト判決シタルハ正當ナリ(明治三十八年大審院判決錄一二四六頁參照)

(註五) 改正ノ陸軍刑法及ヒ海軍刑法ニ於テハ刑法ノ土地ニ關スル效力及ヒ緊急狀態ノ範圍ヲ擴張シ死刑ノ執行方法ニ付テ除外例ヲ設ケタリ

第三 特別刑法ハ普通刑法ノ變更ニ因リ當然ニ其罪目ヲ廢セラルルコトナキヲ以テ原則トス然レトモ從來特別刑法中ニ規定シタルト同一ノ事項ニ付キ其後ノ普通刑法カ更ニ一定ノ規定ヲ爲シタルトキハ尙ホ後法ハ前法ニ優ルノ原則ニ從ハサルヘカラス例ハ明治十五年布告第二十五號富籤賣買者等處分方ハ新刑法第八十七條第二項第三項ノ爲メ、明治三十四年法律第三十七號瀆職法ハ新刑法第二十五章ノ規定ノ爲メ、明治三十二年法律第八十七號遺失物法第十六條ノ規定ハ新刑法第二百五十四條ノ規定ノ爲メ何レモ廢止ニ歸スルモノトス而シテ特別刑法ト後ノ普通刑法トカ同一事項ニ關スルヤ否

ヤハ各規定ニ付テ精査スルコトヲ要ス

第二編 犯罪

第一部 總論

第九章 犯罪ノ意義

第一 犯罪ヲ社會的現象ノ一種トシテ觀察スルトキハ犯罪モ亦進化ノ法則ニ從フモノニシテ文化ノ程度異ルニ從ヒ其意義及ヒ内容共ニ變遷シテ止ムコトナシ時代ノ遷移及ヒ場所ノ差異ニ關係ナク理想的ニ東西古今ニ普通ナル犯罪ノ意義ヲ定ムルコトハ解釋刑法學ノ範圍ニ屬セス解釋刑法學ニ於テハ各時各國ノ立法者ガ社會ノ生存上必要ニシテ缺クヘカラサル根本的ノ條件ナリト思料スル生活利益ヲ保護スル爲メニ設ケタル實在法制ノ規定ヲ基礎

トシテ犯罪ヲ定義スルニ過キス而シテ立法者ハ或ハ客觀的ニ非社會的ノ性質ヲ有スル一切ノ行爲ヲ處罰スルコトヲ定ムルヲ得ヘク又反之行爲ノ有無ニ拘ラス非社會的ノ性格ヲ有スル者ヲ總テ處罰スルコトヲ定ムルヲ得ヘク或ハ又客觀方面及ヒ主觀方面ニ於テ等シク非社會的要素ノ存在スルコトヲ條件トシテ處罰ヲ行フコトヲ得ルモノニシテ其主義ノ如何ニ依リ犯罪ノ意義ヲ異ニスルハ當然ナリト雖モ本書ニ於テハ我現行刑法ニ基キテ犯罪ノ意義ヲ定メントス

第二 現行刑法ハ近世諸國ノ立法例ト共ニ特ニ犯罪ノ定義ヲ示サ、ルカ故ニ現行刑法ニ於ケル總テノ規定ヲ分析シ犯罪ノ成立ニ必要ナル諸種ノ要素ヲ綜合シテ其意義ヲ知ルノ外ナシ而シテ此等ノ要素ハ之ヲ一般ノモノト特別ノモノトニ區別スルコトヲ得ルモノトス犯罪ノ一般要素トハ諸種ノ犯罪ニ共通ナル要素ニシテ特別要素トハ個々ノ犯罪ニ特別ナル要素ヲ謂フ例ハ犯罪ハ少クトモ十四歳以上ノ者ノ任意ノ行爲ナルコトヲ要スト云フカ如キハ一般要素ニシテ他人ノ物ヲ竊取スルコトハ竊盜罪ニ於ケル特別要素ナリ一

般要素ハ刑法總則中ニ規定セラレ特別要素ハ刑法第二編及ヒ特別法令ニ於ケル各本條ニ規定セラル

犯罪ノ一般要素ト特別要素トハ犯罪ノ成立ニ關シテ毫モ其價值ヲ異ニスルモノニアラス即チ一定ノ種類ノ犯罪カ成立スルニハ一般要素並ニ特別要素ノ存在ヲ前提トスルモノニシテ其一ヲ缺クトキハ其種ノ犯罪成立スルコトヲ得サルナリ(特別刑法中ニハ特別要素ニシテ具備スル以上ハ一般要素ノ有無ニ拘ラス犯罪ノ成立ヲ認ムルモノアリ學者或ハ之ヲ形式的犯罪ト稱ス)

第三 我現行刑法ハ近世諸國多數ノ立法例ニ倣ヒ客觀要素ト主觀要素トヲ以テ等シク犯罪ノ成立ニ必要ナル一般ノ條件トス

一 意思ノ發動タル外部ノ舉動即チ行爲アルコトヲ要ス(實體的要素)
刑法ハ外部行爲ニ表示セラレタル人々相互間ノ關係ノミヲ支配スルモノニシテ心裡ニ存スル思想及ヒ決心等ハ縱令自白アリトスルモ之ヲ處罰スルコトヲ得ス(Cogitationis poenam nemo patitur)此原則ハ遠クウルピアス以來普ク認メラル、所ニシテ殆ト之ニ對スル例外ナシト云フモ可ナリ苟クモ

非社會的性格ヲ有スルモノハ非社會的行爲ヲ待タスシテ之ヲ處罰スヘシト云フカ如キ主觀論ハ刑法ノ認メサル所ナリ

二 行爲カ違法ナルコトヲ要ス
違法ナル行爲トハ法ノ合禁ニ違背シテ法ノ保護スル利益ヲ侵害スル行爲ナリ換言スレハ社會的共同生存ノ條件ニ適合セサル行爲ナリ謂所非社會的ノ行爲ナリ違法ナラサル行爲ハ犯罪ヲ構成スルコトヲ得ス

三 行爲カ有責ナルコトヲ要ス(主觀的要素)
犯罪ハ違法行爲ナリト雖モ違法行爲ニシテ有責ナラサルモノハ犯罪タラサルヲ以テ刑法上ニ於ケル原則トス有責ナル行爲トハ責任能力者ノ故意又ハ過失ニ出テタル行爲ヲ謂フ

四 一定ノ行爲カ犯罪タルニハ法律ニ於テ之ニ對スル刑罰制裁ヲ豫定セルコトヲ要ス
刑罰ハ犯罪ニ固有ナル制裁ニシテ此制裁ヲ缺クトキハ有責違法ナル行爲ト雖モ犯罪タルコトヲ得ス

以上四箇ノ要素ヲ以テ各種ノ犯罪ノ成立ニ共通ナル一般的ノ要件トナス然レトモ犯罪ハ此要素ト各個ノ犯罪ニ固有ナル特別要素トヲ具備スルニ因リ始メテ構成セラルルカ故ニ犯罪ノ構成要件ト謂フトキハ一般要素ト特別要素トヲ包含スルコト既述ノ如シ(註一、二)

(註一) 是等四箇ノ一般的構成要素ハ犯罪ノ成立上何レモ同一ノ價值ヲ有スルモノニシテ其一ヲ缺クトキハ即チ犯罪成立セサルニ至ルモノナリ故ニ行為ノ意義ヲ阻却スヘキ原因(例ハ有形ノ強制)ノ存セサルコト、主觀的責任ヲ阻却スル原因(例ハ精神障礙)ノ存セサルコト、違法ヲ阻却スル原因(例ハ緊急防衛)ノ存セサルコト及科刑ヲ阻却スル原因(刑罰法規ノ廢止)ノ存セサルコトカ消極的方面ヨリ觀察シテ犯罪ノ成立上必要ナリ從テ以上四箇ノ要素ヲ阻却スル原因ノ何レモ存在セサルコトヲ犯罪ノ一般的消極要素ト稱スルコトヲ得ヘシ但狹義ニ於テ消極的犯罪要素ト稱スルトキハ違法ヲ阻却スル原因ノ存セサルコトヲ指ス然レトモ積極的要素ト消極的要素トハ同一事實ニ關シテ觀察方面ヲ異ニスルニ過キス本文説明シタル四要素

ノ外ニ獨立シタル消極要素ナルモノヲ認メントスルハ誤レリ只違法性ノ存在スルコトノ必要ナリト云フ方面ヨリ觀察スルトキハ之ヲ積極的要素ト云ヒ違法阻却ノ原因カ存在セサルコトヲ必要トスル方面ヨリ觀察スルトキハ消極的要素ト云フコトヲ得ヘシ而シテ違法性ノ存在スルコトト違法阻却ノ原因ノ存在セサルコト、ハ畢竟同一ノ結果ニ歸着ス

(註二) 本文ニ説明シタルカ如ク犯罪ノ一般要素中ニハ主觀的方面ニ屬スルモノト客觀的方面ニ屬スルモノトヲ包含スルモノニシテ就中實體的要素タル行為ト特別要素トヲ併セテ特ニ犯罪事實又ハ犯罪構成事實ト稱スルヲ以テ通例トス故ニ犯罪構成ノ要件ト謂フトキハ一切ノ構成要素ヲ包含スルモノニシテ犯罪構成事實ト謂フトキハ狹義ニ解セラル、コトヲ注意スヘシ

第四 以上論述セル所ニ從ヒ現行法上ニ於ケル犯罪ノ原則的定義ヲ下ストキハ左ノ如シ

犯罪トハ刑罰ヲ科セラレタル有責違法ノ行為ナリ(註三、四)

(註三) 獨逸派ノ刑法學者ハ概ネ之ト同様ナル形式ニ於テ犯罪ヲ定義ス
佛國ノガロー氏ハ犯罪トハ純然タル刑罰制裁ノ下ニ於テ豫メ法律ニ依
リ命令若クハ禁止セラレ且ツ權利ノ行使ニ依リ正當ニセラレサル行爲
ナリト定義シ有責行爲タルコトヲ明カニセス、此他犯罪トハ刑法ニ違反
スル行爲ナリトノ定義ヲ以テ満足スル學者アリ何レモ正確ナラス

(註四) 犯罪ナル語辭ハ通常獨逸ニテ Verbrechen i. w. S. 佛ニテ Infraction 英ニ
テ Crime (i. w. S.) ニ相當スルモ Delict ナル羅典語ヲ以テ此意味ニ用フル者
少カラス然ルニ此文字ニハ種々ノ意味有ルカ故ニ注意スルコトヲ要ス
即チ此文字ハ刑法ニ於テ一般ニ犯罪ノ意味ニ使用セラル、ト同時ニ重
罪若クハ違警罪ニ對シテ輕罪ノミヲ指稱スル場合アリ又民法ノ不法行
爲ヲ示スコトアリ其他一切ノ違法行爲ヲ總稱スル場合アルナリ

第十章 犯罪ノ主體

第一 近世ノ法律思想ニ依レハ犯罪ハ行爲ニシテ行爲ハ人ノ意思活動ナルカ
故ニ人ニアラサレハ犯罪ノ主體タルコトヲ得ス往時ノ法律ニ於テハ人ニ對
シテ害ヲ加ヘタル獸類ヲ處罰スルノ手續アリタリト雖モ現今ノ法律ハ獸類
ヲ犯罪ノ主體ト認ムルコトナシ例ハ危害豫防上狂犬ヲ撲殺スルカ如キハ刑
罰ノ觀念ニ屬セス

第二 法律上ニ於テ人ト稱スルハ自然人ト法人トヲ包含ス然レトモ現行刑法
ニ依ルトキハ犯罪ノ主體タルコトヲ得ルモノハ自然人ノミニシテ法人ハ此
能力ヲ有セサルヲ以テ原則トス殊ニ普通刑法上ニ於テハ此原則ニ對スル例
外ナシ蓋現行普通刑法ノ規定ニ依ルトキハ犯罪ノ結果トシテ責任ヲ負フヘ
キ者カ自ラ(代表ニ依ラスシテ)故意若クハ過失アルヲ條件トスルノミナラス
性質上自然人ニ對スルニアラサレハ執行スヘカラサル刑罰(生命刑及ヒ自由
刑)ヲ定メ且ツ罰金ト雖モ完納不能ノ結果ハ犯人ヲ勞役場ニ留置スル點ヨリ
觀ルモ此原則ヲ證明スルニ足レリ故ニ表面上ニ於テ法人カ犯罪ノ主體タル
カ如キ觀アル場合ニ於テハ實際ニ其犯罪行爲實行ノ局ニ當リタル代表者ヲ

處罰スヘク法人其者ヲ處罰スルコトヲ得サルナリ(註一、二)

(註一) 往時有名ナル一六七〇年ノ佛國刑事勅令ノ如キ市町村團體其他ノ團體ヲ以テ犯罪ノ主體タルコトヲ認メ現今ニ於テモ北米諸州ノ刑法ハ原則的ニ法人ニ自然人ト同一ナル犯罪能力ヲ認メタリ例ハ紐育刑法第十三條ハ凡ソ法人カ自然人ニ關シ禁錮刑ノミニ當ルヘキ犯罪ニ付キ處罰セラレヘキ場合ニ於テ其犯罪カ輕罪ナルトキハ五百弗以下重罪ナルトキハ五千弗以下ノ罰金ニ處スルコトヲ規定シカリフルニヤ刑法典第二十六條ノ一ハ各種ノ法人ハ自然人ト同一方法ニ依リ犯罪ヲ爲スノ能力アリ而シテ此法典ニテ禁錮刑ノミニ處セラル、犯罪ニ付テ法人ヲ罰スヘキ場合ニ於テ其犯罪カ輕罪ナルトキハ五百弗以下重罪ナルトキハ五千弗以下ノ罰金ニ處ス)ト規定シタリ此ノ如キ明文アルトキハ原則的ニ法人ノ犯罪能力ヲ認ムヘキコト勿論ナリト雖モ我現行刑法ノ解釋トシテハ反對ノ論決ヲ爲サ、ルヘカラス

(註二) 我現行法中法人ノ處罰ヲ認メタル特別ノ規定アルコトヲ注意スヘ

シ例ハ電信法第四十二條及ヒ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法律ノ如キ是ナリ電信法ノ規定ニ曰ク「法人ノ業務ニ關シ其ハ代表者又ハ雇人其他ハ從業者前數條ハ罪ヲ犯シタルトキハ其ノ罰則ヲ法人ニ適用ス但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)ト前掲法律第五十二號「煙草專賣法第六十六條、粗製樟腦等專賣法第二十三條、鹽專賣法第三十八條ハ此法律ノ規定ヲ準用ス)ノ規定亦同趣旨ナリ此等ノ規定ハ法人ノ犯罪能力ヲ認メタルモノナルカ將タ他人ノ行爲(犯罪)ニ付テ特ニ法人ニ刑責ヲ負ハシムルニ過キサルカハ頗ル疑問ノ存スル所ナリ之ヲ法人擬制說ノ見地ヨリ觀察スレハ此等ノ場合ニ於テハ法人カ他人ノ行爲ニ付テ制裁ヲ負擔スルモノニシテ擬制的人格者タル法人カ此規定ニ依リ犯罪能力ヲ認メラレタルモノニアラスト論斷スヘキハ當然ナルヘク之ヲ法人實在說ノ見地ヨリ觀察スレハ此場合ニ於テ法人ハ他人ノ行爲ニ付テ刑罰ヲ受クルニアラスシテ自己ノ機關タル代表者等ニ依リ犯罪ヲ爲シタルモノ

ト解スルヲ得ルナリ然レトモ此等ノ規定カ前説ニ從ヘルコトハ其文句自體ノ明カニ發表スル所ナリ

第三

一般的ノ法理論トシテハ法人ノ犯罪能力ニ關スル學說ニ派ニ岐レタリ一ハ法人擬制論ヲ根據トシテ法人ノ犯罪能力ヲ否認シ他ハ法人實在論ヲ標榜シテ法人ノ犯罪能力ヲ肯定ス而シテ擬制説ニ依レハ法人ハ法律ノ擬制ニ依リテ人格ヲ有スルモノニシテ而モ適法ナル目的ノ範圍内ニ於テノミ存在スルモノナルカ故ニ不法ナル行爲ニ付テハ其存在ヲ認ムルコトヲ得ス加之法人ハ自然的ノ意思ヲ有セサルカ故ニ此ノ如キ意思ヲ必要トスル犯罪ヲ犯スコトヲ得スト云フニ在リ(ベルネル、ビュンゲル、フインゲル、ヤンカ、ランマッシュ、マイヤール、オルスハウゼン、ガロー)等本説ヲ採ル)實在説ニ依ルトキハ法人ハ擬制ニアラスシテ實在ナリ而シテ法人ハ其機關ニ依リテ其實在ヲ表彰セラレ其機關カ其資格ニ於テ發表スル意思及ヒ行爲ハ即チ法人其者ノ意思及ヒ行爲ニシテ行爲ノ觀念ハ民法ノ範圍ニ於テモ刑法ノ領域ニ於テモ異ルヘキモノニアラサルカ故ニ法人カ民法上ニテ行爲ノ主體タルコトヲ得ル以上ハ又刑

法上ノ行爲ノ主體タルコトヲ得ヘシト云フニ在リ(ギルケール、リスト、ハフテル、ブリンス等本説ヲ採ル)

吾輩ノ見解ニ依ルトキハ人格ハ一アリテ二ナク自然人ノ人格モ法人ノ人格ト同シク法ノ認否ニ依リテ存否ヲ異ニスルカ故ニ人格ニ自然ノモノト擬制ノモノトヲ區別スルハ正當ナラス而シテ法人ノ存在ハ擬制ニアラスシテ事實ナリ法人カ之ヲ組成スル各員ノ生死増減ト關係ナクシテ存續スルモノト認メラル、ハ爭フヘカラサル事實ニシテ國家カ君主若クハ人民ノ各自ノ新陳代謝アルニ拘ラス永遠ニ存續シ會社カ社員ノ變更スルニ拘ラス其存在ヲ失ハスト認メラル、ハ普通ノ現象タリ又國民ノ間ニハ國民各己ノ意思ノ總和ト異リタル所謂總意ト稱スルモノアリテ各時代ニ於ケル國民的行動ニハ自ラ其特徴ノ存スルカ如キ傾向アルハ歴史ノ證明スル所ナリ多數人ノ團結(人格ノ有無ニ拘ラス)ニハ其團結ニ屬スル各個人ノ力ヲ總計シタルヨリモ強大ナル勢力ノ存スルコトモ亦社會心理學ノ研究ヲ待ツマテモナク吾人ノ實際ニ經驗スル現象ナリ、以テ團隊實在ヲ論證スルニ足ル我民法(第四十二

條第四十三條參照)及ヒ刑罰規定ハ皆法人擬制說ヲ採用シタリト雖モ商法ハ
 寧ロ實在說ヲ採用スルニ似タリ(商法第四十八條參照)然リ而シテ既ニ實在說
 ヲ認ムルコトヲ得ルモノトセハ法律カ法人其者ノ犯罪ヲ認ムルモ論理ニ矛
 盾スルモノニアラサルノミナラス現今ノ趨勢ニ於テハ犯罪豫防策上法人
 處罰ノ必要アルハ疑ナキ所ナリ然レトモ現行刑法ノ見地ニ於テハ未タ實在
 說ヲ以テ解釋ノ根據ト爲スコトヲ得ス從テ例ハ法人ハ誣告罪ノ主體トシテ
 現行法ニ依リ處罰セラルヘキヤト云ハ、之ヲ否定セサルヘカラス(大審院
 カ會テ法人タル漁業組合ハ其名ヲ以テ爲シタル誣告ニ對シ刑事上ノ責任ヲ
 負フヘキモノニアラス現ニ誣告ヲ爲シタル代表者ニ於テ刑事上ノ責任ヲ負
 フヘキモノニシテ其誣告カ法人タル組合ノ事業トシテ組合ノ名ヲ以テ爲
 サレタルノ事實ハ其罪責ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシト判斷シタルハ現
 行ノ法律狀態ニ於ケル解釋トシテ正當ナリ、明治三十六年判決錄一二〇二頁
 參照)

第六 自然人ト雖モ責任能力ナキ者ハ犯罪ノ主體タルコトヲ得ス之ニ反シ責

任能力アル者ハ國內刑法ノ適用ヲ受ケサルトキト雖モ苟クモ其者ノ行為カ
 犯罪ノ要素ヲ具備スルトキハ則チ犯罪ヲ構成スルモノニシテ國際例規上若
 クハ國內法ノ理由ニ基キ國內刑法ニ依リ處罰セラル、コトナキニ止マルカ
 故ニ此種ノ人ハ犯罪ノ主體タル能力ヲ有スルコト明カナリ

第十一章 犯罪ノ客體

第一 犯罪ノ客體ハ即チ犯罪ノ對象或ハ目的物ナリト解スル者アリ此意味ニ
 於テハ總テ法律保護ノ目的物即チ法益(註一)ハ其種類ノ如何ヲ問ハスシテ犯
 罪ノ客體タルコトヲ得ルモノトス例ハ生命、身體、名譽、貞操、財產、信用、風俗、胎兒
 及ヒ無主動物等ノ如キ是ナリ而シテ各犯罪ニ於ケル法益カ何モノナルカハ
 其犯罪ノ性質如何ニ依リテ定マル

(註一) 法益ハ獨逸語「レヒツグート」Rechtsgutノ譯語ナリ法律ノ保護スル所
 ハ Gut 其モノナリト解スルヲ普通トスルモ主觀的ニ觀察シ法律ハ Rechtsgut

其モノヲ保護スルモノニアラスシテ (Rechtsgut)ノ保有者カ其物體ニ對シテ有スル關係ヲ保護スルモノナリ換言スレハ法ノ保護ヲ受クルモノハRechtsgutニアラスシテ Rechtsintresseナリト主張スル者アリ本書ニ於テハ通説ニ從フ而シテ此意味ニ於ケル法益ニハ必シモ格段ナル主體ノ存スルコトヲ要セス例ハ胎兒ハ法益ノ主體ニアラスト雖モ尙ホ法益其モノタルヲ得ルナリ

第二 犯罪ノ客體ヲ犯罪ノ被害者即チ受働的主體ト云フ意味ニ解スル者アリ例ハ(オルトラン、プリンス、ガロー)等此意味ニ於テハ常ニ(直接若クハ間接)ニ犯罪ノ客體タルモノハ獨リ國家アルノミ然レトモ直接ニ法益ヲ侵害セラレタル者カ一私人(自然人若クハ法人)ナルトキハ是亦犯罪ノ被害者タリ現行法ニテ犯罪ノ被害者ト稱スルハ寧ロ此直接ノ被害者ヲ指示ス而シテ犯罪ノ被害者ニ關シテハ犯罪ノ主體ニ關スルカ如キ諸種ノ條件ヲ必要トセサルカ故ニ十四歳未滿ノ者若クハ精神障碍者等モ等シク犯罪ノ被害者タルヲ得ヘク又死刑ノ宣告ヲ受ケタル者若クハ不治ノ疾病者ト雖モ尙ホ法益ノ主體ナルカ

故ニ犯罪ノ被害者タルヲ得ヘシ法人ノ被害能力ノ範圍ハ各犯罪ノ性質ヲ研究シタル後ニ非サレハ決定スルヲ得スト雖モ現行刑法ノ解釋トシテ一定ノ範圍内ニ於テ法人ニ此能力ヲ認メ得ルコト明白ナリ

第三 犯罪ノ客體ヲ第一ノ意義ニ解スルト第二ノ意義ニ解スルトハ用語ノ爭ナリ孰レヲ是トシ孰レヲ非トスヘキニアラス然レトモ二者混用スルトキハ思想ノ錯雜ヲ來スカ故ニ寧ロ犯罪ノ客體ハ犯罪行為ノ對象タル法益其モノヲ指稱スルモノトシ犯罪ノ被害者トハ其法益ノ主體ナリトスルノ用例ニ從フヲ便宜ナリトス此用例ニ從フトキハ例ハ公然猥褻ノ行為ヲ爲ス罪ニアリテハ風俗カ客體ニシテ格別ナル被害者ヲ存セス反之竊盜罪ニアリテハ客體竝ニ被害者ヲ存スルナリ

第二部 犯罪ノ一般要素

(甲) 行 爲

第十二章 行爲ノ概念

第一 行爲ハ人ノ意思ニ歸スヘキ身體ノ動靜ナリ換言スレハ人類ノ意思ノ外部的發動ナリ

一 行爲ノ主體ハ人ナリ故ニ人以外ノ動物ノ運動ハ行爲ニアラス又風雨震雷等ノ如キ自然現象モ亦行爲ノ觀念ニ屬スルコトナシ人ニ自然人ト法人トノ別アリ法人モ法理上行爲能力ヲ有スルコトヲ得ルモノナリト雖モ現行刑法ニ依ルトキハ法人ハ犯罪行爲ノ能力ヲ有セス

二 行爲ハ人ノ意思作用ニ基ク身體ノ動靜ナリ故ニ抗拒スヘカラサル外部的強制ニ因ル身體ノ動靜ハ行爲ニアラス(註一)又睡眠若クハ熟醉中ノ如キ無意識状態ニ於ケル身體ノ動靜ハ行爲ニアラス其他意思作用ニ基クコトナク直接ニ感覺神經ニ影響スル刺激ニ基ク動靜(所謂反射運動)モ亦行爲ニアラス

(註一) 外部的強制ハ何人ノ意思ニモ歸スヘカラサル自然力ナルコトアリ他人ノ意思ニ歸スヘキ人力ナルコトアリ自然的外部強制ニ因ル身體ノ動靜ハ自然ノ事實ト異ル所ナク人爲的外部強制ニ因ル身體ノ動靜ハ被強制者ノ行爲ニアラスシテ強制者ノ行爲ナリ

三 行爲ハ意思作用ニ基クモノナルカ故ニ意思作用モ亦行爲ノ一要素ナリ然レトモ行爲ハ意思ニ基ク身體ノ動靜ニシテ即チ意思ノ外部的發動ナルカ故ニ身體ノ動靜ニ發動セサル精神作用ハ行爲ニアラス故ニ人ノ心裡ニ留マル精神作用ヲ内部的行爲ト稱フルハ適當ニアラス要スルニ行爲ノ一要素ヲ成スモノハ身體ノ動靜ヲ直接ニ支配スル意思ノミニシテ其他ノ精神作用例ハ故意辨別動機等ハ責任問題ニ關係アルモ行爲ノ要素トナルコトナシ(註二)

(註二) 意思ニ基ク身體ノ靜止モ亦意思ノ外部的發動ナリト云フコトヲ得ヘシ故ニ不作爲モ亦純然タル意味ニ於テ行爲タリ不作爲ハ人ノ心裡ニ於ケル内部的作用タルニ過キスト論スルカ如キハ正當ニアラス

第二 行爲ハ單一ナル意思活動ヨリ成立スル場合アリ例ハ手ヲ舉クルカ如キ是ナリ然レトモ亦多數ノ意思活動ノ結合ヨリ成立スル場合アリ例ハ一刀ノ下ニ人ヲ斬殺スルニモ先ツ刀ヲ舉ケ次ニ之ヲ打下スニ二箇ノ意思活動アリ若シ亂撃シテ殺害スルモノトセハ更ニ多數ノ意思活動ヲ存スルナリ加之或目的ヲ遂行スル場合ニ行爲ハ多數ノ階級ヲ經テ發展スルモノニシテ多數ノ意思活動ニ因リテ結果ヲ惹起スルモノトス例ハ人ヲ殺害センカ爲メ兇器ヲ買入レ之ヲ携帯シ歩ヲ運セテ犯所ニ至リ被害者ノ來ルヲ要シ兇器ヲ以テ之ニ迫リ被害者ト格闘シタル後遂ニ之ヲ殺スニ至ルカ如キ是ナリ廣キ意味ニ於テハ是等ノ相連續セル數箇ノ意思活動ハ殺人テフ單一ナル概念ヲ構成ス然レトモ嚴格ニ云フトキハ兇器ヲ買入レ若クハ被害者ヲ或場所ニ要スルカ如キハ殺人行爲ノ準備行爲タルニ止マリ殺人行爲其モノニ屬セサルモノト觀察ス而シテ多數ノ意思活動中或犯罪行爲其モノ、範圍ニ屬スヘキ部分ト然ラサルモノトハ各犯罪行爲ニ關スル法文ヲ標準トシテ之ヲ決定セサルヘカラス

第三 行爲ノ意義ヲ説明スルニ當リテハ結果テフ概念ニ關スル論點ヲ究研セサルヘカラス結果トハ何ソ結果ハ外界ニ於ケル事態ノ變更ニシテ法律上一定ノ犯罪ノ構成要素タルモノヲ謂フ抑茲ニ意思ノ外部的活動アレハ必ヤ外界ニ於ケル事態ノ變更ヲ伴フコトヲ常トス外界トハ自然界及ヒ行爲者以外ノ人ノ心界ヲ謂フ例ハマツチヲ擦レハ火ヲ發スヘク、足ヲ舉クレハ空氣ノ振動ヲ生スルカ如キ一舉手一投足ノ運動ニシテ尙ホ能ク此ノ如キ影響ヲ生スルナリ言語モ亦同シ音聲ヲ發スレハ空氣ノ波動ヲ生シ傍人ノ耳朶ヲ打チテ其心界ニ感應セシム、是ヲ以テ行爲ハ皆外界ノ影響ヲ伴フモノト斷定スルヲ得ヘシ而シテ意思活動ヨリ生スル外界ノ影響ハ廣キ意味ニ於テハ悉ク之ヲ意思活動ノ結果ナリト云フコトヲ得ヘシ然レトモ刑法上ニ於テハ或行爲カ一定ノ既遂犯罪ヲ構成スル爲メ必要ナル條件タル影響ノミヲ結果ト稱ス例ハ甲者指頭ヲ以テ短銃ノ引金ヲ引クトキハ此意思發動ニ因リ火藥爆發シ銃丸飛ヒ乙者ヲ傷ケ遂ニ其死ヲ致シ遺族爲メニ生計ニ苦ミ惡事ヲ行フニ至ル廣義ニ於テ是等ノ影響ハ悉ク之ヲ甲者ノ指頭ノ働ニ起因スル結果ナリト云

フコトヲ得ヘシト雖モ刑法上ニ於テハ乙者ノ死亡ノミヲ結果ト稱ス(註三)

(註三) 各種ノ犯罪行為ハ必ス前段説明シタルカ如キ結果ヲ有スルヤ否ニ付テハ學者ノ見解一致セス或ハ之ヲ肯定シ或ハ之ヲ否定ス然レトモ此爭ハ寧ロ字義上ノ爭タルヲ免レス即チ何レノ犯罪行為モ廣義ニ於テ結果ヲ伴ハサルモノナキコトハ前段説明スル所ニ依リテ明ナリト雖モ狹意ニ於ケル結果ハ必シモ犯罪ノ成立要素ニアラス例ハ未遂犯ニハ狹義ノ結果ヲ存セサルコト明カナリ又結果ハ外形ニ表現スルモノアリ例ハ殺人罪ニ於ケル結果(人ノ死亡)傷害罪ニ於ケル結果(人ノ負傷)ノ如キ是ナリ反之意思活動其モノト分離シテ外形ニ表現セサルモ唯五官ノ作用ニテ認識スルコトヲ得ルニ止マルモノアリ例ハ名譽毀損罪ニ於ケル結果ノ如キ是ナリ學者或ハ表現的結果ヲ必要トスル罪ヲ結果犯(Prätensdelikt)若クハ實質犯ト稱シ然ラサルモノヲ舉動犯(Thätigkeitsdelikt)若クハ形式犯ト稱スルコトアリ(茲ニ所謂結果犯ト他ノ意味ニ於ケル結果犯即チ或範圍ニ於テ故意ノ内容如何ヲ問ハス結果ノ輕重ニ依リ刑ノ範圍ヲ異ニスル犯罪例ハ傷害致死罪トヲ

混同セサルコトヲ要ス)蓋因果關係ノ問題ハ主トシテ所謂結果犯ニ付テ之ヲ研究スルヲ以テ便宜ナリトスルモ非表現的結果ト行為トノ間ニモ論理的關係ノ存在スルコトヲ必要トスルハ明カニシテ其他ノ方面ヨリ觀察スルモ所謂結果犯ト舉動犯トヲ區別スル實益ヲ存セス

第四 結果ハ行為ノ要素ナリヤ否ヤ此問題ニ付テハ三箇ノ見解アリ即チ甲説ニ依レハ行為ハ犯罪ノ既遂ニ缺クヘカラサル外界ノ影響即チ狹意ノ結果ヲ以テ一要素トナスモノニシテ結果ナケレハ行為ナシ乙説ニ依レハ行為ノ觀念ハ意思活動及ヒ之ニ伴フ中間影響ヨリ成立スルモノニシテ狹意ノ結果ヲ包含セス終リニ丙説ニ依レハ行為ノ要素ハ意思活動ノミニシテ之ニ伴フ影響ハ意思活動自體ト分離シテ互ニ對立セシムヘク而シテ此影響殊ニ結果ハ行為ニ對スル處罰ノ有無若クハ刑ノ輕重ニ關係アルノミニシテ行為ノ意義ヲ構成スル要素ニアラストナス蓋行為ノ概念ハ其自體ニ於テ當然ニ結果ヲ包含スルモノニアラスト雖モ行為カ違法タルニハ法益侵害ノ結果若クハ危險ヲ伴フコトヲ必要トスルカ故ニ違法行為ノ一種タル犯罪行為ハ意思活動

及ヒ之ニ伴フ一定ノ影響ヨリ成ルモノト認ムルヲ至當トス茲ニ於テカ行爲ヲ犯罪ノ實體的構成要素トシテ觀察スルニハ意思活動ト法律上關係アル一定ノ影響トノ間ニ於ケル因果關係ノ有無ヲ研究スルノ必要ヲ生ス而シテ行爲ハ作爲(意思ニ基ク身體ノ運動即チ積極行爲)ト不作爲(意思ニ基ク身體ノ靜止即チ消極行爲)トヲ包含スルカ故ニ作爲又ハ不作爲カ犯罪ヲ構成スルニハ何レモ法律上關係アル一定ノ影響ニ對シテ原因タルヘキコトヲ要ス

第十三章 作爲ト因果關係

第一 法律上關係アル外界現象ヲ或者ノ行爲ニ歸スルニハ其行爲ト其現象トノ間ニ因果關係ノ存在スルコトヲ要ス換言スレハ因果關係ノ存在スルコトハ行爲者カ外界ノ現象ニ付テ責任ヲ負フノ一前提ナリ而シテ法律上關係アル外界現象トハ必シモ狹意ノ結果ノミニアラスシテ結果ヲ到來セシムル虞アル狀態即チ危險ヲモ包含スル場合アリ(法律カ未遂ヲ罰スル場合ニ於テ然

リ)又其結果ハ表現的ノモノナルト非表現的ノモノナルトヲ區別スヘキ理由ナシ故ニ一定ノ結果ノ發生シタルニアラスシテ其發生スヘキ危險狀態ノ到來シタルニ過キサレ場合ニ於テ處罰ヲ行フニモ其危險狀態ト當該本人ノ行爲トノ間ニ此關係アルコトヲ要シ又非表現的ノ結果カ犯罪要素タル場合ニ於テモ其結果ト當該本人ノ行爲トノ間ニ因果關係ノ存スルニ非サレハ其本人ヲ處罰スルヲ得サルモノトス然レトモ因果關係ノ問題ハ所謂結果犯ノ場合ニ於ケル狹意ノ結果(既遂犯ノ結果)ト當該行爲トノ關係ニ付テ最モ顯著ニシテ又最モ必要ナリ從テ刑法ニ於ケル因果關係ノ問題ハ主トシテ此範圍内ニ於テ研究ノ目的ト爲ルヲ例トス(註一)

(註一) 因果關係ノ存在ハ行爲者ヲ罰スルノ客觀的條件ニシテ主觀的條件トハ別個ノ概念ニ屬スルカ故ニ因果關係ノ存在ヲ認ムルモ主觀的條件ノ具備セルニ非サレハ直ニ有罪ノ斷定ヲ下スコト能ハサルハ勿論ナリ

第二 因果關係ハ或現象ト他ノ現象トノ間ニ於ケル條件的關係ナリ換言スレハ甲現象ナカリシモノト假定スルトキハ現ニ發生シタル具體的ノ乙現象モ

亦發生スヘカラサリシコトヲ推理シ得ヘキ状態ナリ二個ノ現象カ此ノ如キ状態ニアルトキハ其間ニ因果ノ關係アリト稱ス然レトモ凡ソ外界ノ現象ハ唯一ノ條件ヨリ發生スルモノニアラスシテ多數條件ノ競合的作用若クハ連續的作用ニ因リテ成立スルモノナルカ故ニ因果關係ノ觀念ハ獨リ二個ノ現象間ニ止マルヘキモノニアラスシテ多數ノ現象間ニ存在スルモノナリ而シテ多數ノ條件カ競合的作用ニ因リテ一定ノ現象ヲ發生セシムルトキハ其多數ノ條件ヲ共同原因ト稱シ或條件カ第二ノ條件ヲ生ミ第二ノ條件カ第三ノ條件ヲ生ムカ如キ關係ニ於テ因果ノ連鎖ヲ形成シテ一定ノ結果ヲ得タルトキハ其結果ニ直接スル條件ニ先テル條件ヲ間接ノ原因ト稱ス(故ニ原因ノ原因ハ又結果ノ原因ナリ *Causa causa est causa causati*) 又多數ノ條件中ニハ一定ノ現象ノ發生ニ付テ積極的ノ作用ヲ爲スモノ(所謂起果條件)ト一定現象ノ發生ヲ妨害スル條件(所謂妨果條件)ヲ抑壓シテ他ノ條件ノ作用ヲ補助スルニ止マルモノトアリ何レモ一定ノ具體的現象ト條件關係ヲ有スルカ故ニ其間ニ因果關係ヲ認メサルヘカラス要之一定ノ現象殊ニ結果ヲ具體的ニ(其發生ノ

時期及ヒ能様ニテ)觀察スルトキハ之カ條件タル諸種ノ現象中ニ付テ其結果トノ關係上大小輕重優劣ヲ分チテ孰レヲ必要ナリトシ孰レヲ必要ナラストスルカ如キ區別ヲ設クルコト能ハサルカ故ニ苟クモ結果ニ對シテ一ノ條件タル現象ハ何レモ等シク其原因ナリト認ムヘキナリ

此説明ニ從フトキハ因果關係ノ範圍ハ殆ト無限ニシテ宇宙ノ事物間ニハ必直接又ハ間接ノ因果關係アルコトヲ發見スルニ難カラサルヘシ然レトモ此ノ如ク廣汎ナル範圍ノ因果關係ヲ研究スルハ刑法學ノ目的ニ屬セス刑法ニ於テハ非社會的ノ傾向ヲ有スル一定ノ行爲ト一定ノ結果トノ間ニ於ケル因果關係ノ問題ヲ研究スルヲ以テ足ル

第三 一定ノ行爲ト一定ノ結果トノ間ニ於ル因果關係ノ有無ヲ判斷スルニハ前段ニ説明シタル因果關係ノ觀念ヲ應用スヘキモノナルヤ否ニ付テハ學說一致セス此觀念ヲ應用スルトキハ一定ノ行爲ニシテ一定ノ結果ニ對シ苟クモ條件的關係ヲ有スル以上ハ他ノ行爲若クハ自然的事實ト共同ニ其條件ヲ成シタルト否ヲ問ハス又主タル條件ナリシヤ從タル條件ナリシヤニ關係ナ

ク絶對的條件ナリシヤ相對的條件ナリシヤヲ分タス其行爲ヲ以テ其結果ノ一原因ナリト認ムルヲ得ヘク從テ尙ホ廣汎ニ失セル論結ヲ免レサルノ觀アルカ故ニ諸種ノ條件中ニ單純ナル條件ト原因タル條件トヲ區別シ一定ノ行爲カ一定ノ結果ニ對シテ單純ナル條件タルニ過キサルトキハ之ヲ原因ト認メサラシコトヲ主張スル者少カラズ而シテ條件(單純ナル)ト原因トヲ如何ナル標準ニテ區別スヘキカニ付テハ多數ノ見解アリ

一、結果ノ發生上必要ニシテ缺クヘカラサル前提條件ノミヲ原因トシ然ラサルモノヲ條件單純ナル)トス而シテ必要ニシテ缺クヘカラサルモノナリヤ否ヲ決定スルニハ諸種ノ類似事實ヲ集メ其總テニ共通ナル原素ヲ發見スルコトヲ要ス(Method of agreement)其總テニ共通ナルモノハ即チ必要缺クヘカラサルモノニシテ原因ヲ成シ共通ナラサルモノハ條件タルニ過キス(Jevons, Elementary lessons in logic p. 241:—"The sole invariable antecedent of a phenomenon is probably its cause. To apply this method we must collect as many instances of the phenomenon as possible, and compare together their antecedents. Among these the

causes will lie, but if we notice that certain antecedents are present or absent without appearing to affect the result, we conclude that they can not be necessary antecedents. Hence it is the one antecedent or group of antecedents always present, when the effect follows, that we consider the cause".)

二、最モ有力ナル條件ノミカ原因ニシテ其他ノ條件ハ單純ナル條件ナリ

三、事物自然ノ進路順序ヲ變シテ異常ノ進行ヲ爲サシムル條件ノミカ刑法上ノ原因ニシテ然ラサル事實ハ原因タルヲ得ス

四、結果ノ發生ニ付テ最後ノ影響ヲ及ホシタル條件ノミカ原因ニシテ其他ハ單純ナル條件ナリ

ト謂フカ如キ是ナリ其他幾多ノ説明方法アリト雖モ大同小異ニシテ特ニ舉示スルノ必要ナシ然レトモ此等ノ見解ニ從フトキハ一定ノ行爲ハ一定ノ現象ニ對シテ到底原因タルコトヲ得サルニ至ルヘキカ故ニ一定ノ行爲カ一定ノ結果ニ對シテ條件的關係ヲ有スル以上ハ其間ニ因果關係ヲ認ムヘシトノ原則ニ從ハサルヲ得ス然レトモ既ニ説明シタルカ如ク因果關係ノ認定ハ當

然ニ罪責ノ認定ヲ包含セズ殊ニ行為者ハ其豫見セザリシ結果ニ付テ責ニ任セサルノ大原則アルノミナラス因果關係ノ範圍ニ付テモ後段ニ説明スル如ク刑法上多少ノ制限アルカ故ニ上叙ノ原則ニ從フモ之カ爲メニ無限ノ責任ヲ負擔セシムルノ處ナカルヘシ

第四 前段ニ説明シタルカ如ク一定ノ行為ト一定ノ結果トノ間ニ於ケル因果關係ハ一般ノ因果關係ノ概念ニ依リテ判斷スヘキモノトセハ當該行為ト同時ニ若クハ之ニ續イテ他人ノ行為若クハ自然事實ノ共同作用アルニ非サレハ當該結果ノ到來スヘカラサリシ場合ニ於テモ尙ホ其行為ヲ以テ其結果ノ原因ナリト認ムルコトヲ得ルハ言ヲ待タサル所ナリ然レトモ當該行為ト結果トノ間ニ其行為ト何等ノ關係ナキ獨立ノ中間勢力ノ介入スルニ因リテ結果カ發生シタルトキハ當該行為ト結果トノ間ニ因果ノ關係ナキコトヲ注意スヘシ(但コハ行為ト因果ノ關係ナキ獨立ノ中間勢力カ介入シタル場合ニ限レルカ故ニ當該行為ナカリセハ其中間勢力ノ附加スルコトナカリシモノナルトキ即チ中間勢力ト結果トノ因果連絡カ當該行為ニ基クモノナルトキハ

當該行為ト結果トノ間ニモ因果關係ヲ認メサルヘカラサルハ既ニ説明シタルカ如シ)例ハ甲カ乙ニ毒物ヲ服用セシメタルモ未タ其毒物ノ作用カ少シモ始ラサルニ當リ丙カ乙ヲ銃殺シタルカ如キ場合若クハ甲カ人ノ住家ニ放火スルヤ否ヤ落雷アリテ其家屋ヲ燒失シタルカ如キ場合ニ於テハ甲ノ行為ト結果トノ間ニ因果ノ關係ナシ但甲カ殺人未遂罪若クハ放火未遂罪ニ問ハル、カ如キコトアルハ別問題ナリ(註二二三)

(註二) 中間勢力カ當該行為ト結果トノ間ニ因果關係ヲ中斷スルモノナルヤ否ハ各場合ニ付テ之ヲ決定スヘキモノニシテ抽象的ニ判斷スヘキモノニアラス例ハ甲カ乙ヲ傷ケタル後乙ノ居宅火災ニ罹リ乙カ燒死シタリトノ事實ノミニテハ未タ因果關係中斷ノ問題ヲ決スルコトヲ得ス乙カ燒死シタルハ負傷ノ爲メ逃避スルコト能ハサリシニ因ルカ將タ負傷ハ逃避ノ妨トナラサルモ乙カ他ノ理由ニ因リテ速ニ屋内ヨリ立去ラサリシ爲メ(例ニテ衣服ヲ持出サント欲シ屋內)燒死スルニ至リタルモノナルヤノ點ヲ明カニシタル後ニ於テ始テ之ヲ決定スルコトヲ得ヘシ

(註三) 中間勢力カ偶然ノ事實ナリヤ將タ人ノ意思活動ナルヤヲ區別スルノ必要ナク又其他人ノ行爲カ故意若クハ過失ニ出ツルヤ否ノ點モ理論上因果關係ノ問題ニ關係ナシ要ハ當該行爲ト中間行爲トカ因果ノ關係ニ立ツヤ否ノ點ニ在リ例ハ甲カ乙ヲ斬殺セント欲シ其逃クルヲ追及シツ、アルニ際シ丙カ乙ヲ傷ケ顛倒セシメタル爲メ甲遂ニ乙ニ斬付ケ之ヲ死亡セシメタリトセハ丙モ亦其結果ニ對シテ一原因ヲ與ヘタリト云フヲ妨ケス之ニ反シテ甲カ乙ヲ殺サントシテ僅ニ擦過傷ヲ負ハセタル後ニ於テ丙カ乙ヲ毒殺シタリトセハ甲ノ行爲ハ毒殺ノ原因タルコトナシ

第五 以上説明シタルカ如ク行爲ト結果トノ間ニ於ケル因果關係モ亦一般ノ因果關係ノ觀念ニ依リテ判斷スヘキモノナルカ故ニ一定ノ行爲カ一定ノ結果ニ對シ一ノ條件タル以上ハ其間ニ因果關係ヲ認メサルヘカラスト雖モ斯ノ如クニシテ認定セラレタル因果關係ノ存在スル以上ハ其總テノ結果ヲ其行爲ニ販シ以テ處罰スルコトヲ得ルヤ否ハ自ラ別個ノ問題タリ殊ニ當該行爲ニ豫見スヘカラサル偶然ナル事情ノ新タニ附加シタルカ爲メ偶然ナル因

果連絡ヲ形成シタル場合ニ於テハ刑法上其結果ヲ當該行爲ニ販スルコトヲ得ルヤ否ニ付テ學者間ニ爭アリ(クリース、ランマツシ、メルケル等ハ消極說ヲ採リヤンカハ積極說ヲ採ル)蓋單純ナル理論上ヨリ觀察スルトキハ斯ノ如キ場合ニ於テモ因果關係ノ存在ヲ認ムヘキコト當然ナリト雖モ刑法ハ通常ノ事態ヲ標準トスルモノニシテ斯ノ如キ偶然ナル因果連絡ヲ以テ處罰ノ基礎タラシムルモノト認ムルコトヲ得サルカ故ニ刑法上ニ於テハ事物ノ通態トシテ存在スル因果關係即チ吾人ノ經驗上、一般ノ常識上相當ト認メラル、因果關係カ行爲ト結果トノ間ニ存在スル場合ニ限リテ其行爲ヲ以テ其結果ニ對スル原因ナリト認ムルヲ穩當トス(相當原因說)從テ例ハ非致命傷ヲ負ヒタル者カ治療ノ爲メ病院ニ運搬セラル、途中ニ於テ暴風雨ニ吹倒サレタル工作物ノ爲メ壓殺セラレ又ハ入院中病院火災ニ罹リテ燒死シタル場合ノ如キハ行爲ト結果トノ間ニ刑法上ノ因果關係アリト認ムルコトヲ得ス一定ノ結果カ發生スルニ因リ刑ヲ加重セラルヘキ犯罪ニ付テモ亦同シ例ハ強姦セラレタル者カ恥辱ノ感念ニ迫ラレ自殺シタル場合又ハ甲カ船舶ヲ轉覆セシメ

タル爲メ其乘客乙ノ妻此ノ變事ヲ聞キテ驚死シタル場合ニ於テハ理論上因果關係アルモ現行刑法ノ解釋上是等ノ結果ヲ行爲者ノ責ニ歸スルコトヲ得ス

第六 又現行刑法ニ依ルトキハ因果關係ハ他ノ勢力ノ介入ニ因リテ中斷セラレ、コトナシトノ原則ニ對シテ特別ノ例外アリ即チ他人ノ故意行爲ノ介入スルトキハ因果關係ヲ中斷スルコト是ナリ蓋我現行法ニ於テハ人ヲ教唆シテ罪ヲ犯サシメタル者ハ其罪ヲ犯ス者ト同一ノ責任ヲ負フコトヲ以テ原則トナスト雖モ教唆者ハ自ラ結果ヲ惹起シタルモノト看做サレシテ他人カ結果ヲ惹起スルコトニ加増スルニ過キサレモノトナス即チ教唆ノ結果ハ他人カ犯罪ヲ犯スノ決意ヲ爲スコトニ存スルモノニシテ其他人ノ惹起シタル結果ニ對スル原因トナルモノニアラス補助ノ場合モ同様ニ見解スルコトヲ得ヘシ而シテ教唆及ヒ補助ニ相對スル實行行爲ハ責任能力者ノ故意ノ行爲タルコトヲ必要トナスヘキカ故ニ責任能力者ノ故意ニ出ツル場合ニ限りテ教唆行爲若クハ補助行爲ト結果トノ間ニ於ケル因果關係ヲ中斷スルモノト

認メサルヘカラス果シテ然ラハ現行法ハ他人ノ故意ニ基ク行爲ニ因リテ因果關係ノ中斷スルコトヲ認ムルモノナルカ故ニ現行法ノ解釋上ニ於テハ當該行爲ト結果トノ間ニ責任能力アル被害者自身若クハ第三者ノ故意行爲ガ介入スルトキハ一般ニ因果關係ノ中斷ヲ認ムルコトヲ得ヘシ〔註四、五〕

〔註四〕 因果關係ノ中斷ハ現行法ノ規定ニ依リテ之ヲ認ムルモノニシテ現行法ノ規定ニ於テハ故意ノ場合ノミヲ觀察セルカ故ニ過失ノ場合ハ同一ニ論スルコトヲ得ス即チ過失行爲カ介入シタルトキハ因果關係ノ繼續ニ影響ヲ及ホスヘキモノニアラス或ハ故意ノ行爲カ介入スルニ因リテ因果關係ヲ中斷スルモノトセハ過失行爲ノ介入スル場合ヲ是ト區別スルノ理由ナシト論スル者アリト雖モ現行法上ノ根據ナシ

〔註五〕 一説ニ依レハ教唆及ヒ補助ノ場合ニモ亦因果關係ハ中斷スルコトナク教唆及ヒ補助ハ實行行爲ノ爲メニ其責任ヲ更新セラルルモノト爲ス然レトモ因果關係ノ中斷(更新)ヲ認メスシテ責任更新ヲ認ムルハ理由ナキモノナリ

第十四章 不作爲ト因果關係

第一 不作爲モ亦行爲ノ概念ニ屬スルカ故ニ前章ニ説明シタル因果關係ノ概念ハ不作爲ニ付テモ亦之ヲ應用スルコトヲ得ヘシ即チ當該不作爲ナカリセハ斯ノ如キ結果ノ發生スルコトナカリシモノナルニ於テハ其不作爲ト結果トノ間ニ因果關係ヲ認ムルコトヲ得ルモノトス然レトモ不作爲ハ法ノ命令ニ違反スル罪即チ不行犯(Omissivdelikt)ヲ構成スルヲ以テ通例トナスモノニシテ不作爲ニ因リテ法ノ禁令ニ違反スル罪ヲ犯スコトヲ得ルモノナルヤ、即チ不作爲ニ因ル行犯(Kommissivdelikt durch Unterlassung)ヲ認ムルコトヲ得ルヤ認メ得ルモノトモハ不作爲ト結果トノ間ニ因果關係ヲ認ムルコトヲ得ルヤ否ニ付テハ學者ノ見解一致セサルカ故ニ特ニ本章ニ於テ此點ヲ説明セントス(註一)

(註一) 所謂行犯ガ不作爲ニ因リテ犯サレ得ルヤ否ノ問題ニ付テハ佛國法

曹ノ多數ハ從來之ヲ默過シ獨逸法曹ハ一般ニ之ヲ肯定シタリ然レトモ近來ニ至リテハ佛國ノ學者モ漸次之ヲ積極的ニ解スルノ傾向アリ外國ノ立法例中ニハ殊ニ此點ニ關スル明文ヲ置キ其處罰ニ付テ作爲ニ因ル場合ヨリモ多少之ヲ寛大ニ處分スルモノアリ例ハ母カ初生兒ニ乳ヲ與ヘスシテ之ヲ死亡セシメタル場合ニ關シテハ從前ノ立法例中明文ヲ置キタルモノ往々アリ我現行法ニ於テハ此點ニ付テ明文ヲ缺クカ故ニ此問題ヲ如何ニ解決スヘキカハ頗ル疑問ノ存スル所ニシテ余輩ハ嘗テ此問題ヲ否認シタリト雖モ母カ乳ヲ與ヘスシテ初生兒ヲ死亡セシムルカ如キ場合ニ於テ之ニ責任ナシトスルハ頗ル穩當ヲ缺クモノナルカ故ニ不作爲ニ付テモ亦作爲ト同様ナル因果關係ヲ認メテ本問ヲ積極ニ解スルノ正當ナルコトヲ信スルニ至レリ

第二 行犯カ不作爲ニ因リテ犯サル、場合ニ於テハ不作爲ト結果トノ間ニ因果關係ヲ認ムルコトヲ得ルヤ否ニ付テハ積極消極ノ兩説アリ

(甲) 消極説ニ曰ク無ハ有ヲ生セス不作爲ハ無的ノ狀態ナルカ故ニ不作爲ト

結果トノ間ニハ因果ノ關係ヲ生スヘキモノニアラス不作爲ハ單ニ義務ニ違反シテ結果ヲ妨止セスト云フ關係アルニ過キス然レトモ斯ノ如キ關係アルトキハ法律上ニ於テハ因果關係ト其價值ヲ同ウスルモノトシテ同一ニ處分スルコトヲ得ヘシト要スルニ此說ハ義務違反ノミヲ以テ不作爲ニ因ル行犯ノ成立要素トナシ特種ノ行犯形式ヲ認ムルモノナリ此見解ハホイエルバツハ以來獨逸法曹ノ或一派カ主張スル所ニシテ最近ニ於テハリスト及ヒマイヤー等之ヲ唱道シテ最モ勢力アリ然レトモ刑法ニ於テ例ハ人ヲ殺シタル者ト謂フハ人ノ死亡ヲ惹起シタル者ト謂フニ同シ即人ヲ殺シタル者トシテ責任ヲ負フニハ其者ノ行爲ト人ノ死亡トノ間ニ因果ノ關係アルヲ要スルノ意味ニシテ斯ノ如キ因果ノ關係ナキ場合ニ於テ殺人罪ノ存在ヲ認メントスルハ解釋ノ範圍ヲ脱スルモノナリ加之單ニ因果關係ト類似ノ關係アリトノ理由ヲ以テ同一ノ處分ヲ爲スヘシトノ論決ヲ採ルハ論理ニ適セス而シテ茲ニ所謂義務ニ違反ストハ獨リ刑法上ノ義務ニ對スル違反ノミナラス又民法、商法、行政法等各種ノ法令ニ於ケル義務ノ違反ヲ

モ包含スルモノト認メラレタリト雖モ元來斯ノ如キ義務ノ違反ニ對シテハ自ラ其法律上ニ於ケル特別ノ制裁アリ單ニ其義務ノ違反ノミヲ以テ直ニ刑法上ノ犯罪ナリト説明スルハ解シ難シ或ハ曰ク此種ノ義務ニ違反スルノミニテハ勿論犯罪ニアラスト雖モ義務ニ違反シテ刑法上ノ結果ヲ生セシムルカ故ニ犯罪ヲ構成スルナリト果シテ然ラハ論者ハ寧ロ因果關係ノ存在ヲ認メタルモノト云ハサルヲ得サルニ至ラン義務違反ニ因リテ結果ヲ生セシメタリト云フトキハ既ニ義務違反ト結果トノ間ニ因果ノ關係アルコトヲ示スモノニアラスシテ何ソ願フニ消極說ハ積極的說明ノ困難ナルヲ見テ僅ニ其難路ヲ避クルノ方便トシテ發生シタル見解ナリ

(乙) 積極說ハ不作爲ト結果トノ間ニ因果ノ關係ヲ認メントスルモノニシテ其結果ニ於テハ皆同一ナリト雖モ自ラ其說明ノ方法ヲ異ニセリ殊ニ從前ノ學者ハ不作爲ニ物質的ノ原因力アルコトヲ證明センカ爲メニ不作爲ニ原因力ヲ與フヘキ他ノ積極行爲ヲ發見スルコトニ努メタリ其要旨ニ曰ク不作爲ハ體動ヲ爲サ、ルコトニシテ體動ヲ爲ササルコトハ其自體ニ於テ

結果ヲ發生セシムルコトヲ得ス何トナレハ無ハ有ヲ生スルコト能ハサレ
ハナリ故ニ不作爲カ原因タルニハ何等カ積極的原素ヲ發見スルニアラサ
レハ其因果關係ニ付テノ證明ヲ爲サント欲スルモ無益ナリト而シテ此見
地ヨリ試ミラレタル數多ノ說明アリ其主要ナルモノ左ノ如シ

一 他行爲說 此說ニ依レハ吾人カ或義務ヲ果ササルハ其義務ヲ履行ス
ヘキ時ニ於テ他ノ行爲ヲ爲シツツアルカ爲メナリ從テ其義務ヲ履行ス
ヘキ時ニ於ケル他ノ行爲カ結果ヲ發生セシムル原因ナリト云フニ在リ
此說ハルードン氏ノ主張シタル所ニシテ今日ニ於テハ之ヲ願ル者ナシ
蓋問題ハ要求セラレタル當該作爲ヲ爲ササルコトカ原因タルヤ否ニ在
リ他ノ行爲ヲ以テ之ヲ解決セントスルハ問題以外ニ屬スルナリ加之義
務ヲ履行スヘカリシ時ニ於テ他ノ行爲ヲ爲ストキハ其義務ヲ履行スル
コト能ハサルヲ以テ通例トナスモ義務ヲ履行スヘキ時ニ於テ其義務ヲ
履行セス且ツ他ノ行爲ヲモ爲サスシテ全ク靜止ノ状態ニ在ルモ其義務
違反タル點ニ於テハ同一ナルカ故ニ義務違反アルトキハ必ス他ノ行爲

ヲ爲シツツアルモノト云フハ事實ニ合セス

二 先行爲說 此說ニ依レハ不作爲ハ單獨ニテ原因力ナシト雖モ先ノ積
極行爲アルトキハ之ト相合シテ原因タルコトヲ得ルモノトナス例ハ甲
カ故意又ハ過失ナクシテ乙ヲ傷ケ且ツ其後結果ヲ防止シ得ルニ拘ラス
故意ニ之ヲ防止セサルトキハ其故意ノアル瞬間ヨリ先ノ作爲ヨリ生ス
ル結果ニ付テ故意犯ノ責ニ任スヘシトクルーカ、グラーセル、メ
ルケル等此見解ヲ採ル然レトモ
此見解ハ責任問題ト調和スヘカラサル抵觸ヲ生スルモノナリ先ノ行爲
ハ無責任ノ行爲ナルニ拘ラス後ニ至リ故意ヲ生スルトキハ前ノ行爲ヨ
リ生スル結果ヲ處罰スルハ責任不遑及ノ原則ニ反スルモノナリ行爲ノ
當時ニ於テ責任ナキ行爲ハ後發ノ責任ニ因リテ處罰スルコトヲ得サル
ハ刑法ノ大原則ナリ

三 他因利用說 此說ハワッヘンフェルド氏ノ主張スル所ニシテ頗ル趣味
アルモノナリ曰ク凡ソ外部ノ變更ヲ惹起スル無數ノ因果連鎖ハ或ハ人
ノ意思活動ニ因リテ生シ或ハ自然界ノ運動ニ因リテ生ス而シテ人類カ

是等ノ因果連鎖ヲ任意ニ支配シ得ルトキハ其因果連鎖ヲ以テ其人ニ出テタリト云フコトヲ得ヘク即チ其因果連鎖ニ於ケル外界ノ影響ハ其人カ之ヲ惹起シタルモノト云フコトヲ得ヘシ抑吾人カ因果連鎖ヲ支配スルニハ或ハ自ラ之ヲ惹起スルコトアリ或ハ他ニ發生シタル因果連鎖ヲ利用スルニ因ルコトアリ斯ノ如ク他ヲ利用スル場合ニハ外部ヨリ認知シ得ヘキ體動アルコトハ必要ナキナリ例ハ甲カ乙ヲ害セントスル自己ノ飼犬ヲ制止スルコトヲ得ルニ拘ラス之ヲ制止セザリシ場合ハ乙ニ對シ犬ヲ唆使シテ之ヲ害セシメタル場合ト等シク因果連鎖ノ支配力ヲ有スルモノナリ而シテ斯ノ如ク自己ノ體動ニ因リ又ハ之ナクシテ原始的ニ若クハ傳來的ニ因果連鎖ノ支配力ヲ有スル場合ニ於テハ其結果ヲ支配者ノ行爲ニ歸スルコトヲ得ザルヘカラス然レトモ吾人ノ支配力ニ服スルモノハ獨リ個々ノ因果關係アルノミニシテ法律若クハ契約ニ因ル勢力範圍其モノニアラス例ハ鐵道番人ニ或權限ヲ附與スル契約ハ番人カ不作爲ニ因リテ或行爲ヲ爲シ得ル機會ヲ與フルノミニシテ此可能

力カ事實ニ現ハル、ヤ否ヤハ個々ノ因果連鎖カ其番人ノ支配力ノ範圍内ニ達シ居ルヤ否ヤニ依リ之ヲ決セサルヘカラスト此見解ハ頗ル常識的ニシテ特ニ批難スヘキモノニアラスト雖モ學理的ノ根據ニ乏シキモノナリ

第三 近來有力ナル積極説ニ於テハ不作爲ヨリ生スル因果關係ヲ不作爲以外ノ積極的原素中ニ發見セントスルハ甲問題ヲ見テ乙問題ニ答フルノ類ナルカ故ニ不作爲ヲ以テ原因ナリトスルニハ不作爲其モノカ結果ノ發生上必要ナル一條件ナリヤ否ヤヲ決定スルノ必要アリト認ムルニ至リタリヤンカ氏ノ説明ニ依レハ一定ノ結果ハ所謂起果條件ノ勢力ヲ直接ニ増加セシムル事實及ヒ結果ノ發生ヲ妨害セントスル條件ヲ壓抑スル事實ニ因リテ惹起セラル、モノナリ而シテ吾人カ法律上結果ノ發生ヲ防止スヘキ義務ヲ有スル場合ニ於テハ吾人ノ積極行爲ハ法律上起果條件ヲ妨害スヘキ所謂防果條件ナルヲ以テ此防果條件ヲ成立セシメサル意思活動(不作爲)ハ其結果ニ對スル原因ヲ成スモノナリトナセリ蓋論理ニ於テ間然スル所ナシ而シテ此ノ如ク

法律上妨果條件ヲ成立セシムヘキ義務ヲ有スル者カ之ヲ成立セシメサルノ不作爲ハ其結果ノ發生ニ必要ナル一條件ニシテ前者ナクンハ又後者ナシト推理スヘキ關係アルカ故ニ兩者ノ間ニ因果關係ヲ認ムルニ支障ナキナリ何トナレハ總テ因果關係ノ概念ハ斯ノ如キ推理ニ外ナラサレハナリ論者或ハ曰ク因果關係ハ物質的客觀的關係ニシテ義務違反ト云フカ如キ無形的主觀的ノモノニアラスト然レトモ甲現象ナクンハ又乙現象ナシト認ムヘキ場合ニ於テ甲乙兩者間ニ因果關係ヲ認メ前章第五段及ヒ第六段ニ說述シタル制限ノ下ニ於テ之ヲ刑法ノ範圍ニ利用スルニ非サレハ犯罪行爲ト處罰トノ關係ヲ充分ニ説明スルヲ得ス例ハ責任無能力者ニ命シテ人ヲ殺サシムルカ如キ場合ニ於テハ其命令ト無能力者ノ意思活動トノ間ニハ主觀的ニ媒介サレタル無形ノ因果關係アルノミニシテ物的ノ因果關係ヲ存セスト雖モ尙ホ其利用行爲ヲ原因ト認メテ處分セサルヘカラス是レ所謂間接正犯ノ觀念ニシテ多數ノ學者ノ是認スル所ナリト雖モ論者ノ見解ヲ採用スルモノトモセハ此觀念モ亦否認セサルヲ得サルニ至ルヘシ

第四 不作爲ハ作爲義務ニ違反シ且ツ本人カ結果ヲ妨止スルコトヲ得ヘカリシ場合ニ限リ一定ノ結果ニ對シテ原因タルコトヲ得ルモノトス故ニ結果ヲ妨止スヘキ義務者カ第三者ノ強制ニ因リ作爲ヲ妨ケラレタルトキハ本人ニ義務違反ノ不作爲アリト云フコトヲ得ス寧ロ其第三者ニ不作爲ノ因果關係ヲ歸セサルヘカラス又本人カ結果ヲ妨止シ得ヘカリシ場合ニ於テモ作爲義務ニ違反シタル不作爲アルニ非サレハ本人ノ不作爲ヲ其結果ノ原因ト爲スヲ得ス〔註二〕而シテ不作爲ハ左ノ場合ニ於テ義務違反トナル

一 法令カ明示若クハ默示ニ依リ或作爲ヲ命スルトキ但其法令カ刑法タルト他ノ公私法タルトヲ問ハス故ニ扶養義務者カ故意ニ必要ナル扶養ヲ缺キテ被扶養者ヲ餓死セシムルトキハ殺人ノ行爲アリト認メサルヘカラス行政命令ニ依ル義務ニ付テハ疑ヲ抱ク者アリト雖モ法律ト命令トニ依リテ結果ヲ異ニスヘキ理由ナシ故ニ官吏カ服務規律若クハ其職制ニ依リテ命セラレタル作爲ノ義務ヲ怠リテ故意ニ人ヲ死亡セシメタルトキハ殺人ノ行爲アリト認メサルヘカラス

二 合意上特ニ或作爲ノ義務ヲ引受ケタルトキ例ハ病人ノ看護ヲ引受ケタル者ハ病人ニ藥餌ヲ進メ其他必要ナル看護ヲ爲スヘキ義務アルカ故ニ故意ニ藥餌ヲ與ヘスシテ病人ヲ死ニ致ストキハ殺人ノ行爲アリト云ハサルヘカラス但合意ハ明示タルコトヲ必要トセス例ハ醫師カ手術ニ著手スルトキハ默示ノ合意ニ依リ之ヲ完了スヘキ義務ヲ引受ケルモノナリ若シ夫レ最初ヨリ病人ヲ死ニ致スノ意思ヲ以テ如上ノ義務ヲ引受ケ手術ヲ名トシテ傷害ヲ加ヘテ死ニ至ラシメタルトキハ作爲犯タルコト勿論ナリ

〔註二〕一説ニ依レハ不作爲ハ其義務ノ違反タルト否ヲ分タス苟クモ本人カ作爲ニ依リ結果ヲ妨止スルコトヲ得ヘカリシ場合ニ於テハ皆其結果ニ對スル原因タルヘキモノニシテ只其犯罪ト爲ルニハ作爲ノ場合ニ於ケルト等シク違法ナルコトヲ要シ不作爲カ違法ナルニハ作爲ノ義務ニ違反セラルコトヲ要スルニ過キスト爲ス(例ハふらんく)願フニ此見解ハ之ヲ結果ノ上ヨリ觀察スレハ本文所説ト殆ト同一ニ仮着シ又其論理ノ形式モ頗ル巧妙ナリト雖モ既ニ甲カ其不作爲ニ因リ乙ヲ殺シタリトノ論結ヲ爲シタル

以上ハ作爲ニ因リ殺シタル場合ト何等ノ區別ヲ存セス而シテ苟クモ殺人ノ行爲ヲ爲シタル以上ハ特ニ違法ヲ阻却スル原因ノ存セサル限りハ其行爲カ違法ナルコトハ殆ト當然ニシテ義務違反ト云フ特別ノ理由ヲ待チテ初メテ之ヲ違法ナリト爲スヘキモノニ非サルカ故ニ作爲義務ヲ有セサル者カ作爲セサル状態ヲ以テ一定ノ結果ノ原因ナリトスルハ寧ロ失當ナリ抑不作爲トハ單純ナル静止ヲ意味スルニアラスシテ一定ノ作爲ヲ爲スヘキ義務ノ不履行ヲ謂フニ外ナラス此義務アルカ故ニ其作爲ハ法律上ニ於テ一定ノ結果ニ對スル一ノ妨害條件タリ而シテ此場合ニ於ケル不作爲ハ即チ妨害條件ノ抑制ニ外ナラサルカ故ニ法律上ニ於テ一ノ原因タルナリ作爲義務ヲ有セサル者ノ不作爲ハ宗教及ヒ道德ノ範圍内ニ於テハ非議スヘキモノナリトスルモ法律上ニ於テハ無關係ナリ法律上ノ見地ヨリ其作爲ヲ妨害條件ナリト認ムルヲ得ス從テ其不作爲ヲ妨害條件ノ抑制ナリト爲スヲ得ス結果發生ノ一條件ナリトスルヲ得ス

乙 違法

第十五章 違法ノ概念

第一 犯罪ハ違法ナル行爲ナリ違法ナル行爲トハ形式上ニ於テハ法ノ命令禁令ニ違背スル行爲ナリ換言スレハ法規ノ禁止スルコトヲ行ヒ命令スルコトヲ爲サ、ルノ謂ナリ實質上ニ於テハ法規ニ依リ保護セラレタル而モ共同生活上刑罰制裁ヲ以テ保護スルノ必要アル利益ヲ侵害スル行爲ナリ法ニ於テ保護セラル、共通利益ニ牴觸スル非社會的行爲ナリ〔註一、二〕

〔註一〕 犯罪ハ直接ニ共通利益ヲ侵犯スルノミニシテ個人ノ權利ニ關係ナキモノナリ(例ハ風俗ヲ害スル罪)之ニ反シテ直接ニ個人ノ權利ヲ侵犯スル場合アリ(例ハ殺傷、竊盜、詐欺ノ類)然レトモ個人ノ權利ニ對スル侵害ハ此種ノ侵害カ共通利益ニ關係アル場合ニ限リテ犯罪タルモノナリ故ニ直接ニ侵害ノ目的トナレル個人ノ法益ヲ標準トスルトキハ實害罪(Verletzungsdelikte) 危害罪(Gefährungsdelikte) 及ヒ危険罪(Gefährigkeitsdelikte)ノ三種トナスコトヲ得

ヘク危険罪ニアリテハ直接ニ個人ノ法益ヲ害スルコトナシト雖モ間接ニ保護セラル、社會共通ノ利益ヲ標準トシテ觀察スルトキハ何レノ犯罪ト雖モ法益ニ對スル侵害ナラサルモノナシ

〔註二〕 法律ハ共通利益保護ノ機關タルカ故ニ如何ナル範圍、如何ナル形式ニ於テ各個人ノ利益ヲ保護スヘキカ、如何ナル範圍、如何ナル方法ニ於テ個人ノ自由ニ對スル法律上ノ限界ヲ定メ而シテ此限界ヲ超越スル行爲殊ニ犯罪ヲ如何ニ抑壓スヘキカノ方策上常ニ共通利益ヲ以テ標準トナスヘキモノニシテ此種ノ利益カ犯罪ニ因リ如何ニ侵犯セラル、カノ關係ハ法定刑ノ範圍ヲ定ムルニ付テ主要ナル標準ノ一ナリ(參照論)

第二、違法ヲフ概念ハ客觀的ノモノナリヤ將タ主觀的ノモノナリヤニ付テハ學者ノ見解一致セス客觀主義ニ依レハ客觀的ニ法ノ命令禁ニ順合セサル行爲ハ責任無能力者ノ行爲タリト雖モ尙、ホ違法タルコトヲ妨ケス換言スレハ責任能力ノ有無及ヒ意思責任ハ行爲ノ違法性ト毫無關係スルモノニアラスト爲シ主觀主義ニ依レハ法規ハ木石禽獸等ニ對シテ命令セス禁止セス之ト均

シク法律上意思能力ナシト看做サレタル責任無能力者ノ行爲若クハ意思責任ナキ者ノ行爲ハ法ノ令禁ノ範圍外ニ存スルモノニシテ從テ之ニ違反スルコトヲ得ス換言スレハ此種ノ行爲ハ違法タルコトヲ得スト云フニ在リリス
ト、フイゲル、レフレル等ハ前説ヲ採リヤンカランマッシ等ハ後説ヲ主張セリ余輩ハ暫ク客觀的ノ解釋ニ從ハント欲ス

第三、客觀的不論罪原因ハ之ヲ主觀的不論罪原因ト區別セサルヘカラス主觀的不論罪原因ハ責任無能力意思無責任等ニシテ主觀的責任原因ヲ缺クカ爲メニ犯罪ノ成立ヲ妨ケ客觀的不論罪原因ハ行爲ノ違法性ヲ阻却スルニ因リ犯罪ヲ不成立タラシム其結果トシテ客觀的不論罪原因ノ存在ハ原則上加擔者ノ行爲ノ違法性ヲ併セテ阻却シ主觀的不論罪原因ノ存在ハ共犯ヲ不能ナラシムルモ斯ル原因アル者ノ行爲ヲ利用スル第三者ヲシテ間接正犯タルコトヲ得セシム換言スレハ主觀的不論罪原因ハ一身的ニ犯罪ヲ不成立ナラシメ客觀的不論罪原因ハ一般的ニ行爲其モノ、犯罪性ヲ消滅セシム

第四、客觀的不論罪原因ハ之ヲ除刑原因ト區別セサルヘカラス除刑原因トハ

犯罪ノ特徴ヲ有スル行爲ノ存在スルニ拘ラス犯罪者ニ對スル國家刑罰權ヲ除外スヘキ事情ヲ謂フモノニシテ例ハ君主タル資格此事情ハ個人ニ專屬スルモノナルカ故ニ此者ノ行爲ニ加擔シタル者ノ處罰ヲ妨ケス又客觀的不論罪原因ハ刑ノ消滅原因又ハ訴訟條件等ト混同スヘカラス刑ノ消滅原因ハ大赦特赦ノ如ク既ニ成立シタル國家ノ刑罰權ヲ消滅セシムルモノニシテ訴訟條件ハ例ハ親告罪ニ於ケル告訴ノ如ク訴訟追テ條件ニ繋ラシムルニ過キスト雖モ客觀的不論罪原因ハ殆ヨリ犯罪ヲ不成立タラシム

第五、客觀的不論罪原因ハ一定ノ範圍内ニ於テノミ犯罪ヲ不成立タラシムルカ故ニ其範圍ヲ逸出シタル行爲ニ對シテハ普通ノ場合ト同シク之ヲ處罰セサルヘカラス例ハ正當防衛者カ危害既ニ去リタルニ拘ラス尙ホ勢ニ乘シテ暴行者ニ害ヲ加ヘタルカ如キ又ハ懲戒權者カ懲戒權ノ範圍ニ屬セサル行爲ヲ爲シタルカ如キ場合ニ於テハ何レモ其逸出シタル部分ニ付テ制裁ヲ免ルハコトヲ得ス但事情ニ依リ刑ヲ減輕スルコトヲ妨ケス

第六、犯罪ノ特別構成要件ヲ具備スル行爲ハ違法ナルコトヲ通則トス然レ

トモ此種ノ行爲カ刑法又ハ其他ノ法令ニ於テ一定ノ條件ノ下ニ要求セラレ若クハ許容セラル、トキハ其行爲ヲ以テ違法ナリトナスコトヲ得ス故ニ犯罪ヲ違法行爲トシテ研究スルニハ行爲カ如何ナル場合ニ違法ナルカヲ積極的ニ論定スルヨリモ寧ロ一般ノ場合ニハ違法タルヘキ行爲カ如何ナル事由ニ依リ違法タラサルコトヲ得ルカノ消極的觀察ヲ爲スノ必要アリ而シテ此種ノ事由ヲ總稱シテ客觀的不論罪原因若クハ違法阻却ノ原因ト云フ(此種ノ原因ノ存在スル場合ニハ犯罪ノ成立ヲ妨クモノニシテ犯罪カ成立スルニハ斯ル原因ノ存在セサルコトヲ必要トスル點ヨリ觀察シテ之ヲ犯罪ノ消極的構成要件ト稱スルコトアリ)余輩ハ以下三章ニ於テ客觀的不論罪原因ヲ説明セントス

第十六章 緊急防衛

(法典第三十六條)

第一、緊急防衛ハ急迫不正ノ侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ

已ムヲ得サルニ出テタル加害行爲ニシテ其性質上適法ナルカ爲メ一般ノ場合ニ於テハ犯罪タルヘキ行爲ノ違法性ヲ阻却スルモノナリ而シテ此行爲カ適法ナリトセラル、法律上ノ根據如何ニ付テハ或ハ之ヲ自然法ニ基クモノトナシ或ハ不法ノ侵害者ハ自ラ法律保護ノ範圍ヲ脱スルカ爲メナリトナシ其他諸種ノ見解アリト雖モ其説明十分ナラス蓋緊急防衛ハ權利ノ本能ニ直接ノ根據ヲ有スルモノナリ抑權利ヲ有スル者ハ法律ノ範圍内ニ於テ其不可侵ヲ主張シ侵害ヲ受クルニ當リテハ救済ノ手段ヲ有セサルヘカラス、保護スルコトヲ得ヘキハ權利ノ本質タリ面シテ法律ハ一般ノ場合ニ於テハ公力ニ訴ヘテ其保護ヲ全ウスルコトヲ得ルモノトナシ一私人ノ腕力ニ依リ自ラ救済スルコトハ之ヲ禁止スルモノナリト雖モ危害急迫ナル場合ニ於テ徒ニ手ヲ拱イテ害ノ至ルヲ待ツコトナク違法ナル侵害ニ對シ權利自體ノ反發的活動ヲ爲スコトヲ適法ナリト認ムルモノナリ(註一)

(註一) 緊急防衛ハ斯ノ如ク權利ノ本能トシテ急迫不正ノ侵害ヲ排斥スルモノニシテ普通一般ノ條理ヨリ觀察スルモ正當ナルカ故ニ古來多クノ學

者ハ緊急防衛ヲ以テ成文法ニアラスシテ自然法ナリト説明シ又古今ヲ通シテ諸國ノ立法例ニ於テハ均シク此觀念ヲ採用セリト雖モ唯其條件及ヒ範圍ニ付テハ立法例ニ依リ同シカラス獨逸古法ニ於テハ緊急防衛ハ復讐的殺人權ナリト認メラレ我舊刑法等ニ於テハ僅ニ身體、生命ニ對スル侵害アル場合ニ限り正常防衛權ヲ認メ新刑法ハ和蘭、伊太利及ヒ獨逸等ノ刑法ニ於ケルト同シク各種ノ法益ニ對スル侵害ヲ以テ緊急防衛ノ原因ナリトナス而シテ是等ノ立法例ニ於テハ緊急防衛ヲ以テ權利ナリト明言シタルモノナシト雖モ印度刑法典ニ於テ個人防衛權 (The right of private defence) ナル字句ヲ用ヒタリ

故ニ緊急防衛ノ成立スルニハ次ノ條件アルコトヲ要ス若シ其一ヲ缺クトキハ一般ノ場合ト等シク違法行爲タリ

- 一、 緊迫不正ノ侵害アルコト
- 二、 加害行爲ハ權利ヲ防衛スル爲メ不正ノ侵害者ニ對シテ行ハル、コト
- 三、 加害行爲ハ己ムヲ得サルノ範圍内ニ於テ行ハル、コト

第二 緊急防衛ノ成立スルニハ急迫不正ノ侵害アルコトヲ必要トス

一 侵害アルヲ要ス 侵害ナケレハ防衛ヲ存セサルコト當然ナリ侵害トハ他人ノ權利ニ對スル積極的ノ攻撃ヲ意味ス純然タル不作爲(例ハ債務ノ不履行)ハ茲ニ所謂侵害ニアラス

二 侵害ハ急迫ナルコトヲ要ス 急迫ナル侵害トハ未來ノ侵害ニアラスシテ現在切迫セル侵害タルコトヲ意味ス換言スレハ侵害ハ直接ニ開始セラレントスル状態ニ切迫シ若シ既ニ開始セラレタルトキハ尙ホ繼續中ナルコトヲ要ス而シテ既ニ開始シタル侵害ノ何時ニ至ルマテ繼續スルカハ各場合ニ付テ之ヲ判斷セサルヘカラス(註一)故ニ直接切迫セサル將來ノ侵害アラントトヲ想像シテ緊急防衛ヲ行フコトヲ得ス例ハ平素怨恨アル者ニ邂逅シ或ハ侵害ヲ受ケンコトヲ想像シテ先ツ之ヲ殺傷スル如キハ犯罪タルコトヲ免レス然レトモ將來ノ侵害ヲ慮リ之ニ對スル豫防方法ヲ講シ侵害ノ發生スルニ當リテ其效果ヲ生セシムルカ如キハ固ヨリ不當ニアラス例ハ盜賊ノ侵入ヲ慮リ牆上ニ硝子片ヲ植ウルカ如キ又ハ自發銃ヲ裝置ス

ルカ如キ是ナリ

〔註一〕 侵害ノ終了スル時期ハ實害完成ノ時期ニ一致スヘキモノニシテ
犯罪既遂ノ時期トハ一致セサル場合アリ例ハ竊盜犯カ既遂ト爲リタル
後ニ於テモ直接ノ追及ニ依リ盜品ヲ取還シ得ヘキ状態ノ繼續シツツア
ル間ハ緊急防衛ヲ行フコトヲ得ヘシ新刑法ニハ舊刑法第三百十五條第
二號ノ如キ明文ナキモ理論上同一ノ結論ヲ生ス

三 侵害ハ不正ナルコトヲ要ス 不正トハ違法ナルコトヲ意味ス違法ナラ
サル行爲ニ對シテハ緊急防衛ヲ行フコトヲ得ス故ニ緊急防衛ニ對シテ緊
急防衛ナク又懲戒其他ノ適法行爲ニ對シテ緊急防衛行爲ヲ行フコトヲ得
ス〔註二〕〔註三〕

〔註二〕 緊急防衛ハ違法ナル急迫ノ侵害ニ對シテ行フコトヲ得ルモノナ
ルカ故ニ緊急防衛ニ對シテハ同時ニ緊急防衛ノ存スルコトヲ得ス然レ
トモ侵害ヲ行フ者カ其侵害ヲ止メタルトキハ既ニ之ニ對シテ緊急防衛
ヲ行フコトヲ得サルカ故ニ進テ害ヲ加ヘントスルトキハ前ノ侵害者ハ

之ニ對シテ緊急防衛ヲ行フコトヲ得ヘク從テ緊急防衛ノ超越ニ對シテ
緊急防衛ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ヘキナリ

〔註三〕 緊急防衛ノ條件トシテ急迫不正ノ侵害ヲ以テ十分ナリトス故ニ
急迫不正ノ侵害カ刑法ノ適用ヲ受クヘキ行爲タルコトヲ必要トセス例
ハ外國ノ使節等ニ對シテモ緊急防衛ヲ爲スコトヲ得ヘシ又他人ノ故意
若クハ過失ナキ行爲又ハ責任無能力者ノ行爲ニ對シテモ緊急防衛ヲ爲
スコトヲ妨ケス然レトモ責任無能力者若クハ動物ノ侵害ニ對シテ緊急
防衛ヲ行フコトヲ得ヘキヤ否ヤニ付テハ學說區々ニ岐レタリ第一說ニ
依レハ侵害ノ違法ナルヤ否ヤハ客觀的ニ判斷スヘキモノナルカ故ニ引
責無能力者ハ勿論動物ニ對シテモ亦緊急防衛アリトナス第二說ニ依レ
ハ動物ニ對シテハ緊急防衛アリト雖モ苟クモ人タル以上ハ責任能力ノ
有無如何ニ拘ラス其違法行爲ニ對シテ緊急防衛ノ成立ヲ認ムルコトヲ
得ヘク唯無意ノ身體ノ運動ハ行爲ニアラサルカ故ニ之ニ對シ緊急防衛
ヲ行フコトヲ得サルモノトス而シテ終リニ第三說ニ依レハ不法ノ侵害