

ハ該規則ノ明文ニ徴シテ明カナルヲ以テ漁業組合カ其代表者ノ爲シタル刑法ノ誣告罪ニ問擬セラレルコトナカルヘキハ勿論ナリ夫レ斯ノ如ク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ハサルモノトスルトキハ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何トナレハ刑法第三百五十五條ニ依レハ不實ノ事ヲ以テ人ヲ誣告シタル者ハ誣告罪ヲ犯シタルモノトシテ刑罰ノ制裁ニ服從セサル可カラサルヲ以テ本罪ノ成立ニハ不實ノ事ヲ以テ現ニ誣告ヲ爲シタルノミヲ以テ足レリトシ自己ノ名義ヲ以テ之ヲ爲スト他人ノ名義ヲ以テ之ヲ爲ストハ之ヲ問フコトヲ要セサルヲ以テナリ故ニ檢察官漁業組合ノ名ヲ以テ河合友平外十六名ニ漁業法第二十六條第二十八條ノ所爲アリトシテ誣告ヲ爲シタル被告ニ對シ公訴ヲ提起シタルハ適法ナルノミナラス原院カ檢察官ノ控訴ヲ受理シ此事實ヲ認メタル上被告ヲ刑法第三百五十五條ニ問擬シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシト説明シタルハ法人ノ行爲能力ニ關シテ擬制說ヲ採リタルモノニシテ現行法ノ解釋トシテハ正當ナリ(本論旨ハ新刑法第七十二條ノ適用ニ付テモ適用スヘキナリ)

法人犯罪

然レトモ單純ナル法理論トシテハ社團法人ノ行爲能力ノ範圍内ニ於テ犯

罪能力ヲ認メ得ヘク且ツ其法益享有ノ範圍内ニ於テ之ニ刑罰ヲ負ハシメ得ヘク此ノ如クニシテ社團法人ノ犯罪能力 *Körperschaftsverbrechen* ヲ認ムルコトハ處罰ノ目的ニ適合スルモノナリト云ハサルヘカラス此ノ觀念ハ國際法上ノ犯罪ニ關シテハ毫モ疑ヲ容ルルノ餘地ナシ何トナレハ此ノ種ノ犯罪ニ付テハ其主體タルモノハ國家ヲ措テ他ニ求ムルコトヲ得サレハナリ然レトモ十八世紀ノ末葉フオイエルバツハ氏以來社團法人ニ犯罪能力ナシトノ說一般ニ行ハレタリ然ルニ近頃ニ至リギルケ氏カ社團法人ノ民法ニ於ケルカ如ク刑法ニ於テモ等シク犯罪能力アルコトヲ唱ヘタル以來此ノ說ハ學者間ニ同意者ヲ得ルニ至リメスツル氏ハフテル氏等此ノ說ヲ唱導シリスト氏モ亦此ノ說ヲ採レリ此等ノ學者ハ法人實在說ヲ採ルモノニシテ法人ハ法ノ擬制ニ依テ始メテ存在スルニアラス個々ノ人類カ實在スル如ク社團法人モ實在(生存)スルモノニシテ社團法人ノ刑法ノ範圍ニ於ケル行爲能力ニ關スル必要條件ハ原則トシテ民法若クハ他ノ公法ノ範圍

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第一章 行爲 一五九
第一節 罪ノ主體並ニ被害者

ニ於ケルト異ナルナク法人ハ各人ト等シク契約ヲ締結シ得ル如ク亦詐欺ニ依ル契約ニ依テ他人ヲシテ物ヲ給付セシムルコトヲ得ヘク(詐欺ノ罪)他人ノ財物ヲ冒認シテ抵當典物ト爲スコトヲ得ヘク(舊刑法ノ冒認罪)又ハ物品供給ノ契約ヲ履行セサルコトニ依テ軍備ノ缺乏ヲ致サシムルコトヲ得ヘク(舊刑法第三百三十二條新刑法第八十六條參照)法人ハ人ヲ告訴スルノ能力アルカ如ク又人ヲ誣告スルコトヲ得ヘシ(誣告罪)次ニ社團法人ハ財産權、選舉權、存在權(解散ハ存在權ヲ奪フモノナリ)名譽權其他ノ特權例ヘハ兌換券發行權ヲ享有シ得ルカ故ニ此等ノ法益ヲ減少シ又ハ剝奪スルコトニ依テ刑罰ヲ科スルコトヲ得ヘキナリ殊ニ社團法人ノ行爲ハ一人又ハ數人ノ行爲ニ比シテ至大ノ勢力ヲ有シ且ツ根源ノ責任者タル法人ハ罰スルコトナクシテ法人ノ意思ヲ代表スル機關ニノミ全部ノ責任ヲ負ハシムルハ正義ニ反シ且ツ正當ナル刑事政策ニモ違背スルモノタルコトヲ悟ラハ法人ニ犯罪能力ヲ認ムルノ必要ナルコトヲ知ルヘキナリ

法人ヲ處
罰スル法
規

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)其他專賣ニ關スル刑罰法規中ニ前掲明治三十三年法律第五十二號ノ規定ヲ準用セルモノハ煙草專賣法(第六十六條)粗製樟腦油專賣法(第二十三條)鹽專賣法(第三十八條)ニシテ此等法規ニ於テハ各其法律又ハ其法律ニ基キ發スル命令ニ依ル犯罪ニ前記法律第五十二號ノ規定ヲ準用スル旨ヲ規定セリ

以上租稅及ヒ專賣ニ關スル法規(財務行政ニ關スルモノ)以外ノ行政法規ニ關スル刑罰法規中前掲法律第五十二號ヲ準用セルモノハ稅關貨物取扱人法(第十三條第二項)藥品營業並藥品取扱規則(第四十一條ノ六)鑛業法(第六六條)漁業法(第三十條)遠洋漁業獎勵法(第二十條)蠶病豫防法(第二十八條)畜牛結核豫防法(第十九條)輸出羽二重精練業法(第十三條)砂鑛法(第二十二條)新肥料取締法(第十四條)新度量衡法(第十九條)等

其他行政法規中法人處罰ニ關シテ特ニ規定ヲ設ケタルモノハ電信法第四十二條屠場法第十六條鐵道船舶郵便法第十九條等
 其他命令ニシテ法人處罰ノ規定ヲ設ケタルモノヲ例示スレハ明治三十三年內務省令第五十號飲食物用器具取締規則第十一條第三項同三十六年同省令第十號飲食物防劑取締規則第七條第三項同三十七年同省令第一號肺結核豫防ニ關スル件第十條第二項同三十三年同省令第十五號牛乳營業取締規則第二十條第三項同年同省令第十七號有害性著色料取締規則第十條第三項同年同省令第三十號清涼飲料水營業取締規則第十四條第三項等ニシテ其他各府縣令中ニテ此種ノ規定ヲ存スルモノ少カラス
 法人其モノニ自由刑ヲ科スルハ性質上不能ナルカ故ニ明治三十三年法律第五十二號及電信法ニ於テハ罰金科料以外ノ刑ヲ科スヘキ場合ニ法人ニ對シテハ罰金ヲ科スルノ特別規定ヲ設ケタリト雖モ前掲牛乳營業取締規則第十七條及ヒ清涼飲料水營業取締規則第十一條ニハ自由刑(二十五日以

法人ノ處罰ト其代表者及從業者ノ責任關係

下ノ重禁錮ヲ定ムルニ拘ラス各本則ニ規定シタル罰則ヲ法人ニ適用スル旨ヲ明カニスルノミニシテ自由刑ニ處スヘキ場合ニ於ケル處罰方法ニ關シテ特別規定ヲ設ケサルカ故ニ同規則中自由刑ヲ科スヘキ犯罪ニ付テハ結局法人ヲ處罰スルコト能ハサルモノト解スルノ外ナキナリ
 前掲各種ノ法規ニ於テ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ト規定セルハ法人ノ處罰ニ關スル手續上ノ規定タルニ止マリ法人ノ代表者ヲ以テ處罰ノ主體トストノ實體的規定ニ非サルコトヲ注意スヘキナリ則チ此場合ニ於テ處罰セラレ且ツ刑ノ執行ヲ受クル者ハ法人ニシテ其法人ノ代表者ニ非サルコトヲ注意スヘキナリ而シテ法人ヲ處罰スル場合ニ於テハ法人ノ代表者又ハ雇人其他ノ從業者ヲ處罰スルコトヲ得サルナリ(酒造税法違犯ノ件明治三十九年(レ)第七三七號同年八月二十八日宣告大審院判決理由ハ本文ト同趣旨ニ歸着スヘシ同判決理由ニ曰ク

因テ按スルニ酒造税法第三十二條ニハ「酒類ヲ製造スル者又ハ之ヲ販賣スル者ノ代

法人處罰ノ一例

理人、戶主、家族、同居者、雇人其他ノ從業者ニシテ其業務ニ關シ此ノ稅法ヲ犯シタルトキハ其製造者又ハ販賣者ヲ處罰スルアリ本條ハ代理人等ノ稅則違反ノ行爲ニ關シテ製造者又ハ販賣者ヲ以テ其責任者トシテ之ヲ處罰ストノ趣旨ニシテ犯則行爲者タル代理人等モ併セテ之ヲ處罰ストノ趣旨ニアラサルヤ法文上一點ノ疑ヲ容レズ(本判旨ニ付テハ拙著大審院判例ト新刑法第三十號批評參照)

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業務ニ關シ租稅及葉煙草專賣ニ關スル法規ヲ犯シタル場合ニ於テハ各法規ニ規定シタル罰則ヲ法人ニ適用ス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効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

同第五十九號電信法

法人處罰ニ關スル判例

第四十二條 法人ノ業務ニ關シ其ノ代表者又ハ雇人其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

法人ヲ處罰スヘキ場合ニ於テハ法人ノ代表者ヲ以テ被告人トス

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行力ヲ有スル債務名義ト同一ノ効力アルモノトス

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

漁業法

第三十條 明治三十三年法律第五十二號ノ規定ハ本法又ハ本法ニ基キテ發スル命令ニ依ル犯罪ニ之ヲ適用ス

明治三十八年(レ)第一一七七號同年十月十六日宣旨大審院判決要旨ニ依レハ明治三十三年法律第五十二號ハ第一條ニ法人ノ代表者又ハ其雇人其他ノ從業者法人ノ業務ニ關シ租稅及葉煙草專賣ニ關スル法規ヲ犯シタル場合ニ於テハ各法規ニ規定シタル罰則ヲ法人ニ適用ス云々ト規定シ以テ右法令違反ノ所爲ニ付法人ヲ處罰スヘキ旨ヲ明示シ第二條ニ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

辭則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第一章 行爲 一六五

第一節 罪ノ主體並ニ被害者

トスト規定シ以テ法人ノ爲メ事實上被告人トシテ審理及ヒ判決言渡ヲ受クヘキ責任者ヲ定メ法人處罰ノ手續ヲ明カニシ其目的ヲ達スルコトヲ期シタルモノナレハ
 原院ニ於テ本件酒造株式會社ナル法人ノ代表者タル專務取締役何某(甲)ヲ被告人トシテ審理ヲ送ケタル末同會社ノ支配人何某(乙)方同會社ノ業務ノ執行者トシテ酒造
 税法ヲ犯シタル事實ヲ認定シ被告人トシテ同會社專務取締役何某(甲)ノ名義ヲ判文
 ニ掲ケ同人ニ對シ同會社ヲ處罰スル旨ノ言渡ヲ爲シタルハ右法律ノ規定ニ適合セ
 ルモノナリト解セルハ正當ナリ

酒造税法違反事件公訴不受理ノ申立明治四十年(レ)第一一九七號同四十一年三月二
 十日宣告大審院判決理由 依テ按スルニ本件寺田酒造合資會社ニ係ル酒造税法違
 反ノ公訴事實ハ同會社ノ目的トシタル酒造ノ業務執行上ニ基固シテ生シタル犯法
 行爲ナリトスルニ在ルヤ原判文上固ヨリ疑ヲ容レサル所ニシテ即チ其行爲タルヤ
 會社ノ業務自體ニアラスト雖モ其業務ニ附隨シテ密着離ルヘカラサル行爲ナリト
 云ハサルヘカラス而シテ會社カ其業務ヲ結了セシメ中途ニシテ解散シタルトキ
 ハ商法第九十一條第一號ノ規定ニ依リ清算人ニ於テ之ヲ結了セシムルハ其當然爲
 スヘキノ職務ニ屬スルヲ以テ會社カ業務執行上犯法行爲ヲ爲シ之カ結了ヲ告グス
 シテ解散シタル場合ニ於テモ亦清算人ハ之ヲ結了セシムルノ義務アリト云ハサル
 ヘカラス即チ本件ニ於ケルカ如ク刑事ノ訴追審理ヲ受クルモ亦同條第一號ニ所謂

犯罪ノ被害者

現務中ニ包含スルモノト解スルヲ以テ相當ナリトス然レニ原院ハ右等ノ行爲ヲ以
 テ清算人ノ職務ニアラストシ本件清算人タル被告等ニ對スル公訴ヲ不適法ナリト
 シテ受理セスト判決シタルハ失當ニシテ檢察長ノ上告ハ其理由アリ原判決ハ破毀
 ナ免カレサルモノトス

第二犯罪ノ被害者 總テ犯罪ハ特定ノ法益ニ對スル違法ノ侵害ニシテ其
 侵害セララルル法益(犯罪ノ客體)ノ種類ニ從フ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名譽ニ對スル罪ハ人ノ
 名譽ト云フ法益ヲ侵害スルカ如シ斯ノ如ク刑法ニ於テ保護スル法益カ犯
 罪ニ依テ侵害セラレタルトキハ犯罪ニ依テ直接ニ侵害セララルル法益ノ享
 有者ヲ指シテ犯罪ノ被害者ト云フ現行刑法ハ原則トシテ法人ハ犯罪ノ主
 體タルコトヲ得ストセルモ法人カ法益ノ享有者タリ得ルコトハ明カニ認
 ムルカ故ニ法人モ亦其享有スル法益ノ範圍内ニ於テ犯罪ノ被害者タルコ
 トヲ得ルナリ次ニ法益ノ直接ノ享有者ハ時ニ一個人タルコトアリ又ハ共
 同團體タルコトアリ(例ヘハ公務ノ執行ヲ妨害スル罪貨幣偽造罪兇徒聚衆

罪ノ如キハ後者ニ屬ス從テ犯罪ノ被害者中ニモ一個人タルコトアリ共同團體タルコトアリ又時トシテハ同時ニ二者ヲ包含スルコトアリ(例ヘハ偽證、誣告罪ノ如シ)

行爲

第二節 行爲 Die Handlung

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 Thatsache トハ心裡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、貸金ニ依テ貸主カ債權ヲ收得スルカ如キ或ハ家畜ノ賣却ニ依テ飼養主カ其所有權ヲ失フカ如キ貸主カ如キ貸主カ貸金ノ辨濟ヲ受クルコトニ依テ其債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別アリ前者ヲ行爲ト稱シ後者ヲ事變(出來事 Ereignis)ト稱ス而

事變

行爲ノ條
一件、意思
實行

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ルノ原因タルヘキ事實ハ獨リ行爲ニ限ルヘキモノトス

行爲トハ外界ノ變狀(結果)ヲ任意ニ惹起シ又ハ防止セサルコトヲ謂フ

一 行爲ト云フ觀念ニハ第一ニ意思ノ實行ヲ必要トス意思ノ實行トハ個々ノ任意ナル舉動ヲ謂フ即チ機械的又ハ生理的強制ヲ受ケス觀念ニ依テ定メラレタル (determiniert, motiviert) 個々ノ舉動ヲ謂フ而シテ意思ノ實行ハ之ヲ分テ一 身體ノ動作ヲ任意ニ行フモノニ 身體ノ動作ヲ任意ニ行ハサルモノトアリ(任意ト云フ條件ハ過失ノ不作爲ニモ必要ナル條件ニシテ若シ抗拒スヘカラサル強制ニ依リ舉動カ任意ナラサルトキハ意思實行ナク從テ行爲ナキコトトナルヘシ)故ニ人カ痙攣發作ノ爲メニ他人ノ物ヲ毀損シ又ハ卒倒シテ義務ノ履行ヲ妨ケラレ又ハ抗拒スヘカラサル暴行ノ爲メニ或ル舉動カ強制セラルルモ行爲ト云フコトヲ得ス但シ茲ニ所謂任意 Wirklichkeit ハ自由意思 Willensfreiheit トハ何等ノ關係ナキコトヲ注意セサ

ルヘカラス即チ任意ト云フ觀念ハ自由意思説 Indeterminismus ニ反對スル
意思確定説意思必然説 Determinismus)ノ範圍内ニ於テ認メラルル觀念ナル
コトヲ注意スヘキナリ

今日哲學者ノ通説トシテハ異論ナク意思確定説ヲ採ルト雖モ刑法學者間
ニ於テハ今日猶爾說互ニ相譲ラス意思自由説ニ屬スルモノハペーリング
氏ベルネル氏ビンヂニング氏ビルクマイエル氏グレーテネル氏カール氏
コーレル氏ケーレル氏ランマツシユ氏フリーゴマイエル氏ローランド氏
等ニシテ意思確定説ニ屬スルモノハフアン、カルケル氏ドーナ氏フインゲ
ル氏フランク氏ヒツベル氏ホルド氏フエルネツク氏コールラウシユ氏
リーフマン氏リリエンタール氏メルケル氏ネツテル氏ゾイフェルト氏ト
レーゲル氏テュルケル氏スタムネル氏エリネツク氏リスト氏モツデルマ
ン氏等トス)

意思實行ノ觀念中ニハ必ス原因 (motiv)ノ觀念ヲ包含ス原因ナクシテハ意

二、結果

思實行ナク從テ行爲ハ存在スルコトヲ得サルナリ意思實行ノ原因トハ行
爲者カ意思實行ニ依テ期待スル欲望ノ觀念認識ナリ此ノ欲望ノ觀念(原因)
ハ常ニ外圍ノ刺激ニ依テ發芽スト雖モ此ノ刺激ニ依テ活動スルモノハ行
爲者ノ思考、感覺及ヒ意思活動(知覺若クハ神經活動)ニ關スル各自ノ特質ナ
リトス此ノ如ク意思實行ハ外界ノ刺激(原因)ト之ニ感應スル行爲者ノ特質
(性質)トニ依テ定マル (determiniert, motiviert) モノトス

二 行爲ノ觀念中ニハ意思實行ノ外ニ外界ニ(即チ人又ハ物ノ上ニ)生スル
變狀ヲ必要トス此ノ變狀ヲ名ツケテ結果 Erfolge ト謂フ結果ハ意思實行ト
共ニ行爲ヲ構成スル條件ナリ(リスト氏ベルテル氏ハ本文ト同説ナリ反之
ビンヂング氏ブユンゲル氏フリーゴマイエル氏チテルマン氏ノ如ク結果
ヲ行爲 Handlungノ觀念中ヨリ分離シ意思實行ト結果トヲ包含スルモノヲ
稱シテ所爲 Thatト謂ヒフランク氏ハ結果カ犯罪行爲ノ構成條件タル場合
ニ限リ意思實行ト共ニ相合シテ行爲ヲ構成スト論セルモ要スルニ結果カ

總テノ犯罪ノ成立ニ必要ナル結果ヲ生ラス

結果犯罪ト非結果犯罪ト區別

行為ノ構成部分ナリヤ否ヤハ行為ナル用語ノ争ヒニ過キスト雖モ結果カ意思實行ニ對シテ如何ナル關係ヲ有スルヤト云フコトヲ講究スルハ行為ニ付テ行為者ノ責任ヲ定ムルニ重要ナルコトヲ忘ルヘカラス)

總テノ犯罪ノ成立スルニハ例外ナク結果ノ發生ヲ必要トス、總テノ犯罪ハ意思實行ノ外ニ多少ノ結果ヲ包含シ只タ犯罪ノ種類ニ依テ之ニ包含スヘキ結果ノ分量ニ多少ノ差異ヲ生スルノミ然ルニ犯罪ヲ分チテ結果ノ發生ヲ以テ罪ノ成立ニ必要トスルモノ結果犯罪 (Erfolgsdelikt) 及ヒ結果ノ發生ヲ以テ罪ノ成立條件トセサルモノ非結果犯罪 (Nichterfolgsdelikt) 又ハ純然タル動作犯 (reinen Tätigkeitsdelikt) トニ區別シ結果ノ犯罪ニ於ケル關係ハ分量ノ差異ニアラスシテ性質上ノ差異ナリト認ムルハ誤レリ何トナレハ例ヘハ言語ニ依テ人ヲ誹毀、侮辱シ又ハ形容ニ依ル猥褻ノ所業アリタリト云フニハ必スヤ他人ノ心理ニ之カ認識ヲ與フルコトヲ必要トセサルヘカラス此ノ如ク他人ノ心理ニ或ル變狀ヲ與フルハ恰モ被脅迫者ノ心理ニ不安ノ狀態

實質犯罪ト形式犯罪ト區別

ヲ生スルト等シク外界ニ於ケル(犯人ヨリ見テ)變狀即チ結果ナリト謂フヲ正當ナリトス(リスト氏ト同說ナリ反之ベールリング氏ビルクマイエル氏フインゲル氏フランク氏キツチンゲル氏ランマツシユ氏レーニング氏マルクス氏等ノ學者ハ本文ノ區別ヲ認メフランク氏ハ實質犯 Materialdelikt 及ヒ形式犯 Formdelikt トニ區別シ例ヘハ虛偽ノ宣誓ヲ爲ス罪 Meinnid ハ後者ニ屬スト論セリ)外界ニ於ケル各種ノ變狀ハ更ニ他ノ變狀ヲ惹起スルモノニシテ例ヘハ刀ヲ以テ人ヲ切レハ創傷ヲ生シ次テ出血トナリ次テ負傷者ノ死亡ヲ來タシ次テ民法上ノ遺産相續ヲ惹起スルカ如シ爰ニ於テ意思ノ實行ト結果トノ間ニ於テ近キ結果ト遠キ結果トノ區別ヲ生スヘシ而シテ犯罪ヲ規定スル各種ノ刑罰法規ヲ觀察スルニ必ス諸般ノ結果ノ中刑法組織ニ於テ重要ナル結果即チ其結果ノ發生ニ對シテ立法者カ刑罰ヲ科スル所ノモノヲ發見スヘシ換言スレハ罪トナルヘキ事實罪ノ特別構成要件ニ屬スル結果ヲ發見スヘシ例ヘハ殺人罪(新刑法第九十九條)ノ成立ニハ被

數個ノ結果ヲ以テ
罪ヲナシ
トヘキ事ナル
トスルモ

害者ノ死亡ト云フ結果ヲ以テ要件トシ其前後ニ存スル結果即チ被害者ノ
負傷又ハ財産關係ノ變動ヲ條件トセサルナリ而シテ多クノ犯罪ハ單一ナ
ル結果ヲ以テ罪トナルヘキ事實即チ重要ナルモノトセルモ時トシテハ數
多ノ結果ヲ以テ罪トナルヘキ事實トスルモノアリ即チ更ニ重キ結果ノ發
生ニ依テ刑ヲ加重スル罪 *qualifizierte Delikt* 是ナリ例ヘハ人ノ身體ヲ傷害シ
因テ人ヲ死ニ致ス罪(新刑法第二百五條)又ハ強姦致死ノ罪(新刑法第八十
一條)ノ如シ

實害罪及
危險罪

危險ナル狀態ヲ生スルト云フコトハ實害ヲ生スルト云フコトト共ニ外界
ニ生シタル變狀即チ結果ナリト云フヘキナリ爰ニ於テ罪ヲ分チテ實害罪
Verletzungsdelikt 及ヒ危險罪 *Gefährungsdelikt* ト爲スコトヲ得ヘシ實害罪ノ
成立ニハ法益ヲ侵害シタル結果ノ發生ヲ必要トシ危險罪ノ成立ニハ法益
ニ對スル危險ノ發生ヲ以テ足ル即チ處罰(科刑)ノ理由カ危險ヲ發生セシメ
タルニ存ス

危險ノ意
義

危險トハ吾人ノ想像ニ止マリ未タ現ニ發生セサル狀態(實害)ニ對スル關係
ナリ從テ危險ノ觀念ハ左ノ如ク定義スルコトヲ得ヘシ危險トハ現實ニシ
テ且ツ意思實行ノ當時ニ於テ一般ニ認識セラルヘキ若クハ單ニ行爲者ニ
ノミ認識セラレタル周圍ノ事情ノ下ニ公平ナル判斷ニ依テ實害發生ノ伴
フヘキコトカ眞實ラシク (*nahe Möglichkeit*) 思ハレ從テ此カ懸念ヲ惹起スル
所ノ狀態ヲ謂フ犯罪中危險ヲ處罰スル者多シ例ヘハ幼者又ハ老疾者ヲ遣
棄スル罪(新刑法第二百十七條以下)決闘罪ニ在テハ人ノ生命ニ對スル危險
ヲ罰シ賭博罪、富籤罪(新刑法第八十五條第八十七條)ニ在テハ財産ニ對
スル危險ヲ罰シ、文書偽造ノ罪(新刑法第十七章)ニ在テハ文書ニ對スル信用
ニ對スル危險ヲ罰シ、騷擾ノ罪(新刑法第六條以下)ニ在テハ公衆ノ安全ニ
對スル危險ヲ罰シ、放火罪(新刑法第八條以下)溢水罪(新刑法第十九條以下)
等ノ如キ公共ノ危險罪ニ在テハ不特定ノ人又ハ物ニ對スル危險ヲ罰スル
ニアリ罪ノ未遂ヲ處罰スル理由モ又危險ヲ罰スルニアリ

危險ノ觀念
ノ存在
ノ得サル
場合

危險ノ觀念ニ必要ナル要件即チ結果(實害ナル結果)カ發生スルナルヘシトノ懸念又ハ結果(實害ナル結果)カ發生スルヲシク思ハルルコトハ結果ノ發生カ行爲者ノ實力ニ依テ又ハ行爲者カ確實ニ豫期シタル事情ニ依テ防止サレ能フ場合ニ於テハ存在スルコトヲ得サルナリ(危險ノ觀念ニ關スル本文ノ説明ハリスト氏ト同説ニシテ大體ニ於テ獨逸帝國裁判所判例及ヒ獨逸學者ノ通説ト一致ス反之フランク氏ハ危險ノ觀念中ニハ不規則 abnormalナルコト及ヒ博識ナル判斷ヲ必要ナリトセリ即チ同氏ノ説ニ依レハ危險トハ原因 Kausalreihe ガ既ニ目的ニ向テ進行ヲ始メ又ハ容易ニ進行シ能フカ爲メニ諸般ノ關係ヲ熟知シタル者ノ判斷ニ依テ目的ニ對スル侵害ノ發生カ近ツキタル(侵害ノ結果カ發生スルナルヘシト思ハルル)即チ侵害發生ノ防止カ不確實トナリタル不規則ナル狀態ヲ謂フ此ノ如ク危險ハ不規則(常規ヲ逸シタル)ナル狀態タルコトヲ要スルカ故ニ製造場ニ於ケル機械ノ運轉及汽車ノ進行ニシテ常規ニ準據スル場合ハ刑法ノ觀念ニ於テハ危險

危險ノ觀念
ニ關スル
フラン
ク氏ノ説

危險ノ觀念
ニ關スル
主觀主義

ニアラスト論セリ以上客觀主義ニ反對シテ危險ノ觀念ヲ全然主觀的ニ觀察スル者アリ即チフオンブリー氏フインゲル氏オツベンハイム氏ブッシュ氏ランマッシュユ氏トーン氏等ノ主張スル所ニシテ此説ニ依レハ危險ナル狀態カ客觀的ニ發生スルコトヲ必要トセサルナリ(不能犯ニ關スル説明參照)

三、意思
ノ實行
ト結果
トノ結合

三、行爲ノ觀念中ニハ行爲ノ要件タル意思實行ト結果ノ外ニ此ノ二者ヲ一體トシテ結合スルノ條件ヲ必要トス即チ意思實行ト結果トノ關係是レナリ此ノ關係ハ客觀的及ヒ主觀的二個ノ方面ヨリ觀察セサルヘカラス
甲 客觀的的關係ニ於テハ結果カ意思實行ニ依テ惹起セラレタルカ又ハ結果ノ發生カ(義務ニ違反シテ)防止セラレザリシコトヲ要ス
爰ニ於テ(原因タル)作爲ト(原因ニアラサル)不作爲ノ區別ヲ生ス
乙 主觀的的關係ニ於テハ行爲者カ意思實行ニ際シ結果ヲ豫見シ又ハ豫見シ能ヒシコトヲ要ス爰ニ於テ(犯意)故意及ヒ過失ノ觀念ヲ生ス

異說

優勢說
最有力條
件說

ニ依ルコトナク單獨ニ身體ノ動作ノミニ依テ發生スルト云フコトハ到底
 想像スルコトヲ得サルナリ故ニ身體ノ動作ハ結果ニ對スル動機 *Veranlassung*
 タルヲ以テ足レリトス要之結果ヲ發生セシメタル總テノ條件ハ結果ニ對
 シテ各同等ノ價值ヲ有シ其間ニ優劣アルコトナク等シク原因ナリト云ハ
 サルヘカラス又同一ノ結果ニ對スル共同ノ原因ハ法律上ノ原因ト認ムヘ
 ク原因ノ觀念ハ之ト同時ニ又ハ後ニ參加シタル共同原因ノ爲メニ其成立
 ヲ妨ケラルルコトナキナリ(之レ獨逸學者間ノ通說ナリ)
 結果ニ對シテ必要ナル條件又ハ最後ノ條件ニ限リ結果ニ對スル原因ナリ
 ト認メタル古說ハ今ヤ其跡ヲ滅シタリト雖モ猶ビンデング氏ノ說ニ依レ
 ハ結果ノ發生ニ關シ便宜ナル條件ト妨害トナル條件ト互ニ相均勢ヲ保ツ
 モノト想像シ原因トハ此均勢ヲ破テ結果ヲ發生セシムル所ノ行爲ヲ謂フ
 ト論シ(優勢說 *Übergewichtstheorie*) ビルクマイエル氏モ此ト同說ニシテ同氏
 ハ最有力ナル條件 *Wirksamste Bedingung* ヲ謂フト論セリ然レトモ此等ノ說ハ

因果關係
ニ關スル
一原則
原因
唯一
ニ對スル
原因
トナル
要
セ

原因ハ諸條件中ノ唯一個ニノミ存スルコトナリ從テ共同原因ナルモノ
 ヲ認ムルコト能ハサルヘク此ノ如キ結論ハ刑事ノ司法制度ト相容レサル
 モノト云フヘク加之ビンデング氏ノ說ニ依レハ結局原因トハ諸條件中最
 後ニ與ヘラレタル條件ニ存スト云フコトニ歸着スヘク從テ例ヘハ甲方暗
 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
 甲ノ歩行ノミカ器物毀棄ニ對スル原因トナリ乙ノ過失行爲ハ其原因ニア
 ラスト云フカ如キ不條理ナル結論ヲ生スヘキナリ而シテ前項ノ說ハ獨逸
 帝國裁判所刑事部並ニ獨逸民刑學者間ノ通說ナリ、オールスハウゼン氏ハ
 嘗テビンデング氏ト同說ナリシモ今ハ普通說ヲ改メタリ

以上説明シタル原因ノ觀念ニ依リ左ノ如キ結論ヲ生スヘシ
 一 結果ハ身體ノ動作ノミニ依テ生シタルニ非ス身體ノ動作カ行ハレシ
 當時ノ狀態若クハ身體ノ動作後ニ生シタル狀態ノ存スルニ非サレハ生
 セサリシ場合ニ於テモ兩者ノ間ニ因果關係アリト云フヘキナリ例ヘハ

創傷ハ致命傷ニ非サルモ當時衰弱シタル被害者ノ身體ニ對シテ與ヘラレタルカ故ニ負傷者ヲ死亡セシメタルカ如キ又ハ負傷者カ入院治療中病院ニ火災起リ爲ニ燒死シタルカ如キ何レモ創傷ハ負傷者ノ死亡ニ對スル原因ナリトス即チ身體ノ動作ハ結果ノ發生ニ關シテ唯一必要的ナルコトヲ要セサルナリ(例ヘハ創傷ハ絕對致命的タルコトヲ要セサルナリ)

二、自己單獨ノ作用タルコトヲ要セス
刑上ノ過失ヲ認メス

二 結果ハ身體ノ動作ノミニ依テ生シタルニアラス此ト同時又ハ其後ニ參加シタル他人ノ行爲トノ共同作用ニ依ルニアラサレハ發生セサリシ場合ニ於テモ兩者ノ間ニ因果關係アリト云フヘキナリ故ニ因果關係ノ成立ハ第三者ノ過失カ共同原因トナリタル爲メ(例ヘハ醫師カ負傷者ノ治療ヲ誤リタルカ如キ)又ハ被害者ノ不注意ナル舉動ノ爲メ(例ヘハ負傷者カ應急治療ヲ怠リタルカ如キ)ニ何等ノ障害ヲ受クルコトナキナリ(刑法上過失ノ相殺 *Kulpa*kompenation ナルモノナシ)

然レトモ假令身體ノ動作ナクトモ現在ノ結果ノ發生ニ對シ何等ノ變更ヲ與フルコトナキ場合ニ於テハ兩者ノ間ニ因果關係ハ成立スルコトヲ得ス殊ニ身體ノ動作ノ目的トシタル結果カ更ニ新ナル獨立シタル原因ノ進行ニ依テ(即チ前ニ與ヘラレタル身體ノ動作ト關係ナク)生シタル場合ニ於テ然リトス例ヘハ甲カ水夫乙ニ致命傷ヲ與ヘタルニ乙カ其負傷ノ爲メニ死亡スル以前ニ於テ不慮ノ暴風起リ突然端艇カ轉覆シ爲メニ乙ハ溺死シタリ此ノ場合ニ於テハ甲ノ意思實行ト乙ノ死亡トノ間ニハ因果關係ナク甲ハ單ニ殺人ノ未遂ヲ以テ論セラルヘキナリ反之外形上新ナル原因ノ進行カ前ノ身體ノ動作ニ因テ惹起セラレタルトキハ(即チ身體動作ナカリセハ此ノ原因ノ進行カ發生セサリシトキハ)前ノ身體動作ト結果トノ間ニ因果關係アリト云ハサルヘカラス即チ前例ニ於テ負傷シタル水夫カ負傷ニ因リ帆ヲ掌ルノ能力ヲ失ヒ爲メニ端艇カ轉覆シタルナラハ甲ハ乙ノ溺死ニ原因ヲ與ヘタリト云フヘキナリ

前段ノ所論ハ外形上新タナル原因タル意思實行ノ進行カ他人ノ意思實行ニ因テ惹起セラレタル場合ニ於テモ適用スルコトヲ得ヘキナリ即チ新タナル意思實行ハ前ノ意思實行ナカリセハ發生セザリシ場合ニ於テハ前ノ意思實行ト後ノ結果トノ間ニ因果關係ノ成立ヲ認ムヘキナリ例ヘハ森林監視人甲カ出獵者ニ致命傷ヲ與ヘテ其ノ儘森林中ニ放棄シタルニ更ニ森林監視人乙カ之ヲ發見シテ同狩獵者ノ心臟ヲ刺シ瞬間ニシテ之ヲ殺害シタルトキハ乙カ現在行ヒタル意思實行ハ甲カ前ニ同狩獵者ヲ森林中ニ創傷放棄シタル意思實行ナカリセハ發生スヘカラザリシモノナルカ故ニ同狩獵者ノ死亡ハ直接ニ乙ノ爲メニ間接ニハ甲ノ爲メニ原因ヲ與ヘラレタルモノナリト云ハサルヘカラス

以上ノ原則ニ對スルルニ對スル例外

例外一

以上ノ因果關係ニ付テ論シタル諸般ノ結論ハ例外ナク之ヲ貫徹スルコトヲ得ス即チ左ノ如キ例外アルコトヲ注意スヘキナリ

例外一 新刑法第六十一條ノ規定ニ依レハ教唆ハ結果ニ對スル間接ノ獨

此ノ例外キ理由

立原因ニアラス即チ間接正犯ト認メスシテ他人(正犯)ノ行為ニ加擔(附隨)ノ性質ヲ有スルモノ(スルモノト認メ同第六十二條ニ依レハ從犯モ亦正犯ノ行為ニ加擔スルモノト認メ共ニ正犯ノ與ヘタル結果ニ對シテ原因ヲ與フルモノト認メス此ノ如ク教唆從犯共ニ其結果ニ對シテ一ノ條件(動機)ヲ與フルニ拘ラス現行刑法ニ於テ之ヲ原因ト認メサル所以ノモノハ立法者カ主犯 Haupttäter ノ行為ニ依テ常ニ新ナル且ツ獨立シタル原因ノ進行ヲ發生スト云フ原則ヲ認メタルニ基因ス故ニ此原則ニ適合スル總テノ場合ニ於テ同一ノ結論ヲ生セサルヘカラス隨テ左ノ如キ一般法則ヲ生スヘシ

責任能力者ノ自由ニシテ(強制ニ依ラサルコトヲ意味ス)且ツ故意アル行為ハ法律上常ニ新ナル獨立シタル原因ノ進行ヲ生シ從テ前ノ意思實行ト現ニ發生シタル結果トノ間ノ因果關係ノ成立ヲ妨ク此ノ場合ヲ指シテ普通ニ因果關係ノ中斷ト稱スルモ用字穩當ナラス但民法第

七百十九條ハ特別ノ見地ヨリ本文例外ノ法則ヲ認メス故ニ前例ニ於テ森林ノ監視人乙ハ殺人ノ既遂トナリ反之甲ハ單ニ殺人ノ未遂ヲ以テ論スヘキノミ(本文リスト氏ト同説)

此ト同一理由ニ依リ甲カ丙ニ一ノ創傷ヲ與ヘ其後乙ハ丙ニ他ノ創傷ヲ與ヘ丙ハ此ノ二個ノ創傷ノ爲メニ死亡シタルトキハ乙ハ丙ノ死亡ニ對シテ原因ヲ與ヘタリト云フヘク反之甲ハ丙ノ死亡ニ對シテ原因ヲ與ヘタリト云フコトヲ得サルヘシ(設例一)又ハ責任能力者タル乙カ甲ノ教唆ニ依テ自殺シタルトキハ甲ハ乙ノ死ニ對シテ原因ヲ與ヘタリト云フコトヲ得ス從テ殺人ヲ以テ論スルコトヲ得ス自殺者ノ爲メニ幫助ヲ與ヘタル者(下手者)ハ此ノ限リニアラス(亦然リ但此等ノ場合ニ付テハ新刑法第二百二條ニ於テ特ニ處罪規定ヲ設ケタリ)

フランク氏ハ獨乙刑法註釋ニ於テ教唆ニ關スル獨乙刑法第四十八條ノ規定ヲ根據トシ刑法上ノ原因ハ因果關係カ物理的ニ媒介セラレタ

設例一

設例二

ル場合ニ限り成立スヘク反之精神的 Psychische ニ媒介セラレタルトキハ成立セスト論セリ所謂精神的ニ媒介セララルトキトハ自由ニシテ且ツ故意アル責任能力者ヲ介シテ因果關係カ與ヘラルル場合ヲ謂ヒ殺人ヲ教唆シタルモノハ殺人ノ原因ヲ與ヘタルモノニアラス又強姦セラレタル婦女カ貞操ヲ破ラレタルコトヲ憤リ自殺スルモ(設例二)強姦者ハ婦女ノ死ニ對シテ原因ヲ與ヘタルモノニアラスト論セリ思フニフランク氏ノ所論ニ依レハ前段設例一ノ場合ハ物理的因果關係ニ屬シ甲乙共ニ丙ノ死亡ニ對シテ原因ヲ與ヘタルモノトシテ論スルノ主旨ナルヘシト雖モ苟クモ同氏ニシテ獨乙刑法第四十八條教唆ニ當ラサル場合即チ設例二ノ場合ニ於テ因果關係ノ成立ヲ認メサル以上ハ所謂物理的因果關係ノ場合ニ於テモ自由ニシテ故意アル責任能力者ノ行爲カ介在シタルトキハ汎ク刑法上因果關係ノ成立ヲ妨クトノ結論ヲ採ラサレハ論理ノ矛盾ヲ免レス若シ又教唆又ハ從犯ノ如キ特別

規定ニ該當スル場合ニ限り刑法上因果關係ノ成立ヲ妨クト云フカ如キ嚴格ナル議論ヲ採ルモノアラハ刑法ガ教唆及ヒ從犯ニ關スル特別規定ヲ設ケタル根本的理由ヲ沒却スルモノニシテ皮想的解釋タルノ誹リヲ免レヌ

若シ設例一ニ關スル卑見ヲ正當ナリトセハ甲乙カ單ニ身體傷害ノ故意ヲ有シタル場合ニ於テ乙ハ傷害致死刑法第二百五條ヲ以テ論セラレヘク甲ハ單ニ創傷ヲ與ヘタルモノトシテ論セラルヘキモノナリ(新刑法二百四條)但シ此ノ場合ニ關シ新刑法第二百七條前段ノ規定ヲ適用シ傷害致死ノ共同正犯トシテ處罪スヘキモノナリト論スルモノナキヲ保セスト雖モ同條ハ各共犯者ノ與ヘタル各傷害輕重ヲ知ル能ハサル場合即チ各共犯者ノ與ヘタル各個ノ創傷ニ付キ其輕重ヲ判斷シ能ハサル場合ニ關スル規定ニシテ本問ノ如ク甲乙ノ與ヘタル各傷害ノ輕重カ刑法上明了ナル場合ニ適用スヘカラサルヤ明カナリトス(但

結果ノ防止
セシメテ
ルヲ行ハス
妨グル性
爲ノ行爲
爲ノ行爲
爲ノ行爲

甲乙同時ニ各丙ニ創傷ヲ與ヘタル場合ニ付テハ結論ヲ異ニスヘキナリ後段副共同正犯説明參照

結果ノ發生ヲ防止セントスル實行ヲ爲シテ妨クル行爲ハ發生シタル結果ニ對シテ原因ヲ與ヘタルモノニシテ而カモ結果ニ對スル實行ヲ爲ト云フコトヲ得ヘキモ結果ノ發生ヲ防止スル爲メノ豫備行爲ヲ妨クル行爲ハ假令發生シタル結果ニ對シテ一ノ條件即チ原因ヲ與ヘタルト云ヒ得ヘキモ結果ニ對スル實行ヲ爲ト云フコトヲ得ス(豫備行爲ニ屬ス)故ニ例ヘハ甲カ乙ヲ殺害スル故意ヲ以テ乙ヲ創傷シタル後乙カ應急治療ヲ受クル爲メ醫師ヲ招カントスルニ當リ丙カ之ヲ妨害シ乙ハ負傷ノ爲メ遂ニ死亡シタルトキハ甲ハ殺人ノ正犯ニシテ丙ハ從犯ナリ從犯ノ行爲ハ正犯ノ實行後ニ於テモ苟クモ結果ノ發生以前ナラハ成立スヘシ(フランク氏ト同説)此ト同一理由ニ依リ病人乙カ危篤ニ陥リタル際醫師ヲ招カントスルニ當リ之ヲ妨ケ乙ハ遂ニ病死シタリ

設例三

設例四

此ノ場合ニ於テ甲ハ假令乙ノ死亡ヲ希望シタルトスルモ乙ノ死亡ニ對シテ殺人ノ實行々爲アリト云フコトヲ得ス從テ無罪タルヘシ(設例三)反之乙カ治療ヲ受ケントスルニ當リ又ハ服藥セントスルニ當リ之ヲ妨害シタルトキハ其治療又ハ服藥ニシテ現在ノ病死ヲ防止スルニ足ルヘキモノナリシ場合ニ限リ甲ハ乙ノ病死ニ對シテ殺人既遂ノ責任ヲ負フヘキナリ(設例四)

數人共謀シテ同一ナル結果ヲ發生セシムル爲メ又ハ結果ノ發生ヲ防止セサル爲メ共同スルコトノ認識罪ノ實行々爲ノ一部ヲ行ヒタルトキハ(實行々爲ノ一部ヲ開始シ又ハ完成シタルトキハ)各獨立シテ其結果ニ對シ責任ヲ負フヘキコトハ新刑法第六十條ニ於テ之ヲ規定セリ反之數人カ共謀セシテ同一ナル結果ノ發生又ハ不防止ニ關與シタルトキハ新刑法第六十一條又ハ第六十二條ニ規定スル教唆又ハ從犯ニ該當セサル場合ニ於テハ各關與者ハ罪ノ實行者トシテ罪責ヲ負フヘキナリ而シテ此ノ場合ハ法律

副共同正犯

ニ特別ノ規定ナキカ故ニ原則ニ復シ必スシモ實行々爲ニ關與スルコトヲ要セス但此ノ場合ト雖モ前段例外一ニ述ヘタル因果關係ノ成立防止ノ法則ハ適用アルモノトス此ノ場合ヲ稱シテ數人實行 *Mehrheiterschafft* ノ一種タル副共同正犯 *Nebentäterschaft* ト謂フ即チ左ノ如シ

殊ニ過失ノ共同的作用ハ此ノ場合ニ屬ス例ヘハ數人ノ大工カ共ニ通行人ニ注意スルコトナクシテ取毀中ノ建物ノ棟梁ヲ往來ニ投ケ落シ其不注意ナル共同動作ニ依テ通行人ヲ撲殺シタルカ如シ

故意犯ノ場合ニ於テモ數人ノ實行者カ同時ニ各故意ヲ以テ(但シ共謀ナク)罪ヲ實行シ其共同作用ニ依リ同一ノ結果ヲ生シ又ハ同一ナル結果ノ發生ヲ防止セザリシトキハ何レモ其結果ニ對シ實行者トシテ責任ヲ負フヘキナリ蓋シ此ノ場合ニ於テハ責任能力者ノ自由ニシテ且ツ故意アル行爲カ互ニ相存在スト雖モ此ノ如ク同時ニ實行セラレタルトキハ各實行々爲ハ各新ナル獨立因果關係ヲ生スト云フコトヲ得サ

ルト同時ニ各因果關係ハ他ノ實行々爲メニ其成立ヲ妨ケラルト云フコトヲ得ス結局共同シテ同一ノ因果關係ヲ生スト云ハサルヘカラス例ヘハ甲乙何レモ丙ヲ毒殺スルノ故意ヲ以テ共謀ナク各丙ノ飲料水中ニ毒ヲ投シ丙ハ其水ヲ飲ミ中毒死亡シタルトキハ甲乙共ニ毒殺ノ既遂ヲ以テ論スヘキナリ(甲乙共ニ丙ノ故意ナキ即チ毒殺ナルコトヲ知ラスシテ之ヲ服用スル行爲ヲ同時ニ利用シテ同時ニ毒殺實行々爲メ爲シタルモノナリ)又甲乙共謀ナク各同時ニ丙ヲ傷害シ丙ハ各傷害ノ共同作用ノ爲メ死亡シタルトキハ甲乙共ニ傷害致死ノ責ヲ負フヘキナリ(此ノ場合ニ限り新刑法第二百七條前段ノ規定ヲ待タスシテ當然甲乙共ニ同法第二百五條ノ適用ヲ受ク可キナリ)

其他一人カ故意ヲ缺キ他ハ故意ヲ有スル場合又ハ一人ハ責任無能力者ニシテ他ハ責任能力者ナル爲メ共同正犯ヲ以テ論スヘカラサル場合ニ於テ故意アル者及ヒ責任能力者ハ所謂副共同正犯ニ屬ス

例外二

例外二 重キ結果ヲ發生シタル爲メ刑ヲ加重スル所ノ罪 *qualifizierten Delikt*

普通原因

(例ヘハ新刑法第二百七條ニ規定スル傷害致死罪ノ如キ)ニ付テハ其重キ結果ト身體ノ動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換言スレハ意思ノ實行カ吾人ノ經驗ニ依リ普通ニ此ノ結果ヲ生スルニ適合スルモノト認メ得ラルヘキ場合ニ限り原因ト云フコトヲ得ヘシ(普通原因說 *Theorie der adäquaten Verursachung*) 蓋シ此ノ種ノ加重罪ニ付テハ犯人カ其重キ結果ニ付テ責ヲ負フニハ犯人ニ於テ其結果ノ發生ニ付テ故意又ハ過失アルコトヲ必要トセサルニ依リ若シ此ノ種ノ犯罪ニ付テモ猶因果關係ニ關スル原則ヲ貫徹スルトキハ行爲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ヲ負フコトトナリ極メテ不條理ナル結論ヲ生スヘキカ故ニ此ノ種ノ犯罪ニ限り因果關係ノ原則ニ對シ前記ノ制限ヲ認ムヘキナリ從テ例

設例五

へハ身體傷害ニ依リ惹起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傷害致死(新刑法第二百七條)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水中ニ落ち溺死シタル場合又ハ負傷者カ入院中流行室扶斯病ニ罹リ死亡シタル場合傷害致死ヲ以テ論スルコトヲ得サルナリ(設例五)反之被害者カ負傷ノ爲其機關ノ一ヲ衰弱セシメタルニ乘シ其局部ニ黴菌病ヲ惹起シ爲メニ死亡シタル場合ハ傷害致死ヲ以テ論スヘク新刑法第二百二十六條第三項ノ場合ニ付テハ汽車、電車ノ顛覆破壊又ハ艦船ノ覆没、破壊ノ爲メ被難者カ死亡スル場合(艦船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艦船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艦船覆没ノ爲メ人ヲ死ニ致シタルモノト云フコトヲ得サルナリ此ノ如ク刑法上結果ニ對スル原因ト認メラルルモノヲ稱シテ普通の

普通的原因
因
偶然的原

原因 adäquate Verursachung ト謂ヒ反之刑法上結果ニ對スル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

(本文ノ説ハフランク氏其他獨逸學者間ノ通説ナリ反之リスト氏ハ因果關係ノ存否ヲ決スルニハ例外一ノ場合ヲ除キ常ニ實際ノ因果關係ノ存否ヲ標準トスヘキモノニシテ其關係カ各個ノ場合ニ於テ普通ノ狀態ニ屬スルト否トハ問フ所ニアラストシ普通的原因ヲ必要トスルノ説ハ主觀的問題ニ屬スル責任問題ト客觀的問題ニ屬スル原因問題トヲ混同スルカ然ラサレハ救フヘカラサルノ矛盾ニ陥ルモノナリト論セルモ本文ノ説ハ原因カ普通のナルヤ否ヤヲ定ムル標準ヲ客觀的標準ニ求ムルモノナルカ故ニ主觀的問題ニ屬スル責任問題ト混同シタリト云フコトヲ得ス加之リスト氏ノ所論ニ依レハ負傷者カ入院中病院ニ火災起リ爲メニ焼死シタル場合ニ於テモ前ニ創傷ヲ與ヘタル行爲ハ負傷者ノ焼死ニ對シテ原因ヲ與ヘタルモノトシテ責任ヲ負フ

不作爲

第二項 不作爲 Das Unterlassen

コトトナリ極メテ不條理ナル結論ヲ生スルコトヲ免レサルナリ

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動作ニアラスシテ結果ノ發生ヲ防止シ得ヘキ身體ノ動作ヲ行ハサルコトヲ意味ス而シテ不作爲モ又行爲ニ屬スルカ故ニ機械的又ハ生理的強制ニ依ラス(任意ナル)觀念ニ依テ定メラレタル(motiviert)行爲者ノ舉動ナリ故ニ例ヘハ倉庫ノ看守者カ強盜ノ爲メニ脅迫セラレ(毆打ノ手段ニ依リ)又ハ卒倒シタルニ依リ強盜ヲ防ク爲メニ警鐘ヲ報スルコトヲ爲ササルトキハ看守者ノ意思實行ナルモノハ存在セス從テ此ノ場合ニ於テ看守者ノ不作爲(行爲)アリト云フコトヲ得ス

要之不作爲ノ觀念ニハ行爲者カ或作爲ヲ行フノ能力ヲ有シ且ツ吾人カ要求スル作爲ニシテ行ハレシナラハ此ノ結果ノ發生ヲ防止シ得ルニモ拘ハ

不作爲ニ於ケル意思實行トノ關係

(不作爲ニハ因果關係ナシ)

不作爲ニ依ル因果關係ノ中斷

ラス之ヲ行ハサリシコトヲ要ス即チ作爲カ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之レニ類似ノ關係 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コトニアラサルナリ此ノ如ク不作爲カ結果ニ對スル引責理由トナル關係ハ作爲カ結果ニ對スル引責理由ト同等ノ地位ニアルカ故ニ作爲ノ場合ニ於テ説明シタル(前節)因果關係ノ成立ヲ妨クルコトニ關スル理論ハ不作爲ノ場合ニ付テモ同様之ヲ認メサルヘカラス即チ責任能力者ノ法律上ノ義務ニ違背シタル自由ニシテ故意ニ基

ク不作爲ハ刑法上因果關係ノ成立ヲ妨ケ新タナル因果關係類似ノ關係ヲ生スヘキナリ例ヘハ獨逸民法第二百五十四條第二項ニ於テハ負傷者ニ創傷治療ノ義務ヲ負ハシメタルカ故ニ若シ負傷者カ故意ニ其義務ニ違反シテ治療ヲ怠リ創傷ノ爲メ死亡シタルトキハ加害者ノ與ヘタル創傷ト負傷者ノ死亡トノ間ノ因果關係ハ負傷者ノ義務違反ナル不作爲ノ爲メニ其成立ヲ妨ケラレ加害者ハ負傷者ノ死亡ニ對シ原因ヲ與ヘタリト云フコトヲ得ス但シ應急ノ治療カ負傷者ノ死亡ヲ防止シ得ヘカリシ場合ニ限ルヤ勿論ナリトス(但シ我カ民法上此ノ種ノ義務ヲ規定スル法規ナシ本文リスト氏ト同説之ト同一理由ニ依リ甲カ~~乙~~ヲ殺害スル故意ヲ以テ丙ニ毒藥ヲ與ヘタルニ丙カ入院治療中看護婦乙アリ丙ノ死亡ヲ希望シ故意ニ醫師ヨリ與ヘラレタル解毒劑ヲ服用セシメス爲ニ丙ハ中毒死亡シタルトキハ(設例一)看護婦乙ハ毒殺ノ既遂ヲ以テ論スヘク甲ハ毒殺ノ未遂ヲ以テ論スヘキナリ但醫師ノ與ヘタル解毒劑ハ丙ノ中毒死亡ヲ防止シ得ルノ能力アル場

設例一

結果ノ防止
生テ防止
スル行爲
ヲ妨ケル
行爲

設例二

不作爲ノ
強制

合ニ限ルヤ勿論ナリトス反之結果ノ發生ヲ防止スル爲メノ實行々爲ヲ妨ケ爲メニ結果ヲ發生セシメタルモノハ積極的行爲即チ作爲ニ依テ結果ヲ惹起シタルモノト云ハサルヘカラス例ヘハ甲水中ニ落チ溺死ヲ免レン爲メ將ニ船ニ乗ラントスルニ當リ乙之ヲ妨害シ(作爲ニシテ不作爲ニアラス)甲ハ遂ニ溺死シタルトキハ乙ノ妨害行爲ハ甲ノ溺死ニ對シテ原因ヲ與ヘタルモノト云フヘク(此ノ點ニ付テハ反對論ナカルヘシ)從テ前例ニ於テ若シ丙カ水中ヘ投込ミタリトスルモ丙ノ行爲ト甲ノ溺死トノ因果關係ハ乙ノ甲ニ對スル妨害行爲ニ依テ其成立ヲ妨ケラルヘキナリ(設例二)前例ニ於テ丙カ甲ヲ水中ニ投込ミタル後チ之ヲ救助スル爲メニ盡力スルニ際シ丙ノ救助行爲ヲ乙カ妨害シタル場合亦同シ
他人ヲ強制シテ作爲ヲ行ハシメタル者ヲ作爲ノ間接正犯トシテ論スルカ如ク他人ヲ強制シテ法律上ノ義務ニ屬スル作爲ヲ行ハシメサル者(法律上ノ義務ニ違反スル不作爲ノ強制)モ亦作爲ニ依ル間接正犯トシテ論スヘキ

設例三

ナリ(フランク氏ハ本文ト同説ニシテ不作爲ノ強制ヲ指シテ消極的條件 Negative Bedingung ヲ與フルモノト稱セルモ不作爲ハ條件即チ原因ニアラス結果ニ對シテ因果關係類似ノ關係ヲ有スルニ依リ結果ニ對スル客觀的引責理由トナルモノナレハ此ノ場合ニ條件ナル名稱ヲ附スルハ不當ナリ)從テ前段設例一ノ場合ニ於テ丁カ看護婦乙ヲ強制シテ前記ノ不作爲ヲ爲サシメタルトキハ乙ハ無罪ニシテ之ヲ機械トシテ使用シタル丁ヲ毒殺既遂ノ間接正犯トシテ論スハキナリ(設例三)

十九世紀ノ初半期迄ノ立法例ニ於テハ特ニ不作爲ニ付テ規定ヲ設ケ且法文ニ例外トシテ輕ク罰スルノ規定ナキ限リハ作爲ト同様ノ刑ヲ科スルコトトナシタルモ近世立法例ニ於テハ全ク不作爲ニ關スル規定ヲ廢止シ學說及判例ニ於テ一般ニ作爲ト等シク不作爲ヲ處罰スルコトトナレリ即チ反對ノ規定ナキ以上ハ不作爲ハ作爲ト同様結果ニ對スル物的引責理由タルコトヲ認ムルニ至レリ

不作爲ニ
因果關係
アリトノ
說

消極的條
件

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ザ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ザ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ザ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ザリシトキハ不作爲ノ強制ト結果トノ間ニ因果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

純正不作
爲犯

不純正不
作爲犯

作爲犯

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
 爲メニ身體ヲ發動セサル行爲)ニ依ラサ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専ラ不純
 正不作爲ニ關スルモノタルコトヲ注意アラシコトヲ望ム
 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
 爲ニ依テ犯サルル罪ヲ作爲犯 Begehungs-oder Kommissivdelikt ト稱シ消極

不作爲犯

不純正不
作爲犯
要件
第一

的行爲即チ不作爲ニ依テ犯サルル罪ヲ不作爲犯 Unterlassungs-oder Om-
 issivdelikt ト稱シ前者ハ法律ノ禁止ニ違背シ後者ハ法律ノ命令ニ違
 犯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テ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(Ein delictum Commissivum per Omissio-
 nem)

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ス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黙ニ要求セラルルモ
 ノヲ包含ス而シテ(一)刑法ノ規定ニ基クモノトハ例ヘハ舊刑法第三百

四十條ノ規定ニ基ツ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リ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(新刑法ハ此種ノ規定ヲ削リタルモ警察犯處罰令第二條第十號ニ於テ類似ノ規定ヲ設ケタリ)又舊刑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(新刑法ハ此ノ種ノ規定ヲ削リタルモ民法第七百四十七條戶主ノ家族ニ對スル扶養ノ義務參照)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法第二十二條第一項ニ依リ監獄官吏ハ天災事變ニ際シ監獄内ニ避難ノ手段ナ

シト認ムルトキハ在監者ヲ他所ニ護送スルカ若クハ一時之ヲ解放スル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)棄兒ヲ發見シタル者ハ二十四時間内ニ其旨ヲ戶籍吏ニ届出ツル義務ヲ負フカ如キ(戶籍法第七十五條)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ザリシト云フ不作爲ハ此ヲ防止セザリシ結果ニ付テ責任ヲ負フノ理由トナルヘキナリ

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

合ト雖モ法律上ノ義務違背ナリト目セラルヘキ場合例ヘハ棄兒ヲ拾ヒ一旦之ヲ養育スル以上ハ更ニ引續キ之ヲ養育スルノ義務ヲ生スルカ如キ又ハ最初自動車ノ進行ニ原因ヲ與ヘタル者ハ其進行ニ依リ生スヘキ法益侵害ノ結果ヲ防止スヘキ義務ヲ生スルカ如シ其他外科醫カ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蔓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チ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ル結果ハ發生セザ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理由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

不作爲ニ
モ因果關
係アリト
スル説ニ
對スル駁
論

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ザ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

勝本博士ハ(法學新報第十五卷第十一號第十三號參照)結果ニ對スル客觀的引責理由ハ行爲カ結果ニ對シテ常ニ因果關係アルコトヲ條件トセラレ若シ不作爲ニシテ結果ニ對スル因果關係ナシトセハ不作爲ハ結果ニ對スル引責ノ理由トナルヘキモノニアラスト云ヒ不作爲カ結果ニ對スル因果關係ナキコトヲ認ムル論者カ不作爲モ亦結果ニ關スル引責ノ理由トナルヘシト論スルハ論理ニ矛盾アリト斷定セラレタリ然レトモ博士ハ如何ナル證據ニ依テ此ノ前提ヲ認メラレタルヤ博士ハ此ノ前提ニ付テハ敢テ論議ヲ要セスト斷定セラレタルモ余輩ハ此ノ點コソ却テ大ニ博士ノ論議ヲ値

スルモノト信ス思フニ博士ノ所謂因果關係ナルモノハ獨逸普通ノ學說ト等シク現ニ發生シタル結果ヲ標準トシテ此ノ結果ヲ生スルニハ此ノ身體ノ動作ナカルヘカラス換言スレハ此ノ身體ノ動作ナカリセハ此ノ格段ナル結果ハ到底發生スルコト能ハサリシト云フ關係ノ存在スルコト更ニ換言スレハ若シAナカリセハBハ發生セサリシ若クハ發生セサリシナラントノ判斷ノ與ヘラレル場合ニ於テAトBトノ間ニ因果關係アリトノコトヲ意味スルナルヘシ而シテ博士ノ所謂作爲ノ義務アルモノノ不作爲カ(勿論違法ノ不作爲ヲ指スモノナラン)其發生ヲ防止シ得ヘカリシ結果ニ對シテ前掲ノ意味ニ於ケル因果關係ナシトスルモ吾人普通ノ觀念(Gewöhnlichen Leben)ニ於テ結果ニ對シ此ノ如キ關係ヲ有スル不作爲ヲ全然不問ニ付スルコトヲ不當ナリトセハ作爲カ結果ニ對シテ因果關係ヲ有スル場合ト同シク之ヲ客觀的引責ノ理由ト認メテ不可ナルノ理由ト那邊ニカアル加之刑法各本條ニ於テ例ヘハ人ヲ殺シタル者ハトアル文字ハ前掲ノ不作爲ニ關

スル場合ヲ包含セスト解スヘキ嚴格ナル理由ノ存セサルニ於テヲ宜ナルカナ近世刑法ノ法制ニ於テ不作爲ヲ處罰スヘキ特別ノ規定ヲ設クルコトヲ廢止シ學說並ニ判例ニ於テ法文ニ反對ノ明文ナキ限り作爲ト等シク不作爲ヲ問責スルニ至リタルハ誠ニ理由アリト云ハサルヘカラス要之特定ノ條件(現在ノ結果ノ發生ヲ防止シ得ヘキ作爲ヲ爲シ得ヘキニモ拘ハラズ法律上ノ義務ニ違反シテ之ヲ爲ササリシコトヲ要ス)ノ下ニ於テ不作爲ヲ作爲ト等シク結果ニ對スル客觀的引責理由ト爲ス所以ノモノハ不作爲カ結果ニ對シテ因果關係ヲ有スルカ故ニアラスシテ作爲カ結果ニ對スル客觀的引責理由タルカ如ク不作爲モ亦結果ニ對スル客觀的引責理由トスルノ必要ニ出タルモノト云ハサルヘカラス而シテ作爲カ結果ニ對シテ因果關係ヲ有スルカ如ク不作爲モ亦防止セサリシ結果ニ對シテ因果關係ヲ有スト云ヒ得ルヤ否ヤハ結局因果關係ト云フ名稱ノ適用問題ニ屬ス即チ純粹ナル術語ノ等 terminologische Streitfrage ニ過キス從テ不作爲カ結果ニ對

シテ因果關係ヲ有スト論シ得ルト否トニ拘ハラズ特定ノ條件ノ下ニ於テ
 不作爲ハ結果ニ對スル客觀的引責理由タル關係ニ於テ作爲ト同等ノ地位
 ニアルモノト云ハサルヘカラス故ニリスト氏ハ曰ク不作爲ハ如何ナル時
 ニ於テ因果關係ヲ生スルヤト云フ問題ハ重要ニアラスシテ不作爲ハ如何
 ナル場合ニ於テ違法ナリヤ又結果ノ發生ヲ防止セスト云フコトハ如何ナ
 ル條件ノ下ニ於テ作爲ト同等ノ地位ニ立ツヘキモノナリヤト云フノ問題
 ハ極メテ肝要ナリト謂ヘリ要之勝本博士カ結果ニ對スル客觀的引責理由
 ハ結果ニ對スル因果關係ノ存在スル場合ニ限ルトノ前提ヲ認メラレタル
 コソ却テ獨斷的ニアラサルカ
 勝本博士ハ作爲ノ義務アル者ノ不作爲ハ結果ニ對スル因果關係ヲ有スト
 論セラレタルモ事實ニ於テ不作爲ノ場合ニ於ケル身體動作ト防止セザリ
 シ結果トノ關係ハ作爲ノ場合ニ於ケル身體動作ト結果トノ關係ト異ナル
 モノアルコトヲ認メサルヘカラス即チ作爲ノ場合ニ於テハ現在ノ結果ハ

現ニ行ハレタル身體動作トノ間ニ或ル關係ヲ生スルモ反之不作爲ノ場合
 ニ於テハ現在ノ結果ハ單ニ吾人カ不作爲者ニ對シテ豫期シタルニ止マル
 (未タ行ハレサル)所ノ身體動作ト或ル關係ヲ有スルニ止マル換言スレハ前
 者ハ物的(外界ニ現ハレタルモノ)現象カ結果ニ對シテ物的關係ヲ生シ後者
 ハ單ニ吾人ノ豫期シタル(假令法律上ノ義務ニ屬スト雖モ)現象タルニ止マ
 リ未タ外界ニ表ハレサルモノカ防止セザリシ結果ニ對シテ無形ノ關係ヲ
 有スト云フニ止マル然ルニ勝本博士ハ不作爲ノ場合ニ於テ不作爲者ノ義
 務ニ屬シタル作爲ハ物的ノモノナリト斷定シ從テ此ノ物的ノ作爲ヲ爲サ
 サリシト云フ意思實行ト結果トノ間ニモ等シク物的關係ヲ生スト論セラ
 レタルモ不作爲者ノ義務ニ屬スル作爲カ未タ實行セラレサル以上ハ其作
 爲ハ常ニ心裡ノ状態ニ屬ス故ニ博士カ未タ行ハレサル作爲ヲ指シテ物的
 ノモノナリト斷定シタルハ到底速斷タルヲ免レス要之作爲ノ場合ニ於ケ
 ル意思ノ實行ハ任意ナル身體動作ニシテ不作爲ノ場合ニ於ケル意思ノ實

行ハ義務ニ屬スル身體ノ動作ヲ任意ニ行ハスト云フコトニ存ス博士曰ク「若シ夫レ不作爲者ノ義務付ケラレタル作爲ト防止セザリシ結果トノ關係カ物質的關係ナルコトニ付尙ホ了解シ難キモノアラシカ嫗姆ハ小兒ノ墜落ヲ防カンカ爲メニ設ケラレタル椽側ノ手スリヲ代表シ其小兒ノ墜落ヲ防止スヘク義務ツケラレタル狀態ハ若干錢ヲ投スレハ之ニ乘リタル人ノ重量ヲ指シ示スヘク仕組マレタル自働衝器又ハ若干時ヲ經過スルトキハ自覺ヲ鳴ラスヘク發條ヲ捲キ上ケラレタル時計ト異ナラサルコトヲ會得セハ疑問ハ容易ニ氷解スルコトヲ得ヘシト然リ嫗姆カ小兒ノ墜落ヲ防止スヘク義務ツケラレタル狀態ハ實ニ博士所論ノ如シト雖モ以上ノ比喻ハ此以上何等ノ意味ヲ有セス嫗姆カ履行セザリシ義務ノ目的タル作爲即チ小兒ノ墜落ヲ防止スト云フコトハ其義務ヲ履行セサル以上ハ心裡ノ狀態タルニ止マリ到底物的ノモノト云フコトヲ得サルナリ故ニリスト氏ハ結果ヲ防止セサル不作爲(結果ノ原因ニアラス)ハ結果ノ原因タル身體動作(作

爲)ト共ニ各獨立シテ犯罪ノ構成要件タル行爲ノ一種ニ屬スト論セリ要之博士カ不作爲者ノ義務ツケラレタル作爲ハ假令作爲トシテ外界ニ現ハレサルモ此ノ想像的作爲ト防止セザリシ結果トノ間ニ物的關係アリトノ趣旨ヲ論セラレタルコソ却テ明白ナル誤謬ナリト云ハサルヘカラス終リニ不作爲ニ因果關係アリヤ否ヤト云フコトハ前段既ニ論シタルカ如ク用語ノ爭ヒニ過キスト雖モ不作爲ニ因果關係ナシトノ說ハ果シテ博士ノ謂フ如ク當初ハ多少ノ同意者アリタルモ現今漸ク其數ヲ減シタルカ余輩ノ信スル所ニ依レハ其數ニ於テリスト氏ト同說ヲ探ルモノ多キヲ見ル(リスト氏ハ前ニ因果關係アリトノ說ヲ探リ今ハ之ヲ改メタリフランク氏ハ前ニハ因果關係ナシトノ說ヲ探リ今ハ因果關係アリトノ說ニ改メタリ)然レトモ贊成者ノ多寡必スシモ眞理ノ存否ヲ決スルニ足ラス要ハ前段所論ノ内容ニ入テ其可否ニ付敢テ識者ノ高教ヲ待ツヘキノミ

勝本博士ハ責任ノ原因タル行爲ハ自由意思ニ出テタルコトヲ前提トシ從

テ刑法上ノ因果關係ハ自由意思ニ基ク行爲ニ依リ中斷セラルトノ結論ヲ認メ此ノ論根ニ依リ獨乙法曹中一般ニ認ムル法則即チ故意ニ基ク行爲介入スルトキハ因果關係中斷セラルルト云フ法則ヲ說明セントスルモ余輩ノ見ニ依レハ獨逸法曹ノ一半ハ博士カ謂フ如ク刑法上責任ノ原因タル行爲ハ自由意思ニ出タルコトヲ必要トスルニアラス(意思自由説 Indeterminismusニ依ラス)リスト氏ト等シク Determinismus 意思確定説ニ依ル者ニシテ從テ元來他人ノ任意ニシテ即チ機械的又ハ生理的強制ニ依ラス觀念 Vorstelljungニ依テ定メラレタル motiviert (自由意思 Willensfreiheit トハ全然關係ナシ)故意アル行爲ハ因果關係ノ成立ヲ妨クヘキモノニアラサルモ法律ハ其犯ノ規定ニ於テ教唆及ヒ從犯ニ關スル特別規定ヲ設ケ此等ノ行爲ハ正犯ノ行爲ニ附屬スルモノニシテ刑法上結果ニ對シテ當然客觀的引責ノ理由トナルヘキモノニアラサルコトヲ明示シタルニ依リ此ノ立法主旨ヲ推究シテ茲ニ故意アル行爲ニ限リ因果關係ヲ中斷ストノ法則ヲ認メタルモノ

有ハ意ノ總テ
爲ハ果ノ關係
因果關係中斷
トテ中斷ノ關係
對スルニ辯

ト信ス即チ博士カ自由意思ニ出テタル行爲介入スルトキハ因果關係ヲ中斷スルヲ原則トスルニ反シ獨逸法曹ノ一半ハ任意ナル行爲(自由意思ト云ハス)ハ因果關係ノ成立ヲ妨ケサルヲ原則トシ故意アル行爲ニ限リ(從テ過失ニ基ク行爲ハ然ラス)例外トシテ因果關係ヲ中斷スルモノナリト論スルモノニシテ此ノ點ニ關シ全然博士ノ見解ト其立論ノ根據ヲ異ニセルコトヲ注意セサルヘカラス

勝本博士ハ獨逸法曹ノ一般カ因果關係中斷ノ理由ナリト認ムル所ノ所謂任意ニシテ故意アル行爲 vorsätzliche Handlung 中ニハ過失行爲ヲモ包含シ從テ故意並ニ過失行爲(即チ苟クモ他人ノ有意ノ行爲)ハ共ニ因果關係ヲ中斷スルコトハ獨逸法曹ノ一般ニ認ムル所ナリト斷定セラレタルハ誤レリ獨逸法曹ノ一般ハ故意アル行爲 vorsätzliche Handlungト過失ニ基ク行爲 fahrlässige Handlungトハ常ニ區別シテ之ヲ用ヒ嘗テ之ヲ混同シタルコトヲ見ス例ヘハリスト氏ハ

Daher steht der Annahme des Kausalzusammenhanges die mitwirkende Fahrlässigkeit eines dritten oder das unvorsichtige Verhalten des Verletzten selbst nicht im Wege (keine, Kausal-kompensation" im strafrecht.)

即チ第三者ノ共同的過失又ハ被害者ノ不注意ナル舉動ハ因果關係ノ成立ヲ妨ケス(過失ノ相殺ナシ)ト論セルニ依テ見ルモ其一端ヲ窺ヒ知ルヘキナリ加之博士ノ所論ヲ貫徹セハ過失行爲ハ因果關係ヲ中斷スルカ故ニ他人ノ過失行爲ヲ利用シテ或結果ヲ惹起スルモ例ヘハ看護婦ヲ欺罔シ毒藥ヲ正藥ト取り間違ヘシメ之ヲ患者ニ服用セシメ患者ヲ中毒セシメタルカ如キ看護婦カ自己ノ過失行爲ニ付テ責任ヲ負フハ格別之ヲ利用シタルモノハ患者ノ中毒ト云フ結果ニ付テ責任ナキコトナリ教唆ニ付テハ明文アルモ此ノ場合ニハ明文ナキカ故ニ極メテ條理ニ反スルノ結論ヲ生スヘシ而カモ獨逸法曹ノ一般ハ此ノ場合ニ於テ因果關係ノ中斷ヲ認メス所謂間接正犯トシテ之ヲ處罰スト論セルニアラスヤ要之以上ノ不條理ナル結論

責任更新
對新
說
辯
駁

ハ博士カ自己ノ見解タル自由意思說ヲ根據トセル因果中斷說ヲ以テ此ト根據ヲ異ニスル獨逸法曹一般ノ認ムル因果關係中斷說ヲ説明セントシタル根本的誤謬ニ基因スルモノト謂フヘキナリ要之余輩ノ見解ニ依レハ任意ニシテ故意アル行爲ハ原則トシテハ因果關係ノ成立ヲ妨クヘキモノニアラサルモ獨逸刑法並ニ我カ現行刑法ニ於テハ教唆從犯ニ關シ特別ノ規定ヲ設ケタルニ依リ其立法ノ主旨ヲ推究シテ遂ニ任意ニシテ故意アル行爲ハ因果關係ノ成立ヲ妨ク不作爲ニ付テモ亦同シトノ例外ヲ認ムヘキモノニシテ博士ノ如ク自由ナル有意ノ行爲故意過失ヲ含ムハ原則トシテ因果關係ヲ中斷ストノ說ヲ是認スルコトヲ得ス又岡田博士ノ如ク此ノ場合ヲ指シテ因果關係ノ中斷ニアラスシテ責任更新ナリト云フノ說法學協會雜誌第二十三卷第三號參照ヲ是認スルコトヲ得ス殊ニ岡田博士カ此ノ場合ハ因果關係ノ中斷ナク責任ノ更新ナリト論シ責任能力者ノ自由ニシテ故意又ハ過失ニ出テタル(主觀的引責理由ノ具備シタル)行爲カ結果ニ對シ

テ因果關係ヲ有スルコトヲ認メナカラ(客觀的引責理由ノ具備スルコトヲ認ムルニ拘ハラス)單ニ中斷說ノ缺點ヲ舉クルニ止マリ(卑見ニ依レハ實ハ缺點ニアラス)何か故ニ此場合ニ於テ其責任ヲ更新スルヤノ理由ニ付何等ノ説明ヲ與ヘラレサルヲ遺憾トス卑見ニ依レハ責任能力者ノ自由ニシテ故意アル行爲ハ因果關係ノ成立ヲ妨クルカ故ニ結果ニ對スル物的引責理由ヲ缺クコトトナシ從テ前ニ事實上ノ原因ヲ與ヘタル者ハ此ノ結果ニ對シテ責任ヲ負ハサルコトトナルヘク從テ茲ニ責任更新ト云フ結論ヲ生スルナリ故ニ此ノ場合ニ於テ因果關係ノ中斷ト云ヒ或ハ責任ノ更新ト云フハ單ニ其觀察ノ立脚點ヲ異ニシタルニ過キスシテ岡田博士ノ所謂責任更新ナルモノハ此ノ範圍内ニ於テ吾輩カ所謂物的引責理由ノ更新ト同意義タルヲ免レサルヘシ果シテ然ラハ岡田博士ハ吾輩ノ認ムル所ノ刑法上ノ因果關係中斷說因果關係ノ成立妨止說ヲ否認シナカラ直ニ責任更新論ヲ採ラレタルハ前提ヲ有セサル結論ニシテ論理ニ誤リアリトノ非難ヲ免レ

サルヘシ

行爲ノ時及ヒ場所

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

作爲ノ時及ヒ場所
間隔犯

作爲ハ意思實行即チ身體ノ動作(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ニシテ發現シタルトキハ(間隔犯 *Distanzverbrechen*)行爲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

意思實行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ノ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意思實行ヨリ結果ノ發生スル迄ノ間ニ於テ内國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

時間及場所ノ所定ニ付テハ標準ノ第一説

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キハ極メテ不都合ナル結果ヲ生スルカ故ニ此二要件中何レカー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 意思實行ヲ以テ標準トスル説、キツチンゲル氏、ベーリング氏、ビルクマイエル氏、フインゲル氏、フランク氏、フオンバール氏、ヘルシユネル氏、メルケル氏、マイエル氏、ローゼンフェルド氏、シユナイドレル氏、ゾイフェルト氏、リスト氏、其他國際私法諸學者ノ主張スル所此ノ説ヲ稱シテ行爲

者所在地説 *Authentictheorie* ト稱スルモ意思實行ノ場所ハ必スシモ意思實行後ニ於ケル行爲者ノ所在地ト一致スヘキモノニアラサルカ故ニ此ノ名稱ハ穩當ナラス

第二説

第二説 結果ヲ以テ標準トスル説ヘーベルリン氏ノイマイエル氏ノ主張スル所ニシテ此説ノ根據トスル所ハ行爲ノ特質ハ結果ニ依テ定マル例ヘハ殺人ノ特質ハ被害者ノ死亡ト云フ結果ニ依テ定マリ之カ原因タル意思實行即チ或ハ鐵砲ヲ射ツトカ又ハ刀ヲ以テ切ルト云フコトニ存セサルカ如シ加之刑法ノ目的ハ法益ノ保護ニ存スト云ニアリ然レトモ此ノ説ハ意思實行ニ重キヲ置カサルカ故ニ假令被害者ノ死亡ト云フ結果ヲ生スルモ其行爲ハ故殺ナリヤ過失殺ナリヤ將タ傷害致死ナリヤヲ判定スルコトヲ得ス從テ行爲ノ特質ヲ定ムルコトヲ得サルノ誹アリ

第三説

第三説 中間ノ結果 *Zwischenfolge* ヲ標準トスル説(最近ノ違法ナル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

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 二二二
第三節 行爲ノ時及ヒ場所

第四說

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說(ベッツ氏、レーウエ氏、フォン、ヒッペル氏等ノ主張スル所)

第四說 意思實行及結果ヲ以テ等ク標準トスル說、獨逸帝國裁判所判例ベ

ルネル氏、ビンデング氏、フォン、リリエン、タール氏、オールス、ハウゼン氏、

トフエル氏、バツハ氏、バツヘン、フエルド氏等ノ主張スル所此說ハ明ラカ

ニ國際私法ニ適用スルコトヲ得サルカ故ニ不當ナリトノ非難アリ

第四說ノ一種ニシテ身體ノ動作ト因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場所ヲ以テ行爲ノ時及場所トスル說

此ノ說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說ハビンデング氏、カルケル氏等ノ主

張スル所ナルモ此ノ說ノ主張者モ前掲例示ノ場合即チ經過犯(Transitver-

Brechen)ニ付テハ例外トシテ此ノ原則ヲ適用セスト論セリ此ノ說ノ根據

第二說乃至第四說ノ缺點

トスル所ハ行爲ハ意思實行ト結果トヨリ成リ不可分ナルカ故ニ若シ二者カ時及場所ヲ異ニシテ發生シタルトキハ其行爲ハ何レノ時及場所ニ於テモ發生セザリシト云フカ若クハ何レノ時及場所ニ於テモ發生シタリト云フカノ外ナカルヘク而シテ前段ノ斷定ハ實際不都合ヲ生スルカ故ニ之ヲ採ルコトヲ得ス從テ結局後段ノ斷定ヲ採ラサルヘカラスト云フニアリ

然レトモ以上第二乃至第四ノ說ハ左ノ如キ事實上並ニ法律上ノ缺點アリ

- (1) 結果ヲ標準トスルトキハ結果カ發生シタル時ニ於テモ猶罪カ行ハレタリト云ハサルヘカラス從テ例ヘハ行爲者カ毒藥ヲ他人ニ與フル時ニハ責任無能力者タリシモ後被害者カ之ヲ服用シ中毒死亡スル當時ニ於テ責任能力者トナルモ尙ホ毒殺ノ責任ヲ負フコトトナリ主觀的引責理由ハ意志實行ノ當時ニ存在スルコトヲ要ストノ定論ト矛盾スヘシ

- (2) 結果ヲ以テ標準トスルトキハ其結果ハ最後ノ結果(第二説ノ如クニ依ルヘキカ將タ中間ノ結果(第三説ノ如クニ依ルヘキカ若クハ何レノ結果ニ依ルモ可ナルカ不明ナリ(殊ニ傷害致死ノ場合ニ於テ此ノ疑問ヲ生スヘシ)加之結果ハ行爲者ノ豫期セサル場所ニ於テ發生スルコトアルヘク從テ犯罪ノ場所ハ不確定トナルヘシ(殊ニ日本帝國內ニ於テ發生シタル場合ニ限リ之ヲ處罰スル犯罪ニシテ外國ニ於テ意思實行ヲ終リタル時ハ其結果カ外國ニ發生スレハ無罪トナリ若シ遇然ニ帝國內ニ來リ發生スルナラハ有罪トナリ全然遇然ノ事實ニ依テ罪ノ成否ヲ決スルカ如キ不條理ナル結論ヲ生スヘキナリ例ヘハ帝國外ニ於テ外國人カ帝國臣民以外ノ者ニ對シ新刑法第三條第一項列記ノ罪ヲ犯シタル場合新刑法第三條第二項ニ包含セサル場合参照)
- (3) 結果ヲ標準トスルトキハ新聞紙法違犯ノ罪ノ如キ同條例ニ違犯シテ公布セラレタル新聞紙ノ各購讀者ノ所在地カ何レモ犯罪地ニシテ裁判

意思實行ノ標準ヲ行ハスル可トス

- 管轄ヲ有スルコトトナリ無數ノ裁判管轄ヲ生スルカ如キ不可思議ナル結論ヲ生スヘシ
- (4) 結果ヲ標準トスルトキハ意思實行ノ當時ニハ處罰ノ規定ナク結果ノ發生當時ニ於テ始メテ處罰規定カ施行セラレタルトキト雖モ猶其行爲ヲ處罰セサルヘカラサルノ結論ヲ生ス可シ
- 要之行爲ノ時及場所ヲ定ムル標準ハ意思實行ニ依ルノ外ナク此ノ標準ハ刑法ノミナラス刑事訴訟法其他總テノ法律區域ニ於テモ等シク適用アルヘキナリ(ベッツ氏クリース氏フォンリ、エンタール氏フォンリスト氏ト同説反之(ビンディング氏フォン、パール氏ベンネツケ氏バッフ氏ハ刑訴ノ區域ニ於テハ其標準ヲ異ニスヘキナリト論セルモ立論ノ理由ニ乏シ)然レトモ我刑事訴訟法學者ノ通説並ニ大審院刑事判例ニ依レハ刑事訴訟法ノ範圍ニ於テハ犯罪ノ場所ヲ定ムル標準ハ犯人ノ意思實行ノ場所ノミニ限ラズ結果ノ發生シタル場所モ又犯罪地ナリト解セリ蓋シ刑事訴訟法第二十

六條ニ於テ犯罪ノ地ヲ以テ裁判管轄ヲ定ムル標準ト爲シタルハ犯罪事件ノ審理上證據ノ蒐集等ニ付キ便宜ナリトノ趣旨ニ出テタルモノト解シ此ノ見解ノ下ニ結果地モ亦犯罪ノ地ノ内ニ包含スト解決シタルモノノ如シ假リニ同條ニ關スル上記ノ見解ハ正當ナリトスルモ同法第二十九條ニ所謂外國ニ在テ犯シタル罪ナルヤ否ヤ及ヒ同法第三十條ニ所謂海船内ノ犯罪カ帝國內ニ於テ犯サレタルヤ否ヤハ刑法ニ於ケル犯罪ノ場所ヲ定ムル標準ニ依テ決セサルヘカラス

明治三十五年(レ)第二三〇八號明治三十六年一月十九日宣告大審院判決ニ依レハ「敗清酒ヲ模造シ造石税ノ免除ヲ得ントシタル犯罪行為カ現行酒造税法施行後ナルトキハ其清酒ノ醸造カ施行前ニ係ル場合ト雖モ現行酒造税法ヲ適用スヘキモノトスト解セルハ正當ナリ

不作爲ノ時及場所

第二項 不作爲ノ時及場所

不作爲ニ於ケル意思實行ハ法律カ命シタル作爲ヲ行ハサルコトニ存スルカ故ニ不作爲ニ於テハ意思實行ノ時及ヒ場所ハ法律カ命シタル作爲カ行

以上行爲ノ時及場所ノ適用原則ノムル所ニ及ビ從犯ノ時及場所

ハルヘカリシ時及ヒ場所ニ存ス從テ純正不作爲犯並ニ不純正不作爲犯ノ時及ヒ場所ハ不作爲者ノ義務ニ屬スル作爲ノ行ハルヘカリシ時若シ作爲ヲ爲スヘキ義務カ或ル時間殘績スルトキハ其最終ノ時及ヒ場所ニ依テ定マル

鹽專賣法違犯ノ件明治三十九年(レ)第四〇五號同年五月十八日宣告大審院判決理由鹽專賣法施行ノ際販賣ノ目的ヲ以テ鹽ヲ所有スル者カ申告義務ニ違背シタルトキハ其犯罪ノ場所ハ申告ヲ受ケヘキ官府ノ所在地ナリトスト解セルハ正當ナリ

以上作爲ノ時及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

一 教唆及從犯ノ時及ヒ場所ハ教唆及從犯(幫助)ノ意思實行ノアリシ時及場所ニ存ス(獨乙帝國裁判所ノ判例ニ依レハ教唆及從犯ノ時及ヒ場所ハ正犯ノ時及ヒ場所ニ依テ定マルトセリ從犯ノ管轄ニ付テハ我刑事訴訟法第二十八條ニ於テ從犯ハ正犯ヲ管轄スル裁判所ヲ以テ其管轄ナリト

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 二二七 第三節 行爲ノ時及ヒ場所

スト規定セリ但シ同條ノ規定ハ既ニ犯罪トシテ成立シタル從犯行為ニ對スル裁判管轄ヲ定メタルモノニ過キサカ故ニ其從犯行為カ内國ニ於テ行ハレタルモノナリヤ否ヤヲ決スルニハ本文ニ於テ説明シタル標準ニ依テ決セサルヘカラス)

公訴ノ時效モ亦教唆又ハ從犯ノ意思實行アリタル時ヨリ始マル(本著第三編第四章第三節時效參照)

明治三十二年第七二號同年二月二十一日宣告大審院判決ニ依レハ「教唆者ハ被教唆者カ重罪輕罪ヲ犯シタルニ因テ犯罪ヲ構成ス從テ被教唆者カ罪ヲ犯シタル場所ヲ以テ教唆罪成立ノ場所トスト解セルモ卑見ニ依レハ教唆ノ場所ハ教唆者カ教唆ノ意思實行ヲ爲シタル場所ナリトス

二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此場合ニ於テハ機械トシテ利用セラレタル他人ノ動作ヲ標準トシテ間接實行ノ時及ヒ場所ヲ定ム可キカ又ハ利用セラレタル他人ノ動作ニハ關

二、間接
實行ノ時
及場所

係ナク利用者ノ意思實行ヲ標準トス可キカニ付テハ學者間ニ爭アリト雖モ卑見ニ依レハ行為ノ時及場所ヲ定ムル標準ニ付キ既ニ行為者ノ意思實行ヲ以テ標準ト定メタル以上ハ間接實行ノ場合ニ於テモ此ノ標準ヲ變更スルノ理由ナク而シテ間接實行者(利用者)ノ意思實行ハ被利用者タル他人ヲ利用スル爲メニ爲サレタル言語其他ノ動作ニ依テ終了シ被利用者ノ動作ハ利用者ノ意思實行ニアラスシテ利用者ノ意思實行ニ基ク結果タルニ外ナラス此ノ關係ハ直接實行者カ銃砲、爆烈彈又ハ鳥獸其他器具機械ヲ利用シテ或結果ヲ發生セシムル場合ト毫モ異ナル所ナシ然レハ間接實行ノ時及場所ヲ定ムルニ付テモ被利用者ノ動作ニ關係ナク利用者ノ意思實行ヲ標準トシテ之ヲ決セサルヘカラス(但シ直接實行タルト間接實行タルトヲ問ハス行為ノ程度カ着手ニ進ミタルヤ將タ豫備ニ止マルヤ即チ行為ノ客觀的進行ノ程度ヲ定ムル標準ニ付テハ問題ノ性質上自カラ別異ノ標準ニ依ラサルヘカラサルコトヲ注意スヘキナ

リ(本著第二編第一章第一節未遂ノ定義中間接實行ノ既遂未遂ヲ定ムル標準及ヒ拙著大審院判例ト新刑法第二十六號批評間接正犯ノ著手時期参照)

三、未遂
犯ノ時及
場所

三處罰スヘキ未遂犯ノ特質ハ法益ヲ侵害スヘキ危険ナル狀況ヲ發セシムルニアルカ故ニ此ノ危険ナル狀況ヲ發生セシメタル意思實行ノ時及ヒ場所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
上ノ單一
及行為ノ
場所

四法律上單一行為ト認メラルル行為例ヘハ繼續犯又ハ連續犯結合犯聚合犯ニ付テモ亦然リ)ノ發生シタル時及ヒ場所ヲ判定スルニハ其繼續又ハ連續行為ヲ切斷シテ論スルコトヲ得テ苟クモ其一部ノ發生シタル時及ヒ場所ヲ以テ全部ノ行為ノ發生シタル時及ヒ場所ト云ハサルヘカラス而シテ此ノ場合ニ於テ其繼續行為又ハ連續行為カ内地ト外國トニ跨リタルトキハ内國法ヲ適用スベク(裁判管轄ハ何レニモ存ス)又ハ之ヲ處罰スル舊法ト新法トノ間ニ跨リタルトキハ常ニ新法ニ從テ處斷スヘ

一、個
ノ連
續犯
タル
ヘキ
數個
ノ連
續行
爲
ノ代
替
ニ
於テ
ハ
兩法
ノ時
代
ニ
於テ
ル
場
合
ニ
於
テ
ハ
擬
律

キナリ(リスト氏ハ後ノ場合ニ於テハ輕キニ從フテ處斷ストノ說ヲ採レリ)

明治三十六年(レ)第二六〇七號明治三十七年一月二十一日宣告大審院判決ニ依レハ「甲地ニ於テ偽造文書ヲ行使シ之ニ因リ乙地ニ於テ金錢ヲ騙取セントシテ遂ケザリシ場合ニハ甲乙兩地ノ裁判所ハ孰レモ犯罪地ノ裁判所トシテ共ニ管轄權ヲ有スト解セルハ正當ナリ(舊刑法第三百九十條第二項ノ罪参照)

明治三十五年(レ)第一四九三號同年十一月十七日宣告大審院判決ニ依レハ刑法第三條第二項ノ規定ハ新法發布前ニ終了シタル犯罪行為ニ適用スルコトヲ得ルニ止マリ新法發布前ニ犯サレタル犯罪カ新法發布後ニ繼續シタル場合ニ適用スルコトヲ得ス從テ繼續犯ノ場合ニ於テハ單一ナル犯罪トシテ其全部ニ對シ新法ヲ適用スヘキモノトスト解セルハ正當ナリ此ノ論旨ハ新刑法第六條ノ解釋ニ付テモ適用スヘキナリ

明治三十一年第六一二號同年六月二十四日宣告大審院判決ニ依レハ「犯罪行為連續ノ中間ニ法律ノ改正アリタル場合ニ於テハ其終了當時ノ法律ニ依テ處斷スヘキモノト解セルハ正當ナリ(新法ヲ適用スルノ意ナルヘシ)

左記ノ判旨ハ舊法時代ノ行為カ新舊兩法ニ照シ共ニ有罪行為タル場合

總則本論 第一卷 犯罪ノ普通構成條件 第一章 行為 (二二二)

ニ限リ正當ナリ

恐喝取財ノ件明治四十二年(レ)第三七三號明治四十二年四月二十三日宣告大審院判決理由 縱シ假リニ被告ノ所爲ヲ所論ノ如ク舊刑法ノ實施當時ヨリ新刑法ノ實施時期ニ涉リ繼續實行セラレタルモノトスルモ繼續犯ハ一罪トシテ論スヘキモノナルカ故其行爲ノ完結シタル時期ニ於テ行ハルル法律ヲ適用スヘキ事ハ本院ノ判例トシテ夙ニ認ムル所ナルヲ以テ被告ノ本案事件ニ對シテハ新舊法ノ比照ヲ爲スヘキモノニ非ス(本著總則緒論第五章第一節中掲載法ノ效力不遑及ト連續犯聚合犯トノ關係ニ付テノ判例批評參照)

左記ノ判旨ハ何レモ本文ト同趣旨ニシテ正當ナリトス

新舊兩法
時代ニ亘
リタル
リタル
行犯ニ
用スヘキ
法條

詐欺取財ノ件明治四十二年(レ)第一〇七三號明治四十二年十月五日宣告大審院判決理由 被告カ土井亮造ヲ欺罔シ本件ノ犯行ニ着手シタルハ刑法施行前即チ明治四十一年九月中ニ在リト雖モ其欺罔ニ困リテ亮造ヨリ繼續シテ數回ニ企品ヲ騙取シ本件ノ犯罪ヲ行ヒ了リタルハ刑法施行後即チ同年十一月十八日ナルコトハ原判決ニ於テ認ムル所ナルハ原審カ本件ヲ刑法施行後ノ犯罪トシテ同法ヲ適用處斷シ新舊法ノ比照ヲ爲サザリシハ相當ナリ

舊法時代

爲ノ新罪
時代ニ亘
リタル
リタル
行犯ニ
用スヘキ
法條

審院判決理由 原判決ニ判示セラレタル被告偽證ノ行爲ハ舊刑法時代ニ完成シ舊刑法ニ於テハ同法第二百二十三條ニ該當シ刑法ニ於テハ同法第六十九條ニ該當シ同罪ハ刑法施行後ニ成立シタル本件詐欺未遂ノ行爲ニ對シテハ手段タル關係ヲ有スルヲ以テ同法第五十四條第一項後段ニ依リ一罪トシテ其最モ重キ偽證ノ刑ヲ以テ處斷スヘキモノトス如此所論偽證ノ所爲ハ舊刑法時代ニ完成シタル犯罪行爲ナリト雖モ刑法施行後ニ成立シタル本件詐欺未遂ノ行爲ト率聯シテ一罪ヲ以テ論スヘキ關係ヲ有スルカ故ニ此一罪ヲ構成スル全部ノ行爲ニ對シテハ總テ刑法ヲ適用スヘキ其行物ノ一部カ舊刑法時代ニ發生シタルトノ理由ヲ以テ此一罪ヲ分割シテ其一部ニ對シテハ新舊刑法ヲ比照シテ輕キ法ヲ適用シ他ノ部分ニ對シテハ刑法ヲ適用スヘキモノニ非サルコトハ誠ニ明瞭ナリトス然レハ原判決ニ於テ本件被告ノ詐欺未遂ノ行爲ハ刑法第二百四十六條第一項第二項第五十條ニ偽證ノ行爲ハ同法第六十九條ニ該當シ偽證ハ詐欺ノ手段ナルヲ以テ同法第五十四條第十條ニ依リ重キ偽證罪ノ刑ヲ以テ處斷スヘキモノナリト判示シタルハ正當ナリ

文書偽造行使ノ件明治四十二年(レ)第一四七七號明治四十二年十二月三日宣告大審院判決理由 原審ノ認メタル事實ニ依レハ被告ハ明治三十九年末頃判示ノ證書ヲ偽造シ置キ其後同四十年十月五日之レヲ行使シタルモノナルカ故ニ偽造ノ時期ハ舊刑法實施ノ當時ナリトスルモ其行使ハ刑法實施ノ後ニシテ其偽造ト行使ト

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 二二三

ハ、間ニハ原因結果ノ關係アルヲ以テ刑法第五十四條ニ據リ重キ行使ハ所爲ナ間ヒ
一罪トシテ處分スキモノトシテ右被告ノ所爲ニ對シ刑法ノ各法條ヲ示シ被告ヲ
有罪ニ處斷シタルモノナレハ原判決ハ更ニ所論ノ如キ不法アルコトナシ

五、處罰
條件トノ
關係

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

違法

形式的違
法

實質的違
法

犯罪ハ民事上ノ不法行爲ト等シク法律違犯(違法)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個人又ハ共同ノ生活利益ニ
對スル攻撃ナリ而シテ此ノ攻撃ハ法律的利益(Rechtsgut)法物又ハ法益ト稱
スヲ侵害スルモノト及ヒ危險ノ狀態ヲ與フルモノトヲ包含ス苟クモ法益
ヲ侵害スル行爲ハ悉ク之ヲ實質的ニ違法ナリト云フコトヲ得ルヤ曰ク然

違法ニ關
スル形式
的及實質
的觀察ノ
衝突

ラス法規ハ人類ノ生活ニ伴フ利益ヲ保護スルコトヲ以テ目的トシテ
其ノ保護ノ目的タル生活利益ハ猶ホ互ニ相衝突スルコトアリ即チ法益ト
法益ト互ニ相衝突スルヲ免レス此ノ場合ニ於テハ比較的小ナル法益ハ大
ナル法益ヲ保全スル爲メニ犧牲ニ供セラルルコトニ依テ始メテ法規ノ目
的ヲ達スルコトヲ得ヘシ例ヘハ國家ハ戰時又ハ平時ニ於テ國家ノ目的ヲ
達スル爲メニ臣民ノ財物生命ヲ犧牲ニ供スルカ如ク(共同團體ノ利益ト個
人ノ利益トノ衝突)人ノ財物ハ時々或條件ノ下ニ他人ノ利益ノ爲メニ犧牲
トナラサルヘカラス從テ行爲カ實質的ニ違法トナルニハ法益ニ對スル侵
害又ハ危險カ人類ノ共同生活ニ伴フ利益ヲ保護スルコトヲ以テ目的トス
ル法規ノ目的ニ違背スルコト(非社會的行爲タルコト)ヲ要ス
此ノ如ク行爲ノ違法ハ形式的並ニ實質的の二個ノ方面ヨリ觀察スルコトヲ
得ト雖モ此ノ二個ノ觀察ハ時々一致セサルコトアリ得ヘキナリ即チ實質
的ニ違法ナル行爲ニシテ形式的ニ適法ナルモノアリ(法規ニ於テ之ヲ適法

行為カ適
法ナリト
否ヤリト
ムル標準

ト認ムルコトアリ)反之實質的ニ適法ナル行為ニシテ形式的ニ違法ナルコトアリ(法規ニ於テ之ヲ禁止スルコトアリ)此ノ場合ニ於テハ其實質ノ如何ニ拘ハラス形式的標準ニ依テ其違法行為ナルヤ否ヤヲ判定セサルヘカラス故ニ行為カ適法ナルヤ又ハ違法ナルヤヲ判定スルニ付テハ左ノ場合ニ區別スルコトヲ要ス

一法規ニ依テ法益自己又ハ他人ノ法益ノ侵害又ハ危険ヲ與フルコトカ命セラレ若クハ認許セラレタルトキハ其行為ハ適法トナリ從テ罪ノ構成要件タルコトヲ得サルナリ

二前段ノ如キ法規ヲ缺クトキハ(形式的標準ヲ缺クトキハ)行為カ適法ナルヤ否ヤハ之ヲ實質的ニ判定セサルヘカラス此ノ判定ニ付テモ更ニ二個ノ場合ニ區別スルコトヲ要ス

(イ)立法者カ正當ナリト認メタル目的ヲ遂行スル爲メニ採ラレタル適當ナル手段タル行為ハ適法ニシテ從テ罪ノ構成要件タルコトヲ要ス

(ロ)大ナル法益ヲ保全スル爲メニ小ナル法益ヲ犧牲ニ供シタトキハ其行為ハ適法ナリ(但シ此ノ場合ニ於テハ其衝突スル法益ノ輕重大小ヲ判定スルコトハ困難ニシテ時トシテハ其判定ニ付テ公平ヲ失スルノ虞レアルコトヲ免レス)

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

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為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為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 Verletzungskriteriumト謂フ)

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傷害ヲ與フル

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 二二七

法益ニ對
スル攻撃
ノ分類
一、實害
罪

二、危險
罪

ノ危険ヲ生セシムルコトヲ禁止スルコトアリ (Gefährdung eines Rechts-
Sutes) 此ノ危険ノ状態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ス之ヲ防止セサル
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険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険罪 (Gefährdung-
delikt)……ト謂フ而シテ危険罪ハ更ニ具體的 (konkreten (speziellen)) 及ヒ
一般的 (abstrakten (generellen)) ニ分ツコトヲ得ヘシ二者共ニ危険ノ發生ヲ
以テ罪ノ構成要件トセルモ其異ナル點ハ具體的危険罪ニ付テハ危険
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
ヘハ新刑法第九條第二項第一百十四條第一百十六條第二項第
百十七條第一項後段第一百十八條第一項ノ罪ハ此ニ屬ス反之一般的危
險罪ニ付テハ危険カ現實ニ發生シタルヤ否ヤニ付キ裁判官ハ審按ス

具體的危險
及一般危險
之區別

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
ノ危険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
ヘハ新刑法第六十九條第七十二條ニ規定スル罪ノ如キハ之ニ屬
ス

三、警察
犯

三、國家ハ法益ニ對スル傷害又ハ危険行爲ヲ禁止スル外ニ尙ホ此等實害
又ハ危険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険ヲ
生セシムルノ危険アルモノト看做シ各實際ノ場合ニ於テ果シテ實害
又ハ危険ヲ生シタルヤラ問ハサルナリ例ヘハ公衆ノ自由ニ交通シ得
ル場所ニ於テ危険ノ虞アルトキ點燈其ノ他豫防ノ裝置ヲ爲スノ義務
ヲ怠リタル罪(警察犯處罰令第二條第十三號)濫ニ銃砲ノ發射ヲ爲シ又
ハ火藥其ノ他劇發スヘキ物ヲ玩ヒタル罪(同上第三條第四號)其他警察

犯處罰令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ル利益ニ對スル攻撃ハ(違法ノ攻撃)例外トシテ法律上許容セラル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め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

違法ノ排除

左ニ攻撃ノ違法ヲ排除スル場合ニ關スル大様ニ付キ説明スヘシ
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

違法トノ關係

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ト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(蓋シ立法者カ此ノ如キ特種ノ規定ヲ設ケタル理由ハ此ノ種ノ犯罪ニ付テハ其行為カ適法トナリ又ハ違法トナル分界ヲ識別スルコトノ極メテ困難ナルニ基因ス)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モノ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 違法ナラサル行為ハ犯罪ニアラス從テ之ニ加擔スルモ犯罪ニ加擔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

違法排除ノ原因

三 法益ニ對スル攻撃カ適法ノ限度ヲ超エタルトキハ其超過ノ程度ニ於テ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及ヒ緊急避難權ノ範圍ヲ越エタル法益侵害ニ付テハ新刑法第三十六條及ヒ第三十七條ニ於テ刑ノ減輕又ハ免除ニ關スル規定アリ

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メラルヘキモノハ凡ソ左ノ如シ

一 權利義務ニ屬スル行爲又ハ國家カ正當ナリト認ムル目的ヲ遂クル爲メノ行爲

二 權利トシテ保護セラルル所ノ利益(法益)ノ保持即チ正當防衛緊急避難自救是レナリ

正當防衛 刑法第三十六條

正當防衛ニ關スル新舊刑法規定ノ異同

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ル攻撃以上ノ各原因ニ付以下節ヲ分テ説明セント欲ス

第一節 正當防衛(緊急防衛 Die Notwehr)

刑法第三十六條 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コトヲ得サルニ出タル行爲ハ之ヲ罰セス

防衛ノ程度ヲ超エタル行爲ハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得

本條ハ正當防衛ニ關スル規定ニシテ舊刑法第三百十四條乃至第三百十六條ノ規定ヲ修正シタルモノナリ今其修正ノ要點ヲ舉クレハ左ノ如シ

一、舊刑法ハ第三編第一章第三節殺傷ニ關スル特別宥恕及ヒ不論罪中ニ正當防衛ニ關スル規定ヲ設ケタルモ正當防衛ノ手段ハ單ニ殺傷ニ限ルハキモノニアラス總テノ法益侵害ニ付テモ之ヲ認メサル可カラス故ニ

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 二四三
 違犯 第一節 正當防衛(緊急防衛)

新法ニ於テハ之ヲ第一編總則ノ中ニ規定シ總テノ法益侵害行為ニ關スル違法排除ノ原因タルコトヲ明カニシタリ

二、舊刑法ハ防衛ノ目的タル法益ヲ身體生命財産邸宅内ノ安寧等ニ限定シタリト雖モ新刑法ハ之ヲ改メ總テノ法益ニ對シテ正當防衛ヲ認メ之ヲ保護スルコトト爲シタリ

三、舊刑法ハ第三百十四條但書ニ於テ不正ノ所爲ニ因リ自ラ招キタル暴行ニ對シテハ正當防衛ヲ行フコトヲ禁シ又第三百六十五條ニハ祖父母父母ニ對シテハ正當防衛ヲ行フコトヲ禁シタルモ新法ハ之ヲ改メ總テ此等ノ制限ヲ削除シタリ但シ名ヲ正當防衛ニ藉リ他人ノ法益ヲ侵害スル目的ヲ以テ不正ノ所爲ニ因リ他人ノ暴行ヲ挑發シタル場合ニ於テハ正當防衛ヲ行フコトヲ得ス恰モ上官カ已ニ絶對的服從ノ義務アル下官ニ對シ違法ノ命令ヲ發シタル場合ニ於テ其命令ニ基キ爲シタル下官ノ行為ハ職務ノ執行ニシテ適法ナルモ此ノ違法ナル命令ニ依テ他人ノ法

益ヲ侵害シタル上官ハ間接正犯トシテ其罪責ヲ負フヘキカ如ク以上設

例ノ場合ニ於テモ均シク權利ノ濫用ニシテ其行為ハ違法ナリトス(本章

第三節職務上ノ義務參照)

四、舊刑法第三百十六條ニハ正當防衛ノ程度ヲ超エタル場合ハ情狀ニ因リ其罪ヲ宥恕スルヲ得可キコトヲ規定シタルニ止マルモ新法ハ之ヲ改メ正當防衛ノ程度ヲ超エタル行為ハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルヲ得ルコトノ外其刑ヲ免除スルコトヲ得ルコトト爲シタリ

本條ニ規定スル防衛行為ハ侵害ニ對スルコトヲ要シ次條ニ規定スル危難ヲ避クル行為(即チ緊急避難)ト區別スルコトヲ要スルカ故ニ本條ノ防衛行為ハ侵害ヲ目的トスル攻撃者ノ法益ニ對シテ行ハルルコトヲ要ス

本條ニ所謂急迫ハ現在ヲ意味シ不正ハ違法ヲ意味シ侵害ハ法益侵害ヲ目的トスル攻撃行為ヲ意味シ防衛スル爲メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行為トハ防衛ニ必要ナル程度ヲ超エサル行為ヲ意味ス

以下新刑法第三十六條ニ規定スル正當防衛ノ概念ニ付テ説明スヘシ
 正當防衛(緊急防衛)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析スレ
 ハ左ノ條件ヲ具フルコトヲ要ス

正當防衛
 成立條
 件

第一正當防衛權 Das Notwehrrecht ハ他人ノ攻撃(侵害)ニ對スルモノナリ即

チ法律上保護セラル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

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

違法ノ攻
 撃

(一)違法不正ノ攻撃タルコト 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(緊急避難)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超エタル爲メニ違法トナリタ
 ル以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タ國法上處罰ノ外ニ
 アルモノト雖モ苟クモ此等ノ人ニ依テ行ハル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未丁年者 Die Strafmündiger 即チ新刑

法ニ於テハ十四歳未滿ノ幼者(新刑法第四十一條參照)又ハ精神病者ト雖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緊急避難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發生スヘキナリ反之動物ニ依リ獨立シテ(他人カ之ヲ使喚)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緊急避難ヲ行フコトヲ得ルナリ反之犬ヲ使喚スル者アルトキハ犬ニ依テ行ハルル攻撃ハ之ヲ使喚シタル機械トシタル者ノ攻撃行爲ト謂ヒ得ヘキ

違法ノ攻
撃アルヘ
キコトヲ
豫想シタ
ル場合ニ
於テ現在
ノ攻撃

防衛ノ準
備

カ故ニ此ノ使喚者ニ對シテハ正當防衛ヲ行フコトヲ得ヘシ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

(四)攻撃ハ現在(急迫)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トモ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毒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ル瞬間ニ於テ作用ヲ始メ且ツ其現實

攻撃力終
了シタリ
了シタリ
否ヤ
十否十
十否十
標準
ムル
標

ノ作用ニシテ攻撃ニ對スル防衛上必要ノ程度ヲ超エサル以上ハ是亦
正當防衛ト云コトヲ得ヘシ例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クカ如シ(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
時ニ於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

防衛ハ攻
撃者自身
ニ對スル
コト

防衛ノ爲
メ必要ナル
程度

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(本章第四節自救參照)(三)法令ニ依リ保護セラ
ルル所ノ利益(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

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(但シ緊急避難權ノ存在ス
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

防衛者ニ於テ遁逃ノ猶豫アル場合

正當防衛ノ要件ハ客觀的ニ之ヲ完備スルコトヲ要ス

要ナル程度ノ範圍ハ各場合ニ於ケル攻撃力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ル所ノ利益ニ比シテ必ス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今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ル爲メ遁逃ノ猶豫アルニ拘ハラス尙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對スル攻撃ヲ防衛スル爲メタルト又ハ第三者ノ法益ニ對スル攻撃ヲ防衛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

正當防衛ノ過度
正當防衛ト民事上ノ責任關係ノ下ト

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レバ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缺キタルトキハ元ヨリ正當防衛ト云フコトヲ得ス違法行為トシテ論セサルヘカラス但シ正當防衛ニ際シ防衛ノ爲メ必要止ムコトヲ得サルノ程度ヲ超ヘタル法益侵害行為ニ付テハ新刑法第三十六條第二項ニ於テ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ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ナキコトヲ規定セリ

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爲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爲ヲ爲シタル者ニ對スル損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

同條ハ他人ノ不法行爲ニ對シ正當防衛トシテ不法行爲者ニ害ヲ加フル場合ト不法行爲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緊急避難トヲ併セテ規定シタルモノニシテ共ニ權利行爲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

正當防衛ニ關スル刑事並ニ民事並ニ民法並ニ關係ノ規定

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爲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爲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責ニ任スヘキモノニアラサルヤ勿論ナリト信ス而シテ舊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ラルヘキ權利ノ種類ヲ舊刑法ノ如ク身體生命ニ限定セス廣ク權利ノ防衛ヲ認メ又他人ノ不法行爲ハ自己ノ不法行爲ニ依リテ之ヲ招キタルト否トヲ區別セス此ノ如ク舊刑法ニ比シ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而シテ新刑法第三十六條ニ規定スル正當防衛ト民法ノ正當防衛トヲ對照スルニ其範圍ニ付テ差異ナシ

緊急避難

第二節 緊急避難(緊急狀態) Der Notstand)

緊急避難(緊急狀態)トハ法律上保護セラル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ル所ノ利益ヲ侵害スルニアラサ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ル所ノ利益ヲ救済スル爲メニ第三者タル他人カ法律ニ

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 法律 二五五
違犯 第二節 緊急避難(緊急狀態)

危難防衛
ト正當防衛
ト及自救
トノ區別

依テ保護セララル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(Intressenkollision)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サルヘカラス而シテ此ノ緊急状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爲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状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爲ニ對シテモ緊急状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状態ニ於テハ此ノ状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(危難ノ状態ニ在ル利益ハ權利即チ法規ニ依テ保護セララルルモノタルコトヲ要スルカ故ニ例ヘハ死刑ノ執行ヲ受クヘキ既決囚ハ刑ノ執行官ニ對シテ防衛權ヲ有セス)

刑法第三十七條

以上緊急状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緊急避難權(又ハ緊急状態避難權 Das Nothrecht)ト云フ

刑法第三十七條

自己又ハ他人ノ生命身體自由若クハ財産ニ對スル現在ノ危難ヲ避クル爲メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ハ其行爲ヨリ生シタル害其避ケントシタル害ノ程度ヲ超エサル場合ニ限リ之ヲ罰セス但其程度ヲ超エタル行爲ハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得

前項ノ規定ハ業務上特別ノ義務アル者ニハ之ヲ適用セス

本條ハ緊急避難ニ關スル規定ニシテ舊刑法第七十五條ヲ修正シタルモノナリ今左ニ其修正ノ要點ヲ舉レハ左ノ如シ

一、舊刑法ハ第七十五條第一項ニ於テハ脅迫ニ基ク緊急避難ヲ第二項ニ於テハ天災又ハ意外ノ變ニ基ク緊急避難ヲ規定シタルモ新法ハ此ノ區別ヲ廢シ本條ニ於テ汎ク危難ニ基ク避難行爲ニ付包括的ニ之ヲ規定シ

緊急避難
ニ關スル
新舊刑法
規定ノ異
同

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

法律 二五七

タリ即チ危難カ人ヨリ生シタルト物ヨリ生シタルトハ問フ所ニアラサルナリ

二、舊刑法第七十五條第二項ハ避難ノ目的タル權利ハ自己若クハ親屬ニ屬スルモノニ限り且ツ其種類ヲ身體ニ限定シタルモ新法ハ之ヲ改メ自己又ハ他人ノ生命、身體、自由若クハ財産ト爲シ避難ノ目的タル權利ノ範圍ヲ擴張シタリ

三、舊刑法ハ避難行爲ニ因リ避ケントスル法益侵害ノ程度ト避難行爲ニ因テ他人ニ與ヘタル法益侵害ノ程度トノ比較ニ付キ何等ノ制限ヲ設ケサルモ新法ハ之ヲ改メ其避ケントシタル害ノ程度ハ避難行爲ニ依リ他人ニ與ヘタル害ノ程度ニ比シテ劣ラサルコトヲ必要ト爲シタリ從テ假令現在ノ危難ヲ避クル爲メ必要已ムコトヲ得サル場合ナリト雖モ其避難行爲ニ因リ他人ニ與ヘタル害ノ程度カ其避ケントシタル害ノ程度ヲ超エタルトキハ緊急避難ト云フコトヲ得ス從テ罪トシテ之ヲ罰ス可キ

ナリ但シ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得ヘキ旨ヲ規定シタリ(本條第一項但書)

法益侵害ノ程度ノ輕重ヲ定ムヘキ標準ニ關シテ本條ハ何等ノ規定ヲ設ケサルカ故ニ本條ノ適用ニ關シテ多少ノ疑義ヲ生スヘシト雖モ刑法ニ所謂法益侵害ノ程度ノ輕重ハ刑法各本條ニ於テ各種ノ法益侵害ニ對シテ科スル所ノ刑罰ノ輕重ニ依テ之ヲ定メサルヘカラス而シテ刑罰ノ輕重比照法ニ付テハ本法第九條第十條ニ於テ之ヲ規定セリ從テ殺人ハ身體傷害ヨリ重ク、婦女ヲ強姦スルコトハ單純ナル身傷害ヨリ重ク、人ヲ逮捕又ハ監禁スルコトハ名譽毀損ヨリ重ク身體傷害ハ財物損壞ヨリ重ク(以上各種ノ法益侵害ニ關スル刑法各本條ノ規定對照以上各種ノ法益ハ刑法ニ特別ノ規定例ヘハ本法第二編第一章及第二百五條第二項第二百二十條第二項アル場合ヲ除キ各人ノ階級ニ依テ毫モ輕重ノ差アルコトナシ但シ同種ノ法益ニ對スル侵害ノ輕重ニ付テハ其分量大小ニ依テ

之ヲ定ムヘク此ノ場合ニ於テモ法益享有者ノ階級ハ何等ノ影響ヲ與フヘキモノニアラス

四 舊刑法ハ緊急避難權ヲ行使シ得ル者ニ關シテ制限規定ヲ設ケスト雖モ新法ハ之ヲ改メ業務上(Dienstliche)特別ニ自己ニ對スル危難ニ耐ユヘキ法律上ノ義務ヲ負フ者ノ法益ニ關シ緊急状態ヲ理由トシテ他人ノ法益ヲ侵害スルコトヲ許ササル旨ヲ明記シタリ(本條第二項)例ヘハ警察官吏兵士、船長、消防夫、醫師、看護婦、山案内者ノ如シ(行政警察規則第一章船員法第三章消防組規則參照)

本條ニハ避難ノ原因タル危難ハ宥恕ス可キ狀況ニアルコトヲ明記セスト雖モ緊急危難ノ性質ヨリ論究スルトキハ緊急避難權發生ノ條件トシテハ必ス其危難(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場合ニアラサルコトヲ要ス(宥恕スヘキ狀況又ハ責任ナキ狀況 unverschuldeten Notstande ト謂フ故ニ例ヘハ風波荒ク

民法第七百二十條
刑法第七十條
三ノ七關係

難船ノ恐アルコトヲ豫想シ得ルニ拘ハラズ自ラ船ヲ出シタル爲メ遂ニ難船シタルカ或ハ自ラ懈怠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タ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緊急避難ヲ理由トシテ其責ヲ免カルルコトヲ得サルナリ
本條ニ所謂現在ノ危難トハ前條ニ所謂急迫ト同意義ニ解ス可キナリ即チ被害カ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
民法第七百二十條ニ曰ク「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

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ハ他人ノ犬
カ咬ミ付カントスルカ如キ或ハ家屋カ崩壊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)防衛トシテ行ハルル所ノ加害行爲ハ其
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

然レトモ新刑法第三十七條ニ於テ(一)避難ノ目的タル法益ヲ生命身體自由
財産ニ限定シ(二)避難ノ目的タル法益ハ避難ノ爲メニ害セラレタル法益ニ
比シテ其程度ノ小ナラサルコトヲ要ス(三)業務上特別ノ義務アル者ニハ緊
急避難權ナキコトヲ規定シ民法第七百二十條ノ規定アルニ拘ハラス更ニ
特別ノ制限規定ヲ設ケタルヲ以テ新刑法施行中ハ刑罰ト緊急避難權トノ

緊急避難ニ基クテ何人ノ生命身體自由ヲ侵害スルコトヲ避クルニ當リテハ他人ノ生命身體自由ヲ侵害スルコトヲ得

緊急避難トシテ無責任ノ關係トシテ

關係ニ付テハ民法第七百二十條ノ規定ハ新刑法第三十七條ノ爲メニ其適
用ヲ妨ケラルルコトトナリタリ

以上緊急状態ニ基ク避難行爲ハ法ニ例外ヲ設ケサルカ故ニ何人ニ對シテ
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、單
純ナル法理ニ於テハニ對シテ又ハ外國ノ君主、大統領、外國公使等ニ對シテ
之ヲ行フモ違法ニアラス

終リニ緊急避難行爲ハ正當防衛行爲ト等シク其行爲ハ有責行爲タルコト
ヲ前提トスルモノニシテ若シ危難ニ遭遇シタル者ノ動作カ神心喪失ノ狀
態ニ在リタルキ又ハ他人ノ腕力ニ強制セラレ機械的ニ爲サレタル手足ノ
運動ナルキハ(例ヘハ乙カ甲ノ爲メニ腕ヲ捉ヘラレテ丙ヲ毆傷スルコトヲ
強制セラレタルカ如シ)元ヨリ其人ノ有責行爲ト云フコトヲ得サルヲ以テ
此等ノ場合ニハ緊急避難又ハ正當防衛ト云フ問題ヲ生セス其動作ハ無責
任行爲トシテ無罪タルヘキナリ(本編第三章有責行爲第一節責任能力參照)

第三節 職務上ノ義務 Amtspflicht.

公務員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索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(刑事訴訟法第五十八條刑法施行法第二十八條乃至第三十條)次ニ下官ニシテ上官ノ命令ニ對シ絕對的ニ服從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

下官チシテ違法ノ命令ヲ執行セシメタルノ責任ニ關シテ
刑法第五十三條

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從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(新刑法第九十四條)
刑法第三十五條 法令又ハ正當ノ業務ニ因リ爲シタル行爲ハ之ヲ罰セス舊刑法第七十六條ニハ本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ爲シタル者ノ責任ノミヲ規定スト雖モ苟クモ公務員カ其義務ニ屬スル職務ノ範圍内ニ於テ爲シタル行爲ハ常ニ違法ニアラス又民法其他ノ法律ノ規定ニ因リ教育又ハ監護ノ權利若クハ義務ヲ有スル者カ其權利義務ノ範圍内ニ於テ被教育監護者ニ對シテ爲シタル行爲ハ常ニ違法ニアラス(本章第五節教育及監護權—參照)其他法規ニ於テ法定ノ條件ノ下ニ他人ノ法益ヲ侵害スルノ權限ヲ認メタルトキハ其權限ノ行使ハ常ニ違法ニアラス例ヘハ何人モ禁

錮以上ノ刑ニ該ル可キ現行犯人ヲ逮捕スル權限ヲ有スルカ如シ(刑事訴訟法第六十條參照)要之以上列記ノ場合ハ何レモ法令ニ因リ爲シタル行爲ニシテ此等ノ行爲ハ常ニ違法ニアラス從テ犯罪ヲ構成セサルコトハ法ノ明文ヲ俟タスシテ明カナルモ新刑法第三十五條ハ汎ク法令ニ因リ爲シタル行爲ハ之ヲ罰セスト規定シ注意的ニ之ヲ規定シタルニ止マル次ニ國法ニ依リ認許セラレタル業務ヲ適當ナル方法ニ依リ爲シタル行爲ハ常ニ違法ニアラス例ヘハ醫師カ治療ノ爲メ適當ナル方法ニ依リ患者ノ身體ヲ傷害スルモ違法ニアラス從テ犯罪ヲ構成セルコトハ法ノ明文ヲ俟タスシテ明カナルモ本條ハ注意的ニ之ヲ規定シタルニ過キス其他醫師ニアラスト雖モ治療ノ目的ヲ爲シタル行爲及ヒ按摩、相撲、擊劍ノ如キ國家カ適法ナリト認メタル目的ニ基ク行爲カ一定ノ條件ノ下ニ違法ヲ排除シ從テ犯罪ヲ構成セサル場合ニ付テハ(本章第六節治療行爲參照)

自救

第四節 自救 Selbsthilfe.

法律上保護セラル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依テ相手方ノ意思ニ反シ且ツ公ノ力ニ依ラスシテ行ハル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逸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虞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モ吾カ民法ニハ此ニ類スル規定ヲ見ス只タ舊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然レトモ新刑法ニ於テハ此種ノ規定ヲ設ケサルカ故ニ財産ニ對スル不正ノ攻撃カ一旦終了シタル後ニ於テハ假令其現場ニ於テ各現場ヨリ追跡シテ原狀恢復ノ爲メニ爲サレタル行爲ト雖モ正當防衛又ハ自救行爲トシテ即チ權利行爲ナリト認ムルコトヲ得ス但シ現行犯人又ハ准現行犯人ヲ逮捕スルコトハ刑事訴訟法第五十六條第五十七條第六十條ニ依リ適法ニシテ違法ニアラス

教育及監護權

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此ノ範圍ハ一部ハ法律ニ依テ定マリ一部ハ裁判所ノ適當ナル量定ニ依テ定マル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)

以上教育及監護權ノ行使ニ付テハ權利者又ハ義務者ニ於テ之ヲ一時又ハ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ナルヘキモノナリ

治療行爲

第六節 治療行爲 *Heilbehandlung*

疾病ヲ治療シ又ハ之カ發生ヲ豫防スルコトハ國家ノ設備ニ必要ニシテ國

治療行為
カ適法ナル
條件ト爲

家ハ之ヲ適法ナル目的ト認メ且ツ之ヲ獎勵セサルヘカラス而シテ此等ノ目的ヲ達スル爲メニ衛生學並ニ醫學ノ方則ニ準據シテ行ハレタル行為(例ヘハ人ノ身體ヲ毀損シ之ヲ強制シ又ハ其自由ヲ束縛スルカ如シ)ハ其目的ヲ達シタルト否トニ拘ハラズ適法ナリト云ハサルヘカラス治療行為カ適法タル所以ハ治療ノ目的ヲ以テ國家カ適法ナリト認メタルニ存ス然レトモ治療行為ハ無制限ニ適法トナルニアラスシテ(一)醫學並ニ醫術ノ方則ニ準據シタルコト(二)承諾能力アル患者若クハ患者ノ代理人(患者ニ代テ承諾ヲ與フルノ權能アル者)ノ意思ニ反セサルコトヲ要ス(被害者ノ承諾若クハ囑託ハ獨立シテ身體ノ傷害行為ヲ適法ナラシムルモノニアラスト雖モ治療行為ニ對スル不承諾ハ治療行為カ適法ナルコトヲ妨ク)而シテ苟クモ以上ノ條件ヲ具備スル以上ハ治療ヲ行ヒタル者カ醫師タルト否トハ問フ處ニアラサルナリ但シ免許ヲ得シテ醫業ヲ爲シタル者停止中醫業ヲ爲シタル者ニ付テハ醫師法第十一條ニ處罰規定アリ

治療行為
カ無罪ナル
理由ト爲
諸説付テ

治療行為カ無罪ナル理由ニ付テハ從來左ノ三説アリ

- (一)治療ヲ行フ者ハ(主觀的ニ)身體傷害ノ犯意ヲ缺ク故ニ或ハ治療行為自體ハ(客觀的ニ)身體傷害行為ト異ナルカ故ニ身體傷害罪ヲ構成セストノ説(ヘッス氏ニ次テストース氏之ヲ唱ヘ此次ニバール氏ベーリング氏ビンデング氏ハイムベルゲル氏コールラウシユ氏チユルヘルシワイツエル氏等此ノ説ヲ採レリ)然レトモ此ノ説ハ犯罪ノ目的(遠因)ト犯意(故意)トヲ混同シ若クハ犯罪ノ目的ト手段トヲ混同シタルノ誤謬ニ基因スルモノト云ハサルヘカラス
- (二)被害者ノ承諾ニ依テ身體傷害行為ノ違法ヲ排除スルノ説(獨逸帝國裁判所判例ハ此ノ説ヲ採レリ)然レトモ此ノ説ノ誤レルコトハ(本章第七節被害者ノ承諾參照)
- (三)本文ト同一ノ説ニシテリスト氏グラーフ、ドーナ氏フインゲル氏フオンリリエンタール氏オツペンハイム氏シユミツド氏等之ヲ唱ヘフジ

シク氏ハ治療ハ社會的必要ノ目的ニ屬スルカ故ニ適法ニシテ患者若クハ其代理人ノ承諾ヲ經且ツ醫學ノ方則ニ準據シタル場合ニ限り治療行為ハ違法ヲ排除スト論セリ

結論

以上説明シタル所ニ依リ左ノ結論ヲ生ス

- 一 患者又ハ代理人ノ承諾ナキニ拘ハラズ治療行為ヲ行ヒ爲メニ他人ノ身體ヲ傷害シタルトキハ(其不承諾ニ付キ故意又ハ過失アリタルト否トヲ問ハス)其傷害ニ付テ責ニ任セサルヘカラス
 - 二 醫學又ハ學術ノ方則ニ準據セサリシ爲メ他人ノ身體ヲ傷害シタルトキハ(其不準據ニ付テ故意又ハ過失アリタルト否トヲ問ハス)其傷害ニ付責ニ任セサルヘカラス
- 法益侵害行為カ適法トナルノ條件即チ違法排除ノ原因ニ付テハ常ニ客觀的ニ之カ存否ヲ決定ス可ク行為者ノ意思ニハ關係ナキモノナルコトハ本章冒頭(違法排除説明參照)ニ於テ述ヘタルカ如シ故ニ治療行為

母體ヲ救フ爲メニ胎兒ヲ切斷スルハ適法ナリヤ

爲カ適法トナルノ條件即チ前記第一第二ノ條件ニ付テハ治療行為ヲ爲ス者ノ意思ニハ關係ナク客觀的ニ之カ存否ヲ決定ス可キナリ而シテ以上ノ條件ヲ缺キタル場合ニ於テ治療行為ニ依テ他人ニ與ヘタル傷害ニ付キ行為者ニ豫見(故意)アリタルトキハ傷害罪ヲ構成ス可ク反之過失アリタルニ止マルトキハ過失傷害罪ヲ構成ス可キナリ而シテ醫師カ其業務上必要ナル注意ヲ怠リ(治療ノ方法ヲ誤リ)因テ人ヲ死傷(豫見セサル結果)ニ致シタルトキハ新刑法第二百一一條加重ノ情狀アル過失傷害罪トシテ處斷セラルヘキナリ

母體ノ生命ヲ救フ爲メニ胎兒ノ分娩期ニ先テ之ヲ分娩セシメ若クハ胎内ニ於テ胎兒ヲ切斷スルノ行為(Perforation)ハ治療行為ト同一理由ニ依リ適法ナリ(現ニ發生シタル疾病ヲ治療スル目的ト未タ發生セサルモ將ニ發生スヘキコトノ確實ナル身體生命ニ對スル危險ヲ防止スルノ目的トハ共ニ法律上同等ノ地位ニアルモノト云ハサルヘカラス)

動物解剖

醫學研究ノ爲メ醫學ノ要求スル方法ニ依リ且ツ無用ナル殘酷方法ヲ採ラサル限リハ生活アル動物ヲ之カ資料ニ供スルコト(Vivisektion生物解剖)ハ前者ト同一理由ニ依リテ元ヨリ適法ナリト雖モ生命アル人類ヲ此カ資料ニ供スルコトハ此ノ目的ヲ遂クル爲メニ適法ナル方法ト認め難キカ故ニ違法ナリ但シ死屍ノ解剖ニ付テハ特別ノ規定アリ(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聞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無キ死刑者解剖ノ件及ヒ警察犯處罰令第三條第一號參照)

終リニ以上同一理由ニ依リ按摩、相撲、擊劍ノ如キモ治療行爲ト等シク國家カ適法ナル目的ト認めタルモノト云フヘク從テ合意上適當ナル方法ニ依リ此ノ目的ノ爲ニ人ヲ毆打スルモ罪トナラス

亦國法ニ依リ認許セラレタル業務ヲ適當ナル方法ニ依リ營ム行爲ハ假令法益ヲ侵害シ又ハ危險ナル狀態ヲ惹起スルモ違法トナラス

按摩相撲
擊劍

業務ノ執
行

新刑法第三十五條
ニ所謂正當ノ業務ノ說明

被害者ノ
承諾

新刑法第三十五條ニ於テ正當ノ業務ニ因リ爲シタル行爲ハ之ヲ罰セストアルハ業務ノ目的カ適法ト認めラル可キモノニシテ且ツ其行爲カ業務上必要ナル法則ニ準據シ其目的ノ範圍内ニ於テ行ハレタル場合ニ限り適法行爲トナリ從テ罪ヲ構成セストノ趣旨ヲ明カニシタルニ過キスト解セサルヘカラス而シテ同條規定ノ趣旨ハ同條ニ該當セサル法益侵害行爲ハ正當防衛緊急避難ノ外ハ常ニ違法行爲ト認ムルノ法意ニ非ラサルコトヲ注意スヘキナリ(前段非醫師ノ治療行爲相撲擊劍行爲ノ適法ナル說明參照)

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

法益ニ對スル傷害行爲ハ法律ニ於テ法益享有者ニ其處分ノ權能ヲ認め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爲能力ト一致スルコトヲ要セス)アル者ノ自由ナル承諾ヲ得タ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

如何ナル
法益ハ個
人ニ於テ
之ヲ處分
スルコト
ヲ得ルヤ

個人ハ自
己ノ身體
生命ヲ處
分スルコ
トヲ得ル

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
ス又之カ區別ノ標準ニ付キ一般的原則ヲ立テ若クハ私法的見地ヨリシテ
之ヲ區別セントスルカ如キハ誤レリ
個人ハ自己ノ生命ヲ處分スルコトヲ得ルヤ新刑法第二百二條ニ人ヲ幫助
シテ自殺セシメ又ハ被殺者ノ囑託ヲ受ケ若クハ其承諾ヲ得テ之ヲ殺シタ
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ナリトス反之本夫ニ姦通ヲ縱容スルノ權限ヲ認メ
（新刑法第八十三條第二項）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放火決水等ノ手段ニ依ル財產侵害行爲ノ或

モノニ付テハ享有者ノ承諾權ヲ認メス（刑法各論說明參照）身體ノ自由名譽
隱私（秘密）ニ對スル侵害ハ享有者ノ承諾ニ依テ違法トナラス治療ノ目的ニ
非ラスシテ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ト雖モ（獨乙刑法第二百三
十二條ニ於テ故意ニ出タル輕少ノ身體傷害並ニ過誤ニ出タル身體傷害ハ
被害者ノ告訴アルトキニ限り之ヲ處罰スヘキコトヲ規定セリ而シテフラ
ンク氏ビンデング氏ケツスレル氏オールスハウゼン氏等ハ身體傷害ハ親
告罪タル場合ニ限り被害者ノ承諾ハ違法ヲ排除スト論シ反之リスト氏オ
ツベンホッフ氏ヘルシユチル氏等ハ此等ノ場合ニ於テモ被害者ノ承諾ハ
違法ヲ排除セスト論セリ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新刑法第二百二條ニ於テ
自殺幫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爲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リ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ス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

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(民法上ノ行爲能力又ハ刑法上責任能力ト必スシモ一致スルコトヲ要セス)ヲ得タルトキハ其行爲ハ犯罪ノ特別構成要件ヲ

自己ノ法益ヲ侵害スルコト

其他ノ場合

免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り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ス享有者カ自己ノ法益ヲ害シタルトキニ限り之ヲ處罰セサルコトアリ例ヘハ自殺未遂自己傷害ノ如キ是レナリ(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)反之自己ノ身體ニ刺文シタル者ハ之ヲ罰ス(警察犯處罰令第二條第二十四號)

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

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 第八章 自己ノ法益ヲ侵害スルコト 第二章 法律 二七九 第九節 其他ノ場合

益侵害ノ權限ヲ認メタルトキハ其ノ權限ノ行使ハ違法ニアラス(新刑法第三十五條前段參照)

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

有責行爲

第三章 有責行爲 Die schuldhafte Handlung

犯罪ハ民事上ノ不法行爲ト同シク有責行爲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爲者ノ責(Schuld)ニ歸スヘキモノタルコトヲ要ス
責トハ行爲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爲ニ限り犯罪トシテ刑罰ヲ科ス

犯罪ノ觀念ニ主觀主義ト客觀主義トアリ

犯罪行爲ノ觀念ニ付キ責任 Veranlichung ト云フ條件ヲ必要トスルモノ(主觀主義)ト責任問題ニハ關係ナク苟クモ外界ノ現象(物的現象)アリタルノミヲ以テ足レリトスルモノ(客觀主義)トアリ客觀主義ヲ採ルモノハ殊ニヘルツォーグ氏ニシテシュユ氏ノ說モ又此ニ近シ然レトモ獨乙學者ノ通說ハ主觀主義ニ屬ス余輩モ又主觀主義ニ贊ス何トナレハ吾人日常ノ觀念ニ於テ責任ナキ者カ假令人ノ死ニ對シテ條件ヲ與フルトモ(全ク偶然ニ人ヲ死ニ致ストモ)責任ナキ者カ人ヲ殺シタリト謂ハサルニアラスヤ例ヘハ人カ卒倒シテ爲メニ側ニ伏シタル赤兒ヲ死ニ致ストモ卒倒者カ赤兒ヲ殺シタリト云ハサルニアラスヤ從テ法文ニ所謂犯罪例ヘハ人ヲ殺シ又ハ創傷シト云フカ如シ)ト云フ觀念ノ内ニハ吾人日常ノ用語ト等シク責任アル行爲ニシテ處罰サルヘキモノヲ指示スト云ハサルヘカラス此ノ問題ハ直ニ新刑法第六十一條第六十二條第六十三條(教唆及ヒ從犯ニ關スル規定)及ヒ第二百五十六條(贓物ニ關スル規定)ノ解釋ニ付テ重大ノ關係アルコトヲ忘ルヘ

カラス即チ同法第六十一條第六十二條第六十三條ニ所謂犯罪又ハ正犯トハ處罰サルヘキ有責行為ヲ指スモノニシテ此有責行為ニ對スル法定刑ヲ標準トシテ教唆及ヒ從犯者ノ刑罰ヲ定ムヘキナリ反之若シ客觀主義ニ從フトキハ此場合ニハ正犯ノ行為ハ殺人ナリヤ毆打致死罪ナリヤ過失殺ナリヤ將タ全然無責任ノ行為ナリヤ不明ニシテ從テ之ニ科スヘキ刑罰モ亦不明トナリ教唆及ヒ從犯者ニ科スヘキ刑罰ノ標準トナルヘキ刑カ不明ニシテ結局教唆從犯者ノ規定ハ適用ナキ空文トナリ終ルヘシ客觀主義ノ誤レルコト亦多辯ヲ要セス

即チ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サルコト(過失 Fahrlässigkeit)ヲ要ス

有責行為ニ對スルニ必要ナル條件

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シ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 OrdnungsmäÙeヲ科スルコトアリ

(形式犯 Formdeliktト稱ス)而シテ一部ノ學者ハ舊刑法ノ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(本著第三編犯罪ノ分類警察犯参照)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

例ヘハ酒造税法違犯酒精及酒精含有飲料税法違犯葉煙草專賣法違犯ノ行為ハ何レモ所謂形式犯ニ屬シ之ニ科スル所ノ刑ハ所謂秩序罰ニ屬ス(酒造税法第三十一條酒精及酒精含有飲料税法第二十二條葉煙草專賣法第二十

形式犯罪秩序罰

形式犯罪ニ屬スル種類

七條參照

明治三十八年(レ)第一三四九號同年十二月十四日宣告大審院判決要旨ニ曰ク依テ案
 スルニ原判決カ本件ニ適用シタル明治三十四年法律第八號酒精及ヒ酒精含有飲料
 稅法第二十三條ニハ酒精又ハ酒精含有飲料ヲ製造又ハ販賣スル者ノ代理人、主人、家
 族、同居者、雇人、其他ノ從業者ニシテ其業務ニ關シ同法ヲ犯シタルトキハ其製造者又
 ハ販賣者ヲ處罰スヘキ旨規定シアルヲ以テ同法條ノ適用ヲ受クヘキモノハ酒精又
 ハ酒精含有飲料ヲ製造シ若クハ之ヲ販賣スル者ナラサルヘカラサルコトハ
 言ヲ俟タスト雖モ同條ニ謂フ製造者又ハ販賣者トハ官ノ免許ヲ受ケタルモノハ
 ナ指示シタルモノト解スヘカラス其製造者若クハ販賣者ナル文詞ハ一般ノ用例ニ從
 ヒ酒精又ハ酒精含有飲料ヲ製造若クハ販賣スル者ヲ概括セルモノニシテ官
 ノ免許ヲ得テ是等ノ業務ニ従事スル者ナルト將タ其免許ヲ受ケサルモ事實上斯業
 ニ従事スル者ナルトテ同ハサル趣旨ナリト解スルヲ相當トス何トナレハ同條ニハ
 汎然製造者若クハ販賣者ナル文字ヲ使用シ官ノ免許ヲ受ケタル者ノミニ對スル規
 定ナルコトヲ示ササルノミナラス酒精又ハ酒精含有飲料ヲ販賣スルニハ先ツ一定
 ノ規則ヲ遵守スル外別ニ官ノ免許ヲ受ケルコトヲ要スルニ拘ハラス其免許ヲ受ケ
 ルコトヲ要スル製造者ト之ヲ必要トセサル販賣者トテ同一規定ノ下ニ於テ同一ノ
 制裁ヲ受ケシムル者ハ製造業ニ關シテモ事實上業務ニ従事スル者ヲ官ノ免許ヲ受

ケタルモノト同様ニ處罰セシムル法意ナルコトヲ推知スヘケルハナリ況ンヤ本法
 ニ依ル收稅ノ目的ヲ完全ニ達セシメントスルニハ事實上製造業ニ従事シ官ノ免許
 ナ受ケサルモノニ對シテモ前掲法條ヲ適用スルコトヲ要スルヲ以テ第二十三條ノ
 趣旨ハ右説明ノ如ク概博ナルヘキコトヲ確ムルニ十分ナルニ於テオヤト説明シタ
 ルハ正當ナリ即チ同條ニ於テ處罰スルモノハ形式犯ナリ
 酒造稅法違犯ノ件明治四十一年(レ)第一八八號同年三月二十六日宣告大審院判決理
 由酒造稅法ニ於テハ實際製造營業ヲ爲ス者ノ誰タルヲ問ハス政府ノ免許ヲ受ケタ
 ル者ヲ以テ製造營業人ト認ムヘキモノナレハ喜安松太郎ハ被告ノ代理人名
 義ヲ籍リテ自己ノ爲メ製造營業ヲ爲シタルモノナリトスルモ其犯則行爲ニ付テハ
 免許人タル被告ニ於テ其責ニ任セサルヲ得ス故ニ原院カ所論谷口愛吉ノ證言ニ依
 據シテ被告ノ犯罪行爲ヲ認メ酒造稅法第三十二條ヲ適用シタルハ相當ニシテ原判
 決ニハ疑律ノ錯誤若クハ理由ノ齟齬アルコトナシ
 (批評) 酒造稅法第三十二條ニ所謂酒類ヲ製造スル者又ハ之ヲ販賣スル者トハ酒
 精及酒精含有飲料稅法第二十三條ニ所謂酒精又ハ酒精含有飲料ヲ製造スル
 者又ハ之ヲ販賣スル者ト同趣旨ニ解スヘク而シテ同法ニ所謂製造者又ハ販賣者ト
 ハ現實ニ製造又ハ販賣ヲ以テ自己ノ業務トスル者ヲ指シ其業務ニ付テハ官ノ免許
 ナ得タルモノナルコトヲ要セスト解スルヲ正當ナリトス(酒精及酒精含有飲料稅法

違犯ノ件明治三十八年(レ)第一三四九號同年十二月十四日宣告大審院判決ハ本文ト
 同趣旨ナリ然レハ本判旨ニ於テ酒造税法第三十二條ニ所謂製造者トハ實際製造管
 業ヲ爲ス者ノ誰タルヲ問ハス政府ノ免許ヲ受ケタル者ヲ以テ製造營業人ト認ムト
 論斷シタルハ失當タルヲ免レス卑見ニ依レハ假令他人ノ代理名義ヲ藉リタルモ苟
 クモ自己ノ爲メニ酒類ノ製造ヲ業務ト爲シタル者ハ酒造税法第三十二條ニ所謂製
 造者ニ該當スト雖モ反之他人ノ業務ニ對シテ單ニ營業名義人タルコトヲ許容シタ
 ル者ヲ以テ同條ニ所謂酒類ヲ製造スル者トシテ處斷スルコトヲ得サルヘシ然レハ
 此ト反對セル本判旨ハ失當ナリトス加之同條ニ所謂其業務ニ關シテハ製造者又ハ
 販賣者ノ業務ニ關シテ税法ヲ犯シタルコトヲ要シ本件ノ如ク免許製造者ノ代理人
 名義ヲ藉リ自己ノ爲メ即チ自己ノ業務ニ關シテ税法ヲ犯シタルモノニシテ其代理
 人名義ヲ貸與シタル者ノ業務ニ關シテ税法ヲ犯シタルニアラサル場合ニ於テ同條
 ヲ適用シ得サルコトハ明了ナリトス加之本判旨ハ次ノ判旨ト矛盾スヘシ
 煙草專賣法違犯ノ件明治四十一年(レ)第八八八號同年十一月十七日宣告大審院判決
 理由 煙草ハ其耕作權ヲ有スル者ニアラサレハ之ヲ耕作スルヲ得ス而シテ耕作權
 ハ政府ヨリ其許可ヲ得タル者自身若クハ其相續人或ハ其承繼ニ付特ニ政府ノ許可
 ヲ得タル者ニアラサレハ之ヲ有セサルモノナルコトハ煙草專賣法第三條第八條ノ
 規定ニ徴シ明カナレハ本件ノ如ク耕作ノ許可ヲ得タル者ハ佐藤三五郎ニシテ被告

批評

ハ法律上其耕作權者ニアラサル場合ニ於テハ縱シ被告ニ於テ其耕作ニ付キ耕作權
 者タル佐藤三五郎ノ許諾ヲ得タリトスルモ正當ノ耕作者ニアラサルヲ以テ本件被
 告ノ所爲カ政府ノ許可ヲ受ケスシテ煙草ヲ耕作シタルモノニ該當スルコト勿論ナ
 ルヲ以テ原判決ハ相當ニテ本趣意ハ理由ナシ

(批評) 煙草耕作ノ許可ヲ受ケタル者ノ爲メニ其從業者カ煙草ヲ耕作スルトキハ
 其耕作ハ許可ヲ受ケタル者ノ耕作ト認ムヘキヤ勿論ナリト雖モ反之他人カ自己ノ
 爲メニ煙草ヲ耕作スルトキハ假令許可ヲ受ケタル者ノ承諾ヲ得ルモ其耕作ハ他人
 ノ耕作ニシテ許可ヲ受ケタル者ノ耕作ト認ムルコトヲ得サルナリ然レハ此ト同趣
 旨ニ出タル本判旨ハ正當ナリ從テ煙草耕作者ノ從業者ニシテ若シ自己ノ爲メニ耕
 作スルトキハ官許ヲ受ケスシテ煙草ヲ耕作シタル者トシテ論スヘキハ勿論猶其耕
 作ニ關シテ煙草專賣法違犯ノ所爲アルトキハ其從業者ニ對シ各罰則ヲ適用シテ之
 ナ處罰スヘク同法第六十五條ヲ適用シテ其雇主タル耕作者ノ業務タル耕作ニ關シ
 テハ同法違犯ノ所爲タルモノトシテ其雇主ヲ處罰スルコトヲ得サルナリ前掲判例

批評參照
 煙草專賣法違犯ノ件明治四十一年(レ)第六七一號同年九月二十五日宣告大審院判決
 理由 煙草專賣法第六十五條ニ依レハ煙草耕作者試作者煙草賣捌人等ヲシテ其代
 理人戸主家族同居者雇人其他ノ從業者カ爲シタル犯法行爲ニ付其罪責ヲ負ハシム

ルニハ是等ノ者カ其業務ニ關シ煙草專賣法又ハ同法ニ基キテ發スル命令ニ違反シタルコトヲ要スルノミコトニシテ右法律命令中煙草耕作者試作者煙草賣捌人等ヲ以テ犯罪ノ主體ト爲シタル條項ニ違反シタルコトヲ以テ其要件トセス而シテ其代理人戸主家族同居者雇人其他ノ從業者ノ爲シタル犯法行為カ煙草耕作者試作者煙草賣捌人等ノ業務ニ關スルヤ否ヲ定ムルハ一ノ事實問題ニ外ナラサルヲ以テ荷クモ是等ノ者カ煙草耕作者試作者煙草賣捌人等ノ業務ニ關シ前記法律命令ニ違反シタル事實アリト認メラレタル以上ハ煙草耕作者試作者煙草賣捌人等ハ自己ノ指揮ニ出テサルノ故ヲ以テ其罪責ヲ免ルルヲ得サルモノトス原判文ヲ查スルニ其前段ニハ「云被告カ本件葉煙草ヲ倉庫内ニ藏置シタル事實アリトスルモ直チニ其以テ被告」とめノ葉煙草ヲ窃取シタルモノト認ムルヲ得ス」トアリ又其後段ニハ「云本件ハ被告カ耕作者とめノ爲メ葉煙草ノ乾燥及調理中其葉煙草ヲ倉庫内ニ隠蔽シタルモノト認ムルヲ以テ云云」トアリテ被告カ本件葉煙草ヲ隱蔽シタルハ則チ煙草耕作者タルとめテシテ政府ニ對シテ納付スルノ義務ヲ免レシムル爲メニシテ同人ノ業務ニ關スル犯法行為タルヲ論ナキヲ以テ原院カ「前記法條ニ依リ耕作者タルとめテ處罰スルハ格別從業者タル被告ヲ罰スヘキモノニ非ス」ト判示シ被告ニ對シ無罪ノ言渡ヲナシタル第一審判決「是認シタルハ煙草專賣法第六十五條ノ解釋ヲ誤リ之ヲ不當ニ適用シタルモノニアラス故ニ本論旨ハ上告ノ理由ナシ

批評

(批評) 本判旨ハ非常ナリ煙草專賣法第六十五條ニ所定業務ニ關シトハ煙草耕作者其他法文ニ列記セラレタル者ノ業務ノ爲メニ「ト云フト同意義ニ解スヘク從テ若シ其代理人其他法文ニ列記セラレタル者カ自己又ハ第三者ノ爲メニ犯法行為ヲ爲シタルトキ例ヘハ自己ノ爲メニ葉煙草ヲ積貯隱蔽シタルトキハ其實行者タル本人ヲ罰スヘキハ勿論ニシテ此場合ニ於テハ同法第六十五條ヲ適用スルコトヲ得サルナリ

鹽專賣法違反ノ件明治四十二年(レ)第一五三四號明治四十二年十二月二日宣告大審院判決理由 自己ニ鹽賣捌ノ權利アリトスルモ其權利アルヲ倖ヒ之ヲ利用シテ以テ他人ノ犯罪行為タル鹽ノ密賣ヲ幫助シタル以上ハ鹽專賣法違反ノ從犯ヲ構成スルコト論テ俟タス鹽專賣法第三十七條ハ代理人家族其他ノ從者カ業務上ノ行為ニ關シテ鹽專賣法又ハ其附屬法令ニ違背シタル場合ニノミ適用セラレヘキモノナルコトハ論旨ノ如クナルモ刑法ノ總則ハ鹽專賣法ニ特別ノ規定アルモノノ外ハ鹽專賣法違反ニ適用セラレヘキモノニシテ換言スレバ刑法ノ總則ハ鹽專賣法ノ總則ナルヲ以テ正犯淺野德平ノ行為ニシテ鹽專賣法違反ナル以上ハ其從犯タル被告ノ代理人田淵俊一ノ行為モ亦鹽專賣法違反ナルコト論テ俟タサルヘシ而シテ本件田淵俊一ノ行為ハ淺野德平カ鹽ノ密賣ヲ幫助スルコト同時ニ被告ノ營業上ノ利益ヲモ計リタルモノニシテ其行為ノ業務上ニ關スルコトモ亦論ナキ所ナルヲ以テ原院カ本

件田淵俊一ノ犯罪行為ヲ認メ被告ヲシテ其罪責ニ任セシメタルハ相當ニシテ本論旨モ亦理由ナシト解セルハ何レモ正當ナリ

鑛業法違犯ノ件明治四十二年(第一二九二號)同年十一月二十九日宣告大審院判決理由 依テ案スルニ鑛業法第四百條ニ於テ鑛業權者ノ代理人、戶主、家族同居者、雇人其他ノ從業者カ其鑛業權者ノ業務ニ關シ同法又ハ同法ニ基キ發スル命令ニ規定セル罰則ニ違犯シタル場合ニ於テ其鑛業權者ヲ處罰スヘキ事ヲ規定ミタル趣旨ハ鑛業權者自身ニ於テ罰則違犯ノ行為アリトシ之ヲ處罰スルニ非スシテ其代理人其他同條列記ノ者カ其鑛業權者ノ業務ノ爲メニ爲シタル犯則行為ニ對スル刑事上ノ責任ニ其鑛業權者ニ科スルモノニシテ換言スレハ此場合ニ於テハ鑛業權者ハ自己ノ行為ニ付處罰セラルルニ非スシテ全ク他人ノ行為ニ因テ處罰セラルルモノナレハ本人ノ有責行為ヲ基礎トシテ之ヲ處罰スル所ノ普通ノ犯罪ニ關スル原則ハ同條ノ如キ特種ノ處罰規定ニ付キ適用スルコトヲ得ス即チ本人ノ行為ヲ基礎トシテ之ヲ處罰スル普通ノ犯罪ニ在リテハ原則トシテ其行為ノ當時ニ於テ犯罪行為ノ主體タル資格アル犯人ノ存在ヲ必要トスルコト勿論ナリト雖モ他人ノ行為ヲ基礎トシテ之ヲ罰スル同條規定ノ適用ニ付テハ同條ニ規定スル他人ノ犯則行為當時ニ於テ處罰セラルヘキ鑛業權者カ實在スルコトヲ必要トセス苟クモ代理人其他同條列記ノ者カ現ニ其鑛業權者ノ業務ノ爲メニ爲シタル犯則行為當時ノ鑛業權者ヲ基礎トシ其

判旨

當時ノ鑛業權者ハ總テ同條ノ適用ヲ受クヘク其鑛業權者前記他人ノ犯則行為當時ニ於テ既ニ有スルト又ハ法律ノ擬制ニ依リ既往ニ過テ之ヲ承繼スルト否トハ同條ノ適用ニ付何等ノ影響ナキモノトス而シテ鑛業權者ハ同法第五條ニ依リ他人ニ移轉スルコトヲ認メラルルカ故ニ鑛業權者ノ家督相續人ハ民法第九百八十六條ニ依リ相續開始ノトキヨリ前戶主ノ有セシ鑛業權者ヲ承繼スルコトナルカ故ニ其承繼シタル鑛業權ニ基ク業務ノ爲メニ其代理人其他同條列記ノ者カ爲シタル前記犯則行為ニ付テハ假令其行為カ其相續開始後家督相續人選定以前ニ行ハレタリトスルモ其家督相續人ヲ處罰スヘキモノトス依テ原判決ヲ查閱スルニ同判決ニハ被告ハ明治四十一年七月二十一日親族會ノ選定ニ因リ同年四月三日死亡セシ亡夫横山德三郎ノ家督相續人トナリ德三郎ノ有セシ長野縣東筑摩郡會田村所在同縣探掘登錄第八號第九號石炭鑛區ノ鑛業權者ヲ承繼シ相續開始ノ時ヨリ鑛業權者トナリタル者ニシテ德三郎死亡後中村仲市ヲ其鑛業代理人ト爲シ鑛區内外ノ事務ヲ擔當セシメ置キタル處仲市ハ抗夫ヲ使役シ其探掘ヲ爲スニ際シ明治四十一年四月初旬頃ヨリ同年五月下旬頃迄ノ間抗内ノ實測ヲ爲ササルニ拘ハラヌ前顯ノ鑛區外ニ出サルモノト輕信シテ右鑛區以外ニ侵掘シ石炭四萬七千斤價額七十圓五十錢ニ相當スルモノヲ掘採シテ之ヲ他ヘ賣渡シタルモノト示テ判示アリテ被告ニハ亡夫横山德三郎死亡ノ時ヨリ德三郎ノ有セシ判示鑛業權者ヲ承繼シ其鑛業權者トナリタル者ナレ

ハ若シ判示中村仲市カ同礦業權者ノ代理人ト認ムヘキ以上ハ同代理人カ同礦業權者ノ爲メニ爲シタル判示犯則行爲ニ付テハ其犯則行爲當時ノ礦業權ヲ承繼シタル被告ニ付テハ礦業法第百四條ニ依リ處罰スヘキモノナリト雖モ同判決ニハ被告ハ亡夫徳三郎ノ有セシ判示礦業權ヲ承繼シ相續開始ノ時ヨリ礦業權者トナリ徳三郎ノ死亡後中村仲市ヲ其礦業代理人ト爲シタル旨ヲ判示スルニ止マリ判示中村仲市ハ前ノ礦業權者タリシ徳三郎ヨリ其代理人タルコトヲ委任セラレ同人死亡後家督相續人ノ選定セラレル迄引續キ法律ノ規定ニ依リ礦業權者ノ代理人トシテ委任ヲ受ケタル事務ヲ處理シタルモノナリヤ又ハ徳三郎死亡後被告ニ付テハ其家督相續人ニ選定セラレル以前ニ於テ新々ニ仲市ニ徳三郎ノ有セシ礦業權ニ基ク礦業代理人タルコトヲ委任シタルモノナルヤチ明確ニセス後ノ場合ニ在テハ被告ハ當時徳三郎ノ家督相續人ニアラサリシチ以テ被告ハ仲市ニ其礦業代理人タルコトヲ委任スルノ權限ナク假令被告カ其後徳三郎死亡ノ時ヨリ其礦業權ヲ承繼スルモ前ノ無權限ニ依リ代理ノ委任ハ到底無效タルヲ免レス反之前ノ場合ニ在リテハ仲市ニ對スル前記ノ委任ハ委任者タル徳三郎ノ死亡ニ因リテ終了ス(民法第六百五十三條)ト雖モ民法第六百五十四條ニ依リ右委任終了ノ場合ニ於テモ急迫ノ事情アルトキハ委任者タル仲市ハ委任者タル徳三郎ノ家督相續人カ選定セラレ其委任事務ヲ處理スルニ至ルマテ其委任セラレタル代理事務ニ關シテ必要ナル處分ヲ爲スコトヲ要スル

責任ナキ
結果ニ付
責任ヲ負フ
場合

ノミナラス民法第六百五十五條ニ依レハ右委任終了ノ事由タル徳三郎死亡ノ事實ヲ所轄鑛山監督署長ニ届出テタルカ又ハ同監督署長ニ於テ其事實ヲ知リタルトキニ非サレハ仲市ハ礦業法及同法ニ基キテ發スル命令ノ適用範圍内ニ於テハ其礦業權者ノ代理人タルモノト認メサル可カラズ從テ法律上其代理人タル仲市ノ判示犯則行爲ニ付テハ礦業法第百四條ニ依リ其礦業權ノ承繼者タル被告ヲ處罰セサルヘカラス然ルニ原判決ハ被告ヲ處罰スル理由トシテ重要ノ關係アル前記ノ事實ヲ確定スルコトナクシテ被告ニ對シ礦業法第百四條ヲ適用シ之ヲ處罰シタルハ理由不備ノ違法アル裁判ニシテ被告辯護人第一、第二ノ各論旨中原判決カ被告ニ對シ礦業法ヲ適用シテ處罰シタルハ違法ナリトスル論旨ハ結局理由アルニ歸シ原判決ハ全部破毀ヲ免レサルモノトス

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罰ヲ科スルコトアリ例ヘハ新刑法第百一十一條第百二十四條第二項第百二十六條第二項第百二十七條第百四十五條第百四十六條後段第百八十一條第百九十六條第百二十五條第一項第百二十六條第百二十九條第百二十一條第百四十條後段第百二十四

十一條後段第二百六十條後段等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(刑ヲ加重スルコトヲモ包含ス)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

責任能力

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存ス換言スレハ觀念(Vorstellungen)ノ正則ナル内容ト正則ナル原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
ヲ要スル
時期

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缺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態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昏睡中ニ他人カ其毒藥ヲ服用シタルトキト雖トモ殺人罪ノ責任ヲ負フヘク又狂人ヲ使喉シテ他人ヲ殺害センコトヲ決意セシメタル後チ使喉者ノ熟睡中ニ狂人カ他人ヲ殺害シタルトキト雖トモ使喉者ハ殺人罪ノ責ヲ負ハサルヘカラス

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態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輾スル辯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

暴行ノ目的ヲ遂行スル爲メ自ラ昏醉ノ状態ヲ招キタル場合

責任能力ナキ者ヲ利用スル場合

要之責任能力ハ結果ニ對スル原因開始ノ當時ニ於テ(例ヘハ飲酒又ハ同衾ノ當時)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昏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讓シタル原因ハ飲酒ニアリテ且ツ昏醉中ノ行爲ハ昏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任ヲ負ハサルヘカラサルナリ

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十四歳未滿ノ幼者又ハ精神喪失者ヲ使喚シテ他人ノ法益ヲ侵害スルハ此等責任無能力者(新刑法第三十九條第一項第四十一條)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

責任能力ヲ排除スル場合

精神ノ不成熟其原因

一、刑法上ノ未丁年者

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逸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ザルコトヲ認メ反之年齢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

責任能力ハ左ノ場合ニ於テ排除スルモノトス

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ザルモノ(刑法上ノ未丁年者 *Stumpf-*

unmündigkeit, des Thäters)

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樣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齡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齡ヲ異ニセサ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齡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追テ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齡ニアル者ハ元ヨリ

宥恕セラ
ルヘキ責
任能力者

刑(十一)法
法(現行)第
能(上)力ニ
ノ(スル)時
分(類)期
(ノ)關

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 *vorüber-*
gehende Zurechnungsfähigkeit 新刑法ハ此種ノ階級ニ在ル責任能力ニ關シテ特別
ノ規定ヲ設ケス)

刑法第四十一條 十四歳ニ滿タサル者ノ行爲ハ之ヲ罰セス

本條ハ精神不成熟中精神發達ノ未タ完全時期ニ達セサル者ノ責任能力ニ
關スル規定ニシテ舊刑法第七十九條乃至第八十一條第八十三條ノ規定ヲ
修正シタルモノニシテ今其修正ノ要點ヲ舉クレハ左ノ如シ

一、舊刑法ハ刑法上ノ責任能力ニ付年齡ヲ四期ニ區別シ不論罪又ハ宥恕
減輕ノ規定ヲ設ケタルモ新法ハ之ヲ改メ十四歳未滿ノ者ハ常ニ責任無
能力者トシ從テ其者ノ行爲ハ罪ヲ構成セス反之滿十四歳以上ノ者ハ常
ニ責任能力者ト認メ其犯罪行爲ニ關シテ刑ヲ減輕セサルコトト爲シタ
リ「十八歳未滿ノ者ニ言渡サレタル二月以上ノ懲役刑ノ執行ニ付テハ監

獄法第二條第十六條第三項第四項ニ於テ特別ノ規定アリ

監獄法第二條 二月以上ノ懲役ニ處セラレタル十八歳未満ノ者ハ特ニ設ケタル監獄又ハ監獄内ニ於テ特ニ分界ヲ設ケタル場所ニ之ヲ拘禁ス
前項ノ規定ニ依ル者ハ滿二十歳ニ至ルマテ又滿二十歳ニ至リタル後三月内ニ刑期終了ス可キ者ハ其殘刑期間仍ホ繼續シテ之ヲ拘禁スルコトヲ得
心身發育ノ狀況ニ因リ必要ト認ムル者ハ前二項ノ適用ニ付キ年齡ニ拘ハラサルコトヲ得

同法 第十六條第三項及ヒ第四項

十八歳未満ノ者ハ第二條第二項ノ場合ヲ除ク外十八歳以上ノ者ト其監房ヲ別異ス但心身發育ノ狀況ニ因リ其必要ナシト認ムルトキハ此限りニ在ラス
前三項ノ規定ハ工場ニ於ケル就業ノ場合ニ之ヲ準用ス

二、舊法ハ責任無能力者タル幼者ニ對シ懲治場留置處分ニ關スル規定ヲ設ケタルモ新法ハ之ヲ削除シ此種ノ處分ハ行政處分トシテ特別法ノ規定ニ讓リタリ(懲治場留置處分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政處分ナリ)

舊刑法ニ因リ言渡サレタル懲治場留置ノ執行ハ新刑法施行後ト雖モ從前ノ例ニ從フ但司法大臣ハ何時ニテモ其留置ヲ解キ又ハ感化院ニ入院セシムルコトヲ得(新刑法施行法第十六條)

舊刑法ハ罪ヲ重罪輕罪違警罪ニ區別シ重罪輕罪ト違警罪トニ付責任年齡ノ標準ヲ區別セシハ(舊刑法第八十三條)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モ玩ヒ(舊刑法第四百二十五條第四號)又ハ路上ニ於テ犬ヲ噬スルコト(舊刑法第四百二十六條第六號)ノ惡事タルヲ知ラサルモノアルヘキカ故ニ此ノ區別ノ其不當ナルヤ明瞭ナリトス故ニ新刑法ニ於テハ此ノ區別ヲ廢シタリ
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シタル純正不作爲犯トシテ處分セラルルコトアルヘキナリ

獨逸刑法第五十六條

獨逸刑法第五十六條ニ曰ク「被告人滿十二歲以上十八歲未滿ノ間ニ於テ罰セラルヘキ行爲ヲナシ其際其處刑セラルヘキコトヲ識別スルニ必要ナル智力ヲ有セザルトキハ無罪ヲ言渡スヘキモノナリ」同條ノ趣旨ハ被告人ニ於テ行爲カ處罰サルヘキモノタルコトヲ現實ニ識別シタルコトヲ必要トスルモノニアラス此ヲ識別スルニ必要ナル程度ニ迄精神力成熟シタルコトヲ必要トスルナリ即チ此ノ識別シ得ルノ能力アルコトヲ以テ足レリトシ現實ニ此ヲ識別シタルコトヲ必要トセス佛蘭西刑法典ニ所謂辨別 Disernement 普魯西刑法典ニ所謂辨別能力 Unterscheidungsvermögen モ亦同一ノ意義ニ外ナラス

二、精神發達アル者

滿十四歲以上ノ者ノ行爲ト雖モ他ノ原因例ヘハ酩酊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(第二項說明參照)

第二 精神ノ發達ニ故障アル者

刑法第四十條

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
刑法第四十條 瘖啞者ノ行爲ハ之ヲ罰セス又ハ其刑ヲ減輕ス
本條ハ精神ノ不成熟中精神ノ發達ニ故障アル者ノ責任能力ニ關スル規定ニシテ舊刑法第八十二條ヲ修正シタルモノナリ今其修正ノ要點ヲ擧クレハ左ノ如シ

一、舊法ハ瘖啞者ノ行爲ハ常ニ之ヲ罰セサルモ教育制度進步ノ今日ニ於テハ生前又ハ幼年時ヨリノ瘖啞者ト雖モ精神(智能)發達ノ便宜アリテ瘖啞者ハ常ニ是非辨別ノ智能ヲ全然缺除スト云ヒ得サルカ故ニ新法ニ於テハ其智能發達ノ程度ニ鑑ミ其智能ヲ全然缺除スル者ハ之ヲ罰セス其他ノ者ハ其刑ヲ減輕スルコトト改メタリ

二、舊法ハ瘖啞者ニ對スル懲治場留置處分ニ關スル規定ヲ設ケタルモ新法ハ之ヲ削除シ此種ノ處分ハ行政處分トシテ特別法ノ規定ニ讓リタリ
舊刑法ニ因リ言渡サレタル懲治場留置ノ執行ハ新刑法施行後ト雖モ從

前ノ例ニ從フ但司法大臣ハ何時ニテモ其留置ヲ解キ又ハ感化院ニ入院セシムルコトヲ得(新刑法施行法第十六條)

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本法第四十一條年齡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時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ナリトノ理由ニ依リ常ニ責任無能力ト爲シタル舊刑法ノ規定ハ不當タルヲ免カレス故ニ新刑法ニ於テハ此種ノ不具者ニ付テハ其智能發達ノ程度ヲ審査シ全然其智能ヲ缺除スル者ハ之ヲ罰セス其他ノ者ハ其刑ヲ減輕スルコトト改メタリ)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瘋

精神ノ不健全

癲者等ヲ包含セス然レトモ此等ノ者ト雖トモ本法第三十九條ノ適用ニ依リ責任無能力者トシテ之ヲ罰セス又ハ心神耗弱者トシテ其刑ヲ減輕セラ

第二項 精神ノ不健全

精神ノ不健全ナル狀況ニ在ル者ハ左ノ如シ

第一 狹義ニ所謂精神病者(Geisteskrankheiten)ノミナラス精神ノ發育ニ故障アル者例ヘハ白痴者、瘋癲者(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(Fieberdelirien)神經病(Nervenkrankheiten)及ヒ精神作用ニ關スル一時ノ病的障礙例ヘハ中毒ノ類(Intoxikationszustände)ヲ包含ス而シテ以上精神不健全ノ狀況(觀念、感覺、性慾ノ障礙ヲ含ム)ニ在ル者ト雖モ其ノ不健全ノ程度ハ元ヨリ一様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様ナラス

明治二十九年第七一五號同年九月二十一日宣告大審院判決ニ依レハ酩酊ノ餘興ニ乘シ故意ヲ以テ放火ヲ爲シタル所爲ハ精神喪失ノ所爲ニアラスト解セリ但シ酩酊ノ爲メ精神ヲ喪失シタルヲ否ヤハ事實問題ナリトス

以上ノ原因ニ依リ行爲者カ行爲ノ當時心神喪失ノ状態ニ在リタルヤ將タ心神耗弱ノ状態ニ在リ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ルルコトナク自己ノ責任ニ於テ最後ノ審判ヲ下サ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護法參照)

第二 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例ヘハ氣絶、睡眠、催眠、催眠(Hypnotische Suggestion)

(Suggestion) 酩酊ノ状態等ヲ包含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

獨逸刑法第五十一條

獨逸刑法第五十一條ニ曰ク「行爲ヲナス當時知覺ノ喪失又ハ精神ノ病的障礙ニ依テ自由ナル意思決定 Freie Willensbestimmung」ヲ缺キタルトキハ其行爲ハ處罰スヘキモノニアラス」同條ニ所謂自由ナル意思決定トハ哲學上ノ爭點ニ屬スル意思自由説 Intentionalismus 及意思必然説 Determinismus ニ付テ何等ノ裁決ヲ與ヘタルモノニアラスシテ所謂自由ナル意思決定トハ觀念 (Vorstellung) 又ハ動機 (Motiv) ニ依テ意思カ正則ニ決定セラレ得ル状態ヲ指スニ外ナラサルナリ而シテ同條ハ此ノ状態ヲ著シク排除スル場合ニ關スル規定ナリ(フランク氏リリスト氏リープマン氏等ト同説)

刑法第三十九條

心神喪失者ノ行爲ハ之ヲ罰セス
心神耗弱者ノ行爲ハ其刑ヲ減輕ス
本條ハ精神ノ不健全ニ基ク責任能力ニ關スル規定ニシテ舊刑法第七十八條ヲ修正シタルモノナリ今其修正ノ要點ヲ舉レハ左ノ如シ

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第三章 有責 三〇七
行爲 第一節 責任能力

一、舊法ニハ罪ヲ犯ス時知覺精神ノ喪失ニ因テ是非ヲ辨別セサル者ハ其罪ヲ論セスト規定シタルモ本條第一項ニハ心神喪失者ノ行爲ハ之ヲ罰セスト改メタリ蓋シ知覺精神ヲ喪失シタル者ハ當然是非ヲ辨別スルコトヲ得サルカ故ニ新法ハ單ニ心神喪失者ト改メタルニ止マリ新舊兩法ノ間ニ其趣旨ニ於テ變更スル所ナキナリ

二、心神耗弱者ノ行爲ノ責任ニ關シテ舊法ハ何等ノ規定ヲ設ケサルモ本條第二項ニ於テハ之カ規定ヲ設ケ其刑ヲ減輕ス可キコトヲ規定シタリ本條ニ所謂心神喪失者ト心神耗弱者トノ區別ハ前者ハ精神ノ不健全ニ因リ觀念又ハ動機ニ因テ意思カ正則ニ決定セラルル能力ヲ全然喪失シタル者ヲ謂ヒ後者ハ其能力ノ常人ニ比シテ稍々減少シタルニ止マル者ヲ謂フ

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サリシコト(過

心神喪失者ト心神耗弱者トノ區別

犯意及過失

犯意

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.

犯意ノ二要件

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ラレサリシ結果ノ豫見 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犯ノ説明ニハ不充分ナリト云ハサルヘカラス(本編第一章第二節第二項不作爲犯説明參照)以上犯意ノ定義ヲ分折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付テノ意思實行ノ觀念アルコトヲ要シ其特別構成要件(現在ノ構成要件 gegenwärtigen Thatumstände)ノ中ニハ罪ノ成立ニ關スル者ト刑ノ加重ニ關スル者トヲ包含ス(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

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第三章 有責 三〇九
行爲 第二節 犯意及過失

違法認識主義

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ピンデング氏一派ノ學說 Die Bindungsische 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

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 (V 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新刑法第七十七條(云々其他朝憲ヲ紊亂スルコトヲ目的トシテ云々)第八十三條(敵國ヲ利スル爲メ云々)第九十二條(外國ニ對シ侮辱ヲ加フル目的ヲ以テ云々)第九十三條(外國ニ對シ私ニ戰鬥ヲ爲ス目的ヲ以テ云々)第九十五條第二項(云々其職ヲ辭セシムル爲メ云々)第百條(云々逃走セシムル目的ヲ以テ云々)第百七條(云々脅迫ヲ爲ス爲メ云々)第二百四十七條(云々第三者ノ利益ヲ圖リ云々)其他ノ法條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ザルノミナラス假令明文ナシト雖トモ犯罪ノ性質ニ依リ遠因ヲ必要トス

結果ヲ目
的トモサ
ル場合

ルコトアリ(例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モ舊刑法ニハ此要件ヲ明記セザリシカ如シ)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ル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敵國ヲ利スル爲メ軍用ニ供スル場所又ハ物ヲ損壞シタルトキハ犯人ニ於テ其犯行ニ對シ敵國ヨリ報酬ヲ得ンコトヲ以テ終局ノ目的トシタル場合ニ於テモ刑法第八十三條ノ罪ノ成立ヲ妨クルコトナシ

二、行爲者ニ於テ結果ノ發生ヲ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金穀ヲ資給シタル者ハ假令内亂ノ目的ナク單ニ營利ノ爲メ

犯意ノ種
類

無條件ノ
犯意

ニ爲シタルニ過キササル場合ニ於テモ新刑法第七十九條ノ罪ノ犯意アリト云フ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り之ニ放火シタルトキハ犯人ニ於テ殺人ノ目的(希望)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モ傷害罪ノ犯意アリト云フコトヲ得ヘキナリ

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

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スルモ其行爲ヲ止メサ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. eventueller 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ハ人ニ向テ箭ヲ射ルモ射手カ自己ノ熟練又ハ僥倖ヲ頼ミ箭カ人ニ當ラサルコトヲ期(確信)シタルトキハ射手ニ於テ殺人又ハ傷害ノ犯意アリト云フコトヲ得サルナリ

以上二分
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ハ身體傷害ノ條件付犯意ト殺

刑法第三
十八條

人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

刑法第三十八條 罪ヲ犯ス意ナキ行爲ハ之ヲ罰セス但法律ニ特別ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス

罪本重カル可クジテ犯ストキ知ラサル者ハ其重キニ從テ處斷スルコトヲ得ス

法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲スコトヲ得ス但情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得

本條ハ犯意ニ關スル規定ニシテ舊刑法第七十七條ヲ修正シタルモノニシ

總則本論 第一卷 犯罪ノ普通構成條件 第三章 右責 三二七
行爲 第二節 犯意及過失

テ本條第一項ハ舊刑法第七十七條ト同趣旨ナリ今其修正ノ要點ヲ舉レハ左ノ如シ

一、舊刑法第七十七條第二項ニハ罪ト爲ル可キ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者ハ其罪ヲ論セスト規定シタルモ罪トナル可キ事實ノ不知ハ同條第一項ニ所謂罪ヲ犯ス意ナキモノノ説明ニ過キサルカ故ニ新法ハ之ヲ削除シタリ

刑罰加重ノ情狀タル可キ事實ノ不知モ又重キ罪ヲ犯ス意ナキモノト云フ可ク從テ重キ罪ニ依テ處斷スルコトヲ得サルコトハ法ノ明文ヲ俟タスシテ明カナルモ新法ハ舊法同條第三項ニ倣ヒ本條第二項ニ於テ注意的ニ之ヲ規定シタリ

二、法ノ不知ハ事實ノ不知ト異ナリ從テ罪ヲ犯ス意ナシト爲スコトヲ得サルヤ勿論ナリト雖モ善良ノ人モ偶々法律ヲ知ラサル爲メ罰則ニ觸ルルノ不幸ニ遭遇スル者ナキニアラサルカ故ニ新法ハ本條但書ニ於テ情

狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得ルコトト爲シタリ(舊刑法第七十七條

第四項對照)

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

第一項
犯意ノ推
定

明治三十八年(レ)第五二〇號同年五月九日宣告大審院判決要旨ニ曰ク依テ按スルニ特許公報ヲ以テ公示セラレタル事項ハ一應人ノ知了シタルモノト推定シ得ルニ止リ特許法中該公報ニ依リ已ニ公示セラレタル事項ハ何人ト雖モ之ヲ否定スルコトヲ得サル文詞ナキノミナラス刑事事件ニ付犯意ヲ判定スルハ事實承審官ノ自由ナル心證ニ因ルヘキモノニシテ民事裁判ノ如ク反證アルマテ推測ニ羈束セラレヘキモノニアラスト解セルハ正當ナリ

即チ犯意トハ罪トナルヘキ事實及ヒ刑罰加重ノ情狀ノ認識ニシテ(罪ノ特別構成要件タル事實ノ認識ニシテ)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

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第三章 有責 三一九
行爲 第二節 犯意及過失

ノ目的物ハ文書タルコト行爲ノ性質カ猥褻タルコトハ窃盜罪、文書偽造罪、猥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

第二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直系尊屬ニ對スル殺人ノ罪(新刑法第二百條)ニ於テ被害者カ犯人又ハ配偶者ノ直系尊屬タルコトヲ意味ス

第三項
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思トハ關係ナキモノトス(同條第三項)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(新刑法第二百二十條)故ナク住居ヲ侵ス罪(新刑法第三百十條)故ナク秘密ヲ侵ス罪(第三百三十三條以下)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

違法ヲ以テ
認識ノ特別
罪ノ構成要件
トスル場
合トキ
犯意トキ
關係ナキ事
實

總括的認識

ニシテ罪トナルヘキ事實中ニ包含セラレル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、既遂未遂共犯ノ有無及罪カ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少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爲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 ト其效果 Wirkungs トヲ總括的ニ豫見スルコトヲ要ス然レトモ其總括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ザ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

不特定ノ
犯意

事後ノ犯
意
事前ノ犯
意

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. genericus*
 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
 而シテ此特定カ絶対的 *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括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
 ニ遂ケタリト誤認シテ其ノ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
 犯意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ヘ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
 ニシテ此行為ノ進行ニ關スル行為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為カ單一ナリトノ前提ヲ得ルトキハ前ノ殺人ノ犯
 意ハ此ノ單一行為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
 ノ場合ニ於ケル行為ハ各獨立シタル別個ノ行為ナリトノ前提ヲ得ルトキ
 ハ前ノ行為ニ對スル犯意カ後ノ行為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

此場合ニ於ケル行為ハ單一ナリヤ又ハ各獨立シタル數個ノ行為ナリヤハ學者間ニ於テ異論アル所ナリト雖トモ吾輩ハ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為ヲ以テ論スヘキナリトノ説ニ賛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為カ成立ストシ故殺未遂ト過失殺ノ俱發ナリト論セリ

錯誤

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事實ト觀念トノ齟齬スルコトヲ謂ヒ從テ犯意ノ成立ヲ沮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

罪トナルヘキ事實ノ不知

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ザルトキ

違法排除ノ原因ヲ以テ罪ノ消極的構成要件ト認ムル説

ハ犯意ハ存在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(新刑法第二百三十五條)ノ犯意アリト云フコトヲ得ス自己又ハ配偶者ノ直系尊屬タルコトヲ知ラスシテ之ヲ殺害スルモ直系尊屬ニ對スル殺人罪(加重ノ情狀アル殺人罪新刑法第二百條參照)ノ犯意アリト云フコトヲ得サルナリ(新刑法第三十八條第一項及第二項參照)反之犯罪ノ普通構成要件ノ存在ニ關スル認識ハ犯意ノ存在トハ全ク關係ナキモノトス例ヘハ原則トシテハ行為ノ違法タルコトヲ認識スルコトハ犯意ノ成立ニ必要ナラス其他違法排除ノ原因、刑罰免除ノ原因、刑罰輕減ノ原因ノ存在ニ關スル誤認ハ犯意ノ成立ニ關係ナキモノトス(反之フランク氏レフレル氏メルケル氏等ハ違法排除ノ原因ヲ以テ罪ノ消極的構成要件ト認メ從テ此ノ消極的要件ノ存存セザルコトヲ認識スルニアラサレハ犯意ハ存在セスト論シ殊ニフランク氏ハ刑罰輕減ノ原因ヲ以テ罪トナルヘキ事實ノ内ニ包含セシメタリ)罪ノ特別構成要件又ハ刑

罰加重ノ情狀タル事實カ存在セサルニ拘ハラス存在スルモノト誤認シタル場合ニ於テハ行爲者ノ豫想シタル罪ハ不能犯タル未遂ノ狀況ニ終ルコトアリ得ヘキナリ例ヘハ自己ノ所有物ヲ他人ノ所有物ト誤認シテ之ヲ窃取シヌハ自己(又ハ配偶者)ノ直系尊屬ニアラサルモノヲ直系尊屬ナリト誤認シテ殺害スルカ如シ(誤認犯罪 *Wahnverbrechen*)前ノ場合ニ於テハ窃盜罪ハ成立セス後ノ場合ニ於テハ普通ノ殺人罪ヲ構成スヘキナリ(新刑法第九十九條第二百條參照)

第二 犯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ニ關シ行爲者カ具體的ニ豫見シタル事實ニ付テ錯誤アル場合(例ヘハ行爲者ハ人ヲ殺害スル事實ヲ知ルモ乙ナリト信シテ甲ヲ殺害スルカ如シ)ニ於テ行爲者カ其結果ニ付テ犯意ヲ有シタリトシテ責任ヲ負フヘキヤ否ヤト云フニ此場合ニ於テ行爲者カ作爲ニ依テ發生シ又ハ不作爲ニ依テ妨止セサリシ結果ニ關スル豫想ト現實ノ結果トノ間ニ於テハ元ヨリ一致ヲ

罪トナシタル
ニ關シ行
ヘキトナ
ニ關シ行
爲者カ具
體的事實
ヲ豫見シ
タルニ付
テ事實ニ
錯誤アル
場合

主要ナル
點ニ關ス
ル一ニ致
スルヲ判
定有ルニ
無スルヲ
標準

第一説

缺クト雖トモ犯意ノ成立ニハ行爲ノ因果關係ニ關スル豫想ト現實ノ結果ト必スシモ全然符合スルコトヲ要セス只タ主要ナル點ニ於テ相一致スルヲ以テ足レリトス而シテ此主要ナル點ニ關スル一致ノ有無ヲ判定スル標準ニ付テハ大凡ソ左ノ二説アルカ如シ

第一説 行爲者カ現實ノ結果ヲ豫想シ得タリシナラハ其原因トナリタル行爲ヲ遂ケサリシ場合ニ於テハ主要ノ點ニ關シテ錯誤アリト云ヘリ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説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拮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、リスト氏ノ説)

第二説

第二説 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ル説)

攻撃ノ錯誤

(イ) 攻撃ノ錯誤 *Aberatio ictus* 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裡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

目的物ノ錯誤

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想像上ノ二罪俱發ヲ以テ論スヘキモノナリトセリ即チ新刑法第五十四條第一項前段ヲ適用スヘキナリ(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裡ニ於ケル誤解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爲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り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(フランク氏ノ説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)

明治三十五年(レ)第四〇八號同年四月七日宣告大審院判決ニ依レハ「強盜ヲ毆打創傷
シタル場合ト雖トモ尙ホ毆打創傷罪ヲ構成ス(正當防衛以外ノ場合ナルヘシ從テ強
盜ナリト誤信シテ他人ヲ毆打創傷セシメタル所爲ヲ以テ罪トナルヘキ事實ヲ知ラ
サリシモノト謂フヲ得スト解セルハ正當ナリ

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
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

第二說ハ
正當ナリ

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舊刑法第二百九十八
條及ヒ第三百四條ハ誤殺及誤傷ニ付テ特別ノ規定ヲ設ケ目的體タル被害
者ニ關スル錯誤ハ勿論手段ニ基ツク錯誤ノ場合ニ付テモ殺傷行爲ノ既遂
ヲ以テ論スヘキコトヲ規定シタルモ新刑法ハ此種ノ規定ヲ削除シタルカ
故ニ此等ノ場合ニ於テハ全ク叙上ノ學理ニ依テ之ヲ解決セサルヘカラス
違法排除ノ原因ノ存否ハ犯意ト全然關係ナキカ故ニ叙上第二說中(ロ)ノ場
合ニ關スル末段フランク氏ノ說ハ誤レリ

毆打創傷ノ件明治四十二年(レ)第七七號明治四十二年三月十二日宣告大審院判決
由 依テ按スルニ刑法第二百四條ノ犯罪ヲ構成スルニハ毆打スル意思ノ存在ヲ要
スルコト論ナシ從テ同條ノ犯罪ハ人ヲ毆打スルノ意思ヲ以テ暴行ヲ加ヘ傷害ノ結
果ヲ生セシムルニ因リ成立スルモノナレハ苟モ其意思ヲ以テ暴行ヲ爲シタル以上
ハ其結果カ犯人ノ觀察セザリシ客體ノ上即チ目的以外ノ人ニ發生スルモ意思ト結
果トノ間ニ因果ノ關係ナキモノト云フヲ得サレハ斯ル場合ニ於テモ加害者ハ毆打

創傷罪ノ制裁ヲ免カラルコトヲ得ス而シテ舊刑法第三百四條ノ犯罪ハ毆打ノ所爲ニ依リ誤テ其目的以外ノ人ニ創傷セシメタル場合ヲ指稱スルコトハ本院判例ノ認ムル所ナレハ毆打スルノ意思ヲ以テ暴行ヲ爲シ偶々其目的以外ノ人ヲ創傷スルコトヲ必要トシ其意思ナキ毆打ノ所爲ニ因リ創傷セシメタル場合ハ過失創傷罪ヲ構成スルモノトス從テ原判決ニ認定セル事實ノ如ク被告カ巡査浦上金太郎ヲ目掛ケ其近傍ニ多數人ノ散在セルヲ知リナカラ樹根様ノ木片ヲ取テ金太郎ニ投付シタル處金太郎ヨリ約一間許リ下ノ路傍ニ居合セタル大林モンノ面部ニ中リ同人ニ負傷セシメタル以上ハ毆打スルノ意思アリタルコトハ自ラ明ナレハ被告ハ其結果ニ付之カ責ヲ免レルコトヲ得ス故ニ原院カ被告ノ行爲ニ對シ刑法第二百四條舊刑法第三百四條等ヲ適用シタルハ相當ニシテ本論旨ハ理由ナシト解セルハ新刑法第二百四條ノ適用ヲ誤レルモノト云フヘキナリ叙上第二説(イ)參照

決行ノ原因(理由)ハ犯意ノ成立ニ關係ナキカ故ニ迷信ニ基ク犯罪行爲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

違法ノ認識

第三項

違法ノ認識 Das Bewusstsein der

Rechtswidrigkeit

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ナ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(新刑法第三十八條第三項參照)ビンディング氏バーセドウ氏ベーリ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トハ違法ナルコトヲ認識セラレタル行爲ノ希望ナリト解セルモ余輩ハ之ヲ採ラス(本節第一項中違法認識主義參照)

明治三十六年(れ)第一七三二號同年十月九日宣告大審院判決ニ依レハ刑法第七十七條第四項ハ假令實際ニ於テ法律規則ヲ知ラスシテ罪ヲ犯シタル者ト雖トモ罪ヲ犯スノ意ナシト主張スルコトヲ許ササルコトヲ規定シタルモノトス而シテ同條項ニ所謂「法律規則」トハ其刑罰法ナルト否トヲ問ハサルモノト解セサルハ正當ナリ本件

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第三章 有責 三三三
行爲 第二節 犯意及過失

ノ事實ハ最早債務ヲ辨濟シ債權者ニ於テ差押解除ノ承諾ヲ爲シ居ル以上ハ執達吏ヨリ正式ニ解除ノ手續ナシト雖トモ自ラ該物件ヲ處分シ得ルモノト誤解シタルモ
ノニシテ即チ差押ニ關スル規則ノ錯誤ニ屬ス

例外(違
法ノ認識
ヲ以テ罪
ヲ構成ス
ル特別構
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ア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ヘハ竊盜罪
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ヘハ竊
盜及ヒ強盜ノ罪、詐欺及ヒ脅喝ノ罪、横領ノ罪ノ如キ之レナリ
(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ヘハ
故ナクシテ人ノ住居ヲ侵ス罪(新刑法第三百三十條以下)不法ニ人ヲ逮捕又
ハ監禁スル罪(新刑法第二百二十條以下)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
規ニ依リ認メラルル所ノ權利、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

總則本論 第一卷 犯罪ノ普通構成條件 第三章 有責 三三五
行爲 第二節 犯意及過失

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サ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法律上ノ錯誤 (Rechtsirrtum) カ事實ノ錯誤ニ屬スル以上ハ事實ニ關スル錯誤(事實上ノ錯誤 (Thatsachenirrtum)) 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爲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爲カ現存ノ權利ヲ侵害スルモノナルトキニ限り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爲ニ付テハ其義務ノ不知ハ責任ニ影響ナキ誤錯ナリト論セリ

行爲ノ違法ニ關スル錯誤ノ場合

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爲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ズ)常ニ客觀的ニ之ヲ判定スヘキナリ而シテ行爲ノ違法ニ關スル錯

違法ニ關スル錯誤ノ場合

誤ノ場合ヲ分類スレハ左ノ如シ

一 違法ニアラサル行爲ヲ行爲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サルハ勿論罰スヘキ未遂犯モ成立セサ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サルモノトス

(イ) 全然違法ニアラサル行爲ヲ違法ナリト誤認スル場合(誤想犯 Putative Delikt)

例ヘハ成年ニ達シタル男女カ合意上婚姻外ノ交接ヲ爲スコトニ依テ或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クルコトカ或罪ヲ構成スト誤認スルカ如シ(現行法ニ於テ以上例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ズ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越ヘタリト誤認シテ爲シタル行爲カ實際ニ於テ其程度ヲ

違法行為タル
法ニテアラ
シタル誤認
合シタル場

越へサリシカ如シ

二客観的ニ違法タル事實ヲ行為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
ニ影響ヲ及ホササ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) 普通ニ違法タル行為ヲ行為者カ全法^々違法ニアラスト誤認シタル場合
例ヘハ新刑法第二百五十二條ニ於テ自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領
スル行為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物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

(ロ) 行為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
衛緊急避難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

犯意ノ違法
排除ノ原因
状況タルノ
存在ニテ誤
認タルコト
トシタル場
合ニテ誤認
トノ説要ス

リト誤認シテ人ヲ殺傷スルカ如シ(但シ(ロ)ノ場合ニ於テハピンチンダ
氏ヤンカー氏マイエル氏オールスハウゼン氏シエゴフエル氏スチル
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
ト氏パール氏ハイツ氏ノ諸學者ハ本文ノ說ヲ採レリ)蓋シ行為者ニ於
テ違法排除ノ原因カ存在セリト誤認シタリトノ理由ヲ以テ人ヲ殺傷
シタル行為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(此ノ場合モ(イ)ノ場合ト等シク違法ノ不知タルニ過サルナリ)
新刑法第三十六條第三十七條ニ於テ正當防衛過度及緊急避難過度ノ
場合ニ付キ特別規定ヲ設ケタルニ依テ見ルモ少クトモ新刑法ニ於テ
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レフレル氏
タ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

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第三章 右責 三三九
行為 第二節 犯意及過失

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ルコトヲ認識セサルトキハ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トセリ例ヘハ現在ノ攻撃ニ對スル防衛行為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(滿十四歳以上ノ者カ十四歳未滿ナリト誤信シテ犯罪行為ヲ爲シタル場合ニ於テ犯意ナク從テ罪ヲ構成セスト云ヒ得サルト其理ニ於テ異ナル所ナキナリ)

過失

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為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ス之ヲ豫見セサリシコトヲ云フ(ビ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賛セス)過失アル行為 Fahrlässige Handlung トハ任意ナル意思ノ實行(積極的消極的双方ヲ含ム)ニ依テ豫見スルコトヲ要シ且ツ行為者カ豫見シ得ルニ拘ハラス豫見セサリシ結果ヲ發

過失ノ二要件

生セシメ又ハ其發生ヲ防止セサ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サルコトヲ云フ

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欠缺スルコト 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ノ欠缺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(Willenschnld)

二 豫見ノ欠缺セルコト Mangel an Voraussicht 即チ意思ノ實行ニ依テ發生シ又ハ發生ヲ防止セサリシ結果ヲ行爲者カ豫見シ得ヘキ能力アルニ拘ハラズ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

二

過失ト不確定犯トノ關係

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ヘ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ヤ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(Vorstandesschnld)

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 豫見ノ欠缺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シテ過失ノ問題ヲ生セス然レトモ一旦或ル結果ノ發生シ得ヘキコトヲ豫

過失ト認識違
トノ關係

過失ト犯
及ヒ事
別變及トノ區

想シタルモ此ノ狀況ニ於テハ此ノ結果ハ發生セサルヘシト信シタルトキ
即チ結果ノ發生ヲ認諾セサルトキハ犯意ノ問題ハ生セスシテ此ノ場合ニ
於テハ過失アリト云フコトヲ得ヘキナリ

二立法者カ違法行為ノ認識ヲ以テ罪ノ特別構成要件トスル場合ニ於テ行
爲ノ違法タルコトヲ認識セサルモ過失ノ問題ヲ生セス何トナレハ違法ノ
認識ハ罪トナルヘキ事實ニアラス犯意事實ノ認識ノ外ニ法律カ例外トシ
テ要求スル所ノ心裡ノ條件ニ過キサレヲ以テ罪トナルヘキ事實ヲ認識シ
(犯意)又ハ認識セサルコト(過失)トハ全ク關係ナキナリ

第二 過失ハ結果ヲ豫見スルコトヲ要シ且ツ豫見シ得ルニ拘ハラズ之ヲ
豫見セサルコトヲ云フ即チ結果ヲ豫見セサル點ニ於テ過失ハ犯意ト異ナ
リ其豫見セサリシ結果ハ豫見スルコトヲ要シ且ツ行為者ニ於テ豫見シ得
ヘキモノタルコトヲ要スル點ニ於テ事變(偶然)ノ出來事(Nun)ト異ナル

第三 總テ法規ハ過失ニ依テ違犯スルコトヲ得ヘキモ新刑法ハ原則トシ

明文ニ明
示セシム
テ過失ヲ
罰スル場
合

テ過失ノ行為ハ之ヲ處罰セストシ例外トシテ刑法ニ於テ之ヲ處罰スヘキ
コトヲ明言シ又ハ法規ノ關係上之ヲ處罰スル意思ノ明了ナル場合ニ限リ
之ヲ處罰スルコトトセリ(新刑法第三十八條第一項參照)而シテ新刑法中過
失行為ヲ處罰スヘキコトヲ明記セル場合ハ例ヘハ新刑法第二百九條第二
百十條第二百一十一條第二百十六條第二百十七條第二項ニ規定スルカ如シ
其他假令明文ニ明記セスト雖トモ其犯罪ノ性質上過失ニ出テタル場合ニ
於テ之ヲ處罰スヘキモノニシテ明文ニ反對ノ明示ナキ以上ハ過失ニ出テ
タルノミヲ以テ之ヲ處罰スヘキモノ即チ警察犯(Polizeilikt)又ハ Polizeibertri-
ben)ノ如キ是レナリ例ヘハ舊刑法第二編第五章第三節傳染病豫防規則ニ
關スル罪刑法施行法第二十五條第一項第四號參照警察犯處罰令第二條第
三十六號第三條第九號第十號第十一號第十三號第十六號其他同處罰令ノ
規定中ニハ此種ノ犯罪多シ

第四 犯意ハ罪ノ特別構成要件タル事實若クハ刑罰加重ノ原因タル事實

全體ノ認識ニシテ若シ其事實ノ認識中一ヲ缺クトキハ犯意ハ成立セスシテ直ニ過失ノ問題ヲ生スヘシ從テ總テノ有意犯ハ其罪トナルヘキ事實ノ認識中其一ヲ缺ク毎ニ過失ノ問題ヲ生シ得ヘク而シテ其過失中何レヲ罰シ何レヲ處罰セストハ元ヨリ立法者ノ隨意ナル選擇ニ存ス例ヘハ有意ノ殺人罪ニ付テハ左ノ二個ノ場合ニ於テ過失殺ノ問題ヲ生シ得ヘシ

一行爲者ニ於テ生物ノ生命ヲ絶ツ所ノ行爲ヲ爲シツツアルコトヲ認識スルモ人ニ對シテ此ノ行爲ヲ爲シツツアルコトヲ認識セサル場合

二行爲者ハ人ニ對シテ行爲ヲ爲シツツアルコトヲ認識スルモ之カ生命ヲ絶ツト云フ結果ノ發生ヲ認識セサル場合

而シテ新刑法ハ過失致死罪(第二百十條)ニ付キ以上二個ノ場合ニ付キ之カ區別ヲ設ケス等シク之ヲ處罰ス

左記ノ判旨ハ正當ナリ

過失ノ結果トノ關係

過失致死ノ件明治四十二年(元)第一八六二號明治四十三年一月十八日宣告大審院判決理由 刑法第二百十條ニ規定スル過失致死ノ罪ハ自己ノ過失ニ因リ他人ニ死ハ

過失ノ分類

結果ヲ與フルコトニ依テ成立シ苟クモ自己ノ過失ト他人ノ死亡トノ間ニ因果關係ハ存在スル以上ハ其因果關係カ直接タルト否トハ同罪ノ成立ニ何等ノ影響ナキモハトス依テ原判決ヲ查閱スルニ同判決事實理由ノ部ニ被告ハ明治四十二年二月三日頃ヨリ居村大谷尋常高等小學校飯田分教場代用教員トシテ該分教場ニ於ケル教育一切ノ事務ヲ一人ニテ擔當シ居リシカ前記大谷小學校生徒小沼甚市郎(十三歲)ハ被告ト親密ノ間柄ニシテ屢分教場ニ來リ自由ニ事務室又ハ宿直室等ニ出入シ遊ヒ行クコトアリ而シテ被告ハ同事實ヲ熟知セルニ拘ハラズ不注意ニモ同年七月四日頃鳥ヲ打ダントシテ同分教場備付ノ分捕小銃ニ實彈ヲ込メタル儘之ヲ分教場事務室ノ壁ニ掛置キタル處同月八日午前七時頃前記甚市郎カ右分教場ニ來リ遊戲中實彈ノ込メアルコトヲ知ラスシテ該銃器ヲ取出シ弄ヒ居タル際該銃突然發射シ其場ニ居リタル分教場生徒原吉雄ニ命中シ爲メニ吉雄ハ即時死ニ至リタル旨記載シアリテ右判示事實ニ依レハ原吉雄ノ死亡ハ被告ノ過失ニ基ク間接ノ結果ニシテ同被告ノ所爲ハ前記法條ニ該當スルモノトス然レハ同法條ヲ適用シテ被告ヲ處罰シタル原判決ハ正當ニシテ本論旨ハ理由ナシ

第五 過失ニ依テ結果ヲ豫見セザリシ場合ニ付キ行爲者ノ官職職業又ハ營業上特ニ命セラレタル義務ニ違犯シテ其業務ノ執行範圍内ニ於テ注意ヲ缺キタル場合ト然ラサル場合トヲ區別シ前ノ場合ニ於テハ後ノ場合ニ

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第三章 有責 三四七
行爲 第二節 犯意及過失

比シ其刑ヲ重クスルコトハ至當ナルヘシ新刑法第二百十一條ニ於テ業務上必要ナル注意ヲ怠リ因テ人ヲ死傷ニ致シタル場合ヲ普通ノ過失殺傷ニ比シテ其刑ヲ重クシタルハ叙上ノ趣旨ニ適合スト云フヘキナリ

舊刑ニ於ケル過失ノ分類

疎虞

懈怠

第六 舊刑法第三百十七條ニ於テハ疎虞懈怠又ハ規則慣習ヲ遵守セス過失ニ因テ人ヲ死ニ致シタル者ハ二十圓以上二百圓以下ノ罰金ニ處スト規定シ過失ヲ分テ(一)疎虞(二)懈怠(三)規則慣習ヲ遵守セサルコトニ區別シ(一)疎虞トハ一般人ニ要求スヘキ注意ヲ標準トシテ之ヲ缺キタル場合ヲ指シ(二)懈怠トハ特定ノ地位例ヘハ官吏公吏其他公職ニ従事スル者又ハ醫師産婆藥劑師鐵道機關師船長ノ如キ各自ノ職務ニ伴フテ法律上要求セラルル處ノ必要ナル注意ヲ標準トシ之レカ注意ヲ缺キタル場合ヲ指シ(舊刑法第五十條第七十六條參照)タルモノニシテ何レモ前ニ説明シタル過失ノ條件ヲ必要トスルモノナリ然レトモ舊刑法ノ如ク二者何レノ場合ニ於テモ其刑罰ニ輕重ノ差ヲ設ケサル以上ハ敢テ二者ノ區別ヲ設クルノ必要ナキ

規則慣習ヲ遵守セテスル過失

新刑法ニ於ケル過失ノ分類

モノトス(第五說明參照)(三)規則慣習ヲ遵守セトハ法律ハ規則慣習ヲ遵守セサルコトヲ以テ直ニ過失アリタルモノト看做シ其結果ニ付テ過失ノ責任ヲ負フヘキモノトセルナリ例ヘハ舊刑法第四百二十五條第一號乃至第五號ノ規則ニ違反シタル結果家屋ヲ燒燬シ(同法第四百九條失火罪)同條第六號第四百二十六條第五號乃至第八號ノ規則ニ違反シタル結果人ヲ殺傷シタルカ如キ(同法第三百十七條乃至第三百十九條過失殺傷罪參照)是レナリ然レトモ新刑法ハ疎虞懈怠ナル語ヲ避ケ汎ク過失ナル文字ヲ用ヒ業務上必要ナル注意ヲ怠リタル場合(舊刑法ノ懈怠ニ當ル)ニシテ特ニ刑ヲ加重スル必要アリト認メタル場合ニ付テハ特別ノ規定ヲ設ケタリ(刑法第二百十一條參照)次ニ規則慣習ヲ遵守セサルコトヲ以テ直チニ過失アルモノト看做シ其結果ニ付キ過失ヲ理由トシテ責任ヲ負ハシムルハ不當ナルヲ以テ新刑法ハ此種ノ過失ヲ認メサルコトニ改メタリ

普通ノ學說ニ依ル
過失ノ分
類
認識アル
過失
認識ナキ
過失

第七 フォキエルバハ氏以來殊ニベルネル氏其他普通ノ學說ニ依レハ過失ヲ分テ認識アル過失 *Dewuste Fahrlässigkeit* 及ヒ認識ナキ過失 *unbewusste Fahrlässigkeit* トニ區別シ(一)認識アル過失トハ行爲者ニ於テ一旦結果ノ發生シ得ヘキコトヲ豫見シタルモ其發生ヲ認諾セス即チ此ノ狀況ニ於テハ此結果ハ發生セサルヘシト妄信シタル場合ヲ指シ(二)認識ナキ過失トハ行爲者ニ於テ結果ノ發生ヲ全然豫見セサル場合ヲ指シ前者ハ後者ニ比シテ其責任大ナルモノト論セリ(舊刑法第三百十七條ニ所謂疎虞ハ後ノ場合ニ當リ懈怠ハ前ノ場合ニ當ルカ如ク論スルモノ多數ナリト雖トモ舊刑法ノ解釋トシテハ前第六段ニ於テ説明シタル處ヲ以テ至當ナリト信ス)反之^二オシ、リスト氏ハ過失ヲ前掲二個ノ場合ニ區別シ其責任ニ輕重ノ區別ヲ設クルコトハ比較的注意深キ過失者ニ對シテ更ニ輕卒ナル過失者ニ比シ其責任ヲ重クスルノ不權衡ヲ生ストノ理由ヲ以テ此ノ區別ヲ立ツルコトニ反對セリ新刑法モ亦此種ノ區別ヲ設ケス

處罰サル
ヘキ不法
行爲

形式ニ於
テ犯罪ト
ナル
他ノ不法
行爲ト異
ナル點
實質ニ於
テ犯罪ト
ナル
他ノ不法
行爲ト異
ナル點
法規ノ種
類ト其強
制手段

第四章 處罰サルヘキ不法行爲

第一 犯罪ハ國家カ刑罰ヲ制裁トシタル不法行爲ナリ、不法行爲トハ有責違法ノ行爲ニシテ犯罪カ民法其他ノ不法行爲ト異ナル點ハ刑罰ナル特殊ノ制裁 (*Rechtsfolge*) ヲ科セラルルニアリ是レ形式ニ於テ犯罪ト他ノ不法行爲ト異ナル點ナリ而シテ如何ナル不法行爲ニ對シテ國家ハ刑罰ト云フ制裁ヲ科スヘキカ即チ犯罪ト他ノ不法行爲トノ實質的差異ニ付テ研究スルニ先タテ左ノ數項ニ付テ注意スルコトヲ要ス

一 法規ノ或ルモノ例ヘハ契約ニ基ク債權、債務ノ關係ヲ規定スル法規ハ契約ノ不履行ニ對シテ私法上ノ制裁ヲ科スルノミヲ以テ強制ノ目的ヲ達シ得ルモノアリ

二 法規ノ或モノ例ヘハ殺傷、自由剝奪行爲ヲ禁止スル規定ハ此ニ違犯スル一個ノ行爲ニ對シテ私法上及ヒ刑法上ノ制裁ヲ併科スルノ必要アリ

三 法規ノ或モノハ其違犯者ニ對シテ單ニ刑罰ノミヲ制裁トシ私法上ノ制

裁タル損害賠償ノ義務ヲ科セサルコトヲ得ヘシ例ハ實害ヲ生セサル
モ之ヲ生スヘキ危険アル行爲ニ對シテハ刑罰ナル制裁ヲ科スルニ止マ
リ賠償ノ義務ヲ負ハシムルコトヲ得ス亦無形ノ損害ニシテ例ハ(誹毀
ノ如キ)金錢ニ依ル損害賠償ノ方法ニ依テハ其損害ヲ賠フコトノ不適當
ナル場合ニ於テハ私法上ノ制裁ヲ科スルコトナク單ニ刑法上ノ制裁ヲ
科スルニ止ムルコトヲ得ヘシ

以上數項ニ於テ説明シタル所ヲ綜合スレハ國家ハ私法上ノ制裁即チ強
制執行原狀回復損害賠償ノ手段キ依^{ノミ}テハ此ノ不行爲ヲ防止スルニ不
充分ナリト認ムル場合ニ於テ刑罰ト云フ制裁ヲ科スルモノナリ而シテ
國家カ刑罰ナル制裁ヲ必要トスル場合ヲ列記スレハ左ノ如シ

刑罰ナル
制裁ヲ必
要トスル
不法行爲

(一) 竊盜強盜詐欺取財等ノ如キ普通ノ犯人ハ無資力ニシテ之ニ對シ損害
賠償ヲ強制スルコトノ不能ナル場合

(二) 殺傷強制猥褻行爲等ノ如キ私法上ノ損害賠償ノミニテハ此等權利ノ

侵害ヲ賠償スルニ足ラサル場合

(三) 法規カ特質ノ法益ニ對シテ重大ナル價值ヲ認メ之ヲ侵害スルモノニ
對シテ特別ナル制裁ヲ必要トスル場合

(四) 特種ノ不行爲ニシテ累犯ノ傾キアルモノ例ヘハ一定ノ産業ナクシ
テ浮浪スルカ如キ又飲食物取締規則違犯ノ如キ又ハ暴利ヲ以テ金錢
ヲ貸付クルカ如キ不行爲(高利貸ニ付テハ現行法ニ處罰ノ規定ナシ)
ニ對シテハ多少嚴峻ナル制裁ヲ以テ之レカ發生ヲ防止スルノ必要アリ

犯罪行爲
ノ事實

以上ノ場合ヲ綜合スレハ犯罪行爲ノ實質ハ現行法規ニ於テ立法者カ法律
上保護スル利益(法益)ニ對シテニ危険ナリト認メタル所ノ攻撃ノ行爲ヲ謂
フ

第二 國家ノ刑罰權ハ犯罪ニ對シテノミ之ヲ行フコトヲ得ヘク犯罪ハ刑
罰ヲ制裁トスル有責違法ノ行爲ニシテ若シ此等ノ普通構成要件ノ一ヲ缺

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第四章 罰處罰 三五三
サルヘキ不行爲

物的刑罰
排除ノ原因

クトキハ犯罪ハ成立セス從テ、國家ノ刑罰請求權(公訴權 *das staatlicher Strafan-spruch*)モ發生セサルナリ、此等ノ場合ヲ稱シテ物的刑罰排除ノ原因 *das sachlichen Strafausschliessungsgründe*ト謂フ

人的刑罰
排除ノ原因

而シテ此ノ物的刑罰排除ノ原因ハ立法者カ行爲者ノ身分 (*Die Persönlichkeit des Täters*)ニ基キ特ニ其身分アル人ニ限リ刑罰ヲ免除シ其以外ノ者ニ對シテハ刑罰ヲ科スル場合ト區別スルコトヲ要ス後ノ場合ヲ稱シテ人的刑罰排除ノ原因 (*Die persönliche Strafausschliessungsgründe*)ト謂フ例ハ刑法ノ適用ヲ受ケサル人(人ニ對スル刑法效力ノ範圍説明參照)カ處罰行爲ヲ爲シタルトキ及ヒ新刑法第百三條第百四條ニ規定スル犯罪庇護ノ罪ヲ犯人ノ親族カ犯シタルトキ(新刑法第百五條)竊盜、詐欺、恐喝、橫領ノ罪ノ犯人カ刑法第二百四十四條第一項前段ニ該當スル被害者ノ親族ナルトキ(新刑法第二百四十四條第二百五十一條第二百五十五條)及ヒ新刑法第二百五十七條(贓物ニ關スル罪)ニ於テ犯人ヲ處罰セサルカ如シ人的刑罰排除ノ原因ハ犯罪ノ不成

刑罰消滅
原因

立ニアラスシテ犯罪ハ成立スルモ此ノ特別身分アル犯人ニ對シテハ刑罰ヲ科セサルニ過キス故ニ此ト共謀シタル身分ナキ他人ハ各法條ニ從ヒ處罰セラルヘク又親族相盜、親族間ノ詐欺、恐喝、橫領ニ因テ得タル物件ハ贓物タルコトヲ妨ケサルナリ(新刑法第二百五十六條參照)

此ノ人的刑罰排除ノ原因ハ犯罪成立後ニ發生シタル狀況ノ爲メニ既ニ發生シタル刑罰請求權ヲ消滅セシムル場合ト區別スルコトヲ要ス後ノ場合ヲ稱シテ刑罰消滅原因(公訴權消滅原因 *die Strafnachlassungsgründe*)ト謂フ例ハ刑事訴訟法第六條ニ列記スル各場合即チ(一)被告人ノ死去(二)告訴ヲ待テ受理スヘキ事件ニ付テハ告訴ノ拋棄(三)確定判決(四)犯罪ノ後頒布シタル法律ニ因リ其刑ノ廢止(五)大赦(六)時効ノ外ニ猶新刑法第八十條第七十條第百七十一條第百七十三條ニ規定スル自首全免若クハ自白全免ノ場合ハ此ニ屬ス(刑事訴訟法第二百三十四條第百六十五條第六號參照)

第三 立法者カ特種ノ犯罪ニ限リ之ヲ處罰スル爲メニ其犯罪行爲トハ全

ク獨立シタル客觀的狀況ノ之ニ伴フコトヲ必要トスルコトアリ此ノ種ノ狀況ヲ稱シテ狹義ノ處罰條件 (Bedingungen der Strafbarkeit in eng. Sinne) ト謂フ例ヘハ舊刑法ニ於テハ賭博ヲ處罰スルニハ其現行カ捜査官ニ依テ發見セラレタルコトヲ要シ(舊刑法第二百六十一條參照)家資分散ニ關スル罪ヲ處罰スルニハ家資分散狀況ノ存在スルコトヲ要シ(舊刑法第三百八十八條第三百八十九條刑法施行法第二十五條第一項第五號參照)有罪破産ヲ處罰スルニハ破産宣告ヲ受ケタルコトヲ要スルカ如シ(破産法第一千五百條第一千五百一十一條參照)以上例示ノ外ニ例ヘハ獨逸ニ於テハ同盟國ニ敵對スル行爲ハ他國ニ於テ獨逸國ニ相互ノ處刑ヲ保證スル場合ニ限り之ヲ處罰スルコトトセリ(獨逸刑法第二百二條第三百三條)重罪ヲ申告セサル行爲ハ其重罪又ハ罰スヘキ未遂ノ發生シタルトキニ限り處罰スルコトトセリ(同法第三百三十九條)決闘ヲ煽動スル行爲ハ被煽動者カ決闘ヲ爲シタルトキニ限り之ヲ處罰スルコトトセリ(同法第二百十條)爭鬪又ハ多數ノ攻撃ハ此ニ因テ重傷ヲ生

シタルトキニ限り之ヲ處罰セリ(同法第二百七十七條)姦通ハ之ヲ理由トシテ離婚ノアリタルトキニ限り之ヲ處罰セリ(同法第七十二條)詐欺婚姻ハ婚姻ノ取消サレタルトキニ限り之ヲ處罰セリ(同法第七十條)而シテ此ノ處罰條件ハ立法者カ或ル犯罪ノ爲メ更ニ重キ結果ノ發生シタルコトヲ理由トシテ其刑ヲ加重スル場合トハ區別スルコトヲ要ス例ヘハ新刑法第七十六條乃至第七十九條ノ罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ其本刑(法定刑)ヲ加重スルカ如キ是レナリ(新刑法第八十一條參照)蓋シ後ノ場合ハ此ノ重キ結果ノ發生ナクトモ既ニ此ヲ處罰シ得ヘキモノニシテ反之處罰條件ハ此ノ條件ヲ具備セサルトキハ全然其行爲ヲ處罰スルコトヲ得サルナリ

處罰條件ハ客觀的状況 (insere Umstände) ナリ即チ犯罪行爲罪トナルヘキ事實トハ何等ノ關係ナク全然分離シテ存在スルモノナルコトヲ注意スヘシ從テ左ノ結論ヲ生ス