

東京帝國大學  
法科大學教授  
學士

岡田朝太郎君講述

# 刑法講義

總論



明治大學出版部發行

明治大學



# 刑法總論目次

緒論	一
第一章 刑法上刑事法	一
第二章 國家刑罰權ノ根據	四
第一編 犯罪	三
第一章 總論	三
第一節 犯罪ノ定義	三
第二節 犯罪要素ノ概念	五
第二章 犯罪ノ主體及客體	六
第一節 主體	七
第二節 客體	一〇



第三章 刑罰法令	二二
第一節 罪刑法定主義	二一
第二節 刑罰法令ノ效力	二八
第一款 時ニ關スル效力	二九
第二款 人ニ關スル效力	三三
第三款 處ニ關スル效力	三六
第四章 行爲	四五
第一節 通則	四五
第二節 積極行爲	五四
第三節 消極行爲	六八
第四節 手段(方法)	八〇
第五章 有責行爲	八二

第一節 通則	八二
第二節 責任能力	八八
第一項 精神ニ故障アル者	八九
第二項 幼者	九四
第三項 瘖啞者	九七
第四項 懲治場ノ留置附設置	九八
第三節 故意及過失	九九
第一項 故意	一〇〇
第二項 故意ノ體様	一〇四
第三項 錯誤	一二八
第四項 過失	一三八
第六章 不法行爲	一五〇
第一節 通則	一五〇

目次



<b>第二節 權利行爲</b> .....	一五四
第一項 下屬官ノ職務行爲.....	一五四
第二項 正當防衛.....	一六一
第三項 一般ノ權利行爲.....	一八〇
<b>第三節 放任行爲</b> .....	一八四
第一項 緊急狀態ニ基ク行爲.....	一八五
第二項 承諾アルニ基ク行爲.....	一九四
<b>第二編 刑罰</b> .....	二〇一
<b>第一章 總論</b> .....	二〇一
<b>第一節 刑ノ概念</b> .....	二〇一
<b>第二節 刑名</b> .....	二〇六
<b>第二章 刑ノ種類</b> .....	二〇八

<b>第一節 生命刑</b> .....	二〇八
<b>第二節 自由刑</b> .....	二一六
<b>第三節 財産刑</b> .....	二二三
第一項 罰金科料.....	二二三
第二項 沒收.....	二二四
<b>第四節 能力刑</b> .....	二三一
第一項 剝奪公權.....	二三二
第二項 停止公權.....	二三四
<b>第三章 刑ノ適用</b> .....	二三四
<b>第一節 通則</b> .....	二三四
<b>第二節 加重</b> .....	二三九
第一項 通則.....	二三九
第二項 法律上ノ加重.....	二四一



第三節 減輕……………二四二

    第一項 裁判上ノ減輕……………二四二

    第二項 法律上ノ減輕……………二四六

第四節 加減例及加減順序……………二五三

    第一項 加減例……………二五四

    第二項 加減順序……………二五七

第四章 刑ノ執行……………二五八

    第一節 通則……………二五八

    第二節 死刑ノ執行……………二五九

    第三節 自由刑ノ執行……………二六三

    第四節 財産刑ノ執行……………二七二

第五章 刑ノ消滅……………二七五

第一節 通則……………二七五

第二節 犯人ノ死亡……………二七七

第三節 餘罪ノ刑ノ確定……………二七八

第四節 非常上訴ノ成立……………二七九

第五節 恩典……………二八一

    第一項 大赦……………二八一

    第二項 特赦及減刑……………二八四

    第三項 復權……………二八七

第六節 期滿免除—時效……………二八八

第三編 罪狀……………二九五

第一章 犯罪ノ類別……………二九五

    第一節 重罪、輕罪、違警罪……………二九五



第二節	普通犯、特別犯	二九七
第三節	作為犯、不作為犯	二九八
第四節	即成犯、繼續犯	三〇〇
第五節	現行犯、非現行犯	三〇一
第六節	親告罪、非親告罪	三〇三
第七節	附帶犯、非附帶犯	三〇五
第八節	政事犯	三〇五
<b>第二章 行為ノ階級</b>		
第一節	犯意ノ表示	三〇六
第二節	實行、着手、豫備	三〇九
第一項	標準	三〇九
第二項	犯狀	三一二

第三節	中止犯(即チ犯罪ノ中止)	三二〇
第四節	不能犯	三二五
<b>第三章 再犯</b>		
<b>第四章 數罪俱發</b>		
第一節	通則	三四〇
第二節	數罪ト一罪トノ區別	三四一
第一項	數所爲一罪	三四一
第二項	一所爲數罪	三四九
第三節	處分	三五三
<b>第五章 數人共犯</b>		
第一節	通則	三五六
第二節	共犯ノ行為	三六〇



第一項	正犯	三六〇
第二項	教唆犯	三六四
第三項	從犯	三七〇
第三節	共犯ノ意思	三七九
第四節	共犯ノ處分	三八三
第一章	總論	
第二章	犯罪ノ成立	
第三章	犯罪ノ種類	
第四章	犯罪ノ處罰	
第五章	犯罪ノ執行	
第六章	犯罪ノ追訴	
第七章	犯罪ノ赦免	
第八章	犯罪ノ追認	
第九章	犯罪ノ追訴時効	
第十章	犯罪ノ執行時効	
第十一章	犯罪ノ追認時効	
第十二章	犯罪ノ追認時効	
第十三章	犯罪ノ追認時効	
第十四章	犯罪ノ追認時効	
第十五章	犯罪ノ追認時効	
第十六章	犯罪ノ追認時効	
第十七章	犯罪ノ追認時効	
第十八章	犯罪ノ追認時効	
第十九章	犯罪ノ追認時効	
第二十章	犯罪ノ追認時効	
第二十一章	犯罪ノ追認時効	
第二十二章	犯罪ノ追認時効	
第二十三章	犯罪ノ追認時効	
第二十四章	犯罪ノ追認時効	
第二十五章	犯罪ノ追認時効	
第二十六章	犯罪ノ追認時効	
第二十七章	犯罪ノ追認時効	
第二十八章	犯罪ノ追認時効	
第二十九章	犯罪ノ追認時効	
第三十章	犯罪ノ追認時効	
第三十一章	犯罪ノ追認時効	
第三十二章	犯罪ノ追認時効	
第三十三章	犯罪ノ追認時効	
第三十四章	犯罪ノ追認時効	
第三十五章	犯罪ノ追認時効	
第三十六章	犯罪ノ追認時効	
第三十七章	犯罪ノ追認時効	
第三十八章	犯罪ノ追認時効	
第三十九章	犯罪ノ追認時効	
第四十章	犯罪ノ追認時効	
第四十一章	犯罪ノ追認時効	
第四十二章	犯罪ノ追認時効	
第四十三章	犯罪ノ追認時効	
第四十四章	犯罪ノ追認時効	
第四十五章	犯罪ノ追認時効	
第四十六章	犯罪ノ追認時効	
第四十七章	犯罪ノ追認時効	
第四十八章	犯罪ノ追認時効	
第四十九章	犯罪ノ追認時効	
第五十章	犯罪ノ追認時効	

# 刑法總論目次

## 刑法總論

### 緒論

### 第一章 刑法ト刑事法

(一) 刑法トハ(甲)犯罪ト刑罰トヲ定メタル法令ヲ云フ(乙)廣狹二様ノ意義アリ廣義ノ場合ニハ犯罪ト刑罰トヲ定メタル法令全体ニ通シ狹義ノ場合ニハ其中ニ就テ特ニ刑法ノ名アル法律ノミニ該當ス(丙)一般刑法、特別刑法(丁)總則

(甲) 犯罪ト刑罰トヲ定メタル國法 一國ノ法令ノ中ニ於テ例ヘハ人ヲ殺傷シ家屋ヲ燒燬シ財物ヲ奪取スト云フ如キ或ル一定ノ行為カ犯罪トナリ而シテ其犯罪タル行為ニハ例ヘハ死刑、徒刑、懲役、禁錮ト云フ如キ一定ノ刑罰ヲ加フルコトヲ定メタルモノヲ刑罰法令ト云フ

東京帝國大學  
法科大學教授  
岡田朝太郎君講述



如斯犯罪ト刑罰トノ關係ヲ規定シタルモノハ其性質悉ク刑法タルヲ以テ其規則ニ附シタル名稱如何ヲ問ハス彼ノ民法、商法、民事訴訟法、刑事訴訟法ト云フ如キ他ノ名稱ヲ附シタル規則ノ中ニ在リテモ若シ犯罪ト刑罰トノ關係ヲ定メタル條項アラハ其條項ハ刑法ノ性質ヲ有スル規則ト云ハサル可ラス例ヘハ民事訴訟法又ハ刑事訴訟法ノ中ニ在ル證人呼出ニ應セサルトキ罰金ニ處セラルヘキ規定ノ如シ同一ノ理由ヲ以テ假令刑法ノ名稱アル法典ノ中ニ於テモ犯罪及ヒ刑罰ノ關係ヲ定メサル條項ハ刑法タルノ性質ヲ有セス(徵價處分ノ條項ノ如キ其一例ナリ)

(乙)廣義ノ刑法ト狹義ノ刑法 刑罰法令ノ區域ノ廣キ上ニ述フル所ノ如シ民法、商法、民事訴訟法、刑事訴訟法、行政法、破産法、各種警察規則等一國ノ法令ノ總テノ部分ニ散在シテ一々枚舉スルニ暇アラス之ヲ總稱シテ廣義ノ刑法トモ又ハ單ニ刑罰法令トモ謂フ

刑罰法令中特ニ刑法ト名ケタル法律アリ明治十三年七月第三十六號布告ヲ以テ公ニセラレ明治十五年一月一日ヨリ實施セラル、狹義ノ刑法トモ又ハ單

ニ刑法トモ謂フ、法曹ヲ初メ世上ノ通語ニ單ニ刑法ト云フトキ該法律ノ謂ナリ(全典四百三十個條總則ト各論トニ二分ス、本講義ハ即チ狹義ノ刑法ノ總則ヲ説クヲ目的トス)

(丙)一般刑法特別刑法 狹義ノ刑法即チ單ニ刑法ト名クル法律ハ刑罰法令中其區域最モ廣キノミナラス其第五條第二項ニ若シ他ノ法律規則ニ於テ別ニ總則ヲ掲ケサルモノハ此刑法ノ總則ニ從フト規定シ苟モ反對ノ規則例ヘハ本法ハ刑法不論罪ノ例ヲ用ヒスト云ヘル明文ノ如キヲ設ケサル限リハ狹義ノ刑法ノ總則ヲ總テノ刑罰法令ニ適用シ得ル等ノ關係ヨリシテ更ニ之ヲ名ケテ一般刑法トモ謂ヒ他ヲ總稱シテ特別刑法トモ謂フ

特別刑法中最モ著シキモノハ陸軍刑法並ニ海軍刑法是ナリ(刑法第四軍人軍屬ノ罪ト成ル可キ行為ヲ定メ之ニ對スル刑ヲ示スヲ主眼トス)

(丁)總則 刑法ノ總則カ反對ノ規定ナキ限リ他ノ刑罰法令ヲモ支配スルコト右ニ述フル如シ而シテ刑法自体ノ各本條即チ第十六條乃至第四百三十條ヲ支配スルハ云ハスシテ明ナリ故ニ例ヘハ謀殺又ハ故殺ノ如何ナル場合ヲ其



未遂ト云フヘキカハ謀故殺ニ關スル第二百九十條以下第二百九十八條ノ規定ノ中ニ在ラスシテ總則第一百十一條第一百十三條ノ中ニ於テ其解決ヲ求メサル可カラス強盜竊盜ノ共犯ノ如何ヲ知ラント欲セハ第三百六十六條乃至第三百八十四條ニ依ラヌシテ第四百四條以下第一百十條ニ依ラサル可ラス知ル可シ本講義ニ述ヘントスル總則ノ說明ハ刑法ノ各本條ヲ初メ他ノ特別刑罰法令ノ上ニモ一々之カ適用アルコトヲ

(二) 刑法アルモ之ヲ實際ニ運用セシニハ別ニ之カ職制ト手續トヲ定メタル國法ナカルヘカラス是レ(刑事裁判所構成法及ヒ刑事訴訟法アル所以ナリ)刑事法トハ畢竟刑法(刑事裁判所構成法)刑事訴訟法ノ三ヲ合シタル名稱ニ外ナラス

### 第二章 國家刑罰權ノ根據

(一) 國家ニ刑罰權アル根據ヲ熾ニ哲學的ニ研究スルニ至レルハ十八世紀ノ中央ノ出來事ヲ以テ純正主義實利主義折衷主義ノ三ニ大別ス 苟モ一國ニ刑罰法令ヲ設ケアル以上ハ其規定ノ成文タルト不文タルトヲ問

ハス必スヤ一定ノ主義ナクシテハアルヘカラス又隨テ何所ナル古ト云ヘトモ刑罰制度ノ根本タル思想ヲ論究シタルモノハ必ス存在セリ乍併現今文明諸國ノ刑罰制度ノ新風潮ヲ惹起スルニ至リタル近キ機會ハ十八世紀ノ後半ノコトタリ蓋シ十七世紀ハ中世ノ所謂暗國時代ヲ經過シ來リ(中世トハ一千四百五十三年以前ヲ云フナリ)近世ノ始メ政治上宗教上社會上道德上其他各種ノ弊害ノ極端ニ達シタル反動トシテ總テノ方面ニ改革談ノ起リタル時代ナリ次テ十八世紀ニ佛國ニアリテハ彼ノ文壇ノ三傑ト稱セラル、モンテスキュー、ボルテール、ルソーノ諸氏輩出シ獨逸ノ方面ニテハフオイエルバ、ハ伊國ニテハベツカリヤ、フイランギーリ其他ノ俊才起リテ殊ニ社會制度ヲ哲學的ニ研究シ遂ニ各方面ノ改革ヲ遂クルニ至ラシメタリ而シテ刑罰ニ關スル制度モ此時代ヨリシテ始メテ哲學的ノ根據ヲ搜索スルニ至リ特ニ刑罰權基本ノ論ヲ生スルニ至レリ

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



善ニハ善果アリ惡ニハ惡果アリ罪ト云テ惡事ヲ働キタル以上ハ刑ト云フ惡報ヲ受ケサル可ラス刑罰ハ固ト國家權力ノ作用トシテ生スル所ナリト雖モ其因テ起ル所亦此理ニ外ナラス故ニ人若シ國家ハ何故ニ吾人ヲ罰スル權アリヤ刑罰權ノ基本奈邊ニ存スルヤト問ハ、因果應報ノ眞理ニ理由スレ答ハサル可ラスト云フ是純正主義ノ骨髓ナリ蓋シ同ク純正主義ニ屬スル學者ハ中ニモヂヤコビ氏ノ如ク良心ヲ根柢トシテ立論スルモノアリカゾト氏ノ如ク純理ヲ基礎トシテ演繹スルモノアリト雖モ其歸スル所ハ如上ノ一點ヲ出テス

純正主義ハ因果應報ノ理ヲ其骨子トナシ科刑ハ科刑自體理ニ於テ應ニ然ラサルヲ得サル關係アリトナスカ故ニ其基礎其目的總テ科刑自體ヲ以テ説明スルニ足ルモノトナスヲ以テ別ニ絶對主義又ハ主觀主義ノ分類名ヲ附スルモ可ナリ

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

實利主義ノ眞面目ヲ言悉シタルハ英ノベンタム氏ノ所論ナリ氏曰ク刑罰權ノ基本ニ關シテハ特ニ之ヲ言フヘキモノナシ獨リ刑罰權ノミナラス政府ノ有スル權利皆然ラサルハナシ多數ニ利益アラハ正當ト云フ可ク多數ニ利益タラハ不正當ト云フヘシト即チ刑罰ヲ科スル根本亦國民多數ノ利福増進ニ在リトスルカ本主義ノ精神ニシテ其論ノ適用上有形ハ脅迫說無形ハ脅迫說懲罰說社會防衛說其他ノ小分類ヲ生ス

實利主義カ科刑ノ本源ヲ論スルハ刑ヲ科スルニ依リテ別ニ收ム可キ利益アル爲ナリト云フニ歸着ス即チ科刑自體ハ可モノナク不可モノナク其岐ル標準他ニ在リト爲スモノナルカ故ニ相對主義トモ客觀主義トモ名ケテ可ナリ

四) 折衷主義ニ在リテハ正義ト利益ト相俟テ刑罰權ノ根據ヲ成スモノト爲シ其一ヲ欠キタルヲ不正ノ處罰ナリト斷定ス

純正主義ノ論者ハ因果應報罪惡必罰ノ觀念ヲ以テ刑ノ基礎ト爲シ實利主義ノ論者ハ多數ノ利益ヲ準則トシテ刑ノ根本ヲ論スルゴト上ニ述フル如シ爰ニ於テ折衷主義ノ論者之ヲ評シテ曰フ偏ニ正邪善惡ノ絶對的觀念ヲ以テ刑



罰ノ根本ヲ議セントスルハ是道德ト法制トヲ混同シタル見解ニシテ政教ノ分立シ且ツ分立セサル可ラサル今日ニ通セサル論ナリ然レトモ實利主義ノ缺點ハ更ニ之ヨリモ大ナリ利益ノ一點ヲ去就ノ標準ト爲スカ如キハ禽獸ト何ノ擇ム所ナク倫理思想ヲ有スル人間ニ許ス可ラサル言ナリ故ニ此二點ヲ折衷シ正義ノ觀念ニ加フルニ利益ノ關係ヲ以テシ以テ本問ノ解決ヲ求メサル可ラスト

折衷主義ノ學說ニ於テ正義ノ觀念ト利益ノ關係トヲ一團ト爲シ犯罪并ニ刑罰ノ準則ヲ立ツルコト左ノ如シ  
犯罪ノ關係ニ於テ國家ハ(1)德義ニ反クモノヲ悉ク犯罪ナリト爲ス克ハス是政教ノ混同ナリ(2)然レトモ德義ニ反カサルモノヲ罰スルハ無道ナリ(3)即チ德義ニ反クモノ、中ニ就テ更ニ利益ヲ害スルモノニ初メテ犯罪ナル名稱ヲ下スコトヲ得、畧言セハ犯罪ハ背徳ト加害トノ二點ヨリ成ル  
刑罰ノ關係ニ於テ國家ハ(1)苟モ罪アルモノハ之ヲ不問ニ附ス可ラス罪惡必罰ハ嚴ニ德義ノ要求スル所ナリ(2)然リト雖モ刑自体ノ性質及ヒ分量モ不徳

八

且ツ有害タル可ラサルカ故ニ罪刑其權衡ヲ保チ自懲他戒ノ效ヲ收ム可シト  
以上説述スル折衷主義ハ今日尙内外大多數ノ刑法學者ノ是認スル所ナリト雖モ余ヲ以テ之ヲ觀レハ正義ナル絶對觀念ト利益ナル相對關係トヲ接續セ

ント試ミタル結果實際行ハル可ラサル空論ニ終レリト評セサルヲ得ス  
(五)夫レ六合ハ有無ノ界ヲ出テス人事ニ善惡ノ二道アリ爲不爲ノ必然的關係ニ外ナラス而モ宗教ト道德ト國法トノ分派ニ於テ其一派ヲ統フル原理ナカラシヤ正邪善惡ノ觀念ハ僞トシテ之ヲ排スヘキニアラス止タ國法ノ基礎ヲ解スルニ方リテハ社會的生存ノ實利實害已上ニ遡ル必要ナキヲ信セントス

宇宙ノ森羅万象其究極スル所奈何之ヲ耶蘇ノ門ニ敲カハ「ゴツド」ナリト答ヘ  
ノ轉シテ禪家ノ言ニ徵サハ無ナリト云ハシ彼カ眞カ此カ眞カ吾遂ニ之ヲ知  
ラス然レトモ岐レテ有無ノ二界ヲ生シ人類有界ノ一ニ在リト爲サスンハ百  
科諸學何等ノ用ユル所アラス

人類ノ事之ヲ一ノ動物トシテ其關係ヲ觀察スルモ可ナリ驕ツテ思想ト行動  
トノ方面ヨリ觀念セハ爰ニ初メテ善ト云ヒ惡ト云フヘキ諸關係アルヲ知悉



ス人事ハ善惡ノ二門ヲ出テサルナリ。何ヲカ善ト云ヒ何ヲカ惡ト云フ宗教ト道德ト其標準同シカラス信仰ハ宗教善ニシテ不信仰ハ宗教惡ナリ正ハ道德善ニシテ不正ハ道德惡ナリ「ゴツド」ヲ認ムルト神ヲ認ムルト佛ヲ認ムルト良心ヲ認ムルト理義ヲ認ムルト標準ニ差アリト雖モ之ヲ一括セハ爲ス可キヲ爲シ爲ス可ラサルヲ爲サストノ一義（爲不爲ノ必然的關係）ニ了ラン果シテ然ラハ正邪善惡ノ論必スシモ僞ナリト謂フ可ラス

然ラハ國法ノ根據モ夫ノ純正主義ノ論者及ヒ折衷主義ノ論者ヲ如ク正邪善惡ナル絶對觀念ニ在リトナスヘキ乎正不正善惡歸スル所爲不爲ノ必然關係タルハ前段ニ論スル所ノ如シ爲ス可キヲ爲シ爲ス可ラサルヲ爲サスト云フニ異ラス宗教ニモ此事アリ道德ニモ此事アリ爰ニ於テカ國法善トハ何ソヤ國法惡トハ何ソヤノ問題ヲ解スルノ途ヲ探ラサル可カラズ國家ハ權力主体ニシテ人類共同生存ニ其源ヲ汲ムモノトス換言セハ吾人々類ノ現ニ團體的生活ヲ爲シ且ツ團體的生活ヲ爲ス可キ性質ヲ有スル是レ國

家ナル權力ヲ認ムル所以ノ理ナリ果シテ然ラハ權力ノ抽象的又ハ具體的ノ行使タル法令ノ制定及ヒ適用亦盡ク其源ハ人類ノ共同生存ニ在リト云ハサル可ラサル順序トス知ル可シ共同生存ニ利アル所即チ國法善ニシテ共同生存ニ害アル所即チ國法惡タルヲ

如上ノ理ハ國法全体ニ通ス其如何ナルモノハ之ヲ刑法關係ト爲シ其如何ナルモノハ之ヲ非刑法關係ト爲ス可キカ余ノ信スル所ニ因レハ之ニ關シテ初ヨリ斷定ヲ下ス可キ一定ノ準則アル可キモノニアラス止テ刑罰ナル特別ノ制裁ノ助ヲ藉ルニアラスンハ法序ヲ維持スル能ハサルモノヲ捕ヘ來リテ以テ刑事關係ト爲ス可ク此ノ如キ助ヲ要セサルモノハ以テ非刑法關係ト爲ス可シト

之ヲ要スルニ刑罰權ノ基本ニ關スル論ハ今日ト雖モ學說紛々トシテ其歸着スル所ヲ知ラス特ニ此問題ヲ細論スルハ刑法哲學ナル別ノ一科目ノ範圍ニ屬スヘキモノナルカ故ニ其大要ヲ述フルヲ以テ満足セン止ターノ注意スヘキ點ハ之ヲ以テ國成文法ノ解釋ニ何等ノ實益ヲシトスルノ謬タルコト是



ナリ苟モ基本ノ觀念ヲ失ハシカ例ヘハ現行法ノ中ニ於テモ再犯加重假出獄ノ如キ政策ノ因テ起ル所以ヲ解スル克ハサラン特ニ草案ノ中ニ於ケル執行猶豫ノ制度ノ如キハ全ク之ヲ説明スル途ナシ余カ先ニ純正主義及ヒ折衷主義ヲ實際ニ通セサル空論ナリト評シ共同生存ノ必要條件ヲ準則トセザル可キト主張スル所以ノモノモ其實此等ノ各制度ヲ初メ刑罰法令一切ノ條項ノ解釋ニ一大關係アリト認メタルノ故ノミ

# 第一編 犯罪

## 第一章 總論

### 第一節 犯罪ノ定義

一 犯罪(形式上)トハ刑ヲ科シタル不法行為ヲ謂フ換言スレハ刑罰法令ニ列舉シタル行為ニシテ有責不法ノ舉働ナリ

如何ナル條件ヲ備フルヲ以テ犯罪ト爲スヤト云フ問題ハ哲學上ヨリ之ヲ論スルコトヲ得又國法上ヨリ之ヲ論スルコトヲ得哲學上犯罪ト云フハ實質上ノ犯罪ト云フト同一ノ意味ニシテ國法上ノ犯罪トハ爰ニ所謂形式上ノ犯罪ヲ指示シ吾人ノ研究セント欲スル所ハ此形式上ノ犯罪即チ國法ヲ基礎トシタル犯罪ノ形式ニ在リ

廣ク不法行為ト云ヘハ一國ノ法令ノ禁制スル所ヲ爲シ命令スル所ヲ爲サ、ル總ヘテノ場合ヲ包含スルヲ以テ憲法ニ違ヘハ憲法上ノ不法行為ヲ生シ民



法商法行政法ニ違ハ又民法上商法上行政法上ノ不法行為ヲ生シ何レノ法令ニ違反スルモ其不法行為タルノ點ハ常ニ一ナリ而シテ犯罪モ亦此不法ト云フ點ノミヲ見レハ他ノ不法行為ト其性質ヲ異ニスル所アルニ非ス唯其制裁ヲ異ニスルノミトス

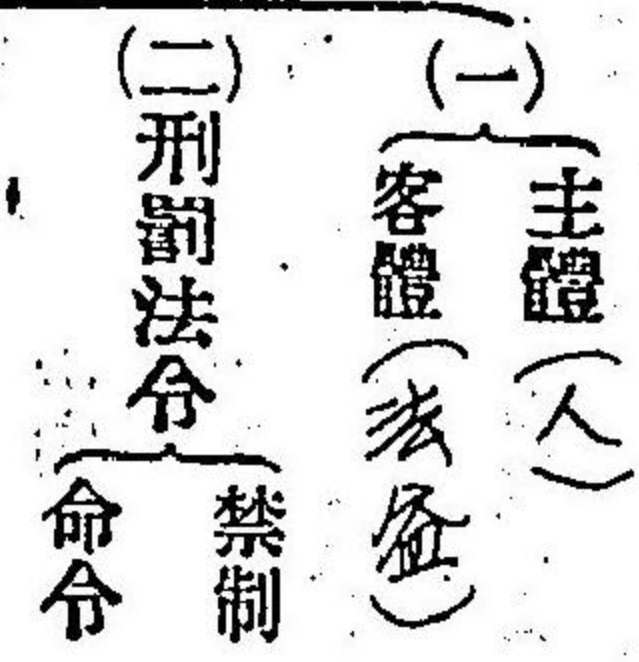
法令ハ其實際ニ行ハル、擔保トシテ之ニ各種ノ制裁ヲ付スルヲ常トス制裁ニハ強制執行原狀回復刑罰等ノ種類アリテ各々其執行ノ形式ヲ異ニス而シテ若シ國法違反ノ行為ニシテ其制裁トシテ刑罰ヲ加フルモノアレハ之ヲ總稱シテ犯罪ト謂フ

故ニ犯罪ナル不法行為ト他ノ不法行為トノ區別ノ主眼ト爲ルヘキモノハ其制裁ノ刑罰タルヤ否ヤニ在リ然レトモ其不法行為タル點ニ付キ總ヘテニ通シテ適用サルヘキ條件アリ即チ苟モ不法行為タルニハ法令ノ禁制シ命令シタル所ニ違反スル舉動アルコト及ヒ其舉動ヲ爲シタル者ハ責任ノ能力ヲ有シ且責任條件ヲ完備シタルコトヲ要ス故ニ刑罰ヲ制裁トシタル不法行為ト云フ犯罪ノ定義ヲ更ニ少シク詳言スレハ刑罰法令ニ列舉シタル舉動ニシテ

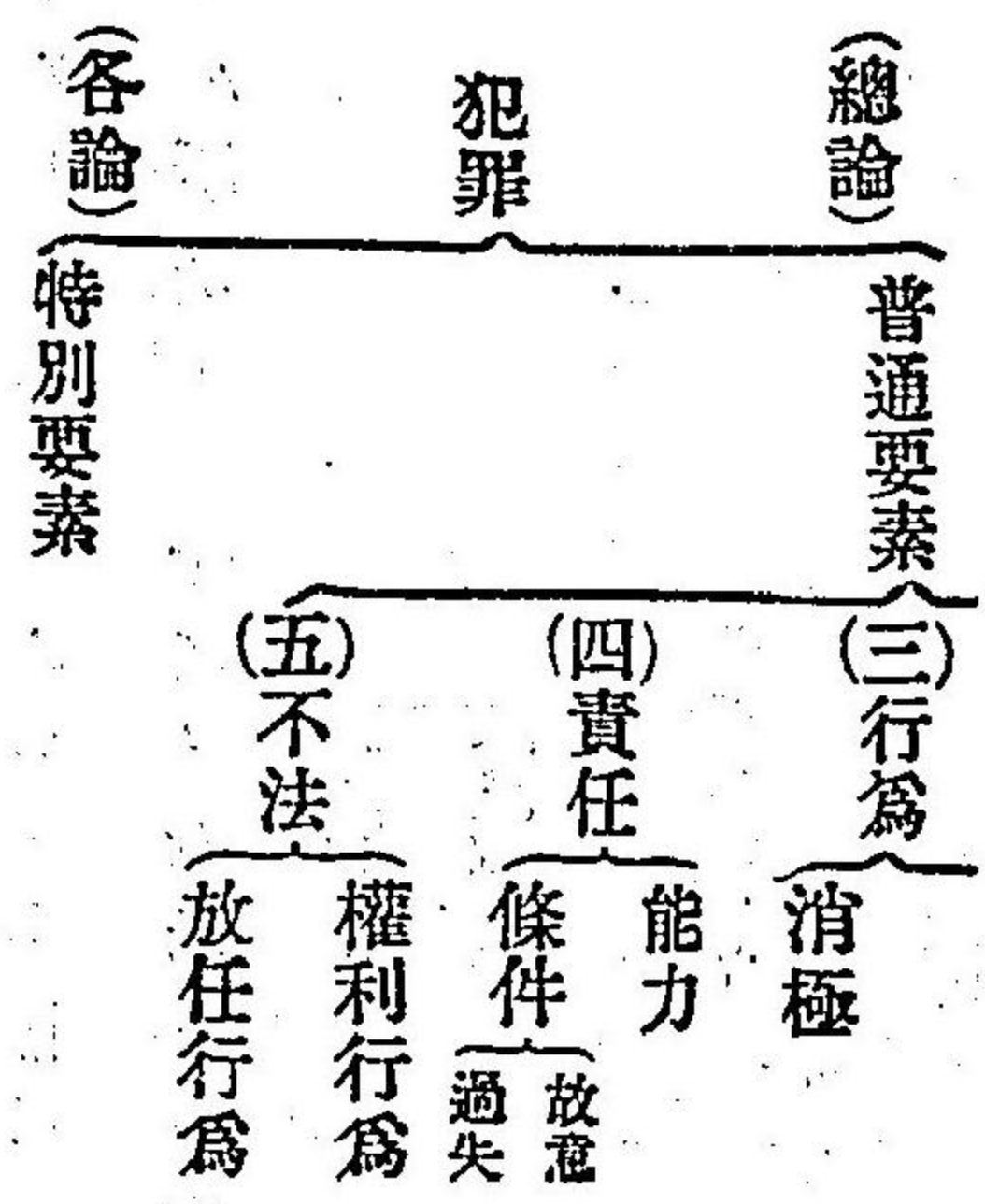
有責且不法ナルモノヲ謂フト云サル可カラス

### 第二節 犯罪要素ノ概念

- 一 犯罪ノ成立要素ニ普通ノモノアリ特別ノモノアリ普通要素ハ犯罪全体ニ通シ特別要素ハ一定ノ犯罪ニ限リ必要ナル條件ナリ
- 二 犯罪全體ノ成立要素トシテハ(1)人其主體トナリ法益其客體トナルヲ要シ(2)刑罰法令アルヲ要シ(3)刑罰法令ニ列舉シタル舉動アルヲ要シ(4)其行為ハ責任アルモノタルヲ要シ(5)且不法ノモノタルヲ要ス本編第二章乃至第六章ニ論スル所是ナリ今之ヲ表示セハ左ノ如シ







四 特別ノ成立要素ハ各論ニ於テ論スヘキモノトス、普通要素ニ一定ノ制限ヲ加ヘタルモノト全ク普通要素ノ外ニ存スルモノトノ二種アリ

## 第二章 犯罪ノ主體及ヒ客體

茲ニ一ノ犯罪アリトスレハ何者カ之ヲ犯シタルヤ又何者ニ對シテ之ヲ犯シタルヤノ二問題ヲ生スヘシ、犯罪ノ主體トハ國法上罪ヲ犯ス資格ヲ備フル者ヲ謂ヒ又客體トハ罪ノ物體即チ目的物ヲ謂フ

## 第一節 主體

一 近世ノ進歩シタル刑法上犯罪ノ主體トナルコトヲ得ルハ獨リ人ニ限ラル古ノ如ク人以外ノモノヲ犯人トシテ罰スルコトナシ

古ノ刑罰法令ニ於テハ人ノ既ニ死シタル後其死體ニ向テ裁判ヲ下シ或刑罰ヲ加ヘタルコトアリ甚タシキハ人以外ノ各種ノ動物(鼠豚毛虫ノ如シ)ヨリ動物以外ノ全ク生活機能ヲ有セサルモノニ對シテモ有罪ノ判決ヲ下シ刑ノ執行ヲ爲シタル例ニ乏シカラス殊ニ歐洲ニ於テハ宗教法ノ行ハル、時代ニ多ク其實例アリ然リト雖モ現今ニ至リテハ一國ノ法令ハ人ニ對シテノミ或行為ヲ禁制シ若クハ命令スヘク人以外ノモノハ單ニ權利又ハ義務ノ目的物トナルニ過キスト爲ス觀念確實トナリ隨テ人以外ノモノヲ犯人即チ犯罪ノ主體トシテ論スルコトハ一般ノ文明國ニ全ク其跡ヲ絶テリ

二 自然人出生ノ時期ニ付テハ獨立呼吸說ヲ是認ス但シ幼者ニ對シテハ責任年齡ノ規程アリ死亡ノ時期ニ關シテハ未タ定說アルヲ知ラス



人ノ出生時期ヲ定ムルハ總テ國法ノ關係上必要ナル問題ナリ固ヨリ法令ノ種類ニ因リテハ少シク之ヲ早メ胎兒ヲ以テ既ニ出生シタルモノト看做ス場合アリト雖モ尙此カ眞ノ出生時期ヲ定ムルハ必要ニシテ之ニ關スル學說ハ疣痛說、一部露出說、全部露出說、生聲說等種々アリト雖モ獨立呼吸說ハ余ノ正當ト信スル所ノ說ニシテ之ヲ詳言スレハ胎兒カ胎盤ニ依ル瓦斯ノ交換ヲ止メ肺ニ依リテ自ラ大氣ヲ呼吸スルニ至リタル時期ヲ以テ出生ノ時期ト定ムル說ヲ謂フ而シテ國法ノ目的ヨリ之ヲ言ハハ疣通ノ起リタル時期ヲ以テ出生ト看做スカ又ハ獨立呼吸スルニ至リタル時期ヲ以テ出生ト看做スカ其一二依ルヲ以テ可トスレトモ兩者ノ得失ハ遽ニ斷言スルコトヲ得ス而モ特別ノ規定ナキ以上ハ獨立呼吸ヲ以テ出生ノ標準ト爲スヲ理論ニ適シタルモノト信ス

右述フル所ハ人ノ出生時期如何ヲ論シタルモノニシテ人トシテノ生存ハ此標準ニ基キ始メテ開始セラル、ニ至ル是ニ於テカ刑法ノ關係ニ付テハ左ノ二個ノ問題ヲ生ス

- 第一 人ハ出生スルト同時ニ其瞬間ヨリ罪ト爲ルヘキ行爲アレハ直チニ犯人トシテ論スルコトヲ得ルヤ此問題ニ關シテハ知識ノ發達ヲ標準トシテ各國共ニ一定ノ制限ヲ付セリ後日責任能力ヲ論スルニ當リテ之ヲ詳述スヘシ
  - 第二 人カ被害者ノ地位ニ立チタル場合ニハ責任能力ナキ者ト雖モ尙殺傷罪ヲ構成スヘキヤ此問題ニ關シテハ然リト答ヘサルヘカラス蓋シ假令責任能力ナキ者ト雖モ人タルノ點ニ付テハ全ク區別ナキカ故ニ出生シタル瞬間ニ於テ其者ヲ殺スモ尙尋常一様ノ殺人罪ナリト云ハサルヘカラサレハナリ
  - 三 法人ハ特別ノ法令ヲ設ケタル場合ノ外犯罪ノ主體トナルコトナシ
- 法人ノ如何ナルモノタルカハ行政法又ハ民法等ニ於テ特ニ論定スヘキ問題ニシテ公法上ノ人ト看做シタルモノ私法上ノ人ト看做シタルモノアリ即チ法令上財産其他ノ利益ヲ人ト看做ス場合アリ或ハ人ノ集合體ヲ一個ノ人ト看做スコトアリ(會社ノ如シ)此等ヲ總稱シテ法人ト云フ而シテ法律既ニ之ヲ人ト認ムル以上ハ刑法ニ於テ犯人トシテ論スル場合アリヤノ問題ヲ生ス我國現今ノ解釋論トシテハ特ニ法人ヲ法人トシテ處分スヘキ明文アルニ非サ



レハ決シテ之ヲ犯罪ノ主體即チ犯人ト看做スコトヲ得ス而シテ我國法ニ於テ現ニ法人ヲ罰スルハ左ノ法令ニ其實例アリ

- (1) 明三三年三月法第五二號法人ニ於テ租税及ヒ葉烟草專賣ニ關シ事犯アリタル場合ノ件第一條
- (2) 明三三年三月法第五六號鐵道船舶郵便法第一九條
- (3) 明三三年三月法第五九號電信法第四二條
- (4) 明治三六年警視廳令第三二號電氣鐵道取締規則第五三號
- (5) 明三七年內務省令第一號肺結核豫防法

### 第二節 客體

四 一切ノ法益ハ犯罪ノ客體トナルコトヲ得法益ハ法令ノ保護スル利益ト云フノ節略語ナリ(法令自體ノ利益ヲ云フニ非ス)故ニ例ヘハ犯罪ノ主體トナルコトヲ得サル胎兒并ニ遺骸ノ如キモ其客體(被害物體)トナルコトヲ妨ケス法人乃至禽獸草木亦同シ

藝ニ述ヘタルカ如ク人類以外ノモノハ權利義務ノ目的物體ト爲ルコトヲ得ルニ過キス而シテ其物體ニ對シ法令カ人類ノ或行爲ヲ禁制シ或ハ命令スルニ因リテ特ニ法令ノ保護ヲ受クルモノト爲ルナリ法令ノ保護ヲ受クルモノ即チ法令ニ依リテ保護セラル、利益ヲ法益ト云ヒ一切ノ犯罪ハ法令ノ保護スル利益ヲ侵害スルニ因リテ成立スルモノニシテ其利益ノ持主ヲ被害者ト云フ例ヘハ甲某ナル盜人乙某ノ財囊ヲ窃取シタリトセンニ甲某ハ犯罪ノ主體即チ犯人ニシテ乙某ハ損害ヲ受ケタル者即チ被害者ナリ又財囊ハ法ノ保護スル利益ニシテ犯罪ノ物體即チ被害物體ナリトス

## 第三章 刑罰法令

### 第一節 罪刑法定主義

一 犯罪及ヒ刑罰ヲ定ムルニ擅斷主義ト法定主義トノ二アリ擅斷主義トハ裁判官其職權ヲ以テ隨意ニ罪ノ有無ヲ決シ適宜ノ刑ヲ宣告スル制度ヲ謂ヒ法定主義トハ豫メ明文ヲ以テ罪トナル行爲及ヒ之ニ科スヘキ刑ヲ定メ裁判官ハ只



之ヲ適用スル職權ノミヲ有スル制度ヲ謂フ我國ニ在リテハ現行刑法ニ依リ初  
メテ法定主義ヲ採用スルニ至レリ(刑二)

何レノ國ニ在リテモ元始時代ニ遡レハ刑法法典ト名ツクヘキ明文ノ刑罰法  
令ノ設アラズ其後ニ至リ法文ヲ設ケテ罪ト爲ルモノ爲ラサルモノ及ヒ之ニ  
科スヘキ刑ヲ定ムル國尠カラスト雖モ再ヒ慣習法國トナリ若クハ一部ノミ  
慣習法ニ依リテ罪及刑ヲ宣告スル例ヲ多シトス

右ノ如ク豫メ法文ヲ以テ犯罪及ヒ刑罰ヲ定ムル主義ト裁判官ノ認定ニ放任  
スル主義トヲ比較スレハ各々長短アリト雖モ若シ總テ裁判官ノ認定ニ一任  
ストスレハ多クノ裁判官ノ中ニハ其職權ヲ濫用シテ偏頗不公平ナル裁判ヲ  
爲ス虞アルノミナラス假令此ノ如キ弊害ナシトスルモ國內幾千幾百ト云フ  
多數ナル法官カ悉ク賢明ニシテ總テ理論ニ適シタル裁判ヲ爲スト云フ推測  
ハ事實上之ヲ下スコトヲ得ス故ニ近世文明國ニ於テハ總テ犯罪成立ノ條件  
ト之ニ科スヘキ刑罰ノ種類トハ豫メ法令ヲ以テ定ムル所謂法定主義ヲ採用  
スルニ至レリ

我國ニ於テハ大古ハ固ヨリ不文法國タリ中古ニ至リ文武天皇ノ朝ニ於ケル  
大寶律令ニ依リテ一タヒ成文法國ト爲リタリト雖モ其後再ヒ長ク不文法國  
ト爲リ降テ明治三年ニ新律綱領明治六年ニ改定律例ト稱スル法典ヲ頒布セ  
ラレタリ而モ此時代ニハ尙不應爲律ト名クル規定存在シ極メテ輕微ナル事  
件ハ裁判官ノ認定ニ依リテ或行爲ノ罪ト爲リ若クハ罪ト爲ラサルヲ定ムル  
コトヲ得タリ然ルニ現行法ノ實施セラル、ニ至リ(明治十五年一月一日)其第  
二條ニ於テ法律ニ正條ナキモノハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス  
ト云フ原則ヲ置キ之ニ對シテハ何等ノ除外例ヲ認メサルカ故ニ現行法ニ至  
リ我國ハ始メテ純然タル罪刑法定主義ノ國ト爲リシナリ

法定主義ト放任主義擅斷主義トハ各々利害得失アリト雖モ法定主義ヲ以テ  
勝レルモノト爲スハ今日文明國一般ノ風潮ナリ但其刑ノ分量ヲ定ムルニ至  
リテハ或ハ過度ニ法定主義ニ傾クモノアリ或ハ過度ニ放任主義ニ傾クモノ  
アリテ其中庸ヲ得ルハ立法者ノ最モ困難トスル所ナリ近年ニ至リテ刑法改  
正ノ企圖セラル、ニ當リ其改正案ニ反對スル者ノ理由亦種々アリシト雖モ



刑ノ分量ニ於テ改正案ハ頗ル放任主義ニ失スト爲シ此點ヲ以テ最モ重ナル批難ト爲シタリ

二 刑罰法令ノ明文ニ漏レタル行爲ハ罪トナラス[Nulla crimina sine lege poenali]刑法ナクンハ如何ナル犯罪モ無シ是レ特ニ刑罰法令ヲ以テ犯罪ノ一要素ノ中ニ列シタル所以ナリ但同シク無罪(犯罪不成立ノ謂)ナリト雖モ明文ニ漏レタル行爲自體ノ性質ハ一樣ナラス本編第六章ヲ酌シテ自得スヘシ

刑法第二條ニ依リ苟モ法令カ豫メ罪ト爲ルコトヲ明言セザリシ行爲ハ如何ナルモノト雖モ之ヲ犯罪ト云フコトヲ得ス此現今我國ニ行ハル、主義ヲ首トシ苟モ法定主義ノ刑罰制度ヲ採用スル所ノ國ニ於テハ有罪ノ宣告ヲ下スニ當リ刑法第何條ニ依リ若クハ何々法令第何條ニ依リ之ヲ犯罪トスト云ヒ法令ノ正條ヲ指示スルコトヲ以テ缺クヘカラサルノ條件ト爲セリ故ニ刑罰法令ノ存在ハ形式上即チ國法上犯罪成立ノ唯一ノ條件ナリト云ハサルヲ得ス法令カ犯罪ノ要件ナリトハ之ヨリ以上ノ意味ヲ有セス而シテ此點ニ付テノミノ解釋ハ何人ト雖モ反對スルヲ得ス又反對セント欲スルモ實際理論當

然ノ結果トシテ爲シ能ハサルナリ

刑法ヲ緝キテ各本條ヲ通覽スルニ債權ヲ取立ツル罪ト云フヲ認メス又私通ヲ罪ト認ムルノ法文ナシ而シテ此二種ノ所爲ハ共ニ處罰スヘキ明文ナキカ故ニ罪ト爲ラサルノ點ハ同一ナリト雖モ債權ヲ行使スル如キハ管ニ罪ト爲ラサルノミナラス法律ノ保護スル權利實行ノ性質ヲ有ス之ニ反シテ野合ハ之ヲ罪トセサルモ又同時ニ決シテ法律ノ保護スル所ノモノニ非スシテ單ニ法令カ放任スル性質ノモノタルニ過キス

以上述フル所ニ依リテ之ヲ見レハ法令ノ明文ニ漏レタル無罪ノ行爲ハ尙其性質ニ種々アルコトヲ知ルヘキナリ

三 明文ナキ行爲ヲ罪トスルコト能ハサル結果トシテ刑法ハ民法ト異リ(一)類似解釋ヲ爲スコトヲ許サス但シ(二)勿論解釋(Argument a fortiori)ハ之ヲ禁スルモノニ非ス

(一)民法商法等ニ於テハ原則ト爲ルヘキ規定ノミヲ置キ之ニ類似ノ關係ハ其原則ヲ類推シテ適用セシムル方針ヲ以テ編成セリ之ニ反シテ刑法ハ其第二



條ニ正條ナキモノハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得スト云フ規定ヲ設ケタル結果トシテ如何ニ類似ノ場合ト雖モ明文ナキモノヲ之ニ類似ノ法文ヲ援引シテ處罰スルコトハ固ク禁スル所ナリ蓋シ刑法ハ吾人ノ生命自由財産ニ直接重大ナル關係ヲ有スルモノナルカ故ニ吾人ニ對スル保障トシテ其解釋ハ最モ嚴確ニシテ苟モ明文以外ノ事實ニハ鑰銖モ類推適用スルコト無カラシムルノ趣旨ヲ明ニシタルモノナリ今一例ヲ舉クレハ曾テ魯西亞ノ皇太子殿下カ大津ニ於テ兇漢ノ爲メ危害ヲ受ケサセラレタルコトアリ此場合ニ於テ刑一一六條ニ照シテ處斷スヘシト爲スハ一應其道理アルカ如クナレトモ該條ニ所謂皇太子ハ日本ノ皇太子殿下ノミヲ奉稱スルモノナルカ故ニ事態固ヨリ重大ナリシト雖モ當時彼ノ事件ニ該條ノ適用ヲ許サ、リキ是レ即チ刑法ハ事實ノ類似ナルヲ理由トシテ法文ノ比附援引ヲ許サ、ル原則ノ好適例ナリ

(2) 類似解釋ニ似テ非ナルモノハ本文ニ所謂勿論解釋ナリ例ヘハ甲乙二個ノ場合ノ性質全ク同一ニシテ而モ甲ノ場合ハ乙ノ場合ニ比シテ一層其理由ニ

重キヲ加フヘキ事由アリ而シテ乙ノ場合ニ對スル刑罰法令アリテ甲ノ場合ニ對スル明文ナキ場合ニハ乙ノ場合ニ於ケル法文ニ依リ甲ノ場合ヲモ處分スルコトヲ得此ノ如キハ決シテ法文ノ比附援引ニ非スシテ法令ノ精神ヲ適用スルモノナリ一例ヲ舉クレハ魚類ヲ保護スル目的ヲ以テ釣ヲ禁スル明文アレハ此法文ハ言葉ハ唯釣ト云フニ過キスト雖モ其精神ハ魚類ノ保護ニ在ルカ故ニ之ニ由リテ網ヲ投スルコトヲ禁シ得ルナリ即チ一層理由ノ重キヲ加フルカ故ニ之ヲ勿論解釋ト名クルナリ

刑罰法令ノ明文ハ其書法ヨリ之ヲ分類スレハ禁止的ノ法文ト命令的ノ法文トノ二種アリ例ヘハ刑三六六條ニ人ノ所有物ヲ窃取シタル者ハ窃盜ノ罪ト爲スト云フ規定アリ此法文タルヤ人ノ物ヲ窃取スル勿レ窃取スレハ窃盜ナリト云フ禁止的ノ法文ナリ刑罰法令ノ法文ハ大多數ハ此ノ如キ禁止的ノ體裁ニ規定セラル、ヲ常トス然レトモ又他ノ法文例ヘハ刑三四〇條ニ於テ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レハ之ヲ扶助シ又ハ相當官署ニ申告スヘシ若シ違ヘハ何々ノ刑ニ處スト云フ命令的ノ



書法アリ此ノ如ク命令ノ形式ニ規定サレタル法文ハ法令中稀ニ見ル所ナリ』  
 右刑罰法令ノ禁止ト命令トハ其本質ニ異ル所ナクシテ唯法文ヲ設クルニ當  
 リテノ書法ノ差別タルニ過キス故ニ若シ其裏面ニ立入りテ考フレハ禁止ノ  
 裏面ニハ命令ヲ包含シ命令ノ裏面ニハ又禁止ヲ包含スヘシ尙之ヲ換言スレ  
 ハ前掲ノ例ニ於テ窃取スル勿レト云フ禁止ハ窃取セスト云フ行爲ヲ爲スヘ  
 シト云フ命令ヲ包含シ又扶助スヘシト云フ命令ハ扶助セスト云フ行爲ヲ爲  
 ス勿レト云フ禁止ヲ包含ス故ニ其法則ニ對シテ罪ト爲ルヘキ行爲ノ性質ハ  
 禁止的ノ法文ニ付テモ或事ヲ爲サスト云フ消極的ノ行爲ニ因リテ罪ト爲ル  
 場合アリ又命令的ノ規定即チ或事ヲ爲スヘシト云フ法文ニ對シ一定ノ行爲  
 ヲ爲スト云フ積極的ノ行爲ニ因リテ罪ト爲ル場合アリ尙此關係ハ第四章行  
 爲ノ性質ヲ述フルニ當リ自ラ明瞭スル所アルヘシ

### 第二節 刑罰法令ノ效力

四 效力アル法令トハ其法令ノ推定シタル事實ノ生シタル場合ニ之ニ對シテ

豫メ定ムル所ノ結果ヲ附與スルコトヲ得ルモノヲ謂フ時ト人ト處トニ關係ア  
 リ

效力アル法令ト云フハ實施力アル法令ト謂フニ同シ一國ノ法令ハ其成立ノ  
 時期ト實施力ヲ生スル時期トハ必シモ同一ニ非ス例ハ法律ト云フ形ノ國  
 法ハ帝國議會ノ協賛ヲ經テ天皇ノ裁可アリシ時ニ成立スルモノニシテ其協  
 賛ト裁可トノ何レノ一ヲ欠缺スルモ不成立ト爲ル然レトモ成立ト同時ニ直  
 ニ實施力ヲ生スルハ稀ナル所ニシテ原則トシテハ公布アリタル後一定ノ日  
 時ヲ經過シ初メテ實施力ヲ生スヘキナリ例ハ其法令カ決闘ヲ禁スル條例  
 ナリトスレハ公布ノ後實施力ヲ生スル前ニ決闘ナル事實アルモ之ニ其條例  
 ヲ適用スルコトヲ得ス其實施期限後ニ起リタル事實ニシテ初メテ之ヲ適用  
 スルヲ得ルナリ此ノ如ク實施力ヲ有シタルモノ之ヲ效力アル法令ト云フ

#### 第一款 時ニ關スル效力

五 正條ナキ行爲ヲ罰スル能ハサル結果トシテ行爲ノ當時之ヲ罰スル法令ナ  
 キトキハ其後ニ至リテ制定セラレタル法令ニ依リ之ヲ處罰スルコトヲ得ス行



爲ノ當時法令存シテ實施力ナキ場合亦同シ此原則ヲ名ケテ刑法不遡既往(Non retroactivité nichtrückwirkendbarkeit)ト謂フ

刑法第二條ニ明文ナケレハ犯罪ハ成立セスト云フ原則ヲ設ケタリ其結果トシテ吾人臣民ハ其日々ノ行動ニ於テ現ニ存スル法律命令ニ禁止サレタルヤ否ヤヲ見テ其爲スヘキ所爲スヘカラサル所ヲ決スヘキナリ今日別ニ罰則ナキ行爲ヲ爲シテ明日效力ヲ生シタル法令ノ爲メニ刑罰ヲ受クルカ如キコトアラハ臣民ハ遂ニ適從スル所ヲ知ル能ハサルニ至ルヘシ故ニ第二條ノ原則ヲ貫徹セシムル爲メ更ニ第三條一項ヲ以テ刑罰法令ハ實施力ヲ生スル以前ノ行爲ニ遡リテ適用スルコトヲ爲サスト云フ第二ノ原則ヲ置ケリ

六 刑法不遡既往ノ原則ニ例外アリ(1)刑法ノ改正アリタル場合ニ行爲ノ當時ノ刑法ト裁判當時ノ刑法トヲ比較シ新法輕キトキハ既往ノ行爲ニ遡リテ之ヲ適用スヘキモノトス(刑三條)(2)若シ二回以上ノ改正アリテ各輕重アルトキハ其中最モ輕キモノヲ適用ス

(1)右ニ述フルカ如ク刑法ハ既往ニ遡ラサルヲ原則トスト雖モ唯一例外トシ

テ新舊二法ヲ比較シ新法輕キトキハ其所謂重キ舊法時代ノ行爲ニマテ遡リテ適用スヘキモノナリ故ニ改定律例時代ハ竊盜三犯ノモノハ懲役終身ノ規定ナレトモ若シ其時代ノ犯人カ現行刑法ノ實施後ニ判決ヲ受クルトスレハ刑三六六條其他ノ關係法文ニ照シ現行法ニ依リテ處斷シ僅ニ五年以下ノ禁錮タルニ過キス

輕キ新法ヲ既往ニ遡ラシムルニ付テハ刑三條二項ニ未タ判決ヲ經サルモノト云フ一個ノ條件ヲ附セリ而シテ茲ニ所謂判決ハ確定判決ヲ謂フ確定判決トハ一度宣告アリタル後上訴ノ期限ヲ經過スルカ若クハ上訴方法ヲ盡クシテ最早其宣告ヲ動かカス途ナキモノヲ謂フ此ノ如ク一旦判決確定スレハ既ニ事件ノ落着ヲ告ケタルモノニシテ假令新法輕クトモ最早既往ニ遡ラシムルコトヲ得ス之ニ反シテ既ニ宣告アリタルモ尙上訴スルコトヲ得ル時期即チ未確定ノ間ナレハ訴訟關係人(檢事、被告人、法律上代理人、辯護人)ヨリ上訴裁判所ニ上訴ヲ提起シテ新法ヲ適用セシムルコトヲ得ルナリ

(2)刑三條二項ニハ別ニ明文ナシト雖モ廣ク輕キニ從テ處斷スト云ヘルカ故



ニ二回三回以上數回ノ改正アリシ場合ニハ其最モ輕キ法令ニ依ラサルヘカ  
 ラス故ニ例ヘハ行爲ノ當時ノ規則ハ十年以下ノ自由刑ヲ科シ中間ノ規則ハ  
 三年以下ノ自由刑ヲ科シ裁判當時ノ規則ハ五年以下ノ自由刑ヲ科スヘキ場  
 合ニ於テハ宜シク中間ナル三年以下ノ自由刑ノ範圍ニ於テ處分セサルヘカ  
 ラス是レ法文特ニ孰レノ時ノ規則トモ限定セスシテ單ニ輕キニ從テ處斷ス  
 ト云ヘル當然ノ結果ナリトス

此ノ如ク輕キ新法ハ既往ニ遡ルカ故ニ刑罰法令ニ改正アル場合ニハ新法舊  
 法其何レヲ輕シト爲スカヲ區別スヘキ一定ノ標準ナカルヘカラス而シテ刑  
 罰法令ノ輕重ハ素ヨリ其刑罰ノ輕重ニ因リテ之ヲ區別スヘキモノトス然レ  
 トモ種々ノ場合ニ於テ種々ノ困難ナル問題ヲ生スルカ故ニ改正ノ際ニハ必  
 ス之ヲ一定シタル所ノ法則ヲ設クルヲ常トス現行刑法ト舊刑法トノ輕重ヲ  
 見ルニ付テハ明治十四年十二月八十一號布告ニ於テ新舊比照法ノ公布アレ  
 トモ最早今日ニテハ全ク其實用ナキニ至レリ今後若シ刑法ニ改正アレハ現  
 行刑法ト改正刑法トノ輕重ヲ見ルヘキ一個ノ施行法ノ設ケラル、ハ論ヲ俟

タサル所ナリ

### 第二款 人ニ關スル效力

七 日本ノ刑法ハ日本國內ニ於ケル一切ノ犯罪ヲ支配スヘキコト第三項ニ述  
 フル所ノ如シト雖モ左ニ掲クル身分アルトキハ其適用ナシ(放任行爲ノ章參照)  
 (1) 天皇憲三條 (Princeps legibus solutus) 但シ皇族一般ニ及ハス(攝政ニ付テハ議論  
 岐ル)

天皇ハ國ノ元首ニシテ統治權ヲ總攬シ一切ノ國法ハ皆天皇ヨリ制定サル、  
 モノナルカ故ニ國法ヲ以テ天皇ヲ支配スル能ハサルハ當然ナリ彼ノ憲法ニ  
 天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラスト云ヘル法條ノ趣旨モ其一部分ニハ此意味  
 ヲ包含スヘシ之ニ反シテ皇族ハ假令皇位ヲ繼承セラルヘキ皇太子ト雖モ國  
 法ノ淵源ト云フヲ得ス換言スレハ國法ノ支配ヲ受ケサセラル、ナリ攝政ニ  
 付テハ外國ニ於テハ國法ノ支配ヲ受クヘキヤ否ヤニ付キ學說ニ派ニ岐レタ  
 リト雖モ日本ノ憲法及皇室典範ノ精神ヨリ推論スレハ攝政ハ天皇ト同一  
 ニ看做スコトヲ得サル地位ニ在リト爲スヲ以テ正當トシ隨テ國法ノ支配ヲ



受クヘキモノト云ハサルハカラス

(2) 外國ノ君主、大統領并ニ其家族従者、外國ノ君主及セ大統領カ其本國ニ在住スル間ハ素ヨリ言テ俟タズ假令日本國內ニ在住スル間ニ於テ犯罪行為アリタリトスルモ今日ノ國際慣例トシテ決シテ之ニ日本ノ刑罰法令ヲ適用セサルナリ而シテ此カ理由ヲ説明スル者ハ曰ク甲國ト乙國トハ國際慣例上所謂國際公法上同等ナルヲ原則トシ是ト同一ノ理由ニ因リテ一國ノ元首タル君主及大統領モ亦同等ナルヲ原則トスルカ故ニ日本ノ法令ヲ適用セズト今日ノ國際慣例ヲ説明スルニ此理由ヲ以テ十分ナリトスル者アレトモ更ニ進ンテ何カ故ニ此ノ如キ慣例ヲ生スルニ至レルヤヲ説明セシトスルニハ尙未タ盡クサル所アリト云ハサルヘガラス元來國ト國トノ關係ハ古昔ハ相敬視スルニ始マリテ現今ハ全ク互ニ相親和スヘキ時代ニ移レリ然ルニ今一國ノ君主又大統領ヲ國法ニ依リ處分シテ憚ル處ナシトセンカ感情ノ衝突ヲ起シ惹テ國家間ノ親睦ヲ害スルニ至ルコトヲ免レス是レ即チ今日ノ國際慣例ヲ生シタル所以ノ淵源ナリ斯ク解

シテ初メテ其家族従者ニモ同等ノ待遇ヲ與フル所以ノ理ヲ知ルコトヲ得ハ

(3) 信認セラレタル外國ノ交際官(全權大使、公使代理公使、公使館附武官、書記官、書記生、軍使其家族及ヒ日本人ニアラサル使用人)右ニ掲クル所ノ者ハ國際慣例上國際公法上治外法權ヲ有スルカ故ニ日本國法ノ適用ヲ受ケサルハ明ナル所ナレトモ領事ハ之ニ包含セス蓋シ外國領事ハ國際條約又ハ內國法ニ依リテ特ニ治外法權ヲ與フル規定ナキ限ハ在住國ノ法令ニ服スルヲ原則トスレハナリ但近來ハ事實上領事ニ刑罰法令ヲ適用スル例ハ漸次減少スル傾向ヲ現ハセリ

(4) 承認ヲ經テ入來レル外國ノ軍隊(及ヒ軍艦)

外國軍隊モ國際慣例ニ依リテ治外法權ヲ認メラル、ノ結果日本國法ノ適用ヲ受ケサレトモ船舶ニ關シテハ場合ヲ分テ述フルニ必要アリ即チ船舶ニハ軍艦ト商船トノ區別アリ軍艦ハ本國ヲ代表スルモノト看做サル、カ故ニ平時ニ於テ領海又ハ沿海ヲ航行シ又ハ碇泊スル間ハ治外法權ヲ受ケ全ク日本



國法ノ支配ヲ受ケス此點ニ付テハ國際慣例上疑ナキ所ナレトモ軍艦ノ職務ニ服スル者士官水兵厨夫カ上陸中罪ヲ犯シタル場合ニ於テ果シテ日本刑法ヲ適用シ得ルキ否ヤニ付テハ學說ノ岐ル、所ナリ但余ハ消極說ヲ以テ正當ナリト信ス

商船ハ其種類ノ如何ヲ問ハス本國ヲ代表セサル限ハ平時ニ於テ外國ノ沿海ヲ通過スル間ハ其國ノ支配ヲ受ケサレトモ碇泊中ハ其國ノ法令ニ服從スヘキモノトス尙此等ノ詳細ナル問題ハ平時國際法ノ書籍ヲ參考セラルヘシ

八、國會議員ハ議院ニ於テ發言シタル意見及ヒ表決ニ付キ院外ニ於テ其責ヲ負フコト無シ是レ亦刑法ノ效力ニ關スル一制限ナリ

國會議員ノ特權ハ單ニ議場ニ於テ發言シタル意見及ヒ表決ニ止ラル故ニ毆打創傷其他ノ暴行ヲ以テ爲シタル各種ノ犯罪ノ如キハ素ヨリ刑法上ノ責任ヲ免ル、コトヲ得ス唯々議會開會中ハ訴訟ノ手續ニ幾分ノ制限ヲ加ヘラル、ニ過キス

### 第三款 處ニ關スル效力

九 刑法ノ處(并ニ人)ニ關スル效力ニ付テ二種ノ提案アリ一ヲ屬人主義トシ他ヲ屬地主義トス

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

此主義ハ犯人ノ國籍ヲ標準トシテ刑法ノ效力ノ有無ヲ決スルノ案ナリ犯人カ日本人ナルトキハ其犯地カ日本タル場合ハ言ヲ俟タヌ外國タル場合ニ於テモ至ク日本刑法ニ依リテ處分シ之ニ反シテ外國人ハ犯地ノ外國タル場合ハ勿論日本國內ニ於テ罪ヲ犯シタル場合ニ於テモ日本刑法ヲ適用セストノ案ニシテ左ノ二個ノ缺點アリ

一 日本帝國ノ主權ハ日本ノ領域内ニ在ル一切ノ人及ヒ物ニ及フヲ本質トス若シ屬人主義ニ依リ領域内ニ在ル外國人ヲ支配セスト云ヘハ日本ノ領域内タルニ拘ハラヌ其權力ノ及ハサル所ノ人アルヲ認ムルモノニシテ主權ノ



性質ニ反スト云ハサルヘカラス  
 二若シ外國ニ於ケル日本人ノ總テノ犯罪行為ヲ處罰スルト云フニ至リテハ何等ノ必要ナキニ刑罰ヲ科スヘキ場合ヲ生スヘシ例ヘテ人アリ巴里市街ニ於テ深夜放歌放吟シテ違警罪ヲ犯シタリトセンニ歸朝後之ニ對シ刑罰ヲ科スルモ何等ノ實益ヲ有セサルナリ此ノ如ク國外ニ於テ犯罪中ニハ假令其犯人カ日本人タリトモ之ヲ處罰シテ日本ノ爲メ何等ノ利益ヲ見サルモ大勢シト爲サス此點ニ付テモ屬人主義ノ提案ニ缺點アリト評セサルヲ得サ  
 屬地主義ハ自國內ノ犯罪ハ其犯人ノ內國人タルト外國人タルトヲ分タス總テ之ヲ支配シ毫モ外國ニ於テ犯シタル犯罪ニ及ハスト云フニ在リ其外國ニ於テ犯罪ヲ全ク不問ニ附セント云フハ交通ノ便利ナル現今ノ社會ノ必要ニ應セ  
 屬地主義ハ英國及ヒ北米ニ於テ原則トシテ之ヲ採用シ又獨佛ニ於テモ二三ノ學者ハ之ニ贊成セリ故ニ屬人主義ノ如キ單ニ一場ノ意見又ハ一片ノ學說

ト云フニ非ズシテ大体ハ英國及ヒ北米ニ實際ニ行ハル、所ノ主義ナリト云フヲ妨ケス蓋シ外國若クハ國外ト云ヘハ其距離ニ於テ甚タシク離隔シ隨テ其外國若クハ國外ノ犯罪ハ自國法律ヲ以テ處罰スル必要ナキカ如シト雖モ其實歐羅巴若クハ亞米利加ニ於テハ直チニ隣國ト境ヲ接スルモノ抄カラサ  
 ルノミナラス日本ノ如キニ個ノ島國ニ在リテモ船舶ノ往來ニ因リテ外國ニ接續シタルト同一ノ關係ヲ見ルコト極メテ尠シト爲サス然ルニ外國若クハ國外ニ於ケル一切ノ犯罪ヲ日本ノ法律ニ依リテ處罰セスト云フ如キ純然タル屬地主義ヲ採用スレハ數多ノ場合ニ於テ日本國家日本國民ノ生存上ニ必要ヲ充スコトヲ得サルナリ是ヲ以テ現ニ英國若クハ北米ノ如キモ原則トシテ屬地主義ヲ採用スト雖モ例ヘハ國事犯ノ如キニ一ニノ重大ナル犯罪ニ對シ例外トシテ外國若クハ國外ノ犯罪ニ自國法ヲ適用スル例ヲ認メ居レリ之ヲ要スルニ一國ノ刑法ハ其領域内ヲ普ク支配スルノミナラス外國又ハ國外ノ或犯罪ヲ處罰セザルヲ得サルモノト云ハサル可カラス  
 一 屬人主義屬地主義共ニ良策ト謂フ能ハス是ニ於テ近世多數ノ立法例ハ



一種中間ノ便法ヲ案出セリ假ニ折衷主義ト名ケン

(1) 折衷主義ノ第一義ハ前第二項ニ掲ケタル身分アル人及ヒ制限ヲ除ク外苟モ日本國內ニ於テ罪ヲ犯シタル以上ハ其外國人ノ行爲ニ係ル場合ト雖モ總テ之ヲ日本ノ刑法ニ依リテ處斷スヘシト爲スニ在リ現行刑法ニ明文ナシト雖モ主權當然ノ效力此ノ如クナラサル可カラズ(治外法權ノ撤回)

一國ノ主權ハ其領土内ニ普ク行ハル、ヲ以テ原則トス故ニ單ニ此點ヨリ見ルモ日本國內ニ於テ行ハレタル犯罪ニ付テハ假令犯人外國人タリトモ亦特ニ刑法ノ明文ナクトモ固ヨリ日本刑法ヲ適用セサル可カラズ更ニ他ノ方面ヨリ觀察ヲ下スモ日本ニ在住スル外國人ハ其生命、財産其他ノ利益ニ付テ日本國法ノ保護ヲ受ク而シテ獨リ罪ヲ犯シタル場合ニ於テ刑罰法ノ支配ハ之ヲ受ケスト云フ如キ專横ヲ許スヘキ理由アラザルナリ然ルニ徳川時代ノ末世ニ當リ外國人トノ交通漸ク頻繁ト爲リ當時ノ司法制度ハ到底外國人ノ満足ヲ得ルニ至ラザリシカ故ニ多數ノ外國ト條約ヲ以テ其國人ノ日本ニ於ケル犯罪ハ其外國領事ノ裁判ヲ受ケシメタリシモノナレトモ條約改正ノ結果

今日ニ至リテハ固ヨリ外國人ノ犯罪モ日本法廷ニ於テ日本法律ニ依リ處分スルコト、爲レリ

(2) 折衷主義ノ第二義ハ國外ニ於ケル犯罪ト雖モ其或モノハ之ヲ日本ノ刑法ヲ以テ處罰スルニ非スンハ到底日本ノ必要ヲ充タス克ハスト爲スニ在リ但其如何ナルモノハ之ヲ罰スヘク如何ナルモノハ之ヲ不問ニ付スヘキカハ明文アルニ非スンハ之カ判然タル區劃ヲ立ツル能ハス

一 國內ノ總テノ犯罪ヲ支配スルノミヲ以テ一國ノ必要ヲ滿タス能ハス必スヤ或數種ノ犯罪ニ在リテハ國外ニ於テ日本人又ハ外國人之ヲ犯シタル場合ト雖モ日本法律ヲ適用セサル可カラサル場合尠カラス然ラハ外國ニ於ケル如何ナル犯罪ニ付テ自國法ヲ適用スヘキカ此問題ヲ解決スルニモ亦種々ノ意見アリ

一 第一種ノ意見ハ自國ノ刑罰法令ハ普ク自國內ノ犯罪ヲ支配スルノミナラス國外ニ於テモ自國人ノ犯シタル總テノ罪ヲ支配スヘシトナシ以テ屬地主義ト屬人主義トヲ併合シタル制度ヲ採ル可シト云ヘリ



二 第二種ノ意見ハ保護主義又ハ物上主義ノ名アルモノニシテ害ヲ受クルモノヲ標準トナシ國外ニ於ケル犯罪カ(1)日本ノ國家ヲ害スル場合(2)國外ニ在ル日本ノ人又ハ物ヲ害スル場合(3)日本ニ在ル人又ハ物ヲ害スル場合ハ之ニ日本ノ刑罰法令ヲ適用スヘシト主張ス

三 第三種ノ意見ハ世界主義ノ名アリ此種ニ屬スル意見ニテハ各國ハ國外ニ於ケル總テノ犯罪ヲ處罰スルコトヲ得テ別ニ犯人ノ國籍并ニ被害物ノ所屬ニ拘泥スルノ要ナシ但一定ノ範圍内ニ於テ此處罰權ヲ拋棄スルコトヲ得トナセリ

如斯國外犯罪ノ如何ナルモノニ自國法ヲ適用スヘキヤニ付テハ種々ノ意見アルノミナラス其間ニ亦一長一短アリテ容易ニ其何レニ依ルヘキカヲ斷定スル克ハス蓋シ外國ノ主權ヲ害セサルト自國刑事立法ノ必要ヲ超越セサルトノ二個ノ制限ノ下ニ於テハ國外ノ如何ナル犯罪ニ自國法ヲ適用スルモ法理上何等ノ不都合アル可ラサル道理ナルカ故ニ我國現時ノ狀況ヨリ云ハハ此二個ノ制限ヲ斟酌シタル法文ヲ以テ日本刑罰法ヲ適用スヘキ國外犯罪ヲ

一日モ速ニ明示スルヲ相當トス(改正案第一條乃至第五條ヲ參照スヘシ第)

一 一 訴訟上ノ列國共助(Aide judiciaire internationale, l'Internationale Rechtshilfe)犯罪人引渡(Extradition Anshebung)

刑事訴訟ノ手續中ニ於テ例ヘハ證據調ノ如キハ自己ノ管轄區域以外ノ司法機關ニ委託スルヲ以テ便宜トスル場合尠カラス今東京地方裁判所ニ於テ或強盜犯人ヲ審判スルニ當リ有力ナル證人長崎ニ在ル場合ニ於テ之ニ對シテ呼出狀ヲ發シ東京迄出頭セシムルカ如キハ多クノ日時ト費用トヲ要シ且極メテ不便ナルノミナラス別ニ其必要ヲ見ス是ニ於テカ訴訟上ノ共助ニ基キ一片ノ書面ヲ以テ長崎裁判所ノ裁判官ニ其證人ノ取調ヲ委託シ東京ニ報告セシムレハ簡便且迅速ニ其目的ヲ達スルコトヲ得ルナリ此ノ如ク管轄ヲ異ニスル司法機關互ニ相助力スルハ管ニ國內ニ於テ其必要アルノミナラス實際ニ於テモ亦同様ナル必要及ヒ利益存在スト云ハサル可カラス故ニ近年ニ至リテハ條約ヲ以テ一定ノ場合ヲ限リ甲乙異ナリタル國家ノ司法機關相互ニ助力スル場合ヲ増加スル傾向アリ日本ニ於テハ尙其例ナシト雖モ將來



此ノ如キ場合ヲ生スルハ疑ナキ所ナリ要スルニ此等相互ノ助力ヲ内國ニ於ケル訴訟上ノ共助ニ對シテ訴訟上ノ列國共助ト云フナリ

國外ニ於ケル或犯罪ニ對シ日本ノ法律ヲ適用スヘキモノトスレハ其犯人ヲシテ日本ノ裁判所ニ出頭セシムルコトヲ必要トス若シ其犯人日本人ニシテ歸朝スルカ又ハ外國人ニシテ日本ニ旅行スル等ノコトアレハ直チエ令狀ヲ發シテ出頭ヲ強制スルコトヲ得レトモ之ニ反シテ犯人其儘外國ニ在住スル場合ニ於テハ其外國政府ニ照會シテ日本ニ引渡サシムル方法ナカル可カラス此點ニ關シテハ(一)自國民ハ外國ノ處罰ノ爲メ日本ニ引渡スコトナシ(二)政治的犯人ハ其犯罪ノ審理判決ノ爲メ内外人ノ區別ナク外國(即チ日本)ニ引渡サスト云フカ如キ二三ノ制限ヲ設ケ之ニ觸レサル範圍内ニ於テ犯人ヲ引渡スヘキモノトス故ニ例ヘハ米國人カ米國ニ於テ日本貨幣ヲ偽造シ逃走シテ英國ニ在ル場合ニ於テ日本ハ英國政府ニ對シテ其引渡ヲ請求スルコトヲ得ルナリ何トナレハ英國政府ニ對シテハ其犯人ハ自國ノ臣民ニ非ス且其犯罪ハ政事的犯罪ニモ非ス而シテ處罰ノ爲メ英國ニ引止ムヘキ理由アラサルカ

故ナリ尙犯罪人引渡條約ノ如キハ其詳細ハ國際法ノ書籍ニ就テ研究セシコトヲ要ス

## 第四章 行爲

### 第一節 通則

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

働作 || 舉働 || 身體ノ動靜 Körperliche Thätigkeit, Activité corporelle.

舉働 + 意思 || 行爲 Willens behätigung, Acte.

行爲 + 結果 || 所爲 Handlung, Action.

二 法定主義ノ適用トシテ刑法定ムル所ノ要素全部備ハラサレハ犯罪ハ成立セス今其定ムル所ヲ視ルニ一切ノ犯罪ヲ通シテ外部身體ノ舉働ヲ要素ノ一ニ舉ケサルハナシ是之ヲ普通要素ノ中ニ列スル所以ナリ(古法ト異リ *Oogitationes nemis poena patitur*)



古ノ法律ハ意思ヲ處罰シタル實例尠カラス然レトモ今日文明國ノ刑事立法例ニ於テハ舉働アルモ意思ナキ場合意思アルモ舉働ナキ場合ハ之ヲ罰セサルヲ例外ナキ一大原則ト認メ居レリ故ニ本章ニ於テ説明セントスル身體ノ舉働ノ如キハ苟モ刑法上ノ犯罪ト云ヒ得ルモノニ付テ之ヲ備ヘサル場合ハ斷シテ無キナリ例ヘハ多數人暴動ヲ爲スト云フ舉働ハ内亂罪兇徒嘯聚罪ノ成立要素タル行爲ナリ又竊取強取スルト云フ舉働ハ竊盜罪強盜罪ノ舉働ニシテ一切ノ犯罪悉ク其成立要素タル身體ノ舉働ヲ有セサルモノ無シ身體ノ舉働ハ外部ニ現ハル、モノニシテ彼精神ノ中ニ存在スル意思トハ其性質ヲ異ニス故ニ身體ノ舉働ヲ指シテ精神上ノ要素ニ對シ物質上ノ要素トモ稱ス』

三 然リト雖モ外部身體ノ舉働ハ普通要素ノ一タルニ過キス隨テ他ノ條件ト相合スルニ非サレハ罪ト爲ルコト無シ他ノ(法文ニ觸レ有責不法ノモノタルヲ要スル)條件ノ中特ニ働作ト密接ノ關係アルモノヲ意思トス身體ノ働作ニシテ意思ノ發動ニ係ル場合ハ之ヲ行爲ト名ケシ外部ニ法文ノ示ス働作アルモ内部ニ之ヲ惹起シタル意思ノ條件ヲ具ヘサルトキハ亦罪ト爲ラス(第五章第三節ヲ參照スヘシ)

外部ノ舉働ハ犯罪ノ成立スルニ付テ例外ナキ要素ノ一ナリト雖モ唯要素ノ一ナリト云フニ過キササルヲ以テ實際一個ノ犯罪ノ成立ニハ尙他ノ普通ノ要素主體客體ノ條件法律ノ明文有責タルコト不法タルコト及ヒ各罪ノ特別成立要素ヲ備ヘサル可カラス然レトモ他ノ條件ノ中ニテ殊ニ身體ノ舉働ト密接ナル關係ヲ有スルモノハ即チ意思ナリ意思ニ伴ハレサル外部ノ舉働ハ純然タル一ノ出來事タリト云フニ過キスシテ行爲ト名クヘキニ非ス例ヘハ舉働アルモ之カ原因ト看ルヘキ意思ノ條件アルニ非スハ刑法ノ問フ所ニ非ス但本章ニ於テ論スル所ハ外部ノ舉働ニ關スル問題ナリトス

四 (凡ソ吾人ノ行爲ハ國法上之ヲ犯罪行爲權利行爲放任行爲ノ三ニ大別セサル可カラス故ニ無罪タルヘキ行爲ニ尙權利ノ性質アルモノト止テ放任セラレタルニ過キササルモノトアルヲ注意ス可シ本編第六章參照)

民法商法刑法等ヲ通シテ責任アル者ノ行爲ハ適法タルト非適法タルトノ二ニ大別スルヲ常トス然レトモ刑法上ニ於テ余ノ觀ル所ヲ以テスレハ刑罰ヲ制裁トシテ法律ノ處罰スル行爲即チ犯罪ト名クヘキ行爲ノ外ニ國法ノ保護



スルモノト罰セス又保護セスト云フ放任のモノトノ二種アリト信ス故ニ例ヘハ不正ニ自己ノ身体生命ヲ害セントスル者ヲ反撃スル如キハ雷ニ無罪タルノミナラス正當防衛ト名ケ特ニ法律ノ保護ヲ受クル權利行為ノ一種ナリ反之彼ノ私通若クハ野合ノ如キ今日ノ法律ハ之ヲ處罰スルコト無シト雖モ之ト同時ニ又特ニ之ヲ保護スルコト無シ此等ヲ稱シテ放任行為ト曰フ約言スレハ刑法上ニ於テ法ノ處罰スルニ因リテ罪ト爲ルヘキ行為法ノ保護スルニ因リテ權利ト爲ルヘキ行為又法ノ罰セス保護セスシテ放任スル行為ノ三種アルコトヲ注意セサル可カラス詳細ハ第三編第六章ニ之ヲ説明スヘシ

五 行為ニ積極又ハ消極ノ關係アル物界ノ影響ヲ結果ト名ケン

六 行為ハ單一舉働ヨリ成立スルコトヲ得然レトモ多クハ數個數十個ノ舉働ノ結合ヨリ成立シ其物界ニ影響スルヤ恰モ一度起レル波動ノ絶ユルカ如ク絶エサルカ如クニシテ容易ニ其終ル所ヲ識ルコト能ハサル關係アリ法律上行爲ニ關係アリトスル物界ノ影響ハ勢ハ法ノ明文又ハ本旨ニ舉ケラレタルモノニ限ラサル可カラス(人命犯ニ付テハ被害者ノ死亡ヲ結果ト謂フ)

試ニ刑法ヲ緝ケハ或ハ豫メ謀テ人ヲ殺シタル者或ハ他人ノ所有物ヲ窃取シタル者或ハ火ヲ放チタル者ト云フカ如キ各種ノ行為ヲ規定セリ故ニ吾人ハ殺人窃取又ハ放火ト云フ所爲ヲ一個ノモノトシテ考フルト雖モ之ヲ事實ニ徴スルトキハ多數ノ舉働ノ集合ヨリ成立シタルモノト云ハサル可カラス人ヲ斬ラントスル者ハ先ツ刀ヲ振上ケ次ニ撃ツト云フ舉働ヲ爲シ物ヲ掠メントスル者ハ先ツ他人ノ所有物ニ手ヲ觸レ次ニ之ヲ自己ノ所持ニ移轉シ火ヲ放ツ者ハ先ツ火ヲ點シ次ニ目的物ニ觸レシム此ノ如ク多數ノ舉働ヨリ一個ノ所爲成立スルトセハ如何ナル舉働ヨリ如何ナル舉働ヲ終ル迄ヲ指シテ一個ノ所爲ト名クヘキヤヲ定メサル可カラス而シテ之ヲ定ムルニハ各犯罪ニ付テノ所爲ニ關スル法文ヲ標準トスヘキモノニシテ殺人罪ニ付テハ人ノ生命ヲ斷ツヘキ性質ノ舉働窃盜罪ニ付テハ物ノ所持若クハ監督ノ侵害ト視ルヘキ各舉働放火罪ニ付テハ被害物体ヲ燒燬スルニ足ルヘキ各舉働ヲ一括シテ之ヲ一個ノ所爲ト名クルナリ尙此問題ニ關スル詳細ハ第三編ノ未遂犯論及ヒ一罪數罪區別論ヲ參考セサル可カラス



右ニ述フル如ク一個ノ所爲ハ通常數多ノ舉働ヨリ成立スルモノナリ然ルニ今一個ノ舉働アレハ必ス又之ニ伴フ外部ノ變動即チ結果ヲ惹起シ踵テ第二第三ノ舉働アレハ又之ニ應シテ第二第三ノ結果ヲ惹起スヘシ此ノ如ク連綿トシテ事實上其影響ノ底止スル所ハ殆ト知ル可カラサルモノナリ今一例ヲ舉クレハ人ヲ殺サンカ爲メニ一刀ヲ加フレハ忽チ起ル結果ハ出血ナリ續テ腦貧血ヲ起シテ落命シ更ニ之カ爲メニ遺族ノ悲歎若クハ財産上ノ損害等ヲ惹起スルモノニシテ其影響即チ結果ハ容易ニ底止スヘキニ非ス是ニ於テ刑法上ヨリセヘ其如何ナル影響ヲ指シテ其罪ノ結果ト稱スヘキヤト問ヘハ此點モ亦前段ノ舉働ニ付テ述ヘタルト同シク其犯罪ニ關スル法文ヲ基礎トシ以テ結果ト名クヘキ影響ト然ラサルモノトヲ區別セサル可ラス故ニ殺人罪ニ付テ之ヲ云ヘハ被害者ノ死亡ト云フ影響ハ其罪ノ結果トシテ刑法ノ認メタル影響ト云ハサル可カラス彼ノ遺族ノ悲歎財産上ノ損害ノ如キハ事實上明ニ原因タリ結果タルノ關係アリト雖モ刑法上ニ於テハ殺人罪ノ結果ト名クヘキモノニ非ス

七 犯罪ノ中ニハ實害ヲ生シテ罪ト爲ルモノアリ實害ノ生スル虞(危險 *Gefahr* danger)アルノミニシテ罪ト爲ルモノアリ單ニ實害ヲ生スル虞アルヲ罰スル場合ト雖モ斯ノ如キ狀況(危險)ハ行爲ニ關係アル物界ノ影響ニ外ナラサルヲ以テ亦同シク結果ナリト云フヲ妨ケス

殺人罪、放火罪ノ如キハ人ノ生命又ハ家屋其他ノ建造物ノ存在ヲ破壊スルモノニシテ法律ノ保護スル利益ニ事實上害ヲ加フルモノト云ハサル可カラス此ノ如キ種類ノモノヲ名クテ實害罪ト云フコトヲ得之ニ反シテ刑法第四百二十五條第一號以下第五號ニ記載スル違警罪ノ如キハ生命又ハ財産ニ害ヲ加フル罪ニ非スシテ害ヲ加フヘキ狀況アルニ過キサルモノトス元來危險ト名クヘキハ害其モノニ非スシテ其害ノ將ニ生セントスル虞若クハ狀況アルヲ云フ而シテ刑法上結果ト云ヒ舉動ノ影響ト云フハ獨リ實害ヲ指スノミニ非スシテ實害ノ起ラントスル狀況モ亦之ヲ包含スヘキハ論ナキ所ナリ故ニ一派ノ論者ノ如ク危險ノミヲ處罰スル犯罪ハ即チ結果ヲ埃タスシテ處罰スル犯罪ナリト謂フハ誤謬ノ論ニシテ宜シク改メテ實害ノ生スルヲ埃タスシ



テ處罰スヘキ犯罪ナリト謂ハサル可カラス  
 意思ノ發動即チ行爲ハ或事ヲ爲スト云フ積極的ノモノト或事ヲ爲サスト云  
 フ消極的ノモノトノ二種アリ此二種ヲ通シテ罪ト爲ルヘキ行爲ノ性質ヲ言  
 現ハサントスレハ法益ニ對スル實害又ハ實害ノ危險ヲ生セシムルト否トカ  
 其本人ノ自由ナル客觀的状況アルニ當リテ其實害又ハ危險ヲ生スルニ堪能  
 ナル有意ノ舉動ヲ謂フナリ蓋シ場合ニ因リ同一ノ犯罪ニテモ或事ヲ爲スニ  
 非サレハ實害又ハ危險ヲ生シ得サルコトアリ又或事ヲ爲サ、ルニ因リテ初  
 メテ其實害又ハ危險ヲ生スルコトアリ今一例ヲ舉クレハ人ヲ殺スニモ斬殺  
 セント欲スレハ斬ルト云フ積極的ノ行爲ヲ爲サ、ル可カラス餓死セシメン  
 ト欲スレハ飲食物ヲ與ヘスト云フ消極的ノ態度ヲ取ラサル可カラス故ニ何  
 レノ犯罪ニ付テモ其場合ノ状況如何ニ因リ積極行爲ヲ要スルコトアリ又消  
 極行爲ヲ要スルコトアリト謂ハサル可カラス

七ノ二 危險即チ實害ヲ生スル虞トハ理勢上必然生スヘキ實害ニ接近シタル  
 (客觀的ノ必然關係)ヲ謂フカ狀況ヨリ推シテ實害ヲ生スルコトアルヘシト判斷

スル(主觀的或然推斷)ヲ謂フカ刑法ノ問題トシテハ後ノ意味ニ解スルヲ要ス  
 右第一ノ見解ニ必然生スヘキ實害ニ接近スト云フハ例ハ橋ノ破壊セルニ  
 心附カスシテ流車ノ進行ヲ繼續スルカ如シ刻一刻顛覆又ハ墜落ナル必然的  
 實害ニ接近シツ、アルナリ危險ト謂ツヘシ又第二ノ見解ニ實害ヲ生スルコ  
 トアルヘシト推斷スヘキ狀況ト云フハ例ハ公道ニ爆發物ヲ置クカ如シ果  
 シテ人カ其道路ヲ通行スルカ、通行シテ爆發物ニ觸ル、カ、爆發物爆發シテ人  
 ニ死ヲ生スルカ、傷ヲ生スルカ、全ク何事ヲモ生セスシテ止ムカ明ナラス然レ  
 トモ人ノ通行スヘキ公道ニ爆發物ヲ置クハ死傷ノ害ヲ生スルコトモアルヘ  
 シト推斷スヘキ狀況十分ナリ亦危險ト謂ツヘシ刑法上何レノ意義ニ解釋ス  
 ヘキカ明ニ之ヲ規定シタル條文アラサルヲ以テ刑法ノ目的ヲ達スルニ最モ  
 適當ナル斷案ヲ下シテ可ナリ若シ第一ノ見解ニ依ランカ舉證ノ困難ナルト  
 適用ノ狹隘ナルトニ依テ危險ヲ罰スル條項ハ殆ト有名無實ニ終ラン斯ノ如  
 キハ法ノ精神ニ在ラサルヲ以テ宜シク第二ノ見解ニ依リ苟モ吾人ノ道理ア  
 ル認定上實害ヲ生スルコトアルヘシトノ推測ヲ下スヘキ場合ニ於テ危險ヲ



罰スル條文アラハ速ニ之ヲ適用セサル可ラスト信ス

八 意思ノ發動(行爲)ト物界ノ影響(結果)トノ關係ハ行爲ノ種類ニ因リ同シカラ  
ス行爲ニ積極ノモノアリ消極ノモノアリ積極行爲(作爲)ト結果トノ間ニハ原因  
結果ノ關係(Causality kausality)ヲ有シ消極行爲(不作爲)ト結果トノ間ニハ他ニ存  
スル原因ノ進行ヲ遮斷セスト云フ關係ヲ有スルニ過キス  
仍ホ行爲ニハ其程度ニ付テ數段ノ階級アリ(第三編第二章)  
苟モ故意又ハ過失ニ出テタル身体ノ舉働アル以上ハ之ヲ名ケテ行爲ト謂フ  
ナリ然ルニ或事ヲ爲スト云フ積極行爲(一名作爲)ト或事ヲ爲サスト云フ消極  
行爲(一名不作爲)トハ其性質全ク同一ナリヤ或ハ區別アリヤ其結果ニ對スル  
關係ニ於テ果シテ同性質ナリヤ否ヤニ付テハ尙學說ノ岐ル、所ナリ次節以  
下ニ於テ其性質ニ關スル學說ヲ論述スヘシ

## 第二節 積極行爲

九 積極行爲、一名作爲(Thun, action || faire)トハ物界ニ一定ノ影響ヲ惹起スヘキ

任意ノ舉働ヲ謂フ

物界ハ心界ニ對立シ外部吾人ノ感觸ニ接スル區域ナリ一定ノ影響ハ猶一定  
ノ變動ト謂フカ如シ今某甲刀ヲ以テ乙某ヲ斬リ死ニ至ラシメタリトセシ  
ノ如キ舉働カ甲ノ任意ニ出テ而シテ物界ニ死トイフ變動即チ影響ヲ惹起シ  
タルトキハ甲ノ舉働ヲ積極的ノ行爲トモ亦畧シテ單ニ作爲トモ謂フ

一〇 作爲カ犯罪ノ要素トナルハ身体ノ舉働カ物界ノ影響ヲ惹起セリト云フ  
積極關係即チ因果連絡アル場合ナラサル可ラス

爰ニ積極ノ行爲即チ作爲アリ之ト牽連シタル物界ノ變動サヘアレハ直チニ  
以テ犯罪ノ一條件タリト云フヲ得ルカ未タシ其作爲カ原因トナリ其變動カ  
結果ト云フヘキ條件ノ下ニ發生シタルニアラスンハ罪ノ條件ニ數フルコト  
能ハス是刑法上因果連絡ノ法則——因果則(Causality)——ナル大切ナル問題  
ナリ

一一 作爲ト結果トノ間ニハ單ニ外部物質的ノ因果關係アルヲ要スルノミ之  
ヲ意思ト働作トノ間ニ存スヘキ責任(内外ノ連絡)ノ關係ト混ス可カラズ第五章



ヲ參酌ス可シ

前例ニ於テ被害者ノ死亡ト云フ結果カ斬ルト云フ舉働ヨリ起レリト云フハ單ニ身体ニ現ハレタル外部ノ問題タルニ外ナラス而シテ此ノ如キ外部ノ舉働ヲ惹起シタル精神上ノ状態即チ故意又ハ過失ハ之ヲ責任條件ト名クヘキモノニシテ原因結果ノ外部ノ問題トハ全ク區別セサル可カラス即チ死亡ト云フ結果ノ原因ハ斬ルト云フ舉働ニシテ其舉働ト結果トノ全体ヲ本人ニ結付クル所ノモノハ精神上ノ條件ナリト云ハサル可カラス

一二 作爲ハ如何ナル場合ニ結果ヲ惹起シタリ(原因トナレリ)ト云フコトヲ得ルヤ

(1) 一派ノ學說ハ結果ヲ惹起スヘキ事情ヲ分チテ原因條件ノ二ト爲シ更ニ原因ノ何タルヤヲ論セントス(1)曰ク人間ノ常規ニ違ヒタル事情ハ犯罪ノ原因トナル(Regelwidrige Bedingung, Bar)(2)曰ク結果ヲ惹起スニ最モ有力ナル事情ハ原因ナリ(Birkmeyer)(3)曰ク他ノ事情ヲ卒ヒテ結果ヲ惹起セシムル事情ハ原因ナリ(Ausschlaggebende, Binding Olshausen)ト而シテ何レモ其餘ノ事情ハ之ヲ原因ト稱セス

結果ヲ起ス條件(副因從因?)ト名ケタリ

前ニ述フルカ如ク身体ノ舉働カ積極的ノモノ即チ作爲ナル場合ニハ結果ヲ惹起スト云フ物質上ノ働アリタル場合ニ非サレハ有罪ノ一條件ト爲スコトヲ得ス果シテ然ラハ如何ナル事情アレハ原因タル働アリタリト云フコトヲ得ルヤノ問題カ結局積極行爲ノ罪ト爲ルヤ否ヤヲ決スヘキ標準ナリト謂ハサル可カラス

實際ノ事情ヲ見ルニ單ニ一個ノ事情ニ因リテ結果ヲ惹起スコトハ殆ント稀ナリ一例ヲ舉クレハ火ヲ放チテ他人ノ家屋ヲ燒燬シタル場合ニ於テ普通ハ其放火ト云フ行爲ヲ燒燬ト云フ結果ノ唯一ノ原因ナルカ如ク看做スト雖モ其實此ノ如キハ淺薄ナル觀察ト云ハサル可カラス若シ其家屋カ石若クハ金屬ニテ製作セラレタルトキハ之ニ放火スルモ燒燬セサルナリ又更ニ進ンテ考フレハ木材其他ノ可燃物ハ酸化ト云フ自然ノ法則ナケレハ決シテ燒失スルモノニ非ス此ノ如ク種々ノ事實相加ハリテ初メテ一個ノ結果ヲ起スモノトスレハ爰ニ其如何ナルモノカ原因タルヤヲ論決セサル可カラス前例ニ於



テ放火ヲ以テ原因トスルヤ家屋ノ木造ヲ以テ原因トスルヤ之ニ付テハ現今左ノ如キ學說行ハル

一派ノ學說ハ結果ヲ惹起スル各種ノ事情中ニテ原因ト爲ルヘキ事情ト原因ト爲ル能ハスシテ單ニ附隨ノ條件ト名クル事情トノ二種アリトスル學說ナリ以下之ニ屬スル各說ヲ説明スヘシ

- (1)ニ揭クル人間ノ常規ニ違ヒタル云々ト云フパール氏ノ說ハ物質上ノ論ト道德上又ハ法律上ノ義務論トヲ混同シタルモノニシテ氏ノ意見ハ通常ノ人ナレハ爲ス可カラサル事ヲ特ニ爲シタルヲ指シテ原因ナリト説明スルナリ然レトモ此ノ如キハ毫モ物質上ノ原因結果ヲ説明シタルモノニ非ス
- (2)ニ揭クル結果ヲ惹起スニ最モ有力ナルモノヲ以テ原因ナリト爲ス說ハ殆ント實際ニ適用シ得サル論ト云ハサル可カラス若シモ前例ニ於テ放火ナル行爲カ家屋ノ燒燬スルニ付テ最モ有力ナリトノ認定ヲ爲ス能ハスシテ其家屋ノ木造タル點カ最モ有力ナリト認ムルトキハ無罪トスルノ不都合ヲ生ス
- (3)ニ掲クル所ハ之ヲ物体ニ譬ヘテ云ヘハ彼ノ瀛車ノ如キ蒸氣力及ヒ軌道及

ヒ重量其他各種ノ事情相加ハリ一定ノ速力ヲ以テ進行スルモノナレトモ此等ノ運動ヲ惹起スル原因ヲ釋スレハ蓄積シタル蒸氣ヲ溢出セシムルト云フニ在ルヲ以テ瀛車ノ運動ノ原因ハ蒸氣ヲ溢出セシムル點ナリト云ハサル可カラス又人ヲ斬殺シタル場合ノ如キ出血腦貧血ト云フ如キ變化ヲ起シタルモ素ト斬ルト云フ行爲ニ在ルヲ以テ之ヲ指シテ原因ナリト論スルニ在リ然レトモ此說ノ如キモ物質上ノ原因力ト法律上行爲ノ發端ノ論トヲ強ヒテ一致セシメタルモノト云ハサル可カラス事實上ヨリ之ヲ云ヘハ其蒸氣ヲ溢出スル以前ニ於テ之ヲ沸騰セシムル行爲ナケレハ決シテ運動ヲ起サ、ルナリ殺人罪ノ例ノ如キモ人ハ腦貧血ノ或程度ニ達スレハ死亡スト云フ天則ナケレハ決シテ死ノ結果ヲ起スヘキモノニ非ス斯ク觀察シ來レハ他ノ事情ヲ卒キテ運動ヲ起サシムルト云フカ如キハ事實上容易ニ斷定シ得サル標準ナリト云ハサル可カラス是ニ於テ原因ト條件トヲ區別スル學說ハ現今尙有力ナル多數學者ノ間ニ行ハレツ、アルニ拘ハラヌ余ハ之ニ贊成スル能ハサルナリ



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

前説ヲ述フルニ當リ一個ノ結果ノ生スルニハ多數ノ事情相加ハリテ其共同的ノ働カ一個ノ結果ヲ惹起スコトヲ云ヘリ而シテ前説中ニハ重ナル働ヲ爲ス事情ヲ原因ト名ケ又ハ他ノ多クノ事情ノ先驅ト爲リテ之ヲ卒キテ働カシムル事情ヲ原因ト名クル各種ノ意見アリト雖モ如何ナルモノカ果シテ重ナル働ヲ爲スヤ又ハ卒先シテ働クヤハ到底確實ナル斷定ヲ下スコト能ハサルモノトシテ茲ニ初メテ後説即チ本説ヲ生シタリ今本説ヲ例示スレハ爰ニ放火シテ建造物ヲ燒燬セシメタル者アリトスルニ若シ放火ト云フ働ニシテ微カリセハ如何ニ其建造物木造ナリトスルモ決シテ烏有ニ歸スルコト無シ此働カ果シテ重ナル事情ナルヤ又ハ他ノ事情ヨリ卒先スルモノナルヤ此等ハ措テ論セス犯人ノ放火ト云フ行爲ニシテ微カリセハ決シテ火ヲ發セサルカ

故ニ其行爲ハ原因タル性質ヲ有スト云フニ在リ又少シク例ヲ換ヘテ之ヲ云ヘハ若シ被害者ニシテ成人ナランカ到底創傷ヲモ爲ス能ハサル程輕微ナル毆打ヲ爲シタルニ嬰兒ナリシカ爲メ直チニ死亡シタリト假定センニ其毆打ノ力自身ハ他ノ場合ニ比較シ決シテ重大ナルモノト云フコトヲ得ス然レトモ此場合ニ於テ其行爲微カリセハ死ノ結果ハ生セサルヘシ故ニ是レ即チ原因ナリト論スルナリ

一三 前掲第二ノ説ヲ採レハ左ノ場合ハ皆原因タリト謂フヘシ

- (1) 作爲カ他ノ原因ト共同シテ結果ヲ惹起シタル場合
- (2) 作爲ト共同シタル他ノ原因カ最有力者又ハ卒先者若クハ續發者タリシ場合

- (3) 到底生スヘキ結果ナリト雖モ作爲カ其時期ヲ早メタル場合

- (4) 作爲カ既ニ發生ノ途ニ在ル結果ノ容積面積數量勢力等ヲ増加シタル場合

右ニ示ス本文ノ一ヨリ四マテヲ例ヲ以テ説明センニ



爲カ結果ノ唯一原因タリシ場合ニ限リテ罪トナルト云ハ、世上復々罪ナルモノアル可ラス、放火ノ爲メ燒燬ナル結果ヲ生スルニ付テ物体カ可燃物タルコトモ一ノ原因ナリ、斬ノ爲メ死ノ結果ヲ生スルニ付テ相手方ノ生モ一ノ原因ナリ、サレハ作爲ハ他ノ原因ト共同シタルニ因リテ始メテ結果ヲ生スルヲ得タリトスルモ之カ爲メニ作爲ヲ目シテ原因ニアラスト云フ可ラサルハ何等疑ヲ容ル可キ餘地ナシ

(2) 作爲カ他ニ共同原因アルモ罪トナルニ差支ナシトシテ其所謂共同原因ハ或ハ作爲ヨリモ有力ナルコトアルヘシ、作爲ヨリモ卒先シタルコトアルヘシ又作爲ノ後ヨリ發シテ之ヲ助クルコトアルヘシ共ニ作爲ヲ原因ト認ムルノ障害トナラス例ヘハ、(甲)輕微ナル力ヲ以テ人ヲ毆打シタルニ其人偶々身体ニ故障アリテ大腸破裂シ死ニ轉歸シタリトセシ或ハ其故障ハ毆打ヨリモ有力ナル死ノ原因ト云フモ差支ナルヘシト雖モ而モ毆打ナル作爲微リセハ死ハ生セス即チ之ヲ原因ト認ムルヲ要スルナリ、(乙)而シテ其故障タルヤ毆打スルノ以前ヨリ存在シテ毆打ハ偶々途中ヨリ介入シタル原因ニ過キスト雖ト

モ亦原因タルニ害ナシ、(丙)毆打シタル後ニ至リテ豫後ノ經過不良衰弱ノ爲メ死亡スルモ毆打致死ノ責ハ免ル可ラス

(3) 茲ニ或人ニ毆打サレテ今ヤ將エ死セントスル者アリ之ヲ傍觀シタル他ノ者カ更ニ絶息ノ刃ヲ加ヘタリト假定センニ此場合ハ先キニ掲ケタル原則ヲ標準トシテ縱令其行爲ナクトモ被害者ノ死亡ト云フ結果ハ生シタルヘキヲ以テ其更ニ刃ヲ加ヘタル者ハ殺人罪ニ非サルカ如ク論スル者アリト雖モ此場合ニハ結果ノ生スル時期カ幾分早メラレタルモノニシテ即チ結果ノ上ニ影響アルモノト云ハサルヘカラス故ニ此等ハ尋常一樣ノ殺人罪ナリ尙ホ極端ニ之ヲ云ヘハ殺人罪ハ總テノ場合カ死亡ノ時期ヲ早ムルモノニ外ナラス而シテ刑法上ニテハ一分ヲ早ムルト五十年ヲ早ムルトハ毫モ區別ナキナリ物ハ幾年ノ後必ス破壊ス然レトモ作爲カ破壊ノ時期ヲ早ムレハ物ノ破棄ナリ結果發生ノ時期ヲ早ムルハ即チ之ヲ生スルモノタルノ理ヲ知ルヘシ

(4) 發生ノ途ニ在ル結果ノ容積面積ヲ(甲)増加スルトハ僅ニ出水シタル地域ニ對シ更ニ堤防ヲ決潰シテ大洪水ト爲シタルノ類ヲ謂ヒ、(乙)數量勢力ヲ増加ス



ルトハ病者ニ毒ヲ與フルノ類ヲ謂フ共ニ其作爲ハ原因タルヘシ

一四 因果連絡アル作爲ハ刑法各條ノ禁止關係ニ對シ罪ト成ルヘキ行爲タリ  
 本文ニ刑法各條ノ禁止關係ニ對シト云ヒ刑法ノ禁令ニ對シト云ハサルハ理由アリテ之ヲ區別シタルナリ人或ハ刑法ノ規定ニ禁令ト命令トノ二様アリテ其條文同シカラス例令ヘハ人ヲ殺シタルモノ、火ヲ放チタルモノト云ヘルハ人ノ生命ヲ奪フ勿レ、財物ヲ燒燬スレ勿レト云フ意味ニシテ其條文ハ禁止的條文ナリ、又ハ何々ヲ扶助セサルモノ、申告セサルモノト云ヘルハ扶助スヘシ申告スヘシト云フ意味ニシテ其條文ハ命令的條文ナリ禁止的條文ニ對シテハ作爲、其罪ト成ルヘキ行爲ニシテ命令的條文ニ對シテハ不作爲、其罪ト成ルヘキ行爲ナリト説明スト雖モ余ソ信スル所ニ依レハ所謂禁止ト云ヒ命令ト云フハ論者ノ云フ如ク條文ノ性質上相異リタル二種類アルニアラスシテ同一條文中ノ規定ノ關係ニ禁止アリ命令アリ例令ヘハ前例ニ於テ生命ヲ奪フ勿レノ禁止關係ノ半面ニハ場合ニ依リ衣食ヲ給スヘシ火災ヲ防止スヘシトノ命令關係アリ、扶助申告スヘシトノ命令關係ノ半面ニハ放棄放任スル勿レ

ノ禁止關係アリ、禁止ト命令トハ條文ニ依リテ異ルニアラス同一條文中ノ關係ノ差違ナルヘシ

如上ノ前提ノ下ニ於テ積極行爲ニ依リ一定ノ原因ヲ與ヘ結果ヲ生セシメテ罪トナルハ法文ノ禁止關係ニ對スルモノナリ、生命ノ持續スヘキ狀況アル者ニ死ノ原因ヲ與フルハ即チ殺人ノ罪ナリ、火氣ナキ物ニ火ヲ放ツハ放火ナリ、殺ス勿レ燒ク勿レノ禁止的規定ヲ破リテ罪トナルモノナルカ故ニ本文示ス如キ説明ヲ與ヘタルニ外ナラス

一五 作爲ト其物界ノ影響トノ間ノ因果連絡ニ付キ

(1) 自然力又ハ人力(有責無責共)介入シテ作爲當然ノ影響ヲ防止シタル場合ニハ真正ナル因果連絡ノ中斷アリタルモノトス

(2) 自然力又ハ責任ナキ人力介入シテ作爲當然ノ影響ト同一ノ影響ヲ起シタル場合ニハ因果連絡中斷サルハコトナシ

(3) 責任アル人力介入シテ作爲當然ノ影響ト同一ノ影響ヲ起シタル場合ニハ其責任ヲ新ニス之ヲ因果連絡ノ中斷ト名クルハ不當ナラン



第一ノ例 故意ヲ以テ放火シタルニ大雨遽ニ至リ火災ニ至ラスシテ止ムノ類カ因果連絡中斷ノ最モ明瞭ナル場合ニシテ且ツ確實一照ノ疑ナキ場合ナリ此中斷タルヤ自己ノ行爲ニ出ツルト他人ノ行爲ニ出ツルト又其他人カ責任アルモノナルト否ト特ニ全ク人以外ノ自然力ニ出ツルトニ因リテ區別ナキコトモ疑ナキ所トス

第二ノ例 同一放火ノ例ニ於テ火既ニ起ルノ後大風遽ニ至リテ意外ノ大火トナリシト假定セシ風ナクハ左マテ大火ト成ラザリシヲ以テ風モ亦原因ナラストセスト雖モ先ニ犯人ノ放火行爲ナクハ何等災害ナクシテ止ミタルヘク放火行爲モ亦共同原因ナリ而モ自然力ト責ヲ分ツ能ハス犯人ハ全部既遂ノ犯人タルヘキナリ

本問題ニ關シリスト教授ハ他ノ新ナル獨立ノ原因ノ存スルニ因リテ結果ノ到來シタル場合ニハ因果連絡中斷セラル一旦放火スルモ之ニ次タル電雷ノ爲メニ物ノ燒失シタル場合ニハ之ヲ犯人ノ結果ト爲ス能ハスト主張セラルト雖モ是明ニ同教授カ「殺人行爲ニヨル負傷者カ病院ノ火災ニ依テ死スレハ

犯人死ノ責ニ任スト云ヘルニ矛盾ス同シク續發シタル共同原因カ責任ナキ場合ニ斯ル區別ヲ立ツル餘地アル可ラス特ニ同氏ノ所謂全ク新ナル獨立ノ原因ト云ヘルハ犯人ノ與ヘタル原因ノ進行ヲ助成スル性質ヲ有セサルモノヲ指スノ意ナラシムレハ別ニ其介入者ト犯人ノ與ヘタル原因トノ連絡ノ有無ヲ見タル後ニアラサレハ何等ノ決定ヲ與フル能ハサル筈ナリ余ハ自然力又ハ無責任行爲ハ因果ノ連絡ヲ中斷スル力ナシト信ス

第三ノ例 之ニ反シテ殺意ニ因リ傷ヲ負ハセタルモ新ニ他人ノ責任行爲加ハリテ死ニ致セハ死ニ對シテハ新介入者其責ニ任スヘク第一原因者ハ傷ノ責ソミニ任スヘキモノタリ此關係ヲ指シテ因果連絡中斷ト名クルハ敢テ不都合ナリト云フニハアラサレトモ單ニ外部ノ原因結果ノ關係ヲ云ヘハ傷アリシ爲ニ早ク死セリト云フ如ク全ク無關係ナリト云フ可ラス寧ロ責任アルカ爲ニ行爲ヲ分立セシメ責任ヲ新ニスルモノト解スルノ至當ナルヲ覺ユ(前年度ノ講義ト異ル)



### 第三節 消極行爲

一六 消極行爲一名不作爲 (Unterlassung, Inaction, laisser faire) トハ物界ニ一定ノ影響ヲ惹起スヘキ原因ノ進行ヲ遮斷セサル任意ノ働作ヲ云フ結果ノ發生ヲ防止セスト云フニ同シ進行中ノ原因カ自己ノ行爲ヨリ起レルト自己以外ノ人又ハ人以外ノ働ヨリ起レルトヲ區別セス

不作爲ト結果(物界)影響トノ間ニハ如何ナル關係アルカ又如何ナル場合ニハ罪ノ一條件トナルカハ困難ナル問題ノ一ナリ而シテ不作爲ト結果トノ關係ヲ説明スルニ種々ノ意見アリ

(1) 曰ク不作爲ハ獨立シテ結果ヲ惹起スカナシ然レトモ他ノ作爲ニ加ハリ兩者相俟ツテ初メテ結果ヲ惹起スカヲ生スト人

(2) 曰ク不作爲ハ決シテ結果ヲ惹起スカヲ有セス他ノ作爲ニ加ハレアルキハ結果ヲ惹起ス皮相アツト雖モ其實他ノ原因ヲ進行ヲ遮斷セスト云フ消極的關係アルニ止マルハニナリト

消極行爲即チ不作爲カ犯罪行爲トシテ積極行爲即チ作爲ト物質上同一ノ性質ヲ有スルヤ同一ノ效力ヲ有スルヤ又刑法上同一ノ價值ヲ有スルヤト云フ問題ハ近年ニ至リ益々隆盛ト爲リタル議論ノ一ニシテ學者ノ意見モ種々ニ岐レ居レリ現今佛蘭西法系ニ屬スル國(本國タル佛蘭西、伊太利、白耳義)ニ於テハ此點ヲ深ク論究セス唯罕ニ雜誌ニ於テ一片ノ論文ヲ見ルコトアルニ過キス之ニ反シテ獨逸、奧地利等ニ於テハ極メテ多クノ學說存在シ刑法學上殊ニ注意スヘキ點ノ一ト爲リ居レリ而シテ多數ノ學者中不作爲ハ獨立シテ即チ他ノモノ、附加セラル、コト無クシテ結果ヲ惹起スル働即チ原因ヲ有スト論スル者ハ甚タ尠ク之ニ反シテ作爲ト相加ハリテ原因力ヲ發生スト論スル者ハ寧ロ多數ナリト信ス

獨逸ノ學說ニ於テモ初ニハ外部身體ノ舉働カ犯罪成立ノ要素ト爲ルニハ其舉働カ積極的ノモノタルト又消極的ノモノタルトヲ問ハス常ニ結果ヲ惹起スル働即チ原因力ヲ有シタルモノナラサル可カラスト云フ點ヲ第一ノ前提ト爲シ雖テ消極的ノ舉働即チ不作爲ハ如何ナル場合ニ原因力ヲ有シ得ルヤ



ト云フ方面ノミヲ論シ來レリ此ノ如キ學說ノ趨勢ヨリシテ不作爲ニ原因方アリト稱セラル、一派ノ學說モ其場合種々ニ分レタリ左ニ其重ナルモノヲ掲ケ之カ論評ヲ試ミン

第一、第一種ノ學說ハ人ノ舉働ハ單ニ消極ノ方面ノミ獨立シテ成立スルコト無シ若シ甲ト云フ舉働ヲ爲サ、ル場合ニハ其人ハ必ス乙ト云フ舉働ヲ積極的ニ爲シツ、アルナリ例ヘハ嬰兒ヲ餓死セシメントシタル母親カ之ニ乳ヲ與ヘスト云フ消極舉働ヲ執リツ、アル間ニハ必スヤ他方面ニ於テ裁縫ニ従事スル如キ積極的ノ舉働ヲ執リツ、アルナリ故ニ此場合ニハ乳ヲ與ヘスト云フ不作爲ト裁縫ヲ爲スト云フ作爲トノ二個相加ハリテ餓死ト云フ結果ヲ惹起スト云フニ在リ  
評論…右ノ學說ハ左ノ二個ノ點ニ於テ非難アルヲ免レス  
一 人ハ不作爲アレハ必ス同時ニ他ノ方面ニ於テ作爲アリト爲ス論定ハ事實ニ違フト云ハサル可カラス彼ノ熟睡中ノ舉働ノ如キ或ハ無意識間ノ舉働ノ如キ單ニ不作爲ノ一方面ノミニ存在シ得ルナリ

二 若シ不作爲ト同時ニ作爲アルニ非サレハ原因カヲ生セスト云フニ於テハ其作爲カ果シテ原因タルヤ否ヤノ疑問ヲ生スヘシ第一種ノ學說ハ此點ニ於テモ充分ナル説明ヲ缺ケリ

第二、第二種ノ學說ハ先ニ積極舉働アリテ之カ爲ニ更ニ第二ノ積極舉働ヲ執ルヘキ義務アル者カ故意ヲ以テ其第二ノ積極舉働ヲ執ラサル場合ニ茲ニ始メテ原因タル働ヲ有スルコトヲ得即チ既往ノ作爲ト其次ノ不作爲トノ二個相加ハリテ茲ニ一個ノ結果ヲ惹起スヘキ働ヲ生ス例ヘハ汽車ノ信號係カ其任務ニ就クト云フ積極舉働アリテ後ニ危險アルニ當リ信號セスト云フ不作爲アリタル場合ニハ其就職ト云フ作爲ト信號セスト云フ不作爲ト相加ハリテ始メテ汽車ノ顛覆ト云フ結果ヲ生スルモノナリト論セリ  
評論…右ノ學說ハ今日モ尙ホ多數學者ノ採用シツ、アル所ナリ固ヨリ此種ニ屬セシムヘキ學說ノ中ニ於テモ既往ノ積極行爲ト其次ノ不作爲トノ間ノ關係ヲ述フルニ當リテハ二三異ナリタル見解ヲ持スル者無キニ非スト雖モ要スルニ第二種ノ學說ハ先ノ作爲カ後ノ作爲ヲ命スルニ拘ハラヌ



之ヲ爲サ、ルニ因リテ原因力ヲ生スト云フ意見ニ歸着スヘシ而シテ此說ノ當否ヲ知ルニ付テ最モ肝要ナル注意ハ既往ノ作爲前已ニ犯意アリシカラハ此場合ハ不作爲ノ問題ニ非スシテ普通ノ作爲ノ問題ト爲ルナリ故ニ罪ヲ犯ス意思ハ既往ノ作爲ヨリ後ニシテ後ノ不作爲ヨリ前ニ決意セラレタルコトヲ必要トス例ヘハ信號係カ其就職前ニ於テ將來信號セスト云フ手段ニ依リ瀛車ヲ顛覆セシムル意思ヲ以テ其職ニ就キタル場合ニハ其實不作爲ノ問題ニ非スシテ作爲ノ問題タルナリ尙ホ他ノ一例ニ於テ一層其意味ヲ明ニセンニ殺意ヲ以テ人ヲ斬リタル者カ其出血ヲ止メスト云フ消極的ノ態度ヲ執リタルモノトスルモ此場合ハ不作爲犯ニ非スシテ尋常一様ノ作爲犯ト爲ルナリ

右ニ掲クル如ク第一ノ作爲以後ニ犯意ヲ生シタル場合ニ非カレハ茲ニ論セントスル不作爲ノ問題ヲ生セス職テ第二ノ學說ヲ見ルニ既往ノ作爲ト後ノ不作爲ト相加ハルテ原因タルノ力ヲ生シ犯罪ノ責任ヲ負フモノト論セリ即チ此說ハ罪ヲ犯スノ意思ヲ既往ノ犯意カキ行爲ニ遡ラシムルモノ

ニシテ意思ナキ行爲ニハ責任ヲ負ハスト云フ刑法上ノ大原則ニ反スヘシ前例ニ於テ瀛車ヲ顛覆セシムル意思カ信號係ノ就職以後ニ生シ而シテ責任ヲ負スニ付テハ既往ノ就職ト云フ犯意ナキ舉動ト後ノ信號ヲ爲サスト云フ不作爲ト相加ハルテ要スト論セリ是レ明ニ犯意ナキ行爲ニ責任ヲ負ハシムルモノト云ハサル可カラス其不當ナル言ヲ竣タス

第二種ニ屬スル學說ニテハ如何ナル場合ニ於テモ不作爲自身ハ結果ヲ惹起ス働即チ原因力ヲ有セス單獨ナル不作爲ハ勿論他ノ作爲ト相加ハリタリトスルモ決シテ原因力ヲ生スルニ至ラス例ヘハ零ニ一ヲ加フルモ其答ハ依然トシテ一ニシテ答一ヲ生スルニハ零ハ何等ノ働ヲ有セス不作爲ノ性質ハ單獨ニテ結果ヲ生スル働ナキコトハ疑ヲ容レサル所ニシテ常ニ零ナリ故ニ假令他ノ働アル作爲ニ加ハリタリトスルモ其答タル一ヲ増減スルノ力ナシト論シ全ク一派ノ學說ト其趣ヲ異ニセリ更ニ他ノ例ヲ舉クレハ菓實カ熟シテ地上ニ落ツルハ重力ト云フ別ノ關係ニシテ之ヲ傍觀スル者ノ受止メスト云フ不作爲ヨリ生スルモノニ非ス又瀛車カ危險ナル場所ニ進行シテ已ニ顛覆



シタリトスルモ信號ヲ爲サスト云フ不作爲ニ因リテ此結果ヲ生ジタリト云フコトヲ得ス原因ハ常ニ瀛車ノ進行及ヒ危險物ト云フカ如キ不作爲以外ニ存在スト云フニ在リ

一七 不作爲ニハ原因ノ進行ヲ遮斷セストイフ消極關係アルニ過キス其犯罪ノ要素トナルハ原因ノ進行ヲ遮斷スヘキ國法上ノ義務アル者任意ニ之ヲ遮斷セサル場合ナラサル可ラス

不作爲ニ因リ犯罪ノ成立ス可キ場合ニ付テ亦種々ノ學說アリ

(1) 一說ニ曰ク凡ソ犯罪ハ外部ノ條件トシテ身体ノ働作ト結果トノ間ニ因果ノ連絡アルニ非サレハ成立セサルヲ原則トス然ルニ不作爲ハ單獨ニテ結果ヲ惹起ス力ナキヲ以テ他ノ作爲ト合併シ原因タル力ヲ生シタル場合ニ限り罪ト爲ルコトヲ得ト而シテ其所謂他ノ作爲ニ合併シ原因タル力ヲ生スルニ付キ種々ノ條件ヲ案出セリ

(2) 他ノ說ニ曰ク不作爲ノ性質タル…他ノ作爲ト合併スルモ…決シテ原因タル可キ物質上ノ力ヲ生スルモノニ非ス他ノ作爲ト合併シテ結果ヲ惹起シタル

リト稱セラル、場合ハ其作爲ノ有スル原因力ノ進行ヲ遮斷セスト云フ消極的關係アルノミスノ如ク不作爲ハ客觀的ノ原因力ナシト雖モ他ノ原因人爲ト自然トヲ分タスノ進行ヲ遮斷スヘキ法律上ノ義務アル者之ヲ爲サ、ル(不作爲)場合ニ於テ罪ノ一條件ト爲ルコトヲ得ト此說ヲ正トス…不作爲ニ因リテ犯罪ノ成立スルニハ不作爲カ原因タル力ヲ有スル場合ニ限ルト爲ス說ト如何ナル場合ト雖モ不作爲ハ原因力ヲ有セサルカ故ニ或事ヲ爲スヘキ法律上ノ義務アル者カ之ヲ爲サ、ルニ因リ犯罪成立スト爲ス說ト全ク其着眼點ヲ異ニスル二種ノ學說ヲ生シタリ而シテ前ニ述フル如ク若シ不作爲カ原因力ヲ有シ得サルモノトスレハ前說ヲ誤トナサ、ル可ラサルハ當然ノ論理ナリ

後ノ說ヲ例示センカ例ヘハ將ニ餓死セントスル赤子アルヲ見ナカラ乳ヲ與ヘス遂ニ其赤子死亡セリトセンニ袖手傍觀不與乳トイフ不作爲ニ依リ死ヲ救ハサリシ者若シ其赤子ヲ救フヘキ別段ノ義務ヲ有セサル旅人隣人ノ類ナリセハ之ヲ論スルニ殺人罪ヲ以テスル能ハスト雖モ若シ親カ保育者ノ如キ



赤子ヲ生育スル義務アル者ノ不作爲ナラハ斬又ハ絞ノ如キ作爲ヲ以テスル  
ト同様殺人罪ヲ以テ論セサル可ラスト云スニ歸着ス

一八 如上ノ義務ハ其因テ生スル法令ノ種類如何ヲ問ハサルナリ  
刑法以外ノ法令ヨリ生スル義務ニ背キタル不作爲ノ爲ニ刑法上ノ罪トナルハ  
一見奇ナルカ如シト雖モ其實他ノ法令ノ義務ニ背クト同時ニ刑法ヲ破ルヲ以  
テ刑法上ノ罪トナルニ過キス

前段ニ示ス例ヲ藉リ來リ親カ子ニ乳ヲ與ヘス之ヲ餓死セシムルヲ不作爲ニ  
依ル殺人罪ナリト論シ且ツ其理由ヲ小兒生育ノ義務ニ背クカ爲ナリト云フ  
ニ付テハ疑ヲ抱ク者アリ曰ク親カ子ヲ生育スヘキハ民法上ノ義務ナリ民法  
上ノ義務ニ背ク不作爲ニ依テ刑法上殺人罪ト成ルト云フハ其當ヲ得スト然  
レトモ右ノ場合ハ單ニ小兒生育ノ義務ニ背キタルノミヲ以テ刑法上ノ罪成  
立セリトノ意味ニアラス斯ノ如キ義務アル者カ之ヲ履行セスト云フ方法ニ  
依テ殺意ヲ貫徹シ刑法殺人罪ニ要スル總テノ條件ヲ充タスカ故ニ殺人罪ナ  
リトナスナリ夫ノ官吏タル資格ハ行政法上ノ原則ニ依テ其存在ヲ認ムルモ

ソナルモ之ヲ要素ノ一トシテ官吏收賄其他之カ資格ヲ要素トスル犯罪成立  
シ所有權ノ他人ニ屬スルヤ否ヤハ民法ノ問題ナルモ之ヲ先決問題トスヘキ  
多數ノ犯罪アルト同一ノ理ニヨリ國法上或積極義務ヲ有スル者カ之ヲ履行  
セスト云フ消極態度ヲ以テ刑法上ノ罪ト成ルノニ條件トナスハ何等恠ムニ  
足ラサル所ナルヘシ尙後段ニ繰返シテ其論ヲ敷衍スヘシ

一九 作爲ノ場合ニ因果關係アルヲ必要トシ不作爲ノ場合ニ之ヲ必要トセザ  
ル理由如何先ニ述フル如ク作爲ヲ原因トシテ認ムルニハ假ニ其作爲ナカリシ  
トスレハ結果ヲ生セサリシト云フ關係アルノミヲ以テ足レリトス今前段ニ揭  
ケタル不作爲ヲ見ルニ亦全ク同一ノ價值アリ法律上ノ義務ヲ履行シ原因ノ進  
行ヲタニ遮斷セハ……即チ假ニ此不作爲ナカリシトセハ……之ヲシテ結果ヲ惹起  
スニ至ラシメサリシコトヲ得隨テ法律上ノ價值ハ彼此差別ナシ是其因果ノ連  
絡ナクシテ罪ト爲ルヲ妨ケサル所以ナリ

積極舉動ノ場合ニ物質上ノ原因力アルコトヲ要スト爲シ不作爲ノ場合ニ至  
リテハ俄ニ法律上或事ヲ爲サル可カラスト云フ義務ノ關係ヲ條件ト爲ス



ハ一見スレハ其間ニ著シク標準ヲ異ニシ權衡ヲ失スルカ如キ外觀アリト雖モ其實法律論トシテハ此ノ如キ缺點ヲ有セス彼ノ作爲ノ場合ノ原因力ト云フ點ノ説明ヲ見ルニ單ニ裏面ヨリ觀察ヲ下スヘシト斷定セリ此觀察ノ方法ヲ採レハ不作爲ニ至リテモ其價值ハ同一ノモノト云ハサル可カラズ例ヘハ人ヲ斬殺シタル者アルニ當リ何故ニ死亡セリヤト云ヘハ他ニモ多クノ働ヲ爲ス原因力アリト雖モ之ヲ裏面ヨリ觀察シテ斬ト云フ行爲ナケレハ死ト云フ結果ハ生セス故ニ原因ト看做スヲ妨ケスト云フコトヲ得ヘシ今之ヲ不作爲ノ例ニ轉シテ考フルニ人ヲ餓死セシムル爲ニ飲食物ヲ與ヘサリシ者ヲシテ若シ法律上ノ義務ヲ盡クシ飲食物ヲ與ヘタリト假定スレハ餓死ト云フ結果ハ生セサルナリ勿論死ト云フ結果ハ飲食物ヲ與ヘスト云フ不作爲ニ因リ生スルモノニ非ス然レトモ餓死ト云フ實害ヲ生セサラシムル事由アリテ而シテ又之ヲ生セサラシムヘキ義務アルニ拘ハラス故サラニ其作爲ノ態度ヲ執ラサリシトスレハ其價值ハ全ク同一ナリト云ハサル可カラズ是ヲ以テ物質上ヨリスレハ原因力ヲ有セサルモ法律上ヨリ觀察スレハ犯罪行爲ト爲リ

得ヘキ價值ハ同一ナリトス

右ニ述フル所ノ法律上或事ヲ爲ス可キ義務トハ刑法以外ノ民法商法行政法等ノ義務ヨリ生スル場合モ亦同一ナリ然レトモ殺意ヲ以テ飲食物ヲ與ヘスト云フ消極的態度ヲ執レハ殺人罪トシテ論スルコトヲ得ルナリ人或ハ民法上ノ義務ニ違背シテ刑法上ノ責任ヲ負フト云フ點ヲ怪ム者アリト雖モ此論タルヤ決シテ民法違反ノ爲メニ刑事責任ヲ負フト云フ趣旨ニ非スシテ民事上義務アリト云フ點ハ後ノ不作爲ヲ罪ト認ムル一條件ト爲ルニ過キス是レ恰モ行政法上官吏タルノ權利義務ヲ認メラレタル者カ刑法ノ範圍内ニ入りテ此身分ヲ要素トシタル罪ヲ犯スコトヲ得又商法ニ依リ商事ノ特別義務ヲ負ヒタル者カ或行爲ノ爲ニ破産ノ犯罪人トシテ處罰ヲ受クルト毫モ異ナル所ナキコト先ニ述ヘタル如シ

二〇 義務ニ背ク不作爲ハ刑法各條ノ命令關係ニ對シ罪ト成ル可キ行爲タリ」右ノ一段ハ作爲ニ關スル一四號ノ説明ヲ參照シテ其意ノ在ル所ヲ知ルヘシ



### 第四節 手段(方法)

二一 吾人ノ有スル手段ノ觀念ニ甲乙二種アリ甲種ノ手段ハ一定ノ行為ニ必要ナリトシテ探ル所ノ先行行為ヲ指シ乙種ノ手段ハ行為ノ具體的外形ヲ指ス  
 甲種ノ手段タル行為ハ刑法カ之ヲ他ノ行為ニ併合セサル限ハ獨立ノモノニシテ獨立ノ罪トナルコトアリ  
 乙種ノ手段ハ罪トナルヘキ各行為ノ具體的外形ニ外ナラサルヲ以テ其(1)行為ト手段トハ同一體ヲ成シ且ツ(2)手段ノ如何ハ犯罪ノ成否ニ關係ナキヲ原則トス  
 手段トイフニ關シ吾人ノ有スル觀念ニ二様アリ其一ハ甲行為ヲ遂クルニ必要ナリトシ其甲行為以前ニ探ル所シ乙行為ヲ指スナリ此場合ノ乙行為ハ甲行為トハ全ク獨立シ且ツ先行スルモ例ハ人ヲ殺スニ必要ナリトシテ兇器ヲ竊取シ軍艦ヲ破壊スルニ必要ナリトシテ水雷ヲ詐取スルノ類是ナリ

他ノ一ハ各行為ノ具體的外形ヲ指スナリ例ハ殺ト云ハ奪命の行為ノ總稱ニシテ抽象的概括的ノ觀念ナリ然レトモ之ヲ實際ニ演シタル個々ノ場合ヲ見レハ斬アリ絞アリ毆打アリ突撃アリ具體的ノ外形一様ナラス而シテ殺ノ實演セラレタル具體的ノ外形即チ斬又ハ絞毆打又ハ突撃ヲ手段トナシ斬又ハ絞ナル手段ヲ以テ人ヲ殺セリト云フ  
 我法律上手段ノ何タルヲ定メタル規定アラス隨テ手段ノ意味ハ通常吾人ノ有スル前述二様ノモノトナサハル可ラス  
 然ラハ之ト犯罪ノ成立トハ如何ナル關係ヲ有スルカ甲行為ニ先行スル乙行為ハ(1)法ノ明文カ之ヲ甲ニ併合スルコト例ハ偽造行使罪ニ於ケル偽造行為又ハ踰越盜(刑三六)ニ於テ踰越行為ノ類(2)又ハ精神上甲行為ニ吸收サルコト例ハ既遂内亂ニ於ケル豫備行為ノ類ニ至リテハ其明文上又ハ精神上先行行為ハ目的行為ニ吸收サレテ一罪ヲ成スニ過キス之ニ反シテ目的行為ニ併合サレタリト見ルベキ法律上ノ根據ナキ限ハ他ノ犯罪行為ニ必要ナル手段ナリトノ理由ノミヲ以テ之ヲ合一同罪ト看做ス可ラサルナリ



先行行為カ手段タル場合ト異リ行為ノ具體的外形ノ意味ニ於ケル手段ニ至リテハ行為自體ナリ行為ノ外ニ更ニ別個ノ手段ナルモノ存在スルニアラス、斬ハ即チ殺ナリ、絞モ毆打モ突撃モ(殺意ニ出ツレハ)殺ト名クヘキ行為ノ一實現ナリ故ニ此意味ニ於ケル手段ハ法文カ限定セサル限ハ如何ナル外形即チ手段モ其同一犯罪中ニ吸收サレテ別罪ヲナサハルハ何等ノ疑ヲ容レズ、此終ノ場合ニ於テ若シ外形其モノモ亦他ノ法條ニ一罪トナシタルモノナラバト例ヘハ放火ヲ手段トスル殺人ノ類ハ二行為ニ觸ルハ無形ノ俱發ト稱ス數罪俱發ノ説明中一罪數罪ノ區別ノ章ヲ參照スヘシ

### 第五章 有責行為

#### 第一節 通則

一 責任ト云フ日本ノ語ニ三種ノ意味アリ一ハ身體ノ働作ト其本入部ヲ連結スル精神上ノ關係ヲ云ヒニハ行為ヨリ生ス可キ……法律上、德義上ノ……制裁ヲ謂ヒ尙他ノ一ハ義務ト云フ意味是ナリ本章ニ論スル所ハ第一ノ意味ニ於ケ

ル責任ナリ第二ノ意味ニ於ケル刑法上ノ責任ハ刑罰ヲ其重ナルモノトス(未決拘留私訴)

民法刑法等ニ於テ責任アル行為ト云フ場合ハ外部ノ舉動ヲ生スルニ付テ精神上一定ノ條件ヲ具備スルコトヲ指スナリ之ニ反シテ民事責任刑事責任若クハ法律上無責任ニシテ德義上責任アリト云フカ如キ場合ニハ民事制裁、刑事制裁若クハ德義上ノ制裁ト云フ意味ニシテ處分又ハ結果ト云フ意味ニ稍々近シ次ニ第三ノ義務ノ意味ハ何人カ之ヲ爲スノ責任アリヤト云フ如キ場合ハ何人カ之ヲ爲スノ義務アリヤト云フ意味ナリ此ノ如ク責任ナル言葉ノ意味ハ種々ニ分ル、カ故ニ其何ニ用フ可キカヲ定メサル可カラズ而シテ本章ニ云フ責任トハ意思ト舉動トノ連絡スル關係ヲ謂フナリ

二 犯罪ノ成立スルニハ身體ノ働作ナカル可カラズ……且其働作ハ刑罰法令ニ列舉サレタルモノナラサル可カラズ……ト雖モ其働作ニシテ責任ナキモノナルトキハ有責行為ノ一種タル犯罪成立スルコトナシ

法律違反ノ行為ハ行政法ニ付テハ行政法違反、民法ニ付テハ民法違反、刑法ニ



付テハ刑法違反ト云フ如ク各種ノ法令ニ存在シ得ルナリ而シテ其適法タルト違法タルトニ論ナク苟モ責任アル行爲ト稱スルニ付テハ唯外部ニ於テ身體ノ舉動アリシノミヲ以テ足レリトモ純然タル外部ノ舉動ノミナリトスレハ如何ナル法律ニ違反スルモ彼ノ天災地變ト敢テ擇フ所ヲシ唯尋常一様ノ外部ノ舉動ト人ノ行爲トノ異ナル所以ハ其舉動カ意思能力アル者ノ故意又ハ過失ヨリ出ツルト云フ點ニ在リ此精神上ノ條件アルカ爲メニ初メテ外部ノ舉動ヲ指シテ人ノ行爲ト名ケ以テ其以外ノ物質界ノ現象ト區別スヘキナリ

三 身體ノ働作ヲ目シテ責任アル行爲ナリト爲スニハ(1)責任能力アル者ノ働作タルヲ要シ(2)故意又ハ過失ニ出ツル働作タルヲ要ス

四 能力故意又ハ過失ノ外意思自由……別說選擇自由……ヲ責任ノ一要素トナシ抗拒ス可カラサル強制ニ過ヒ已ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ハ意思ノ自由ヲ欠クニ基ク無責任ノ場合ナリトスル學說立法例尠カラス我現行刑法第七十五條第一項モ解釋トシテハ此說ヲ採リタルモノト爲サハルヲ得ス但理論トシテハ到底之ヲ是認スル能ハサルカ故ニ後ノ第六章第三節ニ至リ説述スル所アラシ

責任ノ問題ハ佛蘭西派ノ學說ニ於テハ辨別自由犯罪ノ三個ヲ以テ責任ノ要素ナリト論セリ此ノ如キ議論ノ起リタル所以ハ犯罪ノ實質ヲ目シテ背德并ニ加害ノ二點ニ在リト認メタルノ結果ナリ而シテ尙ホ此派ノ學者ハ苟モ人カ德義ニ背ケリト云フニハ第一其者カ事ノ善惡ヲ識別スル智識即チ辨別心ヲ備ヘサル可カラス然レトモ只辨別心ヲ備ヘタルノミヲ以テ責任ノ要素已ニ盡クセリト爲ス能ハス第二ニ意思ノ自由ヲ有セサル可カラス即チ惡事ト知レハ之ヲ爲スヲ欲セサルノ自由ナカル可カラス更ニ第三トシテ其惡事タルヲ知リテ之ヲ爲サハルコトヲ得ル者カ進ンテ之ヲ爲シタリト云フ場合ニ至リ初メテ德義ニ背キタリト云フコトヲ得ルナリ即チ犯罪ノ成立スルニハ德義ニ背キタルモノナラサル可カラス而シテ背德タルニハ辨別心ト意思ノ自由ト犯罪トノ三個ヲ備ヘサル可カラスト爲セリ

現行刑法ハ精神ニ故障アル者ニ關スル第七十八條及ヒ幼者ニ關スル第八十



條ニ明カニ辨別ト云フ語句ヲ用ヒ居ルノミナラス佛蘭西派ノ系統ニ屬スル  
法典ナルカ故ニ第七十五條第一項ハ其意ニアラサル云々ノ意思ノ自由ヲ失  
ヒタル場合ノ無罪ヲ定メ第七十七條ニ至リ又犯意ナクハ罪ナシト云フ原  
則ヲ示セリ

佛蘭西系統ノ刑法論ニ於テハ彼ノ幼者發狂者瘡痍者ハ精神ノ發達セサル者  
又ハ故障アル者トシテ即チ是非ヲ辨別スル智能ナキカ故ニ無罪トセサル可  
カラスト論スルニ反シテ獨逸系統ノ刑法論ニ於テハ此等ノ者ハ精神狀態一  
般ニ健全若クハ成熟シタル者ニ比較シテ唯辨別ト云フ智能ノミヲ缺クニ止  
マラス其總ヘテノ點ニ於テ不充分ナリ即チ概括的ニ此等ノ者ノ意思ハ尙ホ  
意思タルノ値ナキモノニシテ意思無能力ト云フヘク獨リ辨別心ナキモノト  
思惟スルハ事實ニ相違シテ狭キニ失スト論スルモノハ如シ次ニ意思ノ自由  
ト云フコトハ彼ノ生來ノ意思自由說ニヨリテ者フレハ果シテ人カ生來自由  
ナル意思ノ働ヲ有スルヤ否ヤハ哲學上未定ノ問題ナリ又生來ノ自由不自由  
ノ論ヲ捨テ、彼ノ特別ナル事情ニ遭遇シタルカ爲メ或害ヲ生スヘキ行為ヲ

爲サ、ル可カラサル境遇ニ陥リタル場合ノ如キハ所謂其外部ノ狀況カ基礎  
トナルモノニシテ人ノ意思ノ問題タルヲ許サス故ニ此等ハ責任要素ノ問題  
トシテ論ス可カラサルモノト爲セリ第三ノ點タル故意又ハ過失ノ問題ハ大  
體ニ於テハ佛蘭西派ト獨逸派トノ間ニ區別ナク獨逸派ト雖モ有意ノ舉動即  
チ故意又ハ過失ニ出テタルモノニ非サレバ罪ヲ成サスト認メ居レリ  
刑法上最モ重大ニシテ又最モ困難ナル問題ノ一タル責任論ニ於テ佛蘭西派  
ト獨逸派ト相違スルコト已ニ此ノ如シ而シテ其何レヲ可トスヘキカハ尙容  
易ニ解決シ能ハサル疑問ナリト雖モ我日本今日ノ法制ヨリ云ヘハ法律中ノ  
原則法トモ看ルヘキ民法ニ於テモ已ニ獨逸派ノ所謂意思能力ノ觀念ヲ採リ  
タル所アルノミナラス不法行為ノ場合ニ於テモ故意又ハ過失ヲ以テ責任ノ  
要素ト爲シタルカ故ニ此刑法ノ講義モ亦其順序ニ依リテ組織シタリシナリ  
民法ニ辨別云々ノ文字ヲ殘シタルニ付テハ余別ニ意見アレトモ今ハ之ヲ省  
略ス



## 第二節 責任能力

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

現行刑法ニ於テ意思能力ニ關スル規定ハ第七十八條以下第八十三條ノ數個條ナリ而シテ此規定ハ第一編第四章ノ不論罪及ヒ減輕ト名クル第一節ノ不論罪ノ規定ノ一ナリ抑不論罪ノ語タルモ罪アレトモ論セス即チ犯罪成立スルモ刑罰ヲ科セスト云フ意味ニ解スルコトヲ得又罪トシテ論セス即チ犯罪ハ成立セスト云フ意味ニモ解スルコトヲ得ヘシ現ニ第三百七十七條親族相盜ノ場合ニモ窃盜ヲ以テ論スルノ限ニ在ラスト規定シ罪アレトモ刑罰ナシト云フ場合ニ此言葉ヲ用ヒタリ然レトモ茲ニ謂フ所ハ明カニ犯罪不成立ノ意味ナリ即チ罪アリテ刑罰ナシト云フニ非スシテ罪ナク隨テ刑罰ナシト云フ意味タルコトヲ注意セサル可カラス故ニ寧ロ草案ノ如ク單純ニ犯罪不成立ト云フヲ妥當トス

云フヲ妥當トス

六 佛蘭西派ノ學說ハ精神ニ故障アル者及幼者瘖啞者ノ働作ハ之ヲ辨別ヲ缺クニ基ク無責任行爲ト稱シ獨逸派ノ學說ハ多ク之ヲ能力ナキニ基ク無責任行爲ト稱ス精神ノ作用又ハ發育完カラサル場合ニハ辨別ノミニ故障アルニ非スト云フヲ理由トスルニ似タリ)

幼者發狂者又ハ瘖啞者ハ善惡ヲ識別スル智能ナシト認ムルハ敢テ不可ナシ然レトモ此等ノ者ハ善惡ノ識別心ノミナラス外部ノ事物ヲ感受スル働モ内ヨリ外ニ向テ意思ノ働ク有様モ總テノ方面ニ於テ不完全タルヲ免レサルナリ而シテ既ニ法律カ或年齢ニ達セサル者或種類ノ故障アル者ノ精神カ不完全ナルモノト認メテ外部ノ舉働ヲ無責任ト決定シタル以上ハ別ニ其理由ヲ辨別心ヲ缺クニ基ク無罪ト明言スルノ要ヲ見スト論スルヲ一派ノ獨逸學者ノ責任論ナリトス

### 第一項 精神ニ故障アル者

七 精神ノ作用ニ故障アルヲ理由トシテ其働作ヲ無責任……働作ト本人トノ



連結ヲ欠ク……トスルニハ働作ノ當時ニ其故障アリタルコトヲ必要トス(第七法條十八)働作ノ以前又ハ以後ノ故障ハ之ヲ以テ働作其モノヲ無責任(無罪)トスヘキ理由ト爲ス能ハス

責任無能力者ハ狂者幼者瘖啞者ノ三ニシテ本項ニ述フル所ハ其狂者ニ係ル而シテ之ニ關スル刑法第七十八條ニハ罪ヲ犯ストキト云フ制限ヲ設ケアリ罪ヲ犯ストキハ犯罪ト爲ル可キ身體ノ働作アリタル當時ト云フ意味ナリ故ニ昨日ハ發狂中ナリトスルモ今日其常ニ復シタル間ニ人ヲ斬リ物ヲ盜ム等ノ所爲アレハ決シテ無罪ヲ主張スルコトヲ得ス之レト同一ノ理由ニ因リ今日罪ト爲ル可キ働作アリテ而シテ明日發狂シタル者モ亦無罪ヲ主張スルコトヲ得サルナリ但嫌疑人又ハ刑事被告人カ發狂中ナルトキハ訴訟ノ進行ヲ一時妨クルコトアル可シト雖モ是レ單ニ訴訟ノ障害タルニ過キスシテ有罪ノ責任ヲ免ル、理由トハ爲ラサルナリ  
此ノ如ク精神ニ故障アルヲ理由トシテ其働作ヲ無罪トスルニハ働作ノ當時ニ故障アリタルコトヲ證明セサル可カラスト云フ點ハ解釋上毫モ疑ヲ容レ

サル所ナリ然レトモ一昨日ト今日トハ發狂狀態ニアリテ偶々其間歇時タル昨日ニ罪ヲ犯セリト云フ如キ場合ニハ其有罪無罪ヲ論セントスル者ハ果シテ其昨日ニ於ケル精神狀態ニ病的異狀アラザリシヤ否ヤヲ十分ニ審査スルノ必要アリ而シテ可及的専門ノ醫師ヲシテ其鑑定ニ從事セシムルヲ得策トス蓋シ精神病ノ如キハ専門ノ醫師ニ於テスラモ數日若クハ數週日甚タシキハ數個月ノ試験ヲ經ルニ非サレハ其狂タルヤ否ヤヲ發見シ得サルモノ尠カラサルヲ以テ可及的十分ニ慎重ノ審査ヲ爲サ、ル可カラサルナリ

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

刑法第七十八條ニ依レハ單ニ知覺精神ヲ喪失シタル者トアルノミニシテ別ニ病的喪失ト云フ如キ制限ヲ見ス而シテ如何ナル狀態ヲ指シテ疾病ト稱スルコトヲ得ルカハ醫學者間ニ於テモ各其見解ニ相違アリ但タ吾人ノ有スル常識ヨリ之ヲ云ヘハ單純ナル生理上ノ現象例ヘハ酒ヲ飲ミタルカ爲メ酩酊スルカ如キハ尙疾病ト稱シ得サル可シ然レトモ若シ此ノ如キ通常ノ生理現



象タリトモ既ニ之ニ因リテ知覺精神ヲ喪失シタル間ニ罪トナル可キ舉働アレハ素ヨリ之ヲ無罪ト爲サ、ル可カラヌ又該條ニハ喪失ノ狀態カ繼續スルコトヲ要ストノ制限モ設ケラレサルカ故ニ縱令短時間ノ精神喪失ト雖モ無罪ノ理由ト爲ルヤ論ナキナリ

九 精神ノ病的故障ニ精神病ト其餘ノ疾病トノ別アリ精神病ノ發作中ノ動作ハ辨別ヲ缺クモノトシテ一般ニ之ヲ無責任トセサル可カラヌ精神病以外ノ疾病……通常高度ノ熱ノ作用等……ニ因リ精神ニ故障ヲ生シタルトキハ是非ヲ辨別セサル間ニ限り之ヲ無責任トス

抑吾人ノ精神機能ハ一體不可分ノモノニシテ彼ノ生理學精神病學等ニ於テ感情又ハ意思ト云フ如キ或特別ノ名稱ヲ付スルハ單ニ説明ノ便宜ヨリ出テタルニ止マリ精神其モノハ素ヨリアリテニアラス今疾病ノ爲メ感情界ニ障礙アルトキハ意識界及ヒ觀念界等ニ於テモ亦當然或障礙ヲ受クヘク又觀念界ニ障礙アレハ意識界及ヒ感情界等ニ於テモ亦當然障礙ヲ受ク可キモノト認メサルヲ得ス故ニ精神ノ如何ナル作用ノ上ニ於テモ病的障礙アルヲ認

メ得ルトキハ當然刑法ノ所謂是非ノ辨別ヲ喪失スルモノト認定セサル可カラス而シテ若シ精神病以外ノ疾病ナレハ其高度ノ熱ノ爲メ一時精神機能ヲ減衰セシムルコトアリト雖モ必シモ辨別心ヲ喪失スルマテニ至ラサルコトハ想像スルニ難カラス此點ニ付テハ實際辨別心ノ有無ニ因リ罪ノ有無ヲ決ス可キ必要アリトス

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

刑法第七十八條ノ規定ニ依レハ喪神シタル原因ノ如何ヲ區別セス隨テ獨リ飲酒ト云フ如キ原因ヲ除外ス可シト云フ斷定ヲ下スコトヲ得ス然レトモ尙進メテ果シテ酒類カ喪神スルニ至ラシムルヤ否ヤハ法律論ニ非ス刑法第七十八條ノ關スル所ニモ非スシテ全ク事實上ノ問題タリ宜シク專門醫家ノ鑑定ヲ俟テ定ムヘキナリ



第二項 幼者

一〇 幼者ノ責任年齢ヲ定ムルニ三主義アリ(1)第一ノ主義ニ於テハ一生ヲ二期ニ分チ第一期佛蘭西白耳義土耳其等ハ十六歳以下ノ間ハ先ツ辨別ノ有無ヲ調ヘテ次ニ責任ノ有無ヲ決ス可キモノトシ第二期ノ年齢ニ達スレハ全責任ヲ負ハシメ(2)第二ノ主義ニ於テハ一生ヲ三期ニ分チテ第一期ノ間ヲ無責任トシ第二期ノ間ヲ辨別ノ有無次第……但シ責任アル場合モ刑ヲ減ス可キモノ……トシ第三期ニ入りテ初メテ全責任アリトナシ(3)第三ノ主義ニ於テハ更ニ之ヲ四期ニ別チテ第一期ノ間ヲ無責任トシ第二期ノ間ヲ辨別ノ有無次第……但責任アル場合モ刑ヲ減ス可キモノ……トシ第三期ノ間ヲ減刑トシ第四期ニ入りテ初メテ全責任アリト定ム我現行刑法ハ第三ノ主義ヲ採用シ且重罪輕罪ト違警罪トニ依リ處分ヲ異ニス

佛蘭西其他一二ノ國ノ如キ第一主義ヲ採用スル國ニ於テハ假令二三歳ノ小兒ト雖モ先ツ辨別心ノ有無ヲ決スルニ非サレハ罪ノ有無ヲ決スルコトヲ得ス而シテ二三歳ト云フ如キ辨別心ナキコトノ確實ナル者ヲモ尙罪ノ有無不

明ナリトスル法則ハ理論ニ適當シタルモノニ非ス唯佛國其他ノ國ニ於テハ檢事其他公訴ノ原告人ト爲リ得ル者カ此ノ如キ幼者ニ對シ事實上訴ヲ提起セサルカ故ニ實際多クノ甚タシキ弊害ヲ見ス第二第三ノ主義ニ於テ相對的無能力ノ時期ヲ認ムル所以ノモノハ人ニヨリ精神ノ發達ニ著シク遲速ノ區別アリテ法律ヲ以テ一定スルコトヲ得サルカ故ナリ尙減刑ヲ認ムルノ當否ハ後ニ至リテ説明セン

一 我刑法上十二歳以下ノ幼者ハ全ク無責任ナリ(刑法第七十九條)十二歳以上十六歳以下ノ幼者ニ重罪又ハ輕罪タル可キ行爲アリタルトキハ辨別ノ有無ニ依リ責任ノ有無ヲ決ス但責任アル場合ト雖モ二等ノ宥恕減輕ヲ受ク違警罪ニ付テハ常ニ責任ヲ負ヒ一等ノ宥恕減輕ヲ受ク(刑法第八十條)十六歳以上二十歳以下ノ幼者ニ重罪又ハ輕罪タルヘキ行爲アリタルトキハ單ニ一等ノ宥恕減輕ヲ受ク違警罪ニ付テハ全責任ヲ負フ(刑法第八十一條)

現行刑法ニ依レハ第二期ノ幼者即チ十二歳以上十六歳以下ノ者ハ重罪輕罪ニ付テハ相對的無能力者ト爲リ違警罪ニ付テハ責任能力ヲ有シ唯一等ノ減



輕ヲ受クルニ過キス元來現行刑法カ幼者ニ付テ無責任時代ヲ認ムル所以ノモノハ事ノ善惡ヲ識別スル智能ヲ缺ク時代ナリト云フ理由ニ出ツ而シテ重罪輕罪ノ如キ比較的重大ナル罪惡ニ付テ其罪惡タルコトヲ悟ラサル場合アル可シト認メタル十二歳以上十六歳以下ノ幼者カ法律上最モ輕キ罪惡ト認メタル違警罪ニ付テハ當然責任アルモノト爲スカ如キ明ニ前後ノ思想矛盾スルモノト云ハサル可カラス之ヲ約言スレハ辨別心ノ有無ト云フ如キ主觀的ノ標準ヲ以テ重罪輕罪違警罪ト云フ如キ客觀的ノ事實ニ因リテ適用ヲ異ニセントシタルハ著シキ缺點ナリト云ハサル可カラス

一ニ 幼者ノ責任能力ニ關シ減輕時代……即チ一部ノ責任ヲ負フ時代……ヲ認ムルニ反對スル說アリ外部身体ノ働作ヲ其本人ニ出テタリ……即チ責任アリ……トナスヤ否ヤハ之ヲ認ムルカ之ヲ認メサルカ……即チ物心兩界ニ連絡アリトスルカ無シトスルカ……二者其一ヲ出テス一部ノ連絡アリ乃至小ナル連絡アリト認ムル減輕時代ハ須ラク之ヲ排斥スヘシト然レトモ精神ノ發育ニ其源ヲ發スル幼者ノ能力問題ハ中央ハ發育シタル時期若クハ事實ナシト云フ克

ハス(?)

獨逸一派ノ學者ハ精神ノ發育不十分ナルヲ理由トシテ刑ヲ減スル時代ヲ認ムル立法例ニ反對セリ其理由トスル所ハ本問題ハ責任問題ニシテ責任問題ハ外部ノ舉動カ其人ノ意思ニ出テタリヤ否ヤニ外ナラス故ニ全部其意思ニ出テ若クハ一部分ノミ其意思ニ出ツルト云フ如キ差別ヲ爲スコトヲ得ス苟モ内外ノ連絡アル以上ハ常ニ全部ノ連絡アリト云ハサル可カラス隨テ減輕時代ヲ認ムルコトヲ得スト云ヘリ然レトモ苟ニ考フルニ精神ノ發育亦一體不可分ノモノニシテ意思ノ存在ハ疑フ可カラサルモ尙薄弱ナル意思ノ存在ト云フヲ妨ケサル時代アルコトハ事實ニ於テ疑ヲ容レス故ニ若シ此論ヨリスレハ減輕時代ヲ認ムルモ亦不可ナシト云ハサルヲ得ス

### 第三項 瘖啞者

- 一三 瘖啞者ハ總テノ動作ニ付テ其責任ナキコト十二歳以下ノ幼者ニ同シ(刑第八三條)但瘖ニシテ且啞ナル場合ニ非スハ此限ニ在ラス
- 一四 刑法ニ謂フ所ノ瘖啞ハ生來ノ者ニ限ルカ生後ノ疾病又ハ負傷ニ基ク不



具ヲモ合ムカ若シ生後瘖啞ト爲リタル者ヲモ合ムトセハ其之ニ陥リタル年齢ニ制限ナキカ (Linné) 生來及ヒ幼時ニ瘖啞ト爲レル者ニ限ル

精神ノ發育ハ各種ノ感覺ニ關係スト雖モ殊ニ聽覺及ヒ語能ニ最深キ關係ヲ有スルコトハ疑ヲ容レヌ故ニ智識ヲ得ルノ二大機能ヲ失ヒタル瘖啞者ノ精神ハ發育スル能ハサルモノトシテ刑法上全ク無責任ト規定セリ而シテ其理由ハ此ノ如キ精神發育ノ障礙アルニ出ツルト雖モ法文ノ表面ニハ瘖啞トナレル年齢ニ付キ何等ノ制限ヲ設ケサルカ故ニ現行刑法ノ解釋トシテハ假令成年以上ノ者カ俄ニ瘖啞ト爲リタル場合ト雖モ其後ノ行爲ハ之ヲ無責任ト爲サ、ル可カラス

### 第四項 懲治場ノ留置、附監置

一五 八歳以上十二歳未満ノ幼者ハ滿十六歳ニ過キサル時間又ハ十二歳以上十六歳未満ニシテ辨別ヲ缺キ無責任ト認メラレタル幼者ハ滿二十歳ニ過キサル時間情狀ニ依リ之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得 (刑法七九條、八) 懲治場ノ留置ハ國家自ラ此等ノ者ヲ監督シ教育スル趣旨ニ出テ刑罰タル性質ヲ有セス

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

右ハ本文ヲ一讀スレハ明瞭ナルヲ以テ此カ説明ヲ省ク

### 第三節 故意及ヒ過失

一七 責任能力ヲ有スル者ト雖モ其故意又ハ過失ヨリ出テタル動作ニ對スルニ非サレハ其責ニ任セス (刑法七七條、民)

第二節ニ於テ述ヘタル所ハ責任能力ノ問題ニシテ此ヨリ以下將ニ述ヘント欲スル所ハ其責任能力アル者カ如何ナル精神狀態ヨリ出テタル舉動ニ付キ責任ヲ負フ可キヤノ問題ナリ嘗テ一言シタル如ク犯罪モ亦不法行爲ノ一種ニ過キス而シテ其不法行爲タルニ付テハ故意又ハ過失ヨリ出テサル可カラ  
ス故ニ之ヲ名ケテ責任ノ要素ト云フコトヲ得ルナリ故意及ヒ過失ニ付キ民  
法七〇九條ト刑法七七條一項二項トハ其文ヲ異ニスト雖モ内容ニ於テハ特



ニ異なる所ナシ但民法ニ於テハ損害ノ賠償ヲ爲ス可キ義務ノ存在ヲ示スカ  
爲メニ之ヲ掲ケ刑法ニ於テハ犯罪ノ成立條件ヲ示スカ爲メニ之ヲ掲ケタル  
モノニシテ其規定ノ目的ハ同シカラスト雖モ故意及ヒ過失ノ何タルヤハ雙  
方共ニ全ク同一ニ解釋ス可キナリ

### 第一項 故意

一八 故意ハ觀念決意ナリ事實ノ認識(觀念動作ノ意思決意)ナリ故ニ犯罪ノ故  
意トハ犯罪ノ事實ヲ知り犯罪行爲ニ志スヲ謂フ犯罪事實犯罪事實ノ觀念犯罪  
行爲ノ決意ノ三點ニ分チテ説明スル所アラシ

犯罪ノ語ニ二様ノ意義アリ其一ハ犯罪ヲ成立セシムルニ足ル可キ精神上ノ  
要素ト云フ最廣ノ意義ニシテ此ノ如キ廣義ニ用フレハ故意トハ故意及ヒ過  
失ノ雙方ヲ包含ス可シ之ニ反シテ本文ニ掲ケル所ハ單ニ其中ノ一タル故意  
ノ關係ノミニシテ人ニ依リ犯罪ノ語ヲ狹義ニ解釋シ罪ヲ犯ス故意ト云フ意  
義ニ用フル場合モ尠カラス故ニ同シ犯罪ノ中ニ於テモ故意及ヒ過失ヲ包含  
セシムルノ意義タルト單ニ故意ノミヲ指ス意義タルトハ之ヲ用スル人ニ依

リテ同シカラサルノミナラス畢竟純然タル用語上ノ争ニ過キス  
本文ニハ故意ヲ解シテ觀念及ヒ決意ナリト云ヘリ法律語ヲ以テ之ヲ言ヘハ  
罪ヲ爲ル可キ事實ヲ知り又ハ罪本重カル可キ事實ヲ知り而シテ之カ行爲ヲ  
爲スノ決心アルヲ謂フナリ故ニ第一ノ問題トシテ犯罪事實トハ如何ナルコ  
トヲ云フカヲ論決セサル可カラス

一九 (1) 犯罪事實トハ犯罪構成ノ物的條件(即チ罪ト爲ル可キ事實刑法七七  
條二項)及ヒ犯罪加重ノ物的條件(即チ罪本重カル可キ事實刑法七七條三項)謂  
フ刑法ニ列擧スル所ノ構成乃至加重條件ヲ視ルニ主體ノ資格客體ノ性質方法  
ノ種類結果ノ大小等犯罪ニ據リ同シカラス而シテ身體ノ積極又ハ消極ノ動作  
ハ犯罪全般ニ通スル物的構成條件ナリ

犯罪事實トハ罪ト爲ル可キ事實及ヒ刑ヲ加重ス可キ事實ヲ併稱スルモノニ  
シテ外部ニ關セサル可カラス而シテ責任ノ條件タル年齢及ヒ精神身體ノ不  
具(瘡腫)ノ之ニ包含セラレサルハ後ニ詳言ス可シ犯罪ノ構成條件及ヒ刑罰加  
重ノ條件ハ各種ノ犯罪ヲ比較スルニ極メテ多クノ種類アリテ到底ニ々之ヲ



枚舉スルニ違アラス今假ニ本文ニ掲ケル所ノ順序ニ從ヒ一二ノ例ヲ舉ケレ  
ハ凡ソ左ノ如シ

第一 主體ノ資格カ其犯罪ノ成立條件タル一例ハ官吏收賄罪ニ於テ官吏ト  
云フ犯罪ノ主體ノ資格カ其犯罪ノ成立條件ト爲ルカ如シ又主體ノ資格カ  
犯罪ノ成立條件ニ非スシテ單ニ刑罰ヲ加重スル條件タル一例ハ刑法二〇  
五條ニ於ケル官吏タル資格ノ如キ是レナリ

第二 客體即チ被害物體ノ性質カ特ニ犯罪ノ成立條件タルハ例ハ同シク  
生命ニ關ス可キ犯罪ナリト雖モ若シ天皇并ニ皇太子ニ對スル危害ノ罪ナ  
レハ刑法一六條ニ據リテ處分ス可ク此場合ノ客體ハ犯罪ノ成立條件ト  
爲ルナリ之ニ反シテ其被害物體ノ如何ニ因リ刑罰ヲ加重シ若クハ單ニ重  
ク處罰スル例ハ貨幣偽造罪ニ於ケル金銀貨ト銅貨トノ差別ノ如シ

第三 方法カ犯罪成立ノ條件ト爲ルハ例ハ同シク財物ヲ奪取スルニ在リ  
トスルモ暴行ヲ手段トスレハ強盜ト爲リ然ラサレハ竊盜ト爲ルカ如シ之  
ニ反シテ單ニ方法ノ如何ニ因リ刑罰ヲ加重サルハ刑法三六八條ノ場合

ノ如シ

第四 結果ノ大小カ犯罪ノ成立不成立ニ影響ヲ及ホス場合ハ例ハ毆打ノ  
爲メ創傷ヲ爲サレハ違警罪ト爲リ創傷ヲ爲セハ毆打創傷罪ト爲ルカ如  
シ又結果ノ如何ニ因リテ處分ニ輕重ノ差異ヲ立ツルハ例ハ刑法三六四  
條二項ノ如キ是ナリ

右ニ述フルカ如ク或ハ犯人ノ資格或ハ客體ノ種類或ハ方法結果ノ如何ニ因  
リテ犯罪ノ成立不成立又ハ刑罰ノ加重減輕ト云フ差別ヲ生スト雖モ如何ナ  
ル犯罪ニモ通シテ必ス成立要素ト爲ル可キモノハ外部身體ノ動作ナリ動作  
ハ故意又ハ過失ノ如キ精神内部ノ要素ニ非スシテ外部物質界ニ存スル所ノ  
必要條件ニシテ尙ホ犯罪事實ノ一ニ位ス可シ

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

心理學上ニ於テ觀念ト云ヒ認識ト云ヒ心像ノ再現ト云フノ何タルカヲ論ス



ルニ數多ノ學說行ハル而シテ余ノ眞ニ近シト信スル所ニ依レハ感官ノ媒介ニ依リテ一度腦裡ニ印刷シタル現像ヲ或機會ノ爲メニ再ヒ現出スルヲ觀念或ハ認識ト云ヒ得ルモノト思考ス今試ニ明キ窓ヲ熟視シテ忽チ眼ヲ閉鎖シ其熟視シタルモノヲ想像スレハ想像ト云フ心理上ノ機會ニ誘ハレ現ニ自己ノ目撃シタルト同一ノ現像カ腦中ニ浮出ツ可シ是レ即チ認識若クハ觀念ニシテ又心像ノ再現ナリトス凡ソ吾人カ事物ヲ知ルト云フハ全ク此ノ如キ心像ノ再現ヲ指スナリ茲ニ或物體ニ面シテ此カ生命ヲ有スル人間タルヲ知レリト云フ場合ニハ必ス其ヨリ先ニ同シ生活ヲナセル人間ヲ見聞シ其思想ヲ再現スルカ爲メ認識アリ觀念アリ隨テ又知ルト云フコトヲ謂フニ過キス而シテ先ツ犯意即チ犯罪ノ故意ノ成立上罪ト爲ル可キ事實及ヒ罪本重カル可キ事實ヲ知ラサル可カラスト云フハ此等ノ認識即チ觀念無カル可カラサルヲ謂フナリ

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

右ノ説明トシテ茲ニ一例ヲ掲ケンニ會テ有リシ一實例アリ或極メテ臆病ナル下婢ヲ恐怖セシムルノ惡戯ヲ爲サンカ爲メ白布ヲ以テ頭ヲ包ミ不意ニ其面前ニ現ハレタルニ下婢ハ手ニシタル庖丁ヲ以テ其者ヲ打チ耳ヲ失ハシメタルコトアリ此ノ如キ場合ハ果シテ其人タルヤ否ヤヲ知ラスシテ爲シタルモノナルカ故ニ罪ト爲ル可キ事實ヲ知ラサルニ基ク無責任行爲ト云フコトヲ得ルナリ然レトモ余ノ探ル所ノ説ヲ以テスレハ此ノ如キハ本文ニ掲クル衝動的動作ニシテ當ニ物體ノ何タルヲ知ラサルノミナラス自己ハ現ニ何事ヲ爲スカヲ知ラサルモノ即チ行爲ノ認識ヲ缺クモノナリ隨テ本文ニ付テ之ヲ云ヘハ是レ行爲ノ觀念ヲ缺ケル場合ナリト云ハサル可カラス

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



例へハ毆打創傷罪ノ場合ニ於テ毆打ノ結果タル疾病創傷ト云フ影響ハ其罪ノ成立條件ナリ故ニ人ヲ毆打スル意思アリテ若シ全ク疾病創傷ヲ生セシム可キ觀念ナカリセハ毆傷罪トシテ論スルコトヲ得ス(尙此點ハ後ノ不確定ノ犯意ニ對スル説明ヲ参照ス可シ)又結果ヲ刑罰加重ノ理由ト認ムル場合ハ例へハ刑法三六二條以下ニ規定スル祖父母父母ニ對スル罪ニ於テ之ヲ知ル可シ此ノ如キ場合ニハ其加重ス可キ結果ノ生スルコトヲ認識シタル場合ニ非サレハ全部ニ付テノ故意アリト云フヲ得ス是レ刑法七七條三項ノ明言スル所ナリ

丙 動作ノ觀念ナキ場合ニハ亦當然結果ノ觀念ナシ然レトモ動作ハ觀念アリテ結果ノ觀念ナキ場合アリ

例へハ衝動的舉動ニ因リテ人ヲ殺傷シタル場合ノ如キハ人ニ暴行ヲ加フルト云フ舉動ニ付テノ認識ヲ缺クモノニシテ其結果トシテ人ヲ殺傷スル如キコトアルモ此結果其モノモ亦認識セサル所ナリト斷定セサル可カラス然レトモ例へハ或者ニ向テ發砲スルト云フ舉動ニ付テノ認識ヲ備フルモ目的物

人ナルコトヲ知ラサルカ爲メ其死亡ト云フ結果ノ生ス可キコトヲ認識セサル場合アルハ想像スルニ難カラス故ニ上來之ヲ區別シテ説明セリ

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

家宅侵入罪ノ場合ニ於テ若シ皇居ノ侵入ナルトキハ特ニ刑罰ヲ加重サレタリ而シテ家宅ニ侵入スルト云フ認識アリテ皇居ト云フ事實ヲ知ラサル如キハ總則七七條三項ノ適用上刑法一七一條ヲ以テ論ス可ク一七三條ヲ適用ス可キ限ニ在ラス是レ舉動及ヒ其結果以外ニ皇居ト云フ事實ノ觀念ヲ缺クヲ以テナリ犯罪ノ構成條件ニ關スル問題モ亦之ト同一ノ論法ヲ以テ論決セサル可カラス例へハ子孫其祖父母父母ニ孝養ヲ缺ク罪ニ於テ其親タルコトヲ知ラスシテ扶養セサル場合ノ如キハ犯罪ノ構成條件ヲ缺クニ基ク無罪ナリ

二 然リト雖モ行爲ニ關係スル一切ノ事實ヲ知ラサル可カラサルニ非ス單ニ犯罪ノ事實即チ刑法ニ列舉スル所ノ犯罪構成事實及ヒ刑罰加重條件ニ限ル



ハ勿論ナリ……例、人命犯ニ於テ被害者ノ健康年齢貧富強弱ノ類ハ之ヲ知ルニ及ハス

認識ト云フコトヲ犯罪事實全體ニ對シテ存在セサル可カラスト説明シ來リタル所以ハ刑法ノ定ムル所ニ依リ犯罪ノ構成事實若クハ刑罰ノ加重條件ニ限リテ解釋セサル可カラス故ニ實際問題ト爲リタル場合ニ於テ現ニ存在シタル總テノ事實ヲ知ラサル可カラスト云フニ非ス今左ノ如キ例ニ於テ其趣旨ヲ知ルコトヲ得ヘシ

第一 刑法二九二條以下ノ謀殺又ハ故殺ノ場合ニハ人命ヲ斷ツト云フ行爲ト被害者ノ死亡ト云フ結果ノ二個カ既遂犯ノ成立要素ニシテ其以外ノ事實ハ假令犯人ニ於テ之ヲ知ラサルシ場合ニ於テモ刑法七七條一項二項ヲ引用シテ無罪ヲ主張スルコトヲ得ヌ又老人ト信シテ壯年者ヲ殺シ女装ヲ爲シタル男子ヲ女子ナリト信シテ殺シ病人ヲ健者ナリト信シテ殺シタルトスルモ殺人罪ノ成立上何等ノ影響スル所ナキナリ

第二 刀ヲ以テ人ヲ斬殺セント欲シタル者カ倉卒ノ際鞘ノ儘人ヲ毆打シ若

クハ刀背ニ依リ毆打シテ被害者死亡シタル場合ノ如キハ殺人罪ナリヤ否ヤト問ヘハ其斬殺ス打殺スト云フ如キ方法ノ如何ハ殺人罪ノ構成要素ニ非ス又其事實ノ認識ニ誤アリタリトスルモ殺人罪ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ホス所ナシ(後ニ述フル錯誤ノ説明參照)

二二 (3) 決意ハ身體ノ動作ヲ指揮スル精神作用ナリ犯罪ニ就テ云フトキハ罪ト爲ル可キ行爲ヲ指揮スル精神作用ヲ謂フ

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

例ヘハ彈丸ヲ裝置シタル銃ヲ以テ人ニ擬シタル者アリ此者ハ瘋癲白痴者ニ非サル限リハ相手方ノ人タルコトモ發砲シテ彈丸カ命中スレハ被害者ノ死亡スルコトモ固ヨリ之ヲ知ラサル可カラス然レトモ其事實ヲ知リタルノミニシテ決シテ殺意アリト云フコトヲ得ヌ何トナレハ被害者ノ死亡スト云フ殺人事實ノ觀念アリト雖モ尙此者ハ發砲ス可シト云フ舉動ヲ命スル決心ヲ有セサルヲ以テナリ此ノ如ク解釋スレハ認識ト決意トハ意思ノ働ノ性質全



ク異ナリテ其方向ヲ同フセサルコトヲ知ル可シ而シテ犯罪ノ故意ノ成立スルニハ舉動ヲ爲スノ決心モ兼備スルコトヲ要スト云ハサル可カラス故ニ前例ニ示シタル者カ不意ニ無意識ノ舉動ニテ引金ニ手ヲ觸レ人ヲ死ニ致シタリトスルモ謀殺又ハ故殺ヲ以テ論スルコトヲ得サルナリ

二三 然ラハ一定ノ動作ヲ採ラントノ決意ハ一ノ觀念ニ非サルカ決意ハ觀念ノ一種ニ非サルカ決意ノ本質ヲ觀念ト爲シ觀念ノ内ヨリ外ニ向テ動作ヲ命スル作用ノミヲ決意ト名クルト精神ノ外ニ向テ能動的作用ヲ別種ニ立テ内部ニ止マル心像又ハ心像ノ再現一名觀念ト區別スルトハ全ク便宜ノ問題ナリ語ヲ爭ナリ前段ノ所論ハ犯罪事實ヲ知ルト雖モ犯罪行為ヲ採ル可キ精神的命令アルニ非サレハ犯意ナシト云フ迄ノ主旨ナリ

右ハ心理上ノ論ニシテ更ニ之ヲ敢テ詳説セントセハ心理學ノ大体ニ入りテ述フルコトヲ要シ僅少ノ時間ノ能ク爲シ得可キ所ニ非サルヲ以テ暫ク之カ説明ヲ省略スルコト、セヨ向之ヲ研究セントスルノ士ハ宜シク其專門ノ書籍ヲ參考セラル可シ

二四 犯罪事實ノ觀念……及ヒ犯罪行為ノ決意……ノミヲ以テ犯罪ノ故意ノ成立ヲ認ムル説ハ之ヲ觀念主義乃至豫見主義 (Vorstellungstheorie) ノ犯意論ト云フ犯罪事實ノ觀念ノ外向犯罪事實ノ希望アルニ非サレハ犯罪ノ故意成立セストスル説ハ之ヲ希望主義乃至意欲主義 (Willensstheorie) ノ犯意論ト云フ其希望ト云ヒ意欲ト云フ語ノ意味確定セスト雖モ犯罪事實ヲ認識シ積極又ハ消極ノ行為ヲ採ラントノ決意アル以上ハ別ニ之ニ對スル快感アルヲ必要トセス止タ此意味ニ於テノミ希望主義意欲主義ノ犯罪論ヲ排斥スルコトヲ得ルニ似タリ

以上述ヘタル所ハ犯罪事實ノ觀念ト舉動ニ對スル決意トノ二個ヲ具備スレハ犯罪ノ故意ハ成立スト云フ論ニ歸着ス然ルニ現今佛蘭西派ニ屬スル大多數ノ學者及ヒ獨逸派ニ屬スル少數ノ學者ハ尙此外ニ結果ヲ生セシムルノ希望ナケレハ故意ノ成立ヲ見ル能ハスト論シ居レリ此種ノ議論ニ所謂希望ナル語ノ意義如何ニ因リテハ余モ強ヒテ之ニ反對セス然レトモ若シ其意義ニシテ彼ノ一派ノ哲學ヨリ來リタリトスレハ明ニ反對セサル可カラス同氏一派ノ哲學的觀念ノ根本ハ凡ソ人類カ或事ヲ爲シ若クハ爲サ、ラント欲スル



原因ハ好悪二者其一ヲ出テス即チ或事ヲ好ミ若クハ悦ヘハ之ヲ爲サント  
決心スルニ至リ惡ミ若クハ嫌ヘハ之ヲ爲サラント決心スルニ至ル故ニ刑  
法ノ問題ニ於テ人カ何故ニ罪ヲ犯スニ至レルヤト問ヘハ之ニ因リテ一定ノ  
影響又ハ結果ノ生スルコトヲ好ミ又ハ悦フカ故ナリ偶々殺人罪ニ付テ之ヲ  
云ヘハ被害者ノ死ヲ好ムカ爲ニ外ナラス故ニ若シ此條件ヲ缺キテ被害者ノ  
死ヲ希望セサルトキハ殺意アリト云フヲ得スト爲スニ歸着ス可シ此ノ如ク  
結果ヲ好ミ若クハ悦フト云フ趣旨ナリトスレハ余ハ左ノ二個ノ理由ニ基キ  
反對セサルヲ得ス

第一 事實論トシテ之ヲ觀ルニ犯人ハ必シモ犯罪行爲ニ因リテ生ス可キ影  
響若クハ結果ヲ希望スルモノト云フコトヲ得ス殺人罪ノ如キモ常ニ必シ  
モ被害者ノ死亡ヲ希望セス管ニ之ヲ希望セサルノミナラス若シ出來得可  
クハ之ヲ避ケント欲シタルモ他ニ已ムヲ得サル事情アリテ不本意ナカ  
ラ終ニ謀殺又ハ故殺ヲ決行スル事實ハ決シテ尠シト爲サス是ニ於テカ希  
望派ノ學說ハ事實ノ認定ノ不當ナルコトヲ知ル可シ

第二 更ニ之ヲ法律論トシテ考フルニ罪ト爲ル可キ事實ヲ知リ其舉動ヲ決  
心スル以外ノ心理作用ハ多クハ決心ノ理由ナリ即チ刑法ノ術語ニ所謂故  
意ノ遠因ニ過キス而シテ遠因ハ犯罪ノ成立ニ無關係タルヲ原則トスルモ  
ノニシテ好ムカ爲ニ人ヲ殺シタルト不本意ナカラ人ヲ殺シタルト又金錢  
ノ如キ物質上ノ慾望ヲ満たサンカ爲ニシタルト或ハ痴情ノ如キ無形ノ慾  
望ニ出テタルトハ毫モ犯罪ノ成立ニ關係スル所ナシヘーゲル氏一派ノ所  
謂希望即チ快感ノ感情カ假ニ總テノ場合ニ於テ決心ノ原因ト爲ルトスル  
モ法律論トシテハ之ヲ原因ト名ク可ク犯罪ノ要素ニ非サル心理ノ作用ト  
云ハサル可カラス

二五 上來觀念ノ對象ヲ廣ク犯罪事實ト爲セリ一派ノ學說ハ之ニ反シテ結果  
ノミニ限リ結果ノ認識ヲ觀念說結果ノ希望ヲ意慾說ノ骨子トシテ立論ス然レ  
トモ結果ト名ク可キ物界ノ影響ヲ何レ迄ニ限ルカト云フ語ノ争ニ過キスシテ  
歸スル所ハ一ナラン

例ヘハリスト氏一派ノ學說ニ於テハ結果ノ觀念ニシテアレハ別ニ罪ト爲ル



可キ舉動ニ對スル認識アルヲ要セスト論セリ蓋シ氏一派ノ意見ニ在リテハ身體ノ舉動ノ如キモ亦外界ノ變更ナリ而シテ罪ヲ犯ス犯意ヨリ出テタル外界ノ變更ハ悉ク之ヲ結果ト名ク可キモノナルヲ以テ殺人罪ノ例ニ依レハ被害者ノ死亡ト云フ觀念アレハ斬ルト云フ舉動モ被害者ノ死亡ト云フ影響モ皆其中ニ包含ス可シト爲スニ在リ而シテ余ノ茲ニ言フ所ハ身體ノ舉動ト云フ如キ犯罪ノ決意ニ密着シタル悲觀的ノ事實ハ之ヲ結果ト云ハスシテ行爲ト名ク而シテ行爲ノ惹起シタル所ノ行爲以外ノ影響ノミヲ結果ト爲スノ說明方法ヲ採リタリ故ニ殺人罪ニ付テ之ヲ謂ヘハ斬ルト云フ動作ハ結果ノ中ニ付加セシメサルナリ此ノ如ク考ヘ來レハ此二種ノ學說ノ差ハ唯說明ノ方法上ニ於ケル差ナリトスルヲ妨ケス

第二項 故意ノ體様

故意ニ付テハ第一作爲ト不作爲トニ因リテ其内容ヲ異ニス三一號ニ説明スル所是ナリ第二確定ノ故意ト不確定ノ故意トノ區別アリ三二號ニ説明スル所是ナリ第三故意ト故意ヲ生スルニ至レル理由トハ似テ非ナルモノナリ三

三號三四號ニ説明スル所是ナリ第四同シク故意ノ中ニモ豫メ謀リテ成立スルモノト咄嗟ノ間ニ成立スルモノトアリ三五號ニ之ヲ述フ

二六 (1) 犯罪ノ故意ハ犯罪事實ノ觀念犯罪行爲ノ決意ナリ之ヲ作爲ト不作爲トニ就テ區別スルトキハ

作爲犯ニ對スル故意ハ罪ト爲ル可キ動作ノ因果律ノ觀念決意ナリ某ノ動作(斬ル燒ク等)ハ某ノ結果死亡燒燬等ヲ惹起スコトヲ知テ其動作ヲ採ル決意ナリ

今甲某々乙某ノ手又ハ足ヲ毆打シテ之カ爲メ乙某ハ死亡シタリト假定セン

ニ乙某カ手又ハ足ヲ打折ラレタルカ爲メ死亡シタルヤ否ヤハ外部ノ原因結果ノ關係ニシテ法律ノ條文ニ依リテ決スルコトヲ得ス醫師其他ノ者ニ鑑定ヲ命ス可キ事實問題ナリ而シテ假ニ外部ニ於テ原因及ヒ結果ノ關係アリタリトスルモ加害者カ豫メ之ヲ認識シタルヤ否ヤハ同シク事實ノ問題ナリト雖モ内部精神ノ狀況ニ關スルモノニシテ若シ其原因ノ關係ヲ認識セサルトキハ假令舉動アリタリトスルモ刑法七七條第二項ニ所謂罪ト爲ル可キ事實ヲ知ラサルモノニシテ無罪ナリト云ハサル可カラス尙一步ヲ進メテ假令自



己カ或舉動ヲ爲セハ被害者ノ死亡ス可キコトヲ知ルモ舉動ヲ爲スノ決心ニシテ微リセハ七七條第一項ニ所謂罪ヲ犯スノ意無キモノニシテ同シク無罪ト云ハサル可カラス但右ニ謂フ所ハ謀殺又ハ故殺トシテハ無罪ナリト云フノミニシテ毆打致死ト云フ如キ別罪ヲ以テ論ス可キハ固ヨリ此限ニ在ラサルナリ

不作爲犯ニ對スル故意ハ義務ニ背キ罪ト爲ル可キ結果ヲ防止セサル……原因ノ進行ヲ遮斷セサル……觀念決意ナリ某ノ結果(死亡燒燬等)ヲ惹起ス可キ原因(斬ル燒ク)ノ自己ノ別個ノ行爲又ハ自己以外ヨリ進行スルコトヲ知リ之ヲ防止ス可キ義務アルコトヲ知リテ其防止的動作ヲ採ラサル決意ナリ

嘗テ不作爲ノコトヲ論スルニ當リ説明シタル如ク不作爲ハ結果ヲ惹起ス働ヲ有セサルモノナリ(第四節參照)故ニ不作爲ニ對スル故意ハ原因結果ノ認識及ヒ動作ノ決意ト云フコトヲ以テ説明スルヲ得ス同シク外部ノ性質ニ應シテ或結果ヲ惹起ス可キ原因ノ進行スルニ當リテ自己カ之ヲ中斷ス可キ義務アルニ拘ハラス中斷セスト云フ觀念及ヒ決意ヲ謂フナリ今瀛車カ橋ノ墜落シ

タルヲ知ラスシテ前方ヨリ疾走シ來レルニ際シ危險ノ信號ヲ爲ス可キ義務アル信號係カ何等ノ相圖ヲ爲サ、リシ爲メ遂ニ之ヲ轉覆スルニ至ラシメタリト假定センニ若シ其信號係カ第一橋ノ墜落シタルコト及ヒ瀛車ノ疾走シ來レルコト即チ顛覆ト云フ結果ノ生ス可キ原因カ其進行ヲ初ムルマテ之ヲ知ラサリシトキハ職務上ノ過失アルハ言フ俟タスト雖モ信號ヲ掲ケスト云フ不作爲ニ因リ瀛車ヲ轉覆セシムルノ意思アリタリト云フヲ得ス第二更ニ一步ヲ進メテ此ノ如キ原因ノ存在スルコトヲ知レリトモ假定スルモ偶々時間ヲ誤解シテ自己カ信號ヲ掲ク可キ順序タリシヲ知ラサリシ場合亦同シ此ノ如ク解釋シ來レバ不作爲犯ノ場合ノ故意ハ(一)犯罪的結果ノ生ス可キ原因ノ進行スルヲ知ルコト(二)自己カ之ヲ中斷ス可キ義務アルヲ知ルコトノ二點カ犯罪事實ノ認識ナリ而シテ其原因ノ進行ヲ遮斷セスト云フ不作爲ヲ採ルノ決心カ所謂此場合ノ犯罪行爲ノ決意ナリト云ハサル可カラス

二七 (2) 犯意ハ犯罪事實ノ觀念ヲ含ム然ルニ其觀念確實ナルコトアリ不確實ナルコトアリ甲ヲ確定ノ犯意ト名ケ乙ヲ不確定ノ犯意ト名ケ然レトモ舉動



ニ對スル決意ハ常ニ確定ノモノナラサル可カラス此意味ニ於テナラハ不定ノ  
犯意モ亦犯意ナリト云フコトヲ得

犯罪ノ故意ハ犯罪的事實ヲ認識シ犯罪的舉動ヲ採ルニ決心シテ初メテ完全  
ト爲ルナリ然ルニ犯罪的事實ヲ認識スルニ付テハ或ハ手段ノ關係ニ於テ或  
ハ場所ノ關係ニ於テ或ハ結果ノ關係ニ於テ認識ノ不確實ナルコト常ニ其多  
キヲ占ム先ツ方法ニ付テ考フルニ人ヲ銃殺シ若クハ斬殺セントスル者ノ如  
キ多數ハ果シテ其彈丸ガ命中スルヤ否ヤ一刀ノ下ニ斬殺シ得ルヤ否ヤヲ確  
認シ居ラス又毒物ヲ使用スル場合ノ如キハ醫師若クハ藥劑師ニ非サル以上  
ハ其方法トシテ使用スル毒物ニ如何ナル働アルカヲ確認セス次ニ場所ノ一  
例ヲ舉ケンカ或家ニ侵入セントスルニ當リ普通ノ民家ナルヤ或ハ皇居行在  
所ノ類ナルヤヲ確認セサル場合ノ如キハ實際想像スルニ難カラサルナリ次  
ニ結果ノ關係ニ於テ其及ホス影響ノ如何ナル點ニ迄達スルカヲ確認セサル  
コトハ放火罪決水罪毆打創傷罪其他ニ於テ常ニ見ル所ナリ此ノ如キ犯罪的  
事實ノ認識カ不確實ナル場合ニ於テ尙故意アリト云フコトヲ得ルヤト問ヘ

ハ假令其認識カ甲又ハ乙ノ兩端ニ跨リテ不確定ナリトスルモ之ヲ以テ認識  
セサルモノト云フコトヲ得ス隨テ犯罪的事實ノ認識不確定ナリトスルモ尙  
認識アリト爲サ、ルヲ得サルナリ之ニ反シテ一定ノ積極的若クハ消極的ノ  
舉動ヲ採ラントスル意思ノ命令即チ決心ハ確定ノモノナラサル可カラス例  
ヘハ人ヲ毆打セントスルニ當リ之ヲ毆打ス可キヤ否ヤノ尙未タ決セラレサ  
ル間ニ偶々毆打ノ外形ヲ有スル事實アリタリトスルモ此ノ如キハ故意ナク  
隨テ毆打ノ行爲ナキモノト云ハサル可カラス

以上述フル所ヲ畧言スレハ犯罪的舉動ノ決意確定スレハ犯罪的事實ノ認識  
ハ不確定ナルモ故意アリト云フヲ妨ケスト云フニ歸着ス左ニ其二三ノ適用  
ヲ掲ケン

第一 多數人ノ集合スル場所ニ向ヒ石ヲ投シテ人ヲ傷ケタル者アリト假定  
セシニ此者タルヤ果シテ其石ノ人ニ命中スルヤ或ハ命中セサルヤハ不確  
定ノ間ニ在リタル可シト雖モ石ヲ投スルト云フ毆打ノ決意ハアリタルモ  
ノナルヲ以テ亦毆傷ノ故意アリト謂フ可シ然レトモ同一ノ例ニ於テ全ク



其石ノ爲ニ人ノ傷ヲ負フコトアル可キヲ豫想セサル場合ニ於テハ毆傷ノ故意ナキモノト云ハサル可カラズ

第二 甲某カ或家ニ放火セントスルニ當リ其戸締ノ嚴重ナルヲ見テ或ハ明屋ナル可シト考ヘ又或干物ノアルカ爲メ住居人アル可シト考ヘ其半信半疑ノ間ニ放火シタルニ實際住居人アリタル場合ニハ刑法四〇二條ノ人ノ住居シタル家屋ヲ燒燬シタル者ト爲シ死刑ニ該當スルモノト云ハサル可カラズ何トナレハ住居者ノ有無ハ明瞭ナラサリシト雖モ或ハ住居者アル可シト云フ不確定ノ認識ノ下ニ於テ放火ナル舉動ヲ爲スノ決心アリタルモノタルヲ以テナリ

第三 更ニ多數ノ場合ニ於テ生シ得可キ一例ヲ掲ケンカ竊盜強盜ノ類カ十分事情ヲ明ニセサル家ニ侵入シ其財産ヲ横領セントスル場合ニハ果シテ何程ノ財産ヲ有スルヤ果シテ竊盜強盜ヲ遂クルコトヲ得ルヤヲ確認セスシテ實行ニ着手スル者常ニ大多數ヲ占ム然レトモ此等ノ場合モ固ヨリ竊盜強盜ノ故意アリト爲サ、ルヲ得ス

二八 觀念ノ不確定ヲ分チテ擇一的豫見ト或然的豫見トノ二種トナシ或然的豫見ヲ細別シテ甲事實ノ確定認識ト乙事實ノ不確定認識トノ併合シタル場合及ヒ事實全部ノ認識不定ナル場合トノ二トナス説アリト雖モ法律上區別ノ實益ナシ

擇一的豫見トハ例ヘハ人ヲ斬ラントスルニ方リ被害者ハ死カ傷カ何レカ一方ノ害ヲ受クヘシト豫見スルノ類ヲ謂フ或然的豫見ノ中確認ト不確認トノ併合シタル豫見トハ例ヘハ前例ニ於テ被害者ノ死ハ不確實ナルモ傷ハ確實ナリト豫見スルノ類ヲ謂ヒ而シテ全部或然的ノ豫見トハ鈍刀ナルカ故ニ傷ヲ與フルカ何ノ害ヲモ生セサルカ計ル可ラスト豫見スルノ類ヲ謂フ  
不確定ノ豫見ヲ斯ノ如ク分類スルハ其性質種類ヲ知ルニ付テ便利アリト雖モ法律上ノ價值ハ彼此輕重ナキヲ注意セサル可ラス

二九 輕重アル數多ノ事實ヲ不確定ニ豫見シテ罪トナルヘキ舉動ヲ爲シタル場合ニ於テ其罪ニ輕重アルトキハ最モ重キモノヲ以テ責任ノ標準トス  
前第一ノ例ニ於テ犯人ハ被害者ノ傷ト死トヲ擇一的ニ豫見セリ元來同一事



物ノ經過ハ其程度ノ最モ高キモノカ他ノ程度ノ低キモノヲ吸收併合シテ名目ト成スヲ原則トナスカ故ニ傷ト死トヲ豫見シタル認識ハ死ノ認識ヲ標準トシ右ノ犯人ハ之ヲ目シテ殺意ヲ發動セシメントシタル者トナサ、ル可ラス

三〇 故意ハ確定タルト不確定タルトニ因リ之カ爲ニ成立スルコトヲ得ル犯罪ノ種類ヲ異ニストノ説ハ當ラス總テノ犯罪カ其何レニ因テモ成立スルコトヲ得ルナリ

佛蘭西一派ノ學者ハ故意ノ確定不確定ノ區別ヲ犯罪ノ種類ニ適用シテ謀殺故殺ノ如キ或種類ノ犯罪ハ確定ノ故意アルニ非サレハ成立セス之ニ反シテ毆打創傷ノ如キ或種類ノ犯罪ハ確定ノ故意アルヲ以テ其成立ヲ視ルト同時ニ不確定ノ故意アルニ因リテ成立スルコトヲ得可キ性質ノ犯罪ナリト論シ居レリ此ノ如ク犯罪ノ種類ヲ基礎トシテ或モノハ確定ノ故意アルニ非サレハ成立セスト爲スハ確ニ誤謬ノ論ナリ何トナレハ犯罪的事實ヲ確認シテ犯スト不確認ノ儘犯ストハ場合ノ論ニシテ犯罪ノ性質ニハ何等ノ關係ヲ有セ

ス前ニ示シタル第三ノ例ノ如ク謀殺又ハ故殺ト雖モ犯罪的事實ノ認識カ不確定ノ儘犯サレ得可キハ毫モ疑ヲ容レサル所ナレハナリ

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

三二 一定ノ遠因ヲ特ニ一成立要素トスル場合ハ刑法ハ何々ノ目的ヲ以テ(刑一)何々ノ爲メ(刑法二)何々ヲ圖リ(刑法三)等ノ文例ヲ用ユ此種ノ犯罪ニ對スル故意ノ中ニハ其遠因ヲモ含ミタルモノトス

犯罪ノ故意ト犯罪ノ遠因トノ性質上ノ差別ハ故意ハ事實ノ認識ト動作ノ決心トノ二點ニ依リテ成立シ遠因ト稱スルハ更ニ其意ヲ決スルニ至レル理由ヲ謂フ之ヲ説明スルニ付テ彼ノ佛蘭西ノ碩學ヲルトラン氏ノ著シタル問答體ヲ假用スレハ一層明瞭ト爲ルナリ即チ甲カ乙ヲ斬殺シタルト假定センニ裁判官甲ニ向テ問ヲ發シ汝ハ乙ヲ斬ルノ意思アリシヤ甲之ニ答ヘテ然リト謂ヘハ此殺人舉動ノ意思ハ故意ナルカ故ニ犯人ハ故意ニ乙ヲ斬殺シタルヲ



知ルニ足ル可シ更ニ何故ニ乙ヲ斬殺スルノ意思ヲ生シタルヤト云フ問ニ對シテ答フル所ハ總テ遠因ナリ而シテ甲ハ或ハ怨恨ト答フルコトアル可ク或ハ嫉妬ト答フルコトアル可シ其他貪慾等各種ノ事情ノ爲ニ如此決意ヲ生シ得ルナリ

三三 尙故意ト遠因トノ相違ニ付キ(1)罪的舉動ノ決意ハ國法上罪ノ種類ニ依リ一定スト雖モ遠因ハ其罪ヲ犯ス人ニ依リ同シカラス(2)決意ハ同一罪ニ對シ同時ニ二様アル可ラスト雖モ遠因ハ同時ニ數種ノ對象アルコトヲ得

犯罪ノ故意ハ犯罪的動作ノ決心ヲ其成立ノ條件ト爲スカ故ニ法律上一定セラレタリ殺人罪ニ付テハ殺人的舉動ヲ採ルノ決意ハ殺人罪ノ故意ナリ放火罪ニ付テハ放火的舉動ヲ爲スノ決意カ放火犯ノ故意ナリ殺人ト云ヒ放火ト云ヒ一切ノ犯罪ニ付テ法律ハ豫メ罪ト爲ル可キ舉動ヲ確定シタルカ故ニ其舉動ヲ採ル決心モ亦一定セルモノト云ハサル可カラス之ニ反シテ遠因ハ法文ニ現ハレサル所ノ決心ノ理由タルニ過キササルヲ以テ左ノ如キ特色ヲ有スルモノナリ

第一 殺人罪又ハ放火罪ト云フ如キ定マリタル犯罪ニ在リテモ決心ノ理由即チ遠因ハ人ニ因リ時ニ因リ一定セス

第二 犯罪ノ故意ハ一個以上同時ニ存在スルコトヲ許サスト雖モ(妙クトモ法律上ハ犯罪ノ種類カ異ナレハ之ヲ分割シテ考フルコトヲ要スト雖モ)之ニ反シテ遠因ハ一罪ヲ犯スカ爲メ多數ノ異リタルモノカ同時ニ存在シ得ルナリ即チ貪慾ト色慾及ヒ慈善トノ三個ノ考ヲ以テ人ヲ殺スト云フ如キモ想像スルニ難カラス

三四 遠因ハ罪素ニアラサルヲ原則トスト雖モ罪惡ノ程度ヲ定ムルニハ寧ロ遠因ニ重キヲ置カサル可ラス是宜シク立法上將タ裁判上注意スヘキ點ナリ遠因ハ原則トシテハ犯罪ノ成立ニ無關係ナリ然レトモ此原則ヲ理解スルニハ左ノ二個ノ點ニ注意スルコトヲ要ス

第一ハ解釋論ニシテ本文第三二號ニ示ス如ク若シ法律カ特ニ例外トシテ或遠因ヲ其罪ノ成立條件ナリト規定スル場合ニ於テハ固ヨリ其存在スルト否トカ罪ノ成立スルト否トノ區別ト爲ルナリ



第二ハ裁判所上ノ問題法律適用上ノ問題ニシテ間接ニハ立法上大ニ注目ス可キ點ナリ現今大多數ノ國ノ刑法ハ遠因ヲ以テ犯罪ノ成立要素ト認メサルヲ原則トス蓋シ實際遠因ハ其種類千變萬化ニシテ法文ヲ以テ之ヲ列舉スルコト能ハサルヲ以テ之ヲ示サ、ルノ原則ヲ採用シタルモノナリ而シテ遠因自身ハ犯罪ノ成立不成立若クハ刑罰ノ加重減輕ニ影響ヲ與フルノ價值無シト云フニ非ス寧ロ遠因ノ如キハ罪情ノ輕重ヲ定ムル上ニ於テ重要ナル參考ト爲ス可キモノニシテ裁判官カ刑ノ宣告ヲ爲スニ付テハ大ニ之ニ重キヲ置カサル可カラヌ又立法者ハ遠因ノ種類多クハ其多キニ從テ法文ニ示ス所ノ刑ノ範圍ヲ擴張セサル可カラサルノ理ナリ

三五 (4) 意ヲ決スル迄ニ深思熟慮ヲ經ルコトアリ一瞬ノ間ニ終ルコトアリ……諸觀念ノ爭鬭時間ニ長短アリ……甲ヲ豫謀ニ出ツル決意ト謂ヒ乙ヲ單純ナル決意乃至豫謀ヲ缺ク決意ト謂フ特ニ法文ニ掲クル……コト謀殺謀傷ノ如キ……場合ヲ除ク外決意ニ豫謀アリシト否トハ犯意ノ成立不成立ニ關係ナシ」故意ニ豫メ謀ルト否トノ區別アリテ或犯罪ニ付テハ之ニ因リテ或ハ罪情ヲ

重クシ或ハ罪情ヲ輕クスル必要アリトハ古來内外國ニ一般ニ行ハレタル學說ニシテ彼ノ謀殺ニ關スル二九二條謀傷ニ關スル三〇三條ニ類スル法文ハ刑法法典ノ十中ノ八九ニ存在スル所ノモノナリ而シテ豫謀ト稱スルハ意ヲ決スル以前ニ深ク其利害ヲ攻究シテ冷ニ之ヲ決心シタルモノヲ謂ヒ單純ナル故意トハ咄嗟ノ間ニ決定サレタルモノヲ謂フト説明シ來レリ現行刑法ノ如キモ其解釋トシテハ此ノ如ク謂フノ外ナシ然レトモ立法論トシテハ余ハ之ニ反對セントスル者ニシテ左ニ其要領ヲ示サシ

- 第一 豫謀モ故意單純故意ノ義モ共ニ其意ヲ決スル迄ニ多少ノ時間ヲ要スルモノニシテ時間ニ長短アリト云フハ程度ノ問題タルニ過キスシテ性質ノ差別ニ非ス
- 第二 假ニ從來人ノ稱フル如ク豫謀ト故意トハ其性質上差別アリトスルモ豫謀ニ出ツルモノ必シモ常ニ重カラス咄嗟ノ間ニ決心セラレタルモノ必スシモ常ニ輕カラス

第三 豫謀ト故意トノ間ニ豫メ輕重ノ差ヲ立ツル能ハスト云フハ罪質ニ因



リテ異ナル所ナシ或場合ニ因リテ異ナルニ過キス

第四 罪質ニ因リテ異ナルコトナク場合ニ因リテ異ナルモノトスレハ刑法ヲ編纂スルニ當リテハ豫謀ニ出テタル罪ヲ重シト爲スト云フ總則ヲ設クルカ或ハ場合ニ因リテ異ナル事實ハ其認定ヲ裁判官ニ一任スルノ方針ヲ採リ豫謀ト故意トヲ區別セサルカノ二者其一ヲ出ツ可カラス

第五 現行刑法カ殺人罪及ヒ毆傷罪ノミニ豫謀ヲ重シト規定シタルハ既往若クハ外國ノ立法例ニ盲從シタルモノニシテ毫モ根據ヲ有セス若シ之ヲ特筆スル必要アレハ獨リ殺人罪及ヒ毆傷罪ノミニ限ラス宜シク窃盜罪、強盜罪、放火罪、決水罪、畧取誘拐罪、強姦罪等總テノ犯罪ニ付、キ何故ニ豫謀ニ出テタルモノヲ重罰セサリシヤト云ハサル可カラス

### 第三項 錯誤

三六 錯誤ハ認識觀念ト對象トノ不一致ナリ之ヲ誤信ト不知(無認識)トニ細別シ誤信ハ有ヲ無トスルノ認識又ハ無ヲ有トスルノ認識アルヲ謂ヒ不知ハ有無ノ認識ナキヲ謂フトナスコトヲ得ト雖モ其刑法上ノ效果ハ同一ナリ

錯誤ナル語ハ人ノ精神上ノ關係ヲ言表ハスモノニシテ其人ノ認識ト問題タル現象トカ相違スルヲ謂フ故ニ人ニ非サル物ヲ人ト誤信スルモ錯誤ナリ或法律又ハ命令ノ存在スルニ拘ハラズ存在セスト誤信スル如キモ同シク錯誤ナリ何等ノ認識ヲ有セサル場合モ刑法ノ議論トシテハ錯誤ノ中ニ同等ノ位置ヲ占ムルモノトス

注意 錯誤トハ右ニ示シタル如ク人ノ知ル所ト其指ス所ノ現象ト一致セサルヲ謂フニ過キス故ニ其相違ヲ生シタル原因ヲ問ハス例ヘハ人カ詐リタルカ爲メ錯誤ヲ惹起スコトアリ又何人ヨリモ欺カル、コトナクシテ自ラ誤信スルコトアリ孰モ其錯誤タルハ常ニ同シ猶一ノ注意ヲ要スルハ過失ト云フコト、錯誤ト云フコトハ全ク別箇ノ關係ナルコト是ナリ過失トハ後ニモ示ス如ク不注意ヨリ來ル所ノ特別ナル意思ノ状態ナリ錯誤ハ不注意ニ出ツルモノアリ或ハ不可抗力ニ出ツルモノ即チ何等ノ不注意無クシテ生スルコトアリ此二點ハ錯誤ノ何タルヲ解スルニ付キ常ニ注意ヲ要ス可キ問題タリ

三七 又錯誤ハ(1)犯罪事實ノ存在スルヲ知ラサル場合アリ(2)刑罰法令ノ存在



スルヲ知ラサル場合アリ(3)犯罪事實又ハ刑罰法令ノ存在セサルヲ誤テ存在ストナス場合アリ

三八 (1) 犯罪事實アルヲ知ラストハ犯罪ノ構成又ハ加重ノ物的要素ノ存在スルヲ知ラサルヲ謂フ

事實ノ錯誤ニシテ犯罪ヲ構成ス可キ物的要素ニ係ル場合ハ犯罪ノ故意ヲ阻却シ犯罪成立セス但シ不注意ノ爲メ過失ノ責ニ任スヘキ場合アルハ格別ナリ(七)

27)

之ニ反シテ單ニ罪狀ヲ重クス可キ物的要素ニ係ル場合ハ止タ其部分ノ故意ヲ缺クノミ犯意全體ヲ阻却セス(七、三)

右ニ述フル所ハ刑法第七七條二項及ヒ三項ノ説明ナリ七七條二項ニ罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラスト規定スルハ犯罪構成要素ノ中ニテ獨リ物的要素即チ心素以外ノ條件ヲ指シ心素即チ責任問題ニ關スル事實ヲ包含セスト云ハサル可カラス以下之ヲ敷衍シテ説明スレハ左ノ如シ

第一 責任能力ニ關スル事實即チ無責任年齢、精神ノ障礙、瘡啞等ノ一個ノ事

實ニ誤解アリタリトスルモ七七條二項ヲ適用シ無罪ヲ主張スルコトヲ得ス例ヘハ十三歳ノ幼者カ誤リテ十二歳未満ナリト信シ又之カ爲メ現行法上處罰ヲ受クルコトナシト信シテ罪ヲ犯シタリトスルモ責任能力ニ關スル誤解ナルカ故ニ無罪トスルコトヲ得ス又精神ノ健全ナル者カ自己ヲ診察シテ精神病者ナリト誤解シ此カ爲メニ其所爲ノ何タルヲ問ハス無罪タリト信シ罪ヲ犯シタリトスルモ同シク責任能力ノ誤解ナルカ故ニ無罪ト論スルコトヲ得ス瘡啞ノ關係モ亦之ニ同シ

第二 能力ノ問題ニ次テ故意及ヒ過失ノ二個モ亦責任ノ要素タリ故ニ自己カ一定ノ意思ヲ未タ以テ法律ノ所謂故意ニ非スト誤解シテ罪ヲ犯シタリトスルモ若シ本人ノ有シタル意思ノ内容ニシテ法律上故意ト名ク可キモノナレハ七七條二項ニ依ル無罪ト云フコトヲ得ス過失即チ不注意ノ關係ニ於テモ亦同シ

第三 精神關係ノ有罪條件即チ責任要素ノ誤解ハ無罪ト云フコトヲ得スト雖モ物的構成要件ヲ誤解シタル者ニ至テハ七七條二項ニ所謂罪ト成ル事



實ヲ知ラサル者トシテ無罪ト爲ルナリ犯罪ノ物的要素ハ或ハ行爲ノ物體ニ關スルコトアリ殺人罪ニ付テ之ヲ云ハハ人タルコトヲ知リテ犯スニ非サレハ罪ト爲ラス又或場合ニハ手段ニ關スルコトアリ毒殺罪ニ付テ之ヲ云ハハ毒物ト知リテ使用スルニ非サレハ他ノ殺人罪ト爲ルハ格別毒殺罪トシテ論スルコトヲ得ス

第四 犯罪ノ物的構成事實ニ非シテ單ニ罪狀ヲ加重スヘキ條件ニ關スル場合ハ即チ七七條三項ニ所謂罪本重カル可クシテ犯ス時知ラサル者ハ其重キニ隨テ論スルコトヲ得ストアルニ該當スルモノニシテ單ニ其者ノ現ニ知ル所ノ事實ヲ基礎トシテ處分ス可キナリ(本章第三節二〇號ト同一ニ歸着ス就テ見ル可シ)

三九 (2) 刑罰法令アルヲ知ラストハ一定ノ所爲ヲ罪トスル法令ノ存在又ハ其刑ノ輕重ヲ知ラサルヲ謂フ事實ノ錯誤ト異リ法令ノ錯誤(不知ハ犯意ヲ阻却セサルヲ原則トス(刑法七七條四項))  
一定ノ所爲ヲ罪トスル法令ノ存在スルヲ知ラストハ例ハ多妻ヲ許ス國ノ

人日本ニ來リ日本ニ於テ重婚ヲ罰スル規定アルヲ知ラス自國同様罪トナルコトナシト誤解シ又ハ賭博ヲ許ス國ノ人日本ニ於テモ之ヲ公許スルコト、信スルノ類ヲ謂フ刑ノ輕重ヲ知ラストハ例ハ日本ニ於テ重婚及ヒ賭博ヲ罰スルノ規定アルハ之ヲ知ルモ其刑ノ懲役タルカ禁錮タルカヲ知ラサルノ類ヲ謂フ刑法第七十七條第四項ノ法律規則ヲ知ラサルモノト云ヘルハ斯ノ如キ意味ナリ又斯ノ如キ意味ノ外ノ法ノ不知ヲ含マヌ而シテ此意味ニ於ケル法ノ不知ハ無罪ノ理由トスルコトヲ得サルナリ

四〇 刑罰法令以外ノ諸法令ノ錯誤ハ(刑法上犯罪事實ノ錯誤ニ相當スル場合ニ限リ)犯意ヲ阻却ス

右ニ掲クル三八號三九號四〇號ノ三ニ涉リテ法律ノ錯誤ニ關スル刑法ノ責任如何ト云フ問題ヲ說明セリ刑法七七條四項ハ廣ク法律規則ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯スノ意ナシト爲スコトヲ得スト規定シ如何ナル種類ノ法令ノ不知タルヲ問ハス總テ之カ錯誤ヲ理由トスル場合ハ無罪ト爲スコトヲ得サルカ如キ規定ヲ爲シタリト雖モ之ニハ性質上刑罰法令ナルモノト其以外ノ法



令トヲ區別シテ論スルニ非サレハ其精神ヲ明ニスルコトヲ得ス  
 注意 本問ノ説明ニ入ルニ先チ一個ノ重要ナル注意ヲ爲サ、ル可カラズ日  
 本ノ或學者ハ七七條四項ハ固ト法令ヲ知ラスシテ犯シタルモノナルカ故ニ  
 犯意ヲ有セサルモノナリ犯意ヲ有セサレハ同條二項ニ依リ原則トシテハ無  
 罪トス可キニ拘ハラス特ニ有罪トスルノ例外規定ナリト論セリ此論ハ法文  
 ノ上ヨリ視ルモ又法理上ヨリ謂フモ甚タシキ誤謬ナリト云ハサル可カラズ  
 先ツ法文ノ上ヨリ之ヲ謂ヘハ法規ノ不知ハ犯意ナシト爲ス可カラスト云フ  
 趣旨ヲ明言シタルニ止マリ有罪ト爲スト云フ如キ第二項ノ例外タルヲ示ス  
 可キ斷定ヲ下シタル法文ニ非ス又法理上ヨリ之ヲ論スレハ犯罪ノ故意トハ  
 犯罪事實ノ認識ト其舉動ヲ爲スノ決心ヲ謂フモノニシテ之ヲ備ヘタル行爲  
 ニ對シ法律ノ付シタル名稱、法律ノ科スル刑罰及ヒ其種類分量等ヲ知ルト否  
 トハ故意ト云フ精神上ノ要素ノ有無ニハ何等ノ關係ヲ有セサル問題ナリ今  
 一例ヲ舉クレハ甲某カ目前ニ横ハル財囊カ乙某ノ所有物タルヲ知り自儘ニ  
 持歸ルノ意ヲ以テ持去リタリトセハ甲某ハ(一)他人ノ財物ト云フ構成事實ノ

認識ヲ備ヘ(二)持歸ルト云フ決心ヲ以テ持去リタルナリ而シテ是ノミノ關係  
 ニ於テ窃盜ノ行爲ト其故意トヲ具備スルモノニシテ其以上甲某カ刑法上如  
 何ナル罪名ナルヤ又刑法上如何ナル刑罰ノ科セラルヘキカヲ知ラスト假定  
 スルモ犯罪ノ故意即チ窃取ノ意思ハ已ニ存在スル所ナリ斯ク論シ來レハ刑  
 罰法令ノ不知ハ犯意ヲ不成立ト爲スモノニ非ス隨テ七七條四項ハ其二項三  
 項ニ對スル例外ニハ非スト云ハサル可カラズ

刑法七七條第四項ハ廣ク法律規則ト云フト雖モ刑罰法令以外ノ法令ノ錯誤  
 ハ之ヲ刑法ノ範圍内ニ於テ論スレハ亦事實ノ錯誤ト爲ルヲ普通ノ例トス此  
 法理ハ左ノ二三ノ例ニ依リテ之ヲ明ニスルコトヲ得可シ

第一 或檢察カ死刑ノ宣告ノ確定シタル囚人ノ執行ヲ爲スニ當リ刑法第一  
 三條ニ規定スル死刑ノ執行カ司法大臣ノ命令アルコトヲ要スルヲ知ラス  
 シテ直ニ自己ノ執行命令ニ因リ囚人ヲ殺サシメタリト假定セシニ此場合  
 ニ檢察及ヒ其衝ニ當レル司獄官吏ハ自己ノ職權ニ關スル行政法規ヲ誤解  
 シタルモノニシテ其行ヒタル事實ハ決シテ尋常一様ノ殺人罪ニ非ス尙死



刑ノ執行ト云フヲ妨ケサルナリ此等ハ單ニ職務規律ニ依リテ處分スルコトヲ得可キハ言フ俟タスト雖モ刑法ノ殺人罪ノ箇條ニ依リテ謀殺ト爲シ死刑ニ處スルコトヲ得ス是職權ニ關スル行政法規ノ誤解ハ刑法上罪トナル事實ノ誤解不法ニアラストノ誤信タルニ過キサレハナリ

第二 茲ニ不動産ノ賣買契約ヲ締結シタル者アリト假定セシニ現行民法ニ依レハ登記セサル不動産ノ賣買ハ第三者ニ對抗スル效力ヲ有セスト雖モ當事者ノ間ニ於テハ合意アルト同時ニ其權利ハ移轉ス可シ然ルニ賣主カ之ヲ誤解シテ未タ登記ヲ經サル間ハ權利ハ移轉セス隨テ尙自己ノ不動産ナリト信シ他人ニ賣渡シタリトセハ慥ニ民法ヲ誤解シタル者ナリト雖モ刑法ノ範圍内ニ於テハ第三九三條ニ所謂他人ノ不動産ト云フ事實ノ誤解ナリ隨テ七七條二項ノ適用上無罪ナリトス

第三 甲某カ乙某ナル美人ト結婚ノ契約ヲ爲シ續テ其届出ヲ了シタリ然レトモ未タ華燭ノ典ヲ舉ケサルニ當リ乙某カ丙男ト通シ之カ爲メ甲某ヨリ姦通ノ告訴ヲ爲シ丙男ハ盃ノ儀式ヲ爲スニ非サレハ婚姻ハ未タ成立セザ

ルモノト誤解シ無罪ヲ主張シタリト假定セシニ此場合ニ假令丙カ儀式ヲ舉ケサル限ハ婚姻不成立ト信シタリトスルモ即チ民法ヲ誤解シタリトスルモ之ヲ刑法ノ範圍ヨリ視レハ有夫ノ婦ト云フ成立條件ヲ誤解シタルモノニシテ七七條二項ノ適用上無罪ナリト云ハサル可カラス

斯ク論シ來レハ七七條四項ニ所謂法律規則ノ不知トハ或行爲ヲ罪トスルノ法令ノ有無又ハ或行爲ニ對シ一定ノ刑ヲ科スル法令ニ付キ其刑罰ノ種類及ヒ分量等ニ誤解アリトスルモ之ヲ無罪トスルノ限ニ在ラス即チ單ニ刑罰法規ノ存在不存存在并ニ之ニヨリテ科セラルヘキ刑罰ノ如何ヲ知ラサルモ之ヲ無罪トスルノ限ニ在ラスト云フ制限ノ下ニ解釋セサル可カラス前例ニ於テ人ノ不動産タルコトヲ知リ之ヲ賣渡スモ罪ニ非スト信シテ賣渡シ又他人ノ妻タルコトヲ知ルモ姦通ハ單ニ賠償ノ責任アルニ過キスト誤解シテ實行シタル者ノ如キハ此等ノ所謂刑罰法規ノ誤解ニシテ毫モ假借スル所ナク處罰セサル可カラス

四 一 (3) 犯罪事實又ハ刑罰法令ノ存在セサルヲ誤テ存在ストナシタル場合



ハ罪ナシ犯罪ノ觀念アルモ第一ノ場合ニハ罪ト成ルヘキ事實欲如シ第二ノ場合ニハ適用スヘキ正條欲如スルヲ以テナリ

犯罪事實アリト誤信スルハ例ヘハ自己ノ所有物ヲ他人ノ所有物ト誤信シ、窃取スルノ意思ヲ以テ窃ニ之ヲ持歸リ又ハ死セル人ヲ生ケル人ト誤信シ殺意ヲ以テ斬付ケ、若シクハ遺棄物ヲ遺失物ト誤信シ、拾得藏匿スルノ意思ヲ以テ之ヲ持去ルノ類是ナリ、此等窃盜、殺人、遺失物拾得ノ罪ノ成立スルハ事實上客觀的ニ法ノ要求スル物素完備スルコトヲ要シ、單ニ本人カ他人ノ所有物ナリ、生ケル人ナリ、落シタル物ナリト信シタルノミヲ以テ足レリトセサルカ故ニ罪素タル事實ノ欲欠トシテ無罪タラサル可ラス

罰則アリト誤信シタル場合モ同一ノ論理ニ依リ無罪トス、未成年者カ禁酒規則アリト誤信シ之ヲ破ルノ意ヲ以テ飲酒シタリトスルモ之ヲ罰スレハ第二條ニ違背シ正條ナキヲ罰スル不法ノ處置トナル可シ

以上ノ斷定ハ解釋論トシテハ一點ノ疑ヲ容ルヘキ餘地ヲ存セスト雖モ之カ立法上ノ觀察トシテハ一ノ注意スヘキ問題アリ、若シ夫レ刑法カ犯人其人ノ

性格ニ重キヲ置イテ罪ノ有無、刑ノ輕重ヲ論スルコトヲ必要トナサハ他人ノ物ト信シ之ヲ盜ムノ意アル者ハ頓テ眞實他人ノ物ヲモ盜ムヘキ人物タルヘキカ故ニ將來主觀的觀察ヲ重視スル時代來ラハ、此等ノ者ニ相當ノ罰則ヲ附シテ可ナリトスルニ至ラン

### 第四項 過失

四二 過失トハ認識スルコトヲ要シ且認識スルコトヲ得ヘキ事實ヲ不注意ノ爲ニ認識セサルヲ謂フ (Non scire puod scire debemus et possumus, culpae) 犯罪ニ付テ謂フトキハ犯罪ノ構成又ハ加重ノ物的條件ノ存在ヲ知ルコトヲ得ルニ拘ハラズ不注意ノ爲ニ之ヲ知ラサルヲ謂フ

刑法上ノ問題ハ總テ義務アルコトヲ前提トス、過失ノ問題亦同シ故ニ自己カ知ルノ義務ナキ事實ニ關スル場合ハ固ヨリ過失ノ問題ヲ生セス然ラハ刑法ノ範圍ニ於テ知ルコトヲ要ス可キ事實ハ何ナリヤト問ヘハ結局各本條ニ於テ罪トナルノ規定アル事實又ハ刑ヲ加重ス可シト定メタル事實ハ即チ知ルコトヲ要ス可キ事實ナリ例ヘハ自己カ或飲食物ヲ他人ニ服用セシメントス



ルニ當リ其物カ人ヲ死傷ニ致ス可キ毒物ナルヤ否ヤハ之ヲ注意シテ知ルコトヲ要ス可キ事實ナリ何トナレハ刑法ハ人ニ死傷ヲ與フル如キ行爲ハ謀殺故殺毆打創傷過失殺傷等ノ名稱ノ下ニ犯罪ト認ムル事實ナルヲ以テナリ又例ヘハ或場所ニ於テ火ヲ取扱ハントスル者ハ火災ヲ惹起スノ憂ナキヤ否ヤハ之ヲ注意シテ知ルコトヲ要ス可キ事實ナリ何トナレハ刑法ハ放火失火ト云フ名稱ノ下ニ此等ノ行爲ハ犯罪ト認ムル事實ナルヲ以テナリ

四三 過失ハ犯罪事實ノ存在ヲ知ラサル點即チ犯罪ノ物的條件ノ認識ヲ缺ク點ニ於テ故意ト區別アリ

右ハ故意ト過失トノ差別ノ要點ヲ示シタルモノナリ故意ハ曩ニモ述フル如ク犯罪ノ物的條件ノ存在ヲ知リ其舉動ニ決心スルヲ謂フ故ニ其裏面ニ於テ事實ノ認識ヲ缺ケハ決シテ故意ト名クルコトヲ得ス過失ハ恰モ其反對ニシテ若シ犯罪事實ヲ認識スルトキハ如何ナル場合ニ於テモ過失ノ問題ヲ生セス今銃獵者カ人ヲ獸ト誤信シテ銃殺シタリト假定セシニ殺人罪ノ故意アリヤト問ヘハ人タルノ事實ノ認識ヲ缺クヲ以テ當然故意ニ非スト答ヘサル可

カラス但獸ヲ殺スノ故意アリヤト云フ問題ナレハ然リト答ヘサル可カラス而シテ此理論ハ單ニ目的物體ノ性質ニ限ラスシテ自己ノ用ヒントスル手段ニ認識ヲ缺ク場合モ全ク同一ナリ今人ヲ殺サントノ故意アル者カ特ニ毒殺スルノ意思ヲ以テ莫兒比涅ト信スル物ヲ服用セシメタルニ其實砂糖ナリシニ偶被害者ハ砂糖ニ依リテ害ヲ受ク可キ狀況ニ在リテ之カ爲メ死亡シタリト假定セシカ此場合ハ毒殺ノ故意アリヤト問ヘハ犯人ハ毒物タルノ事實ヲ認識シテ使用シタルモノナルカ故ニ故意ノ點ニ於テハ毫モ缺クル所ナシト云ハサル可カラス唯事實ノ方面ニ於テ毒殺ノ事實ナキカ故ニ毒殺以外ノ謀殺若クハ故殺ノ法文ヲ適用セサル可カラス若シ其反對ニ毒物タルヲ知ラスシテ砂糖ヲ以テ人ヲ殺サント謀リ莫兒比涅ヲ服用セシメタル場合ニ於テハ其手段タル毒物ノ認識ヲ缺クモノナリ故ニ毒殺ノ故意ナシト云ハサル可カラス但殺人罪ノ故意ハ固ヨリ存スル所ナルヲ以テ二九二條又ハ二九四條ヲ適用セサル可カラス而シテ此最後ノ例ニ於テ全ク殺意ナキ場合ナレハ更ニ其過失ノ有無ヲ調査スルノ必要アリ



四四 又過失ハ犯罪事實ノ存在ヲ知ルコトヲ得ヘキニ拘ラス不注意ニ因テ之ヲ知ラサル點ニ於テ不可抗力ト區別アリ

右ニ述フル所ハ過失ト不可抗力トノ差別ナリ前段ニハ犯罪事實ノ認識ヲ備フルト否トニ因リテ或ハ故意ト爲リ或ハ過失ト爲ルコトアルヲ示シタリ而シテ茲ニハ同シク認識ヲ缺ケル場合ナリト雖モ尙ホ過失ト云フ能ハサル場合アルヲ示サントス即チ不可抗力ノ關係是ナリ不可抗力トハ過失ノ問題ニ對シテ之ヲ謂ヘハ何程ノ注意ヲ用フルモ知ルコトヲ得サリシ狀況ヲ謂フモノトス故エ其事實如何ニ因リテ異ナリタル判斷ヲ下スコトヲ要シ絶對的ニ斷言スルコトヲ得サル問題タリ例ヘハ銃獵者甲ハ東京市内ニ於テ虎ト信シテ人ヲ銃殺シ乙ハ朝鮮ノ深山ニ於テ同シク虎ナリト信シテ人ヲ銃殺シタリト假定センニ唯是ノミノ事實ニテハ果シテ不可抗力ナルカ或ハ過失ナルカ尙斷言スルコトヲ得ス而シテ其大體ニ於テ東京市中ナレハ常ニ虎ノ往復モサルモノト見サル可カラス然レトモ特別ノ事情ノ下ニ於テ尙此ノ如キ事實ノアリ得可キコトハ之ヲ想像スルニ難カラス又朝鮮ノ山中ナリトスルモ氣

候地形其他ノ關係ニ於テ虎ニ非サルコトヲ知り得可キ場合ハ決シテ抄シト爲サス故ニ眞ニ知ルコトヲ得可キ事情ノ存スルヤ否ヤハ各場合ノ事實ニ因リテ判斷セサル可カラス而シテ之ヲ區別ス可キ理論ハ本文ニ謂フ如ク一定ノ注意ヲ施スモ到底知ルコトヲ得サル事實ナレハ過失ニ非スシテ不可抗力ナリト云フノ外ナカル可シ

四五 過失ノ有無ヲ決スヘキ注意ノ程度ハ抽象的ニ定ム可キカ具體的ニ定ムヘキカ各事項ニ關スル概括的ノ注意ハ之ヲ抽象的ニ定ム而シテ犯人其注意ヲ爲ス智力アルヤ否ヤハ具體的ニ定ム可シ

前段ニ述ヘタル如ク過失ノ要素ハ犯罪ノ事實ヲ知ラサルコト其犯罪事實ハ之ヲ知ルコトヲ得ルニ拘ハラス不注意ニ因リテ知ラサリシコトノ二要素ヲ備ヘサル可カラス然ラハ如何ナル程度ノ注意ヲ施サ、リシ場合ニ於テ過失アリト云フヲ得ルヤ是本文カ説明セントスル所ニシテ以下其掲クル所ノ順序ニ基キ學說ヲ詳論セン

第一 此說ハ抽象說若クハ客觀說ト名クルコトヲ得又絶對說ト稱スルコト



ヲ妨ケス而シテ其趣旨トスル所ハ凡ソ吾人ハ一定ノ場合ニハ必ス一定ノ程度ノ注意ヲ要シ其本人ノ性質如何ハ問フ所ニ非ス例ヘハ火災ヲ防禦スル爲メニ竈火鉢煖爐其他一定ノ火器ニ付テハ又一定ノ防火的設備ナカル可カラス木造ノ家ニ於テ金屬製ノ煖爐ヲ用フルハ不注意ナリト云フ如ク場合ヲ限ラスシテ注意ノ標準ヲ定ムル所ノ意見ナリ故ニ抽象的トモ客觀的トモ亦絕對的トモ稱スルコトヲ得ルナリ

第二 此說ハ恰モ第一ノ反對ニ於テ具體說若クハ主觀說又ハ相對說ト稱スルコトヲ得可ク人ヲ標準トスル意見ニシテ一定ノ場合ニ於テ本人カ果シテ自己ノ爲シ得ル注意ヲ爲サ、リシヤ否ヤヲ以テ過失ノ有無ヲ判定シ若シ自己ノ爲シ得ル注意ヲ爲サスシテ罪トナル可キ結果ヲ生シタルトキハ過失ト云フヲ得可シト雖モ其者ノ智能ノ及ハサル所ナルカ故ニ知ラサリシ場合ナレハ不可抗力ニシテ過失ニ非ストノ論ナリ要スルニ已ニ起リタル事件ニ付キ其人ノ智能ヲ標準トシテ爲シ得ル注意ヲ爲サ、リシヤ否ヤニ因リテ過失ノ問題ヲ決スルノ說ナカル故ニ具體的トモ主觀的トモ又相

對的トモ稱ス可キナリ

第三 此說ハ以上二說ヲ折衷シタルモノニシテ外部ノ狀況ニ付テハ客觀的ニ注意ヲ爲シ得可キ狀況ニ在リシヤ否ヤヲ區別シ尙刑法上ノ過失ノ有無ハ本人ノ智能ヲ標準ト爲スト云フ中間ノ意見ナリ今一例ヲ舉クレハ煖爐ノ如キ火災ノ虞アル物ニ付テハ如何ナル程度ノ注意ヲ要スルヤト云フノ點ハ此家ニ於テ此煖爐ヲ用フルトキハ如何ト云フ如キ物自体ノ關係ヨリ客觀的ニ觀察スルヲ要スト雖モ一般失火ノ如キ結果ノ發生シタル場合ハ更ニ現ニ其煖爐ヲ取扱ヒタル者ノ智能ヲ標準トシ爲シ得ル注意ヲ爲サ、リシヤ否ヤヲ論定ス可シト云フニ在リ

以上三說ノ評論 右ニ述ヘタル三個ノ學說ハ其適用シタル結果ヨリ謂ヘハ各々一得一失アルヲ免レス第一說ハ普通人ノ智能ヲ標準トスルモノナルカ故ニ普通人ニ至ルマテノ注意ヲ促ス政略ト爲スコトヲ得ルノ長所アリ然レトモ普通人以下ノ智能ヲ有スル者ニ對シテハ難キヲ責ムルニ至ルノ短所アリ第二說ハ普通人ノ爲シ得ルト否トニ拘ハラズ本人ノ智能ヲ標準トシ現ニ



其人ノ爲シ得ル注意ヲ促スト云フ點ニ於テ長所アリ然レトモ之ニ從ヘハ恐人ハ常ニ利益シ智者ハ常ニ損失スルノ短所アリ殊ニ平生ノ注意ニシテ深カラシカ其深キニ從テ其者ノ刑事責任ヲ増加スルノ短所アルナリ爰ニ於テ第三說ノ如キ中間ノ意見ヲ生シタルナリ

第三ノ中間ノ說ニ從ヘハ各事項ニ要スル注意ノ程度ハ先ツ之ヲ抽象的ニ定メ其程度ノ注意ヲ爲シタルニ於テハ縱シヤ其人ノ性質用意周到ニシテ夫レ以上ノ注意ヲ爲スコトヲ得ヘキ人ナリシトシテモ過失アリトノ責任ヲ負ハシメス以テ第二說ノ弊ヲ避クルト同時ニ若シ其人ノ智能抽象的普通ノ注意ヲモ爲ス能ハサル輕卒者タルニ於テハ其人ノ爲シ得ル注意サヘ爲シタルトキハ夫レ以上ハ不能ノ難事トシテ措テ問ハサルモノトシ以テ第一說ノ短ヲ補ハントス是蓋シ適當ナル解釋ナルヘシ(三十七年度ノ講義ト異ル)

四六 過失ト錯誤トハ混同スヘカラス過失ハ犯罪事實ノ不注意ニ因ル不知ナリ錯誤ハ認識ト對象トノ不一致ヲ總稱シ其不注意ニ因ルト不可抗力ニ因ルトヲ問ハサルナリ

例ヘハ風呂ノ火ヲ消シタル後寢ニ就ク前更ニ湯殿ヲ見廻リ十分ニ注意シテ其火氣ヲキヲ確メタル後眠リタルモ意外ノ邊ヨリ火ヲ失シタリトセハ其火氣アルヲ知ラサルノ錯誤アルモ是不可抗力ニ出テ過失アリト謂フ能ハス之ニ反シテ輕卒ナル下婢ニ一任シ不注意ノ爲メ之ヲ知ラサリシトセハ是取モ直サス過失火災ナリ斯ノ如ク不知即チ錯誤ハ過失ヨリ生スルコト、不可抗力ヨリ生スルコト、アリテ過失ト不可抗力トハ不知ヲ生スルノ徑路ナリ不知其モノト區別アリト謂ハサル可ラス

四七 犯罪事實ノ存在ヲ知リタル場合ニ於テモ過失ヲ認ムル說多シ而シテ希望主義ノ犯意論者ハ此場合ノ過失ト故意トノ差別ヲ結果ニ對スル希望ノ有無ニ在リトシ觀念主義ノ犯意論者中一部ノ者ハ結果ヲ認諾(Billigen)シタルヤ否ヤニ在リト爲セリ

茲ニ汽車ノ機關手及ヒ運轉手カ機關ニ破損アルヲ知リ危險事實ノ發生ヲ豫想セサリシニ非サルモ新橋驛ニ到ルマテハ尙機關ノ破裂スルコトナカル可シト信シ進行セシメタルニ品川ニ於テ破裂シ終ニ重大ナル損害ヲ惹起シタ



リト假定セシ此場合ニ付テ希望主義ノ犯意論者ハ尙過失ヲ以テ論シ機關手  
 運轉手ハ破裂スルコトアル可シト云フ事實ハ之ヲ認識セリト雖モ此ノ如キ  
 破裂ト云フ結果ハ本人ノ希望スル所ニ非ス即チ認識アリト雖モ希望ヲ缺ク  
 カ故ニ過失ニシテ故意ニ非スト論セリ然レトモ觀念主義ノ論ヨリ之ヲ謂ヘ  
 ハ其機關手運轉手カ若シ途中ニ於テ破裂ス可シト知レハ自身之ニ乗込ミテ  
 進行ヲ繼續ス可キ筈ナシ故ニ破裂セサル可シトノ豫想ヲ以テ事ニ從ヒタル  
 モノニシテ事實ノ認識ヲ缺如ス然ルニ其鑑定カ機關手運轉手ノ平常ノ注意  
 ニ照シテ極メテ粗漏ナリトハ茲ニ初メテ過失アリト云フコトヲ得可シ  
 而シテ今日ニ於テモ希望主義ヲ採ルノ學者ハ尙尠カラスト雖モ其不當ナル  
 コトハ故意及ヒ過失ノ説明ニ於テ已ニ述ヘ來レル所ナリ

四八 過失ハ犯罪ニ因リ或ハ單獨ノ特別要素ト爲リ……過失殺失火等……或  
 ハ故意ト合併シテ刑ヲ變ス……毆打致死

刑法七七條一項但書ニ於テ但法律規則ニ於テ別ニ罪ヲ定メタルモノハ此限  
 ニ在ラスト云ヘル規定ノ中ニハ故意ナクモ過失アレハ罪ト爲ル可キ場合

アルコトヲ示シタリ即チ三一七條八條九條ノ過失殺傷罪及四〇九條ノ失火  
 罪及ヒ四一〇條ノ過失毀壞罪又ハ失水罪ノ如シ又刑法第四編(四二五)ニ規定  
 シタル違警罪及ヒ刑法四三〇條ニ依リ各地方ノ便宜ニ因リテ定メタル違警  
 罪ハ少數ノ例外ヲ除キ別ニ故意ヲ有セストモ成立シ得ル性質ノモノナリ元  
 來七七條ニ例外ノ明文ナクハ犯罪ハ常ニ故意ヲ要スルヲ原則トシ違警罪  
 ニ付テノミ其例外ノ明文ナキニ拘ハラヌ過失ニ因リテ罪ヲ成スト解スルノ  
 理由ハ全ク歴史上ノ理由アルニ過キス從來違警罪ハ過失ニ因リテ成立スト  
 ノ學說立法例行ハレ其性質上明文ヲ要セスト爲シ來レルカ爲メ現行刑法ニ  
 於テモ此ノ如ク規定スルニ至リシナリ然レトモ嚴確ナル立法論ヨリ之ヲ云  
 ヘハ亦固ヨリ例外ノ明文ヲ設ケサル可カラヌ

或ハ故意ト合併シ云々以下 刑法二九九條ニ規定スル毆打致死ノ罪ハ或佛  
 蘭西學者ノ如キハ不確定ナル殺意ヲ以テシタル人命犯ナリト論スト雖モ嘗  
 テ論セシカ如ク(第二章第三節第)不定ノ犯意モ亦犯意ナリ故ニ不定ノ殺意ヲ  
 以テスレハ謀殺又ハ故殺ト爲ルモノニシテ毆打致死ニ非ス毆打致死ハ故意



ヲ以テ人ヲ毆打シ而シテ被害者ノ死亡ト云フ結果ヲ豫想セサル場合ニ成立ス可キナリ然レトモ人ヲ毆打スルニ當リ死ニ至ルマテノ結果ノ生シ得可キコトヲ知ラサルカ如キハ固ヨリ不注意ト云フヲ妨ケサルカ故ニ茲ニ二九九條ノ明文ヲ生スルニ至レリ尙此以外ニ於テ二八〇條二項ノ類ハ皆故意ヲ以テ或行爲ヲ爲シ過失ノ爲メニ重大ナル結果ヲ生シ刑罰ヲ加重セラル、ノ例ナリ

四九 過失ハ故意ト共ニ責任條件ノ一ナリト雖モ故意ヲ缺ク場合ニ過失ニ因リ常ニ同種ノ罪成立スト誤解ス可ラス過失ニ因テ罪トナルハ特別ノ重條アル場合ニ限定サル

### 第六章 不法行爲

#### 第一節 通則

一 犯罪ノ成立スルニハ身體ノ動作アルヲ要シ其動作ハ責任アルモノタルヲ要ス然レトモ有責ノ行爲必シモ不法ノ行爲タルニ非ス犯罪ハ有責行爲タル上

ニ不法行爲タルヲ要スルナリ

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

管テ犯罪ノ定義ヲ示スニ當リ犯罪トハ刑ヲ科シタル不法行爲ヲ云フ又ハ同趣旨ニ於テ刑罰法令ニ列舉シタル舉動ニシテ有責不法ナルモノヲ關フト云ヘリ此定義ニ於テ特ニ不法ト云フ分子ヲ犯罪ノ構成條件トシテ掲タルコトニ反對スル者極メテ多シ而シテ其論スル所ニ依レハ苟モ犯罪ト云フニ於テ其不法タルハ言フ俟タス適法ナル犯罪ト云フカ如キハ固ヨリ想像スルコトヲ得ス故ニ特ニ之ヲ言フハ蛇足ナリト云フニ在リ然レトモ若シ明瞭ナルカ故ニ之ヲ要セスト爲スニ在レハ有責行爲ト云フコトモ亦之ヲ要セス刑ヲ科シタルト云フコトモ亦之ヲ要セス畢竟犯罪ハ犯罪ナリト云フニ如カス然レトモ明瞭ナルト否トハ之ヲ以テ定義ニ加フルト否トヲ區別スルノ理由トナ



ラス元來定義ナルモノハ分析的ノ説明ニ過キス故ニ最モ簡ニシテ盡クシタルモノト云ヘハ犯罪ハ即チ犯罪ナリト云フニ歸着ス而シテ抄シク之ヲ敷衍シテ分析的ニ云フヲ以テ刑罰ヲ科シタルモノト云フ條件ヲ加ヘ不法ナルモノト云フ條件ヲ加フルナリ尙之ヲ抄シク敷衍スルカ爲メニ刑罰法令ニ列舉シタルモノト云ヒ有責ノ舉動ト云ヒ不法ノ舉動ト云フナリ尙一層之ヲ敷衍セントセハ刑法ノ全部ヲ通覽スルニ如カス

元來犯罪ナル文字ヲ已ニ不法ノ分子ヲ包含スルモノト論スルハ其論者ノ用語上ノ論タルニ過キサルナリ嘗テ余ヲ示シタル如ク分析的ニ之ヲ論シテ刑罰法令ニ列舉シタル行爲ナリト云ヘハ尙其以外ニ於テ不法ト云フ分子アルニ非サレハ犯罪ト爲ラスト云ハサル可カラス例ヘハ人ヲ殺スト云フ行爲ハ刑罰法令ニ列舉シタル行爲ナリ然レトモ死刑ヲ執行スルカ如キ賊兵ヲ銃殺スルカ如キ或ハ正當防衛トシテ不正ノ侵害者ヲ殺傷スルカ如キ皆人ヲ殺スモノナリト雖モ不法ト云フ分子ヲ缺クカ故ニ無罪ト爲ルナリ財物ヲ強取スルト云フ行爲ハ強盜罪ノ場合ニ示シタル行爲ナリ然レトモ手續ヲ經テ差押

フル如キ若クハ沒收處分ヲ爲ス如キ公用ノ爲メ徵發スル如キ悉ク強取ナリト雖モ不法ナル分子ヲ缺クカ故ニ罪ト爲ラス此等ノ論ヲ敷衍スレハ刑罰法令ニ列舉シタル行爲ハ若シ不法ト云フ分子ヲ備ヘサレハ一トシテ罪ト成ルモノナキカ故ニ之ヲ一般要素ニ掲クルハ毫モ誤ナシト思考ス

三 刑法掲クル所ノ行爲ト云フト罪ト云フト同一視ス可カラス刑法掲クル所ノ行爲ト云フトキハ單ニ……人ヲ殺シ家ヲ燒クト云フカ如ク……働作及ヒ働作ノ結果ヲ指シ其他ニ及ハス而シテ犯罪ノ成立スルハ其行爲別ニ不法タル……死刑ノ執行ニ非ス賊徒征伐ニ非スト云フ如キ……條件ヲ具フル場合ニ限ルナリ

刑罰法令ニ列舉スル行爲ハ其何レノモノタルヲ問ハス若シ之ニ不法ト云フ分子ヲ伴ハサレハ罪ト爲ラス即チ此條件ハ犯罪ノ一般ノ成立條件ナリトシテ茲ニ説明シタリ然ルニ刑法ノ各本條例ヘハ一七五條等ニ於テハ故ナクト云フ文字ヲ附加シテ權利行爲ニ非サレハ罪ト爲ルコトヲ明言シ又三二二、三三條ニ於テモ「擅ニ」ト云フ文字ヲ附加シテ權利ノ實行ニ出ツレハ罪ト爲ラサル



コトヲ明言セリ元來不法ト云フ條件ハ犯罪ノ一般ノ成立要素タルニ拘ハラ  
ス或少數ノ場合ニ於テ條文カ特ニ此關係ヲ明言スル理由如何ト問ヘハ此等  
ノ犯罪行為ノ外形ヨリ推シテ文章ノ體裁ヲ正シタルモノニ過キス他人ノ家  
ニ立入ルト云フ行為ノ如キハ吾人ノ日常視ル所ノモノニシテ權利ヲキカ爲  
メニ罪トナルハ極メテ少數ノ場合ナリ然ルニ若シ「故ナク」ト云フ文字ヲ省略  
シ人ノ邸宅ニ立入ル者ヲ處罰スト規定スレハ讀ム者ヲシテ奇怪ナル感ヲ懷  
カシム可シ此ノ如キ事實ノ關係若クハ文章ノ體裁ヨリ注意ノ爲メニ付加シ  
タル文字ニ過キスシテ法理上ヨリ論スレハ特ニ各本條ニ明記スルハ必要ナ  
ク如何ナル犯罪ト雖モ不法ト云フ分子ヲ備ヘサレハ當然成立セサルナリ

### 第二節 權利行為

四 權利ヲ行使スルニ出テタル行為ハ罪ト爲ラス刑法ニ二種ノ權利行為ヲ規  
定ス一ハ第七十六條ノ職務行為ニシテ他ハ第三百十四條ノ正當防衛ナリ

#### 第一項 下屬官ノ職務行為

五 刑法第七十六條ニ曰ク本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ爲シタル者ハ  
其罪ヲ論セスト本條ノ規定ニ因リ無罪……權利行為……ト爲ルニハ第一上官  
ノ命令アルコト第二職務行為タルコトノ二條件ヲ具ヘサル可カラス  
現行刑法第七六條ハ之ニ相當スル所ノ草案ニ於テ現行刑法ノ第七五條第一  
項ノ如キ意思ノ自由ヲ失ヒタルカ爲メニ無罪ト爲スノ主義ヲ採用セリ然ル  
ニ現行刑法ト爲ルニ及ンテ二個ノ獨立ナル條文ト爲リ而シテ上級官吏ノ命  
令アルト下級官吏ノ職務ヲ以テ爲シタルトノ二個ノ條件ヲ示シタルカ故ニ  
現行刑法ノ解釋トスレハ純然タタ權利行為ト見サル可カラス  
七六條ニ示シタル二個ノ條件ハ之ヲ行政法上ノ理論ニ比較シテ詳説スレハ  
左ノ四個ノ條件トシテ觀察スルコトヲ得可シ  
第一 命令シタル事務ハ國家ノ事務ニ關セサル可カラス例ヘハ豫審判事カ  
部下ノ司法警察官ニ對シテ自己ノ私用ニ屬スル品物ヲ買入レシムル如キ  
ハ國家ノ事務ニ關セサルヲ以テ當然上級官吏トシテノ命令ナリト云フヲ  
得ス



第二 假令其事業ハ國家ノ事務ニ屬スルモノナリトスルモ上級官吏ノ權限内ノモノナラサル可ガラス今豫審判事カ民事ニ關スル強制執行ヲ執達吏ニ命令シタル場合ノ如キ自己ノ權限ニ屬セサルモノニシテ命令タルノ效力ナク隨テ服從ノ義務ヲ生セス

第三 命令ニ付テノ方式手續ヲ遵守シタルコトヲ要ス例ヘハ豫審判事カ下級官吏タル司法警察官ニ令狀ヲ携帯セスシテ非現行犯人ヲ逮捕スルコトヲ命スル場合ノ如キ豫審判事ノ權限内ニ屬スル國家ノ事務ノ命令ナリト雖モ命令トシテノ手續ヲ欠缺ス隨テ命令タルノ效力ヲ有セス

第四 以上述べタル所ト同一ノ理由ニ基キ其下級官吏モ亦自己ノ權限内ノ事務ニ關スル場合ニ非サレハ職權トシテ他人ニ對シ執行スルコトヲ得ス彼ノ執達吏カ犯罪人ヲ勾引シ司法警察官カ民事ノ差押ヲ執行スル如キハ權限外ノ行爲ナリト云ハサル可ガラス

以上四個ノ條件ヲ具備シテ職權行爲トシテ執行スル場合ノ罪ト爲ラサルコトハ何人モ疑ヲ容レサル所ナリ而シテ此明瞭ナルコトニ付テ特ニ一個條ヲ

設ケタル所以ハ刑法ノ沿革上ノ理由ト刑法ノ各本條ニ對スル法理上ノ理由トノ二個ノ關係ヨリ起リタルモノナリ先ツ正當防衛若クハ職權上ノ行爲カ罪ニ非スト云フ原則ヲ認ムルマテニハ歷史上種々ノ變遷ヲ經タリト雖モ畢竟權利行爲タルヤ否ヤニ付キ疑ナカラシムル爲メ一個條ヲ設ケルニ至レリ是レ即チ歷史上ノ理由ナリ又刑法ノ各本條ヲ通覽スルニ暴行又ハ脅迫ヲ加ヘテ他人ノ財物ヲ強取スル如キハ強盜罪ナリト云フニ拘ハラス此ノ如キ外形ヲ存シテ尙職權ニ出ツルカ爲メ罪ニ非サル場合ヲ想像スルニ難カラス其同一ナル外形ヲ有スルニ拘ハラス職權ニ出ツレハ無罪タルコトハ七六條ニ依テ初テ之ヲ知ルコトヲ得可シ此點カ即チ刑法ノ各本條ニ對スル法理上ノ必要ニシテ其理由トスル所タルナリ

六 上官ノ命令ニ出テス直チニ法令ノ附與スル職務ヲ執行スルハ亦同シク權利行爲ナリ無罪ナリト雖モ此カ權利タリ無罪タルヲ宣告スルニ付テハ刑法第七十六條ヲ引用スル能ハス單ニ法令ノ執行ナルカ故ニ罪ニ非スト云フ外ナシ

(後ノ第三項ヲ見ヨ)



刑法七六條ノ示ス所ノ上級官吏ノ命令ト云フ條件ヲ具備セサルモノト雖モ尙職務上ノ行爲トナルモノ尠シト爲サス例ヘハ刑事訴訟法ノ認ムル所ニ依リ司法警察官カ檢事又ハ豫審判事ノ令狀ヲ携帯セシテ現行犯人ヲ逮捕スル如キモ直チニ刑事訴訟法ニ依リテ附與セラレタル職權ニ屬シ上級官吏ノ命令ヲ執行スル場合ト同シカラス此ノ如ク上級官吏ノ命令ニ依ラスシテ法令ノ附與スル職權ヲ直チニ執行スル場合ノ如キモ亦權利行爲タリ隨テ無罪タルハ言フ俟タス但其無罪ヲ宣告スルニ付キ適用ス可キ條文ハ之ヲ異ニシ上級官吏ノ命令ニ基ク職務ノ執行ナレハ七六條ニ依ル可キモノナリト雖モ直接ニ法令ヲ執行シタル場合ナルトキハ其法令ヲ引用セサル可カラス尙此種ノ關係ハ他日ノ説明ニ於テ之ヲ詳ニス可シ

七 上官ノ命令アリト雖モ下級官吏ノ職務ニ屬セサル行爲ニ對シテハ亦刑法第七十六條ヲ引用シ無罪ヲ宣告スルコト能ハス然ラハ之ヲ如何ニ處分ス可キカ(1)抗拒スルコトヲ得サル命令ニ係ル場合ハ勢ヒ同時ニ下級官吏ノ執行義務アル場合タル可シ(軍律參照)ト雖モ(2)抗拒スルコトヲ得ルニ拘ハラス己ノ職務

ナリト誤信シテ執行シタルトキハ刑法以外ノ法令ノ錯誤ニシテ罪ト爲ル可キ事實ヲ知ラサルモノトス(第五章第三節)(3)若シ又命令ニ裝ヒテ使喚スルモ其實犯罪ノ教唆ニ外ナラサルコトヲ知り之ニ同意シテ執行セハ普通共犯ノ例ニ照シ處分スヘキノミ職務行爲ノ問題ニ非ス

(1) 曩ニ第五號ノ説明ニ示シタル四個ノ條件ヲ具備シタル上級官吏ノ命令ハ其以外ノ事實ノ認定ニ付キ上級官吏カ其認定ヲ誤レル場合ニ於テ下級官吏カ其誤タルヲ知レル場合ト雖モ之ニ服従スルコトヲ要スルモノニシテ執行ヲ拒ムコトヲ得ス今一例ヲ擧クレハ豫審判事カ刑事訴訟法ノ定ムル手續ヲ充タシタル所ノ令狀ヲ以テ司法警察官ニ其職務ニ屬スル所ノ非現行犯人ノ逮捕ヲ命シタリト假定スレハ此場合ハ其司法警察官カ眞ニ犯人ノ他ニ存スルコトヲ知レル場合ト雖モ服従スルコトヲ要スル命令ナリ此ノ如キ性質ノ命令ヲ執行シタル場合ナレハ執行義務アルモノハ即チ其職權ニ屬スル行爲ニシテ七六條ニ依リ無罪ヲ主張スルコトヲ得可シ

(2) 第二ノ例トシテ豫審判事ノ令狀ヲ携帯セス單ニ其口頭ノ命令アリタルヲ



理由トシテ之ニ依リテ人ヲ勾引スルコトヲ得ルモノト信シ嫌疑ノ自由ヲ奪ヒタリト假定セシムルニ此場合ハ其司法警察官ハ刑事訴訟法ト云フ刑罰法令以外ノ法令ヲ誤解シタルモノニシテ七七條ノ關係ヨリ之ヲ言ヘハ其第四項ノ法律規則ノ不知ニ非スシテ第二項ニ所謂罪ト爲ル事實ヲ知ラサル場合ニ相當ス可シ之ヲ一層具體的ニ逮捕罪ノ條文ニ照シテ論スレハ刑法第二七八條ノ程式規則ニ違ヒタル逮捕ト云フ事實ヲ知ラサルモノナリ此關係ハ第五章第三節第三第四號ニ於テ詳説シタリ故ニ此者ハ七七條及ヒ七七條四項ニ依ル無罪ニ非ス七七條二項ニ依ル無罪ナリ

(3)豫審判事カ或人ヲ怨恨スル所アリテ其位置ヲ利用シ濫ニ口頭ヲ以テ此カ逮捕ヲ命シタルニ司法警察官モ令狀ニ依ラサル非現行犯人ノ逮捕ハ刑事訴訟法ニ違背シタルヲ知リタルニ拘ハラス豫審判事ノ心意ヲ了解シテ濫ニ人ヲ逮捕シタリト假定セシムルニ此場合ハ暗黙ニ人ヲ逮捕スル罪ノ通謀ヲ爲シタルモノニシテ其罪ノ共犯者ナリ隨テ七七條ハ勿論七七條モ此ノ如キハ其適用ヲ認メサルナリ

現行刑法七六條ハ單ニ上官ノ命令ニ基ク職權行爲ノミヲ規定シ法令ノ執行ニ出ツル職權行爲ノ場合ヲ脱漏セリ若シ此種ノ條文ヲ置クモノトスレハ改正案四五條ニ言フ如キ廣義ノ規定ヲ設ケサル可カラサルハ毫モ疑ヲ容レス

## 第二項 正當防衛

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

刑法第三編ハ之ヲ二章ニ分テ第一章ハ身體ニ對スル罪ト云フ標題ヲ付セリ其第一節ハ謀殺故殺ノ規定ニシテ第二節ハ毆打創傷ノ罪ヲ規定ス而シテ第三節ニ至リテ殺傷罪及ヒ傷人罪ニ限ル減刑及ヒ無罪ノ場合ヲ規定スル順序ト爲レリ然レトモ此第三節ノ中ニ規定スル所ノ三一四條一派ノ論者ハ三一五條モ之ヲ同一ニ論セリハ權利ト爲ル行爲ニシテ且其上ニ殺シ又ハ傷クル行爲ノミニ限ラス防禦ノ爲メ必要ナル以上ハ侵害者ヲ捕縛スルモ或ハ脅迫スルモ總テ無罪ト爲ルナリ故ニ宜シク總則ニ其規定ヲ置カサル可カラス其



他三〇九三一〇條及ヒ三一―二條ノ四條ハ學說上挑發宥恕ト名クル場合ニシテ他人ノ行爲カ犯人ヲシテ他人ヲ殺傷スルニ至ラシムル重大ナル關係ヲ有スル場合ニ犯人カ辨別ノ幾部分ヲ喪失スルヲ以テ其爲メ刑ヲ減スルナリト稱ヘ來リタル場合ナリ然レトモ此種ノ規定ハ近年ノ學說ノ傾向ヨリ言ヘハ删除セサル可カラサル性質ノモノトス若シ他人ノ挑發アリタルヲ理由トシテ刑ヲ減ス可キモノトスレハ獨リ殺傷罪ニ限ル可キノ道理ナシ又一般ニ通スル規則トスレハ總則ニ於テ彼ノ酌量減輕ノ外挑發ニ基ク一般減輕ト云フ規則ヲ生ス此ノ如キ立法上必要ナキモノニシテ酌量減輕ノ二等ト云フ制限ヲ尠シク廣メテ三等又ハ四等ヲ減シ得ルモノトスレハ同一ノ目的ヲ達スルコトヲ得可シ又殺傷罪ノミニ付テ刑ヲ減ス可キモノトスレハ現行刑法ノ附スル如キ制限ハ洵ニ理由ナキ所ニシテ徒ニ古ノ學說及ヒ佛蘭西ノ刑法ヲ模擬シタルヨリ此ノ如キ規定ヲ設クルニ至リシモノナリ

九 正當防衛ハ其成立上四個ノ條件ヲ具ヘサル可カラス第一暴行ハ身體又ハ生命ニ對スルモノナルコト、第二暴行ハ不正ノ侵害タルコト、第三其暴行ハ防衛

者不正ノ所爲ニ因リ自ラ之ヲ招キタルモノニ非サルコト、第四防衛行爲ハ其必要ノ程度ヲ超ヘサルコト是ナリ

右ニ掲クル四個ノ條件ハ現行刑法ノ三一四條ノ明文ヲ根據トシタル解釋上ノ制限ナルコトハ言ヲ俟タス而シテ立法論トスレハ此中ノ第三ノ制限ハ全く不必要ノモノナリ

一〇 第一ノ條件……身體又ハ生命ニ對シテ暴行アル以上ハ單ニ(1)其身體又ハ生命ノミニ對スル暴行アルト財產ト同時ニ身體又ハ生命ニ對スル暴行アルトヲ區別セス、又(2)自己ノ身體又ハ生命ニ關スルト他人ノ身體又ハ生命ニ關スルトヲ區別セス(3)他人ハ自己以外總テノ人ニ該當シ其己ノ親族タルト否トヲ區別セス

(1)正當防衛ハ身體又ハ生命ノミニ對スル暴行アルト財產ト同時ニ身體又ハ生命ニ對スル暴行アルトヲ區別セサルカ故ニ強盜ノ如キ財產ヲ侵害スルノ目的ニ出ツルト雖モ其方法トシテ身體又ハ生命ニ暴行ヲ加フル者ニ對シテハ正當防衛權固ヨリ存在スルモノトス(2)(3)ニ示ス所ハ三一四條ノ自己ノ爲



メニシ他人ノ爲メニスルヲ分タスト云ヘル明文ヨリ生スル當然ノ解釋ナリ故ニ自己ノ毫モ害ヲ受ケサル場合ニ於テ單ニ他人ノ爲メニモ防衛權存在ス可シ又同一ノ理由ニ基キ自己ト他人ト同時ニ害ヲ受ケタル場合ニハ防衛權アルコト論ヲ俟タス而シテ他人ノ資格ノ如何ハ全ク論スル所ニ非サルナリ」

一〇ノ二 正當防衛ハ自己以外ノ者ノ生命又ハ身體ヲ侵害サル、場合ニモ亦成立スルコトヲ得然ラハ暴行人ナリト誤信シテ被侵害者ヲ殺傷シタルトキハ如何權利トナル可キ行爲ト誤信シ之ヲ實行シタル……犯罪事實ノ認識ヲ缺ク……モノニシテ罪ヲ犯ス故意ナキ場合ノ一ナリ(Dolus punitis)

例ヘハ甲ト乙トカ互ニ兇器ヲ以テ殺傷セントスル者アルニ當リ第三者丙カ暴行者ナリト誤信シテ被暴行者タル所ノ乙ヲ殺傷シタルト假定センニ此場合ノ丙ノ行爲ヲ目シテ同シク正當防衛權ト云フ可キ權利ノ實行ナリト論スル者アリト雖モ眞ノ正當防衛權ノ成立スルニハ不正ノ侵害者ヲ殺傷シタル場合ナラサル可カラス故ニ本問ノ被侵害者ヲ殺傷シタル行爲ノ正當防衛權ノ實行ニ非ラサルコト一見シテ明カリ果シテ然ラハ如何ニ之ヲ處分ス可キ

カト云フニ丙ナル者ハ乙カ不正ノ侵害者ナリト云フ事實ニ誤解アリタルモノニシテ若シ之ヲ知リテ殺傷スレハ固ヨリ罪ト爲ルト雖モ之ヲ知ラサルモノナルヲ以テ罪トナル可キ事實ヲ知ラサル行爲ニシテ七七條二項ニ依リ無罪ヲ宣告ス可ク三一四條ヲ適用スルハ誤リタル判決タルナリ

一 身體ト云フ中ニハ肉體ノ外(1)身體ノ自由(例、逮捕、監禁、略取等)健康及ヒ節操(例、強姦ヲ含ム)(2)名譽ノ侵害ニ對シ防衛權アリヤ否ヤニ就テハ學說一定セス(積極說 Frank, Liszt 等、獨刑法五三條ニハ汎ク不法ノ侵害云々……消極說多數ナリ)

現行刑法ノ身體ナル文字ニハ肉體ヲ包含スルハ言ヲ俟タス故ニ毆打其他ノ暴行ニ因リテ肉體ヲ毀損セントスル者ニ對シ防衛權ノ成立スルコトハ疑ヲ容レス然レトモ尙其外ニ單純ナル身體ノ自由ヲ奪ハントスル暴行者即チ不法ニ自己ヲ逮捕セントスル者監禁又ハ略取セントスル者ニ對シ防衛權ノ存在スルコトモ全ク異論ナキ所ナリ此議論ノ適用上一ノ注意ス可キ場合ハ逮捕官吏カ手續ニ違背シテ人ヲ逮捕セントスル場合ニ一私人ハ之ニ對シテ防



衛權アルコト是ナリ(例へハ非現行犯罪ヲ理由トシテ巡查又ハ憲兵卒若クハ司法警察官カ令狀ヲ持タスシテ之ヲ捕縛セントスルカ如キ場合ニハ防衛權存在スルモノナリ)

本文ニ節操ナル文字アルハ廣ク風俗ニ關スル自由ヲ意味スルモノニシテ此間ニ男女ノ區別ナシ例へハ刑法三四六、七條ノ被害者ナレハ男子ト雖モ固ヨリ防衛權アリトス

現行刑法ノ第三編第一章ハ身體ニ對スル罪ト云フ罪名ヲ付シ尙之ヲ十三節ニ細別シタリ而シテ其十三種ノ犯罪中身體ノ自由ト名クル能ハサルモノハ第一二節誣告及ヒ誹毀罪ノ物體ナリトス本罪ハ人ノ名譽ニ對シテ侵害ヲ加フルモノナリ之ニ對シテ防衛權アリヤト云フニ獨乙刑法五三條ノ如ク不法ノ侵害ト云フ如キ廣キ文字アレハ固ヨリ積極說ヲ採リテ防衛權アリト云ハサル可カラス之ニ反シテ現行刑法三一四條ノ如ク單ニ身體トノミ云ヘル法文ノ解釋トシテハ佛蘭西ヲ初トシテ同一ノ法律アル總テノ國ニ於テ學說判決例一致セサルノミナラス寧ロ積極論即チ防衛權ナシトスル說多數ヲ占ム

而シテ解釋論トシテハ余モ消極說ヲ採ラサル可カラスト思考ス何トナレハ名譽ノミヲ毀損セントスル者ヲ指シテ條文謂フ所ノ暴行者ト云フ能ハサルヲ以テナリ然レトモ立法問題トスレハ不正ニ自己ノ權利ヲ侵害セシトスル者アルニ當リ之ヲ甘セサル可カラサルノ理ナシ隨テ防衛權ヲ認メサル可カラス(改正案第四六條第一項參照)

一 刑法第三一五條ハ財産ノ侵害ニ對スル正當防衛ヲ認メタルモノカ特種ノ不論罪ナルカ本章二四號ヲ見ヨ

右ハ後ノ説明ニ詳ナレハ茲ニ説明セス

二三 第二ノ條件……刑法第三一四條ノ暴行人ト云ヘルハ不正(不法、違法等用語一定セス)ノ侵害者ト云フニ同シ不正ニ非サル侵害ハ之ヲ防衛スルノ權利アル可カラス故ニ先ツ權利ヲ行使スル者……例、死刑ヲ執行セントスル者、適法ニ逮捕又ハ監禁セントスル者、既ニ正當ニ防衛行爲ヲ採ル者等……ニ對シテハ防衛權ナシ

刑法三一四條ノ適用トシテ暴行人ト云ヘルハ如何ナル者ヲ指スカハ適用上



最モ大切ナル問題ノ一ナリ暴行人即チ不正ニ腕力ヲ加フル者ト云フカ故ニ最モ疑ナキ點ハ正當ニ實力ヲ行使スル者ニ對シテハ防衛權ナシト云フ一事ナリ本文ニ示ス例ノ中ニテ死刑ノ執行ヲ受クントスル者ニ防衛權ナキコトハ何人モ疑ハサル所ナリ又適法ナル逮捕ニ對シテ防衛權ナシト云フ議論ノ適用上左ノ場合ノ如キハ注意ス可キモノ、一ナリ

逮捕官吏カ豫審判事其他上官ノ命令狀ヲ携帶シテ嫌疑人ヲ逮捕セントスルハ職務上ノ行爲即チ一私人ニ對シテ云ヘハ職權ヲ行使スルモノニ外ナラス故ニ其嫌疑人カ全ク罪ヲ犯サ、ル者ト雖モ又現ニ逮捕官吏カ之ヲ知レル場合ト雖モ一私人ニ於テハ防衛權ヲ有セサルナリ

一四 權利行爲ニ非サル侵害ハ總テ之ヲ不正ノ侵害ト看做シ防衛權ヲ認ム可キカ

(1) 身分ニ因リ法ノ適用ヲ受ケサル者ノ行爲ハ責任ノ要素ヲ缺クニ非ス且法ノ保護乃至放任スルモノニ非ス之ニ對シテ防衛權アリ

例ヘハ日本ノ裁判權ノ及フ能ハサル外國公使ノ類ハ本文ニ所謂法ノ適用ヲ

受ケサル者ノ適例ナリ外國公使ハ日本ノ法律ニ依リテ審問處罰ヲ受クルコトナク即チ其適用ヲ受ケサル者ナリト雖モ此等ハ單ニ國交ノ圓滿ヲ望ムト云フ便宜上ノ理由ニ出ツルモノニシテ其者等ノ犯罪行爲カ不正ト云フヲ妨ケサルハ論ヲ俟タス故ニ之ニ對シテ防衛權アリト云ハサル可カラス之ト相似テ尠シク異ナルルハ天皇ナリ天皇ハ國法ノ淵源ニシテ國法ヲ標準ト爲シ其行爲ノ正不正ヲ論スルコトヲ得ス隨テ天皇ニ對シテハ防衛權存在セス

(2) 無責任行爲(責任能力及ヒ責任條件ヲ缺ク者ノ行爲ハ正不正ノ觀念ヲ以テ之ヲ律ス可ラス之ニ對スル防衛ハ不得已行爲ト認ムヘキカ?)

刑法上ノ意味ニ於テ正當ナル行爲不正ナル行爲ト云フハ如何ニ解釋ス可キモノナリヤ人ニ因リテハ正當ニ非サルモノハ不正不正ニ非サルモノハ正當ト云フニ區別スト雖モ余ノ信スル所ニテハ尙其中間ニ於テ正當ニモ非ス不正ニモ非スト云フ一種中間ノモノ存在セリト思考ス其一ハ無責任行爲ナリトス既ニ不正ト云フコトヲ得ストセハ之ニ對シテ防衛アル可ラス然リト雖モ一方ニ於テ亦吾人ハ無責任行爲ニ因リ權利ヲ侵犯サル可キ義務アル可



ヲサルカ故ニ之ヲ防禦スルニ出テタル行爲ハ危急止ムコトヲ得サルモノトシテ第七十五條ノ適用ヲ受クヘキモノナラン(此意見ハ從來ノ余ノ説ト異ル)

(3) 不得已行爲(刑法七)ハ之ヲ意思自由ノ欠缺ニ基ク無責任ノ場合ナリト認ムルモ法ノ保護セス處罰セサル放任行爲ナリト認ムルモ共ニ不得已行爲對立スルコトヲ得ルノミ防禦權ナシトセサル可カラス(第三節參照)

右ニ掲クル所ハ刑法七五條ニ所謂已ムヲ得サル行爲ナリ此種ノ行爲ハ佛蘭西法系ニ屬スル學說ニ於テハ意思ノ自由ヲ缺クニ基ク無罪ナリト論セリ其説ク所ニ依レハ辨別ト故意又ハ過失ト意思自由トノ三ヲ以テ責任ノ條件ト爲スカ故ニ此種ノ學說ヨリ立論スレハ不得已行爲ハ即チ無責任行爲ノ一ニ過キス隨テ(1)ニ於テ述ヘタル理由ニ基キ防禦權成立スルコトナク單ニ不得已行爲トシテ放任サルト斷定セサル可ラス之ニ反シテ獨逸法系ニ屬スル學說ニ於テハ本人ノ意思ノ自由如何ヲ問フコトナク或外部ノ狀況ニ因リテ人ノ行爲ヲ其爲ス所ニ放任ス可キモノト論セリ此説ニ依ルモ不得已行爲ハ之ヲ不正ト云フヲ得ス隨テ防禦者ノ行爲モ亦正當防禦ト云フコト能ハスシテ

同一ノ性質即チ已ムヲ得サルモノト爲ルナリ

4) 親ニ對シテハ防禦權ナシ

第三百十四條ニ汎ク身体生命ヲ正當ニ防禦シ云々トアリテ其暴行ヲ加フル者ヲ制限セスト雖モ別ニ第三百六十五條ニ祖父母父母ニ對シタル殺傷ノ罪ハ特別ノ宥恕及ヒ不論罪ノ例ヲ用ユルコトヲ得ストアリ殺傷ニ關スル特別ノ不論罪ト稱スルハ第三百十四條及ヒ第三百十五條ヲ謂フニ外ナラサルヲ以テ現行法ノ下ニ在リテハ尊親族カ如何ニ不正ニ子孫ノ身体生命ヲ害セントシタル場合ニ於テモ子孫ハ之ニ對シテ防禦權ナシ是全ク父祖ニ對スル孝道ヲ偏重シタル不當ノ規定ナリ父祖素ヨリ之ヲ敬愛尊重セサル可ラス然レトモ不正ノ殺傷其他ノ行爲ヲモ遂ケシムヘキ法理ナシ之カ防禦權ヲ認メテ可ナリ尙第三六五條ノ但書ニ其犯ス時知ラサル者ハ此限ニ在ラスト云ヘルヲ以テ父祖タルヲ知ラス防禦ノ爲メ之ヲ殺傷シタルトキハ子孫ノ行爲ト雖モ亦正當防禦トシテ論スルヲ妨ケサルナリ

(5) 人間ノ行爲ニ非サル侵害ハ我刑法暴行人云々ト云フヲ以テ之ニ對シ防禦權



ヲ認ムルコト能ハス又我刑法ハ自助權ヲ認メサルカ故ニ結局不得已行爲ト解スル外ナカラン(本章二四號ヲ見ヨ)

右ニ掲クル所ハ例ヘハ他人ノ所有ニ係ル狂犬其他ノ動物等ニ因リテ生命又ハ身體ニ害ヲ受ケントスル者アルニ當リ刑法ノ所謂防衛權アリヤト云フ問題ヲ解釋セリ而シテ三一四條ニハ暴行人ヲ殺傷シタルモノト限定シタルカ故ニ此條ノ適用ヲ受クルコトヲ得ス然リト雖モ多クハ七五條ノ適用トシテ已ムヲ得サル行爲トナルナリ若シ改正案ノ適用トスレハ疑モナク其第四七條ノ適用ト爲ルナリ

一五 第三條件……不正ノ所爲ニ因リテ自ラ招キタル暴行ニ對シテハ防衛權ナシ是レ第三一四條但書ノ明言スル所ナリ同條本文ノ暴行人ヲ解シテ不正ノ侵害者トナスト同一ノ論鋒ニ依レハ但書ノ暴行ハ亦之ヲ解シテ不正ノ侵害ト爲サ、ルヲ得ス隨テ他人ノ侵害的行爲不正ナルモ自己ノ不正ノ所爲ニ因リ之ヲ招キタル者ハ防衛權ナシト論決ス可キナリ

刑法三一四條ノ但書ノ例トシテ常ニ人ノ引用スルハ本夫ノ襲撃ヲ受ケタル

姦夫姦婦ニ防衛權アリヤト云フ問題ナリ本夫ノ此ノ如キ暴行ヲ爲スニ至レルハ姦通ト云フ一個ノ不法行爲カ其原因ヲ成スナリ而シテ本夫ノ行爲モ三一三條ニ因リテ單ニ刑ヲ減セラル、ニ過キサル所ノ不正行爲ナリト雖モ三一四條但書ノ制限アルカ爲メ姦夫又ハ姦婦ニ於テハ防衛權ヲ有セス  
右ノ如キ場合ノ適用ニ付テハ餘リ多クノ疑ヲ生セス然レトモ此ノ如キ制限ハ法理上其宜シキヲ得サルカ爲メ適用上忽チ容易ナラサル不便ヲ生ス今茲ニ他人ノ田畑ヲ妄ニ通行セントスル者アリト假定センニ此者ハ第四二九條第一八號ノ罪ヲ犯スモノニシテ不正ノ行爲タルハ言ヲ俟タス而シテ其田畑ノ持主カ怒ヲ發シテ通行者ヲ殺害セントスルニ當リテハ三一四條ノ適用上通行者ニ防衛權ナシト云ハサル可カラス故ニ立法論トスレハ此ノ如キ制限ハ速ニ之ヲ除カサル可カラス人或ハ之ヲ駁シテ此制限ヲ除クトスレハ姦夫若クハ姦婦ノ如キ自己ニ不正行爲アリタル者モ防衛權ヲ認メサル可カラサルノ不都合ヲ生スト云ハシ然リト雖モ相手方ノ侵害ハ一個ノ犯罪タルコトヲ考ヘサル可カラス而シテ人ノ身體又ハ生命ヲ害スルト云フハ重大ナル侵



害タルヲ回顧セサル可カラス初ニ不正行為アリタル者ハ之ヲ處罰スルニ付テ國法上別ニ其途ヲ設ケタルモノナルカ故ニ其一人ノ私ノ制裁ニ對スル防衛權ヲ奪フノ理由ヲ生セサルモノト云ハサル可カラス

之ニ反シテ自己ノ不正ノ所爲ニ因テ他人ニ侵害的行為ヲ爲ス權利ヲ生セシメタルトキ……例職務行為又ハ正當防衛行為ヲ生セシメタルトキ……ハ更ニ之ニ對シテ防衛權アル可カラスト雖モ此斷定ハ本條ノ但書ヨリ來ルニ非スシテ本文暴行人即チ不正ノ侵害者ト云フ條件ヲ缺クヨリ來ルモノトス第二ノ條件ノ説明ヲ見ヨ

刑法三一四條ノ但書ハ廣ク不法ノ所爲ニ因リ招キタル暴行ト云フト雖モ其所謂招カレタル暴行カ狹義ノ暴行即チ不正ノモノニ非スシテ一個ノ權利ト爲リタル場合ニハ前ニ一四號ニ述ハタル所ノ權利ヲ防衛スル權利ナシト云フ原則ノ適用上先ノ不正者ハ固ヨリ防衛權ヲ有セス然レトモ此論ハ別ニ三一四條但書ノ明文ヨリ生スルモノニアラスシテ本文ニ所謂暴行人ニ對セス却ツテ權利實行者ニ對スルヨリ生スル當然ノ結果ナリトス

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

(1) 暴行目前ニ存セス既往又ハ遠キ將來ニ屬スルトキハ之ニ對シ必要不得止防衛行為アリト云フコトヲ得ス

若シ不正ナル暴行カ已ニ去リテ已往ノモノト爲リタルニ拘ハラズ尙暴行者ニ損害ヲ加フルハ防衛ニ非スシテ復讐ナリ故ニ情狀ニ因リテ三六一條ノ減輕ヲ得ルコトアリト雖モ三一四條ヲ以テ無罪トスルコトヲ得ス又之ニ反シテ害カ將來ニ係リ目前ニ存在セサル以上ハ彼ノ防衛ノ一種タル豫防ト云フコトヲ得可シト雖モ刑法ハ之ヲ三一四條ニ所謂已ムコトヲ得サル防衛行為ト認メサルナリ

(2) 暴行目前ニ存スト雖モ之ニ對シ必要ニ非サル害ヲ加フルトキハ……例容易ニ暴行人ヲ取押フルコトヲ得ル者之ヲ殺害スル如シ……亦以テ不得已防衛行為ト爲スコトヲ得ス

或害ヲ防禦スル爲メニ已ムコトヲ得サル行為ノ如何ナルモノナリヤハ各場



合ニ因リテ異ナリ具体的ニ一定ノ外形ヲ掲クルコトヲ得ス例ヘハ小兒カ強  
 カヲ有スル大人ヲ不正ニ侵害シタル場合ニハ其被害者タル大人ハ別ニ小兒  
 ヲ殺傷セストモ單ニ取押ヘテ目的ヲ達スルコトヲ得ルナリ然レトモ主客其  
 位置ヲ轉倒シテ強カアル大人カ不正ニ小兒ヲ侵害シタル場合ニ於テハ被害  
 者タル小兒ハ小兒トシテノ非常手段ヲ採ラサル可カラス此ノ例ニ依リテ見  
 ルモ已ムコトヲ得サルモノト云ヒ得可キ行爲ノ外形ハ場合ニ因リテ異ナル  
 ハ明瞭ナリ而シテ唯一注意ス可キハ不正ノ侵害者ノ加ヘントシタル損害ト、  
 防禦ノ爲メニ被害者カ侵害者ニ加ヘタル損害トノ輕重大小ハ別ニ此場合ノ  
 標準ト爲スヲ要セサル點是ナリ例ヘハ甲ナル者カ不正ニ乙ナル者ノ指ヲ切  
 斷セントスルニ當リ被害者乙カ之ヲ防禦スル爲メニ侵害者タル甲ノ生命ヲ  
 奪ヒタリトスルモ他ニ防禦ノ途ナキ場合ニハ正當防禦トナルナリ從來必要  
 已ムコトヲ得スト云フコトヲ解シテ加ヘタル侵害ト防禦ノ爲メニ加フル損  
 害ト權衡ヲ保タサル可カラサル如ク論スルハ正當防禦ノ性質上許ス可カラ  
 サル學說ナリト云ハサル可カラス假令失フ所カ一個ノ指ト云フ如キ些少ナ

ルモノト雖モ其權利タル點ハ同一ナリ不正ニ之ヲ失ハシメントスル者アレ  
 ハ防禦ノ必要ナルカ爲メニハ相手方ヲ殺傷スルコトモ之ヲ認メサルヲ得ス  
 右ニ説明シタル所ヲ他ノ方面ヨリ論スレハ正當防禦ハ不正ニ身體又ハ生命  
 ヲ侵害スル者ヲ防禦スル爲メニ爲ス權利行爲ナルカ故ニ不正ニ身體又ハ生  
 命ヲ侵害スル者ヲ防禦スル以上ハ如何ナル行爲ヲモ爲スコトヲ得可シ故ニ  
 其不正ニ失ハントスル權利ノ値ハ之ヲ問フ所ニ非スト云ハサル可カラス即  
 チ苟モ身體ト云フ性質ノ權利タル以上ハ如何ナル輕微ナルモノニ於テモ尙  
 之ヲ防禦スル行爲ハ正當防禦トナルナリ蓋シ刑法上正當防禦ノ關係ニ於テ  
 權利ト其值トハ常ニ之ヲ區別シテ論シ値ノ如何ニ依リテ性質ヲ没却セシム  
 ルコトヲ得サルナリ

(3)此ノ如ク已ムコトヲ得サル範圍ノ外ニ逸出スルコト克ハサルヲ以テ其場合  
 ノ狀況ニ應シ或ハ逮捕或ハ毆打或ハ脅迫等必要ナル行爲……且必要ナル行爲  
 ノミ……ハ一般ニ權利トナル可シ法文ニ殺傷ニ限定シタルハ最モ重キ行爲ヲ  
 擧ケタルニ過キス



刑法三一四條ニ已ムコトヲ得ス暴行人ヲ殺傷シタル者云々ト規定シテ殺シ又ハ傷クルノ二ト限定シタルニ拘ハラヌ必要ナル行為ハ尙其他ノモノヲモ包含ス可シト爲ス理由ハ左ノ如シ

第一 法文カ殺傷ナル二個ヲ掲ケタルハ其母法タル佛蘭西刑法ヨリ推移シタルモノニシテ最モ極端ナル例ヲ示シタルニ過キス

第二 本條ハ殺傷ト云フ行為其モノニ重キヲ置カスシテ已ムコトヲ得サルト云フ條件ニ重キヲ置カサル可カラス即チ已ムコトヲ得サレハ殺傷スルモ妨ナシ但之ヲ必要トセサル場合ニハ其以下ノ必要ナル範圍内ニ止マラサル可カラスト云フ意味ナリ

第三 間接ニ反對論者ノ採用シタル論旨ヨリ如何ナル結果ヲ生ス可キカラ参考スルコトヲ要ス反對論者ハ殺又ハ傷ニ非サレハ正當防衛ニ非スト論セリ一方ニ於テ法律ハ已ムコトヲ得サルニ出テサレハ正當防衛ニ非スト規定セリ此兩者ヲ合セテ如何ナル結果ヲ生ス可キヤト問ヘハ例ヘハ常陸山カ小兒若クハ婦女ノ如キ纖弱ナル者ヨリシテ不正ニ身體ヲ侵害セラル

トセハ此場合ニ被侵害者タル強力者ハ容易ニ侵害者ヲ捕縛スルコトヲ得可シ然ルニ若シ論者ノ説ニ依レハ捕縛スルコトハ殺又ハ傷ニ非サルカ故ニ擅ニ人ヲ逮捕スル罪ト爲ルカ刑法第七五條ニヨル不得已行為トナルカ何レニシテモ正當防衛以外別種ノモノトナルヘシ之ニ反シテ論者ノ防衛行為トシテ要求スル如ク侵害者タル小兒又ハ婦女ヲ殺シ又ハ傷ケタルトキハ已ムコトヲ得サル殺傷ト云フ能ハサルカ故ニ刑法ノ明文上無罪トスルコトヲ得ス果シテ然ラハ此場合ノ被侵害者ハ若シ反對論者ノ説ニ從ヘハ逮捕罪ヲ犯スカ殺傷罪ヲ犯スカ或ハ其侵害ヲ甘ンシテ受ケサル可カラス此ノ如キ解釋ノ誤レルハ明ナリ

(4) 暴行ノ當時他人ノ救助ヲ求メ得ル事實アリシコト若クハ遁逃シ得ル餘地アリシコトノ二者其一ハ防衛行為ノ必要ヲ阻却スルヤ否ヤ消極積極ニ説アリ他人ヨリ不正ニ身體又ハ生命ヲ侵害サル、ニ當リ聲ヲ大ニシテ救助ヲ求ムレハ其救助ヲ得ラル、場合又ハ自己カ逃走スレハ其目的ヲ達シ得可キ場合ニ好シテ防戦スルハ防禦ト云フヲ得ルカト云フニ若シ已ムコトヲ得スト云



フ條文ヲ他ニ避クル途ナシト云フ意味ニ解スレハ此二個ノ場合ハ防禦行爲ニ非スト云ハサル可カラス之ニ反シテ自己ニ對スル侵害ヲ防クニ必要ナル程度ト云フ意味ニ解スレハ自ラ好シテ防戰スルモ尙防禦タルヲ妨ケズ不正ノ侵害ヲ以テ必要ヲ超エサル以上ハ別ニ法律カ逃去レト云フ如キ命令ヲ與フルモノト解スルコトヲ得ス隨テ余ハ此二個ノ場合ハ尙正當防衛ナリト云フ積極說ヲ以テ正當ナリト信ス尙一例ヲ舉クレハ覺カ橋ノ中央ニ在リテ刀ヲ以テ人ヲ擁撃スルト假定セシニ此場合ニ於テ被害者カ此處ヲ逃去レハ容易ニ其危難ヲ避クルコトヲ得可シ然レトモ被害者ハ尙其橋ヲ通過スルノ必要的範圍ニ於テ加害者ヲ相手トシテ防戰スルコトヲ得可ク事情ニ依リテハ殺戮スルコトヲモ妨ケズ是レ余ノ以前採リシ所ト其說ヲ異ニスルモ右ニ述ヘタル理由ニ因リ予ハ茲ニ此ノ如ク斷定スルモノナリ

一七 上述ノ制限以外ノ必要ニ非サル害ヲ加ヘタルトキハ情狀ニ因リ單ニ其刑ヲ減スルコトヲ得(刑法三六一條)

### 第三項 一般ノ權利行爲

一八 刑法ニ掲グル權利行爲ハ第七六條及ヒ第三一四條ノ二個ニ過キスト雖モ苟モ他ノ法令ニ因リ權利ノ行使ト認ムルコトヲ得ル行爲ハ一般ニ罪ト成ラス故ニ

(一)上官ノ命令ヲ俟タス法令ニ因リ直接ニ己ニ屬スル職務ヲ執行スル行爲  
職務ヲ執行スルニ出ツル行爲ノ無罪タルハ何等ノ疑ヲ容レス不幸ニシテ現行刑法ノ七六條ハ上官ノ命令ヲ以テ屬官カ職務ヲ執行シタル場合ノミヲ明言スルカ故ニ例ヘハ司法警察官カ違警罪犯人ニ對シ拘留ノ言渡ヲ爲シ若クハ非常ノ災害アルニ當リ種々ノ警察權ヲ(火災ニ際シ全般ノ家屋ノ燒失ヲ防クカ爲メ中間ノ家屋ヲ破壞スルカ如キハ其一例ナリ)執行スルカ如キハ別ニ上官ノ命令ヲ俟ツモノニ非ス法令カ直接ニ自己ニ與ヘタル職權ヲ執行スルモノニシテ固ヨリ無罪タルハ言フ俟タス但右ノ場合ニ於テ無罪ヲ宣告スルニハ刑法七六條ヲ引用スルコト能ハス違警罪即決例若クハ警察法規ヲ根據トシテ判決ヲ下サハル可カラス尙一ノ注意ハ改正草案第四五條ニハ單ニ法令ニ因リテ爲シタル行爲云々トアルカ故ニ此規定ハ上官ノ命令アル職權行



爲ニ付テモ又直接ニ法令ヨリ與ヘラレタル職權行爲ニ對シテモ共ニ適用スルコトヲ得可シ

(2) 法令又ハ慣習ニ因リ己ノ業務……例、外科ノ施術、角力等……ニ屬スル行爲  
外科醫カ患者ノ手足ヲ切斷シ腹部ヲ切解スルカ如キ行爲ハ相手方ノ承諾アルカ故ニ無罪ナリト論スル者尠カラス此說ハ誤レリ若シ醫學上必要ナル場合ナレハ相手方ノ失神中無斷ニ切斷スルモ即チ全ク承諾ナクシテ切斷スルモ決シテ罪トナラス又監督者ノ不分明ナル幼者カ手術ヲ要スル負傷ヲ爲シタル場合ニ其承諾ナクシテ手術ヲ行フ場合ノ如キモ無罪ナリ要スルニ外科醫ノ手術ノ如キ學說ノ認ムル必要ナル手段ハ法律モ亦其業務トシテ認ムルモノト解セサル可カラス

(3) 民法ノ認ムル懲戒權、刑事訴訟法ノ認ムル逮捕權、監護法ノ認ムル癡狂監督權ノ行使ニ屬スル行爲等ハ刑法ニ明文ナシト雖モ其無罪タルヤ論ヲ俟タス  
親權者若クハ其他ノ監督者ニハ法律上懲戒權ヲ認メアルヲ以テ其懲戒權ノ實行ト認ム可キ行爲ノ罪ト爲ラサルハ言ヲ俟タス故ニ例ヘハ或年齢ノ小兒

ヲ打ツ如キハ彼ノ西言ニ言フ如ク教育ハ右ニ菓子ヲ持チ左ニ鞭ヲ持ツ可シトアルト同主義ニシテ罪ト爲ラサルナリ然レトモ其範圍ニ付テハ民法刑法共ニ何等ノ規定スル所ナキヲ以テ其國其時代ノ慣習并ニ社會ノ狀況ヲ基礎トシテ適當ナル認定ヲ下スノ外ナシ從來余ハ此論ノ適用トシテ傷ヲ成サ、ル毆打ハ懲戒權ノ範圍ナル可シト云フ說ヲ採用シタレトモ今日ハ之ヲ改メテ輕微ナル傷ニシテ我國人ノ今日敢テ怪マサル所ノモノハ尙許サ、ル可カラスト信ス今其一例ヲ舉クレハ子供ノ身體ニ灸點ヲ施ス如キハ彼ノ寢小便疳其他ノ病ニシテ之ニ依リテ治療ヲ爲ス慣行アル場合ヲ除キ子供ノ不行狀ヲ矯正スルカ爲メ懲戒トシテ爲ス場合ハ今日一般ニ行ハル、所ニシテ慥ニ懲戒權ノ範圍ニ屬スルモノナリ之ヲ要スルニ刑法以外ノ各種ノ法令ニ依リテ職務上若クハ業務上又ハ一般ノ生活上權利ト云フコトヲ得ル行爲カ刑法上罪ニ非サルハ言ヲ俟タス此一般ノ觀念ヲ理解スルカ爲メニ本文ハ唯其例ヲ示シタルニ過キス故ニ假令之ニ漏レタリトスルモ強制執行法ノ執行ニ依ル強奪、陸軍徵發令ノ執行ニ依ル財物ノ強奪ハ決シテ強盜罪ヲ成サス其他宜



### 第三節 放任行爲

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

國法上行爲ヲ觀察スルニ付キ二分説ヲ採ルカ三分説ヲ採ルカハ大ニ研究ス可キ値アリテ一個ノ重大ナル問題ナリ刑法上ノ論トシテハ疑モナク三分説ヲ採ルノ可ナルヲ信ス而シテ刑法ノ保護スル行爲ト云ヘハ法令カ人ノ侵害ヲ禁制シ居ラサル可カラス又刑法ノ處罰スル行爲ト云ヘハ法令カ刑罰ヲ認ムルコトヲ得サル可カラス然ルニ此第三節ニ掲クル二種ノ行爲ハ他人カ之ヲ妨クルモ罪ト成ラス即チ法律ノ保護スルモノニ非スト雖モ又別ニ之カ爲メ刑罰ヲ受ケス隨テ一種中間ノ放任行爲ト名クルハ決シテ不當ニ非スト特ニ之ヲ行爲ノ分類トシテ獨立ノ一章ヲ設クルハ他ニ其例ナシト雖モ學理上妨

ナキ所ナリト思考ス

### 第二項 緊急状態ニ基ク行爲

二〇 緊急状態ニ基ク行爲トハ現在ノ危難ヲ避クル爲メ曰ムコトヲ得ス他人ノ法益ヲ侵害スルヲ謂フ刑法第七五條ニ抗拒ス可カラサル強制ニ遇ヒタル行爲ト云ヘル是ナリ但此ノ如キ行爲ノ性質ニ付テハ古來其意見同シカラス

二一 曰ク抗拒ス可カラサル強制ニ遇フトキハ人ハ己ヲ救フニ急ニシテ他ヲ顧ミルコト能ハス意思ノ自由……別説選擇ノ自由……ヲ喪失スルカ故ニ無責任ナリ無罪(主觀的無責任論)ナリト刑法第七五條第一項ニ其意ニ非サルノ所爲ト云ヘルハ疑モナク此學説及ヒ立法例ヲ襲用シタルモノナリ

二二 又曰ク如何ニ危急ノ場合ト雖モ必シモ人ハ意思ノ自由ヲ喪失セス但二個ノ法益兩立スル能ハサル危急ノ場合ニ而モ其何レニ於テモ不法ノ侵害アリタルニ非サル以上ハ自然ノ成行ニ放任スルノ外ナシ故ニ緊急ナル状態其モノヲ以テ直ニ無罪ノ理由ト認ム可シ(Noth hat kein Recht Nécessité n'a pas de loi)ト理論トシテハ之ヲ是認セサル可カラズ(改正草案)Tiszl, Gefahren lassen 云々



茲ニ述ヘント欲スル問題ハ刑法第七五條改正草案第四七條ニ付テ起ル所ナリ  
 本文第二二號ニ示ス如キ主觀的無責任論ハ佛蘭西法系ニ屬スル國ニ行ハ  
 レタル議論ニシテ且今日尙行ハレツ、アル議論ナリ而シテ本文二三號ニ述  
 フル如キ客觀的無責任論ハ獨逸法系ニ屬スル國ニ行ハレタル學說ニシテ古  
 來二派ノ間ニハ其見解ヲ異ニシタリ本問ノ位置ヲ明ニスルカ爲メ希臘ノ或  
 學者ノ作リタル所ニ係リ今日モ尙人ノ常ニ用フル例ヲ掲クレハ甲乙兩人海  
 上ニ於テ僅ニ一人ヲ救フニ足ル所ノ板ヲ爭ヒ其力ノ勝ヲタル甲カ乙ヲ溺死  
 セシメテ自己ヲ全フシタリト云フ例ナリ此ノ如キ場合ニ於テ何故ニ無罪ト  
 ス可キカト云フ理由ニ付テ説ク所左ノ如シ  
 第一 佛蘭西派ノ學說ノ淵源ハ羅馬法ニ起レリ羅馬ニ於テハ主人(君)若クハ  
 家長(父)ハ一定ノ制限ノ下ニ於テ臣下(臣)奴隸及家族(子)ノ生命ヲ奪フ權利ヲ  
 有セリ而シテ此等ノ者カ人ヲ殺スコトヲ命シタル場合ニ若シ拒メハ主人  
 若クハ家長ニ殺サル、ノ危險ヲ有セリ此ノ如キ位置ヲ指シテ羅馬法ニテ  
 ハ君父ノ命ニ因リテ人ヲ殺シタル臣子ハ罪ナシト認メタリ降テ十二三世

紀ノ頃伊太利ノ學者若クハ解釋家カ右ノ事實ヲ解シテ此臣子ノ位置タル  
 ヤ君父ノ命ニ應セザラント欲スルモ能ハサル位置ニ在リ到底拒ムト云フ  
 意思ノ自由ヲ有セサルモノナルカ故ニ無罪ナリト論セリ而シテ此思想カ  
 漸次進ミテ先ツ意思ノ自由ヲ失フニ基ク行爲ナレハ臣子ノ行爲ハ總テ無  
 罪ナリト云フ第一段ノ擴張ヲ爲シ更ニ進ンテ意思ノ自由ナキ者ノ行爲ハ  
 何人ノ行爲ト雖モ無罪ナリト云フ第二段ノ擴張ヲ爲シ以テ今日ニ至レリ  
 右ヲ略言スレハ羅馬ニ於テハ君父ノ命令ニ因リテ臣子カ人ヲ殺傷スルハ  
 無罪ト爲シタリ解釋家之ヲ説明シテ臣子ハ君父ノ命令ニ従ハサルハ殺サ  
 レ命令ニ従ハハ國法ニ觸ル、ヤモ知レスト云フ意思ノ自由ヲ有セサルカ  
 故ニ無罪ナリト云ヒ漸次進ンテ意思ノ自由ヲ缺クニ基ク無罪ナレハ獨リ  
 殺傷ノミニ限ル理由ナシトシテ一般ノ犯罪ニ及ホシ更ニ臣子ノミニ止マ  
 ルノ理由ナシトシテ何人ノ所爲ニモ及ホシ遂ニ意思ノ自由ヲ缺ク場合ハ  
 總テ之ヲ無罪ト爲スニ至リタルモノナリ  
 第二 獨逸人種ノ方面ニ於テハ古昔ヨリシテ危急ナル場合ニ於テ其效力