

(イ) 權利ニモ非ス又法益ニモ非サルモノノ爲メニ正當防衛ヲ爲スコトヲ得。ス萬人共有物又ハ無主物ノ如キ是ナリ。(ロ) 又法益ナルモ權利ナラサルモノノ爲メニモ正當防衛ヲ爲スコトヲ得ス。公然猥褻ノ行爲ヲ爲スカ如キ是レナリ。(ハ) 然レトモ權利ナル限リハ如何ナル權利ノ爲メニモ正當防衛ヲ爲スコトヲ得。其生命ノ爲メナルト身體ヲ爲メナルト將タ其他ノ權利ノ爲メナルトハ之ヲ問ハス。(ニ) 而カモ獨リ自己ノ權利ノ爲メノミナラス他人ノ權利ノ爲メニモ亦正當防衛ヲ爲スコトヲ得。他人ノ權利ノ爲メニスル防衛ハ之ヲ緊急幫助 (Nothilfe) ト稱シ、其防衛者ハ之ヲ緊急幫助者 (Nothilfe) ト稱ス

乙 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テタル行爲ナルコトヲ要ス。

詳言スレバ

(1) 自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メノ行爲ナルコトヲ要ス。即チ

(イ) 防衛スル爲メノ行爲ナルコトヲ要ス。

防衛トハ侵害ヲ除去シテ權利ヲ保全スル行爲ヲ云フ。故ニイ) 侵害ヲ除去スルニ非

レハ防衛ニ非ス。換言スレハ侵害ニ對シ反對侵害ヲ加ヘ以テ之ヲ排除スルニ非サレハ防衛ト云フコトヲ得ス。故ニ他人ノ權利ヲ侵害セサル程度ニ於テ防禦ヲ爲スモ未タ以テ茲ニ所謂防衛ト爲スコトヲ得ス。同一理由ニ因リ他人ノ救助ヲ求メ若シクハ逃走ヲ試ミルカ如キ行爲ハ未タ以テ防衛ヲ爲スニ足ラス。(ロ) 權利ヲ保全スルニ非レハ防衛ニ非ス。換言スレハ防衛者ハ必ス其權利ノ保全ニ努メサル可カラス。盜賊來リテ美酒ヲ盜マンコトヲ恐レ其中ニ毒藥ヲ投シ、某ノ物品ヲ強取スル者アルヲ見テ其物品ヲ破壊スルカ如キ何レモ防衛ノ行爲ト云フコトヲ得ス。法律ハ「防衛スル爲メ」ト規定スルモ防衛スル爲メナルヤ否ヤハ客觀的ニ之ヲ定ムヘク防衛者自ラ主觀的ニ防衛ヲ爲ス意思ヲ有スルコトヲ必要トセス(反對 Binding) 故ニ責任能力ノ有無ハ防衛者ノ資格ニ關係ナク權利能力ヲ有スル者ハ凡テ防衛者タルコトヲ得

(ロ) 侵害者又ハ侵害手段ニ對シ之ヲ爲シ得ルコトアリ。侵害者カ侵害手段ヲ用ユル普通ノ場合是レナリ。例ヘハ侵害者カ白刃ヲ振ヒ被害者ヲ殺害セントスル場合又ハ侵害者カ馬ニ跨リ被害者ヲ馬足ニ驅ケントスル場合ノ如シ。此ノ如キ場合



ニ於テハ侵害者ニ對シテモ防衛ヲ爲シ得可ク又侵害手段ニ對シテモ防衛ヲ爲スコトヲ得

(ハ) 侵害手段ニ對シテノミ之ヲ爲シ得ルコトアリ。侵害者カ一度用キタル侵害手段ヲ自ラ左右シ能ハサル場合はレナリ。例ヘハ侵害ノ目的ヲ以テ自ラ制御スル能ハサル猛犬ヲ被害者ニ嗾シ又ハ猛獸ノ檻ヲ開キタル場合ノ如シ。此ノ如キ場合ニ於テハ侵害手段ニ對シテノミ防衛ヲ爲スコトヲ得

以上述ヘタル如クナルヲ以テ防衛者ハ必ス侵害者ニ對シ之ヲ爲ササル可カラサルモノニハ非ス。或ハ侵害者ニ對シ之ヲ爲スコトヲ得可ク或ハ侵害手段ニ對シ之ヲ爲スコトヲ得可シ。而シテ其侵害者又ハ侵害手段カ侵害者自ラノ法益ニ屬スルト否トハ之ヲ問ハス。第三者ノ法益ト雖モ侵害者又ハ侵害手段タル限リハ凡テ之ヲ反撃スルコトヲ得(京法一卷三號五四以下六二以下)然レトモ侵害者又ハ侵害手段ニ對スルニ非サルモノハ凡テ之ヲ防衛ト爲スコトヲ得ス

(2) 已ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ナルコトヲ要ス  
已ムコトヲ得サルニ出テタルトハ必要已ムコトヲ得サルニ出テタルトノ意ナ

リ。即チ

(イ) 他ニ避クルコトノ途アルトキハ已ムコトヲ得サルニ出テタルモノト云フヲ得ス例ヘハ他人ノ救助ヲ求メ得ル場合又ハ遁逃シテ之ヲ避ケ得ル場合ノ如シ。  
(ロ) 必要ノ程度ヲ超エタルトキハ已ムコトヲ得サルニ出テタルモノト云フコトヲ得ス

必要ノ程度トハ侵害ヲ除去スルニ必要ナル範圍ヲ云フ。故ニ防衛カ必要ナルヤ否ヤハ侵害ノ如何ニ因リ決ス可キモノニシテ侵害法益ノ如何ニ因リ之ヲ決ス可キモノニ非ス。此ノ故ニ侵害者ノ加ヘントシタル損害ト防衛ノ爲メ侵害者ニ對シ加ヘタル損害トノ輕重大小ハ問フ處ニアラス。此ノ點ニ付テハ學者ノ論争ナキニ非ス

而シテ我國ニ於テモ有力ナル反對説ナキニ非ルモ我刑法ノ如ク緊急行爲ノ場合ニハ行爲ニヨリ生シタル害カ其避ケントシタル害ノ程度ヲ超エサルコトヲ要スト明言スルニ拘ハラス(三八條)正當防衛ノ場合ニハ何等云フ所ナキ立法ニ於テハ右ノ如キ反對説ハ到底之ヲ是認スルコトヲ得ス。必要ナル程度ハ主觀的ニ之ヲ



定ム可キカ將タ客觀的ニ之ヲ定ム可キカ。反對ノ學說ヲ主張スル者ナキニ非ルモ (Binding) 客觀的ニ之ヲ定ム可キモノト解スルヲ至當トス。何トナレハ他人ノ權利ヲ反撃シ得可キヤ否ヤノ限界ハ防衛者一個ノ主觀的判斷ニ一任ス可キ事項ニ非サレハナリ (Tisse) 即チ必要ナル程度トハ防衛者カ自ラ必要ナリト信シタル程度ニ非ラスシテ各場合ニ付キ客觀的ニ必要ナリト認メラル可キ程度ヲ指スモノナリ。然レトモ其必要ナル程度ノ如何カ各場合ニツキ必スシモ同一ナラサルヲ得サルハ勿論ナリ例ヘハ小兒カ強力ナル大人ヲ侵害シタル場合ニハ被害者侵害者ヲ殺傷スル必要ナル可キモ主客其地位ヲ易ヘタル場合ニハ被害者侵害者ヲ殺傷スル必要アルカ如シ

侵害ノ當時他人ノ救助ヲ求メ得ル場合又ハ遁逃スル餘地アル場合ト雖モ防衛ハ之ヲ已ムコトヲ得サルニ出テタルモノト解シ得可キカ。學者或ハ法文所謂「已ムコトヲ得サル」ヲ「他ニ避クルノ途ナシ」トノ意ナリト解シ右ノ如キ場合ニハ他ニ避クル途ノアルカ故ニ已ムコトヲ得サルニ出テタルモノト解スルコトヲ得スト主張ス。然レトモ法文所謂「已ムコトヲ得サル」ヲ斯ク狹義ニ解スルハ解釋ノ宜シキヲ

得タルモノト云フ可カラサルノミナラス若シ此ノ說ノ如クンハ被害者ハ急迫ノ侵害ニ際シ先ツ救助ヲ求メ逃走ヲ試ミサル可カラサルコトト爲リ法律ハ只ニ不正ノ侵害ヲ防衛スルコトヲ許ササルノミナラス更ニ侵害ニ加フルニ自由ノ侵害ヲ以テスルモノト云ハサル可カラス。故ニ通說ハ此ノ如キ場合ニ於テモ亦防衛ハ已ムコトヲ得サルニ出テタルモノナリト解ス(京法一卷三號五八以下)

以上述ヘタル如ク正當防衛ノ行爲ハ侵害ヲ除去シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スルニ必要ナル程度ヲ超ユ可カラサルモノナルヲ以テ一度防衛者ノ防衛行爲ニシテ其必要ノ程度ヲ超エタル場合ニハ茲ニ正當防衛アリト爲ス可カラサルニ至ル結果其行爲ハ過法ト爲リ其行爲者ハ刑法一般ノ規定ニ從ヒ罪責ヲ負擔スルコトト爲ル。然レトモ斯ノ如キハ酷ニ失スルヲ以テ法律ハ「防衛ノ程度ヲ超エタル行爲ハ情狀ニ因リテ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得」ト規定シ(三六條二項)此ノ點ニ關シ一個ノ恩惠ヲ與ヘタリ。但シ此場合ニ於テモ亦犯罪ノ成立ヲ疑フ可カラサルヲ以テ其行爲ニ對シ更ニ正當防衛ヲ爲シ得可キハ勿論ナリ。

第二 正當防衛ノ要件以上述ヘタルカ如シ。故ニ以上ノ要件ヲ具備シタル行爲



ハ凡テ正當防衛トシテ違法ヲ排除シ其行爲ニ付テハ全然犯罪ノ成立ヲ認メ能ハサルコトト爲ル玆ニ問題ト爲ルハ防衛者カ正當防衛ナリト誤信シタル場合即チ所謂擬正當防衛 (Putativwehr) ノ場合ナリ。擬正當防衛トハ錯誤ニ因リ急迫不正ノ侵害アリト信シテ防衛ヲ爲シタル場合ヲ云フ。故ニ此ノ場合ニハ客觀的ニハ一ノ正當防衛モ存在セス。果シテ然ラハ此防衛ニ因リテ爲サレタル客觀的違法ノ行爲ハ刑法之ヲ犯罪トシテ處罰セサル可カラサルカ。一部ノ反對說ナキニ非ルモ (Liszt) 急迫不正ノ侵害アリトノ錯誤ハ因テ以テ防衛者ノ故意ヲ阻却シ防衛者ニ對シテハ只タ過失ノ問題ヲ生スルニ過キサレモノト解スルヲ至當トス (京都法學會雜誌一卷三號六一頁以下、同四卷五號一四三頁以下)

(正當防衛ノ違法ヲ排除スル法文ニ付キ、Frank 191)

#### 第四項 緊急行爲

一 法律ハ規定シテ曰ハク「自己又ハ他人ノ生命、身體、自由若シ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り之ヲ罰セス」(三七條二項)是レ緊急行爲ニ關スル規定ナリ。故ニ緊急行爲 (Notstand) タルカ爲メニハ

甲 自己又ハ他人ノ生命、身體、自由若シクハ財産ニ對スル現在ノ危難ヲ避クル爲メノ行爲ナルコトヲ要ス  
即チ

(1) 危難ヲ避クル爲メノ行爲ナルコトヲ要ス

危難 (Gefahr) トハ天災其他偶然ナル事實ニ因リ實害ヲ生スル虞アル状態ヲ云フ。其物ニ因ルト人ニ因ルトハ之ヲ問ハス。不正ノ侵害モ亦危難ノ一場合ナリ。但シ危難ヲ避クル爲メノ行爲ナルヲ要スルカ故ニ避ケスシテ之ヲ防ク行爲ハ凡テ正當防衛ト爲ル。學者或ハ人ノ侵害アル場合ニハ常ニ正當防衛ニシテ危難物ヨリ生スル場合ニハ常ニ緊急行爲ナリト説ク (例之 Merkel, 牧野) (註) 然レトモ廣ク云ヘハ人ノ侵害モ亦一個ノ危難ニ外ナラス。正當防衛ナルカ將タ緊急行爲ナルカノ區別ハ不正ノ侵害アルカ將タ危難アルカノ區別ニ非ラスシテ寧ロ之ヲ防クカ將タ之ヲ避クルカノ區別ナリ。故ニ人ノ侵害殊ニ人ノ不正ノ侵害アル場合ニ於テモ其



侵害ヲ防カスシテ之ヲ避ケントスルトキハ凡テ正當防衛ニ非スシテ緊急行爲ナリト解セサル可カラス。例ヘハ人ニ斬殺セラレントシ之ヲ避ケテ他人ノ田畑ヲ害シタル場合ノ如シ(泉二氏小一〇九勝本氏六三)學者ハ通常緊急行爲ヲ以テ利益ノ衝突(Interessenkollision)ナリトシ正當防衛ニアリテハ不正ト權利ト相對立スルニ反シ緊急行爲ニアリテハ權利ト權利ト相對立スルモノナリト説ク(Liszt 148, Frank 131) 其意味スル所ハ正當防衛ハ不正ニ對シ權利ヲ防衛セントスルニアルモ緊急行爲ハ權利ヲ保護センカ爲メ他ノ權利ヲ犠牲ニスルモノト云フニアリ。之ヲ不正ノ侵害アル場合ニ就キ考フレハ不正ノ侵害ニ對抗シ之ヲ防衛セントスルモノハ正當防衛ニシテ之ニ反シ不正ノ侵害ヲ避ケ他ノ權利ヲ犠牲ニセントスルモノハ緊急行爲ナリ。法律カ正當防衛ニ寛ニシテ緊急行爲ニ嚴ナルモ亦此理由ニ基ク

「註一」 Notstandノ Veranlassungハ一般ニ或偶然ノ出來事殊ニ sog. Natur-ereignissタルヲ得可ク又人ノ行爲タルヲ得可シ(Meyer-Allfeld 101-102) 行爲カ急迫不正ノ侵害ナルトキハ侵害者自ラニ對スルトキハ Notwehrトナリ第三者ノ法益ニ關シテハ Notstandタルコトヲ得例之Aカ余ヲ侵害シ余ハBノ戸ヲ鎖シテ其住宅ニ逃入スルニヨリテ僅カニ余ノ侵害ヲ免レタルトキ(192 Ann. 18)

我國法ニテハ Notstandノ成立ニ關スル Titlerノ Verschuldenハ Notstandニ於テ爲サレタル行爲ノ性質ニ何等ノ影響ヲ及ホサス獨刑五四ハ此場合ニ於テ其行爲ハ違法ニシテ且ツ罰メ可キモノトス(Meyer-Allfeld 192) Notstandニ於テ法定ノ條件ノ下ニ爲サレタル行爲ハ違法ニアラサルカ故ニ Notstandhandlungニ對スル Teilnahmeモ亦 Strafbare Handlungニアラズ(Allfeld 194) Ebenso v. Liszt § 34 I, 刑法ニモハ Notstandニ付キ A.M. Oshausen N. 14. zu § 52, N.3 zu § 54, Binding, I, 766784, ff; Finger I, 421, 425, Birkmeyer Teilnahme S. 157, v. Bar Gen. u. Sch. 2696 但ハ Physische Beihilfeニ關スル(Physische Beihilfe及 Anstiftungニ付テハ異ス)(Meyer-Allfeld 194 Ann. 31) 右同一ノ理由ニヨリ eine zulässige Notstandshandlungニ對シテハ Notwehrヲ爲スコトヲ得ス(a) 然レトキ Notstandshandlungハ他ノ側ニ於テ再ヒ § 54. ニヨリ無罪ノ Notstandヲ創定メ可シ(b) Meyer-Allfeld 194)

(a) ebenso v. Liszt § 341 : Stammler..., Goeb..., R. G. 116, 刑法ニヨル Notstandカ問題ト爲ス限リニ於テ A.M. Oshausen N. 5 zu § 54, Meyer 5, Anl. S. 289 f, Finger I, 421 N. 548, 426, Hilschner I, 492, Frank III Zu § 54 - 若シ Notstandニ對シテモ Notwehrヲ爲シ得トセハ H. G. B § 53 ニヨリ凡テノ第三者ハ Notstands-handlungニ對シ侵害人ヲ防衛シ得ルコトトナル即チ例ハAカ自己ヲ救ハンカ爲メ Bニ卷キツキテ之ヲ危険ナラシムル場合ニハAヲ殺スコトヲ得(BカAヲ殺セントスル場合)此忍フ可カラサル結果ハ以テ Notstandニ存スル者ニ對スル Notwehrヲ否定スルニ十分ナリ(194, Ann. 32)

(b) 故ニ例ハハ水ニ溺ルル者ハ他ノ溺ルル者カ自己ニ卷キツキ自己ヲ危険ナラレ



ムルトキハ之ヲ無害ニ爲スコトヲ得可シ(突放ス等ノコト?) (194 Ann. 33)  
特別ナル關係ニ付テハ Notstand 及 notstandshähnliche Fälleニ付キ特別ノ規定アリ... (Meyer-Alfeld 195)

法律ハ「危難ヲ避クル爲メ」ト規定ス。而シテ其危難ヲ避クル爲メナルカ否ヤハ正當防衛ニ就キ逃ヘタル如ク常ニ之ヲ客觀的ニ定メサル可カラス故ニ緊急行爲ヲ爲ス者モ亦行爲者自ラ其行爲ヲ爲ス意思ヲ有スルコトヲ必要トセス

(1) 現在ノ危難ヲ避クル爲メノ行爲ナルコトヲ要ス

現在ノ意義如何ハ前ニ急迫ナル語ニツキ説明シタルト同一ナリ。只一ハ侵害ナルカ故ニ急迫ト規定シ他ハ危難ナルカ故ニ現在ト規定シタルノミ。故ニ既往又ハ將來ノ危難ヲ避クル爲メニハ緊急行爲ヲ爲スコトヲ得ス

(3) 生命、身體、自由若シクハ財産ニ對スル現在ノ危難ヲ避クル爲メノ行爲ナルヲ要ス

換言スレハ緊急行爲ニ因リテ保護セラルル權利ハ生命身體自由及財産ノ四種ニ限ラレ正當防衛ニ於ケルカ如ク權利ノ凡テカ緊急行爲ニ因リ保護セラルルモノニハ非ス。故ニ例ヘハ名譽、信教ノ自由等ノ如キハ緊急行爲ニ因リ之ヲ保護スルコトヲ得

トヲ得ス〔註一〕

(4) 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ノ行爲ナルヲ要ス

自己又ハ他人ノ「トアルカ故ニ自己ノ權利ヲ保護スル爲メ」ノミナラス他人ノ權利ヲ保護スルカ爲メニモ緊急行爲ヲ爲スコトヲ得。而シテ其他人カ自己ノ親屬ナルト否トモ之ヲ問ハス〔註二〕即チ緊急行爲ニ付テモ亦一般緊急幫助ノ成立ヲ認ムルコトヲ得

〔註一〕 勝本博士六四、ハ之ヲ限局センカ爲メニ非スシテ事實存在セサルカ爲メナラント説ク。(此點ニ關スル批評(大)一一以下)

〔註二〕 刑法上ノ Notstand ナ親屬以外ノ人ニ擴張ス可シトノ論ハ己ニ古ニ普通法學及近世學者殊ニ Berner 及ヒ Hilschner ニヨリテ主張セラレタル所ニシテ Holland 1881, Italien 188 VE. (§ 67) G.E. (2 26), v. VE. (§ 11) 及 Schn. VE. (§ 27) ハ己ニ之ヲ採用ス (Meyer-Alf. 191, Ann. 17) 獨乙 現行法ハ尙又自己又ハ其親屬ニ限ル

乙 己ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ナルヲ要ス〔註三〕

己ムコトヲ得サルニ出テタル「ノ意義如何ハ前ニ正當防衛ニ付キ述ヘタルト同一



ナリ。故ニ他ニ避クルノ途アル場合ニハ緊急行爲ヲ爲スコトヲ得ス。又必要ナル程度ヲ超エテモ緊急行爲ヲ爲スコトヲ得ス。而シテ其必要ナル程度ヲ超エサルヤハ常ニ之ヲ客觀的ニ定ム可キモノトス

「註三」已ムコトヲ得サルトハ他ニ避クルノ途ナクトノ意ナリ他ニ避クルノ途ナシトハ行爲者自ラニ何等ノ害ナクシテ避ケ得ル途例之危険ナク逃走スル途(a)ナキノミナラス行爲者カ自己ノ生命身體自由財産以外ノ法益ヲ害シテモ避クルノ途ナキコトヲ要ス同様ニ他人ノ法益ヲ害ス可ク強制サレタル行爲者ハ少キ價值ノ法益(例之他人ノ財産)ヲ害スルニヨリ Notstand ナ排除スルニ十分ナラサル場合ニ於テノミ價值多キ法益(例之他人ノ生命)ヲ害スルコトヲ得(d) (Meyer-Alfeld 193)

(e) vgl. Binding I, 776, Oshavsen N. 11 Zu § 52, Finger § 417. 急迫不正ノ侵害ニヨリ Notstand ナ生シタル場合ニハ侵害者ニ對シ Notwehr ナ爲スコトモ亦第三者ノ法益ヲ害スル前塵用セラル可キ手段ナリ (193, Anm. 25)

(b) Ähnlich Oshavsen N. 11 Zu § 52 (193 Anm. 29) 行爲者ニシテ他ニ避クルノ途アルコトヲ知ラザリシトキハ其不知カ verschuldet ニシテ且ツ過失ヲ以テ處罰ニ十分ナリトスルトキニ限り過失ノ見地ニヨリ罰セラル然レトモ決シテ故意ノ爲メニ罰セラルルコトナシ (Meyer-Alfeld 193) sog. Putativnotstand ニシテ Frank I, 20 Zu § 54 へ同説 vgl. R. G. 96, 334, (193 Anm. 28)

丙 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コトヲ要ス。已ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ノ凡テカ緊急行爲ト爲ルニハ非ス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タルトキト雖モ其避ケントシタル害カ避ク可カラサルモノニシテ其行爲ヨリ生シタル害カ必要ノ程度ヲ超エサルトキハ其行爲ハ尙已ムコトヲ得サルニ出テタルモノト云ハサル可カラス。例ハハ狂犬走り來リ己ヲ噬マントスルニ際シ路ニ當レル他人ヲ推倒シ之ヲ殺シテ遁レタル場合ノ如シ。然レトモ法律ハ此點ニ付キ一個ノ制限ヲ設ケ必要已ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ト雖モ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り之ヲ罰セスト規定ス。故ニ緊急行爲ノ場合ニハ常ニ其行爲ヨリ生シタル害ト其避ケントシタル害トヲ比較シ前ノ害後ノ害ノ程度ヲ超エサルトキハ緊急行爲トナレトモ之ニ反スルトキハ緊急行爲ナラサルコトト爲ル。果シテ然ラハ其行爲ヨリ生シタル害ト其避ケントシタル害トノ大小輕重ヲ比較スル標準如何。此點ニ關シテハ種々ノ學說アリ

1 或ハ曰ハク「損害ノ輕重ハ法益ノ大小ニ從フ法益ノ大小ハ之ヲ侵害シタル



場合ニ於テ成立ス可キ犯罪ノ輕重ニ依テ論スルコトヲ得可シ而シテ犯罪ノ輕重ハ科刑ノ輕重ニ從テ定ム可ク科刑ノ輕重ハ第十條ニ依リテ定ム可シ而シテ之ヲ各本條ニ照スニ殺人ノ刑ハ死刑ニ該リ(一一九條)傷害ノ刑ハ懲役十年(二〇四條)逮捕監禁ハ懲役五年(二一〇條)竊盜詐欺ハ懲役十年(二三五條)二四六條ヲ限度トス故ニ自由最モ輕ク財産身體之ニ次キ生命ヲ以テ最モ重シトス但シ同シク生命タル以上ハ其大臣タルト平民タルトニ依リテ差異ナカル可ク同シク財産タル以上ハ其價格ノ多少ニ依リテ異ナル所ナカル可シト(牧野二〇六)然レトモ法益ノ大小ハ必スシモ之ヲ侵害シタル場合ニ於テ成立ス可キ犯罪ノ輕重ニ依テ定マルモノニ非ス。何トナレハ法益小ナルモ之ヲ侵害スル行爲カ重大ナル犯罪ハ重カル可ケレハナリ。又犯罪ノ輕重ハ必スシモ科刑ノ輕重ニ從ヒ定マル可キモノニ非ラス。何トナレハ犯罪重カラサルモ防衛ノ必要ナルトキニ限り重キ刑ヲ科スルコトアル可ケレハナリ。加之此說ノ如クンハ財産ト自由トノ間ニハ輕重ナキコトト爲リ同種ノ法益ヲ害スル場合ニ於テハ其數ニ多少アルトキト雖モ尙之ヲ輕重ナシト爲ササル可カラサル惡結果ヲ生ス

(2) 或ハ曰ハク大體ノ標準ハ二個ノ方面ニ求ムルコトヲ得可シ曰ハク刑ノ輕重ノ順序曰ハク各種ノ法益ニ對スル刑罰保護ノ厚薄是レナリト蓋シ此說ハ刑罰ノ實質ハ法益剝奪ナルカ故ニ刑罰ノ輕重ハ法益ニ對スル害ノ輕重ヲ定ムル一材料タル可シト爲シ又刑罰保護ハ重キ法益ニ厚ク輕キ法益ニ薄キノ理ナルカ故ニ其厚薄以テ法益ニ對スル害ノ輕重ヲ定ムル一材料タル可シト爲スナリ而シテ此說ハ右ノ前提ニ於テ論シテ曰ハク此趣意ニ依リ法典第九條ニ於ケル刑ノ順序及身體自由財産ニ對スル犯罪ノ刑ノ輕重(即チ身體自由財産ニ對スル刑罰保護ノ厚薄)ヲ比照綜合スルトキハ害ノ輕重ハ原則トシテ生命ニ對スル害身體ニ對スル害自由ニ對スル害財産ニ對スル害ト云フ順序ニ依リテ定マリ例外トシテ財産ニ對スル重大ナル害ハ身體又ハ自由ニ對スル些細ノ害ヨリモ重シト認ムルヲ得可ク又分量上大小ノ差異アル同種ノ害ニ付テハ其分量ノ如何ニ依リ輕重ヲ決スルヲ得可シト(泉二、大一九五、以下)此說ハ財産ト自由トノ間ニモ輕重アリトナシ又タ同種ノ法益ヲ害スル場合ニ於テモ其分量ノ如何ニ依リ輕重ヲ定メ得可シト爲ス點ニ於テ前說ニ優リタリト雖モ此說カ各種ノ法益ニ對スル刑罰保護ノ厚薄ニ依



リ其法益ニ對スル害ノ輕重ヲ定ム可シト爲シタル點ハ前說ト同一ノ誤謬ニ陷レ  
ルモノト云フ可ク又此說カ刑ノ輕重ノ順序ニ因リ法益ニ對スル害ノ輕重ヲ定ム  
可シト爲シタル點ニ對シテハ刑ニ因リ剝奪セラレサル法益(例之肉體、貞操)ニ對ス  
ル害ノ輕重ハ如何ニ之ヲ定ム可キカトノ非難ヲ生ス(勝本博士大一一二以下同京  
都法學會雜誌三卷七號二六頁以下)

(3) 或ハ「法益ノ大小輕重ハ一般ノ常識ニ訴へ普通取引觀念ニ從ヒ之ヲ決スル  
外ナシ」ト論ス(勝本博士刑法要論六五頁同大一一六以下)此說ハ前二說ニ於ケルカ  
如キ明白ナル標準ヲ示サスト雖モ理論上ノ誤謬ナキ點ニ於テ先ツ此說ヲ可トス  
ル外ナシ。而シテ此見地ニ於テ云ヘハ

(イ) 同種ノ法益ニ付テハ分量ノ大小ニ因リ害ノ輕重ヲ定ムルヲ原則トス。例ヘ  
ハ身體ニ付テ云ヘハ生命ハ肉體ヨリモ重ク、生命ニ就テ云ヘハ數人ノ生命ハ一人  
ノ生命ヨリモ重ク、肉體ニ就テ云ヘハ腕一本ハ指一本ヨリモ重ク、財産ニ就テ云ヘ  
ハ萬金ハ千金ヨリモ重シト爲ス可キカ如シ。

(ロ) 異種ノ法益ニ就テハ各場合ニ就キ社會的及個人的事情ヲ斟酌シ以テ其害

ノ輕重ヲ定メサル可カラス。身體ト財産トヲ比較ス可キ場合ノ如キ是レナリ。身體  
ハ常ニ財産ヨリモ重シト爲ス可カラス。巨額ノ財産ハ時ニ指一本又ハ一日ノ自由  
ヨリモ重キコトアル可キナリ。

(ハ) 加之同種ノ法益ニ付テモ場合ニ依リ社會的及個人的事情ヲ斟酌セサル可  
カラサルコトアリ生命ト貞操トヲ比較シ又身體自由ト貞操トヲ比較スルトキノ  
如キ是レナリ。貞操ノ如キ社會普通ノ習慣ニ從ヒ又個人其人ノ位置ヨリ考フレハ  
時ニ生命ヨリモ重ク又固ヨリ身體自由ニ優ルコトアル可キナリ。

何レノ說ニ依ルモ害ノ輕重大小ハ常ニ客觀的ニ之ヲ定ム可ク行爲者ノ主觀的  
意見ニ因リ之ヲ定ム可キモノニ非ルハ勿論ナリ。故ニ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タルヤ否ヤハ常ニ裁判官ニ於テ右ノ標準ニ從ヒ之  
ヲ定ム可ク此點ニ付キ行爲者カ如何ニ判斷シタルカノ問題ハ何等ノ關係ヲ有セ  
サルモノナリ

以上述ヘタル如クナルヲ以テ緊急行爲ハ只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り存在スルモノニシテ其行爲ニシテ一度右



ノ程度ヲ超エタルトキハ其行爲ハ茲ニ違法ト爲リ行爲者ハ茲ニ刑法一般ノ規定ニ從ヒ犯罪ノ責任ヲ負擔セサル可カラサルニ至ル。然レトモ法律ハ此點ニ付キ一  
個ノ恩惠ヲ與ヘ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  
トヲ得ト規定シタリ(三七條一項但書)即チ其行爲ハ犯罪ナルモ情狀ニ因リ其刑  
ヲ減免シ得ルコトト爲シタルナリ

第二 以上述ヘ來リタル條件ヲ具備スル場合ニハ緊急行爲トシテ無罪ト爲リ  
又其程度ヲ超エタル場合ト雖モ情狀ニ因リ其刑ヲ減免スルコトヲ得ルモノナリ  
ト雖モ法律ハ此點ニ付キ一個ノ制限ヲ設ケテ曰ハク「前項ノ規定ハ業務上特別ニ  
義務アル者ニハ之ヲ適用セス」(三七條二項「註」)。業務上特別ノ義務アル者トハ其  
業務上現在ノ危難ニ際シテモ尙一定ノ行爲ヲ爲ス可キ特別ノ義務ヲ負擔スル者  
ヲ云フ。例ヘハ船長ハ船舶ニ危険アルトキト雖モ人命、船舶及積荷ノ保護ニ必要ナ  
ル手段ヲ盡シ且ツ旅客海員其他船中ニ在ル者ヲ去ラシメタル後ニ非サレハ其指  
揮スル船舶ヲ去ルコト能ハサル義務ヲ負擔シ(船員法五二條)軍人ハ戰場ニ於テ生  
命ニ危険アル場合ト雖モ上官ノ命令ナキ限リ一步モ退ク可カラサル義務ヲ負擔

シ、醫師看護婦等ハ傳染ノ虞アル場合ト雖モ其患者ヲ遺棄ス可カラサル義務ヲ負  
擔シ其他警察官消防夫等カ一定ノ危難ヲ冒ササル可カラサル義務ヲ負擔スルカ  
如キ凡テ其例ナリ

〔註〕法律上危険ニ耐ユ可キ義務ヲ負フハ Notstand ニヨリ罪ヲ免ルルコトヲ得ス (a)  
其義務カ法律ノ規定ニヨルト契約ニヨルトハ之ヲ問ハス然レトモニツノ場合共ニ  
明示シタル若シクハ該當關係ノ性質ニヨリ生スル限界ノ範圍ナラサル可カラス (b)  
而シテ行爲者ハ自己ノ危険ヲ耐フ可キ義務ヲ負フト同シク第三者チシテ此危險チ  
擲抛セシム可キ義務モ亦之ヲ負フ又自己ニ切迫シタル危險カ當然耐ヘサル可カラ  
サルモノナルトキ例之處刑ノ判決ヲ受ケタルトキノ如キ Notstand チ利用シ能ハサル  
ハ勿論ナリ (Meyer-Alfeld 194-195)

(a) ローマ法ニ於テ己ニ是レアリ(……)更ニ Baden 184 及 Sachsen 1855, 1868, 及 現行 Mart.  
G. B. § 49 Abs. 1. …… (194 Ann 34)

(b) 官ノ命令ニヨル關係ニ對シテハ Notstand チ排除ストノ說ハ正シカラス R. G. 41.  
214. (194 Ann 35)

法律ハ此ノ如キ義務ヲ負擔スル者カ現在ノ危難ニ遭遇ス可キハ當然ノコトナ  
ルヲ以テ此等ノ者ニシテ現在ノ危難ニ遭遇スルコトアリトスルモ右ニ述ヘタル  
法條ノ適用ナシト爲スナリ。然レトモ法律ハ業務上特別ナル義務ノ範圍内ニ於テ



ノミ右法條ノ適用ナシト爲スモノナルカ故ニ業務上特別ノ義務ヲ負擔スルモノト雖モ其義務ノ範圍ヲ超越シタル場合ニハ右法條ノ適用ヲ受ク可キモノナルコト勿論ナリ。例ヘハ船長カ人命船舶及積荷ノ保護ニ必要ナル手段ヲ盡シ且ツ旅客海員其他船中ニ在ル者ヲ去ラシメタル後自己ノ死ヲ免ルルカ爲メ他人ノ物品ヲ放棄スルカ如キ、巡查消防夫等カ火災ノ場合ニ於テ消防ニ十分ナル力ヲ盡シタル後自己ノ生命ヲ保ツカ爲メ他人ノ建造物ヲ損壞スルカ如キ是レナリ(牧野博士一〇八)

### 第五項 被害者ノ同意

被害者ノ同意 (Einwilligung des Verletzten) カ違法ヲ排除スルヤ否ヤニ付テハ從來一般ニ之ヲ是認スル學說ト然ラサル學說トアリタリシカ(牧野案八〇)今日ニ於テハ一般ニ之ヲ積極ニ決ス可キコトニ付テハ學者間ニ爭ナキ所ナリ、蓋シ法律ハ或罪ニ就キ被害者ノ同意アルモ尙之ヲ處罰ス可キ旨ヲ規定スルモ(例之二〇二條)此規定アルヲ理由トシテ被害者ノ同意ハ違法ヲ排除スルコトナシトノ一般原則ヲ

論結シ能ハサルハ勿論ニシテ法律カ右ノ場合ニ就キ特別ノ規定ヲ設ケタルニ依レハ寧ロ被害者ノ同意ハ特別ノ明文ナク又特別ノ理由ナキ限りハ一般ニ違法ヲ排除スルモノト解スルハ當然ナリ (Frank 104) (volenti non fit injuria) 然レトモ今日ト雖モ被害者ノ同意ハ特別ノ明文アル場合ヲ除キ凡テノ場合ニ就キ違法ヲ排除スルモノト論結シ能ハサルハ勿論ニシテ右ノ原則及之カ例外ノ範圍ヲ如何ニ定ム可キカノ問題ニ付テハ學者間少ナカラサル爭アリ而シテ通説ハ惟フニ

第一 一私人又ハ一私人ノ法益ヲ侵害スルコトヲ以テ構成要件ト爲ササル罪此ノ如キ罪ニ付テハ被害者ノ同意ノ問題ヲ生セス。何トナレハ此ノ如キ罪ニ於テハ被害者ヲ有セサルコト多ク又之ヲ有ストスルモ被害者ノ同意ハ何等ノ價值ヲ有シ得可キモノニ非サレハナリ。國事ニ關スル罪、通貨偽造ノ罪及ヒ偽證罪、誣告罪ノ如キハ其最モ著シキ例ナリ。其他國家又ハ社會ニ對スル罪ノ多クハ此ノ部類ニ屬スルモノト解ス可シ (Frank 104) (國事犯、通貨偽造、偽證ノ三ヲ掲ク)

然レトモ此等ノ罪ニ付テモ權限アル機關カ其權限内ニ於テ與ヘタル同意ハ違法ヲ排除スルコトアル可シ例ヘハ公務員ノ承諾ヲ得テ其施シタル封印又ハ差押



ノ標示ヲ損壞シ(九六條)當該官廳ノ命令ニヨリ陸路水路又ハ橋梁ヲ損壞又ハ壅塞スルカ如キ(二五六條)公務所ノ承諾ヲ得テ其用ニ供スル文書ヲ毀棄スルカ如キ(二五八條)凡テ其例ナリ(泉二博士附二一七)

〔註〕ローマ法ニ於テハ承諾シタル者ニ對シテハ犯罪ナシ (Volenti non fit injuria) トノ原則ヲ取レトモ近世ノ立法例ニハ之ト反對ノ原則ニ立テルモノアリ(例之英國刑法四)又承諾ノ效果ナリ——私書ノ規定セルモノアリ(例之印度刑法八七九〇)或ハ何等ノ原則ヲ示スコトナク一定ノ場合ニ於テ或被害者ノ承諾ナキコトヲ以テ犯罪ノ成立條件トシ或ハ被害者ノ承諾アルトキハ其處分ヲ異ニセシムルモノアリ(我刑法ハ最後ノ立法ニ入ル可キモノナリ(泉二博士附二〇九))

被害者ノ同意即チ被害法益ノ主體タル人ノ意思ヲ以テ害カ加ヘラレルタルトキハ (Meyer-Alfeld, 198-199) 被害者ノ意思ト行爲者ノ意思トハ一致スルヲ要スト爲ス (So Kessler...; Breithaupt...) ハ正シカラス何トナレハ過失犯ニ於テモ亦被害者ノ同意ニヨリ違法排除ヲ認メ得ケレハナリ (199, Anm. 20)

同意ハ故意行爲ノ場合ノミナラス過失行爲ノ場合ニモ意義ヲ有ス (Meyer-Alf. 9) A. M. Schaffer...; Breithaupt...; Gerland...; Richter Kessler...; Toski...; Klee...; (Gerland) 同意ハ結果ニ關セサル可カラス然レトモ過失行爲ノ場合ニハ只行爲ノ上ニ及ホシ得ルノミト立法ス此主張ノ前段ハ當レルモ後段ハ當ラス何トナレハBカAカ過テ惹起レタ

ル結果ナラ少クモ可能ナルモノトシテ一豫見シ此上ニ同意ヲ表シ得レハナリヨリ N. 25 〃 説明セラレタル例ヲ Vgl) (199, Anm. 35) Meyer-Alfeld 199, 〃 説

此點ニ關シテハ Rechtsordnung, 〃 Gut ナ保護スル所以カ専ラ個人ノ Interesse ヲ保護スルニアルカ將タ Allgemeinheit ノ Interesse, ナ保護スルニアルカヲ標準ト爲ササル可カラズ (a) 從テ問題ハ該當罪種ノ性質ニ從ヒ解答ヲ異ニシ被害者ノ同意ハ或場合ニハ何等ノ影響ナク (c) 或場合ニハ刑罰ノ Milderung ヲ生シ (d) 或場合ニハ違法從テ又處罰ヲ排除ス (e)

(a) 左ノ如キ説ハ凡テ正シカラス (199 Anm. 35) イ 同意ノ違法ヲ排除スルコトヲ以テ Regelトナスモノ (so Feuerbach, Wächter, Sager, Ortman, Kölenbeck, Kessler) 此派ノ學者ハ多ク Volenti non fit injuria, nulla injuria est. quae in volentem fit. ナル Formel ナ用ユ (ロー法ニ於テモ亦一般ニハ當ラズ Vgl. Pernice 2, 82) ロ 前ト反對ナルコトヲ Regelト爲スモノ (so Farkke, Marezoll, Geib. 及 Österreich 1852) ハ Verhinderliche Rechte ニ對スル罪ト Unverhinderliche Rechte ニ對スル罪トニヨリ區別セムノスルモノ

ニ 個人ニ對スル罪ト 國家及公益ニ對スル罪トニヨリ區別セントスルモノ  
ホ 親告罪ト 非親告罪トニヨリ區別セントスルモノ  
後ノ三説ノ Inferitur 〃 Gerland 〃 掲ク  
(b) Vgl. Kessler...; Jähnlich v. Liszt § 35 IV; Strass...; Gerland... (199 Anm. 31)



(c) 左ノ如キ場合之ニ屬ス (169 Amn. 37)

イ 被害法益カ一般ニ個人ニ屬セスシテ團體ニ屬スルトキ(例之姦淫、媒介、偽證等)  
ロ 個人カ害ヲ受クルモ個人ノ利益ノ外團體ノ利益モ害セラルトキ例之如304日  
一八八即チ禮拜所ニ關スル罪之ニ該ル?

ハ 犯罪ノ *Tatbestand* ニ於テ明示又ハ默示ニ被害者ノ同意ヲ以テ犯スコトヲ豫期シ  
之ヲ全ク通常ノ場合ト前提スルトキ例之一七六後一七七後、一八二條(日)

(a) 日二〇二條

(e) 觀念上同意ナキコトヲ前提トセル場合ハ主トシテ茲ニ屬ス強姦、窃盜、横領、強  
盜不法監禁等更ニ侮辱竝ニ傷害 (189 Amn. 34)

凡テ法律ハ自己ニ對スル侵害ヲ禁止セサルヲ以テ法益ノ主體自ラ自己ノ法益  
ヲ侵害スルモ何等ノ犯罪ヲ構成スルコトナキヲ原則トス。自己ノ所有物ヲ毀棄シ  
自己ノ身體ヲ傷ケ、自己ノ生命ヲ絶ツカ如キ其例ナリ。昔時ノ立法ニ於テハ自殺又  
ハ自殺未遂ヲ罰シタル例アリテ今日モ尙自殺未遂ヲ罰スル立法例ナキニ非ルモ  
(例之英米是レ我刑法ノ則ラサル所ナリ (V. Liszt 155 Amn 7. ハ其立法例ヲ詳述ス)然  
レトモ法律ハ時ニ法益主體自ラノ侵害モ亦公ノ秩序ヲ害スルニ因リ特ニ之ヲ罰  
スルコトナキニ非ス、自己ノ所有ニ係ルモノノ放火、失火ヲ罰シ (109. II, 101. II, 116.

二) 自己ノ所有ニ係ル物ノ侵害ヲ處罰シ (120. II) 自己ノ身體ヲ毀傷スル徵兵適齡  
者ヲ罰シ(徵兵令三一條)其他淫賣ヲ禁止シ、賭ヲ禁止スルカ如キ凡テ其例ナリ。此ノ  
如ク自害モ亦犯罪ヲ構成スル場合ニ付テハ被害者ノ同意モ亦絕對ニ禁セラレタ  
ルモノト云ハサル可カラス

被害者自ラ處分シ得可キ法益ト然ラサル法益トヲ區別シ前ノ法益ニ對スル被  
害者ノ同意ハ違法ヲ排除シ後ノ法益ニ對スル被害者ノ同意ハ違法ヲ排除セサル  
モノト解シ此見地ニ於テ貞操、自由、財産其他ノ法益ニ付テハ被害者ノ同意ハ違法  
ヲ排除スルモノトシ生命、身體ト云フカ如キ法益ニ付テハ然ラサルモノト結論ス  
ルモ此說ニ對シテハ何ヲ標準トシテ被害者自ラ處分シ得可キ法益ト然ラサル法  
益トヲ區別ス可キヤノ疑問ヲ生シ通說ハ之ニ對シ其區別ハ法律ノ一般原則ニ照  
シ之ヲ決セサル可カラサルモ要スルニ主體以上ノ意味ヲ與ヘタル法益ハ凡テ主  
體ノ處分ヲ許ササルモノト解セサル可カラスト説明スルモ法律ノ一般原則ナル  
語カ已ニ不明ナルノミナラス其説明ニ對シテモ亦更ニ主體以上ノ意味ヲ與ヘタ  
ル法益ト然ラサル法益トハ何ヲ標準トシテ之ヲ區別ス可キカノ問題ヲ生ス惟フ



ニ被害者ノ同意カ如何ナル範圍ニ於テ違法ヲ排除スルヤノ問題ハ略左ノ標準ニ從ヒ之ヲ解決シ得可シト信ス

第二 被害者ノ同意アルコトヲ豫想シタル罪ニ付テモ被害者同意ノ問題ヲ生セス(此ノ如キ場合ニハ被害者ノ同意アルモ尙之ヲ罰ス可キコト明カナリ)

第三 被害者ノ意見ニ反スルコトヲ構成要件トシタル罪ニ付テモ亦被害者同意ノ問題ヲ生セス暴行猥褻罪(一七六條)強姦罪(一七七條)強盜竊盜罪(二三六條)脅迫ノ罪(二二二條)任居侵入罪(一三〇條)秘密ヲ侵ス罪(一三三條)詐欺恐喝ノ罪(二四六條)ノ如キ其例ナリ(勝本博士大一一〇モ然ラン)

〔註〕此ノ如キ場合ニ被害者ノ同意アルトキハ凡テ犯罪ヲ構成シ能ハサレハナリ(同意アルカ爲メニ違法ヲ阻却スルニハアラス)第一三一條モ當該官廳ノ承諾ヲ得テトノ意ナラン

泉二學士大一一三カ被害者ノ意見ニ反スルニ因リ違法ト爲ル可キ場合ニ限リテ違法阻却ノ原因タルコトヲ得ト説クモノアルカ如ク説明シタルハ本文ノ點ヲ誤解シタルニ非サルカ余輩ハ決シテ本文ノ場合ノミ違法ヲ阻却スト云フニ非ラス

第四 其他ノ罪ニ付テハ同意ノ法律的性質ニ依リ其違法ヲ排除スル力アルカ

否ヤヲ決セサル可カラス〔註〕同意ハ行爲者ニ一定ノ行爲ヲ爲ス可キ權利ヲ與フル行爲即チ法律行爲ニ外ナラス。故ニ此點ヨリ觀察シ其法律行爲カ有效ナルトキハ同意ハ違法ヲ排除スルモノトシ其法律行爲カ無効ナルトキハ同意ハ違法ヲ排除セサルモノト解セサル可カラス而シテ其法律行爲ノ有效無効ハ私法ノ一般原則ニ從ヒ之ヲ決ス可ク行爲能力ヲ缺キ意思又ハ之ニ一致スル表示ヲ缺キ又ハ意思表示ノ眞面目ヲ缺ク等ノ場合ニ於テ凡テ同意ヲ無効ト爲ス可キコト勿論ニシテ之ト同一理由ニ因リ左ノ場合ニ於テモ亦當然其同意ヲ無効ト爲ササル可カラス

(1) 公ノ秩序ニ違反スルトキ

被害者ノ同意ハ左ノ場合ニ於テ常ニ公ノ秩序ニ違反スルコトト爲ル可シ

(イ) 法律カ其行爲自體ヲ禁止スルトキ換言スレハ被害者ノ法益ヲ侵害スルカ爲メニアラスシカモ其行爲自體(auts originarem)カ公ノ秩序ニ違反スルタメ不法ト爲サレタル場合ナリ十三歳ニ滿タサル男女ニ對スル猥褻姦淫ノ罪(一七六條後)一七七條後自己ノ所有物ナルト否トヲ問ハサル放火失火ノ罪(一〇八條以下)ノ如キ其例ナリ此ノ如キ罪ニアリテハ法律ハ被害者ノ如何ヲ問ハス其行爲自體ヲ不法



トスルモノナルヲ以テ此ノ如キ罪ニ對スル同意ハ絶對ニ無効ト爲サレタルモノト云ハサル可カラス

(ロ) 法律カ被害者自ラノ行爲ヲ禁止シタルトキ換言スレハ被害者ノ自害ヲ禁止シタル場合はレナリ被害者自ラノ侵害ヲ構成要件トスル罪ニ付テモ被害者ノ同意ハ問題ヲ生セス所謂自害(Selbstverletzung)ヲ許ササル場合はレナリ然レトモ此場合ハ多ク其行爲自體カ不法ナル場合ト相一致ス可キナリ

〔註〕 v. Liszt 155. ハ私法的見地ニ依ラントスルハ誤ナリト説クモ其如何ナル理由ナルヤチ説カハ刑法カ被害者ノ同意ニ付キ特別ノ明文ヲ設ケサル限りハ其同意ノ性質及效力ハ私法的見地ニ依ルコトナカル可シ。

Meyer-Alfeld, ノ説

同意カ有效ナルカ爲メニハ ernstlich ニシテ且ツ freiwillig ナラサル可カラス(a)而シテ處分能力アル人ヨリ出テサル可カラス(b)又行爲前若シクハ行爲中ニ與ヘラレサル可カラス(c)又行爲カ實行セラルル間繼續セサル可カラス。然レトモ此事カ行爲者ニ認識ニ達スルコトカ必要ニアラス  
同意ト單純ナル放任(Geschehnissen der Tat)例々 Überführung ノ爲メニ放任スルコトハ之ヲ區別スヘシ

(a) 反之明示ナルコトハ之ヲ必要トセス但シ獨ノ H. G. B. § 216 (aom. 36)

(b) 限界ハ各場合ニ於テ裁判官ノ Ermessen ニヨリ之ヲ定メサル可カラス(ebenso R. G. 41 392) Volljährigkeit ハ之ヲ望ム可カラス此場合ニ必要ナル行爲能力ニ付キ一般ニ民法ノ原則ヲ持來ル可カラス(R. G. a. n. O) 故ニ Ziermann, Rechtsgeschäftstheorie 刑罰ニ於テ凡テノ場合ニ無制限ニ輸入シ得可キニアラス vgl. v. Liszt, v. Liszt, Gerland, 此人ハ十八歳ニシテ已ニ申告權アルコトニヨリ立論ス Fischer, 此人ハ十八歳ニシテ v. Liszt 155. Ernstlich ノ之ヲ認ム牧野案八〇モ暇統ナクシテト説ク泉二大二一四モ同一牧野案八〇ハ承諾カ公序良俗ニ反セサルコトヲ要ストノ説アリ予輩ハ採ラスト説クモ其理由ヲ示サス

(2) 善良ノ風俗ニ反スルトキ

此ノ如キハ狹義ノ權利(ein subjektives Recht im eigentlichen Sinne)ヲ侵害スル場合ニアラスシテ一個ノ法益(ein Rechtsgut)ヲ侵害スル場合ニ多ク見ル所ナリ同意ニ因ル殺人ヲ罰スルハ此理由ニ因ルモノニシテ(二〇二)其他身體傷害ノ如キモ亦此場合ニ屬ス可シ傷害ニ付テハ學者間ノ争アリ或ハ此罪ニ付テモ亦被害者ノ同意ヲ有效トシ(牧野案八〇 Rirkmeyer S. 1166. Binding Lehrb. 15 45 Finger 13. 416)或ハ被害者ノ申告ヲ要スル輕微ナル傷害罪ニ付テノミ被害者ノ同意ヲ有效トシ(Olshausen,



Zweig, Frank 17. abs. 11. 2. v. Bar, Oppenheim, Löffler, (v. Liszt 313 Anm. 4 依之) Merkel 170, Meyer 472.) 或ハ此罪ニ付キ全然被害者ノ同意ヲ無効トス (v. Liszt, Hälschner 15. 471, 116, 90 f., R. G. 65. 61, Thomsen 38) 然レトモ自己ノ身體ヲ傷害セシムト云フカ如キハ善良ノ風俗ニ反スル法律行為ナルコト勿論ナルヲ以テ此ノ如キ同意ハ寧ロ之ヲ絶對ニ無効トナササル可カラス。尤モ醫師ノ外科手術ニ於ケルカ如ク時ニ傷害ニ對スル被害者ノ同意ヲ有效ト爲ス觀ナキニ非サルモ是レ被害者ノ同意カ有效ナルニ非ラスシテ其行為カ正當ノ業務ニ因ル行為ナレハナリ

【註】 姦淫ノ同意即チ私通、和姦ノ同意モ亦善良ノ風俗ニ反スルモノナリト雖モ(岡田一 九〇)姦淫ハ常ニ意見ニ反スル場合ニ於テノミ之ヲ罰スルカ又ハ意見ニ反スルト否トナ問ハス之ヲ罰スルカニ歸スルヲ以テ姦淫ニ付テハ本文ノ如キ問題ヲ生セス。

何レノ場合ニ於テモ行為ノ當時同意スルニ非レハ之ヲ有效ト爲スコトヲ得ス。故ニ事後ニ至リ同意ヲ與フルモ其同意前ニ爲サレタル行為ハ凡テ之ヲ違法ト爲ササル可カラス (Meyer-Allfeld 222, Zitzmann 38. 46. ハ詳シク其理由ヲ説明セリ) 之ト同一理由ニ因リ被害者ノ行為能力モ亦同意ノ當時ニ存在スルコトヲ要ス。而シテ茲ニ所謂行為能力ノ觀念モ亦私法ノ一般原則ニ從ヒ之ヲ決スルヲ相當トス然レト

モ刑法ハ屢被害者ノ同意ヲ規定シ其規定ニ於テハ凡テ私法上ノ行為能力ヲ要求セス只常ニ同意ノ意思ヲ決定シ且ツ之ヲ表示スル事實的能力ヲ要求セリ(例之二〇二條、二一三條—二一五條故ニ行為能力ニ付テノミハ私法ノ一般原則ヲ除外シ被害者ニ於テ同意ヲ爲ス意思ヲ決定シ且ツ之ヲ表示スル事實的能力アル場合ニハ常ニ同意ノ行為能力アルモノト論定セサル可カラス此點ニツキ或ハ責任能力ノ有無ヲ標準ト爲サントスル者アルモ責任能力ハ犯人ノ刑罰負擔ニ關スル能力ナルヲ以テ之ト彼ト同一視スルハ誤ノ甚シキモノナリ(泉二、大二一五、附二一九以下)

### 第四節 責任

#### 第一款 責任ノ意義 (Der Schuld begriff)

第一 犯罪ハ有責行為ナリ。故ニ責任アルニ非サレハ犯罪ヲ構成セス。責任 (Schuld) トハ犯罪ヲ成立スル爲メ行為者ト行為トノ間ニ存セサル可カラサル主觀的關係ヲ云フ(京法四卷四號拙稿一五五)。我國語ニ於テ責任ト云フトキハ時ニ制裁ヲ意味



シ又義務ヲ意味スルコトアリ(二一八條參照泉二大二一六小一一六)然レトモ茲ニ所謂責任ハ制裁又ハ義務ノ意義ヲ有セス。又之ト彼トヲ區別スルカ爲メニハ制裁ヲ意味スル責任ハ之ヲ罪責(Vernunftlichkeit)ト稱シ、義務ヲ意味スル責任ハ之ヲ義ト稱スルヲ相當トス。

第二 責任ノ意義如何ニ付テハ學說區々ヲ極ム(1)或ハ曰ハク責任トハ違法ニ向ケラレタル行爲能力者ノ意思ト云フト又曰ハク責任トハ違法ノ原因タル行爲能力者ノ意思ヲ云フト(Binding, Normen II. 102—103)然レトモ此ノ如キ責任ハ過失ノ場合ニ存スルヤ否ヤハ聊カ疑問タラサルヲ得ス(Frank 102)。(2)或ハ曰ハク責任ハ之ヲ形式的ニ云ヘハ自ラ爲シタル違法行爲ニ對スル罪責ニシテ、之ヲ實質的ニ云ヘハ行爲ニ因リテ認識シ得可キ社會的思想ノ缺點ナリト(V. Liszt 157—158)然レトモ此形式の意義ハ責任ト制裁トヲ混同シ且ツ結果負擔(Erfolgshaftung)ノ場合ヲ說明シ能ハサル嫌アリ。而シテ其實質的意義モ亦不明確ノ譏ヲ免レサルノミナラス社會的思想ノ欠缺ナキ者モ亦時ニ過失ノ罪ヲ犯スコトアルハ如何トノ非難ヲ受ク(Frank 102, 京法前掲 155 f. g.) (3)或ハ曰ハク責任トハ非難可能(Vorwerfbarkeit)ヲ云ヒ

有責行爲トハ非難シ得可キ行爲(Vorwerfbare Handeln)ヲ云フト(Frank 102 以下京法四卷五號一四〇以下)然レトモ非難可能ハ責任ノ異語同義タルニ過キス。此說ニ對シテハ更ニ非難可能トハ何ソヤ非難シ得可キ行爲トハ何ソヤトノ問題ヲ生ス(Frank 自ラモ之ヲ認ム京法五號一四一)。(4)或ハ曰ハク責任トハ義務違反ノ意思活動pflicht-widrige Willensbetätigung)ヲ云フ(Graf Zu Dohna)引責能力トハ義務違反ノ知覺可能(Möglichkeit des Bewusstseins der Pflichtwidrigkeit)ヲ云フト(van Calker, Graf Zu Dohna, ME, Meyer, A. Merkel)然レトモ此說モ亦何等責任ノ實質ヲ説明スル所ナキノミナラス實ニ責任ト違法ヲ混同スル嫌アルヲ免レス(V. Liszt 157, Anm. 1)。(5)或ハ曰ハク責任トハ刑罰ヲ受クルコトヲ云ヒ引責能力(Zurechnungsfähigkeit)トハ刑罰ヲ受クル能力(Strafbarkeit)ヲ云フト(Radbruch)然レトモ此說ハ責任ト刑罰トヲ混同スル嫌アリ。

以上ノ諸說ハ何レモ採ルニ足ラス。今刑法ハ其三八條乃至四一條ニ於テ犯罪成立ノ要件トシテ犯意又能力ニ關スル規定ヲ設ク。而シテ犯意ト云ヒ能力ト云フハ何レモ行爲者ト行爲トノ間ニ存スル主觀的(又ハ心的)ノ關係ナリ。故ニ此ノ二個ノ要件ヲ包括スル觀念ニ對シ責任ナル名稱ヲ與ヘ責任ハ犯罪ノ成立ニ必要ナル行



爲者行爲間ノ主觀的關係ナリト定義スルハ最モ事實ヲ得タルモノナル可シ。註二)

「註一」泉二小一一六カ「處罰上必要ナリトセララル主觀的要素ノ全體」ト定義シ又同大  
二一六カ「違法行爲ニ付キ本人ヲシテ法律上ノ制裁ヲ負擔セシムル爲メ必要ナル一  
身條件ノ全體」ト定義シタル如キモ亦「Tiszt」ト同一誤謬ニ陷レルモノニ非サルカ  
然ラサル可シ何トナレハ犯罪成立ノ要件ハ同時ニ處罰ノ要件ナルヲ以テ此定義ト  
本文ノ定義トハ自ラ同一義ニ歸着ス可シ。

「註二」是レ通説ナルカ如シ Köfler, Die Schuldformen des Strafrechts 1325 S. 5, Kohlrausch, Irrtum und Be-  
huldbegegriff 1903 S. 1, Heising, Verh. 1905, S. 111, Mitzka, Die Formen der Strafschuld 1903 S. 111 モ本文同一趣旨  
ナルカ如シ(京法四卷四號一五五) Heising, Verbrechen 176 Schuld 1 Psychische Fehlerhaftigkeit auf die  
Irrbestandmäßige rechtswidrige Handlung. ト定義セリ。Thomson 118 f. ハ「刑法ハ實際ノ學問ナルカ  
故ニ刑法ニ於テ責任ノ定義ヲ舉タルカ如キハ無用ニシテ唯故意ト過失トノ定義ヲ  
定メ且ツ獨逸刑法ニ認メタル Schulden ト此二種ニ限ラレルコトヲ説明スレハ十分  
ナリ」ト説ク。

第三 責任ノ意義以上述ヘタル如クナルヲ以テ責任ノ觀念中ニハ當然左ノ二  
個ノ觀念ヲ包含ス

(一) 行爲者ニ通常ノ心神狀態ノ存在スルコト(三九—四一)ヲ引責能力又ハ責任  
能力ト云フ

(二) Zurechnungsfähigkeit, Schuldfähigkeit ト行爲トノ間ニ一定ノ心的關係又ハ其關  
係ノ可能カ存在スルコト(三八)之ヲ故意又ハ過失ト云フ。狭ク責任ト云フトキハ此  
要素ノミヲ指稱ス(泉二大前掲 Thomson u. Fr. O.) 一派ノ學者ハ右ノ外行爲當時ノ情況  
(begleitende Umstände)モ亦責任觀念ノ一要素ナリト説キ從テ責任ノ觀念ヲ主觀的又  
ハ心的ノ關係ニ限定スルハ不當ナリト説ク(Frank 103 京法前掲)然レトモ行爲當時  
ノ狀況ニ因リ責任アリト稱シ又責任ナシト稱スルハ通俗ノ用語タルノミナラス  
少クトモ新刑法ニ於テハ行爲當時ノ狀況ヲ以テ責任觀念ノ一要素ト爲ス根據ヲ  
缺ク

然レトモ引責能力ト故意、過失トハ責任觀念ノ構成要素(Bestandteile)ニシテ其種  
類(art)ニハ非ラス。換言スレハ責任ト引責能力及故意、過失トハ總合(Gattung)ノ種類  
(art)トノ關係ニ非ラスシテ觀念ト構成要素トノ關係ナリ。即チ責任ハ一個ノ結合  
的觀念(ein Gesammengesetzter Begriff)ニシテ故意、過失及引責能力ハ其構成要素ヲ爲ス  
モノナリ。故ニ責任ニ適用セラル可キ原則ハ當然故意、過失及ヒ引責能力ニ適用セ  
ラル可キモノト論定スルコトヲ得ス。一派ノ學者カ「責任ヲ離レテハ故意ノ定義ヲ



定ムルコトヲ得スト主張スルカ如キハ (Binding, Grundriss 7 aufl, S. 115—117) 故意過失ヲ以テ責任ノ種類ト爲シタル誤謬ニ基クモノナリ(京法五號一三九以下)。又引責能力ト故意過失トハ其レ自體責任觀念ヲ構成スル要素ナルヲ以テ其一タル引責能力ハ責任ノ條件ニ非ラスシテ責任其者ナリ。此點ヨリ見レハ一派ノ學者ガ引責能力ニ對シ責任ノ條件タル意義ニ於テ責任能力 (Schuldfähigkeit) ナル名稱ヲ與ヘタルハ(例之 v. Liszt 157 Anm 1, 164 Anm, 3, Frank, 京法四一六三以下ニヨレハ Birkmeyer モ同一)之ヲ正シト爲ス可カラス(京法前掲(泉二大二一七頁モ少シク此事ヲ記載セリ)。故意過失ト引責能力トハ責任觀念ノ構成要素タル外特別ノ關係ヲ有スルモノニハ非ラス。即チ引責能力ハ過失ノ前提タルモノニ非ラスシテ故意過失ハ引責能力ノ有無ニ拘ラス存在シ、引責能力モ亦故意過失ノ有無ニ拘ハラス存在シ、彼ト之トハ互ニ相獨立スルモノナリ。故ニ一派ノ學者カ爲ス如ク引責能力ハ故意過失ヲ有シ得ヘキ能力 (Dolus culpae capacitas) ナリト説明スルハ當ラス(泉二氏大二一七頁)。

第四 責任ハ行爲ノ當時ニ存在セサル可カラス。故ニ行爲ノ前又ハ後ニ責任存在スルモ犯罪ノ成立アリト爲ス可カラス之ヲ結果犯ノ場合ニ就キ云ヘハ責任ハ

行爲ノ當時ニ存在スルヲ以テ十分トシ結果發生ノ當時責任ノ存在スルヤ否ヤハ全ク論外ナリ。故ニ行爲ノ當時責任存在セサルハ結果發生ノ當時責任存在スルモ之ヲ罪ト爲スコトヲ得サルニ反シ行爲ノ當時責任存在スレハ結果發生ノ當時責任存在セサルモ之ヲ罪ト爲スコトヲ得。引責無能力ノ状態ニ於テ作爲、不行爲ニ因リ違法ノ結果ヲ惹起シタルモ其動作ハ引責能力ノ状態ニ於テ故意過失ニ因リ爲サレタル作爲、不作爲ニ基因スル場合ニ於テ行爲者ニ罪責アリト爲ス可キヤ否ヤノ問題 (Sog. actiones liberae in causa seu adhibentem relative, 泉二氏小ハ之ヲ原因ニ於テ任意ナル舉動ト解ス大二三頁モ、同趣旨)ハ學者間ニ於テ大ニ議論セラレタル所ナリ。例ヘハ鐵道番人カ列車ノ接近スルニ際シ見張 (Weichen) ヲ怠ルカ爲メ故意ニ酒ヲ呑ミ、寢癖惡シキコトヲ自覺セサル母カ小兒ヲ自己ノ寢床ニ入レ過テ之ヲ壓殺シタル場合ノ如キ是レナリ。是ノ如キ場合ニ於テ因果ノ進行ハ飲酒又ハ同臥ノ瞬間ヨリ開始セラレタルモノト認ム可ク其當時責任ノ存在スルニ於テハ之ヲ故意又ハ過失ニ基ク罪ト解スルニ何等ノ支障ナキモノナリ (v. Liszt 164 f.)

[註] v. Liszt 155 Anm 4 = 依レハ是レ現今ノ通説ナリ殊ニ v. Bar 103, Binding, Normen 2, 195, Grund



ris 30), Frank § 51 III (riehig IV) Halschner 1212, Meyer-Allefeld 129, Olschusen § 15, II, R. 22 413 等モ本文ト同  
説ニシテ只 Katzenstein ノ之ニ反對スルアルノ「Frank III. zu § 51」モ殆ソト同一趣旨ノ説  
明ヲ爲シ「是レ通説ナリ E 22. 413 亦同シ只 Katzenstein, Die Straflosigkeit der actus liberos in causa 1301  
ノ反對スルアルノ「Thomson 133 u. 134」モ頗ル詳細ナル説明ヲ加フ。Thomson 133 Anm  
ハ「實行行爲後ニ生シタル精神病ハ訴訟上ノ結果ヲ有ス……」ト説ク必ス參照ス可キ  
點ナリ

第五 責任ナケレハ犯罪ナシ。故ニ責任ナキ行爲ニ付テハ共犯ノ存否ヲ想像ス  
ルコトヲ得ス。只責任ナキ行爲ヲ利用シタル第三者カ自ラ間接正犯者 (allst-täter) ト  
シテ罪責ヲ負擔スルコトアルノミ

第六 責任ト違法トハ之ヲ區別ス可ク責任排除ノ原因ト違法排除ノ原因トモ  
之ヲ區別ス可シ (v. Liszt 157. Anm. v. Liszt ニョシ Liepmann, Graf zu Dohna 等ハ之ヲ  
混同セリ) 適法行爲ニ對シテハ正當防衛ヲ爲スコト能ハザレトモ責任ナキ行爲ニ  
對シテハ正當防衛ヲ爲スコトヲ得

第七 責任ナケレハ犯罪ナキヲ原則トス。然レトモ我現行法ニ於テハ此原則ニ  
對シ尙多少ノ例外ヲ認ム

(1) 特別刑法中ニハ刑法不論罪ノ例ヲ用キサル旨ノ明文ヲ設クルモノ少ナカ  
ラス。此ノ如キ場合ニ於テハ客觀的の要件ノ具備アルヲ以テ十分トシ客觀的の要件ノ  
具備アル以上ハ責任ノ存在ナキモ尙犯罪ヲ構成セシムル趣意ナリト解セサル可  
カラス (泉二氏大二一八頁小一一七頁ハ同説)

(2) 普通刑法中ニモ結果ノミニ因リ重キ罪責ヲ負擔セシムルコトナキニ非ス。  
普通刑法ニ於テハ結果ノミニ因リ罪責ヲ負擔セシムルコトナキモ有責行爲ニ因  
リ無責ノ重キ結果ヲ惹起シタル場合ニ付テハ其重キ結果ノ爲メ通常ノ場合ヨリ  
モ重キ罪責ヲ負擔セシムルコトハ是レナキニ非ス。即チ此ノ如キ場合ニ於テハ重  
キ結果ニ付キ行爲者ノ故意過失ナキニ拘ハラズ重キ罪責ヲ負擔セシムルモノナ  
リ「註」此ノ如キハ古キ結果負擔 (Erfolgschuldung) ノ遺物ニシテ今日ノ法律知覺ニ適合  
セス。又今日ノ理性的の刑事政策ノ原則ニ適合セサルコト勿論ナルモ (v. Liszt 161 f.)  
我現行法ハ尙多クノ事例ヲ有ス

「註」昔ハ結果ノミニ因リ罪責ヲ負擔セシムル思想アリタリ是ニ付テハ v. Liszt 159 ff.  
Thomson 118 ナ見ヨ



此外尙例外ニ似テ然ラサルモノナキニ非ス、即チ左ノ如シ(v. Liszt 161)

- (1) 特別刑法中ニハ往々責任ノ推定(Präsumtionen der Schuld)ヲ規定スルモノナキニ非ス。然レトモ此ノ如キ場合ニハ只反證ノ確立ナキ限リハ責任(故意、過失ノ證明アリタルモノト看做ス可シト爲ス迄ニシテ此場合ニ於テモ亦固ヨリ責任ナシトノ反證ヲ確立スルニ因リ無罪ト爲ルコトヲ得ク此ノ規定ハ毫モ責任ナキモ尙罪責ヲ負擔セシム可シトノ趣意ニハ非ス(v. Liszt 161. Anm. 4. 二 Lita 及ヒ法條ヲ引用ス。
- (2) 他ノ法律ニ規定セラレタル秩序罰(Ordnungsstrafe)ハ責任ノ有無ヲ問ハス客觀的要件ノ存在ノミニ因リ之ヲ科スルコトアリ。然レトモ此ノ如キハ刑罰(Kriminelle Strafe)ノ問題ニ非サルカ故ニ固ヨリ右ニ述ヘタル原則ノ例外ヲ爲スモノニ非ラス(v. Liszt 161)

「註」 v. Liszt ハ此ノ如キハ Formaldelikt ナリト説ク尙 Anm. 6 以下 Lit. フリ

尙以上凡テニ付キ Thomesen 119 參照 Thomesen 119 Anm. 2 ハ人ハ Delikte ohne Schuld ナ Formaldelikt ト名付クルモ此語ハ行爲犯ヲ形式犯ト稱スルト混同スル妨ケアリト説ク

## 第二款 引責能力

### 第一項 引責能力ノ意義

第一 引責能力(Zurechnungsfähigkeit)ニ形式及實質ノ意義アリ。即チ

(一) 形式的ニ引責能力ノ意義ヲ定ムレハ之ヲ刑法上ノ行爲能力(die strafrechtliche Handlungsfähigkeit)ト云フコトヲ得可シ即チ自己ノ行爲ニ對シ刑法上ノ制裁ヲ受ケ得可キ能力(v. Liszt 163)換言スレハ刑法ニ依テ規定セラルル行爲ヲ爲シ得可キ能力(Thomesen 123)ヲ引責能力ト云フ。此定義ハ以テ一般法律科學ニ於ケル引責能力ノ地位ヲ明白ニスルニ足ル(v. Liszt n. n. o.)

(二) 實質的ニ引責能力ノ意義ヲ定ムレハ之ヲ通常ノ決意可能 die normale Defini-erbarkeit, nor. Determinierbarkeit) 即チ動機ニ因リ通常ノ状態ニ於テ作爲、不作爲ヲ決シ得可キ能力ヲ云フ(v. Liszt 163, Thomesen 132, Frank 108, Thomesen 二 die normale Definierbarkeit, d. h. die Fähigkeit, in normaler Weise auf Motive zum Handeln oder Unterlassen zu reagieren) 云フ Frank 二 normale Determinierbarkeit, d. h. als die normale Bestimmbarkeit durch Motive) 云フ



何レモ V. Liszt, n. o. o. に依ルモノナリ Frank 108 に依ルハ此外 Liepmann 105, Aschaffenburg in Hoch's Handb., d. gerichtl. Psychiatrie 1901 S. 11 モ同一趣旨ナリ

第二 引責能力ノ意義如何ニ付テハ數種ノ異說アリ

(一) 或ハ刑法上ノ行爲能力ト云フヲ以テ満足スルモノアリ(Binding)然レトモ此定義ハ何等引責能力ノ實質ヲ説明スル所ナシ  
(二) 或ハ刑罰ヲ感シ得キコト(Empfänglichkeit für die Strafe)ト爲スモノアリ。然レトモ此意義ニ於テ云ヘハ常習犯人ノ如キモ亦引責無能力者ニ非ルカノ疑アリ  
(V. Liszt Z. 17. 20 ff. 18 229 ff. Frank 108)

「註」尤モ Frank ノ説ク所ニ依ルハ V. Liszt ノ此説ニ對シテハ Binding, Grunoriss 97, Lammersch Schweizerische. R. gs Strmfr. 10, 244. 15 ff., Hüfer, Sieben Thesen usw. (1897, van Calker, Strafrecht n. Ethik (1897), Liepmann 100 ff. ノ反對アリ。Löffler v. Liszt ニ賛同セルカ如シ

(三) 或ハ義務違反ノ知覺可能(Möglichkeit des Bewusstseins der Pflichtwidrigkeit)ト爲ス者アリ(van Calker, Graf Zu Dohna, ME. Meyer. A. Merkel)然レトモ此意義ハ精密ナラサルノミナラス引責能力ト違法トヲ混同スル嫌アリ(V. Liszt 163 Anm. 1, 157 Anm. 1)

(四) 或ハ自己ノ尺度ニ依リ活動ス可キ人ノ力(die Macht, wirksam zu werden nach eigen 108)「註四」

nen Masse)註一 (die M. einer Person, wirksam zu sein nach eigener Masse)註二、ト爲スモノアリ  
(Merkel 52, Fränk. Lanfl., Kraft-Ebbing, Grundzüge der Eriminalpsychologie (1881) 55, Winderband, Über Willensfreiheit(1904) 32 ff)註三、然レトモ此説ハ自由意思ノ存在ト相伴フノミナラス自己ノ尺度ニ限ル點ニ於テ未タ盡ササル點ナキニ非ス(V. Liszt 163 Anm. 1, Frank 108)「註四」

「註一」 V. Liszt 163 Anm. 1 n. n.

「註二」 Frank 108 n. n.

「註三」 Frank n. n. v. Liszt, n. o. o. n. n. v. van Calker モ亦同説ナリ。

「註四」 Frank n. n. v. Liepmann 94, v. Liszt § 37, Graf Dohna Gs 65319 等同一趣旨 V. Liszt n. n. v. Frank § 51. 11, Liepmann 103, ME. Meyer, Die Sehnthafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht 190. 13 70 等同一趣旨。

(五) 或ハ犯罪ニ對シ自由ニ決意シ得ルコトナリトス(Birkmeyer)。(京法四卷四號一六三頁)然レトモ此説ハ明カニ自由意思ノ存在ヲ前提トスルモノニシテ自由意思ノ存在ヲ信シ能ハサル限リハ此説モ亦之ヲ信スルコトヲ得ス「註」

「註」 V. Liszt 163 Anm. 1, Frank 107 p. Thomsen 133 等ハ凡テ引責能力ハ自由意思ノ存在ヲ前提ト



セスト論ス

第三 引責能力ノ實質的意義ハ動機ニ因リ通常ノ決意ヲ爲シ得可キコト (die normale Bestimmbarkeit durch Motive) ナリ (Frank 108) 然レトモ此定義ハ只引責能力ノ外圍 (Umschreibung) ヲ示シタルニ過キササルモノナルヲ以テ引責能力ノ實質的意義ヲ明カニセント欲セハ更ニ如何ナル場合ニ於テ通常ナラサル状態アリトナシ得可キカノ點ヲ明白ニセサル可カラズ (Frank 108) 註即チ右ノ定義ハ之ヲ實際ノ定義 (Realdefinition) トナシ積極的ニ通常ノ決意ニ適スル標準ヲ掲ケ得ルコトニ依リテノミ之ヲ正當ト爲シ得可キナリ。果シテ然ラハ通常ノ決意ニ適スル標準ハ如何。余輩ハ之ヲ求メテ左ノ三事ヲ得タリ

「註」以下 Frank = 依ル Frank = 依レト Stammler, 'Das Recht der Schuldverhältnisse' (1897) S. 14 ff. 此點ニ注意セリ

(一) 動機即チ行爲ニ對スル刺激ニ付キ正シキ認識ヲ有スルコト (eine richtige Erkentnis der Motive d. h. der Anreize zum Handeln) 即チ誤認 (Halluzinationen) ノ結果外界ヲ誤認シソレニ因リ一定ノ行爲ヲ爲スニ至ル者ハ通常ノ決意可能ヲ有セス

(二) 人格 (Persönlichkeit) ニ依リ刺激ノ價值ヲ尺度シ得可キ能力アルコト換言スレハ人格ニヨリ刺激ヲ防止シ得可キ能力アルコト。然レトモ茲ニ人格ト云フモノノ觀念ハ自我ノ知覺 (Ichbewusstsein) ニ依リ結合セラレタル知覺事實ノ總和 (eine Summe von Bewusstseinsfaktoren) ヲ包括ス。鈍キ知覺状態ニアル人換言スレハ自己ニ働タ刺激ト知覺事實トヲ對立セシメ能ハサル人 (觀念障礙 Hemmungsvorstellungen アル人) ハ通常ノ決意可能ヲ有セス

以上ノ説明ニ因リ行爲ニ對スル刺激ヲ正シク認識シ且ツ自己ノ人格ニ依リ之ヲ尺度シ得ル能力ヲ有スル者ハ凡テ引責能力ヲ有ストノ結果ニ對ス。自由意見ノ論據ニ立ツ學者カ引責能力 (意思自由 Willensfreiheit) ヲ以テ自己ノ尺度ニ因リ活動シ得可キ人ノカト爲シタルハ (前ニ掲ケタル Merkel 其他之ト同一趣旨ニ歸著スルモノナリ

然レトモ以上ノ觀察ハ未タ以テ十分ナリト爲ス可カラズ。何トナレハ動機ノ正當ナル認識アリ又人格ノ尺度ニ依リ動機ノ價值ヲ定メ得ル能力ヲ有スル者ト雖モ自己ノ人格其者カ通常ナラサル結果全ク通常ノ決意ヲ爲ス能ハサルコトアレ



ハナリ(Liepmann 94, v. Liszt S 37, Graf Dolma Ger 65.319)モ亦此點ヲ主張ス(人格其者カ通常ナルト否トノ問題ハ之ヲ刑法ニ就キ云ヘハ社會道德ノ觀念(die Vorstellung sociallthischer Formen)ニ依リ自己ノ意思ヲ支配シ得ル能力ヲ有スルヤ否ヤノ問題ナリ。故ニ社會道德ノ尺度ニ依リ自己ノ行爲ヲ定メ得キ状態ニ非ル者モ亦引責能力ヲ缺クトノ結論ニ達ス

【註】 Graf Dolma a. a. o., Simeilingin Schmidmanns Handb. d. gerichtl. Medizin(1906) 38. 等モ又同様ノ説明ヲ爲ス但シ恐ク一方面觀察ニ止マルモノナル可シ

以上ヲ綜合シ茲ニ左ノ結論ヲ爲スコトヲ得

一 引責能力トハ動機ニ因ル通常ノ決意ナリ。決意ハ(1)社會道德上ノ觀念ニ從ヒ自己ノ行爲ヲ處理ス可キ人格的能力ヲ缺キ(2)又行爲ニ對スル刺激ヲ正當ニ評價シ得キ人格的能力ヲ缺キ若シクハ觀念ノ障礙ヲ有スル場合ニ於テ之ヲ通常ナラスト爲ス

二 意思ノ自由(Willensfreiheit)カ引責能力ト關係ヲ有スルヤ否ヤハ學者間ニ爭アル處ニシテ一般ニ云ヘハ舊派ハ意思自由ヲ以テ引責能力ノ必要前提ナリトシ

新派ハ之ニ相反對ス。總シテ人ハ意思ノ自由ヲ有スルヤ否ヤノ問題ハ哲學ニ於ケルト同シク刑法ニ於テモ亦大ニ論議セラレタル所ナリ。而シテ舊派ニ屬スル學者ハ意思ノ絶對的自由ヲ認メ人ハ自由ニ正不正ヲ識別シ從不從ヲ選擇シ得ルモノナリト論シ意思ノ自由ナケレハ引責能力モ亦存在セス此故ニ機械的強制ニ依ル者モ亦引責能力ヲ有セスト説ク之ニ反シ新派ニ屬スル學者ハ人ノ意思ハ外界ノ事情ニ支配セラレ必然的ニ一定セラレルモノナルヲ以テ人ハ絶對ニ意思ノ自由ヲ有スルモノニ非ラス從テ意思ノ自由ト引責能力トハ何等ノ關係ナク社會ニ對シ危害ヲ加フル者ハ其精神状態ノ如何ニ拘ハラス凡テ之ヲ引責能力者ト認ムルコトヲ得而シテ機械的強制ニ依ル者ハ引責能力ヲ缺クカ爲メニ無責ト爲ルニ非ラスシテ其行爲自體カ意思ニ基カサル行爲ナルカ故ニ無責ト爲ルモノナリト説ク。前ノ學說ハ之ヲ意思自由説又ハ不定命説ト稱シ(Indeterminismus, Independen-tismus)之ニ對シ後ノ學說ハ之ヲ意思必至説意思不自由説又ハ定命説ト稱ス(Determinismus)然レトモ今日ニ於テハ意思自由説ヲ唱フル者ト雖モ意思ノ絶對的自由ヲ主張スルコト(unbedingte Indeterminismus)ナク動機ニ依ル意思ノ決定ハ之ヲ是認スルヲ通



常トス所謂條件的意思自由説又ハ相對的意思自由説是レナリ (sog. bedingte Ind., relative Ind.)<sup>註</sup>

而シテ一方意思必至論ヲ主張スル者モ亦動機ニ因ル任意ノ意思決定ハ之ヲ是認スルヲ通常トスルヲ以テ今日ニ於テハ前説ト後説トハ理論ノ出發點ヲ異ニシ又語辭ヲ異ニスルニ止リテ敢テ實質ニ於テ大差アルニハ非ラス而シテ引責能力ノ理論ニ對シテハ只動機ニ因ル意思ノ決定ヲ必要トスルニ止マリ此點ニ付テハ兩説ノ説ク所全ク相一致スルヲ以テ今日ノ意思自由説ヲ採用スルト否トハ全ク引責能力ノ問題ニハ何等ノ交渉ナク只舊派中機械的強制ニ依ル者モ亦自由意思ヲ缺クカ爲メニ引責能力ヲ有セスト説ク者アルハ行爲ナラサル者ヲ行爲トスル不當アルモノナルコトヲ明白ニシ又新派中社會ニ對シ危害ヲ加フル者ハ其精神狀態ノ如何ヲ問ハス引責能力ヲ有スト説ク者アル一定ノ心神狀態ヲ以テ引責能力ノ内容ト爲シタル今日ノ刑法ニ反スルモノナルコトヲ明白ニスレハ足ル<sup>註二</sup>。

「註一」Beling 45, Binding, Normen II, 3 ff. Thomson 132, Anm. 2. 此事ヲ説ク。  
「註二」Beling 45. 〆 Willensfreiheit ナ責任存在ノ條件ト爲シ意思自由ノ刑法的方面ハ引責能

力又ハ責任能力ナリト説ク。Binding 前掲又然ルカ如シ Birke-meyer カ然ルハ勿論ナリ之ニ反シテ Liszt 163, Anm. 1. 及 Frank 1 zu 8. 〆 Willensfreiheit ト引責能力トハ全然没交渉ナリト説ク尙泉二氏小一七頁以下、大二二〇頁以下參照)

三 引責能力ニハ引責能力者ニ非ラス又引責無能力者ニ非ル中間ノ者即チ所謂低減引責能力者 (verminderten Zurechnungsfähigkeit) ナルモノ存在スルヤ否ヤ。此點ニ付テハ學界ニ爭アリテ一部ノ學者ハ理論上之ヲ否定シ(例之 Beling 49) 一部ノ學者ハ理論上之ヲ否定セサルモ解釋ニ於テ之ヲ否定ス(Frank 1 zu 51) 然レトモ精神ノ成熟ハ行爲ノ相異ルニ從ヒ必スシモ同一ナリト云フ可カラサルヲ以テ行爲能力ノ觀念ハ法律相異リ種類相異ルニ從ヒ必スシモ同一ナルヲ得ス故ニ純理ヨリ云ヘハ同シ法律ナルモ公法ト民法ト刑法トハ自ラ行爲能力ノ時期ヲ異ニシ同シ民法ナルモ親族法ト相續法ト債權法トハ自ラ行爲能力ノ時期ヲ異ニシ又同シ民法ノ行爲能力ナルモ適法行爲能力ト不法行爲能力トモ自ラ其時期ヲ異スルカ如ク同シク刑法ニアリテモ亦犯罪ノ如何ニヨリ引責能力ヲ異ニシ同一ノ人ナルモ或罪ニ付テハ引責能力ヲ有シ他ノ罪ニ付テハ之ヲ有セス(例ヘハ殺人罪ト國事犯ト)



爲スヲ相當トス。故ニ、引責能力ハ引責能力者ニ非スンハ即チ引責無能力者ナリトノ絶對的觀念ニ非ラスシテ其觀念ハ相對的 (Relativität) 完全ナル引責能力者ト完全ナル引責無能力者トノ間ニハ無數ノ中間程度 (Zwischenstufen) アルモノト云ハサル可カラス。此ノ故ニ引責能力ニ付キ程度ノ Abstufung ノ差異ヲ認メ引責能力者アリ引責無能力者アリ又其中間ノ者アリト爲スハ理論ノ正當ヲ得タルモノト云ハサル可カラス即チ學者ニ於テ主張セラレタル低減引責能力 (verminderten Zurechnungsfähigkeit) ノ觀念ハ之ヲ是認ス可ク、我刑法モ亦或程度ニ於テ右ノ思想ヲ採用シタルモノト云ハサル可カラス (三九、四〇)。「註一」然レトモ我刑法ニ於テ罪ニ依リ引責能力ヲ異ニスル思想ヲ容ル可カラサルハ勿論ナリ「註二」

「註一」 v. Liszt 163 f. Thomsen 133 f. 泉二氏小一八頁、大二二二頁

「註二」 泉二氏大二二〇頁

此ノ如ク引責能力ハ其行爲如何ニヨリ有無相異ルモノナルカ故ニ同一ノ人ナルモ或行爲ノ能力ハ之ヲ有スルモ或行爲ノ能力ハ之ヲ有セサルコトアルト共ニ又同シク同一ノ人ナルモ一個ノ法律ニ規定シタル行爲ニツキ引責能力ニアラス

又引責無能力ニモアラサルモノアルコトモ之ヲ是認セサル可カラス

是レ舊刑法ノ採用シタル所ナリト雖モ(舊刑一八、八〇)我現行法ノ之ヲ排斥スル所ナリ。

三 引責能力ナケレハ責任ナク、責任ナケレハ犯罪ナク、犯罪ナケレハ處罰ナシ。故ニ通説ハ引責能力ヲ以テ責任ノ條件 (Schuldvoransetzung) ト爲シ引責能力ハ即チ引責能力 (Schuldfähigkeit) ナリト説ク (v. Liszt, Birkmeyer, Binding 等) 然レトモ前ニモ述ヘタル如ク引責能力ハ責任觀念其者ノ一部ヲ爲スモノナルヲ以テ之ヲ責任ノ條件ト觀察スルハ正當ナラス。故意過失ト同シク寧ロ之ヲ可罰ノ條件 (Voraussetzung ihrer Strafbarkeit) ト觀察スルヲ至當トス (Frank III. zu S 51) (Frank ニ依レハ此點ヲ初メテ主張シタルハ Kadbruch, Der Handlungsbegriff (1904) 97 ナリ此點ニ付テハ京法參照)

四 引責無能力者ノ行爲ニ付キ罰ス可キ教唆從犯ノ成立ヲ認メ得可キカ此點ニ付テハ消極、積極ノ二説アリ

(一) 通説ハ曰ハク、引責能力ナケレハ犯罪ナク、犯罪ナケレハ教唆從犯ナキカ故ニ引責無能力者ノ行爲ニ付キ教唆從犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス。此場合ニ於テ



ハ形式上教唆従犯ト認めラル者モ亦寧ロ之ヲ正犯即間接正犯(Selbstäter)トシテ處罰スルコトヲ得可キナリト(V. Liszt 165, Thomesen 132 p. E 11. 59. 21. 14. 35. 73)

(二) 一派ノ學者ハ通説ニ反對シテ曰ハク「註」通説カ引責無能力者ノ行為ニ付キ教唆従犯ノ成立ナシト解スルハ引責無能力者ノ行為(Handlung im Rechtsinne)ニ非ラストノ前提ニ因ル。然レトモ引責無能力者モ亦知覺アル意思活動(ein bewusster Willensakt)ヲ爲シ得可キカ故ニ引責無能力者ノ行為ハ法律上ノ行為ニ非スト云フカ如キ一般の理論ヲ構成スルハ不當ナリ。引責無能力者ハ寧ロ行為ヲ爲シ得ルノミナラス故意過失ニ基ク行為モ亦之ヲ爲シ得可キモノナリ。故ニ引責無能力者ノ行為ト雖モ故意過失ニ基キタル場合ニハ之ニ對シ罰ス可キ教唆従犯ノ成立ヲ是認シ得可キハ勿論ナリ。故ニ引責無能力者ノ行為ニ付テモ亦故意過失ニ基ク行為アリヤ否ヤ換言スレハ可罰行為(ein strafbare Handlung)存スルヤ否ヤヲ識別シ之ヲ積極ニ決ス可キトキハ罰ス可キ教唆従犯モ亦成立シ得可キモノト論シ之ヲ消極ニ決ス可キトキハ罰ス可キ教唆従犯モ亦成立シ得可カラサルモノト論スルヲ至當トスト(Frank II. zu § 51, Olshausen 12, 13 zu § 51, 5, 6 zu § 55)

〔註〕以下主トシテ Frank II. zu § 51ニ依ル尤モ只最後ノ部分ニ V. Liszt 165 Anm. 5, Thomesen 133ヲ参照シタルノモ。V. Liszt & Olshausenハ行為者カ刑法上ノ故意ヲ爲シ得可キヤ否ヤノ二場合ヲ區別ストシテ Thomson & Olshausen & Rindern u. Wahnsinnigenニ付テモ亦各場合ニ付キ可罰行為ノ存スルヤ否ヤヲ探求シ前ノ場合ニハ可罰者ヲ術語上ノ Teilnehmerトシテ處罰シ後ノ場合ニハ之ヲ Selbsttäterトシテ處罰スト主張スト説ク。

然レトモ通説ハ引責無能力者ノ行為ハ法律上ノ行為ニ非ラストノ論據ニ立ツモノニ非サルヲ以テ通説ニ對スル一部學者ノ攻撃ハ當ラス。加之引責能力ナケレハ犯罪ナク、犯罪ナケレハ教唆従犯ナキコト一點ノ疑ナキ處ニシテ法律ハ引責能力者ノ行為ニ付キ犯罪ト爲ル場合ト然ラサル場合トヲ區別スル所ナキヲ以テ大體ニ於テ通説ノ消極的の見解ヲ至當トス(V. Liszt 165 Anm. 5泉二氏大「二一八頁」)

五 我刑法ハ積極的ニ引責能力ノ觀念ヲ定ムルコトナク只如何ナル場合ニ於テ引責能力ヲ排除ス可キヤヲ規定スルニ止マル(三九—四一)故ニ我刑法ノ解釋トシテハ法律ニ依リ引責能力ヲ排除セラレサルモノハ凡テ引責能力ヲ有スルモノト解ス可ク引責能力ノ排除如何ノ問題ハ我刑法ニ於ケル研究主題ナリ



## 第二項 引責無能力

我刑法ニ認メタル引責無能力ノ原因左ノ如シ

第一 精神ノ成熟ヲ缺クトキ (Bei fehlender geistiger Reife)

此場合ニアリ

(1) 精神ノ發達未タ十分ナラサルトキ

所謂刑事未成年 (Strafmündigkeit) ノ場合是レナリ。刑法四一條ハ十四歳ニ滿タサル者ノ行爲ハ之ヲ罰セスト規定ス。故ニ十四歳ニ滿チタル者ハ引責能力ヲ有スルモ十四歳ニ滿タサルモノハ引責能力ヲ有セス。刑事ノ責任年令ニ關シテハ從來二分三分ノ二主義アリ。舊刑法ノ如キハ三分主義ニ從ヒ (1) 十二歳ニ滿タサル者ハ凡テ無責、(2) 滿十二歳以上十六歳ニ滿タサル者ハ違警罪ニ付テハ凡テ責任ヲ有スルモ重罪輕罪ニ付テハ其處爲是非ヲ辨別シタルト否トヲ審案シ辨別ナクシテ犯シタルトキハ無責、辨別アリテ犯シタルトキハ只有恕二等ノ減輕アルノミ (3) 十六歳以上二十歳ニ滿タサルモノハ常ニ有責、只重罪輕罪ニ付キ有恕一等ノ減輕アルノ

ミ而シテ滿二十年以上ノ者ハ假令老年ニ達シタル後ト雖モ (花井博士ノ研究及 Omsen 118) 完全ナル引責能力ヲ有スト爲シタリシカ (舊刑法七九—八三) 刑法ハ三分主義ヲ排斥シテ二分主義ヲ除ク十四歳ニ滿タサル者ノ行爲ハ絕對ニ之ヲ罰セス十四歳ニ滿チタル者ノ行爲ハ絕對ニ之ヲ罰スルコトニ爲シタリ (其理由ニ付テハ草案五一條ノ理由書記載及勝本博士四七) 而シテ其年齡ハ之ヲ出生ノ日ヨリ起算シ民法一四三條ニ準シ之ヲ計算ス可キモノトス (明治三十五年法律五〇號)

十四歳ニ滿タサル者ノ行爲ハ絕對的引責其能力ノ (unbedingte und ausnahmslose Zu-rechnungsunfähigkeit) 行爲ナルヲ以テ茲ニ犯罪ノ成立ヲ是認スルコトヲ得サル結果第三者ノ教唆從犯ノ成立モ亦之ヲ是認スルコトヲ得ス。只第三者ハ間接正犯者 (Selbsttäter) トシテ處罰セラルハコトアルノミ [註]

「註」通説殊ニ V. Liszt 166, Finger 1215, Frank § 55, 1, Hilschner 1219, Mecker 56, Meyer-Altheld 125, 反對説  
R. G. 187, 336, Olschusen § 55, 5, 6, (V. Liszt 166 Anm. 2 = 依ル) 但シ是レ Kindheit ノ場合 (十二歳以下) 關スルモノニシテ jugendliches Alter (12—18 歳) ノ Einsicht ヲ有セサル者ノ行爲ニ付テハ V. Liszt 167, R. 33, 298, Finger 1, 217, Oker G. 447, 322 等本主旨ト同一ニ決シ Frank § 56 III 及 R. 31, 161 以下ニ反對ス (V. Liszt 167 Anm. 4 = 依ル)。



(2) 精神ノ發達ヲ妨ケラレタルトキ

所謂發達障礙 (Entwicklungsheimmung) ノ場合ニシテ其中最重ナルモノヲ瘖啞者 (Taubstummheit) ト爲ス。刑法四〇條ハ瘖啞者ノ行爲ハ之ヲ罰セズ又ハ其刑ヲ減輕ス。ト規定ス。舊刑法八二條ハ瘖啞者ノ行爲ハ常ニ之ヲ罰セズト爲シタレドモ今日ニ在リテハ瘖啞教育ノ方法備ハリ普通ノ知識ヲ得ル便宜アリテ瘖啞者タリト雖モ多少犯罪ノ責任ヲ辨スル者アルヲ以テ此等ノ犯罪者ヲ罰スル必要ナシトセス。故ニ現行刑法ハ舊刑法ノ主義ヲ改メ瘖啞者ノ精神ノ狀況ニ因リ其發達常人ニ近キ者ハ之ヲ罰スト雖モ尙完全ナル人ト謂フコトヲ得サルヲ以テ一般ニ其刑ヲ減輕シ全ク責任ヲ辨セサル者ハ之ヲ罰セサルコト、爲シタリ。理由書五五節チ瘖啞者ノ行爲ハ其精神狀態ノ如何ニ因リ或場合ニハ無責ト爲リ或ル場合ニハ減輕ト爲ル。而シテ法律ハ之ヲ區別スル標準ヲ示サ、ルカ故ニ裁判官ハ各場合ニ就キ責任能力ノ一般觀念ニ從ヒ其發達常人ニ近キ者ハ之ヲ減輕トシ然ラサル者ハ之ヲ無責ト爲ス外ナシ

法律ハ瘖啞者ノ行爲ヲ以テ相對的ノ責任無能力ト爲シタルヲ以テ瘖啞者ノ行

爲ニ付キ教唆、從犯ノ成立アル否ヤモ亦之ヲ相對的ニ決サセル可カラス。即瘖啞者ノ行爲カ無責ナルトキハ其行爲ニ付キ教唆、從犯ノ成立ヲ是認スルコトヲ得サルモ瘖啞者ノ行爲カ減輕ナルトキハ其行爲ニ付キ教唆、從犯ノ成立ヲ是認スルコトヲ得

法律ハ特ニ瘖啞者ノ行爲ト規定スルヲ以テ他ノ發達障礙ニ對シテハ此規定ヲ適用スルコトヲ得ス。盲者聾者啞者其他ノ不具者ハ勿論聾人(小)巨人ノ如キモ亦責任能力ヲ有シ只時々心神喪失又ハ心神耗弱等ノ爲メ無責又ハ減輕ヲ受クルコトアルノミ(三九)

〔註〕泉二氏日本刑法論二二八頁、聾人、巨人ニ付キ、Liszt 167, Thomsson 136, Merkel H H 2, 82, Oshum sen § 58, 3 等ハ同説。Binding 121, Birkmeyer 1124, Finger 1, 219, Frank § 58, II, Hilschner 1, 224, §. Lilien thal 33, Meyer-Alfeld 127, Wachenfeld 262 等ハ反對。(註上 v. Liszt 167, Ann 6, Thomsson 136 Ann 3 = 依ル)

第二 精神ノ健康ヲ缺クトキ (Bei fehlender geistiger Gesundheit)

即チ精神ノ障礙アル場合はレナリ。刑法三九條ハ、心神喪失者ノ行爲ハ之ヲ罰セズ心神耗弱者ノ行爲ハ其刑ヲ減輕スト規定ス。刑法三九條一項ニ相當スル舊刑法七八條ニハ、罪ヲ犯ストキ知覺精神ノ喪失ニ因リテ是非ヲ辨別セサル者ハ其罪ヲ



論セスト規定シタリシカ現行刑法ノ草案ハ知覺精神ノ喪失ニ因リ是非ヲ辨別セストノ意義ハ頗ル不明ニシテ果シテ犯人カ全ク知覺精神ヲ喪失セシヤ否ヤヲ判別スルコトハ醫學上ニ於テモ至難トスル所ナリトノ理由ニ依リ舊刑法ノ文字ヲ廢棄シ精神障礙ニ因ル行爲ハ之ヲ罰セスト規定シタリシモ理由書五四確定法文ト爲ルニ及ヒ民法ノ用語ト一致セシムル爲メ精神障礙ニ因ル行爲ヲ修正シテ心神喪失者ノ行爲ト爲シタリ草案ト確定法文トハ内容ノ意義ヲ異ニスルニ非サルモ用語トシテハ寧ろ草案ノ規定ヲ優レリトス可シ勝本氏小四八頁大七六頁以下精神障礙ノ最重ナルモノヲ精神病ト爲ス然レトモ獨リ精神病ノミナラス發達障礙例之白痴精神衰弱例之老衰精神障礙ト相連結スル身體ノ病氣例之熱病神經衰弱又ハ一時ノ精神障礙例之醉狂等モ亦之ヲ包含ス而シテ其程度ノ高キ者ハ之ヲ心神喪失ト爲シ其程度ノ低キ者ハ之ヲ心神耗弱ト爲ス舊刑法七八條ハ一般ニ知覺精神ノ喪失ニ因テ是非ヲ辨別セサル者ノ行爲ヲ無責ト爲シタルモ刑法ハ精神障礙ニ因ル行爲ヲ二分シ其程度ノ高キ者ハ之ヲ無責ト爲シタルモ其程度ノ低キ者ハ之ヲ有責トシ只之ニ對シ減輕ヲ與フルニ過キサルトハナセリ蓋シ比較

的輕キ精神障礙ノ狀況ニ在ル者ノ行爲ハ之ヲ無罪トスル理由ナク只多少之ヲ宥恕スルヲ以テ十分ト爲ス可ケレハナリ理由書五五)

精神障礙ノ如何ハ刑法ノ研究物ニアラスシテ寧ろ法醫學ノ範圍ニ屬ス可キモノナリト雖モ今日ノ進歩シタル精神研究ニ依レハ智情意何レカノ一ニ於テ障礙アル者ハ凡テ之ヲ精神ノ障礙トシ又一部ノ障礙アル者モ實質ニ於テハ全部ノ障礙アル者ト相同シキコトハ何人モ之ヲ爭ハサル所ナリ故ニ今日ノ學問ニ於テハ所謂一事狂又ハ偏執狂(Monomanien)モ亦之ヲ精神ノ障礙ト認メ所謂德義狂(moralisches Irsein, Moral insanity)モ亦之ヲ發達障礙ノ一場合ト認ムルヲ相當トス〔註一〕此意味ニ於テ云ヘハ殺人狂、放火狂、竊盜狂、色情狂等モ亦凡テ之ヲ精神障礙者ト解セサル可カラス〔註二〕

〔註一〕 V. Liszt 188 f., Thomson 138 f.

〔註二〕 泉二氏大二三〇頁小一一一頁反對泉二氏ハ智界ノ變則狀態ノミナ精神障礙ト爲スモノノ如シ Frank II zn § 51 ハ反對ナルカ如シ

終リニ精神障礙者モ亦相對的責任無能力者ナルヲ以テ精神障礙者ノ行爲ニ付キ教唆、從犯アリ得ルヤ否ヤノ問題モ亦前ニ瘖啞者ノ場合ニ付キ述ヘタルト同シ



ク之ヲ相對的ニ決セサル可カラス。即チ心神喪失ノ程度ニ達シタルトキハ教唆、從犯ノ成立ヲ否認シ、心神耗弱ノ程度ニ止マルトキハ教唆、從犯ノ成立ヲ是認ス可キモノトス

以上引責無能力者ノ行爲ハ之ヲ罰セサルモ其行爲ニ付キ威化院收容其他適當ナル行政處分ヲ施シ得可キハ勿論ナリ。舊刑法ニハ懲治場ニ留置シ得可キ旨ノ明文ヲ設ケ(舊刑七九條但、八〇條一項但、八二條但、現行刑法ノ草案亦此例ニ倣ヒ十四歳ニ滿タサル者及ヒ瘖啞者ノ行爲ニ付テハ懲治ノ處分ヲ命シ精神障礙ニ因ル者ノ行爲ニ付テハ監置ノ處分ヲ命シ得ルコトヲ明定シタルモ(草案五一、三、但、五〇但、四九、一、但、確定法文ト爲ルニ及ヒ凡テ之ヲ削除シタリ然レトモ之ヲ削除シタル所以ハ行政處分ヲ否定スルカ爲メニ非スシテ之ヲ行政法ノ規定ニ讓ランカ爲メノ

### 第三款 狹義ノ責任

#### 第一項 總論

狭ク責任ト云フトキハ故意、過失ヲ包括ス。故意ハ責任ノ重キ形式ニシテ過失ハ責任ノ輕キ形式ナリ我刑法ハ「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アラス」ト規定ス(第三八條)即法律ニ特別ノ規定アル場合ヲ除外罪ヲ犯ス意ナキ行爲ヲ罰スルコトナシ而シテ玆ニ「罪ヲ犯ス意」ト云フハ所謂故意ヲ指スモノナリ故ニ刑法ハ故意ニ基ク行爲ニ非サレハ之ヲ罰セサルヲ原則トシ過失ニ基ク行爲ヲ罰ス可キ場合ニ付テハ必ず特別ノ規定ヲ設ケタリ

#### 第二項 故意

第一、故意(Vorsatz, dolus)トハ法定ノ構成要件ニ屬スル凡テノ行爲事實ヲ認識スルコトニシテ因テ以テ行爲ヲ導クモノ(即ち die Willensbetätigung begleitende Kenntnis der sämtlichen zum gesetzlichen Tatbestande gehörenden Tatumstände)ヲ云フ「註一」

「註一」此定義ハ v. Liszt § 39 ノ外 Koppmann Weigel 175 ノ採用スル所ニシテ Leopmann Gold A 52, 5  
モ同様ノ説明ヲ爲シ其前 Lincus, Die subjective Verschuldung (1892) 84 同様ノ説明ヲ爲セリ(Frank I zu § 19)

Thomson 121 & Vorsatz(dolus)トハ全キ構成事實ヲ認識シナカラ實行行爲ヲ爲ス意思狀態  
第一篇 犯罪 第三章 犯罪ノ要素 第四節 責任 第三款 狹義ノ責任 第二項 故意 二二三



(Wollen der ausführungshandlung unter Kenntnis sämtlicher Tatbestandsmerkmale) ナリト定義ス而シテ故意ニハ eine Willenshilfe (das Wollen der Ausführungshandlung) ト eine Vorstellungshilfe (die Vorstellung sämtlicher Tatbestandsmerkmale Kenntnis S. T. Bewusstsein, dass sam. S. vorliegen) トアリト説ク

(1) 故意ハ責任ノ重キ形式ニシテ故意ニアリテハ行爲者ハ自己ノ行爲ノ非社會的意義ヲ認識スルニ拘ハラス之ヲ行ヒ其認識アルニ拘ハラズ其行爲ヲ行フコトヲ妨止セザルモノナルヲ以テ茲ニ行爲者ノ社會的思想ノ欠缺ハ頗ル歴然タルヲ得ルモノナリ

故ニ故意ノ觀念ニハ當然左ノ二者ヲ包含ス

(a) 思想界ノ發生物タル行爲ノ豫見 (Vorstellung) 即チ行爲事實 (Tatumstände) ノ認識 (Kenntnis)

(b) 行爲ノ非社會的意義ノ認識即チ行爲ノ法律ニ該當スルコト (subsumption) 換言構成要件 (Tatbestandsmerkmale) ニ該當スル行爲事實 (Tatumstände) ノ認識

(2) 右ニ述ヘタル二個ノ内其何レカノ關係ニ於テ行爲者ノ錯誤 (Irrtum) 存スルトキハ故意ハ全ク阻却セラル。反之遺法ノ知覺 (Bewusstsein) ハ故意ノ觀念ニ必要ナラザルヲ原則トス

第二 故意ノ觀念ハ行爲ノ觀念 (Handlungsbegriff) 其者ヨリ之ヲ定ム可ク、行爲ノ法律的價值從テ其遺法ニ毫モ故意ノ觀念ニ關係ナシ此故ニ學者中故意ノ本質ハ遺法ノ知覺 (Bewusstsein der Normwidrigkeit) ニアリト説クモノアルハ (例之 Binding) 之ニ賛同スルモノハ Basedow, Beling) 之ヲ正シト爲ス可カラス故意ノ問題ハ責任ノ問題ナリ責任ノ問題ト違法ノ問題トハ之ヲ區別セサル可カラス

(1) 其故ニ故意ハ先ツ行爲ヲ導ク結果ノ豫見 (die die Willensbeigang begleitende Vorstellung ihres Erfolges) ト定義スルコトヲ得即チ故意ハ結果ヲ豫見 (Vorstellung) スルコトヲ以テ十分トシ敢テ結果ノ希望 (Wollen) アルコトヲ必要トセス此點ニ付テハ二個ノ相反スル學說アリ第一説ハ結果ノ希望又ハ其ノ意欲ヲ必要トスルニ反シ第二説ハ只結果ノ豫見又ハ其認識ノミヲ必要トス學說ハ之ヲ希望主義、意欲主義又ハ意思主義ト稱シ (Willens-theorie) 後説ハ之ヲ豫見主義、知覺主義又ハ認識主義ト稱ス (Vorstellungstheorie) 希望主義ハ從來有力ナル學者ニ依リテ主張セラレ今尙此説ノ有力ナル主張者少ナカラスト雖モ (例之 v. Buri, Gers 43, 241 ff, v. Bar, Beling 61, Binding-E, Birkmeyer 1126, Lo. i masch, Grundriss 3 anft. 1906 S 23, Loening 31, Meyer-Altfeld 140, Olshausen



Zweig, § 39. N. 16, v. Rohland, Willensstheorie und Vor 1904 v. Hippel) 今日ニ於テハ寧ロ豫見主義ヲ以テ通説ト爲ス可キカ如シ(A. Horn' Goldt A 34. 214. Orloff, Z. 14. 161.)例ニ Bekker Theorie 1859 S 278, Ziermann Anschluss der Rechtswidrigkeit 1906, Frank Z 10. S. 169. ff. Klee Dolus Inderatus 1906, Kohler Studien 1. 70 v. Lillenthal Grundriss 2 Anft. 1900. 37. Z 15. 278, Incas Die subjektive Verschuldung 1883. 13, Wachenfeld 263, Das Reichsstrafrecht 904(註) Lüpfler, Miricka, Thyrén, Weyl, Gaud, v. Liszt)

〔註〕 Frank 1 zu § 59 v. Willensstheorie v. Vorsatz v. Das Wissen und Wollen sämtlicher Deliktsmerkmaleト爲スト説明ス

Thomson 122 v. Willensstheorie v. Wollen des Erfolges ナモ必要トスルニ反シ Vorstellungst. ハ只 Vorstellung desselben ナ以テ十分トスト説キ例ヲ擧ケテ曰ハク「例ハ甲者閉サラタル窓ノ陰ニ立ナシ者ヲ嘲リタルニ乙者ハ之ヲ怒リ石ヲ投シ其石ハ窓ヲ破リ甲ノ頭ヲ推キタリ此例ニ於テ傷害ハ何レノ主義ニ依ルモ故意ニ基ク即チ V. C. ニ依レハ傷害ヲ vorstellbar シタルカ故ニ故意アリト爲リ V. C. ニ依レハ傷害ヲ wollen シタルカ故ニ vorsätzlichト爲ル然レトモ右ノ例ニ於テ物品毀棄ハ只 V. C. ニ依リテノミ之ヲ vorsätzlich ナリト云フコトヲ得何トナレハ行爲者ハ窓ノ破損ヲ vorstellen シタルモ之ヲ wollen セザリシヲ以テナリ只若シ右ノ例ニ於テ石ハ甲ニ當ラザリシトセンカ V. C. ニ從ヘハ傷害ノ爲メニモ(何トナレハ未ダ既遂ニ達セサル故)物品毀棄ノ爲メニモ(何トナレハ故意アララス而

シテ物ノ過失ハ之ヲ罰セサル故)之ヲ罰スルコトヲ得ス……」

蓋シ豫見主義モ亦意思ヲ度外視スルニ非ス又希望主義モ亦豫見ヲ度外視スルニ非サルカ故ニ實質ニ於テハ此兩主義共ニ大差ナキニ歸ス可シト雖モ形式ニ於テ云ヘハ寧ロ豫見主義ヲ以テ正シト爲ササル可カラス何トナレハ故意又ハ罪ヲ犯ス意ナル語自體カ結果ヲ欲スルコト(Gewollt)ヲ意味セサルノミナラス窃盜カ他人ノ財物ヲ欲シ墮胎婦女カ自己ノ懷胎ヲ欲スト云フカ如キ欲スト云フカ如キ俗ニ了解ス可カラサルコトニ屬スレハナリ〔註〕

〔註〕 Frank 1 zu § 59 ハ曰ハク「意思主義ノ豫見主義ニ對スル反對ハ只形式上ノ反對ノミニシテ其實質ニ於テハ何等ノ價值アルコトナシ何トナレハ Vorstellungst. モ意思ヲ看過セス意思主義モ Vorstellungst. ナ看過セスニツノ主義共ニ何時 Will.ハ Schuldhaft ナルカト問ク意思主義ハ之ニ對シ Will.ハ gewisser Takumständeノ Herbeiführungニ向ケラレタルトキナリト答ヘ豫見主義ハ之ニ對シ gewisser Vorstellungenカ同一ノモノヲ導キタル時ナリト答フ故ニ豫見主義モ亦 Willensbildungノ Elementニ廻リ Schuldhaftニハ全ク意思主義ト同一ノ説明ヲ爲スモノナレハナリ只豫見主義ノ意思主義ニ優ル點ハ所謂 milder Schwere Formノ場合ヲ説明シ易キ點ニアレハ……」

從テ故意ノ觀念ハ左ノ三者ヲ包含ス



(a) 行爲 (Willensbetätigung) 其自體並ヒニ行爲ノ行ハル可キ情況 (Umstände) ノ豫見 (所謂行爲犯ニアリテハ此豫見ノミヲ以テ十分ト爲ス可シ)

(b) 結果ノ豫見

(c) 行爲ト結果トノ因果關係ノ豫見註。故意ハ此知覺アル點ニ於テ單純ノ希望 Wunsch, Hoffnung) ト區別セラル何トナレバ單ニ希望ト云フトキハ行爲者ノ豫期セサル外部的事情 (äußere Umstände) ノ發生スルコトヲ必要トスルモノナレハナリ

「註」 v. Liszt 171. ハ不作爲ニ因果關係ナシト爲ス結果作爲犯ニアリテハ die Vorstellung der Kausalität des Tuns ト云ヒ不法犯ニアリテハ d. v. der Nichthinderung des Erfolges ト云フ。

(2) 從テ故意ハ左ノ場合ニ於テ存在ス

(a) 結果ヲ目的トスル (beabsichtigt) トキ

「註」 Frank 1 zu § 59. ハ此場合ヲ schwerste Form ノ場合ナリトス。Thomson 1.6 f. ハ Absicht トハ該當行爲ノ中間動機 (Zwischen Motiv) ニシテ Zweck トハ Motiv ト爲リタル Will ナリト説キ例ヲ舉ケテ Vorsatz ト單純ノ(動機ナキ)意思ト Absicht トノ(動機タル意思)區別ヲ説ク (Absicht n. Zweck ニ付テモ Frank 133 ff. ナ見ル可シ。)

換言スレハ結果ノ豫見カ行爲ノ動機 (Beweggrund) ト爲リタルキ即チ行爲者カ

行爲ニ因テ生ス可キ外界ノ變狀ノ爲メニ (um Willen) 行爲ヲ爲シタルトキ其變狀カ行爲ノ目標 (Ziel) ヲ爲シ其惹起カ行爲ノ目的 (Zweck) ヲ爲ストキ換言スレハ結果ヲ目的トシ (bezweckt) 結果ヲ欲求シ (begehrt) 結果ニ努力スル (erstrebt) 場合はレナリ行爲者カ結果ノ發生ヲ豫期シタル (Bestimmtheit) 程度ノ大小ハ之ヲ問ハス必然 (notwendig) 豫期シタル場合ハ勿論蓋然 (möglich) 豫期シタル場合モ亦之ヲ包含ス法律ハ屢々目的 (sich) ヲ以テ犯罪ノ構成要件ト爲スコトアリ其語ハ必スシモ一定セス。或場合ニハ「何々ヲ目的トシテ」又ハ「何々目的ヲ以テ」ト規定シ(例之七七條、九二條、九三條一〇〇條、一項二項、一一三條、一三六條、一三七條、一四八條一項二項、一四九條一項二項、一五〇條、一五二條、一五三條、一五四條、一五五條、一五六條、一五九條、一六二條一項二項、一六三條、一六四條、一六五條、一六六條、一六七條、一七二條、一八二條、二〇一條、二二五條、二二六條一項二項、二二七條一項二項、二三七條、二四七條) 又或場合ニハ「何々スル爲メ」ト規定ス(例之八三條、九五條二項、一〇七條、一三九條二項、二三八條) 何レノ場合ト雖モ其意義ハ同一ニシテ此ノ如キ場合ニ於テハ凡テ結果ノ豫見カ行爲ノ動機タルコト換言スレハ結果ヲ目的トスルコトヲ必要トス「註」而シテ此意味ニ於



テ目的ト云フトキハ只ニ近接ノ目的(例之乙ノ死去)ノミナラス更ニ遠隔ノ目的(例之乙ノ被相續ヲモ之ヲ包含ス蓋シ近接ノ目的ヲ達スルハ又遠隔ノ目的ヲ達スルニ必要ナル手段ナレハナリ)註二

「註一」更ニ調査ス可キコトアリ(一)單ニ修辭ノ爲メ「目的」又ハ「爲メ」ニノ文字ヲ附シタル所ナキカ(V. Liszt S. 171)(二)法果ヲ目的トシタルニ非ラスシテ他ノモノヲ目的トシタル所ナキカ

「註二」註一ノ(二)ノ點ハ此點ヨリ何トカ説明出來サルカ  
(b) 行爲者カ結果ノ發生ヲ豫見(Vorangesehen)シタルモ其豫見カ行爲ノ動機ヲ爲シタルニ非サルトキ

「註」Frank 1 zu § 39 ハ此場合チ hinder schwere Form ナリトシ本文同一ノ例ヲ舉ク

故ニ例ヘハ敵國ニ與シテ帝國ニ抗敵スルコトヲ知リタルモノハ其目的利得ニアル場合ト雖モ外患ニ關スル罪ノ故意アリト認ム可ク(八一條爆發器ヲ船ニ積メバ其爆發ニ因リ船モ人モ沈沒ス可キコトヲ知リ之ヲ船ニ積ミタル者ハ其目的保險金ノ受取ニアタリタル場合ト雖モ殺人ノ故意アルモノト認ム可ク(一九九條)又自ラ微毒ヲ病ミタルコトヲ知リタル婦人ハ其目的淫賣ノ利得ニアリタル場合ト

雖モ傷害ノ罪(Gesundheitsschädigung)ノ故意アルモノト認メサル可カラス

此場合ハ更ニ左ノ二場合ニ分タル

(a) 行爲者カ結果ノ發生ヲ確實(für sicher)ナリト認メタルトキ換言スレハ故意カ無條件ナルトキナリ此場合ノ故意ヲ直接故意(direkter Vorsatz)ト稱ス

(b) 行爲カ結果ノ發生ヲ只可能(für möglich)ト認メタルトキ換言スレハ故意カ條件ナルトキナリ此場合ノ故意ヲ條件附故意又ハ間接故意(eventueller Vorsatz)ト稱ス條件附故意ハ行爲ノ結果ノ發生ヲ忌避セサリシコト(nicht abgelehnt)從テ又行爲者ノ結果發生セサル可シトノ判斷ニ達セサルコトヲ條件トス行爲者若シ自己ノ熟練幸運其他ニ信賴シ結果ノ發生セサルコトヲ期待シタリトセハ茲ニ故意ヲ存在ヲ認ムルコトヲ得ス行爲者ニ於テ結果ヲ發生ス可シトノ判斷ニ對シ或ハ一般ニ此判斷ニ達セサルマテモ結果發生ノ可能ヲ豫見シタル場合(例之大德利ヲ以テ打ツニ於テ茲ニ條件附故意ヲ生スルモノナリ) Willenstheorie モ此結論ヲ是認ス此事ニ付テハ V. Liszt 172 Ann. 5)

此理由ニヨリ實害ノ故意 Verletzungsvorsatz ハ當然條件附トシテ(als eventueller)危險



ノ故意(Gefährdungsvorsatz)ヲ包括シ又全部侵害ノ故意ハ同様ニ一部侵害ノ故意ヲ包括スルヲ原則トス殺人ノ故意ト傷害ノ故意トノ關係ノ如キ是レナリ(然レトモ常ニ必ス然リト爲ス可カラス要スルニ各場合ニ付テ之ヲ視サル可カラス一派ノ論者カ主張スル如ク殺人ノ故意ハ常ニ傷害ノ故意ヲ包括スト爲スハ例之 R. 28. 200 Oslansen S 223. 17) 非ナリ此事ハ毒殺竝ヒニ中止犯ノ場合ニ大ナル重要アリ)

〔註〕 Thomsen 122 ff.

故意ノ種類

1. Dolus directus ハ行爲者ハ自己ノ結果ヲ確實ナリトシテ豫見シタルトキ(前例ニ於ケル窓ノ破損)及ヒ行爲者カ其結果ヲ欲シタルトキ(前例ニ於ケル甲ノ傷害)ニ生ス
  2. Dolus eventualis ハ行爲者カ自己ノ行爲ノ結果ヲ欲スルニ非サルモ之ヲ可能ノコトト豫見レ尙裁判官ノ確信ニ於テ行爲者ハ其結果ヲ確實ナリト豫見シタリトスルモ尙其行爲ヲ爲シタル可シト認メラル可キトキニ生ス例ハ甲ノ犬カ兎ヲ追尾スル際ニ乙ナル者「犬ニ當リテモ」トノ叫チ以テ兎ヲ射撃シタリトセハ兎ノ死ニ對シテハ dolus directus アルモ犬ノ死ニ對シテハ dolus eventualis アルナリ即チ「危險ヲ冒シテモ」(selbst auf die Gefahr hin)ト云フトキハ常ニ d. e. アルナリ故ニ其思想ナキトキハ d. o. アリト爲ス可カラス例ハ熱練シタル射手甲カ友人乙ノ口ヨリ筒ヲ射落サントシ誤テ乙ヲ射タリト云フ場合ノ如キ是レナリ。
- レニハ刑法上ノ取扱ニ於テ全然 d. o. ト同一ノ地位ニ立ツ故ニ例ハハレニ場合ニ於

テモ亦レニノ場合ト同シク未遂ノ成立ヲ認ムルコトヲ得又レニハ凡テノ構成要件ニ付キ存在スルコトヲ得

3. 其外ニ dolus alternativus, dol. antecedens, dol. subsequens, dol. generalis (d. g. Weber 1825 カニ試ミタルモノナリ例ハ甲カ乙ヲ殺サント思ヒ其意ノ如ク之ヲ殺シ其死體ヲ水ニ没シタルニ後ニ至リ乙ハ水ニ溺レタルコトヲ發見セリト云フ如キ場合ニ生ス然レトモ今日ノ理論ニ於テハ錯誤ノ問題ニ依リ之ヲ解決スルコトヲ得可シ即チ行爲者ノ錯誤カ unwesentlich ナルトキハ殺人既遂アリトシ其錯誤カ wesentlich ナルトキハ殺人未遂及過失殺アリトス)ノ如キ Dolusarten アレトモ何レモ其必要ナク且ツ混同ヲ免レサルモノナリ。Mordニ關シテハ dolus premeditatus (熟慮ニ出テタル決意ヲ以テ) dolus repentinus (熟慮ニ出テタル決意ナシニ)トチ區別シタリ(我舊刑ハ然ラス舊刑法ハ然リ)尙 dolus determinatus ハ行爲者カ犯罪ノ進行ヲ只不定ニ豫見シタル場合(例ハ被害者カ數隻ノ攻撃ニ依リ始メテ倒シ又ハ長キ時出血シ或ハ夜森中ニ逃ケ又ハ……)ニ生スト爲ス

第三、「註」以上述ヘタル故意ノ觀念ハ専ラ自然的行爲ノ意義(im Sinne des natürlich en Handlungsbegriffes)ニ於ケル行爲ニノミ關スルカ故ニ何等法律上ノ色彩ヲ帶フル所ナク適法行爲ニ對シテモ違法行爲ニ對シテモ同様ニ其適用ヲ見ルモノナリ。而シテ故意ハ之ト行爲ノ非社會的意義トノ關係(Beziehung auf die antisoziale Bedeutung der Tat)ヲ説クニ至リ始メテ其法律上ノ意義ヲ生スルニ至ル



〔註〕此點ハThomsonハ極簡單ニ説明ス題ハ「故意ノ範圍」ト爲シ凡テノ構成事實ト實行々爲トナ認識セサル可カラス又適法ノ要件ニモ及フ然レトモ訴訟條件、刑罰排除、刑罰廢止ノ原因、可罰條件其他ニハ及ハスト説ク簡單ナル例モ舉ケタリ。

(1) 從テ故意ハ行爲者カ自己ノ行爲ニ因リ法律上保護セラレタル利益ヲ侵害スルコトヲ知覺スルコトナリト定義シ得可ク又斯克定義セサル可カラス。而シテ其利益カ個人ノ利益タルト團體ノ利益タルトハ之ヲ問ハサルナリ註然レトモ現行法ハ此點ニ付キ聊カ相異ナリタル見地ニ立チ「罪ヲ犯ス意」アルコトヲ必要トス、罪ヲ犯ス意トハ行爲者自ラ其行爲カ罪ノ行爲事實ニ適合ス可キコトヲ自覺スルヲ云フ。故ニ此點ヨリ觀察スレハ故意ハ法律上ノ構成要件ニ屬スル行爲事實ヲ認識スルコトヲ云フト定義セサル可カラス

〔註〕 Kohlrausch Z. 53. 57, 25. 263, Köhler, Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum 1904. S. 33 同様に説ク

Frank II. zu § 59. (Die Richtung des Dolus)

刑法三八條一項ハ罪ヲ犯ス意ナキ行爲ハ之ヲ罰セスト規定シ其第二項ハ罪本重カル可クシ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ト規定シ現ス、舊刑法七七條一項ハ「罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セスト」規定シ其第二項

第三項ニ於テ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罪本重カル可クシテ犯ストキ知ラサル者ハ其重キニ從テ論スルコトヲ得スト規定シ現行刑法ノ草案ハ此規定ニ修正ヲ加ヘ尙其第二項第三項ハ共ニ同條第一項ノ適用ニ過キササルヲ以テ之ヲ法典ニ明記スル必要ナシトシ共ニ之ヲ削除シタルニ確定法文ト爲ルニ及ヒ疑義ヲ避クルカ爲メ其第三項ニ相當スル規定ノミヲ附加シタルモノナリ(理由書五三)故ニ現行刑法ニ於テモ亦舊刑法ト同一ノ解釋ヲ下ス可ク故意ノ方向ヲ示シタル舊刑法七七條二項ハ現行刑法三八條二項ト共ニ現行法ノ解釋ニ大ナル材料ヲ供給スルモノナリ即チ此二個ノ法條ニ依レハ「罪ヲ犯ス意」トハ罪ト爲ル可キ事實及ヒ罪本重カル可キ事實ヲ知ルコトヲ云フト定義スルコトヲ得ルカ故ニ故意ノ構成ニハ罪ト爲ル可キ事實及ヒ罪本重カル可キ事實ヲ知ルコトヲ必要トス換言スレハ犯罪ノ構成事實竝ヒニ刑罰加重ノ事實ヲ知ルコトヲ要ス即チ凡テノ行爲事實(Tatumsstände)是レナリ

1. 行爲事實中ニハ事實(Tatsachen)ノミナラス刑法外ニ存スル法律ノ制定ニ係ル凡テノ權利權利關係及其他ノ法律的關係モ亦之ヲ包含ス例ヘハ天皇、皇族ト云



七三條以下)君主大統領ト云ヒ(九〇條以下)名譽ト云ヒ(二三〇條)所有ト云フ(他人ノ物二三五條以下)カ如キ其例ナリ刑法ハ如斯キ觀念ヲ發見シ之ヲ純粹ナル事實的現象ト同シク自己ノ保護ノ下ニ持チ來ルモノナルカ故ニ此等ノ觀念モ亦凡テ行爲事實中ニ包含セラレサル可カラス學者多ク此理論ノ理由ニ付キ誤ヲ惹起シタリト雖モ(例之 Falschner 1,264, Kahn, Der ausserstrafrechtliche Rechtsirrtum 1900 S. 25)要スルニ其理由ハ刑法ノ第二位ノ性質ニ基ク外ナシ

Tatumstände ノ定義ハ精密ニ之ヲ定ムルコトヲ得ス (Kahn a. a. o. 49, Heunemann, Die Bindingsche Schuldlehre 1889. S. 125 等)ハ之ヲ試ミタレトモ然レトモ之ト Rechtsbegriffe トヲ對照セシムレハ「」ノ意義ハ其定義ヲ擧タルト同シク明白ナルコトヲ得即チ juristische abstrakten ニ依リ發見セラレタルモノハ「」ニ非ス「」ノ Kenntnis ハ Dolus ノ問題トナルモ R. ノ R. ハ「」ノ問題トナラス例ヘハ行爲者ハ自ラ偽造シタル者ノ文書タルコトヲ知ルヲ要セス彼ハ其物ヲ文書ノ觀念ニ subsumieren スル要ナシ行爲者ノ知ラサル可カラサルモノハ寧ロ法律家タル裁判官カ文書ノ存在アリト結論ス可キ Umstände 其者ニアルナリ(反對說 v. Liszt § 39, Finger 12.46 此事ニツキ詳述セルハ Kohl-

rausch, Irrtum und schuld begriff 190. 3. S. 190 本文ト同説ナルハ Belling, L. v. V. 188, 186 及多數ノ判例特ニ E 32, 414, 34, 34 222, 418)

2. 然レトモ Tatumstände ノ Kenntnis ハ只「」カ Gesetzliche Tatbestände (又ハ strafbarkeit ヲ高ムル)ト爲ル限リニ於テ Dolus ニ屬スルノミ。行爲者カ G. T. 以外ニ存スル「」m. ヲ知リタルト否トハ Dolusfrage ニ關係ナシ此事ハ其等ノ Umstände カ法律上ノ判斷ニ付キ大ナル重要ヲ有スルトキト雖モ右同一ニシテ殊ニ Bedingungen der strafbarkeit 竝ニ Prozessvooraussetzungen 等ニ付キ其然ルヲ見ルナリ)故ニ例ヘハ窃盜、詐欺、恐喝又ハ横領ノ罪等ニ付テハ行爲者ニシテ自ラ窃盜シ騙取シ、交付セシメ又ハ横領シタル財物ノ他人ノ物ナルコトヲ知リタルニ於テハ主觀的 Tatbestand ハ之ヲ以テ完備シ所有者ノ如何ニ關スル錯誤ハ毫モ其ノ行爲者ニ利益スル所ナシ。故ニ親族ノ物ヲ窃取、騙取又ハ横領ス可ク信シ事實ニ於テ他ノ物ノ財物ヲ窃取、騙取又ハ横領シタル場合ニハ其訴ナキトキト雖モ尙之ヲ訴追スルコトヲ得ルモノナリ(二四四、二五一、二五五)同一ノ理由ニ因リ Bewusstsein der strafbarkeit モ亦故意ノ問題外ト爲ル何トナレハ strafbarkeit ノ問題ハ G. T. ノ問題ニ非ラスシテ寧ロ Rechtsfolge ノ問題タレ



ハナリ、然レトモT.カG.F.ニ屬スル限リハ其認識ハT.カgegenwärtigerナルトzukünftigerナルトヲ問ハス故意ノ問題ト爲ル

(a) gegenwärtige Tatumstände トハ行爲ノ當時行爲ニ獨立シテ存在スルT.ヲ云フ目的物ノ法律上重要ナル性質 die rechtlich Eigenschaften des Objekts)ハ其最重ナルモノナリ其故ニ行爲者カ自己ノ行爲ノ人ニ對シテ行ハルルコトヲ知ルトキニ於テノミ殺人ノ故意アリト解ス可ク又行爲者カ自己ノ誘拐スル少女ノ未成年者ナルコトヲ知ルトキニ於テノミ未成年者誘拐ノ故意アリト解ス可キナリ同様ニ犯罪ノ手段 (Verbrechensmittel)モ亦T.G.ト爲ル限リハ(例之一七八條)右同一ニシテ行爲者ノ人的性質(例之官吏タル身分)モ亦同一ノ條件ニ於テ右ノ如クナラサル可カラス(E.23.174)之ニ反シSchuldenelemente其自體ハ之ヲ知ルヲ要セス其故ニ行爲者ハ十四歳ニ滿チ又ハ滿タサルヲ知リタルヤ否ヤハ何等ノ關係ナシ(Finger I. 217. 18, Belling, I. v. V. 186. ff. Meyer-Alfeld 132)

(b) zukünftige T.トハ行爲ニ因リテ初メテ生シタルT.即チ結果ヲ云フ即チ結果ヲ知ラサレハ故意アリト云フ可カラサルナリ

Deliktカ ein konkretes Gefährdungsdeliktナラハ Bewusstsein der Gefährdungカ Dolusニ屬ス(Gefährdungsvorsatz) Gefährdungsvorsatzト Verletzungsv.トノ關係ハ甚タ爭ハル一派ノ學者ハV.V.トG.V.トハ其Objektノ爲メニ互ニ相排斥スト説クモ(Binding, Normen 2. 455)通説ハ當然V.V.中ニハ常ニG.V.ヲ包含スト説ク(Busch, Gefahrland Gefährdungsvorsatz 1897 Miricka, a. a. o. 77 ff. Klee, a. a. o. 28) dol. ev. nt.ノ理ニ從ヘハ無論通説ノ説ク如クナラサル可カラス

Positive Tatumständeノ存在ニ付テノ如ク Negative T.即チ違法ヲ排除ス可キT.ノ不存在モ亦行爲者之ヲ認識セサル可カラス何トナレハP.T.ノ存在ニ對スル認識トT.トノ不存在ニ對スル認識トハ互ニ相適應スルモノナレハナリ侵害セラレサルコトヲ知ラス從テ侵害セラレタル者ト信シタル者ハ自己ノ行爲ノ人ニ對スルコトヲ知ラサルト同一ナリ他ノ言ヲ以テ言ヘハ違法ヲ排除スヘキT.アリト誤信シタルトキハ違法ヲ排除スルモノナリ(言語上殆ント一致セルハR. M. G. 2. 212, 4. 97. 5. 23. 通説モ亦結果ニ於テ一致ス例之 E. 6. 405. 19. 298. 21. 189. 33. 32, Bay O Z G Str. 6. 27 理由ヲ同シクスルハ Löffler Grünh Z 20. 775, Merkel 82, Miricka, a. a. o. 124 ff.)及クニ一派ノ



論者(例之 Kohlrausch, a. n. o. 59 ff.)カ爲ス如ク E. ノ觀念ヲ否定ス可シトスルモ結論ハ右同一ナラサル可カラス何トナレハ例ヘハ正當防衛ノ状態ニアリト信シタル者ハ自ラノ見地ニ立テハ自ラ行爲ヲ爲シタル關係ハ abnorm ナレハナリ此場合ニ於テハ Notwehrstand ニアリト信シタル錯誤カ避ク可キモノナル限リニ於テ Vorwurf ナシ得ルノミ。即チ之ヲ否定シ得クンハ茲ニ通説カ説ク如ク只過失ノ問題ヲ有スルノミ即チ其行爲ハ只過失犯トシテ之ヲ處罰シ得キノミ。結論ヲ異ニスルハイ Liszt § 41 此説ニ對シテハ Frank N 14. 364 此場合ニ於テモ亦常ニ E. アリト誤信シタルモノナルコトヲ忘ル可カラス將來ノ侵害ニ對シテモ Notwehr ヲ爲ス權利アリト誤信シタル場合ハ E. ヲ誤リタル場合ニ非ラスシテ Rechtsätze ヲ誤リタル場合ナリ故ニ此場合ニ於テハ其 Irrtum アリトスルモ Vorsatz アリト云フコトヲ得

罪ヲ輕クスル (Strafbarkeit vermindern) E. アリト誤信シタル場合モ亦右同一ニ之ヲ決スルコトヲ得可シ自己ノ所有ナリト信シ他人ノ所有ニ係ル物ニ放火シタル者ハ只自己ノ所有ニ係ルモノノ放火罪トシテ之ヲ處罰セサル可カラス(一〇九二項、一一〇二項)獨逸學者ハ胎兒殺ノ例ヲ引ク×同説 Finger I 230, Meyer-Alfeld 137

罪ヲ重クスル (Strafbarkeit erhöhen) E. モ亦行爲者之ヲ認識セサル可カラス直系尊屬タルヲ知ラスシテ人ヲ殺傷シタルモノハ單純ノ殺傷ヲ以テ論ス可ク直系尊屬ノ殺傷ヲ以テ論スルコトヲ得ス(一〇〇二、一〇〇五二項)只結果ニ因リ責任ヲ定メタル犯罪ノミカ之レカ例外ヲ爲ス此場合ニハ Grunddelikt ノ Tatbestand ヲ有責ニ惹起シタルニ於テハ重キ結果ノ客觀的存在ヲ以テ十分ト爲ス百十一條ニ規定シタル延燒ノ如キ故意ニ放火ヲ爲シタル限リハ其以上ノ責任ナキモ尙重キ結果ヲ惹起セシムルモノナリ此ノ如キ場合ニ付キ重キ結果ニ付キ過失犯ノ成立ヲ認め能ハサルハ勿論ナリ(通説 vgl. Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts 18. 95. S. 256. E. 5. 29 反對説 Binding 1. 366, Hälschner 1. 326. 2. 28 X Zeidler, Strafe ohne Schuld 1899 參照)

(2) 故ニ故意アルカ爲メニハ必ス凡テノ構成事實 (Tatbestandsmerkmale) ヲ認識シ (Kenntnis) 又之ヲ知ラサル (das Wissen) 可カラス。從テ法律ニ事實ヲ正シク適合セシムルコト (Subsumption) モ亦故意ノ範圍ニ屬ス。行爲者ハ自ラ窃取シタル物件ノ他人ノ物ナルコトヲ知り、自ラ偽造シタル書面ノ文書ナルコトヲ知り、自ラ爲シタル行爲ノ猥褻ナルコトヲ知ラサル可カラス。然レトモ此等凡テノ犯罪構成要件ハ最早心



意ノ發生物タル行爲共者ニ非ラスシテ已ニ行爲ニ對シ法律上ノ意義ヲ與ヘタルモノタルナリ。然レトモ此點ハ因ヨリ學界ニ爭アル所ナリ。一部ノ學者ハ之ニ反對ス(Beling, Verbrechen 187, Kohlrausch 109, dafür Finger 1. 246) 一部ノ學者ハ行爲事實(Tatums-tänden)(例之所有權)ト法律觀念(Bechtsbegriffen)(例之文書)トヲ區別シ前者ハ之ヲ知ラサル可カラサルモ後者ハ之ヲ知ラサルコトヲ得ト説キ(Ernk § 591) 又一部ノ學者ハ違法事實(Normwidrigkeitsmerkmalen)ト可罰事實(Strafbarkeitsmerkmalen)トヲ區別シ前者ヲ之ヲ知ラサル可カラサルモ後者ハ之ヲ知ラサルコトヲ得ト説ク。然レトモ余輩ハ前ニ述ヘタル理由ニ依リ反對説ヲ正シカラストシ又行爲事實ト法律觀念ヲ區別スルハ不明確ニシテ且ツ法律上ノ根據ナク又違法事實ト可罰事實トヲ區別スルモ亦根據ナキ獨斷(have Willkür)ナリト信ス(v. Liszt 174. Anm. 9)

茲ニモ亦前ニ述ヘタル條件付故意ノ思想ヲ適用スルコトヲ得、即行爲者カ構成事實ノ發生ヲ可能トシ且ツ之レヲ避ケサリシ場合ニハ茲ニ條件付故意(Eventueller Vorsatz)ノ存在アルモノナリ

(3) 反之故意ハ只各罪ノ客觀的行爲事實ニノミ關シ敢テ各罪ノ主觀的行爲事

實又ハ一般ノ觀念要素竝ニ其發現ノ形式(Erscheinungsformen)ニ關スル事ナク又故意ハ刑法ノ効力行爲外ニ存スル處罰條件、訴訟條件、刑罰排除又ハ其廢止ノ原因若シクハ特別ノ行爲事實ニ付キ定メラレタル刑罰減免ノ原因(Strafmilderungsgründen)トハ何等ノ關係ナシ(最後ノ點ニ付キテハ聊カ爭ナキニ非ラス Ernk § 59 II. Meyer-Alfeld 153 等ハ小供殺ノ場合ニ付キ必スシモ、Liszt 174ト同一ノ結論ヲ爲ササルモノノ如シ此事ニ付テハ v. Liszt 174. Anm. 10 參照)

### 第三項 錯誤

第一 錯誤(Irrtum)ノ問題モ亦故意ノ問題ト(Doluslehre)相牽連ス。嚴格ナル意義ニ於テ錯誤ト云フトキハ(s. Olish-Zeig 7 zu § 159) (1) 全體豫見ヲ缺ク場合(2) 及ヒ積極的ニ誤リタル豫見ノ存在スル場合ヲ包含ス。然レトモ故意ノ理論ニ於テハ罪ト爲ル可キ事實又ハ罪ヲ重カラシムル可キ事實ヲ知ラサル限リハ共ニ之ヲ故意ナシト論ス可ク其ノ何レノ場合ニ屬ス可キヤハ故意ノ問題ニ付キ何等ノ交渉ヲ有セス。此點ヨリ觀察スレハ何レノ意義ニ於ケル錯誤ト雖モ故意ノ否定以外ニ意義ヲ有セ



ス而シテ凡テノ錯誤論ハ只故意論ノ消極的方面ヲ觀察スルニ過キサルモノト云ハサル可カラス(Frank v zu § 159, ebenso Kohlrausch a. a. O. II.)即錯誤ノ刑法的意義ハ只専ラ故意ノ觀察ニ胚胎スト云フコトヲ得(V. Liszt IV.)學者或ハ錯誤ヲ以テ責任能力排除ノ原因(Grundausgeschlossener Zurechnungs-(nicht Delikt)-fähigkeit)ト爲スアリト雖モ此ノ如キハ法律上ノ根據ヲ缺ク議論ナリ(V. Liszt Ann.)

(V. Liszt = 依レバ Finger 1 § 45-47 Binding = 從ヒ此說ヲ主張ス)

(1) 故意ハ罪ト爲ル可キ事實及ヒ罪本重カル事實ヲ知ルコトナリ。故ニ錯誤ニ依リ罪ト爲ル可キ事實又ハ罪本重カル可キ事實ヲ知ラサルトキハ故意ハ阻却セラレサル可カラス。故ニ例ヘハ他人ノ財物タルヲ知ラサルトキハ竊盜ノ故意アリト爲ス可カラス自己ノ直系尊屬タルヲ知ラサルトキハ直系尊屬ヲ殺傷シタル罪ノ故意アリト爲ス可カラス。然レトモ右ハ只所謂客觀的の行爲事實ノ錯誤ニ就テノミ適用アル可ク前項IIIノ(3)ニ述ヘタル要件ノ錯誤ニ適用ス可カラサルハ勿論ナリ

罪ト爲ル可キ事實又ハ罪本重カル可キ事實ノ存セサルニ拘ハラズ錯誤ニ因リ

此等ノ事實ノ存スルモノト誤信シタル場合ニハ故意ヲ阻却セスシテ寧ロ不能犯ヲ構成ス「註」

「註」 Frank v zu § 39. 曰ハク「錯誤ハ Strafbarkeit ナ排除シ又ハ之ヲ減スルモ決シテ之ヲ制定シ得ハキモノニ非ス。此點ニ未達ノ Strafbarkeit ハ如何ト主張スル勿レ之レ Irrtum カニナ Begründen スルニ非ラス Gesetz カ之ヲ B. スルナリ。一般ニ認メラレタル Straflosigkeit des Pata-to-delikts oder Wahnebrechen ハ右ノ原則ニ依リテ生ス。右トハ行爲者カ自己ノ行爲ヲ事實上ノ關係ニ於テ正シク評價シタルモ其 Strafbar ナ誤リ信シタル場合ニ生ス例ヘハ婦人ニ對シ widernatürliche Unzucht ナ爲シタル場合ノ如シ此ノ如キ場合ニハ Tatbestand ナ欠クカ故ニ固ヨリ犯罪ヲ構成セス(Olah Zweig. 26)

(2) 錯誤ハ行爲ヲ法律ニ適合セシムル(subsumtion)ノ誤即チ所謂適合ノ錯誤(Dis-suntionsirrtum)タルコトヲ必要トスルニ止マリ事實ニ對シ不正ナル判斷ヲ下シタルカ將タ適用ス可キ法規ヲ誤リ解釋シタルカハ錯誤ノ法律の意義ニ對シ何等ノ影響ヲ及ホサス通説ハ事實ノ錯誤(Tatirrtum)ト法律ノ錯誤(Rechtsirrtum)トヲ區別シ又法律ノ錯誤ヲ更ニ刑法ノ錯誤(I. über Strafrechtsätze, Strafgesetze)ト刑法外ノ法律錯誤(I. über andere Rechtsätze, ausserstrafrechtlich Rechtsirrtum)トニ區別シ事實ノ錯誤



ト刑法外ノ法律錯誤トハ故意ヲ阻却スルモ刑法ノ錯誤ハ故意ヲ阻却セスト説ク。茲ニ事實ノ錯誤トハ事實ヲ誤リ判断シタル場合ヲ云ヒ茲ニ法律ノ錯誤トハ適用ス可キ法律ヲ誤リ解釋シタル場合ヲ云フ（V. Liszt 175）即チ法律ノ錯誤ハ權利權利關係又ハ其他ノ法律關係カ行爲事實（Tatumstände）ト爲ル場合ニ生ス（Frank V. z. §150.）然レトモ事實ノ錯誤ト法律ノ錯誤トヲ區別スルコト已ニ成法上ノ根據ナク又司法ノ實際ニ貫徹ス可カラサル理論ナルノミナラス刑法ノ錯誤ト刑法外ノ法律錯誤トヲ區別シ刑法外ノ法律錯誤ノミヲ以テ事實ノ錯誤ト同一ニ論ス可シト爲スカ如キ更ニ何等ノ根據ナキ論ニシテ此ノ如キ區別ハ明カニ刑法ノ保護法（Schutzrecht）タル性質ヲ看過シタルモノナリ蓋シ保護法タル刑法ハ自ラ凡テノ觀念ヲ定メスシテ只他ノ法律ヲ定メタル觀念ヲ借り來ルニ過キササルモノナレハナリ（V. Liszt 175 Anm. 175 = Litt. 3 擧ク V. Bar Gs 38. 270. Binding Normen 2. 607, Finger 1. 239, 249, Kahn, Köhler, Leoning, Otker, Rosenblatt 等正シ R. ハ時ハ反對）換言スレハ事實ノ錯誤カ故意ヲ阻却スル如ク法律ノ錯誤モ亦故意ヲ阻却ス。他人ノ財物ヲ破損シタル者ハ自己ノ物ト取違ヒタル場合事實ノ錯誤ト同シク法律ノ解釋ヲ誤リタル結果自己ノ物

ト誤信シタル場合法律ノ錯誤ニモ物品毀棄ノ故意ヲ阻却セララル又刑法外ノ法律錯誤ハ事實ノ錯誤ト同一ナリト云フモ此理論ハ只刑法外ノ法律錯誤ハ之ニ因リ Tatumstände ノ Nichtkenntnis ヲ惹起スル限リニ於テノミ故意ヲ阻却ストノ意義ヲ有スルニ過キス又刑法ノ錯誤ハ故意ヲ阻却セスト云フモ此理論ハ唯行爲ノ罪ナシト誤信シ行爲ノ適法ヲ誤信スルモ故意ヲ阻却セストノ意義ヲ有スルニ過キス而シテ一方刑法ニ規定セラレタル法律關係カ Tatumstände ノ一タル場合ニ付キ考フレハ刑法ノ錯誤モ亦故意ヲ阻却スルコトアリト論定セサル可カラズ罰金以上ノ刑ニ該ル罪ヲ犯シタル者ニ非スト誤信シ一〇三條規定ノ行爲ヲ爲シ贓物タラスト誤信シテ二五六條ノ行爲ト爲シタル場合ノ如キ是レナリ

要スルニ主タル問題ハ刑法ノ錯誤ナルカ將タ刑法外ノ錯誤ナルカノ點ニ非ラスシテ寧ロ法律上ノ Tatbestand ニ屬スル Tatumstand ヲ誤リ認メタルヤ否ヤノ點ニアリ而シテ此問題ハ又第一ニ Tatumstand ノ觀念及ヒ法律上 Tatbestand ノ觀念ニ因リ解決セラル可ク而シテ右ニ認メタル認識ニシテ否定ス可キモノナラハ最早其 Unkenntnis カ事實ノ錯誤ニ因ルカ將タ法律ノ錯誤ニ因ルカハ之ヲ研究スル必要ナ



ク又刑法ノ錯誤ニ因ルカ將タ刑法外ノ錯誤ニ因ルカモ右同一ナルナリ(Trank a. d. O. S. 135)

第二 行爲ヲ法律ニ適合スルコトハ正シキモ換言スレハ犯罪構成要件ハ正シク之レヲ認識シタルモ具體的行爲事實(Tatumstände)ノ一ニ就キ行爲者ノ誤信アル場合ニモ錯誤ノ存在ヲ認めサル可カラス人ヲ殺シタルコトヲ知リタルモ甲ヲ乙ト誤リ殺シタル場合ノ如シ此ノ如キ場合ニハ結果ヲ惹起シ又ハ之ヲ妨止セサル意思活動ノ意義ニ關スル行爲者ノ觀念(Vorstellung)ト實際ノ進行(tatsächliche Verlauf)トノ間ノ不一致(Netübereinstimmung)トニ因リ錯誤ヲ生ス

(1) 結果並ヒニ其惹起又ハ其不妨止ノ手段(Mittel)ニ關スル觀念ハ全ク不定ナルヲ許ササルモ決シテ凡テノ點ヲ包括スルコトヲ要セス故ニ結果並ヒニ手段ニ關スル行爲者ノ觀念ハ或時ニハ多ク一定セラレ又或時ニハ少ク一定セラルルコトアル可シ行爲者ハ一般ニ自己ノ意思活動ニ因リ惹起シタル因果律ヲ認識シ且ツ其效果ヲ觀念セサル可カラス然レトモ是レアルヲ以テ十分トス可ク自ラ與ヘタル毒藥ノ生理的效果如何ト云フカ如キ自ラ盜ミタル財布ノ在中金幾干ト云フ

カ如キ自ラ投ケタル爆發藥ノ何人ニ適中スルヤト云フカ如キ何レモ之ヲ知ルコトヲ要セス通説ハ此ノ如キ場合ニ就キ確定、不確定ノ故意アリト爲ス(Mehr oder weniger, determinierten" Vorsatz)

其故ニ生シタル結果ヲ故意ニ歸セシムルカ爲メニハ觀念サレタル進行ト實際ノ進行トノ間ニ完全ニ(vollkommenen)凡テノ點ヲ包括スル一致アルコトヲ要セス。意思活動ニ因リ惹起シ又ハ之ヲ防止セサル變狀ノ觀念ト實際ノ變狀其者トハ互ニ相一致セサル可カラス然レトモ凡テノ點ニ於テ一致スルヲ要セスシテ唯主要ナル點ニ於テ(rur in den wesentlichen Einzelheiten)一致スルヲ要スルノミ

(2) 其故ニ進行並ニ自己ノ意思活動ノ結果ニ對スル行爲者ノ錯誤ハ錯誤カ主要(Wesentlich)ナルトキニ於テノミ故意ノ責任ヲ排除ス果シテ然ラハ錯誤ハ如何ナル場合ニ於テ之ヲ主要ナリト爲シ得可キカ曰ハク行爲者カ自己ノ錯誤ヲ認識シ實際ノ進行ヲ豫見シタリトセハ其犯行ヲ思止マル可カリシ場合ニハ錯誤ハ之ヲ主要ナリトス

之ニ反シ觀念セラレタル進行ト實際生シタル進行トノ間ニ不一致アルモ其不



一致カ個個ノモノ (einzelne) ニシテ行爲ノ全體ニ付キテ云へハ唯主要ナラサル點 *ohne unwesentliche Punkte* ハ不一致アルニ過キササル場合ニハ故意ノ責ヲ阻却スルト云フコトヲ得ス

其故ニ愛人ヲ射殺スル目的ヲ表白シ裝填シタル拳銃ヲ以テ之ニ迫マリ愛人ノ指輪火鷄ニ觸レ愛人終ニ殺サレタル場合、甲乙ヲ溺死セシメントシ之ヲ橋上ヨリ投シタルニ乙ハ橋柱ニ觸レテ其頭骸ヲ挫キタル場合、森ノ番人獵者ヲ射ントシ之ニ狙ヲ定メタルニ獵者思ハス横跳ヲ爲シ絶壁ニ陥リタル場合及窃盜文書ヲ盜マントシ小匣ノ鎖ヲ開キタルニ金千圓在中シタル爲メ之ヲ窃取シタル場合 (*V. Liszt I*) ハ此場合ニハ加重窃盜ナクシテ單純ノ窃盜アリト論ス)等ノ如キ凡テ故意ノ殺人及窃盜アリト爲ササル可カラス

之ニ反シ甲乙ヲ電話ヲ以テ侮辱セントシ不注意ニ因リ丙ノ電話ト結合シ丙ヲ侮辱シタル場合及ヒ甲仇敵乙ヲ殺サントシ夜陰自己ノ男丙ヲ乙ト誤リ之ヲ殺シタル場合等ニ於テハ故意ニ基ク殺人既遂アリト爲ス可カラス蓋シ此ノ如キ場合ニ於テハ錯誤ハ常ニ主要ナレハナリ

Weber (1825) 後 *dolus generalis* [註]ト名付ケラレタルモノモ亦右ノ原理ニ依リ之ヲ解決スルコトヲ得 *dolus generalis* ハ行爲者已ニ犯罪ヲ遂ケタリト誤信シ犯蹟ヲ覆ハシカ爲メ其他ノ目的ヲ以テ更ニ或行爲ヲ爲シ事後ノ行爲ニ因リ始メテ豫期シタル結果ヲ惹起シタル場合ニ生ス茲ニ凡テノ *Teilakte* ハ結果ノ單一ナルカ爲メ之ヲ單一ノ行爲ト觀察ス可キモノナルカ否カノ問題ヲ生シ又其行爲ノ進行カ唯主要ナラサル點ニ於テ行爲者ノ觀念ト相異ルニ過キササルモノト觀察ス可キモノナルヤ否ヤノ問題ヲ生ス而シテ若シ之ヲ肯定シ得クンハ結果ヲ歸セシムル爲メ別ニ特種ノ *dolusart* ヲ認ムルコトヲ要セス又若シ之ヲ否定ス可キモノナラハ此 *Dolusart* ノ認識ニ因リ各個ノ獨立シタル *Akte* ヲ單一ニ結合セシムルコトヲ得ス而シテ事實ニ於テハ此ノ如キ場合ニ於テ多ク行爲單一ノ存在ヲ肯定ス可キナリ (*V. Liszt 177. Anm. 6*) (反對 *Finger 1263, Meyer-Altfeld 146, Frank 177. Anm. 6*) (反對?)

[註] Frank 136 行爲者ハ結果ヲ惹起シタリト信シ其犯跡ヲ蔽ハンカ爲メ或ル行爲ヲ爲シタルニ却テ其行爲自ラカ結果ニ對スル原因力ヲ與ヘタル場合例之甲カ乙ヲ打殺シタリト信シ其屍骸ヲ地中ニ埋メタルニ乙ハ却テ窒息シテ死シタリト云フ如キ場合ニハ殺人未遂ト過失殺トノ競合ヲ認ムルヲ至當トス Weber 之ニ反シ *dolus generalis*



ノ理ニ因リ故意ノ殺人アリト爲ス尙此點ニ付テハ、Liszt § 39, Osh-Zweig 3 zu § 311, Finger 1. 263 參照)

第三 錯誤ノ問題ハ凡テ以上述ヘタル原則ニ依リ之ヲ解決スルコトヲ得學者或ハ aberratis ictus(sine impetus)ト error in persona(sive objecto)トヲ區別セントスル者アルモ何等ノ理由ナキコトナリ此區別ハ十九世紀ニ至リ Pfotenhauer(1828)ニ依リ始メテ主張セラレタル所ニシテ今日ニ於テハ殆ント學界ノ通説タル觀アリ「註」

「註」v. Liszt 177A nm. 7 〃 〃 此區別ニ關スル立法學說ヲ掲ク、Liszt 同シク Bailing 80, Finger 1. 255, Frank § 59 v. Lammasch 33, 等モ此區別ニ反對ス R. v. Feuerbach 以來ノ通説ニ依ル(R. 19. 179)普通法ニ當リ常ニ abirringung 〓 Irrtum in der Person トナ同一ニ取扱メ(例之 Prensens 1721) Clarus Carpogow (Süchliche Konsilt 40) 等ニ從ヒ常ニ故意ノ既遂罪ヲ認メタリ。1852.ノ奧國法一三條モ亦佛等ト同シク此二種ノ場合ヲ同一ニ取扱フ

通説ハ觀念シタル結果カ觀念シタル Objekt ト異リタル Objekt ニ付キ生シ此結果ノ Abirringung カ外界ノ事情ニ遡ル可キモノナルトキハ常ニ Abirringung ノ存在アリトシ此ノ如キ場合ニハ常ニ生シタル結果ノ責任阻却セラレ只故意ノ未遂ト過失ノ既遂トノ併合ヲ見ルノミ之ニ反シ行爲者ノ Irrtum (Verwechslung) ハ二個ノ Objekte カ間

題タル同一ノ刑法的價値 Bedeutung ヲ有スル限リハ常ニ unwesentlich ト觀察セラレ常ニ結果ニ對スル故意ノ責任ヲ阻却スルコトナシト説ク

然レトモ此ノ如キ區別ハ先ツ凡テノ場合ヲ包括シ能ハサル點ニ於テ誤ル何トナレハ觀念シタル Objekt ニツキ觀念シタル Erfolg ヲ生シタルモ其 Wege カ觀念セサルモノニ係ル場合ハ之ヲ包含セサレハナリ又此ノ如キ區別ハ何故ニ刑法上此二個ノ場合ヲ區別シテ取扱ハサル可カラサルヤノ理由ヲ缺ク甲乙ヲ電話ニ因リ侮辱セントシ自ラ番號ヲ取違ヒ又ハ交換手結合ヲ誤リタリ此二個ノ場合ハ如何ナル理由ニ因リ之ヲ區別シ得可キカ

「註」Frank V zu § 5)ノ説明  
行爲者カ違法ヲ排除ス可キ Tatumsände アリトノ Wittirtum ナ爲シタル場合ニハ違法排除ノ原因アリトノ錯誤モ亦 Dolus ナ阻却ス所謂 Putationnotwehr 其他並ニ error in objecto 即チ die Verwechslung der Angriffsobjekte 等ノ無責ハ此理由ニ基ク例ヘハ父カ自己ノ子ヲ懲戒セントシ誤テ他人ノ子ヲ打撃シタル場合ノ如シ此ノ如キ場合ニハ父ハ權利ノ實行トシテ其行爲ヲ爲シタルモノナルヲ以テ故意ヲ阻却セザル然レトモ甲ヲ殺サントシ乙ヲ甲ナリト誤リ之ヲ殺シタル如キ場合ニハ甲ヲ殺スコトモ亦不法ナルカ故ニ其錯誤ニ因リ故意ヲ阻却スルモノト云 サルヲ得ス通説ノ説ク所又然リ(CE 18. 337. 19. 170.)



Finger 1254 カ error in objecto ノ觀念ヲ只後ノ場合ニ付テノミ適用セントスルハ之ヲ正シト爲ス可カラス然レトモ凡テノ場合ニ付キ error in objecto ト abernitis impetus scilicet 即チ das Fehlen der Tat (so Meyer-Altfeld 143) トハ之ヲ區別スルコトヲ得ンカ學者ハ通常 Verwechslung des Angriffsobjekts ナシニ行爲者ノ着目シタルト相異ル Objekt ニ付キ結果ヲ生シタルトキハ技ニ abernitis ……アリト説ク例ヘハ甲ヲ射撃シタルニ乙ニ適中シタル場合ノ如シ通説ハ此場合ニ付キ甲ノ殺人未遂ト乙ノ過失殺アリト説ク (E. 2335, 335) 然レトモ此ノ如キ場合ニハ普通法ノ理論ト同シク乙ノ殺人既遂ヲ認ムルヲ相當トス可シ (so Finger 1254, Bahr, Z. V. B. V. 325, v. Liszt § 40) 尤モ該當 Objekt カ他ノ Objekt ト同一價值ニアラサルトキハ一ハ未遂ニシテ一ハ過失ナリト解カサル可カラス例ハ他人ノ犬ヲ射テ其持主ニ適テタル場合ノ如シ Frank 136 又曰ハク sog. Verwechslungswahlm. ノ場合ニハ故意阻却ノ問題ヲ生セスベシトハ神力カ一定ノ行爲ヲ爲ス可ク命シタリト誤信スル場合ヲ云フ

### 第四項 違法ノ認識

第一 違法ノ認識 (Bewusstsein der Rechtswidrigkeit) カ故意ノ存在ニ必要ナリヤ否ヤハ學界ニ争アル所ナリ而シテ此點ニ付テハ從來大要左ノ三説アリ

- (一) 違法ノ認識ヲ必要トスルモノ「註一」此説ニハ更ニ左ノ二種ノ説ヲ包含ス
- S. 法規違反ノ認識 (Bewusstsein der Notwidrigkeit) ヲ必要トスルモノ「註二」

ろ 違法ノ認識 (B. der Reentswidrigkeit) ヲ必要トスルモノ可罰ノ認識 (B. d. Strafbarkeit) ヲ必要トセサルモノ「註三」

- (二) 違法ノ認識ヲ必要トセサルモノ「註四」
- (三) 義務違反ノ認識 (B. d. Pflichtwidrigkeit) ヲ必要トスルモノ「註五」

然レトモ故意ハ構成事實ヲ認識スルヲ以テ十分トシ違法ハ構成事實ニ非ラスシテ只其禁止 (Verbotensein) タルニ過キサルモノナルヲ以テ其認識ハ故意ニ必要ナルモノニ非スト爲スハ一般ノ理論ニ於テ正シキノミナラス「註六」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ト規定シタル我刑法ニ於テハ前掲第二説ヲ以テ正當ト爲スコト殆ント一點ノ疑ナキ所ナリ(三八三項)即チ法文「法律ヲ知ラサル」トハ違法ヲ認識セサルトノ意ニ外ナラサルナリ故ニ例ヘハ人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取スルコトヲ知リタルモノハ其行爲ノ法律ニ禁止セラレタルコトヲ知リタルト否トヲ問ハス詐欺罪ノ故意アリト爲スコ(二四六)人ヲ殺スコトヲ知リタル者ハ殺人ノ法律ニ依リ禁止セラレタルヲ知ルト否トヲ問ハス殺人罪ノ故意アリト爲スコナリ(一九九條)



「註一」 Frank 130 = 依 (1) (2) ノ外 Hammerer, Der Einfluss des Rechts irrtums aus auf die Bestrafung 1890 Orloff, Die Strafbarkeitskenntnis als Schulvoraussetzung, 1891, Belling, I., v. V. 178 = 論極悪ノ例 E. 2. 267 21. 312 中 然

「註二」 Binding Normen 2. 403. 499. Basdon, Die strafrechtliche Verschuldung 1898. Belling 57, Finger 1. 251, Ötler, Olshausen-Zweig § 59. 16 u. 30. (v. Liszt 178 Anm. 1 = m 2)

「註三」 Allfeld, Die Bedeutung des Rechtsirrtum 19. 4. Birkmeyer 1127, Erlschner 1. 199. 233. 296, Zoeningg. 1. 35, Meyer-Allfeld 133, H. Sautfert St. G178 (v. Liszt = m 2)

「註四」 R 12 275: 15 15a, 19 233, 20 333, 37 139, v. Bar G S 33 25. 2 ff, Bencck 22, Frank § 59 II, Heiborn 149, Kizinger G S 55 89, v. Liliental 38, Zöfller 24, Lucio Gf, Merkel 84 Weismann Z 1187 Note 196, 殊 = Heinemann, Bindungsche Schuldlehre 1889, Z 13 371 ff) v. Liszt = m 2) v. Liszt 178 f. Hierling, a. a. o. 325 ff. Kohler, Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum 1904 (Frank 130 = m 2)

「註五」 Kohlrausch, Die Lehre vom Rechtsirrtum (1902) 23 ff. 24, Liepmann 130 ff., M. E. Meyer, Die schuldhafte Handlung (1901) 114, Finger. 1. 261, Graf Dohna G. S. 65. 320 (Frank = m 2)

「註六」 v. Liszt 178 f 及 Frank 131 = 其理由ヲ詳述ス就テ見ル可シ

## 第二 違法ノ認識ハ故意ニ關係ナキカ故ニ

(一) 違法ナラサル行為ヲ違法ナリト誤信スルモ行為者ノ不利益ト爲ラス此故ニ所謂幻想犯 (Wahnverbrechen) 又ハ夢想犯 (Putativdelikt) ハ犯罪ニ非ス夢想犯トハ行

爲者自ラ其行為ノ事實的關係ヲ正シク判断シタルモ其可罰ニ付キ誤信ヲ惹起シタル場合ヲ云フ例ヘハ同性相姦ノ婦女カ自己ノ行為ヲ違法ナリトスルトキノ如シ此ノ如キ場合ニ於テハ構成事實ノ充實ナキノミナラス犯罪ノ故意モ亦存在スルモノト云フコトヲ得ス

(二) 違法ナル行為ヲ違法ナラスト誤信スルモ行為者ノ利益ト爲ラス換言スレハ刑法ノ規定スル命令禁止ニ對スル錯誤ハ故意ノ觀念ニ影響ナキナリ故ニ例ヘハ賭博者カ賭博ノ違法ナラサルヲ信シ賣女カ密淫ノ違法ナラサルヲ信シタル場合ノ如キ凡テ故意犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得

第三 違法ノ認識ノ故意ニ關係ナキコト以上述ヘタル如シト雖モ法律カ行為ノ違法ヲ以テ犯罪ノ特別構成要件ト爲シタル場合ニ付テハ違法ノ認識ハ例外トシテ故意ノ觀念中ニ包含セラルルモノト説クヲ通常トス (v. Liszt 180 f. Frank II. zu § 59 a. 181 双方共 Tit 掲ク) 然レトモ我刑法ニ於テハ此ノ如キ事例ナク獨リ二二〇條ハ「不法ニ云々」ト規定スルモ是レ只他ノ法律ニ於テ適法ニ人ヲ逮捕監禁シ得ルコトヲ規定スルモノアルニ因ル注意的文言ナリト解スルハ正當ナルヲ以テ我刑法



ノ解釋トシテハ寧ろ右ノ如キ例外モ亦之ヲ不用ト爲ササル可カラス

第四 法典、法律ヲ知ラサルヲ以テトハ違法ヲ認識セシテトノ意ト解セサル可カラス故ニ法律ノ不知ナルモ構成事實中ニ包含セラル可キモノハ之ヲ認識スルニ非サレハ故意ニ非サルコト勿論ナリ或ハ此規定ヲ以テ犯罪事實ノ不知ナルモ法律ニ規定セラレタル事實ノ不知ニ歸着スルトキハ故意ヲ阻却セストノ意義ヲ有スルモノト爲シ從テ犯罪事實ノ不知ノ中法律ニ規定セラレタルモノノ不知即チ所謂法律ノ不知ニハ刑罰法令ニ掲ケラレタル事實ノ不知ナルト他ノ法令ニ規定セラレタル事實ノ不知ナルトヲ問ハス凡テ故意ヲ阻却セサルモノト解セサル可カラスト主張スル者アレトモ(例之勝本氏小五三以下)正シカラス此規定ハ只事實ナラサル法律ノ規定即チ違法ナルヤ否ヤノ點ノミニ關スルモノト解セサル可カラス故ニ例ヘハ甲女乙男ト結婚ヲ爲シ其届出ヲ爲シタルモ華燭ノ典ヲ舉クルマテハ未タ乙男ノ妻ニ非スト信シ丙男ト私通シ又例ヘハ甲其所有物ヲ乙ニ賣却シタルニ拘ハラス代金ヲ受取ルマテハ自己ノ所有物ナリト信シ更ニ之ヲ丙ニ賣却シタル場合ノ如キ共ニ姦通又ハ横領ノ故意アリト爲ス可カラス

第五 違法ノ認識ハ故意ニ關係ナク違法ヲ認識セサルニ因リ故意ヲ阻却スルコトナシト雖モ其情ニ於テハ多少憐ム可キモノナキニ非ラス故ニ法律ハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得ト爲シタリ(三八三但)

### 第五項 過失

第一 過失(Fahrlässigkeit, Culpa)カ刑法學上ノ一般觀念ト爲リタルハ頗ル後世ノ事ニ屬シ又其發達モ頗ル除除タリシモノニシテ學問及ヒ實際ニ於テハ只過失殺ト云フカ如キ各個ノ過失犯ヲ講究スルニ過キサリシヲ以テ其發達未タ全ク終了セスローマ法ニ於テモ統一シタル觀念ナク又今日ノ法律モ各其發達ノ程度ヲ異ニスルコト敢テ怪ムニ足ラス而シテ今日ノ學界ニ於テモ未タ一定シタル過失ノ意義ナク學者ノ説明ハ頗ル區區ヲ極メタリト雖モ今日ノ研究ニ於テハ先ツ過失ヲ以テ不注意ニ因リ知り得可カリシ犯罪構成事實ヲ知ラサリシコトヲ云フト定義スルヲ至當トス可シ故ニ

(一) 過失ハ犯罪構成事實ヲ知ラサリシ意思狀態ナリ換言スレハ過失ハ犯罪構



成事實ニ錯誤アル場合ニ生ス犯罪構成事實ニ錯誤ナク行爲者自ラ犯罪構成事實ヲ知リタル場合ハ過失ニ非ラスシテ故意ナリ過失ト故意トハ犯罪構成事實ヲ知リタルヤ否ヤニ因リ區別セラル過失ノ意義右ノ如クナルヲ以テ

1、過失ト違法トハ何等ノ關係ナシ犯罪構成事實ヲ知ルコト即チ故意カ違法ノ知覺ニ關係ヲ有セサル如ク犯罪構成事實ヲ知ラサルコト即チ過失モ亦違法ノ知覺ニ關係ヲ有セス故意ニ就キ違法ノ知覺ヲ必要トスル學者ハ或ハ過失ヲ以テ知覺セサル違法ノ意思 (unbewusstrechtswidrigen Willen) ナリト定義シ (Binding Normen 2, 117) 或ハ犯罪構成事實ヲ知ルモ違法ノ排除セラルルモノト誤信シタル場合ニハ故意ニアラスシテ過失ナリトシ此趣旨ニ因リ過失ヲ定義ス (Osh-Zweig, 17 zu §59, Finger 1, 267) ト雖モ故意ニ就キ違法又ハ義務違反ノ認識ヲ必要トスルノ誤リナル如ク過失ニ就キ此思想ヲ包含セシムルコトモ亦之ヲ正シト爲ス可カラス (v. Liszt 182. Anm. 1, Frank 138<sup>o</sup>)

「註」 Thomsen 127 p.

ローマ人ハ只故意犯ノミヲ罰シ敢テ過失犯ヲ罰セス反之ゼルマン人ハ獨リ過失犯

ノミナラス責任ナキ純粹ナル事變的結果惹起 (所謂 Erfolgung) 迄モ之ヲ罰シタリ然ルニ北伊太利人ハ此兩主義ヲ折衷シローマ法ト同シク故意犯ノミヲ罰スル原則ヲ嚴守シ之ニゼルマン法ノ精神ヲ參酌シテ過失犯ヲモ之ヲ罰スルコトトシ只純粹ナル結果責任ノ思想ハ之ヲ排斥シタリシカ Kahl Vノ刑事法モ此立法ニ倣ヒ特ニ過失殺 (Art. 140) ヲ罰スルコトトナシ獨逸普通法又之ニ倣ヒ以テ今日ノ立法ニ及ヒタルモノナリ

Thomsen 128 Anm. 3, 三 依レハ過失ノ定義大凡左ノ定シ

- (一) Binding ヲ知覺セサル違法ノ意思 unbewusst rechtswidrigen Willen ト定義ス (Normen 2, S. 117)
- (二) Finger ハ「過失犯ハ或行爲ノ外部的 Merkmalen カ Norm ニ相反シ而カモ其相反スル範圍カ行爲者ノ意思ニ遡ル可カラスシテ行爲ノ Norm ニ對スル關係ニ遡ル可キ場合ニ存在ス」ト定義ス (S. 267)
- (三) v. Zisat ハ意思活動ヲ爲ス際豫見シ得可キ結果ヲ豫見セサルコトカ過失ナリ而シテ結果ハ行爲者ニ於テ之ヲ豫見ス可ク又豫見シ得可カリシ場合ニ於テ之ヲ豫見シ得可キモノト云フコトヲ得ト説ク (§ 42 II)
- (四) Böling ヲ故意並ヒニ責任ニ牽連シテ過失ノ意義ヲ定メ故意ヲ除キタル意思ノ缺點 (Tadelhaftigkeit) カ過失ナリト説ク (§. 63)
- (五) Frank ヲ犯罪構成事實ノ不知ニ際シ存在スル Schuld カ過失ナリト云フ (§. 59 V I) 然ラズ Frank ヲ今ハ Schuld ト云フスシテ Unvorsichtigkeit ト云フ (§. 137)



Thomson 128 ハ以上ノ定義ヲ以テ凡テ當ラストシ過失トハ知ラサル可カラサル犯罪構成要件(Tatbestandmerkmal)ヲ知ラスシテ爲ス實行行爲意思狀態(„das Wollen der Ausführungshandlung“)ナリト定義ス然レトモ此 Thomson ノ定義ハ「不注意」ナル條項ヲ缺ク  
v. Liszt 192 Ann. 1. へ Binding ノ説ニ對シ若シ立法者ニシテ違法ノ Merkmal ナ犯罪ノ觀念中ニ入レタリトセハ違法ノ存在ヲ有責ニ認メサリシ場合ニ於テモ亦過失犯ノ成立ヲ認メ能ハサルコトト爲ル(Meyer-Alfeld, Oelhausen 其他ノ爲ス如ク)然レトモ此ノ如キハ悅フ可キ結論ニ非スト論ス

ろ 結果ヲ豫見セサルコトノミカ過失ノ本質ニハ非ラス結果ノ方面ヨリ過失ヲ觀察スルハ中世ノ伊太利學者以來ノコトニシテ(v. Liszt 133)此比較的長キ歴史ハ今日ノ刑法學ヲ支配シ今日ノ學者中尙過失ヲ以テ相當ノ注意ヲ爲ササルニ因リ結果ヲ豫見セサルコトナリト定義スル者少ナカラス然レトモ故意ノ觀念ヲ獨リ結果ノミニ係ラシムルノ正當ナラサル如ク過失ノ觀念ヲ獨リ結果ノミニ係ラシムルコトモ亦之ヲ正當ト爲ス可カラス故意ノ觀念カ他ノ犯罪構成事實ヲ包括セサル可カラサル如ク過失ノ觀念モ亦凡テ他ノ犯罪構成事實ヲ包括セサル可カラサル事實ニ於テモ結果ヲ豫見シ又之ヲ希望シタルニ拘ハラス他ノ犯罪構成事實

ノ不存在ヲ誤信シタル場合ニハ結果ヲ豫見セサル場合ト同シク過失ノ存在アリト爲ササル可カラス自己ノ所有ニ係ル空家ナリト信シ火ヲ放チタルニ他人ノ所有ニ係ル家ナリシ場合ニ於テ他人ノ所有ニ係ル家ノ失火ヲ以テ論セサル可カラサルカ如キ其例ナリ(一一六條)

(二) 過失ハ知り得可カリシ犯罪構成事實ヲ知ラサリシ意思狀態ナリ知り得可カリシヲ知ラサリシコト即チ所謂豫見ノ欠缺(Mangel an Vorsicht)ハ過失ニ缺ク可カラサル條件ナリ換言スレハ豫見シ得可キニ拘ハラス之ヲ豫見セサリシ場合ニ於テ始メテ過失アリト云フコトヲ得過失ハ此點ニ於テ所謂事變(Zufall)ト區別セラル豫見シ得可キ(Vorausbar)トハ豫見ス可カリシコトニシテ且ツ豫見シ得可カリシコトヲ云フ故ニ豫見セサリシコトカ避ク可カラサルニ非サリシ場合ニ於テ始メテ過失アリト云フ可ク之ヲ錯誤ノ方面ヨリ云ヘハ錯誤カ避ク可カラサルニアラサル場合ニ於テ始メテ過失アリト云フ可ク然ラサル場合ニハ常ニ只事變アルノミト云ハサル可カラス(v. Liszt 132, 183, 184)

然レトモ茲ニ豫見シ得可キトハ必スシモ微細ノ點迄モ豫見シ得可キコトヲ要



スルニ非スシテ只一般ノ外罰ヲ豫見シ得可キコトヲ以テ十分トナス(R. 16. 5, 131, R. M. G. 6, 192, 8165)故ニ例ヘハ只或人ノ死ヲ豫見シ得可キコトヲ以テ十分トシ敢テ特定ノ人ノ死ヲ豫見シ得可キコトヲ要セス時場所竝ヒニ因果律ノ個個ノ點ノ如キ固ヨリ豫見シ得可キコトヲ要セス(v. Liszt 183, Ann. 3)

果シテ然ラハ豫見シ得可キヤ否ヤノ問題ハ客觀的ニ之ヲ決ス可キカ將タ主觀的ニ之ヲ決ス可キカ過失ノ標準ヲ客觀的又ハ一般的ニ決ス可キカ將タ主觀的又ハ各別的ニ決ス可キカ換言スレハ過失ハ意思欠缺(Willensfehler)ノ問題ナルカ將タ理解欠缺(Verstandfehler)ノ問題ナルカハ學者間ニ爭アル所ニシテ一部ノ學者ハ過失ノ標準ハ之ヲ客觀的又ハ一般的ニ決ス可キモノトシ從テ過失ヲ以テ意思欠缺ノ問題ナリト爲スモ(Liepmann 144)責任ハ各別ニ之ヲ定ムルヲ正當トス可キヲ以テ(Frank 135)豫見シ得可キヤ否ヤノ問題ハ主觀的又各別的ニ行爲者ノ一般及行爲當時ノ精神能力ヲ標準トシ其聰明ノ多少ニ從ヒ之ヲ決ス可キモノト解スルヲ至當トス即チ茲ニ各行爲者ノ精神的可能(Können)カ問題ト爲ル其精神的可能アリト爲スニ當リ茲ニ始メテ豫見ノ欠缺ヲ認ム可ク豫見ノ欠缺ハ意思ノ欠缺ニ非ラスシ

テ理解ノ欠缺タルモノナリ(v. Liszt 183, Frank 137 f)

〔註〕 v. Liszt, Frank 共ニ Lit. ナ舉ク Oshansen § 59, 17 M. E. Meyer 119, R. 30, 25, R. M. G. 5, 15 (v. Liszt 11 n. 4) Merkel 87, Finger 263, Meyers = Allfeld 149, R. 36, 334, R. M. G. 6, 292, (Frank 110 n. 4) 等同説。

(ハ) 過失ハ不注意ニ因リ知り得可カリシ犯罪構成事實ヲ知ラサリシ意思状態ナリ

知り得可カリシヲ知ラサリシコトカ行爲者ノ不注意ニ基キタル場合ニ非サレハ過失アリト云フコトヲ得ス即チ法規ニ依リ命セラレ又場合ノ事情ニ因リ必要ナル注意(Sorgfalt)ヲ拂ハサルコト即チ所謂注意ノ欠缺(Mangel an Vorsicht)ハ過失ノ要件ナリ學者中ニハ過失ノ犯罪構成事實ヲ認識セサル方面ノミヲ説明スルモノナキニ非ス此學說ハ過失ヲ結果ノミニ係ラシムル學說ニ優ルコト數等ニシテ此學說ニ依レハ避ケ得可キ錯誤ニ因リ消極的構成事實ノ存スルモノト誤信シタル場合ニ於テモ過失ノ存在ヲ認メ得可ク侵害者ナリト誤認シテ之ヲ打殺シ懲戒權アリト誤認シテ生徒ヲ打撲シタル者モ亦タ其錯誤ニシテ避ク可キモノナル限リハ凡テ過失ニ基クモノト云フコトヲ得可キナリ(R. 9, 686, E. 21 189, Heinemann, Die Bindt



erliche Schuldhre 142 ff. 反對説 v. Tilienthal, Z 15. 282 ff.

然レトモ此定義ハ未タ以テ十分ナリト爲ス可カラス。犯罪構成事實ヲ知ラサルコトノ過失ニ必要ナルハ勿論ナルモ之ヲ過失アリトシ行爲者ノ責ニ歸セシムルカ爲メニハ知ラサルコトノ外更ニ其知ラサルコトカ行爲者ノ不注意ニ基クコトヲ要ス例ヘハ瓦師カ瓦片ヲ投シテ街路通行ノ人ヲ殺害シタル場合ノ如キ寧ロ適時ノ注意ヲ拂ハサリシコトニ因リ始メテ責任アルコトト爲ル可ク街路ニ柵ヲ設ケサリシ不注意(Unvorsichtigkeit)アリタルニ因リ初メテ瓦師ノ責任ニ歸シ來ル可キナリ故ニ過失ノ定義中ニハ必ス不注意ナル條項ヲ加ヘ不注意ニ因リ知り得可キ犯罪構成事實ヲ知ラサル場合ニ於テ始メテ過失ノ責アリト爲ササル可カラス (Frank 187)

〔註〕「Frankハdie auf Vernachlässigung pflichtgemässer Aufmerksamkeitナル條項ヲ入レタル定義ヲ以テ不十分トシUnvorsichtigkeitナル條項ヲ加ヘサル可カラスト説クモ此兩者ハ同一意義ニ非ルカ

果シテ然ラハ注意ノ程度(Der Mass der Sorgfalt)ハ何ヲ標準トシテ之ヲ決ス可キカ

此點ニテハ一般的且ツ客觀的ノ標準ヲ求メ行爲者ノ特別ナル性質ニ依ラス一般的ニ行爲ノ客觀的性質ニ照ラシ之ヲ定ムルヲ正當トス即チ注意ヲ拂ハサルコト(Die Nichtanspannung der Aufmerksamkeits, die Nichterfüllung des Sollens)ハ理解缺點ノ問題ニ非ラスシテ意思欠缺(Willensfehler)ノ問題タルナリ(v. Liszt 183)〔註〕

〔註〕通説vgl. v. Liszt 183 Anm. 3, Frank 137 及之ニ引用シタル參考書 Frank v. Wamh unvorsichtigkeit vorliegtノ問題ハ先ツ客觀的ニ之ヲ定メ次に主觀的ニ之ヲ定メサル可カラスト論ス Unvorsichtigkeitヲ主觀的ニ定メサル可カラスト主張スル點ニ於テv. Lisztト異ナルモ氏ノ意ハv. LisztカMangel an Vorsichtハ之ヲ客觀的ニ定メMangel an Voraussichtハ之ヲ主觀的ニ定メサル可カラスト主張スルト同一ナリ此事ハFrank自ラモ亦v. Liszt § 42ヲ自己ト同説ナリト爲セルニ徴シ明白ナル所ナリ

第二 過失ニ於テモ亦犯罪構成事實ノ認識不認識ノ間ニハ數個ノ階段(Zwischenstufen)ヲ認ムルコトヲ得(Frank 138)故ニ過失ニ付テモ亦當然左ノ區別ヲ生ス。

(一) 疎虞ト懈怠

疎虞(bewusste Fahrlässigkeit, Frevelmut, Luxuria)トハ行爲者ニ於テ犯罪構成事實殊ニ結果發生ノ可能ヲ豫見セサルニ非サルモ結果ハ發生セサル可シトノ不正ニシテ



且ツ避ク可カラサルニ非サル)判断ノ下ニ結果ヲ發生セシメタル場合ヲ云ヒ懈怠 (unbewusste Fahrlässigkeit, Nachlässigkeit, negligentia)トハ行爲者ニ於テ一般ニ犯罪構成事實殊ニ結果發生ノ可能ヲ豫見セサリシ豫見シ得可カリシニ拘ハラス(場合ヲ云フ v. Liszt 182 Ann. 1, Frank 138)此區別ハ Feuerbach 以來一般ニ是認セラレタル所ナリト雖モ之レカ爲メ疎虞ハ常ニ懈怠ヨリモ重シト (als die schwerere Schuldform)爲ス可カラス若シ然リトセハ熟考ノ後判断ヲ誤リタル人ハ考ナキ懶惰漢ヨリモ重ク處罰セラレサル可カラサルニ至ル (v. Liszt 182 Ann.)換言スレハ考ナキ懶惰漢ハ寧ロ一個ノ特性ヲ有スルニ至ル故ニ右ノ區別モ亦何等實益ナキニ歸ス (Thomson 131)例ハ甲ハ何等ノ考ナク窓ヨリ木片ヲ投シ庭園ニ遊ヘル小兒ヲ害シタルモ乙ハ之ニ因リテ生スル結果ヲ豫想シ「危険ナリ」ト叫ノ下ニ木片ヲ投シタルニ小供ハ之ヲ解セス終ニ木片ニ當リタリ乙ノ過失ハ疎虞ニシテ甲ノ過失ハ懈怠ナリ (Thomson 131)

(二) 確定ノ過失ト不確定ノ過失

過失ハ必スシモ個別ノ點(Spezialisierte)迄モ豫見シ得可キコトヲ要セス故ニ例ヘハ

只或人ノ死ヲ豫見シ得可キコトヲ要スルニ止マリ敢テ特定ノ人ノ死ヲ豫見シ得可キコトヲ要セス個別ノ點マテモ豫見シ得可キ場合ノ過失ハ之ヲ確定ノ過失 (culpa determinata)ト稱シ然ラサル場合ノ過失ハ之ヲ不確定ノ過失 (culpa indeterminata)ト稱ス (Frank 138)

(三) 一部過失ト全部過失

過失ハ犯罪構成事實ノ一部ニ付テノミ責ニ任スルコトヲ得例ヘハ傷害ニ付テハ過失ヲ有スルモ之ニ因リテ生シタル死去ニ付テハ過失ヲ有セスト云フ場合ノ如シ。犯罪構成事實ノ一部ノミニ關スル過失ハ之ヲ一部過失ト稱シ然ラサル過失ハ之ヲ全部ノ過失ト稱ス (E 28, 272, Meyer-Alfeld, 150, A. A. v. Liszt § 24) (Frank 138)凡テ故意ハ犯罪構成事實(結果ヲ含ム)ノ全部 (gänzlich)ヲ觀念スルコトヲ必要トシ犯罪構成事實ノ一ニ付キ觀念ヲ缺ク場合ニ於テモ故意ハ阻却セラレ茲ニ過失ノ問題ヲ生スルコトト爲ルヲ以テ精密ニ云ヘハ各個ノ故意犯ニ付テハ其犯罪構成要件ト同數ナル過失犯ヲ想像シ得可キ筋合ニシテ立法者ハ又其數多ノ過失犯中一ヲ罰シテ他ヲ罰セサルノ自由ヲ有ス可キナリ故ニ例ヘハ故意ノ殺人ニ付テモ行爲者カ



(1) 何者カヲ殺スコトヲ知ルモ人ニ對スルコトヲ知ラサル場合ト(2) 人ニ對スルコトヲ知ルモ之ヲ殺スコトヲ知ラサル場合トヲ想像スルコトヲ得當今ノ立法ハ殺人ニ付キ此區別ヲ認ムルコトナク此ノ如キ場合ハ共ニ過失殺ノ規定中ニ包括セラル可キモノナリト爲スモ(V. List 184—185) [註] 而カモ思想ノ上ニ於テハ犯罪構成事實ノ數ニ相當スル過失犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得可ク一部過失ト全部過失トノ區別ハ此思想ニ基キ發生シタルモノナリ

[註] V. List 185. ハ當今ノ立法ハ一般ニ此區別ヲ使用セストノ論アルモ只殺人ニ付テノ此區別ヲ認メサルニハ非サルカ前掲設例參照

第三 理論ヨリ云ヘハ過失犯ハ法律ノ凡テノ規定ニ付キ之ヲ想像スルコトヲ得然レトモ我刑法ハ「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」ト規定スルカ故ニ我刑法ニ於テハ凡テノ過失犯カ處罰ヲ受クルニ非ラスシテ過失犯ヲ罰スルハ寧ロ例外ニ屬シ法律ニ特別ノ規定アル場合ノ外之ヲ處罰シ能ハサルモノト解セサル可カラヌ(三八條一項刑法ニ於テハ失火(一一六條失水(一一二條過失ニ因ル往來危險罪(一一九條過失殺傷(二〇九條——二一

一條)ト云フカ如キ重大ナル罪ニツキ過失ヲ罰ス可キ者ノ明文ヲ設ケ又特別刑法中ニハ過失犯ヲ認メ若シクハ故意過失ナキ犯罪ヲ認ムルモノ少ナカラス警察犯(Polizeiliche Ungehorsam)ニ付テハ常ニ過失ヲ以テ十分ナリトスル學說アリト雖モ[註] 此犯罪ニ付テモ亦各個ノ規定ニ付キ精密ナル研究ヲ試ミル可ク法條ニ於テ反對ノ明證ナキ限りハ寧ロ一般ニ刑法八條ニ依リ刑法三八條ノ適用アルモノト解セサル可カラヌ

[註] Thomson 128. ハ sog. Polizeidelikte ハ過失ニヨリ犯サレタルトキト雖モ常ニ之ヲ罰スト説ク

第四 過失ノ有無ハ前ニ述ヘタル主觀客觀ノ標準ニ從ヒ之ヲ決ス可ク其程度(Grade der Fahrlässigkeit)ハ場合ニ因リ大差ナキヲ通常トスルモ法律ハ過失殺傷ニ付キ特ニ業務上必要ナル注意ヲ怠ルニ因リ生シタル過失ヲ程度ノ重キ過失ト爲シタリ(一一一條)其他業務ニ従事スル者ノ過失往來危險罪ノ如キモ亦法律ノ明言ナキニ拘ハラヌ當然右同様ノ推定ヲ爲ササル可カラヌ(V. List 185)

[註] Thomson 313 & Qualifizierte F.ト題ス  
第一篇 犯罪 第三章 犯罪ノ要素 第四節 責任 第三款 狹義ノ責任 第五項 過失



### 第五節 刑罰制裁

第一 犯罪ハ刑罰ノ制裁ヲ附シタル有責違法ノ行爲ナリ故ニ有責違法ノ行爲ナルモ刑罰ノ制裁ナキモノハ以テ犯罪ト爲スニ足ラス刑事上ノ不法行爲(Das Peinliche Unrecht)タル犯罪ハ此點ニ於テ他ノ法律ノ不法行爲(Unrecht)ト區別セラルル犯罪モ他ノ不法行爲モ有責違法ノ行爲タル點ニ於テハ互ニ相同シ只一ハ刑罰ノ制裁ヲ附スルモ他ハ之ヲ附セサル點ニ於テ相異ナルノミ然レトモ刑罰ト賠償義務(Ersatzpflicht)即刑法上ノ制裁ト私法上ノ制裁トハ互ニ相排斥スルモノニ非ラスシテ寧ロ同一ノ行爲事實ニ就キ刑罰ヲ附シ又賠償義務ヲ附スルコトヲ得ルモノナリ即チ此ノ點ニ付テハ左ノ三個ノ場合ヲ想像スルコトヲ得

(一) 法規カ私法上ノ制裁ヲ以テ満足シ得可キ場合契約義務ヲ履行セサル場合ノ如キ是レナリ

(二) 法規カ同一ノ行爲事實ニ付キ私法上ノ制裁ヲ附シ又刑法上ノ制裁ヲ附シ得可キ場合殺傷逮捕監禁ノ場合ノ如キ是レナリ

(三) 法規カ刑罰ノミヲ附シ敢テ賠償義務ヲ附スルヲ要セサル場合此ノ場合ハ更ニ左ノ二個ノ場合ニ分ツコトヲ得

(1) 法規カ刑罰ノミヲ附セサル可カラサル場合危險犯ニ於ケルカ如ク少シモ損害ヲ生セサル場合ハ凡テ然ラサル可カラス

(2) 法規カ刑罰ノミヲ附シ得可キ場合侮辱ニ於ケルカ如ク損害ノ思想的ナルカ爲メ之ヲ金錢ノ賠償ニ因リ保均スルコトノ適當ナラサル觀アル場合はレナリ然レトモ同一ノ行爲事實ニ付尙刑法上ノ制裁ヲ附シ又私法上ノ制裁ヲ附シ得ルニ依レハ犯罪ト民法上ノ不法行爲トハ互ニ相排斥スル觀念ニ非ラスシテ寧ロ只分量ノ差異(quantitative Verschiedenheiten)ヲ有スルニ過キサルモノト云ハサル可カラス詳言スレハ國家ハ只強制履行(Erfüllungszwang)原狀回復(Wiederherstellung)又ハ損害賠償(Entschiigung)ト云フカ如キ私法上ノ制裁ニ依リ不法行爲ヲ防禦スルニ足ラサル場合ニ付キ刑法上ノ制裁ヲ應用スルノミ而シテ其場合ハ略左ニ列記スルカ如クナルヘキナリ

(一) 行爲者ニ對シ其ノ無資力ノ爲メ賠償ノ強制ヲ爲シ能ハサルヲ通常トスル



場合窃盜其他ニ於ケルカ如キ是レナリ。

(二) 私法上ノ損害賠償ハ以テ法律上ノ擾亂ヲ保均スルニ足ラサル場合、殺人、強姦其他ニ於ケルカ如キ是レナリ

(三) 法規カ被害法益ノ價值特別ニ大ナルモノトシ殊更感ス可キ形式ニ依リ其侵害ノ不法ヲ表白セントスル場合

(四) 侵害ヲ反覆シ犯罪ヲ増大ナラシムルカ爲メ嚴峻ナル科刑ニ依リ之ヲ防止スル必要アル場合食料ヲ騙取シ零落徘徊ヲ爲スカ如キ其例ナリ

以上述ヘタル如クナルヲ以テ犯罪ハ其内容ヨリ見テ立法者カ法規ニ對シ特ニ危険ナル法益ノ侵害ナリト認メタルモノト爲スコトヲ得。故ニ今日ノ學問ニ於テハ犯罪ト私犯(Privatdelikt)トハ凡テノ要件ヲ共通ニシ只實質的(inhaltliche)ニ云ヘハ其危険(Gefährlichkeit)ノ大小ニ因リテ異ナリ形式的(formell)ニ云ヘハ其制裁(Rechtsfolge)ノ如何ニ因リテ異ナルニ過キス。(v. Liszt 189—189 n. 189 Anm. 1.)

第二 然レトモ以上ノ觀念ニ適合スル行爲カ凡テ犯罪トナリ刑罰ノ制裁ヲ受クルモノニハ非ス犯罪トナリ刑罰ノ制裁ヲ受クルカ爲メニハ更ニ其行爲カ法律

ノ各本條ニ規定シタル構成要件(Tatbestände)ニ適合スルコトヲ必要トス即チ行爲事實ト構成要件トハ互ニ相適合セサル可カラス(Tatbeständmässigkeit) ("Typizität" im Sinne von Belling) スクシテ立憲國カ國權ノ注意ニ對スル個人ノ自由ヲ認メ「法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス」(Nullum crimen sine lege)トノ原則ヲ生ミ來リタルモノナリ而シテ各犯罪ノ構成要件中ニハ略左ノ四種ヲ包含ス

(一) 行爲ニ關スル文言(Tatigkeitwort)殺ス脅迫スル窃取スルト云フカ如キ是レナリ

(二) 主體ニ關スル文言一般ニハ「何々シタル者ハ」ト規定セララル然レトモ屢々一定ノ範圍ヲ限ルコトナキニ非ラス「既決未決ノ囚人」ト云ヒ(九七條九八條「公務員」ト云フカ如キ其例ナリ

(三) 客體ニ關スル文言人ヲ殺シ婦女ヲ姦淫シ他人ノ財物ヲ窃取シト云フカ如キ其例ナリ

(四) 手段其他ノ形式ニ關スル文言暴行又ハ脅迫ヲ以テト云スカ如キ其例ナリ



(V. Liszt 190.、ハ時及場所ヲ擧クルモ我刑法ニハ其例ナキカ如シ)構成要件ニ適合スル (tathandmässige) 有責違法ノ行為アルトキハ茲ニ刑罰權ノ存在ヲ是認ス可キヲ通常トス然レトモ法律ハ時ニ行為者ノ人的關係ニ鑑ミ (wegen der Persönlichkeit) 其行為者ノミニ付キ特ニ刑罰ノ制裁ヲ否定スルコトナキニ非ス我刑法ニ於テハ其例ニ乏シキ所ナルモ一〇五條ノ如キ明カニ其一例ナル可シ而シテ學者ハ此等ノ場合ト天皇攝政治外法權者等ノ行為ノ如ク刑法ノ適用ヲ受ケサル場合トヲ包括シ之ニ對シ人的刑罰排除ノ原因 (Persönliche Strafausschließungsgründen) ナル名稱ヲ與ヘ之レト行為違法若シクハ責任ヲ缺ク場合即チ犯罪排除ノ原因 (Deliktensschließungsgründen) トヲ包括シ更ニ廣義ノ刑罰排除ノ原因 (Strafausschließungsgründe im weiteren Sinne) ナル名稱ヲ與フルヲ通常トス然レトモ一〇五條ノ如キ場合ハ本來犯罪ヲ構成セサル場合ナルモ他の人的刑罰排除ノ原因アル場合ハ然ラス故ニ之ト彼トヲ混同スルハ非ナリ又行為違法若シクハ責任ヲ缺ク場合ハ犯罪ヲ排除スルニ非スシテ犯罪ヲ成立セシメサルモノナルヲ以テ所謂犯罪排除ノ原因ナル觀念モ正格ニ非ス而シテ一〇五條ノ場合ノ如キ又行為違法若シクハ責任ヲ缺ク場合ノ如キ凡テ犯

罪ヲ成立セシメサル場合ニシテ刑罰ヲ排除スル場合ニ非ラス故ニ所謂廣義ノ刑罰排除ノ原因ナル觀念モ亦只ニ性質ヲ異ニスルモノヲ一括シタル不當アルノミナラス其名稱自體ニ於テモ亦正シカラサルモノアリト云ハサル可カラス何レニスルモ所謂刑罰排除ノ原因ハ之ヲ所謂刑罰消滅ノ原因 (Strafahhebungsgründen) ト區別セサル可カラス即チ前者ハ刑罰權ノ發生セサル場合ニシテ後者ハ發生シタル刑罰權ノ消滅シタル場合ナリ時効恩赦犯人ノ死去刑ノ執行猶豫ノ完成ト云フカ如キハ凡テ後者ニ屬ス此ノ如キ事情ノ存在ハ毫モ犯罪ノ成否ニ關係ナキモノナリ

第三 以上ノ觀念ニ適合スル行為アルトキハ茲ニ刑罰ノ制裁ヲ生スルヲ通常トスルモ獨逸ノ學者ハ此外處罰條件 (Bedingungen der Strafbarkeit) ヲ必要トスル犯罪ニアリテハ其條件ヲ具備スルニ非サレハ刑罰ノ制裁ヲ生スルコトナシト論スルヲ通常トス然リ處罰條件ヲ規定スル國法ニ於テハ處罰條件ノ具備ナキ限リ刑罰ノ制裁ヲ生スルコトナシト解ス可キハ勿論ナリ然レトモ我現行刑法ハ此ノ如キ事例ヲ有セサルヲ以テ右ノ如キ理論ハ我現行刑法ノ解釋トシテハ全然其必要ナ



キモノト論定セサル可カラス。

處罰條件ト訴訟條件(Prozessvoraussetzungen)トハ之ヲ區別ス可シ處罰條件ハ刑罰權ノ存在ニ必要ナル條件ナレトモ訴訟條件ハ訴訟關係ノ存在ニ必要ナル條件ナリ故ニ前者ハ刑罰ノ制裁ヲ科スルニ必要ナル條件ナレトモ後者ハ只訴訟ヲ實行スルニ必要ナル條件タルノミ親告罪ノ告訴ノ如キハ後者ノ一例ナリ親告罪ノ告訴ニ付テハ或ハ處罰條件ナリトシ或ハ處罰條件ニシテ同時ニ訴訟條件ナリトスル説アレトモ共ニ正シカラス

### 第四章 犯罪ノ形態

#### 第一節 既遂未遂

##### 第一款 行爲ノ階級

犯罪行爲發達ノ順序ハ先ツ第一ニ初一念ヲ生シ次ニ之ニ對スル反對思想ヲ生シ二個ノ思想相戦ヒ何レカ強キ者勝ヲ占メテ茲ニ犯罪ノ決意ヲ構成シ其決意ハ

外部ニ現ハレテ犯罪行爲ト爲リ其行爲ハ更ニ豫備着手ノ階級ヲ經テ未遂既遂ト爲ルモノナリ然レトモ初一念ヨリ決意ニ至ルマテハ犯人ノ心裡ニ屬シ犯罪行爲トハ直接ノ關係ヲ有セス故ニ刑法殊ニ犯罪論ニ於テ講究ス可キハ專ラ決意以後ノ階級ニアルモノトス即チ左ノ如シ

##### 第一 決意

決意(Entschluss)トハ或犯罪ノ實行ヲ決定シタル意思狀態ヲ云フ犯罪ハ意思ト之ニ伴フ可キ身體ノ動止アルコトヲ要スルカ故ニ犯罪ノ決意カ或形式例之口頭書面舉動等ニ依リテ外部ニ表示セラルルモ之ニ伴フ可キ身體ノ動止ナキ限リハ犯罪ヲ構成セス即チ所謂犯意ノ表示ハ犯罪ヲ構成セサルヲ原則トス然レトモ此點ニ付テハ左ノ二項ニ注意セサル可カラス

(一) 法律ハ時ニ別種ノ罪(Delicta sui generis)トシテ之ヲ處罰スルコトアリ即チ犯罪ノ性質若クハ表示ノ方法ニ因リ到底之ヲ放任スルコト能ハサル場合ニシテ犯罪ヲ豫告スル脅迫罪(二二二條以下)ノ如キ其例ナリ

(二) 法律ハ時ニ隱謀ヲ處罰スルコトアリ(Komplot, complot)隱謀トハ二人以上ノ間ニ一定ノ罪ヲ犯ス協議ノ成立シタルコトヲ云フ即チ之ヲ一人ノ立場ヨリ云ヘ



ハ犯意ノ表示ニシテ之ヲ數人ノ立場ヨリ云ヘハ尙犯罪決意ノ階級ニアルモノナリ。故ニ隱謀モ亦犯罪ヲ構成セサルヲ原則トシ現行刑法カ此點ニ關スル舊刑法ノ明文ヲ削除シタルハ寧ロ四四條及ヒ各本條ノ規定上其必要ナキカ爲メナリ(舊刑法一一一條然レトモ法律ハ極メテ重大ナル犯罪ニ就テハ此點ニ關スル例外ヲ設ケ

(5) 或場合ニハ別種ノ罪(Delicta nvi generis)トシテ之ヲ處罰シ(例之七三條七五條一〇七條一二三條)

(ろ) 又或場合ニハ隱謀ヲ隱謀トシテ之ヲ處罰シタリ(七八、八八)隱謀トハ二人以上ノ間ニ一定ノ罪ヲ犯ス協議ノ成立シタルコトヲ云フ故ニ(a)一人ノ意思ノミニテハ隱謀ナルモノヲ生セス(b)又二人以上ノ意思アルモ一定ノ罪ヲ犯ス協議カ成立スルニアラサレハ隱謀ナルモノヲ生セス從テ(c)一人カ一定ノ罪ヲ犯ス意思ヲ表示シタルモ他ノ者カ之ニ應セサルトキハ隱謀ヲ生セス(d)然レトモ其犯サントスル罪ノ一罪ナルト數罪ナルトハ之ヲ問ハス

第二 豫備 (Vorbereitungshandlungen. Actes préparatoires)トハ實行著手前ノ準

備行爲ヲ云フ換言スレハ決意ヨリ一步ヲ進メタル外部身體ノ動止ニシテ未タ實行ノ著手ニ至ラサルモノヲ云フ器具ヲ調達シ機會ヲ披掌シ犯所ニ進行スルカ如キ其例ニシテ隱謀モ亦實行ノ準備トシテ其協議ヲ爲ス點ヨリ觀察スレハ之ヲ豫備ノ一種ナリト云フコトヲ得(Frank II zu § 43. 牧野氏講四八頁—四九頁勝本博士刑法要論三一頁)豫備ニアリテハ已ニ外部身體ノ動止ニ依リ犯意ノ表示セラルルヲ見ルモ其身體ノ動止ハ未タ實行ノ著手ニ至ラサルヲ以テ何等公私ニ對シ危害ヲ生スルコトナシ故ニ法律ハ豫備モ亦之ヲ處罰セサルヲ原則トス舊刑法ハ此點ニ關シテモ亦明文ヲ設ケタルカ現行刑法ハ是レ亦規定ノ要ナキモノトシテ之ヲ削除シタリ(舊刑一一一條)然レトモ法律ハ極メテ重大ナル犯罪ニ付テハ豫備モ亦之ヲ處罰ス可シトシ(イ)或場合ニハ別種ノ罪(Delicta svi generis)トシテ之ヲ處罰シ(例之七三條七五條一〇七條一二三條)或場合ニハ豫備ヲ豫備トシテ之ヲ處罰シ(例之七八條八八條)或場合ニハ他人ノ犯シタル犯罪ノ既遂未遂ニ關連スル場合ニ於テ之ヲ處罰シタリ(六二—六四)

第三 實行ノ著手 實行(Ausführungshandlung, Actes d' exécution)トハ刑法各本條ニ



規定シタル犯罪ノ構成要件ニ適合スル行爲ヲ云ヒ其行爲ノ開始ハ之ヲ實行ノ著手 (Anfang der Ausführung, commencement d'exécution) ト云フ實行ハ刑法各本條ニ規定シタル犯罪ノ構成要件ヲ充實スル行爲ナルカ故ニ實行ノ如何ハ各犯罪ニ就キ刑法各本條ノ定メタル構成要件ノ如何ニ因リテ異ル例ヘハ殺人罪ノ實行ハ人ヲ射人ヲ刺シ人ヲ斬リ人ニ毒物ヲ施用スルカ如キヲ云フモ窃盜罪ノ實行ハ其目的物ヲ握ミタル如キヲ云フ故ニ實行ノ開始タル著手モ亦各犯罪ニ因リ必スシモ同一ナリト云フ可カラス實行ハ必スシモ犯罪構成要件ノ全部ニ適合スルコトヲ要セス換言スレハ犯罪構成要件ノ全部ニ適合スル行爲ハ勿論犯罪構成要件ノ一部ニ適合スル行爲モ亦實行タリ殊ニ法律カ包括シタル行爲ヲ以テ或犯罪ノ構成要件ト爲シタル場合ニ爲シ若クハ一定ノ手段ヲ利用スルコトヲ以テ犯罪ノ構成要件ト爲シタル場合ニ於テハ其包括シタル行爲ノ一部ヲ行ヒ又其手段ト爲サレタル行爲ヲ行ヒタルトキハ已ニ實行ノ行爲アリタルモノト爲ササル可カラス例ヘハ印章ヲ偽造スルニ由リ文書ヲ偽造スル場合ニハ印章ノ偽造ヲ爲スニ因リテ已ニ文書偽造罪ノ實行アリト解ス可ク又強盜強姦又ハ詐欺等ニ於テハ暴行脅迫又ハ

欺罔ノ行爲ヲ爲スニ因リ已ニ各罪ノ實行アリト解ス可キカ如キモノニシテ所謂結合犯ノ場合ノ如キ常ニ包括シタル行爲ヲ以テ犯罪ノ構成要件ト爲ス場合ニ該當ス (v. Tiersch) 而シテ此ノ如キ場合ニ於テハ凡テ犯罪構成要件ノ一部ニ適合スル行爲ヲ開始スルトキハ常ニ實行ノ著手アルモノト解セサル可カラス  
實行ニ著手スルニ因リ犯罪構成要件ノ全部ヲ充實シタルトキハ茲ニ既遂ヲ生シ、然ラサルトキハ未遂ヲ生ス而シテ刑法ハ既遂ハ凡テ之ヲ罪シ未遂モ亦多ク之ヲ罰ス故ニ實行ト豫備トノ限界ハ嚴ニ之ヲ區劃スル所ナカル可カラス

## 第二款 既遂ト未遂

第一 犯罪ノ實行ニ著手シ其構成要件ノ全部ヲ充實シタルトキハ之ヲ既遂 (Vollendung) ト稱シ然ラサルトキハ之ヲ未遂 (Versuch) ト稱ス而シテ此意味ニ於テ未遂ト云フトキハ犯罪ノ實行ニ著手シ乍ラ其構成要件ノ全部ヲ充實セサル凡テノ場合ヲ包含シ其之ヲ充實セサル事由如何ハ之ヲ問ハサルモノナルヲ以テ其内ニハ只ニ障礙ニ因リ犯罪構成要件ノ全部ヲ充實シ能ハサル場合 (狹義) ノ未遂犯又ハ障礙



未遂)ノミナラス自己ノ意思ニ因リ犯罪構成要件ノ全部ヲ充實セシメサリシ場合(中止犯又ハ任意未遂ノ場合)ヲモ之ヲ包含シ又只ニ障礙若クハ自己ノ意思ニ因リ犯罪構成要件ヲ充實セサリシ場合(廣義ノ未遂犯又ハ未遂罪)ノミナラス其犯罪構成要件ハ本來充實セラレ能ハサリシモノナル場合所謂不能犯又ハ不能未遂ヲモ之ヲ包含ス

第二 刑法各本條ノ規定ハ常ニ既遂ノ状態ヲ以テ標準トス換言スレハ刑法各本條ノ規定ハ凡テ犯罪構成要件ノ全部カ充實セラレタルコトヲ前提トス而モ刑法各本條ニ於テ未遂ヲ罰ス可キ旨ヲ規定シ犯罪構成要件ノ全部カ充實セラレサルニ拘ハラス尙之ヲ處罰ス可シト爲ス理由ハ如何此點ニ付テハ從來左ニ述フルカ如キ學說アリ

(一) 純然タル主觀的見地ニ立チ犯意ノ點ヨリ云ハハ未遂ト既述トハ毫モ相異ルコトナシ法律カ未遂ヲ罰スルハ此犯意即チ犯人ノ主觀的危險ニ對シ刑罰ヲ科スルモノナリト説ク説例之 V. Buri G. S. 40 503, 41 321, Deladuis, Der untaugliche Versuch 19 (然レトモ今日ノ刑法解釋トシテ只主觀ノ方面ノミニ因リ未遂ノ處罰ヲ説明セ

ントスルカ如キ聊カ極端ニ失スルモノト云ハサル可カラズ今日ノ刑法ハ只犯意ノミニ因リ刑罰ヲ科スルコトナク刑罰ヲ科スルニハ必ス犯意ニ伴フ行爲アルコトヲ要スト爲スヲ以テ刑法カ未遂ヲ罰スル所以モ亦犯意ト行爲トノ兩方面ニ存在スト認ム可ク獨リ犯意ノ點ノミニ重キヲ措ク可カラサルヤ勿論ナリ此説ニ依レハ法律カ未遂罪ニ就キ減輕免除ヲ認メ又未遂罪ハ各本條ニ定メタル場合ニ限リ之ヲ罰スト規定シタル所以ヲ解スルコトヲ得ス何トナレハ犯意ノ點ニ於テハ未遂ト既遂ト全然同一ナルヲ以テ獨リ未遂ニ對シテノミスカル恩典ヲ與フ可キ道理ナキヲ以テナリ

(二) 主觀的見地ニ立チ之ニ多少客觀ノ思想ヲ加ヘ未遂ハ犯罪の惡意ノ一部表現 (Teilweise Verwirklichung der verbrecherischen Absicht) ナルカ故ニ之ヲ罰スト主張スル説例之 (Geyer, Hälschner 等) 然レトモ此説ハ主觀的方面ニ重キヲ措ク點ニ於テ前説同様ノ批難ヲ免カレサルノミナラス此説ニ因レハ所謂舛錯ニ基ク未遂犯ノ場合ニ就テモ亦減輕ヲ爲シ得可キ理ヲ説明スルコトヲ得ス何トナレハ此場合ニ於テハ既遂ノ場合ト同シク犯罪の惡意ノ全部表現アレハナリ (V. Liszt)



(三) 未遂ノ場合ニハ行爲者ニ於テ更ニ其行爲ヲ繼續シ且ツ之ヲ遂ク可キコトヲ推定 (Vermutung) シ得可キカ故ニ之ヲ罰ス即チ未遂處罰ノ理由ハ成就力ノ推定 (Präsumtion der perfektionskraft) ヲ爲シ得ル點ニアリト説ク説(例之 Rossi, Jammusch, Herzog, Klee) 然レトモ此説モ亦聊カ客觀ヲ無視スル嫌アルノミナラス (v. Liszt) 我現行法ニ就テ云ヘハ成就力ノ推定ヲ爲シ能ハサル場合即チ所謂中止未遂ノ場合ニ於テモ亦處罰ヲ爲シ得可キ道理ヲ説明スルコトヲ得ス

(四) 主觀客觀ヲ同等ニ置キ未遂ノ場合ニハ行爲者ノ主觀的危險アルト共ニ行爲ノ客觀的危險アルカ故ニ之ヲ罰スト爲ス説 (v. Liszt 201 Birkmeyer 117, Finger 1304, Merkel 132, Meyer-Allfeld 166) 此説ハ Feuerbach 以來學者ノ一般ニ信スル所ニシテ學者中一般ノ危險ニカヲ注キ (Kohler 120) 又非社會的意思ノ客觀的危險ニカヲ注ク (v. Liszt 2524, Wachenfeld 268) 者アルカ如キ何レモ此説ト同一趣旨ニ歸著スルモノナリ 惟フニ純然タル主觀ノ見地ニ立テハ未遂罪ニ就キ減輕ヲ認メ又各本條ニ定メタル場合ニ限り未遂罪ヲ罰ス可キ理由ヲ説明スルコトヲ得ス而シテ一方純然タル客觀ノ見地ニ立テハ未遂罪ニ就キ既遂罪ト同一ノ刑モ之ヲ科シ得可キ理由ヲ

説明スルコトヲ得ス故ニ未遂ノ處罰モ亦他ノ凡テノ點ニ於ケルカ如ク主觀客觀ノ兩方面ヲ折衷スルニ因リテノミ之ヲ了解シ得可ク我現行刑法ノ解釋トシテモ亦前掲第四説ヲ以テ正當ト爲ササル可カラス而シテ此見地ニ於テ觀察スレハ未遂處罰ノ理由ハ略左ニ述フルカ如クナラサル可カラス

(一) 主觀的ニ云ヘハ故意即チ行爲者ノ危險ナルコトニ存ス我現行刑法カ未遂罪ニ付キ既遂罪同一ノ刑ヲ科スルコトヲ許シ又自己ノ意思ニ因リ之ヲ止メタル場合ニ就キ刑ノ減輕又ハ免除ヲ認メタル如キ凡テ此理由ニ基ク此故ニ過失犯ニ付テハ全然未遂罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス (v. Liszt, Olsh. Zweig, 5 Kriegsmann 11)

(二) 客觀的ニ云ヘハ構成要件充實ノ可能殊ニ結果發生ノ可能即チ行爲ノ危險ナルコトニ存ス我現行刑法カ未遂罪ニ付キ一般ニ減輕免除ヲ認メ又未遂罪ハ各本條ニ於テ定メタル場合ニ限り之ヲ罰スト爲シタル如キ此理由ニ基ク何トナレハ主觀的危險ノミヨリ云ヘハ未遂罪ニ就テモ亦凡テ既遂罪同一ノ刑ヲ科ス可キカ當然ナレハナリ此故ニ客觀的危險ナキ場合即チ犯罪構成要件充實殊ニ結果發生ノ可能ナキ場合ニハ罰ス可キ未遂ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス所謂不能未遂又



ハ不能犯カ罰ス可キ未遂以外ニ置カルルハ此理由ニ基ク

以上述ヘタル所ニ依レハ未遂ハ一般ニ法益ノ危険アルカ爲メニ之ヲ罰スト説明スルコトヲ得可ク通説カ未遂ニ對シテハ特ニ危険ノ令禁アリト主張スルモ亦敢テ不可ナシト云ハサル可カラズ通説ハ未遂ニ付テモ亦特別ノ令禁(Norm)アリ即チ既遂罪ノ令禁ハ法益實害(Verletzung)ノ令禁ナルニ反シ未遂罪ノ令禁ハ常ニ法益危険(Gefährdung)ノ令禁即チ危険令禁(Gefährdungsnorm)タルモノナリト説ク而シテ一派ノ學者ハ之ニ反對シ既遂罪ニシテ尙法益ノ危害ヲ必要トセサルモノアルト共ニ未遂ニ關スル刑法ノ規定モ亦危険令禁ノ存在ヲ推知セシムルニ足ルモノナキカ故ニ既遂罪ノ令禁ハ法益實害ノ令禁ナリト説キ又未遂罪ノ令禁ハ法益危険ノ令禁ナリト説クカ如キ何レモ理由ナキコトト云ハサル可カラズ故ニ未遂ニ對シテハ本來特別ノ令禁ノ存スルニ非スシテ只各個ノ犯罪構成要件ヨリ生スル既遂ノ令禁カ刑法未遂罪ノ規定ニ依リ或程度ニ於テ擴張セラレタルモノト見ル外ナシト説ク(Trank, zu § 43)惟フニ既遂ハ常ニ實害ノ令禁ニ違反スルモノト爲スノ非ナルコト勿論ナルモ犯罪ハ凡テ法益ノ實害若クハ其危険アルニ因リ犯罪トナ

ルモノナルカ故ニ一派ノ學者カ既遂罪中ニモ亦法益ノ危害ヲ要セサルモノアル如ク説明スルハ非ナリ即チ既遂ハ法益ヲ實害シ若クハ之ヲ危険ニスルモノナルモ未遂ハ常ニ法益ヲ危険ニスルニ止マリ敢テ之ヲ實害スルコトナキモノナリ而シテ一方刑法ノ未遂ヲ罰スル所以カ法益ノ危険ヲ令禁スル趣旨ニアリト爲サハ未遂ノ令禁ハ常ニ危険ノ令禁ニアリトナスハ正當ナル可ク之ヲ實害ノ令禁ヲ包含スル既遂ノ令禁ト區別スルカ爲メ未遂ニハ特別ノ令禁アリト主張スルモ亦敢テ不可ナシト云ハサル可カラズ

### 第三款 未遂罪ノ觀念

犯罪ノ實行ニ著手シ之ヲ遂ケサル者之ヲ未遂罪(versuchtes Verbrechen)ト云フ(四三三條)故ニ未遂罪タルカ爲メニハ左ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一 犯罪ヲ實行ス可キ決意(Entschluss, ein Verbrechen zu verüben)アルコト

法律ハ犯罪ノ實行ニ著手シ云々ト規定スルカ故ニ犯罪實行ノ決意アルニ非サレハ未遂罪ヲ構成セサルコト勿論ナリ故ニ未遂罪ハ故意犯ニ於テノミ之ヲ想像



シ得可ク過失犯ニ付テハ未遂罪ノ成立ヲ想像スルコトヲ得ス(v. Liest, Olsch. Zweig 5 Kriegsmann 11)『註』然レトモ未遂罪ノ成立ニハ只單純ノ故意アルヲ以テ十分トシ敢テ惡意アルコトヲ要セス又故意モ必スシモ確定ノ故意若クハ其條件ノ故意アルヲ要スルニ非スシテ只確定ノ故意若クハ未必ノ故意アルヲ以テ十分トス(v. Liszt 201 Anm. 21 Finger 1310, Belling 60 R 12 64 1940—v. Par Z 18 531, Frank 1 zu § 43)

『註』 Frank, 多少其結論ヲ疑フモノノ如シ我泉二氏小一四六頁勝本氏三六頁岡田氏三四頁等ハ本文同說岡田氏ハ聊カ理由ヲ述フ牧野氏講義五一頁ハ反對カ

第二 其決意ニ基キ犯罪ノ實行ニ著手スルコト此故ニ豫備以前ノ行爲ハ以テ未遂罪ヲ構成スルニ足ラス本來ヨリ云ヘハ豫備ト未遂トノ限界ハ頗ル不明ナルヲ以テ寧ロ各場合ニ就キ裁判官ノ自由認定ニ一任スルヲ便宜トス可キモ我刑法ハ佛獨其他ノ立法ニ倣ヒ一般ニ犯罪ノ實行ニ著手シタルカ否カニ因リ之ヲ區別セント欲シタリ果シテ然ラハ犯罪實行ノ著手 (Anfang der Ausführungshandlung, Commencement d' exécution) トハ何ソヤ換言スレハ豫備ト實行トノ限界ハ如何此點ニ付テハ從來主觀客觀ノ二說アリ即チ左ノ如シ

(一) 主觀說(Sog. subjektive Theorie)

此說ニ犯意カ其行爲ニ因リ明カニ識別シ得ルニ至リタルヤ否ヤニ因リ實行ト豫備トヲ區別セントス(例之 Hälschner 1 336, 342, Delaquis 207) 然レ共行爲ノ外形ニ因リ犯意ノ有無ヲ識別スト云フカ如キ明カニ首尾本末ヲ轉倒シタル論ニシテ此ノ如キハ到底實際ニ於テ爲シ能ハサルトニ屬ス(岡田氏三〇〇頁泉二氏二七九頁)

(二) 客觀說(Objective Theorie)

此說ハ客觀的其他ニ於テ豫備ト實行トヲ區別セントスルモノニシテ此說ノ内ニハ又左ニ述フルカ如キ種種ノ學說ヲ包括ス

○(イ) 結果ニ對シ因果ノ關係ヲ有スルヤ否ヤニ因リ實行ト豫備トヲ區別セントスル說(Mittermaier 近頃ニアリテハ Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe 58, 59, Kriegsmann 16 ff; Senf, Gers § 67 225 ff) 然レトモ實行ハ必スシモ結果ト因果關係ヲ有スルモノニアラス(泉二氏大二七九頁)又豫備モ必スシモ結果ト因果關係ヲ有セサルニアラサルヲ以テ此說ハ當ラス

○(ろ) 既遂ニ對シ目的及ヒ手段ノ關係ニ於テ連續セリト認メラルル行爲ナルヤ



否ヤニ因リ實行ト豫備トヲ區別セントスル說 (v. Bar. Wächter, Ludo Löning 152) 然レトモ豫備モ亦既遂ニ對シ目的及ヒ手段ノ關係ニ於テ連續スルモノナルヲ以テ此說ハ當ラス(泉二氏大ニ七九頁)

(は) 犯罪構成要件ノ一部ヲ充實スルヤ否ヤニ因リ實行ト豫備トヲ區別セントスル說 (v. Liszt 203) 此說ヲ以テ現時ノ通說ト爲ス可ク左ニ述フル如キ種種ノ學說ハ此說ト語ヲ異ニシ若クハ此說ニ對シ尙一層ノ説明ヲ加ヘタルモノタルニ過キス

○(a) 罪ト爲ル可キ結果ヲ直接ニ發生セシム可キ行爲カ實行ノ著手ナリト爲ス說 (Bernier, Merkel)

○(b) 當該法益ニ對スル攻撃行爲カ實行ノ著手ナリトノ說 (Merkel, Baumgarten)

○(c) 刑罰ヲ科セラレタル動作ノ一部タル行爲カ實行ノ著手ナリトノ說 (Zacharie, Geyer, Birkmeyer 1115, Olshausen 14 zu § 43, Kroschel)

『註』泉二氏大ニ七八ハ、Zacharieノ說ハ「本人カ目的トシタル犯罪ノ客觀的構成要素ノ少クトモ一部ヲ形成スル行爲ハ著手ニシテ然ラサルモノハ豫備ナリ」ト爲スモノト説

キ此說ニ對シテハ「構成要素ノ一部ヲ爲ササル舉動ト雖モ尙ホ著手行爲ノ一部トナルヘキモノアルヲ以テ第二說モ正當ナラス」ト説ク

○(d) 行爲者カ外界ニ存スル力ヲ支配スルニ至リタルヤ否ヤニ因リ實行ト豫備トヲ區別セントスル說 (Beling 59 F.)

(e) 結果ノ惹起ニ對シ必要欠ク可カラサルヤ否ヤニ因リ實行ト豫備トヲ區別セントスル說 (Meyer, Der Anfang der Anführung 1892 尙 Meyer-Allfelds 173)

(f) 結果ニ對シ構成的條件ヲ置ク (Setzen einer tatbestandlichen Bedingung) ヤ否ヤニ因リ實行ト豫備トヲ區別セントスル說 (Beling, Verbrechen 245 ff.)

○(g) 本人ノ目的トセル犯罪ノ構成要素ヲ組成スル舉動及ヒ之ニ近接スル舉動ヲ包括スルモノヲ實行ノ著手ト爲ス說 (泉二氏大ニ二八〇頁)

(h) 犯人ノ動止カ自然ノ状態ニ於テ犯人ノ認識セル法律上ノ結果ニ到著スヘキ姿勢ヲ備フルニ至リタル行爲ノ状態ヲ實行ノ著手ト爲ス說 (勝本氏三三三頁)

(i) 實行即チ犯罪ノ構成要件ヲ充實スル行爲ト必要的關係 (Notwendige Zusammengehörigkeit) ヲ有シ自然ノ觀察ニ從ヒ其動作ヲ其實行ノ要素 (Bestandteile) ト認ム可



キ場合ニ於テハ動作ヲ爲シタルトキハ凡テ實行ノ著手アリタルモノト爲ササル可カラスト主張スル説(Frank)

惟フニ實行カ或程度ノ時點ヲ包括シ其内ニ多數ノ動作(Einzelthatigkeit)ヲ包含ス可キハ疑ナキ所ナリ而シテ實行トハ犯罪ノ實行ヲ指スモノナルヲ以テ犯罪構成要件ヲ充實スル動作ハ凡テ之ヲ實行ト爲スハ理ノ當然ナル可ク一般ニ云ヘハ犯罪構成要件ヲ充實スル動作ハ凡テ實行中ニ包含セラレ其以前ノ動作ハ凡テ豫備以下ノ程度ニ止マルモノト解スルハ至當ナリ然レトモ犯罪構成要件ヲ充實スル動作ノミヲ以テ實行ト爲スハ聊カ狭キニ覺ス何トナレハ自然的關係(Naturgemässe Zusammengehörigkeit)ニ於テ實行ハ離ル可カラサル關係(Notwendige Zusammengehörigkeit)ヲ有シ實質ニ於テ其實行ノ一要素(Postungteile)ト爲リ因テ以テ單一ノ實行行爲ヲ構成スルモノアリトセハ其動作モ亦該實行ノ一部ヲ爲スモノト解スルハ當然ナレハナリ故ニ精密ニ云ヘハ犯罪構成要件ヲ充實スル動止竝ヒニ之ト離ル可カラサル關係ヲ有スル動作ハ凡テ之ヲ實行ト解シ其一ヲ爲シタルトキハ凡テ實行ノ著手アリタルモノト解セサル可カラス故ニ例ヘハ鐵砲ヲ構ヘ狙ヲ定ムルカ如キ

ハ發射ト相合シテ殺人ノ實行ヲ爲シ手ヲ擧ケタルコトハ人ヲ打テタルコトト相合シテ犯害ノ實行ヲ爲シ手ヲ出シタルコトハ物ヲ奪取シルタコトト相合シテ竊盜ノ實行ト爲ル何トナレハ鐵砲ヲ構ヘ狙ヲ定ムルニ非サレハ發射ヲ爲スコトヲ得ス手ヲ擧クルニアラサレハ人ヲ打ツコトヲ得ス手ヲ出スニ非サレハ物ヲ奪取スルコトヲ得サレハナリ然レトモ之ニ反シ鐵砲ヲ製造シ之ヲ準備シ機會ヲ探索シ犯所ニ赴クカ如キハ何レモ豫備ノ程度ニ止マル何トナレハ此等ノ動止ナキモ尙犯罪ヲ實行スルニ十分ナル可ク此等ノ動止ハ犯罪實行ノ一要素ヲナスモノニ非サレハナリ(Frank)

第三 之ヲ遂ケサルコト

換言セハ既遂ニ至ラサルコト即チ犯罪構成要件ノ全部ヲ充實セサルコトヲ要ス。故ニ犯罪構成要件ノ全部カ充實セラレタルトキハ其行爲ノ中途ニアルトキト雖モ尙犯罪ノ既遂ヲ認メサル可ラス而シテ犯罪構成要件ノ全部ヲ充實セサル事由ハ或ハ實行ヲ終了セサル點ニ存ス可ク或ハ實行ヲ終了シタルモ犯罪構成事實殊ニ結果ヲ發生セサル點ニ存ス可シ茲ニ於テカ未遂ニ未了未遂終了未遂ノ區別



ヲ生ス實行ヲ終了セサル場合及ヒ實行ヲ終了シタルモ結果ヲ發生セサル場合ニ付キ未遂ノ成立ヲ是認ス可キコト學者間ニ爭ナキ所ナリ然レトモ實行ヲ終了シタルモ結果以外ノ犯罪構成事實ヲ發生セサル場合ニ就キ未遂ノ成立ヲ是認ス可キヤ否ヤニ付テハ學界ニ爭アリ而シテ通説ハ此場合ニ付キ未遂罪ノ成立ヲ否認シ不能犯又ハ夢想犯トシテ罰ス可カラサル場合ニ該當スト説クモ(例之 Belling, Verbrechen 328, 326, Binding 1 629, Finger 1 314, Frank 1 u. 111 zu § 43, Klee, Kohn, Meyer-Altfeld, Oetker, Waehenfeld, Kasulin)已ニ犯罪構成要件ノ全部ヲ充實セサル行爲カ未遂ナリト解シ又實行ヲ終了シタルモ結果ヲ發生セサル場合ニ於テ未遂罪ノ成立ヲ認ム可キモノトセハ實行ヲ終リシ結果以外ノ犯罪構成事實ヲ發生セサル場合ニ於テモ亦同シク未遂罪ノ成立ヲ認メサル可カラス何トナレハ刑法ニ於テハ結果ト他ノ犯罪構成要件トノ間ニ輕重ノ差ヲ設ケサレハナリ (v. Liszt, Deliquis, Fabian. Kriegsmun, Osh. Zweig. Reichsgericht)而シテ其犯罪構成事實ヲ發生セサル事由ハ時ニ犯罪構成要件ノ不存在ニ基クコトナキニ非ス然レトモ此ノ如キ場合ニ於テモ亦未遂罪ノ成立ヲ否認ス可キ道理ナシ故ニ例ヘハ他人ノ物ト誤信シテ自己ノ物ヲ竊取シ

虚偽ナリト誤信シテ眞實ノ事實ヲ陳述シ妻ノ生存ヲ誤信シ他ノ婦女ト結婚シタル場合ノ如キ常ニ竊盜偽證又ハ重婚罪ノ未遂罪ヲ認メサル可カラス

#### 第四款 未遂罪ノ種類

廣ク未遂ト云フトキハ犯罪ノ實行ニ著手シ犯罪構成要件ノ全部ヲ充實セサル凡テノ場合ヲ指スカ故ニ其内ニハ當然犯罪構成要件ノ全部ヲ充實シ得ルニ拘ラス或事由ノ爲メ之ヲ充實セサリシ場合竝ヒニ元來犯罪構成要件ヲ充實シ能ハサリシ場合ヲ包含ス前ノ場合ハ之ヲ未遂罪ト稱シ後ノ場合ハ之ヲ不能犯ト稱ス然レトモ不能犯ハ罰ス可キ未遂即チ所謂未遂罪ニ非サルカ故ニ未遂罪ノ種類ニ於テハ先ツ不能犯ヲ除外セサル可カラス而シテ他ノ未遂罪ニ就テ云ヘハ略左ニ述フル如キ種類ヲ認ムルコトヲ得

##### 第一 未了未遂ト終了未遂

未了未遂 (nicht beendeter Versuch, teilweise Ausführung, Delit tenté) ハ又之ヲ著手未遂企行未遂未行未遂又ハ中絶未遂等ト稱ス凡テ犯罪ノ實行ニ著手シタルモ未タ其實行



ヲ終了セサル場合ヲ指スモノナリ例へハ白刃ヲ振上ケ鐵砲ヲ放タントスル際其白刃又ハ鐵砲ヲタタキ墜サレタルカ如キ是レナリ終了未遂(Beendeter Versuch, erfolglose Ausföhrung, Délet manqué)ハ又之ヲ實行未遂既行未遂缺効未遂又ハ缺効犯等ト稱ス凡テ犯罪ノ實行ニ著手シ之ヲ終了シタルニ拘ハラズ犯罪構成事實ノ全部殊ニ結果ヲ發生シ能ハサル場合ヲ指ス例へハ鐵砲ヲ放チタルモ彈丸被害者ニ命中セス毒物ヲ施用シタルモ被害者解毒藥ヲ服用シタル場合ノ如キ是レナリ以上ノ意味ニ於テ終了未遂ト云フトキハ其内ニハ當然左ノ三場合ヲ包含ス

(一) 犯罪構成事實殊ニ結果ヲ發生セシム可キ見込アルモ其發生ハ未タ確實ナラサル場合例之人ヲ殺スニ足ル傷害ヲ與ヘタルモ其人ノ死去スルヤ否ヤ未タ不明ナル場合

(二) 犯罪構成事實殊ニ結果ヲ發生セシム可キ見込確實ナルモ現在ニハ未タ發生セサル場合例之必ス死去ス可キ傷害ヲ與ヘタルモ被害者未タ餘命ヲ保チ居ル場合

(三) 犯罪構成事實殊ニ結果ヲ發生セサルコト確實ナル場合例之殺人ノ意思ヲ

以テ人ヲ斬リタルモ傷害輕ク到底人ヲ殺スニ足ラサル場合

終了未遂ハ結果犯ノ場合ニ存在スルヲ通常トス殺傷放火ノ如キ其例ナリ然レトモ常ニ必ス然リト爲ス可カラズ蓋シ行爲犯ニ付テモ亦結果以外ノ構成事實ノ不發生ヲ想像シ得レハナリ通説ハ行爲犯ニ付テハ終了未遂ヲ想像スルコトヲ得スト主張スルモ其誤謬ハ結果ノ發生ナキ場合ニ於テノミ未遂罪ノ成立ヲ認メントスル點ニ基因スルモノナリ(反對法律大辭書拙稿)

## 第二 障礙未遂ト舛錯未遂

障害未遂トハ外部的ノ妨害ノ爲メ犯罪構成要件ヲ充實シ能ハサリシ場合ヲ云ヒ舛錯未遂トハ内部的失錯ノ爲メ犯罪構成要件ヲ充實シ能ハサリシ場合ヲ云フ舊刑法ハ此區別ヲ明示シタルモ現行刑法ハ之ヲ明示セス(舊刑一一)然レトモ現行刑法ニ於テモ亦學理上此區別ヲ認メ得可キハ勿論ナリ未了未遂ハ障礙ニ基クヲ通常トシ終了未遂ハ舛錯ニ基クヲ通常トス然レトモ常ニ必ス然リト爲ス可カラズ未了未遂ニモ舛錯ニ基ク場合ヲ想像シ得可ク(例之人ヲ斬ラントシ刀ヲ振上ケタルニ刀ハ犯人ノ後方ニ落ちタリ)又終了未遂ニモ障礙ニ基ク場合ヲ想像シ得可シ



(例之毒藥ヲ服用セシメタルモ被害者其事實ヲ知り直チニ解藥劑ヲ吞ミタルトキ) 故ニ嚴格ニ云ヘハ未了未遂終了未遂ノ區別ト障礙未遂舛錯未遂ノ區別トノ間ニハ判然タル區別アリト爲ササル可カラス然レトモ我國ニ於テハ未了未遂ト障礙未遂トヲ同一視シ且ツ終了未遂ト舛錯未遂トヲ同一視スルヲ通常トシ(例之小崎岡田泰西ニ於テモ亦ローマ法ニ所謂舛錯犯 (sog. fehlgeschlagenes Versuch, délit manqué) ヲ以テ結果ノ不發生確實ナル場合ノ終了未遂ト同一義ト爲スヲ通常トス(v. Liszt, Frank.)

### 第三 未遂犯ト中止犯

狭ク未遂犯ト云フトキハ犯罪ノ實行ニ著手シ自己ノ意思ニ因ラスシテ之ヲ遂ケサル場合ノミヲ指シ之ニ對シ中止犯ト云フトキハ自己ノ意思ニ因リ之ヲ止メタル爲メ既遂ニ至ラサル場合ヲ指ス舊刑法ハ所謂未遂犯ノミヲ以テ罰ス可キ未遂ト爲シ所謂中止犯ハ全然之ヲ不問ニ付シタタリモ現行刑法ハ兩者共ニ未遂罪ノ態様ヲ爲スモノトシ只其處分ヲ異ニスルニ過キス學者或ハ未遂犯ヲ外由未遂ト名付ケ之ニ對シ中止犯ヲ内由未遂ト名付ク(泉二氏大二八四)然レトモ未遂犯必ス

シモ外由未遂ニ非サルヲ以テ文字ノ正格ヲ學ハハ斯カル用語ニ倣ハサルヲ正當トス中止犯ニ付テハ説明スル所多キヲ以テ更ニ款ヲ更メテ説明スル所アル可シ

## 第五款 中止犯

第一 中止犯(Rücktritt vom Versuch)トハ犯罪ノ實行ニ著手シタルモ自己ノ意思ニ因リ之ヲ止メタル爲メ既遂ニ至ラサル場合ヲ云フ(四三條但書)故ニ中止犯ハ犯罪ノ實行ニ著手シタルモ既遂ニ至ラサル點ニ於テハ毫モ他ノ未遂ト異ル所ナク中止犯ノ他ノ未遂ト異ル點ハ只其既遂ニ至ラサルコトカ犯人自己ノ意思ニ因リ之ヲ止メタルニ基因スル點ニアリ即チ中止犯タルカ爲メニハ

### (一) 犯罪ノ實行ヲ止メタルコトヲ要ス

中止犯ハ未了未遂ニ於テ之ヲ想像スルコトヲ得可ク又終了未遂ニ於テ之ヲ想像スルコトヲ得可シ而シテ實行ノ中止ハ未了未遂ノ場合ト終了未遂ノ場合トニ因リ異ル即チ

い 未了未遂ノ場合ニハ實行ヲ終了セサルコトニ因リ之ヲ中止スルコトヲ得



例へハ竊盜ノ目的ヲ以テ家宅ニ侵入シタルモ其目的物ヲ奪取スルコトヲ止メ人ヲ殺サンカ爲メ刃物ヲ振上ケタルモ之ヲ振下スコトヲ止メ人ヲ侮辱スル手紙ヲ認メタルモ之ヲ郵便ニ投函スルコトヲ止メタル場合ノ如キ是ナリ故ニ此場合ノ中止ハ實行ノ終了ト同時ニ之ヲ想像シ能ハサルコトトナル而シテ單一ノ實行ニ因リ或結果ヲ惹起サントシ其目的ヲ達シ能ハサル場合ニ於テ更ニ其實行ヲ反覆スルコトヲ止メタルトキノ如キ常ニ未了未遂ノ中止ニ非スシテ寧ロ終了未遂其者ナリト爲ササル可カラス例へハ人ヲ射殺サントシ鐵砲ヲ放タントシタルモ發火スル能ハス又已ニ一發ヲ放チタルモ被害者ニ命中スル能ハサル如キ場合ニ於テ更ニ鐵砲ヲ放ツコトヲ止メタルトキノ如キ是レナリ(v. Liszt, Frank II zu § 46 形式上反對 Hatzig. Über den Rücktritt vom Versuch 1897 S. 42) 然レトモ數個ノ動止ニ因リ一個ノ行爲ヲ構成シ其動止ノ協力ニ因リ一個ノ結果ヲ惹起ス場合ニハ其最後ノ動止ニ至ルマテ實行ヲ中止ス可キ餘地アリ換言スレハ數個ノ動止ニ因リ一個ノ結果ヲ惹起サントスル場合ニ於テ其動止ノ一部ヲ爲シタルニ止マルトキハ常ニ未了未遂ノ中止ヲ爲ス可キ餘地アリ數度ニ少量ノ毒ヲ與ヘ以テ人ヲ殺サントスル

場合ノ如キ是ナリ(v. Liszt, Frank II zu 46) 個個ノ實行ヲ中止スル(ein Abstehen von dies es individuellen Ausführung) ヲ以テ十分ト爲ス可キカ將タ犯意ノ全部ヲ斷念スル(ein gänzlichcs Falllassen des verbrecherischen Entschlusses) ヲ以テ必要ト爲ス可キカハ學者間ニ爭アル所ナリ此問題ハ凡テノ中止ニ就キ生ス可キモノナリト雖モ殊ニ未了未遂ノ中止ニ就キ生スルヲ通常トス而シテ一部ノ學者ハ法律ハ只犯意ノ終局的中止ノ必要(das Erfordernis der definitiven Aufgabe des verbrecherischen Entschlusses) ヲ明示スルコトヲ怠リタルノミト説明シ以テ犯意ノ全部ヲ斷念スルコトカ必要ナリト主張スルモ(Binding, Grundriss 126) 法律ハ只之ヲ止メタルトキト規定スルニ止マルヲ以テ犯意ノ全部ヲ斷念シタル場合ハ勿論個個ノ實行ヲ中止シタル場合ニ於テモ亦中止犯ノ成立ヲ是認スルヲ通説トス(v. Liszt, Frank, a. a. O.) 然レトモ行爲者ニシテ已ニ生シタル事情ヲ他日ノ行爲ニ利用セントスルトキノ如キ固ヨリ實行ノ中止ヲ以テ論ス可カラサルコト勿論ナリ例へハ溢水セシムル爲メ水門ノ一部ヲ破壊シ其後毎夜其破壊ヲ繼續セントスル場合ノ如キ是レナリ而シテ實行ノ方法ヲ變更セントスルニ過キササル場合ノ如キモ亦固ヨリ右同一ニ論斷セサル可カラス



(Frank, a. a. o.)

ろ 終了未遂ノ場合ニハ積極的ニ犯罪構成事實殊ニ結果ノ發生ヲ防止スルコトニ因リ實行ヲ中止スルコトヲ得例ヘハ毒藥ヲ服用セシメタル後解毒劑ヲ服用セシメ侮辱ノ手紙ヲ差出シタル後郵送ノ途中ニ於テ之ヲ取還シ爆烈彈ヲ贈リタル後其到着前之ヲ被害者ニ告知スル場合ノ如キ是レナリ此中止ハ結果發生ノ可能カ尙存續スル場合ニ於テノミ之ヲ爲スコトヲ得可ク結果ノ發生セサルコト確實ト爲リタル後ニ於テハ最早此中止ヲ爲スコトヲ得ス之ヲ一般ニ云ヘハ行爲者自ラ實行ヲ中止シ得ル限リニ於テノミ中止犯ノ存在ヲ認メ得可ク行爲者自ラ因果ノ進行ヲ支配シ能ハサルニ至リタル後從ツテ法文所謂實行ヲ止メ能ハサルニ至リタル後ニ於テハ中止犯ノ存在ヲ想像スルコトヲ得ス即チ結果ノ發生カ確實ト爲リタル場合ニ於テ中止犯ヲ想像シ能ハサル如ク結果ノ不發生カ確實ト爲リタル場合ニ於テモ亦中止犯ヲ想像スルコトヲ得ス此故ニ所謂舛錯犯 (misslungenen Verbrechen, fehlgeschlagenen Delikt) ノ場合ニ於テハ中止犯ノ成立ヲ想像スルコトヲ得ス鐵砲ヲ發シタルモ彈丸被害者ニ命中セサル場合ノ如キ是レナリ以上ノ理論ハ

一般ノ中止ニ適用ヲ見ルモノナリト雖モ殊ニ終了未遂ノ中止ニ適用セララルルヲ通常トス (v. Liszt, Frank III zu §46) 結果ノ除去ハ必ス現實的 (wirklichen Verhinderung des Erfolges) ナラサル可カラス故ニ結果ヲ除去セント考ヘ又其方法ヲ盡シタルトキト雖モ現實結果ヲ除去シ能ハサル限リハ常ニ中止犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス例ヘハ一旦毒藥ヲ服用セシメ更ニ解毒劑ヲ與ヘントシタルモ被害者ニ於テ其解毒劑ヲ服用セサリシ場合ノ如キ是レナリ此理由ニ因リ絶對ニ不能ナル方法ニ因リ結果ヲ除去セントスル場合ニハ常ニ中止犯ヲ想像スルコトヲ得ス (Frank, a. a. o.) 又結果ハ行爲者自ラノ行爲ニ因リ (durch eigene Tätigkeit) 除去セラレサル可カラス此故ニ結果カ他ノ方法ニ因リ除去セラレタルトキハ茲ニ通常ノ未遂罪ヲ認メサル可カラス而シテ此理論ハ他ノ方法ヲ盡ス以前ニ已ニ行爲者ニ於テ右同一ノ目的ヲ講シ置キタル場合ニ於テモ亦右同一ニ之ヲ是認セサル可カラス例ヘハ甲カ乙ニ毒藥ヲ服用セシメ後之ヲ救助スル爲メ解毒劑ヲ與ヘタルモ乙ハ其解毒劑ヲ服用スル前已ニ其毒藥ヲ吐キ出シ置キタル場合ノ如キ是レナリ然レトモ自己ノ行爲ト云フモ敢テ他ノ協力ヲ排斥スル趣旨ニハ非ス故ニ他ノ協力ニ因リ結果



ヲ除去スル場合(wenn dritte Kräfte mitwirken)ニ於テモ亦固ヨリ中止犯ヲ認ムルコトヲ得例ヘハ解藥劑ヲ服用セシムルニ付キ醫師ヲ煩ハスカ如キ是レナリ(E 1375. 1544. S. hierüber bes. Finger I 322, Frank, a. a. o. v. List)

第二 自己ノ意思ニ因リ之ヲ止メタルコトヲ要ス

自己ノ意思ニ因リトハ外部障礙ニ因リトノ反對ニシテ中止ハ自己ノ意思ニ因ルコトヲ要シ外部ノ障礙ニ因ルコトヲ許ササルナリ即チ外部ノ障礙ニ因リ實行ヲ中止シタルトキハ常ニ狭キ未遂罪ヲ構成シ敢テ中止犯ヲ構成スルコトナシ而シテ外部ノ障礙アリト誤信シタル場合ハ事實外部ノ障礙アリタル場合ト同一ニ解釋セサル可カラス換言スレハ獨リ外部ノ障礙ノ實在スル場合ノミナラス外部ノ障礙アリト誤信シタル場合ニ於テモ亦中止犯ヲ認ムルコトヲ得ス例ヘハ風ノ音ヲ人ノ聲ト誤信シ實行ヲ中止シタル場合ノ如キ是レナリ要スルニ外部障礙ノ存スルヤ否ヤハ客觀ノ觀察ニ於テノミ之ヲ定ムルコトナク主觀ノ觀察ニ於テモ亦之ヲ定メサル可カラス(v. List 49, Frank II zu § 46, Osh. Zweig, 11)然レトモ客觀ノ觀察ニ於テ障礙ト爲ラス又主觀ノ觀察ニ於テ障礙ト認メサル事情存スルモ之カ爲メ

中止ノ成立ヲ否認シ能ハサルコト勿論ナリ故ニ例ヘハ行爲者ニ於テ子供ノ傍觀スルヲ見之ヲ障礙ト思ハサルモ後日ノ申告ヲ恐レテ實行ヲ中止シタル場合ノ如キ同シク中止犯ノ成立ヲ認メサル可カラス(此點ニ付キ疑ハシキ判決ヲ爲シタル E 16 182)從ツテ一般ノ論者カ「後日ノ發覺ヲ恐ルルニ因ル場合ハ常ニ自己ノ意思ニ因ルモノト爲スコトヲ得ス」ト論スルカ如キ聊カ極端ニ失スルモノト云ハサル可カラス(Frank, a. a. o. Alsberg Gard 67 375 ff. 反對 Lindenberg D V Z 10 777, E 37 402)而カモ實行ヲ追行スル能力ナシト信シ之ヲ止メタル如キ場合ニ於テ自己ノ意思ニ因ル中止ヲ認メ能ハサルハ勿論ナリ(R 4 543)

中止ノ外部障礙ニ因ルヲ許ササルコト以上述ヘタル如シト雖モ苟クモ自己ノ意思ニ因リタル以上ハ其意思カ恐怖ニ基クト悔悟ニ基クト道義心ニ基クト肉體ノ事情ニ基クトハ之ヲ問ハス而シテ其動機カ下劣ナル場合例之目的物ノ價值少キ爲メ竊盜ヲ中止スル如キ場合ニ於テモ亦中止犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得(M. H. sz, Frank, a. a. o.)

〔註〕 Frank II zu 46 自己ノ意思ニ因ル場合へ Ich will nicht weiter hanteln, selbst wenn Ich es könnte



云フ場合ナレトモ外部障礙ニ因ル場合ハ Ich kann nicht weiter handeln, selbst wenn ich es wollte  
云フ場合ナリト説明ス此説明ニ對シテハ泉二氏大二八六以下ノ駁撃アリ

第二 中止犯ノ觀念ハローマ法ニ於テ已ニ認メタル所ニシテ(vgl. *inh.* 1. 19. D. 48, 10, *Sui falsum monentam peruserint, si id totum formare noluerunt, suffragio justae poenitentiae absolventur*)カール五世ノ刑事法モ亦行爲者ノ意思ニ反スル他ノ手段ニ因リ犯罪ノ進行ヲ防止セラルルコトヲ以テ未遂ノ處罰ニ必要ナル事項トシ(Art. 178 p. G.O.)獨乙普通法ハ或ハ之ヲ無罪ト爲シ或ハ之ヲ減刑スト爲シタリシカ無罪ト爲ス意見ハ獨乙各國ノ採用スル所ト爲リ一八五一年ノ *Preussen* 法及ヒ一八六一年ノ *Bayern* 法ノ如キ佛國ノ刑法ニ倣ヒ嚴格ニ此意見ヲ遵奉セシカ當時已ニ之ヲ刑罰排除ノ原因(*Strafanhaltungsgründe*)ト爲シ自己ノ意思ニ因ラサルコトヲ以テ未遂ノ觀念的要件ト爲ササル立法ヲ生シタリシカ此立法ハ獨乙現行刑法(四六)ノ範ヲ爲シタルモノナリ而シテ我舊刑法ハ佛國刑法ニ倣ヒ犯人意外ノ障礙舛錯ニ因ルコトヲ以テ未遂ノ觀念的要件ト爲シ所謂中止ノ場合ハ無罪ト爲ルモノト爲シタリシカ(一一二)現行刑法ハ獨乙其他ノ立法ニ倣ヒ中止モ亦未遂ノ一態様ナリトシ唯此未遂ニ對

シテハ必ス其刑ヲ減輕又ハ免除ス可キモノト爲セリ

法律カ通常ノ未遂以外ニ中止犯ナルモノヲ認メ或ハ之ヲ無罪トシ或ハ減免スト爲ス理由如何從前ノ刑法學者ハ之ヲ法律上ノ理由(*Rechtsgründe*)ニ求メ或ハ中止ニ因リ犯意ヲ減却スルカ爲メナリト説キ或ハ犯意カ當初ヨリ確實ナラザリシカ爲メナリト説キタリ(*so auch öhler, N. 1768*)然レトモ此ノ如キ議論ノ當ヲ得サルコト勿論ニシテ今日ノ學說トシテハ之ヲ刑事政策上ノ理由ニ求ムルヲ通常トシ(*v. Liszt 210, Herzog, Rücktritt vom Versuch und thätige Reue 1889*)獨逸ノ碩學 *v. Liszt* 刑事政策上ノ理由ニ因リ一度刑罰ニ落タル行爲者ニ對シ歸還シ得可キ金橋ヲ架シタルモノト説明シタル如キ其著シキモノニシテ(*v. Liszt, a. a. O.*)我現行法ノ改正理由書カ此但書ヲ缺クトキハ管ニ刑ノ不權衡ヲ來スノミナラス一旦犯罪ノ實行ニ著手シタル後ハ自己ノ意思ニ因リ之ヲ中止シタルトキト雖モ尙ホ未遂罪ト爲ルヲ以テ或ハ已ニ犯罪ノ實行ニ著手シタル者ハ決シテ之ヲ中止スルコトナク常ニ遂行スル虞ナシトセス是改正案ニ於テ此但書ヲ設ケタル所以ナリト説明シタル如キモ亦右同一ノ趣旨ニ外ナラス而シテ此見地ニ於テ云ヘハ當然中止ハ犯罪不成立



ノ原因ニ非スシテ刑罰排除ノ原因ト爲ルモノト解ス可ク我刑法カ之ヲ刑ノ減免ノ原因ト爲シタルハ固ヨリ當然ノ事ナリ

第三 中止ハ已ニ生シタル刑ヲ減免スルモノタルニ過キサレヲ以テ未遂ノ犯罪の性質ハ毫モ中止ニ因リ變更ヲ受クルコトナシ從ツテ中止ニ就テハ當然左ノ結果ヲ生ス

(一) 一人中止スルモ其共同正犯教唆從犯等ニ付テハ刑ノ減免ヲ認ムルコトヲ得ス何トナレハ一人ノ中止ハ毫モ他ノ共犯ノ犯罪ニ加工シタル事實ヲ變更シ能ハサレハナリ然レトモ他ノ共犯モ亦固ヨリ自己ノ中止ニ因リ法律ノ恩惠ニ浴スルコトヲ得教唆從犯ノ如キ行爲ノ未了ニ因リ中止ヲ爲シ能ハサルコト勿論ナリ何トナレハ教唆從犯ハ自己ノ行爲ヲ爲シタルノミニテハ未タ實行ヲ終了セス從テ一般ニ罰ス可キ状態ニ達シ能ハサレハナリ然レトモ教唆從犯モ亦固ヨリ正犯ニ獨立シテ結果ヲ除去スルコトヲ得可キナリ抑モ教唆從犯ニ對スル中止ノ效力如何ニ付テハ學界ニ争アリ即チ

第一說ハ加擔(Akzessorität)ノ法理ニ因リ教唆從犯ハ正犯ノ中止ニ因リ法律ノ恩

典ニ浴スルコトヲ得ト説キ此派ニ屬スル學者ハ多ク教唆從犯カ自ラノ中止ニ因リ法律ノ恩典ニ浴ス可シトノ論理ヲ是認ス(Olah. Zweig. T. 註一)然レトモ此説ハ誤ナリ何トナレハ刑ノ減免ハ只其原因ヲ有スル人ニ對シテノミ之ヲ與フ可キモノナレハナリ(v. Liszt 212 Ann. 5.)此説ヲ主張スル論者ハ教唆從犯ノ加擔の性質ニ因リ之ヲ説カントスルモ此論理ハ之ヲ正シト爲ス可カラス何トナレハ假令正犯ノ中止アルモ一度正犯カ可罰未遂ヲ犯シタリトノ事實ハ毫モ其中止ニ因リ變更セラレル所ナキヲ以テナリ故ニ通説ハ正犯ノ中止ハ毫モ教唆從犯ノ刑ヲ減免スルコトナシト説ク(註二)

第二說ハ正犯ノ中止ハ毫モ教唆從犯ノ刑ヲ減免スルコトナキモ教唆從犯ハ自ラノ中止ニ因リ減免ノ恩典ヲ受クルコトヲ得ト説ク蓋シ正犯ヲ豫想シタル中止犯ノ規定ハ又類推ニ因リ教唆從犯ニ對シテモ亦之ヲ適用スルコトヲ得ト爲スモノニシテ今日ニ於テハ此説ヲ以テ通説トス(註三)

第三說ハ教唆カ正犯ニ中止ノ決意ヲ爲サシメタル場合ニ就テノミ類推ヲ許ス可シト説ク(註四)然レトモ此説ハ犯罪決意ノ發生ノミヲ以テ教唆ノ結果ト爲シタ



ル誤認アリ(Frank, n. n. o.)

惟フニ教唆従犯ニ就キ自己ノ行爲ヲ終了セサルニ因ル中止犯ノ成立ヲ想像シ能ハサルハ勿論ナリ何トナレハ教唆従犯ノ行爲其者ハ何等犯罪ヲ構成スルモノニアラサルヲ以テ其行爲ニ就キ罰ス可キ未遂ノ中止ヲ想像シ能ハサルコト勿論ナレハナリ然レトモ教唆従犯ニ付テモ亦固ヨリ結果ノ除去ニ因ル中止ハ之ヲ想像スルコトヲ得可ク而シテ一方中止犯ニ關スル刑法ノ規定ノ正犯ノ中止ヲ豫想シタルモノナルコト勿論ナルモ此規定ノ類推ニ因リ教唆従犯ニ就テモ亦中止ノ思典ヲ與フ可シト爲スハ毫モ刑法解釋ニ謬ルコトナキヲ以テ少クトモ結果ノ防止ニ因ル中止ハ教唆従犯ニ付テモ亦之ヲ認ムルコトヲ得ト爲スヲ正當トス

註一' Osh. Zweig. 2 zu § 46, Heilborn, Der Agentenprocurator 1901 S. 123 ff, Berner 165, Herzog, n. n. o. 260, Binding, Grundriss 126(Liszt n. n. v. 1:8), eingehender dem. Ger S 6823, 24(以下 Frank n. n. v.) Baumgarten 457, Kohler 1 143, R 3937(以上 Liszt n. n. v.)

註二' Birkmeyer, Die Lehre v. d. Teilnahme 1800 S. 146, Finger 1 319, Merkel 134, prosch. Der Rücktritt v. Versuch 1904 S. 31 ff, Meyer=Allf. 190, Frank Tuzn § 46, v. Liszt 212 Anm. 5 (Frank n. n. v.)

註三' Finger 1 324, (Liszt n. n. v. 3:0), v. Liszt 212, Meyer=Allf. 180, E 16 347, Frank v. zu § 46(以下 Frank n. n. v.) Birkmeyer 11:7 (Teilnahme 156), Klee...45, Halschner 1 362 Katzenstein Z. 21 408, Merkel 135,

R 14 19, G 347, 20 259, 38 223 等々同説(v. Liszt n. n. v.)

註四' prosch. n. n. o. 45 ff. (Frank n. n. v.)

(二) 未遂ノ刑ハ減免セラルルモ之ニ因リ同時ニ既遂ト爲リタル罪ノ刑ハ毫モ減免セラルルコトナシ何トナレハ未遂ノ刑ハ只未遂ノ刑トシテ中止ノ減免ヲ受クルニ過キササルヲ以テ未遂ノ當時已ニ既遂ト爲シタル罪ハ毫モ中止ノ恩典ニ浴シ得可キモノニ非サレハナリ故ニ例ヘハ文書偽造ニ因ル詐欺取財ノ場合ニ於テ假令詐欺ノ中止ヲ爲スモ其當時既遂ト爲リタル文書偽造ハ毫モ之ニ因リ減免セラルル所ナシ Feuerbach 以來學者ノ通常 qualifiziertem Versuchト稱スル場合はレナリ此理論ハ想像上ノ數罪及ヒ牽聯犯ノ場合ニ就キ共ニ之ヲ是認ス可キモノナルコト學者間ニ疑ナキ所ナリ「註一」然レトモ法規ノ競合(Gesetzeskonkurrenz)ノ場合ニ就テモ亦此理論ヲ是認ス可キヤ否ヤニ付テハ學者間ニ争アリ而シテ一部ノ學者ハ之ヲ積極ニ決スルモ「註二」通説ハ寧ロ之ヲ消極ニ決ス「註三」蓋シ法規競合ノ場合ニ於テ未遂ノ犯罪ニ因リ吸收セラレタル(Konsumierte)構成事實ハ刑法上特別ノ存在ヲ有スルモノニ非サレハナリ(Frank, n. n. o.)而シテ此通説ノ説ク所ニ依レハ殺人



ノ未遂ヲ中止シタル場合ニ於テハ行爲者カ傷害ノ未必故意ヲ有スル限りニ於テ  
ノミ傷害既遂ノ所罰ヲ爲シ得ルコトト爲ル(Frank, a. a. O.)

註一 西洋ノ學者ハ Idealkonkurrenz ノ場合ノニ就キ説ク(Frank IV zu § 46, v. Liszt 216 Anm. 6)

註二 Baumgarten, Versuch 457, Hebing I, v. V. 309, Finger 1 323, Meyer II Allfeld, 183 Schlicht Z 19 863 ff., E 23 221 (Frank II n. a.)

註三 Berner 157, Olsh. Zweig. 3, Hatzig, a. a. O. s. 40, v. Liszt 212 Anm. 6, Frank IV zu: 46 E 15 12 (Frank II n. a.)

(三) 豫備又ハ未遂カ特別ノ刑ヲ以テ處罰セラレ若クハ未遂以前ノ行爲カ凡テ  
既遂罪ト同一ニ處罰セラル、場合ニ付テハ中止ニ因ル減免ヲ認ムルコトヲ得ス  
此點ニ付テハ全部「註一」一部「註二」ノ反對説ナキニ非サルモ共ニ採ルニ足ラス何ト  
ナレハ此ノ如キ場合ニ付テハ中止ニ因リ減免ヲ爲シ得可キ未遂ノ刑ハ存在セザ  
レハナリ「註三」

註一 Herzog a. a. O. (Frank II n. a.)

註二 Olsh. Sweig. 5, Meyer II Allf. 188, Frank VI zu § 46, Hebing, Lehrb. 1 11 ff., Grandriss 124 註說明ノ證據  
ヲ異ニスルモ一部反對タル點ニ於テ同シ此ニ説ニ付テハ Frank 及 v. Liszt. 213, Anm. 7  
ニ詳述ス

註三 同説 v. Liszt 212-213, S 10 324, Baumgarten 470, Köhler G S 51, 35, v. Lilienthal 44, Merkel S 76 v. Liszt  
II n. a.) Hatzig, a. a. O. 38 (Frank II n. a.) (泉ニ氏大ニ九〇頁)

## 第二節 一罪數罪

### 第一款 行爲ノ單複

行爲ハ意思ニ基ク身體ノ動止即チ所謂意思活動ヲ指稱スルヲ通常トスルモ最  
モ廣ク行爲ト云フトキハ意思活動ノ外之ニ因リテ惹起サレタル結果モ亦之ヲ包  
含ス可キモノトス而シテ此意味ニ於ケル行爲ノ單一ナルヤ否ヤハ刑法刑事訴訟  
法ノ適用ニ就キ大ナル重要ヲ有ス今此點ニ關スル學者ノ説明ヲ見ルニ或ハ目的  
ノ單一意思ノ單一又ハ結果ノ單一ト云フカ如キ一般の標準ヲ示ス學者ナキニア  
ラサルモ何レモ不~~誠~~實ニ過キ又未タ以テ凡テノ場合ヲ説キ盡シ能ハサル嫌アリ  
惟フニ右ニ述ヘタル意義ニ於テ行爲ト云フトキハ敢テ法律ニ特別ナル觀念ヲ指  
スニ非スシテ只一個ノ歴史的事實若クハ自然的行爲ヲ指スモノナルコト明白ナ  
リ果シテ然ラハ右ノ意義ニ於テ行爲ト云フモノノ單複如何ハ法律ト他ノ學問ト



ニ於テ解決ヲ異ニスル道理ナリ。法律ニ於テモ亦他ノ一般ノ學問ニ於ケルト同シク一個ノ行爲ト相對立シ數個ノ相獨立セサル行爲ハ數個ノ行爲ニ屬セスシテ事ロ一個ノ行爲ニ屬ス可キモノト論ス可ク要スルニ數個ノ相獨立シタル行爲ノ存スルヤ否ヤニ因リ行爲ノ單複ヲ決ス可キモノト論定セサル可カラス而シテ此前提ニ於テ立テハ略左ニ述フルカ如キ結論ヲ爲スコトヲ得

第一 單一ノ意思活動ニ因リ單一ノ結果ヲ惹起シタル行爲ハ常ニ單一ナル可キナリ例ヘハ一發ノ彈丸ニ因リ人一人ヲ殺シタル場合ノ如シ此ノ如キ場合ニ於テハ其意思活動又ハ結果カ數個ノ法條ニ觸ル、場合ニ於テモ亦行爲ハ常ニ單一ナル可キナリ

第二 單一ノ意思活動ニ因リ數個ノ結果ヲ惹起シタル場合ニ於テモ亦行爲ハ常ニ單一ナリト爲サ、ル可カラス何トナレハ此ノ如キ場合ニ於テモ亦數個ノ相獨立シタル行爲ハ存在セサレハナリ例ヘハ一國ノ言語ニ因リ人數人ヲ侮辱シ一發ノ彈丸ニ因リ數羽ノ鳥ヲ銃殺シ一個ノ過失不作爲ニ因リ數百人ノ生命ヲ奪ヒ去リタル場合ノ如シ數個ノ結果カ同一種類ニ屬スルト否トハ之ヲ問ハス一個ノ

石ヲ投シ一人ヲ殺シ一人ヲ傷ケ又ハ一個ノ窓ヲ破リタル如キ場合ニ於テモ亦行爲ハ常ニ單一ナル可キナリ一派ノ學者ハ行爲ハ因果關係ナリ數個ノ結果アレハ數個ノ因果關係アリ故ニ數個ノ結果アルトキハ行爲モ亦數個アリト爲サ、ル可カラスト論ス(V. Baur)然レトモ此說ハ行爲ト結果トヲ混同スル嫌アリ

第三 意思活動數個アルニ拘ハラス行爲ハ單一ナリト爲サ、ル可カラサルコトアリ日常生活ニ於テ數個ノ行爲ヲ單一ニ結合スル場合はレナリ此ノ如キ場合ニ於テハ刑法モ亦之ヲ單一ノ行爲トシテ取扱ハサル可カラス例ヘハ數度ノ打撃ニ因リ一個ノ大理石ヲ破壊シ數度ノ惡口ニ因リ人ヲ侮辱スル場合ノ如キ是レナリ而シテ此ノ如キ場合ニ於テ數個ノ意思活動カ單一ノ行爲ト觀察セラル、條件如何ハ各場合ニ就キ之ヲ定ム可ク茲ニ之ヲ抽象的ニ論斷シ得可キモノニ非スト雖モ通説ハ結果ノ單複ニ因リ行爲ノ單複ヲ決シ得可シト論シ結果ノ單複ハ被害者ノ人格ヲ危害スル法益(例之生命名譽貞操等)ニ付テハ被害者ノ單複ニ因リ之ヲ決シ被害者ノ人格ヲ離レテ危害ヲ生シ得可キ法益ニ付テハ物ノ集合所屬(Sammengehörigkeit)即チ所持(Gewahrsam)ノ單複ニ因リ之ヲ決シ得可シト主張ス(V. Liszt)



第四 數個ノ意思活動カ日常ノ生活ニ於テ數個ノ自然的行爲ト觀察セラル、ニ拘ハラス法律上ノ取扱ニ於テノミ之テ單一ノ自然的行爲ト觀察スルコトナキニ非ス所謂法律上ノ行爲單一 (juristische und kriminalistische Handlungseinheit v. Liszt) 是ナリ「註」此行爲單一ノ自然上ノ行爲單一ト異ナル所ハ自然的行爲カ日常ノ生活ニ於テ單一ト觀察セラルルニ非スシテ只法律上ノ取扱ニ於テノミ單一ト觀察セラルル點ニ存ス故ニ此行爲單一モ亦自然的行爲單一ノ一場合ト觀察ス可ク法律的犯罪單一ノ一場合ト觀察ス可キモノニ非ス集合犯結合犯等ハ凡テ此行爲單一ニ屬ス

註 Frank v. zussammengesetzte Verbrechen, Kollektivdelikte (Summardelikte, gesamtdeiktive) 及 Damerdelikt

\* Gesetzliche Verbrechenseinheit v. Thomsen v. 前者ノミナ G. V. 1. D. v. Fortge- 共 v. Nathe  
siehe Verbrechenseinheit に入ル

## 第二款 犯罪ノ單複

犯罪ノ單複即チ罪數ヲ決ス可キ標準ニ付テハ從來左ノ三說アリ

第一 行爲說 此說ハ犯罪ハ行爲ナルカ故ニ犯罪ノ單複ハ行爲ノ單複ニ因リ之ヲ決セサル可カラスト說ク然レトモ同シク行爲說ヲ採ルモ其行爲ニ對シ與ヘタル意義必スシモ同一ナルヲ得サル結果此說ニモ自ラ左ノ二種ノ區別ヲ生ス

(一) 意思活動及ヒ結果ヲ以テ行爲トナス說 此說ハ意思活動單一ニシテ結果亦單一ナル場合ハ勿論意思活動カ結果カ其何レカノ一カ單一ナル場合モ亦凡テ行爲ハ單一ナリト爲ス (v. Liszt) 故ニ此說ニ依レハ意思活動及ヒ結果カ共ニ數個ナル場合ニ於テノミ數個ノ犯罪ヲ認メ得可ク意思活動若クハ結果ノ何レカカ單一ナルトキハ常ニ單一ノ犯罪ヲ認メサル可カラサルコトト爲ル

(二) 因果關係ヲ以テ行爲ト爲ス說 此說ハ行爲ハ因果關係ナリ而シテ結果數個ナルトキハ因果關係モ亦數個ナリ故ニ結果數個ナルトキハ其意思活動ノ如何ヲ問ハス行爲ハ常ニ數個ナリト云ハサル可カラスト論ス (v. Baur) 此說ニ依レハ意思活動單一ナルモ結果數個アル限リハ常ニ數個ノ犯罪ヲ認メ得ルコトト爲ル

第二 意思說 此說ハ犯罪ノ本質ハ犯意ナルカ故ニ犯罪ノ數ハ常ニ犯意數ニ因リ之ヲ決セサル可カラスト說ク即チ此說ハ行爲ハ犯意ヲ表示スル手段タルニ



過キス又結果ハ犯意ヲ證明スル條件タルニ過キス故ニ行爲又ハ結果ニ因リ犯罪ノ數ヲ決スルコトヲ得スト爲スナリ

第三 結果說 此說ハ犯罪ハ行爲ナルモ犯罪ノ數ハ必スシモ行爲ノ數ト相一致スルコトヲ要スルモノニ非ス犯罪ノ數ハ寧ロ其行爲ニ因リテ充實セラル可キ犯罪構成要件ノ數即チ其行爲ニ因リ違反セラル可キ法規ノ數若クハ其行爲ニ因リ侵害セラル可キ法益ノ數ニ因リ之ヲ決セサル可カラスト說ク即チ此說ハ行爲ニ因リ生シタル法規違反若クハ法益侵害ノ結果ニ因リ罪數ヲ決セサル可カラスト爲スナリ (Berneri, Frank, Binding.)

違法ト爲ルニ因リ始メテ犯罪ノ成立アリトス故ニ今日ノ刑法理論トシテハ以上ノ内意思說ノ採ルニ足ラサルハ勿論ナリ何トナレハ絶對ノ理論トシテハ犯意ノミヲ以テ犯罪ノ本質ト爲スコト必スシモ不可能ニ非サルモ今日ノ刑法ハ未タ其域ニ達スルコトナク必ス其犯意ノ外部動止ニ表現スルコトヲ要スレハナリ仍テ行爲結果ノ二說ニ就キ按スルニ犯罪ノ行爲ナルコト勿論ナルモ行爲ハ行爲トシテ犯罪ト爲ルニ非スシテ其行爲カ法律ノ規定シタル犯罪構成要件ヲ充實スル

ニ因リ茲ニ始メテ犯罪ト爲リ來ルモノナリ而シテ行爲ノ數ト之ニ因テ充實セラ  
ル可キ犯罪構成要件ノ數トハ必スシモ相一致ス可キモノニ非サルヲ以テ理論ト  
シテハ數個ノ行爲ニ因リ一個ノ犯罪構成要件ヲ充實シ又一個ノ行爲ニ因リ數個  
ノ犯罪構成要件ヲ充實スルコトヲ想像シ能ハサルニ非ス故ニ犯罪ノ數ハ必スシ  
モ行爲ノ數ト相一致ス可キモノニ非スシテ寧ロ常ニ其行爲ニ因リテ充實セラル  
可キ犯罪構成要件ノ數ト相一致ス可キモノト云ハサル可カラス今一個ノ犯罪構  
成要件ノ充實ハ必ス一個ノ法規ニ違反シ又多クハ一個ノ法益ヲ侵害ス故ニ犯罪  
ノ數ハ行爲ニ因リテ充實セラル可キ犯罪構成要件ノ數即チ其違反法規若クハ其  
侵害法益ノ數ニ因リ之ヲ定ム可キモノト論定セサル可カラス即チ前掲結果說ハ  
理論ニ於テ正シク前掲行爲說ハ理論ニ於テ正シカラサルモノナリ結果說ニ對シ  
テハ一人カ二個ノ國籍ヲ有スルトキハ二人ノ生存アリト爲スト同一ナリトノ非  
難アリ (V. Liszt S. 286 Anm. 1.) 然レトモ行爲ハ人類ニ比シ犯罪ハ國籍ニ比ス可ク一人  
ニシテ二個ノ國籍ヲ有スルモノアルカ如ク一行爲ニシテ數罪ナル場合モ亦是レ  
アル可キナリ若シ反對說ノ主張スルカ如クハ反對說ノ所謂數行爲一罪ノ場合



ニハ數人カ一個ノ國籍ヲ有スル故ヲ以テ只一人ノ生存ノミヲ認メサル可カラ  
ト主張スルト同一ナルニ至ラン

### 第三款 行爲ノ單複ト犯罪ノ單複

前款ニ述ヘタル如ク犯罪ノ數ハ必スジモ行爲ノ數ト相一致ス可キモノニ非ス  
而シテ其實現ノ態様ハ略左ノ如クナルコトヲ得

第一 一行爲一罪 即チ行爲單一ニシテ犯罪亦單一ナル場合ナリ而シテ此場  
合中ニハ

(一) 單一行為カ數個ノ法條ニ觸ルル外觀ヲ有スル場合モ亦之ヲ包含ス  
所謂法條競合(Masalzeiskonkurrenz)ノ場合はレナリ

(二) 法律上ノ行爲單一ノ場合モ亦之ヲ包含ス繼續犯連續犯(五五)集合犯結合犯  
等ノ如キ是レナリ

第二 一行爲數罪 即チ行爲單一ニシテ犯罪ハ數個ナル場合ナリ一個ノ行爲  
ニシテ數個ノ法條ニ觸ルル場合ハ凡テ此場合ニ屬ス想像上ノ數罪及ヒ牽聯犯ノ

如キ是レナリ(五四)

第三 數行爲一罪 即チ行爲數個ニシテ犯罪單一ナル場合ナリ然レトモ我現  
行法ハ此場合ニ關スル特別ノ規定ヲ設ケス連續犯集合犯結合犯繼續犯等ハ其形  
式ヨリ云ヘハ數行爲一罪ノ場合ナリト雖モ其實質ニ於テハ寧ロ一行爲一罪ノ場  
合タルナリ

第四 數行爲數罪 即チ行爲數個ニシテ犯罪亦數個ナル場合ナリ併合罪及ヒ  
累犯ノ規定ハ凡テ此數行爲數罪ニ適用アルモノナリ

### 第四款 一行爲一罪

#### 第一項 總說

第一 單一ノ行爲ニ因リ單一ノ犯罪ヲ構成スル場合ニ付テハ特ニ說明ヲ加フ  
ル必要ナキモ其單一ノ行爲カ形式上數個ノ行爲ヲ包含スル外觀ヲ有スル場合ニ  
付テハ聊カ說明ヲ要スルモノナキニ非ス繼續犯結合犯連續犯集合犯等ノ場合は  
レナリ



第二 一行爲一罪ノ處分ニ付テモ特ニ説明ヲ加フル必要ナキモ其行爲カ形式上數個ノ法條ニ觸ルル外觀ヲ有スル場合ニ付テハ聊カ説明ヲ要スルモノナキニ非ス所謂法條競合ノ場合是レナリ

## 第二項 連續犯

第一 連續犯 (das fortgesetzte Verbrechen, delictum continuatum, delictum successi) トハ連續シタル數個ノ行爲ニシテ同一ノ罪名ニ觸ルルモノヲ云フ(五五)故ニ連續犯タルカ爲メニハ

(一) 連續シタル數個ノ行爲アルコトヲ要ス

連續トハ第二ハ第一ニ連リ第三ハ第二ニ連リ以下之ニ倣ヒ前後相連リテ更ニ大ナル一ノ本體ヲ爲スコトヲ云フ故ニ連續シタル數個ノ行爲トハ第二ノ行爲ハ第一ノ行爲ニ連リ第三ノ行爲ハ第二ノ行爲ニ連リ以下之ニ倣ヒ前後相連リテ更ニ大ナル一ノ行爲ヲ構成スルコトヲ云フ換言スレハ形式ニ於テ數個ノ行爲アルモ實質ニ於テ更ニ大ナル一ノ行爲存スル場合はレナリ今行爲ハ意思ト動止トニ因

リテ成立ス故ニ數個ノ行爲カ相連リテ更ニ大ナル一ノ行爲ヲ構成スルトハ數個ノ意思ト動止トカ互ニ相連リテ更ニ大ナル意思ト動止トヲ構成ストノ意ト爲ル故ニ連續シタル數個ノ行爲アルカ爲メニハ

い 意思ノ單一ヲ必要トス

即チ形式上數個ノ意思アルモ實質上單一ノ意思アルコトヲ必要トスルモノナリ單一ノ意思トハ單一ノ故意過失ヲ意味シ單一ノ決意(Entschluss)ヲ意味セス舊時ノ學者ハ多ク單一ノ決意ヲ以テ連續犯成立ノ要件ト爲シタレトモ當ラズ單一ノ決意ニ基クモ連續ノ一罪ト爲スコカラサル場合アリ例ヘハ甲カ乙ヨリ不正ニ金員ヲ獲得セント決意シ今日乙ヲ欺罔シテ金若干ヲ騙取シ明日乙ノ金庫ヲ開キテ金若干ヲ窃取シタル場合ノ如シ單一ノ決意ニ基カサルモ連續ノ一罪ト爲ササル可カラサル場合アリ例ヘハ甲カ金員窃取ノ決意ヲ以テ乙ノ家ニ忍入り其際偶時計ヲ發見シ金錢ト共ニ之ヲ窃取シタル場合ノ如シ單一ノ意思ハ單一ノ故意過失ヲ意味スルカ故ニ單一ノ故意ニ基ク場合ハ勿論單一ノ過失ニ基ク場合ニ於テモ連續犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得過失ニ基ク連續ノ犯罪アリヤ否ヤハ學界ニ爭アル



所ニシテ一部ノ學者ハ單一故意ノ存在ヲ必要トスル結果之ヲ消極ニ決シタリト雖モ(例之 Oppenh. Del. 8 zu § 74, Bay OLG St 5, 264, 泉二氏大 319)獨リ單一ノ故意ノミカ連續犯ノ成立要件タル理ナキヲ以テ單一ノ過失ニ基ク場合ニ於テモ亦連續犯ノ成立ヲ認ムルヲ至當トス(v. Tiszat 240 Anm. 2, Frank. n. n. o, Beijing, L. v. V. 272, Kohler Goldtd A. 58 160, 泉 1 氏小 167)

果シテ然ラハ意思ハ如何ナル場合ニ之ヲ單一ナリト解シ得可キカ前ニモ述ヘタル如ク故意ハ犯罪構成事實ヲ知ルコトニシテ過失ハ不注意ニ因リ犯罪構成事實ヲ知ラサリシコトナリ故ニ一個ノ犯罪構成事實ヲ知リタルトキハ茲ニ一個ノ故意アリト云フ可ク又不注意ニ因リ一個ノ犯罪構成事實ヲ知ラサルトキハ茲ニ一個ノ過失アリト云ハサル可カラズ今一個ノ犯罪構成事實ハ一個ノ犯罪構成要件ヲ充實ス而シテ一箇ノ犯罪構成要件ハ一個ノ法條ニ規定セラル故ニ意思ノ單一ナルヤ否ヤハ其意思カ一個ノ法條ニ向ケラレタルカ否カニ因リテノミ之ヲ決シ得ルモノト云ハサル可カラズ此故ニ其意思カ一箇ノ法條ニ向ケラルル限リハ

○

(イ)具體的意思ニ於テ多少ノ異同アルモ以テ意思ノ單一ヲ妨クルモノニ非ス換言

スレハ具體的意見ニ付キ多少ノ異同アルモ以テ違反法條ヲ異ニセサル限リハ常ニ單一ノ意思トシテ之ヲ取扱ハサル可カラズ例ヘハ金錢ヲ窃取スル意思ヲ以テ乙ノ家ニ忍入り其際偶時計ヲ發見シ金錢ト共ニ之ヲ窃取シタル場合ノ如シ金錢ヲ窃取スル意思ト時計ヲ窃取スル意思トハ相異ルモ竊盜ノ意思タル點ニ於テ彼ト之ト相異ルコトナシ故ニ此ノ如キ場合ニ於テモ亦凡テ單一ノ意思アリト解セサル可カラズ學者或ハ此場合ニ付キ單一意思ノ存在ヲ否認シ此ノ如キ場合ニハ同一ノ機會ヲ利用シタリトノ理由ニ因リ連續犯ノ成立ヲ認メサル可カラズト説クモ(Frank)當ラス此ノ如キ場合ニハ意思其者カ常ニ單一ナリト云ハサル可カラズ(Frank)ハ新版ニ於テ之ヲ改ム(ロ)意思決定相互ノ間ニ多少ノ時間ヲ距ツルモ以テ意思ノ單一ヲ妨クルモノニ非ス換言スレハ同一法條ニ向ケラレタル意思カ多少ノ時間ヲ距テテ表ハレタルモ日常ノ關係ニ於テ何等カノ連絡ヲ有シタリト認メ得可キ場合即チ所謂意思繼續ヲ認メ得可キ場合ニハ意思ハ常ニ單一ナルモノト解セサル可カラズ甲女反覆繼子乙ヲ虐待スル意思ナキモ怒ニ乘シ毎日乙ヲ鞭チ終ニ之ヲ廢疾ニ至ラシメ下男甲毎日主人ノ卷煙草ヲ窃取スル意思ナカリシモ



一日主人ノ不在ヲ窺フテ數本ヲ盜ミ其良味ニ感シ更ニ之ヲ再ヒセントノ意思ヲ生シ翌日又主人ノ不在ヲ幸ヒトシテ數本ヲ盜ミ斯クシテ連日主人ノ卷煙草ヲ竊取シタル場合ノ如キ其例ナリ(法學釘誌五八號一〇九以下)學者或ハ此場合ニ付キ單一意思ノ存在ヲ否認シ此ノ如キ場合ニハ同一繼續ノ關係ヲ利用ストノ理由ニ因リ連續犯ノ成立ヲ認ム可キモノナリト説クモ(Erank)當ラス此ノ如キ場合ニモ意思共者カ單一ナリト云ハサル可カラス

ろ 動止ノ單一ヲ必要トス

動止トハ或事ヲ爲シ又ハ之ヲ爲ササルコトヲ云フ故ニ動止ノ單一ナリヤ否ヤハ爲シ又ハ爲ササル事ノ單一ナリヤ否ヤニ因リ之ヲ決ス可ク爲シ又ハ爲ササル事ノ單一ナリヤ否ヤハ之ニ因リテ侵害セラレ可キ法益ノ單一ナリヤ否ヤニ因リ之ヲ決ス可ク結局動止ノ單一ナリヤ否ヤハ侵害法益ノ單一ナリヤ否ヤニ因リ之ヲ決ス可キコトト爲ル故ニ被害法益ノ單一モ亦連續犯成立ノ必要條件ト爲ル果シテ然ラハ被害法益ハ如何ナル場合ニ於テ之ヲ單一ナリト解シ得可キカ今一個ノ法規ハ一個ノ法益ヲ保護スルモノナルヲ以テ單一ノ法規ニ違反スル場合ニ非サ

レハ單一ノ法益ヲ侵害スルモノト解シ能ハサルハ勿論ナリ然レトモ單一ノ法規ニ違反スル場合ニハ必ス單一ノ法益ヲ侵害スルモノト速斷ス可カラス通説ハ此點ニ付キ人格ヲ危害スル法益ト然ラサル法益トヲ區別シ被害者ノ人格ヲ危害スル法益(例之生命名譽貞操等)ハ被害者ノ單一ナル場合ニ於テ之ヲ單一ナリト解シ被害者ノ人格ヲ離レテ危害ヲ生シ得可キ法益ハ物ノ集合所屬又ハ其所持ノ單一ナルトキニ於テ之ヲ單一ナリト解シ得可シト爲ス此理論ニ依レハ一個ノ家屋ニ置カレタル數人ノ所有物ヲ竊取スル動止ハ單一ナレトモ數人ヲ殺傷スル場合ノ如キ其意思ノ如何ヲ問ハス單一ノ動止ト解シ能ハサルコトト爲ル

(二) 同一ノ罪名ニ觸ルルコトヲ要ス

同一ノ罪名ニ觸ルルトハ同一ノ法條ニ該當スルトノ意ナリ連續犯ハ單一ノ法益ヲ侵害スル場合ニ於テノミ之カ成立ヲ認メ得可ク而シテ數個ノ法條ニ該當スル場合ニハ單一ノ法益ヲ侵害スルモノト解シ能ハサルコト勿論ナルヲ以テ同一ノ罪名ニ觸ルル場合ニ非サレハ連續犯ノ成立ヲ認メ能ハサルコト固ヨリ當然ノ事ナリ故ニ例ヘハ竊盜ト強盜トハ連續ノ犯罪タルヲ得ス又詐欺取財ト恐喝取財ト



モ連續ノ犯罪タルコトヲ得ス然レトモ同一法條ニ於テ撰擇的ニ規定セラレタル數個ノ手段ヲ併用スルモ以テ連續犯ノ成立ヲ阻害スルモノニアラス例ヘハ初メ脅迫ヲ用ヒテ財物ヲ強取シ後暴行ヲ用ヒテ財物ヲ強取スル場合ノ如シ之ト同一理由ニ因リ甲法條ニ依リ乙法條ノ罪トシテ處斷セラル可キ行爲ト乙法條其者ニ規定セラレタル行爲トノ關係モ亦右同一ニ解釋スルコトヲ得可シ二三九條ニ該ル行爲ト二三六條ニ該ル行爲トノ關係ノ如キ是レナリ(泉二氏大三一八)

第二 連續犯カ一罪ナリヤ數罪ナリヤハ學界ニ爭アル所ニシテ一部ノ學者ハ法律ノ明文ナキ限り之ヲ數罪トシテ取扱ハサル可カラスト主張ス(Max Berner, v. Barri, v. Lilienthal, Orloff) 我刑法ハ「一罪トシテ之ヲ處斷ス」ト規定スルヲ以テ我刑法ニ於テ右ノ如キ論爭ヲ生ス可キ餘地ハ毫モ存在セス然レトモ我刑法ニ於テモ亦刑法五五條ハ只一罪トシテ之ヲ處斷ス可キ旨ヲ規定スルノミニシテ連續犯ノ性質其者ハ依然數罪ナルモノナリトノ主張ヲ生セサルニ非サル可シ仍テ連續犯ノ一罪ナルカ數罪ナルカニ付キ按スルニ連續犯ノ場合ニ於テハ單一ノ法益カ侵害セラレ又單一ノ法規カ違反セララルコト前ニ述ヘタル如クナルヲ以テ侵害法益

若クハ違反法規ノ數即チ結果ノ數ニ因リ罪數ヲ決ス可キコト前ニ述ヘタル如クナルニ於テハ連續犯ノ場合ニ於テモ亦只一罪ノミノ成立ヲ認ムルヲ至當トス次ニ同シク連續ノ一罪ヲ認ムル學者ニアリテモ如何ナル場合ニ連續ノ一罪ヲ認メ得可キカノ問題ニ付テハ大ニ爭アリ即チ

(一) 主觀主義 (die subjective Theorie) ハ意思又ハ決意ノ單一ヲ必要トシ且ツ之ヲ十分トス然レトモ意思又ハ決意ノ單一ノミニテハ連續ノ行爲アリト認定スルコトヲ得ス

(二) 客觀主義 (die objective Theorie) ハ客觀ノ方面ニ重キヲ措キ

シ 或ハ結果若クハ侵害法益ノ單一ナルコトヲ必要トシ且ツ之ヲ十分トス

(Merkel, Schwarze, Wachenfeld) 然レトモ結果若クハ侵害法益ノ單一ノミニテハ連續ノ行爲アリト認定スルコトヲ得ス

ろ 或ハ右ノ外侵害方法ノ同種ヲ必要トス(v. Liszt, von Calker, Friedländer, Höpfer, Löning, Neuburger, Meyer) 然レトモ意思ノ單一ナキ限り連續ノ行爲アリト爲シ能ハサルハ勿論ナリ



(三) 折衷說ハ大體ニ於テ主觀客觀ノ二方面ヲ觀察シ

或ハ意思又ハ決意ノ單一ヲ必要トスル外侵害方法ノ同種ト侵害法益ノ單一モ亦之ヲ必要トス(Ranthenau, Reichesgericht)然レトモ侵害方法ノ同種ヲ必要トスル根據ハ存在セス若シ同一ノ罪名ニ觸ルルコトヲ必要トスル趣旨ナラハ其要件ハ當然侵害法益ノ單一中ニ包含セラル

或ハ意思ノ單一ノ外被害法益モ亦單一ナラサル可カラスト説ク(Frank)理論的説明トシテハ此説ヲ正當トス但シ其被害法益ノ單一ト云フモノノ内ニハ同一罪名ニ觸ルルコトモ亦之ヲ包含スルモノト解セサル可カラス(Frank 169, 斯ク解セス)

第三 連續犯カ一行爲ナリヤ數行爲ナリヤハ學者間ニ爭アル所ニシテ連續犯ニ付キ數罪説ヲ主張スル學者ハ勿論然ラサル學者モ亦多ク之ヲ以テ數行爲一罪ノ場合ナリト爲ス而シテ之ヲ我刑法ニ付キ按スルニ我刑法カ數個ノ行爲ト規定シタルニ依レハ我刑法モ亦一派ノ學者ト同シク數行爲一罪説ヲ採ラタルカノ觀アリト雖モ更ニ詳細ニ觀察スレハ數個ノ行爲ナル語ハ毫モ連續犯ノ行爲單一ヲ

阻害スルモノニ非ス何トナレハ前ニモ述ヘタル如ク行爲ノ單一ハ必スシモ一個ノ行爲ノ場合ニ於テノミ存在スルモノニ非スシテ數個ノ行爲ノ場合ニ於テモ其行爲相互間ニ心的物的ノ關係アリテ事物自然ノ觀察ニ從ヒ獨立シタル數個ノ行爲アリト認めハサル場合ニ付テハ同シク行爲單一ノ存在ヲ認め得可ケレハナリ今連續犯ハ連續シタル數個ノ行爲換言スレハ形式上數個ノ行爲アルモ其後行爲ト先行行爲トハ心的物的ノ關係ニ因リ互ニ相連續シタルモノト觀察ス可キモノナリ即チ數個ノ行爲ハ單一ノ意思ニ基キ單一ノ法益ヲ侵害シ又同一ノ罪名ニ觸ルルニ因リ茲ニ行爲ノ獨立性消滅シ數個ノ行爲ハ互ニ相獨立セサル行爲即チ單一ノ行爲ト爲リ來ルナリ故ニ連續犯ノ場合ニ於テモ亦一行爲一罪ノ存在ヲ認めサル可カラス

### 第三項 集合犯

第一 集合犯(Kollektiv oder Gesamtdelikt)ハ同一ノ生活方向(Lebensrichtung)ヲ有ストノ理ニ因リ數個ノ行爲ニ對シ一個ノ刑罰ヲ科スル罪ヲ云フ(V. Liszt 241, Frank 170,



Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz 91) 其内ニハ左ノ三種ノ罪ヲ包含ス

(一) 營業犯 (das gewerbmässige Verbrechen, quasi artem exercere) 營業犯トハ同一ノ犯行ヲ繰返スコトニ因リ繼續的ノ收入ヲ得ルコトヲ目的トスル罪ヲ云フ我現行法ニ就テ云ヘハ無免許ノ醫業獸醫業産婆業藥品營業等ヲ爲シタル罪ノ如キ其例ナリ

(11) 常業犯 (das geschäftsmässige V.) 常業犯ハ同一ノ犯行ヲ繰返ヘス決意ヲ有スル點ニ於テ營業犯ト異ル所ナキモ收入ヲ得ル目的ヲ必要トセサル點ニ於テ之ト相異ルモノナリ

(111) 常習犯 (das gewohnheitsmässige V.) 常習犯トハ屢々犯行スルコトニ因リ繰返ヘシ犯行ス可キ傾向ヲ有スルニ至リタル罪ヲ云フ現行法ニ就テ云ヘハ常習賭博罪 (二八六I)ノ如キ其明カナル例ナリ

第二 集合犯モ亦單一ノ行爲ヲ構成スルヤ否ヤハ學者實際家ノ間ニ争アル所ニシテ其所説ハ大要左ノ三説ニ歸著ス

(一) 通説ハ意思方向又ハ生活方向ノ單一ナルヲ理由トシ全部ノ行爲ハ相合シ

テ單一ノ行爲ヲ構成スト説ク (v. Liszt, Frank, Binding, Wachenfeld)

(二) 一派ノ學者ハ之ニ反シ繰返ヘサントノ決意又ハ繰返ヘサントスル性向ヲ以テ各行爲ノ獨立性ヲ奪取スルコトヲ得ス同一人ノ惡性ノ繼續ヲ以テ同一行爲ノ繼續ト爲スハ非ナリ故ニ集合犯ノ場合ニハ凡テ相獨立シタル數個ノ行爲アルモノト論定セサル可カラスト説ク (v. Lilienthal, Doehow)

(三) 他ノ一派ノ學者ハ右兩説ヲ折衷シ

い 或ハ集合的ナルコトカ或罪ノ構成要件ト爲ル場合ト然ラスシテ只其刑ノ輕重ニノミ關スル場合トヲ區別シ前ノ場合ニハ行爲單一存在スレトモ後ノ場合ニハ行爲單一存在セスト説ク (Eichhorn)

ろ 或ハ一個ノ行爲アルニ因リ直ニ營業的ナルヲ得可キ營業犯ト他ノ營業犯常習犯トヲ區別シ後ノ場合ニハ行爲單一ヲ認メ得可キモ前ノ場合ニハ行爲單一ヲ認メ得可カラスト説ク (Eichl)

惟フニ集合犯ニ於テモ亦形式上數個ノ行爲ノ存在ヲ認メ得可キコト勿論ナルモ其數個ノ行爲カ自然上若クハ法律上相互ノ獨立性ヲ失フ關係ニアリトセハ茲



ニモ亦他ノ場合ト同シク行爲單一ノ存在ヲ是認ス可キハ當然ナリ而シテ今集合犯ノ各行爲カ同一ノ性癖若クハ同一ノ方向ニ基キ反覆實行セラル可キ傾向ヲ有スルコト當然ノ事理ナリトセハ其行爲ノ反覆實行セラルルコトハ法律亦固ヨリ之ヲ豫想スル所ナル可ク法律ハ其反覆實行セラレタル行爲ニ對シ只一個ノ刑責ヲ負擔セシムルヲ以テ十分ト爲シタルモノト解スルハ當然ナリ即チ集合犯ヲ構成スル各行爲ハ法律上ノ觀察ニ於テハ相互ノ獨立性ヲ奪ヒ互ニ相集合シテ單一ノ行爲ヲ構成スルモノト解セサル可カラズ即チ集合犯ハ法律上ノ行爲單一ノ一場合タルモノナリ

#### 第四項 結合犯

第一 結合犯(Das Zusammengesetzte V.)トハ相異レル數個ノ犯罪カ法律ノ規定ニ依リ單一ノ犯罪ニ結合セラレタル罪ヲ云フ(Frank 170)脅迫罪ト窃盜罪ト強姦罪トニ因リテ強盜強姦罪ヲ構成シ強盜罪ト殺傷罪トニ因リテ強盜殺傷罪ヲ構成スルカ如キ其例ナリ(二三六、二四一、二四〇)此ノ如キ結合ハ數個ノ罪カ同一ノ機會ニ行ハ

レ又ハ一個ノ罪カ他ノ罪ノ手段トシテ行ハルル場合ニ規定セララルルヲ通常トス

第二 結合犯ニ於テモ亦形式上數個ノ行爲ノ存在ヲ認メ能ハサルニ非サルモ其數個ノ行爲ハ同一機會若クハ手段結果等ノ關係ニ因リ法律ノ規定ニ係リ單一ノ行爲ニ結合セラレタルモノト解セサル可カラズ

#### 第五項 繼續犯

第一 繼續犯(Das fortdauernde od. Dauerdelikt)トハ違法状態ヲ惹起シ且ツ之ヲ持續スル罪ヲ云フ不法監禁ノ如キ其例ナリ(二二〇)繼續犯ハ違法状態ノ惹起ト其持續トニ因リ構成セラルルモノナルヲ以テ此罪ニ付テモ亦形式上二個ノ行爲ノ存在スルコトヲ認メ能ハサルニ非ス然レトモ此二個ノ行爲ハ性質上當然單一ノ行爲ニ結合セラレ實質ヨリ云ヘハ違法状態ノ持續ハ其惹起ノ結果ニ外ナラサルモノナリ

第二 繼續犯ハ犯行ノ延長スル點ニ於テ連續犯ト相似タリト雖モ連續犯ハ各個ニ一罪宛ヲ構成シ得可キ數個ノ行爲ノ連續反覆セラルルモノナルニ反シ繼續



犯ハ只一回ノ行爲ノミニ因リ違法状態ヲ惹起スルモノナリ故ニ之ト彼トノ間ニハ判然タル區別アリ

### 第六項 一行爲一罪ノ處分

第一 一行爲一罪ニ對シテハ只一個ノ法條ヲ適用スルヲ以テ十分トス可ク此場合ノ法律適用ニ付テハ別ニ困難ナル問題ヲ生スルコトナシ然レトモ一個ノ行爲ハ時ニ數個ノ法條ニ觸ルル外觀ヲ有スルコトナキニ非ス從來ノ學者カ法條競合(Gesetztes Konkurrenz)ト稱シ(例之 Merkel S. 268 f. Frank 5 zu § 73, 牧氏野通義一四四、小崎氏)外觀的又ハ不真正ノ想像俱發(scheinbare od. unechte Idealkonkurrenz)ト稱シ(Frank, a. a. o. 小崎氏)又外觀的法條競合(scheinbare G.)ト稱シ(v. Liszt 244)準法條競合ト稱スル(泉二氏大三二六三)場合はレナリ而シテ此場合ニ於テモ結局一個ノ法條ノ適用ハ當然他ノ法條ノ適用ヲ排斥ス可キモノナルヲ以テ事實一個ノ行爲カ數個ノ法條ニ觸ルルモノニ非スシテ只一個ノ行爲カ數個ノ法條ニ觸ルル外觀ヲ有スルニ過キサナルモノナルモ何レノ法條カ他ノ法條ニ打勝ツ可キカノ問題ニ付テハ各場合ニ付キ

多少ノ困難ヲ生セサルニ非ス而シテ其問題ハ略ホ左ニ述フルカ如キ標準ニ因リ之ヲ解決スルコトヲ得可キナリ

(1) 通法(lex generalis)ト特法(lex specialis)ト競合スル場合(Spezialität)此場合ニハ特法ハ通法ニ優ル(lex specialis derogat legi generalis)トノ原則ニ依リ常ニ特法ヲノミ適用セサル可カラス通法特法ノ關係ハ獨リ普通刑法ト特別刑法トノ間ニ存スルノミナラス同一刑法中ノ各條ノ間ニモ亦存在ス而シテ其著シキ場合ハ左ニ述フルカ如クナル可シ

い 單法ト複法ト競合スル場合即チ單純ナル條件ヲ規定スル法條ト複雑ナル條件ヲ規定スル法條ト競合スル場合はレナリ此場合中ニハ更ニ左ノ二場合ヲ包含ス

一ノ法條ニ他ノ法條ヨリモ多クノ犯罪構成要件ヲ包含スル場合例ヘハ七七條(内亂罪ニ關スル規定)ト殺人又ハ傷害ノ罪ニ關スル規定一二七條ト一二五條一四三條ト一四二條トノ關係ノ如キ是ナリ(勝本氏七七頁、泉二氏大三二七頁)

II 一ノ法條カ他ノ法條ヲ結合シテ一個ノ犯罪構成要件ト爲シタル場合所謂



結合犯ノ場合ニシテ二四〇條又ハ二四一條ト二〇四條二〇五條又ハ一七七條ト二三六條トノ關係ノ如キ是レナリ(Frank 164, 勝本氏七七頁)

以上ノ如キ場合ニ於テハ複法ハ單法ニ優ルトノ理ニ因リ凡テ複法ヲ適用ス可キナリ

ろ 通常罪ニ關スル規定ト特別罪ニ關スル規定ト競合スル場合例ヘハ七三條七五條ト一九九條以下、二〇四條以下、二二〇條ト一九四條トノ競合ノ如キ是レナリ(勝本氏泉二氏此ノ如キ場合ニ於テハ常ニ特別罪ニ關スル規定ヲ優レリトス學者中ニハ此場合ノミヲ以テ通法ト特別法ノ關係ト爲ス者ナキニ非ス(勝本氏)

(二) 充實法ト補充法ト競合スル場合(Subsidiarität)

此場合ニハ充實法ハ補充法ニ優ル(Lex primaria derogat legi subsidiarität)トノ原則ニ因リ常ニ充實法ノミヲ適用セサル可カラス而シテ此場合中包含セラル可キ重ナルモノハ左ノ如シ(註一)

い 豫備カ未遂ト爲リ未遂カ既遂ト爲リタルトキ豫備カ未遂トナリタルトキハ未遂ノ規定ノミカ適用セラレ未遂カ既遂ト爲リタルトキハ既遂ノ規定ノミカ

適用セラル

ろ 危険カ實害ト爲リタルトキ此場合ニ於テハ常ニ實害ニ關スル規定ノミヲ適用ス然レトモ危険ハ不特定ノ目的物ニ關シ實害ハ特定ノ目的物ニ關スル如キ場合ニ於テハ必スシモ然ラサルコトアル可シ(Frank 164)

は 教唆從犯カ正犯トナリタルトキ此場合ニ於テハ常ニ正犯ニ關スル法條ノミヲ適用ス(註二)從犯カ教唆ト爲リタルトキモ亦右同一ニ解セサル可カラス或ハ此場合ニ付キ想像上ノ數罪ヲ認メントスル者(Olsh. Zweig, 18)アルモ非ナリ同一ノ結果ニ付キ數個ノ條件ヲ置キタル加擔者ハ只一個ノ犯罪トシテノミ處罰セラレサル可カラス即チ同一犯罪ニ付キ種々ノ態様ニ於テ加擔シタル同一人ハ只最モ重キ處罰ヲ受ク可キ加擔形式ニ於テノミ處罰セラル可キナリ(Frank VII 2 h. y. 73, Liszt § 53, Freudenthal 76 ff.)

(三) 一ノ罪カ他ノ罪ヲ吸收スル場合(konsumtion) 其重ナル場合左ノ如シ

5 後ノ犯罪カ前ノ犯罪ヲ吸收スル場合後ノ犯罪アルカ爲メニハ必ス前ノ犯罪ヲ經過セサル可カラサル場合ニハ後ノ犯罪ハ當然前ノ犯罪ヲ吸收ス殺人罪ト



傷害罪トノ關係ノ如キ是ナリ其他通法特法ノ關係ニ於テ説明シタル所ハ凡テ吸收ノ一場合トシテ之ヲ説明スルコトヲ得殊ニ結合犯ノ場合ノ如キ明カニ吸收ノ一場合タルナリ(Frank VII 2cd §73)

ろ 前ノ犯罪カ後ノ犯罪ヲ吸收スル場合後ノ犯罪カ前ノ犯罪ニ於テ當然豫想セラレタルモノニ係ルトキハ其前ノ犯罪ハ其後ノ犯罪ニ吸收セラル例ヘハ窃取シタル物品ヲ横領シ又ハ之ヲ損壞スルモ横領又ハ毀棄ノ罪ヲ構成セス殺人ノ罪ヲ犯シタル者カ死體ヲ遺棄スルモ一九〇條ノ罪ヲ構成セサルカ如キ其例ナリ(同説 Frank a. a. o. B. 勝本氏七七頁反對牧野氏法學志林四、五判例……) [註 III]

[註 I] v. Liszt 344 以下ノ場合ヲ以テ凡テ Konsumtion ノ場合ナリトス泉二氏三二七頁亦然ルカ如シ然レトモ此派ノ學者ノ subsidiarität ト稱スル場合ハ外見上ニ於テモ數個ノ法條ノ競合セサル場合ナリ Frank 勝本氏ハ本文同説例ヘハ七八條ト七七條若クハ七七條二項ト同第一項トノ關係ノ如シ

[註 II] Frank 105 ハ教唆從犯ト正犯ト俱發シ得サル教唆從犯ハ他人ノ行爲ニ關スルモノナルヨリ生スル當然ノ結果ニシテ必スシモ教唆從犯カ正犯ノ補充的規定ナルカ爲メニハ非スト説ク

[註 III] v. Liszt, 244 以上ノ外 Alternativität ナル項目ヲ設ケ相反スル條件ヲ必要トスル犯

罪ハ互ニ相排斥ス殺人ト傷害致死窃盜ト横領ノ如キ其例ナリト説ク

第二 一行爲一罪ノ處分ニ付テハ以上ノ説明ヲ加フルヲ以テ十分ト爲スモ形式上數個ノ行爲ノ存在スル場合即チ一派ノ學者ノ所謂數行爲一罪ノ場合ニ付テハ尙一言ヲ費ササル可カラサルモノアリ即チ此等ノ場合ニ於テハ形式ニ於テ數個ノ行爲ノ存在スルカ如キモ實質ニ於テハ一個ノ行爲ト一個ノ犯罪トノ存スルモノナルヲ以テ法律上ノ關係ニ於テハ凡テ單一ノモノトシテ之ヲ取扱ハサル可カラサルコト是レナリ其當然ノ結果

(一) 行爲ノ一ニ付キ教唆從犯ノ關係ヲ有スル者ハ凡テノ行爲ニ付キ右同一ノ關係ヲ有スルモノト解セサル可カラス

(二) 行爲ノ一ニ付キ加重減輕ス可キ原由アルトキハ凡テノ行爲ニ付キ加重減輕ヲ與ヘサル可カラス但シ加重減輕ニ因リ犯罪ノ單一性ヲ喪失スル場合アリトセハ其場合ハ右原則ノ例外ヲ爲ス可キハ勿論ナリ(v. Liszt, a. a. o.)

(三) 行爲ノ一ニ付キ起訴アルトキハ凡テノ行爲ニ付キ起訴アリタルモノト解シ確定判決アリタルトキハ凡テノ行爲ニ付テ一事不再理ノ適用アルモノト解セ



サル可カラス(例外アリ)

第三 其行爲ノ一カ行ハレタル場所及ヒ時ハ凡テ犯罪ノ場所及時ト解セサル可カラス故ニ

い 犯罪ノ場所ニ付テ云ヘハ

I 帝國內帝國外ニ於テ各行爲ノ一部ヲ行ヒタルトキハ帝國內ノ犯罪トシテ之ヲ處罰スルコトヲ得但シ帝國外ニ於テモ帝國外ノ犯罪トシテ之ヲ處罰シ得可キハ勿論ナリ

II 甲乙丙裁判所ノ管轄地内ニ於テ各行爲ノ一部ヲ行ヒタルトキハ甲乙丙裁判所共ニ犯罪ノ地ノ裁判所トシテ土地ノ管轄ヲ有ス此場合ニ於テハ刑訴二七條ノ規定スル所ニ從ヒ最初豫審又ハ公判ニ著手シタル裁判所ニ之ヲ管轄ス可キナリ

ろ 犯罪ノ時ニ付テ云ヘハ

I 新舊兩法ノ時代ニ於テ各行爲ノ一部ヲ爲シタルトキハ新舊兩時代ニ行ハレタル罪トシ新法ハ舊法ニ優ルトノ原則ニ因リ只新法ノミヲ適用セサル可カラ

ス此場合ニ付キ舊法時代ニノミ行ハレタルモノト説キ (V. Tiest 239, 牧野氏)又新法時代ニノミ行ハレタルモノト説ク(大審院判例)カ如キハ誤ノ甚シキモノナリ

〔註〕明カニ主張セサルモ新舊ノ對照ヲ爲ス可シト主張スルハ此前提ニ立ツモノナリ

II 新舊兩法ノ時代ニ於テ各行爲ノ一部ヲ爲シタルトキハ新法時代ニ完成シタルモノトシ時効ハ最後行爲ノ完成ヲ告ケタル日ヨリ起算セサル可カラス(反對説アリ)

### 第五款 一行爲數罪

#### 第一項 總説

前ニ述ヘタル如ク犯罪ノ數ハ必スシモ行爲ノ數ト相一致ス可キモノニ非スシテ寧ロ結果ノ數即チ其行爲ニ因リテ充實セラル可キ犯罪構成要件ノ數ト相一致ス可キモノナルヲ以テ結果ノ數カ數個ナル限リハ單一ノ行爲ニ付テモ亦數個ノ犯罪ヲ認ムルコトヲ得我現行法五四條ハ實ニ其場合ニ關スル規定ナリ



## 第二項 想像的競合犯

第一 刑法五四條ハ「一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸レト規定ス是レ想像的競合犯(Idealkonkurrenz)ニ關スル規定ナリ一般ニ想像的競合ト云フ内ニハ略左ノ三個ノ場合ヲ包含セシムルコトヲ得

イ 一個ノ行爲ニ因リ一個ノ實際的結果ヲ惹起シタルモ其結果ハ法律的關係ニ於テ數個ノ價值ヲ有スル場合公然一七六以下ニ規定スル行爲ヲ爲シタル場合ノ如キ是レナリ此ノ如キ場合ニ於テハ一七四條ノ罪ト一七六條以下ニ規定スル罪トノ想像的競合ヲ認ムルコトヲ得

ろ 一個ノ行爲ニ因リ數個ノ實際的結果ヲ惹起シ其結果ノ種類カ互ニ相異ル場合一回ノ射撃ニ因リ一人ヲ殺シ一人ヲ傷ケ又窓ヲ破リタル場合ノ如キ是レナリ此ノ如キ場合ニ於テハ殺人罪傷害罪及ヒ毀棄罪ノ想像的競合ナリト云フコトヲ得

は 一個ノ行爲ニ因リ數個ノ實際的結果ヲ惹起シ其結果ノ種類カ凡テ同一ナ

ル場合一回ノ射撃ニ因リ數人ヲ殺シ一言ヲ以テ數人ヲ侮辱シタル場合ノ如キ是レナリ此ノ如キ場合ニ於テハ數個ノ殺人罪及ヒ數個ノ侮辱罪ノ想像的競合ナリト解スルコトヲ得

第二 想像的競合犯ハ一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルル場合即チ一個ノ行爲ニ因リ數個ノ犯罪構成要件ヲ充實スル場合ナルヲ以テ固ヨリ之ヲ一行爲數罪即チ犯罪競合(Verbrechenkonkurrenz)ノ一場合ナリト觀察セサル可カラス尤モ行爲ノ數ニ因リ罪數ヲ決ス可シト爲ス學者ハ此點ニ付テモ亦一行爲ニ因ル數罪ヲ否認シ想像的競合犯ハ一行爲ニ因ル數罪即チ犯罪競合ノ一場合ニ非スシテ眞ノ法條競合(Gesetzeskonkurrenz)ノ場合ナリト主張ス(v. Liszt § 56, Hiller Ger S 32 195 ff.; Heinemann, Die Lehre von... Wachenfeld, Höpfer Frank 161 ニ由ル)然レトモ此說カ行爲ノ數ニ因リ罪數ヲ決ス可シト主張スルノ非ナルハ既ニ説明シタル所ナリ我國ニ於テハ…(京法六六六)

第三 想像競合犯ニ競合シタル犯罪ノ同種ナルト異種ナルトニ因リ之ヲ同種ノ想像的競合犯(gleichartige Idealkonkurrenz)及ヒ異種ノ競(ungleichartige I.)ノ二種ニ分



ツコトヲ得即チ前ニ説明シタル第一第二ノ場合ハ異種ノ想像的競合ニ屬シ第三  
ハ同種ノ想像的競合ニ屬ス今異種ノ想ニ付キ刑法五四條ヲ適用ス可キコトニ付  
テハ學者間ニ爭ナキ所ナルモ同種ノ想ニ付テモ亦同條ヲ適用ス可キカ否ノ問題  
ニ付テハ多少學者ニ爭ナキニアラス而シテ從來行ハレタル學說ハ略左ノ三種ナ  
ルカ如シ

(一) 因果關係ノ數ニ因リ罪數ヲ決セントスル學者ハ此場合ニ於テモ亦數個ノ  
因果關係即チ數個ノ行爲アリトシ以テ實質的競合ノ存在ヲ認メント欲ス(V. Buri,  
Einheit und Mehrheit der Verbrechen 1879 S. 108)

〔註〕此說ハ異種ノ結果ヲ生シタル場合ニ付テモ亦本文同一ノ主張ヲ爲ス然レトモ我  
現行法上此場合ニ付キ本文同一ノ主張ヲ爲シ能ハサルハ刑法五四條ノ明文上疑ナ  
キ所ナリ(獨法ニ於テモ亦然ラン)而シテ又已ニ然ルニ於テハ獨リ同種ノ結果ヲ生シ  
タル場合ニ付テノミ本文ノ主張ナル可カラサルハ勿論ナリ何トナレハ異種ノ結  
果ヲ生シタル場合ニハ五四條ノ寬大ナル處置ヲ受クルニ拘ハララス同種ノ結果ヲ生  
シタル場合ニ於テノミ四五條以下ノ苛酷ナル處置ヲ受ク可キ道理ナキヲ以テナリ

(二) 行爲ノ數ニ因リ罪數ヲ決セントスル學者ハ一般ニ同種ノ想像的競合犯ナ

ルモノノ存在ヲ否認シ一行爲ニ因ル數罪ハ之ヲ認メサルカ故ニ此場合ハ犯罪ノ  
競合ニ非ス又此場合ニハ只一個ノ法條ノミカ問題ト爲ルカ故ニ法條ノ競合ニモ  
非スト説ク(V. List 其他前掲參考書 Meyer = Allfeld, 355 同 1)

第四 通説ハ一個ノ行爲ニ因リ數個ノ結果ヲ生スルモ數個ノ行爲アリトハ論  
定スルコトヲ得ス而シテ數個結果カ同種ナルトキハ其結果ノ異種ナラサル可カ  
ラスト説ク(Frank III zu § 73)

第一說カ因果關係ノ數ニ因リ行爲ノ數ヲ決ス可シト爲シ此ノ如キ場合ニ付キ實  
質的競合ノ存在ヲ認メントスルハ非ナリ何トナレハ一個ノ行爲ハ結果數個ナル  
カ爲メニ數個ノ行爲ト爲ルモノニアラス又此ノ如キ場合ニ付キ相獨立シタル數  
個ノ行爲ノ存在ヲ認メ能ハサルハ勿論ナレハナリ次ニ第二說カ一個ノ行爲ニ因  
リ數個ノ犯罪ヲ行フコトヲ得スト爲シ此場合ニ付キ犯罪ノ競合ヲ否認セントス  
ルハ非ナリ何トナレハ結果タニ數個ナルニ於テハ一個ノ行爲ニ因リテモ亦數個  
ノ罪ヲ犯スコトヲ得レハナリ故ニ大體ニ於テ第三說ヲ正當トス



### 第三項 共犯ノ種類

古キ立法學說ニ於テハ共犯ニ付キ一般共犯特別共犯 (allgemeine und besondere Teilnahme) 積極共犯消極共犯 (positive und negative Teilnahme) 等其他種々ノ區別ヲ認メタリシカ<sup>註</sup>其區別甚タ鮮明ナラサルノミナラス實際ニ於テモ亦此ノ如キ區別ヲ設ク可キ必要ナキヲ以テ多クハ世ノ採用スル處トナラス而シテ今日尙ホ學者ニ於テ唱道セラルル共犯ノ區別ハ左ニ述フルカ如キモノニ外ナラス

#### 第一 必要的共犯ト任意的共犯

必要的共犯 (concursum necessarium, notwendige Teilnahme) トハ數人共同スルニ非サレハ犯シ能ハサル罪ヲ云ヒ<sup>註一</sup>任意共犯 (concursum facultativum, zufällige Teilnahme) トハ一人尙之ヲ犯シ得可キモ事實數人ノ共同ニヨリ犯サレタル罪ヲ云フ内亂罪騷擾罪賭博罪姦通罪決闘罪重婚罪二人以上通謀逃走罪ノ如キ凡テ必要的共犯ノ例ニシテ<sup>註二</sup>殺人窃盜詐僞ト云フカ如キ通常ノ罪ニツキ數人ノ共同アリタル場合ハ任意的共犯ノ例ナリ必要的共犯ハ更ニ會合 (Begegnungsdelikte) 集合 (konvergenzdelikte) ノ犯ニ屬ス

二種ニ分類スルコトヲ得<sup>註三</sup>即チ會合的共犯トハ數人ノ行爲カ其ノ相互間ニ相活動ス可キコトヲ必要トスル罪ニシテ賄賂罪姦通罪決闘罪重婚罪ノ如キ凡テ此共犯ニ屬シ集合的共犯トハ數人ノ行爲カ其相互間ニ於テセス寧ロ其外部ニ對シ相集合シテ活動ス可キコトヲ必要トスル罪ニシテ内亂罪騷擾罪ノ如キ凡テ此共犯ニ屬ス

[註一] v. Liszt 220, Frank VI zu 3 Abschn. Freudenthal, Die notwendige Teilnahme an Verbrechen 1901 § 100 岡

田氏 345 勝本氏大 174 泉二氏大 343 小嶋氏 303 牧野氏 156 同講 89.

[註二] 勝本氏大 174 ハ贓物寄藏罪モ亦必要的共犯ナリト説ク若シ然ラハ是亦會合的共犯ノ一例タル可キナリ

[註三] 勝本氏大 177 ハ會合的共犯集合的共犯ノ區別ヲ必要的共犯ノ分類トセスシテ寧ロ之ヲ一般共犯ノ分類トナセリ、然レトモ必要的共犯ニ付テ最モ深キ研究ヲ試ミタル (Freudenthal, Die notwendige Teilnahme an Verbrechen 1901) ハ寧ロ此區別ヲ必要的共犯ノ區別トナシ最近ノ學者亦多クハ此例ニ倣フモノノ如シ (vgl. Frank VI zu 3 Abschn. Thomesen 143 Anm. 11 泉二氏大 343) 尙勝本氏大 178 ヲ學者中會合的共犯ト必要的共犯トヲ同一視スルモノアルカ如ク説クモ會合的共犯ヲ以テ必要的共犯ノ一種トナスモノアルモ全然之ヲ同一視スルモノハ存在セサルカ如シ。



必要的共犯ノ思想ハ一八六九年 Schütz ニ因リテ始メテ主張セラレタル所ニシテ其基ク所頗ル遠シト雖モ最近ノ學說ハ寧ロ之ヲ否定スルニ傾クカ如シ (vgl. Belling L. v. V. 401, v. Liszt 220, Frank VI zu 3 Abschn. 小嶋氏 303) 而シテ其茲ニ至リタル理由ハ略ホ左ノ二點ニアルカ如シ

(1) 必要的共犯ニアリテハ時ニ刑法絶對ノ共犯ト同一ニ論斷シ能ハサル事情アルコト即チ必要的共犯者ノ凡テヲ處罰シ能ハサル場合是レ也此ノ如キ場合ハ左ノ如キ場合ニ於テ之ヲ想像スルコトヲ得

① 法律各本條ノ規定カ必要的共犯者ノ一部ノミヲ罰シ他ハ之ヲ罰セスト爲ス場合必要的共犯ニ關スル刑法各本條ノ規定ハ必要的共犯者ノ全部ヲ罰スト爲スヲ通常トシ内亂罪騷擾罪二人以上通謀逃走罪賭博罪姦通罪等ノ如キ凡テ其例ナリト雖モ法律ハ時ニ必要的共犯ノ一部ノミヲ罰シ他ハ之ヲ罰セストナス場合是レナキニ非ス即チ收賄罪ニツキ要求者ノミヲ罰シ(一九七)贈賄罪ニ付キ提供者ノミヲ罰スル(一九八)カ如キ其例タルモノナリ (Thomson 143) 此ノ如キ場合ニ於テハ獨リ要求者提供者ノミヲ罰シ得ク他ハ之ヲ罰シ能ハサルコト明白ナリ(設例

ヲ設ケス又相異ル設例ヲ設ケタルモ大體ニ於テ同說ナルハ Frank, a. a. o. v. Liszt 233 Binding Lehrb. 144 2 牧野氏講九〇)

② 刑法總則ノ規定カ必要的共犯者ノ一部ノミヲ罰シ他ハ之ヲ罰セストナス場合刑法各本條ノ規定ハ必要的共犯者ノ全部ヲ罰スト爲スモ刑法總則ノ適用上其ノ一部ノミヲ罰シ他ハ之ヲ罰シ能ハサル場合アリ必要的共犯者ノ一部カ意思責任ヲ有スルモ他ハ之ヲ有セサル場合ノ如キ其著シキモノニシテ姦通者ノ内一人ハ情ヲ知リタルモ他ハ之ヲ知ラサル場合ノ如キ其例ナリ此ノ如キ場合ニ於テハ刑法總則ノ適用上必要的共犯者ノ全部ヲ處罰シ能ハサルハ勿論ナリ (vgl. Frank, a. a. o. Freudenthal, a. a. o. 44 泉一氏大三四三頁小嶋氏三〇三頁)

以上ノ如キ場合アリトセハ其場合ニツキテハ刑法總則ノ共犯ト同一論斷ヲ下シ能ハサルハ勿論ナリ何トナレハ刑法總則ノ共犯ハ凡テノ共犯者ヲ處罰シ得ル場合ニツキテノミ之ヲ想像シ得ク然ラサル場合ニ付キ之ヲ想像シ得キモノニアラサレハナリ (vgl. Frank, a. a. o.; Freudenthal, a. a. o.) 故ニ右ノ場合ニ於ケル必要的共犯ハ嚴格ナル意味ニ於テ刑法總則ノ共犯ト云フコトヲ得ス尤モ我國ノ學者中ニ



ハ會合者ノ双方共ニ罪責ヲ負フ可キ場合ノミヲ會合的必要共犯トナサントスル學者アリト雖モ(泉二氏日本刑法論三四三三四四頁)此ノ如キハ一般學者ノ爲ササル處ナリ(vgl. Thomsen, a. a. o. Frank, a. a. o. Freudenthal, a. a. o.)

[註] 此點ヨリ見レハ牧野氏講八九—九〇カ必要の共犯ノ全部カ刑法總則ノ共犯ナルカ如ク説キ又岡田氏三四六ハ必要の共犯ノ全部ニ付キ刑法總則其他規定ノ通用アルカ如ク説キタルハ之ヲ正シトス可カラス

(2) 他ノ場合ニ於ケル必要の共犯ハ凡テ共同正犯ノ一態様ニ過キササルコト必要の共犯者ノ全部ヲ處罰シ能ハサル場合即チ刑法總則共犯ト論斷シ能ハサル場合ヲ除キ他ノ場合ノ必要の共犯者相互ノ關係ハ凡テ通常ノ共同正犯ニ外ナラス(vgl. v. Liszt 220. Freudenthal, a. a. o.; Thomsen, a. a. o. 小疇氏前掲)故ニ必要の共犯ナル名稱ヲ設クルハ何等ノ實益ナク且ツ却テ誤解ヲ招キ易キモノナリ(vgl. v. Liszt, a. a. o. 小疇氏前掲)

[註] 此點ヨリ見レハ泉二氏大三四四カ會合的共犯ニ對シテハ全部刑法總則共犯規定ノ適用ナキカ如ク説キタルハ之ヲ正シト爲ス可カラス

要スルニ必要の共犯ナル觀念ハ一方ニ於テ時ニ刑法總則ノ共犯ト相適合セザル

點アルト共ニ他ノ一方ニ於テハ時ニ無益且ツ有害ニ陥ル點アルヲ免レス

### 第二 事前事中及ヒ事後ノ共犯

事前共犯 (Teilnahme vor der That, Accessory before the act.) トハ犯罪前ノ共犯ヲ云ヒ事中共犯 (Teilnahme während d. T.) トハ犯罪中ノ共犯ヲ云ヒ事後共犯 (T. nach d. T., Accessory after the act, Complicité postérieure) トハ犯罪後ノ共犯ヲ云フ犯人藏匿ノ罪證湮滅ノ罪又ハ贓物ニ關スル罪等ヲ以テ事後從犯ト爲シタルコト曾テ述ヘタル如クナリ然レトモ前ニモ述ヘタル如ク我現行法ハ近世多數ノ立法ニ從ヒ所謂事後從犯ハ凡テ犯罪庇護(Begnügung, Fanieur)ノ獨立罪ヲ構成スルモノトシ以テ事後從犯ノ觀念ヲ排斥シ其他ノ場合ニツキテハ固ヨリ犯罪後ノ共犯ナルモノヲ認メサルヲ以テ我現行法上事後共犯ノ觀念ヲ認ムルコトヲ得ス

[註] 事前事中及ヒ事後ノ區別ハ獨逸普通法ノ立法學說ニ於テモ亦一般ニ認メラレタル處ニシテ殊ニ事後從犯ノ思想ハ古今ノ立法學說ニヨリテ多ク唱導セラレタ

### 第三 主犯ト從犯有形的共犯ト無形的共犯

主犯(Auteur, hauptsächlich T.)トハ犯罪ノ完成ニ重大ナル影響ヲ與ヘタル共犯ヲ云



ト從犯(complice, nebensächliche T.)トハ犯罪ノ成立ニ輕微ナル影響ヲ與ヘタル共犯ヲ云フ而シテ主犯ヲ有形無形ノ二種ニ分チ有形の主犯(Auteur matériel)ハ之ヲ正犯(Thäterschaft)ト稱シ無形の正犯(Auteur intellectuel)ハ之ヲ教唆(Provocation, Anstiftung)ト稱シ從犯亦之ヲ有形無形ノ二種ニ分チ有形的從犯(complice matériel)ハ器具ノ供與ト云フカ如キ有形的方法ヲ以テ主犯ヲ幫助スル場合ヲ指シ無形的從犯(complice intellectuel)ハ誘導指示ト云フカ如キ無形的方法ヲ以テ主犯ヲ幫助スル場合ヲ指ス有形無形ノ區別ハ主トシテ佛白等ノ學者ニヨリ試ミラルル處ナリト雖モ(牧野氏講八八—八九通一五五—一五六)獨逸普通法ノ立法學說ニ認メタル物理的(physische Teilnahme)心理的(psychische T.)ノ區別モ亦略之ト一致ス可シ(V. Liszt 218)然レトモ我現行法ハ主犯從犯ハ共ニ有形無形ノ區別モ亦之ヲ認メサルノミナラス本來此ノ如キハ凡テ正確ノ區別ト稱シ能ハサルヲ以テ(Vgl. v. Liszt 218)我現行法ニ於テ此ノ如キ區別ヲ主張スルハ寧ロ害アリテ益ナキコトト云ハサル可ラス

#### 第四 正犯ト加擔

正犯(Fait principal, Thäterschaft)トハ自ラ犯罪ヲ實行スルモノヲ云ヒ加擔(Teilnahme,

complice)トハ他人ノ犯罪ニ加工スルモノヲ云フ而シテ加擔ハ更ニ之ヲ教唆(Anstiftung, provocation)從犯(Behilfe, Anliaire)ノ二種ニ分チ正犯ヲシテ犯罪實行ノ決意ヲナサシメタルモノハ之ヲ教唆ト稱シ正犯ノ犯罪實行ヲ幫助シタルモノハ之ヲ從犯ト稱ス我現行法ニ認メタル正犯教唆從犯ノ區別ハ略右ノ區別ト相一致ス

### 第四項 正犯

第一 正犯(Thäterschaft)トハ犯罪ヲ實行シタルモノヲ云フ(六〇條)犯罪ヲ實行シタルトハ刑法各本條ニ記載シタル犯罪構成要件ノ全部又ハ一部ヲ實現シタルトノ意ナリ(Vgl. v. L. Liszt 230)勝本氏小八七同大一七九頁—一八〇頁故ニ刑法各本條ニ記載シタル犯罪構成要件ノ全部又ハ一部ヲ實現シタルモノハ之ヲ正犯ト云フ例ヘハ竊盜罪ニ於テ他人ノ物ヲ自己ノ所持内ニ移シ又之ヲ運ヒ移ス行爲ヲナシタルモノ殺人罪ニ於テ人ヲ捕ヘ又ハ之ヲ斬殺ス行爲ヲ爲シタル者強盜罪強姦罪ニ於テ暴行脅迫ヲ加ヘ又盜取姦淫ノ行爲ヲ爲シタル者ノ如キ是レナリ(勝本氏前掲參照)



第二 右ノ意義ニ於テ廣ク正犯ト云フトキハ其内ニハ當然左ノ三種ヲ包含ス

### 第一目 單獨正犯

第一 單獨正犯 (Alleinthäter) トハ單獨ニテ犯罪ヲ實行シタルモノヲ云フ即チ自己單獨ニテ犯罪ノ特別構成要件ヲ實現セシメタル者ナリ (vgl. v. Liszt 221 小崎氏三〇四) 一人ニテ暴行脅迫ヲ加ヘ且ツ之ヲ姦淫シタル者一人ニテ暴行脅迫ヲ加ヘ且ツ財物ヲ奪取シタル者等ノ如キ是レナリ而シテ其ノ犯罪ヲ實行スルニ付キ自己身體ノ動作ノミヲ用ヒタルト他ノ自然力機械又ハ動物等ヲ利用シタルトハ之ヲ問ハス例ヘハ銃ヲ以テ人ヲ射ヌヲ以テ人ヲ斬リ犬ヲ噬シテ人ヲ咬マシメ人ヲ使用シテ肉片ヲ窃取セシムルカ如キ凡テ單獨正犯ノ事例タルナリ (vgl. v. Liszt a. a. O. 小崎氏前掲)

第二 單獨正犯ハ又之ヲ直接正犯 (unmittelbare Täterschaft) ト稱ス(小崎氏前掲) 然レモ直接正犯ナル語ハ次ニ述フ可キ間接正犯 (mittelbare T.) ニ對スル語ニシテ此内ニハ當然後ニ述フ可キ共同正犯 (Mittäterchaft) ヲ包含ス

第三 單獨正犯ハ教唆從犯ヲ伴フコトアリ又之ヲ伴ハサルコトアリ然レトモ後ノ場合ハ嚴格ナル意義ニ於テ之ヲ正犯ト云フコトヲ得ス何トナレハ正犯ハ共犯ニ伴ヒ共犯ハ二人以上ノ共同ヲ豫想スル觀念ナレハナリ換言スレハ正犯ハ教唆從犯ニ對シ抱合シテ共ニ共犯觀念ヲ構成スルモノナレハナリ

### 第二目 間接正犯

第一 他ノ人ヲ機械トシテ利用シ因テ以テ犯罪ヲ實行シタル者ハ之ヲ間接正犯 (mittelbare Täterschaft, fingierte T., intellektuelle Urheberschaft) ト云フ (vgl. v. Liszt 221) 前モ述ヘタル如ク單獨正犯ノ犯罪實行ハ必スシモ自己ノ身體動作ノミニ因ルヲ要セスシテ他ノ自然力機械動物等ヲ利用スル場合ニ於テモ亦同シク單獨正犯ノ成立ヲ認メ得可キモノナルヲ以テ犯人カ他ノ人ヲ機械トシテ利用シ因テ以テ犯罪ヲ實行シタル場合ニ於テモ亦固ヨリ單獨正犯ノ成立ヲ認メ得可キモノナリ(勝本小八七—八八大一八〇頁、泉二氏大三六一頁)

然レトモ最後ノ場合ニ於テ利用セラレタル者ハ本來犯罪ノ主體タル可キ人ナ



ルヲ以テ此場合ニハ人ヲ介シ間接ニ犯罪ヲ實行シタリトノ意ニ於テ特ニ之ヲ間接正犯ト名付ケタルモノナリ(勝本氏前掲)

他ノ人ヲ使用シタル場合ヲ間接正犯ト云フカ故ニ犯人自ラノ身體ヲ利用シタル場合ト(Benutzung des eignen Körpers)間接正犯ニ非ス(Vgl. v. Liszt 221 Anm. 1)自己ノ責任無能力ノ状態ヲ利用シテ因テ以テ犯罪ヲ實行シタル場合ハ所謂原因ニ於テ任意ナル舉動(actiones liberae in causa)ト爲リ間接正犯ノ法理ニ依ル迄モ無ク犯人自ラ罪責ヲ負擔ス可キコトト爲ル然レトモ他ノ人ヲ使用シタル場合ハ凡テ間接正犯ト爲リ得可キモノナルカ故ニ本人カ第三者ナルト被害者ナルトハ之ヲ問ハス間接正犯ハ第三者ヲ利用スルニ依リ之ヲ實行スルヲ通常トスルモ結果ヲ理解スル能力ナク又結果ヲ認識セサル被害者ヲ利用スル場合ニ於テモ亦間接正犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得(泉二氏大三六四頁)

間接正犯ハ他人ヲ利用スルニ因リ犯罪ヲ實行スルモノナルカ故ニ間接正犯ニアリテモ亦固ヨリ因果關係ノ存在ヲ必要トス間接正犯ノ場合ニツキ因果關係ノ存在ヲ必要トス可キコト學者間ニ爭ナキ所ナルモ學界ノ通説ハ加擔ノ場合ニハ

原因ヲ置クコトヲ必要トスト説キ因テ以テ間接正犯ト加擔トヲ區別セントスルモノノ如シ(Vgl. Frank IV zu 3 Abschn.)其理由トスル處ハ加擔ノ場合ニハ因果關係ノ中斷アルモ直接正犯ノ場合ニハ此ノ如キコトナシト云フニアル可ケレト(牧野氏講九四頁)因果關係中斷ノ法理ハ何等ノ根據ナク加擔ノ場合ニ於テモ亦原因關係ノ存在ヲ是認シ得可キモノナルヲ以テ因果關係ノ如何ニ因リ加擔ト間接正犯トヲ區別セントスルカ如キハ何等ノ理由ナキコトニ屬ス要スルニ間接正犯ト加擔トハ因果關係ノ點ニ於テ之ヲ區別ス可キモノニ非スシテ寧ロ責任其他ノ點ニ於テ之ヲ區別ス可キモノナリ而シテ其區別ハ以下述フル處ニ依リ自ラ明白ナルヲ得可キナリ(註)

(註) 故ニ因果關係ヲ論外トスルモ亦間接正犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得此點ヲ理由トシ以テ間接正犯ノ成立ヲ否認セントスルカ如キ(例之牧野氏講九四)ハ非ナリ

第二 間接正犯ノ意義以上述ヘタル如クナルヲ以テ本來ノ意義ヨリ云ヘハ他人ヲ機械トシテ利用シ因テ以テ犯罪ヲ實行シタル場合ニハ凡テ間接正犯ノ成立ヲ認メ得可キ道理ナリ然レトモ加擔ノ法理ヲ認メタル我現行法ハ此點ニ付キ大