



實習科刑法講演

客觀的不論罪原因

法學士 泉 二 新 熊 講義

卒業生 丸山柯太郎編輯

第一章 緒論

第一 刑罰法令ニ列舉サレタル行為ハ犯罪ノ根本的構成要件タリ而シテ此種ノ行為カ有責ニシテ違法ナルトキハ即チ犯罪ヲ構成ス然レトモ法律ハ元來此種ノ行為カ一般ニ違法ナルコトヲ前提トスルモノナルカ故ニ特ニ違法ヲ除却スル事情ノ存セサル限リハ犯罪成立スヘキモノトス斯ク如ク一般ニ違法ナル行為ノ違法性ヲ除却スル諸種ノ事情ヲ客觀的不論罪ノ原因ト稱ス或學者ハ又之

實習科刑法講演 客觀的不論罪原因

ヲ消極的構成要件ト稱セリ

第二 客觀的不論罪原因ハ之ヲ主觀的不論罪原因ト區別セサルヘカラス前者ハ主觀的責任要素ニ影響ヲ及ホスコトナク行爲ノ違法性ヲ阻却スルニ因リテ犯罪ヲ不成立ナラシムルモノトス其結果トシテ客觀的不論罪原因ノ存在ハ總テノ關係者ノ處罰ヲ阻却シ主觀的不論罪原因ノ存在ハ共犯ヲ不能ナラシムルモ此行爲ニ關係スル第三者ヲシテ間接正犯タルコトヲ得セシムルモノナリ換言スレハ前者ハ物的(Extern)ニ行爲其モノ、犯罪性ヲ消滅セシメ後者ハ人的(In personam)ニ犯人ノ責任ヲ消滅セシムルモノトス

客觀的不論罪原因ハ之ヲ除刑原因ト區別セサルヘカラス除刑原因トハ犯罪ノ特徵ヲ有スル行爲ノ存在スルニ拘ハラズ犯罪者ニ對スル國家刑罰權ヲ除外スヘキ事情ヲ謂フモノニシテ例ヘハ外國君主タル資格ノ如キ是ナリ此事情ハ個人ニ專屬スルモノナルカ故ニ此者ノ行爲ニ加功シタル者ヲ處罰スルヲ妨ケス其他犯罪若クハ刑ノ消滅原因處罰條件及ヒ訴訟條件等ト客觀的不論罪原因ト

ヲ混同スヘカラス此等ノ事情ハ或ハ既ニ成立シタル國家刑罰權若クハ其執行權ヲ消滅セシメ(例ヘハ大赦若クハ特赦等)或ハ國家刑罰權ノ成立ヲ條件ニ繋ラシメ(例ヘハ外國ノ刑法上ニ於ケル處罰相互主義ノ如キ)或ハ訴追ヲシテ條件ニ繋ラシム(例ヘハ親告罪ニ於ケル告訴ノ如キ)ルモノニシテ客觀的不論罪原因ハ初ヨリ犯罪ヲ不成立ナラシム

第三 客觀的不論罪原因ハ一定ノ範圍内ニ於テノミ犯罪ヲ不成立ナラシムル效力ヲ有ス故ニ行爲カ此範圍ヲ逸出シタル部分ニ對シテハ普通ノ場合ト同シク處罰セサルヘカラス例ヘハ正當防衛カ其範圍ヲ逸出シタルトキハ其逸出シタル部分ニ付テハ故意若クハ過失ノ殺傷罪トナサ、ルヘカラサルカ如シ但事情ニ因リ刑ノ減輕ヲ見ルコトアルヘシ

第四 客觀的不論罪原因ノ存スル場合ニハ行爲者ハ一般ノ場合ニ於テハ違法タルヘキ行爲ヲ行フノ權能ヲ有ス而シテ此權能ノ行使ニ際シテ如何ナル動機ヲ生スルモ其行爲ヲ違法タラシムルコトナシ例ヘハ本屬長官ノ強制命令ニ因リ職務行爲ヲ爲スニ因リ自己ノ怨恨ヲ晴ラスコトアルモ何等ノ責任ヲ生スルコト

トナシ然レトモ惡意的動機ニ因リ名ヲ權利行為ニ籍リテ違法行為ヲ爲スカ如キハ犯罪タルヲ免カレス又行為者自己ノ過失ニ因リ當該狀態ニ遭遇スルコトアルモ尙ホ客觀的不論罪原因ノ存在ヲ妨ケス例ヘハ甲乙二人暴風雨ヲ冒シテ短艇航行ヲ企テ海上破船ノ危難ニ遭ヒ甲者カ乙者ノ救身器ヲ奪ヒ爲メ乙者ヲ溺死セシメタルカ如キ場合モ刑法第七十五條第二項ニ相當スヘシ但正當防衛ニ關スル我刑法ノ規定ハ斯ノ如ク解スルヲ得ス

第五 客觀的不論罪原因中ニハ行為ヲ積極的ニ適法ナラシムル原因 (Les causes de justification) 即チ權利行為タルヘキモノト適法ニアラス又不法ニモアラスシテ其中間ニ位スルモノ即チ所謂放任行為等ヲ含メリ權利行為トシテ一般的性質ヲ有スルモノハ職務行為正當防衛及ヒ懲戒行為等ニシテ其他ノ原因ハ寧ロ特別的性質ヲ有セリ放任行為トシテ一般的ノ性質ヲ有スルモノハ所謂緊急狀態ニ於ケル行為ナリトス而シテ此等ノ事情ハ刑法ニ於テ定メラル、モノト其他ノ法律ニ於テ定メラル、モノトアルモ違法ヲ阻却スル效力ニ至リテハ異ナル所ナシ此外一般法理上ヨリシテ違法阻却ノ原因ト看做スヘキモノアリ例ヘ

ハ被害者ノ承諾ノ如キ是ナリ然レトモ此承諾ハ其レ自體ニ於テ違法阻却ノ原因タルニアラスシテ或ハ相手方ニ行為ノ權利ヲ生セシメ或ハ放任狀態ヲ生セシムルニ因リテ間接ニ違法ヲ阻却スルノ結果ヲ生スルモノトス

第二章 正當防衛 (La legitime defense)

第一 正當防衛ハ權利ヲ以テ不法ナル侵害ヲ排斥スルモノニシテ斯ノ如キ行為ハ自然ノ條理ニ適合スルモノナルカ故ニ羅馬法學者ハ或ハ腕力ニ依テ暴行ヲ防クハ正當ナリ故ニ之ヲ自然法ニ比スヘシ (Vim vi repellere licet, idque jus natura comparatur.) ト言ヒ或ハ是レ成文法ニアラスシテ自然法ナリ (Est haec non scripta sed nata lex.) ト唱ヘテカヲ以テカヲ防クハ總テノ成文法及ヒ一般法律ノ許ス所ナリ (Vim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt.) ト認メタリ而シテ此觀念ハ羅馬法ヲ繼受シタル諸國ノ法律觀念ニ於テ等シク是認セラレタリ然レトモ正當防衛ハ其範圍ニ付テ變遷發達ヲ爲シタルモノニシテガイブカ正當防衛ハ毫モ沿革ヲ有セスト言ヘルハ唯此觀念カ古今ニ通シテ是認セララル、コトヲ意味スルモノト解スヘシ若シ如何ナル方面ニ於テモ沿革ナシト云ヘル趣旨ナラハ其誤レ

ルコト論ヲ俟タス蓋シ羅馬法ニ於テハ生命身體ノミニ對スル正當防衛ヲ認メ未タ其一般的觀念ヲ認メス獨逸ノ古法ニ於テ正當防衛ハ復讐的殺人權トシテノミ認メラレタリシカ現今獨逸和蘭及ヒ伊太利等ニ於テハ正當防衛ノ一般的觀念ヲ認メ各種ノ權利ニ對スル不法侵害ノ防衛ヲ權利行為ナリトシテ之ニ關スル規定ヲ總則中ニ列セリ而シテ此概念ニ對スル制限ハ唯防衛行為カ必要ノ程度ヲ踰越スヘカラサルノ一點ニ存スルノミトス之ニ反シテ我現行刑法ハ未タ羅馬法ニ於ケル正當防衛ノ範圍ヲ脱却スルコト能ハスシテ其規定ヲ各則中ニ置ケリ改正案ニ於テ之ヲ總則中ニ移シ且廣キ規定ヲ爲シタルハ至當ナリトス

第二 正當防衛ノ法律上ノ根據ハ權利ノ目的主張ニ在リテ存スガロー氏曰ク社會的權力ハ個人ノ權利行使ヲ保護スル爲メニ組織セラル、モノナルカ故ニ個人ハ自己ノ保護ヲ此權力ニ委セサルヘカラス從テ文明社會ノ法律ハ不法侵害カ既ニ遂ケラレタル場合ハ絶對的ノモノニシテ獨リ權力ニ依テ之カ救濟ヲ爲スニ止マルモノナリト雖モ其遂否危急ノ境ニ在ルトキハ即チ然ラス入若シ余

ヲ攻撃スルニ當リ社會カ茲ニ現在セス或ハ現在スルモ余ヲ保護スルニ充分ナラサルトキハ余ハ余自體ヲ保護シカヲ以テカヲ排斥スルノ權利ヲ有スルコトハ争フヘカラサル所ナリト(ガロ一四五號參照)往々承服スヘカラサル點ナキニアラスト雖モ大體ノ主意ヲ發揮セルモノト認ムルコトヲ得ヘシ然レトモ此根本問題ニ關シテハ種々ノ見解アリ

- 一 曰ク不法侵害者ハ其侵害ニ因リ自ラ法律保護ノ範圍ヲ脱スルカ故ニ此者ニ對スル行為ハ犯罪タルコトナキモノナリト
  - 二 曰ク不法侵害アルトキハ法律狀態自ラ消滅スルカ故ニ法律違反ノ行為アルコトヲ想像スルヲ得テ又犯罪アルコトナシト
  - 三 曰ク不法ノ侵害ヲ受クル者ハ引責能力ヲ喪失スルカ故ニ其行為ニ付キ責任ヲ負ハスト
  - 四 曰ク不法ノ侵害ヲ受クル者ハ已ムヲ得サルノ場合ニ於テ國家ニ代リテ其刑罰權ヲ行フモノナルカ故ニ其行為ハ適法ナリト
- 然レトモ此等ノ見解ハ何レモ正當防衛ノ觀念ニ適合セサルモノナリ即チ

一 不法侵害者ト雖モ全然刑法ノ保護ノ範圍ヲ脱スルモノニアラス甲者カ乙者ニ對シテ不法侵害ヲ爲スモ丙者カ其事情ヲ知ルコトナク從テ乙者ノ權利ヲ防衛スル目的ナク單ニ甲者ニ對シ平素ノ怨恨ヲ晴ラサンカ爲メ甲者ヲ殺傷シタルトキハ丙者ハ純然タル殺人罪ヲ犯シタルモノタラサルヲ得サルヘシ要スルニ現今ノ國家ニ於テハ如何ナル者ニ對シテモ無權利狀態(Rechtlosigheit)ヲ認メサルナリ

二 法律狀態ハ不法侵害ノ存スルカ爲メ當然消滅スルモノニアラス例ヘハ尙ホ内亂ノ爲メニ一般ノ法律狀態消滅スルコトナキカ如シ假ニ法律狀態ノ消滅スルモノトモハ獨リ正當防衛ノ行爲ノミナラス不法侵害ノ行爲其モノモ亦犯罪タルコトナカルヘク腕力ト腕力トノ雙立ヲ認ムルコト、ナラン然レトモ不法侵害者ハ其結果ニ付テ責ヲ免カル、モノニアラス

三 元來引責能力アル者ハ不法ノ侵害ヲ受クルカ爲メ常ニ其能力ヲ喪失スルモノニアラス何トナレハ正當防衛ノ場合ニ於ケル不法侵害ハ不可抗力ニアラザレハナリ

四 現今ノ法律思想ニ於テハ如何ナル場合ト雖モ一私人カ其資格ニ於テ刑罰權ヲ行ヒ得ルコトヲ認メス

之ヲ要スルニ正當防衛ハ權利ノ本能ニ直接ノ根據ヲ有スルモノナリ抑モ權利ヲ有スル者ハ或方法ヲ以テ之ヲ保護スルコトヲ得ヘキハ蓋シ權利ノ本質ニシテ法律ハ一般ノ場合ニハ公力ニ訴ヘテ此保護ヲ全ウスルコトヲ許セリト雖モ公力ノ活動ヲ待ツノ違ナキ特別ノ狀態及ヒ特別ノ條件ノ下ニアリテハ力ヲ以テ力ヲ排斥シ自ラ防衛シテ以テ自己ノ權利ヲ主張スルコトヲ許シタルモノナリ自働ヲ以テ法益ヲ保護スルコトヲ法律上擔保スルトキハ權利ノ自働的保護カ其レ自身ニ於テモ亦權利タルヘキナリ

第三 正當防衛ハ急迫不正ノ侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムヲ得サルニ出テタル行爲ナリ(刑法改正案)此定義ヲ分析スルトキハ正當防衛ノ成立上必要ナル條件次ノ如クナルヲ知ルヘシ

- 一 急迫不正ノ侵害アルコト
- 二 防衛ハ權利ヲ全ウスル目的ニ出ツルコト

三 防衛ハ侵害者ニ對シテ行ハルコト  
四 防衛ハ必要ナル程度ヲ超エサルコト

是ナリ然ルニ現行刑法ニ於ケル正當防衛ハ自ラ不正ノ所爲ニ因リ暴行ヲ招キタルニアラサル者カ身體、生命、財産又ハ住居ノ安寧ヲ防禦シ已ムコトヲ得スシテ自己又ハ他人ノ爲メ暴行人ヲ殺傷スルコトヲ指スモノナルカ故ニ自ラ其成立條件ヲ異ニセサルヲ得ス余ハ以上ノ條件ヲ説明スルニ際シ現行法ノ規定ヲ對照シテ説明スヘキカ故ニ特ニ現行法ニ於ケル規定ニ付キ説明ヲ加フルノ要ナシ

第四 正當防衛ハ侵害ノ存在ヲ前提トスルモノナリ何トナレハ侵害ナケレハ防衛狀態ヲ想像スルコト能ハサレハナリ而シテ此侵害ハ急迫ニシテ且違法ナルコトヲ要ス

一 侵害ハ急迫ナルコトヲ要ス 即チ侵害ノ現在ナルコトヲ要ス尙ホ換言スレハ直接ニ切迫シ若クハ既ニ開始シタルモ尙ホ繼續中ナルコトヲ要ス但侵害ハ何時ニ至ルマテ繼續スルヤハ各場合ニ就キ判斷スヘキ事實問題ナリト

ス故ニ

(1) 直接ニ切迫セサル將來ノ侵害ヲ想像シテ正當防衛ヲ行フヲ得ス例ヘハ暗夜怨敵ニ邂逅シ其侵害ヲ受クヘキコトヲ想像シテ先ツ之ヲ殺傷スルカ如キハ犯罪タルヲ免カレサルナリ若シ夫レ所謂保護手段 (Schutzmassregel) ヲ行フコト(例ヘハ強竊盜ノ侵入ヲ慮リ塙上ニ鐵釘又ハ硝子片ヲ植ユルカ如キ又ハ自發銃ヲ装置スルカ如キ場合)ヲ以テ正當防衛ナリトセハ侵害ハ現在ナルコトヲ要セスト論定セルヘガラサルカ如シト雖モ斯ノ如キ手段ハ刑法上ノ正當防衛ヲ以テ論スヘキニアラス何トナレハ急迫ノ侵害ニ對ス行爲ニアラサレハナリ然レトモ侵害カ直接ニ切迫スル以上ハ既ニ開始スルヲ待ツコトヲ要スルモノニアラス何トナレハ先ツ彼ヲ制スルハ必要ナル防衛ニシテ既ニ彼ニ制セラレタル後ハ最早防衛ヲ行フコト能ハサルノ運命ニ陥ルコトアルヘケレハナリ

(2) 侵害カ或ハ中止セラレ若クハ防止セラレ又ハ既ニ遂ケラレタルトキハ正當防衛ヲ行フコトヲ得サルモノトス 既遂ノ侵害ニ對シテ爲ス加害行

爲ハ寧ロ復讐ニシテ犯罪ヲ構成スヘシ然レトモ此點ニ付テハ侵害行爲ヨリ成立スル犯罪ノ法律上ノ既遂ヲ標準トナスヘキモノニアラスシテ實害ノ完成ヲ以テ標準トナサ、ルヘカラス何トナレハ防衛ハ犯罪ヲ防クニアラスシテ急迫違法ノ實害ヲ除斥スル爲メニ許サレタルモノナレハナリ故ニ直接ノ追及ニ依リテ贓物ヲ取還シ得ヘキ限リハ急迫ナル侵害アルモノトシテ正當防衛ヲ行フコトヲ得然レトモ此點ハ盜犯既遂ノ時期如何ノ解釋ニ因リ其實害ノ完成ト犯罪ノ既遂トカ或ハ一致シ或ハ一致セサルコトトナルナリ若シ盜犯ハ犯人カ物ノ所持ヲ得ルト同時ニ成立ス(ア)ブレヘンシ(シ)ステオリ(ル)ニアラス換言セハ所有者ノ監督カ尙ホ幾分カ存スル間即チ犯人カ其追及範圍ニ在ル間ハ既遂ニ至ルモノニアラスシテ既ニ追及範圍ヲ脱シタル時始メテ既遂タルコトヲ得(イ)ラッオンステオリ(ル)モノトセハ法律上ノ既遂ト實害ノ完成トハ其時期ヲ同ウスルコト疑ナキカ故ニ何レヲ標準トナスモ差別アルコトナシ然レトモ握得主義ニ依ルトキハ二者ノ時期相異ナルヘキハ論ヲ俟タス(余輩ハ後ノ見解ニ與セント欲ス)而シ

テ二者ノ時期ニシテ異ナルトキハ侵害ノ繼續ハ實害ノ完成ヲ標準トシテ之ヲ決セサルヘカラス

二 侵害ハ不正ナルコトヲ要ス 茲ニ所謂不正トハ違法ナルコトヲ意味ス故ニ違法ナラサル行爲ニ對シテハ正當防衛權ナキヲ以テ通常トス正當ニ職務ヲ執行例ヘハ警察官等ニ對シテ正當防衛權ナキヲ以テ通常トス正當ニ職務ヲ執行スル官吏ニ對シ暴行脅迫ヲ以テ抵抗スル者ハ官吏抗拒罪ヲ以テ問ハサルヘカラス(ロ)父母若クハ教師カ子女若クハ生徒ニ對シテ懲戒權ヲ行フトキハ子女若クハ生徒ハ正當防衛ヲ行フコトヲ得然レトモ懲戒カ必要ノ程度ヲ超越シテ著シク被懲戒者ノ身體上ノ健全ヲ害スルトキハ違法ノ侵害タルヲ免カレサルカ故ニ被懲戒者ハ此超越ノ部分ニ對シテハ正當防衛ヲ行フコトヲ得ヘシ又不正ノ侵害ヲ被ムル者ハ防衛權アルカ故ニ此防衛ニ對シテハ同時ニ正當防衛ノ存スルヲ得ス所謂正當防衛ニ對シテ正當防衛ナキナリ (Gegen notwehr keine notwehr) (ハ)暴行者即チ違法ノ侵害ヲ行フ者ハ其侵害ヲ止ムルニ因リ被侵害者ノ防衛行爲ヲ止ムルコトヲ得ヘシト雖モ進テ抗爭スル間ハ正



當防衛權ヲ有セス從テ其行爲ヨリ生スル結果ハ違法ナル侵害ノ結果トシテ處罰セラレサルヘカラス之ニ反シテ被侵害者カ防衛ノ範圍ヲ逸出シ既ニ抑壓サレタル者ニ對シテ尙ホ強力ヲ加フルトキハ茲ニ此過度ノ部分ニ對シテ最初ノ侵害者ニ於テ却テ正當防衛權者タルノ地位ヲ有スルニ至ルヘシ以上述ヘタル所ニ反シテ侵害カ違法ナル以上ハ常ニ正當防衛ノ原因タルヲ得ルモノトス從テ

(1) 侵害ハ故意若クハ過失ニ出ツルコトヲ要セス 例ヘハ甲者カ或深山ニ於テ銃獵ヲ爲スニ際シ何等ノ過失ナクシテ乙者ヲ獸ナリト誤信シ之ヲ射撃セントスルニ當リ丙者其急ナルヲ見テ突然甲者ノ側ニ現ハレ其銃ヲ打落シタルカ爲メ甲者ノ手ヲ傷ケタリトセンカ丙者ノ行爲ハ尙ホ正當防衛タルコトヲ失ハズ又侵害ハ積極的行爲タルコトヲ要セス不作爲ニ對シテモ亦正當防衛ヲ行フコトヲ得ヘシ例ヘハ狂者及テ振テ余ヲ斬ラシメ狂者ノ兇行ヲ止メシメシハ其側ニ在ル父ヲシテ之ヲ制止セシムルノ外ナキ場合ニ際シ其父カ故意ニ之ヲ防止セザルコトキハ余ハ父ヲ毆打シテ其子

ノ兇行ヲ防止セシムルノ權利アルヘシ

(2) 侵害ハ罰セララルヘキ行爲タルコトヲ要セス 例ヘハ外國ノ君主若クハ公使等ノ如キ其一身ニ付キ刑罰權不成立ノ原因ヲ具有スル者ノ違法ナル加害ニ對シテモ尙ホ正當防衛ヲ行フコトヲ得ヘシ然レトモ天皇ニ對シテハ正當防衛ヲ行フコトヲ得ス何トナレハ天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラサルモノニシテ其行爲ハ總テノ國內法ノ下ニ於テ違法若クハ適法ノ判斷ニ服スヘカラサルモノナレバナリ但此見解ニ對シテハ反對ノ意見ヲ有スル學者亦少ナカラス

(3) 侵害カ被侵害者ノ行爲ニ因リテ挑發セラレタル場合ニ於テモ正當防衛權ノ成立ヲ妨ケス 例ヘハ甲者故意又ハ過失ニ因リ乙者ヲ毆傷シテ逃亡シタル爲メ乙者怒ヲ發シテ甲者ニ追及シ之ヲ殺傷セシトスル場合ニハ甲者ハ乙者ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得ヘシ何トナレハ乙者ノ攻撃ハ正當防衛ノ範圍ヲ越超シタル復仇行爲ニシテ違法ノ侵害タルヲ免カシサルカ故ナリ現行刑法ニ於テハ不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者

ハ正當防衛權ヲ認メサルモ立法論トシテハ當ヲ得タルモノニアラス然レ  
トモ自己ノ不正ノ所爲ニ因リ職務行爲若クハ正當防衛ノ如キ權利行爲ヲ  
生セシメタルトキハ之ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得サルハ當然ニシ  
テ必スシモ現行刑法第三百十四條但書ノ適用ヲ待テ後斯ノ如キ論決ヲ得  
ルモノニアラス

(4) 豫見サレタル侵害ニ對シテモ亦正當防衛ヲ行フコトヲ得ヘシ 何トナ  
レバ豫見ノ有無ニ拘ハラス是レ亦違法ノ侵害タルヲ免カレサレハナリ然  
レトモ現行法ノ解釋トシテハ斯ク解釋スルヲ許サ、ルモノタリ其理由ハ  
後段ニ於テ説明スル所アルヘシ

(5) 責任無能力者若クハ動物ノ侵害ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得ヘキ  
ヤ否ヤニ付テハ學說區々ニ岐ル  
第一說 依レハ侵害者違法ナルヤ否ヤハ之ヲ客觀的ニ判斷スヘキモノ  
ナルカ故ニ引責無能力者ハ固ヨリ動物ニ對シテモ亦正當防衛ヲ行フコ  
トヲ得ヘシト論ス

第二說 ハ動物ニ對シテハ正當防衛ノ發生スルコトヲキモ苟モ人タル以  
上ハ其引責能力ノ有無如何ニ拘ハラス其行爲ニ對シテハ正當防衛ノ成  
立シ得ヘキモノニシテ違法ノ侵害ナルモノハ主觀的原素ニ關係ナキモ  
人ナルカ故ニ引責能力ノ有無ニ因リテ其性質ニ影響ヲ及ホスコトナシ  
唯無意ノ身體運動ハ其機械的強制ニ因ルト生理的強制ニ因ルトヲ問ハ  
ズ總テ行爲ノ概念中ニ屬セサルカ故ニ法律上判斷ノ目的トナルコトナ  
ク從テ又正當防衛存立ノ原因タル違法ノ侵害タルコトナシト説ケリ  
第三說 ハ侵害カ客觀的違法ナルノミニテハ正當防衛發生ノ原因トシテ  
充分ナラス寧ロ主觀的ニモ亦違法タルコトヲ要ス即チ其侵害カ本人ニ  
歸セラレヘキモノナルコトヲ必要トス故ニ引責無能力者若クハ動物ヨ  
リ生スル侵害ニ對シテハ正當防衛ヲ認ムヘキモノニアラスシテ其侵害  
ヲ排斥スル爲メノ反擊行爲ハ緊急狀態ノ方面ヨリシテ無罪トナサ、ル  
ヘカラス真正ナル正當防衛ノ原因タルヘキ侵害ハ不正即チ違法ノ行爲  
タルコトヲ要ス而シテ違法ノ行爲ハ違法ノ意欲ニ基クモノニシテ引責

能力アル者ノ責ニ歸セラルヘキ行為以外ニハ違法行為ナルモノ存スルコトヲ得ズト主張ス

第四説ニ曰ク侵害カ罰セラルヘキ行為ニアラサレハ之ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得スト

蓋シ第二説ハ甚ク廣キニ失スルモノト云ハサルハカテニ惟テニ違法ガリヤ否ヤノ判斷ヲ受クキモノハ行為ノミニ限リ行為ノ人ヲ離レテ存在スルコトナク動物ノ動作ト云クカ如キ外界ノ事實ヲ適法若クハ違法ノ判斷ニ服スヘキモノニアラス殊ニ我現行法ニ於テハ暴行人ヲ殺傷シタルモノ云々トアリテ正當防衛ハ必ズ人ニ對シテ行ハルモノナルヘキコト明カナリ從テ此點ニ付テハ一點ノ疑ヲ容ルヘキ餘地アルヲ以テ畢竟動物ノ侵害ニ對シテハ緊急狀態ヲ認ムル以外ナシ第三説ハ第三説トハ各相當ノ理由アルモノニシテ輕卒ニ其是非ヲ判斷シ難シト雖モ刑法學ニ般大範圍ニ於テハ違法ガリキ主觀的責任トハ別種ノ觀念ニ屬シ何等ノ關係ナキモノト認メタルカ故ニ茲ニ姑ク第二説ニ從ハシ諸國ノ立法例中此間

題ヲ解決スヘキ明文ヲ定メタルモノ極メテ少ナシ唯印度ノ刑法典ハ其母法タル英國普通法ニ從ヒ實際ヲ主眼トシテ成ルヘク疑ハシキ問題ヲ胎ササランコトヲ最メ此點ニ付テモ明文ヲ設ク第二説ヲ採用シタルコトヲ明カニセリ其第九十八條ニ曰ク或犯罪タルヘキ行為ガ行為者ノ年少ナルコト理解力ノ不熟ナルコト精神ニ障害アルコト若クハ迷醉セルコトヲ爲メ又ハ或誤解ノ爲メ其犯罪トナラサル場合ニモ此行為ニ對シテ此行為ガ犯罪タル場合ニ行フコトヲ得ヘキ個人防衛ヲ行フコトヲ得ト而シテ其解釋例 Illustrations ニ於テ甲カ發狂ヲ爲メ乙ヲ殺サントスルトキハ甲ハ犯罪ニ責任ヲ有セスト雖モ乙ハ甲カ發狂中ニアラサル場合ニ於ケルト同一ノ個人防衛權ヲ有スルコトヲ明カニセリ終ニ第四説ハ第一説ト正反對ニシテ狹ニ失スルモノナリ而シテ此解釋ノ採用スヘカラサルコト全(2)ノ說明ニ於テ明カナリ

第五 防衛行為ハ自己又ハ他人ノ權利ヲ全ウスル爲メニ侵害者ニ對シテ行ハルルコトヲ要ス

實習科刑法講演 客觀的不論罪原因

一 茲ニ所謂權利トハ廣ク法律上保護サレタル各人ノ利益ヲ指稱ス例ヘハ生命、身體、自由、名譽、財產權其他ノ法益ヲ包括スルモノニシテ此間ニ區別ヲ設クヘキ理由ナシ故ニ國事犯、貨幣偽造罪ノ如ク國家ノ生存權、造幣權等ヲ侵害スル違法ノ行為ニ對シテモ亦正當防衛ヲ行フコトヲ得ヘシ契約上ノ權利ノ侵害ヲ斥クル爲メニモ亦正當防衛ヲ行フコトヲ得ヘシ例ヘハ甲者カ乙者ニ或物權ヲ質入スル契約ヲ爲シタルニ拘ハラヌ其物ヲ破壊セントスル一刹那ニ於テ乙者カ甲者ヲ抑壓スルモ毆打罪若クハ逮捕罪等ヲ構成スルコトハ然レトモ警察犯ノ如ク各人ノ法益ヲ害スルコトナキ行為ニ對シテハ正當防衛ヲ認ムルコトヲ得サルナリ

二 正當防衛ハ自己防衛ニアラスシテ權利ノ防衛ナルカ故ニ現在違法ナル侵害ヲ他人ノ爲メニ排斥スルモ亦正當防衛ナリ而シテ其他人ハ親屬タルト否トヲ區別セス然レトモ近親ノ防護ハ重ニ權利タルノミナラス又道義上ノ義務ナリト云フコトヲ得ヘシ

三 正當防衛ハ暴行者ニ對シテ行ハル、コトヲ要ス此防衛行為ノ結果カ第三

者ニモ亦發生シタルトキハ此結果ニ付テハ緊急狀態行為トシテ責任ヲ免カ  
ル、モノニシテ正當防衛其モノニアラス不法ノ侵害ニ付テ間接正犯ノ存ス  
ル場合ニハ間接正犯者及モ其機械トナル者ヲ併セテ暴行者トナサ、ルヘカ  
ラ以テ暴行者トシテ責任ヲ負ハス

第六 正當防衛ハ前述ノ如ク權利ノ主張ナルカ故ニ法益ノ性質分量等ニ因リ許  
否ヲ分ツヘキモノニアラス即チ單ニ身體、生命、所有權等ノ防衛ノミナラス親族  
權其他一切ノ權利ニ對スル不法侵害ノ防衛行為等シク之ヲ許サ、ルヘカラ  
ス名譽權ノ侵害ニ對スル正當防衛ニ付テハ議論ノ存スル所ナリト雖モ其可能  
ナル範圍ニ於テハ之ヲ認ムルヲ至當トス即チ名譽ニ對スル腕力の侵害アル場  
合ノミナラス言語若クハ偶像ノ類ヲ以テ不法ニ名譽ヲ侵害セラル、場合ニ於  
テモ其狀況ニ依リ正當防衛ヲ行フコトヲ得ルモノトス而シテ此防衛手段ハ必  
要ニ應シ或ハ侵害者ヲ殺傷シ或ハ演說場等ヲ閉鎖シテ公衆ノ見聞ヲ絶チ或ハ  
其他適當ナル處置ヲ施スコトヲ得ヘシ

我現行法ハ上述ノ如キ廣キ解釋ヲ許サ、ルコト勿論ナリ然レトモ身體ト云ヘ

實習科刑法講演 客觀的不論罪原因

ル中ニハ體軀其モノ、ミナラス身體ノ自由ヲモ包含スルモノト解セサルベカラズ所謂貞操ニ對スル侵害ハ常ニ身體ノ自由ニ對スル侵害タルヘキカ故ニ正當防衛ノ原因タリ而シテ財產若クハ家宅ニ對スル侵害モ亦第三百十五條ノ範圍内ニ於テハ正當防衛ノ原因タルヘキコト疑ナシ同條ノ規定ハ第三百十四條中ニ包括シ得ヘキモノナルモ立法者カ此方法ヲ採ラザリシハ更ニ精密ナル條件ヲ附スルノ必要アリテ法文ノ體裁上已ムヲ得サルニ出テタルモノト解セザルヘカラス從テ第三百十五條以テ防衛モ亦第三百十四條ノ條件ヲ具備スルヲ必要トセザルヘカラス或ハ財產ニ對スル防衛ハ正當防衛タルコト能ハサルヲ原則トスト解スル者アリ其論旨ニ曰ク不正ノ侵害カ人ニ對シテ行ハル、ニテラヌシテ財產ノミニ對シテ行ハル、場合ニ於テ所有者カ腕力ヲ以テ其侵害ヲ排斥シ因テ侵害者ヲ殺傷シタル場合ハ正當防衛ト云フヲ得ルカ蓋シ所有者ハ力ヲ以テ盜犯ノ實害ヲ排斥シ盜賊ヲ捕縛スルハ權利ヲ有スルコトアルヘシ而シテ盜賊カ其盜犯行為ヲ遂ケ若クハ束縛ヲ脱スルカ爲メ重大ナル暴力ヲ用弗ルトキハ所有者ハ自ラ之ヲ防衛スル爲メ腕力ヲ行使スルコトヲ得ル場合アリ

然レトモ此所有者ハ犯人ヲ逮捕スルカ爲メニ之ヲ殺傷スルノ權利アルニアラスシテ奪取セラレタル物ヲ取還シ以テ既ニ生スヘキ實害ノ完成ヲ妨クルカ爲メニ此權利ヲ行フモノナリ然ラハ所有者ハ盜賊カ奪取シタル物ヲ携ヘテ遁去セントスルニ當リ短銃ヲ放テ之ヲ殺傷スルノ權利アルカ蓋シ刑法ハ排斥セラルヘキ侵害カ單ニ財產ニ對シテ行ハル、場合ニハ腕力ノ行使ヲ認メス故ニ原則トシテハ腕力ヲ以テ財產ニ對スル侵害ヲ防禦スルハ正當防衛ニアラス是レ正當防衛ハ絶對ニ回復シ得ヘカラサル法益ニ對スル侵害ノ防衛ニ付テノミ之ヲ認ムヘシトノ觀念ヨリ生スル當然ノ論結ナリ然レトモ此原則ニ對シテハ一定ノ制限ヲ爲サ、ルヘカラス即チ侵害セラレタル目的物カ防衛行為ニ依ルノ外他ノ方法ニ於テハ回復スヘカラサルモノナルトキハ社會ハ個人カ總テノ方法ニ依テ自ラ防衛スル權利アルコトヲ認メサルヘカラス例ヘハ豪商ノ金庫中ヨリ其財產ノ大部分ヲ形成セル有價證券ヲ取出シ之ヲ携ヘテ暗中ニ其踪跡ヲ晦マサントスル竊盜アリト假定セン此害惡ハ所有者ニ於テ盜人ヲ殺傷スルニアラサレハ到底回復スヘカラサルニ至ルヘシ從テ所有者カ此盜人ヲ銃殺シ

實習科刑法講義 客觀的不論罪原因

タル場合ニ於テ此殺人行爲カ佛國刑法第三百二十八條(日本刑法)ニ於ケル正當防衛タルヲ得サルモノトセハ裁判所ハ此行爲ヲ以テ正當防衛ニ依リ違法性ヲ有セサルニ至レルモノトスルカ若クハ不可抗力ニ因リテ命セラレタル行爲トナスカ何レニセヨ其無責任ヲ宣言セサルヘカラスト(ガロイブシイ)余輩ヲ以テ之ヲ見レハ苟モ回復スヘカラサル損害ヲ生スヘキ場合ニ於テハ財産ニ對シテモ亦正當防衛ヲ行フコトヲ得ルモノト認ムルニ於テハ第三百十五條ニ其論據ヲ求ムルヲ以テ正確ナリト信ス或ハ又曰ク第三百十五條ハ第三百十四條ト異ナリ正當ニト云フ語句ヲ存セサルヲ以テ見ルモ第三百十五條ノ行爲ハ正當防衛ニアラスト然レトモ是レ極メテ薄弱ナル論據ナリト云ハサルヘカラスト第三百十六條ニ於テ身體財産ヲ防衛スルニ出ツルト雖モ已ムコトヲ得サルニアラスシテ害ヲ暴行者ニ加ヘタル者ハ不論罪ノ限ニアラスト規定シタルモ畢竟生命身體ノ防衛ト財産ノ防衛トヲ同等視シタルカ爲メニ同條ヲ以テ之ヲ併記シタルモノト認ムルヲ得ヘシ佛國刑法ハ第三百二十八條ニ於テ我刑法第三百十四條ニ該當スヘキ規定ヲ設ケ其第三百二十九條ニ於テ我刑法第三百十

五條ニ該當スル規定ヲ置キタルカ同國ノ學者ハ其第三百二十九條ヲ以テ或ハ正當防衛ノ場合ヲ例示シタルモノトシ或ハ正當防衛ヲ推定シタルモノニシテ苟モ斯ル事情ノ存在セルコトヲ裁判官ニ於テ認定スル以上ハ必ス已ムヲ得サルニ出テタルモノト看做スヘキコトヲ規定セルニ外ナラスト説明セリ要スルニ權利ニ對スル現在不正ノ侵害ヲ排斥スルハ正當防衛ノ根本的觀念ナルヲ以テ苟モ法律カ生命身體財産等ニ付キ防衛行爲ヲ無責任トナシタル以上ハ生命身體ニ對スル侵害ノ防衛モ財産ニ對スル侵害ノ防衛モ共ニ其性質ニ於テ異ナルモノト認ムルヲ得サルナリ

第七 防衛行爲ハ已ムヲ得サルコトヲ要件トス

一 此要件ノ意義ハ二様ニ解釋セラル

甲說 ニ依レハ苟モ法益ニ對スル現在且違法ナル攻撃アランカ之ヲ反撃スル行爲ハ正當ナリ唯其防衛行爲カ侵害ヲ排斥スル爲メ必要ナル範圍内ニ止マルコトヲ要ス故ニ已ムヲ得サルニ出ツルトハ防衛行爲其レ自體カ必要ナリシヤ否ヤノ問題ニアラストシテ現在ナル違法攻撃ニ對スル防衛行爲

カ如何ナル程度ニ於テ行フヲ得ルヤノ問題ニ屬ス例ヘハ甲者カ乙者ノ不法ナル攻撃ヲ受クルニ當リ逃避スルノ餘地アルトキハ防衛ヲ爲スノ必要ナシト云ハサルヲ得ス而モ甲者ハ此必要ナキニ拘ハラヌ亦逃避スヘキノ義務ヲ負フコトナシ從テ敢テ逃避スルヲ要セス進テ乙者ヲ反撃スルコトヲ得ヘシ然レトモ其反撃タルヤ例ヘハ乙者ヲ突倒スノミニテ充分ナルニ拘ハラヌ乙者ヲ殺傷シタリトセハ是レ即チ反撃カ必要ノ程度ヲ超エタルモノニシテ正當防衛ノ範圍ヲ脱出シタルモノトスト

乙説ニ依レハ法益ニ對スル現在且違法ナル侵害ハ腕力ヲ以テ即時ニ之ヲ排斥スルニアラサレハ後日其法益ヲ償フコト能ハサルニ至ルヘキモノト、腕力ヲ以テ直チニ之ヲ反撃スルヲ得ルモ而モ逃避其他ノ方法ニ依リテ其侵害ヲ避クルヲ得ヘク又他日公權ニ訴ヘテ之ヲ回復シ得ヘキモノトノ二種アリ元來法益ノ保護ハ公力ニ委セラレタルモノニシテ個人ハ腕力ニ訴ヘテ法益ヲ保護スルノ權利ナキヲ原則トスルカ故ニ防衛行為カ正當タルヲ得ルハ第一ノ場合ニ限ルモノト云ハサルヘカラス從テ已ムコトヲ得サ

ルニ出ツルトハ或ハ官廳ノ保護ヲ求メ、或ハ自ラ逃避スルカ如キ其他何等ノ方法ニ依ルモ侵害ヨリ生スル害ヲ免カル、途ナク唯反撃ヲ以テ之ヲ排斥スル唯一ノ手段アルニ過キサレ場合ナルコトヲ要ス且斯ノ如キ必要状態ニ於テ行ハレタル防衛行為ハ其程度ニ於テモ亦必要ナル範圍ヲ超エサルコトヲ要ストノ意義ナリ例ヘハ甲者カ不法ニ乙者ヲ要撃スルニ當リ乙者ハ逃避シ得ルニ拘ハラヌ事茲ニ出テス進テ甲者ヲ反撃シタルトキハ正當防衛タルコトヲ得ス之ニ反シテ乙者カ逃避スルノ餘地ナキ爲メ反撃行為ヲ行フハ不可ナキモ其反撃行為タルヤ單ニ甲者ヲ組伏スルヲ以テ足ルニ拘ハラヌ尙ホ之ヲ殺傷シタリトセハ是レ亦已ムヲ得サルニ出テタル殺傷ナリト云フヲ得スト言ヘリ

二 此兩見解ノ適用ヨリ生スル差異ヲ述フレハ一二ニシテ足ラスト雖モ其主ナルモノヲ例示セハ左ノ如シ

(イ) 暴行ヲ受クル者カ逃避シ得ル場合ニ於テ防衛行為ヲ行ヒ得ルカ 此問題ハ甲説ニ依ルトキハ絶對ニ之ヲ肯定スルヲ正當トス故ニ何等ノ危險若

タハ不面目ヲ受クルコトナクシテ逃避シ得ヘキ場合ニモ亦正當防衛ヲ行フコトヲ得ルモノト論セサルヘカラス之ニ反シテ乙説ニ依ルトキハ絶對ニ本問ヲ否定セサルヘカラス故ニ僅少ナル危険アリ若クハ卑怯ナリト指辱セラル、カ如キ不面目ナルコトアリトスルモ現在ノ侵害其モノト同視セラルヘキ重大ナル危険ナクシテ實害ヲ免カレ得ヘキ餘地アルトキハ逃避スヘキノ義務アリ從テ此義務ヲ守ラスシテ直チニ防衛行為ヲ爲シタルトキハ其行為ノ結果ニ付キ刑法上ノ責問ヲ甘セサルヘカラス

(ロ) 他人ノ救助殊ニ公力ノ救濟ヲ求メテ直チニ暴行人ヲ取押ヘ得ル場合ニ於テ防衛行為ヲ行ヒ得ルヤ 例ヘハ甲者不法ニ乙者ヲ急襲スルニ當リ乙者ハ救ヲ他人ニ求メテ甲者ヲ取押ヘシメ得ヘキ状態ニ在ルニ拘ハラス此方法ヲ採ラスシテ自ラ甲者ヲ反撃シタルトキハ正當防衛ト認ムヘキカ此問題モ亦甲説ヲ以テ肯定スヘク乙説ヲ以テ否定スヘキハ多言ヲ要セスシテ明カナリ

(ハ) 豫見サレタル侵害ニ對シテモ正當防衛ヲ認ムヘキカ 例ヘハ甲者乙者

ヲ殺傷セン爲メ之ヲ途ニ要セリ乙者ハ此事アルヲ豫見セルニ拘ハラス其場所ニ進行シ果シテ甲者ノ暴行ニ遭フトキハ正當防衛ヲ行ヒ得ルカ甲説論者答ヘテ曰ク然リ唯其防衛行為カ必要ナル程度ヲ超ユルコトヲ許サルノミト乙説論者答ヘテ曰ク否斯ノ如キ場合ニ於テハ宜シク其場所ヲ避ケサルヘカラス避クルノ餘地アルニ拘ハラス自ラ進テ暴行ヲ受クルモノハ必要ニ迫ラレ防衛ヲ爲シタリト云フコトヲ得サルカ故ニ斯ル場合ニ於ケル反撃行為ハ普通ノ犯罪タリト蓋シ兩説各其前提ヨリ生スル當然ノ論決ナリ

(ニ) 暴行ニ因リテ生スヘキ害ト防衛行為ヨリ生スル害トハ均等ナルコトヲ要スルカ 甲説ニ曰ク防衛ノ程度ハ侵害サレタル法益ノ價值ノ大小ニ依テ定マルモノニアラス侵害カ急遽ナリヤ否ヤニ依リテ定マルモノナルカ故ニ侵害ノ目的タル法益ト防衛行為ニ因リテ害セラレタル法益トハ均等ナルコトヲ必要トセス例ヘハ小價額ノ財産ニ對スル盜犯ヲ防止スルカ爲メニ盜人ヲ殺傷スルモ尙ホ正當防衛タルヲ得ヘシト之ニ反シ乙説論者ハ



曰ク二箇ノ法益カ全然對等タルコトヲ要セサルモ或範圍ニ於テ均等ナルコトヲ要ス例ヘハ富豪家カ小價額ノ財産ニ對スル竊盜ヲ防止スル爲メ暴行者ノ生命ヲ害スルカ如キハ之ヲ已ムヲ得サルニ出テタルモノト云フヲ得サルカ故ニ正當防衛タルヲ得スト而シテ千八百三十九年ノウルテンベルヒ刑法千八百四十一年ノヘッセン刑法千八百四十五年ノバーデン刑法等ニ於テハ二箇ノ法益カ均一ナルコトヲ必要トセリ印度刑法モ亦暴行ニ因ル被害ノ程度ノ大小ニ因リテ防衛行爲ノ體様ニ制限ヲ加ヘ其第百條以下ニ於テ反對ノ概念ヲ採用シタリ即チ身體防衛權ヲ行フ者ハ暴行カ生命ニ危險ヲ來シ其他重大ナル障害ヲ生スヘキモノナルトキ不自然ナル獸慾ヲ滿タシ若クハ誘拐略取監禁ヲ爲スノ目的ニ出ツルトキハ暴行人ヲ殺シ若クハ其他ノ害ヲ加フルコトヲ得ルモ其以外ノ場合ニハ暴行人ヲ殺スコトヲ得ス又財産防衛ノ權ヲ行フ者ハ暴行カ強盜夜間家宅侵入住宅倉庫ニ對スル放火其他ノ重大ナル害ヲ生スヘキ竊盜若クハ家宅侵入等ノ犯罪タルヘキ場合ニ限り暴行人ヲ殺スコトヲ得ルモ其他ノ場合ニ於テハ之ヲ殺ス

コトヲ得サルモノト規定セリ惟フニ此規定ハ理論上正當防衛ノ概念ト相容レサルモノト云フヘキナリ

(ホ) 侵害サレタル法益ハ回復スヘカラサルモノナルコトヲ要スルカ 甲説ヲ採ル者ハ本問ヲ否定シテ曰ク違法ナル現在ノ侵害アルトキハ其侵害カ如何ナル法益ニ對シテ行ハル、モ相當ナル範圍内ニ於テ之ヲ排斥スル行爲ハ正當ナリ故ニ例ヘハ名譽ニ對スル侵害ノ如ク他日相當ナル回復手段アル場合ト雖モ其侵害カ現在且違法ナル以上ハ必要ナル範圍ニ於テ正當防衛權ヲ行フコトヲ得ヘシト乙説ヲ奉スル者ハ之ヲ排斥シテ曰ク私人防衛ノ正當ナルコトヲ得ルハ危險ノ重大ナル場合ニ限り危險ノ重大ナルコトハ侵害セラル、法益ノ受クヘキ害惡カ償ヒ得ヘカラサルコト (Unrechtfähigkeit) ヨリ生ス故ニ其害惡カ防衛行爲ノ外他ノ方法ヲ以テ償ヒ得ヘキモノナルトキ例ヘハ名譽ニ對スル侵害ノ如キ他日公力ニ訴ヘ相當ノ回復手段ヲ以テ救済シ得ヘキ場合ハ防衛行爲ヲシテ正當ナラシムルコトヲ得ス何トナレハ必要ノ爲メ命セラレタリト云フコトヲ得サレハナ

之ヲ要スルニ以上ノ結果ハ甲乙兩説カ其根本的概念ヲ異ニスルヨリ生スル所ノ結果ナリ而シテ兩説中其何レヲ以テ正當トナスヘキカハ立法論トシテ大ナル研究ヲ要スル問題ナリ蓋シ私人防衛行為ヲ制限スルコト嚴格ニ過クルトキハ權利ノ自働ヲ妨ケ權利ノ觀念ヲ縮少スルノ結果ヲ生スヘク之ニ反シテ其制限寛大ニ過クルトキハ公力ノ活動範圍ヲ侵スノ結果ヲ生スレハナリ

三 獨逸ノ學者ハ多ク甲説ヲ主張シ佛國學者ハ多ク乙説ヲ守持ス蓋シ各自其國法ノ解釋ヲ根據トスルカ故ナリ獨逸刑法ハ其第五十三條第二項ニ於テ正當防衛ハ現在ニシテ違法ナル攻撃ヲ自己若クハ他人ヨリ排斥スル爲メ必要ナル防禦行為ナリト規定スルカ故ニ廣キ觀念ヲ容ル、餘地アルヘク佛國刑法ハ其第三百二十八條ニ於テ自己若クハ他人ヲ正當ニ防衛スルノ現在の必要ニ迫ラン(La nécessité actuelle) 殺傷及ヒ單純毆打ヲ爲シタルトキハ重罪輕罪ヲ構成セスト規定スルカ故ニ乙説ノ觀念ニ出テタルモノト認ムルコト穩當

ニシテ甲説ヲ容ル、ノ餘地ナキモノニ似タリ其他諸國ノ立法例亦一樣ナラス伊國刑法ノ如キハ獨逸刑法ト一致シ露國刑法及ヒ印度刑法ノ如キハ佛國刑法ト其主義ヲ同ウスルモノナリ而シテ此三國ノ刑法ハ何レモ官廳ノ保護ヲ求メ得ヘキ場合ニハ正當防衛ノ權利ナキコトヲ明示セリ

我現行刑法モ亦佛國刑法ノ主義ヲ採ルモノト解スヘキカ如シ或ハ獨逸ノ學説ニ依リ廣キ解釋ヲ爲ス者アリト雖モ穩當ニアラス何トナレハ我刑法ハ正當防衛ノ原因タルヘキ侵害ノ目的ヲ二三ノ法益ニ制限シタルヲ以テ見ルモ如何ニ嚴格ナル制限ヲ置クノ法意ナルヤヲ知ルニ足ルヘク又已ムコトヲ得サルニ出テ、暴行人ヲ殺傷スルトハ暴行人ヲ殺傷スルコトカ已ムヲ得サル場合ナルコト即チ殺傷スルノ外或ハ逃避スルカ如キ又ハ官廳ノ救濟ヲ求ムルカ如キ其他相當ノ方法ナキモノタルコトヲ意味スルモノト解スルヲ穩當トスルヲ以テナリ又我改正刑法案ハ獨伊ノ刑法ト共ニ正當防衛ヲ廣ク規定シテ正當防衛ノ權利觀念ニ其基礎ヲ有スルカ故ニ甲説ノ見地ヲ容ル、ノ餘地アリ而シテ理論トシテハ此見解ヲ以テ正當トナスヘキニ似タリト雖モ現

行法ノ解釋トシテ之ヲ主張スルハ過キタルモノト云フヘキナリ

第八 前段ニ於ケル甲乙何レノ見解ヲ採ルモ防衛行為ハ必要ノ程度ヲ超ユルコトヲ許サ、ルカ故ニ例ヘハ暴行人ノ兇器ヲ奪ヒ若クハ之ヲ破壊スルノミヲ以テ防衛ノ目的ヲ達シ得ル場合ハ此方法ヲ採ラサルヘカラス而シテ此行為ハ正當防衛行為タルコトヲ得ヘシト雖モ此場合ニ於テ若シ殺傷ヲ行ハシカ其行為ハ正當防衛タルコトヲ得ス我現行法ノ解釋モ亦同一ナリ現行法ハ殺傷ニ關スル不論罪ノ章ニ於テ正當防衛ヲ規定シタルカ故ニ論者或ハ我現行法上ニ於ケル防衛行為ノ體様ハ獨リ殺傷ニノミ限ラル、モノニシテ暴行人ノ兇器ヲ破壊スルカ如キハ器物毀棄罪ヲ構成シ暴行人ヲ捕縛スルカ如キハ逮捕罪タルヲ免カレス然ラスンハ第七十五條第一項ノ適用ニ因リテ無罪タルヲ得ルノミナリト解釋セリト雖モ法律カ正當防衛ノ觀念ヲ認メ而モ必要ナル範圍内ニ於テノミ殺傷ヲ許シタル以上ハ侵害ヲ排斥スル爲メ殺傷ヲ行フヲ要セスシテ之ヨリ輕度ノ方法ヲ以テ充分排斥ノ目的ヲ達シ得ヘキ場合ハ此方法ヲ採ルヘキコトヲ命シタルモノト解セサルヘカラス

第九 防衛行為カ必要ナル程度ヲ超エタルトキハ正當防衛タルヲ得サルコト屢述ヘタル所ノ如シ然レトモ必要ノ程度ヲ決スヘキ標準如何ハ獨逸ノ學者間ニ於テ二箇ノ見解アリ

一 主觀的見解 此見解ヲ採ル者ハ正當防衛カ其必要ノ範圍ヲ逸出シタリヤ否ヤノ問題ヲ決定スヘキ標準ヲ被侵害者ノ一身ニ求メントセリ曰ク正當防衛權ヲ有スル者ハ亦其一身ヲ標準トシテ防衛行為ヲ行フノ權利ヲ有ス此限界内ニ於テ爲スヘキ行為ハ正當ニシテ權利行為タルヘキモノナリ故ニ稍低度ノ反撃ヲ以テ充分ナリシナラント云フ机上ノ判斷カ事後ニ生スルヤ否ヤハ重要ナラスシテ對等中ニ於ケル防衛者ノ精神ノ冷熱及ヒ辨別力ノ程度ヨリ觀察シテ其行ヒタル高度ノ反撃カ必要ナリト思料セラルヘキモノナリシヤ否ヤヲ以テ標準トナスヘキナリ而シテ鬪争ノ劇烈ナリシコト、混亂及ヒ恐怖若クハ喫驚等ノ事情ハ被侵害者ノ精神ノ冷熱ノ程度ヲ觀察スルニ際シ之ヲ斟酌セサルヘカラス要スルニ正當防衛ノ超越ハ被侵害者カ其主觀的位地ヨリシテ必要ノ程度ヲ逸出シタル場合ニ限リテ存スヘキモノナリト

二 客觀的見解 トハ正當防衛カ必要ノ程度ヲ逸出シタルヤ否ヤノ問題ヲ嚴  
 カニ客觀的方面ヨリ判斷セントスルモノナリ其要旨ニ曰ク必要ノ程度ハ本  
 人ノ意見ニ關係ナク全然客觀的ニ之ヲ判斷セサルヘカラス斯ノ如キ判斷ノ  
 結果トシテ本人ノ爲シタルヨリモ低度ノ加害ニ依リテ攻撃ヲ排斥シ得ヘカ  
 リシコト判明スルニ於テハ本人ノ爲シタル加害ハ本人カ之ヲ以テ必要ナリ  
 ト信シタルト否トヲ問ハス之ヲ正當防衛ノ超越ナリト決スヘキモノナリ故  
 ニ消魂畏怖又ハ喫驚ノ爲メニ必要ノ程度ヲ逸出セル場合ニモ其逸出ニ付テ  
 ハ本來罰スヘキ所爲アリト認メサルヘカラス獨逸刑法第五十三條第三項ニ  
 於テ此種ノ逸出ヲ無罪トナシタルカ如キハ同時ニ亦犯人ノ一身ニ犯罪不成  
 立原因ノ存在スルニ因ルモノナリト

蓋シ主觀主義ニ依ルトキハ本人カ消魂畏怖若クハ喫驚ノ爲メニ必要ナリト信  
 シタル程度ノ加害ハ客觀的ニ必要ノ度ヲ逸出セル場合ニ於テモ尙ホ正當防衛  
 ノ範圍内ニ在ルコトハ解釋上當然ニシテ特ニ獨逸刑法第五十三條第三項ノ如  
 ク之ヲ明言スル規定ヲ必要トセサルカ故ニ我現行刑法ノ解釋トシテモ獨逸刑

法ニ於ケル明文ノ存スルト同一ノ結果ニ歸著スルモノナリ之ニ反シテ客觀主  
 義ニ依ルトキハ我現行法ノ解釋上前記ノ如キ場合ニハ第七十五條第一項若ク  
 ハ第七十八條ノ適用ニ依リ無罪タルヘキ場合ノ外ハ其逸出部分ニ付テ有罪ヲ  
 認メサルヘカラサルカ如シ而シテ實例及ヒ學說ノ多數ハ客觀主義ニ從ヘリ我  
 大審院モ亦此見解ヲ採用シ身體財産ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得スシテ害ヲ  
 暴行人ニ加ヘタル場合ニ於テ其已ムコトヲ得タルヤ否ヤハ被告人ノ意思ニ依  
 テ決定スヘキモノニアラスシテ事實裁判所ノ職權ニ屬スル認定事項ナリト宣  
 言シタリ余輩モ亦客觀主義ヲ至當トスル者ナリ然レトモ客觀的ニ其程度ヲ判  
 斷スルニハ被攻擊者防衛者ノ年齡健康精神狀態ト攻撃者ノ力量及ヒ攻撃ノ緩  
 急等トヲ比較斟酌スルノ必要アルハ論ナシ余輩カ主觀主義ヲ採用セサルハ此  
 主義カ本人ノ放恣ナル意見ノミニ依リテ重要ナル標準ヲ定メサルヘカラサル  
 ニ至ルノ結果ヲ生スルコトアルカ爲メナリ

第十 或立法例ニ於テハ暴行者ヲ殺傷シタルトキハ正當防衛者ニ於テ之ヲ届出  
 ツヘキ義務アリトシ此義務ヲ怠ルトキハ却テ處罰セラレヘキ旨ヲ規定セルモ

ノアリ我刑法ハ斯ル規定ヲ設ケスト雖モ防衛者タルモノ任意ニ之ヲ届出ツルヲ以テ利益ナリトス若シ此届出ヲ爲サ、ルトキハ防衛者自身若クハ其他無辜ノ者カ殺人罪ノ嫌疑ヲ蒙ルコトアルヘケレハナリ且此届出ヲ爲スハ警察上ノ目的ヨリスルモ必要タルコト固ヨリナリ

第十一 我現行刑法第三百十四條及ヒ第三百十五條ト民法第七百六十條第一項トノ關係如何此問題ニ付テハ積極消極ノ兩說アリ積極說ノ要旨ニ曰ク民法ハ概括的ニ不正ノ侵害ニ對シテ權利ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得スシテ加害行爲ヲ爲シタル者ハ損害賠償ノ責ニ任セサル旨ヲ規定セリ而シテ其理由ハ此種ノ加害行爲ヲ以テ權利ノ實行トナスニアルヤ明カナリ故ニ民法第七百二十條第一項ニ該當スヘキ一切ノ防衛行爲ハ刑法上ノ犯罪タルヘキ理ナシ從テ刑法第三百十四條及ヒ第三百十五條ハ正當防衛ノ規定トシテ既ニ其必要ヲ見サルモノニシテ民法第七百二十條ノ影響ヲ受ケタルモノナリト消極說ノ要旨ニ曰ク民法第七百二十條第一項ハ不法行爲ヨリ生ズル損害賠償ノ責任ニ關スル規定ナルカ故ニ損害賠償ノ責任ナシト云フハ即チ不法行爲ノ存在セサルコトヲ

明カニスルモノナリ然レトモ不法行爲ト犯罪トハ同一物ニアラス不法行爲ニシテ犯罪タラサルモノアリ不法行爲ニアラスシテ犯罪タルモノアルカ故ニ同條ノ規定ヨリシテ直チニ犯罪ノ成否ヲ判斷スルハ早計ナリ故ニ同條ハ刑法ノ正當防衛ノ規定ニ何等ノ影響ヲ及ホスモノニアラスト蓋シ犯罪ハ總テ違法タルコトヲ前提トスルモノニシテ或行爲カ他ノ法規ニ於テ違法ニアラスト認めラレタル以上ハ刑法上ニ於テモ亦之ヲ犯罪トスルコト能ハサルカ故ニ獨逸民法ニ於ケルカ如ク其總則中(獨逸民法二二七)ニ於テ正當防衛ノ爲メニ必要ナル行爲ハ不法ニアラスト言明スルトキハ刑法ノ規定如何ニ拘ハラス現在ニシテ違法ナル侵害ヲ自己若クハ他人ヨリ排斥スル爲メ必要ナル程度ニ於テ爲シタル行爲ハ總テ犯罪タルヘキモノニアラスト解釋スヘキハ理ノ當然ナリ唯我民法ニ於テハ斯ノ如キ廣キ規定ヲ總則中ニ設ケスシテ不法行爲ノ章中ニ於テ斯ル行爲ヨリ損害賠償ノ責任ヲ生セサルコトヲ明カニシタルニ過キサカ故ニ消極論者ノ見解ヲ容ルヘキ餘地ナキニアラスト雖モ尙ホ其理由ニ遡ホリテ之ヲ考察スルトキハ積極說ノ至當ナルヲ認ムルニ足ルヘキナリ

### 第三章 正當防衛權ノ基礎ニ關スル學說

余輩ハ前章第二段ニ於テ正當防衛ノ法律上ノ根據ヲ略説シタリ然レトモ此根本的觀念ハ一層深ク之ヲ研究スルノ必要アルカ故ニヤンカ(Janka)氏ノ著書刑法上ノ緊急狀態論中ヨリ左ノ數節ヲ抄譯シテ參考ニ資セントス

正當防衛權ナル語ハ佛語 Le droit de legitime defense ノ譯字ナリ獨逸ニ於テハ Die Nothwehr ト稱ス今其語義ニ從テ之ヲ緊急防衛ト譯セン

#### 第一節 緊急防衛權ノ概念

緊急防衛權ハ其名ノ示ス如ク緊急ノ際ニ於ケル防衛行為ナリ攻撃ノ存スルコトヲ前提トシ攻撃カ正當ノモノナルトキハ攻撃者ハ其攻撃行為ヲ爲ス權利ヲ有シ之ニ對スル各種ノ抵抗ハ權利ニ對スル抵抗ナリ即チ不正ノ行為ナリ之ニ反シテ被攻撃者ノ側面ニ於テ權利アルトキハ攻撃ハ却テ違法ナリ此場合ニハ權利者ハ自ラ不正ノ行為ニ抵抗ヲ試ミサルヘカラス自己ヲ主張シ必要ナルニ當テハ自己ヲ強行スルコトヲ得サルヘカラス

法律ヲ以テ保護ヲ加フルハ法律的組織ニ於ケル公力ノ任務ナリ然レトモ國權未

ク固定セス復讐カ人民ノ權利タル時代ニ在リテハ個人ハ廣キ範圍ニ於テ許サレタル私力ニ依リ獨立ニ自己ノ利益ヲ保護ス緊急防衛ハ獨立ノ法律關係ニアラスシテ復讐ニ淵源スルモノナリ然レトモ鞏固ニ組織サレタル國家ニ在リテハ私力ノ自助ヲ許サ、ルヲ原則トス唯特別ナル場合ニ於テノミ私力的防禦ヲ特別ノ權利トシテ認メサルヘカラス

此權利ハ無條件無限界ノモノニアラス防衛カ單純ニ攻撃ヲ排斥スルニ止マラハ刑法上何等ノ趣味ヲ與フルコトナシ防衛其モノカ攻撃者ニ對スル反對攻撃ナルニ依リ始メテ津々タル趣味ヲ生スルモノナリ防衛カ法律上ニ於テ多クノ限界ヲ有スルハ實ニ此前提ヨリ生スルモノナリ抑モ攻撃者ハ違法ノ攻撃ヲ行フニ因リ權利無能力トナルモノニアラス法律ハ斯ル場合ニ於テモ理由ナキ加害ヲ許サス加害カ防衛ノ必要手段タル場合ニ限り權利主張ノ必要手段トナルモノニシテ法律ニ依テ命セラレタル正當ノ加害ナリト云フコトヲ得ヘシ若シ夫レ此標準ヲ逸出センカ防衛ハ違法ノ攻撃トナランノミ然レトモ權利ハ緊急ノ場合ニ於テモ犯罪ニ讓歩スヘキモノニアラストセハ上述ノ限界内ニ於ケル防衛ハ違法ナル腕力

ト反對ニ緊急防衛ノ權利トシテ國家之ヲ承認セサルヘカラス  
是ニ由テ之ヲ觀レハ緊急防衛ハ緊急ノ場合ニ於テ違法ノ攻撃ヲ排斥スル爲メ必  
要ナル程度内ニ於テ行ハル、防衛ナリ故ニ權利ノ活動ナリ從テ其外形上罰セラ  
ルヘキカ如キ觀ヲ具フト雖モ而モ處罰セラルヘキモノニアラサルノミナラス其  
性質上適法ナル行爲ナリ

### 第二節 緊急防衛ヲ權利ニアラストナス學說

古キ學說ニ於テハ緊急防衛ノ法律上ノ性質ヲ誤解セリ此等ノ學說ハ其根本的觀  
念ノ薄弱ナルカ爲メ維持シ得ヘキニアラス例ヘハグロールマン及ヒツツフルノ  
如ク緊急状態ニ關スルフイヒテノ見解ニ基キ緊急防衛ヲ以テ緊急状態ナリト解シ  
テ兩立可能ヲ條件トスル法律状態ノ消滅ヲ主張シ從テ腕力カ權利ニ代ハルコト  
ヲ認ムルモノ竝ニ緊急防衛ヲ以テ責任ヲ消滅セシムル理由ナリトナス者ロッシル  
ト及ヒヤルケーノ如キ共ニ然リ殊ニ此第二ノ見解ハ其無形の強制ニ出ツル引責  
無能力ヲ論據トスル範圍ニ於テハ其根據ノ薄弱ナルコトヲ自白スルモノナリ何  
トナレハ上述ノ意義ニ於ケル引責無能力ノ存セサル場合ニモ尙ホ緊急防衛ノ存

スルコトアルハ明瞭ナルヲ以テナリ而シテ其他ノ點ニ於テハ此見解ハ無形の強  
制説ト其消長ヲ共ニス

ガイヤー(Geyer)ハ千八百五十七年ノ著緊急防衛論及ヒフシ、ホルツェンドルフノ法  
律辭典ニ於テ正面ヨリ緊急防衛ノ權利タルコトヲ否認シタリ氏ノ見解ニ依レハ  
腕力ハ決シテ權利タルコトヲ得サルモノニシテ獨リ社會國家ノミ強制權ヲ有ス  
ルモノトス故ニ緊急防衛ノ權利即チ權利侵害ニ對シ反對加害ヲ爲ス權利ハ不正  
ヲ爲ス權利タルヘク斯ノ如キ權利ハ法律上之ヲ認ムヘキモノニアラス然レトモ  
緊急防衛ハ攻撃ニ因リテ被ムルヘキ害惡ノ報復(Vergeltung)ナルカ故ニ其範圍内ニ  
於テハ無罪タラサルヘカラス而シテ此害惡カ被攻撃者ニ依リテ報復セラルト  
キハヘルバルトノ所謂善行ニ善報アリ惡行ニ惡報アリ(Es soll Wohl-und Uebelat verg-  
olten werden)トノ論理的原則ニモ背クコトナシト云フニアリ

報復ノ觀念カ刑法上重要ナルヤ否ヤハ姑ク之ヲ論セス後ニ其然ラサルコトヲ説  
明セン緊急防衛ト報復トハ何等ノ關係ナキ觀念ナリ全然異ナリタル基礎ノ上ニ  
立テル觀念ナリ蓋シ報復ハ事實其モノ、爲メニ生スル反動ナリ(Reaktion)余ハ事

實ヲ報復ス余ハ再ヒ打撃スル爲メ打撃セラレタルニ因リ打撃ス故ニ報復ハ其關係スル出來事ヲ前提トスルモノナリ然レトモ發生シタル不正ノ攻撃ニ對スル反動ハ其如何ナル見地ニ基クモ等シク公力ノ獨專的任務ナリ報復ハ刑罰ナリ故ニ被侵害者ニ報復ヲ許スハ一私人ニ刑罰權ヲ行使セシムルト同一ニシテ許スヘキニアラス之ニ反シテ被攻撃者ハ單ニ危險ノ排斥即チ攻撃ノ防禦ヲ爲シ得ルモノトス然レトモ腕力ニ對シテ自己ヲ保護スル爲メニハ反對腕力ヲ用キルノ權利ナルヘカラス是レ國家ハ保護其モノヲ與ヘス而シテ他ノ一面ニ於テハ權利ハ防禦ナクシテ不正行爲ニ讓ルコト能ハサルカ故ニ國家ノ認許シタル權利ニシテ報復ニアラス

ガイヤーノ見解ハ緊急防衛ト刑罰トヲ混同セリトノ批難ヲ免カレス氏曰ク攻撃ニ對スル防衛ハ報復ノ觀念ニ基クモノナリ報復ヲ加ヘントスル脅赫ハ其レ自體ニ於テ既ニ惡行タルモノニシテ報復ヲ要求スト然レトモ氏ノ見解ハ之ニ依テ利益スル所ナシ蓋シ脅赫ハ不正ノ行爲タルコト明カナリト雖モ此前提ハ決シテ被脅赫者ハ之ニ報復スルヲ得ヘントノ論結ヲ生スルモノニアラス之ニ反シテ寧ロ

緊急防衛ト報復トノ間ニ何等ノ關係ナキコト明瞭ナリ即チ攻撃以終了後ニ於テハ單ニ報復行爲ノミ存スルコトヲ得ヘキカ故ニ任意ニ腕力ヲ行使スルコトハ法律ノ許サ、ル所ナリト雖モ攻撃ヲ加ヘントスル脅赫ニ對シテハ現在スル法益ノ保護即チ將ニ來ラントスル害惡ノ防禦ヲ行フモノナルカ故ニ緊急防衛ヲ生スルモノニシテ報復ニアラス

ガイヤーハ個人カ互ニ對立スル場合ニハ強制ヲ受クルコトニ付テ合意ナキカ故ニ緊急防衛ノ場合ニ反對腕力ヲ用キルノ權利ナシト説明セリ然レトモ法律上ノ強制ハ決シテ當該者ノ同意アルコトヲ必要トスルモノニアラス刑罰的強制ニ對シテ承認ノ必要ナシ之ヲ必要トスル見解ハ暗黙ノ契約說ト等シク何等根據ナキモノナリヘルバルトニ基クガイヤーノ法理論ハ此點ニ關シテモ陳腐ナル契約說ニ歸著セルモノト云フヘシ法律ハ一般ノ總意ナリ(Gemeinnutze)個人ハ法律上ノ強制ニ甘セサルヘカラス何トナレハ法律上社會ノ一員ニシテ其資格ニ於テ法律ニ服從セサルヲ得サレハナリ

實習科刑法講義 客觀的不論罪原因



之ニ加フルコトヲ得ストスルニアリテ即チ報復ノ標準ハ威力ノ分量ニ依リテ定マルモノナリトノ論結ヲ生スルモノナリ

報復ノ觀念ハ假リニ維持スヘカラスアルモノニアラス又批難スヘキモノニアラストスルモ尙ホ完全ニシテ正當ナル報復ノ分量ヲ發見スルノ不能ナル點ニ於テ自ラ破壊セサルヲ得ス蓋シ斯ノ如キ完全且精密ナル分量ヲ測定スルコトハ既遂ノ非行ニ關シテスラ人力ノ及ハサル所ナリ況ヤ攻撃ハ將ニ行ハレントスルカ又ハ尙ホ繼續セントスル危險ノ脅赫ニシテ即チ將來ノモノナルニ於テオヤ是レ正ニ報復ノ觀念ニ矛盾スルモノト云フヘシ被脅赫者ハ元來必要ナル熟考ヲ爲スノ違ナキヲ常トス豈將來ノ從テ不定ノ非行ニ對スル報復ノ分量ヲ較定スルノ義務ヲ負ハシムルコトヲ得ヘケンヤ是ニ於テカガイヤーハ辯解シテ曰ク危險ヲ量定スルニハ客觀的標準ニ依ルヘキモノニアラスシテ常ニ格段的ニ主觀的ノ標準ニ依ルヘキモノナリ脅赫ハ被攻撃者ノ地位ニ於テ如何ニ感セラル、ヤヲ判斷ノ基礎トナサ、ルヘカラス例ヘハ竊盜カ些細ナル物品ヲ領得スルノ外他意ナカリシコトヲ證明スルモ被害者カ身體虛弱ニシテ畏怖ノ念ヲ生シ易キ神經過敏ノ狀態ニ

在ルカ如キ場合ニ於テハ最モ大ナル危險ヲ感スルカ故ニ客觀的標準ニ依レハ緊急防衛ノ超越ヲ以テ目セラルヘキ加害モ主觀的標準ニ依ルトキハ無罰タルヘキモノナリトガ氏ノ見解ハ此辯解ニ依リテ果シテ利スル所アルカ氏ハ此設例ニ於テ主觀的ノ判斷ヲ下シタリト雖モ余ハ次ノ場合ヲ想像シテ氏ノ說ノ必スシモ當ヲ得タルモノニアラスアルヲ證セントス即チ被攻撃者ハ畏怖ノ念ヲ有セス沈思熟考ヲ爲セリ然ルニ家宅ノ侵入ニ遇ヒ若クハ或他ノ方法ヲ以テ攻撃セラレタリトセヨ攻撃者ハ金錢ヲ目的トスルカ將タ他ノ物件カ若クハ被攻撃者ノ生命ヲモ併奪セントスルカ全ク之ヲ知ルコト能ハサル場合ニ於テハ被攻撃者ハ脅赫ノ大小及ヒ範圍ニ付キテ唯リ客觀的ノミナラス又主觀的ノ判斷ヲモ之ヲ有セサルヘシ何トナレハ脅赫ノ大小及ヒ範圍ハ攻撃者ノ心理ニ於テ決セラル、モノニシテ外部ヨリ之ヲ認識スルコト能ハサルモノナレハナリ斯ル場合ニ於テ被攻撃者ハ他ニ防禦方法ナキコトヲ知ルモ尙ホ攻撃者ノ目的ノ判斷スルマテ從テ或ハ攻撃ヲ受クルカ如キ場合ニ至ルマテ拱手シテ其攻撃ヲ待タサルヘカラスアルカ又例ヘハ攻撃者ハ實際上被攻撃者ノ財物ヲ目的トナシタルコト事態ニ依リテ明瞭シ被攻

擊者亦能ク之ヲ知リタルカ如キ場合ニシテ且畏怖ニ因リテ其判斷ヲ誤ルコトナキヲ前提トシテ觀察スルモ被攻撃者ニシテ或ハ自己カ殺害ニ遭ハシコトヲ恐レ其結果攻撃者ヲ殺害スルノ外他ニ防禦ノ方法ナシト思惟シタル場合ニ於テ稍低度ノ加害ヲ以テ攻撃ヲ排斥シ得ルヤ否ヤヲ知リ得ヘキカスノ如ク抗爭ノ經過中ニアリテ漸次増進スル脅赫ト防禦トカ一定ノ報復分量ニ於テ均一ナルコトヲ要スルモノトナスハ蓋シ實際上不能ノコト、云ハサルヘカラス尙ホ終リニ之ヲ論理上ヨリ觀察スルモ報復ハ實際上焦点及ヒ畏怖ニ驅ラレタル者ノ主觀的見解ノ如キ動搖セル不確實ナル基礎ノ上ニ存在スルヲ得ルカ願フニ此觀念ハ自ラ廢滅ニ歸セサルヘカラサルモノニアラサルカ被攻撃者ハ如何ナル害惡カ攻撃者ニ依リテ生スルカヲ實際上詳知セル場合ニ於テモ果シテ報復ノ分量ヲ發見シ得ルカ報復ヲ其内面ヨリ會得シ攻撃者ノ意中ニ決セラレタル害惡ニ關スルモノト解スルトキハ被攻撃者ハ報復ノ分量ヲ知リ得サルヤ勿論ナリ其以外ハ人亦然リ刑ヲ量定スル裁判官亦同シ何トナレハ人ハ其五官ヲ以テシテハ他人ノ内界ヲ窺知スルヲ得サルモノナレハナリ之ニ反シテ報復ヲ專ラ其外面ヨリ會得シ攻撃ニ因

ル害惡ト反擊ニ因ル害惡トカ外形上均一ナルコトヲ意味スルモノトセハ報復ノ分量ナルモノ存シ得ヘシ然レトモ這ハ野蠻ナル反坐制( retaliation )ニシテ目ヲ以テ目ニ代ヘ齒ヲ以テ齒ニ代フルノ類ノミ  
尙ホ起ルヘキ一箇ノ問題ハ被攻撃者ハ緊急防衛ノ場合ニ於テ斯ノ如キ一定ノ分量ヲ有スル報復ヲ以テ何事ヲカ爲シ得ルヤ即チ報復ノ觀念ヲ嚴守スルトキハ如何ニシテ自己ヲ防衛シ得ルヤトノコト是ナリ報復ハ之ヲ嚴格ニ解釋セハ行爲及ヒ反對行爲ノ全ク均一ナルコトヲ意味スルモノナリ此間一髮ヲ超越スレハ既ニ報復ノ範圍ヲ脱シテ獨立ナル非行タルヘキモノトス例ヘハ報復ナル武器ハシャイロクノナイフニ似タリ原告ハ被告債務者ヨリ「ポンド」ノ肉ヲ割ケ但「ポンド」ヨリ超過スル勿レ又不足スル勿レ而シテ一滴ノ血又流スコト勿レト云フ抑モ是レ可能ノコトナランヤ又相應的ナルコトハ報復ノ觀念其モノ、許サ、ル所ナリ去レハ直接ニ身體ニ攻撃ヲ受クル場合ニハ生命ニ代フルニ生命ヲ以テスト云フカ如キ場合ハアリ得ルモ此場合ヲ除クノ外報復行爲カ同時ニ防禦手段タルヘキ場合ヲ生スルコトナカルヘシ例ヘハ盜罪ニ對スル攻撃ヲ想像セヨ此場合ハ如何ナ

ル反對加害カ防禦タルト同時ニ報復タルヲ得ルカ竊盜ト一肢ノ折損其他身體傷害トノ間ニハ如何ナル均一的ノ價格アルカ或ハ又強姦ヲ防禦スル爲メ暴行者ニ加ヘタル如何ナル反對加害カ果シテ其攻撃ノ對價タルカ吾人ハ茲ニ至リテ此見解ノ基礎ノ全部カ破壊セラレサルヘカラサルヲ信スル者ナリ

相應ナル防禦手段ヲ許サストセハ其結果ハ果シテ如何被攻撃者ハ攻撃ニ服從シ攻撃者ニ讓歩スルノ外ナク不正行爲ハ却テ權利ヲ取得スルコト、ナルヘシ豈夫レ法律的觀念ノ許ス所ナランヤ

假ニ以上ノ不都合ヲ總テ看過シテガ氏ノ見地ヲ是認スルモ尙ホ未タ氏ノ演繹セラルカ如ク緊急防衛ハ權利ニアラストノ論結ヲ生スルモノニアラス報復カ不正ナルトキハ而シテガ氏カ法律ノ基礎トナセル倫理學ヨリ要求セラル、モノナルトキハ何人カ之ヲ行フモ權利タルヘキナリ何下ナレハ此論理的的法律的要求カ國家ノ手ニ依リテ充タサル、ト個人ノ手ニ依リテ充タサル、トハ毫モ差異ヲ生スヘキ理由ナケレハナリ故ニ氏ノ所謂惡行ニハ其報ヒカカレヘカラス然レトモ我自ラ之ヲ報スルコトヲ得ストノ倫理的判斷ヲ認ムルモ何等ノ反對影響ヲ生スルコト

トナシ加之斯ノ如キ區別ハ報復ノ觀念ト氷炭相容レサルモノナリ之ヲ要スルニ報復カ正理ニ合スルモノナルトキハ凡テノ事情ノ下ニ於テ當然正當ナリ之ニ反シテ若シ正理ニ合セサルモノナルトキハ全ク之ヲ許スヘキモノニアラス從テガ氏ノ前提ヨリスルトキハ正ニ其主張スル所ト反對ノ論結ニ歸著シ緊急防衛ハ權利ナリト云ハサルヘカラサルニ至ルヘシ

### 第三節 緊急防衛ヲ權利ナリトスル諸種ノ説明

カント及ヒヘーゲル派ノ學說ハ緊急防衛ノ權利タルコトヲ完全ニ承認セリ而シテ二者孰レモ權利ハ不正ヲ克復ストノ觀念ヲ以テ緊急防衛ヲ權利ナリトナスニアリ

カント派ノ學說ハ主觀主義ト相應シテ一私人ハ國家カ必要ナル保護ヲ與ヘ得ルコト及ヒ實際ニ之ヲ與フルコトヲ條件トシテノミ其自衛權ヲ國家ニ委任シタルモノナリトノ見解ニ基ケリ故ニ條件消滅スルトキハ委任亦消滅ス即チ國家ノ保護ノ止ム時ニハ原始的ニ存在スル自然的權利當然ニ克復スト見解スルナリホイエルバハ及ヒヘンゲー等此見解ヲ代表ス

ヘーゲルノ法律の見解ニ從フ者ヲヘフテル、ケストリン、レビター、ベルネル、ヘルシ  
 ネル及ヒウエッセル一等トス此等ノ學者ハヘーゲルノ權利觀念ヨリシテ緊急防衛權  
 ハ不正行爲ノ絶對的ニ無効ナルコトニ基クモノナリトセリ不正行爲ハ當然ニ無  
 効ナリ從テ如何ナル事情ノ下ニアリテモ破壊セラルベキモノナリ無効ヲ破壊ス  
 ルコトハ一般ニ國家ノ權利ナルモ緊急防衛ノ場合ニ限リテハ違法ナル攻撃ヲ受  
 ケタル者亦此權利ヲ有スト云フコトヲ以テ其要旨トス若シ夫レ仔細ノ點ニ至リ  
 テハ學者間其見解ヲ異ニセリキヨストリン謂ヘラク國家ハ裁判權ヲ獨占センコト  
 ヲカムルモ或場合ニ於テハ之ヲ個人ニ許與セサルヘカラサルコトアリ緊急防衛  
 ノ權利ハ此二律ノ牴觸ヲ解決スルニ必要ナルモノトシテ原則上國家ノ觀念ニ附  
 屬スルモノナリ即チ緊急防衛ハ國家ヨリ傳來シ國家ニ代リテ行使セラル、權利  
 ナリト之ニ反シヘルシネルハ緊急防衛ヲ國家ニ關係ナキ人格權ナリトシテ曰ク  
 國家ハ決シテ各場合ニ於テ一私人ニ權利侵害ニ對スル保護ヲ與フルノ專權ヲ有  
 スルモノニアラス一私人ハ國家ノ活動ニ關係ナクシテ行使スルコトヲ得ベキ其  
 固有ノ權利ニ基キテ自己ヲ保護スルモノナリ一私人ニ屬スル權利ノ行使ハ唯リ

之ヲ使用スルコトニ限ルモノニアラスシテ又不正ニ對スル其發動及ヒ主張ヲ包  
 括ス故ニ緊急防衛ハ他ノ權利ト共ニ人ニ屬スル獨立ノ權利ニアラスシテ特定ノ  
 場合ニ於テ侵害セラル、特定ノ權利ノ活動スル形式タルニ過キサルモノナリト  
 アベヒ (Abegg) 及ヒルーデンハ特種ノ見解ヲ表示シタリアベヒハ言フ所ニ依レハ  
 不正行爲ハ無効ナリトノ原則ハ正當ナレトモ之カ爲メニ被侵害者ハ其腕力ヲ以  
 テ無効ヲ破壊スルノ權利ヲ有ストノ論結ヲ生スルモノニアラス緊急防衛ノ權利  
 ハ緊急状態ニ基クモノナリ即チ緊急防衛ハ緊急状態ニ依リテ正當ニセラレタル  
 私力ナリト云フヘント蓋シ氏カ緊急防衛ヲ以テ緊急状態ナリト斷定スルハフイヒ  
 テノ見解ノ影響ヲ受ケタルノ觀アリト雖モ其緊急ヲ以テ真正ナル權利即チ緊急  
 權 (Nothrecht) ナリトスル點ニ於テハ正當ナリ氏曰ク國家カ其普通ニ與フル所ノ保  
 護ヲ與フル能ハサルニ因リテ此保護ノ權利ハ被攻撃者ニ移轉スト是ニ由リテ之  
 ヲ觀レハ氏ハ腕力ノ法律の根據ヲ固有ニシテ且直接ニ自然的ノモノナリトスル  
 ニアリルーデンハ嘗テ緊急防衛ヲ以テ行爲ノ違法性ヲ除却スル原因ノ一ナリト  
 セシモ後此見解ヲ改メテ緊急防衛ハ緊急状態ト等シク犯罪的決意ノ消滅ニ基ク

モノナリト言ヘリ  
 以上ノ説明方法ハ孰レモ同意スヘキモノニアラス自然的防衛權ノ復活ナリトノ  
 考ハ一般ニ認メラル、カ如ク一ノ想像ナリ此想像ハカントノ契約國觀念ニ基ケ  
 リ然レトモ此契約國觀念ハ事實ト矛盾ス個人ノ意思ト關係ナキ組織的國家ノ原  
 始的成立方法ニ於テハ上述ノ如キ性質ノ契約原素ハ實際ニ於テ認メ得ヘカラス  
 アベヒノ見解ハ畢竟複雜ヲ極メ相互ニ矛盾セル二箇ノ原素ヨリ成立スルモノト  
 認メサルヘカラス斯ル見解ノ孤立スルニ至レル亦所以ナキニアラサルナリル  
 デンノ説明ハ氏自身ノ緊急狀態觀念ト矛盾シ今日ニ於テハ既ニ通用セス之ニ反  
 シテヘーゲルノ説明方法ハ今尙ホ獨逸ノ學界ヲ支配セル所ナリ  
 宇宙ニ關スルヘーゲルノ有害ナル哲學觀念ハ法律學殊ニ刑法ニ影響ヲ及ホセル  
 モノニシテ今尙ホ全ク除去セラレス刑法學ハ氏ノ學說ノ影響ヲ脱セント努メタ  
 ルニ拘ハラス其目的ヲ達スルコト能ハザリキ若シ樞要ナル刑法問題ヲシテ實際  
 ノ事情ニ適合スヘク解決セントセハ須ク根本的ニ此見解ヲ打破セサルヘカラス  
 ルナリ

先ツヘーゲルノ研究方法ヲ評センニ凡ソ各種ノ觀察殊ニ學問ナルモノハ現實的  
 ノ基礎ヲ有セサルヘカラス即チ事實ニ基カサルヘカラス否ラスンハ初ヨリ架空  
 的ニ流レ不確實タルヲ免カレス經驗ハ學問ヲ教ユルモノナリ研究ノ方法ハ須ラ  
 ク之ヲ經驗ニ資ルヘシ實驗ヲ基礎ト爲スヘシ萬有學カ經驗ニ依リテ其研究ノ材  
 料ヲ得ルカ如ク學問モ亦外界ノ觀察即チ實驗ニ依リテ其研究資料ヲ得サルヘカ  
 ラス總テノ思考及ヒ智識ノ基礎ヲ成スモノハ實驗ナリ實驗ト分離シタル抽象的  
 ノ智識アルコトナシ  
 所謂純然タル意義ニ於ケル論理法ハ總テノ刑事上ノ學問ト同シク確實ナル基礎  
 ナクンハ學問ニ對シテ何等ノ價值アルコトナシ否ナ寧ロ學問ヲ謬路ニ導キ之ヲ  
 阻碍スルコト少ナカラス實世界ハ論理的ニ形成セラル、モノニアラス從テ夫レ  
 自體ニ基キテ解釋セラレ會得セラレサルヘカラスヘーゲルノ採リタル主義ハ極  
 端ニ片面的ニシテ且轉倒サレタル方針ニ依レルヲ以テ事物ノ實際的方面カ其論  
 理方法ト全ク背悖シ氏自ラ橫恣ナル論決ニ陥ラサルヲ得サリシハ當然ノ事理ナ  
 リト云ハサルヘカラス

氏ノ法律的原則ヨリ生スル無効論及ヒ不正行爲取消論ハ既ニ其根本ノ觀念ニ於テ誤謬アルモノトシテ之ヲ排斥セサルヘカラス  
 ヘーゲルノ原則ハ一ノ主張ヲ以テ自ラ他ノ主張ヲ覆スモノナリ即チ自滅ニ陥ルモノナリ氏ノ所謂無効ハ單ニ再ヒ取消サレ得ルノミナラス又再ヒ取消サレサルヘカラスナルモノトナセリ然レトモ夫レ自身ニ於テ無効ナルモハ決シテ成立シ得ヘキモノニアラス從テ破壞セラルヘキ目的タニタク又除去セラルヘキ客體ナシ不正行爲ハ無効ナルモノナリトノ意ハ其存在セサルモノナルコトヲ意味スヘーゲルモ亦此意味ニ此觀念ヲ用ヒタリ然レトモ不正行爲ハ存在スルモノナリ其現在スルコトハ日常吾人ノ目撃スル所ニ依テ明カナリ然リ然シテ吾人カ之ヲ抑壓セサルヘカラスナルコト吾人カ刑罰及ヒ刑罰權ヲ有スルノ必要アルコト吾人カ緊急防衛權ヲ楯トスルコト是レ皆不正行爲ノ存在並ニ其頑強ニ對スル現象タラサルナシ然レトモ不正行爲ハ抽象的ニハ非存在のナラサルヘカラス(Nichtsein)然ルニヘーゲルハ此抽象的ノ希望ヲ以テ事實其モノト看做セリ然レトモ存在のニシテ而モ(Bestand)非存在のモノアリ無効ニシテ而カモ實際上存在スルモノアリト

云フ觀念ハ夫レ自體ニ於テ回復スヘカラスラ控著ヲ含ムモノニシテ論理上不可能ノコトナリヘーゲル曰ク不正ハ物質(Das Wesen)ノ外表ニシテ其眞想ハ無効ナルコトニアリ而シテ自然ニ存在セル絶對的ノ意思即チ其存在ニ關スル絶對的理想ノ意思換言セハ法ナルモノハ眞實ニ存在スルモ專恣ノ意思タル不正ハ外形上存在スルニ過キササルモノニシテ實質的ニ存在スヘキ現象ニアラストキョストリノ曰ク縱令不正ハ積極的ニ存在セルニモセヨ眞正ナル存在ヲ有セス而モ非存在のモノトシテ即チ眞正ナル存在ニ抵觸シ從テ完全ニ破壞サルヘキモノトシテ存在スト如上ノ説明中ニハ相矛盾スル二箇ノ觀念ノ存スルヲ發見スヘシ  
 吾人ハ茲ニ文字上ノ議論ヲ止メ上述ノ見解ヨリ生スヘキ結果如何ヲ想像スヘシ絶對的無効ナルモノハ如何ナル場合如何ナル事情ノ下ニ在ルモ省察セラル、モノニアラス換言スレハ通用力ヲ有セサルナリ若シ不正ハ無効ナリトセハ如何ナル時如何ナル事情ノ下ニ於テ之ニ遭遇スル人ト雖モ任意ニ之ヲ處分スル自由ナルヘカラス無効ナルコトハ常ニ無効トシテ取扱ハサルヘカラス此理ニシテ誤ナシトセハ吾人ハ不正ニ對シテ單ニ刑罰權及ヒ緊急權防衛權ノミナラス各種ノ

私力各種ノ復讐ヲ行使スルヲ得ヘシ而シテ此論結ハヘーゲルノ反對派カ實際上採用セル所ナリ故ニ不正ノ無効ナルコトハ法律及ヒ反對加害ヲ以テ保護ヲ行フコトヲ國家ノミニ留保セントスル要求ヲ排斥スルモノトス若シ夫レ此要求ヲ認ムルニ於テハ不正モ亦其通用力ヲ有スルモノト云ハサルヘカラサルニ至ラン次ニヘーゲルノ所謂不正ハ再ヒ取消サルモノナリトノ命題ヲ評センヘーゲル派ノ學說ニ依ルトキハ不正ハ取消サレサルヘカラス廢棄サレサルヘカラス何トナレハ不正ニシテ存續シ得ルモノトセハ通用力アルモノ即チ法トナルヘク而シテ法ハ回復サルヘキモノナレハナリト云フニアリ蓋シ不正即チ不法ハ法ノ無視ナリ換言スレハ法ニ適セサル即チ違法ナル意思カ法ノ規定ニ抵抗スルコトヲ意味スルモノナリ此法ヲ無視スルコト即チヘーゲルノ所謂單ニ理想ニ於ケル法ノ否認ハ違法ナル意思ノ中ニ包含セラル、ヤ曰ク然ラス國家及ヒ法ハ法律的社會ノ外部的生活ニノミ干涉スルモノナルカ故ニ違法ナル意思カ不正トナルニハ外界ニ其影響ヲ及ホシ因テ法律的生活ノ目的及ヒ利益ト實際ノ抵觸ヲ爲サ、ルヘカラス約言スレハ違法ナル意思ハ所爲トナルニアラサレハ法ニ反對シタリト云フ

コトヲ得ス時ニ刑法ニ在リテハウルピアススル格言何人モ思考ルミニ因テ罰セラル、コトナシニ依ルコトヲ要スルモノナリ故ニ不正ハ一ノ事實ナリ事ノ原則ヲ生ス然ルニ事實ハ取消サレ得ルモノニアラス既ニ發生セルモノハ發生セザルモノトナルコトヲ得ス從テ不正ハ取消スヲ得スト、第二ノ原則ヲ生テ而シテ此原則ハ不正ヲ構成スル兩原素即チ其外素及ヒ内素ニ對シ等シク通用ス要スルニ一度發生シタル法ノ違犯ヲ除去スルノ不可能ナルハ猶ホ外界ニ發生シタル影響ヲ消去スルノ不能ナルト異ナル所ナシ

法ノ回復ト云ヘルコトモ亦正當ニアラス法ハ自ラ不正ニ讓歩セサル限り不正ノ爲メニ破壊セラレサルヲ本質トシ健全ニ存續シテ止マルモノニアラス故ニ回復セラルトモノニアラス  
是ニ由テ之ヲ觀レハ此見解ハ其基礎ニ於テ不眞理且專斷ニシテ其論結ニ於テモ亦不眞理且專斷ナリ是レ最近ノ學說カ此見解ヲ採ラサル所以ナリ然レトモ最近學說ノ最モ多クハ緊急防衛ノ說明ヲ與ヘス緊急防衛權ハ古今ニ通シテ存セルコト及ヒ此權利ハ自然ノ道理若クハ自然ノ理性ニ根據スルコトヲ說明スルノミナ

以テ満足セズ吾人今此誤謬ナク見解ヲ離レ緊急防衛權ヲ鞏固ナル基礎ニ依テ説明セント欲ス

**第四節 獨立的解釋**

余ハ法ノ本質ヲ以テ緊急防衛權ノ根據ト爲スルヲ法ノ本質ニ關スル見解ハ近來頗ル明瞭トナレテ殊ニクラウゼー及ヒ其學派ハヘーゲルノ意思形式主義ニ反對シ法ヲ法財ノ觀念ニ基クモノトシ其實質止ヨリ觀察シテ之ヲ一ノ財法(ギウテルレヒト)ナリトスルニ至リ吾人ハ此實際的ノ基礎即チ法財ノ觀念ヲ根據トセサルヘカラス

法ハ財益ノ保護(ギウテラノシラレセシニツ)ニシテ總意(グマインキルレ)カ之ニ服從スル個人的意思ニ優ル以理由長依リ二重ノ任務ヲ有スルモノトス即チ一方ニ於テハ外部ノ平等的生存(コエキシュテンツ)關係ヲ規定ス是レ社會的共同生存ノ種々ノ關係ニシテ即チ財益ノ關係ナリ而シテ法ハ其條規ノ遵守ヲ要求シ且必要ナル場合ニハ總意ニ潛存スル力ニ依テ其遵守ヲ要求シツ此等ノ關係ヲ安全ヲ保證ス故ニ法其モノト共ニ存スルニ箇ノ原素ヲ區別スルヲ得ヘシ法財及ヒ

法護(レヒツシニツ)是ナリ二者等シク法ノ本質ニ其緊要ナルモノナリ

法ノ實質ハ一團ニ統一ナル法律の社會ノ總意ナリ此總意ハ法律規則トシテ外部ヨリ認めラレ得ルニ至ルモノニシテ其制定條規ノ全體ニ於テ社會的秩序即チ法序(Rechtsordnung)ヲ設定ス

故ニ法ハ意思ナリ之ニ依リテ二ノ結果ヲ生ズ

一 凡テ法ハ制定的(Positive)ナリ即チ法ノ意思ニ先チ若クハ之ト共ニ存スルモノハ法ノ觀念ニシテ法其モノニアラズ法ハ法ノ觀念ニ因リ始メテ成文法若クハ慣習法トナルモノナリ故ニ所謂自然法若クハ理性法ナルモノ、存在スルコトナシ總テ法ハ意思法ナリ余ハ誤解ヲ防カシカ爲メニ此點ニ付テ一言ヲ費シタリ

二 總テ法ハ實用的ナリ即チ希望ノ實行ナリ意思ハ反抗ヲ受クルニ際シテ自己ヲ貫徹セシコトヲ試ル意欲ニシテ此希望ハ意思ヲ強カナルニ從テ益優勢ナルモ法ハ法ノ意思即チ斯ノ如シ法ノ意思ハ夫レ自體ヨリシテ其發動ヲ要求ス而シテ其發動ヲ妨グルモノアルニ當テハ之ニ對シテ強制ヲ試ミ以テ自ラ通



用モノコトヲ企ツルモノナリ  
 各種ノ意思ハ一定ノ目的ヲ追及スルモノニシテ此目的ヲ貫徹スルコトヲ努ムル  
 モリナリ此目的ハ如何法ノ意思ノ望ム所ハ如何他ノ語ヲ以テスレハ法ハ何モノ  
 ヲ欲スルカ  
 法ハ其任務ヲ盡スニ忠實ナルコトヲ前提トスレハ共同ノ安寧ヲ保護センコトヲ  
 欲スルモノナリ而シテ共同ノ安寧ハ共同ノ利益ニ於テ存スルモノナリ故ニ法ハ  
 共同ノ利益ヲ保護セント欲スルモノナリ而シテ共同ノ利益ハ共同ノ一員タル一  
 個人ノ利益トモナルモノニシテ他ノ一面ニ於テハ各種ノ個人的利益ハ法カ之ヲ  
 認許スル範圍内ニ於テハ共同利益ナリ  
 各種ノ法ノ規定ハ斯ノ如ク共同ノ利益ヲ根本トス共同ノ利益ハ法ノ意思即チ法  
 ノ實質ヲ構成ス故ニ法ノ規則ヨリシテ個人ノ權利ヲ生スルコトアルヤ否ヤ將其  
 範圍如何ノ問題ハ法ノ内容ヲ成スモノニアラス個人ハ共同ノ利益ヲ害スルコト  
 カクシテ己ノ利益若クハ權利ヲ拋棄スルコトヲ得ルヤ否ヤ又其範圍如何ノ問題  
 亦然リ抑法ノ利益ハ生活ノ關係ト等シク複雑ヲ極ムルモノニシテ其所在ヲ定ム

ルハ立法上ノ問題ニ屬スルモノトス吾人ハ法ノ利益ヲ稱シテ法財ト稱ス即チ法  
 財ハ法財己ノ利益ト認定シタルモノナリ然レトモ法財ハ法ノ利益ヲ稱シテ法財ト稱ス即チ法  
 然レトモ法財己ノ利益ト認定シタルモノナリ然レトモ法財ハ法ノ利益ヲ稱シテ法財ト稱ス即チ法  
 目的ヲ充分ニ達スルコト能ハス  
 法ノ規則ハ命令若クハ禁令トシテ現ハルモノトス然レトモ命令禁令即チ其基  
 礎タル法ノ意思ニ反對スル行動アリ即チ不正ガ法ヲ蔑視シテ之ニ反抗スルコト  
 アリスノ如ク法ノ利益カ命令若クハ禁令ニ依リテ保護セラレヌ又法律狀態カ各  
 人ノ任意ニ破壊セラルモノトモハ是レ一片紙上ノ法序タルニ止マルモノニシ  
 テ實際ニ於テハ法ナキノ結果ニ至ルカ故ニ實際ノ法律狀態ハ法カ不正ニ對シテ  
 其規則ヲ保障スルニ因テ始メテ發生スルモノトス既ニ述ヘタルカ如ク法ノ意思  
 ハ抵抗ニ對シテ抑壓ヲ加ヘ己ノ通用ヲ強行スルモノナリ法ノ意思カ斯ノ如ク實  
 用的活動ニ於テ法ノ利益ヲ保護シ依テ以テ其利益ノ安全ヲ擔保スル曉ニ至リテ  
 法ノ意思ハ始メテ其目的ニ適ヒ實際ノ法ハ其任務ニ應スルモノト云フヘシ從テ  
 法ノ相互的補充要件ニアリ即チ法財及ヒ法護是ナリ法財ハ法ニ一定ノ目的ヲ與

へ其内容ノ充實ヲ致シ法護ハ法ニ活動ヲ付與ス  
 法カ強制ヲ行フ爲メニハ其固有ノ機關ヲ有セサルヘカラサルコト明カナリ法ノ  
 強制ハ少ナクトモ一般ニ之ヲ個人ニ放任シ得ヘキモノニアラス蓋シ個人ノ力ハ  
 最モ多クノ場合ニ於テハ不充分ニシテ如何ナル事情ノ下ニ於テモ法ノ安全ナル  
 強行ニ對スル完全ノ保障タルコトヲ得サルカ故ニ社會ハ其權力ヲ以テ法ノ保護  
 ヲ爲サ、ルヘカラサルコト理由ノ一ナリ各個人ハ標準ヲ正當ニ定ムルコト及ヒ  
 強制ヲ行フニ際シテ正當ニ標準ヲ守ルコトニ付キ安全ナル保障ナキコト其理由  
 ノ二ナリ然レトモ獨リ斯ノ如キ實用的ノ理由ノミナラス又事物其モノハ本質上  
 同シ論決ヲ生スヘシ抑法ノ規則ニ對スル各種ノ違背行爲ハ法ノ意思即チ社會ノ  
 意思ヲ侮蔑スルモノナリ故ニ此意思即チ法ヲ實行スルコトハ社會ノ任務ナリ而  
 シテ法カ依テ以テ強行セラル、機關ハ國家ナリ國家ハ裁判ヲ行ヒ以テ法ヲ保護  
 スルコトヲ自己ノ權能トシ個人ノ容喙ヲ許サ、ルモノトス  
 法カ其利益ニ付與スル保護ハ一樣ナラス或ハ保安手段ニ依リテ之カ妨害ヲ豫防  
 シ或ハ防衛ニ依リテ之カ障礙ヲ排斥シ或ハ民事強制ノ諸方法ニ依リテ賠償ヲ科

シ以テ保護ヲ行フモノトス終リニ刑罰其モノモ亦法律狀態ヲ安全ニスル保護方  
 法タルニ外ナラス然レトモ茲ニ吾人ノ研究セントスル所ハ防衛的保護ノミニ關  
 スルモノトス  
 防衛ハ即チ防止ナリ違法ナル攻撃ハ法ニ依リテ保護サレタル利益ヲ不法ニ迫害  
 スルモノニシテ即チ法財ノ迫害ナリ不正ハ攻撃其モノニ依リテ成立スルモノニ  
 シテ防衛ノ有無ニ關係スルモノニアラス唯其行ハレントスルニ際シテ防止若ク  
 ハ排斥セラルヘキノミ凡ソ法ハ不正ノ擴張スルコトヲ袖手傍觀スヘキモノニア  
 ラス縱令絶對的ニハ不正ヲ防止スルコト能ハサルニセヨ換言セハ不正カ既ニ發  
 生シタル場合ニハ之ヲ社會ヨリ除去スルコトヲ得サルニモセヨ其存在若クハ擴  
 張ヲ事實上防止シ得ル場合ニハ必スヤ之ヲ放任スルヲ得サルヘク少ナクトモ不  
 正ヲ防止スルモノヲ妨クルヲ得サルナリ蓋違法ナル攻撃者ハ法ノ意思即チ社會  
 ノ總意ニ反抗シ法ノ利益ヲ迫害シ社會及ヒ個人ノ利益ヲ傷クルモノナルカ故ニ  
 法ハ之ニ讓歩スヘキモノニアラス又不正ニ對シテ其意思ヲ拒クルヲ得ス苟クモ  
 一旦適法ナリト認メタル利益ノ主張ハ決シテ之ヲ拒否スルコトヲ得サルモノニ

シテ必ズ之ヲ保護セサルヘカラサルナリ之ガ爲メ不正行爲者カ悲境ニ陥ルコト  
 アルハ一般人情ヨリスレハ哀ムヘキモノナリ下雖モ而モ法ハ其防禦ノ武器ヲ抛  
 棄スルコトヲ得サルカ故ニ其本質及ビ其任務ヲ省ミスシテ自ラ抑制スルカ如キ  
 コトアラハ即チ法タルノ本分ヲ脱出スルニ至ルモノト云ハサルヘカラス  
 是ヲ以テ余ハ一原則ヲ示サン曰ク不正ハ之ヲ防止スルコトヲ得サルヘカラス違  
 法ナル攻撃ハ凡ユル手段ヲ以テ之ヲ排斥スルコトヲ得サルヘカラス防衛ニハ法  
 律上ノ障害ナシト而シテ此一般的原則ニ二種ノ例外アリ抑國家カ常ニ不正ヲ  
 抑制スルコトヲ得ルニ於テハ換言セハ其保護方法ヲ以テ常ニ個人ヲ補助シテ充  
 分ナル保護ヲ與ヘ得ルニ於テハ國家ハ何レノ場合ニモ個人ノ防禦力ヲ否認セサ  
 ルヘカラサルコト疑ナシ故ニ緊急防衛ヲ目シテ國家以前ニ存スル自然ノ法ナリ  
 トスルハ失當ナリ社會ハ生スル以前ニズリテハ法ナルモノアルコトハ法ハ法  
 律社會ヨリ發生シタルモノナリ然レトモ國家ハ時ニ或ハ充分ナル保護ヲ與フル  
 コト能ハサル場合アリテ之ヲ個人ニ委ヌルハ已ムヲ得サルコトハ故ニ一ノ例  
 外ヲ生ズ曰ク法ハ私力ヲ認容セサルヘカラサル場合ナリト

若シ不正カ常ニ其不正行爲者若クハ其モノ、財利ニ對スル加害ナクシテ防止サ  
 レ得ルモノナルトキハ加害ハ許サルヘキモノニアラス何トナレハ此加害モ亦不  
 正タレハナリ然レトモ斯ノ如キ防止方法ハ不可能ナルカ故ニ法ハ斯ル可能ノ存  
 セサル場合ニ對シテハ防禦者ノ侵犯スル法ノ規則ニ付テ更ニ一例外ヲ設ケサル  
 ヘカラス即チ法ハ其一般ニ禁止スル行爲ヲ認許セサルヘカラサル場合アリ故ニ  
 斯ノ如キ行爲ハ不正ノ外觀ヲ有スルモ其實法ニ適スルモノナリ是ヲ以テ當然法  
 護ノ下ニ在ル攻撃者ノ財利ハ保護ナキモノトナル是レ第二ノ例外ナリ  
 之ヲ要スルニ以上論スル所ヲ一括スレハ次ノ如キ結果ヲ得ヘシ曰ク緊急防衛ハ  
 違法ニ迫害サレタル法財ニ對シテ與ヘラレタル保護ニシテ例外的ニ許容サレタ  
 ル私力殊ニ通常違法ナルモ法ノ必要ナル主張ノ目的ノ爲メ全然違法性ヲ脱却シ  
 タル行爲ニ依リテ實行セラル、モノナリト故ニ緊急防衛ハ法ノ強行ナリ而シテ  
 私力ノ條件ノ存スル場合即チ攻撃ノ違法ニシテ且直接ナルトキ換言スレハ攻撃  
 者ノ不正行爲及ヒ被攻撃者ノ急厄ノ存スルトキハ防衛ノ要件ノ遵守セラル、範  
 圍内ニ在リテハ攻撃ヲ受クル財利ノ性質並ニ保護ヲ爲ス人ノ如何ニ拘ハラス均

シク此根據ヨリ生ズルモナリ故ニ緊急防衛者ニ對シテ反對防衛ヲ行フコトヲ得ス從テ緊急防衛法ニ對スル總テノ制限殊ニ攻撃ニ被攻撃者ノ責ニ基クヘカラス若クハ豫見セラレザルモナラサルヘカラストノ條件及ヒ防衛ニ迫害セラレタル財利及ヒ加害ノ間ニ一定ノ平均アルコトヲ必要トスルノ條件及ヒ被攻撃者ハ攻撃ヲ避ケ得ヘカラサリシコトヲ要ストルノ條件等ハ必要ニアラス

常ニ權利ヲ攻撃ニ對シテ己ヲ強行スルコトハ必ズシモ必要ニアラス權利ハ緊急防衛ノ多數ノ場合ニ於テ存在スルコトナシ而シテ其存在スル場合ニ於テモ緊急防衛ノ本質ヲ定ムルノ標準タルコトナシ故ニ緊急防衛ノ本質ハ權利ノ主張ニアリトナシテ何等ノ區別ヲ設ケザルハ不精確ニシテ緊急防衛ノ本質ヲ説明スルニ充分ナラザルモノトス生命自體健康其他ノ法財ノ健全ハ多クハ權利ノ物體ニアラス即チ生命上ニ權利ヲ及ビ生命ニ對スル權利ヲキナリ而モ此等ノ財利ハ頗ル著シキ程度ニ於テ緊急防衛ノ目的タルガリ故ニ緊急防衛ヲ決シテ權利ヲ前提トスルモノニナラス若シ夫レ防禦者ガ攻撃ヲ排斥シ且迫害サレタル財利ヲ保護シ以テ法ノ意思及ヒ利益即チ社會ノ意思及ヒ利益ヲ強行スルニ際シテ同時ニ自己

ノ利益若クハ權利ヲ強行スルカ如キコトアルハ疑ナシト雖モ是レ唯附屬的ノ現象タルノミ緊急防衛ハ如上ノ關係ニ於テ法ノ發動ナリト云フコトヲ得ヘシ此意味ニ於テハ吾人モ亦法ハ不正ニ讓歩スルヲ要セストノ原則ヲ保持スルコトヲ得ヘシ然レトモ這ハ不正カ無効ナリトノ理由ニ基クモノニアラスシテ法カ強力ナルカ爲メナリ法ハ論理上ノ觀念ニアラスシテ力ノ觀念ナリ

評ニ曰クヤンカ氏ノ見解ハ之ヲ要スルニ緊急防衛ハ法ノ主張ニシテ法ノ活動ナルカ故ニ夫レ自體ニ於テモ亦法ナリ而シテ斯ノ如ク法ニ依リテ例外的ニ聽許サレタル私力的防禦ノ行爲ハ實質上法ニ適スル行爲ナルカ故ニ權利行爲ナリト云フニ歸著ス惟フニ生命權身體權等ノ存在ハ現今多數學者ノ承認スル所ナルカ故ニ此見地ヨリシテ觀察スルトキハ正當防衛ハ常ニ權利ニ對スル違法攻撃ノ存在ヲ前提トスルコトヲ主張スルモ毫モ支障ナシ從テ正當防衛ハ法律ノ認メザル條件ノ下ニ於テ權利カ自己ヲ主張シ自ラ發動スルモノニシテ夫レ身體ニ於テ又權利タルヘキモノナリトノ觀念ヲ認ムルハ決シテ失當ナリト云フコトヲ得スト雖モ正當防衛ノ基礎如何ノ問題ト正當防衛ノ行爲ハ權利行爲

ナリヤノ問題トヲ區別シ正當防衛ノ制度ヲ認メタルハ法カ自己ヲ強行スル爲メナルカ故ニ復タ法ナリ此正當防衛法ニ依リテ認許サレタル行爲ハ適法行爲ナリ權利行爲ナリト説明スルモ亦一方法ナリ

### 第四章 緊急狀態

第一 緊急狀態ハ自己若クハ他人ノ法益ニ對スル現在ノ危難ヲ避クルカ爲メ他ノ法益ヲ犠牲ニ供スルノ已ムヘカラサル狀態ナリ即チ法益ト法益トカ互ニ抵觸シテ兩立スヘカラサル狀態ナリ故ニ緊急狀態ノ要件左ノ如シ  
(一) 現在ノ危難アルコトヲ要ス 抑危難トハ實害ヲ生スル虞アルノ狀態ヲ云フ而シテ此狀態ハ直接ニ切迫スル場合ニ限リテ緊急狀態ヲ發生セシムルモノトス故ニ既往又ハ未來ノ危難ハ緊急狀態ノ基礎トナルコトナシ然レトモ現在ノ危難ハ必スシモ天災(Das Naturereignis)ニ基クコトヲ要スルモノニアラス脅迫(Die Drohung)モ亦等シク緊急狀態ヲ發生セシムルモノトス從來學者ハ現行刑法第七十五條第一項ヲ以テ所謂有形ノ強制(La contrainte physique)及ヒ無形ノ強制(La contrainte morale)ノ全部ヲ包含スルモノトナシタリト雖モ元來抗拒スヘカラサル

強制(La contrainte ou force irresistible, die unwillkürliche Gewalt, vis major)ハ全然抵抗ヲ不能ナラシムル物質的ノ力ヲ意味スルカ故ニ此程度ニ至ラサル有形無形ノ強制ハ同項中ニ入ルヘキモノニアラスシテ同條第二項所謂意外ノ變ニ含マルモノト解スルヲ正當ナリトス之ニ反シテ所謂無形ノ不可抗力ハ刑法第七十八條適用ノ理由タルヘク實際ノ不可抗力ハ緊急狀態ヲ發生セシムルモノニアラスシテ被強制者ノ責任ヲ消滅セシムルニ過キス何トナレハ被強制者ハ強制者ノ單純ナル器械トナレルニ過キサレハナリ又危難ハ行爲者ノ責ニ歸スヘカラサルモノナルヲ必要トスルコトナシ例ヘハ自己ノ過失ニ因リテ生シタル火災ノ難ヲ避ケンカ爲メ他人ヲ撞倒シテ逃走スルモ毆打ノ罪トナラサルカ如シ獨逸刑法第五十四條ハ其責ニアラスシテ生シタル危難ニ基クコトヲ必要トセルモ寧ロ不適當ナリ我現行刑法ノ所謂意外ノ變ハ自己ノ過失ニ基キテ生シタル禍難ヲ含メルコト疑ナシ然レトモ自己若クハ他人カ故意ニ惹起シタル變災ハ自己若クハ其他人ノ爲メ不論罪ノ原因タル緊急狀態ヲ生スルコトナキモノト云ハサルヘラス

實習科刑法講義 客觀的不論原因

(二) 現在ノ危難ハ自己又ハ他人ノ法益ニ對シテ存スルコトヲ要ス 故ニ理論上ニ於テハ法益ノ何タルヲ區別スル理由ナシ例ヘハ或者カ出火ニ際シ自己ノ家屋ノ類燒ヲ免カレンカ爲メニ他人ノ家屋ヲ破壊スルカ如キ緊急狀態行爲ナリト云ハサルヘカラス然レトモ我現行刑法ハ獨佛ノ刑法ト等シク自己若クハ親屬ノ身體ニ對スル危難ノミヲ觀察シタルカ故ニ現行法ノ解釋トシテハ此範圍ヲ逸出スル能ハサルナリ立法論トシテハ法益ヲ身體ノミニ限ル場合ニモ尙ホ自己若クハ他人ノ身體ニ對スル危難アルトキハ緊急狀態ノ發生ヲ認ムルヲ正當トス危急ノ場合ニ際シ危難ニ遭遇シツ、アル者ハ六等親内ノ者(血族)若クハ三等親内ノ者(姻族)ナリヤ將タ其以外ノ者ナリヤト云フカ如キ親等ノ計算ヲ爲スハ不能ナルニ拘ハラヌ其計算ニシテ一步ヲ誤ルトキハ直ニ普通ノ犯罪タラシムル如キ極メテ不當ノ結果ヲ生スレハナリ然レトモ例ヘハ船長カ船舶及ヒ積荷ヲシテ共同ノ危險ヲ免カレシムルカ爲メ一部分ノ積荷ヲ海中ニ拋棄スルカ如キ他ノ法律ニ認メタル職務行爲ハ之ヲ現行刑法ニ於テモ犯罪ト爲スコト能ハサルハ論ヲ俟タス

(三) 一法益ヲ保護スルカ爲メニ他ノ法益ヲ害スル場合ナルヲ要ス 故ニ彼此ノ法益共ニ若クハ保護セントスル法益ノミ消滅シ既ニ他ノ法益ヲ侵害ニ依リテ之ヲ救済スルコト能ハサルニ至レルトキハ緊急狀態ナシ又一法益ヲ保護スルカ爲メニ他ノ法益ヲ害スルニアラスシテ違法ナル侵害ヲ排斥スルニ止マルトキハ正當防衛ニシテ緊急狀態ニアラス然レトモ違法侵害ヲ排斥スルニ因リ他ノ法益ヲ害シタルトキハ其部分ニ付テハ緊急狀態行爲ヲ認メ得ヘキ場合アルコトハ前既ニ説明シタル所ナリ

(四) 他ノ法益ニ對スル加害ハ已ムヲ得サルニ出ツルコトヲ要ス 換言スレハ他ノ法益ヲ害スルノ外危難ヲ避クルノ途ナキコト及ヒ其加害ハ必要ノ程度ヲ超エサルコトヲ要ス(此點ニ付テハ正當防衛ニ關スル説明ヲ參照スヘシ)

(五) 緊急狀態行爲ヨリ生シタル害ハ行爲者ノ避ケントシタル害ノ程度ヲ超エサルコトヲ要スルカ抑モ緊急ノ狀態ニ於テハ法益ノ抵觸スル態様ハ一ニシテ足ラサルモノナリ

(1) 同種ノ法益例ヘハ生命ト生命、財産ト財産ノ抵觸ニシテ就中(a)其分量上同

等ナル場合例へハ生命ト生命若クハ二個ノ同價格ノ財産相互ノ抵觸及ビ(b)分量範圍若クハ價格ニ差異アル同種ノ法益ノ抵觸アリ

(2) 異種ノ法益例へハ生命ト健康若クハ生命健康ト他人ノ財産上ノ法益トノ抵觸ニシテ此場合ニ於テモ亦稍程度ノ高キ法益カ程度ノ低キ法益ヲ犠牲ニシテ己ヲ維持スル場合ト其反對ノ場合トニ分ツヲ得ヘシ

緊急状態行為ニ因リテ害セラレタル法益カ救済サレタル法益ト其種類ヲ同ウスルモ分量ニ於テ稍小ナル場合若クハ其種類ヲ異ニシ且其程度ニ於テ小ナル場合ニモ尙ホ真正ナル緊急状態アルカ是レ本問ノ主旨ナリ

此點ニ付テハ學說一致セス抑モ緊急状態ハ法益ト法益トノ抵觸スル状態ナルカ故ニ概念上ニ於テハ兩法益ノ間ニ大小強弱ノ差異ナキコトヲ要スルモノナルヘク例へハ甲者カ火災ヨリ其服装品ヲ救出スルカ爲メ乙者ノ生命ヲ絶ツカ

如キハ頗ル權衡ヲ失シタルモノニシテ服装品ニ對スル利益ハ生命上ノ利益ニ抵觸スルノ價值ナク寧ロ之ニ讓ルヘキモノナルカ故ニ斯ノ如キ行為ヲ放任スルハ不當ナルノ感アリ是レ我刑法改正案第四十七條第一項ニ於テ其行為ヨリ

生シタル害其避ケントシタル害ノ程度ヲ超エサル場合ニ限リテ緊急状態行為ヲ認メタル所以ニシテ又ビヤンク氏カ我現行刑法同シク斯ノ如キ要件ヲ明規ニシテ獨逸刑法第五十四條ノ解釋トシテモ甚タシキ不條理ニ陥キラサラ

ントモハ刑法ハ暗黙ニ此要件ヲ認メタルモノト解セサルヘカラスト主張スル所以ナルヘシ然レトモ此見解ハ現行法ノ解釋論ニテ到底採ルニ足ラス又實際ノ應用ニ適セサルモノナリ何トシテハ避ケラレタル害ハ實際發生セザリシ

モノナルヲ以テ既ニ生シタル害ト其程度ヲ比較セントスルカ如キハ不能ナレハナリ或ハ白之緊急状態行為ヲ爲シタル者カ如何ナル害ヲ避ケントシタルヤ

ハ種々ノ狀況ニ照シテ之ヲ知ルコトヲ得ヘク而シテ其欲シタル所ハ例へハ生命ニ對シテ危難ヲ避ケントスルニアリタルハ其害ヲ以テ實際ニ生シタル

害ト比較スルハ決シテ不能ニアラサルヘシト此辯解ハ一應ノ理由アリト雖モ周圍ノ事情ニ依リテハ行為者ノ意思ハ生命ニ對スル害ヲ避ケルニアリシカ將

ク身體ノ健全ニ對スル害ヲ避ケルニアリシカ云フカ如キ場合ヲ決定スル能ハサル場合アリ又避ケントシタル害ハ身體ニ關シ生シタル害ハ財産ニ關スル

ハナル場合アリ又避ケントシタル害ハ身體ニ關シ生シタル害ハ財産ニ關スル

ハナル場合アリ又避ケントシタル害ハ身體ニ關シ生シタル害ハ財産ニ關スル

ハナル場合アリ又避ケントシタル害ハ身體ニ關シ生シタル害ハ財産ニ關スル

實習科刑法講義 客觀的不論原因

カ如キ場合ニハ如何ニシテ其程度ヲ比較スルカニ付テハ裁判官ト雖モ其標準ナキニ苦シク之ヲ要スルニ理論トシテハ兩法益間ニ權衡ヲ失スル事トナキヲ以テ正當防衛爲スヘキカ如シト雖モ實際ニ應用上頗ル困難ナルモノアルカ故ニ立法論トシテハ須ラク研究ヲ要スルモノト云フベシ

第二ニ緊急状態行爲ニ即チ自己若クハ他人ノ法益ニ對スル現在ニ危難ヲ避クルカ爲メ已ムヲ得スシテ他ノ法益ヲ害スル行爲ナリ

(一) 緊急状態行爲(或ハ防禦的(Defensive)ナルコトハ)其危難ヲ生スル力ニ對シテ行ハル、場合ニ於テ然リ例ハ牛馬ヲ爲メ被害ヲ受ケントスル者ヲ救済スル爲メ其牛馬ヲ殺シタルカ如シ(口)或ハ攻撃的(Aggressive)ナルコトハ其第三者ノ法益ニ對シテ行ハル、場合ニ於テ然リ例ハ地雷ヲ難ヲ避クルカ爲メ他人ノ住宅ニ侵入スルカ如シ又ハ難船者カ餓死ヲ免カル、カ爲メ同難者ヲ殺食スルカ如キ是カ以テ緊急状態行爲トシテ之ヲ救済スルニ際シ他ノ救済方法ナキニ因リ緊急状態行爲ニ或ハ故意ニ基クコトアリ或ハ過失ニ因リコトアル事ナリ例ヘハ甲者カ乙者ヲ爲メニ急撃ヲ受ケントスルニ際シ他ノ救済方法ナキニ因リ

丙者ヲ中間ニ押入レ因テ此者ヲ毆打セシメタル場合若クハ違法ノ攻撃ヲ受ケ且追窮セテ之ヲ殺シタル者カ他ノ方法ナキニ因リ其通路ニ佇立セル第三者ニ對シ致死の毆打ヲ與ヘタルカ如キ場合ニ於テハ被攻撃者ハ攻撃ニ無關係ナル第三者ヲ自己ノ安全ノ爲メ故意ニ犠牲ニスルモノナリ之ニ反シテ例ヘハ被攻撃者カ攻撃者ニ反撃ヲ與ヘントシ過テ攻撃ニ無關係ナル第三者ニ打撃ヲ與ヘタル場合ニ於テハ過失ニ因リ緊急状態行爲ヲ生シ得ルモノトス然レトモ斯ノ如ク打撃ニ錯誤(Aberratio)ハ存スル場合ニハ常ニ緊急状態行爲アリト云フコトヲ得ス須ラク場合ヲ分テテ解釋スルノ必要アルモノ、如シ蓋シ正當防衛ノ場合ニ於テハ被攻撃者ハ逃避スルノ義務カシト雖モ緊急状態行爲ハ加害ノ外ニ例ヘハ逃避ノ如キ途ナキコトヲ要件トスルモノナルカ故ニ緊急状態ハ此點ニ於テ其要件嚴格ナルヲ以テテ從テ違法ナル攻撃ヲ受クルニ因リ加害ヲ爲スハ外攻撃ヲ免カル、ノ途ナキ場合ニ限リテ攻撃者其者ニ對シテハ正當防衛状態アリテ第三者ニ對シテハ緊急状態アリト云フ得ヘク又斯ノ如キ場合ニ限リテ正當防衛ヲ爲スニ因リ故意若クハ過失ニテ第三者ヲ害スル行爲ヲ緊急

實習科刑法講演 客觀的不論罪原因



状態行爲トシテ放任セザルヘカニテ其他ノ場合ニ於テハ正當防衛ヲ行フニ因  
 於他人ヲ害スル行爲ハ一般ノ原則ニ從ヒテ判断セラレベキモノトシテ反對見解  
 ニハ根據ナシ  
 (二) 緊急状態行爲ハ無罪ナルコトヲ原則トス然レトモ業務上特別ノ義務アル者  
 ハ此原則ノ範圍外ニアルモノトス例ヘバ船長ハ船舶ニ急迫ノ危険アルトキハ  
 人命船舶及ヒ積荷ノ保護ニ必要ナル手段ヲ盡シ且旅客海員其他船中ニ在ル者  
 ヲ去ラシメタル後ニヌサレバ其指揮スル船舶ヲ去ルコトヲ得サルモノトシ  
 テ現ニ自己ノ生命ニ危険アルモ此等ノ者ヲ排シテ船舶ヲ去ルトキハ二月以上  
 五年以下ノ重禁錮ニ處セラレベキモノナリ(五船員法)  
 第三 正當防衛ト緊急状態トハ何レモ法益ニ對スル危険ノ存スルコトヲ要シ且  
 之ヲ防禦スル行爲ハ外形上犯罪ノ徵標ヲ具ヘ一般ノ場合ニ於テハ犯罪タルベキ  
 モナナル點ニ於テ共通ノ要素ヲ有ス然レトモ正當防衛ハ違法ナル攻撃ニ對スル  
 防衛ヲ以テ本質トシ緊急状態ハ場合ニ於テハ行爲者ハ不法ナル攻撃ニ對シテ與  
 フルモノトシテ正當防衛ハ第三者ニ對シテ害ヲ加スルモノトス此點ニ於テ

此二箇ノ觀念ノ差異ヲ見ル

夫レ諸種ノ法益ハ法律ノ保護ニ依リテ存續セバ利益ニシテ他ノ侵害ニ放任ス  
 ヘキモノトシテナルハ何レモ同様ナルカ故ニ妄リニ一ヲ以テ他ヲ害スルハ法  
 許サレル所ナリト雖モ或場合ニ於テハ一ノ法益ハ他ノ法益ヲ害スルニアラソン  
 ハ自ラ存續スルコト能ハサル状態ニ遭遇スルモノナリ即チ緊急状態ニ在ル者ハ  
 第三者ノ法益ヲ尊敬シテ自己若クハ他人ノ法益ヲ犠牲ニ供スルカ將タ自己若ク  
 ハ他人ノ法益ヲ危険ヨリ救出シテ第三者ノモノヲ犠牲ニ供スルカニ途其一ヲ選  
 ハサルヘカラサル境遇ニアルナリ果シテ然ラハ此状態ノ正當防衛ト根本的ノ差  
 異ヲ有スルコト一見シテ明瞭ナルベシ即チ正當防衛ハ攻撃的ノ不正ヲ排斥スル  
 モノニシテ法益ノ存續シ得ルカ爲メニ不正者ノ利益ノ毀損セラレ、場合ナルニ  
 反シ緊急状態ニ於ケル行爲者ハ不正ニ對立スルモノトシテ正當ナル利益ヲ毀  
 損スルニ依リ危険ニ陥レル利益ヲ救済スルモノナリ法益ト法益トノ兩立スヘカ  
 ラサル状態ナリ之ヲ要スルニ緊急状態ニ於テハ不正ニアラサルモノト不正ニア  
 ラサルモノトノ争アルニ反シ正當防衛ニ於テハ正當ヲ以テ不正ヲ排斥スルモノ

實習科刑法講義 客観的不論原因

ト云 (Berner: Im Notstande steht dem Rechte ein anderes Recht, in der Notwehr aber das Unrecht gegenüber.)

斯ノ如ク二者其觀念ノ異ナル結果トシテ

(1) 緊急状態ニ於テハ法益ニ對スル危険カ加害ノ外他ノ方法ヲ以テ避クヘカ  
 ラサルモハナルコトヲ要シ正當防衛状態ニアリテハ斯ノ如キ條件ヲ必要トセス

(2) 實際ハ應用ヲ度外ニシテ理論上ヨリ觀察スルニキリ緊急状態行爲ヨリ生ス  
 ル害ハ其避ケントシテ然ル害ノ程度ヲ超エザルコトヲ要シ正當防衛ニアリテハ斯  
 ノ如キ制限ヲ必要トスルコトナシ

(3) 緊急状態行爲ニ對シテハ更ニ緊急状態行爲ヲ生スルモ正當防衛行爲ヲ生ス  
 ルコトナシ

(4) 人ノ行爲ニテハ正不正ノ判断ニ服スヘカテ然ルカ故ニ動物ノ動作ヨ  
 リ生スル危険ニ對シテハ正當防衛状態ナキニ反シ緊急状態ノ存在ヲ認メ得ベシ  
 唯引責無能力者ノ行爲ヨリ生スル危険ハ正當防衛状態ヲ生セシムルカ將タ緊急  
 状態ヲ生セシムルカニ依テハ學說區々ニ亘レリ一派ノ學者ノ說ク所ニ依レハ自

由ノ意思及止行爲ノ欠缺スル場合ニ正不正ノ判断ヲ爲スハ矛盾ノ甚タシキモノ  
 ナリ元來引責無能力者ノ動作ヨリ生スル危険ハ動物ノ動作若シハ自然力ヨリ生  
 スル危険ト何等異ナル所ナシ故ニ若シ反對見解ニ從フニキリ落雷ノ人ヲ殺  
 スモ亦違法ナリト云ハサルヘカラサルニ至ラン斯ノ如キ背理ヲ避ケント欲セハ  
 正當防衛ハ客観的ニ且主観的ニ違法ナル攻撃ノ基クモトシ引責無能力者  
 ノ動作ヨリ生スル害ヲ避クルカ爲メニ他ノ法益ヲ害シタルトキハ緊急状態行爲  
 ナリト解セサルヘカラスト云ハル例ヘハ (Hilfsschnee) 他ノ一派ハ之ニ反對シ正當防衛  
 ハ刑罰ト異ナリ犯罪ニ對スル反動ニアラスシテ法益侵害ヲ以テ人格ヲ威迫スル  
 危険ノ防禦カ故ニ攻撃カ何人ヨリ生スルヤ將タ其動作カ犯罪トシテ其者ニ  
 歸セラレ得ルヤ否ヤノ區別ヲ爲スヘキモノニアラス換言スレハ正當防衛ハ客観  
 的ニ違法ナルトキハ則チ足ルモノニシテ主観的ニ違法ナルコトヲ必要トセサル  
 モノナリト説明シタリ(例ヘハ Köstlin) 余輩ハ此第二ノ見解ニ從ヒ正當防衛ハ攻撃  
 者ノ責任ト問題ト何等ノ關係ナキモノナリトシ荷モノノ行爲タル以上ハ之ニ對  
 シテ正當防衛ノ成立ヲ得ルモノナリト解スルヲ至當ナリト信ス(正當防衛ノ章ヲ

參照該(乙)の故に引責無能力の攻撃者に對シテは正當防衛の存スルコトヲ認  
 以緊急状態の否認は其の妨りとなす。又、  
 第四、緊急状態行為の無罪たる理由如何に關シテは古來學說の最紛雜ヲ極ム  
 所ナリ先ツ大別シテ主觀說と客觀說とニ區分ス可ク得ヘシ。  
 甲、主觀說

(イ) 意思自由喪失說の要旨ハ凡ソ人の惡事は爲スル爲サズルトニ付キ意思  
 自由ヲ有スルニ拘ハラズ之ヲ敢テスルカ故ニ責任ヲ負フニ外ナラズ然ル  
 ニ避クヘカラサル危難ノ場合ニ於テハ其行為ハ自由ナル意思ニ基クモノニ  
 非ラサカ故に引責無能力ヲ生ズルモ以テ云フニアリ此見解ハチボ  
 等の主張セル所ニシテ殊ニ佛派の學者ハ普ク  
 之ヲ唱道シテ大ニ勢力アリタリト雖モ元來人の意思ハ自由ナルヤ若シ自由  
 ナリトモ其自由ノ限界何處ニアリヤハ問題ハ數世紀以來爭論の絶エサル  
 所ニシテ之ヲ以テ刑法止の責任の基礎を爲ス可ク如何に確實ナル標準ナリト  
 云フベカラズ

(ロ) 選擇自由制限說

ノ要旨ハ人ハ不可避危難ニ遭遇スルモ全然意思ノ自由  
 ヲ喪失スルモノニアラス二箇若クハ數箇ノ害惡中何レヲ選フヘキカハ其意  
 思ノ左右スル所ナリ何トナレハ意思ノ掠奪者アルニアラサレハナリ然レト  
 モ若シ他ノ害惡ヲ避クルノ必要ニ因リ此選擇ヲ爲スコトヲ強制セラレサリ  
 セハ其意思ハ加害行為ヲ採擇セザリシナルヘシ例ヘハ茲ニ暴漢アリ余ヲシ  
 テ手ニ一刀ヲ握ラシメ謂フテ曰ク傍人ヲ斬ルヘシ然ラズンハ我汝ヲ殺サン  
 ト余自ラ殺害ヲ免カレンカ爲メニ傍人ヲ殺シタリトセヨ此行為ハ隨意ニ爲  
 シタルモノナリ然レトモ余ハ余ノ生命ヲ救済スル必要ナカリセハ此殺害行  
 爲ヲ爲サ、リシナリ抑モ身ヲ犠牲ニシテ仁ヲ爲スコト能ハサルハ普通人情  
 ノ然ラシムル所ナルカ故ニ普通ノ人情ヲ標準トスル法律ハ斯ノ如キ場合ニ  
 際シ己ヲ殺シテ他ヲ全ウセヨト云フカ如キ仁勇ヲ要求スルコトナク人類ノ  
 弱點ヲ斟酌シテ引責無能力ヲ認メタルモノナリト云フニアリ然レトモ元來  
 人ハ無制限ニ選擇ノ自由ヲ有スル者ナルヤ否ヤハ人ハ意思ノ自由ヲ有スル  
 ヤ否ヤノ問題ト異名同質ニシテ古來幾多ノ哲學者間ニ存スル所ニシテ未ダ

取リテ以テ責任ノ標準ヲナシ得ヘキモノニアラス況ンヤ余輩ノ見ル所ニ依  
レハ變化ハ宇宙ノ原則ニシテ人ノ意思モ此原則ニ支配セラレ一定ノ原因ニ  
依リ必然ニ變化スルコトヲ免カレヌ從テ人ハ意思ノ自由ナク又選擇ノ自由  
カシト云フ見解(シヨッペンハウエル)正當ナルニ於テオヤ

乙 客觀說

客觀說トハ緊急狀態ニ於ケル不論罪ハ客觀的原因ニ基クコトヲ主張スルモノ  
ナリ而シテ其說ニ凡ソ四種ノ見解アリ

- (イ) 權利說 依レハ緊急危難ニ際シ加害行為ヲ爲スハ緊急權利(Notrecht)ニ  
基ク適法行為ナルカ故ニ罪トナラズト云ヘリ然レモ他人ノ法益ヲ害スル  
ハ元來違法ノ行為ナリ而シテ甲者カ緊急危難ニ陥リタル爲メニ乙者ハ其權  
利ヲ失フコトナキカ故ニ己ノ權利ヲ救済スルカ爲メニ出ツルモ他人ノ權利  
ヲ害スルコトハ當然權利トナルモノニアラサルヘシ
- (ロ) 免刑說 緊急狀態行為ハ違法ナリ唯法律ハ其刑罰ヲ免スルニ過キズト  
主張スルモノナリ此見解ニ依ルトキハ緊急狀態行為ニ對シテハ正當防衛ノ

成立ヲ認メサルヘカラス而シテ此見解ニ對シテハ批難ヲ試ミルヘキ法理上  
ノ根據ナキカ如シ

- (ハ) 折衷說 或種ハ緊急狀態行為ヲ權利行為ナリトシ他ノ種類ノモノヲ免  
刑ニ基ク不論罪ナリトスルモノナリベルネル氏ノ主張スル所ニ依レハ危難  
ニ遭遇セル者カ他人ノ權利ヲ犧牲ニシテ己ノ權利ヲ救済スルコトナク寧  
己ノ權利ヲ拋棄スルコト非凡ノ德義ニ適合スル場合アリ例ヘハ他人ノ生命  
ヲ犧牲ニ供シテ自己ノ生命若クハ一眼ヲ救済スルカ如キ是ナリ斯ノ如キ場  
合ニハ他人ノ權利ヲ犧牲ニスルハ不正ナリ然レト國家ハ刑罰ニ付テ勇者の  
德義ヲ要求スルコト能ハサルカ故ニ之ヲ免責スルモノトス之ニ反シテ危難  
遭遇者カ他人ノ權利ヲ犧牲ニシテ己ノ權利ヲ救済スルコトナク己ノ權利ヲ  
拋棄セルハ事態ノ正解ヲ失シタルモノト認メ得ヘキ場合即チ他人ノ權利ヲ  
犠牲ニ供セサリシハ寧ク愚昧極マレル場合アリ例ヘハ他人ノ麵麩ヲ傍ラニ  
シテ餓死スルカ如キ是ナリ斯ノ如キ場合ニハ無罰ハ免責ニ因ルモノニアラ  
スシテ緊急權利ニ基クモノナリト云フニアリ然レトモ余輩ハ斯ノ如ク感情

ノ程度ヲ以テ此區別ヲ爲スノ理由ヲ正當ナリト爲スコト能ハサルナリ  
 (二) 放任説ノ主旨ニ依レハ緊急状態行爲ハ權利ニアラス又單ニ免刑サレタ  
 ル不正タルニアラスシテ法ハ放任ニ因リ違法性ヲ失フモノナリト云フニア  
 リ而シテ必要ハ法ヲ有セス (Necessitas non habet legem, Not hat kein Recht, nécessité  
 n'a pas de loi) トハ古來普ク認メラレタル法律格言ニシテ刑法ハ此格言ニ從  
 ヒ緊急状態行爲ヲ以テ刑法ノ支配外ニ放任スルモノナリト説明ス余輩ハ客  
 觀說中放任説ヲ以テ最モ穩當ナリト信スル者ナリ

### 第五章 其他ノ客觀的不論罪原因

余ハ正當防衛及ヒ緊急状態以外ノ客觀的不論罪原因ニ付テモ稍詳細ナル說  
 明ヲ試ミンコトヲ期シタリト雖モ今ヤ既ニ時限ノ許サハル所ナルヲ以テ本  
 章ニ於テ其概要ヲ畧述シテ本論ヲ結ハント欲ス

#### 第一 自己ニ對スル加害

人ハ己ニ屬スル法益ヲ自由ニ處分スルコトヲ得ルカ故ニ任意ニ之ヲ傷害若クハ  
 毀壞スルヲ得ヘク從テ自害行爲ハ違法ニアラサルヲ原則トス然レトモ此原則モ

亦例外ナキモノニアラス法律ハ或者カ自身ノ法益ヲ維持セサルカ爲メ他人ノ法  
 益ヲ侵害スル結果ヲ生スル場合ニハ自害ヲ禁スルコトアリ此範圍内ニ於テハ自  
 害モ亦違法ナリ

殊ニ自殺、自傷等ニ關スル現行法ノ地位ハ以上ノ説明ニ依リテ之ヲ判斷スルヲ得  
 ヘシ例外トシテ自傷ヲ處罰スルハ兵役ヲ免カル、爲メニ自傷スル場合ニアリ

#### 第二 承諾者ニ對スル加害

承諾者ニ對スル加害ハ自己ニ對スル加害ト同一ノ見地ヨリ觀察スルヲ得ヘシ即  
 チ被害者ノ承諾ハ法律カ特ニ他ノ深キ事由ヨリシテ承諾ヲ其效ナキモノトシ承  
 諾ノ有無如何ニ拘ハラス加害ヲ禁シタル場合ノ外カ加害行爲ノ違法ヲ阻却ス然  
 ルニ斯ノ如キ事由ハ被害者ノ承諾ニ基ク加害ノ場合ニハ自害ノ場合ニ比シテ頗  
 ル著シキモノナルカ故ニ承諾ニ基ク加害行爲ヲ放任スルノ範圍モ亦狭小ナラサ  
 ルヲ得ス是故ニ法律モ亦此點ニ關シテハ稍嚴格ニシテ羅馬法ニ於ケル格言(欲ス  
 ル者ニ對シテハ不正ヲ生セス [Volenti non fit injuria])ヲ制限スルコト大ナリ例ヘハ  
 彼ノ奧國刑法第四條ノ如キハ被害者ノ承諾ハ原則上犯罪ヲ不成立ナラシムルコ

トナキヲ明規シタリ我現行法ニ於テハ斯ノ如キ明文ナシト雖モ法規全體ノ關係上之ト同一ノ結果ヲ得ルハ疑ナシ然レトモ法律ハ性質上及意義上ヨリシテ被害者ノ承諾ナキコトヲ以テ一要件トスル犯罪ノ種類アルコトヲ示セリ殊ニ財産ニ對スル罪身體ノ自由ニ對スル罪及ヒ節操ニ對スル罪ニ付テ其然ルヲ見ル加之承諾ハ犯罪不成立ノ條件トナラサル場合ニ於テモ尙ホ刑ヲ輕カラシムルノ效力ヲ有スルコト疑ナシ我改正刑法案第二百三十七條ニ於ケルカ如ク被殺者ノ囑託若クハ承諾ヲ得テ之ヲ殺シタル者ノ刑ヲ輕クシタルハ正當ナリト云ハサルヘカラス例ヘハ彼ノ合意情死ヲ企テ既ニ一方ヲ殺シタルモ自ラ死スルコトヲ得サリシ者ノ如キ之ヲ通常ノ殺人罪ト同一視スル價值ナケレハナリ獨逸刑法第二百十六條及ヒ我現行法第三百二十條ノ規定ハ被殺者ノ囑託ヲ受ケテ之ヲ殺シタル者ノ刑ヲ輕クシタルモ亦正當ナリト雖モ嚴格ニ解スルトキハ囑託ト承諾トハ同意義ニアラサルカ故ニ稍狹キニ失スルノ感アリ(但處罰セラル、行爲ハ其輕キト否トヲ問ハス違法ナルコトハ論ナシ)承諾カ犯罪不成立原因タル場合ニハ承諾者カ獨立ニ處分能力ヲ有スルコト、強制ヲ受ケスシテ承諾ヲ爲シ且眞意ニ出ルコト及ヒ

犯行ニ先チテ承諾シタルコトヲ必要トスルハ論ヲ俟タス事後ノ追認ハ犯罪ノ成立ヲ妨クルコトナシ

第三 職權職務ノ執行

職權職務執行ノ爲メニスル行爲ハ罪トナラス何トナレハ斯ノ如キハ法令ノ命令ル所ニシテ適法ナルモノナレハナリ而シテ職權職務ハ本屬長官ノ命令ニ基キテ之ヲ執行スヘキ場合ト別ニ斯ノ如キ命令ヲ要セスシテ法令ニ依リ獨立ニ執行スヘキ場合トノ區別アリト雖モ其違法ナラサル點ニ於テハ即チ同一ナリ唯第一ノ場合ハ刑法第七十六條ニ依ル不論罪ニシテ第二ノ場合ニハ同條ニ依ルコトヲ得サルモ法理當然ノ不論罪ナリト云フ差異アルノミ

執行上本屬長官ノ命令ヲ待ツヘキ場合ニ於テハ次ノ點ニ注意スルヲ要ス

- (一) 命令ナクシテ執行シタルトキハ違法タルコトヲ免カレス例ヘハ命令指揮ナクシテ死刑ヲ執行シ或ハ所轄官吏ノ令狀ナクシテ人ヲ繫獄スルカ如キハ犯罪タルヘシ
- (二) 命令アリタル場合ニ於テモ命令セラレタル事項カ自己ノ職務ノ範圍内ニア

ラサルトキハ違法ハ除却セラル、コトナシ唯絶對的ノ服從義務アル場合ニ於テハ斯ノ如ク論スルヲ得スト雖モ法令全體ノ關係上ヨリ觀察スルトキハ上官ハ下官ニ犯罪行為ヲ強ユル權能ナク下官ハ斯ノ如キ不法ナルコト明瞭ナル命令ニ從フヘキ義務ナキコトハ爭フヘカラサルカ故ニ犯罪行為ナルコトヲ知リツ、上官ノ命令ヲ執行スルトキハ犯罪タルヲ免カレス例ハ服從ヲ要素トスル軍隊紀律ニ於テモ上官ノ命ハ必スシモ行為者ノ責ヲ免カレシムルモノニアラス彼ノ上官ノ命ニ從ヒ反亂ヲ爲ス者ハ上官ノ命ニ從ヒタルノ故ヲ以テ反亂罪ノ責ヲ免カル、コトナキナリ之ヲ要スルニ上官ノ命令ニ服從スヘキ程度如何ハ行政法學上最モ疑義アル問題ニシテ何レヲ以テ正當ト爲スヘキカハ殆ト未決ニ屬スルモノナリト雖モ少ナクトモ犯罪行為ヲ強ユルノ命令ニモ服從スヘシト云フカ如キ旨從論ハ刑法ノ範圍ニ於テ採用セラルヘキモノニアラス刑法第七十六條ハ此事ヲ明カニシタルモノニシテ本屬長官ノ命令アルモ其職務ヲ以テ爲シタル行為ニアラサレハ不論罪タルヲ得セシメサルナリ職權職務ノ執行ハ適法行為トシテ犯罪タラサルモノナリ此場合ニ無形的強制ニ

基ク不論罪ヲ主張セル佛派ノ學說ハ正當ニアラス、然レモ犯罪行為ノ執行ハ

第四 懲戒權ノ行使

緒論(第一章)中既ニ略説シタルヲ以テ省略スルニテ、

第五 正當業務行為

法令及ヒ慣習上認許サレタル正當業務行為ニ因ル加害ハ違法ニアラス例ハ醫師ノ施術ノ如キ相撲ノ互毆ノ如キ犯罪タルヘキモノニアラス若シ夫レ此加害ノ無罪タル理由ニ付テハ或ハ故意ナキカ爲メナリト云ヒ或ハ重大ナル利益ヲ保護スル目的ニ出ツル爲メナリト説キ其他種々ノ見解アリト雖モ皆至當ニアラス法令上認許サレタル正當業務行為ハ職權職務執行ノ行為ト同シク適法ナルカ爲メニ犯罪タラサルモノトス然レトモ名ヲ正當業務行為ニ籍リタル場合ニモ其實犯罪タルコトアルヲ注意スヘシ例ハ醫師カ患者ヲ治療スルニ當リ或緣因ヨリシテ其患者ヲ不具タラシメンカ爲メ何等治療上ノ必要ナキ施術ヲ以テ耳目四肢等ヲ不具ニスルカ如キ又甲カ乙ヲ殺スノ目的ニテ相撲ヲ挑ミ遂ニ之ヲ殺シタルカ如キ何レモ犯罪タルハ疑ナシ

第六 帝國議會院內ノ發言

兩議院ノ議員ハ議院ニ於テ發言シタル意見ニ付テ院外ニ於テ責ヲ負フコトナキハ憲法ノ保障スル所ナルカ故ニ斯ノ如キ發言ノ結果トシテ誹毀罪、侮辱罪等ニ問ハル、コトナシ然レトモ議員自ラ其言論ヲ演說、刊行、筆記又ハ其他ノ方法ヲ以テ公布シタルタキハ一般ノ法律ニ依リテ處分セラレヘキコト亦憲法ニ明文ノ存スル所ニシテ一點ノ疑ナシ

第七 現行犯人ノ逮捕

何人ニ限ラズ重罪又ハ禁錮ノ刑ニ該ルヘキ輕罪ノ現行犯アル場合ニ於テハ直ニ被告人ヲ逮捕スルコトヲ得ルハ刑事訴訟法第六十條ニ認メラレタル所ニシテ權利行為ナルガ故ニ私擅逮捕罪ニ問ハル、コトナシ  
之ヲ要スルニ適法行為及ヒ放任行為例ヘハ私通ノ如キ法ノ處罰スルコトナク又權利行為ト認ムルコトナキ行為ハ同時ニ犯罪タルコトナキモノトス然レトモ彼ノ羅馬法ニ於ケル *Sacratio capitis* 日耳曼法ニ於ケル *Eriedlosigkeit* 及ヒ第十六世紀ニ於ケル「チゴイナ」人種ノ *Rechtlosigkeit* ノ如ク或者ヲ全然法律關係保護ノ範圍外ニ

置キ此者ニ對スル加害行為ヲ放任スル制度ハ現代ノ諸國ニ認メラレサル所ナリ例ヘハ死刑ノ宣告ヲ受ケタル者ヲ擅ニ殺スモ亦殺人罪タルヲ免カレサルカ如シ

客觀的不論罪原因(完結)





行為カ有責ナルニハ先ツ行為者ニ引責能力アルコトヲ要ス引責能力ハ意思ノ自由ト何等ノ關係ナク苟モ正則ニ決意シ得ヘキ人類ニハ皆之アルヲ原則トス唯例外トシテ刑事未成年者及ヒ瘡痼者ノ如ク精神ノ成熟ヲ缺キ若クハ狂者ノ如ク精神ノ健全ヲ缺キ從テ正則ノ決意ヲ爲ス能ハサルモノニ限リテ引責能力ヲ有セストスルコト最近學說ノ一致スル所ナリ然レトモ引責能力者ノ違法行為ト雖モ其主觀的責任即チ故意若クハ過失ニ基クニアラサレハ之ヲ處罰セストノ原則ヲ採ルコト現今諸國立法例及ヒ學說上ノ通態ナリ

(第二) 主觀的責任ノ問題ハ犯罪ノ客觀的方面即チ行為處罰ノ前提タルヘキ事情ノミニ關係ス而シテ斯ノ如ク主觀的責任ノ關係スル客觀的構成要素ハ其犯罪ノ成立要件ニ屬スルヤ將又加重ノ情狀トシテ觀察セラル、ヤヲ區別スル必要ナシ然レトモ行為者カ豫見セル刑ノ種類若クハ大小カ實際ト異ナルモ主觀的責任ニ影響ヲ及ホスヘキモノニアラス次ニ法律ノ效力ニ關スル原則ノ適用ハ行為者自身ノ意見ニ左右セラル、コトナキカ故ニ刑法ノ效力範圍如何ノ如キハ此問題ニ關係セス又犯人ノ行為以外ニ要求セラル、處罰條件モ無關係ナリ例ヘハ犯人カ

或犯罪ヲ親告罪ナリト誤信シタル場合ニモ職權訴追ニ依リテ處罰セラル、コトアルヘシ終リニ犯人カ自ら引責能力ナシ若クハ主觀的責任ナシト誤信スルモ主觀的責任ノ有無ニ影響ヲ及ホスコトナキモノトス若シ夫レ違法ノ覺知及ヒ除責理由ノ誤認ノ如キハ主觀的責任ノ問題ニ如何ナル關係アルカニ付テハ學說ノ一致セサル所ナルヲ以テ後章更ニ之ヲ論ズル所アルヘシ

(第三) 主觀的責任ナキ場合ニハ刑ヲ科スルコト能ハストノ原則ニ對シテハ現行法上若干ノ例外アリ即チ左ニ述フル所ノ如シ

(イ) 我刑法ニ於テハ本來責任アル行為ヨリ更ニ重キ結果ノ發生シタル場合ニハ其重キ結果ニ對シテハ主觀的責任ノ存セサル場合ニモ尙ホ重キ刑ヲ科ス例ヘハ刑法第三百二十四條、第三百三十一條及ヒ第三百五十一條等ノ如シ但斯ノ如キ場合ニハ其到來シタル重キ結果ニ關シテ犯人ノ過失ヲ必要トスルモノアリト雖モ正當ニアラス

(ロ) 税法其他ノ取締法中ニハ何等ノ主觀的責任ヲ要セスシテ刑罰ヲ科スルモノ

アリ酒造税法第三十二條ニ酒類ヲ製造スルモノハ代理人、家族、同居者、雇人、其他ノ從業者ニシテ其業務ニ關シ此税法ヲ犯シタルトキハ自己ノ指揮ニ出テサルノ故ヲ以テ此税法ノ處罰ヲ免カル、コトヲ得ス。ト規定セリ。故ニ製造主ハ故意又ハ過失ナキコトヲ證明スルモ處罰ヲ免カレサルヘシ。其他混成酒税法第七條、醬油税則第二十五條、醬麴營業税規則第十五條、葉煙草專賣法第二十八條、臺灣食鹽專賣規則第十一條、沖繩縣酒類出港税則第十八條、船舶法第三十條ノ如キ亦同シ。

法律ハ或場合ニ於テハ責任ノ推定ヲ爲スコトヲ得ヘシ。即チ行爲者ニ故意若クハ過失アリト推定シ唯行爲者カ其反對(即チ責任ナキコト)ヲ證明シタル場合ニ限リテ處罰セサルコトヲ規定スル場合ナキニアラサルヘシ。斯ノ如キ場合ニ於テハ行爲者カ實際故意若クハ過失ナキニ拘ハラズ之ヲ證明シ得サルカ爲メ罰セラレ、コトナキニアラサルヲ以テ其範圍ニ於テハ事實上主觀的責任ノ原則ニ對スル例外タリト雖モ法律ハ故意若クハ過失ヲ推定スルカ故ニ之ナクシテ處罰スルモノト認ムルコト能ハス。從テ法律上之ヲ責任ノ原則ニ對スル例外ナリトスルコトヲ得サルナリ。

トヲ得サルナリ。  
 (第四) 既ニ述ヘタルカ如ク責任ハ之ヲ二箇ノ形式ニ分ツコトヲ得ヘシ。曰ク故意曰ク過失是ナリ。過失モ亦單純ニ智能ノ欠缺ニアラスシテ意思ノ責任ナルコト疑ナシ。然レトモ罰セラルヘキ故意ノ行爲ハ其過失ニ出ツル場合ニモ凡テ罰セラルヘキモノニアラスシテ比較的ニ制限セラレタリ。  
 或犯罪カ故意ヲ必要トスルヤ過失ニ基キテモ成立スルコトヲ得ルヤニ關シテハ一定ノ通則ヲ以テ之ニ解答スルコトヲ得ス。寧ロ各場合ニ於ケル解釋問題ナリ而シテ其疑ハシキ場合ニハ刑法第七十七條第一項前段ノ原則ニ依リ故意ノ場合ノミヲ處罰スヘキモノトス。或違警罪ハ全ク無意犯ナリト論スル者アリト雖モ謬ナリ。多クノ場合ニ於テハ違警罪ハ過失ニ基キテモ成立スルモノナリト雖モ刑法總則カ違警罪ニモ適用セラル、ハ疑ナキヲ以テ違警罪ハ凡テ無意犯ナリトノ通則ヲ認ムヘキニアラス。

第二章 故意 (Der Vorsatz)  
 第一節 故意ノ意義

故意ハ犯罪構成要件若クハ刑罰加重條件タル事情ヲ認識スルニ拘ハラヌ働作ヲ爲スノ決意ナリ

故意ノ定義ニ付テハ學者ノ見解一定セス故意ヲ以テ或ハ結果ノ認識タルニ過キストナシ或ハ行爲能力者ノ違法ナル事ヲ目的トスル意思ナリトスルカ如キ其例ナリ然レトモ斯ノ如キ見解ノ適當ニアラサルハ以下逐次説明スル所ニ因リテ之ヲ理會スルヲ得ン余輩ハ前掲ノ定義ヲ正當ナリト信シ茲ニ之ヲ分析シテ故意ノ意義ヲ説明セントス

第一 故意ハ事情ノ認識ナリ

(甲) 事情ハ事實及ヒ法律關係ヲ包括ス例ヘハ人ノ存在、婦女ノ懷胎ト云フカ如キハ單純ナル事實ニシテ物カ他人ノ所有ナリヤ否ヤ婦女カ他人ノ妻ナリヤ否ヤノ如キハ法律上ノ關係タルカ如シ共ニ事情(Factum)タルニ於テ異ナル所ナシ然レトモ事情ハ其法律上構成要件タリ若クハ刑ヲ加重スル理由タル場合ニ限リテ故意ノ意義ニ關係ヲ有ス故ニ刑罰ノ種類、大小、法律ノ效力、行爲者ノ引責能力及ヒ處罰條件等ノ如キハ故意ニ關係アル事情ニアラサルコ

ト既述ノ如シ

故意ニ關係アル事情ハ之ヲ現在ノモノト將來ノモノトニ區別スルヲ得ヘシ

(イ) 現在ノ事情トハ意思活動ニ關係ナク豫メ存在スル事情ヲ謂フ就中客體ノ法律上必要ナル資格、性質例ヘハ官吏ノ資格、他人ノ所有ナルコト、金銀貨ト銅貨ノ差別ノ如キハ一般的ノモノニシテ其他犯罪ノ特別ナル手段方法若クハ犯人自身ノ資格モ亦其法律上特別構成要件タル場合ニハ現在ノ事情ナリ例ヘハ毒殺ニ於ケル毒物、官吏瀆職罪ニ於ケル官吏資格ノ如キ是ナリ

(ロ) 將來ノ事情ハ意思活動ニ關係スル事情ニシテ畢竟意思活動其モノ及ヒ其結果ヲ指示スルニ外ナラス

故意ニ關係アル事情ハ所謂消極的構成要件ニ關係スルヤ否ヤニ付テハ議論アリ然レトモ犯罪ノ構成要件ニ消極的ノモノアルヤ否ヤヲ決スルトキハ此議論ノ當否ハ自ラ定マルヘキモノトス甲說ニ曰ク正當防衛、懲戒緊急狀態等ノ如キハ一般ノ場合ニ違法タルヘキ行爲ヨリ其違法性ヲ除却スルモノニシ

テ斯ノ如キ原因アル場合ニハ犯罪ノ不成立ヲ來スカ故ニ其存在セサルコトハ犯罪成立ノ一要件ナリト云フヲ得ヘク從テ此種ノ事情ヲ消極的構成要件ト稱スルニ於テ不可ナル所ナシト乙説ニ曰ク構成要件ハ凡テ積極的ニシテ行為アルコト、行為カ有責ナルコト、違法ナルコト及ヒ不正ナルコトノ四箇ヲ出テスト余輩嘗テ甲説ニ左袒シタルコトアルモ今ヤ其非ヲ悟リタリ蓋シ甲稅ヲ是認センカ其結果トシテ犯罪ヲ成立セシメサル原因ハ凡テ之ヲ消極的構成要件トナサ、ルヘカラサルニ至ルヘキヲ以テナリ例ヘハ引責無能力ノ如キ然リ然レトモ斯ノ如ク廣キ解釋ヲ採ルトキハ所謂目的物若クハ手段ニ關スル不能ノ如キモ亦消極的構成要件ナリトナサ、ルヘカラス其失當ナルコト明カナリ之ヲ要スルニ此等ノ事情ハ犯罪不成立ノ原因タルモノニシテ構成要件ニアラスト認ムルヲ穩當トセン

(乙) 事情ノ認識トハ事情ヲ知ルコトヲ謂フニ外ナラス現在及ヒ將來ノ事情ヲ知ルコトハ故意ノ要素ナルカ故ニ例ヘハ入タルコト意思活動ヲ爲スコト己ノ意思活動ニ因リ人ノ死傷ヲ惹起スルコトヲ知ラサルトキハ故意ナシ然レ

トモ犯罪構成要件若クハ刑罰加重原因以外ノ事情ヲ知ルコトハ故意ノ要素ニアラスト例ヘハ被害者ノ年齢ハ遺棄罪、誘拐罪等ニ於テハ構成要件ナルカ故ニ之ヲ知ラサルトキハ故意ナシト雖モ殺傷罪ニアリテハ構成要件若クハ刑罰加重理由ニアラサルカ故ニ之ヲ知ラサルモ故意ノ成立ヲ妨ケサルカ如シ所謂消極的構成要件ヲ知ルコトハ故意ノ要素ナルヤ否ヤニ付テハ學者間議論ノ存スル所ナリ

甲説ニ依レハ消極的的事情ニ關シテハ其存在セサルコトヲ知ルコトカ故意ノ要素ナリ例ヘハ不正ノ暴行ヲ被ムラサルコトヲ知ラサル者即チ不正ノ暴行ヲ被ムルコトヲ信スル者ハ自己ノ行為カ人ニ對スルコトヲ知ラサルト同様ナリ何トナレハ消極的的事情存在スト誤認スルコトハ積極的的事情存在セスト誤認スルコトニ適應スレハナリ故ニ事實上存在セサル事情ヲ存在スト誤認シタル場合ニ於テ其事情實存セハ違法ヲ阻却スヘキモノナルトキハ故意ヲ阻却ス即チ權利行為ナリト信シテ之ヲ實行シタルトキハ罪トナルヘキ事實ノ認識ヲ缺クモノニシテ故意存在セス然レトモ斯ノ如キ錯誤ハ事情ニ關ス

ルモノナラサルヘカラス將來ノ侵害ニ對シテ正當防衛權アリト信スルハ除  
 責ノ理由タルコトヲ得サル錯誤ナリ又事實上存在セサル事情ヲ誤リテ存在  
 スルモノト信シタル場合ニ於テ其事情カ事實上存在セハ減輕ノ理由タルヘ  
 キモノナルトキハ減輕ヲ認ムヘキコト如上ノ見地ヨリ生スル當然ノ論結ナ  
 リ然レトモ消極的事情ノ存在ヲ誤認スルハ故意阻却ノ原因タルニ止マルカ  
 故ニ其誤認カ過失ニ基クトキハ過失犯ノ成立ヲ妨クルコトナシト言フニア  
 リ  
 乙說ニ曰ク違法ハ犯罪ノ一般的構成要素ナリト雖モ事情ニアラス故ニ違法  
 ナルコトヲ認識スルハ故意ノ要素ニアラス從テ權利行為ニシテ違法行為ニ  
 アラスト信スルモ其行為カ客觀的ニ違法ナルトキハ犯人ヲ利スルコトナシ  
 ト  
 以上兩說中何レヲ可トスヘキカ吾輩ハ嘗テ甲說ニ贊同シタルモ消極的構成  
 要件ヲ認ムルノ不可ナルコトヲ悟リタルト同時ニ甲說ニ從フコト能ハサル  
 ニ至レリ今説明ヲ便ニスルカ爲メ具體的ノ一例ヲ示サン茲ニ甲者アリ乙者

ノ勇氣ヲ試ムル爲メ暗夜之ヲ途中ニ要シ其近接スルヤ忽チ白刃ヲ翳シテ一  
 刀之ヲ兩斷セントスル姿勢ヲ示シタルニ乙者甲者ノ真意ヲ知ラス正當防衛  
 ノ状態アリト信シテ甲者ヲ短銃ニテ射殺シタリト假定セヨ甲說ノ論點ヨリ  
 觀ルトキハ斯ノ如キ場合ニハ乙者ハ權利行為ナリト信シテ甲者ヲ殺シタル  
 モノニシテ罪トナルヘキ事實ヲ認識セサルカ故ニ罪ヲ犯スノ故意ナキカ故  
 ニ無罪ナリト斷セサルヲ得サルヘシ果シテ故意ナキカ蓋シ違法ノ認識ヲ以  
 テ故意ノ要素ナリト爲ストキハ殺人ノ故意ハ己ノ違法ナル働作ヨリ人ノ死  
 ヲ惹起スコトヲ認識スルニ拘ハラヌ其働作ヲ爲ス決意ナラサルヘカラサル  
 ヲ以テ前例ノ如ク權利行為ナリト信シタル場合即チ違法ノ認識ナキ場合ニ  
 ハ故意ナシト云フコト至當ナリト雖モ違法ノ認識ハ故意ノ要素ニアラスト  
 ナストキハ殺人ノ故意ハ苟モ己ノ働作ヨリ人ノ死ヲ惹起スコトヲ知リテ其  
 働作ヲ爲ス決意アル以上ハ其働作カ權利ニ基クヤ否ヤノ認識ヲ待タヌシテ  
 完成スルカ故ニ前例ノ場合ニ故意アリト云フヲ妨ケサルナリ故ニ甲者ノ所  
 爲ハ其真意如何ニ拘ハラヌ不正ノ暴行ト認メラルヘキモノニシテ乙者ノ行

爲ハ純然タル正當防衛ナリ違法行爲ニアラストノ理由ヲ以テ無罪ヲ主張スルハ別問トシ故意ナキカ故ニ無罪ナリトスルヲ得サルナリ尙ホ以上二箇ノ見解ノ分ル、點ヲ明カニスル爲メ一例ヲ示セハ司獄官吏カ職務上犯人ヲ絞殺スルカ如キ場合ニハ第一ノ見解ニ依レハ故意ナキカ故ニ罪トナラサルモノニシテ第二ノ見解ニ依レハ故意アルコト爭フヘカラサルモ權利行爲ニシテ違法ニアラサルカ故ニ罪トナラスト知ルヘシ吾輩ハ今ヤ第二ノ見解ニ從フカ故ニ甲說ヲ採ラサルサリ若シ夫レ甲說論者カ前例ノ如キ場合ニハ自己ノ行爲カ人ニ對スルコトヲ知ラサル場合ト同様ナルカ故ニ故意ナシト云フニ至リテハ事實ヲ無視スルノ甚タシキモノニシテ特ニ批難スルノ價值ナキナリ又論者カ前例ノ場合ニハ罪トナルヘキ事實ノ認識ナキカ故ニ無罪ナリト主張スルモ誤ナリ罪トナルヘキ事實ヲ知ラス云々トハ自己ノ行爲カ罪トナルコトヲ知ラストノ義ニアラスシテ犯罪ノ客觀的構成要件タル事實ヲ知ラストノ意味ニ解スヘキモノナルカ故ニ前例ニ於ケルカ如ク客觀的構成要件タル事實(人タルコト、殺スコト)ヲ知リツ、働作ノ決意ヲ爲シタル場合ニハ

罪トナルヘキ事實ノ認識ナシト云フコト能ハサレハナリ終リニ前例ノ如キ場合ニ過失殺傷ノ問題ヲ生シ得ルコトアリトナスモ亦失當ナリ蓋シ過失殺傷ハ犯人カ殺傷ヲ爲スコトヲ知ラスシテ犯シタル場合ニ限リテ存スルモノニシテ苟モ殺傷ヲ爲スコトヲ知レル以上ハ權利行爲ナリト誤信シタルコトカ過失ナルヤ否ヤハ過失殺傷犯ノ成否ニ關係ナケレハナリ刑罰ヲ加重スル理由タルヘキ事情ノ認識ナキトキハ其部分ニ付テハ故意ナシ例ヘハ親ヲ殺殺シタル者カ其親ナルコトヲ知ラサリシトキハ罪本重カルヘキ事實ヲ知ラサルモノナルカ故ニ重ニ從テ論スルヲ得サルナリ然レトモ減刑ノ理由タルヘキ事情ノ存在ヲ誤認スルモ犯人ニ利益ナキコト猶ホ除責理由ノ誤認カ故意ヲ阻却セサルト同様ナリ例ヘハ妻カ他人ト金錢貸借上ノ事ニ付キ密談シツ、アルヲ見テ姦通ヲ爲シタルモノト誤信シ立ロニ殺傷ヲ行フ者ニ對シテハ減刑ヲ認ムヘカラサルナリ

第二

故意ハ事情ヲ知リツ、働作ヲ爲スノ決意ナリ  
或ハ故意ハ構成要件ニ屬スル事情ノ認識ナリトシ(概念主義)決意ヲ以テ故意ノ

要素ナリトスル説意思主義ヲ批難スル學者殊ニ近來ニ至リテ増加セリト雖モ是レ故意ト故意ノ一要素タルニ過キサル認識トヲ混同スルモノナリ自己カ發砲スルトキハ他人カ其砲丸ニ中リテ死亡スルコトヲ知ルノミニテハ未タ殺人ノ故意ナキナリ事情ヲ認識スルニ拘ハラス行爲ヲ爲ス決意アルトキ始メテ故意アリト云フヘシ然レトモ決意ハ動作ノミニ關スルノミニシテ結果ノ發生ヲ希望スルノ意ニアラス從來意思主義論者中ニハ結果ノ發生ニ盡力シ若クハ之ヲ希望スルコトヲ以テ故意ナリトシ或學者ノ如キハ故意ハ結果ノ希望ナリトノ定義ヲ與フル者スラアルニ至レリ然レトモ故意ハ犯人カ結果ノ發生ニ盡力シ若クハ之ヲ希望セサル場合ニ於テモ尙ホ存スルコトアルハ疑フヘカラサル所ナリ例ヘハ船舶ヲ公海上ニ沈没セシメ因テ以テ保險金額ヲ得ントスルノ目的ヲ以テ爆烈物ヲ船舶ニ登載スル者カ其乘組員ノ死亡ノ避クヘカラサルコトヲ豫見シタルトキハ縱令其死亡ヲ希望セザリシ場合ト雖モ尙ホ乘組員ヲ殺シタルモノトシテ其罪ヲ問ハサルヘカラス然ルニ結果ノ希望ナル語句ハ希望サレタル結果ヲ觀察スル場合ニ於テノミニ用キラル、モノナルカ如キ誤解ヲ生

スルコトアリ是レ觀念主義ノ如キ極端ナル學說ヲ生シタル所以ナリ畢竟觀念主義ハ意思主義ノ曖昧ナル點ヲ矯正シ以テ故意ノ責任ノ範圍ヲ明カニセンカ爲メ採用サレタルモノニシテ或範圍ニ於テハ賞スヘキモノナリト雖モ其行爲ヲ爲スノ決意ヲ全然看過シタルハ失當タルヲ免カレス余輩カ下シタル故意ノ定義ハ決意ヲ必要トスル點ニ於テハ意思主義ニ屬スルモノト見ルヲ得ン然レトモ決意ハ事情ヲ認識スルニ拘ハラス動作ヲ爲サントスルノ意思ニシテ動作ノミニ關係シ敢テ結果ヲ希望スルト否トニ關セサルノ點ニ於テ實質上寧ロ觀念主義ニ近カルヘシ其果シテ何レニ屬スルヤハ敢テ之ヲ研ムルノ必要ヲ感セス唯此定義ニ依リテ前兩主義ノ缺點ヲ補フニ足ルヘシト信スルヲ以テ暫ク此定義ニ從フモノトス

### 第二節 違法ノ覺知

自己ノ行爲カ違法ナリト云フ覺知ハ故意ノ要素ナリヤ否ヤニ付テハ學說一致セサル所ナリ然レトモ之ヲ概別スレハ積極消極ノ兩說トナスヲ得ヘク積極說ハ更ニ之ヲ一般的要素說ト特別的要素說トニ分ツヲ得ヘシ



第一 積極說

一 一般的要素說

(イ) オルスハウゼンノ見解

近世ノ刑法ニ於テハ處罰ニ關シテ意思ノ責任ヲ必要トスル原則ハ殆ト例  
外ナク認メラル、ニ至レリ、然レトモ責任ノ意義ハ行爲カ故意若クハ過失  
ニ出ツルノ故ヲ以テ行爲者ニ歸セラレ得ルモノトスルノミニテハ未ダ全  
カラス、更ニ進テ行爲者ニ於テ故意犯ニ付テハ責任ノ覺知ヲ有シ過失犯ニ  
アリテハ少ナクトモ責任ヲ認識シ得ルノ能力ヲ有スルコトヲ必要トス加  
之違法ハ各犯罪ノ一般的要素ナルカ故ニ故意犯ニアリテハ違法ノ覺知即  
チ行爲ヲ支配スル法規ニ違反スルコトノ覺知ヲ要件トシ過失犯ニアリテ  
ハ違法ヲ認識シ得ルノ能力アルコトヲ要ス之ニ反シテ一方ニ於テハ義務  
違反ノ覺知アルノミニテハ充分ナリトセス何トナレハ義務ナルモノハ單  
純ナル道德上ノモノアリ得ヘク從テ義務違反ノ覺知ハ刑法上責任ノ意義  
ヲ充スモノニアラサレハナリ然レトモ他ノ一方ニ於テハ處罰ノ覺知アル

コトヲモ必要トセス何トナレハ法律違反ノ行爲カ刑罰ヲ科セラレト否  
ヤハ單ニ成法上ノ問題タレハナリ加之行爲處罰ノ問題ハ法律違反ノ問題  
ヲ客觀的ニ決定スルコトナキカ故ニ主觀的ニ於テモ處罰ノ覺知ハ責任ノ  
意義ノ要素ヲ成スモノニアラス從テ刑ノ種類及ヒ分量ニ關スル錯誤モ亦  
責任ノ問題ニ對シテ何等ノ影響ヲ及ボサ、ルモノトス況ヤ刑法上ノ訴追  
ノ覺知ノ如キハ固ヨリ關係アラサルオヤ  
反對論者ハ故意カ違法ナルカ或ハ少ナクモ違法カ殊ニ構成要件トシテ明  
示セラレタル場合ニ限リテ違法ノ覺知ヲ以テ故意ノ必要要素ナリトセリ  
然レトモ此場合ト一般ノ場合トヲ比照スルニ此場合ニハ違法ノ覺知ノ必  
要ハ特別ノ規定ニ基クモ一般ノ場合ニハ其必要カ總則ノ規定(法五九)ニ基  
クノミニシテ實質上ニ於テハ何等ノ區別アルコトナシ故ニ一般ノ場合ニ  
於テモ違法ノ覺知ノ欠缺ハ處罰ヲ阻却スルモノトス然レトモ刑法カ或場  
合ニハ違法ヲ特ニ構成要件中ニ明示シタルニ拘ハラズ(縱令ホシリスト)ノ  
說ノ如ク多數ノ例外ヲ有スル原則ニ關スル場合ノミニ限レルニモセヨ之

ト事情ヲ等シウスル幾多ノ犯罪殊ニ殺傷犯ニ付キテ違法ヲ特ニ其犯罪行為ノ法律上ノ徵標トシテ明示セザリシハ何等ノ理由ナキモノト云ハサルヘカラス從テ最モ異ナリタル而モ其一部ハ純然タル外形上ノ理由ニ基ケル法律ノ形式ノミヲ觀察シテ違法ノ覺知カ必要ナリヤ否ヤノ問題ヲ決セントスルカ如キハ取ルニ足ラサルモノトス加之反對說カ一般ノ場合ニハ錯誤ニ因リ違法ヲ覺知セサルモ故意ヲ阻却セス之ニ反シテ違法カ特別ノ構成要件タル場合ニハ錯誤ニ因リ違法ヲ覺知セサルトキハ故意ヲ阻却スト認ムルモ失當ナリ何トナレハ違法ノ覺知ヲ除却スル錯誤ハ違法ヲ以テ一般的要素ナリト認ムルト特別要素ナリト認ムルトニ因リテ異ナルコトナケレハナリ要スルニ違法ノ覺知ハ之ヲ犯罪ノ一般的要素ナリトセサルヘカラス然レトモ此場合ニ於テモ事情ノ認識ノ場合ニ於ケルカ如ク偶然ノ故意ヲ以テ充分ナリトナサハルヘカラサルノ制限アリ即チ行為カ許サレタルモノナルコトニ付キ單ニ疑ヲ抱キタルノミヲ以テ處罰ヲ爲スニ充分ナリトス

(ロ) ビンディングノ見解

責任(Schuld)ハ違法ナルコトヲ目的トスル行為能力者ノ意思ナリツレンデレンブルヒノ所謂法律ニ違犯スル意思ノ因果關係ナリ責任ノ種類ハ此意義ニ依ルニアラサレハ之ヲ知ルコトヲ得サルモノトス然ルニ此定義ハ從來不當ニ誤解セラレタリ抑モヘーゲル以來責任論大ニ淺薄トナリタルハ二箇ノ理由アリ(一)違法ノ覺知ヲ必要トスルトキハ犯人ヲシテ處罰ヲ免カレシムルノ恐アリト云フコト其一ナリ然レトモ是レ徒ニ法律ノ錯誤ヲ看過シタルニ基クモノニシテ其結果トシテ違法ノ覺知ハ違法ナル故意ノ要素ニアラストナスカ如キハ數世紀以來現今ニ至ルマテ絶ヘス確定セル觀念ヲ誤ルモノナリ或ハ違法ノ覺知ヲ必要トスルコトヲ以テ斬新ナル學說ノ如ク思考スル者ナキニアラスト雖モ是レ刑法歴史ヲ知ラサル初學者ヲシテ誤解ヲ招カシムルノ甚タシキモノト云フヘシ蓋シ責任ノ種類ニ根本的ノ區別アルコトハ往昔ヨリ現今ニ至ルマテ確定セル所ナリ而シテ之ヲ刑ノ輕重ノ點ヨリ觀察スルモ一ハ法律違反ニ付テノ覺知アリ他ハ此覺知

カシト云フコトヨリ深キ區別ノ理由アルヲ發見セス(二)第二ノ理由ハ責任ノ意義ニ反對スル傾向アルコト是ナリ然レトモ責任ヲ否認スル者ハ又責任ヲ定義スルコト能ハサルヘシ故ニ全然物質的ノ世界觀ヲ爲ス者ハ現行法ニ於ケル責任ノ概念ヨリ可及的ニ責任ノ元素ヲ除去センコトヲカメツツアルナリ而シテ從來正當ニ使用サレタル「ドールズ」(Dolus 惡意)及ヒ「ドロトゼ」(Dolose 惡意)ナル術語カ其用例外ニ逸シ之ニ代ヘテ「ホールザッツ」ナル語辭ノ用キラル、ニ至リタルコトハ反對論者ノ重要ナル論據トナレリ然レトモ何事モ「故意ニ」(ホールゼッツリッヒ)行ハレ得ルカ故ニ論者ノ見解ノ如ク「故意」(Vorsatz)ハ法律違反ヲ知レリト云フ點ニ於テ特色ヲ有スル不法行爲ノ意思ニアラサルモノトナルヘシ故意ヲ此意味ニ解スル場合ニハ違法ナル故意ト云フニアラサレハ單ニ故意ト云フノミニテハ不精密ナリ此場合ニハ故意ノ殺人、故意ノ作詩ナト云フコトニ於テ故意ノ意味ハ同様タルヘシ司獄官カ刑期満了シタリト誤信シテ囚徒ヲ滿期前ニ出獄セシムルモ故意ノ行爲ナリト云ハサルヘカラサルニ至ラン故意ノ意義何ソ夫レ斯

ノ如クナルヲ得ンヤ

違法ノ覺知ハ羅馬法及ヒ少ナクトモ羅馬法繼受時代以後ノ獨逸法ニ於テ認めラル、ト均シク現今ノ法律ニ於テモ亦故意ノ要素タリ然ルニ「ホールザッツ」ナル文字ノ爲メニ學說上其意義ノ動搖スルニ至リタルハ悲ムヘキコト、云フヘシ然レトモ帝國裁判所千八百八十七年六月二十四日ノ判決ニ於テ各故意犯ハ違法ノ覺知ヲ要スルモ刑法ヲ知ルコトヲ要セスト認めタルハ正當ナリ而シテ「ホールザッツ」ナル文字ノ用法ハ一定セス陸軍刑法第四十九條ニ於テハ「ホールザッツ」ナル文字ヲ用キタルトモ其他ノ場合ニ於テハ「ホールゼッツリッヒ」(故意ニ)ナル語ヲ用キタリ而シテ又或場合ニ於テハ此文字ニ添フルニ「權利ナクシテ」若クハ「違法ニ」ト云フ副詞ヲ以テシタリ然レトモ余ノ解スルカ如ク故意ハ法律違反ヲ覺知セル意思ナリトスルトギハ此添辭ハ無用ノ冗語ナリ何トナレハ故意ノ行爲ハ皆違法ナラサルヘカラサルヲ以テナリ

故意ハ現行法ニ於テモ重罪、輕罪、違警罪ヲ通シテ違法ノ覺知ヲ要素トス然

レトモ處罰ノ覺知ヲ必要トセス此事タルヤ法律カ認識ノ外更ニ行爲ノ違  
 法ナルコトヲ構成要件トシテ明示シタル場合ニ付テハ之ヲ爭フ者ナシ然  
 レトモ是レ反對論ニ於ケル驚クヘキ矛盾ナリ何トナレハ犯罪ハ違法ナラ  
 サルヘカラスト云ヘルコトハ當然ニシテ之ヲ特ニ明示スルノ必要ナク此  
 不必要ナルコトヲ何等ノ目的ナクシテ或場合ニハ之ヲ明示シ或場合ニハ  
 之ヲ明示セサルハ用語ノ專恣ニ出ツルコト論ヲ俟タスシテ理性アル解釋  
 者ハ之カ爲メニ違法ノ覺知ヲ必要トスル故意ト之ヲ必要トセサル全然異  
 ナリタル故意トノ二種類アルコトヲ信スルヲ得サルナリ加之犯罪ハ違法  
 ナラサルヘカラストノ主張ハ果シテ何等ノ影響ヲ有スルカ立法者ハ決シ  
 テ故意ノ重要ナル徵標ヲ除却セント欲スルノ意ヲ言明シタルコトナシ若  
 シ立法者ニシテ此意思アリトセハ何レカノ場所ニ於テ違法ノ覺知ヲ以テ  
 刑ヲ加重スル原因ノ一トシテ明示シタリシナルヘシ然ルニ斯ル場合アル  
 ヲ發見スルコトナシ尙ホ終ニ法律カ故意ノ意義ヲ一層明瞭ナラシメント  
 シタル場合ハ違法ノ覺知ヲ其徵標トシテ明示シタリ

違法ノ覺知ヲ以テ故意ノ一般的要素トスル學說ノ要旨ハ以上説明スル所ニ  
 依リテ代表セラレタリ蓋シ此學說ノ基ク所ハ所謂法規論ナリ法規論ハピン  
 デイングノ創唱スル所ニシテ其趣旨ヲ見ルニ法益ヲ害スヘカラス若クハ之ヲ  
 危フスヘカラストノ禁令ハ刑法上ニ包含セラル、モノニアラスシテ他ノ法  
 規ニ存スルモノナリ而シテ或行爲カ禁セラレ居ルコト及ヒ其禁令ニ違犯ス  
 ルコトハ犯罪ノ要素トシテ刑法ノ之ヲ創設スル所ニアラス刑法ハ之ヲ前提  
 トシテ刑罰ノ制裁ヲ設ケタルモノナリ故ニ刑法ノ外ニ存スル法規カ行爲ヲ  
 禁シタル範圍外ニ於テノミ此行爲カ刑法ノ範圍ニ屬スヘシ而シテ刑法ノ職  
 分ハ他ノ法律ニ於テ禁セラレタル行爲ニ刑罰ヲ科スルノ權能ヲ國家ニ付與  
 スルノ點ニ於テ盡キタルモノト云フヘシ故ニ先ツ私法國法等ニ於ケル斯ノ  
 如キ禁令命令ヲ探究シ之ヲ發見シタル場合ニ限リテ其違犯ヲ罰スルコトヲ  
 得ヘシ例ヘハ故意ニ人ヲ殺シタル者ハ私法若クハ國法等カ之ヲ違法トシタ  
 ル場合ニ謀故殺トシテ處罰セラルヘシトノ趣旨ナリト云フニアリ此見解ニ  
 依レハ或種ノ行爲カ刑罰ノ制裁ノ下ニ置カレタルコトハ其行爲ヲシテ違法

實習科刑法講演 故意過失ヲ論ス

タラシムルノ原因ニアラス即チ刑罰ヲ以テ制裁セラレタル行爲ナルカ故ニ  
 違法ナルニアラスシテ非刑罰法ノ命令禁令ニ背クカ故ニ違法タルナリ其結  
 果トシテ自己ノ行爲カ刑罰ヲ以テ制裁セラレタルコト即チ刑法ヲ知ルハ故  
 意ノ要素ニアラスト雖モ自己ノ行爲カ命令禁令ニ違反スルコトヲ知ルハ故  
 意ノ要素ナリト論スルモ論理上ノ矛盾ヲ生スルコトナシ故ニ所謂法規說ニ  
 依ルトキハ刑法ヲ知ルコト、違法ヲ知ルコト、ハ之ヲ區別シテ論スルコト  
 ヲ得ヘシ然レトモ立法者ハ或種ノ行爲ニ刑罰ノ制裁ヲ付シ因テ以テ其行爲  
 ヲ禁止セントスルモノニシテ刑罰ヲ以テ制裁セラル、行爲ハ必スシモ他ノ  
 法規ニ於テ禁止セラレアルコトヲ必要トセス否ナ寧ロ幾多ノ行爲ハ刑罰ノ  
 制裁ノ下ニ在ルニ因リテ始メテ其禁止セラレタルモノナルコトヲ知ルヲ得  
 ル場合少ナカラス要スルニ刑法ハ他ノ法律ニ於ケル命令禁令ニ違反スルコ  
 トヲ前提トシテ刑罰ノ制裁ヲ付スルニアラスシテ或種ノ行爲ニ刑罰ヲ付ス  
 ルト共ニ其行爲ハ違法ナルコトヲ示スモノナリ而シテ刑法以外ノ法律ハ或  
 條件ノ下ニ於テ此種ノ行爲カ認許シ若クハ進ンテ命令スルコトニ因リテ其

違法ヲ除却スルコトアルニ過キス故ニ人ヲ殺ス者ハ他ノ法律ニ於テ殺害ヲ  
 禁シタル場合ニ限リテ犯罪者タルヘシト云フヨリハ寧ロ人ヲ殺スモノハ他  
 ノ法律ニテ之ヲ許シタル場合ニ限リテ罪トナスト云フヲ以テ適當ナリト  
 ス故ニ原則上刑罰ノ制裁ノ下ニ在ル行爲ハ違法ナル行爲ナリ或行爲カ刑罰  
 制裁ノ下ニアルコト、違法ナルコト、ハ少ナクトモ或範圍ニ於テハ相合フ  
 ヘキ觀念ナリ換言スレハ違法ナル行爲ハ常ニ刑罰ノ下ニアリト云フヲ得サ  
 ルモ違法ナル行爲ノ或部分ハ刑罰制裁ノ下ニアリト云フコトハ事實ナリ故  
 ニ少ナクトモ此範圍ニ於テハ違法ノ覺知ト刑法ノ覺知トハ區別スルコト能  
 ハサルモノナリ故ニ刑法ヲ知ルコトハ故意ノ要素ニアラスト認ムル以上ハ  
 違法ノ覺知モ亦一般ニハ故意ノ要素ニアラスト云ハサルヲ得サルヘシ

二 特別的要素說

此說ノ要旨ニ曰ク違法ヲ覺知スルコトヲ以テ刑法上ニ於ケル故意ノ一般的  
 要素ナリトスルハ誤レリ寧ロ違法ノ覺知ハ或種ノ犯罪即チ權利若クハ法制  
 ノ侵犯ヲ以テ其特性トセル犯罪ニ於テノミ故意ノ要素タルヘシ例ヘハ多數

ノ財産罪ニ於ケルカ如ク權利侵犯ヲ處罰シ婚姻侵害罪及ヒ國事犯ニ於ケルカ如ク法律上制度ノ侵犯ヲ處罰シ或ハ多數ノ警察犯ニ於ケルカ如ク特定ノ法律規則ニ違反スル勅作ヲ處罰スル場合ノ如キ是ナリ此等ノ犯罪故意ニ出ツルハ犯人カ何等カノ錯誤ニ因リ自己ニ行爲ヲ爲スノ權利アルコトヲ信シタル場合ニハ成立セサルモノトスト此見解ハ獨逸ニ於ケル多數ノ學者ニ採用セラル、所ナリフランクモ亦特別要素說ヲ主張スルカ如シト雖モ一般ノ說ト異ナル所ナキニアラス氏曰ク違法ナルコトカ特ニ犯罪ノ構成要素トシテ示サレタル場合ニハ「違法ナルコト」(Rechtswidrigkeit)ノ意味如何ヲ詮索スル必要アリ此文字ハ權利侵犯ヲ意味スルコトアリ此場合ニハ犯人カ之ヲ覺知スルヲ要ス之ニ反シテ此文字カ法律ニ對スル違反ヲ意味スル場合ニハ更ニ之ヲ區別シテ論セサルヘカラス即チ刑法外ニ存スル命令禁令ニ對スル違反ナルトキハ一般原則ニ從ヒ違法ノ覺知ハ故意ニ屬セサルモノトスヘシ然レトモ此語ハ特別ノ權能アル場合ニハ其行爲カ違法ニアラサルコトヲ示ス爲メニ用キラレタルコトアリ斯ノ如キ場合ニ於テハ本人カ法律ノ錯誤ニ基キ

テ自己カ其權能ヲ有スト認メタルトキハ故意ヲ阻却スルモノト解セサルヘカラス何トナレハ法律ハ自明ノ事ヲ特言シタリト認ムルコト能ハザレハナリト  
 余輩モ特別要素說ヲ至當ナリト信スルモノナリ蓋シ犯罪ハ違法ナルコトヲ要スルハ例外ナキ原則ナルカ故ニ或場合ニ於テハ特ニ「違法ニ」或行爲ヲ爲ス場合ニ犯罪アリトシ他ノ場合ニハ其明示ヲ缺クハ專恣ナリトスル批難亦一理ナキニアラスト雖モフランクノ解釋ハ此批難ヲ容ル、ノ餘地ナキカ如シ我刑法ニ於テハ「違法ニ」ト云フ語句ヲ用キタル所ナシト雖モ「規則ニ違背シテ」  
 「權ニ」程式規則ヲ遵守セシテ「故ナク」等ノ如ク之ニ相當スル語句ヲ或場合ニ限リテ用キタリ故ニ同様ニ解釋スルヲ得ン例ヘハ刑法第二百七十八條ノ罪ノ如キハ違法ノ覺知ヲ必要トス逮捕官吏カ非現行犯ト雖モ合狀ナクシテ之ヲ逮捕スル職權アリト誤解シテ之ヲ實行シタル場合ニハ程式規則ヲ遵守セサルコト即チ違法ナルコトヲ覺知セサルカ故ニ同條ノ罪トナラス又例ヘハ第三百二十二條ノ罪ニ付テハ特ニ權利ナキコトカ構成要件ナルヲ以テ之

ヲ覺知スルノ必要アリ逮捕監禁ノ權利アリト信シタル場合ニハ同條ノ罪ナシ然トモ何レノ場合ニ於テモ自己ノ行為カ刑法ニ違反スルコトヲ知ルノ必要ナシ擅ニ人ヲ逮捕監禁スルモ刑法ニ違反セスト誤信スルコトハ犯人ヲ利スルモノニアラス又違法ナルコトヲ知ラサル爲メ故意ノ阻却セラルハ前説明スル如ク違法ナルコトカ特ニ構成要件トシテ示サレタル場合ニ限ルヲ以テ一般ノ場合ニ付テハ違法ナル行為ヲ違法ニアラスト誤信スルモ故意ヲ阻却スルコトナシ例ヘハ正當防衛ノ状態ナキ場合ニ之アリト信シテ殺傷ヲ行フモ故意ノ殺傷タルコトヲ免カレサルハ既ニ述ヘタル所ノ如シ

### 第二 消極說

法律カ特ニ違法ト云フコトヲ構成要件トナシタル場合ニ限リテハ其犯罪ノ成立上違法ヲ覺知スルコトカ必要ナリ然レトモ此場合ニモ違法ノ覺知ハ故意ノ外ニ獨立シテ存スルモノニシテ故意ノ要素ヲ成スモノニアラスト云フコト消極說ノ要旨ナリ然レトモ構成要件ニ屬スル事情ヲ知ルコトハ其何タルヲ問ハスシテ故意ノ要素ナリ違法ナルコトカ構成要件タル場合ニハ之ヲ知ルコト亦

故意ノ一要素ナリト云フニ於テ不可ナルコトナシ

### 第三節 故意ノ體様

#### 第一 意思ノ動機ヨリ觀察シタル故意ノ體様

普通ノ場合ニ於テハ意思ヲ決定スルニ至リタル動機ハ之ヲ探究スルノ必要ナシ例ヘハ殺人ノ故意ハ人ヲ殺スノ決意ヲ爲シタル時ヨリ存スルモノニシテ其決意前ノ動機ハ故意ニ屬セサルモノトス然レトモ特別ノ場合ニアリテハ法律カ單純ナル故意以上ノ主觀的責任元素ヲ要求スルコトアリ

一 法律ハ動機ノ惡意ナルコトヲ要求スルコトアリ例ヘハ誣告罪ノ如キハ害意ヲ以テ故意ノ要素トス固ヨリ此害意ヲ生スルニ至リタル緣由ハ種々アルヘク之ヲ制限スルノ必要ナシト雖モ要スルニ被害者ニ不利益ヲ被ムラシムルノ意思アルコトヲ必要トス之ニ反シテ殺人ノ場合ニ於テハ斯ル惡意ヲ必要トスルコトナク生命ヲ奪ヒテ現世ノ苦痛ヲ免カレシムルヲ以テ却テ被害者ノ利益ト信シテ之ヲ實行スルモ尙ホ殺人罪タルヘシ

二 法律ハ特別ノ目的ヲ以テ故意ノ要素トナスコトアリ此場合ニ於テハ法律

ハ……ノ目的ヲ以テ……セシコトヲ圖リ……スル爲メ……等ノ語  
 句ヲ用キタリ例ヘハ政府ヲ顛覆シ又ハ邦土ヲ潛竊シ其他朝憲ヲ紊亂セント  
 スルノ目的ナキトキハ内亂罪ナク又事實ヲ隱蔽シテ僞證ヲ爲スモ被告人ヲ  
 曲庇スル爲メニアラサレハ第二百十八條ノ犯罪ナシ要スルニ此場合ニハ犯  
 人ノ得ントシタル結果ハ行爲ノ目的ヲ構成スルモノニシテ犯人ハ此目的ノ  
 爲メニ決意ヲ爲スモノタルコトヲ要ス  
 目的ハ之ヲ緣由ト區別スルコトヲ得ストスレトモ法律上ノ主觀的構成要素  
 タル目的ハ其他ノ目的緣由ト法律上ノ價值ヲ異ニス例ヘハ第二百二十條ノ  
 罪ハ被告人ヲ陷害スルノ目的ニ出ツルコトヲ必要トスルモ犯人カ其目的ヲ  
 有スルニ至リタル緣由カ商敵ヲ倒サンカ爲メナルト將タ從來ノ怨恨ヲ露ラ  
 サンカ爲メナルト其他如何ナル目的ニ出ツルヤハ何等ノ關係ナキモノトスレ  
 法律上ノ要件タル目的ハ決意ノ動機タルコトヲ要ス朝憲紊亂ノ目的ニアラ  
 スシテ多衆ヲ嚙聚シテ暴動ヲ行フ者カ或ハ朝憲紊亂ノ結果ヲ生スルナルヘ  
 シト信スルモ内亂罪タルコトナシ又罪證タルヘキ物件ヲ竊取シテ之ヲ藏匿

六九

スル者カ其結果トシテ或ハ他人カ罪ヲ免カル、コトアルヘシト信スルモ罪  
 證隱蔽罪タルコトナシ要スルニ斯ノ如ク特別ノ目的ヲ必要トセル場合ニハ  
 所謂未必ノ故意ヲ認ムル能ハス  
 然レトモ法律上ノ要素タル目的ハ實際上ニ於テ達セラル、コトヲ必要トセ  
 サルハ固ヨリ論ヲ俟タス苟モ朝憲紊亂ノ目的ヲ以テ暴動ヲ爲シタルトキハ  
 實際上朝憲紊亂ノ結果ヲ生セサルモ内亂罪ノ既遂タルコトヲ妨ケス  
 三 立法者ハ主觀的責任ノ要素トシテ更ニ特殊ナル故意ヲ要スルコトアリ法  
 律的ノ語ヲ以テ之ヲ熟慮ノ故意ト稱ス例ヘハ謀殺罪若クハ豫謀傷害罪ニ於  
 ケル故意ノ如キ是ナリ此種ノ故意ハ熟慮ノ後ニ於テ生スルモノニシテ再考  
 ノ違ナク單ニ感情ノ挑發ヨリ成立シタル故意ニ對立スルモノナリ法律ハ此  
 種ノ故意ヲ以テ最モ重キモノトナシタリ然レトモ近來ノ學者ハ此種ノ故意  
 ヲ以テ常ニ重キモノトナスハ失當ナリト唱フルニ至レリ其趣意ニ曰ク例ヘ  
 ハ一ノ嫖客カ久シク嫉妬ヲ抱キ自己ヲ欺キタル婦人ヲ殺サンコトヲ謀リ偶  
 其婦人ノ爲メニ挑發セラレテ之ヲ殺シタルトキハ謀殺ナリト雖モ抵抗スヘ

實習科刑法講義 故意過失ヲ論ス



カラサル情慾ノ激發ニ刺激セラレタルモノニシテ犯人ノ動機ニ甚タシキ危  
 險ナル非社會的ノ性質ナシ之ニ反シテ犯罪ヲ常業トスル者カ竊盜ヲ爲スカ  
 爲メ他人ノ家ニ忍入りタルニ家人ノ覺リテ之ヲ捕ヘントスルニ際シ鐵棒ヲ  
 以テ家人ヲ毆殺シタリトセハ是レ故殺タルニ過キスト雖モ此犯人ハ最モ危  
 險ニシテ最モ大膽ナルモノナリ果シテ然ラハ犯人ノ動機ニ於テ非社會的性  
 質アルトキハ深思熟慮ノ時間ノ長短ヲ問フノ必要ナカルヘシト蓋シ深思熟  
 慮ノ末尙ホ之ヲ殺スコトヲ敢テスルカ如キハ極メテ冷酷ナル者ニシテ社會  
 ニ對シ頗ル危險ナル人物ナリト云フヲ得ヘシト雖モ所論ノ如ク必スシモ深  
 思熟慮ノ時間ノ長短ノミヲ以テ故意ノ輕重ヲ定メントスルカ如キハ或ハ極  
 端ニ走ルノ感ナキニアラス

第二 認識ノ程度ヨリ見タル故意ノ體様

現今ノ立法ニ於テハ行爲ト結果トノ機械的關聯ノミニ因リテ犯罪ノ責任ヲ定  
 ムルコトヲ以テ満足セス更ニ精神上ノ元素ヲ必要トスルコトヲ原則トセリ從  
 テ犯人カ凡テノ事情ヲ認識スルコトハ主タル責任元素ナリ而シテ此事情ノ認

識ハ一定セル場合ト稍一定セサル場合トアリ即チ行爲者カ或事情ノ存在シ若  
 クハ發生スルコトハ確實ナリト判斷スル場合ト或事情ノ存在若クハ發生カ可  
 能ナリト判斷スル場合トノ二アリ是レ學說上故意ノ程度ヲ區別シテ確定若ク  
 ハ直接ノ故意及ヒ不確定若クハ間接ノ故意トナス所以ナリ

- 一 確定ノ故意 確定ノ故意ハ事情ノ存在若クハ發生カ格段的ニ確實ニ認識  
 セラレタル場合ニ存ス例ヘハ犯人カ自己ノ誘拐セントスル幼者ノ年齢ノ十  
 二歳以下ナルコトヲ覺知セルカ如キ又特定人ノ死カ惹起サル、コト確實ナ  
 リト思惟スルカ如キ是ナリ

- 二 不確定ノ故意 不確定ノ故意ハ或事情ノ存在若クハ發生カ可能ナリト認  
 識セラレタル場合ニ存ス故ニ不確定ノ故意ハ全然不定的ノ觀念ナリトナス  
 ヘカラス事情ノ認識ハ其一定スルコトニ於テ多少ノ程度アルコトヲ妨ケス  
 ト雖モ主要ノ點ニ於テハ一定スルニアラサレハ故意アリト云フヲ得ス  
 不確定ノ故意ヲ分チテ擇一ノ故意及ヒ未必ノ故意トス擇一ノ故意ハ數箇ノ  
 結果カ互ニ除外スヘシト思料サレタルトキ例ヘハ甲者カ乙者カノ一人ニ命

中スルナラント思惟シテ發砲シタル如キ場合ニ存シ未必ノ故意ハ一ノ結果  
 ハ必ス發生スレトモ他ノ結果モ亦恐ラクハ發生スルナラント信セラレタル  
 場合ニ存ス然レトモ學者中擇一ノ故意ヲ不定ノ故意ト稱シ又一般ニ結果ノ  
 發生カ可能ナリト信セラル、場合ヲ汎ク未必ノ故意ト稱スル者少ナカラス  
 否ナ寧ロ此用語ヲ以テ普通ナリトス  
 斯ノ如ク事情ノ存在若クハ發生ヲ可能ナリト信スルコトハ多クノ場合ニ於  
 テハ故意ヲ成立セシムルニ充分ナリ然レトモ特別ノ場合ニハ唯之ノミヲ以  
 テシテハ故意ヲ構成スルニ不充分ニシテ過失ヲ形成スルニ過キサルコトナ  
 キニアラス故ニ未必ノ故意ハ之ヲ故意ト過失トノ間ニ於ケル過渡ノ形態ナ  
 リト云フコトヲ得ヘシ從テ之ニ付テハ學者間議論頗ル多クシテ或學者ハ故  
 意ト過失トノ限界ハ原則上之ヲ確定スルコト不能ナリト云フニ至レリ  
 未必ノ故意ハ純然タル心理的關係ニシテ犯人ノ意思ニ於テハ其事情ノ何レ  
 タルニ拘ハラヌ又如何ナルヘキヤヲ問ハス余ハ其各場合ニ對シテ行爲ヲ爲  
 サント思料セラル、場合換言スレハ事情ノ存在若クハ發生カ確實ナリト認

識セラレタリトスルモ行爲者ハ尙ホ其働作ヲ爲シタルナラント認メラレタ  
 ル場合ニ於テ存スルモノナルカ故ニ學者或ハ未必ノ故意ヲ事情ノ承認ト稱  
 スルコトアリ

以上述フルカ如ク犯人カ事情ノ存在若クハ發生ハ確實ナリ或ハ少ナクトモ可  
 能ナリト斷定シタルコトハ故意ノ要素ナルカ故ニ若シ犯人カ自己ノ熟練又ハ  
 自己ノ僥倖等ヲ恃ミ事情カ發生セサルヘント豫期シタルトキハ事情ノ承認タ  
 モナキモノニシテ故意アリト云フコトヲ得サルモノトス換言スレハ行爲者カ  
 事情ヲ確認シタリセハ其行爲ヲ爲サ、リシナラント認メラルヘキ場合ニハ故  
 意ナキモノトス  
 前ニ説明セル如ク行爲ノ結果ハ行爲者カ其結果ノ發生ヲ確認セル場合ハ勿論  
 之ヲ確認セサルモ可能ナリト認メタル場合ハ行爲者カ故意ニ之ヲ惹起シタル  
 モノトシテ其責ニ歸セシムルヲ得ヘク之ト等シク犯罪ノ構成要件ニ屬スル事  
 情ノ存在ヲ知ラサリシ場合ニ於テモ其存在スルコトノ可能ナリト信シタルト  
 キハ故意ノ犯罪トシテ判斷スルコトヲ得ヘント雖モ其何レノ場合ニ於テモ行

爲者ハ特定セル事情ノ存在若クハ發生ヲ可能ナリト信スルニテサレハ未タ故意アリト云フヲ得ス換言セバ此種ノ行爲ハ恐ラクハ何等カノ結果ヲ生スルナラントノ觀念ヲ有スルノミニテハ未ダ以テ充分ナリトスヘキニアラス必スヤ行爲者ハ特定セル場合ノ特定ノ性質ニ關シテ認識ヲ有スルコトヲ要ス故ニ例ヘハ或者カ旅行中何等カノ不幸ニ遭遇スルナラント豫期シテ之ヲ勸誘シ旅行セシメタル者ハ刑法上ノ意味ニ於テ其實現シタル不幸ノ遭遇ニ關シテ故意アリト云フヲ得サルナリ

三 一般的ノ故意 ト云フ語ハ「ドールス」ノ譯語ナリ而シテ此熟語ハ二様ノ意味ニ於テ用キラル、カ如シ

(イ) 犯人カ既ニ其目的トシタル結果ヲ得タリト誤認シ其犯罪ノ痕跡ヲ蔽ハシカ爲メ次ノ行爲ヲ爲シタルニ實際上ニ於テハ結果カ後ノ行爲ニ因リテ始メテ完了セラレタル場合例ヘハ被害者ヲ殺スノ意思ヲ以テ毆打ヲ加ヘ其一時氣絶セシヲ見テ既ニ死亡シタルモノト誤認シ其犯跡ヲ晦マサンカ爲メ之ヲ水中ニ投入シタルニ被害者ハ之ニ因リテ溺死シタルカ如キ場合

ニ殺人ノ故意ハ後ノ行爲ニモ及フヘキモノニシテ是レ即チ一般的故意ナリト説明セラル蓋シ本例ノ如キ場合ハ結果ノ單一ナルニ依リ單一ノ行爲アルニ過キササルモノニシテ其經過カ犯人ノ重要ナラサル點ニ於テ差異アルニ過キササルヲ以テ殺人既遂ノ一罪アルノミト解釋スルヲ得ヘク之ニ反シテ斯ノ如キ場合ニハ犯人カ依テ以テ被害者ノ死ヲ惹起スヘシト認識シタル行爲ト死其モノトノ間ニハ因果關係ナキカ故ニ故殺未遂ノミニ止マルカ若クハ故殺未遂ト過失殺トノ二罪俱發ナリトノ見解ヲ採ルヲ得ヘシ此二說ノ當否ヲ爰ニ論スルハ其所ニアラスト雖モ前見解ニ依ルトキハ斯ノ如キ場合ニハ普通ノ意味ニ於ケル故意アルニ過キスシテ特ニ一般的故意ナル特殊ノ觀念ヲ認ムルノ必要ナク後ノ見解ニ依レハ斯ノ如キ場合ニ於ケル死ノ結果ヲ犯人ノ故意ニ歸スルコトヲ得ス從テ此意味ニ於ケル一般的ノ故意ハ之ヲ認ムルコト能ハサルニ似タリ

(ロ) 然レドモ犯人カ或結果ヲ他ノ結果ト併セテ認識スル場合例ヘハ斬殺若クハ銃殺ヲ行フ者カ死ナル結果ト創傷ナル結果トヲ併セテ認識スル場合

ニ一般的故意アリト説明スル者アリ此意味ニ於テハ一般的故意ヲ認ムルモ不可ナキカ如シ何トナレハ斯ノ如キ場合ニハ事物自然ノ經過ニ於テ創傷ヲ生スルコト明白ナルヲ以テ苟モ心神ニ障害ナキ限リハ當然之ヲ認識スレハナリ從テ此種ノ故意ハ或學者ノ説明スルカ如ク不確定ノ故意ノ一種ニアラスシテ寧ロ確定ノ故意ノ一種ト見ルヲ適當トス然レトモ其何レニ屬スルヲ問ハス苟モ之ヲ認ムルコトヲ得ルモノトセハ例ヘハ數撃ノ下ニ人ヲ殺スノ意思ヲ以テ既ニ一刀ヲ加ヘタル後驟然悔悟シテ自ラ其行爲ヲ中止シタル者ハ殺人未遂トシテ之ヲ罰スル能ハサルハ勿論ナルモ故意ノ歐打創傷トシテ之ヲ論スルコトヲ得ヘキナリ

第四節 錯誤

事情ノ認識ハ故意ノ一要素ナルヲ以テ事情ノ認識ヲ缺クトキハ故意アルコトヲ得ス此認識ノ欠缺ニ因リ故意ヲ阻却スル場合ニアリ曰ク事情ニ付キ何等ノ觀念ナキ場合例ヘハ「ピストル」ノ試験ヲ爲ス爲メ之ヲ發射シタルニ偶人ニ命中シタルカ如キ曰ク事情ニ付テ觀念アルモ其觀念カ實際ノ事情ト一致セサル場合例ヘハ

獵師カ遠方ニ在ル人ヲ鹿ナリト誤認シテ之ヲ射殺シタルカ如シ是ナリ狹義ニ於テハ後ノ場合ニ於テノミ錯誤アリト云フヲ得ヘキモ故意ヲ阻却スル原因タル點ニ於テハ二者毫モ異ナルコトナシ故ニ此二箇ノ場合ヲ總稱シテ廣意ノ錯誤トナスコトヲ得ヘシ而シテ錯誤ハ故意ノ體様ニアラスシテ故意ノ有無ニ關スル適用問題タルコト以上説明スル所ニ依リテ明カナリ  
 錯誤ハ單ニ事情ノ不知ヲ生セシムルモノトシテ觀察セラルヘキモノナルヲ以テ其錯誤カ過失ニ基クヤ否ヤハ故意ヲ阻却スル效果ニ付テ何等ノ影響ヲ及ホスモノニアラス從テ稍深キ程度ノ注意ヲ用キタリセハ此錯誤ニ陷ルコトナカリシモノナリトノ理由ヲ以テ故意ノ存在ヲ認ムルコト能ハサルモノトス但錯誤カ過失ニ基クトキハ過失犯ノ問題ヲ生スルコトアルヘシ  
 錯誤ハ之ヲ法律ノ錯誤ト事情ノ錯誤トニ區別スルコトヲ得ヘシ後者ハ故意ヲ阻却シ前者ハ否ラス

第一 法律ノ錯誤トハ事情ノ不知ヲ生セサル法律上ノ錯誤ナリ

(甲) 犯人カ其行爲ニ付キ刑罰法ノ有無及ヒ適用ヲ誤認スルコトハ法律ノ錯誤

ノ主タル場合ナリ例ヘハ軍機ヲ敵國ニ漏泄スルモ此行爲ヲ罰スル法律アル  
 コトヲ知ラサルカ如キ又ハ殺人ニ關スル法文ハ病人ノ苦痛ヲ減スルカ爲メ  
 ニ之ヲ殺シタル場合ニ適用ナシト誤認スルカ如キ是ナリ凡ソ此種ノ錯誤ハ  
 刑法上何等ノ關係ナキカ故ニ特別ニ刑罰規定ノ存在ヲ知ルコト絶對ニ不能  
 ナリシ場合例ヘハ犯人カ久シク外國ニ生活シ其本國ニ歸リタルトキ新法ノ  
 公布ヲ聞知セサル場合ニモ特別ノ例外規定ナキ限リハ其不知ヲ理由トシテ  
 故意ナカリシコトヲ主張スル能ハス之ニ反シテ一般ニ不道德ナル行爲ナル  
 ヲ以テ行爲者カ罰セラルヘキ行爲ナリト信スルモ法律ノ規定ナキトキハ罪  
 トナルモノニアラス所謂想像的犯罪是ナリ

(乙) 犯人カ非刑罰法ニ基キ其行爲ヲ爲ス權能ナキ場合ニ於テ之アリト誤信シ  
 タル場合ノ如キハ法律ノ錯誤ニシテ故意ニ影響ヲ及ボサ、ルヲ原則トス例  
 ヘハ捕縛サレタル盗人ヲ懲戒スルハ民法上許サレタル行爲ナリト信シテ之  
 ヲ毆打シタル者ハ故意ノ毆打罪タルヲ免カレス又法令上認めラレタル權能  
 ノ範圍ヲ誤解スルモ故意ヲ阻却セサルモノトス例ヘハ親權者カ子ヲ癡疾ニ

致シ若クハ之ヲ殺スモ懲戒權ノ範圍内ナリト誤信シタルカ如キハ故意ニ影  
 響ヲ及ボサ、ル非刑罰法ノ錯誤ナリ然レトモ事情ノ不知ヲ生セシムル法律  
 上ノ錯誤ハ其刑罰法ニ關スルト非刑罰法ニ關スルトト問ハス故意ヲ阻却ス  
 ヘシ例ヘハ逃走ノ囚徒ナリヤ否ヤ監視ニ附セラレタル者ナリヤ否ヤヲ知ル  
 コトハ刑法ノ智識ニ關スルモノナリト雖モ同時ニ事情ニ關スルモノニシテ  
 其不知ハ即チ事情ノ不知ナルヲ以テ故意ヲ阻却スルコト疑ナシ故ニ一般ニ  
 非刑罰法ニ關スル錯誤ハ故意ヲ阻却シ刑罰法ニ關スル錯誤ハ故意ヲ阻却セ  
 スト説明シ之カ例外ヲ認めサルハ誤謬ナリトス

第二 事情ノ存在若シハ發生ニ關スル錯誤ハ故意ヲ阻却スルヲ通則トス  
 例ヘハ十二歳以下ノ幼者ヲ十二歳以上ナリト誤信シテ誘拐スルモ誘拐罪ヲ構  
 成セス然レトモ故意ハ因果連鎖ノ進行スル微細ノ點ニマテ及フコトヲ必要ト  
 セス從テ犯人カ觀念シタル事情ト實際上ノ事情トカ總テノ微細ナル點ニ至ル  
 マテ完全ニ相一致スルコトヲ必要トセサルヲ以テ斯ル微細ノ點ニ於テ錯誤ア  
 リトスルモ故意ヲ阻却スルコトナシ故意ヲ阻却スヘキ事情ノ錯誤ハ法律上犯

罪構成要件ニ關スルコトヲ以テ必要且充分ナル制限ナリトス故ニ例ヘハ甲カ  
 乙ヲシテ溺死セシメントシテ橋上ヨリ投下シタルニ乙ハ橋桁ニ觸レ頭蓋ヲ破  
 碎シテ死ニ至リタルカ如キ場合ニ於テモ故意ヲ阻却スルコトナシ又例ヘハ丙  
 カ其不俱戴天ノ敵丁者ヲ殺サント欲シ暗夜誤テ自己ノ子ヲ殺シタル如キ場合  
 ニモ故意ノ殺人ナリト云フヲ妨ケス蓋シ殺人ノ故意ハ客體カ人ナルコト及ヒ  
 自己ノ働作ヨリ其人カ死スヘキコトヲ知リツ、働作ヲ爲スコトニ決意スルヲ  
 以テ充分タルヘキモノニシテ其以上ノコトニ關シテ知ルヲ要セサレハナリ此  
 見點ヨリシテ所謂客體ニ關スル錯誤及ヒ打撃ニ關スル錯誤ノ場合ヲ説明スル  
 コトヲ得ヘシ

(甲) 客體ニ關スル錯誤 ハ結果カ犯人ノ目撃セル客體ニ付テ生シタルモ其客  
 體カ犯人ノ觀念シタルモノト異ナリタル場合ニ存スルモノトス此錯誤ハ其  
 二箇ノ客體カ當該犯罪ノ概念ニ對シテ刑法上同様ノ價值性質ヲ有スル場合  
 ニハ重要ナラサルモノニシテ故意ヲ阻却スルコトナシ例ヘハ甲ヲ殺スモノ  
 ト信シツ、乙ヲ殺シタル場合ノ如キ是ナリ又例ヘハ自己ノ差入レタル借用

證書ヲ盜マントシテ他人ノ系譜本ヲ盜ミタル場合ノ如キ固ヨリ前例ト區別  
 スルノ理由ナシ之ニ反シテ二箇ノ客體カ法律上ノ關係ヲ異ニスル場合ハ故  
 意ヲ阻却スルコトアリ例ヘハ甲カ自己ノ子乙ヲ懲戒スルモノト信シテ丙ナ  
 ル他人ヲ毆打セル場合ノ如キハ親權者ニ對スル子ノ關係ハ法律上他人間ノ  
 關係ト其價值ヲ異ニシ他人ナリト云フ事情ト親子ナリト云フ事情トハ懲戒  
 權ノ範圍ニ屬スル毆打ヲシテ罪ヲ構成セシムルト否ラサルトノ差異ヲ生セ  
 シムルコト恰モ物カ他人ノ所有物タルト自己ノ所有物タルトノ關係ニ等シ  
 キヲ以テ自己ノ子ナリト信スルトキ即チ他人ナルコトヲ知ラサルトキハ犯  
 罪ノ構成要件ニ屬スル事情ヲ知ラサルモノニシテ故意アリト云フヲ得ス

(乙) 打撃ニ關スル錯誤 ハ結果カ犯人ノ目撃セサル而モ犯人ノ觀念シタルト  
 異ナリタル客體ニ付キ生シタル場合ニ於テ存スルモノニシテ此場合ニモ其  
 二箇ノ客體カ法律上ノ價值ヲ等ウスルトキハ故意ヲ阻却スルコトナシ例ヘ  
 ハ甲カ乙ヲ殺スノ意思ヲ以テ之ニ向テ發砲シタルニ其狙撃外レテ甲ノ目的  
 トセサル丙ヲ殺シタル場合ノ如シ此場合ニ於テハ故意ノ殺人未遂ト過失殺

人トノ想像上ノ俱發ナリト論スル者アリト雖モ獨逸ニ於ケル多數ノ學者ハ此場合ニ故意ノ殺人既遂アリト主張セリ我刑法上所謂誤殺ハ此場合ニ相當スルヤ將又客體ニ關スル錯誤ノ場合ニ相當スルヤハ學者間ニ議論アリト雖モ余輩ハ打擊ニ關スル錯誤ノ場合ナリト信スルモノナリ

以上ハ錯誤カ故意ノ全部ヲ阻却スル場合ニ關スル説明ナリト雖モ錯誤カ刑ヲ加重スル事情ニ關スル場合ニモ同様ノ見地ヨリシテ其重キ部分ニ付キ故意ヲ阻却ス例ヘハ被害者カ自己ノ尊屬親ナルコトヲ知ラサリシトキハ故意ノ殺親罪トナラスシテ普通ノ殺人罪タルニ過キス

事情ニ關スル錯誤ト雖モ實際存在セサル構成要件若クハ加重條件ノ存在スト誤信スルモ刑法上ノ效果ヲ生スルコトナシ例ヘハ無主物ヲ他人ノ物ト思料シ之ヲ占有シタル場合ノ如シ此場合ニハ不能犯ヲ生スルモノナリト論スル學者ナキニアラスト雖モ余ハ之ヲ想像的犯罪ノ一場合ナリト解ス

### 第三章 過失

#### 第一 過失トハ何ソヤ

- 一 所謂法規説ヲ主張スル者殊ニベンディングノ見解ニ依レハ違法ヲ覺知セサル意思ヲ過失ナリトス
  - 二 故意ニ關シテ所謂意思主義ヲ採ル學者ノ見解ニ依レハ過失ハ犯人カ直接若クハ間接ニ欲シタルニアラサルモ防止スルコトヲ要シ且防止スルコトヲ得ヘカリシ結果ヲ發生セシメタル行爲アル場合ニ存スル主觀的責任ナリトス例ヘハマイヤー、ガロー、ブリンズ等ノ見解即チ是ナリ
  - 三 所謂認識主義ヲ採ル學者ノ見解ニ依レハ過失トハ豫見スルコトヲ要シ且豫見スルコトヲ得ヘカリシ犯罪實素ヲ豫見セサルコトヲ謂フ例ヘハホンリ、ストノ如キハ此趣旨ノ定義ヲ與ヘタリフランクハ一層廣キ定義ヲ下シタルモ畢竟同一ニ歸著スルモノ、如シ
- 余輩ハ故意ニ關シテ所謂法規説ヲ採ラス又純然タル意思主義ニ依ラス寧ロ認識主義ニ從フノ結果以上三箇ノ見解中最後ノモノヲ以テ適當ナリト信ス然レトモ其何レノ見解ヲ採ルモ次ノ要件ハ過失ノ成立要素ナリト云フヲ得ヘシ
- (甲) 犯人ニ於テ豫見スルコトヲ要シ且豫見スルコトヲ得ヘカリシ事情アルコ

(乙) 犯人ノ不注意ニ因リ其豫見ノ欠缺シタルコト

第二 (一)過失ハ義務ニ違背シタル豫見ノ欠缺ナリ豫見スル義務ナキ事情ヲ豫見セサルモ過失アリト云フヲ得ス刑法上ニ於テ豫見スルコトヲ要スル事情ハ畢竟犯罪實素ニ屬スル事情ナリ(二)豫見スルコトヲ要スル事情ナリト雖モ之ヲ豫見スルコトヲ得ル場合ト豫見スルヲ得サル場合トアリ過失ハ豫見スルコトヲ要シ且相當ナル思慮ヲ施サハ豫見スルコトヲ得ヘカリシ事情ヲ豫見セサル場合ニ存スルモノトス其豫見スルコトヲ得サリシ場合ニハ不可抗力ト見ルノ外ナキヲ以テ豫見ノ欠缺ヲ行爲者ノ責ニ歸スルコトヲ得ス

第三 (一)不注意トハ豫見ノ能力ヲ充分ニ活動セシメサルノ謂ニシテ事情ニ付テ觀念ヲ有セス(懈怠)若クハ事情ニ付テ多少ノ觀念ヲ有シタルモ事情カ恐ラク存在セス又ハ發生セサルヘシト誤認スルコト(疎虞)ヲ意味スルモノナリ例ヘハ空銃ナリト信シ戲ニ人ニ對シテ之ヲ擬シタルニ偶、彈丸ノ裝填アリシ爲メ其人ヲ殺シタル場合若クハ往來ヲ檢察セスシテ窓ヨリ石ヲ投シ因テ人ヲ傷ケタル場

合ハ懈怠ナリ又獵師カ山鳥ヲ射獲セントスルニ際シ其獲物ノ傍ニ人アルヲ知ルモ自己ノ熟練ハ能ク害ヲ生スルコトナカルヘシト信シ發砲シタルニ偶、之ヲ傷ケタル場合ノ如キハ疎虞ナリ懈怠疎虞共ニ意思ノ責任タルニ於テ差異アルコトナシ從テ懈怠ヲ覺知セサル過失(Undbewusste Fahrlässigkeit)ト稱シ又疎虞ヲ覺知セサル過失(Bewusste Fahrlässigkeit)ト稱シテ覺知セル過失ハ重キモノニシテ覺知セサル過失ハ輕キモノナリトスル(例ヘハベルネル、プリンス)區別ヲ認ムヘキニアラサルナリ殊ニ我現行刑法上ニ於テハ斯ノ如キ區別ヲ認ムヘキ何等ノ根據ナキカ如シ(二)豫見ノ欠缺セル場合殊ニ疎虞ハ所謂未必ノ故意ニ近シ然レトモ決シテ之ヲ混同スヘキモノニアラス未必ノ故意ニアリテハ犯人カ事情ノ存在若クハ發生ヲ可能ナリト信スルモノニシテ即チ事情ヲ承認スルナリ疎虞ニアリテハ事情ノ存在若クハ發生ヲ否認スルモノナリ故ニ故意ト過失トノ本質上ノ差異ハ認識ノ有無ニアリ直接若クハ間接ニ結果ヲ欲シタルト否トヲ以テ兩者區別ノ標準ナリトスルヲ得ス例ヘハ驛長カ發車ノ信號ヲ爲スニ當リ其線路ニ故障アル爲メ多少危険ノ生スヘキコトヲ豫見セサルニアラサルモ尙ホ進



行ノ信號ヲ爲シ爲メニ流車ノ顛覆ヲ惹起シタル場合ノ如キハ其顛覆ヲ欲セザリシトキト雖モ必ス故意アリト云フヘク之ヲ過失ナリト云フヘカラス

第四 或事情カ豫見スルコトヲ得ルモノナリヤ否ヤハ智慮經驗ノ如何ニ依リ其判斷ヲ異ニスヘキ問題ナリ例ヘハ或事情ハ智識經驗等ノ豐富ナル者ニ於テハ容易ニ之ヲ豫見スルコトヲ得ヘキモノナルモ普通一般ノ人ニアリテハ之ヲ豫見シ得サルコトアリ又普通一般ノ人ニアリテハ之ヲ豫見シ得ヘキモノナルモ凡人以下ノ智慮經驗足ラサル者ニアリテハ之ヲ豫見スルコト能ハサルモノアルカ如シ是ニ於テカ豫見セラレザリシ事情カ如何ナル程度ノ智慮經驗ニ基キ可能ナル注意ヲ用キレハ豫見シ得ヘカリシモノナルトキニ過失アリト云フヲ得ルカ換言スレハ過失ノ有無ハ如何ナル智慮經驗ヲ標準トシテ之ヲ決スヘキモノナルカノ問題ヲ生ス而シテ此問題ニ關シテハ次ノ三説アリ

甲説 一依レハ本問ハ之ヲ抽象的ニ決セサルヘカラス即チ普通一般ノ人ノ智能ヲ標準トシテ判斷セサルヘカラス例ヘハ洋燈ヲ天井ニ接近シテ懸ルノ危険ナルコトハ普通一般ノ智能ヲ標準トシテ判斷スルトキハ豫見シ得ヘキコトナ

リ故ニ犯人カ愚昧ニシテ之ヲ豫見スルノ能力ナク且豫見セザリシ場合ト雖モ尙ホ過失アリト云フヘシ之ニ反シ普通一般ノ智能ヲ標準トシテ判斷スルトキハ豫見シ得ヘカラザリシモノナルトキハ凡人以上ノ智慮經驗ヲ有スル者カ之ヲ豫見セザリシ場合ニモ過失アリト云フヲ得サルモノトス

乙説 一依レハ具體的ニ本人ノ智能ノミヲ標準トシテ過失問題ヲ決スヘキモノトス故ニ此説ノ見地ヨリスレハ本人ノ智慮經驗ノ範圍内ニ於テ豫見シ得ヘカラザリシモノナルコトハ過失ヲ阻却スルニ充分且必要ナリト見ルヘク普通一般ノ人ノ智能ノ程度ヲ以テ標準トナスコト能ハサルナリ

丙説 一依レハ行爲ヲ爲スニ際シ要スル注意(Vorsicht)ノ程度ハ一般的ニ所爲ノ客觀的性質ニ基キテ定マリ所爲者ニ存スル特別ノ性質ニ關係スルモノニアラスト雖モ所爲者カ結果ヲ其行爲ノ效果トシテ豫見スルコトヲ得ヘカリシヤ否ヤヲ判斷スルニハ一般ニ所爲者ノ精神上ノ能力並ニ所爲ノ瞬間ニ於ケル精神上ノ能力例ヘハ挑發ヲ受ケタルコト酌量セルコトヲ基礎トシ又所爲者ノ聰慧ノ多少ヲ斟酌シテ主觀的ニ各箇的ニ之ヲ定ムルコトヲ要スルモノトセリ

以上三說中甲說ハ民事上ノ責任問題ニ關シテハ多數立法例ニ認メラル、所ニシテ我民法モ亦此見解ヲ容ル、カ如シト雖モ刑事上ノ責任問題ハ全然本人ノ主觀方面ヲ離レテ之ヲ判斷スヘキモノニアラサルカ故ニ茲ニ用フヘカラサルモノナリ乙說ハ刑事責任ノ性質上ヨリ觀察スレハ正當ナリト雖モ獨リ此標準ノミニ依ルトキハ平素知慮經驗等ニ富メル者ハ普通一般ノ者ヨリモ屢多クノ刑事責任ヲ負擔セサルヘカラサルカ如キ不公平ナル結果ヲ免カレサルカ故ニ未タ盡セリト云フヲ得サルカ如シ丙說ハ折衷的ノ標準ヲ採レルモノニシテ其趣意ハ可ナリト雖モ注意ノ程度ト豫見ノ程度トヲ斯ノ如ク區別シ得ヘキカハ吾輩ノ疑問トスル所ナリ本說ニ所謂注意ノ程度ハ一般的ニ客觀的ニ定マルトハ如何ナルコトヲ意味スルカ察スルニ例ヘハ狂犬猛獸等ニ對シテハ繫鎖ヲ施スコトハ一般普通ノ人トシテ爲スヘキ注意ナリ又烟火爆竹等ヲ弄スルニハ人家稠密ナラサル場所ヲ選フコトハ普通ノ人ニ於テ爲スヘキ程度ノ注意ナリト云フ如キ趣意ナルヘシ蓋シ斯ノ如キ意味ニ於テハ注意ノ程度ハ客觀的ニ且一般的ニ定マルリト云フコトヲ得ヘキハ疑ナシ然レトモ此意味ニ於ケル注意ノ

存セサルコトハ過失其モノ、意義ニ關係ナシ即チ斯ル注意ノ欠缺スルコト其レ自身ハ過失其モノ、要素ニアラス過失ハ斯ル注意ノ欠缺ヨリ生スル結果ハ犯人及ヒ普通一般ノ人ニ於テ之ヲ豫見シ得ヘカリシニ拘ハラス犯人之ヲ豫見セサリシト云フ點ノミニテ成立ス而シテ斯ノ如ク豫見シ得ヘカリシニ拘ハラズ豫見セサリシ爲メ繫鎖ヲ施サスシテ狂犬猛獸等ヲ放チタルカ如キハ過失ノ前提タル意思活動ニシテ過失其モノニアラス  
吾輩ノ所見ヲ以テスレハ過失ノ有無ハ注意ノ程度ト豫見ノ程度トヲ區別シテ折衷的ニ之ヲ決定スルコト能ハサルハ上述ノ如シ是レ一般ノ學者カ過失論ニ於テ注意ノ程度如何ト云フ問題ヲ表示スルニ拘ハラズ吾輩ハ事情カ豫見シ得ヘカリシモノナルヤ否ヤヲ判斷スルノ標準如何ト云フ形式ニ於テ論述ヲ試ムル所以ナリ然レトモ豫見ノ程度ハ之ヲ主觀客觀ノ兩方面ヨリ折衷的ニ定ムルヲ至當ナリトス即チ

(イ) 事情カ豫見シ得ヘカリシモノナルヤ否ヤハ本人ノ智能ヲ標準トシテ之ヲ判斷スルヲ原則トス此原則ニ照シテ豫見シ得ヘカラサリシモノナリト判斷



ハ第三百十七條ナリ同條ニハ規則慣習ヲ遵守セスシテ過失ニ因リ人ヲ死ニ致シタル者ハ云々トノ文句アリ或學者ハ之ヲ解釋シテ規則慣習ハ國民トシテ之ヲ知ルヘキ義務アリ法律ハ各人之ヲ知レリト看做サ、ルヘカラス故ニ之ヲ知ラサルハ過失ナリ從テ過失ニ因リ規則慣習ヲ遵守セサル行為ノ結果トシテ死傷ヲ生シタルトキハ過失殺傷罪アリト云フカ如キ趣意ノ規定ナリトセリ此解釋ハ謬ナリ自己ノ行為カ規則慣習ニ反スルコトヲ知ルト知ラサルトヲ問ハス苟モ其行為ニ因テ死傷ヲ生スヘキコトヲ知ルトキハ故意ノ殺傷ニシテ過失殺傷ト云フヲ得サルナリ故ニ此語句ハ死傷ノ結果ヲ生スヘキコトヲ豫見セスシテ規則慣習ニ反セル行為ニ因リ此等ノ結果ヲ生セシメタル者ハ其結果ヲ豫見セサルコトカ不注意ニ依ルト否トヲ問ハス常ニ過失殺傷罪ヲ以テ論スヘキコトヲ規定シタルモノト云ハサルヘカラス然レトモ此概括的推定ハ單ニ殺傷ノミニ關スルモノニシテ一般ノ過失犯ニ通スヘキ總則的規定ニアラサルコトヲ注意スヘシ或學者カ第三百十七條ヲ以テ一般的ニ過失ノ意義ヲ示シタルモノト解釋セルハ誤解ナルカ如シ故ニ例ヘハ警察規則ヲ遵守セサルコト其レ自體

ニ於テ本人ヲシテ過失ノ結果ニ對スル責ヲ負ハシムヘキ原因タリト云フハ過失殺傷ノミニ關シテ主張シ得ヘキコトナリト雖モ一般的ニ採用セラルヘキ見解ニアラサルナリ

第六 過失アル場合ニ於テハ從來多ク無意犯ナル熟語ヲ用キタリ此用語ハ精確ニアラス立法者ハ有意行為ノ結果ニアラサレハ之ヲ罰セス意思ナキ舉動ハ偶然ノ出來事ニシテ其結果ハ何人ノ責任ニモ歸スルコトヲ得ス心理學的ニ説明スレハ過失ハ意思ノ缺乏ニアラスシテ智識及ヒ豫見ノ缺乏ナリ(ガロープレシ  
一八九〇三年)

出版一六  
四頁參照

第七 過失ハ各種ノ犯罪ニ付テ之ヲ想像スルヲ得ヘシ而シテ立法論トシテハ各種ノ犯罪ヲ通シテ過失犯ヲ認ムルコト必スシモ絶對的不利益ニアラサルヘシ何トナレハ各個人ハ之カ爲メニ自ラ其注意ヲ慎重ニセサルヘカラサルヲ以テ過失犯ヲ減少セシムルノ一政策タルヲ認メ得ヘケレハナリ然レトモ是レ唯想像上ノ政策タルニ止マリ決シテ實行シ能フモノニアラス蓋シ聖人ト雖モ過失アルヲ免カレス況ヤ凡人ニ於テオヤ治者ハ不能ヲ以テ被治者ヲ責ムヘキニア

ラサルナリ是ニ於テカ立法者ハ社會的秩序ノ維持上必要ナル範圍ニ於テノミ過失ヲ罰スヘキモノトシ刑罰ヲ正當タラシムル程ニ重大ナラサル過失ニ付テハ刑罰ヲ以テ之ニ臨マサルヲ古今ノ例トス我現行刑法ニ於テハ懈怠ニ因リ囚徒ノ逃走ヲ覺ラサル場合過失殺過失傷失火出水及ヒ違警罪ノ或部分ニ付キ過失ノ犯罪ヲ認メタリ但特別法中ニハ過失犯ヲ罰スルモノ少ナカラス獨逸刑法典ニ於テハ我刑法ニ於ケルヨリ多數ノ過失犯ヲ認メタリ之ニ反シテ通説ニ依レハ羅馬法ニ於テハ過失殺失火過失ニ因リテ囚徒ヲ逃走セシメタル場合ノミヲ認メタリト云フ

第八、然レトモ法律ハ主觀的責任ノ方面ニ付テハ故意ヲ必要トスルヤ又過失ヲ以テ足レサトスルヤヲ明言セサル場合多シトス斯ル場合ニ於テハ故意ノ行爲ノミヲ罰スヘキカ將又過失ニ基クモノヲモ罰スヘキカノ解釋問題ヲ生スヘシビンヂング氏ハ此問題ニ付テ次ノ如キ説明ヲ下シタリ曰ク

(イ) 法律カ其特ニ明言シタルモノヨリモ廣ク過失ヲ罰セント欲シタリセハ過失殺傷失火失水等ノ如ク其處罰ニ付テ沿革上何等ノ疑ナキ場合ニ於テ特ニ

之ヲ明言スルヲ要セザリシナルヘク之ニ反シ例ヘハ重婚ノ如ク現今一般ノ思潮ニ於テ其過失ノ處罰スヘカラサルコトヲ認メラル、場合ニ於テハ過失ヲモ處罰スルコトヲ特ニ明示セザルヲ得ザリシナラシ然ルニ法文ハ全ク之ト反對ノ方法ヲ採レリ

(ロ) 法律ハ處罰スヘキコトヲ特ニ言明シタル凡テノ過失犯ニ輕罪刑ヲ科シ就中其最モ重ナルモノ即チ單純過失殺ニ對シテスラ一日以上三年若クハ五年以下ノ重禁錮ヲ科シタルニ過キス(日本刑法ニ於テハ單純過失殺即チ他ノ重罪輕罪ヲ犯スニ因リテ生スル以外ノ過失殺ニ對シテハ二百圓以下ノ罰金刑ヲ科スルニ過キス)而シテ過失ヲ罰スヘキ明文アル凡テノ場合ニ於ケル自由刑ノ最短期ハ皆一日ナリ(日本刑法ニ於テハ罰金二圓故ニ知ル少ナクトモ刑カ一日ノ禁錮ヨリモ長キ最短期ヲ有スル重罪刑若クハ輕罪刑ナル場合ニ於テハ過失犯ノ常ニ罰セラルヘキモノニアラサルコトヲ

(ハ) 法律ハ其過失犯ヲ罰スヘキコトヲ言明セル場合ニ於テ故意ト過失トヲ同一刑ノ下ニ規定セルコトナシ蓋シ故意ト過失トノ間ニ於ケル主觀的差異ハ

單ニ酌量ノ理由タルニ止マルコトナキカ故ナリ

(三) 總テノ警察犯或ハ少ナクトモ所謂違警罪ニアリテハ故意ト過失トヲ區別セストノ説ハ全ク根據ナキノ論ナリ獨逸刑法典ハ警察犯ニアリテハ主觀的責任ヲ要素トセストノ佛派ノ學說ヲシテ薄弱ナラシムルモノナリ其第三百六十條以下ヲ仔細ニ觀察セハ法律ハ多數ノ場合ニ於テ專ラ故意ノミヲ罰セント欲シタルコト疑ナキヲ發見スヘシ而シテ其過失ヲモ共ニ罰スヘキコト疑ナキ場合ハ寧ロ之ヲ特示的ニ規定シタリ

以上述フル所ニ因リ次ノ結果ヲ得ヘシ

- 一 現行法ニ於テハ過失犯ナルモノハ法律カ之ヲ言明シタル場合若クハ解釋上誤解ナキ場合ニ限り之ヲ處罰ス
- 二 或條文ニ於テ全ク主觀的責任ヲ示サルカ若クハ解釋上疑ヲ容ルヘキトキハ故意ノ行爲ノミ之ヲ處罰ス又違警罪ノ場合ニモ法律カ過失ヲ罰スヘキコトノ解釋上明瞭ナラサル場合ハ法律ハ故意ヲ必要トシタルモノト解スヘキナリ

ト吾輩ハ其正解タルヲ信スルナリ

第九 現行法上處罰スヘキコトヲ言明シタル過失犯ニ付テハ左ノ問題ヲ生ス

- 一 過失ハ所謂實害罪ノミニ限ルヤ 此問題ニ付キ肯定的ノ斷案ヲ下ス者アリト雖モ正當ナリト云フヲ得ス所謂危險罪ノ場合ニモ過失犯ノ認メラレタルコトハ刑法第四百二十六條第七號第八號ノ場合ニ付テ之ヲ見ルモ疑ナカルヘシ發狂人ノ看守ヲ怠リ路上ニ徘徊セシムルコト若クハ狂犬猛獸ノ繫鎖ヲ怠リ路上ニ放ツコトハ其レ自體ニ於テ實害的結果ヲ有スルニアラスシテ實害ヲ生スル虞(危險)アルカ爲メニ禁止セラレタル行爲ナリ而シテ此等ノ行爲カ過失ノ場合ニモ罰セラルハコトハ解釋上一點ノ疑ナシ

- 二 過失ハ犯人自身ノ引責能力ニモ關係スルヤ 蓋シ犯人ニ於テ自ラ引責能力ナシト誤信スルコトハ故意ノ意義ニ關係ナキカ如ク亦過失ノ意義ニモ何等ノ影響ヲ及ホスモノニアラス何トナレハ犯罪ノ構成要件ニ屬セサル事情ナレハナリ然レトモ犯人カ自己ノ過失ニ因リテ引責無能力ノ狀態ニ陥リ而シテ此事カ現在ノ狀況ノ下ニ於テ其發生シタル結果ニ付キ過失ナリト看做

サル、場合ニハ其結果ヲシテ本人ノ過失ニ歸スルコトヲ得ヘシ而シテ此點ハ犯人カ故意若クハ過失ニ因リ無知覺ノ状態ニ陥リテ罪ヲ犯シタル場合ノ有罪ナリヤ又無罪ナリヤノ問題ト直接ノ關係ヲ有スルカ故ニ此問題ニ對シ最モ簡潔ニ説明シタルベルネル及ヒオルスハウゼン二氏ノ見解ヲ示サン

(甲) ベルネル曰ク自己ノ責ニ歸スヘキ酩酊状態ニ於テ犯罪ヲ犯ス者アルトキハ其行爲カ既ニ酩酊状態前ニ存シ而シテ唯其結果ノミカ酩酊状態中ニ發生セシヤ否ヤノ點ヲ明カニスルノ必要アリ此點カ肯定セラル、場合ニハ行爲ハ無知覺状態ニテ犯サレタルモノト云フコトヲ得ス例ヘハ犯人カ故意ニ自ラ酩酊状態ヲ招キ其醉體ヲ犯罪の決心ノ機械ニ供シタルカ如キ場合ニ於テ殊ニ然リトス斯ノ如キ事實ハ犯人カ刑法上命セラレタル義務ノ履行ヲ怠ル爲メ自ラ無知覺状態ニ陥リタル場合ノ如キ不作爲犯ニ付キ最モ生シ易キ所ナリ然レトモ犯人カ酩酊状態ニ於テ既ニ添寢セル小兒ヲ壓殺センカ爲メ自ラ酩酊シタルカ如キ場合ニハ行犯タルヘキナリ理性ニ適セル實例ニ於テハ犯罪決行ニ付キ勇氣ヲ鼓舞センカ爲メ酒精ヲ飲用シ

テ無知覺状態ニ陥リ最初ノ計畫ニ從ヒ其決心ヲ遂行シタルカ如キ場合モ亦此ニ例ナリトセリ  
過失ニ因リ酩酊状態ニ陥リタル場合ニ於テモ犯罪行爲ハ既ニ其酩酊状態前ニ存在スルコトヲ得ヘシ既ニ飲酒者カ犯罪の結果ノ發生ノ不能ナルコトヲ豫見シタル場合或ハ豫見スルコトヲ要シ且豫見スルコトヲ得ヘカリシ場合ハ少ナクトモ之ヲ過失犯ト見ルコトヲ得ヘシ之ニ反對スル見解ハ飲酒者ニ犯罪ノ特權ヲ認ムルモノト云ハサルヘカラスト

(乙) オルスハウゼン曰ク犯人カ酒精ノ飲用ニ因リ故意若クハ過失ヲ以テ自ラ無知覺状態ニ陥リタル場合ニハ其状態カ行爲ノ時ニ存スル場合ニハ引責無能力ナリ(例ヘハ夢狂夢中行爲ノ如キ)即チ犯罪實素發生ノ原因カ無知覺者ノ働作ニ因リテ生シタル場合ニハ行爲者カ其責ニ歸セラルヘキ方法ヲ以テ無知覺状態ニ陥レル場合ニモ犯罪ナシ何トナレハ斯ノ如キ状態ニ陥ルコト其レ自身カ罰セラルヘキモノニアラサルカ故ナリ然レトモ所謂 *Actio libera in causa* (即チ無知覺状態ヲ利用シテ犯罪行爲ヲ爲スコト)ノ場合

ニ付テハ斯ノ如ク論スルコトヲ得ス犯罪の結果ノ原因カ意思自由ノ状態  
 中ニ行ハレタル働作ニ存スル範圍ニ於テハ其結果ヲ犯人ノ故意若クハ過  
 失ニ歸スヘキモノトス犯人カ犯罪ヲ行フ爲メ故意ニ無知覺状態ニ陥リタ  
 ル後其犯罪ヲ行ヒタルトキハ故意ノ犯罪アリ而シテ犯人カ相當ノ注意ヲ  
 爲ストキハ其無知覺状態ニ陥ルコトカ犯罪の結果ノ原因ナルコトヲ認識  
 シ得ヘカリシニ拘ハラス之ヲ認識セシテ其状態ニ陥リ爲メニ其結果ヲ  
 惹起シタルトキハ過失犯アリト

從來獨逸諸邦例ヘハウルテンベルヒ、マルムスタット、バーデン等ノ刑法ニ於テ  
 ハ以上ノ見解ニ一致スル明文ヲ掲ケタリ然レトモ此見解ニ對シテハ種々反  
 對論アリ即チ斯ノ如キ場合ニ於テ全然其無罪ナルヲ主張スル者故意犯ヲ認  
 ムルモ過失犯ヲ認ムル能ハストスル者故意犯ヲ認メサルモ過失犯ヲ認ムル  
 ヲ得ヘントスル者等是ナリ然レトモ之ヲ深ク論評スルハ茲ニ其所ヲ得サル  
 ヲ以テ之ヲ省略セン唯犯罪ノ原因カ行爲能力ノ存在スル間ニ與ヘラレタリ  
 ト解スルトキハ其後ノ時ニ於ケル無知覺状態ヲ觀察スル必要ナシ何トナレ

ハ其時以後ノ無知覺状態ハ主觀的責任ノ問題ニ關係ナキモノナレハナリ  
 之ヲ要スルニ吾人ハ狂者若クハ酩酊者ヲ犯罪ノ手段トシテ利用シ得ルト同  
 シク吾人ハ前ニ自ラ決シタル計畫ヲ行フニ當リ酩酊状態ニ於ケル自己自身  
 ヲ手段トシテ利用スルコトヲ得ルモノト認メサルヘカラサルカ故ニ若シ特  
 別ノ場合ニ於テ因果關係アリ且其酩酊状態ニ陥リタルコトカ過失ニ基ク  
 キハ茲ニ過失犯ヲ認メサルヲ得サルヘシ例ヘハ母カ睡眠中ニ自己ノ身體ノ  
 輾轉スルヲ知ラサルヘカラサルニ過テ其子ヲ添寢セシメ遂ニ之ヲ壓殺シタ  
 ルカ如キ場合ニ於テハ母ハ未睡ノ時ニ於テ因果關係ノ進行ニ原因ヲ與ヘタ  
 ルモノトシテ其結果ニ付テ責ヲ負ハサルヘカラサルハ猶ホ狂者ヲシテ犯罪  
 ノ決意ヲ爲サシメタル者カ己ノ睡眠中其狂者ノ決行シタル犯罪の働作ノ結  
 果ニ付キ責ヲ負フト毫モ異ナル所ナキナリ

三 違法ヲ覺知セサルトキハ過失犯ヲ生スルコトアリヤ 例ヘハ過失ニ因リ  
 正當防衛若クハ緊急状態アリト誤信シテ殺傷ヲ行ヒタル場合ニハ過失殺傷  
 ヲ以テ之ヲ論スルコトヲ得ルカ本問ハ所謂消極的構成要件ノ存在セサルコ



トヲ知ルコトカ故意ノ要素ナリヤ否ヤノ問題ニ對スル解答如何ニ依リテ其決定ヲ異ニスヘキモノナリ而シテ消極的構成要件ノ存在セサルヲ知ルコトカ(即チ例ヘハ正當防衛ノ状態アルコトヲ知ラサルコト)殺人ノ故意ノ要素ナリトセハ消極的構成要件ノ存在セサルヲ知ラサル場合(即チ正當防衛ノ状態アルコトヲ知ル場合)ニハ故意ナシト雖モ其不知カ過失ニ基クトキハ過失殺ヲ以テ論スヘキハ猶ホ自己ノ行為カ人ニ對スルコトヲ知ラサル場合ニハ故殺ニアラスシテ過失殺タルコトアルト異ナル所ナシ從テ違法ヲ知ラサルコトハ過失ノ原因タルコトヲ得ルモノナリ之ニ反シテ所謂消極的構成要件ナル觀念ヲ否認シ斯ノ如キ要素ノ存在セサルコトヲ知ルト否トハ故意ノ存否ニ關係ナシ正當防衛ノ如キハ其狀態カ客觀的ニ存在スルニアラサレハ行為ノ違法性ヲ除却スルコトナキカ故ニ客觀的ニ存在セサル狀態ヲ存在スルモノト誤認スルモ故意ヲ阻却スルモノニアラスト解釋スヘキモノナラシニハ其誤認カ不注意ニ基クモ過失殺ニアラスシテ故意ノ殺人ナリ從テ違法ノ覺知カ犯罪ノ特別構成要件ニアラサル以上ハ違法ノ不知ニ因リテ過失ヲ生ス

ルコトナシ吾輩ハホソリストト共ニ後ノ見解ヲ採レリト雖モ多數ノ學者ハ前ノ見解ヲ是認セリ

第十 故意ノ犯罪ニ付テハ少ナクトモ自ラ直接ニ犯スコトヲ得ル犯罪ハ亦間接ニ之ヲ犯スコトヲ得ルモノナルコトハ學說ノ一般ニ認ムル所ナリ然レトモ過失犯ハ間接ニ之ヲ犯スコトヲ得ルヤ否ヤ例ヘハ甲者カ短銃ノ修繕ヲ託スルニ當リ裝彈ノ儘之ヲ乙者ニ交付シ其裝彈ノ事實ヲ告ルコトヲ意リシ爲メ乙者ハ之ヲ空銃ナリト誤信シ戲ニ之ヲ丙者ニ擬シ丙者ヲ殺傷シタル場合ニハ甲者モ亦過失殺傷犯ヲ以テ問フヘキモノナルヤ否ヤニ付テハ積極消極二箇ノ見解アリ積極說ノ要旨ニ曰ク過失犯モ直接又ハ間接ニ犯スコトヲ得ルモノトス然レトモ過失ハ常ニ當該結果ニ關係スルコトヲ要ス但此場合ニ於テモ仔細ナル點ニ付テハ一致アルコトヲ要セス而シテ結果ヲ發生シタル行為ハ犯人自己ノ行為ナルコトヲ要ス故ニ本人カ過失ヲ以テ他人ノ過失ニ動因ヲ與ヘタルノミニテハ未ダ過失犯タルコトヲ得ス之ニ反シ或者カ過失ニ因リ同時ニ結果ニ對スル共同原因(Mitursache)ヲ與ヘタル場合ニハ間接ノ過失アリト認メサルヘカラス

例へハ或者カ彈丸ノ裝填サレタル銃器ヲ始末スルヲ怠リタル爲メ他人カ之ヲ以テ過失殺傷ヲ爲シタル場合ノ如キ是ナリ又過失ニ因リ他人ノ自殺ヲ惹起サシムルコト(例へハ輕卒ナル競争ニ因リ)モ亦過失犯トシテ之ヲ罰スルコトヲ得ス然レトモ斯ノ如キ場合ニ於テモ同時ニ共同原因ヲ與ヘタルトキハ過失犯ヲ認メサルヘカラス例へハ妻カ毒物ヲ始末スルコトヲ怠リタル爲メ夫カ之ヲ飲料ナリト誤信シテ飲用シタル場合ノ如キ是ナリ唯過失ニ因リ他人ノ故意ニ惹起シタル結果ニ共同原因ヲ與ヘタルモノハ之ヲ處罰スルコトヲ得サルノミト消極說ノ要旨ニ曰ク數人カ過失ニ因リ罰セラルヘキ一箇ノ結果ヲ惹起スルコトアルハ之ヲ想像スルニ難カラス此場合ニハ其數人ノ者ハ共同正犯タルニアラスシテ各自別箇ノ犯人トシテ責任ヲ負ハサルヘカラス然レトモ數人中ノ或者ノミカ過失ニ因リテ結果ヲ惹起シ他ノ者ノ方面ニハ單ニ罰スヘカラサル過失ノ存スルニ止マル場合モ亦往々是レアルヲ見ル例へハ甲者カ裝彈サレタル銃器ヲ修繕ノ爲メニ寄託スルニ當リ其裝彈ノ事實ヲ告グルコトヲ怠リタルトキハ甲者ニ過失アリ然レトモ乙者カ其銃器ニ裝彈アルコトヲ知ラスシテ之ヲ

丙者ニ擬シ依テ丙者ヲ殺シタル場合ハ獨リ乙者ノミ過失殺ヲ以テ論セラルヘキモノトス又被害者ノ過失ハ多クハ原因タル作用ヲ成スモノニアラス例へハ甲者カ乙者ノ車前ヲ急速ニ横切ラント欲シ之ニ曳倒サレタル場合ハ甲者ニモ亦過失アリ然レトモ甲者自ラ此傷害ヲ惹起シタリト云フコトヲ得ス乙者ノ方面ニ於ケル過失カ甲者ヲシテ壓倒ヲ避クルコト能ハサラシメタル場合ハ獨リ乙者ノミカ甲者ノ傷害ヲ惹起シタルモノナルカ故ニ處罰セラルヘキモノトス

余輩ノ見ル所ヲ以テスレハ各種ノ條件ハ皆原因ニシテ條件ト原因トノ間ニ區別ヲ設クルコト能ハサルカ故ニ苟モ過失ニ因リ共同原因ヲ與ヘタルトキハ茲ニ因果關係ヲ生スルコト疑ナシト雖モ後ニ説明スヘキカ如ク此因果關係中ニ豫見スヘカラサル事故ノ間入シタルトキ(前例ニテ銃砲修繕者ノ過失行爲)ハ其過失ニ付キ責ヲ負フヘキモノニアラサルノミナラス意思ノ共通ヲ要スル共同正犯カ過失ノ場合ニ存スルハ不能ナルカ故ニ積極說ハ之ヲ採用スヘキモノニアラス若シ夫レ過失ニ因リ他人ノ過失的自害ヲ生セシメタル場合ニハ直接ノ

過失殺傷犯ヲ認ムヘキモノニシテ間接ノ過失犯ナリト云フヲ得ス之ヲ要スルニ消極説ヲ妥當ナリトス

第十一 結果カ豫見スヘカラサル事實ノ共同ニ因リテ發生スルコトハ行爲ト結果トノ因果關係ヲ妨クルモノニアラス何トナレハ行爲カ結果ノ發生ノ一條件タル場合ニハ之ヲ以テ原因ト看做スコトヲ得レハナリ然レトモ斯ノ如キ場合ニ於テハ如何ナル範圍ニ於テ主觀的責任ハ除却セラル、カノ問題ヲ生スルモノトス蓋シ結果ノ豫見シ得ヘキモノナルコトハ過失ノ要素ナルカ故ニ上述ノ如ク偶然ノ事故ニ因リ始メテ結果ノ發生シタル場合ニハ其結果ニ付キ過失アリト云フヲ得ス例ヘハ過失傷害ヲ受ケタル者カ治療ノ際受ケタル過度ノ麻醉ニ因リ死亡シタル場合ニハ其加害者ハ過失殺人罪ニ問ハル、コトナシ又過失毒傷ヲ受ケタル者カ過度ノ吐劑ノ爲メニ死亡シタル場合ニモ亦然リトス之ニ反シ醫師カ特ニ影響ヲ生セサル材料ヲ與ヘ而シテ病理學的現象ノ進行ヲ妨ケサル場合ニ於テ遂ニ死亡スルニ至リタルトキハ過失殺ヲ以テ論セラルヘキモノトス何トナレハ此場合ニハ豫見スヘカラサル事實カ因果ノ連鎖中ニ侵入ス

コトナク唯因果關係ヲ除却セントスル希望カ達セラレサルニ過キザルヲ以テナリ(フラシク九頁参照)

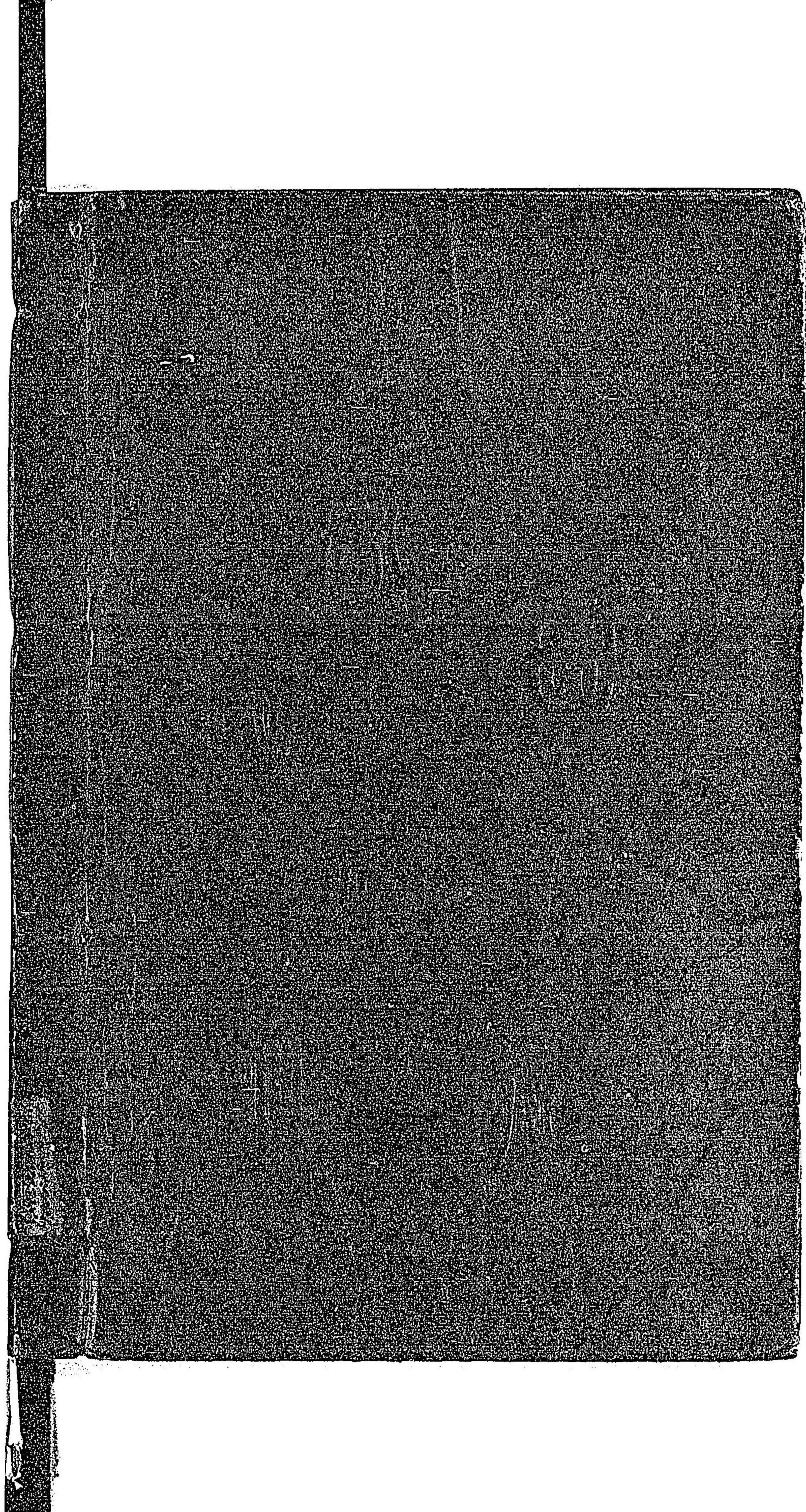
### 第四章 故意ト過失トノ併發

故意ト過失トノ差異ハ事情ニ關スル豫見ノ有無ニ存スルモノニシテ此豫見ノ有無ハ互ニ相容ル、コトヲ得サルカ故ニ同一結果ニ付テハ故意ト過失トノ併發ヲ想像スルコトヲ得ス然レトモ同一ノ行爲ヨリシテ犯人ノ豫見シタル結果ト豫見セサリシ結果トカ併發スルコトアリ例ヘハ懷胎ノ婦女ナルコトヲ知テ之ニ暴行ヲ加ヘタル者カ墮胎ノ結果ヲ豫見セサリシニ拘ハラズ其結果ヲ生シタルカ如キ或ハ故意ニ藥物ヲ以テ婦女ニ墮胎セシメ因テ之ヲ死ニ致シタルカ如キ是ナリ特シテ法律ハ本例ノ如キ場合ニ付テハ故意ト過失トノ併發ヲ豫見シ之ニ對スル特別ノ條文ヲ設ケテ重ク之ヲ處罰シタリ其他法律カ斯ル規定ヲ設ケサル場合ニ付テモ故意ト過失トノ併發ヲ生スルコト疑ナシ例ヘハ殺人ノ意思ヲ以テ發砲シテ人ヲ殺シ且窓硝子ヲ破壊シタルカ如キ是ナリ此場合ニハ想像上ノ二罪ヲ生スルモノニシテ刑法第百條ニ依リ重ニ從テ之ヲ處斷スルヲ學理上至當ナリト信ス然

レトモ斯ノ如キ場合ニハ一罪成立スルノミニシテ第百條ヲ適用スヘキモノニア  
ラス事理上當然ニ重キ結果ヲ標準トシテ處斷スヘシトノ見解ナキニアラス否ナ  
寧ロ之ヲ以テ通説タルコトヲ注意スヘシ  
斯ノ如ク故意ト過失トノ併發スル場合ト所謂未必ノ故意トヲ混同スヘカラス後  
者ハ犯人ニ於テ結果ヲ承認スルモノニシテ前者ハ最初犯人ノ豫見シタル結果ヲ  
超越スル部分ハ犯人ニ於テ其發生ノ可能ナルコトヲ認メサルモノナリ

故意過失ヲ論ス(完結)

法三三三





東京大学法学部  
実習科刑法講義  
泉二新熊

ス  
174

036011-000-1

ス-17イ

実習科刑法講義

泉二新熊/述

[M37?]

BBP-0632



人  
171

臺灣大學圖書館  
藏書  
吳二新