

326
Tabl!k2
(t10)



* 0015994000 *

0015994-000

326-Ta611k2-(t10)

刑法講義

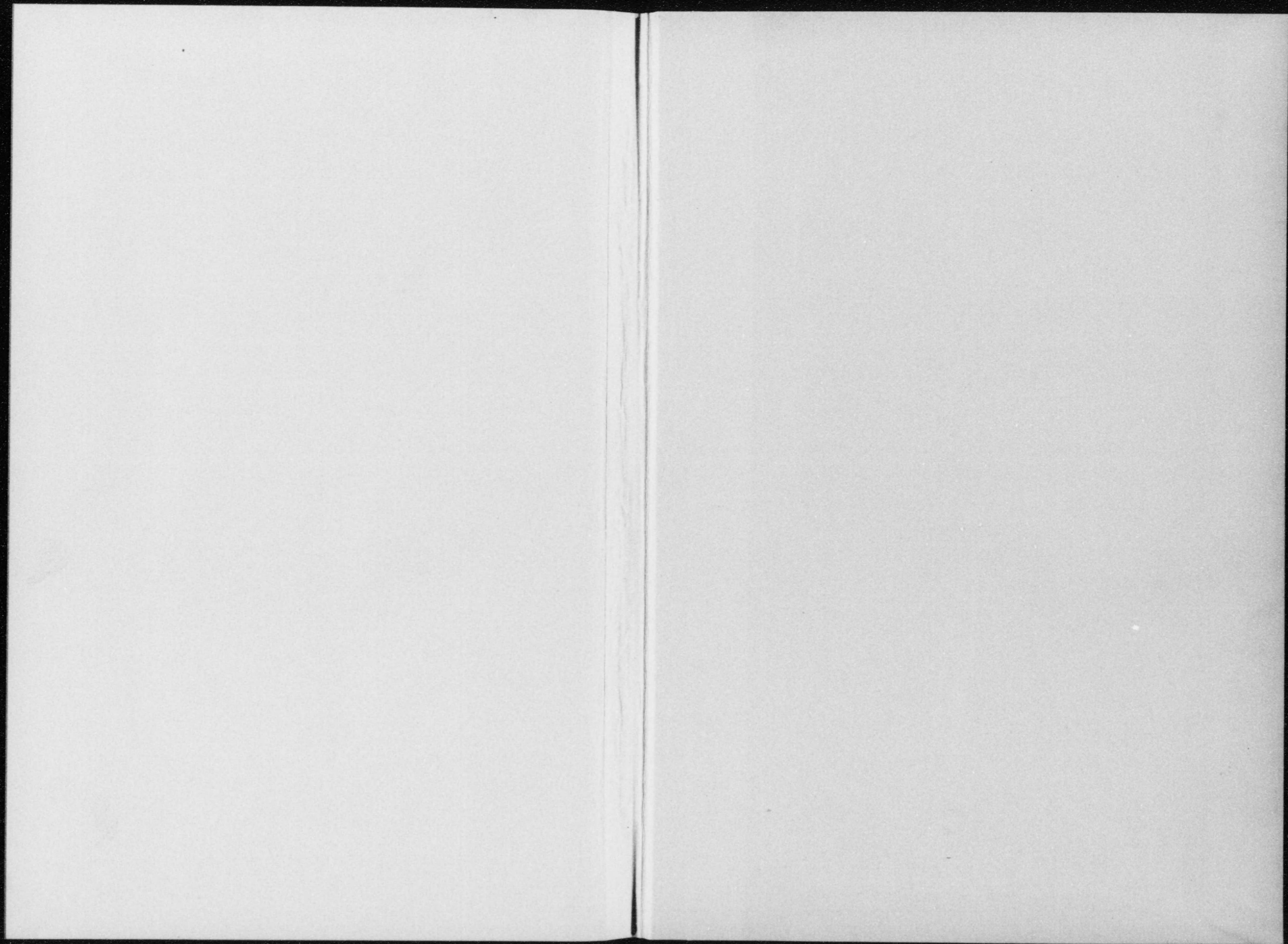
滝川幸辰・著

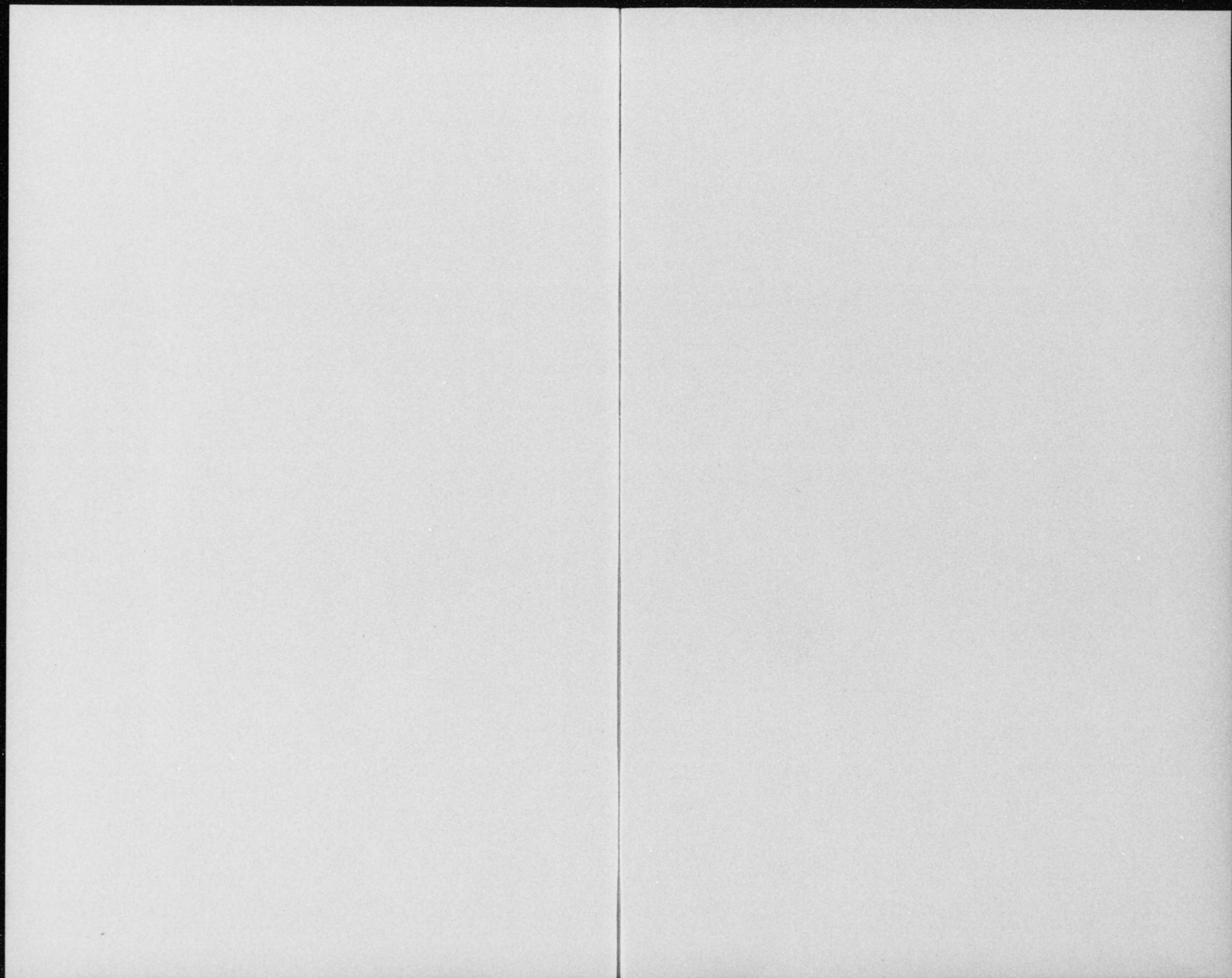
弘文堂書房

改訂10版

1931

ACG





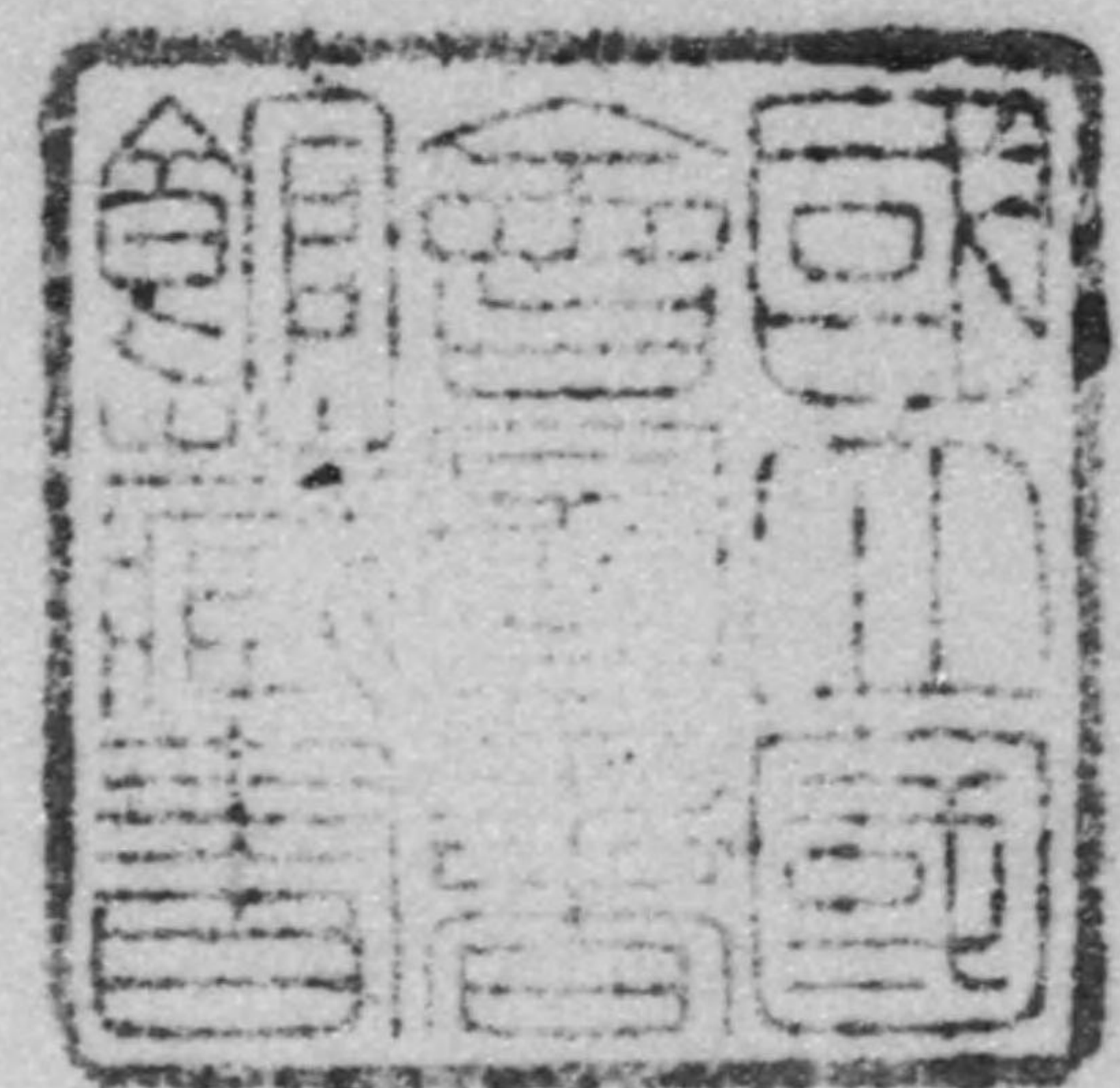
2543

刑法講義

改訂版

瀧川幸辰

326
Tablitz
(t10)



わが京都大學の學生諸君に



277488

第一版への序

この本は、私が京都大學において、一九二八年四月——一九二九年三月の一學年間に使用した講義案に、多少、手を加えたものである。これは講義案である。だから講義の際の説明と一つにならねば、一人前の値打は出て來ない。聴講者以外の人人にとつては、かなり不親切な本だと思ふ。しかしこれは、この本の目的からいうて、已むを得ないことである。

私は京都大學の學生として、勝本勘三郎教授(一八六六——一九二三)から刑法の一般を學んだ。その後、留學生としてフランクフルト・アム・マイン大學のマックス・エルンスト・マイヤー教授(一八七五——一九二三)のもとに一學期半を過ごした。勝本教授の講義と演習、マイヤー教授のフォアレーズンクとゼミナルとが、私の學問生活を強く印象付けて居る。兩先生が偶然にも年を同うして永眠されたことは、私に

とつて感慨の深いものがある。

刑法講義を公にするにあたり、兩先生の學恩に對して感謝の心を捧げる。

一九二九年五月十四日

瀧川幸辰

改訂版への序

改訂版刑法講義は、その名の示す如く、刑法講義（一九二九年）を書き改めたものである。形式的には、従來の横書を縦書に改めた。日本文の横書は読みにくい、何だかわかりにくい氣がするという批難が、相當に強かつた。なるほど日本文の横書は例外といえは例外だ。私自身は別に読みずらさを感じないので、横書にしたものの、そうした形式が、多少なりとも理解に影響を與える——少くとも學生諸君にまでそう感ぜしめる——ことは、まだ何處かに、落付のわるいところがあるのだろう。これが縦書に直した理由。

内容的にも、相當廣い範圍にわたつて改訂を加えた。重要な改訂は脚註をもつて指示しておいた。

講義の臺本に役立たせることが、刑法講義を書いた動機でもあり、目的でもある。

私の講義と無關係の人人に對して、この本のもつ缺點の或るものは、むしろこの本の當然の性質から來るものとして、寛恕を乞うのほかはない。

索引は、刑事法研究室の佐伯千仞君に負うところが多い。ここに謝意を表す。

一九三〇年五月三十日

瀧川 幸辰

内容目次

第一部 緒論

第一章 刑法の意義……………(二—五)

第二章 刑法の變遷……………(五—八)

第三章 刑法の機能……………(九—一三)

第四章 刑法學說……………(一三—三〇)

第五章 刑法學……………(三〇—三四)

第六章 罪刑法定主義……………(三五—四一)

第七章 刑法の淵源……………(四二—四五)

第八章 刑法の解釋……………(四五—四七)

第九章 普通刑法と特別刑法……………(四七—四九)

第十章 刑法の效力……………(四九—五六)

第二部 總論

第一編 犯罪

第一章 刑罰條件(積極的犯罪特徴) (五七—一〇六)

第一節 構成要件: (五六—八三)

第一款 行爲の本質: (六〇—七八)

第二款 行爲の關係: (七八—八三)

第二節 違法: (八二—八七)

第三節 責任: (八七—一〇六)

第一款 責任能力: (九一—九七)

第二款 責任條件: (九七—一〇六)

第二章 刑罰阻却原因(消極的犯罪特徴) (一〇六—一四一)

第一節 違法阻却原因: (一〇七—一一〇)

第二節 責任阻却原因: (一一〇—一四一)

第三章 刑罰擴張原因: (一四二—一七四)

第一節 未遂犯: (一四四—一五七)

第二編 刑罰

第二節 共犯: (一五七—一七四)

第一章 刑罰の意義: (一七四—一七五)

第二章 刑罰の種類: (一七五—一八四)

第三章 刑罰の適用: (一八五—一九四)

第四章 刑罰の消滅: (一九四—一九七)

第三部 各論

第一編 個人の法益に對する犯罪

第一章 生命身體に對する犯罪: (一〇〇—一二四)

第一節 殺人罪(第二十六章): (一〇一—一〇四)

第二節 傷害罪(第二十七章): (一〇四—一〇六)

第三節 暴行罪(第二十七章): (一〇六—一〇七)

第四節 過失死傷罪(第二十八章): (一〇八—一二九)

第五節 墮胎罪(第二十九章)……………(二〇九—二一一)

第六節 遺棄罪(第三十章)……………(二一一—二一四)

第二章 自由に對する犯罪……………(二一四—二二一)

第一節 逮捕監禁罪(第三十一章)……………(二一四—二一五)

第二節 脅迫罪(第三十二章)……………(二一五—二一七)

第三節 略取誘拐罪(第三十三章)……………(二一七—二一九)

第四節 強制猥褻罪(第二十二章)……………(二一九—二二一)

第三章 日常生活の平穩に對する犯罪……………(二二一—二二四)

第一節 住居侵入罪(第十二章)……………(二二一—二二三)

第二節 秘密侵害罪(第十三章)……………(二二三—二二四)

第四章 名譽信用に對する犯罪……………(二二五—二二九)

第一節 名譽毀損罪(第三十四章)……………(二二五—二二七)

第二節 信用業務毀損罪(第三十五章)……………(二二八—二二九)

第五章 財産に對する犯罪……………(二二九—二三五)

第一節 竊盜罪(第三十六章)……………(二二九—二三四)

第二節 強盜罪(第三十六章)……………(二三四—二三八)

第三節 恐喝罪(第三十七章)……………(二三八—二四〇)

第四節 詐欺罪(第三十七章)……………(二四〇—二四三)

第五節 横領罪(第三十八章)……………(二四三—二四七)

第六節 背任罪(第三十七章)……………(二四七—二四九)

第七節 贓物罪(第三十九章)……………(二四九—二五三)

第八節 毀棄罪(第四十章)……………(二五三—二五五)

第二編 社會の法益に對する犯罪

第一章 風俗に對する犯罪……………(二五六—二六三)

第一節 猥褻罪(第二十二章)……………(二五六—二五七)

第二節 姦淫勸誘罪(第二十二章)……………(二五七—二五七)

第三節 賭博當籤罪(第二十三章)……………(二五八—二六三)

第二章 性秩序に對する犯罪……………(二六二—二六六)

六

第一節 姦通罪(第二十二章)……………(二六二—二六五)

第二節 重婚罪(第二十二章)……………(二六五—二六六)

第三章 宗教に對する犯罪……………(二六六—二六八)

第一節 信仰侵害罪(第二十四章)……………(二六六—二六七)

第二節 墳墓などに對する罪(第二十四章)……………(二六七—二六八)

第三節 檢死を経ずして變死者を葬る罪(第二十四章)……………(二六八—二六八)

第四章 公衆の健康に對する犯罪……………(二六八—二七一)

第一節 阿片煙に關する罪(第十四章)……………(二六八—二七〇)

第二節 飲料水に關する罪(第十五章)……………(二七〇—二七一)

第五章 公共危險に對する犯罪……………(二七一—二七六)

第一節 放火罪(第九章)……………(二七一—二七三)

第二節 激發物に關する罪(第九章)……………(二七三—二七四)

第三節 瓦斯電氣蒸汽に關する罪(第九章)……………(二七四—二七四)

第四節 溢水罪(第十章)……………(二七四—二七五)

第五節 往來妨害罪(第十一章)……………(二七六)

第六章 公の平穩に對する犯罪……………(二七七—二七八)

單節 騷擾罪(第八章)……………(二七七—二七八)

第七章 公の信用に對する犯罪……………(二七八—二九三)

第一節 通貨偽造罪(第十六章)……………(二七八—二八三)

第二節 文書偽造罪(第十七章)……………(二八二—二八九)

第三節 有價證券偽造罪(第十八章)……………(二八九—二九一)

第四節 印章署名偽造罪(第十九章)……………(二九一—二九三)

第三編 國家の法益に對する犯罪

第一章 國家の存立に對する犯罪……………(二九三—二九七)

第一節 皇室に對する罪(第一章、第十二章)……………(二九三—二九四)

第二節 内亂罪(第二章)……………(二九四—二九五)

第三節 外患罪(第三章)……………(二九六—二九七)

第二章 國家の權力作用に對する犯罪……………(二九七—三二二)

第一節 公務執行妨害罪(第五章).....	(一九七—一九九)
第二節 逃走罪(第六章).....	(一九九—三〇二)
第三節 犯人藏匿證憑湮滅罪(第七章).....	(三〇二—三〇四)
第四節 偽證罪(第二十章).....	(三〇四—三〇五)
第五節 誣告罪(第二十一章).....	(三〇五—三〇六)
第六節 職權濫用罪(第二十五章).....	(三〇六—三〇八)
第七節 賄賂罪(第二十五章).....	(三〇八—三一一)
第三章 外國の利益を侵害する犯罪.....	(三一—三二三)
單節 國交に關する犯罪(第四章).....	(三一—三二三)

刑 法 講 義

Nach meiner Meinung ist, so paradox es klingen mag, das Strafgesetzbuch die magna charta des Verbrechers. Es schützt nicht die Rechtsordnung, nicht die Gesamtheit, sondern den gegen diese sich auflehnen- den Einzelnen. Es verbrieft ihm das Recht, nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen und nur innerhalb der gesetzlichen Grenzen bestraft zu werden. Der Doppelsatz: nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege—ist das Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der staatlichen All- gewalt, gegenüber der rücksichtslosen Macht der Mehr- heit, gegenüber dem "Leviathan". Ich habe seit Jahren das Strafrecht gekennzeichnet als "die rechtlich be- grenzte Strafgewalt des Staates". Ich kann jetzt auch sagen: das Strafrecht ist die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik. Und es wird und soll das bleiben, was es heute ist.

— Liszt.

第一部 緒論

一 刑法は犯罪との闘争に役立つ。犯罪は病氣・貧乏・自殺・失業・淫賣などと同じく、（この句は、社會組織の缺陷から生れるところの必然的現象である。刑罰は犯罪に對する闘争手段の一つではあるが、）その全部ではない。犯罪との闘争の重點は人口問題・土地問題・住宅問題・富の分配の問題などの社會問題の解決のうちにある。刑罰萬能の思想は最も保守的な、否、むしろ反動的なものといわねばならない。要するに犯罪は刑罰の威力によつて減少・消滅すべきものではない。犯罪との闘争の根本條件は社會の經濟的構造の變革のうちに含まれて居る。

二 現在の資本主義社會はその發達に伴い、一方において必然的に犯罪を多くするが、他方において犯罪に對する種種の闘争手段を考案する。その結果、犯罪が社會を破壊しつくすこともないし、社會から犯罪を驅逐することも出来ない。統計的研究は

二
社會における犯罪の増減が一定の法則に支配されると主張する。即ち特定の社會における犯罪の種類と數量とは、その社會のあらゆる事情に制約せられ、一定の最大限度以上に昇ることもないし、同時に一定の最小限度以下に降ることもないというのである。犯罪と社會とのこの關係は犯罪飽和の法則¹⁾と名付けられて居る。犯罪飽和の法則は刑法を無用視するかの如く見える。しかし刑罰は社會の階級鬭争の長い歴史において、不可争的存在理由をもつ社會統制の機械であり、階級鬭争の消滅しない限り、社會のあるところ、常に刑罰が存在する。犯罪が社會組織の缺陷から生ずる必然的現象である如く、刑罰は必然的現象として社會組織の弱點を助けて居る。刑法は犯罪と刑罰との必然關係が、社會の現状維持の方向に向つて動くように努力する點に、その役割を見出す。社會の眞實の狀態は常に刑法の形態において最も明瞭に現れる。²⁾

第一章 刑法の意義

廣く刑法といへば、犯罪を條件とし、刑罰を效果とする全法律組織を意味する。一定の條件を備えた行動が、刑法に定めてある構成要件¹⁾に該當するとき、行爲者は刑法に定めてある一定の刑罰を受けねばならない。刑法によつて、構成要件としての犯罪が個個の點について確定し、法律效果として内容的に一定されて居る刑罰が構成要件に結びつく。

一 實體刑法と形式刑法 刑法は、犯罪あれば當然に刑罰が科せられることを定めるのではなく、犯罪によつて國家に處罰義務の發生することを定めるのである。國家は犯罪によつて社會の秩序維持の義務、即ち處罰義務を負う。國家の處罰義務は個個の犯人に對して科する具體的刑罰と同一ではない。刑法は國家の抽象的處罰義務の内容を定めるだけである。

國家の抽象的處罰義務から個個の犯人に科すべき具體的刑罰を引き出すには、處罰義務の實現に関する刑事訴訟手續によらねばならない。刑法典は最も重要な實體刑法

1) Tatbestand.

1) Gesetz krimineller Sättigung. 2) Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. 1867.

であり、刑事訴訟法典は形式刑法の典型的のものである。しかし刑法典の規定のうちにも形式刑法があり、刑事訴訟法典の規定のうちにも實體刑法がある。従つてこの區別は法規の性質によつて定めねばならない。即ち抽象的處罰義務の基礎・限界に関する規定が實體刑法であり、この抽象的處罰義務の具體化を目的とする規定が形式刑法である。

二 客觀的意味の刑法と主觀的意味の刑法¹⁾ 一般に客觀的意味の刑法と主觀的意味の刑法との區別が認められる。客觀的意味の刑法は刑法的内容を有する法律²⁾を意味し、主觀的意味の刑法は個個の場合における處罰權を意味する。客觀的意味の刑法が主觀的意味の刑法の基礎である。即ち第一義的のものは客觀的意味の刑法であり、主觀的意味の刑法は第二義的のものに過ぎない。

刑法は權利を理由するものではなく、義務を理由するものである。「人ヲ殺シタル者ハ死刑……ニ處ス」という規定(一九九條)からは處罰權が発生するのではな

く、處罰義務が生ずる。殺人に関する刑法の規定によつて、國家にとつては、それが社會の秩序維持を擔當する限りにおいて處罰義務が生ずる。犯人にとつては、彼がその社會において生活する限りにおいて刑罰に服従すべき義務が生ずる。刑法は權利を本質とする法律ではなく、義務を本質とする法律である。

刑法の名宛者¹⁾は國家機關である。國家機關は刑事訴訟法の規定に従い處罰義務を履行せねばならない。一定の義務を負う者のみが義務を履行する權利をもつ。國家の處罰權は國家の處罰義務から生ずる。主觀的意味の刑法は處罰義務の單なる反射に過ぎない。

第二章 刑法の變遷

刑法はあらゆる民族において共通の過程をとつて變遷して來た。

一 制度としての刑法の變遷 私法的と公法的との二方面がある。

1) Adressat.

1) Strafrecht im objektiven Sinne, Strafrecht im subjektiven Sinne. 2) Jus poenale. 3) Jus puniendi.

一 私法的方面

(イ) 復讐¹⁾ 復讐は二個以上の血族團體の對立を前提とする。血族團體相互の間には激しい生存競争がある。例えばXがYを殺したとする。被害者Yの親族・Yの屬する團體は加害者Xに對して復讐を行う。新たに被害者となつたX・Xの屬する團體もこれに倣う。斯くて何れか一方の團體の滅ぶまで復讐はやまない。復讐の目的は加害者個人に害悪を加えるのではなく、團體の勢力を弱めるためである。あらゆる民族は多かれ少かれ復讐の風俗を相續して居る。

復讐は團體的制裁に對する不満足という點に心理的説明の根據をもつ。ヨーロッパの決闘²⁾、アメリカの私刑³⁾などの復讐類似のものは、この説明を裏書して居る。

復讐は性質上残酷になる傾向があり、却つて秩序の維持を妨げた。逃れの場所⁴⁾や等量復讐⁵⁾は不當な復讐を制限するために出來た制度である。

(ロ) 贖罪金⁶⁾ 復讐は残酷さに比べて極めて効果の少い制度である。復讐が次第に

1) Blutrache. 2) Duel. 3) Lynch. 4) Asyl.
5) Talio. 6) Wergeld.

贖罪金に移つたのは、復讐そのものに滅び行く運命が含まれて居たからである。贖罪金は加害者が被害者に財産を引き渡して復讐を免れる制度である。始めは復讐と並行して行われ、後には復讐に代る制度となつた。

國家の發生後においても復讐は行われた。國家は當事者に命じて贖罪金の一部分を保護の代價として納めしめた。これは刑法が私法的關係から公法的關係に移り行く發現形態の一つと見てよい。

二 公法的方面

(イ) 宗教的刑法 悪行はその始め、私的關係においては被害者に對する侵害であつたが、公的關係においては神に對する冒瀆と見られて居た。従つて復讐と贖罪金とは神のために要求されたのである。神に犠牲を供えることは國家的刑法への過渡的現象である。

(ロ) 國家的刑法 國家の基礎が固くなるに従い、悪行は被害者と神とのほかに、

國家に對する侵害と見られることになつた。國家的色彩が濃厚になればなるほど、被害者・神に對する方面が、國家に對する方面のために壓倒される。刑法の中心が國家對加害者の關係に移つて、始めて國家的刑法が確立したわけである。

二 責任を中心として觀察した刑法の變遷 刑法は犯罪と刑罰とに關する法律である。犯罪と刑罰とは責任を基礎として評價される。責任を定める標準は時代と共に變遷した。

- 一 最初は外部に現れた損害のみによつて責任を定めた。¹⁾
- 二 次に責任は犯罪という事實によつてのみ定まるのではなく、それ以上に犯罪を通じて明かになつた犯人の意志が標準となるという主張が現れた。²⁾
- 三 最近では社會狀態そのものが犯罪原因の最も重要なものであるということになつて來た。³⁾

1) Die Tat tötet den Mann.
2) Der Wille tötet den Mann.
3) Das soziale Milieu tötet den Mann.

第三章 刑法の機能

法律の任務はその社會の存立條件と發展條件とを擁護することによつて、社會の秩序維持を可能ならしめる點にある。社會の秩序があつて始めて法律は成立する。ロビンソン・クルソーには法律の必要はなかつた。

法律は命令・約束・その兩方の機能によつて社會の秩序を維持する。命令には個々の場合のために發せられる具體的のものと、あらゆる場合のために發せられる抽象的のものがある。抽象的の命令が規範¹⁾である。約束にも特殊的内容のものと、一般的内容のものがある。一般的内容をもつ約束が保障²⁾である。刑法が法律としての規範的機能と保障的機能⁴⁾をもつことはいうを俟たない。

- 一 規範的機能
- 一 刑法の名宛者は國家機關である。刑法は裁判規範⁵⁾である。國家機關は一定の條

1) Norm. 2) Garantie. 3) Normierende Funktion.
4) Garantierende Funktion. 5) Entscheidungsnorm.

件のある場合に處罰義務を履行せねばならぬ。

二 刑法は一般人のための規範ではない。通俗的には刑法が一般人の行動の標準であるといわれて居る。即ち刑法の名宛者が一般人であるというのである。しかしこの立場は誤つて居る。この立場は¹⁾——

(イ) 刑法成立の歴史に矛盾する。フランス革命後の刑法は構成要件を厳密に規定することに努力して居る。その目的は一般人の自由を保障するにある。これは國家機關の處罰義務の實行を出来るだけ正確にすることによつて實現される。この意味において刑法の名宛者は一般人ではなく、國家機關である。

(ロ) 社會生活の實際に矛盾する。刑法の名宛者が一般人であるということは、一般人が刑法を知ること・理解することを前提として始めて主張し得る。しかしこれは必要な擬制²⁾以外の何ものでもなく、

(ハ) 「非法律家の法律錯誤も無責任では濟まない³⁾」という刑法上の原則に矛盾する。

1) ME. Mayer, Lehrbuch. 1915. 2) Fiktion. 3) Error juris nocet.

一般人が法律を知ること・理解することは社會生活において本質的のことではない。

一般人は法律を知らないながらも、「これはやつてよい、あれをやつてはならない」ということを心得て居る。これは一般人が條理¹⁾を知つて居るからである。またそれで十分である。刑法の名宛者が一般人であるという立場に立つとすれば、「非法律家の法律錯誤も無責任では濟まない」という原則は残酷極まるものになる。

二 保障的機能

法律には種種のものがある。凡てはその保護する利益、即ち法益²⁾によつて互に結びついて居る。私有財産制は民法によつて保護されて居るが、同時に刑法の保護のもとにある。刑法の特質は他の法律の保護しない利益を保護することではなく、保護の手段が特殊な點にある。刑罰を加えることによつて利益を保護すること、これが刑法の特色である。

(一) 第一は犯罪に對して社會を保障することである。社會の如何なる利益が刑法的

1) Kulturnorm (ME. Mayer). 2) Rechtsgut.

保護の價値・必要・可能をもつかは、その利益の性質・社會における重要さ如何によつて定まる。

二 第二は刑罰に對して犯人を保障することである。犯人は前もつて刑法に規定してある構成要件に該當する行爲のために、前もつて刑法に規定してある刑罰によつて罰せられるに過ぎない。この意味において刑法は「犯人のマグナ・カルタ」¹⁾である。

第四章 刑法學說

一 刑事制度はあらゆる時代、あらゆる民族に認められて居る。犯罪と刑罰とに關する思想も刑事制度に伴うて常に至るところに現れて居る。この思想の體系が刑法學說²⁾である。

刑法學說は互に争うて居る。「凡てに對する凡ての鬭争」³⁾がその存在を理由づける。これは現行刑法のみが論争の目標であるという立場をとる限り、説明出來ない現象で

1) Magna Charta des Verbrechers (Liszt). 2) Strafrechtstheorie. 3) Bellum omnium contra omnes.

ある。しかし刑法學說は現行刑法のみに關する學說ではなく、現存の社會の維持に最も都合のよい法律秩序にあてはまる想像的刑法に關する學說である。¹⁾この際現行刑法に關する理論を明かにする仕事は度外視されてはならないが、現存の社會の擁護に必要な刑法理論の發見は更に重要である。この立場においてのみ現に通用して居る法律・將來に向つての通用を獲得する法律を、學問的に研究する價値・必要が承認される。

二 問題の區別と學說の分類²⁾

一 三つの基本問題を區別することが、從來の犯罪と刑罰とに關する思想の説明に役立つ。

(イ) 法律學的問題 刑法學者にとつては、犯罪と刑罰とに關する理論上の興味を中心となる。何が犯罪であるか？ 何が刑罰であるか？ 犯罪と刑罰との本質は何であるか？

1) Binding, Grundriss. Allgemeiner Teil. 2) ME. Mayer, Lehrbuch.

(ロ) 刑事政策的問題 立法者と裁判者にとつては、犯罪と刑罰とを如何に定むべきかという實際上の興味を中心となる。如何なる犯罪を如何に罰すべきか？ 嚴重に罰すべきか、寛大に扱うべきか？ 刑罰の目的は威嚇にあるか、改善にあるか？

(ハ) 法律哲學的問題 哲學者や倫理學者にとつては刑法の合理性という倫理上の興味を中心となる。何故に犯罪を罰することが正義に合するか？ 何故に現に存在して居る犯罪を現在の如く罰することが正義に合するか？ 處罰の合理性は處罰の必然性を前提とするのではないか？

(二) 従來の各學說に共通の缺點は上に述べた三つの問題を混同することである。學說は四つに分類される。

- (イ) 絶對主義¹⁾ 刑罰は犯罪に對する應報である。犯罪そのものが刑罰の標準・目的・合理性を説明する。應報刑主義²⁾ともいう。
- (ロ) 相對主義³⁾ 犯罪は刑罰の條件である。刑罰は犯罪を條件としてのみ犯人に科

1) Absolute Theorie. 2) Theorie der Vergeltungsstrafe. 3) Relative Theorie.

せられるが、その本領は目的に奉仕する手段という點にある。刑罰を合理的にするものは刑罰の合目的性である。目的刑主義¹⁾ともいう。刑罰の目的としては威嚇・改善・排害的淘汰²⁾の三つが考えられる。

(ハ) 折衷主義³⁾ 絶對主義と相對主義との對立を表面的のものと認め、兩主義の妥協によつて一つ上の段階における綜合を發見することに努力する。また合一主義⁴⁾ともいう。

(ニ) 割當主義⁵⁾ 種種の立場から種種の對立を形成する刑法學說の對立を對立としてありのままに認めつつ、各學說の價值をその固有の立場において評價せねばならぬ。これが割當主義である。各學說の價值を各學說に分配された姿のまま認めるところから分配主義⁶⁾ともいう。

- 三 次に刑法學說の各について述べる。
- 一 絶對主義 この立場は犯罪を刑罰の條件と見るだけでなく、處罰の唯一の

1) Theorie der Zweckstrafe. 2) Abschreckung, Besserung, Unschädlichmachung. 3) Synkretische Theorie. 4) Vereinigungstheorie. 5) Verteilungstheorie. 6) Distributive Theorie.

根據と見る。刑罰の有用性を度外視し、犯罪があるから刑罰を加えるというのである。即ち刑罰はそれ自身が目的である。¹⁾

・絶対主義は應報的正義²⁾から生れた。應報的正義は二つの要素を含む。(一)悪行に對する復讐がその一つ、(二)悪行と復讐との均衡、即ち「目は目をもつて、齒は齒をもつて」が他の一つ。應報的正義は刑罰を一つの符號として使用することによつてのみ實現される。この歴史的に認められて居る應報思想³⁾が絶対主義の根據である。絶対主義に屬する學説は犯罪と刑罰との均衡を形成することに努めた。しかし謂ゆる均衡は文字通りの意味ではない。絶対主義は絶対的な物差を素朴的に信ぜねばならない。この信念は自然法に根ざして居る。

絶対主義の頂點はカントとヘーゲルとである。

(イ) カント⁴⁾ 法律をもつて實踐理性⁵⁾の要求する無上命令⁶⁾と見る。人はそれ自身價値を有し、如何なる場合にも他の目的のために利用されてはならないという點から出

1) Punitur, quia peccatum est. 2) Jus talionis.
3) Vergeltungsgedanke. 4) Immanuel Kant (1724-1804). 5) Praktische Vernunft. 6) Kategorischer Imperativ.

發する。人が罰せられるのは犯罪を行うたからである、ただそれだけである。何らかの社會的目的と關係があるのではない。「社會が全員の一致をもつて解散する場合が生ずるとしても、牢獄の最後の殺人者は、それに先だつて死刑に處せられねばならない。¹⁾」カントは刑罰を純粹の應報の姿において認めるのであつて、ここでは昔の應報的正義が再び指導的地位を占める。

(ロ) ヘーゲル²⁾ 凡ては、絶対者が辯證法的に展開する必然的過程である。法律は、絶対者の論理的發展の結果である客觀的精神であり、實在する自由な世界である。「合理的なもの、それは實在する。そして實在するもの、それは合理的である。³⁾」犯罪は否定すべからざる法律の一時の否定であつて、表面的の存在を有するが、それ自身は空虚のものである。刑罰は表面的に存在するに過ぎないところの犯罪を否定することによつて、實在の法律を回復する。即ち刑罰は否定の否定である。⁴⁾ 刑罰は形式的には否定・破壊であるが、實質的には調和・建設である。

1) Kant, Metaphysik der Sitten. 1797. 2) Hegel (1770-1831). 3) Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig. (Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts. 1820. Vorrede.) 4) Die Strafe ist nur Negation der Negation.

二 相對主義 刑罰の合理性は刑罰の社會的目的のうちにある。即ち社會的考慮が共同利益のために刑罰を要求するというのが相對主義である。將來の犯罪を豫防するために刑罰を科することになる。¹⁾この目的に關する限りにおいて、相對主義に屬する何れの學說も一致する。ただ問題は「如何に」という點にある。即ち刑罰は目的を達する手段として如何に形成さるべきかという點が争われる。

イ 一般豫防 刑罰の目的は一般人をして將來、犯罪を實行せしめないことである。そのためには刑罰の威嚇作用が利用される。威嚇による一般豫防には二つの主義がある。

① 刑罰執行による一般豫防がその一つ。²⁾刑罰の執行、殊に殘酷な執行を公開することは、一般人を犯罪から遠のかしめる効果があるという立場である。あらゆる社會において啓蒙思想の芽を出すまでは、この立場が刑事裁判の實際を支配して居た。しかし文化の高まるに従い、社會はこの立場を離れた。死刑の運命が、この主義の運

1) Punitur, post quam peccatum est, ne peccetur.
2) Strafvollzugstheorie.

命である。

ロ 刑罰豫告による一般豫防が他の一つ。¹⁾刑法をもつて刑罰を豫告することは、極めて平和的に犯罪豫防の効果を擧げ得るといふ立場である。心理強制主義²⁾が代表的のものである。心理強制主義は人の意志が決定的であり、従つて自由でないといふ點から出發する。人のあらゆる行爲は必然的である。行爲は行爲する快樂に誘惑されて行われる。犯罪の快樂は刑罰の苦痛を思い浮べることによつて抑壓される。刑罰豫告は快樂と苦痛との關係を、一般人に知らしめる役割を演ずる。刑罰執行は刑罰豫告の眞面目さを失わしめないためにのみ意味がある。これが心理強制主義である。

心理強制主義の缺點は刑罰豫告といふ論理的根據そのものうちに含まれて居る。即ち、(一)この主義は一般人に刑罰を知らしめるといふ不可能のことを前提として居る。(二)一般人が刑罰豫告を知り得るとしても、犯罪の發覺が確實でなければ、刑罰の威嚇を感じるものではない。フォイエルバッハ自身の起草したバイエルン刑法³⁾が失

1) Strafdrohungstheorie. 2) Theorie des psychologischen Zwangs (Feuerbach), Strafdrohungstheorie.
3) Bayerns StGB. von 1813.

敗に終つた事實は、何よりの證據である。

(ロ) 特別豫防 犯罪によつて犯人の犯罪性の強弱がわかる。犯罪性は匡正されねばならない。刑罰の目的は刑罰のもつ強制力によつて犯罪性を抑壓し、社會の秩序を維持することである。即ち刑罰は將來の犯罪を防止することを目的とする。

學説は二つに分れる。

(イ) 第一は一面主義¹⁾である。刑罰に唯一の目的を認めようというのである。目的としては威嚇・改善・排害的淘汰が認められる。一面主義は今日もはや何人からも主張されない。犯人は種種であり、刑罰に唯一の目的しか認めないということは、到底維持され得ないからである。

(ロ) 第二は結合主義²⁾である。犯人の個性に従い、刑罰に種種の目的を認めようというのである。リストとその後繼者たちがこの立場を代表する。目標は犯罪との闘争である。目標への道は犯人の分類・刑罰を犯人の分類に適合せしめることである。機會

1) Einseitige Theorie. 2) Kombinationstheorie.

犯人と慣習犯人との區別がこれである。職業犯人と營業犯人は慣習犯人の一種類である。刑罰は機會犯人に對して警告的意味の威嚇となる。慣習犯人には改善可能者と改善不能者とがある。改善可能者に對して社會的意味の改善（道德的意味の改善ではない）を實現すること、改善不能者に對して排害的淘汰の處置を斷行すること、これが刑罰に科せられた役割である。要するに刑罰を科する標準は犯人の種類であつて、犯罪の大小ではない。「罰せらるべきは、行爲ではなく、行爲者である。」⁴⁾しかし次の理由は結合主義の徹底を妨げる。(一)文化は犯罪の大小によつて刑罰の輕重を定めることを要求する。偶發の殺人者に罰金を、また慣習賭博者に死刑を科することは、何れも文化の要求に反する。(二)改善不能者は法律學上認めることの出來ない「犯人型」⁵⁾である。裁判者に豫言を求めてはならない。

三 折衷主義 絶對主義と相對主義との對立は認め得ないという立場である。犯人は犯罪を實現したから罰せられるのであり、刑罰の目的は犯罪を繰り返さしめない

1) Gelegenheitsverbrecher. 2) Gewohnheitsverbrecher. 3) Augenblicksverbrecher - Akute Kriminalität, Zustandsverbrecher - Chronische Kriminalität (Liszts Terminologie). 4) Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen. (Liszt). 5) Verbrechertypus.

ことにあるというのである。¹⁾この立場は、犯罪のあることを處罰の條件とし、同時に刑罰に何らかの目的(例えば社會の秩序維持)を結びつける點に意味をもつ。應報の目的が犯罪豫防にあるという立場、または應報が犯罪との鬭争の有力な武器であるという立場は、何れも一種の折衷主義である。折衷主義は多數の學者によつて代表されて居る。

四 割當主義 「分割せよ、そして一つ一つ片付けよ。」²⁾これがこの主義の標語である。

(イ) 第一に處罰の段階に基く三つの垂直線的分割が認められる。

① 「立法者」は抽象的に刑罰を豫告する。³⁾

② 「裁判者」は抽象的に定められた刑罰を各場合に應じて量定する。⁴⁾

③ 「執行者」は具體的に定められた刑罰の執行を擔當する。⁵⁾

刑法學説は何れも意識的に、または無意識的に何らかの處罰段階を眼中において居

1) Punitur, si peccatum est, ne peccetur. 2) Divide et impere. 3) Strafdrohung. 4) Strafzumessung. 5) Strafvollzug.

る。あらゆる刑法學説は各自の目標とする處罰段階において、その價值を評價されねばならない。

(ロ) 第二に問題の區別に基く三つの水平線的分割が認められる。

① 何が刑罰か? 應報刑主義がこの問題を解決する。犯罪があるから刑罰は科せられる。「惡に對する惡反動」、即ち應報觀念が刑罰の本質である。刑罰は行爲の害惡を贖うために科せられるところの苦痛の害惡である。¹⁾刑罰の苦痛は贖罪の作用を營む。犯罪によつて破られた社會の秩序は、犯人が罰せられることによつてのみ回復される。苦痛に贖罪作用があるという思想は、世界史的に最も意味の深いものである。悲劇の藝術的價值はこの思想によつてのみ説明される。トルストイの『復活』から、苦痛による贖罪の思想を除き去れば、あとに何が残るだろう。應報刑主義は刑罰の苦痛性を理由する點に意味がある。

應報は犯罪と刑罰とを結びつける唯一の紐である。應報としての刑罰は非難さるべ

1) Poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis. (Grotius).

き人を非難さるべき人として烙印する。強制的保護教育は刑罰ではない。

刑罰の目的が何であるかという點から、刑罰の本質を導き出すことは出来ない。目的は處罰段階毎に異なる。あらゆる段階に通用する唯一の刑罰目的というが如きものはあり得ない。目的は刑罰以外の手段によつても達せられる。刑罰には刑罰を特徴する何の目的もない。

○ 如何に刑罰を定むべきか？ 人の一切の行動は目的と手段とによつて制約される。刑罰による一般豫防はこの點から排斥さるべきである。何となれば一般豫防が有効であるか否かは證明の出来ないことであるし、また一般豫防の残酷性は社會の反感・墮落を買う以外に何の効果もないからである。これに反し特別豫防の犯罪抑壓上の効果は現實的價值をもつ。従つて刑罰を科するにあたり特別豫防を眼中におくことは、社會の秩序維持にとつて大いに意味がある。

ハ 何故に刑罰は合理的か？ 社會的正義が合理性を決定する。如何なる刑罰が

正しいか？ 絶対に正しい刑罰は何處にもない。刑罰は凡て相對的合理性を有するに過ぎない。即ちその社會の文化の程度、殊に犯人に對する人道的感情が合理的刑罰の何であるかを決定する。

相對主義は合目的な刑罰が合理性をもつと主張する。この主張は正確な認識の上に立つて居るが、これを貫くときには常に極めて残酷な結果を導く。絕對主義は應報思想に適する刑罰が合理的であると主張する。しかしこれは思想の混亂である。應報の純粹の姿は動に對する反動の關係を示すに過ぎない。動と反動との均衡、即ち責任と刑罰との均衡は應報觀念の外にある。

四 上に述べた刑法學說の分類のほかに、別の立場からの區別が認められて居る。

一 第一は舊學派¹⁾と新學派²⁾との對立である。舊學派は應報としての刑罰、即ち刑罰の「自己目的」のみを認め、新學派は目的刑の「理念」のみを代表する³⁾という意味の對立ではない。現に舊學派にも目的刑主義の代表者が少くない³⁾。根本的區別はむしろ他の

1) Klassische Schule.
z. B. Bar, Frank.

2) Moderne Schule. 3)

點にある。舊學派は一般的立場を代表し、新學派は個別的立場を代表する。即ち舊學派は刑罰の標準を一般的經驗に求め、新學派は具體の場合に應じて刑罰を定めるといふのである。この立場の相違は刑罰の適用・執行上かなりの相違が生ずる。舊學派は犯罪と刑罰との均衡を刑法上の根本的要求と見るが、新學派の理論を徹底すれば不定期刑が唯一の刑罰だという結論になる。

舊學派は理想哲學を背景とするドイツの傳統的學說である。ベールリング¹⁾の構成要件の理論、ビンディング²⁾の規範の理論、ビルクマイヤー³⁾の應報刑の理論、コーラー⁴⁾の贖罪の理論、エム・エ・マイヤー⁵⁾の文化規範の理論が、それぞれ重要な地位を占めて居る。新學派はイタリアの實證的研究を中心とする學說である。ロムブローソ⁶⁾の『犯人』が開拓し、フェリーの⁷⁾『犯罪社會學』が建設した學派である。ドイツにおいて新學派といわれて居るものは、實證的研究を中心としながらも、責任論についてはドイツの傳統を脱しない學說をいう。リスト⁸⁾の目的思想のもとに集つた、謂ゆる新ドイツ學派に

1) *Beling* (1866-). 2) *Binding* (1841-1919). 3) *Birkmeyer* (1847-1920). 4) *Kohler* (1849-1919).
5) *M.E. Mayer* (1875-1923). 6) *Lombroso* (1836-1909), *L'uomo delinquente*. 1876. 7) *Ferri* (1856-1929), *Sociologia criminale*. 1884. 8) *Liszt* (1851-1919).

屬する學者がこれである。

(二) 第二は現實主義²⁾と徵表主義³⁾との對立である。(一) 刑罰の輕重は犯罪として外部に現れた事實の大きさによつて定まるといふのが現實主義である。事實主義とも、客觀主義ともいう。(二) 犯罪があるから刑罰を科するのであるが、刑罰を科する標準は現實に生じた犯罪事實そのものではなく、犯罪によつて認め得る犯人の性格であるといふのが徵表主義である。徵表主義は犯罪への傾向が外部に現れたことを必要とし、それが行爲の如何なる段階にあるかの點をさほど重要視しない。新ドイツ學派の左翼の主張するところである。人格主義とも、主觀主義ともいう。

五 特別豫防の實行 特別豫防は刑事政策に歸着する。

一 刑罰執行 統一的であり、慎重に考えられた刑罰執行の規則が必要である。
(イ) 機會犯人に對しては譴責刑を科すべきである。今日の短期自由刑は囚人を墮落せしめるだけである。

1) *Jungdeutsche Schule*: *Freudenthal*, *Hippel*, *Rosenfeld*, *Tesar* u. a. 2) *Realistik*. 3) *Symptomatik*.
4) *Kollmann*, *Der symptomatische Verbrechensbegriff*. 1908; *Tesar*, *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens*. 1907; 牧野 犯罪徵表論 1915; 宮本 刑法學綱要 1926.

(ロ) 慣習犯人に對しては不定期刑を科すべしという主張がある。尤も不定期刑を實行するには、刑罰執行を監督する合議機關を設けねばならない。例えば監獄・感化事業・保護事業などに従事する人、法律學者・判事・検事・辯護士などの法律家の關與が望ましい。

(ハ) 比較的長期間の自由刑については累進制度¹⁾が問題となつて來る。これは囚人の待遇に段階を設け、行狀によつて次第に段階を進ましめ、最後の段階を終つた後に假出獄を許す制度である。

(ニ) 死刑はもとより、無期刑は犯人の社會的の死を意味する。これは特別豫防ではなく、一般豫防である。死刑・無期刑を是認する理由は、犯罪の危険が極めて大きいため、犯人の個人的立場(改善・威嚇)を考慮する餘地がないということである。即ち排害的淘汰である。これと刑罰の特別豫防的效果とは何の關係もない。人道的立場からいへば、死刑無・期刑は出來得る限り廢止することが望ましい。

1) Progressivsystem.

二 刑罰執行と保護事業、殊に免囚保護事業との結合が必要である。保護事業を伴わない刑事制度は、悪魔の仕事にほかならない。

六 保安處分¹⁾ 保安處分の全組織は刑事政策の領域に自己の郷土をもつ。

一 合目的性のみを眼中におく刑罰は時に正義に合しない。正義的刑罰は時に目的を達することが出來ない。そこで刑罰のほかに刑罰の性質を備えない種類の處分が必要となる。例えば強制的に教育・労働・禁酒を實行せしめ得る設備をおくこと、危険な精神病患者を收容する設備をおくことなどである。これら一切を含めて保安處分という。

二 保安處分は、行爲者自身にとつては刑罰と區別がない。刑罰は性質上、行爲者に犯人の烙印をつけるが、保安處分は倫理的に無色である。刑罰は正義を、保安處分は目的を重んずる。

三 各國の刑法における保安處分の規定は極めて不完全である。草案は何れも刑罰

1) Sichernde Massregel.

と並んで保安處分を認めることに、一致して居る。現今の諸國における刑法改正運動は、刑罰の外に如何なる種類・範圍・程度の保安處分を規定することが、現存の社會の秩序維持に必要であるかの問題を、解決するために生れたのである。

第五章 刑法學

一 刑法學の二方面 刑法學は刑事理論學と刑事政策學とに分れる。

一 刑事理論學 現に通用して居る刑法が問題となる。即ち「實在」¹⁾の刑法を明かにすることである。この意味の刑法學の任務は、現に存在して居る抽象的の刑法を透して具體的の問題を解決する點にある。即ち刑事理論學の諸問題は廣き意味の適用問題である。

刑法を適用するには他の學問の補助を必要とする。刑法以外の法律に關する理論・哲學・心理學・法醫學・歴史などは刑事理論學の補助學である。重なるものは――

1) Sein.

(イ) 刑法の目的を達するためには、犯人の人物と刑罰との關係を研究せねばならぬ。即ち心理學の一部門としての犯罪心理學や、個個の刑罰の内容に關する理論としての刑罰學¹⁾、刑罰の執行に關する監獄學の研究が必要である。

(ロ) 犯罪の社會的意味は、犯罪をその成立・その發展に従つて評價することによつて決定される。犯罪社會學がこれである。社會の秩序維持を任務とする刑法は、この社會學的方法を必要とする。裁判者が刑法を適用するにあたり、社會學的考慮を加えずして、犯罪の本質・態様・原因を知ることが出来ない。即ち犯罪學²⁾は刑事理論學の補助學である。

二 刑事政策學 今日の刑法によつて、明日の刑法を發見することが、刑事政策學の本領である。現實の社會の立場に立つて、「理想」³⁾の刑法の何であるかを、明かにすることになる。

刑事政策學も補助學を必要とする。重なるものは――

1) Pönologie. 2) Kriminologie. 3) Sollen.

(イ) 刑事理論學 現に通用して居る刑法を正確に理解するのでなければ、適切な批評を下すことは出来ない。今日を深く理解する人のみが、明日の政策を立て得る。

(ロ) 法律史 法律史を知らなければ、刑事政策を考案することは出来ない。法律史は法律の時間的條件・場所的條件を、従つてその社會にとつて必然的な法律が何であるかを明かにする。

(ハ) 經濟學 法律は社會の經濟狀態によつて決定される。法律は社會の經濟的構造を土臺とする上層建築の總體中の一部分にほかならない。犯罪原因の大部分は經濟狀態のうちにある。この意味において經濟學は刑事政策學の補助學である。

(ニ) 犯罪學・刑罰學・監獄學 刑事政策は犯罪の本質・態様・原因に關する理論・刑罰の内容に關する理論を土臺として構成され、刑罰執行を研究することによつて目的を達する。

(ホ) 比較刑法學 個人にとつて個人の經驗が役立つ如く、國家にとつては國家の

經驗が役立つ。この意味において諸外國の刑法を比較研究することは、刑事政策の參考になる。比較研究は理論的・實際の見地から全般的に諸外國の刑法の理解を必要とする。極めて困難な仕事の一つである。

二 犯罪鬭争の根本點

一 犯罪と社會 犯罪は現存の社會の秩序を破壊する行動である。如何なる行動が犯罪となるかは、その時代・場所の社會組織によつて定まる。社會は法律によつて擁護されて居る。社會の秩序は多くの場合において現状維持を意味する。この意味において法律は保守的な力として常に社會の進歩的要素を壓迫する。

二 犯罪原因と社會組織 現在の社會において最も重要な位置を占める犯罪は財産罪、殊に竊盜罪である。竊盜は貧乏・失業・そのほか種種の生活不安から生れる。

生活不安の原因は社會組織の不合理性のうちにある。現在の社會には勞働力を賣る以外に何らの生活の保障をもたない無産階級と、勞働力を賣うて剩餘價值を搾取す

る資本階級との二つが對立して、深刻な階級闘争の渦を巻き起す。無産階級は民族と國境とを超越した團結によつて、資本階級の束縛から脱しつつある。いま無産者は鎖のほかに失うべき何物をもたないが、まさに獲得すべき世界をもつ。即ち「あらゆる國國の無産者よ團結せよ」という有名な言葉の生れるゆえんである。階級的利益の主張も、それが現存の社會の秩序に反抗する限りは犯罪となる。しかも法律は常に現狀維持を目的とし、従つて保守的である。社會組織の變革は犯罪の死滅・減少、要するに犯罪との闘争の根本點であるが、現存の社會秩序を維持しつつ社會組織を變革することは出来ない相談である。この意味において刑罰や保安處分をもつてする犯罪との闘争は、實は改良主義者の空論に過ぎない。刑法改正の運動・刑事政策の綱領も、現狀維持を限度としてのみ實現される。その範圍を越えるとき、それはもはや改正でもなければ、いわんや政策ではあり得ない。

第六章 罪刑法定主義

一 その表現が簡單で印象的なため、複雑な意味をもつにも拘らず、標語になつて全世界を支配するものが、文化の各方面に必ずある。「法律なければ刑罰なし」という刑法上の要求が、この種のものに屬する。この標語の社會的・法律的の意味は、如何に不徳義な行動であつても、それが法律の規定によつて犯罪になつて居ない限りは罰せられないし、また法律の規定がその犯罪に對して加えて居る刑罰以外の刑罰によつては罰せられないという意味である。これが罪刑法定主義の名¹⁾によつて主張されて居るものである。

二 罪刑法定主義の根底となつて居る思想は、何時の時代にもあつた。思想の系統は大波のうねりの如く律動的に昇降しつつ、昔から今まで切目なしに續いて居る。思想の波の高まつたとき、そこに專制政治に對する反抗運動の勝利の姿が浮びあがる。

1) Principe de la légalité des délits et des peines.
 2) Feuerbach, Lehrbuch. 1801. において "1) Nulla poena sine lege. 2) Nulla poena sine crimine. 3) Nullum crimen sine poena legali." の三原則が「刑法の最高原則」として宣言されてからは、ラテン語をもつて表示されることになつた。

要するに罪刑法定主義は國家權力の自己制限にほかならない。モムゼンはこの關係を簡潔な言葉をもつて表示した。——刑法は刑罰權の代表者、即ち、裁判を宣告する裁判者の專擅が、國家法規と同價値の慣習を含めた意味の國家法規によつて制限されるところに始まる。¹⁾

三 しかし「法律なければ刑罰なし」という主張が國民の權利・自由の保障として法律に掲げられたのは、ローマやゲルマンの古代法においてではない。十三世紀のイギリスの大憲章²⁾がその最初のものである。その三九條に自由刑・財産刑が法律に基いてのみ科せられ、またそれが裁判手續によつてのみ執行されることを、國王は全自由民に對し保障するという意味の宣言がある。大憲章のこの規定はイギリスの移住民と共に海を越えてアメリカに行き、一七七四・一〇・一四のフィラデルフィヤにおける植民地總會の宣言として現れた。即ち人權は法律によるにあらざれば絶対に奪われなことを記録した(五條)。法律による人權の擁護は再び海を渡り返してフランスに歸つ

1) *Mommsen*, Römisches Strafrecht. 1899. 2) *Magna charta*, The keystone of English liberty. 1215.

て來た。一七八九・八・二六の『人權と國民權との宣言』¹⁾がこれである。『宣言』の規定はフランス刑法にとりいれられた。その後制定されたヨーロッパ諸國の刑法は、何れもフランス刑法を模範としたものであつて、罪刑法定主義は各國の刑法の冒頭に掲げられることになつた。³⁾

四 罪刑法定主義は歴史的發達と相待つて、學說においても主張された。モンテスキュ⁴⁾の三權分立主義の國家理論と、フォイエルバッハの心理強制主義の刑法理論とがこれ。モンテスキュは立法者と裁判者と執行者との權限を嚴重に區別すべきことを主張した。この歸結は法律の完全性ということになる。即ち刑法の領域においては罪刑法定主義の確立となる。フォイエルバッハは犯罪を實行する快感と、犯罪に不可避的な刑罰の苦痛とを比較することによつて、各人を犯罪から遠ざけることを主張した。この結果は完全な法律による犯罪と刑罰との明示、即ち罪刑法定主義が必然的に要求される。

1) *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*. Art. 8. 2) *Code pénal*. 1810. § 4. 3) *Strafgesetzbuch*. 1871. § 2¹; *Codice penale*. 1889. § 1¹. 4) *Montesquieu* (1689-1775). 5) *Feuerbach* (1775-1833).

五 罪刑法定主義は歴史的發達と理論的説明とに基礎づけられつつ、十九世紀において完成した。當時の刑法學は罪刑法定主義に種種の意味を包含せしめて居る。ビンディング¹⁾の引用によれば六つの意味がある。(一)成文の法律がない以上は刑罰を加え得ない。(二)不定期刑は許されない。(三)法律の擴張解釋は許されない。(四)刑法を認識しない以上は何らの責任もない、刑罰の種類・程度を知らない以上は犯罪の意志があるといえない。(五)犯人は自己の破つた、その刑法に規定してある刑罰以外の刑罰によつて罰せられることはない。(六)刑法の遡及力は認められない、犯人は自己の刑罰の上に権利をもつ、少くともそれより重く罰せられない権利をもつ。

六 今日刑法も罪刑法定主義の上に立つて居る。しかし三權分立主義・心理強制主義がその存在理由ではない。理論的加工以前の歴史的産物、即ちイギリス・アメリカにおいて結晶した人權の自由・不可侵の思想が再び唯一の存在理由となつて居る。要約すれば罪刑法定主義は豫め法律をもつて犯罪と刑罰とを定めておくということである。

1) *Binding*, Handbuch. 1885.

ある。この意味を最も純粹の形式に還元すれば、犯罪と刑罰との關係が法律關係であるということになる。罪刑法定主義は専制裁判に對する自由思想の勝利を意味する。従つて罪刑法定主義の重心は犯罪と刑罰との關係が、民衆の参加する法律制定の機關によつて定められねばならないという點にある。フランス革命によつて生れた今日の社會が、罪刑法定主義に與える刑法學上の座席は、ただこれだけである。

七 プワソナード¹⁾の起草した舊刑法(一八八〇)は罪刑法定主義を規定して居た。「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ズ」(二條)。フランス刑法以來、ヨーロッパ諸國の刑法の殆ど例外なく認めて居るところに従つたのである。現行刑法(一九〇七)はこの趣旨の規定をおいて居ない。既に憲法(一八九〇)は處罰の基礎として、「法律」を要求して居る。「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非ズシテ、逮捕・監禁・審問・處罰ヲ受クルコトナシ」(二三條)。即ち憲法に罪刑法定主義が宣言されてあるから、刑法において繰り返す必要なしというのである。

1) *Gustavus Boissonade* (1824-1910) はわが刑事制度に不滅の功績を残した。拷問の廢止・罪刑法定主義の樹立、要するに刑事制度が封建的專制から離れたのは、彼の力による。

しかし刑法における罪刑法定主義と、憲法におけるそれとは、必ずしも意味を同じくしない。刑法において規定されるとき、それは個々の犯罪と刑罰とが、必ず法律をもつて定められねばならないという意味である。これに反し憲法において規定されるとき、それは刑罰法規の基礎が法律にある以上、慣習法・命令をもつて個々の犯罪と刑罰とを規定して差支ないという結論になる。ビンディング¹⁾の罪刑法定主義に關する意見は、現行刑法のこの解釋に理論的根據を與える。

何人も犯人生活に理解をもち、立法がそのあらゆる隠れ家まで追跡し得ないことを知る限り、また何人もただ法律規定が缺けて居るというだけの理由で重い犯罪を罰しないことが何を意味するかを感じる限り、裁判者に類推に基く有罪宣告を許さねばならない、否、それを彼に要求せねばならない。裁判者は盲目的道具ではなく、立法者の生ける代表者として個々の場合の困難な任務に服する。類推による處罰は、被告人が有責に不法行為を實行したということが動かない場合であれば、當

1) *Binding*, Handbuch.

然に許される。

この種の主張は排斥されねばならない。社會が一階級によつて完全に支配されて居る限りは、裁判者の無制限な自由裁量に對抗する鬭争は起らないだろう。しかし政治的・社會的の鬭争が激化するに従い、罪刑法定主義擁護の聲が高まつて來る。そこでそれ自體、決して正しくない「裁判者の無制限な自由裁量の是認」が、正體を暴露することになる。

苦い經驗と辛い鬭争との後に十八世紀において獲得した原則、「刑罰法規なければ、何の犯罪も、何の刑罰もない」は二十世紀において再び掠奪され、個人は「犯罪豫防」という行政の無制限な專擅に引渡されることになるだろう。

ビルクマイヤー¹⁾が社會防衛主義の刑法理論からの結論に不安を抱いて述べたこの一句は、階級鬭争の尖鋭化した今日、罪刑法定主義の復活を提唱するために繰り返す必要がある。²⁾

1) *Birkmeyer*, Gedanken zur bevorstehenden Reform der deutschen Strafgesetzgebung. 1901.

2) 風早 罪刑法定主義の復活 1928.

第七章 刑法の淵源

一 刑法の淵源としての法律　ここで刑法の淵源というのは刑法を認識する材料の意味である。罪刑法定主義の歴史的意義からいえば、刑法の淵源は國民の参加して制定された法規でなければならない。憲法が處罰につき法律を必要とすることは、上に述べた。憲法二三條の法律は議會の協賛を経た刑罰法規の意味である。この規定に基き、國家が專擅的に國民の權利を奪うことが出来なくなつた。即ち「法律」に對立する意味の「命令」をもつて刑罰法規を制定することは許されない。刑法の淵源として最も重要なものは、明治四十年法律第四十五號刑法である。明治四十一年十月一日（一九〇八年）から施行されて、今日に及んで居る。

二 委任命令　刑法の淵源は「法律」でなければならない。しかし凡ての刑罰法規を「法律」で規定することは不可能である。このために刑罰法規につき委任命令の效力

が認められて居る。即ち「法律」をもつて委任の範圍を定め、その範圍内において「命令」による刑罰法規の制定が許される。委任命令の基礎になつて居る法律は明治二十三年法律第八十四號「命令ノ條項違反ニ關スル罰則ノ件」である。これによれば「命令」をもつて二百圓以下の罰金、一年以下の懲役・禁錮を規定し得る。

法律第八十四號は憲法違反の如くに見える。しかし通説は、刑罰法規の悉くが法律をもつて規定されねばならないとすれば、國家における法律制度の運用が阻止されることを理由として、法律第八十四號の存在を承認する。この解釋の根據として援用されるものは憲法九條であろう。¹⁾

三 勅令の復委任　法律第八十四號はあらゆる種類の命令に、一定の範圍における刑罰法規の制定を委任して居る。しかし一切の命令に直接・平等に一年以下の懲役・禁錮、二百圓以下の罰金を委任することは、必ずしも妥當とはいえない。命令の種類によつては委任の範圍に廣狹を認めることが必要である。そこで法律第八十四號と同

1) 森口 法の適法性に就て 1929.

時に公布された明治二十三年勅令第二百八號「閣令・省令・廳令・府縣令・及び警察令ニ關スル罰則」は更にこの種類の命令に、一定の範圍を限つて刑罰法規の制定を委任した。閣令・省令は百圓以下の罰金・科料、三月以下の懲役・禁錮・拘留を、地方長官・警視總監の命令は五十圓以下の罰金・科料・拘留を規定し得る。勅令の復委任の形式によつて法律第八十四號に制限を加えたのである。従つて委任命令による刑罰法規のうち、勅令以外の命令は事實において輕微な刑罰を規定し得るに過ぎない。

四 委任命令の一種に空白刑法がある。委任命令は處罰の條件である犯罪と、效果である刑罰とを、合せて命令に委任するのが通常である。空白刑法は豫め法律をもつて刑罰の種類・程度を定め、處罰の條件のみを場合場合に應じて命令に委任する。例え九四條。

五 國際條約も一定の範圍において刑法の淵源となる。條約の締結は天皇の權限に屬する(憲法二三條)。條約が内國において效力を生ずるために如何なる手續を必要

とするかについては、學説が分れて居る。わが慣例は公布によつてそのまま法律と同様の效力が生ずるものとして居る。従つて刑罰法規としての條約は勅令と同等の地位にあるということが出来る。従つて條約が刑法の淵源となる範圍は法律第八十四號と同一でなければならぬ。

第八章 刑法の解釋

一 刑法の解釋は罪刑法定主義の制限を受けるといふのが、從來の通説である。法律の解釋は一定の材料によつて、法律の合理的内容を明かにすることである。法律の材料を、解釋當時の社會状態に合するように解釋するところに、法律の合理的内容が現れる。法律の解釋は時の流れに従つて變化し、發展して行く。

二 刑法の淵源は成文の法律である。法律の文字そのものは廢止・變更されない限り永久に變らないが、合理的内容は時代毎に變化する。法律の解釋は法律の文字に含

1) 白地刑法ともいう。Blankettstrafgesetz の譯語である。

まれて居る種種の意味のなかから、これが法律であるといひ得る唯一の合理的内容を選ぶところに成立する。このことは刑法と刑法以外の法律との間に差異はない。刑法が人の自由を制限する法律であるということを理由として、「刑法の類推適用は許されない」とか、「疑わしい場合は被告人の利益に従う」などの主張が現れるのは、罪刑法定主義の或る時代の要求を無批判的に受け入れてのことである。即ち刑法の解釋と刑法以外の法律の解釋との間に差別を認めようというのは、全く根據のない主張である。社會は無限に進化し、發展する。刑法も解釋によつて、新たな社會生活を規律せねばならない。

刑法を解釋するにあたり避けねばならないことがある。それは刑法の解釋を、社會の一階級の利益にのみ役立たせることである。法律の性質が社會における或る階級の利益を主として擁護するにあるとしても、解釋法律學は多數者の利益擁護の方向へ法律を向けて行くことを、使命とせねばならない。多數者の利益を無視する解釋法律學

1) Analoge Anwendung. 2) In dubio mitius.

は、社會科學としての存在價值をもたない。

第九章 普通刑法と特別刑法

普通刑法と特別刑法との區別には二つある。

一 形式上の區別 明治四十年法律第四十五號刑法は形式的意味の普通刑法である。特別法に規定のない場合は、普通法が補充的に適用されねばならない(八條)。形式的意味の特別刑法の形態は次の二つである。

一 特別法において特に規定をもつて刑法總則の或る規定の適用を除外する場合
警察・財政に關する法規において、犯罪の不成立・刑罰の減輕免除・併合罪・累犯などに關する刑法典の規定の適用を除外する場合がこれである。新聞紙法四四條・出版法三二條・質屋取締法二四條・印紙税法一四條・酒造税法三一條・煙草專賣法六四條。

二 特別法において刑法總則の或る規定の例外規定を設ける場合 例えば陸軍刑法

二二—二三條・海軍刑法一六一—一八條。

二 實質上の區別

一 普通刑法は適用範圍の廣いもの、特別刑法はその狭いものを意味する。例えば陸軍刑法・海軍刑法は人に關する特別刑法であり、森林法に規定してある竊盜・放火は物に關する特別刑法である。

通説は臺灣刑事令・朝鮮刑事令を土地に關する特別刑法と見る。しかしこの二つはここでいう意味の特別刑法ではない、臺灣刑事令・朝鮮刑事令は臺灣總督・朝鮮總督の命令であつて、刑法と淵源を異にする。臺灣刑事令・朝鮮刑事令は適用區域につき刑法典と對等の立場にある。従つて刑法典と刑事令との間には普通法と特別法との關係は生じない。

二 普通刑法と特別刑法との區別は、刑罰法規の間における適用範圍に關する比較上の問題である。従つて普通刑法に對し更に普通刑法があり、特別刑法に對し更に特別刑法がある。

三 特別刑法は普通刑法に優先して適用される。特別法は、それが普通法と一致する限りにおいて、普通法を含んで居る。従つて特別法を適用することは、實質上その部分に關する普通法をも適用することになる。

第十章 刑法の效力

法律の效力は、法律が國家の團體規則として國家機關を拘束することである。換言すれば法律がその規範的機能と不可分的關係にある保障的機能を有することを意味する。従つて法律の效力は適用する方面と、適用を受ける方面とから問題になる。このことは刑法についても同一である。刑法の效力は構成要件を充すところの一定の事實が存在するときに、國家機關を拘束することによつて、一般人と犯人との利益を保障するところに現れる。

1) 講義 II-12 參照。

刑法の効力は(一)時、(二)土地、(三)人に對する方面から觀察される。

一 刑法の時間的効力 刑法は何時行われた犯罪に對して適用があるかという問題である。あらゆる法律は原則として施行から廢止まで効力を有する。このことは刑法についても同一である。

従來は刑法の不遡及ということが罪刑法定主義からの要求であるとされ、この立場から特に刑法の時間的効力の問題が論ぜられて居た。しかし刑法の効力が遡及するか否かは、罪刑法定主義から決定される問題ではなく、むしろ法律の名宛者の問題に關聯して論ぜられねばならない。

一 舊法と新法とが共に或る行爲を犯罪とする場合 この場合は國家機關の活動時の法律、即ち新法が適用される。法律變更の場合は、變更された範圍において、新法が舊法の効力を受け繼いだものと見るべきである。しかし新法の刑罰が舊法の刑罰よりも重い場合は、舊法を適用することが公平の觀念に合する。六條はこの精神を宣

言した規定である。六條の適用につき注意すべき點がある。――

(イ) 新舊の各法律に規定してある刑罰が同一である場合は新法を適用する。

(ロ) 犯罪後に法律の變更があつても、處罰の點につき何の影響もない限りは、新法が適用される。

(ハ) 處罰の點につき變更があるか否かは、新舊の各法律に關するあらゆる事情を考慮し、その結果を比較して定める。

(ニ) 行爲時の法律と裁判時の法律との間に存在する中間時の法律についても、六條の適用がある。中間時の法律の適用を受けると否とは全く偶然のことである。偶然によつて犯人の利益を奪うことは公平の觀念に反する。

(ホ) 訴訟手續・執行手續に關する法律の變更は六條に含まれない。しかし親告罪が非親告罪に變つた場合は、結果において處罰の點につき變更があつたのと同一年になる(刑法施行法四條)。

二 法律變更の結果、舊法が犯罪として居た行爲に對し、適用すべき規定が廢止された場合　この問題は六條と無關係である。

場合を分けて考える必要がある。――

イ 社會事情の變更によつて、犯罪とされて居た行爲を、合法的なものと考えようになつたという理由から、刑法を廢止する場合　以前に行われた行爲を、廢止後に罰しないこと勿論である。

ロ 一時的事情のために設けられた刑罰法規が、事情の消滅したため、自然に效力を失う場合　その法規の目的からいうて、一定期間の經過後においても、期間内に行われた犯罪に對しては、その法規を適用すべきである。一定期間内に犯罪の行われることが處罰の條件であつて、この種類の法規は犯罪成立の時點を定めることによつてのみ、罰せらるべき行爲を特徴する。

ハ 刑事訴訟法三一四條二項・三六三條二項は犯罪後の法律において適用規定が廢

止された場合に、免訴を宣告するという規定である。免訴の宣告を受ける場合は、上に擧げた「イ」の場合である。「ロ」の場合にも免訴の言渡があるとすれば、謂ゆる當座刑法の多くは適用の餘地がなくなる。

三 行爲時の法律の犯罪と見て居ない行爲を、裁判時の法律によつて犯罪とする場合　行爲が刑法以前において條理に違反するものであり、行爲者が行爲の許されなことを知る以上、行爲者を罰してよいはずである。しかし犯罪でなかつた行爲を、後の法律によつて罰することは、社會の秩序維持を目的とする法律が、却つて秩序を破る結果になる。これは法律の目的に反するものといわねばならない。

二 刑法の土地の效力　刑法の保障的機能は如何なる土地において行われた犯罪に對して生ずるかという問題である。この問題と刑法の施行區域の問題とを混同してはならない。施行區域の問題は裁判が可能であるか否かの事實問題であつて、刑事訴訟法・裁判所構成法などの手續法の適用のあることを前提とする。土地の效力の問題

1) sog. temporäres Strafgesetz.

は同一事情の社會には同一の條理が行われ、従つて刑法は共通的の效力を有すべきであるという理論問題である。

刑法の土地的效力につき諸國の刑法の認めて居るものは、領土主義¹⁾を原則とし、これを補充するに國民主義²⁾・保護主義³⁾をもつてする折衷主義である。現行刑法もこの立場をとつて居る(一一四條)

刑法の土地的效力に關聯して次の點を論ずる必要がある。――

一 諸國の刑法の多くは、わが刑法と同じく領土主義に原則をおき、國民主義・保護主義をもつて補充するところの折衷主義である。そこで犯人は外國において裁判を受け、その後においてその犯罪につき再び内國の裁判を受けることがあり得る。各國家の裁判が獨立して居ることから起る當然の結果である。しかし犯人が既に外國において刑罰の執行を受けたに拘らず、重ねて内國において刑罰を執行することは、必要以上に犯人を處罰することになる。五條は上に述べた理論と實際との調和を目的とする規定である。

1) Territorialprinzip. 2) Nationalitätsprinzip. 3) Schutzprinzip.

る規定である。

二 刑法の土地的效力が國外の犯罪に及ぶ以上、處罰につき必ず外國の協力を待たねばならない。逃亡犯人の引渡がその重なるものである。逃亡犯人の引渡は條約によるのが通常である。わが國はアメリカ・帝政ロシアと逃亡犯人引渡の條約を締結し、條約上の義務を實行する手續に關し勅令を公布して居る。尤も從來の國際慣例上、政治犯人は原則として引き渡さないことになつて居る。

三 刑法の對人的效力 刑法は原則として土地的效力の及ぶ限り、何人の犯罪にも適用される。従つて陸軍刑法・海軍刑法の如く特定人に對してのみ適用あるものを除くほか、刑法について對人的效力を論ずる必要は殆どない。わが國の法律においてその必要のあるものは、次の數個の場合に過ぎない。――

一 天皇(憲法三條)

二 帝國議會の議員(憲法五二條)

- (三) 攝政(攝政令四條)
- (四) 外國の元首とその家族、外交官とその家族・附屬員・日本人以外の雇員従者、外國政府の代表者

「一」と「二」とはその特別な地位が、全體的・部分的に刑法上の責任を免れしめる場合である。即ち身分上の責任阻却原因に基き罰せられないのである。

「三」と「四」とはその地位にある間に限り、内國法上・國際慣例上、内國の刑事裁判手續が停止される場合である。従つてその地位を去つた後は、その地位にあつたときに行うた犯罪につき、處罰を受けねばならぬ。

第二部 總論

第一篇 犯罪

第一章 刑罰條件(積極的犯罪特徴)

何が犯罪であるか？ この問題に答えるものは刑法の規定である。「斯く斯くの行動をとつた者は、斯く斯くの刑罰に處す」というのが、刑罰法規の基本形式である。刑法の規定がない限り、たとい道徳上・社會上は排斥すべき行動、刑罰を加えて然るべき行動であつても、犯罪といふことは出來ない(罪刑法定主義参照)。この刑罰法規に定めてある概念的要素を「構成要件」という。即ち犯罪は出來事が「構成要件に該當すること」²⁾を必要とする。もとより構成要件に該當する出來事は、責任を負うべきこと、³⁾條理に違反することを前提とする。⁴⁾即ち犯罪の概念的意義は次の如くなる。「犯罪は構成

1) Tatbestand. 2) tatbestandsmässig. 3) zu-rechenbar. 4) kulturellnormwidrig.

要件に該當するところの・責任を負うべき・條理違反の出來事である。」

五八

第一節 構成要件

一 構成要件と類型¹⁾ 殺人罪の規定は「人ヲ殺シタル者ハ死刑……ニ處ス」(一九九條)とある。殺人罪の構成要件は人を殺すことである。構成要件は抽象的・法律的概念である。或る人の或る行動が構成要件に該當するとき、そこに特定の犯罪が成立する。具體的・現實的の出來事と抽象的・法律的の構成要件とは、嚴密に區別されねばならない。強盜Aが昨日の夜Zの家に押し入つてZを殺したという出來事は、二四〇條の構成要件に該當するから、強盜殺人罪となる。

犯罪は一方において抽象的の構成要件が存在し、他方において構成要件に該當する具體的の出來事が存在するとき始めて成立する。即ち犯罪の構成要件は刑罰法規をもつて嚴密に形式化された犯罪類型であつて、法律の規定をもつてするのでなければ

1) Tatbestand und Typus.

新しい犯罪類型を作ることには出來ない。ベリリングはこの意味において、「構成要件」と「類型」とを同一に解する。

二 理論としての構成要件 構成要件を基礎とした犯罪理論はベリリングの『犯罪の理論』¹⁾によつて基礎づけられ、エム・エ・マイヤーの『要論』²⁾によつて完成された。ベリリングは法律上あらゆる條理違反の行爲が例外なしに犯罪となるのではなく、法律の規定をもつて嚴密に形式化された犯罪類型に該當する行爲だけが罰せられるという點を確定した。エム・エ・マイヤーは「構成要件」の概念を「類型」の概念から嚴重に區別し、ベリリングにおいて漠然として居た構成要件の理論を徹底せしめた。エム・エ・マイヤーは刑法各則の各規定に定めてある構成要件に該當しない出來事が、犯罪の構成から除外されるべきことを力説した結果、未遂犯・共犯に關する傳統的説明に重大な變更を與えた。傳統的犯罪理論は未遂犯・共犯を犯罪形態³⁾・犯罪の發現形態⁴⁾・犯罪の態様⁵⁾という名のもとにおいて漠然と論じて居るに過ぎない。犯罪理論の傳統を破つて

五九

1) *Beling, Die Lehre vom Verbrechen.* 1906.

2) *ME. Mayer, Lehrbuch.* 1915. 3) *Verbrechensform (Liszt, P. Merkel).* 4) *Erscheinungsform des Verbrechens (Allfeld, Beling, Gerland).* 5) 宮本.

未遂犯・共犯のために、「刑罰擴張原因」という特別の概念を構成したのがエム・エ・マイヤーの『要論』である。「吾人はマイヤー（そしてベールリング）以來、刑法の體系をまとまつたものとして見る事が出来る。従つて彼の著書は一三〇〇年頃、イタリア人アルベルツウス・ガンディヌスによつて始めて手をつけられたところの、六百年間の發達の王冠を飾るものである」³⁾。

構成要件の理論は刑法理論の全體系のために、極めて重大な役割を演じつつあることを注意しておく。わが國において構成要件を刑法體系の基礎とする企はかなり新しい。恐らくは小野『構成要件充足の理論』（一九二八年）が最初の文献であろう。

第一款 行爲の本質

一 行爲要素 現今の刑法における構成要件の重心は行爲である⁴⁾。構成要件に該當する出來事の殆ど凡ては行爲を要素とする。ここで行爲というのは、行爲者の意志

1) Strafausdehnungsgrund. 2) Albertus Gandinus.
3) Kantorowicz, Max Ernst Mayer (Ein Nachruf 1924).
4) Handlung.

に基く行動の全體、詳しくいえば行爲者が意識して企てた身體の運動・靜止・その效果として外部に現れた結果を含めての意味である。刑法において重要なことは、行爲そのものの存在ではなく、行爲が構成要件に該當する場合に意味をもつという點である。例えばピストルを發射することは、それが殺人罪の構成要件を充す場合に、その限度において刑法上の意味をもつ。

行爲は行爲者の意志に基く行動の全體である。(一)或る行動をとるの決心が成立するまでには種種の内面的暗闘が行われるが、行動への欲望が制止觀念を壓倒して¹⁾決心を構成する。(二)決心に續いて外部への發動、即ち目的に向つての身體の運動・靜止が起る。これが意志表現である²⁾。(三)最後に意志表現の效果として行爲者の目的とした或る變化が生ずる。これが結果である³⁾。要するに刑法における行爲は、決心から意志表現を経て、結果の發生に至るまでの出來事の凡てを含む。

二 作爲と不作爲⁴⁾ 構成要件の理論からいえば、行爲が意志に基く身體の運動で

1) Hemmungsvorstellung. 2) Willensbetätigung.
3) Erfolg. 4) Tun und Unterlassung.

あろうが、身體の靜止であらうが、法律上は同一である。行爲が身體の運動から成立する場合を作爲、従つてこれが構成要件に該當する場合を作爲犯という。行爲が身體の靜止から成立する場合は不作爲、従つてこれが構成要件に該當する場合は不作爲犯である。

ここでいう身體の運動・靜止は通俗的の意味である。母親が乳呑兒の鼻孔をふさいで窒息せしめた場合は作爲による殺人であるが、乳を與えないで餓死せしめた場合は不作爲による殺人であるという程度の常識的觀察に過ぎない。

構成要件は作爲によつて充されるのが通常であるから、犯罪理論は一般に作爲について論ぜられる。しかしこれは事實上の問題として作爲が普通であるというだけのことである。即ち構成要件の理論としての作爲と不作爲との間に、價値の差異があるわけではない。身體の如何なる部分の筋肉が動いたかということは、作爲について問題にならない。同様に、意志表現が身體の運動によると、身體の靜止によるとは、理論

上の重要性を有しない。即ち刑法上の問題を取扱う際、不作爲を特別扱にすることは、理論問題ではなく、實は便宜問題に過ぎない。

三 不作爲犯 從來の學説は不作爲の犯罪を、眞正不作爲犯と不眞正不作爲犯とに區別する。眞正不作爲犯は原則として構成要件の内容が一定の不作爲によつて充される場合である。例えば一〇七條・一九二條・二二八條。不眞正不作爲犯は構成要件の内容として作爲が豫想されるに拘らず、特定の條件を備えた不作爲がこれを充す場合である。例えば母親が乳呑兒を殺すために乳を與えないという方法をとることは、不眞正不作爲による殺人罪になる。

構成要件が如何なる場合に不作爲によつて充されるかという問題は、理論の問題ではなく、事實の問題である。通常は眞正不作爲によつて成立する犯罪も、時に作爲から成立する。例えば保護責任者が病人の藥をかくす場合には、保護責任をつくさないという不作爲が作爲によつて成立する。

四 構成要件と行爲要素との關係 行爲が如何なる場合に、如何なる限度において、構成要件に該當するかの問題は、刑法各則の各規定の解釋によつて定まる。刑法總論の任務は構成要件と行爲要素との關係から生ずる一般的問題を取扱うだけのことである。

一 決心

犯罪意志が外部に現れない限り、これを構成要件と見る如何なる刑罰規定もない。女を見て色情を起す者は既に姦淫を犯したのだという言葉は、道德上の箴言であつて、法律規範ではない。「何人も考へて居ることによつて罰せられはしない。」¹⁾「思想はこの世の税金を免れるが、あの世の税金は免れない。」²⁾

二 決心の表示

日記・手紙・座談など犯罪の實現と縁遠い方法によつて決心が表示された場合は、原則として構成要件の内容には含まれない。尤も特別刑法には決心の單なる表示を罰する場合がある。例えば新聞紙法四二條・出版法二六條。

陰謀は多くの場合において決心の單なる表示と認めてよい。二人以上で特定の犯罪

の實行を相談することが陰謀である。刑法は例外的に陰謀を罰して居る。例えば七八條・八八條。

三 意志表現

豫備行爲から實行行爲に進み行く行爲の過程が意志表現である。豫備行爲は原則として構成要件の内容に含まれない。尤も刑法には例外的に豫備を罰する場合がある。例えば一一三條・二〇一條・二三七條。

豫備行爲から實行行爲に進み行く。犯罪は原則として實行の完成を構成要件と見る(既遂犯)。實行の未完成の或るものは刑罰擴張原因として罰せられる(未遂犯)。豫備行爲と實行行爲との限界は、犯罪理論において議論の多い問題の一つである。

四 結果

行爲者の目的は結果を發生せしめることである。殆ど凡ての犯罪は構成要件として結果を要求する。

學說によれば結果を構成要件としない犯罪がある。結果を構成要件とする犯罪を實質犯¹⁾または結果犯²⁾、結果を構成要件としない犯罪を形式犯³⁾または舉動犯⁴⁾という。名譽

1) Materialdelikt. 2) Erfolgsdelikt. 3) Formaldelikt. 4) Tätigkeitsdelikt.

1) Cogitationis poenam nemo patitur. (Ulpianus).
2) Gedanken sind zollfrei, aber nicht höllenfrei. (Deutsches Rechtssprichwort):

毀損罪・偽證罪など謂ゆる言語犯が形式犯(學動犯)の重なものに數えられて居る。

五 因果關係¹⁾

一 因果關係論の必要・不必要 謂ゆる實質犯(結果犯)は構成要件として結果の發生を必要とする。通説は實質犯の成立を定めるにあたり、意志表現と結果との間に原因・結果の關係のあるか否かを論ずる。因果關係は刑法理論において重要な地位を占めて居る。スチューベル²⁾からツウレーガー³⁾までの一世紀は刑法學における因果關係論の時代というてよい。十九世紀を通じて刑法の研究に貢献したのはドイツであつた。従つて因果關係の問題を特に熱心に研究したのもドイツである。抽象と理論とを好むゲルマン民族の民族性が、哲學的概念を刑法に導き入れたのである。ガルソンは多少の皮肉を含めて次の如くいうて居る。——「因果關係の理論を微細な點まで立ち入つて研究することは、吾吾にとつて無用であるが、ドイツではその關係の本のために圖書館が一ぱいになる」⁴⁾。わが國においても因果關係論が重要視されて居る。ドイツ學

1) Kausalzusammenhang. 2) *Stübel*, Über den Tatbestand der Verbrechen. 1805. 3) *Träger*, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. 1904. 4) *Garçon*, Droit pénal Allemand par *Liszt*. Préface.

風の影響である。しかし刑法において因果關係を論ずる必要があるか否かは問題である。謂ゆる因果關係は、事實關係さえ定まれば何も問題になることではない。少くとも獨特の學説によつて説明せねばならないほどのものではない。母親が皿を落さなければ壞れなかつたということは、物心のついた子供にもわかる。この因果的結付の理解は人間の知識の健全な働きにほかならない。因果關係論のなかには、この人間の知識の働きそのものを、恰も一つの學説のように説明するものがある。「無視し得ない條件」¹⁾、即ち出來事が起らなかつたとすれば、結果は發生しなかつたであろうと考えられる場合に、出來事は結果の原因であると論ずるのである。全條件同價値説といわれて居る。全條件同價値説の基礎となつて居るところの「無視し得ない條件」の理論は正しい。しかしこの理論のなかに因果關係の學説・問題の解決が含まれて居ると見てはならない。むしろ結論は反對になる。即ちあらゆる因果的結付が重要であるという原則の承認は、因果關係論の一學説としての全條件同價値説を否定することになる。

1) *Conditio sine qua non*. 2) *Theorie der Gleichwertigkeit aller Bedingungen*.

従來の謂ゆる因果關係論は構成要件・違法・責任の理論の或る場面にほかならない。従つて刑法において特に因果關係を論ずる必要はない。しかし従來は因果關係論をかなり詳細に論じて居るから、この傳統を考慮しつつ、次に因果關係について一應の説明を説みる。

二 事實關係の確定 或る結果が或る意志表現の効果であるか否かは、必ずしも明かではない。人が死んだという事實が現れた。責任の原因となるべき意志表現の効果であるか、偶然の出來事であるか、それが問題である。事實關係を確定すること、殊に構成要件に該當する結果が本人の仕事であるか否かの點を解決すること、この問題が第一義的である。ところが通常は事實關係の確定の困難という點を忘れて居る。「教室の設例」¹⁾は常に事實關係の確定を前提として居るからである。

三 問題提出の仕方 謂ゆる因果關係論は、或る結果が或る意志表現の効果であるか否かの事實問題において、更に全く別の問題、即ち事實を離れた思惟の問題を解

1) Schulbeispiel.

決し得ると考へて居る。換言すれば事實問題が定まつた後に、因果關係が問題となり得るといふのである。母親が乳香兒を雪の野原に捨てたため乳香兒が凍死した。死の原因は母親か雪か、これが因果關係の問題である。

如何なる條件のもとにおいて、或る意志表現は或る結果の原因と見るべきか？これが因果關係の従來の形式である。この設問は、問題にならないものを問題に作り上げ、求めて混亂を引き起した感がある。設問そのものがよくないことは、如何なる答もこの設問に矛盾しないことからわかる。(一)意志表現は如何なる場合にも結果の原因ではない。——「無視し得ない條件」の全體が原因であるとすれば、或る人の意志表現は如何なる場合にも原因ではない。意志表現はこれらの條件の一つであるが、條件全體を代表し得ない。(二)意志表現は或る場合に限り結果の原因である。——原因は動的條件でなければならぬ。動的條件の働きを助けるところの靜的條件は單なる條件に過ぎない。(三)意志表現はあらゆる場合に結果の原因である。——この場合の原

因の概念は上に述べた二つの場合と根本的に異なる。第一・第二の意味では、意志表現は全く原因とならないか、或る場合にのみ原因となるかの何れかであった。これに反し第三の意味では、関係ある条件、従つて結果の發生に意味をもつ条件は悉く原因と見られる。この答は「条件」という言葉が「原因」という言葉によつて置き換えられてよいという事實を證明する。

因果關係論に正常な地位を與えるには、從來の設問の形式、即ち如何なる条件のもとにおいて、或る意志表現を或る結果の原因と見るべきかという設問の形式を征服せねばならない。

四 因果關係論の不必要 意志表現は、それが構成要件に該當する結果の發生に關係ある限り、凡て重要である。この意味・範圍においては、刑法上の因果關係を論ずる必要はない。これは因果關係論における全條件同價値説 即ちあらゆる因果的結付が重要であるという立場と結論が同一になる。しかしあらゆる學説、従つて全條件

同價値説をも認めない點に、根本的差異がある。因果關係を不必要とする立場は、從來の因果關係論の痛であつた結果加重犯・因果關係中斷の説明に觸れなくてよい。

イ AがZに暴行を加えて傷を與えた。傷口から微菌が侵入したためZは死んだ。何人もZの死を豫期しなかつたのである。Aを傷害致死罪として罰することは如何にも不合理である。Aは傷害罪の責任を負うべきである。この問題は責任論に屬する。因果關係論によつて解決を試みることは、出發點に誤謬がある。

ロ Bは竊盜を行う目的をもつて屋根に梯子をかけた。足音が聞えたのでそのまま逃げた。足音は無關係のCが別個の竊盜の目的をもつて來たためである。CはBの作つた足場を利用して竊盜の目的を達した。この場合に竊盜(既遂)の構成要件に該當するものはCの行爲である。Bの行爲は竊盜(既遂)の構成要件に該當しない。Bは竊盜の意志を外部に表示しただけである。Cの行爲がBと結果との間の因果關係を中斷したという説明は正しくない。

正犯と教唆犯との関係も同様に解決し得る。正犯の行爲は教唆犯と結果との間の因果関係を中斷するのではない。教唆犯そのものが構成要件に該当しないから、これを罰するためには特別の規定が必要なのである。

(ハ) DがYを殺した。Dがこの世に生れたこと、即ちDの親とYの死との間に因果関係があるか否かの問題が、かつては論ぜられた。この問題を論ずること自体、既に非常識である。従來の因果關係論すらも、この問題を責任論として取扱つて居ることに注意する必要がある。Dの親とYの死との間に因果的結付はあるが、殺人の意志は問題外であるから、殺人罪の責任を負わすべきでないというのである。この結論は正しい。ただ因果關係の學說(全條件同價值說)の應用問題として論ずるところに、方法的誤謬がある。

五 従來の因果關係の學說 或る種類の因果的結付のみが、法律上、重要であるという従來の因果關係論は、一二つに區別することが出来る。

(イ) 個別觀察說 當該の場合に意志表現が結果に對し如何なる効果を與えたかを定め得る前提から出發する。代表的の學說として最有力條件說¹⁾を擧げておく。最有力條件說は意志表現が結果の發生に對して最有力と考へ得る場合にはよからう。しかし第一に作用する力を正確に計算することは不可能である。第二に大きな努力が必ず強い作用を引き起すとは限らない。従つてこの理論を貫徹することはむづかしい。

(ロ) 一般觀察說 條件を區別して、一般的に結果を發生せしめるものと、例外的に結果を發生せしめるものとに分ち得ることを前提とする、意志表現が第一のものに屬する場合は原因であり、従つて因果關係は成立する。これに反し意志表現が第二のものに屬する場合は原因ではなく、従つて因果關係は成立しない、EがXに暴行を加えて傷害を與えた。傷口から細菌が侵入し、破傷風を起してXは死んだ。個別的に觀察すれば、暴行を加えなければ負傷しなかつたらうし、負傷しなければ破傷風を起さなかつたらうし、従つて死ななかつたといひ得るであらう。一般的に觀察すれば、負

1) Theorie der wirksamsten Bedingung (Birkmeyer).

傷は通常の出来事であり、破傷風に基く死亡は例外の出来事である。即ち一般觀察説はEに傷害罪の責任を認めるが、傷害致死罪の責任を認めないという結論になる。一般觀察説は相當因果關係説¹⁾といひ、二十世紀の始めから有力になつた學説である。

相當因果關係説の根本思想は因果關係の定型を定める點にある。定型の構成如何によつて、換言すれば一般化の要件が何であるかによつて見解が分れる。(一)第一は行為者の立場が標準になる。行為者が行為の當時に豫見し得た事情から、結果の発生を豫想し得ることを、一般的定型とする²⁾。行為者の豫見範圍が標準となるから、結局この見解は過失と成立範圍を同じくする。(二)第二は裁判者の立場が標準になる。この見解は事實の經過を「事後に」³⁾審査する人の知り得る凡ての事情から、結果の発生を豫見し得ることを、一般的定型とする⁴⁾。多少の差異はあるが、大體においてあらゆる條件は重要であるという見解と結論を同じくする。(三)第三は第三者の立場が標準になる。注意深い人が「事前に」⁵⁾に豫見し得た事情から、結果の発生を豫見し得ることを、

1) Theorie der adäquaten Verursachung. 2) Kries' Theorie der subjektiv-adäquaten Verursachung. 3) Ex post. 4) Rümelin's Theorie der objektiven nachträglichen Prognose. 5) Ex ante.

一般的定型とする¹⁾。行為者は、偶然のことから自分は知つて居るが注意深い人の知らないところの事情を利用して、結果を発生せしめることが考えられる。この場合を除外することは不合理である。この缺點を補うために、第三者の豫見範圍と行為者の豫見範圍とを標準として、一般的定型を構成する見解が認められつつある。

學説の變遷から次の結論が出て来る。その始め因果關係論は違法・責任の理論と嚴密に區別されて居た。即ち因果關係の存在を前提としてのみ、違法論・責任の理論を論じ得ると考えたのであつた。しかし今日は因果關係論と違法・責任の理論とは接近しつつある。むしろ因果關係論は違法・責任の理論そのものであるというてよい。一般觀察説がこれを證明して居る。

六 不作爲の因果關係 不作爲が行為の一種である限りは、不作爲について特に因果關係を論ずる必要はない。作爲の因果關係として述べたことは、悉く不作爲にもあてはまる。従來は「無からは無以外の何ものも生れない」という妖怪的な紋切型²⁾から

1) Träger's Theorie des generell begünstigenden Umstands. 2) Die alte gespenstische Formel „aus nichts kann nichts werden.“ (Liszt-Schmidt).

出發して、(一)不作爲を導く作爲が原因である。(二)不作爲そのものは原因力をもたないが、一般的に或る人の作爲を豫期する場合には、不作爲は作爲と同一に取扱われるなど論ずる學説もあつたが、何れも方法論的に誤つて居る。「無からは無以外の何も生れない」という形式は自然科学の問題である。刑法上意味があるのは、當該の不作爲が結果の發生に關して重要であるかの點、換言すれば構成要件に該當する事實的連鎖の一つの環であるかの點のみである。不作爲が成立するためには、それが眞正不作爲犯であると、不眞正不作爲犯であるとを問わず、行爲者が作爲すべき法律上の義務を負うて居ることを要件とする。この意味において不作爲犯は特別の身分を構成要件とする犯罪である。¹⁾

六 構成要件と行爲要素との關係を基礎とした犯罪の形態

一 結合犯 構成要件として重複的行動を必要とするが、犯罪は最初の構成要件に該當する行動によつて着手となり(未遂犯)、最終の構成要件に該當する行動によつ

1) Vgl. Entwurf von 1925 § 14, Entwurf von 1927 § 22.

て、始めて完成する(既遂犯)。例えば一七七條・二二六條。

二 繼續犯 繼續的行動を構成要件とする。例えば二二〇條。構成要件は繼續的

行動の最後の時點における行動までを含むから、例えばこの時期までは從犯の關與を認め得る。

三 結果加重犯 構成要件として復數の結果を必要とする。最初の結果だけで、

それだけの犯罪として罰せられるが、豫見範圍に屬するその後の結果の發生することによつて、重く罰せられるところの犯罪となる。強姦罪(一七七條)は暴行・脅迫に基づく姦淫によつて成立するが、被害者を負傷せしめた場合には強姦致傷罪(一八一條)として重く罰せられる。

四 危険犯 意志表現から生じた結果が、法益を侵害する場合と、法益に危険を

與える場合とがある。侵害する場合が侵害犯¹⁾であり、危険を與える場合が危険犯²⁾である。危険が生じたか否かの判断は、侵害が生じたか否かの判断よりも、一般的に困難

1) Verletzungsdelikt. 2) Gefährdungsdelikt.

である。構成要件として危険の発生を必要とするものは、常にこの困難を伴う。例えば一一〇條。これを具體的危険犯というて居る。

具體的危険犯に對して抽象的危険犯がある。危険の発生そのものは構成要件の内容でないが、行爲そのものが一般的に危険なため、危険發生の如何に拘らず一般的に罰せられるものを意味する。例えば一〇八條。刑法はこの種類の行爲を原則的・一般的に危険なものとし、危険が實際に生じたか否かを問わず、罰すべきものと定めただのである。

第二款 行爲の關係

構成要件の重心は原則として行爲である。しかしそれだけで十分なわけではない。刑罰法規は或る場合に行爲の或る關係を構成要件に數えて居る。犯罪の主體・客體・時・場所など、行爲の關係がこれである。

行爲の如何なる關係が構成要件であるかは、各種の犯罪を規定する各刑罰法規によつて定まる問題である。ここでは多少の包括的觀察をなし得る場合の、一つ二つを擧げるに止める。

一 行爲の主體 構成要件としての主體は、一般的には特別の性質を必要としない。各人は悉く行爲者であり得る。尤も例外として主體の特別の自然的・法律的の性質が、構成要件として要求される。これを特別犯という。

特別犯の重なるものは身分犯である。身分犯には二つある。(一)身分が犯罪成立の構成要件である場合。例えば一九七條。(二)身分が單に刑罰を加重・減輕する構成要件に過ぎない場合。例えば二〇〇條・二一二條。

法人は犯罪の主體となり得ない。¹⁾ 法人の機關である個人(法人に對して自然人といふ)が罰せられる。尤も法人を罰する例外がある。例えば明治三十三年法律第五十二號「法人ニ於テ租稅及ビ葉煙草專賣ニ關シ事犯アリタル場合ニ關スル件」は法人を罰し

1) Societas delinquere non potest.

て居る(同法一條)。資本をもたない雇人・従業者の責任において、法人が不當の利得を計畫することが少くない。税法の規定は、この種類の不正を防ぐための政策的見地からおかれたのである。この規定から逆に、法人も犯罪の主體となり得るといふ結論を導き出すことは出来ない。

二 行爲の客體 客體には二つの意味がある。第一は保護の客體である。刑罰によつて保護を受け、犯罪によつて侵害・危険を受けるものを意味する(法益¹⁾)。第二は攻撃の客體である。構成要件に該当する人・物を意味する(目的物¹⁾)。第一は凡ての犯罪に備わる。犯罪は法益の侵害・危険であり、従つて保護の客體は本質的である。これによつて刑法各論が理論的に組織づけられる。しかしこれは構成要件でないから、犯人が知ると否とは、責任の決定に影響しない。第二のものは構成要件の内容を形作る。従つて通常は行爲の本質によつて明かにされる。従つて特に行爲の關係として論ずる必要は少い。この少い例外に屬するものは、例えば「人ノ住居ニ使用……スル

1) Rechtsgut. 2) Objekt der Handlung.

建造物」(一〇八條)、「人ノ現在スル汽車……」(一二六條)、「十三歳以上ノ婦女」(七七條)、「淫行ノ常習ナキ婦女」(一八二條)など、一つ二つのものである。

三 時・場所 如何なる時、如何なる場所において、構成要件が充されるかという問題は、一般的には重要でない。「殺人という犯罪類型の場所的・時間的の舞臺は廣い世界であり、始めも・終りもない時間である。」¹⁾しかし極めて稀な例外ではあるが、構成要件として行爲の時間的・場所的の關係が要求される。例えば「外國交戦ノ際」(九四條)、「……犯罪アルニ當リ現場ニ於テ」(二〇六條)など。

四 處罰條件 行爲、従つて構成要件と全く關係のない一定の事實が、處罰の條件を形成する場合がある。これが謂ゆる處罰條件である。處罰條件を必要とする場合は、現行法上は極めて少い。破産犯罪における「破産宣告の確定」は、この少いものゝ重なる例である。破産犯罪は破産法三七四條・三七五條に列挙してある構成要件に該当する行爲によつて成立するが、これを罰するためには構成要件と全く獨立する處罰要

1) *Beling, Die Lehre vom Verbrechen. 1906.* 2) *Bedingung der Strafbarkeit.*

件の「破産宣告の確定」を必要とする。

八二

第二節 違法

一 違法の意義 形式的にいえば、犯罪は違法の行動である。行動が國家の承認する條理に違反するときに違法となる。即ち違法の實質は國家的條理違反である。條理は道德的・宗教的・風習的の命令・禁止として、また取引上・職務上の要求として、個人を規律するところの規範の總稱である。法律の内容は、それが倫理的性質を帯びる限り、條理と一致する。この範圍において法律は條理という基礎的構造の上に建てられた上層建築にたとうべきものである。「殺す勿れ・姦淫する勿れ・偽り誓う勿れ・隣人を愛すべし」という命令・禁止は、人間の社會生活と時期を同じくして生じた條理であつて、論理的にも、時間的にも、法律以前のものである。従つて違法は、形式的には法律に違反することであるが、實質的には法律の立つところの條理に違反する

ことである。社會の一つとしての國家は、法律をもつて或る種の義務を規定し、時代に應じて變化する倫理的價值を、時代・時代の型に鑄込むことによつて、形式的違法（法律の輕視）と、實質的違法（條理違反）との一致に努める。

違法的行動が悉く犯罪となるのではなく、法益を害することが大きいため、刑罰をもつてする對抗が必要であると認められる場合にのみ犯罪となる。例えば刑法は「他人ノ財物ヲ竊取シタル者ハ……懲役ニ處ス」と規定する（二三五條）。隣家の生垣の花一輪を盗むことは違法であり、竊盜罪の構成要件に該當する。しかしこの場合に竊盜罪の成立を認めることは出来ない。違法は違法であるが、「罰すべき」程度の違法性を備えて居ないからである。「罰すべき」程度の違法性があるか否かの問題も、時代と社會と文化とに委ねられた問題である。

違法の實質が、法律の根底となつて居る條理の違反であることを明かにしたのは、エム・エ・マイヤーである。その生涯の著述はこの傾向を記念すべき文獻である。

八三

1) ME. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen. 1903; Lehrbuch des Strafrechts. 1915; Rechtsphilosophie. 1922.

二 違法に関する學說

通説は人の行動が法律、正確に言えば法律の含む命令・禁止に違反するとき違法であるという。この表現は誤つては居ない。しかし違法を形式的に見たものに過ぎない、少くともこれだけでは違法の本質は不明であり、またこれは循環論¹⁾でもある。この循環論を破るために、これまで種種の説明が試みられた。

一 規範理論²⁾

ペンディングによつて主張された。違法的行動をもつて命令・禁止の違反と見、この命令・禁止の法律的本質を研究することによつて、違法の理論を説明しようという試みである。犯人は刑罰法規に違反するのではなく、他の法律、即ち刑罰法規に對して論理的に先在する規範に違反すると結論する。ペンディングのこの出發點は卓見であり、違法理論はペンディングに負うところが多い。しかし規範理論に従えば「法律違反⁵⁾」と「規範違反⁶⁾」とは同一に歸着する。即ち。「正でないことが不正である」という循環論は、どこまでも規範理論について來る。

二 目的思想の理論⁷⁾

リストによつて主張された。リストは規範理論の循環を破

るために、換言すれば違法の實質的内容を明かにするために、「法律の目的」を高調する。しかし問題は次の段階では依然として同じ姿で残る。リストの根本思想は法益の侵害・危険のうちに違法の本質を認めようというのである。ところが法益の侵害・危険も、時に違法でない。例えば他人の物の破壊は、所有者の承諾があれば、必しも違法ではない。リストは法益の侵害・危険に議論の出發點を認めただけで、更に次の如くいう、「法益の侵害・危険は、それが共同生活を規律する法律秩序の目的に反する場合にのみ、實質的に違法である」。そこで問題は、何が法律秩序の目的かという點に移つて來る。リストは「共同生活¹⁾」の維持が法律秩序の目的であるという。その結果は「法律違反的²⁾」と「社會違反的³⁾」とは同じことになる。これがリストの實質的違法である。しかもリストは法規のない場合のみ、補充的に實質的違法の概念を認めるに過ぎないのである。「形式的違法と實質的違法とは一致し得るが、分離することもあり得る。行為の實質的内容と實定法的評價との斯くの如き矛盾は、豫想すべきではない

1) Zusammenleben. 2) rechtswidrig. 3) gesellschaftswidrig (gesellschaftsschädlich). 4) Positivrechtliche Würdigung.

1) Petitio principii. 2) Binding's Normentheorie. 3) Strafgesetz. 4) Norm. 5) rechtswidrig. 6) normwidrig. 7) Liszt's Theorie des Zweckgedankens.

が、しかし避けられない。矛盾の現れたとき、裁判者は法規に拘束される。現行法の訂正は彼の任務の彼岸にある。¹⁾」

三 消極的行爲事實の理論²⁾ かつては、違法の本質を積極的に定めることを回避し、それぞれの違法阻却の場合を数え上げるという消極的方法をとつた。例えば正常防衛・緊急状態・被害者の承諾などを列挙する。しかしこの「その場・その場の」³⁾の觀察方法は、學問的にも役立つたないし、實際上も適當でない。この素朴的な觀察方法に或る程度の修正を加えて、違法の本質を積極的に定める試みが、フランクの「消極的行爲事實の理論」である。この學說の根底は、やはり違法を排斥するところの、それぞれの事情を眼中におく點にある。従つてこの立場に對しても、上に述べた批難を加え得る。

三 刑罰法規において特に行爲の違法性を定めてある場合 犯罪は凡て違法的行動である。従つて法律制定の技術上、刑罰法規において態度の違法なことを、特に明

1) *Liszt*, Lehrbuch.

2) *Frank's Theorie der negativen Tatumstände.*

3) *kasuistisch.*

言する必要はない。刑法典の規定のなかには、「故なく」「不法に」という文字を附加するものもあるが(一三〇條・一三三條・一三四條・二二〇條)、これは言葉の感じからのことである。これがあるからというて、特別の取扱をする理由も、必要もない。

四 不作爲と違法性 違法性が積極的犯罪特徴であることは、作爲と不作爲とによつて區別のあるわけではない。條理に違反する作爲が犯罪になると同様に、不作爲も條理違反の場合にのみ犯罪となる。母親が乳を吞まさないといふ手段をもつて乳吞兒を殺す場合は、殺人罪となる。これに反し隣家の婦人は、乳を吞まし得たに拘らず吞まさない場合においても、殺人罪にはならない。これは不作爲の因果關係の問題ではなく、不作爲者に作爲義務があるか否かの問題である。

第三節 責任

一 責任の意義 犯罪は責任を負うべき・違法の行動が、構成要件に該當すると

きに成立する。責任¹⁾という言葉は、刑法においては自己の行動につき一定の批難を受ける基礎としての心理的素質の意味に解されて居る。即ちこの心理的素質を備えた行動が責任ある行爲²⁾であつて、その行爲に相應する批難を、行爲者に歸せしめ得るのである。責任があるということは、或る人の或る行動が違法であり、批難を受くべきであるという國家機關の判断にほかならない。

二 責任の本質 社會生活は、各人が互に他人の利益を侵害しないという前提のもとに成立する。社會人の行動の準則が條理である。條理は守られるべきであつて、常に守られるとは限らない。犯罪は、刑罰を科せられるところの條理違反の行動である。一方において條理を理解し得る者が、條理違反を認識するか、少くとも認識可能の心理過程にあること、他方において心理過程そのものが條理に違反することを必要とする。この立場は人間意識として、社會信念として、昔から認められて居る。「責任のないところに刑罰はない。」³⁾これは社會人の「人間的な、あまりに人間的な」性質の要

1) Schuld. 2) Schuldhafte Handlung. 3) Keine Strafe ohne Schuld. 4) menschlich, allzumenschlich.

求にほかならない。

責任は責任を負うべき人の行動について定められる。人の行動を評價する場合に、行爲者の人格も斟酌されるが、評價の對象は何處までも行動そのものであつて、行爲者の人格ではない。「行爲者が行爲のために」罰せられるのではなく、「行爲が行爲者において」罰せられるのである。¹⁾

三 この責任論に對しては反對論がある。反對論は、みずから社會的責任²⁾と稱し、上に述べた責任論を道義的責任³⁾と名付ける。社會は秩序維持の必要上、法益の侵害に對して防衛手段を講ずる。侵害者に條理認識の可能性があるか否かは、この場合に問題ではない。正常の人にせよ、異常の人にせよ、また狂犬・落雷などの自然的現象にせよ、軌道を進みつつある社會生活に對する妨害は、凡て防止されねばならない。侵害の原因が通常人に基く場合は、刑罰を必要とする。刑法上の責任は、通常人に對する通常の處置を定めたまでのことである。これが社會的責任の理論である。⁴⁾

1) Nicht der "Täter wegen seiner Tat" bestraft, sondern die "Tat an dem Täter." (Ferneck, Die Idee der Schuld. 1911.) 2) Responsabilità sociale. 3) Responsabilità morale. 4) 刑法は社會防衛の機械としてのみ意味があるとする立場が、これに屬する(例えば徵表主義の刑法理論).

社會的責任は刑罰という傳統的概念と名稱とを捨て、保安處分をもつて替えようというのである。しかし道義的責任の長い歴史と古い傳統とを、人間の社會において打破し得るか否かが問題である。法律と學說との努力は、或る程度まで人間の感情を變更し得るが、本性まで變更することは出来ない。近頃の刑法草案の多くは種種の保安處分を認めながらも、刑罰を排斥し去ることは出来ないものである。社會的責任からいえば、刑罰は無意味のものであらう。それにも拘らず、刑罰と保安處分との對立が認められるのは、人間の本性が如何に力強く社會制度に反映して居るかの、最も明かな證據である。人間の社會から刑罰を除外しようという試みは成功しない。社會的責任の理論から出て來る結論の完成を妨げるものは、反對の理論ではなく、事物の自然そのものである。「汝は根棒をもつて自然を追い出すが、しかも彼女は常に歸つて來る。」¹⁾

四 責任の要素

刑法上の責任は、自己の行動につき一定の批難を受ける基礎と

しての心理的素質である。刑法においては、責任能力¹⁾と責任條件²⁾との二つの要件をもつて、この心理的素質を説明する。

第一款 責任能力

一 責任能力の意義 責任能力は條理に従つて自己の行動を決定し得る精神能力である。この精神能力があるから、或る行動に對する批難を、行爲者に移し得るのである。即ち責任能力は行爲者に刑事責任を負わす基礎である。

責任能力は犯罪能力と同一ではない。責任能力も、犯罪能力も、行動をとる際に備わることを必要とする點において一致するし、また責任能力と犯罪能力とが、同一の理由によつて除外されることもある。しかしこれは、兩者が事實において相伴うという程度の符合である。この事實上の類似のために、概念の混同を來してはならない。

社會的責任は責任能力を解して刑罰能力、即ち刑罰適應性と見る。刑罰の科せられ

1) Zurechnungsfähigkeit. Schuld.

2) Voraussetzungen der

1) Naturam expellas furca, tamen usque recurret. (Horatius).

るとき、刑罰の反應が現れるところの身體的・精神的状態という意味である。社會的責任からいえば、責任能力者の行爲も、責任無能力者の行爲も、實質上は同一であつて、兩者の相違は僅かに施すべき社會防衛の方法が異なるだけである。

社會的責任は妥當でない。刑法が犯人を罰するのは、犯人に刑罰能力・刑罰適應性があるからではなく、社會的感情が犯人の刑事責任を要求するからである。

責任能力は條理を理解し、條理に従つて行動を決定し得る能力である。この責任能力の本質は、あらゆる刑法學者から承認されて居る。條理を理解すること・條理に従つて行動することは、健全・成熟した精神状態を前提とする。即ち觀念の結付が正常の仕方・正常の早さで生ずること、觀念を感受する力、従つて一般的・法律的・道義的・宗教的の規範によつて動かされる力が平均程度にあること、意志力の方向・強度に異常なところのないことを意味する。¹⁾要するに通常の精神状態が健全・成熟した精神状態である。

1) *Liszt, Lehrbuch.*

二 責任能力の積極的特徴 通常の精神状態が責任能力であるから、刑法は何が責任能力であるかを、積極的に定める必要はない。ただ責任能力の缺けて居る場合を擧げることである。各國の刑法が責任無能力・限定責任能力を列擧して居るのは、このためである。

法律は實際上の便宜を眼中におくから、法律制定の技術としては、この消極的方法は許されねばならない。しかし理論はこの點に止まつてはならない。一步を進めて、何故に通常の精神状態が責任能力を定めるの標準となるかの點を、明らかにする必要がある。

傳統的責任能力論は行爲者本人の精神状態を研究の對象として居た。しかしこれは觀察の方法を誤つて居る。責任能力は行爲者に責任を負わすべきかを判斷する條件として意味がある。國家機關がこの仕事を引き受ける。従つて責任能力の本質は、或る人がその行動につき責任を負うべきか否かの決定から出て来る。吾人は自己の精神生

活において體驗し得ることではなければ、他人の心持を想像することも出来ないし、また他人の行爲を理解することも出来ない。即ち「體驗の可能」が責任能力の基礎である。「凡てを理解する」ということは、凡てを許すという意味である¹⁾という思想がある。この思想は、刑法を肯定する立場からは、争われねばならない。しかし理解し得ないことの判断を避ける傾向は、昔から今日へと次第に強くなりつつある。この限度において、そうしてこの限度においてのみ、この思想は眞理を含んで居る。吾人が許すことも出来、批難することも出来るのは、理解し得ることだけである。意識を失うた状態において、自己の行爲が如何なる有様であつたかは、何人にも體驗の出来ない事柄である。従つて吾人は精神病者・泥酔者を罰することは出来ない。これを罰する刑法があるとすれば、それは裁判者に體驗し得ない精神状態の判断を命ずることにほかならない。通常の精神状態が責任能力であるという立場は、精神的に秀でた人でもなければ、神経衰弱にかかつて居る人でもないところの、平均人・通常人を標準とするこ

1) Alles verstehen heisst alles verzeihen. (Staël).

とによつて、責任理論の一般性を維持し得ると考えるのである。通常人の聯想と異常人の聯想との差異は極めて大きいから、通常人は異常人を判断すべきでないということが基礎になつて居る。昔は精神病者・宗教上の狂信者を罰した。即ち理解し得ないことに、批難を加えたのであつた。吾人は反省を重ねて謙遜になつた。これは自然、理解し得ないことの批難を避ける傾向になる。責任無能力を認めることは、この意味において一つの「あきらめ」である。それは文化の向上から來た「あきらめ」である。^{*}

三 責任能力に關する刑法の規定(責任能力の消極的特徴) 各國の刑法の規定は責任能力の本質を積極的に定めることを避け、消極的に責任能力を除外・制限する場合を擧げて居る。刑法の認むるものは――

- 一 精神障りに基く場合 これには二つある。
- (イ) 心神喪失 意識不明の程度の高いものをいう。刑法上は罰せられない(三九條一項)。これを責任無能力という。¹⁾

* ME. Mayer, Lehrbuch. 205 ff.

1) Unzurechnungsfähigkeit.

ロ) 心神耗弱 意識不明の程度の低いものである。刑法上は刑罰減輕の理由となつて居る(三九條二項)。これを限定責任能力¹⁾という。限定責任能力を刑罰減輕の理由とすることは、學說において否定されつつある。²⁾

心神喪失・心神耗弱の原因のなかには、一時的のものと、永続的のものがある。永続的のものについては、その發生の時期は常に問題にならないが、一時的のものについては問題が起る。この問題は、行爲者がその行動をとつた時期を標準として定められる。尤もみずから求めて無意識状態を引き起し、この状態を利用して犯罪を行う場合は、自己の無責任な行動を利用するものであつて、これは他人・道具を用うる場合と全く同じである。即ち間接正犯である。心神喪失・心神耗弱の状態を招いた時期が標準となる。事實關係の發展の程度に従い、行爲者は既遂・未遂・豫備の責任を負う。學說において、「原因において自由な行爲」と呼ばれて居る。

二) 精神状態の成熟しない場合 これにも二つある。

イ) 年齢に基く場合 刑法は十四歳を限界として居る(四一條)。この年齢を責任年齢という。十四歳は低きに過ぎる。

ロ) 瘖啞に基く場合 刑法はこれを責任無能力・限定責任能力として居る(四〇條)。刑罰を科すべきか否かは、瘖啞になつた時期・精神の發育程度に従い、個々の場合について、これを決定する。

第二款 責任條件

一 責任主義¹⁾ 責任があるというためには、主觀的には行爲者に、責任能力のあること、行爲の條理違反を認識するか、少くとも認識可能の心理過程が備わつて居ること、客觀的には心理過程そのものが條理に違反すること、換言すれば行爲者に對し條理違反の行動の代りに、適法な行動が豫期されることを前提とする。これが責任主義である。實體法上は、「責任がなければ刑罰なし」と²⁾いうことになり、訴訟法上は、

1) Schuldprinzip. 2) Keine Strafe ohne Schuld.

1) Geminderte Zurechnungsfähigkeit. 2) 牧野 日本刑法, 宮本 刑法學粹. 3) Actio libera in causa.

「責任の証明がなければ有罪判決なし¹⁾」ということになる。

責任主義を貫くことは、刑法の實際的立場から見ても不可能である。例えば行爲者が道を間違えたため被害者に遭遇しなかつた場合も、被害者に遭遇したがピストルの引き金を引き損うたため殺害の目的を遂げなかつた場合も、純粹の責任主義の立場からいへば同一でなければならぬ。しかし刑法上は引金を引き損つた場合を、殺人未遂として重く罰し、道を間違つた場合を、殺人豫備として軽く罰する。この責任主義の制限は、刑事責任の實際的要求から出て來たのであつて、法律上の責任と道德上の責任とが區別される點である。

二 責任條件 上に述べた如く、責任の主觀的要件としては、責任能力の存在するほかに、少くとも條理違反を認識し得る心理過程の存在することが必要である。この心理過程が責任條件である。責任條件として傳統的のものは、故意と過失との二つである。故意と過失とを説明するに先だち、責任條件に共通の要素を述べる。

1) Keine Verurteilung ohne Beweis der Schuld.

一 責任は、一定の行動につき一定の批難を受ける基礎としての、心理的素質である。これは少くとも行動の批難されて然るべきことを、知り得たであろうということを経験とする。謂ゆる違法の認識、少くとも認識の可能が責任條件の内容であるという學説は、この立場に立つて主張される。謂ゆる違法が「法律」の違反ではなく、「條理」の違反であることは、既に述べた。

何が條理であるか？ 條理は現存の社會における行動の準則の總稱である。即ち國家によつて承認された規範の總稱である。道德・宗教・慣習・法律のうちに含まれて居る命令・禁止が、條理を形作る。法律が社會力として存在するのは、その内容が國家の承認する條理に一致するからである。尤も條理の内容は時と場所とによつて一様でない。エーリッヒの「生きて居る法」¹⁾、カントロウイツの「自由な法」²⁾、牧野の「公の秩序・善良の風俗」、エム・エ・マイヤーの「文化規範」³⁾、宮本の「一般規範」⁴⁾、スタムラーの「正しい法」⁴⁾「内容の變化する自然法」⁴⁾は、條理の可變性を示そうとした企にほ

1) Ehrlich, Lebendiges Recht. 2) Kantorowicz, Freies Recht. 3) ME. Mayer, Kulturform. 4) Stammler, Richtiges Recht, Naturrecht mit wechselndem Inhalt.

かならなう。

條理は、少數有産者の支配する現状維持の目標にはなるが、必しも社會における多數無産者の幸福確保の標準にはならない。革命者の行動は少數者保護の現状を打破して、虐げられて居る多數者の運命の開拓を目的とする。革命者の行動と現存の社會組織との間には、踏み越えることの出来ない溝がある。従つて革命者の行動は高い道德には合するが、その時代の條理に違反する。即ち革命者の頭上を飾るものは、常に茨の冠である。吾人の不斷の努力は、多數者の幸福を擁護する行動が條理違反にならないところの「條理」を、國家に承認せしめる點に向けられねばならない。

二 行爲者の意志決定は結果を希望・認識することによつて、條理違反の認識に結びつく。結果の希望・認識そのものに意味があるのではなく、結果の希望・認識が、行爲者の條理違反の認識を、間接に明かにするから重要なのである。吾人は結果の希望・認識を心理的要素というのに對して、條理違反の認識を倫理的要素という。責任

條件という心理過程にとつては、倫理的要素が第一義的で、心理的要素は第二義的のものに過ぎなう。

責任條件の種類については、從來、甚だしく争われて居る。通説は意志主義¹⁾と觀念主義²⁾との對立によつて、一應の解決を與え得ると見て居る。(一)故意は構成要件に該當する結果を欲することであり、過失は欲しないことであるというのが意志主義である。(二)構成要件に該當する結果を認識することが故意、認識のないのが過失であるというのが觀念主義である。

しかし意志主義または觀念主義によつて、責任條件を區別する試みは妥當でない。兩者とも故意・過失の「結果」に對する心理關係のみを標準として、責任條件の種類を定めようとするところに缺點がある。責任條件を區別する標準は、行爲者が自己の行動の、條理に違反することを認識し得たであろうという點にある。構成要件に該當する結果の希望または認識を責任條件の心理的要素と稱し、條理違反の認識を責任條件

1) Willenstheorie. 2) Vorstellungstheorie.

の倫理的要素と稱することは、既に述べた。倫理的要素は原則として心理的要素の存在を前提とする。

責任条件の種類は、責任条件の心理的要素と倫理的要素とによつて定まる。次にこれを説明する。

(イ) 第一は行爲者が構成要件に該當する結果を欲して、その發生に努力する場合である。この場合は原則として行爲者に條理違反の認識がある。これが故意であつて、責任条件として最も重いものである。

(ロ) 第二は結果が生ずるであろうという豫想のある場合である。結果の豫想は原則として條理違反の認識を伴う。更に二つに分け得る。(一)豫想があるにも拘らず、結果の發生につき無關心の場合である。(二)豫想はあつたが、當該の場合は例外であるから、結果は生じないと確信する場合である。この二つの場合における心理關係は全く同じであるが、次の點に差異がある。即ち、一つは結果の發生しないことが望ま

いが、發生するときは已むを得ないとしてあきらめるといふ無關心な立場であり、他の一つは自己の伎倆・幸運によつて、結果は斷じて發生しないと確信する立場である。即ち後の場合は前の場合よりも、條理違反認識の程度が弱いわけである。この二つのものが未必的故意¹⁾である。通説は前の場合だけを未必的故意とし、後の場合を認識的過失²⁾として、種類の異つた責任条件と見て居る。しかし兩者とも故意であつて、後のものについては、刑罰の量定につき斟酌が加えられるに過ぎない。

(ハ) 第三は結果の認識がなかつたにも拘らず、結果が發生した場合である。行爲者の結果に對する關係は全く消極的である。結果の認識のないことが、條理違反の認識をも併せて除外する場合であれば、行爲者に責任はないが、注意すれば條理違反の認識が可能であつたと見られる場合は、行爲者に過失の責任が生ずる。過失は責任条件のなかで最も軽いものである。條理違反認識が缺けて居る點に、過失の故意に對する限界がある。條理違反認識の缺けて居ることが不注意に基く點に、過失の無責任に對

1) Dolus eventualis, Eventueller Vorsatz. 2) Unbewusste Fahrlässigkeit.

する限界がある。

要するに責任条件の種類を定めるについては、故意にせよ、過失にせよ、結果を希望または認識すること自体が重要なのではなく、結果に對する關係が、同時に條理違反の認識に關係する點が重要なのである。即ち倫理的要素が第一義的で、心理的要素は第二義的のものに過ぎない。

三 過失に關する不注意の有無は、何によつて定むべきか？ 注意は意識作用の緊張を意味する。これは同一の事情のもとにある人について、一般的に定められねばならない。例えば運轉手が夜汽車の運轉に際し列車を脱線せしめたとする。夜行には如何なる程度の注意が、一般的に要求されるかということが標準になる。運轉手がこの程度の注意を拂つて居たとすれば、過失は成立しない。この場合に運轉手という業務に従事する者についてのみ高度の注意義務を假定し、これを標準として過失の成立を論ずることは、刑法の精神に反する。故意につき行爲者の條理違反認識の可能性を標

準とする以上は、過失についても一定の状態にある各人に對して、通常であるべき程度の注意を標準とするのでなければ、理論が一貫しない。この標準によれば、行爲者の精神状態が通常人に劣つて居るため、通常程度の注意を拂うたとしても、條理違反を認識し得なかつたと考えられる場合は、行爲者が注意したと否とに拘らず、過失の成立を認めることは出来ないという結論になる。¹⁾

刑法は或る犯罪につき、特定の業務に従事する者の過失犯を重く罰する（例えば一二六條二項）。特定の業務に従事する者に、意識作用の特別な緊張を要求して居るのではなく、業務上の過失犯に重い刑罰を科しただけである。即ち社會感情との妥協である。

四 刑法は故意に基く行爲を罰するのが原則であつて、過失に基く行爲を罰するには、特に法律の規定を必要とする（三八條一項但書）。理論からいえば、故意犯の成立する範圍と、過失犯の成立する範圍とは同一である。即ち故意犯の數だけの過失犯が

1) 講義 93-95 責任能力参照。

なければならぬ。しかし刑法が過失に基く行爲を罰する場合は極めて少いし、また
 刑罰も故意犯の刑罰に比べて著しく軽い。¹⁾ 過失は故意に比べて條理違反の認識が弱い
 からである。

五 三八條一項但書は他の刑罰法規にも適用がある(八條)。従つて特別刑法におい
 て、それぞれ過失を罰する規定があるのでなければ、過失犯の成立を認めることは出
 來ない。

六 或る犯罪は故意のほか、一定の目的を必要とする。例えば七七條・一四八條・
 一五五條・一五九條・一六二條・一六五條・一六七條。この種の犯罪は一定の目的が存
 在することによつて、始めて故意の要件が完成される。

第二章 刑罰阻却原因(消極的犯罪特徴)

外觀上、犯罪の構成要件に該當する出來事と形態を同じくするが、一定の事情の存

在するときには、刑罰を科さない。この事情が刑罰阻却原因である。刑法は刑罰阻却
 原因に關する規定を設けて居るが(三五條—三七條)、これは刑罰阻却原因の一部分に
 過ぎない。刑罰阻却原因は、性質上、組織的に規定し得ないので、立法技術上は個
 の場合につき規定を設けるのほかはない。

刑罰阻却原因は犯罪の三つの積極的特徴に従い、(一)構成要件該當性を阻却する原
 因、(二)違法性を阻却する原因、(三)責任性を阻却する原因の三つに區別することが
 出来る。¹⁾ このうち、構成要件該當性に關するものは、事の性質上、行爲の説明から理
 解される。詳しくいえば、構成要件該當性に關する一般的説明は既に述べたところで
 盡きて居るし、特殊的説明は刑法各論に屬する。従つてここでは残りの二つのもの、
 即ち違法性・責任性を阻却する原因について述べるに過ぎない。

第一節 違法阻却原因

1) Tatbestandsmässigkeits-, Rechtswidrigkeits-, Schuld-
 ausschliessungsgrund.

1) 例えば一一六條・二〇九條・二一〇條。過失犯の輕視は
 舊刑法時代から、わが刑法の特色の一つであるが、この態
 度の當否については議論の餘地がある。

一 正当な利益の保障 正当な利益の保障は違法阻却原因の一つである。行為者の行動が、外觀上は構成要件に該当するが、實質上は違法性を有しない場合である。これは正当な目的を達するための正当な手段として許される。何が正当な目的であるかは、條理によつて定まる。條理は公の秩序・善良の風俗・そのほか種類の言葉によつて表示されて居る。¹⁾

三五條は正当な利益の保障に関する規定である。

一 法令に基く行為 法令に基く行為が違法性を帯びて居ないことは、三五條の規定を俟つまでもなく、極めて當然のことである。何が法令に基く行為であるかは、それぞれの場合を數え擧げるのほかはない。重なるものは、(一)司法に屬するもの、例へば刑罰の執行・捜索・逮捕・監禁・審問・民事訴訟における強制執行、(二)警察・財政など行政上の取締に関するもの。

二 正当な行為 特に法令をもつて規定してないが、正当の目的を達する手段と

1) 講義 99 参照.

して正当なものは、構成要件に該当するかの如き外觀を備えて居るとしても、違法性を有しない。正当な手段が何であるかは、條理によつて定まる。國家は、國家の承認する條理の範圍内において、一般人を國家的干渉から自由にして居る。三五條は「正当ノ業務ニ因リ爲シタル行為」について規定して居る。この場合に重要なことは、それが「正当」であるか否かの點であつて、それが「業務」として行われたか否かは、第二義的の意味しかもたない。即ち「正当」であれば、「業務」でなくとも違法阻却原因に數えられる。

重なるものは――

イ 同意に基く行為 本人の同意を缺くこと・本人の意志に反することが、特に構成要件に該当する場合に、同意のあることは犯罪の成立を否定する(二三五條・二五二條・二六一條参照)。また同意のあることが構成要件に該当する場合に、同意が犯罪の成立を否定しないことも疑ない(二〇二條・二二三條・二二四條)。問題は、同意の

有無が直接に構成要件として定められていない場合に、同意に基づく行為が犯罪の成立を否定するか否かの點である。殊に同意に基く傷害が問題になる。傷害の問題は、同意が條理に違反するか否かによつて決定するのほかはない。シャイロックがアントニオに對して、契約の内容を實行したとすれば、傷害罪が成立する。しかし相手方の同意を得て小指を切斷し、「誓約のしるし」にすることは、傷害罪ではない。

(ロ) 教育上の行為 親が子に對して行う懲戒(民法八八二條)、小學校の校長・教員が生徒に對して行う懲戒(小學校令四七條)は、法令の規定に基くものである。しかし條理に違反しない限りは、一般人も他人の子供に對して懲戒を加え得る。例えば他人の住居の白壁に落書きして居る子供・鐵道線路の上に石を載せて居る子供に對し、何人も懲戒を加え得る。

(ハ) 治療行為 治療の目的をもつて身體の完全を毀損する場合は、本人の明示した意志に反しないこと・その方法が醫學上の技術を無視しないことを條件として、行

爲の違法性を阻却する。醫師の行為は法令の規定に基くが、その他の人についても、「正當な目的を達するための正當な手段」と考えられる場合は許される。問題となるものは、謂ゆる「安死術」¹⁾である。一定の條件のもとに行われる安死術は許さるべきである。醫師と法律家とから組織される機關の決定を経て實行するが如き方法は、參考にすべき提案である。²⁾

二 自傷 正當な行為は條理に違反しない。自傷は、實質上條理に違反する。しかし自傷の影響が自己以外の人に及ばない限りは、國家的干渉から自由にしてよい。この理由から、自傷は特に法令に規定のあるものほかは、罰せられない。法令に規定のある重なるものは、自己の所有物の放火(一〇九條二項但書)・懷胎の婦人の墮胎(二二二條)・徵兵忌避のための自傷(兵役令七四條)・國寶として指定された自己の所有物の毀棄(國寶保存法二二條二項)など。

三 行政上の特別許可 事柄自體は違法であるが、特殊な社會事情から、特定人

1) Euthanasie. 2) Binding, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. 1920.

に限り、それを許す場合がある。公娼制度がその例である。淫賣・その周旋は罰せられるが（警察犯處罰令一條二號）、娼妓營業は警察許可によつて、範圍を限つた人に許されて居る（娼妓取締法一條）。

四 正當防衛¹⁾ 違法的行動を反撃することは、國家の任務である。國家機關は法律の規定に従つて違法的行動を反撃し、社會の秩序を維持する義務を負う。國家機關の行う反撃行為は、外觀上は構成要件に該當するが、違法性を有しない。個人が違法的行動を反撃し得ることは、例外である。正當防衛はその最も重要な、恐らくは唯一の場合である。

正當防衛は條理違反の侵害を條件として、個人的反撃行為を許すところに成立する。正當防衛は極めて古い時代から是認されて居る。即ちガイプは、「一般的の人間性から出て來るところのこの感情——この、制定されたのではないが、しかし自然に生れたところの法律——即ち緊急防衛の合法性と不罰性とが理由づけられて居るところ

1) *Légitime défense*. 緊急防衛 (Notwehr) ともいう。

のものは、緊急防衛が、何故に本質的に何らの歴史をも有しないし、また有し得ないかということの、理由にもなる¹⁾と述べて居る。これは、正當防衛が何時の世の條理にも合することを宣言した言葉である。

三六條は正當防衛を定めた規定である。

正當防衛を明かにするには、侵害と防衛との兩方面から觀察する必要がある。

一 侵害 侵害については次の諸點が問題となる。

イ 侵害は積極的行動から生じたことを必要とするか？ この問題は、實害の積極的なことと侵害者の行動の積極的なこととの區別を明かにすれば、おのずから解決がつく。實害は行動の積極的であると消極的であるとに拘らず、積極的に發生し得る。退去を要求するにも拘らず、退去しない者の行動そのものは消極的であるが、實害は不退去状態の繼續する間、積極的に發生する。従つてこれに對して正當防衛を行うてよい。尤も消極的行動に基く侵害については、正當防衛の實行を相當とするか否かの

1) *Geib*, Lehrbuch. Bd. 2. 1862.

點が、積極的行動に基く侵害の場合よりも、疑問となることが多かるう。通説は、消極的行動に基く侵害に對しては、自救行爲を行い得るに過ぎないと説明して居る。自救行爲は侵害に際し公の手續を俟つことなく、みずから利益の回復をはかるところに成立する。本質は正當防衛にほかならない。

(ロ) 侵害は被侵害者の挑發したものでないことを必要とするか？ AがZを殺す目的をもつて、殊更にZを激昂せしめ、Zの行う暴行を機會に反撃行爲を實行する場合も、正當防衛となるかという問題である。侵害は急迫であり得るし、また不正でもあり得る。しかしこの場合に形式的要件の備わつて居ることだけを見て、問題を決定することは妥當でない。謂ゆる防衛行爲と挑發行爲とを一體として考えるとき、正當防衛は否定されねばならない。例えば殺害の目的のもとに行われる挑發行爲は、殺人罪の實行の著手にほかならない。即ち正當防衛という問題は最初から起らないわけであり、従つてこの場合には過剰防衛(後述参照)の成立する餘地すらない。

二 侵害の要件は次のものである。

(イ) 侵害は「急迫」なことを必要とする。侵害が直接であり、切迫して居るという意味である。侵害の急迫は、防衛を計畫する時期を標準として定まるのではなく、防衛行爲が効果を發生する時期において急迫であれば、それでよい。即ち――

(第一)に侵害の發生と同時に効果を現すものである限りは、侵害以前に防衛を準備することも、急迫な侵害に對するものとして許される。尤も豫防的防衛を行う者は、自己の施した装置につき、責任を負わねばならない。例えば盜難豫防の自働機械によつて第三者を殺した場合に、豫防的防衛の施行者は殺人罪・過失致死罪の責任を負う。

(第二)に過去の侵害を反撃することは復讐であつて、正當防衛にはならない。侵害の終了は、通常、犯罪の既遂に伴われるが、兩者は必ずしも一致するものではない。犯罪の既遂は法律的概念であるが、侵害の終了は事實的關係であつて、兩者は性質を異にする。

(ロ) 侵害は「不正」なことを必要とする。即ち正當防衛は正對不正¹⁾の關係である。不正は條理違反、即ち違法を意味する。條理違反は人の行動についてののみ問題となる。即ち――

(第一)に侵害行為の主體・防衛行為の客體となり得る者は、人だけである。人の行動である以上は、それが必しも犯罪であることを必要としない。また侵害者が侵害につき責任を負うべき資格のあることも必要でない。責任無能力者・免責者に對しても、また責任能力者の故意・過失に基かない行為に對しても、正當防衛は許される。尤も上述の點は争われて居る。(一)責任無能力者・免責者は條理を認識しないから、不正の判斷につき、問題にはならないといふのである。しかし正當防衛を是認する精神は、被侵害者を侵害から免れしめることである。この立場からいえば、被侵害者の地位を考慮しなければならぬ。被侵害者は人と動物とを區別し得るが、侵害者の精神状態を豫知することは出来ない。(二)責任能力者の故意・過失に基かない行為につ

1) Recht gegen Unrecht.

いても同様である。巡查が警部の命令に従つて謂ゆる不法檢束を行うた場合を考えて見る。この行為は犯罪ではない。しかし不法檢束に對抗して正當防衛を行うことは、許されねばならない。

(第二)に人以外の原因に基く侵害、例えば隣家の飼犬にかみつかれかけた場合・隣家の松の枝が自己の住居の屋根に落ちかかつて居る場合に、正當防衛を行ひ得るか否かについては議論がある。犬・松に基く侵害は自然力からの侵害である。緊急状態を對抗し得るが、正當防衛を對抗することは許されない。

(第三)に條理に合する行為に對して、正當防衛を行うことは出来ない。正當防衛に對する正當防衛は許されない。

三 防衛 防衛の限度は侵害の強さによつて定まる。侵害者・被侵害者のあらゆる事情が標準となる、注意すべき點が二三ある。

(イ) 防衛者の主觀的立場を標準として、防衛の限度を定めてはならない。

(ロ) 法益を保護するにつき、他の方法を取り得る場合には、正當防衛を認めることが出来ない。法律は吾人に卑屈を要求するのではないが、不必要の勇敢を奨励するものでもない。他の方法を取り得る場合には、過剰防衛の成立する餘地がない。

(ハ) 軽小な法益を保護するために、重大な法益を反撃することは、許さるべき正當防衛行爲ではない(過剰防衛)。ここでも「目的は手段を神聖にしない」という箴言が妥當する。

(ニ) 防衛行爲が無關係の第三者の法益に對する侵害を含む場合がある。第三者に對する關係は緊急状態として論ぜられねばならない。尤もこの意見に對しては、それが正當防衛の範圍を不當に狭めるといふ批難が加えられて居る。この批難の誤つて居ることは如何を俟たない。

(ホ) 他人のために正當防衛を行う場合に、被侵害者の意志を考慮すべきか否かの問題がある。正當防衛は侵害者の法益を破壊するが、これによつて被侵害者の法益保護

という結果をもたらす。このことが社會生活の要求に合するから、正當防衛が正當視されるのである。この意味において、被侵害者の意志に反する防衛行爲も是認されねばならない。

四 防衛の要件は次のものである。

イ 防衛は自己・他人の法益を保護するために行われることを必要とする。三六條は「權利」という文字を使用して居るが、その意味は「法益」というのと同じである。

ロ 防衛は「已ムコトヲ得ザルニ出デタル行爲」であることを必要とする。防衛行爲が必要の限度を越えてはならないという意味である。侵害の強さに對する客觀的判斷が標準になる。容易に逃げ得る場合には逃げねばならない。また軽小な法益を保護するために重大な法益を反撃することは許されない。この要件に反するとき、その謂ゆる防衛行爲は罰せられる(當然の犯罪として、または過剰防衛として)。

五 過剰防衛¹⁾ 防衛行爲が必要の限度を越えた場合は過剰防衛となる。過剰防衛

1) Notwehrexzess.

は條理違反の行爲であり、従つて罰せられる。古靴一足のために竊盜犯人を殺す場合は、過剰防衛として殺人罪の責任を負わねばならない。過剰防衛は情狀により刑罰の減輕・免除を受ける(三六條二項)。

六 誤想防衛¹⁾ 急迫・不正の侵害がないに拘らず、それがあつたと誤信して防衛行爲を行う場合である。例えば玩具のピストルをもつて脅迫する強盜に對して、防衛行爲を行う場合がこれである。責任阻却の問題として論ずべきものである(錯誤参照)。

第二節 責任阻却原因

行爲者は構成要件に該當する條理違反の出來事につき責任を負わねばならない。これが原則である。この原則の例外が責任阻却原因である。既に述べた違法阻却原因は條理違反そのものを否定する事情であるが、責任阻却原因は條理違反の効果を排斥する事情である。責任阻却原因として述べべきものに、緊急状態と錯誤とがある。

緊急状態においては、一定の人に對して條理に従う行動を要求し得ない。即ちその人は義務¹⁾の免除を受ける。これに反し、錯誤は能力²⁾に關係があるに過ぎない。

一 緊急状態³⁾ 社會生活における無制限な利己的欲望の衝動は、絶えず階級と階級との鬭争・利益と利益との衝突を引き起す。この鬭争・この衝突は、隣人・他民族の滅亡をも意に介しない。即ち現存の社會生活においては、他人を犠牲に供することも、それが自己の立場から必要な限り、已むを得ないとされて居る。この無制限の鬭争・衝突のなかから、許さるべき必要行爲と許さるべきでないものとを區別することが、法律に残された唯一の任務である。即ち法律は、必要行爲が國家の承認しないものに對する鬭争であるとき、「行爲を適法ならしめる原因⁴⁾」として是認し、必要行爲が國家的承認をもつものに對する鬭争である限り、條理違反の侵害として否認する。しかしこの種の條理違反の行爲に責任を負わすべきでない場合も少くない。「必要は法則をもたない⁵⁾」という箴言の妥當する場合がこれ。即ち或る種の條理違反の必要行爲

1) Sollen. 2) Können. 3) Notstand. 緊急避難ともいう。 4) Rechtfertigungsgrund (違法阻却原因). 5) Necessitas non legem habet.

1) Putativnotwehr. 錯覺防衛ともいう。

は、宥恕すべき性質をもつという理由のもとに、「行為の責任を免除する原因¹⁾」と見る必要が生ずる。緊急状態はまさにこの場合である。緊急状態が、「行為を正當なものにする原因」(違法阻却原因)であるか、「行為の責任を免除する原因」(責任阻却原因)であるかの問題の解決は、緊急状態に對して正當防衛を對抗し得るか否かの問題を決定するにつき、重要な意味をもつ。上に述べた如く、緊急状態は責任阻却原因である。従つて緊急状態に對する正當防衛は是認される。

三七條は緊急状態に關する規定である。

緊急状態を説明するには、危難と避難との兩方面から觀察する必要がある。

一 危難 次の點が危難について問題となる。

(イ) 危難は法益を侵害する虞れのある状態を意味する。自然力であると、人為的出來事であるとを問わない。條理に合する行為は危難といふ得ない。従つて緊急状態を對抗することは出来ない。従つて正當防衛行為に對する緊急状態行為は許されな

1) Entschuldigungsgrund (責任阻却の原因).

(ロ) 被危難者が危難を誘發したことは、緊急状態行為を行うの妨害となるかという問題がある。この問題は、急迫・不正の侵害を挑發した者が正當防衛行為を行い得るかという問題よりも、一段の有力な理由によつて、緊急状態を否定する結論になる。

正當防衛は正對不正¹⁾の關係であるが、緊急状態は正對正²⁾の關係である。緊急状態は、二つの法益を保護し得ない場合における、一方の他方を犠牲に供することの法律的默認に過ぎないから、従つて當然に違法的行動によつて誘發されたものでないことを必要とせねばならない。即ち挑發者の行為は殺人・傷害などの犯罪となる。

二 危難の要件を述べる。

(イ) 危難は「自己・他人の生命・身體・自由・財産」に對するものであることを必要とする。即ち刑法は危険にさらされるべき法益を列舉して居る。この點は正當防衛と形式上の相違がある。例えば名譽毀損・貞操蹂躪・信仰妨害に對する正當防衛行為は許

1) Recht gegen Unrecht. 2) Recht gegen Recht.

されるが、緊急状態行為は許されないかの観がある。正當防衛は正對不正の關係であり、緊急状態は正對正の關係であるという理由から、この相違をおいたのであろう。しかし名譽・貞操・信仰は「自由」の内譯に過ぎない。従つて實質において、正當防衛と緊急状態とは、保護法益の範圍を同じくする。

危難は「現在」のものであることを必要とする。危難が直接であり、切迫して居ることを意味する。

三 避難 次の點が問題となる。

(イ) 避難は危難を免れるにつき、唯一の手段であることを必要とする。他の方法が許される場合は、緊急状態ではない(緊急状態行為の補充的性質¹⁾)。このことは正當防衛についても同一であるが、²⁾ 緊急状態と正當防衛との間には、程度につき、多少の事實的差異がある。

(ロ) 避難は法益の輕重を考慮にいれねばならない。法益の輕重は一般的標準によつ

1) Subsidiarität der Notstandshandlung. 2) 講義118 参照.

て定まる。二つの法益が、同時に同一人に屬する場合に、法益の主體は何れの法益に重きをおくであろうかという點を、一般的標準によつて決する。法益の分量・法益侵害に對する刑罰の輕重などは、標準を決定する材料ではあるが、これのみによつて法益の輕重を定めることは出来ない。

(ハ) 他人のために緊急状態行為を行う場合に、被危難者の意志を考慮すべきか否かの問題は、正當防衛の同一の問題と解決を同一にする。即ち被危難者の意志の如何に拘らず、緊急状態行為を行わねばならない。

四 避難の要件は次のものである。

(イ) 避難行為は「已ムコトヲ得ザルニ出デタル」ものであることを必要とする。他に何らの適當な手段もないという意味である。已むを得ないか否かは客觀的に定まる。

(ロ) 避難行為から生じた害が、避けようとした害の程度を越えないことを必要とする。價值の大きな法益を救うために、價值の小さな法益を害することは許される。自

己の生命を救うために、他人を殺すことも許される。¹⁾しかし價値の小さな法益を救うために價値の大きな法益を害することは、許さるべき緊急状態行爲ではない（過剰避難）。

五 過剰避難²⁾ 緊急状態の程度を越えた場合は過剰避難となる。大きな法益を犠牲にして小さな法益を救う場合が過剰避難である。過剰避難は條理違反ではあるが、情狀に従い刑罰の減輕・免除を受ける（三七條一項但書）。

六 誤想避難³⁾ 誤想防衛と同じく、錯誤の問題として論ずべきものである。

七 業務上の義務ある者に對する制限 三七條二項は、業務上の義務を負う者の緊急状態行爲に、制限を設けて居る。例へば醫師・看護婦・船員・水先案内・消防夫の業務は、業務そのものが危険なから、緊急状態を主張し得ないという意味である。しかし緊急状態を主張し得ない當然の理由ある場合は、業務に關係があると否とに拘らず、常に緊急状態を主張すべきではない。三七條二項の規定は無用であり、それ自體

1) Das Brett des Carneades. 2) Notstandsexzess.
3) Putativnotstand. 錯覺避難ともいう。

は不完全である。

二 錯誤¹⁾

一 責任があるというためには、心理的には行爲者に條理違反の認識のあることが必要である。條理違反の認識は、裏面からも論ずることが出来る。構成要件の如何なる點につき正しい認識を缺くことが、行爲者の責任を否定するかという消極的方面からの説明である。これが錯誤の問題である。即ち錯誤は何ものかにつき正しい認識を缺くため、行爲者の條理違反の認識を妨害する場合に意味をもつ。錯誤理論は責任理論の裏面、即ち「消極的立場からの責任理論」である。²⁾

錯誤によつて行爲者の條理違反認識の可能が妨げられる。即ち錯誤は能力に關係をもつ責任阻却原因である。緊急状態は義務³⁾に關係がある責任阻却原因である點において、能力に關係がある錯誤と對立的地位にある。⁴⁾

錯誤という言葉は法律學上の慣用語であるが、必ずしも内容は明かではない。錯誤

1) Error, Irrtum. 2) Doluslehre vom negativen Standpunkt aus (Frank, Kommentar; ME. Mayer, Lehrbuch.). 3) Sollen. 4) Können.

には二つの意味がある。(一)不知¹⁾、即ち行爲を決定するにつき正しい觀念の存在しないこと。(二)誤解²⁾、即ち正しい觀念の代りに、誤れる觀念の存在が、行爲の決定に係すること。不知と誤解とは、心理的には違うが、法律上の價値は同一である。兩者は、責任判斷に關する重要な點につき、正しい觀念の存在しない場合に意味をもつ。責任條件の存否は行爲者に條理違反の認識があるか否かによつて定まる。錯誤理論が責任理論の裏面であるという立場を是認する限り、錯誤理論の要點は、やはり行爲者の條理違反の認識に對する關係でなければならぬ。錯誤が如何なる内容に關するかは、錯誤理論(從つて責任理論)にとつて重要なことではない。謂ゆる事實錯誤³⁾と法律錯誤⁴⁾との區別は、この意味において論理的でない。この區別は、本來、「非法律家の法律錯誤も無責任では濟まない⁵⁾」という原則から出て來たのである。この原則に促されて、事實の認識は責任條件の内容となるが、事實に對する判斷は責任條件の内容にならないという理論が認められることになつた。この理論に従いドイツ刑法五九條

1) Nichtwissen. 2) Falschwissen. 3) Tatirrtum.
4) Rechtsirrtum. 5) Error juris nocet.

一項の規定が設けられ、この規定の解釋問題として、事實錯誤と法律錯誤との區別が論ぜられるのである。この沿革を離れては、兩者を區別する何の理由も、何の必要もない。

二 錯誤に關する刑法の規定は三八條二項・三項である。通説はこの規定を根據として、謂ゆる事實錯誤と法律錯誤とを區別する。三八條二項が謂ゆる事實錯誤に關する一種の規定であり、三八條三項が謂ゆる法律錯誤に關する一種の規定であることは疑ない。しかし謂ゆる事實錯誤と法律錯誤との區別は、理論上は無意味であるし、解釋上は正當といひ得ない。三八條二項は、重い犯罪を行う意志、從つて大きな條理違反の認識のない場合は、たとい現實に發生した犯罪が重大であるとしても、重大な犯罪についての責任を負う理由はないという、當然のことを定めた消極的意味の規定に過ぎない。また三八條三項は、行爲に適用されるところの刑罰法規を、行爲者が知らないことは、處罰を免れる理由にならないという意味に過ぎない。これが三八條二

1) StGB. § 59¹: Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumsständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen.

項・三項に關する私見である。要するに三八條二項・三項は、謂ゆる事實錯誤と法律錯誤との區別を明かにした規定ではないということになる。

三 錯誤理論の要點は、事實と觀念との不一致があるため、行爲者に條理違反の認識が缺けて居るか否かという點である。他の點に關する錯誤が、如何に行爲者にとつて重要であるとしても、法律上は意味のないものである。錯誤理論はこれで盡きて居るが、以前から錯誤理論として論ぜられて居る種種の場合につき、上に述べた原則の適用を示して見る*。

(イ) 目的物の錯誤¹⁾ 種種の場合があるが、理論は常に同一である。

① 錯誤が同一の構成要件に該當する目的物について存在する場合 例えはZを殺す目的をもつて狙撃したが、對象は意外にもYであつた場合(人違)²⁾。この錯誤は行爲者にとつては、「本質的な點」³⁾に關係して居る。行爲者は仇のZであると信じたからこそ、狙撃を實行したのである。自己の子Yであることを知つて居たとすれば、勿

* 従前の見解を改めた。 1) Error in objecto. 2) Error in persona. 3) Wesentlicher Punkt.

論、狙撃を差し控えたであろう。この主張は、謂ゆる主觀主義¹⁾の刑法理論からは、當然に認められねばならない。事實、リストはあらゆる批難に對抗しながら、「本質的な點」に關する錯誤の責任を阻却すべきことを、『ドイツ刑法要論』²⁾の第一版から、世を去るまでの四十年間、固守したのであつた。しかしこの場合の錯誤は、同一の構成要件に該當する目的物に關係がある。従つて行爲者の條理違反認識の刑法的評價は、同一でなければならぬ。即ち錯誤があるに拘らず、行爲者に故意の殺人既遂の責任を負わすべきである。

② 錯誤が構成要件を異にする目的物について存在する場合 二つある。(一) 意識的には軽い犯罪の構成要件に該當する目的物を對象とする意志表現が、現實において重い犯罪の構成要件に該當する目的物について、結果を發生せしめた場合がその一つ。例えば花壇を荒らして居るのは隣家の犬であると思つて石を投げたが、犬と思つたのは隣家の子供であつて、子供を傷つけた場合。犬を傷つけるところの條理違反

1) Subjektivismus. 2) Vgl. Liszt, Lehrbuch 21 und 22. Aufl. 1922. Schmidtの手に成る改訂版(25. Aufl. 1927)は、Lisztの四十年間の持論を抛棄した。

は、人(子供)を傷つけるところの條理違反よりも小さい。行爲者の有しない大きな條理違反(人を傷つけること)を基礎として、行爲者の責任を決定することは出来ない。行爲者は現實の結果如何に拘らず、意識における小さい條理違反の限度において責任を負うに過ぎない。即ち故意の動物傷害罪(二六一條)としての處罰を受ける。三八條二項はこの關係を明瞭にした規定である。同一の關係は目的物が刑罰の加重(減輕)の事情に關する構成要件に該當する場合にも認められる。例えば仇と信じて殺した被害者が、行爲者の親であつたという場合。行爲者には殺人の條理違反認識はあるが、尊屬親殺の條理違反の認識は缺けて居る。従つて尊屬親殺の責任を負ふことは出来ない。即ち二〇〇條が適用されるのでなく、一九九條が適用されるに過ぎない(三八條二項)。(二)行爲者は重い犯罪の構成要件に該當する目的物と確信して居たが、その實、軽い犯罪の構成要件に該當する目的物に過ぎない場合が他の一つ。例えば花盗人と信じて石を投げたが、實は隣家の犬であつて、犬を傷つけた場合。人を傷つけると

ころの大きな條理違反は、犬を傷つけるところの小さな條理違反を包含する。しかし意志のみによつて行爲者の責任を決定することは出来ない。責任は意識と現實との符合した限度において定められねばならない。従つて人を傷つけるところの條理違反認識の責任は、犬を傷つけたという現實の出來事によつて制限される。従つてこの場合も故意の動物傷害罪(二六一條)として罰せられるに過ぎない。刑罰の加重(減輕)の身分に關する構成要件についても同一のことが認められる。例えば親を殺す意志をもつて狙撃したが、親と思つたのは他人であり、従つて他人を殺した場合。行爲者は尊屬親殺という大きな條理違反を認識して行動したが、發生した結果は通常の殺人に過ぎない。大きな條理違反の認識は、小さな現實の出來事を限度として、刑法上の評價を受けねばならない。即ち行爲者は二〇〇條によつて罰せられるのではなく、一九九條によつて罰せられる。

(ロ) 打撃の錯誤¹⁾ 方法の手違いから、結果が行爲者の豫期しない他の目的物の上

1) Aberratio ictus. 攻撃の錯誤. 方法の錯誤ともいう。

に発生した場合である。例えば、(一) AがZを殺す目的をもつて發射したピストルの弾丸が、Zの隣席に居たYに命中して、これを殺した場合、(二) BはXを殺す目的をもつてCを教唆し、Cは殺人行爲を實行したが、却つてXの正當防衛行爲によつて殺された場合におけるA・Bは、打撃の錯誤によつて人を殺したことになる。或る學説¹⁾は、この場合を目的物の錯誤と區別して評價する。しかし意識と現實との關係に對して下すべき刑法的評價は、目的物の錯誤と全く同一でなければならぬ。

(ハ) 概括故意²⁾ 行爲者の意識した結果が、意識した目的物の上に、意識しなかつた経過をとつて生じた場合に、如何なる刑法的評價を下すべきかという問題がある。(一) AがピストルをもつてZを殺そうとした。掴み合うて居る間に、Zの手が引金に觸れて、弾丸がZ自身を殺した。(二) BがYを殺す目的をもつて、橋上から河中に投げ込んだ。Yは頭を橋柱に打ちあてて死亡した。(三) 密獵者Xが獵師Cを殺そうとして狙いを定めた。Cは無意識に飛び退いたため、崖から轉げ落ちて死亡した*。上に擧

* *Liszt, Lehrbuch.* に引用してある例。 1) 藤本 刑法要論。 2) *Dolus generalis.*

げた場合は、何れも特定の人を殺す目的をもつて、その目的を完成したのである。ただ行爲者の意識しなかつた経過をとつて、結果が発生しただけである。この場合に、行爲者にとつて重要なことは目的の完成である。目的を達する手段は、必しも重大ではない。これが概括故意である。この種の錯誤は行爲者の條理違反の認識を左右しない。即ち行爲者は錯誤の存在するに拘らず、殺人既遂の責任を負うべきである。

三 謂ゆる違法の認識¹⁾

一 責任條件は、心理的には行爲者が客觀的出來事を知るほか、更に行爲の評價を知ることに、少くとも知り得ることを必要とするという立場を總稱して、「違法の認識」を責任條件の内容とする學説と名付ける。廣く違法の認識というなかには、三つのものが含まれる。(一) 刑法の認識、(二) 刑法以外の法律の認識、(三) 條理違反の認識の三つ。第一は心理強制主義の立場である。刑罰法規をもつて、犯罪と刑罰とを明かにし、各人に刑罰の苦痛と犯罪を抑えることの不快とを比較せしめて、犯罪を未然に防

1) *sog. Unrechtsbewusstsein.*

ぐという立場である。この意味の違法の認識を要求する學説は、既に過去のものとなつて居る。第二は法律錯誤を、刑法の錯誤と刑法以外の法律錯誤との二つに分ける立場である。即ち刑法の錯誤は責任を否定しないが、刑法以外の法律錯誤は責任を否定するといふのである。この見解の認め得ないことは後に述べる¹⁾。第三は責任條件の内容として、事實そのものを知ることよりも、事實が條理に違反して居るか否かの點を知らねばならないという見解である。既に述べた如く、條理違反の認識は責任條件にとつて第一義的のものである。これは、犯罪という出來事のほかに、その評價を認識することが必要であるという意味である。責任條件にとつては、條理違反の認識が第一義的で、出來事の認識は第二義的のものに過ぎないという意味である。即ち責任條件の心理的要素は、それ自體が重要なのではなく、それが倫理的要素の「情況」²⁾として一般的であるという點に意味がある。従つて錯誤が責任を否定する場合において、問題の重心となるものは、錯誤のために條理違反を認識し得なかつたという點であつて、

1) 講義 137 參照. 2) Indiz.

錯誤の内容が何であるかの點は、重要ではない。要するに謂ゆる事實錯誤であろうが、法律錯誤であろうが、更に法律錯誤が刑法的のもの・非刑法的のものであるが、錯誤理論の立場からは、全く同一に取り扱われるべきである。

二 三八條三項は、行爲者の行動が構成要件に該當し、そうして行爲者が條理違反を認識する以上、行爲者が刑罰法規を知ると否とに拘らず、罰せられて然るべきだといふ意味の規定である。條理違反を認識する人は、自己の行動が最小限度の社會的價値をすらもたないことを知る人、許されたこと・許されないことを區別し得る人である。行爲が法律的に許されて居るか否かを知ること、行爲者の責任を定めるにつき、實は第二義的のものに過ぎない。贈賄を手段として議員を買収する政黨の首領は、買収の條理違反を知る限り、罰せられねばならない。買収が贈賄罪の構成要件に該當するか否かを知ることが、行爲者にとつても、また刑法にとつても、第二義的の意味のものに過ぎない。

三 尤も三八條三項は適用上、制限に服さねばならない。^{*} 謂ゆる行政犯¹⁾に關する制限がこれ。犯罪は社會生活における利益の侵害を本質とする。條理は、この利益侵害に對する關係において意味がある。殺すべからず・盜むべからずという命令・禁止は、社會生活における條理である。この種の條理を否定する限り、現存の社會そのものをも否定せねばならない。この條理に違反する行動が謂ゆる刑事犯²⁾である。これに反し、道路の左側通行・所得金額の申告などの警察・財政に關する法規は、社會生活における條理ではない。即ちこの種の法規は社會生活の便宜から作られたものに過ぎない。従つて左側通行の代りに、右側通行の制度を設けても、社會生活の秩序維持には、少しも差支ない。しかも國家は左側通行の道路規則を制定して、その命令違反を罰するのである。この種の犯罪が行政犯である。刑事犯においては、法律は條理の土臺に建てられた上層建築に比較することが出来る。即ち條理は法律に對し、論理的にも、時間的にも先在する。これに反し、行政犯においては、この關係が異なる。行政

* 牧野 日本刑法 173 以下、刑法研究第一卷 303 以下。

通説はこの解釋に反對して居る。

1) Verwaltungsdelikt. 2) Justizdelikt.

犯においても、刑法の法律的構成上、條理は法律の論理的先在者ではあるが、條理と法律との時間的關係は逆になつて居る。即ち條理は法律によつて作られる。一般人は法律に含まれて居る命令・禁止を知ることによつて、始めて自己の行動の條理違反を知る。この意味において、法律を知ること、少くとも知り得ることは、行政犯の性質上、責任條件の内容を構成せねばならない。三八條三項が行政犯につき、制限を受けねばならないというのは、この關係に基く。

三八條三項に制限を加えることは、この種の法規の趣旨に反するという反對論があり得るだろう。しかし行政犯の多くは、その命令・禁止を知り得る人に對して適用があるに過ぎない。即ち、(一)一定の職業に従事する者は、職業に關係ある法規を知つて居る。(二)行政犯の或るものは、一定の行爲を行う場合にのみ成立し、行爲者は常にその法規を知るべき立場におかれてある。(三)一定の場所・設備には、そこに發生すべき違反行爲の何であるかを、揭示することが通常である。¹⁾

1) ME. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen. 1903.

斯くの如く、行政犯に關する法規は、一般に理解され得る状態にある。この點は刑事犯に關する法規と全く趣を異にする。刑事犯に關する法規は、一般人に理解されないのである。例えば背任罪の構成要件を規定してある刑法の規定は、専門法律家でなければ解釋出來ない。一般人は、任務に背いて本人に損害を與えることが、條理違反であることを知つて居るだけである。それで事は足る。三八條三項は理論上、行政犯につき制限を受けねばならない。しかもこの制限が實際上の要求に反するものでないとするれば、むしろ責任理論の本質から出て來る制限だといわねばならない。三八條三項は、上に述べた意味・制限のもとに適用される。従つて「法律ヲ知ラザル」人に、當該の犯罪につき定められた刑罰を科することは、必しも處罰上の不權衡を引き起すものではない。ただ稀に刑罰の減輕を認めることを妥當とする場合がある。三八條三項但書はこの場合に應ずる規定である。

四 違法阻却原因・責任阻却原因に關する錯誤 正當防衛・緊急状態の要件を缺

くに拘らず、これがあると誤解する場合は、錯誤の原則によつて説明される。この場合に、行爲者が條理違反を認識し得るに拘らず、不注意のため認識しなかつた場合は過失である。従つて過失犯としての構成要件が規定されてある限りは罰せられる。これに反し、行爲者が條理違反を認識し得ない場合は無過失、従つて罰せられない。

五 誤想犯¹⁾ 或る行動は條理に違反するが、しかもその行動の該當すべき構成要件を缺くために罰せられない場合がある。行爲者がその行動の條理違反を認識し、その行動の罰せられることを信じて居るとしても、犯罪にはならない。ドイツ刑法の認めて居る近親相互の姦淫(一七三條)・反自然的性行爲(一七五條²⁾)の如きものは、わが刑法にない。即ち行爲者が、その罰せられることを信ずる場合は、誤想犯である。

六 上官の違法命令 上官の違法命令に基く違法行爲は、錯誤の一場合として論ずべきものである。通説は、命令に拘束力があり、従つて命令に従うことは適法であると説明する。しかしこの説明は正しくない。理論的にいへば、違法命令の實行は常

1) Putativdelikt. 錯覺犯ともいう。 2) StGB. § 172 Blutschande, § 175 Widernatürliche Unzucht.

1) 牧野 法律の錯誤と法定犯 1909 (刑法研究第一卷に収録してある)。

に違法である。違法であるからこそ、命令者は教唆犯・間接正犯として、責任を負う。しかし命令に服従して行動する者には、責任を免れしめる理由がある。被命令者は命令に拘束力があると信じて、命令の内容を実行するから、責任を負わないのである。即ち錯誤理論が責任阻却の根拠である*。

第三章 刑罰擴張原因

現行法は二つの刑罰擴張原因¹⁾を認めて居る。——未遂犯と共犯。刑罰擴張原因は、各論に定めてある各犯罪の要素に、その概念的範圍以上の通用を與えるものである。即ちそれは、それと境界を接して居る一定範圍の地帯を、刑罰豫告のもとにおくことによつて、各論の犯罪概念を擴張することである*。例えば物を盗むという竊盜罪の構成要件の概念的範圍を越えて、盗もうとしたこと(未遂犯)、また人を殺すという殺人罪の構成要件の概念的範圍を越えて、人殺しを決心せしめること(教唆犯)を罰するの

* ME. Mayer, Lehrbuch. 334 ff. ** ME. Mayer, Lehrbuch. 431. 1) Strafausdehnungsgrund.

である。

刑罰擴張原因は、形式的には刑法の總論と各論とを結びつける點に、實質的には責任の限度を示す點に意味がある。刑法の立場は、構成要件が一人の行爲者によつて完全に實現されることを典型的のものと見て居る。これが通常の場合である。構成要件が完全に實現されないこと、または多數人の協力によつて、始めて實現されることは特別の場合である。

刑罰擴張原因は、從來、使用されなかつた概念である。傳統的犯罪理論は、未遂犯と共犯とを、犯罪の發現形態・犯罪の態様という名のもとに、漠然と論じて居たに過ぎない。發現形態・態様というだけでは、その概念は甚だ不明瞭である。例えば過失犯・結合犯・連続犯なども、犯罪の發現形態・犯罪の態様というて、いえないこともない。未遂犯と共犯とを、犯罪理論の居候的地位から救い上げ、刑罰擴張原因という概念に統一したのは、既に述べた如く、¹⁾エム・エー・マイヤーの『要論』である。

1) 講義 60 参照.

一 未遂犯の意義 現行刑法の立場は、一人の行爲者によつて、構成要件が完全に實現されることを典型的のものと見て、これを標準として犯罪理論を組み立てる。行爲者の見込違い・豫見しなかつた障碍のために、構成要件の充實が不完全のまま残される場合は、刑法の各規定に定めてある犯罪概念の擴張として、罰せられるに過ぎない(四四條)。これが可罰未遂である。

可罰未遂も、構成要件該當性・違法性・責任性を刑罰条件とすることは、他の可罰行爲と同様である。しかし未遂としての行爲を、既遂犯・罰せられざる行爲と區別するためには、未遂に特有の刑罰条件を説明せねばならない。

一 構成要件に該當する行爲としての未遂 未遂は、概念的にいえば既遂への過程である。即ち何らかの形態において、既遂に關係して居ることが必要である。關係

の形態は四三條に定めてある。四三條は「犯罪ノ實行ニ著手シ、之ヲ遂ゲザル」ことを要件とする。

(イ) 「實行の著手」は可罰未遂の「意志表現」であつて、これが未遂の、豫備と區別される特徴である。

何によつて「實行の著手」を定めるかについては争がある。(一)主観説は、犯意の成立が遂行的行爲によつて確定的に認識され得る程度に達した場合に、實行の著手を認めるとする主張である。¹⁾(二)客観説は、行爲者の行動が刑法の各規定に定めてある構成要件の何れかの部分に該當する場合に、實行の著手を認めるとする主張である。²⁾

犯罪的行動は、決心から豫備行爲を経て、實行行爲へと漸進的に進む。しかし決心から豫備行爲へ・豫備行爲から實行行爲への轉化は、謂ば量から質への飛躍である。それは自然的・心理的觀察によつては決定されない。必然的に刑法的評價が要求される。刑法はこの飛躍を、「犯罪ノ實行ニ著手シ」という言葉をもつて表現した。犯意が

1) 牧野 日本刑法, 宮本 刑法學粹. 2) Frank, Kommentar; Liszt, Lehrbuch.

この形態をとつて現れたとき、目的完成の可能性が、一般的に保證されると見たのである。この刑法的評價は、行動が構成要件の何れかの部分に該當する場合に、始めて客觀的妥當性をもつ。即ち構成要件に該當しない行動を罰することは出来ないという立場は、客觀説をもつて正當とせねばならない。或る具體的行動が、果して構成要件の何れかの部分に該當して居るか否かは、事實を法律にあてはめる場合¹⁾における直觀の問題である。例へば住宅侵入は竊盜の實行の著手か、見張りは賭博の實行に屬するかの問題は、與えられた凡ての事情を考慮にいれつつ、法律的直觀によつて決定するのほかはない。

(ロ) 實行の著手はあるが、行爲者の目標として居る最終の效果、即ち構成要件に該當する結果の發生しないことは、可罰未遂の「結果」であつて、これが未遂の、既遂と區別される特徴である。未遂と既遂との區別は、犯罪の形式的完成が現れたか否かの問題に歸著するから、通常は極めて明瞭に理解される。

1) Subsumtion.

(二) 責任性・違法性を帯びる行爲としての未遂

(イ) 責任性 現行刑法は過失犯の未遂を罰しない。即ち可罰未遂は故意犯に限られる。

(ロ) 違法性

(一) 可罰未遂の違法性の根據の問題がある。主觀説と客觀説とが對立する。(一) 主觀説は、犯意が行動に移つたとき、違法性が認められねばならないと主張する。即ち外部に現われた行動そのものは、徴表的意味¹⁾を有するに過ぎない。この場合は、行爲の違法性の問題を除外し、行爲の責任性の問題に考慮を拂うことになる。しかし主觀説を貫くとすれば、不合理な結論になる。例えはこの立場は謂ゆる迷信未遂²⁾の罰せられざる理由を、説明することが出来ない。(二) 客觀説は、法益に對する危険の生じたときに、違法であると主張する。未遂は法益の侵害状態として完全ではないが、法益を危険ならしめるものとしての資格は完全に備えて居る。客觀説が正當である。

1) Symptomatische Bedeutung. Versuch.

2) Abergläubischer

○ 可罰未遂の違法性の限界の問題がある。謂ゆる構成要件の欠缺は未遂の違法性を缺く場合である。例へば盗んだ時計が自己の時計であつたという場合。これは、構成要件の何らかの要素が缺けて居るという意味ではなく、行為の違法性の重要な組成部分、即ち「規範的構成要件の要素」が缺けて居るという意味である。學說中には、未遂と謂ゆる構成要件の欠缺とを區別するものがある。即ち未遂は未來の出來事に關する錯誤であり、構成要件の欠缺は現に企てられて居る事柄に關する錯誤であると説明する。³⁾ しかしこの區別は觀察方法の相對的なことから生ずる偶然的區別であつて、理論的根據があるわけではない。

三 可罰未遂の成立の範圍 現行刑法は既遂を典型的の犯罪と見、未遂は特に刑罰法規のある場合でなければ、これを罰しない(四四條)。⁴⁾

現行刑法上、可罰未遂は故意犯の重いものについて成立するに過ぎない。徴表主義の刑法理論からいえば、既遂と未遂とを區別する理由はない。⁵⁾ しかし社會感情は實害

1) sog. Mangel am Tatbestand. 2) Normatives Tatbestandselement. 3) 七七條二項・八七條・一〇二條・一一二條・一二八條・一三二條・一四一條・一五一條・一五七條三項・一五八條二項・一六一條二項・一六三條三項・一六八條・一七九條・二〇三條・二一五條二項・二二三條三項・二二八條・二四三條・二五〇條. 4) 徴表主義の刑法理論中には、未遂は勿論のこと、原則として豫備・陰謀をも罰せねばならないと主張するものがある(宮本 刑法學粹).

と危険とを區別すべきことを要求する。刑法が可罰未遂の成立を制限するのは、社會生活を支配して居るこの感情、現實主義の刑法理論の立つところの、この人間性に從つたのである。

二 未遂犯の態様 未遂犯には著手未遂¹⁾と終了未遂²⁾との二形態がある。著手未遂は、犯罪の完成に必要な實行行為が完全に進行しない前に、或る原因によつて完成の妨害される場合である。例へば人を殺す目的をもつて斬りつけた瞬間に、第三者のためにより止められた場合。終了未遂は、犯罪の完成に必要な行為の凡てをつくし、餘は自然の経過に一任するの程度に進んだにも拘らず、行為者の豫期しない原因によつて、犯罪が完成しなかつた場合である。例へば人を殺す目的をもつて斬りつけたが、被害者の著衣の厚味に妨げられ、被害者に傷を負わしたに過ぎない場合。著手未遂と終了未遂との區別は、中止未遂について意味がある以外に、法律上の重要性をもたない。

1) Nichtbeendeter Versuch. 2) Beendeter Versuch. 實行未遂、缺效未遂ともいう。

三 不能未遂¹⁾

一五〇

一 不能未遂の意義 元來、あらゆる未遂は不能的である。未遂においては、行為者の目的、即ち最終の効果は常に發生しないからである。

不能未遂は方法の不能性、または目的物の不能性の、何れかに歸著する。不能に關するその他の原因は、不能性を決定するにつき、殆んど問題にならない。

不能未遂には二種類ある。(一)概念的(一般的)不能²⁾がその一つ。方法・目的物の性質上、犯罪の完成が妨げられる。(二)具體的(特殊的)不能³⁾がその二つ。方法の適用、目的物の具體的性質によつて、最終の効果の發生が妨げられる。

概念的・不能未遂は罰せられないが、具體的・不能未遂は罰せられる。この問題は、實行の著手の決定と同じく、事實を法律にあてはめるところの直観によつて解決される。刑罰法規に定めてある構成要件は、目的物を包含するのが通常である。従つて目的物の不能性に關する限りにおいては、問題は簡單である。これに反し、方法の不能

1) Untauglicher Versuch. 2) Begriffliche (generelle) Untauglichkeit. 3) Konkrete (spezielle) Untauglichkeit.

性に關する問題は、問題の解決が多少の困難を伴う。刑罰法規は犯罪實現の特殊的方法を要求しないからである。即ち具體的・不能的方法に含まれて居る種種の性質のなかには、犯罪の完成を適當とするものと、不適當とするものとが含まれて居る。結局、性質全體が不能的である場合に、その方法は概念的(一般的)不能であるということになる。

二 不能未遂の學說 具體的・不能未遂の罰せらるべきことについては、あらゆる學說は一致して居る。問題は概念的・不能未遂について起る。

(イ) 主觀說 單なる犯意を罰する立場からいえば、概念的・不能未遂は、罰すべきである。ブリーの影響のもとに、ドイツ最高裁判所²⁾がこの傾向を代表して居る。不能未遂の解決は法律解釋の問題ではなく、理論に一任された問題であるという立場からの主張である³⁾。しかし概念的・不能未遂は、ドイツ刑法のもとにおいても、刑法の解釋として認めることが出来ない。犯意の單なる表示は、「實行の著手⁴⁾」ということは

1) Buri (1825-1902). 2) Reichsgericht. 3) 牧野(日本刑法)、宮本(刑法學粹)は刑法の解釋をして、この立場をとる。 4) Anfang der Ausführung.

出来ないで、従つて構成要件に該當するものといひ得ないからである。

(ロ) 客観説 「犯罪ノ實行ニ著手」するといふためには、行爲者の行動が、構成要件の何れかの部分に該當することを必要とする。¹⁾ この立場からいへば、概念的・不能未遂を罰することは出来ない。客観説に對しては、概念的不能性と具體的不能性とを區別する論理的標準を缺くという攻撃が向けられて居る。例えば殺人者が彈丸をこめてないピストルを使用したとする。不能性を決定する標準は、「ピストル」を使用するという殺人方法であるが、「彈丸をこめてない」ピストルを使用する殺人方法であるかの點が争われる。當該の具體の場合のみを考慮して、問題を解決することはよろしくない。本質的でない諸事情を除外し、客観的立場から、當該の出來事を一般的に觀察し、果して當該の方法が、全體として概念的不能性を有するか否かを決定せねばならない、即ち上に擧げたピストルの例は具體的・不能未遂になるが、謂ゆる迷信未遂²⁾は抽象的・不能未遂になる。

1) *Liszt*, Lehrbuch の具體的危險 (Konkrete Gefährlichkeit) は客観説の代表的のものである。 2) sog. Abergläubischer Versuch.

三 一九二五年のドイツ刑法草案は、「行爲者が自然法則に關する甚しい無智のため、一般的には、事實の發生し得ない對象に對し、方法をもつて試みた場合は」¹⁾、謂ゆる不能未遂であることを明言して居る。また一九二七年のドイツ刑法草案は「行爲者の選擇した方法・對象の種類のために、一般的には、その試みが完成に達し得ない場合」²⁾は、不能未遂の取扱をすることに定めてある。刑法の規定をもつて、不能未遂を定めようとする最初の試みである。³⁾

四 中止未遂⁴⁾ 犯罪の實行に著手したが、自己の意志によつて、即ち外部的強制なくして、實行から脱退する場合がある。これが中止未遂である。行爲者自身の内部的原因、例えば不安・恐怖・憫憐・迷信などの感情から、その後の實行行爲を抛棄する點において、可罰未遂と異なる。フランクは「やつてやれないことはないが、自分は仕遂げることを望まない」という場合が中止未遂であり、「やりたくても、自分には仕遂げることが出来ない」という場合が可罰未遂であると説明する。⁵⁾

1) Entwurf 1925 § 23^{IV}. 2) Entwurf 1927 § 26^{III}.
3) Vgl. Progetto preliminare di Codice Penale Italiano 1921 Art. 16^{II}. 4) Rücktritt von Versuch.
5) sog. *Franksche Formel*: "Ich will nicht zum Ziel kommen, selbst wenn ich es könnte."—"Ich kann nicht zum Ziel kommen, selbst wenn ich es wollte."

實行の中止は、嚴格にいえば凡て廣い意味の強制に基く。例えば被害者に對し憫憐の心を起し、到底、實行するに忍びないという場合は、實は行爲者のうちに眠つて居た或る意識の覺醒から來た「見えざる手」が働くからである。従つて中止未遂における「自己ノ意志ニ因リ」實行を止めることは、「犯罪ノ實行ニ著手シ」という場合と同じく、刑法的評價の問題である。即ち廣い意味の強制が、行爲者の内部的原因に基くと、一般的に認定すべき場合が、中止未遂であるという結論になる。

中止未遂は、終了未遂と著手未遂とによつて形態を異にする。①終了未遂の場合は、結果の發生は行爲者から離れた獨立の過程に委ねられてある。従つて新しい行爲によつて、結果の發生を防止することが必要である。例えば六連發のピストルをもつて人を殺すつもりで、一發を發射し、命中した。この場合には、その後に連続して發射すると否とに拘らず、また創傷の輕重を論ぜず、實行を終了したことになる。従つて單に實行から手をひくという消極的の態度だけでは、中止未遂にはならない。結果

の發生を防止するために、積極的努力をつくし、防止の現實的效果を擧げることが必要である。「行爲は意志を載せて走る」、これが終了未遂における中止の效果を決定する。②著手未遂の場合は、まだ結果の發生が行爲者の手中にある。従つてその後の實行を止めるという消極的態度によつて、中止未遂となる。例えば六連發の二發を發射し、命中しない間に後悔し、その後の發射を止める場合が中止未遂である。

自己の意志による實行の中止は、その理由の如何に拘らず、凡て中止未遂となる。道徳的にせよ(悔悟)、打算的にせよ(犯罪發覺の恐怖)、中止未遂としては同一に取り扱われるべきである。また當該の犯罪の實行を中止することによい。犯罪實行の終局的拋棄は、望ましいが、必要ではない。

五 未遂犯の處罰

① 未遂犯の處罰については、二つの主義がある。①未遂犯は必ず既遂犯よりも減輕して罰せられるという主義が一つ(ドイツ刑法四四條參照)。②未遂と既遂とを

同一に取り扱う主義が他の一つ(フランス刑法二條参照)。

四三條は中間の主義をとつて居る。未遂と既遂とを同一に罰するが、事情によつては、未遂に刑罰の減輕を認める主義である。

或る重い犯罪の未遂が、同時に、他の軽い犯罪の構成要件に該當する場合も、重い犯罪の未遂として取り扱われる。例えば殺人罪の未遂が傷害罪に該當する場合にも、殺人罪の未遂として罰せられる。一〇八條の放火罪の未遂が、一〇九條の放火罪の既遂に該當する場合にも、一〇八條の放火罪の未遂として罰せられる。

二 中止未遂の處罰 既遂の刑罰から免除すべきものとするのが通常である(ドイツ刑法四六條参照)。四三條但書もこれを認めて居る。重い犯罪を中止したため、他の軽い犯罪の構成要件に該當する場合は、最初の重い犯罪の中止未遂として取り扱われる。中止未遂は未遂の一形態であるから、可罰未遂について述べたことは、中止未遂の場合にも認められねばならない。

第二節 共犯

共犯は、二人以上の者が犯罪の成立に共同することである(共同犯罪)。二人以上の者が何を共同するかについて、見解が分れる。第一は「犯罪」を共同するという立場、第二は「事實」を共同するという立場である。第一の立場に従えば、例えばAがBの殺人罪を援助する場合に共犯(教唆犯・従犯)が成立し、第二の立場に従えば、Cは殺人罪を、Dは強盜罪を共同して實現する場合に、共犯が成立する。この立場の相違は、共犯が従屬犯であるか否かの問題と關聯して説明される。後に述べる如く、共犯は従屬犯として意味がある。従つて二人以上が共同して犯罪を實行する場合(共同正犯)、一方の行爲のみが犯罪となる場合(間接正犯)は、謂ゆる共犯ではない。

一 正犯(獨立犯) 三つの形態が考えられる。

一 單獨正犯 一人の行爲者が自己の行動によつて、法律に定めてある構成要件

1) Teilnahme.
schaft.

2) Täterschaft.

3) Einzeltäter-
schaft.

を充實する場合は單獨正犯である。行爲者が自然力・動物・その他の道具を使用することは、犯罪の性質に影響を與えるものではない。この關係は、行爲者が責任を負うべからざる者を利用する場合にも同様である。行爲者が責任を負うべからざる者を指唆することは、道具としての利用にほかならないからである。學說において、この行爲者を間接正犯¹⁾という。行爲者の立場からいえば、被利用者が責任を負うべき者であると、責任を負うべからざる者であるとは、全く同一である。従つて謂ゆる刑法理論の主觀主義中には、兩者を合して間接正犯というものもある。²⁾しかし被利用者の立場からいえば、事情が違ふ。責任を負うべき被利用者は、みずから犯罪を行うという意識のもとに行動する。これに反し、責任を負うべからざる被利用者は、全く操り人形にほかならない。責任を負うべからざる被利用者を利用する場合のみを、間接正犯と云ふのが通常である。

間接正犯の場合を例示する。(一) 継続的・一時的に責任無能力の状態にある者を利

用する場合、(二) 被利用者は責任能力者であるが、當該の場合は責任阻却原因があるため罰せられない場合、例えば被利用者が錯誤に陥つて居るとか・過失によつて犯罪を行うたが過失を罰する刑罰法規がない場合、(三) 他人の犯罪を、本人の知らない間に利用・幫助する場合、目的をもたない者を利用して、目的犯を行う場合、(五) 上官が下僚の義務行爲を利用して犯罪を行う場合。

間接正犯は人以外の道具、例えば犬を使用して他人に噛みつかす場合と、法律上の構造が同一である。従つて特に法律の規定をもつて、その效力を明かにする必要はない。即ち間接正犯は現行刑法の解釋上、當然の正犯と見るべきである。

如何なる犯罪につき、間接正犯を認め得るかという問題は、事實問題である。要するに、他人を道具とすることの出来ない犯罪には、間接正犯を認め得ないということに歸着するのほかはない。「何人も無責任者を指唆して、眞實に反する事柄につき宣誓せしめることによつて、偽證………を實行することは出来ない。何人も仲介者をも

1) Mittelbare Täterschaft. 1912.

2) Kohler, Leitfaden.

つて、姦通を行うことは出来ない。脱營兵は自己の脚をもつて逃げる（ピンディング）ことを必要とする。この種類の犯罪を、固有の特徴によつて一團のものにまとめることは、不可能でもあり、不必要でもある。何となれば、間接正犯の事實的限界以上の何ものも、問題になるわけではないからである。」¹⁾

身分犯において、身分を有しない者は間接正犯者となることを得ないかという問題がある。例えば他人の妻を欺いて自己の友人と姦通せしめる者が、姦通罪の間接正犯となるか否かという問題である。刑法が身分犯の成立を認める理由は、身分を條件とする當該の行動が、條理に違反するからである。この條理違反は、身分を有しない者が身分を有する者を利用して生ぜしめた場合においても、刑法的評價は同一でなければならぬ。即ち正犯となることを得ない者も、間接正犯として、犯罪に加わることが出来るという結論になる（六五條一項参照）。

二 共同正犯²⁾

現行刑法においては、共同正犯も共犯として表示されて居る。し

かし共同正犯は刑罰擴張原因には屬しない。従つて固有の意味の共犯ではない。

(イ) 客觀的には、各共同者の行爲が或る犯罪の構成要件に該當することが必要である（未遂犯参照）。(一) 共同者各自の行爲が構成要件に完全に該當する場合は勿論のこと、(二) 各共同者の行爲が構成要件の一部分に該當する場合も、共同正犯である。

(ロ) 主觀的には、何れの場合にせよ、共同者各自に綜合的要素が備わつて居ることを必要とする。各共同者は、互に他人を助けつつ・補充しつつ、結果の發生に努力して居ることを意識せねばならない。共同正犯に關する規定（六〇條）は、この綜合的要素を明かにするために設けられたのである。過失的行爲はこの綜合的要素を缺く。従つて過失犯の共同正犯は考えられない。多數人が過失によつて、構成要件に該當する結果を發生せしめた場合は、多數の過失犯として取り扱われる。

(ハ) 共同正犯は、處罰について個個獨立の立場にある。(一) 共同正犯の各自は、他人の過剩行爲の責任を負わない。(二) 一定の身分を有しないため、單獨正犯者となり

1) ME. Mayer, Lehrbuch. 2) Mittäterschaft.

得ない者が、犯罪の實行に加わつた場合に、如何なる取扱を受けるかという問題は、間接正犯における同様の問題と同一に解すべきである。尤も共同正犯については、この點につき特に規定がある(六五條一項)。

二 或る種の犯罪の共同正犯は、刑罰加重原因である。例えば九八條。

三 同時正犯¹⁾ 兩方から構成要件に該當する結果を發生せしめたが、雙方において共力關係を知らない場合が、同時正犯である。現行刑法はこの場合につき、別段の規定を設けて居ない。各自を單獨正犯として罰する趣旨である。

二 共犯²⁾

一 共犯には、必要共犯と任意共犯とがある。(一)必要共犯は構成要件の充實に、概念上、數人の共同を必要とする場合である。例えば姦通罪・賄賂罪・賭博罪・内亂罪・騷擾罪。刑罰法規の解釋上、必要共犯の一方が罰せられるに過ぎない場合は、他方は罰せられないのが通常である。必要共犯については、刑法の本條に規定があるか

1) Nebentäterschaft. 2) Teilnahme. 從屬犯.

ら、共犯に關する刑法總則の規定を適用する餘地がない。この意味において、特に必要共犯を述べることは、不必要である。(二)任意共犯は、概念上、一人によつて充實し得る構成要件を、數人によつて充實することである。共犯理論として述べる必要のあるものは、任意共犯である。即ち任意共犯が「眞正の共犯」である。

二 共犯は六一條—六三條の刑罰擴張原因に屬する各動作をいう。共犯は、正犯がなければ考えられない。即ち共犯は正犯に從屬する。これが共犯の從屬性である¹⁾。この見地から、正犯を獨立犯、共犯を從屬犯といふことが出来る。

從屬性には段階がある。即ち從屬性の程度による共犯の處罰は——*

イ 正犯が「客觀的に」構成要件を充實することを條件とする。從屬性の程度は最小限度にある。即ちこれ以下の從屬性は考えられない。例えば狂人殺人者を指嗾する者を共犯と見る立場である。現行刑法はこの從屬性を認めない(現行法の解釋上、間接正犯となる。即ち獨立犯である)。最小從屬形態²⁾といふ。

* ME. Mayer, Lehrbuch. 391. 1) Akzessorische Natur der Teilnahme. 2) Minimal-akzessorische Form.

(ロ) 正犯が構成要件の一部分を「違法に」充實することを条件とする。従属性は前の場合よりも強いが、まだ独立犯の色彩が濃厚である。例えば他人の妻の姦通を教唆する者は、姦通罪の構成要件を充實する身分をもたないが、正犯の行爲が「違法」であることを条件として罰せられる。六五條一項はこの従属性を明かにした規定である。制限従属形態¹⁾という。

(ハ) 正犯が構成要件の一部分を違法に「有責に」充實することを条件とする。即ち正犯の全犯罪性を条件とする。これは完全に近い従属性をもつ。ただ身分によつて刑罰に輕重ある場合に、身分のない者に通常の刑罰を科する點において、独立犯の要素を備えて居る。例えばZ(親)を殺した正犯者A(Zの子)は尊属親殺罪(二〇〇條)、教唆者B(他人)は通常の殺人罪(一九九條)として罰せられる。刑法六五條二項はこの従属性を前提とした規定である。極端従属形態²⁾という。

(ニ) 正犯の專屬的身分關係の完全な影響のもとに立つ。即ち正犯の刑罰の加重・減

輕の事情が、共犯の處罰を重くもし、軽くもする。即ち従属性は全部的である。この従属性に従えば、前例においてBも尊属親殺罪(二〇〇條)として罰せられることになる。現行刑法はこの従属性を認めない。誇張従属形態¹⁾という。

共犯の従属性を主張する立場、即ち共犯従属犯説に對し、共犯の獨立性を主張する立場、即ち共犯獨立犯説がある。共犯獨立犯説は主觀主義の刑法理論から出發して居る。犯罪は行爲者の危險性の表現²⁾であるから、一人の犯罪の成立が、他人の犯罪に從属するということは意味をなさない。共犯と單獨犯とは、犯罪の實現に關する事實關係が違ふだけである。通説の謂ゆる従属犯、即ち教唆犯・從犯は、犯罪の實現にあたり、他人の犯罪を利用するだけのことであつて、正犯が罰せられると否とに拘らず、罰せられることは、獨立犯の場合と同一である。これが共犯獨立犯説であつて、理論上は勿論、現行刑法の解釋論としても、有力な學説になつて居る。³⁾

三 共犯の種類

1) Hyper-akzessorische Form. 2) Gefährlichkeit.
3) 牧野 日本刑法, 宮本 刑法學粹.

1) Limitiert-akzessorische Form. 2) Extrem-akzessorische Form.

一 教唆犯(六一條一項) 教唆犯は他人に犯罪實現の決心を固めしめ、他人がその決心を實現するように仕向ける行動によつて成立する。主觀的には、他人によつて犯罪を實現する意志のあること、客觀的には、他人を犯罪實現に向わしめるに足る行動をとることが必要である。勿論、他人を犯罪の實現に誘うことは、故意的でなければならぬ。過失的教唆犯は認められない。

(イ) 意志表現 教唆犯と間接正犯とは、他人を犯罪實現の道具とする立場において、客觀的事情を同じくする。即ち兩者共に、被指喉者が責任を負うべき者であるか(教唆犯)、負うべからざる者であるか(間接正犯)の一點に、その差異があるに過ぎない。教唆の方法は問わない。また教唆が直接であろうが、間接であろうが、刑法上の價値は同一である。

(ロ) 結果 二重の結果を必要とする。(一)被教唆者が犯罪實現の決心を固めること、(二)被教唆者がその決心を實現すること。

1) Anstiftung.

従つて次の場合には、教唆犯は成立しない。(一)被教唆者が、教唆以前に犯罪實現の決心をもつて居たか、教唆者の努力にも拘らず犯罪實現の決心をしない場合、(二)被教唆者が、犯罪實現の決心はしたが、犯罪實現に適する行動をとらない場合、(三)被教唆者が教唆後に教唆行為を撤回する場合。

(ハ) 教唆者の故意と被教唆者の行動との間に生ずる齟齬 これは、錯誤の原則によつて效力を定めなければならない。(一)被教唆者が教唆以上の事實を實現した場合¹⁾には、教唆者は過剰行為についての責任を負わない、被教唆者の行動が教唆以下に止まる場合には、教唆者は現に生じた結果についての責任を負うに過ぎない。(二)被教唆者が、全く別の犯罪を實行する場合は、教唆者はその犯罪の責任を負わない。尤も教唆者の目的と被教唆者の行動との完全な一致は望み難い。一般的に觀察して、被教唆者の行動が教唆者の豫見範囲にあると解すべきものである限りは、教唆犯の成立を認めよう。

1) Excessus mandati.

二 従犯¹⁾(六二條一項) 従犯は他人の犯罪の實現を幫助する行動によつて成立する。主觀的には、自己の行動が正犯の行動を幫助するものであることを知らねばならない。客觀的には、正犯の行動を現實に幫助することが必要である。

(イ) 意志表現 幫助の方法は問わない。動作によるものもあれば(舉動従犯)、言葉によるものもある(助言従犯)、また直接のものもあれば、間接のものもある。

(ロ) 結果 従犯は犯罪の目的を達するように正犯を助けるが、しかも正犯の犯罪實現に決定的影響を與えるものであつてはならない。従犯の時期は、正犯が犯罪の實行に着手する前か、實行行為の進行中であることを必要とする。實行行為を終つた後の幫助は、従犯ではない。これは別の獨立犯となる(犯人藏匿罪・贓物罪参照)。

(ハ) 従犯と共同正犯・教唆犯との區別

(イ) 共同正犯と従犯との區別は何によるか? これは共同者の行為の特色が、如何なる點にあるかによつて決定される。一般的に觀察した協力状態からいうて、また

1) Beihilfe.

共同者の意志の強さからいうて、行為の價值が同じであると見るべき場合は共同正犯である。これに反し、一般觀察者の立場から、制限的・從屬的の行為であると考へられる場合は従犯である。

共同正犯と従犯との區別は、學說において次の形式のもとに論ぜられて居る。

(第一) 行為者の意志を尊重する場合は、主觀的評價となる(主觀説)。共同正犯は自己のものとして犯罪を實現する場合であり、従犯は他人を助ける目的をもつて犯罪を實現する場合であると説明する。

(第二) に構成要件を重んずる場合は、形式的區別となる(客觀説)。共同正犯は構成要件に該當する行動をとることであるか、または原因(因果關係論にいうところの)を與えることであり、従犯は構成要件該當性をもたない行動の實現であるか、または條件(因果關係論における)を與えるに過ぎない場合であると説明する。

刑法は構成要件を嚴密に規定し、行為が構成要件の一部分に該當する場合に、犯罪

1) Animus auctoris. 2) Animus socii.

の實行の着手を認める。豫備行爲と實行行爲とは、形式的には漸進的に進み行く行爲の過程の量的變化に過ぎないが、實質的には量から質への轉化と見ねばならない（未遂犯参照）。このことは共同正犯と従犯との區別についても妥當する。即ち共同正犯と従犯との間には、質的差異があり、構成要件該當性の有無がこれを決定する。この意味において、客觀説のうち、構成要件を標準とする立場を正當とせねばならない。

○ 教唆犯と従犯とは何によつて區別するか？ 教唆犯と助言従犯とを區別することも、實際上、甚だ困難である。一般的には次の如くい得るに過ぎない。即ち教唆犯は犯意を呼び起すことであるが、従犯は既に計畫の出來上つて居る犯罪の實現を促すか、または實現に伴う何らかの懸念を除く場合である。

従犯を正犯・教唆犯から區別することは、極めて困難である。刑法から従犯の規定を除くべしという近頃の傾向は、この困難から生れた。

四 共犯の處罰

一 共犯の從屬性が問題の解決に關係する。

イ 教唆犯・従犯は、あらゆる犯罪について成立するのではない。拘留・科料のみによつて罰すべき犯罪を教唆・幫助する行爲は罰せられない（六四條）。正犯の刑罰が極めて輕微であるから、教唆・幫助を罰する必要なしと考へたのである。この立場は共犯の從屬性を認めることによつて、始めて理解することが出来る。

ロ 他人を或る犯罪の未遂犯へ教唆・幫助する行爲も罰せられる。謂ゆる「警察の犬」¹⁾は典型的のものである。「未遂犯への共犯」は、「共犯の未遂」と嚴密に區別されねばならない。

二 教唆犯は正犯に準じて罰せられる（六一條一項）。教唆者を教唆する場合も同様である（六一條二項）。「正犯ニ準ズ」というのは、正犯に適用すべき、その刑罰法規をもつて罰するという意味である。例えば正犯が殺人未遂であれば、教唆犯も殺人未遂に科すべき刑罰によつて（一九九條）、また正犯が殺人豫備であれば、教唆犯も殺人豫

1) Agent provocateur.

備の刑罰によつて(二〇一條)罰せられる。従犯は正犯に科すべき刑罰から減輕した刑罰によつて罰せられる(六三條)。従犯の教唆は従犯に準じて取り扱われる(六二條二項)。

三 共犯は、みずから犯罪の發生を防止して、中止に基く刑罰の減輕・免除を受ける(四三條但書)。この場合は、自己の行動から生じた結果のみならず、あらゆる共同者の行動から生じた結果を防止せねばならない。減輕・免除は中止者本人の一身に止まる(六五條二項参照)。

四 共犯と身分關係について、現行刑法は對立する二つの主義を認めて居る。¹⁾

イ 身分が犯罪の成立に關する構成要件である場合は、身分のない者についても、犯罪の成立を認める(六五條一項)。例えば官吏に贈賄の目的をもつて、寶石を贈與した。官吏は拒絶しようとしたが、結局、妻の勧めによつて受領した。この場合に、官吏については收賄罪の正犯、官吏の身分を有しない妻についても、收賄罪の教唆犯が

1) 講義 164 参照。

成立する。

ロ 身分が刑罰を加重・減輕する事情に關する構成要件である場合には、身分のある者についてのみ、刑罰を加重・減輕すべきものとして居る(六五條二項)。例えば教唆犯AがMを殺す際に、みずから實行しないで、Mの子Nをして實行せしめた場合、また正犯BがWの依頼によつて、Wの親Vを殺した場合。A・Bは、被害者との間に親子の關係を有しないから、通常の殺人罪として罰せられるに過ぎない。

ハ 身分犯を特別に取り扱う理由は、身分を條件とする當該の行動が條理違反として特殊の關係にあるからである。この條理違反は、身分のない者が、身分のある者を通じて引き起した場合においても、刑法的評價は同一である。即ち處罰を受くべき者が、現實に身分を有するか否かは、重要なことではない。例えば上の例における殺人者A・Bは、自己の親を殺したのではないが、何らかの形式によつて、親殺しという條理違反の大きい犯罪に關係したのであつて、通常の殺人罪よりも、重く罰せられて

然るべきである。この正當な立場は、六五條一項によつて代表されて居るが、六五條二項によつて裏切られて居る。

五 陰謀・徒黨¹⁾ 陰謀は、多數人が或る犯罪の實行を、計畫することである。徒黨は、多數人が何らかの犯罪を行うために、結合することをいう。昔は陰謀・徒黨を共犯の一種と見て居た。しかし現行刑法の解釋上、陰謀・徒黨は罰せられないのが原則である。陰謀・徒黨は豫備行為の程度に過ぎない、そうして犯罪が實行の程度に達した場合は、豫備行為の法律の意味がなくなるからである。この意味において、陰謀・徒黨は共犯の發現形態として論ずる必要はない。

第二編 刑罰

第一章 刑罰の意義

刑罰は、犯罪の行われたことを條件として、犯人に科するところの惡報である。刑罰の本質は應報、内容は苦痛、目的は社會の秩序維持である。刑罰は、犯罪があるから犯人に科するという點において、精神病者を病院に收容すること・不良少年を強制的に教育することなどの處置と區別される。刑罰によつても威嚇・改善・排害的淘汰など、謂ゆる社會のための防衛・犯罪との鬭争という目的を達し得る。しかしこの目的を達するために、刑罰の應報という本質を踏み越えることは許されない。

第二章 刑罰の種類

一 刑罰はその苦痛の種類の性質に従い、種類の種類に分けられる。現行刑法は、(一)生命刑(死刑)、(二)自由刑(懲役・禁錮・拘留)、(三)財産刑(罰金・科料・沒收)の三種の刑罰を認めて居る。體刑は、今日その跡を絶つた。

更に現行刑法は刑罰の必要の程度に従い、二つの區別を認めて居る。即ち、(一)主

1) Komplott und Bande.