

場所ニ存ス(獨乙帝國裁判所ノ判例ニ依レハ教唆及從犯ノ時及ヒ場所ハ正犯ノ時及ヒ場所ニ依テ定マルトセリ從犯ノ管轄ニ付テハ刑事訴訟法第二十八條ニ於テ從犯ハ正犯ヲ管轄スル裁判所ヲ以テ其管轄ナリトスト規定セリ)

公訴ノ時效モ亦教唆又ハ從犯ノ意思實行アリタル時ヨリ始マル

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

- 二 教唆又ハ從犯ト異ナリ他人ヲ機械トシテ(責任無能力者又ハ犯意ナキ他人ヲ利用シ又ハ他人ヲ強制スル場合ヲ指ス)結果ヲ發生セシメタルトキハ間接實行者ト云フヘキカ故ニ此場合ニ於テハ機械トシテ利用セラレタル他人ノ動作ヲ標準トシテ間接實行ノ時及場所ヲ定ム可キナリ
- 三 所罰スヘキ未遂犯ノ特質ハ法益ヲ侵害スヘキ危險ナル狀況ヲ發セシム

二、間接
實行ノ時
及場所

四、法律
上ノ單一
行爲ノ時
及場所

ルニアルカ故ニ此ノ危險ナル狀況ヲ發生セシメタル意思實行ノ時及ヒ場所ヲ以テ未遂犯ノ發生シタル時及ヒ場所ト云フヘキナリ

四 法律上單一行為ト認メラル、行為例ヘハ繼續犯又ハ連續犯(結合犯、聚合犯ニ付テモ亦然リ)ノ發生シタル時及ヒ場所ヲ判定スルニハ其繼續又ハ連續行為ヲ切斷シテ論スルヲ得ス從テ苟クモ其一部ノ發生シタル時及ヒ場所ヲ以テ全部ノ行為ノ發生シタル時及ヒ場所ト云ハサルヘカラス而シテ此ノ場合ニ於テ其繼續行為又ハ連續行為カ内地ト外國トニ跨リタルトキハ內國法ヲ適用スベク(裁判管轄ハ何レニモ存ス)又ハ之ヲ處罰スル舊法ト新法トノ間ニ跨リタルトキハ新法ニ從テ處斷スヘキナリ
リスト氏ハ後ノ場合ニ於テハ輕キニ從フテ處斷ストノ説ヲ採レリ

明治三十六年九月二六〇七號明治三十七年一月二十一日宣告大審院判決ニ依レハ「甲地ニ於テ偽造文書ヲ行使シ之ニ因リ乙地ニ於テ金錢ヲ騙取セントシテ遂ケサリシ場合ニハ甲乙兩地ノ裁判所ハ孰レモ犯罪地ノ裁判所トシテ共ニ管轄權ヲ有スト解セルハ正當ナリ(各論刑法第三百九十條第二項ノ罪參照)

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第一章 行為 一五七
第三節 行為ノ時及ヒ場所

明治三十五年九月第一四九三號同年十一月十七日宣告大審院判決ニ依レハ刑法第三條第二項ノ規定ハ新法發布前ニ終了シタル犯罪行為ニ適用スルコトヲ得ルニ止マリ新法發布前ニ犯サレタル犯罪カ新法發布後ニ繼續シタル場合ニ適用スルコトヲ得ス從テ繼續犯ノ場合ニ於テハ單一ナル犯罪トシテ其全部ニ對シ新法ヲ適用スヘキモノトスト解セルハ正當ナリ

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

五處罰條件ハ行為ニ對スル處罰ノ條件ニシテ行為自身ニ非サルカ故ニ犯罪ノ時及ヒ場所ニハ關係ナキモノトス

第二章 法律違犯 Die Rechtswidrigkeit

犯罪ハ民事上ノ不法行為ト等シク法律違犯(違法)ノ行為タルコトヲ要ス而シテ或行為カ法律ニ違犯ストハ形式ニ於テハ國家ノ制定シタル法規ニ違背スルコト即チ國法ノ命令又ハ禁止ニ違背スルコトヲ意味シ其實質ニ於テハ國法カ命令又ハ禁止ニ依テ保護スル所ノ個人又ハ共同ノ生活利益ニ

五、處罰條件トノ關係

違法

形式的違法

實質的違法

對スル攻撃ナリ而シテ此ノ攻撃ハ法律的利益 (Rechtsgut) 法物又ハ法益ト稱ス)ヲ侵害スルモノト及ヒ危險ノ狀態ヲ與フルモノトヲ包含ス、苟クモ法益ヲ侵害スル行為ハ悉ク之ヲ實質的ニ違法ナリト云フコトヲ得ルヤ曰ク然ラス法規ハ人類ノ生活ニ伴フ利益ヲ保護スルコトヲ以テ目的トスト雖モ其ノ保護ノ目的タル生活利益ハ猶ホ互ニ相衝突スルコトアリ即チ法益ト法益ト互ニ相衝突スルヲ免レス此ノ場合ニ於テハ比較的小ナル法益ハ大ナル法益ヲ保全スル爲メニ犧牲ニ供セラル、コトニ依テ始メテ法規ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ例ヘハ國家ハ戰時又ハ平時ニ於テ國家ノ目的ヲ達スル爲メニ臣民ノ財物、生命ヲ犧牲ニ供スルカ如ク(共同團體ノ利益ト個人ノ利益トノ衝突)人ノ財物ハ時々或條件ノ下ニ他人ノ利益ノ爲メニ犧牲トナラサルヘカラス從テ行為カ實質的ニ違法トナルニハ法益ニ對スル侵害又ハ危險カ人類ノ共同生活ニ伴フ利益ヲ保護スルコトヲ於テ目的トスル法規ノ目的ニ違背スルコトヲ要ス

違法ニ關スル形式
的及實質
的衝突ノ質

行為カ適
法ナリト
ナリト
否ヤナリ
ト標準
ムルヤ

此ノ如ク行為ノ違法ハ形質的並ニ實質的ニ二個ノ方面ヨリ觀察スルコトヲ得ト雖モ此ノ二個ノ觀察ハ時々一致セサルコトアリ得ヘキナリ即チ實質的ニ違法ナル行為ニシテ形式的ニ適法ナルモノアリ(法規ニ於テ之ヲ適法ト認ムルコトアリ)反之實質的ニ適法ナル行為ニシテ形式的ニ違法ナルコトアリ(法規ニ於テ之ヲ禁止スルコトアリ)此ノ場合ニ於テハ其實質ノ如何ニ拘ハラズ形式的標準ニ依テ其違法行為ナルヤ否ヤヲ判定セサルヘカラス故ニ行為カ適法ナルヤ又ハ違法ナルヤヲ判定スルニ付テハ左ノ場合ニ區別スルコトヲ要ス

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

二 前段ノ如キ法規ヲ缺クトキハ(形式的標準ヲ缺クトキハ)行為カ適法ナルヤ否ヤハ之ヲ實質的ニ判定セサルヘカラス此ノ判定ニ付テモ更ニ二個

ノ場合ニ區別スルコトヲ要ス

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

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

法律カ保護スル利益ニ對スル攻撃ハ左ノ如ク分類スルコトヲ得ヘシ

一 國家カ法規ニ依テ保護スル所ノ人類生活上ニ於ケル利益ニ對シテ現實ニ之ヲ傷害スルコト (Rechtsgüterverletzung) 此ノ傷害ニ對シテ因果ノ關係アル作爲ハ常ニ違法ノ行為ニシテ此ノ傷害ヲ防止セザリシ不作爲ハ傷害ヲ防止スヘキ法律上ノ義務アリシ場合ニ限り違法行為ト云フコトヲ得ルナリ(法益ニ對シテ現實ニ特定ノ傷害ヲ與フルコトヲ以

法益ニ對
スル攻撃
ノ分類
一、實害
罪

罪二、危險

テ罪ノ既遂ニ至ル必要條件トスルモノヲ稱シテ實害罪 Verletzungside-
ikt ト謂フ

一六一

具體的危險
及
危險
之
區別
罪
之
危險
區別

二國家ハ特別ナル條件ト嚴密ナル制限ノ下ニ法益ニ對シ傷害ヲ與フル
ノ危險ヲ生セシムルコトヲ禁止スルコトアリ (Gefährdung eines Rechts-
gutes) 此ノ危險ノ狀態ヲ生セシメタル作為ハ常ニ違法ニシテ此ノ危
險ノ發生ヲ防止スヘキ法律上ノ義務アルニ拘ハラヌ之ヲ防止セサル
不作爲モ亦違法ト云フコトヲ得ルナリ(法益ニ對シテ現實ニ傷害ヲ與
フルコトヲ要セス特定ノ法益ニ對シテ危險ヲ發生セシムルノミヲ以
テ罪ノ既遂ノ時即チ構成條件トスルモノヲ稱シテ危險罪 Gefährdungs-
delikt..... ト謂フ而シテ危險罪ハ更ニ具體的 Konkreten O. speziellen 及
ヒ一般的 abstrakten O. generellen ニ分ツコトヲ得ヘシ二者共ニ危險ノ
發生ヲ以テ罪ノ構成要件トセルモ其異ナル點ハ具體的危險罪ニ付テ
ハ危險カ現實ニ發生シタルヤ否ヤニ付裁判官ハ之ヲ審按セサルヘカ

此ノ區別
ト
犯
意
ト
關係

罪三、警察

ラス例ヘハ刑法第六十二條第六十三條第六十四條第二項第百
六十五條ノ罪ハ此ニ屬ス反之一般的危險罪ニ付テハ危險カ現實ニ發
生シタルヤ否ヤニ付キ裁判官ハ審按スルコトヲ得ス苟クモ法律ニ定
メラレタル行爲アリタルトキハ常ニ此ノ危險アルモノト看做サレ之
カ反證ヲ舉クルコトヲ許ササルモノ例ヘハ刑法第六十六條ノ罪ハ
之ニ屬ス
具體的危險罪ノ成立ニ付テハ其危險ノ發生ニ付テ犯意(豫見)アルコト
ヲ要シ反之一般的危險罪ニ付テハ此ノ點ニ關シテ豫見アルコトヲ必
要トセス

三國家ハ法益ニ對スル傷害又ハ危險行爲ヲ禁止スル外ニ猶ホ此等實害
又ハ危險ノ發生如何ニ拘ハラヌ單ニ國法ノ禁止又ハ命令ヲ遵奉セサ
ルコトヲ處罰スルコトアリ(警察犯 Das Polizeiliche Delikt) 蓋シ此ノ場合
ニ於テハ法律ハ其單純ナル法規ノ不遵奉カ常ニ法益ニ對シテ危險ヲ

生セシムルノ危険アルモノト見做シ各實際ノ場合ニ於テ果シテ實害又ハ危険ヲ生シタルヤヲ問ハサルナリ例ヘハ制止ヲ肯セスシテ人々群集シタル場所ニ車馬ヲ牽キタル罪夜中燈火ナクシテ車馬ヲ疾驅スル罪(刑法第四百二十七條第二號第三號)其他違警罪規定ノ多クハ此ニ屬ス此ノ第三ノ場合モ第二ノ場合ト等シク法律ニ特別ナル規定アル場合ニ限リ違法行為ト云フコトヲ得ルナリ

此ノ如ク犯罪ノ普通構成要件トシテ行為カ違法タルコトヲ要スルカ故ニ其行為ニシテ違法ノ要件ヲ缺クトキハ犯罪ト云フコトヲ得ス
法律ニ依リ保護セラル、利益ニ對スル攻撃ハ(違法ノ攻撃)例外トシテ法律上許容セラル、コトアリ即チ法規ニ依リ此ノ攻撃カ特別ノ權利トシテ認めラレタル範圍内ニ於テハ之ヲ違法ノ攻撃ト云フコトヲ得ス而シテ之ヲ許容スル法規ハ刑法ニ屬スルト其他何種ノ法規ニ屬スルトハ敢テ區別スル所ニアラサルナリ

違法ノ排除

左ニ攻撃ノ違法ヲ排除スル場合ニ關スル大様ニ付キ説明スヘシ

一 犯罪カ違法行為タルコトヲ要スルハ犯罪ノ性質上當然ノコトニ屬シ敢テ特別ノ規定ヲ要セスト雖モ法律ハ特種ノ犯罪ニ付特ニ此ノ要件ヲ明記スルコトアリ此ノ場合ニ於テハ判決ニ於テ特ニ其違法タルコトヲ確定スルコトヲ要シ又意思ノ點ニ付テモ此ノ場合ニ限リ犯人ニ於テ其違法タルコトヲ知覺シタルコトヲ要ス故ニ若シ攻撃者ニ於テ其攻撃カ違法ニアラスト誤信シタルトキハ假令實際ニ於テ違法ノ攻撃ナリト雖トモ罪トナルヘキ事實ヲ知ラサルモノナルカ故ニ犯罪ヲ構成セス(蓋シ立法者カ此ノ如キ特種ノ規定ヲ設ケタル理由ハ此ノ種ノ犯罪ニ付テハ其行為カ適法トナリ又ハ違法トナル分界ヲ識別スルコトノ極メテ困難ナルニ基因ス)反之其他ノ場合ニ於テハ(即チ普通ノ場合)其攻撃カ違法ナルヤハ總テ客觀的ニ判定スヘク犯人ノ意思ニ依リ主觀的ニ決定スヘキモノニアラス故ニ例ヘハ犯人ハ其攻撃カ法律上許サレタルモノナリト誤信シタルモ實際ニ於テ違

違法排除ノ原因

法タリシトキハ犯意アルモノトシテ犯罪ヲ構成シ得ルナリ

二違法ナラサル行爲ハ犯罪ニアラス從テ之ニ加擔スルモ犯罪ニ加擔シタリト云フコトヲ得ス從テ之ヲ罪ノ共犯者トシテ處罰スルコトヲ得ス

三法益ニ對スル攻撃カ適法ノ限度ヲ超エタルトキハ其超過ノ程度ニ於テ直テニ違法ノ攻撃トシテ罪ヲ構成シ得ルナリ例ヘハ親カ子ニ對スル懲戒權ノ範圍ヲ脱シテ子ヲ殺害シタルトキハ犯意又ハ過失ニ出テタルニ從ヒ謀故殺又ハ過失殺ノ罪ヲ構成スヘキナリ但シ正當防衛權ノ範圍ヲ越ヘタル殺傷ニ付テハ刑法第三百十六條ニ特別宥恕ニ關スル規定アリ

以上説明シタル如ク違法ノ攻撃モ法規ニ依リ例外トシテ其違法タルコトヲ除却セラル而シテ現行法規ノ下ニ於テ此ノ違法ヲ除却スヘキ原因ト認めラルヘキモノハ凡ソ左ノ如シ

一權利義務ニ屬スル行爲又ハ國家カ正當ナリト認ムル目的ヲ遂クル爲メノ行爲

二權利トシテ保護セラル、所ノ利益ノ保持即チ正發防衛危難防衛自救是レナリ

三被害者ノ承諾

四自己ノ享有スル法益ニ對シ享有者自身ニ依テ行ハル、攻撃以上ノ各原因ニ付是レヨリ節ヲ分テ説明セント欲ス

正當防衛

第一節 正當防衛 Die Notwehr

刑法第三百十四條ニ曰ク「身體生命ヲ正當ニ防衛シ已ムコトヲ得サルニ出テ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ自己ノ爲メニシ又ハ他人ノ爲メニスルヲ分タス其罪ヲ論セス但シ不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス」

同法第三百十五條ニ曰ク「左ノ諸件ニ於テ已ムコトヲ得サルニ出テ人ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ論セス

一、財産ニ對シ放火其他暴行ヲ爲ス者ヲ防止スルニ出テタルトキ

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 法律 一六七

正當防衛
成立條
件ノ

二 盜犯ヲ防止シ又ハ盜贓ヲ取還スルニ出テタルトキ
三 夜間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ門戸牆壁ヲ踰越損壞ス
ル者ヲ防止スルニ出テタルトキ

以上二ヶ條ハ共ニ正當防衛ニ關スル規定ニシテ此等規定ノ説明ニ先チ正當防衛ノ概念ニ付テ説明スヘシ

正當防衛トハ違法ノ攻撃ヲ防衛スルカ爲メニ攻撃者カ享有スル法律上ノ利益ヲ侵害スル所ノ必要的防衛行爲ヲ云フ此ノ定義ヲ分析スレハ左ノ條件ヲ俱フルコトヲ要ス

第一 正當防衛權 Das Notwehrrecht ハ他人ノ攻撃ニ對スルモノナリ即チ法律上保護セラル、利益ノ侵害ヲ目的トスル所ノ積極的行爲ニ對スルモノナリ

侵害ノ發生ヲ防止セサル不作爲(不純正不作爲)ニ對シテハ防衛ト云フコトナキカ故ニ此種ノ不作爲ニ對シテ正當防衛權ノ存在セサルハ勿

違法ノ攻
撃

論法律カ要求スル所ノ結果ヲ發生セシメサル不作爲純正不作爲例ヘハ債務ヲ辨濟セス又ハ家屋ヲ明渡サ、ルノ類ナリ)ニ對シテモ正當防衛權ハ存在シ得サルナリ

而シテ此ノ攻撃ハ更ニ左ノ條件ヲ具備セサルヘカラス

(一) 違法ノ攻撃タルコト 苟クモ違法ノ攻撃タル以上ハ其攻撃ハ犯罪行爲タルト否トハ問フ所ニアラス而シテ正當防衛ハ違法ノ攻撃ニ對スルコトヲ要スルカ故ニ(二) 正當ニ職務ヲ執行スル官吏又ハ正當ニ懲戒權ヲ行使スル者即チ正當ニ權利ヲ行使スル者ニ對シテハ正當防衛權ハ存在セス(三) 正當防衛危難防衛何レモ一種ノ權利ニ屬スルカ故ニ此等ノ權利行爲ニ對シテ更ニ正當防衛權ハ存在セサルナリ(三) 假令權利ノ行使ナリト雖トモ一旦其限度ヲ越ヘタル爲メニ違法トナリタル以上ハ直チニ之ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得ルナリ(四) 君主大統領外國公使ノ如キ其他特別ノ身分アル爲メ只タ國法上處罰ノ外ニアル

モノト雖トモ苟クモ此等ノ人ニ依テ行ハル、攻撃カ違法タル以上ハ
 (此等特別ノ身分ハ此ノ特別身分アルモノニ限り處罰排除ノ原因タル
 ニ止リ違法排除ノ原因トナラス)之ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得
 ルヤ勿論ナリトス又刑法上ノ幼年者 Dig. Strahmündiger 即チ現行刑法
 ニ於テハ十二歳未滿ノ幼者(刑法第七十九條參照)又ハ精神病者ト雖ト
 モ苟クモ其人ノ行爲ト云フコトヲ得ヘキ違法ノ攻撃タル以上ハ之ニ
 對シテモ正當防衛ヲ行フコトヲ得ヘク(但シ若シ此ノ場合ニ於テ幼者
 又ハ精神病者カ全然意思ヲ缺キ從テ其人ノ意思ノ實行アリタリト認
 ムヘカラサルトキハ爰ニハ行爲ナルモノ存在セサルカ故ニ此ノ攻撃
 ニ對シテハ正當防衛ヲ行フコトヲ得ス次節ニ説明スル危難防衛權ヲ
 行フコトヲ得ヘキナリ)五)攻撃カ違法ナルヤ否ヤハ先^ニキニ説明シタル
 如ク普通ニ攻撃者ノ意思ヲ離レテ客觀的ニ之ヲ判定スヘキモノナル
 カ故ニ假令違法ニアラスト誤解サレタル攻撃ニ對シテモ正當防衛權

違法ノ攻
 撃アルハ
 像キコト
 ル場シト
 合タナヘ

ハ發生スヘキナリ反^{シテ}之動物ニ依リ獨立シテ(動物コトナク)行ハル、
 攻撃ハ行爲ト云フコトヲ得サルカ故ニ之ニ對シテハ正當防衛權ナク
 危難防衛權ヲ行フコトヲ得ルナリ反^{シテ}之犬ヲ使喚スル者アルハ犬ニ
 依テ行ハル、攻撃ハ之ヲ使喚シタル(機械トシタル)者ノ攻撃行爲ト謂
 ヒ得ヘキカ故ニ此ノ使喚者ニ對シテハ正當防衛ヲ行フコトヲ得ヘシ
 此ノ正當防衛權ノ行使ハ防衛者ニ於テ豫メ違法ノ攻撃アルコトヲ想
 像シ居タル場合ニ於テモ之ヲ行フコトヲ得ルナリ然レトモ現行刑法
 第三百十四條但書ニ不正ノ所爲ニ依リ自カラ暴行ヲ招キタル者ハ正
 當防衛權ナキコトヲ規定セルカ故ニ同條ノ場合ニ限り自己ノ違法行
 爲ニ依リ招キタル他人ノ違法ナル攻撃ニ對シテハ正當防衛ナキモノ
 ト解セサルヘカラス(但シ第三百十五條ニ於テハ此ノ制限ナキカ故ニ
 同條ノ場合ニ於テハ自カラ招キタル違法ノ攻撃ニ對シテモ正當防衛
 權ヲ行フコトヲ得ルナリ)

明治三十七年(レ)第二五七四號同三十八年一月三十一日宣旨大審院判決ニ依レハ人ノ不行跡ヲ詰責スルハ徳義上正當ニ爲シ得ヘキ事ニ屬シ敢テ行爲ノ軌道外ニ逸出シタルモノニ非サレハ刑法第三百九條但書ニ所謂不正ノ所爲ニ該當セスト解セルハ正當ナリ刑法第三百十四條但書ニ所謂不正ノ所爲ニ付テモ同一ノ結論ヲ生スヘシ

(口)攻撃ハ現在ノモノタラサルヘカラス 即チ攻撃ハ直接ニ切迫シ又ハ現ニ開始セラレタルコトヲ要ス故ニ正當防衛ハ攻撃ノ開始ヲ待タストモ其直接切迫セル狀況ニ於テ之ヲ行フコトヲ得ヘク又一且攻撃カ開始セラレタル場合ニハ其攻撃ノ引續キ行ハルヘキ狀況ニ於テ之ヲ行フコトヲ得ルナリ而シテ(一)直接ニ切迫シタル攻撃ニ對スルコトヲ要スルカ故ニ將來ニ於テ起ラントスル攻撃ニ對シテハ正當防衛權ナシ例ヘハ自己ヲ謀殺セントスル者アルコトヲ探知シ未タ彼レカ殺傷行爲ニ着手セサル以前ニ於テ彼ヲ毒害スルトキハ正當防衛ト云フコトヲ得ス然レトモ假令其防衛ノ準備ハ攻撃以前ニ設ケラレタリト雖

トモ其設備カ攻撃ノ行ハル、瞬間ニ於テ作用ヲ始メ且ツ其現實ノ作用ニシテ攻撃ニ對スル防衛上必要ノ程度ヲ越ヘサル以上ハ是亦正當防衛ト云コトヲ得ヘシ例ヘハ盜賊ノ襲撃ニ備フル爲メ豫メ自發銃彈鐵器釣足器等ヲ設ケ置クカ如シ(二)猶ホ攻撃カ引續キ行ハルヘキ狀況ニアルコトヲ要スルカ故ニ既ニ行ヒ終リタル攻撃ニ對シテハ正當防衛權ナシ而シテ其攻撃カ果シテ終了シタルモノナリヤ否ヤハ違法ノ攻撃ヲ禁止スル各法規ニ基キ其法益侵害カ終了シタルヤ否ヤニ依テ判定スヘキナリ例ヘハ竊盜罪ハ他人ノ所有物ヲ不法ニ他人ノ保有ヨリ自己ノ保有ニ移ス所ノ罪ニシテ此違法ナル侵害ハ他人ノ所有物ヲ全然自己ノ保有ニ移スコトヲ以テ終了スヘキカ故ニ盜人カ他人ノ財物ヲ握取シタルノミニテハ未タ以テ其違法ナル攻撃ヲ終了シタリト云フコトヲ得ス財物ニ對スル他人ノ保有ヲ全ク離脱セシメタル時ヲ於テ終了シタルモノト云フヘキナリ故ニ假令盜人カ財物ヲ握取スル

モ其財物カ未タ全ク前ノ保有ヨリ離脱セサル以上ハ違法ノ攻撃ハ猶
 繼續スルモノニシテ前ノ保有者ハ正當防衛權ノ行使トシテ盜人ノ逃
 クルヲ追跡シ財物ヲ取還スコトヲ得ルナリ(刑法第三百十五條第二號
 前段)然レトモ一旦盜人カ物ノ保有ヲ取得シ終リタル後ニ於テハ之ニ
 對シテ被害者ハ正當防衛權ヲ行使スルコトヲ得ス自救權ノ行使ニ依
 テ其財物ヲ取還スコトヲ得ルナリ(同條第二號後段)三法令ニ依リ保護
 セラル、所ノ利益(法益)ニ對スル攻撃ナラサルヘカラス而シテ其法令
 タルヤ必シモ刑法ノ規定ニ屬スルコトヲ要セス苟クモ法令ニ依リ保
 護セラル、所ノ利益ヲ侵害セントスル所ノ攻撃ニ對シテ正當防衛權
 アリト云フヘキナリ然レトモ現行刑法ハ第三百十四條第三百十五條
 ニ於テ身體生命ニ對スル暴行、財產ニ對スル暴行、盜犯夜間ノ邸宅侵入
 若クハ門戶牆壁ノ踰越損壞ニ對シテノミ正當防衛ヲ行フコトヲ認メ
 タルハ狭キニ失スルモノト云ハサルヘカラス

第二 正當防衛タル防衛行為ハ左ノ條件ヲ具備セサルヘカラス

防衛ハ攻
 撃者自身
 コト對スル

防衛ノ為
 メ必要ナル
 程度

防衛者ニ
 於テ過當
 ノ猶保ア
 ルノ場合

(イ) 防衛行為ハ攻撃者自身ニ對スルモノナラサルヘカラス故ニ攻撃者以
 外ノ第三者ニ對シテハ正當防衛權存在セス(但シ危難防衛權ノ存在ス
 ルコトアリ)

(ロ) 防衛行為ハ防衛ノ為メニ必要ナル程度ヲ超ユルヘカラス而シテ其必
 要ナル程度ノ範圍ハ各場合ニ於ケル攻撃ノ程度ニ對比シテ決スヘキ
 問題ナリトス然レトモ其防衛セラルヘキ利益ハ防衛行為ニ依リ侵害
 セラル、所ノ利益ニ比シテ必スシモ優等ノモノタルコトヲ要セス故
 ニ例ヘハ一指ヲ切斷セントスル違法ノ攻撃ニ對シテモ苟クモ之ヲ防
 衛スル為メニ必要ナル以上ハ假令攻撃者ノ生命ヲ絶ツモ正當防衛ト
 云フコトヲ得ルナリ亦被攻撃者ハ他人ノ違法ナル攻撃ヲ避クル為メ
 自ラ遁逃スル義務ナキカ故ニ假令違法ノ攻撃ヲ免カル、為メ遁逃ノ
 猶豫アルニ拘ハラス尙進ンテ防衛手段ヲ取ルモ正當防衛ト云フコト

正當防衛ノ要件ハ客觀的ニ之ヲ完備スルコトヲ要ス

ヲ得ルナリ

正當防衛ノ要件ハ客觀的ニ之ヲ完備スルコトヲ要ス

以上第一第二ニ説明シタル條件ヲ具備スル以上ハ其防衛ハ自己ノ法益ニ對スル攻撃ヲ防衛スル爲メタルト第三者ノ法益ニ對スル攻撃ヲ防衛スル爲メタルトハ敢テ問フ所ニアラサルナリ而シテ以上第一第二ニ説明シタル正當防衛ノ要件ハ總テ客觀的ニ之ヲ完備スルコトヲ必要トスルモノニシテ防衛者ニ於テ此ノ條件ノ完備セルコトヲ知覺シタルト否トハ正當防衛權ノ存在ニ付キ關係ナキモノトス故ニ例ヘハ自己ヲ殺害セントスルモノト信シ之ヲ防衛スル爲メ攻撃者ヲ殺害シタルニ其實攻撃者ニ於テ殺害ノ意志ナク單ニ防衛者ヲ脅迫シタルニ過キサレバ場合ニ於テハ客觀的ニ以上ノ條件ヲ完備セサルカ故ニ之ニ對シテ正當防衛權ハ存在セサルモノト云ハサルヘカラス亦假令違法ノ攻撃ニ對スル場合ト雖トモ若シ以上第一第二ノ要件ヲ缺キタルトキハ元ヨリ正當防衛ト云フコトヲ得ス違法行爲トシテ論セサルヘカラス但シ正當防衛ノ過度ニ付テハ刑法第三百十六條

刑法第三百十四條第三項ノ意義

ニ於テ特ニ其刑ヲ宥減輕スヘキコトヲ規定セリ

以上ノ説明ヲ參照スレハ刑法第三百十四條第三百十五條ノ意義自カラ明瞭ナルヘキヲ以テ爰ニ此カ説明ヲ省略ス只一言スヘキハ(一)法文ニ「殺傷シタル者ハ」トアリテ殺傷以外ノ防衛手段ヲ認メサルカ如キモ法文ノ趣旨ハ暴行人ノ身體生命ニ對スル侵害行爲ノ最モ重大ナルモノヲ擧ケタルニ止マリ殺傷ノ外ニ單ニ暴行者ヲ逮捕、監禁スルカ如キ又ハ毆打ニ止マルカ如キ場合ヲ包含スルノミナラス暴行者ヲ脅迫シ又ハ暴行者ノ財物ヲ侵害スルコトヲモ包含スルナリ(二)法文ニ所謂身體生命中生命ニ付テバ別段ニ説明ヲ要スルコトナシト雖トモ身體ニ付テハ刑法第三編第一章ノ標題ニ身體ニ對スル罪ト規定シ生命又ハ人身ヲ組成スル體軀ニ對スル侵害行爲ハ勿論身體ノ自由貞操又ハ名譽ニ對スル侵害(誣告、誹毀)ヲモ包含セシメタルニ依テ見レハ本條ニ所謂身體中ニハ名譽ヲモ包含スルカ如キモ一面ニ於テハ本條ハ生命身體ト列記シ身體中ニハ生命ヲ包含セシメサルト他ノ一

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 法律 一七七

正當防衛
ト民事上
ノ責任
關係

面ニ於テハ暴行トアリテ暴行ハ吾現行刑法ノ用例上有形ノ損害ヲ生スヘキ不正ノ體力ヲ意味スルモノニシテ此ノ如キ不正ノ體力ハ刑法上ノ誣告誹毀ノ手段トナリ得サルトニ依テ見レハ本條ニ所謂「身體」トハ暴行ニ依テ害ヲ生スヘキモノ即チ身體ヲ組成スル體軀自由貞操ヲノミ包含スルモノト解スルヲ至當トス(三)法文ニ所謂財產トハ物權ノ目的トナルヘキ總テノ有體物ヲ謂フ有體物ニ限ルカ故ニ著作權特許權債權等ハ之ヲ包含セス、以上現行刑法ハ正當防衛ニ依リ防衛セラルヘキ權利ヲ列記的ニ制限スト雖トモ立法論トシテハ此ノ如ク限定スルハ不當ナルヘキヲ以テ汎ク權利ニ付キ正當防衛ヲ認メ總則ニ於テ一般ニ違法排除ノ原因トシテ規定スルヲ至當ナリト信ス

終リニ正當防衛ト民事上ノ責任關係ニ付テハ民法第七百二十條第一項ニ於テ損害賠償ノ責任ナキコトヲ規定セリ

民法第七百二十條第一項ニ曰ク他人ノ不法行為ニ對シ自己又ハ第三者

正當防衛
ニ關スル
民事上
ノ責任
關係

ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得スシテ加害行為ヲ爲シタル者ハ損害賠償ノ責任ニ任セス但被害者ヨリ不法行為ヲ爲シタル者ニ對スル損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

同條ハ他人ノ不法行為ニ對シ正當防衛トシテ不法行為者ニ害ヲ加フル場合ト不法行為ヲ避クル爲メニ第三者タル他人ニ害ヲ加フル場合即チ次節ニ説明スル所ノ危難防衛トヲ併セテ規定シタルモノニシテ共ニ權利行為ト認メ從テ民事上ノ責任ヲ負擔セシメサルモノト解スヘキナリ

附言 凡ソ民事ニ關スル規定タルト刑事ニ關スル規定タルトヲ問ハス苟クモ權利トシテ認メラレタル行為ナル以上ハ民事刑事何レニ於テモ等シク權利ニシテ不法行為ニアラス從テ法律ニ特別ノ明示ナキ以上ハ刑罰損害賠償共ニ其責ニ任スヘキモノニアラサルヤ勿論ナリト信ス而シテ刑法第三百十四條第三百十五條ニ規定スル正當防衛ノ規定ト民法第七百二十條ノ正當防衛トノ規定ヲ對照スルニ後者ハ前者ニ比シテ著

シク正當防衛ノ範圍ヲ擴張シタリ即チ民法ハ正當防衛ニ依リ保護セラ
ルヘキ權利ノ種類ヲ刑法ノ如ク身體生命ニ限定セス廣ク權利ノ防衛ヲ
認メ又他人ノ不法行為ハ自己ノ不法行為ニ依リテ之ヲ招キタルト否ト
ヲ區別セス此ノ如ク民法ニ於テ正當防衛ノ範圍ヲ擴張シタル以上ハ其
當然ノ結果トシテ刑事ニ關シテモ等シク正當防衛ノ範圍ハ擴張セラル
タルモノト解スルヲ至當ナリト信ス

危難防衛

第二節 危難防衛(又ハ緊急狀態) Der Notstand

危難防衛(又ハ緊急狀態)トハ法律上保護セラル、所ノ利益ニ對スル現在ノ
危難ニ遭遇シ他人ガ法律ニ依テ保護セラル所ノ利益ヲ侵害スルニアラサ
レハ之ヲ救済スヘキ他ニ方法ノ存在セサル状態ヲ謂フ即チ自己又ハ他人
カ法律上保護セラル、所ノ利益ヲ救済スル爲メニ第三者タル他人カ法律
ニ依テ保護セラル、所ノ利益ヲ侵害スル場合ニシテ換言スレハ利益ト利
益ト相衝突スル場合ノ一ニシテ (Interesskollision) 其衝突ハ現在ノ危難ニ遭

危難防衛
ト正當防衛
ト區別
ト及自致

遇シタル自己又ハ他人ノ利益ヲ救済スル爲メニ出テタルモノナラサルヘ
カラス而シテ此ノ緊急狀態カ彼ノ正當防衛及ヒ次節ニ説明スル自救ト異
ナル點ハ正當防衛ハ不法行為者自體ニ對スル防衛ニシテ自救ハ原狀恢復
ヲ目的トスルモノタルニ反シ緊急狀態ハ自己又ハ他人ノ權利ヲ保護スル
爲メニ第三者ノ權利ヲ侵害スルモノトス從テ法律ニ定メテレタル一定ノ
條件ノ下ニハ他人ノ權利行為ニ對シテモ緊急狀態ヲ理由トシテ之ヲ侵害
スルノ權利アルモノトス換言スレハ緊急狀態ニ於テハ此ノ状態ヲ理由ト
スル他人ノ攻撃ニ對シ更ニ同一ノ理由ニ依リ之ヲ攻撃スルノ權利アルモ
トトス(危難ノ状態ニ在ル利益ハ權利即チ法規ニ依テ保護セラル、モノタ
ルコトヲ要スルカ故ニ例ヘハ死刑ノ執行ヲ受クヘキ既決囚ハ刑ノ執行官
ニ對シテ防衛權ヲ有セス)
以上緊急状態ヲ理由トシテ他人ノ權利ヲ侵害スルコトハ一ノ權利ニシテ
此權利ヲ稱シテ危難防衛權又ハ緊急状態防衛權 Das Notrechtト云フ

現行法ハ此ノ緊急状態ニ關シテ刑法第七十五條ト民法第七百二十條ニ於テ此カ規定ヲ設ケタリ而シテ何レモ權利行為トシテ規定シタルモノナルガ故ニ此ノ規定ニ該當スル行為ハ民事ニ於テモ刑事ニ於テモ等シク責任ヲ負ハサルモノトス而シテ以上各條ニ付テ説明スレハ左ノ如シ

刑法第七十五條

甲 刑法第七十五條ニ曰ク「抗拒スヘカラサル制強ニ遇ヒ其意ニアラサルノ所爲ハ其罪ヲ論セス

天災又ハ意外ノ變ニ因リ避クヘカラサル危難ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出テタルノ所爲亦同シ」

第二項

抗拒スヘカラサル強制

第一 本條第一項ニ所謂強制トハ脅迫ト云フノ義ニシテ脅迫トハ他人ノ意思ノ實行ヲ防止シ又ハ制限スル爲メニ脅迫者ニ於テ直接又ハ間接ニ害ヲ他人ニ加フヘキコト且ツ其害ヲ加フヘキ狀況ノ切迫シタルコトヲ示シ相手方ヲシテ之ヲ確信セシムルコトヲ意味ス抗拒スヘカラサル強制トハ脅迫ノ結果被脅迫者カ意思ノ實行ヲ防止セラレ又ハ制限セラレタルコト

換言スレハ脅迫ノ結果被脅迫者カ脅迫者ノ意思ニ從フテ或ル作爲ヲ爲シ又ハ作爲ヲ爲サ、ルコトヲ謂フ而シテ脅迫ノ手段ハ法律ニ限定セラレサルカ故ニ體力ニ依リテ脅迫スルト其他ノ方法ニ依ルトハ敢テ問フ所ニアラサルナリ例ヘハ他人ヲシテ或ル行為ヲ爲サシムル爲メ之ヲ毆打シ若シ其意ニ從ハサルトキハ尙ホ其毆打ヲ繼續シテ死ニ至ラシムヘシト脅迫スルカ如キ或ハ他人ニ對シテ短銃ヲ擬シ若シ其意ニ從ヒ或ル行為ヲ爲スニアラスンハ直ニ其人ニ向テ發射スヘシト脅迫スルカ如キ前者ハ被害ノ繼續ヲ以テ脅迫シ後者ハ被害ノ將ニ切迫セルコトヲ以テ脅迫スルモノニシテ二者何レヲモ包含スルモノナリ然レトモ苟クモ所爲アリトシテ論スルニハ必スヤ意思ノ實行ナカルヘカラス故ニ若シ脅迫ニ基ク畏怖ノ結果被脅迫者カ意思ノ作用ヲ失フニ至リタルトキハ假令被脅迫者ノ身體ノ發動ニ依リ他人ノ權利ヲ侵害スルモ意思ノ實行即チ所爲アリト云フコトヲ得ス從テ被脅迫者ニ於テ罪ヲ構成セサルコトハ本項ノ規定ヲ待テ後ニ知ル

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪ノ普通構成條件 二章 法律 一八三

危難状態ニ於テ此ノ法律ニ依リテ暴行ヲ加フル者ニ對シテハ法律ニ限定セラレサルカ故ニ必スシモ身體生命ニ對スル侵害タルコトヲ要セス財產名譽ニ對スル侵害ヲ以テ脅迫スル場合ヲモ包含スルモノトス次ニ脅迫ノ手段トシテ加ヘントスル所ノ害ト被害ト被脅迫者ニ於テ其害ヲ避クル爲メニ第三者ニ加フル所ノ害トノ比較ニ付テハ法律ハ何等ノ制限

ヘキニアラサルナリ(但シ此場合ニ於テモ脅迫者ハ實行犯トシテ論スルコトヲ得ルナリ)之ト同一理由ニ依リ體力ヲ以テ他人ノ身體ヲ拘束シテ發動セシメタル場合ニ於テハ被暴行者ノ身體ノ發動ハ其人ノ意思ノ實行即チ所爲ニアラサルカ故ニ假令此ノ場合ニ於テ第三者ノ利益ヲ侵害スルモ被暴行者ニ於テ罪ヲ構成セサルコトハ本項ノ規定ヲ待テ後ニ知ルヘキニアラサルナリ例ヘハ他人ノ手ヲ取テ第三者ヲ毆打スルカ如シ(但シ此ノ場合ニ於テモ暴行者ハ實行犯トシテ論スルコトヲ得ルナリ)要之本項所謂強制トハ(一)暴行ヲ含マス脅迫ノミヲ指シ且ツ(二)其脅迫ハ被脅迫者ノ意思作用ヲ失ハシメサル程度ニ止マルコトヲ要ス而シテ被脅迫者ニ加ヘントスル害ハ法律ニ限定セラレサルカ故ニ必スシモ身體生命ニ對スル侵害タルコトヲ要セス財產名譽ニ對スル侵害ヲ以テ脅迫スル場合ヲモ包含スルモノトス次ニ脅迫ノ手段トシテ加ヘントスル所ノ害ト被害ト被脅迫者ニ於テ其害ヲ避クル爲メニ第三者ニ加フル所ノ害トノ比較ニ付テハ法律ハ何等ノ制限

「其意ニ非サル」トノ意ハ

第二項

天災又ハ意外ノ變

ヲ設ケサルカ故ニ苟クモ本項ノ條件ヲ具フルトキハ一指ヲ失フコトヲ救護スル爲メニ第三者ノ生命ヲ絶ツモ危難防衛權ノ行使ニシテ從テ罪トナラサルナリ
終リニ法文ニ「其意ニ非サル」トアルハ犯意ナキ所爲ト云フノ義ニアラス犯意ナキ所爲カ罪トナラサルコトハ刑法第七十七條ニ於テ別ニ規定スル所ニシテ本條ニ所謂「其意ニ非サル」トハ脅迫ニ基クノ所爲ト稱スヘキナリ
第二 本條第二項ノ規定ヲ分析スレハ下ノ如キ條件ヲ必要トス(一)天災又ハ意外ノ變ニ依リ避クヘカラサル危難ニ遇ヒタルコト(二)自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出テタル所爲タルコト而シテ以上各條件ニ付説明スレハ左ノ如シ
一 法文ニ「天災又ハ意外ノ變」ト云フハ第一項ノ脅迫以外ノ危難ヲ總轄スルモノニシテ「天災」トハ人爲外ノ危難例ヘハ水火地震風災等ヲ謂ヒ「意外ノ

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 法律 一八五

「下ハ人爲ニ基ク危難ニシテ法文ニ「意外」トアルハ被難者カ此ノ危難ニ
 遭遇シ且ツ他人ノ利益ヲ害スルニアラサレハ此ノ危難ヨリ免カル、コ
 トヲ得サルコトヲ豫想シタルカ又ハ豫想シ得ヘカリシ場合ヲ除クノ意
 ナリ故ニ例ヘハ風波荒ク難船ノ恐アルコトヲ豫想シ得ルニ拘ハラズ自
 ラ船ヲ出シタル爲メ途ニ難船シタルカ或ハ自ラ懈怠ニシテ生計ノ業ヲ
 營マス爲ニ餓死ニ瀕スルカ或ハ自ラ罪ヲ犯シタル爲メ他人ヨリ逮捕セ
 ラレントスルカ如キ場合ハ何レモ意外ノ變ト云フコトヲ得サルヲ以テ
 此ノ危難ヨリ避クル爲メニ他人ノ利益ヲ害スルトキハ危難防衛ヲ理由
 トシテ其責ヲ免カル、コトヲ得サルナリ次ニ「危難」トハ被害ノ切迫シタ
 ルカ又ハ現ニ開始シタル被害カ尙ホ繼續スヘキ狀況ヲ指スモノニシテ
 法文ニハ「避ク可カラサル危難」トアルヲ以テ其危難ハ他人ノ利益ヲ害ス
 ルニアラサレハ之ヲ避クルニ途ナキ狀況タラサルヘカラス

ニ法文ニ「自己若クハ親屬云々」トアルヲ以テ自己若クハ自己ノ親屬(刑法第

百十四條第百十五條參照カ第一要件ニ於テ説明シタル危難ニ遭遇シタ
 ル場合ナラサルヘカラス次ニ法文ニ「身體ヲ防衛スルニ出テタル所爲」ト
 アルヲ以テ身體以外ノ利益ニ對スル危難ニ付テハ本條第二項ヲ理由ト
 シテ危難防衛權ヲ主張スルコトヲ得サルナリ而シテ爰ニ所謂「身體」トハ
 生命肉體自由貞操ヲ包含スルモ名譽ヲ包含セサルモノト解スヘキナリ
 (正當防衛ノ説明參照)亦其防衛ノ手段トシテ他人ノ法益ヲ侵害スルノ程
 度ハ危難ヲ避クルニ必要ナル程度ヲ超ユルコトヲ許サスト雖トモ侵害
 ノ程度ト防衛ノ目的タル法益トハ對比スルヲ要セス終リニ注意スヘ
 キハ若シ被難ニ基ク畏怖ノ結果トシテ被難者カ意思ノ作用ヲ失フニ至
 リタルキハ被難者ノ所爲アリタリト云フコトヲ得ス從テ被難者ニ於テ
 罪ヲ構成セサルコトハ本項ノ規定ヲ待テ後チ知ルヘキニアラサルナリ

乙 民法第七百二十條ニ曰ク「他人ノ不法行爲ニ對シ自己又ハ第三者ノ權利
 ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得スシテ加害行爲ヲ爲シタル者ハ損害賠償

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪ノ特殊構成條件 第二章 法律 一八七
 違犯 第二節 危難防衛

ノ責ニ任セス但シ被害者ヨリ不法行為ヲ爲シタル者ニ對スル損害賠償ノ請求ヲ防ケス

前項ノ規定ハ他人ノ物ヨリ生シタル急迫ノ危難ヲ避クル爲メニ其物ヲ毀損シタル場合ニ之ヲ準用ス

本條第一項ハ前節ノ終リニ於テ説明シタルカ如シ

第二項ハ(一)危難カ他人ノ物自體ヨリ生シタルコトヲ要ス例ヘハ他人ノ犬カ咬ミ付カントスルカ如キ或ハ家屋カ崩壞セントスルカ如キ竈ヨリ火ヲ發セントスルカ如キ場合ヲ云フ(二)防衛トシテ行ハル、所ノ加害行為ハ其危險ヲ生セシメタル物自體ニ對セサルヘカラス然レトモ危難ニ依テ被ムラントスル害ノ種類程度ニ付テハ制限ナシ

終リニ緊急状態ニ付テハ法律ニ明文ナキ場合ト雖トモ危難防衛權發生ノ條件トシテ必ス其緊急状態ハ責任能力アル被難者カ豫期シ又ハ豫期シ得ヘカリシモノニシテ豫メ之ヲ避ケ得タル以外ノ場合タルコトヲ要ス(宥恕

緊急状態ハ宥恕スヘキ状況トナアルコトヲ要ス

緊急状態ニ關スル民法規定ノ影響

スヘキ状況又ハ責任ナキ状況ト云フ

フランク氏ハ獨逸刑法註解ニ於テ論シテ曰ク獨逸刑法中ニ規定スル緊急状態ニ基ク行為ハ非違法行為ナリヤ果タ違法行為タルモ刑罰ヲ排除スルニ過キササルヤニ付テハ古來學者ノ論争スル所ナリシモ獨逸民法第二百二十八條第九百四條ニ於テ緊急状態ニ關スル規定ヲ設ケ其行為ハ違法行為ニアラスト認メタル結果トシテ獨逸刑法第五十二條第五十四條中以上民法ノ規定ト附合スル場合ニ限り違法行為ニアラス其以外ノ場合ニ於テハ違法行為ニ屬スルモ單ニ刑罰排除ノ原因タルニ過キス此ノ刑罰排除ノ行為ニ加擔 (Theilnahme) シタル者ハ等シク刑罰ヲ負フコトナシト以上同氏ノ所論ハ正當ニシテ其論旨ハ之ヲ緊急状態ニ關スル吾刑法及民法トノ關係ニ援用シテ誤リナカルヘシ其他正當防衛ニ付テモ同一ノ結論ヲ生スヘキナリ

特別ノ身分職業ニ基キ自己ノ身體生命ニ對スル危難ニ耐テヘキ法律上ノ

緊急状態ヲ主張シ得サルモ

緊急状態ニ基ク防衛ノ爲メ何人ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得ルモ正當防衛ノ限アリ

義務ヲ負フ者ハ多クノ場合ニ於テ緊急状態ヲ理由トシテ他人ノ身體生命ヲ侵害スルコトヲ制限セラル例ハ警察官吏兵士船長消防夫醫師看護夫山案内者ノ如シ(行政警察規則第一章船員法第三章消防組規則參照)以上緊急状態ニ基ク防衛行爲ハ刑法總則ニ規定シアルヲ以テ何人ニ對シテモ例外ナク之ヲ行フコトヲ得ヘク從テ天皇三后皇太子皇族祖父母父母ニ對シテ之ヲ行フモ違法ニアラスト雖モ反之正當防衛ハ其規定ノ地位ト同法第三百六十五條ノ特別規定トニ依リ以上列記ノ高貴尊屬親ニ對シテハ正當防衛ヲ理由トシテ之ヲ殺傷スルコトヲ得サルナリ何トナレバ(一)刑法第二編第一章皇室ニ對スル罪第一百六條ニ於テ規定スル所ノ天皇三后皇太子ニ對シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル罪ハ第三編第一章身體ニ對スル罪第二百九十二條以下ニ規定スル殺傷罪ト區別シテ之ヲ規定シタルヲ以テ第三編中ニ規定セル正當防衛ニ關スル第三百十四條第三百十五條ノ規定ハ第二編中ニ規定セル皇室ニ對スル罪ニ適用ナキヤ明了ナリトス

職務上ノ義務

(二) 刑法第三百六十五條ニ曰ク(祖父母父母ニ對シタル殺傷ノ罪ハ特別ノ宥恕及ヒ不論罪ノ例ヲ用アルコトヲ得ス但シ其犯ス時知ラサル者ハ此限リニ在ラス)ト而シテ本條所謂特別ノ宥恕及ヒ不論罪トハ本法第三編等第一章第三節殺傷ニ關スル宥恕及ヒ不論罪ヲ指示スルモノニシテ即チ第三百十四條第三百十五條ニ規定スル正當防衛ハ祖父母父母ニ對スル殺傷ノ罪ニ適用ナキヤ明了ナリトス蓋シ現行法カ以上皇室及ヒ尊屬親ノ不正ノ攻撃ニ對シテ正當防衛ヲ認メサルコトノ不當タルコトハ言ヲ待タサル所ナリトス

第三節 職務上ノ義務 Amtspflicht

官吏公吏カ其義務ニ屬スル職務ノ範圍内ニ於テ爲シタル所爲ハ違法ニアラス例ヘハ執達吏カ民事訴訟ノ手續ヲ遵守シテ強制執行ヲ爲シ豫審判事カ刑事訴訟ノ手續ニ依リ家宅搜查ヲ爲シ又ハ令狀ヲ發シ檢事カ刑事訴訟法ノ規定ニ依リ刑ノ執行ヲ免レタル者ニ對シテ逮捕狀ヲ發シ又ハ有罪判

總則本論 第一卷 違犯 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 法律 一九一 第三節 職務上ノ義務

決ノ執行ヲ指揮シ警察官吏又ハ憲兵看守等カ其職務執行ノ爲メ法定ノ場
 合ニ於テ兵器ヲ使用シ司法警察官巡查憲兵卒カ禁錮以上ノ刑ニ當ルヘキ
 現行犯人ヲ逮捕スルカ如シ(刑事訴訟法第五十條)次ニ下官ニシテ上官ノ命
 令ニ對シ絶對的ニ服従スヘキ職務上ノ義務アル場合ニ於テ其上官ノ命令
 ニ從フテ爲シタル下官ノ行爲ハ違法ニアラス例ヘハ巡查憲兵卒カ豫審判
 事又ハ公判判事ノ發シタル適式ノ拘引狀拘留狀檢事ノ發シタル適式ノ逮
 捕狀ヲ執行スヘキ義務アルカ如キ又ハ司獄官吏カ檢事ノ指揮命令ニ依リ
 刑ノ執行ヲ爲スカ如キ何レモ適式ノ條件ヲ備ヘタル命令ニ對シテハ其實
 質ノ適否ヲ問ハス絶對的服従ノ義務アルカ如シ而シテ此ノ場合ニ於テ若
 シ其命令ノ實質ニ於テ違法アルトキト雖トモ下官ノ行爲ハ適法ナル職務
 ノ執行ニシテ違法ニアラス反之此ノ違法ノ命令ニ依テ人ヲ不法ニ逮捕監
 禁シタル上官ハ間接ノ實行犯トシテ其罪責ヲ負フヘキモノナリ
 而シテ現行刑法第七十六條ハ職務執行ニ關スル後段説明ノ場合ニ付テノ

下官ヲシテ
 違法ノ行
 命ヲ行フ
 命令ヲ行
 行ハシメ
 タル上官
 ノ責任

刑法第七
 十六條

ミ規定シタルニ止マルモ本條規定ノ有無ニ關セス職務ノ執行ハ常ニ違法
 行爲ニアラス從テ罪ヲ構成セサルモノトス
 刑法第七十六條 本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ爲シタル者ハ其
 罪ヲ論セス

第四節 自救 Selbsthilfe.

法律上保護セラル、利益ニ對シ切迫シタル危難ヲ防衛排除シ又ハ現ニ傷
 害セラレタル狀況ヲ恢復スル爲メ若クハ適法ナル請求權ノ擔保又ハ實行
 ノ爲メ法律上認許セラレタル方法ニ依テ相手方ノ意思ニ反シ且ツ公ノ力
 ニ依テラスシテ行ハル、所ノ自救行爲ハ違法ニアラス而シテ自救行爲ハ近
 世ノ立法例ニ依レハ多ク民法中ニ之ヲ規定ス例ヘハ獨乙民法第二百二十
 九條乃至第三百一條ニ於テハ自救ノ目的ノ爲ニ物ノ占有ヲ奪ヒ又ハ物ヲ
 毀損シ又ハ逃走ノ恐アル債務者ヲ抑留シ又ハ權利ノ行使ニ對スル障礙ヲ
 排除スル行爲ハ公ノ力ヲ借ルノ猶豫ナク且ツ時期ヲ失スルトキハ後日ノ

自救

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 法律 一九三
 違犯 第四節 自救

刑法第三
百五十五條
後段

請求ヲ無効ナラシメ又ハ著シク困難ナラシムル場合ニ限り違法ニアラス
トシ且ツ自救行為ニ依ル他人ノ權利傷害ノ範圍ニ付キ規定ヲ設ケ同法第
八百五十九條ニ於テ不法ノ占有侵害ニ對シ即時取還ノ權利ヲ認ムト雖ト
モ吾カ民法ニハ此ニ類スル規定ヲ見ス只タ刑法第三百十五條第二號ニ於
テ盜贓ヲ取還スル行為ヲ不論罪トシテ規定スル部分ハ正當防衛權ノ範圍
ヲ脱シタル後ニ於テ即チ不法ノ攻撃カ止ミタル後ニ於テモ其現場ニ於テ
ハ猶自救行為トシテ贓物取還ノ權利ヲ認ムルモノト解スヘキナリ

教育及監
護權

第五節 教育及監護權 *Erziehungs- und Zuchtgewalt*

民法其他法律ノ規定ニ依リ教育又ハ監護ノ權利若クハ義務ヲ有スル場合
ニ於テ其權利義務ノ範圍内此ノ範圍ハ一部ハ法律ニ依テ定マリ一部ハ裁
判所ノ適當ナル量定ニ依テ定マルニテ被教育監護者ニ對シテ爲シタル行
爲ハ違法ニアラス例ヘハ親權者カ未成年ノ子ヲ監護教育スル權利義務ノ
範圍内ニ於テ之ヲ毆打シ又ハ監禁スルカ如キ(民法第八百七十九條參照或

ハ精神病者監護ノ義務アル者カ急迫ノ事情アル場合ニ於テ行政官府ノ許
可ヲ待タス一時被監護者タル精神病者ヲ監置スルカ如シ(明治三十三年三
月法律第三十八號精神病者監護法參照)

以上教育及監護權ノ行使ニ付テハ權利者又ハ義務者ニ於テ之ヲ一時又ハ
永久ニ他人ニ委託シテ行フコトヲ得ヘク(例ヘハ父母カ子ノ教育監護ヲ家
庭教師ニ託シ精神病者監護ノ義務者カ其監護ヲ醫師ニ託スルカ如シ)又其
委託ヲ受ケタル者カ委託ノ目的タル人ヲ懲戒又ハ監禁スルニハ多クノ場
合ニ於テ(例ヘハ教師カ不從順ナル子弟ヲ懲戒ノ爲メ一時監禁スルカ如シ)
權利者ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス而シテ以上法律ニ認メラレタル權利義務
ノ範圍ヲ脱シタル行為ハ總テ違法トナルヘキモノナリ

第六節 治療行為 *Heilbehandlung*

疾病ヲ治療シ又ハ之カ發生ヲ豫防スルコトハ國家ノ設備ニ必要ニシテ國
家ハ之ヲ適法ナル目的ト認メ且ツ之ヲ獎勵セサルヘカラス而シテ此等ノ

治療行為

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 法律 一九五
逆犯 第五節 教育及監護權 第六節 治療行為

治療行為
が適法な
条件

目的ヲ達スル爲メニ衛生學並ニ醫學ノ方則ニ準據シテ行ハレタル行為例
 ヘハ人ノ身體ヲ毀損シ之ヲ強制シ又ハ其自由ヲ束縛スルカ如シハ其目的
 ヲ達シタルト否トニ拘ハラズ適法ナリト云ハサルヘカラス治療行為カ適
 法タル所以ハ治療ノ目的ヲ以テ國家カ適法ナリト認メタルニ存ス然レト
 モ治療行為ハ無制限ニ適法トナルニアラスシテ(一)醫學並ニ醫術ノ方則ニ
 準據シタルコト(二)承諾能力アル患者若クハ患者ノ代理人(患者ニ代テ承諾
 ヲ與フルノ權能アル者)ノ意思ニ反セサルコトヲ要ス(被害者ノ承諾若クハ
 囑託ハ獨立シテ身體ノ傷害行為ヲ適法ナラシムルモノニアラスト雖モ治
 療行為ニ對スル不承諾ハ治療行為カ適法ナルコトヲ妨ク)而シテ苟クモ以
 上ノ條件ノ具備スル以上ハ治療ヲ行ヒタル者カ醫師タルト否トハ問フ處
 ニアラサルナリ但シ免許ヲ得スシテ醫ヲ業トシタル者ニ付テハ刑法第二
 百六十五條ニ處罰規定アリ(各論參照)

治療行為カ無罪ナル理由ニ付テハ從來左ノ三說アリ

治療行為
が無罪ナル
理由

- (一) 治療ヲ行フ者ハ(主觀的ニ)身體傷害ノ犯意ヲ缺ク故ニ或ハ治療行為身
 體ハ(客觀的ニ)身體傷害行為ト異ナルカ故ニ身體傷害罪ヲ構成セスト
 ノ說(ヘッス氏ニ次テストース氏之ヲ唱ヘ此次ニパール氏ベーリソング
 氏ビンヂング氏ハイムベルゲル氏コールラウシユ氏チユルヘルシワ
 イツエル氏等此ノ說ヲ採レリ)然レトモ此ノ說ハ犯罪ノ目的(遠因)ト犯
 意(故意)トヲ混同シ若クハ犯罪ノ目的ト手段トヲ混同シタルノ誤謬ニ
 基因スルモノト云ハサルヘカラス
- (二) 被害者ノ承諾ニ依テ身體傷害行為ノ違法ヲ排除スルノ說(獨乙帝國裁
 判所判例ハ此ノ說ヲ採レリ)然レトモ此ノ說ノ誤レルコトハ本章第七
 節被害者ノ承諾參照
- (三) 本文ト同一ノ說ニシテリスト氏グラードーナ氏フインゲル氏フォン
 リ、エンタール氏オツペンハイム氏シユミツド氏等之ヲ唱ヘフラン
 ク氏ハ治療ハ社會的必要ノ目的ニ屬スルカ故ニ適法ニシテ患者若ク

結論

ハ其代理人ノ承諾ヲ經且ツ醫學ノ方則ニ準據シタル場合ニ限り治療
行為ハ違法ヲ排除スト論セリ

以上説明シタル所ニ依リ左ノ結論ヲ生ス

一 患者又ハ代理人ノ承諾ナキニ拘ハラズ治療行為ヲ行ヒ爲メニ他人ノ
身體ヲ傷害シタルトキハ其不承諾ニ付キ故意又ハ過失アリタルトキ
ハ其傷害ニ付テ責ニ任セサルヘカラス

二 醫學又ハ學術ノ方則ニ準據セザリシ爲メ他人ノ身體ヲ傷害シタルト
キハ(其不準據ニ付故意又ハ過失アルトキハ)其傷害ニ付責ニ任セサル
ヘカラス(官許ヲ得スシテ醫業ヲ爲シ犯人治療ノ方法ヲ誤リ依テ人ヲ
死傷ニ致シタル場合ニ付テハ刑法第二百五十七條ニ特別處罰規定ア
リ(各論參照)

母體ノ生命ヲ救フ爲メニ胎兒ノ分娩期ニ先テ之ヲ分娩セシメ若クハ胎内
ニ於テ胎兒ヲ切斷スルノ行為(Perforation)ハ治療行為ト同一理由ニ依リ適法

母體ヲ救
フ爲メニ
切斷ハ適
法ナリト
スル胎兒

動物解剖

按摩相撲
聖劍

ナリ(現ニ發生シタル疾病ヲ治療スル目的ト未タ發生セサルモ將ニ發生ス
ヘキコトノ確實ナル身體生命ニ對スル危險ヲ防止スルノ目的トハ共ニ法
律上同等ノ地位ニアルモノト云ハサルヘカラス)

醫學研究ノ爲メ醫學ノ要求スル方法ニ依リ且ツ無用ナル殘酷方法ヲ採ラ
サル限リハ生活アル動物ヲ之ガ資料ニ施スコト(Vivisection生物解剖)ハ前者
ト同一理由ニ依リテ元ヨリ適法ナリト雖モ生命アル人類ヲ此カ資料ニ供
スルコトハ此ノ目的ヲ遂クル爲メニ適法ナル方法ト認め難キカ故ニ違法
ナリ但シ死屍ノ解剖ニ付テハ特別ノ規定アリ(明治九年七月內務省達病死
體解剖ノ件明治二十一年九月文部省告示第十號死體解剖ヲ高等中學校醫
學部ニ於テモ聞届クルノ件明治十八年七月內務省達甲第三十五號請フ者
無キ刑死者解剖ノ件及ヒ刑法第四百二十五條第七號參照)
終リニ按摩相撲擊劍ノ如キモ治療行為ト等シク國家カ適法ナル目的ト認
メタルモノト云フヘク從テ合意上適法ナル方法ニ依リ此ノ目的ノ爲メニ人

行樂粉ノ執

被害者ノ承諾

又毆打スルモ罪トナラス

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

第七節 被害者ノ承諾 Die Einwilligung des

Verletzten.

如何ナル法益ハ個人ニ於テ

法益ニ對スル傷害行爲ハ法律ニ於テ法益享有者ニ其處分ノ權能ヲ認メ且ツ健全ナル意思能力此ノ意思能力ハ必スシモ民法上ノ行爲能力ト一致スルコトヲ要セスアル者ノ自由ナル承諾ヲ得タルトキハ違法トナラス換言スレハ法律カ個人ニ對シテ保護スル利益カ其享有者一人ノ爲メニ止マラス併セテ公共ノ利益ヲ目的トスルトキハ其法益ハ享有者ニ於テ處分能力ナキモノトス反之若シ享有者タル個人ノ爲メニ法律カ其利益ヲ保護スルトキハ享有者ハ之ヲ處分シ得ヘク從テ此ノ處分能力アル者ノ承諾ヲ得タルトキハ假令其法益ヲ傷害スルモ違法ニアラサルナリ而シテ如何ナ

個人ハ自己ノ生命ヲ處分スルコトヲ得ルヤ現行刑法第三百二條ニ自殺者ノ囑託ヲ受ケテ手ヲ下シ其他自殺者ノ補助ヲ爲シタル者ニ對シテ特別ノ處罰規定ヲ設ケタルニ依テ見レハ個人ニ生命處分ノ權限ヲ有セサルヤ明了ナリトス反之本夫カ姦通ヲ縱容スルノ權限ヲ認メ(刑法第三百五十三條財產ニ對スル侵害ハ多クノ場合ニ於テ享有者ノ承諾ニ依テ違法トナラス只放火決水等ノ手段ニ依ル財產侵害行爲ノ或モノニ付テハ享有者ノ承諾權ヲ認メス(刑法各論說明參照)身體ノ自由名譽隱私(秘密)ニ對スル侵害ハ享有者ノ承諾ニ依テ違法トナラス醫師以外ノ者カ被害者ノ承諾ニ基キ身體ヲ創傷スルト雖トモ猶違法トナルヤノ點ニ付テハ學者間ニ異論ナキニ

ル法益ハ個人ニ於テ之ヲ處分シ得ルヤ否ヤハ現行法規ノ全體ニ鑑ミテ之ヲ判定スヘキモノニシテ單ニ犯罪ノ構成要件ニ依テ決スヘキモノニアラス又之カ區別ノ標準ニ付一般的原則ヲ立テ若クハ私法的見地ヨリシテ之ヲ區別セントスルカ如キハ誤レリ個人ハ自己ノ生命ヲ處分スルコトヲ得ルヤ現行刑法第三百二條ニ自殺者ノ囑託ヲ受ケテ手ヲ下シ其他自殺者ノ補助ヲ爲シタル者ニ對シテ特別ノ處罰規定ヲ設ケタルニ依テ見レハ個人ニ生命處分ノ權限ヲ有セサルヤ明了ナリトス反之本夫カ姦通ヲ縱容スルノ權限ヲ認メ(刑法第三百五十三條財產ニ對スル侵害ハ多クノ場合ニ於テ享有者ノ承諾ニ依テ違法トナラス只放火決水等ノ手段ニ依ル財產侵害行爲ノ或モノニ付テハ享有者ノ承諾權ヲ認メス(刑法各論說明參照)身體ノ自由名譽隱私(秘密)ニ對スル侵害ハ享有者ノ承諾ニ依テ違法トナラス醫師以外ノ者カ被害者ノ承諾ニ基キ身體ヲ創傷スルト雖トモ猶違法トナルヤノ點ニ付テハ學者間ニ異論ナキニ

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 法律 二〇一

遠犯 第七節 被害者ノ承諾

アラスト雖モ(獨乙刑法第二百三十二條ニ於テ故意ニ出タル輕少ノ身體傷害並ニ過誤ニ出タル身體傷害ハ被害者ノ告訴アルトキニ限り之ヲ處罰スヘキコトヲ規定セリ而シテフランク氏ビンゲング氏ケツスレル氏オールスハウゼン氏等ハ身體傷害ハ親告罪タル場合ニ限り被害者ノ承諾ハ違法ヲ排除スト論シ反之リスト氏オツベンホッフ氏ヘルシユチル氏等ハ此等ノ場合ニ於テモ被害者ノ承諾ハ違法ヲ排除セスト論セリ(吾輩ハ個人ニ自殺ノ權能ナキカ如ク原則トシテ個人ハ自己ノ身體ヲ創傷スルノ權能ナシト信ス刑法第三百二十條ニ於テ自殺補助ヲ處罰スル特別規定ヲ設ケタリト雖トモ其反對推理トシテ人ハ自己ノ生命ヲ絶ツノ權限ヲ有ストノ結論ヲ生セサルノミナラス(國家カ自殺ヲ罰セサルハ適法行爲トシテ之ヲ不問ニ付スルニアラス立法上特別ノ理由ニ依リテ之ヲ處罰スヘキ規定ヲ設ケサルニ過キス各論說明參照)同第三百二十條ハ自殺補助ノ行爲ヲ全然處罰セサルニアラス單ニ其刑ヲ減輕シタルニ過キス即チ國法ハ個人ニ自殺ノ權

自己ノ法益ヲ侵害スルコト

限ヲ認メサルカ故ニ自殺者ノ承諾ノ有無ニ關セス殺人罪ヲ構成スヘシト雖トモ特別ノ理由ニ依リ其刑ヲ減輕スルノ必要ヲ認メテ特ニ同條ノ規定ヲ設ケタルモノト解スルノ外ナシ要之人ノ生命身體權ハ一個人ノ利益ノ爲ニミ法律力之ヲ保護スルニ非スシテ一個人ノ利益ト同時ニ公共ノ利益ノ爲メニモ之ヲ保護スルモノト云ハサルヘカラス終リニ各處罰ノ法條ニ於テ犯罪ノ特別構成要件トシテ被害者ノ意思ニ反スルコトヲ必要トシテ特ニ規定セラレタル場合ニ於テ(例ヘハ家宅侵入罪強姦罪若シ被害者ノ承諾ヲ得タルトキハ其行爲ハ犯罪ノ特別構成要件ヲ缺除セルカ爲メニ罪ヲ構成セサルモノニシテ承諾カ違法ヲ排除スル場合ニ該當セサルコトヲ注意スヘキナリ

第八節 自己ノ法益ヲ侵害スルコト

法益ノ享有者カ自己ノ法益ヲ侵害スルコトハ享有者ニ於テ其法益ヲ處分スル能力アル場合ニ限り其行爲ノ違法ヲ排除ス(前節說明參照)但シ爰ニ注

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 第八節 自己ノ法益ヲ侵害スルコト 法律 二〇三

意スヘキハ法律ハ時トシテ享有者ニ處分能力ヲ與ヘサルニ拘ハラヌ享有者カ自己ノ法益ヲ害シタルトキニ限り之ヲ處罰セサルコトアリ例ヘハ自殺ノ如キ是レナリ(自殺ヲ罰セサル法制ノ沿革及ヒ其理由ニ付テハ各論參照)

其他ノ場
合

第九節 其他ノ場合

一例ヘハ何人モ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ現行犯人ヲ逮捕スル權限ヲ有スルカ如キ(刑事訴訟法第六十條)其他法規ニ於テ法定ノ條件ノ下ニ他人ノ法益侵害ノ權限ヲ認メタルトキハ其ノ權限ノ行使ハ違法ニアラス
二憲法第五十二條ノ規定ニ依リ貴衆兩院ノ議員ハ議院ニ於テ發言シタル意見ノ發表ニ付議院法以外ノ法規ニ依リ處罰セラレサルノ特權ヲ有ス但シ同法第五十二條ニ規定スル議員ノ逮捕ニ關スル特權ハ刑事手續ニ關スルモノニシテ違法排除ノ問題トハ別個ノモノタルコトヲ注意スヘシ

有責行爲

第三章 有責行爲 Die schuldhafte Handlung

犯罪ハ民事上ノ不法行爲ト同シク有責行爲ナラサルヘカラス即チ犯罪ノ構成ニ付テハ客觀的ニ結果(外界ノ變狀)ト意思ノ實行トノ間ニ因果ノ關係(又ハ此ニ類似ノ關係)アルコトヲ要スルノミナラス主觀的ニモ結果カ行爲者ノ責(Schuld)ニ歸スヘキモノタルコトヲ要ス

責トハ行爲ニ對スル事實上ノ責任ヲ意味シ法律ハ原則トシテ責任アル行爲ニ限り犯罪トシテ刑罰ヲ科ス

犯罪ノ主觀
念ニ主觀
主義ト客
觀主義ト
アリ

犯罪行爲ノ觀念ニ付キ責任 Verschulden ト云フ條件ヲ必要トスルモノ(主觀主義)ト責任問題ニハ關係ナク苟クモ外界ノ現象(物的現象)アリタルノミヲ以テ足レリトスルモノ(客觀主義)トアリ客觀主義ヲ採ルモノハ殊ニヘルツォーグ氏ニシテシユエ氏ノ說モ又此ニ近シ然レトモ獨乙學者ノ通說ハ主觀主義ニ屬ス余輩モ又主觀主義ニ贊ス何トナレハ吾人日常ノ觀念ニ於テ責任ナキ者カ假令人ノ死ニ對シテ條件ヲ與フルトモ(全ク偶然ニ人ヲ死ニ致ストモ)責任ナキ者カ人ヲ殺シタルト謂ハサルニアラスヤ例ヘハ人カ卒

總則本論 第一卷 犯罪ノ普通構成條件 第三章 有責 二〇五

二〇六
倒シテ爲メニ側ニ伏シタル赤兒ヲ死ニ致ストモ卒倒者カ赤兒ヲ殺シタリト云ハサルニアラスヤ從テ法文ニ所謂犯罪例ヘハ人ヲ殺シ又ハ創傷シト云フカ如シト云フ觀念ノ内ニハ吾人日常ノ用語ト等シク責任アル行爲ニシテ處罰サルヘキモノヲ指示スト云ハサルヘカラス此ノ問題ハ直ニ刑法第五條第九條(教唆及ヒ從犯ニ關スル規定)及ヒ第三百九十九條第四百條(贓物ニ關スル規定)ノ解釋ニ付テ重大ノ關係アルコトヲ忘ルヘカラス即チ刑法第五條第九條ニ所謂正犯ノ行爲(重罪輕罪ヲ犯シタルモノ)トハ處罰サルヘキ有責行爲ヲ指スモノニシテ此ノ有責行爲ニ對スル法定刑ヲ標準トシテ教唆及ヒ從犯者ノ刑罰ヲ定ムヘキナリ反之若シ客觀主義ニ從フトキハ此場合ニハ正犯ノ行爲ハ殺人ナリヤ毆打致死罪ナリヤ過失殺ナリヤ將タ全然無責任ノ行爲ナリヤ不明ニシテ從テ之ニ科スヘキ刑罰モ亦不明トナリ教唆及ヒ從犯者ニ科スヘキ刑罰ノ標準トナルヘキ刑力不明ニシテ結局教唆從犯者ノ規定ハ適用ナキ空文トナリ終ルヘシ客觀主義ノ誤

有責行爲
トナルニ
必要ナル
二條件

レルコト亦多辯ヲ要セス

即チ行爲カ行爲者ノ責任ニ歸スル爲メニハ左ノ二個ノ條件ヲ必要トス
一 行爲者ニ責任能力アルコト Die Zurechnungsfähigkeit des Thäters.

二 結果ニ對シ責任關係アルコト Die Zurechenbarkeit des Erfolges. 即チ行爲者ニ於テ其結果ノ發生ヲ豫見シタルカ(犯意 Vorsatz)又ハ豫見シ得ヘクシテ豫見セサルコト(過失 Fahrlässigkeit)ヲ要ス

法律ハ特種ノ犯罪ニ付責任行爲タルコトヲ推定スルコトアリ即チ被告人ニ於テ反證ヲ舉ケサル限りハ常ニ有責行爲ト推定シ之レヲ處罰スルコトアリ得ヘシト雖トモ之レ責任ナキ行爲ヲ罪トスルニアラスシテ行爲ニ責任アルコトヲ必要トスルト同時ニ此ノ要件ノ存在セルコトヲ推定スルニ過キサルコトヲ注意スヘシ反之法律ハ例外トシテ全ク責任ナキ行爲ニ對シテ刑罰 (Kriminal Strafe) ニアラサル秩序罰 Ordnungsstrafe ヲ科スルコトアリ(形式犯 Formaldelikt ト稱ス)而シテ一部ノ學者ハ違警罪及ヒ純正不作爲犯

形式犯
秩序罰

ハ此ノ種ノ罪ニ屬スト解シ或ハ警察犯 Polizeidelikt ノ全部ハ此ノ種ノ罪ニ
屬シ責任ノ有無ニ拘ハラズ罪ヲ構成スト論スルモノアルモ立論ノ根據ニ
乏シ

例ヘハ酒造稅法違反酒精及酒精含有飲料稅法違反葉煙草專賣法違反ノ行
爲ハ何レモ所謂形式犯ニ屬シ之ニ科スル所ノ刑ハ所謂秩序罰ニ屬ス(酒造
稅法第三十一條酒精及酒精含有飲料稅法第二十二條葉煙草專賣法第二十
七條參照)

明治三十八年第一三四九號同年十二月十四日宣告大審院判決要旨ニ曰ク依テ案
スルニ原判決カ本件ニ適用シタル明治三十四年法律第八號酒精及酒精含有飲料
稅法第二十三條ニハ酒精又ハ酒精含有飲料ヲ製造又ハ販賣スル者ノ代理人戶主家
族同居者雇人其他ノ從業者ニシテ其業務ニ關シ同法ヲ犯シタルハ其製造者又ハ販
賣者ヲ處罰スヘキ旨規定シアルヲ以テ同法條ヲ受クヘキモノハ酒精又ハ酒精含有
有スル飲料ヲ製造シ若クハ之ヲ販賣スル者ナラサルヘカヲサルコトハ言テ俟タス
ト雖モ同條ニ謂フ製造者又ハ販賣者トハ官ノ免許ヲ受ケタルモノノミヲ指示シハ

ルモノト解スヘカラス其製造者又ハ販賣者ナル文詞ハ一般ノ用例ニ從ヒ酒精又ハ
酒精含有スル飲料ヲ製造者又ハ販賣スル者ヲ概括セルモノニシテ官ノ免許ヲ得
テ是等ノ業務ニ従事スル者ナルト將々其免許ヲ受ケサルモ事實上斯業ニ従事スル
者ナルト中間ハサル趣旨ナリト解スルヲ相當トス何トナレハ同條ニハ汎然製造者
若クハ販賣者ナル文字ヲ使用シ官ノ免許ヲ受ケタル者ノミニ對スル規定ナルコト
ヲ示ササルノミナラス酒精又ハ酒精含有飲料ヲ販賣スルニハ先ツ一定ノ規則ヲ遵
守スル外別ニ官ノ免許ヲ受ケルコトヲ要セサルニ拘ハラズ其免許ヲ受ケルコトヲ
要スル製造者ト之ヲ必要トセサル販賣者ト同一規定ノ下ニ於テ同一ノ制裁ヲ受
ケシムル者ハ製造業ニ關シテモ事實上業務ニ従事スル者ヲ官ノ免許ヲ受ケタルモ
ノト同様ニ處罰セシムル法意ナルコトヲ推知スヘケレハナリ況ンヤ本法ニ依ル收
稅ノ目的ヲ完全ニ達セシメントスルニハ事實上製造業ニ従事シ官ノ免許ヲ受ケサ
ル者ニ對シテモ前掲法條ヲ適用スルコトヲ要スルヲ以テ第二十三條ノ趣旨ハ右說
明ノ如ク概博ナルヘキコトヲ確ムルニ十分ナルニ於テオヤト説明シタルハ正當ナ
リ即チ同條ニ於テ處罰スルモノハ形式犯ナリ

現行法ノ規定ニ依レハ有責行爲ニ因リ更ニ責任ナキ(犯意又ハ過失ニ依ラ

責任ナキ
結果ニ付
責任ナキ
場合

ナル)重キ結果ノ生シタル場合ニ於テ重キ刑罰ヲ科スルコトアリ例ヘハ刑
法第四百十條第六十八條第六十九條第二百四十五條第二百五十二條
第二百五十五條第二百五十七條第二百八十條第二項第二百八十二條ノ如
シ其他枚舉ニ暇アラズ然レトモ此ノ如ク責任ナキ結果ニ對シ刑罰ヲ科ス
ルコトハ法理ニ反シ刑罰ノ目的ニ適合セサル不當ノ規定ナリト云フヘキ
ナ

責任能力

第一節 責任能力 Die Zurechnungsfähigkeit

責任能力ハ知覺(Bewusstsein)ニ關スル精神作用ノ成熟シ且ツ健全ナル人ニ
存ス換言スレハ觀念(Vorstellungen)ノ正則ナル内容ト正則ナル源動力ハ責任
能力ノ實質ヲ構成スルモノトス而シテ意思ノ自由ト責任能力トハ何等ノ
關係ヲモ有セサルモノナリ

責任能力ハ行爲ノ當時ニ於テ存スルコトヲ要ス而シテ假令行爲ノ後ニ責
任能力ヲ缺クニ至ルト雖トモ是レ單ニ刑事訴訟ノ上ニ影響ヲ及ボスニ過

責任能力
ヲ要スル
時期

キスシテ犯罪ノ構成ニハ關係ナシ即チ犯罪ノ成立ニ付キ責任能力ヲ必要
トスル時期ハ行爲者ニ依テ任意ナル身體ノ發動力行ハレタルトキ(又ハ法
律義務ニ違反スル不作爲ニ付テハ其義務タル身體ノ發動力行ハルヘカリ
シトキ)ニ於テ存ス而シテ其行爲ニ基ク結果ノ發生當時ニ於テ行爲者カ責
任能力ヲ有シタルト否トハ問フ處ニアラサルナリ例ヘハ責任能力アル狀
況ニ於テ殺害ノ意思ヲ以テ毒藥ヲ他人ノ飲用水中ニ投シタル後直ニ酒ヲ
被リ其酩酊中ニ他人カ其毒藥ヲ服用シタルトキト雖トモ殺人罪ノ責任ヲ
負フヘク又狂人ヲ使喚シテ他人ヲ殺害センコトヲ決意セシメタル後テ使
喚者ノ熟睡中ニ狂人カ他人ヲ殺害シタルトキト雖トモ使喚者ハ殺人罪ノ
責ヲ負ハサルヘカラス

鐵道ノ番人カ鐵道ノ避線ヲ接續セサルコトニ依テ停車場ニ接近シタル汽
車ヲ轉覆セシムル意思ヲ以テ責任能力アル狀況ニ於テ酒ヲ被リテ熟睡シ
爲メニ汽車カ轉覆シ又ハ母親カ自己ノ睡眠中轉輾スル癖アルコトヲ知り

暴行ノ目的ヲ遂ク
ラシメテ自
ラ酔メノ
状態ヲ招
キタル場
合キタル
責任能力
ナキ者ヲ
利用スル
場合

ナカラ過失ニ依テ赤兒ト同衾シ睡眠中赤兒ヲ自己ノ體下ニ窒息セシメタ
ル場合ニ於テモ此等轉覆及ヒ窒息ノ結果ハ責任能力アル人ノ行為ニ基ク
モノトシテ鐵道番人及ヒ母親ハ此ノ結果ニ付キ責任ヲ負ハサルヘカラス
要之責任能力ハ結果ニ對スル原因開始ノ當時ニ以テ(飲酒又ハ同衾ノ當時)
存在スルヲ以テ足レリトス此ト同一理由ニ依リ暴行ノ目的ヲ遂行スル爲
メ自カラ酒ヲ被リ昏醉中暴行ヲ行フカ如キ假令其暴行當時ニ於テハ行爲
者ニ責任能力ナシト雖トモ其酒亂ヲ醸シタル原因ハ飲酒ニアリテ且ツ昏
醉中ノ行爲ハ昏醉前ノ決意ニ基クモノト言ヒ得ル以上ハ其人ハ暴行ニ付
キ責任ヲ負ハサルヘカラサルナリ
責任能力ハ責任ノ要件ニシテ責任能力ナケレハ責任ナク責任ナケレハ犯
罪ナシ從テ責任能力ナキ者ニ依テ行ハレタル法益侵害ニ對シ責任能力ア
ル第三者ハ共犯トシテ之ニ加效スルコトヲ得ス然レトモ其侵害ニ加效シ
タル第三者ハ間接ノ實行犯トシテ其責任ヲ負ハサルヘカラス例ヘハ十二

責任能力
ヲ排除ス
ル場合

歳未滿ノ幼者又ハ精神障礙者ヲ使喚シテ他人ノ法益ヲ侵害スルハ此等責
任無能力者ヲ介シテ(機械トシ又ハ利用シテ)間接ニ法益侵害ヲ行フモノト
云ハサルヘカラス
一部ノ學者ハ此ノ場合ニハ責任能力ノ有無ニ關セス犯意ノ有無ニ依リ罪
ノ有無ヲ決スヘシト論シ又獨乙大審院ノ判決例ニハ精神障礙ニ基ク責任
無能力者ノ侵害行爲ハ罪ヲ構成セサルコトヲ認メ反之年齢ニ基ク責任無
能力者ノ侵害行爲ハ罪ヲ構成シ得ルコトヲ認ムルモ何レモ責任能力ノ效
果ヲ此ノ如ク區別シテ論スヘキ理由ニ乏シ
責任能力ハ左ノ場合ニ於テ排除スルモノトス
一 精神ノ不成熟
二 精神ノ不健全
以下項ヲ分テ説明スヘシ

第一項 精神ノ不成熟

精神ノ不
成熟

其原因

一、未丁
上ノ未丁
年者

精神ノ不成熟ハ之ヲ二個ノ原因ニ區別スルコトヲ得ヘシ

二四

第一 精神發達ノ未タ完全時期ニ達セサルモノ(刑法上ノ未丁年者 *Unmündigkeit des Thäters*)

凡ソ法律上ノ效果ヲ發生スヘキ行爲ヲ行フニ付キ必要ナル精神成熟ノ時期ハ其行爲ノ性質及ヒ輕重ニ依リ必スシモニ様タルコトヲ得ス或ル行爲ニ對シテハ比較的短期ノ發達ヲ以テ完成スルモ或ル行爲ニ付テハ更ニ長期ノ發達ヲ必要トスルコトアリ從テ民事上ノ行爲能力又ハ責任能力ト刑法上ノ責任能力ニ必要ナル精神ノ成熟ハ必スシモ同一年齡ニ於テ完了スルコトヲ要セス又等シク民法上ノ行爲ニテモ債權關係ニ關スルト親屬關係又ハ相續ニ關スルトニ依テ必スシモ其行爲能力ノ年齡ヲ同フスルコトヲ要セス此ト同一理由ニ依リ等シク刑法上ノ行爲ニ付テモ同一行爲者ニシテ其犯罪行爲ノ種類ニ從フテ此カ責任ヲ負フニ必要ナル精神成熟ノ年齡ヲ異ニセサルヘカラス例ハハ普通殺人罪ト國事犯ニ付テ此カ是非ヲ識

宥恕セラ
ルヘキ責
任能力者

現行刑法
上責任能
力ニ關ス
ル時期ノ
分類

第一期

懲治場留
置處分

別スルニ足ルヘキ精神成熟ノ年齡ニ異同アルヘキカ如シ而シテ精神ノ發達ハ猶肉體ノ發育ノ如ク漸ヲ追テ進ムモノニシテ精神作用ノ稍成熟シタル時期ヨリ完全ナル時期ニ至ル間即チ此ノ過渡ノ年齡ニアル者ハ元ヨリ責任無能力 *Zurechnungsunfähigkeit* ト云フコトヲ得サルモ成熟時期ニ達シタル者ニ比シテ其責任ヲ宥恕スヘキナリ(宥恕セララルヘキ責任能力 *verminderte Zurechnungsfähigkeit*)

現行刑法ノ規定ニ依レハ刑法上ノ責任能力ニ付キ年齡ヲ四期ニ區別セリ即チ左ノ如シ

第一期 十二歳未滿ノ幼者(刑法第七十九條)此ノ時期ニアル者ハ例外ナク常ニ責任無能力者トシ精神成熟ノ有無ニ付事實ノ審案ヲ許サス從テ其行爲ハ常ニ罪ヲ構成セス但年齡八歳以上ノ者ハ情狀ニ依リ滿十六歳ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得懲治場留置ハ刑罰ニアラス精神不成熟者ニ對シ教育改善ノ目的ヲ有スル一種ノ行爲處分ニシテ現行法中

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第三章 有責 二一五

此カ處分ニ付キ別ニ手續法ナキヲ以テ慣例上檢事ノ請求ニ依リ刑事裁判所ニ於テ之ヲ宣告シ檢事ニ於テ之カ執行ノ指揮ヲ爲スモ元ヨリ有罪又ハ無罪ノ判決ニアラサルカ故ニ此ノ宣告ニ對シテハ上訴スルコトヲ得サルナリ

明治三十二年九月四號同年二月十三日宣告大審院判決ニ依レハ懲治處分ハ裁判權第八十二條末項ニ依リ懲治場ニ留置スルハ因ヨリ特別ノ處分ニシテ刑ノ言渡シニアラサルヲ以テ公訴ノ判決ト云フヲ得ス既ニ判決ニ非ラサル以上ハ之ニ對シテ控訴ヲ爲スコトヲ得ヘキモノニアラズ何トナレハ控訴ハ判決ニ對シテノミ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナルハ刑事訴訟法第二百五十條ノ規定スル所ナルヲ以テナリト解セルハ正當ナリ

明治三十二年第九四號同年二月十三日宣告大審院判決ニ依レハ懲治處分ハ裁判權ニ付セラレタル特別ノ處分ニシテ刑ノ言渡シタル公訴判決ト其性質ヲ異ニス從テ該處分ニ對シテ上訴スルヲ得スト解セルハ正當ナリ

責任無能力ナル幼者ノ行爲ハ罪ヲ構成セスト雖トモ此カ監督ノ地位ニ在

第二期

「其所爲是非ヲ辨別シ」ノ意

ル者親權者又ハ後見人ハ其監督義務ニ違反スル不作爲ニ依リ獨立シテ罪ヲ犯スコトヲ得ヘク不純正不作爲犯說明參照又例ヘハ未成年者喫煙禁止法第三條ニ依リ未成年者ノ喫煙ヲ制止セザリシト云フ不作爲ニ依リ獨立シタル純正不作爲犯トシテ處分セラルコトアルヘキナリ
第二期 滿十二歲以上十六歲未滿ノ幼者刑法第八十條此ノ時期ニ在ル者ニ付テハ裁判所ニ其責任能力ノ有無ヲ審案スルコトヲ許シ其責任能力ノ有無ヲ審案スル標準トシテ法文ニ其所爲是非ヲ辨別シタルト否トヲ審案シトアルハ各個ノ場合ニ於テ現ニ行爲者ノ爲シタル行爲ニ關シ具體的ニ其是非ヲ辨別シ能フ程度迄精神カ成熟シタルヤ否ヤヲ審案スルコトヲ要シ單ニ行爲者カ或種ノ行爲ニ付キ一般的ニ其是非ヲ辨別シ得タルコトヲ以テ足レリトセス然レトモ行爲者ニ於テ行爲ノ處罰サルヘキコト又ハ違法タルコトヲ了知シタルト否トハ問フ處ニアラサルナリ而シテ是非ヲ辨別スルニ足ル智能ハ法益侵害ノ種類ニ依テ必スシモ一樣ナラス例ヘハ他

總則本論 第一卷 犯罪ノ普通構成條件 第三章 有責 二二七
行爲 第一節 責任能力

人ノ所有物ヲ窃取スルノ惡事タルコトヲ知ルニ足ル所ノ知能アリト雖トモ國事犯ノ惡事タルコトヲ知ルニ足ルノ智能ヲ缺除スルコトアルヘキナリ是非ノ辨別ナキ者ハ責任能力ナキカ故ニ其行爲ハ罪ヲ構成セス但情狀ニ因リ滿二十歳ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得反之是非ノ辨別アル者ハ責任能力者ニシテ其行爲ハ罪ヲ構成スト雖トモ其責任ヲ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ス

明治三十二年第一九七號同年三月十四日宣告大審院判決ニ依レハ是非ノ辨別有無ハ各所爲ニ付之ヲ判定スヘキモノトスト解セルハ正當ナリ

明治二十八年第九二二號同年九月二十六日宣告大審院判決ニ依レハ刑法第八十條

ハ單ニ犯意アル所爲ノミニ付是非辨別ノ有無ヲ別チテ處斷スルノ法意ニ非ス過失犯參照下解セルハ正當ナリ即チ同條ハ過失犯ニモ適用アルナリ

獨逸刑法第五十六條

獨逸刑法第五十六條ニ曰ク被告人滿十二歳以上十八歳未滿ノ間ニ於テ罰セラルヘキ行爲ヲナシ其際其處刑セラルヘキコトヲ識別スルニ必要ナル智力ヲ有セサルトキハ無罪ヲ言渡スヘキモノナリ同條ノ趣旨ハ被告人ニ

於テ行爲カ處罰サルヘキモノタルコトヲ現實ニ識別シタルコトヲ必要トスルモノニアラス此ヲ識別スルニ必要ナル程度ニ迄精神カ成熟シタルコトヲ必要トスルナリ即チ此ノ識別シ得ルノ能力アルコトヲ以テ足レリトシ現實ニ此ヲ識別シタルコトヲ必要トセス佛蘭西刑法典ニ所謂辨別 Diferentement 普魯西刑法典ニ所謂辨別能力 Unterscheidungsvermögen 亦同一ノ意義ニ外ナラス

第三期

第三期 滿十六歳以上二十歳未滿ノ幼者刑法第八十一條此ノ時期ニ達シタル者ニ付テハ法律ハ常ニ是非ノ辨別アルモノト看做シ其責任ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス

明治三十年第三八〇號同年五月十日宣告大審院判決ニ依レハ連續犯ハ分割スヘキヲス從テ最初ノ犯行丁年未滿ナレハトテ之ヲ分割シテ刑法第八十一條ヲ適用スルコトヲ得スト解セルハ正當ナリ

明治二十九年第二八八號同年三月三十日宣告大審院判決ニ依レハ刑法第八十一條

ニ所謂十六歳以上ノ文詞ニハ滿十六歳ヲ包含スト解セルハ正當ナリ

第四期 滿二十歳以上ニ達シタル者ニ付テハ法律ハ完全ニ是非辨別ノ知能發達シタル者トシテ其責任ヲ宥恕セス

以上第二期乃至第四期ニ於ケル是非辨別アル者ト雖トモ他ノ原因例ヘハ酩酊又ハ睡眠等ノ爲メ責任能力ヲ缺除スルコトアルヘキナリ(第二項説明参照)

違警罪ニ關スル特別規定

以上ハ重罪輕罪ニ關スル規定ニシテ違警罪ニ付テハ別ニ第八十三條ニ於テ左ノ如ク規定セリ

第八十三條 違警罪ハ滿十六歳以上二十歳ニ滿サル者ト雖トモ其罪ヲ宥恕スルコトヲ得ス

滿十二歳以上十六歳ニ滿サル者ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス
十二歳ニ滿サル者及ヒ瘖啞者ハ其罪ヲ論セス

即チ違警罪ニ付テハ第三期ノ幼者ニ對シテモ宥恕減輕セス第二期ノ幼者

ニ對シテハ一等ヲ減輕スルニ止マリ是非辨別ノ有無ヲ審案セス常ニ精神成熟時期ニ達シタルモノト看倣セリ此ノ如ク重罪輕罪ト違警罪トニ付責任年齡ノ標準ヲ區別スルハ不當ノ規定ナリト云ハサルヘカラス何トナレハ年齡ニ依テ責任能力ノ有無ヲ決スルハ客觀的事實即チ法益侵害ノ大小ニ依テ決スヘキニアラス專ラ行爲者ノ主觀的状況即チ智能ノ發達程度ニ依テ決スヘキモノナリ而シテ同一幼者ニシテ殺人(重罪)窃盜(輕罪)ノ惡事タルコトヲ知ルモ未タ人家稠密ノ場所ニ烟火ヲ玩ヒ(第四百二十五條第四號)又ハ路上ニ於テ犬ヲ喉スルコト(第四百二十六條第六號)ノ惡事タルヲ知ラサルモノアルヘキカ故ニ本條ノ規定ハ其不當ナルヤ明瞭ナリトス(違警罪ニ付テハ懲治場留置處分ノ規定ナシ)

第二 精神ノ發達ニ故障アル者

精神成熟ノ時期ニ至ル以前ニ於テ精神ノ發達ニ故障ヲ生スルコトアリ而シテ刑法第八十二條ニ於テ瘖啞者ハ其不具ノ爲メ精神ノ發達不完全ニシ

二、精神ノ發達アル者

刑法第八

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第三章 有責 二二二

テ常ニ是非ノ辨別ナキモノト看做シ其行爲ハ常ニ罪ヲ構成セストセリ但シ情狀ニ因リ五年ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得、法文ニ所謂瘖啞者トハ聽能ト語能ト共ニ喪失スル者ニシテ、法文ニハ明示ナシト雖トモ第七十九條以下年齡ニ關スル責任無能力ノ規定ト對比シテ本條ニ所謂瘖啞者トハ生前又ハ刑法上ノ未丁年者タル間ニ於テ瘖啞者トナリタル者ノミヲ指示スト解スヘキナリ(但シ教育制度ノ進歩シタル今日ニ於テハ生前又ハ幼年ヨリノ瘖啞者ト雖トモ是非辨別ノ知能ヲ備フルモノ少ナカラス故ニ單ニ瘖啞者ナリトノ理由ニ依リ常ニ責任無能力トスル現行法ノ規定ハ不當タルヲ免カレス故ニ立法論トシテハ此種ノ不具者ニ付テハ猶是非辨別ノ有無ヲ審案シ第八十條ノ例ニ照シテ處斷スルノ規定ニ改ムルヲ至當トス)

法文ニハ瘖啞者トノミ規定セルカ故ニ聾者、啞者其他ノ不具者及ヒ白痴癲癲者等ヲ包含セス然レトモ此等ノ者ト雖トモ本法第七十八條ノ適用ニ依

第二項 精神ノ不健全

リ責任無能力トナルコトアルヘシ

刑法第七十八條ニ曰ク「罪ヲ犯ス時知覺精神ノ喪失ニ因テ是非ヲ辨別セサル者ハ其罪ヲ論セス」本條ハ精神ノ不健全又ハ知覺ニ障礙アル爲メ是非辨別ノ精神作用ヲ排除スル狀況ニアル者ヲ責任無能力者トシテ規定スルモノナリ

第一 法文ニ「精神ノ喪失」ト云フハ狹義ニ所謂精神病者 (Geisteskrankheiten)

ノミヲ指示スルニアラス精神ノ發育ニ故障アル者例ハハ白痴者癲癲者 (Blödsinn, Schwachsinn) 及ヒ心神耗弱者 (Geistschwäche) 及ヒ精神障礙ヲ併發スル所ノ肉體上ノ病氣例ハハ熱病 (Fieberdirliren) 神經病 (Nervenkrankheiten) 及ヒ精神作用ニ關スル一時ノ病的障礙例ハハ中毒ノ類 (Intoxikationszustände) ヲ包含スルモノト解スヘキナリ而シテ以上精神不健全ノ狀況(觀念、感覺、性慾ノ障礙ヲ含ム)ニ在ル者ト雖モ其ノ不健全ノ程度ハ元ヨリ一樣ナラス或ハ全

然精神作用ヲ失フモノモアルヘク又作用ノ鈍リタルモノモアルヘク又後者ノ中ニ付テモ其ノ程度一樣ナラス此ニ於テ其ノ最低ノ程度ヲ定ムルノ必要アリ即チ本條ハ是非ヲ辨別スル智能ヲ失フニ至リタルトキヲ以テ責任無能力ノ標準ト定メタリ

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

以上ノ原因ニ依リ行爲者カ行爲ノ當時是非ヲ辨別スル智能ヲ失ヒタルヤ否ヤヲ審案スルニハ元ヨリ法醫學ノ智識ヲ借ラサルヘカラス從テ事實ノ審理ニ付専門家ノ鑑定ヲ求ムルコトアルモ裁判所ハ其鑑定ニ拘束セラル、コトナク自己ノ責任ニ於テ最後ノ審判ヲ下サ、ルヘカラス而シテ此等精神病者(廣義ニ於ケル)ハ其行爲無責任ナルヲ以テ恰モ猛獸ヲ市ニ放ツト一般公衆ニ對スル危險大ナルヘキカ故ニ行政處分トシテ之ヲ一定ノ場所

ニ監置スルノ必要アリ(明治三十三年三月法律第三十八號精神病者監護法 參照)

知覺ノ喪失

刑罰法第五十一條

第二 法文ニ所謂「知覺ノ喪失ニ因リ是非ヲ辨別セサル者」トハ精神作用ノ成熟シ且シ健全ナル者ニシテ病的ニアラサル生理的原因ニ依リ精神作用ノ鈍リタルモノト解スヘシ例ヘハ氣絶、睡眠、催眠、催眠 (hypnotische Suggestion) 酪酐ノ状態等ヲ包含シ以上ノ狀況ニ依リ是非ノ辨別ヲ失ヒタルモノヲ責任無能力トス而シテ單純ナル生理的現象ヨリ病的現象ニ移ル限界ヲ明ラカニスルコトハ専門家ノ知識ニ依ルモ仍ホ至難ノ場合アルヘシ
獨逸刑法第五十一條ニ曰ク「行爲ヲナス當時知覺ノ喪失又ハ精神ノ病的障礙ニ依テ自由ナル意思決定 freie Willensbestimmung ヲ缺キタルトキハ其行爲ハ處罰スヘキモノニアラス」同條ニ所謂自由ナル意思決定トハ哲學上ノ爭點ニ屬スル意思自由說 Indeterminismus 及意思必然說 Determinismus ニ付テ何等ノ裁決ヲ與ヘタルモノニアラスシテ所謂自由ナル意思決定トハ觀念(Vor-

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第三章 有責 二二五

stellung 又ハ動機 (Motiv) ニ依テ意思カ正則ニ決定セラレ得ル状態ヲ指スニ
外ナラサルナリ而シテ同條ハ此ノ状態ヲ著シク排除スル場合ニ關スル規
定ナリ(フランク氏リスト氏リーブマン氏等同說)
終リニ改正刑法草案第四十九條ハ現行刑法第七十八條ノ規定ヲ改メ「精神
障礙ニ因ル行爲ハ之ヲ罰セス但シ情狀ニ因リ監置ノ處分ヲ命スルコトヲ
得精神耗弱者ノ行爲ハ其刑ヲ減輕ス」ト規定セリ同條但書以下ノ規定ハ暫
時措キ「精神障礙ニ因ル行爲ハ之ヲ罰セス」トノ規定ハ現行刑法第七十八條
ノ規定ト對比シテ寧ロ劣レルモ優ルコトナキモノト言ハサルヘカラス何
トナレハ同改正案ノ如ク單ニ「精神障礙ニ因ル行爲ハ之ヲ罰セス」ト云ハ
精神作用ニ如何ナル障礙(故障)ヲ生シタルトキニ於テ責任無能力トナルカ
判明セス若シ此カ程度ニ制限ナシトセハ單ニ被酒酩酊シテ精神作用ニ異
狀ヲ呈シタルモ未タ是非ノ辨別ヲ失フニ至ラサルトキニ於テモ仍ホ責任
無能力ノ狀況ニ在ルモノトシテ其行爲ハ罪ヲ構成セストノ結論ヲ生スヘ

ク其不當ノ規定タルヤ敢テ説明ヲ要セス反之若シ此等ノ場合ヲ包含セス
是非ノ辨別ヲ失フニ至リタルトキニ於テ始メテ責任無能力者トスルノ主
旨ナラハ現行刑法ノ如ク「是非辨別ヲ失ヒタル者ナル條件ヲ明記スルコト
ヲ必要トスルナリ

第二節 犯意及過失

責任能力者ニ依テ與ヘラレタル結果カ行爲者ノ責ニ歸スル爲メニハ行爲
者ニ於テ其結果ヲ豫見シ(犯意)又ハ豫見シ得ヘクシテ豫見セザリシコト(過
失)ヲ要ス以下犯意及ヒ過失ニ付キ項ヲ分テ説明スヘシ

第一項 犯意ノ概念 Der Dolus o, Vorsatz.

犯意トハ意思ノ實行 die Willensbetätigung ニ因テ與ヘラレタル又ハ防止セ
ラレザリシ結果ノ豫見 die Voraussicht ナリ(犯意ハ行爲ニ於ケル因果關係ノ
認識ナリト説クモノアルモ此ノ説ハ結果ニ對シテ原因ヲ與フル作爲犯ノ
説明ニハ充分ナルモ結果ノ發生ヲ防止セサル不作爲犯ノ説明ニハ不充分

犯意ノ二要件

ナリト云ハサルヘカラス

以上犯意ノ定義ヲ分析スレハ左ノ要件ヲ必要トス

一、犯罪ノ特別構成要件タル作爲又ハ不作爲ニ就テノ意思實行ノ觀念アル

ヲ要シ其特別構成要件現在ノ構成要件 (Gegenwärtigen Thatumstände) ノ中

ニハ罪ノ成立ニ關スル者ト刑ノ加重ニ關スル者トヲ包含ス(罪ノ特別構成要件タル目的體ノ特質法定ノ手段犯人ノ特別身分關係等ヲ云フ)

二、犯罪ノ特別構成要件タル結果(未來ノ構成要件 Zukünftigen Thatumstände) ヲ

豫見スルコトヲ要ス而シテ犯罪ハ作爲犯ト不作爲犯トニ區別スルコト

ヲ得ルカ如ク犯意モ又作爲犯ト不作爲犯トニ依テ其説明ヲ異ニセサル

ヘカラス

(イ) 作爲犯 *Begleitungsverbrechen* ノ犯意トハ犯罪ノ特別構成要件タル結果カ

作爲ノ犯意

意思ノ實行ニ基因ストノ觀念即チ意思ノ實行カ結果ニ對シテ唯一ノ原因タルカ又ハ行爲者ニ依テ支配セラルヘキ若クハ豫期セラレタル外圍

ノ狀況ト相待テ此結果ニ對スル原因トナリ得ヘシトノ觀念ヲ云フ例ヘ

ハ人ヲ斬ルト云フ作爲ハ意思ノ實行被害者ノ死亡ト云フ結果ヲ生シ得

ヘキコトヲ知リタルトキハ其人ハ殺人ノ犯意アリト云フヘキナリ要之

作爲犯ノ犯意ハ自己ノ行爲ニ於ケル因果關係ノ認識(觀念)ヲ云フ

(ロ) 不作爲犯 *Unterlassungsverbrechen* ノ犯意トハ作爲ニ依テ結果ノ發生ヲ防

止シ得ヘキコト換言スレハ結果ノ發生ヲ防止セストノ觀念ヲ云フ例ヘ

ハ産婦カ乳兒ニ乳ヲ與フルコトニ依テ乳兒ノ餓死ヲ防止セストノ觀念

アルトキハ殺人ノ犯意アリト云フコトヲ得ヘキナリ

此ノ如ク犯意トハ意思ノ實行ニ依リ與ヘラレタルカ又ハ防止セラレザリ

シ結果ヲ豫見スルコトヲ以テ足レリトシ行爲者ニ於テ其結果ノ發生ヲ希

望スルコトヲ必要トセサルナリ此說ヲ稱シテ豫見主義又ハ觀念主義 *Vorstellungstheorie* ト云フ此說ハベツケル氏バウムガルテン氏フリードレンデ

ル氏ハーゲン氏コーレル氏フォンリ、エンタール氏ツレーゲル氏チッテ

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第三章 有責 二二九

不作爲犯ノ意

犯意ニ關スル諸學說

豫見主義

ルマン氏フランク氏フオンリスト氏クリー氏レツフレル氏ハーゲン氏等ノ主張スル所ナリ

希望主義

此ノ主義ニ反對シテ犯意トハ結果ヲ包含シタル行爲ノ希望 *Wollen* 換言スレハ結果ノ發生ヲ希望スルコトヲ要スト説ク學者アリ之ヲ希望主義 *Willenstheorie* ト稱ス此説ハビュンゲル氏ブリー氏フインゲル氏ランマツシュ氏マイエル氏オルトロツフ氏ゾイフェルト氏ヅアインリヒ氏ウアイスマン氏アーホルン氏等ノ主張スル所ナリ豫見主義ハ近頃ニ至リ獨逸刑法學者フランク氏ノ唱道ニ始リ一般學者ノ贊同スル所トナリタリ而シテ兩説共ニ行爲者ニ於テ行爲ノ違法タルコトヲ認識スルコトヲ要セサル點ニ於テ一致スト雖トモ犯意ハ違法ノ認識若クハ希望ナリトノ説アリ而シテビンデンク氏一派ノ學説 *Die Bindungsische Normentheorie* ニ依レハ犯意ハ行爲ノ希望ニシテ且ツ違法ヲ認識シタルコトヲ要スト主張セリ然レトモ刑罰法違犯ノ不知ハ刑罰ナル法律的制裁ノ不知ニシテ此種ノ不知ハ責任免除ノ

違法認識主義

結果ヲ目
的トスル
場合

原因タルコトヲ得サルナリ希望主義ハ犯意ト目的 *Absicht* トヲ混同スルモノニシテ此ノ主義ノ不合理ナルコトハ以下豫見主義ニ基ク犯意ノ説明ニ依テ明瞭スヘキナリ
行爲者カ罪ヲ犯スニ付キ結果ノ發生ヲ目的トスルトキト單ニ結果ノ發生ヲ豫見スルニ止マルトキトアリ即チ左ノ如シ
一、結果ヲ目的トシタルトキ即チ結果ノ豫見カ行爲ノ動機(遠因 *Beweggrund*)トナリタルトキ換言スレハ作爲又ハ不作爲ニ因テ結果ヲ發生シ又ハ防止セサルコトカ行爲ノ目的 (*Zweck o. Ziel*) トナリタルトキ但シ此ノ場合ニ於テモ行爲者ニ於テ其豫見シタル結果ノ發生ヲ確信スルト又ハ結果カ發生シ得ヘシト思料シタルトニ拘ハラズ結果ヲ目的トシタリト云フコトヲ得ヘキナリ而シテ法律ハ屢々罪ノ特別構成要件トシテ此ノ目的アルコトヲ必要トスルコトアリ例ヘハ刑法第二百二十二條第二百二十三條第四百十六條第四百十五條第四百十六條第二百十五條第二百十六條第

二百十八條第二百二十條第二百四十條第二百六十條第二百八十二條第三百三條第三百二十一條等ニ於テ「何々」ノ目的ヲ以テ「何々」ノ爲メニ「何々」セシコトヲ圖リ等ノ文字ヲ用ヒテ此要件ヲ明示スルコトアリ此ノ如ク法文ノ用字一様ナラサルノミナラス假令明文ナシト雖トモ犯罪ノ性質ニ依リ遠因ヲ必要トスルコトアリ例ヘハ貨弊偽造罪ニ付キ偽造ノ當時ニ行使ノ目的アルコトヲ要スルカ如シ又此明文アルニ拘ハラズ單ニ結果ノ豫見(犯意)ヲ意味スルニ過キスト解スヘキ場合ナキニシモ非ラサルヲ以テ犯罪カ遠因ヲ必要トスルヤ否ヤハ刑法各論ノ講義ト相待テ講究スヘキ問題ナリトス此ニ注意スヘキハ法律カ要求スル所ノ遠因ハ犯人ニ於テ希望スル第二ノ目的 *Endzweck* ノ手段トシテ行ハル、コトアリト雖トモ之カ爲メ第一ノ目的ノ存在ニ影響ヲ及ホスコトナシ例ヘハ汽車ノ往來ヲ妨害スル目的ヲ以テ鐵道ヲ損壞シタルトキハ犯人ニ於テ更ニ鐵道會社ノ損失ヲ目的トスルト又ハ汽車ノ不通ニ乘シテ利益ヲ博セン

結果ヲ目
的トセザ
ル場合

トノ目的ニ出タルトハ間フ所ニアラサルナリ(刑法第六十五條參照)ニ行爲者ニ於テ結果ノ發生ヲ豫見シタルノミニシテ豫見カ行爲ノ遠因トナラサル場合ニ於テモ猶犯意アリト云フコトヲ得ヘキナリ例ヘハ内亂ノ情ヲ知テ犯人ニ集會所ヲ給與シタルトキハ犯人ニ於テ内亂ヲ幫助スル目的ナク單ニ營利ノ爲メニ集會所ヲ給與シタルノミニテモ仍ホ刑法第二百二十七條ノ罪ノ犯意アリト云フコトヲ得ヘク又建造物ニ放火スルニ當リ現在スル人ヲ燒キ殺ス結果ノ生スヘキコトヲ知り之ニ放火シタルトキハ犯人ニ於テ殺人ノ目的ナク單ニ火災保險金ヲ收得スル目的ニ出タルトキト雖トモ殺人ノ犯意アリト云フコトヲ得ヘク又赤兒ノ誤テ食用スヘキコトヲ知テ菓子中ニ人ノ健康ヲ害スヘキ物品ヲ混入シ置キタルトキハ行爲者ニ於テ赤兒ヲ疾苦セシムルノ目的ナク單ニ鼠ヲ殺ス目的ニ出テタルトキト雖トモ刑法第三百七條ノ健康傷害罪ノ犯意アリト云フコトヲ得ヘキナリ

類犯意ノ種

犯意ノ種類

無條件ノ犯意

條件付犯意

犯意ハ意思實行ノ觀念ト結果ノ豫見トノ二要件ヲ要スルコトハ前ニ説明シタルカ如シ而シテ此要件中第二ノ要件タル結果ノ豫見ニ關シテ學者ハ犯意ヲ左ノ如ク區別セリ(第一ノ要件タル觀念ニ付テモ是ニ準ス)

一行爲者ニ於テ結果ノ發生ヲ確信シタルトキ此場合ニ於ケル犯意ヲ指シテ無條件ノ犯意又ハ直接ノ犯意 *unbedingter o. direkter Vorsatz* ト稱ス

二行爲者ニ於テ單ニ結果カ發生シ得ヘシト思料シタルトキ即チ行爲者ニ於テ假リニ結果ノ發生ヲ確信シタリトスルモ其行爲ヲ止メザリシ場合換言スレハ行爲者カ結果ノ發生ヲ許シタルトキ此ノ場合ニ於ケル犯意ヲ條件付犯意 *bedingter o. eventualer Vorsatz* ト稱ス此ノ如ク犯意アリト云ヒ得ルニハ少クトモ行爲者ニ於テ結果ノ發生ヲ許スコトヲ要スルカ故ニ行爲者ニ於テ結果ノ發生セサルコトヲ期シタルトキ例ヘハ人ニ向テ箭ヲ射ルモ射手カ自己ノ熟練又ハ僥倖ヲ頼ミ箭カ人ニ當ラサルコトヲ

以上二分ノ結果

期シタルトキハ射手ニ於テ殺人又ハ毆打創傷ノ犯意アリト云フコトヲ得サルナリ

以上犯意ヲ二個ニ區別スルコトニ依テ左ノ如キ結果ヲ生ス即チ法益侵害ニ對スル危險ナル狀況ヲ發生セシムルノ犯意ト法益侵害ヲ發生セシムルノ犯意トハ共ニ條件的ニ併存シ得ヘシ例ヘハ身體傷害罪ノ條件付犯意ト殺人罪ノ條件付犯意トハ併存シ得ヘシト雖トモ反之上二個ノ犯意ハ無條件的ニ併存スルコトヲ得サルナリ例ヘハ此ノ一撃ヲ以テ人ヲ殺スヘシト確信シナカラ又一面ニ於テ人ヲ創傷スルニ止ムヘシト確信スルコトハ到底不能ノコト、云ハサルヘカラス而シテ一ノ犯意カ條件付ニ他ノ犯意ト併存スルヤ否ヤハ各場合ニ於テ決スヘキ事實問題ニシテ殺人ノ犯意ハ常ニ傷人ノ犯意ヲ包含スト斷定スルコトヲ得サルナリ而シテ以上説明スル所ハ中止犯ノ場合ニ於テ既ニ生シタル結果ニ對スル責任問題ニ付重要ノ關係ヲ有スルコトヲ注意スヘキナリ

現行刑法ハ第七十七條ニ於テ犯意ニ關スル規定ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ
第七十七條 罪ヲ犯ス意ナキ所爲ハ其罪ヲ論セス但シ法律規則ニ於テ
別ニ罪ヲ定メタル者ハ此限リニアラス

罪トナルヘキ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者ハ其罪ヲ論セス

罪本重カルヘクシテ犯ス時知ラサル者ハ重キニ從テ論スルコトヲ得ス
法律規則ヲ知ラサルヲ以テ犯スノ意ナシト爲スコトヲ爲ス

第二項ニ所謂罪ヲ犯ス意トハ上來説明スル所ノ犯意ヲ指示スルモノ
ニシテ犯意ナキトキハ原則トシテ罪ヲ構成セサルコトヲ規定スルモノナ
リ

犯意ノ推定

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

モノニアラズト解セルハ正當ナリ

第二項

第二項以下ハ犯意ヲ説明シタルモノニシテ即チ犯意トハ罪トナルヘキ事
實及ヒ刑罰加重ノ狀情ノ認識ニシテ第二項ニ所謂罪トナルヘキ事實トハ
罪ノ特別構成要件タル事實ニシテ例ヘハ殺人罪ニ付テ云ヘハ生命アル人
ノ生命ヲ絶ツコトヲ意味シ尙ホ窃盜ノ目的物カ他人ノモノタルコト偽造
行使ノ目的物ハ證書タルコト行爲ノ性質カ猥褻タルコトハ窃盜罪證書偽
造行使犯猥褻罪トナルヘキ特別構成要件ニシテ此事實ヲ知ルニアラサレ
ハ此等ノ罪ノ犯意アリト云フコトヲ得サルナリ(刑法第二百九十四條第三
百六十六條第二百十條第二百五十條參照)

第三項

第三項ニ所謂罪本重カルヘクシテトハ例ヘハ重キ殺人罪タル親殺ノ罪(第
三百六十二條)又ハ毒殺(第二百九十三條)ノ場合ニ於テ被害者カ犯人ノ親タ
ルコト又ハ殺害ノ手段カ毒物施用ニアルコトヲ意味ス

明治三十一年第一一三五號明治三十二年一月三十一日宣旨大審院判決ニ依レハ

總則本論 第一卷 犯罪ノ普通構成條件 第三章 有責 二二七
行爲 第二節 意犯及過失

盜ノ贓物ヲ隱匿遺失物ナリト信シ賣買ノ牙保ヲ爲シタル者ハ罪本重カルヘクシテ
犯ス時知ラサル者ハ其重キニ從テ論スルコトヲ得ストアル刑法第七十七條ニ該當
スト解セルハ正當ナリ(各論遺失物隱匿罪參照)

第四項

違法ノ認
罪ヲ以テ
構成要件
トスル場
合

犯意ト關
係ナキ事
實

行爲カ違法ナリヤ否ヤ及ヒ所謂消極的構成要件(違法排除ノ原因ヲ指示ス
ノ存否如何ハ總テ客觀的ニ判定スヘキモノニシテ犯人ノ意志トハ關係ナ
キモノトス)同條第四項)而シテ玆ニ注意スヘキハ法律ハ時トシテ犯人カ法
益侵害ノ違法タルコトヲ認識シタルコトヲ以テ罪ノ特別要件トスルコト
アリ例ヘハ不法ニ人ヲ逮捕監禁ズル罪第二百七十八條第二百七十九條第
三百二十二條以下)及財産ニ對スル罪ノ如シ此ノ場合ニ於テ行爲ノ違法タ
ルコトハ罪ノ特別構成要件ニシテ同條第二項ニ所謂罪トナルヘキ事實中
ニ包含セラル、モノトス然レトモ犯意ハ犯罪ノ構成要件タル行爲以外ノ
事情例ヘハ處罰條件又ハ訴訟條件ニ關係ナク又犯罪ノ普通構成要件(例ヘ
ハ刑罰ヲ制裁トシタル違法行爲ナリヤ否ヤ及ヒ責任能力ノ有無ニ關スル

總轄的認

認識ニ關係ナキナリ)ニ關係ナク其他法律ノ適用セラルヘキ效力範圍既遂
未遂共犯ノ有無及罪カ一個ナリヤ二個ナリヤノ認識トハ全ク關係ナキモ
ノトス

犯意ノ要件タル結果ノ豫見ハ全然不定タルコトヲ許サスト雖トモ又結果
ノ全部ニ付キ一々之ヲ認識スルコトヲ要セス即チ發生スヘキ結果カ多少
特定セラレタルコトヲ以テ足レリトス換言スレハ行爲者ハ自己ノ意思實
行ニ依テ招キ又ハ防止セサル因果關係(若クハ此ニ類似ノ關係即チ意思實
行ノ進行 *Verlauf* ト其效果 *Wirkung* トヲ總轄的ニ豫見スルコトヲ要ス然レ
トモ其總轄的認識ハ必スシモ實際ノ現象ト全然一致スルコトヲ要セサル
ナリ例ヘハ井戸ニ毒物ヲ投シ何人ニテモ苟クモ其水ヲ汲ミ飲ム人ヲ殺害
スル意思又ハ陷穴ヲ設ケテ此上ヲ通行スルモノヲ陷落セシメテ殺害スル
意思又ハ文庫中ニ何物ノ存在スルヤヲ知ラス兎ニ角其中ニ存在スル所ノ
財物ヲ窃取スル意思ハ何レモ殺人又ハ竊盜ノ犯意ト云フコトヲ得ヘク又

總則本論 第一卷 犯罪 第一節 犯罪ノ普通構成要件 第三章 有貨 二二九
行爲 第二節 犯意及過失

不特定ノ
犯意

事後ノ犯
意
事前ノ犯
意

此等ノ目的物ハ犯意ノ特定シタル目的物ト云フコトヲ得ヘシ而シテ學者
 ハ此場合ニ於ケル犯意ヲ不特定又ハ一般ノ犯意 *Volus indeterminatus o. gene-*
ralis ト稱セリ然レトモ犯意ハ多少一定シタル結果ノ豫見タルコトヲ要シ
 而シテ此特定カ絶対的 *Volus determinatus* タルト一部のタルトハ犯意ノ存在
 ニ毫末ノ響影ナク又此ク區別スルノ實益ヲ發見セス只タ爰ニ説明スル所
 以ハ結果ノ豫見ハ總轄的ニ特定セルコトヲ以テ足レリトスルコトヲ注意
 スルニ止マルナリ其他事後ノ犯意 *Volus subsequens* (犯意ナキ行為ノ結果ヲ
 後ニ追認スル場合ヲ云フ) 及ヒ事前ノ犯意 *Volus antecedens* (第一ノ犯罪ハ既
 ニ遂ケタリト誤認シテ其ノ發覺ヲ妨クル爲メカ又ハ其他ノ目的ヲ以テ更
 ニ他ノ行為ヲ行フコトニ依テ初メテ前ニ豫見シタル結果カ發生シタル場
 合例ヘハ既ニ殺人ヲ遂ケタリト誤信シ未タ死セサル者ヲ川ニ投シ其人ヲ
 溺死セシメタルカ如シナル名稱アリト雖トモ所謂事後ノ犯意ナルモノハ
 犯意トシテ認ムルコトヲ得サルコトハ別ニ説明ヲ要セス次ニ所謂事前ノ

犯意ノ場合ニ於テ起ルヘキ問題ハ前ノ意思實行ト後ノ意思實行トハ結果
 ノ單一ナル爲メ單一行為ノ一部分ヲ形ツタリ終始相牽連シタル單一行為
 ニシテ此行為ノ進行ニ關スル行為者ノ觀念ト現實ノ結果トハ主要ナラサ
 ル點ニ於テ相齟齬スルニ止マル(ウエーベル氏ノ説)ト云フコトヲ得ルヤ否
 ヤニ在リ而シテ若シ行為カ單一ナリトノ前提ヲ得ルトキハ前ノ殺人ノ犯
 意ハ此ノ單一行為ノ結果タル溺死ニ對シテ責任ヲ負フヘキハ當然ニシテ
 特ニ事前ノ犯意ト云フカ如キ特種ノ犯意ヲ認ムルノ必要ナク反之若シ此
 ノ場合ニ於ケル行為ハ各獨立シタル別個ノ行為ナリトノ前提ヲ得ルトキ
 ハ前ノ行為ニ對スル犯意カ後ノ行為ノ結果ニ對シテ引責ノ原因トナルヘ
 キ理由ナク何レニシテモ特ニ此種ノ犯意ヲ認ムルノ必要ナキナリ而シテ
 此場合ニ於ケル行為ハ單一ナリヤ又ハ各獨立シタル數個ノ行為ナリヤハ
 學者間ニ於テ異論アル所ナリト雖トモ吾輩ハ暫時フオンリスト氏ランマ
 ツシユ氏等ノ如ク多クノ場合ニ於テハ單一行為ヲ以テ論スヘキナリトノ

説ニ贊セント欲ス反之オールルスハウゼン氏フランク氏ヤンカ氏ハ此場合ニハ二個ノ獨立シタル行爲カ成立ストシ故殺未遂ト過失殺ノ俱發ナリト論セリ

第二項 錯誤 Der Irrtum.

犯意ノ性質ヲ明瞭ナラシムル爲メニ錯誤ノ場合ニ付テ説明セント欲ス錯誤トハ眞實ト觀念トノ齟齬スルコトヲ謂ヒ從テ犯意ノ成立ヲ沮却スルモノナレハ錯誤ニ關スル研究ハ犯意ヲ消極的立脚點ヨリ研究スルモノト謂フヘキナリ

第一 犯意ハ罪トナルヘキ事實ノ認識ナルカ故ニ若シ罪ノ特別構成要件タル事實若クハ刑罰加重ノ情狀トナルヘキ事實ヲ誤テ認識セサルトキハ犯意ハ存在セサルナリ例ヘハ他人ノ所有物タルコトヲ知ラスシテ之ヲ竊取スルモ竊盜罪(第三百六十六條以下參照)ノ犯意アリト云フコトヲ得ス又自己ノ祖父母父母タルコトヲ知ラスシテ之ヲ故殺スルモ祖父母

罪トナルヘキ事實ノ不知

違法原因排除ノ要件トシテ以テ罪ノ消極的構成要件ト認メ從テ此ノ消極的要件ノ存在セサルコトヲ認識スルニ

父母ニ對スル故殺罪(加重ノ情狀アル故殺第三百六十二條參照)ノ犯意アリト云フコトヲ得サルナリ(現行刑法第七十七條第二項及ヒ第三項參照)反之犯罪ノ普通構成要件ノ存在ニ關スル認識ハ犯意ノ存在トハ全ク關係ナキモノトス例ヘハ原則トシテハ行爲ノ違法タルコトヲ認識スルコトハ犯意ノ成立ニ必要ナラス其他違法排除ノ原因刑罰免除ノ原因刑罰輕減ノ原因ノ存在ニ關スル誤認ハ犯意ノ成立ニ關係ナキモノトス(反之フランク氏レフレル氏メルケル氏等ハ違法排除ノ原因ヲ以テ罪ノ消極的構成要件ト認メ從テ此ノ消極的要件ノ存在セサルコトヲ認識スルニアラサレハ犯意ハ存在セスト論シ殊ニフランク氏ハ刑罰輕減ノ原因ヲ以テ罪トナルヘキ事實ノ内ニ包含セシメタリ)罪ノ特別構成要件又ハ刑罰加重ノ情狀タル事實カ存在セサルニ拘ハラス存在スルモノト誤認シタル場合ニ於テハ行爲者ノ豫想シタル罪ハ不能犯タル未遂ノ狀況ニ終ルコトアリ得ヘキナリ例ヘハ自己ノ所有物ヲ他人ノ所有物ト誤認シテ

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 罪犯ノ通稱構成要件 第三章 有責 二四三

之ヲ竊取シ又ハ自己ノ祖父母ニアラサルモノヲ尊屬親ナリト誤認シテ故殺スルカ如シ(誤認犯罪 *Wahnverbrechen*) 前ノ場合ニ於テハ竊盜罪ハ成立セス後ノ場合ニ於テハ普通ノ故殺罪ヲ構成スヘキナリ

第二 犯罪ノ特別構成要件タル事實又ハ刑罰加重ノ原因タル事實ニ關シ行爲者カ具體的ニ豫見シルタ事實ニ付テ錯誤アル場合(例ヘハ行爲者ハ人ヲ殺害スル事實ヲ知ルモ乙ナリト信シテ甲ヲ殺害スルカ如シ)ニ於テ行爲者カ其結果ニ付テ犯意ヲ有シタリトシテ責任ヲ負フヘキヤ否ヤト云フニ此場合ニ於テ行爲者カ作爲ニ依テ發生シ又ハ不作爲ニ依テ妨止セザリシ結果ニ關スル豫想ト現實ノ結果トノ間ニ於テハ元ヨリ一致ヲ缺クト雖トモ犯意ノ成立ニハ行爲ノ因果關係ニ關スル豫想ト現實ノ結果ト必スシモ全然符合スルコトヲ要セス只タ主要ナル點ニ於テ相一致スルヲ以テ足レリトス而シテ此主要ナル點ニ關スル一致ノ有無ヲ判定スル標準ニ付テハ大凡ソ左ノ二說アルカ如シ

罪ニ關シテハ
キトシテ
事カシ
者ニカ
的ニシ
的ニシ
見シタ
ルニ付
ルテ場
合ニ付

主ニ關スル
點ニ於テ
一致スル
事ニ付テ
ハ其結果
ニ關スル
標準ニ付

第一說

第一說 行爲者カ現實ノ結果ヲ豫想シ得タリシナラハ其原因トナリタル行爲ヲ遂ケザリシ場合ニ於テハ主要ノ點ニ關シテ錯誤アリト云ヘク前例ニ於テ殺害者カ被害者ノ甲ナルコトヲ知ラハ乙ヲ殺害スルコトヲ爲サ、リシト云フ狀況ニアリシナラハ乙ノ殺害ニ付テハ犯意ナシト論セリ而シテ此說ニ從フモ單ニ一部ノ事實ニ付テ錯誤アルモ其錯誤カ行爲ノ全體ニ關シテ不必要ナル場合ニ於テハ現實ノ結果ニ付テ犯意アルモノトシテ論セリ例ヘハ甲カ乙ヲ銃殺スル目的ヲ以テ之ニ短銃ヲ擬シタルニ乙カ之ヲ避クル爲メニ甲ト格闘中甲所持ノ短銃ノ引金ニ觸レ爲メニ銃殺サレタルカ如キ又ハ甲カ乙ヲ溺死セシムル目的ヲ以テ橋上ヨリ乙ヲ河中ニ向テ投シタルニ乙ハ橋ノ杭木ニ衝突シテ頭蓋骨ヲ破リ死亡シタルカ如キ又ハ甲カ乙ヲ銃殺スル目的ヲ以テ銃ヲ擬シタルニ乙カ之ヲ避クル際誤テ深淵ニ墮チ爲メニ死亡シタルカ如キ場合ニ於テハ甲ハ常ニ乙ヲ殺害スル犯意アリト論セリ(フオ

總則本論 第一卷 犯罪ノ普通構成條件 第三章 有責 二四五
行爲 第二節 犯意及過失

ン、リスト氏ノ説

第二説、苟クモ犯罪ノ構成ニ必要ナル法律上ノ結果ト行爲者ノ豫想ト相一致スルトキハ主要ノ點ニ於テ一致アリト論シ錯誤ヲ左ノ二箇ノ場合ニ區別セリ(第十五世紀ニ於テポーターンハウエル氏ニ依テ主張セラレタル以來一般ニ行ハル、説)

攻撃ノ錯

(イ) 攻撃ノ錯誤 *aberratio iectus* 即チ行爲者ニ於テ豫想シタル結果カ豫想外ノ目的物ニ付テ發生シ而カモ其錯誤ノ原因カ行爲者ノ心裏外ノ狀況ニ基クトキ例ヘハ右ノ人ヲ銃殺スル目的ヲ以テ發射シタルニ彈丸誤テ左ノ人ヲ銃殺シタルカ如キ此ノ場合ニ於テハ發砲者ハ左ノ人ノ死ニ付テハ豫想セサリシカ故ニ現實ノ結果ニ付テハ責任ヲ負フヘキニアラス即チ殺人罪ノ既遂ニアラスシテ未遂ト過失殺ノ二罪俱發ヲ以テ論スヘキモノナリトセリ(フランク氏ハ此ノ場合ニハ故殺ノ既遂ヲ以テ論セリ)

目的物ノ錯誤

(ロ) 目的物ノ錯誤 *error in obiecto* 即チ行爲者ノ豫想シタル結果カ豫想外ノ目的物ニ付テ發生シ其錯誤ノ原因カ行爲者ノ心裏ニ於ケル誤解ニ基ク時例ヘハ仇敵タル甲ヲ殺ス目的ヲ以テ乙ヲ甲ナリト誤信シテ殺害シタルカ如キ場合ニ於テハ行爲者ノ豫想シタル目的物ト現實被害ノ目的物ト何レモ等シク同一犯罪ノ目的物トナリ得ル場合ニ限リ此錯誤ハ不必要ナル點ニ關スルモノニシテ從テ此結果ニ付テ常ニ犯意アリト云フコトヲ得ヘシト論セリ(フランク氏ノ説ニ依レハ若シ行爲者ノ豫想シタル結果カ豫想シタル目的物ニ付テ發生シタルナラハ罪トナラサル場合ニ限リ目的物ノ錯誤ハ犯意ノ成立ヲ沮却スト論セリ例ヘハ子ヲ懲戒スル目的ヲ以テ子ニアラサル他人ヲ毆打シタルカ如シ)

明治三十五年レ第四〇八號同年四月七日宣告大審院判決ニ依レハ強盜ヲ毆打傷創シタル場合ト雖トモ尙ホ毆打傷創罪ヲ構成ス從テ強盜ナリト誤信シテ他人ヲ毆打

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第三章 有責 二四七

偽創セシメタル所爲ヲ以テ罪トナルヘキ事實ヲ知ラザリシモノト謂フヲ得スト解セルハ正當ナリ

以上第一説ニ依レハ第二説(イ)ノ場合ニ於テ例ヘハ牧場ニアル群羊中最上等ノモノニ向テ發砲シタルモ彈丸誤テ次等ノ羊ニ命中シタルトキハ假令行爲ニ錯誤アルモ發砲者ハ最上等ノ羊ニ限リ發砲スルノ意思ニアラザリシ限リハ結果ニ付テ犯意アリト論シ(ロ)ノ場合ニ於テハ主要ナル點ニ錯誤アリト認メ現實ノ結果ニ付キ犯意ナキモノト論セリ要之第一説ハ第二説ニ列記シタル錯誤ノ區別ヲ不必要ナリト論セリ然レトモ吾輩ノ信スル所ニ依レハ犯意ハ罪トナルヘキ事實ノ認識ニシテ苟クモ此ノ事實ヲ認識スル以上ハ犯意ハ完全ニ存在スルモノニシテ決行ノ原因ニ付如何ナル錯誤アルモ關スル所ニアラス從テ第二説ヲ至當ナリトス(但シ殺傷行爲ニ限リ現行刑法第二百九十八條及ヒ第三百四條ハ手段ニ基ク錯誤ノ場合ニ付テモ殺傷行爲ノ既遂ヲ以テ論スヘキコトヲ規定スルモノト解スルヲ至當ト

第二説ハ正當ナリ

ス) 決行ノ原因(理由)ハ犯意ノ成立ニ關係ナキカ故ニ迷信ニ基ク犯罪行意ヲ理由トシテ罪ノ不成立ヲ主張スルコトヲ得サルナリ例ヘハ祭神ノ儀式トシテ子女ヲ殺害スルカ如シ

第三項 違法ノ認識 Der Bewusstsein der

Rechtswidrigkeit.

違法ノ認識 原則

第一、犯意ハ罪ノ特別構成要件タル事實又ハ刑罰加重ノ原因タル事實ノ認識ナルカ故ニ其事實カ違法ナリヤ否ヤヲ認識スルト否トハ原則トシテ犯意ノ成立ニ關係ナキノミナラス違法タルコトヲ認識スルコトハ犯意ノ外ニ更ニ犯罪ノ成立ニ必要ナル條件ニモアラサルナリ(刑法第七十七條第四項參照)ビンデング氏バーセドウ氏ペーリング氏ハープマン氏エートケル氏オールスハウゼン氏ステルツ氏ノ諸學者ハ犯意ノ存在ニハ認識セラレタル違法ナル希望ヲ必要トセルモ余輩ハ之ヲ採ラス

總則本論 第一卷 犯罪ノ普通構成條件 第三章 有責 二四九

例外(遠
刑罰ノ認
識ヲ以テ
法外ノ特
別要件ト
スルニ成
合)

明治三十六年第一七三二號同年十月九日宣旨大審院判決ニ依リハ刑法第七十七
條第四項ハ假令實際ニ於テ法律規則ヲ知ラスシテ罪ヲ犯シタル者ト雖トモ罪ヲ犯
スノ意ナシト主張スルコトヲ許ササルコトヲ規定シタルモノトス而シテ同條項ニ
所謂法律規則トハ其刑罰法ナルト否トヲ問ハサルモノト解セルハ正當ナリ本件ノ
事實ハ最早債務ヲ辨濟シ依權者ニ於テ差押解除ノ承諾ヲ爲シ居ル以上ハ執達吏ヨ
リ正式ニ解除ノ手續ナシト雖トモ自ラ該物件ヲ處分シ得ルモノト誤解シタルモノ
ニシテ即チ差押ニ關スル規則ノ錯誤ニ屬ス

第二、然レトモ若シ刑法第二編以下ニ於テ行爲ノ違法タルコトヲ罪ノ特
別構成要件タル事實ノ内ニ包含セシメタルトキニ於テハ此違法ト云フ事
實ノ認識ハ犯意ノ外更ニ此ノ犯罪ノ構成ニ必要アル條件ト云ハサルヘカ
ラス即チ違法ノ認識ハ例外トシテ犯罪ノ特別構成要件タルヘキモノニシ
テ其場合ハ左ノ如シ

(イ)立法者カ既ニ存在スル權利ニ對スル攻撃行爲又ハ既ニ存在スル義務
ニ違背スル行爲ヲ罪ノ特別構成要件トシテ規定スル場合例ハハ窃盜罪

ニ於テハ他人ノ所有權ニ屬スル物タルコトヲ知ルコト、姦通罪ニ於テハ
既ニ夫婦ト云フ法律關係ノ存在スルコトヲ知ルコト、官吏ノ職務ニ對ス
ル抗拒罪ニ於テハ官吏ノ正當ナル職務ノ執行ニ抗拒スルノ事實ヲ知ル
コトヲ要スルカ如シ

(ロ)違法ノ目的アルコトヲ以テ犯罪ノ特別構成要件トスル場合例ハハ強
窃盜詐欺取財委託物費消罪ノ如キ之レナリ

(ハ)特ニ明文ヲ以テ不法ニ何々ノ行爲アル者云々ト規定スル場合例ハハ
故ナクシテ人ノ邸宅ニ侵入スル罪刑法第七十一條以下擅ニ人ヲ逮捕
監禁スル罪(刑法第三百二十三條以下)ノ如キ是レナリ

其他各罰則ニ於テ法律ノ錯誤カ犯罪ノ成立ニ影響ヲ及ホスヘキコトヲ
規定スル場合

フランク氏ノ説ニ依レハ刑法ノ觀念ニ於ケル事實ノ内ニハ刑法以外ノ法
規ニ依リ認メラル、所ノ權利、法律上ノ身分其ノ他法律上ノ關係ヲモ包含

フラン
ク氏ノ説

總則本論 第一卷 犯罪ノ普通構成條件 第三章 有責 二五一
行爲 第二節 犯意及過失

三五二

ス刑法ハ事實上ノ現象ニ對シテ法律上ノ保護ヲ與フルカ如ク(例ヘハ身體名譽貞操ヲ保護スルカ如シ)刑法以外ノ法規ニ依リ既ニ認メラレタル法律上ノ現象(例ヘハ所有權夫婦關係ノ如シ)ニ對シテモ等シク之ヲ保護ス而シテ此等法律上ノ現象ハ事實上ノ現象ト共ニ刑法上罪トナルヘキ事實ニ屬シ若シ此等ノ事實ヲ認識セサルトキハ犯意ハ成立スルコトヲ得ス要之刑法以外ノ法律ニ關スル錯誤(法律上ノ錯誤 *Rechtsirrtum*) カ事實ノ錯誤ニ屬スル以上ハ事實ニ關スル錯誤(事實上ノ錯誤 *Thatsachenirrtum*) ト等シク犯意ノ成立ヲ阻却ス例ヘハ民法上ノ誤解ニ依リ自己ノ所有物ナリト誤信シテ他人ノ所有物ヲ毀棄スルモ器物毀棄ノ犯意アリト云フコトヲ得ス次ニ行為ノ違法ナルコトカ罪ノ特別構成要件ニ屬スル場合ニ於テモ若シ其行為カ現存ノ權利ヲ侵害スルモノナルトキニ限り違法ノ不知ハ犯意ノ成立ヲ阻却シ反之現存ノ義務ニ違背スル行為ニ付テハ其義務ノ不知ハ責任ニ影響ナキ錯誤ナリト論セリ

行為ノ違法ニ關スル錯誤ノ場合

違法ニアル行為ヲ違行ナリト誤認シタル場合

第三、以上列記シタル例外ノ場合ヲ除キ罪ノ普通構成要件タル違法ノ有無ハ行為者ノ善意タルト惡意タルトヲ問ハス(違法ニ關スル錯誤ノ有無ニ拘ハラズ)常ニ客觀的ニ之ヲ判定スヘキナリ而シテ行為ノ違法ニ關スル錯誤ノ場合ヲ分類スレハ左ノ如シ

一、違法ニアラサル行為ヲ行為者ニ於テ違法ナリト誤認シタル場合此ノ場合ニ於テハ既遂犯ノ成立セサルハ勿論罰スヘキ未遂犯モ成立セサルナリ而シテ此種ノ錯誤ハ更ニ左ノ如ク分類スルコトヲ得ヘク且ツ何レノ場合ニ於テモ罪ヲ構成セサルモノトス

(イ) 全然違法ニアラサル行為ヲ違法ナリト誤認スル場合(誤想犯 *Putativdelikt*) 例ヘハ成年ニ達シタル男女カ合意上婚姻外ノ交接ヲ爲シタルコトニ依テ或ル罪ヲ構成スヘシト誤認シタルカ如キ或ハ高利ヲ以テ金員ヲ貸付ケタルモノカ成ル罪ヲ構成スト誤認スルカ如シ(現行法ニ於テ以上例示ノ行為ヲ罰スル規定ナシ)

(ロ) 違法排除ノ原因タルヘキ狀況ノ存在スルニ拘ハラス行為者ニ於テ此ノ原因カ存在セサルモノト誤認シタル場合例ヘハ正當防衛又ハ懲戒權ノ程度ヲ起ヘタリト誤認シテ爲シタル行為カ實際ニ於テ其程度ヲ起ヘサリシカ如シ

ニ客觀的ニ違法タル事實ヲ行為者カ違法ニアラスト誤認シタル場合換言スレハ刑法ニ規定スル禁令又ハ命令ニ違犯セストノ誤認ハ犯人ノ責任ニ影響ヲ及ホサ、ルモノトス而シテ此種ノ錯誤ハ更ニ左ノ如ク分類スルコトヲ得ヘク且ツ何レノ場合ニ於テモ罪ヲ構成スルモノトス

(イ) 普通ニ違法タル行為ヲ行為者カ全然違法ニアラスト誤認シタル場合例ヘハ刑法ニ於テ委託金費消行為ヲ處罰スルニ拘ハラス之カ處罰規定アルコトヲ知ラスシテ委託ヲ受ケタル他人ノ所有金ヲ費消スルカ如キ或ハ密賣淫ヲ處罰スルノ規定アルコトヲ知ラスシテ密ニ賣淫ヲ爲シタルカ如シ

(ロ) 行為者ニ於テ普通ノ場合ニ罪トナルヘキ事實タルコトヲ知ルモ違法排除ノ原因タル狀況ノ存在スルモノト誤認シタル場合例ヘハ正當防衛危難防衛或ハ緊急狀態トモ稱スノ狀況ニ遭遇シタルモノト誤認シ又ハ懲戒權ノ範圍内ナリト誤認シテ人ヲ殺傷スルカ如シ(但シ(ロ)ノ場合ニ於テハビンデング氏ヤンカー氏マイエル氏オールスハウゼン氏シエツフェル氏ステルツ氏ベヒテル氏其他普通ノ學說ハ罪ヲ構成セスト論スルモ反之リスト氏パール氏ハイツ氏ノ諸學者ハ本文ノ說ヲ採レリ蓋シ行為者ニ於テ違法排除ノ原因カ存在セリト誤認シタルノ一事ヲ以テ他人ヲ殺傷シタル行為ヲ不問ニ附スルハ到底其理由ヲ發見スルコトヲ得サルノミナラス現行刑法第三百十六條ニ於テ正當防衛過度ノ場合ニ付キ特別規定ヲ設ケタルニ依テ見ルモ少クトモ現行刑法ニ於テハ本文ノ說ヲ採用シタルモノト解スルヲ至當トス而シテレフレル氏メルケル氏フランク氏ノ說ニ依レハ罪ノ構成條件タル事

犯意ノ違法
 成立ノ原因
 排除ノ存在
 状況ノ認識
 状況ノ認識
 状況ノ認識
 トトシトセ
 ノナタルノ
 説要ルコ
 ス

實ハ積極的條件ト消極的條件トヲ包含スルモノトシ違法排除ノ原因
 ハ消極的條件ヲ爲ス者ニシテ罪ノ成立ニ必要ナル犯意ハ積極的構成
 條件タル事實ノ存在ヲ認識スルコトノ外ニ此ノ消極的構成條件即チ
 違法排除ノ原因タル状況カ存在セザルコトヲ認識スルコトヲ要スト
 シ此ノ積極的條件ノ存在ヲ認識セザルトキハ犯意ハ成立シ得サルカ
 如ク此ノ消極的條件ノ存在セザルコトヲ認識セザルトキ即チ違法排
 除ノ原因カ存在スルモノト誤認シタル場合ニ於テモ等シク犯意ハ成
 立スルコトヲ得スト論シ事實ノ不知ヲ標準トシテ犯意ノ成立若クハ
 不成立ヲ判定スルコト、セリ例ヘハ現在ノ攻撃ニ對スル防衛行爲ナ
 リト誤信シテ人ヲ殺害スルトキハ殺人ノ犯意ナシト論シ反之將來ノ
 攻撃ニ對シテモ正當防衛權カ認めラル、モノト誤認シタルトキハ法
 律ノ錯誤ニシテ殺人ノ犯意ナシト云フコトヲ得スト論セルモ吾輩ノ
 見ニ依レハ違法排除ノ原因ハ罪トナルヘキ事實以外ニ存在スルモノ

ニシテ罪トナルヘキ事實ノ不知ト違法排除ノ原因タル事實ノ不知ト
 ハ全然之ヲ區別スヘク後者ノ不知ハ常ニ違法ノ不知即チ法律上ノ錯
 誤ニ屬スルモノト信スルカ故ニ例ヘハ現在ノ攻撃ニ對スルモノト誤
 信シテ人ヲ殺傷シタルトキハ罪トナルヘキ事實ノ不知ニアラスシテ
 違法ノ不知ナルカ故ニ此ノ場合ニ於テハ當然殺傷罪ヲ構成スヘキモ
 ノト信ス

第四項 過失 Die Fahrlässigkeit

過失

第一 過失トハ豫見セラルヘキ結果ノ發生ヲ豫見セザルコトヲ云フ詳言
 スレハ行爲者カ或結果ノ發生ヲ豫見スルコトヲ要シ且ツ豫見シ得タリシ
 ニ拘ハラズ之ヲ豫見セザリシコトヲ云フ(ビンヂング氏ハ過失トハ認識ナ
 キ違法ノ意思ナリト説明セルモ余輩ハ之ニ贊セス)過失アル行爲 Fahrlässige
 Handlung トハ任意ナル意思ノ實行(積極的消極的双方ヲ含ム)ニ依テ豫見ス
 ルコトヲ要シ且ツ行爲者カ豫見シ得ルニ拘ハラズ豫見セザリシ結果ヲ發

生セシメ又ハ其ノ發生ヲ防止セザリシコトヲ云フ換言スレハ罪ノ特別構成要件タル事實及ヒ刑罰加重ノ原因タル事實ヲ法律上ノ義務ニ違犯シタル不知ニ依テ發生セシメ又ハ其發生ヲ防止セサルコトヲ云フ

過失ノ要件

一 意思ノ實行ニ當リ注意ノ缺欠スルコト *Mangel an Vorsicht* 即チ法律ニ依テ命セラレ且ツ當時ノ狀況ニ於テ必要ナル注意 *Sorgfalt* ノ缺欠アルコトヲ要ス而シテ此ノ注意ノ程度ハ各場合ニ於ケル行爲ノ客觀的性質ニ從テ抽象的ニ量定セラルヘキモノニシテ各行爲者ノ特質ニ從テ主觀的(具體的)ニ之ヲ量定スヘキモノニアラス (*Willensschuld*)

二 豫見ノ缺欠セルコト *Mangel an Voraussicht* 即チ意思ノ實行ニ依テ發生シ又ハ發生ヲ防止セザリシ結果ヲ行爲者カ豫見シ得ヘキ能力アルニ拘ハラズ此カ豫見ヲ怠リタルコトヲ要ス且ツ其ノ結果ヲ豫見シ得ル能力ハ必スシモ現ニ發生シタル結果ニ對シテ全然豫見ノ能力アルコトヲ要セス其結

二

果ニ對シ大體ノ點ニ於テ豫見シ得ル能力アリタルコトヲ以テ足レリトス例ヘハ過失殺ノ場合ニ於テ苟クモ人ヲ死ニ致スコトヲ豫見シ得タルトキハ其何人ヲ死ニ致スヤニ付テ豫見ノ能力アルコトヲ要セス又被害者死亡ノ時場所及ヒ致死ノ近因等ニ付テ豫見シ得タルコトヲ要セス而シテ行爲者ニ此ノ豫見ノ能力アリヤ否ヤヲ決スルニハ各行爲者ノ精神發達ノ程度及ヒ意思實行當時ニ於ケル精神ノ狀況ニ注意セサルヘカラス即チ此豫見能力ノ程度ハ各行爲者ノ主觀的(具體的)精神ノ狀況ニ從テ量定スヘキモノナリ (*Vorstandsschuld*)

以上説明シタル所ニヨリ左ノ二點ニ付キ注意スルコトヲ要ス

一 豫見ノ缺欠ハ結果カ發生セサルヘシト確信スルコトヲ意味ス反之若シ結果ノ發生ヲ確信シタルトキ(確定犯意)又ハ發生シ得ヘシト豫想シタル結果ノ發生ヲ認諾 *Billigung* シタルトキハ(不確定犯意)犯意ハ存在スルモノニシテ過失ノ問題ヲ生セス然レトモ一旦或ル結果ノ發生シ得ヘキコトヲ豫

過失ト不
確定犯意
トノ關係

過失トノ認識トノ關係

過失トノ認識トノ關係

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

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

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

第三 總テ法規ハ過失ニ依テ違犯スルコトヲ得ヘキモ現行法ハ原則トシ

法文ニ明示セシテ過失トシ合テスル場

テ過失ノ行為ハ之ヲ處罰セストシ例外トシテ刑法ニ於テ之ヲ處罰スヘキコトヲ明言シ又ハ法規ノ關係上之ヲ處罰スル意思ノ明了ナル場合ニ限リ之ヲ處罰スルコト、セリ(現行刑法第七十七條第一項參照)而シテ現行刑法中過失行為ヲ處罰スヘキコトヲ明記セル場合ハ例ヘハ第五百十條第七十六條第三百十七條第三百十八條第三百十九條第四百九條第四百十四條ニ規定スルカ如シ其他假令法文ニ明記セスト雖トモ其犯罪ノ性質上過失ニ出テタル場合ニ於テ之ヲ處罰スヘキモノニシテ法文ニ反對ノ明示ナキ以上ハ過失ニ出テタルノミヲ以テ之ヲ處罰スヘキモノ即チ警察犯(Polizei-delikt)又ハ Polizeiberletzung)ノ如キ是レナリ現行刑法中第四編違警罪ノ多數及ヒ第二編第五章第三節傳染病豫防規則ニ關スル罪第四節危害品及ヒ健康ヲ害スヘキ物品製造ノ規則ニ關スル罪第五節健康ヲ害スヘキ飲食物及ヒ藥劑ヲ販賣スル罪ハ之ニ屬ス(刑法各論參照)

第四 犯意ハ罪ノ特別構成要件タル事實若クハ刑罰加重ノ原因タル事實

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第三章 有責 二六一

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

一 行為者ニ於テ生物ノ生命ヲ絶ツ所ノ行為ヲ爲シツ、アルコトヲ認識スルモ人ニ對シテ此ノ行為ヲ爲シツ、アルコトヲ認識セサル場合

二 行為者ハ人ニ對シテ行為ヲ爲シツ、アルコトヲ認識スルモ之カ生命ヲ絶ツト云フ結果ノ發生ヲ認識セサル場合

而シテ現行刑法ハ過失殺人罪(第三百十七條)ニ付キ以上二個ノ場合ニ付キ之カ區別ヲ設ケス等シク之ヲ處罰スト雖トモ刑法第五百十條(第七十六條)ニ於テハ看守者カ過失ニ依テ囚徒ノ逃走ヲ覺ラサリシトキ又ハ封印ヲ破棄シ又ハ其物件ヲ盜取毀壞スル犯人アルコトヲ覺ラサリシ場合ニ限リ

過失ノ二分

其過失ヲ處罰スルコト、シ過失ニ依テ囚人ニ逃走ノ手段ヲ幫助シ又ハ過失ニ依テ自カラ封印ヲ破毀スル場合ヲ處罰セス

第五 過失ニ依テ結果ヲ豫見セサリシ場合ニ付キ行為者ノ官職職業又ハ營業上特ニ命セラレタル義務ニ違犯シテ其職務ノ執行範圍内ニ於テ注意ヲ缺キタル場合ト然ラサル場合トヲ區別シ前ノ場合ニ於テハ後ノ場合ニ比シ其刑ヲ重クスルコトハ至當ナルヘシト雖トモ現行刑法ハ之レカ區別ヲ認メス同一ノ刑ノ範圍内ニ於テ處罰スルコト、ナシタルハ缺點ト云フヘシ

現行刑法
上過失ノ
政處
懈怠

第六 現行刑法第三百十七條ニ於テハ疎虞懈怠又ハ規則慣習ヲ遵守セス過失ニ因テ人ヲ死ニ致シタル者ハ二十圓以上二百圓以下ノ罰金ニ處スト規定シ過失ヲ分テ(一)疎虞(二)懈怠(三)規則慣習ヲ遵守セサルコトニ區別セリ

(一)疎虞トハ一般人ニ要求スヘキ注意ヲ標準トシテ之ヲ缺キタル場合ヲ指シ(二)懈怠トハ特定ノ地位例ヘハ官吏公吏其他公職ニ從事スル者又ハ醫師

産婆藥劑士鐵道機關師船長ノ如キ各自ノ職務ニ伴フテ法律上要求セラルル處ノ必要ナル注意ヲ標準トシ之ノ注意ヲ缺キタル場合ヲ指シ(刑法第百五十條第百七十六條參照)タルモノニシテ何レモ前ニ説明シタル過失ノ條件ヲ必要トスルモノナリ然レモ現行刑法ノ如ク二者何レノ場合ニ於テモ其刑罰ニ輕重ノ差ヲ設ケサル以上ハ敢テ二者ノ區別ヲ設クルノ必要ナキモノトス(然レトモ立法論トシテハ後ノ場合ハ前ノ場合ニ比シ其刑ヲ加重スルヲ至當トス刑法改正案第二百四十七條第二百四十八條參照)規則慣習ヲ遵守セストハ法律ハ規則慣習ヲ遵守セサルコトヲ以テ直ニ過失アリタルモノト看做シ其結果ニ付テ過失ノ責任ヲ負フヘキモノトセルナリ例ヘハ刑法第四百二十五條第一號乃至第五號ノ規則ニ違反シタル結果家屋ヲ燒燬シ(第四百九條失火罪同條第六號第四百二十六條第五號乃至第八號ノ規則ニ違反シタル結果人ヲ殺傷シタルカ如キ(第三百十七條乃至第三百十九條過失殺傷罪參照)是レナリ

規則慣習ヲ遵守セ

法文ニハ疎虞懈怠又ハ規則慣習ヲ遵守セス過失ニ因テ云々ト規定シアルカ故ニ文理解釋トシテハ疎虞懈怠又ハ規則慣習ヲ遵守セサルコトヲ原因トセル過失ノ外ニ尙ホ他ノ過失アルカ如キモ刑法第一條ニ於テ凡ソ法律ニ於テ罰スヘキ罪ヲ分テ三種ト爲ス「トアリテ恰モ法律ニ於テ罰スヘキ罪ノ外尙ホ他ニ罰スヘカラサル罪ナルモノアルヘキカ如キモ同條ノ趣旨ハ罪ヲ分テ重罪輕罪違警罪ノ三種トシタルニ止リ此ノ以外ニ於テ更ニ罰スヘカラサル罪ノ存在スルコトヲ認メタルニアラサルト等シク本條モ過失ノ種類ヲ三分シタルモノニシテ此ノ以外ニ於テ更ニ過失ノ存在ヲ認メタルニアラサルト同時ニ以下數條ニ於テ疎虞懈怠又ハ規則慣習ヲ遵守セス云々ノ文字ヲ再ヒスルノ煩ヲ避ケンカ爲メニ外ナラサルナリ(但シ立法論トシテハ規則慣習ヲ遵守セサルコトヲ以テ直チニ過失アルモノト認メ其結果ニ付テ責任ヲ負ハシムルハ不當ナリト信ス刑法改正案第二百四十七條第二百四十八條參照)

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪ノ普通構成條件 第三章 有責 二六五

普通ノ學
就ニ依ル
過失ノ分
類
過失アル
認識ナキ
過失
認識ナキ
過失

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

處罰サル
ヘキ不法
行爲

形式ニ於
テ犯罪ト
他ノ不法
ナル點
實質ニ於
テ犯罪ト
他ノ不法
ナル點
法規ノ強
制手段

第四章 處罰サルヘキ不法行爲

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

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

二 法規ノ或モノ例ヘハ殺傷自由剝奪行爲ヲ禁止スル規定ハ此ニ違犯スル一個ノ行爲ニ對シテ私法上及ヒ刑法上ノ制裁ヲ併科スルコトヲ得ヘシ

三 法規ノ或モノハ其違犯者ニ對シテ單ニ刑罰ノミヲ制裁トシ私法上ノ制

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第四章 處罰 二六七
サルヘキ不法行爲

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

以上數項ニ於テ説明シタル所ヲ綜合スレハ國家ハ私法上ノ制裁即チ強
制執行原狀回復損害賠償ノ手段ニ依テハ此ノ不法行為ヲ防止スルニ不
充分ナリト認ムル場合ニ於テ刑罰ト云フ制裁ヲ科スルモノナリ而シテ
國家カ刑罰ナル制裁ヲ必要トスル場合ヲ列記スレハ左ノ如シ
(一) 窃盜強盜詐欺取財等ノ如キ普通ノ犯人ハ無資力ニシテ之ニ對シ損害
賠償ヲ強制スルコトノ不能ナル場合
(二) 殺傷強制猥褻行為等ノ如キ私法上ノ損害賠償ノミニテハ此等權利ノ

侵害ヲ賠償スルニ足ラサル場合

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

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

以上ノ場合ヲ綜合スレハ犯罪行為ノ實質ハ現行法規ニ於テ立法者カ法律
上保護スル利益(法益)ニ對シテハ危險ナリト認メタル所ノ攻撃ノ行為ヲ謂
フ

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

物的刑罰
排除ノ原因

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

人的刑罰
排除ノ原因

而シテ此ノ物的刑罰排除ノ原因ハ立法者カ行爲者ノ身分(*Die Persönlichkeit des Täters*)ニ基キ特ニ其身分アル人ニ限り刑罰ヲ免除シ其以外ノ者ニ對シテハ刑罰ヲ科スル場合ト區別スルコトヲ要ス後ノ場合ヲ稱シテ人的刑罰排除ノ原因(*Die persönliche Strafnusschlussungsgrunde*)ト謂フ例ヘハ刑法ノ適用ヲ受ケサル人(人ニ對スル刑法效力ノ範圍説明參照)ニ對シ及ヒ刑法第五百一一條第五百十二條ニ規定スル犯罪庇護ノ罪ヲ犯人ノ親屬カ犯シタルトキ(刑法第五百十三條)竊盜詐欺取財委託物費消罪ノ犯人カ被害者ノ親屬ナルトキ(刑法第三百七十七條)遺失物藏匿罪ノ犯人カ被害者ノ親屬ナルトキ(遺失物法第十六條第二項)ニ於テ犯人ヲ處罰セサルカ如シ人的刑罰排除ノ原因ハ犯罪ノ不成立ニアラスシテ犯罪ハ成立スルモ此ノ

刑罰消滅
原因

特別身分アル犯人ニ對シテハ刑罰ヲ科セサルニ過キス故ニ此ト共謀シタル身分ナキ他人ハ各法條ニ從ヒ處罰セラルヘク又親屬相盜親屬詐欺ニ因テ得タル物件ハ贓物タルコトヲ妨ケサルナリ(刑法第三百九十九條)乃至第四百一條參照)

此ノ人的刑罰排除ノ原因ハ犯罪成立後ニ發生シタル狀況ノ爲メニ既ニ發生シタル刑罰請求權ヲ消滅セシムル場合ト區別スルコトヲ要ス後ノ場合ヲ稱シテ刑罰消滅原因(公訴權消滅原因 *die Strafnusschlussungsgrunde*)ト謂フ例ヘハ刑事訴訟法第六條ニ列記スル各場合即チ(一)被告人ノ死去(二)告訴ヲ待テ受理スヘキ事件ニ付テハ告訴ノ拋棄(三)確定判決(四)犯罪ノ後頒布シタル法律ニ因リ其刑ノ廢止(五)大赦(六)時效及ヒ刑法第二百二十六條第三百五十六條ニ規定スル自首全免ノ場合ハ此ニ屬ス

第三 立法者カ特種ノ犯罪ニ限り之ヲ處罰スル爲メニ其犯罪行爲トハ全ク獨立シタル客觀的狀況ノ之ニ伴フコトヲ必要トスルコトアリ此ノ種ノ

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第四章 處罰 二七一

狀況ヲ稱シテ狭義ノ處罰條件 (Bedingungen der Strafbarkeit in eng. Sinne) ト謂フ例ヘハ賭博ヲ處罰スルニハ其現行カ捜査官ニ依テ發見セラレタルコトヲ要シ(刑法第二百六十一條參照)家資分散ニ關スル罪ヲ處罰スルニハ家資分散狀況ノ存在スルコトヲ要シ(刑法第三百八十八條第三百八十九條參照)有罪破産ヲ處罰スルニハ破産宣告ヲ受ケタルコトヲ要スルカ如シ(破産法第一千五十條第一千五十一條參照)以上例示ノ外ニ例ヘハ獨逸ニ於テハ同盟國ニ敵對スル行爲ハ他國ニ於テ獨逸國ニ相互ノ處刑ヲ保證スル場合ニ限り之ヲ處罰スルコト、セリ(獨逸刑法第二百二條第三百三條)重罪ヲ申告セサル行爲ハ其重罪又ハ罰スヘキ未遂ノ發生シタル片ニ限り處罰スルコト、セリ(同法第三百二十九條)決闘ヲ煽動スル行爲ハ被煽動者カ決闘ヲ爲シタルトキニ限り之ヲ處罰スルコト、セリ(同法第二百十條)爭鬪又ハ多數ノ攻撃ハ此ニ因テ重傷ヲ生シタルトキニ限り之ヲ處罰セリ(同法第二百七十七條)姦通ハ之ヲ理由トシテ離婚ノアリタルトキニ限り之ヲ處罰セリ(同法第一百七十二

條)詐欺婚姻ハ婚姻ノ取消サレタルトキニ限り之ヲ處罰セリ(同法第一百七十條)而シテ此ノ處罰條件ハ立法者カ或ル犯罪ノ爲メ更ニ重キ結果ノ發生シタルコトヲ理由トシテ其刑ヲ加重スル場合トハ區別スルコトヲ要ス例ヘハ被告人ヲ陷害スル目的ヲ以テ偽證シタル爲メ又ハ誣告ノ爲メ被告人カ刑ニ處セラレタルトキニ於テ其偽證又ハ誣告罪ノ刑ヲ加重スルカ如キ是レナリ(刑法第二百二十一條第二百二十二條第三百五十七條參照)蓋シ後ノ場合ハ此ノ重キ結果ノ發生ナクモ既ニ此ヲ處罰シ得ヘキモノニシテ反之處罰條件ハ此ノ條件ヲ具備セザルトキハ全然其行爲ヲ處罰スルコトヲ得サルナリ

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

一 責任ノ原因トナルヘキ犯意及ヒ過失ハ何レモ罪トナルヘキ行爲ノ因果

關係ノ豫見ニ關スルモノナレハ罪トナルヘキ事實ト獨立シタル處罰條件タル狀況ヲ豫見スルト否トハ有責行為ノ成立不成立ニハ關係ナキモノトス

二處罰條件ノ具備セサル間ハ處罰スヘキ行為ハ未遂ノ狀況ニアルニアラス處罰スヘキ未遂ハ罪トナルヘキ行為ノ未遂ニ更ニ處罰條件ノ附加シタルトキニ限り存在スルナリ

三處罰條件ノ具備セサル間ハ國家ノ刑罰請求權(公訴權ハ)發生スルコトヲ得ス即チ其行為ハ法律上處罰スヘキ行為ニアラサルナリ從テ左ノ結果ヲ生ス

(イ)處罰條件ノ具備スル以前ニ於テハ公訴權ヲ行使スルコトヲ得サルハ勿論(處罰手續ノ開始)法律上有效ナル告訴ヲモ提起スルコトヲ得サルナリ從テ親告罪ニ於ケル告訴ノ提起期間ハ(現行法ニ此ノ規定ナシ)告訴權者ニ於テ此ノ處罰條件ノ存在ヲ知覺シタルトキヨリ開始スヘキ

ナリ

(ロ)處罰條件ノ具備セサル間ハ其罪ノ共犯及ヒ其罪ノ庇護(刑法第五百十一條第五十二條參照)ヲモ處罰スルコトヲ得ス(刑法第二百六十一條第一項後段ニ規定スル賭博ノ情ヲ知テ房屋ヲ給與スル罪ハ同條第一項前段ニ規定スル賭博ノ正犯ニ對スル從犯關係ヲ有スルモノナレハ賭博ノ正犯行為ニ對シテ處罰條件カ發生シタルキニ限り即チ賭博ノ現行カ捜査官ニ依テ發見セラレタル場合ニ限り之ヲ處罰スルコトヲ得ルナリ)

(ハ)誣告ノ内容ニ於テ法律カ請求スル處罰條件ヲ缺除セルトキハ誣告罪ハ成立セス(各論誣告罪說明參照)

(ニ)沒收刑ハ裁判官ニ於テ被告事件ノ處罰行為タルコトヲ認メタル場合ニ限ルヘキカ故ニ處罰條件ノ具備セサル以上ハ此ノ處分ヲ爲スコトヲ得サルナリ

處罰行為
ト處罰條件
ト獨立シ
ク存在ス
ルコトニ
テ結論

然レトモ處罰條件ノ具備シタルトキハ其效力ハ行為ノ發生シタル當時ニ
遡及スヘキモノニシテ從テ刑罰請求權ハ犯罪行為ノ發生シタル當時ヨリ
存在シタルト同一ノ效力ヲ生ス故ニ處罰條件ノ發生以前ニ於テ此ノ條件
ヲ必要トスル所ノ犯罪ニ對シテモ法律上有效ニ訴訟手續ヲ開始進行スル
コトヲ得ヘキナリ

四罪トナルヘキ行為自體ト處罰條件トハ全ク獨立シテ存在スルカ故ニ

- (イ) 行為ノ既遂ヲ判定スルニハ處罰條件ノ存否トハ何等ノ關係ナシ
- (ロ) 行為ノ時及ヒ場所ヲ判定スルニハ處罰條件ノ發生シタル時及ヒ場所
トハ何等ノ關係ナシ
- (ハ) 犯罪ニ對スル公訴時効ノ期間ハ處罰條件ノ發生トハ關係ナク行為ノ
終リタルトキヨリ進行スルナリ
- (ニ) 處罰條件ノ發生以前ナリト雖トモ苟クモ行為ノ終リタル後ニ於テ犯
人ニ幫助ヲ與ヘタルトキハ犯罪庇護ノ行為(刑法第一百五十一條第百五

訴訟條件

十二條參照ヲ發生シ得ヘク反之共犯ノ問題ヲ生セス(但シ此ノ犯罪庇
護ヲ處罰スルニハ原犯ニ付テ處罰條件ノ發生シタルコトヲ要ス)

第四 刑罰請求權ノ發生ニ必要ナル條件トシテ實體法ニ屬スル處罰條件
ハ其性質及ヒ效果ニ於テ所謂訴訟條件(Die Prozessvoraussetzungen) ²⁷ 又ハ Strafklage-
voraussetzung)ト區別スヘキコトヲ注意スヘシ即チ訴訟條件ハ訴訟行為ヲ法
律上有效ニ爲スニ付テノ必要條件ニシテ殊ニ公訴權ノ行使ニ關スル條件
ナリ而シテ訴訟條件ニ關スル規定ハ全然形式法タル刑事訴訟法ノ範圍ニ
屬ス例ヘハ裁判所管轄等ノ外ニ犯罪後ニ於ケル刑事被告人ノ訴訟能力及
ヒ親告罪ニ於ケル告訴ノ提起ハ之レニ屬ス以上例示ノ外例ヘハ獨逸ニ於
テハ官吏ニ對シテ處罰手續ヲ開始及進行スルニハ所屬官廳又ハ裁判所ノ
決議ヲ必要トシ(獨逸裁判所構成法施行法第十一條參照)立法機關ノ議員ニ
對シ其會期中ニ於テ處罰手續ヲ開始及ヒ進行スル爲メニハ特別ノ條件ヲ
必要トセリ(獨逸憲法第三十一條刑事訴訟法施行法第六條第一參照)獨逸刑

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第四章 處罰 二七七
サルヘキ不法行為

處罰條件
ト別件ト
スルヨリ
ノ刑罰
効果
生訴區

法第九十九條第一百條第九十七條ニ規定スル特種ノ名譽毀損罪ニ付テハ名譽ヲ毀損セラレタル者ノ委任アルトキニ限り訴訟手續ヲ開始スヘキモノトセリ

以上處罰條件ト訴訟條件トノ區別ヨリ生スル刑事訴訟法上ノ效果ハ若シ處罰條件ヲ缺クトキハ刑罰請求權(公訴權)存在セサルカ故ニ刑罰請求權否認ノ理由ニ依リ免訴(Ereisprechung)ヲ言渡スヘシ反之若シ訴訟條件ヲ缺クトキハ公訴權ヲ否認スルコトナク訴訟ヲ否認ストノ理由ニ依リ公訴不受理(Einstellung)ノ言渡ヲ爲スヘキナリ

明治三十七年九月第一二三四號同年七月八日宣告大審院判決ニ依レハ(一)告訴ハ親告罪ニ對スル訴訟ノ要件ナルモ其成立要件ニ非ス從テ被害者ノ告訴アルト否トハ犯罪ノ成否ニ何等ノ影響ナシ(二)刑事訴訟法第五十八條ハ司法警察官及ヒ巡查憲兵卒ニ對シ被告ノ確定罪證ノ確保ニ關スル應急處分ヲ命シタルモノナレハ此等ノ吏員ハ親告罪ニ對スル場合ト雖トモ告訴ヲ待タスシテ直ニ其現行犯人ヲ逮捕スヘキ義務ヲ負フモノトスト解セルハ正當ナリ

明治三十七年九月第一六七三號同年十月十三日宣告大審院判決ニ依レハ新聞紙上ノ記事ヲ以テ誹毀セラレタル者カ責任者ノ何人ナルカヲ確知シ能ハサル場合ニ告訴ヲ提起スルハ其責任者ニ對シ訴訟ノ上相當ノ處分アラントヲ求ムルニ外ナラス從テ告訴狀ニ指稱セラレサル者ト雖トモ實際責任者ト認メタル以上ハ之ヲ處罰スヘキハ當然ナリ

明治三十六年九月第二一七號同年三月二十四日宣告大審院判決ニ依レハ刑事訴訟法上親告罪ニ付被害者又ハ其親屬ノ告訴ヲ要スルハ公訴提起ニ關スル一ノ要件タルニ過キスシテ犯罪構成ニ關スル要件ニ非ス從テ告訴アリタルヲ否テノ事實ハ之ヲ判文ニ掲ケルノ要ナシト解セルハ正當ナリ

犯罪發生ノ形式

第二編

犯罪發生ノ形式

Die Erscheinungsformen

第一章 犯罪ノ既遂及未遂

第一節 未遂ノ定義

第一 既遂 Vollendung トハ犯意ニ基クト過失ニ基クトヲ問ハス罪ノ構成要件タル總テノ事實ノ發現シタルコトヲ稱ス換言スレハ既遂ハ罪ノ構成要件タル事實ノ完備シタルコト殊ニ刑法各本條ニ於テ罪ノ特別構成要件トシテ規定シタル結果ノ發現スルコトヲ要ス從テ罪ノ既遂ノ時期ハ刑法各本條ノ規定ニ依テ定マル而シテ刑法各本條中ニハ罪ノ構成要件トシテ法益ニ對スル實害若クハ危險ノ狀況ヲ實現セシムルコトヲ要スルモノト然ラサルモノトアリ故ニ例ヘハ刑法第三百六十六條ニ規定スル窃盜ノ既遂ハ同法第三百九十五條前段ニ規定スル委託物費消ノ既遂ト其時期ヲ異

犯罪ノ既遂及未遂ノ定義

既遂ト處罰條件

未遂ノ存在シ得ヘキ場合

ニシ又同法第九十五條ニ規定スル官印偽造ノ既遂ト同法第二百八條以下ニ規定スル私印偽造行使ノ既遂トハ其時期ヲ異ニシ又同法第四百二十七條第二號ニ規定スル罪ノ既遂ハ同法第二百九十九條以下ニ規定スル毆打創傷ノ既遂ト其時期ヲ異ニス

處罰條件ハ罪ノ構成要件ニアラサルカ故ニ罪ノ既遂ノ時期ヲ定ムル標準トナラス故ニ例ヘハ有罪破産ノ既遂ハ處罰條件タル破産宣告ノ時期ニハ關係ナク舊商法第五十條第五十一條ニ規定スル行爲ヲ終リタルトキニ成立スルモノトス

未遂 Versuch ハ左ノ二個ノ場合ニ於テ存在スルコトヲ得ヘシ

一 未遂ハ結果ヲ發生セシメ又ハ其發生ヲ防止セザル意思ノ實行ニシテ而カモ其結果カ發生セザルコトヲ謂フ即チ意思ノ實行ハ主觀的ニハ犯意ニ基キ客觀的ニハ結果ヲ發生セシメ得ル能力アルコトヲ要ス但シ原則トシテハ犯意ノ外ニ結果ノ發生ニ付テ希望ヲ有スルコトヲ要セス而シ

二八二

テ犯意(條件附犯意ヲ包含ス)ニ基クコトヲ要スルカ故ニ過失犯ニハ未遂ヲ認メス(犯意ノ有無ニ關セス單ニ重キ結果ノ發生ニ依テ其刑ヲ加重スル場合ニ於テハ重キ結果ノ發生ヲ豫想スルモ未遂ノ問題ヲ生セス)未遂ノ實質ハ犯意ニ依テ豫想セラレタル結果ノ發生セサルニアリ

法律カ未遂ヲ處罰スル所以ハ(イ)行爲者ニ於テ結果ヲ豫想シナカラ此ノ行爲ヲ爲シタルハ行爲者自身ニ危險ノ性質ヲ有スルコト(ロ)結果ヲ發生セシメ得ル能力ヲ有スル所ノ行爲ノ危險ナルニ存ス此ノ說ハフオンリ
スト氏メルケル氏コーレル氏等ノ唱フル所ニシテ未遂ヲ處罰スル理由ハ不能犯ノ問題ト重大ノ關係アルコトヲ注意スヘキナリ而シテ反對說トシテ(一)ガイエル氏ヘルシユテル氏等ハ未遂トハ犯罪發生ニ關スル希望ノ一部の實現ナリト説明シ(二)フオンブリー氏ノ嶄新ナル說ニ依レハ客觀的危險ヲ標準トセス純粹ナル主觀的觀念ニ依テ未遂ノ性質ヲ説明セリ(三)ロツシー氏ラムマツシユ氏ヘルツオーグ氏クラー氏等ハ未遂ヲ

罰スルハ此ノ行爲カ猶將來繼續シテ行ハレ且ツ既遂ニ至ルヘシトノ想像ニ基クナリト説明セリ即チ完成力ノ防止換言スレハ行爲者ノ危險ヲ防止スルニアリトセリ

二行爲者ノ犯意ハ罪ノ構成要件タル總テノ事實ヲ發現セシムルニ在ルモ偶々其構成要件ノ一ヲ缺除シタル場合ニ於テモ亦未遂ハ存在スト云フヘキナリ例ヘハ他人ノ所有物ナリト誤信シテ自己ノ所有物ヲ窃取スルカ如キ虚偽ノ事實ナリト誤信シテ眞實ヲ證言シタルカ如キ場合ニ於テハ窃盜又ハ偽證ノ未遂ナリト云フヘシ蓋シ犯意ハ罪トナルヘキ事實ヲ知りタルコトヲ意味スルカ故ニ(刑法第七十八條第二項)其罪ノ構成要件タルヘキ事實ノ一ヲ缺キタルトキハ未遂ヲ以テ論スルヲ至當トス從テ未遂ト罪ノ構成要件タル事實ノ缺欠 (Mangel am Thatbestand) トヲ區別シ後ノ場合ヲ誤想犯 *Punitivdelikt* トシテ常ニ無罪タルヘキモノト論スルハ誤レリ然ルニ近頃フランク氏ハ未遂ハ既遂ニ比シテ單ニ動作ト目的

トノ間ニ因果ノ關係ヲ缺除スルニ止マリ若シ其他ノ構成要件ヲ缺クト
キハ常ニ處罰スヘカラサル誤想犯ナリトシテ論セリ

第二 未遂ノ實質ハ犯人カ豫想シタル(犯意)結果ノ發生セサルニ存スルカ
故ニ此ノ未遂ノ現象カ既遂ノ現象ヨリ愈々遠カルニ從ヒ兩者ノ關係ヲ立
證スルコト愈困難ニ且ツ不確實トナルヘキナリ此ニ於テ既遂ト遠サカリ
タル所ノ未遂ハ比較的既遂ニ近キ未遂ト區別シ前者ニ對シテハ刑罰ヲ科
セサルコト、シ後者ニ對シテノミ刑罰ヲ科スルコト、スルノ必要ヲ生ス
ヘシ

以上遠キ未遂ト近キ未遂トヲ區別シ之カ區別ノ標準ハ豫メ法律ヲ以テ之
ヲ一定スルヨリモ各實際ノ場合ニ當リ裁判官ノ認定ニ委スル方却テ此ノ
區別ヲ立テタル必要ヲ充タスニ近カルヘキナリ然ルニ我現行刑法ハ佛國
刑法ニ倣ヒ刑法第百十二條ニ於テ豫メ兩者區別ノ標準ヲ規定セリ(獨逸刑
法又然リ)即チ同法條ニ曰ク罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖トモ云

豫備下未
遂ノ區別

刑法第百
十二條

實行ノ開
始ニ關ス
ル諸學說

ノリスト氏
ノ説

々ト規定シ所謂已ニ其事ヲ行ヒトハ佛國刑法ニ所謂 Commencement descent-
tion 獨逸刑法ニ所謂 Anfang der Ausführung(實行ノ開始)ニ相當スルモノニシ
テ Anfang der Ausführungノ意義ニ付テハ獨逸刑法學者間ニ於テモ諸説其軌
ヲ一ニセス凡ソ左ノ數説アルカ如シ

一 フオンリスト氏ノ説ニ依レハ
罪ノ實行々爲トハ各個ノ場合ニ於テ處罰行爲(法律カ刑罰ヲ科シタル行
爲)ニ適合スル意思實行ヲ謂フ即チ實行々爲ハ各罪ノ構成條件タル事實
(罪トナルヘキ事實)ニ付キ各本條ニ用ヒラレタル文詞ニ依テ定マル故ニ
例ヘハ銃ヲ發射シ及ヲ以テ刺シ毒藥ヲ服用セシムルコトハ殺人ノ實行
々爲ニ屬シ宣誓ヲ爲スコトハ詐僞宣誓 Meinel'dノ實行々爲ニ屬シ幼年者
ニ對スル監護力ヲ破ルコトハ幼者拐誘ノ實行々爲ニ屬シ物ニ對スル保
有ヲ破ルコトハ窃盜ノ實行々爲ニ屬ス法律カ一罪ノ構成要件タル事實
トシテ數個ノ結合シタル行爲ヲ要スルキハ(結合犯 Zusammengehörige Ver-

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既 二八五
遂及ヒ未遂 第一節 未遂ノ定義

brechen ト稱ス例ヘハ文書偽造行使罪ノ成立ニハ文書ヲ偽造スルコト、偽造文書ヲ行使スルコトヲ要スルカ如シ此等數個ノ行為ハ何レモ同罪ノ實行々爲ニ屬ス、法律カ罪ノ成立ニ付特定ノ手段ヲ必要トスルトキハ(例ヘハ強盜罪又ハ強姦罪ニ付テハ暴行又ハ脅迫ノ手段ヲ詐欺罪ニ付テハ詐欺ノ手段ヲ必要トスルカ如シ)此等特定ノ手段ヲ用ユルコトハ既ニ同罪ノ實行々爲ニ屬ス

二 フキングル氏ノ説ニ依レハ實行ノ開始トハ吾人ノ經驗ニ依リ實行者カ要求スル結果ヲ發生セシムヘシト認メ得ラルヘキ一般的特徴ヲ有スル行為ヲ謂ヒ

三 ベルチル氏メルケル氏ワールベルヒ氏等ノ説ニ依レハ實行ノ開始トハ罪トナルヘキ結果ヲ直接ニ發生セシムヘキ行為ヲ意味スト謂ヒ

四 フオン、パール氏ヴェヒテル氏ルーボー氏レーニング氏等ノ説ニ依レハ實行ノ開始トハ結果ニ對シテ連續ノ關係ヲ有スル行為ヲ意味スト謂ヒ

(又ハ結果ヲ發生スル爲メニ行ハレタル行為中最後ノモノヲ意味スト謂ヒ)

五 マルケル氏バウムガルテン氏等ノ説ニ依レハ實行ノ開始トハ當該法益ニ對スル攻撃行為ヲ意味スト謂ヒ

六 ツアハリエー氏ガイエル氏ビルクマイエル氏ベンニール氏ハウゼン氏クロツシエル氏等ノ説ニ依レハ實行ノ開始トハ刑罰ヲ科セラレタル動作ノ一部タル行為ヲ意味スト謂ヒ

七 フーゴ、マイエル氏ノ説ニ依レハ實行ノ開始トハ行為ノ一般ノ性質ヨリ觀察シテ結果ノ發生ニ缺クヘカラサル條件ト認ムヘキモノヲ意味シ、殺人ノ目的ヲ以テ器具ヲ用意シ又ハ目的地ニ進行スルガ如キハ殺人ノ準備行為ニシテ實行々爲ニアラス何トナレハ器具ヲ用意シ又ハ特定ノ場所ニ於テセストモ尙ホ他ノ方法及ヒ場所ニ於テ他人ヲ殺害スルコトヲ得ヘケレハナリ反之鐵砲ヲ發射

マイエル氏ノ説

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既 二八七
遂及ヒ未遂 第一節 未遂ノ定義

結合犯ノ
着手

シ又ハ及物ヲ以テ人ヲ切り付クル行為ハ殺人ノ實行々爲 *Ausführungshand-*
lung ナリ何トナレハ人ニ對シテ何等カノ攻撃ヲ加フルニアラサレハ之
 ヲ殺害スルコトヲ得サレハナリ而シテ此原則ハ尙ホ(一)結合犯(結合犯中
 ニハイ)罪トナラサル二個以上ノ行為ノ結合ニ依テ成立スルモノ例ヘハ
 私文書偽造行使罪ノ如キモノ(ロ)罪ト爲ルヘキ二個以上ノ行為ノ結合ニ
 依テ成立スルモノ例ヘハ強盜罪ノ如キモノ、兩者ヲ包含スニ付テモ適
 用アルヘク即チ結合セラレタル行為中第一ノ行為ヲ行フトキハ其罪ノ
 實行ニ着手シタリト云フヘキナリ(二)加重ノ情狀アル罪 *qualifizierten Delikt*
 ノ内ニテ加重ノ情狀カ行為者自身ノ行為ニ存スルモノニシテ而カモ其
 情狀カ罪ノ實行前ニ發生スルコトヲ要スルモノニ付テハ其加重ノ情狀
 トナリタル行為アリタルトキハ加重ノ情狀アル罪ノ實行ニ着手シタリ
 ト云フヘキナリ(刑法第三百六十八條第三百七十條參照)
 豫備行為 *Vorbereitungshandlung* トハ實行者ヲシテ罪ヲ行フコトヲ可能ナ

文書偽造
行使罪ノ
未遂

ラシメ若クハ容易ナラシムル狀況ニ達セシムル所ノ行為ヲ謂フ例ヘハ
 犯罪ノ爲メ器具及ヒ方法ヲ準備スルカ如キ又ハ適當ナル機會ヲ探究ス
 ルカ如キ又ハ罪ノ發覺ヲ防止スル爲メ若クハ犯罪ニ依リ得ヘキ利益ヲ
 確實ニスル爲メノ準備行為ハ之ニ屬ス

明治三十八年第七四三號同年六月十九日宣告大審院判決要旨ニ依レハ文書偽造
 行使印影盜用ノ罪ハ偽造ノ文書ヲ行使シ又印影ヲ不正ニ使用スルニ依テ成立スル
 モノニシテ即チ犯罪ノ實行ハ文書ノ行使印影ノ使用ニアルチ以テ單ニ文書ヲ偽造
 シ又印影ヲ盜捺シタルニ止マリ其行使又ハ使用ニ著手セサルトキハ犯罪ノ豫備タ
 ルニ過キスシテ未遂犯罪ノ實行ニ着手シタリト云フヘカラサルチ以テ右犯罪ノ未
 遂罪トシテ論スルチ得スト解セルハ誤レリ(本文リスト氏フリーゴーマイエル氏ノ説
 參照)

八 エートケル氏アーホルン氏等ノ説ニ依レハ實行ハ最後ノ補助的意思ノ
 發現ナリト謂ヒ

九 ベーリング氏ノ説ニ依レハ行為者カ外界ニ存スル力ヲ支配スルニ至リ

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既 二八九
 遂及ヒ未遂 第一節 未遂ノ定義

タル所ノ行爲ナリト謂ヒ

十 フランク氏ノ説ニ依レハ

實行々爲トハ其實行ニ次テ罪カ完成スルニ至ル所ノ行爲例ヘハ詐欺宣誓罪ニ付テハ宣誓文句ノ宣言ヲ爲シ殺人罪ニ付テハ人ヲ及傷スルカ如シ)又ハ行爲者カ其後ノ現象ニ付全ク事物ノ進行ニ放任スル所ノ行爲例ヘハ毒殺ノ爲ニ毒藥ヲ人ニ施用スルカ如シ)ヲ意味ス然レトモ其實行々爲タルヤ必ス多少ノ時間ニ亘リ且個々ノ動作ノ集合シタルモノナルカ故ニ實行々爲ニ對シテ自然的ノ共同關係ヲ有スル個々ノ動作ハ實行々爲ノ一部分ヲ爲スモノト云ハサルヘカラス從テ例ヘハ鐵砲ヲ構ヘ目的物ニ向テ狙ヲ付ケタル等ノ個々ノ動作ハ鐵砲ノ發射ト相合シテ單一ナル行爲ヲ組織スト云フヘキモノナリ何トナレハ發射ト云フ動作ハ普通ニ構ヘ狙フト云フ動作ナクシテ發生スヘキモノニアラサルヲ以ツテナリ又此ト同一理由ニ依リ人ヲ毆打スル爲メニ拳ヲ振り上クルハ打ツト

フラング氏ノ説

實行ノ開始

豫備行爲

云フ動作ト相合シテ單一ノ行爲トナルヘク目的物ニ向テ手ヲ伸ハスト云フ動作ハ他人ノ保有ヲ奪フト云フ動作ト相合シテ單一ノ行爲トナルヘキナリ故ニ實行ノ開始トハ實行々爲ニ對シテ必要的共同ノ關係ヲ有スルカ爲メニ自然的觀察ニ從ヒ實行々爲ノ一部ト認メラルヘキ總テハ動作ヲ總稱スヘキナリ而シテ此等各個ノ行爲ハ時ノ關係ニ於テ繼續スルト否トハ問フ所ニアラス次ニ

豫備行爲トハ例ヘハ殺人ノ爲ニ兇器ヲ調達準備スルカ如キ又ハ殺人ノ時機ヲ探知スルカ如キ又ハ犯罪ノ場所ニ向テ進行スルカ如キ又ハ犯罪ノ實行ヲ確實ナラシム方法或ハ處罰ヲ免カル、方法ヲ豫メ用意スルカ如シ何者此等ノ行爲ハ罪ノ實行ニ付當然(普通ニ)必要ナル關係ヲ有スト云フコトヲ得サレハナリ而シテ兇器ヲ整頓シ兇行ノ時機ヲ探知スルカ如キ又ハ兇行ノ場所ニ現在スルカ如キ行爲ハ殺人ノ意思ヲ有セサル以前ニ於テモ存在スルコトヲ得ルナリ反之犯罪實行ノ開始ハ常ニ犯意ノ發

總則本論 第二卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既 二九一
 遂及ヒ未遂 第一節 未遂ノ定義

生後ニアラサレハ存在スルコトヲ得サルナリ(フーゴーマイエル氏ノ説モ又大體ニ於テフランク氏ノ説ト一致スルナリ)

而シテ豫備行為トシテ行ハレタル行為ハ假令之ニ依テ直チニ罪トナルヘキ結果カ發生シタルトキト雖モ罪ノ實行アリタリト云フコトヲ得ス例ヘハ屋内竊盜ヲ爲シ然ル後チニ家屋ヲ燒燬スル目的ヲ以テ先ツ家屋内ニ於テ室内ヲ輝ラス爲メ點火シタルニ其火カ直チニ該家屋ヲ燒燬シタルトキハ放火ノ實行ヲ以テ論スルコトヲ得ス此ノ場合ニ於テハ失火ノ問題ヲ生スルニ止マル

十一ヘルミユテル氏其他主觀主義ヲ採ル者ノ説ニ依レハ實行ノ開始トハ行為ニ依テ目的ヲ明確ニ表示スル程度ニ達シタルコトヲ意味スト謂ヒ以上ノ諸說中フーゴーマイエル氏並ニフランク氏ノ説ヲ以テ最モ實行々爲ノ觀念ニ適合スルモノト信ス

以上何レノ説ニ依ルモ強盜ノ爲メニ見張ヲ爲スコトハ同罪ノ實行々爲

主觀主義

正當ナル

強盜ノ見張

(又ハ實行々爲ノ開始)ニ屬スト云フコトヲ得ス

明治三十六年九月二一五七號明治三十七年一月二十二日宣告大審院判決理由ニ曰ク「二人以上強盜ヲ爲スニ當リ其目的ヲ達スル爲メ犯罪ノ遂行上其行為ヲ分擔シ見張ヲ爲シ以テ犯罪實行ヲ妨クヘキ事實ノ存在ヲ排除スルノ所爲ハ即チ實行ノ所爲ト相持テ犯罪成立ニ必要缺クヘカラサルモノナルヲ以テ實行ノ行為ニ外ナラス故ニ原判決ニ共謀ノ事實ヲ認メ犯罪ノ現場ニ於テ見張ヲ爲シト判示アル以上ハ犯罪ノ實行ニ外ナラス」

明治三十五年九月二六五號明治三十六年一月十五日宣告大審院判決理由ニ曰ク「實行正犯トハ犯罪ノ成立ニ重要ナル行為ヲ爲ス者ヲ云フ從テ見張ナル者カ竊盜罪ノ成立ニ重要ナル行為ナル以上ハ實行正犯ノ責任ニ任スヘキモノナリ

以上判決理由ニ依レハ(一)罪ノ共同正犯ト從犯トヲ區別スル標準ヲ客觀的行為ノ程度ニ求メ(客觀主義)即チ實行行為ヲ行ヒタル者ヲ正犯トシ豫備行為ヲ行ヒタル者ヲ從犯トセリ而シテ(二)行為カ罪ノ實行ニ屬スルヲ將テ豫備行為ニ屬スルヲ區別スル標準ヲ求ムルニ當リ犯罪ノ成立ニ必要缺クヘカラサル行為(若シクハ重要ナル行為)ヲ以テ罪ノ實行行為ニ屬ストシ然ラサルモノヲ以テ豫備行為ニ屬スト判定シ強盜ノ見張ハ強盜ノ成立ニ必要缺クヘカラサルモノナルカ故ニ罪ノ實行行為ニ屬シ從テ正犯ヲ以テ論スヘキモノナリト断定セリ(現行ノ判例亦然リ)

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第二章 犯罪ノ既 二九三
途及ヒ未途 第一節 未途ノ定義

此ノ如ク大審院判例ニ於テ共同正犯ト從犯ノ區別ニ關シ實行行為ヲ標準トシタルハ正當ナリト雖モ強姦盜ノ爲メニ見張ヲ爲ス行為ヲ以テ同罪ノ實行行為ニ屬ストシ從テ同罪ノ正犯トシタルハ失當ナリト云ハサルヘカラス卑見ニ依レハ強姦盜ノ爲メニ見張ヲ爲スコトハ強姦盜ノ實行行為ニ屬セスシテ同罪ノ實行行為ヲ容易ナラシメタルモノ即チ豫備ノ行為ニ屬シ從犯ヲ以テ論スヘキモノナリト信ス(尙ホ本著第二編第二章第二節共同正犯ト從犯トノ區別ニ關スル説明參照)

第三 未遂ハ左ノ二種ニ分ツコトヲ得ヘシ

一 實行未遂(缺効犯 Beendeter Versuch)トハ結果ヲ發生セシムル爲メノ意思實行(作為)又ハ作為ヲ爲スヘキ法律上ノ義務(不作爲)カ終了シタルニ拘ハラズ結果カ發生セサル場合ニシテ刑法第百十二條ニ所謂「意外ノ舛錯」ニ依リ未タ事ヲ遂ケサル場合ニ該當スルナリ而シテ此ノ實行未遂ハ更ニ左ノ三個ノ場合ニ區別スルコトヲ得ヘシ

(イ) 行為者ニ於テ更ニ意思ノ實行ヲ要スルコトナクシテ結果ヲ發生セシム得ルモ結果ノ發生カ不確實ナル場合例ヘハ人ヲ創傷シタルニ其創

未遂ノ種
一、實行
未遂

ハ致死ノ危險アルモ未タ被害者ノ死亡カ不確實ナルカ如シ

(ロ) 結果ノ發生ハ確實ナルモ結果カ未タ發生セサル場合例ヘハ創傷ノ爲メ被害者ノ死亡スヘキコトハ確實ナルモ被害者カ尙ホ未タ生存シ居ルカ如シ

(ハ) 結果ノ發生セサルコトノ確實ナル場合例ヘハ殺人ノ犯意ヲ以テ加ヘタル創傷カ極メテ輕傷ナリシカ如シ此ノ種ノ實行未遂ヲ稱シテ失敗犯 fehlgeschlagenen Verbrechenト謂フ

明治三十六年第一八〇六號同年十二月二十一日宣告大審院判決ニ依レハ犯罪ノ豫備トハ犯罪構成ノ要素タル行為ニ着手スル以前ノ行為ヲ云フ是故ニ苟クモ其要素タル行為ニ着手シタル以上ハ如何ナル程度ニ於テ發覺スルモ常ニ犯罪ノ未遂ヲ以テ論スヘキモノトス苟クモ人ヲ錯誤ニ陥レ財物ヲ騙取スルノ目的ヲ以テ偽言詐術ヲ用ユルニ於テハ之カ爲メ相手方カ錯誤ニ陥リタルト否トチ問ハス詐欺取財ノ未遂罪ヲ構成スヘシト解セルハ正當ナリ

詐欺取財
ノ未遂

二 着手未遂 Nichtbeendeter Versuchトハ結果ヲ發生セシムル爲メニ行ハレタ

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪發生ノ形式 第二章 犯罪ノ既 二九五
遂及ヒ未遂 第一節 未遂ノ定義

二、着手
未遂

ル意思ノ實行カ未タ終了セサル場合ニシテ刑法第百十二條ニ所謂意外ノ障礙ニ因リ未タ事ヲ遂サル場合ニ該當ス」

以上實行未遂着手未遂ノ區別ハ羅馬法ニ所謂 *Delit tenté* (*tentative suspendue*) ニ相當スルモノニシテ此ノ區別ハ中止犯ニ付 *Delit tenté* (*tentative suspendue*) ニ相當スルモノニシテ此ノ區別ハ中止犯ニ付テハ重大ノ關係アリ(中止犯ノ説明參照)

次ニ間接實行 (*mittelbarer Täterschaft*) 他人ヲ機械トシテ利用スル實行々爲ヲ指ス例ヘハ下婢ニ對シ毒藥タルノ實ヲ告ケス良藥ト誤信セシメテ毒藥ヲ其主人ニ進メシムルカ如シニ付テ其實行カ始マリタリヤ否ヤ又終了シタルヤ否ヤヲ決スルニハ其利用セラル、人ノ行爲ヲ標準トスヘク之ヲ利用スル人ノ行爲ヲ標準トスルコトヲ得ス生活ナキ自働機械ヲ利用スル場合ニ於テモ亦之ニ準ス(例ヘハ爆發物ヲ他人ニ送致シ又ハ自發銃ヲ設置スルカ如シ)

明治三十八年八月八〇七號同年七月六日宣告大審院判決要旨ニ依レハ委託者カ指

間接實行ノ既遂未遂ヲ標準

委託物及手消罪ノ着

ニ委託物ヲ入質セント欲シ其入質方ヲ他人ニ依頼シタルモ他人ニ於テ入質ノ手續ニ着手セル事實ナキ以上ハ委託者ノ所爲ハ委託物及消罪ノ準備行爲ト稱シ得ヘキモ未タ其未遂犯ヲ以テ論シ得ヘキモノニアラスト解セルハ正當ナリ

處罰條件ヲ必要トスル罪ノ未遂

重キ結果ニ依テ其罪ヲ加重スル未遂

第四 未遂犯ヲ認ムヘキヤ否ヤニ付キ議論アル點ヲ擧クレハ左ノ如シ

一行爲ヲ處罰スルニ付キ法律カ客觀的條件(處罰條件)ヲ必要トスル場合ニ於テハ行爲ノ前後ヲ問ハス此ノ處罰條件カ發生シ且ツ行爲カ實行未遂若クハ着手未遂ニ止マルトキニ於テ此ノ罪ノ未遂犯ハ成立スヘキモノトス例ヘハ有罪破産ノ未遂ニ於ケルカ如シ此ノ原則ハ法律カ重キ結果ノ發生ニ依テ其刑ヲ加重スル罪ニ付テモ適用アルモノトス即チ例ヘハ強姦未遂ニ依テ被害者カ死亡シタルトキハ刑法第三百五十一條強姦致死罪ノ未遂トシテ同法第百十二條第百十三條ノ規定ニ依リ同法第三百五十一條ノ刑即チ無期徒刑ヨリ一等又ハ二等ヲ減シテ處罰スヘキナリ(フオン・リスト氏フキンゲル氏オールスハウゼン氏等ノ説ト同シ反

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既 二九七
遂及ヒ未遂 第一節 未遂ノ定義

之トムセン氏ノ説ニ依レハ後例ノ場合ニ於テ重キ結果ノ生シタルトキハ其原因トナリタル罪ノ既遂未遂ヲ問ハス常ニ重キ罪ノ既遂カ成立スト論セリ而シテビュンゲル氏フオンゲル氏フキールハウス氏等ハ同氏ノ説ニ反對セリ

強盜人ヲ傷スル罪(刑法第三百八十條)ハ強盜ト傷人ノ行爲ニ依テ一罪ヲ完成スルモノナルカ故ニ假令共一方カ完成スルモ他ノ一方カ未遂ナルトキ又ハ双方共ニ未遂ナルトキハ同罪ノ未遂ヲ以テ論スヘキナリ(フランク氏ヘルシユチル氏オッペンホッフ氏オールスハウゼン氏ハ獨逸刑法第二百五十條ノ解釋ニ付テ本文ト同説ヲ採レリ)強盜婦女ヲ強姦スル罪ニ付テモ亦然リ

明治三十六年九月九日號同年五月十二日宣告大審院判決ニ依レハ強盜未遂ノ場合ト雖トモ人ヲ傷シタルトキハ刑法第三百八十條ノ強盜傷人罪ヲ完成スト解セルハ誤見ナリ此ノ場合ニ於テハ本罪ノ構成條件タル事實ハ完備セザレハナリ

二純正不作爲犯ニ付テハ未遂犯ハ成立セス次ニ不純正不作爲犯ニ付テハ實行未遂(缺效犯)ハ原則トシテハ成立シ得ヘキモ着手未遂ハ成立スルコトヲ得サルナリ例ヘハ鐵道ノ番人カ軌道ノ上ニ障害物ノ横タハレルコトヲ知リツ、汽車ヲ顛覆セシムル目的ヲ以テ故サラニ之ヲ取除カサリシ場合ニ於テ若シ此ノ障害物ヲ取除クヘキ番人ノ義務カ尙ホ繼續スル間ニ於テ他人カ此ノ障害物ヲ取除キタルトキハ罰スヘキ不作爲ハ存在セス何トナレハ此ノ場合ニ於テ汽車カ障害物ニ近ク迄ハ番人ニ於テ此ノ障害物ヲ取除キ得タルヲ以テ此ノ可能的狀況ノ繼續スル間ハ義務者ニ於テ此ヲ取除クヘキ義務ニ違背シタリト云フコトヲ得サレハナリ而シテ若シ汽車カ此障害物ヲ乘リ越シタルモ其顛覆ヲ免カレタルトキハ缺效犯ヲ以テ論スヘキナリ此ト同一理由ニ依リ前例ニ於テ番人カ三時間後ニ經過スヘキ汽車ヲ顛覆セシムル爲メニ睡眠シタルモ一時間後ニ於テ目覺メタルトキハ此ノ程度ニ於テハ處罰スヘキ不作爲ハ存在セス

フランク氏バウムガルテン氏ヘルシユチル氏オツベンホッフ氏等ノ説ニ依レハ純正不作爲犯ニ付テハ實行々爲ノ開始ト認ムヘキ時期不明ナリトシ從テ未遂犯成立セスト論シフゴーマイエル氏ハ純正不作爲犯ニ付テハ未遂ハ存在シ得ルモ處罰スヘキ未遂ハ存在スルコトヲ得スト論シリスト氏ハ純正不作爲犯ニモ原則トシテ缺效未遂ハ成立シ得ト論セリ

未遂又ハ豫備行爲ノ未遂ハ得ルコトヲ認ム

三立法者カ例外トシテ罪トナルヘキ行爲ノ未遂又ハ豫備ニ對シ既遂ノ刑ヲ以テ處罰シ若クハ獨立罪トシテ特別ノ刑ヲ科スル場合ニ於テハ此等ノ犯罪行爲ニ對シテ實行未遂モ着手未遂モ成立セサルモノトス何トナレハ未遂ノ未遂又ハ豫備ノ未遂ヲ認ムルコトハ論理ニ於テ明ラカニ矛盾スルノミナラス刑罰規定ノ權衡ニ對シ例外ニ例外ヲ重スルノ嫌ヒアルヲ以テナリ(刑法第百十二條參照)以上ハフオンリスト氏バウムガルテン氏ビンデング氏フキンゲル氏デーベル氏ウーベル氏ノ説ト同一ナリ

刑法第百十三條

リコーン氏マイエル氏フランク氏オールスハウゼン氏ノ説ニ依レハ立法者カ明カニ或罪ノ未遂又ハ豫備トシテ處罰スル場合ニ於テハ此等ノ行爲ニ對シテ更ニ未遂ヲ認ムルコトヲ得サルモ反之立法者カ行爲ノ實質ニ於テ未遂又ハ豫備ノ程度ニアルモノニ對シ之ヲ獨立ノ一罪ト認メ刑ヲ科シタル行爲ニ付テハ未遂犯ヲ認メ得ベシト論セリ(加擔ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助スル所爲ヲ獨立ノ一罪ト認メタル場合ニ付テモ亦同シ)第五 現行刑法ハ佛國刑法ニ倣ヒ重罪ノ未遂ハ常ニ處罰スルコト、シ輕罪ノ未遂ハ例外トシテ各本條特ニ規定アル場合ニ限り之ヲ處罰スルコト、シ違警罪ノ未遂ハ常ニ之ヲ罰セサルコト、セリ(刑法第百十三條)刑法改正案第五十六條ニ於テハ未遂犯ヲ處罰スルニハ總テ各本條ニ於テ之ヲ規定スルコト、セリ

明治二十八年第五七三號同年七月八日宣告大審院判決ニ依レハ詐欺取財ノ未遂犯ヲ斷スルニ當リ特ニ刑法第三百九十七條ヲ採用セサルモ不法ニアラスト解セルヲ、
總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪發生ノ形式 第二章 犯罪ノ既 三〇一
途及ヒ未遂 第二節 未遂ノ定義

誤見ナリ(刑法第百十三條第二項參照)

未遂ノ刑

現行刑法ハ佛刑法プロイセン刑法ニ反シ原則トシテ未遂ノ刑ハ既遂ノ刑ニ比シテ一等又ハ二等ヲ減輕スルコト、セリ(刑法第百十二條之レ前者ニ比シテ刑罰ノ權衡ヲ得從テ刑事政畧ニ適合スルモノト謂フヘキナリ)

明治三十三年(第六九八號)同年六月二十五日宣旨大審院判決ニ依レハ未遂ニ付一等若クハ二等ヲ減輕スルハ其未遂ノ程度如何ニ依ルヘキモノニシテ犯情ノ輕重ヲ以テ之カ標準ト爲スヘキニアラス故ニ原院カ未遂減輕ハ之レチ一等ニ止メ更ニ犯情ヲ酌量シテ向ホ一等ヲ減輕シタルモ不法ニアラスト解セルハ正當ナリ

陰謀

只現行刑法ハ例外トシテ特種ノ未遂犯ニ限り既遂犯ト同一ノ刑ヲ科スルコトアリ(刑法第百十六條、第百二十四條)又例外トシテ刑法第百十二條ノ例ニ依ラス特別ノ刑ヲ科スルコトアリ(刑法第百十八條參照)
第六 陰謀(Complot)トハ特定ノ犯罪ニ付キ他人ニ向テ共ニ罪ヲ犯サントノ意思ヲ表示シ他人カ之ニ同意シタルコトヲ謂ヒ其同意者ノ多少ハ問フ所

不能犯

沿革

ニアラサルナリ而シテ現行刑法第百十一條ニ於テ例外トシ各本條別ニ處罰規定アル場合ニ限り豫備陰謀ヲ處罰スルコト、セリ(刑法第百十六條、第百十八條、第百二十五條、第百三十三條參照)

第二節 不能犯 Der untaugliche Versuch

羅馬ニ於テハ既ニ法律學者チラチウス氏ボンボニウス氏以來ウルピアン氏パウルス氏ニ至ル迄ハ特別ノ犯罪ニ限り其不能犯ヲ處罰ストノ説行ハレ而シテ其何レノ犯罪ニ限り之カ不能犯ヲ處罰スヘキヤトノ問題ハ學者間ニ於テ屢々論争セラレタリ其後學者間ニ於テ此ノ問題ヲ決スルニ付概轄的標準ヲ立ツルコトヲ求メタリト雖トモ遂ニ目的ヲ遂ケス獨逸普通法ニ於テモ特種ノ犯罪(例ヘハ毒殺罪墮胎罪其他ノ犯罪)ニ限り其不能犯ヲ處罰スルコト、シ且ツ既遂ノ刑ヨリ減輕シテ處罰シタリ第十九世紀ニ至リ(西曆千八百〇八年)フオイエルバハ氏ハ罰スヘキ不能犯ト罰スヘカラサル不能犯トノ區別ニ付キ此カ概轄的標準ヲ立テ且ツ失敗犯 misslungenen Ver-

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既 三〇三
遂及ヒ未遂 第二節 不能犯

Brechenヲ處罰スヘキヤ否ヤノ問題ニ付キ熾ニ此ヲ論究シタリ即チ氏ハ危險ナル未遂ニ限り之ヲ處罰スヘク(客觀的主義 die objektive Theorie)且ツ危險結果ニ對シテ因果ノ關係ヲ保ツ場合ナリト論斷セリ從テ不能犯ヲ分テ(一)目的ニ關スル不能犯(二)手段ニ關スル不能犯トニ區別シフエヌル氏(千八百九年)ミツテルマイエル氏(千八百十六年)ハ更ニ不能犯ヲ分テ目的又ハ手段ニ關スル絶對的不能犯及關係的不能犯ニ區別シタリ

絶對的不能犯
關係的不能犯
手段ニ關スル
絶對的不能犯
關係的不能犯

以上ノ區別ハケストリン氏ヘルシユチル氏フオンシユワルツエ氏其他多クノ學者ノ反對アリシニ拘ハラヌ直チニ一般學者間ニ唱道スル所トナリ

今日猶此ノ區別ヲ存スルニ至リタリ而シテ所謂絶對的不能犯 *absolut unmögliche Versuch* トハ現ニ施サレタル手段ニ依テハ到底其目的ヲ遂クルコト能ハサル場合例ヘハ彈丸ヲ込メサル短銃ヲ以テ人ヲ銃殺セントスルカ如シ(手段ニ關スル絶對的不能犯)及ヒ現在ノ目的物ニ對シテハ到底其目的ヲ遂クルコト能ハサル場合例ヘハ銃殺ノ目的ヲ以テ死屍ニ對シテ發射スルカ如シ(目的物ニ關スル絶對的不能犯)關係的不能犯 *relativ unmögliche Versuch* トハ現ニ撰ハレタル手段ハ普通ニ其目的ヲ遂ケ得ルノ能力ヲ有スト雖トモ特別ナル事情ノ爲メ其目的ヲ遂ケ得サル場合例ヘハ殺人ノ爲メニ使用セラレタル短銃ヲ發射ノ瞬間ニ於テ偶々破裂シテ其用ヲ爲サ、リシカ如シ(手段ニ關スル關係的不能犯)又ハ現在ノ目的物ニ對シテハ普通ニ其目的ヲ遂ケ得ルニ拘ハラヌ特別ノ事情ノ爲メ其目的ヲ遂ケ得サル場合例ヘハ銃殺サレントシタル人カ偶々堅固ナル甲鎧ヲ装ヒタルカ如シ(目的物ニ關スル關係的不能犯)

以上絶對的不能犯ト關係的不能犯トノ處斷方法ニ付學說ニ派ニ分カレ一ハ關係的不能犯ニ限リ之ヲ處罰シ絶對的不能犯ハ之ヲ處罰セス(此ノ說ハプロイセン、バイエルン、オイステルライヒ其他羅馬法系諸國ノ裁判例ニ於テ採用セラレタリ他ハ關係的不能犯ノミナラス絶對的不能犯モ猶之ヲ處罰スト唱ヘ(此ノ說ハヅエツテンベルヒザクセンノ實務家ニ採用セラレタリ)又フォンパール氏ノ如キ一ニノ學者ハ手段ニ關スル不能犯ヲ目的ニ關スル不能犯ト區別シ前者ニ限リ之ヲ處罰ストノ說ヲ唱ヘタリ其後西曆千八百七十三年ニ至リ所謂主觀主義 *die subjective Theorie* ノ首導者タルフオンブリー氏ノ説明スル所ニ依レハ所謂不能犯トハ常ニ豫見セラレタル結果ヲ發生セシメ得ヘシト誤解シタルニ基クモノニシテ不能犯ト可能犯トノ區別ハ行爲カ目的ヲ遂クル手段タル能力アルヤ否ヤニ依テ決スヘク而シテ特定ノ行爲ハ行爲者ニ於テ豫見シタル結果ヲ發生セシムルニ付キ常ニ可能ナルカ若シクハ不能ナルカ何レカ其ノ一ニシテ即チ因果ノ關係ヲ有

フオン、
ブリー氏
ノ主觀主義

スルカ若クハ之ヲ有セサルカ何レカ其一ニシテ、ヨリ多ク因果ノ關係ヲ有ストカ若クハヨリ少ク因果ノ關係ヲ有スト云フコトヲ許サス從テ手段若クハ目的ニ關スル關係的不能及絶對的不能ノ區別ハ全ク因果ノ性質ヲ誤解シタルニ歸セサルヘカラス要之不能犯ノ本質ハ客觀的ニハ全ク因果ノ關係ヲ欠缺セルニ拘ハラヌ此ノ手段ニ依テ罪ヲ犯スノ意思ヲ實行シタルモノナリ從テ所謂不能犯ハ單一ニシテ之ヲ類別スルコトヲ得ス此ノ如ク總テ不能犯ノ場合ハ行爲者ニ於テ行爲ノ因果關係ヲ誤認シタルニ坐スルモノナレハ不能犯ノ或場合ヲ區別シ或モノハ之ヲ罰シ他ハ之ヲ罰セスト云フカ如キ原則ヲ認ムルコトヲ得サルナリト論シ此ノ說ハ直ニ勢力ヲ有スルニ至リ獨逸ノ大審院判決例ニ於テモ全ク此說ヲ採用シ因果關係ノ誤認ニ基ク未遂ハ總テノ場合ニ於テ之ヲ處罰スルコト、シ殊ニ西曆千八百八十年五月二十四日ノ有名ナル獨逸帝國裁判所刑事部聯合會議ニ於テハ絶對的不能未遂ヲモ處斷スヘキコトヲ決議シタリ而シテ獨逸判決例ニ依

誤想犯ニ
限リ之ヲ

客観主義

レハ既ニ死亡シタル子供ニ對スル故殺未遂、妊婦ニアラサル者ニ對スル胎ノ未遂及ヒ手段ノ不能ナル場合ニ於テモ總テ之ヲ處罰セリヘルシユチル氏ヘルツ氏ヤンカ氏ランマツシユ氏シユワルツエ氏ゾイフエルト氏ス
テングライン氏フオンベヒテル氏ハ此ト同一ノ説ヲ有スルモ以上主観主義ハ處罰スヘキ未遂ノ成立ニハ犯意ノ實行ト主観的危險ノ存スルノミヲ以テ足レリトスルモノナリ現今普通ノ學說タル客観主義ニ依レハ絶對的不能未遂ハ之ヲ處罰セスト論シ例ヘハバウムガルテン氏ベルテル氏ピンチング氏ブユンゲル氏ボルケルト氏フオンクリース氏レーニング氏メルクエル氏マイエル氏フオンローランド氏パールベルグ氏等ハ此説ヲ主張シクリー氏ハ企圖ノ可能ナルト否トニ區別シ其絶對的不能ハ之ヲ處罰セスト論セリ以上客観主義ハ處罰スヘキ未遂ノ成立ニハ客観的危險ノ發生ヲ必要トスル者ナリ又一部ノ學者ハ罪ノ未遂ト罪トナルヘキ事實ノ欠缺セル場合トヲ區別シ目的物ニ關スル絶對的不能ニ限リ誤想犯 *Purpurgeld* ニ

處罰セス
トノ説
罪トナル
ヘキ事實
ノ欠缺
ル場合ニ
限リ之ヲ
處罰セス
トノ説

フラング
氏ノ説

シテ之ヲ處罰セスト論セリ即チペーリング氏ノ如キハ此ノ説ヲ主張シ又フラング氏ハ罪トナルヘキ事實ノ欠缺セル場合ニ限り之ヲ處罰スヘカラサルモノト論シ目的物ニ關スル絶對的不能ノ外ニ更ニ法律ガ特定ノ手段ヲ罪ノ構成要件トセル場合ニ於テ其特定ノ手段ヲ欠缺シタル場合ヲモ併セテ處罰セスト論セリハーゲマン氏ハーベンスタイン氏クロツシニル氏ノ説又然リ

フラング氏獨逸刑法注解ニ曰ク客観主義ハ特定ノ目的物ニ對シテ危險ノ發生シタルコトヲ以テ處罰スヘキ未遂ノ成立ニ必要ナリトスルモ此ノ條件ハ法文ヲ根據トシテ引證説明スルコトヲ得サルノ非難アリ次ニ主観主義ニ依レハ行為ノ客観的方面ハ全ク之ヲ無視シ行為者カ單ニ處罰ノ狀況カ存在スヘシト誤想シタルカ爲メニ全ク違法ニアラサル行為ヲ處罰スルカ故ニ行為者ノ觀念ニ依テ新タニ處罰法ヲ創成スルコト、ナリ法律ナケレハ刑罰ナシトノ原則ニ矛盾スルノ結果ヲ生スヘク此原則ハ以上ノ狀況

ニ於テ主觀主義ノ爲メニ變更セラルヘキ理由ヲ發見セス寧ロ獨逸刑法第四十三條何人タリトモ重罪輕罪ヲ實施スルノ端緒トナル行爲ニ依テ其罪ヲ犯サントスルノ決意ヲ顯ハシタル者其目的トスル罪ヲ遂クルニ至ラサルトキハ未遂犯トシテ處罰スヘキモノトスニ於テハ既遂ノ場合ニ違法ニシテ且ツ處罰セラルヘキ犯意アル意思ノ實行ハ既遂ニ達セサル場合ニ於テモ猶ホ存在スルコトヲ規定スルニ止マル故ニ未遂ノ成立ニハ意思ノ實行ト目的物トノ間ニ因果結合 *Kausale Verbindung* カ現ニ發生セサルカ若クハ行爲者ノ觀念ニ於テ此ノ關係カ發生セサリシコトヲ除キ其他罪ノ構成ニ必要ナル總テノ條件ノ具備スルコトヲ要スヘキナリ即チ罪ノ既遂ト未遂ノ區別アル要點ハ意思ノ實行ト目的物トノ間ニ因果結合ノ欠缺セルト否トニアリ故ニ獨逸帝國裁判所判例ニ於テ絶對的不能ノ目的物ニ對スル未遂ヲ處罰スルハ不當ナリ例ヘハ妊婦ニ非サル者ヲ妊婦ナリト誤認シテ之ニ墮胎ノ手段ヲ施スモ處罰スルコトヲ得ス樹幹ヲ見テ人間ナリト誤認

シ之ニ發砲スルモ處罰スルコトヲ得サルヘク後ノ場合ニ於テ行爲者カ現ニ人間ヲ目撃シタルモ樹幹ヲ見テ其人ナリト誤認シタル場合ニ於テモ結論ニ於テ異ナルナシ何トナレハ此ノ場合ニ於ケル具體的行爲ハ目的物ヲ欠缺セルヲ以テナリ此ト同一理由ニ依リ自己ノ姉妹ニアラサル婦人ヲ姉妹ナリト誤認シテ之ト交接スルモ近親姦淫ヲ以テ論スルコトヲ得ス然レトモ次ニ例示スル場合ハ目的物ヲ欠缺セル場合トハ區別スルコトヲ要ス例ヘハ甲カ彈丸ノ全ク到達シ得サル距離ニ立ツ乙ニ對シテ發砲シタル場合ニ於テハ此ノ行爲ハ決シテ目的物ヲ欠缺セサルカ故ニ此場合ヲ指シテ絶對的不能ノ目的物ニ對スル未遂ナリト論スルモノアルモ誤謬タルヲ免カレヌ此ノ如ク苟クモ因果結合ヲ除キ罪ノ構成ニ必要ナル總テノ條件カ存在スル以上ハ此ノ因果結合ノ欠缺スルニ至リタル理由ノ如何ニ付テ制限ナキ故ニ獨逸帝國裁判所ノ判例ニ於テ絶對的不能ノ手段ニ依ル未遂ヲ處罰スルハ正當ナリ例ヘハ砂糖ヲ砒素ト誤認シタルニ依ル殺人ノ未遂又

ハ不能的飲料ニ依ル墮胎ノ未遂ハ處罰シ得ヘキ未遂ナリ然レトモ絶對的
不能ノ手段ニ依ル未遂ハ特定ノ手段ニ依ルコトカ罪ノ構成要件タル場合
ニ限リ處罰スルコトヲ得ス例ヘハ砂糖ヲ砒素ト誤認シタル場合ニハ獨逸
刑法第二百二十九條何人タリトモ故意ヲ以テ他人ノ健康ヲ害センカ爲メ
毒物又ハ健康ヲ害スルニ適切ナル物質ヲ内施スル罪ノ未遂トシテ處罰ス
ルコトヲ得スト

以上不能未遂ト可能未遂トノ區別ニ付テハ學說其ノ軌ヲ一ニセスト雖ト
モ吾輩ノ信スル所ニ依レハフオンリスト氏ノ主張スルカ如ク不能未遂ト
ハ結果ヲ惹起ス爲メニ施サレタル意思ノ實行自體ニ於テ即チ意思ノ實行
當時ニ於テ發見シ得サリシ障礙若クハ意思ノ實行後ニ於テ發生シタル障
礙ノ有無ニ拘ハラズ其意思ノ實行カ目的物タル結果ヲ惹起シ得ヘキ能力
ヲ有セサル場合ヲ云フ從テ苟クモ其意思實行自體ニシテ目的タル結果ヲ
惹起スル能力ヲ有スル時ハ假令箇クレタル障礙若クハ後ニ發生シタル障

礙ノ爲メニ目的タル結果ヲ惹起シ得サリシト雖トモ不能未遂ト云フ
コトヲ得ス反之意思ノ實行自體ニシテ目的タル結果ヲ惹起シ得ル能力ナ
キトキハ其行爲カ單ニ一回ニテ止ムト數回繰リ返ヘサル、トヲ問ハス常
ニ不能未遂ヲ以テ論セサルヘカラス

現行刑法ノ下ニ於テ以上説明シタル不能未遂ハ之ヲ處罰スルヤ否ヤ刑法
第一百十二條ニ於テハ豫備ニ對シテ未遂ヲ區別シ且ツ此カ刑罰ヲ規定スト
雖トモ未遂中不能未遂ハ之ヲ處罰スヘキヤ否ヤニ付テハ法文ニ於テ之ヲ
決定セス全ク學說及ヒ判決例ニ一任セリ論者或ハ曰ハン刑法第一百十二條
ニ於テハ未遂ノ定義ヲ示シ且ツ未遂ヲ處罰スヘキコトヲ規定セリ而シテ
不能未遂モ亦未遂ノ一種ナルカ故ニ可能未遂ト等シク刑法上處罰セラル
ヘキモノナリト論スルモノアルヘシト雖トモ前ニ述ヘタル如ク不能未遂
ヲ罰スヘキヤ否ヤハ羅馬法以來學者間ニ爭ヒアル所ニシテ刑法第一百十二
條ニ於テモ不能未遂ヲ處罰スヘキコトヲ明示セサルノミナラス寧ロ法文

ノ解釋トシテ同條ニ於テ未タ遂ケサル時ハ己ニ遂ケタル者ノ云々トアル
ニ徵シ同條ハ意思實行ノ目的タル結果ヲ惹起シ得ル能力アル場合ニ限リ
此ヲ規定シタルモノト解シ得ヘキカ如シ

危険アル
未遂ニ限
リ之ヲ處
罰スヘキ
ナリ(折
減主義)
未遂
危険アル

此ノ如ク刑法第百十二條ノ規定ハ不能未遂ヲ處罰スヘキヤ否ヤニ付稍ヤ
明瞭ヲ缺クヲ以テ此ノ問題ハ純理ニ依テ之ヲ決セサルヘカラス而シテ凡
ソ法律カ未遂ヲ處罰スル所以ハ前節ニ於テ説明シタル如ク(イ)行爲者ニ於
テ結果ヲ豫想シナカラ此ノ行爲ヲ爲シタルハ行爲者自身ニ危険ノ性質ヲ
有スルコト(ロ)行爲ノ性質カ結果ヲ惹起シ得ル危険アルニ存ス從テ假令行
爲者ニ於テ結果ヲ豫見シタルモ其行爲ニシテ結果ヲ惹起スノ危険ナキト
キハ之ヲ處罰スルノ理由ヲ缺クニ依リ危険アル未遂ハ處罰スルコトヲ得
ヘク反之危険ナキ未遂ハ處罰スルコトヲ得ストノ結論ヲ生スヘキナリ而
シテ危険アル未遂トハ其未遂タル行爲カ結果ヲ惹起スヘキ能力アリ從テ
結果ノ發生ヲ懸念セシムル場合ヲ云フ更ニ之ヲ詳論スレハ

一 結果ノ發生ヲ懸念セシムル場合タルト否トハ總轄的ニ之ヲ定ムヘキ
モノニアラスシテ行爲ノ時ニ於ケル特別ノ狀況ニ鑑ミ(具體的ニ)之ヲ
判定スヘキナリ

二 判定ノ材料トナルヘキ特別ノ狀況ハ普通ニ認識セラルヘキモノカ又
ハ苟クモ行爲者ニ依テ認識シタルモノニ限ルヘク反之特別ナル注意
ニ依テ認識セラルヘキ狀況ニハ關係ナキモノトス

三 普通ニ認識セラルヘキ又ハ行爲者ニ於テ認識シタル狀況ノ下ニハ到
底結果ヲ惹起スヘキ能力ナキ場合ニ於テ此ノ未遂ハ危険ナキ未遂ニ
シテ從テ處罰スルコトヲ得サルナリ

故ニ例ヘハ行爲者ハ勿論普通ニ妊婦ナリト思料セラルヘキ婦女ニ對シテ
墮胎ノ手段ヲ施シタルトキハ假令其婦女ニシテ妊婦ニアラザリシトスル
モ墮胎未遂ヲ以テ論スヘキモノニシテ不能未遂ニアラズ次ニ墮胎手段ヲ
施ス以前ニ於テ既ニ胎兒カ死亡シ居リタルトキト雖トモ苟クモ其死亡ヲ

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既 三一五
遂及ヒ未遂 第二節 不能犯

行為者ハ勿論普通ニモ認識シ得サリシトキ亦同シ反之大砲ノ彈丸カ到達シ得サル距離ニ於テ立ツ者ニ對シ之ヲ銃殺スル目的ヲ以テ發射シタルトキニ於テ行為者カ其距離ヲ認識シタルトキハ處罰スヘキ未遂ニアラスシテ不能未遂ナリトス牛乳タルコトヲ知リナカラ人ヲ殺スニ足ルト誤信シ他人ニ服用セシムルモ不能未遂ナリ(フォンリスト氏ロツク氏フイソグ氏トーン氏コーレル氏ハ折衷主義タル本文ト同一ノ說ヲ主張セリ)

明治三十年第五一四號同年六月十八日宣告大審院判決ニ依レハ殺意ヲ以テ人ヲ殺スニ足ルヘキ劇藥ヲ服用セシメタルトキハ假令少量ノ爲メ死ニ至ラサルモ仍ホ刑法第百十二條ニ所謂意外ノ并罰ニ依リ遂ケサリシモノニシテ毒殺未遂罪ヲ成立スト解セルハ正當ナリ

第三節 中止犯 Der Rücktritt von Versuch

中止犯トハ犯人カ任意ニ罪ノ實行ヲ中止シ又ハ罪トナル結果ノ發生ヲ防止スルコトヲ謂フ而シテ中止犯ヲ處罰スヘキヤ否ヤニ付テハ從來二個ノ主義行ハル

中止犯

中止犯ニテハ處罰セサルニ主表
法律的基本ニ依リテモ明スルキ

刑事政策

第一 中止犯ヲ處罰セサル主義 中止犯ヲ處罰セサル理由ニ付學說種々ニ分ル(一)ミツテルマイエル氏ノ說ニ依レハ此ノ場合ニ於テハ犯意不充分ナリト云ヒ(二)ヘルツォーグ氏ビンデング氏ノ說ニ依レハ未遂犯ハ犯人カ任意ニ中止セサルコトヲ條件トシテ處罰セラルヘキモノナリト謂ヒ(三)ツアハリエー氏ルーデン氏ケストリン氏ヘルシユチル氏ベルチル氏フオンフリー氏ランマッシニ氏等ノ說ニ依レハ中止犯ノ場合ニ於テハ犯意ハ既往ニ遡リテ消滅シ又ハ行為ヨリ滅却スト云ヒ(四)フリーゴーマイエル氏ノ說ニ依レハ中止犯ノ場合ニ於テハ行為ノ具體的危險ハ消滅シ且ツ同時ニ此ノ危險ナル狀況ニ依テ實害ヲ生セシメントノ意思モ滅却スルヲ以テナリト謂ヒ以上何レモ中止犯ヲ處罰セサル理由ヲ法律的基本 *Rechtsgründe* ニ求メ中止犯ハ罪ノ構成要件ノ一ヲ排除ストノ理由ヲ之ヲ之ヲ説明セリ(五)中止犯ヲ處罰セサル真ノ理由ハ行為者ノ中止ヲ獎勵スル爲メニ設ケラレタル刑事政策上ノ理由ニ過キササルナリ凡ソ犯意アル行為カ豫備ノ程度ヨリ着

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既 三二七
遂及ヒ未遂 第三節 中止犯

上ノ理由
ニ基キ
モ説由
ノ明
スル
モ

中止犯
ニテモ
於テ
カニ
別ニ
積極
的ニ
規定
スル
モ

手ノ程度ニ進ミタル瞬間ニ於テ既ニ未遂ヲ罰スヘキ法律上ノ理由ハ完備
スルモノニシテ一旦處罰スヘキ未遂ノ程度ニ達シタル事實ハ如何ナル理
由ニ依ルモ到底之ヲ消滅スルコトヲ得ス然レハ法律カ特ニ中止ノ場合ニ
於テ未遂ヲ處罰セサルハ刑事政策上ノ理由ニ基キ犯人ニ中止ヲ促カス爲
メナリト云ハサルヘカラス(オーセンブリュッゲン氏フオンリスト氏ユート
ケル氏等ト同説)

中止犯ヲ處罰セサルコトハ既ニ羅馬法時代ニ於テ一部認メラレ其後カ
ル五世ノ刑事裁判所法 *peinliche Gerichtsordnung Karls V* ニ於テモ之ヲ認メ獨
逸普通法ニ於テハ中止犯ノ場合ニ於テハ未遂ヲ處罰セサルカ又ハ其刑罰
ヲ減輕スルコト、セリ而シテ中止犯ヲ處罰セストノ主義ヲ繼承シタル現
時各國法制ニ於テモ此カ規定上自カラ二個ノ區別アルガ如シ

(イ) 積極的ニ規定スルモノ即チ犯人ノ任意ナル中止ニ因ラサルコトヲ以テ
處罰スヘキ未遂ノ成立條件トスルモノニシテ我カ現行刑法第百十二條

ニ於テ意外ノ障礙舛錯ニ因リト規定シタルハ即チ意外ノ障礙舛錯ヲ以
テ處罰スヘキ未遂ノ成立條件トスルモノナリ其他プロイセン刑法バイ
エルン刑法佛刑法ニ於テハ此ノ法制ヲ採用セリ

明治三十七年第一六九三號同年九月九日宣旨大審院判決ニ依レハ、原院判示ノ如
ク被告カ利吉ノ地所ヲ騙取セント欲シ種種手段ヲ講シタル上篠田某ノ手中ニ在リ
シ利吉署名ノ賣買證書一切ノ書類ヲ自ラ入手シタルヲ奇貨トシ右ノ地所ハ自己ニ
於テ利吉ヨリ買受ケ既ニ代金支拂濟ナル理由ヲ以テ其地所ヲ自己所有名義ニ書替
テ求ムル旨ノ民事訴訟ヲ岐阜地方裁判所ニ提起シタル以上ハ實行ノ着手アリ其詐
欺取財未遂罪ノ成立スルヲ論テ俟タスト解セルハ誤見ニシテ實行ノ着手アリタル
ノミニテハ未タ罰スヘキ未遂ハ成立セス意外ノ障礙舛錯ニ依ル未遂ニ限り之ヲ處
罰スルコトヲ得ルナリ

(ロ) 消極的ニ規定スルモノ即チ犯人ノ任意ナル中止ヲ以テ未遂ニ對スル刑
罰免除ノ原因トスルモノニシテ即チ獨逸刑法第四十六條ニ於テ此ノ法
制ヲ採用セリ我刑法改正案第五十五條但書ニ於テ一部此ノ法制ヲ採用
セリ

(ロ) 消極
的ニ規
定スル
モノ

中止犯ヲ
處罰スル
主義

此ノ主義
ノ根據

中止犯ノ
存在シ得
ル場合

(イ)着手
未遂ノ場
合ニ於テ
中止犯

犯人カ
行ハカ
スルコト
ヲ止メ
タルハ
中止犯
ニ
アラス

中止ハ
任意的
タルヲ
要ス
コトヲ
刑法第
百十二
條

第二 中止犯ヲモ處罰スル主義 立法者カ中止犯ヲ處罰セサル理由ハ犯人ニ中止ヲ促ス刑事政策ニ過キサルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ然レトモ此ノ政策ハ一面ニ於テハ罪ノ中止ヲ促カスノ利益アルヘシト雖トモ亦一面ニ於テハ容易ニ罪ノ實行ヲ促カスノ危険アリ(シユヅエ氏ガイエル氏等ノ主張スル所從テ近時刑法學者間ニ於テハ中止犯モ猶ホ此ヲ處罰スヘシトノ主義行ハル、ニ至レリ即チ我刑法改正案第五十五條ニ於テハ中止犯ハ普通ノ未遂ニ比シテ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコト、セリ
中止犯ハ如何ナル場合ニ存在スルコトヲ得ルカ
任意ナル中止犯 *Freiwilliger Rücktritt* ハ行為者ニ於テ既ニ意思實行及ヒ結果ノ發生ニ付テノ支配力ヲ失ヒタル後ニ於テ存在スルコトヲ得ス例ヘハ意思實行ノ後チ結果ノ發生シ又ハ發生セサルコトカ確定セル場合ニ於テハ中止犯ハ存在スルコトヲ得サルナリ而シテ中止犯ノ成立シ得ル場合ハ即チ左ノ如シ

(イ)着手未遂ノ場合ニ於テハ犯人カ目的トシタル行為ノ實行ヲ中止シタルトキニ於テ存ス例ヘハ竊盜ノ目的ヲ以テ門戶牆壁ヲ踰越損壞シ又ハ鎖鑰ヲ開キタル後財物ヲ窃取スルコトヲ止ムルカ又ハ謀殺ノ目的ヲ以テ他人ヲ組伏セタル後之ヲ刺スコトヲ止メタルカ如シ以上ノ場合ハ犯人カ實行ヲ反覆スルコトヲ止メタル場合ト區別スルコトヲ要ス例ヘハ銃殺ノ目的ヲ以テ發射シタルニ第一發ハ的中セスシテ更ニ第二ノ發射ヲ止メタルカ如シ此ノ場合ハ着手未遂ニアラスシテ缺効未遂ニ屬シ從テ中止犯ノ存在ヲ主張スルコトヲ得サルナリ而シテ中止ハ常ニ任意的タルコトヲ要ス現行刑法第百十二條ニ於テハ「意外ノ障礙舛錯ニ因リ罪ヲ遂ケサル場合ヲ處罰スヘキ未遂トシテ規定シタルカ故ニ其裏面ニ於テ意外ノ障礙舛錯ニ因ラス」即チ任意ニ罪ノ實行ヲ止メタル場合ニ於テ中止犯ノ存在ヲ認メタリト謂フヘキナリ所謂「意外ノ障礙舛錯」即チ非任意ノ故障トハ罪ノ實行ニ對シテ故障ヲ生シ而モ其故障ハ犯人ノ意思ニ對シ

任意ナル
中止トナル

非任意ノ
未遂

他働の故
隊ハ必ス
シモ實在
ヲ要セス
ト

三三二

テ全ク獨立シテ發生シタル場合ヲ謂フ故ニ任意ナル中止ト、自働的動機 (Motive) ニ基ク中止ヲ謂フ換言スレハ犯人カ行爲ヲ爲シ能フニ拘ハラズ更ニ行爲ヲ繼續スルコトヲ欲セサルトキヲ謂ヒ反之非任意ナル未遂トハ犯人カ行爲ヲ爲スコトヲ欲スルニ拘ハラス更ニ之ヲ繼續スルコト能ハサルトキヲ謂フ而シテ任意ナル中止ニ必要ナル自働的動機ハ道德的タルコトヲ要セス(畏怖ニ基クト懺悔ニ基クト又ハ道德上ノ嫌惡ニ基クトヲ問ハス)例ヘハ悔悟ニ出タルニアラスシテ目的タル財物ノ價値カ僅少ナリシ爲メニ之ヲ窃取又ハ驅取スルコトヲ中止シタル場合ニ於テモ任意ナル中止ヲ以テ論スルコトヲ得ルナリ任意ナル中止ノ成立ヲ防クル他働的故障動機ハ必スシモ現實ニ存在スルコトヲ要セス犯人カ他働的故障ノ存在スルコトヲ誤想シタル場合ヲモ包含ス例ヘハ犯人カ人ノ足音ニ驚キ實行ヲ止メタル場合ニ於テモ其足音カ實在シタルト又ハ犯人カ全ク誤想シタルカ又ハ風聲鶴涙ニ驚キタルトヲ問ハス共ニ他働

實行中

的故障即チ意外ノ故障ニ依ル未遂ヲ以テ論スヘキナリ而シテ此等他働的故障カ犯人ノ犯罪決行ノ意思ヲ制肘シタル時ニ限り意外ノ故障ニ因ル未遂ト云フコトヲ得ヘキナリ反之現ニ發生シタル狀況カ實際故障タル能力ヲ有セス且ツ犯人ニ於テモ故障トシテ之ヲ認メスシテ實行ヲ中止シタルトキハ任意ナル中止ヲ以テ論スヘキナリ例ヘハ罪ノ實行中犯人カ小兒ノ傍觀スル者アルコトヲ覺リタルモ小兒カ實行ニ對シ故障ヲ與ヘ得サルコトヲ信シタル以上ハ假令將來ニ於テ小兒カ犯人ノ犯罪行爲ヲ告發スルアラシコトヲ恐レテ實行ヲ中止スルモ任意ナル中止ト云フコトヲ得ヘキナリ反之犯人カ罪ノ實行中自己ニ實行繼續ノ能力ナキコトヲ認メ因テ實行ヲ止メタルトキハ意外ノ故障ニ因ル未遂ナリトス

明治三十二年第一〇四一號同年十月二十三日宣旨大審院判決ニ依レハ「他人ノ注意ニ因リ畏懼ノ念ヲ生シテ犯罪ヲ中止シタルハ中止犯ニ非スシテ未遂犯ナリト解セラルモ本文ニ所謂自働的動機ニ基ク中止ナルトキハ假令畏懼ノ念アルモ中止犯ナリ

實行ノ中止ハ一時的タルト將タ永久ニ犯罪ノ決意ヲ消滅ストヲ問ハ

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既 三三三
途及ヒ去途 第三節 中止犯

止ハ永久
的タルコ
トヲ要セ
ス

實行ノ繼
續ト反復
ノ區別ヲ
要ス

間接實行
ノ中止

教唆及止
犯ノ中從

(口) 缺効
未遂ノ場
合ニ於テ
ル中止犯

サルナリ(再舉ヲ謀ル爲メ一時中止シタル場合ニ於テモ中止犯ノ成立ヲ妨ケサルナリ)然レトモ實行ノ一部ニ依テ生シタル狀況ヲ犯人カ更ニ實行ノ繼續ニ利用スルコトヲ欲シタルトキニ於テハ實行ノ中止ヲ以テ論スルコトヲ得サルナリ例ヘハ決水ノ目的ヲ以テ數日間毎夜堤坊ヲ毀壞スルカ如キ又ハ數回少量ノ毒物施用ニ依リ漸次ニ他人ヲ毒殺スル目的ヲ以テ數日ニ亘リ毒物ヲ服用セシメタルトキハ實行ノ繼續ニシテ中止ト云フコトヲ得ス此ノ場合ハ實行ノ繼續ニシテ實行ノ反覆ニアラサルカ故ニ中途ニシテ利用ノ意思ヲ廢止シ毒物ノ施用ヲ止メ又ハ堤坊ノ毀壞ヲ止メタルトキハ實行ノ中止ヲ以テ論スヘキナリ
次ニ他人ヲ利用シテ(機械トシテ)間接ニ罪ヲ實行スル場合ニ於テハ其機械トナルヘキ人ニ對シ獨立ナル行爲ノ動機トナリタルトキヲ以テ間接實行ヲ終リタルトキト謂フヘキナリ例ヘハ精神病者カ他人ノ使囑ニ依リ行爲ノ決意ヲ爲シタルトキヲ以テ間接實行犯人ノ實行ヲ終ルモノト

ス次ニ教唆及ヒ從犯ノ實行ハ正犯ニ犯罪ヲ決意セシメ又ハ實行ニ便宜ヲ與ヘタルトキヲ以テ終ルカ故ニ其以後ニ於テハ實行中止ノ問題ヲ生セス

(口) 缺効未遂ノ場合ニ於テハ積極的行爲ニ依リ結果ノ發生ヲ防止スルコトニ依テ中止スルコトヲ得例ヘハ殺害ノ爲メ爆裂彈ヲ他人ニ送致シタル後テ爆裂彈カ先方ニ到着ノ上爆裂スル以前ニ於テ其實ヲ忠告スルカ如キ又ハ他人ニ一旦毒物ヲ施用シタル後解毒劑ヲ與フルカ如シ缺効未遂ノ場合ニ於テハ中止ハ結果ノ發生カ猶可能ナル間ニ於テノミ之ヲ行フコトヲ得ヘク從テ實行ヲ終リタル後既ニ結果ノ發生シ能ハサルコトカ確定シタル後ニ於テハ存在スルコトヲ得サルナリ(失敗犯 *Teilschlaggen Delikt*) 例ヘハ既ニ發射シタルモ彈丸カの中セサリシカ如シ缺効未遂ノ場合ニ於テハ實際結果ノ發生ヲ防止シタルコトヲ要ス故ニ假令結果ノ發生ヲ防止スルコトニ盡カスルモ遂ニ之ヲ防止シ能ハサリシキハ罪ノ既

中成中中
止立止立
犯者犯者
ハカハカ
ノテカハ
ハノ

遂ヲ以テ論スヘキナリ而シテ結果ノ發生ヲ防止スルニハ中止者自身ノ
行為ニ因ラサルヘカラス故ニ中止者ノ行為ニ因ラスシテ結果ノ發生ヲ
防止スルモ中止犯ト云フコトヲ得ス例ヘハ一旦毒藥ヲ與ヘタル後之ヲ
救助スル爲ニ解毒劑ヲ與ヘ因テ被害者ノ死ヲ防止シタルトキハ中止犯
ナルモ反之被害者カ解毒劑ヲ服用スル以前ニ於テ既ニ毒物ヲ吐下シタ
ルトキハ中止犯ニアラス從テ絶對的不能ノ手段ニ依ル缺效未遂ノ場合
ニ於テ中止犯ハ到底存在スルコトヲ得サルナリ然レトモ結果ノ發生ヲ
防止スル爲メ中止者ニ依テ與ヘラル、自己ノ行為ハ中止者カ單獨ニテ
之ヲ行フコトヲ要セス中止者カ他ノ力ヲ利用シタル場合ニ於テモ自己
ノ行為ニ依リ結果ヲ防止シタリト謂フコトヲ得ヘキナリ例ヘハ一旦毒
藥ヲ服用セシメタル後中毒ヲ防止スル爲メニ醫師ヲ招キテ治療ヲ求ム
ルカ如シ次ニ防止ハ任意ニ出タルコトヲ要スルカ故ニ結果ノ防止前ニ
於テ己ニ事發覺シ且ツ其事實ヲ知覺シタル第三者ニ於テ犯人ト獨立シ

現行刑法
ニ於テ
止積ニテ
シ積ニテ
規積ニテ
定積ニテ
ル積ニテ
果積ニテ

處罰スヘ
キ未遂ノ
成立シタ
ル場合ニ

テ結果ヲ防止シ又ハ直ニ官ニ申告スルノ恐アルコトヲ犯人カ知覺シタ
ルトキハ任意ナル中止ト云フコトヲ得ス然レトモ此ノ要件ハ著手未遂
ノ場合ニ於ケルト等シク犯人ノ主觀的要件ニ過キササルヲ以テ客觀的ニ
此ノ狀況カ存在スルト否トハ問フ所ニアラサルナリ(但シ獨逸刑法第四
十六條第二號ノ如ク事發覺セサル當時ニ於テ云々ト規定シ事發覺以前
ニ於テ結果ノ發生ヲ防止スルコトヲ客觀的要件トシテ規定シタルトキ
ハ反對ノ解釋ヲ採ラサルヘカラス)
我現行刑法ニ依レハ犯人カ任意ニ中止シタルトキハ處罰スヘキ行為即
チ犯罪ハ存在セス從テ其中止以前ニ於テ此ニ加擔シタル他ノ實行正犯
及ヒ教唆者從犯者ハ他人ト共同シテ罪ヲ犯シ又ハ他人ノ犯罪ニ從トシ
テ加擔シタリト云フコトヲ得サルヲ以テ刑法上共犯者トシテ之ヲ處罰
スルコトヲ得サルナリ(刑法第四百四條第五百五條第九條參照)然レトモ處
罰スヘキ未遂犯ノ成立シタル場合ニ於テモ自己ノ任意ナル行為ニ依リ

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既 三二七
送及ヒ未遂 第三節 中止犯

於者モ共
犯中ニモ
シテ成中
ハ立止對
アルコト

教唆及
ニ付テ
モ中ニ
モ用論
ノ理論
コトヲ
得ルヲ

罪ノ既遂ヲ妨ケタル共犯者ハ中止犯ヲ理由トシテ自己ノ行爲ニ付キ犯
罪ノ不成立ヲ主張スルコトヲ得ヘキナリ例ヘハ二人共同シテ窃盜ノ着
手中一人ノ密告ニ依リ他ノ一人カ窃盜ヲ遂ケサルトキハ密告者ノ未遂
ハ中止犯ニシテ他ノ一人ノ未遂ハ意外ノ故障ニ依ル處罰スヘキ未遂ナ
リトス

教唆從犯者ハ罪ヲ實行スルモノニアラサルガ故ニ刑法第百十二條ニ所
謂「既ニ其事ヲ行ヒタルモノ」ト云フコトヲ得サルモ如上ノ理論ヲ準用シ
テ教唆者又ハ從犯者カ教唆又ハ從犯行爲ノ終リタル後正犯ノ實行ヲ妨
ケ又ハ正犯ノ實行ニ伴フヘキ結果ノ發生ヲ防止シタルハ中止犯ヲ以
テ論スヘク從テ正犯ノ實行ニ關シ責任ヲ負ハスト論セサルヘカラス反
之若シ獨逸刑法ノ如ク任意ノ中止ハ刑罰免除ノ原因ニ過キストノ主義
ヲ採ルトキハ任意ノ中止アリタル場合ニ於テ處罰スヘキ行爲即チ犯罪
行爲ハ既ニ成立スルカ故ニ之ニ加擔シタル共犯者ハ此未遂ニ付テ各責

中止既犯
依テ既犯
生シタル
他ノ罪ニ
テノ罪ニ
責任付

ニ任スヘク任意ニ中止シタル共犯者ニ限リ其刑罰ヲ免除セラル、コト
ヲ得ヘシ(フオンリスト氏ビルクマイエル氏フランク氏ヘルシユチル氏
ヤンカー氏クリー氏メルケル氏等ト同説反之パウムガルテン氏ベルチ
ル氏ヘルッオーグ氏メーベス氏マイエル氏オールスハウゼン氏トムセン
氏ノ如キハ中止犯ヲ處罰セサル理由ヲ法律上ノ基本ニ求ムルカ故ニ中
止犯ハ犯罪ノ要件ヲ缺クモノトシテ此ニ加功スルモ犯罪ニ加擔シタリ
ト云フコトヲ得スト論セリ)

終リニ注意スヘキハ
一 任意ナル中止ハ未遂犯トシテ此ヲ處罰セサルニ止マリ此未遂ニ因テ
既ニ發生シタル他ノ既遂ノ犯罪ニ對シテハ元ヨリ此カ刑罰ヲ科セサ
ルヘカラス例ヘハ條件付殺人ノ犯意ト條件付傷人ノ犯意ト併存スル
場合ニ於テ犯人カ任意ノ中止ニ依リ殺人ノ結果ヲ防止シタルモ既ニ
傷人ノ結果ヲ發生シタルトキハ此傷人ノ既遂ニ付テハ犯罪ノ構成要

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既 三二九
遂及ヒ未遂 第三節 中止犯

件完備スルカ故ニ此ノ場合ニ於テハ殺人罪ハ中止犯ニ終リ傷人罪ニ付テハ刑罰ヲ科セサルヘカラス又詐欺取財ノ目的ヲ以テ私書ヲ偽造行使シタル後詐欺取財ヲ中止シタルトキハ詐欺取財ノ中止ハ私書偽造行使ノ既遂ニ伴フ責任ニ影響ヲ有セス(刑法第三百九十條第二項參照)フオイエルバツハ氏以來此ノ種ノ未遂ヲ稱シテ變態ノ未遂 *qualitas fortis Versuch* ト稱スルモ用字適當ナラス

二豫備又ハ未遂ニ對シテ法律カ總則ノ例ニ依ラス特別ノ刑罰ヲ科シ又ハ未遂ト既遂ニ對シテ同一ノ刑罰ヲ科スル場合ニ於テハ總則第一百十二條未遂犯ノ適用ナキカ故ニ法文ニ特別ノ規定ナキ限リハ中止犯ヲ理由トシテ其刑罰ヲ免除スルコトヲ得サルナリ(フオンリスト氏バウムガルテン氏ゲーベル氏ヘッケル氏フオンリ、エンタール氏マイエル氏メルケル氏獨逸大審院判例又然リ反之ピンデング氏オールスハウゼン氏フランク氏等ノ説ニ依レハ實質上未遂ノ行爲ヲ法律カ獨立

中止犯ノ理由トシテ免カレタルコトヲ得サル

中止犯ニ似テ非ナルモノ

共犯

ノ犯罪トシテ規定シタル場合ニ限リ中止犯ノ規定ヲ適用スルコトヲ得スト主張スルモ其理由ニ乏シ例ヘハ刑法第一百十六條第二百四條第一百八十六條規定ノ場合ニ於テハ中止犯ヲ理由トシテ其刑罰ヲ免カレ、コトヲ得サルナリ

中止犯ニ似テ非ナルモノハ犯罪ノ成立後ニ於テ發生スヘギ第二ノ法益ノ傷害ヲ防止スルコト是レナリ此場合ニ於テ現行刑法ハ例外トシテ時トシテハ刑ヲ全免スルコトアリ(例ヘハ刑法第二百二十六條第三百五十六條)又時トシテハ其刑罰ヲ減輕スルコトアリ(例ヘハ刑法第八十六條)

第二章 共犯

第一節 總論

第一 結果(外界ノ變態)ニ對スル原因ノ觀念ニ付テハ既ニ所爲ノ章ニ於テ説明シタルカ如ク一荷クモ結果ノ發生ニ付キ一ノ條件ヲ與フルコトニ依

正犯
加増(飲
及
犯)

三三三
テ關與シタル者ハ此ノ結果ニ對シテ原因ヲ與ヘタリト云フヘクニ結果ノ
發生ニ關スル總テノ條件ハ何レモ結果ノ發生ニ付テ同等ノ價值ヲ有シ從
テ數人カ結果ノ發生ニ關與シタル場合ニ於テモ理論上彼此ノ間ニ差別ヲ
設クルコトヲ得ス三各關與者ノ刑罰モ同一ナル刑期ノ範圍内ニ於テ其刑
ヲ輕重スヘキノミ以上ハ主トシテ作爲ニ付テ説明シタルモ不作爲ニ付テ
モ亦此ニ準ス然レトモ我現行刑法ハ以上ノ結論ノ貫徹スルコトヲ許サス
同一ナル結果ニ付キ數人カ關與シタル場合ニ於テ之ヲ正犯 *Thäterschaft* 及
ヒ教唆 *Anstiftung* 從犯 *Beihilfe* ニ區別シ正犯ニ限リテ結果ニ對スル原因ヲ與
ヘタル者ト認メ反之教唆從犯ヲ以テ正犯ニ依テ與ヘラレタル原因ニ從ト
シテ加増シタルモノ *Theilnahme* ト認メ教唆者ニ對シテハ正犯ト同一ノ刑
ヲ科シ從犯ニ對シテハ正犯ノ刑ヨリ一等ヲ減シテ處罰スルコト、セリ(刑
法第一編第八章參照)
以上現行刑法ニ於テ認メタル原則ニ付テハ左ノ二個ノ例外アリ得ルコト

刑法第一
章第八
條第一
項
例ニ對
スル
外

形式犯
關係ト

酒造稅
法
從犯
及
ヒト

ヲ注意スヘキナリ

一若シ法規ニシテ特定ノ人ニ對シテノミ其遵守ヲ要求スル場合ニ於テ
ハ假令特定ノ人ト雖トモ罪ノ實行者ニ限リ處罰セラルヘク反之教唆
從犯(從タル加増)ノ地位ニ立ツモノハ處罰サル、コトナシ但シ此ノ例
外ハ立法者カ特別ノ明文ヲ以テ之ヲ規定シタルトキニ限リ認ムヘキ
モノニシテ我現行刑罰法ニ此ノ種ノ規定ヲ認メス
獨逸帝國裁判所判例ニ依レハ總テノ形式犯(本著第一編第三章有責行為參
照)ニ付テハ法條ニ列記セラレタル以外ノ者ハ同罪ノ共犯タルコトヲ得ス
ト解セリ(酒造稅法第三十二條葉煙草專賣法第二十八條參照)

明治三十五年(一九〇〇年)四月二十四日宣告大審院判決ニ依レハ(一)酒造稅法
第三十一條ニハ刑法ノ不倫罪及ヒ減輕等ノ例ヲ用非サルヲ規定スルノミニシテ
教唆ニ關スル特別ノ規定ナシ從テ刑法第五條ノ教唆ノ規定ハ酒造稅法違反ノ場
合ニ於テ全然之ヲ適用スルコトヲ要ス(二)酒造稅法第三十二條ハ代理人家族其他ノ
者ノ爲シタル犯罪行為ヨリ生スル刑罰ノ責任ハ酒類製造人ナシテ之ヲ負ハシムル

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第二章 共犯 三三三

コトヲ規定シタルニ過キサルモノトス從テ酒類製造人ノ代理人家族其他ノ者ヲ教唆シテ税法違反ノ行爲ヲ爲サシメタル者ハ刑法第百五條ニ依リ酒造税法違反ノ教唆トシテ處罰スヘキモノトスト解セリ卑凡ニ依レハ酒造税法違反罪ハ形式犯ニシテ有責行爲タルコトヲ要セサルカ故ニ(同法第三十一條本著第一編第三章有責行爲参照)同罪ニ對シテハ刑法第百五條第百九條ノ適用ナキヤ明カナリトス(教唆及ヒ從犯ニ關スル說明参照)從テ行爲ノ因果關係ニ關スル原則ニ復シ此ノ場合ニ於テハ荷クモ同税法違反ト云フ結果ノ發生ニ付キ何等カノ條件ヲ與ヘタルモノハ總テ同税法違反ノ行爲アリタルモノトシテ之ヲ處罰スヘク教唆正犯從犯ト云フカ如キ區別ヲ生スヘキモノニアラス等シク法定ノ罰金ヲ科スヘキモノナリトス但シ同法第三十二條ニハ「酒類ヲ製造スル者又ハ之ヲ販賣スル者ノ代理人、戶主、家族、同居人、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其製造者又ハ販賣者ヲ處罰ス」トアルカ故ニ同條ニ該當スル場合ニ限リ現ニ同税法違反ノ行爲ヲ行ヒタル代理人、戶主、家族、同居人、雇人、其他ノ從業者ハ之ヲ處罰セスシテ(此等從業者ヲ幫助又ハ教唆シタル者又然リ)酒類ヲ製造又ハ販賣スルコトヲ業務トスル者ノミチシテ其刑責ニ當ラシムヘキナリ

二 近來開明國ノ立法例ニ依レハ正犯及ヒ教唆從犯ノ區別ヲ全廢シテ等

シク之ヲ處罰スルコト、シ本節冒頭ニ於テ説明シタル結論ヲ貫徹スルノ傾キアリ例ヘハ獨逸法ニ於テ西曆千八百九十五年奴隸奪取法同千八百九十七年海外渡航法ハ此種ノ例外ニ屬ス

第二 現行刑法其他普通立法例ニ於テ正犯、教唆、從犯ノ區別ヲ認メタル理由ハ

(一) 教唆ヲ以テ結果ニ對スル原因ト認メヌ又被教唆者ノ行爲ハ自由意思ノ實行ニ基クカ故ニ教唆者ヲ以テ被教唆者ヲ機械トシ間接ニ罪ヲ實行シタリト認ムルコトヲ得ス此ニ於テ教唆ト云フ行爲ト責任能力アル被教唆者ノ自由意思ニ基ク故意アル勳作ニ基ク結果トノ間ニハ因果關係ニ中斷アルモノト認メ、教唆ヲ以テ正犯ニ依テ行ハレタル行爲ニ從トシテ加擔シタルモノト認ムルニ至リ教唆ハ正犯ニ對シテ附屬ノ地位ニ立チ此カ處罰モ正犯ニ依テ行ハレタル行爲ノ處罰如何ニ關連ストノ結論ヲ生スルニ至レルナリ

現行刑法ニ於テ正犯、教唆、從犯ノ區別ヲ認メタル理由

要之本節冒頭ニ於テ説明シタル結論ニ基キ教唆從犯モ正犯ト等シク結果ニ對スル原因ヲ與ヘタル者ナレハ立法論トシテハ此ノ區別ヲ廢シ何レモ同一ナル刑ノ範圍内ニ於テ其刑ヲ定ムルノ法制ニ改ムルヲ可トス

(二) 同一ノ犯罪ニ數人カ關與シタル場合ニ於テ罪トナルハキ結果ニ對スル原因 Verursachung ト條件 Bedingung トヲ區別シ一人ニテ原因ヲ與ヘタル者ヲ實行者(正犯 Täter) トシ數人共同シテ原因ヲ與ヘタル者ヲ共同實行者(共同正犯 Mitäter) トシ單ニ條件ヲ與ヘタル者ヲ從犯(Gehilfe) トシ(結果ノ發生ニ對スル條件ノ内結果ニ對シテ物理的因果ノ關係アルモノヲ稱シテ原因ト謂ヒ結果ニ對シテ精神的因果ノ關係アルモノ即チ責任能力者ノ故意アル任意ナル意思ノ實行ヲ介シテ結果ヲ發生セシメタルモノヲ稱シテ條件ト謂フ) 從テ從犯ヲ以テ正犯カ爲シタル行爲ニ從トシテ加擔シタルモノト認メ正犯ニ對シテ附屬ノ關係ヲ認ムルニ至レリ

然レトモ原因ト條件トハ到底正確ナル區別ヲ立ツルコトヲ得サルノミ

共犯ト混同スルモカ

陰謀

犯罪的組

ナラス刑法學上所謂原因ハ即チ結果ノ發生ニ對スル條件ヲ意味スト解スヘキカ故ニ正犯ト從犯トノ區別ハ確固タル客觀的標準ニ依テ之ヲ區別スルコトヲ得ス又兩者ノ區別ヲ主觀的標準即チ行爲者ノ意思ニ依テ區別セントスルモノアルモ(第二節中、正犯ト從犯トノ區別ニ付テノ説明参照) 此レ又正確ナル區別ノ標準ト云フコトヲ得ス

第三 以上現行刑法ニ於テハ正犯教唆從犯ノ區別ヲ認ムト雖モ此等共犯ノ種類ハ何レモ結果ニ對シテ原因若クハ條件ヲ與フルモノナルカ故ニ理論ニ於テモ又現行刑法ニ於テモ彼ノ陰謀犯罪的組合、犯罪庇護トハ確然區別アルコトヲ注意スヘシ

- 一 陰謀 Komplott トハ一個又ハ數個ノ特定シタル犯罪ヲ實行スル爲メニ數人カ結約スルコトヲ謂フ
- 二 犯罪的組合 Bande トハ未タ個々ニ付特定セサル數個ノ罪ヲ犯ス爲メニ數人カ結約スルコトヲ謂フ

古キ見解ニ依レハ例ヘハカール五世ノ刑事裁判所法第百四十八條ノ如キ陰謀又ハ犯罪の組合ノ全員ハ共同ノ結果ニ對シ相互ノ教唆者タル責任アリト認メ或ハ結約自體ヲ以テ犯罪未遂ノ状態ニ達シタルモノトシテ之ヲ處罰セリ然レトモ現今刑法學ニ於テハ各結約者中實際正犯教唆從犯タルヘキ行為アリタル者ニ限り處罰セラルヘキモノナリトノ原則ヲ認メ次ニ結約者カ罪ノ實行ヲ開始スルニアラサレハ結約自體ヲ以テ罪ノ未遂トハ認メサルニ至レリ然レトモ立法上陰謀又ハ犯罪の組合自體ヲ以テ直ニ刑ヲ科シ又ハ之ヲ以テ單ニ刑罰加重ノ原因ト認ムルコトヲ妨ケス例ヘハ刑法第百十六條後段第百十八條後段第百二十五條第二項參照

犯罪庇護

三 犯罪庇護 *Begünstigung* ハ同一犯罪ニ對スル數人關與ノ形式(即チ共犯ノ體樣)ニアラス何トナレハ犯罪庇護ハ罪ノ既遂又ハ未遂ノ後ニ於テ始メテ行ハルヘキ行為ニシテ共犯ノ體樣ニ單一共通ナル特徵即チ結果ノ發生ニ付キ條件ヲ與フルコトナキヲ以テナリ從テ犯罪庇護ハ原

犯ニ對シテ獨立ノ罪ヲ構成スルモノナリ(コーレル氏フリーゴーマイエル氏メルケル氏等二三學者ノ反對アルノミニシテ普通學說並ニ獨乙其他諸國立法例及草案ニ於テハ此ヲ獨立ノ罪ト認メタリ我刑法又然リ佛刑法ハ然ラス)

偶然的加

必要的加

四 多數ノ犯罪ハ數人共力ニヨリ犯サル、コトヲ必要トセス而シテ若シ此ノ種ノ犯罪カ數人共力ニ依リ犯サレタルトキハ偶然ノ加擔 *Concur-sus facultativus* ト稱シ反之犯罪ノ性質上數人カ積極的ニ加擔スルコトヲ必要トスル犯罪ニ付テハ此ノ種ノ加擔ヲ稱シテ必要的加擔 *Concur-sus necessarius* ト稱シ例ヘハ姦通重婚決闘又ハ兇徒嘯衆罪三人以上共同囚徒逃走罪ノ如シ此ノ如ク刑法上一ノ罪ヲ犯スニ付キ數人ノ積極的加擔ヲ必要トスル場合ニ於テ必要的加擔ト云フ名稱ヲ認ムルモ此ノ種ノ加擔ハ共同實行ノ一ノ場合ニ過キス且ツ以上列記ノ犯罪ハ各共同實行者ニ於テ處罰セラル、コトヲ必要トセサルニ依リ(例ヘハ一方

ハ姦通ノ情ヲ知ルモ他ハ之ヲ知ラサルカ如シ此ノ觀念ハ徒ラニ誤解
ヲ招クノ恐レアルノミニシテ無用ノ觀念ニ過キスト云ハサルヘカラ
ス

正犯

第二節 正犯

正犯(實行犯)トハ加擔即チ教唆又ハ從犯ト異ナリ刑法上規定セラレタル結
果ヲ直接若クハ間接ニ惹起シ(作爲)又ハ其結果ノ發生ヲ防止セサル(不作爲)
コトヲ謂フ即チ正犯ハ直接正犯及ヒ間接正犯ニ區別スルコトヲ得ヘシ

直接正犯

第一 直接正犯 unmittelbare Täterschaft トハ罪トナルヘキ行爲ノ全部ヲ單

獨ニテ實行スルモノ喚言スレハ罪ノ特別構成要件ヲ單獨ニテ發現セシ
メタル所ノ者ヲ謂フ例ヘハ強姦罪ニ於テ強制ト姦淫ヲ一人ニテ實行シ
強盜罪ニ於テ強制ト物ノ奪取ヲ一人ニテ實行スルモノハ之ニ屬ス而シ
テ其結果カ專ラ實行者自體ノ肉體上ノ働作ニ依ルト又ハ自然力機具若
クハ動物ヲ利用シテ之ヲ發生セシムルト否トハ問フ所ニアラサルナリ

間接正犯

第二 間接正犯 mittelbare Täterschaft (無形ノ原因 intellektuelle Urheberschaft

又ハ假設ノ正犯 fingierte Täterschaft) ハ左ノ場合ニ存在スルコトヲ得ヘシ

(1) 實行者ニ依テ利用セラレタル者カ責任無能力者(刑法第七十八條第七

十九條第八十條第一項第八十二條第八十三條參照)ナルトキ例ヘハ瘋
癪者ニ刀劔ヲ與ヘテ他人ヲ刺殺サシメタル者ハ殺人ヲ以テ論スヘク
刑事未成年者又ハ瘡癩者ヲ利用シタルトキ亦同シ何トナレハ教唆者
ハ他人ニ依テ行ハレタル犯罪ニ從トシテ加擔シタルコトヲ意味ス而
シテ此場合ニ於テ利用セラレタル者ノ行爲ハ無責任行爲ニシテ從テ
罪ヲ構成セサルカ故ニ之ヲ利用シタル者ハ罪ノ實行者トシテ責ヲ負
ハサルヘカラス催眠術ニ掛リタル者 Hypnotisierte ヲ利用シテ罪トナ

假設正犯
ノ存在シ
得ル場合

ルヘキ行爲ヲ行ハシメタルトキ亦同シ

三四二

明治三十二年第一九七號同年三月十四日宣告大審院判決ニ依レハ是非ノ辨別ナク
犯罪ノ決心ナキ者ヲ用ヒテ放火セシメタル者ハ殺唆者ニ非スシテ實行正犯ナリト
解セルハ正當ナリ(間接正犯)

(ロ) 實行者ニ依テ利用セラレタル者カ意思ノ自由ヲ缺キタルトキ換言ス
レハ他人ヲ強制シテ罪トナルヘキ行爲ヲ行ハシメタルトキ(刑法第七
十五條第一項參照)此ノ場合ニ於テモ利用セラレタルモノ、行爲ハ違
法ニアラス從テ罪ヲ構成セサルカ故ニ利用者ハ他人ノ犯罪ニ從トシ
テ加擔シタルニアラスシテ獨立シタル罪ノ實行者トシテ論セサルヘ
カラス

(ハ) 實行者ニ依テ利用セラレタル者カ犯意ヲ缺キタルトキ換言スレハ被
利用者ニ於テ自己ノ行爲ヨリ生スヘキ結果ヲ豫見セサリシトキ例ヘ
ハ看護婦ヲ欺罔シ看護婦カ醫師ヨリ患者ニ服藥セシムヘキコトヲ命

セラレタル「キニ」ヲ毒藥タル砒素トスリ代ヘ之ヲ患者ニ服藥セシ
メタル場合ニ於テハ看護婦ノ行爲ハ殺人ノ犯意ヲ缺キタル無責任行
爲ニシテ從テ罪ヲ構成セサルニ依リ利用者ハ他人ノ犯罪ニ從トシテ
加擔シタルニアラスシテ獨立シテ殺人ノ罪ヲ實行シタルモノト云ハ
サルヘカラス(イ)及(ロ)ノ場合ニ於テ被利用者カ被害者自身タルト
キ亦同シ)

明治三十年第三四號同年二月十八日宣告大審院判決ニ依レハ情ヲ知ラサル第三者
ヲ使役シテ犯罪行爲ヲ爲サシメタルトキハ假令自ラ其所爲ヲ行ハサルモ正犯タル
ノ責任ヲ免レスト解セルハ正當ナリ(間接正犯)

明治二十九年第七九號同年九月十八日宣告大審院判決ニ依レハ情ヲ告ケスシテ
他人ヲシテ犯罪行爲ニ加功セシメタルトキハ犯罪者ニ於テ其刑責ヲ受クヘキモノ
トスト解セルハ正當ナリ(間接正犯ナリ)

明治二十九年第七〇六號同年七月十日宣告大審院判決ニ依レハ縣會議員ノ言行ヲ
憤リ人ヲ殺唆シテ毆打セシメタル場合ニ於テ被殺唆者ハ被害者ノ議員タルコトヲ
知ラサリシ等ハ事情ノ爲メ違警罪ニ處セラル、コトアルモ殺唆者ハ仍ホ刑法第百

三四四
五條ノ刑責ヲ免カル、ナ得スト解セルモ此ノ場合ニ於ケル教唆者ハ議員保護法第
二條ノ罪ノ間接正犯ヲ以テ論スヘキナリ

若シ犯意ノ外ニ違法ノ認識カ罪ノ構成要件タル場合(例ヘハ刑法第百
七十一條第百七十二條第三百二十二條第三百二十三條參照ニ於テハ
被利用者ニ於テ違法ノ認識ト云フ特別構成要件ヲ缺キタルトキハ被
利用者ノ行爲ハ罪ヲ構成セス從テ此ノ場合ニ於テハ違法ヲ認識シタ
ル利用者ハ獨立シテ罪ヲ實行シタルモノト云ハサルヘカラス
(二)若シ犯意ノ外ニ特別ノ目的(希望)カ罪ノ特別構成要件タル場合ニ於テ
(例ヘハ第二百十八條第二百二十條參照及ヒ竊盜罪ノ成立要件タル横
領ノ目的アルコトヲ要スルカ如シ)被利用者カ此ノ特別ナル目的ヲ缺
キ利用者ニ於テ此ノ特別ノ目的ヲ有スルトキハ被利用者ノ行爲ハ罪
ヲ構成セス從テ利用者ハ罪ノ教唆ニアラスシテ間接ニ罪ヲ實行シタ
ルモノト云ハサルヘカラス

同接正犯
行為自身
正犯作用
利用者ト
被利用者ト
ニ依テ
マカテ
ルカ故

(六)職務又ハ法規ニ基キ或行爲ヲ行フヘキ義務ヲ有スル者ヲ利用シテ罪
トナルヘキ事實ヲ發生セシメタル片ハ被利用者ノ行爲ハ罪ヲ構成セ
ス從テ利用者ハ罪ノ教唆ニアラスシテ間接ニ罪ヲ實行シタル者ト云
ハサルヘカラス(本著第一編第二章第三節職務上ノ義務參照)
以上四個ノ場合ニ於テ間接正犯ノ行爲ハ正犯自身ノ働作ト被利用者器具
(Werkzeuge)ノ働作トニ依テ定マル故ニ(一)正犯カ一言ニテ數人ノ被利用者ヲ
教唆シタルトキト雖トモ正犯ノ意思實行ハ單一ナリトノ理由ニ依リ正犯
ニ對シテハ一罪ヲ構成スルノミ一言ニテ一人ノ被利用者ニ數個ノ犯罪行
爲ヲ教唆シタルトキ又同シ(二)正犯ハ表面上單ニ幫助ノ行爲ヲ爲シタルニ
過キサル場合ニ於テモ猶ホ罪ノ實行者ヲ以テ論セラルヘシ例ヘハ正犯ハ
單ニ被害者ヲ押ヘ被利用者ハ被害者ヲ刺殺ス場合ニ於テモ正犯ハ殺人ノ
實行ヲ以テ論スヘキナリ(三)罪ノ成立又ハ加重ノ條件トシテ法律カ特別ナ
ル身體ノ働作ヲ必要トスル場合ニ於テ此ノ條件タル働作カ被利用者ニ依

テ行ハレタルトキハ利用者ハ此ニ對シテ責任ヲ負フヘキナリ例ヘハ刑法
 第三百六十八條ノ竊盜ニハ門戶牆壁ヲ踰越損壞スルコトヲ要シ同法第二
 百十八條以下ノ偽證ニハ宣誓スルコトヲ要スルカ如シ(四)正犯ノ行為ノ時
 及場所ヲ定ムルニハ被利用者ノ行為ノ時及場所ヲ標準ト爲スヘキナリ(五)
 被利用者ヲ教唆シテ犯罪行為ヲ行フコトヲ決意セシメ爾後ハ單ニ被利用
 者ノ獨立ナル働作ニ委ヌルノ程度ニ達シタルトキハ正犯ハ意思ノ實行ヲ
 終リタルモノト謂フヘキナリ例ヘハ精神病者ヲ教唆シテ罪ノ實行ヲ決意
 セシメタルカ如シ(六)從テ此程度以後ニ於テハ正犯ハ結果被利用者ノ行為
 ノ發生ヲ防止スルコトニ依テノミ罪ヲ中止スルコトヲ得ルナリ(七)被利用
 者カ罪ヲ實行セサルトキハ實行未遂ノ一例タル失敗犯ヲ以テ論スヘク教
 唆ノ未遂ヲ以テ論スルコトヲ得ス(八)被利用者カ責任能力ヲ有スルト否ト
 ハ教唆當時ノ状態ニ依テ決スヘキナリ反之若シ責任能力アル人ヲ教唆シ
 テ罪ヲ犯サシメタルトキハ刑法第百五條ニ規定スル罪ノ教唆ヲ以テ論ス

間接正犯
 一、間接正犯
 二、間接正犯
 三、間接正犯
 四、間接正犯
 五、間接正犯
 六、間接正犯
 七、間接正犯
 八、間接正犯
 九、間接正犯
 十、間接正犯
 十一、間接正犯
 十二、間接正犯
 十三、間接正犯
 十四、間接正犯
 十五、間接正犯
 十六、間接正犯
 十七、間接正犯
 十八、間接正犯
 十九、間接正犯
 二十、間接正犯

直接正犯
 一、直接正犯
 二、直接正犯
 三、直接正犯
 四、直接正犯
 五、直接正犯
 六、直接正犯
 七、直接正犯
 八、直接正犯
 九、直接正犯
 十、直接正犯
 十一、直接正犯
 十二、直接正犯
 十三、直接正犯
 十四、直接正犯
 十五、直接正犯
 十六、直接正犯
 十七、直接正犯
 十八、直接正犯
 十九、直接正犯
 二十、直接正犯

ヘク罪ノ實行者トシテ論スルコトヲ得サルナリ

終リニ間接正犯ニ關スル左ノ疑問ニ付テ説明スヘシ

一、間接正犯ノ成立ニハ被利用者カ利用者ノ目的ノ爲メニ利用セラレタル
 コトヲ必要トスルヤ換言スレハ利用者カ被利用者ノ目的ヲ幫助シタル
 場合ニ於テハ間接正犯ヲ以テ論スルコトヲ得サルヤト云フニ被利用者
 ノ行為カ苟クモ無責任行為ニ屬スル以上ハ之ヲ利用シタル者ハ常ニ間
 接正犯ヲ以テ論スヘク例ヘハ精神病者ヲ煽動シテ殺人ヲ決意セシムル
 ト既ニ殺人ヲ決意シタル精神病者ノ爲メニ被害者ノ逃走ヲ妨ケタルト
 ヲ問ハス等シク間接正犯ヲ以テ論スヘク其間ニ於テ區別ヲ設クヘキ何
 等ノ理由タモ存在セサルナリ

二、直接正犯タルコトヲ得サル者ハ亦間接正犯タルコトヲ得サルヤト云フ
 ニ本問ハ二個ノ場合ニ區別シテ論セサルヘカラス即チ(イ)間接正犯ニ物
 理上ノ狀況(殊ニ男性若クハ女性)ヲ缺除スル場合ニ於テハ直接正犯タル

トテ得サ
ルカ

三、特別
ノ身分ヲ
要スル正
犯ノ間接
正犯

四、間接

コトヲ得サル者モ猶間接正犯タルコトヲ得ヘキナリ例ヘハ婦人カ男性ノ精神病者ヲ煽動シテ他ノ婦女ヲ強姦セシメタルカ或ハ精神病者ノ爲メニ他ノ婦人ヲ強制シテ姦淫ヲ幫助スルカ如シ何者此ノ種ノ犯罪ヲ規定スル法規ハ男性ニ對シテモ女性ニ對シテモ等シク拘束力ヲ有シ何人モ等シク之ニ違犯スルコトヲ許ササルヲ以テナリ反之(口)法律上ノ原因ニ依リ直接正犯タルコトヲ得サル者ハ亦間接正犯タルコトヲ得サルナリ例ヘハ官吏タル法律上ノ身分カ罪ノ特別構成要件タル場合ニ於テ非官吏ハ間接正犯トシテモ此ノ種ノ官吏瀆職罪ヲ犯スコトヲ得サルナリ

三罪ノ特別構成要件タル法律上ノ身分ヲ有スル者ハ直接正犯トシテ罪ヲ犯シ得ルノミナラス間接正犯トシテモ亦犯スコトヲ得ルナリ而シテ此場合ニ於テハ被利用者タル非官吏ニ於テ故意ノ有無ヲ問ハス利用者タル官吏ハ間接正犯ヲ以テ論スヘキナリ

四利用者ニ於テ間接正犯ノ成立ニ必要ナル條件(例ヘハ被利用者ノ責任無

正犯ノ成
立ニ必要
ナル條件
ノ認識

共同正犯

共同正犯
トテ從犯
トスル標
準ニ關ス
ル諸主
義客觀
主義

能力者タルコト又ハ犯意ヲ有セサルコト等ノ存在ヲ認識セスト雖モ尙クモ故意ニ被利用者ノ動作ニ原因ヲ與ヘタル以上ハ間接正犯ヲ以テ論スヘキナリ

第三 共同正犯 *Mitthäterschaft* 數人カ協力シテ罪トナルヘキ事實ヲ發現セシメタルトキハ各自ニ正犯トシテ處罰サルヘキモノトス而シテ罪トナルヘキ事實カ數人ノ協力ニ依テ發生スル場合ニ於テ數人カ互ニ協力スル意思アルトキト然ラサルトキトアリ刑法第百四條ニ於テ二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ「トアルハ協力ノ意思アル場合ヲ指スモノニシテ此ノ種ノ協力者ヲ指シテ共同正犯ト謂フ從テ

一共同正犯ト從犯トノ區別ノ標準ニ付テハ獨乙刑法學者間ニ行ハル、學說ハ大畧左ノ如シ

(1) 客觀主義 *objective Theorie* 協力者ニ依テ與ヘラレタル動作ノ程度ヲ標準トスルモノニシテ共同正犯ハ價值多キ同等ナル協力ヲ與ヘ從犯ハ價值

少ナキ協力ヲ與フルモノトセリ
 客觀主義ノ代表者タルピルクマイエル氏ノ説ニ依レハ實行ト幫助トヲ
 對照シ實行ハ原因ヲ與フルコトヲ意味シ幫助ハ結果ニ對シテ條件ヲ與
 フルコトヲ意味スト解シ共同正犯ハ結果ニ對シテ共同ノ原因ヲ與ヘ從
 犯ハ單ニ條件ヲ與フルニ過キス同氏ノ説ニ依レハ原因ハ最モ價值多キ
 條件ヲ意味シ從テ二個ノ條件カ同等ノ價值ヲ有スルトキ換言スレハ其
 一方カ單獨ニテハ結果ヲ惹起シ能ハサル場合ニ限り共同原因ト謂フコ
 トヲ得ヘク例ヘハ數人ニテ大石ヲ運搬スルニ當リ各人ノ力カ單獨ニテ
 ハ石ノ重量ニ堪ヘサルトキ又ハ數人カ各小量宛ノ毒藥ヲ他人ニ服用セ
 シメ其全分量ノ爲メニ他人カ中毒死亡シタルトキニ於テ各協力者ハ共
 同原因ヲ與ヘタルモノニシテ從テ共同正犯ヲ以テ論スヘキナリト又同
 氏ハ共同正犯トハ罪ノ特別構成要件タル行爲ヲ實行スルモノナリト説
 明セリ此説ハ結論ニ於テフーゴーマイエル氏リスト氏メルケル氏オッベ

リスト氏ノ説

強盜ノ見張ニス

ンホツフ氏ヘルシユチル氏等ノ説ト同シ而シテ
 リスト氏ノ説ニ依レハ共同正犯ハ罪ノ實行々爲即チ罪ノ特別構成要件
 タル行爲ニ加擔スルコトヲ要ス從テ正犯ト從犯トノ區別ハ客觀的行爲
 ノ程度ニ依テ之ヲ區別スヘキナリ故ニ例ヘハ殺人罪ニ付テハ致命傷ヲ
 與フルコトニ強盜ニ付テハ物ヲ窃取スルコトニ脅迫罪ニ付テハ脅迫行
 爲ニ加擔シタルモノヲ以テ共同正犯トス結合罪ニ付テハ罪ヲ構成スル
 結合行爲ノ一ヲ行ヒタル者ハ其罪ノ共同正犯ヲ以テ論ス(共同ノ犯意ア
 ルコトヲ要ス)例ヘハ甲ハ丙女ヲ押ヘ乙ハ丙女ヲ姦シタルトキハ甲乙ハ
 強姦ノ共同正犯ニシテ甲ハ丙ヲ脅迫シ乙ハ丙ヨリ財物ヲ取リタルトキ
 ハ甲乙ハ強盜ノ共同正犯ナリトス何トナレハ暴行脅迫ハ強姦又ハ強盜
 ノ構成要件タル結合行爲ノ一ニ屬スルヲ以テナリ反之甲カ屋内強盜ヲ
 爲スノ間屋外ニ見張ヲ爲シタル乙者ハ強盜ノ共同正犯ニアラスシテ從
 犯ナリトス何トナレハ見張ハ強盜ヲ幫助シタルニ相違ナキモ強盜ノ實

行々爲即チ特別構成要件タル行爲ト云フコトヲ得サレハナリ

(口) 主觀主義 subjective Theorie ノ代表者タルフオンブリト氏ノ說ニ依レハ原因ト條件ハ之ヲ區別スルコトヲ得ス結果ニ對スル總テノ條件ハ同等ノ價值アル者ナリ從テ共同正犯ト從犯ノ區別ノ標準ハ到底客觀的行爲ノ程度ニ求ムルコトヲ得ス寧ロ主觀的意思ノ方面ニ求メサル可ラス即チ共同正犯ハ自ラ罪ヲ犯スノ故意 animus auctoris (自己ノ爲メニ罪ノ發生ヲ欲シ、罪ノ發生ニ伴フテ自己ノ利益ヲ求メ、無條件ニ罪ノ發生ヲ希望スルコト)ヲ必要トシ反之從犯ハ他人ノ犯罪ニ從屬スル(他人ノ犯罪ヲ助成スル)ノ故意 animus socii (他人ノ爲メニ罪ノ發生ヲ欲シ、罪ノ發生ニ伴フテ自己ノ利益ヲ求メス、正犯カ罪ノ發生ヲ欲スルカ故ニ己レモ亦罪ノ發生ヲ欲スルニ過キササルコト)ヲ必要トシ協力ニ依テ與ヘラレタル動作ノ程度如何ハ兩者ノ區別ニ何等ノ關係ナキモノト論セリ

獨乙帝國裁判所ノ判例ハ刑法理由書中ニ存スル明言ニ基キ多數ノ裁判

例ニ於テ兩者ノ區別ヲ主觀主義ニ採ルモ共同正犯ノ成立ニハ協力カ罪ノ實行中ニ與ヘラル、コトヲ必要トセリ而シテ其動作ノ價值ノ程度如何ハ毫モ關係ナキモノトセリ例ハ罪ノ實行中ニ見張番ヲ爲シタルモノヲ共同正犯ヲ以テ論セリ即チ此場合ニ於テハ受動的 passive 幫助ヲ以テ共同正犯トセリ反之同判例ニ依レハ自ラ罪ヲ犯ス故意 animus auctorisヲ缺クカ爲メニ假令罪ノ實行々爲ニ與リタルモノニ對シテモ從犯ヲ以テ論セリ要之主觀主義ニ依レハ共同正犯ト從犯トノ區別ヲ全ク行爲者ノ意思ニ採リ苟クモ外形的協力ノ事實アル以上ハ行爲ニ加擔シタル程度如何ハ兩者區別ノ標準トナサ、ルナリ從テ器具ノ整頓、障害ノ排斥、行爲者ノ獎勵、仲間ノ一方カ共同ニ企圖サレタル犯罪ヲ實行スル間見張ヲ爲シタルモノ、犯罪ノ現場ニ出會フコトニ依テ犯罪ヲ獎勵シタルモノモ等シク共同正犯ヲ以テ論スルコトヲ得ルナリ此說ハ既ニウエスフアトル氏(千八百六十年)ニ依テ主張セラレ十九世紀ニ於テハアーペッグ氏ハ

主觀主義
非對スル

ウエル氏フエフテル氏ヘンケ氏ヘツブ氏マレゾール氏フオンベヒテル氏此ニ次テケストリン氏ヘルツ氏ヤンカ氏グラーゼン氏フオンシユワルツエ氏之ヲ主張シ千八百六十年以後ニ於テハオフンブリー氏及ヒザクセン並ニウエルテンベルグノ最高裁判所其他ホルヘルト氏コーレル氏ナーグレル氏オールスハウゼン氏之ヲ主張セリ然レトモ主觀主義ニ依レハ從犯ノ意思(他人ノ犯罪ニ從屬スル意思)ヲ以テ實行行爲ニ與カリタルトキニ於テモ猶從犯ヲ以テ論スルコト、ナリ反之陰謀ニ與リタル一人カ行爲ニ付テ苟クモ協力ヲ與フルトキハ常ニ正犯ヲ以テ論シ從犯ノ觀念ヲ容ルヘキ餘地ナキニ至リ亦單獨ニテ他人ノ爲メニ罪ヲ犯シタルトキハ正犯ノ觀念ヲ以テ論スルコトヲ得サルニ至ルヘシ要之主觀主義ハ到底正當ナル見解ナリト云フコトヲ得サルヘシ反之客觀主義ヲ採ルモノハベルリン並ニミュンヘン裁判所ノ以前ノ裁判例其後ニ於テハベルキル氏千八百六十一年以來フインゲル氏ヘルシユキル氏フオンリ

折衷説

リエンタール氏レーニング氏メルケル氏バツヘンフエルド氏ビルクマイエル氏等之ヲ主張ス

(ハ) 折衷説ヲ採ル者ハベールリング氏マイエル氏ハウプト氏ニシテ此ノ説ニ依レハ正犯ト從犯トノ區別ニ付明瞭ナル場合ヲ除キ疑ヒノ存スル場合ニ於テハ專ラ行爲者ノ意思ニ依テ之ヲ決スヘシトナスモノニシテトヤーベン氏ハ正犯ノ犯意ヲ以テ從犯ノ所爲ヲ爲シタル場合ヲ不完全ナル共同原因ト稱スルモ結論トシテハ獨乙帝國裁判所判例ト等シク此ノ場合ニ於テモ共同正犯トシテ處罰セント欲セリ又客觀主義ヲ採ルモノニシテ正犯ト從犯トノ區別ヲ結果ニ對スル條件ノ價值ノ多少ニ依テ區別セント欲スルモノアリ此ノ説ハブーテンドルフ氏千六百七十二年ニ依テ始メテ主張セラレ十八世紀ニ於テハクレツス氏ベールメル氏其他ノ學者ニ依テ主張セラレ輓近殊ニフオキエルバツハ氏ベルキル氏千八百四十七年乃至千八百六十一年間ニ依テ主張セラレタリ而シテ近頃ニ至リ