

コトヲ希望ス尙ホ財務刑法ノ多數カ刑法不論罪ノ例ヲ用ヒサルコトヲ定メタル結果トシテ意思責任ヲ存セサル場合ニ於テモ犯罪ノ成立ヲ認メサルヲ得サルコトアリ從テ苟モ因果關係ノ存スル限リハ制裁トシテノ責任ヲ負ハサルヘカラサルニ至ルヘキカ故ニ此種ノ法域ニ於テハ一般ニ相當原因說ヲ採用スルニアラサレハ不條理ナル論結ヲ免レス普通刑法上ニ於テハ必スシモ相當原因說ヲ採用セスシテ他ノ見解ヲ容ルルコトヲ得ヘシト雖モ財務刑法上ニ於テハ稍其旨趣異ルヲ見ル因果關係ニ關スル概念ニ付テハ日本法政新誌第十卷第四、六、七號所載拙稿「現行刑法ト因果關係論」ヲ參照セラレンコトヲ希望ス（法學志林第八卷第七號所載）

## 第十一 現行刑法ト因果關係

### 第一

意思活動其モノト區別スヘキ傷害的影響ヲ法律上ノ構成要素トシ若クハ加重ノ原因トスル犯罪ニ付テハ意思活動ト傷害トノ間ニ原因結果ノ關係アルコトヲ法律上ノ要件トス例ハ人ヲ殺シタル者ハ死刑ニ處スト云ヒ若クハ人ヲ毆打創傷シ因テ死ニ致シタル者ハ重懲役ニ處スト云フトキハ殺傷行為ト被害者ノ死亡トノ間ニ因果ノ關係アルコトヲ必要トスルコト解釋上當然ナリ

行為カ結果ニ對スル原因ナリト云フニハ此行為ナカリセハ此結果ハ全ク發生スルコトナカリシカ或ハ同一時期同一體様ニ於テ發生スルコトナカリシモノト推理セラルヘキ關係アルコトヲ要ス換言スレハ當該行為カ其時期其體様ニ於テ發シタル結果ノ一條件タリシコトヲ必要トス例ハ茲ニ一人ノ溺死シタル者アリ甲者ハ彼ヲ水中ニ投擯シタリ乙丙ノ二人ハ偶々其場所ヲ通過シ被害溺死者ノ狀況ヲ目撃シタル外何等ノ關係ヲ爲シタルコトナシトセヨ甲ハ被害者ノ死亡ニ一條件ヲ與ヘタルモノニシテ乙丙ハ然ラサルナリ故ニ此結果ハ之ヲ乙丙二人ノ行為ニ基クモノト爲スコトヲ得ス

行為カ結果ノ一條件タル以上ハ（一）其影響ノ輕重ヲ問ハスシテ其行為ヲ以テ原

因ナリト爲スヲ妨ケス故ニ例ハ創傷カ如何ナル者ニ對シテモ致命的ノ影響ヲ及ホス如キモノナルト單ニ體格虛弱ナル被害者ニ對シテノミ致命的ナルトヲ區別スル必要ナク又偶然ナル事實ノ附加シタルニ因リ被害者死亡スルニ至リタル場合ニモ尙ホ當該行爲ヲ以テ原因ナリト爲スヲ得ヘシ(二)當該行爲カ結果ニ對シテ積極的ノ助成條件タルト消極的ノ助成條件タルトヲ區別スルヲ要セス例ハ溺難者ヲ救助セントスル者ヲ拘束シタルカ爲メ被難者遂ニ溺死スルトキハ其救助者ヲ拘束セル行爲ヲ以テ殺人行爲ナリト云フヲ得ヘク稚兒ニ對シテ捕乳ヲ斷チ之ヲ死ニ致シタル母モ亦殺人者タリ(三)當該行爲カ結果ニ對スル直接ノ原因タルヲ必要トセス結果ニ對スル原因ノ原因タルヲ以テ足ル (Causa cansae cust causa causati) 故ニ甲者乙者ヲ救峻シテ丙者ヲ殺サシメタルトキハ甲者モ乙者ト等シク結果ニ對シテ一條件ヲ與ヘタルモノニシテ原因者タルコトヲ免ルルヲ得ス

前段説明シタルカ如ク當該行爲カ結果ノ一條件タル以上ハ二者ノ間ニ因果ノ關係アリト云フコトヲ得ルカ故ニ例之中者アリ乙者ヲ傷ケタル爲メ乙者ハ其旅行ヲ繼續スルコト能ハスシテ被害ノ場所ニ逗留シツツアリタル際旅宿火災ニ罹リテ燒死シ若クハ被害ノ場所ニテ温泉入浴中溺死シタルカ如キ場合ニ於テモ甲者ノ行爲ト乙者ノ死亡トノ間ニ因果關係ヲ認メサルヘカラス當該行爲ト結果トノ間ニ他人ノ有意ノ行爲介入スル場合亦同シ例之非致命傷ヲ負ヒタル者カ醫師ノ治療ヲ受クルニ當リ醫師ノ悻則ナル處置ニ因リ死亡シタルトキハ創傷行爲ナカリセハ醫師ノ治療ヲ受クルコトナク醫師ノ治療ヲ受ケサリセハ此結果ヲ見サリシモノナルカ故ニ創傷行爲モ亦結果ニ對スル原因ナリト云フヲ得ヘシ

要之當該行爲ト特定ノ傷害トノ間ニ因果ノ關係アリヤ否ヤノ問題ハ當該行爲ヲ假リニ計算以外ニ置クトキハ此傷害亦存在スルヲ得サルノ關係アルカ將タ當該行爲ノ有無ハ此傷害ノ存否ニ何等ノ變更ヲ生スルコトナキカニ依リテノミ之ヲ決定シ得ヘキモノトス

論理上ヨリ觀察シタル因果關係ノ概念ハ以上論スル所ノ範圍ヲ脱スルコトヲ得サルハ蓋疑ナキ所ニシテ結果ノ條件中ニ原因タルモノト原因タラサル條件

トヲ區別セントスルカ如キハ到底維持スヘカラサル見解タリ然レトモ此論理上ノ意義ニ於ケル因果關係ノ觀念ハ其ママ刑法上ニ之ヲ利用スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ學者ノ見解一致セサル所ナリ

## 第二

一説ニ依レハ因果關係ハ論理上ニ於テモ法律上ニ於テモ同一意義ニ從フヘキモノニシテ異リタル觀念ヲ有スルモノニ非ス故ニ論理上ノ意義ニ於テ當該行為カ特定ノ現象ト因果ノ關係ニ立ツトキハ刑法上ニ於テモ例外ナク二者ノ間ニ因果關係ヲ認メサルヘカラス而シテ行為ニ對スル刑事責任ノ限界ハ獨リ意思ノ方面ニ之ヲ求ムルコトヲ得ルノミニシテ因果關係ヲ以テ標準ト爲スコトヲ得スト云フニアリ(例ヘハやんが)而シテ此見解ノ適用ヨリ生スル論結ノ主ナルモノハ次ノ如シ

(一) 教唆及從犯ノ行為モ正犯ノ行為ト等シク結果ニ對スル原因ナリ法律カ教唆及從犯ヲ正犯ト分ツハ意思ノ體様ヲ異ニスルカ爲メニ外ナラス從タル條件モ亦原因ナリトセハ教唆及幫助カ主犯ノ行為ニ從タルノ性質ヲ有スト

ノ理由ヲ以テ教唆若クハ幫助ト主犯ノ行為ヨリ生シタル結果トノ間ニ因果關係ナシト論結スルコト能ハサルハ當然ナリ故ニ現行刑法ノ解釋トシテモ責任能力者ノ任意ナル故意ノ行為ノ介入ニ因リ因果關係ノ中斷スルコトヲ認ムルハ不當ナリ從テ甲カ乙ニ創傷ヲ與ヘタル後丙亦乙ニ創傷ヲ與ヘ其後乙死亡スルカ如キ場合ニ於テモ亦原則ニ依リテ之ヲ判斷セサルヘカラス即チ甲ノ與ヘタル創傷カ輕微ニシテ甲ノ與ヘタル創傷ト結果トノ關係ニ何等ノ變更ヲ及ホササリシトキハ乙ノ行為ハ原因タルヲ得ス反之甲ノ行為ナカリセハ丙ノ行為カ其時期其體様ニ於テ存スルコトヲ得ス且ツ丙ノ行為ナカリセハ乙ノ死亡カ其時期其體様ニ於テ發生スルコトヲ得サリシ關係アルトキハ甲乙ノ行為共ニ原因タリ然レトモ因果關係モ亦罪ト爲ルヘキ事情ノ一ナルヲ以テ發生シタル結果ニ付テ故意アリトシテ責任ヲ負擔スルニハ實際ノ因果關係カ行為者ノ觀念シタル因果關係ト大體ニ於テ一致セル方法ニテ發展シタルコトヲ要スルモノニシテ當該行為カ行為者ノ觀念シタル因果關係ト全然縁故ナキ偶然ナル他ノ原因ノ新ニ附加シタルニ因リテ結果ヲ得

タル場合ニ於テハ結果ニ付テ故意アリトシテ責任ヲ負擔スヘキモノニ非サルカ故ニ甲カ丙ノ行爲ヲ豫見セザリシトキハ殺人未遂ノ責ニ任シ丙者獨リ已遂ノ責ニ任セサルヘカラス

(二) 當該行爲ヨリ行爲者ノ豫見スルコトヲ得サル偶然ナル結果ヲ生シタル場合ニ付テモ因果關係ノ觀念ニ例外ヲ認ムルコトヲ要セス例之毆打創傷ノ被害者カ治療ヲ求ムル爲メ醫師ヲ訪問スル途中ニ於テ落馬ノ爲メ死亡シ若クハ入院中流行病ニ侵サレテ死亡シタル場合ニ於テモ毆打創傷ノ行爲ト被害者ノ死亡トノ間ニ因果關係アリト云ハサルヘカラス然レトモ此等ノ場合ニ於テ毆打致死罪ヲ認ムルコトヲ得ス何トナレハ現行刑法ハ行爲者ノ精神ノ成熟意思ノ自由及故意ヲ以テ刑事制裁ノ一要件トシ過失アル場合ニ於テスラ例外的ニ處罰スルニ過キスシテ精神的要素ニ重キヲ措クコト明白ナルカ故ニ加重罪ノ場合ニ付テモ行爲者カ重キ結果ヲ豫見シタルコト(毆打致死ノ場合ハ例外若クハ豫見シ得ヘカリシコトヲ要スルモノト断定スヘク而シテ本例ニ於ケルカ如ク當該行爲ノ本質ニ適合セサル偶然ナル結果ノ發生ス

ルコトハ行爲者ノ豫見セス又豫見スルコト能ハサル所ナルヲ以テ之ニ付テ責任ヲ負擔スヘキモノニ非サルナリ

要スルニ此見解ニ依ルトキハ刑法上ノ因果關係モ亦論理上ノ意義ニ從フヘキモノニシテ此無制限ナル因果關係ニ對スル制裁ニ一定ノ限界ヲ與フル調和劑ハ獨リ意思責任アルノミナリトノ趣旨ニ歸著ス

第三

他ノ一説ニ依ルトキハ刑法上ニ於ケル因果關係ノ觀念モ亦論理上ノ意義ニ從フヲ以テ原則トシ之ニ對スル二個ノ例外ヲ認ムヘキモノト爲ス(例ハリス)

一 現行法ノ規定ニ基ク例外 教唆及幫助ハ正犯ノ行爲ヨリ生スル結果ニ一ノ條件ヲ與フルニ拘ラス之ヲ以テ原因ナリト爲スコトヲ得ス即チ現行法ノ規定ニ依ルトキハ教唆若クハ幫助ハ正犯ノ行爲ニ附隨スルモノタルニ過キスシテ結果ニ對スル獨立ノ原因タルヲ得ス而シテ法律カ此規定ヲ採用シタル理由ハ責任能力者ノ任意ニシテ故意アル行爲ハ新ナル獨立ノ因果關係ヲ生スルモノニシテ他ノ行爲ト已ニ發生シタル結果トノ間ニ因果ノ關係ヲ

斷ツモノト見解シタルニ基クモノナルカ故ニ苟クモ此見地ニ適合スル場合ニ於テハ現行刑法上ニ於ケル因果關係ヲ認ムルコトヲ得ス

二 結論上ヨリ生スル例外——加重罪ノ場合ニ於テハ重キ結果ニ付テ故意又ハ過失アルコトヲ要セスト解スヘク隨テ此種ノ犯罪ニ付テ因果關係ノ原則ヲ一貫スルトキハ主觀的要素ヲ以テ制裁負擔ノ限界ヲ定ムルコト能ハスシテ事實上因果關係ノ存スル所即チ制裁ヲ存シ頗ル不條理ナル結論ヲ生スヘキカ故ニ苟モ此ノ如キ不條理ナル結論ヲ避ケントセハ行爲ト發生シタル重キ結果トノ間ニ於ケル因果ノ連絡カ行爲ノ本質ニ適合スル場合ニ限リテ兩者間ニ刑法上ノ因果關係アリト認メサル可ラス換言スレハ加重罪ノ場合ニ於テハ相當原因 (Adequate Verursachung) ニ限リテ刑法上ニ於テ原因タルコトヲ得ルモノトス

要スルニ此見解ニ從フトキハ原則トシテ因果關係ノ意義ヲ刑法上ニ於テモ論理的ニ解スヘク(此範圍ニ於テハ第一說ト同シ)例外トシテ教唆及從犯ノ場合ニ於テ因果關係ノ不成立ヲ認メ加重罪ノ場合ニ相當原因ノミヲ以テ原因ナリト

爲シ因果關係其モノ、觀念ニ一種ノ例外ヲ認ム(此點ニ於テ第一說ト異ル)ヘキモノト爲ス

#### 第四

更ニ他ノ一說ニ依ルトキハ論理上ノ意味ニ於ケル因果關係ノ觀念ハ刑法上皆同一ニ之レヲ利用スルモノニアラスシテ刑法ノ關係スル所ハ種々ノ條件關係 (Bedingungsverhältnisse) 中特別ノ價值ヲ有スルモノノミニ限レルモノト爲ス(例ハめるける)乞フ此見解ノ要領ヲ示サン

一 特定ノ現象ニ關聯スル無數ノ條件中特種ノ價值ヲ有セサルモノハ殆ト無關係ナル影響ノミヲ有シ得ルモノナルカ故ニ行爲ト結果トノ間ニ於ケル特種ノ條件關係ニ限リテ刑法上ニ關係アリト認ムルコトヲ得ヘク換言スレハ數多ノ條件關係中刑法上ニ關係アルモノト然ラサルモノトヲ區別スルコトヲ得ルモノトス然レトモ此區別ニ關シテハ從來種々ノ不條理ナル論結ヲ齎ラスヘキ幾多ノ見解アリ就中結果ノ發生ニ特ニ多ク干與シタル者特ニ優勢ナル勢力ヲ表示シタル者若クハ結果發生ノ爲メ特ニ重要ナル物質的作用ヲ

爲シタル者ノミニ結果ノ責任ヲ歸セントスルハ誤リナリ一笑、一舉手ノ微作用ト雖モ行爲者ト結果トノ間ニ刑法上影響アル因果關係ヲ發生スルニ足ル況ンヤ結果ノ發生上必要缺クヘカラサル他ノ物質的作用ニ比スレハ人ノ行爲ハ輕微ナル影響ヲ有スルニ過キサルヲ以テ常トスルニ於テヲヤ

## 二 刑法ハ吾人ノ經驗ニ基キ一般的ニ重要ナリト認定セララルル條件關係ノミニ著眼ス

甲 行爲ト結果トノ全然例外的ナル連絡ハ刑法上ノ答責ヲ發生セシムルモノニアラス此答責ハ寧ロ或ハ當該狀態ノ下ニ或ハ少クトモ其一般性質上結果ノ發生ヲ助成スルニ適當ナリ即チ結果ヲ助成スル危險アリト認めラレ得タル行爲アルコトヲ條件トス

例ハ甲者カ乙者ノ行爲ニ因リ負傷シ温泉療養中溺死シタリトセヨ乙者ノ行爲ト甲者ノ死亡トノ間ニ論理上ノ條件關係(因果關係)アコルト疑ナシト雖モ乙者ハ此結果ニ付テ答責ヲ負擔スヘキモノニ非ス然レトモ這ハ其結果カ豫見シ得ヘカラサリシ爲メニアラスシテ結果カ行爲ノ通常ノ性質ニ

適セサルニ基クモノトス所謂加重罪ノ場合ニ於テ法律カ此概念ニ依レルコトハ爭フコトヲ得ス

又甲者カ乙者ノ爲メ殺意ヲ以テ及傷セラレタルモ幸ニシテ創傷重大ナラス乙者ヲ捕縛スル爲メ之ヲ追尾スル際過チテ橋上ヨリ河中ニ轉落シテ溺死シタリト假定セヨ一方ニ於テ犯人ノ行爲ハ殺人ノ目的ニ出テ他ノ一方ニ於テ被害者ノ死亡ト條件關係ヲ有スルモ尙ホ犯人ニ謀殺已遂ノ責任ヲ負ハシムルヲ得ス此場合ニ於テモ行爲ト結果トノ連絡ハ例外的ナリ此行爲カ當該狀態ノ下ニ於テ或ハ其一般性質上此ノ如キ結果ヲ生スルハ吾人ノ通常ノ經驗ニ適セサル所ナリ故ニ刑法上ノ見地ニ於テハ甲者ノ行爲ト乙者ノ死亡トノ間ニ因果ノ關係ヲ認ムルコトヲ得ス然レトモ本例ノ場合ニ於テハ前例ノ場合ト異リ罪素タル結果カ故意ニ若クハ過失的ニ惹起セラレタルトキニ限リテ之ヲ本人ノ責ニ歸スルコトヲ得ルカ故ニ行爲ト結果トノ關係カ一般的ニ重要ナルコトハ法律適用上前例ノ場合ニ於ケルカ如ク獨立的ノ要素ニ非スト雖モ全然例外的ナル因果ノ關係ハ故意若ク

ハ過失ヲ阻却スル事情トシテ觀察セラルルモノナリ即チ被害者カ後ニ溺死シタルトキハ之ニ因リテ犯人ノ希望ハ達セラレタリト云フコトヲ得ヘキモ此結果ハ犯人ノ故意ニ包含セラレタルモノト爲スコトヲ得ス此ノ如ク例外的ノ結果ニ關シテハ犯人ニ過失アリト認ムルコトヲ得サルナリ

乙 多數人カ犯罪の結果ノ惹起ニ故意若クハ過失ヲ以テ干與シタル場合ニ於テハ多クノ事情中其或モノハ結果ニ對スル原因的干與ノ一般的影響輕微ナルカ爲メ處罰セラレサルコトアリ例ハ現行法ハ過失ニ因ル幫助ヲ一般ニ處罰セス又違警罪ニ於ケル故意ノ幫助及教唆ニ對スル幫助ヲ以テ無制裁トスルカ如シ蓋結果ニ對スル此原因的干與ヲ此ノ如ク區別スル理由ハ行爲ノ一般的相當性 (Generelle Geeignetheit) ノ欠缺スル場合トハ其性質ヲ異ニスルモノナリ何トナレハ此等無處罰ナル幫助ハ結果ノ發生ヲ一定ノ方法ニテ助成スヘキ相當性ヲ缺クモノニ非サレハナリ然レトモ法律ハ此種ノ幫助カ稀ニ存スルコト及幫助ハ正犯行爲ニ比シテ重キヲ置クニ足ラサル状態アルコトヲ斟酌シテ此相當性ノ存スルコトニ注意ヲ拂ハサルモ

ノトス

三 犯罪の結果ノ惹起ニ付テ如何ナル原因的干與ヲ爲スコトカ現行刑法上ニ於ケル責任負擔ノ基礎ト爲ルコトヲ得ルカノ問題ト現行法ハ如何ナル場合ニ於テ或者カ結果ヲ惹起シタリト爲スカノ問題ハ素ヨリ之ヲ混同スヘキモノニ非ス法律ハ其關係スル凡テノ原因的干與ヲ以テ結果ヲ惹起ス行爲ナリト爲サスシテ實行の干與ノミヲ以テ結果ヲ惹起ス行爲ナリト認ム例ハ人ノ死亡ヲ惹起ス者ハ人ヲ射撃セル者ノミナリ犯罪完成ノ爲メニ小銃ヲ貸與シタル者若クハ殺人行爲ヲ教唆シタル者ハ結果(死亡)ノ發生ニ原因的干與ヲ爲シタルモノトシテ此結果ニ付テ責任ヲ負擔スルニ拘ラス自ラ結果ヲ惹起シタリト認メラレサルナリ要之現行法ハ一定ノ罪種ノ構成要素ニ屬シ且ツ直接ニ此構成要素ヲ完成スル行爲ノミヲ以テ結果ヲ惹起ス行爲ナリト認メタリ

## 第五

上序三說ノ外更ニ紹介スヘキ見解アリ所謂相當原因說(一般的ノ)是ナリ獨逸ニ

於ケル法曹中此説ヲ主張スル者少カラスト雖モクリヒスマン氏ノ所論最モ簡潔ニシテ要領ヲ盡セルカ故ニ其梗概ヲ紹介セン(Vgl. Hermann Kriegsmann, bei „Gerichtssaal“ Band LXVIII, Heft 2. S. 134 ff. „Zur Lehre von der adäquaten Kausalität.“)

一 法律上殊ニ刑法上ニ於ケル因果關係ノ問題ハ因果律(Kausalgesetz)ノ性質ヲ基トシテ之ヲ説明セザルヘカラス因果律ハ宇宙間ニ於ケル森羅萬象ノ必然的繼續ニシテ先行現象ヲ以テ續生現象ノ原因ナリトスル觀念ニ外ナラス然レトモ特種ノ學問ハ一定ノ先行現象ヲ探究スルヲ目的トスルモノニシテ總テノ先行現象ヲ目的ト爲スモノニ非サルカ故ニ其學問ニ於ケル特別ノ因果關係ノ觀念ヲ攻究セサルヘカラス而シテ刑法上ニ於ケル因果關係ノ問題ハ或行爲ト或結果トノ關聯カ刑法上ノ意味ニ於テ因果ノ關係ヲ形成スルニハ如何ナル性質ヲ具備スルヲ必要トスルカノ問題ナリ抑、刑罰ハ行爲ト結果トノ間ニ因果的關聯アル場合ニ限り且ツ其理由ニ基キテノミ科セラルヘキモノナルカ故ニ行爲ト結果トノ連絡ハ之カ爲メニ其行爲ヲ處罰スルコト刑法ノ目的ニ適合シ理性ニ適スル場合ニ限りテ刑法上ニ於ケル因果關係ヲ構成

スルモノト認メサルヘカラス

二 刑法學上因果關係ヲ攻究スル目的ハ一般的因果律觀念ノ限界ヲ定ムルニアリ意思責任ハ行爲ノ性質ニアラスシテ行爲者ノ精神作用タリト雖モ間接ニ因果關係ノ觀念ヲ制限ス然レトモ現行法ハ有責ナル行爲ヨリ偶然ナル結果ヲ生シタル場合ニ於テ其結果ニ對シテ刑事責任ヲ負ハシムルカ故ニ意思責任ノ方面ノミヨリ因果關係ノ限界ヲ定ムルコトヲ得サルヘク從テ因果關係ノ問題ハ意思責任ノ問題ト全然區別シテ攻究スルコトヲ要ス因果關係ヲ制限スル方法二途アリ即チ一ハ法律カ意思責任ノ件ハザル結果ニ對シテ刑責ヲ負ハシムル場合ヲ根據トシ此ノ如キ場合ニ關スル規定ノ内容目的及ヒ他ノ場合ニ對スル關聯等ヨリ觀察シテ標準的ノ因果觀念ヲ發見スルニアリ蓋法律ハ因果關係ニ關シ統一の且ツ一般ニ同一ナル概念ヲ利用スルモノト認ムヘキカ故ニ以上ノ如クニシテ發見サレタル因果觀念ヲ現行刑法ノ全系統ニ擴用スルヲ得ヘキナリ然レトモ其二ハ刑法ノ反動ノ目的ヨリ觀察シテ因果關係ノ制限ヲ原則的ニ解釋スルニアリ



夫レ刑罰ノ反動(Strafrechtliche Reaktion)ハ社會ニ有害ナル行爲、格段ノ場合ニ於ケル行爲者ノ意思責任及ヒ有責行爲ニ表示セラレル犯人ノ非社會的本質ニ對シテ行ハルルモノニシテ其三元素中ノ何レニ重キヲ措クヘキカハ場合ニ依リ同シカラスト雖モ現行刑法ハ主トシテ有責行爲ニ着眼シタリ換言スレハ現行刑法ニ於テハ有責行爲ハ獨リ刑罰必至ノ指針タルノミナラス刑罰ノ根據ヲ成シ刑罰量定ノ標準ヲ成スモノニシテ現行刑法ハ非社會的行爲ヲ標準トシテノミ行爲者ニ反動スルモノナリ而シテ或行爲カ其影響上非社會的ノ性質ヲ有スルヤ否ヤヲ判斷スルニハ此ノ如キ行爲カ社會的共同生存ニ對シ通常有害ナル影響ヲ及ホスヤ否ヤノ經驗ニ基カサルヘカラス蓋法律ハ或種ノ行爲カ一般的ニ非社會的性質ヲ有スルコトヲ認メテ之ヲ處罰スルモノニシテ或行爲カ一度若クハ極メテ稀ナル場合ニ社會上有害ナル影響ヲ生シタル故ヲ以テ之ヲ處罰スル意思アリト認ムルヲ得サルナリ斯ノ如ク法律カ刑罰反動ヲ爲スニ當リ一般的ニ非社會的性質ヲ有スル行爲ヲ前提トシ而シテ此制限カ正當ナル目的概念ニ基クモノナルヲ認ムル以上ハ一般的ノ性質

(Generelle Charakter)ヲ有スル連絡關係ノミヲ刑法上ノ因果關係ナリト認ムヘキコト當然ノ論結ナリ即チ格段ナル場合ニ於ケル偶然ノ發展ニ因リ有害ナル影響ヲ生シタル行爲カ犯罪ノ構成要素トセラレルコトナキト等シク格段ナル形式ニ於テ結果ト連絡スル行爲ハ刑罰反動ノ客體タルコトヲ得サルモノニシテ或行爲カ結果ト連絡スル行爲ハ刑罰反動ノ客體タルコトヲ得サルモノニシテ或行爲カ結果ト連絡スル故ヲ以テ之ヲ處罰スルコト法律ノ目的上ヨリ觀察シテ理性ニ適スル場合ニ限り其行爲ト結果トノ間ニ刑法上因果關係アリト認メサルヘカラス

三 學者或ハ一般的因果概念ヲ抽象論理的ニ制限シ以テ刑法上ノ因果概念ヲ定メントスル者アリト雖モ誤レリ吾人ハ結果發生ノ諸條件中一種ノ區別ヲ爲シタルモ此區別ハ心理學上ノ標準ニ基クモノニアラス實際上ノ影響ノ大小要否ニ依ル區別ニ非ス或ハ又意思責任問題ト因果關係問題トノ混同ニ基クモノニアラサルナリ蓋因果律ノ性質ヲ根據トスルトキハ影響ノ大小強弱ニ基ク區別ヲ認メ此區別ヲ刑法上ノ因果關係ニ應用スルハ正當ナラサルヘ

シ然レトモ又現行法ノ疑フヘカラサル規定アルニ拘ラス因果關係ノ觀念ヲ獨リ有責行爲ノミニ限ラントスルノ非ナルコトモ明瞭ナリ要スルニ行爲カ結果ニ對シテ一般的ノ影響ヲ有スルヤ否ヤノ判斷ハ格段ナル場合ニ於ケル不自然ナル事情ヲ度外ニ措キ此種類ノ行爲ハ通常此種類ノ結果ヲ生スルヤ否ヤニ依ルヘク因果連絡ノ本質上ノ差異ニ依リ因果觀念ノ制限ヲ定ムルコトヲ得サルモノトス換言スレハ結果ニ變更ヲ及ホスヘキ事情ハ皆原因ニシテ此ノ如キ事情中ニ原因タルモノト然ラサルモノトヲ區別スルコト能ハスト雖モ只其一般通常ノ關係ナルヤ否ヤニ依リ刑法上ノ因果關係ニ一定ノ限界ヲ與フヘシト爲スニ外ナラス

四 相當原因說ニ對シテハ意思責任問題ト因果關係問題トヲ混同スルモノナリトノ批難アリト雖モ中ラヌ實際上ニ於テ一般的ニ結果ニ對シテ影響ヲ有スル行爲ハ有責行爲ト其範圍ヲ異ニスルコト少シト雖モ通常因果連絡ト豫見シ得ヘキ因果連絡トハ觀念ニ於テ一致スヘキモノニアラス二者ヲ混同スルハ意思責任ノ伴ヘル因果連絡ノミヲ以テ刑法上ノ因果關係ヲ成シ刑事責

任ノ基礎タルコトヲ得ルモノト爲スノ誤リニ座セリ又一定ノ時斯ニ於テ總體ノ經驗知識ヲ標準トシテ一般的ニ結果ニ對スル影響ヲ有スル行爲ナリト認メラレタルモノハ特定ノ行爲者ニ於テ必ス之ヲ豫見シ得ヘキモノト爲スヲ得サルハ明カナリ

以上略叙シタル所ハ相當原因說ノ要領ナリ之ヲ他ノ學說ニ比照スルニ二者共ニ因果律ノ同一ナル性質ヲ根據トシ法學上ニ於テ普通因果觀念ヲ利用スルノ己ムコト能ハサルヲ認ムルト同時ニ刑事責任ヲ限界スヘキ實際ノ目的觀念上ヨリ因果律ノ限界ヲ定メントスル點ニ於テ一致セリト雖モ他ノ學說ハ或ハ主觀的方面ノミニ刑事責任ノ限界ヲ求メ或ハ因果律ノ觀念ニ對シ現行刑法ノ規定ヨリシテ例外ヲ認メ相當原因說ハ一般の因果連絡ノミヲ以テ刑事責任ノ基礎タルコトヲ得ルモノトシ更ニ主觀的方面ヨリ刑事責任ヲ制限スヘキモノト爲スノ差異アリ

## 第六

本邦ニ於テハ余輩カ何レモ刑法學者ノ泰斗トシテ尊敬シ師事スル岡田勝本兩

博士刑法上ノ因果關係論ニ付テ正反對ノ見解ヲ採用セラル余ハ僭越ヲ省ミス  
後段ニ於テ聊カ論評ヲ敢テセント欲スルカ故ニ茲ニ其論旨ヲ對揭セン

一 岡田博士ノ見解ニ依レハ因果連絡ノ有無ハ外界物質的ノ關係ニシテ故意  
ヲ有スル者カ刀ヲ下シテ人ヲ殺スモ故意過失ナキ者カ刀ヲ下スモ其致命傷  
ト死ナル結果トノ間ニ存スル因果ノ關係ニ異ル所ナキカ故ニ故意行爲ノ介  
入ニ基キ因果關係ノ中斷ヲ認ムルハ不當ナリ假リニ之ヲ是認スルモ獨逸ノ  
法曹カ故意ノ場合ト過失ノ場合トヲ區別シ過失行爲ノ介入ハ因果關係ヲ中  
斷セスト爲スハ何等ノ根據ナキ獨斷ナリ然レトモ此關係ニ故意ト過失トヲ  
區別スヘキモノニ非スト爲スモ尙有責行爲ノ介入カ因果連絡ヲ中斷スト云  
フ論旨ハ不當ナリ有責行爲カ介入スルモ以前ノ行爲ノ原因カ依然其進行ヲ  
繼續スルコト疑ナシ故ニ例ハ甲者カ一旦致命傷ヲ與フルモ更ニ殺意ヲ有ス  
ル乙者出テ死期ヲ早メタル場合ニ於テモ因果關係ノ中斷アリト認ムルヲ得  
ス然レトモ此場合ニ於テ甲者ハ殺人未遂ノ責ニ任スヘクシテ既遂ノ責ニ任  
スヘカラス而シテ此論結ハ責任更新ノ觀念ニ基クモノナリ夫レ天地間一切

ノ事物ハ盡ク其間ニ因果關係アリ甲カ乙ヲ殺ス太陽亦其原因ノ一ナリ而モ  
太陽ヲ殺人行爲ノ原因者ナリト爲ササルハ責任能力及ヒ責任條件ナキカ爲  
メノミ責任能力及ヒ責任條件ハ外界無始無終ノ因果連絡ノ某ヨリ某ニ至ル  
迄ヲ舉動者ニ負擔セシムル心的關係ニシテ行爲ノ獨立タルヤ否ヲ分ツ根本  
ナリ獨立ノ行爲(即チ責任能力アリ責任條件ヲ有スル者ノ行爲)カ因果連絡中  
ニ介入スルトキハ其以後ノ因果連鎖ニ對スル責任ハ其行爲ニ於テ之ヲ負擔  
セサルヘカラス是即チ責任ノ更新ナリ不作爲ノ場合ニ於テモ亦同シト爲ス  
ニアリ要之此見解ニ基クトキハ因果律ノ觀念ハ絕對ニ例外ナク刑法上ニ應  
用セラルヘキモノニシテ獨逸學者ノ所謂因果連絡ノ中斷ハ責任ノ更新ニ外  
ナラサルナリ(本論第二段ニ叙説シタル見解ト或點ニ於テ同趣旨ナルカ如シ  
法學雜誌第二十三卷第三  
號岡田博士論文參照)

二 勝本博士ノ見解ニ依レハ因果律ノ觀念ヲ其儘刑法上ニ應用スルモノトセ  
ハ責任ノ窮極スル所ナク子ニシテ罪ヲ犯サハ父母祖父母祖父母ハ太古ノ祖  
先亦責任ヲ負ハサルヘカラサルニ至リ不當ナル論結ヲ生スルカ故ニ必要ナ

ル條件即チ他ノ條件ハ或ハ存シ或ハ存セサルモ敢テ妨ケスト雖モ此條件ニ  
 限リテハ必ス存在スルコトヲ要スト認ムヘキ條件ノミヲ以テ原因トシ此原  
 因ヨリ續生スル影響中原因ニ近接セルモノノミヲ結果ト爲ササルヘカラス  
 (法學協會雜誌第二十四卷第二二頁參照) 而シテ刑法上所謂原因ハ個人ノ自由意思ヨ  
 リ出テタル行爲ヲ以テ第一原因トシ其以上ニ遡ルヲ許サス結果ハ豫見スル  
 コトヲ要シ又豫見シ得ヘキ範圍ヲ限度トセサルヘカラス(前掲二二頁參照) 既ニ自由  
 意思ニ基ク行爲ハ第一原因ニシテ原因ノ觀念ハ其以上ニ遡ルヘキモノニア  
 ラストセハ既ニ或者ノ行爲ニ因リ發生シタル因果連鎖中ニ他人ノ由自意思  
 ニ基ク行爲カ介入シタルトキハ第一行爲ト結果トノ連絡ハ第二行爲ニ因リ  
 中斷セラルルモノト認ムヘキハ當然ナリ此關係ニ就テハ獨逸法曹ノ所謂故  
 意行爲ハ過失ニ基ク行爲ヲモ包含スルモノナリ若シ夫レ共犯者間ニアリテ  
 ハ分體同心ノ關係アルカ故ニ共犯者中ノ一人ノ行爲ハ他ノ一人ノ行爲ト結  
 果トノ因果連絡ヲ中斷スルコトナシ又結果ニ付テハ思想ノ及フ範圍ニ責任  
 ヲ制限スルカ故ニ例ハ甲カ乙ヲ殺シタル爲メ乙ノ妻子カ驚愕困窮其他何等

カノ事情ニ因リ死亡スルカ如キ場合ニ於テハ甲ハ乙ノ妻子ヲ殺シタリト認  
 ムルコトヲ得ス何トナレハ甲ハ乙ノ殺害ヨリ此ノ如キ結果ノ發生スルコトヲ  
 豫見セス又此ノ如キ豫見ハ不可能ナレハナリ(前掲二三頁乃至三五頁並法  
 學新報第十五卷第十三號三六  
 乃至四〇頁)ト爲スニアリ要スルニ刑法上ニ於テハ純然タル因果律ノ觀念ト  
 異リタル因果觀念ヲ認メ其因果關係ハ他人ノ自由意思行爲ノ介入ニ因リテ  
 中斷セラルルヲ原則トシ共犯ノ場合ニハ例外トシテ中斷ヲ認メス而シテ責  
 任ヲ負擔セシムヘキ結果ハ豫見セラレタル若クハ豫見シ得ヘキモノニ限ル  
 ト云フコト本說ノ要領ナルカ如シ  
 以上余カ要約シタル所或ハ兩博士ノ趣旨ニ反スル點アルナキヲ保セス讀者希  
 クハ原論文ヲ參照セヨ

第七

余ハ因果律ト刑法トノ關係ニ關スル近來ノ學說ヲ約述シタルカ故ニ本段ニ於  
 テ此等ノ學說ニ對シテ略評ヲ試ミント欲ス

一 絶對的因果關係說(第二段參照)ハ理論ノ一貫スル點ニ於テ特色アリト雖モ

未タ刑事責任ノ限界ヲ定メントスル目的ニ適合セリト認ムルコトヲ得ス即チ(一)責任能力者ノ故意行爲ノ介入シタル場合ニ於テモ因果關係ノ中斷ヲ認メス單ニ行爲者ノ故意過失ノミヲ刑事責任ノ限素ト爲ストキハ例ハ茲ニ甲者アリ乙者ヲ罵詈スルニ當リ乙者カ憤怒ノ餘自殺シ之カ爲メニ乙者ノ家族ノ或者カ生計ノ方便ヲ失シテ餓死シ更ニ他ノ者カ強盜殺人ヲ行フニ至ルコトヲ豫見シ因果ノ連絡カ此ノ如ク發展シタル場合ニ於テ甲者ハ乙者乙者ノ家族及ヒ強盜殺人ノ被害者ヲ故意ニ殺シタル者トシテ總テノ結果ニ付テ責任ヲ負ハサルヘカラサルニ至ルヘク而シテ此論結ノ妥當ナラサルハ何人モ爭ハサル所ナルヘシ

(二)重キ結果ノ發生ニ由リ刑責ヲ加重セラルヘキ犯罪例ハ毆打致死ニアリテモ結果カ豫見シ得ヘキモノナルコトヲ要求スルハ刑事責任ノ觀念上穩當ナリト雖モ通説ニ依ルトキハ此種ノ犯罪ニアリテハ其結果カ豫見シ得ヘキコトヲ要セサルモノト解釋セラレツツアリ此解釋ヲ排斥スルコト能ハサルトキハ意思責任ノ方面ヨリハ何等ノ制限ヲ付スルコト能ハサルカ故ニ因果關

係ノ連絡スル限リハ刑責ヲ負ハサルヘカラサルカ如キ不條理ナル論結ヲ生ス殊ニ法律カ特ニ刑法不論罪ノ例ヲ用ヒサルコトヲ明言シタル犯罪行爲ニ付テハ此學說ヲ採用スルヲ得サルコト明白ナリ

二 リスト氏一派ノ見解(第三段參照)カ他人責任能力者ノ故意行爲ノ介入ニ因リ前原因ノ中斷(新原因ノ獨立ヲ認ムルハ正當ニシテ現行法ニ於ケル教唆及ヒ從犯ノ規定ニ照ラシ又自殺教唆ノ規定ヨリ觀察スルトキハ現行法ノ解釋トシテハ之ヲ排斥スルコトヲ得ス然レトモ既ニ重キ結果ノ發生ニ因リ刑責ヲ加重セラルル犯罪(加重罪)ニ付テハ相當原因論ヲ認メツツ之ヲ統一的ニ總テノ場合ニ及ホサルルハ寧ロ失當ナリ

三 メルケル氏一派ノ見解(第四段參照)ハ加重罪ニ付テノミ相當原因論ヲ認メ故意過失ヲ必要トスル犯罪ニアリテ相當ナラサル原因即チ全然例外的ノ因果連絡ニ付テ犯人ノ責任ヲ負ハサル主タル理由ハ犯人カ此ノ如キ結果ヲ豫見セス若クハ豫見スルヲ得サルカ爲メナリト爲スカ故ニ若シ犯人カ豫見シタルトキハ如何ナル因果關係ニ付テモ責任ヲ負ハサルヘカラサルニ至リ遂

ニ不條理ナル論結ヲ避クルコトヲ得サルノミナラス一般的ノ性質ヲ有セザル因果連絡ハ犯人ニ於テ豫見セス又豫見スルコトヲ得スト爲スハ事實ニ反スル獨斷タルヲ免レス又此見解ニ從フトキハ一定ノ罪種ノ構成要素ニ屬シ且此構成要件ノ完成ニ直接ノ標準タルヘキ行爲ノミヲ以テ刑法上ニ於テ結果ヲ惹起スルモノト爲スカ故ニ間接正犯ノ場合ヲ説明スルコトヲ得ス

四 一般的ノ相當原因説第五段參照即チ一般的ノ性質ヲ有スル因果連絡ヲ一般的ニ刑法上ニ利用スヘキモノトスル見解ハ頗ル穩當ナリ然レトモ此見解ヲ以テ條件ト原因トヲ區別スル主義ト同一視スルコトナキヲ要ス此見解ニ從フトキハ因果關係ノ觀念ハ刑法上ニ於テモ論理上ノ意義ニ依ルコトヲ要シ斯ノ如キ因果關係中一般普通ニ存在スルモノト然ラサルモノトヲ分チ其普通ナルモノノミヲ刑事責任ノ基礎タラシメント爲スニ過キサレナリ加之此見解ヲ採用スルモ更ニ責任能力者ノ故意行爲ノ介入ニ因ル因果關係ノ中斷ヲ認ムル必要アルコトヲ看過セサルコトヲ要ス

五 岡田博士カ有責行爲ノ介入ニ因リ前行爲ノ原因ハ其進行ヲ止ムルモノニアラストセラルルハ論理上ノ因果觀念ノ絶對ヲ貫徹セラレタルモノニシテ現行刑法ノ見地ヨリ生スヘキ例外ヲ否認セラルルモノナリ而シテ博士ハ例ハ甲者カ一旦致命傷ヲ與フルモ更ニ殺意ヲ有スル乙者出テテ死期ヲ早メタル場合ニモ因果關係ノ中斷アルニアラス只此場合ニ甲者カ殺人既遂ノ責任セスシテ未遂ノ責ヲ負フニ止ルハ因果關係中斷スル爲メニアラスシテ乙者ノ介入後ニ於ケル因果連絡ノ責任ハ乙者之ヲ負擔スヘク即チ責任更新スル爲メナリトセラルルモ甲者ハ殺人ノ故意アリ而シテ甲者ノ行爲ト被害者ノ死亡トノ間ニ刑法上ノ意義ニ於ケル因果關係アリト認ムル以上ハ甲者ヲ殺人既遂ニ問ハサルヘカラサルニ非サルカ何トナレハ刑法上ノ意義ニ於テ甲者ノ行爲ト被害者ノ死亡トノ間ニ因果ノ關係アリト云フハ甲者ハ乙者ヲ殺シタリト謂フノ意ニ外ナラス既ニ此結果アリ又他ノ要件ノ具ハレル以上ハ殺人既遂罪ノ構成要素ハ之ヲ以テ完成スヘケレハナリ加之博士カ責任能力及ヒ責任條件ハ行爲ノ獨立ヲ表示スル元素ナリトセラルルヲ觀レハ此見地ヲ採用スルモ因果ノ連絡中ニ介入スル責任能力者ノ故意アル行爲ハ前原

因ノ進行力ヲ繼續スルモノニ非スシテ新原因タル獨立行爲タルヘク從テ前原因カ進行此ニ中斷シ新原因ハ獨立ニ進行スルモノト認ムヘキニ非サルカ余輩ノ所見ニ依レハ博士ノ所謂責任更新ハ因果連絡ノ更新ニ基クモノナリトスルヲ以テ正當トス然リ而シテ博士ハ假ニ故意行爲カ因果關係ヲ中斷スルコトヲ是認スヘシトスルモ故意ト過失トハ責任條件トシテ此關係ニ於テハ同一ナルカ故ニ之ヲ區別スヘキ理由ナシトセラレタリ此點ニ於テハ勝本博士ノ見解亦同シト雖モ余輩ハ現行刑法ノ解釋トシテハ責任能力者ノ故意行爲ノミニ因果關係中斷力ヲ認ムルヲ以テ穩當ナリト信ス蓋現行刑法上因果關係ノ中斷ヲ認ムル根據ハ刑法第二百五條、第九條、第三百二十條、第三百二十一條等ノ解釋ヨリ生スルモノニシテ(註一)此等ノ規定ハ何レモ故意行爲ノ介入スルトキハ教唆幫助等カ殺人行爲其モノニアラサルコトヲ明カニシ殊ニ第二百五條、第九條ノ場合ニハ介入者(正犯)カ責任能力者ナルコトヲ前提スルカ故ニ立法者カ責任能力アル者ノ故意行爲ノ介入スルトキハ其介入行爲ヲ以テ獨立ノ行爲トスル見地ヲ採用シタルコトヲ推知スルニ足ル然レトモ

過失行爲ノ介入ニ付テハ此等ノ規定ノ關係ナキノミナラヌ第二百九十三條、第二百九十七條、第三百七條、第三百八條等ニ依ルトキハ被害者自身ノ過失行爲ノ介入ニ因リテ因果關係ノ中斷セサルコトヲ認ムルニ足ルヘク(註二)因果關係中斷ノ關係ニ於テ被害者自身ノ行爲ト同價値ナル第三者ノ過失行爲ノ介入モ亦因果關係ヲ中斷セサルモノト斷定スルヲ得ヘシ

(註一) 第二百五條、第九條等ニ依ルニ非サレハ故意行爲ノ介入ニ因ル因果關係ノ中斷ヲ認ムルコトヲ得ス此等ノ規定ニ依ラサルトキハ責任能力者ノ任意行爲ノミカ刑法上ノ原因タルコトハ法律一般ノ觀念若クハ刑法第七十五條以下ノ規定等ニ因リテ之ヲ知ルコトヲ得ルモ責任能力者ノ任意行爲ヨリ生シタル因果連絡ニ他ノ責任能力者ノ任意行爲カ介入シタルトキハ何故ニ二行爲カ等シク原因タラサルカヲ知り難シ責任能力者ノ任意行爲カ他ノ責任能力者ノ任意行爲ヨリ生シタル因果關係ニ介入スルトキハ之ヲ中斷シ獨立ノ新原因タルヘキコトヲ認ムルハ現行刑法ノ規定ニ基クモノナリ故ニ北米諸種ノ刑法ニ於ケルカ如ク教唆及ヒ幫助ト實行トヲ區別

セサル法律ノ解釋トシテハ故意行爲ノ介入ニ因ル因果關係ノ中斷ヲ認ムルヲ得サルヘシ

(註二) 刑法第二百九十三條第三百七條ノ場合ニハ被害者カ不注意ニ因リ毒物若クハ健康ヲ害スヘキ物品ヲ自ラ服用スルカ爲メ結果ヲ生スルコト多カルヘク第二百九十七條第三百八條ノ場合ニハ被害者カ詐稱誘導セラルルコトヲ悟ラス不注意ニ因リ自ラ危害ニ陥ル行動ヲ取ルモノニシテ何レノ場合ニモ多クハ被害者ノ過失行爲介入スルモ詐稱誘導テフ行爲ト被害者ノ死傷ト云フ結果トノ間ノ因果連絡ヲ中斷セス

六 勝本博士カ他ノ條件ハ或ハ存シ或ハ存セサルモ敢テ妨クル所ナキニ反シ此條件ニ限リテハ必ス存在スルコトヲ要スル條件ノミヲ以テ原因ナリトセラルル主意ハ明確ニ理解スルニ苦ムト雖モ刑法上ニ於ケル原因ハ個人ノ自由意思ニ出テタル行爲ナリト説カレタルヲ觀レハ刑法ニ於ケル原因ハ犯罪ノ成立上存在セサルヘカラサル個人ノ任意行爲ナリトノ主意ナルヘキカ博士ノ主意此ニアリトセハ余輩モ亦素ヨリ之ニ賛同スヘシ蓋吾人カ刑法上ニ

於テ因果關係ノ觀念ヲ攻究スルハ個人ノ行爲ハ結果ニ對シ如何ナル關係ヲ有スル場合ニ於テ其原因ナリト爲スコトヲ得ルカノ問題ヲ解決スルノ必要ヲ外ニシテハ何等ノ目的ナケレハナリ然レトモ當該行爲カ結果ト條件關係ニ立ツ以上ハ其行爲カ結果ニ對シテ唯一ノ條件タラサルモ其行爲ヲ原因ナリト爲スコトヲ得ヘク又結果ニ對シテ主タル影響ヲ與ヘサルモ尙ホ原因ナリト認ラルヲ得ヘク他ノ重要ナル事情ノ附加スルコトアルモ此斷定ヲ變更スヘキモノニアラス余輩カ通説ト共ニ條件中ニ原因タルモノト然ラサルモノトヲ區別スルコトヲ得スト説明スルハ人ノ行爲モ行爲以外ノ事情モ等シク刑法上關係アル原因ナルコトヲ主張セント欲スルニアラスシテ行爲カ結果ノ一條件タル以上ハ其影響ノ大小輕重ニ依リ若クハ其行爲カ單獨條件ナルト否トニ依リ或ハ原因タルヲ得ヘク或ハ原因タルヲ得ヘカラスト云フカ如キ區別ヲ爲スヘキモノニアラスト云フ刑法上ノ原因觀念ヲ演繹スルカ爲メニ外ナラサルナリ

博士カ獨逸法曹ノ所謂故意行爲(因果關係ヲ中斷スル)トハ任意行爲ノ意味ニ



シテ故意アル行爲及ヒ過失行爲ヲ包含スル趣意ナリト解セララルルハ余輩ノ承服スルヲ得サル所ナリ蓋リスト氏等カ責任能力者ノ故意行爲ノ介入ニ因ル因果關係ノ中斷ヲ認ムル根據ハ獨逸刑法ニ於ケル教唆及ヒ從犯ノ規定ニアリ而シテ此等ノ學者ハ正犯カ過失犯タル場合ニ付テハ教唆及ヒ從犯ノ觀念ヲ認メスシテ正犯カ故意犯タル場合ニ於テノミ加増ノ成立ヲ認メ加増行爲カ正犯ノ行爲ニ依リ因果關係ヲ中斷セララルルコトヲ説明スルノミナラス責任能力者カ罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラサル責任能力者ノ行爲(從テ過失アルコトヲ妨ケス)ヲ利用スル場合ニハ間接正犯ノ觀念ヲ認ムルカ故ニ獨逸法曹カ所謂故意行爲中ニ過失行爲ヲモ包含セシムル趣意ナリトスルハ正當ナラサルヘシ

余輩ハ博士カ結果ニ付テハ思想ノ及フ範圍ニ責任ヲ制限セサルヘカラスト主張シ甲カ乙ヲ殺シタル爲メ乙ノ妻子カ驚愕困厄其他ノ理由ニテ死亡スルトキハ甲ニ於テ此ノ如キ結果ヲ豫見セス又豫見スルコト不能ナルカ故ニ乙ノ妻子ノ死ニ付テハ甲ニ責任ヲ負ハシムルコトヲ得スト説明セラレタルニ

絶對ニ反對セス然レトモ甲カ此ノ如キ結果ヲ實際上豫見スルコト絶無ニアラス例ハ甲者カ乙者ノミニ依リテ生活ヲ維持スル丙者ハ乙者ノ死亡ニ因リ餓死スルニ至ルヘキコトヲ豫見シテ乙者ヲ殺シ遂ニ丙者ヲ餓死ニ致シタル場合ノ如キ是ナリ若シ斯ル場合ニ於テハ甲ハ丙者ニ對スル殺人罪ノ責任ヲ負フヘキモノトスレハ即チ已ム苟クモ斯ル場合ニ於テモ譬ヘハ呪咀ノ手段ヲ施シ被呪咀者カ呪咀セラレツツアルコトヲ聞知シテ神經上ノ故障ヲ生シ遂ニ狂者ト爲リ縊死ヲ遂ケタル場合ニ於テ呪咀者カ被害者ノ平素ノ性質上能ク此事アルヲ豫見シタリトスルモ尙ホ殺人罪ヲ以テ擬スヘカラサルト等シク丙ノ死ニ付テハ殺人ノ責任ヲ負フヘキモノニアラスト斷定スヘキモノトセハ思想ノ及ハサルコトヲ理由トセスシテ客觀的ニ相當原因說ヲ認メ一般普通ノ因果連絡ニアラサルコトヲ理由トスルノ外ナカルヘシ

## 第八

余ハ前段ニ於テ諸家ノ見解ニ對シテ妄評ヲ敢テシタリ而シテ余ハ讀者カ以上ノ論評ヲ綜合シテ余ノ卑見ヲ推知セラルルニ難カラサルヲ信ス然レトモ尙ホ

便宜ノ爲メ茲ニ卑見ヨリ生スル論結ヲ一括スレハ左ノ如シ

一 刑法上ニ於テハ一般ニ故意過失ヲ要スル場合ト加重罪若クハ租税法等ニ於ケルカ如ク通則トシテ故意過失ヲ要セサル場合トヲ分タス(通常一般ノ性質ヲ有スル因果關係ノミヲ刑事責任ノ基礎トス(本論第五段一般の相當原因說參照)此點ニ於テ余ハ從來ノ見解ヲ變更シタリ)

二 責任能力ノ任意行爲ヨリ生シタル因果關係モ他ノ責任能力者ノ故意行爲ノ介入ニ因リテ中斷ス而シテ其前行爲原因力ヲ遮斷セラレタルカ故意ニ出テタルモノナルトキハ未遂犯ヲ構成スルヲ得ヘク(註)過失ニ出テタルモノナルトキハ常ニ犯罪ヲ構成セス

(註) 甲カ殺意ヲ以テ乙ヲ斬傷シタル後丙者亦故意ニ乙ノ死期ヲ早メタルカ如キ場合ニ於テハ甲ノ所爲カ結果ト連絡ヲ缺クト云フノ故ヲ以テ未遂犯ノ成立ヲ疑フヘカラス甲ハ乙ノ死ニ付テ責ヲ負ハサルノミニシテ殺意ヲ以テ乙ヲ斬傷シタルモ結果ヲ缺クト云ハハ殺人未遂犯タルノ要素ヲ具備スルコト明カナリ

以上ノ論結ハ主トシテ積極行爲ノ觀察ヨリ生シタルモノナリト雖モ消極行爲(不作爲)ニ付テモ亦同一ノ論結ニ歸着スルモノトスリすと氏等ノ見解ニ依ルトキハ不作爲ニ付テハ因果關係ノ觀念ヲ認ムルコトヲ得ス其罪ト爲ルハ義務違反ニ因ルト爲スニ拘ハラス故意ノ不作爲ノ介入ニ因リ因果關係ノ中斷スルコトヲ認ムルハ論理一貫セスト雖モ余輩ハふらんく氏ト共ニ因果關係ノ觀念ハ第一段ニ説示シタルカ如ク甲現象ナカリセハ乙現象モ亦全ク存スルコトヲ得サルカ或ハ其時期若クハ態様ヲ異ニスヘカリシ場合ニ於テ甲乙關係ヲ指示スル名稱ニ外ナラスシテ一定ノ不作爲ト外部現象トノ間ニモ此關係アリト解シ且ツ行爲ト當該結果トノ間ニ因果ノ連絡ナキトキハ其結果ハ其行爲ニ因リテ生シタリト爲スコトヲ得ス換言スレハ當該本人ハ法律ノ要求スル行爲ヲ爲シタリリ認ムルヲ得サルカ故ニ不作爲ニ因ル行犯ノ成立ヲ認ムル以上ハ不作爲モ亦原因タルヘキコトヲ認メサルヘカラサルモノナリト解スルヲ以テ不作爲モ亦作爲ト同シク他ノ因果關係ヲ中斷スル場合アルコトヲ認ムルニ於テ何等ノ妨ケナシト信ス(法曹記事第十六卷第八號及ヒ第九號所載)

### 第十二章 共同原因ニ付テ

最近ニ接手シタル Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 27. Band, 3. Heft  
ニ獨逸びむぶとん地方裁判所判事あるいすつらー (Zeller) ノ氏寄稿ニ係  
ル因果關係論ニ付テ] (Zur Lehre vom Kausalzusammenhang) ト題スル論文アリ  
共同原因ノ觀念ニ關スルほんりすと及ヒ獨逸帝國裁判所ノ見解ヲ論駁ス  
ルコト滔滔數千言論旨頗ル銳利ナルモノアリ茲ニ其要旨ヲ紹介シテ讀者  
ノ參考ニ資セン

- 第一 茲ニ甲乙丙ノ三人共ニ寡婦丁ノ家宅ニ侵入シ竊盜ヲ行フニ際リ丁ノ  
發見スル所ト爲リタルヲ以テ各之ヲ毆打シテ死ニ致シタル事實アリ參審官ハ
- 一 甲ハ故意ニ丁ヲ毆殺シタルカ
  - 二 乙ハ故意ニ丁ヲ毆殺シタルカ
  - 三 丙ハ丁ニ暴行ヲ加ヘテ之ヲ死ニ致シタルカ

ハ查問ヲ肯定シタルニ因リ裁判所ハ甲及ヒ乙ヲ獨逸刑法第二百十四條我現行  
刑法第二百九十六條ト構成要件ヲ同シウス)ニ問擬シ丙ヲ第二百五十二條(同上  
三百八十二條ト構成要件ニ於テ類似ス)ニ依リ處斷シタリ

被告ノ上告論旨ニ云ク參審官ノ事實認定及ヒ判決中ニ甲乙丙間ノ共謀ヲ確  
定セサルカ故ニ本件事實確定ハ自家撞着タルヲ免レス何トナレハ甲ニシテ丁  
ヲ殺シタリトセハ乙亦之ヲ殺スコトヲ得ス或ハ丙ニ於テ暴行ヲ加ヘテ死ニ致  
スコトヲ得サレハナリト然レトモ上告ハ棄却セラレタリ蓋獨逸帝國裁判所ハ  
甲乙丙ハ各自ニ自己ノ所爲ニ因リテ丁ノ死ヲ惹起シ從テ孰レモ自己ノ行爲ノ  
ミニ對シテ責ヲ負フモノニシテ同時ニ他人ノ行爲ニ付テ責ニ任スルモノニ非  
ストノ事實カ確定セラレタルコトヲ認メ且ツ此ノ如キ事實ハ左ノ理由ヨリシ  
テ何等ノ矛盾ヲ來サスト認メタルニ因ル

- 一 到來シタル死亡ハ數個ノ原因中ヨリ何レカ一個ヲ除去スルニ於テハ其  
死ヲ惹起スルコト能ハサルカ如キ關係ニアル數個ノ協動原因ノ同時的成  
果ナリト言フモ思想ノ法則ニ矛盾セス但參審官ノ認定シタル事實ハ之ト

二 丁ノ死亡ヲ惹起シタルハ被告等三人ノ行爲ノ共同作用ニアラスシテ被告等各自ノ行爲カ各別ニ充分ナル單獨原因ナリトセラレタルモ此認定モ亦事理ニ反スルコトナシ何トナレハ一個ノ原因カ結果ヲ惹起スルニ充分ナル影響ヲ有スルト同時ニ第二ノ同等ナル原因カ活動スルコトヲ得レハナリ

三 或ハ曰ン數個ノ創傷カ連續シテ發生シタルトキハ第二及ヒ第三ノ致命傷ハ死亡ノ時期ヲ早ムルモノナルカ故ニ現ニ到來シタル丁ノ死亡ハ第三行爲者ノミニ歸スヘク第一及ヒ第二行爲者ハ殺人未遂ヲ以テ論スヘキモノナリト然レトモ後發ノ創傷カ死期ヲ早ムルハ事實上ニ於テ多數ノ場合ヲ占ムルニ止マリ思想ノ一般法則若クハ法律上ノ理由ヨリ必然ニ認ムヘキ例外ナキ法則ニアラス

ついで一氏ハ帝國裁判所ノ判決ヲ論結ニ於テ正當ナリトシ其理由ニ於テハ失當ナリトシテ次ノ如ク説明シタリ曰ク帝國裁判所ハ參審官ノ事實認定ヲ誤

解シタルニ因リ偶然正當ナル論結ヲ爲シタルモノナリ即チ同裁判所ハ甲ニ次イテ乙及ヒ丙ノ與ヘタル創傷カ甲ノミニテ與ヘタル創傷ヨリモ一層丁ノ死期ヲ早メタルコトナキ場合ニ限り前顯參審官ノ事實認定ハ正當ナリトシ且ツ該認定ハ甲乙丙ノ爲メニ生シタル各創傷カ致命的ナルコトヲ表示スト解釋シタルモ適當ナル解釋ニアラス參審官ノ認定ハ甲乙丙カ孰レモ丁ノ死亡ヲ惹起シ各自カ他ノ者ニ關係ナク單獨ニ丁ノ死因ヲ與ヘタルコトヲ明示スルニ止マリ三個ノ創傷カ孰レモ單獨ニ致命的ナリシコトヲ意味スルノ點ナケレハナリ惟フニ該認定ハ甲乙丙カ順次ニ(甲ト乙トハ殺意ヲ以テ)丁ヲ創傷シ其三個ノ創傷カ孰レモ單獨ニ致命的ニアラスシテ相互協働ノ作用ニ依リテノミ丁ヲ殺スニ至リタル場合ヲモ包含スルモノト解スルヲ至當トスルモ帝國裁判所ハ此見解ヲ採用セザリシコト明カナリ何トナレハ若シ此見解ヲ採用シタリトセハ其從來主張セル原則ノ適用上甲ト乙トハ未遂ニ問擬セラルヘカリシコト疑ナカリシニ拘ラス判決ハ茲ニ出テスシテ既遂ヲ以テ處斷シタレハナリ是レ同裁判所カ參審官ノ認定ヲ誤解シタリト謂フ所以ナリ然レトモ余(ついで一氏)ノ所見ニ

依リテ該認定ノ意義ヲ上叙ノ如ク正當ニ解スルモ共同原因ノ觀念ニ付テ以下述フル所ノ見地ヲ探ルトキハ尙ホ前顯判決ト同一論結ニ歸著スヘキモノナルカ故ニ帝國裁判所ノ判決ハ結果ニ於テ正當ナリト

第二 氏ハ共同原因ノ觀念ニ付テ帝國裁判所カ甲者ノ故意ノ行爲ニ因リ致命傷ヲ負ヒタル者ニ對シ乙者カ更ニ創傷ヲ與ヘテ被害者ノ死期ヲ早メタルトキハ甲者ヲ殺人未遂罪ニ問ハサルヘカラスト爲シ又リテ此カ責任能力者ノ任意ニシテ故意アル行爲ハ法律上常ニ新ニシテ獨立ナル因果連鎖ノ發生ヲ意味スルモノナルカ故ニ第一ノ意思活動ト發生セル結果トノ間ニ於ル因果關係ノ連絡ヲ除却スト説明スルヲ以テ廣キニ尖スル見解ナリトシ之ヲ制限スルノ必要アリト主張ス而シテ其制限ノ必要ナル所以ヲ説明シテ曰ク例ハ茲ニ丙ノ怨敵タル甲乙二人アリ何レモ丙ヲ毒殺セント欲シ共謀ニ依ラス甲先ツ密ニ少量ノ毒藥ヲ丙ノ膳部ニ投入シテ之ヲ施用シタル後チ幾クモナク乙モ亦同様ノ所爲ヲ爲シタルニ其分量相合シテ丙ヲ殺シタルカ如キ場合ニ於テハ甲乙二人ノ所爲何レモ其結果ニ及シタル影響ニ差等ナキニ拘ラス甲ノ所爲カ乙ノ所爲ニ

先ツコト僅ニ幾分時ナルノ一點ヲ以テ甲ヲ未遂ニ問フノ不當ナルハ多言ヲ要セサルヘク從テ他人ノ故意行爲ノ附加スルコトアルモ必スシモ其以前ノ行爲ノ當該結果ニ對スル因果連絡ヲ斷ツモノニアラスト

果シテ然ラハ他人ノ有責行爲ニ因リ前行爲ト結果トノ因果關係カ中斷セラレル場合ト然ラサル場合トハ如何ニ區別スヘキカ乞フ氏ノ所論ヲ聞カン曰ク茲ニ無政府黨員タル甲者アリ一發ノ銃丸ヲ以テ被害者丙ヲ其通路ニ要撃シテ致命傷ヲ與ヘタルニ幾クモナクシテ乙者爆裂彈ヲ投シテ丙ヲ即死セシメタリト假定セン此場合ニ於テハ甲者ハ殺人未遂罪ニ因テ處斷スヘキコト疑ヲ容レス然レトモ甲者ノ所爲ニ因ル創傷カ致命的ニアラス乙者ノ所爲亦單獨ニテハ致命傷ヲ惹起セス其二個ノ創傷ノ協働影響ヲ待テ丙ノ死ヲ速キタル場合ニ在テハ反對ニ論結セサルヘカラスト或ハ甲者カ第一ノ場合ニ於テ致命傷ヲ成シタルニ拘ラス未遂ヲ以テ處斷セラレ第二ノ場合ニ於テ非致命傷ヲ成シタルカ爲メ却テ重キ既遂ノ責任ヲ負フカ如キハ至當ナラスト論スル者アルヘシト雖モ第一ノ場合ニハ甲者ノ與ベタル創傷ヲ以テ丙ノ死亡ノ原因ナリト爲スヲ得サ

ルニ反シ第二ノ場合ニハ甲者ノ所爲ニ因リテ生シタル創傷ナカリセハ乙者ノ所爲ニ因ル創傷ノミニテ丙死ノヲ惹起スルコト能ハサリシモノナルカ故ニ甲者ノ所爲ハ丙ノ死ニ對スル共同原因ニシテ即チ甲ノ所爲ト丙ノ死亡トノ間ニ因果關係アルヲ以テ既遂トシテ論スヘキコト當然ナリト言ハサルヘカラス然リ而シテ偶然ノ事實カ附加スルモ其前ノ行爲ノ判斷ヲ異ニスヘキ理由ナク又當該行爲者ヨリ觀ルトキハ被害者若クハ第三者ノ有責行爲モ亦偶然ノ事實ナルカ故ニ此點ヨリ觀察スルモ第二ノ有責行爲ノ附加スルカ爲メ第一行爲ヲ未遂ト爲スヘキ理ナシ然ラハ則チ……當該行爲ナカリシモノト假定スレハ其結果ノ到來ヲ想像スルコト能ハサル場合ニハ當該行爲者ハ結果ノ全部ニ付テ責ニ任ス……トノ一般的原则ヲ固持スルヲ得ヘク從テ現ニ發生セル結果カ事實上ヨリ之ヲ觀察シテ甲者ノ所爲及ヒ乙者ノ所爲ニ歸セラルヘキ場合ニ於テハ甲乙各自結果ニ對シテ責任ヲ負フトノ論結ヲ採用スルコトヲ得ヘシト

第三 獨逸帝國裁判所ハ甲カ殺意ヲ以テ丙ヲ傷ケタル後乙カ之ニ次イテ其被害者ヲ傷ケ其死期ヲ早メタルトキハ當該結果ノ原因ハ甲ノ所爲ニアラスシ

テ乙ノ所爲ナルカ故ニ甲ハ未遂ニ間ハサルヘカラストノ見解ヲ主持シタルカつゝいらい氏ハ此論結ノ廣キニ失スルコトヲ批難シタリ其要領ヲ聞クニ甲乙二人ノ與ヘタル二個ノ創傷カ其協働影響ニ因リ丙ノ死ヲ惹起シタル場合ニ於テハ二人ノ行爲ナカリセハ現ニ二人ノ行爲ノ協働影響トシテ發生シタルト異リタル時期若クハ方法ニ於テ結果ノ發生スヘカリシコトノミカ必要ナル關係ヲ有スルモノト認ムヘク若シ然ラスシテ現ニ發生シタル死亡カ乙ノ行爲ニ因リテ早メラレタル場合ニハ其原因ハ甲ノ所爲ニ存セスシテ乙ノ所爲ノミニアリト爲サハ一般的ニ共同原因ノ觀念ヲ否認セサルヘカラサルニ至ルヘシト謂フニアリ

氏ハりすこノ因果關係中斷論ニ反對スリすこハ獨逸刑法ニ於ル教唆犯ノ規定ヲ根據トシ教唆犯ハ間接正犯ニ非スシテ他人ノ行爲ニ對スル加擔ナルコト法律ノ規定上明瞭ニシテ其理由ハ立法者カ常ニ正犯ノ行爲ヲ獨立ノ原因ナリト認ムル點ニ存スルカ故ニ此理由ノ適合スル場合ニハ一般ニ之ト同一ノ論結ヲ採ラサルヘカラス從テ刑法ニ於テハ責任能力者ノ任意ニシテ故意アル行爲

ハ第一ノ意思活動ト到來シタル結果トノ間ニ於ル因果關係ノ認定ヲ阻却スト  
 ノ一般的原則ヲ生スト主張シタルカツいらい氏ハ教唆ノ規定ハ正犯ト正犯ヲ  
 シテ犯罪ノ決意ヲ生シメタル者トノ關係ヲ律スルモノナルカ此規定ヨリ探  
 用スヘキ論結ハ當然ニ生スヘキモノノミニ限ラサルヘカラス斯ノ如キ關係ノ  
 存セサル場合ニ類推スルハ不當ナリ例ハ甲カ丙ヲ泥酔セシメタル爲メ丙路傍  
 ニ倒眠セルニ際シ其怨敵乙者此状態ヲ見テ忽チ殺意ヲ生シ一刀ノ下ニ丙ヲ斬  
 殺シタリトセハ事實上ノ因果關係ハ甲乙ノ行爲ノ協働影響ニ因ルコト明カナ  
 リト雖モ此場合ニ於テハ甲ノ所爲ト丙ノ死亡トノ間ニ於ル因果關係ハ甲カ其  
 所爲ニ因リ乙ノ殺人行爲ヲ容易ナラシメタリト云フ範圍内ニ存スルモノニシ  
 テ甲ニ殺人ノ責ヲ歸スルコト能ハサルハ疑ナシ然レトモ甲カ殺意ヲ以テ丙ヲ  
 街路ニ於テ要撃シタルモ致命傷ニ至ラズ丙ハ首若トシテ歸途ヲ急キツツ林中  
 ヲ通過スル際野獸ノ傷クル所ト爲リ甲ノ所爲ニ因ル創傷亦協働影響シテ丙ノ  
 死ヲ速クニ至リタルトキハ甲ヲ殺人既遂ニ問フヘク此第二ノ創傷カ甲ノ所爲  
 ヲ知ラサル丙者ノ行爲ニ因リテ生シタル場合モ亦同様ナラサルヘカラスト論

駁シタリ

第四 然レトモいらい氏ハ第一行爲ノ其結果ニ對スル因果關係ヲ中斷ス  
 ヘキ第二ノ行爲ハ責任能力者ノ故意アル行爲ナルコトヲ要スル點ニ於テリす  
 且ノ見解ニ一致ス氏ノ設例ニ依ルトキハ甲カ殺意ヲ以テ丙ヲ斬傷シ該被害者  
 ノ氣絶シテ路上ニ倒レ居ル際其怨敵乙者來リテ丙既ニ死亡シタリト信シ屍ヲ  
 鞭チテ怨ヲ晴サント欲シ之ヲ實行シタルニ甲ノ生シメタル創傷乙ノ暴行ト  
 相影響シテ丙ノ死ヲ惹起シタルカ如キ場合ニ於テハ甲ヲ故殺既遂ニ問擬スヘ  
 キモノトス然レトモ第二行爲者ノ故意ハ必スシモ第一行爲者ノ故意ト其内容  
 ヲ一ニスルコトヲ要セス何レカ罰スヘキ行爲ニ付テ故意アラハ足ルモノト解  
 ス例ハ甲カ殺意ヲ以テ丙ヲ斬傷シタルモ致命傷ニ至ラザリシニ乙殺意ナクシ  
 テ丙ノ頭部ヲ毆打シテ即死セシメタルトキハ其結果ヲ甲ニ歸スルコトヲ得ス  
 又責任無能力者ノ行爲カ附加スルモ常ニ前行爲ノ因果關係ヲ中斷セサルモノ  
 トス

第五 要之いらい氏所論ノ要旨ハ責任能力者ノ故意アル行爲ヨリ生スル

因果關係ハ其前ノ行爲ヨリ生シタル原因力ノ協働作用ヲ待タスシテ單獨ニテ即時ニ結果ヲ到來セシメタル場合ニ於テノミ前行爲ノ因果關係ヲ中斷シ前後各行爲ノ協働影響ニ因リテ結果ヲ生シタルトキハ後ノ行爲ハ前ノ行爲ノ原因力ヲ中斷スルコトナク結果ヲ前後各行爲者ニ歸スヘキモノナリト謂フニアリ吾輩ハ氏ノ所論ヲ以テ理論上ノ因果關係ノ觀念トシテ至當ナリトスルモ現行刑法上ノ觀察トシテハ未タ承服スヘキモノニアラスト爲ス然レトモ本問題ニ關シテハ既ニ屢吾輩ノ所見ヲ發表シタルカ故ニ反對ノ理由ヲ詳述スル必要ナシト信シ茲ニ氏ノ所論ノ要旨ヲ摘記シテ讀者ニ紹介スルノミ(法學新報第十七卷第六號所載)

### 第十三 因果關係ノ中斷

甲アリ乙ヲ殺サント欲シテ之ヲ縊リタル後既ニ死シタルモノト誤認シ罪迹ヲ蔽ハンカ爲メニ乙ノ家ニ火ヲ放チタルニ乙ハ其火ノ爲メニ死亡

シタリ甲ヲ殺人既遂犯トスルコトヲ得ルヤ

### 第十四席 (消極主論者泉二法學士)

諸君私カ本夕茲ニズーシクモ主論者ナド、云フ名目ノ下ニ出マシタラハ、定メテ名論卓説ガアルカト御考ヘニナルカモ知レマセスケレトモ、別ニ諸君ヲ驚カシムル程ノ議論ハナイノテアル、唯今日ハ山田教授ノ命令ヲ強制サレテ出テ來タヤウナ譯テアリマスカラ、ヤカマシイ議論モナイ、極メテ簡單テアリマス、又牧野學士ハ平素極メテ緻密ナル頭テ極メテ有力ナル議論ヲナサルニ拘ラス、今晚ハ極メテ簡單ニヤツテ退ケタト云フヤウナコトテ、私モンレニ倣ツテ極ク簡單ニ御話ヲシテ置カウト思フノテアリマス

問題ノ由來ハ牧野學士カラ既ニ御話カアツタ通りテアリマスカラ、私ハ別ニ申上ケマセヌカ、唯此問題ニ付テ更ニ私カ諸君ノ御研究ヲ煩ハシタイト思フコトカアリマス、諸君カ問題ヲ御覽ニナツタナラハ、定メテ此問題ニハ既遂、未遂ノ議論ハカリテナイ、他ニ幾多ノ論點ヲ含ンテ居ルト云フコトハ直チニ諸君ノ明瞭ナル頭腦ヲ以テ感知サレタコト、信スルノテアリマス、ケレトモ念ノ爲ニ注意



致シマスレハ、此放火ノ處分ニ付テ既ニ人カ死亡シタモノト信シテ家ヲ燒イタ外ニ人カ居ナイ只其ノ人タケテアル場合ニ其者カ既ニ死亡シタト誤信シテ家ニ火ヲ附ケタト云フトキニ果シテ人ノ住居シタル家ヲ燒イタモノトシテ四百ニ條ヲ適用スルカ、或ハ住居セサル家屋トシテ輕イ處分ヲスルカト云フ點モ非常ニムツカシイ議論ニナルノテアリマス、ソレカラ實際ノ問題ハ之ニモウ一ツ附加ハリマシテ、火ヲ放ツテ逃ケルト同時ニ其被害者ノ財布ヲ盜ンテ行ツタノテアリマスカ、是モ矢張り死ンタモノト信シテ取ツテ逃ケタノテアリマス、ソコテ斯様ナ場合ニ他人ノ所持ヲ侵スト云フ意思カ有ヤ無シヤ、從テ竊盜罪カ成立スルヤト云フ疑問カ生スル要スルニ頗ル趣味ノアル研究問題テアリマス、サテ、本問題ニ付キマシテハ先刻ヨリ諸君ノ論セラレマシタ通り先ツ第一ニ因果關係ノ議論カ現ハルヘキ筈合テアリマスカ、私ハ此點ニ付テハ多クヲ申シマセンテ略説致シマス、從來私ハ原則トシテ矢張り因果關係ノ中斷ヲ認メル通説ニ從ツテ居ルノテアリマス、元來因果關係ノ觀念ハ既ニ諸君カ詳シク御承知ノ通りテアリマシテ原因其物ニ直接ノ原因トカ間接ノ原因トカ或ハ共同原因ト

カ單獨原因トカ、其他種々ノ區別ヲ以テ因果關係ノ價值ヲ論スルコトハ出來ナイノテ、種々ノ條件ハ具體的ニ發生シタ結果ニ對シテハ皆同様ナル價值ヲ持ツテ居ルノテアリマス、決シテ其間ニ有力テアルトカ、微弱テアルトカ云フ差異ヲ具體的結果トノ關係ニ於テハ認メルコトカ出來スノテアリマス、然ルニ此ノ如ク廣ク因果關係ヲ認ムルコトニ致シマスレハ何カ制限カナケレハ刑事上ノ責任ノ底止スヘキ所カ無イコトニ爲リマスカラ此制限ノ爲ニ因果關係中斷ノ觀念カ出テ來ルノテアリマス、此制限ニ付テ本席テハ聞キマセヌシタカ、平素牧野學士ハ社會ニ對シテ危險ナル範圍ノモノハ刑法上ノ因果關係ノ範圍ニ屬スルト云フ御説ノヤウテアツテ、是モ一説テアリマス、私モ社會危險性ト云フ如キ觀念ハ極メテ刑法上重要ナル觀念テアルト考ヘテ居ルノテアリマス、併シ其危險性ト云フモノハ極メテ「アブストラクト」ノ觀念テアリマス、即チ具體的ニ因果關係ノ制限ヲ示スヘキ觀念ニハナツテ居ナイノテマリマシテ、但個々ノ場合ニ於テ裁判官カ危險性アリト認定シタトキハ因果關係アリト認メレハ宜イト云フコトニ歸着スルコトニ爲ツテ仕舞マス、而テ各個ノ場合ニ危險性ヲ認ムルニ

ハ何カ標準カナケレハナリマモンカラ、其標準ヲ示スノ必要カアリマス、加之未  
 タソレノミテハ制限カ足りナイノテアル、ソレ故、矢張り因果關係ノ中斷ヲ認ム  
 ル必要ヲ生スルノテアリマス、而シテ其認定ノ根據ヲ現行法ニ求メマシレハ矢  
 張り教唆及ヒ從犯ノ規定ヤ第七十五條以下ノ規定等ガ其主要ナルモノテアリ  
 マス、牧野學士ハ本席ニ於テ百五條ヤ或ハ百九條ノ規定カ何故ニサウ云フ根據  
 ニナルカト言ハレマシタ、成程學士カ言ハレル通りニ、詰ル所ハ水掛論ニ歸着ス  
 ルノテアラウト思フノテアリマス、併シ其水掛論ニ歸着スルト云フ言葉ノ中ニ  
 ハ、因果關係中斷論ト云フノモ滿更根本的ニ反對說ヨリ破壊セラル、説テナイ  
 ト云フコトヲ意味シテ居ルノテアリマス、ソレテ學者中ニハ百五條、百九條ノ教  
 唆、從犯ト云フ觀念タケテ中斷論ヲ説明スル者モアリマスカ、一方ニ於テ勝本博  
 士ナトハ自由意思ト云フ觀念ヲ以テ此中斷ヲ認メヤウト云フノテアリマス、併  
 シナカラ其二ツハ異ツテ居ルカ如クニシテ實ハ同一ノ觀念ニ歸着スルト思ハ  
 レマス、ソレ故ニ私ハ兩方面カラ見テ因果關係ノ中斷ト云ハナケレハナラヌト  
 思フノテアリマス、前キニ積極論者ノ議論ハ極メテ感服シテ拜聴シタノテアリマ

スカ、此點ニ付テハ能ク了解シナカッタ所カアル即チ因果關係ノ中斷ト責任ノ  
 更新ヲ認メナイト云フコトヲ斷言サレタニ拘ラス甲カ乙ヲ傷ケテ、其者カ病院  
 ニ行ク時ニ車カ轉覆シテソレカ爲メニ死ンタトキニハ乙カ病院ニ行クト云フ  
 自由、任意ノ行爲ヲシタカラソレカ即チ獨立ノ原因テアルト述ヘラレマシタ或  
 ハ誤解テアツタラハ御許シヲ請ハナケレハナリマセスカ、私ノ聽イタ所テハサ  
 ウ聞ヘタノテアリマス、若シ其通りテアルトスルナラハ、獨立ノ原因アリト云フ  
 コトハ前ノ原因ノ連續テハナイト云フコトヲ意味スルノテアリマス、即チ前ノ  
 原因カラ見レハ中斷サレテ居ルコトヲ意味スルノテマリマス、從テ同君カ因果  
 關係ノ中斷ヲ否認セラル、ノハ矛盾ノヤウニ思ハレマス、又牧野學士ハ任意行  
 爲カ因果關係ヲ中斷スルト云フ斷定ハ法律上ノ論據カ無イテハナイカト云フ  
 ヤウニ言ハレマシタカ、刑法第七十五條以下ニ不論罪ノ規定カアリマシテ兎ニ  
 角原則トシテ刑法ニ於テハ任意ノ意思發動テナケレハ責任ヲ負ハヌ、ソレカラ  
 一ツハ故意ノ場合テナケレハ原則トシテハ責任ヲ負ハヌト云フカ如キコトカ  
 明カニナツテ居ル點カラ見マシレハ責任能力アル者ノ責任アル行爲カ刑法上

専ラ重キヲ置カレテ居ルコトカ分ルノテアリマス、所謂自由意思ニ基ク行爲ト  
 ハ即チ此意味テアリマシテ敢テ哲學上ノ論定ヲシテ居ルノテハアリマセン、牧  
 野君ノ意思必至論ハリすこナトカ特ニ唱ヘル所テアリマスケレトモ若シ前述  
 ノ意味ニ於ケル自由意思ニ基ク行爲ヲ否認シタナラハ刑法ノ基礎ハ全ク瓦解  
 スルニ至リマス、ソレカラ百五條ニ於キマシテハ御承知ノ通り、人ヲ教唆シテ重  
 罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ亦正犯ト同シト書イテアリマス、百九條モ稍々同一  
 ノ見地カラ説明カ出來マスルカラ専ラ百五條ニ付テ申上ケテ見タイト思フ  
 成程百五條ノ正犯ト爲スト云フ、ソレカラ見ルト云フト、是ハ正犯テアルト云フ  
 風ニ見エルノテアリマス、併ナカラ正犯ト爲スト云フ言葉ハ、單ニ其責任ヲ正犯  
 ト同様ニ論スルト視ルヨリ外ナイ、其理由ハ正犯ト云フコトニナリマスレハ他  
 人ノ行爲ト關係ナク、他人ノ行爲カ犯罪トナル、ナラヌニ拘ハラヌ、自己ノ行爲テ  
 犯罪カ成立スルノテアリマス、然ルニ教唆テアルト、正犯ノ行爲カ犯罪ヲ構成シ  
 ナケレハ何等ノ罪ヲ成サナイノテアリマス、タカラ同シク教唆ト云フ形ノ行爲  
 テアツテモ、獨立罪トシテ法律カ掲ケテアル場合テアルナラハ無論正犯ニナル

ノテ、例ハ囚徒ヲ逃走セシムル目的ヲ以テ器具ヲ給與スルト云フ場合ニハ性質  
 カラ言ヘハ教唆ト云フ性質ヲ持ツテ居リマシテモ法律カ獨立罪トシテ居ルカ  
 ラ、囚徒カ逃走ヲ遂ケスト雖モ尙ホ其犯罪カ成立スルノテアリマスケレトモ、獨  
 立罪テナイ場合ニ於テハ教唆ヲ受ケタ者カ重罪、輕罪ヲ犯スニ至ラスンハ獨立  
 シテ教唆罪カ成立スルモノテハナイノテアリマス、其點カラ見テ教唆ヤ、從犯ハ  
 決シテ獨立性ノモノテナイ、正犯テナイト云フコトヲ信スルノテアリマス、故ニ  
 刑法テハ被教唆者ノミ獨立ノ行爲者タルコトカ分ルノテアル、換言スレハ教唆  
 行爲ノ原因力ハ責任能力者ノ任意行爲ノ爲メニ刑法上中斷セラレ、ノテアリ  
 マス、尙第百五條ノ文句ヲ觀マシテモ教唆ハ他人ヲシテ罪ヲ犯サシムルノテア  
 リマシテ自ラ犯ス者テハナイ、例ヘハ甲カ乙ヲ教唆シテ丙ヲ殺サシタ場合ニハ  
 丙ヲ殺シタル者ハ乙ノミテアリマシテ甲ハ丙ヲ殺シタルモノテハナク乙カ丙  
 ヲ殺スコトヲ教唆シタノテアリマス、而シテ乙カ丙ヲ殺シタリト云フハ即チ乙  
 ノ行爲ト丙ノ死亡トノ間ニ因果關係アルコトヲ示シ甲ハ法律ノ意味ニテ丙ヲ  
 殺シタル者ニアラスト云フハ即チ甲ノ行爲ト丙ノ死亡トノ間ニ法律上ノ因果

關係ナキコトヲ意味スルノテアリマス

ソレカラ又私ハ故意ノ場合ニ於テハ被教唆者ノ因果關係カ中斷シ過失若クハ責任無能力ノ場合ハ因果關係ヲ中斷シナイト云フ說ヲ唱ヘテ居ル一人テアリマス、其說ニ付テハ何故ニ故意ノ場合ニ因果關係ノ中斷ヲ認め、過失ノ場合ニハ因果關係ノ連續ヲ認ムルト云フ疑問ヲ生スルノテアリマスカ、若シ過失ニ付テモ共犯ヲ認ムルトスルナラハ過失行爲ノ遺入ツタ場合ニ於テモ猶ホ因果關係ノ中斷ヲ認ムルト云フコトニ左袒スルコトニナルノテアリマスケレトモ、私ノ立場トシテ過失犯ニ對スル教唆從犯ト云フモノハ認めヌノテアリマス、其理由ハ茲ニ述ヘマスト長クナリマスカ、略シテ置キマス、其前提ノ下ニ於テ私ハ過失ノアル者ニ對スル教唆ト云フ關係ヲ認めナイ結果トシテ因果關係ノ中斷ヲ認ムルコトハ出來スト云フコトニナルノテアリマス

又責任無能力者ノ介入ハ因果關係ノ中斷ヲ來スモノテナイト云フコトモ、法文ノ上ニ論據カアリマス、而シテ其主ナルモノハ矢張り第五條テアリマス、即チ同條ニアル重罪、輕罪ハ責任能力者ヲ教唆シタ場合ヲナケレハナリマセス、其理

由ヲ略說致シマセウ、從來刑法ノ第一條ニ法律ニ於テ罰スヘキ罪ヲ分チテ左ノ三種ト爲スト云フコトカ書イテアルノヲ見テ學者ハ罪ト云フ以上ハ罰スルコトハ當然テナイカ、罰スヘキ罪ト云フノハオカシイテハナイカト云ツテ一笑ニ附シ去ツタノテアリマスカ、私ハ此條項ハ現行刑法ノ見地カラ云フナラハ必要ナル條項テアルト云フコトヲ信シテ居ルノテアリマス、曩ニ牧野學士カ言ハレマシタ如ク、罪ト云フ言葉ハ責任無能力者ニ付テモ皆用ヒテ居ルノテアリマス、十二歳以下ノ子供カ犯シタル場合ハ其罪ヲ論セスト書イテアル、又精神病者ノ犯シタ場合モ其罪ヲ論セスト書イテアル、皆罪ト云フ言葉カ書イテアル、之ニ依ツテ見レハ罪ト云フ言葉ハ則チ客觀的ニ違法ナル行爲ヲ含ンテ居ルコトカ分ルノテアリマス、所カ罰スヘキ罪ト云フコトニナツテ來ルト、サウ云フ客觀的ノ違法ト云フハカリテハナクシテ、七十五條以下ノ原因ノナイ場合、即チ責任能力、其他總テ嚴格ナル意味ニ於ケル犯罪ノ構成要件ノ存シタル場合ニ於テ罰スヘキ罪テアルト云フコトカ言ハレルノテ、其罰スヘキモノヲ重罪、輕罪、違警罪ト法律カ區別シテ居ルノテアリマス、元來責任無能力者ノ行爲ハ罰スヘキ行爲ヲナ

ライカ之ヲ重罪、輕罪ニ分ツ理由ハナイノテアリマス、ソレ故ニ百五條ニアル重罪、輕罪即チ責任能力者ノ行爲テアルト信スル是カ即チ責任能力者ノ行爲ノ這入ツタ場合ハ因果關係ヲ中斷スルカ、サウテナイトキハ中斷ヲ生セス間接正犯ヲ以テ論スヘキモノテアルト云フコトヲ主張スル所以テアリマス

翻ツテ責任更新論ヲ一瞥致シマセウ、論者ハ因果關係ノ存在ト故意ノ存在トヲ認メナカラ責任カ更新スルト申スノテアリマスカ、之カ果シテ正當ナル見解テアリマセウカ刑法上ニ因果關係カアルト云フコトヲ意味スルカト云フト或者ノ行爲ト一定ノ結果トノ間ニ刑法上ノ因果關係アリトノ認定ハ其者カ刑法各本條ノ罪ヲ犯シタト云フコトニ外ナラナイノテアリマス、例ハ今刑法上ニ於テ甲甲ノ行爲ト乙ノ死亡ハ因果關係カアルト認ムルコトハ刑法上ニ於テ甲カ乙ヲ殺シタリト云フ所以テアリマス、其外ノ意味ハ全ク無イモノト信シマス、既ニカ乙ヲ殺シ、二百九十二條以下ノ構成條件ヲ全部完成シタリ而シテ故意アリト云フナラハ、之ヲ既遂ニ問ハスシテ未遂ニ問フコトカ出來ルテアリマセウカ、恐ラクハ之ヲ肯定スルコトハ出來マスマイ、然ルニ論者ハ例ハ甲カ丙ヲ斬リ未タ

死セサニル乙亦丙ヲ憎ミ負傷ニ因テ路上ニ横臥セル丙ヲ銃殺シタルカ如キ場合ニハ茲ニ責任更新シテ乙ハ既遂ノ責任シ甲ハ未遂ノ責任ヲ負フニ過キサルモ甲ノ行爲ト丙ノ死亡トノ間ニハ刑法上因果關係ハ存在シテ居ルト云フノテアリマス、恐ラクハ既遂未遂ノ觀念ニ矛盾ヲ免レナイノテアリマス

サテ本問題ニ這入りマシテ甲カ放火ニ因テ乙ヲ殺シタコトニ付テ故意ノ無イコトハ問題カ自ラ指示シテ居リマスカ、之ニ付テ過失ノ存在モ認メルコトハ出來マイト思ヒマス、假ニ過失ハアリト致シマシテモ教唆又ハ從犯ノ規定ヲ根據トシテハ因果關係ノ中斷ヲ認メルコトハ出來マセン、乍併相當因果關係ト云フ觀念モ亦因果關係ノ中斷ヲ認ムヘキコトヲ命スルノテアリマシテ本問ノ場合ハ此點ヨリ論斷スルカ適當テアリマス

相當原因ト云フ觀念ニ付テハ私カ曾テ日本法政新誌ヤ法曹記事テ詳説致シテ居リマスルノミナラス、先刻粟屋君カラモ御説明カアリマシタカラ詳細ノ議論ハ成ルヘク省略致シマスカ牧野君ハ本問題ノ場合ニ於テ乙ノ死ハ絞首行爲ヨリ當然生シタモノテナイト云コトニ就テハ爭ナシト見テ宜カラウ、故ニ議論ト

爲ルノハ殺人犯ノ如キ有意犯ニ就テ相當因果關係論ヲ適用スルコトカ適當テアルカトウカト云フ點テアルト述ヘラレマシタカラ私ハ故意犯ニ付テモ相當因果關係ト云フ觀念ヲ認メナケレハナラヌト云フ斷定ヲ試ミルカ爲メニ其理由ヲ説キマセウ、諸君、茲ニ甲者アリ乙者(十二歳未滿ノ幼者ト假定ス)ヲ殺サント欲シ短銃ヲ以テ之ヲ其住宅ニ於テ狙撃シタルモ毫モ的中セス甲者ノ企圖ハ失敗ニ終リタルカ乙者ハ此危難ニ遭遇シ恐怖ノ念禁スルコトヲ得サル爲メ他所ニ至リテ宿泊シタルニ偶々宿泊所ニ於テ火災ノ爲メ焼死ヲ遂ケタリト云フ設例ニ付テ御一考ヲ願ヒマス此場合ニ於テ甲者ハ狙撃行爲ノ際ニ乙者ノ死亡ヲ豫見シテ實行ニ着手シタノテアリマスカラ狙撃行爲ハ故意ノ殺人行爲タルコトハ疑カアリマセン、而シテ論理ノ上カラ觀察致シマスレハ狙撃行爲ト乙者ノ焼死トノ間ニハ因果ノ連絡ノ存スルコトモ疑ハアリマセン、乍併此甲者ヲ殺人既遂ニ問フコトカ出來マセウカ、更ニ一例ヲ案シマセウ、本例ニ於テ乙者カ恐怖ノ餘リ發狂シ丙者ヲ殺スニ至ツタト假定シマスレハ矢張り甲者ノ狙撃行爲ト丙者ノ死亡トノ間ニハ論理上ノ因果關係ヲ存スルニ疑ヒノナイノテアリマス

カ、甲者ハ最初故意ノ殺人行爲ヲ爲シ其結果トシテ丙者ノ死亡ヲ生セシムルニ至ツタノテアルカトノ理由ヲ以テ甲者ヲ殺人既遂ニ問フコトカ出來マセウカ、若シモ此等ノ問題ヲ肯定シマシタナラハ遂ニ責任ノ限界ヲ知ルコトカ出來ナイ様ニ爲ルテアリマセウ、適當ナル而シテ常識ニ反セサル見解トシテハ此等ノ問題ヲ否定シテ甲者ヲ未遂ニ問フノ外ハアリマセン、併シ其理由ハ那邊ニアリマセウカ、本設例ニ於ケル乙者又ハ丙者ノ死亡ハ實際ニ發生シタノテハアルケレトモ甲者ノ狙撃行爲(故意ノ)トハ相當ノ因果連絡ヲ缺クト云フ一點ニアルノテアリマス、他ニモ説明方法ヲ想像スルコトハ出來マスケレトモ何レモ鞏固ナル根據ヲ有シテ居リマセン、更ニ進ンテ本問ニ近似スル設例ヲ想定致シマセウ、前ニ述ヘマシタ設例中ニ於ケル乙者ガ恐怖ノ餘リ山間ニ避居中數日ヲ經テ甲者偶々狩獵ニ來リ鳥類ニ對シテ發砲シタルニ其流彈乙者ヲ死ニ致シタリト假定シマスレハ甲者ハ故殺既遂テアリマセウカ、是亦前二例ト同様ニ決スルノ外ハナカラウト思ヒマス、此場合ニモ矢張り前ノ狙撃行爲ト乙者ノ死亡トノ間ニ論理上因果ノ關係ハアルカ相當ノ因果連絡テナイカラ故殺既遂ニ擬スルコ

トカ出来ナイノテアリマス

諸君、本問題ト只今申述ヘマシタ三個ノ設例トハ故殺ト云フ方面カラ見テ如何ナル點ニ於テ法律上ヨリ其差異ヲ説明スルコトカ出来マセウカ、私ハ其間ニ何等ノ差異ハナイモノト思ヒマス、絞首行爲ト毫モ殺人ノ意思ナキ放火行爲トカ時間上接近シテ居ル點カ恐ラクハ反對論ヲ挑發シタ誘惑原因テアリマス、乍併之ハ只程度論テアリマシテ薄弱ナル根據テアリマスカラ探ルニ足リマセン、或ハ又私カ示シマシタ三個ノ設例ノ場合ニハ最初ノ狙撃行爲ノミテハ乙者又ハ丙者ノ死亡ヲ來スノ力ナク、乙ノ行爲又ハ甲者自身ノ後ノ行爲カ附加シタ爲メニ初メテ乙者又ハ丙者ノ死亡ヲ來シタモノテアルカ本問題ノ場合ニハ最初ノ絞首行爲ノ原因力ハ單獨ニテモ繼續シ得ルノヲ後ノ放火行爲ノ原因力ト偶々競合シテ乙ノ死亡ヲ早メタノテアルカラ即チ數個ノ原因ノ附加ト數個ノ原因ノ競合トノ差異カアルカラ同一ニ論スルコトハ出来ナイト云フ説モアリマス、乍併數個ノ原因アル場合ニ其勢力ノ強弱優劣大小主從承繼又ハ競合等ノ區別ニ依テ具體的ノ結果ニ對スル價值ヲ區別セントスル總テノ企圖カ從來既ニ皆

失敗ニ歸シタコトハ一般ニ認めラレテ居ル所テアリマスカラ今更私カ其當否ヲ論スル必要ハナイト考ヘマス、要スルニ行爲當時ニ本人ノ豫見シナカッタ偶然ノ事情カ新ニ附加シテ因果關係ヲ連續セシメ或ハ行爲ノ原因力ト競合シテ結果ノ時期ヲ早メ其他其態様ヲ變更セシメタ場合ニハ具體的ニ發生シタ結果ハ前ノ行爲ト相當因果關係ヲ存シナイカラ刑法上之ヲ行爲ニ歸スルコトハ出来ナイ、從テ其行爲ハ刑法上カラ觀察シテ結果ノナイモノト認め未遂ヲ以テ處分スルノカ至當テアルト云フノカ私ノ意見ノ要點テアリマス

諸君、本問題ノ解決ニ付テノ私ノ見解ハ前陳ノ如ク簡單テアリマスカ、故意ト相當因果關係トノ關係ヲ明ニスル爲メニ尙ホ少シク附加ヘテ置キマセウ、私ハ前段ニ於テ行爲當時ニ本人カ豫見シナカッタ偶然ノ事情カ新ニ附加シタル爲メ其態様ニ於テ變更ヲ受ケタ具體的ノ結果ハ前ノ行爲ト相當ノ因果連絡ヲ有シナイト申シマシタカ其反面ニ於テハ行爲當時ニ本人カ豫見シ計畫シタルト主要ノ點テ一致シテ發展シタ因果連絡ハ相當性ヲ有スルト云フヲ認メルノテアリマス、例ヘハ甲者カ殺意ヲ以テ乙者ヲ斬リタルニ乙者カ其場ニ倒レテ未タ

死セサル時偶々狂人丙者來リテ乙者ヲ斃リタル場合ナラハ甲者ノ行爲ト乙者ノ死亡トノ間ニハ相當因果連絡ヲ缺キマスルカラ甲者行爲ハ結果ヲ齎ラサナイモノトシテ未遂ヲ以テ論スヘキテアリマスケレトモ甲者カ狂人丙者ニ命シテ乙者ヲ殺サシメ又ハ甲者カ乙者ノ倒ル、トキ丙者之ヲ斬殺スヘキコトヲ知リテ乙者ヲ押仆シタルニ丙者果シテ之ヲ殺シタルカ如キ場合テアリマスレハ甲ノ行爲ト乙者ノ死亡トノ間ニ相當ノ因果連絡アリ且ツ教唆従犯ノ場合ニ於ケルカ如キ因果關係中斷ノ理由モナク而シテ故意ヲ存シテ居リマスカラ甲者ハ殺人既遂罪ノ正犯ト認メナケレハナランノテアリマス。ソレ故ニ此意味ニ於テハ故意ノ内容ト相當因果關係トノ間ニ密接ノ關係トノ關係ノアルコトヲ注意シナケレハナリマセン。要スルニ行爲ヨリ生スル因果連絡ハ行爲者ノ認識シ又ハ計畫シタル方法ニ主要ナル點ニ於テ一致スル様ニ自然的ノ發展ヲスレハ之ヲ相當因果連絡ト認メナケレハナラナイカ豫想外ノ偶事ノ爲メニ其態様ヲ變更セラレタル因果連絡ハ相當原因タルコトヲ得ナイト云フノ主旨ニ歸着スルノテリマス。

終リニ臨ミマシテ更ニ一言致シマス、牧野君ハ本問題解決ノ争モ所謂事實主義ト人格主義トノ争ニ歸スル様ニ説明サレマシタカ私ハ此點ニ付イテモ反對ノ見解ヲ有スルノテアリマス、犯罪ト云フ概念ニ付キマシテハ從來客觀主義トノ争カアリマスケレトモ犯罪ノ既遂ト未遂トヲ區別スルニハ法定ノ結果ノ有無ヲ標準トスルヨリ外ニハ手段カナイノテアリマス、所謂人格主義主觀主義ヲ以テシタナラハ犯罪ヲ既遂ト未遂トニ分ツト云フコトカ根本的ニ解釋不能ニ爲ルノテアリマシテ苟クモ犯罪ノ着手アリタル以上ハ常ニ同一ノ處分ヲ爲サ、ルヘカラストノ論結ヲ致サナケレハナリマセン、即チ犯人ノ人格ヲ標準ニスレハ既遂ト未遂トノ區別ハ全ク不能テアリマシテ法定結果ノ有無ヲ標準ニスレハコソ此區別カ出來ルノテアリマス、而シテ本問題ノ場合ニハ法定ノ結果カアルヤ否ヤ換言スレハ本問乙者ノ燒死ハ刑法上之ヲ甲者ノ絞首行爲ノ結果ト認ムルコトヲ得ルヤ否ヤカ係争點テアリマシテ私ハ之ヲ否定スルノテアリマスカラ本問題甲者ノ罪ハ既遂ニアラスシテ未遂ナリトノ論結ニ達スルノハ當然テアリマス。



以上ノ外尙ホ私ノ意見トシテ又諸君各位ノ名論ニ對スル妄評トシテ述ヘテ見  
タイ事ハ多々アルノテアリマスガ既ニ長時間ノ御清聴ヲ煩ハシマシテ恐縮ニ  
堪ヘマセンカラ茲ニ終結致シテ置キマス(拍手)採決消極論多數(法學協會雜誌第  
二十五卷第十一號所載)

### 第十四 第三者ノ行爲ノ介入ト競合トノ 區別如何

本問ノ意味ハ刑法上ニ於テ因果關係ノ連鎖中ニ第三者ノ行爲ノ介入スル場合  
ト因果關係カ數人ノ行爲ノ競合ニ因リテ生シタル場合トヲ區別スル標準ヲ問  
フニ在ルヘシ  
一般ノ理論上ヨリ觀察スルトキハ競合ト介入トハ毫モ結果ニ對スル價值ヲ異  
ニスルモノニアラス何トナレハ原因タル數人ノ行爲ノ競合ハ即チ同時的共同  
原因ニシテ或行爲カ他ノ行爲ヨリ發生シタル因果連鎖ニ介入スルハ即チ異時

的共同原因ナルヲ以テ二者何レノ場合ニ於テモ數人ノ行爲カ等シク結果ニ對  
スル條件即チ原因ヲ成セハナリ從テ介入モ亦結果ニ對スル數個ノ原因アリト  
云フ點ヨリ觀レハ數個ノ原因(行爲)ノ競合ナリト謂フヲ得ヘシ例ハ甲カ乙ヲ殺  
唆シテ丙ヲ殺サシメタルトキハ甲ノ殺唆行爲ナケレハ乙ノ行爲ナク乙ノ行爲  
ナケレハ其時其場所及ヒ其態樣ニ於ケル丙ノ死亡ヲ生スルコト能ハサルノ關  
係アルカ故ニ理論上ニ於テハ甲ノ行爲モ乙ノ行爲モ等シク丙ノ死亡ニ對スル  
原因タルコト甲乙二人カ同時ニ丙ニ致命傷ヲ與ヘテ死亡セシメタル場合ニ於  
ケルト毫モ異ル所ナシ由是觀之介入ト競合トヲ絕對ニ區別スヘキ理論上ノ正  
確ナル標準ナキナリ

註、此論定ハ普通ノ見解タル因果關係ノ觀念ヨリ生スル當然ノ結果ナリ普  
通ノ見解ニ依レハ因果關係ハ甲事實ナケレハ乙事實モ亦之ナシ(刑法上ニ於  
テハ行爲ナケレハ結果モ亦之ナシ)ト斷定シ得ヘキ場合ニ二者ノ間ニ存スル  
關係ナリトセラル然レトモ此場合ニ於テ抽象的ノ結果ヲ標準トスルコトナ  
ク具體的ノ結果ヲ標準トスルコトヲ忘ルヘカラス此注意ヲ缺クトキハ前掲

ノ命題ハ吾人ノ欲スル所ヲ表示スルコトヲ得サルニ至ルヘシ例ハ抽象的ニ人ノ死亡ト云フ事實ヲ標準ト爲ストキハ人ハ不死ノ生物ニアラスシテ必スヤ早晚死亡スヘキ運命ヲ有スルカ故ニ他人カ殺害セストモ死亡ト云フ事實ハ發生スヘク從テ前示ノ意義ニ於テ或者カ他人ノ死亡ノ原因タルコトハ不能ナリ然レトモ問題ト爲レル其時其場所及其態様ニ於ケル結果ハ他人ノ行爲ナカリシモノト假定スレハ同一ナルコトヲ得スシテ其時其場所若クハ其態様ニ於テ變更ヲ免レサルヘキ状態ニ存シ得ル場合アリ斯ノ如キ關係ノ存スル場合ニ於テ其行爲ト其時其場所其態様ニ發生セル結果トノ間ニ因果ノ關係アリト謂フナリ此趣意ヲ誤解スルコトナクシテ因果關係ヲ認メサルヘカラサル總テノ場合ニ於テ行爲ト結果トノ間ニ條件關係ヲ發見スルヲ得ヘシ一說ニ依レハ因果關係ハ行爲ト結果トノ連鎖上社會一般カ行爲ニ對シテ危險ヲ感スル場合ニ存スルモノト爲ス(牧野學士刑法總論講義卷三九頁參照)我輩ノ所見ニ依レハ社會一般カ行爲ニ對シテ危險ヲ感スル範圍ヲ以テ刑法上ニ於ケル因果關係ノ限界ト爲スハ正當ナルヘキモ行爲カ結果ニ對シテ危

險アリトスルニハ行爲カ結果ト連鎖スルヲ要シ二者カ連鎖アリトスルニハ行爲カ結果ニ對スル一條件ナルコトヲ要スルモノニシテ換言スレハ行爲カ結果ニ對シテ條件關係ニ立ツコトハ社會カ其行爲ニ對シテ危險ヲ感スルノ前提ナリト信ス但茲ニ所謂結果ハ廣意ニシテ犯罪既遂ノ要件タル結果ヲ生スル虞アル状態ヲモ包含ス

然レトモ現行刑法ノ規定ニ依ルトキハ競合ト介入トヲ區別セサルヘカラス而シテ現行刑法ハ共同正犯ノ場合ニ付テハ一般理論ニ從ヒ行爲ノ前後ヲ問ハス之ヲ共同原因アリト認メ數人ノ行爲ヲ以テ結果ニ對スル競合原因ナリトスルモ其他ノ場合ニ付テハ後者ノ行爲責任能力者ノ故意アル行爲ハ前者ノ行爲ノ因果關係ヲ中斷スルモノト認メタリト解スヘク數個ノ行爲カ同時ニ結果ニ對スル條件ヲ與ヘタルトキハ此現行法ノ規定ヨリ生スル例外ノ場合ニ該當セサルカ故ニ一般理論ニ從ヒ何レモ原因ナリト解セサルヘカラス故ニ前ノ場合ヲ介入トシ後ノ場合ヲ競合ト名クルトキハ區別ノ標準ハ數人ノ行爲ノ時期ノ異同ニアリ是實ニ現行刑法ノ規定ノ解釋ニ基ク論結ナリ(其詳細ノ理由ハ我輩カ

從來屢說明シタル所ナルヲ以テ茲ニ再ヒ贅セス若シ夫レ一般理論上ニ區別ノ標準ヲ求メンカ單獨條件タルト共同條件タルトヲ間ハス又直接條件タルトヲ分クス其他強力條件タルト微弱條件タルトニ關係ナク等シク原因タルヘキカ故ニ例ハ甲カ乙ヲ殺シテ丙ヲ殺サシメタルトキハ其結果ハ甲ノ行爲ト乙ノ行爲トニ因リテ生シタルモノト認ムヘキモノニシテ乙ノ行爲ノミニ因リテ生シタリト認ムルコト能ハサルヘク從テ介入ト競合トヲ區別スル必要ナキニ至ルヘキハ前說明ニ依ルモ明白ナラン(果シテ然ラハ甲カ丙ニ對シテ毒藥ヲ施用シ乙カ其後甲ト共謀關係ナク)同シク丙ニ對シテ毒藥ヲ施用シ兩者ノ施用シタル毒藥ノ作用相合シテ初メテ丙ヲ死ニ致シタルカ如キ場合ニ於テモ現行法ノ解釋トシテハ丙者ヲ殺シタルハ乙ニシテ甲ハ毒藥未遂ナリト認メサルヘカラス然レトモ茲ニ注意スヘキ點アリ所謂介入カ犯罪既遂ノ要件タル結果ト前行爲トノ因果關係ヲ絶ツハ介入行爲モ亦其結果ト條件關係ニアル場合ニ限ルコト是ナリ例ハ甲者アリ丙者ヲ殺害スル意思ヲ以テ之ヲ毆打シ致命傷ヲ與ヘタル後乙者アリ亦餘命喘喘タル丙者ヲ銃殺セントシテ發砲シタルモ的中セス從

テ甲ノ行爲ト丙ノ死亡ノ結果トノ間ニ於ケル因果關係ニ何等ノ變更ヲ生セシメサルトキハ乙者ノ行爲ハ殺人未遂罪ヲ構成スヘキモ甲ノ行爲ノ因果關係ヲ中斷セス要之結果ニ對シテ直接若クハ間接ニ條件關係ヲ有スル數人ノ行爲カ共同正犯タルトキハ介入ト競合トヲ分ツノ必要ナク共同正犯タラサル場合ニ於テハ時ノ異同ニ因リテ介入ト競合トヲ分チ介入ニ因ル因果關係ノ中斷ヲ認ムルヲ至當ナル解釋ナリトス(法學新報第十七卷第四號所載)

### 第十五 英米法ニ於ケル正當防衛ト緊急避難

正當防衛ト緊急避難トノ概念ハ所謂客觀的不論罪原因又ハ違法阻却原因ト稱セラルル事情中最モ趣味アルモノニシテ最モ困難ナル問題ヲ包含ス例ハ其本質如何ト云フ問題ノ如ク根本的ニ哲學上ノ觀念ニ遡リテ之ヲ研究スルコトヲ要スルモノアリ其他正當防衛ノ條件ニ付テハ無能力者ノ侵害ニ對シテモ防衛ヲ爲スコトヲ得ルカ緊急避難ニ付テハ被難法益トノ均衡ヲ定ムル標準如何正

當防衛ト緊急避難トヲ區別スル標準如何ト云フカ如キ何レモ好個ノ研究問題ニシテ殊ニ我新刑法ノ解釋上頗ル重要ナル關係ヲ有スルモノナリ我現行刑法第三百十四條第三百十五條及ヒ第七十五條ノ規定ハ佛國刑法第三百二十八條第三百二十九條正當防衛及ヒ第六十四條ニ胚胎シテ殆ト同一形態ヲ具ヘ我新刑法第三十六條及ヒ第三十七條ハ獨逸刑法第五十三條及ヒ第五十四條ニ胚胎シテ稍進化したルモノト認ムルヲ得ヘク獨佛及ヒ其法系ニ屬スル歐洲大陸諸國刑法ノ規定ヲ參看シ其解釋ニ關スル學說ヲ涉獵スルノ我刑法ノ解釋上有益ナルコトハ素ヨリ論ヲ埃タサル所ナリト雖モ經驗ト必要トヲ骨子トセル英米法ノ此點ニ關スル概念ヲ研究スルコト亦肝要ナリ乞フ其大要ヲ説カシメヨ

一、正當防衛及ヒ緊急避難ノ本質ハ如何ニ觀察セララルカ

此點ニ付テ根本的ノ研究ヲ爲スハ本論ノ主旨ニアラス只學說及ヒ立法共ニ正當防衛ヲ以テ權利ナリトシ緊急避難行爲ヲ以テ特ニ免罰スヘキ行爲ナリトスルニ傾ケルコトヲ注意スルニ止メントス

二、英法ニ於ケル個人防衛 (Private defence) ノ概念ハ左ノ如ク要約スルヲ得ヘシ

不法ナル侵害ニ對シ自己若クハ第三者ヲ防衛スル爲メ故意ニ殺傷ヲ爲シタル者ハ之ヲ罰セス但本人カ其當時ニ於テ善意ニ且ツ相當ナル理由ニ基キ必要ナリト認メタル程度ヲ超エタル加害ヲ爲シタルトキハ此限ニアラス而シテ尙次ノ規準ヲ遵守スルコトヲ要ス

い、他人ノ侵害ニ因リ直ニ生命ヲ失ヒ又ハ重傷ヲ受クヘキ急迫明確ナル危難ニ陥リタルトキハ即時ニ侵害者ヲ殺傷シテ自己ヲ防衛スルコトヲ得

ろ、(一)自己ノ住宅ニ於テ(二)法律上ノ義務ヲ履行スル際ニ於テ又ハ(三)法律上ノ權能ニ基キ行使シタル腕力ニ對スル抗拒ノ爲メニ不法ナル侵害ヲ受ケタルトキハ直ニ自己ヲ防衛スル爲メ侵害ノ緩激ニ相應スル程度ノ實力ヲ用フルコトヲ得而シテ其實力ハ(三)ノ場合ニ於テハ單ニ侵害ノ排除ニ止ラス其權能行爲ヲ完成スルコトヲ得ルニ必要ナル程度ニ達スルコトヲ得ルモノトス然レトモ法律上ノ義務ヲ履行シ若クハ法律上ノ權能ヲ行使スル爲メ實力ヲ用フル者カ不法ナル侵害ヲ受ケサル以上ハ其執行ヲ受クヘキ者ヲ毆打シ又ハ傷害スルコトヲ得サルヲ原則トシ左ノ場合ニ付テノミ之カ例外ヲ認ム

イ、叛逆、殺人、毀壞侵入 (Burglary) 強姦、強盜、放火、海賊又ハ其他ノ重罪カ實力ヲ以テ公然其目的ヲ達スルコトヲ信スルノ相當ナル理由アリテ其實行ヲ妨止スル爲メ已ムヲ得スシテ殺傷ヲ爲シタル場合

ロ、叛逆者、重罪犯人若クハ海賊ヲ拘束シ又ハ逃亡ヲ遂ケ若クハ逃亡セントスル此等ノ犯罪人ヲ逮捕若クハ監視スル爲メ已ムヲ得サルニ因リ暴行ヲ爲ササル此等ノ犯罪人ヲ殺傷シタル場合

ハ、警察官又ハ司法官吏カ叛逆又ハ重罪事件ニ付テ發セラレタル勾引狀ヲ執行セントスルモ他ノ執行ノ方法ナキ爲メ暴行ヲ爲ササル被執行者ヲ殺傷シタル場合

は、前二項ニ記載スル場合ノ外自己ノ過失ナクシテ他人ヨリ兇器ヲ以テ不法ナル侵害ヲ被リタル者ハ安全ニ逃避スルコト能ハサル場合ニアラサレハ侵害者ヲ殺害シ若クハ之ニ重傷ヲ負ハシメサルノ義務ヲ有ス然レトモ其以外ノ實害ヲ加ヘテ自己ヲ防衛スルコトヲ得而シテ其侵害ニシテ尙繼續スルトキハ侵害者ノ身體ニ對シ適法ニ腕力ヲ行使シ得ル被侵害者ト等シク防衛ヲ爲

スコトヲ得ルモノトス

に、二人互ニ喧嘩争鬪スルトキハ何レモ防衛ノ地位ニアル者ト認メス然レトモ其一方カ善意ニ其争鬪ヲ避ケテ逃奔シ而シテ其意外ノ障碍ニ因リ完全ニ逃脫スルコト能ハスシテ他ノ一方ノ爲メニ追及セラレ再侵害ヲ被ムリタルトキハ自己ヲ防衛スル爲メ其侵害ノ緩激ニ相應スル程度ノ腕力ヲ行使スルコトヲ得

(Stephen Digest of the criminal law pp. 128-129)

三、英國普通法ノ化典ナリト認メラルル印度刑法典ニ於ケル個人防衛權 (The right of private defence) ニ關スル規定ヲ參照スルコト亦有益ナリ

同法典ニ依レハ個人防衛權ノ行使タルヘキ行爲ハ罪ト爲ラス而シテ各人ハ人ノ身體ニ對スル犯罪ニ對シテ自己若クハ他人ノ身體ヲ防衛シ又竊盜、強盜、物件毀棄、不法侵入若クハ此等ノ罪ノ著手ト爲ルヘキ行爲ニ對シ自己若クハ他人ノ動産、不動産ヲ防衛スル權利ヲ有ス(第九十六條、第九十七條)若シ夫レ侵害者カ年齢ノ幼少、智能ノ不成熟、精神ノ不健全若クハ酩酊ニ因リ又ハ錯誤ニ因リ犯罪ノ

責任ヲ負ハサル場合ト雖モ之ニ對シテ防衛權ヲ行使スルノ障礙タルコトナシ  
第九十八條然レトモ左ノ制限ニ從フモノトス

い、官吏カ其職務執行上善意ヲ以テ爲シタル若クハ爲サントシタル行爲又ハ官  
吏ノ指揮ニ從ヘル行爲ニ對シテハ之ニ因リテ生命ヲ殞シ若クハ重傷ヲ被ム  
ルニ至ルコトヲ信スルノ相當ナル理由アル場合ノ外防衛權ナシ官吏ノ行爲  
又ハ官吏ノ指揮ニ從ヘル行爲カ嚴格ニ適法ナラサルトキト雖モ亦然リ  
ろ、官憲ノ保護ヲ求ムル暇アル場合ニ於テハ防衛權ナシ  
は、何レノ場合ニ於テモ防衛ノ爲メニ加フルコトヲ必要トスル程度ヲ超エタル

加害行爲ハ防衛權ノ範圍ニ屬セス(第九十九條)  
身體防衛權ハ左ノ場合ニ於テ暴行人ヲ殺傷スル行爲ヲ包含ス(第一百條)

い、暴行者ヲ殺傷スルニアラサレハ生命ヲ殞シ又ハ重傷ヲ被ムルニ至ルヘキコ  
トヲ信スルノ相當ナル理由ト爲ルヘキ暴行ニ對スルトキ  
ろ、強姦ヲ爲スノ意思ニ出テタル暴行ニ對スルトキ  
は、不自然ナル肉慾ヲ満足セシムル意思ニ出テタル暴行ニ對スルトキ

に、畧取又ハ誘拐ノ意思ニ出テタル暴行ニ對スルトキ

ほ、被監禁者ヲシテ官憲ニ救済ヲ求ムルノ望ミナキコトヲ信セシムルノ相當ナ  
ル理由アル状態ノ下ニ於テ不法監禁ヲ行ハントスル意思ニ出テタル暴行ニ  
對スルトキ

右ニ列記スル以外ノ暴行ニ對シテハ暴行者ヲ傷害スルコトヲ得ルモ故意ニ殺  
害スルヲ得ス(第一百一條)

財産防衛權ハ左ノ場合ニ於テ暴行者ヲ殺傷スル行爲ヲ包含ス(第一百三條)

い、強盜ニ對シテ財産ヲ防衛スルトキ  
ろ、夜間家宅侵入罪ヲ犯シ又ハ犯サントスル者ニ對スルトキ  
は、人ノ住居若クハ財産藏置ノ用ニ供セラルル建造物、幕舎又ハ船舶ヲ燒燬スル  
罪ニ對スルトキ

に、防衛ヲ行使スルニ非レハ死亡若クハ重傷ヲ招クニ至ルヘキコトヲ信スルノ  
相當ナル理由アル場合ニ於ケル竊盜物件毀棄罪又ハ家宅侵入罪ニ對スルト  
キ右各號ニ該當セサル竊盜毀棄若クハ侵入ニ對スル防衛ノ爲メニハ暴行者

ヲ故意ニ殺害スルヲ得スト雖モ其以外ノ害ヲ加フルコトヲ得(第四百四條)

身體防衛權ハ暴行脅迫ニ因リ身體ニ危害ノ生スヘキコトヲ信スルノ相當ナル理由アル状態ヲ生スルト共ニ行使スルコトヲ得ヘク必スシモ暴行ノ實行セラ  
ルルコトヲ必要トセス而シテ身體ニ對スル危害ノ繼續スル間ハ之ヲ行使スル  
ヲ得財産防衛權ハ財産ニ對スル危害ノ覺知ト共ニ始マリ暴行ノ繼續スル間ハ  
繼續ス殊ニ竊盜ニ對スル防衛權ハ盜賊カ盜品ヲ携帶シテ踪跡ヲ晦マスニ至リ  
官憲ノ助力ヲ得ルニ至リ又ハ盜品ヲ取還スルニ至ルマテ繼續シテ之ヲ行使ス  
ルコトヲ得ルモノトス(第百二條第百五條參照)

生命ヲ殞スルニ至ルコトヲ信スルノ相當ナル理由トナルヘキ暴行ニ對シテ防  
衛權ヲ行使スルニ當リ無辜ノ第三者ヲ害スヘキ危險ヲ冒スニアラサレハ防衛  
ヲ完ウスルコト能ハサル状態ニ在ルトキハ此危險ヲ冒スコトモ亦防衛權ノ範  
圍ニ屬ス(第百六條未完)(法學新報第十八卷第二號所載)

### 第十六 被害者ノ承諾ニ付テ

第一 被害者ノ囑託又ハ承諾ハ或場合ニ於テ犯罪ノ成立ヲ阻却シ或他ノ場合  
ニ於テ何等ノ影響ヲ及スコトナキハ明白ナリト雖モ如何ナル範圍ニ於テ二  
者ノ限界ヲ劃スヘキカ又其犯罪ノ成立ヲ阻却スル場合ニアリテハ如何ナル  
理由ニ基クカニ付テハ學者ノ見解一致セス而シテ其見解ノ岐ルル所ハ單ニ  
刑ノ輕重ノミニ關スルニ止ラスシテ實ニ有罪無罪ノ決スル所ナルカ故ニ其  
影響重大ナリト謂ハサルヘカラス是レ吾輩カ問題ノ陳腐ナルニ拘ラス之ヲ  
論說セントスル所以ナリ

第二 羅馬法ニ於テハ承諾シタル者ニ對シテハ犯罪ナシ(Volenti non fit injuria)ト  
ノ原則アリタルカ如シト雖モ近世ノ立法例ニアリテハ之ト正反對ノ原則ヲ  
採用セルモノアリ(例ハ英國刑法第四條)又何等ノ原則ヲ示スコトナク一定ノ  
場合ニ於テ或ハ被害者ノ承諾ナキコトヲ以テ犯罪ノ成立條件トシ或ハ被害  
者ノ承諾アルトキハ其處分ヲ異ニセシムルモノアリ從テ立法例モ亦一致ヲ  
缺ケルコト明カナリ而シテ本問ハ第三種ノ立法例(即チ何等ノ原則ヲ示ササ

ルモノニ於ケル解釋トシテ最モ活色アリ我現行刑法及ヒ新刑法ハ之ニ屬ス(註)  
註、殆ト教科書的ニ被害者ノ承諾ノ效果ヲ明細ニ規定シタルハ印度刑法  
典ナリ冗長ヲ厭ハス其全文ヲ示サン

Section 87. Nothing which is not intended to cause death or grievous hurt, and which is not known by the doer to be likely to cause death or grievous hurt, is an offence by reason of any harm which it may cause, or be intended by the doer to cause, to any person above eighteen years of age, who has given consent, whether express or implied, to suffer that harm; or by reason of any harm which it may be known by the doer to be likely to cause to any such person who has consented to take the risk of that harm.

88, Nothing which is not intended to cause death is an offence by reason of any harm which it may cause, or be intended by the doer to cause, or be known by the doer to be likely to cause, to any person for whose benefit it is done in good faith, and who has given a consent, whether express or implied, to suffer that harm or to take the risk of that harm.

90, A consent is not such a consent as is intended by any section of this code, if the consent is given by a person under fear of injury, or under misconception of fact, and if the person doing the act knows, or has reason to believe, that the consent was given in consequence of such fear or of misconception — or

If the consent is given by a person who, from unsoundness of mind or intoxication, is unable to understand the nature and consequence of that to which he gives his consent; or, unless the contrary appears from the context, if the consent is given by a person who is under twelve years of age.

法典ハ以上ノ外尙ホ第八十九條ニ於テ十二歳未滿又ハ精神不健全者ノ利益ノ爲メ善意ヲ以テ正當ナル保護者ノ爲シタル又ハ其承諾ヲ得テ爲シタル行爲ハ之カ爲メニ生シ得ル又ハ行爲者カ生スヘキコトヲ企テ若クハ知り得タル危害アルノ理由ヲ以テ犯罪ヲ構成セサルノ通則ヲ一定ノ制限ノ下ニ規定シタリ要スルニ本條ハ第八十八條ト共ニ被害者ノ利



益ノ爲メニスル加害行爲即チ主トシテ疾病治療ノ場合ニ適用アルヘキモノニシテ第八十七條ハ苟クモ殺害若クハ重大ナル創傷ヲ目的トセサル一切ノ行爲ハ危害ヲ堪受スヘキ明示又ハ默示ノ承諾(此承諾ハ第九十條ニ依リ少クトモ十二歳以上ノ者ノ瑕疵ナキ任意ノ承諾ナルヲ要ス)ヲ與ヘタル者ニ對シテ危害ヲ生スルモ犯罪ヲ構成セサルコトヲ規定セリ

第三 本問ニ關スル從來ノ學說ヲ原則上ノ見地ヨリ大別シテ二種ト爲ス一ハ積極的の原則ヲ主張シ他ハ消極的の原則ヲ主張スルモノナリ第一說ハ更ニ二派ニ分ツコトヲ得甲說ノ要旨ハ法益ノ享受者ハ原則トシテ其法益ヲ危害シ處分スルコトヲ得ルカ故ニ其處分權ノ範圍内ニ於テ與ヘタル承諾ハ違法ヲ阻却スト謂フニアリ乙說ノ要旨ハ法律カ總テ他人ノ加害行爲ヲ處罰シ自己本人ノ加害行爲ヲ處罰セサル場合ニ於テハ單ニ其本人ノ利益及ヒ意思ヲ保護スルモノナルカ故ニ本人ノ承諾ニ因リ刑罰保護ノ目的物ヲ消失セシムヘク從テ犯罪ノ成立ヲ阻却スト謂フニ在リ第二說ニ依レハ社會ノ權力ハ單ニ一私人ノ利益ノ爲メニ處罰ヲ行フニアラスシテ社會ノ公益ノ爲メニスルモノ

ナルカ故ニ一私人ハ自己ノ身體ニ付テモ公ノ秩序及ヒ善良ノ風俗ニ關スル法律ヲ犯スノ權利ヲ他人ニ認容スルコトヲ得ヌ要スルニ法律ハ社會公益ノ爲メニ各個人ノ意思ニ拘ラス、否寧ロ其意思ニ反シテモ各個人ノ利益ヲ保護スルコトアルカ故ニ被害者ノ承諾ハ原則上犯罪ノ成立ニ影響ヲ及スヘキモノニアラストセリ

前段説明スル所ハ原則的の見地ヲ示シタルニ止マルモノニシテ第一說ト雖モ法律カ法益享受者自身ノ加害行爲ヲ罰シ若クハ本人ノ囑託又ハ承諾ニ因ル行爲ヲモ罰スルノ趣旨ニ於テ規定ヲ爲シタルトキハ本問ニ關スル原則ノ例外ナリトシ第二說モ亦法律カ特ニ被害者ノ意思ニ反スルコトヲ以テ構成要件ト爲シタル一定ノ犯罪ニアリテハ被害者ノ承諾カ違法ヲ阻却スルニアラスト雖モ其犯罪ノ一構成要件ヲ脱落セシムルニ因リ之カ不成立ヲ來スニ至ルコトヲ認メ又或論者ハ親告罪ニ付テハ或方向ニ於テ被害者ノ意思カ侵害ノ目的物タルコト疑ナキカ故ニ被害者ノ承諾ニ因リ犯罪ノ成立ヲ阻却スルコトヲ主張ス

或學者ノ見解ニ依レハ(一)被害者ノ承諾ハ或行為カ直接ニ公益ニ關係スル場合ニ於テハ何等ノ影響ヲ存セスト雖モ直接ノ被害者ニ關係スル場合ニ於テハ違法ヲ阻却ス但親告罪ニ付テハ其何レノ場合ニ屬スルカハ疑ハシキ時ト雖モ後段ノ斷定ニ從フ而シテ當該行為ニ依リテ侵害サレタル法益カ契約ノ目的タルトキハ承諾ニ因リ契約ニ委セラルルカ故ニ違法ヲ阻却ス(二)承諾ノ欠缺カ犯罪ノ成立條件タル場合ニハ承諾ハ其犯罪ノ概念ヲ阻却スルモノトセラル其實質ニ於テ第一說ニ近シト雖モ稍狭キカ故ニ折衷說ト認ムルヲ可トセン

第四 以上ハ立法例及ヒ學說ノ大要ナリ乞フ以下吾輩ノ見解ヲ叙述セン

一、本間ニ被害者ノ承諾ト云フモ承諾ニ因リ犯罪不成立ニ歸スルトキハ真正ノ意味ニ於ケル犯罪ノ被害者ナルモノナシ承諾ナカリシモノトスレハ犯罪成立スヘキカ故ニ此場合ヲ想像シテ被害者ニ該ルヘキ者ヲ假稱スルニ過キササルヲ以テ精密ナル且ツ適當ナル形式トシテハ刑罰法規ニ於テ保護セラルル一定ノ權利若クハ其他ノ法益ノ享有者ノ承諾ハ如何ナル範圍

ニ於テ刑法上ノ效果ヲ有スルカトノ問題ヲ掲ケテ論究スルヲ可トス

二、(イ)一定ノ刑罰法規ニ於テ保護セラレタル法益ノ享受者カ何者ナルカハ、豫メ論定スルコトヲ得ス必スヤ各場合ニ付テ之ヲ攻究セサルヘカラス(ロ)凡法益ノ享受者ハ法益ニ付テ任意ノ行動ヲ爲スノ自由ヲ有スルモノトス然レトモ其享受者カ一私人タル場合ニ於テハ種種ノ制限ニ服ス

a 自己ノ所有物ナリト雖モ他人ノ法益ヲ害スル方法ニ於テハ之ヲ使用シ處分スルコトヲ得ス例ハ自己ノ刀ヲ以テ人ヲ殺傷スルヲ得ス、自己ノ家屋ト雖モ公共ニ危険ヲ生セシムル状態ニテ燒燬スルヲ得サルカ如キ是ナリ

b 其他ノ法益ニ付テモ特別ノ規定アルトキハ享受者ハ其法益ニ付テ一定ノ行動ヲ爲ス自由ヲ有セス例ハ獵狩鑑札ノ如キハ他人ニ讓渡スコトヲ得ス婦女ハ淫賣ヲ爲スノ自由ヲ有セス又兵役義務者ハ兵役ヲ免ルル手段トシテ自己ノ身體ヲ損傷スルコトヲ得サルカ如キ是ナリ

處分ノ自由ハ或ハ純然タル權利トシテ發動スルモノト權利行為ニモアラ

ス又不法行爲ニモアラス法律上放任サレタル自由動作タルヘキモノトアリ總テ之ヲ權利ナリトスルトキハ不精密ナリ例ハ未婚ノ婦女ハ自己ノ貞操ヲ拋棄シテ一定ノ一人又ハ數人男子ト私通ヲ爲スノ自由アリト雖モ私通ハ權利ニモアラス又違法ニモアラサルカ如シ而シテ處分カ適法行爲ナルヲ將タ放任行爲ナルヤハ各場合ニ付テ之ヲ決定スヘキモノニシテ純然タル權利ノ目的物ノ上ニ行ハルル動作ハ常ニ適法ナリト謂フカ如キ原則ヲ認ムルヲ得ス例ハ身體生命自由貞操名譽等ハ何レモ純然タル權利ノ目的物タリト雖モ此等ニ關スル行動ハ必スシモ適法ナリト謂フヲ得サルモノアルナリ

或ハ曰ク自己ニ對スル加害カ犯罪ト爲ラサル法律上ノ構成要件ヲ缺クカ爲メニシテ其加害カ處分權ノ範圍内ニ屬スルカ爲メニアラスト此斷定ハ必スシモ誤リナリト謂フヘカラス然レトモ法律カ自己ニ對スル加害ヲ處罰セス又別ニ之ヲ禁止セサル以上ハ放任サレタル自由處分ナリト認ムルモ何等ノ妨ルク所ナカラシテ此意味ニ於テハ其法益カ財産上ノモノ

ナルト人身上ノモノナルトヲ區別スルヲ要セス

三、法益享受者若クハ其權限アル機關カ自由處分ノ範圍内ニ於テ與ヘタル承諾ハ或ハ相手方ニ一定ノ行爲ヲ爲スノ權能ヲ生セシメ以テ違法ヲ阻却スルニ因リ或ハ構成要件ヲ脱落セシムルニ因リ犯罪ノ成立ヲ不能ナラシムルコトアリ例ハ公務員ノ承諾ヲ得テ其施シタル封印又ハ差押ノ標示ヲ損壞スルハ權能的行爲ニシテ新刑法第九十六條ノ罪ヲ構成セス當該有權者ノ命令(命令ハ勿論承諾ヲ含ム)ニ因リ陸路水路又ハ橋梁ヲ損壞又ハ壅塞スルモ第二百二十四條ノ罪ヲ構成セサルヘク所有者ノ承諾ヲ得タルトキハ賊物ヲ收受スルモ第二百五十六條ノ適用ナク又公務所若クハ所有者ノ承諾アルトキハ第二百五十八條乃至第二百六十一條ノ適用ナカルヘシ而シテ此等ノ場合ニ於テハ意思ニ反スルコトハ特別構成要件ニ屬セサルカ故ニ承諾ニ因リ特別構成要件ノ脱落ヲ生スルニアラスシテ一般構成要件タル違法ノ脱落ニ因リテ犯罪ノ成立ヲ阻却スルモノト認メサルヘカラス反之總テノ偽造罪、詐欺罪、暴行脅迫ヲ要件トスル罪其他法益享有者ノ意思ニ

反スルコトカ特別構成要素ト爲レル一切ノ犯罪ニ付テハ承諾ニ因リ其特別構成要素ノ脱落ヲ來スカ故ニ犯罪ノ成立ヲ不能ナラシムルモノトス以上説明スル外尙ホ法益享受者カ自由處分ノ範圍内ニ於テ與ヘタル承諾ハ相手方ノ行爲ヲ放任行爲タラシムルノ效果ヲ有スルコトアリ蓋此論結ハ法律カ享受者自ラ處分スルヲ放任シテ其法益ヲ保護セサルト同時ニ享受者ノ承諾ニ因ル處分ニ對シテモ其法益ヲ保護スルノ必要ナシトノ趣意ニ於テ法律保護ヲ存セシメサルコトヲ認メ得ル場合ニ限リテ採用スヘキモノトス反之法律カ被害者ノ承諾アルニ拘ラス之ヲ處罰スル明文ヲ置キタル場合(例ハ新刑法第二百二條第二百十三條第二百十四條)ハ勿論全體ノ關係上ヨリ此ノ如キ趣旨ヲ論定シ得ル場合ニハ如上ノ論結ヲ採用ス可ラサルコト當然ナリ(當該刑法規ニ於テ保護サレタル法益ノ享受者若クハ之カ爲メニ承諾ヲ爲ス權限ヲ有スル者カ與ヘタル承諾ニ非レハ本問ニ何等ノ關係ナシ)例ハ他人ノ承諾ヲ待テ之ヲ誣告スルモ誣告罪ノ成立ヲ妨ケス蓋誣告罪ハ被誣告者ノ法益ヲ害スルト同時ニ寧ロ主トシテ國家司法權ヲ

危害スルモノナルニ因ル面シテ何レノ場合カ前段ニ該當スルカ何レノ場合ニ後段ノ論結ヲ採ルヘキカハ法律ノ精神ニ鑑ミ各場合ニ付テ充分ノ研究ヲ遂クルコトヲ要ス

四、 違法ヲ阻却シ若クハ刑ノ輕減ノ事由ト爲ルヘキ承諾ハ精神健全者ノ任意無瑕疵ノ承諾ナルヲ要ス詐欺ニ因ル承諾若クハ精神不健全者ノ承諾カ犯罪ノ成立ヲ妨ケサルハ獨リ新刑法第二百四十六條第二百四十八條第二百四十九條ノ如キ規定ノ存スル場合ノミナラス一般法理上ノ見地ヨリ當然ニ生スヘキ論結ナリ要スルニ此種ノ承諾ハ場合ニ依リ犯人ノ故意ヲ阻却スルコトアルモ違法ヲ阻却スルモノニアラス(印度刑法第九十條參照)承諾者ノ年齢ニ付テハ法律ニ特別ノ規定アルトキハ之ニ依ルヘキコト勿論ナリ例ハ成年者ノ承諾アルニ非サレハ第二百四十八條ノ罪ノ成立ヲ妨ケス又十三歳以上ノ者ノ承諾アルニ非サレハ第二百七十六條及第二百七十七條ノ罪ノ成立ヲ妨ケサルカ如キ是ナリ然レトモ特別ノ規定ナキ場合ニ於テハ各場合ニ付キ承諾者カ承諾ノ對象ト爲リタル行爲ノ性質及結果ヲ辯

識スル能力アリタルヤ否ヲ審査シ其能力ノ有無ニ因リ承諾ノ效果ノ有無ヲ決スルヲ至當トス新刑法第四十一條ノ規定ハ行爲者自身ノ刑事責任能力ニ關スルモノニシテ本問題ニ關係ナシ故ニ例ハ十四歳未滿者ヲ教唆シテ自殺セシメタル者ヲ新刑法第百九十九條ニ於ケル殺人罪ノ間接正犯トシテ處罰スヘキカ將タ第二百二條ニ依テ處罰スヘキカハ右ノ標準ニ依リ各場合ニ付テ決定スヘキモノニシテ豫メ一概ニ論定スルヲ得ス

第五 吾輩ハ前段ニ於テ本問題ニ關スル大體ノ標準ヲ説明シ其範圍ニ屬セザル場合ニ付テハ精密ナル注意ヲ以テ各場合ニ於ケル法律ノ精神ヲ攻究スルニアラサレハ之ヲ決定スルコト能ハサルヲ注意シタリ然レトモ各種ノ犯罪ニ關シテ當該法益享受者ノ承諾カ如何ナル關係ヲ有スルカヲ研究スルハ他日ノ機會ニ譲リ就中爭議ノ中心タル身體傷害罪ニ付テ承諾ノ效果如何ヲ論セン

此點ニ關スル學說ハ三種ニ分ル一承諾ハ傷害罪ノ成立ヲ阻却ストノ積極說二承諾ハ此ノ如キ效果ヲ有セストノ消極說三親告罪ニ屬スル傷害罪ニ付テ

ハ積極的斷定ヲ採リ其他ノ部分ニ付テハ消極的論結ヲ採ル折衷說是ナリ

一、積極說ノ要旨ハ(イ)總テノ傷害ニ付テ承諾ノ效果ヲ認メサルハ一般ノ法律信念ニ矛盾ス(ロ)法律ハ人ノ(即他人ノ)身體ヲ傷害スル者ヲ罰スルカ故ニ直接ノ被害者タル個人ノ利益ノ爲メニ刑罰保護ノ存スルコト明カナリ(況ンヤ我現行刑法ニ於テ毆打創傷罪ハ第二編公益ニ關スル罪ニ屬セスシテ第三編中ニ列セラレタルニ於テヤ)ハ將來ノ場合例ハ兵役ヲ免レントスル者ノ嘱托者ノ身體ヲ傷害スルカ如キ場合ニ於テハ之ヲ處罰スヘキコト勿論ナルモ是只國家ノ徵兵權ヲ危害スト云フ他ノ理由ニ基クモノニシテ單純ナル身體傷害罪トシテ處罰スヘキモノニアラス又新刑法第二百二條ノ如キ場合モ特ニ處罰ノ必要アルニ基クモノニシテ之カ爲メニ承諾ニ因ル傷害ヲ罰スヘシトノ論結ヲ生スヘキモノニアラス(二)加ヘ承諾ニ因ル殺人ニシテ其刑著シク輕減セラレタルニ拘ラス身體傷害ニ付テ承諾ノ效果ナシト云フハ不權衡ナリ若シ反對說ニ從フトキハ承諾ニ因ル殺人ハ未遂ノ場合ハ勿論既遂ノ場合ニ於テモ承諾ニ因ル身體傷害ノ場合ヨリモ法定

ノ刑期輕キニ至ル豈此ノ如キ偏頗ナル處置ヲ立法者ニ誣フルコトヲ得ヘケンヤ(ホ)要スルニ立法論トシテハ傷害罪ニ付テモ新刑法第二百二條ノ如キ特別ノ規定ヲ設クルノ必要アルヘシト雖モ解釋論トシテハ此ノ如キ規定ノ存セサルハ承諾ニ因ル傷害ヲ承諾ナキ場合ト同一視スル趣旨ニアラスシテ立法者カ身體ノ健康ノ保護ハ即チ本人ノ意思ニ伴フ保護ニシテ承諾ニ因ル傷害ハ違法ニアラスト見解シタルニ基クモノト認メサルヘカラスト謂フニアリ

二、消極說ノ要旨ハ(イ)凡刑罰ハ公益ノ爲メニ之ヲ科スルモノニシテ被害者ノ承諾ハ何等ノ關係ナキヲ原則トスルカ故ニ明文ナキ以上ハ承諾ニ因ル傷害モ有罪ト認ムヘキハ當然ナリ(ロ)立法者カ第二百二條ノ如キ明文ヲ置キタルハ若シ此明文ナクシテハ囑託又ハ承諾ニ基ク殺害モ通常ノ殺人罪ト等シク重ク處分セサルヘカラサルニ至ルカ爲メニシテ元來罰スヘカラサル性質ノ行爲ヲ特ニ處罰スル必要ヲ感シタルカ爲メニアラス(ハ)囑託又ハ承諾ニ因ル殺害ト傷害トハ當事者ノ心情ニ於ケル基礎ヲ異ニス試ミニ囑

託又ハ承諾ニ因ル殺害ノ最モ通例ナルモノヲ示セハ情死相約者カ情死ヲ決行セント欲シ先ツ男子カ情婦ヲ殺害タルシ後チ自殺セントシテ遂ケサル場合、不可治ノ疾病ニ罹リ而カモ瀕死ノ際苦悶ニ呻吟スル患者ノ囑託又ハ承諾ニ因リ其近親者カ同情ニ堪ヘスシテ死期ヲ早メタル場合、及家計貧困ニシテ自己及子女ノ糊口ヲ爲スコト能ハサル結果トシテ自ラ死ヲ決シ子女ニモ因果ヲ説キ含メ先ツ之ヲ殺シタルモ自殺ヲ遂ケサリシ場合等ニシテ其原因或ハ悲惨ヲ極メ或ハ寧ろ高尚ナルモノアリテ同情ニ堪ヘスト雖モ此ノ如キ情狀囑託又ハ承諾ニ因ル傷害ニ付テ之ヲ想像スルヲ得ス立法者カ彼ニ付テ特別ニ輕キ刑罰規定ヲ設ケ此ニ付テ同一ノ處置ニ出テサリシ理由寔ニ明白ナリト謂フニ在リ

三、折衷說ノ要旨ハ(イ)輕微ナル傷害ニ付テ承諾ノ效果ヲ認メサルハ一般ノ法律信念ニ矛盾スト雖モ重大ナル傷害ニ付テハ却テ其反對ナリ(ロ)立法者ハ輕微ナル傷害殊ニ親告罪ト爲レル分ニ付テハ承諾ニ基ク場合ニ無罪ヲ認メサルヘカラス何トナレハ被害者カ告訴ヲ拋棄スルニ因リテ刑罰權ヲ

消滅セシムルコトヲ得ル以上ハ傷害ノ承諾ニ因リ刑罰權ノ成立ヲ妨クルコトヲ得ヘキハ勿論ナレハナリト謂フニアリ

第五ノ二、身體傷害ニ關スル被害者ノ承諾ニ付テ吾輩ハ積極說ニ左祖スルモノナリ而シテ(一)吾輩モ亦消極論者ト等シク凡ソ刑罰ハ公益ノ爲メニ之ヲ科スルモノニシテ被害者ノ爲メニ復讐ヲ行フモノニアラサルコトヲ認ムルハ勿論ナリト雖モ法律ハ被害者ノ意思状態ヲ條件トシテ公益ノ爲メニ處罰ヲ行フ場合アルコトヲ注意スルトキハ刑罰ハ公益ノ爲メニ科セラレトノ前提ハ積極論ヲ覆スノ理由トナラス(二)新刑法第二百二條ノ如キハ其前三條ニ對スル特別處分ヲ規定シタリト認ムルハ正當ナリト雖モ此場合ト承諾ニ因ル傷害ノ場合(假リニ反對說ヲ採用スレハ)ト刑ノ不權衡ヲ生スル點ヨリ觀察スルトキハ囑託又ハ承諾ニ因ル傷害ニ付テハ特別ノ規定ナキハ尊口之ヲ罰セサルノ主意ナリト認ムルコトヲ妨ケス或ハ曰ク新刑法ニ於テハ傷害罪ニ付テ三個ノ選擇刑ヲ定メ科料ニ處スルノ餘地ヲ認メタルカ故ニ第二百二條ノ場合ニ對シテ不權衡ヲ生スルコトナシト然レト

モ囑託又ハ承諾ニ因ル傷害ヲ罰スヘキモノトセハ裁判官ハ第二百四條ニ依リ十年ノ懲役ニ處スルモ自由ナルカ故ニ法定刑ノ範圍内ニ於テ有リ得ヘキ場合ヲ觀テ之ヲ論定セサルヘカラス(三)囑託又ハ承諾ニ因ル傷害ニ付テハ同原因ニ基ク殺害ノ場合ノ如ク多數ニ且ツ屢同情スヘキ場合ノ存セサルコトハ明カナリト雖モ之レヲ絶無ナリト言ハハ過言ナリ或外國ノ留學生本國政事上ノ關係ヨリ學資ノ支給ヲ斷タレ煩悶憂苦ノ餘其志學ノ決心鞏固ナルヲ示サンカ爲メ數人相謀リテ甲ハ乙ノ一指ヲ乙ハ丙ノ一指丙ハ甲ノ一指ヲ斷チテ血判シ本國政府ニ學資ノ支給ヲ哀願シタルコトアリ豈同情ノ涕ナカラシヤ茲ニ愛國ノ志士三人アリ本國ノ爲メニ某國ノ軍情機密ヲ探知センカ爲メ體形不具ノ乞食ニ擬シテ目的ヲ決行セント欲シ瓦ニ承諾ヲ得テ甲ハ乙ノ爲メ乙ハ甲ノ爲メニ手ヲ下シテ一腕ツツヲ切斷シタリ高尚ナル原因ニアラスシテ何ソ(四)我新刑法ニ付テ之ヲ觀ルニ傷害ノ結果ヲ生セサル暴行ニ關シテノミ親告ヲ必要トシ其他ノ故意ノ傷害罪ニ及ハサルカ故ニ親告ノ有無ニ依リテ決スルトキハ承諾ニ因ル輕微ナル傷

害モ處罰セサルヘカラサルニ至ルカ故ニ折衷論者ノ趣意ニ適セス親告條件ニ關係ナク輕微ナル傷害ニ付テノミ承諾ノ效果ヲ認メントスルハ一般ノ法律信念ヲ云爲スルノ外何等ノ論據ナシ又新刑法ハ第九九條ニ於テ通常ノ過失傷害ニ付テハ其結果ノ輕重ヲ問フコトナク親告ヲ必要トシタルカ故ニ若シ親告罪ニ付テハ被害者ノ承諾カ當然違法阻却ノ原因タルコトヲ得ルモノトセハ少クトモ過失ノ場合ニハ重大ナル傷害ニ付テモ承諾ノ效果アリトノ論結ヲ生スヘク是レ亦折衷論旨ニ適合セサルコト明カナリ假ニ反對論ニ依リ囑託又ハ承諾ニ因ル傷害ヲ罰スルコトヲ得ルモノトスルモ法律カ自己ノ身體ヲ毀傷スル者ヲ特ニ處罰スル場合ノ外他人ヲ教唆若クハ幫助シテ自傷セシメタル者ハ之ヲ罰スルコトヲ得サルコト疑ナシ新刑法第二百二條ニ因ルトキハ人ヲ教唆若クハ幫助シテ自殺セシメタル者ト被殺者ノ囑託又ハ承諾ヲ以テ之ヲ殺シタル者トハ全然同一ノ取扱ヲ受クヘキモノニシテ一般ノ理論ヨリ觀察スルモ其間ニ輕重ノ差等ナキニ拘ラス身體傷害ニ付テ彼此有罪無罪ノ論結ヲ異ニスルハ失當ナリ

假ニ反對論ヲ正當ナリトスルトキハ所謂素人相撲ノ如キ又ハ擊劍柔道ノ試合ノ如キハ之ヲ處罰セサルヲ得サルニ至ルヘシト雖モ立法者カ此等ノ場合ヲ處罰スルノ意思アリト認ムルニ足ルヘキ理由ヲ存セス若シ夫レ専門ノ力士ヨリ觀レハ角力ハ正當ノ業務ニ因ル行爲トシテ第三十五條ヲ引用スルコトヲ得ヘシト雖モ其他ニ及ボスヲ得サルナリ角力及ヒ擊劍柔道等ハ相互ノ承諾ニ基キ違法ナラサル毆打ナリト解セサルヘカラス(印度刑法第八十七條參照)角力擊劍柔道ノ試合ヲ爲スノ意思ナキ者ニ對シテハ此等ノ技術ニ相應スル手數ヲ用フルモ罰スヘキ暴行乃至傷害罪アルノミ

第五ノ三 醫師ノ手術モ亦本問ニ付テ參考セサルヘカラス蓋醫師カ疾病治療ノ爲メ手術ヲ行フハ正當ナル業務ニ因ル行爲トシテ違法ナラサル行爲ニ屬スルハ敢テ言フ埃タサル所ナリト雖モ被術者又ハ其正當ナル監督者ノ意思表示ニ因テ業務行爲ノ範圍ヲ制限セラルル點ニ於テ關係アレハナリ從來醫師ノ手術ノ正當ナル範圍問題ニ付テハ數多ノ見解アリト雖モ本論ハ之ヲ論定スルノ主旨ニアラサルカ故ニ深ク説明セス有力ナル學說ニ依リテ一斑ヲ



示サン

一、法定ノ資格ヲ備ヘタル醫師ハ國家ノ免許ニ依リテ疾病ノ治療ヲ行ヒ若クハ其豫防ヲ爲スモノニシテ殊ニ治療ノ目的ヲ達スル爲メニハ法令ノ禁止セサル限リハ醫學上知得スル總テノ手段ヲ適用スルコトヲ得

二、疾病治療上ノ必要ニヨリ患者ノ身體組織ヲ侵害スルハ其自體ニ於テ正當ニシテ過失ノ場合ハ茲ニ論セス敢テ患者ノ承諾ヲ以テ手術ノ正當ヲ辯護スルヲ要セスト雖モ手術ハ其影響ニ付テ充分ナル理解力ヲ有スル患者ノ意思ニ反シテ之ヲ行フコトヲ得ス之ニ反スル時ハ傷害罪ヲ以テ論セサルヘカラス但正當ナル保護者ヨリ治療ヲ託セラレタル以上ハ無意識狀態ニアル患者精神病者幼年疾病者等ノ如キ承諾無能力者ニ對シテモ手術ヲ行フヲ得ヘシ又理解力ヲ有スル患者カ醫師ノ提議シタル手術ニ同意シタルトキハ周圍ノ者ノ反對アルモ尙ホ之ヲ行フコトヲ得ヘシ反之無意識者若クハ精神病者ノ家族ヨリ招カレタル醫師ハ家族ノ拒ミタル手術ヲ行フノ權利ナシ

三、

醫師ハ治療ニ付テ知識ト技術トヲ有セサル特定ノ疾病ヲ治療スルコトヲ得ス然レトモ成效スルヤ否ヤ不確實ナル未曾用ノ手術ハ不成切ニ歸スルモ身體傷害タルニ止マル範圍内ニ於テハ患者ノ承諾アルトキニ限リ之ヲ實行スルコトヲ得此種ノ手術ニシテ生命ニ危険ヲ及ホスモノハ患者ノ承諾アルトキト雖モ手術者カ動物試驗若クハ學問上ノ理論ヨリ良好ナル歸轉ヲ生スルノ確信ヲ有スルカ爲メ故意ノ欠缺スルニ非サル限リハ處罰ヲ免レス

疾病治療ノ方法タル手術ニ因ル身體傷害カ違法ナラサルノ理由ハ正當業務行爲ナル點ニアリト雖モ以上ノ説明ニ依ルトキハ患者ノ適當ナル意思ニ反スル手術ハ違法ナリ又或種ノ患者ノ適當ナル承諾アルニアラサレハ違法ナリト認ムルカ故ニ治療上ノ手術ノ正當ナル一般の抽象的ノ根據ハ正當業務行爲タルニアリ其格段の具體的ノ根據ハ患者ノ承諾ニアリト論斷スルヲ得ヘシ殆ト總テノ學者カ抽象的方面ノミニ根據ヲ求ムルハ吾輩ノ服スルヲ得サル所ナリ(此點ニ於テ印度刑法第八十八條ノ趣旨ヲ費ス)

第五ノ四 傷害ノ場合ニ於ケル被害者ノ承諾ハ少クトモ殴打ヲ受クルニ付テノ確定的ノ認識アルニ拘ラス相手方ノ行爲ヲ爭ハサル場合ナルコトヲ要ス殴打乃至傷害ヲ受クルコトアルヘシトノ不確定ノ豫見ヲ有シツツ相手方ノ行爲ヲ爭フ場合ニ於テハ有效ナル承諾アリト爲スヲ得ス例ハ決闘ノ場合又ハ巡查カ或ハ犯人ヨリ傷害ヲ受クルコトアランヲ豫想シツツ格闘シタル場合ニハ傷害ヲ受クルノ承諾ヲ與ヘタリト認ムルコトヲ得サルナリ其他被害者カ傷害ヲ受クルコトヲ爭ハスシテ一定ノ行爲ヲ爲シタルニ拘ラス法律カ特ニ其傷害行爲ヲ罰スルコトヲ規定スルトキハ素ヨリ其規定ニ從ハサルヘカラス

被害者カ適當ニ傷害ニ付テノ囑託又ハ承諾ヲ爲シタル場合ニ於テ相手方カ殺害ノ意思アルトキハ純然タル殺人罪ヲ構成スヘク過テ死ニ致シタルトキハ醫師カ手術ヲ誤リタル場合ト同趣意ニシテ過失殺ヲ以テ論セサルヘカラス

第六 要之刑罰法規ニ於テ保護セラレタル法益ノ享有者カ適當ニ與ヘタル承

諾カ相手方ノ其法益ニ付テ爲シタル行爲ノ違法ヲ阻却スル範圍如何ノ問題ニ關シテハ學者間ニ大ニ議論ノ存スル所ニシテ頗ル研究ノ趣味アリ又價値アルコトヲ注意スルヲ以テ本論ノ主眼トス必スシモ吾輩ノ所論ノ正當ナルコトヲ主張スルノ趣意ニアラス讀者幸ニ是正ノ勞ヲ惜ムナカレ……………尙本稿ヲ終ルニ臨ミ一言スヘキハ承諾カ犯罪ノ成立ヲ妨ケストスルモ之ヲ以テ酌量減輕ノ一情狀ト認ムヘキ場合アルコトヲ注意スルノ必要アルコト是ナリ(法曹記事第十七卷第七號所載)

## 第十七 不能犯ヲ論ズ

### 第一

不能犯ニ關スル問題ハ既ニ羅馬法時代ニ其起源ヲ有スルモノニシテねらちうす及ぼんぼにうすハ之ヲ罰スヘキモノトシうるびあん及ぼうるすハ之ニ反對シタリト云フ(Seeger, Versuch nach röm. Recht S. 13)然レトモ是レ只或特別ノ場

合ニ關スル議論タルニ過キサリキ之ヲ一般的ニ説明シタルハはいゑるばつは氏ヲ以テ嚆矢トス氏ハ手段ト目的物トヲ區別シ兩者ノ關係上因果ノ連絡ヲ生スルノ虞ナキ場合ニハ不能犯タルヘキコトヲ論シタリ其後幾クモナクシテ獨乙ノみつてるまいゑる氏佛國ノおるごらん氏及ヒはうす氏等目的物及手段ニ付各絶對的不能ト相對的不能トヲ區別シ其絶對的ノモノハ之ヲ罰スヘカラサルモノト論シタリ此說ニ對シテハ一部學者ノ反對說アリ例ヘハへるしゆねる氏ノ如キハ目的物ト所謂手段トハ共ニ等シク結果發生ノ方便タルニ過キサルカ故ニ兩者ヲ區別シテ更ニ絶對相對ノ區別ヲナスヘキモノニ非ストノ趣意ニ於テ反對論ヲ唱ヘタリ(Hilseher, I. S. 348 ff.)然レモおるごらん氏等ノ說ハ多數學者ノ承認スル所トナレリ

然ルニ此說ニ對シテハ近來更ニ二種ノ反對說ヲ生セリ即チ一方ニ於テハりすご氏等未遂ト不能犯トノ區別ハ格段の危險ノ有無ニ依リ之ヲ決スヘク不能ノ相對ナルト絶對ナルトヲ以テ其標準トナスヘキモノニ非スト主張シ他ノ一方ニ於テハ獨乙ノほんぶりー氏伯耳義ノぶりんす氏等主觀說ヲ採リ所謂不能犯

ハ相對絶對ノ區別ナク總テ未遂犯タルヘキモノナリト論セリ而シテ英米學者中ニモ特別ノ問題ニ關シテ主觀說ヲ主張スルモノアリ例ヘハほわーとん氏ハ身邊無一物ナル人ノ懷中ヨリ金品ヲ掏取セントシタルモノノ處分ニ付キ主觀說ヲ唱ヘ又びしよつぶ氏モ同様ノ見解ヲ取レリ(Wharton § 2698; Bishop § 741 參照)

がろー氏ハ從來不能ヲ相對ト絶對トニ區別スル說ニ左袒シタルカ最近ニ至リ此見解ヲ放棄シ法的不能犯論ヲ創唱スルニ至レリ(ふらんく氏ノ說モ亦之ト同様ナリ只形式上相對絶對ノ區別ヲ存セルノミ)

## 第二

諸國ノ立法例ハ不能犯ナル問題ノ決定ニ付テ一致ヲ缺ケリ即チ佛國刑法及其法系ニ屬スル諸國ノ刑法ハ我現行刑法ト同シク特ニ不能犯ニ關スル明文ヲ設クルコトナク之ヲ未遂犯トシテ罰スヘキヤ否ヤノ解釋ヲ全然學說ニ放任シタルニ反シ第二種ノ立法例ニ於テハ此難問ヲ豫見シ明文ヲ以テ之ヲ解決センコトヲ力メタリ例ハ諾威刑法ハ苟クモ目的物ノ存スル限リハ實行ヲ妨クル障害

ノ何タルヲ問ハス未遂ヲ悉ク罰スヘキモノト規定シ露國刑法ハ無害ナル手段ヲ偶然ノ障害ト同一視スルモ全然無智若クハ迷信ニ基キ魔法及呪咀ノ如キ全く無害ナルコト明白ナル手段ヲ使用シタル場合ノミハ例外トシテ罰セサルコトヲ明カニセリ其他墮胎罪ニ關スル英國ノ特別法(21. 25 Vict. C. 100 S. 58)カ實際ニ懷胎中ニアラサル婦女ニ對シテ墮胎セシムルノ手段ヲ施シタル者ヲ處罰スヘキコトヲ規定シ印度刑法カ未遂罪ノ規定(第五一一條)ニ甲者カ乙者ノ懷中品ヲ拘取セント企テ其懷中ニ手ヲ差入レタルモ懷中無一物ナリシカ爲メ其目的ヲ遂ケサリシトハ未遂犯トシテ處罰スヘシトノ立法的解釋例(Instructions)ヲ附シ又曾テはいゑるん(一八一三年)さくせん(一八三八年)ゆるてむべるひはんのべるばーでん其他二三獨乙諸邦ノ刑法カ手段若クハ目的物ニ關スル不能ヲ以テ法律上減刑ノ理由ト爲シタルカ如キ皆此例ニ屬スルモノトス而シテ終リニ第三種ノ立法例ニアリテハ實際遂行セラレ得ヘキ行爲(Eine zur wirklichen Ausführung führende Handlung)カ特定原因ノ爲メ既遂ニ至ラサル場合ノミヲ未遂罪ナリトシ其他ノ場合ヲ不問ニ附シタリ例ハ奧國刑法(第八條)ノ如キ是ナリ(Garraud

p. 143; Kohler I S. 1; Berner S. 182 Note 2 參照)

がろー氏ハ一八八九年ノ伊國刑法ヲ以テ第三種ノ立法例ニ屬スルモノト爲シタルモ正當ニ非ス同法第六十一條ハ奧國刑法第八條ニ應當セリト雖亦第六十二條ニ於テ缺效犯ヲ規定シタルカ故ニ同條ニ依リテ不能犯ヲ處罰スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ヲ生スヘシ從テ同法ハ寧ろ第一種ノ立法例ニ屬スルモノト認メサルヘカラス然レトモ同法カ所謂缺效犯ヲ普通ノ未遂ト別條ニ規定シ其刑ヲ輕クシタルヲ以テ見レハ此缺效犯ノ規定ニ依リテ所謂不能犯ヲモ處罰スヘキ趣意ナリト解スヘキモノナラン

### 第三

歐洲諸國ノ裁判例ニアリテハ從來目的物及手段ニ付テ相對不能ト絕對不能トヲ區別シ相對ノモノハ未遂犯トシテ之ヲ處罰スヘク絕對ノモノハ不能犯トシテ之ヲ處罰スヘカラストノ見解一般ニ採用セラレタリ而シテ實際既遂犯トナリ得ヘカリシ行爲ニ非サレハ未遂犯トモ爲ルコト能ハストノ説明方法ハ絕對的不能ヲ未遂犯ト爲スヘカラスアルノ理由ヲ示スニ充分ナルモノトシテ屢々主

張セラレタリ

印度かるかつた高等法院モ亦此觀念ヲ認メタリ R. v. Collins, 1864: "An attempt to commit a felony can only be made out where, if no interruption had taken place, the felony itself could have been effected."

然レトモ英國ノ裁判所ハ既ニ一八四六年ニ於テ懷胎中ニアラザル婦女ニ對スル墮胎未遂罪ノ成立ヲ認メ (Reg. v. Goodhal) 又米國諸州ノ裁判所ハ夙ニ此種ノ未遂罪及財物ヲ所持セサル人ニ對スル掏盜未遂罪ノ成立ヲ認メ殊ニ合衆國最高法院ハ廣ク主觀主義ヲ代表シタリ

U. S. v. Quincy: — "To attempt to do an act does not, either in law or in common parlance imply a completion of the act, or any definite progress towards it. Any effort or endeavour to effect it will satisfy the terms of the law"

近來獨佛ノ裁判所モ亦個々ノ事件ニ付テ主觀主義ヲ認ムルニ至レリ即チ獨乙帝國裁判所ハ一八八〇年五月廿四日聯合刑事部ノ判決ヲ以テ絶對的不能犯ヲモ處罰スヘキコトヲ宣言シ同年六月十日死生兒ニ對スル殺人未遂ヲ處罰シ一

八八三年三月卅日懷胎中ニアラサル婦人ノ墮胎未遂罪ヲ認メ而シテ佛國ニ於テハ財物掏取ノ爲メ空虚ナル懷中ニ手ヲ差入レタル者ノ處分ニ關シ一八九四年十月十日巴里裁判所ハ無罪ノ判決ヲ言渡シタルモ一八九五年一月四日大審院ハ此判決ヲ破毀シテおるれあん裁判所ニ移シ同裁判所ハ同年二月十九日ヲ以テ被告ニ對シ有罪ノ宣告ヲ爲シタリ (V. Liszt S. 189 Note 1; Garrard p. 144 Note 3; Bishop I §§ 741—745; Phillips p. 248; Wharton § 2697 參照)

#### 第四

所謂不能犯ハ未遂犯ノ觀念ヲ以テ律スヘカラサル特殊ノ性質ヲ有スルカ將タ二者ノ區別ヲ認ムル理由ナキカ換言スレハ犯人カ外部ノ行爲ニ其犯意ヲ表示シタルモ結果ノ發生セサル場合ニハ其原因如何ニ依リ未遂犯タル場合ト然ラサル場合トヲ區別スル必要アルカ將タ其原因如何ヲ問フコトナク中止犯ヲ除ク外皆之ヲ罰スヘキカ不能犯ノ性質ハ此問題ノ解釋ニ依リ自ラ明瞭トナルヘシ此問題ハ未遂犯ノ性質ヲ主觀的ニ解スルト客觀的ニ解スルトニ因テ其論結ヲ異ニスルヤ疑ナシ即チ外部ノ行爲ニ表示セラレタル犯人ノ意思ニノミ重ヲ

置クトキハ未遂ハ其原因如何ヲ問ハスシテ凡テ之ヲ罰スヘシト論結ヲ生スヘク反之犯意ノ表示タル行爲ニノミ重ヲ置クトキハ反對ノ結論ヲ生スヘシ又兩說ノ中間ニ位スル折衷說ニ依ルモ未遂ヲ罰スヘキモノト罰スヘカラサルモノトニ區別セラルヘカラサル點ニ於テハ客觀說ト同一ニ歸セン

客觀說及折衷說ハ如何ナル標準ニ依テ未遂犯ト不能犯トヲ區別セントスルカ乞フ其要旨ヲ擧ケテ之ヲ論評セン

### 第一、客觀說

客觀說ヲ分テ二種ト爲スヲ得ヘシ

(甲) 絶對的不能ヲ標準トスル學說ハ手段目的物ニ關シテ絶對的不能ト相對的不能トヲ區別シ此ノ標準ニ依テ不能犯ト未遂犯トヲ區別セントスルモノナリ說ノ主旨ヲ聞クニ未遂犯ハ實行ノ開始ヲ含ムモノナルカ故ニ實現シ得ヘカラサル犯罪ニハ又未遂犯アルヲ得ス然ルニ絶對的不能ノ場合即チ目的物全ク存在セス若クハ手段其モノニ結果ヲ惹起スル能力ヲ缺ケル場合ニハ犯罪實現シ得ヘキモノニ非ルカ故ニ又其未遂罪アルコトナク從テ不能犯タルヘシ反之相

對的不能ノ場合即チ目的物カ單ニ特定ノ場所ニ存セス若クハ手段カ不充分ナル場合ニ其性質上實現シ得ヘキモノナルモ單ニ犯人意外ノ障害ニ因リテ結果ヲ生セサルニ過キサレカ故ニ未遂犯タルヘキモノナリト云フニアリ案スルニ此說ハ從來最モ廣ク行ハレタル說ナルニ拘ラス正當ナリト云フヲ得ス其理由次ノ如シ

(一) 未遂ノ概念ニ實行ノ開始アルコトヲ必要トセルハ犯人ノ意思カ實際上ノ行爲ニ確現スルニ非レハ原則上之ヲ處罰セサルコトヲ示シ以テ豫備ト狹意ニ於ケル未遂トヲ區別スルカ爲メニシテ實行サレ得ヘキモノニ非レハ之ヲ開始スルコト能ハストノ主旨ヲ規定シタルモノニ非ス之ヲ實際ニ徵スルモ豫メ實行不能ヲ認メツ、或事ヲ行フ者ナシト雖モ苟モ實行シ得ヘキヲ信スル以上ハ客觀的ニ實行不能ナルコトヲモ開始スルノ例ニ乏シカラサルナリ豈立法者此事ヲ看過シタリト云フヲ得ヘケンヤ(V. Liszt S 190 Note 2; Kohler I § 2; H. Meyer S. 209 Note 34 參照)

(二) 特定ノ所爲ハ結果發生ノ原因タリ得ヘキカ又ハ原因タリ得ヘカラサルカ

二者其一ヲ出テス換言スレハ不能ハ存在スルカ存在セサルカノ一ニ居ルヘク而シテ其存在スル場合ニハ常ニ絶對的ニシテ相對的不能ナルモノナシ例ハ犯人カ或者ヲ殺サスカ爲メ其ノ者通常在往スル室中ニ發砲スルモ其者偶々不在ナル場合所謂相對不能ノ例ノ如キモ亦殺人ハ實際上絶對ニ不能ナリ果シテ然ラハ絶對的不能ト相對的不能トノ區別ヲ前提トシテ未遂犯不能犯ヲ區別セントスル論結ノ誤リナルハ論ヲ俟タス(V. Buri, Zeitschrift I 185 ff; Garraud P. 145 參照)

まいやー氏ハ不能ヲ絶對相對ニ區別スル點ニ於テハ本說ニ屬スルカ如キ觀アルモ此區別ヲ以テ其處分ヲ異ニスルナク絶對不能ノ場合モ原則上之ヲ處罰スヘキモノナリト主張スルカ故ニ其實質ハ主觀說ナリト云ハサルヘカラス(Meyer, S. 209)又ふらんく氏ハ不能ヲ二種ニ區別シタリト雖モ其所謂絶對的不能ト稱スル場合ハがろー氏所謂犯罪要素缺乏ノ場合ニ該當スルヲ以テ實質上折衷說ニ屬スルモノト云フヲ可トス

(乙) 格段的危險ヲ標準トスル說　ニ依レハ未遂犯ハ結果ヲ生ズル危險アルトキ即チ結果ヲ惹起スルニ近キ可能性アルトキニ限りテ之ヲ認ムヘキモノナ

ルカ故ニ此危險ノ存セサル場合ニハ不能犯ナリ而シテ此ノ如ク未遂犯トノ區別ノ標準タルヘキ危險ハ格段的ノモノニシテ一般的ノモノニ非ス危險ノ有無ハ當該所爲ノ瞬間ニ於テ一般人ノ認識シ得ヘキ若クハ犯人ノミ認識シタル諸狀況ヲ斟酌シテ之ヲ決セサル可カラス而シテ苟クモ此標準ニ依テ特定ノ法益ニ對シテ危險ヲ與ヘタリト云フコトヲ得ヘキ場合ニハ所謂絶對的不能ノ場合ニ於テモ亦罰スヘキ未遂アリ得ヘシ例ハ全然懷妊シ居ラサル婦女ノ墮胎行爲モ亦懷妊ノコト全ク之ナキニ非スト見ユル場合ニハ之ヲ未遂犯トスルコト毫モ妨ケナク又死生兒ニ對スル殺人未遂モ分娩前ニ死亡シ居タルヤ否ヤニ付キ全然疑ナキニ非サル場合ニハ之ヲ罰セサルヘカラスト云フニアリ(V. List, S. 180)案スルニ此ノ如ク特定ノ法益ニ對スル物質的影響ノミヲ觀察スヘキモノトナスハ適當ニ非ス何トナレハ國家カ犯人ヲ處罰スルハ單ニ特定被害者ノ爲メニ復讐ヲ行フニ非スシテ法序其自身ニ對スル危害ヲ抑壓シテ法序ノ神聖ヲ維持スルカ爲メナルヲ以テ獨リ特定個人ノミヲ標準トスルハ刑罰ノ本旨ニ反スレハナリはわるとん氏曰ク

"The offence is not private simply, against merely the person whose goods are imperilled, but public indictable as a scandal and breach of public peace irrespective of the question of personal loss." (Wharton § 2698)

是レ單ニ拘兒カ財物ノ存在セサルほつと中ニ手ヲ入レタル場合ニ關スル説明ナリト雖モ移シテ以テ本説ニ對スル駁論ノ材料ト爲スヲ得ヘシ加之前掲設例ノ如キハ本説ノ見地ヨリスレハ頗ル不當タルヲ免レサルヘシ蓋第一例ニテ懷胎ナシ第二例ニテ死生兒ナリト云フコトヲ事實ナリトセハ特定ノ法益存在セサルカ故ニ之ニ對スル實害ノ生スル虞アルコトナク又其コト事實ニ非スシテ懷胎アリ活生兒ナリトセハ普通ノ未遂犯ニシテ特ニ論スルノ價値ナシ要スルニ客觀的ノ危險ハ後ノ場合ニ存スルコトヲ得ルモ前ノ場合ニ存スルコトヲ得ヘキモノニ非ス故ニ事實ニシテ前ノ場合ナルコト明カナレハ後ノ場合ナラントノ疑ノ存セルノミニテハ此種ノ危險ヲ生スルコト有リ得ヘカラサルナリ

第二折衷説

本説ハ之ヲ法的不能説ト稱スルヲ得ヘシ余カ之ヲ折衷説ト名クルハ未遂ノ性質ヲ半ハ主觀的ニ半ハ客觀的ニ解釋シテ未遂犯ト不能犯トヲ區別セントスルノ點ヨリ觀察シタルヲ以テナリ

本説ニ依レハ不能ニ絶對相對ノ區別アルコトナシト雖モ事實上不能 (*l'impossibilité de fait*) ト法律上不能 (*l'impossibilité de droit*) トノ區別アリ而シテ事實上ノ不能ハ犯人意外ノ障害ニシテ未遂罪成立ノ原因タリ即チ實行ノ開始タルヘキ程度ノ行爲ニ表示サレタル意思ハ凡テ罰スヘキモノニシテ其實現シ得ヘキモノナル (*réalisable*) ヤ否ヤ又其實現シ得ヘカラサルモノナル時ハ其原因如何ト云フ如キハ之ヲ問フコトヲ要セス何トナレハ法律カ未遂罪ヲ罰スルニハ結果ヲ問フコトナク單ニ妨止セラレ若クハ缺効トナレル實行ノ開始 (*un commencement d'exécution, suspendu ou manqué*) ノミヲ要求スルヲ以テ行爲ヨリハ寧ロ犯人其者ヲ重要視シタルモノト云ハサルヘカラサルノミナラス學者カ未遂犯トシテ處罰スヘキコトヲ疑ハサル缺効犯ハ殆ト常ニ不能犯タルニ外ナラサレハナリ反之法律上ノ不能即チ犯罪構成要件ノ一カ缺欠セルニ基ク犯罪ノ不成立ハ又未遂罪ノ不



成立ヲ含ムモノト云ハサル可カラス何トナレハ不能ナルコトハ之ヲ終局スヘカラサルト等シク又之ヲ開始スルコト能ハサルハナリ例ハ懐胎セサル婦女ニ對シテ墮胎手段ヲ行フ場合施用シタル物質カ有毒ナラサル場合又ハ犯人ノ目的トセル人カ既ニ死シタル場合ノ如キハ構成要件ノ一ヲ缺ケルカ故ニ犯人ノ意思ハ法律上實現スルコト能ハサルモノナリト云ヘリ

余ハ本説ノ前段ニ於ケル主旨ニ贊スルモノナリト雖モ事實ノ不能ト法律ノ不能トヲ區別スルノ失當ナルヲ確信ス蓋例ハ竊盜犯ニ於テハ他人ノ物ノ存在スルコトヲ以テ法律上ノ構成要件トスルコト毒殺罪ニ於テ毒物施用ヲ以テ犯罪構成要件トスルニ何等ノ差異アルモノニ非サルカ故ニ物質カ毒物ナラサル時ハ未遂犯ニ非ストセハ他人ノ物カ存在セサル場合ニハ竊盜ノ未遂犯ヲ認ムヘカラサルコト理ノ當然ニシテ一ハ法律上ノ不能ニシテ一ハ事實上ノ不能ナリト云フカ如キ區別ヲ爲スノ根據ナケレハナリ從テ事實上ノ不能ハ未遂犯ヲ構成シ法律上ノ不能ハ所謂不能犯ヲ生ストノ論結ノ失當ナルコト疑ナシ

以上論述シタルカ如ク未遂犯ト不能犯トノ區別ヲ認ムル學說ニハ各其缺點アリトセハ更ニ他ノ標準ヲ求ムヘキカ曰ク否吾人ハ只之カ區別拒否スルノ一途アルノミ即チ主觀說ヲ採ルノ外ナキナリ

## 第五

主觀說ニ依レハ法律カ結果ノ到來セサルニ拘ラス未遂ヲ罰スルハ行爲ニ犯意ヲ表示シタルコト其自身カ社會ニ對シ危險ナルカ爲メナリ從テ犯意ノ表示アル以上ハ結果不發生ノ原因何タルヲ問ハスシテ罰スヘキ未遂アリト云ハサルヘカラスト云フヲ以テ其趣意トスブリんす曰ク

((Tout code pénal, en punissant la tentative, punit des actes qui sont dangereux malgré l'absence de résultat fâcheux ; ce n'est donc pas tant les suites de l'acte qui doivent nous préoccuper que le danger de l'acte exécuté par le délinquant dans les conditions ou il a agit. Sa volonté perverse furie, avec l'acte accompli, un ensemble dangereux.)) (Prins No, 233)

由是觀之主觀說ハ責任アル犯意ニ於ケル危險ノ程度ニ依テ刑罰ヲ定メ實害(Dommage matériel)ヲ生セサル行爲ヲ最嚴格ニ評價シテ非社會的行爲ヲ抑壓センコトヲカムルモノト云フヘシ故ニ吾人ハ刑事政策上ニテモ此說ヲ稱賛スルモ

ノナリ然レトモ之ヲ以テ單純ナル立法論ニ過キストナサハ誤リナリ何トナレハ本説ハ之ヲ現行法ノ解釋ニ用フルモ何等ノ支障ヲ生セサレハナリ要之本説ハ能ク刑事政策ニ適セル解釋論トシテ賞賛ノ價值アルモノト云ハサルヘカラス」然レモ本説ハ之ヲ極端ニ擴張スルトキハ遂ニ現行法ノ解釋論トシテ用フヘカラサルノミナラス又一般刑法學上ノ大原則ニ矛盾スルニ至ルヘシ茲ニ於テカ論者本説ヲ非議スルモノアリ例ハふらんく氏ノ如キ其一人ナリ曰ク主觀說ハ犯罪事實ノ客觀的方面ヲ看過シ行爲者カ罪トナルヘキ狀況アルヘシト思料シタルノ故ヲ以テ實際違法ニ非サル行爲ヲ處罰スヘシト主張スルカ故ニ行爲者ノ觀念界ヲ法律淵源ノ一元素トナスノ結果ヲ生シ且ツ *Nulla poena sine lege* ノ原則ニ矛盾スルモノナリト (Frank S. 59)

余ハ此ノ如キ誤解ヲ免レンカ爲メニ左ノ制限ノ下ニ主觀說ヲ採用セントス

第一行爲ニ表示セラレサル意思ハ之ヲ罰スルヲ得ス (*Cogitationes nemo poena patitur*) 是レ我現行法第百十一條ニ於テモ認メラレタル原則ナリ故ニ罪ヲ犯サンコトヲ謀リツツアリト自白スルモノアルモ解釋上之ヲ處罰スヘカラサルハ勿論ナ

リ

第二意思カ外部ノ行爲ニ現ハル、モ其行爲カ未タ犯罪構成要件其モノ、一部ヲ成サ、ルトキ即チ豫備ノ行爲タル程度ニアル間ハ假令其行爲カ進ンテ既遂罪トナリ得ヘキ場合ニ於テスラ未タ處罰ノ範圍ニ入ラサルヲ原則トスルカ故ニ此程度ニ於テハ等シク不能犯ノ問題ヲ生セサルヲ原則トス從テ主觀說ヲ探ルモ例ハ毒物ヲ購求シ且ツ之ヲ以テ某者ヲ毒殺セントスルコトヲ言明スル者ニ對シ直ニ處罰ヲ行フヘシト斷定スヘキニ非ス要スルニ主觀說ニ依ルモ意思カ所謂實行ノ端緒タル程度ノ行爲ニ表示セラレタルコトヲ前提トスルニ非サレハ不能犯罰スヘキヤ否ヤノ問題ヲ生セサルモノトス

第三罰スヘキ不能犯ハ即チ未遂犯ナルカ故ニ事實ニ關スル犯人ノ認識カ實際ノ事實ト一致セサルノ一點ノミニ因リテ既遂タルコト能ハサル場合ニ限リテ存スルモノトス換言スレハ實際ノ事實カ之ニ關スル犯人ノ認識ト一致シタリセハ既遂タルコトヲ得ヘカリシ場合ニ非サレハ罰スヘキ不能犯ヲ認ムルヲ得ス例ハ犯人ハ砂糖ヲ砒素ナリト誤認シ某者ニ對シ之ヲ施用シタリ若シ其砂糖

カ砒素ナリセハ毒殺既遂或ハ少クトモ普通ノ毒殺未遂タルヲ得ヘカリシモノナリ然ルニ犯人カ其意思ヲ遂クル能ハサリシハ單ニ實際ノ物質ト之ニ關スル犯人ノ觀念トノ齟齬ニ基ケリ此場合ニハ所謂不能犯ノ存在ヲ認ムヘキモノニシテ普通ノ未遂ト同シク之ヲ處罰スヘキモノトス反之所謂想像犯 (Vahnverbrechen, delit putatif) 例ハ呪咀ノ場合ニ於ルカ如ク行爲カ犯人ノ觀念及ヒ計畫ト一致スルモ何等ノ影響ヲ生スヘカラルトキハ所謂不能犯ノ問題ヲ生スルコトナシ或學者ハ此場合ニハ真正ナル意味ノ故意アルニ非スシテ事實ニ反對ナル故意 (Volus Ficti contrarius) 若クハ故意ニ反對ナル事實 (Factum dolo contrarium) アルニ過キスト説明セリ (v. Schwarze B. 105) 蓋至當ナル見解ナリ従前はんのば一刑法典ニテ不可思議ナル效能アリト迷信セラル、モ實際何等ノ影響ヲ生セサル呪咀ノ如キ行爲ヲ處罰セストシ露國刑法典ニテ無智迷信ニ因リ魔法若クハ呪咀ノ如キ全然無害ナル手段ヲ採ル場合ニ限り未遂罪ヲ認メサルカ如キ亦如上ノ制限ノ必要ヲ認メタルモノト云フヘシ

第四刑罰ノ有無ニ關スル犯人ノ誤解ハ所謂不能犯ノ意義ニ關係ナシ例ハ無主

物ヲ先占スル者カ其行爲ハ竊盜ニ當ルコトヲ誤信スルモ所謂想像犯ノ一場合ニ屬スルモノニシテ不能犯ニ非ス  
以上四個ノ制限ハ苟クモ主觀說ヲ認メントスル者ノ當然留保スヘキ所ナリ立法論トシテノ主觀說ニ左袒スル學者ト雖モ亦爲リ若シ之ヲ度外視スルナラハ主觀說ヲ不當ニ擴張スルモノニシテ遂ニ自殺的見解タルヲ免レサルヘシ而シテ此等ノ制限ノ下ニ於テハ主觀說ハ立法論トシテ又解釋論トシテ正當ナルモノナリ

### 第六

前段説明シタル見地ヨリスルトキハ被害者某室ニアリト信シテ此室中ニ發砲シタルニ偶、不在ナリシ場合、被害者睡眠中ナリト信シテ之ヲ斬リタルニ既ニ他人ノ爲メニ殺害セラレ居タル場合、妊娠シタリト誤信シテ墮胎ヲ試ミタルニ月經ノ停滯アリタルニ過キサル場合(イ)他人ヲシテ墮胎セシムル意思ニテ其手段ヲ施シタルニ懷胎ナカリシ場合或物品ヲ盜取スル爲メ箆筒ヲ開キタルニ無一物ナリシ場合、時計ヲ擲取スル爲メ他人ノぼけつこニ手ヲ差入レタルニ其人カ何

物ヲモ所持セザリシ場合竊盜ノ意思ニテ他人ノ家ニ入り、或品物ヲ持來リタルニ偶、其品物カ己ノ寄託品ナリシ場合(ロ)ノ如キハ何レモ未遂犯トシテ之ヲ處罰セサルヘカラス其間ニ區別ヲ立ツヘキ學理上ノ根據ナシ多數學者カ此等ノ設例中多クノ場合ヲ未遂犯トシテ處罰スヘシト主張スルコトヲ敢テセサルハ畢竟沿革上最モ勢力ヲ有セル絕對相對ノ不能區別說ノ影響ヲ脱スルコト能ハサルニ因ラスンハアラス吾輩ハ立法例裁判例及ヒ學說上一般ニ主觀說ノ支配ヲ見ルコト遠キニアラサルヲ豫想シテ疑ハサルナリ

(イ)及ヒ(ロ)ノ如キ場合ニ於テハ證據問題ノ上ヨリシテ無罪ヲ宣告セサルヘカラサルコトアルハ疑ヲ容レス純然タル學理ト混同スヘカラス

論者或ハ曰ン此等ノ場合ニハ一般の危險ノ存在スルコトヲモ想像スルヲ得ス假ニ之有リトスルモ一般の危險ハ警察ノ目的タルノミニシテ未遂罪其モノトシテ處罰ヲ受クヘキモノニアラスト然レトモ以上例示セル行爲ハ何レモ人々相互間ノ社會的關係ヲ破壞シ公德ヲ紊リ以テ一般の危險ヲ生スルヲ甚シキモノナリ而シテ警察ノ目的ハ一般の危險ヲ防遏スルニアリト云フヲ得ヘシト雖

モ一般の危險ハ警察處分ノ範圍ニノミ屬シ刑罰ノ制裁ニ服セスト云フハ誤解ナリリーびんぐすとーん曰ク

"The attempt to commit an offence.....is also made punishable because every attempt, although it fail of success, must create alarm, which of itself is an injury....." (Livingstone, complete works I P. 235)

要之罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フ以上ハ未タ遂ケサル場合ニ於テモ能ク社會ノ人心ヲ驚動セシメ法序ヲ破壞スルモノニシテ法律ハ其自身ニ於テ有害ナル行爲ヲ未遂罪トスルカ故ニ以上例示ノ場合ニ未遂ヲ認ムルハ法律ノ主旨ニ適スルモノナリ

第七

主觀說ハ我現行法ノ解釋トシテモ亦之ヲ採用スルコトヲ得ルカ曰ク然リ試ミニ獨佛ノ刑法ヲ我現行法ニ比照セン

獨四十三條第一項——當該重罪若クハ輕罪ノ實行ノ開始(Ein Anfang der Ausföhrung)タル行爲ニ依テ該犯罪ヲ犯スノ決心ヲ表示シタルモ其既遂ニ至ラサルト

キハ未遂トシテ之ヲ處罰ス  
同四十六條第一項「未遂ハ犯人カ其意思ニ關係ナキ事情(von des Thatens Willen unabhängige Umstände)ノ爲メニ妨害セラル、ニ非スシテ其目的トシタル行爲ヲ中止シタルトキハ未遂トシテハ之ヲ罰スルコトナシ」

(參照)

普國刑法第卅一條「未遂ハ犯意カ實行ノ開始タルヘキ行爲ニ現ハレタル後犯人ノ意思ニ關係ナキ事情ノ爲メニ妨止セラレ若クハ無結果ニ終ル場合ニ限リテ之ヲ罰ス」

佛二條「實行ノ開始(commencement d' exécution)ニ表示サレタル重罪ノ未遂カ只偶然ナル若クハ犯人ノ意思ニ關係ナキ事情(Des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur)ニ因テ妨止セラレ若クハ結果ヲ缺如シタルトキハ凡テ之ヲ重罪其モノト看做ス」

由是觀之兩法ニ於ケル未遂ノ規定カ其趣旨ヲ同シウスルハ多言ヲ要セスシテ明白ナラン之ヲ我現行法ノ規定ニ比スルニ重罪輕罪ノ實行ノ開始タル行爲ニ

依リ該犯罪ヲ犯スノ決心ヲ表示ス「下云ヒ若クハ實行ノ開始ニ表示サレタル重罪ノ未遂」ト云フハ「罪ヲ犯サントシテ己ニ其事ヲ行フ」ニ相當シ「犯人ノ意思ニ關係ナキ諸事情ニ因リ妨止セラレ若クハ結果ヲ缺如スル」コトハ「犯人意外ノ障礙舛錯ニ因リ未タ遂ケサル」ニ同意義ナルヘシ只我刑法ハ普佛刑法ニ於ケルカ如ク「無結果ニ終ルトキ」結果缺如スルトキ「ト云フカ如キ文句ヲ用ヒテ所謂缺効犯ノ場合ヲ明規セスト雖モ未タ遂ケサル場合ノ中ニハ之ヲ包含スルコト疑ナク獨乙刑法亦同様ナルコト學者間異論ナキ所ナリ」

果シテ然ラハ我現行法ノ規定カ獨佛刑法ノ規定ト等シク主觀說ニ依テ解釋セラレ得ルコト明カナリト云フヘキナリ故ニ第百十二條ニ「已ニ遂ケタル者ノ刑ニ云云」トアルヲ理由トシテ未遂ハ實行シ得ヘキ犯罪ニ付テノミ存スルコトヲ前提トスルモノナリト云フカ如キ抗辯ノ採用スヘカラサルハ既ニ述ヘタル所ニ依リテ知ルコトヲ得ヘシ而シテ此文句ハ未遂罪處分ノ標準ヲ示スニ必要ナルカ爲メニ設ケラレタルニ止マルモノニシテ其他ノ意義ナキモノトス  
或ハ曰ク刑法第百十一條ハ其裏面ニ於テ結果ナキ行爲ヲ無罰トスル原則ヲ示

スモノナルカ故ニ所謂不能犯ノ場合ニ於ケルカ如ク無結果タルモノハ我刑法ノ主義トシテ之ヲ罰スヘキモノニ非スト然レトモ同條ハ單ニ未タ實行ノ開始タルヘキ程度ニ達セサル行為ハ之ヲ處罰セストノ原則ヲ示スニ止マルモノニシテ結果ナキ行為ヲ罰セストノ原則ヲ示スノ趣意有ルニ非サルヘシ若シモ此ノ如キ趣意アルモノトセハ第一百十二條ハ如何ニ解スヘキカ論者或ハ曰ン未遂ノ場合ハ危險アルモノニシテ危險ハ一種ノ結果ナルカ故ニ第一百十二條ハ百十一條ニ矛盾スルコトナシト然レトモ此意味ニ於テハ豫備ノ行為ト雖モ亦結果ヲ有スト云フヲ妨ケス只其危險(所謂結果)ノ程度未遂ノ場合ニ比シテ小ナルニ過キサルノミ豈此程度問題ニ絶對的ノ區別ヲ設クルコトヲ得ンヤ要之所謂不能犯ヲ第一百十二條ノ適用外ニ置カントスルハ寧ロ牽強附會ノ説明タルヲ免レサルモノト云フヘシ

勝本教授ハ主觀說ヲ排斥スヘキ理由トシテ(一)佛文草案第二百二十八條ニ「若シ行為ノ性質又ハ用キラレタル方法ニ因リ何等ノ害惡ヲモ生スルコト能ハサリシトキハ其犯意ノ如何ニ拘ラス犯人ハ無罪タルヘシ」トアリテ確定法文ノ趣旨敢テ之ト異ナルコトナシ(二)我法文全體ノ結構上犯罪ノ意思ト之ニ伴フ實害若クハ實害ノ生スヘキ危險アルコトヲ以テ或行為ヲ罰スル爲メ必要ナル一般要件トシ單リ社會ノ擾亂ヲ醸シタルノミニテハ(特別罪トシテハ格別)之ヲ罰セサルヲ通則トセリ(三)主觀說ハ時トシテハ他人ノ物品ナリト信シテ自己ノ物品ヲ竊取シタル者ヲモ罰セサルヘカラサルカ如キ人情ニ反シタル結果ヲ生スルカ故ニ立法者ノ趣旨ニ非サルヘシト論セラレ(内外論叢第二卷第七號第六六頁參照)犯罪着手ノ時ニ於テ手段ト目的物トノ關係上物理的ニ實害ヲ生シ得ヘカラサル行為ヲ皆不能犯ナリトスル「ほいゑるばいゑる」氏ノ見解ヲ以テ現行刑法ノ解釋上最モ適當ナリトセラレタリ(同上第六六頁乃至第六八頁參照)吾輩初學ノ徒妄リニ大家ノ見解ヲ非議スルハ禮ニ非スト雖モ卑見ヲ陳ヘテ高教ヲ待ツハ後學ノ本分ナリト信シ妄評ヲ敢テスル左ノ如シ(一)佛文草案第百廿八條ヲ確定法文ニ於テ削除シタルハ直接ニ彼此ノ主旨異ラサルコトヲ證スルニ足ラスシテ寧ロ反對ヲ證スルノ理山ナリト論スルヲ得ヘシ(二)我法文ノ全體ノ結構ヨリ觀察スルトキハ少クトモ實害ノ生スヘキ危險アルコトカ行為ヲ罰スル爲メニ必要ナ

ル一條件ナルヤ將タ一般的危險アルノミニテ足ルヤハ問題ノ骨髓ナリ問題其  
 モノナリ少クトモ實害ノ生スヘキ危險アルコトヲ要スト言フハ斷定タルヘキ  
 モ斷定ヲ生ムヘキ理由ニ非ス(三)自己ノ物ヲ他人ノ物ナリト信シテ竊取シタル  
 場合ハ證據問題上十中八九ハ處罰セラル、コトカルヘク假ニ否ラストスルモ  
 絶對ニ人情ニ反スルコトナルヤ否ハ觀察者ニ依リ其見解ヲ異ニスヘシ而シテ  
 之ヲ人情ニ反スルモノト爲スモ僅少ノ瑕疵ヲ以テ全般ノ利ヲ没スヘキニ非ス  
 若シ夫レ之ヲ「氏ノ客觀說」ヨリ生スヘキ大不利ニ比スレハ敢テ咎ムルニ足ラ  
 サルナリ何ヲカ客觀說ヨリ生スル大不利ト爲スヤ一般ノ法律觀念ニ反スル結  
 果ヲ生スルコト是ナリ例ハ掏兒カ時計ヲ竊取スル爲メ被害者ノ懷中ニ手ヲ差  
 入レタルニ被害者ハ最初ヨリ一物ヲモ携帶セサリシ場合又ハ甲者カ乙者ヲ毒  
 殺セントシタルニ其分量過少ニシテ着手ノ當時ニ於テ已ニ結果ヲ生スヘキ危  
 險ナカリシ場合其他之ニ類似スル多數ノ場合ニ於テ此客觀說ハ無罪ヲ認メサ  
 ルヘカラスト雖モ此ノ如キハ決シテ社會ノ法律觀念ヲ満足セシムルニ足ラサ  
 ルモノナリ否算口之ニ抵觸スルモノナリ

然レトモ教授ハ其不能犯論ノ結論中「獨リ理論ノ透徹スルモノハ主觀主義ト客  
 觀主義(氏ノ說)トノ說ノミ而カモ一ハ犯意ヲ主トシ他ハ行爲ヲ主トシテ各其  
 極端ニ走レリ隨テ立法論トシテハ兩ナカラ完璧ニ非ス然レトモ解釋論トシテ  
 ハ二者共ニ之ヲ守持スルコトヲ得ヘシ」ト論セラレタルカ故ニ吾輩ノ卑見ハ致  
 授ノ高見ト絶對ニ背馳スルモノニ非サルコトヲ知ルニ難カラサルハ吾輩ノ光  
 榮トスル所ナリ

要之未遂犯ハ皆實害ノ存セサルコトヲ前提トスルモノニシテ實害ノ生シ得ヘ  
 キ能性ヲ以テ未遂犯成立ノ標準ト爲スヘカラサルハ當然ノ結果ナルカ故ニ吾  
 人ハ主觀說ヲ採ルノ外ナキナリ近來立法論トシテ又解釋論トシテ主觀主義ノ  
 學說益勢力ヲ加ヘ實例亦之ニ依ルノ傾向アルコト豈偶然ナランヤ而シテ此傾  
 向ハ主觀說カ如何ニ一般ノ法律觀念ニ適合スルカヲ證スルモノニ非スシテ何  
 ソヤ自ラ求メテ之ヲ極端ニ導クコトナクンハ主觀說ハ我現行法ノ解釋ニ適合  
 セラル、ニ於テ毫末ノ支障ナシトスル蓋法者ノ意思ニ合スルモノナリ

本論中書名ヲ示サスシテ引用シタル書目次ノ如シ

Frank, Strafgesetzbuch f. d. d. Reich. 4. Aufl.  
 Hilschner, Das gem. d. Strafrecht.  
 Kohler, Studien aus dem Strafrecht.  
 v. Liszt, Lehrbuch d. d. Strafrechts. 10. Aufl.  
 Gaurand. Précis de droit criminel. 7. éd.  
 Prins, Science pénal et droit positif.  
 Bishop, Commentaries on the crim. law. 4. ed.  
 Phillips, Comparative crim. jurisprudence.  
 Wharton, A treatise of the crim. law. 7 ed.  
 (法學協會雜誌第二十二卷第七號所載)

### 第十八 想像上ノ數罪

一個ノ行爲ヨリ數個ノ結果ヲ生シタルカ爲メニ其行爲カ數個ノ罪名ニ觸ル

場合ヲ稱シテ想像上數罪 (Idealkonkurrenz, concurs ideal) ト云フコト學說ノ殆ト一致  
 スル所ナリ(但シ此ノ如キ場合ニハ實質上數罪アリト主張スル學者ナキニアラ  
 ス例ハほんぶり一罪數罪論第百七頁以下)  
 想像上數罪ノ性質論ヲ分テテ二部トナス

#### 第一 想像上數罪ノ場合ニハ數個ノ行爲アリト云フヲ得ヘキヤ

法律上ニ於ケル行爲ハ普通ノ意味ニ於ケル行爲ト其意味ヲ異ニスルヤ否ヤニ  
 付テハ獨逸ノ法學者間ニ於テ議論アル所ニシテ殊ニ想像上數罪ニ著シキ關係  
 ヲ有スルモノトス試ミニ本問ニ對スル積極消極ノ兩說ノ大要ヲ示シテ之ヲ論  
 評シ以テ本問ヲ解決セン

#### 第一 積極說

(イ) 法律上ニ於ケル行爲ハ自然的ノ意味ニ於ケル行爲ト異リ其結果ノ數ニ依リ  
 テ其一個ナルヤ將タ數個ナルヤヲ判斷セサルヘカラス即チ自然的ノ意味ニ於  
 テハ一行爲ナリト云フヘキ場合ニ於テモ其行爲カ數個ノ結果ヲ有スル場合ニ  
 ハ法律上ニ於テハ之ヲ數個ノ行爲ナリト云フヘキナリ例ハ一個ノ意思表示ヲ



以テ二個ノ申込ヲ承諾スルトキハ自然的ノ意味ニ於テ一行爲アルニ過キサレ  
モ二個ノ法律行爲成立スヘシ而シテ刑法上ニ於テモ他ノ法律ニ於ケルト行爲  
ノ意義ヲ異ニスルコトナキカ故ニ同一ノ判断ヲ下ササルヘカラス (Ormann in  
archiv für Strafrecht Bd. 35 S. 26 (参考))

(ロ) 法律上ニ於ケル行爲ハ決心ト結果トヨリ成立スルモノニシテ數個ノ決心ト  
數個ノ結果アルトキハ働作ノ單一ナルト否トニ拘ラス法律上數個ノ行爲アリ  
ト云ハサルヘカラス要之法律上ノ範圍外ニ於ケル行爲ノ意味ハ法律上ノ行爲  
ノ意味ト何等ノ關係ナシ (Binding, Handbuch S. 595 参考)

(ハ) 法律上ノ行爲モ亦自然的ノ意味ニ於ケル行爲ト其種類ヲ異ニスルモノニ非  
ス然レトモ何レノ意味ニ於テスルモ行爲ノ構成要素ハ意思ヲ表示スル働作及  
ヒ此働作ト其結果トノ關係ノ二個ニシテ行爲ノ數ハ此働作ト結果トノ關係ノ  
數ニ依リ決スヘキモノナリ而シテ働作ト結果トノ關係ハ結果其モノニアラス  
シテ觀察者ノ心理作用ナリト雖モ此關係ノ數ハ結果ノ數ト同一ナラサルヘカ  
ラサルカ故ニ數個ノ結果アル場合ニハ數個ノ行爲 (Handbuch 271 (Bunzer in Zeit-

schr. f. d. ges. StRw. Bd 8 参考)

## 第二 消極説

刑法上ニ於ケル行爲モ亦自然的ノ意味ニ於ケル行爲ノ一種類ナリ而シテ行爲  
ハ意思ヲ表示スル働作及ヒ其結果ヨリ成立スルモノニシテ此働作ト結果トハ  
行爲ニ對シ對等獨立ノ要素ナルカ故ニ數個ノ結果アルモノ之レニ對應スル數個  
ノ働作 (Willensbetätigung) ナケレハ數個ノ行爲ヲ構成スルヲ得ス換言スレハ各  
行爲ハ其自身ノ原因ヲ要スルカ故ニ一個ノ働作ヨリ數個ノ行爲ヲ生スルコト  
ナシ (V. Liszt, Zeitschr. f. d. ges. StRw. Bd. 6 S. 695 ff; Wachenfeld, Theorie Verbrechenkon-  
st. S. 38 参考)

吾輩ハ消極説ニ賛同スルモノナリ抑々法律上ノ用語ハ普通ノ用語ト常ニ同一  
視スルコトヲ得ルモノニ非スト雖モ法律上特ニ其意義ヲ示サス若クハ反對ノ  
解釋ヲ爲スヘキ明白ナル理由ナキトキハ兩者ハ其種類ヲ同シウスルモノト云  
ハサルヘカラス即チ法律ハ別種ノ意味ヲ有スル行爲ヲ新設スルニ非スシテ普  
通ノ意味ニ於ケル行爲カ一定ノ條件ヲ具備スルトキハ之ニ一定ノ效力若クハ

制裁ヲ付スルニ過キサレモノトス而シテ普通ノ意味ニ於テハ假令數個ノ結果アルモ一個ノ働作アルニ過キサレ場合ハ數個ノ行爲アリト爲スコトナシ(消極說參照)故ニ又法律上ニ於テモ此ノ如キ場合ニ於テハ數個ノ結果ヲ有スル一個ノ行爲アリト云ハサルヘカラス加之(イ)民法上ニ於ケル行爲ト刑法上ニ於ケルモノトハ全然之ヲ同一視スルヲ得ス例ハ民法ニ於テハ代理人ノ行爲ハ本人自身ノ行爲ト同一ニ看做サルルモ刑法上ニ於テハ此ノ如キ擬制ヲ許スコトナキノ一點ヲ以テ見ルモ明カナラン(ロ)行爲ハ外部ノ現象ニシテ其要素ハ働作及ヒ其結果ナルコト前述ノ如シ決心ハ内部ノ現象ナルヲ以テ行爲ノ構成要素ニ非ス從テ働作ヲ度外視スルハ失當ナリ(ハ)行爲ハ行爲者以外ノ者ヨリ之ヲ觀レハ全然客觀的ノ事實ナリ觀察者其モノノ主觀的要素ヲ以テ此事實ノ構成要素中ニ加フヘキモノニアラス之ヲ要スルニ積極說ハ行爲ノ一要素タルニ過キサレ結果ト全部タル行爲其モノトヲ混同スルノ傾向アリト云フヘシ故ニ想像上數罪ノ場合ニ於テハ數個ノ結果ヲ有スル一個ノ行爲アルニ過キスシテ數個ノ行爲アルニ非スト斷スルヲ得ン

## 第二 想像上數罪ハ其性質上數罪ナリヤ一罪ナリヤ

### (甲) 學說

本問ノ解答ニ關スル學說ヲ分チテ三種ト爲ス一罪說數罪說及ヒ折衷說是ナリ第一、一罪說 此說ハ想像上數罪ノ場合ニハ一個ノ犯罪アリト主張スルモノニシテ之ヲ第一問ニ對スル解答トノ關係ニ於テ區別スレハ二様ニ分ツヲ得ヘシ(イ)一行爲一罪說 此說ニ依レハ一個ノ行爲ニ對應スル犯罪ノ數ハ常ニ一個ニ限ルモノニシテ想像上數罪ノ場合ニハ一個ノ行爲アルニ過キサレカ故ニ犯罪ノ數モ亦一個ナリ從テ一行爲カ數個ノ罪名ニ觸ルル場合ヲ稱シテ想像上數罪ト云フハ其當ヲ得タルモノニ非ス此場合ニ於テハ法律ノ競合(Gesetzeskonkurrenz)ナリト云フニアリ(V. Liszt, Wachenfeld n. a.)

(ロ)數行爲一罪說 此說ノ趣意ニ云ク想像上數罪ノ場合ニ於テハ數個ノ行爲アリ(前段積極說(ハ)參照)ト云ハサルヘカラス然レトモ刑法ノ處罰ノ目的トナルモノハ死シタル結果ニアラスシテ活キタル意志(Wille)ナリ而シテ意志ノ外面ハ働作ナリ換言スレハ働作ハ意志ノ結果ニ達スル媒介ニ非スシテ意志ト働作ト

ハ一物ノ内面ト外面トノ如キ關係ヲ有スルモノナリ故ニ一個ノ働作アルニ過キサル場合ニ於テハ意志モ亦一個ナリト云ハサルヘカラス此ノ如ク刑罰ヲ科セラルヘキ意志カ一個ナルトキハ假令數個ノ行爲アル場合ナリト雖モ犯罪ハ一個ナリト (Zinger)

第二數罪說 ハ之ヲ想像上數罪ノ場合ニ於ケル行爲ノ數ニ關スル見解ニ對シテ二說ニ類別スルヲ得ヘシ

(イ) 數行爲數罪說 ノ趣意ニ曰ク犯罪ハ行爲ナリ故ニ行爲ノ單位ハ犯罪ノ單位ト一致セサルヘカラス然ルニ想像上數罪ノ場合ニハ數個ノ行爲アリ前段積極說 (參照故ニ又數個ノ犯罪アリ故ニ立法論トシテハ想像上數罪ト實質上數罪 (Realkonkurrenz, concursus reus ou materiel)) トヲ區別スルハ失當ナリ何トナレハ例ハ甲カ乙丙ノ二人ヲ殺スノ決心ヲ以テ一發ノ銃丸ニテ此二人ヲ殺シタル場合ハ甲カ順次二發ノ銃丸ニテ其決心ヲ實行シタル場合ト區別セラルヘキモノニ非サルハ甲カ一發ニテ同時ニ二人ヲ仆シタル手練ノ巧妙ヲ以テ二罪ノ責任アル者ヲシテ一罪ノ責ヲ負ハシムルノ理由ト爲スヘキモノニ非サルノ點ヨリ觀ルモ

#### 明カナリト (Binding)

(ロ) 一行爲數罪說 即チ想像上數罪ノ場合ニハ一個ノ行爲アルニ過キスト雖モ數個ノ犯罪アリト主張スルモノニシテ其主旨二個アリ一ニ曰ク行爲ノ單位ハ必スシモ犯罪ノ單位ト一致スヘキモノニ非ス例ハ數個ノ行爲アル場合ニ一罪ノ成立スルコトアルカ如シ故ニ犯罪ハ一定ノ事實的方面 (Tatsache) ヲ必要トスルモ各罪一個ノ獨立ナル事實的方面ヲ要スルモノト云フヲ得ス從テ想像上數罪ノ場合ニ於テハ行爲ハ一個ナリト雖モ犯罪ノ數ハ數個ナリトニ曰ク想像上數罪ノ場合ニハ一個ノ行爲アルニ過キスト雖モ元來行爲ハ意思カ結果ニ達スル媒介タルニ外ナラサルカ故ニ苟クモ數個ノ犯罪的意思アリ此數個ノ意思カ數個ノ結果ニ於テ現出シタルトキハ媒介タル行爲ノ一個タルカ爲メニ數罪タルヲ妨クルモノニ非ス加之此ノ如キ場合ニ數罪ヲ認メスンハ犯人ヲシテ不當ニ數罪ノ責任ヲ免レシムルモノト云ハサルヘカラス(第一主旨ニ付キ Meyer, Lehrbuch; Garran, Précis; Pruss Science Penale 第二主旨ニ付キ Berner, Lehrbuch; Hälschner, Lehrbuch; v. Bari, Einheit u. Mehrheit; Schütze in Z. f. d. ges. Str. R. Bd. 3 參照)

第三、折衷說 此說ニ屬スルモノヲ分チテ二種ト爲ス

(イ) 想像上數罪ハ理想上ニ於テ考案サレタル數罪ニシテ純然タル數罪ニアラス然レトモ純然タル一罪トモ其形式ヲ異ニセリ必竟兩者間ノ中性物(Mittel Ding)ナリ(Kriegノ説明スル所ナリ)

(ロ) 想像上數罪ハ之ヲ人ノ働作ノ方面即チ實際上ノ行爲ノ方面ヨリ觀レハ唯一個ノ犯罪ナリト雖モ其行爲ヲ想像上評價スル方面ヨリ觀レハ (au point de vue de l'appréciation morale) 數罪ナリ (Ortolan, Éléments cc. Tom I. P. 537 suiv. 参照)

(乙) 批評

第一、一罪說ニ對スル批評 一罪說中一行爲一罪說カ想像上數罪ノ場合ニハ一個ノ行爲アルニ過キスト爲スノ點ニ付テハ吾輩之ヲ諒セン然レトモ一個ノ行爲ニ對應スル犯罪ハ常ニ一個ナリトスルノ論旨ハ特ニ獨乙刑法上ノ解釋トシテハ可ナリト雖モ一般ニ刑法學上ノ原則トシテ之ヲ主張スルトキハ誤リナラシ何トナレハ犯罪ハ法律ノ規定ヲ待テ始メテ成立シ得ルカ故ニ一個ノ行爲ニ對應スル犯罪ハ常ニ一個ニ限ルヤ將タ數個ナルヲ得ルヤハ一ニ立法者ノ見解

ニ依リ之ヲ決セサルヘカラサレハナリ次ニ數行爲一罪說ハ全然誤謬ナルカ如シ何トナレハ想像上數罪ノ場合ニ數個ノ行爲アリト云フヲ得サルハ既述ノ如クニシテ且ツ刑法ノ處罰ノ目的トナルモノハ意志(論者ノ説明スル所ニ依レハ意志ハ單ニ働作ニ關スルノミニシテ結果ヲ得ントスル意欲「Voluntas」即チ犯意ト區別スヘキモノナリ故ニ働作カ一個ナル場合ニハ犯意ハ數個アリ得ルニセヨ意志ハ一個ナリト云ヘリ)ナリト爲スモ獨斷ナリト云ハサルヘカラサレハナリ何カ故ニ獨斷ナリト云フカ刑法ハ結果ヲ目的トセサル單純ナル働作ヨリモ寧ロ結果ニ對スル意思ヲ以テ其主タル目的ト爲スモノト解スルコト穩當ナルヘケレハナリ要之一罪說中數行爲一罪說ハ吾輩ノ服スルコト能ハサル所ニシテ一行爲一罪說ハ之ヲ絶對的ノ原則ナリト云フヲ得ス然レトモ此後說ハ或立法例ニ付テノ解釋トシテハ正當ナリト云フコト一罪說ニ對スル批評ノ主旨ナリ

第二、數罪說ニ對スル批評 (イ) 想像上數罪ノ場合ニハ數個ノ行爲アリト云フヲ得サルコト及ヒ行爲ノ單位ハ犯罪ノ單位ト常ニ一致セサルヘカラサルモノニ

非ルコトハ前述ノ如クナルヲ以テ數行爲數罪說ノ從フヘカラサルハ更ニ辯解ヲ要セサルヘシ若シ夫レ想像上數罪ト實質上數罪トヲ區別スヘキモノニ非ストノ立法論ニ至リテハ之ヲ絶對ニ是認スルコト能ハスト雖モ一面ノ眞理ヲ含メリト云ハサルヘカラス、(ロ)一行爲數罪說ハ之ヲ一行爲一罪說ト同様ノ趣旨ニ於テ批評スルヲ得ン即チ此說ハ或種ノ立法例ニ於ケル解釋上適當ナリト雖モ一行爲ニハ一罪ノミヲ認ムヘキヤ將タ數罪ヲモ認メ得ヘキヤヲ獨決スル立法者ノ見解ハ皆一致スルコトナキカ故ニ數個ノ結果アル場合ニハ常ニ數罪ナラサルヘカラスト云フカ如ク立法者ノ見解ヲ離レテ先天的ノ論斷ヲ爲スハ不可ナルヘシ

第三、折衷說ニ對スル批評 一言以テ之ヲ蔽ヘハ折衷說ハ曖昧模糊トシテ捕捉スヘキ所ナシト云フヲ得ヘシ何カ故ニ然ルカ(イ)抑々刑法ハ一罪ト數罪トヲ區別スト雖モ未タ其中間ニ位スルモノヲ規定セス故ニ想像上數罪ヲ目シテ一罪ニアラス又數罪ニモ非ス其中間性ノモノナリト云フカ如キ或ハ或種ノ立法例ニ於ケル想像上數罪ノ處分ニ關スル形容ノ言トシテハ不可ナラスト雖モ本段

ノ問題ニ對シテ解決ヲ與ヘタルモノト云フヲ得ス(ロ)行爲ノ方面ヨリ觀レハ一罪ニシテ想像上評價ノ方面ヨリ觀レハ數罪ナリト云フカ如キハ問題ニ答フルニ問題ヲ以テスルモノナリ何トナレハ此解答ニ依ルトキハ行爲ノ方面ヨリ觀タル犯罪ト評價ノ方面ヨリ觀タル犯罪トノ二種アルカ故ニ何レヲ以テ眞正ノ犯罪ト見ルヘキヤ不明ナレハナリ加之既ニ一罪ナリトスルトキハ假<sup>レ</sup>リニ<sup>〇</sup>之ヲ數罪ナリト想像シテ評價スルハ單ニ假想タルニ過キサカ故ニ數罪ナリト云フコトハ誤リナリ一罪ハ徹頭徹尾一罪ナリ評價上數罪ト想像スルモ數罪トナルコトナシ然レトモ此種ノ說ヲ生スルコト其故ナキニハ非ス *Dilemma* (犯罪)ナル文字カ曖昧ナル意義ニ於テ使用セラレタルヲ以テナリ即チ此語ハ或ハ具象的ノ或ハ抽象的ノ意義ヲ有セリ而シテ具象的犯罪(*Del. in concreto*)ハ一ノ事實ヲ意味シ抽象的犯罪(*Del. in abstracto*)ハ此事實カ法律ニ違反スルコトヲ意味スルモノト解セラレタリ此ノ如ク兩様ノ意義ニ依ルトキハ一個ノ犯罪(具象的)ハ同時ニ數個ノ犯罪(抽象的)タルヲ得ルハ論ナシ此說ノ基ク所蓋茲ニアラン然レトモ此說ハ必竟想像上數罪ノ場合ニハ行爲ハ一個ナリ其觸ルル所ノ罪名ハ數個

ナリト云フヨリ以上ヲ説明セス一個ノ行爲カ數個ノ罪名ニ觸ルルトキハ一罪ナリヤ數罪ナリヤトノ問題ヲ決セサルモノト云フヘシ

(丙) 結論

以上三種ノ學說中折衷說ノ採ルヘカラサルハ前述ノ如シ而シテ一罪說及數罪說モ一部ノ真理ヲ含メルモ原則的ニ之ヲ是認スルコト能ハストセハ本問ハ之ヲ如何ニ決定スヘキカ  
抑々犯罪ハ罰スヘキ行爲ナリト云フコト學說及立法例ノ殆ト皆一致スル所ナリト雖モ之カ爲メ行爲カ一個ナル場合ニハ犯罪モ亦當然ニ一個以上タルヲ得ストノ論結ヲ生スルモノニ非ス論者或ハ曰ク同一ノ行爲ハ再ヒ他ノ行爲タルヲ許サス一ノ行爲カ甲犯罪ナルトキハ同時ニ乙犯罪タルコトヲ得スト (v. Butcher) 然レトモ論者ノ一行爲ハ一個ノ結果ト其原因トノ關係ヲ云フカ故ニ數個ノ結果ヲ有スル一個ノ行爲ニ對シテハ此理由ヲ適用スヘキニ非ス反之數個ノ結果ヲ有スル一個ノ行爲アル場合ニハ其結果ノ數ニ對應スル數個ノ犯罪アリトノ結論モ當然ナリト云フヲ得ス何トナレハ或行爲カ犯罪トナルニハ豫メ

法律ニ於テ此種ノ行爲ヲ罰スヘキ規定アルコトヲ要スルモノニシテ必竟或種ノ行爲カ一罪トナルヤ將タ數罪トナルヤハ立法者ノ見解ニ依リテ之ヲ決セサルヘカラサレハナリ

故ニ本問ハ之ヲ抽象的ノ法理ニ依リ一貫的ノ原則ヲ以テ決定スヘキモノニアラスシテ必ヤ各種ノ立法例ニ就テ立法者ノ見解ヲ探求シタル後ニ適應ナル解答ヲ爲ササルヘカラス故ニ本問ハ之ヲ甲立法例ニ依リテ解決スルト乙立法例ニ依リテ解決スルトニ由リ其解答ヲ異ニスルハ論ヲ俟タス然レトモ同一立法例ニ依リテ之ヲ論スルトキハ一罪ニ決スルカ數罪ニ決スルカ二者其一ヲ採ラサルヘカラス是レ前掲折衷說ト同シカラサル所以ナリ

今一個ノ行爲カ數個ノ罪名ニ觸ルル場合ニ關スル諸國ノ立法例ヲ案スルニ四種アルカ如シ

第一明文ヲ以テ一罪タルコトヲ示スモノ 例ハ印度刑法典ノ如キ然リ其第三章第七十一條第二項ニ云ク

“Where anything is an offence falling within two or more separate definitions of any law in

force for the time being by which offences are defined or punished, or.....”

(或事件カ諸犯罪ヲ定義シ若クハ處罰スル現行法ノ二個若クハ二個以上ノ規定ニ觸ルル一罪ナル場合ニハ云々)ト此種ノ立法例ニ依ルトキハ數罪說ヲ以テ本問ヲ解スルノ非ナルコト明瞭ニシテ前掲一行爲一罪說ヲ正當ナリト云ハサルヘカラス

第二數罪タルコトヲ明文ニ示スモノ 例ハふらんざ大公國刑法ノ如キ此種類ニ屬セリ其關係條文ニ云ク(獨逸譯書ニ依ル)

„Sind durch eine und dieselbe Handlung mehrere Verbrechen verübt worden, so.....“

(同シ一個ノ行爲ニ依リ數個ノ犯罪ヲ犯シタルトキハ云云)ト此種ノ立法例ニアリテハ立法者想像上數罪ヲ一罪ニ非スシテ數罪ナリト見解シ一個ノ行爲ニモ數個ノ犯罪ノ對應シ得ルコトヲ明ニシタルモノニシテ一罪說ノ適用スヘカラサルヤ論ヲ待タス故ニ一行爲數罪說ハ此種ノ立法例ニ於ケル想像上數罪ノ解釋トシテ正當ナル理由ヲ與ヘタルモノト云フヘシ若シ夫レ此種ノ立法例ニ於テモ尙ホ想像上數罪ト實質上數罪トノ處分ヲ異ニシ此ニアリテハ併科主義ヲ

採ルニ拘ラス彼ニアリテハ吸收主義ヲ用ヒタルカ爲メ一行爲數結果ノ場合ヲモ數罪ナリトシタルノ實用ナキカ如キ觀アルニ至リテハ反對論者ノ批難ノ燒點ナリト雖モ之カ爲メニ一行爲ハ數罪タルヲ得ストノ直接ノ論結ヲ生スルコトナシ只立法論トシテハ數行爲數罪說ノ論者カ主張スルカ如ク寧ロ此場合ヲ實質上數罪ト同一ニ處分スルコト犯人ノ主觀的方面ヨリ觀タル責任ニ對スル制裁トシテハ最多數ノ場合ニ於テ適當ナラン

第三、一行爲カ數個ノ罪名ニ觸ルル場合ニ關スル規定アリト雖モ一罪若クハ數罪ナルコトヲ明示セサルモノ、獨逸刑法ノ如キ然リ(其他我改正刑法草案、伊國刑法、和蘭刑法等頗ル多シ)其第七十三條ニ云ク

„Wenn eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze, verletzt so.....“

(同シ一個ノ行爲カ數個ノ刑罰法條ヲ犯ストキハ云云)ト此規定ハ數罪ニ關スル規定ナルヤ將タ一罪ニ關スルモノナルヤ獨乙刑法學者間見解ノ一致セサル所ナリ

(一)數罪ニ關スル規定ナリト解釋スル說ニ依レハ本條ハ數罪俱發(Zusammen-

raffen mehrerer strafbarer Handlungen)ト題スル法章ノ冒頭ニ於ケル規定ナルカ故ニ數罪ニ關スルモノト見ルニ非サレハ章題ト矛盾スルコトナルヘシ而シテ立法者ハ此場合ニ於テハ自然的ノ意味ニ於ケル行爲ハ一個ナルモ之ニ依リ數罪ノ成立スルコトヲ認メタルカ故ニ本章ノ下ニ之ヲ規定シタルモノナリ (Binding Hilschner. Oshausen u. a.) 加之本條ハ次條ト相對立スルモノニシテ即チ第七十四條ニハ獨立ナル數個ノ行爲ニ依リ數罪ヲ犯ス場合ヲ規定スルカ故ニ第七十三條ハ自然的ノ意味ニ於ケル一行爲ハ刑法上獨立ナラサル數行爲ヲ數罪トスル規定ナリト解スヘキモノナリ

(二)一罪ニ關スル規定ナリト解スル說 ヲ主張スル者ハ前說ヲ駁撃シテ曰ク裁判官ヲ羈束スルモノハ獨リ各條ノ規定ノミニシテ標題ハ此各條ニ規定スヘキ事ニ付テ外部ノ經界ヲ示スニ過キサカ故ニ兩者ノ間明白ナル矛盾アルトキハ標題ヲ以テ各條ヲ決スヘキモノニ非ス況ンヤ本條ハ標題ト全然矛盾スルモノニ非スシテ該法章ノ冒頭ニ於テ該章ノ規定スヘキ範圍ヲ限定スルノ必要上設ケタルモノト解スヘキモノナルニ於テヲ試ミニ數罪俱發ニ關スル多クノ

著書ヲ見ルヘシ其冒頭先ツ法律競合 (Gesetzeskonkurrenz) ヲ論スルニ非スヤ論者ハ此故ヲ以テ著者カ法律ノ競合ヲ數罪ナリトノ見解ヲ有シタリト認メントスルカ次ニ本條ヲ以テ第七十四條ニ對立スト云フハ證據ナシ假ニ一步ヲ讓ルモ本條ハ第七十四條ニ合マサル凡テノ場合即チ論者ノ所謂獨立ナラサル數行爲數罪ノミナラス又一罪ヲモ包括スルモノト云ハサルヲ得サルヘシ加之第七十四條ニハ明カニ數罪ナルコトヲ示シタルニ拘ラス本條ニ於テハ特ニ數罪ナル用語ヲ避ケタルハ立法者カ論者ノ見解ヲ採ラサルコトヲ示スニ充分ナリ而シテ此解釋ハ本條ノ沿革ニ依ルモ正當ナルコトヲ知ルニ足ルヘシ抑獨乙刑法ハ普國刑法ニ基キ本條ハ普國刑法第五十五條ニ相應スルモノニシテ此第五十五條ニ該當スル第一草案ノ規定ハ「一個ノ行爲ニ依リ同時ニ數個ノ犯罪ヲ犯シタルトキハ」云トアリタルニ拘ラス立法者ハ其非ヲ覺リタルカ故ニ第二、第三ノ草案ヲ經テ數罪タルコトヲ示スヘキ痕跡ヲ絶テタルモノナリ只第五十五條ハ「一個ノ同シ行爲カ數個ノ重罪若クハ輕罪タルノ徵標ヲ有スルトキハ」云トアルモ獨乙刑法第七十三條ノ規定ハ實質上之ト異ルモノニ非サルハ理由書ニ



一言セサルヲ以テ明カナリ (Wachenfeld) 如上ノ趣意ニ於テ一罪ノ規定ナルコトヲ主張ス之ヲ要スルニ本條ハ一罪ニ付數個ノ法條ノ競合スル場合ノ純然タルモノ (Echte Gesetzeskonkurrenz) ニ關スル規定ナリト

以上二說ノ外本條ノ解釋ニ付テハほんぶり一氏ノ說ヲ參照スヘシ其大要ニ云ク本條ニハ一個ノ同シ行爲トアルヨリ見レハ一個ニシテ同シカラサル行爲アルモノト解釋セサルヘカラス一個ニシテ同シカラサル行爲トハ一行爲ニテ數人ヲ殺スカ如ク數個ノ因果關係ヲ包含セル行爲ナリ此行爲ハ實質上ノ數罪トナルモノニシテ第七十四條ノ規定スル所ナリ本條ハ一個ニシテ同シ行爲即チ一個ノ結果ヲ有スル從テ一個ノ因果關係ヲ包メル行爲カ數個ノ法律ニ觸ルル場合ヲ規定シタルモノナリト云フニアリをるすはうせん此說ヲ批評シテ曰ク是レ立法者ノ豫想外ノ解釋ナリト蓋シ適評ナリ

吾輩ハ本條ヲ以テ純然タル法律競合ニ關スルモノト解釋スル說ニ從ハントス第四想像上數罪ト實質上數罪トヲ區別セサルモノ我現行刑法ノ如キ其一例ナリ(佛刑法系ノ立法例皆然リ)即チ刑法第百條ニ於テハ數罪ノ處罰ニ付キ吸收主

義ヲ採ルコトヲ明カニシタルノミニシテ特ニ數個ノ行爲ニ依ル數罪ニ關スルコトヲ示サス且ツ此外別ニ一行爲數結果ノ場合ニ關スル規定ナキノミナラス該條ハ數罪ニ付テ何等ノ區別ナク吸收主義ヲ採用セルカ故ニ我立法者ハ想像上數罪ト實質上數罪トニ共通ナル規定ヲ設ケタルモノト云ハサルヘカラス而シテ此ノ如ク實質上數罪ニ付テモ吸收主義ヲ採ルノ可否ハ素ヨリ別問題ナリト雖モ之ヲ想像上數罪ト同一ニ待遇シタルノ點ハびんぢんぐ氏一派ノ主張スル立法論ノ主旨ニ適セルモノト云フヘシ

以上ノ論旨ニシテ誤ラサルヲ得ルモノトセハ此種ノ立法例ニ於ケル問題トシテ本問ヲ決スルニハ前掲一行爲數罪說ヲ以テ肯綮ニ當レルモノト云ハサルヘカラス

論者或ハ曰ク刑法第百條ハ實質上數罪ノミニ關スル規定ニシテ想像上數罪ニ關スルモノニ非ス何トナレハ想像上數罪ノ場合ニハ一個ノ行爲アルノミニシテ一個ノ犯罪ナレハナリ然レトモ想像上數罪ノ處分ニ付テハ當然一ノ重キニ從フヘキハ勿論ニシテ必竟第百條ト同一ノ結果ニ歸着スヘキモノトス例ハ手

套ヲ着ケタル者ニ對シ其手套ノ上ヨリ刃物ヲ以テ斬リ付ケ手甲ニ創傷ヲ負ハシメタリトセヨ毆打創傷罪ノミニシテ器物毀棄ノ問題ヲ生スルコトナシ是レ後者ハ當然前者ニ吸收セラルルカ爲メニシテ特ニ刑法第百條ヲ待チテ然ル後ニ此結果トナルニ非サルナリト然レトモ一個ノ行爲アル場合ニハ二個以上ノ犯罪成立スルコト能ハストノ論斷ヲ以テ犯罪ノ性質上當然ナル絶對ノ原則ト爲スコト能ハサルハ既ニ述ヘタルカ如シ假ニ一步ヲ讓リテ論者ノ說ヲ是認スルモ前例ノ如キ場合ニハ毆打創傷罪トナルカ若クハ毀物罪トナルカ二者其何レナルヤハ未決ノ問題ナリ(若シ第百條ニ依ラストセハ)創傷罪ハ當然ニ毀物罪ヲ消滅セシムルコトナシ何トナレハ屋内竊盜罪カ家宅侵入罪ヲ必然ニ包含シ若クハ既遂罪カ同一罪ノ未遂罪ヲ消滅セシムルカ如キ場合ト異リ毀物罪ハ創傷罪ト全然獨立ノ犯罪ナレハナリ實際上手套毀棄ヲ問ハスシテ手甲ヲ創傷セシメタル點ノミヲ觀ルハ此ヲ處斷スル以上ハ彼ヲ問フノ必要ナキカ爲メノミ創傷罪カ毀棄罪ノ成立ヲ妨クルカ爲メニ非サルナリ試ミニ他ノ例ヲ舉ケテ之ヲ觀察セン甲者其權利義務ニ關スル證書ヲ懷ロニセリ乙者之ヲ毀棄スルノ意

思ヲ以テ突然甲者ノ懷中ニまつちを摺リ入レタルニ其證書ノ燒毀サレタルノミナラス之カ爲メニ甲者ハ火傷ヲ受ケタリ權利義務ニ關スル證書ヲ毀棄スル罪ハ過失創傷ノ罪ヨリ重キカ故ニ此設例ニ於テハ甲者カ火傷ヲ受ケタル點ハ當然問題トナラサルカ吾輩ノ觀ル所ヲ以テスレハ我刑法上ノ解釋トシテハ此場合ニハ證書毀棄罪ト過失創傷罪トノ二個アリト雖モ第百條ニ依リ一ノ重キ證書毀棄罪ヲ以テ處斷セラルルモノナリト云フヲ正解ナリト信ス此外一發ノ銃丸ヲ以テ一人ヲ殺シ他ノ一人ヲ傷クル場合ノ如キモ全く同一ノ論結ヲ生スヘシ我大審院ニ於テハ生命身體名譽等人ノ一身ニ專屬スル法益ニ對スル犯罪ハ各被害者毎ニ一罪ヲ構成スヘキモノナルカ故ニ後例ノ如キ場合ニハ二罪アリ第百條ヲ適用セサル判決ハ擬律ノ錯誤タルコトヲ免レストノ判例ヲ示シ來レリ (Schütze) ノ見解亦全く之ニ同様ナリ其趣意ハ此ノ如キ場合ニハ實質上數罪アリトスルニアルヤ將タ想像上數罪トシテ第百條ヲ適用スヘシト云フニアルヤ明カナラスト雖モ前者ナリトセハ誤リナラン法益ノ性質如何ニ依リ一個ノ行爲カ數個ノ行爲ニ分裂スヘキ理由ナク從テ數個ノ行爲ヲ必要トスル實質

上數罪ヲ生シ得サルヘケレハナリ反之其趣意後者ニアリトセハ吾輩之ヲ諒セ  
ン然レトモ吾輩ハ更ニ一步ヲ進メテ一行爲カ數個ノ獨立ナル結果ヲ含メル場  
合ニハ常ニ想像上數罪アリトシテ第百條ヲ適用スルノ一層正當ナルヲ信スル  
モノナリ

### 結 論

以上論スル所ニ依レハ所謂想像上數罪ノ場合ニハ行爲ハ刑法上ノ意味ニ於テ  
モ常ニ一個ナリト雖モ犯罪ノ數ハ立法者ノ見解如何ニ依リ之ヲ決スヘク先天  
的ニ之ニ對スル原則ヲ定ムルコト能ハスト云フノ主旨ニ歸着ス尙ホ換言スレ  
ハ犯罪ノ成立スルニハ體素即チ事實的方面行爲ノ存在スルコトヲ必要トスレ  
トモ各罪必ス獨立ナル一個ノ事實的方面ヲ要スルヤ將タ共通ナル一個ノ事實  
ニ依リテ數個ノ犯罪成立シ得ルヤハ一ニ立法者ノ見解ニ基キテ之ヲ決スヘキ  
モノニシテ法律ヲ離レテ之ヲ論定スルヲ得ストノ主旨ヲ基礎トシテ本論ヲ決  
セントスルコト我輩ノ方針ナリ然レトモ吾輩不肖且ツ熟考ノ餘暇少キヲ以テ  
唯タ恐ル本論旨ノ或ハ其正鵠ヲ失センコトヲ達識ノ諸彦幸ニ叱正ノ勞ヲ執ル

ニ各ナル勿レ(法學協會雜誌第二十一卷第六號所載)

## 第十九 一罪數罪ノ區別ニ關スル學說ト 大審院判例

一罪數罪區別ノ標準ニ關スル我大審院ノ判例ハ前號ニ於テ牧野學士ニ依リ  
テ備サニ批評セラレタリ余ノ觀察スル所或點ニ於テハ同學士ノ見解ニ一致  
シ或他ノ點ニ於テ聊カ趣ヲ異ニスルモノアリ是余カ同一事項ニ關スル判例  
ニ付テ管見ヲ試ル所以ナリ讀者之ヲ諒セ

第一 罪數單複論ノ燒點ハ所謂想像上ノ數罪(Die Idealkonkurrenz, *Le cumul idéal*)及ヒ  
所謂連續犯(Das fortgesetztes Delikt, *le délit successif*)ノ上ニアリ故ニ罪數區別ノ標準  
ヲ明ニセント欲セハ此二種ノ概念ヲ研究セサルヘカラス想像上ノ數罪トハ  
一個ノ意思活動ヨリ獨立ナル數個ノ結果ヲ生シタル場合(例ハ一發ノ彈丸ニ  
テ數人ヲ殺シタリ)ヲ指稱スルモノニシテ此場合ニ關スル論點ハ之ヲ學理上

一罪ト觀ルヘキカ將タ數罪ト爲スヘキカニアリ連續犯トハ數個ノ同種類ノ行爲カ繰リ返サレタル場合(例ハ雇人カ毎日雇主ノ卷煙草數本宛竊取ス)ヲ云フモノニシテ之ニ關スル論點ハ此ノ如キ場合ニ數罪ヲ認ムヘキカ將タ一罪ヲ認ムヘキカ若シ一罪タルコトアリトスレハ如何ナル條件アル場合ニ於テ然ルヤトノ疑問ニ關係ス

第二 想像上ノ數罪即チ一個ノ意思活動ヨリ數個ノ獨立ナル結果ヲ生シタル場合ニ關スル學說ヲ案スルニ凡四種ノ見解アリ(甲)此場合ニ一行爲一罪アリト爲スモノ(乙)數行爲數罪アリト爲スモノ(丙)一行爲數罪アリト爲スモノ及ヒ(丁)數行爲一罪アリト爲スモノ是ナリ即チ甲說ハ一個ノ意思活動ニ依リ數行爲ヲ成スコト能ハサルモノト解シ乙說ハ意思活動ノ數ニ關係ナク決心ノ數及ヒ結果ノ數ニ依リ或ハ意思活動ト個個ノ結果トノ關係ノ數ニ依リ行爲ノ個數ヲ定ムヘキモノト解スル點ニ於テ正反對ニ出テタリト雖モ何レモ行爲ノ個數ヲ標準トシテ犯罪ノ個數ヲ定メントスル點ニ於テ相一致シ丙說ハ行爲ノ意義ニ關シテ甲說ニ同シキモ罪數ヲ定ムル標準ヲ行爲ノ箇數ニ求メス

シテ結果若クハ被害法益ノ箇數ニ求メントスル範圍ニ於テハ甲乙兩說ト異リ丁說ハ行爲ノ意義ニ關シテ稍丁說ニ類スル見地ヲ採リ罪數ニ付テハ舉動ヲ司掌スル意思(Volunt)ノ個數ヲ標準トスル特種ノ見解タリ(法學協會雜誌第二十一卷第六號所載拙稿想像上數罪ノ性質論八〇三乃至八一〇頁參照)

第三 我大審院ハ想像上數罪ノ場合ニ關シテ從來丙說ヲ採用シタルカ就中最モ善ク同院ノ見地ヲ明カニスルモノハ同院カ明治三十六年(九)第二六〇九號誣告及ヒ私書偽造行使ノ件ニ付テ同三十七年一月二十一日ニ宣告シタル判決ナリ(大審院判決錄第十輯第一卷五九頁以下參照)曰ク

(前略)蓋シ犯罪ハ刑罰ノ制裁ヲ付シタル有責ノ不法行爲ナルヲ以テ此點ヨリ觀察スルトキハ行爲其モノヲ以テ犯罪ノ基本トシ犯罪ノ單一ナルヤ否ヤハ其行爲ノ單一ナルヤ否ヤヲ以テ唯一ノ標準ト爲スヘキモノト論スルコトヲ得ヘキカ如シ然レトモ法律カ不法行爲ヲ爲シタルモノニ對シ犯罪人トシテ處罰ノ制裁ヲ付スル所以ノモノハ他ナシ其行爲カ特殊ノ法益ヲ侵害スルカ爲メニシテ其行爲ヲ爲シタル犯人ヲシテ其行爲ヨリ生シタル

各個ノ法益侵害ニ對シ其責ニ任セシムルモノニ外ナラス是レ法律カ各個ノ法益侵害ニ對シ特ニ正條ヲ設ケ之ニ固有ナル刑罰ヲ設クル所以ニシテ各個ノ法益侵害ハ實ニ犯罪行爲ノ基本的要素ヲ形成スルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ犯罪ノ單一ナルヤ否ヤヲ定ムルニハ犯人ノ爲シタル法益ノ侵害ノ單一ナルヤ否ヤヲ以テ標準トスヘク犯人ノ所爲カ數個ノ罪名ニ觸レ又ハ數回同一ノ罪名ニ觸ルルニ於テハ其所爲ノ單一ナルヤ否トニ論ナク其法律違反ノ數ニ相當スル犯罪ヲ構成スヘキ筋合ナリトス之ヲ換言スルトキハ犯人カ其所爲ニ因リ法律ニ罰スル結果ヲ惹起シタルトキハ其結果ニ對シ其都度責任ヲ負フヘク(中略)本件被告ノ犯罪行爲ヲ觀察スルニ其基本タル所爲ハ全ク單一ニシテ被告ハ別異ノ所爲ニ依リ誣告罪ト文書偽造罪トヲ犯シタルモノニアラサルコトハ所論ノ如シト雖モ其所爲カ二個ノ罪名ニ觸ルル以上ハ刑法第百條ヲ適用シ其中ノ尤モ重キモノニ從ヒ處斷スヘキ二個ノ犯罪ヲ構成スルハ勿論云云

ト如何ナル場合ニ於テ數個ノ行爲カ連續一罪ト爲ルカノ問題ニ關スル同院多數ノ判例要旨ヲ抽象的ニ觀察スルトキハ其要旨ハ一行爲數結果ノ場合ニモ通用シ得ルカ如ク從テ同院ノ見解ハ判決毎ニ動搖スルカ如キ觀アリト雖モ各事實問題ニ就テ之ヲ査案スルトキハ單一ノ行爲ヨリ數個ノ結果ヲ生シタル場合ニ付テ同院ノ判示シタル所ハ前顯ノ趣旨ニ於テ終始一貫セリ

第四 所謂連續犯テフ觀念ヲ認ムヘキヤ否ヤニ付テモ學說一致セス一派ノ學者ハ罪數ハ行爲ノ數ニ對應スルヲ原則トシ從テ法律上ノ明文ナキ限りハ數行爲アルトキハ數罪ヲ構成スヘク所謂連續犯ノ場合ニ付テハ明文ナキカ故ニ從前獨逸各邦中ノ或刑法ハ我改正法案第六十六條ト等シク此場合ニ關スル明文アリト雖モ現行獨佛ノ刑法ハ我現行刑法ト等シク此點ニ付テ明文ヲ缺ク數罪ナリト主張シ(例ハブリーリエンタール等)他ノ一派ハ連續犯ヲ以テ所謂營業犯常業犯慣習犯結合犯等ト同シク法律ノ規定ニ依ル一罪ナリトシ(例ハリス)更ニ他ノ一派ハ行爲ノ性質上ヨリ連續一罪ヲ認メントス我大審院ハ多數ノ學者ト共ニ最後ノ見解ヲ採用ス

第五 數行爲ノ性質上連續一罪ヲ認ムヘキモノトスルトキハ如何ナル標準ニ

依リテ其連續ヲ認ムヘキカノ問題ニ關シテハ主觀說客觀說及折衷說ノ三種アリ主觀說ハ決心ノ單一總括的決心(Gesamtentschluss)ノ單一決心及目的ノ單一(Unité de résolution et de but)認識(La conception)決心及目的ノ單一或ハ故意ノ單一ヲ以テ標準トシ客觀說ハ或ハ時間ノ連續或ハ數行為ノ同性質或ハ結果ノ單一ヲ以テ標準トシ折衷說ハ主觀客觀ノ兩元素ノ標準ヲ探ラントス(日本法政新誌第九卷第二號一九乃至三五頁所載拙稿)連續犯ノ意義參照然レトモ此等ノ學說ハ何レモ左ノ二點ニ於テ一致ス

(一) 數行為連續問題ニ關シテハ常ニ人格的法益(Höchstpersönliche Rechtsgüter)例ハ生命身體名譽自由ノ類ト非人格的法益トヲ區別ス

(二) 數個ノ行為カ數人ノ人格的法益ヲ侵害シタルトキハ常ニ連續ヲ斷ツモノニシテ數罪ヲ構成ス(但シ一個ノ行為ニ因リテ數人ノ人格的法益ヲ侵害スル場合ニ於テハ素ヨリ數行為連續ノ問題ヲ生セサルナリ)ルモ非人格的法益ヲ侵害スル數個ノ行為ハ或標準ニ依リ連續シテ一罪ヲ構成スルモノトス

故ニ斯ク法益ノ種類ヲ區別スル點ヨリ觀察スルトキハ此等三種ノ見解ハ何レモ折衷的ニシテ異ル所アルヲ見ス然レトモ非人格的法益ニ對スル數個ノ行為ノ連續ヲ認ムルニ必要ナル條件ヲ主觀元素ニ求ムルカ客觀元素ニ求ムルカ將タ主觀及ヒ客觀ノ兩元素ニ尋ヌルカニ依ルトキハ前顯三種ノ見解ヲ分ツコトヲ得ヘキナリ

第六 我大審院ノ判例ハ人格的法益ト非人格的法益トヲ區別シ數個ノ行為ニ依リテ數人ノ人格的法益ヲ侵害シタル場合ニ於テハ常ニ數罪ヲ構成スルモノニシテ連續一罪ヲ認ムルコトヲ得ストノ見地ヲ採ル點ニ於テ一般ノ學說ニ從ヒ非人格的法益ニ對スル數個ノ侵害行為ニ連續ヲ認ムル標準ニ付テハ近來一二ノ判決ニ於テ或ハ同一ノ目的及ヒ數行為ノ同種同性質ヲ以テ標準トシ或ハ被害者ノ數其他ノ事實及犯意ヲ以テ標準トセルコトアリト雖モ其他從來多數ノ判例ニ於テハ繼續ノ意思或ハ(意思ノ繼續)ヲ以テ唯一ノ標準トシ被害者及ヒ犯罪ノ日時場所ノ異同ハ毫モ數行為ノ連續ヲ妨クルモノニ非スト爲スモノニシテ主觀說ニ屬スルコト明瞭ナリ

余輩ハ以下所説ニ依リ所謂想像上數罪及ヒ連續犯ノ場合ニ關スル學說ノ狀態及ヒ我大審院判例ノ見地ヲ明カニシタリ乞フ以下之ニ關スル余輩ノ所見ヲ略述セシメヨ

第七 余輩ハ大審院カ一派ノ學者ト共ニ所謂想像上數罪ノ場合ニ關シテ法罪説ヲ採リ刑法第百條ヲ適用スヘキモノト爲ス點ニ於テ之ニ贊成ス(法學協會雜誌前掲八二頁以下)然レトモ單ニ結果ノ數ノミヲ以テ唯一ノ標準ト爲スヘキニ非ス必ス各結果ニ付テ意思責任(故意若クハ過失)ノ伴フコトヲ前提ト爲スヘキハ疑ナカルヘシ例ハ一發ノ彈丸ニテ二人ヲ殺傷シタリトセヨ(二個ノ結果本人ニ於テ其各結果ニ付テ意思責任アルニ非サレハ結果毎ニ一罪ヲ構成スルコトナキハ犯罪ノ本質上明瞭ナルカ如シ判例ノ趣意亦恐クハ此範圍ヲ脱セサルヘキカ

第八 數行爲カ或條件ノ下ニ連續シテ單一罪ヲ構成スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テ多數ノ學者ト共ニ大審院カ之ヲ積極的ニ解決スル點ニ於テ余輩ハ全然贊意ヲ表ス反對説ニ依ルトキハ同時ニ同一監督内ヨリ二個ノ時計ヲ竊取シ

タルモノハ二個ノ竊盜罪ヲ犯シタリト爲ササルヘカラサルニ至ルヘク其不當ナルヤ明カナリ或ハ斯ノ如キ場合ト連續犯ノ場合トハ之ヲ同一ニ論スルコトヲ得スト主張スル者アリト雖モ畢竟牽強附會タルヲ免レス

第九 余輩ハ法益ノ個數ヲ定ムルニ當リテ人格的法益ト非人格的法益殊ニ財産上ノ法益トヲ區別スルコトヲ便宜ナリトシ必要ナリトスル者ニシテ此點ニ於テ獨逸ニ於ケル殆ト總テノ學者及大審院ノ見解ヲ是認ス蓋生命健康自由又ハ貞操ノ類ハ個個ノ人格ニ不可分のニ專屬スルモノナルカ故ニ此種ノ法益ハ即チ人格其モノノ存在ヲ表示シ各人ハ各別ニ法律保護ノ客體ナルヲ以テ此種ノ法益ノ個數ヲ算スルニ其保有者ノ數ヲ標準トスルコト當然ニシテ敢テ贅言ヲ要セサル所ナリト雖モ人身ヲ離レテ存在スル法益ニアリテハ則チ然ラス例ハ兄弟三人ニテ一頭ノ馬ヲ共有スルモノトセヨ所有物カ一個ナルトキハ所有者ハ一人ナリト云フヲ得ス又所有者三人アルトキハ所有物モ少クトモ三個アリト云フコト能ハサルハ明確ナリ即チ知ル物件ノ數個カ人格者ノ數ヲ表示スモノニアラサルヲ加之財産ニ關スル或罪種ト他ノ罪種

トヲ區別スルノ標準ハ所有者ノ異同ニアラスシテ財産ノ監督カ如何ナル方法ニ依リテ侵害セララルカニアリ例ハ竊盜罪ハ人ノ所有物ヲ竊取スルニ因リテ成立ス竊取トハ他人ノ監督ヲ奪ヒテ不法自己ノ監督ヲ設定スルノ謂ナリ詐欺取財ハ人ノ所有物ヲ騙取スルニ因リテ成立ス騙取トハ他人ヲシテ瑕庇アル意思ニ基キテ物ノ監督ヲ自己ニ移サシメ以テ不法ニ之ヲ取得スルノ謂ナリ二種ノ犯罪共ニ他人ノ財産ニ關ス(例外アリ)ルモ監督ノ侵害セララル形式ノ異同カ二者ヲ區別スルノ標準タリ故ニ財産ニ關スル罪ノ個數ヲ定ムルニ影響アル法益ノ個數ハ物件ノ個數又ハ所有者ノ人數ニ依リテ之ヲ算スヘキモノニ非スシテ財産ニ對スル監督ノ數ニ依リテ之ヲ定メサルヘカラス此結果トシテ同一監督内ニアル數個ノ物件ヲ竊取シタル者ハ二個ノ法益ヲ侵害シタルニ非スシテ一個ノ法益ヲ侵害シタルモノト云ハサルヘカラス同一監督内ニアル個個ノ物件カ異リタル所有者ニ屬スル時亦同シ(但 Krug, Ueber die Konkurrenz der Verbrechen, Leipzig 1842. S. 1 ff 及 Von Kallina, in Janke, österr. Strafrecht 4. aufl. S. 150 Note 4. 等ハ數個ノ物件カ異リタル所有者ニ屬スルトキ

ハ所有者毎ニ法益ノ個數ヲ算セントス)反之同一人ノ所有ニ屬スル數個ノ物件カ數個ノノ異リタル監督内ニ在ルトキハ數個ノ法益アリ要之人格的法益ノ個數ハ人毎ニ之ヲ算スヘキモノナリト雖モ刑法上特ニ保護セララル財産關係ノ個數ハ物件ノ個數若クハ所有者ノ人數ニ應シテ算スルコト能ハサルカ故ニ其間ニ區別ヲ設ルノ必要ナシト云フヲ得サルナリ

然レトモ如上ノ標準ニ依リ或罪種ニ於ケル特種ノ法益ノ單位ヲ定ムルハ獨リ連續犯ノ場合ノミニ必要アルニアラスシテ想像上數罪ノ場合ニモ必要ナリ又特殊ノ被害法益(如上ノ標準ニ依ル)カ異ルトキハ財産ニ關シテモ連續犯ノ概念ヲ容ルルヲ得ス例ハ甲ノ監督ヲ侵シ更ニ乙ノ監督ヲ侵ストキハ甲ヲ殺シ更ニ乙ヲ殺ス場合ト等シク行爲ノ連續ヲ認ムヘカラサルカ如シ

第十 余輩ハ一般ノ學說及ヒ大審院判例カ想像上數罪及ヒ連續犯ノ場合ニ於テ罪數ヲ決スヘキ標準ニ付テ異リタル觀念ヲ基礎トスル點ニ反對ス想像上數罪ノ場合ニ付テ罪數ノ標準ヲ行爲ノ數ニ求メ以テ之ヲ一罪ナリト決スヘキモノト爲サハ何カ故ニ連續犯ノ場合ニ行爲ノ數ニ依リテ罪數ヲ定メサル



カ前者ニ付テ結果ノ數ヲ基トシテ罪數ヲ認ムヘキモノト爲サハ何カ故ニ連續犯ヲ認ムルニ結果ノ單一ナルコトヲ標準ト爲サシテ目的決心若クハ故意ニ依ルヘキモノト爲スカ余輩ハ二ノ場合ニ共通ナル罪數區別ノ標準アルコトヲ確信ス余輩ハ此點ニ於テ牧野學士カ何レノ場合ニ於テモ唯一ノ標準ニ依リテ罪數ヲ定メントスルニ賛同ス然レトモ其唯一ノ標準ノ實質ニ付テハ異論アリ次段ニ於テ少シク論評ス

第十一 既ニ説明シタルカ如ク余輩ハ大審院カ所謂想像上數罪ト所謂連續犯トニ依リ罪數決定ノ標準ヲ異ニシタルヲ非トスルノミナラス數行爲連續ノ標準ヲ專ラ意思ニノミ求メ犯罪ノ概念ニ必要ナル他ノ元素ヲ看過シタル點ニ反對ス

行爲連續ノ標準ニ關スル主觀說中ニハ觀念目的或ハ決心ノ一ヲ以テ標準トスルアリ或ハ其二若クハ其三個ヲ結合シテ標準ト爲スモノアリ或ハ故意ヲ以テ標準トスルアリ何レモ意思作用ニ關スルモノナルカ故ニ大審院カ繼續ノ意思或ハ意思ノ繼續ト云フハ其何レニ屬スルカヲ知リ難シト雖モ觀念目

目的決心若クハ故意等ハ嚴格ナル意義ニ於テ各自別異ノ特徴ヲ有スルニ止マリ寛大ニシテ穩當ナル解釋ヲ探ルトキハ此等ノ概念ニ依リ同一ノ事ヲ意味セシムルヲ得ヘシ例ハ子僧カ主人ノ卷煙草百本ヲ盜ムノ豫定ニテ毎日數本ヲ竊取シタリト云フ場合ニ關シテ子僧カ初メヨリ百本ヲ盜ムノ目的アリト云ヒ決心アリリト云ヒ故意アリト云ヒ意思アリト云フ何レモ通俗的ニ同一意義ヲ表示ス只目的ナル語ハ動機若クハ緣因ト混同セラルルコトアリ此混同ヲ避クルコトヲ要ス故ニ余輩ハ強テ大審院ノ所謂意思ノ意義ヲ心理學的ニ攻究セスシテ決心目的故意等同様ニ使用セラレタリト前提セン意思ノ同一ナルコトノミヲ以テ數行爲連續ノ標準ト爲ストキハ最初數人ヲ殺スノ意思ヲ以テ日時及ヒ場所ヲ異ニシテ漸次ニ之ヲ殺スモ一罪ナリ最初甲乙丙丁ノ各自ヨリ財物ヲ騙取スルノ意思ヲ生シ漸次ニ之ヲ實行スルモ一罪ナリ反之衣類ヲ竊取スル意思ニテ或家屋ニ忍入りタルニ金銀寶玉アルヲ發見シタル爲メ衣類ノ外金玉等ヲ竊取シタルトキハ金玉等ノ竊取ニ付テハ新ニ意思ヲ生シタルカ故ニ二罪ナリト云ハサル可ラサルニ至ラン是レ獨

リ普通ノ概念ニ反スルノミナラス犯罪ノ個數ヲ定ムルニ犯罪其モノノ概念ヲ標準トセス僅ニ其一要素タル意思ノミヲ基本トスルヨリ當然ニ生スル誤謬ノ結果タリ牧野學士ハ犯罪ノ單複ハ犯罪ノ種類ノ如何ヲ問ハス意思發動ノ度數ノ多少ニ存スルモノトシ其意思トハ通常ノ場合ニ犯意ヲ意味シ動機ヲ犯罪ノ要件トスル場合ニ於テ動機ヲモ包含スルモノトス而シテ所謂繼續ナル概念ニ至リテハ同一意思ノ持續ノミ意味スルモノトセラレ法益ノ種類ト犯罪ノ形式如何トヲ問ハス唯一ノ標準ヲ以テ罪數ヲ決スヘキモノト爲ス點ニ於テ判例ニ反對スルト同時ニ意思ノ繼續ノミヲ以テ標準ト爲ス點ニ於テ形式上判例ニ贊セラレタリト雖モ余輩ヲ以テ之ヲ視レハ解シ易カラサルモノアリ蓋意思發動ノ度數ヲ以テ標準ト爲サンカ數個ノ行爲ニ依リテ法益ヲ侵害シタトキハ常ニ數個ノ意思發動アルカ故ニ常ニ數罪ヲ認メサル可ラサルヘシ又其意思ハ犯意ヲ意味スト爲スモ數個ノ行爲ニハ其度毎ニ犯意ヲ要スルモノナルカ故ニ同斷タルヘシ

然レトモ大審院ノ判決ハ意思ノ繼續ヲ以テ標準ト爲スニ拘ラス此標準ヲ人

格的法益ニ對スル數個ノ侵害行爲ニ適用セサルカ故ニ假令意思ノ繼續アリトスルモ二人ヲ殺シタルトキハ二罪ナリトノ論結ヲ生ス蓋人格的法益ニ對シテハ此標準ヲ適用セスト云フ形式ノミヨリ觀察スルトキハ極メテ專斷的ナルニ似タリト雖モ其理山ニ遡リテ觀察スレハ正當ナル根據アラシク即チ人格的法益ハ人毎ニ各自獨立シ各獨立ナル結果タルヲ得ヘク而シテ獨立ナル法益ハ各別ニ法ノ保護ヲ受クルモノニシテ獨立ナル數個ノ法益ニ對スル侵害ハ各別ニ獨立犯罪ヲ構成スルヲ以テ連續スルコト能ハストノ見地ヲ採ルトキハ正當ナリ然レトモ此見地ヲ採ルモノトセハ非人格的法益ニ對スル數個ノ行爲カ連續スルモ其法益カ單一ナルニ依ルト爲スニ非サレハ一貫セス

第十二 余輩ノ所見ニ依レハ罪數ヲ區別スルニハ意思及ヒ法益ノ二要素ヲ以テ標準トセサルヘカラス(折衷說)余輩ハ曾テ結果ノミヲ以テ標準ト爲スヘキコトヲ主張シタルモ(日本法政新誌第九卷第二號參照)意思ノミヲ以テ標準トスル見解ト等シク片面的ニシテ犯罪ノ概念ニ適合セサルヲ以テ結合標準ニ依リテ總テノ場合ヲ同一方法ニ於テ解釋セントス

(一) 或罪種ニ於テ特殊ナル法益カ數個ニシテ其數個ノ被害法益ニ應スル意思責任ノ存スルトキハ性質上ニ於テ數罪ヲ構成ス法律ノ明文上聚合一罪ヲ成スハ格別ナリ故ニ所謂想像上ノ數罪ハ性質上ニ於テ數罪ナリ數人ヲ強姦シタル場合ニ於テ其行爲カ同一ノ決意ニ基キタルトキニモ數罪ヲ構成スヘク數戸ノ監督ヲ侵シテ竊盜ヲ爲シタルコトカ同一ノ決意ニ基キタル場合ニモ數罪タルヘキナリ反之數個ノ法益侵害アリト雖モ其法益ノ各個ニ付テ意思責任ノ存スルニ非サレハ法益ノ個數ニ應スル罪數ヲ生セス例ハ甲カ一行爲若クハ數行爲ニ依リ乙丙丁ノ三人ヲ殺シタル場合ニ於テ乙丙ニ關シテ故意若クハ過失ナキモノトスレハ一罪ヲ構成スルノミニシテ三罪ヲ構成セス

(二) 特殊ノ被害法益カ單一ニシテ意思責任カ其同一法益ニ關スルトキハ同一侵害ノ繼續スル範圍内ニ於テ一罪ヲ構成シ其繼續絶ユル毎ニ罪數ヲ増加ス而シテ同一侵害ノ繼續スルニハ(侵害カ同一法益ニ對スルコトヲ要シ且ツ最初ヨリ或侵害行爲ヲ數回ニ完了スルノ豫定アルカーノ侵害行爲ヲ

爲スニ當リテ更ニ次ノ侵害ヲ決意スルカ或ハ數個ノ行爲カ同一機會ニ於テ行ハルルコトヲ要ス(例一)毎日一定量ノ毒藥ヲ一月間施用シテ一人ヲ毒殺スル豫定ニテ之ヲ實行シタルトキハ一個ノ毒殺罪アルノミニシテ數多ノ未遂罪ト一個ノ既遂罪ヲ構成セス同一倉庫内ニ在ル財物ノ全部ヲ數回ニテ竊取スル豫定ニテ之ヲ實行シタルトキハ一個ノ竊盜罪アルニ過キス(例二)最初ヨリ數回續行ノ豫定アリタルニ非スシテ或倉庫ニ忍入り竊盜ヲ爲シタルニ偶、財物ノ豊富ナルヲ見テ翌日ニモ侵入センコトヲ決意シテ之ヲ實行シ其際ニ於テ更ニ又其翌日同一侵害ヲ行ハンコトヲ決意シテ實行シタリ三罪ニアラスシテ一罪ナリ(例三)甲者ヲ毆打シ乙者ノ轉倒スルニ及ヒ侵害ノ意ヲ斷チテ其場所ヲ去ル幾クナモク乙者起テ大聲之ヲ罵言ス甲者激怒更ニ來リテ乙者ヲ毆打ス甲者ハ二個ノ毆打罪ヲ犯シタルニアラスシテ一個ノ毆打罪ヲ犯シタルモノナリ

余輩ハ以上述ヘタル所ニ依リ所見ノ梗概ヲ示シタリ若シ夫レ仔細ニ互レル適用ニ關スルモノハ他日更ニ説明スヘキ機會アラシカ

第十三 要之罪數區別ノ標準如何ハ頗ル困難ナル問題ニシテ又刑法改正案ノ確定スルニ至リ併科主義ノ實行セラバルニ至ラハ實際的方面ニ於テモ頗ル緊要ナル問題タルニ拘ラス此點ニ關スル判例ノ未タ完全ナラサルハ余輩ノ遺憾トスル所ナリ然レトモ余輩ノ觀察ハ其見地ノ皮相ニシテ杜撰ナルカ爲メナルコトヲ保シ難シ希クハ讀者ト共ニ更ニ深ク此重要ナル問題ヲ研究セシ(法學新報第十六卷第三號所載)

## 第二十 連續犯ノ意義

連續犯ハ犯罪ノ繼續スル一形式ナリ犯罪繼續ノ概念ハ廣意ニ於テ種々ノ場合ヲ包含ス試ニ其主要ナルモノヲ示サン

甲所謂繼續犯(Dauerdelikt) 例ヘハ不法監禁罪ノ長時日間持續スルカ如キ又純正不作爲犯ノ作爲義務消滅スル迄持續スルカ如キ是ナリ

乙所謂法律上一罪 即チ結合犯(例ヘハ詐欺取財ヲ爲スニ因ル文書偽造)及ヒ聚

合犯(慣行犯、常業犯、營業犯ヲ總稱ス)ノ場合はナリ

丙所謂連續犯(Hortgesetzes delikt) 即チ何レモ既遂犯タルヘキ徵標ヲ具備スル同種類ノ行爲カ屢繰返サル、場合ナリ例ヘハ家僕カ其主人ノ酒若クハ煙草ノ若干量ヲ數回ニ竊取スルカ如キ或ハ姦夫姦婦カ時々相通スルカ如キ好適例トシテ一般學者ノ引用スル所ナリ其他例ヘハ同一機會ニ際シ數個ノ打撃ヲ以テ一人ニ數個ノ創傷ヲ負ハシメ若クハ一室ニ忍入リタル盜賊カ數個ノ箆筒中ヨリ種々ノ物品ヲ竊取スルカ如キ場合モ亦同シ或ハ曰フ此場合ニハ單ニ一箇ノ行爲アルノミニシテ彼場合ニハ數個ノ行爲アルノ差異アリト而シテ其理由ヲ聞クニ前例ノ場合ニハ數個ノ意思活動カ中斷シテ時々繰返サル、ルニ反シ後例ノ場合ニハ意思活動カ中斷ナク連續スルノ別アリト云フニアリ即チ數個ノ意思活動間ニ於ケル中斷ノ有無ヲ以テ之ヲ區別セントスルニ似タリ然レトモ中斷ノ有無ハ數個ノ意思活動間ニ存スル時間ノ長短ニ因リテ之ヲ決スルノ外ナキモノニシテ畢竟程度ノ差異タルニ過キス之ヲ以テ前後ノ場合ヲ區別スル正確ノ標準タラシメントスルハ證據ノ薄弱ナルコト

明白ナリ

以上ノ場合中所謂連續犯ノ場合ヲ以テ本論ノ題目トス  
 連續犯ニ關スル先決問題ハ法律ニ連續犯ヲ以テ一罪トスルノ明文ナキ場合ニ  
 モ尙ホ此概念ヲ認ムルコトヲ得ルヤ否ヤト云フ點ニアリ一部ノ學者例ハプリ  
 一、リリエンタールハ之ヲ否定スト雖モ多數ノ學者ハ此先決問題ヲ肯定スルノ  
 必要ヲ認メタリ余輩モ亦通説ヲ可トスル者ナリ然レトモ此點ヲ詳論スルハ余  
 輩ノ主意ニ非ス本論ノ主眼トスル所ハ數個ノ行爲ヲ一罪ニ統一スル原素ヲ探  
 究スルニアルカ故ニ此先決問題ハ肯定スヘキモノナリト前提スヘシ此外連續  
 犯ニ關シテハ其場所及時如何ト云フ如キ數個ノ過失行爲カ連續犯ヲ構成スル  
 ヤト云フ如キ其他諸種ノ問題アリト雖モ此等モ亦茲ニ論及セサルヘシ  
 本論ノ主眼トスル問題即チ數行爲ヲ一罪ニ統一スル原素如何ノ問題ハ難解ノ  
 モノナルカ故ニ之ニ關スル學說區々タリト雖モ大別シテ主觀說折衷說及客觀  
 說ノ三種トス

一主觀說 主觀說ハ獨逸ニ於テハミッテルマイエル氏ノ創唱シタルモノニシテ  
 決心ノ單一ヲ以テ一罪ノ條件トナスモノナリホイエルバツハノ說亦同シ蓋  
 各行爲ハ各別ニ其決心ヲ必要トスルモノニシテ今甲者カ乙者ノ炭庫ヨリ毎  
 日一俵宛ノ木炭ヲ竊取セント決心シタルトキハ此概括的決心アルカ爲メニ  
 毎日竊取ヲ行フ場合ニ於ケル決心ヲ以テ不必要トスルモノニアラス果シテ  
 然ラハ箇々ノ行爲ニ直接先行スル決心ノ數ト同數ノ犯罪アリト言フノ結果  
 ヲ生スヘキニアラサルカ然レトモ論者ハ最初ノ概括的決心ニ付テ此要件ヲ  
 求メントスルモノナリ此ノ如ク概括的決心ノ單一ナルヲ以テ一罪ノ標準ナ  
 リトセハ其結果果シテ如何或者カ東京市民全部ノ財産ヲ竊取スヘシトノ概  
 括的決心ヲ爲シ連夜數十箇ノ家屋ニ到リテ竊盜ヲ行フトキハ一罪ナリト認  
 メサルヘカラサルニ至ルヘク又十人ノ者ヲ悉ク殺害スヘシトノ概括的決心  
 ヲ以テ毎日一人宛ヲ殺害シタル場合ニ於テモ之ヲ一罪ナリト認メサルヲ得  
 サルニ至ラン佛國ノ學說ニアリテハ決心及目的ノ單一ナルコトヲ以テ一罪  
 ノ標準ナリトス例ヘハガローオルトラン其他ノ學者是ナリ白耳義ノプリン  
 ス亦同一ノ見解ヲ持セリ我大審院ニ於テモ意思ノ繼續ヲ以テ一罪ノ標準ナ

リトス是等ノ見解ハ其形式ニ於テハ多少決心單一説ト異ナル所アリト雖モ要スルニ同様ナル非難ヲ加フルコトヲ得ヘシ  
 決心目的若クハ意思ノ單一ナルコトハ或ハ一罪ヲ認ムルノ一條件トナスコトヲ得ン然レトモ之ヲ以テ唯一ノ標準ト爲スコトハ明カニ誤レリ大審院ニ於テ一箇ノ意思ノ繼續ヲ以テ一罪ノ標準ト爲スハ寧ロ其他ノ條件例ヘハ數箇ノ罪名ニ觸レサルコト、監督ノ數人ニ屬セサルコト等ヲ默示ノ前提トシタルモノト解釋スルノ外ナシ

二折衷説 此説ハ單純ニ主觀的原素ノミヲ以テ標準トナサシテ更ニ客觀的原素ヲ加ヘテ説明セントスルモノナリペンディングノ見解ニ依レハ數箇ノ行為ヲ結合スル原素ハ分量上侵害ノ擴張サレ得ヘキ結果ノ單一ナルコト及侵害ヲ一定ノ範圍ニ至ラシメントスル決心ノ單一ナルコトニアリ氏ハ此見地ヨリ説明シテ曰ク第二ノ行為ハ初メヨリ第一ノ行為ヲ繼續スルノ意思ニ出テサルヘカラス新ニ爲スノ意思ニ出テタルトキハ即チ非ナリ故ニ犯意カ一部實行サレタル後ニ拋棄セラレ其後犯人カ更ニ同一ノ法益ヲ侵害シタル場

合ニハ其犯人ノ行為ハ數罪ヲ構成スヘキモノナリト蓋客觀的要素ヲ附加シタル點ニ於テハ主觀説ニ比シ進歩シタルモノナリト認メ得ヘキモ此見解ニ基クトキハ例ヘハ人ヲ毆打シタル者カ其行為ヲ終了シテ被害者ノ傍ヲ離レタルニ被害者ヨリ罵詈セラレ大ニ憤リ踵ヲ回ヘシ再ヒ其被害者ヲ毆打シタルカ如キ場合ニハ二罪ナリト認メサルヘカラス此ノ如キハ普通ノ概念ニ反スルノ甚タシキモノナリ茲ニ於テカビ氏ハ此ノ如キ場合ニハ犯意ノ二箇ナルコトニ付テ證據ヲ認ムル能ハサルカ故ニ一罪ナリトセリ是レ不條理ノ論結ヲ避ケンカ爲メニ牽強附會ノ遁辭ヲ作りタルモノト謂フヘシ證據ノ有無ハ事實ノ問題ナリ證據ナシトシテ理論ヲ曲クルコト能ハサルヘシ次ニ此見解ニ依ルトキハ或者カ金錢ヲ竊取スルカ爲メ他人ノ家屋ニ忍ヒ入り偶優美ナル時計ノ存スルコトヲ發見シ更ニ此時計ヲモ竊取スルノ決意ヲ起シ且ツ之ヲ竊取シタルトキハ決心ノ單一ヲ缺クカ爲メ二箇ノ犯罪ヲ認メサルヲ得サルヘシ獨逸帝國裁判所ハ折衷説ヲ採用シ決心ノ單一ナルコト及法益ノ單一ナルコトヲ以テ一罪ノ標準ナリトセリワッヘンフェルド氏ハ此見解ヲ以テ

ビンゲン氏ノ見解ト異ナルモノナリトシ且ツ駁撃シテ曰ク此見解ニ依ルトキハ竊盜カ家主ノ物品ト共ニ家主ノ借用品ヲ竊取シタルトキハ二人ノ所有權即チ二箇ノ法益カ侵害セラレタルモノナルカ故ニ二罪ナリト認めサルヘカラサル結果ヲ生スヘシト願フニ此批難ハ法益ヲフ觀念ヲ曲解シタルモノナリ所有權モ法益ナルコト疑ナシ然レトモ竊盜罪ニ於ケル法益ハ物ノ監督ナリ此例ニ於テハ監督一ナルヲ以テ一罪トスルヲ得ヘク上記裁判所ノ判決ヲ以テスルモ二罪ニアラサルヘシ然レトモビンゲン氏ノ見解ニ對スル批難ハ亦同裁判所ノ見解ニ對シテモ適用スルコトヲ得ヘシビンゲン氏モ亦決心ノ單一ナルコト及ヒ法益ノ單一ナルコトヲ以テ一罪ノ標準ト爲ス者ナリ然レトモ法益ノ意義ニ付テ其見解ヲ異ニシ法律ノ保護スル所ハ普通ノ學說ニ於ケル如ク「レヒツグート」ニアラスシテ「レヒツ、インテレッツセ」ナリ「レヒツグート」ハ主體ニ依リ認識セラル、モノニシテ即チ主體ノ利益ノ目的トナルモノナリ「インテレッツセ」利益ハ之ト趣ヲ異ニシ或主體カ自己ニ對スル價直ノ點ヨリ二個ノ状態ヲ比較スルニ因リテ成立ス例ハ生命上ノ利益ハ生存ト死

亡トノ比較ニ因リテ主觀的ニ存在スルモノナリト説明セリ然レトモ決心ノ單一ナルコトヲ以テ一條件トスル以上ハ法益ニ關スル見解ノ如何ニ拘ラス余輩之ヲ贊スルヲ得ス

三客觀說　ハ以上二說ト異リ一罪ノ標準ヲ全然客觀的原素ニ求メントスルモノナリ之ヲ小別スルトキハ數個ノ見解ニ岐ルヘシ其主要ナルモノ次ノ如シイ時間說　此見解ハ數個ノ行爲カ同時ニ行ハル、コト若クハ時間上相關連スルコトヲ以テ連續ノ原素ナリト認ムルモノナリ例ハアベツヒヤンカ等ノ如シ然レトモ數個ノ行爲カ同時ニ行ハル、コトハ之ヲ想像スルヲ得サルヘシ何トナレハ各行爲ハ瞬間ニ於テ經過スレハナリ唯數個ノ行爲カ時間上相關連スルコトハ必シモ否認スヘキニ非ス然レトモ例ヘハ犯人カ甲家ニ於テ竊盜ヲ行ヒ又直ニ乙家ニ至リテ同シク竊盜ヲ行フ場合ノ如キハ其間ニ時間上ノ關聯アリト認め得ヘキニ拘ラス之ヲ一罪ト爲スヘカラサルコト異議ナキ所ナリ蓋數個ノ行爲ノ間ニ存スル時間ノ長短ハ其數行爲ノ連續ト全然無關係ニアラサルヘシト雖モ此見解ノ如ク此原素ノミヲ以テ

唯一ノ標準ト爲スハ誤リナルコト疑ナシ

口同性質説 此説ハ或ハ之ヲ同種類説ト稱スルコトヲ得ヘシ(グライヒアル  
チヒカイト)其趣旨ニ曰ク數箇ノ行爲ハ其性質ノ同様ナルニ依リテ一罪ニ  
一括スルコトヲ得ヘキモノナリ而シテ數箇ノ行爲カ同性質ナリト云フニ  
ハ其數多ノ行爲カ同一ノ法益ヲ侵害スルコト及其犯行方法ノ類似スルコ  
トヲ要スルモノナリト此説ヲ極端ニ解釋スルトキハ數箇ノ行爲ハ決シテ  
同様ナル方法ニ依ルコトヲ必スルコト能ハサルヘキカ故ニ之ヲ採用スル  
コトヲ得ス例ヘハ犯人カ或時ハ庖厨ヨリ忍入り他ノ時ハ玄關ヨリ忍入り  
タルトキハ其方法同様ナラサルヲ理由トシテ前後ノ行爲ノ連續ヲ認ムル  
コト能ハサルニ至ルヘシ然レトモ此ノ如キハ極端ナル非難ニシテ論者ノ  
本旨トスル所ニ非サルヘク其趣旨ハ數多ノ行爲カ事實上同様ナル方法ニ  
依リテ行ハレタリト見ルコトヲ得サルニセヨ法律上ノ觀念ニ於テ同方法  
ナリト見解スルコトヲ得ルヲ以テ足レリトスルニアリト解セサルヘカラ  
ス然レトモ何カ故ニ同一法益ニ對スル場合ニ於テノミ數箇ノ行爲ハ同性

質ナリト云フカ吾人ノ理解ニ苦ム所ナリ例ヘハ連發銃ヲ以テ順次ニ數人  
ヲ射殺シタリトセヨ又數個ノ家ニ於テ同シ方法ヲ以テ同種類同量ノ金品  
ヲ竊取シタリトセヨ殺人ノ數行爲若クハ竊盜ノ數行爲ハ各事實上及法律  
上ニ於テ其性質ノ同シキコトハ爭フヘキニ非サルヘシ然ルニ同性質ト云  
フコトヲ一個ノ法益ニ對スル數行爲ノ場合ノミニ限ラントスルハ同性質  
ト云フ普通ノ觀念ヲ不當ニ制限スル獨斷ナラストセンヤフンガリストハ所  
謂想像上ノ數罪ノ場合ニ數箇ノ犯罪ノ存在ヲ認ムルハ之ヲ例ヘハ一人カ  
二箇ノ國籍ヲ有スルトキハ其一人ハ即チ二人ナリト云フト同シク甚々誤  
謬ナル結果ヲ生スルモノナリト曰ヘリ吾人ハ此論法ヲ反對ニ應用シテ數  
箇ノ行爲カ單純ニ同種類ナリトノ點ヲ以テ一罪ヲ認メントスルハ恰モ數  
人ノモノカ法律上同資格ヲ有スル場合ニハ即チ一人ナリト言フカ如キ論  
法ト同シク誤謬ナル結果ヲ生スルモノナリトノ非難ヲ加フルコトヲ得ヘ  
シ之ヲ要スルニ數箇ノ行爲カ偶然ニ其性質ヲ同シウスルノ理由ノミヲ以  
テ之ヲ一括シテ一罪タラシムルノ標準トナスハ何等ノ特別ナル理由アル



コトヲ發見セズ然レトモ數箇ノ行爲カ法律上同種類ナルコトハ連續犯ノ存在ヲ認ムルニ必要ナル標準ノ一條件タルコトハ之ヲ認定セサルヲ得サルヘシ

ハ同一法文違反説 此説ハ數箇ノ行爲カ同一法文ニ違反スルコト即チ犯行方法ノ類似スルコトヲ以テ連續犯成立ノ要件トスルモノニシテ前説中ノ一條件ノミヲ抽出シテ標準ヲ定メントスルモノ、惟フニ此要素モ一條件タルヘキコト疑ナシ何トナレハ殺人ノ行爲ト竊盜ノ行爲トハ決シテ一罪ニ一括セラルヘキモノニアラサレハナリ唯同一種類ノ犯罪タルヘキ行爲ニシテ一ハ通則ニ觸レ他ノ一ハ加重若クハ減輕ノ情狀ヲ規定シタル法文ニ觸ル、場合ニ於テハ之ヲ一括スルコト能ハサルヤ否ヤニ付テハ頗ル議論ノ存スル所ナリビンチング氏ハ此問題ヲ肯定シ箇々ノ行爲カ同一法文ノ適用ヲ受クヘキモノナルコトハ必要ニアラス例ヘハ小僧カ從來主人ノ巻煙草ヲ普通ノ方法ヲ以テ竊取シタルニ或場合ニ於テハ鎖鑰ヲ破毀シテ之ヲ竊取シタリトスレハ其前後ノ行爲ハ一括シテ重キ竊盜罪ヲ以テ論スヘ

キモノナリトセリマイヤー氏ノ見解亦同シ之ニ反シテリスト氏ハ數箇ノ行爲カ一個ノ連續犯タルニハ同一法文ニ觸ル、場合ニ限ルモノニシテ前例ノ如キ場合ニ於テハ連續ヲ斷ツモノナリト説明セリ余輩ハ此點ニ於テハリストノ説ニ贊成スルモノナリ然レトモ同一法文違反ノ一事ヲ以テ唯一ノ標準トナスハ謬レルノ甚クシキモノナリ爰ニ某者アリ先ツ甲ノ家ニ忍ヒ入りテ竊盜ヲ行ヒ次ニ乙ノ家ニ忍ヒ入りテ竊盜ヲ行ヒタリトセヨ其前後ノ行爲ハ同一法文ニ觸ル、モノナルコト明カナリト雖モ之ヲ以テ一罪ナリト爲ス者ハ未ク之アルヲ知ラス

ニ結果説 此説ノ要旨ニ曰ク犯罪ノ單位ハ行爲ノ單位ニ一致スヘク行爲ノ單位ハ行爲ノ要素タル結果ヲ標準トシテ之ヲ決スルノ外ナシ而シテ結果ノ單一ナルコトハ自然的ノ影響ノ單一ナルコトヲ意味セス法律上ニ於ケル單一ノ結果ハ自然的影響ノ單一ナル場合ハ勿論數箇ノ自然的影響カ同性質ヲ有スル場合ニモ存在ス例ヘハ一箇ノ打撃ヲ以テ一創傷ヲ爲シタル場合ニハ自然的ノ影響及ヒ法律上ノ結果共ニ單一ナリ數箇ノ打撃ヲ以テ

數箇ノ創傷ヲ爲シタル場合即チ自然的影響ノ數箇ナル場合ニモ法律上ニ於テハ唯一ノ健康侵害トシテ唯一ノ結果アリト言フコトヲ得ヘシト蓋此見解ハ行爲ノ單位ト犯罪ノ單位トハ相一致スヘキモノナリトノ點ニ關シテ余等ノ採ラサル所ナリト雖モ結果ノ單一ヲ以テ一罪ヲ決スルノ標準ト爲スヘシトノ點ニ付テハ贊成スル所ナリ

抑々結果ノ單一ナルコトカ數箇ノ意思活動ヲ一括シテ一罪タラシムルハ決シテ之ヲ否認スルコトヲ得サルナリ例ヘハ連日或ハ窓ヲ破壊シ或ハ壁ヲ破壊シ進テ其家屋ノ全部ヲ破壊シタリトセヨ其數箇ノ行爲ハ何レモ物件毀棄罪タルノ徵憑ヲ具備スルコト明カナルニ拘ラス其總結果ハ單一箇ノ家屋ヲ毀壞シタルノ點ニ存シ從テ總結果ノ單一ナルカ爲メニ一罪ヲ認ムルコト殆ト總テノ學者ノ爭ハサル所ナリ又他ノ一例ヲ以テ之ヲ説明センニ一人ニ三箇ノ打撃ヲ加ヘテ三箇ノ創傷ヲ生セシメタリトセヨ其各打撃ハ何レモ毆打創傷罪タルヘキ徵憑ヲ具備スルコトハ何人モ否認シ能ハサル所ニシテ而カモ此三箇ノ打撃ヲ一罪ト爲スノ理由ハ其總結果カ健

康侵害トシテ單一ノ結果ナルニ因ルコト亦學者ノ認ムル所ナリ殊ニリストノ如キハ或者カ一室ヨリ順次ニ數箇ノ物件ヲ運ヒ出シテ之ヲ竊取スルカ如キ場合ニハ其結果ノ單一ナルカ爲メニ此等ノ數箇ノ意思活動ハ一罪ニ併括セラル、モノナリトナセリ果シテ然ラハ數箇ノ意思活動ヲ一罪タラシムルモノハ即チ結果ナリトノ論結ヲ爲スモ敢テ不當ニアラサルヘシ然ルニ學者ハ或場合ニ於テハ結果ノ單一ナルコトヲ以テ標準ト爲シ又或場合ニハ之ヲ否認セントス自家撞着ノ誤解ト謂フヘシ

然ラハ謂フ所ノ結果ノ單一ナルコトハ如何ナル條件ヲ以テ之ヲ決定スヘキカ

(1) 人ノ一身ニ於テノミ侵害スルコトヲ得ル法益例ヘハ生命健康名譽及貞操ノ如キモノニアリテハ被害者ノ數ハ結果ノ數ヲ定ムルノ標準ナリ故ニ數箇ノ行爲ハ各被害者ニ數箇ノ犯罪ヲ構成スルモノニシテ常ニ連續ヲ斷ツヘキモノトス

(2) 人ノ一身ヲ離レテ侵害シ得ル法益ニ付テハ監督ノ數ニ依リテ結果ノ數

ヲ決定スヘシ 而シテ監督ハ數箇ノ物件カ共ニ包括的關係ヲ有スル場合例ヘハ同一人ノ懷中若クハ同一家屋内ニ存スル數箇ノ物件ノ如キモノハ單一ナル法益ナリ故ニ同一監督内ニ在ル數箇ノ物件ヲ同一機會ニ於テ若クハ毎日順次ニ奪取スルモ又ハ其數箇ノ物件ヲ毀壞スルモ一箇ノ犯罪ヲ構成スヘク其數箇ノ物件カ同一人ノ所有ニ屬スルト否トハ問フ所ニアラス

(3)分量上増大スルコトヲ得ル侵害ノ目的トナル法益ニ對スル數箇ノ箇々ノ結果ハ單一ナル總結果ヲ構成ス例ヘハ一人ノ健康ハ一箇ノ創傷ヲ與フルニ依リテ之ヲ侵害シ得ヘキモ二箇若クハ二箇以上ノ創傷ヲ與フルトキハ別箇ノ健康侵害ニアラスシテ單ニ分量上増大セラレタル一箇ノ健康侵害タリ又人ノ監督ハ僅少ナル物件ヲ竊取スルニ依リテ之ヲ侵スコトヲ得ヘキモ巨額ノ物件ヲ竊取スルニ依リテ其侵害ヲ増大スルコトヲ得ヘシ故ニ同一監督内ヨリ十日間ニテ百圓ノ金額ヲ竊取シタルトキハ百圓ノ監督ニ對スル一箇ノ侵害アリト言フコトヲ得ヘシ畢竟此ノ如ク分量上増大シ得ル侵害ハ一回ニシテ之ヲ侵スト數回ニシテ之ヲ侵ストハ其結果ニ於テ全ク同一ナルカ故ニ其結果ノ全體ヲ捉ヘテ之ヲ單一ナリト觀ルコトヲ得ヘシ之ニ反シテ人ノ生命ノ如キハ之ヲ絶ツカ絶タサルカ孰レカノ一ニ屬スヘキモノニシテ一箇ノ生命ハ決シテ之ヲ數回絶ツコト能ハサルナリ一箇ノ身體ニ存スル生命ハ一箇ニ止マレハナリ換言スレハ生命ノ如キ法益ニ對シテハ個々ノ結果ト總結果トノ併存ヲ想像スルコトヲ得ス或ハ曰ク二人ノ者ヲ一行爲ニテ殺害スルト二箇ノ行爲ヲ以テ殺害スルト其總結果ニ於テ同一ナルニアラスヤト然レトモ二人ノ生命ハ一行爲ニテ之ヲ奪フモ尙ホ之ヲ併セテ單一ノ結果ト爲シ得ヘキモノニアラス

(4)總結果ヲ惹起スル數箇ノ行爲カ何レモ同一法文ニ觸ル、モノナルコトヲ要ス即チ法律上其犯行方法カ同種類ナルコトヲ必要トス故ニ同一人ノ健康ヲ害スル數箇ノ行爲ハ連續シテ一罪タルコトヲ得ヘシト雖モ同一人ヲ強姦シ且ツ之ヲ殺シタルカ如キ場合若クハ同一人ニ對シ詐欺取

財ヲ行ヒ且ツ竊盜ヲ行ヒタルカ如キ場合ハ前後ノ行爲ハ其連續ヲ斷ツニ至ル

5) 單一ナル總結果ヲ構成スル個々ノ影響ヲ生シタル數個ノ行爲ハ或程度ニ於テ時間上ノ關聯アルコトヲ要ス此時間ノ範圍如何ハ頗ル困難ナル問題ナリ或ハ同時時間ナルコトヲ要スト云フ者アリト雖モ其維持スヘカラサル見解ナルコトハ既ニ述ヘタリ或ハ後ノ行爲カ前ノ行爲ニ對スル記憶ノ消滅セサル間ニ行ハル、コトヲ要スト云フ者アリ其説明ニ曰ク長キ時間ノ經過ハ法律上ノ影響ヲ發生セシムルカ如ク又法益ノ傷害ヲ醫スルノ作用アルモノニシテ時ノ經過スルト共ニ犯罪ニ對スル記憶消滅スルヲ以テ其後ニ於ケル行爲ハ其以前ノ行爲ニ連續スルヲ得サルヘク寧ロ第二ノ犯罪ヲ構成スヘシ被害者ニ於テモ數日引續キ竊盜ニ遇ヒタルトキハ其被害ノ感情唯一ナルヘキモ數年後ニ再ヒ竊盜ニ罹ラハ新ナル侵害ヲ感スヘシト(ワッヘンフェルト)然レトモ強記ナル被害者ハ數十年ヲ經過スルモ被害ニ關スル記憶ヲ失フコトナカルヘシ議論ノ感覺的ニ

シテ不正確ナルコト推知シ難カラサルナリ或ハ數個ノ行爲間ニハ當該犯罪ノ性質ヨリ生スル意味ニ於テ時間上ノ關聯アレハ則チ足レリト(マイヤ)説明スル者アリ然レトモ是問題ヲ以テ問題ヲ解スルノ類ナリ余輩ノ所見ニ依レハ(5)或程度ニ於ケル時間ノ經過ノ長短ハ前後ノ行爲ノ連續ヲ妨クルモノニ非ス例ハ數個ノ行爲カ或ハ毎朝毎夕ニ或ハ毎夜ニ或ハ隔日ニ數日若クハ數十日毎ニ行ハレタルモ其間ニ區別ヲ設クル必要ナシ(6)然レトモ一行爲ト他ノ行爲トノ間ニ著シク長キ時日ノ經過アルトキハ連續ト云フ吾人ノ感念ヲ困難ナラシムルカ故ニ時間ノ關係ヲ全然不問ニ附スルハ好マシカラサル所ナリ(7)吾人ハ此二點ニ鑑ミ時間ノ點ニ關シ下ノ如キ制限ヲ設ケントス曰ク前ノ行爲ニ因リ傷害サレタル法益其カ整狀(Integratab)ヲ回復セサル間ニ後ノ行爲カ行ハレタルコトヲ要スト而シテ前行爲ニ因リテ傷害セラレタル法益ハ獨リ事實上ニ於テ整狀ヲ回復ス(例ハ創傷ノ全癒)ルノミナラス又前ノ行爲カ判決ヲ經若クハ期滿免除ヲ得タル場合ニ於テモ其整狀ニ復歸シタルモノト認メサ

ルヘカラス(フランク)ハ結果ノ單一ナルコ、ニ重キヲ置ケリト雖モ此外  
犯意ノ單一ナルコト若クハ數個ノ行為カ同一機會ニ於テ行ハレタルコ  
トヲモ要スト見解スル點ニ於テ折衷說ニ屬スルモノニシテ結果說論者  
ニ非ス又主觀說論者ニモ非ス)

要之連續犯ノ場合ニ於テ數個ノ行為ヲ連續一罪ニ統一スル原素ハ行為其モノ  
ノ要素タル結果ノ單一ナルコトニアリテ存スルモノニシテ其以外ニ之ヲ求ム  
ルコト能ハサルモノト謂フヘシ而シテ此見地ヨリ論スルトキハ連續犯ノ一罪  
タルハ行為其モノ、性質ヨリ當然ニ生スルモノニシテ所謂法律上一罪ト同視  
スルヲ得サルヘク從テ余輩カ前ニ先決問題トシテ前提シタル問題ノ肯定セラ  
ルヘキ理由モ亦茲ニ至リテ自ラ氷解シタリト謂フヲ得ヘキカ(日本法政新誌第  
九卷第二號所載)

### 第二十一 連續犯ノ觀念ノ適用

犯罪ノ連續ハ如何ナル元素ニ基キテ之ヲ認ムルコトヲ得ルカノ問題ニ付テ  
ハ種々ノ學說アリト雖モ吾輩カ結果ノ單一ナルコトヲ標準ト爲スノ至當ナ  
ルヲ信スルハ本誌前號紙上ニ於テ論述シタル所ナリ然ラハ單一ノ結果ヲ以  
テ標準トスル連續犯ノ意義ハ各個ノ犯罪ニ對シテ如何ニ適用セラル、カ是  
レ必續的ノ問題ニシテ研究ノ趣味アルモノナリト雖モ未タ審攻ノ暇ナキヲ  
以テ茲ニ暫クわへんふるご氏一罪及數罪論 (Theorie der Verbrechenseinheit und  
„Mehrfachheit“)ノ一節ヲ抄譯シテ讀者ノ參考ニ資スルニ止メントス

第一 殺人罪 殺人罪ハ各個人ノ生命ノ毀損ニシテ其結果ハ即チ各個人ノ死  
亡ナリ故ニ前後相繼テ甲乙二人ヲ殺シタルトキハ獨立ナル二個ノ結果ヲ生  
スルモノニシテ此二個ノ結果ハ併括セラレヘキモノニアラス即チ其二箇ノ  
行為間ニ連續ナキニ至ルモノトス、コハ數箇ノ行為カ同一ノ緣由ニ基因スル  
場合ト雖モ亦同様ナリ或學者(例ヘハロツシルト)カ雙子ヲ殺害スルハ連續嬰  
兒殺ノ一罪ナリト言ヘルカ如キ頗ル奇異ナル見解ト謂フヘシ

第二 身體傷害罪 身體傷害ニアリテハ各個人ノ身體上ノ整狀シテ茲ニ整狀トハ完全ナルコト若クハ無疵ナルノ意ニ對スル侵害ニ基キテ處罰セラレ、モノニシテ各行爲ハ死ヲ惹起サ、ル間ハ其傷害ノ分量ノ如何ニ拘ラス一箇ノ身體創傷ヲ成スモノナリ然レトモ被害者ノ死ヲ惹起シタル場合ニハ性質上異ナリタル結果ヲ生セシメタルモノトス之ニ反シテ數箇ノ行爲カ數箇ノ創傷ヲ生シタル場合ニハ分量上増大サレタル一結果アルナリ何トナレハ數箇ノ創傷ハ相合シテ單一ナル身體整狀ノ傷害ヲ分量上増大スルノミシテ此分量ノ大小ハ犯罪ノ成立上緊要ナラサレハナリ而シテ此說ノ誤リニアラサルコトハ之ト同シ分量ノ創傷カ一行爲ニ因リテ惹起サレ得ルコト及ヒ其場合ニ於テハ唯一罪タルニ過キサレコトヲ見ルモ明カナリ又各箇ノ行爲間ニ存スル時間ノ長短ハ或範圍マテハ關係ナキカ故ニ甲カ乙ニ一打撃ヲ加ヘ一休憩ノ後更ニ第二ノ打撃ヲ加フル場合ノ如キ其結果ノ單一ナルニ基ク一箇ノ連續犯タルヘキモノトス然レトモ其中間時ニ於テ創傷カ全癒シタルトキ即チ法益カ其整狀ヲ回復シタル後ニ在リテハ更ニ同一人ヲ傷クルモ第二ノ犯罪

トナルヘシ

第三 誹毀罪 誹毀罪ニ付テハ身體傷害ニ於ケルト同一ノ見地ヨリ立論スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テハ結果ハ人ノ名譽ノ毀損ナリ而シテ毀損ノ大小ノ程度ハ犯罪ノ性質ヲ變更スルモノニアラス例ヘハ甲カ乙ニ對シ其一箇ノ惡事醜行ヲ摘發スルモ或ハ十數箇ノ惡事醜行ヲ摘發スルモ唯一回ノ誹毀トナルモノトス又箇々ノ惡事醜行ノ摘發カ同一ノ原因ヨリ生シタルヤ否ヤノ點及ヒ誹毀カ被害者ノ一利益ニ關スルヤ將タ數箇ノ利益ニ關スルヤ(例ヘハ一ハ婚姻上ノ生活ニ關スル惡事醜行ヲ摘發シ一ハ臣民タル資格ニ關スル惡事醜行ヲ摘發スルカ如シ)ノ點ハ罪數ノ判斷上無關係ナリ又同一人ニ對シ數箇ノ方法ヲ以テ一ハ演述ヲ以テ一ハ公刊物ヲ以テ誹毀ヲ爲スモ尙ホ一罪タルヘシ反之同一ノ手段ヲ以テ數人ヲ誹毀シタルトキハ身體傷害ノ場合ニ於ケルト同シク數罪ヲ構成ス然レトモ這ハ各個人ニ付テ説明シタル所ニシテ數人ノ團體即チ人ノ或階級カ誹毀セラレタル場合ニハ縱令數人カ自ラ誹毀セラレタリト感スルモ唯一罪アリト認ムヘキモノトス何トナレハ犯罪行爲

ハ數人ノ團體ニ對シテ行ハルレハナリ(然レトモ以上説明シタル所ハ獨逸刑法ノ規定殊ニ同法第九十七條ノ解釋上ヨリ生スルモノニシテ我現行刑法ノ解釋トシテハ其團體カ法人ニアラサルトキハ其團體ニ屬スル人ノ數ニ依テ罪數ヲ異ニスルモノト見解スルヲ正當ナリトセン)大審院ノ判例ハ余ノ未ダ理解シ得サル所ナリ

第四 領得罪(殊ニ盜罪) 領得罪ニ付テハ大ナル困難アリ是レ所有者ノ法益カ各物件ノ上ニ存スルニ拘ラス領得セラレタル物件ノ數ト同一ノ罪數ヲ認ムヘカラサルカ故ナリ抑々物ノ獨立性ハ今日ニ於テ現存スルモノ明日消滅スルコトアリ得ヘク又昨日マテハ單位ヲ構成セル數箇ノ物件カ今日二箇ノ單位ヲ形成スルコトアリ得ヘシ例ヘハ今日ハ完キ一塊タル金剛石カ明日ハ破壊セラレテ三片ニ分レ其外形ノ變更アリタルニ拘ラス其所持者ニ對スル關係ニ於テハ一箇ノ監督ノ下ニアリ故ニ或者カ一箇ノ物品ヲ盜ミタルヤ將タ分割セラレタル三箇ノ物品ヲ盜ミタルヤハ結果ノ單一ナルコトニ影響ヲ及ホスモノニアラス蓋盜罪ニ於ケル結果ハ所持者カ其物件ヲ支配スルノ可能性

ヲ奪ハル、コトニ於テ成立スルモノニシテ即チ盜犯ハ他人ノ監督ヲ奪ヒ其物ヲ自己ノ監督ニ移スニ因リテ成立ス而シテ數箇ノ物件カ一箇ノ動作ヲ以テ盜取セラル、トキニ單一ナル結果ノ存在セルモノトセハ數箇ノ動作ヲ以テ數箇ノ物件ヲ盜取スルモノ亦同シク其ノ結果ハ單一ナルナルヘカラス若シ然ラストセハ一箇ノ物件ヲ盜マント決心シ之ヲ破壊シテ其各片ノ全部ヲ數箇ノ動作ニテ盜取シタルトキハ數人ノ盜罪アリト謂ハサルヘカラサルニ至ラン一回ニ百圓ヲ盜取スルモノ百圓ヲ數回ニ盜取スルモノ結果ノ單一ナルコトニ於テ即チ一箇ノ監督ノ侵害タルコトニ於テ相異ナルヘキモノニアラス又盜取セラレタル物件ノ性質ノ異同モ盜罪ニ於ケル結果ノ單一ナルコトニ影響ヲ及ホスモノニアラス

終ニ同一人ノ監督内ニ在ル數箇ノ物件カ數人ノ所有者ニ屬スル場合ヲ研究セン此場合ニ於テハ所有權ハ數人ニ屬スル法益ナリト雖モ盜罪ニ於ケル法益ハ監督ニ在ルヲ以テ其監督ノ數ニ依リテ之ヲ決セサルヘカラス故ニ一室中ヨリ家主及ヒ止宿人ニ屬スル數箇ノ物件ヲ竊取スル者ハ數人ニ屬スル數

箇ノ所有權ヲ侵害シタルニ拘ラス其罪數ハ數箇ニアラス之ニ反シテ異ナリタル場所ニ於テ數箇ノ物ヲ竊取シタル場合ニハ數箇ノ監督ヲ侵害スルモノニシテ數箇ノ盜罪成立スヘシ又同一所有者ノ住宅及ヒ之ニ接近スル倉庫ノ中ヨリ數箇ノ物件ヲ盜ミタル場合ニハ唯一箇ノ盜罪ヲ認メサルヘカラス何トナレハ此場合ニハ唯一箇ノ監督範圍ノミ侵害セラレタルハナリ之ニ反シテ今日旅人宿ノ主人ノ監督ヲ侵シ明日其旅客ノ監督ヲ侵ストキハ二罪ナリ而シテ以上述ヘタル所ハ一行爲カ他ノ行爲ニ對シテ附隨的關係ニ立テル場合例ヘハ一行為カ他ノ行爲ノ手段タル場合ニモ之ヲ應用スルコトヲ得ヘシハ其行爲者カ二箇ノ行爲ヲ以テ異リタル監督ヲ侵シタルヤ否ヤニ依リテ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシ(旅人宿若クハ下宿屋等ニ侵入シテ主人ノ居室及ヒ客室ヨリ數箇ノ物件ヲ盜ミタルトキハ一罪ナルヤ數罪ナルヤノ問題ハ頗ル研究ノ價アルモノニシテ必シモ數罪ヲ認ムヘキモノニアラサルカ如シ(余輩ノ所見ヲ以テスレハ物件ニ對スル監督關係ハ内部ノ關係即チ宿主ト客人トノ

關係ニ於テハ各獨立ナルモ外部ノ關係即チ竊取セラレタル物件ノ監督カ犯人ニ對スル關係ニ於テハ客人ノ携帶品モ亦宿主ノ監督内ニアルモノニシテ一罪ヲ認ムルヲ至當ナリト信ス)

盜取セラレタル數箇ノ物件ニ付キ一箇ノ共同監督ノ存スルコトハ他ノ場合ト區別スル理由トナラス共有ト同シク共同監督モ亦法律上ノ見解ヲ變スルモノニアラス故ニ罪數ハ共同監督ヲ有スル人ノ數ニ依リテ定マルモノニ非スシテ共同監督カ一個ナルト數個ナルトニ依リテ定マルモノトス

第五 委託物費消罪 (Die Unterschlagung) 委託物費消罪ニ於テモ亦結果ハ他人ノ監督關係ヲ侵犯スルニ因リテ成立ス只盜罪ハ他人ノ物ニ對スル監督ヲ奪ヒ更ニ之ヲ己ニ設定スルコトニ因テ成立スルニ反シ委託物費消ノ場合ニハ既ニ監督ヲ有セルモノナルカ故ニ本罪ニ於ケル結果ハ物ニ對スル監督關係ノ變更ニ因リテ生スルモノニシテ監督ノ設定ニ因リテ生スルモノニアラス此監督關係ノ變更ハ即チ委託物費消罪ノ特徴ナリ故ニ犯罪ノ數ハ他人ノ物ニ對スル監督關係ノ數ニ同シ即チ一箇ノ監督關係カ變更セラル、トキハ數



箇ノ委託物カ數人ニ屬スル場合ニモ尙ホ一罪タルニ過キス例ヘハ貯金管理所ノ官吏カ自己ノ管理内ニ在ル數人ノ金圓ヲ數々横領スル場合ニハ箇々ノ費消行爲カ相異ナレル方法ニ於テ生スル場合ニモ一罪ノミ成立ス之ニ反シ該官吏カ貯金ノ外己レカ一私人トシテ委託ヲ受ケタル金錢ヲ費消スル場合ニハ決シテ之ヲ連續犯ト爲ス能ハス其官吏カ公衆ヨリ委託ヲ受ケタル金額ノ外長官タル地位ニ於テ下級官吏賞與ノ爲メニ受取タル金錢ヲ費消シタル場合モ同シク二罪ナリ何トナレハ此場合ニハ此官吏ハ公衆ヨリ預リタル貯金ニ對シテ他ノ監督關係ニアレハナリ

第六 物件毀棄罪 物件毀棄罪ハ之ヲ身體傷害罪ニ對照シテ説明スルコトヲ得ヘシ數箇ノ打撃ニ因リ一個ノ家屋ニ數箇所ノ破損ヲ生セシムルハ例ハ數箇ノ打撃ニ因リ一人ニ數箇ノ創傷ヲ負ハシムルト同シク其數箇ノ破損ハ唯分量ノ増大スルニ止マリ數箇ノ異リタル結果ヲ生スルモノニアラス即チ身體傷害罪ニ於テハ身體ノ整狀ニ對スル侵害アリ物件毀棄ニ在リテハ物ノ整狀ニ對スル侵害アルナリ唯身體傷害罪ト物件毀棄罪トニ於テ多少説明ヲ異

ニセサルヘカラサル點ハ結果ノ單一性ニ在リテ存ス即チ前者ニ在リテハ數箇ノ行爲ヲ以テ數人ノ身體整狀ヲ害スルトキハ事實上及ヒ法律上數箇ノ結果アリト雖モ後者ニ於テハ數箇ノ行爲ヲ以テ數箇ノ物件ヲ毀棄スルトキハ事實上其結果ハ數箇ナルモ其數箇ノ物カ場所ニ關シ一定ノ關聯ヲ有シ即チ之ニ對スル監督カ一箇ナル場合ニハ法律上其結果ハ單一ナリ故ニ例ヘハ店頭ニ陳列セラレタル數箇ノ物件ヲ數回ニ毀棄スルモ唯一罪アルニ過キサレナリ

第七 詐欺取財罪 本罪ニアリテハ被害者ニ於テ財物ノ監督ヲ犯人ニ移轉ス然レトモ被害者ハ犯人ニ欺罔セラレ毫モ因果關係ノ認識ナクシテ働作スルモノナルカ故ニ被害者ノ財産ヲ害スル者ハ被害者自身ニ非スシテ欺罔者其者ナリ而シテ此財産上ノ損害ノ程度ハ本罪ノ成立要件ニ非サルカ故ニ詐欺セラレタル財物ノ個數及ヒ種類ノ如何ニ因リテ罪數ヲ異ニスルモノニ非ス又異リタル手段ヲ以テ同一人ヨリ數回ニ數個ノ財物ヲ詐取スルモ一罪タリ然レトモ數人ヲ欺罔スルトキハ其手段ノ同様ナル場合ニモ尙ホ數罪タルハ

シ要之本罪ニ於テハ信用ヲ侵サレタル人ノ數ニ依リテ罪數ヲ決スルコトヲ得ヘシ

第八 文書偽造罪 本罪ノ成立要件トシテ先ツ文書ノ偽變造アルコトヲ要ス而シテ本罪ニ關スル規定ハ取引ノ安全ヲ保護スル目的ヲ有スルモノニシテ取引ノ安全ヲ害スル各種ノ欺罔中文書ヲ以テ手段トナスモノヲ處罰スルカ故ニ偽造文書ノ數ハ本罪ノ數ヲ決定スル一要素ナリ然レトモ單純ナル文書偽造ハ處罰セラルヘキモノニ非スシテ其行使ノ目的アルコト若クハ其行使アリタルコトヲ第二ノ成立要件トスルカ故ニ數個ノ權利關係ヲ包含スル一個ノ文書若クハ數個ノ文書ヲ一回ニ行使スルトキハ一罪タルニ過キス然レトモ又行使ノ數ノミヲ以テ標準ト爲スコトヲ得ス偽變造カ一個ノ權利關係ニ影響ヲ及ホスノミナルトキハ之ヲ數回行使スルモ一罪タリ

第九 強姦罪 暴行脅迫ヲ以テ姦淫ヲ爲スハ受働者ノ精神上及身體上ノ健全ヲ危險ニスルモノニシテ此危險ヲ生スル影響ハ即チ本罪ニ於ケル結果ナリ而シテ健康ハ獨立ノ法益ナルヲ以テ數人ヲ姦淫スルハ數罪ナリト雖モ同一

人ニ對スル數回ノ姦淫ハ假令時ヲ異ニスル場合ニ於テモ一罪タルニ過キス

第十 姦通罪 本罪ニ於ケル結果ハ不貞ナル配偶者若クハ第三者ヨリ侵害セラル、婚姻關係ナリ故ニ一個ノ婚姻關係ヲ侵害スルニ止マルトキハ數回ノ姦通アルモ數罪タルコトナシ例ハ他人ノ妻一人ト數々姦通スル場合ノ如シ反之甲ノ妻及乙ノ妻ト姦通スルトキハ二個ノ姦通罪ヲ構成ス又數人ノ男子カ同一人ノ妻ト姦通スルトキハ各自姦通罪ノ責任ヲ負フヘキハ勿論ナリ(數人カ同一人ノ物件ヲ盜取シタル場合ニ於テ各盜罪ノ責任ヲ負フト異ラス)ト雖モ妻ノ方面ニ於テハ姦夫ノ數ト同數ノ犯罪ヲ構成セスシテ只一罪ナルヘシ何トナレハ同一人カ一個ノ婚姻關係ノミヲ侵害シタレハナリ以上ハわつへんふるぎ氏所說ノ要領ナリ往々承服シ難キ點アリト雖モ敢テ余輩ノ所見ヲ加ヘサリシハ方メテ原意ヲ損セザラントスルニ因ル同氏ハ尙ホ連續犯ノ意義ヲ過失犯及未遂犯ノ場合ニ適用セルモ要ハ結果ノ單一ナルコト(數個ノ過失行為ニ因リ同一法益ヲ害シタル場合若クハ單一ノ結果ヲ目的トシタルコト)數個ノ行為カ同一罪ノ未遂ト爲レル場合ヲ以テ連續一罪ノ

原因ト爲スニアリテ他ノ場合ト異ル所ナキカ故ニ茲ニ省略ニ從フ(日本法政新誌第九卷第三號所載)

第二十二 責任無能力者ノ行爲ニ付テ共犯アリヤ

第一 責任無能力者ノ行爲ニ對シテ供犯アリヤ詳言スレハ責任無能力者カ外形上ノ犯罪要素ヲ具備スル行爲ヲ爲スニ際リ其行爲ニ加擔シタル者ハ共同正犯教唆又ハ從犯ヲ以テ之ヲ處分スルコトヲ得ルヤ  
本問ニ對スル學者ノ見解ヲ探究スルニ多クハ消極的ノ地位ヲ探レリト雖モ往々積極說ヲ主張スル者アリ又折衷說ヲ維持スル者アリ殊ニ獨乙刑法ノ解釋トシテ此三色ノ見解アルヲ見ル而シテ責任無能力及共犯ニ關スル獨乙刑法ノ規定左ノ如シ

第五十一條 行爲ヲ爲スニ際リ無意識狀態又ハ精神障害ノ爲メ任意ノ決意ヲ爲スコト能ハサリシトキハ罰スヘキ行爲ハ存在セサルモノトス

(Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Täter zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustande von Bewusstlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war.)

第五十五條 行爲ヲ爲スニ際リ十二歳ニ滿タサリシ者ハ其行爲ニ付キ之ヲ處罰スルコトヲ得ス(略)(以下) Wer bei Begehung der Handlung das zwölfte Lebensjahr nicht vollendet hat, kann wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden.....)

第五十六條 滿十二歳以上十八歳未滿ノ際罰スヘキ行爲ヲ犯シタル被告カ犯行ノ當時處罰ノ認識ニ必要ナル智能ヲ有セサリシトキハ之ヲ放免ス

第四十七條 數人共同シテ一個ノ罰スヘキ行爲ヲ實行スルトキハ各自正犯トシテ處罰ス

第四十八條 贈與又ハ約束、恐喝、權威濫用、錯誤ノ招致獎勵又ハ其他ノ方法ニ依リ他人ヲシテ故意ニ罰スヘキ行爲ヲ犯スニ至ラシメタル者ハ教唆者トシテ處罰ス(第二項略)

第四十九條 他人カ重罪又ハ輕罪ヲ犯スニ際リ助言又ハ動作ヲ以テ之ヲ  
 幫助シタル者ハ從犯トシテ處罰ス(第二項)

第二 積極說ノ要旨ハ獨逸刑法第四十七條乃至第四十九條ニ所謂罰スヘキ行  
 爲トハ外部ノ犯罪形體ヲ作出スルコト即チ刑法典ノ總則中ニ於ケル一般的  
 除刑原因ニ關係ナクシテ犯罪ノ客觀的構成條件ヲ實現セシムルコトヲ指稱  
 スルモノニシテ一般的除刑原因ニ基キ行爲者カ無罪ト爲ルヤ否ハ罰スヘキ  
 行爲ノ存在ニ影響セス從テ之ニ對スル共犯ノ有無ヲ左右スヘキモノニアラ  
 ス故ニ外部ノ犯罪形體 (*Äußere Verbrechensthat*) ヲ發生セシメタルトキハ責任  
 無能力又ハ除刑原因ノ爲メ無罪タルヘキヤ否ヤハ共同行爲者各自ニ就テ之  
 ヲ審査セサルヘカラス獨逸刑法第五十一條ハ罰スヘキ行爲ハ存在セスト規  
 定スルモ是レ任意ニ意思ヲ決定スルコト能ハサリシ各個ノ行爲者ニ就テノ  
 ミ無處罰ノ原因ヲ規定スルニ外ナラサルモノニシテ其趣意ニ於テハ第五十  
 五條ノ如キ文例ニ依リタル場合ト毫モ異ル所ナシト謂フニアリ從テ此見解  
 ニ從フトキ各共犯者ノ一身ニ責任無能力又ハ除刑原因ノ存在セサル限リハ

總テノ場合ニ於テ罰スヘキ加擔ノ成立ヲ認メサルヘカラストノ論結ヲ生ス  
 (Vgl. Herzog in *Gerichtssaal* XXIV, 435 ff.; XXVI, 23 ff.; XXX, 294 ff.; XXXVIII, 357 ff.)  
 一說ニ依レハ前叙ノ如ク廣ク積極論ヲ主張スルハ至當ナリト云フヲ得ス蓋  
 違法ナル結果カ責任能力者ノ故意若クハ過失ニ基テ發生シタル場合ニアラ  
 サレハ其當該行爲者ニ對スル處罰ノ條件タルヘキ行爲ノ存在セサルコトハ  
 刑法上爭フヘカラサル原理ナリ只此前提ニ依リ第五十一條ノ行爲ニ罰スヘ  
 キ加擔ヲ存セストノ論結ヲ爲スヘカラサルノミ(何トナレハ同條ノ規定ハ當  
 該本人ノ一身ニ無處罰ノ原因ヲ認メタルヲ以テナリ)若シ前說ノ如ク廣キ解  
 釋ヲ採ルトキハ正當防衛行爲ニ加擔シタル者モ亦自己ノ一身ニ其防衛ヲ爲  
 スノ原因ナキトキハ罰スヘキ共犯タラサルヲ得サルヘシ豈斯ノ如キ法理ア  
 ルヘケンヤ前論者ノ設例ニ云ク茲ニ身體不具ノ甲者アリ常ニ床中ニ在リテ  
 其女子乙者ノ爲メニ介抱セラル偶丙者侵來シ暴力ヲ以テ乙者ヲ恥シメント  
 ス甲者ハ乙者ヲ救助スルコト能ハサルカ故ニ之ニ命シテ丙者ヲ銃殺セシム  
 乙者ハ其一身ニ正當防衛ノ原因アルカ故ニ無罪ナリト雖モ甲者ハ殺人殺峻