義的責任ト解スル論者ハ主觀說ヲ採ルカ如シ然レ其其責任ノ效果ト其責任ノ原因トハ之レヲ區別セサル可カラス換言スレバ故意又ハ過失ハ犯罪ノ主觀的要件ニシテ所謂學者ノ意志責任ナリ刑事責任ハ刑罰負擔ノ適格性ヲ意味スルモノニシテ故意又ハ過失ト混同スルコトヲ許サス從ツテ刑事責任ヲ以テ社會的責任トスルモ其責任ヲ負擔スルニ至レル原因ト其責任ヲ負擔スル適格トハ之ヲ區別スルコトヲ要ス過失ノ場合ニ於テ特ニ然リトナス若シ夫レ社會ノ進化カ吾人ノ理想境ニ達シタル場合ニハ客觀說ニ從ヒ以テ其反社會性ヲ所罰スルハ當然ノ所措ナリト雖共現代ニ於テハ未タ此ノ說ヲ採用ス可カラサルハ尙故意ノ有無ヲ決定スルニ就テ客觀說ニヨル可カラサルト同シ故ニ予輩ハ本問ニ對シテハ暫ク主觀說ヲ主張セント欲ス。

同說第二（刑事論）

斷定

第二款　過失ト他ノ犯罪

一過失ヲ以テ犯シ得ル犯罪ノ範圍

過失ハ不注意ナル意思ノ狀態ナルカ故ニ理論上ニ於テハ各種ノ故意犯ハ過失ニヨリテ之ヲ犯スコトヲ得然レ共纍キニ說述セシ如ク刑罰ハ社會ノ共同生活ヲ維持スルカ爲メニ必要ナル範圍ニ於テ科スルモノナルカ故ニ過失ニ對スル刑罰ハ社會的秩序ヲ正當ナラシムル程度ニ於テ重大ナル實害ヲ生スヘキ場合ノミニ限局セサル可カラス我刑法ニ於テハ殺傷失火、失水、往來妨害等ニ對スル過失罪ノミヲ認メタリ、

然レトモ特別刑法ニ於テハ多クノ過失犯ヲ認メタルノミナラス形式的結果犯ヲ認メタルコトヲ注意スルヲ要ス、

二過失ト未必ノ故意トノ區別、

故意ノ概念ヲ希望ナリトスル論者ハ結果ノ希望ヲ以テ故意ノ要素トスルカ故ニ所謂未必ノ故意ハ即チ過失ニ外ナラストナス然レトモ認識主義ヲ採ル學者ハ之カ區別ヲ認ムル而シテ兩者區別ノ標準ニ就テハ或ハ認諾ノ有無ニヨリテ區別セントスルモノアリ或ハ認識ノ有無ニヨリテ區別セントスルモノアリ以下認諾ノ觀念ヲ叙述シ以テ區別ニ關スル學說ヲ列擧セ

認諾ノ觀念

ン

認諾ノ觀念、認諾トハ犯罪事實カ實在スルモ其行動ヲ止メスト云フ觀念ヲ云フ換言スレハ認諾ハ避ケサルノ觀念也、故ニ希望アレハ常ニ認諾アリ希望ナキモ又認諾ヲ存スルコトアリ、本人カ初メヨリ未必ノ結果ノ生スルコトヲ目的トシ又ハ目的ニ隨伴スル必要條件トナストキハ希望トスルニ認諾ヲ存ス此ノ場合ノミナラス犯罪事實ノ發生ヲ必要條件トナサルモ若シ其目的ニ隨伴スル必要條件タルニ於テハ敢テ避ケストノ觀念ヲ有スルトキハ完全ナル認諾ヲ有スト之レ認諾テフ觀念ニ對スル學者ノ說明ナリ、

認諾ニヨリテ區別スル說

(一)認諾ニヨリテ區別スル說、

認諾トハ前揭ノ如ク犯罪事實ノ發生カ必然的也ト假定スルモ尙ホ其行爲ヲ敢テスルノ意思ヲ云フモノナルカ故ニ未必的ニ結果發生ノ危險アルコトヲ認識シタル場合ニ假令人ヲ殺傷スルモ尙ホ馬車ヲ驅ルノ意思ナリシナランニハ犯罪事實ノ認識アルモノニシテ未必ノ故意ナリ然ラサル場合ハ過失ナリト、

認識ニヨリテ區別スル說

(二)認識ニヨリテ區別スル說、

犯意ハ認識ナリ認識ハ現實ノ知覺ナリ反之認諾ハ假定ノ事實ニ對スル承諾ナリ、故ニ犯意ヲ以テ認識ナリトスルトキハ犯意ト過失トノ分界モ亦認識ノ有無ニヨリテ決セサル可カラス認諾ノ有無ニ歸スルハ論理一貫セスト、

後說ヲ取ル、

結果罪ノ觀念

(三)過失犯ト結果犯トノ區別、

結果犯ノ觀念、

結果犯トハ一定ノ罪トナルヘキ行爲ニ特別ノ結果ノ加ハルニヨリテ刑罰ヲ加重スル、犯罪也、換言スレハ罪タル行爲ヲ爲スニヨリ法律カ明文ヲ以テ定メタル間接ノ結果ヲ生シタル場合ニ其結果ニ對シテ罪責ヲ負フ犯罪也、從テ總テノ結果犯ハ結果ノ豫見ヲ必要トセス例ヘハ甲者乙者ヲ毆打スルノ意思ヲ以テ毆打シタルニ乙者ハ身體脆弱ナリシ爲メ終ニ

結果犯ト過失犯トノ異同

「死」ナル結果ヲ生シタル場合ニ於テ「死」ナル結果ハ甲者ノ豫見スル所ニ非ラサリシモ結果犯トシテ毆打致死ナル加重責任ヲ負ハサル可カラス如斯結果犯ハ結果ノ豫見ヲ必要トセサル犯罪ニシテ結果ノ豫見ヲ必要トスルハ結果犯ノ性質ニ抵觸ス換言スレハ結果ノ豫見アルトキハ別罪ヲ構成ス然レトモ時トシテ結果ノ豫見アルモ別罪ヲ構成スル規定ナキトキハ豫見ノ有無ニ係ラス之レヲ結果犯トスルコトアリ舊刑法ニ於ケル毆打瞎目罪ノ如キ卽チ之レ也、

第一意思ノ差異

結果犯モ過失犯モ法定ノ間接ノ結果ノ發生ニヨリテ成立スル罪タル行爲ニシテ結果ノ豫見ヲ必要トセサルコト否ナ結果ヲ豫見セサリシコトヲ其本質トスルノミナラス時ニ罪タル行爲ヲ爲スニ當リテ發生シタル過失ナルコトアリ從テ兩者ノ區別ハ甚タ明瞭ナラス今根本的區別ヲ抽象的ニ求ムレハ左ノ如シ。

(一)意思ノ差異、結果犯ニ於ケル意思ハ結果(卽チ加重條件タル事項)ヲ惹起スルニ至リタル罪タル行爲ヲ爲ス意思ナリ換言スレハ初メヨリ一定ノ犯罪ニ對スル故意ノ存在スル場合ナリ

過失犯ノ意思ハ必スシモ一定ノ犯罪ニ對スル故意ノ存在ヲ要件トセス時ニ權利行爲ヨリ發生スルコトアリ、放任行爲ヨリ發生スルコトアリ時ニ一定ノ犯罪ヲ行フ故意行爲ニ隨伴シテ生スルコトアリ、

第二責任ノ差異

(二)責任ノ差異、結果犯ノ意思ハ一定ノ罪タル行爲ヲナス意思ノミヲ以テ成立シ此ノ意思ニヨリテ爲セル行爲カ法定ノ間接ノ結果卽チ加重條件タル事實ヲ惹起シタルトキハ其過失ノ有無ヲ問ハス絕對ニ其結果ニ付キ責ヲ負フ、

過失罪ヲ犯スノ意思ハ一定ノ行爲ヲ爲ス意思ニ過失アルモノニシテ例ヘ法定ノ結果ヲ惹起スルトキト雖共行爲者カ其結果ヲ生セサラシムルコトヲ得ヘカリシ場合ニアラサレハ其結果ニ付キ責任ヲ負ハス、

第四章　犯罪ノ客觀的要件

第一節　行爲論

一　行爲ノ概念

犯罪ハ行爲ナリ行爲ハ人ノ意思ニ基ク身體ノ動靜也換言スレハ人類ノ意思ノ外部的發動ヲ行爲ト稱ス故ニ行爲ナル觀念ニハ三個ノ要件アリ人ト意思ト擧動ト卽チ之レナリ。

行爲ノ意義

行爲ノ要件

第一行爲ノ主體

第一　行爲ノ主體

行爲ノ主體ハ人ナリ人以外ノ動物ノ運動又ハ自然界ノ現象ハ行爲ニアラス人ニ自然人ト法人トアリ法人モ法理上行爲能力ヲ有スト云フ說アルモ予輩ハ疑キ論定シタルカ如ク法人ハ曾、權利能力ノ主體タリ得ルノミ行爲能力ヲ有セストノ說ニ左袒スルモノナルカ故ニ又犯罪行爲能力ヲ有セスト斷ス、

第二行爲ノ主觀的要件

第二　行爲ノ主觀的要件、

行爲ノ主觀的要件トシテハ人ノ意思發動ニヨル擧動ナルコトヲ要ス擧動カ人ノ意思ニ基カサル場合ハ行爲ニアラス換言スレハ外部的强制又ハ單純ナル生理的行動ニ基ク身體ノ擧動ハ行爲ニアラス故ニ抗拒ス可カラサル外部的强制ニ基ク身體ノ擧動卽チ甲カ乙ノ手ヲ捉ヘテ其手ヲ利用シ以テ丙ヲ殺害シタリト云フカ如キ場合ハ乙ノ行爲ニアラス甲ノ行爲ナリ若シ夫レ外部的强制カ自然的强制ニヨル場合ハ身體ノ動靜ハ自然ノ事實ト異ナル所ナシ之レヲ行爲ト稱ス可カラス、

意思ニ基ク行擧動

然ラサル擧

生理的强制ニ基ク身體ノ擧動モ亦行爲ニアラサルカ故ニ外來ノ刺戟ニ應シテ爲ス所ノ擧動タル反射運動ノ如キハ行爲ニアラス催眠中ノ行爲ハ生理的强制ニ基ク擧動ナルカ將タ知覺精神ヲ喪失セル者ノ擧動ナルカニ關シテハ疑アリト云ヘ共其擧動ナルハ明ラカナリ故ニ意思ノ發動ニアラス從テ行爲ニアラス、

第三行爲ノ客觀的要件

第三　行爲ノ客觀的要件、

行爲ノ客觀的要件トシテハ人ノ意思ニ基キテ發動シタル外部的擧動

意思ノ外部的發動即舉動

アルコトヲ要ス故ニ單純ナル意識上ノ作用ハ外部的舉動ニ現ハレサルカ故ニ行爲ニアラス例ヘハ犯罪ノ決意ハ心理上ノ一活動ナリト雖其身體ノ舉動ニ現ハレサルカ故ニ行爲ト云フ可カラサルカ如シ。

卽チ行爲ハ人ノ舉動ナルコトヲ要シ其舉動ハ人ノ意思ニ基クコトヲ要シ更ラニ其舉動カ外部ニ表現セラルルコトヲ要スルモノナリ而シテ特別刑法ニ於テハ刑法不論罪ノ規定ヲ適用セサルコトヲ規定スルモノ尠カラスト雖共不論罪ノ規定ヲ適用セサルコトハ必スシモ無意識的舉動ヲモ處罰セントスルノ法意ニアラス啻タ科刑ノ要件タル犯意ノ有無ヲ論スルノ必要ナシト云フニ過キス故ニ全然無意識狀態ニ於ケル舉動ニヨル稅法違反ノ如キハ犯罪行爲ニアラサルカ故ニ處罰スルコトヲ得ス意識ヲ缺クノ舉動ハ行爲ト云フ能ハサレハナリ換言スレハ自然ノ事實ト異ルコトナケレハナリ

二　行爲ノ主觀的分類

行爲ハ單純ナル意思活動ニヨリテ成立スル場合アリ多數ノ意思活動カ結合スルニヨリテ成立スル場合アリ手ヲ擧クルカ如キハ前者ノ例ニシテ刀ヲ擧ケ次ニ打下シテ人ヲ斬殺スカ如キハ後者ノ例也若シ夫レ人ヲ亂擊シテ殺害スル場合ニ於テハ更ラニ多クノ意思活動ヲ存ス。

行爲ノ段階

加之目的ヲ遂行スル場合ニハ行爲ハ多數ノ階段ヲ經テ發展スルモノニシテ多數ノ意思活動ニヨリテ結果ヲ惹起スルモノトス例ヘハ人ヲ殺害スルノ決心ヲ以テ兇器ヲ買入レ之レヲ携帶シテ犯所ニ至リ被害者ト格鬪シタル後遂ニ之レヲ殺傷シタル場合ノ如キ之レナリ廣義ニ於テハ此等ノ相連續セル數個ノ意思活動ハ殺人テフ單一ナル概念ヲ構成スルモ嚴格ニ之レヲ分類スルトキハ兇器ヲ買入レ若クハ犯所ニ至ルカ如キハ犯罪ノ豫備行爲ニシテ格鬪ヲ始メテ之ヲ殺シタルハ實行々爲ナリ實行々爲ト豫備行爲トノ中間ニ分界線アリ着手ノ觀念卽チ之レナリ

決心ハ行爲ニアラサルカ故ニ犯罪ヲ構成セス豫備行爲モ亦之レヲ罰セサルヲ原則トス然レトモ犯意ノ表示アル場合ニ於テハ時ニ之レヲ罰スルコトアリ例ヘハ恐喝取財罪ノ如キハ犯意ノ表示アルヲ以テ成立シ陰謀モ

亦時ニ犯意ノ表示トナリ時ニ犯意ノ表示ニ一歩ヲ進メ其實質ニ於テ豫備行爲トナルコトアリ然レトモ法律ハ之レヲ一括シテ陰謀ナル觀念ヲ認メ時トシテハ之ヲ罰スルコトアリ。

豫備行爲ト犯罪

(1) 豫備行爲、

豫備行爲ヲ意思ノ方面ヨリ定義スルトキハ決心ヨリ一歩ヲ進メタル外部身體ノ動靜ニシテ行爲ノ方面ヨリ立論スルトキハ犯意ヲ實現センカタメニ爲ス行爲ニシテ着手ニ至ラサルモノヲ云フ

陰謀ハ時ニ犯罪ノ豫備タル場合アリ然レトモ法律ハ常ニ豫備ト陰謀トヲ區別ス例ヘハ刑法第七十八條ニ於ケルカ如ク內亂ノ豫備又ハ陰謀云々ト規定スルカ如シ、

豫備行爲ハ豫備其モノカ社會ニ重大ナル害惡ヲ生ス可キ犯罪(例ヘハ放火罪殺人罪強盜罪等ノ如シ)ニ關スル場合ハ例外トシテ之ヲ罰シ(例刑法七三、七五、七八、一一三、一五三、二〇一、二三七、)豫備行爲カ共同シタル他人ノ犯シタル既遂未遂ニ關連スル場合(刑法六二條)、卽正犯ヲ幇助シタル場合ハ從犯トシテ處罰ス。

着手ノ觀念

(2) 着手行爲

豫備行爲ト實行々爲トノ分界ヲ着手トス、着手ハ實行ノ開始ニシテ實行ハ犯罪ノ內容タル行爲ナリ着手ノ觀念ニ就テハ二說アリ。

甲客觀說

(甲) 客觀說　客觀說ハ犯罪ノ基本ヲ行爲ナリト解スルニ由來スルモノニシテ犯罪ノ內容タルヘキ行爲卽チ實行ハ客觀的ニ確定シ得ヘキモノナリトス從テ着手トハ犯罪構成要件ノ一ヲ行フカ又ハ之ニ近接シタル行爲ナリト稱シ又ハ犯罪ノ完成ニ對シ必要的關係ニ立ツモノナリト說明ス、

乙主觀說

(乙) 主觀說　主觀說ハ犯罪ノ基本ヲ主觀的方面ニ求メ犯罪ハ犯意ノ實現ニ過キサルモノナルカ故ニ犯意ニ重キヲ置カサル可カラスト論スル論者ノ主張スル所ニシテ犯罪ノ構成要件ヲ以テ實行々爲ナリト說キ實行行爲ト豫備トノ境界ヲ以テ着手ナリトス故ニ着手トハ犯意カ其遂行ノ行爲ヨリ識別セラレ得ルニ至リタル場合ニシテ實行々爲ニ近接スル行爲也ト

兩說其觀念ニ於テ差異アリト雖モ諸種ノ問題ニ對スル解決ニ至リテハ何レヲ採ルモ論結ニ影響ナシ、

然レ共予輩ハ犯罪ノ基本ヲ犯意ナリトスル說ヲ採リシ結果論理ヲ一貫スル爲メニ主觀說ヲ採ル、

(3) 着手ト豫備トノ區別

着手ト豫備トノ區別ニ就テハ古來幾多ノ學說アリ、

(一) ミッテルマイヤーノ說

ミッテルマイヤー曰　豫備行爲ハ結果ニ對シテ因果ノ關係ヲ有セス實行ノ着手ハ結果ニ對シテ因果ノ關係ヲ有スト、

然レ共着手行爲モ必スシモ結果ト因果關係ヲ有スルニ至ラサル場合アリ犯罪不完了ノ場合ノ如キ既ニ其一例ナリ、

(二) ツァツハリエノ說

ツァツハリエ曰　行爲者カ目的トシタル犯罪ノ客觀的構成要素ノ少ナクトモ一部ヲ形成スル行爲ハ着手ニシテ然ラサルモノハ豫備ナリト、

然レ共構成要素ノ一部ヲ爲ササル擧動ト雖モ尙ホ着手行爲ノ一部トナルモノアリ、

(三) ヘルシュネルノ說

ヘルシュネル曰　認識シ得ヘキ程度ニ於テ行爲者ノ目的トシタル犯罪ノ客觀的構成要素ヲ表示スル行爲ハ着手ニシテ然ラサルモノハ豫備ナリ、

然レ共若シ問題トナレル擧動ニヨリ特定ノ罪ヲ犯スノ意思アルコトヲ識別シ得ルトキハ其行爲ハ實行ノ着手ナリト云ハハ之レ行爲ノ單純ナル外形ノミニヨリテ犯人ノ意思ヲ知ラントスルモノニシテ本末ヲ顚倒セル論法ナリ、

(四) フオンバール說

フオンバール曰　犯罪ノ既遂ニ對シ目的ト手段トノ關係ニ於テ接續セリト認メラルル行爲ハ着手ナリ然ラサルモノハ豫備ナリト

然レトモ豫備行爲モ亦既遂犯罪ニ對シ目的ト手段トノ關係ニ於テ連續スルモノナリ、

(五) フランク說

フランク曰　實行其モノニ屬スル擧動及實行ニ直接密着スル擧動ハ一括シテ着手行爲トナリ其レ以前ノ擧動例ヘハ犯行ノ方法、器具ノ調達、機會ノ搜索等ハ豫備行爲ナリト、

(六) フオンリスト說

フオンリスト曰　實行ニ近接シ且具體的ニ犯罪事實ヲ完成スル危險ヲ

フオンリストノ說

識別スルニ足ルヘキ程度ニ達シタル行爲ハ着手ニシテ然ラサルモノハ豫備ナリト、(五)(六)ノ兩說ハ類似ノ結果ニ到達スルモノニシテ予覺モ亦此ノ說ヲ取ラントス蓋シ予覺ハ

予覺ノ主張

着手ヲ以テ實行ト豫備トノ中間ニ位スル分岐點ナリト觀念スルモノナルカ故ニ一定ノ意思活動カ如何ナル犯罪ノ豫備トナリ着手トナリ實行トナルカハ先ツ犯人ノ意思ヲ基礎トシテ具體的ニ定ムヘキモノニシテ抽象的ニ其標準ヲ求ムレハ犯意ノ存在カ其行爲ニヨリテ確定的ニ識別セラルルニ至リタルトキヲ着手トシ其以前ヲ豫備行爲トスルノ外ナケレハ也、

實行々爲

(4) 實行々爲、

實行々爲ハ犯罪ノ內容タル行爲也、換言スレハ犯罪ノ構成要素ナリ着手ヲ分界トシテ之レヨリ一歩ヲ進メタル行爲ナリ、行爲ノ終了ハ實行ノ終了也、實行終了シテ自然界ニ於ケル因果關係ノ進行アリ其進行ノ如何ニヨリテ或ハ犯罪ハ完了シ或ハ不完了ニ終ル、

行爲ト結果

結果ノ意義

廣義ノ結果ハ必ラス行爲ニ伴フ

狹義ノ結果ハ必ラスモ行爲ニ隨伴セス

(5) 行爲ト結果

結果トハ外界ニ於ケル事態ノ變更也、換言スレハ意思的行動及之レニ接續スル力ノ進行ノ影響トシテ外界ニ印象セラレタル現象也、抑モ茲ニ意思ノ外部的發動アレハ必ラスヤ外界ニ於ケル事態ノ變更ヲ伴フヲ常トス外界トハ自然界及行爲者以外ノ人ノ心界ヲ謂フ言語ヲ發スレハ空氣ノ波動ヲ起シ傍人ノ耳朶ヲ打チテ其ノ心界ニ感應セシメマツチヲ擦レハ自然界ニ發火ナル現象ヲ生ス斯ノ如ク人ノ一擧一動ハ必ラス空氣ニ振レテ振動ヲ生シ或ハ音響トナリ或ハ光トナリ或ハ熱トナル故ニ若シ自然科學ノ見地ニ立チテ嚴正ニ論スルトキハ人ノ行爲ニシテ外界ニ變狀ヲ生セサルモノナシ此ノ意味ニ於テ行爲ニハ常ニ結果アリト云フコトヲ得ヘシ然レトモ刑法上ニ於テ結果ト稱スルハ斯ル廣義ニ於ケル結果ヲ意味スルモノニアラスシテ或ル行爲カ一定ノ既遂犯罪ヲ構成スル爲メニ必要ナル條件タル影響ノミヲ結果ト稱ス例ヘハ殺人罪ノ已遂要件タル人ノ「死」ナル現象ノミヲ結果ト稱スルカ如シ然ルニ各種ノ犯罪行爲ハ必ラス結果ヲ有ス

ルヤ否ヤニ付テハ學者間爭ヒアリ或ハ肯定シ或ハ否定ス然レトモ總テノ行爲ハ必ラス廣義ノ結果ヲ伴フモ狹義ノ結果ハ必ラスシモ伴フモノニアラス例ヘハ殺人罪ニ反シテ誹毀罪ノ如キハ單ニ誹毀ナル行爲アルヲ以テ足リ犯罪ノ成立ニ對シテハ別ニ一定ノ結果ヲ發生スルノ必要ナシ從テ論者ノ或ハ之レヲ肯定スルモノハ廣義ノ結果ヲ指シ或ハ之レヲ否定スルモノハ狹義ノ結果ヲ指稱スルモノニシテ畢竟字義ノ爭ヒタルニ過キス然レ共

結果ハ行爲ノ要素ナリヤ

結果ハ行爲ノ要素ナリヤ否ヤ

學者間爭ヒアリ左ノ三說ニ分ル

(甲)　說　結果ナケレハ行爲ナシ故ニ行爲ハ犯罪ノ已遂ニ缺ク可カラサル外界ノ影響即狹義ノ結果ヲ一要件トスト、

(乙)　說　行爲ノ觀念ハ意思活動及ヒ之レニ接續スル力ノ進行ニヨリテ成立スルモノニシテ狹義ノ結果ヲ包含セスト、

(丙)　說　行爲ノ要素ハ意思活動ノミニシテ之ニ伴フ影響ハ意思活動自體ト分離シテ互ニ對立セシムベク結果ハ行爲ニ對スル處罰ノ有無若クハ刑ノ輕重ニ關係アルノミニシテ行爲ノ要素ニアラスト

惟フニ行爲ノ意義ヲ嚴格ニ論スルトキハ行爲ト結果トヲ分離對立セシムルコトヲ得ヘク行爲ハ當然結果ヲ包含スルモノト云フコトヲ得ス然レトモ行爲アレハ行爲ニ接續スル力ノ進行アルハ當然ニシテ行爲アルモ行爲ニ伴フ中間影響ナシト云フハ不當ナリ故ニ(乙)說ト(丙)說トハ單ニ其言語ヲ異ニスルノミニ過キス何レニ從フモ不可ナシ、

然レ共刑法上行爲カ違法タルニハ法益侵害ノ結果若クハ危險アルコトヲ要スルカ故ニ犯罪行爲ハ意思活動及ヒ之レニ伴フ一定ノ影響ヨリ成ルモノト認ムルコトヲ至當トス。

行爲ノ客觀的分類

三　行爲ノ客觀的分類、

作爲及不作爲ノ觀念

(ｉ)作爲及不作爲ノ觀念、

行爲ハ之レヲ別チテ作爲及不作爲ノ二トス、犯罪カ作爲ヲ以テ其內容トスル場合ニハ作爲犯ナリ、犯罪カ不作爲ヲ以テ其內容トスル場合ニハ不作

不作爲ニヨル作爲犯アリヤ

通說ハ肯定ス

爲犯ナリ、作爲犯不作爲犯ノ區別ハ行爲カ作爲ナリヤ不作爲ナリヤニヨリテ別ル換言スレハ犯罪カ成立シタル後チニ於テ其外形ヨリ觀察シテ其犯罪カ積極行爲ニヨリテ成立シタルトキハ作爲犯ト稱シ消極行爲ニヨリテ成立シタルトキハ不作爲犯ト稱ス、一般ノ犯罪ハ法ノ禁止ニ違反スル犯罪ニシテ作爲犯ナリ然レ共特種ノ犯罪ハ法ノ命令ニ反スル犯罪ニシテ不作爲犯ナリ變死者ヲ葬ルニ檢視ヲ經サル罪（刑法一九二條）ノ如キハ後者ノ適例ナリ、（前編犯罪ノ分類參照）

(b) **不作爲ニヨル作爲犯アリヤ、**

法ノ禁止ニ違反スル犯罪ハ又不作爲ヲ以テ犯シ得ルヤ否ヤハ議論ノ存スル所ナリ通說ハ一定ノ條件ノ下ニ之ヲ認ム一定ノ條件トハ作爲ノ義務アルモノカ若シ其義務ヲ履行シタリシナランニハ其犯罪事實ヲ生セサリシナルヘシト認メラル可キ場合ニ於テ其義務ノ不履行即不作爲ハ茲ニ犯罪トナル例ヘハ母ハ子ヲ哺乳スルノ義務アルニ拘ラス其義務ヲ履行セスシテ哺乳セサリシ爲メ子女遂ニ餓死シタリト假定スルトキハ母カ哺乳ヲ與ヘサリシトノ不作爲ニヨリテ殺人罪ナル作爲犯ヲ犯シタルモノナリト爲ス、學者ノ所謂不純正不作爲犯ナルモノ之レ也、然レ共一派ノ學者ハ不作爲ニヨリテ結果ヲ惹起スルコトハ理論上想像スルコト能ハスシテ不作爲ニヨル行犯ヲ否認スルモノアリ近時多數ノ學者ハ或ハ不作爲ニ因果關係アリト主張シ或ハ法律上因果關係ト同視スヘキ關係アリト主張シ不純正不作爲犯ノ成立ヲ肯定ス（不作爲ト因果關係論參照）

一派ノ學者ハ否定ス

予輩ハ理論上不作爲ニヨル作爲犯ヲ認ムルモノ也、從テ作爲ト不作爲トハ如何ニシテ區別スルカノ問題ヲ生ス、

作爲ト不作爲ノ區別

(c) **作爲ト不作爲トノ區別、**

第一絕對的ニ區別セントスル說

第一　絕對的ニ區別セントスル說、

作爲ト不作爲トノ區別ヲ絕對的ニ定メントスルノ論者ハ作爲ヲ以テ動作ナリトシ不作爲ヲ以テ靜止ナリトス卽身體カ運動ノ狀況ニアルトキハ作爲トシ身體カ不動ノ地位ニアル場合ハ不作爲ナリトス、

然レ共一ノ擧動ハ積極的ニ之ヲ觀察スルトキハ動作ニシテ消極的ニ

其批評

之ヲ觀察スルトキハ靜止也、例ヘハ玆ニ步行スル人アリ、之ヲ步行ノ方面ヨリ觀察スルトキハ作爲ナリ、然レ共他ノ方面例ヘハ飲食シツツアルヤ否ヤノ點ヨリ觀察スルトキハ不作爲也、從テ絕對的ニ作爲不作爲ヲ定ム可カラス、

第二原因力ノ有無ヲ以テ區別セントスル說

第二　原因力ノ有無ヲ以テ區別セントスル說、

作爲ニハ原因力アリ不爲作ニハ原因力ナシ之レ兩者ノ異ナル所ナリト不作爲ニ原因力ナシト主張スル論者ハ皆此ノ說ヲ採ルカ如シ、

然レトモ不作爲ニ原因力アリヤ否ヤノ問題ハ不作爲ノ本質ヲ論定シテ而シテ後チニ起ルヘキ問題ニシテ原因力ノ有無ニヨリテ不作爲ノ本質ニ差異ヲ來スヘキモノニアラス、不作爲ハ元ナリ原因力ハ末ナリ若シ夫レ此ノ說ニ從フヘシトセハ不作爲ニ原因力アリヤ否ヤノ問題ハ論理上問題タルノ形式ヲ有セサルニ至ラン、

第三區別否認說

第三　區別否認說、

不作爲ニヨリテ作爲犯ヲ犯シ得ルモノトスルトキハ作爲犯ハ最早

其批評

作爲犯ニアラサルナリ、若シ夫レ不作爲ニヨリテ作爲犯ヲ犯シ得ルトセハ不作爲犯ハ又不作爲犯ニアラサル也、從テ兩者區別ノ標準ナルモノアルナシト。

予輩モ理論上ノ見解トシテハ此說ニ從ハントスルモノナリ然レ共予輩ノ云フ所謂作爲不作爲ハ學者ノ主張スルカ如キ見解ニ從ツテ區別セントスルモノニアラス一定ノ行爲カ作爲ナリヤ否ヤヲ定ムル場合ニハ先ツ如何ナル觀察點ヨリシテ作爲ナリヤ不作爲ナリヤヲ定メントスルナリ換言スレハ相對的ニ區別ヲ求メントスルナリ

第四相對的ニ區別スル說

第四　相對的ニ區別ヲ求メントスル說、

一ノ犯罪カ作爲犯ナリヤ否ヤハ其犯罪カ成立シタル後ニ於テ其外形ヨリ觀察シ具體的ニ定ムヘキモノニシテ其犯罪カ積極行爲ニヨリテ犯サレタルトキハ作爲犯ナリトシ消極行爲ニヨリテ犯サレタルトキハ不作爲犯ナリトス例ヘハ母カ子ニ乳ヲ與ヘサリシカ爲メニ子カ死亡セリトセハ母カ乳ヲ與ヘサリシテフ消極行爲ニヨリテ犯サレタルモノナル

カ故ニ之レヲ不作爲犯ナリトシ學者ノ所謂不純正不作爲犯モ亦此ノ觀察點ヨリ不作爲犯ノ一分類ト見解ス、

第二節　因果關係論

因果關係ノ觀念

第一、因果關係ノ觀念

普遍的因果關係

宇宙ノ森羅萬象ハ一切原因結果ノ法網ニヨリテ支配セラレ前因後果互ニ無限ノ連鎖ヲナシ盡過去際ヨリ盡未來際ニ至ルマテ聯關相續シツツ次第無窮ニ至ルモノナルハ既ニ進化論ノ教ユル所ニシテ總テノ前行事實ハ總テノ後行事實ノ原因ニシテ普通因果關係ト稱スルトキハ此ノ普遍的連鎖中ニ一定ノ限界ヲ認メ其限界內ニ於テ一定ノ前行事實ト一定ノ後行事實トノ間ニ存スル因果關係ヲ指稱ス蓋シ因果關係トハ宇宙ノ或ル現象ト他ノ或ル現象トノ間ニ存スル條件的關係ニシテ甲現象ナカリセハ現ニ生シタル具體的ノ乙現象モ又發生セサルヘキコトヲ推理シ得ヘキ狀態ヲ云フモノ也、

因果關係ノ存在ハ責任ノ增減ノ條件ナリ

斯ノ如ク宇宙ノ萬象ハ總テ因果律ニヨリテ支配セラルルト雖モ法律上發生シタル一定ノ外界ノ現象ヲ或ル者ノ行爲ニ歸スルニハ其行爲ト其現象トノ間ニ條件的關係ナカルヘカラス換言スレハ其行爲ナカリセハ其現象ナカルヘシトノ關係ノ必在スルヲ要ス蓋シ因果關係ノ存在ハ行爲者カ外界ノ現象ニ就テ責任ヲ負フノ前提條件ナレハ也從テ刑法上ニ於ケル狹義ノ結果危險狀態ノ到來乃至非表現的ノ結果等亦皆該行爲ト因果關係アルコトヲ要ス。

如何ナル條件カ結果ニ對スル原因ナリヤ

然ラハ如何ナル條件カ結果ニ對スル原因ナリヤ、

第一說

第一說、一定ノ結果ヲ惹起スヘキ前行事實ノ總計ヲ原因トシ其各個ヲ條件トスル說、

外界ニ或ル現象ノ發生スルニハ素ヨリ前行事實各個ノ競合的作用ニヨリテ一定ノ結果ヲ發生スルコトアリト雖モ又連續的作用ニヨリテ發生スル間接ノ原因及直接ノ原因アリ果タ又起果條件アリ妨果條件アリ共ニ後行事實ニ對シテ條件的關係ヲ有ス然ルヲ其總計ヲ原因トシ其各

其批評

第二說

箇ヲ條件トスト說明スルトキハ全部ヲ合スルニ非ラサレハ原因ト稱スルコトヲ得ス從テ例ヘハ死ナル結果ニ對シ刀ヲ揮ツテ殺スノ行爲アルモ又條件ニシテ原因ト稱ス可カラサルニ至ラン、

第二說　一定ノ結果ニ對シテ普遍的ナルモノカ原因ニシテ然ラサルモノハ條件ナリトノ說、

ゼボンス曰ク結果ノ發生上必要ニシテ缺クヘカラサル前提條件ノミカ原因ニシテ然ラサルモノハ條件也而シテ其必要ニシテ缺クヘカラサルモノナリヤ否ヤハ諸種ノ類似事實ヲ集メ其總テニ共通ナルモノハ即チ必要缺ク可カラサルモノニシテ原因也、其通ナラサルモノハ條件也ト、

其批評

然レトモ其類似事實中ヨリ共通普遍ノ條件タル原因ヲ見出スト云フハ困難ナリ否寧ロ不可能事ニ屬ス、

第三說

第三說　前行事實ノ各箇ヲ其結果ニ對シテ原因トスル說、

一定ノ結果ニ對スル條件ハ種々アリト雖モ其結果ニ對シ何レヲ必要トシ何レヲ不必要トシ果タ何レカ共通普遍ニシテ何レカ然ラサルカヲ區別スルハ殆ント不可能事ニ屬スルカ故ニ一ノ條件タル現象ハ總テ皆其結果ニ對シテ原因ナリトセサル可カラスト。

予ハ此ノ說ヲ取ル

蓋シ宇宙ノ萬象間總テ因果關係ヲ以テ連繫セラレ而シテ此ノ連鎖中ニ一定ノ限界ヲ認メ其限界中ニ於テ因果關係アリトセハ其限界內ノ行爲ハ積極的ノ助成條件ナルト消極的ノ助成條件ナルト果タ又結果ニ對スル直接ノ原因ナルト間接ノ原因ナルトハ敢テ問フ所ニアラサレハ也。

然レ共此ノ論理上ノ因果關係ノ觀念ハ直チニ之ヲ刑法上ノ因果關係ニ利用スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付キテハ學者ノ見解頗ル區々タリ、

蓋シ以上ノ如ク一定ノ結果ニ對スル總テノ條件ヲ以テ皆原因ナリトスルトキハ因果關係ノ範圍ハ無限ニ擴大セラレ宇宙ノ森羅萬象生々滅々ノ現象ハ皆之レ原因結果ノ關係ヲ以テ拘束セラレ人ヲ殺シタルモノハ其殺サレタル人カ扶養シツツアリシ家族カ餓死ニ瀕シテ他人ノ家ニ放火シタルカ如キ場合ニ於テモ又殺人ナル原因カ放火ナル結果ヲ生シタルモノナ

リト論結セサル可カラサルニ至ルヘシ此ニ於テ刑法上ニ於テハ因果關係ヲ一定ノ範圍ニ於テ限界セサル可ラス從テ其限界ニ就テ諸種ノ學說ヲ生シ或ハ論理上ノ因果關係ノ觀念ヲ排シテ刑法上ノ因果關係ハ別種ノ因果關係ナリトシ或ハ因果關係ノ限界ヲ否認スルモノアリ以下學說ノ大要ヲ叙述スヘシ。

第二、因果關係ノ限界

最後條件說

(甲) 最後條件說

結果ニ對シ直接セル條件ヲ原因トシ直接セサルモノヲ條件トスル學者ハ最後條件即チ結果ノ發生ニ對シテ最後ニ加ヘタル條件ヲ以テ原因トス間接ナル條件ヲ原因ト認メサル點ニ於テ既ニ予輩ノ意見ト抵觸ス

其批評

換言スレハ間接條件ハ何故ニ原因タリ得サルカ若シ夫レ此ノ說ニ從フトキハ間接關係ヲ利用シ其關係ヲ認識シテ犯罪事實ヲ發生セシメタル場合モ亦既遂トシテ罰ス可カラサルニ至ルヘシ

勢力附與說

(乙) 勢力附與說

此說ハ物理學上ノ勢力不滅說ヨリ來レルモノニシテ即チ勢力ハ不滅也宇宙ノ現象ハ結局勢力カ一ノ形體ヨリ一ノ形體ニ移動スルニ過キス故ニ此ノ勢力ヲ與ヘタルモノハ原因ナリ然レトモ斯ノ如キ現象ヲ發生セシムルニ都合ヨキ狀況ヲ與ヘタルモノハ原因ニアラス條件也ト、

其批評

此觀念ニヨレハ被害者ニ對シテ鐵拳ヲ與ヘタルモノハ結果ニ對シ原因タルモ被害者ヲ取押ヘテ毆打セシメタルモノハ原因ヲ與ヘタルモノニ非スト云フ結論ヲ生スルニ至ルヘシ、

特別條件說

(丙) 特別條件說(結果ニ對スル動力ノ種類ニヨリテ區別スル說)

此ノ說ハメツケルノ主張スル所ニシテ曰ク特定ノ現象ニ關聯スル無數ノ條件中特種ノ價値ヲ有セサルモノハ殆ン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ニ限リテ原因トナス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ト。

其批評

然レ共各原因ハ相共同シテ結果ヲ惹起シタルモノナルニ其有力ナル

モノノミヲ原因トシ輕微ナルモノヲ原因トセスシテ前者ニノミ責任ヲ歸セントスルハ不當也況ンヤ有力ナルモノト輕微ナルモノトヲ區別スル標準夫レ自體カ既ニ不明ナレハ也、一顰一笑ノ微作用ト雖モ時ニ心理上ニ大影響ヲ及ホシ以テ刑法上重大ナル因果關係ヲ發生スルコトアルオヤ、

常態標準說

(丁)　常態標準說

行爲カ生活上ノ狀態ニアルトキハ條件タルニ過キサルモ常態ニ反シタルトキハ其行爲ヲ原因トスト。

其批評

然レトモ生活上ノ常態ヲ離レサル行爲ハ社會ノ常規ニ違反セサルノ行爲也、從テ正當行爲若クハ行爲ノ違法性ヲ缺如スルモノナルヘク又ハ無過失ニヨリテ無罪タルヘク之ヲ以テ因果關係ナキカ故ニ無罪トスルハ不當也、

論理的因果關係說

(戊)　論理的因果關係說

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ナリタル觀念ヲ有スルモノニアラス故ニ論理上ノ意義ニ於テ當該行爲カ特定ノ現象ト因果ノ關係ニ立ツトキハ即チ一定ノ前行事實ナカリセハ他ノ一定ノ後行事實ナカルヘキコトカ論理的ニ推理シ得ラルヘキ場合ニ於テハ即チ其前行事實ハ後行事實ノ原因也ト此ノ說ハ因果關係ノ限界ヲ否認スルモノ也、

此說ヲ主張スルモノ殊ニリストノ如キハ刑法上ノ因果關係ハ論理上ノ意義ニ從フヲ以テ原則トスルモ之ニ對シテハ現行法上二箇ノ例外アリトシ教唆及從犯ノ場合ニ於テハ責任能力者ノ任意ニシテ故意アル介入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既ニ發生シタル結果トノ間ニ因果ノ關係ヲ中斷スルモノナリト解シ、岡田博士ノ如キハ因果連絡ノ有無ハ外界物質上ノ關係ニシテ故意ヲ有スル者カ刀ヲ下シテ殺スモ故意過失ナキモノ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ナル所ナキカ故ニ故意行爲ノ介入ニヨリ因果關係ノ中斷ヲ認ムルコト能ハサルモ責任能力アリ且責任條件

ヲ有スル者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可カラス換言スレハ因果關係ノ中斷ニアラスシテ責任更新ナリト說明セラル（因果中斷論參照）

其批評

思フニ科學ハ一定ノ目的ノ範圍內ニ於テ一定ノ領域ヲ有ス社會學ニハ社會學ノ領域アルカ如ク刑法ニハ又刑法固有ノ領域アリ然ルニ宇宙一切ノ事物ハ皆相連續シテ究極スル所ナク因果ノ關係ヲ以テ結約セラレ渾然一體ヲナシテ無始無終圓ヲ畫イテ端ナキカ如シ從テ此ノ說ノ如ク一定ノ前行事實ト一定ノ後行事實トノ間ニ論理的關係ヲ認メ之ニヨリテ處罰ノ範圍ヲ明ラカニセントスルモ萬有現象界ニ於ケル刑法固有ノ必要的領域ハ到底明ラカニスル能ハサルヘシ、

相當因果關係說

(ロ) 相當因果關係論

刑法上ニ於ケル因果關係ノ問題ハ因果律ノ性質ヲ基トシ更ラニ刑法固有ノ目的ニ從ヒ特別ノ因果關係ノ觀念ヲ攻究セサル可カラス而シテ刑法上ニ於ケル因果關係ノ問題ハ或ル行爲ト或結果トノ關聯カ因果ノ關係ヲ形成スルニハ如何ナル性質ヲ具備セサル可カラサルカヲ攻究セサル可カラス抑モ刑法ハ或行爲ト或結果トノ間ニ因果關係アルトキニ限リ又其理由ニ於テノミ處罰スルモノナルカ故ニ行爲トノ聯絡ヲ罰スルコトカ刑法ノ目的ニ適合シ其性質ニ適合スル場合ニ於テノミ因果關係ヲ構成スルモノト認メサル可カラス從テ行爲ヨリ通常生スル結果ニ對シテハ其行爲ハ原因ナルモ然ラサルモノニ對シテハ條件也而シテ一定ノ結果カ一定ノ行爲ヨリ通常生ス可キヤ否ヤハ其行爲ヨリ判定シ得ヘキニアラス必ラスヤ其行爲及其他ノ狀況ヲ參酌セサル可カラス從テ其判定ノ方法ニ關シテ三說アリ、

其判定ノ方法

(イ) 犯人カ主觀的ニ認識シタル事實ヨリ通常生スヘキ結果ニ限ルトスル說、

(ロ) 通常人カ犯人ト同一地位ニアラハ必ラス認識シタリシナルヘキ事實ヨリ通常生スヘキ結果ニ限ルトスル說、

(ハ) 行爲ノ當時存在シタル事實ヨリ通常生スヘキ結果ナリヤ否ヤニヨリ

テ判定セントスル說、

其就レタルヲ問ハス主眼トスル所ハ行爲及其前提タルヘキ狀況ト結果トノ間ニハ通常人ノ觀念上相當ナリト認メラルヘキ關係アルコトヲ要スト。

此點ニ就テ獨逸ノクリヒスマン氏ハ曰ク因果關係ヲ制限スル方法ニ二途アリ即チ

(A) 法律カ意思責任ノ伴ハサル結果ニ對シテ刑責ヲ負ハシムル場合ヲ根據トシ斯ノ如キ場合ニ關スル規定ノ內容目的及他ノ場合ニ關スル關聯上ヨリ觀察シテ標準的ノ因果觀念ヲ發見スルコト。

(B) 刑法ニ於ケル所罰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コトヲ要ス而シテ現行刑法ハ有責行爲ヲ以テ刑罰必至ノ指針トナシ且刑罰量定ノ標準トナス從テ現行刑法ハ反社會的行爲ヲ標準トシテ行爲者ニ反動スルモノナリ故ニ此ノ法律上ノ目的ヨリ觀察シテ其行爲ヲ罰スルコトカ刑法ノ目的ニ適スト云フ場合ニ限リ行爲ト結果トノ間ニ因果關係ヲ認メサル可カラスト。

予輩ハ必要的因果關係說ヲ採ル

其批評

然レトモ因果關係ハ外界物質的ノ關係也、意思責任問題ト混淆スルハ不當ナリ、假リニ意思責任問題ト混淆セサルトスルモ何レノ條件ヲ以テ相當ノ原因トナシ何レノ條件ヲ以テ相當ノ原因ニアラスト斷スヘキカハ即チ行爲ノ影響ノ大小强弱ニ基ク區別ヲ認ムルモノニシテ直チニ此ノ普通ノ觀念ヲ刑法ニ適用スルハ正當ニアラス例ヘハ被害者ノ不攝生ナルヲ利用シ殺人ノ意思ヲ以テ人ヲ傷ケタルトキハ相當因果說ニヨレハ殺人未遂ヲ以テ論セサル可カラサルヘシ之レ予輩ノ首肯スル能ハサル點也、

惟フニ各種ノ科學ハ各其研究ノ對象ニヨリ其目的ニ從ツテ一定ノ限界ヲ有ス心理學ニハ心理學ノ領域ト目的トアリ生理學ニハ生理學ノ領域ト目的トアリ刑法學ニ於テモ亦其固有ノ領域ト目的トヲ有ス故ニ刑法上ニ於ケル因果關係ノ限界モ亦刑法ノ領域ト目的トノ範圍內ニ於ケル必要ナル限度ニ制限セサル可カラス

何故に說ヲ說サルカ、書シ過ギ紙ハナシ、サンヌシ

吾人ハ曩キニ刑法上ノ因果關係モ亦哲學上ノ因果關係ト同一ナルコトヲ主張シタリキ從テ一派ノ學者ノ主張スルカ如ク刑法上ニ於テハ特種ノ因果關係ヲ認ムルコトヲ得ス、只論理的因果關係說ニ從フトキハ宇宙萬象ノ間互ニ牽連シテ窮極スル所ナキカ爲メニ刑法學ノ目的ト領域トヲ超越スルコトアルハ當然ノ論結ナリ從ツテ吾人ハ論理的因果關係ニ對シテ刑法ノ領域ト目的トノ上ヨリ必要ノ範圍內ニ於テ一定ノ限界ヲ設ケント欲ス、此意味ニ於テ吾人ハ必要的因果關係說ヲ主張セント欲スルモノ也、必要的因果關係說ハ或ハ相當因果關係說ト略ホ其範圍ヲ同ウスルコトアルヘシ然レ共前揭相當因果關係說ニ於テ例示シタルカ如キ不都合ヲ避ケ得ヘク又實際ノ適用ニ於テ論理的因果關係說ト其趣キヲ同ウスヘシ然レ共刑法固有ノ領域ト目的トノ關係上一定ノ限界ヲ付スル上ニ於テ之ト異ル、

第三　不作爲ト因果關係

第一 消極說

不作爲犯ニ二種アリ純正不作爲犯ト非純正不作爲犯ト之レ也、純正不作爲犯ハ法ノ命令ニ違反スル犯罪也、非純正不作爲犯ハ不作爲ニヨル行犯也、不作爲ニヨリテ作爲犯ヲ犯シ得ルヤ否ヤハ議論ノ存スル所ナリシモ近時ノ趨勢ハ殆ント不作爲ニヨル行犯ヲ認メサルモノナキノ狀態ニ到達セリ、不作爲犯ニ因果關係アリヤ否ヤハ今尙ホ學者ノ論爭スル所ニシテ又尤モ興味アル未解決ノ問題也今學說ノ大要ヲ列擧シテ短評ヲ加ヘン、

第一、消極說

不作爲ハ無爲ノ狀態也無ハ有ヲ生セサルハ萬古ノ眞理ナリ故ニ不作爲ナル無的ノ狀態ト結果トノ間ニハ因果關係ヲ生スヘキモノニアラス不作爲ハ單ニ義務ニ違反シテ結果ノ發生ヲ妨止セスト云フ關係アルノミ換言、不作爲ニ於ケル意思ノ發動ハ物界ノ狀態ニ放任スル行動ニシテ任意ニ外圍ノ進行ニ變更ヲ加フヘキ動作ヲ爲ササルカ爲メニ生ス而シテ放任セラレタル物界ノ狀態ハ外圍ノ進行ニ因リテ生スルモノニシテ意思ノ發動ハ單ニ外圍ノ進行ヲ遮斷セサルカ爲メニ之ヲ完成セシムルニ

過ス從テ不作爲ノ內容タル結果ハ外圍ノ原因ノ爲メニ惹起セラルルモノニシテ意思發動ハ之ヲ防止セサルニ止マル故ニ意思發動ト結果トノ間ニハ因果ノ關係ヲ存セス單ニ外圍ノ因果關係ヲ遮斷セスト云フ關係ヲ有スルニ過キス而シテ此ノ不作爲カ罪トナルニハ一定ノ作爲ノ義務ヲ怠リタル場合也然レトモ其作爲ノ義務ヲ怠ルコトニヨリ生シタル結果ハ法律上ニ於ケル因果關係ト其價値ヲ同フスルカ故ニ同一ニ處分ス

ト。然レトモ、

(1) 人カ刑法上責任ヲ負フニハ其行爲ト結果トノ間ニ因果關係ノ存スルコトヲ要ス因果關係ナクシテ行爲ノ責任ヲ認メントスルハ不當ナリ、

(2) 因果關係ト類似ノ關係アリト云フノミノ理由ヲ以テ同一ニ處分スヘシトナスハ論理ニ適合セサルノミナラス類似關係アリト云フノミヲ以テ科刑スルコトヲ得ルニ至ラハ即チ刑法ノ適用ニ於テ其範圍ヲ超越シ明文ナクシテ尙ホ所罰スルヲ得ルニ至ルノ恐レナシトセス、

(3) 義務違反ナラサルモノハ何故ニ結果ヲ發生スルモ因果關係ト類似ノ關係アリト云フ能ハサル歟作爲ノ義務ナキモノニ於テモ其不作爲ナカリセハ結果ヲ發生セサリシナルヘシト推理サレ得ヘキ狀態ニ於テハ同一ノ結論ニ到達スルニアラスヤ、

積極說

第二、積極說

不作爲ニ因果關係アリト論定スルカ爲メニハ古來幾多ノ說明方法ヲ案出セラレタリ參考ノ爲メ其大要ヲ錄ス、

他行爲說

(1) 他行爲說

不作爲犯者カ義務ヲ果タササルハ他ノ行爲ヲ爲シツツアルカ爲メナリ即チ他ノ行爲カ其結果ヲ發生セシメタル原因也例ヘハ母カ乳兒ヲ餓死セシメタルハ裁縫ヲ爲シツツアリシカ爲メ也故ニ裁縫ハ乳兒餓死ノ原因也ト、

本問ノ要點ハ當該行爲ヲ爲ササルコトカ結果ノ原因タルヤ否ヤニアリ他ノ行爲ノ作爲不作爲ハ問題外ナリ本問所求ノ答辯ニアラス、

先行爲說

(2) 先行々爲說

第三 不作爲ト因果關係

先キニ積極行爲アルトキニ限リ之レト合シテ不作爲カ原因トナルモノ也、例ヘハ醫師カ手術ヲナシ中途ニシテ手術ヲ止メタル場合ニ患者カ多量ノ出血ノ爲メ死亡シタルトキハ即チ先行々爲タル手術ト相俟チテ不作爲カ原因トナルト、

然レトモ先行々爲ハ無責任行爲也、其後ニ至リテ故意ヲ生シタレハトテ先ノ無責任行爲カ責任行爲ト變スルハ責任不溯及ノ刑法ノ大原則ニ背反ス、

他因利用說

(3) 他因利用說

外部ノ變更ヲ惹起スル無數ノ因果連鎖ハ或ハ人ノ意思活動ニヨリ或ハ自然外界ノ運動ニヨリテ支配セラル人カ其因果連鎖ヲ自己ノ手中ニ有シ之レヲ支配スルトキハ其因果連鎖ハ其人ニ出テタリト云フコトヲ得、而シテ其結果ヲ生スルニハ自カラ惹起スルコトアリ他ノ原因ヲ利用スルコトアリ他因ヲ利用スルトキハ外部ノ行動アルコトヲ要セス之レ不作爲ニヨル行犯ノ場合ナリ、如斯傳來的ニ又ハ原始的ニ因果連鎖ノ支配力ヲ有スルトキハ其結果ヲ支配者ノ行爲ニ歸スルコトヲ得サル可カラス即チ其結果ヲ其人ノ行爲ニ歸スルニハ因果連鎖カ其支配力內ニアリタルヤ否ヤニヨリテ區別スト。

此說ニハ哲學上ノ根據ヲ付スルニ於テハ又一箇有力ナル說トナルヘシ然レトモ以上ノ所說ノミニテハ消極說ニ歩ヲ進ムル僅カニ一歩ノミ、

(4) 義務違反ノ不作爲ニ原因力アリトノ說

凡ソ一定ノ結果ハ所謂起果條件ノ勢力ヲ直接ニ增加セシムル事實及ヒ結果ノ發生ヲ妨害セントスル條件ヲ壓伏スル事實ニヨリテ惹起セラル而シテ人カ法律上妨果ノ義務ヲ有スルトキハ其妨果條件ヲ成立セシメサル意思活動即チ不作爲ハ其結果ニ對スル原因也蓋シ前者ナケレハ後者ナシト推理シ得ヘキ關係アルカ故ニ兩者ノ間ニ因果ノ關係ヲ認ムルニ支障ナキ也、因果關係ノ觀念ハ斯ノ如キ推理ニ外ナラサレハ也、然トモ斯ノ如ク妨果義務アル場合ニ於テ因果關係アリト云フ

トキハ即チ因果關係ノ本質タル物質的客觀的性質ニ背反スト云フ批評アランモ之レ不當ナリ義務違反ニヨリ結果ヲ生シ其結果ト義務違反トノ間ニ因果關係ヲ生スルモ其因果關係ハ決シテ無形的主觀的ノモノニアラス例ヘハ汽車ノ顚覆ナル結果ハ汽車顚覆ノ意思ヲ以テ鐵路ノ上ニ大石ヲ置キタル積極行爲ニ原因スルモ若シモ之レヲ知レル鐵路監視者カ其職務ヲ盡シ之ヲ除去スルニ於テハ汽車ノ顚覆ナル結果アルヘカラス從テ監視者カ大石ヲ除去セサリシ消極行爲モ亦此顚覆ナル結果ヲ生シタル原因ナリ要之汽車ハ監視者ノ執務ヲ條件トシテ進行スルモノニシテ汽車進行ノ危險ニ對スル監視者ノ執務ト合シテ"バランス"關係ヲ形造スルモノ也故ニ監視者ノ消極行爲ハ此ノバランス關係ヲ破ルモノニシテ即チ物理的因果ノ關係ヲ有スルモノ也ト、然レトモ例ヘハ汽車顚覆ナル結果ノ發生ヲ防止スル力アルモノハ必スシモ法律カ命シタル義務者ノミニアラス義務ナキモノノ行爲ト雖モ尙ホ妨果條件タルコトヲ得ルモノ也從テ義務ナキモノノ妨果行爲ヲ阻害スルモノハ又其結果ニ對シ因果關係ヲ有ス果シテ然ラハ義務ナキモノノ不作爲モ亦原因アリト云ハサル可カラサルニ至ラルヘシ、

(5) 總テノ不作爲ニ原因力アリトノ說

此說ヲ主張スル論者ハ曰ク結果ヲ惹起シタル不作爲カ其義務違反タルト否トヲ別タス苟クモ本人カ作爲ニヨリ結果ヲ妨止スルコトヲ得ヘカリシ場合ニ於テハ皆其結果ニ對シテ原因アリ詳言スレハ他ノ狀況ノ下ニハ此ノ變狀ハ發生セサリシト云フ關係ヲ有スル以上ハ此ノ狀況ハ即チ結果ニ對シテ原因力ヲ有ス故ニ若シ此ノ變狀ノ發生カ或ル狀況ニ依テ防止セラレ得タリシト云フ關係ヲ有スル場合ニ於テハ或ル狀況ヲ與ヘサリシ意思實行ト變狀トノ間ニ於テ因果ノ關係ヲ認ムルヲ得ヘシ即チ不作爲ノ場合ニアリテモ結果ヲ妨止セサリシ意思ノ實行ト結果トノ間ニハ因果關係ヲ認メ結果ヲ防止シ得ヘキ意思實行ノ能力アリ且此ノ不作爲ハ結果ニ對スル客觀的引責原因ト認ムル

コトヲ得ル也、

然レトモ不作爲カ刑法上犯罪トナルニハ此ノ因果關係カ更ラニ違法ナルコトヲ要ス即チ他ノ進行ヲ遮斷シ得ルニ拘ラス遮斷セサルコトカ違法ナル場合ニアラサレハ刑法上犯罪ヲ構成セス違法ナル場合ハ即チ作爲義務違反ノ場合ナリ或學者ハ義務違反ヲ以テ違法トスルハ問ニ答フルニ問ヒヲ以テスルモノナルカ故ニ其違法ト稱スル場合ハ公秩良俗ニ反シタル場合ナルコトヲ要スト說明セルカ如シ然レ共刑法上ニ於テハ公秩良俗ニ反スルコトハ即チ義務違反ナリ若シ夫レ公秩良俗ニ反シテ尙ホ義務違反ナラサル場合アリトセハソハ刑法ニ於テ所罰スルコトヲ得サル範圍外ノ行爲ニシテ刑法上ニ於テ論究スルノ必要ナシ。

結論

勝本博士嘗テ不作爲ニ原因力ナシト云フ論者ニ敎ヘテ曰ク「若シ夫レ不作爲者ノ義務付ケラレタル作爲ト防止セサリシ結果トノ關係カ物質的關係

第四說ト第五說トハ刑法上ニ於テハ同一ナリ

因果關係中斷ノ理由 第一說

ナルコトニ付テ尙ホ了解シ難キモノアランカ保姆ハ小兒ノ墜落ヲ防カンカ爲メニ設ケタル椽側ノ手スリヲ代表シ其小兒ノ墜落ヲ防止スヘク義務付ケラレタルハ宛モ若干錢ヲ投スレハ之ニ乘リタル人ノ重量ヲ指シ示スヘク仕組マレタル自働衡器又ハ若干時ヲ經過スレハ目覺ヲ鳴ラスヘク旋條ヲ捲キ上ケラレタル時計ト異ナラサルコトヲ會得セハ疑問ハ氷解スルコトヲ得ヘシ」ト(法學新報第十五卷第十一號第十三號參照)

要之4)說ト(5)說トヲ比較研究スルニ(4)說ハ刑法ヲ前提トシテ其範圍內ニ於テ因果關係ヲ說明シ(5)說ハ一般ノ因果關係ノ概念ヲ說明シテ而シテ刑法上ノ因果關係ニ及フ從ツテ立論ノ根據ヲ異ニシ說明ノ方法ヲ異ニスルモ共ニ刑法上ノ因果關係ニ於テハ些ノ輕輕アルコトヲ見ス、

第四 因果關係ノ中斷

因果關係ハ人ノ行爲ノ介入ニヨリテ中斷セラルトスルヲ通說トス、介入トハ甲行爲ノ因果關係ニ乙行爲ノ因果關係カ合一スル場合ヲ云フ、(介入ト競合ト參照)因果關係中斷ノ理由ニ就テハ數說アリ、第一說ハ刑法上ノ因果關係ハ論理

上ノ因果關係ト何等ノ差異ナシテフ前提ノ下ニ立論スルモノニシテ實質上ニ於テハ介入ニヨリテ中斷セラルルモノニ非ラサルモ法律カ教唆從犯ニ關シ特ニ明文ヲ置クカ故ニ中斷アルモノト解セサル可カラスト云フ論旨ニシテ此ノ論者中ニハ或ハ教唆從犯ノ場合ニ於テモ因果關係ノ中斷アリト認ムヘキモノニアラス教唆及從犯ハ正犯ノ介入行爲ニヨリ責任ヲ更新スルニ過キスト論スルモノアリ第二說ハ自由意思ナル觀念ヲ基礎トシ因果關係ノ連續中ニ任意且自由ナル意思ニ基ク責任能力者ノ行爲ノ介入アルトキハ之レニ依リテ實質的ニ因果關係ヲ中斷スト說キ、第三說ハ第一說ト同シク刑法上ノ因果關係ト論理上ノ因果關係トノ間ニ何等ノ差異ヲ認メス且教唆從犯ノ場合ト雖モ當然因果關係ヲ有スルモノニシテ換言甲行爲ヨリ乙行爲ヲ生シ乙行爲ヨリ丙結果ヲ生シタル場合ニ於テハ甲丙間ニ因果ノ中斷アルモノニアラス甲カ責任ヲ負フハ即チ丙結果アルカ爲メナリト說ク以下學說ノ大要ヲ述ヘン、

第二說

第三說

第一形式的中斷說

第一形式的中斷說、刑法上ノ因果關係ハ即チ論理上ノ因果關係ニシテ只因果關係ノ限界ヲ異ニスルノミ從テ本來故意行爲ノ介入ニヨリ因果關係カ中斷サルルモノニアラス去レト法律ハ特ニ例外トシテ中斷ノ事由ヲ認メタリ、即チ左ノ如シ

刑法ノ規定ニ基ク例外

刑法上ノ規定ニ基ク例外、

教唆及從犯ハ正犯ノ行爲ヨリ生スル結果ニ對シテ一ノ條件ヲ與フルモノ即チ結果ニ對シテ原因力ヲ有スルモ刑法ノ規定ハ教唆及從犯ヲ以テ正犯行爲ニ隨伴スルモノナリト爲ス從テ教唆及從犯ノ行爲ハ結果ニ對シテ獨立ノ原因タルコトヲ得ス、

結論上ヨリ生スル例外

結論上ヨリ生スル例外、

結果犯ノ場合ニ於テ重キ結果ニ付テ責任ヲ負フニハ犯人ニ於テ故意又ハ過失アルコトヲ要セサルヲ通說トス從テ加重罪即チ結果犯ノ場合ニ於テ純然タル因果關係ノ原則ヲ一貫スルトキハ主觀的元素ヲ以テ制裁負擔ノ限界ヲ定ムル能ハス事實上因果關係ノ限界ヲ犯人カ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシ點ニ於テ限界セサル可カラス例ヘハ毆打創傷ノ被

岡田博士ノ責任更新論

害者カ入院中流行病ニヨリテ死亡セル場合ハ其死亡ハ犯人ノ豫見シ又ハ豫見シ得ヘキ結果ニ非ラサルカ故ニ毆打創傷ノ點ニ於テ因果關係ヲ中斷セサル可カラスト、

以上ノ說ト前提ヲ同ウシテ結論ヲ異ニスル說アリ責任更新論之レ也、責任更新論ハ岡田博士ノ主張スル所ニシテ其論旨ニ曰、凡ソ天地間一切ノ事物ハ其間盡ク因果關係アリ甲ノ殺人行爲ニ對スル乙ノ死亡ナル結果ニ就テハ其行爲ノミナラス太陽モ亦其原因ノ一也、然レトモ太陽ヲ以テ殺人行爲ノ原因トナササルハ畢竟責任能力及責任條件無キカ爲メノミ責任能力及責任條件ハ外界無始無終ノ因果連鎖ノ某ヨリ某ニ至ル迄ヲ擧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ヤヲ分ツ根本也、獨立ノ行爲（即責任能力アリ且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可カラス是レ即チ責任ノ更新ナリト說キ有責行爲カ介入スルモ以前ノ行爲ノ原因ハ依然其進行ヲ繼續スルコト疑ナキカ故ニ因果關係ノ中斷アリト

教唆從犯ハ例外ニアラス

結果犯ノ觀念ト矛盾ス

責任更新論ノ謬論理

認ムルヲ得スト說明ス、

然レ共教唆及從犯ハ因果關係ノ中斷ヲ認メスンハ說明スル能ハサルカ苟クモ論理上ノ因果關係ト刑法上ノ因果關係トヲ同一ナリトシ而シテ教唆從犯ニ就テ因果關係ノ中斷ヲ認メスシテ說明シ得ヘシトセハ論理ヲ一貫スル點ニ於テ其說ニ從ハサル可カラス予輩ハ因果連絡ノ中斷ヲ認メスシテ說明ノ方法アリト信スルモノ也、

加重罪即結果犯ニ就テハ根本觀念ニ於テ誤謬ニ陷ル、何トナレハ結果犯ハ結果ノ豫見ヲ要セサル犯罪也、從テ此說ノ如ク豫見シ又ハ豫見シ得ヘキ意思責任ヲ以テ因果關係ノ限界ヲ定メントスルハ結果犯ノ本質ト相容レサレハナリ、

責任更新論ニ至ツテハ予輩ノ首肯シ得ヘカラサル點數多アリ、即刑法上ノ因果關係カ論理上ノ因果關係ト同一ナリトセハ而シテ甲乙兩者共ニ犯意ヲ有シ共ニ結果ニ對シテ共ニ原因力ヲ與ヘタルモノナリトセハ兩者共ニ其結果ニ就テ責任ヲ生スルヲ論理上ノ歸結トス從テ

一ノ結果ニ對シ介入者ニ責任ヲ生シ他ノ行爲者ニ對シテハ責任ヲ阻却ストノ論理ヲ生ス可キモノニアラス而シテ博士ハ此點ニ就テハ何等道破スル所ナシ思フニ責任更新論ハ前說ト說明ノ方法ヲ異ニスルニ過キサルモノニシテ却テ論理ノ潰裂ヲ來スモノ也、

只タ博士ノ說カ前說ト異ナル所ハ前說ハ因果關係ノ中斷ニハ故意行爲ノ介入ヲ要ストシ此說ニ於テハ故意行爲ト過失行爲トヲ問ハストスルノ點ニ於テ異ナル、

第二實質的中斷說

原因ト條件トヲ區別ス

第二實質的中斷說、論理上ノ因果關係ヲ直チニ取ツテ以テ刑法上ノ因果關係ニ利用スルハ不當也、

刑法ノ關係スル所ハ種々ノ條件關係中特別ノ價値ヲ有スルモノノミニ限ルモノニシテ刑法上ニ於テハ行爲ト結果トノ全然例外的ナル連鎖ハ責任ヲ發生セサルモノ也、此ノ責任ハ或ハ當該狀態ノ下ニ或ハ少ナクトモ其一般性質上結果ノ發生ヲ助成スルニ適當ナル即チ結果ヲ發生スルニ危險アリト認メラルル行爲ヲ條件トシテ生ス從テ甲者殺意ヲ以テ乙者ヲ刃傷シタルモ創傷重大ナラサリシ爲メ乙者カ甲者ヲ捕ヘントシテ追尾シタルニ過チテ河中ニ陷落シテ溺死シタル場合ニ於テハ乙者ノ死亡ト甲者ノ行爲トノ間ニハ「當該狀態ノ下ニ又ハ一般的性質上」因果ノ關係アリト云フコトヲ得ス即チ全然例外的ナル因果ノ關係ハ故意又ハ過失ヲ阻却スル事由トシテ觀察セラルルモノ也、故ニ多數人カ犯罪的結果ノ惹起ニ故意若シクハ過失ヲ以テ干與シタル場合ニ於テハ多クノ事情中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或ハ一般的影響ノ重大ナルカ爲メ處罰スルコトアリ而シテ法律ハ其關係スル總テノ原因的干與ヲ以テ結果ヲ惹起スル行爲ナリトナサスシテ實行的干與ノミヲ以テ結果ヲ惹起スル行爲ナリト認ム從テ教唆從犯ハ此ノ如キ實行的干與ナキカ故ニ實質的ニ其原因結果ノ關係ヲ中斷スト、

教唆從犯ハ實行的ニ關與ナキカ故ニ因果關係ヲ中斷ス

勝本博士ノ說

勝本博士モ亦此說ト同一說ヲ主張セラル試ミニ其論旨ヲ摘出セン、

「普通ノ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溯ツテハ太古ノ祖先亦責任ヲ負ハサル可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ノ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ノ原因ヨリ續出スル影響中原因ニ近接セルモノノミヲ結果ト爲ササル可カラス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夫レ以上ニ溯ルヲ許サス結果ハ豫見スルコトヲ要シ又ハ豫見シ得ヘキ範圍ヲ限度トセサル可カラス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溯ルヘキモノニ非ストセハ或者ノ行爲ニヨリテ發生シタル因果連鎖中ニ他人ノ自由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ヨリテ中斷セラルヘキモノト認ムヘキハ當然ナリ、此ノ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包含スルモノナレハ若シ夫レ共犯者間ニアリテハ分體同心ノ關係アルヲ以テ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、又結果ニ就テハ思想ノ及フ範圍ニ責任ヲ制限ス」ト云フニアリ

然レトモ予輩ハ曩キニ論述セシ如ク刑法上ニ於ケル因果關係ハ當該行爲カ結果ニ對シテ條件的關係ヲ有スル以上ハ總テ皆原因ナリトノ說ヲ採ルカ故ニ或ル條件中ニ重要ナルモノト否トヲ分ツ說ニ左袒スル能ハス結果ニ就テハ博士ハ思想ノ及フ範圍ニ制限スト稱セラルルモ若シ斯ノ如クナルトキハ例ヘハ甲者カ乙者ノミニヨリテ生活ヲ維持スル丙者ハ乙者ノ死亡ニヨリ餓死スヘキコトヲ豫想シ乙者ヲ殺シ從テ丙者カ餓死シタリトセハ甲者ハ乙者並ニ丙者ニ對スル殺人罪ノ責任ヲ負ハサル可カラサルニ至ラン、

第三中斷否認說

第三中斷否認說、 刑法上ノ因果關係モ論理上ノ因果關係モ共ニ同一ニシテ只刑法ノ領域ニ於テハ刑法ノ目的ニ適合スル必要ノ限度迄因果關係ヲ認ムヘシトノ說ヲ採ル論者ハ因果關係ノ中斷ヲ認メス從テ敎唆及從犯ニ就テハ因果關係ヲ中斷スルモノニアラス即チ敎唆及從犯ハ正犯行

爲ニヨリ丙ノ死亡ナル結果ヲ惹起シタル場合ニ於テハ共ニ其結果ニ對シテ原因力ヲ有スルモノニシテ教唆及從犯ハ教唆及從犯トシテ丙果ニ對シテ責任アリ正犯行爲者ハ正犯行爲者トシテ丙果ニ對シテ責任ヲ生スルモノトス何トナレハ苟クモ甲者ト丙果トノ間ニ因果關係アランカ乙者カ其間ニ介在スルト否トハ法律上何等ノ影響ヲ及ホスヘキ理由ナケレハ也、故ニ丙果ニ對シテ原因ヲ與ヘタルモノハ甲者然リ乙者然リ從テ勝本博士ノ所謂共犯ノ場合ト同シク因果關係ノ中斷若クハ責任更新說ヲ認ム可カラスト信ス。

以上ノ概說ニヨリテ實質的中斷說ヲ認ムル學者ハ論理ノ根底ニ於テ吾人ト其主義ヲ異ニシ形式的中斷說ニ至リテハ論理ヲ貫徹セサルモノナルコトヲ推知シ得ヘシ然レ共中斷否認論ハ未タ學界ニ於テ廣ク認メラレサルカ如シ、

學者ノ所說ニヨレハ形式的中斷ト實質的中斷トヲ問ハス故意行爲ノ介入ニヨリテ因果關係ハ中斷セラルルモノトス於此、介入ノ意義如何ハ

競合トハ何ソヤ

介入トハ何ソヤ

競合ト介入トノ共存

當然因果關係中斷ノ前提問題トナル、而シテ學者ノ稱シテ介入ト云フ觀念中ニハ介入ニ非スシテ競合ナル場合アリ、競合トハ何ソ因果關係カ各共同シテ結果ヲ發生シタル場合ヲ云フ介入トハ何ソ一ノ因果關係カ他ノ因果關係ト合一シタル場合ヲ云フ例解スレハ甲乙各別ニ丙者ヲ毆打シ依テ死ナル結果ヲ生シタル場合ハ競合ナリ甲カ先ツ或行爲ヲナシ其行爲ノ結果タル行爲カ甲ノ行爲ト離レテ或ル結果ヲ生シタル場合ハ介入ナリ兩者ノ區別ハ結果ニ對スル原因力ノ進行ガ時ヲ異ニスル點ニアリ即チ競合ハ同時的共同原因ニシテ介入ハ異時的共同原因ナリ然レ共競合ト介入ト共存スル場合アリ例解スレハ甲者ノ行爲アリタル後乙者又一ノ行爲ヲナシ甲行爲ト乙行爲ト相合シテ結果ヲ生シタルトキハ介入ト競合トノ共存ノ場合ナリ換言スレハ行爲ニ前後アルモ結果發生ニ對スル原因力カ同時ニ發生スル場合ナリ要之介入タルト競合タルト果タ兩者共存タルトヲ問ハス、又學者ノ所謂異時的ナルト同時的ナルトヲ問ハス結果ニ對スル共同原因タル點ニ於テハ即チ相同シ從テ實質的中

斷說ハ兎モ角論理ノ根底ニ於テ吾人ノ見解ト相異ルモノナルカ故ニ其結論ヲ異ニスルハ當然ナリ、ト雖モ形式的中斷說ニ至ツテハ因果關係論ノ根底ニ於テ吾人ト見解ヲ同ウスルニ拘ハラス從犯及教唆犯ノ場合ニハ法律カ其刑ヲ減刑シ若シクハ正犯ニ準スト規定スルカ故ニ中斷アリト云フニ至ツテハ法定ノ結果ヨリ犯罪ノ原因ヲ推及セントスルモノニシテ本末顚倒ノ議論ナリ、試ミニ之ヲ純粹競合ノ場合即チ學者ノ所謂共同正犯ノ場合ニ見ルニ正犯者各自ニ對シテ其刑ヲ異ニスルコトアルモ以テ因果關係ノ中斷ヲ認ム可カラザルニ於テオヤ從犯及教唆犯ニ於テモ曩キニ論述シタルカ如ク因果關係ノ中斷ヲ認メサルモ他ニ說明ノ方法アルニ於テハ强イテ論理ヲ曲折シテ以テ法規ノ說明ヲ難解ナラシムルノ必要ナキニ非ラスヤ。

第五　刑事責任ノ終點

以上予輩ハ刑事責任ノ主觀的原因ト客觀的原因換言スレハ犯意(過失)ト行爲(作爲及不作爲)及其間ニ存セサル可カラサル因果關係ヲ論述シ終レリ於此乎刑事

一方ニ於テハ犯意ト他方ニ於テハ因果關係トシテ限度ノ終點ト

責任ハ如何ナル限度ニ及フヘキカノ標準ヲ明カニセサル可カラス從テ刑事責任ノ限度ハ必スシモ因果關係ノ限度ト同一ニアラス之ヲ因果關係論中ニ論スルハ只說明ノ便宜ノ爲メノミ而シテ從來ノ學說ニヨルトキハ犯意ノ存スル限度ニ及フトシ或ハ因果ノ連絡スル限度ニ及フトス然レトモ犯意アルモ結果ナケレハ既遂ノ責任ヲ生スルコトナキカ故ニ刑事責任ハ犯意ノミヲ標準トス可カラス之ト同シク結果發生スルモ犯意(又ハ過失)ナケレハ罰スルコトヲ得サルカ故ニ刑事責任ハ因果ノ連絡存スル限度ニ及フモノト斷スヘカラス即チ刑事責任ハ一方ニ於テハ犯意ヲ限度トシテ限界シ他方ニ於テハ因果關係ノ及フ必要的範圍ニ於テ限界セサル可カラス換言スレハ犯意(若クハ過失)ニヨル行爲ハ其行爲ト結果トノ間ニ因果關係アルヤ否ヤ其犯意(若クハ過失)ハ結果ニ對シテ豫見シ若クハ豫見ス可カリシモノナルヤ否ヤニヨリテ決セサル可カラス。

然レトモ犯意(過失)ナキニ尙ホ刑事責任ヲ負擔セサル可カラサル場合アリ結果犯之レ也、

結果犯ニ對スル刑事責任

結果犯處罰ノ理由如何

結果犯トハ結果ニ對シテ認識豫見ヲ缺如シタル場合也、而シテ法律ハ斯ル結果ノ發生ニ對シテ犯意以上ノ刑事責任ヲ負擔セシム即チ人ヲ毆打スルノ犯意ナリシニ拘ラス毆打ナル原因力カ發展シテ「死」ナル結果ヲ惹起シタルトキハ「死」ナル結果ニ對スル刑罰ヲ負擔セシム從テ結果犯ニ對スル刑事責任ノ限度ハ犯意ノミヲ標準トス可カラサルヤ明カナリ、於此、結果犯處罰ノ理由ニ關シテハ或ハ因果關係ノミヲ以テ說明セントスル者アルニ至ル而シテ同シク因果關係ヲ以テ說明スルニ當リテモ其限度ヲ異ニス即チ或ハ絕對的ニ因果ノ連絡スル限度ニ於テ處罰スヘシト稱シ或ハ相當因果關係ノ範圍ニ限定スヘシト說ク刑罰ノ目的ヲ報復主義又ハ事實主義ノ上ニ置ク論者ハ刑事責任ノ限度ヲ絕對的ニ因果關係ノ連續スル點ニ及フト主張ス從テ本問結果犯ニ於テモ又報復主義ノ上ヨリ斷論シテ因果關係カ犯人ノ豫期以外ノ偶然ナル事實ニヨリテ發展スルモ尙ホ結果犯トシテ處罰スヘシト論ス、然レ共吾人ハ曩キニ論述シタルカ如ク刑罰ノ目的ハ報復主義ニアラスシテ目的主義ニアリ事實主義ニ非スシテ人格主義ニアリト信スル者ニシテ結果犯ニ於ケル加重處罰ノ理由モ亦結果ヲ惹起シタル行爲其モノカ犯人ノ惡性ヨリ出テタルモノ換言スレハ犯人カ其結果ヲ豫見シ得ヘカリシモノナルコトヲ豫想シテ加重責任ヲ負擔セシムルモノナリト信スルカ故ニ結果犯ニ對スル刑事責任ノ終點ハ犯人カ認識ス可カリシ事實ヨリ通常生ス可キ結果ニ限定セント欲ス蓋シ犯罪所罰ノ理由ヲ人格主義目的主義ニ置ク以上ハ犯人ノ惡性ノ表現以上ニ超越シテ所罰スルトキハ却テ社會防衛ノ目的ニ背反スルノ結果ヲ生スレハ也、從テ意外ニシテ偶然ナル事情ニ基ク結果ニ就テハ刑事責任ヲ負擔スルコトナシ例ヘハ甲者乙者ヲ毆打創傷シタルニ乙者カ治療ノ爲メ病院ニ至ルノ途中落雷ノ爲メ死亡セリト云フ場合ニ於テ因果關係ヲ標準トスルトキハ毆打致死ヲ以テ論セサル可カラサルモ刑事責任ノ限界ヲ通常生スヘキ範圍ニ限ルトキハ毆打創傷ノ責任ヲ負擔スルニ止マル、故ニ結果ニ於テハ相當因果關係若クハ必要的因果關係論ノ決定ト同一ニ歸着スト雖共只其原因ニ於テ即チ立論ノ根據ニ於テ予輩ハ刑事責任ノ限界ヲ犯意（過失）及因果關係ニ依テ定

メントシ後者ハ單ニ因果關係ノミヲ以テ定メントスル點ニ於テ異ル。

要之刑事責任ノ限度ニ就テハ刑法典ニ明規ナキカ故ニ一般理論ノ解決ニ俟タサル可カラスト雖モ民法ニ於テハ損害賠償ノ限度ヲ明定シタリ民法四百十六條卽チ之レナリ又以テ吾人ノ所說ノ資料タルヲ得ン歟。

違法行爲ノ意義

第五章　違法阻却ノ事由

第一節　違法行爲ノ概念

犯罪ハ違法行爲也、違法行爲トハ形式上ニ於テハ法ノ命令又ハ禁令ニ違反スル行爲也換言スレハ法規ノ禁スルコトヲ行ヒ若シクハ法規ノ命スルコトヲ爲ササル行爲也、實質上ニ於テハ法規ニヨリ保護セラルル利益即社會ノ共同生活上刑罰制裁ヲ以テ保護スルノ必要アル利益ヲ侵害スル行爲也約言スレハ法規ニヨリテ保護セラルル共通利益ト抵觸スル非社會性ヲ有スル行爲也。

蓋シ法律ハ社會ノ共通利益ヲ保護スル機關ニシテ如何ナル範圍如何ナル形式ニ於テ各個人ノ利益ヲ保護スヘキカヲ規定シ反面ニ於テハ一定ノ範圍一定ノ方法ニ於テ個人ノ自由ニ對スル法律上ノ限界ヲ定ムルモノニシテ此限界ヲ超越スル行爲特ニ犯罪ヲ如何ニシテ抑壓スヘキカノ方策ハ常ニ社會ノ共通利益卽チ其行爲カ社會共同生存ノ要件ニ適合スルヤ否ヤヲ標準トシテ決セサル可カラス從テ社會ノ共通利益卽チ共同生活ノ要件カ犯罪ニヨリ如何ニ侵害セラルルカノ關係ハ以テ法定刑ノ範圍及ヒ輕重ヲ定ムルニ重要ナル標準ナリ、故ニ刑法カ犯罪豫防ノ手段トシテ處罰スル行爲ハ共通利益ノ侵害若クハ危害ニヨル反社會的行爲也、

違法行爲ノ對象社會個人

反社會的行爲ハ其對象ニヨリテ二箇ニ分別スルコトヲ得即チ(一)ハ直接ニ社會ノ利益ノミヲ侵犯スルモノ例ヘハ猥褻罪ノ如シ(二)ハ直接ニ個人ノ權利ヲ侵犯スルモノ例ヘハ竊盜罪ノ如シ然レトモ(二)ノ場合ハ又間接ニ於テ必ラス社會ノ共通利益ヲ侵害スルトキニ非ラサレハ犯罪トナラス。

直接個人ノ法益ヲ侵害スル點ヨリ犯罪ノ區別

今直接ニ個人ノ法益ヲ侵害スル點ヨリ犯罪ヲ區別スレハ(一)實害罪。(二)危害罪。(三)危險罪ノ三種トナスコトヲ得ヘク而シテ危險罪ニアリテハ直接ニ

個人ノ法益ヲ害スルコトナシト雖其間接ニ保護セラルル社會共通ノ利益ヲ標準トシテ觀察スルトキハ何レノ犯罪ト云ヘトモ社會共通ノ利益ニ對スル侵害ナラサルナシ。

民法上ノ違法行爲

民法ニ於テハ其第九十條ニ於テ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行爲ハ無效トスト規定シ積極的ニ違法ナル概念ヲ明カニシ以テ人ノ自由活動ハ常ニ公秩良俗ヲ以テ最後ノ限界トナセリ刑法ニ於テハ積極的ニ違法ノ何タルカヲ規定セスシテ消極的ニ違法ヲ阻却スル事由ヲ列擧ス。

違法行爲ニ對スル學說

然レトモ違法行爲ニ就テハ學者間ニ主觀主義及ヒ客觀主義ノ議論アリ

一主觀主義

一主觀主義、法律上意思能力ナシト看做サレタル責任無能力者ノ行爲若クハ意思責任ナキモノノ行爲ハ法ノ令禁ノ範圍外也、故ニ責任無能力者又ハ意思責任ヲ有セサルモノノ行爲ハ法ノ令禁ニ違反スルモ違法トナルヘキモノニ非ラス。蓋シ此等ノ者ノ行爲ハ禽獸ノ行爲若クハ自然力ト何等ノ選フ所ナク而シテ法律カ禽獸若クハ自然力ニ對シテ一定ノ行爲ヲ命令若クハ禁止スルコトナケレハナリト。

二客觀主義

二客觀主義、客觀主義者ハ曰ク法ノ令禁ニ順行セサル行爲ハ社會共通ノ利益ヲ侵害スル反社會的行爲ナリ此反社會的行爲ヲ稱シテ違法行爲ト云フ從テ行爲ノ違法タルニハ責任能力者ノ行爲タルト否トニ關セス尙違法タルヲ妨ケス換言スレハ責任能力ノ有無及意思責任ノ有無ハ行爲ノ違法性ト何等ノ關係ヲ有セスト、

客觀說ヲ採ル其結果

予輩ハ客觀說ニ左袒スルモノ也、從テ左ノ如キ結果ヲ生ス

主觀的不論罪原因ト客觀的不論罪原因

客觀的不論罪原因ハ一般的ニ行爲其モノノ犯罪性ヲ消滅セシメ主觀的不論罪原因ハ一身的ニ犯罪ヲ不成立ナラシム蓋シ客觀的不論罪原因ハ行爲ノ違法性ヲ阻却スルニヨリ犯罪ヲ不成立ナラシメ其結果トシテ原則上加擔者ノ行爲ヲ併セテ阻却シ主觀的不論罪原因ハ責任無能力意思無責任等ニシテ此ノ原因ヲ缺クカ爲メニ犯罪ノ成立ヲ妨ケ共犯ノ成立ヲ不能ナラシムルモ斯ル原因アル行爲ヲ利用シタル第三者ヲシテ間接正犯ノ責任ヲ負ハシムルノ結果ヲ生ス。

客觀的不論罪原因ト除刑原因

客觀的不論罪原因ハ之ヲ除刑原因トハ區別セサル可カラス除刑原因トハ犯罪ノ特徴ヲ有スル行爲ノ存在スルニ係ハラス犯罪者ニ對シテ國家ノ刑罰權ヲ除外スヘキ事情ヲ云フモノニシテ此事情ハ個人ニ專屬スルモノナリ從テ此ノ事情ヲ有スル個人ノ行爲ニ加擔シタルモノハ免刑ス可カラス。

現行刑法ニ於テ行爲ノ違法阻却ノ事由トシテ規定シタルモノ二アリ卽チ緊急行爲及ヒ權利行爲之レ也緊急行爲ニハ緊急防衛行爲ト緊急避難行爲トアリ學者ノ說明スル所ニヨレハ緊急防衛行爲ハ權利行爲ノ一種ナリトスルカ如シ而シテ總テ權利行爲ハ違法行爲ニ非ラス從テ權利行爲ヲ以テ違法阻却ノ事由トシ若シクハ客觀的不論罪原因トスルハ決シテ論理ノ當ヲ得タルモノニ非ラス何トナレハ權利行爲ハ罪トナルヘキ行爲ニアラス違法トナルヘキ行爲ニ非ラサレハナリ然レ共吾人カ違法阻却ノ事由トシテ兩者ヲ併セ論スル所以ノモノハ畢竟了解ニ容易ナラシメンカ爲メニ從來ノ學者ノ編別ニ從フノミ。

緊急行爲ノ意義

緊急行爲ノ二種別

其一緊急防衛

其二緊急避難

第二節　緊急行爲

第一款　總說

緊急行爲ハ自己又ハ他人ノ法益ヲ保全センカ爲メニ緊急必要ナル場合ニ他人ノ法益ヲ侵害スル行爲ヲ云フ換言スレハ自己ノ法益ノ保全カ緊急必要ナルカ故ニ他人ノ法益ヲ侵害スルヲ以テ其行爲ノ特色トスル行爲也

緊急行爲ニ二種アリ卽チ

(一)自己若クハ他人ノ法益ニ對スル侵害カ緊急行爲ニヨリテ攻擊セントスル法益ノ主體ヨル來ル場合此場合ヲ緊急防衛ト稱ス

(二)自己若クハ他人ノ法益ニ對スル侵害カ緊急行爲ニヨリテ攻擊セントスル法益ノ主體以外ヨリ來ル場合此場合ヲ緊急避難ト稱ス

而シテ行爲ノ傾向ヲ案スルニ前者ハ常ニ一方的ニシテ後者ハ時ニ一方的ナルコトアリ時ニ双方的ナルコトアリ例ヘハ甲ノ殺害行爲ニ對スル乙ノ防衛行爲ハ前者ノ適例ニシテ不可抗力ニヨリ甲カ危險ヲ避ケントシテ

乙ノ法益ヲ侵害スル場合ハ後者ノ適例タル一方的ナル場合ニシテ甲乙兩人カ海中ニアリテ單ニ一人ノミヲ救助スルタケノ板片ヲ爭フノ場合ハ其双方的ナル實例也。

第二緊急防衛ノ基礎的觀念

甲自然法說

從來ノ學說ニヨレハ緊急防衛行爲ト緊急避難行爲トハ其性質ヲ異ニスルモノト觀察セラレ前者ハ權利行爲ニシテ後者ハ放任行爲ナリト唱導セラレタリキ斯ノ如ク緊急行爲ニ對スル基礎的觀念ヲ異ニスルノ結果ハ又緊急行爲ニヨル違法阻却ノ理由ニ就テモ各々其立論ノ根據ヲ異ニス。

第二款　緊急防衛ノ基礎的觀念

(甲)自然法說

カシウース曰、暴行ハ暴行ヲ以テ排除スルコトヲ得之レ自然法ヨリ出ツル所也故ニ武器ヲ有スルモノニ對シテハ武器ヲ以テ防衛スルコトヲ得故ニ若シ余盜賊タル爾ノ奴隷ヲ……余ヲ攻擊スルトキ殺スモ爾ハ余ニ對シテ何等訴ヲ起スコトヲ得サルヘシ何トナレハ自然ノ道理ハ吾人ヲ攻擊スル者ニ對シテ防衛スルコトヲ許セハ也、緊急必要ノ場合ニ已ムヲ得スシテ爲シタル行爲ニ就テハ責任ナシ何トナレハ凡テノ法律ハ暴力ヲ以テ暴力ヲ排除スルコトヲ許セハ也、

是レ成文法ニアラスシテ自然法ナリト、

然レトモ今日自然法說ニ贊スル者ナシ、

乙權利行爲說

(乙)權利行爲說、

權利說モ古來種々ノ立脚地ヨリ立論セラル、

(イ)不正消滅說

(イ)不正消滅說、ヘーゲル曰ク緊急防衛ハ權利行爲也何トナレバ不正侵害ハ權利ノ否認ニシテ緊急防衛ハ更ラニ之ヲ否認シ不正ヲ滅却スルモノナレハ也、

(ロ)刑罰權消滅說

(ロ)刑罰權消滅說、カーララ曰凡ソ國家カ犯罪ニ對シ刑罰ヲ以テ防衛ノ權ヲ行フハ畢竟個人防衛ノ不備ヲ補足シ其過度ニ至ルヘキヲ羈束センカ爲メナリ然ラハ若シ夫レ一時國家ノ防衛力カ無能ナルニ際リ之レニ代リタル個人防衛ノ力獨リ能ク其程度ヲ超越スルコト

一ナク十分ナル防衛ノ目的ヲ達スルニ於テハ國家ハ更ラニ之レヲ補足スヘキ不備アルヲ見出ササルカ故ニ之ニ干渉シテ刑罰權ヲ行フノ基礎ヲ失フヘシト、

(ハ)權利行爲說

(ハ)フエリー曰、緊急防衛ハ權利ナリ、何トナレハ不正ノ攻擊者即チ暴行者ハ非社會的行爲ヲ爲スモノニシテ國家ハ之ヲ撲滅スルヿヲ要ス然ルニ緊急防衛ノ行爲ハ斯ノ如ク國家カ撲滅ヲ要スヘキ非社會的行爲ヲ撲滅シテ社會共同ノ生存ヲ全フスルモノニシテ客觀的ニ見ルモ主觀的ニ觀察スルモ能ク國家立法ノ目的ニ適合スレハ也ト、

權利行爲說ノ論據

要之近世有力ナル學者ハ多クハ皆權利說ヲ取ル其立論ヲ見ルニ曰、凡ソ生命身體名譽財產等ノ權利ハ吾人カ生レナカラニシテ有スルモノタルハ明白ニシテ何等疑ナキ所ナリ從テ不法ニ之ヲ侵害スルモノアリ且ツ國家ノ救護ヲ俟ツ遑ナキトキハ吾人ハ之ヲ排除シテ此等ノ權利ヲ保全スルノ權利ヲ有スルモノトセサル可カラス然ラサレハ吾人カ自然ニ又ハ法律ニヨリテ享有スト稱セラルル所ノ生命身體名譽財產等ノ權利

其批評

ハ遂ニ其存在ヲ認ムルヿヲ得サルニ至ル可シ故ニ權利ヲ有スルモノハ其法律ノ範圍內ニ於テ其不可侵ヲ主張シ公力ニ訴ヘテ保護ヲ全フスルコト能ハサル場合ニ於テハ徒ラニ手ヲ拱シテ待ツコトナク違法ナル行爲ニ對シ權利自體ノ反撥的活動ヲナスコトヲ適法ナリト認ムル也ト

然レトモ緊急行爲ニ基ク行爲ハ自然ニ又ハ法律ニヨリ享有スル權利行爲ナリト云フト雖モ決シテ放任シタル行爲ニアラス換言スレハ防衛行爲夫レ自體ハ更ラニ之レニ因リテ自己カ防衛セントスル行爲ト同シク國法ノ保護スル他人ノ權利ヲ侵害スル行爲ナリ換言スレハ自己ノ權利ヲ保全センカ爲メニ更ラニ他人ノ權利ヲ犧牲ニ供スルモノ決シテ吾人カ衣食シ步行スルカ如キ行爲ト同一ナルモノニ非ラス

不正ノ侵害ニ對スル反撥的行爲ナルカ故ニ權利ナリトセハ正義若シクハ純理ヲ基礎トシテ權利ノ觀念ヲ定メントスルモノニシテ採ルニ足ラス若シ夫レ法律カ許容スルカ故ニ權利ナリト爲サハ緊急避難モ亦法律カ許容スルモノナルカ故ニ權利行爲トナササル可カラサル

ヘク暴行者ハ防衛行爲ノ結果ニ對シテ自己ノ權利ヲ主張スルコト能ハサルカ故ニ放任行爲ナリトスルトキハ暴行者カ暴行ヲ停止シタル場合ニ於テハ其瞬間ヨリ防衛者ハ權利ヲ失フニ至ラン、

(丙)自由意思喪失說、(後段緊急避難行爲ナトスル說參照)

緊急行爲ハ行爲者カ其事情ノ急迫ナル爲メ意思ノ自由ヲ喪失セル結果ナルカ故ニ之ヲ無罪トスヘシト。

此說ハ佛國派ノ學者ノ唱導スル所ニシテ人カ刑法上ノ責任ヲ負フニハ責任能力アリ犯意若クハ過失アリ且自由意思アルコトヲ要ス其自由ナル意思ヲ以テ決定セラレタル場合ニアラサレハ本人ニ刑事責任ナシ故ニ緊急已ムヲ得サル强制ニヨル行爲ハ此點ヨリシテ無罪トスヘシト。

(丙)自由意思喪失說

其批評

此說ニヨレハ緊急行爲カ無罪トナルハ犯罪ノ客觀的要件即違法性ヲ欠缺スルカ爲メニアラスシテ主觀的要件ヲ欠如スルニ依ルトノ結論ニ到達シ違法行爲ノ觀念ニ反ス且一定ノ法益ノ衝突アル場合ニ於テハ本人カ自由意思ヲ喪失スルニ至ラサル程度ノ場合ニ於テモ尙ホ其行爲ヲ放任シテ無罪タラシムルコトアルヲ忘レタルモノ也、

(丁)必要行爲說

(丁)必要行爲說、

緊急行爲ハ一ノ法益カ他ノ法益ト兩立スル能ハサル場合ニ急迫ニシテ國家ノ干涉ヲ容ルル餘地ナキカ故ニ無罪ニシテ其行爲ハ決シテ權利行爲ニアラス却テ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛セシカ爲メ更ニ不正侵害者ノ權利ヲ侵害スル不法行爲ナリ換言スレハ甲ノ權利ヲ防衛センカ爲メニ乙ノ權利ヲ犧牲トスルモノニシテ、權利侵害ノ行爲也從テ本來違法行爲也、只之ヲ罰セサルノ理由ハ此場合此ノ行爲ニ出ツルノ外途ナキカ爲メ已ムヲ得スシテ爲ス必要行爲ナルカ故ノミ決シテ權利行爲ニ非ラサル也何トナレハ防衛行爲ハ之ヲ要スルニ至リタル原因ハ暴行者ニ存スルモ之ニ依リテ當然暴行者ノ權利ヲ傷害スルコトヲ得ル權利ノ發生スヘキ理由ナク又暴行ハ排除セラレサル可カラサルモ爲メニ自己ノ有スル諸般ノ權利ヲ喪失スル理由ナケレハ也、故ニ緊急防衛行爲ハ防衛者モ暴行者モ共ニ生命、身體、財產等國法カ保護スル權利ヲ有シ而カモ二者

緊急防衛ト緊急避難ノ差異

ノ權利カ互ニ競合シテ兩存スルコト能ハサル狀態卽チ權利衝突ノ場合ニ於ケル必要行爲也從テ緊急避難行爲トノ差異ヲ求ムレハ單ニ

(一)自己ノ權利保存ノ爲メ一方カ他方ヲ害スル行爲カ彼レニアリテハ危難ヲ避クルカ爲メ危險ノ原因タラサル他人ニ對シテ行ハレ

(二)他人ノ權利保全ノ爲メニ害セラルル者カ彼レニアリテハ主觀客觀孰レノ方面ヨリ觀察スルモ何等爲ス可カラサル惡行卽チ不正行爲ヲ爲シタルニアラサルモ此ハ主觀的ニ觀察スルモ客觀的ニ觀察スルモ不正行爲ヲ爲シタルノ差アルノミ。

然レ共現行刑法ノ規定幷ニ立法者ノ意思ハ防衛行爲ヲ以テ權利行爲トシ避難行爲ヲ以テ違法阻却ノ事由トスルカ故ニ現行刑法ノ解釋トシテハ緊急防衛行爲ハ之ヲ權利行爲トシテ說明セサル可カラス、

第三款　緊急防衛ノ成立要件

緊急防衛行爲ノ成立要件トシテハ

第一急迫不正ノ侵害アルコト

(一)侵害アルコト

(二)急迫ナルコト

急迫不正ノ侵害アルコト

加害行爲ハ權利ヲ防衛スル爲メ不正ノ侵害者ニ對シテ行ハルルコト

加害行爲ハ已ムヲ得サルノ範圍ニ於テ行ハルルコト

第一、緊急防衛ノ成立スルニハ急迫不正ノ侵害アルコト

(一)侵害アルコト、侵害トハ他人ノ權利ニ對スル積極的ノ攻擊ヲ意味シ純然タル不作爲ハ侵害ニアラス而シテ此ノ侵害ナケレハ防衛ヲ存セサルコトハ當然也、

(二)急迫ナルコト、現在切迫セル侵害ナルコト從テ未來ノ侵害ニアラサルコト換言スレハ侵害カ直接ニ開始セラレントスルノ狀態ニ切迫シ若シ開始セラレタルトキハ尙ホ其行爲カ繼續中ナルコトヲ要ス、而シテ侵害終了ノ時期ハ多クハ實害完成ノ時期ニ一致スヘキモノナレトモ既遂ノ時期トハ必スシモ一致セサル場合アリ(舊刑三一五條第二項)

緊急防衛ハ侵害ノ急迫ナルコトヲ要スルカ故ニ將來ノ侵害ヲ慮リ之ニ對スル豫防方法ヲ講シ侵害ノ發生スルニ當リテ其効果ヲ生セシム

ルカ如キハ不當ニアラスト雖モ又緊急防衛行爲ニアラス、

(三)侵害カ不正ナルコト、不正トハ違法ヲ意味ス卽チ適法行爲ニ對シテ緊急防衛ナク緊急防衛ハ常ニ不正行爲ニ對スルコトヲ要ス從テ緊急防衛ノ程度ヲ超越スル行爲ハ又不法ナルカ故ニ之ニ對シテ緊急防衛ヲ認ムルコトヲ得(緊急行爲ヲ權利行爲トスルトキハ反對ノ論結ヲ採ラサル可カラス)緊急防衛ノ條件トシテハ急迫不正ノ侵害ヲ以テ十分トシ其侵害行爲カ刑法ノ適用ヲ受クヘキ行爲タルコトヲ要セス、

無能力者動物ニ對シテモ防衛權アリヤ、

第一說 侵害行爲ノ違法ナルヤ否ヤハ客觀的ニ判斷スヘキモノナルカ故ニ引責無能力者ハ勿論動物ニ對シテモ又防衛權アリト、

第二說 動物ニ對シテハ防衛權ナキモ苟クモ人タル以上ハ責任能力ノ有無如何ニ係ハラス其違法行爲ニ對シテハ防衛行爲ハ成立ス只タ無意ノ身體ノ運動ハ行爲ニ非ラサルカ故ニ防衛權ナシト、

(三)侵害カ不正ナルコト

第二說 動物ニ對シテ防衛權アリヤ

第一說 積極

第二說 動物ニ對シテノミ防衛權ナシ

印度刑法

印度刑法第九八條 犯罪タルヘキ行爲カ行爲者ノ年少ナルコト、理解力ノ不熟ナルコト、精神ニ障碍アルコト若クハ酩酊セルコトノ爲メ又ハ或誤解ノ爲メ其犯罪ヲ構成セサル場合ニ於テモ亦其行爲ニ對シテ緊急防衛ヲ行フコトヲ得、

第三說 不法ノ侵害カ客觀的ニ違法ナルノミナラス主觀的ニモ又違法ナル場合ニアラサレハ防衛權ナシ故ニ無能力者又ハ動物ニ對シテハ緊急避難アルノミ緊急防衛ヲ認ム可カラスト、

予輩ハ違法行爲ノ觀念ニ於テ論述シタル理由ニヨリテ第二說ヲ採ル

第二 加害行爲ハ急迫不正ノ侵害ヲ排斥スルニ依リ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムヲ得サルニ出テタルコトヲ要ス、

(一)加害行爲ハ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メナルコト

防衛ハ侵害終了前ニ於テノミ存スヘク侵害終了後ニ於テハ防衛ナク只復讐アルノミ又不法行爲ノ現存スル場合ニモ防衛スヘキ權利ナキトキ換言スレハ自己又ハ他人ノ權利ナキトキハ防衛權ナシ(百七十四條公然猥褻ノ行爲ヲ爲シツツアル時ノ如キ)然レ共權利侵害ノ存スル以上ハ其權利ノ如何ヲ區

第三說 消極說

第二說ヲ取ル

第二要件

(一)加害行爲ハ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メナルコト

別スルコトナク防衛權アリ（蓋刑法ハ三一四、三一五條ニ於テ身體生命財産ニ對スル放火其他二三ノ權利ニ制限セリ）

(二) 加害行爲ハ急迫不正ノ侵害其モノニ對スル排斥手段タルコト

加害行爲ハ急迫不正ノ侵害ヲ爲ス者ノ攻擊力ヲ擊退スル手段トシテ行ハルルコトヲ要シ不法ノ攻擊ヲ排斥スル手段ハ必ラスシモ攻擊者ノ生命身體ヲ害スルモノタルコトヲ要セス（例ヘハ攻擊者ノ奴隸ヲ奪フカ如キ手段モ可ナリ）苟クモ攻擊者ニ對スルモノナル以上ハ緊急不正ノ侵害ヲ排斥スルニ必要ナル手段ハ其態樣ノ如何ヲ問ハス、

(三) 加害行爲ハ止ムヲ得サルニ出テタルコト

止ムヲ得サル行爲トハ如何ナル行爲ヲ云フカニ就キテハ防衛行爲ヲ權利行爲ナリトスルト必要行爲ナリトスルニ依テ其意義ヲ異ニス、

第一權利說論者ノ主張

第一、權利行爲論者ハ曰ク急迫不正ノ侵害ヲ受ケタルモノカ逃避シ得ルト官廳ノ保護ヲ求メ得ルト將タ又侵害ヲ豫見シタルト否トニ關係ナク只防衛ニヨル加害行爲カ侵害ヲ排斥スル爲メ必要ナル程度內ニ止マルトキハ之ヲ以テ已ムヲ得サル行爲ト爲スコトヲ得ト、

第二必要說論者ノ主張

第二、必要行爲說ヲ採ル論者ハ曰ク止ムヲ得サルノ行爲トハ腕力ヲ用ユルノ外急迫不正ノ侵害ヲ排斥スルノ手段ナキコト及其加害行爲カ必要ナル程度內ニ行ハレタルコトヲ要ス從テ逃避シ得ルニ拘ラス尙反擊ヲ加ヘタルトキハ防衛行爲ニアラス假リニ防衛行爲ハ權利行爲ナリトスルモ侵害者ニ對シテ衝突スル行爲ハ防衛者自身ニモ又危險ナル行爲ナリ逃避シ得ラルヘキ安全ナル方法アリトセハ逃避スヘシト命令シテ以テ選擇ノ自由ヲ制限スルモ決シテ不當ニアラス寧ロ兩全ヲ得ルノ道也故ニ好ンテ暴行者ヲ反擊スルハ決シテ防衛行爲ノ本旨ニアラス、

後說ヲ採ル

理論上ニ於テハ後說ヲ採ラサル可カラサルモ法典ノ解釋トシテハ前說ヲ採ラサル可カラス

急迫不正ノ侵害アリシヤ否ヤ

急迫不正ノ侵害アリシヤ否ヤヲ決スル標準、

防衛行爲カ止ムヲ得サルニ

主觀主義　防衛者自身ニ判斷スヘキモノニシテ防衛者カ急迫不正ノ

出テタルヤ否ヤヲ決スル標準

主觀主義
客觀主義

客觀主義ヲ正當トス

自己ノ不正行爲ニヨリ急迫不正ノ侵害ヲ招キタルトキ

舊刑法ノ規定

侵害アリ從テ防衛行爲ハ止ムヲ得スト信シタルトキハ其加害行爲ニ就テ防衛權ヲ認ムルコトヲ得ト。

客觀主義　此ノ問題ハ嚴格ニ客觀的方面ヨリ觀察スヘキモノニシテ客觀的ニ判斷シテ如此キ條件ナキニ拘ラス之レアリト信シテ加害行爲ヲ爲シタルトキハ防衛權ナシト。

蓋シ緊急行爲ハ客觀的違法阻却ノ事由也故ニ其判斷モ裁判官ニ於テ防衛者及攻擊者ノ力量、攻擊ノ緩急ヲ斟酌シテ決セサル可カラス若シ夫レ急迫不正ノ侵害アリト誤認シテ爲シタル加害行爲カ罪トナルヤ否ヤハ別問題也。

自己ノ不正行爲ニヨリ急迫不正ノ侵害ヲ招キタルトキ、

舊刑法ニ於テハ其第三百十四條但書ニ於テ此ノ問題ヲ消極ニ決定セリ從テ舊刑法ニ於テハ自己カ不正行爲ヲ爲シタルカ爲メ被害者ノ怒リニ觸レ殺傷セラレントスル場合ニハ甘ンシテ其犧牲ニ供セラルルカ、然ラサレハ之ヲ防衛スルニ就キ刑責ヲ負擔セサルヲ得サリキ此ノ法條ノ甚タ不當ナルハ學者間議論ノ一致スル所ニシテ新刑法ニ於テハ全然此規定ヲ削除セリ。

新刑法ノ解釋

侵害行爲ヨリ生スヘキ害ハ防衛行爲ヨリ生スル害トハ均等ナルコトヲ要スルヤ

第一急迫ノ程度ヲ以テ定ム

蓋シ緊急防衛行爲ハ必要行爲ナリ其本質ハ寧ロ不法行爲也從テ自カラ不正行爲ニヨリテ侵害ヲ誘致シタル場合ト雖モ加害者ノ行爲カ其必要ノ程度ヲ超越スル場合ハ即チ又違法行爲也之レニ對シテ緊急防衛ヲ存スルハ當然也、然レトモリストカ云フ如ク侵害者ヲ殺害スル意思ヲ以テ急迫不正ノ侵害ヲ誘致シ其侵害アルヲ待ッテ之レヲ防衛スルカ爲メニ侵害者ヲ殺害スルモ尚防衛ナリト云フハ極端也權利ノ濫用ナレハ也。

侵害行爲ヨリ生セントスル害ト防衛行爲ヨリ生セントスル害トハ均等ナルコトヲ要スルカ。

此問題モ又權利行爲說ト必要行爲說トニヨリテ二派ニ分ルルカ如シ。

第一說　防衛ノ程度ハ侵害サレタル法益ノ大小ニヨリテ定マルモノ

ニアラスシテ侵害ノ急迫ノ程度ニヨリテ定マルモノナルカ故ニ侵害ノ目的タル法益ト防衛行爲ニヨリ害セラレタル法益ト均等ナルコトヲ要セス若シ夫レ直接切迫セル侵害ニ對シ法益ノ均等ナルヤ否ヤノ注意義務ヲ防衛者ニ負ハシムルハ過度ニ過クレハナリトハ權利行爲論者ノ主張スル所也。

第二說　二個ノ法益ハ全然對當ナルコトヲ要セサルモ或ル範圍ニ於テ比例ヲ失セサルコトヲ要ス然ラサレハ已ムヲ得サル行爲ト云フコトヲ得ス從テ緊急防衛ニアラストハ必要行爲說ヲ採ル當然ノ論結也。

第二或範圍ニ於テ比例ヲ失セサルコトヲ要ス

印度刑法

此ノ點ニ就テ印度刑法典ノ規定ハ參照ノ價値アリ曰ク。

暴行カ生命ニ危害ヲ來シ其他重大ナル傷害ヲ生スヘキモノナルトキ又ハ不自然ナル獸慾ヲ充タシ若クハ誘拐略取竊盜監禁ヲナスノ目的ニ出テタルトキハ暴行人ヲ殺シ若クハ其他ノ加害ヲ爲スコトヲ得ルモ其他ノ場合ニ於テハ暴行人ヲ殺スコトヲ得ス

又財產防衛權ヲ行フモノハ暴行カ强盜夜間家宅侵入放火其他ノ重ナル害ヲ生ス可キ竊盜等ノ犯罪タルヘキ場合ニ限リ暴行人ヲ殺スコトヲ得ルモ其他ノ場合ニ於テハ之ヲ殺害スルコトヲ得ス。

斷定

要之被害法益ト侵害法益トハ均等ナルコトヲ要スルヤ否ヤノ問題ハ權利行爲說ニヨルト必要行爲說ニヨルトヲ問ハス刑法々典ノ解釋上ノ問題ニシテ又刑法々理ノ問題ナリ既ニ刑法典ニ於テハ防衛行爲ノ超越ヲ罰スルノ法條ヲ設ケタルノミナラス之ヲ刑法ノ法理ヨリ論スルモ刑罰ハ社會防衛ノ必要ナル程度ニ限定セサル可カラス從ツテ吾人ハ本問ニ就テハ第二說ヲ採ラント欲ス、或ハ法典ノ解釋上權利行爲ヲ採ル以上ハ本問ニ於テ第一說ヲ採用スルヲ以テ理論ヲ貫徹スルカ如キモ之レ素ヨリ皮相ノ見解ニシテ刑法々規制定ノ大趣旨ヲ沒却スルモノ也、何トナレハ第一說ニ從フトキハ甲カ演壇ニ立チテ乙者ヲ誹毀スル場合ニ於テハ乙者カ緊急防衛トシテ甲者ヲ銃殺スルモ尙ホ所罰スルコトヲ得サルカ如キ結果ヲ招致スヘク之レ豈ニ法ノ眞趣旨ニ合スルモノナランヤ。

第四款　緊急避難ノ基礎的觀念

緊急避難行爲ノ基礎的觀念モ亦緊急防衛行爲ノ基礎的觀念ト同一ニシテ必要行爲ニヨリ無罪ナルコトハ曩キニ緊急行爲ニ就テ論述シタル所ノ如シ然レ世緊急防衛ト緊急避難トハ古來其觀念ヲ異ニセルモノト見解サレタル結果緊急避難ヲ無罪トスルニ就テ種々ノ議論ヲ試ミラレタリ今其要點ヲ摘出シテ參考ニ資ス。

緊急避難無罪ノ學說

第一說　共同財產說

此說ハ國際法學者トシテ有名ナルグロチウースニヨリテ宣言セラレタル所ニシテ其大意ニ曰ク原始時代ニ於テハ總テノ財產ハ皆吾人ノ共有ニ屬シ吾人各自ハ自由ニ之レヲ利用スルコトヲ得タリキ然レトモ社會ノ進ムニ從ヒ共同財產ヲ有スルハ種々ノ點ニ於テ不都合ヲ生シ一般生存ニ不便ナルヨリ共諾ニ基キ個人所有權ヲ創始スルニ至リシモノナリ然ラハ共同財產ト云フコトハ財產其モノノ本體ニシテ個人所有權ハ畢竟ソノ假ノ地位ニ過キサルモノナルカ故ニ一朝必要アルトキハ其本體ニ復歸スヘキモノナリ從テ必要ニ迫マラレタル者ハ自由ニ他人ノ所有權ヲ侵害スルコトヲ得ヘシ蓋シ之ヲ原人ニ問ハハ彼等ハ却テ彼等カ所有權ヲ創始シタル趣旨ニ適合スルモノニシテ何等背戾スルコトナシトシテ首肯セント此說ハ今日ニ於テモ尙社會主義ノ一派ニヨリテ主張セラルル所ナリ。

第一說共同財產說

第二說　自由意思喪失說

緊急ノ危難ニ際シテ作爲不作爲シタル者ハ其犯シタル罪ヨリモ尙重大ナル危險アルヲ恐レ之レヲ避ケンカ爲メ作爲不作爲シタルモノニシテ人ハ專ラ自己ノ存立ヲ慮ルニ急ナルモノナルカ故ニ自カラ危害ニ陷リテハ脅喝サレ易ク從テ又常ニ之レヲ避ケンコトヲ欲スルモノナリ故ニ危害ニヨリ威嚇サルル時ハ既ニ完全ナル自由意思ヲ有セス隨テ又之レニ抵抗スル力ヲ有セス故ニ其行爲ハ無罪タリト。

第二說自由意思喪失說

第三說　選擇ノ自由喪失說

二個ノ切迫シタル實害中其一ヲ選ンニアラサレハ他ヲ避クルコトヲ得サル狀態ニアルトキハ已ニ無形ノ强制ヲ受クル狀態ニアルモノトス此ノ場合ニ於テ犯罪行爲ヲ選ヒタルモノハ全タク無意ニアラス故ニ選擇ノ自由ヲ停止セラルルコトナシト雖共其選擇ノ範圍ハ極メテ狹隘ナル範圍內ニ限局セラレタルニ拘ラス其何レカヲ選バサル可カラサルノ狀態ニアリ從テ斯ノ如キ狀態ニ於テハ非凡ナル君子人ニ非ラサルヨリハ一犯罪行爲ヲ選ハサルヲ得ス故ニ無罪トスルナリト。

第四說　刑罰無效說

第四說刑罰無效說

凡ソ國家カ刑罰ヲ科スルハ犯人ニ對スル威嚇、犯罪ノ豫防若シクハ改善等ノ必要ニヨルモノニシテ其何レカノ目的ヲ達シ以テ國家ノ秩序ヲ全フセントスルニアリ隨テ此目的ヲ達スルコトヲ得ヘキ場合ニアラサレハ刑罰ヲ科スルモ啻タ徒勞ニ屬スルノミナラス不正タリ案スルニ緊急狀態ニ因ル行爲ハ刑罰ヲ受クル苦痛ヨリモ更ラニ重大ナル害惡ヲ避ケンカ爲メニ行爲スルモノナリ故ニ刑罰ハ之レニ對シテ何等ノ效果ヲ有セサルカ故ニ科刑ノ問題ヲ生スヘキニアラスト。

第五說　緊急權利說

第五說緊急權利說

危難ニ遭遇シタルモノカ他人ノ權利ヲ犧牲ニシテ自己ノ權利ヲ救濟セサルハ寧ロ愚鈍タルヲ免カレスト認メ得ヘキ場合例ヘハ些少ノ財產ヲ害セサラントスルカ爲メ自己ノ生命ヲ失フ場合ノ如キハ自己ノ生命ヲ救濟スルカ爲メ他人ノ財產ヲ侵害スルノ必要アリ必要ハ權利ヲ生スト、

第六說　刑罰免除說

第六說刑罰免除說

危難ニ遭遇セルモノカ他人ノ權利ヲ犧牲ニシテ己レノ權利ヲ救濟スルコトナク寧ロ自己ノ權利ヲ拋棄シテ他人ノ權利ヲ救濟スルハ最高ノ德義ニ適合スル場合アリ然レトモ最高ノ德義ヲ以テ刑罰ノ基礎トナスコトヲ得サルカ爲メニ之レニ對シテハ刑罰ヲ免除スト、

其他種々ノ說アリト雖モ要之主觀說ト客觀說トノ二ニ出テス或ハ其間折衷的見解ヲ持スル學者ナキニ非ラスト雖共予輩ハ避難ト防衛行爲

其他ノ主義避難行爲ト同一ナリ

トハ同一ナリト思惟スルカ故ニ同シク必要行爲ニヨル免刑說ヲ採ル、

第五款 緊急避難ノ成立要件

緊急避難行爲ノ成立要件ハ左ノ如シ、

現在危難ノ存スルコト

危難カ自己又ハ他人ノ生命身體自由若クハ財產ニ對スルコト、

加害行爲カ危難ヲ避クル爲メ止ムヲ得サルコト

加害行爲ハ避ケントシタル害ノ程度ヲ越ヘサルコト

緊急避難行爲ノ要件ト防衛行爲ノ異點

第一要件 現在ノ危難ノ存スルコト

避難行爲ニ對シテ避難行爲ナリ

第一、 現在ノ危難ノ存スルコト

危難トハ天災其他偶然ナル事實ニヨリ實害ヲ生スル虞アル狀態也、豫期セラレサル他人ノ行爲モ亦危難タルコトヲ得ヘク而カモ其行爲ハ必スシモ違法ナルコトヲ要セス（此點ハ緊急防衛ト異ナル第一點ナリ）

從テ避難行爲ニ對シテ避難行爲ヲ生スルコトヲ得ヘク防衛行爲ノ如ク防衛ノ程度ヲ超越スル場合ニアラサレハ又防衛權ナキト其實質ヲ異ニス去レト法律上豫期セラレタル他人ノ適法行爲ニ就テハ避難行爲ナシ例ヘハ死刑執行者ニ對シテ死刑囚ニ避難行爲ヲ認ム可カラス正當防衛ニ對シ避難行爲ヲ認ム可カラス、

舊刑法第七十五條第一項ニ於テ責任能力ノ阻却ニ干シ第二項ニ於テ違法性ヲ阻却スヘキ客觀的ノ事由ニ關シ避難行爲ヲ認メタルモ新刑法ハ全然如斯區別ヲ認メス何レモ第三十七條ニ右兩者ヲ包含セシメタリ故ニ兩者共ニ緊急避難ノ觀念ニ屬ス、

舊刑法七十五條 (一)危難ハ現在ナルコト (二)危難ハ自己又ハ他人ノ生命身體自由財產ニ對スルコト

(一)危難ハ現在ナルコト即チ急迫ナル危難アルコトヲ要ス故ニ切迫セサル危難又ハ過去ノ危難ハ緊急行爲ノ原因タルコトヲ得ス、

(二)危難ハ自己若クハ他人ノ生命身體自由若クハ財產ニ對スルモノナルコト從テ右列擧以外ノ法益例ヘハ名譽ニ對シテハ避難行爲ヲ認メス（之レ防衛行爲ト異ナル第二點也）防衛行爲ノ場合ハ廣ク權利防衛ノ爲メニスル加害行爲ヲ認メタルモ緊急避難ノ場合ハ第三十七條列擧ノ法益侵害ニ限ル、

舊己若シクハ親族ノ生命身體ニ對スル危難ノミニ就テ避難行爲ヲ認メタリ、

第二要件 加害行爲ハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス、

第二、 加害行爲ハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス、

(一)加害行爲ハ危難ヲ避クル爲メニ已ムヲ得サルニ出テタルコト換言スレハ危難ヲ避クル爲メニハ其加害ヲナスノ外ニ何等ノ手段ナカリシコトヲ要ス故ニ危難ノ原因タル人又ハ物ニ對シテ緊急防衛ヲ行ヒ又ハ反擊ヲ加ヘ其危難ヲ排斥スルコトヲ得ルカ又ハ逃避其他ノ手段アルトキハ緊急避難トシテ第三者ヲ害スルコトヲ得ス換言スレハ其場合ニハ第三者ニ對スル加害行爲ハ無罪トナスコトヲ得ス、

(二)加害行爲ハ避ケントシタル害ノ程度ヲ越ヘサルコトヲ要ス、

危難ヲ避クル爲メ止ムコトヲ得サル行爲ヨリ生シタル害ハ行爲者カ其危難ニヨリ發生スヘキコトヲ認メタル害ノ程度ヲ越ヘサルコトヲ要ス此ノ點ハ新刑法カ新ニ採用シタル所ニシテ舊刑法ハ此ノ規定ヲ缺如シタル結果危難行爲タリ得ル場合ハ廣汎トナリ從テ種々ノ弊害ヲ生シタリキ、

然ラハ其避ケントシタル害ト避難行爲ヨリ生シタル害トノ輕重ヲ判斷スル標準如何。

(一)加害行爲ハ危難ヲ避クル爲メニ已ムヲ得サルニ出テタルコト

(二)加害行爲ハ避ケントシタル害ノ程度ヲ越ヘサルコト

避ケントシタル害ト避難行爲ヨリ生シタル害トノ輕重ヲ定ムル標準

第一說　刑ノ輕重ノ順序ト各種ノ法益ニ對スル刑罰保護ノ厚薄ニヨリテ定ムヘキモノナリト主張ス曰ク刑罰ノ實質ハ法益ノ剝奪ナルカ故ニ刑罰ノ輕重ハ法益ニ對スル害ノ輕重ヲ定ムル一材料タルヘク又刑罰保護ハ重キ法益ニ厚ク輕キ法益ニ薄キノ理ナルカ故ニ其厚薄ヲ以テ法益ニ對スル害ノ輕重ヲ決スル一材料トナスコトヲ得ヘシ此趣意ニヨリ法典第九條ニ於ケル刑ノ順序及身體、生命、自由、財產等ニ對スル犯罪ノ刑ノ輕重ヲ比照シ綜合シテ定ムヘキモノナリ、

然レトモ重大ナル財產上ノ害ハ時トシテ身體又ハ自由ニ對スル些細ノ害ヨリモ重シト認ムルヲ得ヘク又分量上大小ノ差異アル同種ノ害ニ付キテハ其分量ノ如何ニヨリ輕重ヲ決定スヘキモノナリ、

而シテ避難行爲ニヨル加害行爲ハ必ラスシモ具體的ニ實害ヲ生スルモノニアラス從テ無形ノ害アル場合ニモ前段ノ見解ニ從フ、

第一說　刑罰保護ノ厚薄ニヨリテ定マル

第二說　法益ニ對スル害ノ程度ハ其法益ノ種類ノ異同ニヨリ之ヲ決スルコトヲ得ス元來避難行爲ハ個々ノ場合ニ於テ各個人ノ法益ノ救濟

第二法益ノ種類ノ異同ニヨリ法益ニ

對スル害ノ程度ヲ決スルコトヲ得スト

緊急行爲ニ據ル加害行爲カ程度ヲ超ヘタルトキ

ニ關スルモノナルカ故ニ避難行爲者ノ地位境遇理想其他一身的事情ノ如何ニヨリ避ケントシタル害ノ價値ヲ判斷シ以テ避難行爲ヨリ生シタル害トノ輕重ヲ定ムヘキモノナリ例ヘハ淫賣婦ハ殆ント貞操ノ觀念ヲ有セサルニ反シ節婦ノ之ヲ重ンスルヤ寧ロ生命ニ代ユルモノアリト。

此說ハ「ビンヂング」ノ主張スル所ニシテ予モ亦暫ク此ノ說ニ從ハント欲ス。

緊急行爲カ程度ヲ越ヘタルトキハ一般ノ原則ニ從ヒ犯罪ヲ構成ス然レトモ法律ハ情狀ニヨリ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得ト規定ス若シ夫レ緊急避難ヲ幻覺シタルニ因リ加害行爲ヲ爲シタルトキハ罪トナルヘキ事實ノ錯誤ニ基クモノナルカ故ニ故意犯ヲ構成セス（犯意論參照）然レトモ危難ニヨリ犯罪ノ不成立ヲ來スハ本人カ當該危險ヲ犯スヘキ義務ヲ有セサル場合ニ限ルモノニシテ危難ニ際シテ尙一定ノ行爲ヲ爲スヘキ業務上ノ特別義務ヲ負擔スル場合ニハ其義務違反ハ行爲ノ違法タルヲ免レサルモノトス例ヘハ看護婦又ハ醫師カ傳染ノ恐レアルヲ理由トシテ患者ヲ遺棄スル場合ノ如シ。

權利行爲

第三節　權利行爲

現行刑法ハ其第三十五條ニ於テ「法令又ハ正當ノ業務ニ因リ爲シタル行爲ハ之ヲ罰セス」ト規定ス其罰ス可カラサルハ客觀的ニ違法ナラサルカ爲メニシテ行爲者カ例ヘハ違法ナリト幻覺スルモ權利行爲ハ權利行爲ナリ行爲者ノ意思如何ニヨリテ違法行爲ト變スルモノニ非ス而シテ法令ニヨリ爲シタル行爲トハ法令ニ於テ直接ニ命令若クハ許容セラレタル行爲ニシテ正當ノ業務トハ成文法令又ハ慣習ニヨリ正當ナリト認メラルル業務ヲ意味ス然レトモ此等ノ行爲ハ權利ノ正當ナル行使トシテ其權利ノ範圍內ニ於テノミ適法ナリトセラルルモノニシテ其權利ノ範圍ヲ超越シ公序良俗ヲ破ルノ行爲ハ權利ノ濫用ナリ殊ニ權利ノ行使ニ託シテ他人ヲ害スルハ違法ナリ此ニ於テカ權利ノ行使ハ如何ナル條件ノ下ニ適法ナリト認

ムヘキカノ問題ヲ生ス

抑モ法律カ一定ノ權利ヲ認ムルハ其權利カ社會ノ共同生活上有益ナルヲ以テ也即チ權利ハ社會上一定ノ目的ヲ有スルモノニシテ決シテ絶對ナルモノニアラス隨テ社會カ認メタル趣旨ニ從テ其權利カ行使セラルル場合ニ限リ適法ナルモノト云フコトヲ得ヘシ故ニ概括的ノ說明トシテハ權利ノ社會的認諾ニ違反シタル行爲ハ權利ノ濫用ナリト見解スルコトヲ得ヘシ然レ共之レ素ヨリ權利ノ概括的說明タルニ止マルモノニシテ社會カ認諾シタル權利ノ如何ナルモノナルカハ各時代ニ於テ具體的ニ定ムヘキ問題ナリ今刑法々規ト照合シテ權利行爲タルヘキモノノ中顯著ナルモノニ就テ說明ヲ下セハ左ノ如シ。

第一法令ニ因ル行爲

第一、法令ニ因ル行爲、

如何ナル行爲カ法令ニ因リテ爲サレタル行爲ナルヤ否ヤハ各種ノ法規ヲ探究シタル後ニアラサレハ具體的ニ之ヲ決定スルコトヲ得スト雖モ其主ナルモノハ左ノ如シ、

職務執行ノ權限及形式權ハ何人ニ屬スルカ

(一)公ノ職務ノ執行爲

(イ)下級官吏ニ解釋權ナシ

(ロ)下級官吏ニ解釋權アリ

(一)公ノ職務ノ執行々爲、

公ノ職務ノ執行ニハ官吏、公吏カ本屬長官ノ命令ニ從テ爲ス場合ト直接ニ法令ニ基キ自己ノ權限トシテ爲ス場合トアリ其ニ其行爲ノ違法ナラサル點ニ於テハ同一ナリ舊刑法第七十六條ニ於テハ單ニ前者ノ場合ノミヲ規定シタルハ狹キニ失ス、

而シテ公ノ職務ノ執行ニ關シテハ一定ノ權限ト一定ノ形式トアリ此權限ヲ超エ其形式ヲ守ラサル行爲ハ職務ノ執行トシテ無效ナリ然レトモ其權限及形式ニ關スル法規ノ解釋權ハ何人ニ存スルカハ刑法上ノ問題ニアラスト雖モ本問ヲ決スル先決問題タリ此先決問題ニ對シテ行政法學上ニ於テハ三說アリ。

(イ)說　下級官吏ハ本屬長官ノ命令ニ服從スヘキ義務アリト、

ナク絶對ニ其命令ニ服從スヘキ義務アリト、

(ロ)說　ハ之ト正反對ニシテ下級官吏ハ長官ノ命令ノ形式及實質ヲ審査スルコトヲ得ルモノニシテ若シ其命令ノ形式及實質カ法規違反ノモ

ノナルトキハ之レニ服從スルノ義務ナシトシ、

(ハ)折衷說

(ハ)說　ハ兩說ヲ折衷セルモノニシテ下級官吏ハ本屬長官ノ命令アル場合ニ於テ其形式ヲ審査スルコトヲ得ルモ實質ニ就テハ斯ノ如キ權能ナシトス此說ヲ近時ノ通說トス、

其理由トスル所ヲ聞クニ下級官吏ハ長官ノ命令カ長官ノ職權ノ範圍內ニ於テ發セラレタルモノナルヤ否ヤ其命令ノ形式ハ法令ノ規定ニ適合スルモノナリヤ、命令セラレタル事項ハ自己ノ職務ノ範圍內ニ屬スルヤ否ヤノ點ヲ審査シ消極的斷定ヲ下スヘキ場合ニ於テハ其命令ニ服從スルノ義務ナシ特ニ長官ノ命令事項カ明ラカニ犯罪行爲ナル場合ニ於テハ何人モ犯罪行爲ヲ爲スノ職務アリト云フコトヲ得サルカ故ニ下級官吏カ之レニ服從義務ナキハ明瞭ナリト云フニアリ予輩ハ暫ク通說ニ從フ、

折衷說ヲ通說トス

(二)親權者ノ懲戒行爲

(二)親權者ノ懲戒行爲

民法第八百八十二條ニ規定シテ曰ク「親權ヲ行フ父又ハ母ハ必要ナル範圍內ニ於テ其子ヲ懲戒シ又ハ裁判所ノ許可ヲ經テ之ヲ懲戒場ニ入ルルコトヲ得」ト即チ此ノ規定ノ範圍內ニ於ケル懲戒行爲ハ權利行爲トシテ無罪ナリ、

(三)精神病者ニ對スル監護行爲

(三)精神病者ニ對スル監護行爲、

精神病者監護法第一條ニハ精神病者ノ監護義務者ヲ定メ第二條ニハ監護義務者ニ非ラサレハ精神病者ヲ監護スルコトヲ得サル旨ヲ規定ス故ニ右規定ノ結果トシテ許容セラルル監護行爲ハ監禁罪トナラサルモノトス、

(四)現行犯人ニ對スル逮捕行爲

(四)現行犯人ニ對スル逮捕行爲、

刑事訴訟法第六十條ニ曰ク「何人ニ限ラス重罪又ハ禁錮ノ刑ニ該ル可キ輕罪ノ現行犯アル場合ニ於テハ直チニ被告人ヲ逮捕スルコトヲ得」ト故ニ司法警察ノ職務ニ從事セサルモノト雖モ右規定ノ範圍內ニ於テ現行犯人ヲ逮捕スルコトヲ得、

第二正當行爲

第二正當行爲

正當行爲ノ意義

正當ナル行爲トハ直接ニ個別的ニ法令ノ禁止スル行爲ニアラスシテ概括的ニ正當ナリト認メラルル業務ノ實質タルモノニシテ之ヲ法令ニ基ク

行爲ト區別ス可キ理由ナシ唯所謂法令ニ基ク行爲トハ法令ニ於テ具體的ニ許容セラレタルモノヲ指稱シ正當行爲トハ法律ノ特別ノ明文ヲ俟タスシテ權利ト認メラル可キモノヲ指稱ス醫師ノ手術相撲ノ角力ノ如キハ此種類ニ屬スルモノナリ、

醫師ノ手術ノ正當ナル範圍

醫師ノ手術ノ正當ナル範圍

(一)治療ノ目的ヲ達スル爲メニハ法令ノ禁止セサル範圍內ニ於テ醫學上知得スル總テノ手段ヲ適用スルコトヲ得、

(二)然レトモ醫師ハ治療ニ就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

(三)手術ハ其影響ニ付テ充分ナル理解力ヲ有スル患者ノ承諾アレハ周圍ニ反對者アルモ罪ヲ構成セス此ノ理解力ナキモノニ對シテハ正當保護者ノ依託アレハ可也

(四)生命ニ危險ヲ及ホスモノハ患者ノ承諾アルトキト雖其手術者カ動物試驗若シクハ學問上ノ理由ニヨリ良好ナル轉歸ヲ生スル確信ヲ有スルカ爲メ故意ノ欠缺スル場合ニ非ラサル限リ處罰ヲ免カレス、

刑法第三十五條後段ニ對スル批難

(五)成、不成不確實ニシテ未曾有ノ手術ハ不成ニ歸スルモ身體傷害タルニ止マル範圍內ニ於テノミ患者ノ承諾ニヨリ實行スルコトヲ得(以上ヲ近時ノ通說トス)

刑法第三十五條後段ニ對スル立法上ノ非難

現行刑法第三十五條ニ於テハ法令ニ基ク行爲ノ外正當ノ業務行爲ニヨル權利侵害ヲ無罪ト規定ス從テ法令ニ基ク行爲ノ外正當行爲トシテ無罪トナルヘキ行爲ハ正當ノ業務行爲ノミニ限定サル從テ自己ノ土地ニ對スル所有權ノ正當ナル行使ニ依テ隣地ノ家屋ニ影響ヲ及ホスヘキコトアルトキハ業務行爲ニアラサルカ故ニ(多クハ故意ナキ如シ過失罪トナルヘキモ)建物毀壞罪ヲ構成スルモノト論セサル可カラサルカ如シ要之苟クモ正當行爲ナランニハ業務行爲タルト否トヲ區別セス常ニ犯罪ノ成立ヲ阻却スルモノナリトスルヲ可也トセン即チ現行法ノ規定ハ狹キニ失ス、或ハ云フ法律カ特ニ「故ナク」(宅家)

侵入ニ關スル規定「擅ニ」又ハ「不法」逮捕監禁罪ニ關スル規定等ノ語ヲ用ヰタル場合ハ即チ業務行爲ニアラサルモ一般正當行爲ヲ無罪トスル趣意ニシテ現行刑法ノ規定ヲ補足スルモノナリト論スルモノアルモ之レ不當ノ解釋也此等ノ規定ハ只タ犯罪ノ一般要件タル行爲ノ違法ヲ明言シタルモノニシテ特ニ之ヲ明言スルハ修辭上ノ理由ニ基クニ過キス決シテ業務行爲ナラサル一般正當行爲ヲモ無罪トスルノ意ニアラス。

自救行爲

第三、自救行爲

自救行爲トハ權利カ侵害セラレタル場合ニ於テ官憲ノ救護ヲ俟ツコトナク自ラ直チニ其原狀恢復ヲ爲スコトヲ云フ蓋シ法律上保護セラレタル利益ニ對シ切迫セル危難ヲ防衛排除シ又ハ現ニ傷害セラレタル狀況ヲ恢復シ若シクハ適法ナル請求權ノ擔保又ハ請求權實行ノ爲メ法律上認許セラレタル方法ニ依テ相手方ノ意思ニ反シ公ノ力ヲ藉ラスシテ行フ所ノ行爲ハ違法ニ非ラス而シテ其適用ハ多クハ占有ノ回收若シクハ請求ノ擔保又ハ實行ニアリ

獨逸民法ノ例

近世ノ立法例ニ於テハ自救行爲ハ多クハ民法ニ規定ス例ヘハ獨逸民法二百二十九條乃至三百一條ニ於テ「自救ノ目的ノ爲メニ物ノ占有ヲ奪ヒ又ハ物ヲ毀損シ又ハ逃走ノ恐アル債務者ヲ抑留シ又ハ權利ノ行使ニ對スル障碍ヲ排除スル行爲ハ公ノ力ヲ藉ルノ猶豫ナク且ツ時期ヲ失スルトキハ後日ノ請求ヲ無效ナラシメ又ハ著シク困難ナラシムル場合ニ限リ違法ニ非ラスト規定シ八百五十九條ニ於テ不法ノ占有侵害ニ對シ即時取還ノ權利ヲ認メタリ我カ民法ニ於テハ何等ノ規定ナシ舊刑法ハ其第三百十五條第二號ニ於テ盜賊ノ取還ニ關シ自救行爲ヲ認メタリ新刑法ニ於テハ何等ノ規定ナキモ自救行爲ヲ犯罪ナリト認メタルニ非ラス自明ノ理トシタルナリ今學理上自救行爲ノ要件ヲ擧クレハ左ノ如シ。

舊刑法ノ規定

自救行爲ノ要件

第一要件　第一權利カ侵害セラレタルコト又ハ其實行ニ對シ障碍アルコト

第二要件　第二公ノ力ヲ藉ルノ猶豫ナキコト

第三要件　第三時期ヲ失スルトキハ後日請求ヲ無效ナラシメ又ハ著シク困難ナラシ

ムル場合ナルコト

第四節　自害及承諾

第一款　自己ニ對スル加害

自己ニ對スル加害ハ一般ニ法ノ放任スル所ニシテ違法ナラサルカ爲メニ罪トナラサルモノ也蓋シ刑法ニ於テハ「人ヲ殺シタル者ハ」「人ノ身體ヲ傷害シタル者ハ」ト規定シ總テ皆他人ノ法益ヲ侵害スル場合ニ於テ犯罪ヲ構成スルモノトス故ニ自己ニ屬スル法益ノ侵害ハ法律ノ禁止セサル範圍内ニ於テハ其處分ノ自由ヲ有スルヲ以テ原則トス然レトモ自己ノ法益ヲ侵害スルト同時ニ他ノ法益ヲ侵害スルノ危險アル場合ハ法律ハ特ニ之ヲ禁止ス例ヘハ徵兵ニ募集セラルルモノカ自己ノ身體ヲ傷害シ又ハ自己ノ家ニ放火スル場合ノ如シ、

或學者ハ曰、人ハ社會ノ一員ニシテ其生死存亡ハ常ニ社會ノ生活利益ニ重大ナル影響ヲ及ホス故ニ自己ノ身體生命ハ社會ノ一員トシテ之ヲ

自己ニ對スル加害ハ一般ニ法ノ放任スル所ニシテ違法ナラサルカ爲メニ罪トナラサルモノ也

體生命ノ生死ニ關スル無加害ノ理由

個人ノ身

自己ノ法益ヲ他人ノ害ヲ目的トスル場合ニハ此限ニアラス

自己ノ法益ニ關スル他人ノ同時ノ害ニ

自ラ處分スルコトヲ得ス換言スレハ人格的權利ハ公益上ノ權利ナルカ故ニ自カラ處分スルコトヲ得ス只タ自己ニ對スル加害行爲カ罪トナラサルハ法律カ他人ニ對スル加害行爲ヲ犯罪ノ構成要素トナスニ基クモノナリト。

然レトモ法律カ財産關係ヲ規定スルモ亦社會公益ノ爲メニシテ法律ハ單ニ一個人ノ利害ノミニ關シテ法規ヲ制定スルモノニアラス一個人ノ利害カ延ヒテ社會ノ利害ニ影響ヲ及ホスヘキ範圍内ニ於テ之レヲ法律保護ノ目的物トナスカ故ニ法律ノ規定ニ違反スル行爲ハ皆公益ニ反スルモ法律カ禁止セサル行爲ハ必ラスシモ權利行爲ニアラサルモ又違法行爲ニアラス然ラハ法律ノ規定ニヨリ保護ヲ享受スル利益ハ如何ナル範圍ニ於テ處分ノ自由ヲ存スルカノ問題ハ其利益カ人格的權利ニ關スルヤ果タ財産的權利ニ關スルヤノ問題ニアラスシテ法律ノ規定カ其處分ヲ禁シタルヤ否ヤニヨリテ之ヲ區別セサル可カラス即チ自己ニ對スル加害行爲カ罪トナラサル理由ハ一ニ自己ノ處分權ノ範圍ニ屬スル

ヤ否ヤ換言スレハ處分カ法律ノ禁スル所ナルヤ否ヤニヨリテ區別セサル可カラス而シテ法律ハ僅少ノ例外ヲ除クノ外自己ニ對スル加害行爲ヲ罰スルノ法條ヲ規定セサルカ故ニ規定ナキ範圍ニ於テ自己ニ對スル加害ハ無罪ナリトス。

△第二款　被害者ノ承諾ニヨル加害

被害者ノ承諾カ犯罪ニ及ホス影響ハ各法典ニヨリテ異ル古代ノ羅馬法ニ於テハ承諾シタル者ニ對シテハ犯罪ナシトノ原則ヲ採用シ近代印度刑法モ亦之レニ倣フニ反シ墺國刑法ニ於テハ其反對ノ原則ヲ採用スル而シテ我現行刑法ニ於テハ何等ノ明文ナキカ故ニ理論ニヨリテ決セサル可カラス思フニ自己ニ對スル加害行爲カ罪トナルヤ否ヤノ標準ハ既述ノ如シ然ラハ被害者ノ承諾ニヨル加害モ亦一定ノ範圍ニ於テ行爲ノ違法ヲ阻却スルノ效果ヲ生ス然ラハ其範圍如何學說三アリ。

被害者ノ承諾ニヨル加害

違法阻却ノ範圍

第一積極說

第一　積極說　法益ノ享受者ハ原則トシテ其法益ヲ加害シ處分スルコトヲ得ルモノナリ故ニ其處分權ノ範圍內ニ於テ與ヘラレタル承諾ハ違法ヲ阻却ス換言スレハ法律カ法益享受者自身ノ加害行爲ヲ罰シ若シクハ本人ノ囑托又ハ承諾ニヨル行爲ヲモ罰スル旨ノ規定ヲナシタルモノノ外ハ總テ承諾ハ違法ヲ阻却ス。

第二消極說

第二　消極說　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存スルモノナルカ故ニ一私人ハ自己ノ身體ニ付テモ公秩良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ス從テ被害者ノ承諾ハ原則上犯罪ノ成立ニ影響ヲ及ホスヘキモノニアラス特ニ被害者ノ意思ニ反スルコトヲ以テ犯罪構成ノ要素トスル一定ノ犯罪ニアリテハ被害者ノ承諾ハ違法ヲ阻却スヘキモノニアラス。

第三折衷說

通說ト予ノ主張

第三　折衷說　法益カ個人的ナルトキハ犯罪ハ承諾ニヨリテ不成立トナルモ法益カ公共的ナルトキハ承諾アルモ犯罪ヲ構成スト。

通說ハ折衷說ニ傾ムケリ然レトモ余ハ寧ロ積極說ヲ採ラント欲ス

承諾ニヨル加害ニ於テ尤モ議論セラルル點ハ身體傷害罪也同シク三箇ノ學說アリ

身體傷害ニ對スル承諾ノ積極說

第一說 積極說、

(一)法律ハ他人ノ身體ヲ害スルモノヲ罰ス故ニ直接被害者タル個人ノ利益ノ爲メニ刑罰保護ノ存スルハ明ラカ也

(二)徵兵忌避ノ場合ノ如キハ身體傷害罪トシテ處罰スルニアラス國家ノ徵兵權ヲ危害スルモノトシテ處罰スルモノ也故ニ此點ヨリシテ承諾ニヨル傷害罪ヲ罰ス可シトノ論結ヲ生スルモノニ非ス

(三)承諾ニヨル殺人ハ其刑著シク輕減セラルルカ故ニ反對說ニ從フトキハ身體傷害罪ト非常ナル刑ノ不權衡ヲ生ス

(四)總テノ傷害ニ就テ承諾ノ効果ナシト云フハ一般ノ法律觀念ト矛盾ス

(五)立法論トシテハ傷害罪ニ就キテモ二百二條ノ如キ特別規定ヲ設クルノ必要アランモ解釋論トシテハ此規定ノ存セサル限リ傷害ハ違法ヲ阻却スト見解セサル可カラス、

第二說 消極說

第二說 消極說、

(イ)刑罰ハ個人ノ利益保護ノ爲メニ存スルニアラスシテ社會公益ノ爲メニ之ヲ科スルモノナリ從テ被害者ノ承諾トハ何等ノ關係ナシ

(ロ)囑托又ハ承諾ニヨル傷害ノ場合ハ多クハ情死若クハ不治ノ病者カ苦痛ヲ免カレンカ爲メニ承諾又ハ囑托スルモノナルカ故ニ傷害ノ場合ト當事者ノ心情ヲ異ニス從テ囑托又ハ承諾ニヨル殺害ノ場合ニ輕キ刑罰規定ヲ設ケタルハ當然ニシテ承諾ニヨル場合ト同一徹ニ論ス可カラス。

(ハ)立法者カ二百二條ノ如キ規定ヲ設ケタルハ若シ明文ナキトキハ囑托又ハ承諾ニ基ク殺害モ通常殺人罪ト等シク重ク處分セサル可カラサルカ故ニシテ元來罰ス可カラサル性質ノ行爲ヲ特ニ處罰スルノ必要ヲ感シタルカ爲メニ非ス。

(ニ)從テ又承諾ニヨル傷害ニ就テノ規定ナキハ違法ヲ阻却スルノ理由

トナラスシテ却テ普通傷害罪ト同一徹ニ處罰スヘキモノナリトノ結論ヲ生ス。

第三折衷說 個人的法益ト公共的法益トヲ分別ス

第三說 折衷說、

折衷說ハ曩キニ論述シタルカ如ク個人的法益ト公共的法益トニ分別シ個人的利益ハ承諾ニヨリテ違法ヲ阻却スルモ公共的法益ハ違法ヲ阻却セス而シテ傷害罪ハ人ノ身體ニ關シ人ノ身體ハ社會ノ公益ニ關スルモノナルカ故ニ承諾ニヨル傷害ハ違法ヲ阻却スルモノニ非スト

斷定

消極論者ノ主張スルカ如ク刑罰ハ社會公益ノ爲メニ存スルモノニシテ積極論者ノ主張スルカ如ク單ニ個人ノ爲メニ存スルモノニアラス然レトモ一面ニ於テ又法律ハ被害者ノ意思狀態ヲ條件トシテ公共ノ爲メニ處罰ヲ行フモノニシテ全然被害者ノ意思ヲ無視スルハ一般ノ法律觀念ニ矛盾ス、要之、折衷說ハ曩キニ論シタルカ如ク採ルニ足ラス積極說ト消極說トハ例令其ノ理由ヲ異ニスルモ論理ヲ一貫スル點ニ於テハ同シ通說ハ消極說ニ傾ムクカ如キモ現行刑法上ノ解釋論トシテハ寧ロ積極說ヲ採用スルヲ以テ穩當ナル見解ニ非ラサルカヲ疑フ

錯誤ノ觀念 事實ノ錯誤 法律ノ錯誤

第六章 錯誤論

錯誤ノ觀念(刑法第十八條第三)

錯誤トハ主觀ト客觀トノ齟齬也、換言スレハ認識ト對象トノ齟齬也、學者ノ所說ニヨレハ錯誤ヲ分別シテ二トナス事實ノ錯誤法律ノ錯誤之レ也、事實ノ錯誤トハ或ル事實ノ存在若クハ發生ヲ存在セス若クハ發生セスト認識シ又ハ或ル事實ノ不存在ヲ存在セルモノノ如ク幻覺スルヲ云フ、而シテ法律學上ニ於テ研究スルヲ要スル事實ノ錯誤ハ法律上行爲ノ成立ニ關係ナキ具體的事實ノ錯誤ニアラスシテ法律カ概括的ニ行爲ヲ犯罪タラシメ又ハ刑罰ヲ加重スル爲メ必要ナリト規定シタル法律上ノ要素タル事實ノ錯誤ノミニ關ス。

法律ノ錯誤トハ或ル法規ノ存在ヲ認識セス又ハ或ル法規カ不存在ナルニ拘ハラス存在セリト認識スルコトヲ云フ、

錯誤ハ不知ノ一種ニシテ又事實ノ不存在也

過失ノ錯誤ト未遂

法律ノ錯誤ト事實ノ錯誤ノ區別ノ標準

從テ錯誤ハ一方ヨリ見ルトキハ事實ノ不知ナリ他方ヨリ見ルトキハ認識ニ對スル事實ノ不存在ナリ。

事實ノ實在ヲ認識セサル點ヨリ見ルトキハ過失ハ即チ錯誤ノ一種ニシテ認識ニ對スル事實ノ不存在ナリ。

認識ニ對スル事實ノ不存在テフ點ヨリ觀察スルトキハ未遂モ亦錯誤ノ一場合ナリ而シテ認識ト對象トノ齟齬ナルカ故ニ錯誤ハ犯罪ノ主觀的要件ト客觀的要件トノ兩者ニ關係ス通常學者カ錯誤ヲ犯意ノ項目中ニ於テ說明スルハ犯罪ノ客觀的要件ノ一タル事實ノ存在不存在ハ一ニ認識ノ有無ト關聯スルカ爲メニシテ恰モ刑法上主觀客觀兩要素ニ關スル過失ヲ犯意ノ條下ニ論スルト同シク單ニ說明ノ便宜ノ爲メノミ。

學者ハ錯誤ヲ事實ノ錯誤ト法律ノ錯誤トニ分別シテ說明ス然レ共事實ノ錯誤ト法律ノ錯誤トハ如何ニシテ區別スルカ其區別ノ標準如何ニ就テハ定說ナキカ如シ或ハ兩者ノ區別ヲ否認スルモノアリ或ハ兩者ノ區別ヲ認ムルモ其區別ノ標準如何ニ就テハ何等言及セサルモノアリ蓋シ一定ノ事實ヲ違法ナラスト信スルコトハ之ヲ法律ノ錯誤ト云フヲ得ヘシト雖又他方ヨリ觀察スルトキハ故ナクシテ一定ノ事實ヲ爲スノ意思ヲ缺クモノニシテ之ヲ事實ノ錯誤ト云フコトヲ得レハナリ例ヘハ證據顯著ナルトキハ現行犯人ニ非ラスト雖モ逮捕スルコトヲ得ヘシト信シテ逮捕シタルトキハ一面ニ於テハ法律ノ不知ナリ他面ニ於テハ不法ニ人ヲ逮捕スルノ意思ヲ缺クモノニシテ事實ノ錯誤ト見ルコトヲ得ヘシ從テ兩者ノ區別ハ到底抽象的ニ明劃ニスルヲ得ス强ヒテ兩者ヲ區別セントセハ違法ニ非ストシテ認識シタル事實カ一般ノ見解上社會生存ノ目的ニ違反スル場合ハ之ヲ法律ノ錯誤トシ社會ノ生存目的ニ違反セサルトキハ之ヲ事實ノ錯誤ト觀察セハ蓋シ大過ナカラム歟（前編科學的社會觀參照）

第一事實ノ錯誤

以下學者ノ所說ニ從ヒ事實ノ錯誤ト法律ノ錯誤トニ分別シテ說明ス

第一、事實ノ錯誤

法律上行爲ノ要素ニ關スル事實ノ錯誤ヲ分チテ二トナス抽象的事實ノ錯誤ト具體的事實ノ錯誤ト之レナリ、

甲抽象的事實ノ錯誤

(甲)抽象的事實ノ錯誤、

抽象的事實ノ錯誤トハ本人ノ觀念シタル事實ト實在ノ事實トカ其法律上ノ價値ヲ異ニスル場合ヲ云フ此ノ場合三アリ、

(1)抽象的事實ノ存在スル場合ニ之ヲ認識セサルトキ、

(1)抽象的事實ノ存在ヲ認識セサルトキ

例ヘハ前方ニ人ナシト信シテ發砲シタルニ實際ハ人アリシ場合ノ如シ此場合ハ殺人ノ結果ヲ生スルモ罪トナルヘキ事實ヲ知ラサルモノナルカ故ニ犯意ヲ阻却ス。

但事實ノ不認識ニ就テ不注意アリタルトキハ過失ノ問題ヲ惹起ス、

(2)抽象的事實ノ存在セサル場合ニ存在スト認識スルトキ、

(2)事實ノ不存在ヲ存在スト認識スルトキ

例ヘハ前方ニ人アリト信シテ發砲シタルニ實際ハ人ナカリシ場合ノ如シ此ノ場合ハ犯意アリテ犯罪事實ナシ故ニ犯罪ノ不完了トシテ未遂若クハ不能ノ問題ヲ生ス、

(3)事實ト認識トカ別種ノ犯罪ニ係ルトキ、

(3)事實ト認識トカ別種ノ犯罪ニ係ルトキ

此場合ニハ二說アリ

(A)說

(B)說

(A)說、此場合ハ單ニ前述(1)(2)兩場合ノ混合シタルモノニ過キス從テ實在ノ事實ニ就テハ過失ノ有無ヲ以テ論シ、認識ノ事實ニ就テハ犯罪ノ不完了ヲ以テ論ス、

但シ事實ト認識トカ其罪質ヲ同ウスル場合ハ其輕キ一方ノ既遂ヲ以テ論スヘシトスルヲ通說トス、

例ヘハ人ト信シテ發砲シタルニ他人ノ飼養セル動物ナリシ場合ニハ動物ヲ殺シタル事實アルモ其事實ニ就テハ犯意ナキカ故ニ過失ノ問題ヲ生シ人ヲ殺サントシタル點ニ於テハ犯意アルモ其事實ナキカ故ニ犯罪ノ不完了トシテ論シ若シ親ヲ殺サントシテ親ニアラサル人ヲ殺シタル場合ニハ人ヲ殺サントシテ殺人ノ結果ヲ生シタルモノナルカ故ニ殺人ノ既遂ヲ以テ論ス可シト

(B)說、本問ノ場合ヲ單ニ(1)(2)兩者ノ混同ト見スシテ特別ナル場合トテ罪トナルヘキ事實アラハ即チ犯罪ハ完全ニ成立ス之ヲ法文ニ徵

斷定

スルニ第三十八條第二項ノ規定ハ即チ此ノ原則ノ例外ヲ認メタルナリ換言スレハ罪ヲ犯スノ意アリテ罪トナルヘキ事實アラハ即チ犯罪ハ完全ニ成立スルモ此ノ原則ヲ絶對ニ貫徹スルニ於テハ罪本重カルヘクシテ犯ストキ知ラサル場合ニ於テ例ヘハ馬ヲ殺スノ意思ヲ以テ人ヲ殺シタル場合ニ於テモ殺人既遂ヲ以テ論セサル可カラサルノ結果ニ到達スルカ故ニ此ノ原則ヲ緩和スルカ爲メニ設ケタル例外規定タルナリ故ニ

犯意輕クシテ事實重キトキハ輕キ犯罪ノ限度ニ於テ犯罪既遂ノ責ヲ負ヒ其重キ一方ニ就キテハ過失ノ問題ヲ生スヘク犯意重クシテ其事實輕キトキハ其事實ニ就テハ當然已遂ノ罪ヲ負ヒ其重キ一方ニ就キテハ犯罪不完丁ノ問題ヲ生ス、

而シテ一行爲カ二個以上ノ法條ニ觸ルル場合ナルカ故ニ之ヲ想像上ノ數罪俱發トシテ論スヘシト。

子ハ後說ヲ採ル、

(乙)具體的事實ノ錯誤

(一)既遂ヲ以テ論スヘシトノ說

(二)場合ヲ分チテ論スヘシトノ說

(乙)具體的事實ノ錯誤

具體的ニ生シタル事實ト本人カ認識シタル事實トノ間ニ齟齬ヲ生シタルモ共ニ法律上同一價値ヲ有スル犯罪ナルトキハ之ヲ具體的事實ノ齟齬ト稱ス、此ノ場合ニモ又議論アリ。

(一)既遂ヲ以テ論ス可シトノ說、

本人ノ觀念カ實在ノ事實ニ齟齬スルモ抽象的ニ齟齬セサルトキハ故意ヲ阻却セス換言スレハ二者共ニ刑法上同一ナル概括的事實中ニ入ルモノナルトキハ故意ノ成立ニ影響ヲ及ホサス蓋シ實在ノ事實カ本人ノ觀念ニ存スル行爲ト別異ノ行爲ヲ爲スモ抽象的ニ論シテ之ト同一ナル刑法上ノ性質ヲ有スル行爲ヲ成立セシムルトキハ完全ナル故意ヲ存シ其故意ニ對スル事實アリタルモノト認メラルレハ也ト

(二)場合ヲ分チテ論ス可シトノ說

(A)錯誤カ要點ニ關スルヤ否ヤニヨリテ區別ス

抽象的ニ論シテ實在ノ事實ト本人ノ觀念ニ存スル事實トカ同一ノ

(A)錯誤カ要點ニ關ヤ否ヤニヨリテ區別スル

犯罪事實ナルモ具體的ニ觀察シテ相互ノ間ニ齟齬ヲ存シ其齟齬カ要點トナル可キ事項ニ關スルトキハ犯意ヲ阻却シ然ラサルトキハ犯意ヲ阻却セス。

換言スレハ實在ノ事實カ法律上罪ノ客觀的方面ヲ具足スルモ本人ノ觀念ニ存スル特定行爲ノ要點ヲ完成セサルトキハ既遂犯ヲ成立セシメスト、茲ニ要點ト稱スルハ本人カ行動ヲ採ルノ前提トシタル事項ヲ云フ即チ本人カ事實ノ錯誤ヲ發見セハ行ハサリシ時ハ其事實ハ其行爲ノ前提タル要點ナリ、

此ノ說ハ民法ニ所謂法律行爲ノ要素ハ法律上行爲ヲ成立セムル爲メ必要ナル抽象的事實ノ外當事者カ行爲ヲ採ルノ前提トナシタル具體的事實ヲ包含シ之ニ付キテ錯誤ヲ生スルトキハ法律行爲ヲ無效トスルノ觀念ヨリ來レル,モノ也,民法九十五條ニ規定シテ曰ク、意思表示ハ法律行爲ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無效トスト

(B)事實ト認識トカ

(B)此說ハ事實ト認識トカ具體的ニ一致スルコトヲ以テ犯罪ノ既遂トスル說也分チテ二トス、

(イ)目的ノ性質ノ錯誤(無形ノ錯誤)

(ロ)目的物其モノノ錯誤(有形ノ錯誤)

目的物ニ關スル無形ノ錯誤トハ觀念ノ向フ所ノ目的物ニ對シテ結果ヲ生シタルモ其目的物カ本人ノ豫期シタルモノニアラサリシ場合ヲ云フ換言,現在ノ事實ニ錯誤アリシ爲メ本人ノ豫期シタル目的物ト異ナリタル目的物ニ對シ功ヲ奏シタル場合ヲ云フ(甲例、乙ト信シテ殺害シタル場合ノ如シ)、

具體的ニ一致スルコトヲ以テ既遂犯ノ說トス

(イ)目的ノ性質ノ錯誤

(ロ)目的其物ノ錯誤

目的物ニ關スル有形ノ錯誤トハ觀念ノ向フ所ノ目的物ニ對シテ功ヲ奏セスシテ別異ノ目的物ニ對シテ同一ノ結果ヲ生シタル場合ヲ云フ換言現在ノ目的物ニ對シテ錯誤アリシカ爲メニ別異ノ目的物ニ對シ功ヲ奏シタルニ非ラスシテ外部ノ故障ニ起因シテ別異ノ目的物ニ對シ結果ヲ生シタル場合ヲ云フ,此ノ場合ニハ本人ノ觀念ト現ニ生シタル結果トノ間ニ有形ノ齟齬ヲ生ス(右ノ人

ナ殺サントシタルニ技能拙劣ノ爲メ左方ノ人ヲ殺シタルカ如キ場合）

無形ノ錯誤ハ故意ヲ阻却セス其要點ニ關スルト否トハ問フ所ニ非ス。

有形ノ錯誤ハ現ニ生シタル結果ニ就キテハ故意ニ基ク責任ナシ故ニ之ヲ包含スル罪ノ既遂罪ヲ成立セシメスシテ本人ノ觀念ニ存スル結果ヲ包含スヘキ罪ノ未遂犯ヲ成立セシムルニ止マル從テ實在ノ結果ニ就テハ過失犯ヲ成立セシムルコトアリ然ラサルコトアリ、

C因果ノ關絡アルヤ否ヤニヨリテ區別スル說

(C)

因果ノ聯絡アルヤ否ヤニヨリテ區別スル說、

抑モ故意ハ罪トナルヘキ總テノ事情ヲ認識スルニヨリテ成立スルモノニシテ其一ヲ缺クトキハ即チ故意ノ存在ヲ認ムルコトヲ得ス而シテ罪トナルヘキ事情中ニハ因果關係ヲモ包含スルカ故ニ因果關係ニ就テ一定ノ錯誤アルトキハ意思活動即チ行爲其モノ、意思活動ノ結果若シクハ其他ノ犯罪事實ニ關シテ錯誤アル場合ト均シク故意ノ阻却ヲ認メサル可カラス換言スレハ因果關係カ本人ノ豫定シタル因果關係ト相當連絡ヲ缺キテ發展シタル場合ニハ故意ノ既遂罪ヲ存スルコトヲ得サルモノニシテ故意ノ未遂罪ト過失罪ノ既遂罪トヲ認メ得ルニ過キスト、

斷定

斷定ノ理由

予ハ既遂ヲ以テ論スヘシトノ(一)說ヲ採ル

蓋シ法律ハ人ヲ殺スノ意思ヲ以テ殺人ノ結果ヲ生シタルトキハ殺人罪トシテ所罰シ其人ノ甲タルト乙タルトハ問フ所ニアラス從テ具體的ニ生シタル事實カ本人ノ認識シタル事實ト齟齬ヲ生スルモ法律上同一價値ノ犯罪ナル場合ニ於テハ既遂ヲ以テ論スルヲ至當トスレハ也、

第二法律ノ錯誤

第二　法律ノ錯誤、

分チテ二トス刑罰法令ノ錯誤及刑罰法令以外ノ法令ノ錯誤之レ也、

(甲)刑罰法令ノ錯誤

(甲)　刑罰法令ノ錯誤（自己ノ行爲ニ對シテ生ス可キ法律上ノ效果即刑罰ヲ規定スル法則ニ就テノ錯誤）

(イ)幻覺罪

(イ)　自己ノ行爲カ不法ナラサルニ拘ラス之ヲ不法ナリト認識スルト

キ此ノ場合ヲ幻覺罪ト稱ス幻覺罪ハ犯罪トナラス客觀的ニ不法ナラサレハ也、

(ロ)　自己ノ行爲カ不法ナルニ拘ラス不法ナラスト認識シタルトキ

此ノ場合ニハ犯罪成立ス、

犯罪成立ノ理由ニ三個ノ說明方法アリ即チ、

(1)　法律ハ何人モ之ヲ知ラサルモノト認メラルルコトナシ從テ法律ノ不知ハ之ヲ恕セス、

(2)　犯意ヲ以テ反社會性ノ發現ナリトシ反社會的事實ヲ知ツテ而カモ尙之ヲ敢テスルトキハ即チ惡性ノ發現ナリ、罰セサル可カラスト、

然レトモ此ノ原則ヲ貫徹スルトキハ往々犯人ニ過酷ナルコトアリ此ニ於テ刑法ハ第三十八條第三項但書ニ此ノ原則ヲ緩和セリ、

(乙)　刑罰法令以外ノ法令ノ錯誤(自己ノ行爲ニ對シ法律上ノ効果ヲ生スル前提トナルベキ法律關係ヲ規定スル法則ニ就テノ錯誤)

(ロ)不法行爲ヲ不法ナラスト認識スル場合

乙刑罰法令以外ノ法令ノ錯誤

此ノ場合ノ錯誤ハ犯罪ノ成立ヲ阻却スルヤ否ヤニ積極消極ノ爭アリ。

(一)　消極說　法律ノ錯誤ハ絕對ニ故意ヲ阻却セス從テ法律ヲ知ラサルヲ以テ罪責ヲ免ルルコトヲ得ス其法律カ刑罰法例タルト其レ以外ノ法例タルトハ問フ所ニ非ラスト、

(二)　積極說　此說ハ刑法ノ不知ト他ノ法則ノ不知トヲ分別シ前者ヲ以テ故意ヲ阻却セサル法律ノ錯誤トシ後者ヲ以テ故意ヲ阻却スヘキ法律ノ錯誤トス其理由トスル所ニ曰ク、元來犯罪ヲ成立セシメ又ハ刑罰ヲ加重スルノ前提トナルヘキ法律關係ハ刑法上ニ於テハ一ノ犯罪事實ナリ故ニ其不知ハ故意ヲ阻却ス換言スレハ刑罰法令以外ノ法令ノ錯誤ヨリ延テ成立セサル法律關係即チ事實ヲ成立セス又成立セルモノナリト信スルニ至ルモノニシテ結局事實ニ關スル錯誤ニシテ犯意ヲ成立セシメサレハナリト、

予ハ暫ラク積極說ニ從ハントト欲ス

消極說

(乙)刑罰以外ノ法令ノ錯誤

積極說

斷定

第七章 犯罪ノ態樣

第一節 犯罪ノ完了不完了

第一 總說

第一總說

犯罪ノ實行ニ着手シ又ハ實行ヲ終結スルモ其結果ノ發生セサル場合ヲ犯罪ノ不完了ト云ヒ特定ノ意思活動カ刑法各本條ニ於ケル犯罪ノ特別構成要素ヲ充實セシメタル場合ヲ犯罪ノ完了即チ既遂ト稱ス犯罪ノ完了及不完了ハ特定ノ意思活動カ或犯罪ノ特別構成要素ヲ充實シタルヤ否ヤノ點ノミニ關スルモノナルカ故ニ其他ノ犯罪要素ハ總テ之ヲ具備スルコトヲ要ス從テ犯罪ノ完了及不完了ノ前提要件トシテハ、

犯罪ノ完了不完了ノ意義

其前提要件

犯意若クハ過失アルコト、

犯意若クハ過失ニ基ク責任能力者ノ行爲アルコト、

其行爲ヲ違法ナラシム可キ客觀的事實カ始メヨリ存在スルコト、

其行爲カ法定ノ要件ニ適合スルトキハ必ス之ニ對シテ刑罰制裁ノ豫定アルコトヲ要ス而シテ當該意思活動タル行爲ヲ違法ナラシムヘキ條件ハ常ニ客觀的ニ存在スルコトヲ要スルモノナルカ故ニ此ノ條件ノ欠缺スルトキハ假令行爲者カ之ヲ幻覺スルモ犯罪ヲ構成セサルヲ以テ犯罪ノ完了又ハ不完了ノ問題ヲ生スルコトナシ。

犯罪ノ完了不完了ハ個別的ニ定ム

案スルニ刑法各本條ハ常ニ犯罪ノ既遂ニ至リタル狀態即チ犯罪ノ完了ヲ以テ標準トナスカ故ニ完了不完了ノ概念モ亦當該法條ニ於ケル要件カ充實スルヤ否ヤヲ個別的ニ定メサル可カラス而シテ法律ハ時ニ結果ノ發生ヲ以テ犯罪完了ノ要件トスルコトアリ時ニ意思活動ノ終結ノミヲ以テ完了トスルコトアリ時ニ豫備行爲ヲ以テ完了トスルコトアリ即チ、

通常未遂ニシテハ豫備行爲ニ止マルモノナルモ法律ノ規定ニヨリテ犯罪完了ナルコトアリ

第一例

(一) 行爲者ノ行爲ノ終結スルノミナラス行爲者カ其意思活動ニヨリテ遂ケントシタル直接ノ目的ノ成就ヲ以テ完了ノ要件トスル場合（殺人罪強盜罪ノ如シ）アリ。

第二例

(二) 或ハ斯ノ如キ目的ノ成就ヲ待タスシテ意思活動ノ終結ノミヲ以テ

之カ要件トスル場合アリ(僞證罪ノ如キ)

第三例

(三) 或ハ意思活動カ終結ニ至ラスシテ本人カ單ニ其計畫ヲ爲シタルノミヲ以テ充分ナル要素トスルコトアリ(皇室ニ對スル危險罪ノ如キ)

犯罪完了ノ意義

從テ犯罪ノ完了不完了ノ概念ハ一々各本條ニ於ケル規定ノ性質上ヨリ觀察シ其各本條ニ於ケル特別構成要素ヲ具備シタル場合ヲ犯罪ノ完了トシ然ラサル場合ニ之ヲ犯罪ノ不完了ト稱ス(通常犯罪ノ完了ヲ既遂ト稱シ犯罪ノ不完了ヲ廣義ノ未遂ト稱ス)犯罪ノ不完了ニ三種ノ態樣アリ未遂犯(狹義)中止犯不能犯之レナリ。

第二 犯罪ノ完了

行爲者カ特定ノ行爲ニヨリ犯罪事實ノ全部ヲ完了シタル場合ヲ犯罪ノ完了即チ既遂ト云ヒ然ラサル場合ヲ未遂(廣義)ト云フ理論上ニ於テハ如何ナル犯罪ニ就テモ既遂未遂ヲ區別スルコトヲ得ルモ現行法ニ於テハ犯罪構成要素ノ完成セサル程度ニ於テ行爲ヲ罰スヘキモノ即チ未遂犯ハ故意アル犯罪ニ就テノミ生ス故ニ故意ナキ犯罪特ニ過失犯ハ總テ犯罪構成事實ノ完成シタル場合ニアラサレハ絶對ニ之ヲ罰セス故ニ犯罪ノ未遂ノ問題ハ故意アル犯罪ニ就テノ問題也。

犯罪完了ノ時期

行爲ナケレハ結果ノ發生ナシ從テ刑法上ニ於テハ豫備行爲ヲ罰セサルヲ原則トス故ニ既遂未遂ノ問題ハ着手行爲以後ニ就テノミ生スル問題ニシテ豫備行爲ニ就テハ既遂未遂ヲ生セサルヲ原則トス啻タ例外トシテ豫備行爲ヲ獨立ノ一罪トナシタル場合ニ於テハ即チ其豫備行爲ニ對シテ既遂未遂ノ問題ヲ生ス。

危險ナ生シタル程度ニ於テ既遂トナル場合

既遂ハ故意アル犯罪ニ就テモ故意ナキ犯罪ニ就テモ成立スヘキモノニシテ犯罪ノ既遂トナルノ時期ハ其構成要素ノ全部カ完成シタルトキナリ換言スレハ犯罪構成要素タル結果ノ生シタル時期也而シテ其結果ハ實行ノ終結ト共ニ生スルコトアリ其終結ノ後チニ生スルコトアリ。

法律ハ特別又ハ一般ノ危險ヲ犯罪ノ構成要素トスルコトアリ此ノ場合ハ實害ヲ生セサルモ尙既遂犯ヲ成立セシム斯ノ如キ場合ニ於テ單ニ危險ヲ生スルニ止マル行爲ハ其實質上ヨリ論スルトキハ實害ヲ生シタル行爲ノ未遂犯ナルモ法律上ヨリ論スルトキハ完全ナル既遂ナリ而シテ危險ヲ

生シタル程度ニ於テ既遂トナルヘキ場合ハ左ノ如シ。

(甲)　實害ヲ生スル行爲ト實害ノ危險ヲ生スルニ止マル行爲トヲ分別セシテ兩者ヲ同一罪名ニ包含セシムル場合。

(乙)　危險ヲ生スルニ止マル行爲ヲ實害ヲ生スル行爲ト分別シテ前者ヲ以テ後者ト獨立シタル別種ノ犯罪トナス場合ト之レ也。

特別ノ目的ナキ有スル犯罪ノ既遂

犯罪カ既遂トナルニハ必ラスシモ犯人ノ目的ノ成就スルコトヲ必要トセス元來一般ノ場合ニ於テハ本人ノ有スル目的ハ犯罪ノ構成要素ニアラス刑罰加減ノ條件タルノミ斯ノ如キ場合ニ於テハ目的ノ成就カ既遂ノ要件タラサルハ明白也。

法律ハ時トシテ行爲者ニ特別ノ目的ヲ有スルコトヲ以テ犯罪ノ要素トナス場合アリ斯ノ如キ場合ニ於テモ罪ヲ完成スル爲メニハ行爲者カ其目的ヲ有シタリシコトヲ以テ足リ必ラスシモ其目的ヲ達スルコトヲ必要トセス例ヘハ內亂罪ニ於テハ朝憲紊亂ヲ以テ特別ノ目的トス朝憲紊亂ノ目的ナケレハ他ノ犯罪ヲ構成スルハ兎モ角內亂罪トシテ處斷スルコトヲ得ス然レ共內亂罪ノ既遂トナルニハ特別ノ目的ノ成就即チ朝憲ヲ紊亂シタルコトヲ要セス即チ此ノ目的アリ而シテ他ノ罪素ヲ具備スル場合ニ於テハ內亂罪ノ既遂トナルモノ也故ニ特別ノ目的ハ單ニ故意ノ特別ノ要素ナルノミ犯罪ノ既遂未遂ニ關係ナシ故ニ行爲者カ目的ヲ成就セサリシ場合ニ於テモ完全ニ既遂犯ヲ成立セシム然レトモ目的ノ成就ト犯罪ノ要素タル結果ノ完成トカ同一事實ナル場合ニ於テハ素ヨリ目的ノ成就カ犯罪ノ既遂トナルモノトス。

犯罪既遂ノ要件

以上ノ理論ヲ綜合シテ犯罪既遂ノ構成要素ヲ擧クレハ左ノ如シ。

(甲)　犯罪ノ構成要素タル行爲ヲ終結スルコト。

(甲)行爲ノ終了

即チ刑法各本條ノ明文ニ從ヒ犯罪ノ構成要素トナルヘキ行爲ヲ爲スコトヲ實行ト稱ス既遂犯ノ成立ニハ實行ノ終結スルコトヲ要ス實行ヲ中止シ若クハ終結セサル場合ニ於テハ中止若クハ未遂ノ概念ヲ存スルモ既遂ヲ存セス。

(乙)　犯罪ノ構成要素タル結果ノ生シタルコト。

(乙)結果ノ發生

既遂犯ヲ成立セシムルニハ實行ニ隨伴シテ犯罪構成要素トナルヘキ結果ノ生スルコトヲ要ス實行終結スルモ結果ノ發生セサルトキハ既遂ニアラス未遂ナリ。

(丙) 行爲ヲ違法タラシム可キ客觀的事實ノ存在スルコト。

實行ヲ終結シテ犯罪構成要素タル結果ヲ生スルモ行爲ヲ違法ナラシムヘキ事實カ行動ニ隨伴スルニ非ラサレハ既遂犯ヲ成立セシメス例ヘハ處女ヲ有夫ノ婦ト信シテ之ニ通シタル場合ノ如キハ行爲アリ結果アルモ行爲ヲ違法タラシムヘキ客觀的事實カ存在セサルカ爲メニ未遂犯(廢義)ノ問題トナラス。

以上三要件ヲ具備スルトキハ即チ既遂犯ヲ存スルモノトス。

(丙)違法トナルヘキ事實ノ存在

第三 犯罪ノ不完了

其一 未遂犯

未遂犯ノ意義(刑法第四十條前段)

未遂犯トハ犯罪ノ實行ニ着手シ又ハ實行ヲ終結シタルモ犯人意外ノ障碍ニヨリテ結果ヲ惹起スルニ至ラザリシ場合ヲ云フ。

未遂犯ノ意義

從テ未遂犯ノ概念ニハ右ノ三要素ヲ必要トス。

未遂犯ノ要件

第一、實行ニ着手シ又ハ實行ヲ終結シタルコト。

第一要件 着手又ハ終了

實行トハ犯罪ノ內容即チ犯罪ノ特別構成要素タル意思活動其モノヲ云ヒ實行ノ着手トハ豫備行爲ヨリ實行ニ移ル境界ヲ云フ換言スレハ豫備行爲ノ終點ハ實行行爲ノ起點ナリ。

凡ソ犯罪ハ行爲者ノ決意ニ基キ豫備行爲トナリ着手ヲ經テ實行ニ移ルモノナリ故ニ未遂ハ行爲者ガ實行ニ着手シタル以後ニ於テノミ存在シ得ル概念ニシテ豫備行爲ニ未遂アルコトナシ。

然レ共法律ハ時ニ罪ヲ犯サントスル豫告ヲ獨立罪トシテ處罰スルコトアリ例ヘハ脅迫罪ノ如キ即チ之レ也又時ニ二人以上ノ者カ一定ノ犯罪ヲ犯サンコトヲ合意スルニヨリテ(即チ陰謀)一箇ノ獨立罪トスルコトアリ斯ル場合ニ於テハ例外トシテ未遂犯ヲ存シ一般ノ場合ニ於テハ犯罪ヲ

犯サントスル決意アルコトヲ他人ニ告クルモ實行ノ着手ニアラサルカ故ニ未遂犯ヲ構成セサルモノトス準備行爲モ亦然リ。

第二要件 結果ノ不發生

第二、結果ヲ惹起スルニ至ラサリシコトヲ要ス。

行爲者ノ意思活動ニヨリ刑法各本條ニ定メタル一定ノ犯罪ノ構成要素ヲ充實シタル場合ニ於テハ例ヘ未タ行爲ヲ終結セサル場合ト云ヘトモ犯罪ハ茲ニ完了スルモノニシテ未遂犯トナラス從テ未遂犯トナルニハ行爲者ノ意思活動ニヨリ犯罪ノ構成要素ノ全部カ充實スルニ至ラサリシ場合ニ限ル。

第三要件 意外ノ障碍ニヨルコト

第三、結果ノ發生セサリシハ犯人意外ノ障碍ニヨルコトヲ要ス。

現行刑法ニ於テハ犯罪ノ實行ニ着手シテ之ヲ遂ケサリシ場合ハ總テ之ヲ未遂トシ只行爲者ノ思義ニヨリテ犯行ヲ中止シタル場合ハ刑ヲ減刑シ又ハ免除スルコトヲ規定ス行爲者ノ思義ニヨリテ結果ヲ發生セシメサリシ場合ハ即チ內由未遂ニシテ意外ノ障碍ニヨル場合ハ外由未遂ナリ而シテ內由未遂ノ場合ハ學者ノ所謂中止犯ト稱スルモノニシテ學理上ノ見解トシテハ未遂ト中止トヲ區別スルコトヲ要ス其區別ノ標準ハ犯罪ノ未遂カ犯人ノ任意ニ出テタルカ將タ犯人意外ノ障碍ニ出テタルカニアリ（後段未遂犯ト中止犯トノ區別參照）

意外ノ障碍トハ何ソヤ物質的障碍說

茲ニ所謂未遂犯ハ犯人以外ノ障碍ニヨリテ結果ヲ惹起セサリシ場合ナリ任意ニ既遂ニ至ラシメサリシ場合ハ未遂ニアラス中止犯ナリ。

意外ノ障碍トハ何ソヤ。

第一說ハ之ヲ物質的障碍ナリトナス然レトモ例ヘハ巡査ノ來ルヲ見テ犯人カ逃走シ以テ所定ノ結果ヲ惹起セサリシ場合ニ於テ「巡査來ル」トノ事實ハ未タ以テ物質的ニ犯罪ノ遂行ヲ妨害シタルモノト謂フコトヲ得サルモ其事實ノ爲メニ既遂タル能ハサリシ也故ニ其事實ハ尙犯人意外ノ障碍ト云フコトヲ得ヘシ。

後悔意外ノ總テノ事情說

第二說ハ後悔以外ノ總テノ事情ナリトス然レ共甲者アリ乙者ニ向ツテ手ヲ下シタルモ犯罪ヲ遂行スルノ時期ニアラスト認メ後日ヲ期シテ犯罪ヲ止メタルトキハ後悔ニアラサルモ未遂犯ニアラスシテ中止犯

通常妨害ヲ與ヘ得ベキ性質

ナリ。

第三說ハ犯罪ノ成立ニ對シ通常妨害ヲ與ヘ得ル性質ノモノタルヲ以テ足ルトナス說ナリ故ニ巡査ヲ見テ犯行ヲ止ムルハ一般ノ現象ナルカ故ニ之ヲ犯人意外ノ障碍ト云フコトヲ得ヘシ要スルニ犯人ノ意思ニ因ラスシテ通常犯行ニ對シテ妨害ヲ與ヘ得ルモノハ其障碍カ物質的タルト將タ無形的タルトヲ問ハス總テ犯人以外ノ障碍ト云フコトヲ得ト。此說ヲ採ル。

未遂犯ノ態樣

未遂犯ノ態樣

未遂ノ態樣ニ二種アリ着手未遂ト缺効未遂ト之レ也。

着手未遂ノ意義

着手未遂　トハ實行ヲ終了シ能ハサリシ場合ヲ云フ換言スレハ犯罪ノ構成要件タル行爲カ一定ノ原因ニヨリ終局スルニ至ラスシテ中絶スルカ爲メニ充實スル能ハサリシ場合ヲ云フ例ヘハ竊盜犯人カ家屋ニ侵入シタルモ家人ノ目覺メタルニ驚キ物品ヲ盜ムコトヲ得スシテ逃走シタル場合ノ如キ之レ也。

缺效未遂ノ意義

缺效未遂　トハ實行ヲ終結シタルモ結果ヲ發生スル能ハサリシ場合ヲ云フ換言スレハ犯人カ犯罪ノ結果ヲ發生セシムルニ適當ナリト認ムヘキ總テノ行爲ヲ終了シタルニ拘ラス犯人以外ノ障碍ニヨリ豫期シタル結果ノ發生セサリシ場合ヲ云フ而シテ如何ナル事實アレハ犯人ガ犯罪ノ結果ヲ發生セシムヘキ總テノ行爲ヲ終了シタリト認メ得ヘキカ一般ノ場合ニ於テハ例ヘハ毒殺ヲ爲サントシ其行爲ヲ終了シタルニ被害者カ之ヲ知リテ解毒劑ヲ服用シタリト云フカ如キ場合ニ於テハ行爲ノ終了ヲ認ムルニ困難ヲ感セサルモ格段ナル場合例ヘハ犯人カ殺人ノ意思ヲ以テ十箇ノ彈丸ヲ携帶シ被害者ニ向ツテ五箇迄發砲シタルモ命中セサリシ爲メ其行爲ヲ中止シタリト云フカ如キ場合ニ於テハ之ヲ行爲ヲ終了セルモノト認ムヘキカ即チ缺効未遂トス可キカ將タ中止犯トスヘキカハ頗ル不明ノ問題タルヲ失ハス（缺效未遂ト中止犯トノ區別參照）

過失犯ニ未遂犯アリヤ

過失犯ニ未遂犯アリヤ。

過失犯トハ不注意ナル意思ノ狀態ニ於テ或ル結果ヲ惹起シタル場合ヲ云

學理的見解

フ故ニ不注意ナル意思ノ狀態ニ於テ未遂犯ヲ犯シ得ルコトハ理論上之ヲ認ムルコトヲ得ト云フ者アリ然レ共刑法上ニ於ケル過失犯ハ必ス或ル結果ノ發生シタルコトヲ條件トス結果不發生ノ場合ニ於テハ過失ハ刑法上ノ問題トナルモノニ非ス從ツテ結果ノ不發生ヲ要件トスル未遂犯トハ其觀念ニ於テ互ニ相排斥ス之ヲ法文ニ徵スルニ舊刑法ニ於テハ其第百十二條ニ於テ罪ヲ犯サントシテ既ニ其事ヲ行フヲ以テ未遂罪成立ノ要件トシタリ即チ未遂罪ハ故意犯ニノミ生スルモノト規定シタルカ故ニ過失犯ニ未遂犯ヲ存スルコト能ハサルハ解釋上一點ノ疑義ヲ止メサリキ、現行刑法ハ各本條中處罰ノ明文アルニアラサレハ未遂犯ヲ罰セサルヲ原則トシ而シテ過失犯ニ就テ此ノ明文ヲ存シタルモノナシ故ニ消極ノ斷定ヲ採ラサル可カラス。

現行刑法ノ解釋

結果犯ニ未遂犯アリヤ

結果犯ニ未遂犯アリヤ。

結果犯トハ一定ノ罪トナルヘキ行爲ニ特別ノ結果ノ加ハルニヨリテ刑罰ヲ加重スル犯罪ナリ而シテ結果犯ニ未遂犯アリヤ否ヤノ問題ハ左ノ二場合ニ分別シテ觀察スルヲ便トス。

(一)通常ノ結果犯ニ未遂犯アリ

(一) 通常ノ結果犯ニ未遂犯アリヤ。

結果犯ハ現ニ發生シタル結果ヲ要素トスルカ故ニ既遂罪ニ付テノミ生スル概念ナリ、從テ通常ノ結果犯ニ對シテハ未遂犯アルコトヲ想像スル能ハス。

特別ノ結果犯ニ未遂犯アリ

(二) 特別ノ結果犯ニ未遂犯アリヤ。

特別ノ結果犯トハ結果犯ノ基本タル行爲カ未遂ニシテ其未遂行爲ヨリ重キ結果ヲ發生シタル場合ヲ云フ例ヘハ婦女ヲ强姦セントシタルニ其壓力ニヨリ未タ强姦ヲ遂ケサルニ其婦女カ死シタル場合ノ如シ斯ノ如キ特別ノ結果犯ニ未遂犯アリヤ否ヤハ學者ノ論爭スル所ニシテ凡ソ三說アリ。

現行爲ノ未遂說

(イ) 基本タル行爲カ未遂ニシテ其未遂行爲ヨリ加重條件タル結果ヲ生シタルトキハ結果犯ノ未遂犯ヲ成立セシムト此說ニヨレハ前例ハ即チ强姦致死ノ未遂トナル。

基本行爲ノ未遂ト過失犯説

(ロ) 基本タル行爲ノ未遂犯ト重キ結果ヲ實質トスル過失犯トノ併合罪ナリト此説ニヨレハ前例ノ場合ハ强姦未遂罪ト過失罪トノ俱發ナリ。

兩行爲ノ既遂説

(ハ) 加重罪ノ既遂ヲ以テ論セサル可ラス。

致死既遂罪ヲ以テ論スヘシト此ノ説ニヨレハ前例ノ場合ハ强姦本問ニ就テ予輩ハ(イ)説ニ贊シ此場合ニハ結果犯ニ未遂犯アリト斷セント欲ス。

豫備行爲ヲ獨立犯トシタル場合ニ未遂犯アリヤ。

豫備行爲ヲ獨立罪トシタル場合ニ未遂犯アリヤ。

法律カ着手又ハ陰謀ノ程度ニアル行爲ニ既遂ト同一ノ刑ヲ科シ又ハ此等ノ行爲ヲ獨立罪トシテ處分スルトキハ觀念上其未遂ヲ存スルコトヲ得ス(刑法七十三條七十八條ノ罪ノ如キ)

然レ共法律ハ之ニ付テ特ニ其未遂ヲ罰スルコトヲ規定スル場合アリ斯ノ如キ場合ニ於テハ素トヨリ其豫備罪ノ未遂犯ヲ認メサル可カラス例ヘハ外國ニ於テノミ流通スル貨幣紙幣ノ僞造模造ニ關スル罪ノ如キ之レ也。

不作爲犯ニ未遂犯アリヤ。

第一説(消極)純然タル不作爲犯ハ法律カ一定ノ場所及一定ノ時期ニ於テ一定ノ行爲ヲ爲スコトヲ命スル場合ニ其命令ニ違反スルモノナリ故ニ縱令其瞬間前ニ於テ其行爲ヲ爲サヽルノ決意ヲ爲セル場合ト雖モ其犯罪ノ既遂トナル瞬間ニ至ル迄ニ行爲ヲナセハ不作爲犯トシテ處罰スル能ハス換言スレハ犯罪ノ既遂トナル瞬間ニ至ルマテニ行爲ヲナセハ犯罪ヲ構成セス故ニ純然タル不行犯ニ就テハ既遂ノ犯罪トナルカ然ラサレハ無罪トナルカ二者只其一途アルノミ不眞正不作爲犯モ又然リト。

第一説ノ未遂犯ナシトノ説

第二説(折衷)不作爲犯ノ眞正ナルト非眞正ナルトヲ問ハス着手未遂ヲ認ムルコトヲ得スト雖モ缺効未遂ヲ認ムルコトヲ得例ヘハ不眞正不作爲犯ノ場合ニ於テ鐵道線路ノ看守人カ汽車ヲ轉覆セシムルノ意思ヲ以テ汽車轉覆ノ原因トナリ得ヘキ障碍物カ線路ノ上ニ横ハルニ拘ハラス之ヲ除去セサル場合ニ於テ其障碍物カ汽車ノ通行前ニ犯人以外ノ力ニヨリテ除去セラルルトキハ未遂犯ヲ構成セス何トナレハ犯人ハ汽車ノ通行スル瞬間ニ至ルマテハ其障碍物ヲ除去スルノ餘地ヲ有スレハ也反之汽

第二説ノ缺効未遂ノミアリトノ説

車ノ通行スル瞬間ニ障碍物カ除去セラレサリシニ拘ラス汽車カ無事ニ通過シタルトキハ即チ犯人意外ノ障碍ニヨリテ結果ヲ發生セサリシモノニシテ缺効未遂犯トナルト。

第三說（極稚）不作爲犯ニ就テハ缺效未遂ヲ存スルノミナラス著手未遂モ又想像スルコトヲ得蓋シ不行犯ニ於テハ犯人ノ身體ノ位置ハ原狀ノ維持ニシテ何等變轉進退スルコトナキモ其原狀維持ハ即チ犯人ノ作爲ト云フ反對重量ニヨリテ其進行ヲ阻止セラル可キ動力換言スレハ犯人ノ不作爲ニヨリテ妨果條件ヲ抑壓スルモノニシテ結果發生ノ主因ハ漸次結果ノ發生ニ向ツテ進行シ茲ニ作爲犯ニ於テ犯人ノ動作ニヨリ結果ノ發生ニ近接スルト全ク同一ノ狀態ヲ現出スヘク此ノ狀態ヲ現出シタル時期ニ於テハ所謂犯罪ノ著手ニ到達シタルモノニシテ此ノ時期以後ニ於テ更ラニ結果ノ發生ヲ妨ケラレテ既遂ニ至ラサルコトアルヲ想像スルコトヲ得、例ヘハ他人カ徵兵檢査ニ應セサルノ意思ヲ以テ豫メ自己ノ身體ヲ運動不能ノ狀況ニ陷レタル場合ノ如キ之レ也ト。

第三說著手未遂モ認ムルコトヲ得ルトノ說

案スルニ眞正不作爲ニ於テハ未遂犯ヲ罰スヘキ明文ナキノミナラス觀念上ニ於テモ未遂犯ノ存スルコトヲ想像スルコト能ハス然レ共不眞正不作爲犯ハ元來其性質行爲ナルヲ以テ之レカ著手未遂及缺効未遂ヲ存スルコトヲ得ルモノト爲スヲ正當トス。

其二　中止犯

中止犯ノ意義

中止犯ノ意義（刑法第四十三條後段）

中止犯トハ犯人カ犯罪ノ實行ニ著手シ若クハ實行シタルモ任意ニ結果ヲ發生セシメサリシ場合ヲ云フ。

犯罪ノ實行ニ著手シ又ハ實行シタルコト、結果ノ發生セサリシコトハ未遂犯ト異ナル所ナシ當タ其異ナル所ハ未遂犯ハ犯人意外ノ障碍ニヨリテ結果ノ發生セサリシコトヲ要シ中止犯ニアリテハ任意ニ結果ヲ發生セシメサリシコトヲ要ス故ニ未遂犯ト中止犯トノ區別ハ犯人意外ノ障碍ニヨルカ或ハ犯人ノ任意ニヨル中止ナルカノ一點ニ存ス現行刑法ニ

於テ自己ノ意思ニヨリ之ヲ止メタル場合トハ即チ任意ノ中止ヲ意味スルモノ也（刑法第四十三條）

未遂犯ト中止犯トノ區別。

未遂犯ト中止犯トノ區別

蓋キニ說述セシカ如ク犯罪ノ既遂ニ至ラサル原因カ犯人ノ意思ニ因ラサル事實即チ意外ノ障碍ニヨルト犯人任意ノ中止ニ因ルトニヨリテ未遂犯ト中止犯トヲ區別スヘキモノトス而シテ犯人意外ノ障碍トハ犯罪カ既遂ニ至ルコトヲ妨ケ得ル外部ノ事情ヲ意味スルモノニシテ此ノ事情ニハ有形無形ノ强制ハ勿論被害者ノ抵抗目的ノ不適合等ヲ包含ス。

意外ノ障碍ニ因ル中止ト任意ノ中止

然レ共具體的問題ニ付未遂犯ナリヤ中止犯ナリヤヲ定ムル場合ハ往々困難ナルコトアリ例ヘハ人ヲ殺サントシテ刀ヲ振リ上ケタルニ刀折レタルカ爲メ棍棒ヲ以テ打殺サントシタル際自己ノ思義ニヨリ中止シタル場合又ハ十箇ノ彈丸ヲ携帶シテ人ヲ殺サントシテ既ニ五箇ヲ發砲シタルモ未タ結果ヲ發生セサリシ爲メ其犯行ヲ中止シタル場合ノ如キ犯人意外ノ障碍ト犯人ノ任意ノ中止ト競合スル場合アリ此ニ於テ乎未遂犯ト中止犯

具體的問題ニ於ケル兩者ノ區別ハ困難ナリ

未遂犯ト中止犯トノ區別ノ標準

トノ區別ニ就テハ古來幾多ノ學說アリキ。

フランク氏ノ說

フランク氏曰ク犯人カ吾レ之ヲ爲スコトヲ得ルモ爲スコトヲ欲セスト思惟シタル場合ニ於テハ自己ノ意思ニ基ク任意ノ中止ヲ存シ犯人カ吾レ之レヲ爲サンコトヲ欲スルモ爲スコト能ハスト思惟シタル場合ニハ未遂犯ノ成立ヲ認ムヘシト說明ス後段ノ標準ハ即チ犯人ノ意外ノ障碍ニヨリテ犯行ヲ成就スル能ハサル場合ニ關スルカ故ニ正當ナル見解タルヲ失ハスト雖モ前段ノ標準ニ至リテハ不精確ナルヲ免レス何トナレハ外部ノ障碍ニヨリテ吾レ之レヲ爲シ得ルモ爲スコトヲ欲セスト思惟シテ中止スルコトアル場合ヲ中止犯ナリトスルトキハ未遂犯ハ多クハ中止犯トナルヘケレハナリ且犯人意外ノ障碍ト犯人ノ意思ニヨル中止トハ同時ニ存スルコトヲ得レハナリ例ヘハ一刀ノ下ニ殺人ノ行爲ヲ爲シ得ヘキモ巡査來ルカ故ニ殺人ノ行爲ヲ爲スコトヲ欲セストシテ中止スルコトアリ而シテ斯ノ如キハ尙ホ未遂犯トナレハ也。

其批評

然レ共凡ソ一ノ所爲ハ實際無數ノ所爲カ時間ト空間トニ於テ極メテ密

兩者區別ノ標準ハ普通ノ觀念ニ從フベシ判斷スル

接シテ一體ヲナシ以テ分離ス可カラサルカ如クニ見ユルモノナリ而シテ其時間ト空間トノ密接ナルヤ否ヤハ相對的ニ觀察スヘキモノニシテ絶對的ニ明劃ナル區劃アルモノニアラス故ニ普通吾人カ一所爲ト看做ス可キ限界ニ於テ定ムヘキモノニシテ吾人カ通常分別シテ想像シ得ヘカラサル程ニ接續セル所爲ニアラサルモ時間ト空間トカ著シク相接近シ前後ノ行爲カ犯人ノ意思ニヨリ接續セラレテ一體ヲ爲スト看做スヲ普通ノ觀察トスルトキハ即チ一箇ノ所爲ト看做ス可ク然ラサルトキハ數所爲ト看做スヘキモノナリ從テ意外ノ障碍ニヨル未遂ナルカ將タ任意ノ中止ニヨル未遂ナリヤ否ヤモ又斯ノ如キ標準ニヨリテ定メサル可ラス故ニ曩キニ掲ケタル問題ノ如キモ普通ノ觀念ニ從ヒ之ヲ中止犯トスルヲ穩當ノ見解トス況シヤ刑事政策上中止犯ヲ認メタルハ斯ル場合ニ於テ未遂犯トシテ嚴罰スルトキハ犯人ハ其行爲ヲ遂行スルニ至ルヘキカ故ニ中止犯トシテ刑ノ輕減又ハ免除ノ恩典ニ浴セントスル意思ニヨリ犯行ヲ中止スルコトヲ奬勵セントスルノ理由ニ基キタルモノナルニ於テオヤ。（中止犯ヲ認メタル理由カ學理上正當ナリヤ否ヤハ別論ニ屬スル）

中止犯ノ要素トシテ犯意ヲ終局的ニ放棄スルカ要スルカ

終局的ノ放棄ヲ要セストノ說

終局的ニ放棄スルヲ要ストノ說

結論

中止犯ノ要素トシテ犯意ヲ終局的ニ放棄スルコトヲ要スルカ二說アリ。

第一說ハ中止犯ノ要素トシテ其實行ヲ中止スルニ至リタル遠因及動機ハ其種類ノ如何ヲ問ハサルモノトス從テ心神悔悟ノ結果ニヨルト將タ發覺ヲ恐レテ他日ノ好機會ヲ期スルト將タ又目的物ノ價値少ナキヲ發見シテ中止スルトヲ問ハス共ニ中止犯トナルモノトス。

第二說ハ任意未遂トナルニハ行爲者カ既ニ著手シタル行爲ヲ續行セサルノミナラス其犯罪ノ意思ヲ終局的ニ放棄スルコトヲ要スト說ケルビンヂング ノ如キ之レ也。

按スルニ以上ノ二說ハ刑法カ中止犯ヲ認メテ以テ刑ノ輕減又ハ免除ヲ規定シタル立法上ノ政策論ト刑法々規ノ解釋論トニヨリテ結論ヲ異ニスルモノノ如シ刑事政策上ヨリ論スルトキハ刑ノ輕減又ハ免除ヲ認メタルハ犯罪ヲ減少セシメントスルノ目的ニ出ツルモノニシテ此目的ヲ達センカ爲メニハ犯罪ノ意思ヲ終局的ニ抛棄スルコトヲ要ス犯罪ノ意思ヲ終局

的ニ抛棄セサル者ニ對シ尚ホ此恩典ヲ與フルハ却テ犯罪ノ遂行ヲ謀ラシムルモノニシテ刑ノ輕減又ハ免除ヲ認メタル立法上ノ意思ニ反スト云フニアリ然レ共刑法々規ノ解釋論トシテハ單ニ自己ノ意思ニヨリ犯罪ヲ中止シタル場合ト規定スルカ故ニ更ラニ他日ノ好機會ヲ捉ヘテ犯罪ヲ遂行セントスル意思ヲ留保シテ實行ヲ中止スルモ中止犯タルニ妨ケナシ。

中止犯ノ態樣

中止犯ノ態樣ニ二種アリ一ハ一旦實行ニ著手スルモ任意ニ其實行ヲ中止シタル場合ニシテ他ハ一旦實行ヲ終結シタルモ任意ニ其結果ノ發生ヲ妨止シタル場合也。

其要件

(一) 結果ノ生スル虞レアル間ニ於テノミ中止スルコト即チ結果ノ發生ヲ實行終結後ニ於ケル中止ニハ左ノ要件ヲ要ス。

(一) 結果ノ生スル虞レアル間ニ於テノミ中止スルコトヲ要ス既ニ結果ノ發生シタルトキハ既遂トナリ危險ノ既ニ去リタル場合ハ缺効未遂トナルモノニシテ其ニ中止犯トナルコトナシ。

(二) 中止ノ爲メニ妨果ノ効ヲ奏スルコトヲ要ス、或ル一派ノ論者ハ結果ノ發生ヲ妨止スルニ足ルヘキ行爲ヲ爲シタルヲ以テ足ルト主張スルモノアリト雖モ予輩ハ此ノ說ヲ採ラス從テ甲者乙者ヲ殺サント欲シテ毒藥ヲ與ヘタル後意ヲ翻シテ解毒劑ヲ與ヘタリ此ノ場合ニ於テ解毒劑効ヲ奏スルトキハ中止犯タリ効ヲ奏セサルトキハ殺人罪ノ既遂タリ。

妨果行爲ノ障碍ニヨリテ效ヲ奏セサリシ場合如何

問題トナルハ其解毒劑カ意外ノ障碍ニヨリテ效ヲ奏セサリシ場合ナリ中止ノ意思ノ方面ヨリ見ルトキハ此ノ兩箇ノ場合ニ何等ノ差異ナシト雖モ其結果ノ方面ヨリ見ルトキハ一ハ結果ノ發生ナク一ハ結果ノ發生アリ而シテ法律ハ犯罪ノ不完了ニ關シテハ啻ニ結果ノ發生ナキコトヲ豫想スルカ故ニ解釋論トシテハ本問ハ中止犯トナラスト解スヘキカ如シ。

(三) 犯人ノ行動ニヨリ中止スルコトヲ要ス、要スト雖モ必ラスシモ犯人自カラ手ヲ下シテ結果ヲ妨止スルコトヲ要セス他人ヲシテ妨止セシムルモ妨ケナシ要スルニ犯人カ結果ヲ防止セントスル意思ヲ有シ此ノ意

(三) 犯人ノ行動ニヨリ中止スルコトヲ他人ヲシテ妨止セシムルモ妨ケナシ

甲犯罪ノ中止カ乙犯罪ノ構成要素ノ具備スル場合ノ處分

思ノ發動トシテ結果ノ發生ヲ防止シタル場合ヲ犯人ノ行動ニヨリ中止シタルモノト云フ。

豫備ヲ獨立罪トシタル場合ニ中止犯アリヤ。

積極論者ハ曰ク法律カ未遂ノ處分ニ關スル原則ニ對スル例外ヲ設ケ若クハ著手前ノ程度ニ於ケル行爲ヲ處罰スル趣旨ヲ以テ未遂若クハ豫備ノ行爲ニ獨立刑ヲ科シタル場合ニ任意ニ中止シタルトキハ刑法第四十三條但書ヲ適用シテ中止犯トスト。

消極論者ハ曰ク犯罪ノ不完了ハ犯罪ノ著手以後ノ觀念ニシテ著手以前ニ犯罪ノ不完了ノ觀念ヲ容ルル能ハス從テ未遂犯處罰ニ就テ明規スルカ如ク豫備ヲ獨立罪トスル場合ニ特ニ明文ヲ以テ規定スルトキハ兎ニ角斯ル明文ナキ以上ハ中止犯ヲ認ム可カラスト。

消極說ヲ採ル。

甲犯罪ノ中止カ乙犯罪ノ構成要素ヲ具備スル場合ノ處分。

此場合ニ於テ乙犯罪ノ既遂トシテ罰ス可キヤ否ヤニ就テ議論分ル而シテ

其一場合 甲罪ヲ犯シ手段トシテ乙罪ヲ犯スノ場合ニ法律カ結合罪トシテ處分スルトキ

其二場合 甲罪ノ中止ヘ行爲ヲ止ムナルヨリ發生シタル結果ニ該當スルトキ

斯ル場合ヲ想像スルニ凡ソ二場合アルカ如シ。

(一) 犯人カ甲罪ヲ犯ス手段トシテ乙罪ヲ犯ス場合ニ法律カ結合罪丙トシテ處分スルトキ例ヘハ文書僞造行使罪ヲ犯スノ手段トシテ印章僞造罪ヲ犯シタル場合ノ如シ

舊刑法ニ於テハ中止犯處罰ノ規定ナカリシ結果此ノ場合ヲ無罪トスルカ將タ乙罪ノ既遂トスルカニ就テハ議論アリシモ通說ハ乙罪ノ既遂トシテ處罰スル說ナリキ新刑法ニ於テハ中止犯モ亦罰スルヿヲ得ルカ故ニ甲罪ノ中止即チ印章僞造後ノ中止ハ印章僞造罪ノ既遂ニ非スシテ文書僞造行使罪即丙罪ノ中止犯トシテ論セサル可ラス(其理由ハ後段參照)

(二) 甲罪ノ中止トナル可キ行爲ヨリ既ニ發生シタル結果カ乙罪ニ於ケル結果ニ該當スルトキ例ヘハ殺人罪ノ實行ヲ中止シタル場合ニ於テ中止前ノ傷害ハ傷害罪トシテ處分スヘキヤ否ヤ此ノ問題ニ付テハ凡ソ三說アリ。

(イ) 殺人ノ故意ハ常ニ傷害ノ故意ヲ包含スルカ故ニ傷害既遂ヲ以テ論

スヘシト。

(ロ) 殺人ハ被害者ヲ殺害スルコトヲ主旨トシ傷害ノ故意ヲ包含セス故ニ少クトモ殺害スルヲ得サルトキハ之ヲ創傷スヘシトノ意思ヲ以テ爲シタル場合ノ外ハ之ヲ消極ニ決スヘシト。

(八) 此ノ場合ハ殺人罪ノ中止トシテ論スヘキモノナリ其理由ハ舊刑法ニ於テハ中止犯處罰ノ規定ナカリシ結果前(一)ノ場合ヲ乙罪ノ既遂トシテ論スルト同シク此ノ場合ニ於テモ傷害罪トシテ論スルヲ妥當ノ見解ナリトシキ蓋シ斯ノ如キ場合(併合罪若クハ包括罪)ニ於テ法律カ重キ一犯罪ノミヲ罰スルトキハ他ノ輕キ犯罪ハ之レニ吸收セシメタルモノナリ故ニ重刑消滅シタルトキハ輕刑ハ依然トシテ存在スレハ也然レトモ現行刑法ニ於テハ中止犯處罰ノ規定ヲ設ケタルカ故ニ前者ノ場合モ後者ノ場合モ共ニ(丙罪及殺人罪ノ)中止犯トシテ論セサル可カラス

此ノ說ヲ至當トス。

未遂犯及中止犯ノ處分

未遂犯及中止犯ノ處分。

刑罰ノ觀念ニ於テ人格主義ヲ採ルト事實主義ヲ採ルトニヨリテ未遂罪ノ處分ヲ異ニス人格主義ニヨルトキハ犯人ノ非社會性ヲ主トスルカ故ニ既遂犯ト未遂犯トハ亳モ刑ノ量定ヲ區別スヘキ理由ナキモ事實主義ニヨルトキハ犯罪ノ結果ニ重キヲ置クカ故ニ未遂罪ハ既遂罪ヨリ輕ク處分スルヲ當然トス。

未遂罪ハ其刑ヲ減輕ス

新刑法ハ刑ノ量定ニ就キテハ犯人ノ性格ニ重キヲ置ク處ノ人格主義ヲ採用シタルカ故ニ論理ヲ貫徹センカ爲メニハ必ラスヤ未遂罪ノ觀念ヲ容レ得ヘキ犯罪ニ就キテハ總テ未遂罪ヲ處罰シ且既遂犯ト同一ニ科刑ス可カリシニ拘ラス未遂罪ハ其刑ヲ輕減スルコトヲ得ル旨ヲ規定シ以テ人格主義ニ基ク論理ヲ頓挫セシメタリ而シテ之ヲ輕減スルト否トハ一ニ裁判官ノ職權ニ委ス。

中止犯ハ其刑ヲ輕減又ハ免除ス

中止犯ニ就キテハ其刑ヲ輕減又ハ免除スト規定スルカ故ニ裁判官ハ必ス輕減スルカ又ハ免除スルカ二者其一ヲ選ハサル可カラス。

未遂犯處罰ノ範圍ハ各立法例ニヨリ異ナル舊刑法ニ於テハ罪ノ重輕遠

旧刑法ノ規定

刑ノ三分主義ヲ採リ重罪ノ未遂罪ハ總テ之ヲ罰シ輕罪ノ未遂罪ハ各本條ニ特ニ規定セル場合ニ限リ之ヲ罰シ違警罪ノ未遂罪ハ之レヲ罰セサルコトヲ規定シタリシカ現行刑法ハ罪ノ三分主義ヲ認メス總テ犯罪ノ未遂ヲ罰ス可キ場合ハ各本條ニ於テ之ヲ規定スルノ主義ヲ採リ以テ各本條ニ規定ナキトキハ之レヲ罰スルコトヲ許サス而シテ未遂罪ヲ罰スルハ重要ナル犯罪ニ關スル場合ニシテ多クノ場合ニ於テハ未遂罪ヲ不問ニ附シタリ。

新刑法施行前ニ公布シタル法令ニ於ケル罪ノ未遂罪

新刑法施行法第三十二條ニ於テ死刑無期又ハ短期六年以上ノ懲役若クハ禁錮ニ該當スル範圍ニ於テ未遂罪ヲ罰ス可キ旨ヲ規定シタリ。

其三　不能犯

不能犯ノ概念

不能犯ノ概念

不能犯トハ犯罪カ其手段又ハ目的ノ不適合ナル爲メ既遂ニ至ラサル場合ヲ云フ從テ不能犯ハ犯罪不完了ノ一場合ニシテ中止犯ト共ニ廣義ニ於ケル未遂犯ノ一種也然ラハ不能犯ト未遂犯トハ如何ナル關係ヲ有スルカ之レ不能犯ノ概念ヲ明カニスル重要ナル問題ニシテ又學者ノ見解區々ニ分ルル難問ナリ。

不能犯ト未遂犯トノ區別

左ニ不能犯ト未遂犯トノ區別ヲ明カニシ不能犯ノ概念ヲ明了ナラシメント欲ス。

客觀說（其一純粹客觀說）

第一　客觀說（其一純粹客觀說）

凡ソ法律カ或ル行爲ヲ罪トシテ處罰スルニハ其行爲カ現ニ或ル實害ヲ生シ又ハ實害ヲ生ス可キ危險アルカ故也故ニ若シ或ル行爲ニシテ實害ハ素トヨリ其危險モナキ場合ニ於テハ假令行爲者ノ意思カ犯罪ヲ行フニアルモ、ソハ單ニ犯意アリト云フニ止マリ犯罪トシテ處罰ス可キモノニアラス蓋シ犯行ナクシテ犯意ノミヲ罰スルハ刑法上ノ大原則ニ背反スルモノナレハ也。

從テ法律カ或ル行爲ヲ罰スルニハ其行爲ト其目的トシタル犯罪トノ間ニ因果關係即チ客觀的危險アルコトヲ要ス換言スレハ實害ヲ發生スヘ

キ物質上ノ因果關係即チ客觀的ノ危險ナキ場合ニ於テハ其危險ナキコトカ絶對的ナルト將タ相對的ナルトヲ論セス總テ不能犯トシテ論スヘシ故ニ未遂犯ト不能犯トノ區別ノ標準ハ犯人ノ行爲カ其目的トシタル犯罪ト原因結果ノ關係ヲ以テ相連結セラルルヤ否ヤニアリ換言スレハ客觀的危險アリヤ否ヤニヨリテ區別ス可シト。

客觀說其二目的物ノ不能ト手段ノ不能

第二客觀說（其一目的物ノ不能手段ノ不能）

目的物ノ性質如何ハ總テノ犯罪行爲ニ於テ刑ノ輕重ニ關係アルノミナラス又其犯罪ノ成立不成立ヲ來スモノ也而シテ手段ニ至ツテハ或ル僅少ナル例外ヲ除クノ外犯罪的行爲ノ要素ニ影響ヲ及ホスモノニアラス故ニ目的物ニ法定ノ性質ナキコト若クハ目的物ノ不存在ト手段ノ不能若クハ無影響トハ實際上ニ於テ其結果同シカラス換言スレハ目的物ヲ缺如スル場合ハ犯罪ヲ構成セスト雖モ手段ニ關シテハ他ノ事情ノ如何ニ關セス夫レ自體結果ヲ發生スルコト能ハサルモノナリヤ將タ其場合ニノミ限リテ特ニ結果ヲ發生スルコトヲ得サリシモノナリヤヲ考察シ

目的物ノ不能ト手段ノ不能トヲ區別スル說ニ對スル批評

前者ニ屬スル場合ハ目的物ヲ缺如スル場合ト同シク不能犯トシ後者ニ屬スルトキハ未遂犯トシテ處罰ス可シト此ノ說ハミツテルマイヤノ主唱セシ所ナリシカ後ニ至リテ絶對不能ト相對不能トヲ分チテ兩者ノ區別ヲ論スルノ學說ヲ創始セリ。

目的物ノ不能ト手段ノ不能トヲ區別スル說ニ對シテハ左ノ如キ批評アリ。

抑モ犯罪ハ目的物ト手段トノ綜合ニヨリテ完成スルモノニシテ具體的ニ一ノ行爲カ法律ノ保護スル利益ヲ害スルヤ否ヤ即チ犯罪トシテ成立スルヤ否ヤハ目的物ト手段トノ二ツヲ連結シテ審案セサル可カラス從テ目的物ノ不存在ハ犯罪ヲ阻却シ手段ノ不適合ハ然ラスト云フハ偏見也例ヘハ毒物ト信シテ牛乳ヲ飲用セシムル場合ハ手段ニ關スルモ何等ノ害ヲ生セサルニ非スヤ若シ夫レ此ノ場合ハ犯人ニ何等ノ錯誤ナクシテ毒物ヲ施用セハ即チ毒殺罪ヲ構成スト云ハハ目的物ノ不存在ノ場合例ヘハ甲ト信シテ石燈籠ヲ狙撃シタル場合ニ於テモ亦偶然ノ錯誤ナカリセハト云ヒ得ヘシ。

客觀說 其三絕對的不能相對的不能

第三 客觀說（其三絕對的不能相對的不能）

此說ニヨレバ不能ヲ分チテ絕對的ノ不能及相對的ノ不能トナシ他ノ一方ニ於テ目的物ニ就テノ不能及手段ニ就テノ不能ニ分別シ(一)目的物又ハ手段ニ就テノ絕對不能ノ場合ハ即チ行爲者ノ意中ニ存スル目的物又ハ行爲者ノ採リタル手段カ其性質上如何ナル場合ニ於テモ結果ヲ生セサル場合ヲ云ヒ此ノ場合ヲ不能犯トシ(二)目的物又ハ手段ニ就テノ相對的不能トハ行爲者ノ意中ニ存スル目的物又ハ行爲者ノ採リタル手段カ其性質上結果ヲ生シ得可カラサルニ非ラサルモ偶々實在シタル特別ノ事情ノ爲メ結果ヲ生スルニ適セサリシ場合ヲ云フ此ノ場合ヲ未遂犯トシテ處罰ス。

蓋シ未遂犯ハ實行ノ端緒ヲ含ムモノナルカ故ニ實現スルコトヲ得ヘカラサル犯罪ニハ既遂未遂ノ問題ヲ生セサルモ相對不能ノ場合ニハ其犯行カ結果ヲ生ス可キ具體的危險ヲ存スルニ拘ラス犯人意外ノ偶然ナル障碍ニヨリ結果ヲ生セサルカ故ニ未遂犯トシテ處罰スヘシト。

絕對不能ト相對不能トヲ別ストスル區別ニ對スル批難

客觀說 其四事實上ノ不能律上ノ不能

此ノ說ニ對シテハ左ノ如キ批難アリ。

元來特定ノ所爲ハ結果ヲ惹起スル原因タルカ又ハ原因タリ得サルカノ二者其一ヲ出テス手段若クハ目的ニ對シテモ亦不能ナルカ不能ナラサルカノ一ニ處ルヘク其不能ノ場合ハ常ニ絕對不能ニシテ觀念上相對不能ナルモノヲ想像スルコトヲ得ス此ノ不適合ナル標準ヲ以テ區別ス其謬說タルヤ明々白ト。

第四 客觀說（其四事實上ノ不能法律上ノ不能）

事實上ノ不能トハ常ニ犯人意外ノ障碍ニヨリテ結果ノ發生セサル場合ニシテ法律上ノ不能トハ犯罪構成要素ノ一ヲ缺如スルカ爲メニ刑法上ノ犯罪ヲ構成セサル場合ヲ云フ而シテ法律カ未遂ヲ罰スルニハ結果ノ如何ヲ問フコトナク單ニ犯人カ實行ノ端緒タル可キ程度ノ行爲ニヨリ外部ニ表示セラレタル犯罪ノ意思ハ總テ之ヲ罰スルモノナルカ故ニ犯人ノ意外ノ障碍ニヨリ遂ケサルトキハ其實現シ得ヘキモノナルヤ否ヤ又其實現スルコトヲ得サル原因ノ如何ヲ問ハス未遂犯トシテ罰ス可キ

事實上ノ不能ト法律上ノ不能トノ區別ニ對スル批評

モノ也何トナレハ未遂犯トハ犯罪構成要素ノ總テヲ具備シ唯單ニ行動ト目的トノ間ニ於テ因果ノ連絡ヲ缺如スルヲ其本質トスレハ也。

反之法的不能トハ法律カ定義シ又ハ豫見シタルカ如キ犯罪ノ不存在ニ歸著スル場合ニシテ即チ犯人ノ行爲カ犯罪タル結果ヲ目的トスルモ或ル犯罪ノ主要ナル要素ヲ缺如スルニヨリ其行爲ハ單ニ無意義ノ行動トナリ犯罪ヲ構成セサル場合ヲ云フ例ヘハ不懷胎ノ婦女カ墮胎行爲ヲ行ヒ死兒ニ向ツテ殺人行爲ヲ敢テスルカ如シ故ニ法的不能ノ場合ニ於テハ罪ヲ犯スカ爲メニ企行サレタル犯人ノ行動ハ犯罪ノ構成要素ヲ缺如スルカ故ニ著手又ハ缺効未遂ヲ存セスト。

此ハ說ニ對シテハ左ノ如キ批難アリ。

(一) 法律上ノ構成要素ヲ具備シタル犯罪ニ不能犯ナシ、不能犯ハ常ニ法律上ノ要素ヲ具備セサルコトヲ前提トシテ論セラル從テ此說ハ不能犯ト未遂犯トノ關係ニ對シテ何等ノ說明ヲ與ヘタルモノニアラス。

(二) 若シ夫レ其引例ノ如ク毒殺ハ毒物ノ使用ヲ以テ犯罪構成ノ要件トスルカ故ニ毒物ニアラサルモノヲ使用シタル場合ハ無罪ナリト云ハハ殺人罪ハ殺人ノ手段ニ就テ何等ノ制限ヲ置カサルカ故ニ同一場合カ毒殺罪トシテハ無罪トナランモ殺人罪トシテ有罪ト決定セサル可カラサル奇觀ヲ呈セン。

主觀的不能犯否認論

第五 主觀說 (不能犯否認論)

主觀主義者ハ先ツ客觀說ノ根柢ヲ破碎シテ以テ自己立論ノ根據ト爲ス、曰ク客觀說ニヨレハ未遂犯ハ犯人ノ行爲ト結果トノ間ニ於ケル可能的ナル因果關係ノ存在ヲ要件トシ其可能的ナル因果關係ヲ缺如スル場合ヲ不能犯トスルモノノ如シ、然レトモ其因果關係ナルモノハ果シテ實在ノ關係カ將タ又無形ノ因果關係カ未遂犯ハ結果ヲ缺如スル犯罪ナリ從テ事實ニ於テ行爲ト結果トノ間ニ實在ノ因果關係アルヘキ筈ナシ、然ラハ其因果關係ハ無形即精神的ノ因果關係ナルカ、無形ノ因果關係ナラハ如何ナル未遂犯モ亦之ヲ有ス其間因果關係ノ多少ヲ論スルコトヲ得ス。

或ハ云フ未遂犯ノ場合ハ犯人ノ行爲カ結果ニ對シテ可能性ヲ有スルモ

犯人意外ノ障碍ニヨリ結果ノ發生セサルモノニシテ不能犯ノ場合ハ如何ナル手段ヲ以テスルモ結果カ發生セサル場合ナリト去レト結果發生ノ不能ト可能トヲ問ハス既ニ犯人ニ於テ之カ豫備行爲ヲナシ之ヲ實行シタルトキハ犯人ノ犯意ト犯人ノ實現セントスル結果(無形ノ)即チ犯罪トノ間ニハ主觀的ノ因果關係ヲ存ス只結果ノ發生セサルハ可能ト不能トヲ問ハス本人ノ偶然ナル錯誤ニ起因スルモノナリ果シテ然ラハ同シク錯誤ヲ原因トスル偶然ナル出來事ノ差異(錯誤ノ差異)ヲ以テ一ヲ未遂トシ一ヲ不能トスルハ論理ニ適合セス。

元來未遂犯ヲ罰スルハ結果ノ發生ヲ俟タサルモ其行爲自體ニヨリテ犯意ノ存在ヲ認知スルコトヲ得ルニヨル果シテ然ラハ不能犯ノ觀念ハ犯人ノ主觀ニ就テ論シ苟クモ犯意ヲ遂行セント欲シテ行爲ニ出テタルトキハ之ヲ未遂トシテ論セサル可カラス然レトモ絶對ニ犯意サヘ明白ナラハ罰スヘシト云フニ非ス例ヘハ不懷胎ノ婦女ノ墮胎行爲殺人行爲ニヨル樹幹ノ狙擊ノ如キ之レヲ主觀的ニ犯人ノ意思ヨリ見レハ犯人ノ自由若クハ豫備陰謀ノ場合トハ其間決意ノ强弱ヲ異ニシ之ヲ客觀的ニ外部ニ表現サレタル行動ノ上ヨリ論スルトキハ犯罪ノ意思アルコトヲ自白シ豫備若クハ陰謀ヲナシタリト云フカ如キ場合ト同一ノ階段ニアリト看做スコトヲ得ス從テ是等ノ行爲ヲ未遂犯トシテ罰スルハ社會カ之レニヨリテ威嚇セラルル程度ガ自白豫備若クハ陰謀ノ場合ト格段ノ差アルコトヲ注意スルヲ要ス。

折衷說格段ナル危險說

危險ノ存在スルコト

第六　折衷說(格段ナル危險說)

危險說ノ代表者ヲ獨ノリストトス其論スル所ヲ概括スレハ左ノ如シ。

不能犯ニ關シテハ法律其規定ヲ缺クカ故ニ其企行未遂ヲ罰スルハ所爲ノ危險ナルコト特ニ意思的行動カ結果ヲ發生セシムルニ適スルヤ否ヤニアリト云フ理由ヨリ演繹シテ危險ナル企行ハ之ヲ罰シ然ラサルモノハ之レヲ罰セストノ原則ヲ生ストノ前提ノ下ニ論シテ曰ク、

(一)　企行未遂ハ其行爲ニヨリ結果ヲ發生セシムルコトニ最モ近キ可能ナルコトカ存在セシトキ從テ結果カ發生スヘシトノ無理ナラヌ危險

ノ存セシトキニ於テ危險アリト云ヒ得。

(二) 而シテ危險ノ有無ヲ判斷スル標準ハ。

(イ) 其所爲ニ伴隨スル特別ナル諸般ノ事情ヲ斟酌シテ具體的ニ決定スヘク濫リニ一般ノ標準ヲ豫定シ之ニヨリテ決定ス可カラス。

(ロ) 判斷者ハ自己ヲ所爲ノ行ハレタル瞬間ニ置キ其當時ニ於テ一般ニ認識シ得ヘキ諸般ノ事情又ハ唯犯人ノミノ認識シタル諸般ノ事情ヲモ考覈シテ審判スルコトヲ要ス然レトモ所爲ノ後時ノ經過ニヨリテ始メテ發覺シタル諸般ノ事情ハ之ヲ斟酌ス可カラス。

(ハ) 所爲ノ瞬間ニ於テ一般ニ認識シ得ヘキ諸般ノ事情又ハ犯人カ認識シタル諸般ノ事情ヲ考覈シ所爲カ結果ヲ發生セシムルニ全然不適當ナリト見ユルトキニ限リ企行未遂ハ危險ナキモノニシテ罰セサルモノトス。

(三) 故ニ例ヘハ不懷胎ノ婦女ノ墮胎行爲モ若シ懷胎ガ絶無ト認メラレサル限リハ之ヲ處罰スルコトヲ得ヘク死生兒ニ對スル殺害行爲モ死

主觀的ニ危險ノ存在スルコト

危險ノ有無ヲ判斷スル標準

生兒ト云フコトカ疑ヒナキニアラサル限リハ之レヲ處罰スルコトヲ得ヘシト。

格段ナル危險ヲ認ニ對スル批評

格段ナル危險ヲ認ニ對スル批評。

吾カ法曹界ハ殆ントリストニ依テ風靡セラルルノ觀ヲ呈シリストノ門弟甚タ多シ而シテ本說ノ如キ又一種獨創ノ見地アルカ如クニ觀察セラルル結果此說ヲ主張スルモノ尠カラサルモ仔細ニ其所論ヲ點檢スルトキハ只別名同意義ニ過キサルカ如シ。

リストハ曰ク「危險トハ一定ニシテ且意思的行動ノ瞬時ニ存在シ又ハ唯單ニ所爲者ノミニ知ラレタル事情ヲ綜合シ公平ナル判斷ニ於テ可能若クハ多分然ルヘシ隨テ實害カ結果トシテ發生スヘシトノ當然ナル危惧ノ念ノ存スヘキ狀態ヲ云フ」ト說明ス其引例トシテ不懷胎ノ婦女ト雖モ墮胎行爲ノ當時常態的ナル犯人ノ知覺ニ於テ結果ヲ生ス可シト確信シ裁判官モ亦若シ其身ヲ犯人ト同一ノ地位ニ置カハ疑念ヲ抱クヘキ事情アルトキハ危險アリト稱ス、從テ之ヲ總テノ未遂犯ニ演繹センカ犯人ノ

主觀主義ト純粹客觀主義トニ對スル批評

總テハ稀有ノ例外ヲ除クノ外始ント未遂犯トシテ處罰セサル可カラサルニ至ルヘク予輩ハ通說ニ從ヒ折衷說トシテ揭ケタルモ實際ノ適用ニ於テハ主觀主義ト何等選フ所無キニ至ルヘク只タ稀有ノ例外即チリストカ自カラ引例セル、

迷信ニ基キ事物ノ物理關係ヲ無視シタル行動及ヒ何人ニモ知レ渡リタルコトヲ知ラサルニ本ク大錯誤ノ場合ニ限リテ結論ヲ異ニスルノミノ結果ヲ生セン、

主觀主義ト同一ナラハ尙ホ可也然レトモ物理上實害ヲ生スヘキ傾向アリタルト否トヲ問ハスシテ單ニ危惧ノ念ノ生ス可キ狀態ヲ以テ未遂犯ヲ構成スルモノトセハ既遂犯ト未遂犯トハ別個ノ犯罪タル奇觀ヲ呈セン蓋シ既遂ハ實害ノ生スルヲ要素トシ未遂ハ人心ニ危惧ノ念ヲ生セシムル狀態ヲ要素トスト結論セサル可カラサレハ也。

以上學說ノ大要ト之ニ對スル批評トヲ試ミタリ、

最後ニ主觀說ト純粹客觀說トニ就テ一言セサル可カラス

純粹客觀說ハ手段ト目的トノ双面ヨリ觀察シ不能ヲ絕對ト相對トニ分別スルコトナク物理上犯罪トシテ實害ヲ生スル危險即チ可能的關係ヲ有セサルモノヲ不能犯トシ客觀的不能ノ行爲ハ無論不能犯トシ所謂相對的不能ノ場合ニ於テハ物理上犯罪タル實害ヲ生スルノ危險即チ結果發生ノ不能的關係ノ有無ハ之ヲ著手ノ時ニ鑑別シ著手ト見ルヘキ時ニ於テ不能的ナラサルモノハ不能犯トス從テ其危險ハリストノ危險ト異ナリ危惧ノ念ヲ生スヘキ狀態ニ止マラスシテ實際手段ト目的物トノ關係ニ於テ物理上犯罪トシテノ實害ヲ生スヘキ狀況ニアルコトヲ要ス

反之主觀說ハ犯人ノ犯意其モノニ重キヲ置キ客觀的行爲ノ實害ヲ生スル危險アルヤ否ヤヲ問ハサルモノニシテ客觀說トハ全然相反撥スルモノニシテ兩者共ニ極端ニ走ルノ感アリト雖モ眞理ハ常ニ兩極端ニ存ス。從テ

(1) 主觀主義者カ行爲ト結果トノ因果關係カ共ニ無形ノモノナリセハ兩者ノ區別ヲ說クヘキニアラスト主張スルニ對シ客觀主義者ハ苟クモ

刑法ノ基礎的觀念タル客觀主義ニ異ナルニヨリテ異ルヲ予ハ主觀主義ヲ採ル

手段ト目的トノ關係ニ於テ物理上實害ヲ發生スヘキ可能的關係アルニ於テハ兩者ノ區別ヲ設ケサル可カラスト主張シ、

(2) 主觀主義者カ未遂犯モ不能犯モ共ニ本人ノ錯誤ニ基因スルモノニシテ錯誤ノ大小ニヨリテ兩者ノ區別ヲナスハ不當ナリト主張スルニ對シ客觀主義者ハ开ハ論者カ主觀的ニ犯人ニ責任アリトノ前提ヲ有スルカ爲メニ斯ノ如キ論結ヲ生スルモ犯罪ハ主觀的方面ノミニヨリテ決ス可カラス主觀的要件ニ伴フ客觀的行爲(結果)アルコトヲ要ストノ前提ヨリスレハ客觀說ニ走ラサル可カラスト主張ス、

以上ノ如クナルヲ以テ主觀主義ト客觀主義トハ枘鑿相容レス而シテ刑法ハ又何等不能犯ニ就テ規定スル所ナキカ故ニ兩者ノ是非ハ理論ヲ以テ決ス可カラス。

雖然兩者ノ論爭ノ根元ハ畢竟刑法ノ基礎的觀念タル客觀主義、主觀主義ニ因ス從テ人格主義ニ重キヲ置ク論者ハ主觀主義ニ走リ然ラサルモノハ客觀主義ヲ採ル予ハ理論ヲ一貫スル爲ニ暫ク主觀主義ニ與ミセント欲ス、

立法論折衷主義ヲ可トス

新刑法ニ規定ナキハ缺點也

總論

立法論

立法論トシテ之ヲ視ルモ犯人其モノノ惡性ニ重キヲ置クハ刑事政策ノ當ヲ得タルモノナルハ既ニ前編ニ於テ述ヘタルカ如シ只タ現時ノ社會狀態ニ於テハ立法論トシテハ俄カニ主觀主義ニ趨ル可カラス又客觀主義ニ趨ル可カラス場合ヲ分チテ或ル種類ノ犯罪ノ不能ハ他ノ可能ナルモノト共ニ處罰シ成ル種類ノ犯罪ノ不能ハ之ヲ處罰セサル折衷的立法ヲ試ミルコトヲ要ス、

新刑法カ此點ニ就テ何等ノ規定ヲ置カサリシハ予輩ノ最モ惜ム處也。

第二節 單獨犯及共犯

總論

一ノ犯罪ニハ一人ノ正犯アルコトアリ數人ノ正犯アルコトアリ又一人若シクハ數人ノ教唆犯又ハ從犯アルコトアリ一人カ獨立シテ罪責ヲ負フ

單獨犯
共犯

場合ヲ單獨犯ト稱シ數人ノ行爲カ合一シテ犯罪ヲ成立セシメ數人共ニ罪責ヲ負フ場合ヲ數人共犯ト稱ス、一人カ單獨ニ罪責ヲ負フ場合ニ二アリ自己ノ行爲ニヨリテ單獨犯タル場合及ヒ自己以外ノ人類ノ行爲ニヨリテ單獨犯タル場合之レナリ前者ヲ直接正犯ト稱シ後者ヲ間接正犯ト稱ス、數人共犯ノ場合ニアリテハ罪責ヲ負フモノノ行爲ノ態樣如何ニヨリテ正犯、教唆犯及從犯ニ分別シ、實行々爲ヲ爲スニヨリ罪責ヲ負フモノヲ正犯ト稱シ犯罪ノ決意ニ原因ヲ與フルニヨリテ罪責ヲ負フモノヲ教唆犯ト稱シ正犯行爲ヲ幇助スルニヨリテ罪責ヲ負フモノヲ從犯ト稱ス、

正犯
教唆犯
從犯

一ノ犯罪アレハ必ス正犯アリ正犯ナキ犯罪ノ成立ハ之ヲ認ムルコトヲ得ス故ニ單獨犯ハ常ニ正犯ニシテ教唆犯若シクハ從犯ニヨリテ罪責ヲ負フヘキ場合ナク教唆犯若シクハ從犯ハ正犯ナクシテ成立スルコトナシ、

直接正犯ノ意義

第一款　直接正犯

直接正犯トハ一人ノ行爲ニヨリ其一人カ獨立シテ罪責ヲ負フ場合ヲ云フ、一人ノ行爲カ人類以外ノ行爲ニ非ラサル他ノ動力ト相俟ツテ犯罪構成要素ヲ完成シタルトキモ亦直接正犯ニシテ一人カ人類ノ意思ニ基カサル身體ノ運動ヲ利用シテ罪素タル結果ヲ完成セシメタル場合ニハ直接正犯ニ非スシテ間接正犯ナリ一人カ他人ノ故意ニ基ケル行動ト相俟ツテ犯罪構成要素ヲ完成シタルトキハ間接正犯ニ非スシテ數人共犯ノ觀念ニ屬ス

間接正犯ト共犯トノ差異

共犯ハ後チニ說明スルカ如ク二人以上ノ行爲者カ共ニ責任能力者ニシテ犯罪事實ノ觀念ヲ有シ且ツ其間ニ意思ノ連絡アルコトヲ要ス此條件ヲ具備スル場合ニ於テ二人以上カ共ニ實行ニ與ルトキハ共同正犯トナリ一人カ實行ニ與ラスシテ他ノ犯人ノ犯罪決意ヲ惹起スルニ止ルトキハ教唆犯トナリ其犯罪行爲ヲ幇助スルトキハ從犯トナル此條件ヲ具備セサル場合ニ於テ歸責無能力者ノ行爲ヲ利用シタルトキハ間接正犯トナリ人類以外ノ自然界ノ動力ヲ利用シテ犯罪構成要素ヲ具備シタルトキハ即チ直接正犯ナリ從テ直接正犯ハ行爲者カ犯罪事實ノ觀念ヲ有セサル場合ニ於テモ成立スル場合アリ過失犯之レナリ、

要之自己ノ行爲ノミニヨリテ又ハ人類ノ行爲ニ非ラサル他ノ動力ヲ利用シテ犯罪構成要素ヲ完成シタル場合ヲ直接正犯ト稱ス、

第二款 間接正犯

間接正犯ノ意義

直接正犯ニ對シテ單獨ニ責任ヲ負フ場合ヲ間接正犯ト稱ス間接正犯トハ自ラ事ヲ行ハスシテ他人ノ行爲ヲ利用シ犯罪構成要素ヲ充實シタル場合ヲ云フ換言スレハ數人カ同一犯罪事實ノ成立ニ關聯スルニ係ハラス單獨正犯ヲ存スルノミニシテ共犯關係トナラサル場合ナリ即チ被利用者カ利用者ト共同シテ罪責ヲ負ハスシテ被用者ノミ單獨ニ責任ヲ負フ場合ナリ

共犯ノ一態様ナリトノ説

然レ共數人共犯ノ觀念ニ對シ行爲合同論ヲ主張スルモノハ間接正犯ノ觀念ヲ否認シ行爲カ客觀的ニ合一的觀察ヲ下スヘキ場合ハ總テ之ヲ共犯關係トシ間接正犯ノ場合ヲ以テ共犯ノ一態様ナリトス故ニ此説ニ從フトキハ共犯ノ觀念ニ於テ犯罪事實ニ對スル相互認識ヲ要セズ從テ又過失犯ト然ラサルモノトノ共犯關係ヲ認ムルコトヲ得、

予輩ハ共犯ノ觀念ニ於テ犯罪合同論ヲ採ラス又行爲合同論ヲ採ラス蓋シ犯罪合同論ハ主觀的觀察ニ偏シ行爲合同論ハ客觀的觀察ニ偏スレハナリ予輩ノ信スル所ニヨレハ共犯ノ觀念ハ主觀客觀兩方面ヨリ觀察スヘキモノニシテ即チ客觀的ニハ行爲カ合一シテ觀察サルルコトヲ要シ主觀的ニハ二人以上ノ犯人カ共ニ犯意ヲ有シ意思ノ聯絡ハ一方的ナルヲ以テ足リ双方的聯絡アルコトヲ要セスト信ス故ニ又間接正犯ノ觀念ヲ認ム換言スレハ二人以上ノ犯人カ共ニ故意ニ基ク罪責ヲ負フ場合ヲ以テ共犯トシ然ラサル場合即チ二人以上ノ犯人アルモ單ニ一人ノミ故意ニ基ク罪責ヲ負フ場合ヲ間接正犯ト信スルナリ（第三節共犯論參照）

共犯ト間接正犯

間接正犯ノ成立スヘキ場合

今理論上間接正犯ノ成立スヘキ場合ヲ想像スレハ略ホ左ノ如シ、

(甲)責任無能力者ヲ利用シテ犯罪ヲ犯サシメタル場合、

(甲)責任無能力者ヲ利用シテ犯罪ヲ犯サシメタル場合

例ヘハ十四歳未滿ノ幼者ヲ使嗾シ他人ノ物品ヲ竊取セシメ又ハ精神病者ニ刀ヲ授ケテ他人ヲ殺害セシメタル場合（大審院ノ判例モ亦之ヲ認ム明治卅七年判決錄二四一五頁）

(乙)犯罪事實ニ就テ認識ヲ有セサル者ヲ利用シテ自己ノ犯意ヲ遂行シタル

(乙)犯罪事實ニ就テ認識ヲ有セサル者ヲ利用シテ自己ノ犯意ヲ遂行シタル場合

トキ例ヘハ醫師カ毒藥ヲ藥ナリト信セシメ看護婦ヲ利用シテ患者ニ之ヲ服用セシメタル場合若クハ丙者カ甲ヲ欺キ乙者ニ屬スル物件ヲ自己ニ屬スルモノト信セシメ之ヲ毀損セシメタル場合

此點ニ就テハ間接正犯ニ非スト云フ論者アリ岡田博士ノ如キ即チ之レナリ而シテ大審院ノ判例ハ予輩ノ說ト同シ（明治三十年大審院判決錄二卷五九頁）

（丙）他人ノ違法ナラサル行爲ヲ利用スル場合

例ヘハ詐欺若シクハ强制ニヨリ他人ヲ急迫危難ニ陷レ其防衞行爲ヲ利用シテ犯罪ヲ犯サシメタル場合

（丁）犯罪カ特定ノ目的ヲ以テ其構成要素トスル場合ニ其目的ヲ有スルモノカ其目的ヲ有セサル者ヲ利用シテ此目的ヲ要素トスル犯罪ヲ犯サシメタル場合

或ハ自己ヲ精神喪失ノ狀況ニ陷レ以テ犯罪ヲ遂行シタル場合ヲ間接正犯ノ觀念ヲ以テ說明スル學者アリ（第三章第二節責任無能力ノ原因參照）

如何ナル犯罪モ間接正犯ヲ以テ犯スコトヲ得ルヤ

（丙）他人ノ違法ナラサル行爲ヲ利用スル場合

（丁）特種ノ目的ヲ有セサル者ヲ利用シテ特種ノ目的ヲ要スル犯罪ヲ犯サシメタル場合

認識ヲ有セサル者ヲ利用シテ自己ノ意ニ適ヒタル行爲ヲ犯サシメタル場合

如何ナル犯罪モ間接正犯ヲ以テ犯スコトヲ得ルヤ

第一說積極說

第一說積極說

如何ナル犯罪ト雖モ間接正犯ヲ以テ犯スコトヲ得ト從テ精神病ニ罹レル官吏ヲ敎唆シテ收賄セシメタルモノハ收賄罪ノ間接正犯トナルヘク有夫ノ婦ニ强制ヲ加ヘ他ノ男子ト通セシメタル男子ハ有夫姦ノ間接正犯ナリト認メサルヘカラス、

第二說消極說

第二說消極說

直接正犯ヲ以テ犯スコトヲ得サル犯罪ハ又間接正犯ヲ以テ犯スコトヲ得スト此說ニヨルトキハ前例ノ如キ場合ニ於テハ間說正犯ヲ認ムルコトヲ得ス

第三說折衷說

第三說折衷說

折衷說ハ場合ヲ分チテ間接正犯ヲ以テ犯シ得ヘキ罪ト然ラサルモノトヲ分ツ、

（一）法律ノ規定

（一）法律ノ規定　法律ノ規定ニヨリ間接正犯ヲ認ムル能ハサル場合アリ殊ニ其性質上間接正犯タルヘキ場合ヲ法律カ獨立罪トナシタル場合

(二)身分ヲ要スル場合

ニ於テ然リ、

(二)身分ヲ要スル場合　特別ノ身分ヲ以テ犯罪ノ構成要件トスル場合ニ於テハ身分ナキモノハ身分アルモノヲ利用シテ此種ノ犯罪ヲ犯スコトヲ得ス但シ身分ヲ有スルモノハ身分ナキモノヲ利用シテ間接正犯ヲ犯スコトヲ得、

(三)結果ノ發生ヲ以テ犯罪ヲ構成スル場合

(三)結果ノ發生ヲ以テ犯罪ヲ構成スル場合　此ノ場合ニ於テハ常ニ間接正犯ヲ認ムルコトヲ得例ヘハ強姦罪ハ女子ノ健康又ハ貞操ヲ侵害スル結果ノ發生スル事實ヲ以テ犯罪成立ノ要素トナス故ニ責任能力ナキ男子ヲ教唆シテ婦女ヲ強姦セシメタル女子ハ強姦罪ノ間接正犯ナリトス、

斷定

要之間接正犯ナル觀念ハ人ヲ器械トシテ自己カ罪ヲ犯スコトヲ指稱スルモノニシテ他人ノ行爲ヲ利用スルモノナリ而シテ新刑法ニ於テハ其第六十五條第一項ニ於テ身分ナキモノカ身分ヲ必要トスル犯罪ノ主體ト爲リ得ルコトヲ認メタリ從テ身分ナキモノカ身分アル犯罪ヲ犯シ得ル場合アリト認ムルハ必ラシモ不當ニアラス例ヘハ懷胎ノ狂婦ヲ教唆シテ自ラ墮胎セシメタル場合若シクハ精神喪失中ノ官吏ヲ使嗾シテ職權ヲ濫用セシメタル場合ノ如キハ之ヲ間接正犯ト認ムルコトヲ得ヘシ果シテ此論結ヲ正當ナリトセハ本問ハ前記(一)ノ場合ヲ除クノ外之ヲ積極ニ斷定スルコトヲ得ヘシ。

共犯ノ概念

第一犯罪合同論

第三款　共犯ノ概念

共犯トハ二人以上カ共同シテ罪責ヲ負フヲ云フ共犯ノ概念ニ關シテ二個ノ說アリ犯罪合同論ト行爲合同論ト之レナリ。

第一　犯罪合同論

犯罪合同論ハ共犯ヲ以テ數人ノ共犯ニヨリ一罪ヲ成立セシムルモノ即チ同一犯罪ニ對スル數人ノ加功ナリトス故ニ共犯ノ場合ニ於テ成立スル犯罪ハ其各共犯者ニ常ニ同一ニシテ罪トナラサル行爲ニ對スル加功ハ共同關係ヲ生スルコトナシトス例ヘハ一個ノ竊盜又ハ殺人ナル犯

罪カ數人ニヨリテ犯サルルモノナルガ故ニ共犯者ハ皆同シク竊盜犯又ハ殺人犯トシテ罪責ヲ負フカ如シ。

第二行爲合同論

第二　行爲合同論

共犯ハ數人カ各犯罪ヲ犯スニ當リ共同ノ行爲ヲ以テスルモノ卽チ共犯者ハ常ニ他人ノ行爲ヲ利用シテ罪ヲ犯スモノナリ換言スレハ行爲合同論ハ數人ノ行爲ヲ合一的ニ觀察スルニ止マリ結果其他ノ事情ハ共犯者各自ニ對シ各別ニ評價スルガ故ニ各種各別ノ犯罪ノ成立スルコトアリ又一人ノ犯罪ノ不成立ハ他ノ共犯者ノ地位ニ影響ヲ及ホサルルモノトス、例ヘハ同シク共同ノ行爲ニ出テタル場合ト雖モ犯意アルモノニ對シテハ殺人犯トナリ殺意ナキモノニ對シテハ傷害罪トナルニ過キスト通說ハ犯罪合同論ナルモ刑法學上近時ノ趨勢ハ後說ニ從フニ似タリ而シテ此ノ觀念ノ差ハ諸種ノ適用ニ於テ多大ノ差違ヲ來ス、例ヘハ前說ニ從フトキハ間接正犯ヲ認ムルコトヲ得ルモ後說ニ從ヘハ間接正犯ハ單獨犯ニ非スシテ共犯ノ一態樣タルニ過キス

兩說ノ差

然レ共兩說ノ差ハ行爲ヲ主觀的ニ觀察スルカ客觀的ニ觀察スルカニヨリテ區別セラルルモノニシテ犯罪合同論ニ從フモ共犯者ノ責任ハ各自犯意ノ存スル限度ニ於テ制限サレ、行爲合同論ニ從フモ犯人ノ意思ヲ除外シテ行爲ノミニヨリテ共犯ノ觀念ヲ定ムルトキハ同時犯トノ區別ヲ認ムルコト能ハサルニ至ル、故ニ予輩ハ共犯ノ觀念トシテハ一方ニ於テ行爲ヲ客觀的ニ觀察スルト共ニ他方ニ於テ犯罪事實ノ認識ハ相互的ナルコトヲ要スルヤ將タ一方的ナルヲ以テ足ルカノ主觀的觀察ヲ要スト信スルモノナリ。（前節第二款問接正犯參照）

兩說共ニ理論ナ一貫スルコトヲ得ス

而シテ所謂犯罪合同論ニ從フトキハ卽チ意思ノ方面ニ於テ相互加工ノ認識ヲ要スル說ニ歸著スヘク行爲合同論ニ從フトキハ一方的認識ヲ以テ足ルトノ說ニ歸著スルニ至ルトセハ卽チ行爲合同論ニ贊同シ行爲合同論者カ其行爲ノミヲ云爲シテ意思ニ及ハサル點ニ於テ之レヲ採ラス

予輩ノ見解

第一項　共犯ノ種類

共犯ノ種類

一任意共犯　二必要共犯

必要共犯ノ二分類

(1)會合共犯

(2)集合共犯

共犯ハ之ヲ別チテ任意共犯ト必要共犯トノ二トナス

任意共犯トハ一人單獨ニテ犯スコトヲ得ル犯罪ヲ數人カ共同シテ犯ス場合ヲ云ヒ必要共犯トハ數人共同スルニ非ラサレハ成立スルコトヲ得サル犯罪ヲ云フ、竊盜行爲ヲ數人共同シテ犯スハ前者ノ例ニシテ內亂罪決鬪罪ノ如キハ後者ノ適例ナリ。

必要共犯ハ更ラニ別チテ二トナス、會合共犯ト集合共犯トノ之レナリ

會合共犯トハ一方ノ行爲ト他ノ一方ノ行爲トカ競合スルニヨリテ成立スル犯罪ニシテ集合共犯トハ數人カ外部ニ對シテ不法ナル共同勞力ヲ及ホス場合ニ存ス決鬪罪姦通罪ハ前者ノ適例ニシテ內亂罪騷擾罪ハ後者ノ適例ナリ。

集合共犯ハ各本條特別規定ノ範圍內ニ屬セサル部分ニ就テハ總則共犯ノ適用ヲ受クルモ會合的必要共犯相互間ノ關係ニ就テハ爭アリ、一派ノ論者ハ必要的共犯關係ニ於テ法律カ特ニ一方ヲ處罰スル場合ニ於テハ他ノ一方ハ當然處罰セラレサルモノト解セサル可カラストノ消極說ヲ主張シ他ノ一派ノ論者ハ他ノ一方ヲモ必要共犯トシテ處罰セサル可カラストノ積極論ヲ主張ス、前說ヲ以テ正當ナリトス。

會合的共犯ヲ嚴格ノ意味ニ於テ云フトキハ双方共ニ罪責ヲ負フ場合ニ限ル、例ヘハ收賄罪、重婚罪、姦通罪等ノ如シ。

第二項　共犯成立ノ要件

共犯成立ノ要件

第一主觀的要素

意思ノ聯絡ハ相互認識ヲ要スルカ

共犯モ亦犯罪ノ一態樣ニ過キサルカ故ニ犯罪ノ成立上必要ナル主觀的要素ト客觀的要素トヲ具備スルコトヲ要ス。

第一　主觀的要素

共同者各自ノ行爲カ有責ナルコトハ無論、更ラニ共同犯罪ノ認識アルコトヲ要ス、換言スレハ共犯者ハ自己ノ行爲カ他人ノ行爲ト相俟ツテ一定ノ犯罪ヲ成立セシムルコトヲ認識セサル可カラス、此認識ヲ缺如スルトキ即チ意思ノ聯絡ナキトキハ共犯ニアラスシテ同時犯ナリ。

意思ノ聯絡、相互認識ヲ要スルヤ。

第一說 双面說

第一說・犯罪合同論ヲ主張スル論者ハ犯罪實行前ニ共犯者間ニ共通意思アルコトヲ要スト主張シ事前ニ相互加功ノ認識ナキトキハ各自單獨犯ヲ成立セシムルノミニシテ共犯關係ヲ生セスト。

第二說 片面說

第二說 行爲合同論ヲ主張スルモノハ曰ク、共犯ノ觀念ハ双面的ナルヲ要セス各種ノ態樣ニ通シテ認識アルモノノ方面ニ於テノミ共犯關係ヲ生ス換言スレハ一方的共犯ヲ認ムルコトヲ得ト。

第三說 折衷說 現行法上ノ解釋

第三說 ハ折衷說ニシテ理論ハ別トシ此現行刑法上ノ解釋トシテハ共同正犯ノ成立ニハ共同犯者相互ニ犯罪加功ノ認識アルコトヲ要シ、教唆及幇助犯ノ場合ニハ獨罪ノ性質トシテ其本人ニ共犯ノ認識アルコトヲ要セス單ニ教唆者及幇助者ノ方面ニ於テノミ加功ノ認識アルコトヲ以テ足ルト解釋スルヲ穩當トスト然レ共理論上ノ見解トシテハ片面的認識ヲ以テ足ル。

第二客觀的要素

第二 客觀的要素

一般犯罪ノ客觀的要素ヲ具備スルニ非ラサレハ行爲ノ違法性ヲ缺如ス、換言スレハ數人カ有責行爲ヲ以テ犯罪構成要素トナルヘキ他人ノ有責行爲ニ加功シ同一犯罪事實カ數人ニヨリ犯サレタル場合ニアラサレハ共犯ノ觀念ヲ缺如ス從テ事後從犯ハ獨立ノ犯罪ニシテ共犯ノ形式ニ非ラス、然レ共他人カ犯罪ヲ犯シタル後之ニ助力ヲ與フヘキコトヲ約シテ犯罪ノ決意ヲナサシメタルトキ若シクハ犯罪ヲ容易ナラシメタル場合ハ共犯ノ觀念ヲ存ス。

第一說 ビンアンアンノ說

共犯成立ノ要件ハ叙上ノ如シ而シテ過失犯結果犯等ニ對シテ共犯アリヤ否ヤノ問題アリ以下逐次叙述セン

(甲)過失犯ニ共犯アリヤ

(甲) 過失犯ニ共犯アリヤ

共犯ノ觀念ニ就テ犯罪合同論ヲ採用スルトキハ消極說ヲ採ラサルヘカラサルモ行爲合同論ヲ採用スルトキハ之ヲ肯定セサル可カラス而シテ古來此問題ニ對シテハ幾多ノ議論試ミラレタリ。

第一說 故意ト過失トハ意思ノ實質ノ違法ナルト否トニヨリテ分ルルモノニ非ラス行爲者カ其意思ノ違法ナルコトヲ認識スルト否トニヨ

リテ區別セラルルモノナリ故ニ數人カ共ニ違法ヲ認識シテ罪ヲ犯シタルトキハ故意ノ共犯アリ、數人カ共同行爲ヲ爲スノ意思アルモ違法ヲ認識セサルトキハ過失ノ共犯アリト(ピンヂ)

然レ共現行刑法ノ解釋上違法ノ覺知カ故意ノ要件ニアラサルコトハ予輩ノ既ニ論述シタル所ニシテ此説ハ違法ノ覺知ヲ以テ故意ト過失トヲ分別セントスルモノニシテ現行刑法ノ解釋ニ適セス。

共批評

第二説(フランクノ説)　過失犯ニ共同正犯アリ、去レト教唆犯從犯ハ因果關係ヲ中斷スル場合ニ限リテ存シ得ル觀念ニシテ他人ノ過失行爲ノ介入ハ因果關係ヲ中斷スルモノニ非ス從テ此ノ場合ニハ間接正犯ノ觀念ヲ存スルモ共犯ノ成立ヲ認ムルノ必要ナシト(フランク)

第三説(過失犯ニ對シテ教唆從犯ヲ認ムルコトヲ得)　共同正犯ニアリテハ双方共ニ共同ノ意思ヲ有スルコトヲ要スルカ故ニ他人ノ過失犯ニ對シテ共同正犯ナシ、然レ共教唆犯及從犯ニハ之レアリ何トナレハ教唆犯及從犯ニ於テハ正犯ノ方面ニ於テ共同行爲ノ認識アルコトヲ要セサルカ故ニ過失犯ニ對スル教唆犯及從犯ヲ認ムルコトヲ得レハナリ斯ノ如キ場合ニ於テ第二説ヲ主張スル論者ハ間接正犯ヲ認ムルカ故ニ共犯ヲ認ムルノ必要ナシト唱導シ又事實ニ於テ多クハ想像上ノ二罪ヲ構成スト雖之レカ爲メニ共犯ヲ認ムルノ必要ナシトスルハ獨斷ナリ、殊ニ教唆犯者及從犯者カ必要ナル身分ヲ具備セサルカ爲メニ間接正犯タルコトヲ得サル場合ニ於テハ特ニ此ノ觀念ヲ認メサル可カラサル必要アリト。

第四説(消極説)　共同正犯ノ場合ニハ双方ノ間ニ故意ノ共通アルコトヲ必要トスル結果、過失犯ニ對シテハ共同正犯ヲ存スルコトヲ得ス、而シテ教唆從犯ノ場合ニハ間接正犯ヲ認ムヘキカ故ニ同時ニ過失犯ニ對スル教唆犯ヲ認ムルコトヲ得スト。

結論　要之、過失犯ニ共犯關係ヲ認メ得ルヤ否ヤハ共犯ノ觀念ニ於テ犯罪合同説同論ヲ取ルト行爲合同論ヲ採ルトニヨリテ其論結ヲ異ニス犯罪合同説ヲ採ルトキハ共犯ハ相互共ニ故意アルコトヲ要シ相互加功ノ認識ヲ要スト主張スルカ故ニ過失犯者ト過失犯者トノ間ニ共犯關係ヲ認ム可カ

ラサルハ勿論、過失犯者ト故意犯者トノ間ニモ亦共犯關係ヲ認ムルコトヲ得ス、反之、行爲合同論ヲ採用スルトキハ單ニ犯人ノ行爲ヲ合一的ニ客觀スルノミニシテ意思ハ一方的聯絡アルヲ以テ足ルカ故ニ共同正犯ニ對シテハ勿論教唆犯及從犯ニ就テモ過失共犯ヲ認ムルコトヲ得。

而シテ予輩ハ共犯ヲ以テ故意ヲ要スル犯罪ト信スルカ故ニ過失犯ニ就テハ共犯關係ヲ認メス。

第一說殺極說

(乙)結果犯ニ共犯アリヤ

(乙) 結果犯ニ共犯アリヤ

共犯者ノ一人カ故意者シクハ過失ヲ要セスシテ刑罰加重ノ事由トナルヘキ結果ヲ惹起シタル場合ニ於テ其過剩ニ對シ共犯關係ヲ認メ得ヘキカ例ヘハ毆打創傷ノ意思ヲ以テ犯罪ヲ遂行シタルニ一人ノ攻擊カ過酷ナリシ爲メ遂ニ被害者ヲ死ニ致シタル場合、若シクハ共ニ强盜ニ侵入シタルニ一人カ誤ツテ小兒ヲ踏ミ殺シタル場合ノ如キハ共ニ毆打致死若クハ强盜殺人ノ罪責ヲ負フヘキカ。

第一說 刑罰加重ノ事由トナルヘキ結果ハ共同責任ノ下ニ實行サレタル行爲其モノヨリ發生シタルモノナルカ故ニ之ヲ總テノ共犯者ノ責ニ歸セサル可カラスト。

第二說消極說

第二說 共犯トシテ共ニ罪責ヲ負フニハ相互認識アルコトヲ要ス、相互認識ノ一致セサル部分ニ就テハ絶對ニ共犯關係ヲ認ム可カラス故ニ本問結果犯ノ過剩部分ハ他ノ共犯者ニ歸ス可カラスト。

第二說ハ結果犯ノ觀念ヲ無視ス

通說ハ第二說ニ傾ムク然レ共第二說ハ根本ニ於テ誤謬ニ陷レルモノノ如シ何トナレハ結果犯トハ刑罰加重ノ事由トナルヘキ結果ヲ豫見セス又認識セサリシ場合ニ於テ起ル問題也從テ例ヘハ毆打致死ノ場合ニ於テ一人ハ殺人ノ意思ヲ以テ一人ハ傷害ノ意思ヲ以テ毆打シタルモノナリト假定セハ前者ハ故殺ヲ以テ論スヘク、而シテ其故殺者ノ行爲ニヨリ死ナル結果ヲ生シタルモノナルトキハ或ハ死ナル結果ニ就テ後者ニ責任ナシト云ヒ得サルニ非ラサルモ本問所求ノ要點ハ共ニ刑罰加重ノ條件タル事實ニ就テ認識豫見ヲ缺キタル場合ニ關ス、從テ一方ノ行爲ニヨリ刑罰加重ノ事由ヲ生シタルトキニ於テハ他ノ一方モ亦其責任ヲ負ハサル可カラス何ト

理論上第一說ヲ至當トス

ナレハ刑罰加重條件タル事實ノ認識ノ有無ハ結果犯ニ於テ問フヘキ問題ニ非ラサレハ也、故ニ理論上第一說ヲ至當トス。

第三項　共犯ノ處分ニ關スル學說

第一說差等ヲ設ケシトノ說

第一說　差等ヲ設クヘシトノ說

論理上ノ因果關係ハ萬有ニ瀰リテ連續スルモノナリト雖刑法上ニ於ケル因果關係ハ適當ノ範圍ニ於テ限界セサル可カラス且ツ一定ノ結果ニ對シ如何ナル行爲カ原因力ヲ與ヘタルヤ否ヤヲ審案スルトキハ必スヤ他ノ原因ナキモ此原因ナケレハ此事實發生セサルヘシト認メ得ヘキ原因存ス、而シテ刑法上ニ於テハ卽チ此原因ナクンハ此ノ事實發生セサルヘシト認メ得ヘキモノヲ原因ト云ヒ他ハ之ヲ副因若シクハ條件ト稱ス、此ノ意味ニ於ケル因果ノ關係ハ責任能力者ノ任意ナル介入行爲ニヨリテ實質的ニ中斷セラルルモノトス從テ介入行爲者アルトキハ從前ノ因果關係ヲ中斷シ更ラニ介入行爲ト結果トノ間ニ新ナル因果關係ヲ生

因果關係ノ中斷

原因ヲ與ヘタルモノト條件ヲ與ヘタルモノトノ輕重ヲ共ニスルヲ當然トス

第二說差等ヲ設ク可カラストノ說

スルモノナリ、我現行刑法ハ卽チ此ノ理論ニ基キ自ラ直接ニ手ヲ下シ若シクハ責任無能力者又ハ故意ナキ者ヲ利用シテ一定ノ結果ヲ生セシメタル場合ニ於テハ犯罪ノ實行者トシ之ヲ實行正犯若シクハ間接正犯トシ、責任能力者ニ犯罪ヲ敎唆シ若シクハ之ヲ幇助シテ犯罪ノ實行ヲ容易ナラシメタル者ハ之ヲ實行者ト區別シ前者ヲ敎唆犯トシ後者ヲ從犯トス、換言スレハ犯罪ノ結果ニ對シ諸種ノ條件ヲ與フルモノハ悉ク原因者ニ非スシテ獨リ自ラ手ヲ下シ若シクハ責任無能力者又ハ故意ナキ者ヲ利用シテ間接ニ犯罪ノ構成要素ヲ實行シタルモノノミヲ原因者トシ敎唆及幇助行爲ハ責任能力者ノ故意アル實行々爲ニヨリ因果關係ヲ中斷セラレ刑法上ニ於ケル原因者タルコトヲ得ス從テ原因ヲ與ヘタルモノトハ其刑ノ輕重ヲ異ニスルヲ當然トスト云フニアリ。

第二說　差等ヲ設ク可カラストノ說

然レ共此論者ハ論理上ノ因果關係モ刑法上ノ因果關係モ何等異ル所ナシトノ前提ノ下ニ曰ク、元來純然タル因果關係ノ觀念ヨリ論スルトキ

條件ト原因トハ區別スト可カラス

刑罰ノ基礎觀念タル事實主義ト人格主義ノ爭ヒナリ

ハ苟クモ結果ニ對シテ一條件ヲ與ヘタルモノハ皆原因者トシテ同一ニ處分スルコトヲ得ヘク從テ重大ナル原因ト輕微ナル原因トヲ區別シ又ハ結果ノ發生上直接ナル原因ト直接ナラサル原因トヲ區別シ若シクハ條件ノ差異ニヨリテ共犯ヲ三種ノ形式ニ分ツノ根據トナスハ論理一貫セス若シ夫レ犯人カ實行々爲ヲ爲シタルト之ヲ幫助シタルトニヨリテ刑ノ輕重ヲ設クヘシトセハ犯人カ自然力ヲ利用シテ犯罪ヲ遂行シタル場合ニ於テハ何カ故ニ刑ヲ輕減セサルヤ犯人カ自然力ヲ利用スルト將タ正犯行爲ヲ利用スルト其理ニ於テ二アルナシ教唆ノ場合ニ於テモ其理ニ於テハ間接正犯ト何等選フ所ナシ然ルヲ一ハ重刑ヲ科シ他ハ刑ヲ輕減スト云フハ到底理解シ能ハサル說明ナリ約言スレハ教唆及幫助行爲モ正犯行爲ト同シク同一ノ原因ヲ與ヘタルモノニシテ殊ニ犯人ノ意思ニ於テ從犯タルト正犯タルトヲ問ハス共ニ共同生活ノ秩序ヲ破ルモノニシテ其間何等ノ差等ヲ設クヘキモノニ非ス之ヲ刑罰ノ基礎觀念タル人格主義ニ徵スルモ刑ニ差等ヲ設クルノ非ナルヲ推知シ得ルニ難カラスト（因果關係ノ中斷論參照）

立法例

之ヲ立法例ニ徵スルニ英米ニ於テハ從來差等ヲ設ク可カラストノ見解ヲ採用セリ特ニ北米諸州ニ於テハ我刑法ニ所謂教唆犯及從犯モ亦正犯ナリトシ何レモ同一ニ處斷シ英法ニ於テハ我刑法ニ於ケル教唆犯ヲ以テ事前ノ從犯ナリトスルモ其處分ニ至リテハ之ヲ正犯ト區別スル所ナシ

近來ニ至リゲッツ博士ノ「所謂共犯ニ付テ」ナル論文ニヨリ共犯ノ處分ニ差等ヲ設クルコトノ非ナルヲ唱導セラレシ以來又漸ク法曹界ノ注目スル所トナリ遂ニ諸威刑法典ハ同博士ノ意見ヲ採用シ左ノ如キ規定ヲ設ケタリ

ゲッツ博士ノ所謂共犯ニ付テ

諸威刑法第五十八條

諸威刑法第五十八條

數人カ罰スヘキ目的ノ爲メニ協力シタル場合ニ於テ或者ノ協力カ主トシテ他ノ共犯者ニ對シテ從屬的關係ヲ有シ若シクハ他ノ共犯者ノ協力ニ比シテ輕微ナルトキハ此者ニ對スル刑ハ一等輕キ刑名ニ下シ且ツ本刑ノ最低限以下ニ於テ之ヲ處罰スルコトヲ得

即チ其裏面ニ於テ共犯者間ニ刑ノ輕重ヲ區別セサルコトヲ明ニシ他ノ協力者ノ協力カ輕微ナル場合ニ於テ刑ノ輕重ヲ付スヘキカ否ヤヲ裁

判官ノ職權ニ屬シタリ。

予ノ見解トシテハ因果關係ノ中斷ヲ認メサルト人格主義ヲ採ルトノ理由ニヨリ教唆及從犯ト正犯トノ間ニ刑ノ輕重ヲ設クヘキモノニ非ストノ說ニ贊同セント欲ス（前編刑罰適用ノ性質及ヒ後編因果關係中斷論參照）

第一款　共同正犯

共同正犯成立ノ要件

刑法第六十條（二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタルモノハ皆正犯トス）

共同正犯トハ一ノ犯罪ニ付キ二人以上カ着手又ハ實行ヲ爲スニヨリ共ニ罪責ヲ負フ場合ヲ云フ、共同正犯成立ノ要件ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一客觀的要件

第一　客觀的要件

共同正犯ノ客觀的要件トシテハ二人以上ノ刑事責任能力者カ同一犯罪事實ヲ構成スル行爲ニ着手スルコトヲ要ス、而シテ共同行爲者ノ各自ハ此種ノ行爲ノ異リタル部分ヲ分擔スルト同一部分ヲ分擔スルトヲ問ハサルモノトス、

第二主觀的要件

第二　主觀的要件

着手行爲又ハ着手以上ノ行爲タルコトヲ要スルカ故ニ豫備行爲ハ從犯タルコトヲ得ルモ共同正犯ノ行爲タルコト能ハス、一ノ行爲カ着手行爲ナルヤ將タ豫備行爲ナルヤハ行爲其モノヲ抽象的ニ觀察シテ定ムルコトヲ得ス、其行爲ト行爲當時ノ外圍ノ狀態トヲ觀察シテ具體的ニ定ムヘキモノトス、何トナレハ一人カ單獨ニ事ヲ行フ場合ニ於テハ豫備行爲タルヘキモ他人ノ實行ニ隨伴スルトキハ着手行爲トナルコトアリ又他人ノ實行ト離隔スルトキハ豫備行爲トナルモ之ニ近接スル場合ハ着手行爲トナルコトアレハ也例ヘハ人ヲ殺スノ故意ヲ以テ刀ヲ人ニ與フルハ普通ノ場合ニ於テハ豫備行爲ナルモ犯罪實行ノ現場ニ於テ之ヲ授クルハ着手行爲ナリ又竊盜ノ場合ニ於テ瞭望ノ行爲ハ一人カ實行ニ入ル前ニ單獨ニ之ヲ爲ス時ハ豫備行爲ナルモ他人ノ實行ニ伴フテ之ヲ爲ス時ハ着手行爲ナレハ也而シテ着手又ハ着手以後ノ行爲タル場合ハ一人カ瞭望ヲナシ一人カ竊取行爲ヲ爲スモ共ニ共同正犯ナリ（着手ト豫備トノ區別參照）

主觀的要件トシテハ共同行爲者ニ共同犯罪ノ觀念アルコトヲ要ス換言スレハ自己ノ行爲ト他人ノ行爲ト相倚リ相俟ツテ同一犯罪事實ヲ完成スルニ至ルヘキ認識アルコトヲ要ス而シテ其認識ハ相互ニ存在スルコトヲ要スルヤ否ヤハ既ニ屢キニ論述シタル所ナリ。

共同正犯ノ處分

共同正犯ノ處分ニ就テハ犯罪合同論ヲ採ルト行爲合同論ヲ採ルトニヨリテ其論結ヲ異ニス。

犯罪合同論者ノ見解

犯罪合同論ニヨレハ共同正犯ニ於テハ各犯人ハ犯罪ノ一部ヲ實行スルモノニシテ全部ヲ實行スルモノニ非ス各犯人ノ行爲カ集合シテ全部ノ實行トナルコトヲ前提トスルカ故ニ時ニ故殺犯ト毆打創傷ト併發スル場合ノ如キ同一ニ處分セサル可カラサルノ結果ヲ生スルカ故ニ意思共通ノ範圍内ニ於テ其責任ヲ制限シ相互加功ノ認識アル場合ハ全責任ヲ負擔セシムルト論シ行爲合同論ヲ採用スルトキハ共犯ハ單ニ各犯人ノ合一シタル犯罪行爲ニ過キス而シテ犯人カ刑責ヲ負擔スルハ一ニ意思責任ニ基クモノナルカ故ニ其刑罰ハ各犯人ノ意思ヲ標準トシテ處分スヘシト說ク、

行爲合同論者ノ見解

立論異ルト雖モ結果ニ於テハ差異ナシ。

共同正犯中ノ一人カ中止シタル場合ノ處分

共同正犯中ノ一人カ中止シタル場合ノ處分

一人ノ中止行爲ニヨリテ全然結果ヲ發生セサリシ場合又ハ中止犯者ノ行爲ニヨリ結果ノ發生ヲ防止シタル場合（結果發生シタルトキハ中止犯ニ非ス）ニ於テ其利益ヲ他ノ正犯ニ及ホスコトヲ得ルヤハ議論ノ存スル所ナリ。

案スルニ犯罪ノ中止行爲ニ對シ刑罰ヲ減輕シ若シクハ免除スルハ其行爲ノ性質上未遂トナラサルカ爲メニ非ラス從テ例ヘ犯人カ行爲ヲ中止スルモ其行爲ハ性質上未遂トシテ罰シ得ヘキモノナリ、然レ共刑事政策上犯罪ノ中止ヲ奬勵シ以テ社會ノ共同生活ノ秩序ヲ維持スルノ目的ヲ以テ其刑ヲ減刑若シクハ免除スルモノナルカ故ニ其刑罰ノ輕減又ハ免除ハ中止者ノ一身ニ止マルヘキモノトス且ツ之ヲ中止シタルモノヨリ云ヘハ自己ノ意思ニヨリテ其行爲ヲ止メ又ハ結果ノ發生ヲ防止シタルモノナルモ、他ノ正犯者ヨリ云ヘハ任意ニ其行爲ヲ中止シ又ハ結果ヲ防止シタルモノニ

他ノ正犯者ハ未遂トシテ處斷ス

非ス故ニ中止シタルモノハ其罪ヲ輕減セラレ若シクハ免除セラルルモ他ノ正犯者ハ未遂トシテ處斷セサル可カラス。

第二款　教唆犯及從犯

教唆犯及從犯ノ意義

刑法第六十一條乃至第六十五條

教唆犯トハ故意ニ他人ニ犯罪ノ決意ヲ生セシメ以テ犯罪ヲ犯スニ至ラシメタルモノヲ云ヒ從犯トハ故意ヲ以テ正犯行爲ヲ幇助シタルモノヲ云フ

教唆犯及從犯成立ノ要件

成法上ノ見解トシテハ教唆犯ノ行爲ハ造意ヲ以テ完了シ從犯ノ行爲ハ幇助ヲ與フルヲ以テ完了ス從テ教唆犯及從犯ハ左ノ要件ヲ要ス。

第一　客觀的要件

第一客觀的要件

(一)教唆犯

(一)教唆犯ヲ成立セシムルニハ他人ノ犯罪決意ニ原因ヲ與フルコトヲ要ス換言スレハ教唆行爲ト他人ノ犯罪決意トノ間ニ因果ノ關係アルコトヲ要ス而シテ他人ノ犯罪決意ヲ惹起スル手段ノ如何ハ之ヲ問ハス、故ニ或ハ贈與ヲ約スルト或ハ脅喝ヲ以テスルト或ハ權勢ヲ利用スルト或ハ其他ノ方法ヲ以テスルトヲ問ハス。

然レ共他人ノ犯罪決意ニ原因ヲ與フルモノナルカ故ニ既ニ犯罪決意ヲ有スルモノニ對シテ爲ス教唆ハ法律上教唆ニ非ラス

(二)從犯

(二)從犯ヲ成立セシムルニハ他人ノ犯罪ヲ幇助スル行爲アルコトヲ要ス如何ナル行爲カ幇助ナルカ又如何ナル點ニ於テ正犯行爲トノ間ニ差異アルカハ後段正犯ト從犯トノ區別ニ讓ル。

第二主觀的要素

第二　主觀的要素

(一)教唆犯

(一)教唆犯ヲ成立セシムルニハ他人ノ犯罪決意ヲ惹起スル故意アルコトヲ要ス教唆ノ故意トハ自己ノ行爲ニヨリ被教唆者カ特定ノ犯罪ヲ犯スノ意思ヲ生シ之ヲ實行スルニ至ルヘキコトヲ豫見スルコトヲ云フ、故ニ教唆ハ特定ノ犯罪ニ關スルコトヲ要シ只漠然トシテ犯罪ヲ犯シタルモノニハ金千圓ヲ與フヘシト稱シテ他人ニ犯罪ノ決意ヲ生セシメ依テ犯罪ヲ犯スニ至ルモ未タ教唆ト云フコトヲ得ス然レ共新聞ノ如キ刊行物ニ於テ內亂罪ノ檄ヲ飛ハシ以テ犯罪ヲ惹起シタルトキハ

又教唆ト云フコトヲ得ヘシ。

(二)從犯

(二) 從犯ヲ成立セシムルニハ從犯者ニ於テ他人ノ犯罪ヲ幇助スルノ故意アルコトヲ要ス、從犯ノ故意トハ實行正犯ノ犯罪ニ就テノ觀念ト自己ノ行爲ニヨリ犯罪ノ實行ヲ容易ナラシムルノ觀念アルコトヲ云フ、故ニ偶然又ハ過失ニヨリ他人ノ犯罪ヲ容易ナラシムルモ從犯ニ非ス教唆犯幷ニ從犯ハ正犯ノ行爲ニ對スル觀念ヲ有スルコトヲ要スルモ正犯ハ教唆者ニヨリテ教唆セラルルコト、又ハ從犯ニヨリテ幇助セラルルコトヲ認識スルコトヲ要セス、故ニ教唆犯又ハ從犯ノ方面ヨリ觀察スルトキハ意思ノ聯結ヲ要スルモ正犯ノ方面ヨリ觀察スルトキハ意思ノ連結ヲ必要トセス故ニ間接ノ教唆モ亦教唆タルコトヲ得ヘク間接ノ幇助又ハ不知ノ間ニ爲シタル直接ノ幇助モ亦從犯タルコトヲ得ヘシ。

第三實行正犯ノ成立スルコト

第三 實行正犯ノ成立スルコト。

成法上ノ解釋トシテハ教唆犯又ハ從犯ノ行爲ハ主タル行爲ヲ組成スルモノニ非ラスシテ教唆又ハ幇助ヲ以テ終了シ之ヲ正犯行爲ト分別スルモ教唆及從犯カ罪責ヲ負フニハ實行正犯ノ成立スルコトヲ要ス、換言スレハ成法上ニ於ケル兩者ノ關係ハ主從ノ關係ニシテ主タル實行正犯ナケレハ教唆犯從犯ノ成立スルコトナシ、主タル行爲ニ隨從シテ始メテ罰スヘキ行爲トナル從テ教唆者又ハ從犯者カ其行爲ヲ完了スルモ若シ實行正犯カ教唆又ハ從犯ノ觀念ニ存スル行爲ヲ爲ササルトキハ全ク犯罪ヲ構成セス若シ其一部ヲ實行シタルトキハ其部分ニ就テノミ罪責ヲ負フモノトス。

(甲)主犯罪不成立ナルトキハ教唆從犯ハ成立セズ

(乙)教唆又ハ從犯ニ犯ハ未遂犯ナ存セズ

教唆又ハ從犯ハ獨立シテ生ス可カラサルカ故ニ當然左ノ結果ヲ生ス

(甲) 主タル行爲ニ犯罪不成立ノ原因アルトキハ之ニ對スル教唆幷ニ從犯モ亦成立スルコトナシ。

(乙) 教唆又ハ從犯ニハ未遂犯ヲ存セス、教唆行爲及幇助行爲ノ未遂ハ他人ノ犯罪決意ヲ惹起シ又ハ他人ノ犯罪ヲ幇助スルノ行爲ヲ終結セス又ハ終結スルモ結果ヲ生セサル場合ニ於テハ主タル行爲ヲ存セサルカ故ニ教唆又ハ從犯ヲ存セス、然レ共主タル行爲カ未遂ニ終ル場合ニ於

理論上教唆犯從犯ト認メザル場合得

テハ教唆犯及從犯モ亦未遂トシテ處罰スヘキハ無論ナリ。

理論上教唆犯若シクハ從犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得サル場合

(一)刑罰法規ニヨリ保護セラレタルモノカ犯人ノ行爲ニ對シテ相應行爲ヲナシタルトキ例ヘハ自殺補助ヲ囑托シタルモノハ被囑托者ニ對シテ相應行爲ヲナシタルモノニシテ自殺者自身ヲ自殺幇助罪ノ教唆若シクハ從犯トシテ處罰スルコトヲ得ス。

(一)刑罰法規ニヨリ保護セラルル者カ他人ノ行爲ニ對シ相應行爲ヲナシタルトキ

(二)法律カ數人ノ會合行爲中其一方ノミヲ處罰スルコトヲ明言シタル場合ニ於テ他ノ一方ヲ教唆若シクハ從犯ヲ以テ問擬スルヲ得ス、例ヘハ器具ヲ給與セラレテ逃走シタル囚人自身ヲ囚徒ヲ逃走セシメタル罪ノ教唆若シクハ從犯ヲ以テ處罰ス可カラス。

(二)法律カ數人ノ會合行爲中一方ノミヲ處罰スルトキ

(三)實質上甲犯罪ニ對スル教唆若シクハ從犯タルヘキ性質ノ行爲カ乙犯罪ノ實行行爲ニ外ナラサル場合ニ於テ乙罪ノ正犯カ乙罪ヲ教唆幇助シタルトキ例ヘハ富籤發賣者カ其發賣ノ取次ヲ他人ニ依賴シタル場合ニ於テ富籤發賣者ヲ以テ富籤發賣ノ取次行爲ニ對スル罪ノ教唆又

(三)實質上甲犯罪ノ教唆若シクハ從犯ヲ以テ處罰スル可カラサルカ如シ。

第三款　正犯ト從犯トノ區別

正犯ト從犯トノ區別

正犯ト教唆犯又ハ從犯ト教唆犯トノ區別ハ明ラカナリ蓋シ教唆犯ハ造意ヲ以テ完了シ正犯又ハ從犯ハ着手以上ノ行爲又ハ豫備行爲アルコトヲ要スレハナリ然レ共正犯ト從犯トノ區別ニ至ツテハ甚タ明瞭ナラス從テ古來幾多ノ議論試ミラレタリ、今左ニ其概要ヲ說キ以テ區別ノ標準ヲ示サントス。

第一客觀說(其一原因ト條件トヲ區別スル說)

第一　客觀說(其一)原因ト條件トヲ區別スル說

正犯行爲ハ結果ニ對シ原因ヲ與フルモノニシテ從犯行爲ハ結果ニ對シ條件ヲ與フルモノナリ從テ共同正犯タルニハ一人ノ行爲カ他ノ正犯者ノ行爲ト同價値ナルコトヲ要シ從犯行爲ハ正犯行爲ヨリモ結果ニ對スル價値カ輕微ナルコトヲ要ス、換言スレハ共同正犯ハ共同原因ヲ與ヘ從犯ハ結果ニ對シテ條件ヲ與フルニ過キスト。

然レ共原因ト條件トヲ區別ス可カラサルハ既ニ論述セシ所ナリ（因果關係論參照）

第二客觀說（其二）實行行爲ト否トニ依テ區別セントスル說

第二　客觀說（其二）實行行爲ト否トニ依テ區別セントスル說

共犯者ノ行爲カ正犯者ト共ニ實行行爲ヲ分擔スルトキハ共同正犯ノ觀念ヲ存シ反之、一人カ實行行爲ヲナシ他人カ實行行爲ニ屬セサル行爲ニヨリテ加擔シタルトキハ從犯ナリト。

第三客觀說（其三）結果ニ對スル影響ノ輕重ニヨリテ區別スル說

第三　客觀說（其三）結果ニ對スル影響ノ輕重ニヨリテ定ムル說

重要ナル影響ヲ以テ實行行爲ニ加功シタルトキハ正犯ニシテ單ニ正犯ノ成立ヲ容易ナラシムルニ過キサル行爲ヲ以テ加功シタルトキハ從犯也ト

第四主觀說

第四　主觀說　意思ニヨリテ區別スル說

結果ニ對シテ重要ナル影響ヲ與ヘタルモノト云ヒ得ヘキ場合ハ多クハ實行行爲ナルヘシ從テ此說ハ前說ト異字同義ニ歸着セン。

正犯ノ意思ヲ以テ加擔シタルモノハ共同正犯ナリ、正犯ノ意思トハ其行爲ヲ自己ノ行爲トシテ之ヲ欲シ以テ自己ノ利益ヲ之ニ依リテ追求シ無條件ニ其行爲ヲ爲スノ決意ヲ云フ、反之結果ノ發生ヲ他人ノモノトシテ希望シ他人ノ利益ヲ謀リ正犯カ其事實ノ發生ヲ欲スルトキニ幫助ノ意思ヲ以テ加擔シタルトキハ從犯ナリト。

第五折衷說

此說ニヨレハ犯罪ヲ實行スルモノモ正犯タリ得サル場合アリ、例ヘハ從犯ノ意思ヲ以テ被害者ヲ捕ヘ以テ加害者ノ殺人行爲ヲ遂行セシメタル場合ノ如キ之レナリ。

第五　折衷說

正犯ノ意思ヲ以テ實行行爲ニ加擔シタルモノハ共同正犯ニシテ正犯ノ意思アルモ實行セス又ハ實行スルモ正犯ノ意思ナキトキハ從犯ナリト。

第六區別否認說

此說モ第四說ト同樣ノ非難アルヲ免レス。

第六　區別否認說

凡ソ一定ノ結果ニ對シテ一定ノ原因力ヲ有スル場合ハ總テ正犯ヲ成

立セシム其意思カ自己ノ爲メニスルト他人ノ爲メニスルトヲ問ハス又其行爲カ實行行爲ヲ以テスルト豫備行爲ヲ以テスルトヲ問ハス苟クモ一定ノ結果ニ對シテ原因力ヲ有スルトキハ卽チ其結果ニ對シテ全責任ヲ負擔セサル可カラス從テ其處罰モ亦正犯トシテ同一ニ律スヘキモノナリト（共犯ノ處分ニ關スル學說參照）

學理上ノ見解

要之學理上ノ見解トシテハ予輩ハ兩者ノ區別否認論ヲ採ラント欲ス然レ共成法上ノ見解トシテハ兩者間ニ明劃ナル區別ヲ認メサル可カラス而シテ從犯ノ意思モ正犯ノ意思モ犯意タル點ニ於テハ同一ニシテ又犯意ヲ限度トシテ責任ヲ負フヘキモノナルカ故ニ區別ノ標準ハ之ヲ主觀說ニ求ム可カラス之ヲ客觀說中ニ求メサル可カラス而シテ客觀說中行爲ノ階段ニ於テ區別ヲ求ムルヲ可ナリトス從テ前記客觀說中ノ其二ニ從フ故ニ著手以前ノ行爲卽チ備豫行爲ヲ以テ實行々爲ニ加功シタルトキハ從犯ニシテ著手以後ノ行爲ヲ以テ加功シタルトキハ從犯ナリトス。

解釋論

教唆犯及從犯ノ處分

教唆犯及從犯ノ處分

(一)教唆犯ハ實行正犯ト同一ノ刑ヲ科ス

(二)從犯ハ正犯ノ刑ニ照ラシテ輕減スル身分上ノ關係カ教唆犯及ホス影響ニ及ホスト雖モ共犯トス刑法第六十五條

(一)教唆犯ニハ實行正犯ト同一ノ刑ヲ科ス蓋シ教唆犯者ハ正犯者ノ如ク自ラ實行行爲ヲナシタルモノニ非スト雖犯罪ノ意思ナキ他人ヲ教唆シテ犯罪ノ意思ヲ造形セシメタルモノニシテ實行正犯者ト其情狀ニ於テ何等ノ差異ヲ設クヘキ點ナシ故ニ教唆犯ハ其故意ノ存スル限度ニ於テ責ヲ負ヒ若シ實行正犯者カ教唆者ノ觀念ニ存セサル行動ヲ採リタルトキハ教唆者ヲ罰スルコトヲ得ス卽チ教唆者ハ被教唆者ノ實行シタル部分ニ付テノミ罪責ヲ負フ。

(二)從犯ハ正犯ノ刑ニ照ラシテ輕減ス（其當否ハ既ニ之ヲ論シタリ）

身分上ノ關係カ教唆犯ニ及ホス影響

刑法第六十五條　犯人ノ身分ニ因リ構成スヘキ犯罪行爲ニ加功シタルトキハ其身分ナキモノト雖モ仍ホ共犯トス。

身分ニヨリ特ニ刑ノ輕重アルトキハ其身分ナキモノニハ通常ノ刑ヲ科ス。

此ノ條文ニヨルトキハ一定ノ身分カ正犯者ニ存セスシテ教唆者又ハ幫

助者ニ存スル場合ヲ包含セス蓋シ教唆及從犯ハ正犯ニ附隨シテ存スヘキモノニシテ正犯無罪ニシテ教唆從犯カ成立スルコトナケレハナリ。

而シテ此ノ場合ハ間接正犯ヲ以テ論スヘシト云フ論者アリ（間接正犯參照）

第三節　一罪及數罪論

第一款　總論

一罪數罪區別ノ標準

一罪數罪區別ノ標準ニ就テハ學者ノ見解一ナラス、或ハ行爲ノ數ニヨリテ罪ノ箇數ヲ定メントシ、或ハ被害法益ノ數ヲ標準トシテ兩者ヲ區別セントシ、或ハ犯意ノ數ニヨリテ一罪數罪ノ觀念ヲ定メントス、蓋シ一箇ノ行爲ニシテ一罪成立シ數箇ノ行爲ニシテ常ニ數箇ノ犯罪成立セハ兩者ノ區別ニ就テ何等ノ困難ヲ生セサルモ或ハ一行爲ニシテ數箇ノ罪名ニ觸ルルコトアリ或ハ數箇ノ行爲ニシテ一罪成立スルコトアリ特ニ多クノ場合ニ於テ某々行爲ヲ一箇トスヘキ歟將タ數箇トスヘキカニ就テ不明ナルコトアレハナリ。

近時ノ通說ハ行爲ヲ標準トシテ罪ノ箇數ヲ定ムル說ニ傾ムク、依テ行爲標準說ヨリ觀ハン。

第一行爲標準說

第一　行爲標準說

行爲標準中ニモ幾多ノ異論アリト雖通說ニ從ヘハ卽チ左ノ如シ。

犯罪ハ行爲ナリ行爲ナケレハ犯罪ナシ故ニ行爲ハ犯罪ノ本質ナリ從テ行爲カ一箇ナルトキハ犯罪モ亦一箇ナリ行爲カ數箇ナルトキハ犯罪モ亦數箇ナリ然ラハ如何ナル行爲カ一箇ニシテ如何ナル行爲カ數箇ナリヤ。

行爲カ單一ナリト認ムヘキ場合。

（甲）單一ノ行爲カ單一ノ結果ヲ伴フトキ（殺人ノ行爲カ殺人ノ結果ヲ生シタルトキ）

（乙）單一ノ行爲カ多數ノ結果ヲ伴フトキ。

此ノ場合ニハ多數ノ結果カ法律上同種類ニ屬スルコトアリ法律上同種類ニ屬セサルコトアリ（一發ノ砲丸ニヨリ數人ヲ殺スハ前者ノ例ニシテ一發ノ砲丸ニヨリ人ヲ殺シ更ニ硝子ヲ破壞スルカ如キハ後者ノ例ナリ）

行爲カ單一ナリト認ムヘキ場合　甲　乙