

4  
112

法 學 博 士  
岡 田 朝 太 郎 校 閱 發 行

# 刑 事 論 集

第 一 號

岩 井 傳 文 著

# 不 作 爲 犯

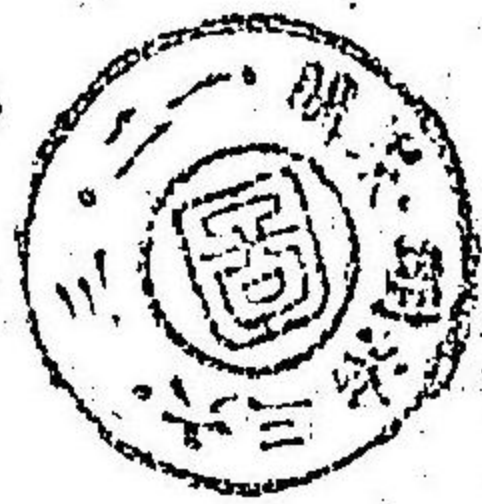




刑事論集發行ノ趣旨



刑法刑事訴訟法ニ關シ、今日マデ日本文ヲ以テ公ニサレ  
 タル教科書註釋書參考書ノ類ハ、之ヲ他ノ法令ニ關スル  
 モリニ比シテ其數頗ル多シ、而レドモ特ニ其中ノ題目  
 ニシテ、從來餘リ論及セサルモノ、最モ興味アルモノ、適用  
 上甚ダ困難ナルモノ、極メテ廣ク適用アルモノ等ニ就キ  
 沿革ヲ調べ、學說ヲ比較シ、判例立法例ヲ參酌シ、十分ナル  
 研究ヲ遂ゲタル單行論說ニ至リテハ、絶無ノ姿ナリ、今回  
 刑事論集ノ發行ヲ企テタルハ、此缺點ヲ補ハントスル微  
 意ニ出ツ、若シ夫レ毎號ノ著者并ニ發行ノ期日ノ如キハ





豫之ヲ定ムルコトナシ、讀者乞フ諒焉

明治三十五年三月

法學博士 岡田朝太郎識

目次

緒言

第一章 學說評論

第一節 不作爲ニ因果關係アリトスル

ノ説

甲 客觀的説明

第一 「ルーデン」ノ所説

第二 「クルーグ」ノ見解

第三 「グラーツセル」ノ説

第四 「ピンチン」ノ説

乙 主觀的説明

目次

一

四五

三三

一二

九

六

六

六

六

一



丙 通則違反説……………四八

「フオン、バール」ノ説……………四八

第二節 不作爲其者ニ因果關係ナシト

スルノ説……………六二

「リスト」「コーラ」ノ説……………六二

餘論 「ランドベルヒ」ノ説……………六五

爾餘ノ學説ノ大要……………六五

第二章 本論……………七二

第一節 不作爲ノ本質……………七二

第二節 不作爲ニヨル行犯……………七八

第一款 責任ノ條件……………七八

第一 先行々爲及ヒ義務違反……………七八

第二 因果關係……………八九

第三章 不作爲犯……………九九

結論……………一〇四



# 不作爲犯

緒言

岩井尊文

自然法學ノ餘光ハ十八世紀ノ初期ニ方テ學者ノ惰眠ヲ警醒シ法學大ニ振フ刑法學理亦其影響ヲ被リ特ニ不作爲ノ因果問題ノ如キ始メテ學者ノ注意ヲ惹クモノアルニ至レリ往時ノ學者ハ只一ニ犯罪ハ不作爲ニヨリテ尙犯スコトヲ得ルヤ否ヤヲ論究スルニ止マリタリ然リ而シテ不作爲ヲ罰スルノ一般原則ヲ學理的ニ研究スルニ至リタルハ更ニ此時代ニ始マルモノナリ加之余輩力取リテ以テ是議シ得ヘキモノモ稍々當時ヨリ始メサル可カラサルナリ

緒言



不作爲ノ因果關係ノ存在ハ既ニ當時ノ學者ノ認メシ處ニシテ其說ノ勢カハ前世紀ニ及ヘリシカレトモ其論スル處ヲ見ルニ只吾人ノ作爲ノ義務ヲ有スル時期如何殊ニ犯罪ヲ防止シ又ハ之レヲ申告セサルノ不作爲ハ如何ナル場合ニ罪トナルヤト云フニ止マリタルカ如シ乞フ少シク其内容ヲ窺ハシメヨ

當時ノ學說ハ要之ニ二派ニ分カレタリ一派ノモノハ多少一般的ニ犯罪ヲ防止ス可キ義務アリト主張シ一派ハ此義務ヲ制限シ不作爲ノ罰ス可キ場合ヲ一定ノ場合ニ限定セリ而シテ其後者ニ屬スルモノハ「ステューベル」氏ニシテ前者ニ屬スルモノハ「フオイエルバ」氏ナリ二者共ニ其議論ノ根據ハ自然法ニ出デタリト雖モ其趣旨ニ至リテハ大ニ異ルモノアルニ至レリ

「ステューベル」氏ハ不作爲ニ關シ明確ニ因果關係ヲ認ムルモノ吾人ハ氏ノ共犯ヲ論スル點ニ於テ之レヲ知ルコトヲ得可シ氏曰ク汝若シ或ル事ヲ

爲サ、レハ犯人其罪ヲ犯シ能ハサル場合ニ於テ尙之レヲ行ヒタルガ爲メニ犯人其罪ヲ犯シタルトキハ汝ハ該犯罪ノ共働原因者タル如ク汝若シ作爲ヲナサハ犯人ハ其罪ヲ爲スコトヲ防止セラル、ニ係ラス不作爲ニ終リタルカ爲ニ犯人其罪ヲ犯シタル場合ニハ亦汝ハ其犯罪ノ共働原因者ヲ以テ論セラル可キナリ何トナレハ汝ハ此際犯罪ヲ防止ス可キ有形的ノ力ヲ有シ尙之ヲ作サ、ルカ故ナリ而シテ此ノ如キ場合ニハ汝ヲ以テ犯罪成立ノ原因者タリト云フモ原因者ナル觀念ニ於テ少シモ誤ル處ナシト氏ハ更ニ論ヲ進メ其原則ヲ適用スル條件ヲ示シテ曰ク他人ノ犯罪ヲ犯スヲ防止セサルコトカ其者ノ義務ニ反シ國家ノ許ササル處ナラサル可カラズ若シ夫レ義務ニシテ國法上ノモノナレハ宜シク之ヲ罰ス可ク若シ夫レ義務ニシテ自然法上ノモノニ止マラバ之ヲ罰スルヲ得スト又曰ク凡ソ人ハ皆其國ノ強行法ヲ確保シ之レカ實行ヲ容易ナラシムルノ義務アリ隨テ他人ノ法ヲ犯シ犯罪ヲナスヲ防止スルノ義務ヲ有スサレハ何人ト雖モ人ノ犯罪



ヲナスヲ防止シ得ルニ係ハラス之ヲ作サ、ルモノハ其犯罪ノ共同原因者ナリト「スチューベル」ノ論スル處如此要之氏ノ不作爲ニ因ル犯罪ヲ論スルヤ他人ノ犯罪ヲナスヲ防止セサル場合ニ限レリ而シテ此ノ如キ場合ニ於テハ何人ト雖モ國法上ノ義務ヲ有スルモノハ不作爲ニヨル犯罪ヲ犯シタルモノトシ義務其モノニハ何等ノ制限モ加ヘザリキ

「スチューベル」氏ニ反シテ「フオイエルバハ」氏ハ論ヲ立ツルニ當リ義務ナル要件ノ上ニ非常ナル制限ヲ加ヘタリト雖モ尙不作爲ニ因ル犯罪ノ構成セラル、場合ニ關シテハ一般ノ原則ヲ説明セントセリ氏ハ曰ク不作爲ノ犯罪ハ吾人常ニ積極的作爲ヲナサシムルノ權利ヲ有スル場合ニ於テ成立ス、何トナレハ不作爲ハ吾人ハ本來ノ義務ナク故ニ不作爲ヲ罰スルニハ特別ノ權原即チ契約ニヨルカ又ハ法律ニ本ツク作爲ノ義務ヲカレハカラスト如此「フオイエルバハ」氏モ亦「スチューベル」氏ト同シク不作爲ニ關シ因果關係ノ有無ノ問題既ニ論スルヲ要セサルモノトセルカ如シ

近世ノ學說ハ實ニ「フオイエルバハ」氏ノ地盤ノ上ニ建設セラレタリ苟クモ義務違反トナリ又ハ罰セラル可キ不作爲ノ範圍ヲ以テ一般ニ不作爲其物ノ範圍ト同シカラシメンニハ吾人ハ最早此ノ問題ニ關シ何等不作爲ノ原因關係ヲ論スルニ及ハサルナリ「フオイエルバハ」氏ハ不作爲犯ニ於テ義務違反ナル要素ヲ案出シ不作爲ヲ分テ義務違反アルモノト否テサルモノトシ其義務違反アルモノヲ可罰ノモノトセリサレトモ今日ノ刑法ニ於テハ義務違反ノ所作アルヲ以テ直チニ其人ヲ犯罪結果ノ原因者タラシムルコトヲ得ルヤ否ヤヲ論究セサル可カラス吾人ハ義務違反以外ニ於テ根據存存スルヤ否ヤヲ研究セントス吾人ハ此ノ必要ニヨリテ不作爲犯廣義ヲ分チテ狹義ノ不作爲犯眞正不作爲犯ト云フト不作爲犯トナサントス而シテ此ノ如ク研究ノ方針ヲ定メタルモノハ實ニ「ルードン」氏ヲ以テ初トス然リ「ルードン」氏ハ近世學說ノ創設者タルナリ以下次ヲ追フテ少シク學說ノ論評ニ移ラン、



## 第一章 學說評論

六

學說岡田博士刑法講義案第十七頁マテ。ストルム不作爲犯及不作爲ニヨル行犯。ローラント可罰不作爲論。リスト刑法論一七頁以下。フランク刑法論一一、一四頁。ビンビンク刑法論一六七頁、二四七頁、五八〇頁及法規論第二卷二四四、四四七、四五〇、四四八、二四八頁第一卷二〇六頁マテ。ヘルシエテル刑法論二二七以下二四六頁ニ至ル。マイエル刑法論一八六頁、一九六頁。

### 第一節 不作爲ニ因果關係アリトスルノ説

#### 甲 容觀的説明

#### 第一 ルトデンノ所論

ルトデン氏ハ不作爲ノ原因結果律ニ論及セシ第一先鋒ニシテ其功大ナル可シ然レトモ其見解ハ誤レリ氏曰ク吾人ハ寸刻モ何事ヲモナサスシテ

存在スルモノニ非ス或ハ一面ニ於テ不作爲スルモ他ノ一面ニ於テハ作爲ス故ニ一面ニ於テ結果ノ生シタルハ他ノ一面ニ於ケル作爲ノ結果ナリト今氏ノ自カラ舉ケル例ヲ以テ説カシニ甲ノ女靴足袋ヲ編ムタメニ小兒ニ哺乳スルコトヲ忘レ其結果小兒餓死セリトセヨ此ノ場合ニ於テ餓死ハ靴足袋ヲ編ミタルニ基キタルナリト云フニアリ案之氏ハ第一全ク因果關係其者ノ論理的意義ヲ誤レリ氏ノ説ヲ極端ニ論及センカ吾人ハ睡眠中スラ尙犯罪ノ責ヲ負ハシ豈危険ナラスヤ吾人ハ睡眠セシカ爲メニ往々哺乳ヲ忘却スルコトアレハナリ第二氏ハ所爲其物ノ觀念ヲ忘却セルモノナリ所爲ハ觀念決意ノ表彰ナリ吾人ノ自カラ認識セルモノナラサル可カラスシカリ所爲ハ意思ノ表示ナル故ニ意思カ同時ニ二箇アリ得可ヘカラサルト同シク所爲モ又同時ニ二ツアリ得可カラサルナリ是レルトデンノ誤レル所以ナリ

氏ハ亦不作爲犯ト不作爲行犯トノ區別ヲナセリサレトモ此區別タルヤ



實質上何等ノ標準ヲ求メタルニアラスシテ單ニ之ヲ形式ニ尋ネタリ曰ク  
不作爲犯ハ命令ノ違反ナリ作爲犯ハ禁令ノ違反ナリサレトモ命令ハ一  
面ニ於テ禁令ナリ禁令ハ一面ニ於テ命令ナリ立法者ハ法規ヲ出スニ時ト  
シテハ命令ノ形式ヲ以テシ時トシテハ禁令ノ形式ヲ以テス例ヘハ遺失及  
漂流ノ物品ヲ拾得スルモノハ該品ヲ隱匿スルコトナク所有者ニ還附シ又  
ハ官署ニ申告ス可シト云フ命令ハ他ノ異リタル事實ヲ申告ス可カラスト  
云フ禁令ヲ含ム前ノ命令ニ違反セルモノハ亦同時ニ後ノ禁令ニ違反セル  
モノナリトサレトモ此ノ觀察ハ誤レリ前ノ命令ト後ノ禁令トハ決シテ表  
裏ノ關係ヲ有スルモノニアラス命令ハ之レヲ遵奉セサルニヨリテ責任ヲ  
負フ若シ進ンテ他ノ事柄ヲ申告センカ場合ニヨリテハ彼レ是レニ罪俱發  
トナルコトアル可シ蓋シ特定ノ行爲不行爲ヲ要求スル法律ハ其效力法律  
自身ノ要求スル目的ニ限ラル可クハナリ加之「ピンヂンク」モ曰クル「デ  
ン氏ノ說ニヨルトスルモ凡テ無ハ無以外ニ何モノヲモ生スル能ハサルヲ

八

以テ吾人ノ何事ヲモナサルコトニヨリテ外界變更ヲ惹起シカタク且ツ禁  
令ハ只作爲ニヨリテ之レヲ犯スコトヲ得ルモ決シテ不作爲ニヨリテ犯ス  
コトヲ得ストノ謬見ヲ脱シ能ハサルモノナリト(ヒンヂンク法規論第二卷  
二〇九頁及同頁注意二七四、ルイデン刑法ニ關スル論文集二一六、二二〇參  
照

### 第二 シルロク氏ノ見解

ルイデン「カ不作爲ト同時ニ作爲ヲ求メタルニ反シ、シルロク氏ハ之ヲ不  
作爲ノ以前ニ求メタリ曰ク吾人ノ罪責ヲ受クル不作爲ハ單ニ純粹ナル不  
作爲(何事モセサルノ意ウンテ「チヒカイト」ニアラス必ス先ツ不作爲ニ先  
行セラレタル作爲 (Vorhergehende Handlung) アリテ外ハ其結果ニ對シテ其  
原因力トナリ内ハ不作爲罰セラル可キモノ構成分トナリテ不作爲ト合體  
スト其理蓋シ人作爲ノ義務ヲ有シテ不作爲スルハ決シテ單純ナル不作爲  
(ライチ、ウンテルラスンク)ニアラスシテ作爲テフ要素ヲ具フルモノナリト



云フニアリ氏ハ更ニ此ノ義務ヲ説明シテ曰ク義務ハ一般國法上又徳義上ノモノニテハ不充分ナリ必ス特別ノ義務ナラサル可カラス例ヘハ勤勞ノ義務即チ私法上ノ契約ニヨリテ生スル義務ニシテ看護婦ノ義務ノ如シ今氏カ自カラ舉ケタル例ヲカリテ其意ヲ説明センニ例ヘハ水泳者ノ溺ル、ニ際シ竿ヲ渡サ、リシ爲ニ此ノ人遂ニ溺死スルニ至レリ如此場合ニ於テ「クルーグ」ハ此ノ不作爲ハ死ノ原因ヲナスト云フ何ントナレハ此ノ人此ノ水泳者ヲ溺死セシメサルヲ得ルノ天然力ヲ契約ニヨリテ獲得シタルカ爲ナリト以上ハ「クルーグ」氏カ明示ノ場合トシテ揚ケタルモノナリト雖モ氏ハ默示ニテモ同様ノ義務ヲ生スルモノナリト云ヘリ今其場合ヲ示サンニ氏ハ曰ク此ノ場合ハ如何ナル行爲ニヨリテ義務ノ生スルヤヲ知ルコト難シト雖モ或ル一ツノ所爲ニ包含セラル、所爲 (Concludente Handlung) ニ本ツク場合ナリ即チ乙カ甲ハ自己ニ相當ナル注意ヲナスナラント信任セル場合ニ起ルモノナリ例ヘハ夫ノ病氣ニ當リテ其妻タルモノハ相當ナル注意

ヲナス可キモノナリ又何人モ然思フナル可シ然ルニ妻之ヲ注意セス爲ニ夫死亡スルニ至レリトセハ此場合ニ妻ハ殺人罪ヲ犯シタルモノナリト要之「クルーグ」氏ノ見解ニヨレハ不作爲ノ罰セラル、所以ハ之レニ先ツ作爲ニヨリテ後作爲スルノ義務ヲ負フカ故ナリト云フニアルカ如シ果シテ然ラハ其誤謬タルコト明ナリ蓋シ氏ノ所論ハ可能的觀念即チ今ナシト雖モ他日アリ能フ可キコトト現實的事實ノ混同ニアラサルナキカナサレタル不作爲ハ現實ナリ作爲スルノ義務ハ即チ義務ナリ作爲其モノニアラス心的關係ニシテ可能的ノ觀念ノミ事實ノ要素ハ事實ナラサル可カラス觀念ハ事實ノ構成成分タルヲ得ス一ヲ讓リテ之ヲ許スモ氏ハ未タ作爲其物ニ招集力ノアルコトヲ説カサルナリ加之「ピンチング」モ論シタル如ク氏モ亦「ル」デント同シク無ハ無以外ニ何モノヲモ生スルヲ得ス不作爲ハ無ナリ若シ之カ原因力ヲ求メントセハ不作爲其モノニアラスシテ却テ作爲ニ求メサル可ラサルナリト設信シタルモノナリト云フ可シ「ピンチング」法規論二



第三 グラージェル氏ノ說

グラージェル氏ノ說ヲ立ツルヤ實ニ巧妙ヲ極ムサレハニヤ多クノ學者之ヲ以テ其氣燄ヲ吐クノ材料トセルモノ、如シ「ヒンヂング」氏ハ其著法規論ニ於テ「ローランド」ハ其著可罰行犯論ニ於テ實ニ大文字ヲ羅列セリ余之レヲ讀來リ讀去レバ恰モ夏期雷鳴ノ後ニ於ケルノ感ヲ起セリイサヤ爰ニ其說ノ大要ヲ擧ケ諸氏ノ論評ヲ加味シ愚見ノ在ル處ヲ示サントス

「グラージェル」氏曰ク人若シ或ル事實ヲ以テ犯罪事實タラシメントセバ先ツ犯罪其者ノ觀念ニ屬ス可キ結果ト一定人ノ行爲トカ原因結果ノ關係ニアルコトヲ示サ、サル可ラスシカモ吾人ハ所謂結果ナルモノハ必ス或ル物ノ直接原因ニ基クヘキモノナルヲ必要トセハ又第一原因ニ衝動(Aristo-  
ty)ヲ與ヘタルニヨリテ生シタルモノニ限ル可キニアラサルナリ吾人ノ所謂結果ナルモノハ只吾人ノ行爲カ本來ノ力ヲ運動セシメ即チ因果關係ノ

連鎖ノ中間原因ヲ活動セシメ其結果連鎖ノ最終ノ原因ニヨリテ生シタルモノヲ云フ然リ而シテ此ノ如キ行爲ハ其原因ナリ假令最初ノ原因ニ至リテハ到底吾人ノ行爲カ影響ヲ及ボシ得可キモノニアラスト雖モ最終ノ原因ニヨリテ生スル結果ニシテ其ノ成否カ若シ吾人ノ作爲又ハ不作爲ニ因テ左右シ得ラル、限リハ即チ其結果タルヤ吾人カ原因トナリテ惹起セシメタルモノナルコトハ最早何等ノ説明ヲモ要セサル可シト然レトモ余ヨリ見レハ只不作爲者ノ所爲ニ於テ如此結果ノ原因タル或ル積極舉動カ存在スルコトヲ條件トセサル可カラスサレトモ「グラージェル」氏モ亦之ヲ知ラサルニアラス即チ氏ハ此ノ必要ノ爲メニ不作爲ニヨル行犯ヲ二種ニ區別シ以テ如此積極舉動ノ存在ヲ證明セントセリ今左ニ此ノ區別ニ隨ヒ先ツ其意見ノ大要ヲ擧ケ聊評論ヲ試ミントス

「グラージェル」氏曰ク肉體的行爲カ能ク實形的ノ害惡ヲ生セシムル所以ハ吾人消極的行爲ノ之ト共ニ働クカ爲ナリ吾人ノ行爲ハ只天然ノ法則ニ隨



テ障害ナキ限り結果ヲ惹起スルニ足ルヲ以テ普通トス例令馬車ヲ驅リ行クモノアリ其前路ニ人アルヲ知リテ尙其車ヲ停止セス其結果其人遂ニ車ニ觸レテ死スルニ至レリトセハ此ノ如キ場合ニ殺害ノ最終原因ハ車ヲ適宜ニ止メサルニアル可シシカモ其本來ノ原因ハ馬ヲ驅リ行ク積極舉動ニアルハ疑フ可カラスト

「グラーゼル氏ハ未タ事後過失ナル考ヲ知ラス氏ハ責任ノ本原タル故意又ハ過失ノ生シタル瞬間ヲ區域トシテ其行爲ヲ異ルニツノモノニ分タス前後ヲ合シテ一行爲ナリト主張スルモノナリ即チ人カ被害物ト事實上ノ關係ヲ得タル時期ヨリ其侵害ノ結果ノ成否カ其人ノ意思ノ自由ニ隨ハサルニ至ル迄ノ時間ヲ通シテ其間ニ存在スル凡テノ行爲即チ積極行爲ニテモ又ハ消極行爲ニテモ共ニ一體ヲナス一所爲ナリト云ヘリサレハ氏ハ行爲ノ初ニ方リテ故意アルモ又其後ニ故意ノ生スルモ之ヲ同視シ而シテ事後ニ生シタル故意ヲ其行爲ノ初ニ溯ラシムルモノナリ換言スレハ故意ニ

出テサル行爲ヲ故意ニ出タルモノト同視スルモノナリ氏ハ曰ク何人ト雖モ人ヲ銃殺セントセハ狙ヲ定メテ之ニ向フナランサレトモ又時トシテハ其人ヲ殺サンカ爲ニ射撃ノ姿勢ヲ取リタルニアラスト雖モ或ル物ヲ狙ヘル間ニ敵ノ偶然前方ヲ通行スルヲ見直チニ犯意ヲ生シ之レヲ撃殺スルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テ何人モ前例ト同シク故意ノ行爲ナリトシテ怪ムモノナカル可シ然レトモ行爲ノ性質ヲ如此變セシムルヲ得ルニハ一定ノ時間内即チ其行爲不行爲ヲ其意思ニ隨テ自由ニ支配シ得可キ範圍内ニ限ルモノナリ故ニ誤リテ人ヲ撃チ其人自己ノ敵タルヲ以テ後ニ殺意ヲ生スルト雖モ之レ故殺トナルモノニアラスサレトモ其銃撃ノ爲メ其被害者倒レタルモ未タ死ニ至ラサルヲ知リシカモ己ノ仇敵ナル爲ニ死スルヲ欲シ寂寥荒莫ノ地タルニ係ハラス之ヲ其場ニ放置シタルトキハ其人殺人罪ヲ犯セシモノナリト

氏ハ以上ノ例證ヲ擧ケタル後不作爲行犯ノ原則ヲ説明シテ曰ク責任ア



ル不作爲(故意又ハ過失)ハ犯人ヲシテ其作爲其自身ニテハ罰ナキモノニヨ  
 リテ生シシカモ犯罪ノ要素ニ屬ス可キ結果ニ對シテ責任ヲ負ハシメ且犯  
 人ヲシテ其結果ノ原因者タラシムルモノナリト

氏ハ亦異種ノ場合ヲ舉クテ曰ク人自カラ原因ヲ爲サシテ寧ロ其結果  
 ノ生スルヲ可能ナラシメ殊ニ可能ナルモノカ實在トナルニ犯人ノ行爲ニ  
 ヨラスシテ被害者ノ行爲ニヨル場合アリ例ヘハ自殺セントスルモノニ告  
 クテ君若シ死スルヲ得サレハ余之レヲ助ケン或ハ君死スルナラハ余毒ヲ  
 調合セント云フ場合ノ如シ此ノ如キ場合ニ於テ其死ナル結果ノ直接ノ原  
 因ハ犯人ノ行爲ニアラス其結果ヲ生シタルハ被害者ノ錯誤ニ出ツ被害者  
 ハ錯誤シテ自カラ害スルニ至リシモノナリ犯人ハ此ノ錯誤ヲ起サシメ以  
 テ其犯罪ヲ實行セシモノナリ而シテ其不作爲ニ關スル所以ハ即チ被害者  
 カ自カラ此ノ原因ヲナス時ニ犯人カ錯誤ニ對シテ何等ノ忠告ヲナサス以  
 テ犯罪ノ生スルヲ可能ナラシメタルニアリ即チ此ノ場合ニ於テ不作爲ハ

因果關係ノ連鎖因トナリテ此ノ結果ヲ生セシメタルニアラス其連鎖因ハ  
 即チ被害者ヲシテ其危害行爲ヲ行ハシメタル錯誤其者ナリ而シテ此犯罪  
 ノ結果ニ對スル犯人ノ行爲ハ營ニ被害者ニ心理的影響ヲ及ホシタルノミ  
 ト(フシヒシエ、アイノウイルクング)

以上ハ「グラゼル」カ不作爲行犯ノ第一種トシテ與ヘタル説述ナリ

「グラゼル」氏カ不作爲行犯ノ第二種トシテ舉クルモノヲ見ルニ曰ク吾  
 人カ結果ニ對シテ積極的ニ影響ヲ及ホサスシテ尙罪責ヲ受クル場合アリ  
 換言スレハ吾人ノ行爲ト結果トノ關係カ若シ吾人ニシテ或ル行爲ヲナシ  
 タランニハ其結果ノ生スルコトヲ避ケ得ルモノナルニ吾人之ヲ避ルノ道  
 ヲ講セス爲ニ其害惡ノ生シタルトキニハ吾人ハ罪ヲ免ル可カラス然レト  
 モ右ノ場合ハ何等ノ條件ヲ要セサルニ非ス余輩カ何等ノ積極舉動ナキニ  
 係ハラス或結果ニ對シテ責任ヲ負フハ異例ナリサレハ吾人カカ、ル場合  
 ニ責任ヲ負フハ或ル義務ニ違反シタル時ニアリト「グラゼル」ノ述フル所



夫レ此ノ如シ然リト雖モ余ハ信ス或ル行爲カ義務ノ違反ナルヤ否ヤハ決シテ其行爲ノ客觀的性質ト何等ノ關係アルナシ又其外界ニ於ケル影響ニ於テハ少シモ異ナルコトナシ「グラ」セル氏ハ責任ノ因リテ生スル理由ヲ不作爲ニ先立チ存在セル事情ニ求メ尙論テ進メテ曰ク此ノ如キ事情ハ其生シタル結果ト吾人トノ關係ヲ密接セシメ往々吾人ニ行爲ノ義務ヲ負ハシムト氏ハ此見解ヲ證明センカ爲ニ因果關係ノ一般原則ニ歸リテ曰ク吾人カ結果ノ原因者タルニハ結果其者ヲ直接ニ引起シタルヲ要セス只他人ニヨリテ惹起セラレタル結果ニ對シテ一條件ヲ供シタルヲ以テ足レリ何人ニテモ殺害ノ決意ヲサシメタルモノハ即チ殺人ニ對シテ事實上因果ノ關係ニ與リタルモノナリ少クトモ此ノ因果關係ニ對シテ或ル狀態ニアルモノナリ例ヘハ水練師甲ハ乙ニ約シテ曰ク汝若シ溺レントセハ余即チ助ク可シト是ニ於テ乙ハ甲ニ依頼シ水ニ入り其將ニ溺レントスルニ當リ甲ハ前約ヲ食ミ之ヲ救ハサリシカハ乙ハ死セリ此ノ場合ニ甲ヲ以テ原因

者タラシムルニハ白ラ乙ヲ救フノ義務ヲ有シ且ツ之ヲ救ハサリシカ爲ニアラスシテ甲ハ乙ヲ救フ可キ義務ヲ履行ス可キ狀態ヲ自ラ作りタルカ爲ナリ乙ヲ救ハントノ甲ノ約束カ乙ヲシテ危難ナシト決定セシメタリサレハ乙カ危難ヲ被ムリタルハ其約束ニアリ即チ本例ニ於テ結果ノ積極條件ノ一トナリ最モ有效ニシテ且ツ第一ノ衝動ヲ原因力ニ與ヘタルモノハ約束ヲナセル甲ナリサレハ死ナル結果ハ決シテ不作爲ニヨリテ生シタルニアラス不作爲ニ補ハレタル積極的舉動ニヨリテ作ラレタル事情ニヨリテ生シタルモノナリ甲ハ害惡ヲ取除ク可キ義務ヲ有スルカ故ニ結果ハ甲ノ惹起セシモノナリト見做ス可ラス甲ハ害惡ヲ取除ク可キ義務ヲ負擔シ因テ以テ物ノ狀態ヲシテ只單一ナル不作爲カ既ニ害ヲ生スルニ充分ナルニ至ラシメタルカ故ナリ是ニ於テ「グラ」セル氏ハ結果ノ生スルハ未タ積極的原因ノ只獨リ能クスル處ニアラスシテ之ヲ補フニ結果ヲ惹起セシメサルノ或ル消極條件ヲ取去ラシムルコトヲ要スト云ヘリ例ヘハ小兒アリ將



ニ水中ニ陥ラントス而シテ其嫁姆行キテ助ケントス偶第三者アリテ之ヲ途ニ妨ク小兒遂ニ水死セリ此ノ場合ニ於テ第三者ハ嫁姆ヲシテ其義務ヲ盡クス能ハサラシムルノ状態ヲ造リタルモノナリ故ニ第三者ハ死ノ原因者ナリト若シ嫁姆何等ノ障害ナキニ自ラ之ヲ助ケサランカ嫁姆ヲ以テ原因者トスルハ當然ナリ何トナレハ小兒ハ既ニ其運命ヲ嫁姆ニ托サレ而シテ必要ナルニ於テハ嫁姆ハ危難ヨリ之ヲ救助スルノ義務ヲ負擔シタレハナリ嫁姆ノ積極的ノ行爲ハ自ラ監督ヲナスノ勤務ヲ承諾セシニアリ其小兒ヲ殺スノ犯意ノ生シタルハ其勤務ニ服スルコトヲ約シタル時ニアルモ又其後生シタルモノトスルモ敢テ事實上ノ關係ニ於テ損スル處ナシト其他氏ハ監守カ囚人ニ食物ヲ與フルコトヲ怠リタル如キ橋ノ番人カ破損セル橋ノ修繕ヲ怠リタル如キ種々ノ場合ニモ同様ノ説明ヲ與ヘタリ

終ニ「グラ―ゼル」氏ハ其説明ノ結果ヲ綜合シテ曰ク他人ニ對スル吾人ノ行爲ハ一定ノ事情ノ下ニ或ル行爲ノ條件ヲナスコトアリ吾人ハ現在又ハ

將來ノ危難ヲ除クニ必要ナル或ル行爲ヲ行ヒ以テ危難ヲ未發ニ防キ又ハ第三者ヲ抑壓シ然シテ後其條件タルノ行爲ヲシテ有效ニ働カシムルコトヲ得ルモノナリ若シ吾人ニシテ此第一條件タル行爲ニ適當スル行爲ヲナス或ハナス可ク豫期シテ尙之ヲナサスハ是レ害惡ヲ減少スルニアラスシテ却テ之ヲ増加セシメタルモノナリ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ吾人ハ單ニ不作爲ヲナシタルモノニアラスシテ其生シタル結果ヲ促シタルモノト云フ可シサレハ假令直接生シタル結果ノ上ニ吾人ノ行爲積極消極トモカ敢テ關スルニアラサルモ又未タ自己ノ行爲ヲ以テハ之ヲ惹起スニ充分ナラザルモ吾人ヲ以テ結果ノ原因者トスルニ何ノ不可アラシヤ勿論普通不作爲者ニシテ之ヲ行フノ一定ノ義務ヲ有センカ犯人ハ其結果ノ生スルコトヲ期待シタルモノナレハ一層明ナル可シシカリト雖モ因果關係ノ存在ヲ證明スルノ必要條件ニアラサルナリ加之如此ノ義務ノ存在セル場合亦少カラサルナリ



以上グララーゼル氏ノ論スル所シカシ明拆ナリ、シカモ猶余輩ハ之ヲ誤謬トシテ排斥セサル得サルヲ悲ム第一氏ハ不作爲行犯ニ於テモ尙ホ普通ノ因果關係其者ノ存在ヲ主張シ未タ法律上ニ於テハ法律的因果關係ノ存在スルヲ知ラサルナリ氏ハ自然科学ニ於ケル因果觀念ノ立脚點ニ於テ本問題ヲ研究シ種々ノ例證ヲ以テ不作爲行犯ト普通行犯トノ差別ヲ説明セントセリ即チ或ハ陷窄ヲ作り或ハ馬車ヲ驅ル等ノ例ニ於テ或ハ結果ヲ其行爲ノ初メニ於テ豫期シ或ハ其後ニ於テ之ヲ期スルニ至ルコトニヨリテ或ハ行犯トナリ或ハ不作爲ニヨル行犯トナルトセリサレハ氏ハ不作爲行犯ト普通行犯トノ區別ヲ單ニ犯意ノ生スル時期ニヨリテ區別スルモノト云ハサル可カラス何ントナレハ氏ハ因果關係ヲ以テ單ニ客觀的行爲ト結果トノ關係ナリトシ事後故意ノ生スルト生セサルトニ係ラス其性質ハ決シテ變更スルモノニアラスト云フカ故ナリサレトモ余輩ハ氏カ故意又ハ過失ノ生スル時期ヲ以テ普通行犯ト不作爲ニヨル行犯トヲ區別シ無過失ノ

行爲ナルニ事後ニ過失ヲ生シタルヲ以テ不作爲行犯ナリトシ而シテ結果ヲ以テ其初ヨリノ無過失ノ行爲ヨリ生シタルトスル點ニ於テ疑ナキ能ハス若シ不作爲行犯ニシテ此ノ如キモノナランニハ吾人ハ事後過失又ハ事後故意ニ付テ少シモ論及スルノ要ナキナリ加之氏ハ人ト物トノ事實關係ノ生シタルトキヨリ結果ノ生スルニ至ル迄ヲ以テ一所爲ナリト論スレトモ余ヲ以テ見ルニ事實上關係ヲ生スレテフコトハ其意不明ナリ若シ夫レ之ヲ以テ普通ノ意義ナリトセハ吾人ハ事實ノ關係ヲ生シタルヲ以テ尙責ヲ負フ可キモノナルカ苟モ氏ノ云フ所ニシテ眞ナラハ銃工ハ其作りタル「ピストル」又ハ銃砲ヨリ生スル凡テノ害惡ノ原因者ナリ是レ決シテ常識ノ許ス處ニアラサルナリ

又「グララーゼル」氏ノ如ク不作爲者ノ行爲ハ犯意ノ生シタル前後ヲ通シテ一體ニシテ若シ故意カ事後ニ生スルナラハ其始メニ溯ルト云フ如キハ何等ノ根據ナシ作爲ノ後ニナサレタル不作爲カ故意ニ出テタル爲ニ何故ニ



無過失ニ出タル作爲ヲ以テ故意ニ出テシモノトナスコトヲ得ルヤ事後ニ生シタル意思カ何故ニ既ニ起リタル意思表示ヲ變更シ得ルヤ刑法ハ如此ノ擬制ヲ許サ、ルナリ是ニ於テ氏カ不作爲ノ原因ヲ義務違反ニ求ムル論者ニ加ヘタル駁撃ヲ以テ余輩ハ又氏ニ加フルコト得可シ(特ニ只一結果ノ生スルコトヲ爲サ、リシ人ヲ以テ生シタル凡テノ結果ノ直接原因者ナリト云フコトニ對シテ)即チ吾人ハ犯意アル行爲ト犯意ナキ行爲(客觀的意義)トヲ同時ニナスコトヲ得可シ(吾人ノ用語ニヨレハ如此ハ行爲ニアラス)シカモカクノ如キモノヲ同時ニ表示スルコトヲ得ス無過失ノ行爲ハ同時ニ有過失ノモノタルコトヲ得サルナリ加之「グラ―ゼル」氏ノ言ノ如ク「ハ吾人カ犯罪行爲ヲ判決スルニ當テ其犯罪實行ノ時期ニ於ケル状態ニヨリテ決定スルコトヲ得スシテ必ス先行々爲ノ當時ニ溯リテ其犯意ノ如何ヲ研究セサル可カラス若シ既ニ其ノ初ニ當リテ犯意ノ存スルモノナレハ第二ノモノハ即チ第二次ノ意思ニシテ若シ其意思異ナラハ何レノ意思ニヨル

可キヤ例ヘハ初メハ強盜ノ意思ニシテ其後ニ竊盜ノ意思タラハ其強盜罪ナルヤ又ハ竊盜罪ナルヤヲ決スル能ハサル可シ

又「グラ―ゼル」ハ既ニ行爲ノ客觀的連續ヲ認メシカシテ事後過失ナルモノヲ以テ行爲ノ性質ヲ變更セシメタルカ故ニ又隨テ之ト對シテ前存故意(又ハ過失) *Dolus ante factum* ナルモノヲモ認メサル可カラサルニ至レリ氏ハ曰ク吾人甲ナル人ヲ殺害セントスシカモ自ラ誤ランコトヲ恐レ日々射撃ノ練習ヲ行ヘリ或ル日余射撃ニアタリテ的ヲ狙ヒツ、アリシニ偶々甲此ノ間ヲ通行シ彈丸甲ヲ害スルニ至レリ此ノ場合ニ於テ余ハ甲ヲ故意ニ殺傷セルモノニシテ余ノ犯意ハ即チ前存犯意ナリト是レ氏ノ所謂前後ノ行爲ヲ以テ單一體トスルノ結果ニシテ氏ハ自ラ愈々深キ誤ニ陥リタルハ氣ノ毒ノコトナリ

故意ニ關スルコトハ亦過失ニ對シテモ同シク適用スルコトヲ得可シサレハ氏カ所謂單一行爲タル積極消極ノ行爲ノ一要素中ニ過失ノ存在スル



コトアランカ其結果ニ對シテ實際何等ノ責任ヲ生ス可キ過失ノ存在セサルニ係ハラヌ其結果ハ亦其過失ノ結果ナリト云ハサル可カラス例ヘハ藥劑師劇藥ノ配合ヲ誤リタル爲ニ其使用者ニ注意スルニ藥量ヲ減スルコトヲ以テセリシカルニ使用者此注意ヲ輕シ多量ニ服用セシカ爲ニ遂ニ死スルニ至レリ若シ「グラゼル」ノ云フカ如クハ此ノ如キ場合ニ於テ尙死ノ原因ハ藥劑師ニアリト云ハサル可カラス嗚呼ク氏何ゾ夫レ誤レルノ甚シキヤサレハ犯罪行爲ノ本性ヲ定ムルハ其犯罪實行ノ瞬間ニ於ケル意思ノ狀態ニ其標準ヲ求メサル可カラス又不作爲行犯ニ於テ其責任ノ性質ヲ定ムルニハ不作爲ヲナシタル時期ニ之レヲ求メサル可カラスサレハ先行々爲ノ性質ハ犯罪ノ責任ノ性質ヲ決定スルニ何等ノ關係アルニアラス犯罪ハ行爲ノ前後ニ及ヒテ行爲ノ性質ニ影響ヲ及ホシ得可キモノニアラサルナリ

氏ハ尙其金科玉條タル犯意ノ前後ヲ通シテ行爲ノ單一ナルヲ證明セ

ントシ大ニ詭辯ヲ弄シテ曰ク此處ニ二人ノ獵師アリ其一人ハ仇敵甲ヲ殺サントシテ銃ヲ擬シテ山中ニ伏ス又他ノ一人ハ猪ヲ取ラントシテ同シク山中ニ伏スシカルニ偶々甲前方ニ來ル一人ハ甲ナリト信シ一人ハ猪ナリト誤信シテ射撃セリ而シテ二丸同時ニ甲ニ命中シ甲ハ死セリ、グ氏曰ク此ノ如キ場合ニ於テ犯意ナキ行爲ト犯意アル行爲ト合體シテ一ヲナセリト若シ余ニシテ氏ノ所說ヲ解スルコトヲ誤マラサレハ氏ハ實ニ常識ニ於テ既ニ缺クル所ナキカヲ怪マサル可カラス何人ト雖モ此ノ兩獵師ノ行爲ハ各々別種ノモノナルコトヲ疑ハサル可シ物理的ノ意味ニ於テ甲ノ死ハ二力ノ合同ニ起因スルカ爲ニ、グ氏ハ此論ヲナセルカ如シト雖モ余輩ハ二力ノ合同ヲ以テ直ニ所爲ノ一致ト見ルコトヲ得サルナリ、彼ノ行爲ハ彼ノ行爲ナリ余ノ行爲ハ余ノ行爲ナリ同時ニ同一ノ目的ノ上ニ行ハルト雖モ所爲其物ハ合一ナルコト能ハサルナリ何トナレハ所爲ハ各人ノ意思表示ニシテ假令同意味タルヲ得ルモニ表示合シテ合一ナルコトハアリ得可カラ



サルヲ以テナリ、<sup>グ</sup>氏カ如此説ヲナセルハ蓋物理的意味ト人間界法律の意  
味トヲ混同シタルニ出ツルモノナリ

「グラ―ゼル」氏ハ其論ヲ立ツルヤ主觀的見地ヨリスルコトハ絶無ニシテ  
又其客觀的方面ニ於テモ不作爲其物ノ本性ヲ研究スルコト甚粗漫ナリ、氏  
ハ不作爲行犯ニ於テ二ツノ要素ヲ認ム即チ一ハ先行々爲ニシテ他ハ不作  
爲是ナリ而シテ其原因ハ先行々爲ヨリ生シタル状態ニアリシ、シカシテ其  
原因カ働キテ結果ヲ生スルハ不作爲ニアリトスサレトモ余輩ハ信ス原因  
ノ原因タルハ之レノミヲ以テ結果ヲ生スルニ充分ナレハナリ原因ニシテ  
結果ヲ生スルニ尙他ノ、或ルモノヲ要スルト云フカ如キハ原因ノ意ヲ誣ユ  
ルニアラサレハ吾人ノ謂ユル原因ニアラサルナリ加之「グラ―ゼル」氏ハ不  
作爲ヲ以テ無ナリトスルモノナリサレトモ無ハ無ナリ何故ニ原因ニ關係  
スルコトヲ得ルヤ若シ夫レ無ニシテ有テ生スルニ關係シ得可キモノナレ  
ハ是レ即チ有ニシテ無ニアラサルナリ故ニピンゲンク曰ク

Immer wird der Unterlassung eine Rolle zugeschrieben, die sie nicht spielen könnte,  
wäre sie wirklich reine Untätigkeit. (ンチメグ法規論第一卷二百二十三頁)

不作爲行犯ノ一場合トシテ犯人カ豫期シタル結果ヲ生セシメントスル  
ニ際シ不作爲ノ外ニ被害者自身ノ行爲アルコトヲ要スルコトアリ例ヘハ  
毒殺セントシテ毒ヲ被害者ニ與ヘタレハトテ被害者ニシテ自ラ之ヲ服用  
セスハ目的ヲ達セス又人ヲ陷レン爲ニ牢ヲ作ルト雖モ被害者ニシテ自ラ  
此場所ニ來ルニアラサレハ能ハス「グ」氏ハ此場合ヲ論スルヤ他ノ場合ニ於  
テ不作爲ヲ以テ直接原因トセルニ係ラス此場合ニ於テハ即チ間接ノ原因  
ニ論及シテ曰ク陷穽ハ被害者ヲシテ安全ナル道ナリト誤信セシメマダ毒  
藥ハ無毒ノモノト誤信セシムルコトニヨリテ犯人ハ其ノ目的ヲ達スルコ  
トヲ得ルモノナリ犯人ハ被害者カ如此ノ錯誤ニ陥ル状態ヲ作りタルモノ  
ナリ即チ犯人ノ先行々爲ハ被害者ノ心中ニ影響ヲ及ホスノミ即チ心的原  
因ナリト若シ氏ノ論スル處如此シトセハ氏ハ不作爲行犯ヲ以テ間接行爲



ニヨル行犯ト混同セルモノナリ余輩ハ此ノ如キ場合ニ於テハ犯人カ穴ヲ掘ル如キ積極的行爲カ即チ有形的ノ原因ナリト云フト雖モ氏ハ錯誤テア結果ヲ生セシメタル心的原因ナリト云フ加之此ノ人錯誤セリト雖モ若シ犯人其未タ結果ノ生セサル時ニ於テ其由ヲ被害者タルモノニ告知センカ被害者ハ決シテ死セサリシナル可シサレハ被害者ノ死セシハ穴ヲ掘リタル先行々爲ニアラスシテ之ヲ告知セサリシ不作爲ニアリトス可キニアラスヤ、グ氏モ亦先行々爲カ錯誤ヲ生ストハ云ハサレトモ氏ハ此ノ錯誤ノ原因ヲ以テ危険ノ生スルコトカ不作爲ノミニテ充分ナル状態ナリトナスサレトモ此ノ如キ状態トハ何ヲ云フヤ實ニ曖昧ナリ若シ危険ナル状態ヲ意味センカ即チ是レ不作爲ニ外ナラサル可キカ、

余輩ハ尙先行々爲ヲ以テ結果ノ原因トナス説ニ服スル能ハサルノ理由ヲ有ス、例ヘハ「グ氏」ノ掲ケタル例アリ即チ鐵道番人ノ其職ニ就クヤ思ヘラシ瀛車ヲ轉覆セシメント「グ氏」ノ説ニ隨ヘハ事實上ノ關係ニ立チタル時ヨ

リ結果ノ生スル迄ヲ一所爲ナリトスルモノナル故ニ番人ハ其後ニ至リテ如此不法ノ念ヲ棄テシト雖モ其初ニ有セシ犯意ヲ去ラス隨テ後ニ生シタル結果ニ對シテ責任ヲ有セサル可カラス故ニ番人ニシテ其責ヲ免レントセバ其ノ職ヲ辭スルヨリ外ナキナリ、何トナレハ「ビンヂング」モ云ヘル如ク、既ニ犯罪行爲ヲ行ヒタルモノハ（例ヘハピストルヲ放チシモノ）假令其後結果ノ未タ生セサルニ當リテ其犯意ヲ去ルト雖モ復タ及フ可カラス犯人ニシテ其責任ヲ免レントセハ宜シク其結果ノ生セサルニ當リテ其行爲ノ進行ヲ防止セサル可カラサレハナリ、

加之先行以爲ハ結果ノ原因トシテ未タ充分ナルコト能ハサルコトアリ、又結果ヲ生スルノ力ヲ自身全ク有セサルコトアリ又危険ヲ生スルノ要素ヲ自身ニ具備セサルコトアリ行爲ノ内容ハ其目的ニヨリテ定マル瀛車番ヲ命スルノ行爲ハ瀛車ノ危険ヲ豫防スルノ行爲ナリ夫レ自身ニアリテハ寧ロ安全ヲ目的トス或ハ論者ハ命セラレタルモノカ怠慢ナルヤモ計ラレ



サル故ニ危険ナリト云フカ或ハ瀛車番人カ乗員及ヒ瀛車ノ進行ヲ危カラシメント計ル故ニ危険ナリト云フカ「ベンヂング」曰ク若シ吾人ニシテ番人ノ危険ナル由テ乗客ニ告クテ其未タ發車セサルニ先チテ之ニ注意セハ如何番人ノ任命ハ決シテ危険ヲ生セサルナリ又此ノ如クシテ番人ヲ其職務ニ服セシメサルニ係ラス番人カ目的トシタル結果ノ生スルコトアリタルトキニハ番人ハ敢テ知ラサルニ尙ホ其責ニ任ス可キヤ又曰ク之ニ反シテ瀛車番人ニシテ其職務ヲ執ルヤ忠實ニシテ善良ナルモノナラシメナハ瀛車ハ全ク安全ナルカ要スルニ番人ヲ任命スルモ瀛車ノ危険ヲ全滅シ得可キニアラス只天然ノ危険ヲ減少スルニ止マルノミ看護婦ノ任命モ嫁姆ノ任用モ亦異ルコトナシ若シ夫「グ」氏ノ云フカ如クンハ豈前例ニ限ランヤ如何ナル場合ト雖トモ皆然ラサルハナシ例ヘハ吾人家ヲ買フモ亦然リ蓋シ其後此家ニ關シテ交通法ヲ破ルコトアルヘケレハナリ、シカラハ家ヲ買フノ行爲ハ交通法侵害ノ原因ナリト云ハサル可カラスサレハ「ベンヂング」

氏ハ最モ痛快ニ駁シテ曰ク瀛車番人ノ就職ヲ以テ危険ナリトスルモノハ醫師ヲ以テ病氣ノ原因トスルニ至ル可シト「ベンヂング」法規論二二八）  
 グラーゼルノ論ヲ立ツルヤ偏重ニシテ周到ナラス氏ハ先行々爲ノ犯人ニ出ツル場合ヲ主トシテ論究シ之ヲ標準トシテ其形實大ニ異ル場合ニ及ホサントセリ又氏ハ先行々爲ヲ以テ結果ノ唯一ノ原因トナシ單ニ結果ヲ防止スルノ義務ヲ生スルモノトセサルハ誤レリ而シテ此ノ所論ノ大ニ誤レルハ法律的因果關係ト物理的因果關係トヲ區別セサル點ニアリト云フ可シ

#### 第四 「ベンヂング」氏ノ說

「ベンヂング」ハ不作爲ニ因ル行犯ト所謂無過失授因ト事後過失トノ皮想的ノ競合 (Scheinbare Concurrenz von schulloser Verursachung und Culpa subsequens.) トノ間ニ區別ヲ設ク大ニ不作爲ニ因ル行犯ナルモノ、範圍ヲ限定シ後ニ該犯罪ノ内容ヲ分析シテ先行々爲及ビ不作爲自體トナシ非常ナル精妙ノ



考案ニヨリ二者ノ關係ヲ説明セリ

氏ハ曰ク行犯ノ成立スルニ足ル不作爲ハ作爲ト密着ナル關係ヲ有シ作爲ト相待テ原因タル地位ヲ得ルニ至ルモノナリ凡ソ作爲ハ其レ自身ニ招因力(Die Erfolg fordernde Kraft)ヲ具ヘ而モ其果ヲ生セサル所以ハ其間一面ニ妨果力ノ存在スルニヨル一朝此ノ妨果條件ニシテ破滅センカ招因力忽チ動勢ヲ得原因ヲナシ結果ヲ惹起セシメ而シテ不作爲ハ實ニ此妨果條件ノ破滅行爲ナル故ニ純然タル靜勢ニアラスシテ靜的假面ノ下ニアル運動ナリ現實ナル意思ノ活用ナリ(Willensverwirklichung)註「ヒンヂング」ハ所爲ヲ以テ意思ノ實在的活用ト云フト雖モ余輩ハ意思ノ表示(Willensäußerung)ヲ以テ充分ナリトス「ストルム不行犯論參照無ハ有テ生スル能ハスト雖モ不作爲ハ無ニアラス所謂破滅行爲ニシテ即チ之ニヨリテ結果ヲ生スルモノナリト氏ハ尙不作爲ノ原因タルハ條件トシテ次ノ事柄ヲ説明セリ

一、不作爲(破滅行爲)ト妨果條件ハ少クトモ等勢等力ナルコトヲ要ス例ヘ

ハ5:-5ヲ以テ右二種ノ條件ノ均衡ヲ保チ相持シ何等ノ變更ヲ生セサル天然自然ノ状態トス今此ノ積極條件+5=+1作爲ヲ加ヘンカ即チ積極條件ハ増加シテ+6トナリ同時ニ妨果條件ハ積極條件ニ均衡ヲ得ントシ-1ハ消極條件トシテ加ハリ-5ナル消極條件ハ-6トナル今-1即チ妨果條件ヲ破滅(不作爲)センカ忽チ-6トナリ均衡ヲ失スルニ至リテ結果ヲ惹起ス之レ即チ元來ノ條件積極消極等勢ナルカ故ナリ反之自然ノ状態ニ於ケル兩極條件ヲ+5:-6トセンカ作爲+1ヲ加フルモ妨果條件又加ハリテ+6:-7トナリ茲ニ不作爲-1ヲナスモ+6:-6トナリテ尙優ニ均衡ヲ保チ結果ヲ生スルコトヲ得サルナリ是レ即チ不作爲ト妨果條件元來等勢ナラサルニ基因スルモノナリ今此説明ヨリ次ノ公理ヲ案出セリ

一、招果條件(Hinwirkende Kraft)若シ妨果條件ヨリ比較的小ナルトキハ其均衡ヲ失スルニ至ル迄ハ不作爲ハ何等ノ果ヲ生スルコトナシ



二、積極舉動前例ニ於テ<sup>5</sup>ヲ云フノ作用ヲ借ルニアラサレハ消極舉動前例ニ於テ<sup>5</sup>ヲ云フハ何等ノモノヲモ惹起スルコトナシ

三、若シ二種ノ條件相等シキ時ハ其後均衡ヲ破壞セハ結果ヲ生ス

四、二種條件ノ量等シカラサルトキハ招果力ノ働クヤ否ヤハ不確實ナリ

夫レ宇宙ノ現象ハ皆積極消極ノ二種ノ條件ノ均衡ニヨリテ其現狀ヲ保持シ甚タ複雑ヲ極ム故ニ人力ノ之カ影響ヲ爲シ得ル程度ハ甚タ少量ナルハ物理化學ノ既ニ明ニスル處ナリ隨テ次ノ公理ヲ得

吾人が附加スルコトヲ得ル積極消極ノ條件ハ既ニ存在スルモノヨリモ多量ナル能ハサルナリ隨テ吾人ハ只積極條件ヲ獨立分離セシムルヲ得ルニ止マル

是ニヨリテ之レヲ觀ルニ「ピンチング」ハ結果ノ原因ヲ積極消極ノ兩條件ノ均衡ノ破壞ニ求メ積極條件ニシテ消極條件ノ減少ヲキトキニハ決シテ果ヲ生スルコトヲ得サルモノト認ム是「グライゼ」等ガ積極舉動ヲ以テ

因ヲ生スル狀態ヲ作ルノ唯一ノカト認ムルト大ニ異レルガ如シ

氏ハ如此作爲不作爲ノ裏面ニアル積極舉動ト不作爲トノ結果ニ對スル地位ヲ説明シ更ニ不作爲其物ニヨリテ吾人ノ責任ヲ受クルノ要件ヲ説明セシカ爲ニ不作爲其者ノ内面ニ庇隱セラレタル行爲ニ於テ二種ノ異リタル要素ヲ尋出セリ

第一要素 例ヘハ軌道ニ置カレタル石塊ヲ故意又ハ過失ニテ除去セサル瀛車番人又ハ自己ノ守衛セル囚徒ニ食物ヲ與ヘサル監守ハ其最初如何ナル行爲ヲナセシヤ然リ此等ノ者ハ危難ト被難者トノ間ニ立チテ此危難ノ防止條件トナリタルモノナリ即チ就職ナル積極舉動ニヨリ自己ヲ防果力タラシメタルモノナリシカリ而シテ第二ニ此等ノ者ノナセシコトハ其危難ノ生スルニ當リ之ヲ防制スル爲ニ自己ノ力ヲ用キソコトノ決定ヲ止ムルニヨリ防止條件タルコトヲ辭セリ即チ妨果力トシテノ自己ヲ其消極舉動ニヨリテ破滅セシメタルナリ瀛車番人及ヒ監守ハ右



二種ノ行爲ヲナシテ條件ノ均衡ヲ破壊ス

第二要素 自己ノ意思其者ノ中ニ生セシメタル彼ノ防止條件ノ破滅ノ招因力タルヲ得ルハ其未タ結果ノ惹起セサル所以カ破滅者ノ破滅力ト均衡ヲ得タルニアル場合ナラサル可カラス

是ニヨリ之ヲ觀ルニ氏ハ氏ノ所謂破滅行爲即チ不作爲ハ第一條件トシテ之ニ先立ツ積極舉動ヲ執リ行フニ當リ他日不作爲スルノ意思ヲ有シ第二條件トシテ此ノ積極舉動ヨリ生スル結果ハ單ニ只不作爲セサルコトニヨリテ抑止セラル、場合ニ於テ可罰ノ性質ヲ得ルモノトナス如シ是ニ於テ氏ハ無責任行爲ニ於ケル爾後過失ニヨリテ生シタル結果ヲ以テ不行爲行犯ヨリ除外シ單純ナル行犯ナリト論スルニ至リタルハ論理上然モアル可キコトナリ

無責任(授因)ニ於テ事後過失ノ競合セル如ク見ユル場合、(Scheinbare Konkurrenz von schuldloser Verursachung und culpa subsequens) 換言スレハ過失ナクシ

テ惹起サレタル行爲ナルモ爾後ノ過失ニヨリテ禁セラレタル結果ヲ生シタルトキノ責任如何ノ問題ナリ「ピンチング」ハ例ヲ舉ケテ曰ク「某甲運動ノ爲ニ騎行セリ前方ニ小兒アリ甲之ヲ知ルモ敢テ停止セサルノミカ却テ馬飛超ヘントシ過テ小兒ヲ蹴殺スルニ至レリ此ノ如キ場合ニ於テ生シタルヲ進メテ小兒ヲ結果ハ停止セサルノ結果ニアラスシテ飛越ヘントスル行爲ナリ或停止セサル不作爲ト飛越テフ不作爲ト相競合併發セルカ如シト雖モ然ラス馬ニ乘リテ散策スル行爲ハ決シテ危険ナル行爲ニアラスカクノ如キ危害ナキ行爲ノ變シテ危害アル行爲トナルニハ或ハ豫見シ得可キコトアリ又シカラサルコトアリサラハ此二種ノ場合ハ如此區別シテ見ル可キヤ否ヤ若シ行爲ノ性質ノ變更カ豫見セラレ然シテ其後故意ニ害惡ノ生スルヲ除去セサランカ或ハ過失カ皮想的授因ノ瞬間(馬ヲ進メタルトキ)ニアラハ即チ過失犯トシ若シ故意カ其皮想的非除去ノ時ニアランカ故意犯ヲ以テス可キモノナルカ尙進ンデ考フルニ



吾人ハ亦以上ニ反シ合法ニ授因シタル場合ヲ想像シ得ヘシ例ヘハ吾人既ニ或ハ過失ナク或ハ過失ニヨリテ殺害ノ原因ヲ作りシカモ事後ニ至リ正當防禦ノ爲ニ己ムナク此ノ殺因ノ進行ヲ放任セサルヲ得サルコトアリ如此ノ場合ニ於テハ吾人ハ故意又ハ過失殺トシテ責ヲ負フ可キヤ又正當防禦トシ責ヲ負ハサルヤ然リ該問題ノ運命ハ實ニ左ノ二問題ノ決定ニヨル若シ夫レ此ノ場合ニ於テ結果ヲ妨ケサルコトノ原因カ不作爲以外ニ結果ノ授因ナルモノアラシカ此ノ皮想的不作爲ヲ行フ時ニ於テ所爲者カ結果ヲ惹起セシムルノ權利ヲ有スルヤ否ヤ若シ權利ヲ有セサランカ該不法授因ハ故意ニ本ツキタルモノナルヤ否ヤ過失ニ本キタルモノナルヤ否ヤニヨリテ解決スヘシ若シ夫レ此ノ結果ヲ防止セサルコトカ眞實不作爲ナラハ不作爲者カ有スル法律上ノ狀態又ハ不作爲スルノ時ニ有セシ其思考ノ如何ハ毫モ問フ處ニアラスシテ吾人ノ判決ハ前者ト異ラサルヲ得ス例ヘハ或ル人過失ナクシテ火ヲ失シ之ヲ消止ムルコト容易ナルニ之

ヲ消止メス爲ニ睡眠中ノ友人ヲ燒殺セリ此場合ニ於テ此人其友ヲ故意ニ呼覺マサル時ニ其行爲ハ故意ノ燒殺タルハ勿論ナル可シ若シ夫レ或人ニシテ故意ニ放火セリト雖モ其友ノ燒死スルコトヲ豫見シタルト雖モ放火ノ時ニ之ヲ豫期セサリシトキハ其後故意ニ之ヲ救助セサリシト雖モ只過失殺タルナリ又若シ或人ニシテ過失ナク又ハ過失ニヨリテ他人ニ死因ヲ與ヘシカシテ救助者之ガ爲ニ自カラ死地ニ陥ランカ吾人ハ前者ニ對シ故意犯アリ後者ニ對シ過失殺アリト論ス可キナリト信ス

吾人カ以上舉ケタル理由ニヨレハ前例ノ馬車ヲ遺ル場合ニ於テ何人モ車馬ヲ進行セシメタルモノヲシテ(假令馬丁ニシテ人カ近クニアルヲ豫知セサルト雖モ)決シテ責任ヲ免レシメサルヘシ何トナレハ因果關係ハ必然的ナルヲ要ス故ニ必シモ結果ノ生スルモノニアラサル原因ナルモノナシ故ニ吾人ノ與ヘタル積極的條件ニシテ其結果ノ成否尙吾人ノ力ノ範圍内ニアル間ハ吾人ハ未タ授因ヲナシタルニアラス吾人ハ最早結果ノ發生ニ



何等影響ヲ與フルコトヲ得サルニ至リテ原因ナルモノ存スルニ至ルモノナレハナリトピンチンク法規論二五九頁以下二六二頁參照「ピンチンクノ述フル處實ニ如此之ヲ要スルニ無責授因ト事後過失トノ皮想的競合ニヨリテ生シタル結果ハ吾人カ能ク其行爲ニ對シテ影響ヲ及ホシ得ル間ハ未タ結果ノ授因ナルモノニアラスシテ其後此馬ヲ停止セルトキニ該積極行爲ニ授因ヲナシタルモノナリト云フニアルカ如シサレハ「ピンチンク」ノ意見ニヨレハ此無責授因ト事後過失トノ皮想的競合ノ場合ト不作爲ニヨル行犯トノ區別アル所以ハ前者ニアリテハ不作爲ニヨル行犯ノ特性即チ結果ヲ生セシムル招因力ニ對シテ其救濟ヲ保タシメシメカ爲ニ犯人ノ自ラ生セシメシタル消極的ノ條件ノ破滅ナキコトニアリト云ハサル可カラス(何トナレハ犯人ハ其行爲ヲ始ムルニ當リテ犯意ヲ有スルトキニ自己ヲ消極的條件ニ置クモノニシテ此場合ニアリテハ過失ナクシテ惹起サレタルモノナル故ニ犯人ハ未タ自己ヲ消極條件タラシメサルカ故ナリ)サレトモ余

ヨリ見ルニ氏ハ何故ニ中途小兒ヲ見タルトキニ犯意ヲ生シ之ト共ニ自己ヲ妨害力タラシムルト論スル能ハサルカ余ハ馬ヲ遣ルノ始メニ於テ其犯意ヲ有シタラハ自己ヲ妨害力タラシメ其後ニ犯意ヲ生シタルニ於テハ妨害力タラシメストハ解ス可カラスサレハ氏カ以テ無責授因ト事後犯意トノ皮想的競合トナスモノハ氏ノ議論ニヨレハ單純ナル行犯ニアラスシテ單純ナル不作爲行犯ナラサル可カラスサレトモ余輩ハ氏ノ議論ヲ如此些末ノ點ニ於テ敢テ論難スルヲ欲セス何ントナレハ其振底既ニ腐朽セリ何ソ枝葉獨リ生スルヲ得ンヤ

余ヲ以テ觀ルニ氏ハ吾人ノ作爲ヲナスヤ吾人ハ直チニ其ノ妨害條件タリト主張ス然リ余輩モ作爲ニ伴ヒ後又作爲ス可キノ義務ヲ「ラント不行犯論七十八頁參照」ノ生スルコトアル可キハ亦認識スシカモ義務ハ可能的ノ概念ニシテ現實ニアルモノニアラス「チバナラヌ」ニシテ「アル」ニアラス作爲其モノト共ニ存シテ客觀的ノ實在アルニアラス義務ハ違反スルコトヲ得



ルモ違反ハ直接實在ヲ破壊セス「可得」ハ「不可得」トナスヲ得可キノミ故ニ違反アリト雖モ亦之ナシト雖モ結果ノ成否ハ豫期シ難シ故ニ吾人ハ作爲ヲナスニ際シ吾人又其結果ヲ妨ク可キノ義務ヲ生スレハトテ此義務ヲ以テ直チニ客觀的存在タル妨害力ヲラシムルヲ得サルナリ加之氏カ如ク因果關係ヲ以テ全ク物理的ノ意味ニ限ルモノトスレハ義務其モノハ既ニ客觀的吾人ト分チテ存在スルモノニアラサルヲヤ且ツ行爲ハ意思ノ表示ナリ特定ノ行爲ハ特定意思ノ表示ナリ騎行ノ始メニ當リテ殺害ノ意思ヲ有セサラシカ是レ殺害ノ行爲ニアラサルナリ其中途子兒ヲ見之ヲ乘リ越ヘントシタル時其作爲タルヤ此ノ時殺人行爲トナリタルモノニシテ其結果ニ對スル刑法上ノ責任ハ此ノ犯意ヲ生シタル以前ニ溯ラサルコトハ既ニ「グラ―セル」ノ說ヲ批評シタルトキニ述タルカ如シ嗚呼「ビンデンク」氏ハ氏ノ所謂不作爲行犯ノ不作爲ノ如ク巧妙ナル理論ノ「假面」ノ下ニ曖昧ナル議論ヲナスモノト云フ可キナリ

### 乙 主觀的說明

此説明ハ「ガイエル」「アルドザー」「ウイルデブランド」「ヂクワルト」「ローランド」諸氏ノ唱フル處ニシテ所說大同小異ナル故ニ余ハ便宜ノ爲ニ之ヲ總括シ本題目ノ下ニ其大要ヲ掲ク聊論評ヲ加ヘントス

學者曰ク不作爲ハ或ハ心中ニ或ル變更ヲ生シタルモノナル可シ腦質ニ或ル化學的ノ變更ヲ生シタルモノナル可シカモ外界ニ對シテハ何等ノ變更ヲ生スルモノニアラス然リ而シテ凡テノ外界ノ變更カ吾人ノ自ラ惹起シタル運動ニ基因セサルカ又ハ吾人ノ自カラ惹起シタル運動ト何等ノ關係ノ存スルモノナカラシカ吾人ハ如此キ外界ノ變更ニ對シテ何等ノ責任ヲ負ハス苟クモ吾人ノ所爲タル以上ハ常ニ或ル目的ニ伴フモノニシテ目的ヲシテ行爲ノアル可キ筈ナシ蓋シ所爲ハ手段ニシテ目的ニ伴フモノナレハナリ而シテ手段トハ吾人カ目的ノ爲メニナス内部ノ活動カ外界ニ於ケル客觀的有形ノ状態ト合一シ有形的ノ結果ヲ惹起セシムルニ足ル



モノヲ云フ此ノ状態ハ或ハ吾人ノ手足タルコトアリ口又ハ態容ナルコトアリ(作爲ノ場合)又ハ外界ノ現象タルコトアリ(不作爲ノ場合)詳言セハ吾人ノアラユル運動ハ吾人ノ目的ノ支配スルトコロナリ而シテ吾人カ期待スル結果ヲ得ンカ爲ニ此運動ヲ利用シ使用スルコトアリ是レ即チ作爲ナル手段ナリ又吾人ハ外界ノ變更ヲ利用シ以ツテ自己カ豫期スルノ結果ヲ得ントスル場合アリ是レ即チ不作爲ヲ手段トセルナリ例ヘハ汽車ノ運動ヲ持續セントスルニ或ハ石炭ヲ増シ或ハ汽力ヲ強メルコトニヨリテ之カ目的ヲ達スルコトヲ得可シ(作爲ノ場合)又既ニ存スル運動ノ積性ニ委シ何等ノ手段ヲモ加フルコトヲクシテ其目的ヲ達スルコトヲ得可シ(不作爲ノ場合)要之結果ノ生スルト生セサルトハ只吾人ノ目的ノ如何ニヨリテ定マル即チ目的ニヨリテ惹起セラルト故ニ學者ハ如此關係ヲ稱シテ人事ノ因果律 (Causalität des Menschen) ト云フ(デクワルト著論理學參照ローランド著可罰不作爲論參照サレントモ現今ノ法律ニヨレハ吾人カ知ラサル場合ニテ

モ又何等ノ目的ニ出ツルナキト雖モ尙責ヲ受ケサル可カラサルコトアリ(過失犯又ハ違警罪ナルモノ)故ニローランドハ此ノ如キ缺點ヲ補ハンカ爲ニ之ヲ訂正シテ曰ク人事原因關係ハ直チニ法律ニ引用ス可カラス法律ニハ法律ノ因果關係アリ人事ノ因果關係ニ於テハ人間ノ意思及ヒ目的カ其行爲ノ原動力タルカ如クニ法律ノ因果關係ニアリテハ法律ノ意思及ヒ目的之ニ代ル其目的ノ請求スル處即チ義務ヲ生スルカ故ニ義務カ吾人ト結果トノ間ノ因果關係ヲ決スルノ準繩ナリト故ニ氏ハ約言シテ曰ク刑法ニアリテハ因果關係ト責任ノ本原トハ其關係緊切ナリト惟フニ此説明ハ此所論ト一見大差ナキカ如シト雖モ氏ハ原因ハ法ノ目的ニアリト云フト雖モ余輩ハ原因ヲ法律ノ内容即チ其目的ニ求メス吾カ即チ原因タルナリト云フ而シテ余輩ノ氏ノ說ヲ採ル能ハサル所以ハ法ノ目的ハ吾人ニ義務ヲ生セシメ權利ヲ與フルト雖モ不作爲ニヨリテ生シタル結果ノ原因ニアラス法ノ目的ハ義務ヲ生スルニアリト雖モ犯罪ヲ生スルニアラス犯罪ハ此



ン義務ノ違反ニヨリテ生スルカ故ニ犯罪ハ不作爲ノ直接ノ結果ニアラサレハナリ

丙 通則違反説フオンパールノ説

「パール氏云フ作爲ト不作爲ノ區別ハ絶體的ニアラス吾人カ全ク何事モナサスニアルコト即チ絶體的ノ否定(Negation)ハ有リ得ヘキ事柄ニアラスサレハ外見ニ於テハ何事ヲモナサ、ル(Unthätigkeit)カ如クニ見ユルトハ雖モ尙吾人ハ或ル事ヲ爲セルモノナリ故ニ門衛ヲ司ルモノナラハ或ハ睡眠中ト雖モ尙守衛ヲナスノ義務アリ此ノ義務アルニ係ラス睡眠セルハ即チ不作爲トナルモノナリサレハ不作爲ト作爲ノ區別ニ相對的ニノミ意味アルモノナリ、而シテ其異ル處ハ作爲ニ於テハ一般ニ責任ヲ負ハシメ不作爲ニアリテハ一般ニ責任ヲ生セスシテ或ル條件ヲ具有スルヲ要スルモノナリ要之「パール」ノ説ハ實ニ其根據ヲ「ルーデン」ニ求ムルモノニシテ其二者ノ異ル處ハ「ルーデン」ニアリテハ氏カ不作爲ト同時ニ求メタル彼ノ所謂靴

足袋ヲ編ムノ行爲ヲ以テ法律上價值アルモノト見ルト雖モ「フオンパール」ニ於テハ此ノ如キハ法律上何等ノ價值アルモノト見サルニアリ  
前述ノ如ク「パール」ハ吾人ノ存在ノ状態ニ於テ絶體的ノ否定ナルモノナシト主張スサレトモ誤レリ夫レ所爲ハ意思ノ表示ナリ意思ハ常ニ一定ノ目的ニ向フ心的活用ナリ(イエリソグ目的論第一卷 頁)目的既ニ一定ス之ニ伴フ意思又一定セサル可カラス意思既ニ一定ス之カ表示タル所爲ハ又一ナラサル可カラスサレハ若シ夫レ所爲ニシテ意思ノ表示ニ出テサレハ是レ所爲ニアラスシテ只運動ナリ或ハ只静止ナリ而シテ吾人ハ全ク無意識ナルコトアリ如此場合ニ於テハ身體ニ如何ナル状態ヲ呈スルモ是所謂所爲ナルモノニアラス又所爲ニシテ既ニ一定ノ目的ノ上ニ働カンカ同時ニ他ノ目的ノ上ニ働クヲ得ス即チ吾人ハ同時ニ二種ノ意思ヲ用ユルコトヲ得サル故ニ同時ニ二種ノ所爲(即チ作爲モ不作爲モ)ヲナスコトヲ得サルナリ若シ夫レ人ヲ以テ全ク物ト同視センカ吾人一方ニ於テナス所ノ無



意識ノ舉動ト他方ニナス不作爲ト併發スルコト考フルヲ得可シ例ヘハ小兒ヲ保護スルノ義務アルモノ、此ノ小兒ト添寢シ其保護ヲ怠リ睡眠中ニ其テ吾人ノ所爲ナリト云ハサルナリ然リ「パール」モ亦之ヲ認メ且ツ曰ク如此ハ所爲ニアラス故ニ作爲ト云ヒ不作爲ト云フモ決シテ客觀的ノ區別アルニアラスシテ單ニ法律上ノ意味ニ於テ區別シ得ルノミナリ即チ不作爲ハ一般ニ責任ヲ負ハサルモノヲ云ヒ作爲ハ一般ニ責任ヲ負フモノヲ云フ而シテ吾人カ行爲ニヨリテ責任ヲ負フハ即チ人生ノ通則ニ反スルカ故ナリ故ニ吾人ハ一方ニ於テ作爲シ一方ニ於テ不作爲スルモ二者中法律上ニ論ス可キモノハ即チ人生ノ通則ニ反スルモノニアリ例ヘハ母其子ニ哺乳ヲ怠リ同時ニ靴足袋ヲ編ミツ、アルモ靴足袋ヲ編ムノ行爲ハ法律上ノ價値ナキモノナリ吾人ハ前ニ不作爲ハ人生ノ通則ニ反スルコトハ例外ナルコトヲ述タリ然ラハ如何ナル場合ニ於テ不作爲ハ人生ノ通則ニ反スルヤ然

リ其根據ハ不作爲ト同時ニ存在スル行爲ニシテ之ヲ此場合ニ行フコトカ人生ノ通則ニ反セサルヤ否ヤニアリト「パール」ノ論スル此ノ如シサレトモ余ヨリ見ルニ氏カ謂ユル一般 (Regel nach) トハ何ヲ意味スルヤ一般ニ罰セラレサルトハ或ハ他ニ刑法カ罪トセサルノ不作爲アルニヨルカ果シテ然ラハ先ツ刑法ノ罰セサルモノト否ラサルモノトヲ區別セサル可カラス加之作爲及ヒ不作爲ハ共ニ所爲ノ二態様ニシテ犯罪ノ客觀的の要件ナリシカルニ「パール」ハ此ノ二者ヲ區別セントスルニ犯罪ノ主觀的の要件ヲ以テスルハ實ニ「ル」イ「テン」以來眞理トシテ認メテレタル彼ノ責任ト其客觀的の要件トハ全ク分離シテ論セサル可カラステフコトヲ無視シタルモノト云フ可シ加之「ベルネル」カ所爲ノ性質ヲ論スルヤ最モ明拆ナリ曰ク所爲ハ意思ト活動トノ生ケル媒介タリ人ハ意思ヲ手段ニ表シ手段ハ目的ノ上ニ活動ス如此ノ手段其モノノ運動ハ即チ意思ト所爲ヲ連結セシムルノ銳鑰ナリ(ベルネル刑法論十二版一五八頁)シカリト雖モ不作爲ニアリテハ意思ハ手段



ノ上ニ表ハレスサレハ所爲ト意思ノ間ニハ何等ノ連鎖ナシ是レ即チ作爲  
 不作爲ニ客觀的ノ區別アルヲ示スニアラスヤ、又「パール」ハ作爲不作爲ノ間  
 ニ相對的ノ區別アルヲ主張シシカシテ其標準トシテ一ハ一般ニ責任ヲ有  
 シ一ハ一般ニ有セサルニアリト論ス、シカシテ又不作爲ノ所爲タルノ性質  
 ヲ得ル場合ハ之ニヨリテ責任ヲ負フ可キトキニアリトサレトモ是レ明瞭  
 ナル循環論理ニシテ何等ノ説明トナラサルナリ

「パール」ハ尙不作爲ノ因果關係ヲ論シテ曰ク、不作爲ノ原因タルハ人生ノ  
 通則ニ反シテ之ヲ行ハス却テ他ノ積極行爲ヲ行ヒタルトキニアリト余ハ  
 氏ノ此言ヲ聞キテ抱腹絶倒セサルヲ得ス知ラス氏ハ不作爲ノ問題ヲ作爲  
 トナシタルハ何ノ理由アリテ然ルヤ、是既ニ作爲不作爲ノ區別ヲ認メサル  
 誤ノ結果ニ於テ然ルカ、

「パール」ノ議論ノ骨子ハ所謂人生ノ通則ナル點ニアリ、サレハ余ヲシテ少  
 シク此點ヲ論評セシメヨ、

「パール」曰ク英國哲學ノ頭腦タル碩學「ミル」氏ノ言ニヨレハ原因結果ノ關  
 係ハ客觀的物界ノ關係ナリ物理的物體ト物體トノ關係ナリサレハ此關係  
 ヲ明ニセントセハ先ツ主觀的觀念ヲ排除シ自己ノ研究ノ目的ナルモノ、  
 爲ニ影響ヲ受クルナキコトニ注意セサル可カラスト(ミル論理學

頁參照)シカリ余モ亦「ミル」氏ノ言物理的ノ意味ニ於テ誤ナキコトヲ是認ス  
 吾人若シ物界現象ヲ研究スルニ於テハ各條件ハ即チ結果ノ原因ニシテ決  
 シテ各自甲乙アルニアラサルコトヲ知ルヘシ而シテ此事タルヤ既ニ「フオ  
 ン、ブリー」ノ明ニ論セル處ナリ、サレトモ吾人ノ遊フ世界ハ物界ニアラス人  
 間界ナリ意思ノ主體タル人間界ナリ物其者ノ研究ニアラス吾人ノ研究ノ  
 目的ハ客觀的物體ト人間ノ思想トノ聯絡ニアリ即チ以テ思想スル道行キ  
 ニアリ短ク云ヘハ觀念ナリ名目ナリ物理界ニ在リテハ條件ハ各自自己區別  
 ナリ結果ノ原因タリト雖モ是觀念ノ上ニ成立シ得可キ議論ニアラス觀念  
 及ビ名目ヲ構成スルニハ最後ノ條件ヲ附加スルニ因リテ然ルモノナリ此



最後ノ條件ニシテ附加セラレサル限リハ假令爾餘ノ條件既ニ準備セラレタリト雖モ未タ觀念ハ定マラス名目ハ附ス可カラサルナリサレハ此最後ノ條件ハ即チ吾人ニ觀念ヲ作り名目ヲ附セシムルニ最モ重要ナル條件ナリト云フ可キナリ吾人之ヲ以テ原因ナリト稱スルモ何ノ不可カ之アラン夫レ人ノ死スルヤ先ツ生命ナルモノナカラサル可カラサレハ物理的意味ニ於テハ生命ハ死ノ原因ノ一ツナル可シサレトモ生命ハ決シテ吾人ニ如此キ觀念ヲ與ヘサルナリシカルニ生命アル人ニ最後ノ條件具ハルトキニ(例令吾人刃ヲ以テ之ヲ刺ストキニ死ナル觀念ハ生ス可シサレハ余ハ刀ヲ以テ刺ス行爲ヲ死ノ原因ナリト云フサレハ物理學ノ謂ユル原因ナルモノト大ニ趣ヲ異ニスルモノタルハ明ナリ夫レ因果ノ關係ハ無窮ニシテ止マル處ナシサレトモ物理學ニ於ケル真正ナル第一原因ハ其連鎖ノ第一連環ヲ云フシカモ法學ニ於テハ結果ニ最近ノ原因ヲ以テ其第一原因ナリト云フサレトモ此ニ注意ス可キハ法律學ニ於テハ人ノ行爲ヲ以テ單位トスサ

レハ最近ノ原因ナリト云フモ吾人ノ行爲ニ止マラサル可カラス故ニ例ヘハ人ヲ殺スニ毒ヲ以テスルハ此場合ニハ毒ノ全身ニ回ルコトカ其死ノ最近原因タル可シト雖モ法律學ニ於テハ毒ヲ飲マセシ行爲ヲ以テ最近原因ト見做ス可キナリト

余ヲ以テシテ見ルニ「パール」カ吾人ノ行爲ヲ天然ノ原因ノ連鎖ノ一トシ以テ吾人カ最後ノ條件トナリタルトキニ原因者ナリト云フハ誤レルカ如シ夫レ一條件ハ決シテ吾人ニ一定ノ觀念ヲ與ヘス觀念ハ事實現象ノ心裡ニ映シタル爲ニ心中ニ生シタル心的發作ナリ恰モ鏡面ニ物形ノ映スルト異ラサル有様ヲ呈ス影像ハ一條件ノミニヨリテ生スルモノニアラス凡テノ條件ノ集合體カ即チ一定ノ形ヲ表ハスモノナリ之ト同シク吾人ノ觀念スルニハ先ツ物體自體ニ於テ然ル可ク具備セラレサル可カラス吾人ハ死セル人ヲ見テ死人ナリト觀念ス刃ヲ加ヘタルヲ以テ死セリト觀念スルハ早計ニ失ス加之條件ニハ前後ノ差別ナシ吾人カ前後シテ自由ニ之ヲ置キ



ツ、其最後ニセルモノヲ以テ原因ナリト定ム嗚呼誤レリ條件ノ結果ヲ生  
スル關係ヨリ見レハ吾人ノ或ル條件ヲ前後シテ置クハ是レ偶然ナリ偶然  
ハ條件ニアラス結果ニ對シテ吾人ノ前後シテ置クコトハ即チ條件ニシテ  
條件ニアラス夫レ條件ノ結果ヲ生スルヤ各條件ノ共働勢力ナリ最後條件  
ノミカ結果ヲ生シタルニアラス

氏ハ又人生ノ通則ナルモノヲ説明セントシ曰ク、夫レ水ハ酸素ニト水素  
一ノ化合ヨリナルシカモ何人モ世界ノアラユル水ニ付テ試験シタルニア  
ラサレトモ是レ其通則ナル故ニ一般ニ認メラレ得ヘキモノナリ、之ト同シ  
ク人カ或ル犯罪ナル結果ヲ起シタルトキ其人ヲ原因者ナリト云ハントセ  
ハ其結果ニ對シテ條件トシテ觀察セラレ得キモノナラサル可カラスシ  
カシテ如此觀察セラレニハ人ハ通則ニ反セサル可カラス即チ善良ナル  
家父ノ注意 (bone pater families) ヲ怠リタルモノナラサル可カラストサレト  
モ吾人ハ「ピンチング」ト同シク氏ノ説ニヨリ何等ノ實アル意義ヲ見出ス能

ハサルナリ、如此空漠ナル説明ヲ以テ人身ノ自由及ヒ生命ニ關スル刑法ノ  
因果關係ヲ決定セントスルハ危險ノ極ト云フ可シ

「パール」ハ英國ノ慣習法ヲ誤解シテ英國ニ於テハ慣習法即チ人生通則ヲ  
内容トセル法律ニヨリテ社會ヲ支配スト云ヒ以テ自ら通則ナルモノ、存  
在ヲ證明セントセリ、サレトモ誤レリ英國ノ慣習法ハ人生ノ通則ニアラス  
法律ナリ英國ニ於テ法律違反ハ通則違反ナリト云フ可カラスシカノミナ  
ラス法律ナルモノハ決シテ人生ノ通則ナルモノヲ内容トスルニ限ラス或  
ル特別ナル事項ニ對シテモ法律ヲ發スルコトヲ得可ク又或ル特別ナル慣  
習ト雖モ法的性質ヲ有スルモノハ又慣習法ナルコト「ラバンド」等ノ既ニ明  
ニ論セル處ナリ加之若シ夫レ通則ナルモノアラシカ如此ハ德義上ノ規則  
タルニ止マル可シ之ニ違反シタレハトテ何ソ法律上ノ制裁アラシヤ

之ヨリ「パール」カ掲ケタル種々ノ實例ニ付テ批評セントス、

一、何人ト雖モ都會ノ地ニアリテ危險ナル犬ヲ屋外ニ放置ス可カラスサ



レトモ自己ノ家ヲ保護センカ爲ニ寂莫ナル地方ニアリテハ之ヲ許スヲ以テ人生ノ通則トスト(フォン、パール原因關係論八十八頁八十九頁)サレトモ如此ハ何ニヨリテ然ルヤ若シ夫レ法律上ニ於テ如此ノ明文ナカラシカ吾人ハ都會ノ地ニ於テ盜難ヲ防ク爲ニ猛犬ヲシテ屋外ヲ徘徊セシムルモ何ノ不可カ之アラソ、

二何人ト雖モ其所有ノ家屋ニ火ヲ發スレハ之レヲ消止ム可キナリ、サレトモ家屋ニシテ人ノ住居セサルモノナラハ大ニ取扱ヲ異ニセサル可カラス何トナレハ如此ノ家屋ハ人ノ監視スルモノナキハ人生ノ通則ナレハナリトサレトモ犯罪ハ證明セサル可カラス推定ヲ許サス人生ノ通則カ如何ナリトモ吾人ハ取扱ヲ異ニスルノ明文ナキ限りハ已ムヲ得サルナリ

三病人アリ醫師ノ來診ヲ請フ醫師應セス如此ノ場合ニ於テ此病人ハ無救ノ人トナルハ一般ノ結果ナリト「パール」カ人生ノ通則ハ此場合ニ有リ

テハ一般ノ結果トナレリ加之病人ハ如此ノ際ニ助ナキ人トナルハ何故ニ一般ノ結果ナリヤ此病人ハ尙種々ノ方便ヲ有スルニアラスヤ

四或人アリ他人ヲ監守中監房ノ戸ヲ開キタルマ、他出ス其間ニ被監守者ハ逃亡セリ如此場合ニ於テハ逃亡ハ通常行ハレ易キモノナリ故ニ善ク監守スルコトヲ必要トスシカルニ之ヲ怠リタルハ通則違反ナリト、サレトモ余惟フニ如此監督ヲ怠ルハ即チ番人ノ職務ノ懈怠ナリ契約違反ナリ即チ一定ノ法律上ノ義務ニ違反セルモノニシテ決シテ氏カ所謂空漠ナル人生ノ通則ト云フ如キモノ、違反ニ有ラサルナリ

五「パール」ハ「ピザ」人ニヨリテ實行セラレタル實例ヲ舉クテ云ヘリ「ホヘンハイメル」ニ一書生アリ此人「ストーウッドカルト」ノ銃砲製造人ニ銃ノ修繕ヲ依頼セリ偶當時銃ハ裝藥セラレ居タリシニ其由ヲ告グルコトナシ其儘ニ銃砲製造人ニ渡サレタリ然ルニ銃砲製造人ハ之ヲ知ラスシテ此銃ノ破損ノ個所ヲ檢セントシタルニ彈丸ハ俄然迸發シ其使用人ニ的中



シ爲ニ之ヲ殺スニ至レリ此訴訟ニ於テ刑事裁判所ハ此ノ書生ニ過失殺  
ノ判決ヲ與ヘタリ

六〇

「パール」ハ之ヲ説明シテ曰ク何人ト雖モ自己ノ銃砲ヲ繕ハントスルモノ  
ハ或ハ装藥セラレ居ラサルヤ否ヤヲ檢スルヲ以テ人生ノ通則トス然ルニ  
此書生之ヲナサ、レハ人生ノ通則ニ反スルモノナリトサレトモ余ヨリ見  
レハ假令之ヲ是認スルモ一方ニ於テハ此ノ如キ危險物ノ修繕ヲ業トナス  
モノハ其職業ヲ行フニ先シ或ハ如此ノ危險ノ存在セサルヤ否ヤヲ檢査  
セサル可カラスシカルニ彼レ之ヲナサ、ルハ亦「パール」カ所謂人生ノ通則  
ニ反スルモノニアラスヤ果シテ然ラハ余輩ハ責任ノ歸屬スル處ヲ知ルニ  
苦シム

「パール」ハ自然界ニ其通則アルカ如ク人間界ニ於テ之ト性質ヲ同スル通  
則アリト主張スルニ似タリト雖モ若シ夫レ如此モノアリトセンカ人生ノ  
通則ナルモノハ自然ノ法則ト同シク自然ニ存スルモノナリ然レトモ如此

ハ法律界ニ於テ何等ノ意味ヲナサ、ルナリ加之若シ夫レ人生ノ通則ナル  
モノハ人間カ日常一般ニ行フ事柄ヨリ抽象シタルモノナリトセンカ是レ  
實際ニ於テモ大ニ嫌フ可キ結果ヲ生スルニ至ル可シ例ヘハ彼詐欺ヲ見ヨ  
日常取引社會ニ於テハ頻繁ニ行ハル、モノナルカ故ニ詐欺ハ人生ノ通則  
テルカ詐欺セサルモノハ人生ノ通則ニ反スルヤ何ソ夫レ然ラン抑正不正  
ノ觀念ハ決シテ人生ノ通則ニヨリテ定マルニアラス不正又ハ正ハ即チ不  
法ト合法トヲ意味シ法律ノ内容ニヨリテ定マル或ハ云ハシ法律ヲ解スル  
ニハ人生ノ通則ニヨラサレハ決シテ正鵠ヲ得可カラスト然レトモ如此ハ  
宜シク法律ノ精神ニ隨フテ然ルナリ決シテ人生ノ通則ニ法的効力アルカ  
爲ニアラサルナリ(「パール」グリニフート雜誌四十頁)

「パール」ハ詐欺ニ於テモ又其責任ノ生スルト生セサルトハ即チ人生ノ通  
則ニ反スルヤ否ヤニヨル若シ夫レ社會ニシテ或ル事柄ニツイテ詐欺スル  
コトヲ許サバ如此ハ即チ法律上ノ詐欺ニアラスト(「パール」著原因結果一〇



九頁參照嗚呼氏ヲシテ此誤解ヲ生セシメタルハ氏カ自カラ英米ノ慣習法ヲ誤解シタルニアリ氏ハ英米ノ慣習法ハ即チ人生通則ナリト誤信セシナリ(クリュンフト雜誌六十二頁注意五十七參照)夫レ慣習法モ法律ナリ人生ノ通則ニアラス慣習法ハ他ノ成文法ト同シク(Opinio necessitatis)ナリ人生ノ通則ハ然ラス何トナレハ人生ノ通則ナルモノハ吾人ヲシテ生活上或事ヲナサ、ラシムルニアラス又權利ノ實行ニアラサレハナリ人生ノ通則ハ決シテ義務的拘束力アルニアラスシテ任意的準繩タルニ止マレハナリ

### 第二節 不作爲其者ニ因果關係ナシトス

#### ルノ說

此說タルヤ「リスト」コ「ラ」氏ノ說ク處ナリ「リスト」氏曰ク不作爲トハ結果ノ生スルコトヲ隨意ニ妨止セサルコトヲ云フ換言スレハ自ラ能ク妨止シ得可キヲ認識スルニ係ラス自由ニ之ヲナサ、ルノ所作(Verhalten)ヲ云フ故

ニ不作爲ニ於テハ意思ノ活動(Willensbetätigung)ハ作爲ニ於ケルカ如クニ體運(動)ニアラハリス只所爲者カ他ノ強制ニヨラス自己ノ觀念ニヨリテ決定シタル所作タルニ過キスト(als ein vom Zwange freies durch Vorstellungen bestimmte Verhalten des Thäters)更ニ氏ハ其論ヲ進メテ曰ク不作爲ノ不作爲タルハ所爲者ニシテ可能ナルニ係ラス之ヲ作爲セサルニアリト要之氏ハ不作爲ノ其結果ニ對スル關係ハ或然的(メーグリッヘル)ワイゼ必シモ然ラサルヲ云フ(ニシテ必然ノモノニアラス)隨テ原因關係ハ嚴格ナル意義ニ於テ有セスト雖モ尙原因關係ニ類似セル有様ニアリト云フカ如シサレトモ余ヲ以テ之ヲ見ルニ氏ハ因果律ノ觀念ヲ物理的意味ニ限り遂ニ救フ可カラサル說ニ陥リタルカ如シ余輩ト雖モ凡テ法律ノ現象ニ於テハ決シテ物理的規則ヲ其儘ニ適用シ得サルコトハ之ヲ知ル否之ヲ知ルカ故ニ氏ノ說ヲ誤レリトナス夫レ因果ノ關係ハ單一カ他ヲ惹起スト云フ觀念ニ過キス必シモ物理的物體カ物體ヲ生スト云フ場合ニ限ル可キニアラス余輩ト雖モ



物理的ノ意味ニ於テハ不作爲其モノハ因果關係ニアラサルヲ認ム(余輩ハ不作爲ノミナラス作爲ノ場合ト雖モ因果關係ハ物理的意味ニ於テ之ヲ認メサルナリ)(マイエル刑法論一八九頁參照)シカモ尙此間ニ法律的意思ニ於ケル因果關係ノ存在ヲ主張ス(後章本論參照)要之氏ハ法律現象ノ性質ヲ忘却シタルモノニシテ實ニ物質的文明ニ眩惑シ物界現象ノ影響ヲ全ク脱スルコトヲ得サルモノト云フ可シ以是其說實際ノ適用上大ニ余輩ト結果ヲ異ニセスト雖モ理論トシテハ正確ナルヲ得ス加之氏ハ曰ク其結果ヲ妨止セサルコトハ即チ結果ヲ惹起シタルコトト同位置(Gleichstellung)ニアリト又曰ク因果關係ト類似セリト又曰ク不作爲ニ於テ犯罪ヲ罰スルニハ因果關係ノ存在ヲ必要トセスト嗚呼何ソ其ノ言ノ種々ニシテ無用ナル若シ夫レ因果關係ノ存在ヲ可罰ノ條件トシテ要セサレハ何ヲ苦ンテ同位置ニアリトカ又ハ類似ノモノナリトカ喋々スルモノソ之ヲ要スルニ此種ノ說ハ嚴密ナル論理ヲ無視シ只無用ノ辭ヲ弄スルニ過キササルモノニシテ寧ロ古

ニ還リ「スチユーベル」氏ヲ其墳墓ニ訪フノ勝レルニ若カサル可シ終ニユーラ氏ノ如キニ至リテハ單ニ不作爲ノ罰ス可キ要件ヲ國法上ノ義務ニ違反シ刑法ノ禁令ニ違反シタルトキニアリト主張スルカ如シサレトモ余輩ハ此ノ種ノ説明ニヨリテハ何故ニ一刑法以外ノ法律上ノ義務ニ違反シタルハトテ刑法上ノ行爲其者ナキニ係ラス刑法上ノ制裁ヲ受クルヤヲ解スル能ハサルナリ(獨乙刑事雜誌第十一卷七百十九頁參照)

餘論

余輩ハ今ヤ學說ノ論評ヲ終ルニ際シテ爰ニ一言セサルヘカラサルコトアリ即チラントベルヒ氏ノ稱フル處之ナリ(同氏著獨乙刑法ニ於ケル不作爲ニヨル行犯參照)サレトモ余ハ未タ氏ノ著書ヲ見ル能ハサルヲ以テ此ニ敢テ氏ノ說ヲ正シク論難セントスルニアラス只其說大ニ他ノ說ト異ル處アルト又余カ嘗テ此ノ種ノ說ヲ自說トシテ稱ヘタルコトアリシカ故ニ今其大要ヲ掲クントスサレトモ余ハ前述ノ如ク氏ノ著書ヲ見ル能ハス只獨



乙刑事雜誌第十一卷七百二十七頁ニ於テ該雜誌記者ノ批評的論文ヲ見テ  
大要ヲ知リタルノミサレハ余ノ述フル處或ハ杜選ヲ極ムルヤモ計ラレス  
讀ム人幸ニ之ヲ諒セヨ、

「ランドベルヒ氏ハ不作爲自體ニ因果律ヲ應用シ得可キコトヲ論スルニ  
最モ明瞭ナリ所論不作爲ノ原因タルヲ得ルハ絶體的ナリ決シテ先行々爲  
又ハ誘引的行爲ヲ必要トセス其論ヲ立ツルヤ氏ハ左ノ問題ニ答ヘントセ  
リ

一不作爲ハ其モノ自體ニ原因力ヲ有スルヤ

二不作爲ノ責任ノ本原トナル場合如何

三如何ナル場合ニ不作爲ハ罰セラル可キモノナルヤ

氏ハ右第一問題ニ答ヘテ曰ク原因ハ或ルモノヲ生ム母ナリト云フハ非  
ナリ吾人ハ無ハ有ヲ生スルコト能ハサルヲ知レハナリサレトモ無ハ或ル  
モノ、原因タル能ハスト云フヲ得ス彼ノ晴雨計ヲ見ヨ其管内ニハ何物モ

存在セス即チ無ナリシカモ此ノ無ナカリセハ水銀ハ昇ラサル可シ即チ知  
ル真空無ハ水銀ノ昇降ノ原因タリ詳言スレハ大氣ノ壓力ハ積極的條件ト  
ナリ管中ノ真空ハ消極的條件トナルモノニシテ即チ二者共働條件 (Mitw-  
kende Be dingung) ナリ之ト同シク不作爲ハ無ナリト雖モ外界ニ對シ影響シ  
得ルノ地位ニアラハ不作爲ハ原因ナリトサレトモ氏ハ誤レリ何トナレハ  
水銀ノ下ルヲ見ヨ其真空ハ水銀ノ下降スルニ何等ノ力アルヤ水銀ノ昇降  
ハ其外界氣壓ノ變更ナリ真空ハ之ヲ妨害セサルノミ昇降ノ原因トシテ積  
極的ノ働チナスモノニアラス原因トハ或ル現象ヲ惹起セシムルノ積極的  
意味タルコトハ動カス可カラサルノ眞理ナリ更ニ例ヲ代ヘテ其誤レル所  
以テ陳ンニ瀛車新橋ヲ發シ品川ニ着スルマテニ要スル時間ハ七分ナリト  
セシカ此七分間ニ品川ニ着スト云フ結果ヲ生セシムルニハ或ハ蒸氣ノ壓  
力或ハ鐵道ノ存在其他ノ原因ニ因ラサル可カラスシカルニ其ノ途中瀛車  
ノ進行ヲ妨害スル石ナカリシト雖モ其結果到着時間ニ影響スルモノニア



ラス又理論トシテ見ルニ余輩後章本論ヲ述フル如ク不作爲ハ外界ノ状態  
 (物界)ニ何等ノ變更ヲ生スルモノニアラス物形的ニ云ハハ靜狀ト異ル處ナ  
 シ其異ルハ單ニ内界現象意識ト此靜狀トニ或ル關係ヲ有スル點ニアルノ  
 ミ(故ニ「ボンチンク」ノ所説タル不作爲ハ靜狀假而ノ下ノ運動ナリト云ハハ  
 亦誤ナリ不作爲ハ靜狀ニシテ假面ノ下ニアル運動ニアラス外界現象トシ  
 テハ何事モ生セサルナリ)有形ト有形トノ關係ニ於テハ靜狀ト外界トノ關  
 係アルノミナリトスルヲ自然ナリト信ス故ニ「ランドベルヒ」ノ所説ノ穩當  
 ニアラサルヲ認メサル可カラス

氏ハ更ニ哲學的觀察ヲ下シテ吾人ノ責任ヲ生スルノ起點ハ意思ノ定ム  
 ル處ニシテ自ラ獨力以テ取消シ得可カラサルニ至リタル時ニアリト論シ  
 且ツ論ヲ進メテ曰ク夫レ意思ノ作用ハ一面ニ於テ結果ニ對シ何等ノ因果  
 關係(客觀的的ノ意義)ノ存在ヲ有セサルモ其心理的ノ原因タルハ明ナ  
 リ又タ他面ニ於テ行爲不行爲(意思)ヨリ分ケテ見タル所爲ノ有形的ノ要素

ニシテ意思ノ表示タル身體ノ運動又ハ其他ノ状態ヲ云フアリテ結果ニ對  
 シテ客觀的ノ原因トナリ而シテ此ノ二者完備シテ此處ニ責任ヲ生スト是  
 爰ニ於テ氏ハ曰ク故意及ビ過失ニ對スル原因ハ不作爲ニ對シテモ少シモ  
 作爲ノ場合ト異ナルコトナク有效ナリト例ヘハ人ヲ救フノ義務ヲ有スル  
 モノアリ、過リ思ヘラク今暫時後ルト雖モ時尙救フニ餘リアル可シト乃チ  
 救助セス遂ニ此人死スルニ至レリ是レ吾人カ以テ過失犯トナス所ノモノ  
 ナリ反之前例ニ於テ人ヲ救フノ義務ヲ有スルモノ時尙救フニ餘リアリト  
 信セサルノミナラス其マサニ救フ可キノ時ナルヲ知リテ尙之ヲ救ハサル  
 トキハ即チ此人不作爲ニヨル故意犯ヲ犯シタルモノナリト以テ氏カ第二  
 第三ノ問題ニ答ヘタリサレトモ余惟フニ氏ハ二種ノ因果關係ノ存在スル  
 ヲ以テ責任ノ本源トナスト雖モ(即チ一ハ心的ニシテ一ハ物理的ノ因果關  
 係ノ存在スルヲ必要トナスト雖モ)是レ其何故タルヤチ知ルニ苦シム何ト  
 ナレハ法律現象ハ人間ヲ精神的物體トシテ觀察スルニヨリテ生スルヲ得



可キモノニシテ若シ之ヲ單ニ物質的肉體トシテ觀察セシカ吾人ト外界トノ關係ハ全ク物理化學ノ原則ニ支配セラル、ニ止マル可シサレハ法律界ニアル人間ハ肉塊ニアラス物理的意義ニ於ケル原因關係ニ論及スルハ未ダ法律現象ト物理的現象トヲ明瞭ニ區別セサルノ誤ニ座スサレハ氏カ殊更ニ客觀的ノ説明ヲ企ツルカ如キハ實ニ無用ニシテ何等ノ理由アルヲ信スル能ハサルナリ余輩此ノ理ニ關シテハ後章本論ニ詳説スル處アラントス

以上余輩ノ評論シタルモノハ決シテ本問題ノ學說殊ニ獨乙學說ヲ盡シタルモノニアラス只其一部ヲ爰ニ紹介シタルノミ故ニ其他諸說少ナカラズ例ヘハ「メルケル」ノ如キハ「ルイヂン」ト其趣キヲ同フシ又「メルケル」モ原因結果ノ動因ヲ不作爲ニ先行セラレタル作爲ニ取ル點ニ於テハ「シラゼール」「フオン、パール」又「ハシルーグ」ト其趣ヲ同フスト雖モユ、ニ注意ス可キハ彼等ハ皆其責任論ヲ陳フルニ當リテ遂ニ癒ス可カラサル誤ヲナセリ即チ責

任ハ肉體的動作ノ瞬間ニ於テ存ス可キモノナリト云フ原則ヲ無視セルニアリ又「ホルトマン」「ヘルシユテル」「ヤンカ」「ビュンク」「アホルン」及「ビシユレル」ノ如キハ「ピンチング」ト同ク「ブリー」ノ説ヲ布衍シタルモノナレハ「ピンヂング」ニヨリテ其意見ヲ批測スルコトヲ得可シサレトモユ、ニ注意ス可キハ「ブリー」ハ已往ノ積極條件ハ妨果ノ責任ノ存在ヲ認ムルノ條件ナリトシ「ピンヂング」ノ之ヲ以テ積極條件ヲ因果形成ノ一部ト見ルト趣ヲ異ニセルコトニアリ又「ハッブト」「ヨーラ」「チッテルマン」ノ如キハ「チーグワルト」「ローラント」ト説明ノ道ヲ同ウシ又「ヘッス」ノ如キハ不作爲ヲ以テ緊切ナル思考ノ目的タルモノトシ思想上ノ所爲モ又眞實ノ所爲ナルト斷スルカ如キ種々ノ説アリト雖モ余ハ餘ニ煩雜ニ亘ルノ嫌アルカ爲ニ茲ニ之ヲ省ク若シ夫レ熱心ナル諸士ニアリテ尙精密ナル批評論文ノ公ニセラル、コトアラソニハ豈余ノ幸福ノミナランヤ



## 第二章 本論

七二

### 第一節 不作爲ノ本質

作爲不作爲ハ所爲ノ二態様ニシテ吾人ト外界トノ關係スル有様ヲ云フ抑モ吾人ノ外界ト關係スル有様ハ決シテ一樣ニアラス或ハ單ニ肉體ト外界トノ關係ニ止マル場合即チ客觀的(物體的)ニ關係シ主觀的ニ無關係ナル場合アリ或ハ意思ノ外界ト關係シ(外界ヲ利用スル場合)肉體ハ無關係ナル場合即チ主觀的(精神的)ニ關係シ客觀的ニ無關係ナル場合アリ(不作爲)或ハ主觀的ニモ客觀的ニモ關係ヲ有スル場合(作爲)及ビ最後ニ此正反對トシテ客觀的ニモ主觀的ニモ無關係ナル場合即チ靜止狀態或ハ純正不作爲(reine Unthätigkeit oder Unterlassung)ノ場合アリ而シテ此等ノ諸關係中ニアリテ前述ノ如ク主觀的客觀的共ニ關係ヲ有スルトキハ吾人カ因テ以テ責ヲ引クニ足ルモノニシテ即チ作爲ナリ又主觀的ニ關係シ客觀的ニ關係セザル

トキハ吾人ノ肉體ハ外界ニ對シテ何等ノ影響ヲモ及スコトナシト雖モ吾人ハ其意自己ノ身體ヲ利用セスシテ(即チ「ベルテル」氏ノ所謂手段ノ上ニ其意ヲ表示セス)外界ノ變更其モノヲ利用シタルカ故ニ之ニ因リテ即チ生シタル結果ハ作爲ノ場合ト異ルコトナク責ヲ引ク可キモノナリ如此吾人カ主觀的ニノミ關係セル狀態ニアルヲ不作爲ナル所爲ト云フ「不作爲ニヨル」ト云ハハ蓋シ穩當ナル辭ニアラサル可シサレトモ吾人ハ客觀的ニ肉體ハ結果ニ對シテ何等ノ關係ヲ有セザルカ故ニ此點ヨリ觀テ以テ不作爲ト云フナリサレトモ實ハ吾人カ自己ノ意思ニ本ツキ外界ノ變更ヲ利用シ或ル結果ヲ惹起セシメタルモノナルカ故ニ或ハ廣義ノ不爲中ニ入ル可キモノナリサレトモ不作爲ニヨル所爲ト云ハハ最モ能ク此ノ種ノ所爲ノ性質ヲ示シ得ルヲ以テ暫ク一般ノ用例ニ隨ハントス夫レ所爲トシテノ不作爲ハ即チ所爲ナルカ故ニ其結果凡テノ禁令違反ヲ惹起スルコトヲ得ルハ單純ナル作爲ト異ルコトナシサレトモ彼ノ所謂狹義ノ不作爲即チ真正不作爲



犯ニアリテハ不作爲其物ノ働様ト目的ヲ異ニスルカ如シ蓋シ狹義ノ不作爲犯ニアリテハ刑法ノ命令ニ違反シタル時ニ犯罪ヲ構成ス隨テ其結果ノ生スルト否トヲ論議スルヲ要セス法律ハ一定ノ所爲ヲ犯人タルモノニ要求シ此所爲ヲ行ハサル(不作爲)ニヨリテ犯罪ヲ構成スサレハ犯人カ外界ノ變更ヲ利用シタルヲ要セス又如此意思ヲ有スルヲ要セサルナリ只一定ノ事實ヲ知リ且ツ刑法ノ要求スル所爲ヲ此事實ニ關シテ爲サ、ルヲ以テ充分ナリトス故ニ此場合ニ於ケル不作爲ノ働様ハ單ニ法律ノ要求スル所爲ヲ此事實ノ上ニ行ハサルニアリテ決シテ之以上ノ目的ヲ有スルモノニアラス若シ夫レ爾餘ノ目的ヲ有シ不作爲ハ此目的ヲ達スル手段トナリ刑法ノ禁スル或ル結果ノ生スルコトアラシカ是レ即チ刑法上ニ罪俱發即チ不作爲犯ト不作爲ノ行犯トノ俱發ナリト云ハサル可カラズ例ヘハ自己ノ所有地又ハ着守ス可キ地内ニ遺棄セラレタル幼者老疾者アルコトヲ知ラハ之レヲ扶助シ又ハ官署ニ申告ス可シ(刑法三百四十條)ト云フ命令アルニ余

カ所有地ニ於テ遺棄セラレタル幼者老疾者アルニ係ハラス之ヲ扶助セサルトキハ余ハ不作爲犯挾義ヲ犯スモノナリ此場合ニ於テ法律カ余ニ要求スル所爲即チ扶助ヲ此一定ノ事實ノ上ニ(即チ余カ遺棄セラレタル幼者ノ上)行ハサルトキハ余ハ不作爲犯ヲ犯セシモノナリ此場合ニ余ノ不作爲ハ幼者ノ上ニ法律カ要求スル行爲即チ扶助ヲナサ、ルノミ余ハ自ラ他ニ目的アリテ之ヲナスニアラス單ニ遺棄セラレタル幼者アルヲ知ルノミ是レ行犯トナル可キ不作爲ト不行犯トシテノ不作爲トハ其働様ト目的ヲ異ニスト述タル所以ナリ若シ余此幼者アルヲ知リ同時ニ之ヲ殺害スルノ意ヲ以テ扶助行爲ヲカ、ンカ余ハ慥ニ飢餓ナル外界ノ變更ヲ利用セシモノナル故ニ余ハ即チ禁令ト命令トノ二法ヲ犯シタルモノニシテ彼此二罪俱發ナリト云ハサル可ラス之ヲ要スルニ狹義ノ不作爲犯ニ於テハ不作爲ハ單ニ不作爲其者カ義務ノ違反タルニヨリ之ヲ罰シ敢テ外界ニ結果ノ生シタルト否トヲ問ハス是特別ニ明文ヲ要スル所以ナリ何トナレハ第一刑法



ハ明文ナキモノハ之ヲ罰スルコトヲ得ス而シテ禁令ハ積極的意思ノ動様  
 (表示)ヲ罰シ(不作爲ニヨル所爲ヲモ含ム)意思ノ消極的作用ハ禁令ノ敢テ關  
 スル處ニアラスサレハ別ニ刑法上所爲セシムルノ義務ヲ負擔セシムル命  
 令ヲカラサルヘクレハナリ、サレトモ不作爲ニヨル行犯ニアリテハ意思ノ  
 働様ハ即チ積極的ニシテ只其手段自己ノ肉體ノ運動ニヨラスシテ外界ノ  
 變更ヲ利用スルニ止マル故ニ積極的ニ意思カ期シ又豫見シ得キ法律上  
 ノ結果ノ生シタルニアラサレハ決シテ罪トナルヲ得サルナリ是レ即チ不  
 作爲ニヨル行犯ヲ行犯ノ中ニ入ル可キ所以ニシテ不作爲犯ト異ル處ナリ、  
 然リ而シテ不作爲犯ニアリテハ不作爲ハ所爲ナルコトハ勿論ナリト雖モ  
 (所爲ニアラサレハ罰スルコトヲ得サル故ニ刑法ニ於テ罰セラル、モノナ  
 レハ所爲ナリトセサル可カラス)尙之ヲ不作爲犯ト云フ所以ノモノハ單ニ  
 刑法上ノ命令ニ違反シ不作爲シタル點ノミヲ以テ罪トシ敢テ積極的ニ犯  
 人カ或ル結果ヲ惹起スコトヲ知ルヲ要セサレハナリ (Wesentlich ist aber den

Omissivdelikten, dass ihr Tatbestand eben nur das Unterlassen als den Erfolg eines  
 strafbaren Handelns erfordert, nicht noch eine weitere an die Unterlassung sich  
 anschliessende Folge. (Hälschner strafrecht. 一三六頁)サレハ不作爲犯ニ有リテ  
 ハ不作爲其者カ或ル他ノ行爲ノ結果ニシテ刑法ハ不作爲ニヨリテ生シタ  
 ル結果ヲ見ザルナリ例ヘハ自己ノ所有地内ニ於テ屍ノ在ルヲ發見シシカ  
 シテ之ヲ官署ニ申告セサル場合ニ於テ刑法ハ不申告ノ所爲ヲ罰ス、シカモ  
 發見セシカ故ニ不申告フテ結果ノ生シタルモノナリ、故ニ不作爲犯ニ於テ  
 不作爲ヲ罰スルハ其不作爲自身ニ於テ危険ナル故ニ共同生存ノ上ヨリ單  
 ニ社會ノ秩序ヲ維持スル爲メノ警察ノ必要ニ出ヅルモノト云フ可シ(ヘル  
 シユネル刑法二三六頁) (Es handelt sich daher bei den Omissivdelikten um Strafbest-  
 immungen von rein polizeirechtlichen Charakter, und es gehören derartige Unterlassung  
 regelmässige zu den Übertretungen. 參照)



## 第二節 不作爲ニヨル行犯

(Commissivdelict durch Unterlassung)

### 第一款 責任ノ條件

#### 第一 先行々爲 (Die vorgenommene Handlung) 及ヒ義務違反

吾人ハ前節ニ於テ不作爲ニヨル行犯ハ自己ノ目的ノ爲ニ外界ノ現象ヲ利用スルコトニヨリテ犯サル、モノナルコトヲ論シタリサレトモ如何ナル場合ニ於テ吾人カ外界現象ヲ利用シタルモノナルヤヲ論及セサル可カラスアラユル人ハ他人ノ災害ヲ受クルヲ扶クルノ法律上ノ義務ハ特別ノ明文ノ存在セサル限ハ負擔スルモノニアラスサレハ例ヘハ雷鳴ノ際他人樹下ニ立ツ余之ヲ見テ慥ニ其人ノ落雷ノ爲ニ死スルコトヲ知レリシカモ傍觀シテ顧ミサルモ余ハ此ノ際其人ニ何等ノ忠告ヲ與ヘサリシヲ以テ罪ヲ犯シタルモノトシテ罰セラレサルナリ又假令此場合ニ於テ余ニ如何ナル害意アルモ余ハ未タ其人ニ對シテ助ケサル可カラサルノ義務ナシ又

余ハ未タ傍觀セシ事實ノミヲ以テ其人ヲ害セントスル自己ノ目的ノ爲ニ外界現象ヲ利用シタルモノニアラスナルナリ其外界現象ヲ利用セルモノト認メラレンニハ余ト其人トノ間ニ或連鎖ノ存在セサル可カラス而シテ此連鎖ハ吾人將ニ説明セントスルモノニシテ即チ先行々爲又ハ國法ノ命スルモノナルコト是ナリ先行々爲トハ不作爲ニ先立チテ存スルアラユル不作爲者ノ行爲ニシテ或ハ契約アリ或ハ不法行爲(故意又ハ過失)アリ即法律上ノ價值アル行爲ニ限ラスシテ凡テ吾人ノ社會上ノ凡テノ行爲ヲ云フ

吾人ノ行爲ニシテ其性質如何ナルモノナルモ凡テ自由ニシテ束縛セラレサル「我」ヨリ出ツルモノナランカ假令之ヲ行ヒタルコトニ關シテハ何等ノ責ナキ場合アリト雖モ其行爲ノ上ニ自己カ影響ヲ及ボシ得可キ間ハアラユル行爲ノ進行ニ付テ責ヲ負ハサル可カラス而シテ吾人ノ不作爲ニ付テ責ヲ負フハ如此地位ニアルニ係ハラス不作爲スルカ爲ナリ例ヘハ吾人



過リテ火鉢ヲ轉覆セシカ勿論其過失ニ付テ責アリト雖モ法律上家屋其他ノ物ヲ燒燬スルニ至ラサルモ吾人ハ轉覆セシ行爲ニ尙影響ヲ及ボシ得可キ地位ニアル限ハ之カ原狀ニ回復スルコトニ務メサル可カラズ然ルニ若シ之ヲ爲サ、レハ假令吾人カ轉覆シタル火鉢ノ火極メテ少量ニシテ未ダ家ヲ燒棄スルニ足ラサルノミナラス其燒燬スルニ至リタル所以尙他ニアリシト雖モ吾人ハ之カ責ヲ免カル能ハサルナリ又火鉢ノ轉覆ハ故意ニアラサルハ勿論過失ニモ出デスシテ全ク不可抗力ニ本キシト雖モ吾人尙其後其行爲ニ影響シ得ル限ハ前例ト等シク其原狀回復ニ務ムルノ義務アリ故ニ先行々爲ハ其起因責任ヲ負フ可キモノナルモ(故意又ハ過失ニ出タル場合)爾後之カ原狀恢復ニ務メ結果ノ生スルヲ妨止スルニ務ムレハ其責ヲ免カル(勿論客觀的ニ其結果ノ生スルコトヲ妨止シ得ヘキ時間内ニシテ且ツ主觀的ニ自己ノナシ能フ凡テヲ盡リサ、ル可ナラス又先行々爲自身カ可罰ノモノナル場合ニハ之ノミニ付テ責ヲ負フハ勿論ナリ)又假令先行

々爲ハ其初メ責ヲ負ハサルモノナルモ(不可抗力ニヨルカ又ハ無意識ニ之ヲ始メタル場合)吾人ニシテ之ニ影響ヲ及ボシ得可キ間ハ之ヲ妨止スルノ責ヲ負ヒ若シ不作爲センカ吾人ハ又等シク責ヲ免カル能ハサルナリ故ニ先行々爲ハ其性質トシテ害惡ナルモ又然ラサルモ吾人ノ責任ヲ生スルニ於テ異ル處ナキナリ

余輩以上ニ於テ先行々爲ハ不作爲ス可キ義務ノ本源タルコトヲ論究セリ以下少シク先行々爲ト不作爲タル所爲トノ關係ヲ一言セントス

法律上ノ觀察ニヨレハ人カ外界ニ變更ヲ生セシムルハ必シモ吾人ノ手足ノ之ニ關シタルカ爲ニアラス要ハ自由ナル「我」カ主觀的ニ外界ノ關係ヲ有スルカ爲ナリ此點ニ於テハ作爲モ不作爲モ決シテ異ルコトナシ先行々爲ハ作爲ナリ或ハ單ニ吾人ヨリ出テタル運動ナリ故ニ其進行ノ方面ハ吾人ヨリ出テ「我」ニヨリ支配セラル可キモノタリ不作爲モ吾人ヨリ出テ吾人ニヨリテ支配セラル可キモノナリ而シテ吾人ノ支配シ得可キ先行々爲



ノ進行中ニ於テ吾人カ不作爲スルハ即チ先行々爲テ自己犯罪ノ目的ニ利用スル所以ニシテ先行々爲ナケレハ不作爲ニヨル所爲ナサク不作爲ナケレハ先行々爲ハ單ニ普通ノ行爲トナリテ不作爲ニヨル犯罪ニ關係ヲ有セサルニ至ル是ニ於テ吾人ハ知ル先行々爲ト不作爲トニヨリ所爲ハ法律上ノ意味ニ於テハ合體シテ一物タリ何トナレハ結果ノ生シタルハ前行々爲ニ基因スルモノナレハナリ然ラハ何ヲ以テ不作爲ハ結果ヲ生シタリト云フヤ凡テノ所爲ハ意思活動シテ動神系ニ影響ヲ及ホシ(必シモ運動ヲ惹起シタルコトヲ要セス運動ス可キ状態又運動シツ、アル状態ヲ敢テ變セシメサルコトヲモ云フ)身體ノ態容ノ上ニ一定ノ状態ヲ保有表章シタルヲ云フ(靜狀ト異ルハ其靜狀カ意思ニヨリテ生シタルト然ラサルトニアリ)シカシテ其意思ノ存在セシヤ否ヤハ實際ニ於テ至難ナル證據問題ナシ可シサレハ假令客觀的ニハ外界ノ變更カ積極舉動ノ結果ナリトスルモ其實之ニ向テ妨止行爲ヲナサハ結果ハ必然生セルニ係ハラズ之ヲ怠リタルカ故ニ

生シタリトスレハ即チ之ヲ以テ不作ニヨル所爲ナリト云フモ何ソ不可アラマヤ(ハルシニケル刑法論一三五頁故ニハルシニケルモ曰シ

(Das Unterlassen erscheint demnach als eine Handlung durch die eine dem rechtsverletzenden Erfolge entgegenwirkende Thätigkeit aufgehoben, ein Hinderniss seines Eintrittes beseitigt wird. Eben dieses Unterlassen geschieht aber in der Erkenntnis, dass das eigene bisherige Thun einen rechtsverletzenden Erfolg nach sich ziehen wird und mit der Willensbestimmung ihn zuzulassen. Damit wird freilich nicht die vorangegangene Handlung rückwirkend in eine schuldhafte verwandelt, wohl aber wird durch eine schuldhafte Handlung das was der Unterlassende bisher in schuldloser Weise gethan hat als das gegebene Material zur Verursachung eines rechtsverletzenden Erfolges verwandt. Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. 242頁參照)之ヲ要スルニ氏ハ即チ不作爲ハ法律違反ノ結果ヲ生スル行爲ニ反抗シ其結果ヲ生スルコトヲ妨止スル行爲ニシテ前行々爲カ法律違反ノ結果ヲ生スルコトヲ認識シシカモ意



思ニヨリ之ヲ放任スル時ニ意味アルモノトナルナリ、サレハ前行々爲テシテ溯及的ニ責任アルモノタラシムルニアラスシテ只無責任ノ行爲ヲシテ不作爲ノアルトキヨリ權利ヲ侵害ス可キ實質ヲ有セシムルニ止マルト云フ如シ是レ即チ余輩カ不作爲ノ時ニ於テ先行々爲ハ性質ヲ變シテ侵害的行爲トナリシカモ不作爲ナクシテハ其性質ナシト陳ベタル所以ナリサレトモ氏ハ他ノ場所ニ於テ(不作爲ハ消極的行爲ノ結果ナリト論スルハ解スル能ハサルナリ余輩ハ消極的行爲爲其物ヲ不作爲ナリトス、惟フニ氏ハ意思カ動神經ニ影響ヲ及ボシタル状態即チ意思ト神經トノ内部ノ關係ヲ以テ消極的行爲ナリトシ其後其外部ニ表シタルトキニ不作爲ナリト云フノ誤ヨリ出タルモノナル可シ余輩ハ此如ク消極的意思ノ活動ノ神經ニ及フヤ直チニ外界ノ狀況ニ呈スルモノナリト信スル故ニ氏ノ説ヲ誤レリトス(ヘルシタル刑法論、二三九頁) 余輩ハ既ニ不作爲ト先行々爲ノ後半ト合體シテ結果ヲ生スルヲ述ヘタリシカレトモ其意ハ物理的ニシカ云フニアララス

此關係ハ決シテ外界ノ現象ノ如ク不得已的又ハ必須的又ハ永久のニシカモ尙吾人ノ意思ヨリ獨立シテ合體セルモノト云フニアラス之ヲ分チ之ヲ合スルハ吾人ノ意思ノ自由ナリ吾人ハ不作爲ヲナサスシテ以テ先行々爲ヲ普通行爲トナサシムルコトヲ得可ク又不作爲ヲナシテ以テ之ヲ合セシムルコトヲ得可シ然リ而シテ如此自由ヲ吾人カ有スル所以ハ二者共ニ「吾人」ヨリ出テ又「我」ノ支配スル處ノモノナルニヨル加之如此ハ吾人ノ責任ノ依テ以テ負ハサル可カラサル所以ナリ

先行々爲ハ其性質如何ナルモノト雖モ敢テ關スル處ニアラサレトモ其最モ重ナルモノハ即チ左ノ如シ(ストルム行犯論六十七頁參照)

一、意思ノ誘引ニ出ツト雖モ結果ニ對スル快感(Erlaubung)ニシテ岡田博士ノ用語ニ倣フ)ヲ有セサルノミナラス寧ロ其結果ノ生スルコトヲ妨止シ得可キヲ信シテ行ハレタルモ之ヲ放任セハ有責ノ結果ヲ生シ得可キ場合



吾人ハ如此場合ニ於テハ勿論犯人ニ結果ヲ生セシムルノ意思ノ存在セサルコトヲ認メサル可カラスシカモ又之ヲ妨止スルノ反對意思ハ大ニ薄弱ニシテ之カ妨止行爲ヲ決行スルニ至ラシメサルモノナリサレハ如此場合ハ過失ニ出デタル先行々爲ナリト反之吾人カ行爲ヲナスニ當リテ其結果ノ生スルコトヲ妨止スルノ意思非常ニ強固ニシテ之ヲ信スルコト深ク然モ妨止カ可能ナル時ハ何等ノ責任ヲ有セサル先行々爲ナリ(先行々爲自體ニ何等ノ責任ナキヲ云フ例ヘハ茲ニ鐵砲ノ射撃ニ堪能ナルモノアリ百發百中決シテ誤ルコトナシ然ルニ此人其技術ノ熟練ニ信賴シ或ル人ノ頭上ヲ去ル二寸程ノ場所ニ彈丸ヲ通過セシメントセル場合ノ如シ如此行爲ハ決シテ過失ナキモノト云フ可シ

二、有害ナル結果ヲ豫メ防止セントシテ生シタル行爲  
 此種ノ行爲ハ之ヲ具體的ニ云ヘバ即チ私法上ノ契約例ヘハ雇傭契約又ハ公法上ノ契約任官ノ如シノ如キモノニシテ吾人ハ此種ノ行爲ヲナスヤ

決シテ或ル有害ナル結果ヲ生セシメンカ爲ニアラスシテ有害ナル結果ヲ生スルコトヲ豫防セントスルノ行爲ナリ例ヘハ看護婦ハ雇ハレテ病氣ヲ看護センカ爲ニ契約シ又警察官ノ任命ハ社會ノ安寧ニ幸福ヲ維持スルニアリ

此種ノ行爲ハ其始メヨリ其行爲ノ内容分量ハ決シテ定マリタルモノニアラスシテ單ニ概括的ノ義務ヲ負擔スルニ止マル(ストルム不行犯論六十七頁參照)モノナリ

余ハ以上ニ於テ先行々爲ニ關スル大略ヲ説明セリ之レヨリ又不行爲ニヨル所爲トシテ吾人カ外界ヲ利用スルニ至リタルヲ認メシムル第二ノ連鎖タル國法ニ付テ一言セントス

吾人ハ自己ノ肉體ヲ手段トセス客觀的又ハ有形的ニ外界ノ變更ニ對シテ何等ノ關係ヲ有セサルニ係ラス或ル結果ノ生シタルヲ以テ吾人カ外界ノ變更ヲ利用シタルニ起因スルモノト認メラル、場合ハ即チ其外界ノ變



更カ吾人ノ先行々爲ニ出ツルカ又ハ然ラサルモ國法ニヨリテ其變更ノ生ズルヲ防止ス可キノ義務ヲ負擔セシメラルル場合ナラサル可ラス然リ而シテ吾人ニ如此ノ義務ヲ負擔セシムルノ國法ハ當ニ刑法ノミナラス凡テノ國法ヲ包含シ或ハ行政法ニテモ民法ニテモ決シテ異ルコトナシ人或ハ此點ニ付テ非難シテ曰ク刑法以外ノ法令ニハ各々或ハ其制裁アル可シシカシテ刑法ニハ刑法特別ノ制裁アリ之ヲ刑罰ト云フ民法ニ違反シタルヲ以テ民法ノ制裁ヲ受ク可キハ勿論ナリト雖モ民法ニ違反シタルノ故ヲ以テ刑法ノ制裁ヲ受クトハ今日ノ法理ノ許ササル處ナリ蓋シ刑法上ノ制裁タル刑罰ヲ加フルモノハ凡テ刑法ニシテ民法ニアラサレハナリト余輩ハ此反駁ハ只ニ不作爲犯廣義ヲ以テ義務違反ノ犯罪ナリト主張スル論者ニ向テハ實ニ有力ナル反駁ナルヲ信ス然レトモ吾人ノ主張スル處ハ當ニ他ノ法令ニ違反セルノミニテ直チニ刑事上ノ責ヲ負擔スト云フニアラス尙進ンテ刑法ノ禁令ニ違反セルコトヲ必要トス例ヘハ精神病者看護法ニ

於テハ父兄ハ狂者ヲ保護スルノ義務ヲ負擔スシカルニ之ヲ怠リタルカ爲ニ狂者門外ニ逸出セリ若シ事實ニシテ此レ迄ニ止マラシメンカ吾人ハ只精神病者看護法上ノ義務ニ違反シタルノミニシテ其制裁ハ該法ノ加フル處ニ止マルサレトモ此ノ上ニ狂者ノ逸出ノ結果他人ヲ傷害スルニ至ランカ若シ此ノ場合ニ於テ父兄其結果ノ生スルヲ妨止シ得可キモノタラシメハ父兄ハ傷害ノ罪ヲ犯シタルモノナリ要之余輩ハ他ノ國法上ノ義務ニ違反スルハ只ニ刑法上責ヲ引クノ一要件ナリト論スルニ止マルモノナリ豈他ノ國法上ノ義務ニ違反シタルノミヲ以テ刑法上ノ制裁ヲ受クト云ハンヤ

第二 因果關係

因果關係ハ不作爲行犯ヲ論スルニ當リテハ最重要ナル問題ナリサレハ多クノ學者此種ノ論ヲ述フルヤ常ニ因果關係ニ重キヲ置キ其爭點モ亦實ニ茲ニアリサレハ余輩モ曩ニ學說ヲ論評スルニ當リテハ亦一般ノ學者



ノ例ニ倣ヒタリ而シ今ヤ此問題ニ來レリ或ハ前章ト重複スルコトアルヤモ知レスト雖モ少シク精細ニ論究セントス

法律カ一般ノ行犯ニ於テ一定ノ結果ノ生シタルコトヲ以テ可罰ノ條件トセル場合ニ於テハ吾人ハ即チ或ル出來事ノ生スルニ當テハ該出來事ハ一定ノ場合ニ於テ同様ノ行爲ニヨリテ復タ繰返シ生シ得ヘキモノナルヤ換言スレハ如此結果ト吾人ノ行爲トハ因果ノ關係ヲ有スルヤ否ヤヲ研究セサルカラス

凡テ因果ノ觀念ハ單ニ一カ他ヲ惹起スト云フ觀念ニ外ナラス(他ト書シタルハ物ヨリモ廣義ニシテ無形有形ノ凡テノ事實ヲ含ム)故ニ物理學ニ論スル所謂物ト物ト(即チ客觀的存在ト客觀的存在ト)ノ連結ニ限ル可キニアラス從テ純正哲理ノ論理上ノ因果關係ニ限ルヲ得サルナリ而シテ法律ニハ法律上ノ因果ノ觀念アリ凡ソ法律ハ常ニ擬制的ノ觀念ナリ事實的觀念ト離レテ全ク獨立スルコトヲ得ルモノナリ故ニ法律學上ニ於ケル因果

關係ニ於テモ哲理上ノ因果觀念ト假令働キハ同シト雖モ其性質ヲ異ニス法律學ニ於ケル原因ハ帝ニ自由ナル「我」フライエ、イヒナリ「我」カ結果ヲ惹起スルナリ吾人カ結果ヲ惹起ストハ即チ「我」レカ何等ノ制限ヲ受クルコトナク自由ニ意思ノ作用ヲ惹起シ其影響ニヨリテ或ハ動神經ニ運動ヲ與ヘ或ハ外界ノ變更ヲ利用シ依テ以テ外界現象ノ發現ニ最後ノ條件ヲ給スルコトヲ云フ而シテ哲學上ノ意味ニ於テハ條件ト原因トハ區別アリテ嚴トシテ侵ス可カラス物理的ノ意義ニ於テハ原因ハ各條件ノ共働勢力ナリ(ミル)及「ヂーグワルト」ハ單ニ原因ハ各條件ノ集合ナリト云フモ余輩ハ各條件ノ共働勢力ナリト云フ「ミル」論理學及「ヂーグワルト」論理卷二、第二版五百八十一頁參照假令條件ノ集マルニ時ノ前後アルモ各原因トシテ作用スルハ最後ノ條件ノ加ハルト同時ニ各條件其結果ヲ生スルニ足ル共働ノ勢力ヲ示スニヨルナリ故ニ各條件ニ於テハ決シテ輕重ナシ故ニ又「ビンゲンク」氏ノ云フカ如ク積極消極ノ兩條件ノ權衡破滅モ亦法律上ノ因果關係ヲ論スルニ



當リテ何等ノ必要ヲ見出サザルナリサレバ意思ノ活用タル一條件カ如何ナル時ニ結果ノ原因タルヤヲ論スルヲ以テ優レリトス(ビンヂング法規論卷一、二版百十六頁參照)

ローマ法ニ於テハ因果關係ノ存在ノ如何ハ只自由ナル裁判官ノ認定ニ委シタリ又古代ノ獨乙法ニ於テハ或ル結果ガ或ル行爲ノ結果タルヤ否ヤヲ定ムルニハ其結果カ行爲ノアリタルトキヨリ一定ノ時期ノ間ニ生シタルトキハ其出來事ト行爲ノ間ニ因果關係アルモノナリト斷定セリ即チ例ヘハ殺人ノ場合ニ於テ殺害ナル結果ノ生スルハ其所爲ノアリタル時ヨリ一年内ニ起ラサル可カラスト而シテ此種ノ法律ハ現行ノ英國法律タルモノナリ(マイエル刑法論百八十七頁第五版又普通法ニ於テハ或ハ結果ノ生スルコト不得已モノナルカ或ハ行爲其モノカ結果ヲ生スルノ唯一條件タル時ニ原因タリト第一説クラインシロッド氏ノ説明ニシテ「スチューベル」反對セリシカレトモ「ウイッテンベルヒ」ノ法律ニ明文トナリタリ——一千八百〇

五年—又第二説ハ一千八百十三年「バイエルン」一千八百三十九年「ウエルテンベルヒ」一千八百四百年「ヘッセン」一千八百五十一年「バーデン」一千八百五十一年「プロイセン」一千八百六十一年「殺人ニ關シテ「バイエルン」一千八百五十五年及ヒ一千八百六十八年「サキセン」ニ於テハ一般法トナレリ、此ノ主義ハ上述ノ如ク近年迄各國ノ法文トモナリタルモノナレトモ今日ハ最早陳腐ノモノナリ、サレハ近世ニ至リテ大ニ諸種ノ學說ヲ出セリ例ヘハ「ア説」行爲カ結果ノ唯一原因ナル時ト云フ如ク又「イ説」結果ノ生スルコトカ已ムヲ得サルモノナル場合又「ウ説」トール氏ノ云フ如ク恐クハ結果ノ生スルモノナル場合(Wahrscheinlichkeit)一千八百八十一年獨乙判決錄三百十七頁參照)又ハ豫期シ得可キ場合ノ如キ又「エ説」所爲カ通則ニ違反セル場合(グリユンフート雜誌所載「パール」原因結果論、三十五頁)又「オ説」所爲者自己カ爾餘ノ條件ノ共働勢力タラシムル場合(「グワルト」論理學第一卷五百八十四頁)又「カ説」所爲者ノ行爲カ最終條件タル場合(「ストルム」行犯論第二版六十六頁)又「キ説」



行爲カ種々ノ條件中最モ活動的ニシテ又最有力ナルモノナルトキ(ヒルグマイエル因果ノ觀念論十七頁五十八頁)同共犯論五十九頁百八十五頁又トレンデレンブルク論理的ノ研究第三版百八十四頁參照)又最後ニ(ク説行爲カ他ノ重要ナル條件ノ一トナル場合)フオンブリーヘルシユネルフオンリストヤンカランマーシユ及ビマイエル刑法論百八十八頁參照)ニ於テ行爲カ結果ノ原因ナリト云フ如シサレトモ余輩ハ一々右ノ學說ヲ論評スルヲ止メ進ンテ余カ所信ニ付テ説明セントス

法律上ノ因果ノ關係ト哲學上ノ因果ノ關係トハ全ク其性質ヲ異ニセルコトハ既ニ述タルカ如シ法律上因果ノ關係ハ哲學上ノモノトハ其廣サ(範圍ニ於テモ亦同シカラス或ル點ニ於テ前者ハ後者ヨリモ廣ク或ル點ニ於テハ後者ハ前者ヨリモ廣シ若シ夫レ吾人ノ行爲ニシテ單ニ豫備ノモノタラシメハ是或ハ哲學上ニ於テハ結果ニ對シテ尙因果ノ關係アリト論スルヲ得ンサレトモ法律上ニ於テハ行爲ノ結果ニ對シテ原因タルヲ得ルニハ

其行爲カ必ス實行ノ程度ニ至ラサル可カラス(是レ即チ前者カ後者ヨリモ廣キノ點ナリ又不作爲ニ於テハ其客觀的性質ハ單ニ靜狀ニ止マルカ故ニ哲學者ハ因果ノ觀念ヲ與フルヲ拒ム可シシカモ法律上ノ意味ニ於テハ尙因果ノ觀念アリト認メサル可カラス Ausgedehnt dagegen ist der juristische Begriff des Kausalzusammenhanges dadurch, dass im Sinne des Gesetzes auch eine Unterlassung als reale Ursache des Erfolges sein kann (マイエル刑法論一百八十九頁參照)是レ後者ノ前者ヨリモ廣キノ點ナリ蓋シ其然ル所以ハ法律上ニ於テ原因トハ只自由ナル「我」ナリ「我」トハ肉體ニアラス權利義務ノ主體タル人格者ナリ意思活動ノ主體タリ例ヘハ余甲ノ物品ヲ破棄スト云ハンカ或ハ余ノ手足ノ甲ノ物品ニ觸レタニヨル可シシカモ余ノ手足甲ノ物品ヲ破棄シタルニアラスシテ之ヲナシタルモノハ即チ自由ナル「我」ナリ又余ノ肉體ハ甲ノ物品ニ觸レタルニヨラサルモ尙余ハ外界ノ變更ノ利用ニヨリテ甲ノ物品ヲ破棄スルコトヲ得可シ而シテ此等ノ場合ニ於テ法律上ノ意義ハ其前者タ



ルト後者タルトニ係ラス原因ハ「我」ニアリサレトモ物理上ノ原因ハ即チ前者ニ於テハ余ノ手足ノ運動ナリ後者ニ於テハ外界ノ變更ナリ

凡ソ學理ヲ論スルモノハ決シテ其學問ノ目的ト其範圍トヲ越ス可カラズ法律學ヲ研究シ之カ原理ヲ搜索スル者ハ法律の觀念ヲ越ユ可カラス宗教ヲ論セントスルモノハ宗教的の觀念ヲ脱ス可カラス而シテ此種ノ觀念ハ其學問ノ目的ト範圍トニヨリテ定メラル神ハ萬物ノ大原因ナリトハ宗教的ノ觀念ナリ宗教的ノ觀念ニ於テ物ハ相互ニ因果ノ連絡ヲ有スト見做サス凡テ「モノ」ハ唯一萬能ノ神ニ出ツ神ハ森羅萬象ノ唯一ノ原因者ナリ之ト同シク法律學上ノ觀念ニ於テ「自由ナル」吾人ハ凡テノ法律上ノ事實ノ原因者ナリ神ハ一ナリ人ハ一ニアラス人ノ原因タルハ神カ萬物ヲ造ルト同シカラス或ル特定ノ事實カ特定ノ人ニヨリテ造ラル、ノミ然リ而シテ此特定ノ事實カ特定ノ人ニヨリテ造ラレタリトスルニハ「作爲」ノ場合ニアリテハ「吾人」ノ運動ト結果トノ物理的因果ノ連絡ナリ不作爲ニヨル行犯ニ於テ

ハ先行々爲ト之ニヨリテ生シタル義務又ハ國法上ノ義務ノ存在ナリ此ノ如キ標徴ニヨリ吾人ハ或ルコトヲ犯シタルナリト推斷スルナリ物理的ノ因果ノ關係ハ必然的ナリ法律的因果ノ關係ハ物理的見地ヨリスレハ或然的ナリ(Wahrscheinlichkeit)又ハ(Möglichkeit)シカモ法律的ノ見地ニ於テハ必然的タルヲ失ハス蓋シ法律ハ自己ノ目的トセルモノニツイテ不能ヲ推測セス義務ノ履行ハ必然的ノ結果ヲ生スト見做スカ故ナリ

以上ニ於テ法律學上ノ因果關係ノ何タルヤヲ説明セリ之ヨリ進ンテ此因果律ト責任ヲ負フコトノ關係ヲ論及セントス

前ニ述アルカ如ク吾人ハ法律的事實ノ原因者ナリサレトモ吾人ハ單ニ法律的事實ノ原因者ナルカ爲ニ直ニ刑法上ノ責ヲ負フモノニアラス吾人ノ刑法上ノ責ヲ負フニハ先ツ刑法ニ之ヲ禁スルノ明文存在セサル可カラズ結果ヲ惹起シタル吾人ハ自由ナラサル可カラス其動作及ビ外界ノ變更ヲ利用スルニハ有識ナラサル可カラス又結果ノ豫見シ得可キモノナラサ



ル可カラス而シテ尙此ノ上ニ不作爲ニヨル行犯ニアリテハ先行々爲及ビ  
 國法ニヨリテ生シタル義務ノ違反ナラサル可カラス尙コ、ニ注意ヲ要ス  
 可キハ結果ノ吾人ヨリ出デタリトナスニハ吾人ハ常ニ自己ノ動作又ハ外  
 界ノ變更ニ付テ有識ナラサル可カラス故ニ此點ニ於テ責任ト因果トノ關  
 係ハ密着ナル關係ヲ有スルモノナリ蓋シ責任ノ本原モ吾人ナリ因果關係  
 ノ原因モ常ニ吾人ナレハナリ而シテ其結果ヲ豫見スルトキハ故意犯トナ  
 リ結果ヲ豫見シ得可クシテ豫見セサリシトキニ過失犯アルナリ、

### 第三章 不作爲犯 (Omissivdelict)

余輩ハ曩ニ不作爲ノ本性ヲ論スルヤ不作爲犯ニ關シテモ亦少シク述フ  
 ル處アリタリサレハコ、ニハ單ニ現行法上ノ不作爲犯ハ如何ナルモノナ  
 ルヤヲ條文ニ本キ論セントス

不作爲犯ハ「フランク」氏之ヲ真正不作爲犯 (echte Unterlassung) ト云フモ  
 ノニシテ一般ニハ單ニ (Unterlassungsdelict) 又ハ Omissivdelict ト云フモノニシ  
 テ刑法ノ命令ニ本ク義務ノ違反ナリ現行法ニ於テハ百七十七條百七十九  
 條百八十條百八十一條二百四十七條二百七十三條前項二百七十四條二百  
 七十七條二百七十九條二百八十三條三百二十五條ストルム之ヲ混合作  
 爲犯ト云フ三百六十四條三百八十五條其他違警罪ニ數多アリ略ス、

不作爲犯ニツイテハ既ニ余輩不作爲ノ本性ヲ述フルトキニ之ヲ述ベタ  
 ルコト多キカ故ニ今ハ重複ヲ避ク茲ニ述フルハ官吏不作爲犯公益的職業



者ノ不作爲犯及ヒ混合不作爲犯及不作爲犯ニ似テ非ナルモノニ付テ論究セントス、

官吏不作爲犯 官吏ハ國民トシテ一般ノ服從義務ヲ負擔スト雖モ又其身分ニ基ク特別ノ服從ノ義務アリ故ニ官吏ハ同一行爲ニヨリテ同時ニ二重ノ義務違反ヲナスコトヲ得ルモノナリ隨テ其制裁ハ其國民ノ一般ノ義務ニ背キタル方面ニ於テ刑法ノ制裁アリ又其特別ノ服從義務ニ背キタル方面ニ於テハ懲戒アリサレハ刑法ニ官吏ノ不作爲ヲ罪スル場合多シト雖モ此制裁タルヤ懲戒ニアラス刑法ノ官吏ヲ罰スルハ或ハ立法ノ精神ニ於テハ一部ハ官吏ヲ矯ムルニアルト雖モ官吏カ刑法ニヨリテ新ニ作爲ス可キノ義務ヲ負擔シタルカ爲ナリサレトモコ、ニ注意ス可キハ特別ノ服從義務ニ背キ尙進ンテ刑法ノ禁令ニ違反スルノ所爲アレハ是レ不作爲ニヨル行犯トシテ罰ス可キナリ又兵士ニ關スル犯罪ノ如キモ同様ニ解スルコトヲ得

特種ノ職業ニ本ク不作爲犯 此種ノ不作爲犯ハ醫師ノ不作爲又ハ營業ノ性質ニヨリ特種ノ資格又ハ設備ヲ要セル者ノ不作爲ノ如キ又ハ證人ヲ命セラレタル者ノ不作爲ノ如キモノナリ

醫師ハ法律上決シテ一般ニ他人ヲ其病氣ヨリ救フノ義務ヲ有スルモノニアラス又法律上公衆衛生ヲ保護セサル可カラサルノ特別義務ヲ有スルモノニモアラス只國民トシテ一般義務ヲ負擔スル外ニハ何等特別ノ義務ヲ有セスサレトモ急病人アル場合ニ際シテ時トシテハ相當ノ手當ヲナサ、ル可カラサルノ義務ヲ負擔スルカ故ニ又自己カ委任セラレタル治療手術ノ進行中ニ其自ラ着手シタル手術ヲ結了セスシテ放任ス可カラサルノ義務ヲ負擔シ從テ官吏ト同シク二重ノ不法ヲナスコトヲ得ルモノナリサレトモ亦コ、ニ注意ス可キハ其急病人ヲ扶助セス又ハ手術ヲ終ラサルコトカ殺意ニ出タルトキハ即チ不作爲ニヨル行犯ヲ犯シタルモノナリ又營業ノ性質ニヨリテハ例ヘハ湯屋ノ如ク一定ノ設備ヲ備ヘサル時ハ



勿論營業法上特別ノ制裁アリ而シテ其結果火ヲ起サシガ不作爲ニヨル放火又ハ失火ノ罪ヲ以テ行犯トシテ罰セラル可シ又營業ノ性質ニヨリテ其身分ニ一定ノ資格ヲ具フルヲ要スルモノ此資格ヲ備ヘサルトキハ又營業法上特別ノ制裁アリ(例ヘハ許可ノ取消ノ如シ)故ニ例ヘハ產婆、人ヲ殺サシカ爲ニ其業務ニ從事シタルトキハ不作爲ニヨル殺人犯ヲ犯スモノナリ又營業ニヨリテハ特別ノ設備ト之ヲナスモノ、特別ノ資格トヲ合セテ要スルモノアリ(藥劑師ノ營業ノ如シ)若シ其許可ノ一要件ヲ缺キ之ニヨリテ刑法上ノ禁令ニ違反セシカ又不作爲ニヨルノ行犯ヲ犯シタルモノナリ混合不作爲犯ハ即チ我刑法第三百二十五條ノ如キモノナリ同條ニ曰ク擅ニ人ヲ監禁シ水火震災ノ際其監禁ヲ解クコトヲ怠リ因テ人ヲ死傷ニ致シタルトキ云々如此ノ不作爲犯ハ第一監禁ナル作爲ヲナシシカシテ其監禁ヲ解クコトヲ怠リタル不作爲ヲ要シ然ル後死傷ノ結果ヲ俟テ罪トナリ罰ヲ受クルモノナリ即チ吾人カ本條ノ罪ヲ犯スニハ作爲ト不作爲トノ二ツヲ

行ハサル可カラス而シテ監禁ナル作爲ト不解監禁ナル不作爲トハ合體シテ法律上ノ一所爲トナル是レ混合不作爲犯ト云フ所以ナリ

以上ノ不作爲犯ト眞正不作爲犯トヲ區別スルハ「ストルム」ノ專ラ企ツル處ナリ Borchert モ其著第三者ノ責任論(百〇七頁)ニ於テ述フル處ナリ(同氏不行犯論八十一頁—八十七頁)シカルニ「マイエル」ハ之ヲ誤トセリ(同氏刑法論百九十二頁注意第三)余輩モ亦此說ニ贊セントス、

最後ニ余輩ノ注意ス可キハ不作爲犯ニ似テ非ナルモノ是ナリ即チ三百二十三條飲食物ヲ屏去シ其他苛酷ノ所爲ヲ施シタルトキノ罪是レナリ此ノ罪ハ決シテ不作爲犯ニアラス只與フ可キノ分量ヲ與ヘサルカ又ハ全ク與ヘサルカ要ハ是レ智苛酷ノ所爲ヲ行フノ方便タルニ過キサルモノナリ故ニ若シ全ク飲食物ヲ與フルコトナケレハ是レ不作爲ヲ以テ苛酷ノ所爲ヲ行フモノニシテ即チ不作爲ニヨル行犯トシテ罰ス可キモノト信ス



## 結 論

一〇四

之ヲ要スルニ前章ニ於テ廣義ニ於ケル不作爲犯ヲ狹義ニ於ケル不作爲犯ト不作爲ニヨル行犯トニ分テリシカシテ狹義ニ於ケル不作爲犯ハ凡テ刑法ノ命令ニ違反スルニヨリテ生ス即チ刑法カ要求スルノ行爲ヲナサス其命スル作爲ノ義務ヲ履行セサルトキニ犯罪トシテ罰セラルサレハ不作爲犯ハ單ニ刑法上ノ義務ノ違反ナリ故ニ常ニ義務ヲ課スル刑法ノ明文存在セサル可カラス隨テ他ノ國法カ命スル義務ニ違反シタレハトテ決シテ狹義ニ於ケル不作爲犯ヲ犯シタルモノニアラサルナリ反之不作爲ニヨル行犯ハ即チ不作爲ニヨル所爲ナルカ故ニ其罰セラル、ハ刑法ノ禁令ニ違反シタル時ニアリ而シテ吾人カ行ヒタル不作爲ニヨル所爲ノ罰セラル可キモノトナルニハ即チ先行々爲又ハ國法ニ本ク義務ニ違反シ進ンテ刑法上ノ禁令ヲ犯シタル場合ナラサル可カラス學者或ハ曰ク他ノ國法上ノ義

務ニ違反スト雖モ決シテ刑法上ノ責ヲ負ハスト然リ余輩ト雖モ義務ノ違反カ單ニ他ノ國法上ノモノニ止マラシメハ亦之ヲ是認スサレトモ之カ爲ニ他ノ國法上ノ義務ノ違反ハ刑法上責ヲ受ク可キ一要件タルヲ得ストハ斷ス可カラス例ヘハ少シク事實ハ異レトモ彼ノ官吏ノ身分ヲ以テ刑法上引責ノ一要件トセル犯罪ノ如キハ慥ニ他ノ國法上ノ事柄ヲ刑法上ノ犯罪構成ノ一要件トセルモノナリ蓋シ官吏ノ身分ヲ得ルハ刑法上ノ問題ニアラスシテ行政法上ノ問題タレハナリ畢竟論者ノ如キハ未タ狹義ニ於ケル不作爲犯ト不作爲ニヨル行犯トノ性質ノ區別ヲ知ラサルモノナリ

以上論究シタル事柄ハ單ニ不作爲ニ關スル問題ノ一小部分ノミ若シ精密深奥ニ之カ討究ニ務メアラユル問題ヲ解決セントセハ到底不肖余カ如キモノ、力ノ及フ處ニアラス「フオイエルバハ」氏死シテ既ニ二百年ヲ經タリ其後俊秀ナル學士ノ輩出スルコト少ナカラス而シテ未タ尙多クノ部分ニ於テ疑問ヲ有スルモノ、如シ我國ニ於テハ先年博士岡田先生歸朝セラ

結 論

一〇五



レテヨリ大ニ此問題ヲ我學界ニ鼓吹セラレタル爲ニ將ニ稍々此種ノ議論ノ興ラントスルニ至レリサレトモ未タ獨乙ノ盛ナルニシカス余輩淺學不敏敢テ此論ヲ草セシ所以ハ決シテ議論ノ精ヲ誇リ奇ヲ好ムモノニアラス只余輩ノ拙劣ニシテ尙之ニ容嘴シ得ルヲ喜ヒ大方諸君子ノ叱責ヲ得テ益々研究ヲ積ムヲ得ソコトヲ希ヘハナリ其深奥ノ理論ニ至リテハ不肖ノ能ク解決スル處ニアラス敢テ天下博識ノ士ノ高説ニ待ツ同好ノ士幸ニ迂生ノ潜越ヲ恕セヨ、

終ニ不肖淺學ニシテ漸ク本論ヲ草スルヲ得タルハ實ニ吾人學術ノ師トシテ仰キ我國ノ大人物トシテ敬服ニ堪ヘサル東京帝國大學教授法學博士岡田朝太郎先生ノ懇篤ナル指南ニヨル加之先生常ニ多忙ノ間千金ノ時間ヲ不肖ノ爲ニ割カレ校閲ノ勞ヲ賜ハリ尙今回先生カ獨乙等ニ於テ諸博士ノ自ラ責ヲ有スル學術研究録ニ倣ヒテ新ニ發行セラル、刑事論集第一卷トシテ本論發刊ノ榮ヲ賜ハリタルハ不肖ノ光榮トスル處ニシテ實ニ謝ス

ルニ語ナシ今ヤ筆ヲ擱クニアタリ併セテ予ノ澁晦ナル文章又ハ文字ヲ訂サレタル余カ親友楠田義任君ヲ始メ立石謙輔君池田季雄君及福田庫文司君ノ勞ヲ多謝ス、 (終)



6/37 / 2/4/41

明治三十五年三月十四日印刷  
明治三十五年三月十七日發行

不作爲犯與付



著者 岩井尊文

發行者 江草斧太郎

印刷者 島連太郎

東京市神田區一ツ橋通町七番地三四號地  
(電話本局三三三三) 有斐閣書房

東京市神田區一ツ橋通町七番地五號地  
有斐閣雜誌店

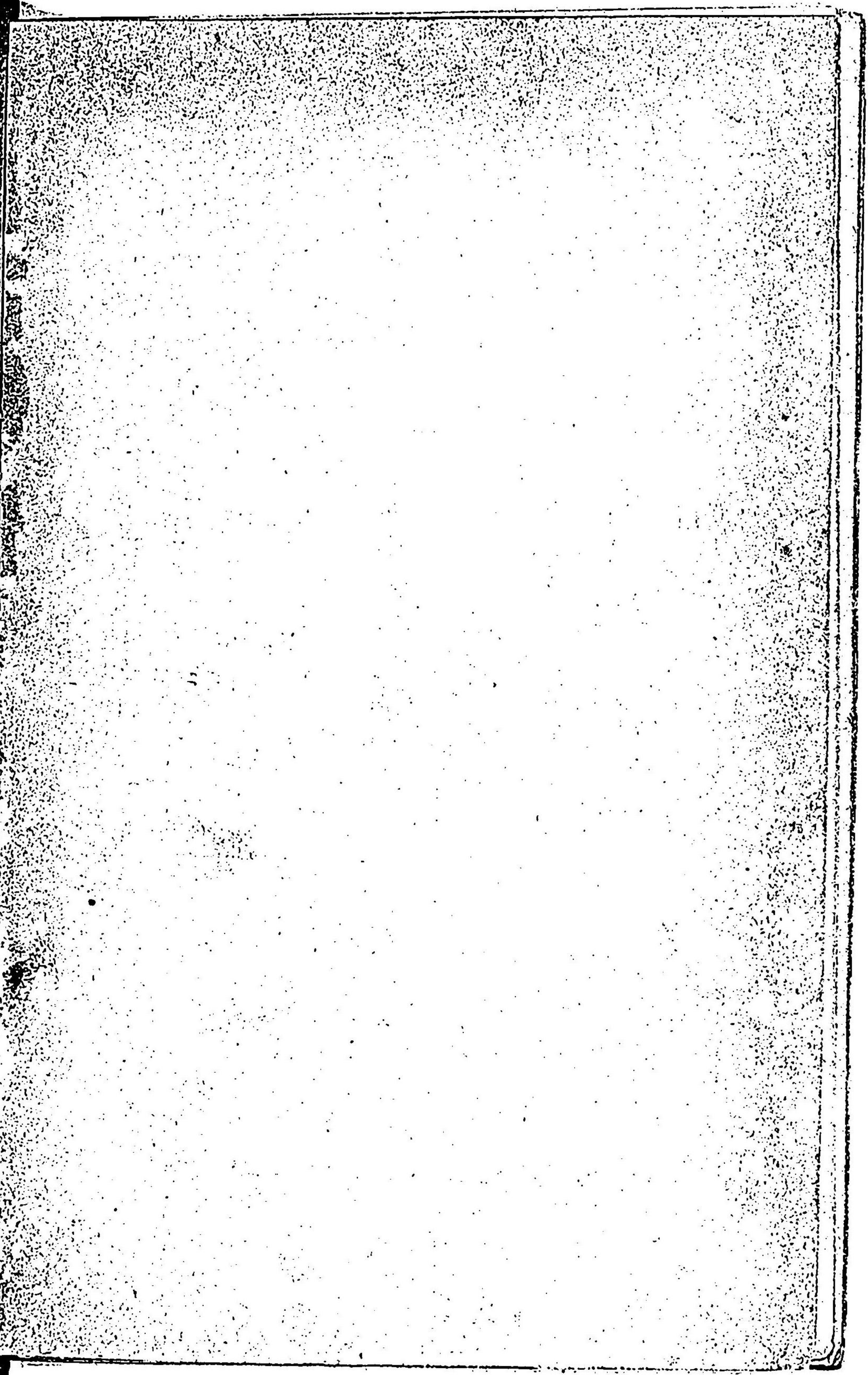
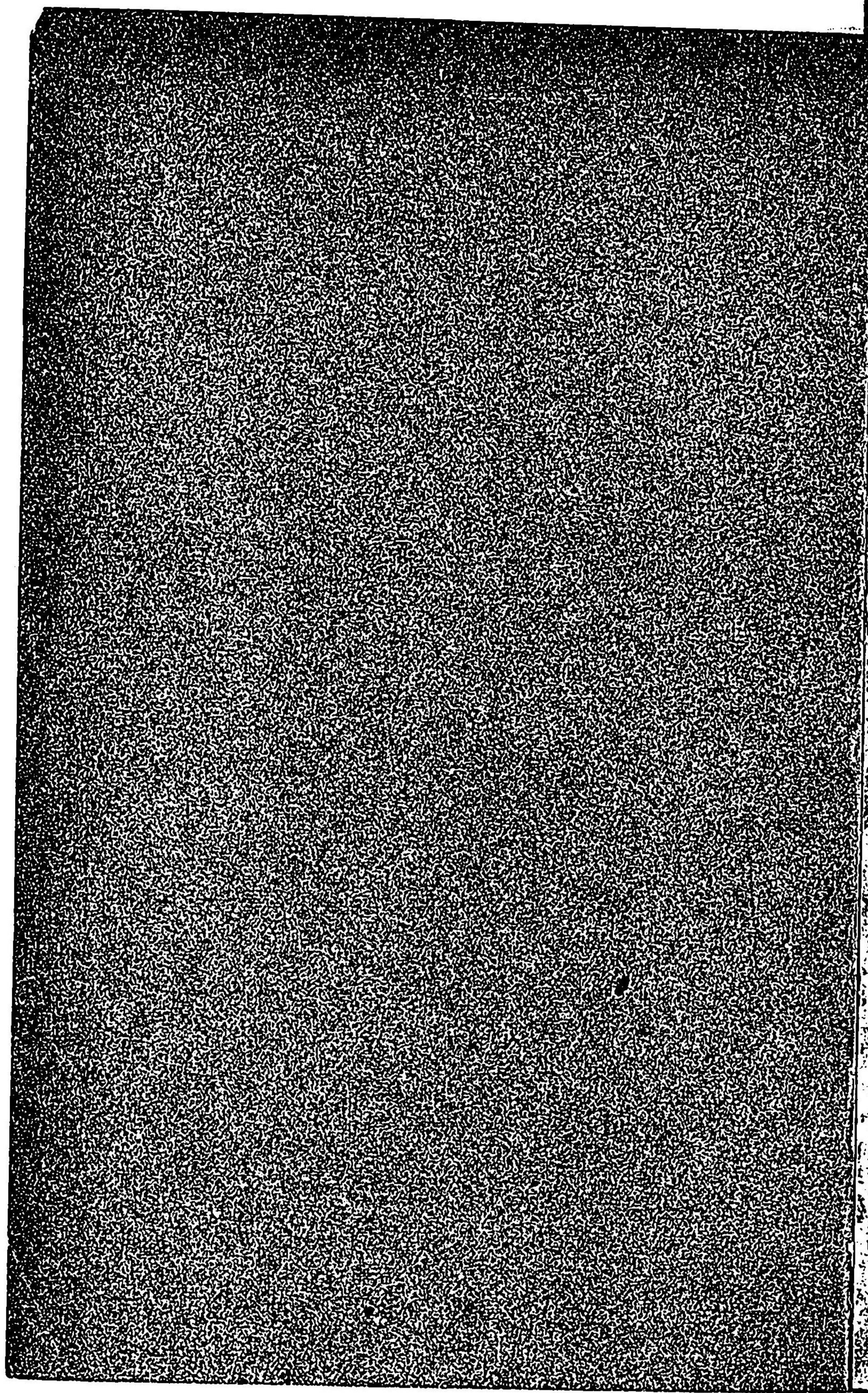
東京市本郷區本郷一丁目十番地  
有終閣書店

大阪市東區備後町四丁目  
吉岡平助

發行所  
賣捌所  
賣捌所  
賣捌所

印刷所 神田區美土代町三番舍印行 (電話本局七九七番)



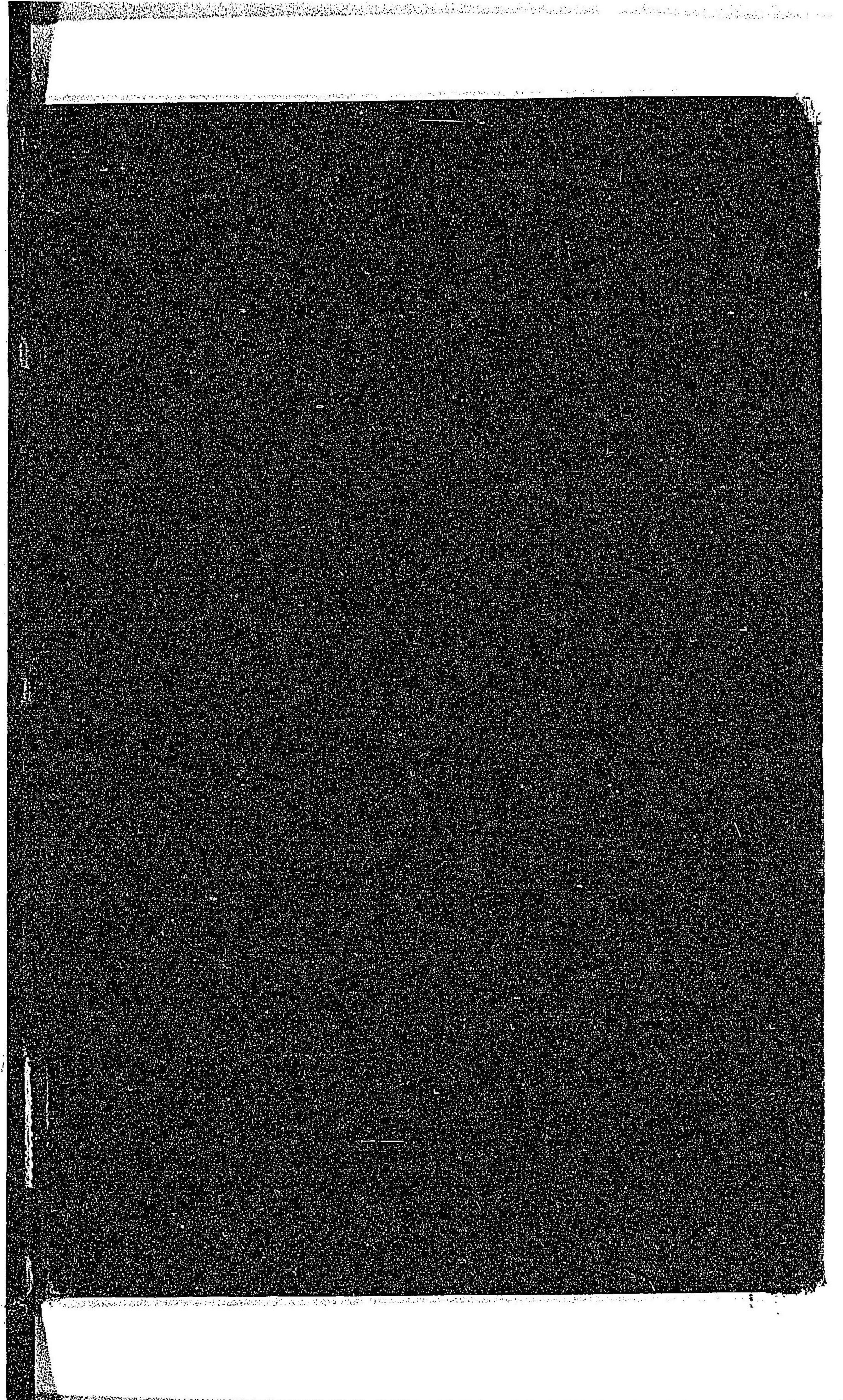




111

112







41  
112

M

036175-000-3

41-112

不作為犯

岩井 尊文/著

M35

BBP-0842





