

大正  
長  
法學部  
講義  
刑法論

14  
755

0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3 4 5

始



14  
75

京都帝國大學 教授 宮本英脩 講述 (非賣品)

# 刑法論 全

大正十四年度 京都帝國大學 法學部 講義



刑

法

論

全

大正  
14. 8. 28  
内交

京都帝國大學  
教授

宮本英脩講述

(非賣品)

大正十四年度  
京都帝國大學  
法學部講義

刑法總論 目次

緒論

第一章	刑法學	一
第二章	刑法ノ意義	一
第三章	刑法ノ淵源	七
第四章	刑法ノ種類	六
第五章	規範ト刑法トノ關係(刑法ノ特質)	〇
第六章	刑法ノ解釋	七
第七章	刑法ノ效力	九
第八章	場所ニ關スル效力	〇
第九章	人ニ關スル效力	〇
第十章	時ニ關スル效力	五
第十一章	刑法ノ主義	五

1

六三 五五 五〇 四〇 三九 三七 二〇 一六 一〇 七 一 一 (頁)

本論

第二章 犯罪

第一章 犯罪ノ意義及要件

第二章 犯罪ノ一般の要件

第一節 行為

第一項 犯罪ノ主体

第二項 犯罪ノ客體

第三項 行為

第二節 違法

第一項 正當防衛又ハ緊急防衛

第二項 緊急避難

第三項 法令又ハ正當ノ業務ニ依ル行為

第四項 被害者ノ同意

第三節 故意及過失

第一款 故意

七〇  
七六  
七七  
七七  
八一  
八二  
八六  
九二  
九九  
一〇八  
一一五  
一一七  
一九九

第二章 錯誤  
第一款 過失  
第二款 責任條件ノ本質  
第三款 責任能力  
第四節 課刑  
第五節 處罰條件  
第六節 行為ノ結果(因果關係)

~~第三章 犯罪ノ態樣~~

第一節 犯罪ノ段階

第一項 既遂罪

第二項 未遂罪

第三項 中止犯

第四項 不能犯

一一九  
一三五  
一四七  
一五一  
一五七  
一六一  
一六一  
一七一  
一八一  
一八一  
一八一  
一八一  
一八二  
一八五  
一八八  
一九二

第一項	概說	一九二
第二項	想像的併合罪	一九四
第三項	牽連犯	一九七
第四項	連續犯	二〇一
第五項	結合犯及集合犯	二〇七

刑法總論 目次 終り

刑法各論 目次

第一編	個人ノ法益ニ對スル罪	一
第一章	生命身体ニ對スル罪	一
第一節	殺人罪	三
第二節	傷害罪	六
第三節	過失傷害罪	九
第四節	墮胎ノ罪	一六
第五節	遺棄ノ罪	一六
第二章	自由ニ對スル罪	二〇
第一節	逮捕及監禁ノ罪	二〇
第二節	脅迫罪	二二
第三節	畧取誘拐ノ罪	二四
第三章	名譽及信用ニ對スル罪	二九

5

4

第一章 第一節	名譽ニ對スル罪	二九
第二章 第二節	信用及業務妨害ニ對スル罪	三三
第三章 第三節	財產ニ對スル罪	三四
第四章 第四節	竊盜罪	三七
第五章 第五節	強盜罪	四二
第六章 第六節	詐欺罪	五四
第七章 第七節	恐喝罪	六四
第八章 第八節	橫領罪	六八
第九章 第九節	贓物ニ肉スル罪	七九
第十章 第十節	毀棄及隱匿ノ罪	八四
第十一章 第十一節	背任罪	九〇
第十二章 第十二節	公共ノ法益ニ對スル罪	九五
第十三章 第十三節	偽造罪	九五
第十四章 第十四節	通貨偽造	九五

刑法各論 目次 終り

刑法總論

京都帝國大學 教授 宮本英脩 講述



第一章 刑法學

學トハ吾々カ或ル範圍ノ事項ニ関シテ有スル全概ノ智識ヲ一定ノ方法ニヨリテ學問トナレタルモノナリ。或ル智識カ學問ナル爲ノ條件ニ三ツアリ。即チ

(一) 先ツ其智識ハ或ル範圍ノ事柄ニ関スル原則的智識(表則的智識)ニ集合ナル事ヲ要ス

(二) 其原則的智識ノ總體ハ秩序的ニ排列セラレタ一個ノ體系ヲ爲スコトヲ要ス

(三) 其体系的智識ノ全體ノ排列ハ合理的ニ成立スルモノナルコトヲ要ス

緒論 刑法學

此三條件ハ其自然科学ナルト精神科学ナルト、又說明學タルト規範學  
タルトヲ論セズ一切ノ學ニ通シテ缺ク可カラサルモノニシテ若シ其ノ  
一ヲ缺クトキハ或ル智識ノ内容如何ニ豊富ナリトモ之レ單ニ断片的智識  
ノ集合ニ過キスレテ未ダ學ト称スルニ足ラス、サレハ法律學ノ研究ニ於  
テモ其目的トスル所ハ社会ノ共同生活ノ規範的法則タル各種ノ法律ヲ明  
確ニシ且ツ之等ノ法律ヲ合理的ニ按排スルニテアリテ法律學ハ即チ如斯  
テ成立レタル法律ノ系統的智識ノ全体ニ外ナラス、而シテ法律學ハ其内  
容ヲ爲ス事項ノ種類ニヨリテ數多ノ分科ニ分レ所謂刑法學トハ法律學系  
統中特ニ犯罪ト刑罰トノ關係ニ就テノ諸法則即チ刑罰法規ニ関スル一  
ノ系統的智識ヲ云フ

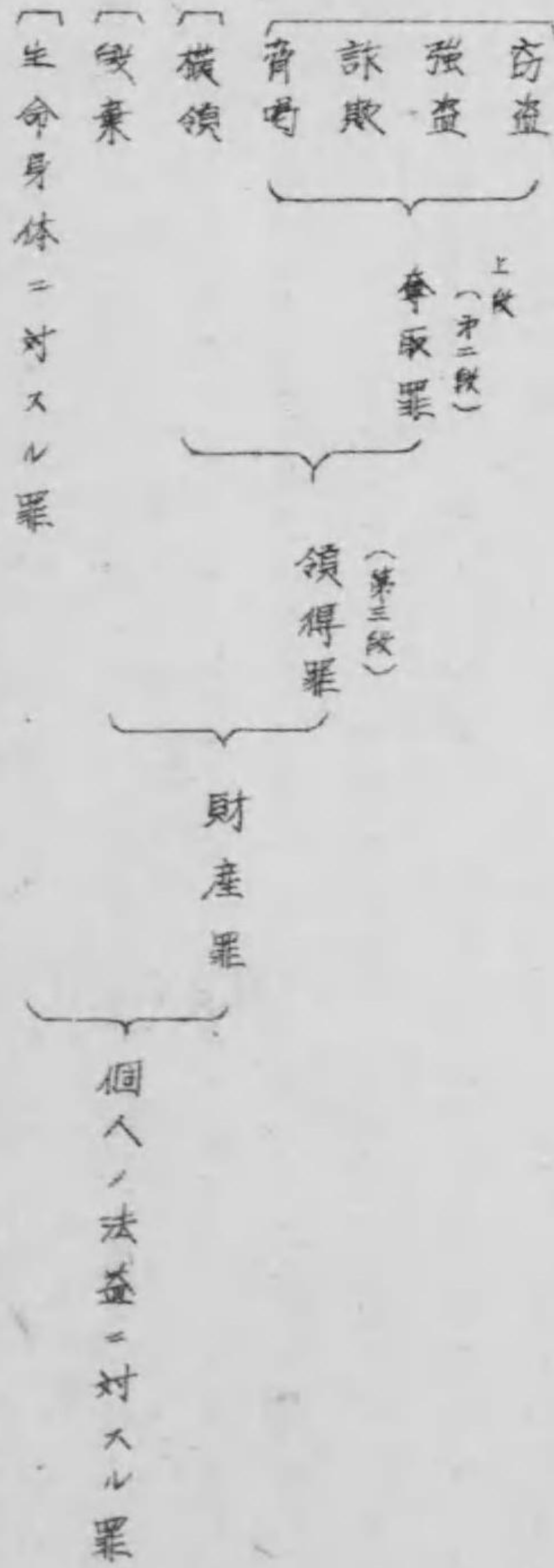
以上述フル如クナレハ刑法典ノ中ノ諸規定ノ如キモ何レモ一箇ノ法則  
トシテ刑法學系統中ニ撰取セラレ夫々一定ノ地位ヲ占ム、即刑法第一  
編總則ノ規定ハ各種ノ法則ニ共通ナル原則ヲ集メタルモノニシテ即原則  
中ノ原則ナリ、而シテ是等ノ各規定ハ其間ニ又大小上下ノ關係アレ共全

体トシテ刑法學系統中最上位ノ部分ヲ構成スルモノナリ、又第二編罪ノ  
各規定ハ何レモ刑法學系統中ノ最下位即チ第一級ニアルモノナルモ是等  
ノ諸規定ノ間ニモ亦其一部分ニ共通ノ原則アリテ夫レニ刑法學系統中  
ノ第二級又ハ天以上ノ部分ヲ構成スルモノトス、例ハハ強盜又ハ強盜ニ  
関スル規定ハ何レモ強盜又ハ強盜ナル行為並ニ是ニ対スル處罰ニ関スル  
法則ニシテ刑法學系統中最下位ニアルモノナリ、而シテ其上級ニハ之ト  
詠歌、脅喝等ニ関スル法則トヲ統一スル奪取罪ニ関スル法則アリ、更ニ  
其上級ニハ財産ニ対スル罪ニ関スル法則アリテ横領毀棄等ニ関スル他ノ  
法則ト殊セテ之レヲ統一シ更ニ又其上級ニハ個人ノ法益ニ対スル罪ニ関  
スル原則アリテ其下ニ各ノ財産ニ対スル罪ニ関スル法則ノ他、生命ニ對  
スル罪ニ関スル法則トヲ殊セテ之レヲ統一スルカ如シ、斯ク刑法學ノ体  
系ハ最下位ノ法則ヨリ始マリ順テ追フテ遂ニ最上位ノ法則ニ至ルモノナ  
ルモ刑法學ノ領域ニアリテハ前ニ述ヘシ如ク犯罪ト刑罰トノ關係ヲ對象  
トスルモノナレハ其最上位ノ法則ハ單意犯罪並ニ刑罰ノ全級ニ共通ナル  
法則以上ニ出ツル事ヲ得ズ、從テ刑法ノ法律トシテノ本質、目的並ニ作



用等ニ関スル研究ノ如キハ法律學各分科ノ首位ニアリテ法律全集ニ且ル原理原則ノ研究ヲ目的トスル法理學ノ領域ニ屬スルモノニシテ本末刑法學ニ於テ論スヘキ事項ニ非ラス、

最下位(第一級)

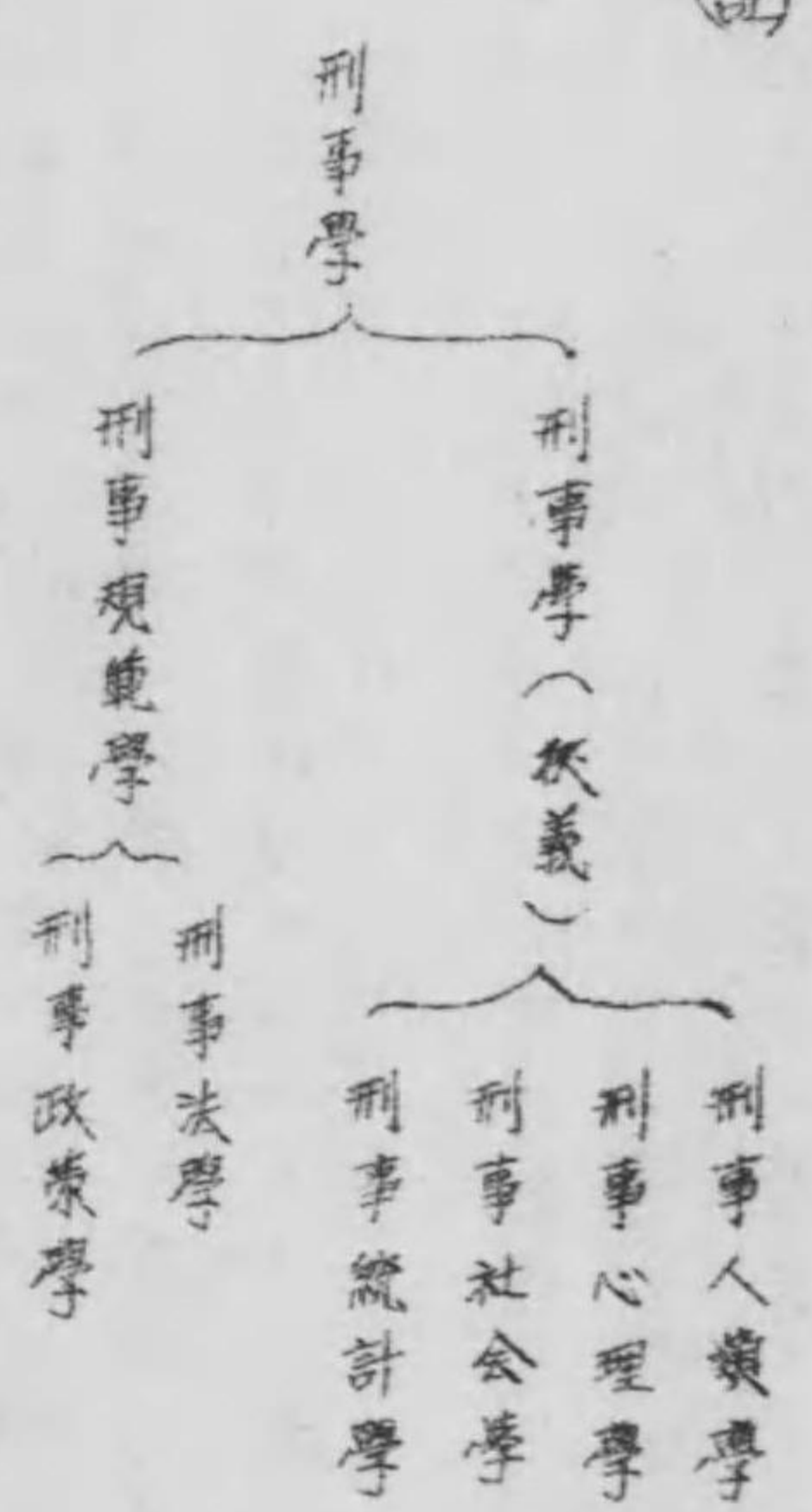


刑法學ノ範圍ハ通例之レヲ總論ト各論ニ分ツ、而シテ刑法總論ノ學ニ於テハ刑法學系統中ノ比較的上位ニアル大ナル法則ヲ研究スルヲ以テ目的トシ刑法各論ノ學ニ於テハ比較的下位ニアル小ナル法則ヲ研究スルヲ以テ目的トス、之レヲ具體的ニ云フ時ハ前者ハ犯罪並ニ刑罰全般ノ概念及

其態樣ニ関スル法則ノ學ニシテ後者ハ一種又ハ數種ノ犯罪並ニ之レニ對スル刑罰ノ概念及其態樣ニ関スル法則ノ學ナリト云フヲ得、乍併之レ單ニ研究ノ便宜ニ基テ區別ニシテ兩者相俟テ始メテ刑事學ノ全体ヲ大成スルモノナリ、

刑法學ノ意義ヲ明ニスルニ當リテ之レニ關係シテ知ルコトヲ要スルハ刑法學ノ一般刑事學上ノ地位ナリ、抑刑事學ハ犯罪預防ヲ中心トスル國家及個人ノ一切活動ノ學ニシテ理論上之レヲ秋義ノ刑事學ト刑事規範學トニ分ツ事ヲ得、其中前者ハ犯罪其エノ、原因、本質及効果ヲ研究スル事ヲ目的トスルモノニシテ主トシテ刑事規範學ノ基礎學トシテ性質ヲ有シ今日之レニ刑事人類學、刑事心理學、刑事社會學、刑事統計學等ノ諸分科アリ、後者ハ犯罪預防ヲ目的トスル規範ノ學ニシテ之レニハ刑事法學ト刑事政策學トノ二分科アリ、而シテ二者何レモ規範ノ學タルハ一ナルニ刑事法學ニアリテハ其取扱フ規範ハ同法タル規範ナルニ及シ刑事政策學ノ論スル所ハ事實上ノ要求タル規範ニ違キス

(註)



六

以上述フル所ニヨリ畧々刑法學ノ何タルヤヲ明ニスルヲ得タリト信ス、而シテ右ニモ一言シタルカ如ク刑法學ノ内容ヲ為ス法則ハ本末單ニ刑法典ニ規定セラレタル範圍ノモノ、ミニ限ルニ非ス、從テ茲ニ講スル所ノ理論上ハ刑罰法規ノ全般ニ亘ルヲ本則トスレトモ如斯嚴格ナル意義ハテ刑法學ヲ講スル事ハ到底不可能ノ事實ナルカ故ニ余ハ茲ニハ一般ノ例ニ倣テ主トシテ刑法典ノ規定ニ就キテ之レカ理論的説明ヲ試ミルニ止メントス、但レ必要アル場合ニ於テハ特ニ重要ナル事項ニ関シテ刑法典以外ノ刑罰法規ニ亦論及スル所アルヘシ。

## 第二章 刑法ノ意義

刑法ニハニツノ意義アリ、之レヲ實質的ニ解スル時ハ所謂刑罰法規ノ義ニシテ之レニハ罪トナルヘキ行為ト之レニ科スヘキ刑罰トノ關係ヲ定メタル一切ノ法規換言スレハ國家ノ刑罰請求權ノ發生スル場合ト其權利ノ範圍トヲ定メタル總テノ國法上ノ法則ヲ包含スル故ニ苟モ或ル法規ニシテ犯罪ト之レニ對スル刑罰トヲ規定スルモノナル以上ハ總テ此意味ニ於テ之レヲ刑法ト稱スル事ヲ得ヘク其國法上ノ性質カ法律ナルト勅令其他ノ命令ナルト又特ニ刑法ト稱スル法規ニ含マルヘキ規定ナルト其他ノ法令中ニ散在スル罰則ナルトニ區別ナレ、ナレハ實質的刑法ハ之レヲ廣義ノ刑法トモ稱スルコトヲ得。

又刑法ハ之レヲ形式ノ上ヨリ見ル時ハ國家カ特ニ刑法ナル名義ヲ附シテ公布シタル刑法典ノミヲ意味ス、從テ此形式の刑法ハ之レヲ狹義ノ刑法トモ云フコトヲ得、而シテ吾々ノ普通ニ刑法ト稱スルモノハ即テ此意

刑法ノ意義

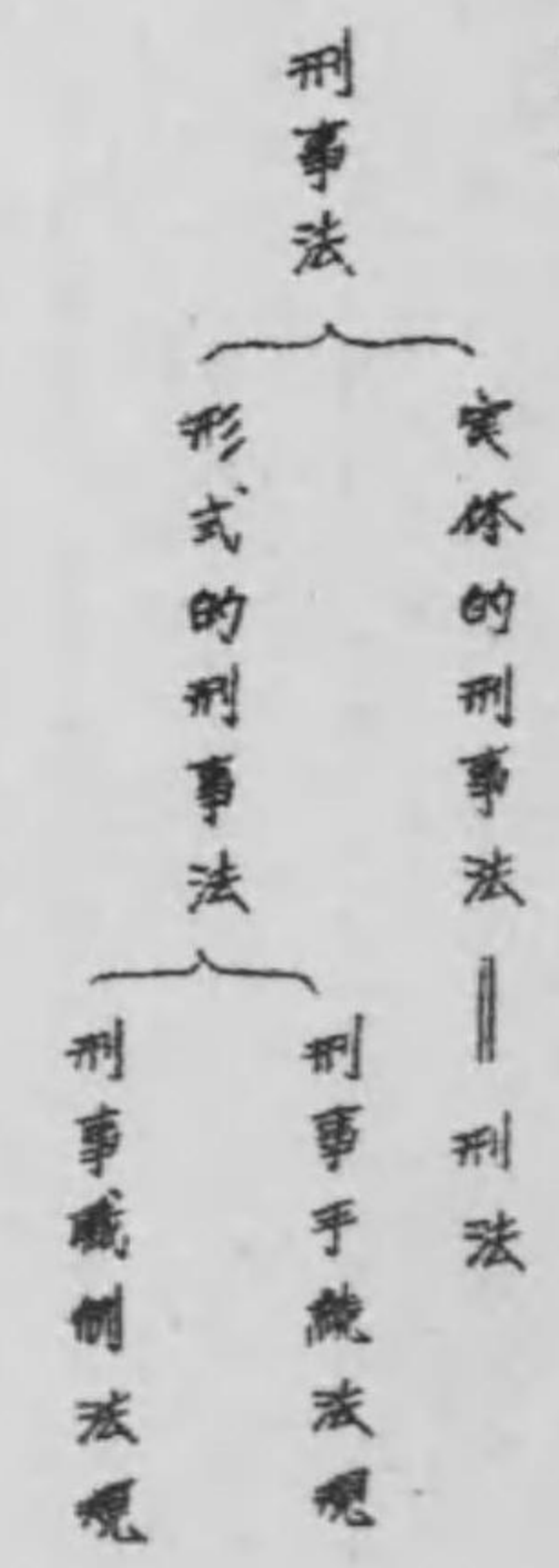
七

蓋(形式的)ニ於ケル刑法ニ外ナラス

刑法ノ意義ヲ明ニスルニハ更ニ刑事法ノ意義ヲ明ニスルヲ要ス  
抑刑法ハ形式的意義ニ於テモ實質的意義ニ於テモ所謂刑事法ト見ル  
テ所謂刑事法トハ直接間接ニ國家ノ刑罰請求權ノ實體並ニ運用ニ關スル  
法規ノ總稱ニシテ刑法ハ其中刑罰請求權ノ實體ニ關スル部分ヲ占ムルニ  
過キス 而シテ他ノ運用ニ關スル部分ノ規定トシテハ別ニ刑罰請求權  
行ノ手續並ニ其手續ヲ實際ニ執行スヘキ機關ノ組織權限ニ關スル法規  
リ 即チ刑罰ノ請求權實行ノ手續ニ關スルモノトシテハ裁判手續ニ關  
スル刑事訴訟法陸海軍治罪法其他特別裁判所ノ手續ニ關スル法令裁判  
執行ニ關スル監獄法並ニ附屬諸法令等アリ 又檢閱ノ組織權限ニ關スル  
モノトシテハ裁判所構成法 特別裁判所並ニ監獄ノ組織ニ關スル諸法令  
等アリテ此中前者ヲ刑事手續法規トモヒ後者ヲ刑事裁判法規トモフ 而  
シテ此ニ應ジテモハ決ニ警察ノ刑罰請求權ノ實體ニ關スル部分ナク單ニ  
其運用ノ形式ニ過キサルヲ以テ之レヲ樣セテ形式的刑事法トス 之レ  
ニ刑法ヲ加ヘタルモノ即チ刑事法ノ全體ナリ 而シテ其規定ニ關シテ刑罰請求權ノ實體

スル矣ヨリシテ形式的刑事法ニ對シ之レヲ實體的刑事法ト稱ス

(註)



刑法ノ意義ハ上ニ述フル所ノ如シ 之レヲ以テ等シヤ罰則ニテリ  
若シ其罰則カ刑罰ヲ定メス別種ノ罰則ハ懲戒、懲罰、科料等ヲ定ムル  
モノナルトキハ之レヲ刑法ト殊スルコト能ハサルコトヲ注意セサル可  
ス 從テ或ル罰則カ刑法ナルヤ否ヤヲ明ニスル為ニハ如何ナル罰カ刑罰  
ナリヤヲ明ニセサル可ラサルモ此向題ニ關シテハ後ニ本論ニ於テ述フル  
所アルヘシ

(註) 刑罰ハ種類限ラレ 刑罰以外ノ罰(懲戒、懲罰、科料)ハ刑法ニ  
屬セス

刑法ノ意義

第三章 刑法ノ淵源

帝國憲法第二十三條ニ曰ク日本臣民ハ法律ニ依ルニテ逮捕  
並禁、審問、處罰ヲ受クルコトナレト、又舊テ旧刑法第二條ニ曰ク法  
律ニ正條ナキモノハ何等ノ所爲トモ之レヲ罰スルコトヲ得スト現定  
シタリ、但シ旧刑法ノ此規定ハ刑法改定ノ際削除セテ現行刑法ニハ此  
種ノ規定ヲ存セスト且モ其理由ハ一徹ニ之レハ當然ノ事理ニシテ特ニ言  
フヲ俟タサルニアリト解ス、而シテ是等ノ規定ハ何レモ罪刑法定主義ノ  
<sup>(No)</sup> <sup>(substantive law)</sup> *Nulla poena sine lege* ノ理想ヲ表明シタルモノニシテ裁判官ノ專  
横ニ對シ臣民ノ權利ノ安固ヲ保障スルコトヲ以テ其本旨トスルモノナリ、  
罪刑法定主義トハ罰セラルヘキ行爲ト之レニ對スル刑罰ノ範圍トカ犯罪  
前ニ於テ刑法ニ豫定セラル、コトヲ要シ裁判官ハ此範圍ヲ超エテ犯人ヲ  
處罰スルコトヲ得ストスル原則ヲ云フ、嘗テ此思想ヲ最モ顯著ニ闡明セ  
ルモノハ佛國革命ノ際ニ於ケル人權宣言ナリトス、此宣言中ノ此要求ハ  
當時行ハレタルニ何ノ思想ノ結合ヨリ成ルモノナリ、

其一ツハ刑法ノ作用ハ威嚇ニヨル心理ヲ矯正スルニアリト解シ從テ刑  
法ハ必ス成文ノ形式ニ於テ之レヲ周知セシムルコトヲ要ストナス思想ナ  
リ、

其二ツハ *Montesquieu* ヨリ出テタル三權分立ノ思想ナリ、

然モ此ニ何ノ思想ハ根本ニ於テ相感レサル所アルニモ拘ラヌ前記ノ意  
義ニ於ケル罪刑法定ノ理想ニ於テハ互ニ矛盾スル所ナキヲ以テ善ク其宣  
言中ニ於テ融合スルコトヲ得タルモノトス、其他諸國刑法ニ於テ罪刑法  
定主義ヲ採用セルハ殆ト皆之レニ倣ヘルモノナリ、斯ク罪刑法定主義ハ  
裁判官ノ專横ニ對スル、臣民ノ權利ノ保障トシテ成立セルモノナル故此  
主意ノ下ニ於テハ裁判官ハ法ヲ離レテ裁判ヲ爲スコトヲ得サルノミナラ  
ズ法ノ解釈適用ニ就テモ自ラ論理ノ制限ヲ受テ全然自由ナルコトヲ得ナ  
ルモノトス、

以上ハ罪刑法定主義ノ本来ノ意義ナリ、此外或憲法第二十三條ハ之レ  
ニ對シ更ニ新ナル意義ヲ附シタリ、蓋シ此主義ハ右ニ述フル如ク本来唯  
成文ヲ以テ刑法ヲ定ムヘキコトヲ要求スルニ過キサルカ故ニ此意義ニ於

刑法ノ淵源

ハ刑法ヲ定ムル法規ノ種類如何ハ理論上之レヲ問フヘキニテ、然レ共ニ十三條ニ所謂法律カ憲法上ノ法律ヲ指スモノナルコトハ疑フ容レサルカ故ニ我憲法ノ下ニ於テ刑法ヲ定ムルハ必ず特ニ憲法上ノ法律即チ議會ノ協賛ヲ經テ天皇ノ裁可公布レタル成文ノ法規ヲ以テスルコトヲ要スルモノトス、之レ今日ニ於ケル罪刑法定主義ノ第一ノ意義ナリ、從テ今日勅令其他ノ命令ヲ以テ刑罰法規ヲ定ムルコトハ特別ノ場合ヲ除ク外憲法ハ原則トシテ之レヲ認メサルナリ、

上述ノ通りナルヲ以テ我憲法ノ下ニ於テハ刑罰法規ハ慣習法其モノトシテハ成立スルノ餘地ナレ、學者或ハ我憲法ノ下ニ於テモ尚慣習、條理ヲ以テ刑法ノ淵源ナリト解スル者アリ、蓋シ若シ淵源ヲ以テ刑法ノ實質ヲ組織スル原來ノ義ニ解スハシトセハ如斯見解モ亦理由ナクニ非ナレ共之レヲ刑法ノ成立ノ形式ヲ云フモノト解スルトキハ是等ノモノハ單ニ成文刑法解法ノ資料ナルニ過ヤスレバ獨立ノ淵源ニアラス、判例一説ヲモ亦同様ニ考フルコトヲ得ヘシ、

以上述フル所ニヨリ刑法ノ淵源ハ原則トシテ成文法中特ニ法律ニ依ル

モノナルコトヲ明コスルコトヲ得ナリ、然レ共實際ニ於テ法律ハ總テ帝國議會ノ協賛ヲ經ルコトヲ要スルカ故ニ若シ總對ニ此手續ニ準據ス可キモノトスルトキハ政府ハ各種法令ノ施行規則、警察犯罰令其他各種警察ノ取締罰則ニ於ケル輕微ナル犯罪ニ關スル罰則ヲ設ケスハ之レヲ政令スルニ就テモ尚一々帝國議會ノ協賛ヲ經サル可キ、是則其煩ニ堪ヘサル所ナルカ故ニ從來我國ニ於テモ慣例トシテ國法學上所謂委任命令ナレモノヲ認メ之レニ依リテ右ノ如キ煩雜ナル手續ヲ避クルヲ例トス、此外憲法上法律ト同一切カヲ有スル命令ニ所謂緊急勅令(憲法八條)アルモ之レ固ヨリ別論ナレハ故ニハ論セス、今我國ニ於ケル委任命令ノ基礎ヲ為セル法律ヲ列挙スレハ次ノ如シ

明治二十三年法律第八四号

命令ノ條項違反ニ關スル罰則ノ件

命令ノ條項ニ違反スルモノハ各々其命令ニ規定スル所ニ從ヒ二百円

以內ノ罰金若シクハ一年以內ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス、

同 大正十年法律第十三号

台湾ニ施行スヘキ法令ニ関スル法律

第一條 法律ノ全部又ハ一部ヲ台湾ニ施行スルヲ要スルモノハ勅令ヲ以テ之レヲ定ム

前項ノ場合ニ於テ官廳又ハ公署ノ職權 法律上ノ期間其他ノ事項ニ關シ台湾特殊ノ事情ニ依リ特例ヲ設ケル必要ナルモノニ就テハ勅令ヲ以テ別條ノ規定ヲナスコトヲ得

第二條 台湾ニ於テ法律ヲ要スル事項ニシテ施行スヘキ法律ナキモノ又ハ前條ノ規定ニヨリ進キモノニ關シテハ台湾特殊ノ事情ニ依リ必要ナル場合ニ依リ台湾總督ノ命令ヲ以テ之レヲ規定スルコトヲ得

(附則) 明治二十九年法律第六十五号又ハ明治三十九年法律第三十一号ニ依リ台湾總督ノ察シタル命令ニシテ本法施行ノ際(大正十年一月一日)現ニ効力ヲ有スルモノニ就テハ本令ノ中尚従前ノ例ニヨル

(三) 明治四十四年法律第三十号

朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ関スル件

第一條 朝鮮ニ於テ法律ヲ要スル事項ハ朝鮮總督ノ命令(制令)ヲ以テ之レヲ規定スルコトヲ得

委任命令ハ右ノ三種ノ法律ニ依リ一定ノ範圍ヲ依リ若クハ無制限ニ裁量事項ヲ規定スヘキ委任ヲ受ケ其委任ノ限度ニ於テ隨時適当ト認ムル所ニ從テ裁量事項ヲ規定スルモノナリ 但シ此委任命令ヲ是認スル理由ニ就テハ從來學者間ニ種々ノ見解アレ共結局法ノ解釈適用ニ特殊ノ立法的作用ヲ認ムルニ非ヤレハ到底完全ナル説明ヲナス事ヲ得スト信ス

以上三種ノ法律ノ外尙自地刑法ナルモノアリ 自地刑法トハ法律ノ委任ガ一般ニ裁量ノ條件ト範圍トヲ合セテ命令ノ規定ニ委任スルモノナルニ反シ裁量ノ條件ノミ隨時命令ヲ以テ定ムルコト、シ法律ニ於テハ只裁量ノ範圍ノミヲ限定スルモノナリ 而シテ如斯キ場合ニ依リ種ノ法律ノ委任ニシテ制令ハ刑法第九十四條ノ如ク之レナリ

國際條約カ條約トシテ公布セラルル場合ニ於テ直ニニ國內的ニ法律ニ對シテ

現トシテノ拘束カヲ生スルヤ否ヤハ其亦從來議論ノ存スル處ニシテ條約  
 ヲ以テ刑法規ヲ定ムルコトヲ得ルヤ否ヤモ亦從テ問題アリ、此莫ニ関シ  
 テハ余ハ一般ノ命題トシテ條約カ國內ニ向テ公布セラレタル場合ニ於テ  
 ハ憲法上之レヲ命令ト同視スルモ妨ケス、ト信スルカ故ニ一般ニ條約ノ條  
 項カ現行ノ法律ニ抵敵セズ又憲法上命令ヲ以テ規定シ得ヘキ事項ニ關ス  
 ル限リハ總ヘテ之レニ對シ國內的ニ法規トシテノ効力ヲ認ムヘキモノナ  
 リト解ス、然テ委任命令ノ原則ニ依リ條約ヲ以テ刑罰法規ヲ定ムルモ妨  
 ナレト臣モ處罰ノ範圍ニ關シテハ前掲明治二十五年法律第八十四号ノ精  
 神ニ基キ其所定ノ制限ヲ超ユルコトヲ得サレモノト解スルヲ正當トス  
 (註) 日清通商航海條約第六條參照 (海券ヲシテ支那内地ヲ旅行  
 スレハ三日テリルノ罰金ニ處ス)

### 第四章 刑法ノ種類

刑法ハ其觀葉表ノ異ルニ從テ之レヲ種々ニ區別スルコトヲ得、其重要

#### 第一 普通刑法ト特別刑法

ナルモノヲ示セハ左ノ如シ  
 普通刑法トハ概義ノ刑法即刑法典ヲ指シ特別刑法トハ刑法第八條ニ  
 所謂他ノ法令ヲ指ス、然テ其區別ハ單ニ形式的ノモノニシテ夫自身ト  
 レテハ理論上ノ根據アルニハアラス、但シ刑法第八條ニ依レハ總則ノ  
 總則規定ハ他ノ法令ニ特別ノ規定ナキ限り又之レニモ適用ヲモホ  
 ス  
 他ノ法令ニ特別ノ規定アレ場合ヲ奉テレハ左ノ如シ  
 (イ) 特別刑法ニ於テ別ニ一般ノ總則ノ規定ヲ設ケル場合。例ハ八朝  
 鮮刑事令、台灣刑事令ニ於ケルカ如シ  
 (ロ) 特別刑法ニ於テ刑罰總則中ノ或ル規定ニ異リタル例外規定ヲ設ケ  
 ル場合。例ハ陸海軍刑法中緊急行為ノ範圍、死刑ノ執行法等ニ關  
 シテ特別ノ規定ヲ設ケタルカ如キハ之レナリ、(陸軍刑法ニ十一條  
 乃至二十二條、海軍刑法十六條乃至十八條參照)  
 (ハ) 特別刑法ニ於テ刑罰總則中ノ或ル規定ヲ適用セザルコトヲ定ムル  
 刑法ノ種類

場合、例へハ特別刑法ニ於テ刑法中犯罪ノ不成立、刑ノ減免、併合罪、累犯等ノ規定ハ刑法施行法第二十二條(兼参照)ヲ適用セザルコトヲ定ムルカ如キ場合ニシテ主トシテ警察法規、財政法規ニ於テ見ル所ノ法令ナリ。

第二、一般刑法ト特別刑法

法規ニ一般刑法ト特別刑法トノ区別アリ。前者ハ人若クハ場所又ハ事項一則シテ其適用ノ範圍カ他ノ同種ノ法規ノ適用ノ範圍ヲ含ムモノヲ云ヒ後者ハ又對ニ其適用ノ範圍カ他ノ法規ニ依リテ含マレ、モノヲ云フ。故ニ一般刑法ト特別刑法トノ關係ハ常ニ相對的ニシテ一般刑法ニ對シテ更ニ一般刑法アリ得ヘク特別刑法ニ對シテ又特別刑法ヲ想像シ得ヘシ、刑法上ニ於テハ陸軍刑法並ニ海軍刑法中ノ其ノ規定ハ專ニ陸海軍ノ軍人ノミニ適用セラル、モノナルカ故ニ何人ヲ問ハス適用セラルヘキ刑法典ノ規定ニ對シテハ人ニ關スル特別刑法ト稱スヘク台灣又ハ朝鮮ニシテハハ、法令ノ如キハ原則トシテ全國ニ行ハルヘキ法令ニ對シテハ土地ニ關スル特別刑法ト稱スヘク又同種ノ犯罪ノ中特殊ノ事情存スル場合ニ

對シテ例外トシテ適用セラルヘキ罰條例ハ森林法中ノ窃盜、放火ニ關スル罰條ハ刑法典中ノ同種ノ行爲ニ關スル法規ニ對シテハ事項ニ關スル特別刑法ト稱スヘキナリ。而シテ此特別刑法ト一般刑法トノ關係ハ同一法規中ニモ亦存スルモノニシテ例ハ刑法中皇室ニ對スル危害罪ノ規定ハ刑法中ノ一般ノ危害罪ニ關スル規定ノ特別規定ニシテ業務上占有スル物ノ横領、業務上責任アルモノ、過失致死、致傷ノ如キ又刑法中ノ特別規定ナリ。

如斯一般刑法及特別刑法ノ區別ハ二種ノ法規間ノ關係トシテ成立スルモノナルカ故ニ或ル刑罰法規ハ一般刑法ニシテ或ル刑罰法規ハ特別法規ナリト云フオ如ク法規自体ニ付テ初メヨリ之レヲ一定スレトコトヲ得サルカ刑罰法規ノ規定ハ其以外ノ各種法令ノ罰則ニ比較スルトキハ本末人、場所、事項何レノ貞ニ付キテモ其適用ノ範圍ハ常ニ最モ廣クモノナルカ故ニ其規定ノ相交渉スル限リニ於テハ他ノ總テノ刑罰法令ニ對シテ常ニ一般刑法ト稱スルモ妨ケス。

一般刑法ト特別刑法トノ關係ニ於テハ特別刑法ハ常ニ一般刑法ニ優先



レヲ適用セラレ特別刑法ハ帯ニ一般刑法ヲ排除スレヲ以テ原則トス

### 第五章 規範ト刑法トノ關係 (刑法ノ特質)

刑法ノ特質ヲ論スルニハ法ノ一般の意義ヲ明ニセザレ可ラス、而モ法一ハ種々ノ意義アリ、故一ハ唯法律學ノ対象タル法ヲ云フ、

茲即テ法律の規範ハ通例主権者ノ命令又ハ國民ノ總テノ意思 (總意 *gesamtwille*) トシテ辨セラル、而シテ此ニ何ノ見解ハ一見相容レザレカ如シト民モ何レモ一部ノ真理ヲ有シ居リ法ノ真ノ意義ハ此ニツノモノヲ調和スルコトニ依リテ始メテ之レヲ明ニスルコトヲ得ルカ如ク即テ余ノ見解一ヲハ法ハ一ノ社会的制ノ中ニ於テ其社会ノ總意タルヘキモノトシテ要求セザレタル社会其モノ (又ハ個別的ニ見テ各個人) ノ活動ノ法則ナリ、尤ニ其裁量ヲ介説スヘシ

第一、法ハ社会共モノ (又ハ相對的ニ見テ各個人) ノ活動ノ法則ナリ、

法ハ在ルカ低ナル事實ニ向スル説明的法則ニテラスレテ或ル要求 (當為 *Sollen*) ヲ基調トスル規範的法則ナリ、法ハ通例各個人ノ行爲ノ法則トシテ考ヘラルレ共法ノ行ハル、社会ヲ一何ノ有機体トシテ見レハ社会ノモノ、活動 (生存發達ノ様式) ヲ規定スル社会ノモノノ内在的法則トシテ考フルコトヲ得、

第二、法ハ社会ノ總意ヲ基調トスル法則ナリ

法ハ或ル要求 (當為) ヲ基調トス、要求トハ意思カ意思トシテ働タコトナリ、而シテ法ノ基調トスル意思ハ特定ノ個人ノ意思ニ非スシテ社会ノ總意即テ各個人ノ意思カ相互了解ノ下ニ統一セラレタル状態トシテ、共同意思タルナリ、共同意思ハ意思ノ狀態ナルカ故ニ其態様ハ共同意思ニ因ツテ成立スル事項ノ異ルニ依ツテ一様ナラス即或ハ其之レヲ基調トスル事項カ一社会ノ存立ニ向スルカ如キ場合ニハ共同意思ノ成立ノ範圍ハ廣ク且ツ深刻ナリ、若シ其事項カ輕微ナル場合ニハ共同意思ノ成立ノ範圍ハ或ハ狭ク或ハ或ク且ツ總ニス動搖ス、而シテ規範ト刑法トノ關係

法ハ何レニスルモ此共同意思ヲ基調トシ且ツ之レニ内在シテ其活動ヲ規定スル法則ニシテ約言スレハ法ハ共同意思ノ自己規定ノ法則タルナリ、然ル限リ法ハ治メテ客観的ノ存在トシテ見ルコトヲ得、若シ然ラズンハ論理上ハ隔々内眷ヲ同シクスルコトアルモ畢竟各個人ノ主観的ナル意思活動ノ法則カ機軸的ニ並立セル状態ニ適ヤスシテ有機的全体タル社会其モノ、活動ノ法則ト見ルコトヲ得サルナリ、要スルニ法カ法トシテ具ナル当為ノ要求ハ法カ共同意思ノ法則タルコト夫自身ニ存ス、法ハ本質的ノモノニシテ外部ヨリ附加セラレタル第二次的屬性ニ非ス、

第三 法ハ總意タルヘント要求セラル、モノナリ、

法ノ理想的状態ハ一切ノ規範カ社会ノ總意タルコトナリ、ルカ如何ナル規範タルモ事實ニ於テ總意ヲ基調トスルコト能ハス、即チ如何ナル規範ニテモ事實之レヲ知ラサルモノナリ、又知リテ始メヨリ之レヲ否定スルモノナリ、但シ茲ニ否定スト云フハ遠及スルト云フコトヲ云フ

ニ非ス、其規範タルコトヲ知リテ之レヲ承認スル以上(相互了解ノ成立スル以上)之レヲ蹂躪スルモ等レテ總意ノ成立ニ参加スルモノナリ、規範ノ否定ハ規範タルコト即チ規範トシテノ價值ノ否定ナリ、此場合ノ否定ハ總意ノ成立ニ参加スルコトヲ否定スルモノナリ、又其他總意ハ總意ノ成立ニ参加シ後ニ其意思ヲ変シテ之レヲ否定スル者モアルヘシ、然レ共何レニスルモ規範カ社会其モノ、法則タルカ為メハ禁ヲ此種ノ構成原因ヲモ併セテ統一スルモノナラサル可ク、故ニ於テ社会ノ一部ノ有カナル成因若シテハ多數ノ成因ヲ包含スル特殊階級ハ其規範トシテ自ラ此種ノ人々ヲ計シテモ總意ノ参加スヘキコトヲ要求スルニ至ル、此場合ノ要求ハ單ニ各個人ニ各個人ノ規範ヲ命スルニ非スシテ規範ト併セテ其規範ニヨリテ全一休トシテ統一セラル、共同意思ノ成立其モノニ参加スヘキコト(相互了解)ヲ命スルモノナリ、何者單ニ各個人ニ各自ノ規範ヲ命スルモノニ止ルトセハ命令者ト各受命者トノ間ノ單純ナル相互關係カ受命者ノ數タケ生スルニ止マリ有機的結合体タル社会其モノ、統一的關係ヲ生スルコト無キカ故ナリ、又此要求

規範ト法トノ關係

ハ共同意思ノ否定有ニ対シテノミナラス始メヨリ共同意思ノ成立ニ参  
 如セル者ニ対シテモ中途共意思ヲ変シテ其参画ヨリ脱退セザルコト換  
 言スレハ共同意思ヲ基調トスル既存ノ規範ヲ否定セザルコトノ要求ト  
 シテ絶エス作用スルモノナリ、而シテ如斯要求ハ事實ニ於テハ社会ノ  
 中ニアル一部ノ成因ヨリ他ノ成因ニ対スルモノナルカ故ニソノ關係ノ  
 ミニ就テ見レハ部分ト部分トノ対立ニシテ社会全体トシテノ統一關係ノ  
 係ニアラス、其全一休トシテノ統一關係ハ一部カ他ノ一部ノ要求ニ服  
 シテ或ル規範ヲ兼認シ其規範ニ依リテ規定セラルヘキ共同意思ノ成立  
 ニ参加シタルトキ其規範ニ関スル限度ニ於テ始メテ生スルモノナリ、  
 従テ一部カ一部ニ対シテ為ス或ル規範カ社会ノ總意タルヘキコトノ要  
 求ハ法カ既ニ成立セル總意ヲ基調トスルコトニ因リテ夫自身ニ有スル  
 当為ノ要求トハ理論上全ク別相ノ觀念ニ屬スルモノナリ、即チ一ハ規  
 範ニ先立ツ問題ニシテ一ハ規範上ノ問題ナリ、學者中途法要求權 (Right  
 of *judging*) ナルモノヲ認ムルモノアルハ畢竟此觀念ヲ混同シタルモノナ  
 ルカ如シ、但レ右ニ述ヘタル所ハ一部カ一部ニ対シテ總意ノ参加ヲ要

求スル關係ノミヲ独立ニ見タル場合ノ断定ニシテ此關係ヲ更ニ右ノ一  
 部ト一部トノ間ニ存スル基本關係ノ有無ニ照シテ考フレトキハ此対立  
 ニ於ケル要求ハ特別ノ場合ヲ除キテハ其根底ニ於テ一ツノ基本法則ニ  
 依リテ統一セラル、全一休トシテノ活動タルヲ普通トス、換言スレハ  
 一部ノ成因ハ普通ニ總意ヲ基調トスル既存ノ基本法則ニ基キテ他ノ成  
 因ニ対シテ更ニ新ナル總意ノ成立ニ参加スヘキコトヲ要求スヘキモノナ  
 リ、例ハハ國民ノ總意ヲ基調トスル憲法ノ下ニ於テハ立法機關ノ國民  
 一般ニ対スル要求ノ關係ハ無法則ナル対立ニアラスシテ憲法ニ依リテ  
 統一セラレタルニ者全一休トシテノ當為ナリ、従テ此場合國民カ新ナ  
 ル規範ニ関レテ立法機關ノ要求ニ服スルハ實ハ共同意思ノ法則タル憲  
 法其モノ、當為ニ服レテ規範ヲ兼認スルモノナリ、只稀ナル例外トシ  
 テ社会ノ一部少数者カ政府ヲ轉變レテ國內ニ号令スルカ如キ場合ニ於  
 テハ新政府ヲ承認スルコトノ共同意思カ成立スル迄ハ新政府ノ法令ハ  
 根底ニ於テ何等基本法則ノ關係ナキ故之レヲ規範ニ先立ツ總意参加ノ  
 要求トシテ見ザル可ラス、斯ク總意参加ノ要求ハ其理論上ノ性質ハ場

規範ト則去トノ關係

合ニヨリテ異ルモ何レモスルモ以上ノ意味ニ於テ然ラズ之レヲ約言シテ  
 主権者ノ命令ト云フコトヲ切クス。此關係ハ概リ成文立法ノ場合ノミ  
 ナラス慣習法ノ場合ニ於テモ全ク同様ニシテ慣習法ニ就テモ法其モノ  
 ノ當局トシテノ外斷クトモ之レヲ否定スルコトヲ許ヤストノ意味ニ於  
 テ一部カ一部ニ對スル社会ノ總意タルヘキコトノ要求ノ存スルコトハ  
 之レヲ疑フ可ラス。斯ク見采レハ所謂命令說ハ法ノ意義ヲ定ムルニ當  
 リ事ヲ總意ヲ成立セシムル爲ノ手段ヲ見タルモノニシテ總意說ハ專ラ  
 其目的ヲ見タルモノト云フコトヲ得。而シテ法ノ真ノ意義ハ右ノ如ク  
 両說ヲ調和スルコトニ依リテ始メテ明ナルコトヲ得ハレ。  
 右ニ述フルカ如ク法ハ要求セテレタル社会ノ總意ノ法則ナリ。然レ共  
 法ニ注意ヲ要スルハ總意ノ法則タルコトノ要求ハ当然ニ總意ノ法則ナリ  
 トノ假定換言スレハ一切ノ成因ヲ觀覽ヲ承認シタリトノ假定ヲ生スルモ  
 ノニアラス。從來ノ法律學カ法ハ之レヲ知レルモノト見做スト云フヲ以  
 テ本義トナシテハ夫自身トシテハ全ク理由ナキ擬制ナリ。法ハ何人ニ  
 對シテモ之レヲ承認スヘキモノトシテ要求セラルハモノナルコトハ爭ナ

キ所ナレ共之レヲ知ラサルモノ又ハ否定スル者ニトリテハ之レヲ承認セ  
 サル限リ未ダ法ニアラス。蓋シ右ニモ述ヘタルカ如ク法ハ共同意思ノ法  
 制ナルカ故ニ何人モ其法則ヲ知ラシテ又ハ否定シテ共同意思ノ成立ニ  
 參加スルコトヲ得サルカ故ナリ。此點ノ見解ハ全ク通説ト相反スル所ナ  
 レ共余ノ見解ヲ以テセハ從來ノ法律學ニ於テ法ハ不知者ニトリテモ尚法  
 ナリトナンタルハ斯ノ如ク解スルニ非ス。ハ不知者ニ對シテハ如何ナル  
 場合ニ於テモ法ヲ適用スルコトヲ得スト誤解セルニ由ル。蓋シ法ノ不知  
 者又ハ否定者ニ對シテ法ヲ適用スルハ或ル場合ニ於テハ其欲セサル結果  
 ヲ強アルモノナルカ故ニ特別ノ事情ナキ限リ之レヲ適用セサルヲ可トス  
 ルモ然ラズ法ヲ適用シ得サルカ爲ナラス。即チ右ニモ述ヘタルカ如ク法  
 ノ不知者又ハ否定者ハ事ノ其法ニ関スル限リ共同意思ノ主体ニ屬セサル  
 カ故ニ其限リニ於テハ兩者ノ對立ハ事實關係ニシテ法律關係ニ非ス。從  
 テ如斯キ場合ニ於テハ共同意思ノ主体ノ立場ヨリ云ハハ法ノ不知者又ハ否  
 定者ヲ如何ニ取扱フヘキカハ全ク其自由ナレ政策問題ニ屬シ共同體ハ是  
 等ノモノニ對シテハ其適當ト認ムル所ニ從テ隨意ノ処置ヲ講スルコトヲ

得。然レ共只事實ニ於テハ一方ニ共同體又ハ其成員ノ利益ヲ顧ミスシテ法ノ不知者又ハ否定者ヲ利スルコト能ハサルト他方ニハ其等ノモカ共同體ニ屬セサル故ヲ以テ之レニ過當ノ負担ヲ課スルノ理由ナキニモリ不理論ニ於テモ共同體ハ共同體以外ノモノニ對スル場合ニ於テモ共同體其モノトシテハ常ニ自己ノ法則ニ從ハサル可ラカ故ニ法ノ不知者又ハ否定者ノ共同體目ラ是等ノ場合ニ於ケル自己ノ活動ニ関シ特別ノ規範ヲ設ケサル限リ結局其知ラサル又ハ否定シタル法ノ適用ヲ受ケルモノトス。如斯場合ニ客觀的ニ見レハ法ハ共同體ニ取リテノミ法ニシテ不知者又ハ否定者ニ取リテハ法ニアラス。其行為ノ適法、不法モ共同體ニ取リテノ問題ニシテ不知者又ハ否定者ニ取リテノ問題ニ非ス。但シ右ニ述ブレ所ハ單ニ一般ノ觀察ニシテ此觀察ハ法ノ否定者ニ付テハ常ニ如何ナル場合ニモ適用アレ共法ノ不知者ニ付テハ共同體トノ間ニハ其根柢ニ於テ通例特別ノ基本關係アルカ故ニ多ク特別ノ觀察ヲ下ス必要アルコトヲ注意セサル可ラス。即チ法ノ不知者ハ其知ラサル法ニ付テハ共同體ニ參加セサルノ故ヲ以テ共同體ニ屬セスト莫ク其他ニ社會一般ノ成員ハ法ヲ

知ラサルモ尚其適用ヲ受クトノ莫ニ於テ共同意思<sup>新</sup>參加セレ以上ハ法ノ不知者ニ對スル法ノ適用ハ此莫ニ於テ兩者ヲ統一セル一體の行動ナリ。又法ハ一般ニ之レヲ知ルコトヲ要ストモ其莫ニ於テ共同意思ノ成立ニ參加セル以上ハ法ヲ知ラサルモノ、反則的の行為ハ其基本關係ニ於ケル統一的法則ノ違背ノ莫ニ於テ違法トシテ評價セラレサル可ラス。斯ク見レハ是等ノ場合ノ法モ亦相方ニ取リテ法ナリ。

以上述ヘタル所ハ法律學ノ對象タル法ノ意義ナリ。此外法ハ自然法的ニモ考フルヲ得ヘテ又要求ヲ離レタル純粹ナル社會的規範トシテモ考フルコトヲ得ヘシ。而シテ如斯ク立場ヨリ見タル法ノ意義並ニ是等ノ特殊ノ法ト法律學ノ對象タル法トノ關係ノ如ク又研究ノ好題目タルヲ失ハサルモ固ヨリ述フル限リニアラス。以上述フルカ如クナルヲ以テ法ハ共同意思ノ成立スル限リニ於テ共同意思ノ自己規定ノ法則ナリ、各人ノ行為カ此法則ニ適合シタル社會狀態ハ其適合シタル程度ニ於テ之レヲ法律秩序トス。故ニ法律秩序ハ法則カ共同意思ノ活動ニヨリテ實現セラレタル狀態又ハ道ニ共同意思ノ活動カ法則ニ從テ實現シタル狀態トモ見ルコ

トヲ得、即チ法ハ共同意思ノ法則ヲ抽象シタル觀念ニシテ法律秩序ハ其  
 本観的ニ顯現シタル状態ニ外ナラス。又共同意思其ノ、活動ヲ個別的  
 ニ各人ニ就テ見ル時ハ之レヲ權利ヘ反面ヨリ見レハ義務ト云フ。従テ  
 法ニ權利モ共ニ主観的ナル当為ニシテ通常權利ニ對シテ法即チ規範ヲ本  
 観的ノモノト為スハ實ハ個別的ニ對スル一統的又ハ包括的ノ義ナリ。若  
 シ強ヒテ本観的ト云フヘクンハ規範ノ實現タル法律秩序ノ義ニ於テ及フ  
 ヘモノミ。右ノ關係ヨリ云ヘハ法律秩序ハ又權利カ規範ニ從テ實現シタ  
 ル状態又規範カ權利ニ依リテ實現セラレタル状態トモ見ルコトヲ得  
 規範ハ共同意思ノ當為ナルカ故ニ其形式ハ各個人ニ對スル命令又ハ禁  
 令トシテ現ハル。命令・禁令ナル言葉ハ通常ノ用法ニ從ヘテ受命者ノ反  
 対意思ヲ抑壓シテ一定ノ態ヲ取ラシムルコトノ意思表示ヲ意味スルニ故  
 ニハ只當為ノ形式ヲ表ハス為メ此言葉ヲカリ此意味ニ於テ當為ハ各個人  
 ノ欲スルコトヲモ亦命スルコトアリ。學者往往々此意義ヲ解セズ規範カ命  
 令兼令ノミヲ足ムルモノトセハ規範ハ常ニ義務ノミヲ命スルコトナリ  
 權利者ニ對シテハ何等ノ作用ヲモ生セサルニ至ルヘント論スルカ如クハ

文字ニ因ハレタル非難ニシテ固ヨリ當ラス。今形式ヲ離レテ規範ヲ當為  
 トシテ見レハ當為ハ同一事項ニ関シテ同時ニ權利ト義務トヲ命スルモノ  
 ナリ。即チ當為トシテ或ル事ヲ為シ得ルコトハ同時ニ其事ヲ為スコトヲ  
 要スルコトナリ。又當為トシテ或ル事ヲ為スコトヲ要スルハ其事ヲ為シ  
 得ルコトナリ。之レヲ權利ト見義務ト見ルハ只各個人ノ場合ニ於テ實際生  
 起上何レヲ並ク見ル必要アリヤニ依リテ分ル。ニ過ヤス。本質的ニ云ヘ  
 ハ權利ナラザル義務ナラザル權利ナシ。所謂權利義務ノ對立的  
 相關關係ハ權利者及義務者ノ二人格ノ對立ニテスレバ同一人格ニ於テ  
 ル當為ノニ方面ナリ。例ヘハ債權者ハ債務者ニ對シテ履行ヲ申請シ得ル  
 ト同時ニ其債權ヲ放棄セザル限り履行ヲ請求スルコトヘ實質的ニ云ヘハ  
 履行ヲ受クルコトヲ要スルナリ。又債務者ハ債務ヲ履行スルコトヲ要  
 スト同時ニ履行ヲ為スコトヘ實質的ニ云ヘハ對テ方テ履行ヲ受ケル  
 ハルコトヲ得ルナリ。如斯解レバ規範ハ密メテ社会其モノ、法則ナル  
 コトヲ明カニスルコトヲ得ルモノニシテ干渉上之レヲ強制シ得ルト否ト  
 ハ問題ニ非ス。但シ此点ニ付注意ヲ要スルハ規範ノ命令ハ常ニ斷言的ニ

規範ト刑法トノ關係

非スレテ或ハ假言的ナル場合アルコト之レナリ、  
 若シ欲スルナラハ然  
 ラスヘシト云フ場合ハ即チ是ナリ、此場合ノ規範ノ内容ハ当為ナレ共  
 學看往々多ク欲スルナラハトノ假言ノミニ重キヲ置キ之レヲ法律上欲ス  
 ルコトヲ得ル場合ト解シテ規範ハ命令ノ外或ル場合ニハ許容ヲ内容トス  
 トナシ欲シ得ルカヲ權ガト名付ク、然レ共之レ全ク觀察ノ中心ヲ誤リ  
 モノニテ規範カ當為ナル限リ假言的命令ニ於テモ當為ノ本質ハ然クニス  
 ヘシノ長ニ存セザレ可ク、只此場合ニハ各個人ハ欲セザルナラハ其當  
 為ヨリ免レ得ルノミ、例ハ債權者ハ其債權ノ放棄スハ支拂ノ猶豫等ニ  
 依リテ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ要スルコトヨリ念然又ハ一時免ル  
 コトヲ得ルカ如シ、是私法上ノ所謂權利者ニ對スル行為ニ運則假言的命  
 令ナルニ由ルモノトス、又之官公吏ノ職權感勞ニ關スル當為ノ如キハ起  
 條件ナル斷言的命令ニシテ官公吏ガ其地位ニ在ル限リ其意思ニ依リテ當  
 意ヲ免ル、コトヲ得ス

如斯當為トシテ見レハ權利ハ同時ニ義務ニシテ義務ハ同時ニ權利ナリ  
 此權利義務ハ其事項ノ種類性質ニ從ヒ或ハ單独ニ一人格上ニ成立スルコ

トアリ、例ハハ物ノ所有者ノ如シ、或ハ二人格上ノ間ニ成立スルコト  
 リ、例ハ債權債務ノ關係ノ如シ、彼ノ場合ニ於テモ前述ノ如ク當為ハ  
 同一人格ニ對シテ權利義務トシテ作用スルモノナレ共其内容ニ於テハ相  
 互ニ一方ノ權利ハ他方ノ義務ト相對應スルカ故ニ一人格間ニ於テハ何  
 ノ平行セル對應關係ヲ生ス、此關係ヲ最モ普通ノ意味ニ於テ權利義務ノ  
 關係ト云フ、而シテ此ニ個ノ關係ノ間ニハ其法律關係トシテノ本質ニハ  
 差別ナクモ實際生活上殊ニ經濟上ノ價值ニ於テ著シク差別アルカ為メニ  
 其價值ノ著シキモノ、ミ重要視セラレ然テヤレモノハ殆ト然視セラレ、  
 債權債務ノ關係ニ於テ所謂債權債務ノミカ重要視セラレ反對ニ受領ヲ受  
 クル義務又ハ受領セシムル權利カ比較的輕視セラレ、ハ之レカ為ナリ、  
 但シ余ハ此重要ナラサル關係ヲ輕視スルコトヲ誤リトスフニ非ス、實  
 際生活ニ於テモ法律學上ノ取扱ニ於テモ重要ナラサル關係カ輕視セラレ  
 レハ當然ニシテ此規範ニ於テモ一般ニ權利ノ方面ノミカ重要ナル場合ニ  
 ハ單ニ之レヲ權利トシテ、義務ノ方面ノミカ重要ナル場合ニハ單ニ之レ  
 ヲ義務ト稱スルハ云フヲ俟タス、然レ共嚴格ナル法律理的思索ヲ試ミル場

規範ト司法トノ關係

合ニ於テハ權利義務ノ關係ハ常ニ之レヲ背脱ノ如ク理解セザレ可ラス、  
要スルニ權利ト義務トハ總對ニ相刺ス、之レ皆為トシテ權利カ同時ニ義  
務ナリトノ意義ニ於テナリ、而シテ權利ト義務トハ必ズシテ相對應セズ  
之レ權利者ト義務者トハ必ズシテ相對立セズトノ意義ニ於テナリ、學者  
往々權利ヲ分テ對世權及對人權ト為スル單義權利義務ノ相問關係ト權  
利者義務者ノ對立關係ヲ混同シタルニ由ル、

規範カ法律上ノ行為トシテ作用スル結果ハ直接間接ニ各個人ノ生活條  
件(利益)ノ保護ニ歸着ス、此保護セザレタル利益ヲ法益ト云フ、然テ  
權利ノ作用モ亦法益ヲ目的トス、而レテ權利ノ主体ト法益ノ主体即法益  
ノ享受者トハ同一人格ナルヲ通例トスルモ或ル場合ニハ權利ハ他人ノ利  
益ヲ目的トスル場合ナリ、前述ノ例ニ於テ他人ニ對スル債權ノ如キハ之  
レヲ當為タル權利トシテ見レハ他人ノ利益ヲ目的トスルモノナリ、又親  
権者ノ其子ニ對スル保護監督ノ如キハ之レヲ實際ニ照セハ寧ろ義務者タル  
法令ヲ重要視スルヲ相當トスルモ當為タル親權トシテ見レハ之レ亦子ノ  
利益ヲ目的トスルモノナリ、代理人ノ代理權ノ如キハ自己ノ利益ニモ非

ス又對手方ノ利益ニモ非ス主トシテ第三者タル本人ノ利益ヲ目的トスル  
モノナリ、斯ク一切ノ規範ハ蓋シテ法益保護ノ目的ヲ有ス、蓋シテ規範ハ  
之レヲ法益ニ對スル關係ヨリ見ルトキハ自ラニ體ニ分ル、

一ハ通常云フ一般規範即チ保護ノ規範トシテ他ノ規範ニ關係ナク獨立  
ノ當為トシテ第一次ニ法益ヲ保護ス、然レ此種ノ當為カ違由セラル、狀  
態ハ各人ノ法益カ之レニ依リテ違由ニ保護セラル、狀態ニシテ之レニ對  
スル違反アレハ常ニ何等カノ法益侵害ヲ伴フモノナリ、而シテ法ハ保護  
兼セントスル法益ノ種類、如何ニ拘ラス苟モ各人ニ對スル獨立ノ當為ト  
シテ作用スル限リ總テ此種ノ規範ニ屬ス、

其ニハ一般規範ノ違反セラルレトコトヲ條件トシテ之レニ對シ各々一定  
ノ効果ヲ與フヘキコトヲ定ム、之レヲ一般規範ニ對シテ特別制裁法ト云  
フ、蓋シテ此種ノモノハ今日ノ立法ノ精神ヨリ云ハハ其附屬スル効果ニ伴  
フ警告又ハ威嚇ニ於テ間接ニ一般規範ノ効力ヲ補充シ其當為ヲ一層有効  
ナラシムル作用ヲ有スルカ故ナリ、而レテ制裁ハ今日此制裁法中ノ最も  
有力ナルモノナリ、



制裁法モ其法タル以上又一ツノ規範ナリ。學者或ハ此種ノモノ、規範  
 的性質ヲ否認スルモ制裁法ハ規範トシテハ一般規範ノ違反ヲ理由トシテ  
 制裁者並被制裁者ニ對シテ其他在ニ伴フ者爲ニ基ク權利義務ヲ定ム。  
 故ニ之レヲ以テ特殊ノ規範ト云フハ可ナレ共全ク規範ニ非ストスルハ否  
 ナリ。加之此肉條ニ於テモ本條主ニ保護セラル、法益無キニ非ス。例ヘ  
 ハ私法ニ於テハ私法行為ヲ理由トスル損害賠償、刑法ニ於テハ謀刑ニ依  
 ル犯人ノ爲ニスル犯人改善ノ如キ之レナリ。而シテ刑法ハ今後漸時其威  
 嚇ノ意味ヲ喪失スルニ從ヒ遂ニハ一般規範ト其性質ヲ同フスルニ至ルヘ  
 ク其場合ニ於テハ只一般規範ノ違反ヲ理由トシテ始メテ適用セラル、莫  
 ニ於テ差別ヲ存スルニ過ギサルナリ。

尚一般規範ニ就テ一言スヘキハ規範ハ或ハ法文ヲ以テ正面ヨリ表示セ  
 ラル、場合アリ、例ハハ法文ニ可然マスヘシロ、然入可ラスト云フ場  
 合ノ如シ、或ハ明文ノ規定ナラズ大レニ判釋スル能ノ法文ノ規定ヨリ推  
 シテ間接ニ之レヲ認知シ得ルニ過ギサル場合アリ、蓋シ法トハ法文ヲ云  
 フニ非ス、法文ハ法ヲ表ハス爲ノ記号ニシテ法ハ法文アル場合ニハ法文  
 ニ依リテ表ハサル、社会ノ總意ナリ。彼テ法文ニ依テ認知シ得ル以上其直  
 接タルト間接タルトニ拘ラス共ニ所謂規範ナリ。如斯見ル時ハ各種ノ罰  
 則ハ直接ニハ總テ制裁ノミテ規定スルカ故ニ一般規範ハ偶々明文ヲ以テ  
 表明セラル、モノ、外ハ是等ノ罰則又ハ其他ノ法文ノ規定若クハ慣習等  
 ヲ通シテ間接ニ認知シ得ルニ過ギサルコトヲ知ルヘシ。

### 第六章 刑法ノ解釋

凡ソ法ノ解釋トハ法ヲ解釋スル義ニ非スレテ法文其他ノ材料(慣習、條  
 令等)ヲ解釋シテ法ヲ察見スルコトヲ云フ、蓋シ法治國ニ於テハ法ハ原  
 則トシテ法文ニ依テホサルレ共限アル人習ヲ以テ到底法ノ通用ヲ受テハ  
 キ凡ユル場合ヲ豫想スルコト難ク又豫想シ得テイトスルモ法文ハ到底精  
 密ニ各場合ニ適當ナル當爲其モノヲ表ハスコトヲ得ヘキモノニ非ス、又  
 或ハ當爲ノ内容カ始メヨリ確定セズシテ各場合ニ於ケル法ノ適用カ支那  
 借級ノ見解又ハ一般社会ノ通念ニ委ネラル、コトアリ、又當爲カ始メヨ

リ確定シ且ツ明白ニ表示サレタリトスルモ立法当初ノ目的ヲ社会状態ノ  
変遷ニ従テ其價值ヲ失<sup>ス</sup>其主旨ヲ変スルコトアリ。如斯キ場合ニ於テハ  
事情ノ許ス限リ立法手續ニ依リテ法律改正ノ方法ヲ採ルコトヲ當然トス  
レ共斯ル手續ヲ採ルコトハ實際上程々ノ關係ニ於テ不能ナルコト少カテ  
ス。

以上各個ノ場合ニ於テ何ク法ナリヤ決定スルハ時勢ノ要求スル所ナル  
目的ニ従テ新ナル當為ヲ定ムル作用ハ即チ法ノ解釈ニシテ其実体ハ法ノ  
創造ニ外ナラス。従テ法ノ解釈ハ法ノ補充若シテハ法ノ改正ニシテ立法  
ト其性質効用ヲ同クシ以テ形式ヲ異ニスルニ過キス。而シテ法ノ解釈ノ新  
ル作用ハ或レ程度迄ハ法自身ノ豫想シテ承認スル所ニシテ其程度如何ハ單  
寛事實問題ニ属ス。以上ハ法ノ解釈ニ関スル比較的新テシキ見解ナリ。  
而シテ刑法ノ解釈モ亦此法ノ宗旨ヲ目的トスル一作用ニ外ナラザルヲ以  
テ従来法ノ解釈ニ関シテ許サレタル一般原則ハ當然又之レニモ適用セラ  
レサル可ラス。所謂文理解釈、論理解釈、反対解釈、歴史的解釈、比較  
法律的解釈等何レモ皆可ナラザレハナシ。

刑法ノ解釈ニ関シテ従来學者間ニ向願トナレルモノハ所謂類推ヲ許ス  
ヤ否ヤ之レナリ。類推トハ或一ツノ法文カ直接ニ表示スル主旨ニ基キ更  
ニ一層一般のナル法則ヲ制定シ之レヲ各個ノ場合ニ適用セントスル方法  
ヲ云フ。然レ共余ハ類推ヲ以テ解釈方法ノ一種ト見ルカ故ニ類推ノ當否  
ハ一般ニ類推夫レ自身ニ存スル價值ノ問題ニ非スレテ類推カ各個ノ場合  
ニ於テ法ヲ発見スルノ手段トシテ當ヲ得タルヤ否ヤニ依テ定マルモノト  
云ハヤル可ラス。

### 第七章 刑法ノ効力

刑法ノ効カトハ刑法ヲ法律トシテ如何ナル事實ニ適用セラル、カノ内  
源ニ於ケル實質ヲ云フ。換言スレハ刑法上ノ要件ヲ充實スル一定ノ事實  
カ發生シタル場合ニ刑法カ之レニ對シ其豫定セル一定ノ刑罰ノ効果ヲ連  
結スルコトヲ得ル、カナリ。刑法ノカハ之レヲ場所、人並ニ時ニ関スル  
三方面ヨリ觀察スルコトヲ得

刑法ノ効力

第一節 場所ニ関スル効力

刑法ノ場所ニ関スル効力トハ刑法ハ犯罪ヲ如何ナル場所ニ行ハレタシ  
場合ニ適用スルコトヲ得ルカノ効力ノ義ナリ、換言スレハ刑法ハ如何ナ  
ル場所ニ施行<sup>施行</sup>エラルヘキカノ範圍ノ問題ナリ、此處ニ関シテハ今日ノ通  
說ハ刑法ノ場所的効力ノ問題ト施行範圍ノ問題トヲ區別シ其理由ヲレテ  
左ノ如ク説明スルヲ通說トス、

曰ク「<sup>一</sup>國ノ法律ハ國家主權ノ制定スルモノナルガ故ニ法律ノ施行範圍  
ハ主權其モノ、効力ノ範圍外ニ及ツルコトヲ得ス、而モ國家主權ハ條約  
戰爭其他ノ事由ニ依リテ特ニ其効力ノ擴張セラル、場合ノ外ハ常ニ自國  
領域内ニ於テノミ作用スルニ止リ領域以外ニ於テハ如何ナル事物ニ對シ  
テモ全ク効力ヲ有セス、故ニ我刑法第一條乃至第四條ハ帝國外ニ於テ犯  
サレタル或種ノ罪ヲ罰スヘキコトヲ規定スレモ之レカ屬メニ刑法ハ國外  
ニ施行セラル、ニ非スシテ只國外犯罪ヲ國內犯罪ト同様ニ見做シ我刑法  
ニ依リテ之レヲ罰スヘキコトヲ規定セルニ過キスト、

然レ共主權ニ依ル強制ハ法ノ要素ニ非ス、徒テ強制ノ及ハサルコトヲ  
理由トシテ國外ニ何等ノ規範ヲモ施行セラレサルコトヲ主張スルハ誤ナ  
リ、又處罰ハ總テ規範ノ違反ニ伴フ處分ナリ、徒テ國外ニハ全ク如何ナ  
ル規範モ施行セラレサルモノトセハ國外ニ於テ為サレタル行為ヲ處罰ス  
ルハ全ク處罰ノ根據ヲ欠ク、故ニ若シ或レ規範ニシテ既ニ國外ニ施行セ  
ラル、トセンカ其制裁法タル刑法モ之レニ伴ヒテ國外ニ施行セラルヘキ  
ハ言フ俟タズ、要スルニ通說ノ論者ハ國外ニ法律即チ強制ノ方法ニ依リ  
法ヲ適用スル國權ノ行ハレサルコト、故英モノカ施行セラレサルコト、  
ヲ疑問スルモノト云ハサル可ラス、  
刑法ノ場所的効力ニ付テハ從來學說立法令ニ於テ種々ノ主義アリ、即  
チ左ノ如シ、

第一 屬人主義

屬人主義ハ國家主權ノ作用ハ自國臣民ニ對シテノミ効力ヲ有スト  
ノ思想ニ基クモノニシテ此主義ニ依レハ刑法ハ苟モ犯罪者カ自國臣民  
ナラバ其効力

ナレ限リ犯罪地ノ何處ナルニ拘ラス處ヲ適用アリ、但シ此主義ハ古クヨリ主張セラレタルモノナルニモ拘ラス處ニ突齋ニ行ハル、ニ至ラス (Fœderback)

第二、屬地主義

屬地主義ハ國家主權ハ自國領域内ニ於テノミ効カテ有シ國外ニ及ハサレ共國內ニ於テハ常ニ絶対ノ権カトシテ作用ス、トノ見解ニ基クモノニシテ諒刑ニ商レテモ國家ハ法益保護ノ必要上何人ノ所為タルニ拘ラス一切ノ國內犯罪ヲ處罰スルコトヲ得ルニ常ニ之ヲ以テ其限度ト為サ、ル可ラスト説ク、從テ此主義ニ依テハ刑法ハ場所ニ因スル効カトシテハ尺何人ヲ問ハス自國領域内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ限リ適用スルコトヲ得ルニ止ル、我旧刑法ハ此主義ニ從ヘルモノナリ

第三、保護主義

保護主義トハ國內犯罪ヲ處罰スル以外ニ於テハ其處罰ノ範圍ヲ只國

外犯罪ノ中自國有犯又ハ自國臣民ノ法益ヲ害スル種類ノ犯罪ノミニ止メントスルモノヲ云フ、蓋シ屬地主義ハ其原則ノ簡明ナルコト及一切ノ犯罪ヲ常ニ犯罪地ニ於テ審判スルコトヲ得ルヲ以テ長所トス、然レ共此主義ヲ以テ満足スルカ為ニハ如何ノ前提ヲ必要トス、

其一ハ各國互ニ屬地主義ヲ認メ必要ノ程度ヲ超エテ國外犯罪ヲ罰シスハ必要アルニ拘ラス國內犯罪ヲ罰セサルカ如キコトナキコト

其二ハ各國互ニ自國ノ利益ヲ害スル國外犯罪ニ對シ犯罪地タル外國ノ法律ニ於テ有効ナル制裁手段ヲ規定セルコトニ被害シ得ル保障アルコト之レナリ

然レ共如斯キハ事實ニ於テ到底望ム可クサレハ言フ候ラス、是今日諸國刑法ニ於テ漸次屬地主義ノ觀ミヲ示サルニ至リント同時ニ保護主義ノ採用セラル、ニ至レル所以ナリ (Binding)

第四、世界主義

世界主義ハ人ト場所トノ如何ニ不拘一切ノ犯罪ヲ自國刑法ニ依リ處

罰スルニ在リ

罰セントスル主義ナリ。此主義ノ根本意思ハ現成ノ文化國ハ何レモ國際法團體ノ代表者トシテ吾界中如何ナル場所ニ行ハレタル犯罪ニテモ懲テ之レヲ受罰シ去界の刑政(刑事政策)ノ目的ニ副ハントコトヲ努メサル可ラスト云フニナリ (Stalshamer)

第五 株表主義

株表主義ハ以上數個ノ主義ヲ内容トシ之レヲ按認シテ當該國家ノ實際ノ事情ニ適切ナラシメトコトヲ期スレモノナリ。而シテ其株表ノ方法トシテハ一統ニ屬地主義ヲ基礎トシ之レニ從トシテ總ノ主義ヲ加味スルヲ創トス。蓋シ屬地主義ノ主張ニ於ケル積極的意義ハ到底之レヲ無視スルコトヲ得ナレバ故ナリ。而シテ現行刑法ノ執ル所ノ主義モ亦一ノ株表主義ニシテ等シク屬地主義ヲ以テ大體ノ根柢ト為ス。之レニ然分ノ屬人主義ト保護主義トヲ配シタルモノナリ

現行法ニ於ケル刑法ノ場所的効力ノ原則ヲ述フレハ左ノ如シ

第一 原則

刑法第一條第一項ニハ日本法ハ何人ヲ問ハス帝國內ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用スルト規定ス。蓋シ本法ト稱スルハ刑法自體ヲ指スモノナレ共同法第八條ニハ總テ刑法總則ノ規定ハ特別ノ規定ヲナズ限リ他ノ刑罰法令ニモ適用セラルヘキコトヲ規定スルカ故ニ刑法第一條第一項ノ規定モ亦他ノ刑罰法令ニ於テ適用アリ。然テ刑法ノミナラス其他一切ノ刑罰法令ハ性質上一地方ニミテ施行セラルヘキモノヲ除キ其他ハ總テ帝國ノ全範圍内ニ於テ行ハレタル總テノ犯罪ヲ支配スルモノトス。即チ刑法第一條第一項ハ刑法ノ場所的効力ニ關シテ我刑法ノ原則ヲ為ス屬地主義ノ觀念ヲ闡明シタルモノナリ。今屬地主義ノ行ハルレ範圍ヲ分説スレハ左ノ如シ

イ) 帝國ノ領土及領水

此類ニ付テハ例外アリ。即チ大正十年法律第三号、明治四十年法律第一十五号、同四十四年法律第三十号ニ依レハ台湾、樺太、朝鮮

場所ニ關スル効力

一於テハ別ニ勅令ヲ以テ是等ノ場所ニ對シ施行ヲ命スル迄ハ刑法及  
 其他ノ刑ヲ定ムル法律ハ該テ實際ノ効力ヲ有セス、但刑法ハ勅令ヲ  
 以テ明治四十一年十月一日ヨリ内地ニ同時ニ施行セラルレ台湾  
 及朝鮮ニ於テハ台湾總督ノ律令(明治四十一年律令第九号台湾刑事  
 令ト称ス)並ニ朝鮮總督ノ勅令(明治四十五年勅令第十一号朝鮮刑  
 事令ト称ス)ニ依リ各々刑法ニ從テ旨ヲ定メ居レ共之レ律令又ハ制  
 令ノ効力ト見ルヘキモノニシテ刑法其モノク施行セラル、一非ス

(二) 帝國ノ租借地並ニ其領水

帝國ノ租借地ハ條約ニ依リ一定ノ範圍内ニ於テ我國ノ主權ヲ行フ  
 所ナレ共本來他國ノ領土也、故ニ刑法其他ノ刑罰法令ハ当然ニ  
 ハ該地域内ニ行ハル、モノニ非ス、然レ共帝國ハ條約上ノ權利トシ  
 テ該地域内ニ自國ノ法令ヲ施行シ且ツ該條約ヲ行フ事ヲ得ルヨリシテ  
 該地域ハ畢竟刑法ニ云フ所ノ意義ニ於テ帝國内ニ相當レ屬地主義ノ  
 適用ヲ受テハ其範圍ニ屬ス、但實際ニ於テハ帝國ノ租借地タル南東  
 州ニ於テハ今日刑法其モノヲ施行セズレテ別ニ明治四十一年勅令ニ

六ニ于テ南東州裁判事務取扱令ヲ實施シ該勅令ニ於テ刑法ノ規定ニ依  
 ルヘキコトヲ定ム

(三) 領事裁判管轄區域(支那シヤム)

領事裁判管轄區域ハ條約ニ依リ帝國臣民ニ對スル關係ニ於テ(性  
 質上我領域内ニミ行ハルヘキ法令ヲ除キ)我國ノ刑罰法令ト法權  
 ノ行ハル、地域ナリ、故ニ之レ亦刑法上國外ト見做サス、從テ領事  
 ノ裁判ヲ受ケタル被告人ハ再ヒ同一事實ニ付テ内地ニ於テ裁判ヲ受  
 タルコトナレ、但右ニ云フ所ハ單ニ帝國臣民ニ對スル關係ニ過キ  
 サルク故ニ帝國臣民以外ノ者ノ行為ハ固ヨリ刑法上國外犯罪タルヲ  
 欠ハス、從テ領事裁判管轄區域ニ屬スル主義ハ屬人酌屬地主義トモ  
 稱スヘキモノナリ

(四) 帝國ノ軍艦及船舶内

軍艦ハ國際法上所屬國ノ主權ヲ行及スル機關トシテ在海上何レノ  
 場所ニ於テモ外國主權ノ支配ヲ受タルコトナレ、從テ帝國軍艦内ノ  
 犯罪ハ帝國領域内ノ犯罪ト等シク我國ノ刑罰法令ニ依テ所斷セラル  
 島嶼ニ屬スル故カ

又之帝國所屬ノ船舶(官有、公有、モノヲ含ム)ハ帝國ノ領海内ニ  
 アル間ハ當然我國ノ法令ニ服スヘキモ一旦公海ニ出ツルカスハ外國  
 領水内ニ入レハ當然ナル屬地主義ニ依レハ艦ニ我刑法ノ施行權國水  
 一在レカ故ニ朕々帝國船舶内ニ犯罪アルモ当然ニハ之レニ對シテ刑  
 法其他ノ法令ヲ適用スルコトヲ得ナルナリ、刑法第一條第二項ニ帝  
 國船舶内ノ犯罪ニ對シテハ船舶ヲ國外ニ在ル場合ト雖モ尚刑法ヲ適  
 用スヘシトシタルハ此不戻ヲ除クナカニ在リ、要スルニ帝國艦船内  
 ノ犯罪ハ之レヲ繼續其モノ、所在ニ就テ云フ時ハ前法其他ノ法令ノ  
 適用ニ有キ莫ク屬地的制限ヲ受クルコトナラレ共繼續船内ノ区域ヲ以  
 テ一ノ考動的ノ場所トシテ觀察スル時ハ右ノ原則ハ屬地主義ノ擴張  
 ト見ルコトヲ得ヘシ

(五) 帝國艦隊ノ占領スル土地並帝國陸軍部隊若クハ海軍官衙團體所在  
 地(陸軍第四條第五條海軍第四條第五條)

第二 補則

(一) 保護主義

刑法第二條ハ同條所掲ノ犯罪ニ付テハ何人ヲ問ハス帝國外ニ於テ  
 罪ヲ犯シタルモノヲ處罰スヘキコトヲ規定ス、而シテ此種ノ犯罪ハ  
 何レモ帝國ノ安寧秩序ヲ害スルコト大ナルヲ以テ之レヲ處罰スルハ  
 即テ帝國ノ公安ヲ維持スル所以ニ對テ同條ハ所謂保護主義ニ則テ規  
 定セテシタルナリ、第三條第二項ノ規定ハ外國人カ帝國外ニ於テ帝  
 國臣民ニ對シテ犯シタル罪ヲ處罰スルモノナルカ故ニ是亦保護主義  
 ノ規定ナリ

(二) 屬人主義

第三條一項ハ帝國外ニ於ケル帝國臣民ノ犯罪ヲ知罰スル規定ニシ  
 テ屬人主義ノ規定ナリ、蓋シ同條所掲ノ犯罪ハ何レモ又規範性ノ著  
 ルシキモノナル故に令其犯罪カ國外ニ於テ行ハレタル場合ニテ帝  
 國ハ尚自國臣民ニ對スル刑法ノ處置トシテ之レヲ不問ニ付スルコト  
 ヲ得ナルニ依ル、第四條ハ帝國公務員カ帝國外ニ於テ特ニ公務ニ関  
 シテ犯シタル罪ヲ罰スル規定ニシテ是亦屬人主義ノ規定トス、

場前ニ関スル效力

刑法ノ場所的効力ノ原則ハ大要右ノ如シ。之レニ依リテ見レハ所謂刑法ノ場所的効力ハ刑法ノ規定全体ニ亘リテ一律ニ論スヘキモノニ非ヌシテ法律ノ規定如何ニ依リ各法律ノ間天々其効力ニ差別アルコト明ナリ。從テ刑法以外ノ刑罰法令ニ就テモ特ニ一々法律ヲ以テ之レヲ國外ニ適用スヘキコトヲ規定セサル以上ハ刑法第八條及第一條ノ主旨ニ基キ屬地主義ノ原則ヲ超ユルコトヲ得サルモノトス。例ハハ刑法施行法第二十六條ニ十七條印紙犯罪處罰法第四條ノ如シ。

以上述フル所ノ如ク我刑法ハ屬地主義以外ニ保護主義及屬人主義ヲ加味ス。其結果トシテ帝國臣民又ハ外國人カ帝國外ニテ犯シタル罪ニ付キ既ニ外國裁判所ニ於テ刑ノ言渡ヲ受ケタルニ不拘直ニテ同一犯罪ニ付キ帝國ノ裁判所ニ於テ刑及ニヨリ刑ノ言渡ヲ受ケル場合ナキヲ得ス。第五條ノ規定ハ此矣。緩和スル局ニ置カレタルナリ。

第二節 人ニ関スル効力

刑法ノ人ニ關スル効力トハ刑法ハ犯罪カ如何ナル人ニ依リ行ハレタル場合ニ之レヲ適用スルコトヲ得ルカノ効力ノ義ナリ。此矣。例レテハ刑法ノ場所的効力ニ關シテ述ヘタル限度ニ於テハ刑法ハ何人ノ犯罪タルニ不拘之ニ對シ適用アリトスルヲ原則トス。特別刑法ニ就テモ亦同シ。然レ共此原則ニ對シテハ政治上社会上其他種々ノ事情ニ依テ多少ノ例外ナキ能ハス。即チ左ノ如シ。

一 天皇

天皇ハ憲法上統治權ノ總攬者ナルノ故ヲ以テ政治上ノ必要ニ依リ刑法上ノ責任ヲ負ハシメラルコトナシ。帝國憲法第三條ハ天皇ハ神聖ニシテ犯ス可ラストノ規定ハ要スルニ法律上ニ於テハ天皇ハ一級ニ直接ニ國憲作用ノ主体タルコトナキ旨ヲ明ニセルモノニシテ刑法上無責任ノ原則モ亦茲ニ表ハル。

授政ハ天皇ノ名ニ於テ大權ヲ行フモノナルモ天皇ト其資格ヲ異ニスルヲ以テ天皇ト同一ノ特權ヲ有セス。授政令第四條ニ依リ在任中刑事ノ追訴ヲ及ブルコトナキニ止ル。

人ニ關スル効力



(四) 帝國議會ノ議員

帝國憲法第五ニ條ニ曰ク曰兩院ノ議員ハ議院ニ於テ發言シテ其  
 見解ヲ示スルニ付院外ニ於テ責任ヲ負フコトナシト云フ然レドモ議員ノ院  
 内ニ於テ察表シタル意見及发言ニ付テハ司法上其他一切懲罰法ニハ院  
 内ノモノヲ除ク全然無責任ナルコトヲ定メタルモノナリ然レドモ本  
 條ノ規定ハ専ラ職務ノ執行ノ安全ト自由トヲ保障スル目的ニ出テタル  
 カ故ニ其職務執行ノ方法タル意見ノ察表並ニ表決以外ノ行為例ハハ  
 罵詈 暴行等ニ付シテハ固ヨリ之レヲ適用スルコトヲ得ズ而シテ比  
 特令ハ只刑事上ノ責任ノ負ヘノミ限リ行為ノ違法ヲ阻却スルモノニ非  
 ナルカ故ニ議院法ノ規定ニ缺首スル限リ院内ノ責任ヲ懲罰ノ責任ヲ免  
 レシムルコトナシ

特別刑法中人ニ附スルモノハ一定ノ條件ヲ具シタル人ニミ適用  
 リテ其他ニ適用ナキハ兩ナレ共其間一般的ナル場合ヲ舉クレハ尤モ如  
 シ

(一) 陸海軍刑法ノ規定中一部ハ何人ヲ問ハス適用アルモ其他ノ規定

ハ陸海軍人ニ對シテノミ適用セラレ普通人ニニ適用ナシ(陸海軍  
 刑法各第一條第二條参照)

(二) 特殊ニ於ケル土人ニ對スル刑事事典ハ專ラ從來ノ慣例ニ依ルハ  
 キモノトシ土人以外ノモノハ一般刑法ニ依ル(明治四十年法律ニ  
 五号、大正九年勅令一〇四号)

(三) 關東州ニ於テハ關東州罰金及苦刑處分令(明治四十一年勅令ニ  
 五号)アリ之レニ依ルハ支那人ニ對シテ三月以下ノ懲罰  
 百元以下ノ罰金 拘留又ハ科料ニ處スヘキトモハ慣例ニ依リ苦刑  
 ヲ以テ之レニ代フルコトヲ得

刑法ノ人ニ關スル効力ニ付テハ前記ノモノ外一説ニ依ルハ尙國際法  
 上ノ理由ニ基クニ三ノ例外ノ場合アリ所謂國際法上ノ不可侵權ノ行為  
 ニ關スル場合之レナリ然レ共此種ノ例外ハ本質上平權法上ノ例外ニ  
 テ刑法上ノ例外ニハ非ス從テ此種ノ犯人カ引續キ不可侵權者ノ地位ニ  
 フルカスハ犯罪後斷ニ斷レ特權ヲ得ル地位ヲ得タルトモハ最早之レヲ違訴  
 スルコトヲ得ヤレ夫若シ犯人ニ對シテ一旦其地位ヲ離レタルトモハ當該國  
 人ニ對スル効力

ノ官憲ハ之レニ対シテ法權ヲ実行スルコトヲ妨ケス。如斯ナルハ此種ノ場合ハ本邦刑法學ノ範圍ニ於テ論スヘキコトニハ非ヤレ共便宜上之レヲ列奉スレハ尤ノ如シ

(一) 外國ノ君主、大統領其家族及帝國臣民ニ非ル從者

是等ノモノニ対シテハ犯罪ヲ如何ナル場所ニ行ハレタルニ不拘觸及ノ可消テ官セサル主旨ヨリ國際法上一般ニ不可破權ヲ享有セシム。但シ國際法上ノ權利義務ノ主体ハ常ニ國家ナル故嚴密ニ云フ時ハ帝國ト外國トノ間ニ於テハ不可破權ヲ有スルモノハ外國ニシテ不可破ノ義務ヲ有スルハ帝國ナリ。帝國ハ外國ニ対スル義務トシテ前記ノ數者ヲ履スコトヲ得サル結果國內法ノ關係ニ於テ是等數者ニ対シテ該法上ノ不可破權ヲ失ハルモノト解スヘシ

(二) 外國ノ交際官(大使公使ニアツル) 附屬員(參事官、大公使官附武官、書記官、外交官補) 其家族、及帝國臣民ニ非ル雇員

尙外國政府ヲ代表シテ或事務ニ付帝國政府ト交渉ノ爲滞在申ノ外國派遣員モ亦其事務取扱中ハ前同様ノ不可破權ヲ有ス。外國領事ハ外交

官ト異リ單ニ帝國ニ在リテ本國政府ノ行政事務ヲ執行スル官吏ニ過キサル故当然ニハ不可破權ヲ有スルモノニハ非ス。然レ共其職務ハ事實上或ハ秘密ヲ有スルコト普通ナレハ相互ニ條約ヲ以テ或程度ノ特權ヲ失ハルヲ通例トス

(三) 米諾ヲ得テ帝國ノ領域内ニ在ル外國ノ艦隊又ハ軍艦

(註) 軍艦ヨリ上陸後事件ヲ惹起セシ場合ハ本邦ハ該裁判ニ付スヘキモノナレ共實際ハ之レヲ共軍艦ニ引渡ス

第四節 時ニ關スル効力

刑法ノ時ニ關スル効力トハ刑法ハ如何ナル時期ニ行ハレタル犯罪ニ対シテ之レヲ適用シ得ルカノ効力ヲ云フ。之レニ対シテハ刑法ハ施行セテレテロリ廢止セラル、迄ノ間ニ於テノミ實施ノ効力ヲ有スト云フヲ以テ原則トス。詳言セハ刑法ハ其施行以前ニ於テ罪トナラザリシ行爲ニ対シテハ後令施行後之レヲ罰スヘキ時ト民之レニ適用スルコトヲ得ナルト謂

時ニ關スル効力

時一（施行前）於テモ旧法ニ依リ罪トナレ場合ハ別論トス。禁止後ニハ  
 禁止前ノ行為ニ對シテ適用ナキヲ原則トス。其他ノ特別刑法ニ付テ又フ  
 之亦同様ナリ。而シテ刑法カ施行以前ニテナリシ行為ニ對シテ適用  
 ナシトノ原則ハ之レヲ称シテ刑法不遡及ノ原則ト云フ。禁止後ハ禁止前  
 ノ行為ニ對シテ適用ナシトノ原則ハ之ヲ称シテ刑法不遡及ノ原則ト云フ  
 然レ共此原則ノ意義ニ関シテハ從來幾多ノ異説アリ。此中不遡及ノ原  
 則ハ新法施行前ニ旧法アリテ新旧両法之レヲ罪トシ然レテ旧法ノ下ニ於  
 テ行ハレタル犯罪ヲ新法ノ下ニ於テ裁罰スレ場合ニ其何レヲ適用スヘキ  
 ナノ問題ニ関シテ論争セラル。ヲ通例トスルカ故ニ茲ニハ此ノ問題ヲ中  
 心トシテ右ノ原則ノ意義ヲ説明スヘシ。本問ニ関シテハ從來尤ノ諸説アリ  
 一）第一説ハ法ハ一獄ニ事異ノ發生ト同時ニ之レニ其陳定スル初原ヲ所  
 共スレモノナレバ故ニ旧法ノ下ニ行ハレタル犯罪ノ結果ハ舊法ニ依リテ  
 取テテ之レヲ裁セサル可ラス。然テ新法ハ旧法時代ノ犯罪ニ適用ナレ  
 （註）此法ノ意義一獄ニハ遡及スルコトナシト説キ或則テ第六條ノ  
 規定ヲ以テ全ノ立法者ノ畢竟ナル意思トシテ舊法ノ初原ノ觀念ニ基キト

詳ス (Zeit. Wakenfeld)

- (一) 第二説ハ當然新法ヲ適用スヘシトスルモノ一シテ犯罪ニ依テ一旦發  
 生シタル旧法上ノ効果ハ當然新法ニ依テ變更セラルト説ク。  
 從テ此説ノ學者ハ右ノ結論ヲ以テ法理上當然ト解スル故此場合ニ對  
 シテ新法ノ遡及ナル名称ヲ用ヒルコトヲ不適當トナス。(Binding: He-  
 lshner 官本教授)
- (二) 第三説ハ第二説ノ根據ニ立テテ更ニ衡平ノ觀念ヲ加味シ新法ノ刑カ  
 旧法ノ刑ニ比シテ重キ時ハ當然旧法ヲ適用セサル可ラスト説ク  
 即テ此場合ニハ旧法ニ関シテ所謂不遡及ノ原則ノ例外ヲ認メントス  
 ルモノナリ。而シテ此説ト第一説トハ其適用ノ結果ニ於テ同一ナレ共  
 新旧兩法ニ於テ刑ニ懸重ナキトヤハ第一説ニ依レハ旧法ヲ適用スヘク  
 此説ニ依レハ新法ヲ適用セサル可ク相違アリ。(Fenger)
- (三) 第四説ハ刑法ノ適用ハ常に最モヨク衡平ニ適セサル可クストノ理由  
 ニ依リ原則トシテ新旧諸法中刑ノ最モ輕キモノヲ適用スルコトヲ要ス  
 時ニ拘スル効力

ト説ク

從テ此説ハ新日請法ニ對シテ全ク對等ノ地位ヲ認ムルモノアリ (Baker's)

以上四説ノ中余ハ原則トシテ第二説ノ見解ヲ以テ最モ當ヲ得タルモノト信ス。下點經テ考フレハ新法ノ明カ田法ノ明ニ比シ重キ場合ニ於テハ今日ノ時代思想ノ下ニ於テハ種々ノ事情ヨリシテ特殊ノ例外ヲ認メサルヲ得サルハ事ヲ得ズ。從テ今日ノ實際ヨリ云ハハ結局第三説ノ説ク所ヲ以テ當ヲ得タルモノト云フヘシ。而シテ余ハ刑法第大條ニ犯罪後ノ法律ニ依リ刑ノ変更アリタルトキハ其輕キモノヲ適用スト規定シタルハ即テ此實際事情ヲ斟酌シタルモノニシテ新法適用ノ原則ニ對スル例外ヲ定メタルモノト解ス

以上ノ見地ヨリシテ刑法第六條ノ主旨ヲ說明スレハモノ如シ

(一) 刑ニ影響アル法律ノ変更カ犯罪後ナルコト

刑法第六條ニハ犯罪後ノ法律ニ依リ云々トアルカ故ニ本條ハ犯罪前ノ法律ニ依リ刑ノ変更アリタル場合ニハ適用ナシ。犯罪ノ前後ヲ正副

スヘキ標準ニ付テハ後段ニ附スル犯罪ノ説明ニ讓ル

犯罪後ノ法律ニ依リ刑ノ変更アリタルトキ犯罪時法ト判決時法ト更ニ中間時法アリタル時ハ中間時法カ最モ輕キモノナル限り該法律ヲ適用セサル可ラス

(二) 犯罪後ノ法律ニ依リ刑ノ変更アリタルコト

刑法第六條ニハ刑ノ変更アリタル時ト云フカ故ニ依令法律ニ変更アルモ刑ノ変更ナキ時ハ前述ノ原則ニ依リ當然新法ヲ適用セサル可ラス然レハ如何ナル場合ニ刑ノ変更アリト云フコトヲ得ル乎。此處ニ付テハ余ハ通説ニ反シテ犯人ノ刑事上ノ責任ニ影響ヲ及ホスヘキ法令ノ規定ノ変更ニ依リ其適用ノ結果カ其変更ノ前後ニ於テ課刑ノ範圍ニノミ差異ヲ生スル一切ノ場合ヲ云フト解ス。從テ掌テ罪タリシ行為カ法令ノ変更ニ依リテ全ク刑法ニ該當セサルニ至リシ場合ハ之レニ屬セス。

課刑ノ範圍ニミ差異ヲ生スル場合ニニアリ

一ハ規範ノ変更ニ依ル場合ニシテ例ハ八規範ノ変更ニ由リ老幼等ニ對スル保護責任ニ変更ヲ生シタル為メ遺棄罪ニ附シ刑法第二七條及

時ニ附スル效力

二八條ノ何レノ適用ヲ受ケルモニ関シ差異ヲ生スルカ如シ、  
二八刑法其モノ、変更ニ由ル場合ニシテ此關係ニ於テ斟酌ヲ要スル  
モノハ主トシテ刑法各本條ニ於ケル課刑ノ範圍、未遂罪、併合罪、累  
犯、夫犯其他一罪ニ刑ノ加重、減刑ニ關スル規定等トス、

嘗テ罪ヲ行ハシ行爲力法令ノ変更ニ依リテ全ク刑法ニ該當セザルニ至  
リシ場合ニ付テモ同様ニ規範ノ廢止、変更ニ依リテ違法カ阻却セザルハ  
爲メ刑法其モノ、適用ノ範圍ニ制限ヲ生スル場合ト刑法其モノ、廢止  
変更ニ依ル場合トノ二ツアレ共何レニモ是等ノ場合ハ罰セザルハ  
キ行爲ヲ標準トシテ云ハハ其罰トスル刑法其モノ、消滅シタル場合ニ  
外ナラサルヲ以テ斯ル場合ハ一罪ニ刑ヲ失効後ノ効力問題トシテ論ス  
ヘテ刑ノ輕重問題トシテ論スヘキモノナラス、

三) 犯罪後ノ法律ニ依リテ刑ノ変更アリタルトモハ其輕キモノヲ適用スル  
コト  
刑ノ輕重ハ新法ト旧法トニ於テ夫々具體的ニ犯罪事實ニ關係アル一  
切ノ事實ヲ適用シ、其結果ヲ比較シテ之レヲ從メサル可ラス、及令變

更セラレタル法規カ關係法規中ノ一部ニ違マサル場合ニ於テモ本然イ  
刑ノ輕重ハ刑法第十條ノ定ムル所ニ依リ、刑法第六條ノ意義ハ略々右  
ニ述フルカ如シ、然レ共此外刑法ノ時ニ關スル問題トシテハ尚論スヘ  
一箇ノ問題アリ、即チ旧法ノ下ニ罪ヲ行ハシ行爲力法律ノ変更ニ依リテ  
ニ之レニ該當スヘキ罰條無キニ至リタル場合ニ於テ尚其罰條ヲ適用ス  
ルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題是ナリ、此場合ニハ之レヲ嚴密ニ觀察スル  
トキハ三ツトアスコトヲ得、即チ  
(1) 刑法其モノカ後ノ廢止法律ニ依リテ廢止セラレ之レニ代ルヘキ規定ノ  
設ケテラレタル場合  
(2) 刑法其モノカ所定ノ期間ノ經過ニ依リテ當然効力ヲ失ヒタル場合  
(3) 刑法其モノ、前提タル規範ヲ廢止変更セザレ共結果刑法其モノ、適  
用範圍ニ制限ヲ生シタル場合  
是ナリ、然レ共學者通例共通ニ之レヲ論ス、先ツ本問題ニ關スル直ナ  
ル見解ヲ示セハモト如シ  
一) 第一說ハ刑法其モノカ廢止規定ニ依リテ廢止セラレタルト所定ノ期  
時ニ前スル効力

間ノ経過ニ依リ執行シタルトニ不均法律ノ消滅ニ於テハ終テ是カ  
適用ナリト説ク (Bar: Mikashima)

曰 第二説ハ刑法其モノ、消滅スハ制限ナ實際ノ事情ノ変更ニ基ク場  
合ニ於テハ尚適用アルモ一般ノ法律確信ノ変更ヲ動機トスル場合ニ  
ハ適用ナリト説ク (Binding, Fenger)

右ニ説ノ中第二説ヲ以テ適當ト解ス。我刑事訴訟法ニ於テハ犯罪後  
ノ法令ニ依リ刑ノ廢止アリタルトキハ免訴ヲ云漢スヘキコトヲ規定セ  
ルモ (旧刑訴一四五、二二四、新刑訴一一四、二六三) 此規定ハ理論  
上刑法ノ相對的効力ノ存セサル場合ニ屬スルモノト云ハサル可ラス、  
殊ニ改正法ノ規定ハ文義上本間ニ屬スル一切ノ場合ヲ包含スルカ如キ  
感ナキニアラザルモ余ハ改正法ノ下ニ於テモ尚前説ノ解法ヲ容ル、餘  
地ナリト信ス、蓋シ刑法第九四條ノ如キ所謂刑法ノ停止ノ場合ニ於テ  
停止後ニ於テモ尚停止前ノ行為ニ對シテ適用アリト解スヘキ以上ハ尚  
然前説ノ如キ見解モ亦承認セラレサル可ラサレハナリ、

### 第八章 刑法ノ主義 (刑罰ノ理由及目的)

犯罪ト刑罰トハ刑法ノニ大要素ニシテ其實質的意義ノ何ナルカノ研究  
ハ之レニ基テ見解如何ニ依リテ刑事ニ關スル立法、司法行政ノ各方面ニ  
互リ影響スル所多カラス、蓋シ犯罪ハ通例其形式ニ於テ是ナレ共其本質  
ハ必ずシモ然ラス、又刑罰ハ人多ク其正当アル所以ヲ疑ハサレ共其形式  
ニ於テハ一ノ惡ナリ、然ラハ何故ニ一切ノ犯罪ハ罰セラレサル可ラサル  
カ、又何故ニ一切ノ刑罰ハ正當ナルカ、又刑罰ハ正當ナルモノトシテ其  
目的ハ何ナルカハ刑法ノ存在ニ關スル根本問題ニシテ先ツ此其ヲ明ニス  
ルニ非ンハ刑法ノ研究ハ其ハ完全ナレモノト云フヲ得ス、下然此問題ハ  
實ハ独リ刑法上ノ問題ノミナラスニテ更ニ溯レハ國家及法律大自身ノ理  
由並目的如何ノ問題ニ歸着ス、是刑法ノ根本問題ヲ過去ニ於テモ絶エス  
昔學ノ影響ヲ免ル、能ハサル所以ニシテ又近時著シテ社会学的傾向ヲ帶  
タルニ非レシ所以ナリトス、然レ夫如斯ク廣汎ナル問題ハ直接刑事法ニ  
關連シテ論セザル、コトノ不可能ナルハ明ナレハ現今ニ於テハ其可能ノ

刑法ノ主義

範圍ニ於テ研究セラル、所ハ專テ刑罰ノ目的ニ関ス、即テ獨逸學者ノ所謂刑法理論 (*Strafrechtstheorie*) ハ今日ニ於テハ主トシテ此ノ問題ヲ論スルモノナリ、依テ尤ニ其大要ヲ述フヘシ。

刑罰ノ意義ニ関スル學說ノ系統ハ大体之レヲ分テテ二トス、懲報主義 (絕對主義) *Vergeltungstheorie* 又目的刑主義 (相對主義) *zweckstufliche* 之レナリ、此ノ二ツノモノモ本數多ノ學派ニ分ル、但其多クハ折衷的ノモノニシテ其間確然タル區別ヲ存スルニハ非ス、尤ニ述ブル所ハ各學說ノ根本カ何レニ在リヤノ大体ノ傾向ニ依テ分類ヲ試ミタルモノナリ、

第一 懲報主義

懲報主義ハ刑罰ノ意義ハ懲報ノ理ヲ實現スルニアリト云フヲ以テ根本觀念トシテ多クハ正義ヲ以テ懲報ノ實體ト解ス、然レ共懲報ノ何ゾルヤハ又根本ノ問題ナリ、從テ其見解ヲ異ニスルニ依テスモノ學派ヲ生ス、

(一) 神意的懲報刑主義

此主義ハ懲報ノ基礎ヲ神意ニ求ムルモノナリ (*Stall*)

(二) 哲學的懲報刑主義

此主義ノ一ハ *Kant* 之レヲ唱ヘ、理性的懲報刑主義トモ云フヘキモノナリ、*Kant* 一依レハ刑罰ハ理性ノ斷言の命令ニシテ絶対的ノモノナリ、他ノ目的ノ爲メニ存スルニハ非スシテ夫自身ノ爲ニ行ハル、是正義ナリ、從テ刑ノ適用モ亦正義ニ基キ天産 *Galien* ナラサル可ラス (天産主義) ト

此主義ノ二ハ *Kegel* ノ唱ヘシ所ニシテ論理的懲報刑主義トモ云フヘキモノナリ、即テ一切ハ絶対 (*Das absolute*) 理論的必然的ニ尊理スル過程ナリ、法律ハ絶対トモフモノ、理性的活動ノ所生タル客觀的精神ニシテ夫自身ニ成立スル實在ナリ、犯罪ハ夫自身不可侵ナル法律ニ對スル客觀的侵害ヲレ共尚一ノ存在ナルカ故ニ法律其モノ、實在性及必然性ハ當然其表現タルコトヲ証明スル爲メ之レニ對抗スル化ノ又對侵害ヲ要求スルモノナリ、之レ即テ刑罰ニシテ刑罰ハ要スルニ法ノ否定ノ否定ニシテ正義ナリ、而シテ犯罪ト刑罰ト、

刑法ノ主義

ハ其價值ニ於テ對等ナルコトヲ要スルモ其形式ニ於テハ同等ナルコトヲ要セス (Latham; Stammler; Jellinek; Hasker.)

(三) 倫理的應報刑主義

此說ハ應報ノ根據ヲ一般ノ正義又ハ倫理的感懐ニ求メ刑罰ヲ以テ犯罪ニ對スル社会的又ハ倫理的評價ニ伴フ当然ノ結果トス (Bar; Kohler)

(四) 法律の應報主義

此說ハ應報ノ根據ヲ法律其モノニ求メ刑罰ヲ以テ法律秩序ノ侵害ニ對シテノ權威ヲ証明スルモノト解ス。我國ノ刑法家ハ其根本思想ニ於テハ多ク此主義ニ依レル如ク (Binding; Beling; Bierling; Bierkmeijer)

應報刑主義ハ右ノ如ク其一般ノ特色トシテ應報其モノヲ以テ刑罰ノ本義ト解スルモノナレ共必スシモ其終アカ他ノ實際的ナル目的ヲ排斥スルモノニハ非ス。近代ノ應報刑主義ハ多ク應報ノ要求ヲ妨ケザル程度ニ於テ犯罪豫防手段トシテノ刑罰ノ從タル初果威嚇 (Abschreckung)

改善 (Resonanz) 淘汰 (Nachtigallbildung) ヲ合セ認

第二、目的刑主義

此主義ハ刑罰ヲ以テ犯罪鎮壓ノ手段ト見ルモノニシテ此專攻ニテテハ多ク刑罰ノ正当性ハ当然ノ事理トシテ前提セラレ、之レニ救済アリ。

(一) 一般豫防主義

此主義ノ中ノ重ナルモノヲ所謂心理的強制主義ト爲ス。此主義ハ刑法其モノヲ重要視シ、刑法カ刑罰ヲ豫告スルハ一般世人ヲ心理的ニ強制スルコトニ依テ犯罪ヲ防壁スルコトヲ目的トシ犯人ニ對スル刑罰ノ執行ハ只豫告ノ真実ナルコトヲ証スルカ爲メノ連続ニ過キスト解ス (Scheidt) 警告主義ト称スルモノモ亦殆ント同様主旨ノモノナリ。

(二) 特別豫防主義

刑法ノ主義



此主義ハ刑罰ノ執行ニ依テ犯人カ再ヒ犯罪ヲ行フコトヲ豫防セシ  
トスルモノニシテ此中ノ稍モ古キモノヲ改善主義トス。其改善ノ意  
義カ倫理的ナルヤ法律のナルヤ又智能的ナルヤニ関シテ説分ル。特  
別豫防主義ノ近代のモノヲ所謂伊太利派トス。即チ Lombroso  
ハ刑事人類學ノ立場ヨリ *Parafala* ハ刑事心理學ノ立場ヨリ *Fanni*  
ハ刑事社會學ノ立場ヨリ各々異なるニ犯罪其モノヲ研究シテ其共通  
ノ主張トシテ刑罰ハ夫々犯人ノ特性ニ應ジテ特別豫防ノ目的ヲ以テ適  
当ニ課セラレサル可ラストナス。從テ刑罰ノ性質ハ此表ニ依リ一變  
セラレ殆ト保安處分のモノトナレリ。

此外近代ノ哲學者、倫理學者中其特殊ノ立場ヨリ特別豫防ヲ主張  
スル者夥カラス。其他學者以外ノ思想家中ニハ此種ノ論者頗ル多シ

(Windelband; Lippis; Guyon)  
綜合豫防主義

此主義ハ刑罰ノ目的ヲ以テ特別豫防及一般豫防ノニ方面アリトナ  
ス。其中最モ有力ナルモノヲ特別豫防ヲ主要視スル *Recht* ノ社會

防衛主義トス。此主義ハ法ノ目的ヲ以テ生活利益ノ保護ニアリトス  
ル矣ニ於テ *Shewing* ノ影響ヲ受テ犯罪ヲ社會的現象ナリト見ル矣ニ  
於テ *Sturm* ノ影響ヲ受テ *Recht* 一體レハ犯罪ハ社會ノ病的現象  
ニシテ形式ニ於テハ社會ノ成立條件タル法律秩序ヲ破壞シ實質ニ於  
テ日常ニ社會的生活關係ニ於テ生スル利益即チ法益ヲ侵害スル刑罰  
ハ即チ此社會侵害ニ對スル社會的反應ニシテ其目的ハ法律秩序ノ維  
持ト法益ノ保護トナリ。而シテ其作用ハ威嚇、改善、淘汰乃至被害  
者及一般世人ノ感情ノ満足トシテ各方面ニ現ハル、モ其最モ重要視  
スヘキハ特別豫防ノ矣ニアリトス

以上ハ所謂刑法理論ニ関スル學說ノ大要ニシテ此中 *Fanni* ノ學說  
ノ影響ヲ受テ又ハ研究ノ立場ヲ同シクスルモノヲ一般ニ新派又ハ社會  
學派ト云ヒ。其他ノモノ即チ應報觀念又ハ一般豫防ノ目的ヲ主トスル  
モノヲ旧派 *Classical School* ト云フ。

本論

第二編

犯罪

第一章

犯罪ノ意義及要件

犯罪トハ刑ヲ課シタル有責民法ノ行為ヲ云フ。此ノ定義ハ一切ノ刑罰法令ヨリ抽象シタル概念ニシテ即チ犯罪ノ形式的意義ナリ。蓋シ犯罪ノ何ナルカハ之レヲ形式的ニ見ルトキハ法律ノ規定ヲ依ツテ定ムルカ故ニ犯罪ノ意義ハ現象ノ法律ヲ離レテ他ニ求ムルコトヲ得サルカ故ナリ。然レ共犯罪ハ尚別ニ實質的意義ヲ有ス。此意義一於テハ犯罪ハ一級ノ違法行為ト同シク通例犯人ノ天賦的性情ノ徵表 (Norme individuelle) 一於テハ益ニ対スル脅威又ハ侵害トシテ成立ス。犯罪ノ此實質的意義ニ付テハ他ノ概念ニ詳述スルコトトシ此處ニハ形式的意義ニ於テ犯罪ヲ觀察セントス。

上ノ如ク犯罪ハ刑ヲ課シタル行為ナリ。然レ共刑法ハ一切ノ行為ニ対シテ刑ヲ課スルモノニ非ス。之ヲ課スルハ人ノ行為ノ一部ニ過キス。從テ刑ヲ課スヘキ行為タルニハ自ラ一定ノ條件ナカルヘカラス。此條件即チ犯罪ノ要件タルナリ。而シテ既ニ結論ニ達ヘシ如ク結論ノ學ハ犯罪ノ概念ヲ明ニスルコトヲ目的トスルモノナル故其要件ヲ論スルモ亦犯罪ニ依リ共通ノモノヲ以テ限度トナス。即チ尤ノ如シ。

犯罪ハ人ノ行為ナリ。刑法ハ一級ニ人ノ行為ヲ規定ス。故ニ犯罪ハ人ノ行為ナルコトヲ以テ一級ノ要件トナス。而シテ人ノ行為トハ意思表動タル身体ノ拳止動靜ヲ云フカ故ニ意思カ單ニ意思タルニ止リ末々何等ノ拳止動靜トシテ表動セオルトキハ之レヲ行為ト稱スルコトヲ得ス。從テ吾人ハ内心ニ於テ如何ナル目的ヲ抱クトモ單ニ夫ノミニテハ犯罪トナラス。

犯罪ハ違法ナル行為ナリ。刑法ハ一級ニ違法ナル行為ヲ規定ス。故ニ犯罪ハ違法ナルコトヲ以テ一級ノ要件トス。違法トハ法律的規範ニ違反スルコトナレ共規範ノ違反

本論・犯罪・犯罪ノ意義及要件

トハ只行爲ト規範トカ一致セスト云フ形式的ノ關係ニ非スレテ行爲ニ  
對スル一ノ法律上ノ價值判斷ナリ。從テ此規範的價值判斷ハ規範的評  
價)ヲ受クヘキ行爲ハ當然之レヲ受クルニ適スル條件ヲ具ヘサル可ラ  
ス。此違法條件ノ一ハ一般違法行爲能力ニシテ其ニハ故意過失ナリ。  
通説ハ行爲ノ違法性ヲ全ク形式的ノモノトシテ觀察シ故意過失ヲ違法  
行爲其レノ、要件ト見スレテ獨立ノ要件ト見ル莫ニ於テ余ノ見解ニ異  
ル。

(三) 犯罪ハ有責且違法ナル行爲ナリ、

刑法ハ一般ニ有責且違法行爲ヲ規定スル故ニ犯罪ハ有責ナルコトヲ  
以テ一般要件トナス。有責トハ一般違法行爲能力以外ニ於テ特ニ犯罪  
成立ノ要件タル能力ヲ具フルコトヲ云フ。是レ所謂刑法上ノ責任能力  
ナリ。通説ハ前記ノ故意過失ニ責任能力トヲ合シテ刑法上ノ責任能力  
ト稱スルモ余ハ責任能力ノミ犯罪ニ特ニ殊ナル要件ト見做シ故意過失ハ  
一般違法行爲其レノ、要件ト見テ之レヲ分離シタリ。

(四) 犯罪ハ刑ヲ課シタル有責違法ノ行爲ナリ、

刑法ハ一般ニ刑ヲ課シタル有責違法ノ行爲ヲ規定スル故ニ犯罪ハ之  
レニ對シ法律ニ於テ規定ヲ豫定セラルコトヲ以テ一般ノ要件ト爲ス。蓋  
シ有責違法ノ行爲ハ總テカ犯罪トシテ罰セラルニ非ス。法ヲ特ニ罰  
トスレハ僅ニ其一部ニ過キス。換言セハ刑法ハ其目的ニ照シ刑法的價  
値判斷(可罰的評價)ノ下ニ罰スヘキモノト見タル行爲ノミ罰トセラ  
ルナリ。從テ法律ニ於テ刑罰ヲ豫定セサル有責違法ノ行爲ハ一般ニ  
罪トナラス。他ノ公法上ノ責任。例ハ懲戒、過料等ノ責任ニハ民事  
責任ヲ負フヘキ場合ニテモ罪トハナラス。

以上述ルル外刑法ハ多クノ場合ニ一定ノ結果ノ發生ヲ以テ犯罪ノ要件  
トス。結果ハ學有通例之レヲ行爲ノ一部トシテ觀察シ身体ノ舉止動靜ト  
結果トヲ合シテ行爲ト云フモ論理則ニ云フト結果的行爲以外ノ屬條件  
ナリ。其上犯罪ハ結果ヲ要件トセサル場合又夥カラス。例ハ未遂犯、  
如シ。然レ共說明ノ便宜トシテハ結果ハ大多數ノ場合ニ於テ犯罪ノ要件  
ナリト、意味ニ於テ之レヲ犯罪ノ一般要件ト見ルモ不可ナシ。余モ亦之  
ノ言ニ從フ。

犯罪ノ意義及要件

右ノ如ク刑法カ一般ニ犯罪ノ成立スル要件トシテ定ムル所ハ結果ヲ合  
 シテ五項トス、而シテ是等ノ要件ハ結果ヲ除キ其他ハ普通犯罪成立ニ缺  
 ク可ラザルモノニシテ此中一ツ以上ヲ缺ク時ハ原則トシテ犯罪ハ成立セ  
 ス、但シ法律ハ或場合ニテハ特別ノ理由ニ依リ例外トシテ責任能力必  
 要ナラスト定ムルコトアリ、如斯場合ハ常ヲ違ヘタル特別刑法中刑罰總  
 則ノ或レ規定ヲ適用セザル場合ニ當リ多ク財政法中ニ見ル所ニシテ學  
 者之レヲ特ニ形式犯ト云フ（酒造税法三一條、印紙税法三四條）

上述ノ如クナレハ犯罪ノ成立ハ理論上常ニ犯罪要件カ具備セスト云  
 フ積極的狀態ニ外ナラス、然ルニ或レ場合ニハ之レト反対ニ觀察シテ成  
 行爲ノ經驗上一般ニハ犯罪要件ヲ具備スト見ユルニ不拘偶々特別ノ事情  
 ノ存在ニ由リテ犯罪ノ要件カ具備セザルカ爲メ犯罪ノ成立カ阻却セラレ  
 ト見ルヲ便宜トスレ場合アリ、斯レ觀察ノ下ニテハ此事情ヲ普通犯罪阻  
 却原因ト云フ、之レニ依テ犯罪阻却原因ト刑罰阻却原因トアリ、前者  
 ハ行爲又ハ違法スハ責任能力ヲ阻却スル原因ニシテ此中最も多ク問題ト  
 ナルモノヲ違法阻却原因トス、此原因ノ存スルトキハ一般ニ違法ナレハ

キ行爲モ其性質ハ反対ニ適當ナル行爲ナルカ故ニ獨リ刑法上ノ責任ノミ  
 ナラス一切ノ違法行爲ヲ理由トスル責任ヲ生スルコトナリ、之レニ反シテ  
 後者ハ法律上或レ場合ニ於テ特ニ犯人ニ對スル刑罰ヲ排除スル一身の  
 理由ニテ此場合ニハ只課刑ノミカ阻却セザルハ、之レニ過キサルカ故ニ其行爲  
 ハ常ニ違法ナルヲ免カレシ、例ハハ刑法ニ四四條ノ親族間ノ窃盜ニ於テ  
 ルカ如シ

以上上述ノ一般要件ハ各種ノ又ハ大多數ノ犯罪ニ共通ナレ同種ノ要件  
 ノ抽象的ニ觀察シテモナリ、而シテ犯罪カ特殊ノモノトシテ他ノ特  
 殊ノモノト區別セラルルカ爲メニハ此外尚特別ノ要件ヲ要ス、之レヲ一  
 般要件ニ対シテ特別要件ト云フ、之レニハ犯人ノ身分犯罪ノ特別ノ目的  
 ト云フカ如キ一般要件以外ノモノアレトモ其他ニ一般要件共ニノ、特殊  
 化セルモノト見ルハキモナリ、是等ノ特別要件ハ實ハ一般要件以外ニ  
 存スルモノニアラス、例ハハ殺人罪ニテ單ニ結果ヲ云ハハ一般要件ナル  
 ニシテ特殊ノ他人ノ死トスレハ特別要件タル結果トナリ又單ニ致  
 意ト云ハハ一般要件ナレ共之レヲ特殊ノ他人ノ死ト豫見トスレハ特

犯罪ノ意義及要件

別要件タル故意トナレカ如シ。而シテ各種ノ犯罪ニテ特殊化ニ依リテ特別要件トナレモノハ一般要件ノ全部ニ非スシテ一般ニハ結果ト故意過失トナリ其他刑法各本條ニ於テ犯罪ノ方法ヲ限定セザレバ場合ニ於テハ行為モ亦特別要件トシテ特殊化スルコトアリ。而シテ各犯ノ犯罪ニ於テ以上述ハタル一般ノ特別要件ノ中身分、行為、結果ノ如キ犯罪成立ノ外部的事<sup>コト</sup>情ヲ一括シテ或レ犯罪ノ犯罪事実ト云フ。

犯罪カ成立スレハ常ニ前記ノ諸事件ヲ充實スレハ足ルモノナルカ稀ニ或種ノ犯罪ニテハ此外尚モ犯人ノ意思ニモ行為ニモ肉保ナキ或レ特別ノ事情ノ存在ヲ必要トスルモノアリ。此事情ヲ概義ノ犯罪條件ト云フ。例ハハ詐欺、破産罪（破産篇三七四條以下）ニ於テハ犯人ニ對シテ破産宣告アリタルコトヲ以テ處罰條件ト為スカ如シ。此種ノ犯罪ニアリテハ單ニ犯罪要件ク具備シタルノミニシテハ犯罪成立セス。

### 第二章 犯罪ノ一般要件

#### 第一節 行為

##### 第一項 犯罪ノ主体

現今ノ法律觀念ニ於テハ法律ノ支配ヲ受クハキモノハ人ナルカ故ニ法律上犯罪ヲ為シ得ヘキモノハ人ニ限ル。人ニハ法律上ノ觀念トシテ自然<sup>ニ</sup>人即チ個人ト法人トアリ。自然人カ犯罪ヲ為シ得ヘキコトハ論ナシ。只法人カ犯罪ヲ為シ得ヘキヤ否ヤニ付テハ説分ル。

法人ノ本質ニ就テハ從來擬制説ト實在説トアリ。前説ニ依レハ法人ハ人ナキ所ニ人格ヲ認メタルモノナルカ余ノ見解ヲ以テスレハ此兩説ニ及活動ノ全範圍ヲ以テ人ナルヤ否ヤノ標準トスルカ故ニ此立場ヨリ見レハ法人ハ人ナキ所ニ人格ヲ認メタルモノナリ。之レニ及シテ後説ニテハ個人タルト共同体タルトヲ問ハヌ又其目的活動ノ範圍ノ大小ヲ問ハヌ意思主体ニ就テ以テ人ト解スルカ故ニ此立場ヨリ見レハ法人ハ人ノ實在ス

犯罪ノ一般要件・行為・犯罪ノ主体

ル所ニ人格ヲ認メタルモノナリ。如斯解スル時ハ此所説ノ論争ハ結局用  
 言ノ争ニ過キス。然シ從來ノ擬制説ノ論者ノ中ニハ根本ニ於テ法人ノ意  
 思主体トシテノ實在ヲモ否定スルニ非レ故ニ此矣ニ付テ少シノ議論セン。  
 思フニ吾人ノ意思ノ活動ハ一面ニ於テ個人的ナルト同時ニ他ノ一面ニ  
 於テハ共同的ナリ。其共同ナル場合ニ於テ共同者全体ノ活動カ統一的  
 ニ一定ノ目的ト秩序ニ由リテ統一セラル。時ハ其統制自体ハ社会的ニ一  
 ノ實在トシテ成立スルニ至ル。蓋シ自然人ノ實在ハ何人モ之レヲ疑フナ  
 オモ之レステ科學的ニ見レハ單ニ肉體ト精神トノ有機的結合其モノ、現  
 象ニテ其特殊ナルハ只其統制カ完全ニテ一種ノ乱レヤルニマリ。此モノ  
 ヲ除キテハ人ハ只素我ノ機械的結合ニ過キス。其關係ハ意思ノ共同の活  
 動ノ場合ニテモ全ク同ク一度共同意思ノ統制ヲ欠ク時ハ意思主体ハ直  
 ク解體ンテ只素我タル個人アルノミ。如斯觀察スレハ一部ノ擬制説ノ論  
 者ク法人ヲ以テ法律カ何等事與上ノ根元ナクシテ單ニ人格ヲ假想シタリ  
 モノ、如ク説明スルハ当ヲ得サルナリ。  
 法人ノ本質ハ上述ノ如シ。然レ共或レ共同的意思主体ニ対シ法律上屬

立ノ人格ヲ附與スヘキヤ否ヤハ全ク別ニ立法政策上ノ問題ニ屬ス。後  
 民法上ノ組合モ亦其意思主体タル本質ニ付テハ法人ト異レコトナキモ民  
 法ハ必スシモ之レニ人格ヲ附與セズ。故ニ或レ意思主体ク独立ノ人格ヲ  
 有スルヤ否ヤハ之レニ適用セラル。法ノ目的ニ依リテ決スヘク一般の  
 決スヘキモノニ非ス。而シテ余ノ見ル所ニテハ民法其他ノ法律上ノ法人  
 ハ刑法上ノ保護ヲ受タル關係ニ於テハ民法其他ノ法律ニ於ケルト同一ノ  
 範圍ニ於テ人格者タリ。是刑法カ他ノ規範ニ対シテ常ニ補充的地位ニテ  
 ル關係ヨリ見テ當然トス。然レ共民法其他ノ法人ハ其カ為ニ犯罪ヲ為ス  
 關係ニ於テモ当然刑法上ノ人格者ナリト云フヲ得ス。蓋シ此關係ハ又独  
 立刑法ノ目的ニ照シテ判断セラルヘキモノナルカ故ナリ。

今刑法ヲ按スルニ刑法ハ第六十條以下ニ於テ共犯關係ヲ規定ス。此共  
 犯關係ハ共犯者間ノ相互ノ解ヲ前提トスル限リ其本質ニ於テハ一時のナ  
 ルニモセヨ一定ノ目的ニ依リテ統制セラレタル共同意思ノ活動ナリ。從  
 テ一般法人カ適法ナル目的ノ範圍ニテ認メラレタル法人ナリトセハ之レ  
 ハ適法ナル犯罪ノ範圍ニ於テ認メラレ只此場合ニ於テハ特ニ之レヲ法人

ト称スル実益ナキカ爲メ一級ニ此處ニ注意セスト雖モ一人ノ行爲カ共犯者全体ノ行爲トシテ觀察セラル、所以ハ全ク共犯關係カ本末法人ナルカ爲メニ他ナラス、而シテ刑法上既ニ如斯ク夫レ自身ニ特殊ナル犯罪法人ニ關スル原則ノ存スル以上ハ一級法人カ別ニ其資格ニ於テ刑法上犯罪能力ヲ有スレモノニアラサルコトハ明ナリ、故ニ例ヘハ或会社ノ代表社員カ單獨ニ会社ノ爲メニ或ハ社員全体カ通謀シテ会社ノ爲メニ詐欺ヲ行フモ共ニ刑法上会社カ詐欺罪ヲ犯シタルニ非ス、前ノ場合ニ於テハ社員カ單獨ニ後ノ場合ニハ社員全体カ会社タル法人ヲ離レ刑法上ノ犯罪法人タル共犯者トシテ罪ヲ犯シタルモノナリ、然レ共犯現行法上ノ解釈トシテ疑義ヲ生スルハ電信法第四十二條並明若三十三年法律五十二号ノ法人ニ於テ租税及兼煙草專賣ニ關シ犯罪アリタル場合ニ關スル件也ノ規定ナリ此ノ規定ハ法人カ其代表者又ハ雇人其他ノ従業員ノ犯罪ニ付キ特ニ處罰ヲ受クル場合アルコトヲ定ムレ共此レ只法人ニ受罰能力アルコトヲ定ムタルニ止リ犯罪能力アルコトヲ定ムタルニ非ス、若シ仮リニ之レヲ法人ノ犯罪能力ヲ定ムタル主旨ノモノトスレハ是レ理論上法人ハ共犯關係ヲ

離レテハ犯罪能力ヲ有シ得サルニ不拘其犯罪能力ヲ認メタルモノニシテ之レヨソ眞ニ法律ノ擬制ニ他ナラサルナリ

第二項 犯罪ノ客体

犯罪ノ主体ニ対シテノ犯罪ノ客体ナル言葉アリ、犯罪ノ目的物ノ義ニ解スルヲ通例トス、目的物トハ或犯罪ノ概念上其特別要件ニ屬スル人又ハ物ナリ、從テ此意義ニ於テハ客体ハ一切ノ犯罪ニトツテ要件タルモノナラス、

犯罪ノ客体ハ之レヲ法益ト區別セサル可ラス、法益トハ結論ニ於テ速ハタルカ如ク規範ニ依テ保護セラル、社会生活上ノ利益關係ヲ云フ、此意義ニ於テハ法益ノ脅威又ハ侵害ハ一切ノ犯罪ニ存スルナリ

犯罪ノ客体

第三章 行為

ハニ

行為トハ意思ノ表動タル身体事上ノ動靜ヲ云フ。是行為ノ自然的意思ナリ。然レ共第一項ニ速ヘタル如ク刑法ニハ犯罪ノ主体ノ人ノ何タルヤカ法律上ノ觀念ナルカ如ク犯罪ノ主体タル行為モ亦法律上ノ觀念ニ屬ス。然レ人ノ一切ノ舉止動靜ヲ以テ直ラニ法律上ノ行為ト為スコトヲ得ス。法律上ノ行為トハ法律上ノ價值アル行為ハ規範的意思ヲ有スル行為ヲ言ス。詳言スレハ法律の規範ニ照シ適法又ハ違法トシテ價值判断(規範的評價)ノ對象タル適スル行為ナリ。斯ル行為ハ畢竟規範ニ服シ得ル人ノ規範意思活動ノ機會ヲ與ヘラレタル行為ナラサル可ラス。從テ行為カ法律上ノ行為タルハ一足ノ條件ヲ要ス。此條件ニ三アリ。左ノ如シ

- (一) 行為者カ規範意識ヲ具フニ足ル能力ヲ有スルコト
- (二) 行為ノ際規範意識カ具ハリタルコト
- (三) 行為ノ際規範意識ノ活動ノ餘地アリタルコト

既ニ結論ニ於テ法ノ不實ニ關シ速ヘタルカ如ク法ハ共同意思ノ法則トシテ要求セラレ又事實ニ於テ多ク共同意思ノ法則ナリ。個人ハ各ニ相互ニ解ノ範圍ニ於テ共同意思ト其法則トノ成立ニ参加ス。此共同意思ト其法則

トカ個人ノ顯現シタルモノハ即規範意識タルナリ。從テ個人カ社会ノ一員トシテ之レニ屬スル場合ニ於テハ通例何人モ或ル程度ノ規範意識ヲ有スルモノニシテ之レ無キモノハ例ヘハ精神病者ノ如ク只生理的ニハ人ナシ共社会共同體ノ一員トシテノ人ナラス。即規範意識ハ各個人カ相互ニ牽引レテ社会ヲ構成スル意識ノカナリ。右ノ如キ觀察ヨリスレハ個人ノ行為カ共同體ノ法則ニ依リテ評價セラレカ為ニハ当然行為者ニ於ケル規範意識ノ存在ヲ前提トシ且其範圍ヲ以テ限度トナサハル可ラス。前記三個ノ條件ハ畢竟此觀察ヨリ導出ルヘキモノナリ。尤ニ其條件ノ意義ヲ明ニスヘシ

- 一) 行為カ法律上ノ行為タルハ行為者カ規範意識ヲ備フルニ足ル能力ヲ有スルコトヲ要ス
- 二) 此能力ハ之レヲ一般的行为能力トモ称スルコトヲ得ヘシ。其實質ハ所謂是非ヲ辨別シ得ル程度ニ達シ且正則ナル作用ヲ備フル精神ナリ。
- 三) 行為カ法律上ノ行為タルハ行為ノ際規範意識ヲ備ハリタルコトヲ要ス。

行為

ハ三



規範意識カ備ハルトハ一々法則ヲ知ルコトニ非ス。又一概例ニ自己ノ行為ノ適法違法ニ関スル判断カ意識ニ備ハルコトナリ。而モ此意識ハ各個ノ場合ニ自覺的ニ作用スルコトヲ要セス。適當ナル制裁ニ對シテ反動的ニ作用スル程度一潛在スルヲ以テ足ル

三 行為カ法律上ノ行為タルニハ行為ノ際規範意識活動ノ餘地アリタルコトヲ要ス。

今日心理学上ノ区別ニ從ハハ人ノ身本蒙止動靜トハ無意識行為、衝動行為及選擇行為ノ四種アリ。此中一定ノ目的觀念ニ依テ導カレ規範意識活動ノ餘地ヲ存スルモノハ最後ノ二者ナルカ故ニ法律上ノ行為ハ一定ノ目的觀ルニ適スルモノハ亦此二者ニ過キス。但法律上ノ行為ハ一定ノ目的觀念ニ依テ導カレ、コトヲ要スレ共其行為ノ結果カ現実ニ發生シタルヤ否ヤ又其結果カ目的ト一致シタルヤ否ヤハ行為カ行為タルニ關係ナシ、以上三個ノ條件ハ法律上ノ行為一概ノ要件ニシテ適法行為ト違法行為トニ共通ノモノナリ。

從來ノ見解ニ依レハ行為カ法律上ノモノ即規範的意義ヲ有スルカ為ニ

ハ總テ自由意思ニ基クコトヲ要件トス。然レ共精神現象トシテノ意思ハ決シテ自由(無原因)ナルモノニ非ス。茲ニ於テ今日ノ刑法學ニ於テハ多ク行為ヲ以テ導キ意思ノ表動タルコトヲ要件トスルニ止リ其意思ノ自由ナルコトヲ以テ規範的評價ノ前提トナス。只今日尚餘ニ承認セラル、見解ハ強迫ニ依ル意思ノ決定行為ノ基礎タルコト能ハスト云フコト之レナリ。然レ共此見解ハ若シ其理由ヲ心理作用ノ缺陷ニ求ムルモノトセハ明ニ實際ノ經驗ニ及ス。何者例ハハ人爲ニ依ル強迫ノ如キハ当然強迫者ノ利害ノ秤量ニ依ル意思ノ選擇作用ヲ豫想シテ行ハル、モノニシテ此場合ニ於ケル被強迫者ノ行為ハ其衝動的ナラサル限り選擇ノ結果決定セラレタル目的觀念ニ依テ導カル、モノナレカ故ナリ。

右ニ述フルカ如ク行為ハ身本、蒙止動靜ニシテ意思ノ直接ノ表現ナルヲ故ニ之レヲ意思表動 (*Willensbetätigung*) ト云ヒ結果ト區別ス。而シテ犯罪ハ前ニモ述ヘシ如ク或ハ意思表動ノミニテ成立スルコトアリ、或ハ結果ノ發生ヲ後ヲ成立スルコトアリ。前者ヲ行為犯又ハ拳動犯ト云ク後者ヲ廣義ノ結果犯ト云フ。結果犯ニ付テハ行為ト結果トノ因果關係

ニ関スル重要問題アレ共余ハ結果ヲ以テ廣義ノ處罰條件ト見ルカ致ニ之  
レカ説明ハ加罰問題ノ章ニ譲ル

### 第二節 違法

犯罪ハ違法ナルコトヲ以テ一要件トス。故ニ同一外観ヲ有スル行為  
ニテモ其違法ナルト適法ナルトニ依リテ罪タルト否トノ差別アリ。依テ  
一般論トシテ違法ノ如何ナルモノナリヤヲ明セシム

違法トハ嚴言スレハ行為カ法律の規範ニ違反スルコトナリ。然レ共違  
法ハ前述ノ如ク或行為ヲ或レ法律の規範カ一致セストノ單純ナル形式内  
係ニ非スニテ法律的規範ニ照シテ其價值ノ否足セラルハヤ行為ノアリタ  
ルコトナリ。換言スレハ違法ハ………↓違法行為アリタル場合ニノミ  
成立ス。是違法カ価値判断ニテテ此判断ハ法律上ノ行為トシテノ條件ノ  
具ハレル場合ニノミ為スコトヲ得ルニ依ル。

違法ヲ行ノ如ク觀念スル時ハ違法ノ條件ハ即テ違法行為ノ條件ニシテ

又違法行為ノ條件ハ法律上ノ行為ノ條件ノ違法行為北シタルモノナリ。

依テ前述ノ法律上ノ行為ノ條件ニ準シテ之レヲ區別スレハ左ノ如シ

(一) 行為カ違法行為ト為ルニハ法律上ノ一般的行为能力アルコトヲ要

ス。

此能力ハ違法行為ノ要件トシテハ一般の違法行為能力ト云フコトヲ

得ハレ

(二) 行為カ違法行為タルニハ其行為ニ関スル規範意識ノ備ハルコトヲ要

ス。

蓋ニ其行為ニ関スルト云フハ廣義ニシテ直接的ノ行為ノ違法違法ニ  
関スル判断ノ外尚吾人ハ一般ニ自己ノ行為ニ関シテ判断ヲ下スニ付  
テノ準備ヲ要スルコトノ意義ヲモ包含ス。具體的ニ云ハハ行為カ違法  
行為タルニハ行為者カ其行為ヲ違法トスル規範ヲ知ルカ又ハ之レヲ知  
ラサル場合ニモ少クトモ吾人ハ或程度迄ハ自己ニ關係アル規範ハ平素  
之レヲ知ルコトヲ切マルコトヲ要ストノ意識ナカレ可ラス。斯ル場合  
ニ直接ノ規範ヲ知リテ之レニ違反スルハ故意ニ依ル違反ノ場合ナリ。

### 違法

又規範ヲ知ルニ努メスシテ之レニ違反スルハ過失ニ依ル違反ノ場合ナリ  
故意過失ノ責任ハ依リ事實ニ因シテノミナラス規範ニ因シテモ亦  
存ス

(三) 行為カ違法行為タルニハ行為ノ際規範意識活動ノ餘地アリタルコトヲ  
ヲ要ス

従テ違法行為ハ常ニ故意目的觀念(動機)ニ依リテ導カレハコトヲ  
要ス。但レ前ニ一微行為ニ付テ述ヘタルカ如ク法ノ價值判斷ノ對象ハ  
意思表動タル行為其モニシテ結果ニ非サルカ故ニ或行為カ違法ナル  
ヤ否ヤハ結果ノ成否若クハ結果カ目的ト一致シタルヤ否ヤニ関係ナレ  
結果ハ只制裁法カ之レヲ理由トシテ或レ行為ニ法律上ノ効果(損害賠  
償 刑罰等)ヲ附與スル所以タルニ過キス。故ニ違法行為ハ結果カ察  
生シタル場合ニ於テモ結果カ察生シタルカ爲ニ遡リテ違法トナルニ能  
ス。其以前ニ於テ意思表動具モノトシテ既ニ違法タルナリ。此点ハ故  
意ノ場合、過失ニ付テモ相同シ  
以上三個ノ條件ヲ具備スル時違法行為ハ成立ス。但レ蓋ニ所謂違法行

爲ハ法律上違法トシテ其價值ヲ否定スヘキ行為トシテノ違法行為ニシテ  
之レニ對シ何等カノ法律上ノ効果(責任)カ生スレヤ。又ハ如何ナル初  
果カ生スルヤハ全ク別問題ナリ。又初果ノ生スル場合ニ就テモ民法上ノ  
損害賠償責任ヲ生スヘキ不法行為トシテハ或ハ右三個ノ條件ヲ以テ是ル  
ヘキモ刑法上刑罰請求權ヲ生スルニハ刑法上ノ責任能力ニ関シテ尙多少  
ノ條件ヲ要ス。例ハ八犯人カ行為ノ際十四才未滿ナルトキハ及令行為カ  
右ノ條件ニ照シテ違法行為タル時ニテモ刑罰請求權ハ察生セズ。蓋シ法  
律上ノ初果ハ其種類性質ヲ異ニスルニ從ヒテレノ其目的ヲ異ニスルカ  
故ニ或ハ行為カ違法ナルコトノ外ニ尙如何ナル條件ヲ要スルヤハ更ニ各  
初果ヲ規定スル法律ノ精神ニ依リテ之レヲ決セサル可ラサレハナリ

今日ノ法制ノ下ニ於テハ法律上ノ責任ニ二種アリ。一ハ違法行為ヲ理  
由トスルモノ(故意ニ於テハ過失責任ト云フ)ニシテ、一ハ單純ニ初果ノ  
察生ヲ理由トスルモノ(故意ニ於テ無過失責任又ハ結果責任ト云フ)ナ  
リ。此二種ノ責任ハ多ク態様ヲ同シタストモ其目的ハ同一ニ非ス。蓋  
シ或レ責任カ違法行為ヲ理由トシ且違法行為者自身ヲシテ負担セシムル

限リ之レニハ當然特殊ノ目的ヲ備ハツサル可ラサレハナリ。此目的ハ即チ行爲者ノ行爲ニ對スル價值判斷ノ結果ヲ行爲者ノ規範意識ニ訴ヘ其得來ノ反省ヲ求ムルコトナリ。前述セル三箇ノ違法行爲ノ條件ハ則チ此目的ニ應ズルモノナリ。所謂過失責任ト結果責任ト、本質的ニ區別ハ只此一臬ニ存ス。從テ刑罰ノ一ツノ過失責任ナル以上換言スレハ刑罰責任力違法行爲ヲ理由トスル限リハ其態様ハ所求如何ニ變化スルモ一般保安感介トノ區別ハ此臬ニ存セサル可ラス。

法律的規範ハ結論ニ於テ速ヘタルカ如ク總テ何人カノ爲ニ法益ヲ保護スルヲ以テ目的トスルカ故ニ一概ニ違法アル時ハ必ス何人カニ對スル法益ノ侵害又ハ脅威ノ存スル理由ニシテ單竟違法ハ常ニ法益ノ侵害又ハ脅威ヲ實質トスルモノト云フヘシ。一説ニ依レハ法益ノ侵害ハ常ニ違法ナルニ非ス、其侵害力法律上特ニ許サレタル場合ハ之レヲ爲スモ違法ニ非スト説クモ或ル法益ニ對スル侵害力法律上許サルト云フハ單竟特別ノ理由ニ基キアル法益ニ對スル規範ノ保護力其許サレタル侵害トノ關係ニ於テ保護セラレルト云フニシテ此場合ニ於テハ其侵害トノ關係ニ於テハ法益ハ

既ニ存在セス。法益トハ吾人カ或ル事物ニ對シテ有スル利害關係ニシテ事物其モノ意義ニ非ス。從テ同一事物ニ就キテ法律上利益ト認メタルハキ關係カ數個成立スル場合ニハ法益モ亦同一事物ニ有キテ數個成立スヘキ理ナリ。故ニ若シ同一事物ニ對スル或ル行爲ノ影響カ同時ニ數個ノ法益ヲ侵害又ハ脅威シタル時ハ違法モ亦其全体ニ對スル關係ニ於テ成立スルモノト云ハサル可ラス。從テ特定ノ關係ニ於テ違法カ阻却セラレ、モ他ノ關係ニ於テ違法カ阻却セラレサルトキハ其行爲ハ尚違法タルヲ免カ

(註一) 身体ノ健全財産ナトハ事物其モノニシテ法益ニ非ス。人ニ對シテ法益トナル利益關係ヲ法益ト云フ

(註二) 一ツノ事物ニ對スル利害關係即チ法益ヲ有スル人カ數人アルトキハ違法モ數個成立ス

右ニ述ヘタルカ如クナルヲ以テ違法ト適法トハ相対ル、コトナシ。從テ所謂權利ノ濫用ハ正當ナル權利行使ニ非スシテ違法ナリ。別ハ官公吏ノ職權濫用、親權者ノ親權濫用ノ場合ノ如ク、其他權利取得力暴行

違法

強迫、詐欺等違法ノ方法ニ依テ行ハレタルカ爲メ權利ヲ取得シタル外觀アリテ而モ權利ナキ場合アリ。如斯場合ニ於テ其權利ヲ行使スルモ永遠用ニ属ス。或ル行為カ經驗上一致ニハ罪トナル場合ニ於テ尙々特殊ノ事情ノ存スルニ依リテ違法カ阻却セラル。時ハ之レヲ違法阻却原因ト称スルコトハ前ニ之レヲ述ヘタリ。而シテ如何ナル場合ニ違法カ阻却セラルルヤヲ明ニスルハ犯罪成立ノ消極的限界ヲ明ニスルモノナルカ故ニ尤ニ項ヲ分チテ刑法ニ規定スル違法阻却ノ原因ヲ説明スヘシ。

第一項 正当防衛又ハ緊急防衛

正当防衛又ハ緊急防衛ノ條件ハ刑法第三十六條第一項ニ之レヲ規定ス。即チ之レニ依レハ窮迫不正ノ侵害ニ対シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ止ムコトヲ得ナルニ出テタル行為ハ之レヲ罰セス。尤ニ此規定ニ基キテ正当防衛ノ事情ヲ分説スヘシ。

(一) 防衛行為ハ窮迫不正ノ侵害ニ対スルモノナルコト

窮迫トハ直接ニ切迫セルコトヲ云フ。然テ窮迫ノ侵害トハ切迫セル侵害ノ欲義ノ意ナリ。故ニ既ニ侵害カ加ヘラレタル場合ニ於テハ引續キ加ヘラレヘキ状況ノ下ニ於テノミ尚窮迫ノ侵害アリト云フコトヲ得。不正トハ違法ノ謂ナリ。然テ不正ノ侵害ハ人ノ行為ニ出ツルモノナルコトヲ前提トス。但シ其故意ニ出テタルト過失ニ出テタルトハ之レヲ問ハス。

(註) 又人カ自分ヲナグロタノテ彼ニナツテナグリ返スルハ復讐ナリ。自分ヲ一ツナグツテ又讎ケテナグロウトシテキル場合ハ切迫セル侵害ニシテ此時ナグリ返スハ正当防衛ナリ。

右ノ如クナルヲ以テ正当防衛ハ權利行為又ハ義務行為ニ対シテハ一概的違法行為能カアルモノ、行為ト見ルヘキ場合ニハ尙之レニ対シテ正当防衛ヲナスコトヲ勸ケス。

侵害トハ茲ニハ專ラ積極的ノ實在ノ發生ヲ意味ス。但シ積極的トハ結果カ積極的ナルコトヲ云ヒ行為ハ消極的ナルモ可ケン。故ニ不純

正当防衛又ハ緊急防衛

(註二) 正不作爲犯ニ對シテハ正当防衛ヲ行フコトヲ得レ共純正不作爲犯スハ其他積極的ニ一定ノ結果ヲ生シムヘキ義務ノ不履行ニ對シテハ之ヲ爲スコトヲ得ストスルヲ通認トス。蓋シ此種ノ場合ニ於テ正当防衛ヲ許ス時ハ公法上私法上ノ義務ノ強制ハ然ラザルニ依テハ之レヲ爲スコトヲ得ル結果トナルカ故ナリ。又被害者犯罪ニ依テ行ハル、場合ニ於テハ場合ニ依テハ犯罪力既遂トナルモ被害ハ尚繼續中ニ在リト見ルヘキ場合アリ。如斯場合ハ尚正当防衛タルコトヲ得

(註一) 純正不作爲犯。或レ期日マテニ納税スヘキヲ納メナル場合  
 (註三) 純正不作爲犯。人々溺レテキレト見テ救ハナカツト長島  
 = 英人ハ死ンダ(結果積極的) 甲カニニナカフレダ(法益侵害)

其場合ニ甲ヲ助ケナカツト甲ハ負傷シタ  
 以上ノ場合人ヲ救ツタリ甲ヲ助ケタリスルノハ正当防衛ナリ

(註三) 泥棒ヲ物ヲ盗ンテ逃ケテ行ク途中追ツテ行ツテ取返スコトハ  
 出来ル。此場合ハ法益侵害中ナレハナリ。然ルニ其泥棒ヲ見エ  
 ナクナツテ了ハハ既遂シテ了ツタノデアレカテ逃日自分ノモノ

ヲ人カ持ツツキテモ自分ヲ取返スコトハ出来ス 裁判ニ依ル

(一) 防衛行為ハ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メノ手段タルコト  
 正当防衛ニ依テ防衛セラルヘキ自己又ハ他人ノ權利ハ其如何ナル種  
 類ノモノタルヤヲ問フコトナシ 又其被害者タル他人ハ目撃人タルト  
 法人タルトヲ區別セズ

防衛スルトハ直接ニ被害ノ原因ヲ排除スルコトヲ云フ。依テ防衛即チ排除ノ爲メノ反撃ハ直接ニ被害者自身又ハ其行為ニ依テ支配サルモノ(器具又ハ動物ノ類)ニ對シテ行ハルコトヲ要ス。但モノカ第三者ノ權利ニ屬スル場合ニ於テ之レヲ反撃ノ對象トスル時ハ此間ニ於テハ緊急避難(刑三七)トナル。又一級ニ第三者又ハ其權利ニ屬スル者ニ對スル行為カ他人ニ對スル防衛行為ノ豫備手段トシテ行ハル、場合ニ於テハ是又事情ニ依リ緊急避難トナルコトアルニ止リ正当防衛トナルコトナシ。然レ共防衛手段ハ必スレモ被害ノ切迫シタル際ニ行ハルコトヲ要セス。被害ノ切迫シタル際ニ効用ヲ生セシムル目的ヲ以テ豫メ之レカ手段ヲ講スルモ切ケナシ。只場合ニ依リ防衛ノ程度

正當防衛又ハ緊急防衛

ヲ起エタルヤ否ヤノ問題ヲ生スルコトアルノミ、

(註二) 甲カ自分ノ犬ニケシカケテ乙ヲ害セトシタル時乙カ其犬ヲ打  
殺スモ正当ナリ、然シ其犬カ第三有丙ノ犬ナル時乙ハ其犬ヲ  
打殺シテモ正当ナリヤハ刑三七條ニ依ス、

(註三) 西瓜畑ノ周リニ硝子ノ破片ヲ置キテ盗人一備ヘルト盗人カ  
硝子ヲ足ヲ切シタトスレハ其時効用ヲ生ジタト云フ

(三) 防衛行為ハ止ムヲ得サルニ出ラレト

止ムヲ得ストハ防衛手段カ急迫不正ノ侵害ヲ排除スル必要ナル程度  
ヲ超エサルコトヲ意味ス、依テ第三七條ノ場合ト異リ他ニ避難ノ途ナ  
キコトヲ云フニ非ヤルカ故ニ被害者ハ假令危険ノ現場ヨリ逃シスハ豫  
メ危険ヲ回避シ若クハ官ノ保護ヲ求メ得ヘカリシ場合ニ於テ尚正当  
防衛ヲ行フコトヲ得、蓋シ何人モ他人ノ違法行為ヲ豫見シ又ハ之レニ  
遭遇シタレカ爲メニ特ニ右ノ如キ方法ヲ採ラザレバ可ラサル義務ヲ強ヒ  
ラル、理由ナキカ故ナリ、而シテ防衛カ果シテ必要ナル程度ノモノナ  
リヤ否ヤハ各場合ニ於ケル各現物ノ事情ニ依リテ定マル、故ニ其行為

カ實際ニ必要ノ程度ヲ超エタル以上ハ依令防衛者ニ於テ必要止ムヲ得  
スト判断シタリトスルモ之レカ爲ニ其行為ハ性質ヲ変スルモノニ非ス、  
然レ共若シ急迫不正ノ侵害ナキ一拘ブス事案上ニ有リト誤認シ之レカ爲  
メニ必要止ム事ヲ得スト誤認シタル所謂錯誤防衛 (Fehlerabwehr) ノ  
場合ニ於テハ犯罪事案ニ関スル錯誤マレ場合ナレカ故ニ故意ヲ阻却ス  
ルコトニ依リテ故意犯ハ成立セズ

(註) 強盜カ刀ヲ切レト云シタノテ本當ト思ヒ却テ此方カヲ殺シタ

場合ノ如シ

防衛行為カ若シ必要ノ程度ヲ超エタル時ハ第三七條第二項ニ依リ情  
狀ニ依リ其刑ヲ減刑又ハ免除スルコトヲ得、但シ右ハ特ニ防衛ノ爲メ  
ニ豫見ヲ以テ行ハレタル行為ニ付テノミ云フモノナリ、故ニ侵害ノ去  
リタル後ニ反撃ヲ加フルカ如キ場合又ハ豫見ノ範圍ヲ越エテ過失ニ依  
テ或レ結果ヲ引起シタル場合ハ別問題ニ属ス、

又ヒ三條ヲ以テ正当防衛ノ條件トス、但此外ニ尚防衛行為ヨリ生スハ  
ニ害ヲ急迫不正ノ侵害ヨリ生スヘキ害ノ程度ヲ超エサルコトニ必要トス

正当防衛又ハ緊急防衛

ルヤ否ヤニ付テハ議論アリ。一做ニハ之レヲ必要トセストモ余ハ付衛ニ依リテ保護セラルル、權利ト之レヨリ生スル害トカ甚クシテ權利ヲ失スレ場合ニハ之レヲ許ナハルヲ相當ト解ス。然レテ如斯場合ハ正当防衛カ必要ノ程度ヲ超エタルモノトシテ論セサル可ラス。

正当防衛行為ノ性質ニ付テハ之レヲ權利行為ト解スレテ通例トス。然レテ正当防衛條件ノ具備スル場合ハ違法阻却原因ノ存スル場合ナリ。而シテ權利ニ対シテハ理論上原則トシテ之レヲ忍受スヘキ義務ノ対立ハ之レノナルカ故ニ正当防衛ニ対シテハ更ニ正当防衛ヲ為スヲ得ス。

(註) 甲ク乙ヲナグツタ、乙ハ正当防衛トシテ甲ヲナグツタ。然ル時甲ハ又正当防衛ナリトシテ乙ヲナグル事ハ出来ヌ。逃ケルヨリ仕方カナイ、逃ルガイヤナラ甘ンジテナグラレルカ始メヨリ乙ヲナグラネハコイ。

防衛者カ對手方ノ侵害ヲ豫期シ違法ニ之レヲ誘発シタルトキハ之レニ防衛權ヲ與フ可ラストスル説アリ。余モ原則トシテハ之ヲ認ム。蓋シ此場合ノ侵害ハ畢竟自ラ招キタルモノニテ侵害者ノ行為ナルト同時ニ自己

ノ行為ノ結果タルナリ。故令對手方ノ意思カ之レニ加ハリダイトスルモ之レニ依リ毫モ影響セラル、モノナラス。故ニ此場合ニハ嚴禁ニ云ハハ不正ノ侵害アリト云フコトヲ得ヌ。

第二項 緊急避難

緊急避難ノ條件ハ刑法第三七條第一項ニ之レヲ規定ス。即チ之レニ依レハ自己又ハ他人ノ生命身体自由若クハ財産ニ対スル現在ノ危険ヲ避ケルヲ止ムヲ得ナルニ出テタル行為ハ其行為ヨリ生シタル害、其避ケントシタル害ノ程度ヲ超エサル場合ニ限り之レヲ罪セス。尤ニ之レニ基キ緊急避難ノ情ヲ説明スヘシ。

(一) 自己又ハ他人ノ生命身体自由若クハ財産ニ対スル現在ノ危険アルコト現存トハ前項ニ述ハタル急迫ト云フニ同シク、現在ノ危険トハ法益ニ対スル現在ノ切迫セルコトヲ云フ。危険ハ自然カニ依ルモノ、外尚人

緊急避難



為ニ依ル侵害ヲモ包含ス 従テ正当防衛ノ條件タル急迫不正ノ侵害モ亦一ノ現在ノ危険ナルカ故ニ此場合ニ於テモ緊急避難ヲ行フコトヲ得ルハ明ナリ 又責任無能力者ノ行為カ違法ト見ルトコトヲ得サレ事情アル場合ニ於テハ之レニ對シ正当防衛ヲ行フコトヲ得サレ其緊急避難トシテ又撃ヲ加フルハ妨ゲナシ

(二) 避難行為ハ危険ヲ避クル為メ止ムコトヲ得サルニ由ラザルコト 危険ヲ避クル為メ止ムコトヲ得ストハ或レ法益侵害行為以外ニ他ニ適當ナル避難ノ手段ナキコトヲ云フ 従テ正当防衛ノ場合ト異リ他ニ適當ナル避難ノ途アル場合ニ於テ他人ノ或レ法益ヲ侵害スルハ所謂緊急避難ニ該當セズ 而シテ故ニ他ノ適當ナル避難ノ途ト云フハ全然何人ノ法益ヲモ侵害セサルカ又ハ比較的ニ小ナル法益ヲ侵害スルニ止マレ避難ノ方法ヲ云フ

(三) 避難行為ヨリ生シタル害カ其避ケントシタル害ノ程度ヲ越エサルコト 避難行為ヨリ生シタル害トハ避難者カ故意ニ生シシムル結果ニ就テ云フモノトス 故ニ若シ避難者ノ豫見以外ニ於テ更ニ或ル結果ヲ生シ

タリトスルモ之レニ付テハ別ニ過失犯ノ成否ノ問題ヲ生スルニ止リ害ノ大小ノ比較問題ヲ生セズ 又緊急避難ノ場合ニ於テ正当防衛ノ場合ト異リ避難ノ為ニ侵害セラルル法益ハ何人ニ屬スルヤヲ問ハサルカ故ニ一般公共ノ法益ヲ害スルモ妨ゲナシ 又一般ニ害ノ大小ヲ定ムルニ付テハ法益ノ大小ト被害程度ノ大小トヲ共ニ標準トスヘキモ其被害法益ノ大小ニ至テハ畢竟一般ノ觀念ニ依テ定ムルニ外ナシ 但シ二個ノ法益カ性質ヲ異ニシ其大小ノ容易ニ決定シ難キ場合ニ於テハ通例相等シキモノト見ルヲ相当ト信ス

(註) 火事ニ墮カテ荷物ヲ放出セシニ通行人ニ當リ其人カ倒レタ 其上一ニ自動車カ未ア即死シタ 即チ死ハ豫見セサルコトナ

以上ハ緊急避難ノ條件ニシテ一般ニ罪トナルヘキ行為モ右ノ條件ヲ具フル時ハ原則トシテ犯罪ハ成立セズ 但余ハ現在ノ危険カ避難者又ハ避難行為者ノ故意過失ニ依テ生シタル場合ニ於テハ避難行為ノ結果ニ對スル責任ハ別ニ論セサル可ラヌト解ス 蓋シ緊急避難カ罪トナラサルハ避

緊急避難

一〇二  
難行爲ノミヲ切離シテ獨立ニ觀察スルコトナリ。從テ避難者又ハ避難行  
爲有テ故意ニ現在ノ危険ヲ生シタル場合ニ於テ避難行爲ノ結果ヲモ豫  
見シタル時ハ故意ノ責任ヲ負フ可ク又過失ニ依リテ危険ニ陥リタル場合  
ニ避難行爲ノ結果ヲ豫見セザレトモ付テ過失ヲ付ケタルトキハ過失ノ責任  
ヲ負ハサル可ラス。緊急避難ノ條件、不備カ云定ノ程度ヲ越エタル否  
ヲ定メシメタルニ止マレ時ハ情状ニ依リ其刑ヲ減刑又ハ免除スレトモ  
得。法定ノ程度ヲ越エタル否ヲ定メシムルハ避難行爲ヨリ生シタル官  
民被害ノトシタル官ノ程度ヲ越エタル場合ノ外尚前者ノ官ハ被害ノ官ノ  
程度ヲ越エザルモ他ニ一層小ナル法益侵害ノ程度ニテ避難シ得ヘカリシ、  
ニ不拘比較的大ナル官ヲ生シシメタル場合ヲモ包含ス。刑法第三七條第  
一項但書ニハ前段ノ場合ノミ規定シアレカ如キモ解款上侵蝕ノ場合ニモ  
其適用ヲシモノト云ハサル可ラス。

以上述ヘタル原則ニ對シテハ刑法第三七條第二項ニ於テ一ノ例外ヲ規  
定ス。即チ之レニ依レハ同條第一項ノ規定ハ業務上特別ノ義務アル者ニ  
ハ之レヲ適用スルコトナシ。是レ軍人、警察官、消防士、船員、醫師等

先ノ業務上義務アル者ニ對シテハ、生命身體等ニ對スル危険ヲ理由  
トシテ避難行爲ヲ爲スコトヲ許サレ、主旨ニ依ツレモノナリ。然レ其是  
等ノ者ト雖モ若レ如何ニ危険ヲ犯スモ業務上ノ目的遂行ク不能ナルコト  
明ナル場合ニハ概シテ（軍人ヲ除ク、意）一般ノ例ニ從フハキハ言フテ依  
シテ

緊急避難行爲ノ性質並其罪トナラザレ理由ニ付テハ從來學說ノ分カル  
ル所ニテ刑法學上重要ナル問題ノ一ナリ。尤ニ其大要ヲ述フヘシ

主観説

此説ハ緊急避難ノ無罪ナル理由ヲ行爲者ノ意思ニ求ムルモノニシテ  
其見解ニ依レハ凡ソ吾人ハ緊急状態ノ下ニ於テハ常ニ性質上抗拒ス可  
キナル一種ノ強制ヲ受ケ之レカ爲ニ意思ノ自由ヲ失フモノナルヲ以テ  
此状態ノ下ニ於ケル吾人ノ行爲ハ總テ責任能カク賦ケルモノニシテ畢  
トナラズト説ク（Kant, Feuerbach）

客観説

（一）違法行爲説

緊急避難

此説ハ緊急避難ヲ以テ不責上違法行為ナリトシテ只法律ハ之レヲ罪セサルニ依リ罪トナラスト解スルモノナリ。然レ共此見解ニ対シテハ如斯解スル時ハ緊急避難ニ対シテハ一般ニ正当防衛権ノ對抗ヲ許サル可ラザルニ至ルヘシトノ批難アリ (Merkel, Stimpel, Aitschauer)

四) 権利行為説

此説ハ緊急避難ニ依リテ以テ一般ニ權利ノ実行ト解シテ正当防衛権ト併セテ一ノ緊急権 *natural* ナル概念ヲ認メントスルモノナリ。從ニ此説ニ依レハ緊急避難ハ權利ノ実行ナルカ故ニ法律上何人モ之レヲ妨クルコトヲ得ナレ共價値ノ相等シキニ個ノ法益カ互ニ緊急状態ニ在ル場合ニハ理論上權利ノ衝突ナル一般法理ニ矛盾セル觀念ヲ認容スルカ又ハ相手方ニ先立テテ避難行為ニ着手シテレ者ノ違法ナル緊急避難者ナリト云フカ如キ不公平ナル結果ヲ認メサルヲ得ナリコト、ナルヘシ (*Stugo, profus, Recht*)

四) 放任行為説

此説ハ緊急避難ヲ以テ法ノ保護セサル又ハ禁止セサル無関係ノ行為ナリトシ共理由トシテ二個以上ノ法益カ相衝突スル場合ニ於テハ法ハ其何レニモ加担シ能ハサル結果トシテ之レヲ自然ノ或行ニ放任シ其結果ヲ後チテ始メテ之ヲ保護スルノ外ナレ。換言スレハ緊急状態ニ於テハ法律的秩序ハ暫ク其作用ヲ停止スルモノナリト説ク

四) 法益秤量説

此説ハ緊急避難行為ノ性質ヲ単純ノモノト見做ナス場合ニ依リ之レヲ區別シテ觀察セントスルモノニシテ即チ緊急避難ハ其行為ヨリ生スル害、其避ケントスル害ト相等シキ時ハ違法行為ニシテ之レニ比シテ小ナルトキハ權利行為ナリト説ク (*Hegel, Berman*)

(註) 前註般ノ場合ニ依ランカ、先ツ法益ヲ侵害シテ者ハ違法行為ナレ共緊急避難ナラハ無罪ニシテ相手方ヲ奪ハントスルノマ防ク、モ正当防衛ヲ無罪。相手方ヲ云ハハ奪ハントスルハ違法行為ナレ共緊急避難ナル故無罪ナリ。他人ノ家宅ハ侵入スルハ小ナル權利ヲ無視シテ大ナル害ヲ避ケントスルモノナ

緊急避難

ナレ故無罪ナリ

以上ノ如ク緊急避難行為ノ性質ニ付テハ数多ノ見解アリ共何レモ吾人ノ法律觀念ニ充分ニ一致スルモノトハ又ヒ難シ。是レ最良ノ説ヲ採ヤテハ皆避難行為ノ性質ヲ單一ノモノトシテ觀察セザル可ラサルコトヲ前提トスルカ爲ナリ。余フニ刑法ハ一律ニ避難行為ヲ罰セザルコトヲ定ムル共其罰セザレザル行為カ如何ナル性質ヲ有スルヤハ一概規範ノ問題ニシテ刑法自身ノ定ムル所ニ非ス。從テ緊急避難行為ノ性質ハ一概ノ條理ニ照レテ之レヲ決スヘク然テハ各場合ノ事情ノ性質ヲ異ニスルニ從テ避難行為モ亦其性質ヲ異ニスルハ當然ニシテ避難行為ハ一切ノ場合ヲ通シテ必スシモ其性質ヲ同シノスルコトヲ要スルモ、ニ非ス。余ハ斯ル見地ヨリ緊急行為ノ性質ヲ解スルコト左ノ如シ

(一) 或レ法益カ危難ニ遭遇シテ之レヲ救助スル爲メ被害者又ハ被害者ノ爲メニスル第三者カ他人ノ法益ヲ犧牲トセザル可ラザル場合ニ於テ其行為ハ各法益ノ大小輕重ニ不拘違法ナリ  
蓋シ一般ニ云ハハ危難ハ之レニ遭遇セル者ニ於テ之レヲ排除スルニ

努メ若シクハ危及スヘキヲ当然トシ之レヨリ生ズル損害ヲ他人ニ轉嫁スルハ当然得タルモノニ非テハナリ。然レ共刑法ハ第三七條ニ規定スル條件ノ下ニ避難行為ヲ爲スハ其行為ノ違法ナルニ不拘特ニ處罰ノ必要ナント認メタルカ爲メ之レヲ罪トアラサルモノトス。而シテ前掲違法行為ニ對スル特種ハ之ノ場合ニモ亦適用アルカ如クナルモ此場合ノ違法行為ハ特別ノ事情ニ基クモノナルカ故ニ之レニ對シテハ正当防衛ヲ許サルモノト解スヘシ。刑法第三七條ニ無條件ニ窮迫不正ノ侵害云々ト規定シテアリトノ理由ヲ以テ前記ノ解法ヲ推スル者アラハ是レ法ノ解款ノ何タルヤヲ知ラザル者ナリ

右ノ如ク先ツ或ル法益ヲ救助スル爲メ他人ノ法益ヲ侵害スル行為ハ違法ナリ。之レニ對シテハ正当防衛ヲ爲スコトヲ得サレ共相手方ノ地位モ亦之レヲ斟酌セザル可ラス。從テ相手方又ハ相手方ノ爲メニスル第三者ハ避難行為ニ依ル脅威ニ對シテ更ニ避難ノ爲ニ或ル範圍ノ行為ヲ爲スコトヲ得サル可ラス。此範圍ハ條理上當然第三七條ノ制限ニ從フヘキモノニシテ是レ亦緊急避難行為ナリ。而シテ此行為及直接ニ最初ノ

緊急避難

避避行為ニ依ル者感ニ對シテ行ハルル時ハ權利行為ナレ共更ニ無関係ナル他人ニ對シテ行ハルルトキハ前手ノ場合ニ準シテ違法ナリ

(三) 前二号ハ一概ノ場合ヲ觀察シタルナリ。此外始メヨリ違法ニ避避行為ヲ豫見シ又ハ過失ニ依テ避避行為ヲ行ハサルヲ得ナルニ至ル場合ナキニ非ス。斯ル場合、避避行為ハ前ニ述ヘタルケ如ク全体トシテ常ニ違法ニシテ之レニ對シテハ緊急避避ニ関スル規定ノ適用ナラズ。從テ行為有ハ軍艦ニ故意過失ノ責ニ任セサル可ラス

以上述ヘタルカ如ク緊急避避行為ハ場合ニ依リテ性質ヲ異ニスレ共刑法第七條ノ適用アル限リ其行為カ違法ナル場合ニ於テモ刑法ハ刑法ノ目的ニ照シテ之レヲ罰セサルモノトス。從テ緊急避避ノ情ノ具ハルコトハ場合ニ依リ或ハ違法阻却原因タルコトナリ。或ハ刑罰阻却原因ニ道々ナルコトアルモノトス

第三項 法令又ハ正當ノ業務ニ依ル行為

或ル行為カ法令又ハ正當ノ業務ニ依ル場合モ亦違法ノ阻却セラルル場合ノ一ナリ。此場合ニハ一概ニハ罪トナレ可キ行為モ犯罪ヲ構成スルニ至ラサルコト他ノ違法阻却原因ノ存スル場合ニ同シ

法令ニ依ル行為カ罪トナラサルハ本末云フヲ俟タサル所ナリ。正當ノ業務ニ依ル行為カ罪トナラサル所以モ是レ又ハ法令ニ依ルカ爲メニシテ即チ正當トハ法律上正當ト云フニ外ナラス。從テ此見解ヲ徹底スレハ條理上正當ナル行為ハ独リ業務的ノ行為ノミナラス非業務的ノ行為ニテモ罪トナラサルコト勿論ニシテ右ノ正當ノ業務ニ依ル行為カ罪トナラサルコトモ實ハ其業務的ナルカ爲メニ非スシテ行為自体ノ正當ナルカ爲ナリ。如斯解スル時ハ刑法第三五條ニ法令又ハ正當ノ業務ニ依リテ行ハル行為ハ之レヲ罰セズトアルハ又フヲ俟タサル規定ニシテ又其主旨モ却テ制限的ナル線アルモ是レ最モ望ミテ場合ヲ注意的ニ規定シタルト見ルヲ可トス。右ノ如ク廣ク法令ニ依ル行為ト云フ時ハ正當ナル行為ヲモ包含スルモノナレ共法律ニハ直接ノ成立ヲ有スルモノト認ラサルモノトナリ。此又ヨリ便宜法典ノ區別ニ從ヒ一概ニ正當ナル行為ヲ法令ニ依ル行為ト單

法令又ハ正當ノ業務ニヨル行為

= 正当ナル行為トニ區別シテ其主ナル種類ニ就キ説明セシ

(一) 法令ニ依ル行為

(1) 職務行為

公務ニ従事スル者ノ職務行為ハ法令ニ依ル行為ノ中最も顯著ナル場合ナリ。例ハ強制執行ニ屬スル行為、家宅搜索、物件差押、被告人ノ拘引、拘留其他刑罰執行ニ屬スル行為、職事事変ノ際ニ於ケル職關其他之レニ関連スル行為、警察上ノ檢束其他ノ強制処分、職務ニ關スル強制手続ニ屬スル行為等是レニ屬ス。職務行為ニハ直接ニ法令ニ基キテ為ス場合ト上官ノ命令ニ基キテ為ス場合トアリ。此中上官ノ命令ニ依ル行為カ職務行為ナル為メニハ四圍ノ條件ヲ要ス。即チ

- (1) 其命令事項ク上官ノ権限内ナルコト
- (2) 其事項ク同時ニ下官ノ権限ナルコト
- (3) 其事項ニ關シ上官ヨリ下官ニ適式ノ命令アリタルコト

(4) 其命令事項ニ關スル上官ノ法律解釈ノ正当ナルコト

是レナリ。然レテ此四圍ノ條件カ具ハレ時ハ上官ノ命令カ依令實質ニ於テ不適當ナリトスレモ之レニ依リ為サレタル下官ノ行為ハ常ニ職務行為トシテ適法ナリ。蓋シ上官ハ其権限内ノ事項ニ關シテハ事實認定ニ關スル專權ヲ有スレカ故ニ下官ハ自己ノ認定ヲ以テ之レヲ爭フコトヲ得サルニ依ル。然レ共此實ニ付注意スヘキハ上官ノ命令カ法律命令タルノ効力ヲ有スルカ為ニハ其命令カ公務ヲ行フノ意思ニ出テタルコトヲ要ス。何トイレハ若シ然ラサル場合ニ於テハ上官ハ畢竟其職務ニ假託シテ實ハ其職權ヲ濫用スレモノナレハナリ。

(註) 上官ノ命令カ正シクナイ時ハ從ハフコトモヨイ。正シクナイト知ツテ從ハハ罪トナル。上官ノ命令カ正シイ時自余ハ正シクナイト思フニ從ハハ罪ニナル。下官タルモノ

ハヨク注意シテ判断スルコト所要ナリ

(4) 懲戒

懲戒ハ或レ場合ニ於テハ法律上一私人ニ對シ權利トシテ之レヲ評

法令又ハ正当ノ業務ニヨル行為

スコトアリ。例ハハ親権者又ハ被見人カ未成年者タル子又ハ被後見人ニ対シテ懲戒権ヲ有スルカ如シ。此懲戒権ノ範圍ハ多ク一級ノ社會觀念ニ依テ定マレルモノナレ共此種ノ懲戒ク違法ナラサルハ莫ク懲戒ノ意思ニ出ヨタルコトヲ要ス。小學校長。小學校師(小學校令第四七條)。感化院長(感化院長第八條)。同施行規則第七條(矯正院長(編正院法第一一條)モ本生徒在院者ニ対シテ懲戒ヲ行フコトヲ得ルコト此種ノ場合ハ何レモ前号ノ職務行為トシテ見ルハキモナリ)

(三) 正當ノ行為

正當ノ行為トハ法律上正當ノ行為ヲ云フモノナルコトハ前述ノ如シ。而シテ何カ正當ノ行為ナルヤ及其範圍如何ノ消極的方面ハ何カハ為ス可ラス等)ハ法令ニ依テ定マレトアルモ積極的方面ハ主トシテ一級ノ社會觀念ニ依テ定マレ。法律上正當ノ行為ヲ指スルニ當テハ之レヲ本質的ニ行為ノ目的ニ照シテ正當ト見ル可キ行為ト區別シテ考フレコトヲ要ス。例ハハ各種ノ警衛ハ大自身正當ノ行為ナリトスハ今

日ノ通説ナレ共是ノ根ノ意味ニ於ケル正當ノ行為ナリ。蓋シ警衛ヲ以テ一級ノ社會觀念ノ衝ト解スレハ其正當ノ行為タルハ疑ヲ容レズ。然レ共現今ノ如ク警衛大ニ運ミ醫師ノ數ニ全國ニ普キニ至テハ國家ハ警衛カ多クノ場合ニ於テ多少ノ危険ヲ伴フモノナレ以上ハ成レ可ク適當ナル醫師ニ依テ行ハルハコトヲ欲シ學識發達ニシテモノカ素リニ行フコトヲ欲スルモノニ非ス。依テ今日ニ於テハ或範圍ノ警衛ハ免許ヲ許ス者ニトリテノミ法律上正當ノ行為トス。一級人ノ之レヲ行フハ正當ノ行為ナラス。即チ警衛ハ右ノ範圍ニ於テハ良ハ本末何人ニモ正當ノ行為ナリシモノ方現今ノ事情ノ下ニ於テハ禁止セラルルニ至リシモノナリ。被テ法律上何人ニ依テ行ハルモ正當ト見ルハキ警衛ノ範圍ハ今日ニ於テハ昔日ニ比シ頗ル狭ク尙モ危険ヲ伴ハサル範圍ノ有ルミ之レニ屬スルニ過キス。加之此範圍ノ行為ニテモ之レヲ業トスル場合ニ於テハ國家ハ一級開業醫師其他ノ業務者ノ地位ヲ保護スル必要上之レヲ禁止スルカ故ニ今日單純ナル法律上ノ正當ノ行為ト見ルハキ警衛ノ範圍ハ何等ノ危険ヲ伴ハサル行為ヲ業務トセヌシテ單純ニナス場

法令又ハ正當ノ業務ニヨル行為

合之限心

以上述へタル所ニ依テ今日ノ事情ノ下ニ於テ何人ニ依リテ行ハルハ  
 正当ト見ルヘキ行為ヲ最モ顯著ナルモノヲ挙グレハ警衛(身警)ノ交  
 点、按摩等ヲ含ム中ノ危険ヲ伴ハサル程度ノ行為ニシテ之ヲ業トセ  
 サル場合及擧剣、柔道、角道等ノ競技之レナリ

警衛ヲ正当ノ免許ニ依リテ行ハルハ場合ニハ社会觀念上正当ト認め  
 ラル。一切ノ行為ヲ為スコトヲ得。但針警衛等ヲ取締規程ニ依テ範圍  
 ノ限定セラルハモハ之レニ依ルハ、キハ勿論ナリ。此実ニ測シ注意ス  
 ヘキハ免許ヲ受ケタル者ノ行為ハ必スシモ業務ノ属スルニ非ス。之レ  
 ヲ業務トスルト否トハ本人ノ意思ニ依レモノニシテ免許ヲ受ケタル者  
 ハ只之レヲ業務ト爲シ得ル資格アレニ違キサルコト是ナリ。故 爾業  
 務ノ行為ヲ罪トナラサルハ之レヲ業務トスレカ故ニ非ス。免許ヲ有ス  
 レカ故ナリ。又警衛ハ多ク同時ニ緊急避難ノ條件ヲ具フノ外觀アレ共  
 警衛ハ天自身正当ト見ルヘキモノニシテ緊急避難ノ場合ト理由ヲ異ニ  
 ス。擧剣柔道角道等ニアリテハ之レヲ業務トスト否トニ依リテ其正当

ト認ムヘキ行為ノ範圍ニ差別ナシ

第四項 被害者ノ同意

被害者ノ同意モ亦場合ニ依リ行為ノ違法ヲ阻却ス。被害者ハ或ハ一般  
 公共ナルコトアリ。或ハ一人ナルコトアリ。一般公共(國家其他ノ公  
 共團體)カ被害者タル場合ニ於テ違法ナル同意(命令、許可、認許、免  
 許等)アル時ハ常ニ違法ヲ阻却スヘキハ云フヲ從テヤルモ一人カ被害  
 者タル場合ニ付テハ彼末學有ノ識ク所ニ依リテ然レ共此実ニ付テハ  
 余ハ侵害行為カ嚴重ニ觀察シテ被害者ニ於テ自ラ違法ニ処分スルコトヲ  
 得ル法益ノミニ対スルトモハ其行為ハ被害者ノ同意ニ依リテ違法ヲ阻却  
 スト解スル見解ニ賛ス。蓋シ被害者ノ同意アルトモハ他人ノ侵害行為ハ  
 畢竟被害者自身ノ行為ト同視スルコトヲ得ルカ爲メナリ。

被害者ノ同意



會觀念ト照シテ又ハハ問題ナシト云ハハ所謂人格的公益ニ依  
 テ成立スル公益タル生命身體自由名誉尊嚴等ノ上ニハ本人自身ノ公益  
 外尚一做公共ノ公益モ同時ニ成立スルモノナルニ故ニ是等ノ公益ヲ得  
 トスル行為ハ被害者ニ於テ適法ニ処分スルコトヲ得ル公益ノミニ対スル  
 モノトハ認メ難シ之レニ又シテ所謂財產的公益ノ依テ成立スル公益  
 財產其モノ、上ニハ必スシモ然ラバ場合ニ依テ公共ノ公益又ハ他人ノ  
 私人ノ公益ノ相伴ヲモノニ非ザルカ故ニ保ニ如斯事情ノ下ニテラザル財  
 產ニ對スル侵害行為ハ被害者ニ對シテ適法ニ処分スルコトヲ得ル公益ノ  
 ミニ對スルモノト云フコトヲ得ヘシ 然レ特別ノ事情アル場合ハハ貨  
 幣ヲ鑄造スルカカ如キ又ハ抵當權ヲ設定シタル建物ヲ取毀スルカカ場合ハハ  
 做公共ノ公益又ハ他人ノ公益ヲモ損セズ侵害スルモノナル故所有權者自身之  
 レヲ為スコトヲ得ザルノミナラスハ大正八年大藏省令第二六号第一八号ノ  
 刑法ニ依テ條ノ所有者ノ委託ヲ受ケスハ同意ヲ得ル第三者モ亦之レヲ  
 為スコトヲ得ザルモノトス 然レ其以上ハ單ニ原則ナルニ止マレバ  
 人格的公益ニ付テモ例ハハ前項ニ於テ正当ノ行為一因ニシテ速ヘタルカ如

キ行為 或ハ本人ノ健全ニシテ權利ノ行使ニ妨ケル等ノ場合  
 リテハ一般ニ正当視サレタル範圍ヲ超セタル限リ被害者ノ同意ノ下ニ其  
 身體ニ對シテ腕力等ヲ用フルハ妨ケナシ 右ニ述ヘタルハ被害者ノ同意  
 ナシ適法ヲ阻却スル場合ニ付テナリ 此他被害者ノ同意ハ適法ヲ阻却セザ  
 ルニ刑罰ノミヲ阻却スル場合例ハハ暴行 身體傷害ノ或キ場合又ハ呼合  
 ニ於ケレカ如キ場合ナリ

第三節 故意及過失

既ニ第一章ニ述ヘタルカ如ク故意過失ハ違法行為ノ要件ニシテ故意過  
 失ナキ行為カ原則トシテ罪トナラザルハ違法行為其モノカ成立セザレカ  
 為キ犯罪モ亦成立セザルモノト見ル可トス 然レ其故意過失ハ又刑罰  
 法條ニ對シテ特殊ノ意義ヲ有ス 此意義ハ故意過失カ行為ト結果ノ因果  
 關係ノ範圍ヲ定ムル標準トナレトナリ 但シ此刑法上ノ意義ニ付テハ  
 諒刑問題ニ関連シテ説明スルヲ便宜トスレバ以テ之レヲ後章ニ譲リ茲ニ  
 故意及過失

ハ専ラ一徹違法行為ノ要件トシテ、故意過失ノ意義ヲ述ヘントス。然レ  
共本刑法學ニ於テハ特ニ違法行為中ノ一部タル罪ヲ論スルモノナルコ  
故ニ故意過失ノ一徹違法行為其モ、要件ナリトスルモ茲ニ説ク所ハ主  
トシテ罪トナルヘキ違法行為ノ範圍ニ止ル

規範的評價ノ対象タル法律上ノ行為ハ目的觀念ニ依テ導カレタル意思  
表動ナルコトハ前ニ述ヘタリ。是レ此種ノ行為ニ非サレハ、規範意識ノ活  
動ノ餘地ナキ故ナリ。然レ共規範意識ハ何等ノ所感ナク單獨ニ規範意識  
其モノトシテ活動スルモノニ非ス。常ニ意識ニ於ケレ或ル意識的事實  
（行為スハ之レニ基テ結果）ノ表象ニ関シテ適法又ハ違法ノ判断トシテ  
活動ス。從テ事實豫見ハ夫レカ目的ノ範圍ニ屬スルト否トニ不拘規範意  
識活動ノ前提ニシテ從テ又行為ノ規範的評價ノ前提ナリ。茲ニ於テ行為  
ノ規範的評價ニハ事實ト規範トノニ方面ニ於テ夫々ニ様ノ問題ヲ生ス  
即テ事實ニ関シテハ或事實ヲ豫見シタル由又ハ豫見セザリントスルモ豫  
見スヘカリシニ不拘豫見セザリシニ非レカノ問題ニシテ規範ニ関レテハ  
或行為ニ関スル規範ヲ知リタルカ又ハ知ラザリシトスルモ知ル可リシニ

不拘知ラザリシニ非レカノ問題生ナリ。此中事實ヲ豫見シタルカ又規範  
ヲ知リタルカノ莫ニ関スルモノハ即テ故意ノ問題ニシテ事實ヲ豫見セズ  
又ハ規範ヲ知ラザリシトスルモノ之レヲ豫見シテ知ル可カリシニ非レカノ  
莫ニ関スルモノハ即テ過失ノ問題ナリ。

第一款 故意

行為有カ事實ヲ豫見シ且其行為ヲ違法トスルコトヲ知ルトキハ其行為  
ニ対シテハ直接ニ正面ヨリ其價値ヲ否定スルコトヲ得。斯ル場合ノ行為  
者ノ意思状態ヲ故意ト云フ。犯罪ニ付テ云ヘハ刑法第三八條第一項ニ罪  
ヲ犯ス意即チ故意ト云フモノ也ナリ。而シテ右ノ規定ニ依レハ罪ヲ犯ス  
意ナキ行為ハ特別ノ規定アル場合ノ外之レヲ罰セス。是レ犯罪ハ一徹ニ  
故意ヲ要件トシ過失其他ノ場合ニ之レヲ罰スルハ例外タルコトヲ示スモ  
ナリ。今故意ノ内容ヲ分説スレハ左ノ如シ

故意

事實ニハ行為ト結果トアリ。従テ行為果シテ、ミテ以テ成立スル事  
動犯ニ在テハ行為ノ狀態ニ付テハ豫見ナカル可ラス。一定ノ行為カ此  
豫見ヲ以テ為サレトキ其行為ハ違法トレテ否定セラル

一定ノ結果ノ發生ヲ待テテ成立スル所謂廣義ノ結果犯ノ場合ニ於テ  
其行為ハ結果ヲ發生シタルカ否ニ依リテ違法トシテ否定セラル。ニ非  
サルコトハ前述セリ。即チ結果カ實際ニ發生スルト否トニ不拘法定ノ  
結果ヲ豫見シテ一定ノ行為カ為サレ、時其行為ハ否定セラル。従テ改  
意カ事實ノ豫見ヲ含ハトハ結果カ實際ニ發生セザル場合ニ付テハ否  
當ナリ。(例ハハ木送罪 目的罪)

廣ク事實ノ豫見ト云フ時ハ行為並ニ結果ノ外犯人又ハ被害者ノ身分  
客體ノ性質等々法律上結果ノ特殊ナル性質ヲ規定スル場合ニ於テハ尚  
是等ノ事情ノ認識ヲモ包含ス。例ハハ身分罪 即チ身分ニ依リテ  
犯罪カ成立スル場合ニ在テハ一定ノ身分アルモノカ一定ノ結果ヲ生  
シタルコトヲ法定ノ結果ナリ。従テ此種ノ罪ニ於テ犯人ノ自己ノ身分  
ヲ知ラサル時ハ法定ノ結果ヲ豫見セザル故事實ノ豫見アル場合ト同一

ノ意以テハ其價值ヲ否定スルコトヲ得。然レ刑法上ノ問題トシテ  
モ故意犯ヲ以テ論ス可キニ非ス。又所謂加重罪例ハハ刑法第ニ〇ニ條  
準屬人罪ニ於テハ準屬ノ死亡ト云フコトカ特殊ノ結果ニシテ又第一  
三一條皇居侵入罪ニ於テハ一人ノ皇居ト云フ特殊ノ場所ニ侵入シテ  
ルコトヲ特殊ノ結果トシ、従ニ此種ノ罪ニ於テモ若シ此特殊ノ處ノ  
認識ヲ缺ク時ハ之レヲ右ノ認識アリタル場合ト同一ノ意味ヲ以テ否定  
スレトコトヲ得。刑法第三八條第一項ニ罪本重カレハゾシテ犯スナ  
ク知ラサルモノハ重キニ從テ處断スルコトヲ解スト規定シタルハ即チ  
誤判ノ英ニ於テモ犯人カ其結果ノ特殊ナルコトヲ知ラサルトキハ之レ  
ヲ知リタルモノトシテ重ク處断スルコトヲ得サル旨ヲ定メタルモノナ  
リ。従テ斯ル場合ニ於テハ犯人ノ知リタル限度ニ於テ其責任ヲ論スハ  
キモノトス。而シテ此種ノ犯罪ニ於ケル此種ノ特殊事情ヲ加重罪ニ於  
ケル利加重事情ト云フ。

違法阻却原因及刑罰阻却原因ニ付テモ之レナキニ不拘之マリト誤信  
シタル時ハ故意ヲ阻却ス。何トナレハ精査ニ云ハハ一般ニ違法阻却原  
故

意

因及刑罰阻却原因ノ存セサル事情ノ下ニ一定ノ事實ヲ生スルコトカ犯罪ノ結果タルカ次ナリ

(註一) 違法阻却原因例。正当防衛ノ事情ヲナインニアリト考ヘテ、  
合ナト、オドカシニ殺スゾトスゾト場合ニ反対ニ殺シテ場合ナ  
ト

(註二) 刑罰阻却原因例。子カ親ノモノヲ盗ム行為ハ違法ヲモ罪ハ許  
ス。親ノモノト思フテ盗ンダノニ人ノモノナリシ場合ノ如シ

法定ノ結果ニハ廣義ノ要罰條件トシテ實際ニ發生スルコトヲ母ス  
結果ト行為カ罪トセラルル為メニハ單ニ豫見スルノミヲ以テ足ル結果  
トアリ。前者ハ廣義ノ結果犯ニ於ケル結果ニシテ後者ハ所謂目的犯  
於ケル目的ナリ。此目的ハ各本條ニ於テ通例然マノ目的ヲ以テ又ハ  
々ノ為メ若シテハ然マテ等ノ文字ヲ以テ之レヲ表ハス。而シテ此  
場合ニ於テハ行為者カ單ニ之レヲ豫見スルノミヲ以テ足ル結果ニ此目  
的カ達セラレタルコトハ犯罪成立ノ要件ニ非ス。加之此目的ノ為ニ別  
ニ他ノ行為ヲ行ハレタル時ハ其行為ハ更ニ別個ノ罪名ニ屬シトコトアリ

(例) 行政罪

然レテ目的犯罪ニ於ケル特別ノ目的ヲ以テ要罰條件  
タル結果ノ豫見ト區別シ之レヲ特別ノ犯意ナリト為ストス等シテ事實  
ノ豫見ト見テ一徹故意ニ含マレハルトハ用語ノ自由ニ屬ス

(一) 故意ハ違法ノ認識ヲ含ム  
故意カ違法即チ規範カ自己ノ行為ノ價值ヲ否定スルトノ認識ヲ含ム  
コトハ前ニ述ハタル所ニヨリ申ナリ。即チ行為ノ際ニ其行為ニ関スル規  
範意識カ活動シタル場合ニ限リテ其行為ノ價值ハ直接ニ否定セラレ

故意カ違法ノ認識ヲ含ムヤ否ヤハ從來議論ノ存スル所ナレ共我國ノ  
學說ハ刑法第三八條第三項ニ法律ヲ和ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナリト  
為ストトア得ストアルニ依テ概シテ之レヲ否定スルカ如シ。然レ共法  
ノ規定ノ主旨ハ只其目的トスレ結果ヲ解レニアリテ其レカ理論上如何  
ニ説明セラレヘキカノ實マテ拘束スルモノニヤラス。故ニ余ハ此規定  
アルニ拘ラス故意ハ違法ノ認識ヲ含ムトナシ此認識ナキ場合ハ概令事  
實ノ認識豫見アレモ違法行為ノ故意ナク又從テ犯罪ニ属シテモ故意ナ  
シト解ス。蓋シ上ニ述ヘタルカ如ク違法ノ認識ナキ行為ハ事實ノ豫見  
故意

ナキ行為ト同シク直接ニ其價值ヲ否定スルニ必要ナル理論上ノ根拠ヲ  
 缺クカ故ナリ。而シテ刑法第三八條第三項ハ余ハ明ニ之ビテ規範ノ不  
 知ニ関スル過失責任ヲ定メタルモノト解ス。詳言スレハ規範ヲ知ラス  
 レテ刑式上或ル違法ナル行為ヲ為ス事、正面<sup>直接</sup>に否定スルコトヲ得、  
 レ共其過失ヲ理由トシテ裏面ヨリ間接ニ之レヲ否定スルコトヲ得、  
 但過失ニ依ル規範ノ不知ニ依ル行為モ過失行為トシテ違法ナリ。但過失ニ依ル規  
 範ノ不知カ尚責任ノ根拠ナルカ否ハ前ニ違法行為ニ就テ述ヘタ  
 レカ如ク吾人ハ一概ニ自己ニ関スル規範ヲ知レニ努メサル可ラスト  
 云フ規範意識ハ之レヲ有セサル可ラス。以上ハ刑法第三八條第三項ノ  
 第一ノ意義ナリ。

(三) 犯罪ノ故意ハ犯罪ノ豫見ヲ含マス

違法行為ヲ違法ト知リテ為シタル場合ニ於テハ之レカ為メニ裁罰ヲ  
 受クルコトヲ知ラサルモ尚罪ヲ犯スノ意アリト云ハサル可ラス。何ト  
 ナレハ法令裁罰ヲ知ラサルモ違法行為ヲ違法ト知リテ為スコト自体ハ  
 既に裁罰ノ價值ヲ有セシナルカ故ナリ。刑法第三八條第三項ニ法律ヲ

知ラサレテ以テ罪ヲ犯ス意ナシトナスコトヲ得ストハ又此主意ヲ  
 モ衷ハセルモノナリ。然レ共理論ヨリ云ヘハ法令行為者ニ於テ法定事  
 實並ニ違法ヲ知ルモ罪ニハ其ノミヲ以テ且チニ裁罰ノ價值アリト云フ  
 コトヲ得ナル場合アリ。何トナレハ行為者ハ或ル場合ニハ其行為ノ知  
 罰ヲ知レハ其行為ノ為サ、シテモ知ル可ラサレハナリ。然レ政策的  
 立場ヨリ云ヘハ斯ル場合ニハ情状ニ應ジテ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコ  
 トヲ得トナスヲ適當トス。而シテ余ノ見ル所ヲ以テスレハ刑法第三八  
 條第三項ニ但シ情状ニ依リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得ト規定シタルハ此  
 主旨ニ外ナラス。但シ此主旨ニ解スレ時ハ同条々刑ノ免除ヲ併セ規定  
 セスレテ單ニ減輕スルコトヲ得ルニ止メタルハ適當ト云フ可ラス。之  
 レ刑法第三八條第三項ノ第二ノ意義ナリ。

右ノ如クナルヲ以テ犯罪ノ故意ハ裁罰ノ意義ヲ含マス。従テ或ル行  
 為ヲ法律上ノ一般ニ一定ノ刑ヲ豫定セブル、コト犯人自身ノ責任能力  
 及ビ因果ノ概シ刑ノ加重、減免ノ所罰條件、犯罪事實ノ可能ナルコト

故意

以上(1)及(4)ヲ以テ故意ノ條件トス、然レ此ニ他ノ條件ノ具ハル以上ハ  
其外ニ尚犯人ニ於テ結果ノ發生ヲ欲シタルヤ否ヤヲ問フコトヲ要セス  
但シ事實ニ因シテハ蓋然性見ノ外尚意欲ヲ條件トスル學說アリ、之レソ  
意思主義 (Willenslehre) ト云フニ對シ單ニ豫見ノミヲ以テ足ルト  
スル學說ヲ觀念主義 (Vorstellungstheorie) ト云フ

故意ハ遺例之レヲ確定ノ故意ト不確定ノ故意トニ分テ又後者ヲ概括的  
故意 (擇一的故意) 未必的故意ノ三種ニ分ツ、事實ニ因レテ云ハハ前者  
ハ結果ノ發生ヲ確定ノモノトシテ豫見シ後者ハ蓋然的モノトシテ豫見スルナ  
リ、又後者ノ中一ハ予見セル數個ノ結果カ全部發生スルヤノ不確定ナル  
場合ニハ其中ノ一個發生スヘキコトハ確定ナルモ何レノ一個ナルヤノ  
不確定ナル場合、三ハ結果莫モノ、或否ノ不確定ナル場合ナリ、何レモ  
故意タルヲ失ハサレモ意思主義ニ從ハハ未必的故意ノ場合ハ多ク故意犯  
ニ非スレテ過失犯ナリ、此分類ハ學者遺例事實ニ因レテノミ認ムルモ余  
ノ見解ヨリ云ハハ規範ニ因レテモ亦妥當ナリ、而シテ通常ノ場合ニ於テ  
レ違法ノ認識ハ未必ノ故意トシテ成立スルモノナリ

犯罪ハ故意タルヲ遺例トス、蓋シ犯罪ハ之レヲ單ニ違法行爲トシテ  
ミ觀察スレハ故意ニ過失モ共ニ違法ノ基礎ニシテ其間毫モ差別ナシ、然  
レ共之レヲ刑罰ノ目的ヨリ考察スル時ハ兩者ノ間ニ著ク差異ヲ存ス  
換言スレハ違法違法ニ因スル規範ナル規範的評價ヨリ云ハハ故意過失ハ  
其價值ヲ均クスレ共之レヲ罰ス可キヤ否ヤ、罰スヘシトスレハ如何ナル  
種類ノ刑罰ヲ課スヘキヤノ刑罰的即チ可罰的評價ヨリ云ハハ兩者ノ價值  
ハ著ク異なる、何有違法行爲タルコトヲ知リテ爲スト知ラスニテ爲スト  
ハ犯罪ヲ以テ犯人ノ反規範性ノ象徴ト見ル以上之レカ取扱フ異ニスルハ  
言フテ候メサル所ナレハナリ、刑法第三八條一項本文ハ即チ此理由ニ基  
クモノニシテ過失ニ依ル行爲同條但書(事實ノ責)及第三八條三項(規  
範ノ責)ノ規定ニ依リ例外トシテ之レヲ罰スルニ過キス

第二款 錯誤

錯誤トハ事實ト觀念トノ齟齬ナリ、有ラズト觀念シ無ラ有ト觀念シ  
 甲ヲ乙ト觀念スルカ如キ場合ヲ云フ、而シテ犯罪ノ故意ハ觀念主義ノ  
 下ニ於テハ違法ナル犯罪事實ノ豫見即チ犯罪事實カ發生シタル場合ニ  
 付テズハ其事實ト觀念トノ間ノ客觀的一致ナルカ故ニ若シ犯人ニ於  
 テ右ノ犯罪事實ニ関シテ錯誤ノ存スル時ハ二者ノ一致ノ成立セサル錯  
 誤トシテ一般ニ故意ハ阻却セラル、從テ犯罪事實ト其ノ違法トニ関ス  
 ル錯誤ノ研究ハ畢竟故意ノ消極的限取ヲ明カニスルモノナリ、  
 錯誤ハ先ツ之ヲ犯罪事實ニ関スル錯誤ト法律ニ関スル錯誤トニ區別  
 スルコトヲ得

(甲) 犯罪事實ニ関スル錯誤ハ又ニ之ヲ種々ニ觀察スルコトヲ得、

(一) 積極的錯誤、消極的錯誤。

前者ハ一定ノ事實ノ存在セス又ハ發生セサルニ拘ラス之ヲ存在シ  
 蓋 哉

又ハ發生スヘシト觀念セル場合ニシテ後者ハ之ヲ反對ニ觀念セル  
場合ナリ。此中前者ハ未遂犯並ヒニ不能犯ニ屬スルヲ以テ此場  
合ノ向題ハ之ヲ右ノ説明ニ譲ル、從テ以下論スル所ハ專ラ後者ノ  
ミニ屬ス。

(二) 犯罪事實ノ要素ニ關スル錯誤

(イ) 主体ノ性質(身分ノ錯誤)

主体ノ或特殊ナル性質カ犯罪ノ要件タル場合(身分罪)ニ於  
テ犯人自ラ自己ノ身分ヲ知ラサル時ハ此莫ニ屬シテ故意アリト  
為スコトヲ得ス、例ハハ妻カ夫ノ生存ヲ知ラスシテ他ノ男ニ接  
スル場合ノ如シ。

(ロ) 客体ノ性質(目的ノ錯誤) Error in Objects

客体ノ或特殊ナル性質カ犯罪成立又ハ刑罰加重ノ條件タル場  
合ニ於テ犯人カ右ノ條件ヲ知ラサル時ハ此莫ニ屬シテ故意アリ  
ト為スコトヲ得ス、從テ此場合ニハ前者ニ就テハ犯罪不成立ニ  
シテ後者ニ就テハ重キニ從テ處断スルコトヲ得ス、例ハ夜令他入

ノモノヲ自己ノモノト誤信シテ處分シタル場合ハ無罪ナリ、又  
夜向人ヲ犬ト誤認シテ傷害シタル時ハ動物傷害ニ屬スル第二六  
一條ニ從テ、又乞食ノ腹込ミ居ルヲ知ラスシテ他人ノ物置小屋  
ニ放火シタル時ハ第一〇八條ノ重キ罪ニアラスシテ第一〇九條  
ノ罪ナリ、然レトモ錯誤ハ法定ノ要素又ハ刑罰加重事情以外ノ  
性質ニ付テ存スルニ止マル時ハ故意ヲ阻却セス、例ハハ人違ヒ  
ニ依ル殺傷ノ場合ノ如シ、此種ノ場合ニ於テモ錯誤カ重要ニシ  
テ犯人カ若シ正当ニ事實ヲ認識シタリトセハ罪ヲ犯ササルヘキ  
場合ナル時ハ故意ヲ阻却ストノ説アルモ通説ニアラス(Assyft)

(ハ) 具體的事實(結果ノ錯誤)

犯人カ犯罪要素タル具體的事實ノ發生ヲ豫見セサル時ハ又此  
莫ニ付テ故意ヲ存セス、例ハハ通行人ニ當ルコトナシト信ミテ  
窓ヨリ道路ニ物ヲ投シ依テ人ヲ傷害シタル場合ノ如シ、  
(二) 具體的事實ノ同一(打擊ノ錯誤) Aberratio ictus  
具體的事實ノ同一ニ屬スル錯誤トハ例ハ甲ニ向テテ投ツテ

錯誤



ルモノカ過テ背後ノ乙ニ当リタリト云フカ如ク或事實カ犯人ノ豫見シタル客体ノ上ニ生セズレテ全ク別異ノ物ノ上ニ生シタル場合ヲ云フ、即チ具體的事實ニ對シテ積極的錯誤ト消極的錯誤トノ共合セル場合ナリ、此場合ヲ故意犯トスヘキ乎過失犯トスヘキ乎ニ付從來學者間ニ爭アリ、惟フニ具體的事實トシテハ此場合共ノ豫見セル事實カ發生セズシテ豫見セザリシ事實カ發生セルモノナル事ハ爭フヘカラス、從テ此處ノミニ付テ云ヘハ其ノ行為ノ價值ハ過失行為トシテ審定セラルヘキモノナレトモ其ノ可罰的價值ハ必スシモ過失ノミヲ基礎トシテ論スルコトヲ得ス、何トナレハ右ノ場合ニ於テハ別ニ過失以外ニ犯罪事實ト概念的ニ一致スル故意ノ存スルヲ以テナリ、依テ之ノ行為ハ其ノ可罰的價值ニ付テスヘキ事實カ共ノ豫見シタル客体ノ上ニ生シタル場合トモ區別スヘキ理由ナリテ以テ刑法ノ適用ニ付テハ之レヲ故意犯トシテ論スルヲ適當トス、尚前ニ述ヘタル各主体ノ錯誤ニ對シテ錯誤カ重要ナリヤ否ヤニ依テ故意ヲ阻却スルヤ

合ヤフニ此ニ於テ誤信ニ於テハ打撃ノ錯誤ニ例シテモ前ノ誤信ヲナセト之レハ通説ニ非ス

(ホ) 違法又ハ刑罰阻却事實

違法又ハ刑罰阻却事實ニ拘ラス之アリト誤信ニタル場合ハ表面ヨリ云ヘハ犯罪要件ノ存スルニ拘ラス之レナシト誤信ニタル場合ニシテ本質ニ於テハ消極的錯誤ナリ、此處ノ錯誤ハ故意ヲ阻却ス、例ヘハ正当防衛ノ事情ナリテ拘ラス之アリト誤信シテハ竊取ノ目的物カ第三者ノ財物ナルニ拘ラス父ノ財物ナリト誤信シタル場合ノ如シ

(乙) 法律ニ因スル錯誤

(一) 消極的錯誤

法律ニ因スル錯誤ニハ規範ニ因スルモノト處罰ニ因スルモノトナリ、或行為ヲ否定シタル規範アルニ拘ラス之レ無シト誤信シタル時ハ故意ヲ阻却ス、蓋シ此場合ニハ違法ノ認識ヲ欠ク故ナリ、

錯誤

從テ事實ノ錯誤ト規範ノ錯誤トハ共ニ故意ヲ阻却スレトモ此二者ハ理論上最密ニ之レヲ區別スルヲ要ス、何トナレハ規範ノ錯誤ノ場合ニ於テハ後ニ述フルカ如ク別ニ過失責任ヲ異ニスルカ故ナリ、例ハハ或婦人カ夫ハ斃死セルモノト誤信シラ他ノ男子ニ持スルハ事實ノ錯誤ナレ共婚姻届ヲ為スモ同種セナレ以上ハ妻ニ非スト誤信シテ同一行為ヲ為シタル場合ハ規範ノ錯誤ナリ、又持定物ノ賣買ニ於テ賣渡契約ヲ為シタルコトヲ忘却シ更ニ第三者ニ賣渡スルハ事實ノ錯誤ナレトモ賣主ニ引渡シヨナサ、ル限リ他ニ賣却スルモ妨ケ無シト誤信シテ同一行為ヲ為スハ規範ノ錯誤ナリ、又或保護鳥ヲ雀ナリト誤認シテ射撃スルハ事實ノ錯誤ナレ共或鳥ヲ兎ルモ保護鳥ナルコトヲ知ラスシテ射撃スルハ規範ノ錯誤ナリ、一定ノ場所又ハ時期カ禁獵区域又ハ禁獵期ナルコトヲ知ラサルカ如キモ亦同シ、

(二) 規範ノミヲ知リテ其處罰ヲ知ラサル場合ハ故意ヲ阻却セス、積極的錯誤

或行為ヲ否定スル規範無キニ拘ラス之アリト誤信シテ處罰規定無キニ拘ラス之アリト誤信シテ或行為ヲ為スモ其行為ハ違法又ハ犯罪ニ非スト解スルヲ通説トス、此罪トナラサル行為ヲ罪トナルモノト誤信シタル場合ノ行為ヲ誤想犯又ハ錯覺犯ト稱ス、

第三款 過失

行為者カ事實ヲ豫見シ且ツ其行為ヲ違法トスル規範ヲ知ラサルモ法律上其事實ヲ豫見スベク且ツ之ヲ違法トスル規範ヲ認識スベキニ拘ラス不注意ニ依リ之ヲ豫見セス又ハ認識セサル時ハ其行為ハ直接ニ正面ヨリ之ヲ否定スルコトヲ得サルモ間接ニ裏面ヨリ之ヲ否定スルコトヲ得、斯ル場合ノ行為者ノ意思状態ヲ過失トス、犯罪ニ付テ云ヘハ過失ハ不注意ニ依リ犯罪事實又ハ其ノ違法ヲ知ラサルコトナリ、左ニ其大要ヲ説明ス可シ、

(一) 過失カ事實ノ不知ニ依ル場合

過失

事實ノ不知ニ依ル過失ノ要件在リ如シ  
過失カ事實ノ不知ニ依ル場合ハ其向題トナル事項ノ範圍ハ故意  
ノ場合ニ同シ

從テ之ヲ知ルコトニ依テ故意ヲ成立セシムルニ足ルハ、事項ハ  
同時ニ之ヲ知ラサルニ依テ過失ヲ成立セシムル事項ナリ、而シテ  
其事項ハ具體的ニズハ、行為ノ狀態又ハ法定ノ結果ニシテ其ノ一  
部又ハ全部ニ付キ不知ノ存スル場合ニ過失ハ成立ス

(四) 或事實ノ不知カ過失ト認メラル、カ為ニハ其ノ事實カ法律上ノ  
為者ニ於テ豫見スヘキ範圍内ノモノタルコトヲ要ス

詳言スレハ通常一般ノ注意ヲ用ユルニ於テハ行為者自身ノ智性  
並ニ智識經驗ニ照シ豫見シ得ヘシト思量セラル、範圍内ノモノナ  
ルコトヲ要ス、蓋シ此範圍内ノ事實ハ法律カ行為者ニ對シテ豫  
見シ其豫見ニ基キテ事實ノ發生ヲ避止ス可キコトヲ要求セルモノ  
ト解スヘカ故ナリ、故ニ過失ノ有無ハ行為者各場合ノ狀況ニ應シ  
法律上必要ナル程度ノ注意ヲ為シムルヤ否ヤニ依リテ分ル、注意

トテ、其豫見ノ程度ニシテ是ハ、行為者ノ智性ノ通常一般ノ程度  
即チ同一狀態ノ下ニ於テハ通常何人モ用ユヘシト思量セラル、程  
度ノモノナルカ故ニ其標準ハ客觀的ナリ、蓋シ個人ノ能力ハ絶對  
平等ニ非ナルヲ以テ各人ニ對シテ豫見ノ結果ノ平等ヲ期スルハ不  
理ナルモ豫見ノ為ニ努力ヲ平等ニ課スルハ敢テ不当ト云フ可ラス  
從テ行為者ノ此程度ノ注意ヲ用ヒタル時ハ過失ヲ阻却スルモ然ラ  
サル限リ反行為ハ過失ニ依ルモノトシテ違法ナリ、一説ニ依レハ  
行為者各右ノ程度ノ注意ヲ用ヒサリシ場合ニ於テモ若シ或結果カ  
右ノ程度ノ注意ヲ用ヒタリタルモ尚本人ノ主觀的ナル智性並ニ  
智識經驗ヲ以テシテハ豫見シ得サル程度ノモノト見ルハ、時ハ過  
失ハ成立セスト為スモ此見解ハ規範的評價ノ向題トシテハ理由ナ  
シ、蓋シ前ニ違法行為一般ニ付テモ述ヘタルカ如ク過失カ實際ニ  
向題トナルハ一定ノ結果カ現實ニ發生シ之ニ基キテ行為者カ民事  
又ハ刑事ノ責任ヲ負フ場合ニ限リ其理論上ハ故意ノ行為カ結果ノ  
發生ニナル場合ニモ存スルカ如ク過失行為モ亦結果ノ發生セサル  
過失

場合ニモ存ス、換言スレハ豫見ノ為ノ注意義務ハ結果ヲ現實ニ察  
 生シタルト否トニ拘ラス一定ノ状況某モノヲ理由トシテ始メヨリ  
 課セラル、モノナリ、從テ此注意義務ニ服セサル限リ實際ニ於テ  
 其ノ豫見カ可能ナルト否トニ拘ラス其行為ハ違法トシテ否定セラ  
 レサル可カラス、只法律上要求セラレタル注意ヲ用ユルモ尚本人  
 ノ能力ニ照シ豫見シ得ヘカラサル結果ニ付テハ一定ノ事實ノ發生  
 ア以テ處罰条件トスル今日ノ刑法ノ下ニ於テハ之ヲ以テ本人ノ行  
 為ノ結果ナリトスルコトヲ得サルノミ、故ニ可罰的評價ノ問題ト  
 シテ過失犯カ成立スル為ニハ尚或結果カ行為者ノ能力ニ照シ豫見  
 シ得ヘキ範圍内ナルコトヲ要シ若シ其結果カ適當ノ注意ヲ為スモ  
 本人ニ於テ豫見シ得サル程度ノモノナルトキハ依令行為者ヲ始メ  
 ヲリ注意メ欠クモ過失犯ハ成立セス、

注意ノ欠缺ヲ以テ過失ノ要件トスルニ付テハ異論アリ、曰ク注  
 意ハ他ノ刺戟ニ依リ始メテ生ス、過失ニ付テ云ヘハ吾人ハ先ツ多  
 少ノ危険ヲ知覺スルニ依リテ始メテ之ニ對スル注意ヲ喚起シ然ル

後其實在ノ發生ノ可能ト経路トヲ明カニスルニ及ヒテ之カ防止  
 方法ヲトルコトヲ通例トス、故ニ單ニ注意義務ヲ課スルハ意味ヲ  
 ナサス、若シ又所謂注意義務ヲ以テ何等未タ具體的ニ危険ノ刺戟  
 ヲ受ケザルニ當リ豫メ一切ノ方面ニ亘リ一切ノ事項ニ関シテ吾人  
 ノ態度ヨリ生スヘキ危険ヲ知覺スルカ為メノモノトセハ如斯ハ同  
 時ニ無數ノ目標ニ對シテ注意ヲ求ムルモノニシテ本来注意其モノ  
 ノ本質ニ付リ所謂不能ヲ強ユルモノニ外ナラスト、然レ共此種ノ  
 議論ハ實際ノ経験ヲ無視シタルモノト信ス、蓋シ特殊ノ目標ニ對  
 スル具體的ノ注意力刺戟ニ依テ生スルハ論ナキ所ナレトモ具體的  
 危険ノ知覺前ノ一般の注意ニ付テモ豫メ注意ヲ要スル方面ハ各  
 瞬間ニ於テ注意者ノ環境ニ應シテ自ラ一定スルモノナリ、而シ  
 テ同一方面ニ於テハ吾人ハ純ニ注意ノ目標ヲ轉換マルコトヲ得  
 ルカ故ニ依令同時ニ數個ノ目標ヲ注意スルハ不能ナリトスルモ之  
 カ為ニ豫メ一般の注意義務ヲ課スルモ不合理ニ非ス、  
 法ノ要求スル注意義務ノ程度ニハ場合ニ依リ差等アリヤ否ヤニ

同シテハ之ヲ肯定スルヲ通説トス、即チ或種ノ業務殊ニ不特定人ノ生命身体ニ危害ヲ及トス恐レアル業務ニ從事スル者ハ同一行為ヲ非業務的ニ行フ者ニ比シテ一層大ナル注意ヲ要スルノ義務アリトス、例ハ八刑法第一一九条及第一一一条ノ規定ハ通説ニ依レハ一定ノ業務ニ從事スル者ハ通常人ニ比シテ一層大ナル注意義務ヲ負フモノナルコトヲ前提トセリナリ、然レ共余ハ同一性質ノ行為カ其業務的ニ行ハル、ト否ト一依リ之ニ伴フ注意義務ノ程度ニ差善アル所以ヲ緬スルコト能ハス、余ノ見ル所ヲ以テスレハ刑法第一一九条及第一一一条ノ刑ヲ通常ノ場合ニ比シテ重キ所以ハ只通常ノ程度ノ注意ヲ遺漏ナク用ヒシメムカ為ノ戒勅ニ外ナラズト解スヘキモノトス、

余ノ見ル所ノ事實ノ不知ニ依ル過失ノ要件ハ右ノ如シ、之ニ依リ過失ノ意義ヲ定ムレハ過失トハ法律上豫見シ得ヘキ違法事實ヲ不注意ニ依リテ豫見セサル意思ノ状態ヲ云フモノトス、然ルニ通常學者ノ説明スル所ニ依レハ過失ハ尚或事實カ行為者ニ於テ豫見スルヲ

得ヘカリシコトヲ要件トス、然レ共如斯条件ヲ附スルニ過失ニ法律上定論的ノ立場ヲトル場合ハ別論ナルモ然ラサレ限リ却テ誤解ヲ招ク恐レアリ、

過失ノ意義ヲ右ノ如ク定ムル時ハ法律上豫見スヘキ事實ハ畢竟法益侵害ノ事實ニ外ナラサルヲ以テ故意ヲ以テ為シ得ル違法行為ハ又過失ヲ以テモナスニ得ヘシ、犯罪ニ付テ云ハハ一切ノ故意犯ハ理論上過失犯トシテモ成立シ得ルモノトス、然レ共特ニ刑法ニ於テ可罰的價値アルモノトシテ規定シタル純粹ナル過失犯ハ失火(第一一六条、第一一七条ニ項)過失溢水(第一一七条)過失往來妨害(第一一九条)及過失致死傷害(第一一九条乃至第一一一条)ノ場合ニ過キス、而モ其刑ハ頗ル輕クシテ罰金ヲ通例トス(例外第一一九条、第一一一条)

過失犯ニ關連シテ故意ノ結果犯ト稱スルモノアリ、例ハ八第一一九条傷害致死罪ニ於ケルカ如ク豫見ノ範圍ヲ越ヘテ或結果カ發生シタル場合ニ於テ犯人カ其重キ結果ニ付テモ責ヲ負ハサル可カラザ

ル場合ヲ云フ、此場合ニ重キ結果ニ付キ過失ヲ要ストスル論ト之ヲ要セスシテ所謂不可抗力ニ依ル結果ニ付キテモ責任ヲ負フヘキモノトスル結果責任論トアレトモ余ハ積極説ヲ正当ト信ス、但シ結果責任論ヲ採ル論者中ニハ同時ニ相当因果關係論ノ立場ヨリ結果ノ範圍ニツキ或程度ノ制限ヲ設クルモノ多シ、從テ一切ノ適用ヨリ云ヘハ何レノ見解ニ依ルモ大差ナシ、右ノ如クナルヲ以テ狭義ノ結果犯ノ責任ヲ以テ過失責任ト鮮スレハ刑法中過失犯ニ屬スル規定ハモトヨリ前記四種ノ場合ニ止マルモノニ非ス、(一)九条ニ項、一一〇条、一一一条、一一六条、一一七条、一一八条、一二〇条、一二一条、一二二条、一二三条ニ項、一二六条ニ項、一二七条、一二八条、一四二条、一四三条、一四五条、一四六条、一八一条、一九六条、二〇四条、二〇五条、二〇六条、二〇七条、二〇八条、二〇九条、二一〇条、二一一條、二一二條、二一三條、二一四條、二一六條、二一九條、二二一条、二二二條、二二四〇條、二二四一条、二六〇條)

以上區アルカ如ク犯罪ハ故意犯タルヲ原則トシ事實ノ不知ニ依ル過失行為カ罪トナルニハ刑法第三八条第一項但書ノ趣旨ニ基キ持テ

法律ニ特別ノ規定アルコトヲ要ス、而シテ此原則ハ刑法第八條ニ依リ他ノ刑罰法令ニモ適用アルヲ以テ特別刑法ニ屬シテモ其法令中特別ノ規定アルニ非サレハ之ヲ罪トスルヲ得ス、然レニ過失行為ヲ罰スル規定アルニ非サレハ之ヲ罪トスルヲ得ス、然レニ過失行為ニ特別ノ規定アリ否ハ畢竟鮮明ノ向題ナルカ故ニ法令ニ直接ノ明文ナキ場合ニ於テモ或規定ノ目的ニ照シ故意過失ヲ向ハス處罰スル趣旨ノモノト認ムハナキ時ハ尚之ニ依リテ過失ニヨル行為ヲモ罪トナルト鮮スルモ妨ケナシ、大審院ハ嘗テ右ノ如キ見地ヨリ過失ニ依ル飲食物用器取締規則違反ノ行為ヲ有罪トシタルモ其後再ヒ鮮叙ヲ變シテ之ヲ無罪トセリ、

(二) 過失カ規範ノ不知ニ依ル場合。

各人カ或行為ヲ為ス場合ニ其際ノ状況ニ應ジシ之ヨリ生スヘキ危険ヲ豫見シシ之ヲ避止スル為相當ナル注意ヲ用ユルコトカ共同体ノ成員トシテノ義務ナルカ如ク各人カ各行為ノ際其身分地位職業其他ノ關係ニ於テ共同体ノ命スル當否ニ違反セサル為平常相當ナル注意ヲ以テ規範ヲ知ルコトニ努メサル可カシナルコトハ亦共同体ノ成員トシ

テノ義務ナリ、此義務ハ前ニモ述ヘタルカ如ク法律以外ノ道德的又ハ社會的ノ義務ニ非スシテ等シク法律上ノ義務ナリ、即チ法律ハ法律ヲ知ルコトヲ各人ニ命スルモノナリ、然レ共此要求アルカ爲メ法律上各人ハ皆法律ヲ知ル者トシテ見做サル、非ス、若シ斯ル<sup>法律</sup>下ニ法ヲ知ラサル者ヲ法ヲ知レルモノト同様ニ取扱ハルヘキモノトセハ之法律ノ正当ナル適用ナラス、

違法行為ノ故意ハ違法ノ認識ヲ含ムモノナルコトハ前述セリ、之規範ヲ知ラサルカ爲不確定的ニモ自己ノ行為ノ違法ヲ認識セザル者ニ對シテハ其ノ知ラサル規範ニ照シテ其行為ノ價值判断ヲ爲スコトヲ得サルニ依ル、從テ違法ヲ知ラスシテナシタル行為ハ之ニ故意ニ出テタル違法行為即チ犯罪ニ就テ云ヘハ故意犯トシテ見ルコトヲ得ス、然レ共古ニ述ヘタル如ク法律ハ法律ヲ知ルカ爲ニ平素適當ノ注意ヲ用フヘキコトヲ各人ニ命シ各人モ通常斯ル規範意識ヲ享フルヲ常トスルヲ以テ具體的ニ或規範ヲ知ラサルニ依ラ之ニ毛觸スル行為ヲナシタル場合ニ於テモ規範ノ不知ヲ理由トシテ全然其責ヲ免ル、

コトヲ得サルハ云フニ及タム、此場合ノ責任ハ直ニ違法ニシテル規範ニ基クモノニ非シテ規範ヲ知ルカ爲ニ注意ヲ用ユ可キコトヲ命スル所ナリ、規範ニ基クモノナリ、從テ此場合ノ責任ハ過失ノ責任トシテ其違法行為トシテ規範的ニ規定セラル、ハ故意ノ責任ト異ナルコトナシ、

右ノ如ク故意ニ規範ニ違反スルト過失ニヨリテ違反スルトハ其規範的評價ニ於テハ異ナルコトナキモ其可罰的評價ハ全ク別個ノ問題ナルヲ以テ此處ニ於テハ二者ノ價值ハ必スシモ同一ナリト云フ可カラス、然レ共既ニ述ヘタルカ如ク事實ノ不知ニ依ル過失ノ場合ニ付テ法カ故意ノ場合ニ比シテ其可罰的價值ヲ輕ク見タル以上ハ規範ノ不知ニヨル過失ノ場合ニ付テモ亦同一立場ヨリ同様ノ觀察ヲナスノ相当ナルハ云フヲ俟タス、然レ共本法ノ不知ハ寛恕セスト云フ從來ノ沿革ト法カ法ノ知覺ヲ要求スルコトノ強キトニヨリ刑法ハ規範ノ不知ニヨル過失ニ對シテモ原則トシテ故意ト同一ノ責任ヲ負ハシムルモノトス、刑法第三十八條ニ項本文ハ即チ此趣旨ヲ示シタルモノ

過失

ニシテ前ニ本條ノ第一ノ意義トシテ擧ケタルモノ即チ之ナリ、從テ實際ニ於テハ規範ヲ知ラサルモ原則トシテハ刑法上之ヲ知リタル場合ト同様ノ取扱ヲ受ク、之畢竟今日ノ通説カ故意ノ認識ヲ含マスト鮮シテ只事實豫見ノ有無ノミニ依リテ故意ノ有無ヲ分ツモノナリトス、然レ共余ノ見ル所ヲ以テスレハ規範ノ不知ニ拘ラス處罰セララルルハ其本質ニ於テハ過失責任ニ外ナラサルカ故ニ此場合ニ於テモ其科刑ハ絶対的ニ故意ノ場合ト同一ナルコトヲ得ス、刑法第三八条第三項但シ書ハ即チ此理由ニヨリ或場合ニ於テハ實際ノ情状ニ照シテ科刑ノ苛酷ニ失スルコトヲ惧レ其結果ヲ緩和セシムニ為ニ設ケラレタルモノナリ、斯ル斟酌ハ殊ニ不作為犯ニ用シテ必要アリ、但前本條第二ノ意義ニ付テ述ヘタルカ如ク本条カ單ニ刑ヲ減輕スルコトヲ得ルニ止メ刑ノ免除ヲ併セ規定セサリシハ此ノ第一ノ意義ニ付テモ亦當ヲ得サルモノト云ハサル可ラス、(刑法第八二条四、侵置場法第一一条参照)

第四款 責任條件ノ本質

独乙ニ於テハ從來責任ヲ以テ意思ノ責任ト解スルヲ通例トス、意思ノ責任 (*Willensschuld*) トハ責任ノ理由カ意思ニ存スルコトヲ云フ、然レ共一概ニ意思ト稱セラル、モノモ其意義ハ必スシモ一様ナラス、

(一) 意思ヲ單ニ意欲ノ作用ト解スル一派ハ行為者カ違法ナル結果ノ發生ヲ欲シタル場合ニ其意思ニ責任アリトス、從テ行為者カ結果ノ發生ヲ欲セサル場合殊ニ過失ノ場合ニ付テハ學者ニヨリ或ハ無意識ノ意欲 (*Binding*) 又ハ智性 (*Abwinking*) 若シクハ不注意 (*Unpfehl*) ノ責任アリト解キ或ハ刑法上ノ責任ナシト説ク、

(二) 意思ヲ意思能カト見テ意思責任ヲ意思ノ非難スヘキ性質ト解スル一派ハ意思カ善意ナラサル場合即チ惡意ナル場合ニ責任アリ、而シテ故意ハ積極的惡意ニシテ過失ハ消極的惡意ナリト説ク、(*Binder* 責任條件ノ本質)



meyer, Berolzheimer)

(三) 意思ヲ以テ吾人ノ意識全体ノ意味ニ解スル一派アリ、此派ノ意味ニ於テハ意思ハ結局性格其モノニ外ナラザルカ故ニ意思責任モ亦性格ノ責任ニ外ナラス、

惟フニ責任ハ意思ニ存スルヤ否ヤハ理論上重要ナル向義ニ非ズ、只或ル違法ナル行為ヲ行為者ノ性情 (Gemüthsart) ニ基ク限リ吾人ハ其違法行為ヲ行為者ノ行為ト見テ其行為者ニ対シテ責任ヲ向フコトヲ得ヘシ、然レ共性情ハ異体的ニハ常ニ意識ニ於テ活動ス、意識ヲ或ル機ノ満足ノ為ニ活動スル場合ニハ其過程ヲ意思ト云フ、但シ動機ハ常ニ最初ヨリ單一ニ非ザルカ故ニ一定ノ行為ニ対シテ一定ノ動機カ意識ヲ白領シ其全体ノ方法ヲ決スルマテニハ常ニ動機向ニ於ケル多少ノ闘争ヲ免レス、然レ共之亦意思其モノ、過程ニ属スルモノナリ、

意思ヲ右ノ如ク解スル時ハ故意ニ関スル觀念主義ト意思主義トハ其適用ノ結果ニ於テ相一致スルヲ認ムヘシ、即チ違法ナル結果ヲ豫見シツ、一定ノ行為ヲナス精神状態ニハ左ノ三種アリ、即チ違法ナル結果

ヲ欲スルナリトスルハ第一種ニ属ス、其或チ一定ノ結果ヲ欲スルナリトスルハ第二種ニ属ス、若クハ之ヲ嫌忌スルカ之ナリ、第一ノ場合ニ意思ノ責任存スルハ論ナシ、第二ノ場合ハ行為者ハ違法ナル結果ヲ豫見シツ、而モ之ヲ所爲トスル何等ノ反對動機モ作用セサル場合ナルカ故ニ意欲ハ当然目的以外ノ豫見シタル結果ニモ及ブモノト云ハサル可ラス、第三ノ場合ニハ長エ有力ナル行為ノ動機ヲ嫌忌ニ基ク及チ動機ヲ壓服シタル矣ニ責任アリ、學者ノ通常認語 (Billigen) ト称スルハ此關係ニ外ナラス、右ノ如クナルヲ以テ意思ヲ以上ノ如ク解スル時ハ意思主義ト觀念主義トハ其適用ノ結果ニ於テ差異アルモノニ非ズ、

更ニ過失ニ付テ見ルニ此場合ニハ意思ノ作用タル注意ニ向シ之ヲ欠クトスル消極關係ノ存スルニ過キヌ、或學者ハ此關係ヲモ尚意思ノ責任ト定ントスル共不故意ノ注意セザラント欲シヌハ注意セザルコトヲ知ラツ、注意セザルニ非ズ、故ニ不注意ト云フコト自体ハ全ク消極的ニシテ意思ノ責任トシテ見ルコトヲ得ヌ、從テ或學者ハ又殊ニ義務違反ノ不注意ト云フ語ヲ用ヒ此点ニ過失ノ基礎アリトス (Wipperfurth, Siegel)

即チ不注意カ義務違反ノ時ニ限り過失アリトスルナリ、從テ此派ノ見解ニ依レハ注意カ法律上意義アルハ其義務違反タルカ爲ニシテ注意ノ欠缺其モノニ非ス、換言スレハ不注意ハ事實上責任ノ基礎ニ非ナルモ法律上責任ノ基礎タルナリ、此關係ハ恰モ不作爲ノ因果關係ノ問題ニ於テ不作爲ハ自然的ニ見テ原因力ナキモ法律的ニ見テ原因アリト云フト全ク相同シ、茲ニ於テ因果問題カ其本質ニ於テ價值問題ニ外ナラザルカ如ク過失問題ニ亦純局價值問題ニ歸セザルヲ得ザルニ至ル、如斯觀察スル時ハ過失ノ本質ハ畢竟行爲者カ規範ノ要求ニ對シ無頓着ナルコトニアリ、之ヲ他ノ方面ヨリ云ヘハ法益ヲ尊重スル觀念ノ欠缺タルニアリ、所謂反規範的危險性ハコニ存ス、右ノ如ク過失問題ヲ以テ意思ノ價值問題ナリト爲ス以上吾人ハ因果問題ニ於テ作爲ノ原因力ヲ自然的ニ見不作爲ノ原因力ヲ規範的ニ見ルコトヲ不当トスル如ク故意ニ對シテモ亦過失トノ向ニ統一的ノ觀察ヲ下サ、ル可ラス、即チ故意ノ價值問題ノ立場トシテヨリハ其本質ハ犯人カ或結果ヲ欲シタルコト夫自体ニ非スニ違法ニ欲シタルコトニアリ、

換言ニレハ規範ニ對スル無頓着ニアリト云フヲ得ヘシ、

#### 第四節 責任能力

責任ナル語ハ種々ノ義ニ解セラル、其一ハ或一定ノ違法ナル行爲ニ基キ法律上其行爲ヲ非難スルコトヲ得ルノ義ナリ、此ノ意義ニ於テハ責任トハ右ノ行爲ニ對スル法律上ノ價值否定ノ判斷ヲ意味ス、其二ハ或違法ナル行爲ヲ理由トシテ之ニ對シ法律上賦與セラル、或不利益ナル効果ノ義ナリ、此意義ニ於テハ責任トハ私法上ニ於テハ損害賠償ノ義務、公法上ニ於テハ刑罰等ノ制裁ノ負擔義務ヲ云フ、其三ハ右ノ價值判斷ノ可能若クハ法律上ノ不利益ナル効果ヲ賦與スル理由タル行爲者ノ特殊ナル精神狀態ノ義ナリ、此意義ニ於テハ責任トハ故意過失(一般違法行爲能力ヲ前提トシテ)若クハ責任能力ヲ云フ、犯罪要件トシテノ責任ハ第三ノ意義ニ關スルモノナリ、而シテ故意過失ニ付テハ前節ニシテ述ヘタレハ茲ニハ專ラ責任能力ニ付テ説明セントス、

#### 責任能力

法律上一致的不利益ナル効果ヲ賦與スル目的ヨリ見タル責任能力ノ本質ハ其結果ノ性質ヲ裏ニスルニヨリ自ラ異ルハ従テ刑法上ノ責任能力ハ必スシモ民法上ノ責任能力ト同ニカラス、何トナレハ責任能力ハ刑法上ニ於テハ刑罰責任能力ニシテ民法上ニ於テハ損害賠償責任能力タルカ故ナリ、

刑法上責任能力ノ意義ニ関シテハ學者ノ説ク所ニ様ナラス、一派ノ説ニヨレハ責任能力ハ犯罪能力即チ刑法上ノ違法行為能力ニシテ此説ニ又ニ派アリ、舊説ハ自由意思ト是非ノ辨別力トヲ以テ其本質ト解ス、蓋シ刑罰ノ理由ヲ以テ懲報ニアリト云フカ為ナリ、新説ハ罪ニ是非ノ辨別力若クハ正則ナル意思ノ決定性ト云フカ如キモノヲ以テ其本質ト解ス、蓋シ刑罰ノ手段タル以上自由意思ヲ必要トセスト見ルカ為ナリ、又他ノ一派ノ説ニヨレハ責任能力ハ受刑能力ナリトシ刑罰ノ適當ニ其結果ヲ奉クルニ足レ犯人ノ素行(受刑資格)ヲ以テ其ノ本質ト解ス、其ノ中前説中ノ弊ニ説クヲ以テ通説トス、惟テ違法行為ハ其犯罪タルト否トニ拘ラス違法行為其モノトシテ常ニ反規範性論言セハ反規範性ノ微表ナリ、然レ或種ノ行為ハ行為者カ違法行為能力ヲ有スルニ不拘例ハ十四才未満ナルカ為罪

何等ノ根本的ノ理由ナカレハカラス、或ハ一般ニテ反規範性ノ根柢ノ深淺即チ其本質ナル程度如何ニ依ルモノト解スレハ責任能力ハ畢竟誤刑ノ理由タル能力ニシテ犯罪能力ナリ、或ハ一般ニテ責任能力者ノ行為ヲ通シテ察現セタル反規範性ノミカ之ヲ除去スルニ刑罰ヲ適當トシ然ラサルモノハ他ノ法律上ノ効果ニ委ネテ足ルニシルトスレハ責任能力ハ受刑資格ト云フ意味ニ於テ受刑能力ナリ、然レ其之ハ主トシテ見方ノ相違ニシテ目的ノ手段ヲ限定スルト同時ニ手段ニ亦目的ノ範圍ヲ限定ス、従テ目的刑主義ノ立場ヨリハ課刑ノ効果ナキ處ニ課刑スハ犯罪ナク又課刑ス可キ犯罪無ケレハ課刑ノ効果ヲ奉クルコトヲ得ス、即チ課刑ニ適スルコトハ課刑セラルヘキ行為ヲ為シ得ルコトニシテ課刑セラル可キ行為ヲ為シ得ルコトハ課刑ニ適スルコトナリト云ハサル可ラス、然ラハ責任能力ノ本質ハ何ソヤ、前ニモ述ハタルカ如ク犯罪ハ違法行為ヲ前提トス、従テ一般違法行為能力ヲ阻却スル事情アル時ハ違法行為未成立ノ結果トシテ当然犯罪ノ成立ヲ阻却ス、故ニ嚴密ニ云ハハ刑法上ノ責任能力ハ只之ヲ文クニヨリテ課刑ノミヲ阻却スル特

責任能力

殊ノ能力トシテ觀察セザル可カラス、例ハ心神喪失ノ如キハ道例刑  
 法上ニ於テモ之ヲ責任無能力ノ原因トシテ觀察スルニ夫心神喪失ニ基  
 行為ハ之ヲ行為者ノ反規範的性情ニ歸スルコトヲ得サル結果トシテ違  
 法行為ト見ルコトヲ得ス、從テ心神喪失ハ處罰ノ前提タル規範的評價  
 = 於ケル無能力ノ原因即チ規範的責任無能力ノ原因ニシテ可罰的評價  
 = 於ケルモノニ非ス、如斯見ル時ハ刑法上ノ責任能力ノ本質ハ結果ノ  
 方面ヨリ觀察シテ形式的ニ刑罰ヲ必要トスル程度ノ本質的及規範性ノ  
 一般の定型ト称スルノ外ナシ、  
 右ノ如ク責任能力ハ本質的及規範性ノ一般の定型ナルカ故ニ犯罪要  
 件トシテハ行為ノ際ニ之ヲ備フルコトヲ要シ、結果發生ノ際ニ之ヲ備  
 フルコトヲ要セス、裁判ノ言渡シ又ハ執行ノ際ニ之ヲ備フルコトヲ要  
 スルヤ否ヤニ關シテハ刑事訴訟法ニ之ヲ規定セリ、(改正法第三五ニ條、  
 第五四三條、第五四四條)  
 以上ノ如クナルヲ以テ責任能力ハ之ニ程度ヲ分ツコトヲ得、諸国立  
 法令ハ多ク中間的ノモノヲ認メ之ニ對シテハ刑ヲ減スルヲ通例トス、

而シテ此種ノ能力者ヲ學問上限定責任能力者ト云フ、  
 責任能力ノ存スル場合ハ刑法上之ヲ積極的ニ明ニスルコトヲク無  
 能力ノ原因ヲ掲ケテ向極ニ能力ノ存スル場合ヲ示ス、今暫ク一般ノ例  
 ニテラヒ違法行為及無能力ノ原因ト見ル可キモノヲモ條セテ掲クレハ  
 左ノ如シ、

(一) 十四歳未満ノ幼年

十四歳ニ滿タサル者ノ行為ハ刑法上之ヲ罰セス、(第四一條) 從テ  
 此種ノ者ハ刑法上絶対的責任無能力者ナリ、而シテ刑法ハ年齢ニ依  
 ル限定責任能力ヲ認メサル結果トシテ十四才以上ノ者ハ總テ責任能  
 力者ナリ、(明治三五年法律第五〇号參照)

(二) 瘡 啞

瘡啞者ハ瘡且ツ啞者ナリ、瘡啞者ノ行為ハ刑法上之ヲ罰セス、又ハ  
 其刑ヲ減刑ス、(第四〇條) 從テ瘡啞ハ絶対的責任無能力ノ原因ニ非  
 ス、瘡啞者ノ精神發育ノ狀態カ規範意識ヲ具フル程度ニ達セス從テ  
 其行為カ反規範性ノ表象ト見ルコトヲ得サル時ハ根本ニ於テ違法行  
 責任能力

為能力ヲ有セザル結果トシテ責任無能力者ナルモ然ラサル場合ニハ  
限定責任能力者ナリ

(三) 精神障礙

精神障礙ニハ心神喪失ト心神耗弱トアリ、前者ハ意識ノ著シク變  
態ナルコトニシテ主ナル原因ハ精神病ナリ、其他甚クシク酩酊セル  
場合ノ如キ又同シ、心神喪失者ノ行為ハ刑法上之ヲ罰セス、(第三九  
條第一項)蓋シ是等ノ者ノ行為ハ反規範性ノ徵表ト見ルコトヲ得  
ルカ故ニ心神喪失ハ前ニモ述ヘタルカ如ク根本ニ於テ違法行為ノ責任  
能力ノ原因ナリ、但シ酩酊ノ場合ニ付テハ酩酊前ノ飲酒行為ノ責任  
ハ別論ニ屬ス、精神病ニ関連シテ精神病の中同狀態ナルモノアリ、  
所謂一單狂 (*monomania*)タル殺人狂、竊盜狂、色慾狂ノ如キ之  
ニ屬ス、此種ノ者ニアリテ其行為ノ方面ノモノナル時ハ根本ニ  
於テ違法行為ノ能力ヲ失ケトモ然ラサル時ハ責任能力アリト解スヘシ  
心神耗弱ハ先天性精神薄弱、老衰ニヨル能力減退ノ場合ノ外心神喪  
失ニ入ラサル精神病の中同狀態ニ屬ス、心神耗弱者ノ行為ハ

刑法上其ノ刑ヲ減輕ス(第三九條第一項)從テ此種ノ者ハ限定責任  
能力者ナリ、

警上述べタル所ヲ以テ刑法上責任無能力並ニ限定責任能力ノ原因  
トス、之等ノ原因力行為ノ際ニ存スル時ハ犯罪ハ成立セザルカ又ハ其  
刑ヲ減輕ス、但シ特別法ニハ例外ナリ、

第五節 課 刑

初メニ述ヘタル如ク犯罪ハ刑法ニ於テ刑ヲ課セラレタル行為ナリ、  
課刑ハ違法ヲ前提トス、換言スレバ違法行為タルカ故ニ犯罪タルモノ  
ニシテ犯罪タルカ故ニ違法行為タルニアラス、從テ事實上違法行為ノ  
要件ハ同時ニ犯罪要件タルモ理論上ハ之ヲ區別セザル可カラズ、此見  
地ヨリハ違法行為カ故ニ犯罪タルニ要スル条件ハ刑法上ニ於ケル課刑  
ナリ、故ニ形式的ニハ犯罪ト其他ノ違法行為トノ區別ハ單ニ課刑ノ有  
無ニ過キス、

課 刑

然レ共同一違法行為ニシテ或ハ刑ヲ課シ或ハ之ヲ課セザルハ二者ノ  
 同ニ實質的ニ重要ナル差異アルニヨル、即チ違法行為ニヨリテ表象セ  
 ラル、反規範性ハ質ト種ト量トニ於テ夫々種々ノ差異ヲ試クルコトヲ  
 得、質ハ其根底ノ深淺ノ向題ニシテ刑法上ノ責任能力ノ程度ニ關ス、  
 種ハ其強弱ノ向題ニシテ故意過失ニ關ス、量ハ大小ノ向題ニシテ脅威  
 セラル、法益ノ大小ニ關ス、而シテ此三矣ヨリ見テ行為者ノ反規範性  
 カ之ヲ除去スルニ一般ニ刑罰ヲ必要トスル程度ニ深ク強ク且大ナル場  
 合ニ其行為カ罪トセラル、モノニシテ又同シク罪タル場合ニ於テモ法  
 律上課刑ノ程度ニ差等アルハ概シテ此三矣ニ夫々差等アルカ故ナリ、  
 右ノ如ク犯罪ハ一般違法行為ト其實質ヲ異ニス、又天自身其實質ニ  
 差等アリ、刑ハ其差等ニ從ヒテ課セラル、然レ共同種同様ノ行為ニテ  
 モ其犯罪ハ千差萬別ナルカ故ニ一般的觀察ニ於テ同一ノ犯罪ニシテ而  
 モ同一ノ反規範性ヲ表象セザルコトアリ、極端ナル場合ヲ尋クレハ同  
 一事情ノ下ニ同一金額ヲ窃取シタル場合ニ於テモ被害者ク富有ナルト  
 貧乏ナルトニ依リテ犯人ノ反規範性ノ程度ハ同一ナラス、斯レ事情ヲ

斟酌スレハ同種同様ノ行為ニシテ尚刑ヲ免除スヘキ事アリ、斯レ場合  
 ニ於ケル特殊事情ニシテ特ニ刑法上認メラレタルモノヲ刑罰阻却原因  
 若クハ減刑原因ト稱ス、

刑罰阻却原因ハ犯罪前ニ備ハルコトアリ、或ハ犯罪其モノニ備ハルコ  
 トアリ、例ハハ刑法第ニ四四條（親族向ノ竊盜）第ア。五条（親族向  
 ノ犯人藏匿又ハ罪證埋滅）第ニ五七條第一項（親族向ノ贓物罪）第ニ  
 六條第一項（過剰防衛）第ニ七條第一項（過剰避難）等ノ場合ニ  
 於ケルカ如シ、天皇、並ニ帝國議會ノ議員ノ地位ノ如キモ刑罰阻却原  
 因タルハ一ナルモ此種ノモノハ其理由ヲ異ニスルコトハ前ニ述ヘタリ、  
 刑罰阻却原因ニハ前記ノ如ク法律ニ明文アルモノ、外尚鮮明上刑罰  
 阻却原因ト認メラル、モノアリ、大レハ各處罰規定ノ目的ニ照シ法益  
 脅威（又ハ侵害）ノ程度カ極メテ輕微ナル時ナリ、竊盜罪ニ於テハ一  
 粒ノ米一滴ノ酒ヲ盜ムモ罪トナラザルカ如キ、又所謂使用竊盜カ罪トナ  
 ラサルカ如キ此理由ニ依ル、此原則ハ判例ニ於テモ夙ニ有名ナル一重  
 事件ト稱セラルル煙草專賣法犯罪事件ノ判決ハ明治四十三年十月十一

日大審院判決)ニ於テ認メラレタリ。

斯ル場合ニ於テハ行為其モノハ違法タルモ刑法上罪トナレトナシ、  
刑罰原因ハ刑罰減原因ト區別スルヲ要ス、後者ハ一旦發生シタル刑罰  
請求權ヲ犯罪後ノ事情ニヨリテ消滅シレ場合ニ屬ス、例ハ、第四三條、  
第八〇條、第九三條但書、第一一一條、第一七〇條、第一七三條、第  
一九八條序一項但書、第二〇一條等ニ於ケルカ如シ、

或種ノ違法行為ハ結果ノ發生ヲ俟テ初メテ罪トナルコトハ前ニ述  
ヘタリ、之ヲ廣義ノ結果犯ト云フ、大多數ノ犯罪ハ之ニ屬ス、而シテ  
此種ノ犯罪ニテリテハ結果ノ發生ハ違法行為カニヨリテ始メテ犯罪  
トナルモノナルカ故ニ一種ノ處罰条件ナリ、之ヲ廣義ノ處罰条件ト云  
フ、之ニ對シテ狭義ノ處罰条件ナルモノアリ、此ニ者ノ相違ハ前者ニ  
付テハ犯人ノ行為ニ出タルコトヲ要スルコト反シ後者ニ付テハ之ヲ要セ  
サルニアリ、

結果犯ニ於ケル結果ハ行為ヲ原因トシ、其結果トシテ發生スルコト  
ヲ要ストスルコト從來ノ通説ナリ、從テ因果關係ノ問題ハ從來結果犯

ニ關スル重要ナル問題ノ一トシテ研究セラル、左ニ節ヲ改メテ之ヲ論  
スヘシ、

### 第六節 處罰條件 第一項 行為ノ結果(因果關係)

因果關係ノ問題ハ從來其本質ノ範圍トニ關シテ論争セラル、因ヲ先  
ツ其本質ニ付テ考フルニ因果關係トハ普通ニ甲乙二個ノ事實間ニ於ケ  
ル甲十ケレハ乙十シトスヲ論理的關係(Conditione sine qua non)ヲ  
云フト鮮ス、例ヘハ、バズとるヲ用ヒラ人ヲ殺ス場合ニバズとるヲ殺射  
スル行為無ケレハ被害者ノ死亡無キカ故ニバズとるノ殺射ハ原因ニシ  
テ被害者ノ死亡ハ結果ナリト云フカ如シ、然レトモ此見解ハ認識問題  
トシテノ因果關係ノ説明トシテハ可ナレ共法律上ノ因果關係ノ説明ト  
シテハ不適当ナリ、殊ニ斯ル見解ハ所謂不純正不作爲犯ノ場合ニハ全  
ク適用セス、

處罰條件・行為ノ結果

或不純正不作為犯ノ場合ニ不作為ヲ不作為ト云フ一ツノ積極的事實トシテ觀察シ、彼ノ不作為ヲカガセハ此結果ナカリシナラント云フ判斷ノ下ニ不作為ニ尙原因カアサト解スル一派アリ、然レ共無ハ無ト云フ言語ヲ以テ表ハスコトヲ得ルモ其本質ハ無ナリ、不作為ハ作爲ナシト云フ義ナレ、虛無ナルモノニ原因カヲ認ムルコトヲ得ス、從テ所謂不作為ト結果トノ間ニハ或反對ノ作爲アリシナラハ此事實ハ發生セザリシナラムト云フ想像ノ可能アルニ止マリ事實ニ拘スル因果的認識ノ成立スル餘地ナシ、或ハ結果犯ノ因果關係ヲ二種ニ分テ作爲犯ノ場合ニハ因果關係ハ認識ノ尙題ナルモ不純正不作為犯ノ場合ニハ因果關係ハ法律上ノ價值尙題ナリトナス一派アリ、然レ共結果犯ノ場合ニ犯罪カ成立スル爲ニハ一般ニ行爲ト結果トノ間ニ因果關係ノ存スルコトヲ要ストシ而モ本質ヲ異ニスルニ種ノ關係ニ對シ何等統一ノ原理ヲ立テスシテ同様ニ因果關係ノ概念ヲ適用セントスルハ不當ナリ、

右ノ如クナルヲ以テ結果犯ニ於ケル因果關係ノ本質ヲ一般的ニ説明スル爲ニハ作爲不作為ニ通シテ之ヲ法律上ノモノト見全ク認識ノ尙題

ヲ離レテ觀察スルノ外ナシ、從テ法律上ノ因果關係ハ道徳因果關係ナル語ヲ用ユルモ其本質ハ事實上ノ因果關係ニ非スニテ規範的ノ價值關係ニ外ナラス、此見地ヨリシテ行爲ト結果トノ關係ヲ説明スレハ左ノ如シ、

行爲ノ違法檢査スレハ或行爲ニ對スル價值否定ノ判斷ハ結果ノ成否ヲ向ハス行爲其モノ、尙題トシテ決スヘキモノニシテ結果發生ノ場合ニモ之カ爲ニ避リテ或行爲カ違法トセザル、ニ非サルコトハ前ニ述ヘタリ、即チ犯罪ニ付テ云ヘハ犯罪者ノ反規罪性ハ態度其モノニ於テ既ニ充分徵表セラル、モノニシテ之ヲ否定シ且ツ探刑スルニハ理論トシテハ決シテ結果ノ發生ヲ俟ツコトヲ要スルモノニ非ス、只多クノ場合ニ刑法上結果ノ成否カ尙題トナルハ今日ノ刑法カ課刑ノ效果ヲ賦共スルニ當リ故意過失ニヨル一定ノ態度ノミヲ以テ満足セス違テ結果ノ發生ヲ要件トスルカ故ナシ、然ラハ如何ナル場合ニ或結果カ或行爲ヨリ生シタリト云フコトヲ得ルカ、此場合ニ認識ノ尙題トシテノ因果關係ニヨルコトヲ得サルハ前ニ述ヘタリ、因テ余ハ斯ル因果關係ノ有無ニ

行爲ノ結果



拘ラス單ニ或外界ノ變化カ行為者ノ故意過失ニ相應スル時ハ之ヲ其行為ノ結果ト見△ト欲ス

先ツ此關係ヲ故意ニ付テ述フレハ吾人カ或外界ノ變化ヲ豫見シタル場合ニ若シ法律カ其豫見事實ニ因シテ吾人ニ要求スル一定ノ態度ヲ取ラサレ時ハ其要求ニ服セサル吾人ノ反對ノ態度ハ即チ違法ニシテ且ツ其豫見ニ相應スル外界ノ變化カ生シタル時ハ其事實ハ刑法上吾人ノ態度ノ結果ナリ、又過失ニ付テ云ヘハ或一定ノ事項ニ前シテ豫見ノ為ニ一定ノ注意ヲ要求ス、此場合ニ吾人カ其状況相應ノ注意ヲナサシテ或態度ヲ取ルコトハ即チ違法ニシテ若シ此場合ニ吾人カ其状況相應ノ注意ヲ用ヒタリトモハ豫見スルコトヲ得ヘカリシ外界ノ變化カ發生シタル時ハ其事實ハ刑法上吾人ノ態度ノ結果ナリ、而シテ是等ノ場合ニ於テハ吾人ノ態度カ結果ニ付シテ事實上因果關係アリヤ否ヤハ之ヲ向テコトヲ要セス、蓋シ吾人ノ態度カ違法ナトセラルハ故意過失アリカ否ナリ、嚴密ニ云ヘハ吾人ノ性情ハ故意過失ニ相應スル態度アリタルニ依リテ否定セラル、ナリ、之ト同シク外界ニ於ケル變化ニヨリ

刑罰カ課セラル、ニ付テハ、或外界ノ變化ニ依リテ責任ノ理由タルコト能ハス、苟クモ責任カ違法責任タル際ハ外界ノ變化ハ故意過失ヲ通シテ、換言スレハ故意過失ニ相應スルニヨリテ吾人ノ性情ノ否定ノ理由タルコトヲ得ニモノトス、右ノ如クナルハ以テ所謂刑法上ノ因果關係ハ事實關係ニ非スレテ或事實カ故意過失ノ内容タル違法事實ニ一致スヤ否ヤノ關係ナリ、約言セハ或事實ニ付スル違法違法ノ價值判断ノ關係ニ付ナラス、從テ結果犯ニ於ケル因果關係ハ之ヲ簡畧ニ或結果ノ違法關係ハ又ハ違法性ト云フコトヲ得、  
右ノ如ク觀察スル結果トシテ作為犯ノ場合ニ於テモ事實上ノ結果カ法律上ノ結果タルコトヲ得ルハ事實的ニ見テ因果關係アルカ故ニ非ス、結果カ故意過失ニ相應スルカ故ナリ、不純正不作為犯ノ場合ニハ因果關係ト違法關係トカ方向ヲ異ニシテ開展スルニ及シ此場合ニハ二者ノ方向カ一致スルニ過キス、通説ニ依レハ因果關係ト違法關係トハ嚴密ニ之ヲ區別スヘシトナスモ余ハ法律上ノ向題トシテハ違法向題即チ因果向題ナリトナスモノナリ、而シテ刑法ニ例ヘハ人ヲ殺シタル者ト云フ

行為ノ結果

ハ違法ニ人ヲ殺シタルモノ更ニ精密ニ云ハハ或人ノ死亡ヲ理由トシテ  
 法律上違法ノ責ニ任ス可キモノト云フ義ニシテ事實上ノ因果關係ノ有  
 無ハ向題ニ非ス、然レ共應用ヲ主トスル法律學上ニ於テハ可成日常ノ  
 觀察ト接觸ヲ保ツラ便宜トスルヲ以テ因果問題ハ其本質ニ於テ價值向  
 題ナリトスルモ其説明ノ方法ヲ變ヘ規範ノ要求ヲ一ノ因果條件タルカ  
 ト仮定シ結果犯ノ場合ニ於テハ行為者ノ態度ニ依リテ因果條件タルカ  
 ノ活動ヲ阻止スルコトニヨリテ因果條件ヲシテ獨リ其勢力ヲ算ラナラ  
 シムルモノト見、之ヲ理論問題ノ形式ニ於テ取扱フモ妨ケナシ、斯ク  
 見レハ因果關係ハ全ク事實ヲ高レタル法律の抽象的的關係トナル、此意  
 味ニ於テ因果關係ト云フ時ハ余ハ便宜上之ヲ法律の因果關係ト称ス、

(註) 因果條件。

ハ溺死スルト云フ結果ノ發生ヲ妨クルモノナカ故ニ因果條件ナ  
 リ。

(二) 因果條件。

右ノ場合ニ於テ救助セサレハ溺死スルニ到ル、故  
 ニ此救助セサルコトハ結果タル死ヲ惹起スルモノナレハ因果條

件ナリ。

然レ共此向題ハ本質ニ於テハ飽クマテ價值向題ナルカ故ニ因果關係  
 ノ範圍ニ關シテハ純粹ノ理論問題トシテ見タル場合ノ如ク之ヲ絕對的  
 ニ論スルコトヲ得サルハ云フヲ俟タス、而シテ如斯ハ因果關係ヲ以テ  
 法律上ノ關係ナリトシ且ツ因果問題ヲ以テ本質上價值向題ナリトナス  
 論者ノミ獨リヨク云フコト得ルモノニシテ之ヲ以テ純粹ナル理論問題  
 トシテ説明セントスル從来ノ多数ノ見解ヨリスレハ因果關係ノ範圍ニ  
 關スル相對的加エハハ全ク矛盾ナリト云ハサル可カラス、因テ余ハ以  
 上ノ見解ニ基キ左ニ因果關係ノ範圍如何ヲ明カニセントス、  
 因果關係ノ範圍ノ向題ニ就テハ從来幾多ノ見解アリ、左ノ如シ、

(一) 平等原因説

此説ハ因果關係ヲ以テ之點ケハ彼無シト、論理的關係ナリト為ス  
 結果トシテ此ノ關係ノ存スル限り一切ノ先行條件ハ平等ニ後續事實  
 ニ對シテ原因タルモノトナシ、其間ニ何等ノ區別ヲモ設ケサルモノ  
 ナリ、此見解ハ因果問題ヲ以テ純粹ナル理論問題トシテ考ヘル時ハ  
 行為ノ結果

正当ナレ共其適用ノ結果ハ因果關係ヲ無窮ニ延長セシムル恐アルカ  
 爲此故ノ學者中ニハ其結果ヲ緩和セシムル爲教唆犯ニ與スル刑法第六  
 一條ヲ根據トシテ所謂因果關係ノ中斷ノ理論ヲ認ムルモノアリ、即  
 チ之ニ依レハ教唆行為カ本末正犯ノ行為ノ結果ニ對シテ原因タルハ  
 疑ヲ容セス、然ルニ刑法カ特ニ教唆ヲ以テ正犯ニ準スヘキ規定ヲ設  
 ケタルハ畢竟本末ノ趣旨ニ於テ原因ト結果トノ間ニ他ノ責任能力者  
 ノ故意ニ出テタル任意ノ行為ノ介入スル時ハ因果關係ハ之ニヨリテ  
 中斷ストナスカ故ニ外ナラスト鮮ス、從テ此理論ニ於テハ介入行為  
 カ過失ニ出テタル時又ハ責任能力者ノ行為ナル時ハ中斷原因トナ  
 スコトヲ得ス (*Slight, Franke*)

(註) 甲カ或人ニ斬ツケ其人ハヤカテ死マヘカリシニ此時甲ト無関係ナル乙カ故意ヲ以テ其人ヲ殺シタル時ハ甲ハ殺人未遂トナリ

乙ハ殺人既遂トナル、此場合甲ノ行為ハ中斷セラル、乙カ過失ニヨリ其人ヲ殺シタルトハ甲ノ行為ハ中斷セス、

(二) 個別原因説

ミニ付法律上完全ナル原因トシテノ價值ヲ認メムトスルモノナリ、  
 但シ如何ナルモノヲ以テ原因トスルヤノ標準ニ關シテハ異説アリ、  
 蓋ナルモノノ左ノ如シ、

(イ) 必然条件説

此説ハ一切ノ条件中結果ノ發生ニ對シ必然的ノ効カヲ有スルモノト然ラザルモノトヲ分テ前者ノミヲ以テ原因トナス (*Zusammenhang*)

(ロ) 最終条件説

此説ハ最終ノ条件ヲ以テ原因トス (*Abschluss*)

(ハ) 優勝条件説

此説ハ結果ニ對スル起果条件ト効果条件トカ均衡ヲ維持スル場合ニ於テ新ニ起果条件ヲ優勝ナラシメ、其全体ニ對シ決定的方向ヲ與フル条件ヲ以テ原因トス (*Binding*)

(ニ) 有力条件説

此説ハ最も有力ナル条件ヲ以テ原因トス (*Birkmeyer*)

(四) 動的條件說

此說ハ結果發生ノ動力タル條件ハ原因ニシテ單ニ可能ナラシムルモノハ單純ナル條件ナリトス (Kohler)

(三) 適當條件說

此說ハ個別原因說ノ如ク各個ノ場合ニ就キ何カ原因ナリヤヲ定メスレテ豫見ノ一ノ適當ト認ムヘキ一級ノ定型ヲ設ケテ因果關係ノ範圍ヲ定メムトスルモノナリ、因テ之ヲ定型ノ條件說トモ稱ス、之ニ又大別ニ三說アリ、

(1) 主觀的適當條件說

此說ハ何カ適當ノ範圍ナルヤヲ定ムルニ付犯人ニ於テ豫見シ、若クハ豫見シ得ヘカリシ範圍ヲ以テ標準トスルモノナリ (Thon)

(2) 客觀的適當條件說

此說ハ何カ適當ノ範圍ナリヤヲ定ムルニ付キ一般世人ノ能力ヲ標準トセントスルモノナリ (Bierling)

(四) 折衷說

此說ハ以上二個ノ說ヲ折衷シタルモノニシテ犯人カ豫見シ又ハ一般人カ豫見シ得ヘカリシ範圍ヲ以テ標準トスルモノナリ (Car)

(Traeger)

以上ハ從來ノ學說ノ大要ニシテ特ニ通説ト稱スヘキモノナシ、但シ是等ノ見解ニ從テ學者ハ其多クハ因果問題ヲ以テ純粹ナル理論問題トナス結果トシテ因果問題ト責任問題トハ嚴ニ之ヲ區別スヘント説ク、然レ共前述ノ如ク因果問題ヲ以テ本質上價值問題即チ違法問題タリトスル以上ハ又責任問題即チ故意過失ノ問題ヲ以テ因果問題ノ根柢トナサ、ル可カラズ、從テ法律的因果關係ノ範圍ヲ定ムルニモ故意過失ヲ標準トスヘキハ當然ニシテ或事實ハ故意過失ニ合コル、違法事實ニ一致スル限度ニ於テ行為ノ結果ナリ、即チ故意ニ付テ云ハハ行為者ノ豫見シタル限り、過失ニ付テ云ハハ行為者カ法律上必用ナル注意ヲ用ヒタリトセハ豫見スルコトヲ得ヘカリシ限リ其行為ノ結果ナリ、又故意過失ノ競合セル所謂狹義ノ結果犯ノ場合ニ付テ云ハハ行為者ノ豫見シタル範圍ト豫見スルコトヲ得ヘカリシ範圍トヲ合セタルモノ全体ト

行為ノ結果

シテ其行為ノ結果ナリ、若シ故意ノ結果犯ノ責任ヲ以テ違法責任ニ非  
サル純粋結果責任トスル説ニ從ハ、其重キ結果ト豫見ノ範圍ニ屬スル  
事實トシテ、因果問題ハ價值問題ニ非スシテ認識問題ニ屬スルカ故ニ  
理論上其因果關係ノ範圍ハ無限ナリ、 (Winkelband: Publication  
Normen u. Naturgesetze, Wundt: Ethik, Bar, Rechtsland)

第二項 不作為

不作為トハ作為ニ対スル觀念ニシテ行為者ノ態度カ或一定ノ積極的  
舉動ヲ標準トシテ之ニ適合シタル時ハ之ヲ作為ト云ヒ之ニ適合セザル  
時ハ不作為ト云フ、其ニ意思表動ノ種別ナリ、

(註) 不作為トハ例ハ、讀書ヲ標準トスレハ天以外ノモノハ凡テ不  
作為ナリ、讀書中ノ談話ノ如キモ不作為ナリ、

而テ犯罪要件トシテノ行為ハ通例作為ヲ實質トスルモノナレ共不作為  
ヲ實質トスルモノモ亦動カラス、此場合ニ二種ナリ、一ハ犯罪ノ概

念上常ニ不作為ノミニ依リテ成立スルモノ、(例ハ、  
林ス、例ハ、徴兵検査ヲ受ケザル罪、其他各種ノ申告ヲ為サズ、  
爆発物取締罰則第七條、第八條、警察犯處罰令第一條一、二、三、  
等)ノ如キニナリ、二ハ概念上作為ニ依リテモ不作為ニ依リテモ犯罪  
得ル犯罪カ不作為ニ依リテ成立シタル場合ニシテ之ヲ不純正不作為  
ト稱ス、廣義ノ結果犯ハ通例不作為ニ依リテモ犯罪スコトヲ得、斯ク一  
切ノ犯罪ハ其態様ニ依リテ不作為犯罪トニ分ツコトヲ得、斯レトモ  
只之事實上態様ヲ異ニスルト云フニ止マリ法律上特別ノ意義ヲ有スル  
モノニ非ス、

(註) 不純正不作為犯罪ハ例ハ、電車ノ運轉士カ過テ通行人ヲ轢殺  
シタル場合ニ電車ハ電力ニ依リ動クモノナレ共此際電車ヲ止メ

サルトスフ消極的ノ状態ニ於テ罪ヲ犯スコト、ナレ、  
不作為犯罪ニ關連シテ事後責任ニ基ク作為犯罪ナルモノヲ認ムル學者ア

リ、(Binding)然レ共此區別モ亦法律上特別ノ意義ヲ有スルモノニ非  
サルノミナラス其分界モ甚ダ明瞭ヲ欠ク、今其説ク處ニ依レハ事後責  
不作為

任 = 基ク作為犯トハ或作為カ開始セラレ之ニヨリテ惹起サレタル自然  
カノ進行カ行為者ノ直接支配(進行遂斷ノ心然可能)ノ狀態ノ下ニ  
繼續スルニ當リ故意又ハ過失ニ基キテ更ニ同一狀態ヲ繼續セシムルコ  
トニ依リテ成立スル作為犯ラズ

(註) 倉庫ノ中ニ人ノ居ルヲ知ラスシテ戸ヲ開ク後ニ夫ヲ氣付キシ  
カ自己ノ用手ノ為開カント思ヒツ、數時間放置シテ遂ニ其人ヲ  
死ニ至ラシメタリトス。此ノ場合、最初戸ヲ開クタルハ過失ナ  
ルモ事後(戸ヲ開クタル後)ノ作為(故意)犯ト見ルカ又ハ純  
正不作為犯ト見ルカ、問題トナル、然レ之ハ何レヨリ見ルモ可  
ナリト思惟ス。

不作為犯ニ關シテ從來議論ノ中心トナレルハ所謂結果犯ニ於テ不作為  
為ニ原因カアリヤ否ヤノ問題ナリ、蓋シ從來ノ見解ニ於テハ若不作為  
為ニ原因カナシトセハ所謂結果ハ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ行為者ニ  
帰スルコトヲ得ストナセルカ為ナリ、此矣ニ關スル學說ノ大要左ノ如  
シ。

(甲) 積極說

積極說ハ一般ニ不作為ト結果トノ間ニ因果關係アリト解ス、然レ共  
因果關係ノ本質ニ關スル見解ノ分ル、ニヨリテ之ニ幾多ノ分派アリ、

- (一) 自然力的因果關係說
- (二) 物質力的因果關係說

(一) 自然力的因果關係說  
此說ハ不作為其モノト結果トノ間ニ因果關係ナキニ、之ニ因  
連セル作為ニ原因カアリトスルモノナリ、此說ハ更ニ分テ他行  
爲說(Darstellung)ト先行說(Kräft)トニトナル、前者ハ不作為ノ  
原因カハ不作為其モノニ存セサルニト表裏シテ行ハル、他ノ作  
為ニ存スト為シ後若ハ不作為ニ先立ツ他ノ作為ニ存ストナス、

(二) 意思力的因果關係說(中心原因說)  
此說ニ依レハ不作為ハ外界ニ對スル態度ニ於テハ消極的ナレ共  
内部的ノ意思過程ニ於テハ行為者カ結果ノ發生ヲ防止スルカ為或  
作為ヲナサムトスル現實ノ意思ヲ抑壓スルカ或ハ斯ノ如キ意思ヲ  
不作為

系セサラシムルコトニ依リテ其積極的作用ヲ表ハスモノナリ、而シテ因果關係ハ或結果ニ新ニ起果條件ヲ加フル場合ノ外因果條件ノ効力ヲ抑制シ、起果條件ヲシテ獨リ勢ヲ專ニナラシムルコトニ依リテモ成立スルカ故ニ不作爲ノ場合ニ於ケル此意過程ハ当然結果ニ對シテ原因カヲ有ストナスモノナリ、而シテ此意ノ學者中ニハ右ノ効果條件ナル意思ヲ事實上ノ意思トシテ見ルモノナリ、(Binding, 泉ニ博士)又法律上ノ義務意識トシテ見ルモノナリ、(Euzé)然レ共何レニモ此説ヲ以テスル時ハ過失ニヨリ不能正不作爲犯ハ全ク之ヲ否認スル結果トナシ、

(ハ) 因果利用説

此説ハ不作爲ハ結果ニ對スル他ノ原因カノ進行ヲ遮断セズシテ之ヲ利用シ以テ結果ヲ發生セシムルモノト解ス、然レ共單ニ他ノ原因カノ進行ヲ遮断セズト云フノミテハ他ノ原因カノ活動ハ全ク無關係ニ獨立ノモノニシテ利用セラレタルニ非ス、

(二) 社會觀的因果關係説

此説ハ不作爲ハ其ノモノハ之ヲ自然カ的ニ觀察スル時ハ毫モ結果ニ對シテ原因カヲ有スルモノニ非ス、然レ共或社會的秩序ニ照シ一定ノ作為カ期待セラル、場合ニ其作為ヲ為サ、ルコトハ單ニ或作為ヲ為サスト云フ消極的意義ニ止マラスシテ一ノ社會的勢力タル秩序ヲ破壊スルモノナリ、故ニ如斯場合ニ於テ若シ本末ノ秩序ニ異リタル事實ノ發生ヲ免ルニ至リタル時ハ其事實ハ畢竟不作爲ノ結果ナリト為スモノナリ、而シテ此派ノ中ニハ其秩序ヲ一ノ事實トシテ見ルモノ (Kohler)ト社會觀念トシテ説明スルモノ (Ban)トアリ、

(三) 法律觀的因果關係説

此説ハ其論理ノ形式ニ於テハ前説ト同一ニシテ只社會的秩序ニ代フルニ法律上ノ秩序ヲ以テシタルニ相違アリ、(Rohlfand)

(四) 論理的因果關係説

此説ハ因果關係ヲ全然形式的ニ論理的ニ觀察シ吾人カ一定ノ行為ヲ為サスシテ外界ニ或變化カ生シタル場合ニ於テ若シ右ノ不作爲ト變化トノ向ニ右ノ不作爲ナカリセハ此變化ハ發生セサル可シトノ論不作爲、

理的條件關係ノ存スル時ハ右ノ不作為ハ常ニ其變化ノ原因ナリト為  
スモノナリ。Frank, Siepmann, Silienthal, 牧野博士  
岡博士)

然レ共最初ニ述ヘタルカ如ク不作為ハ不作莫モノトシテハ決シテ  
認識ノ對象タルコトヲ得ス、從テ不作為莫モノニ對シテ論理的關係  
ヲ適用スルハ當ヲ得ス、加之此見解ヨリ云ヘハ作為ニヨリテ人ヲ放  
ス場合ニ於テモ殺人行為者ハ作為者一人ニ非スシテ一切他人ハ被害  
者ヲ救助セスト云フ意味ニ於テ皆殺人行為者ナリ、此場合ニ若シ違  
法ナル關係ニ立ツモノ、ミ責任アリト云ハシカ、之刑法上ノ因果關  
係ハ畢竟違法關係ナルコトヲ認ムルモノナリ、又此派ノ學者中ニハ  
(牧野博士)吾人カ為シ得ルコトヲ為サ、ル場合ニ限り不作為ト結  
果トノ間ニ因果關係ヲ認ムルモノアリ、之レ不可能ヲ事實ニ關スル  
不作為カ原因トシテ觀察セラル、コトヲ恐レタル結果ナルモ純理論  
的立場ヨリ斯ル條件ヲ附スルハ矛盾ナリ、加之條件ヲ附スルハ畢竟  
不可能ノ事實ニ關スル不作為ニ對シテハ吾人ハ其當否ノ判斷ヲナス

コトヲ得ス、換言スレハ社会的ニモ法律的ニモ何等ノ要求モ成立シ  
得サルコトヲ前提トスルモノニシテ根本ニ於テ因果問題ハ價值向題  
ヲ離レテ存シ得サルコトヲ承認スルモノナリ、

(乙) 消極說

消極說ニ依レハ因果關係ヲ自然力的關係ト見ル結果トシテ不作為ト  
結果トノ間ニハ全ク因果關係ナシ、然レ共法律上ノ義務違反ノ不作為  
ノ場合ニハ之ト結果トノ間ニハ之ナケレハ彼ナシトノ因果關係類似ノ  
關係アルカ故ニ法律上之ヲ因果關係ニ準レテ取扱フコトヲ妨ケス、而  
シテ刑法上云々シタルモノト云フ時ハ独リ因果關係ノ存スル場合ノミ  
ナラス此準因果關係ノ存スル場合ヲモ包含スルモノト解セザル可カラ  
スト説ク、(牧野博士)從テ此説ハ畢竟作為ニ付テハ因果關係ヲ認識向題  
トシテ觀察セントスルモノニシテ法律上ノ價值向題トシテ觀察  
明トシテハ當ヲ得ス、

以上ハ不作為ノ原因カニ關スル從來ノ學說ノ大要ナリ、而シテ價值向  
不作為



係ヲ強ヒテ因果關係トシテ觀察セントセハ以上ノ諸說中法律觀的因果關係說ヲ以テ正当トス、要スルニ法律上ノ向題トシテ因果關係ヲ論スル場合ニハ必スヤ其根據ヲ法律の規範ニ求メサルヲ得サルモノニシテ以上何レノ學說ニ於テモ多少一種ノ要件ニ歸シサルモノ無キハ明カニ此關係ヲ證明スルモノナリ、但シ結果ヨリ云ハハ義務違反ノ不作為ニ限リテ法律上因果關係ヲ有スルコト明カナレハ因果關係ノ本質ヲ誤解セサル限リ便宜消極說ノ如キ免辭ニ從フハ妨ケ無シ、何トナレハ義務違反ノ不作為トハ換言スレハ法律上為スヘキコトヲ為ササル違法關係ニ付テラサルカ改ナリ、

以上述フルカ如クナルヲ以テ或義務違反ノ不作為ト所謂結果トノ向ニ因果關係類似ノ關係アル場合ニ於テハ常ニ法律上因果關係アリト云フヲ得ヘク而シテ其義務ヲ余スル規範カ公法的ナルモノト私法的ノモノナルト、又不作為者ニ對シ直接ニ一定ノ作為ヲ命スル場合タルト不作為者本人ノ一定ノ行為ヲ條件トシテ始メテ之ヲ命スル場合タルトテ向フコト無シ、

### 第三章 犯罪ノ態様

#### 第一節 犯罪ノ段階

##### 第一項 既遂罪

或行為カ刑法各本條ニ規定スル要件ヲ具マル時ハ常ニ一定ノ犯罪ヲ完成ス、但シ或種ノ規定ノ向ニテハ只犯罪事實ノ充實ノ程度ヲ異ニスルニ過キサルコトナリ、斯ル場合ニ於テ犯罪事實ノ最モ充實シタルモノヲ最種ノ罪ノ既遂罪トスフ、即チ或種ノ罪ハ犯罪事實ノ充實ノ程度如何ニ依リテ既遂罪トスル、豫備罪、陰謀罪ノ區別ヲ生ス、

右ノ如ク犯罪ノ既遂ハ犯罪事實ノ最モ充實セルモノヲ云フモノナレハ犯罪ノ既遂時期ハ犯罪ノ種類ニ從ヒ刑法ノ規定ノ趣旨ノ異ルニ依リテ自ラ異ル、例ハハ偽造通貨ノ行使ハ他人ニ交付シタル時ヲ以テ既遂トスルトモ偽造文書ノ行使ハ他人ニ呈示シタル一定ノ場所ニ具ヘ付ケタル時ヲ以テ既遂トスルカ如シ、但シ概義ノ處罰条件ヲ必要トスル犯罪ニ於テ

犯罪態様・犯罪段階・既遂罪

テハ之ヲ欠ク時ハ犯罪ハ成立セサルモ行為ノ既遂、未遂ハ只犯罪事實ノ充實ノ程度ニ依リテノミ定マレモ、ニシテ處罰条件ノ有無ニ關係ナシ、目的罪ニ於テ若シ此目的ヲ欠ク時ハ犯罪ハ既遂ノミナラス未遂トシテモ成立スルコトヲ得ス、蓋シ此要件ハ既遂ニモ未遂ニモ共ニ欠ク可カラサルモノナレハナリ、而シテ此目的ハ只豫見トシテ存スレハ足り豫見セラレタル事實カ發生スルコトヲ要スルモノニ非ス、從テ一旦既遂トナレハ犯罪ハ其後目的カ達セラレサルモ之カ為ニ動指スルコトナシ、

此の條は...

第二項 未遂罪

未遂罪トハ既遂トナル可キ犯罪ノ實行ニ着手シテ之ヲ遂ケサル状態ヲ云フ、犯罪ノ實行トハ犯罪事實ヲ組成スル意思表動ニシテ、着手スルトハ其意思表動ヲ開始スルコトナリ、從テ未遂犯ハ實行ノ意思表動ヲ開始シタル以後ニ於テノミ存シ得ヘキモノニシテ其以前ハ豫備スル陰謀ハ存シ得ルニモ未遂ヲ存シ得ルコトナシ、犯罪ニ着手シテ遂ケストハ犯罪事實

ノ充實セサルコトヲ意味ス、犯罪事實ノ充實スルニ至ラサル場合ハ意思表動其モノカ一定ノ原因ニ基キ中絶スル場合ト意思表動ハ完了スルモ一定ノ原因ニ依リ結果ノ發生サル場合トアリ、前者ヲ着手未遂ト云ヒ後者ヲ未遂未遂ト云フ、

犯罪カ既遂ニ至ルマテハ尚種々ノ段階アリ、陰謀ハ二人以上犯罪ヲ行ハシコトノ合意ニシテ各種ノ犯罪ニ關シテ想像シ得ナルニ非サルモ刑法ハ特殊ノ重大ナル犯罪ニ付テノミ之ヲ罰スヘキコトヲ規定セリ、(第七八条、第八八条、第九三条)

豫備ハ準備ナリ、犯罪ノ實行ニ着手スル以前ニ於テ犯罪實行ノ目的ヲ達スル為準備トシテ為サル、一切ノ行為ナリ、未遂罪ニ關スル最も重要ナル向題ハ豫備ト着手トノ分界ヲ定ム可キ標準如何ナリ、此向題ニ關シテハ種々ノ見解アレトモ要スルニ着手行為トハ犯罪事實ヲ組織スル意思表動(即チ實行行為)並ニ各場合ニ於テ之ニ直接シ之ト一体ヲナセルモノト見ルルハ其意思表動ヲ包括シタルモノヲ云ヒ、豫備行為トハ着手行為ノ程度ニ至ラサル一切ノ準備行為ヲ云フトナスヲ以テ正当トス、要スル

未遂罪

ルニ着手行為ハ實行行為ニ直接スル意思未動ニ始マリ進テ實行行為ヲ完了スルマテノ經過ヲスフモノニシテ實行行為ヲ完了スル時ハ最早着手行為ヲ存セス。

現行刑法ニ依レハ犯罪ノ未遂ハ悉クハ未遂罪ニ非ス、犯罪ノ未遂ハ特ニ未遂ヲ罰ス可キコトヲ定メタル規定アレハ非サレハ之ヲ罰スルヲ得ス、(第四四條)而シテ現行刑法上未遂罪ヲ認メタル場合ハ故意犯中ノ重要ナル一部ニ止マリ其他ノ輕微ナルモノ並ニ過失犯ニ付テハ之ヲ認メス、狹義ノ結果犯ニ付テモ亦同シ、從テ刑法上狹義ノ結果犯ニ付テモ未遂ヲ罰ス可キコトヲ定メタル規定ハ畢竟其基本タル故意犯ノ未遂ノ實ニ付テ適宜ナルモノト解セサル可カラズ、例ハ刑法第三四一條後段強盜、強姦致死、傷害ノ場合ニ於テ未遂ヲ罰スル第三條ノ規定ハ強盜若シクハ強姦ノ實ノ未遂ノ場合ニミ適用セラル、モノトス、(例外、解脫上第三四一條中強盜殺人未遂ノ場合ヲ除ク)更ニ理論上ノ問題トシテハ不作爲犯ニ於テ純正不作爲犯ニハ未遂無ク純正不作爲犯ニシテ未遂アリト云フヲ通説トスルモ何レニモ之ヲ認ムルヲ可トス、又未遂罪ハ既遂罪ニ付

スル觀念ナレハ未遂罪ニ付テハ又未遂アリコトナシ、從テ法律上各本條ニ於テ或罪ノ既遂ニ至ラサル着手ノ程度ノ行為ヲ特別ニ罰スル規定ヲ設ケタル場合ニ於テ此種ノ規定カ未遂罪ノ規定ニ代ルヘキ性質ノモノナレ限リハ未遂罪ノ性質ヲ交シテ独立ノ犯罪トナスモノニ非サルカ故ニ理論上之ニ付テハ又未遂アル可カラズ(例ハ刑法第七三條)豫備罪、陰謀罪ニ付テモ亦同シ、未遂罪ノ處分ハ各本條ニ於テ特別ノ規定ナキ限り總テ第四三條ニ從テ即チ之ニ依レハ裁判所ハ其刑ヲ減輕スルコトヲ得ルニ止マリ舊刑法ノ如ク必ス減輕セサルヘカラサルニ非ス、

第三項 中止犯

廣義ノ未遂罪ニ二種アリ、狹義ノ未遂罪(障礙未遂罪)及中止犯(任意未遂罪)之ナリ、中止犯トハ犯罪ノ實行ニ着手シ自己ノ意思ニ依リテ止メタル場合ヲ云フ、現行法上中止犯ガ未遂罪ニ種ナルコトハ第四三條

中止犯

ノ規定ニ依リ明カニシテ前項ニ説明セル未遂罪ニ関スル一般原則ハ中止

犯ニ関シテモ亦適用アリ、  
中止犯ハ犯罪ノ實行ニ着手シ自己ノ意思ニ依リテ之ヲ中止スルコトヲ要件トス、故ニ障礙未遂ト異レ所ハ只未遂ノ原因ト犯人ノ意思ニカ、レル一息ニ過キス、犯人ノ意思トハ通常ノ意味ニ於テ犯人ノ自由ナル決意ノ義ナリ、自由ナル決意ハ要スルニ犯罪ヲ遂ケ得ルニ拘ラス之ヲ遂ケルコトヲ欲セスト思量スル場合ニ存スル意思状態ニシテ遂ケルコトヲ欲スルニ拘ラス之ヲ遂ケルコトヲ得スト云フ場合ハ自由ナル決意ニ基ク場合ナリ、例ハ殺人ニ着手シタル後人違ハシテ警察見シテ中止スルハ自由ナル決意ニ依ル未遂ナルモ相手方ノ拒抗ニ対シテ逃亡スルカ如キハ反対ノ場合ナリ、

中止犯ニモ意思表動ヲ中止スルコトニ依リ既遂ニ至ラサル場合ト意思表動ヲ完了スルモ結果ノ發生ヲ防止スルコトニ依リ既遂ニ至ラサル場合トアリ、共ニ中止犯タルヲ妨ケスト魚意思表動ノ完了後ニ於テハ結果ノ發生スヘキ危険ノ進行中ニノミ之ヲ防止スルコトヲ得ヘク若シ犯罪事實

カ成否何レトモ決定シテ其危険既ニ去リタル時ハ之ニ依リテ中止ノ規定ルコトヲ得サルハ云フヲ俟タス、例ハ既ニ人ヲ死ニ至ラシメタル者ハ其犯罪ハ既遂トナレルカ故ニ中止犯ノ向題ヲ生セス、但シ人ヲ殺サントシテ発砲シタルモ命中セザリシカ如キ場合ニ於テハ各個ノ発砲行為ニ付テ云ヘ、結果發生ノ危険去リタル後ナルモ犯人ニ於テ引續キ発砲セントスル意思ヲ有シ且ツ命中ノ可能存スル以上危険未タ去リタルニ非ザルヲ以テ尚有効ナル中止ヲナスコトヲ得、同様ニ被害者ヲ傷ツケタルモ未タ其死ニ至ラザル前結果發生ノ危険ノ進行中ナルカ故ニ其發生ノ防止ニヨリ中止犯タルコトヲ得ヘシ、而シテ斯ル場合ノ防止ノ手段ハ犯人自身直接ニシレヲ為スコトヲ要セス、例ハ医師ニ囑託シテ治療ヲナサシムルカ如キ場合モ其第三者ノ行為カ犯人ノ意思ニ基クモノナル時ハ之ヲ以テ充分トス、

中止犯ノ處分ハ当然其刑ヲ減刑スルハ免除スヘキモノトス、但シ中止ノ際同時ニ他ノ罪ノ既遂ヲ構成セルカ如キ場合ニ於テハ別ニ之ニ對シテ處罰ヲ加フルコトヲ得ルカノ向題アリ、然レトモ刑法第四三條ノ規定ハ

中止犯