

故ニ、凡テ之ヲ犯罪トシテ取扱フモ不可ナキノミナラス、又取扱フノ必要アルカ
如シ。然レトモ實際問題トシテハ、自ラ其間ニ或分界ヲ必要トスル事情アルハ
明ニシテ、是カ爲メ犯罪ノ形式的範圍ハ違法行爲中ノ一部ニ限ラル。其理由ハ
類型性ノ説明ニ讓ル。 § 133.

行政犯
刑事犯
有テ得スル非難

從來學說上形式的ニ犯罪タルモノ中ニ付テ刑事犯或ハ自 (Mala in se) ト行政
犯或ハ法 (Mala prohibita) (一)トヲ區別スルコト通例ナリ。其理由トシテ或ハ刑事
犯ハ本質ニ於テ反道義性ノ徵表ナルモ行政犯ハ唯其行爲カ一定ノ時ト處ト事
情トニ於テ禁止セララルニ因リテ初メテ罪タルニ止マリ、本質的ニハ特別ナル
反道義性ノ徵表タルモノニアラスト説キ Frank、或ハ刑事犯ニ在リテハ法ノ違
反ヲ實質トスルモ、行政犯ニ在リテハ行政ノ違反ヲ實質トスト説キ Goldschmidt、或ハ
ハ一ハ具體的ニ一定ノ法益ニ對スル侵害又ハ脅威アルモ、一ハ單ニ抽象的ナル
脅威ノ可能又ハ法ニ對スル單純ナル不從順若クハ善良ナル風習ノ違反アルノ
ミト説キ Hebelheimer, Binding、其他説明區々ヲ極ム。而シテ此種ノ見解ハ多ク本ト
所謂文化規範ト法トノ對立 § 133. 並ニ之ニ伴フ應報刑ト威嚇刑トノ對立ヲ認

ムル見解ニ由來スルモノニシテ、此見解ニ於テハ、文化規範ニ違反スル行爲ハ刑
事犯ニシテ應報刑ニ於テハ改善刑ノ責任ヲ生シ、法ノ違反スル行爲ハ法定犯
ニシテ威嚇刑又ハ同質ノ責任ヲ生スルモノナリ。然レトモ右ノ諸說中比較的
普通ナル法益ニ對スル脅威ヲ標準トスル見解ニ付テ謂ヘハ具體的脅威ト抽象
的脅威トノ區別ハ程度論ニシテ要ハ客觀的ニ見テ法益侵害ノ可能カ大ナリヤ
小ナリヤノ差ニ過キス。而シテ可能ノ大小ハ侵害其者ノ大小ト異ル。從テ可
能ノ程度極テ低キ場合ニハ適當條件關係ノ範圍外ナルヲ以テ問題トナラスト
雖モ § 133. 苟モ行爲ノ始メ多少ノ程度ニ於テ或侵害カ豫想シ得ヘキ限り、斯カ
ル可能アル行爲ヲ爲スハ等シク違法ニシテ、是レ亦一定度ノ反規範性ノ徵表ト
見ルヘキコト疑フ容レス。唯強テ異ヲ求ムレハ (一)ニハ、行政犯中ニハ被害法益
ノ極メテ小ナル場合アリ (二)ニハ、行政犯ニ於ケル抽象的脅威若クハ其原因
タル事情ニ對スル認識ハ障礙觀念トシテハ其效力一般ニ微弱ナリ。從テ斯カ
ル場合ニハ、脅威ヲ受クル法益ハ比較的大ナリトスルモ、犯人ノ反規範性ハ必ス
シモ大ナリトスヘカラス (三) § 133. (三)ニハ、行政犯中ニハ行政々策上ノ特殊ノ

必要又ハ便宜ニ基キ取扱上刑法上ノ根本主義ニ則ルコトヲ得サル場合アリ。從テ斯カル場合ニハ、法律上擬制ノ設ケラルルコトアリ。又法人ヲ罰スルコトアリ。S. 870. 又本質上輕カルヘキモノカ重ク罰セラレ若クハ其反對ナルコトアリ(四)。又事件カ一應行政官廳ノ管轄ニ屬スルコトアリ。明治一八年大政官布告三三號違警罪即決例、同國稅犯則者處分法參照。特別刑法ニ於ケル特例ノ如キハ何レモ此必要乃至便宜ニ基ケルモノナリ。S. 845. 斯クノ如クナルヲ以テ、講學ノ便宜上器械的ニ刑事犯ト行政犯トヲ區別スルハ不可ナキモ、兩者ノ間本質的ニ差別アルモノノ如ク論スルハ非ナリ。

註(一) 行政犯ト稱セラル、モノ、範圍ヲ考フルニ、獨逸ニ於テハ、行政犯ハ之ヲ廣義ノ警察犯トシテ論スル者アリ。或ハ之ヲ狹義ノ警察犯ト財政犯トニ區別スル者アリ。或ハ財政犯ハ之ヲ刑事犯トシ、其餘ニ付キ警察犯即チ行政犯トシテ之ヲ論スル者アリ。而カモ其所謂警察犯モ範圍頗ル狹ク、多クハ我警察犯處罰令ニ該ル罪其他之ト同種類ノ罪ヲ以テ限度トシ時ニ之ヲ純正警察犯ト稱ス。我國ニ於テハ之ニ反シ、所謂行政犯ノ範圍ハ一般ニ獨逸學者ノ謂フ所ヨリモ頗ル汎ク、財政犯ヲ始メ各種警察、衛生、交通、產業、軍事等諸般ノ事項ニ關スル所謂行政上

ノ取締法令ニ規定セラル、犯罪ハ多ク之ヲ行政犯ト爲スカ如シ。

註(二) 例(ハ、官ノ監督ノ必要又ハ便宜上一定ノ行爲例(ハ、届出、提出等)ヲ命スル規範ニ違反スルコトニ由リテ成立スル行政犯ノ如キハ、何等ノ法益侵害ノ事實ナキカ如クナルモ官ノ監督ノ必要乃至便宜モ其自身ノ法益ナルコトヲ知ラサル(カラス。

註(三) 警察犯處罰令、道路取締令、各種營業ニ關スル取締規則等ノ違反ノ如キ獨逸學者ノ所謂純正警察犯ハ一般公共又ハ不特定人ノ法益ニ對スル抽象的脅威ヲ實質トシ、過失ニ因ル侵害ノ未遂(S. 881)又ハ其レ以前ノ段階ト見ルヘキモノナリ。而シテ此種ノ犯人ノ反規範性ハ必ずシモ大ナラスト雖モ有モ刑事犯ヲ以テ過失犯ヲ含ムト爲ス以上此種ノ犯罪ト刑事犯トノ間ニ本質的ノ差別アルコトナシ(S. 889)。

註(四) 財政犯ノ如キハ此場合ノ一ナリ。財政犯ハ、本質的ニ謂ヘハ、一般ニ財産罪ノ性質ヲ有スル刑事犯ナリ。其反規範性ハ多少ノ程度ニ於テ詐欺、背任、橫領等ト同シク破廉耻的利己心ヲ藏ス。然レトモ財政犯ニ於ケル立法上ノ根本主義ハ間接ナル利益ヲ捨テ、直接ニ財政上ノ要求ヲ充實スルコトニ在リ。從テ之ヲ破廉耻罪トシテ自由刑ヲ科スルカ如キコトハ却テ財政政策ノ要求ニ反ス。是レ通例財政犯ニ對シテ罰金ヲ科スル理由ノ一ナリ。

第二章 犯罪ノ一般要件

第一節 行爲ノ主體

第一款 行爲ノ主體

行爲ノ主體 (Subject, Sujet) トハ行爲ヲ爲シ得ル者犯罪ニ付テ謂ヘハ罪ヲ犯シ得ル者ヲ謂フ。而シテ現代ノ法律觀念ニ於テハ行爲ヲ爲シ得ル者ハ人ニ限ルカ故ニ罪ヲ犯シ得ル者モ亦人ニ限ル。

法律上人ト謂フトキハ所謂人格ヲ指ス。人格トハ權利義務ノ主體ナリ。而シテ人格ハ法律上ノ價值的觀念ニシテ其本質ハ一樣ナリト雖モ事項ノ性質ニ依リテハ人格ノ間能力ニ差別アルコトアリ。其最モ甚タシキモノヲ自然人及ヒ法人間ノ相違トス。而シテ此中罪ヲ犯シ得ル者ハ自然人ニシテ而カモ其一部ナリ。 § 69

法人ハ犯罪能力ヲ有スルヤ否ヤ。此問題ハ之ヲ消極ニ決スルヲ從來ノ傾向トス。(Societas delinquere non potest)。蓋シ法人ハ或ハ行爲能力ヲ有セストシ或ハ

之ヲ有ストスルモ法律上直接間接ニ認メラレタル目的ノ範圍内ニ限ルト見ルカ故ナリ。從テ此立場ニ於テハ獨リ法人ノ犯罪能力ノミナラス違法行爲能力ヲモ否定スルモノナリ。然レトモ之ニ對シテハ近來右ノ何レノ點ニ付テモ積極說ヲ唱フル者多ク寧ロ此說ヲ以テ有力ト見ルヘキカ如キ。然レトモ予ハ既ニ述ヘタルカ如ク本質的ニ刑事犯ト行政犯トノ區別ヲ認メズ徒テ如何ナル犯罪ニ在テモ刑罰ハ凡テ自然人ノ反規範性ヲ理由トスト解スルヲ以テ縱ヘ法人ハ違法行爲能力ハ之ヲ有ストスルモ犯罪能力ハ之ヲ有セスト解ス(一)。

註(一) 法人ノ犯罪能力ノ問題ハ數次ノ段階ニ分テ考究スルコトヲ要ス。其第一段ハ法人ノ本質如何ノ問題ナリ。此點ニ關シテハ從來擬制說ト實在說トアレトモ其論争ハ多クハ用語上ノ争ニ歸スルカ如シ。蓋シ(一)此論争ヲ法人其者カ擬制ナリヤ實在ナリヤノ點ニ關スルモノトスレハ既ニ述ヘタルカ如ク法律上ノ觀念ハ凡テ價值的觀念ナリ。(§ 69)。從テ價值的觀念ヲ以テ凡テ擬制ナリトスレハ獨リ法人ノミナラス自然人モ亦擬制ナリ。又價值的觀念ヲ以テ素材以上ノ或實在ト見レハ獨リ自然人ノミナラス法人モ亦實在ナリ。又(二)此論争ヲ法人ニ於ケル前法律的基礎ノ有無ニ關スルモノトスレハ該基礎ハ自然人ノ其レトハ同一ナラスト謂フ意味ニ於テ擬制ナレトモ仍ホ特殊ノ基礎タリト謂フ意味ニ於テ實在ナリ。斯クノ如

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第一節 行爲 第一款 行爲ノ主體 一七二
クナルヲ以テ、法人本質論ニ於テハ其實在ト謂ヒ擬制ト謂フハ如何ナル意義ニ於ケルモノナ
ルカヲ明ニセサルヘカラス。

近來法律學上ニ於ケル歴史的、社會學的觀察方法ノ價值重キヲ加フルニ從ヒ、法人實在說ハ
今日殆ト學界ノ通説トナレリ。而シテ此說ニ於テハ多ク法人カ組織體又ハ組織其者トシテ
實在ナルコトヲ説クコト頗ルカム。然レトモ見ル所ヲ以テスレハ、斯カル實在タルコト
ト人格者タルコトハ、論理的ニ必然ノ關連アルモノニアラス。換言スレハ、組織體又ハ組織其
者トシテ實在スルモ必スシモ法人タルニアラス。(例、民法上ノ組合)。又成法上一切ノ法人ハ
必スシモ組織體又ハ組織其者ヲ實體トスルモノニアラス。(例、私法上法人ノ社員又ハ理事カ
一人ノミナル場合)。從テ法人カ或場合ニ組織體又ハ組織其者トシテノ實在ヲ有スルコトハ、
單ニ事實問題トシテ法人カ斯カル組織ヲ有スル場合限リノ實體タルニ止マル。而シテ斯カ
ル觀察ノ下ニ於テハ、法人ノ本質ハ一定ノ目的ト之ニ相應スル方法(法人ノ意思ヲ構成スル個
體、組織體並ニ目的達成ニ必要ナル有形無形ノ手段)トニシテ、斯カル事情ノ備ハル場合ニ於テ、
其事情カ法律意思ノ目的ト評價トニ適合スルトキハ、則チ茲ニ權利義務ノ主體トシテ法人ノ
成立ヲ見ル。即チ法人ハ事實的實在トシテハ其本質ハ一様ニアラス。唯法律的價值的實在
トシテノミ然ルナリ。

然ラバ次ニ法人ノ行爲ナルモノアリヤ。換言スレハ法人ハ行爲能力ヲ有スルヤ。此點ニ

付テハ此場合ノ行爲モ亦法律上ノ觀念ナルコトヲ注意スルコトヲ要ス。思フニ此點ニ付テ
ハ既ニ法人カ固有ノ存在ト一定ノ方法ト有シ、其活動カ法人ニ課セラレタル權利義務ノ實
行トシテ妥當スル以上ハ、法人ハ其權利義務ノ範圍内ニ於テ行爲能力ヲ有スルコトハ之ヲ肯
定セサルヘカラス。此場合ニ法人ノ爲メニスル個體ノ活動ハ同時ニ個人其者ノ權利義務ノ
實行ニ屬スト雖モ、此點ハ理論上毫モ右ノ觀察ヲ妨クルモノニアラス。其理ハ蓋シ個人自身
カ法律上重複シテ各種ノ身分資格ヲ有シ得ルニ異ルナキナリ。斯ク見レハ、法人ノ爲ニスル
個體ノ違法ナル作爲不作爲カ法人ノ違法ナル作爲不作爲トシテ妥當スルコトモ一應理解シ
得ル所ナルカ故ニ、法人カ違法行爲能力ヲ有スルコトモ亦敢テ不合理ニアラス。
以上ハ法人ノ違法行爲能力ノ問題ナリ。然レトモ違法行爲能力アル者必スシモ犯罪能力
アルニアラス。犯罪ノ問題ハ既ニ違ヘタルカ如ク、犯罪人ノ反規性ノ問題ニシテ、立場
ニ於テハ、此點ハ刑事犯タルト行政犯タルト又自然人自身ノ爲メノ犯罪タルト法人ノ爲メ
犯罪タルトニ付キ區別ナシ。從テ法人ハ犯罪能力ヲ有セス。若シ法人ノ場合ニ仍ホ可罰的
評價ヲ行フヘクンハ、其對象ハ理論上ノ問題トシテハ其成員又ハ機關タル個人各自ノ故意又
ハ過失ノ關與行爲タルヘキナリ。

法人ハ右ノ如ク犯罪能力ヲ有セス。然レトモ現行法ハ、實際政策上ノ處置ト
シテ、場合ニ因リ直接ニ法人ヲ處罰スルコトアリ。例ヘハ、明治三三年法律第五

二號法人ニ於テ租稅及ヒ葉煙草專賣ニ關シ犯罪アリタル場合ニ關スル法律一條、法人ノ代表者又ハ其雇人其他ノ從業者、法人ノ業務ニ關シ、租稅及ヒ葉煙草專賣ニ關スル法律ヲ犯シタル場合ニ於テハ各法規ニ規定シタル罰則ヲ法人ニ適用ス。但其罰則ニ於テ罰金料以テ外ノ刑ニ處スヘキコトヲ規定シタルトノ規定ノ如シ。此法律ハ各種ノ行政法ニ準用アリ。此場合ニ於ケル法人ノ代表者等ノ行爲ハ直接ニ法人ノ業務ニ關シテ行ハルルコトヲ要ス。而シテ此等ノ法律ノ立法上ノ理由ハ必スシモ一樣ナラスト雖モ多クハ若シ斯カル場合ニ行爲者本人ヲ處罰スヘキモノトスルトキハ故意ニ發覺ノ場合ニ無資産ナル個人ニ責任ヲ負ハシメ、法人自身ハ之ニ由テ罰金沒收ヲ免レンコトヲ圖ルカ如キ處アルニ由ル。而シテ法人ヲ處罰スヘキ場合ニ於テ刑事訴追又ハ刑ノ執行ヲ免レシムル爲メ法人ヲ消滅セシメタル者ハ五年以下ノ禁錮ニ處セラル。大正四年法律一八號法人ノ役員處罰ニ關スル法律。

§71

行爲ノ主體ニ對シテ行爲ノ客體 (Objekt, Object) ナル語アリ。犯罪ニ付テ謂ヘハ犯罪行爲ノ對象ヲ謂フ。即チ或犯罪類型ニ於テ其特別要件タル人又ハ事實上若クハ觀念上ノ物ナリ。從テ此意味ニ於テハ客體ハ凡テノ犯罪ニ存スルモノニアラス。犯罪ノ客體ハ之ヲ法益ト區別スルコトヲ要ス。法益ノ侵害又ハ

脅威ハ客體ト異リ一切ノ犯罪ニ存ス。

第二款 行爲

行爲 (Handlung, Acte) トハ通常意思表動 (Willensbetätigung, Manifestation de volonté) タル身體ノ舉止動靜及ヒ之ヨリ生スル結果 (Erfolg, Résultat) ヲ謂フ。然レトモ法律上ハ行爲ノ主體タル人ノ何タルヤカ價値的觀念ナルカ如ク、行爲モ亦價値的觀念ニ屬ス。從テ人ノ一切ノ舉止動靜並ニ結果ヲ以テ直ニ法律上ノ行爲ト爲スコトヲ得ス。

註(一) 學者此問題ニ關シ先ツ行爲ノ自然的意義ヲ説ク者アリ。然レトモ凡ソ吾人カ實際問題トシテ行爲ト謂フトキハ、同時ニ漠然ナカラ何等カノ目的ニ照ラシ、無意識ニモセヨ、常ニ正邪善惡、美醜、便否等ノ價値判斷ヲ行フモノナリ。是レ行爲ノ明確ナル概念ハ元來斯カル評價ノ必要ニ伴テ生シタルカ故ニシテ、通常斯カル評價ニ關係ナキ身體ノ全部又ハ一部ノ運動ハ吾人ハ之ヲ行爲ト考フルコトナシ。從テ行爲觀念ハ本來價値的ノモノニシテ、其意義ハ之ヲ廣ク謂ヘハ文化ニ求ムヘク自然ニ求ムヘキモノニアラス。自然科学ノ範圍ニ於テ謂フ場合ノ行爲ハ寧ロ反對ニ價値的ニ定マレル行爲觀念ヲ藉レルモノナリ。(s. §4)。

法律上ノ行爲(行爲性)ハ、法ナル特殊文化上ノ觀念ナリ。從テ常ニ法律的價値ノ衣ヲ纏ヘルモノナルヲ以テ、法律上ノ行爲ハ適法行爲ナルカ又ハ違法行爲ナルカノ外ナシ。換言スレハ、法律行爲ハ法律的規範ニ照ラシ適法又ハ違法トシテ價値判斷ノ對象タルニ適スル行爲ナリ。斯カル行爲カ成立スルニハ意思表動(又ハ意思表動及ヒ其結果)ノ能力性及ヒ類型性ノ二條件ヲ要ス。行爲性ノ要件トシテノ規範的類型性ノ意義ハ違法類型性ヲ論スル際ニ明ナリ(§ 38, 39, 40)。此能力性ニ亦三個ノ條件アリ。一ハ意思表動ノ際行爲者ニ規範意識カ備ハリタルコト、二ハ意思表動ノ際規範意識活動ノ餘地アリタルコト、三ハ意思表動ノ際規範意識活動ノ結果ヲ妨クヘキ外部的障礙ナカリシコト是ナリ。蓋シ斯カル條件ヲ具ヘタル行爲ヲ爲シ得ル者ニ限り規範ハ行爲規範トシテ之ニ妥當スヘク、又行爲規範カ妥當スル場合ノ行爲ニ限り行爲規範ハ更ニ評價規範トシテ之ニ妥當スルカ故ナリ。§ 38. 左ニ前記三個ノ條件ノ意義ヲ見ント欲ス。

一 行爲カ法律上ノ行爲タルニハ意思表動ノ際規範意識ノ具ハリタルコトヲ要ス。**規範意識カ具ハルト**ハ一々法律的規範ヲ知ルコトニアラス、唯一般

的ニ自己ノ行爲ノ法律上ノ價値性ヲ理解シ、又理解スヘク努ムヘキモノタルコトヲ意識スルコトヲ謂フ。**規範意識カ具ハルニハ**一般意識作用カ之ヲ具フルニ適スル素質ヲ有スルコトヲ前提トス。此素質ハ一般意識カ所謂是非ヲ辨別シ得ル程度ニ發育シ且正則ナル作用ヲ備フルコトナリ。而シテ既ニ斯カル素質ヲ具ヘタル限リハ、何人モ必然的ニ規範意識ヲ具フ。

二 行爲カ法律上ノ行爲タルニハ意思表動ノ際規範意識活動ノ餘地アリタルコトヲ要ス。今日心理學上ノ區別ニ從ヘハ、人ノ身體ノ舉止動靜ニハ無意識運動例、睡眠中ノ行爲無意識ニシテ意思表動ニアラサルカ故ニ、全ク行爲ニアラス。衝動行爲例、例レントスル際思ハス他人ニツカマル有意行爲單純ナル目的行爲及ヒ選擇行爲選擇ニ由リテ決セノ四種アリ。此中一定ノ目的觀念ニ依リ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、法律上ノ行爲タルニ適スルモノハ亦此二者ニ過キス。但法律上ノ行爲カ一定ノ目的觀念ニ依リテ導カルルコトヲ要スト謂フコトハ、何等カノ結果カ發生スルコト、又其發生シタル結果カ目的觀念ト一致スルコトヲ要スト謂フコトニアラス。是等ノコトヲタテモ、行爲カ法律上ノ行爲タルニ關係ナシ(11)。

1210

註(二) 無意識運動ト衝動行爲トハ共ニ其者トシテハ法律上ノ行爲ニアラサレトモ、往々是等ノ動作ニ移ルマテノ之ニ先タツ有行爲又ハ選擇行爲カ無意識運動又ハ衝動行爲ヨリ生シタル結果ニ付キ、其間接ノ原因トシテ責任ヲ有スルコトアルヘシ。例ヘハ、睡眠中乳房ニテ嬰兒ヲ窒息セシメタル母親ノ責任ハ不注意ニ添乳シタル有意的態度ニアリ。獨逸學者ハ斯カル場合ヲ原因ニ於テ自由ナル行爲(Actio libera in causa)ト謂フ(S. §§ 99, 116 III, 125)。

三 行爲カ法律上ノ行爲タルニハ意思表動ノ際規範意識活動ノ結果ヲ妨クヘキ外部の障礙ナキコトヲ要ス。此點ニ付テハ、從來ノ見解ニ依レハ、行爲カ法律上ノモノタルカ爲メニハ凡テ自由意思ニ基クコトヲ要スト爲ス。然レトモ意識現象トシテノ意思ハ決シテ自由(無原因)ナルモノニアラス。是ニ於テカ近代ノ法律學ニ於テハ多ク行爲ヲ以テ單ニ意思表動タルコトヲ要件トスルニ止マリ、其意思ノ自由ナルコトヲ以テ規範的評價ノ前提ト爲サス。唯今日一般ニ承認セラルル見解ハ重大ナル脅迫其他不可抗力ニ因ル意思表動カ行爲ノ要件タルコト能ハスト謂フコト是ナリ。然レトモ此見解ハ、若シ其理由ヲ其有意的ナラサル點ニ求ムルモノトセハ、明ニ實際ノ經驗ニ反ス。何

トナレハ、例ヘハ脅迫ノ如キハ當然被脅迫者ノ利害ノ秤量ニ因ル意思ノ選擇作用ヲ豫想シテ行ハルルモノニシテ、此場合ニ於ケル被脅迫者ノ行爲ハ選擇ノ結果決定セラレタル目的觀念ニ因リテ導カルルモノナレハナリ。但被脅迫者ノ行爲カ恐怖感情ノ昂進ニ因リテ衝動的ノモノトナリタル場合ハ別論トス。要スルニ此種ノ行爲ハ之ニ對シテ適法又ハ違法ト評價スルモ何等ノ效果ナキカ故ニ、法ハ初ヨリ之ヲ法律上ノ行爲ト爲ササルモノト解スヘシ。

以上三個ノ條件ハ法律上ノ行爲一般ノ主觀的要件ニシテ、此三者ヲ具ヘタル

場合ニ意思表動ハ初メテ能力性ヲ具ヘ一三行爲ハ規範意識能力者ノ行爲トナル。規範意識能力ハ此意味ニ於テ一般行爲能力ナリ。從テ此三者ノ一ヲ缺クコトハ行爲性阻却原因ニシテ、斯カル原因ノ存スルトキハ、身體ノ動靜アルモ自然行爲ニ外ナラス。而シテ斯クノ如ク、法律上ノ行爲ハ積極的ニハ單ニ行爲ノ際規範意識カ具ハリ且其活動ノ餘地アレハ足ルトスレハ、自ラ其現實ノ活動ハ要件ニアラサルカ故ニ、該意識カ偶々行爲ノ際ニ活動スルコトアルモ、是レカ爲メニ敢テ特別ノ意味ヲ生スルモノニアラス。又從テ該意識活動ノ結果トシ

テ下サレタル自己ノ行爲ニ對スル價值判斷カ偶々誤レルコトアルモ其レカ行爲タルニ妨ナシ。唯此場合ニ其レカ違法行爲タルトキハ之ニ對スル制裁法上ノ效果ヲ附スルニ當リ斟酌ヲ加フルコトアルノ事。§ 131

行爲ヲ分テ作爲ト不作爲トス。作爲 (Tun, Action ou commission) トハ或積極的動作ヲ標準トシ之ニ適合スル態度ヲ爲スコトヲ謂ヒ不作爲 (Unterlassen, Inaction ou omission) トハ之ニ適合セサル態度ヲ爲スコトヲ謂フ。何レモ其有意的ナル場合ニ於テハ法律上ノ行爲ナリ。之ニ準シテ犯罪ニモ作爲犯ト不作爲犯トノ區別アリ。

行爲ハ意思表動ノミナルコトアリ又意思表動及ヒ結果ナルコトアリ。而シテ犯罪ニモ單ニ意思表動ノミニ因リテ成立スルモノト結果ノ發生ヲ待テ成立スルモノトアリ。前者ヲ舉動犯 (Tätigkeitverbrechen) ト謂ヒ後者ヲ廣義ノ結果犯 (Erfolgsdelikte i. w. S.) § 127. ト謂フ。大多數ノ犯罪ハ後者ニ屬ス。刑法カ斯克ノ如ク原則上結果ノ發生ヲ待テ初メテ犯罪成立スト爲シタル理由ニ付テハ主觀主義ノ立場ヨリ完全ナル説明ヲ下シ得サルコト既ニ述ヘタリ。§ 20

結果犯ニ於ケル結果ハ意思表動ヲ原因トシテ發生スルコトヲ要スルハ何人モ之ヲ爭フ者ナシ。然レトモ如何ナル場合ニ意思表動カ原因トシテ結果ヲ生セシメタリト見ルヘキカ並ニ其理由如何ニ付テハ議論必スシモ一致セス。是レヲ法律學上因果關係ノ問題トス。左ニ款ヲ新ニシテ説明スヘシ。

第三款 因果關係

因果關係 (Kausal- od. Konditionalzusammenhang) ノ問題ハ從來其本質ト範圍トニ關シテ論究セラル。

先ツ本質ニ付キテ考フルニ因果關係トハ甲乙二個ノ事實間ニ於ケル甲ナケレハ乙ナシトノ條件關係 (condicio sine qua non) ヲ謂フ。例ヘハ石ヲ投シテ窓硝子ヲ破壊シタル場合ニ投石ノ行爲ナケレハ硝子ノ破壊ナキカ故ニ投石ノ行爲ト硝子ノ破壊トノ間ニハ因果關係アリ而シテ此場合ニ投石ノ行爲ハ原因ニシテ硝子ノ破壊ハ結果ナリト謂フカ如シ。然レトモ因果關係ノ成立ニハ別ニ此關係形式ヲ可能ナラシムル根柢(實質)ナカルヘカラス。此根柢ハ法則ナリ。即

チ右ノ場合ニ於テハ、石ヲ窓硝子ニ向テ投スレハ該硝子ハ破壊スト謂フ一般的ナル自然法則ノ存スルニ因リテ、之ヲ根柢トシテ、投石ノ行爲ナケレハ硝子ノ破壊ナシト謂フ結論ニ到達スルコトヲ得ルナリ。從テ法則ハ因果的認識ノ根柢ニシテ、事實的因果關係ハ自然法則ノ必然性其者 (Notwendigkeit der Naturgesetze) ニ外ナラス。而シテ此場合ノ因果關係ハ凡テ對象カ事實的ニノミ認識セラレル自然界ニ於ケル觀念ナルカ故ニ、該關係ハ當然事實タル自然的事物以外ノモノノ間ニハ成立スルコトナシ。從テ此世界ニ於テハ因果問題ハ常ニ純粹ナル理論問題タリ。然レトモ斯クノ如キハ所謂因果問題カ一般ニ理論問題タラサルヘカラサル必然ノ約束アリテ然ルニアラス。此場合ニハ偶々因果關係ノ根柢ヲ爲ス法則カ事實タル自然的事物ノミニ關スル自然法則ナルカ故ニ然ルナリ。故ニ此場合ニ自然界ヲ見シテ價值世界ヲ見、自然法則ニ代ユルニ價值的ナル法則規範ヲ以テスレハ、因果關係ハ價值世界ニ於ケル觀念トナリ、常ニ價值的的事物ノ間ニノミ成立スルニ至ル。從テ此世界ニ於ケル因果問題ハ悉ク其本質ニ於テ價值問題タリ。而シテ此場合ノ因果關係ハ右ニ事實ノ世界ニ於ケル

因果關係ヲ法則ノ必然性其者ナリト謂ヒタルニ對シテ之ヲ規範ノ普遍妥當性其者 (Allgemeingültigkeit der Normen) ナリト謂フコトヲ得(1)。

註(一) 何故ニ法律上ノ觀察ニ於テ因果關係ヲ規範的價值的ニ認識セサルヘカラサルカノ理由ハ極メテ簡單ナリ。蓋シ法律上ノ認識ハ法其者ノ立場ニ立テ認識スルコトニシテ、法カ事實的因果關係以外ニ特殊ノ規範的因果法則ヲ立ツル以上、法律上ノ觀察トシテハ此レニ依ルヘキハ當然ナルカ故ナリ。斯クノ如キ立場ハ法律學上理論問題ト價值問題トハ之ヲ峻別スヘシトスル立場トハ全然相容レサルコトヲ注意スヘシ。(S. 87)。

要スルニ、事實ノ世界ハ事實的因果認識ノ妥當スル世界ニシテ、法律的價值ノ世界ハ法律的因果認識ノ妥當スル世界ナリ。而シテ前ニモ述ヘタルカ如ク、法律上ニ於テ行爲ト謂ヒ結果ト謂フハ凡テ赤裸々ナル事實トシテ觀タル行爲又ハ結果ニアラス。皆法律的ニ價值ノ衣ヲ纏フ。即チ此世界ニ於テ取扱ハルル事物ハ凡テ價值的ナリ。從テ事實上ノ因果關係カ自然法則ヲ根柢トシ感覺的ナル事物相互間ニ成立スル條件關係(事實關係)ナルニ反シ、法律的因果關係ハ法律的規範ヲ根柢トシ價值的ナル事物相互間ニ成立スル條件關係(價值關

係)ナリ。即チ其條件關係ナルハ共ニ同シトスルモ、其適用ヲ受クル實在ノ性質ヲ異ニス。而カモ刑法學ニ於ケル因果關係ヲ以テ法律上ノ觀念ト見ル限リ、其本質ハ當然法律的因果關係ナラサルヘカラサルナリ。而シテ今此價值的因果關係ノ形式ヲ前記ノ設例ニ於テ假ニ甲カ違法ニ乙ノ窓硝子ヲ破壊シタルモノトシテ觀察スレハ、先ツ其根柢ハ規範ナリ。而シテ此法律的規範ニ照ラシ、一般のニ世人相互間ノ適法ナル態度ト之ニ對應スル各自ノ財產ノ安全狀態適法狀態トヲ前提トスレハ、乙ノ窓硝子カ破壊シタル場合ニ、之ヲ自然ノ破壊ト同視セシテ、特ニ違法ト判斷スルニハ、當然之ニ先タツ甲ノ投石ナル行爲ヲモ亦違法ト判斷シ得ヘキ場合ニアラサレハ不可能ナルカ故ニ、投石ハ原因ニシテ破壊ハ結果ナリト見ルモノナリ。但タ此場合ニ特殊ナルコトハ、事實ノ世界ハ必然的ナル自然法則ノ支配ニ屬スルカ故ニ、因果關係ノ性質ハ唯合法則的關係トシテノ一様性ヲ有スルニ過キサレハ、反シ法律的價値ノ世界ニ於テハ合法則的^{正價値的}ト反法則的^{反價値的}トノ二様ノ因果關係ヲ生スルコトナリ。即チ適法行爲ニ對シ適法ナル結果アリ、違法行爲ニ對シ違法ナル結果アリ。例ヘハ公務員カ職務上

物ヲ破毀スルハ合法則的因果關係ナルモ、通常人カ違法ナル暴行ニ由リテ他人ノ物ヲ違法ニ破壊スルハ反法則的因果關係ナルカ如シ。通例法律的因果關係カ違法行爲ニ關シテノ問題トナルカ如ク考フルハ非ナリ。以上ノ如クナルヲ以テ、法律的因果關係ハ必スシモ常ニ事實上ノ因果關係ト一致スルモノニアラス。事實上因果關係アルモ法律上全然沒交渉ナルコトアリ。又事實上ノ因果關係ナキモ法律上因果關係アルコトアリ。次項爲ノ項参照。

法律的因果關係ヲ右ノ如キモノトスレバ、法律的因果關係ハ之ヲ純粹ニ理論的ニ觀察スルトキハ如何ナル自然的事情ノ備ハル場合ニ成立スルカ。此點ヲ案スルニ、抑モ法律上ノ觀察ハ事實ヲ價値的ニ見ルコトナルカ故ニ、何等事實上ノ生成ナキ所ニ法律上ノ生成アルヘキ理ナシ。故ニ法律的因果關係ノ成立ヲ認ムルニハ、其前提トシテ必ス事實上ノ生成ナカルヘカラス。此事實上ノ生成トシテハ一方ニ行爲ト他方ニ之ト關連セシメラルヘキ事實トナカルヘカラス。S. 24而シテ此場合ニ於テハ兩者ノ間ニ於ケル自然法則上ノ因果關係ノ有無ハ問題ニアラス。唯タ違法行爲ノ場合ニハ、他方ノ事實カ行爲ノ際ニ於ケル行

爲者ノ故意過失ノ内容ニ相應スレハ足ルナリ(1)(ii)。

註(一) 適法行為ニ付テモ、故意過失ニ相當スル價値的ナル意思狀態アルコトヲ知ラサルヘカラス。唯タ茲ニハ問題外ナルカ故ニ深ク論セス。(S. 511)。

註(二) 此關係ヲ故意ニ付テ謂ヘハ、吾人カ或態度積極的ト消極的トヲ問ハス(ヲ執ルニ當リ、自然的因果關係ノ有無ニ拘ラス、何等カ或外界ノ變化ヲ豫見シタル場合ニ、若シ其態度カ法律上其豫見事實ニ關シテ別ニ吾人ニ要求スル一定ノ態度ト一致セサルトキハ、其要求ニ一致セサル吾人ノ現實ノ態度ハ即チ違法ニシテ、且其豫見ニ相應スル外界ノ變化カ生シタルトキハ、其事實ハ法律上吾人ノ態度ノ違法ナル結果ナリ。又過失ニ付テ謂ヘハ、吾人カ或態度ヲ執ル際ニ、或一定ノ情況アルトキハ、法ハ吾人ニ對シ其方面ニ於ケル一定ノ變化ニ對シテ、其レカ吾人ノ態度トノ間ニ自然的因果關係ノ有無ニ拘ラス、常ニ豫見ノ爲メニ一定ノ注意ヲ爲スヘキコトヲ要求ス。此場合ニ吾人カ其情況相應ノ注意ヲ爲サスシテ或態度ヲ執ルコトハ即チ違法ニシテ、若シ此場合ニ吾人カ其情況相應ノ注意ヲ用キタリトセハ豫見スルコトヲ得ヘカリシ外界ノ變化カ發生シタルトキハ、其事實ハ又法律上吾人ノ態度ノ違法ナル結果ナリ。

右ニ述ヘタル所ハ通常ノ場合ニ付テノ觀察ナリ。而シテ之ニ關連シテ考フヘキハ所謂結果責任ノ問題トス。此問題ハ刑法ノ範圍ニ於テハ、狹義ノ結果犯

(加重的結果犯) *erhöhter Resultatdelikt* ニ關シテ論究セラル。而シテ此結果責任ハ之ヲ以テ過失ニ因ル責任(違法責任)ニアラストスレハ、此場合ノ因果問題ハ價值問題ニアラストシテ、純粹ナル事實問題ニ屬スルカ故ニ、常ニ事實上因果關係アリヤ否ヤヲ中心トス。然レトモ予ハ刑法上ノ問題トシテ所謂結果責任モ亦違法責任ガリト解スルカ故ニ、狹義ノ結果犯ニ於テモ其特別ノ結果ニ付キ過失ナキ限り責任ヲ生セスト解ス。

因果關係ノ意義ハ右ノ如シ。從テ單一ノ原因カ數個ノ結果ヲ生スルコトアルト同時ニ、數個ノ原因カ單一ノ結果ヲ生スルコトアリ。此後ノ場合ニ於ケル諸原因ヲ共同原因ト謂フ。又或原因カ或結果ヲ惹起シ、此結果カ更ニ原因トナリテ第二ノ結果ヲ惹起スルコトアリ。此場合ニ於テ第一ノ原因ヲ間接原因ト謂ヒ、第二ノ原因ヲ直接原因ト謂フ。

次ニ因果關係ノ範圍ヲ考フルニ、事實的因果關係ニ於テハ、條件關係ノ存スル限り、如何ナル事實ノ間ニモ因果關係ノ存スル理ナルカ故ニ、苟モ結果ニ對シ條件タル一切ノ事實ハ、其影響シ來ル方向ノ如何ヲ問ハス、又其關係ノ直接間接ヲ

別タス、凡テ原因タリ。從テ一定ノ結果ヲ中心トシテ因果關係ノ圖形ヲ想像スレハ、宛モ無限大ニ張ラレタル蜘蛛網ノ如シ。而シテ法律的因果關係ニ於テモ其根本ノ觀念ハ之ニ異ルコトナキモ、法律上取扱ハルル實在ハ價值的ノモノナルカ故ニ、因果關係ノ成立スル範圍ハ自ラ價值的ナル範圍ヲ以テ限界トス。即チ一定ノ價值的ハ違法又ナル事實ニ對シテ一定ノ價值的ハ違法又ナル行爲カ因果關係ニ立ツノミ。此場合ニ於テ、事實的ニ見テ因果關係ナキモ、或事ヲ價值的ニ見ルコトニ區別テ法律上因果關係ノ成立スルコトアルハ、前ニ述ヘタルカ如シ。換言スレハ、價値世界カ目的ノ世界タル以上、此世界ニ於ケル因果關係ハ自ラ目的ニ由リテ規定ヲ受ケ、其幅員ニ於テモ延長ニ於テモ、事實的因果關係ノ如ク無限ナルコト能ハサルナリ。而シテ斯クノ如キ制限的加工ハ因果關係ヲ以テ法律上ノ關係トシ且因果問題ヲ以テ價値問題ナリト爲ス論者ニ能クスルコトヲ得ルモノニシテ、之ヲ以テ純粹ナル理論問題ナリト爲ス從來多數ノ見解ヨリスレハ、因果關係其者ノ相對的加工ハ全ク矛盾ナリト謂ハサルヘカラス。

因果關係ノ範圍ノ問題ニ付テハ從來種々ナル見解アリ。先ツ其大要ヲ述フヘシ。

一 條件說(平等原因說) (Bedingungs- od. Äquivalenztheorie)

此說ハ一切ハ先行行爲ハ、一條件トシテ條件關係ニ立ツ限り、平等ニ後續事實ニ對シテ原因タルモノト爲シ、其間ニ何等ノ差別ヲ附セサルモノナリ。然レ從テ此見解ヨリスレハ、如何ニ輕微又ハ間接ナル行爲ニテモ常ニ原因タルコトヲ得。因テ此派ノ學者中ニハ、其適用ノ結果ヲ緩和センカ爲メ、教唆犯ニ關スル刑法第六一條ノ如キ規定獨刑法ヲ根據トシテ所謂因果關係ノ中斷(Unterbrechung)ノ理論ヲ認ムル者アリ。即チ此種ノ學說ニ於テハ、教唆行爲カ本來正犯ノ行爲ノ結果ニ對シテ原因タルコトハ疑ヲ容レズ。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、畢竟其根柢ニ於テ、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爲ノ介入スルトキハ因果關係ハ法律上之ニ因テ中斷スト謂フ一般的ナル法則ヲ認ムルカ故ニ外ナラスト説ク。Heinig, Finger, Frank, Liszt等。然レトモ意思決定論ヲ採ル以上、教唆犯ノ規定ノ如キハ唯當然ノ場合ヲ例示シタリト見ルヲ得ヘク、斯カル場合ニ常ニ因果關係ノ中斷ヲ認ムルハ政策上當ヲ得タルモノニアラス。

二 差別原因説

此説ハ結果ニ對シテ條件關係ニ立ツ事情ヲ原因(Ursache)ト單純ナル條件(Bedingung)トニ區別シ前者ニ付テノミ法律上原因トシテノ意義ヲ附セントスルモノナリ。但其區別ノ標準ニ關シテハ又幾多ノ異説アリ。

(一) 必然條件説 此説ハ一切ノ條件中結果ノ發生ニ對シテ必然的ノ效力ヲ有スルモノノミヲ原因トス。(Feuerbach, Stübel)

(二) 最終條件説 此説ハ最終ノ條件ヲ以テ原因トス。(Ortmann)

(三) 優勝條件説 此説ハ結果ニ對スル起果條件ト妨果條件トカ均衡ヲ維持セル場合ニ於テ新ニ起果條件ヲ優勝ナラシメ其全體ニ對シ決定的方向ヲ與フル條件ヲ以テ原因トス。(Binding)

(四) 有力條件説 此説ハ最有力ナル條件ヲ以テ原因トス。(Birkmeyer, Wachenfeld)

(五) 動的條件説 此説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 適當條件説(相當因果關係説、定型的原因關係説) (Adäquate Verursachungstheorie)

此説ハ差別原因説ノ如ク各個ノ條件ノ中何レカ原因ナリヤヲ定メスシテ、

豫メ結果ニ對シ適當ナリト考フヘキ條件ニ關スル一般の定型ヲ設ケテ因果關係ノ範圍ヲ劃セントスルモノナリ。蓋シ此派ノ見解ニ依レハ法律上一定ノ行爲ヲ爲シタル者ト謂フハ或行爲カ其行爲トシテ通例(normal, typisch)ノ徑路即チ一般ヲ經テ一定ノ結果ヲ生セシメタル場合ニ限り異常ノ徑路ニ由リタル場合ヲ謂フモノニアラスト爲スナリ。是ニ又大別三説アリ(一)。

(一) 主觀的適當條件説 此説ハ何カ結果ニ對スル適當條件ナリヤヲ定ムルニ付キ行爲者ニ於テ豫見シタル *Kreis* 又ハ之ト併セテ豫見シ得ヘカリシ *Beobachtung* 事實ノ範圍ヲ以テ一般の定型ト爲ス。 *Beobachtung* *Beobachtung*

(二) 客觀的適當條件説 此説ハ何カ適當條件ナリヤヲ定ムルニ付キ客觀的觀察者(裁判官)ニ於テ行爲ノ當時ニ存セル條件ニ付テハ當然之ヲ斟酌シ行爲ノ後ニ加ハリタル條件ニ付テハ行爲ノ當時ニ遡リテ之ヲ觀察シ是ニ由テ客觀的事後診斷仍ホ行爲カ結果ニ對シ影響ヲ及ホスヘキモノナルコトヲ豫見シ得ヘカリシヤ否ヤヲ以テ一般の定型ト爲ス。 *Rümelin*

(三) 折衷説 此説ハ以上二説ヲ折衷シタルモノニシテ行爲ノ時ニ於テ行爲

者カ豫見シ又ハ相當注意力アル人カ豫見シ得ヘカリシ事實ノ範圍ヲ以テ一般の定型ト爲ス。Traeger.

註(一) 適當條件說ハ今日獨リ刑法學ニ於テノミナラス、私法ノ研究ニ於テモ漸次通説タラントスル傾向アリ。而シテ予ノ見ル所ヲ以テスレハ今日斯カル主張カ漸ク勢力ヲ得ツツアルハ、結果ヨリ謂ヘハ、因果問題カ本質上價值問題タルコトヲ事實ニ於テ證明スルモノニシテ、結局該問題ノ解決カ其嚮フヘキ所ニ嚮ハントスル所以ニ外ナラス。然ルニ此派ノ學者中相互ニ他ヲ排撃シテ因果問題ト責任問題(故意過失ノ問題)トヲ混同スト爲ス者アルハ解スヘカラス。

以上ハ因果關係ノ範圍ニ關スル學說ノ大要ナリ。今此等ノ學說ヲ案スルニ、元來主觀主義的理論ニ於テハ一定ノ意思表示動ヲ犯罪トスルニ付テハ結果ノ發生ハ必要ニアラス。唯責任ハ故意又ハ過失アレハ足ル。然モ尙ホ因果關係ノ範圍ヲ論スル所以ハ刑法カ結果ノ發生ヲ要件トスル場合アレハナリ。而シテ此場合ニ結果ノ範圍ヲ責任内容ヨリモ極キモノトセンカ、是レ價值的ナル事實ノ發生ヲ待タスシテ行爲者ヲ罰セントスルモノニシテ、結果ヲ要件トシタル趣旨ニ反ス。又反對ニ結果ノ範圍ヲ責任内容ヨリモ廣キモノトセンカ、是レ價値

關係以外ノ事實ヲ行爲者ニ歸セントスルモノニシテ、又因果關係ノ本質ニ反ス。斯ク考フレハ、行爲者ノ豫見シタル又ハ豫見シ得ヘカリシ範圍即チ責任内容ノ範圍ヲ以テ因果關係ノ範圍ト爲ス主觀的適當條件說ヲ以テ最モ當ヲ得タルモノト爲スヘシ。從テ故意ニ付テ謂ヘハ、行爲者ノ豫見シタル限り、過失ニ付テ謂ヘハ、行爲カ法律上必要ナル注意ヲ用キタリトセハ豫見スルコトヲ得ヘカリシ限り、其行爲ノ結果ナリ。又故意過失ノ競合セル場合ニ付テ謂ヘハ、行爲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併セタルモノ全體トシテ其行爲ノ結果ナリ。豫見ノ可能ノ範圍ヲ定ムル標準ニ付テハ過失ニ付テハ(一)參照。但茲ニハ單ニ結果カ豫見シ得ヘキ場合ニ因果關係カ成立スト爲スニ止マリ、決シテ可罰的評價ノ問題ニ觸ルルモノニアラス。換言スレハ、可罰問題トシテハ、豫見セサリシトスルモ、仍ホ場合ニ因リ結果ニ對シテ故意アリト爲スコトアリ。S. § 131. (一)(四)。

因果關係ノ範圍ニ關スル原則ヲ右ノ如キモノトスレハ、其適用ノ結果ハ左ノ如シ。行爲者ノ豫見事實ノ全部又ハ一部カ發生シタル場合

此場合ニ於テハ、其全部又ハ一部ノ事實ハ他人ノ行爲又ハ異變ノ影響ヲ受ケタル場合ニテモ、行爲者ノ豫見事實ノ全部又ハ一部カ發生シタル場合

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第一節 行爲 第三款 因果關係

爲者ニ於テ是等ノ關係ヲ豫見セル限り、凡テ行爲者ノ行爲ノ結果ナリ。此中他人ノ故意ノ行爲ノ介入ノ場合ニ關シテ、條件説(平等原因説)ノ論者ハ教唆犯ニ關スル規定ヲ根據トシテ因果關係中斷論ヲ説クモ其ノ非ナルコトハ既ニ述ヘタリ。

行爲後行爲者カ豫見セサル他人ノ行爲又ハ事實カ加ハリタル場合ニ於テモ、其行爲又ハ事實カ却テ結果發生ヲ遲延セシムルカ如キ消極的ノモノナルトキハ、之ヲ無視シテ觀察スルヲ妨ケス。蓋シ此場合ニ於テハ結局同一結果カ發生シタルニ外ナラサレハナリ。例ヘハ第三者カ被害者ヲ救助スル爲メ、又ハ犯人自身ニ於テ犯罪ヲ中止スル爲メ或手段ヲ講シタルモ、其效果ヲ奏セザリシ如キ場合はナリ。(S. §145)。甲、乙ヲ殺サントシテ、懸崖ヨリ河中ニ突落シタルニ、乙中途ニ引懸リ、人事不省ノ状態ニ陥リ、到底死ヲ免レズト見エタル場合ニ、單ニ後日ノ辯解ノ便宜上、犯人甲自ラ迂迴シテ崖下ニ到リテ之ヲ支ヘ、乙ヲ過テ墜落セルヲ救助スルモノノ如ク裝ヒ居タルモ、乙ノ身體漸次下垂シ、重キニ墮ヘスシテ手ヲ放チタル爲メ、遂ニ乙ヲシテ河中ニ墜落溺死セシメタリト謂フ事件ニ於テモ、結局同様ニ説明スヘキモノナラン。(大審判、大正一二、三、二三日宣告)。

△ 行爲者ノ豫見シ得ヘカリシ事實ノ全部又ハ一部カ發生シタル場合

此場合ニ於テハ、其全部又ハ一部ノ事實ハ他人ノ行爲又ハ異變ノ影響ヲ受ケタル場合ニテモ、行爲者ニ於テ是等ノ關係ヲ豫見シ得ヘカリシ限り、凡テ行爲者ノ行爲ノ結果ナリ。例ヘハ、他人間ノ喧嘩ノ仲裁ヲ爲スニ當リ、仲裁人自ラステツキヲ携ヘ居タルタメ、當事者ノ一方カ之ヲ奪ヒ取り相

手方ヲ傷害シタルカ如キ場合ハ、中斷論ヨリ謂ヘハ、ステツキヲ携ヘテ喧嘩ノ場所ニ接近シタル行爲ト被害者ノ傷害ノ結果トノ間ニハ、他人ノ故意ノ行爲ノ介入ノ爲メ因果關係ナキモ、適當條件説ヨリ謂ヘハ、豫見シ得ヘキ場合ナルカ故ニ因果關係アリ。又二人同伴ニテ公道ヲ通行中、一方カ戯ニ他方ヲ突キタル爲メ、他方カ偶々後方ヨリ自轉車ニテ疾走シ來レル第三者ニ衝突負傷シタルカ如キ場合ハ、縱ヘ第三者ニモ過失アルモ、豫見シ得ヘキ場合ナルカ故ニ、因果關係アリ。(又病院ノ藥局員カ過テ甲患者ノ看護人ニ交付スヘキ藥壺ヲ乙患者ノ看護人ニ交付シ、該看護人モ亦藥壺ノ名札ヲ注意セスシテ之ヲ乙患者ニ交付シ、乙自身亦名札ヲ注意セスシテ自ラ之ヲ服用シ、爲メニ乙カ死亡シタルカ如キ場合モ、中間ニ他人並ニ本人ノ過失カ重疊的ニ介入スルニ拘ラス、凡テ豫見シ得ヘキ場合ナルカ故ニ、因果關係アリ。之ニ反シテ、過テ電車内ニテ他人ノ足ヲ踏ミ些細ナル皮膚剝落ヲ生セシメタルニ、該傷口ヨリ微菌侵入シ破傷風トナリテ、其人死亡シタルカ如キ場合ハ、通例ノ説明ニ依レハ、皮膚剝落ハ豫見シ得ヘキ範圍内ナルモ、破傷風ハ豫見可能ノ範圍外ナルカ故ニ、因果關係ノ成立ハ皮膚剝落ノ程度ニ止マリ、其以上死亡トノ間ニハ法律上因果關係ナシト説ク。或ハ通常然ランモ、嚴密ニ謂ハハ、斯カル場合ハ過失行爲者ノ知識ノ程度ニ因リ一様ニ論スルコト能ハサルヘシ。

△ 行爲者ノ豫見セル事實ノ全部又ハ一部ト豫見シ得ヘカリシ事實ノ全部又ハ一部トカ併發シタル場合

此場合ニ於テハ其發生セル一切ノ事實ハ法律上悉ク行為者ノ行為ノ結果ナリ。例へハ人ヲ殺
 シテ短銃ヲ向ケタルニ被害者之ヲ奪取セントシテ格闘ノ際其引金ニ觸レテ發彈シ自ラ傷
 亡セルカ如キ又被害者入院後醫師ノ手術上ノ過失ニ因リ死亡セルカ如キ。又甲ニ對シテ犯罪
 ヲ教唆シタルニ甲乙ト共同シテ犯罪ヲ實行シタルカ如キ何レモ行為者ノ行為ノ結果ナリ。殺人
 未遂ノ被害者カ前途ヲ悲觀シテ自殺シ、又ハ強姦罪ノ被害者カ自ラ羞テ自殺シタルカ如キ場合
 モ其結果ハ豫見シ得ヘキカ故ニ因果關係アリ。(但處罰ノ問題ニ關シテハ解釋上疑義アリ。各論
 參照) 又暴行ノ意思テ以テ人ヲ傷害シ、假死狀態ニ陥ラシメタル場合ニ之ヲ死亡シタリト誤
 信シ、犯跡濯滅ノ目的ヲ以テ之ヲ河中ニ投棄シ溺死セシメタルカ如キ場合ニ於テモ亦然リ。(大審
 判、大正七、一、三〇日宣告。但判例ハ此場合ニ付キ適當條件說ニ依ラス)。又新ニ行為後ニ加ハリ
 タルニアラスシテ初メヨリ備ハリタル條件カ行為ノ影響ヲ受ケテ作用シ、豫見セサル結果ヲ生シ
 タル場合モ、同様ニ考フヘキモノナリ。例へハ老人、虛弱者等ニ對シ暴行ヲ加ヘタルニ偶々老人、虛
 弱者等ナルカ故ニ死亡シタル場合ノ如シ。

犯人ノ豫見セル事實カ發生セシテ豫見シ得ヘカリシ事實ノミ發生セル場合

此場合ニ於テモ其發生セル事實ハ凡テ犯人ノ行為ノ結果ナリ。例へハ甲ヲ殺害スルコトヲ教
 唆シタルニ被教唆者カ誤リテ乙ヲ殺害シタル場合ノ如キ、又ハ被教唆者カ甲ニ對シ殺害行為ニ著
 手シタルニ却テ甲ノ爲メ返リ討チニ遭ヒ死亡シタル場合ノ如シ。

第四款 不作為

作為不作為ノ區別ハ本來行為ノ見方ニ依ル事實上ノ態樣ニシテ法
 律上ノ態樣ニアラス。從テ以上行為一般ニ亘リテ説明シタル理論ハ作為ノミ
 ナラス不作為ニモ亦妥當シ、且又之ヲ以テ十分ナリトス。然レトモ以上述ヘタ
 ル所ハ、不作為ニ關シテハ其適用ニ於テ多少明瞭ニ理解シ難キ點アルノミナラ
 ス、學者中今日尙不作為ニ關スル理論ト作為ニ關スル理論トノ間ニハ本來多少
 ノ徑庭アルモノ、如ク論スル者少カラズ。因テ是等ノ諸點ヲ明ニスル爲メ、茲
 ニ特ニ款ヲ設ケテ來不作為ニ關シテ問題トナレル二三ノ論點ヲ述ヘントス。
 先ツ不作為ノ意義ヲ考フルニ、不作為ハ作為ニ對スル觀念ニシテ、**作為**トハ行
 爲者ノ態度カ標準トシテ考ヘラレタル一定ノ積極的動作ニ適合スル場合ニ於
 ケル判斷ヲ謂ヒ、**不作為**トハ之ニ適合セサル場合ニ於ケル判斷ヲ謂フ。從テ所
 謂不作為ニ在テハ行為者カ他ニ實際何ヲ爲シツ、アリシヤハ問題ニアラス。
 例へハ讀書ナル積極的動作(作為)ヲ標準トシテ謂ヘハ散步又ハ訪問等ノ他ノ作

爲モ亦不作爲ナリ。即チ不作爲モ他ノ關係ニ於テハ常ニ作爲ニシテ、作爲ナラサル不作爲ナク、不作爲ナラサル作爲ナシ。斯クノ如ク不作爲ノ觀念ニ於テハ之ヲ分析スレハ二重ノ判斷ヲ含ム。即チ(一)ハ、一定ノ態度ヲ標準トシテ考ヘ行爲者ノ具體的態カ該標準ニ一致セズト謂フ判斷ナリ。而シテ此判斷ハ一定ノ標準タル態度カ同時ニ規範ノ要求ニ係ルトキハ、義務違反(違法)ノ價值判斷トシテ法律上ノ意義ヲ有スレトモ、元來不作爲其者トシテハ義務違反タルコトニ關係ナシ。(二)ハ、右ノ判斷カ更ニ特ニ一定ノ積極的動作ヲ標準トシテ行ハル、コトナリ。換言スレハ、消極的状態ヲ標準トシテ、例ヘハ滯納ノ不作爲又ハ無屈ノ不作爲ト謂フカ如キ思考ヲ問題ト爲サル、コトナリ。然レトモ此點ハ何等理論的ノ根據アルモノニアラス。唯通例斯カル形式ニ於テ思考ヲ爲ス必要アル場合稀ナルニ由ルノミ。斯クノ如ク不作爲ナル觀念ハ通例積極的動作ヲ標準トスル思考ノ傾向ニ從テ生シタル事實上ノ觀念ニシテ、法律上ハ唯一般的ナル行爲トシテノ意義ヲ有スルニ過キス。

從來不作爲カ犯罪タル場合ニ之ヲ眞正不作爲犯(Echte Unterlassungsdelikte, Delits

de omission) ト不眞正不作爲犯(Unechte U. delikte, Delits de commission par omission) トニ區別スルコト通例ナリ。而シテ學者ノ説ク所ニ依レハ前者ハ規定ノ形式上常ニ不作爲ニ因リテノミ成立スル犯罪ニシテ、例ヘハ刑法第一七〇條暴行脅迫ヲ爲ス爲メ多衆聚合シ當該公務員ヨリ三回以上解散命令ヲ受ケテ仍ホ應セザル罪ノ如シ。其他、老幼其他ヲ保護スヘキ責任者其生存ニ必要ナル保護ヲ爲サ、ル罪刑二一八、徵兵検査ヲ受ケサル罪兵役法七六、開業醫師診察治療ノ需ヲ拒ム罪醫師法施行規則九ノ二、一定ノ申告ヲ爲サ、ル罪(爆發物)取締罰則七、八、警察犯處罰令二10、12、27、37、8)後者ハ規定ノ形式上作爲犯タル罪カ事實上不作爲ニ因リテ成立スル場合ニシテ、廣義ノ結果犯ハ多ク此種ノ犯罪タルコトヲ得。而シテ不眞正不作爲犯ハ概念上作爲犯ト同一ニ考フヘキモノナルカ故ニ、其一般ノ理論ニ於テ毫モ作爲犯ノ場合ト異ルコトナキモ、反對ニ眞正不作爲犯ニ在リテハ、未遂及ヒ一部ノ共犯ノ態様ヲ缺ク——ト。然レトモ斯クノ如キ觀察ハ誤レリ。蓋シ思フニ、此二個ノ觀念ハ理論上兩立シ得サルモノナリ。即チ一方ニ於テ規定ノ形式上常ニ不作爲ニ依リテノミ成立スル犯罪ヲ眞正不作爲犯ト爲ス以上ハ、作爲犯モ常ニ規定ノ形式上作爲ニ依リテノミ成立スルモノナルカ故ニ、凡テ眞正作爲犯タルヘク、他ニ不眞正不作爲犯ヲ認ムル餘地ナキ

1072
1272
1192

理ナリ。又他方ニ於テハ、作爲犯ニ付テ事實的觀察ヲ許シ不真正不作爲犯ナルモノヲ認ムル以上ハ所謂真正不作爲犯ニ付テモ亦事實的觀察ヲ許スニアラスンハ矛盾ナリ。而シテ真正不作爲犯ニ付テ事實的觀察ヲ許ストキハ、是レ亦事實上作爲ニ依リテ犯シ得ルコト言フ俟タス。

例ヘハ、刑法第一七〇條ノ罪ニ於テ積極的ニ非解散ヲ主張シテ解散ニ反對シ、第二一八條ノ罪ニ於テ保護責任者カ老病者ノ用キル藥餌其他ノ必需品ヲ隱匿シ、兵役法第七六條ノ罪ニ於テ身體検査開始ノ時刻ニ故ナク其場所ヨリ退去スルカ如キ行爲ハ、積極的動作ナルニ拘ラズ、皆前數條ノ罪ナリ。其他一般的ノ例トシテ所謂接正犯ノ場合アリ。(予ハ間接正犯ノ觀念ヲ認メサルモ、斯カル場合カ罪トナルコトヲ否認スル者ニアラス。§ 100) 斯クノ如ク考フルトキハ、真正不作爲犯、不真正不作爲犯ノ觀念ハ、單ニ前者ニ在テハ法律ノ用語ノ形式ヲ、又後者ニ在テハ結果ニ對スル事實上ノ形式ヲ標準トスル見方ノ問題タルニ止マリ、法律上ノ價值アル問題ニアラス。即チ刑法上作爲犯モ不作爲犯モ共ニ犯罪ノ理論ニ於テ毫モ差別アルヘキニアラサルナリ。

不作爲ニ關シテ從來議論ノ焦點トナレルハ所謂廣義ノ結果犯ニ於テ不作爲ニ原因カアリヤ否ヤノ問題ナリ。蓋シ不作爲ハ事實上結果ニ對シテ消極的ナルカ爲メ、通常ノ觀察ニ於テハ、果シテ作爲ノ如ク原因力アリヤ否ヤ疑ナキヲ得サルカ故ナリ。而シテ因果問題ヲ以テ價值問題ト爲ス予ノ此點ニ關スル見解

ハ既ニ前款ニ詳述シタル所ニ依リテ明ナルヘキモ、此問題ニ關スル從來ノ學說ヲ檢討スルコトハ、結局益々因果問題カ價值問題タルコトヲ明ニスル所以ナルヲ以テ、左ニ其大要ヲ述フヘシ。但何レノ見解ニ依ルモ、不作爲ノ場合ニ何處ニモ全ク原因ナシトスル者ナシト雖モ、因果關係ノ本質ニ關スル見解ノ異ルニ因リテ幾多ノ異說アリ。

事實的因果關係說

(一) 物質力的因果關係說

此說ハ例ヘハ、乳母カ嬰兒ニ乳ヲ與ヘシテ死亡セシメタリト謂フ場合ニ於テ、無ハ有ヲ生セス (Aus Nichts kann Nichts entstehen) トノ理由ニ依リ不作爲ト結果トノ間ニハ因果關係ナキモ、之ニ關聯スル他ノ作爲ニ原因力アリト爲ス。此說ハ更ニ分レテ他行爲說 (Luden) ト先行爲說 (Krug, Merz) トナル。前者ハ不作爲ト表裏シテ行ハル、他ノ作爲、例ヘハ乳母カ授乳スヘキ時期ニ編物ヲ爲シ居タリトセハ其編物ヲ爲ス作爲ニ原因力アリトシ、後者ハ不作爲ニ先タツ他ノ作爲、例ヘハ豫メ乳母トシテ雇ハル、爲メニ契約ヲ爲シタル作爲ニ原因力アリト爲ス。

(二) 意思力的因果關係說(又ハ中介原因說)

此說ハ——不作爲ハ外界ニ對スル態度ニ於テハ消極的ナレトモ、内部的ノ意思過程ニ於テハ、結

果ノ發生ヲ妨止センカ爲メノ或作爲ヲ爲サントスル現實ノ意思ヲ抑壓スルカ、或ハ斯カル意思ヲ生セサラシムルコトニ因リテ其積極的作用ヲ現ハスモノナリ。而シテ因果關係ハ、或結果ニ對シ新ニ起果條件ヲ加フル場合ノ外、尙妨果條件ノ效力ヲ抑壓シ、既存ノ起果條件ヲシテ獨リ跳梁セシムルコトニ因リテモ成立スルモノナルカ故ニ (S. § 79 II) 不作爲ノ場合ニ於ケル此意思過程ハ當然結果ニ對シテ原因力ヲ有ス——ト説ク。(Binding, Buri, Janka, Hälschner)。然レトモ此説ハ作爲意思ヲ現實ニ抑壓シタル場合ニハ妥當スレトモ、例ヘハ看護婦カ過失ニ因リテ主治醫ノ命ヲ忘レタル場合ノ如ク、初ヨリ全然作爲意思カ生セサル場合ニハ妥當セス。此點ヲ彌縫スル爲メ Bindingハ無意識ノ意識ナルモノヲ想定シタルトモ、技巧ニ過キタリ。

以上(一)及ヒ(二)ハ因果關係ヲ以テ事實ノ世界ニ於ケル條件關係ト見ル結果トシテ、不作爲ニ於ケル因果的認識ノ對象ヲ等シク事實的實在ニ求メントスル者ナリ。

社会的因果關係說

此説ハ——不作爲其者ハ之ヲ物理的ニ觀察スルトキハ、毫モ結果ニ對シテ原因力ヲ有スルモノニアラス。然レトモ或社會秩序ニ照ラシ一定ノ作爲カ期待セラル、場合ニ該作爲ヲ爲サ、ルコトハ、單ニ或作爲ヲ爲サスト謂フ消極的意義ヲ有スルノミニ止マラスシテ、社會秩序ヲ破壞スルモノナリ。故ニ斯クノ如キ場合ニ於テ、若シ本來ノ秩序ニ異リタル事實ノ發生ヲ見ルニ至リタルトキハ、該事實ハ畢竟不作爲ノ結果ナリ——ト説ク。(Bar, Koller)。此説ニ依レハ不作爲ハ作爲カ社

會秩序ニ照ラシ期待シ得ヘキ場合ニ限リ、社会的實在ニシテ、因果關係ハ斯カル社会的實在ノ間ニモ成立スト見ルナリ。

法律的因果關係說

此説ハ前説ト同巧異曲ナルモノニシテ、前説ニ於テ社會秩序ト謂フニ代ヘテ法律秩序ト謂フ。(Rohland)。從テ此説ニ於テハ不作爲ハ法律的價值的實在ナリ。

準因果關係說

此説ハ、作爲ノ場合ト不作爲ノ場合トニ於テ因果關係ノ本質ニ差別アルモノトシ、左ノ如ク説明ス。曰ク、不作爲ト結果トノ間ニハ全ク因果關係ナキモ、通常或作爲カ期待セラル、場合特ニ法律上義務違反ノ場合ノ不作爲ニハ、因果關係類似ノ關係此ナケレハ彼ナシトノ條件關係アルカ故ニ、法律上之ヲ因果關係ニ準シテ取扱フコトヲ妨ケス。而シテ刑法上云々シタル者ト謂フトキハ、獨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サルヘカラスト。(Liszt, Allfeld, Belling, Traeger)。此説ニ依レハ、因果關係ハ、作爲ノ場合ニハ事實關係ニシテ、不作爲ノ場合ニハ法律關係ナリ。從テ刑法上因果關係ハ二元的タリ。

條件關係說

此説ハ、條件關係即チ因果關係ナリトスル立場ヨリ、一切ノ不作爲ハ、此不作爲ナカリセハ此結果ナカリシナラント考ヘラル、場合ニハ、作爲カ可能ナル限リ、結果ニ對シテ原因力ヲ有スト説ク。

(牧野 Frank, Liepmann, Lilienthal)。從テ此說ニ依レハ、乳母カ嬰兒ニ乳ヲ與ヘスシテ死亡セシメタル場合ニ於テハ、原因タル不作爲ハ乳母ノ不作爲ノミナラス、事實上母乳又ハ牛乳等ヲ與ヘ得ル地位ニ在ル一切ノ男女ノ不作爲カ皆原因タリ。唯大多數ノ人ノ不作爲ハ違法ナラサルニ因リテ罪トナラサルノミ。

以上ハ不作爲ノ原因力ニ關スル諸學說ノ大要ニシテ、特ニ通說ト稱スヘキモノナシ。而シテ是等ノ學說ヲ檢スルニ、不作爲問題ノ研究ニ付テ其方法ヲ謬レルモノナキニアラス。抑モ此因果問題ノ解決ノ第一歩ハ所謂不作爲ノ意義、換言スレハ、不作爲ハ如何ナル實在ナルカノ考察ニ在リ。然ルニ此點ノ注意ヲ認マレルモノヲ特ニ條件關係說トス。蓋シ此派ノ論者ハ多ク、不作爲ナル慣用語アルノ故ヲ以テ、漫然不作爲ナル實在ヲ想定シ、之ニ條件關係ヲ適用スルカ故ナリ。夫レ不作爲ハ、初ニ述ヘタルカ如ク、一定ノ積極的動作ヲ標準トシテ考ヘ、行為者ノ具體的態度カ右ノ標準ニ適合セスト謂フ判斷ニ過キス。即チ「甲」ナル現實ノ態度ヲ「乙」ナル想像的標準ニ照ラシテ「非乙」ト判斷スルコトナリ。從テ此場合ニハ、純事實的ハ問題トシテハ、「非乙」ハ實在ニアラスシテ、單ニ「甲」ナル具體的態

刑
政
學

度ノミカ實在トシテ認識ノ對象トナルモノナリ。從テ不作爲ノ實在ニ於テハ、在ニシテ之ヲ他ノ同様な條件關係ニ關シテ初メテ二者ノ間ニ條件關係ヲ考フルコトヲ得。更ニ詳言スレハ、因果關係カ條件關係ナルコトハ固リ論ナシ。然レトモ不作爲其者ハ之ヲ純事實的ニ論スレハ實在ニアラス。從テ事實ノ世界ニ於テハ、他ニ如何ナル客觀的事實ノ生成アルモ、是レトノ間ニ條件關係ヲ考フルコトヲ得ス。之ニ反シテ、之ヲ文化ノ世界ニ移シテ價值的ニ見レハ所謂不作爲ハ價值的ニ實在ニシテ、又法律的價値世界ニ移セハ法律的ニ實在ナリ。而シテ斯カル法律的實在タル不作爲カ等シク法律的ニ見タル或客觀的事實ト條件關係ニ立ツ場合ニ、初メテ其間ニ因果的認識ヲ爲スコトヲ得ルモノトス。例ヘハ乳母カ編物ヲ爲シツ、アル態度ハ純事實的ニハ單ニ編物ト謂フ作爲以外ニ何等ノ實在ヲ意味スルナシ。然カモ其レカ不授乳ト謂フ不作爲トシテ觀察セラル、ハ、法律的價値世界ニ於テ授乳スヘキ義務アルニ拘ラヌ授乳セスト謂フ意味ニ於テ違法ナルカ故ニシテ、此違法性カ純事實的ニ實在ナラ

サルモノヲシテ價值的ニ實在ナラシムル所以ナリ。從テ乳母ノ違法ナル不授乳カ嬰兒ノ違法ナル死亡トノ間ニ因果關係アルハ唯價値世界ニ於ケル觀察ナリ。價値世界ヲ離レテ純事實の世界ノ生成トシテ見レハ乳母ノ行爲ヨリ生スル結果ハ編物ノ完成ナリ。又嬰兒ノ死亡ハ乳母ノ行爲ニ因ルニアラスシテ、嬰兒自身ニ於ケル生理的原因ニ因ルモノナリ。要スルニ結論トシテハ、法律上義務違反ハ不作爲ハ結果(違法ナル)ニ對シテ原因タリ。即チ法ノ欲セサル不作爲ハ法ノ欲セサル結果ニ對シテ原因タリ。然レトモ是レモ敢テ不作爲タルカ故ニノミ然ルニアラス。作爲モ不作爲モ義務違反(違法)タルカ故ニ違法ナル結果ニ對シテ法律上原因タルナリ。斯ク見テ、準因果關係說ノ如ク二元論ニ陥ルコトナク、作爲不作爲ニ通シテ統一のニ因果關係ノ本質ヲ理解スルコトヲ得ルナリ。§84 斯カル立場ニ於テハ、違法ナル態度ハ凡テ違法ナル結果ニ對シテ原因タルナリ(一)。斯カル見解ハ作爲不作爲ヲ以テ行爲ノ事實上ノ態樣ニ過キスト爲ス者ニ取リテ當然ノ結論ナリト謂ハサルヘカラス。

註(一) 右ハ專ラ違法ナル不作爲ニ付テノ觀察ナリ。此所不作爲ヲ積極的動作ヲ爲サスト謂フ

タケノ意味ニ解スルトキハ、違法ナル不作爲モ亦存ス。違法ナル不作爲ニ對シテ法律上結果タルモノハ適法ナル結果ニシテ、例ヘハ吾人カ相互ニ他人ノ財産ヲ侵害セサル態度ヲ原因トスレハ、法律上他人ノ財産ノ安全狀態カ其結果タルカ如シ、前ニ法律上ノ因果關係ハ合法的關係ト、反法的關係トニ分ルト述ヘタルハ、獨リ作爲ニ關シテノミナラス、不作爲ニモ亦妥當ス。(s. §75)。

以上述ヘタルカ如ク義務違反ノ不作爲ハ違法ナル結果ニ對シテ原因タリ。而シテ此場合ノ義務ハ、法律上ノ義務タル限り、其如何ナル義務タルカヲ問フコトナシ。場合ヲ別テ説明スルコト左ノ如シ。

作爲義務カ公法的ノモノナル場合

個人ノ作爲義務カ所謂公法的ノモノナル場合ニハ、權利者ハ通常國家又ハ公共團體ニシテ、一般人ノ受ケル利益ハ其反射的利益トシテ解セラル。(s. §31)。然レトモ斯ク見ルモ、法カ斯カル義務ヲ定ムルハ反射的利益ヲ與フルコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ例ヘハ人命救護ノ職務ヲ有スル警察官又ハ消防義務ヲ有スル消防組員カ、水火災ニ際シ、人命救護又ハ消防ヲ必要トシ且其可能ナルニ拘ラス、之ヲ爲サ、ルトキハ、該不作爲ハ法律上被害者ノ死亡又ハ家屋燒燬ノ原因ナリ。此關係ハ官公立學校教員ノ其生徒ニ對スル保護監督又ハ鐵道官吏ノ其取扱事務等ニ付テモ同様ナ

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第一節 行爲 第四款 不作爲

リ。其他行政法上ノ契約強制ノ場合ニ於テ該契約ヲ拒ムカ如キ作爲義務違反ニ付テモ同様ニ論ズヘキモノニシテ例ハ醫師法施行規則第九條ノ二、開業ノ醫師正當ノ事由ナクシテ診察治療ノ需ヲ拒ミタル場合ニ於テ若シ患者其レカ爲メニ死亡シタリト見ルヘキトキハ醫師ハ法律上不作爲ニ由リテ患者ヲ死ニ致シタルモノナリ。又契約強制ノ場合トハ異レトモ例ハ警察犯處罰令第二條第二七號、水災其他ノ事變ニ際シ、官吏ヨリ援助ノ求メヲ受ケタルニ拘ラス、傍觀シテ之ニ應セサル場合ノ如キモ、若シ之レカ爲メニ火勢又ハ水勢ヲ阻止シ得サリシトスレハ、亦同様ニ論セサルヘカラス(S. § 202(七))。

▽ 作爲義務カ私法的ノモノナル場合

作爲義務カ私法的ノモノナル場合ニハ、權利者ハ主トシテ一私人ニシテ、其權利ノ目的トスル法益ハ權利者自身ノ利益又ハ第三者ノ上ニ生スル法律上ノ反射的利益ナリ。從テ一定ノ私法上ノ作爲義務者カ其作爲ヲ爲ササルニ因リテ權利者自身又ハ第三者ノ法益上ニ或違法ナル結果ヲ生セシメタルトキハ、其結果ハ不作爲ノ結果ナリ。例ハ看護婦カ依頼者本人タル患者ニ服藥セシメスシテ死ニ致スカ如キハ權利者ノ法益カ害セラル、場合ニシテ、乳母カ主人ノ子ヲ保護セシメテ死傷ニ致スカ如キハ第三者ノ利益カ害セラルル場合ナリ。

▽ 不作爲犯ニ於ケル作爲義務ハ更ニ他ノ方面ヨリ之ヲ觀察スルコトヲ得。

△ 法カ直接ニ作爲ヲ命スル場合

此場合ハ、公務員カ法令ノ規定ニ依リ一定ノ職務執行ヲ擔任シ、一私人カ民法ノ規定ニ依リ親族扶養ノ義務ヲ負ヒ、各種ノ營業者カ警察法規ニ基キ一定ノ設備ヲ爲ス義務ヲ負フカ如シ。

此點ニ關シテ注意スヘキニ、作爲ヲ命スル法ハ必スシモ何法第何條ト謂フカ如ク明文アルモノニ限ラサルコトナリ。法ハ既ニ述ヘタルカ如ク、材料ニ對スル論理ト評價トノ適用ニ依リテ認識セラル。(S. § 22)。從テ權利ノ義務性等ヨリ導カレタル理論カ社會感情上ノ評價ノ支持ヲ得タル場合ニハ是レ亦作爲義務ノ基礎タルコトヲ得ヘシ。(S. § 22, 33)。例ハ落雷、漏電等ノ原因ニ依リ自己ノ住家ヨリ發火シ附近ニ延燒ノ危險アル場合ニハ、縱ヘ自己ノ故意又ハ過失ニ關係ナクモ、自己ノ所有權乃至占有權カ同時ニ義務タル以上、當然此發火ヲ消止ムヘキ義務ヲ生ス。隣家等ヨリ發火シタル場合ニテモ(原因ノ如何ニ拘ラス)其形勢自宅ニ延燒シ之ニ因リテ更ニ附近ニ延燒スル危險アルトキ亦然リ。蓋シ此種ノ權利ノ義務性ハ、積極的ニ之レカ濫用ニ由リテ他人ノ利益ヲ害スルコトヲ許サ、ルト同時ニ、消極的ニハ其目的物ヨリ生シ又ハ之ニ由リテ媒介セラルヘキ各種ノ危險ノ發生又ハ増大ヲ防遏スルカ爲メ適當ナル管理ヲ爲スヘキコトヲ權利者ニ命スルモノナルカ故ナリ。故ニ是等ノ場合ニ消防ノ爲メニ爲スヘキヲ爲サスシテ一定ノ結果ヲ生セシメタルトキハ、各場合ノ事情ニ因リ、夫々刑法第一〇八條、第一〇九條第二項、第一一〇條第二項、第一一一條ノ罪トナル。判例(大審判大正七、一、二、一八宣告)ハ公序良俗論ヲ以テ此理ヲ説明スルモ、此議論ヲ徹底セシムレハ畢竟權利ノ義務性ノ觀念ニ歸著スルモノトス。

法カ豫メ爲シタル一定ノ行爲ヲ條件トシテ作爲ヲ命スル場合

此場合ハ一私人間ニ於テ契約事務管理民六九七以下等ニ因リテ特ニ一定ノ作爲ヲ爲スヘキ私法上ノ義務ヲ負フカ如シ。

此場合ニ關シテ特ニ注意ヲ要スルコトハ或違法行爲ヲ行ヒタル者ハ責任ナリ。思フニ法ハ一般ニ他人ノ法益ヲ侵害スヘカラスト謂フ規範トシテ妥當スルカ故ニ既ニ一旦故意又ハ過失ニ因リ他人ノ法益ヲ侵害シタル後ハ法ハ論理上同一侵害者ニ對シ其損害ヲ繼續又ハ増大セシムヘカラスト謂フ規範トシテ作用スルモノナリ。故ニ右ノ如キ場合ニ於テ損害ノ繼續又ハ増大ヲ防止スルコトノ可能ナルニ拘ラス、是レカ防止ノ態度ヲ執ラサル者ハ其後ノ結果ニ對シテモ法律上原因ヲ與ヘタルコトナル。例ヘハ過テ人ヲ倉庫内ニ監禁シタル者カ其事實ヲ覺知シテ尙開扉セサルトキハ其瞬間ヨリ故意ノ不法監禁罪ヲ犯ス者ナリ。又過テ人ヲ傷害シタル者ハ之カ治療ノ爲メ各場合ノ事情ニ應シ或ハ自ら應急手當ヲ爲シ或ハ醫師ノ手當ヲ求ムル等適當ナル處置ヲ執ルノ義務アリ。然ルニ此場合ニ加害者カ適當ナル處置ヲ探レハ救助ノ見込アルニ拘ラス被害者ノ死亡ヲ豫見シツ、仍ホ適當ナル處置ヲ執ラスシテ死亡セシメタルトキハ故意ノ殺人罪ヲ犯ス者ナリ。又死亡ヲ豫見セサルモ適當ノ處置方法アルニ拘ラス之ヲ放置シテ逃走スルカ如キハ其瞬間ヨリ不作爲ニ由ル故意ノ傷害ナルカ故ニ被害者カ爲メニ死亡シタルトキハ傷害致死罪ヲ構成ス。(過失致死ニアラス)。又過失ニ因リ人ノ住居ニ使用スル建築物内ニ於テ自ら過テ火ヲ失

第二節 違法

第一款 違法ノ意義

シタルトキハ直ニ之ヲ消止ムル義務アリ。此場合ニ故意ニ之ヲ消止メサルトキハ失火罪ニアラスシテ放火罪ナリ。(三號ノ場合ト理由ヲ異ニス)。斯カル場合ニ何故ニ過失行爲者ニ於テ應急手當ヲ爲シ又ハ放火ヲ消止ムヘキ義務アリヤノ根據ヲ説明スルニ付キ社會的常規トシテノ條理論ヲ以テスル見解アサ。例トモ子ノ見ル所ヲ以テスレハ斯カル條理カ妥當スルハ畢竟右ニ述ヘタルカ如ク豫メ其前提トシテ違法ナル作爲ヲ禁スル法カ妥當スルカ故ナリ。或ハ此場合ニ於テ條理上(例ヘハ三號ノ理由ニ依リ)別ニ違法行爲者自身ニ於テ同様ノ義務ヲ負ヒ内容相同シキ義務カ競合スルコトナキニアラスト雖モ此二種ノ義務ハ全ク發生ノ理由ヲ異ニス。是レ猶ホ私法上共ニ損害賠償責任ナルノ理由ヲ以テ違法責任ト無過失責任結果責任ト同一ノ根據ニ由リテ説明スルコトヲ得サルカ如シ。

刑法上犯罪ニ對スル觀察ニ二様アリ。ハ單ニ反社會的ナルカ故ニ之ヲ犯罪トスルモノナリ。此立場ニ於テハ犯罪カ主觀的ニ違法ト評價セラル、コト

ハ要件ニアラス。極言スレハ、此立場ニ於ケル犯罪ノ取扱ハ猛獸毒蛇ノ害ヲ除ク作用ト一般ニシテ、犯罪人ノ刑事責任ハ全ク社會的責任ナリ。他ノ犯罪カ反規範的(違法)ナル結果トシテ、反社會的ナルカ故ニ之ヲ犯罪トスルモノナリ。此立場ニ於テハ、犯罪カ主觀的ニ違法ノモノトシテ評價セラルルコトハ缺クヘカラサル要件タリ。換言スレハ、犯罪ハ刑法上犯罪タル以前ニ先ツ一般規範上主觀的ニ違法行為ヲラサルヘカラス。是レ嚮ニ述ヘタル規範的責任主義(Not native Schuld)ノ原則タリ。^{§§ 20, 21}

違法ハ之ヲ客觀的ニ解スル説ト主觀的ニ解スル説トアリ。客觀説ハ主觀的事情ノ如何ニ拘ラス違法ヲ専ラ行為ノ客觀的方面ノ問題トシテノミ理解スルモノニシテ、主觀説ハ違法ハ一定ノ主觀的條件ヲ俟テ初メテ法律上ノ價值タルコトヲ得ルモノト爲スナリ。而シテ、^①ハ此點ニ付テハ主觀説ヲ採ル。蓋シ思フニ違法トハ行為カ法律の規範ニ違反スルコトナレトモ然カモ單純ナル觀念上ノ判斷ニアラス。現實ナル法律の規範ニ照ラシ行為カ其價值ヲ否定セラルヘキコトナリ。^②而シテ斯カル價值否定ノ判斷カ妥當スルカ爲メニハ單ニ一定

刑罰
主觀

ノ客觀的意思表動アリタルノミナラス、其意思表動ハ更ニ一定ノ主觀的條件ヲ具ヘサルヘカラス。蓋シ法律の規範ハ事前ニ於テハ行為規範ニシテ、事後ニ於テハ評價規範タリ。^{§§ 10, 20}是レ既ニ行為規範カ目的ニ依リテ立ツ以上、之レニ對スル違反アリタル場合ニ、其反動トシテ論理的ニ該規範ニ基ク一定ノ評價ノ行ハルヘキハ當然ナルニ因ル。^{心理的反動ニ付テハ既ニ從テ此論理的的反動ハ目的的反動ニシテ、其目的ハ行為規範トシテノ目的ニ同シ。即チ違法行為アリタル場合ニ法益保護ノ趣旨ヨリ、之ニ對スル規範的評價ヲ行為者ニ告知シ、之ヲ啓發スルコトニ由リテ、行為者ノ意識ニ於ケル失ハレタル規範(法益)ニ對スル價值感情ノ回復ヲ求ムルモノナリ。而シテ斯カル反動ハ制裁ト異ル。違法行為ニ對シテ制裁カ科セラル、場合ニハ、規範的反動モ亦之ニ含マレテ行ハル、モノナレトモ、制裁其者ハ制裁法上ノ效果ナリ。茲ニ所謂反動ハ之ト異リ、一般規範ニ基ク純粹ナル規範的反動ヲ意味ス。斯クノ如クナルヲ以テ、斯カル評價カ有意義ニ行ハルルニ付テハ、違法行為ハ當然法律上ノ行為一般ノ主觀的條件ヲ具備スルコトヲ要スル結果トナル。而シテ斯カル立場ニ於テハ、所謂客觀的違法ハ}

論理上違法ノ一條件ニ過キス。

違法ニ關シテハ、違法行為ニ關係ナク獨立ニ違法狀態ナルモノヲ認ムル説アリ。其要旨ニ曰ク、
 違法ハ其本義ニ於テハ人ノ行為ニ關スルヤ勿論ナリト雖モ、人ノ行為カ違法ナルハ必スシモ身體
 ノ動靜其者カ違法性ヲ有スル場合ニ限ラス、其行為ニ因リテ生スル結果ノ爲メニ違法ナルコトア
 リ。此場合ニハ身體ノ動靜其者ハ法律上無關係(適法ニモ違法ニモアラサルモノ)ニシテ、其動靜ノ
 結果カ法律上違法トシテ非難セラル、モノナリト。而シテ論者ハ斯カル見地ヨリ、先ッ人ノ違法
 ナラサル行為ニ基ク違法狀態ナルモノヲ認メ、更ニ進テ又財産(何人カノ權利ニ屬スル限り)ヨリ生
 スル違法狀態ナルモノヲ認ム。(岡松、Belting)。然レトモ斯カル見解ニ對シテハ多少ノ賛成者ナキ
 ニアラサルモ、果シテ正當ナルヤ疑ナキヲ得ス。抑モ適法違法ノ價值判斷ハ、法カ目的意思ナル限
 リ、當然法律意思ノ課シタル當爲カ満足セラレタルヤ否ヤノ點ヨリ見タル規範的評價タルヘク、單
 純ナル好惡ノ感情ニ基ク事實的評價タルヘキニアラス。(507)。斯カル事實的評價ハ實ハ論理
 上法律以前ノモノニシテ、或ハ法律ノ動機トナリテ間接ニ規範的評價ノ生スルニ至ル理由タルコ
 トアルヘシト雖モ、規範的評價トハ全然其本質ヲ異ニス。例ヘハ人ノ死亡、家屋ノ損壞ト謂フカ如
 キ事實ヲ好マシカラストスル判斷ハ、其自身トシテハ、單純ナル好惡ニ基ク事實的評價ニシテ、之ヨ
 リ斯クノ如キ結果ヲ生セサラシメントスル目的ノ爲メニ、其手段トシテ、是等ノ結果ヲ發生セシメ
 サル態度ヲ要求スル規範ヲ生シ、此規範ニ依リテ、初メテ之ニ反スル態度ヲ違法トスル規範的評價

カ行ハル、モノナリ。而シテ後ニモ違フルカ如ク、行為カ規範的評價ノ對象タル所以ハ結果カ生
 シタルカ故ニアラス。換言スレハ、結果カ生シタルカ故ニ、廻リテ行為カ違法トナルニアラス。(508
 §87(1))。規範カ一定ノ行為ヲ命シ又ハ禁スル作用ハ行為ノ當初ヨリ行ハル、モノニシテ、結果ノ
 定マリタル後ニ行ハル、ニアラス。即チ現實ニ結果カ生スルト否トニ拘ラス、生スヘキ可能アル
 行為ハ既ニ違法ナリ。從テ行為ノ違法ヲ規定スルモノハ行為後ニ於ケル現實ノ結果ニアラスシ
 テ、行為ノ際豫見シタル又ハ豫見シ得ヘカリシ想像上ノ結果ナリ。斯ク見レハ、違法ナルモノハ常
 ニ行為ノミニシテ、結果又ハ狀態カ違法ナルコトヲ得サル理ナレトモ、斯カル見解ヲ徹底スレハ、眞
 ニ違法ナルモノハ意思ノミニシテ、身體ノ舉止動靜トシテノ行為モ亦違法ト謂フヘカラサルニ至
 ル。從テ行為ヲ違法ト見ル以上、結果モ亦其延長ト見テ違法ノ評價ヲ受クヘキモノトスレハ、後ニ
 現實ニ生シタル結果カ違法トセラル、ハ右ノ想像上ノ結果ニ一致シタル範圍ニ於テノミ。(509
 §87(2))。之ヲ超エテ又ハ全ク原因タル違法行為ナクシテ或事實ヲ違法トスルハ、違法カ規範的評價タ
 ル前提ヲ拋棄セサル限り不能ノコトナリ。論者往々、行為ヨリ獨立シタル違法狀態ノ存シ得ル論
 據トシテ、適法ナル行為ヨリ適法ナル結果例、惡意ノ加工ニ因ル所有權取得。民、二四六、I、但ノ
 發生スル場合アルコトヲ掲ク。然レトモ是レ法律上違法行為ヨリ適法ナル結果カ發生シタルニ
 アラスシテ、法ハ單ニ客觀的ナル或事實其者ヲ理由トシテ法律上ノ效果ヲ認メタルノミ。此場合
 ニ其事實カ違法行為ヨリ生シタルヤ適法行為ヨリ生シタルヤハ法ノ問題トスル所ニアラス。從

テ是レヲ以テ彼レノ論據ト爲スハ非ナリ (S. 30. 01)。要スルニ所謂違法狀態ハ之ヲ違法ノ問題トセス、必要アラハ、別ニ何等カノ理論ニ因リ無過失責任ノ原因トシテ考フヘキナリ。

違法ハ違法行為ノ要件ニシテ、違法行為ハ違法類型ニ適合スル行為ナリ。從テ違法行為ノ法律上ノ行為トシテノ特徴ハ違法類型(行為ノ違法類型性)ニ存ス。今之ヲ行為性ノ要件ト併セテ説明スレハ左ノ如シ。

一 意思表動カ違法行為タルニハ其行為ノ際規範意識カ具ハリ且該意識活動ノ餘地アリタルコト及ヒ該意識活動ノ結果ヲ妨クヘキ外部的障礙ナカリシコトヲ要ス。此三條件カ具ハリタルトキハ意思表動ハ行為性ノ一要件タル能力性ヲ具フルニ至ル。此能力^{一般行為能力}ハ違法行為ノ要件トシテハ一般違法行為能力^{一般責任能力}タリ(一)。此場合ニ結果ノ發生ハ必要ニアラス(二)。而シテ本號ノ要件ヲ缺クコトハ既ニ述ヘタルカ如ク行為性阻却原因タリ。S. 33. 72.

註(一) 所謂一般違法行為能力ハ觀念上民法其他ノ特殊法上ノ不法行為能力ト謂フカ如キモノト異ル。蓋シ此種ノモノハ理論上一般ニ效果ノ方面ヨリ觀タル或義務ヲ負擔シ得ル能力ニシテ、單ニ評價ノ點ヨリ見タル違法ナル行為ヲ爲シ得ル能力ニアラサルカ故ナリ。固リ此二者ハ通常其條件ヲ同クシ、其範圍相一致スヘキモ、一般違法行為能力カ其者トシテ直ニ或特殊

法上ノ效果ヲ生スルニ適スルヤ否ヤハ茲ニハ全ク問題外ナリ。即チ或法ニ於テハ其レノミヲ以テ效果ヲ生スルニ足ルトスルコトアルヘク、或法(例、刑法)ニ於テハ、其特殊ノ目的ニ照ラシテ他ニ尙特別ノ條件ヲ要ストスルコトアルヘシ。然レトモ何レノ規範ニ依ルモ、或行為カ效果ヲ離レテ單ニ法律上無價值トシテノミ判斷セラルヘキ標準ハ同一ナルカ故ニ、自ラ一般違法行為能力ナル觀念ヲ生ス。而シテ其實質ニ關シテハ亦前ニ行為ニ付テ之ヲ述ヘタリ。

註(二) 結果ハ唯制裁法カ或場合ニ之ヲ理由トシテ或行為ニ法律上ノ效果損害賠償(刑罰等)ヲ附與スル所緣タルニ過キス。故ニ違法行為ハ、結果カ發生シタル場合ニ於テモ、結果カ發生シタルカ爲メニ選リテ違法トナルニアラス、其以前ニ於テ既ニ違法タリ。此點ハ故意ノ場合ニ付テモ過失ノ場合ニ付テモ全ク相同シ。通常、過失ハ結果カ發生シタル場合ニ限リテ問題トナレトモ、是レ偶々今日ノ法律ノ規定上一般ニ結果カ發生セサル場合ニハ法律上ノ效果カ生セサルカ爲メニシテ、注意ヲ要スル場合ニ注意ヲ用キスシテ或行為ヲ爲スハ、結果カ發生セサルモ尙法益ニ對スル脅威トシテ違法ナリ(S. 124. 1(1))。

二 行為カ違法行為タルニハ凡テ各一般規範ノ含ム違法行為ノ類型^{意思表動トニ互レ全一體の種類}ニ適合スルコトヲ要ス。是レ前ニ犯罪要件ヲ説明スルニ當リ、各種犯罪ハ各種犯罪トシテ類型的ナルコトヲ要スト謂ヘルト同一理由ニ基ク。

即チ違法行為カ違法タルハ必ス何等カノ規範ニ照ラシテ違法ナルカ故ニシテ單ニ違法ナルモノナシ。從テ等シク違法行為ナルモ、個々ニ付テ謂ヘハ、他人ノ所有權ヲ侵害スル行為ト賣買代金ノ債務ヲ履行セサル行為ト所得稅ヲ遁脱スル行為トハ各自此種ノ行為ヲ規定スル規範ヲ異ニシ、又其規範ノ内容ニ從テ類型ヲ異ニス。ハ違法行為ノ斯カル特徴ヲ稱シテ違法類型性又ハ單ニ違法性ト謂フ(三)(四)。此違法類型ハ意思ト表動ト内外兩面ニ亘ルモノニシテ意思(内容)ノ類型化シタルモノハ即チ其類型行為ノ故意過失責任ナリ。而シテ本號ノ要件ヲ缺クコトハ、放任行為トナル場合ニハ行為性阻却原因タリ。適法行為トナル場合ニハ單ニ違法(類型)性阻却原因タリ。§ 30。以上一及二ノ阻却原因ハ意思ニ付テ觀察スルトキ之ヲ責任阻却原因ト謂フ。

註三) 違法類型性ハ從來違法行為ノ獨立要件ト考ヘラレス、違法行為ヲ禁止スル規範其者ノ如ク考ヘラレタルコト、宛モ可罰類型性カ從來獨立ノ犯罪要件トシテ考ヘラレス、或犯罪ヲ罰スル處罰規定其者ノ如ク考ヘラレタルカ如シ。然レトモ刑法其者カ犯罪ノ要件タラサルカ如ク、規範其者モ亦違法行為ノ要件ニアラス。其要件タルハ行為カ規範ノ定ムル類型ニ適合スルコト自體ニ外ナラス。

註四) 右ノ如クナルヲ以テ、規範體系ト違法類型體系トハ常ニ相一致スルノ理ナリ。而シテ規範體系ハ橫ニ幾段カノ段階ヲ爲シ、上位ノモノハ下位ノモノヲ包攝スル統一關係ナルカ故ニ、違法類型モ亦之ニ相應スル統一關係ヲ爲ス (§ 30)。而シテ犯罪類型ハ一定ノ段階ニ於ケル違法類型ニ屬スル行為ニ付キ、或ハ之ヲ分解シ或ハ之ヲ結合シテ別ニ適宜ニ其内容ヲ定メタルモノニシテ、二者ノ間ニハ何等直接ノ關係ナシ (§ 133)。

斯クシテ違法行為ハ一般行為能力者ノ違法類型のナル行為ナリ。而シテ此觀念ハ純粹ニ一般規範上ノ法律的價値的觀念ナリ。§ 30 註 11, 133。

違法ノ實質的意義ハ法益ノ侵害又ハ脅威ナリ。§ 33。而シテ斯カル説明ハ實ハ循環的ニシテ、右ノ形式的意義ノ違法ト同語反覆ニ外ナラサレトモ、是レ恰モ法律上人格ヲ説キテ權利主體ト爲シ、美學上藝術ヲ説キテ美的表現ト爲スカ如ク、違法モ法益モ共ニ價値的觀念ニシテ、性質上事實的觀念ヲ以テ説明スルコトヲ得サルニ因レ。§ 37。法益ノ意義ハ價値標準タル法ヲ前提トセスシテハ説明スルコトスルハ、感情的ナルモノヲ理的ニ説明セントスルモノニシテ本來不能ノコトナレハナリ。

右ノ如ク違法行為ノ實質ハ法益ノ侵害又ハ脅威タリ。但シ學者多クハ警察

犯ノ如キハ何等法益ニ對スル侵害又ハ脅威ヲ實質トスルモノニアラスト解スト雖モ § 88. 予ハ後ニモ不能犯 § 81. 5. 關シテ説クヘキカ如ク脅威(又ハ危險ナル觀念ハ主觀主義的刑法理論ニ於テハ之ヲ抽象的ニ解スルヲ正當トスルカ故ニ、斯カル見解ヨリ謂ヘハ、苟モ違法行為ニシテ少クトモ法益ノ脅威ヲサルモノナシ。從テ違法行為ハ其犯罪タルト否トニ拘ラス常ニ一定度ノ反規範性ノ徵表ニシテ § 87. 實質的意義ニ於テハ、二者ノ間ニ差別ナシ。唯刑法ハ反規範性ノ極メテ輕微ナル場合又ハ刑ヲ科スルニ不適當ナル場合ハ之ヲ犯罪ト爲サ、ルヲ以テ、刑法學ニ於テハ違法性ノ問題以外ニ更ニ可罰類型性ノ問題ヲ生スルモノトス § 83. 3.

違法ハ重疊的ニ競合スルコトアリ。此場合ニ違法ヲ單純ノモノト見テ唯理由ノミカ蓋シ法益ハ同一事物ヲ中心トシテ數人ノ爲メニ重疊的ニ成立スルコトヲ得ルカ故ナリ。從テ或特定ノ法益ニ對スル關係ニ於テ違法(類型)カ阻却セララル、モ、同時ニ他ノ關係ニ於ケル違法カ阻却セラレサル限リ、其行為ハ仍ホ違法タリ。斯カル場合ニ其全然違法タラサルハ一切ノ關係ニ於テ違法カ阻却セラレタル

トキニ限ル(二)。學者ノ通例、法益侵害ハ常ニ違法ナルニアラス、該侵害カ法律上特ニ許容セラレタル場合ニハ之ヲ爲スモ違法ヲ存セスト説クハ、此後ノ場合ヲ想像シタル言ナリ。而シテ侵害行為ニ對スル違法ノ阻却ハ同時ニ法益ニ對スル規範ノ保護ノ撤廢ヲ意味スルカ故ニ、嚴密ニ謂ヘハ、斯カル場合ニハ當該ノ侵害ニ對スル關係ニ於テハ法益ハ既ニ存在セサルナリ。

註(一) 例ヘハ、自己ノ家屋ヲ破壞スルハ其客體カ自己ノ所有タル事情ニ由リテ違法ヲ阻却セラ
ルレトモ、其家屋カ抵當權ヲ負擔セル場合ニハ(刑、二六二)仍ホ違法タリ。而シテ同一行為ニ關
シテ、或事情カ全部ノ關係ニ於テ違法ヲ阻却スルカ、將タ或一部ノ關係ニ於テ然ルニ過キサ
カハ、其事情ノ法律上ノ性質如何ニ依リテ定マル。例ヘハ、一人カ承諾ヲ得テ人ヲ殺ス場合
(刑、二〇二)ニハ、生命ナル事物ノ上ニ存スル本人ノ法益ニ對スル侵害ニ付テハ承諾アリトスル
モ、同一生命ノ上ニ存スル遺族(民、七一)並ニ國家ノ法益ニ對スル侵害ニ付テハ何等違法ヲ阻
却スヘキ事情ナシ。之ニ反シテ死刑執行官カ死刑囚ノ生命ヲ斷ツ場合ニハ、其職務ノ性質上
有ラユル法益侵害ニ付テ違法ヲ阻却ス。

一定ノ法益ニ對シ一定ノ關係ニ於テ規範ノ保護カ撤廢セララル、トキハ、此關係ニ於テハ之ニ對スル侵害行為ハ違法ヲ阻却セララル、コト右ノ如シ。此場合

ノ侵害行為ノ性質ニ二様アリ。一ハ權利行為タル場合ニシテ、一ハ放任行為タル場合ナリ。

權利行為ニ關シテ近時特ニ學者ノ注意ヲ喚起スルニ至レルハ權利濫用ノ問題ナリ。權利濫用トハ本質的ニ謂ヘハ權利ナキコトヲ行フコトニ外ナラザレトモ、其レカ特ニ權利濫用ト稱セラル、所以ハ、或一般の權利者ノ地位ニ在ル者ノ行為カ偶々權利行為ノ外觀アリテ而カモ本質上權利ノ範圍ニ屬セザルカ爲メナリ。例ヘハ公務員ノ職權濫用、親權者ノ親權濫用、所有者ノ所有權濫用ノ場合ノ如シ。是等ノ場合ニ於テ權利者カ權利行使ノ正當ナル目的以外ニ其權利ヲ行使シタルトキハ其行為ハ違法ナリ。但何カ正當ノ目的ナリヤハ當該ノ法ノ解釋ニ由リテ定マル。而シテ權利濫用ハ通例故意ノ行為ニ付テノミ問題トナルモ、理論的ニ謂ヘハ過失ニ因ル場合モ亦之レナキニアラス。例ヘハ檢事カ過失ニ因リ粗漫ナル取調ニ基キテ罪ヲ起訴シタル場合ノ如シ。斯ナル如何ナル程度ノ取調ヲ以テ適當トスヘキカハ各場合ノ事情ニ因リテ異ル。而シテ何レノ場合ニ於テモ、其行為ノ法律上ノ效果如何ハ全ク別問題トス。蓋シ法ハ斯カル場合ニ於テハ、其行為カ違法行為

罪過、
行為、
結果、

ナルニ拘ラス、事後救濟其他便宜ノ意味ヲ以テ適法行為ノ場合ト同一ノ效果ヲ附スルコトアルカ爲メナリ。^{§ 39, 87, 95, 101}。而シテ此場合ニ於テ此特別ノ效果ニ基ク行為ハ全體トシテ違法行為ナルニ拘ラス、其限リニ於テハ實ハ權利ノ行使ナリ。其他類似ノ場合トシテ、不正侵害ヲ誘發シテ正當防衛權ヲ行フ場合ノ如キモ、特別ノ效果ニ基クカ故ニ、是レ亦其限リニ於テハ違法ニアラス。^{§ 39, 101}。予ノ解スル違法ノ意義ハ右ノ如シ。從テ法律上ノ違法其者ノ本質ハ常ニ一様ニシテ其間ニ何等ノ區別アルコトナシ。予ハ斯カル立場ヲ稱シテ便宜違法一元論ト謂フ。然ルニ斯カル立場ニ對シテ種々ナル觀察ヨリ違法ヲ區別スル立場アリ。予ハ之ヲ違法二元論ト謂フ。

一 違法ヲ形式的違法ト實質的違法トニ區別スル者アリ(1)。是ニ由レハ或行為カ單ニ法律的規程ニ違反スル場合ハ形式的ニ違法ニシテ社會ノ共同生活ノ本質的條件(常規條理、文化規程)ニ違反スル場合ハ實質的ニ違法ナリ。但此二者ハ理想トシテハ常ニ相一致スヘキモノナルモ、事實上相乖離スル場合ニ其何レヲ標準トスヘキカニ付テハ、裁判官ハ法ニ由テ拘束セララルヘキモノ

ナルカ故ニ、擅ニ法ヲ排シテ社會的常規ニ從フコトヲ得スト説ク。例、Liszt. 然レトモ斯クノ如クンハ形式的違法ト實質的違法トヲ區別スル實益ハ頗ル乏シ。而シテ斯カル見解ハ實ハ違法一元論ナリ § 30.

註(一) 予モ亦時ニ違法ニ付キ形式的ト實質的ト謂フコトアリ。而シテ予ノ此區別ハ二様ノ意義ヲ有ス。(一)ハ以上ノ所説ニ見ルカ如ク、違法ヲ法律的概念的ニ考フル場合ニ之ヲ形式的ト謂ヒ、内容的ニ法益侵害ト考ヘ、又ハ行為者ニ付テ反規範性ノ徵表ト考フル場合ニ之ヲ實質的ト謂フ。故ニ違法其者ニ二様アリト爲スニアラス。他ノ(一)ハ違法ノ或特殊ナル一條件(客觀的違法、§ 28)ヲ形式的違法或ハ違法ノ形式ト謂フ場合ナリ。是レ予ノ所謂違法其者ニアラスルコト勿論ナレトモ、他ニ適當ナル用語ナキ爲メ此語ヲ藉ルノミ。

二 違法ヲ刑法上ノ違法ト客觀的違法トニ區別スル説アリ。是レニ依レハ、一般規範上ノ違法ハ客觀的違法ニシテ、處罰ノ關係以外ノ有ラユル關係ニ於ケル違法ナレトモ、刑法上ノ違法ハ單リ刑法上即チ處罰ニ關シテノミノ違法ニシテ、此違法ハ必スシモ客觀的違法ニ關係ナシ。故ニ刑法上違法カ阻却セラル、モ、私法上違法行為トシテ賠償責任ノ原因タルコトモ亦之レナキニアラス。又刑法上違法ナラサル攻撃ニ對シ之ヲ客觀的ニ違法ノモノトシテ之

ニ對シテ正當防衛ヲ行フモ亦妨ナシト説ク。例、Bart. 然レトモ斯クノ如キ場合ノ説明ノ爲メニハ、強テ刑法上ノ違法阻却ト謂フカ如キ觀念ヲ藉ラサルモ、通常ノ見解ニ從ヒ、單ニ或罪トナルヘキ違法行為ニ對シテ刑法上刑罰即チ可罰類型性ノミカ阻却セラルト見テ足ルヘシ。

三 刑法上ノ違法ト一般規範上ノ違法トヲ區別スル前提トシテ、論理上一般規範以外ニ特ニ刑法上ノ規範ナルモノヲ認ムルカ如キ説ヲ爲ス者アリ。法ノ錯誤ノ問題ニ關シ、刑罰法ノ錯誤ト非刑罰法ノ錯誤トヲ區別スル一派ハ多ク之ニ屬ス。§ 131. 即チ之ニ由レハ刑法上直接ノ規範ニ違反シタル場合ニ刑法上ノ違法アリ、刑法上ノ違法アル場合ニ犯罪アリトスルナリ。然レトモ所謂刑法上直接ノ規範モ其本質ハ刑罰法ニアラスシテ第一次法 § 30. ナリ。又所謂非刑罰法ハ凡テ第一次法トシテ行為ノ適法違法ヲ規定セサルモノナシ。果シテ然ラハ一般規範ニ付テ刑法上直接ノモノト然ラサルモノトヲ分ツカ如キハ理論上不可能ノコトト謂ハサルヘカラス。思フニ前記ノ如キ見解ハ法ト法源 § 41. トノ混同ヨリ來ル。例ヘハ「違法ニ他人ノ物ヲ損壞スヘ

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第二節 違法 第二款 違法(類型)阻却原因 二二六

カラスト謂フ法(一般規範)ハ此儘ノ成文トシテハ如何ナル法源ニモ規定セラ
ル、コトナシ。從テ此規範ノ法源トシテハ斯カル趣旨ヲ前提トスル一切ノ
規定ヲ舉ケサルヘカラス。而シテ斯カル規定ハ、獨リ刑法ノミナラス、民法其
他ノ法令ニモ亦存ス。而シテ予ハ斯カル場合ニハ、譬ヘハ、一元的ナル觀世音
菩薩カ三十三體ニ於テ示現スルカ如ク、一元的ナル一般規範カ多數ノ法源ニ
現ハル、モノト解スレトモ、違法二元論者ハ少クトモ之ヲ法源ニ因リテ刑法
上ノ規範ト否トヲ別ツカ如シ。然レトモ是レ不合理ナリ。§ 30. 或ハ又刑
法上ノ規範從テ刑法上ノ違法ヲ以テ行爲カ犯罪タル場合ノ特殊ノ違法
俗ノト解スル見解ナキニアラサルモ、野牧行爲ノ規範的評價ト可罰的評價トヲ
違反ノ區別スル予ノ立場ニ於テハ是レ亦贊スルコト能ハサル所ナリ。§ 30.

第二款 違法(類型)阻却原因

違法(類型)性ハ法律上ノ行爲カ之ニ由テ違法化スル要件ナリ § 30. 從テ或意
思表動カ行爲性ヲ具ヘ且一般的ニ違法行爲トシテ成立スル狀態ニ在ルニ拘ラ

ス法律上違法行爲ト謂フコト能ハサルトキハ、其行爲ハ何等カノ事情ニ因リテ
違法性ヲ缺クノ理ナリ。斯カル場合ニ通例其事情ヲ違法(類型)阻却原因(Urech-
tsausschliessungsod. Rechtfertigungsgründe, Causes de justification)ト謂フ。違法阻却原因
トシテ刑法上一般的ニ掲クルモノ三アリ。法令又ハ正當ノ業務^{五、三}、正當防衛^{六、三}
及ヒ緊急避難^{七、三}是ナリ。此外尙ホ理論上一般的ノモノトシテ被害者ノ
同意アリ。違法阻却原因トハ嚴密ニハ行爲カ適法ナル場合ノミヲ謂フ。但茲ニハ廣義ニ從ヒ
行爲ヲ放任的ナラシムル行爲性阻却原因ヲモ併セテ之ヲ論ス(§ 30 11, 90 11, 105)。

第一項 法令又ハ正當ノ業務

犯罪ハ犯罪タル以前ニ先ツ違法行爲タルコトヲ要ス。是レ明文ノ有無ニ拘
ラス、諸般ノ規定ヲ通シテ明ナル所ナリト雖モ、刑法第三五條ハ又此趣旨ヲ明徴
ニス。曰ク「法令又ハ正當ノ業務ニ因リテ爲シタル行爲ハ之ヲ罰セス」ト。茲ニ
所謂法令ハ憲法上ノ法律及ヒ命令ニシテ、法令ニ因リテ爲シタル行爲トハ法律
又ハ命令ノ規定ヲ直接ノ法源トスル適法行爲ノ謂ヒナリ。又所謂正當ノ業務
ニ因リテ爲シタル行爲トハ、直接ナル成文ノ法源ナク社會觀念上正當(適法)ナル

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第二節 違法 第二款 違法(類型)阻却原因 第一項 法令又ハ正當ノ業務

行為カ業務トシテ行ハルル場合ノ謂ヒナレトモ、本條ノ趣旨ハ唯正當行為タルヲ以テ足レリトシ、業務行為タルコトヲ必要トスルモノニアラス。而シテ適法ナル行為ハ以上二者ニ盡クルカ故ニ、刑法第三五條ノ規定ハ先ツ表面上適法(一般規範的ニ有價值)ナル行為ハ凡テ罪トナラサルコトヲ示スモノナリ。而シテ所謂放任行為§ 206カ罪トナラサルコトハ亦當然ノ事理ナルカ故ニ、此規定ハ、結局冒頭ニ述ヘタルカ如ク、同時ニ半面ニ於テ犯罪ハ犯罪タル以前ニ先ツ違法(一般規範的ニ反價值)トシテ判斷セラルルコトヲ要スルコトヲ示スモノトス。

斯カル關係ニ於テハ、或行為カ法令ニ因ル行為タルカ又ハ正當行為タルコトハ、單リ其行為カ犯罪タラサル所以ナルノミナラス、其以前ニ於テ違法類型ノ何レニモ該當セサルコト、換言スレハ、其行為ノ違法類型カ阻却セラルル所以ノ原因タリ(一)。

註(一) 法益ノ意義ヲ規範ヲ離レテ事實的ニ解スル見地ニ於テハ、刑法各本條ノ意思表動其者ヲ以テ本來法益侵害又ハ脅威ノ行為ト見ルカ故ニ、此種ノ行為カ法令ニ因ル行為又ハ正當行為タル場合ニハ、本來違法ノ行為タルニ拘ラス、刑法第三五條ニ依リテ初メテ違法ヲ阻却セラル

ルコト、ナル。然レトモ予ノ見解ニ於テハ、各本條ノ意思表動其者ハ本來適法ニモ違法ニモアラス。(§ 95) 特ニ違法ノ場合ニ限リ、其理由ニ依リテ、初メテ各本條ニ該當スルニ至ルモノナリ。刑法第三五條ヲ違法阻却原因ノ規定ト謂フハ唯考方ノ便宜ノ爲メノミ。從テ刑法カ各本條ニ單ニ「人ヲ殺ス」財物ヲ竊取ス」トノミ謂ヒテ、特ニ要件トシテ「違法ニ」ト規定セサル所以ハ、取テ之ヲ無用トセルカ故ニアラス。却テ此語カ慣用上常ニ價值判斷ヲ含ミ、特別ナル語句ヲ附加セサル限り、違法ナル場合ノミヲ指示スルカ故ニシテ、斯カル趣旨ハ刑法カ慣用上價值判斷ヲ含ムコトノ疑ハシキ用語ニ付テハ特ニ「不法ニ」故ナク、等ノ副詞ヲ附スルヲ例トスルニ依リテモ明ナリ。斯クノ如クナルヲ以テ、各本條カ違法行為ノミヲ罰スル趣旨ナルコトハ明ナレトモ、是レ刑法第三五條ニ因リテ適法行為カ除外セラレタル結果ニアラス。唯既ニ斯カル規定アル以上ハ、前記ノ趣旨カ一層之ニ由テ明徴ニセラレタリト謂フヘキノミ。

刑法ハ成文タル法源ノ有無ニ從テ、形式上法令ニ因ル行為ト正當行為トヲ別ツコト上述ノ如シ。今此區別ニ從ヒ前者ニ付テ一般ニ違法阻却原因ト看做サル、モノヲ舉クレハ左ノ如シ。

一 職務(又ハ職權)行為

公務員ノ職務行為ハ法令ニ因ル行為中最モ顯著ナル場合ナリ。例、民事上ノ

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第二節 違法 (類型) 一
阻却原因 第一項 法令又ハ正當ノ業務
屬スル行爲 家宅搜索、物件差押、被告人ノ勾引、勾留其他刑罰執行ニ屬スル行爲、戰爭事變ノ際ニ於ケル職權其他之ニ關連スル行爲、警察上ノ檢束其他ノ強制處分、稅務ニ關スル強制手續等。

職務行爲ニハ公務員自ラ直接ニ法令ニ依リテ爲ス場合ト上官ノ命令ニ基キテ爲ス場合トアリ。後者ノ場合ニ於テ公務員カ下官トシテ適法ニ其職務ヲ行フコトヲ得ルカ爲メニハ四個ノ條件ヲ要ス。即チ(一)命令事項カ上官ノ權限内ニ屬スルコト(二)該事項カ同時ニ下官ノ權限内ニ屬スルコト(三)命令カ法定ノ形式ヲ要スル場合ニ其形式ヲ具フルコト(四)上官ニ於テ事實ノ認識並ニ法ノ解釋ニ關シ錯誤アリタル場合ニ其錯誤カ過失ニ基カサルコト是ナリ。上官ノ命令カ此四個ノ條件ヲ具フルトキハ、之ニ基ク下官ノ行爲ハ法令ニ因ル職權又ハ職務行爲トシテ違法類型ヲ阻却セラル。蓋シ上官ノ權限内ニ屬スル具體的ノ問題ニ關シ一定ノ處置ヲ講スル必要アリヤ否ヤノ上官ノ判斷ハ、右四個ノ條件ヲ缺カサル限リ、絕對ニ下官ヲ拘束スルカ故ナリ。§ 321。
上官カ命令ヲ行フニ當リ、前記第四ノ條件ニ違背シタル場合、又ハ故意ヲ以テ事情上何等一定ノ處置ヲ講スル必要ナキニ拘ラス、職權ヲ濫用シ職務ニ假託シテ、下官ニ對シ一定ノ事項ヲ命シタル場合ニハ、其命令ハ違法ナリ。此場

合ニ下官ニ於テ上官ノ惡意又ハ過失ヲ知リテ猶且之ニ從ヒ、若クハ過失ニ因リ之ヲ知ラスシテ從ヒタルトキハ、其行爲モ亦違法ナリ。但此場合ニ於テ、其行爲ノ法律上ノ效力ハ別ニ之ヲ考察セラルヘカラス。蓋シ理論上違法ナル行爲カ適法ナル行爲ト同一ノ效力ヲ生スヘキ理由ナキハ當然ナルモ、法ハ時ニ、既ニ一定ノ行爲アリタルコトヲ以テ新ナル事情ト爲シ、別個ノ理由ニ依リテ適法行爲ト同一ノ效力ヲ生セシムルコトアルカ故ナリ。斯カル場合ニハ其效力ハ取消其他之ニ類スル手續ニ由リテ初メテ消滅ス。公法並ニ私法ノ區域ニ於テ違法行爲カ仍ホ法律上ノ效力ヲ有スルコトアルハ凡テ此理由ニ依ル。§ 321。

二 懲戒

懲戒ハ或ハ公務員ノ職務行爲タルコトアリ。例ヘハ小學校長、小學教員、小校令小感化院長感化法八、同矯正院長矯正法一ノ行フ懲戒ノ如シ。或ハ一人ノ權利義務トシテ之ヲ認ムルコトアリ。例ヘハ親權者又ハ後見人カ未成年者タル子又ハ被後見人ニ對シテ行フ懲戒權ノ如シ。民、八八二、九二一。而シテ懲戒權ノ範圍

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第二節 違法 (類型) 一
阻却原因 第一項 法令又ハ正當ノ業務 第二節 違法 (類型) 一
二三一

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第二節 違法 第二款 違法(類型) | 阻却原因 第二項 法令又ハ正當ノ業務

ハ、特ニ明文アル場合例、小學校ノ外ハ、一般社會觀念ニ依リテ定マルモノナレトモ、何レノ場合ニ於テモ、此種ノ行爲カ違法タラサルハ、職務行爲ノ場合ニ同シク、眞ニ懲戒ノ爲メニ行ハレ、且程度ヲ超エテ生スヘキ結果ニ付キ故意過失ナキ場合ニ限ル。

三 現行犯ノ逮捕

現行犯人ノ逮捕モ亦或ハ公務員ノ職務タルコトアリ。刑訴法 一、二、四。或ハ私人ニ權利トシテ許容セラル、コトアリ。同、一、二、五。

四 精神病者ノ監置

精神病者ノ監置モ亦或ハ公務員ノ職務タルコトアリ。精神病者 監護法七。或ハ私人ノ權利義務タルコトアリ。同、一、二。

五 或種ノ良俗ニ反スル行爲竊馬法四、娼妓取締規則。

刑法第三五條ニ所謂正當ノ業務ニ因リテ爲シタル行爲ハ正當ナル行爲ノ例示ナリ。蓋シ一般ニ正當ナル行爲ノ中特ニ業務的ナルモノ、ミカ違法阻却原因タルヘキ理由ナケレハナリ。正當行爲ノ主ナル場合左ノ如シ。

一 醫術

醫術 鍼術、灸術、按摩術等各 種ノ治療術ヲ含ムハ傷病治療ノ方法ニシテ、法律上正當行爲ナルコト疑ヲ容レス。從テ例ヘハ外科手術ニ於テ人ノ手足ヲ切斷シ腹部ヲ切開スルカ如キコトハ固リ違法ニアラス。然レトモ醫術カ違法タラサルハ其一般の性質ニ付テノ觀察ナルカ故ニ、具體的ノ場合ニ於ケル處置カ適當ヲ缺キタルトキハ、其不適當ナル點ニ付テ故意又ハ過失ノ責ニ任セサルヘカラス。又其處置カ不適當ナラサルモ、醫術ヲ受クル者又ハ之ニ代ル者ノ同意ヲ俟テ初メテ違法カ阻却セラル、場合ニ於テ、其同意ヲ得スシテ之ヲ行ヒタルトキハ §105 他ノ事情 例、緊急 避難ニ因リ違法カ阻却セラレサル限リ、其行爲ハ違法ナリ。但醫術カ業務トシテ行ハル、場合ニハ、通例免許ヲ受クルコトヲ要シ、之ヲ受ケスシテ醫業ヲ行フコトハ犯罪タレトモ 醫師法一、商科醫師法一、鍼術灸術營業取締規則一、二、按摩術營業取締規則一〇參照然カモ是レ單ニ無免許ノ點ノミノ問題ニシテ、治療行爲其者カ違法トナルニアラス。從テ無免許醫業タルノ故ヲ以テ暴行罪、傷害罪タルコトナシ。

醫術ニ關連シテ オイタナツ Euthanasic(死苦緩和)ノ問題アリ。死苦緩和トハ、傷病者ノ死

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第二節 違法 第二款 違法(類型) | 阻却原因 第二項 法令又ハ正當ノ業務

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第二節 違法 第二款 違法(類型) 一三四

カ當面且確實ニ豫想セラレ、而カモ苦痛甚タシキ場合ニ、其無益ナル苦痛ヲ除クカ爲メ、他ノ死ノ經過ヲ取ラシムル方法ヲ謂フ。「カンフル」注射、食鹽水注射ヲ見合ハスカ如キ不作爲ニ因ル死苦緩和カ正當ナルコトハ論ナシ。作爲ニ因ル場合 例ヘハ「モルヒネ」注射ニ因リテニ關シテモ理論上ハ同様ニ論スルヲ可トス(一)。獨逸ニ於ケル通説亦同様ナリ。

註(一) 本號ニ述ヘタル所ハ獨逸學者ハ從來凡テ之ヲ醫業權 (Ärztliches Berufsrecht) ノ當然ノ效力トシテ説明スルヲ例トス。然レトモ所謂醫業權カ權利トシテ認メラル、理由ト其效力ノ範圍トハ又本號ニ述ヘタル所ニ其根據ヲ置クモノニシテ、醫業權ノ觀念ヲ以テ以上ノ問題ヲ説明スルハ問題ヲ以テ問題ニ答フルモノナリ。

二 運動競技

相撲、柔道、擊劍、拳闘等ノ競技ハ他人ノ身體ニ對シ暴力ヲ用キルモノナレトモ、其當事者ノ合意ノ下ニ健全ナル興味ノ爲メニ行ハル、限り、運動競技トシテ常ニ正當ノ行爲タリ。但其行爲ヨリ傷害又ハ死ノ結果カ生シタル場合ニ於テ、其レカ不可抗力ニ因ルモノト見ルヘカラサルトキハ、故意又ハ過失ノ責

任ノ生スヘキハ勿論トス。運動競技ニ於ケル斯カル性質ハ其業務トシテ行ハル、ト否トニ因リテ區別ナシ。

三 友誼的行爲

知人間ニ於テ行ハル、罵詈、暴行 例、毆打等 等ハ其レカ友誼懇情ヲ前提トスル限リ違法ニアラス。但其場合ト程度トハ當事者ノ屬スル階級ニ因リテ異ル。此場合ノ行爲ノ性質ハ正當行爲ト見ルヨリモ寧ロ放任行爲ト見ルヘシ。

第二項 正當防衛

凡ソ危難ヲ豫防シ兇害ヲ排除スルハ、事大小トナク國家行政上ノ任務ニシテ、國家ハ之カ爲メニ諸般ノ施設ヲ定ム。然レトモ斯カル施設モ緊急ノ場合ニハ必スシモ適當ニ其機能ヲ發揮シ得ルモノニアラス。而カモ此場合ニ仍ホ被害者又ハ其救助者カ常ニ危難ヲ何等ノ形式ニ於テモ他人ニ轉嫁スルコトナク、且被害者自ラモ何等理由ナキ代償ヲ負擔スルコトナクシテ、之ヲ免ル、コトヲ得ルモノトスレハ、此點ニ關シ敢テ特別ナル法律上ノ問題ヲ生スルコトナシ。然

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第二節 違法 第二款 違法(類型) 一三四

レトモ事情ニ因リテハ、被害者又ハ救助者ハ此危難ヲ免レ又ハ免レシムルニ付テ、事實上他人ノ利益ヲ害セサルヲ得サル場合アリ。又他人ノ利益ヲ害セスシテ之ヲ免レントスレハ、被害者自ラ理由ナキ代償ヲ負擔セサルヲ得サル場合アリ。換言スレハ、二個ノ主體ヲ異ニスル同種又ハ異種ノ利益カ、事急ナルカ爲メ相衝突シテ兩立スルコトヲ得サル場合アリ。而シテ此種ノ何レノ場合ニ於テモ、被害者又ハ救助者ハ應急的ニ之カ解決ヲ圖ラサルヲ得サル結果トシテ、茲ニ緊急危難ヲ理由トスル各種ノ特別ナル關係ヲ生ス。

刑法上緊急行爲ニ關スル規定トシテハ第三六條^{正當防衛}及ヒ第三七條^{緊急避難}アリ。何レモ之ヲ罰セスト規定ス。然レトモ其罰セサル理由トシテ此種ノ行爲ノ一般規範上ノ性質カ如何ナルモノナルカハ極メテ困難ナル問題ニシテ、主トシテ緊急行爲トシテノ條件ヨリ推究シテ之ヲ明ニセサルヘカラス。此點ニ付テハ、今日ハ多ク之ヲ權利行爲又ハ放任行爲ノ何レカノ一トシテ統一的ニ見ントスル傾向アリ。然レトモ權利行爲爲^{説ニ付テ謂ヘハ、經驗的實在トシテノ法カ果シテ此種ノ葛藤ニ關シ夫々普遍妥當ノ當爲}ト定ムルコトヲ得ルヤハ頗ル

疑ナキ能ハス。是故ニ予ハ緊急行爲ヲ區別シ一部ヲ權利行爲^{法律的規範ノ積極的ニ立チ得ル場合}一部ヲ放任行爲^{法律的規範ノ積極的ニ立チ得ル場合}ト見ル説ニ依ラントス。於テハ、緊急狀態ハ違法性原因タルコトヲ注意スヘシ(§98註三)。

正當防衛(緊急防衛)(Notwehr, Légitime défense)トハ一般ニ謂ヘハ、急迫不正ノ侵害ニ對シ權利ヲ防衛スルコトヲ謂フ。之カ具體的條件ハ刑法第三六條第一項ニ之ヲ規定ス。曰ク急迫不正ノ侵害ニ對シ、自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ハ之ヲ罰セスト。尙盜犯等ノ防止及處罰ニ關スル法律^{昭和五年法律九號}第一條第一項ニ之カ説明的規定アリ。先ツ刑法ニ基キ具體的條件ヲ分説スレハ左ノ如シ。

一 急迫不正ノ侵害ニ對スル行爲ナルコト
急迫トハ現在^{刑三}ト謂フニ同シ。但實害ノ發生ハ現在ナラサルモ結果ニ對シ必然的ナル原因カ現在ナルトキハ仍ホ急迫ノ侵害タリ。又侵害カ既ニ加ヘラレタル場合ニ於テモ同一侵害カ繼續シテ加ヘラルヘキ情況アルトキ亦然リ。全ク加ヘ了リタル侵害ニ對シテハ正當防衛ナク、唯復讐アルノミ。

急迫ハ防衛行為ヲ行フ時ニ於テ急迫ナルヲ要セス。防衛行為カ效果ヲ生
スル時ニ於テ急迫ナルヲ以テ足ル。從テ一般的ニ盜賊豫防ノ爲メニ忍返シ
又ハ自發銃ヲ裝置スルカ如キハ正當防衛タルヲ妨ケス(一)。

註(一) 然レトモ防衛カ適法ナルカ爲メニハ、仍ホ同時ニ必要ノ程度ヲ超エサルコトヲ要ス。然
ルニ自發銃ヲ以テ不法侵入者ヲ初ヨリ無差別的ニ射殺スルカ如キハ、特別ノ事情ナキ限り比
較的平穩ナル現時ノ社會狀態ニ於テハ、此點ノ要件ヲ具ヘタルヤ否ヤニ付キ問題ヲ生スヘシ。
(§. III)。

侵害ハ其未タ急迫ナラサル以前ニ、被害者自ラ之ヲ回避シ又ハ官ノ處分ヲ
求ムルコトニ由リテ之ヲ防遏シ得ヘキニ拘ラス、之ヲ爲サ、ル場合ニ於テモ、
仍ホ現在タルニ至レハ、所謂急迫タルヲ妨ケス。蓋シ何人モ特ニ侵害ヲ免ル
、ニ付キ斯カル代價ヲ負擔セサルヘカラサル義務ヲ有セサレハナリ。然レ
トモ、侵害カ現在ナルモ、通例侵害ヲ免ル、カ爲メノ特別ノ代價ト考フヘカラ
サル程度ノ一舉手一投足ノ勞ニ由リテ之ヲ逃ル、コトヲ得ヘク、且之ヲ逃ル
ルコトカ敢テ不名譽不面目ト考フヘカラサルトキハ、所謂急迫ニアラス。從

來ノ通説ハ此場合ニ仍ホ急迫ノ侵害アリトシテ正當防衛ヲ認メタルモ、斯カ
ル場合ノ防衛ハ現代社會觀念ノ許サ、ル所ナリ。

侵害ハ急迫ニシテ且不正ナルコトヲ要ス。是レ通例緊急避難カ正對正
(Recht gegen Recht)ノ關係ト稱セラル、ニ對シテ、正當防衛カ正對不正 (Recht
gegen Unrecht)ノ關係ト稱セラル、所以ナリ。不正トハ違法ノ義ナリ。故ニ
不正ノ侵害ハ人ノ行為ニ限ル。但必スシモ犯罪タルコトヲ要セス。而シテ
違法ニ二義カ、一一般違法行為能力者ノ違法類型的ナル故意又ハ過失ニ基ク
行為ノミ獨リ違法ト謂フコトヲ得(1)。(§. §. 86. 從テ(二)權利又ハ義務行為ニ對

シテハ正當防衛ヲ行フコトヲ得ス。正當防衛其者モ亦權利行為ナルカ故ニ
之ニ對シテ更ニ正當防衛ヲ行フコトヲ得ス。(§. §. 110. 但違法ナル職務行為及
ヒ過剩防衛ニ對シテハ之ヲ行フモ妨ナシ。(§. §. 93. I. (1)違法行為無能力者
上ノ責任無能
力者ト異ル
ノ行為ニ對シテハ之ヲ許サス。唯刑法第三七條ノ條件ノ具ハル
場合ニ之ニ對スル緊急避難カ罪トナラサルニ止マル。(二)動物其他ノ物ニ因
ル侵害ニ付テハ場合ヲ別チテ考フルコトヲ要ス。即チ例ヘハ、動物カ全ク無

主ノ野獸ナルトキハ、不正侵害ノ問題ナク、又之ニ對スル反撃カ法律上ノ問題トナルコトナシ。稀ニ一般ニハ狩獵法違反トナルカ如キ場合ニモ、緊急避難トシテ罪タラサルヲ通例トスヘシ。例、禁獵期中野狐カ家鶏ヲ捕ヘタル場合ニ之ヲ殺スルカ如シ。(四)之ニ反シ、動物其他ノ物カ何人カノ所有ニ屬シ且其物ヨリ生スル侵害カ所有者ノ故意又ハ過失ニ基クトキハ之ニ對シテ正當防衛ヲ爲スコトヲ妨ケス。(五)又動物其他ノ物カ直接ニ侵害手段トシテ利用セラル、トキハ、第三者ノ所有タル場合ニ於テモ、之ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得(三)。

註(二) 過失ニ因ル侵害ニ付テハ不正侵害ナリヤ否ヤ明言セサル者多シ。明言スル者ノ中、然リト爲ス者ハ例ヘハ Allfeld 然ラスト爲ス者ハ Fenneck ノ如シ。

註(三) 是等ノ諸點中反對論アルモノハ、先ツ(二)ノ違法行爲無能力者ノ侵害ニ係ル場合ナリ。通説ハ一般違法行爲無能力者ノ行爲モ亦法律上客觀的ニ違法ナリトノ理由ヲ以テ之ニ對シ正當防衛ヲ認ムルニ傾ク。然レトモ不正ノ侵害ニ對シ正當防衛カ許サル、所以ノモノハ、法ノ否定ノ否定ト謂フカ如キ論理的反應ノ意味ニ因ルニアラス。不正侵害者カ爲スヘカラサルコトヲ爲サントシ、向カモ任意ニ之ヲ止メサル場合ニ被害者ヲシテ其意ニ反シテ侵害ヲ計受セシメ、又ハ特ニ逃避セサルヘカラサルカ如キ、代償義務ヲ負ハシムルコトヲ得サル結果トシ

テ、不正侵害者ヲシテ應急的ニ不利益ヲ負擔セシムル趣旨ニ過キス。從テ正當防衛ハ侵害者ノ側ニ於ケル侵害ヲ爲スヘカラサル義務ノ不履行ヲ前提トス。然カモ義務ノ不履行ノ觀念ハ全然規範意識ヲ缺ク一般行爲無能力者自身ニ付テハ之ヲ認メ得サルヲ以テ、此種ノ者ノ侵害ニ對シテハ正當防衛ヲ許スヘカラサルコト明ナリ。(§ 330)。次テ議論ノ存スルハ(四)ノ他人ノ所有ニ屬スル動物其他ノ物ニ因ル侵害ノ場合ナリ。此場合ニ之ヲ汎ク違法狀態ナリトシ、又ハ動物ニ因ル侵害ノ場合ニ限り、違法行爲無能力者ノ不正侵害ヲ認ムル立場ニ於テ、是トノ權衡上不正侵害ニ準スヘキ場合ナリトシテ、正當防衛ヲ認ムル説アリ。然レトモ所謂不正侵害ヲ以テ過失ニ因ル侵害ヲモ含ムモノト解スレハ、斯カル議論ヲ必要トスル事情ハ大ニ減少スヘシ。例ヘハ放置シアル他人ノ飼犬ノ侵害ニ對シテハ正當防衛ハ許サルヘシ。何トナレハ飼犬ノ徘徊ヲ制御セシメテ自由ニ放置スルハ飼主ノ過失ナレハナリ。而シテ斯カル見方ニ於テハ、法令又ハ慣習ニ依リ適當ナル間隔並ニ設備ヲ施シテ隣地トノ境界ニ接シテ建テラレ又ハ植ニラレタル建物、樹木等ニ對シテハ、暴風ノ際瓦ノ落下、樹枝ノ動搖等ニ因リテ隣地上ニ侵害ヲ生スル虞アル場合ニ於テモ、所有者ニ過失ナキカ故ニ、緊急避難ハ別問題トスルモ正當防衛ハ許サレサルヘシ。更ニ續テ問題トナルハ、(五)ノ利用セラル、動物又ハ其他ノ物カ第三者ノ所有ニ屬スル場合ナリ。此場合ニ此種ノ物ニ對スル關係ニ於テモ正當防衛ヲ許スハ、無關係ナル第三者ノ法益カ併セテ犧牲ニ供セラル、結果トナルモノナレトモ、法ハ已ムヲ

得ストシテ之ヲ許スモノト解スヘシ。蓋シ法益ノ意義ニ關スル予ノ見解ニ於テハ、例ヘハ正當防衛ノ爲メニ人ヲ殺スカ如キ、相手方ノ法益ト第三者タル國家ノ法益トカ併セテ葬ラル、場合ニ關シテモ同様ナル見解ヲ下スヘキカ故ナリ(註)。正當防衛ニ因ル各種警察規則違反ノ場合モ亦右ニ同シ。但防衛ノ爲メ第三者ノ「ステツキ」ヲ奪フカ如キハ緊急避難タリ。

侵害ハ通常現狀ニ對スル積極的侵害ナルコトヲ要スト解セラル。然レトモ斯カル制限ハ敢テ論理上ノ根據アルニアラス。消極的侵害ニテモ社會感情上ノ評價ニ依リテ相當ト認メラル、限リ、仍ホ侵害タリト謂フコトヲ得ヘシ。例ヘハ、裁判上強制執行ノ方法ニ依ラスシテ、正當防衛トシテ債權ノ取立又ハ家屋明渡ヲ強制スルコトヲ得サレトモ、開業ノ醫師カ故ナク診療ノ需ニ應セサル場合ニ、事情急迫ナルトキハ、正當防衛トシテ之ヲ脅迫シテ診療ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ。又故ナク要求ヲ受ケテ人ノ住居ヨリ退去セサル場合ニ付テ謂ヘハ、乞丐、押賣等ノ場合ハ別論トシ、債權者カ容易ニ退去セサルハ故アリテ然ルモノナルカ故ニ、之ニ對シテ正當防衛ハ許スヘカラス。然レトモ、家人ノ就寢時刻ニ至リテ仍ホ退去セサルカ如キ場合ニ

ハ、社會觀念上故ナク退去セスト見ルヘキカ故ニ、之ヲ許スヘキカ。但斯カル場合ノ強制手段ハ之ヲ自救權ノ行使ト解スル説アリ。自救權ノ行使ノ條件トシテ我私法上之ヲ如何ニ解スヘキカハ問題ナルモ、刑法上少クトモ正當防衛トシテハ第三者モ亦被害者ノ爲メニ之ヲ行フコトヲ得ルニ反シ、自救權ノ行使トシテハ被害者ノミ之ヲ爲シ得ルノ差アルコトハ明ナリ。從テ既ニ消極的侵害ヲ可ナリトスル以上、前記ノ手段ハ之ヲ正當防衛ト解シ、第三者ヲシテ仍其權利ヲ行フコトヲ得セシムルヲ適當トス。侵害カ犯罪タル場合ニ、犯罪トシテハ既遂ナルモ、侵害トシテハ仍ホ繼續中ナルコトアリ。例ヘハ、竊盜財物ヲ得タリトスルモ、其現場ニ於テ尙之ヲ取還シ得ヘキ情況ノ存スル場合ノ如シ。此場合ニ關シテモ、之ヲ正當防衛ト見スシテ、刑法第二三八條ノ規定ヲ根據トシテ自救權ノ行使ト見ル説アリ。領得罪、特ニ竊盜橫領ノ被害者又ハ第三者カ後日犯人カ賊物ヲ所持スル現行ヲ發見シタル場合ニ之ヲ取還スル爲メ正當防衛ヲ行フコトヲ得ルカハ問題ナリ。思フニ、斯カル場合ニ被害者ノ利益カ尊重セラレサルヘカラサルコ

盜犯等ノ防止及ヒ處罰ニ關スル法律第一條第一項參照。

野。

ト固リナレトモ、防衛者ニ於テ陷リ易キ種々ナル錯誤及ヒ所持者ノ側ニ於ケル種々ナル抗辯ノ可能モ亦適當ニ考慮セラレサルヘカラス。予ハ此點ヨリシテ、一般社會秩序ノ維持ノ爲メ斯カル場合ノ正當防衛ハ許サレサルモノト解ス。即チ斯カル侵害モ固リ一ノ侵害ナレトモ、唯急迫ナラスト見ルヘシ。

全然急迫不正ノ侵害ナキニ拘ラス 例ヘハ、精神病者ノ自然行爲ノ場合、又ハ相急迫手方戲ニ抜刀ヲ振上ケ斬掛カレル場合

不正ノ侵害アリト誤信シテ防衛ヲ行ヒタル場合ハ之ヲ誤想防衛又ハ錯覺防衛(Putativnotwehr)ト稱ス。此場合ノ責任ハ錯誤及ヒ過失ニ關スル一般原則ニ依リテ定マル。S. 311. (五)

二 自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メノ手段タル行爲ナルコト

權利ハ公權タルト私權タルト、人格權タルト財産權タルト、其他如何ナル種類ノモノタルトヲ問フコトナシ。又其成法上權利トシテ一定ノ名稱ヲ有スルヤ否ヤモ問題ニアラス。例ヘハ囚徒ニシテ逃走セントスル者自己又ハ他人ノ罪證ヲ湮滅セントスル者、偽造通貨ヲ頒布セントスル者等アル場合ニ於テ、急迫ノ事情アルトキハ之ニ對シテ正當防衛ヲ爲スコトヲ得。公然猥褻ノ

行爲ヲ爲シ風俗ヲ害セントスル者ニ對シテモ亦妨ハントスルコト通説ナリ。然レトモ他方ヨリ考フルトキハ、現實ノ法ノ限界ハ結局一般社會感情上ノ評價ニ依リテ定マル。S. 311. 從テ斯カル斟酌ノ下ニ於テハ、例ヘハ、演說會場ニ於テ公然安寧秩序ヲ害スル言論ヲ爲ス虞アル者アル場合ニ於テ、演說ヲ中止セシムル爲メ、之ニ對シ正當防衛ノ手段ヲ採ルコトヲ得ルヤハ、一般ニ言論自由尊重ノ傾向アル今日ニ於テハ問題ナリ。但個人ノ名譽ノ保護ニ關シテハ問題ナキカ如シ。

防衛ハ侵害ノ排撃ナリ。然レトモ根本ノ目的ハ法益ノ救済ナルカ故ニ、不正侵害ヲ排撃スルコトカ同時ニ救済セラルヘキ法益其者ヲモ滅却スル所以ナルトキハ許スヘカラス。例ヘハ、囚人ノ逃走又ハ犯人ノ罪證湮滅ヲ防ク爲メ之ヲ射殺スルコトヲ得ス。此場合ニハ拘禁權者判罰力法益ナリ。監獄官吏カ武器ヲ使用シ得ルハ監獄法ニ特別規定アルニ因ル(監獄法二〇)。

第三者カ他人ノ爲メニ正當防衛ヲ行フ場合ニ在テハ被害者ノ意思ニ反シテ爲スコトヲ得ス。但直接ノ被害者ニ於テ侵害ヲ承認シ又ハ之ニ對スル防衛ヲ欲セサルモ、重疊的ニ成立スル他ノ重要ナル違法カ阻却セラレサル場合

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第二節 違法 (類型) 一
阻却原因 第二項 正當防衛

ニ於テハ正當防衛ヲ妨クルコトナシ。例ヘハ、同意殺人ノ場合ノ如シ。自殺ヲ企ツル者アル場合ニ之ヲ逮捕抑留シ得ルコトニ付テハ警察官吏ニ付テハ法律ニ規定アルモ、行政執行法一、行政警察規則第三章二 一人ニ付テハ、之ヲ正當防衛トシテ解スヘシ。蓋シ自殺ハ國家ノ法益ニ對スル侵害ナレハナリ。註
他人ノ爲メニ正當防衛ヲ行フ第三者ハ公務員タルコトアルヘシ。此場合ノ防衛行爲ハ其職務ニ適合スル限り、同時ニ職務行爲タリ。

三 已ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ナルコト
已ムコトヲ得ストハ最小限度ノ義ナリ。而シテ茲ニハ侵害ヲ排撃スルニ

付テノ最小限度ナルカ故ニ、結局必要ナル程度ヲ超エサルコトヲ意味ス。必要ナル程度ヲ超ユトハ、例ヘハ、單純ナル腕力ヲ用キテ足ル場合ニ生命ヲ絶チ、氣勢ヲ示シ又ハ威嚇ヲ以テ足ル場合ニ實害ヲ加ヘ、第一彈ヲ斜射シテ足ル場合ニ直ニ侵害者ヲ正射スルカ如シ。從テ盜賊豫防ノ爲メノ自發銃ノ裝置ノ如キモ、一般ニハ、最初空彈發射シ、續テ第二發ノ實彈發射スルカ如キ裝置ナル場合ニ初メテ必要ナル程度ノモノト謂フコトヲ得ヘシ。斯カル複雑ナル裝置カ困難ナルトキハ別論ナ

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第二節 違法 (類型) 一
阻却原因 第二項 正當防衛

リ。是レ即チ如何ナル程度ノ防衛行爲カ必要ナルカハ凡テ各場合ノ特殊事情ニ依リ客觀的ニ定マル所以ニシテ、例ヘハ、同一侵害ニテモ、其夜陰ニ行ハル、ト晝間行ハル、トニ因リテ之ニ對スル防衛行爲トシテ必要ナル程度ニモ亦自ラ相異アルヲ免レス。斯クノ如クナルカ故ニ、例ヘハ、實際ニ威嚇ヲ以テ足ル場合ニ、防衛者カ偶々實害ヲ必要トスト判斷シタリトスルモ、是ニ由テ實害カ必要トナルモノニアラス。而シテ斯カル場合ノ防衛者ノ責任如何ハ錯誤カ如何ナル點ニ存スルカノ事情ニ因リテ異ル。即チ防衛者カ其程度ヲ超エタル手段タルコトヲ意識シツ、單純ニ適法ナリト考ヘタル場合ナルトキハ、法ノ錯誤ナルモ *strictly* 事實上必要ナル手段ナリト考ヘタル場合、例ヘハ、不正侵害者ヲ以テ威嚇ニ由リテ辟易スル者ニアラスト誤信シ、延テ實害ヲ必要トスト謂フ誤判ニ陥リタル場合ナルトキハ、事實ノ錯誤ナリ。strictly (五) 而シテ予ハ正當防衛ノ此要件ヲ必要性ト謂フ。

四 防衛行爲ヲ行フコトカ其場合ニ相當ナルコト
正當防衛ニ於テハ、緊急避難ノ場合ト異リ、其行爲ヨリ生スル害カ其避ケン

pan thean people

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第二節 違法 第二款 違法(類型) 一

トスル害ノ程度ヲ超ユルコトヲ妨ケス。然レトモ所謂一厘一錢ノ微ヲ防衛スル爲メ他人ノ生命ヲ奪フカ如キハ現代ノ社會觀念ヨリ謂ヘハ明ニ不當ナリ。從テ防衛行爲カ必要ノ程度ヲ超エサル場合ナリトスルモ其行爲ヨリ生スル害カ其避ケントスル害ニ對シ著シク不權衡ナルトキハ許スヘカラス。而シテ防衛行爲カ相當ナリヤ否ヤハ單ニ各場合ノ客觀的事情ノミナラス、各當事者ノ主觀的事情ヲ斟酌シテ決スヘキモノトス。予ハ正當防衛ノ此要件ヲ相當性ト謂フ。瑞西草案三二、編逸一九、二七年草案二四一參照。

五 防衛カ程度ヲ超エタル場合ハ之ヲ過剰防衛(Notwehr excess)ト謂フ。防衛ナラズ。第三六條第二項ハ此場合ニ付キ防衛ノ程度ヲ超エタル行爲ハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得ト規定ス。此場合ノ問題ニ二方面アリ。
(一)ハ客觀的の事實トシテノ過剰ノ態様ニシテ、之ニ又二アリ。
一ノ程度ヲ超エタル場合ニシテ、三ノ必要性ヲ缺クモノナリ。
二ノ程度ヲ超エサルモ、四ノ相當性ヲ缺クモノナリ。而シテ此場合ニ防衛カ其程度ヲ超エタリヤ否ヤハ行爲ノ結果ノ方面ノミヨリ觀察スヘキモノニアラ

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第二節 違法 第二款 違法(類型) 一

スシテ、行爲ノ性質ノ方面ヨリモ亦之ヲ觀察スルコトヲ要ス。例ヘハ、殺害手段カ防衛ノ程度ヲ超エタルモノト見ルヘキトキハ、其手段カ未遂ニ終リタル場合ニ於テモ仍ホ過剰防衛タリ。(二)ハ主觀的ナル意思ノ態様ニシテ、之ニ又三アリ。(一)ハ過剰防衛ノ事實ト其違法トヲ意識セル場合ナリ。例、勢ニ乘ン過剰防衛ヲ行フ場合、
(二)ハ過剰防衛ノ事實ヲ知ルモ、法ノ錯誤ニ因リ正當ナル手段ナリト考ヘタル場合ナリ。(三)ハ情況ノ錯誤ニ因リ事實上必要又ハ相當ナル手段ナリト考ヘタル場合ナリ。S. III. 此中一ハ故意ノ場合ニシテ問題ナシ。二及ヒ三ハ過失アレハ過失犯タル場合ナルカ故ニ、右ノ減免規定ハ則チ此過失犯ノ處罰ヲ標準トシテ適用セラルルモノトス。但法ノ錯誤ニ因ル過失犯ノ場合ハ刑法第三八條第三項ニ依リ故意犯ト同様ニ罰セララルル(§ 38 III)ニ斯ク解スレハ、右ノ規定ハ防衛行爲ヨリ豫見以外ノ過失の結果ノ發生シタル場合ニモ亦適用アル理ナリ。而シテ前記條項ニ於テ一般ニ斯カル斟酌カ加ヘラレタルハ、急迫ナル事情ノ下ニ冷靜ニ防衛ノ方法ヲ考量スルカ如キハ特ニ困難ヲ免レサル場合アルニ因ル。本條項ニ於ケル刑ノ減免ハ任意的トス。以上一乃至四ヲ以テ刑法ニ規定スル正當防衛ノ要件トス。此外尙急迫不正

ノ侵害ハ被害者ニ於テ違法ニ之ヲ誘發シタルニアラサルコトヲ要スルヤノ問題アリ。此點ニ付テハ說分ル。通說ニ依レハ先ツ人ヲ激昂セシメ相手方カ暴行ヲ加ヘ來ルヲ待テ之ヲ毆打スルカ如キ場合モ正當防衛タルヲ妨ケス。其理由トスル所ハ斯カル場合ニモ亦急迫不正ノ侵害アリト謂フニ在リ。思フニ正當防衛ハ急迫不正ノ侵害ノ存スル事情ニテ理由トシテ許サル、モノナルカ故ニ恰モ私法上他人ノ物ニ對スル惡意ノ加工者モ亦其所有權ヲ取得スルカ如ク^{民二四}不正侵害ノ違法ナル誘發者モ亦正當防衛ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス。此點ニ於テ右ノ見解ハ正當ナリ。然レトモ此場合ニ於テ法ヲシテ斯クノ如キ獨立ノ事實ヲ理由トシテ法律上ノ效果ヲ認メサルヲ得サラシメタル責任ハ別問題ナルカ故ニ被害者カ違法ニ斯カル事實發生ノ原因ヲ作爲シタル點ニ付キテハ別ニ故意ノ責ニ任セサルヘカラス。即チ法ハ全體トシテ違法ニ斯カル事實カ發生シ且之カ利用セラル、コトヲ欲セザルトモ既ニ事實カ發生シタル以上ハ該事實ヲ理由トスル關係ニ於テノ一般原則ニ依リテ正當防衛ヲ認メ其責ヲ問ハサルモノナリ。^{S. 91.} 從テ若シ不正侵害ノ誘發者カ具體的ノ場

合ニ於テ全然刑責ヲ免レント欲セハ急迫不正ノ侵害アルニ拘ラス自ラ回避シテ防衛ヲ見合ハスノ外ナシ。即チ斯カル場合ハ原因ニ於テ違法ナル行為トモ謂フヘキモノナリ。^{S. 91.} 但茲ニ注意ヲ要スルハ急迫不正ノ侵害ノ誘發ハ必ずシモ當ニ違法ナルニアラサルコト是ナリ。例ヘハ正當ナル行為ヲ行フ場合ニ相手方カ故ナク憤激シテ侵害ヲ加ヘ來ルカ如キ場合ハ事實上侵害ノ誘發ナルニ拘ラス之ヲ豫見シタル場合ト雖モ違法ニアラズ。從テ刑法上問題トナルハ不正ノ侵害ヲ誘發シ之ニ對シ防衛行為ヲ行フニ至ルコトカ全體トシテ違法ト考ヘラル、冒頭ノ設例ニ於ケル暴行ノ如キ場合ニ限ル。^{相手方カ因果關係ノ中斷能力ナキ責任無能力者ノ場合ニノ此理論ヲ認ムル者アリ(例、E. C.)。又斯カル場合ヲ權利濫用ト見テ之ニ由テ其違法ヲ説ク者アリ(例、牧野)。(S. 91.)。而シテ此見解ヲ徹底スレハ右ニ述フル所ハ不正侵害ノ誘發カ過失ニ因リテ行ハル、場合ニモ亦妥當スルコト明ナリ。例ヘハ他人ト激論ノ際自ラ先ツ暴言ヲ吐キタル者ハ相手方ノ報復的暴行ニ對シテ正當ニ防衛ヲ行フコトヲ得ヘキモ相手方ニ何等カノ結果カ生シタルトキハ過失犯ノ責ニ任セサルヘカラス。}

以上叙ヘタル所ハ刑法ニ於ケル原則ナリ。之ニ對シ盜犯等ノ防止及處分ニ

關スル法律第一條ニハ特別ノ規定アリ。其第一項ハ一定ノ場合ニ於ケル防衛ノ爲メノ殺傷行為ニ關スル説明的規定ニシテ、第二項ハ其レカ過失ニ出テタル一定ノ場合ニ付キ罪トナラサルコトヲ規定シタルモノナリ。即チ左ノ如シ。

- 一 殺傷行為ハ左ノ何レカノ場合ニ於テ行ハル、コトヲ要ス。
 - (一) 盜犯ヲ防止シ又ハ盜賊ヲ取還セントスルトキ
 - (二) 兇器ヲ携帯シテ、又ハ門戶牆壁等ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キテ人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若クハ船舶ニ侵入シタル者又ハ要求ヲ受ケテ此等ノ場所ヨリ退去セサル者ヲ排斥セントスルトキ
 - (三) 故ナク人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若クハ船舶ニ侵入シタル者又ハ要求ヲ受ケテ此等ノ場所ヨリ退去セサル者ヲ排斥セントスルトキ
- 前記各號ノ不正侵害ハ刑法第三六條第一項ニ所謂急迫ノモノナルコトヲ要ス。豫備ナルカ如キ場合ハ不可ナリ。又之ニ對スル防止行為ハ何人ニ因リ何人ノ爲メニ行ハルルモ妨ナシ。
- 二 殺傷行為ハ自己又ハ他人ノ生命、身體又ハ貞操ニ對スル現在ノ危險ヲ排

除スル爲メニ行ハル、コトヲ要ス。

現在ノ危險トハ急迫ノ侵害其者ニアラス。急迫ノ侵害ノ可能ヲ謂フ。即チ前記各號ノ防止行為ヲ行ハントスレハ、其結果トシテ斯カル急迫ノ侵害ヲ誘起スルニ至ルヘキ場合ナリ。例ヘハ、不正侵害者ニ對シ防止行為ヲ行ハントスレハ、侵害者ハ立ロニ兇器ヲ揮テ反抗シ來ルヘキ情況ノ存スル場合、危險ハ明文上生命、身體又ハ貞操ニ對スルモノニ限ル。但防止行為ヲ行フコトカ直接ニ貞操ニ對スル現在ノ危險ヲ誘起スルカ如キ場合ハ之ヲ想像スルコトヲ得サルカ故ニ、貞操ニ關シテハ、前記各號ノ規定ハ此等ノ防止行為ヲ行ヒ得ル不正侵害ノ現場ノ義ニ解スヘシ。從テ斯カル現場ニ於テハ、貞操ニ對スル現在ノ危險カ防止行為ニ關係ナクモ仍ホ殺傷ヲ行フコトヲ得。

生命、身體又ハ貞操ニ對シ斯カル現在ノ危險ノ程度ニ於テ尙殺傷行為ヲ行ヒ得ルニハ、其レカ同時ニ前記各號ノ不正侵害ヲ防止スルニ適シ且必要ノ程度ヲ超エサルコトヲ要ス。即チ(一)生命又ハ身體ニ付テ謂ヘハ、之ニ對スル現在ノ危險カ一旦急迫ノ侵害ニ變シタル後ニ於テハ不正侵害ノ防止ノ效果ヲ收ムルコト困難ナル場合ナルコトヲ要ス。又(二)貞操ニ付テ謂ヘハ、之ニ對シ

現在ノ危険アルトキハ、前記ノ如ク、別ニ不正侵害ニ對シ防止行爲ヲ爲スト否トニ拘ラス、該危険ヲ排除スル爲メ殺傷ヲ行フコトヲ得ルカ故ニ、此場合ニハ行爲者ノ目的ヨリ謂ヘハ、事實上貞操防衛カ主ニシテ、不正侵害ノ防止ハ附隨的效果ニ過キササルコトアリ。然レトモ此場合ニ於テモ殺傷ヲ行フニハ、尙其レカ不正侵害ノ防止行爲トシテモ必要ノ程度ヲ超エサルコトヲ要ス。

三 殺傷行爲カ前記二個ノ要件ヲ具備シタルトキハ當然ニ正當防衛ノ行爲トナル。

以上ハ第一項ノ趣旨ナリ。本項ヲ斯ク解スルトキハ、右ハ畢竟刑法第三六條第一項ノ適用ニ關スル説明的規定ニ過キス。從テ本條項ハ有ルモ可、無クモ亦可ナル規定ナリ。然レトモ立法上技術的ニハ貞操ニ關スル部分ハ之ヲ別項ト爲スヘキニ拘ラス、危険發生ノ事情ヲ異ニスル他ノ場合ト共ニ強テ之ヲ同一條項ニ於テ統一シタルカ爲メ解釋上幾多ノ疑義ノ餘地ヲ遺シタルハ遺憾ナリ。

四 第一項各號ノ場合ニ於テ、自己又ハ他人ノ生命、身體又ハ貞操ニ對スル現在ノ危険アルニ非スト雖モ、行爲者恐怖、驚愕、興奮又ハ狼狽ニ因リ現場ニ於テ

犯人ヲ殺傷スルニ至リタルトキハ罪トナラス(第二項)。即チ此場合ハ實質上過失ニ因ル過剰防衛ニ該ルモノナレトモ、右ノ一定ノ原因ニ依リ常ニ可罰類型ノミカ阻却セラルルモノナリ。

本項ノ可罰類型阻却原因トシテハ、客觀的ニ第一項各號ノ情況ノ存スル外、尙行爲者カ主觀的ニ恐怖等ニ因リテ生命其他ニ對スル現在ノ危険アリトノ錯誤ニ陥リタルコトヲ要ス。若シ之ニ反シ、錯誤カ第一項各號ノ不正侵害ナキニ拘ラス、之レアリトノ點ニ存スルトキハ、其レカ恐怖等ニ基因スル場合ニテモ可罰類型阻却原因トナラス。斯カル場合ハ所謂誤想防衛ニシテ錯誤及ヒ過失ニ關スル一般原則ニ從フ。

正當防衛ハ古來如何ナル時代、如何ナル社會ニ於テモ正當視セラレタルモノニシテ、夙ニ或ハ正當防衛ハ制定法ニ先ンスト謂ヒ、Cicero 或ハ正當防衛ニ歴史ナシト謂フ。Celsus 然レトモ斯カル言説ノミヲ以テシテハ、必スシモ其根據明ナリト爲スヘカラス。思フニ、初ニ述ヘタルカ如ク、緊急事情ノ下ニ於テハ一般ニ法益保護ノ通常手續ニ依ルコトヲ得サルニ基ク利益衝突ノ場合アリ。正當防

衛ノ特質ハ即チ此衝突ニ於テ被害者ヲシテ其意ニ反シテ侵害ヲ甘受セシメ、又ハ特ニ自ラ屈シテ逃避ノ勞ヲ採ラサルヘカラサルカ如キ代價ヲ負ハシムルコトヲ得サル結果トシテ、不正侵害者ヲシテ其解決ニ必要ナル犠牲ヲ負擔セシムル點ニ存シ、結局其根據ハ利益衝突ニ於ケル被害者ノ自己主張上ノ地位ノ優越性ニ外ナラス。從テ一派例、Hegelノ考フルカ如ク、侵害者ノ不利益負擔ヲ以テ法律上ノ論理的必然的反應トシ、應報又ハ制裁ト見ルハ當ラサルナリ。 § 97.

正當防衛ノ性質ニ付テモ議論アレトモ、之ヲ權利行為ト解スルコト通説ナリ。蓋シ正當防衛ハ右ニ述ヘタル被害者ノ地位ノ優越性ノ主張ナルカ故ナリ。從テ正當防衛ハ正當防衛權ノ行使ナルカ故ニ、相手方ハ之ニ對シ防衛ヲ忍受スルノ義務ヲ有ス。此見解ニ反對スル者ハ、正當防衛ハ權利行為ナルモ、然カモ相手方ニ忍受ノ義務ヲ生ナシ、權利行為ト解シナリト解シ、其理由トシテ、或ハ(一)不正侵害者カ防衛ヲ忍受シテ其侵害ヲ中止スレハ防衛者ハ更ニ防衛ヲ行フコトヲ得サルカ故ナリト説キ、或ハ(二)不正侵害者ハ反撃ヲ受止メ又ハ之ヲ避クルコトヲ得ルカ故ナリト説ク。然レトモ、此理由ハ共ニ非ナリ(一)。

註(一) 先ツ(一)ニ付テ謂ヘハ、不正侵害者カ侵害ヲ中止スレハ更ニ防衛ヲ行フコトヲ得サルハ明ナレトモ、是ヲ以テ正當防衛カ權利ニアラサル理由ト爲スコトヲ得ス。蓋シ權利存續ノ條件カ消滅スレハ如何ナル權利モ之ヲ行フコトヲ得サルハ當然ナルカ故ナリ。又論者ハ正當防衛ヲ忍受スル義務ト侵害ヲ中止スル義務ト同一視シ、防衛ヲ忍受スレハ事實上必然的ニ侵害ヲ中止スルニ至ルモノ、如ク理解スレトモ、此兩者ハ事實上觀念上別個ノモノナリ。從テ例ヘハ第三者カ被害者ノ爲メニ正當防衛ヲ行フカ如キ場合ニ於テハ侵害者ハ正當防衛ヲ忍受シ、侵害ヲ中止セサルコトモ不可能ニアラス。故ニ若シ此場合ニ侵害者ハ正當防衛ニ對シテ忍受ノ義務ナシトセハ、侵害者ハ常ニ一方ニ被害者ニ不正ノ侵害ヲ加ヘツ、他方ニ第三者タル防衛者ニ對シテ緊急避難 (§ 103)ヲ行フコトヲ得ルコト、ナルヘシ。次ニ(二)ニ付テ謂ヘハ、此理由ハ問題ヲ以テ問題ニ答フルモノニシテ、茲ニハ何故ニ、權利者ノ相手方タルニ拘ラス、忍受ノ義務ナキカヲ問題トスルモノナリ。

第三項 緊急避難

緊急避難 (Notstandshandlung, Acte nécessaire) トハ一般ニ謂ヘハ、或法益カ現在ノ危難ニ遭遇シタル場合(緊急状態) (Notstand, Etat de nécessité) ニ於テ之ヲ救済スル

爲メ他人ノ法益ヲ侵害スルコトヲ謂フ。從テ此意義ニ於テハ正當防衛モ亦緊急避難ノ一態様ナレトモ、Kohler、Feneck 正當防衛ハ正對不正ノ關係ヲ基本トスル點ニ於テ、正對正ノ關係タル緊急避難ト區別セラル。而シテ緊急避難ノ具體的條件ハ刑法第三七條第一項本文及ヒ第二項ニ之ヲ規定ス。前者ニ曰ク「自己又ハ他人ノ生命、身體、自由若クハ財産ニ對スル現在ノ危難ヲ避クル爲メ、已ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ハ、其行爲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、之ヲ罰セス」ト。先ツ此規定ニ付キテ説明スヘシ。

一 自己又ハ他人ノ生命、身體、自由若クハ財産ニ對スル現在ノ危難ヲ避クル爲メノ行爲ナルコト

現在ノ意義ニ付テハ既ニ之ヲ述ヘタリ。S. 300 危難ハ一切ノ危難ニシテ自然力ニ因ルモノト人爲ニ因ルモノトヲ問ハス。但人爲ニ因ル場合ニ於テハ其權利行爲ニ由來スルモノハ之ヲ除ク。從テ正當防衛ノ條件タル急迫不正ノ侵害モ亦一ノ危難ナルカ故ニ、此關係ニ於テ、被害者ハ正當防衛以外ニ仍ホ緊急避難ヲ行フコトヲ得。S. 200 違法行爲無能力者ノ行爲ニ因ル侵害ハ違

法ト謂フヘカラサルカ故ニ S. 300 之ニ對シテハ正當防衛ヲ行フコトヲ得サレトモ、緊急避難ノ條件ノ具ハル場合ニハ之ニ基テ反撃ヲ加フルハ妨ナシ。

法文ニ掲クル所ノ被害法益ハ種類ハ自己又ハ他人ノ生命、身體、自由若クハ財産ニ限ル。從テ文義上ハ名譽毀損、貞操蹂躪並ニ住居侵入ニ付テハ緊急避難ハ認めラレス。然レトモ今日ノ社會觀念ヨリ謂フトキハ、斯カル制限ハ理由アルモノト謂フヘカラサルヲ以テ、法文ハ主要ナル法益ヲ例示シタルモノト解シ、名譽並ニ貞操ハ身體又ハ自由ニ準シ、住居ノ安全ハ財産ニ準シテ考フベシ。

註(一) 從テ例ヘハ、違法行爲無能力者カ故ナク住居ニ侵入セントスルニ當リ、之ヲ防ク爲メ緊急避難ノ方法ヲ講スルモ妨ナシ。客觀的違法侵害ヲ認ムル通説ニ從ヘハ、斯カル場合ハ正當防衛トナル(S. 300 1)。

他人ノ爲メ緊急避難ヲ行フニ當リテハ、被害者本人ノ意思ニ反セサルコトヲ條件トスルコト正當防衛ノ場合ニ同シ。但此場合ニ於テモ、直接ノ被害者以外ニ同一事物ニ付テ法益ヲ有スル他ノ主體アルトキハ、其主體ニ屬スル法

益ノ爲メニ緊急避難ヲ行フニ付テ、直接ノ被害者ノ意思ニ反スルモ妨ナシ。危難ヲ避クル爲メノ行爲ハ如何ナル方法ニ於テ行ハルルモ問題ニアラス。或ハ直接ニ危難ノ原因又ハ媒介物ヲ除クカ爲メナルコトアルヘク正当防衛ニ該當スル場合ヲ、或ハ危難ノ原因又ハ媒介物ヲ除クカ爲メニ他人又ハ他人ノ物ヲ利用スルコトアルヘク、或ハ危難ヲ免ルル爲メ障礙トナル他人又ハ他人ノ物若クハ公共ノ利益ヲ害スルコトアルヘシ。

二 已ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ナルコト 已ムコトヲ得ストハ最小限度ノ義ナリ。從テ危難ヲ避クル爲メ已ムコトヲ得ストハ**最小限度ノ避難方法**ナルコトヲ謂フ。即チ其他ニ適當ナル避難ノ途ナキコトナリ。而シテ或行爲カ最小限度ノ方法タルカ爲メニハ(一)他ノ法律上適法ナル手段例、逃避シ、官ノ保護ヲ求メ、正當防衛ヲ行フ等カ效ヲ奏スル見込ナキコト(二)該避難行爲ヨリ生スル法益侵害ノ程度カ具體的ノ場合ニ於ケル他ノ可能ナル避難方法ニ比シテ最モ小ナルコトノ二條件ヲ必要トス。而シテ等シク**法文ニ「已ムコトヲ得スト」**ト謂フモ、**正當防衛ノ場合ニ於テハ、侵害者ヲ排撃スル爲メ已**

ムコトヲ得サルノ義ニシテ、右ニ謂フ所ハ之ト其目的ヲ異ニスルコトヲ注意スヘシ。獨逸學者ハ緊急避難ノ斯卡ル性質ヲ稱シテ緊急避難ノ**補充性**(Prinzip der Subsidiarität)ト謂フ。斯クノ如クナルヲ以テ、具體的ノ場合ニ於テ、果シテ已ムコトヲ得サリシヤ否ヤハ、行爲者ノ判斷如何ニ拘ラス、客觀的ニ定マル。此點ハ正當防衛ノ場合ニ同シ。W. v. S. 101.

三 避難行爲ヨリ生シタル害カ其避ケントシタル害ノ程度ヲ超エサルコト。避難行爲ヨリ生シタル害ハ正當防衛ノ場合ト異リ何人ノ法益ニ對スルヤヲ問ハサルカ故ニ、**一般公共ノ法益ニ對スルモノナルモ妨ナシ**。例ヘハ、出火ノ際家財ヲ道路ニ搬出シテ人車ノ往來ヲ妨害スルモ刑、一、二、四緊急避難タリ。但避難行爲ヨリ生スル**害ハ其避ケントシタル害ノ程度ヲ超ユルコトヲ得ス**。即チ(一)價值相等シキ法益ノ一方ヲ救済スル爲メ、他ノ一方ヲ害シ(二)又ハ價值ノ大ナル法益ヲ救済スル爲メ價值ノ小ナル法益ヲ害スルハ妨ナキモ(三)價值ノ小ナル法益ヲ救済スル爲メ價值ノ大ナル法益ヲ害スルコトヲ得サルモノトス(四)。而シテ害ノ大小ノ比較ノ標準ハ一般のニ之ヲ定ムルコト困難ニシ

テ、結局ハ適當ニ一般社會觀念及ヒ當事者各自ノ主觀的事情ヲモ考慮シテ決スルノ外ナシ。例ヘハ、通常ハ一人ノ法益中生命ヲ以テ最も大ナリトス。然レトモ婦人ノ貞操ノ如キハ屢々生命ニモ代ヘ難シトスルコトアリ。從テ斯カル婦人カ之ヲ保護スル爲メ、精神病者ヲ殺スハ不權衡ニアラス。又一般ニハ各人ノ生命ノ價值ハ同一ナリ。然レトモ場合ニ因リテハ、大人ト幼兒、普通人ト精神病者トノ比較ニ於ケルカ如ク、一人ノ生命必スシモ二人ノ生命ヨリ輕シトセス。其他財産的法益ノ如キ比較的ニ其判斷ノ容易ナルモノニ在リテモ、其價值ノ大小ハ單ニ大體ノ比較ニ止マル。公共的法益カ問題トナル場合、例ヘハ、前ニ掲ケタル出火ノ際家財ヲ搬出シテ人車ノ往來ヲ妨害スルカ如キ場合ニ於テハ、二個ノ法益カ其種類ヲ異ニシ、其大小容易ニ決シ難キヲ通例トス。斯カル場合ニハ其價值寧ロ相等シト見ルヘシ。而シテ本項ノ條件ハ之ヲ緊急避難ノ指針 (Prinzip der Proportionalität) ト謂フ。

註(二) 各場合ヲ例示スレハ、(一)ハ海中ニテ溺レントスル二人カ互ニ一枚ノ板ヲ爭ヒテ相手方ヲ溺死セシメ、漂流船中ニテ食物ノ盡キタル場合ニ船員ノ一人ヲ殺シテ其肉ヲ喰ヒ、出火ノ際延

燒ヲ防ク爲メ隣接セル建物ヲ破壊シ、河川出水ノ際甲地域ノ堤防ノ決潰ヲ免ルル爲メ乙地域ノ堤防ヲ破壊シテ水勢ヲ緩和シ、洪水ノ際泄水ノ爲メ道路、軌道等ヲ破壊シ、暴風ノ際隣家ノ樹枝ノ動搖ニ因ル壁ノ損壞ヲ免ルル爲メ樹枝ヲ切ルカ如シ。(二)ハ雇人カ強盜ノ爲メ脅迫セラレテ主人ノ金庫ヲ開キテ金員ヲ交付シ、難産ノ際母體ヲ救済スル爲メ墮胎ヲ行ヒ、人命救助ノ爲メ醫師ヲ迎ヘ其他必要ナル處置ヲ講スルニ當リ、無斷ニ他人ノ自動車自轉車船舶等ヲ使用シ、又ハ他人ノ住居ニ侵入シテ電話ヲ掛ケ、若クハ田畠ヲ通行シテ立毛ヲ蹂躪シ、水火災ノ際他人ノ材料ヲ徵發シテ使用スルカ如シ。(三)ハ下婢カ竊ニ主婦ノ指環ヲ嵌メ其抜ケサルニ至リタル場合ニ、之ヲ抜キ取ル爲メ、下婢ハ指環ヲ切斷スルコトヲ得レトモ、主婦ハ下婢ノ指ヲ斬落スコトヲ得サルカ如シ。

以上ハ緊急避難ノ條件ニシテ、一般ニハ違法タルヘキ行爲モ、右三個ノ條件ヲ具フルトキハ、原則トシテ違法ヲ阻却ス。此外立法例ニ因リテハ、緊急状態ノ發生カ避難行爲者ノ過失ニ基カサルコト (Unverschuldetheit) ヲ條件トスルモノアリ。例、獨刑、五四、伊刑、四九。此條件ハ解釋如何ニ因リテ當否分ル。即チ其趣旨ニシテ、若シ避難者ニ過失アルトキハ、過失的避難者ハ被害者本人タルコトアリ、又親カ其同伴セル子難トシテノ取扱ヲ爲サスト謂フニ在リトセハ此條件ハ明ニ不當ナリ。Kohler 何

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第二節 違法 第二款 違法(類型) | 阻却原因 第三項 緊急避難

トナレハ斯カル解釋ノ下ニ於テハ、例ヘハ、荒天ノ下危險ヲ冒シテ乘船シタル者カ船舶覆没ノ際他人ノ取籠カレル浮輪ヲ奪テ避難行爲ヲ爲シ之ヲ溺死セシメタリトセハ、通常ノ殺人罪ヲ犯シタルモノトナルカ故ナリ。若シ又此條件ニシテ緊急避難ヲ行フニ至リタルニ付テ故意又ハ過失アルトキハ、別ニ夫々其責ニ任セシムルノ趣旨ナリトセハ、是レ當然言フ俟タサル所ニシテ、Baumgarten 斯カル規定ヲ缺ク我刑法ノ下ニ於テモ、故意過失及ヒ因果關係ニ關スル一般原則ノ適用上其解釋ハ當ニ同一ナラサルヘカラス。蓋シ緊急避難ハ正當防衛ト同シク、危難其者ヲ獨立ノ事由トシテ其限りニ於テノ認メラルルモノナルカ故ナリ。
 S. 39. 從テ何レノ趣旨ニ於テモ前記ノ條件ハ特ニ之ヲ獨立ノモノトシテ掲クヘキモノニアラス(二)。

註(一) 本文ノ見解ニ依レハ、設例ノ場合ニ於ケル他人ノ浮輪ヲ奪ヒテ之ヲ溺死セシムルカ如キ行爲ハ、理論上ハ殺人罪ニアラスシテ過失致死罪ナリ。又下婢カ主婦ノ指環ヲ奪メ其抜ケサル場合ニ之ヲ切斷スルカ如キハ、故意ノ損壞罪(刑二六一)ニアラスシテ、刑法上罪トナラサル過失ニ因ル權利侵害ノ行爲ナリ。大審院ハ嘗テ「刑法第三七條ハ、現在ノ危難カ、行爲者ノ有

實行爲ニ因リ生シタルモノニシテ、社會ノ通念ニ照ラシ、已ムコトヲ得サルモノトシテ、其避難行爲ヲ是認スヘカラサル場合ニ於テハ、之ヲ適用スルコトヲ得スト判示シタルコトアリ。(大審判、大正一三、一二、一日宣告)。然レトモ以上述ヘタル見解ヨリ謂ヘハ、該判旨カ斯カル制限ヲ認メタルハ、緊急避難其者ノ性質ト緊急避難ヲ爲サ、ルヲ得サルニ至レル當初ノ過失的態度ニ基ク責任ノ問題ト區別セサルニ懸スルモノニシテ、畢竟根本ニ於テ、或行爲カ緊急避難タル限り、當ニ一切ノ關係ニ於テ無責任ナルモノト速斷シタルニ因ル。

右ノ如ク、被害者ノ過失ハ其緊急避難ヲ妨グルコトナシトスレハ、他人カ被害者本人ノ爲メニ避難行爲ヲ行フ場合ニ於テ、本人自身ニ過失アルモ、其避難行爲ノ性質ニ影響ヲ及ホスコトナキハ明ナリ。然レトモ斯カル場合ニ於テモ、被害者ハ其過失カ全體ノ結果ノ原因タルトキハ、避難行爲者タル他人ノ行爲ノ結果ニ付キ責任アリ。但被害者カ反對意思ヲ有シ且其反對意思カ避難行爲者ノ行爲ヲ妨グル性質ノモノナルトキハ別論ナリ(S. 101)。

緊急避難ニ關シテモ、誤想避難(錯覺避難)ト稱スヘキ場合アリ。S. 39. 又過剩避難ト稱スヘキ場合アリ。刑法第三七條第一項但書ハ之ニ關シテ「但其程度ヲ超エタル行爲ハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得」ト規定ス。而シテ此場合ノ問題ニモ正當防衛ト同シク二方面アリ。即チ主觀的方面ニ於テハ、

實行爲ニ因リ生シタルモノニシテ、社會ノ通念ニ照ラシ、已ムコトヲ得サルモノトシテ、其避難行爲ヲ是認スヘカラサル場合ニ於テハ、之ヲ適用スルコトヲ得スト判示シタルコトアリ。(大審判、大正一三、一二、一日宣告)。然レトモ以上述ヘタル見解ヨリ謂ヘハ、該判旨カ斯カル制限ヲ認メタルハ、緊急避難其者ノ性質ト緊急避難ヲ爲サ、ルヲ得サルニ至レル當初ノ過失的態度ニ基ク責任ノ問題ト區別セサルニ懸スルモノニシテ、畢竟根本ニ於テ、或行爲カ緊急避難タル限り、當ニ一切ノ關係ニ於テ無責任ナルモノト速斷シタルニ因ル。

右ノ如ク、被害者ノ過失ハ其緊急避難ヲ妨グルコトナシトスレハ、他人カ被害者本人ノ爲メニ避難行爲ヲ行フ場合ニ於テ、本人自身ニ過失アルモ、其避難行爲ノ性質ニ影響ヲ及ホスコトナキハ明ナリ。然レトモ斯カル場合ニ於テモ、被害者ハ其過失カ全體ノ結果ノ原因タルトキハ、避難行爲者タル他人ノ行爲ノ結果ニ付キ責任アリ。但被害者カ反對意思ヲ有シ且其反對意思カ避難行爲者ノ行爲ヲ妨グル性質ノモノナルトキハ別論ナリ(S. 101)。

緊急避難ニ關シテモ、誤想避難(錯覺避難)ト稱スヘキ場合アリ。S. 39. 又過剩避難ト稱スヘキ場合アリ。刑法第三七條第一項但書ハ之ニ關シテ「但其程度ヲ超エタル行爲ハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得」ト規定ス。而シテ此場合ノ問題ニモ正當防衛ト同シク二方面アリ。即チ主觀的方面ニ於テハ、

過剰ノ事實ト其違法トヲ知レル場合、事實ヲ知ルモ違法ヲ知ラサル場合及ヒ事實其者ニ錯誤アリタル場合ニ於テ夫々根本ノ責任ヲ異ニス。又客觀的方面ニ於テハ、過剰ノ態様ニニアリ。一ハ避難行為ヨリ生シタル害避ケントシタル害ノ程度ヲ超エタル場合ニシテ、前掲三ノ均衡性ノ條件ヲ缺クモノナリ。二ハ前記ノ程度ヲ超エサルモ、尙最小限度ヲ超エタル場合ニシテ、例ハ、他人ノ地域内ヲ通行スル必要アル場合ニ、橋ヲ乘リ越スコトヲ得ルニ拘ラス、之ヲ破壊シテ通行スルカ如シ、前掲二ノ補充性ノ條件ヲ缺クモノナリ。前記但書ノ規定ハ文義上前ノ場合ノミニ關スルカ如クナルモ、後ノ場合ヲモ包含スルコト明ナリ。五。〇〇〇又右ノ規定ハ豫見セサル過失的結果カ程度ヲ超ユルニ至リタル場合ニモ適用アルコト正當防衛ノ場合ニ同シ。程度ヲ超エタルヤ否ヤカ結果ノミヨリ見スシテ行為ノ性質ニ付テモ考フヘキモノナルコト亦然リ。

緊急避難ハ、前記刑法第三七條第一項本文ノ條件ヲ具フルトキハ、一般ニ違法タラサルコトヲ原則トスレトモ、是レニハ多少ノ例外アリ。即チ同條第二項ニ依レハ、前項ノ規定ハ業務上特別ノ義務アル者ニハ之ヲ適用セストアリ。是レ明文ノ有無ニ拘ラス、軍人、警察官、監獄官吏、消防組員、船員、醫師、看護婦、登山強力等

凡ソ業務上冒險ノ義務アル者ニ付テハ、自己ノ生命、身體等ニ對スル現在ノ危難ヲ理由トシテ緊急避難ヲ爲スコトヲ許サ、ル趣旨ニ出ツルモノナリ。明文アル人ニ關スル陸海軍刑法、海員ニ關スル海員法五二、五五、五六。然レトモ此種ノ業務者カ緊急避難ヲ爲シ得サルハ純粹ニ自己ノ爲メニスル場合ノミ。公益ノ爲メ又ハ他人ノ爲メニスル行為ハ固リ妨ナシ。又軍人、海員等ノ場合ヲ除キ、其他ノ場合ニ於テ、冒險カ無効ナルコト明ナルトキハ、緊急避難トシテ其業務ヲ行ハサルモ妨ナシ。例ハ、警察官ハ、自ラモ見込全然ナキ場合ニハ、人命救護ノ爲メ、激流ニ投スル義務ナシ。而シテ是等ノ問題ハ何レモ業務者ノ義務ノ内容如何ニ因リテ定マル(一)。

註(一) 右ハ通説ニ從テ一應ノ説明ヲ爲シタルモノナリ。然レトモ嚴密ニ論スレハ、刑法第三七條第二項ノ規定ハ敢テ特ニ之ヲ置カサルヘカラサル必要アルモノニアラス。蓋シ其理由ハ、法文ニハ「業務上特別ノ義務アル者」トアレトモ、是レ現行刑法起案者一流ノ業務觀ニ基クモノニシテ、特別ノ義務ハ理論上必スシモ業務ニ由來スルコトヲ要スルモノニアラス。是レ恰モ刑法第三五條ノ正當行為カ必スシモ正當ノ業務行為タルコトヲ要セサルニ同シ。即チ此場合ノ特別義務ハ唯緊急避難ヲ行フヘカラサル義務ナレハ足り、業務的ナルコトハ、唯斯カル義務

務カ慣習ニ依リテ成立スル場合ニ、其解釋ノ資料タルニ過キス。而シテ如何ナル場合ニ斯カ
ル義務アリヤハ、凡テ各種ノ義務ヲ定ムル一般規範ノ内容ニ從テ定マル事項ニシテ、例ヘハ受
刑者ハ自己ノ生命又ハ自由ニ對スル現在ノ危難ヲ理由トシテ逃走スルコトヲ得サルカ如キ、
又民事上強制執行ヲ受クル債務者ハ財産ニ對スル危難ヲ理由トシテ之ヲ隱匿スルコトヲ得
サルカ如キモ亦實ハ此種ノ義務ナリ。論者或ハ斯カル場合ヲ目シテ當然ナリトシ、刑法第三
七條第二項ニ關係ナシト謂ハンモ、同條項ハ凡テ當然ノ場合ヲ規定シタルモノナリ。上述ノ
如クナルヲ以テ、假ニ誤解ヲ防ク爲メ同條項ヲ設クルノ必要アリトスルモ、業務上ノ文字ハ全
ク無意味ナリ。

緊急避難ノ根據並ニ其行爲ノ性質ニ付テハ從來學說ノ甚タシク分ル、所ナ

一 主觀說

此說ハ緊急避難カ無罪タル理由ヲ行爲者ノ主觀ニ求ムルモノニシテ、其見解ニ依レハ、凡ソ吾人
ハ緊急状態ニ在リテハ、常ニ精神上抗拒スヘカラサル一種ノ強制ヲ受ケ、之カ爲メニ意思ノ自由ヲ
喪失スルモノナルカ故ニ、此状態ニ於ケル吾人ノ行爲ハ凡テ責任能力ヲ缺ケルモノナリトス。是
ノKant, Feuerbach 以來ノ見解ニシテ、佛刑法、我舊刑法是ニ依ル。然レトモ緊急避難ノ範圍漸次廣
キヲ致セル今日ニ於テハ、此說ヲ以テ一般ノ根據ト爲スコトヲ得ス。(s. §§ 73, 116. 註 三)。

二 違法行爲說

此說ハ緊急避難ヲ以テ本質上違法行爲ナリトシ、唯刑法カ之ヲ罰セサルニ因リ罪トナラスト解
スルモノナリ。(Halschner, Birkeneyer, Frank, Finger, Janka)。然レトモ此見解ニ依レハ、緊急避難ニ對
シテ正當防衛ヲ許サ、ルヲ得サルハ不當ナリ。

三 權利行爲說

此說ハ緊急避難ヲ以テ權利ノ實行ナリトシ、從テ相手方ニ忍受ノ義務アリト解スルモノナリ。
此見解ハ Grotius, Pufendorf ニ始マル。而シテ近代ノ學者ハ多ク之カ爲メニ緊急權(Notrecht)ナル觀
念ヲ認ム。(Liszt, Stammler, H. Meyer, Kohler)。然レトモ緊急避難ノ凡テノ場合ヲ權利ノ實行ト解ス
ルトキハ、價值ノ相等シキ法益カ共ニ緊急状態ニ在ルトキハ、理論上權利ノ衝突ナル一般法理ニ矛
盾セル觀念ヲ承認スルカ、又ハ相手方ニ先チテ避難行爲ニ著手シタル者ノミ適法ナル權利者タリ
ト謂フカ如キ不公平ナル結論ヲ生スルニ至ル。

四 放任行爲說

此說ハ緊急避難ヲ以テ法ノ保護セス又禁止セサル行爲ナリト爲スモノナリ。此說ハ Fichte ニ
始マル。而シテ氏カ其理由トシテ説ク所ハ、凡ソ二個以上ノ法益カ相衝突スル場合ニ於テハ法ハ
其何レニモ加擔スルコト能ハサル結果トシテ、之ヲ自然ニ放任シ、其結果ヲ待チテ初メテ之ヲ保護
スルノ外ナシ。換言スレハ緊急状態ニ於テハ法律秩序ハ姑ク其作用ヲ停止スルモノナリト謂フ

ニ在リ。今日ノ學者中ニハ、法ノ保護セス又禁止セサル行爲モ亦一種ノ法律上ノ行爲ナルカ如ク説ク者アルモ、要スルニ相手方ニ忍受ノ義務ヲ生サル以上ハ、根本ノ趣旨ニ於テハ相同シキカ如シ。(牧野、泉二' Allfeld, Bar, Binding, Ferneck)。

五 折衷説(法益秤量説) (Kollisionsheorie od. Güterabwägungstheorie)

折衷説ハ權利行爲説(緊急權説)ヲ主トシ、之ニ依テ説明シ得サル場合ニ、從トシテ違法行爲説(Bei-ner, Doert) 又ハ放任行爲説(Being)ニ依ラントスルモノナリ。即チ之ニ依レハ、避難行爲ヨリ生スル害カ其避ケントスル害ヨリ小ナル場合ニノミ緊急權ノ實行タリ。

思フニ緊急避難ハ緊急状態ニ於ケル二個ノ利益ノ衝突ノ解決方法ニシテ、此點ハ正當防衛ニ異ルコトナシ。而シテ此場合ニ何レカ一方ノ利益カ犧牲タラサルヲ得ストスレハ、自己主張上ノ地位ノ優越ヲ保持シ得ル者ハ、當然比較的大ナル法益ノ主體タラサルヘカラス。此點ハ正不正カ地位ノ優劣ヲ定ムル正當防衛ノ場合ト異ル所ナリ。§ 3100. 而シテ斯カル場合ニ於ケル避難行爲カ被害者ノ地位ノ優越ノ主張ナリトセハ、其行爲ノ性質ハ又之ヲ權利ト見サルヘカラス。從テ例ヘハ暴漢ニ襲撃セラレ避難ノ爲メ他人ノ住居内ニ遁竄セントスル者アル場合ニ於テハ、住居者ハ門戸ヲ閉鎖シテ之ヲ妨クルコトヲ得ス。蓋シ緊

急避難カ權利行爲タル以上、住居者ハ之ヲ忍受スヘキ義務アルカ故ナリ(二)。但忍受義務ハ單ニ避難者ノ行爲ヲ忍受スルノミノ義務ニシテ、其要求ニ應シテ特ニ閉鎖シアル門戸ヲ開キテ逃入ラシムルカ如キコトヲ含マス。而シテ以上ハ相衝突スル二個ノ法益ニ大小輕重ノ差アル場合ノ觀察ナルモ、其相等シキ場合ニハ、或特殊ノ場合以外ニハ、普遍妥當ナル而カモ經驗的實在トシテノ法律の規範ノ成立ハ到底之ヲ望ムヘカラス。換言スレハ、斯カル場合ニハ、刑法第三七條第二項ノ適用アル場合 § 3104. ヲ除キテハ、其他一般ニ法律秩序ハ一時其作用ヲ停止スルモノナリ。從テ避難行爲ハ其一部ハ所謂放任行爲タラサルヘカラス (11)。

註(一) 但事情ニ因リ同一危難カ住居者ニ及フカ如キ虞アル場合ハ別論ナリ。又住居者カ避難者ニ對シ一層逃避ニ便宜ナル場所ヲ指定スルカ如キコトニ由リ情況ノ變更アリタルトキハ、住居侵入ハ唯一最適當ノ方法ニアラサルコト、ナルカ故ニ、避難者ハ住居侵入ノ權利ヲ失フ結果トシテ、住居者ハ忍受ノ義務ナシ。

註(二) 上叙ノ如ク、刑法上避難行爲ニハ權利行爲ト放任行爲トノ二種アリ。從テ嚴密ニ謂ヘハ、

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第二節 違法(類型) | 阻却原因 第三項 緊急避難

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第二節 違法 第二款 違法(類型) | 二六八
| 阻却原因 第四項 被害者ノ同意
避難行為一般ニ直リテ之ヲ行フモ違法タラスト謂フ意義ヲ表ハス爲メ「爲スコトヲ得」ト謂フ
文字ヲ用ユルハ不當ナレトモ是レ固リ便宜ニ從ヘルノミ。

第四項 被害者ノ同意

被害者ノ同意(Einwilligung des Verletzten, Consentement de la partie lésée)カ一般規範
上並ニ刑法上行爲ノ違法性並ニ可罰性ノ上ニ如何ナル影響アリヤニ關シテハ
見解區々ナリ。然レトモ是レ主トシテ所謂法益ノ意義從テ被害者ノ意義ニ關
スル見解ノ一樣ナラサルニ因ル。從テ此問題ヲ考フルニハ先ツ被害者ノ意義
ヲ明ニシ次ニ同意ノ條件其他ニ及フヲ順序トス。

既ニ述ヘタルカ如ク、**法益**トハ事物其者ニアラスシテ事物トノ關係ニ於テ成
立スル法ノ保護スル利益ナリ。從テ所謂被害者モ事實上害セラレタル事物其
者ノ主體ニアラスシテ事物ニ對シテ有スル利益關係ヲ害セラレタル主體ナリ。
被害者ノ意義ヲ右ノ如ク定ムルトキハ同一事物ニ關シテ多數ノ被害者ノ存ス
ルコトヲ妨ケス。例ヘハ既ニ論シタルカ如ク人ノ生命ニ付テ謂ヘハ其上ニハ

本人、親族並ニ國家ノ法益カ各獨立ニ成立ス。從テ人ノ生命ヲ絶ツ場合ニハ通
常是等ノ主體カ被害者トナル。又從テ本人カ自己ノ生命ノ侵害ニ同意スルモ、
他ノ主體ノ法益ノ存續スル限リ其生命ヲ害スルコトハ違法ナリ(1)。
S. 33 33.

註(一) 斯カル觀察ニ對シテ反對スル者ハ如何ナル法益ニ在リテモ同時ニ直接間接ニ國家ノ法
益ノ併存セサルモノナシト謂フモ既ニ論者自ラ直接間接ノ區別アルコトヲ認ムルカ如ク事
物ノ性質如何ニ依リ國家ノ有スル利害關係ニハ大ナル程度ノ差別アリ。國家カ一私人ノ所
有物ニ對シ直接ニ法益ヲ有スルハ例ヘハ國寶破壞ノ如ク所有者ノ自己ノ所有物ニ對スル行
爲ニテモ罪トナルカ如キ場合ニ限ル(國寶保存法二一)。

被害者ノ同意トハ便宜上ノ一般的名稱ニシテ其法律上ノ性質ハ場合ニ因リ
テ一樣ニアラス。或ハ私法上ノ契約又ハ單獨行爲タルコトアルヘク或ハ公法上
ノ命令許可其他ノ處分タルコトアルヘシ。何レノ場合ニ於テモ其同意トシテ
成立スルカ爲メニハ(一)當該規範ノ前提スル一定ノ能力(又ハ權限)(二)瑕疵ナキ意
思表示(場合ニ因リ瑕疵ハ(三)其他當該規範ニ方式其他ノ要件ノ定メアルトキハ其
要件ヲ具フルコトヲ要ス。而シテ或法益ノ主體又ハ其機關カ此成立條件ノ下
ニ自己又ハ本人ノ法益ノ侵害ニ同意シタルトキハ其限リニ於テハ常ニ如何ナ

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第二節 違法 第二款 違法(類型) |
| 阻却原因 第四項 被害者ノ同意

ル侵害ニ付テモ違法ヲ阻却ス。§ 33. 是レ當然ノ事理ニシテ、通常謂フ所ノ「被害者ノ同意」カ其處分シ得ヘキ法益ニ關スリ限り、之ニ對スル侵害ニ付テハ違法ヲ阻却スト謂フ原則ハ、以上ノ意義ニ於テ初メテ正當ナリ。

自害自己侵害ニ關スル原則モ凡テ右ニ叙ヘタル所ニ準シテ考フヘシ。

被害者ノ同意ノ效力ハ、被害者及ヒ同意ノ意義ヲ嚴密ニ論スレハ、以上ノ如シ。

然レトモ通常ノ見解ニ從ヒ、狹ク所謂直接ノ被害者例、人格罪ニ於ケル本人ノミヲ財產罪ニ於ケル所有者以テ被害者ト稱シ、又廣ク價值ナキ同意ヲモ同意ト稱スルノ例ニ倣フトキハ、被害者ノ同意ノ效力ハ一樣ニアラス。之ヲ區別シテ論スレハ左ノ如シ。

一 違法ヲ阻却スル場合

或事物ニ關シ被害者ノミノ法益カ成立スルトキハ、被害者ノ同意ハ侵害行為ノ違法ヲ阻却ス。例ヘハ、竊盜罪毀棄罪ニ於ケルカ如シ。又同時ニ公共的法益カ併存スル場合ニ於テモ、國家カ被害者カ自己ノ法益ニ對スル侵害ニ同意シタルコトヲ條件トシテ一般的ニ公共的法益ニ對スル侵害ニ同意セルモノト考フヘキトキ亦同シ。例ヘハ、擊劍、相撲等身體ニ對シテ腕力ヲ加ヘ、又ハ

醫師カ患者ニ輸血スル爲メ健康者ノ血液ヲ取ル場合ノ如シ。§ 36.

二 違法ヲ阻却セスシテ、可罰類型ノミヲ阻却スル場合

或事物ニ關シ成立スル法益上ノ侵害ニ付キ被害者ノ同意アルモ、同時ニ併存スル他ノ法益ノ主體ノ同意ナキ場合ニハ、此點ニ於テ侵害行為ハ違法タルヲ免レス。然レトモ主タル法益主體ノ同意アルノ故ヲ以テ、場合ニ因リ之ヲ一定ノ可罰類型ヨリ除外シ、刑罰ノミヲ科セサルコトアリ。例ヘハ、誓約ヲ爲スニ當リ依頼ニ依リ相手方ノ小指ヲ切斷スル場合ノ如シ。

三 違法ヲ阻却セスシテ、科刑ヲ減輕スル場合

前同様ノ場合ニ於テ、被害者ノ同意カ侵害行為ノ違法ヲ阻却スルニ足ラサルノミナラス、又可罰類型ヲモ全然阻却スルニ足ラサルモ、前同様ノ理由ニ依リテ、刑法ハ特ニ之カ爲メニ輕キ可罰類型ヲ設クルコトアリ。例ヘハ、同意殺人刑ニ同意墮胎同、一ノ如シ。

四 違法ヲ阻却セス、又科刑ニモ影響ナキ場合

被害者ノ同意ハ他ノ主體ノ法益カ併セテ侵害セラレ、場合ナルト否トニ

拘ラス、原則トシテ行為ノ規範的價值(違法)又ハ可罰的價值ノ上ニ多少ノ影響アルヘキモノナルコトハ、前記二及ヒ三ノ場合ニ照ラシテ明ナリ。然レトモ被害者ノ同意カ當該規範ニ照ラシ同意ト見ルコトヲ得サル場合即チ同意カ法律上ノ價值ナキ場又ハ同意ヲ得ル手段カ違法ナル場合若クハ同意ノ價值ニ關係ナク、併セテ侵害セラル、法益カ極メテ重大ナル場合ニハ、被害者ノ同意ハ原則トシテ侵害行為ノ性質並ニ之ニ基ク刑責ニ影響ナシ(二)。

註(一) (一)同意ノ價值ナキ爲メ實質上形式上共ニ影響ナキ場合ノ例、十三歳未満ノ少女ヲ姦淫シタル場合、強盜脅迫ヲ用キ財物ヲ交付セシメタル場合。(二)同意ヲ得ル方法ノ違法ナル爲メ實質上形式上共ニ影響ナキ場合ノ例、未成年者ヲ誘拐シタル場合(略取ト同一類型ニ屬ス)。(三)同意ヲ得ル方法ノ違法ナル爲メ實質上影響ナキモ、形式上獨立ノ可罰類型ヲ構成スル場合ノ例、詐欺、恐喝ノ場合(實質上竊盜ト刑責ヲ同クスルモ、形式上類型ヲ異ニス)。(四)同意ノ價值如何ニ拘ラス、併セ侵害セラル、法益カ重大ナル場合ノ例、同意ヲ得テ刑、一〇八ノ放火罪ヲ犯ス場合。

第三節 有 責

第一款 責任ノ意義

責任(Schuld, Faute)ニハ「一般規範上ノ意義ト刑法上ノ意義トアリ。(但此點通説ニ反ス) (§. § 60 III)。

即チ前ノ意義ニ於テハ責任ハ違法行為ノ要件ニシテ、一般規範上有責ノ行為ノミ違法ト謂フコトヲ得。後ノ意義ニ於テハ責任ハ犯罪ノ要件ニシテ、刑法上有責ノ行為ノミ可罰的評價ノ對象ト爲スコトヲ得。是レ二種ノ責任ヲ區別セサルヘカラサル所以ノナリ。而カモ此二者ハ各々其意義ヲ異ニスル結果トシテ其條件ニ於テ亦相異ルモノアリ。即チ一般的、規範的責任ノ條件ハ刑法的(可罰的)責任ニ相通スレトモ、可罰的責任ハ此外仍ホ多少ノ條件ヲ要ス。從テ可罰的責任ノ具ハル場合ニハ、規範的責任ハ常ニ之ニ含まレテ存スレトモ、規範的責任具ハルモ、可罰的責任ハ必スシモ俱ニ具ハルコトナシ。是レ二種ノ責任ヲ區別スル所以ノ二ナリ。然レトモ此二者ハ實質的ニハ本來程度ノ差ニ過キス。從テ「一」ヲ違法要件トシテ違法ノ部ニ於テ論シ、「二」ヲ犯罪要件トシテ獨立ニ論スルハ、却テ錯雜ヲ生スル虞アルヲ以テ、便宜上茲ニ併セテ之ヲ論ス。但タ概ネ論述ノ順序トシテ條件ニ於テ相通スル規範的責任ヲ先ニシ、可罰的責任ヲ後ニスルノミ。

刑法學上責任(又ハ責)ニハ四種ノ意義アリ。其一ハ或義務ノ違反カ問題トナ

ル場合ニ其本來ノ義務ヲ謂フ。例、刑二一八。其二ハ或義務違反ヨリ生スル之ニ對スル非難又ハ第二次的ノ義務若クハ制裁ヲ謂フ。例、新開。其三ハ行為ヲ違法ナラシムル主觀的事情ノ義ナリ。此意義ニ於テハ責任ノ實質ハ規範的責任能力ト意思ノ類型的内容(責任條件)トシテノ故意又ハ過失トニシテ、各個ノ行為ニ關シ此二者ノ具ハルコトの行為ノ規範的有責性ヲ謂フ。其四ハ行為ヲ可罰的ナラシムル主觀的事情ノ義ナリ。此意義ニ於テハ責任ノ實質ハ可罰的責任能力ト意思ノ類型的内容(責任條件)トシテノ故意又ハ過失トニシテ、各個ノ行為ニ關シ此二者ノ具ハルコトの行為ノ刑法的有責性ヲ謂フ。本節ニ於テ論セントスル責任ハ第三及ヒ第四ノ意義ニ於ケルモノナリ(一)(二)。

註(一) 邦語責又ハ責ムルトハ本來非難スルコト(missbilligen)ヲ謂ヒ「責ニ任ス」又ハ「責ニ答フ」若クハ「責ヲ負フ」トハ對非難ニ反對セズ之ヲ承認スルコト(verantworten, répondre)ヲ謂フ。通常謂フ所ノ責又ハ責任ノ意義ハ何レモ此原義ヨリ發ス。

註(二) 普通ニ刑事責任ト謂フハ第二ノ意義ナリ。刑事責任カ社會的責任ナリヤ道德的責任ナリヤノ問題ニ於テ謂フ責任亦然リ。本書ニ用キル規範的責任ハ第二ノ意義ナルコトアリ。又之ヲ生スル主觀的事情ト謂フ意義ニ於テ第三ノモノナルコトアリ。

違法行為又ハ犯罪ニ對シ規範的若クハ可罰的評價ヲ加フルニ當リ、其根據ヲ何ニ求ムルカニ付テハ學說區々ヲ極ム。責任ノ問題ハ即チ此根據ニ關スル問題ナリ。即チ吾人ノ行為ハ單ニ其レカ心理的ニ意思表動タリ又ハ結果ヲ生シタルノミニテハ違法ト謂フヘカラス。其レカ違法タル理由ノ一トシテ其表動シタル意思カ何等カノ意味ニ於テ缺點ヲ有シ、此缺點カ根據トナリテ行為ノ上ニ影響シタルコトヲ要ス。即チ規範ハ本質上意思ニ妥當スルコトニ因リテ間接ニ行為ニ妥當スルモノナルカ故ニ意思ニ由リテ規定セラレサル動靜ハ如何ナル場合ニ於テモ評價ノ對象タルコトヲ得サレハナリ。而シテ違法行為ノ要件タル責任トハ意思ノ斯カル缺點ヲ意味シ、行為カ意思ノ斯カル缺點ニ基クコトヲ行為ノ有責性ト謂フ。責任ニ關スル學說ハ斯カル缺點ヲ如何ナルモノト見ルカニ因リテ別ル、モノナリ。今其重ナルモノヲ示セハ左ノ如シ。

一 意思責任 Willensschuld 說

意思責任說ハ從來ノ通說ニシテ責任ノ根據ヲ意思ニ在リトスルモノナリ。然レトモ一般ニ意思ト稱セララルモノモ其意義ハ必スシモ一定ノモノニアラス。

(一) 意思ヲ各個ノ意欲作用トシテ解スル一派アリ。此見解ニ於テハ、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。從テ行為者カ結果ヲ欲セサル場合、特ニ過失ノ場合ニ付テハ學者ニ因リ、或ハ無意識ノ意欲(Binding)又ハ理性(Almendingen)若クハ不注意(Hippe)ノ責任アリト説キ、或ハ刑法上ノ責任ナシ(Temme, Zerst, Baumgarten)ト説ク。

(二) 意思ヲ各個ノ有意行爲ノ根柢タル一定ノ心理的傾向ト見テ、意思ノ責任ヲ此傾向ノ非難スヘキ性質ト解スル一派アリ。此見解ニ於テハ、意思ハ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。(Klein, Merkel, Birkeneyer, Barolzheimner)。

(三) 意思ナル語ハ廣ク吾人ノ意識全般ノ意味ニ用キラルルコトアリ。若シ此意義ニ用キラルトセハ、意思ハ結局性格ニ外ナラサルカ故ニ、意思ノ責任ハ性格ノ責任ニ外ナラス。

二 知能責任 Verstandsschuld 説

知能責任説ハ主トシテ過失ニ關シテ主張セララル。即チ過失ノ場合ニ於テハ行爲者カ結果ヲ豫見シ得サリシ知能ノ缺陷ニ責任アリト爲ス。刑事責任ヲ以テ社會的責任ナリトスル一派ハ多ク此見解ヲ採ル。(Tesar, Ferris)。過失ヲ違法責任ナリトスル學者中ニモ之ヲ以テ意思ノ責任タルト同時ニ知能ノ責任ナリト爲ス者アリ。(Liszt)。

三 感情責任 Gefühlschuld 説

感情責任説ハ、故意モ過失モ共ニ他人ノ法益ニ對スル尊重心ノ欠缺ヲ本質トスルカ故ニ、責任ノ根據ハ感情ニ在リト爲ス。(Exner)。

責任ノ根據ニ關スル學說ハ大略以上三種ニ歸ス。然レトモ思フニ故意ト謂ヒ過失ト謂ヒ其レ自體既ニ價值判斷ヲ含ム觀念ナリ。先ツ過失ニ付テハ謂ヘハ、過失ハ其本質ヲ不豫見ト見ルモ不注

規範的責任ハ違法行爲ノ要件ニシテ、法律上行爲カ意思ニ歸屬セシメラルル

意ト見ルモ、其者トシテハ全然虛無ナル消極的觀念ニシテ、之ヲ價值的ニ豫見スヘク又注意スヘキヲ豫見セス又ハ注意セスト考フル場合ニ初メテ實在的意義ヲ有スルコトヲ得ルモノナリ。從テ過失ハ何等カノ規範的標準ヲ離レテハ考フルコト能ハス。故意ノ場合モ亦然リ。即チ故意モ豫見又ハ意欲其者トシテハ何等責任タルヘキ謂ハレナシ。規範的標準ニ適セサル豫見又ハ意欲ニシテ初メテ問題トナル。詳言スレハ故意カ問題トナルハ或事實ヲ豫見シ又ハ意欲シタルカ爲メニアラスシテ、實ハ別ニ規範ニ由リテ要求セラレタル他ノ事實ヲ豫見シ之ヲ意欲シテ行動ヲ爲スヘキニ拘ラス、之ヲ爲ササルカ故ナリ。斯ク論スレハ、責任ハ凡テ規範ヲ前提トス(Normatives Schuld-element)。斯カル考察ハ宛モ作爲及ヒ不作爲ノ因果關係ヲ共ニ價值的ニ見テ之ヲ統一セントスル方法ト同一方法ニ從フモノニシテ、一派ノ學者(Liszt, Hippel)ノ如ク、過失ノミニ關シテ義務違反ノ不注意ト謂フカ如キ價值的觀察ヲ爲スカ如キハ予ハ之ヲ採ラス。之ヲ責任論ノ序説トス。

理由(物心連絡ノ契機)タル意思ノ性質ナリ。斯カル契機ヲ有スル意思ハ心理學的ナル存在概念ニアラスシテ規範學的ナル價值概念ナリ。是レ宛モ法律上ノ行爲カ自然科學的實在ニアラスシテ規範學的實在ナルニ同シ。蓋シ規範ハ本來意思ニ妥當シ、之ニ由テ同時ニ行爲ニ妥當スルモノナルカ故ニ、行爲ニ對スル

評價カ規範的ナルカ爲メニハ、意思ニ對スル評價モ亦規範的ナラサルヲ得サルカ故ナリ。^{§ 34}而シテ責任カ物心連絡ノ契機タリ得ルハ責任ノ本質カ右ノ如ク意思ノ價值性ニ外ナラサルカ故ニシテ、是故ニ初メテ價值的ナル意思カ價值的ナル行爲ノ原因トナリ、此ヲ以テ彼ニ歸屬セシムルコトヲ得ルモノナリ。詳言スレハ法律上行爲カ意思ニ歸屬セシメラルル所以ハ敢テ一定ノ意思カ物理的ニ行爲ノ原因タル點ニ存スルニアラス。自然的因果關係カ法律上ノ因果關係ニアラサルコトハ内界ニ於テモ亦外界ニ於ケルト異ルコトナシ。即チ外部關係ニ於テ、行爲ヲ價值的ニ見テ初メテ違法ナル結果ヲ違法ナル行爲ニ歸屬セシメ得ルカ如ク^{§ 35}内部關係ニ於テモ、齊シク意思ヲ價值的ニ見テ初メテ違法ナル行爲ヲ違法ナル意思ニ歸屬セシメ得ルモノナリ。責任ヲ斯ク解スレハ、責任ハ畢竟意思ハ違法^{違法類}ニシテ、之ヲ違法ナル意思ト謂フモ同一觀念ニ歸ス。其本質ハ規範(法益)ニ對シテ無關心ナル意識ノ傾向、即チ反規性ニ外ナラス。^{§ 36}而シテ斯カル意思ノ違法ハ規範ノ妥當スル個人ニ付テノミ考フルコトヲ得ルモノナルカ故ニ、責任アリト謂フコトヲ得ルカ爲メニハ、當然意思ノ一定ノ能力^{§ 37}カ前提ト

ナルコトヲ知ラサルヘカラス。斯クシテ責任ノ規範的意義ニ於テハ責任ナクレハ違法行爲ナシ^(XII)。

註(一) 所謂道德的責任ヲ解シテ、從來ノ如ク意思非決定論ニ其根柢ヲ置クモノトスレハ、意思ノ違法ハ元來自由意思ニ關係ナク之ヲ考フルコトヲ得ルカ故ニ、予ノ所謂規範的責任ハ道德的責任ニアラス。又所謂社會的責任ヲ解シテ、能力ノ如何ヲ問ハス單ニ社會ノ一員タル點ニ其根柢ヲ置クモノトスレハ、予ノ所謂可罰的責任ハ意思ノ違法(規範的責任)從テ規範意識能力ヲ前提トスルカ故ニ、社會的責任ニアラス。仍テ予ハ特ニ予ノ責任觀ヲ稱シテ規範的責任主義ト謂フ。是レ前ニ述ヘタル我刑法學上ノ根本主義ノ一タリ。^(§ 38, 39, 40)

註(二) 斯クノ如クシテ所謂責任ハ、違法行爲ノ要件ナリ。然レトモ通説ハ全然違法ト有責任(一般規範上ノ)トヲ分離シ、行爲ハ有責ナラサルモ仍ホ違法タルヲ妨ケス。換言スレハ、有責任ハ行爲ヲ違法ナラシムル主觀的事情ニアラスシテ、違法ト相待テ行爲ヲ犯罪タラシムル主觀的事情ナリトス。是レ即チ違法ニ主觀的要素ヲ交フル主觀的違法說ニ對シ之ヲ交ヘサル客觀的違法說ノ見地ナリ。^(§ 41)然レトモ既ニ述ヘタルカ如ク、違法ナル觀念ハ行爲ニ對スル單純ナル判斷ニアラスシテ、同時ニ目的觀念トシテ現實ナル規範ニ基ク意思的關涉ノ根柢ナリ。而シテ斯カル關涉ハ行爲ノ違法ヲ豫見セサリシ又ハ豫見シ得ヘキ事情ニ在ラサリシ者ニ對シテ加フルコトヲ得ヘキモノニアラス。蓋シ規範ハ現ニ行爲ノ違法ヲ豫見スルカ又ハ

豫見シ得ヘキ事情ニ在ル者ヲ待テノミ其妥當ヲ期待シ得ヘキカ故ナリ。從テ行爲者カ行爲ノ違法ヲ豫見シタル又ハ豫見シ得ヘカリシ主觀的事情意思ノ能力ト類型的内容ヲ以テ責任ノ實質ト解スル吾人ノ見解ニ於テハ責任ハ違法以外ニ於テ之ト對立スルモノニアラスシテ、違法行爲ノ條件ナリトス。斯ク見レハ所謂客觀的違法ハ畢竟單ニ行爲ヲ違法ト判斷スルニ付テノ推理上一應ノ段階トシテ役立つ客觀的事實ノミニ關スル違法類型ヲ意味スルモノニシテ、其レ自身獨立ニ法律上ノ意義ヲ有シ得ルモノニアラス(§ 88 III)。

責任カ行爲ヲ違法ナラシムル關係ハ嚮ニ違法ニ關シテ大略之ヲ述ヘタリ。

§ 88.

即チ行爲ノ違法ハ(一)或意思表示動カ(二)規範意識活動ノ餘地アル情況(三)及ヒ規範意識活動ノ結果ヲ妨クル外部的障礙ナキ事情ノ下ニ行ハシ、更ニ(四)此主觀客觀ノ全體カ一定ノ違法類型ニ適合スルコトニ由テ成立ス。

責任ト違法行爲トノ關係ヲ右ノ如ク見ルトキハ責任ニ相當スル法律上ノ價値的意思ハ適法行爲ニ關シテモ亦之ヲ想像スルコトヲ得ルノ理ナリ。即チ違法ナル價値的意思ニ對シテ適法ナル價値的意思モ亦存ス。而シテ斯カル意思ノ實質モ亦違法行爲ノ場合ト同様ナル一定ノ能力ト内容ノ類型性トニシテ、此類型カ違法類型タル場合ニ之ヲ責任ト稱スルニ外ナラス。^{§ 88. 註一。}即チ一般的ニ

能力的且類型的ナル意思ハ適法行爲違法行爲ニ共通ノモノニシテ、予ハ或意思表動カ斯カル實質ヲ具ヘタル事情ヲ法律上ノ行爲性ト名ツク。而シテ意思ノ能力性ト類型性トハ共ニ行爲性ノ根本要件ナルヲ以テ、或行爲ニ於テ其レカ自然的若クハ放任的ナルカ爲メニ責任モ亦具ハラサル^{阻却セラルル}場合ハ、行爲カ適法ナルニ因リテ責任カ具ハラサル^{阻却セラルル}場合ト意味ヲ異ニス。即チ前ノ場合ニハ根本ニ於テ意思表動ノ行爲性カ阻却セラルルモノナリ。從テ所謂責任阻却原因中、責任能力阻却原因及ヒ意思ノ(規範的)類型性阻却原因ハ之ヲ犯罪阻却原因中ノ行爲性阻却原因トシテ解スヘク、其餘ノ責任阻却原因ハ違法阻却原因ニ當ル。即チ主觀的違法説ニ於テハ違法阻却原因ハ責任阻却原因ニ同シ。^{§ 88.}

責任ニハ故意ト過失トノ二種アリ。互ニ其内容ヲ異ニス。而シテ故意過失

ハ、嚴密ニハ、常ニ責任能力者ニ付テ謂フモノナレトモ、場合ニ因リ、能力ノ問題ヲ離レ、單ニ意思内容ノミニ付テ謂フコトアリ。此場合ニハ之ヲ責任條件ト謂フ。

刑法的(可罰的)責任ハ違法行爲ノ要件ト對立スル獨立ノ犯罪要件タリ。^{§ 88. 三。}

即チ此責任ハ行爲ヲ違法ナラシムル意思ノ違法ニアラスシテ、行爲ヲ可罰的ナ

ラシムル意思ノ事實的價值ナリ。換言スレハ行爲者ノ反規範性カ規範的ナル故意又ハ過失ニ由リテ徵表セラル、ニ止マラス更ニ其反規範性カ之ヲ剪除スルニ刑罰ヲ必要トスル程度ノ量並ニ之ニ適スル質ヲ有スルコトナリ。即チ責任ハ刑法上ニ於テモ亦價值的觀念ナレトモ、其價值性ハ規範的ニアラスシテ事實的ナルヲ特色トス。^{5, 83, 5, 115}而シテ此意義ノ責任ニモ規範的故意過失ト別個ノ意義ニ於テ故意ト過失トノ二種アリ。何レモ獨立ニ犯罪其者ノ要件ナルカ故ニ責任ナケレハ刑罰ナシ。(Ohne Schuld keine Strafe, Pas de responsabilité pénale sans faute)。即チ此意義ニ於ケル責任欠缺ノ事情ハ直接ニ犯罪阻却原因ノ一ナリ。責任ノ要件ハ、一般規範上ニ於テモ刑法上ニ於テモ、各々責任能力(Zurechnungsfähigkeit, Responsabilité)ト責任條件(Zurechenbarkeit, Imputabilité)トシテノ故意又ハ過失ナリ。但責任能力ハ一般規範ト刑法トニ於テ名同シクシテ實異ル。而シテ責任カ上ニ述ヘタルカ如ク、一般規範上ト刑法上トニ於テ意義ヲ異ニスルハ畢竟責任能力カ右ノ如ク一般規範上ト刑法上トニ於テ其意義ヲ異ニスルカ故ナリ。左ニ款ヲ改メテ夫々ニ於ケル責任能力ト責任條件ノ如何ナルモノナルカ

ヲ説明スヘシ。

第二款 責任能力

一般規範上ノ責任(規範的責任)ノ要件トシテノ責任能力ハ行爲者ノ具體的意識ヲ違法ナラシムル前提タル意思ノ素質ト作用ナリ。行爲者ノ具體的意識ハ此前提ニ依リテ初メテ規範的ニ故意過失タルコトヲ得。即チ規範的責任能力ハ規範的故意過失ノ能力ナリ。然レトモ其實質ニ付テハ見解ニ二様アリ。應報刑主義ノ立場ニ於テハ通常意思ノ自由ヲ責任ノ基礎トスルカ故ニ、責任能力ノ實質ハ自由意思ト是非ノ辨別力(Unterscheidungsvermögen, Discernement)トニシテ、此見解ヨリ責任能力ヲ定義シテ行爲ノ處罰ヲ意識シテ之ヲ避止シ得ル能力ト解スルコト普通ナリ。^{Beling, Binding, Kohler}之ニ反シテ目的刑主義ノ立場ニ於テハ自由意思ニ關係ナク、單ニ一定ノ社會的或ハ道徳的或ハ法律的動機ニ基ク意思ノ通常ナル反應性又ハ決定性(Motivierbarkeit od. Determinierbarkeit)ナリトスルコト普通ナリ。^{Frank, Lilienhal, Liszt}而シテ斯カル能力ハ何レノ立場ニ於テモ通例之ヲ精神的ニ相當ニ發達

セル人ノ通常ノ状態ニ於テ具ハルモノト解ス。

思フニ違法ノ判斷ハ目的的判斷ニシテ之ヲ對象ノ方面ヨリ謂ヘハ行為者ニ對シ其違法ノ自覺ヲ啓發スルニ足ルヘキ意思及ヒ行為ノ性質ナリ。而シテ斯カル意義ニ於テ意思及ヒ行為ヲ違法ナラシムル主觀的前提ハ行為ノ際ニ於テ規範意識カ具ハリ且意識ニ現ハレタル一定ノ表象(觀念)ニ對シ規範意識カ作用シタルカ又ハ何等カノ刺戟アレハ作用スヘカリシ餘地アリシコト S. 88 ナリ。是レ即チ規範意識能力ニシテ或ハ之ヲ新ナル意義ニ於テ是非ノ辨別力ト謂フモ可ナリ。從來是非ノ辨別ハ一般ニ處罰不處罰ノ辨別トシテ解セラル。或ハ法律的動機ニ對スル意思ノ決定性ト謂フモ不可ナシ。而シテ規範的責任能力ノ實質トシテハ單ニ之レノミヲ以テ足ル。斯クノ如ク規範的責任能力ノ實質ヲ規範意識能力ト解スルトキハ此能力ハ一般的意思能力ニシテ從テ一般行為能力ナリ。從テ規範的責任能力欠缺ノ事情ハ即チ行為性ハ阻却原因タリ。 S. 111.

責任能力ハ行為ノ當時ニ具ハルコトヲ要ス。行為ノ際ニ具ハラスシテ行為後結果發生又ハニ具ハルモ以テ行為ハ違法タルコトナシ。而シテ行為ノ際責任

能力カ具ハリタルヤ否ヤハ一ニ事實認定ノ問題ニ屬シ刑法上ノ責任能力ノ場合ノ如ク年齢ノ標準ニ依リテ劃一的ニ定マルコトナシ。

刑法上ノ責任(可罰的責任)ノ要件トシテノ責任能力ハ行為者ノ具體的意思ヲ可罰的ナラシムル前提タル意思ノ素質ト作用ナリ。行為者ノ具體的意思ハ此前提ニ由リテ初メテ刑法上可罰的ニ故意過失タルコトヲ得。即チ可罰的責任能力ハ可罰的故意過失ハ能力ナリ(110)。

註(1)從來ノ通説ニ依レハ規範的責任能力ト可罰的責任能力トハ之ヲ區別スルコトナシ。是レ所謂責任年齡(S. 116(1))ノ極メテ低キ法制ノ下ニ於テハ概ネ妨ナキモ我刑法ノ如キ其比較的高キ法制ノ下ニ於テハ獨リ理論上ノミナラス事實上ニ於テモ兩者ハ明ニ別個ノ觀念ニ屬ス。 (S. 108.)

可罰的責任能力ノ本質ハ前ニ述ヘタル刑法上ノ責任ノ意義ニ考ヘ S. 112. 予ハ之ヲ刑罰ヲ受クルニ適スル能力即チ受刑能力 (Straffähigkeit od. Empfanglichkeit für Strafe) ト解ス。 牧野(Finger) 而シテ其實質ハ規範的責任能力以上ノ精神上ノ或客觀的ナル發育ノ程度ナリ。此程度ニ於テハ其特徴トシテハ(111) 行為者ノ規範

意識カ刑罰ニ適當スル程度ニ大ナルコトナリ。蓋シ反規範性ノ大小ハ一面ヨリ謂ヘハ之ニ由テ克服セラル、規範意識ノ強弱ニ正比例スルカ故ナリ。S.S.G.
 又其(二)ハ行爲者ノ知性カ刑罰ノ意義即チ何故ニ罰セラル、ヤノ理由ヲ理解シ
 反應シ得ル程度ニ發達セルコトナリ。但理解ノ内容ノ當否ハ別問題ナリ。蓋シ責任カ目的觀念ナ
 ル以上ハ責任ノ主體カ責任ノ目的ニ適合スル素因ヲ具フルコトハ當然責任其
 者ノ一前提タラサルヘカラサルカ故ナリ。但此前提ハ理論上死刑ヲ科スル場
 合ニハ妥當セス。死刑ハ今日ニ於テハ寧ロ變態ト見ルヘキモノナリ。然レト
 モ刑法ハ死刑ヲ科スル場合ニ於テモ尙ホ可罰的責任能力ヲ以テ責任ノ前提ト
 ス。

可罰的責任能力ハ規範的責任能力ト異リ適法行爲ニモ共通ノ能力ニアラス
 シテ、單ニ可罰的責任ノミノ前提タル能力ナルカ故ニ此能力ハ畢竟犯罪能力ナ
 リ。從テ此能力ノ欠缺ノ事情ハ違法行爲ヲ阻却スルコトニ因リテ間接ニ犯罪
 ヲ阻却スル原因ニアラスシテ直接ニ犯罪阻却原因タリ。而シテ此能力ハ犯罪
行爲ノ際ニ具ハルコトヲ要スルコト規範的責任能力ニ同シ。行爲後責任能力ヲ失ヒタル場合ニハ單ニ

刑事訴訟法上ノ效果ヲ生スルニ止ル。刑訴三〇五、三五二、五四三、五四四。

可罰的責任能力ノ本質ハ受刑能力ナルヲ以テ、之ニ程度ヲ分ツコトヲ得。是
 ヲ以テ諸國立法例ハ多ク中間的ノモノヲ認メ、之ヲ限定責任能力者トシ、之ニ對
 シテハ刑ヲ減輕スルヲ通例トス。我刑法亦然リ。然レトモ理論上ヨリ謂ヘハ、
實質的ニ完全責任能力者タリ得サル中間的ノ者ヲ以テ限定責任能力者ト爲ス
ハ可ナリト雖モ、之ニ對スル處遇ハ必然ニ刑ノ減輕ヲ意味スルモノニアラス。
 即チ應報刑主義ノ立場ヨリハ別論トシ、目的刑主義ノ立場ニ於テハ、限定責任能
 力者ニ對スル刑ニ付テ考慮スヘキハ其輕重ノ點ニアラスシテ、寧ロ其緩嚴ノ點
 ニアリ。蓋シ或個人カ刑罰ニ適スルヤ否ヤノ問題ハ刑ノ範圍例ハハ刑ノ長短即チ量
ノ問題ニアラスシテ、主トシテ刑其者ハ刑ノ執行具體的ニ謂ヘハ刑ノ執行即チ質ノ問題ナルカ故ナリ。
從テ若シ事情上刑ノ執行ニ差別ヲ設クルコトヲ不可ナリトセハ、限定責任能力
者ハ凡テ之ヲ責任無能力者トシ、之ニ科スヘキ方法トシテ刑罰ニ代ユルニ保安
處分ヲ以テスルヲ適當トス。是故ニ我刑法上、責任年齡ノ程度ハ尙之ヲ高上セ
 シムヘキヤ否ヤハ別論トスルモ、其年齡ニ因ル限定責任能力ヲ認メサリシコト

ハ理論上ハ正當ナリ(二)。

註(二) 責任能力ニ程度ヲ別チ之ニ對スル處遇ヲ異ニスルコトハ之ヲ受刑能力ト見テ初メテ可能ナリ。前段ニ述ヘタル規範的責任能力即チ一般規範上ノ故意過失能力ノ意義ニ於テハ、法律上故意過失其者トシテ評價ノ對象タルニ止マリ、故意過失ノ能力ノ程度ニ付テ區々ノ評價カ行ハルヘキモノニアラス。(Radbruch)。

責任能力ニ二種アル結果トシテ、其阻却原因ニモ亦規範的責任能力阻却原因ト可罰的責任能力阻却原因トアリ。第一ノ原因カ行爲ノ際ニ存スルトキハ、行爲性ハ阻却セラレ、違法行爲モ犯罪モ成立スルコトナシ。第二ノ原因ノミ存スルトキハ、犯罪性ノミ阻却セラレ、違法行爲爲成立ス。而シテ刑法ハ其第三九條乃至第四一條ニ此二種ノ阻却原因ヲ規定シタリ。即チ左ノ如シ。

一 十四歳未滿ノ幼年

十四歳ニ滿タサル者ノ行爲ハ刑法上之ヲ罰セス。刑四蓋シ此種ノ者ノ行爲ハ、其發育ノ程度ニ因リ、或ハ規範的責任能力ヲ缺クニ由リテ初ヨリ行爲性ヲ有セサルモノアリ、或ハ規範的責任能力ヲ有スルモ、可罰的責任能力ヲ缺ク

モノトシテ犯罪タラサルコトアリ。而カモ何レニスルモ其罰スヘカラサルハ一ナルヲ以テ、刑法ハ此種ノ者ヲ以テ刑法上絕對的責任的無能力者ト爲セルモノナリ。此年齡ヲ刑法上ハ責任年齡ト謂フ(二)。年齡ハ出生ノ日ヨリ之ヲ起算ス(明治三五年法律五號)。而シテ刑法ハ原則トシテ年齡ニ因ル限定責任能力ヲ認メサル結果トシテ、十四歳以上ノ者ハ凡テ刑法上完全責任能力者ナルモ、少年法ニ於テハ、例外トシテ罪ヲ犯ス時十六歳未滿ノ者ニハ、刑法第七三條、第七五條又ハ第二〇〇條ノ罪ヲ犯シタル者ヲ除キ、死刑及ヒ無期刑ヲ科セス、死刑又ハ無期刑ヲ以テ處斷スヘキトキハ十年以上十五年以下ニ於テ懲役又ハ禁錮ヲ科スヘキコト、爲シタリ(三)。

註(一) 責任年齡ハ諸國立法例ニ於テ一般ニ高上ノ傾向アリ。然レトモ未ダ十四年ヲ超エタルモノナシ。理想トシテハ尙ホ之ヲ高ムルヲ適當トス。年齡ニ關シテハ別ニ老年犯罪者ノ問題アリ。

註(二) 少年ニ對スル死刑ノ廢止並ニ不定期自由刑ノ適用(§§20一イ)ノ如キハ成年犯罪人ニ對シテモ亦問題タルヘキモノニシテ、今日唯其先驅ヲ爲セルニ過キス。

二 瘖啞

瘖啞トハ瘖ナルニ因リテ啞ナルコトヲ謂フ。瘖啞者ノ行為ハ刑法上之ヲ罰セス又ハ其刑ヲ減輕ス。刑四即チ瘖啞ハ刑法上相對的責任可罰無能力ノ原因ニシテ其精神發育ノ狀態カ科刑ニ適セサルトキハ之ヲ無能力者トシ又科刑ニ適スル場合ニ於テハ凡テ之ヲ限定責任能力者トス。而シテ科刑ニ適スルヤ否ヤハ現行法ノ運用ノ問題トシテハ十四歲未滿ノ幼年者ノ能力ヲ標準トシテ決スヘキカ。斯ク見ルトキハ科刑ニ適スル者ニ付テ一般のニ減輕ヲ規定シタルハ理論一貫セス。

三 精神障礙

精神障礙ニハ心神喪失ト心神耗弱トアリ。前者ハ意識作用ノ著シク變則ナルコトニシテ其主ナル場合ハ精神病ナリ。其他病的酩酊者カ泥醉セルカ如キ場合亦同シ。心神喪失者ノ行為ハ刑法上之ヲ罰セス。刑三蓋シ此種ノ者ノ行為ハ根本ニ於テ既ニ行為性ヲ缺クカ故ナリ。但病的酩酊ノ場合ニ於テ酩酊前ノ飲酒行為ノ責任如何ハ別論ニ屬ス。註 11, 111

精神病ニ關連シテ精神病の中間狀態ナルモノアリ。殺人狂、放火狂、竊盜狂、色情狂ノ如キ所謂一事狂(Monomania)是ナリ。此種ノ狂者ニ在リテ行為カ狂的方面ノモノナルトキハ規範的責任能力ヲ有セサルモ然ラサルトキハ之ヲ有ス。可罰的責任能力ニ付テハ各場合ニ於テ具體的ニ之ヲ論スヘシ。

心神耗弱ハ先天性精神薄弱例 白痴老衰ニ因ル能力減退例 癡意識全般ノ精神病の中間狀態例 神經衰弱等ニシテ心神喪失ノ程度ニ至ラサルモノ之ニ屬ス。其他心神喪失ニ至ラサル酩酊ニシテ此場合ニ屬スト見ルヘキモノ亦之レアルヘシ。而シテ心神耗弱者ノ行為ハ刑法上其刑ヲ減輕ス。刑三從テ此種ノ者ハ一般ニ限定責任能力者ナリ。

四 衝動性及ヒ脅迫其他ノ不可抗力

意思表動ノ際ニ於ケル此等ノ事情ハ凡テ規範的責任能力ヲ失ハシム。此點ニ付テハ刑法ニ明文ナキモ當然ノ事理ナリ。§ 11, 112以上ヲ以テ現行刑法上規範的責任無能力行為性阻却原因可罰的責任無能力犯罪阻却原因及ヒ限定責任能力ノ原因トス(三)。但特別刑法ニハ例外アリ。§ 61

註(三) 行爲性阻却原因トシテハ、本文ニ述フル所ノ外向ホ他ニ無意識(無意思)アリ。然レトモ是レ責任能力阻却原因以外ノ行爲性阻却原因ニシテ茲ニ論スヘキ問題ニアラス(§117)。

第三款 責任條件(故意及ヒ過失)

故意過失ニ二義アリ。(一)ハ責任トシテノ故意過失ヲ謂ヒ、當然ニ責任能力ヲ前提トス。此意義ニ於ケル故意過失ニハ規範的ト可罰的トアリ。

一 規範的責任トシテノ故意過失ハ規範的責任能力アル情況ノ下ニ於テノミ成立ス。蓋シ斯カル事情ノ下ニ於ケル意思ノミ規範的評價ニ値スルカ故ナリ。而シテ斯カル事情ノ下ニ於テハ、何人モ自己ノ爲サント欲スル行爲ニ付テハ、其實現ヲ待タス、單ニ心裡ニ豫見(觀念)シタル程度ニ於テ既ニ其可能又ハ不可能及ヒ其適法又ハ違法ノ判斷ヲ意識スルモノナリ。從テ故意過失ハ常ニ行爲者自身カ自己ノ行爲ニ對シ評價的豫見ヲ爲シタルコトヲ前提トス。然レトモ此場合ニ於テ行爲者ノ評價的豫見カ行爲其者ノ豫見ト之ニ對スル評價意識トニ於テ共ニ内容的ニ正當ナルコトハ必要ニア

ラス。何トナレハ評價的豫見カ其下ニ作用スル意思ヲ價值的ナラシムル所以ハ、必スシモ其具體的内容カ客觀的ニ正當ナルカ故ニアラス。其評價的豫見カ行ハレタルコト自體カ、尙其際反面ニ於テ規範意識カ客觀的ニ正當ニ活動シ得ヘカリシ可能ノ餘地ノ存セシコトヲ意味スルカ故ナリ。是ニ於テ吾人カ行爲者ノ意思ニ對シ規範的評價ヲ行フニ當リ、豫見ノ内容タル事項ヲ行爲其者(事實)ト評價ノ標準(規範)トニ分ツトキハ、夫々ノ方面ニ於テ更ニ二様ノ問題ヲ生ス。即チ事實ニ關シテハ、或行爲ヲ豫見シタルカ、又ハ豫見セサリシトスルモ豫見スヘカリシニ拘ラス豫見セサリシニアラサルカノ問題ニシテ規範ニ關シテハ、或行爲ヲ爲サント欲スルニ當リ正當ナル規範的評價ヲ意識シタルカ、又ハ之ヲ意識セサリシトスルモ意識スヘカリシニ拘ラス意識セサリシニアラサルカノ問題はナリ。此中事實ヲ豫見シタルカ及ヒ正當ナル規範的評價ヲ意識シタルカノ點ニ關スルモノハ故意ノ問題ニシテ、事實ヲ豫見セス又ハ正當ナル規範的評價ヲ意識セサリシトスルモ、之ヲ豫見シ又ハ意識スヘカリシニアラサルカノ點ニ關スルモノハ過失ノ問題ナリ。

以上ハ規範的責任トシテノ故意過失ノ觀察ナリ。此意義ニ於テハ故意過失ハ法律上規範的ニ反價值ノ判斷カ加ヘラルヘキ意思又ハ意思ニ對スル規範的ナル反價值ノ判斷ト謂フニ過キスシテ、一切ノ故意過失ハ其價值ヲ等クス。又此意義ニ於テ故意過失ハ法律的因果關係ノ限界ヲ定ムル標準ヲ爲スモノナルコト前ニ因果關係ニ關シテ述ヘタルカ如シ。§ 109.

二 可罰的責任トシテノ故意過失ハ可罰的責任能力アル情況ノ下ニ於テノミ成立ス。§ 88. 蓋シ此事情ノ下ニ作用スル程度ノ故意過失ノミ刑罰ヲ必

要トスル程度ノ反規範性ト刑罰ニ對スル反應性トヲ有スルコトノ内部的徵表ナルカ故ナリ。此意義ニ於テハ、故意ト過失トハ其可罰的價值ヲ異ニシ、又故意相互間若クハ過失相互間ニ於テモ犯罪類型ヲ異ニスルニ從テ其價值ヲ異ニス。

故意過失ハ、右ノ嚴格ナル意義ノ外第二ノ意義トシテ其意思内容ノミニ付テ謂フコトアリ。此場合ニハ責任能力ヲ前提トセス。從テ價值觀念ニアラスシテ事實的ノ觀念ナリ。斯カル意義ノ故意過失ヲ責任條件ト稱ス。即チ責任ハ

規範的及ヒ可罰的何レノ意義ニ於テモ此責任條件カ責任能力ヲ前提トスル場合ニ、相待テ初メテ成立スルモノトス。以下説ク所ノ故意過失ハ責任條件トシテノ故意過失ナリ。

刑法上ノ可罰類型ハ同時ニ之ヲ禁止スル一般規範上ノ違法類型其儘ナルカ又ハ之ヲ細分シ若クハ結合シタル特殊ノモノナルコトハ前ニ述ヘタリ。從テ以下故意過失ノ内容ニ關シテ述フル所ハ右二個ノ類型ノ中何レノ方面ニ關スルモノニテモ、同時ニ他ノ方面ノ説明トシテモ妥當スルモノナルコトヲ注意スヘシ。(§ 88 III 註 11, 13)。

第一項 故意

行為者カ違法事實違法法類
型事實其者ヲ豫見シ且其事實ヲ實現スル自己ノ行為ノ違法ヲ意識スルトキハ其行為ニ對シテハ又他ヨリ直接ニ反價值(違法)ノ判斷ヲ下スコトヲ得。斯カル場合ノ行為者ノ意思ヲ違法行為ノ故意 (Dolus, Vorsatz, Dolus intention) ト謂フ。此違法事實カ同時ニ刑法所定ノ類型ニ該當スル犯罪事實

可罰又ハ犯罪類犯罪類
型事實 (s. § 61)ナルトキハ、此場合ノ故意ハ即チ犯罪ノ故意ニシテ、刑法第三八條

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件
第一項 故意

第一項ニ罪ヲ犯ス意ト謂フモノ是ナリ。而シテ犯罪ハ右條項ノ規定ニ罪ヲ犯ス意ナキ行爲ハ之ヲ罰セストアルニ由リテ故意犯タルコトヲ以テ原則トス。左ニ故意ノ内容ノ如何ヲ説明スヘシ。

一 故意ハ類型事實ノ豫見ヲ含ム

類型事實 (Objektiver Tatbestand od. Tatumsände) ニハ意思表動ノ結果トアリ。

從テ意思表動ノミヲ以テ成立スル舉動犯 § 274 二在リテハ意思表動ニ付テ、廣義ノ結果犯上ニ在リテハ意思表動ト結果トニ付テ豫見(表象)(Vorstellung)ナルヘカラス。而シテ後者ノ場合ニ於テ意思表動カ規範的ニ若クハ可罰的ニ價值的トシテ評價セラル、所以ハ、少クモ結果ヲ豫見シタルカ爲メナルカ故ニ、故意カ類型事實ノ豫見ヲ含ムト謂フハ其類型事實カ現實ニ發生セサル場合ニモ亦妥當ス。例、未遂罪。

凡ソ類型事實ノ豫見ト謂フトキハ、意思表動並ニ結果ノ類型ノ特質ヲ規定スル行爲者並ニ被害者ノ身分、客體ノ性質等一切ノ事情ノ認識ヲモ包含ス。

從テ例ヘハ身分罪 例、收賄罪(刑一九七) 盜通罪(刑一八三)ニ於テハ、一定ノ身分ヲ有スル者カ一定ノ

意思表動ヲ爲シ、若クハ一定ノ結果ヲ生セシムルコトカ類型事實ナルカ故ニ行爲者カ自己ノ身分ヲ知ラサルトキハ、例ヘハ、盜通罪ニ於テ、有夫ノ婦カ夫カ震災ニ因リ死亡シタルト確信シ、夫ノ生存ヲ知ラサキハ以テ故意アリト爲スコトヲ得ス。又例ヘハ、偽造通貨行使罪(刑一四)ニ於テハ、其行使ニ係ル通貨カ偽造ノモノナルコトカ類型事實ノ一條件ナルカ故ニ、行爲者ニ於テ其通貨ノ偽造ナルコトヲ知ラサルトキモ亦同シ。又加重犯例ヘハ、尊屬殺ノ罪(刑二〇)ニ於テハ、尊屬ノ死亡カ特殊ノ類型事實ナリ。此種ノ事犯ニ於ケル刑罰加重事情ト謂フ。又所謂特別罪例ヘハ、強盜罪(刑三六)ニ於テハ、被害者ノ反抗ヲ全然抑壓スル程度ニ精神の關涉ヲ加フルコトカ竊盜罪及ヒ恐喝罪ニ比シテ特殊ノ類型事實ナリ。從テ此種ノ罪ニ於テ、若シ是等ノ特殊ノ點ノ認識ヲ缺クトキハ、具體的ニハ故意アリト爲スコトヲ得ス。§ 131 違法(類型)阻却原因 § 93, 11付テモ、之レナキニ拘ラス之レアリト誤信シタルトキハ故意ヲ阻却ス。§ 131 (五)故意ハ前記ノ如ク類型事實ノ豫見ヲ含ム。此豫見アル以上之ニ基ク意思表動ハ一般規範上違法ニシテ結果ノ生否ハ問題ニアラス。又刑法上ニ於テモ、徵表主義ヨリ謂ヘハ、行爲ハ既ニ此程度ニ於テ處罰ノ價値アリ。然レトモ

或結果カ故意ニ因リテ發生シタリト謂フニ付テハ、兩者ノ關係ハ一般規範ト
 刑法トニ於テ同シカラス。即チ「一般規範ニ在テハ」結果ハ具體的ニ豫見ニ符
 合スルコトヲ要ス。蓋シ規範ハ理論上意思ニ妥當スルコトニ因リテ行爲ニ
 妥當スルモノナルカ故ニ、規範カ行爲者ニ對シ、故意ノ一定ノ結果ヲ禁止スル
 ニ方リテハ、常ニ行爲者ノ具體的認識ヲ對象トスルモノナレハナリ。之ニ反
 シテ「刑法ニ於テハ」結果ノ發生ハ單ニ之ヲ所緣トシテ故意ニ因リテ徵表セラ
 レタル反規範性ヲ處罰スルニ過キス。故ニ一定ノ結果ハ具體的ニ之ヲ豫見
 スルコトナクモ、豫見シ得ヘカリシ範圍ニ屬シ且客觀的ニ何等カノ類型ニ屬
 スル限り、故意ヲ罰スル所緣タルニ妨ナシ。是ヲ以テ、刑法上或結果ニ付キ故
 意アリト謂フニハ、豫見ト結果トノ間ニ具體的符合又ハ類型的符合アルコト
 ヲ必要トセス。唯可罰的(又ハ價值的符合抽象的符
合牧野)アレハ足ルナリ。但處罰
 ニ關シテハ故意其者ノ徵表スル可罰的價値ノ程度ヲ超ユルコトヲ得サルハ
 論ヲ俟タス。是レ刑法第三八條第二項ニ罪本重カルヘクシテ犯ストキ知ラ
 サル者ハ其重キニ從テ處斷スルコトヲ得ス」トアル所以ナリ。即チ例ヘハ、尊

屬殺ノ罪ニ於テ、犯人カ被害者カ尊屬タルコトヲ知ラサル場合ニ於テモ、刑法
 上ノ意義ニ於テハ結果ニ對シ故意アリト謂フコトヲ得レトモ、處罰ニ關シテ
 ハ、故意其者ノ價値即チ通常人ヲ殺サント
スル程度ノ反規範性ヲ超エテ尊屬殺ノ罪ノ規定ヲ其儘適用
 スルコトヲ得ス。從テ此場合ニハ通常殺人罪ノ刑刑九一
刑九九ノ範圍内ニ於テ右規
 定ヲ適用スル結果トナル。§ 131
I (1)(a)

事實ノ豫見ハ或場合ニ於テハ類型事實以外ノ事實ニ關スルコトアリ。所
 謂目的罪(Absichtsdelikt)ニ於ケル目的是ナリ。此目的(Absicht)ハ此種ノ罪ノ
 要件ニシテ、各本條ニ於テ通例「云々ノ目的ヲ以テ」通貨偽造罪(刑一四八以下)文書偽
造罪(一五四以下)誣告罪(二七二)
 又ハ「云々ノ爲メ」準強盜罪
(二三八)若クハ「云々ヲ圖リ」賭場開設罪(一八六)
I(首任罪(二四七))等ノ文字ヲ以テ
 之ヲ表シ、之ヲ缺クトキハ類型事實ト其豫見ト具ハルモ、目的罪ハ全ク成立ス
 ルコトナシ。例ヘハ通貨ヲ偽造スルモ、眞貨トシテ行使スル目的ナキトキハ、
 通貨及證券模造取締法ニ觸ルルコトアルモ、偽造罪ハ成立スルコトナキカ如
 シ。然レトモ所謂目的ハ行爲者カ單ニ其目的事實ヲ豫見スルノミヲ以テ足
 ルカ故ニ、此目的カ達セラレタルコトハ既遂罪トシテモ要件ニアラス。加之

此目的ノ爲メニ進テ或行爲カ行ハレタルトキハ其行爲ハ更ニ別個ノ罪名ニ觸ルルコトアリ。例、刑、一四、八以下。而シテ目的ノ罪ニ於ケル特別ノ目的ハ之ヲ類型事實ノ豫見ト區別シ特別ノ故意ナリトスルヲ通例トス。

二 故意ハ違法ノ意識ヲ含ム

故意ハ違法ノ意識 (Bewusstsein) ヲ含ム。此意識ハ自己ノ行爲カ規範ノ定ムル何等カノ違法類型ニ適合スヘキコト精密ニ言ヘハ自己ノ意思ト行爲トカ共ニ一定ノ規範ニ依リテ違法ト判斷セララルヘキコトノ意識ナリ。然レトモ斯カル意識ハ意思ノ點ニ關シテハ當然其自覺トシテ成立スルカ故ニ所謂違法ノ意識ハ畢竟違法類型ニ於ケル客觀的事實ハ充實ハ點ハ豫見ニ歸着スヘシ(一)。(從テ) 舉動犯ニ在リテハ意思表動ト其規範的反價值トヲ意識シ廣義ノ結果犯ニ在リテハ意思表動及ヒ結果ト此二者ノ規範的反價值トヲ意識シタル場合ニ故意アリトス。此後ノ場合ハ詳言スレハ實際ニ結果カ發生スルト否トニ拘ラス違法ナル意思表動ト違法ナル結果トノ間ノ論理關係法律的因果關係ヲ豫見スルコトナリ。然レトモ違法又ハ違法類型ノ意識トハ必スシモ類型

其者ノ法律的概念ヲ知ルノ謂ニアラス。自己ノ豫見シタル行爲カ規範ニ由リテ禁止セララルコトヲ意識スレハ則チ其種ノ行爲ニ關スル一定ノ違法類型ノ存在ヲ意識シタルモノナリ(二)。

註(一) 違法ヲ主觀的ニ解スル立場(三)ニ於テハ違法ノ意識ヲ故意ノ一條件ト爲スニ付テ特ニ説明ヲ要スル一事アリ。(即チ) 主觀的違法説ニ於テハ違法カ成立スルカ爲メニハ一般責任能力者ノ故意(又ハ過失)ニ基クコトヲ要スト説クニ拘ラズ今又故意ノ成立ヲ説クニ當リ故意ハ違法ヲ意識スルコトヲ要スト爲スハ恰モ循環論ニ陥レルカ如キ外觀アルコト是ナリ。然レトモ是レ單ニ用語上ノ問題ニ過キスシテ右二個ノ命題ハ實質ニ於テハ循環セル觀念ニアラス。(蓋シ) 違法ハ故意ニ基クコトヲ要スト謂フハ故意カ其形式ニ於テ違法全體ノ一要件タルコトヲ意味シ故意ハ違法ノ意識ヲ含ムト謂フハ其内容ニ於テ違法全體ニ關係スルコトヲ意味スルモノナレハナリ。(此關係ハ宛モ電燈ハ室内設備ノ一部ニシテ而カモ室内全部ヲ照スト謂フカ如シ) 今此點ヲ詳述スレハ既ニ述ヘタルカ如ク法ハ各人カ一定ノ主觀的事實責任ヲ條件トシテ其下ニ一定ノ客觀的事實ヲ惹起スルコトヲ禁止スルモノナリ。故ニ違法ハ即チ各人ノ行爲カ一般規範ノ定ムル各個ノ違法類型ヲ主觀客觀ノ兩方面ニ亘リテ充實スルコトナリ(§ 38)。從テ故意カ之ヲ意識ストハ其内容ヲ分析シテ謂ヘハ客觀的方面ニ付テハ類型ノ違法ナルヘキ充實ノ豫見ニシテ主觀的方面ニ付テハ其充實ノ豫見ノ自覺ナリ。然レ

トモ此自覺ハ豫見其者ノ成立スル限り、當然之ニ伴フ心理的事實ナルカ故ニ、右ノ如ク概念的ニハ故意ハ違法ノ意識ヲ含ムト謂フモ、事實ハ客觀的類型ノ違法ナル充實ノミノ豫見ヲ指摘スルヲ以テ足ルモノトス。右ノ如クナルヲ以テ、規範的責任能力ノ如キニ至リテモ、故意カ其意識ヲ含ムヤ否ヤハ特ニ之ヲ論スルノ必要ナシ。何トナレハ違法ヲ意識スルコトハ即チ規範的責任能力ノ具ハルコトニシテ、該意識ノ自覺ハ即チ責任能力ノ意識ニ外ナラサレハナリ。

註(二) 茲ニ述フル所ト一ニ述ヘタル所トハ、實ハ同一問題ノ表裏ナリ。蓋シ法律學上謂フ所ノ事實ハ常ニ規範的價值的ノモノニシテ、又規範的價値ハ常ニ事實ヲ根抵トスルカ故ナリ。(註(一) 故ニ右ニ事實ノ説明ニ類型ヲ前提トシ、類型ノ説明ニ事實ヲ豫想スルハ當然ノミ。

故意カ違法ノ意識ヲ含ムヤ否ヤハ從來議論ノ存スル所ニシテ、或ハ刑法第三八條第三項ニ「法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲スコトヲ得ス」トアルニ因リテ、之ヲ消極ニ解スル見解モ亦之レナキニアラス。然レトモ刑法ノ規定ノ趣旨ハ違法ヲ意識セサルモ仍ホ之ヲ處罰スルコトヲ得ル結果ヲ收ムレハ足レリトシ、其レカ理論上如何ニ説明セラルヘキカヲマテ拘束スルモノニアラス。故ニ予ハ、此規定アルニ拘ラス、故意ハ理論上違法ノ意識ヲ含ムト爲シ、若シ此意識ヲ缺クトキハ、縱ヘ事實ノ豫見アルモ、以テ故意アリト爲ス

ニ足ラスト解ス。蓋シ屢々述ヘタルカ如ク、違法ノ意識ナキ行爲ハ直接ニ其價値ヲ否定スルニ必要ナル理論上ノ根據ヲ缺クカ故ナリ。而シテ予ハ刑法第三八條第三項ハ「別ニ之ヲ一般規範ノ不知ニ關スル過失責任ヲ定メタルモノト解シ、同條第一項但書ニ所謂「法律ニ特別ノ規定アル場合」ニ該當スルモノト見ント欲ス。詳言スレハ、規範ヲ知ラスシテ或客觀的ニ違法類型のナル行爲ヲ爲スコトハ直接ニ其價値ヲ否定スルコトヲ得サレトモ、若シ之ヲ知ルヘクシテ知ラサリシ事情アルトキハ、其過失ヲ理由トシテ間接ニ之ヲ否定スルコトヲ得。即チ右ノ規定ハ規範ノ不知ニ因ル行爲モ過失行爲トシテ之ヲ違法トシ、且原則トシテ規範ヲ知リタル場合ト同一ノ責任ヲ負ハシムヘキコトヲ定メタルモノナリ。從テ規範ヲ知ラサルニ付キ過失モナキトキハ、違法行爲ノ成立スルコトナキハ當然ナリ。但過失ニ因ル規範ノ不知カ仍ホ責任ノ基礎タルカ爲メニ、以前ニ行爲一般ニ付テ述ヘタルカ如ク、行爲者ニ於テ、吾人ハ一般ニ自己ニ關係アル規範ヲ知ルニ努メサルヘカラスト謂フ規範意識ハ之ヲ具ヘサルヘカラス。」^{§ 120} 斯ク見テ「刑法第三八條第三項」ハ一應規範的

責任主義ノ原則ニ依リテ説明スルコトヲ得ヘシ。是レ刑法第三八條第三項ノ第一ノ意義ナリ。S. §§ 124, 111, 131, 11(1)。

一説ニハ、刑事犯ト行政犯トノ區別ニ從ヒ、前者ノ故意ハ違法ノ意識ヲ要セサルモ、後者ノ故意ハ之ヲ要スト爲ス者アリ。予ハ此兩者ニ付キ本質的區別ヲ認メサルカ故ニ S. § 68. 違法ノ意識ニ付キ斯カル差別ノ存スルコトモ亦之ヲ認メス。S. § 131, 11(1)。

三 故意ハ科刑ノ認識 (Kenntnis) ヲ含マス

行爲者カ其行爲ノ處罰^{可罰}ヲ知ルト否トニ拘ラス、違法ヲ意識シテ或行爲ヲ爲スコトハ、行爲者カ可罰的責任能力ヲ有スル限り、其程度ニ於テ既ニ改善手段ヲ必要トスル反規範性ノ徵表ナリ。蓋シ刑罰ノ目的ハ犯罪人ヲ改善シテ法律的規範ヲ規範其者トシテ尊重スル規範意識能力者タラシムルニアルカ故ナリ。故ニ行爲者カ行爲ノ處罰ヲ知ラサルモ違法ヲ意識スル限り仍ホ故意アリ。刑法第三八條第三項ニ法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲スコトヲ得ストアルハ、又此義ヲモ示シタルモノニ外ナラス。然レトモ時

ニ或ハ犯人ニシテ違法ヲ知ルモ、其處罰ヲ知ラサルカ爲メ罪ヲ犯ス者ナキニアラサルヘク、又此種ノ犯人ニシテ犯行後其行爲ノ處罰ヲ知ルニ及ヒ、自ラ將來ヲ戒慎スル者ナキニアラサルヘシ。同項但書ニ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得トアルハ、又此場合ヲモ斟酌シタルモノナリ。立法論トシテハ刑ノ免除ノ餘地ヲ存スルヲ可トス。是レ刑法第三八條第三項ノ第二ノ意義トス。S. § 131, 11(1)。

犯罪ノ故意カ科刑ノ認識ヲ含マサルコト右ノ如クナル以上ハ、其當然ノ結果トシテ、犯人自身ノ可罰的責任能力、累犯ニ因ル刑ノ加重、狹義ノ處罰條件、犯罪發覺ノ可能等ノ認識モ之ヲ含マス。

以上述フル所ヲ要約スレハ、故意ハ類型事實ノ評價的豫見ノ下ニ於ケル意思ナリ。但タ結果トノ關係ニ於テ故意ハ一般規範上違法行爲ニ在リテハ具體的符合ヲ要スルニ反シ、刑法上ニ於テハ可罰的(又ハ價值的)符合ヲ以テ足ル點ニ注意スヘシ。S. § 131, 11(1) 而シテ斯クノ如ク故意ハ豫見的意思ナリトスル學說ヲ觀念主義 (Vorstellungstheorie) ト謂フ。蓋シ豫見ノ程度ニ於テ既ニ十分ナル反規範

性ノ徵表アリトスルモノナリ。之ニ對シテ類型事實ヲ意欲 (wollen) 又ハ承認 (einwilligen) スルコトヲ以テ故意ノ要件トスル學說アリ。之ヲ意思主義 (Willens-theorie) ト謂フ。思フニ責任ハ規範(法益)ニ對スル無關心ナリ。S. § 111. 故意ト過

失トハ此無關心ノ各段階ニ於テ其間隔ノ最モ大ナルモノニシテ、此見地ヨリ謂フニ類型事實ヲ豫見シテ尙且無關心ナル場合ト豫見セ、スシテ無關心ナル場合トノ區別ヲ以テ故意過失ノ區別ニ充ツルヲ以テ最モ當ヲ得タルモノト謂ハサルヘカキエ。從テ斯カル見解ニ於テハ、行爲者カ類型事實ヲ意欲シタリヤ又ハ承認シタリヤノ如キハ單ニ故意ニ於ケル情狀ノ問題ニ過キス。

故意ハ通常之ヲ確定故意 (dolus determinatus) ト不確定故意 (dolus indeterminatus) トニ分チ、更ニ後者ヲ概括的故意 (d. generalis) 擇一的故意 (d. alternativus) 未必的故意 (d. eventualis) ニ分ツ。事實ニ關シテハ謂ヘハ前者ハ、特ニ廣義ノ結果犯ノ場合ニ於テ、結果ノ發生ヲ確實ノモノトシテ豫見シ、後者ハ不確實ノモノトシテ豫見スル場合ナリ。又後者ノ中、(一)ハ結果ノ發生ハ確實ナルモ、其一個カ數個カノ不確實ナル場合、(二)ハ數個ノ結果ノ中一個發生スルコトハ確實ナルモ、何レノ一個

カカ不確實ナル場合、(三)ハ結果ノ生否其者ノ不確實ナル場合ナリ。而シテ觀念主義ニ從ヘハ、苟モ意思表動ノ際不確定的ニモ結果ノ豫見アル限り、故意アリトスレトモ、通常ノ意思主義ニ從ヘハ、結果ニ對シ豫見アルモ、少クトモ承認ナキ以上ハ、過失アルモ故意ナシトス(二)。又此區別ハ違法ニ關シテ謂ヘハ、違法ナルコトヲ確實ニ意識スル場合ハ確定故意ニシテ、不確實ニ意識スル場合ハ不確定故意ナリ(三)。而シテ以上ノ各差別ハ犯罪ノ情狀トシテ量刑上影響アルニ止マル。故意ニハ又結果ノ、故意ト危險ノ、故意トアリ。後者ハ其内容カ不確定故意ニ比シ一層抽象的ナル場合ナリ。但其分界ハ類型ニ因リテ一様ニアラス。S. § 291.

註(一) 例ヘハ、銃獵家カ田圃中ニテ鳥ヲ射ントスルニ當リ、散彈カ附近ノ農夫ニ中ルヤモ知レス

ト豫見シツツ發砲シテ負傷セシメタル場合ニハ、觀念主義ニ依レハ、常ニ故意犯ナルモ、通常ノ意思主義ニ依レハ、或ハ中ルモ已ムヲ得スト謂フ承認ノ下ニ發砲シタル場合ニ限り故意犯ニシテ、然ラサル場合ニハ過失犯ナリ。然レトモ觀念主義ニ於テモ豫見アリタルヤ否ヤハ意思表動ノ際即チ右ノ場合ニハ獵銃ノ引金ヲ引ク際ニ付テ論スヘキモノナルカ故ニ、初メ危險ヲ

虞リ躊躇シタルモ、發砲ノ際中ラスト觀念シタルトキハ豫見ナキカ故ニ故意犯ニアラス。

註(二) 違法ニ關スル不確定故意ト謂フカ如キハ通例學者ノ説カサル所ナルモ、理論上事實トノ總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件 第一項 故意

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件

三〇八

間ニ區別アルヘキニアラス。尙違法ニ關スル不確定故意ノ問題ト前ニ述ヘタル違法ノ意識カ刑法上抽象的意義ヲ有スルコトト混同セサルコトヲ要ス。(S. § 120 II)。

故意ニ關シテハ、又事前ノ故意及ヒ事後ノ故意ナル觀念アリ。但此二者ハ相對立スル故意ノ分類ニアラス。何レモ單ニ事實上故意ノ特別ナル場合ト謂フニ過キス。即チ**前者**ハ例ヘハ人ヲ殺サントシテ斬リ付ケ、其未タ死亡セサルヲ死亡セリト誤信シテ、河中ニ投棄シ、因テ被害者ヲ溺死セシメタリト謂フカ如ク、前ニ間接ノ行爲ノ當時故意アリテ後ニ直接ノ行爲ノ當時故意ナキ場合ニシテ**後者**ハ、例ヘハ、火ヲ失シタル後、之ヲ消止メ得ルニ拘ラス、結果ヲ豫見シツツ消止メス、因テ人ノ住居其他ヲ燒燬シタリト謂フカ如ク、前ニ行爲ノ當初故意ナクシテ、後ニ故意ヲ生シ、當初ノ行爲ノ影響ヲ自然ノ成行ニ放任スル場合ナリ。此中前者ハ同時ニ因果關係ノ問題 **三** S. § 80 ニ關連シ、後者ハ不作爲ノ問題 **四** S. § 85 ニ關連ス。 S. § 121。

註(三) 原因ニ於テ故意アル行爲トモ謂フヘキ場合ニシテ、actio libera in causaニ準シテ考フヘシ。(S. § 72 II註1, 99)。

犯罪ハ人ノ行爲ナル以上、必ス動機アリ。然レトモ犯罪ノ豫見カ同時ニ動機タルコトハ現行法上犯罪又ハ故意ノ要件ニアラス。所謂目的罪ニ於テモ、其目的ハ唯一定ノ目的事項ニ關スル確定又ハ不確定ノ豫見タルヲ以テ足り、動機タルコト即チ意欲ヲ要セス。從テ其豫見カ事實上動機タラサル場合ニ於テモ、之レカ爲メニ特別ノ問題ヲ生スルコトナシ。例ヘハ、誣告罪ニ於テ、其動機ハ被誣告者カ刑事上ノ處分ヲ受クルニ至ルヤモ知レト謂フ不確定豫見アル以上、犯罪ハ成立ス。而シテ動機ハ單ニ凡テノ犯罪ニ通シ情狀ノ問題トシテ量刑上ノ斟酌ヲ受クルコトアルノミ。

第二項 過失

行爲者カ事實類型ヲ豫見セス又ハ規範カ其事實ヲ違法トスルコトヲ知ラサルトキハ、其行爲ノ價值ハ直接ニ之ヲ否定スルコトヲ得サレトモ、法律上其事實ヲ豫見シ又ハ規範ヲ意識スヘキニ拘ラス、不注意ニ因リテ之ヲ豫見又ハ意識セサルトキハ、此點ヲ理由トシテ間接ニ之ヲ否定スルコトヲ得。斯カル場合ノ行爲者ノ意思ヲ過失(Culpa, Fahrlässigkeit, Faute)ト謂フ。**犯罪**ニ付テ謂ヘハ、過

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件 第二項 過失

三〇九

Culpa compensation

失ハ不注意ナレニ因リテ犯罪事實特殊ノ違法事實 又ハ犯罪類型特殊ノ違法類型ヲ知ラサル意思ナリ。左ニ場合ヲ分テ其内容ヲ説明スヘシ。

一 過失カ類型事實ノ不豫見ニ存スル場合

類型事實ヲ豫見セサル場合ニハ、其當然ノ結果トシテ、其事實カ如何ナル違法類型規範ニ適合スルカヲモ意識セサルノ理ナリ。從テ此場合ニハ過失ハ同時ニ又違法類型ノ不知ニ關ス。

過失カ類型事實ノ不豫見ニ關シテ成立スルニハ左ノ如キ要件アリ。

(一) 過失カ類型事實ノ不豫見 (Nichtvoransicht) ニ存スルコト

過失カ事實ノ不豫見ニ存スル場合ニハ、違法行為一般トシテ謂ヘハ、其問題トナル事項ノ範圍ハ故意ノ場合ニ同シ。蓋シ規範カ故意ニ因リテ或行為ヲ爲スコトヲ禁止スル場合ニハ、當然同時ニ過失ニ因リテ爲スコトヲモ禁止スルカ故ナリ。從テ之ヲ具體的ニ謂ヘハ、廣ク違法類型のナル意思表動又ハ結果ナリ。而シテ故意ノ行為ハ結果ノ不發生ノ場合ニモ仍ホ故意ノ行為タルヲ失ハサルカ如ク、理論上過失行為モ亦結果ノ發生ヲ必要トセス(一)。但タ犯

罪トシテ謂ヘハ、過失犯ハ刑法上故意犯ノ如ク其類型ノ種類多カラス。又其類型事實トシテ必ス結果ノ發生ヲ要シ、未遂ヲ罰スルコトナシ。故ニ過失行為ハ規範的評價ノ問題トシテハ故意行為ト全然其事項ノ範圍ヲ等シクスルニ拘ラス、可罰的評價ノ問題トシテハ其範圍極メテ狭シ。§ 120

註(一) 例ヘハ、多衆通行ノ場所ニ於テ危險ナル行為ヲ爲ス場合ノ如ク、結果發生ノ可能ノ原因タル情況其者ヲ意識シツツ、而カモ結果ノ可能ヲ意識セスシテ、危險行為ヲ敢テシタル場合ハ、結果ノ不發生ニ拘ラス、其自體過失行為ナリ。

過失ニ於テ不豫見ノ問題ニ關係スル類型事實ノ範圍ハ、一般ニ謂ヘハ、法律上行爲者カ各場合ニ於テ少クトモ不確定的 § 121. ニ豫見スルコトヲ要スル

事實ナリ。詳言スレハ、行為者カ各場合ノ情況ニ應シ、通常一般ノ注意意思ノ努力ヲ用キル限リ此點客觀的標準 行為者自身ノ知性並ニ知識經驗ニ照ラシ此點主觀的標準 少ク

トモ不確定的ニ豫見シ得ヘキ範圍内ノモノナリ。§ (二)。蓋シ此範圍内ノ事實ハ、其違法ナル限リ、法律カ行為者ニ對シ之ヲ豫見シ、其豫見ニ基キテ事實ノ發生ヲ避止スヘキコトヲ要求スト解スヘキカ故ナリ。而シテ斯カル情況ノ

下ニ於テ、若シ豫見シ得ヘカリシ何等カノ違法ナル事實カ發生シタルトキハ、
其事實ハ前ニ不豫見ノ下ニ或行爲ヲ爲シタル態度ニ對シテ因果關係ニ立ツ
カ故ニ、法律上該行爲ノ結果ナリ。註二〇。 此場合ニ於テ、其全體ノ關係カ刑法
上過失犯ノ或類型ニ適合スルトキハ、茲ニ初メテ過失犯トシテノ可罰的評價
ノ問題ヲ生ス。

(二) 類型事實ノ不豫見ハ違法ナル不注意(Nichtvorsicht)ニ基クコト

類型事實ノ不豫見ハ唯不豫見其者トシテハ過失タルコト能ハス。蓋シ不
豫見ハ不作爲ト謂フカ如ク一ノ判斷ニシテ、其者トシテハ實在ノモノニアラ
ス。其實在ナルモノハ不豫見ノ際ニ於ケル他ノ事實ノ豫見ナリ。從テ不作
爲カ規範的價值的ニノミ初メテ實在タリ得ルカ如ク、不豫見モ規範的價值的
ニノミ初メテ之ヲ實在ト見ルコトヲ得。斯カル考察ニ於テハ、過失タル不豫
見ハ違法ナル不注意ニ基ク不豫見ナリ。詳言スレハ、若シ本人カ注意セシナ
ラハ、豫見シ得ヘカリシナラント考ヘラル、範圍ニ屬シ且法律上豫見ヲ要ス
ル事實ヲ豫見セサルコトナリ。傍點ノ示ス如ク假定ノ論ニシ
テ自由意思問題ニ關係ナシ。

注意トハ、茲ニハ、其結果タル豫見ノ範圍ノ問題ヲ離レ、意識作用トシテノ意
思ノ緊張ヲ謂フ。此注意ハ法律上通常一般ノモノ、即チ何人モ同一情況ノ下
例ヘハ、氣分ノ通常ナルトキ、深夜睡ムキトキ、頭痛スルトキ、街
路ヲ通行スルトキ、職工カ器械ヲ運轉スルトキト謂フカ如キニ於テハ一般ニ同一程度ニ
於テ用ユヘシト思料セララルル注意ニテ足ルカ故ニ、其標準ハ客觀的ナリ。過
失ノ標準トシテハ、此點ノミニ付テハ客觀說ヲ正當トス。蓋シ各人ノ能力性知
及ヒ知識經驗ハ決シテ平等ナルコトヲ得サルカ故ニ、法律上各人ニ對シ豫見ノ範圍
ノ平等ヲ期スルハ不合理ナレトモ、豫見ノ爲メノ意思ノ緊張ヲ平等ニ課スル
ハ寧ロ已ムヲ得サレハナリ。即チ若シ此點ニ於テ客觀的標準ヲ認メサラン
カ、其ノ他ニハ、或ハ本人自身ノ平常ノ注意ト謂フカ如キ純粹ナル主觀的標準
ヲ定メテ、結局過失ヲ否認スルノ外ナカラン。而シテ右ノ如ク注意ノ點ノミ
ニ付テ客觀的標準ヲ採ルトキハ、**注意**ノ結果タル事實豫見ノ範圍ハ各人ノ知
性及ヒ知識經驗ノ異ルニ因リテ異ル。乃チ其結果ハ主觀的ナリ。從テ過失
犯ニ於テ豫見スヘキ類型事實ノ範圍如何ハ此主觀的ナル想像上ノ結果ヲ標
準トシテ定マルモノニシテ、即チ予ノ見解ハ一種ノ主觀說ナリ(二)。

註(二) 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——注意ハ所動的ニ他ノ刺戟ニ因リテ初メテ喚起セラル。過失ニ付テ謂ヘハ、吾人ハ先ツ何等カ多少ノ危険ヲ意識シタル場合ニ初メテ之ニ對スル注意ヲ喚起セラレ、此注意ニ由リテ實害發生ノ可能ト經路トヲ豫見スルニ及ヒ、次テ之カ防止ノ方法ヲ執ルヲ自然トス。故ニ單ニ注意義務ヲ課スルモ、注意カ刺戟ヲ前提トスル限り無意味ナリ。若シ又所謂注意義務ヲ以テ、未タ何等具體的ニ危険ノ刺戟ヲ受ケサルニ當リ、豫メ一切ノ方面ニ亘リ、一切ノ事項ニ關シテ生スヘキ危険ヲ意識スルカ爲メノモノトセハ、斯クノ如キハ同時ニ無數ノ目標ニ對シ一様ナル注意ヲ要求スルモノニシテ、本來注意其者ノ本質ニ戻リ、所謂不能ヲ求ムルモノナリ——ト。(Exner)。思フニ此議論カ注意ヲ以テ外界ノ刺戟ニ因リテ生スル意識現象ナリトスルハ正當ナリ。然レトモ注意ヲ喚起スルモノハ常ニ具體的刺戟ノミト爲スハ誤ナリ。蓋シ抽象的ナルモノハ抽象的ナル程度ニ於テ刺戟トナリ、抽象的ナル刺戟ハ抽象的ナル程度ニ於テ注意ヲ喚起スルカ故ナリ。要スルニ、注意ハ具體的ノ刺戟ノミニ因リ生スルニアラス。行為者ノ環境ニ應シ危険ノ可能アル一般的情況ヲ認識シタルノミニテ聯想ニ依リ豫見ノ注意ノ動クコトアリ。例ヘハ、路上ニ自動車ヲ運轉スル場合ニハ前方ニ人影ヲ認メタル場合ニノミ衝突ノ危険ニ對スル注意カ喚起セラルルモノニアラス。其場所カ市街道路ナル限り、少クトモ何時路傍ノ人家又ハ小路ヨリ車馬通行人等ノ現ハルルヤモ知レスト謂フ豫見ノ爲メノ注意ハ市街道路ニ自動車ヲ驅ル

ト謂フ情況其者ノ自覺ヨリ當然生スルヲ通例トス。法律上ノ注意義務ハ即チ斯カル豫見ノ爲メノ意思ノ努力ヲ目的トスルモノナリ。

右ノ如キ標準ニ依ルトキハ、或結果カ右ノ程度ノ注意ヲ用キタリトスルモ、仍ホ行為者本人ノ知性並ニ知識經驗ヲ以テシテハ、不確定的ニモ豫見シ得サル程度ノモノナルトキハ、縱ヘ行為者カ初ヨリ何等ノ注意ヲ用キサリシトスルモ、該結果ノ發生ヲ以テ行為者ノ責ニ歸スルコトヲ得ス。何トナレハ、既ニ述ヘタルカ如ク、豫見スヘカラサル結果ニ付テハ、根本ニ於テ因果關係アリト謂フコトヲ得ス、從テ之ヲ以テ過失犯ニ於ケル類型事實カ發生シタルモノト謂フコトヲ得サルカ故ナリ § 124。但斯カル場合ニ於テモ、行為者カ初ヨリ或程度ノ注意ヲ必要トスル一定ノ情況ヲ認識シツツ、何等ノ注意ヲ爲ササリシコト自體ハ過失ニシテ、之ニ基ク態度ハ理論上獨立ニ規範的評價ノ問題トシテ違法ナリ(三)。(一)。以上ノ如キ見解ニ對シテハ、之ヲ不熟練ナル醫師其他技術者ノ過失問題ニ適用スルトキハ、或ハ其當否ニ付キ一應ノ疑ナキ能ハス。即チ右ノ主觀說ヨリ謂ヘハ(例)ヘハ技術ノ如何ニ拙劣ナル醫師ニテモ、其本人

トシテ一定ノ注意ヲ用キタル以上ハ、如何ナル結果ニ付テモ責ヲ負フコトナ
キカ如キコト是ナリ。然レトモ斯カル場合ニ於テハ、事情ニ因リ、醫師カ當初
ニ自己ノ不熟練ヲ知ラサル點、又ハ知リテ敢テ開業シ或ハ診療ヲ引受ケタル
點ニ過失アリト謂フコトヲ得ヘシ。前過失。事

註三 例ヘハ、電車ノ通過スル瞬間ニ軌道ニ飛込ミ自殺ヲ遂ケタル者アルトキハ、多クハ運轉手
ニ過失ナク、從テ因果關係ナシ。然レトモ其場合ニ運轉手カ踏切り通過ノ際何等ノ注意ヲ用
キサリシトスレハ、理論上結果ニ關係ナシトスルモ、獨立ニ過失ニ因ル違法ナル態度ナリ。

法律上注意義務ノ程度ニ差等アリヤ否ヤハ之ヲ肯定スルヲ通説トス。即

チ此種ノ見解ニ依レハ、或種ノ業務特ニ不特定人ノ生命身體ニ危害ヲ及ホス
虞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
ル注意ヲ用キルノ義務アリトスルナリ。例ヘハ業務上過失往來妨害罪刑一
二九
Ⅱ及ヒ業務上過失致死致傷罪同二ニ於テ、其科刑カ通常ノ場合ヨリモ重キ點
ヨリ推シテ、一定ノ業務者ハ通常人ニ比シテ一層大ナル注意義務アリト解ス
ルカ如シ。然レトモ予ハ同一性質ノ行為カ其業務的ニ行ハルルト否トニ因

リ之ニ伴フ注意義務ノ程度ニ差等アル所以ヲ解スルコト能ハス。蓋シ特別
ノ業務者ハ其業務上特別ナル知識經驗ニ由リ同一程度ノ注意意思
努力ヲ以テ
スルモ、仍ホ非業務者ニ比シテ一層廣キ範圍ノ豫見ヲ爲スコトヲ得ヘキカ故
ニ、此目的ノ爲メニ法律上特ニ高キ程度ノ注意義務ヲ課スルカ如キ必要ナシ。
又業務者ニ對シテ高キ程度ノ注意義務ヲ課スルコトハ、反面ヨリ謂ヘハ、非業
務者ノ注意義務ヲ減輕スルコトニシテ、是レ亦全ク理由ナシ。斯クノ如ク解
スルトキハ、前記ノ罪ノ諸規定ニ於テ其刑ヲ非業務犯ノ場合ニ比シテ全體ト
シテ加重セス、單ニ其最高限ヲ高クシタルニ止メタルハ、一般的ニ高キ注意義
務ヲ課シタルモノト見ス、唯業務犯ノ場合ニハ法益侵害ノ結果ニ於テ重大ナ
ルコトアルニ因ルト見テ足ルヘシ。

二 過失カ規範ノ不知(錯誤)ニ存スル場合

各人カ或行為ヲ爲ス場合ニ、其際ノ情況ニ應シ、之ヨリ生スヘキ類型の危険
ヲ豫見シ、之ヲ避免スル爲メ相當ナル注意ヲ用キルコトカ、社會ノ成員トシテ
ノ法律上ノ義務ナルカ如ク、各人ハ、各行爲ノ際其身分、地位、職業其他社會生活

上諸般ノ關係ニ於テ、法律的規範ニ違反セサル爲メ、平素相當ナル注意ヲ以テ規範ヲ知ルコトニ務メサルヘカラサルコトハ亦社會ノ成員トシテノ法律上ノ義務ナリ。即チ法ハ法自身ヲ知ルコトヲ各人ニ命ス。但此要求アルカ爲メニ、法律上各人ハ皆法ヲ知ルモノト看做サルニアラス。若シ斯カル擬制ノ下ニ、法ヲ知ラサル者モ法ヲ知レル者ト同様ニ取扱ハルヘキモノトセハ、是レ規範的責任主義註一ノ原則ニ反スルモノニシテ法ノ正當ナル適用ニアラス。然レトモ法カ法ヲ知ルカ爲メニ平素適當ノ注意ヲ用ユヘキコトヲ各人ニ命スルコト上記ノ如ク、又各人モ一般ニ斯カル規範意識ヲ有スル限りハ、直接ニ或規範ヲ知ラサルニ因リテ之ニ抵觸スル行爲ヲ爲シタル場合ニ於テモ、全然規範ノ不知ヲ理由トシテ其責ヲ免ルルコトヲ得ヘキモノニアラス。即チ此場合ノ責任ハ其直接ニ違反シタル規範ニ基クモノニアラスシテ、規範ヲ知ルカ爲メニ相當ナル注意ヲ用ユヘキコトヲ命スル間接ノ規範ニ基クモノナルカ故ニ、故意ノ責任ニアラスシテ過失ノ責任ナリ。而シテ刑法第三八條第三項本文ハ此規範ノ不知(錯誤)註二ニ關スル過失責任ヲ定メタルモノ

ナリ。
§ 120

法ノ不知ニ關シテハ、羅馬法ノ解釋トシテモ議論アリ。又寺院法ニ於ケル取扱モ事項ニ因リテ一樣ナラス。然レトモ其後漸次「法ノ不知ハ害ス」(Ignorantia juris nocet) 又「法ノ不知ハ有恕セス」(Ignorantia juris non excusat) 又「何人モ法ヲ知ラサルモノト看做サル、コトナシ」(Nemo legem ignorare censetur) トイウコト一般ノ原則トナレリ。其理由トスル所ハ蓋シ社會的必要ニ在リ。而シテ「我刑法第三八條第三項本文」ハ規定シテ曰ク「法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲スコトヲ得」ト。此規定モ亦文義上ハ此流ヲ酌ムモノ、如シ。是レ今日尙ホ我國ノ一部ノ學說ニ於テ、故意ハ違法ノ意識ヲ含マスト解シテ、唯事實豫見ノ有無ノミニ因リテ故意ノ有無ヲ別タントスル者アル所ナリ。然レトモ責任ナキ行爲カ之ヲ違法トシ又ハ之ヲ處罰スルニ付キテ根據ヲ缺クモノナルコトハ、其レカ事實ニ關スルト違法ニ關スルトニ因リテ區別アルヘカラス。從テ此規定ハ之ヲ規範ノ不知ニ關スル過失責任ヲ定メタルモノト解シテ初メテ合理的ナルコトヲ得ルモノトス。但斯ク解スル以上、

規範ノ不知ニ關シテ過失モナキトキハ、行爲者ハ何等ノ責ヲ負フコトナキハ言フ俟タス。而シテ斯カル解釋ニ從ヘハ刑法第三八條第三項本文ノ規定ハ同條第一項ニ所謂「法律ニ特別ノ規定アル場合」ニ該當スルモノトス。

以上ノ見解ニ從ヘハ、其結果トシテ、違法ノ不知ニ關スル過失犯ノ成立ノ範圍ト處罰ノ程度トハ原則トシテ全然故意犯ノ場合ニ一致スルコト、ナル。是レ事實ノ不知(錯誤)ニ關スル過失犯ニ比シテ頗ル權衡ヲ失ス。從テ此點ニ於テハ右ノ如キ解釋ハ失當ナルヲ免レス。然レトモ斯カル解釋ニ從ハスシテ而カモ責任主義ヲ貫カンカ、現行法上違法ノ不知ニ關スル過失犯ニ對スル處罰規定ヲ缺クニ至ル結果トシテ、此種ノ場合ハ凡テ之ヲ放任セサルヲ得サルニ至ラン。斯クノ如クンハ、反對ノ意味ニ於テ又タ當ヲ失ス、要スルニ斯カル矛盾ハ結局立法ヲ以テ之ヲ解決スルノ外ナシト雖モ、予ハ差當リ刑法第三八條第三項本文ハ之ヲ前記ノ如ク解シ、處罰ノ不權衡ノ緩和ハ之ヲ同條項但書ニ「但情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得」トアル規定、酌量減輕ニ關スル規定並ニ起訴猶豫ニ關スル規定刑訴、二七九ノ適當ナル運用ニ委ヌルヲ以テ可ナ

リト信ス(四)。

註(四) 刑法第三八條第三項カ第一項但書ニ所謂法律ニ特別ノ規定アル場合ニ該當シ、過失責任ヲ定メタルモノナルコトニ付テハ、我大審院モ亦暗黙ニ之ヲ認ムルカ如シ。判例ニ曰ク「被告人ハ狸ト猪トハ全然種類ヲ異ニシアライマ 獺ニ相當スル獸ヲ以テ狸ナリト誤信シ、延テ本件ノ獸類ハ十文字ノ斑點ヲ有シ、被告人ノ地方ニ於テ通俗十文字猪ト稱スルモノニシテ、狩獵禁止ノ目的タル狸ニアラスト確信シ、之ヲ捕獲シタルモノナルコトハ……疑ヲ容ルル餘地ナシ。然ラハ被告人ハ、狩獵法ニ於テ捕獲ヲ禁スル狸中ニ狸俗ニ所謂猪ヲモ包含スルコトヲ意識セス從テ十文字猪ハ禁止獸タル狸ト別物ナリトノ信念ノ下ニ之ヲ捕獲シタルモノナレハ、狩獵法ノ禁止セル狸ヲ捕獲スルノ認識ヲ缺如シタルヤ明ナリ。蓋シ學問上ノ見地ヨリスルトキハ、猪ト狸トハ同一物ナリトスルモ、斯クノ如キハ動物學上ノ知識ヲ有スル者ニシテ市メテ之ヲ知ルコトヲ得ヘク、却テ狸猪ノ名稱ハ古來併存シ、我國ノ習俗亦此二者ヲ區別シ、毫モ怪マサル所ナルヲ以テ、狩獵法中ニ於テ狸ナル名稱中ニハ猪ヲモ包含スルコトヲ明ニシ、國民ヲシテ適歸スル所ヲ知ラシムルノ注意ヲ取ルヲ當然トスヘク、單ニ狸ナル名稱ヲ掲ケテ其内ニ當然猪ヲモ包含セシメ、我國古來ノ習俗上ノ觀念ニ從ヒ猪ヲ狸ト別物ナリト思惟シ之ヲ捕獲シタル者ニ對シ、刑罰ヲ以テ臨ムカ如キハ、決シテ其當ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス。」故ニ本件ノ場合ニ於テハ、法律ニ捕獲ヲ禁スル狸ナルノ認識ヲ欠缺シタル被告ニ對シテハ、犯罪ヲ阻却

スルモノトシテ、其行爲ヲ不問ニ付スルハ固リ當然ナリト謂ハサルヘカラス。ト。(大審判、大正一四、六、九日宣告) 思フニ右判文中括弧、「内ノ文言ハ單ニ狩獵法ニ於ケル立法技術ノ拙劣ヲ難シタルニ止マラス、是故ニ由リテ被告人カ法ノ真意ヲ知ラサルモ亦已ムヲ得ストシテ、法ノ不知ニ付キ過失ナキコトヲ說示セルモノナリ。即チ本件ノ被告人ノ無罪タル理由ハ單ニ規範ヲ知ラサリシニ在ラス、過失ナクシテ知ラサリシニ在ルカ故ニ、該判決ノ趣旨ハ、若シ被告人カ過失ニ因リテ規範ヲ知ラサリシ場合ニハ、當然刑法第三八條第三項ノ適用アルモノト爲スニ在ルコトヲ觀取スルコトヲ得ヘシ。

特別刑法ニ於テハ特ニ刑法第三八條第三項但書ノ規定ヲ適用セサルコトヲ定ムルモノアリ。然レトモ斯カル取扱ハ單ニ取締上ノ直接ノ必要ニ基クモノニシテ、固リ本則ト見ルヘキニアラス。例、所得稅法七七、營業收益稅法三七、資本利子稅法二一、關稅法八二ノ四、假置場法二一。過失ノ内容ハ右ニ述フルカ如シ。而シテ右ニ一及ヒニ述ヘタル所ヲ統一シテ過失ノ意義ヲ定ムレハ、過失トハ違法類型ノ充實ニ對スル不注意ニ因ル不豫見ナリト謂フコトヲ得。

過失ヲ分テ意識的過失及ヒ無意識的過失(Bewusste u. unbewusste Fahrlässigkeit)ト

爲スコト通例ナリ。兩者ノ意義如何ニ付テハ學者ノ說ク所一様ナラサルモ、通例一旦違法ノ發生ヲ豫見シタルモ更ニ之ヲ發生セスト判斷シタル場合ヲ意識的過失トシ、初ヨリ全ク違法ノ發生ヲ豫見セサリシ場合ヲ無意識的過失トス。嘗テハ前者ノ責任ヲ後者ノ場合ヨリモ重ク論シタルコトアルモ、今日斯カル差別ヲ認ムル者少シ。

故意ニ付テ確定的ト不確定的トノ區別アルカ如ク、過失ニ付テモ確定的過失ト不確定的過失トノ二種アルヘキ理ナリ。即チ過失カ行爲者ニ於テ通常一般ノ注意ヲ用キタリトセハ確定的ナル豫見ヲ爲シ得タルヘシト判斷シ得ルモノナルトキハ前者ニシテ、同様ノ場合ニ不確定的ニモ仍ホ豫見シ得タルヘシト判斷シ得ルモノナルトキハ後者ナリ。即チ茲ニ不確定的トハ過失ノ有無其者ニ付テノ判斷ニアラスシテ、過失ノ内容ニ關スル判斷ナリ。斯カル區別ハ學者通例之ヲ說カス、是レ此區別カ事實上多クノ場合ニ於テ意識的ト無意識的トノ區別ニ一致スルカ爲メナルヘキモ、此二種ノ區別ハ觀念上其意義ヲ異ニス。

過失ニモ亦故意ニ準シテ、事前ノ過失ト事後ノ過失トアリ。前者ハ例ヘハ過

失ニ因リテ自ラ緊急危難ヲ惹起シ、之ヲ避クル爲メ避難行爲ヲ行ヒ、他人ノ權利ヲ侵害シタル場合ノ如ク、直接ノ行爲ニ付テハ責任ナキモ、間接ノ過失行爲ニ基キ(一)、全體ノ結果ニ付キ責任アル場合ニシテ、後者ハ、例ヘハ、電車ノ運轉手カ當初電車ヲ進行セシムル方法ヲ執リタルマ、過失ニ因リテ停車スヘキ場合ニ停車セス、通行人ヲ死傷ニ致シタル場合ノ如ク、一旦一定ノ行爲ヲ爲シタル後、過失ニ因リテ其行爲ノ展開ヲ自然ノ成行ニ放任スル場合ナリ。右ハ何レモ過失トシテ事實上特殊ノ場合タルニ過キサレト故意ニ關シテ述ヘタルカ如シ。§ 125

註(一) 原因ニ於テ過失アル行爲トモ謂フヘキモノナリ。(§ 125 事前ノ故意)。

過失カ不注意ニ因ル以上、理論上之ニ輕重ノ差ヲ別ツコトヲ得ルハ勿論ナリ。然レトモ此區別ハ過失ノ一切ノ種類ニ亘リ、注意カ大ニ足ラサリシヤ或ハ少シク足ラサリシヤノ各個ノ場合ニ於ケル事實問題トシテ考フヘキモノニシテ(例)ヘハ業務上ノ不注意ハ非業務上ノ不注意ニ比シテ重大ナリト謂フカ如ク、法律上行爲ノ種類ニ因ル一般の區別ノ問題ニアラス。蓋シ既ニ述ヘタルカ如ク、法律上ノ注意義務ノ程度ハ人ト職業トノ如何ニ拘ラス凡テ同一ナルヘキカ故ナ

過失一般ニ付テ述フヘキコト大凡右ノ如シ。而シテ故意ヲ以テ爲シ得ル違法行爲ハ又過失ヲ以テモ爲シ得ルカ如ク、理論上一切ノ故意犯ハ過失犯トシテモ亦成立シ得ルノ理ナリ。然レトモ刑法ハ其一切ノ場合ヲ過失犯トセス、且之ヲ罰スル場合ニ付テモ、事實ノ不知ト規範ノ不知トニ關シテ極テ重要ナル區別ヲ爲セリ。即チ刑法第三八條第一項本文ハ「罪ヲ犯ス意ナキ行爲ハ之ヲ罰セス」ト規定シテ、故意犯ヲ原則トスルト同時ニ、但法律ニ特別ノ規定アル場合ハ此限ニアラスト規定シテ、過失犯ヲ例外トシ、其例外タル場合ノ中ニ付テモ(一)事實ノ不豫見ニ因ル過失犯(狭義ノ結果ヲ除ク)ヲ處罰スル場合ハ刑法中僅ニ四種ニ過キス。即チ失火罪(刑一七六)、過失溢水罪(同一二九一)及ヒ過失致死致傷罪(同一二〇九)乃至二一九)是ナリ。而シテ其刑モ特殊ノ場合(同一二一九)ヲ除キテハ一般ニ輕クシテ罰金ヲ通例トス。但特別刑法ニ於テ過失ノ未遂ト見ルヘキ危險罪ヲ處罰スル場合少カラサルコトハ、嚮テ警察犯ニ關シテ述ヘタルカ如シ。註三。七。規範ノ不知ニ因ル過失犯ノ範圍ハ全然故意犯ノ範圍ニ一致ス。而シテ之ニ對スル法

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件
第二項 過失 三二六

死刑モ亦故意犯ノ場合ニ同シ。即チ此種ノ場合ハ本質上過失犯タルニ拘ラス、
其刑法上ノ評價ハ原則トシテ故意犯ニ異ラサルナリ。^{5. § 124}

過失犯ニ關連シテ結果犯、^{結果犯 狹義ノ}又ハ加重的結果犯 (Die durch den Erfolg qualifizierten Delikte) ト稱セラレルモノアリ。

例ハ傷害罪 ○刑二ニ於ケルカ如ク犯人
カ豫見シタル暴行ノ範圍ヲ超エテ傷害ヲ生セシメタル場合ニ於テ、仍其重キ結

果ニ付テモ責ヲ負ハサルヘカラサル場合ヲ謂フ。此場合ニ二種アリ。
人カ重キ結果ニ付キテモ豫見アルヲ妨ケサル場合ニシテ、^{例、傷害罪及ヒ之ニ準スル罪、強盜致死罪(二四〇)等}

ハ特ニ豫見ナキコトヲ要スル場合ナリ。^{例、傷害致死罪(刑二〇五)及ヒ之ニ準スル罪。}前者ヲ比較的多シ
トス。而シテ此等ノ場合ニ豫見ナキ重キ結果ニ付キ過失ヲ要ストスル説ト之

ヲ要セスシテ所謂不可抗力ニ因ル結果ニ付テモ責ヲ負フヘキモノトスル結果
責任説トアレトモ**積極説ヲ正當トス。**^{結果責任ナル語ハ積極説ノ論者モ尙}

テ斯ク解スレハ、刑法中過失責任ニ關スルモ、^{但事實ノ不知ニ關スルモノ}ニ關スル規定ハ固リ前記四種

ノ過失犯ニ限ルコトナシ。<sup>刑一、一八、一四二、一四三、一四四、一四五、一四六、
二四〇、二四一、二四二、二四三、二四四、二四五、二四六、
二六〇、參照。</sup>狹義ノ結果犯ト前記四種ノ過失犯トハ、差異ヲ述フレバ、過失犯ニ

在リテハ、全然違法(類型)事實ノ豫見ナキニ反シ、**狹義ノ結果犯ニ在リテハ、基本タ
ル行為ニ付テ違法事實ノ豫見アルコトヲ要スル點ニ於テ相異ル(一)。**
註(一) 例ハハ、故意ニ他人ニ暴行ヲ加ヘ、因テ豫見セサル傷害ヲ加ヘタル場合ハ、暴行(違法)ヲ阻却
スヘキ事由ナキ暴行ノ故意アルカ故ニ、^{傷害罪(刑二〇四)ナルモ、親權者カ懲戒ノ爲メ其子ヲ嚴}
打シ、因テ同様ナル結果ヲ生セシメタル場合ハ、懲戒ニ必要ナル程度ノ行為ノミノ豫見ヲ有ス
ルニ止マルカ故ニ、過失傷害罪同(二〇九)ナリ。

以上述フルカ如ク、**刑法上犯罪ハ故意犯タルヲ原則トシ過失行為カ罪トナル**
ハ、**刑法第三八條第一項但書ノ趣旨ニ基キ、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亦適用アルカ故ニ、特別刑**
法ニ在リテモ、該法令中特ニ過失行為ヲ罰スル規定アルニアラサレハ、之ヲ罪ト
スルコトヲ得サルモノトス。然レトモ他ノ法令ニ特別ノ規定アリヤ否ヤハ畢
竟他ノ法令ノ解釋問題ナルカ故ニ、他ノ法令ニ過失行為ヲ罰スル直接ノ明文ナ
キ場合ニ於テモ、仍ホ或罰條ノ解釋トシテ、故意過失ヲ問ハス一切ノ違法ナル反
則行為ヲ處罰セントスル趣旨ヲ窺知シ得ルトキハ、固リ過失行為ヲ罪トスルヲ

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件
第二項 過失 三二七

妨ケス(二)。大審院ハ嘗テ右ノ如キ見地ヨリ取締ノ必要ヲ理由トシテ過失ニ因ル飲食物用器取締規則違反ノ行爲ヲ有罪トシタルコトアリ。大審判、大正二、一、五日宣告。而シテ該判例ハ、其後他ノ類似ノ法令ノ解釋ニ關シ、取締ノ必要ノミノ理由ヲ以テシテハ、特別ノ明文ナキ場合ニ仍ホ過失行爲ヲ罰スル根據ト爲スニ足ラストスル數度ノ判決ニ依リテ變更セラレタル觀アレトモ、刑法解釋ノ態度ニ關シ、過失犯ヲ罰スルニハ必スシモ直接ノ明文ヲ要セストスル根本的見解ヲ改メタルニアラサルコトハ勿論ナリ。

註(一) 但斯カル問題ハ事實ノ不知ニ關スル過失ニ付テノミ生ス。蓋シ凡テノ故意犯ニ關スル各本條ノ規定ハ刑法第三八條第三項ニ依リ規範ノ不知ニ關スル過失ノ場合ニモ適用セラレ、其以外ニ此種ノ過失犯ニ關シテ各本條ノ規定アルコトヲ要セサレハナリ。(§ 38 112)。

過失ニ因ル行爲カ罪トナル場合ニ於テ、過失ノ有無ハ事實問題ナリ。然レトモ法ハ特殊ノ場合ニ於テハ、過失行爲ヲ擬制シテ之ヲ處罰スルコトアリ。特別刑法ニ於テ見ル所ノ例ナリ。§ 37。

第三項 錯誤(責任條件阻却原因)

錯誤 (Error, Irrtum, Erreur) トハ事實ト觀念トノ不一致ニシテ、甲ナル客觀的事實ヲ主觀的ニ乙ト觀念シタル事情ヲ謂フ。此場合ノ主觀的事情ハ、之ヲ甲ニ付テ觀察スレハ、有テ無ト觀念セル消極的錯誤ニシテ、乙ニ付テ觀察スレハ、無テ有ト觀念セル積極的錯誤ナリ。而シテ此場合ニ於テ、其問題タル事項カ違法(類型)事實(犯罪事實) 又ハ違法類型(犯罪類型)ナルトキハ積極的錯誤ノ問題ハ未遂、不能未遂、誤想未遂(未遂罪不能犯、誤想犯)ノ問題ニ關連シ、消極的錯誤ノ問題ハ故意過失ノ問題ニ關連ス。通常所謂錯誤ハ後者ノ消極的意義ニ於ケルモノニシテ、斯カル事情ハ刑法上場合ニ因リテ故意過失阻却原因タリ。§ 38 111。而シテ茲ニハ主トシテ消極的錯誤ヲ説明シ、積極的錯誤ニ付テハ、特ニ茲ニ説明スルヲ便宜トスル範圍ノ外、凡テ未遂犯不能犯ノ説明ニ讓ル。

錯誤ハ之ヲ類型事實ニ關スルモノト違法類型規範ニ關スルモノトニ分ツ。

一 類型事實ニ關スル錯誤 (Tatirrtum, Erreur de fait) § 38 120

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件
第三項 錯誤(責任條件阻却原因)

總論 犯罪第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件
第三項 錯誤(責任條件阻却原因)

三三〇

類型事實ニ關スル錯誤ノ效果ハ一般規範上ト刑法上トニ於テ差別アリ。

即チ一般規範上ニ於テ一定ノ類型的結果ノ發生ヲ理由トシテ故意ノ責任ヲ

問フニハ結果ト故意トノ間ニ具體的符合ヲ要スルカ故ニ錯誤カ具體的符合

ヲ妨クル場合ニ於テハ結果ニ對シテ故意(規範的故意)ハ阻却セラル。唯錯誤

ニ付キ過失ノ存スル場合ニ於テ過失ノ責任ヲ生スルニ過キス。之ニ反シテ

刑法上ニ於テハ何等カノ類型的故意ト何等カノ類型的結果ト其類型的ナル

コトニ於テ符合(可罰的符合)アレハ足ルカ故ニ斯カル符合ノ成立スル限リ結

果ニ對シテ故意(刑法的又ハ可罰的故意)ハ阻却セラル、コトナシ。換言スレ

ハ一般規範上過失ニ因リテ生シタル結果ニテモ同時ニ他ニ何等カノ類型的

故意アルトキハ刑法上該結果ニ對シテ故意アルモノトス。但場合ニ依リテ

刑法第三八條第二項ノ適用アリ。然レトモ斯カル觀察ニ基ク責任ハ擇一的

ノモノナルカ故ニ若シ一般規範上具體的ニ見タル故意又ハ過失ノ責任カ刑

法上ニ於テモ亦重ク見ルヘキトキハ固リ之ニ從ハサルヘカラス。S. § 120 今

以上ノ原則ニ關シ場合ヲ分テ其適用ヲ示セハ左ノ如シ。

(一) 主體ノ錯誤

主體ノ或特殊ナル性質カ法律上類型事實ヲ規定スル一條件タル場合身分

ニニアリ。①ハ該條件カ之ニ依テ初メテ犯罪ヲ構成スル性質ノモノナル場

合ナリ。例、刑、一、八三。②ハ刑罰加重事情タル場合ナリ。例、二、一八。此等ノ場合ノ錯誤ノ效

果ハ何レモ客體ノ錯誤ト併セ考フルヲ便トス。

(二) 客體ノ錯誤 (目的ノ錯誤 (Error in objecto))

客體ノ或特殊ナル性質カ法律上類型事實ヲ規定スル一條件タル場合ニ於

テモ亦右ト同シク二様ノ區別アリ。先ツ該條件カ之ニ由テ初メテ犯罪ヲ構

成スル性質ノモノナル場合ニ於テ若シ此點ニ錯誤アルトキハ如何。此場合

ニハ初ヨリ何等ノ類型的故意ナキカ故ニ一般規範的ニハ勿論刑法的ニモ故

意ハ阻却セラル。例ハ他人ノ差置キタル物ヲ自己ノ差置キタル物ト誤リ

テ持去ルカ如キハ故意ノ竊盜罪ニアラス。

目的ノ錯誤ハ例ハ甲ナリト信シテ人ヲ殺シタルニ被害者乙ナリト謂

フカ如キ人違ノ場合ニ於テハ如何ナル效果ヲ有スルカ。此場合ニ關シテ學

總論 犯罪第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件
第三項 錯誤(責任條件阻却原因)

三三一

者ノ論スル所ハ、縱へ具體的ニ被害者ノ何人ナリヤニ付キ錯誤アルモ、抽象的ニ人其者タル點ニ付テ錯誤ナキ以上ハ、恰モ被害者ノ老若貴賤ノ點ニ錯誤アリタル場合ノ如ク、類型事實其者ニ錯誤ナキカ故ニ殺人ノ故意アリト謂フヲ通例トス。思フニ斯カル結論ハ刑法上ノ可罰的評價ノ問題トシテハ正當ナリ。然レトモ議論ノ茲ニ到ル順序トシテ一應之ヲ一般規範上ノ評價問題トシテ考察スルコトヲ要ス。蓋シ刑法ニ於テハ一旦規範的評價ヲ經タル行為ニ付テ、更ニ可罰的評價ヲ行フモノナルカ故ナリ。抑モ一般規範カ當爲ヲ定ムルニハ、故意過失ニ拘ラス、一般ニ吾人ノ認識ヲ基礎トスルモノナルカ故ニ、一般規範カ故意又ハ過失ニ因リテ人ヲ殺スコトヲ禁止スルニ方テ意味スル所ノ人ハ行為者ノ意識ニ於ケル若クハ意識スヘクシテ意識セサリシ具體的ナル特定人ナリ。從テ被害客體ノ同一ハ是レ亦法律上類型事實ヲ規定スル一條件タルカ故ニ、或特定人ノ非類型のナル老若貴賤ノ點ノ錯誤ノ如キハ具體的符合ヲ缺クコトナシト雖モ、特定ノ個體ノ同一ニ關スル錯誤ニ至リテハ明ニ具體的符合ヲ妨クルモノナリ。從テ前記ノ如キ場合ハ一般規範的ニ謂

へハ、行為者ノ意識ニ於ケル甲ニ對スル殺人ノ未遂主觀說ヨリ謂へハ不能ト全然意識セサル現實ノ被害者乙ニ對スル過失致死トノ擇一關係ニ外ナラス。是レ次ニ論セントスル錯誤ニ於テ觀念ト事實トカ類型ヲ異ニスル場合、例へハ、暗夜他人ノ飼犬ヲ傷害セントシテ打撲シタルニ被害者行路病者ナリシト謂フカ如キ場合ニ於テ、一般規範的ニハ理論上一應動物傷害ノ未遂ト過失傷害トノ擇一關係ヲ認メサルヘカラサルニ同シ。即チ前記ノ場合ニ於テハ、縱へ二者法律上ノ類型ヲ同クスト雖モ、一般規範上具體的ニ各其責任意思ヲ異ニスル以上、之ト異ル考察ヲ爲スヘキ理由ナキナリ。然レトモ之ヲ刑法上可罰的ニ評價センカ、既ニ行為者ニハ殺人ノ故意アリ。而シテ同時ニ其過失ニ於テ客觀的ニ同價ナル致死ノ結果ノ發生アリ。因テ此ノ結果ヲ以テ彼ノ故意ニ歸屬セシメ、以テ刑法上故意ノ殺人罪ノ既遂ヲ認ムルハ、主觀主義的理論ヨリ謂へハ、正シク刑法ノ運用ヲ合目的タラシムル解釋ナリト謂ハサルヘカラス。蓋シ主觀主義的刑法ノ理論ニ於テハ犯罪ハ着手ニ於テ既ニ既遂ト同シク處罰スヘキモノナルカ故ナリ。即チ刑法上ノ評價問題ト

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件
第三項 錯誤(責任條件阻却原因)

三三四

シテハ、斯カル場合ニハ、前記ノ如ク、擇一關係ニ於ケル一般規範上ノ二個ノ命題以外ニ別ニ第三命題ヲ想定シ、其レカ最モ重キモノナルトキハ、更ニ全體ニ付キ擇一的ニ之ニ依リテ行爲者ノ責任ヲ論スヘキモノトス。右ノ如クナルヲ以テ、此場合ノ錯誤ハ刑法上故意ヲ阻却スルコトナシ(二)。

註(一) 規範的評價ニ於テ過失ヲ單ニ過失トシテ認メ、之ニ因ル結果ヲ故意ニ歸屬セシメサルハ、故意ニ因ル行爲モ過失ニ因ル行爲モ單ニ違法タルニ止マリ、其價值ニ差別ナキカ故ナリ。此點可罰的評價ノ場合ト著シク異ル所ナリ。(S. 211)。

註(二) 嘗テハ學者多ク(四)ニ述フル打撃ノ錯誤ノ場合ニ於テノミ競合ヲ論シ、本問ノ場合ハ客體其者ニ付テハ故意アリト謂フ理由ノ下ニ單純ニ故意犯ヲ認ム。然レトモ是レ本文ノ場合ニ關スル觀察ノ精密ヲ缺ク結果ニシテ、何レニスルモ、本問ノ場合ト打撃ノ錯誤ノミナラス其他ノ一切ノ事實ノ錯誤ノ場合トハ常ニ同一ニ考察セラレサルヘカラサルモノナリ。詳細ハ順次説ク所ニ依リテ明ナルヘシ。

目的ノ錯誤ニ於テ觀念ト事實トカ其類型ノ種類ヲ異ニスル場合ハ如何ニ考フヘキカ。此場合ニ於テモ理論上ハ、一般規範的ニ先ツ故意犯ノ未遂未遂罪ルコトアリ、或ハ單純ナル未遂タルコトアリト過失ニ因ル侵害ノ既遂過失犯タルコトアリ、或ハ單純ナル未遂タルコトアリトニ關

スル二個ノ命題カ當然擇一關係ニ於テ成立スル以外ニ、尙可罰的ニ一應ノ順序トシテ第三命題タル現實ノ結果ニ對スル故意犯ノ既遂ヲ想定スルコトヲ要ス。而シテ此三個ノ命題中其最モ重キモノカ更ニ擇一的ニ各具體的ノ場合ニ於ケル刑法上ノ責任ヲ定ムルモノナリ。從テ是等ノ命題ハ其レカ刑法ノ規定ニ該當スルトキト雖モ、何レモ想像的併命S. 110ノ關係ニ立ツモノニアラス。場合ヲ分テ説明スレハ左ノ如シ。

其(一)ハ輕キ類型事實ノ故意ヲ以テ豫見セサル重キ類型事實ヲ生セシメタル場合ナリ。此場合ニハ輕キ故意犯ノ未遂ト過失ニ因ル重キ侵害ノ既遂トニ關スル二個ノ命題カ成立スル外、尙可罰的ニ重キ事實ニ對スル故意犯ノ既遂ニ關スル第三命題ヲ想定スルコトヲ得。蓋シ一方ニ類型の故意ニ由リテ他方ニ類型の結果ヲ生シタルカ故ナリ。例ヘハ、前ニ掲ケタル暗夜他人ノ飼犬ヲ傷害セントシテ打撲シタルニ被害者行路病者ナリシト謂フ場合ニ於テハ、一般規範的ニ、一方ニ動物傷害ノ未遂刑法上處罰規定ナキモ仍違法ノ行爲ナリト他方ニ人ニ對スル過失傷害罪刑、二〇九(五百圓以下ノ罰金又ハ科料)トノ二個ノ命題カ成立スル外、仍可罰的ニ、人ニ

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件
第三項 錯誤(責任條件阻却原因)

三三五

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件
第三項 錯誤(責任條件阻却原因)

三三六

對スル傷害ノ事實ヲ動物傷害ノ故意ニ歸屬セシメ、傷害罪ノ既遂ニ關スル第三命題ヲ想定スルコトヲ得ルナリ。但此場合ニ於テハ、刑法第三八條第二項ニ依リテ動物傷害罪ニ對スル科刑刑二六一(三年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金若クハ科料)ヲ超エテ重ク處斷スルコトヲ得ス。而シテ右三個ノ命題中最モ重キ責任ヲ定ムルモノハ、前記條項ノ制限内ニ於テモ仍ホ第三命題ナルヲ以テ、此場合ノ行為者ノ刑法上ノ責任ハ結局擇一的ニ此命題ノ示ス所ニ依リテ定マルモノトス。而シテ斯カル三個ノ命題ノ斯クノ如キ關係ハ理論上刑罰加重事情ヲ知ラスシテ加重犯、§ 135. ヲ犯シタル場合ニモ亦成立ス。然レトモ現行法上加重犯カ過失ニ因リテ行ハル、場合ヲ罰スル規定ナキカ故ニ、事實上ハ常ニ輕キ故意犯ノ未遂ト其故意ニ重キ事實ヲ歸屬セシメテ想定シタル加重犯ノ既遂トニ付テ擇一關係ヲ論スルニ歸著スルノミ(三)。減輕犯同タラサルニ拘ラス刑罰減輕事情アリト誤信シテ基本罪ヲ犯シタル場合ニ付テモ亦其觀察ハ同一ナリ(四)。

註(三) 例ハハ、自己ノ親タルコトヲ知ラス通常人ナリト誤信シテ親ヲ殺シタル場合ニ於テハ、理論上一應ハ通常殺人罪ノ未遂ト過失ニ因ル尊屬殺ト刑法上ノ第三命題タル尊屬殺ノ既遂罪

(刑三入ノ制限ノ下ニ)トカ擇一關係ニ立ツモノナレトモ、過失ニ因ル尊屬殺ハ特別規定ナキカ爲メ初ヨリ問題トナラサルカ如シ。

註(四) 例ハハ、承諾ヲ得サルニ拘ラス、承諾ヲ得タリト誤信シテ婦女ヲ墮胎シタル場合ニ於テハ、一應同意墮胎罪ノ未遂(處罰規定ナシ)ト過失ニ因ル墮胎過失傷害罪ノ既遂トノ外ニ第三命題タル同意ニ因ラサル墮胎罪ノ既遂(刑二一五)刑三入ノ制限ノ下ニ)トカ擇一關係ニ立ツモノトス。然レトモ又第一ノ點ハ事實上問題トナラス。

右ニ述フル所ハ理論ノミナラス刑法第三八條第二項ノ解釋ニモ亦根據ヲ有ス。即チ學者通例罪本重カルヘクシテ犯ストキ知ラサル者ハ其重キニ從テ處斷スルコトヲ得ス(トアル規定ヲ解シテ、犯人ノ豫見シタル類型事實ト結果タル類型事實トカ同種ナル場合ニ於テ、犯人ノ豫見シタル類型カ輕キトキハ、其類型ニ從テ責ヲ問フヘシトスル積極的意義ヲ有スト説ク。然レトモ該規定ハ一部ノ學者野ノ指摘スルカ如ク、斯カル積極的内容ヲ有スルモノニアラス。單ニ何等カノ故意ノ行為ヨリ一定ノ事實カ發生シタル場合ニ於テ、該事實ニ對シ故意犯ノ既遂ヲ認ムルニ當リ、犯人カ豫見シタル犯罪類型ニ對スル科刑ノ程度ヲ超エテ重ク處斷スルコトヲ得スト謂フ消極的意義ヲ有スル

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件
第三項 錯誤(責任條件阻却原因)

三三七

Monoput

總論 犯罪第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件
第三項 錯誤(責任條件阻却原因)
ニ過キス。從テ斯カル解釋ニ從ヘハ、豫見ト事實トカ犯罪類型ヲ同クスルヤ
否ヤハ、同條項ノ適用上毫モ問題ニアラサルナリ。

其(三)ハ重キ類型事實ノ故意ヲ以テ輕キ類型事實ヲ生セシメタル場合ナリ。
此場合ニモ刑法上ノ責任ノ解決方法ハ全ク前段ノ場合ト同一トス。即チ一
般規範的ニ、一方ニ重キ故意犯ノ未遂ト他方ニ過失ニ因ル輕キ侵害事實ノ既
遂トノ擇一關係ヲ認メ、之ト併セテ刑法上可罰的ニ別ニ輕キ事實ノ程度ニ於
ケル故意犯ノ既遂ヲ想定シ、全體ニ付テ更ニ擇一的ニ其一ノ重キニ從テ刑法
ノ責任ヲ論スヘキモノトス。例ヘハ、前記ノ場合ト例ヲ反對ニシ、重キ人ニ對
スル傷害ノ故意ヲ以テ輕キ動物傷害ノ事實ヲ生セシメタル場合ニハ、傷害罪
ノ未遂 刑法上處罰規定ナキ
モ仍違法行為タリト動物ニ對スル過失傷害 同上トノ外、仍ホ第三ニ故意
ニ因ル動物傷害罪 刑二
六一ノ既遂ヲ想定スルコトヲ得。而シテ此三個ノ命題中
最モ重キモノハ第三命題ナルカ故ニ、刑法上ノ責任ハ擇一的ニ其示ス所ニ從
テ定マルモノナリ。又殺人ノ故意ヲ以テ動物傷害ノ事實ヲ生セシメタルト
キハ、殺人罪ノ未遂 刑三
〇三ト過失ニ因ル動物傷害トノ外、仍ホ第三ニ故意ニ因ル

Cogitationis poenam

動物傷害罪ノ既遂ヲ想定スルコトヲ得。然レトモ此場合ニ於テ擇一的ニ最
モ重キモノハ第一命題ニシテ、當然殺人未遂ニ從テ其責任ヲ論スヘキカ故ニ、
事實上第三命題ヲ問題トスルコトナシ。而シテ是等ノ場合ニ於テ何レモ
刑法第三八條第二項ノ適用ニ關係ナシ。此關係ハ加重犯ト其基本罪又ハ基
本罪ト其減輕犯トノ間ニ於テモ亦同様ナリ(五)。

註(五) 例ヘハ、親ヲ殺ス意思ヲ以テ人ヲ殺シタルニ、被害者他人ナリシトキハ、擇一的ニ尊屬殺ノ
罪ノ未遂(刑、二〇〇、二〇三、四四)過失致死罪(同一〇)通常殺人罪ノ既遂(同一九九)ノ各刑ヲ比較
シ、重キ第一ニ從フ。又婦女ノ承諾ヲ得シテ墮胎セシメタルニ、本人内心承諾シ居タルトキ
ハ、同様ニ刑法第二一五條ノ未遂過失ニ因ル第二一三條ノ既遂(處罰規定ナシ)第二一三條ノ既
遂ヲ比較シ又重キ第一ニ從フ。此二個ノ場合ニ於テ學者通例過失ノ關係ヲ問ハサレトモ、是
レ刑カ輕クシテ事實上初ヨリ問題トスルニ足ラサルカ爲メナリ。理論上一應考慮スヘキコ
トハ前記各場合ニ同シ。

以上述ヘタル所ニ付テ注意スヘキハ、一定ノ結果カ故意ニ因リテ生シタリ
ト謂フニ付テハ可罰的符合アルヲ以テ足ルト謂フハ、一個ノ結果ヲ豫見シテ
爲シタル行為カ數個ノ結果ヲ發生セシメタル場合ニ、刑法上其全部ニ付テ故

總論 犯罪第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件
第三項 錯誤(責任條件阻却原因)

總論 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件
第三項 錯誤(責任條件阻却原因)

三四〇

意アリト謂フカ如キコトヲ意味スルモノニアラサルコトナリ。蓋シ若シ之ヲ反對ニ解センカ予ノ罪數論ノ立場ヨリ謂ヘハ量的ニ一罪タルモノヲ以テ數罪トスルノ結果トナルカ故ナリ。§ 108. 故ニ此場合ニハ數個ノ結果ノ最モ重キ一個ニ對スル關係ニ於テ可罰的符合ニ因ル故意行爲ヲ認メ他ハ全部之ヲ過失行爲ト爲シ然ル後其全體ヲ想像的併合罪トシテ論セサルヘカラス。但犯人ニ於テ不確定的ニ全部ノ結果ヲ豫見シタル場合ハ別論トス(六)。

註(六) 以上述ヘタル見解ハ之ヲ誤解シテ狹義ノ結果犯(§ 101)ノ觀念ヲ是認スルモノト爲ササルコトヲ要ス。即チ右ノ說明ハ理論上可罰的ナル故意行爲ヲ故意行爲トシテ處罰スルニ付キ其處罰ノ條件タル結果ヲ適當ニ發見スルカ爲メノモノナレトモ狹義ノ結果犯ノ觀念ハ故意行爲ヲ故意行爲トシテ處罰スヘキ結果ノ既ニ備ハレル場合ニ仍ホ其豫見セサル結果ニ付キ責任ヲ加重セントスルモノナリ。

(三) 法定手段ノ錯誤

犯罪ノ種類ニ因リテハ法律上一定ノ方法カ類型事實ノ一條件タルコトアリ。特ニ結合犯 § 114.ニ於テ之ヲ見ル。例ヘハ脅迫ニ因ル強盜罪ニ於テハ、

財物領得ノ方法トシテ相手方ノ反抗ヲ抑壓スル程度ニ精神的關涉ヲ加フルコトカ一條件タリ。從テ犯人カ他人所持ノ財物ヲ領得シタル場合ニ於テ相手方ニ對シ右ノ如キ精神的關涉ヲ加ヘタル事實アルニ拘ラス此點ニ付キ錯誤アルトキハ具體的ニハ強盜罪ノ故意ハ阻却セラル。然レトモ此場合ノ故意ト事實トハ可罰的ニ符合スルカ故ニ刑法上ノ事實トシテハ故意ニ因ル行爲タリ。但テ刑法第三八條第二項ノ適用アルノミ。例ヘハ犯人單ニ恐喝ヲ試ミタルニ相手方甚シク恐怖シ然カモ犯人ノ知ラサル場合又ハ犯人單ニ竊盜ノ目的ヲ以テ他人ノ住居ニ忍入りタルニ家人怯懦ニシテ甚シク恐怖シ夜具ヲ被リテ犯人ノ爲ス所ニ任セ然カモ犯人ノ知ラサル場合ノ如シ。§ 101.

(四) 具體的手段ノ錯誤 方法ノ錯誤又ハ打擊

打擊ノ錯誤トハ通常例ヘハ殺人ノ意思ヲ以テ甲ニ向テ發砲シタルニ彈丸乙ニ命中シ之ヲ殺シタリト謂フカ如ク或具體的手段ノ結果カ犯人ノ豫見シタル客體ノ上ニ生セスシテ別個ノ客體ノ上ニ生シタル場合ヲ謂フ。此場合ニ付テハ從來學者間ニ爭アリ。舊來ノ主張ニ從ヘハ甲ニ對スル殺人未遂罪

總論 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件
第三項 錯誤(責任條件阻却原因)

三四一

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件
第三項 錯誤(責任條件阻却原因)

三四二

ト乙ニ對スル過失致死罪トノ想像的併合罪ナリトシ、近時ノ主張ニ從ヘハ、單純ニ乙ニ對スル殺人既遂罪ナリトス。然レトモ前ニ目的ノ錯誤ニ關シテ述ヘタルカ如ク、故意ト結果トハ、刑法上可罰的ニハ、可罰的符合アルヲ以テ足ルトスル見解ヲ採ル以上ハ、此場合ノ乙ノ死亡カ豫見シ得ヘキ範圍内ノモノナル限り、一般規範上具體的ニハ過失ニ因リテ生シタルニ拘ラス、刑法上犯人ハ之ニ付テ故意犯ノ責ニ任セサルヘカラス。右ノ如クナルヲ以テ、又例ヘハ、教唆者正犯ニ對シ甲ヲ殺スヘキコトヲ教唆シタルニ、正犯誤リテ乙ヲ殺シタル場合ニモ、教唆者ハ乙ノ死亡ニ付キ故意ノ殺人既遂罪ノ責任アリ。又正犯豫期ノ如ク甲ニ對シ殺人ノ實行ニ着手シタルニ、却テ甲ノ爲メ正當防衛ニ由リ返討ニ遭ヒタル場合ニモ、教唆者ハ正犯ノ死亡ニ付キ同様ノ責任アリ。以上何レモ擇一關係ニ外ナラサルコト目的ノ錯誤ニ關シテ述ヘタル所ニ同シ。

四. § 80

目的ノ錯誤カ類型ノ種類ヲ異スル犯罪ノ間ニ成立スルコトアルカ如ク、打擊ノ錯誤ニ付テモ亦同様ノコトアリ。例ヘハ、隣家ノ飼犬ヲ殺サントシテ毒

饅頭ヲ投シ置キタルニ、隣家ノ小兒之ヲ喰ヒテ死亡シタリト謂フ場合、又ハ其反對ノ場合ノ如シ。斯カル場合ノ解決モ亦凡テ目的ノ錯誤ノ場合ニ同シ。
s. (11)。

(五) 違法(類型)阻却原因又ハ刑罰 可罰(又ハ) 阻却原因ノ錯誤

違法(類型)阻却原因タル事實ナキニ拘ラス、之レアリト誤信シタル場合ハ、裏面ヨリ謂ヘハ、類型事實ノ具ハレルニ拘ラス、之レナシト誤信シタル場合ニシテ、等シク消極的錯誤ナリ。何レモ故意ヲ阻却ス。例ヘハ、正當防衛又ハ緊急避難ノ場合ニ於テ、急迫不正ノ侵害又ハ現在ノ危難ナキニ拘ラス之レアリト誤信シ、又ハ防衛若ハ避難カ過剰ナルコトヲ知ラサル場合ノ如シ(七)。

s. 22, 23, 103.

註(七) 公務員カ文書ノ誤讀又ハ電話ノ聽違等ノ事實ノ錯誤ニ因リテ上官ノ命令ヲ受ケタリト誤信シ、或ハ被害者ノ同意ナキニ拘ラス、之レアリト誤信シタルカ如キ場合亦之ニ屬ス。其他友人間ニ於テ戲ニ肩ヲ叩クカ如キモ一般觀念上放任セラレタル行為ナリ(§ 22, 31)。從テ友人ニ非ル者ヲ入違ニテ友人ト誤認シ後ヨリ其人ノ肩ヲ叩キタルカ如キ場合ハ、被害者カ友人ナリト謂フ行為性ノ阻却原因ナキニ拘ラス、之レアリト誤信シタル場合ニシテ、等シク此種ノ錯誤ナリ。又右ノ場合ニ相手方ハ眞ノ友人ナリシトシテ、其結果過テ之ヲ傷害シタルカ如

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件
第三項 錯誤(責任條件阻却原因)

三四三

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件
第三項 錯誤(責任條件阻却原因)

三四四

キトキハ、單ニ「許サレタル範圍ノ事實ノ發生」ト謂フ違法(類型)阻却原因カ存在スト誤信シタル
場合ニシテ、又同様ノ錯誤ナリ(S. § 127 註1)。

犯罪ノ故意ハ違法行為ヲ掩ヘル犯罪類型ノ故意ナリ。從テ若シ行為者ニ於テ或行為ヲ掩ヘル犯罪類型其者ニ付テ消極的錯誤アリタルトキハ、縱ヘ違法行為トシテノ故意アルモ、犯罪ノ故意ハ阻却セラル。即チ刑罰(可罰)又ハ阻却原因ナキニ拘ラス、之レアリト誤信シタル錯誤ハ故意ヲ阻却ス。(例)ハ、親族相盜ノ例(刑)ニ於テ、竊取ノ目的物カ第三者ノ財物ナルニ拘ラス、犯人カ之ヲ自己ノ父ノ財物ナリト誤信シタル場合ノ如シ。S. § 133 註1。

- 二 法律ニ關スル錯誤 (Rechtsirrtum, Erreur de droit) S. § 120 註1。
- (一) 消極的錯誤

法律ニ關スル錯誤ニハ一般規範(刑法)上ノモノト刑法(可罰)上ノモノトアリ。或行為ノ價值ヲ否定スル規範アルニ拘ラス、之レナシト誤解シタル錯誤ハ違法ノ意識ヲ缺クカ故ニ故意ヲ阻却ス(八)。學者或ハ刑法第三八條第三項ニ基キ反對ノ見解ヲ採ルモノナキニアラス。然レトモ同條項ハ規範ノ錯誤ニ

關スル過失責任ノ規定ニシテ故意ニ關スル規定ニアラス。但斯ク解スルモ、處罰ニ關シテハ原則トシテ故意ノ場合ト同一ニ歸著スヘキコトハ既ニ之ヲ述ハタリ。S. § 120 註1。

註(八) 例)ハ、或有夫ノ婦カ夫ノ震災ニ因リ死亡セリト誤信シテ他ノ男子ニ接スルハ、事實ノ錯誤ナレトモ、婚姻届ヲ爲スモ同様セサル以上ハ妻ニアラスト誤解シテ同一行為ヲ爲スハ、規範ノ錯誤ナリ。又特定物ノ賣買ニ於テ所有權移轉ノ意思表示ヲ爲シタルコトヲ忘却シ、更ニ第三者ニ賣渡スハ事實ノ錯誤ナレトモ、買主ニ占有ノ引渡ヲ爲ササル限り、他ニ賣却スルハ妨ナシト誤解シテ同一行為ヲ爲スハ、規範ノ錯誤ナリ。又或捕獲ヲ禁止セラレタル鳥(狩獵法)ニ所謂狩獵鳥(外ノ鳥)其者ヲ雀ナリト誤認シテ捕獲スルハ事實ノ錯誤ナルモ、或鳥ヲ見テ其レカ法律上捕獲ヲ禁止セラレタル鳥ナルコトヲ知ラスシテ捕獲スルハ規範ノ錯誤ナリ。一定ノ場所又ハ時期カ禁獵區又ハ禁獵期ナルコトヲ知ラサルカ如キモ亦規範ノ錯誤ナリ。

規範ノ錯誤ニ付テハ**刑事犯ト法定犯**トノ間ニ於テ其效果ニ差別アリト爲ス説アリ。即チ前者ニ在テハ故意ヲ阻却セサレトモ、後者ニ在テハ故意ヲ阻却スト爲スモノナリ。例)牧野、而シテ之ヲ主觀主義的ニ説ク者ハ、其理由トシテ、社會的責任説ヨリ論スレハ、刑事犯ハ社會的常規ニ反スルモノナル

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件
第三項 錯誤(責任條件阻却原因)

三四五

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件
第三項 錯誤(責任條件阻却原因)

カ故ニ、法律上犯罪トセラル、行為ヲ敢テスル意思アルニ於テハ、行為者カ之ヲ適法ナリト誤信スルモ尙反社會的ナリト謂ハサルヘカラスト爲ス。然レトモ刑事犯ト法定犯トノ間ニ斯カル本質的ノ區別アリヤ議論ノ餘地アルノミナラス、假ニ此點ハ姑ク論外トスルモ、予ハ尙刑事犯ニ在テモ其違法ヲ意識セサル者例、風俗慣習ヲ異ニスル外地人ヲ以テ故意アリト爲スハ適當ニアラスト信ス。蓋シ刑法上故意ハ直接ニ罰セラルヘキ意思ナリ。然ルニ理論上右ノ場合ニ於テハ、之ヲ罰スル以前ニ尙違法ヲ知ラシムルヲ以テ足ル餘地アルカ故ナリ。故ニ此場合ニモ規範ノ不知ニ付過失ナクシハ、故意ト同一ニ罰スルコトヲ得ス。

法律ノ錯誤ニ關シテハ、從來刑罰法ノ錯誤ト非刑罰法ノ錯誤 (Strafrechtlicher u. ausserstrafechtlicher Irrtum) トヲ分チ、前者ニ付テハ故意ヲ阻却セサルモ、後者ハ畢竟事實ノ錯誤ナルカ故ニ、故意ヲ阻却スト論スルヲ通例トス(九)。然レトモ例ヘハ、賣買ノ成立又ハ效力ニ關スル民法ノ規定ヲ誤解スルコトハ、民法上賣主買主間ニ於ケル權利義務ノ生否又ハ其效力ヲ誤解スルコトナリ。此錯誤ニ基キ違法ヲ適法ト信シテ或行為ヲ爲スハ事實ノ錯誤ニアラス。從テ斯

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件
第三項 錯誤(責任條件阻却原因)

カル錯誤ニ付キ過失アルトキハ、刑法第三八條第三項ノ適用ニ依リ、原則トシテ違法ヲ知リタル場合ト同一ノ刑責ヲ負フモノトス。^{S. 38 III}學者通例單純ニ他人ノ物ヲ自己ノ物ト誤信スルハ凡テ事實ノ錯誤ナルカ如ク説クモ、此場合ニハ、錯誤カ本來右ノ場合ノ如ク民法ノミノ誤解ナルカ、或ハ甲乙二個ノ物ノ中孰レカ自己ノ所有物ナリヤト謂フカ如ク物ノ同一ノ錯誤ナルカノ事情ヲ明ニスルニアラサレハ、一概ニ論定スルコトヲ得ス。他人ノ物ヲ自己ノ物ト誤信スル場合ヲ事實ノ錯誤トシテ説クハ、後ノ事情ノ場合ニ於テノミ正當ナリ。而シテ此說ノ學者中、懲戒權ノ有無及ヒ範圍ノ錯誤ハ民法ノ錯誤ナルニ拘ラス、之ヲ刑罰法ノ錯誤ト見ル者多キハ畢竟此說ノ破綻ヲ示スモノニ外ナラス。^{S. 38 III}又斯カル見解ハ違法二元論ト相伴フ。即チ違法二元論ニ於テハ、刑法ハ處罰ト同時ニ一般規範以外ニ處罰ノ前提タル特殊ノ規範^{違法}ヲ定ムルカ故ニ、刑法ニ付テ錯誤アリタル場合ニハ自ラ處罰ノ前提タル刑法上ノ規範ニ付テノ錯誤アリ、從テ刑法以外ノ一般規範ノ錯誤ハ結局事實ノ錯誤ニ外ナラスト解スルモノナリ。然レトモ此點ニ付テハ既ニ曩ニ論難シタリ。^{S. 38 III}

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第三節 有責 第三款 責任條件

第三項 錯誤(責任條件阻却原因) 註(九) 此見解ハ我國ニ於テハ尙有力ナリ(例、牧野、泉二)。今日ノ獨逸ノ通説ハ此區別ヲ否定ス。

規範ヲ知リテ、單ニ處罰ノミニ付テ錯誤ノ存スルニ過キサルトキハ、故意ヲ阻却セス。§ 120 III.

(二) 積極的錯誤 或行爲ノ價值ヲ否定スル規範ナキニ拘ラス、之レアリト誤信シ、又處罰規定ナキニ拘ラス、之レアリト誤信シテ、或行爲ヲ爲スモ、其行爲ハ違法又ハ罪トナラスト解スルヲ通例トス。斯カル罪トナラサル行爲ヲ罪ト信シテ爲シタル場合ハ之ヲ誤想犯、又ハ錯覺犯 (Putativdelikt, Wahnerbrechen) ト謂フ。

錯誤ハ故意阻却原因タル外又過失阻却原因タリ。即チ行爲者ハ或事實又ハ違法ヲ知ラサルニ因リテ故意ノ責任ヲ負ハサル場合アル外、更ニ或一定ノ事實ヲ知ラサルニ因リテ過失ノ責任ヲモ負ハサル場合アリ。蓋シ過失ハ不注意ヲ實體トス。而シテ注意ハ少クトモ行爲者ノ認識ニ映シタル一般ノ情況カ之ヲ要求スル場合ニノミ義務タルカ故ニ、行爲者ニ於テ何等カ注意ヲ要求スル一定ノ情況ニ付キ錯誤アル限り、過失アリト爲スコトヲ得サルモノトス。§ 111, 131

一(二)。例ハ、盲者カ視官ノ不完全ノ爲メ情況ノ認識ニ付キ錯誤アリ。然レトモ過失ニ付テタルトキハ、過失ノ責ヲ負ハサルコトアルカ如キ其顯著ナル場合ナリ。ハ、如何ナル事情ノ錯誤カ阻却原因タルカハ、故意ノ場合ノ如ク、法定ノ類型ナルモノナキヲ以テ、一般的ニ之ヲ論スルコトヲ得ス。

第四節 可罰類型性

違法ナル行爲カ可罰的ニ有責ナル事情ヲ具フル場合ニ於テモ、其レカ犯罪タルヤ否ヤハ、更ニ刑法カ之ヲ罰スルヤ否ヤ、換言スレハ、其違法行爲カ刑法ノ定ムル可罰類型ニ該當スルヤ否ヤニ因リテ定マル。從テ可罰類型性(犯罪類型性)ハ犯罪ノ最後ノ一般要件ナリ。§ 60 IV.

法カ一定ノ行爲ヲ罰スル場合ニハ、當然法カ其行爲ヲ禁止シ之ヲ違法トスルコトヲ前提トス。從テ或行爲ノ可罰類型ノ範圍ハ同時ニ其行爲ノ屬スル違法類型ノ全部又ハ一部ノ範圍ヲ含ム。§ 11, 110, 111, 119.

刑法カ一切ノ違法行爲ヲ罰セスシテ、其處罰ヲ特ニ一定ノ類型ニノミ限リタルハ、主トシテ刑罰ノ本質ニ由來ス。即チ既ニ述ヘタルカ如ク、刑罰ハ如何ナル

總論 犯罪 第二章 犯罪ノ一般要件 第四節 可罰類型性

態樣ニ於テモ其一般の性質ハ刑罰苦ナリ。§ 51. 從テ特別豫防主義ノ立場ヨリ謂ヘハ、之カ適用ヲ受クル者ノ範圍ハ之ヲ適用スルニ適スル範圍ノ人ナラサルヘカラス。而シテ斯カル範圍ハ現ニ行ハレタル行爲ノ類型ニ因リテ徵表セラレタル行爲者ノ反規範性ノ大小ニ由リテ定マル。§ 52. 又之ヲ特別豫防以外ノ副作用タル社會的規範意識ノ維持ト一般威嚇トノ效果ニ付テ見ルモ、之ニモ自ラ一定ノ限度ノ存スルコトハ前ニ述ヘタリ。§ 53. 斯クシテ予ノ所謂謙抑主義 (Minima non curat praetor) ハ即チ刑法上ノ根本主義ノ一タリ。§ 54.

右ノ如ク刑法上違法行爲ニ付テ犯罪ト然ラサルモノトヲ區別シタルハ行爲者ノ反規範性ノ程度ニ差等アルニ由來スルモノナリ。又等シク刑法上犯罪ナルニ拘ラス、其類型ヲ異ニスルニ從テ、法律上科刑ノ範圍ニ輕重アル所以モ亦然リ。加之刑法上同一類型ニ屬スル行爲ニテモ、其犯情ハ千差萬別ナルカ故ニ、之ニ由リテ徵表セラレル反規範性ノ程度ハ常ニ同一ナラス。刑法カ各本條ニ於テ、處罰ニ關シテ能フ限り劃一的規定ヲ設クルコトヲ避ケ、法定刑ニ最高限ト最低限トヲ置キテ、其範圍ニ於テ裁判官ヲシテ適當ニ刑ノ量定ヲ爲サシメ、

又酌量輕減ノ規定ヲ設ケテ、絕對刑例刑、七三、七五ノ場合ニ於テモ其適用ヲ許シタルカ如キ亦此理由ニ依ル。而シテ斯カル事情ヲ斟酌スルトキハ、更ニ一般のニハ可罰類型ニ屬スル行爲ニテモ、事情ニ因リ、法律上又ハ裁判上之ニ刑ヲ適用セサルコトヲ相當トスル場合アルコト疑ヲ容レス。而シテ斯カル場合ニハ通例外觀上刑罰請求權成立スト見ユルニ拘ラス成立セサル場合ナルヲ以テ、此種ノ事情ヲ積極的ニ觀察シ、之ヲ廣義ニ於テ免刑原因ト謂フ。之ニ二種アリ。一ハ絕對的ニ一定ノ可罰類型ヲ阻却スルモノニシテ、之ヲ通例刑罰阻却原因 (Strafusschliessungsgründe) 可罰類型又ハ犯罪類型阻却原因ト謂ヒ、二ハ全ク之ト性質ヲ異ニシ、犯罪ニ因リテ一旦發生シタル刑罰請求權ヲ更ニ消滅セシムルモノニシテ、獨逸學者ハ之ヲ刑罰消滅原因 (Strafaufhebungsgründe)ト謂フ。此中前者ノ場合ハ、可罰類型ノ阻却ニ由リテ、其犯罪性ヲ失フト雖モ、其違法ヲモ失フモノニアラス。例ヘハ親族相盜刑、二四ノ例ニ於テ、子カ父ノ財物ヲ竊取シタル場合ニハ法律上絕對的ニ其刑ヲ免除セラレトモ、其行爲ハ尙違法ナリ。

註(一) 可罰類型ハ違法類型ノ全部又ハ一部ヲ含ムト謂フハ單ニ形式的ニ一致スト謂フ義ニシ

テ觀念上別個ノモノナルコトヲ注意スヘシ。(S. §§ 88 III(3) I (五))。

刑罰阻却原因ニハ刑法ニ規定アル場合ノ外尙理論上認めラルモノアリ。其重ナルモノ左ノ如シ。但此ノ中一及ヒニハ政治上ノ理由ニ基クモノトス。

一 天皇 S. 52.

二 帝國議會ノ議員カ議院ニ於テ發言シタル意見及ヒ表決同上

三 或可罰類型ニ關シ其特殊ナル場合ヲ刑法上絶對的ニ罰セストスル場合。

親族間ニ於ケル犯人藏匿及ヒ證據湮滅罪(刑一〇五)。

四 或可罰類型ニ關シ其特殊ナル場合ニ付テ刑法上絶對的ニ刑ヲ免除スル

スル場合。親族相盜(刑二四四、二五二)。此種ノ場合ニ所謂免除ハ罰セサルノ意ナリ。

之ヲ「罰セス」ト謂ハス特ニ「免除」ト謂ヘルハ、其犯從屬性說ノ見地ヨリ共犯ヲ罰シ得サル結果トナルヘシト解シタルニ因ル(S. §§ 205, 251 註11)。

五 刑法上一般のニ或ハ情狀ニ因リ其刑ヲ免除スルコトヲ得トシタル場合

(一)。(過剩防衛(刑三六一)過剩避難(三七七)但末遂罪(四三)放火豫備罪(一一三)殺人豫備罪(二〇一))。

註(一) 刑罰阻却原因以外ノ刑罰消滅原因ニヨル免除ハ刑四二、八〇、九三、一七〇、一七三、一九八、ノ

如シ。但刑事訴訟上ノ取扱トシテハ、刑法ニ免除トアル場合ハ、一様ニ免除ノ裁判ヲ爲スヘキ

モノナルヘシ。(刑訴、三五九參照)。

六 人格的犯罪ニ於テ行爲者自身カ被害者タル場合。例へハ、殺人罪(刑九九)傷

害罪(刑四二)ニ於テ行爲者自身カ被害者ナルトキハ、例、自殺未遂、自傷其行爲ハ特殊ナル

他ノ可罰類型例、殺傷ニ屬セサル限り、可罰類型ヲ阻却ス。(S. §§ 80, 111, 112)

七 人格的犯罪ノ或類型ニ於テ被害者ノ同意アリタル場合。(S. §§ 80, 111, 112)

八 被害法益ノ價值カ極メテ輕微ナル場合。此場合ハ、法律上明文ナシト雖

モ、解釋上一種ノ刑罰阻却原因トシテ考フヘキモノナリ。例へハ、散步ノ際他

人ノ生籬ノ花一輪ヲ摘ミ、又ハ郊外ノ畠ニ於テ麥一種ヲ拔クカ如キハ、其行爲

ハ他人ノ所有權ニ對スル侵害ニシテ一般規範上違法ナルモ、刑法上竊盜罪ヲ

構成セス。所謂使用竊盜カ罪トナラサルモ同理ナリ。但其如何ナル程度マ

テカ罪トナラサルカハ、一般社會觀念ニ由リテ決スヘキ問題ニシテ、犯罪ノ種

類ニ因リテ一樣ニアラス。然レトモ此種ノ場合ニ於ケル被害法益ノ價值ノ

大小ハ違法行爲ニ因リテ脅威セララルル法益ノ大小ニ付テ論スヘク、現ニ發生

シタル結果ノ大小ニ付テ考フヘキモノニアラス。從テ故意ノ内容ヨリ見テ

被害法益カ相當ノモノナル以上、未遂罪ノ場合ノ如ク、何等ノ結果カ發生セサルモ、仍ホ罪タリ。而シテ右ニ例示シタル財産罪ノ如キ場合ニ關シテハ、被害者ノ意思ニ反セサルカ故ニ罪トナラスト解ク説アリ。^{註三〇}然レトモ財産罪ニ於テ被害者ノ意思ニ反セサルコトハ違法類型阻却原因ニシテ茲ニ論スル犯罪類型ノ問題ニアラス。予ハ右ノ場合ヲ犯罪類型ノ問題トシテ考フルカ故ニ、右ノ行為カ、縱へ被害者ノ意思ニ反スルモ一般ニハ罪トナラスト解ス(三)。唯其性質カ一般規範上違法ナルカ爲メ、場合ニ因リ警察犯處罰令²⁹例、二ノ罪トナルコトアルノミ(三)。

註二〇 本問ニ關連シテ、大審院カ曩ニ煙草專賣法違反被告事件(所謂壹圓事件)ニ關シテ爲シタル有名ナル判決アリ。判旨ニ曰ク——抑モ刑罰法ハ共同生活ノ條件ヲ規定シタル法規ニシテ國家ノ秩序ヲ維持スルヲ以テ唯一ノ目的トス。果シテ然ラハ之ヲ解釋スルニ當リテモ、其國ニ於テ發現セル共同生活上ノ觀念ヲ標準トスヘク、單ニ物理學上ノ觀念ニノミ依ルコトヲ得ス。而シテ零細ナル反法行為ハ犯人ニ危險性アリト認ムヘキ特殊ノ情況ノ下ニ決行セラレタルモノニアラサル限り、共同生活上ノ觀念ニ於テ、刑罰ノ制裁ハ下ニ法律ハ保護ヲ要求スヘキ法益ハ侵害ト認メサル以上ハ、之ニ臨ムニ刑罰法ヲ以テシ刑罰ノ制裁ヲ加フルノ必要ナク、

立法ノ趣旨モ亦此點ニ存スルモノト謂ハサルヲ得ス。故ニ共同生活ニ危害ヲ及ホササル零細ナル不法行為ヲ不問ニ付スルハ犯罪檢擧ニ關スル問題ニアラスシテ刑罰法ノ解釋ニ關スル問題ニ屬シ云々——ト。(大審院明治四三、一〇、一一日宣告。此判決ハ、被告人カ煙草耕作人トシテ煙草專賣法第四八條第一項ニ違反シ、葉煙草七分價額金壹圓ノモノヲ政府ニ納付セス、手刻ミトナシテ消費シタリト謂フ事案ニ關スルモノニシテ、傍點ノ示ス如ク、本件ノ行為ハ一般規範上反法行為ナルモ、刑法上處罰セストスル趣旨ノモノナリ。予ハ此刑法解釋ニ關スル判例ノ根本的態度ハ一切ノ類型ニ亘リテ溢ルヘカラサルモノト信ス。斯カル觀察ハ本來輕微ナル犯罪ノ爲メニ存スル警察罰則ノ如キモノニ付テモ亦必要ナリ。蓋シ形式上類型的ニ輕微ナル犯罪ニ於テモ、亦其中特ニ問題視スルニ足ラサル輕微ナル場合アルヘキカ故ナリ。(s. §308, 292 註三)。

註三〇 斯カル場合モ財産侵害ヲ實質トスルモノナルコトハ言フ俟タス。故ニ刑法ハ之ヲ一般ノ場合ト區別シ輕キ類型ニ屬セシムルコトアルノミ。

刑罰阻却原因ニ因ミテ刑罰消滅原因ナルモノノ存スルコトハ右ニ述ヘタリ。但其一般的説明ハ刑罰論ニ讓ル。

又是等ニ關連シテ加重犯(Qualifiziertes Delikt)ニ於ケル刑罰加重事情^{§ 130}並

ニ減輕犯 (Privilegiertes Delikt) ニ於ケル刑罰減輕事情 s. §§ 107, 131 I (1) ナルモノアリ。此等ノ罪ニ在テハ、共ニ特別ノ事情ニ因リ通常ノ場合ニ比シテ刑カ加重又ハ減輕セラルルモノトス。s. § 186 然レトモ此點ニ付テ注意スヘキハ、一定ノ身分ニ因リ構成スヘキ犯罪ニ在テハ、特別ノ身分アルコトカ通常ノ場合ナルカ故ニ、身分ナキ加功者カ身分者ニ比シテ輕ク罰セラルル場合ハ却テ之ヲ身分ナキ特別ノ事情ニ因ル減輕犯ト見ルヘキコトナリ。s. §§ 338, 349, (四)

第三章 犯罪ノ態樣

犯罪ハ刑法各本條ニ於テ夫々具體的ニ可罰類型トシテ之ヲ規定ス。而シテ此各個ノ類型ハ夫々先ツ縱ニ一定ノ種類ニ屬ス。此各種類ハ犯罪一般ノ縱斷的類型ナリ。之カ研究ハ各論ノ範圍ニ屬ス。 次テ其各種類ニ通シテ横ニ一般的ナル三種ノ横斷的類型アリ。此類型ハ夫々又分レテ數種ノ小類型トナル。未遂既遂ニ關スル各段階的類型、共犯ニ關スル各方法的類型、罪數ニ關スル各數量的類型是ナリ。之ヲ通常犯罪ノ態樣 (Erscheinungsformen) ト謂フ。而シテ此縱横二樣ノ類型線ニ因リテ規定セラルル具體的類型ハ理論上各個獨立ノモノナレトモ、普通ニ研究ノ便宜上縱ニ同種類ノ犯罪ノ間ニ在リテハ、其中各横斷的類型ノ態樣ニ於テ夫々最モ典型的ナルモノ 即チ既遂ニシテ正犯タル一罪 ヲ以テ其種類ヲ代表セシムルヲ常トス。從テ犯罪ノ各種類型ト謂フトキハ、通常其種類中ノ斯卡ル性質ノモノヲ意味ス。

第一節 段階的類型

第一款 段階的類型ノ態様

犯罪ノ段階的類型トハ犯罪ノ横斷的類型中、客觀的類型事實 §137ノ發展ノ段階ニ於テ充實ノ程度ヲ異ニスル諸類型ヲ謂フ。從テ此種ノ類型ハ類型事實以外ノ點ニ於テハ其要件ハ相同シ。例ヘハ、未遂罪ト既遂罪トハ相互ニ別個ノ類型ナルニ拘ラス、其差異ハ單ニ類型事實ノミノ充實ノ程度ニ過キサルカ如シ。從テ初ニ述ヘタルカ如ク、學者從來スカル關係ニ在ル犯罪ニ付テハ、其程度ノ最モ充實セル類型ヲ以テ典型的類型ト爲シ、其他ノモノヲ以テ該類型ノ不完成狀態ト見テ、之ヲ統一的ニ考察スルヲ通例トス。而シテ斯カル考察ハ主トシテ從來ノ客觀主義的刑法理論ニ由來スルモノナレトモ、現今ノ刑法ヲ理解スルニハ仍ホ一般ニ便宜ナル方法ナリ(一)。

註(一) 犯罪類型(Tatbestand)ノ觀念ハ學者通例既遂罪ニ關シテノミ之ヲ認メ且斯クノ如ク見ルコトヲ以テ理論上當然ト爲スカ如シ。然レトモ嚴密ニ論スレハ、如何ナル犯罪類型モ其者トシテハ獨自ノモノナルカ故ニ、既遂類型ノミカ犯罪類型ナルニアラス。從テ未遂並ニ其以前ノ

類型ヲ以テ或類型ノ不充實又ハ不完成ト爲スハ唯方法上ノ便宜ニ出ツ(通説ノ如ク、犯罪類型ヲ客觀的類型事實トシテノミ解スルモ仍ホ其理論ハ同様ナリ)。

段階的類型ノ態様ハ之ヲ分テ四種トス。既遂罪、未遂罪、豫備罪及ヒ隱謀罪是ナリ。

既遂罪(Vollendetes Verbrechen, Délit consommé)トハ類型事實ノ發展ノ段階ニ於テ最モ充實セル犯罪ヲ謂フ。從テ既遂罪ハ、縱ニ犯罪ノ種類ニ付テ謂ヘハ、如何ナル犯罪ニモ存在スレトモ、横ニハ唯横斷的類型ノ態様トシテ一種アルノミ。即チ既遂罪ハ未遂罪及ヒ其以前ノ程度ノ罪ニ對立スル觀念ナルカ故ニ、此種ノ罪ノ既遂罪ナルモノナシ。

既遂罪ハ各種類型ニ從テ特別要件ヲ異ニス。從テ同一種類ノ犯罪ニテモ苟モ類型ヲ異ニスル限リ其特別要件ハ互ニ同一ナルコトヲ得ス。例ヘハ、詐欺ト恐喝トハ共ニ他人ノ物ノ騙取ナレトモ、前者ハ特別要件トシテ欺罔手段ニ依ルコトヲ要シ、後者ハ恐喝手段ニ依ルコトヲ要ス。又通常既遂罪ノ要件タル類型事實ノ範圍ハ故意過失ニ於ケル豫見又ハ豫見可能ノ範圍ニ一致スレトモ、目的

罪ニ在リテハ、目的タル豫見事實ノ實現ハ既遂ノ要件ニアラス。^{§130}
未遂罪トハ犯罪ノ實行ニ着手シ之ヲ遂ケサル罪ヲ謂フ。詳言スレハ、未遂罪
モ亦犯罪ナルカ故ニ、未遂罪トシテノ類型ヲ充實スルコトヲ要スルコトハ勿論
ナルモ、其着手後ニ於ケル客觀的類型事實ノ發展ノ段階ニ於テ其充實ノ程度カ
既遂罪ニ及ハサル場合ナリ。未遂罪ニ付テハ次款ニ詳論スルカ故ニ茲ニ贅セ
ス。

豫備罪 (Vorbereitung, Acte préparatoire) トハ犯罪ノ實行ノ着手前ニ於ケル一切ノ
準備行為タル罪ヲ謂フ。犯罪實行ノ方法ヲ研究シ、材料ヲ準備シ、犯所其他ノ情
況ヲ調査シ、犯所ニ向テ出發スルカ如キ何レモ豫備ノ行為タリ(一)。

註(一) 刑法上豫備ヲ罰スル場合ハ甚タ少シ。(刑、七八、八八、一一三、一五八、二〇一、二三七。刑、九三
ハ豫備又ハ陰謀ノ行為ヲ獨立罪トシテ規定シタルモノニシテ、豫備罪又ハ陰謀罪ニアラス。

隱謀罪 (Komplot) トハ二人以上ノ間ニ成立セル豫備ノ程度ニ達セサル犯罪實
行ノ合意ヲ謂フ。但其犯罪類型トシテ認めラレタルハ内亂罪及ヒ外患罪ノ隱
謀ノミトス。^{刑、七八、八八。} 隱謀ハ、本質的ニ謂ヘハ、常ニ一種ノ豫備ナリ。然レトモ刑

法ハ豫備ノ類型ト陰謀ノ類型トヲ區別スルカ故ニ、隱謀ハ單ニ一定ノ犯罪ヲ實
行センコトノ單純ナル合意ニ止マルモノト解スヘク、若シ其以上ニ謀議ヲ凝ラ
シ準備又ハ實行ノ具體的方法ヲ定メタルカ如キ場合ニハ、既ニ豫備ノ程度ニ達
シタルモノト謂ハサルヘカラス。 隱謀ノ故意ハ必スシモ共同實行ノ故意ニア
ラス。然レトモ又教唆ノ故意トモ異ル。少クトモ實行カ合意ノ當事者ノ中ニ
於テ行ハレ自己カ共同者又ハ幫助者トシテ其實行ニ參加セントスル意思アル
コトヲ要ス。

第二款 未遂罪

未遂罪 (Strafbarer Versuch, Tentative punissable) トハ犯罪^{既遂}ノ實行^{或ハ實行}ニ着手
シ之ヲ^{犯罪}遂ケサル状態^{未遂}ニ於ケル罪ヲ謂フ。而シテ犯罪ノ實行トハ或犯
罪ノ既遂類型ヲ充實スル意思表動ノ中豫備以外ノ部分ヲ謂ヒ(一)(二)。實行ニ着
手スルトハ斯カル意思表動ヲ開始スルコトヲ謂フ(三)。又實行ニ着手シテ遂ケ
ス^{犯罪}トハ犯罪ノ實行ヲ開始シタルモ、該實行又ハ其結果タル客觀的事實ノ發