アメリカ刑法の大要

吉田常次郎

はしがき
一　法　源
二　合衆国と州に対する犯罪
三　憲法による制限・罪刑法定主義並びに「わな」の理論
四　犯罪論
　Ⅰ　総　説
　Ⅱ　構成要件該当性
　Ⅲ　違法性
　Ⅳ　責任性
五　犯罪の不完成―未遂犯・中止犯・不能犯
六　共　犯
七　行為者と犯罪の分類
八　犯罪類型
むすび

はしがき

現行刑法はその解釈とともに大陸法系殊にドイツ法系の立法並びにその学説の影響を受けているところが大きい。しかし英米法系の立法・判例並びに学説は多少粗雑なところもあるが、実務的である。将来の立法において英米法の思想を加味する必要がある。裁判宣告の猶予制度の如きは準備草案八四条においてもこれを採用している。立法の参考に資するため甚だ未熟ではあるが英米法特にアメリカ法の刑法並びに学説の大要を左に紹介し、これを批評することにする。

一　法　源

1　イギリス刑法は古い普通法(common law)と制定法(statute)から形成されている。イギリス人の一部はアメリカの新天地にこれを携えて定住した。しかし母法の一部はこの新天地の国情に適合しないもの、または開拓者の理念に反するものがある。例えば既成宗教に関する規範違反の犯罪の如きである。また普通法上の犯罪類型は踏襲したが刑罰を変更したものがある。例えば文書毀棄罪の如きである(James v. Commonwealth, 12. S. & R. (Pa)220)。これらのアメリカの国情、新理念に反するものを除き、その残余の母法、並びに議会の制定した成文法がアメリカ刑法の法源

を形成しているのである。

2　母法が州の制定法により変更されたものがある。母法では犯罪とされなかった行為を犯罪とし、またはその刑を加重し、逆に母法が犯罪とした行為を無罪としたものもある(State v. Pulle, 12 Minn. 164)。この点についてはルッド(1)(アメリカ法並びに手続法三巻一九二一年一〇頁参照)。

なお憲法による制限については後述三の1説明参照。

(1)　精確にいえば John Romain Rood であるが以下簡単のためルッドとして引用する。

3　アメリカにおいては一九世紀前半から刑事立法が増加し(イギリスも同じ)、二〇世紀前半においては立法により規定された犯罪類型は倍増したといわれる。しかし、多くの州においてはそれは一定の刑法理論や法事学に基づき組織的包括的な法典において規定されることなく、個々の刑罰規定が随所に散在しているに過ぎない。一八八一年のニューヨーク刑法も組織的の法典とはいわれない。ベンザム(英の哲学者で功利説の主張者)のアメリカの弟子だちエドッード・リビィングトンの如き(1)は刑事法規の法典化を主張し、二〇世紀に至り三つの州が法典を制定した。すなわちバージニア(一九四二年)、ウイスコン(一九五六年)、イリノイ(一九六一年)の三州である。第二次世界大戦後刑事立法に対する関心が払われることになった。一九六〇年代の初めニューヨーク、ミネソタ、ミゾアリ等多くの州において刑事法の根本的改正を考慮するに至った。かような関心はアメリカ法律協会(American Law institution—法律家並び

に裁判官から結成された私的機構）に刺激されたのである。一九五二年右協会は模範刑法典（a model penal code）の草案を作成した。なお一九三〇年同協会は模範刑事訴訟法典を公表し、一九四六年刑事訴訟連邦規則が制定され、各州の訴訟手続の改正に刺激を与えたのである。(1)

(1)　アメリカの学説は功利説の影響を受けているものがある。例えば、不作為は作為義務違反行為であるとしているが、その作為義務は行為者が身を危険にさらすことなく、または金銭的損失を蒙むることがないときに発生するとしているものがある（後述）。金銭的損失を強調しているのはいかにも功利的である。

二　合衆国に対する犯罪と州に対する犯罪

1　合衆国に対する犯罪と州に対する犯罪とが区別される。それはアメリカ合衆国（U.S.）は承継的もしくは伝来的権力（derivative power）の政府であることに基因する。これは土地管轄（裁判籍）の問題でなく、実体法上の刑法の場所的効力に関する問題である。刑法の場所的力効については属地主義を採用しているようである（一七九〇年の海賊処罰法参照）。

2　合衆国憲法（一七八八年成立、翌年修正の提定を追加）は合衆国政府は各州（states）が合衆国政府に与えたもの以外は何等の権力を有せず、各州は憲法に与えたもの並びに州の憲法で制限したものを除きあらゆる権力を有する旨規定している。合衆国と州とは日本の中央政府と都道府県のような関係ではないのである。

従ってイギリスの普通法または植民前の制定法により犯罪とされた行為は犯行地の州の憲法または制定法によりこれらの普通法・制定法を変更しない限り、州に対する犯罪とはなるが、合衆国の憲法又は議会の立法により犯罪とされない限り、合衆国に対する犯罪とはならないのである（U.S. v. Hudson, 7 Cranh. 32 参照）。――米仏紛争の際コンネクチカットにおける一新聞の発行者が大統領マヂソン並びに議会の名誉を毀損する記事を掲載したという理由で合衆国裁判所に起訴された事件であるが合衆国最高裁判所は、合衆国に対する普通法上の犯罪は存在せず、かつ被告人の右行為を合衆国に対する犯罪とした制定法がないという被告人の主張を採用したのである）。

3　議会が法律を制定した場合、その制定法の意義は既存の法律の光に照らして決定すべきである。すなわちこの意味において普通法も制定法を補充する役割を演ずる。例えば一七九〇年の法律が「公海において強盗(robbery)もしくは謀殺(murdec)の罪を犯したる者は海賊（pirate）とする」旨規定している。強盗や謀殺の意義については何等規定していない。しかし已に強盗・謀殺の概念については普通法上確定しているのである。謀殺については計画的・予謀的悪意（malice aforethought）が同罪の成立要件であることが已に確定されているのである。一八一九年三月三日の海賊処罰法も海賊に関する定義を与えていないが、海賊の意義は前述の普通法や制定法によって明白となっているのである。右一八一九年の法律は海賊行為を合衆国に対する犯罪としているのであるから、これを合衆国に対する犯罪として合衆国裁判所が審判できるのである（U. S. v. Smith, 5 Wheat. (18 U.S.)153)。州に対する犯罪とした判例としてマサチュセット州における靴の詐欺事件がある(Common-wealth v. Warren, 6 Mass. 72)。

三　憲法による制限・罰刑法定並びにわな(Entrpment)

1　憲法による制限　刑法は一定の行為に対し厳格な制裁を付しているから個人と連邦または州との関係について根本的問題を提起する。新追手続も人権に重大な関係があるから合衆国憲法も法の適正な手続を保証しているが(この点は已に卑見が詳説したとおりである。拙稿「アメリカ刑事手続の大要」法学新報七五巻四・五号三一五頁)直接一定の行為を犯罪とすることを制限している。憲法は言論の自由や宗教の自由を保障しているから、その保障の範囲内に入る行為を犯罪とすることは許されない。かくして一九四〇年連邦最高裁判所は普通法の治安紊乱の罪として有罪とした原判決を破棄した。その理由は被告人の行為はアメリカ憲法修正第一四において保障された宗教の自由の実行に属するというのである(Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296)。憲法修正第一四はまた法の平等の保護を規定している。従って種族もしくは白人・黒人の区別により刑事上異った処遇をする立法をすることは禁止されている。州も公共の健康・安全・道義保持のため種々の規定を設けその違反者に刑罰を科することができるが、しばしば憲法の認容の限界を超えるものがあるとされる。判例はがらくた物商人が賍物を所持しているときは、それが盗品であること知らずかつこれを知り得なかった者でも罰する旨のニューヨーク州の法律は非憲法的な専横であり法の適正な手続の原則を破るものだとしている(People v. Estreich, 272 App. Div. 698(1948)。この判例については後述の絶対的責任のところで批評する。

2　罪刑法定主義　法律なければ犯罪なく、また刑罰なしの原則は近代刑法の鉄則である。一二一五年の大憲章に源を発するといわれる。合衆国憲法もこれを採用している(sec. 9, cl. 3 and sec. 10, cl. 1)。大多数の各州の憲法も刑法遡及の立法を禁止している。行為が不道徳もしくは反社会的でも、それを禁止する法律が予め少くとも行為時に存在しなければ犯罪となることはない。もっともソ連では一九二六年この原則を排除し、またドイツでは一九三五年(ナチ時代)法律がなくても、国民の健全な感想に反する行為を処罰することにしたが敗戦後この原則を復活した。

絶対的不定期刑はこの原則に反するが、相対的不定期刑はこれに反しない。アメリカでは刑の上限を定めて不定期刑を言渡すことを認めである。わが国の少年法は少年に対し、刑の上限と下限を定めて不定期刑と言渡すことにしている。準備草案は成人に対してもこれを許している(同案六二条)。

刑法の解釈は厳格でなければならない。類推解釈は許されない。罪刑法定主義の要求であるといわれる。判例はレール上を自動的に走る車や自動車(motor vehicle)には航空機を包含しないとしている(Meboyle v. U. S. 283 U.S. 25 1931)。規定の意味があいまいのときは被告人の利益に解すべきであるというのである。しかし法律の明白な目的に反する解釈は許されない。ニューヨーク刑法(N.Y. Penal law, 21)。多くの州でも同じような規定を設けている。

上述の不定期の問題に対し、刑事学者や精神病学者は反対し、刑の上限を固定することは犯人の社会復帰と社会の利益を害すると主張している。しかし通説刑の個別化は九分考慮すべきであるが、民主的国家においては合理的制限には服しなければならないとしている。みなみにいう。アメリカでは罪刑法定主義のことを法律主義(Legality)と呼んでいる。

3　わな(Entrapment)の理論　アメリカでは刑事責任の範囲は「わな」の理論によって制限されている。犯人が捜査機関もしくはおとり(undercover agent)の直接的教唆の結果として、すなわち「わな」により犯罪を遂行したときは刑責がないとされる。「わな」は捜査官が犯罪を教唆することなく単に犯罪遂行の機会もしくは便宜を与えただけでは足りない。「わな」の理論は主としてアルコール飲料・麻酔剤法違反のような犯罪に適用される。その理論的根拠に対し論争があるが多くの判例はわなにかからなければ犯人は犯罪を遂行しなかったからであるという見解を採用している。おもうに「わな」による犯罪を罰することを差控えるのは「公共政策」の見地からであろう。大陸法はこの理論を採用していない。わが判例もこれを否定している(最決昭和二八・三・五刑集七巻四八二頁・最判昭和二九・一一・五刑集八巻一七一五頁)(1)(2)。

(1)　文献として、団藤「わな」(エントラップメント)の理論」刑法雑誌二巻三号、田中政義「わな理論の展望」法曹時報五巻三号四号等)。

(2)　この理論は未遂犯成立に関するアジャン・プロヴォカチュールの問題と異ることに注意すべきである。

四　犯罪論

I　総説

1　従来わが国の学説は犯罪の成立要件を客観的要件と主観的要件に分け、前者に構成要件該当性・違法性を属せ

しめ、後者に責任能力・故意過失を属せしめていたが、最近はドイツの通説に従い、構成要件該当性・違法性・責任性の三つに分けるに至った。けだし、主観的違法要素、例えば窃盗罪における不法領得の目的または正当防衛における防衛の目的のように行為者の主観的なものが、構成要件もしくは違法性阻却事由に属するとなし、更に目的行為論は故意を不法要素に属する。と主張し他方客観的責任要素例えば嘱託殺人罪における被害者の承諾のような客観的なものが責任減軽事由になるとし、従来の二分類説を排斥し、犯罪の成立要件を構成要件該当性・違法性並びに責任性の三者に分けるに至った。英米法はドイツにおける三分類説に従わず、犯罪は悪行（actus reus）と悪意（mens rea）より成立するとし二分類説を採用しているようである。しかし後述のように英米法でもすべての悪行が犯罪となることなく、法律が罪となるべき事実と定めたもののみが犯罪となるのである。左に犯罪の成立要件を説明する。

2　思想自体は罪せられない。悪意が外部行為として発現しなければ犯罪とはならない。すなわち犯罪は行為である。意思に基づく人間の態度である。意思に基づかないもの例えばくしゃみのような生理的なもの、または強度の強迫による身体の動作は行為でなく従って犯罪を構成しない。

行為論については、意思に基づく外界の変動であるとする自然因果的行為論（リスト）、行為は目的に支配されたものであり、故意により行為の刑法的意味が決定せられ、故意は違法要素であるとする目的行為論（ウェルツェル）、行為は客観的、社会的にその意味が決定されるという社会的行為論（マイホーファー）の三説がある。わたしはマイホーファーの説を支持する（拙稿「行為論」法学新報七二巻一一・一二号）。因果的行為論は名誉毀損罪の説明をすることは不能である。また目的行為論は故意過失を必要としない犯罪（アメリカの学説は絶対的責任 abzolute liability と呼んで

いる犯罪）について説明することができない。かつ目的行為論を貫くと、行為者が殺人罪の行為として定型的でない、または不能的な行為でも殺人の故意をもってこれを実行すれば殺人罪の実行行為ということになって不当である。殊に目的行為論は過失犯の説明において破綻をきたす。英米の学者は行為論について詳しく説明していないが、社会的行為論は正当で、説明するまでもないとし、これを採用しているのであると考える。

II　構成要件該当性

1　総説　不道徳・反社会的な行為でも法律（判例法を含む）がこれを犯罪と規定しなければ犯罪となることはない。逆に法律がこれを犯罪としたときは、不道徳・反社会的な行為でも犯罪となる。非道義的な刑法として英米の学者はナチ時代のドイツ刑法のあるもの例えば反猶太人法やアメリカの反黒人法を例示している。刑法は最少限度の道徳である（小野博士）というがそれは刑法は常に道徳的な内容を有するものであることを意味するものでなく、社会生活上最少限において刑法的規範はこれを遵守すべき道徳であるという意味であろう。ショペンハウエルやエーリネックが法律は最少限度の道徳であるというのも同旨趣に解すべきである。悪法も法である。これを遵守することが法秩序の維持に必要なのである。もっとも一人もこれを遵守することなく、その実効性（Wirksamkeit）を喪失するに至った法律はその有効性(Gültigkeit)も喪失し法源たる効力を失うに至るだろう。

2　構成要件　法律はいかなる事実が犯罪を構成するかを規定している。あるいは犯罪の主体についてあるいは犯罪の客体について、あるいはその方法について、あるいはその時もしくは場所について規定している。シェンケは英米法では構成要件該当性は犯罪成立の特別の要件とされていないと論じている（シェンケ註釈書 六版二〇三頁）。な

るほど英米法では構成要件の理論を大陸法案の学者のように特に論じていない。しかし英米法は各種の犯罪類型を認め、その構成要件を規定しているのである。その規定の仕方は簡単なものがあり、その概念内容の決定は学説判例にまかせているものがあるが、これは大陸法案でも同じである(前掲ルッド八八頁以下参照)。例えば強盗は他人の財物をその意思に反して暴行または畏怖を与え奪取する行為であるとし、その客体手段等を規定している。

3　作為と不作為　構成要件は作為(act)によって充足されることが普通であるが、不作為(omission)によっても犯罪を遂行し得る。刑法上不作為は作為義務違反たる不作為のみが問題になるのである。作為義務は法律・契約により発生するものに限らず、広く人と人との関係例えば親子・夫婦関係からも生ずる。イギリスの判例(Rex v. Gibbon and Prector, 13 Cr, App. R. 134(1918))はその保護下にある子供に生命を支えるに足りる食物を与えなかったために子供を死亡せしめた両親を謀殺として有罪にした。しかしアメリカではかような義務の範囲を狭く解する傾向があり、他人を侵害から保護する一般的義務はないとせられ、一八三三年エドワード・リビングストン提議にかかるルージニアの刑法典は「身に危険なくまたは金銭的損失がないときに」他人の生命を救わない者は殺人罪の責任がある旨規定している。もっともかような作為義務を拡大する提案に対し強い反対がある。

4　因果関係　殺人罪のように結果の発生を既遂の要件とする犯罪(侵害犯並びに危険犯)においては行為と結果との間に因果関係が存することを必要とし、因果関係は構成要件の一部である。いかなる意味の因果関係が必要であるかについては学説が岐れ、ドイツの判例は条件説(等価値説)を採用し、学説はこれを支持するものと反対するものがあることは周知のとおりである。わたしは折衷的相当因果関係説を採用するのであるがその詳細は拙著「刑法

上の諸問題」（二五七―二八三頁）にゆずる。英米における学説判例も一貫していないようである（同二八〇―三頁）。なおアメリカの判例の二、三を補足しておく。被告人が傷害を与え、もし治療よろしきを得れば被害者が死亡しなかったのに、治療が当を失し「えそ」に罹って死亡したときは死亡の結果について責がある（Commonwealth v. Hackett, 2 Allen 136）。心臓病の人を殴打し、健全な人ならば死亡しなかった場合でも被害者がたまたま心臓に欠陥があったため死亡したときは、その結果に対し、責任があると（State v. O'Brien, 81 Iowa 88）。また被告人が義兄を狙撃し、被害者は負傷により一時的精神異状に陥り自殺したときは被告人はその死亡につき責任があると（People v. Lewes, 124 Cal, 551）。

不真正不作為犯の因果関係につき、アメリカの判例は義務違反たる不作為自体に原因力を認めないで、結果の発生を防止しなかったことに責任の根拠を求めている。すなわち防止しなかったことを結果を発生せしめたことと法律上同視する準因果関係説に従っているようである。イギリスの判例は不作為自体に原因力を認めているようである（拙著前掲二八一―二頁）。なお英米法では一年と一日という原則があり、加害行為後一年数ヵ月も経過してから被害者が死亡したときは死亡は他の原因から発生したものと推定するのである（紐育刑法は別である）。

Ⅲ　違法性

1　違法の本質

違法とは全体としての法秩序に違反することである。実質は社会倫理の違反である。前述のように反猶太人法のように非道徳的・非人道的な刑罰規定も存在したことがあるが、それは例外で、その極端なものは法律としての効力を有しない。法律として有効なものはその内容は社会倫理的規範である。従ってその違反すなわち

違法は社会倫理の違反と解すべきである。

2　違法性の推定　構成要件該当性は一般に違法性を推定せしめる理由である(ratio cognecendi)。しかしその存在を決定する理由(ratio essendi)ではない。絶対悪(malum per se)なるものはなく、特種の下においてなされた加害行害行為も正当化される。それで違法性阻却事由について研究する必要がある。英米法では、一般に責任阻却の主張をこれを弁解(excuse)といい、違法阻却の主張を防禦(defence)と呼んでるが、わたしは両者を簡単に抗弁と呼ぶことにする。

なおドイツやわが国では客観的違法説と主観的違法説の争いがあり、通説は前説を採用している。英米法は前説を採用すべきことは当然の事理とし、これについて論争がないのであろう。両説の何れを採用するかは正当防衛の問題に重大な差異を生じ、主観的違法説によれば責任無能力者の攻撃に対しては正当防衛をなすことができなくなり、これに対しては緊急避難をもって対抗することができるに過ぎない。かような結論は不都合である。結果の妥当性を重人する英米法では認めないだろう。

3　違法性阻却事由　(イ)　権利もしくは職務行為　両親が子供に対し、または教師が生徒に対し加えた一定の加害行為は子供の教育、しつけ、または生徒の教育上必要なものと見られるときは違法性がない。しかし、教師が生徒をクラブで強打しまたは拳固（げんこ）でその顔面を打つ如きは有罪である（Boyd v. State 88 Ala 169)。下官が上官の命によってなした一定の加害行為も有罪ではない。しかし上官がその権限を有しなかったときは下官の行為は有罪である(U. S. v. Jones, 26 Fed, Cases 653—私掠船で船長の命により中尉がなした海賊行為に関する事件)。

古い普通法では重罪の遂行を目撃した者または重罪が遂行されたことを確かな筋から聞いた役人は犯人の逃走を防ぐためにその生命を奪うことができるとされた。しかし現代では市民は重罪の遂行または犯人の逃走を防ぐために人を殺すことは重罪が暴力と生命に対する危険を伴わない限りは正当化されないとしているが従って馬泥棒をその逃走を防ぐために射殺することは正当でないと(Starey v. State, 71 Ala. 329)。

・　正当防衛(self-defense)　自己の生命もしくは身体に対する重大なる危害を加える者に対し、これを避けるために必要なときは侵害者を殺害しても有罪ではない。しかし、防衛者に過失ないことを必要とし自ら招いた不正侵害に対しては正当防衛は許されない。誤想防衛も許される。しかし誤想が合理的なものでなければならない。例えばAがBがピストルを手にしてAを殺害するような姿勢で彼に向って急いで近づいてきたときに、Bを地上にたたきのめし、Bが死亡した場合において、ピストルには単に粉が装塡されており、BはAを脅す計画に過ぎなかったことが後で判明してもAの行為は罪とならない。あるいは右の場合、Aは実弾が装塡してあったときより、一層犯罪的であるという説もあるが、かような説は防衛者はまずピストルが何で装塡されてあるかを検討すべきことを要求することになり、防衛権を破壊するものである(ルッド前掲七五頁)。

喧嘩口論を始めて、自ら危険を招いた者は原則としてこの抗弁は許されない。すなわち喧嘩が終わったことを彼の相手方に告げ、全く喧嘩から身を引いたことに成功しない限りは加害者の行為は有罪である。次に攻撃されても逃げる機会があるときは他人の生命を奪う権利はないという古い法則がある。けだし逃げることはプライドを害するが人命の価値はプライドの上におくべきであるからであるというのである。しかし後退することが一層危険を増大すると

きは後退の義務はない。なお、右の古い法則の他の例外は、自分の家で攻撃されたときである。家は城廓である。その城廓から逃げる義務はないのであると(State v. Middleham, 62 Iowa 150)。

家宅侵入者に対し発砲することは一般に許されない。しかし夜間における家宅侵入は身体に対する攻撃と同視し、これに対する正当防衛は許される。家族もまた防衛権がある。しかも現実並びに外観的な危険の双方に対して許される(Pond v. People, 8 Mich. 150)。

財産を防衛するのに人命を奪うことまでは正当化されない。しかし強奪者の暴行により危険にさらされたときは正当化される。また現場で直ちに奪取された物を取り返すために奪取者に暴行殴打を加えた場合も同じ。しかし右の加行為は極端でないことを要する(Commonwealth v. Llonohue, 148 Mass, 529)。

第三者の利益を防衛するにめにも正当防衛をすることができる。判例は現実の侵害があった場合に限定し、これを誤想したときは誤想が合理的なときでも抗弁を認めないようである(Stanley v. Commonwealth, 86 Ky. 440)。

他の立法との比較について一言する。

アメリカ法は防禦せらるべき権利の範囲を相当拡大しているが、ドイツや日本におけるように無制限ではない。なお自ら過失によって招いた不正侵害に対しては正当防衛を認めない。この点もドイツや日本と異る。また防衛行為は防衛に必要であれば足りるか、相当性を要するかは必ずしも明白ではないが担当性を必要としているようである。なお過剰防衛を認めるのかも明白でない。また誤想防衛を認めているが、誤想防衛は故意犯の成立を否定する趣旨のようである。なお第三者の法益を防衛する場合は自己の法益を防衛する場合と異り、その誤該防衛は許さないとしてい

る。その根拠は明白でない。また侵害は危迫不正の侵害であること並びに防衛行為は防衛の目的をもってすることを必要としていることは判例の全趣旨から推知できる。なお対物防衛を認めるのか否定するのか判然とした判例がない。防衛行為は不正侵害に対する反撃であるかどうかも判例上明白でない。正当防衛は権利行為で、違法性阻却事由と解していることは判例の全趣旨から明白である。

(ハ) 緊急避難 (necessity)[1]　英米法では他人の犯罪的行為からでなく自然的原因に基づく自己もしくは他人の危難を救うためにする加害行為例えば難船の際、自己の危難を救うためにする殺人は有能であるかどうかについて論争している。イギリス王座裁判所はこれを有罪とし(Queen v. Dudley, 15 Cox Crim, Cases 625)、アメリカの判例も同旨である(U. S. v. Holmes,26 Fed. Cas. 360)。イギリスの判例はミニョネット事件(mignouette-Process)―(一八八四年)と称するものであるが事案の内容は次のとおりである。被告人等はミニョネットという船で航海中遭難し、二〇日間公海を彷徨し、七日間も食事をとらず飢餓に陥ったので若い抵抗力のないボーイを殺害し、その肉体を食し血をすすって生命をつなぎとめ、その後四日目に通りかかった船に救助されたのである。アメリカにおける判例の事案は、難船の際、救命艇に多数の乗員が飛び乗ったが、そのうちの幾人かを下船させなければ救命艇が沈没し、全員が溺死する危険に陥った。それで被告人は数人の乗員を海中に投げ込みこれを溺死するに至らしめたのであるが判例は有罪とした。わたくしは右事案は何れも緊急避難行為として無罪であると考える。しかしこれを違法性阻却事由と見るか責任性阻却事由と見るかは学説が分かれているが、少くともわが国の刑法は緊急避難の要件として法益の枚衡を要求しているからこれを違法性阻却事由と解すべきであると考える。英米法では自己保存の本能の面からこれを論じている

から、英米法は責任阻却事由として論じているようである。[2] この問題については拙稿「緊急避難」（拓殖大学論集三二・三号二九―四一頁）参照。文献については、国藤・刑法概説（総論）一七〇―一頁に詳しいが、なお勝本（勘三郎）「正当防衛及び緊急状態」（京都法学会雑誌一二巻二号五号）。

（1） 英米法では緊急避難すなわち緊急状態のことを“necessity”と呼んでいる。そして緊急は法律をもたない（Necissitas legew non habet)という法格言がある。

（2） ベーコン郷は緊急自体は“privilege”を与える（Necessity carrieth a privilege in itself）と彼の註訳書で述べている(ルッド前掲五七頁)。“privilege”ことは違法性阻却事由としての特権ではなく責任阻却事由としての免除もしくは弁解の意味に解すべきか。

(二) 自救行為(selfhelp)　英米法では前述のように奪取された財物を現場で取りかえすための一定の加害行為を法律上許容し、これを正当防衛と解している(Commonwealth v. Donohue, 148 Mass. 592)。しかし、これを正当防衛と解すべきか自救行為と解すべきかは疑問がある。窃盗罪を継続犯であるとするときはこれを正当防衛と見るべく、これを状態犯とするときは自救行為と解すべきである。盗犯等防止拠分法は正当防衛としているが、窃盗罪は状態犯であると解するのが正当であるから理論的には取還のためにする行為は自救行為と見るべきである。勝本博士はこれを正当防衛であると解していられる(前掲五号五二頁)。

自救行為を広く許すことは法秩序を紊るおそれがあるからこれを許さない（大判昭和一六・五・一二刑集二〇巻二四六

頁)。これを許すには緊急の程度・方法の相当性・法益の権衡を綜合的に考慮して、厳格な要件のもとにこれを認めるべきである。前掲アメリカの判例も財産を防衛するために人の生命を奪うことは正当でなく、その用いた暴力は法外な、ひどい(excessive)ものであってはいけないとしている。自救行為に関する規定を設くべきかどうかは立法上問題である。仮案二〇条は、請求権を保全するにつき相当の時期に法律の手続による救済を受けることができない場合において請求権の実行が不能もしくは困難となるのを避けるためにした自救行為はその際における情況に照らし相当のときは罪とならないとしている。――なお過剰自救行為は情状により刑を減軽または免除できると。ドイツでは同国民法二二九条の自救行為、また同法八五九条以下の占有保護の規定により一定の自救行為が正当化されるとしている。準備草案はこれを規定していない。現行法の解釈として刑法二三八条の規定の反面解釈により現場における被害者の財物取還のために窃盗犯人に加えた一定の加害行為は自救行為として無罪となるだろう。

(ホ)　承諾(consent)　被害者の承諾は犯罪の成立を否定することがある。しかし、承諾しても犯罪の成立があるとき例えば殺人罪の場合は承諾の抗弁は無効である(刑法二〇二条の同意殺人参照)。傷害罪については例えば債務の履行に代えて債権者が債務者の承諾を得てこれを傷害する場合と、(1)治療目的のために被害者の承諾の下に血を採る場合とを区別し、後者の場合は承諾は違法性を阻却するが前者の場合はこれを阻却しない。強姦罪の場合は一三歳未満の被害者の承諾は無効である(刑法一七六条・一七七条参照)。医師が女の患者に対し、器具を用いて治療すると称し、その承諾の下に患者が医師に何をしているかを知らないのに乗じ、これと性的交渉をしたときは強姦罪である。妻の夫のように装い、これと肉交を遂げたときも同じ。これに反し結婚の虚偽の申出もしくは独身者だと詐わって承諾を得て

これをなしたときは有効の抗弁となる。財産犯については被害者の承諾は違法を阻却する。その承諾がないときは犯罪の成立がある。すりに感づいた変装した警察官が酔うた風を装い、町を歩き廻わり、横丁で倒れてる所へ、犯人が来てそのポケットから金を奪ったときは、被害者の承諾がないのであるから有罪である（People v. Hanselman, 76 Cal. 460)。——この判例は「わな」の理論からいうと問題であろう。

（1）「ベニスの商人」におけるシャイロックと債務者との間の約束の如きは違法性を阻却しない。

Ⅳ 責任性

1 責任の本質　責任なければ刑罰なし(Keine Strafe ohne Schuld)という原則は近代刑法の鉄則であるが、責任とは違法に構成要件該当行為をなしたことに対し、犯人に非難を浴びせ得ることである。叱責可能性(Vorwerfbarkeit)が責任の本質である。

行為者に非難を浴びせ得るためには行為者が責任能力者であり、かつ故意過失に基づき行為し、しかも他に適法行為をなすことを期待し得たことを必要とする。

2 責任性の推定　責任能力者の故意・過失に基づく構成要件該当行為は一般に責任があるものと推定すべきである。構成要件該当性は違法性の推定理由・根源であるのと趣を同じくする。けだし構成要件該当行為は一般にこれをなさないことが期待できるのである。ただ違法性推定の場合と異り、責任性推定には行為者が責任能力者で、かつ行為が救意過失に基づくことを要する。

3　責任能力　(イ)　年少(infancy)　責任能力(Capacity of responsibility)とは是非善悪を理解し、その理解に従うて行動し得力をいう。人は一定の年令に達すれば一般にこの能力を有するのである。この年令を何才とするのが適であるかは問題であるが刑法は一四才となし、ドイツ刑法並びに草案（一九五六年・六〇年案）も同じである。アメリカ法も同様である。イギリス法は八才以下・八才と一四才の間・一四才と二一才の間を区別している。旧刑法は一二才未満の幼者は絶対無責任二〇才以上の者は絶対責任者とし、一二才以上一六才未満の者は重罪・軽罪については是非弁別力の有無により罰すべきかどうかを区別し、一六才以上二〇才未満の者は宥恕減軽を与えることにしていた。生物学的見地から一四才を標準にするのが妥当だろう。一四才以上の者でも種々の事由で刑責を負わないことがある。左にこれについて研究する。

・　酩酊(in toxcation)　酩酊は常に責任無能力を来すことはない。しかしこれを招くこともある。その招いたことにつき故意過失あるときが問題である。特に原因において自由な行為(actio libera in cause)について大陸法系の学者が論争している。準備草案一六条は明文をもってこれを解決しているがわたくしはこれに反対している（拙稿「改正刑法準備草案概評」法曹時報一六巻三号一一頁）。

英米法はこの問題に対し、矛盾した不満足な見解を採っている。イギリスの学者例えばコーク卿は自ら泥酔を招いて犯罪を遂行した者はむしろ厳罰すべきであるという見解を発表した。しかしこの見解は裁判所は採用しなかった。一般に今日でも酩酊は刑事責任に対する抗弁にはならないとしている。アメリカの判例は一般に酩酊は一定の犯罪に要求される故意(Mens rea)の形成に影響があるとしている。この事が立証されると行為者は全然刑責を免かれるか、

軽い犯罪として処断される。例えば被告人が奪取の故意を形成する能力がない程度に酩酊していたときは、他人の財物を奪取しても窃盗罪にはならない。また殺人の場合、被告人が熟慮することができないほど酩酊していたときは第一級の殺人（謀殺）でなく第二級の殺人の責任しかないことになると。

(ハ) 精神異状(insanity)　行為者が精神に異状あるため、何をなしているかさえ知らずまたはその善悪是非を弁別することができず、あるいは抵抗し難い衝動にかられて行為することがある。かような場合に刑責があるか。

刑法三九条は心神喪失者の行為は罰せず。心神耗弱者の行為は刑を減軽する旨規定し、準備草案一五条は精神の障害により、是非を弁別する能力のない者または弁別にしたがって行動する能力のない者の行為は罰しない。精神の障害により右能力が著しく低い者の行為は刑を軽減することができる旨規定している。英米法ではマック・ノートン事件(Mc Naghten 10 Cl. and Fin 200-1843)においてイギリスの裁判官は精神異状の抗弁を認めるには、行為者は行為当時精神に疾患あるため行為の性質を知らないかもしくはそれが悪いということを知らなかったことを明白に立証しなければならないと。連邦裁判所並びに多くの州の判例は右マック・ノートン法則を認め、これを補足するいわゆる抵抗し難い衝動のテストをもってした。すなわち行為者がその病的な抵抗し難い衝動の結果として行為したときは刑責がないとした(State v. Parsons, 81 Ala. 577)。(1)

精神障害のため謀殺に必要な予謀が欠けていたときは謀殺罪でなく故殺罪として責任がある（一九五七年のイギリスの殺人罪法参照）。

聾唖者について刑法四〇条はドイツ刑法五八条と同じく特別の規定を設けているが米英法ではこれを規定していな

い。準備草案もこれを規定していない。けだし妥当である。

(1) 古くはインサニテーの坑弁を認めなかった（ルッド前掲六二頁以下参照）。

4 メンズ・レア（Mens rea: guilty mind） (イ) 英米法は近代に至り後述のようにしばしば故意・過失のない行為をも罰するに至ったが普通法上は悪意がないときは行為は罰しない（Actus non facit reum, nisi mens sit rea）という原理があった。偶然のことで人に害悪を加えても、これに犯罪という烙印を押すことは正義と実益のうえから許されない。判事ホームスは犬でさえもよろけて躓いたのか蹴飛ばしたのかを区別していると述べている。

メンズ・レアは抽象的な悪意ではなく、具体的な内容を有する意思をいうのである。もっとも前述の原理は誤解を生じさせ危る険があり（この点はスチフィン判事が評論している。ルッド前掲三三頁以）、シェンケも英米法では犯意は可罰的具体的行為に向けられる必要はなく、行為者の認識は不法もしくは不道徳な行為であるということで充分であるとし、ラードブックの言を援用している（シェンケ前掲二〇三頁）。しかし英米法でも各種の犯罪類型があり、犯意は具体的犯罪類型に対する認識を必要とするのである。例えば謀殺には予謀、窃盗には他人の財物窃取の意思、賍物故買には目的物が盗品たることを知ることが必要なのである。但し英米法では推定の法則が広く行われている。

メンズ・レアは意識の一定の状態であるが、その内容は多様である。前掲法律家協会のモデル刑法典は目的（Purpose）・故意（knowing）・軽卒（reckless）並びに過失（negligence）の四つに分類している。軽卒は重過失のことであると

考える。ドイツ刑法草案一九六〇年案一八条三項参照。

以下順次説明する。

(ロ) 故意(intent)　故意とは罪となるべき事実の認識(knowing; awareness)である。故意の本質について表象説に従っている。この点はわが国の判例と同じである(大判大正四・一・二六同大正一一・五〇六)。

結果に対する認識があれば普通これに随伴する事実をも認識したものと推定する。前述のように英米法では推定の法則が広く行われている。

違法性もしくは不徳性の認識は犯意の成立に必要でない。重婚罪に関する事件において裁判所はこれを明言した(Reynolds v. U. S. 145 U. S. ——被告人はモルモン教徒であるが、彼は多くの妻を娶ることは宗教上正当であること並びに憲法は信教の自由を保障することを理由にして上訴したが上訴裁判所は右主張を排斥したのである。

法定犯と自然犯との関係が問題である。スピード違反により人を死に致した場合もしくは花火の製造・爆発物の貯蔵は特定の場所においてのみなすべき規則に違反し、人を死亡せしめた場合は原則として殺人罪の成立がない。殺人の故意がないからであると(Queen v. Benraete 8 Cox Cr. Case 74, Queen v. Franklin, 15 Cox Cr. 163)。

軽卒に行為する場合は重過失犯の成立がある。しかし具体的事情により未必の故意の成立が認められることもある。過失犯に止まるか故意犯の成立あるかは具体的事情により決定すべである。犯意の推定は行為前後の行為者の行動からすることができる場合が多い。不法に他人の家に忍び入り、窃かに物を奪取したときは窃盗の意思があったものと推定される。しかし適法に家に入ったときは必ずしもそうでない(State v. Moore, 12. N. H. 42)。

錯誤について一言する。

違法性の錯誤は犯意の成立に影響がない。法律の錯誤は容赦しないというのが英米法の鉄則である。わが判例は法律の錯誤が退いて構成要件的事実の不知を来たすときは犯意の成立を阻却するがそれ以外では自然犯たると自然犯たるとを区別しない(最判昭和二六・七・一〇刑集五巻一四一一頁同昭和二四・一・一二刑集四巻一四六三頁)。イギリスではかような例外を認めないが、アメリカでは説が分かれている(Snyder, An Introduction to Criminal Justice, 1953 p. 285)。わたくしは自然法たると法定犯たるとを区別せず、違法性の認識もしくはその可能性は犯意の成立に必要でないが、これらの認識もしくは可能性は別の責任要素として考慮すべきものと考える(責任説)。

事実の錯誤については具体的符合説・法定的符合説・抽象的符合説等学説が分かれているが判例は法定的符合説を採用し(大判昭和六・七・八刑集一〇巻三一七頁・同大正六・一二・一四・刑録二三輯一三六四頁)。わたくしもこれを採用している(拙著「刑法上の諸問題」一〇五頁以下)。英米法ではどうか。判例を検討すると、まず抽象的符合説を排斥している。人を害する意思があっても財産侵害の悪意あるものと認められない(Queen v. Pemberton, 12 Cox Crim. Cases 607)。そして法定的符合説を採用している。甲を殺害する意思で、薬品に毒物を混入したところ、乙がそれをたべて死亡した場合に甲は殺人の責があると(Gore's Case, Coke's Rep. 81a ルッド前掲四三―四頁参照)。右は打撃の錯誤であるが、準犯意(constructive intent)が認められるという。すなわち現実に意欲した結果に対してのみでなく、それから自然にかつ直接生ずるすべての結果は、予見可能でなくてもこれに対して責任があるというのである。目的物の錯誤例えば友人甲を仇敵乙と見誤って殺した場合には犯意の成立には影響がないと(Mc. Gehee v. He State, 62 Miss. 772)。

しかし次のような判例がある。夜一二時頃雇人が押込が押入ったことを主人に知らせたので、主人ははね起きて刀を手にして走り食品室に隠れていた雇人を賊と考えこれを殺害した場合は単に災難で謀殺でも故殺でもないと（Levet's Case, Cro. Car 538）。これは誤想防衛として論ずるのが正当であろう。そして通説にすれば過失致死罪の成立があるだろう。

(ハ) 目的(purpose)　目的とは動機のことである。すなわち一定の事項を達成せんとする願望で、一定の行為をなさしめる原因となる心の状態をいう。刑法上は目的のいかんは原則として犯罪の成否に関係がない（しかし情状には関係があり、刑の量定には影響がある）。例外として一定の目的をもってなすことが犯罪の成立に必要なことがある。例えば窃盗罪は一時使用でなく、長くこれを使用する目的を必要とするのである。また正当防衛も防衛の目的をもってなしたときにはじめて違法性を阻却するので、復讐のために人を殺すのは違法である（ジェローム・ホール刑法原理第二版八七頁）。

(ニ) 過失(default)　過失には重過失(culpa lata)と軽過失(culpa levis)がある。"reckless"は重過失のことで、僅少の注意を用いれば結果を予見し、結果の発生を防止できたのに、この注意すらしなかった場合をいう。"negligence"は軽過失のことで、一般人の用うべき注意を怠ったために、結果を予見せず、結果を発生せしめた場合をいう。英米法では刑法上過失を罰するのは一般に重過失である（拙稿「過失犯」法曹時報一七巻六号八頁――民事上は軽過失を標準にしている）。

(ホ) 期待可能性(expectation of lauful act)　特別な事情がない限り、一般に他にすなわち適法に行為をすることが期待できる。しかし異常な事態の重圧のため、一般には通常人に対して適法行為をなすことを期待できないことが

ある。かような場合に犯罪の成立があるかどうかについてドイツや日本で盛んに論争されている。わたくしは法は難きを強ゆるものでないとして期待可能性の理論が正当であると考えてるが、英米法ではどうか。判例はこれを承認しているようである。市条例で、公道で一箇所に二〇分以上馬や車を駐めることを禁止しその違反者を罰しているが、被告人はその違反をしたが、ほかの多くの車に阻まれて動くことができなかったというので無罪とした（Commonwealth v. Brooks, 99 Mass. 434)。ルッドはこの判例を支持し、法律は不可能を要求しない。人が法律上の義務を遂行するために、その最善の肉体的努力をしたときは罰すべきでないとしている（ルッド前掲五八―九頁)。

(ハ) 絶対的責任(absolute liability)　ブラックストンは一八世紀にメンズ・レアは犯罪成立の絶対的要件であると主張したが、その後これを要しないとする犯罪が増加した。強姦罪において婦女が承諾能力以下のものであること、また重婚罪において前婚の解消していることを行為者が知っていたことを証明することが非常に困難な理由から、これらの犯罪においてメンズ・レアを必要としない多くの立法例が生じた。一方公共福祉犯罪(public-welfare offense)と称する一群の犯罪にはメンズ・レアを必要としない制定法が増加した。その立法は法政策上の理由に基づく。しかしイギリスでもアメリカでもこれに反対する学者があって、かような立法は正義を無視する。かつ刑罰でなくても民事上の賠償を命ずることにより立法の目的が達せられると主張する。また立法において少くとも過失を必要とするものがある。二〇世紀に至り、英米の判例は絶対的責任に敵意を示すに至った。かくてアメリカ連邦最高裁判所は連邦窃盗罪法には明文はないが窃盗の意思を必要とすると(Morissette v. U. S. 246 [1952])。また州裁判所の多くは重刑を科する犯罪に絶対的責任を認めるのは法の適正な手続に反

するとした。(1)

(1) 一八六三年の水増し牛乳販売禁止の法律違反事件につき、判例は被告人が牛乳が水増しであることを知らなかったときでも、有罪であるとした(Commonwealth v. Farren, 9 Allen 489)。その後アメリカ連邦裁判所は一定の登録義務を怠った者はその義務を知らなかったときでもこれを処罰する旨のカリフォルニア州条例は無効であるとした(Lamberd v. California, 355 U. S. 225)[(1957)]。

(ト) 強制(Compulsion)　抗拒し難い強制に基づく行為は罰しない。妻が夫の面前でなした軽い犯罪は夫の強制に基づくものと推定される。しかし殺人のような重大な犯罪についてはこの限りでない(Bibb v. State, 94 Ala.31)。

(チ) 団体の責任(Corporations liable for crime)　古くは団体は精神を有せず、犯罪を遂行することができず、刑責がないとされていた。しかし今日ではかような法則は個人と社会にとって有害であるとされ、偽証罪のように性質上個人でなければ遂行し得ないものを除き一般に団体は犯罪能力があり、これに対して刑責があるとされるに至った。そして団体に対し執行不能な刑は罰金刑に変換するのである。

五　犯罪の不完成

I　未遂犯と中止犯

未遂犯とは犯罪の実行に着手し、これを遂げざるをいい、中止犯とは自己の意思によりこれを止めた場合をいう（刑四三条）。

1　未遂犯　未遂犯(attempt)たるには犯罪の実行に着手することが必要である。これが未遂化と予備行為とを区別するポイントである。実行の着手行為とはドイツ刑法やフランス刑法の「実行の開始を包含する外部的行為」であるが、その意義については説が分かれているが、最近は後退を許さない行為すなわちその行為まで進めば、後退を許さない行為（取消不能の行為）であり、それは具体事情を考慮して決定すべきである。牧野博士のいわゆる遂行的行為である。なお同博士は木村博士と同じく、そのほかに犯意の確実性すなわち二義を許さない行為たることを要する。換言すればその行為でいかなる犯罪を遂行せんとするのか不明のときは実行着手行為ではないとしていられる。わたくしは犯意の二義不許は実行着手を定めるには必要でないと考える(英米法の通説である)。この点はすでに卑見を明らかにした(拙著「刑法上の諸問題」一八頁以下)。

着手たるには行為完成の可能性が必要であるかどうかは問題であるが、わたくしはこれを積極的に解する。この問題は未遂犯の本質を危殆犯と解するか(客観説)、単に悪性の表現と解するか（主観説）によって決定されるのであるが、わたくしはこれを危殆犯と解し、未遂犯の成立にはいわゆる取消不能の行為が一般に結果発生の可能性あることを要すると考える。イギリスの判例は必ずしも明白でなく、単に犯罪の遂行へ直接的に進む行為が実行着手行為であるとし(Kilner v. State, 18 Ala. App. 89. 80. 206[1921])。しかし、紐育刑法二条は未遂犯の定義を掲げている。未遂犯とは、「犯罪を実行する意思」をもってなされ、その犯行を実現するに役立つ(tending to effect its commission)行為でこ

れを遂げざる行為である旨規定している。犯人の意図せる犯罪の実現の傾向があり、これに資する行為たることを要求し、その実現に何等役立たない行為は未遂犯でないことを規定しているものと解する。これは未遂犯は危殆犯であることを言明したものである。行為が結果の完遂に直近した時に（to a point dangerously close to completion of the intendedharm）未遂犯の成立があるのである(E.B.VI 1963 p. 768)。

未遂犯たるにはこれを遂げざること、すなわち犯罪の完遂に失敗したることを要する。遂げれば既遂である。未遂には着手未遂と実行未遂（欠効犯）があるが、両者は刑法上の取扱いは同一であるから、未遂犯としてはその区別は実益ない。ただ中止犯を認める立法では実益がある。

2　中止犯(retreat from attempt)　中止犯は未遂犯の一種で、自己の意思によりこれを止めた場合をいう。ドイツ・フランスでは中止犯はこれを罰しない。現行法はこれを罰するがその刑を減軽または免除することにしている。イギリスでは通説はこれを罰すべきであるとしている。アメリカでは学説が分れている。有罪説はビショップ等。無罪説はワルトンやシナイダー等。紐育州刑法は前述のように未遂処罰の規定を設けているが、フランクはその解釈として中止犯は可罰性がないとすることも可能であると説いている(前掲拙著「刑法上の諸問題」三九頁以下)。しかし通説は可罰性を認めている(E.B.VI p. 768)。

立法論としては道義上賞賛に値いする動機から任意中止した場合はこれに可罰性を否定し、そしていわゆる加重的未遂を罰する旨の規定を設くべきだろう。

3　不能犯(impossible attempt)　不能犯とは犯人の用いた手段もしくは侵害の向けられた目的物の性質上結果を

発生することが一般に不能な場合をいう。ドイツの判例は迷信犯の場合を除き、いかなる理由により犯罪が未遂に終わったかを区別しないでこれに可罰性を認めている(純正主観説)。学説は多種多様である。わが国の判例も一貫していない。わたくしは具体的危険説を採用し、行為者の予見した事情および予見可能であった事情を斟酌し、これらの事情の下で、社会通念上結果の発生が可能であると認められるときは可罰的未遂を認め、その認められないときは不能犯として無罪にすべきであると考える(前掲拙著七八頁以下)。

イギリスの判例な客観説から漸次主観説へ移行した。一八六四年コリンズ事件において空ポケットに窃取の目的で手を差入れても無罪であるとしたが一八九二年右と逆の判決をした。アメリカの判例は客観説によるものと主観説によるものがあるが、前説に従うものが多い。例えば結果の発生に明らかに不適当な手段を用いたときは可罰的未遂の成立がない(一九二二年のアッドア事件)、詐欺罪における欺罔手段は不合理な馬鹿しいものであってはならない(一九〇三年のローレンス事件)。ホールやシナイダーは主観説を支持している。ワルトンも同じ(前掲拙著九四―八頁参照)。

次に立法例について一言する。

一九五六年のドイツ刑法草案は目的物または手段の性質上未遂が一般に(überhaupt)既遂に至り得ないことを、著しい無知のため、知らないで行為した者は刑を減軽または免除できるとしている(同二六条三項、同六〇年案二七条三項も同旨)。準備草案二三条は「行為がその性質上、結果を発生することがおよそ不能なものであったときは未遂犯としてはこれを罰しないと規定している。そして「およそ」というのはドイツの立法例に一般的に(überhawpt)というのと、大体同意義であると(同理由書一〇九頁)。しかし「およそ不能」というと「絶対的不能」と解せられるおそれがある。

立法としては「一般に」とすべきであろう。

未遂犯はすべての犯罪について罰しない。軽罪は罰せず、重罪も明文あるときに限り罰するのである。しかも刑は既遂より軽い。すなわち英米法は客観主義的立場に立っているのである。

六　共　犯

1　共犯に関する規定は大陸法と英米法とは形式も内容も相当異っている。大陸法の規定の仕方は抽象的概念的であるが英米法は具体的煩鎖的である。事後共犯である人的庇護罪（犯人蔵匿罪等）は大陸法は各則において規定し、犯行前の数人の加功のみを共犯と解しているが、英米法は犯人蔵匿を共犯と見ている。大陸は従犯は他の共犯形成より軽く罰しているが、英米法は人的庇護以外はこれを他の共犯と同一法定刑で、処断している。なお従属性についてはこれを認めているが、アメリカでは更に訴訟法的従属性も認めている。その理由は正犯が生きていたとすれば彼は十分な防禦を弁解をすることができたかも知れないからである。従って正犯が死亡してこれに対し有罪の言渡をすることができないときは加担犯に有罪の言渡をすることができないと。イギリスでは訴訟法的従属性を否定している。またイギリスでは団体の名において団体が処罰されるとしている。しかしそれは殺人のような一身的活動を前提とする犯罪については団体は責任がないとしているが、アメリカでは広く解し殺人罪においても図体を団体の名において処罰できるとしている(前述)。

次にドイツでは正犯と加担犯とを区別するにつき正犯意思（その行為を自己の行為として意欲する意思）をもってすれば正犯となり、加担意思（その行為を他人の行為として意欲する意思）をもってすれば加担犯となるとしているが、英米法では結果に対し最も近接せる行為を実行行為とし、かような行為をなした者を正犯と見るのである。なお英米法では縮少的正犯概念を採用している。

2　英米法では身分と共犯に関する一般的原則（刑法六五条参照）は確立していない。また大陸法では共犯者は他の共犯者の責任を考慮することなく各自の責任に従って刑責を負うことになっているが英米法では右原則は明白に確立されていないようである。

なお英米法では共同謀議（Conspiracy）を罰している。共同謀議とは違法行為を遂行し、もしくは適法行為を違法手段により遂行しようという数人間の約束謀議をいう。違法でないが著しく道義に反し、もしくは公共の福祉を害する行為の謀議も罰せられる。刑は慣習法により軽懲役または罰金である。これらの点については拙稿「英米法における正犯」（比較法五号―東洋大学比較法研究所発行）参照されたい。

七　行為者と犯罪の分類

1　英米法では犯人を分けて正犯(principals)と加担犯(accessaries)とし、更に正犯を第一級と第二級に区別し、加担犯を行為前のものと行為後のものに分けている。その区別により刑の軽重の差を設けている。

2　犯罪を分けて叛逆罪(treason)[1]、重罪(felonies)並びに軽罪(misdemeanars)とし、叛逆罪は重刑に処し、重罪は国家の刑務所(state penitentiary)において一年以上の懲役に処する犯罪をいい、軽罪は罰金または州または地方刑務所(county or local jail)において自由を拘束を犯罪をいう。イギリスでは軽罪に対する刑が重罪のそれより却って重いことがある。

(1)　アメリカでも叛逆罪の規定がある（同国憲法の規定によると叛逆罪は大体において刑法八一・八二条に該当する罪である。イギリス法における叛逆罪は大体において削除前の刑法七三条の罪に該当する。

3　叛逆罪と軽罪を犯した者はすべて正犯とされる(ルッド前掲七九頁)。

犯罪の遂行に数人が加功した場合は第一級の正犯と第二級の正犯がある。第一級正犯とは自分の手で犯罪を遂行した者をいう。しかし、善意の第三者を利用しても差支えない。例えば医師が毒薬の処方箋を書き、善意の薬剤士がこれに基づき毒薬を処方し、これを服用して人が死亡した場合は医師は第一級の殺人罪の正犯となる。

第二級の正犯とは犯罪を自ら実行しないで第一級正犯の実行行為を従属的行為例えば家宅侵入用の道具を供与するとか第一級正犯を煽動して勇気づけるとか等の行為によって幇助するのである。また犯罪遂行の間現場にいることが必要である(詳細は前掲拙稿「英米法における正犯と共犯」八頁以下参照)。

八　犯罪類型

犯罪類型の全部にわたり詳論することは紙面の都会でできない。単にそのうちの主要なものについて略述する。

1　国家の存立に対する罪

(イ)　叛逆罪(treason)　イギリスでは叛逆罪は国王並びに王位承継者に対する危害行為もしくはその陰謀をいうものとしている。これに関しては多くの制定法が制定されたが、一七九六年の叛逆罪法(Treason Act)で陰謀をも罰することにしたのである。刑は苛酷である。アメリカでは叛逆罪は外患誘致・利敵の行為としている。刑は重いがイギリス法ほど峻厳ではない(。ブラック・ストンの註訳書第四巻叛逆罪の項参照)。

2　公権の作用もしくはその適正行使を害する罪

イ　公務執行妨害(obstructing an officer)　同罪は公務員の職務遂行を暴力で妨害する罪である。公務の執行により市民が損害を蒙むることがあるが、そのために執行を妨害してはならない。損害は裁判所に訴えて救済を求めれば足りる。しかし、裁判所による救済が遅きに失し、実効を奏しない場合は公務の執行を妨害しても犯罪の成立がない。判例は差押えんとする馬や農具が被告人の生計の唯一の手段であり、これを差押えると作物を植付けることもできなくなり、彼のほか家族が町の重荷となり、公衆が差押妨害により生する損害より大なる損害を蒙むるような場合は本罪の成立がないとしている(People v. Clements, 68 Mich. 655. 民訴法五七〇条四号参照)。

(ロ) 重罪の示談 (Compounding a felony)　本罪は犯罪を訴求させないために犯人と被害者が示談する罪である。けだし犯人が有罪の判決を受けた場合に罰金を支払い、それが国庫収入となることを奪う結果になるからである。しかし示談を許す制定法があれば、もちろん有罪にはならない。国庫収入を確保するために示談を犯罪とする立法は適当でないだろう。

(ハ) 脱獄 (prisno breach) とその幇助(rescue)並びに逃走(escape)　脱獄罪は拘禁された囚人が自ら脱獄する罪であり、脱獄幇助罪は囚人の脱獄を幇助する罪である。脱獄罪たるには囚人が第三者と共謀のうえなすことを必要とする。囚人が火災の際生命を守るために逃走しても刑責がない。民事訴訟で拘禁された被告人の逃走は有罪か無罪かについては学者間の意見が一致していない。

逃走には任意のものと不任意のものがある。

任意逃走罪とは監獄吏員が囚人の逃走を許す罪である。不任意逃走とは囚人が監獄吏員の承諾なくして逃走する行為である。囚人が監獄を破壊することなくして逃走するときは単に軽罪の刑責しかない。同罪は監獄が開放されてあって囚人が抵抗なくして脱出するときにその成立があるのである。ドイツ刑法は単純逃走を罰していない。現行は英米法と同じくこれを罰している(刑九七条)。

犯人蔵匿は公権の作用を害するのであるが英米法は犯人の犯した罪の事後共犯として処断している(前述)。

(ニ) 汚職罪(bribery)　汚職罪とは公務員に対しその職務の対価として(for an official act)賄賂を授受する罪をいう。贈賄と収賄を包含する。職務は広く、行政・立法・司法を包含する。普通法によれば賄賂の提供は軽罪であり、公務

員が賄賂を要求して収受すれば重罪とされた。この問題に関し各州にそれぞれ制定法が存在する。

古くは裁判権もしくは投票権あるいは公務員に対する賄賂の授受のみを犯罪としていたが近代はあらゆる公務員に対する賄賂の授受を罰するに至った。また賄賂の対象は金銭または財産に限るか、あらゆる便益または利益を含むかについて争いがあったが、多くの州法は後者の型態を採るに至った。また枉法贈収賄を特に規定する州法もある。単に友情や感謝から授受する場合は汚職罪にはならない。

イギリスでは汚職防遏のために多くの立法がなされた。特に一九一六年の法律（Prevention of Corruption act）は一定の汚職を厳罰に処し、かつ賄賂性は反証ない限りは推定する旨規定している。――わが国でもかような推定の規定の新設が望ましい。英米法ではあっせん収賄に関する規定がない。英米はわが国やフランスのようにかような立法を必要とするほど政界・財界・官界が腐敗していないためかも知れない。

(ホ)　偽証(perjury)　偽証罪は裁判所に対し宣誓した証人が自己の記憶に反して供述する罪である。証人が知らないことについて積極的に供述したときはその供述がたまたま真実であっても本罪の成立がある。けだし本罪処罰の理由は証人が裁判所を誤判に導くことを禁止するにあるからであるという。また判決確定後刑の執行を免がれるために、判事に対し（法廷でなく）宣誓のうえ虚偽の供述をしたときも偽証罪の成立がある(Arden v. State, 11 Conn. 408)。

3　個人に対する犯罪

まず財産に対する犯罪から説明する。

(イ)　窃盗（larceny；theft）　窃盗とは不法にもしくは欺罔により他人の財産を奪取しこれを運び去ることをいう。

本罪の客体は他人の所持する財産(property : goods)である。財産には不動産を包含しない。けだし英米法では本罪の行為は奪取し、かつ、運び去る(carry away)ことである。不動産は持ち運びは不能であるからである。また客体は支配可能のものたることを要する。空気・日光は普通本罪の客体とはならない。ガスは客体たり得る。

適法に占有した物については他罪の成立することは格別本罪の成立がない。最初の占有取得が不法(trespass)であるか、準不法(constructive trespass)であることを要する。準不法とは不法になるような欺罔(fraudulent)をいう。欺罔は所有者(所持者)をして単に占有を手離させる場合とその権利(title)をも分与させるものがある。普通法によれば前者の欺罔の場合は窃盗罪の成立がある。後者すなわち占有と権制の双方を分与させる場合は制定法でこれを有罪としない限り窃盗罪とはならない。被告人がAの妻B宅を訪ねAは人を殴打して監獄へ入れられたがその釈放に一二シリングが入用だと詐りBから金品を詐取した行為は窃盗罪である。けだし、妻は手交した財物の権利までも被告人に与えなかったからであると(Smith v. People, 53 New York 111)。——これはわが現行法では詐欺罪を構成する。これに反し次の場合は窃盗にならないと。被告人は町で托鉢していたがにそのポケットから財布と三シリングを取り出し、その金を財布に入れたようだった(実は三平ペンスしが入っていなかったことが後で判明)。被告人は中身ごと財布を一シリングで売りたいと申出で、Aがこれを承諾し、被告人に一シリングを与えた。Aはそのお金の所有権をも被告人に与えたのであるから窃盗にはならないと(Queen v. Solomons, 17 Cox Crim, Cases 93)。——この場合も現行法では詐欺罪になると考える。

行為は目的物を奪取しかつそれを運び去ることである。しかし遠距離に運ぶ必要はない。目的物を自己の完全かつ

排他的支配におき立ち去れば足りる。

使用窃盗は窃盗罪を構成しない。これを永久に(permanently)奪取する意思を必要とする(Pex v. Dickinson, 1 Rus 420, Wahoney v. State, 33 Tex. Cr. Rep. 388)。また窃盗罪たるには他人の物を奪取して自己を利する(to profit)意思が必要であるとする説がある。しかし判例はかような意思を必要としないものが多い。持主を困らせ、怒らす目的で馬を盗んだ場合は窃盗である。窃盗犯人に利益を与えることは同罪の要件でないと(State v. Slingerland, 19 Nev. 135)。しかし、これを必要とした判例もある(Queen v. Wynn, 3 Cox Cr. Cases 271, Queen v. jones, 1 Denison Cr. Cascs 188)。——前の判例は手紙を定時に配達することができなかった郵便局員がその失敗の発覚とその制裁を避けるために手紙を便所に投げ込んだ事件であるが判例は犯人を利する意思を認めるに足りるとした。後の判例は仕事先を探していた婦人(被告人)が前雇主が被告人の就職せんとする人の処へ被告人に不利な本をしたためたリポートを送った。被告人は郵便局へ行き、そのリポートを返えして貰い、これを破棄したのであるが判例は、被告人を利する意思があるとして窃盗として処断したのである)。これらの判例を通覧すると、アメリカでいう犯人を利する意思とはドイツ学者のいわゆる不法領得の意思とは異ることがわかる。

「すり」については制定法で厳罰に処している。

(ロ)　強盗(robbery)　・・は次の点が窃盗と異るだけで他はすべてこれと同じ。目的的も不動産を包含しない。異る点は被害者に対し暴行を加えもしくはこれを畏怖させることと、その面前において行うことである。暴行と畏怖におくことの二つの手段を用いても単一犯であって、畏怖におくことは準暴行(constructive violence)であるといわれる。

判例の二三を紹介する。

その一　被告人が婦人の耳を切ってイヤリングを奪取した際婦人が気付かず従って何等の抵抗闘争をしなかった場合でも、かれは強盗である(Rex v. Lapier, 2 East P.C. 557)。

その二　窃盗が密かに財布を盗み、これをもって逃走せんとするときに発見され、捕えられた際暴行をはたらいても、それは財布を奪うためにしたのでないから強盗にならない(State v. john, 5 jones(50 N.C.)163)。

その三　強盗が奪取後所有者の前で捕えられ、奪取した物をこれに返えしても強盗は既遂である(Rex v. Peat, 1 Leach N. 112)。

その四　運搬中の物を落とさせ、これを拾いあげる前に逮捕されたときは強盗にならない。けだしまだその占有を取得しないからである(Farrel's Case, 2 East P.C. 557)。

強盗罪は被害者に暴行またはこれを畏怖せしめて財物を奪取する罪であるから、被害者の面前において行われることが必要である。その面前においてなされたかどうかにつき次の判例がある。被害者は住宅から四五フィート離れたくん製場に居たところへ被告人の一人がその戸口に来て、外へ頭を出した奴は撃たれるぞと脅かした。見ると戸口に銃を持っている人を見た。被告人の仲間は被害者の家から金の入った箱を盗んだのであるが、裁判所は被害者を畏怖させ、その面前から奪取したものであると(Clements v. State, 84 Ga. 660)。

英米法では強盗罪の手段たる暴行脅迫が相手方の反抗心を抑圧する程度のものたることを必要としない。大陸法で恐喝罪とされるものもこれを強盗罪に包含させるのである。なお英米法では強盗罪は加重窃盗(aggravated larceny)す

なわち窃盗の情状の重いものと見るのである。

(ハ) 人格(person)に対する犯罪　英米法では殺人・傷害・監禁・誘拐・強姦・暴行・脅迫等を人格に対する犯罪として規定している。以上のうち殺人と傷害について説明する。

i　殺人(homicide)　殺人罪を謀殺(murder)と故殺(manslaughter)とする。古くは謀殺とは予め熟慮のうえ他人を殺害することであるとしたが、その後その範囲を広め、公務の執行を妨害し公務員を殺害するときは熟慮のうえ、したものでなくても謀殺とするに至った。一七九四年のペンシルバニア州刑法その他多数の州法は謀殺を第一級と第二級の謀殺に分けた。第一級の謀殺とは予め熟慮したうえ殺害するか、暴力的重罪の過程において人を殺害する行為であるとし、これには死刑を科するのである。

イギリスでは一九五七年の殺人罪法で死刑に処すべき殺人罪を限定したが、一九六五年の殺人罪法ですべての殺人罪に対して死刑を廃止した。

英米法では軽い殺人を任意故殺と不意任故殺に区別する。前者は被害者の挑発に誘発され感情に任かせてこれを殺害する場合であり、後者は重過失もしくは重罪以外の違法行為に基因する殺害行為をいう。

謀殺・故殺の区別はドイツ刑法や旧刑法も認めているが、現行法はこれを区別していない。また不任意故殺は現行法上は過失致死もしくは傷害致死に該当すると考える。

ii　傷害(maim or mayhem)　傷害とは肉体的能力すなわち自己を防衛しもしくは相手を苦しめるために戦う能力を減少せしめるような害を与える行為である。単に身体の美観を損する行為はこれに入らない。古代のイギリス法は

目は目はもって報ゆる同害刑の思想でこれを処罰していたが、その後制定法でこれを改め刑は罰金と懲役とした。アメリカでは傷害罪は制定法で特に規定しないときは重罪であるかどうかについて争いがあった。みなみにいう。誘拐罪(kidnapping)は普通法では軽罪としてがその後制定法(statute of 43 Eliz., c. 13)でこれを重罪とし死刑に処し得ることにした。

また英米法では文書偽造については形式主義を採用し原則として有形偽造を罰する。従って代理資格の冒用は無形偽造であるから文書偽造を構成しないとしている(ルッド前掲一七七頁)。なお住宅放火罪は公共危険罪として把握せず、単に住居に対する犯罪と見ている。従って放火罪と家宅侵入(burglary)とはその構成の多くは同一であるとされている。

むすび

以上でアメリカ刑法の犯罪論(刑罰論は紙面の都合で省略)の大体を説明したのであるが理論においては大陸法よりも劣っていると思うが実際においては優っている点が多々あると考える。殊に推定の法則が発達している。これは被告人の利益にもなる。例えば「一年と一日の法則」は被告人に利益である。また妻が夫の現在しているところで違法行為(重罪は除く)をしたときは夫の強制に基づくと推定する如きは研究に値いする。また前述のように一九一六年の汚職防止法は汚職罪において授受の対象が賄賂性を有すると推定する如きは非常に傾聴に値いする。刑事訴訟にお

て有罪には厳格なる証明を要求するのであるが、賄賂性について立証困難であるため、裁判所がその賄賂性を確信しても厳格な証明がないため、みすみす無罪にすることが多いようである。わたくしはかねてこの点については被告人は賄賂性のないことを立証せしめるか、少くとも自由な証明で足りることに訴訟法を改正すべきことを提言しているのであるが、訴訟法の改正は実現が困難であろうから、今度刑法改正の際上述の推定の法則を認めるようにすることが望ましい。

競合犯は犯罪論に属するか刑罰論に属するかは問題である。現行法やドイツ刑法はこれを前者に属するものとしているようであるが準備草案や前掲ドイツ刑法草案はこれを後者に属せしめている。競合犯は形式の面からいえば犯罪の個数に関するのであるからこれを犯罪論に属せしめるのも一理あるが、これを実質の面からいえば刑の分量に関するのであるから、刑罰論に属せしむべきである。わたくしはこれを刑罰論に属せしめ、その説明は省略するが、ただ観念的競合と実質的競合とを単一刑（統一刑）で処罰すべきか別異に処断すべきかは重大問題であるからこれについて一言する。現行法やドイツ刑法はこれを別異に取扱っているが準備草案は両者を単一刑で処断している。これは一九二五年同一九二七年等のドイツ刑法草案に倣ったのであるが、前掲一九五六年・六〇年案は別異に取扱っている。一九五六年案理由書はこの点を詳論し、単一刑の欠点はその長所より遙かに大であると論断している（早大比較法研究所絶要五号二八三―八頁）。イギリス法もこれを区別して取扱っている（シェンケ前掲二六九頁）[1]。もっとも観念的競合は犯罪競合でなく、単一犯であると主張する学者もいる。しかし、これは犯罪の単複を決定する標準につき主観説もしくは行為標準説を採用すれば単一犯となるがわたくしは構成要件充足の数を標準にするのが相当と考えるから右の結

論には賛成できない。

（1）アメリカでは普通法の伝統に従い数箇の自由刑を言い渡すのが原則である。ただこの場合、これらを同時にすなわち競合的に(Concurrently)執行するか、順次又は重畳して(Consecutively or cumulatively)執行するかを定める権限を裁判所に与えている。この点につき各州の法制は一定していないが、同一の手続で数箇の自由刑を言渡す場合には同時執行を原則として裁判が明示的に順次執行を命じない限り、刑期は同時に進行することとしている（すなわち最も重い刑期の満了と同時に被告人は釈放される）のに反し、別々の手続で言い渡された数箇の自由刑については逆に順次執行を原則とする州が多い。例えば旧ニューヨーク州刑法。同州新型法典は同時に裁判するか別々に裁判するかを問わず裁判所の裁量によって同時執行か順次執行かを命ずることにしているが裁判所が特段の定めをしない限り、同時に執行するものとしている。そして順次執行が命ぜられた場合にはそれぞれの犯罪に対する刑の長期を合算した一箇の統合長期刑（B級重罪の場合は三〇年、C級以下の重罪の場合は二〇年まで）を形成している。わが刑法四七条参照。また観念的競合犯の場合はニューヨーク州新刑法は拘禁刑については順次執行を命ずることができないとしている（鈴木義男「アメリカ法律協会の模範刑法典とニューヨーク州の新刑法」法曹時報二一巻二号六五―六七頁）。イギリスでは一箇の行為は数箇の罪名に触れるときでも一罪であるという説が有力である。すなわち観念的競合は犯罪競合でなく、法条競合であると解しているのである（シェンケ前掲二八二頁 Schuster, Das Strafrecht Grossbritaniens 1894, S, 24）。なお実質競合につき Warton, Criminal Law and Procedure V pp. 429-43）参照。

文　献

Hall, General Principles of Criminal Law 2d edition Harris, of the Criminal Law 1908. Hood,

American Law and Precedure 3. 1921. Kenny, Outlines of Criminal Law 1947. Stephen, A Digest of the Criminal law 1956. Snyder, Criminal Justice Warton, Oriminal Law and Procedure V. Williams, Criminal Law 1953.

（本学兼任講師）