

東京控訴院
檢事法學士

小疇傳著

明治
41 5 21
丙午



大審院判例下新刑法

東京 清水書店

序

新刑法ハ既ニ發布セラレ其施行ノ期モ亦近キニアリ此秋ニ當
リ新法ノ精神ヲ闡明シ其適用ヲ誤タス眞ニ新法制定ノ目的ヲ
達センコトハ朝野法曹ノ共ニ切望スル處ナリ然レモ新法ハ之
カ適用ニ關シテ未タ判決例ヲ有セサルト同時ニ舊法ノ判決例
ハ直チニ採テ新法ノ判決例ト爲スコトヲ得ス故ニ之カ適用ニ
付テハ各人其見解ヲ異ニシ新法實施ノ際ニハ其適用ニ付區々
ノ判決ヲ生シ各條解釋ノ統一ヲ缺キ朝令暮改頗ル錯綜紛雜ヲ
極ムルコトアルヘキヲ懼ル本著ハ最近大審院刑事判決中苟ク
モ新法ト關係アルモノハ悉ク之ヲ掲ケ新法ト比較論究シテ其

異同ヲ示シ且ツ之ニ論評ヲ加ヘ其改善スヘキモノト又ハ正當ニシテ襲用スヘキモノトヲ明ラカニシ以テ新法適用ノ資料タラシコトヲ期シタリ

明治四十一年五月上旬

小 疇 傳

大審院判例ト新刑法

第一目次

改正刑法第一編 總則	
改正刑法第六條「犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタルトキハ其輕キモノヲ適用ス」トノ規定ノ解釋ニ就テ	一頁
第一批評	一頁
改正刑法第十九條第三號ニ所謂「犯罪ヨリ生シタル物」ノ沒收處分ニ就テ	五
第二批評	五
第三批評	八
改正刑法第十九條第一號ニ所謂「犯罪行爲ヲ組成シタル物並ニ同條第二號ニ所謂「犯罪行爲ニ供シ又ハ供セントシタル物」ノ沒收處分ニ就テ	一四
第四批評	一四
改正刑法第五十四條第一項ニ所謂「犯罪ノ結果タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ルルトキハ	一

其最モ重キ刑ヲ以テ處斷スルノ規定ノ適用ト同法第二百五十六條ニ規定スル贓物ニ關
スル罪トノ關係ニ就テ

第五批評

改正刑法第十九條第三號ニ所謂犯罪ニ因リ得タル物ト同法第二百五十六條ニ所謂「贓物」
トノ區別ニ就テ

第六批評

改正刑法第三十八條ニ所謂「罪ヲ犯スノ意」ト錯誤トノ關係ニ就テ

第七批評

改正刑法第五十四條第一項ニ所謂「一個ノ行為ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルルトキハ其最モ
重キ刑ヲ以テ處斷スル」トノ規定ノ適用ト同法第二百四十九條第一項(恐喝ノ罪)同法第九
十七條(收賄罪)ノ法規競合トノ關係ニ就テ

第八批評

改正刑法第五十四條第一項ニ所謂「一個ノ行為ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルルトキハ其最モ
重キ刑ヲ以テ處斷スル」トノ規定ノ適用ニ就テ(同規定ハ併合罪ヲ規定スルモノニアラスシ
テ改正刑法ハ罪ノ個數ヲ定ムルニ就キ行為標準說ヲ採リタリ)

第九批評

第十批評

第十五批評

第十六批評

第十七批評

第十八批評

第十九批評

第二十批評

改正刑法第五十四條第一項ニ所謂「犯罪ノ手段タル行為ニシテ他ノ罪名ニ觸ルルトキハ
其最モ重キ刑ヲ以テ處斷スル」トノ規定ノ適用ニ就テ

第十一批評

第十二批評

第十三批評

改正刑法第五十四條第一項前段ノ規定ハ補助的處罰規定ノ適用範圍ヲ侵シテ適用スル
コトヲ得ス

第十四批評

改正刑法第五十四條ニ依リ結合セラレタル一罪ノ公訴時効ノ期間並ニ其期間ノ起算點ニ就テ.....六九

第二十一批評

改正刑法第五十五條ニ所謂「連續シタル行為」ノ意義.....一〇六

第二十二批評

改正刑法第五十五條ニ所謂「連續シタル行為」ノ意義.....一一二

第二十三批評

間接正犯ト改正刑法第二編第十七章文書偽造ノ罪第十八章有價證券偽造ノ罪トノ關係ニ就テ.....一一八

第二十四批評

改正刑法ニ於ケル間接實行ノ成立時期及ヒ其成立ニ必要ナル犯意ノ存在時期及其着手時期.....一二八

第二十五批評

改正刑法第六十一條第二項ト間接教唆トノ關係並ニ同法第六十二條第二項ト間接從犯.....一三七

第二十六批評

改正刑法第六十一條第二項ト間接教唆トノ關係並ニ同法第六十二條第二項ト間接從犯.....一三七

トノ關係ニ就テ

第二十七批評

改正刑法ニ於ケル共同正犯ト從犯トノ區別ノ標準(同法第六十一條第六十二條)並ニ同法第四十三條ニ所謂「犯罪ノ實行」ト豫備トノ區別ニ就テ.....一四一

第二十八批評

改正刑法ト形式犯.....一四七

第二十九批評

改正刑法ト常業犯.....一七〇

第三十批評

改正刑法ト常業犯.....一七六

第三十一批評

改正刑法ト常業犯.....一八二

第三十二批評

改正刑法ト具體的危險罪.....一八四

第三十三批評

改正刑法第百五十四條其他ノ法條ニ所謂「目的」ノ意義.....一八八

第三十四批評

改正刑法第百五十四條其他ノ法條ニ所謂「目的」ノ意義.....一九〇

改正刑法下不作爲犯ノ犯罪地

第三十五批評

一九四

改正刑法第二編 罪

改正刑法第二編第七章犯人藏匿及ヒ證憑湮滅ノ罪

第三十六批評

一九五

改正刑法第二編第八章騷擾ノ罪

第三十七批評

一九八

第三十八批評

二〇三

改正刑法第二編第九章放火及ヒ失火ノ罪

第三十九批評

二〇五

第三十七批評

一九八

改正刑法第二編十六章通貨偽造ノ罪

第四十批評

二〇七

第四十一批評

二一一

改正刑法第二編第十七章文書偽造ノ罪

同

第十八章有價證券偽造ノ罪

第四十二批評

二一六

第四十三批評

二二五

第四十四批評

二二九

第四十五批評

二三三

第四十六批評

二三八

第四十七批評

二四二

第四十八批評

二四七

第四十九批評

二五〇

第五十批評

二五三

第五十一批評

二五八

第五十二批評

二六一

第五十三批評

二六七

第五十四批評

二七二

第五十五批評……………二七五

第五十六批評……………二七八

第五十七批評……………二八三

改正刑法第二編第十九章印章偽造ノ罪

第五十八批評……………二九〇

第五十九批評……………二九四

改正刑法第二編第二十二章猥褻姦淫及重婚ノ罪

第六十批評……………三〇二

第六十一批評……………三〇七

改正刑法第二編第二十三章賭博及ヒ富籤ニ關スル罪

第六十二批評……………三〇九

改正刑法第二編第二十九章墮胎ノ罪

第六十三批評……………三二二

改正刑法第二編第三十四章名譽ニ對スル罪

第八十三批評……………四一五

改正刑法第二編第三十六章竊盜及ヒ強盜ノ罪

第六十四批評……………三一五

第六十五批評……………三一九

第六十六批評……………三二四

第六十七批評……………三三三

第六十八批評……………三三六

第六十九批評……………三三七

改正刑法第二編第三十七章詐欺及ヒ恐喝ノ罪

第七十批評……………三四一

第七十一批評……………三五五

第七十二批評……………三六三

第七十三批評……………三六九

第七十四批評……………三七六

第七十五批評……………三七九

第七十六批評……………三八二

第七十七批評……………三八五

第七十八批評……………三九三

改正刑法第二編第三十八章橫領ノ罪……………三九六

第七十九批評……………三九九

第八十批評……………四〇〇

改正刑法第二編第三十九章贓物ニ關スル罪……………四〇〇

第八十一批評……………四〇〇

改正刑法施行法第二十五條ニ依リ當分ノ内效力ヲ有スル舊刑法ノ規定中同法第二百二十七條……………四〇二

第八十二批評……………四〇二

同上規定中同法第九十八條……………四〇六

第九十三批評……………四〇六

特別法罰則……………

第八十四批評……………四一九

第八十五批評……………四二三

第八十六批評……………四二六

第八十七批評……………四二八

第八十八批評……………四三〇

第八十九批評……………四三六

第九十批評……………四三九

第九十一批評……………四四三

第九十二批評……………四四五

第一目次畢

大審院判例ト新刑法

第二目次

第一	刑法ノ遡及力(刑法第三條第二項ノ適用ニ就テ)	一
第二	偽造變造文書ノ一部沒收ニ就テ(附改正刑法執行法制定ニ對スル希望(第一))	五
第三	分離スヘカラサル文書ノ一部ニノミ對シテ沒收ヲ言渡スコトヲ得ルカ(第二)	八
第四	犯罪供用ノ物件ト所謂罪體トノ區別	一四
第五	竊取シタル預金通帳ニ據リテ拂戻ヲ受ケタル金員ハ竊盜ノ贓物ナリヤ	一八
第六	刑法第四十八條ニ規定スル贓物還付ト被害者ノ請求權トノ關係(附)刑法第四十三條第三號ニ所謂犯罪ニ因テ得タル物件ノ沒收ト贓物還付	一

トノ關係……………	二一
第七 目的物ニ關スル錯誤ニ就テ……………	三一
第八 官吏カ自己ノ職務ニ關スル事項ヲ以テ恐喝ノ手段トシ名ヲ賄賂ニ 假リ財物ヲ騙取シタルトキハ恐喝取財ノミヲ構成スルニ止マリ官 吏收賄罪ヲ構成セサルカ(一罪ニ對スル法規ノ競合)……………	三六
第九 一般人ヲ欺罔スルノ意思ヲ以テ唯一ノ詐術ヲ用キテ數人ヲ其詐術 ニ陷レ財物ヲ騙取シタル所爲ハ單一ノ詐欺取財罪ヲ構成スルヤ否ヤ四 約束手形ヲ偽造シ併セテ其裏書ヲ偽造シテ行使シタル所爲ハ約束 手形偽造行使ノ一罪ヲ構成スルニ止マルカ(附文書偽造行使罪ニ因 テ侵害セラル、法益ノ性質)……………	五〇
第十一 文書ヲ偽造又ハ變造スルコトニ因テ詐欺取財ヲ爲シタル者ノ處分 (刑法第三百九十條第二項ノ適用)……………	五八
第十二 監守盜ト官文書ノ變造毀棄トノ關係ニ就テ……………	六四
第十三 一ノ犯罪行爲カ他ノ手段トシテ行ハレタル場合ノ處罰方法同一人	

カ吸食ノ意思ヲ以テ阿片烟ヲ受寄シ若クハ所有シタル後之ヲ吸 食シタル場合……………	六六
第十四 補助的處罰規定ノ適用範圍(附豫戒令違犯ト恐喝取財トノ關係)……………	六九
第十五 毀棄ノ手段ニ依テ證書ヲ變造シタル場合ノ罪責……………	七五
第十六 內務省令牛乳營業取締規則ト刑法第三百九十二條(詐欺取財)トノ 關係……………	八三
第十七 肥料取締法ト刑法第三百九十二條(詐欺取財)トノ關係……………	九一
第十八 監禁制縛ノ手段ニ依リ恐喝取財ヲ遂ケタル場合ノ處分……………	九四
第十九 毆打ノ手段ニ依リ侮辱罪ヲ遂ケタル場合ノ處分……………	九六
第二十 數人ノ印影ヲ押捺セル一枚ノ證書ヲ變造シテ之ヲ行使シタルト キハ數個ノ印影盜用ニ關シテ一罪ヲ構成スルニ止マルカ……………	九九
第二十一 結合犯ノ公訴時効ノ期間ト其期間ノ起算點(官文書偽造行使ニ因 ル詐欺取財罪ノ公訴時効期間ノ開始時期)……………	一〇六
第二十二 酒造税法違犯罪ト連續犯トノ關係並ニ連續犯ノ成立要件……………	一一二

第二十三 連續犯ノ成立條件ニ就テ……………一七八

第二十四 文書偽造行使罪ト間接正犯トノ關係……………一七八

第二十五 間接正犯ノ成立時期(既遂ノ時期)及ヒ間接正犯ノ成立ニ必要ナル犯意ノ存在時期……………一三四

第二十六 間接正犯ノ著手時期……………一三七

第二十七 間接教唆及ヒ間接從犯ニ就テ……………一四一

第二十八 共同正犯ト從犯トヲ區別スル標準並ニ罪ノ實行行爲ト豫備行爲トヲ區別スル標準ニ就テ
人ヲ殺害センコトヲ共謀シ殺害實行ノ現場ニ臨ミ下手者ニ兇行ノ氣勢ヲ與ヘタル者ノ刑事責任……………一四七

第二十九 強竊盜ヲ爲ス者ノ爲メニ見張ヲ爲シタル者ノ刑事責任
犯罪全部ニ付其方法ヲ畫策シタル者ノ刑事責任……………一七〇

第三十 形式犯ノ性質(附蠶病豫防法第二十六條ノ適用)……………一七〇

酒造税法第三十二條ノ適用ト酒類製造人ノ代理人其他同條列記

ノ者ノ刑事責任及ヒ此等代理人其他ノ者ヲ教唆又ハ幫助シタル者ノ刑事責任……………一七六

第三十一 酒精及酒精含有飲料税法第二十三條ニ所謂製造者又ハ販賣者トハ官ノ免許ヲ得タルモノナルコトヲ要セス……………一八二

第三十二 常業犯ノ特徵(附私ニ醫業ヲ爲ス罪ノ成立ニ必要ナル犯意及ヒ醫業ノ意義)……………一八四

第三十三 醫師法第十一條ト新潟縣鍼灸治療業取締規則第五條第十一條トノ關係……………一八八

第三十四 具體的危險罪ト法益侵害トノ關係(附)刑法第六十五條ノ罪ノ成立ニ必要ナル心的要素……………一九〇

第三十五 不作爲犯ノ犯罪地……………一九四

第三十六 自己ノ犯罪ヲ庇護スル者ノ責任ニ就テ……………一九五

第三十七 暴動ノ際建造物ヲ土地ヨリ分離シテ之ヲ燒燬シタル者ノ罪責……………一九八

第三十八 兇徒嘯聚罪ノ構成要件タル暴動ノ意義……………二〇三

第三十九	放火罪ノ成立ニ必要ナル燒燬ノ意義	二〇五
第四十	貨幣ノ偽造ト變造ノ區別	二〇七
第四十一	異種ノ銀貨ヲ偽造シタルトキハ常ニ數罪ヲ構成スルヤ	二二二
第四十二	稅務管理局ニ於テ發行スル局報ヲ毀棄スル者ノ刑責ニ關シ大審院判決ヲ評ス	二二六
第四十三	文書偽造ノ罪ニ關シテ官報ノ性質ヲ論ス	二二五
第四十四	戶籍吏カ豫メ虛偽ノ身分登記ヲ爲サントスル他人ノ計畫ニ贊同シテ其實行ヲ擔當シ虛偽ノ登記ヲ爲シタル場合ニ於ケル罪責	二二九
第四十五	虛無ノ名義ヲ詐リ文書ヲ偽造行使シタル者ノ刑責(附)文書偽造罪ノ處罰理由	二三三
第四十六	印鑑ノ偽造行使ニ就テ(附)拂下木タルヤ否ヤヲ證明スル爲ニ記シタル番號ノ性質	二三八
第四十七	文書偽造ノ意義(附)文書ノ作製名義ト作製資格トノ區別	二四二
第四十八	文書ノ證明形式ト文書ノ偽造變造トノ關係	二四七

第四十九	自己ノ作成ニ係ル文書ノ變造	二五〇
第五十	白紙委任狀ハ刑法第二百十條ニ所謂權利義務ニ關スル證書ナリヤ	二五三
第五十一	文書ノ内容カ眞實ニ附合スルト否トハ文書ノ偽造變造ニ何等ノ影響ヲ與ヘス(附)圖畫ノ變造ハ文書ノ變造ナリヤ	二五八
第五十二	他人ノ代理人タル資格ヲ詐リ公正證書ノ作成ヲ囑託シタル者ノ刑責	二六一
第五十三	文書ノ偽造ト變造トヲ區別スル標準	二六七
第五十四	一旦反古ニ歸シタル眞正ノ文書ヲ増減變更スル場合ハ文書ノ偽造ナリヤ將タ變造ナリヤ	二七二
第五十五	變造證書ヲ公證人ニ提示シテ確定日附ヲ受ケタル所爲ハ變造證書ノ行使ニアラス	二七五
第五十六	偽造文書ノ行使ハ何人ニ對シテ行ハル、コトヲ要スルカ	二七八
第五十七	文書ノ眞偽判斷ノ權能ト偽造變造ノ文書行使トノ關係	二八三

第五十八 官署公署ノ印ノ意義……………二九〇

第五十九 印影盗用ノ意義(附)盗用既遂ノ時期及文書偽造行使既遂ノ時期…二九四

第六十 民法施行以前ニ於ケル夫婦關係ノ成立ト有夫姦トノ關係……………三〇二

第六十一 有夫姦罪ノ成立ニハ相姦者ノ双方ニ犯意アルコトヲ必要トセス……………三〇七

第六十二 賭博ト富籤トノ區別……………三〇九

第六十三 墮胎罪ノ構成要件タル墮胎行為ノ意義……………三一二

第六十四 所有者ニアラサル者カ所有者ト共謀シテ典物ヲ竊取シタル場合ニ適用スヘキ法條(附)所有者ト共謀シテ其所有建造物ヲ燒燬シタル場合ニ於テ所有者ニアラサル共犯ノ責任……………三一五

第六十五 持兇器竊盜罪成立ノ要件タル持兇器ノ意思並ニ兇器ノ意義……………三一九

第六十六 強竊盜ノ成立ニ必要ナル心的要素ニ就テ(附)同罪ト其結果タル行為トノ關係……………三二四

第六十七 不法ナル原因ノ爲メニ給付シタル財物ニ對スル強盜罪……………三三三

第六十八 強盜傷人罪ノ未遂……………三三六

第六十九 強盜傷人致死罪ト共犯トノ關係……………三三七

第七十 詐欺取財ノ成立ニハ財産上ノ損害ヲ與ヘタルコトヲ必要トセサルカ……………三四一

第七十一 請求權實行ノ手段トシテ人ヲ欺罔又ハ恐喝スルモ詐欺取財ヲ構成セス……………三五五

第七十二 不法ノ原因ニ基ク物ノ給付ト詐欺取財罪成立トノ關係……………三六三

第七十三 詐欺取財ノ成立ニ必要ナル財物ノ意義(自己ノ所有物又ハ所有主ナキ物件ニ對シテモ同罪ハ成立シ得ルヤ)……………三六九

第七十四 死者ノ遺骨ハ詐欺取財ノ目的物タルコトヲ得ルヤ……………三七六

第七十五 既ニ陥リタル相手方ノ錯誤ノ覺醒ヲ防止スル手段モ又欺罔ノ一種ナリ……………三七九

第七十六 刑法第三百九十三條第二項ノ罪ノ成立ニハ犯人所有ノ不動産ニ對スル抵當權ノ設定ニ付登記ヲ經タルコトヲ必要トセス……………三八二

第七十七 刑法第三百九十三條第二項ニ所謂賣與ノ意義(附)同罪ノ被害者(改) 三九五
 正刑法ニ於テ本條ヲ削除シタルノ可否 三九五
 第七十八 冒認罪ノ被害者 三九三
 第七十九 委託物費消ノ意義 三九六
 第八十 委託物費消罪ノ目的物ハ不得替物タルコトヲ要セス 三九九
 第八十一 贓物ニ關スル罪ノ處罰理由ニ就テ(附)委託物費消罪ノ目的物及ヒ 四〇〇
 官吏收賄罪ニ於ケル賄賂ハ贓物ナリヤ否ヤヲ論ス 四〇〇
 第八十二 刑法第二百二十七條以下ニ規定スル度量衡ト外國度量衡トノ關係 四一二
 第八十三 官吏侮辱罪ノ成立ニ必要ナル侮辱ノ材料 四一五
 第八十四 商標法第十六條第二項前段ニ所謂同一商品並ニ他人ノ商標使用ノ意義 四一九
 第八十五 骨牌税法第十四條第一項ニ所謂無免許販賣ノ意義 四二三
 第八十六 酒精及酒精含有飲料税法ニ所謂酒精及酒精含有飲料ハ飲料用ニ適

スルコトヲ要スルカ 四二六
 第八十七 國稅徵收法第三十二條第一項ノ罪ノ成立要件(附)同罪ノ處罰條件 四二八
 構成條件 四二八
 第八十八 商法第五十條第五十一條ニ規定スル有罪破産トナルヘキ法律行為中ニハ法律上無効ノ行為ヲモ包含スルヤ 四三〇
 一人ニテ新聞紙ノ編輯人ト發行人トヲ兼掌スル者カ新聞紙條例第二十二條ニ違犯シタル場合ノ刑責 四三六
 第九十 新聞紙條例第三十二條ニ所謂朝憲紊亂ノ意義 四三九
 第九十一 移民保護法第二十三條ノ罪ノ成立要件 四四三
 第九十二 取引所法第三十二條ノ罪ノ既遂ノ時期 四四五
 第九十三 行使ノ目的ヲ以テ貼用濟ノ印紙ノ消印ヲ洗滌スルハ印紙ノ偽造ナリヤ否ヤ 四四六

第二目次畢

大審院判例ト新刑法

法學士 小 疇 傳 著

第一 刑法ノ遡及力(刑法第三條第二項ノ適用ニ就テ)

詐欺取財ノ件 明治三十八年(九)第八六四號
同年十月三日大審院第二刑事部宣告

判決理由

依テ按スルニ刑法第三條第二項ニ若シ所犯頒布以前ニ在テ未タ判決ヲ經サル者ハ新舊法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷ス「トアリ此規定ニヨルトキハ刑事裁判所ハ新法發布以前ノ犯罪ニ對シテ擬律ヲ爲スニ當リテハ新舊ノ法ヲ比照シ新法輕キトキハ其效力ヲ既往ニ遡ラシメテ其發布以前ノ犯罪ニ適用セサルヘカラス是レ罪

ノ有無刑罰ノ輕重ヲ定ムル法律規定ニ付キテ然ルノミナラス酌量減輕再犯加重
其他被告ノ罪責ニ影響ヲ及ホスヘキ一切ノ法律規定ニ付キテモ亦然ラサルヲ得
ス故ニ舊法ノ下ニ再犯加重ノ例ニ依ルヘキ犯罪ニ付キ新法カ再犯加重ノ例ニ依
ラサル旨ヲ規定シタルトキハ其犯罪ハ如何ナル場合ニ於テモ他ノ前科ニ對スル
再犯罪タルコトヲ得サルト同時ニ再犯罪ニ於ケル前科タルコトヲ得ス而シテ此
後ノ場合ニ於テハ其犯罪カ舊法ノ下ニ於テ確定判決ヲ經タル場合ニ於テモ尙ホ
然リトス何トナレハ或犯罪カ再犯罪ノ前科タルト他ノ前科ニ對スル再犯罪タル
ヤハ其犯罪ノ性質如何ニ依リテ定マルモノニシテ確定判決ハ毫モ其性質ニ影響
ヲ及ホスモノニアラサルヲ以テナリ而シテ本件ニ在テ被告ハ明治十五年中出版
條例違反ノ所爲ニ依リ確定判決ヲ經タルコトハ原院ノ事實トシテ確定シタル所
ニシテ該犯罪ニ付テハ其當時再犯加重ノ例ニ依リタルコトハ明カナルモ現行法
タル出版法ハ出版條例違反ノ所爲ニ對シテ再犯加重ノ例ヲ用ヒサルコトヲ規定
セルヲ以テ明治十五年中ニ確定判決ヲ經タル前記ノ犯罪ハ現行法ノ下ニ於テ再
犯罪ニ於ケル前科タルコトヲ得サルモノナリ

批評

(一)刑法第三條第二項ニ所謂新舊ノ法トハ單ニ罪ノ有無ニ關スルモノノミナ
ラス苟クモ被告ノ罪責ニ影響ヲ及ホスヘキ一切ノ法律規定ヲ包含スルコト
(二)再犯加重ノ例ニ依ラサルコトヲ規定シタル罪ハ如何ナル場合ニ於テモ他
ノ前科ニ對スル再犯罪タルコトヲ得サルト同時ニ再犯罪ニ於ケル前科タル
コトヲ得サルコトハ同判決所論ノ如クナリト雖モ刑法第三條第二項ハ法ノ
時ニ關スル效力ノ例外規定ニシテ即チ舊法時代ノ行爲ニ對シテ新法ヲ適用
スル場合ニ關スル規定ニシテ其行爲ニ對スル裁判確定後ニ於テハ同一行爲
ニ對シテ到底新法ヲ適用スヘキニ非サルナリ而シテ本件ノ事實ハ被告カ舊
出版條例時代ニ同條例違反ノ所爲ニ依リ有罪ノ確定判決ヲ受ケ舊條例ニハ
同條例違反ノ罪ニ對シテ再犯加重ノ例ヲ用ヒタリ新出版法新出版法ニハ出
版法違反罪ニハ再犯加重ノ例ヲ用ヒス時代ニ於テ更ニ別種ノ罪詐欺取財ヲ
犯シタルモノニシテ此ノ罪ハ元ヨリ新出版法實施後ニ犯シタルモノナレハ

當然新法ノ支配ヲ受クヘク從テ刑法第三條第二項ノ適用ヲ受クヘキモノニ
アラサルヤ明瞭ナリトス然ルニ前掲判決ニ於テ前記法條ヲ引用シタルハ失
當タルヲ免レス但シ舊出版條例ニ於テ同條例違反罪ニ對シテ再犯加重ノ例
ヲ用ヒタルモ新出版法ニ於テ再犯加重ノ例ヲ用サルコト、ナリタルカ故ニ
假令舊法時代ニ確定シタル罪ナリト雖モ新法實施後ニ生シタル別種ノ罪ニ
對シテハ再犯罪ニ於ケル前科タルコトヲ得サルナリ要之舊法時代確定ノ罪
ト新法時代ニ發生シタル新ナル罪トノ再犯關係ハ新法時代ニ於テ發生シ
タルモノナルカ故ニ舊法ノ適用ナキヤ勿論ナリトス之レ法ノ時ニ關スル效
力ノ原則ニ從フモノニシテ此ニ對スル例外規定タル刑法第三條第二項トハ
何等ノ關係ナキモノトス從テ反對ニ舊法時代ニハ再犯加重ノ例ニ依ラサリ
シモノモ新法ニ於テ再犯加重ノ例ニ依ルコト、改メタルトキハ舊法時代確
定ノ刑ト雖モ新法時代ニ生シタル罪ニ對シテハ再犯罪ニ於ケル前科タルヘ
キナリ

四

備考

改正刑法第六條犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタルトキハ其輕キモノヲ
適用ストノ規定ノ解釋ニ付テモ亦本文論旨ト同一ニ解スヘキナリ

第二 偽造變造文書ノ一部沒收ニ就テ(附改正刑)

法執行法制定ニ對スル希望第一

私印盜用私書偽造行使詐欺取財ノ件

明治三十九年(レ)第六八二號
同年七月二十日宣旨大審院休暇部判決

判決理由

借用證書ニ於ケル保證人ノ署名捺印ノ如キハ全ク從屬的ノ效用ヲ爲スニ過キス
シテ借主本人ノ署名捺印ノ如キ證書主要ノ部分カ偽造トナリタル以上其署名捺
印ハ當然其效力ヲ失ヒ獨立シテ存在シ得ヘキモノニアラサルニ依リ偽造證書ノ
一部分ト共ニ之ヲ沒收スルコトヲ要シ其署名捺印ノ正當ニ成立シタルヲ理由ト

五

シテ此部分ノミヲ除外スルコトヲ得サルモノトス

私印盗用私書偽造行使詐欺取財未遂ノ件

明治三十九年(九)第六〇六號同年七月二日宣告大審院第二刑事部判決

六

判決理由

依テ原判決文ヲ閱スルニ其法律理由ノ部ニ押第十八號ノ偽造借用金證券一通ハ刑法第四十三條第一號第四十四條ニ依リ之ヲ沒收スル旨判示シアリ然ルニ該證中保證人清水彌五左衛門ノ保證債務ニ關スル部分ノミ偽造ニ係ルモノニシテ借主山縣昌義ノ債務ニ關スル部分ハ偽造ニアラサルコトハ判文ノ事實理由ニ徴シ明瞭ナルニ拘ハラス原院ハ該證書全部ヲ偽造ナリトシテ刑法第四十三條第一號ニ依リ之ヲ沒收シタルハ所論ノ如ク擬律ノ錯誤タルヲ免レンス

批評

偽造變造ノ文書カ刑法第四十三條第一號ニ所謂「法律ニ於テ禁制シタル件物」ナルコトハ疑ヒナシ從テ其偽造又ハ變造ニ係ル部分ニ限り之ヲ沒收スルコ

トヲ得ヘク假令文書ノ一部カ禁制品ノ性質ヲ有スト雖モ之カ爲メ偽造變造ニアラサル他ノ部分ヲモ包括シテ禁制品ト爲スコトヲ得サルヤ明瞭ナリトス然レハ一通ノ借用證書中保證人作成名義ノ保證債務ニ關スル證明形式ノミカ偽造ニ係リ借主作成名義ノ債務ニ關スル證明形式カ真正ナルニ拘ハラス該證書ノ全部ヲ偽造トシテ沒收スルハ失當ナリ然トモ保證債務ニ關スル意思表示ハ主タル債務ニ對シ從屬的關係ヲ有スルニ止マリ主タル債務カ消滅スレハ當然其效力ヲ失フモノナレハ主タル借主作成名義ノ債務ニ關スル證明形式カ偽造ナルトキハ假令保證人作製名義ノ保證債務ニ關スル證明形式カ真正ナリト雖モソハ偽造證書ノ一部トシテ全部ノ證書ヲ沒收スヘキナリ更ニ論步ヲ進メテ不可分ナル文書ノ一部ノミカ沒收ノ條件ヲ具備スル場合ニ於テモ此ノ一部分ニ對シテ沒收ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ從來大審院ノ判例ニ對シ余輩ハ反對ノ意見ヲ有ス此點ニ付テハ次ノ判例批評ヲ參照セラレンコトヲ乞フ

七

第三 分離スヘカラサル文書ノ一部ニノミ對シ

テ沒收ヲ言渡スコトヲ得ルカ(第二)

約束手形偽造行使詐欺取財ノ件

明治三十八年(九)第九五三號同年九月二十八日宣告大審院第一刑事部判決

判決理由

按スルニ手形ノ裏書ハ原手形ニ附帶シテノミ成立スヘキモノナルヲ以テ適式ナル手形ノ振出アルニ非サレハ存立スルヲ得サルヤ言ヲ俟タスト雖モ裏書ナルモノハ獨立ナル手形行爲ト分離シテ有效ニ成立シ得ヘキコトハ宛モ上告論旨ニ引用セル商法ノ規定同法第四百三十七條ニ於テ認ムル所ノ如シ故ニ有效ニ成立セル裏書ハ形式的有效ナル原手形ノ振出人ノ署名カ偽造ナルカ爲ニ其效力ヲ失フモノニ非スト斷定セサルヘカラス而シテ原院カ確定シタル事實ニ徴スルニ其沒收スヘキモノト判定セル裏書ヲ除キタル部分トハ手形振出行爲ニ係ル被告ノ偽

造部分タル吉田勘次郎ノ署名ヲ指ス意義ニシテ手形ノ金額其他必要ナル記載ヲモ示ス文詞ニアラサルモノト解釋スルヲ相當ト認ムルヲ以テ原判決ニハ論旨ノ如キ不法ナシ

官文書變造行使ノ件

明治三十八年(九)第二二五二號同年十一月七日宣告大審院第二刑事部判決

判決理由

沒收ノ處分ニ付テハ法律カ一定ノ方法ヲ用ユヘキコトヲ命スルモノニアラサレハ檢事ハ沒收ノ目的トナリタルモノノ性質ニ從ヒ適當ナル方法ニ依リ沒收ノ判決ヲ執行スルヲ得ヘク而シテ法律ノ禁制シタルモノヲ沒收スルトキハ之ヲ毀滅スルヲ通常ノ方法トスレトモ本件ノ如キ文書ノ變造部分ヲ沒收スル場合ニアリテハ其部分ヲ毀滅センカ帳簿ノ他ノ部分ノ效力ヲモ失ハシムルニ至ルヘキトキハ檢事ハ其變造部分ニ抹消ヲ爲シ且ツ變造前ノ文字ヲ明カナラシムルノ附記ヲ爲スカ或ハ變造部分ハ確定判決ニ因リ沒收ニ歸シタリトノ附記ヲ爲ス等ノ方法ヲ用ヒ變造ナラサル部分ニ影響ヲ及ホサスシテ變造部分ノ沒收ノ執行ヲ爲スヲ

得ヘキモノナレハ本論旨ノ一ハ其理由ナク又偽造變造ニ係ル法禁物ヲ沒收スト云フハ其儘之ヲ現存セシムルトキハ再ヒ危害ヲ生スルノ虞アルヲ以テ其存在ヲ許サスト云フ義ニシテ私人ノ手ノ中ニ存スルト官廳ニ存スルトニ因リ危害ノ有無ヲ區別スル能ハサルモノナレハ本件ノ戶籍簿ハ國家ノ有ナリト雖モ以上ノ理由ニ徴スレハ之ヲ沒收スヘキハ當然ナリ故ニ本論旨ノ二モ亦理由ナシ又法律ノ禁制シタル物件トハ其現狀ノ儘社會ニ存在スルコトヲ許ササル物件ヲ云フモノナレハ其所有者ノ何人ナリヤハ固ヨリ問フ所ニアラス之ヲ以テ刑法第四十三條第一號ニ對シ同第四十四條ニ法律ニ禁制シタル物件ハ何人ノ所有ヲ問ハス之ヲ沒收スト規定セルモノナリ故ニ原院カ本件戶籍簿ノ變造部分ヲ沒收シタルハ相當ニシテ本論旨ノ三モ亦理由ナシ

批評

第一、沒收ノ效力ハ沒收ノ目的タル物件ニ對スル新ナル所有權ヲ國庫ニ歸屬セシムルニアルカ故ニ或ル物件ノ全部ヲ沒收スル場合ニ付テハ敢テ疑問

ヲ生セスト雖モ或ル物件ノ一部ヲ沒收スル場合例ヘハ證書ノ一部カ偽造ニ係ルトキハ其沒收スヘキ部分カ沒收ニ係ラサル部分ト分離シ得ル場合ニ限リ之ヲ沒收スルコトヲ得ヘキナリ換言スレハ一部ヲ沒收スルコトニ依テ沒收ニ係ラサル部分ノ效力ニ影響ヲ及ホス場合ニ於テハ之ヲ沒收スルコトヲ得ス例ヘハ手形ノ裏書ヲ偽造シタルトキハ其偽造裏書ノ部分ハ之ヲ沒收スルコトヲ得ヘキモ反之偽造振出ニ係ル手形カ真正ナル裏書ニ依テ轉帳シタル以上ハ其偽造振出ノ部分ヲ沒收スルトキハ真正ナル裏書ノ效力ヲ消滅セシムルカ故ニ之ヲ沒收スルコトヲ得サルナリ然レハ若シ前掲判決理由(明治三十八年第九五三號)ノ如ク偽造振出ニ係ル手形ノ振出人ノ署名ノミニテモ之ヲ沒收シ其沒收物件ノ處分方法トシテ若シ其署名ヲ抹削塗抹スルトキハ其手形ニハ振出人ノ署名ナキコトナリ手形ノ法定形式ヲ缺クカ故ニ先ニ有效ニ存在シタル真正ノ裏書モ亦無効ニ歸スルカ如キ不條理ナル結果ヲ生スヘキナリ

第二、前掲判決理由(明治三十八年第一二五二號)ニ依レハ沒收ノ處分ニ付

テハ法律ニ於テ一定ノ方法ヲ用ユヘキコトヲ命セサルカ故ニ檢事ハ沒收ノ目的トナリタル物ノ性質ニ從ヒ適當ナル方法ニ依リ沒收ノ判決ヲ執行スルヲ得ヘク從テ若シ文書ノ偽造又ハ變造部分(沒收ノ部分)ト沒收ニ係ラサル部分トヲ分離シ得サル場合ニ於テハ其沒收ニ係リタル部分ニ付沒收ニ歸シタル旨ヲ附記スルコトニ依リテ沒收ニ係ラサル部分ニ影響ヲ及ホサスシテ沒收判決ノ執行ヲ爲シ得ヘキカ故ニ假令沒收ニ係ル部分ト沒收ニ係ラサル部分ト分離シ得サル場合ニ於テモ沒收ノ判決ヲ言渡スヘキモノナリト解セルモ同判決ハ沒收ノ性質(又ハ效力)ヲ説明セサルノミナラス物件沒收ト沒收サレタル物件ノ處分方法トヲ混同セルノ誤アリ前ニ説明シタルカ如ク沒收ノ效力ハ其目的タル物件ニ對スル新ナル所有權ヲ國庫ニ歸屬セシムルモノニシテ沒收判決ノ執行ハ目的物件ヲ國庫ノ爲ニ徵收スルコトニ依テ終了シ其徵收シタル沒收物件ヲ破壊又ハ廢棄シ(刑事訴訟法第三百二十條第三項參照)或ハ之ヲ競賣ニ付シ或ハ特定ノ官廳ニ引渡シノ手續ヲ爲スカ如キ處分ハ沒收判決ノ執行自體ニアラサルコトヲ注意セサルヘカラス假リニ現行刑法ニ

所謂沒收トハ前ニ説明シタルカ如ク目的タル物件ニ對スル新タル所有權ヲ國庫ニ歸セシムル處分ノミナラス物ノ所有權ハ之ヲ國庫ニ移轉スルコトナク單ニ其物件ヲ廢棄(使用ニ堪サルモノトナスコト)スル處分ヲモ包含ストスルモ更ニ物件ニ對シ沒收ノ判決アリタルコトヲ單ニ其物件ニ附記スル處分ヲモ指示スルモノトセハ沒收ノ判決ハ沒收ヲ言渡シタル判決ノ表示ヲ意味スルコトトナリ所謂沒收ナルモノハ何等ノ意義ヲモ有セサルモノナリトノ結論ヲ生スルニ至ルヘシ(獨乙刑法ニ於テハ沒收 *Einziehung* ト廢棄 *Unbrauchbar* *zumachen* トヲ區別シテ規定セリ同法第四十條第四十一條參照)

備考

本文ノ論旨ハ改正刑法第十九條第三號ニ規定セル「犯罪ヨリ生シタル物」ノ沒收處分ニ就テモ亦適用スルコトヲ得ヘキナリ而シテ刑事訴訟法改正草案第四百三十六條ニ「偽造又ハ變造ニ關スルモノヲ返還スル場合ニ於テハ其物ノ形狀ヲ變更シ又ハ其偽造若クハ變造ニ係ル部分ヲ表示シテ之ヲ交付スルコ

トヲ得ト規定セルハ物ノ還附處分ニ關スル規定ニシテ刑罰タル沒收ニ關スル規定ニアラサルコトヲ注意スヘキナリ殊ニ改正刑法第十九條第二項ニ沒收ハ其物犯人以外ノ者ニ屬セサルトキニ限ルト規定セルカ故ニ偽造又ハ變造ノ文書ニシテ犯人以外ノ者ノ所有ニ屬スルトキハ之ヲ沒收スルコトヲ得ス從テ若シ其文書カ差押ニ係ルトキハ現行刑事訴訟法第二百二條ニ依リ還付ノ言渡ヲ爲ササルヘカラス故ニ改正刑法執行法ニ於テハ前掲刑事訴訟法改正草案第四百三十六條ノ如ク偽造又ハ變造ニ係ル文書ノ還附處分ニ關スル規定ヲ設クルノ必要アルノミナラス假令其文書カ差押ニ係ラサル場合ニ於テモ普ク同法條ニ規定スルガ如キ處分ヲ爲シ得ルノ規定ヲ設クル必要アルコトヲ認ム

第四 犯罪供用ノ物件ト所謂罪體トノ區別

持兇器竊盜ノ件 明治四十年(レ)第八四五號同年十月四日宣告大審院第二刑事部判決

判決理由

持兇器竊盜罪ハ兇器ヲ携帶スル行爲ト竊盜ノ行爲ト相合シテ構成スルモノナレハ其兇器ハ所謂罪體ニシテ犯罪供用ノ物件ニアラサレハ之ヲ沒收スヘキモノニ非ス故ニ原判決ニ於テ被告カ他人所有ノ出及庖丁ヲ携帶シテ橋爪忠次郎方ニ忍入り金品ヲ竊取シタル事實ヲ認メ被告ノ所爲ヲ以テ持兇器竊盜罪ノ罰條ニ問擬シ所論出及庖丁ヲ沒收セサリシハ相當ナリ

誣告ノ件 明治四十年(レ)第八九二號同年十月七日宣告大審院第二刑事部判決

判決理由

依テ按スルニ原判決認定ノ事實ニ依レハ本件ノ告發狀ハ被告カ阿玉角造ノ名義ヲ以テ渡邊久助ニ殺人行爲アリトノ不實ノ事ヲ構ヘ之ヲ誣告スルノ方法トシテ秋田地方裁判所大曲支部檢事局ニ之ヲ提出シタルモノニ外ナラサルカ故ニ該書面ハ原判決認定ノ如ク右犯罪ノ用ニ供シタル物件ナリト云フ可ラサルノミナラ

ス右ハ同検事局ニ於テ受理シタルト同時ニ官ノ所有ニ歸シタルモノニシテ從テ
刑法第四十四條ニ所謂犯人ノ所有ニ係リ又ハ所有主ナキ物件ニアラサルコト勿
論ナレハ何レヨリ見ルモ該告發狀ハ結局刑法第四十三條第二號第四十四條ニ依
リ沒收セラルヘキモノニ非スシテ刑事訴訟法第二百二條ニ依リ前記検事局ニ還
付スヘキモノトス

批評

刑法第四十三條第二號ニ所謂犯罪ノ用ニ供シタル物件トハ苟クモ故意ニ罪
ノ實行ニ使用セラレタル物件ヲ總稱シ其犯罪實行ノ程度ハ未遂タルト既遂
タルトハ問フ所ニアラサルナリ而シテ所謂罪體ナルモノハ罪ノ構成要件タ
ルカ若クハ刑罰加重ノ條件タルヘキ物件ヲ指示ス然レトモ例令罪體ナリト
雖モ苟クモ罪ノ實行ニ使用セラレタル時ハ犯罪ノ用ニ供シタル物件ニシテ
同法第四十四條ニ依リ之ヲ沒收スヘキ也例ヘハ持兇器家宅侵入罪同法第百
七十一條第二項第二號持兇器竊盜罪同法第三百七十條持兇器強盜罪同法第

三百七十九條第二號ニ於テ犯人ノ携帶シタル兇器ハ所謂罪體ニシテ單ニ犯
罪ノ際ニ携帶シタリトノ故ヲ以テ之ヲ犯罪供用ノ物件トシテ沒收スルコト
ヲ得サルヤ勿論ナリト雖モ若シ是等携帶ノ兇器ヲ以テ家宅侵入又ハ強竊盜
ノ實行ニ使用シタルトキハ犯罪供用ノ物件トシテ同法第四十四條ニ依リ之
ヲ沒收セサルヘカラス次ニ誣告罪ハ不實ノ事ヲ以テ人ヲ誣告スルコトニ依
テ完成シ誣告ノ手段ハ法律ニ於テ限定セラレサルカ故ニ告發狀ニ依リ人ヲ
誣告シタル場合ニ於テ其告發狀ハ同罪ノ罪體ニアラサルハ勿論苟クモ誣告
ノ手段トシテ使用セラレタル以上ハ犯罪供用ノ物件ナリト云ハサルヘカラ
ス然レハ前掲第二判決理由中本件ノ告發狀ハ誣告罪ノ供用物件ニアラスト
説明シタルハ失當ナリトス

備考

所謂罪體ナルモノハ沒收ニ關スル改正刑法第十九條第一號ニ所謂犯罪行為
ヲ組成シタル物ニ當リ同法第二號ハ現行刑法第四十三條第二號ニ比シ犯罪

行爲ニ供シタル物ノ外ニ犯罪行爲ニ供セントシタル物ヲモ追加シタルカ故ニ犯罪ノ豫備行爲ニ使用セラレタル物件ヲモ沒收スルコトヲ得ヘキナリ

第五 窃取シタル預金通帳ニ據リテ拂戻ヲ受ケタル金員ハ窃盜ノ贓物ナリヤ

贓物收受ノ件 明治四十年(九)第一二二號同年二月十日宣旨大審院第一刑事部判決

判決理由

依テ按スルニ預金通帳ハ預金ヲ證明スルノ具ニシテ之ヲ窃取シタル者カ該通帳ニ據リテ預金ノ拂戻ヲ受ケタルハ其權利實行ノ結果ニ外ナラサレハ右預金通帳窃取ノ行爲ト預金受領ノ行爲トハ相離ルヘカラサル因果ノ關係ヲ有スルカ故ニ權利實行ノ結果ナル預金受領ノ所爲ハ其ノ原因タル權利ヲ證明スル通帳窃取ノ犯罪中ニ自カラ包含セラレ獨立シテ詐欺取財罪ヲ構成スヘキモノニアラス隨テ

通帳ノ窃取者カ受領シタル金員ハ窃盜ノ贓物ナルコト勿論ナリ

批評

一ノ犯罪行爲カ他ノ犯罪ノ構成要件タル目的(希望)ノ實行ニ屬スル場合ニ於テハ此ノ二個ノ犯罪行爲ハ法律上連結シテ一個ノ罪ヲ組成スヘキモノニシテ例ヘハ窃盜罪ノ構成要件トシテ犯人ニ於テ窃取ノ目的物ヲ横領スル目的(自己)ノモノトスルノ目的アルコトヲ要ス從テ窃取シタル他人ノ預金通帳ヲ使用シテ預金ノ拂戻ヲ受ケルコトハ窃取ノ財物ヲ冒認販賣スルト等シク何レモ他人ノ物ヲ横領スル目的ノ實行ニ屬スルカ故ニ特別ノ規定ナキ以上ハ一罪ヲ以テ論シ單ニ窃盜ニ關スル法條ヲ適用スヘキナリ但シ此ノ場合ニ於ケル犯罪行爲中ニハ窃盜行爲ノ外ニ詐欺取財又ハ冒認販賣ノ行爲ヲモ包含スルモノニシテ此等ノ連結行爲ニ對シテ窃盜ノ法條ヲ適用スト云フニ止マシ此等後ノ行爲ヲ目シテ無罪罪トナラスハ云フニアラス又後ノ行爲ヲモ包含シテ窃盜行爲ナリト云フニアラス從テ本件事實ノ如ク窃取ノ預金通

帳ニ據リ拂戻ヲ受ケタル金員ハ犯人カ詐欺取財ノ罪トナルヘキ犯罪行為ニ依リテ直接ニ得タル財物即チ贓物ヲ以テ論スヘキコトハ疑ヒナシト雖モ竊盜ノ贓物ト云フコトヲ得サルナリ何トナレハ贓物ハ犯罪ニ因リ直接ニ得ラレタル財物タルコトヲ要スルカ故ニ竊盜行為ニ依リ直接ニ得タル預金通帳ハ竊盜ノ贓物ト云ヒ得ヘキモ該通帳ヲ使用シテ得タル(即チ間接ニ得タル)財物ハ竊盜ノ贓物ナリト云フコトヲ得サルナリ然レハ前掲判決理由ニ於テ本件ノ金員ヲ指シテ竊盜ノ贓物ナリト説明シタルハ失當ナリ

備考

本文ノ論旨ハ改正刑法第五十四條第二百五十六條ノ關係ニ付テモ準用スヘキナリ
改正刑法第五十四條 一個ノ行為ニシテ數個ノ罪名ニ觸レ又ハ犯罪ノ手段若クハ結果タル行為ニシテ他ノ罪名ニ觸ルルトキハ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス

第四十九條第二項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ適用ス

同法第二百五十六條 贓物ヲ收受シタル者ハ三年以下ノ懲役ニ處ス

贓物ノ運搬寄藏故買又ハ牙保ヲ爲シタル者ハ十年以下ノ懲役及ヒ千圓以下ノ罰金ニ處ス

第六 刑法第四十八條ニ規定スル贓物還付ト

被害者ノ請求權トノ關係附刑法第四十

三條第三號ニ所謂犯罪ニ因テ得タル物

件ノ沒收ト贓物還付トノ關係

詐欺破産ノ件

明治三十九年(レ)第六九五號同年十月三十日大審院第一刑事部判決

判決理由

因テ按スルニ大塚民三郎ヨリ受領シテ被告ノ手ニアリタル押收ノ金圓ハ被告カ

民三郎ニ公債證書ヲ給付スヘキ義務ヲ負擔シ其對價トシテ受領シタルモノニシテ詐欺破産ノ罪ヲ犯スニ因テ得タル贓物ナルコトハ論ヲ俟タスト雖モ贓物ノ還給ニ關スル刑法第四十八條ノ規定ハ民法上ノ請求ヲ基礎トスル原狀回復ノ一方法ニ過キササルヲ以テ同條ニ依テ直ニ贓物ヲ被害者ニ還付スヘキヤ否ヤハ民法上ノ權利關係如何ニ從ヒ之ヲ決セサルヘカラス而シテ本件ニ在テハ第一點ノ論旨ニ對シテ既ニ説明シタルカ如ク被告ト民三郎トノ間ニハ公債證書ノ賣買契約既ニ成立シ民三郎ノ意思表示ハ單ニ之ヲ取消シ得ルニ過キササルモノナルニ民三郎ヨリ贓物ノ還付ヲ請求シ又ハ其他ノ方法ニ依リ取消ノ意思ヲ表示シタル事跡ナケレハ裁判所ヨリ進ンテ其還付ヲ命スルヲ得サルモノトス

批評

刑法第四十八條ハ私訴ノ裁判費用贓物ノ還給損害ノ賠償ニ付キ被害者ノ請求權ヲ保護スル規定ニシテ(私訴ニ關スル訴訟費用ノ負擔ニ付テハ刑事訴訟法第二百一條第二項ニ於テ民事訴訟法ノ規定ニ從フヘキコトヲ規定シ)犯罪

ニ因テ生シタル損害ノ賠償贓物ノ返還ヲ目的トスル私訴權即チ公訴ニ附帶スル請求權ハ刑事訴訟法第二條ニ於テ民法ニ從ヒ被害者ニ屬スヘキコトヲ規定セルニ依テ見レハ刑法第四十八條ニ規定スル贓物還給ニ關スル被害者ノ請求權ナルモノハ民法ノ規定ニ基キ贓物ニ對シテ被害者カ有スル請求權ヲ指スモノト解セサルヘカラス從テ同條後段ニ若シ贓物犯人ノ手ニアルトキハ請求ナシト雖モ直チニ之ヲ被害者ニ還付スルアルハ同條前段ノ規定ト同趣旨ニシテ即チ贓物ニ對シテ民法上ノ請求權アル被害者ヲ保護スルモノト解セサルヘカラス只々同條前段ノ場合ト異ナル點ハ前者ハ被害者ノ請求ヲ俟テ之ヲ審判スヘク後者ハ被害者ノ請求ナキモ之ヲ審判セサルヘカラサルニアリ故ニ假令詐欺取財ノ被害者ナリト雖モ其詐欺ニ基キ爲シタル法律行為カ法律行為ノ要素ニ錯誤アリタル爲メ無効トナリタル場合ニ於テハ贓物ニ對シテ當然返還請求權ヲ有スルカ故ニ同條後段ノ保護ヲ受クヘシト雖モ反之若シ其法律行為カ取消シ得ヘキニ過キササル場合ニ於テハ被害者カ前ノ法律行為ヲ取消ササル以上ハ贓物ニ對スル返還請求權ハ發生セサルカ故

ニ同法條ノ保護ヲ受クルコトヲ得サルヤ明瞭ナリトス左レハ前掲判決ニ於テ「刑法第四十八條ノ規定ハ民法上ノ請求ヲ基礎トスル原狀回復ノ一方法ニ過キサルヲ以テ同條ニ依リテ直チニ贓物ヲ被害者ニ還付スヘキヤ否ヤハ民法上ノ權利關係如何ニ從ヒ之ヲ決セサルヘカラス」ト説明シタルハ正當ナリトス

然レトモ同判決理由前段ノ部ニ於テ按スルニ大塚民三郎ヨリ受領シテ被告ノ手ニ在リタル押收ノ金圓ハ被告カ民三郎ニ公債證書ヲ給付スヘキ義務ヲ負擔シ其對價トシテ受領シタルモノニシテ詐欺破産ノ罪ヲ犯スニ因テ得タル贓物ナルコト論ヲ俟タス「ト説明セルモ詐欺破産ニ因テ得タル物件ハ果シテ詐欺破産罪ノ贓物ト云フコトヲ得ルヤ疑ナキヲ得ス原判決ノ認メタル事實ヲ按スルニ本件ノ事實ハ被告源三郎ハ明治三十六年十二月九日大塚民三郎ニ對シ額面二千五百圓ノ帝國五分利附公債證書ヲ現物引替ニ金二千百九十七圓五十錢ニ買取り吳レタキ旨虚偽ノ申込ヲ爲シタル所民三郎ハ之ヲ信シ同月十一日午前十一時頃雇人寺田嘉吉ヲシテ右金額ヲ被告方ニ持參

セシメタルヨリ被告ハ同人ニ對シ現物ノ引替ヲ爲スニ先チ其金額ヲ交付スヘシト欺キ之ヲ騙取シテ逃走シタルモノナリト云フニ在リテ被告ハ義務履行ノ意ナクシテ大塚民三郎ニ對シ額面二千五百圓ノ帝國五分利附公債證書ヲ二千百九十七圓五十錢ニ賣渡スノ意思ヲ表云シ民三郎ハ之ニ應シ雇人寺田嘉吉ヲシテ其代金ヲ被告方ニ持參セシメタルモノニシテ嘉吉カ其代金ヲ被告ニ交付スル當時ニ於テハ民三郎ニ代リ右公債證書ヲ被告指定ノ代金ヲ以テ買取ルノ意思ヲ表示シタルモノナルコト明ナレハ被告ノ眞意ハ金圓ノ騙取ニアリテ公債證書ヲ給付スルノ意思ナカリシモノナルモ是レ民法第九十三條前段ニ該當スル場合ニシテ且法律行為ノ要素ニ錯誤アルコトナキカ故ニ被告ト民三郎トノ間ニハ賣買契約ハ既ニ成立シ被告カ法律上公債證書ヲ給付スルノ義務ヲ負擔シタルヤ毫モ疑ヲ容ルヘカラス唯民三郎ニ於テハ右ノ如ク被告ノ爲メ欺罔セラレテ意思表示ヲ爲シタルモノナレハ之ヲ取消シ取ルニ過キス而シテ被告カ明治三十九年一月二十三日仙臺地方裁判所ニ於テ破産ノ宣告ヲ受ケ其決定確定シタルコトハ原判決ニ明カニ認メアル所

ナルヲ以テ被告カ明治三十八年十二月中前示ノ如ク民三郎ニ對シ履行スル
意ナキ義務ヲ負擔シタル所爲ハ商法破産編第千五十條ニ該當スルモノトス
〔同判決理由参照〕而シテ刑法ハ賊物ナル文字ト犯罪ニ因テ得タル物件トハ之
ヲ區別シテ用ヒ刑法第四十八條賊物還給處分同法第三百九十九條以下賊物
ニ關スル罪竝ニ同法第四十三條犯罪ニ因テ得タル物件ノ沒收例對照タルニ
依テ見レハ兩者其性質ヲ異ニスヘキコトヲ知ルヘキナリ賊物トハ其物件ヲ
得ルコトニ依テ罪ヲ完成スルモノヲ指ス例ヘハ強竊盜ノ賊物トハ強取又ハ
竊取シタル賊物ヲ謂ヒ詐欺取財ノ賊物トハ騙取シタル財物ヲ謂フカ如シ反
之犯罪ニ因テ得タル物件トハ犯罪ヲ原因トシテ直接ニ得タル物件ヲ指ス例
ヘハ賭博ニ依テ勝者ノ得タル賭金密賣淫ニ依テ得タル對價狩獵法違反ニ依
テ得タル獲物等ヲ謂フ此等ノ物件ハ賊物ト異ナリ之ヲ收得スルト否トニ拘
ハラス犯罪ハ法律違犯ノ行爲アルト共ニ既ニ完成スルナリ從テ破産ノ宣告
ヲ受ケタル債務者カ其宣告ノ前後ヲ問ハス履行スル意ナキ義務ヲ負擔シタ
ルトキハ商法第千五十條ニ規定スル詐欺破産ヲ以テ論スヘキコトハ前段所

論ノ如シ此ノ場合ニ於テ詐欺破産罪ハ犯人カ履行スル意ナキ義務ヲ負擔ス
ルニ依テ直チニ犯罪行爲ヲ完成スルモノニシテ其犯人カ負擔シタル義務ニ
對スル對價トシテ相手方ヨリ財物ヲ受領スルト否トハ同罪ノ成立ニ何等ノ
關係ナキカ故ニ本件被告カ如上ノ如キ關係ニ於テ受領シタル財物ハ同罪ノ
賊物ニアラスシテ同罪ニ因テ得タル物件ナルコト明瞭ナリトス左レハ本判
決理由ニ於テ本件ノ財物ヲ指シテ賊物タルコト論ヲ俟タスト論斷シタルハ
失當ナリト云ハサルヘカラス
次ニ本件ノ財物ニ付テ同判決ハ如何ニ之ヲ處分シタルカ即チ本判決ノ末文
ニ於テ左ノ如ク處分ヲ與ヘタリ
原院ノ認メタル事實ニ依リ之ヲ法律ニ照スニ被告ノ所爲ハ商法破産編第千
五十條明治二十三年法律第百一號第一ニ該當シ所犯情狀原諒スヘキモノア
ルヲ以テ刑法第八十九條ニ依リ本刑ニ一等ヲ減シテ處斷シ押收物件ハ刑事
訴訟法第二百二條ニ依リ公訴裁判費用ハ刑法第四十五條ニ依リ處分スヘキ
モノトス依テ被告源三郎ヲ重禁錮四年ニ處シ押收物件ハ差出人ニ還付ス云

云
即チ同判決ハ本件被告ノ受領シタル財物ハ詐欺破産ノ贓物ナルモ財物授受ノ法律行為ハ取消シ得ヘキモノニシテ被害者ニ於テ未タ返還請求權ヲ發生セサルカ故ニ刑法第四十八條ヲ適用スルコトヲ得ス刑事訴訟法第二百二條ニ依リ之ヲ差出人ニ還付スヘキモノナリト論斷シタルモ前項ニ説明シタル如ク本件ノ財物ハ犯罪ニ因テ得タル物件ニシテ而カモ被告ノ所有ニ屬スルカ故ニ刑法第四十三條第三號第四十四條ニ依リ之ヲ官ニ沒收セサルヘカラス(但シ此ノ場合ニ於テモ被害者ノ賠償訴權ヲ害スル沒收ノ宣告以前ニ於テ被害者ヨリ前ノ法律行為ヲ取消シ賠償訴權トシテ物件還付ノ私訴ヲ提起シタルトキハ刑事裁判所ハ必ス此ノ財物ヲ被害者ニ還付セサルヘカラス)左レハ本論旨ト反對ニ出テタル前掲判決ハ失當ナリト云ハサルヘカラス加之同判旨ハ左記ノ判決理由ト矛盾セリ

明治三十八年(現)第八一八號同年七月四日宣告大審院判決理由ニ曰ク依テ原判決ヲ按スルニ原院カ沒收シタル押收ノ土地抵當借用證書ハ被告等カ石島庄七ニ對シ告訴ヲ爲スヘシト詐言ヲ構ヘ之ヲ恐喝シテ義務免除ノ名ヲ以テ騙取シタルモノニシテ刑法第四十三條第三號ノ犯罪ニ因リ得タル物件ニシテ且ツ詐欺ニ因ル意思表示ニ依リ庄七ヨリ被告ニ移付シ庄七ヨリ取消シテ求メタルコトナシト雖モ其義務免除ナル法律行為ハ告訴中止ノ對價トシタルモノナルニ被告カ揚言シタル告訴ハ恐喝ノ手段ニ外ナラスシテ眞實告訴ヲ爲スモノニアラサレハ法律行為ノ要素ニ錯誤アルモノニシテ庄七ノ意思表示ハ無効ナリトス故ニ本件證書ノ所有權ハ被告ニ移リタルニアラスシテ被害者タル石島庄七ニ存ス依テ同法第四十四條ニ依リ沒收スルコトヲ得スシテ贓物トシテ刑法第四十八條ニ依リ直チニ被害者タル石島庄七ニ還付スヘキモノナルニ之ヲ沒收シタルハ擬律錯誤ノ失當アルモノトス即チ同判旨ニ依レハ若シ本件證書授受ノ原因タル法律行為カ取消シ得ヘキ場合ニシテ從テ其所有權カ被告ニ歸シタリトセハ刑法第四十四條ニ依リ沒收スヘキモノナリトノ論旨ヲモ包含スト云ハサルヘカラス即チ前項ノ判旨ハ本判旨ト矛盾セリ(但シ本判決モ犯罪ニ因テ得タル物件ト贓物トヲ混同セルハ失當ナ

リ

犯罪ニ因テ得タル物件ト赃物トハ其性質ヲ異ニスルニ拘ハラズ被告ノ所有ニ歸シタル赃物ニ對シテ刑法第四十三條第三號ニ依リ之ヲ沒收シタル左記ノ判決ハ失當ナリ

詐欺取財ノ件

明治四十年(九)第六五號同年二月十五日宣旨大審院第一刑事部判決

判決理由

因テ按スルニ押收ニ係ル金三十二圓四十九錢ハ熊太郎伊作等カ偽造紙幣ヲ購入スル爲メ其對價トシテ被告等ニ交付シタルモノニシテ不法ノ原因ノ爲ニ給付シタルモノナレハ熊太郎伊作等ハ民法第七百八條ニ依リ其返還ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス故ニ右金圓カ被告助太郎ノ手裡ニ存在スルニ於テハ裁判所ハ刑法第四十三條第三號ニ依リ之ヲ沒收セサルヘカラサルモノトス然ルニ原判決爰ニ出テス之ヲ熊太郎伊作等ニ還付シタルハ所論ノ如ク失當タルヲ免レス

備考

改正刑法ハ現行刑法第一編第二章第四節徵償處分ニ關スル規定ハ刑事訴訟法ノ規定ニ讓ルコトトシテ之ヲ削除シタリト雖モ改正刑法第十九條第三號ニ所謂犯罪ニ因リ得タル物件ト同法第二百五十六條ニ所謂贓物トノ區別ニ付テハ本文ノ論旨ハ全然之ヲ適用スルコトヲ得ヘキナリ

第七 目的物ニ關スル錯誤ニ就テ

官文書毀棄ノ件

明治四十年(九)第四二八號同年五月二十三日大審院第二刑事部判決

判決理由

原判決ニ前略煙草專賣局書記根本一郎ヨリ煙草專賣法違犯事件ニ付其取調ヲ受ケ其事實ヲ自白シ同書記ノ作成シタル尋問顛末書ニ署名捺印シ同書記カ之ヲ携ヘ立去リタル後其自白ヲ悔ヒ該書類ヲ取戻シテ之ヲ毀滅セント決意シ云云同書

記カ再ヒ被告方ニ臨ムヤ被告ハ一二應答ノ末同書記ノ携帶スル靴ヲ奪ヒ在中ノ
 官文書一通即チ同書記カ金岩イシノ煙草專賣法違犯事件ニ付イシニ對シ尋問ノ
 上職務上作成シタル所ノ尋問顛末書ヲ取出シ之ヲ自己ニ對スル前記ノ尋問顛末
 書ナリト誤信シ即坐ニ引裂キ火中ニ投シ燒棄シタルモノナリトアリテ被告カ現
 ニ毀棄シタル文書ハ其毀棄セント欲シタル文書ニ非サルヲ以テ意思ト行爲ノ聯
 絡ヲ欠クモノ、如シト雖官文書毀棄罪ハ官吏ノ職務上作リタル文書ヲ毀棄スル
 ノ意思ト毀棄ナル結果ヲ生スルニ因テ成立スルモノニシテ前示事實ノ如ク被告
 ハ官文書ヲ毀棄スルノ意思ヲ以テ毀棄シタルモノナレハ目的物ノ上ニ錯誤アル
 モ其毀棄セラレタル物體カ官文書タル以上ハ法律上毀棄ノ犯意ト毀棄ナル結果
 ト相一致スルヲ以テ官文書毀棄罪ヲ構成スルヲ妨ケス殺傷ニ付キ刑法ニ於テ特
 ニ誤殺又ハ誤傷ニ關スル明文アルハ適用上疑義ノ發生ヲ豫防スル爲ニ外ナラス
 シテ殺傷ノ意思ト殺傷ノ結果ヲ生スルニ於テハ殺傷罪ヲ成スモノニシテ此特條
 ヲ俟テ始テ誤殺誤傷ヲ處罰スルコトヲ得ルモノニアラサレハ文書毀棄ニ付誤殺
 傷ニ於ケルカ如キ正條ナシトテ之ヲ以テ本件ヲ無罪ナリトノ論據トナスヲ得ス

批評

犯罪ノ特別構成要件タル事實又ハ刑罰加重ノ原因タル事實ニ關シ行爲者カ
 具體的ニ豫見シタル事實ニ付テ錯誤アル場合ニ於テ例ヘハ本件事實ノ如ク
 甲ナル官文書ヲ毀棄スル故意ヲ以テ乙ナル官文書ヲ毀棄スルカ如シ行爲者
 カ其結果ニ付テ犯意ヲ有シタリトシテ刑法上ノ責任ヲ負フヘキヤ否ヤト云
 フニ此場合ニ於テハ行爲者カ作爲ニ依テ發生シ又ハ不作爲ニ依テ妨止セサ
 リシ結果ニ關スル豫想ト現實ノ結果トノ間ニ於テハ元ヨリ一致ヲ欠クト雖
 モ犯意ノ成立ニハ行爲ノ因果關係ニ關スル豫想ト現實ノ結果ト必スシモ全
 然符合スルコトヲ要セス只タ主要ナル點ニ於テ相一致スルヲ以テ足レリト
 ス而シテ此主要ナル點ニ關スル一致ノ有無ヲ判定スル標準ニ付テハ大凡ソ
 左ノ二説アルカ如シ

第一説行爲者カ現實ノ結果ヲ豫想シ得タリシナラハ其原因トナリタル行爲
 ヲ遂ケサリシ場合ニ於テハ主要ノ點ニ關シテ錯誤アリト云フヘク即チ本件

事實ノ如ク若シ被告人ニ於テ現ニ毀棄セラレタル官文書カ他人ニ對スル尋問顛末書ナルコトヲ豫知シタルナランニハ之ヲ毀棄セザリシト云フ狀況ニアリシナラハ被告ニ於テ官文書毀棄ノ犯意ナシト論セリ

第二說苟クモ犯罪ノ構成ニ必要ナル法律上ノ結果ト行爲者ノ豫想ト相一致スルトキハ主要ノ點ニ於テ一致アリト云フヘク例ヘハ本件事實ノ如ク被告人ハ煙草專賣局書記ノ作成シタル尋問顛末書即チ官文書ヲ毀棄スル意思ヲ以テ現ニ官文書ヲ毀棄シタル以上ハ官文書毀棄罪ノ構成ニ必要ナル官文書毀棄ト云フ法律上ノ結果ト犯人ノ豫想トノ間ニハ主要ノ點ニ於テ一致アリ

從テ此ノ結果ニ付テ犯意アリト論セリ

卑見ニ依レハ犯意ハ罪トナルヘキ事實ノ認識ニシテ苟クモ此ノ事實ヲ認識スル以上ハ犯意ハ完全ニ存在スルモノニシテ決行ノ原因ニ付如何ナル錯誤アルモ犯意ノ存否ヲ斷スルニ何等ノ影響ヲ與フヘキモノニアラス而シテ本件被告ニ於テ現ニ官吏ノ職務上作成シタル文書即チ官文書タルコトヲ豫想シテ之ヲ毀棄シタル以上ハ完全ニ官文書毀棄ノ犯意アリト云フヘク其犯罪

決行ノ原因カ自己ニ係ル尋問顛末書ヲ毀棄スルノ意思ニ出テタルト否ト又其原因ニ付キ如何ナル錯誤アルト否トハ問フヘキニアラスト信ス然ラハ此ト同趣旨ニ出テタル前掲判決理由ハ正當ナリ

叙上ノ理由ト同一趣旨ニ依リ左記ノ判決理由モ亦正當ナリ

私印私書偽造行使詐欺取財ノ件

明治四十年(九)第八六六號同年十月三十日宣旨大審院第二刑事部判決

判決理由

原判決ノ認定ニ依レハ被告ハ東亞生命保險株式會社ニ備ヘ置クヘキ目的ヲ以テ相被告等ト共謀ノ上大阪商船株式會社ノ株券ヲ偽造シ完成ノ後之ヲ所期ノ如ク生命保險株式會社ニ備付ケスシテ相被告人ニ於テ之ヲ銀行ニ擔保トシテ差入レタリ右ハ被告カ當初其豫想シタル所ト行使ノ對手ヲ異ニスントモ苟クモ行使ノ意思ヲ以テ偽造ヲ爲シタル以上ハ被告ノ所期以外ノ人ニ行使スルコトアルモ其罪責ヲ免ルルコトヲ得サルヤ明ナリ

備考

改正刑法第三十八條ニ規定スル犯意ニ付テモ本文ト同趣旨ニ解スベキナリ

第八 官吏カ自己ノ職務ニ關スル事項ヲ以テ

恐喝ノ手段トシ名ヲ賄賂ニ假リ財物ヲ

騙取シタルトキハ恐喝取財ノミヲ構成

スルニ止マリ官吏收賄罪ヲ構成セサル

カ(一罪ニ對スル法規ノ競合)

恐喝取財ノ件

明治三十九年(九)第八一四號同年十月一日
官告大審院第二刑事部判決

判決理由

加害者カ始メヨリ財物騙取ノ目的ヲ以テ恐喝手段ヲ施シ其結果財物ノ騙取ヲ遂

ケタルモノナルニ於テハ恐喝取財罪ハ完全ニ成立スヘク加害者カ官吏ニシテ恐喝ノ爲メニ用ヒタル手段カ其ノ官吏ノ職務ニ關シ被害者カ財物ヲ交付シタルハ全ク加害者タル官吏ノ職務上ノ行爲ヲ止ムルノ目的ニ出タル場合ト雖モ其財物ノ交付ヲ受ケタル加害者ノ所爲ハ恐喝取財罪ヲ構成シ官吏收賄罪ヲ構成スルコトナシ何トナレハ此ノ場合ニ於ケル財物ノ授受ハ加害者カ財物騙取ノ目的ヲ以テ被害者ニ加ヘタル恐喝ノ結果ニシテ官吏カ單ニ人ノ請託ヲ受ケ金品ノ贈賄ヲ受ケテ之ヲ收受シ其金品カ當事者ノ承諾上平穩ニ行ハル、所ノ官吏收賄罪ト日ヲ同フシテ論スルコトヲ得サルヲ以テナリ

批評

本判決理由ニ依レハ加害者カ始メヨリ財物騙取ノ目的ヲ以テ官吏ノ職務ニ關スル事項ヲ以テ恐喝手段ヲ用ヒ被害者ハ其恐喝ニ基キ官吏ノ職務上ノ行爲ニ關シ囑託ノ目的ヲ以テ財物ヲ授受シタル場合ニ於テハ恐喝取財ハ完成スヘク官吏收賄罪ヲ構成スルコトナシト斷定シ其理由トシテ(一)財物ノ授受

カ恐喝取財ノ目的ニ出テタル恐喝ノ結果タルコト(二)官吏カ單ニ人ノ請託ヲ受ケ金品ノ贈賄ヲ受ケタルニ非サルコト(三)財物贈與者ノ承諾上平穩ニ行ハシタルニ非サルコトヲ以テ説明セリ以上ノ論旨ハ果シテ正當ナリヤ疑ナキヲ得ス本問ノ事實カ恐喝取財罪ヲ規定スル刑法第三百九十條第一項ノ法規ニ該當ストスルモ(但シ不法ノ原因ノ爲メ被欺罔者ヲシテ財物ヲ給付セシメタルトキハ詐欺取財ヲ構成ストノ説アリ)此ト同時ニ又一面ニ於テ官吏收賄罪ヲ規定スル刑法第二百八十四條以下ノ法規ニ該當セサルカ疑ヒナキヲ得ス官吏收賄罪ハ官吏カ其職務ニ關シ人ノ囑託ヲ受ケ賄賂ヲ收受シ又ハ聽許スルニ依テ成立スル罪ニシテ(一)其囑託ヲ受クルコトハ必スシモ受動的タルコトヲ要セス官吏ヨリ進ンテ其囑託ヲ促シ其囑託ノ對價トシテ財物其他ノ利益ノ贈與ヲ請求スルモ敢テ同罪ノ成立ヲ妨クヘキモノニアラス況ンヤ外國立法例ニ於テハ官吏カ賄賂ヲ請求スルノミヲ以テ賄賂收受ト共ニ等シク處罰スルモノアリ現行刑法ハ特ニ之ヲ規定セスト雖モ官吏ノ請求ニ基ク收賄ハ同罪ヲ成立セシメストノ法意ナリト解スヘキ理由ナシ(二)苟クモ官吏ノ

職務ニ關シテ爲シタル囑託ノ對價トシテ贈與シタル財物其他ノ利益タル以上ハ完全ニ賄賂ノ性質ヲ具備シ其授受ニ付テ贈賄者ノ心裡ニ不穩ノ狀況アルト否トハ同罪ノ成否ヲ左右スヘキ理由ナシ例ヘハ民事ノ裁判官カ訴訟當事者ノ一方ニ對シテ若シ贈賄セサルハ相手方勝利ノ判決ヲ下スヘシト告ケテ贈賄ヲ促カシ又ハ賄賂額ノ増加ヲ請求シタル場合ニ於テ贈賄者ノ心裡ニ不穩ノ狀況ヲ呈スルハ普通ナリトス此ノ場合ニ於テ何故ニ官吏收賄罪ノ成立ヲ否認スヘキカ若シ理由ヲ示サスシテ漫然之ヲ否認スルモノアラハ獨斷タルニ過キス(三)囑託ノ事項カ苟クモ官吏ノ職務ニ關スル以上ハ其内容ハ必スシモ正當ナルコトヲ要セス不法ナル民事裁判ヲ求ムルカ如キ或ハ刑事ノ裁判官ニ對シ被告人ヲ曲庇又ハ陷害スルコトヲ求ムルカ如キ不法ナル囑託モ又同罪ノ成立ヲ妨ケサルナリ(刑法第二百八十四條第二項第二百八十五條第二項第二百八十六條第二項第三項參照)此ノ如ク官吏ノ職務ニ關シ(一般)的職務權限ノ範圍ヲ指シ具體的職務權限ノ謂ニ非ス(官吏ノ不法ナル行爲ヲ目的トスル場合ニ於テモ同罪ノ成立ヲ妨クヘキモノニアラサルカ故ニ若シ

本件ノ場合ニ於テ賄賂請求ノ手段ニ用キラレタル事項カ官吏ノ正常ナル職務行爲ニ非サルカ故ニ官吏收賄罪ヲ成立セスト論スルモノアラハ誤見ナリ(新判例批評第一卷第十號第五十七職權行爲ヲ手段トスル恐喝取財參照)四同罪ノ成立ニハ囑託ヲ受ケタル官吏ニ於テ眞實其囑託ヲ履行スル意思アルト否トハ問フヘキニ非ス何トナレハ法文ニ官吏カ囑託ニ基キ不正ノ處分ヲ爲シタル場合ト然ラサル場合トヲ區別シ其刑ヲ輕重シタルニ依テモ明了ナルノミナラス官吏收賄罪ノ處罰理由ハ官吏カ其職務ニ關スル囑託ヲ理由トシ法規ニ依ラス人ヨリ對價ヲ收受シ又ハ聽許スルコトニ依テ自己ノ職務上ノ信用ヲ侵害スル瀆職行爲タルノ點ニ存スルカ故ニ官吏カ囑託ヲ履行スル意思ノ有無ハ之カ處罰理由ニ何等ノ影響ヲ與フル者ニ非ス然レハ官吏ニ於テ始メヨリ囑託履行ノ意思ナク單ニ賄賂ヲ收受スルコトヲ目的ト爲シタルト否トハ同罪ノ成立ニ影響ナシト云ハサルヘカラス從テ若シ本件ノ場合ハ官吏ニ於テ囑託ニ係ル職務上ノ行爲ヲ實行スル意思ナカリシカ故ニ同罪ヲ成立セスト論スル者アラハ誤見ナリ(同上判例批評第五十七參照)以上ノ說明ヲ綜合スルハ官吏カ自己ノ一般

的職務權限例ヘハ司法警察官カ犯罪ヲ搜查告發スル一般的權限アルカ如シノ範圍内ニ屬スル事項ニ關シ贈賄者ノ利益ノ爲メ不正ノ處分ヲ爲スヘキ旨ヲ告ケ官吏ニ於テ之カ處分ヲ爲スノ意思ナシトスルモ因テ人ノ囑託ヲ促シ且ツ是ニ關スル對價即チ賄賂ヲ請求シ之ヲ收受又ハ聽許シタル以上ハ明カニ官吏收賄罪ノ法規ニ該當スルモノト云ハサルヘカラス而シテ其請求ノ方法カ贈與者ヲ畏怖セシメタリトセハ(被害ノ念ヲ起サシメタリトセハ)此同一行爲カ官吏收賄罪ノ外ニ更ニ恐喝取財ノ法規ニ該當スト云フニ止マル而シテ官吏收賄罪ハ恐喝取財ニ對シテ補助的規定ニアラス又恐喝取財ハ財産ヲ侵害シ官吏收賄罪ハ官吏ノ職務上ノ信用ヲ侵害スル罪ニシテ兩者其侵害スル所ノ法益ヲ異ニスル故ニ前者ハ後者ヲ包括スヘキ性質ノモノニ非ス然ルニ恐喝取財ノ法規ニ該當スルカ故ニ官吏收賄罪ノ法規ニ該當スルコトヲ得スト云フモノアラハ之ト反對ニ本件ノ行爲ハ官吏收賄罪ノ法規ニ該當スルカ故ニ恐喝取財ノ法規ニ該當スルコトヲ得スト云フト何ソ擇ハン然ラハ本件ハ如何ニ處罰スヘキカ若シ大審院從來ノ判例ノ如ク罪ノ個數ヲ定ムルニ付

キ行爲ノ數ニ拘ハラズ法益侵害ノ個數ヲ標準トスル說ヲ採ルトキハ(明治三十六年九月二六〇九號同三十七年一月二十一日宣告大審院判決參照)本件ハ二罪ヲ以テ論セサルヘカラス然レハ本判決理由ニ於テ單ニ恐喝取財ノ一罪ヲ以テ論シタルハ前提ト結論トノ間ニ矛盾アリト云ハサルヘカラス反之若シ行爲ノ個數ヲ以テ罪ノ個數ヲ定ムル標準トスル說ヲ採ラハ(余輩ハ此ノ說ヲ採ル)此ノ場合ハ假令法益侵害ノ數ハ二個ナリト雖モ行爲カ同一ナルニ依リ單ニ一罪ヲ構成スルニ止マル而シテ此ノ一罪ニ對シテ何レノ法規ヲ適用スヘキヤ(法規ノ競合)ヲ考フルニ本件ノ場合ノ如ク同一行爲ニ依リ違反セラレタル數個ノ法規中ニ同一行爲ノ全部ヲ總括スヘキ法規ノ存セサル時ハ以上二個ノ法規ヲ對照シテ最モ重キ刑ヲ科スル所ノ法規ヲ選ヒ之ヲ適用スヘキナリ從テ若シ刑事ノ裁判官カ刑事裁判ニ關シテ賄賂ヲ收受シ因テ被告人ヲ陷害シタルトキハ其恐喝取財ノ刑ニ比シテ重キカ故ニ刑法第二百八十六條第三項又ハ第四項ノ法規ヲ適用シテ處罰スヘキナリ

刑事裁判官カ誣告者ニ對シテ贈賄ヲ強請スルニ當リ若シ贈賄セハ被誣告者ヲ陷害スヘク然ラサレハ汝ヲ誣告者トシテ告發スヘシト恐喝シテ贈賄ヲ受クルモ官吏收賄ヲ以テ論スルコトヲ得ス從テ假令其官吏カ誣告者ノ囑託ニ因テ被誣告者ヲ陷害スルモ刑法第二百八十六條第三項又ハ第四項ヲ適用スルコトヲ得ス常ニ同法第三百九十條第一項ニ依リ輕キ刑ヲ科スルカ如キ不權衡ナル結論ヲ生スヘキナリ

備考

恐喝取財ト收賄罪ノ關係ニ付テハ現行刑法ト改正刑法(改正刑法第二百四十九條第一項恐喝ノ罪同法第九十七條收賄罪參照)トノ間ニ毫モ異ナル所ナク改正刑法第五十四條第一項ニハ一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸レタルトキハ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス下アルカ故ニ本件ノ事實ハ改正刑法ノ下ニハ前記第五十四條ニ依リ處斷スヘキナリ然レトモ前掲判決理由ノ趣旨ニ從ヘハ本件ノ事實ハ收賄罪ノ規定ニ該當セスト云ハサルヘカラス從テ改正

刑法ノ下ニモ常ニ恐喝取財ヲ以テ論スヘク同法第五十四條ヲ適用スルコトヲ得ストノ結論ヲ生スヘキコトヲ注意スヘキナリ

第九 一般人ヲ欺罔スルノ意思ヲ以テ唯一ノ

詐術ヲ用井テ數人ヲ其詐術ニ陷レ財物

ヲ騙取シタル所爲ハ單一ノ詐欺取財罪

ヲ構成スルヤ否ヤ

詐欺取財ノ件

明治三十九年(九)九五四號同年十一月九日大審院刑事二部判決

判決理由

依テ案スルニ一罪數罪ヲ區別スルニ付テハ侵害セラレタル法益ノ單數ナルヤ複數ナルヤヲ以テ標準トスルコトヲ要スルコトハ寔ニ所論ノ如ク當院モ亦從來此

ノ趣旨ヲ以テ判決ヲナシ來リタル所ナリ然レトモ法律ノ保護スル法益中各人ニ固有ニシテ格別ニ觀察シ別箇獨立ナル犯罪ノ目的トナスコトヲ要スルモノト包括的ニ之ヲ觀察シ數個ノ法益侵害ヲ網羅シ一括シテ之ヲ犯罪ノ目的トナスコトヲ得ルモノトアリ人ノ生命名譽體軀等ノ如キ其人ト分離スルコトヲ得サル法益ハ前者ニ屬シ其主體ト分離スルコトヲ得ル財產權ノ侵害ハ後者ニ屬ス故ニ本件ノ如ク一般人ヲ欺罔スルノ意思ヲ以テ唯一ナル詐術ヲ用ヒ數名ノ人ヲ其術中ニ陷レ因テ以テ財物ヲ騙取シタル所爲ハ包括的ニ之ヲ觀察シ唯一ノ詐欺取財トシテ之ヲ論スルヲ相當トシ被害者ノ多少騙取ノ日時場所ノ異同ハ之ヲ問フノ必要ナシ故ニ原院カ被告ノ所爲ハ一罪ヲ構成スルモノトシテ擬律ヲ爲シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ

批評

本判決理由ハ(一)其前段ニ於テ一罪數罪ヲ區別スル標準ハ侵害セラレタル法益ノ個數ヲ標準ト爲スヘキモノニシテ行爲ノ個數ヲ標準トスル說ヲ排斥セ

リ(二)其中段ニ於テ法益中各人ニ固有ニシテ各別ニ之ヲ觀察シ別個獨立ナル法益トナスコトヲ要スルモノト(同判決理由中ニ別個獨立ナル犯罪ノ目的トナスコトヲ要スルモノトアル所謂犯罪ノ目的トハ即チ法益ヲ指スモノト解スルノ外ナシ)包括的ニ之レヲ觀察シ數個ノ法益侵害ヲ網羅シ一括シテ一個ノ法益侵害トナスコトヲ得ルモノトアルコトヲ認メ(三)其末段ニ於テ一般人ヲ欺罔スルノ意思ヲ以テ唯一ナル詐術ヲ用キ數人ヲソノ術中ニ陥レ因テ以テ財物ヲ騙取スル時ハ其數個ノ法益侵害ハ(財産侵害)之ヲ網羅シ包括的ニ觀察シテ單一ノ法益侵害ナリト認ムヘク從テ一個ノ詐欺取財ヲ以テ論スヘキモノナリト結論セリ以上ノ論旨ハ果シテ誤リナキカ疑ナキヲ得ス

第一罪ノ個數ヲ定ムル標準ニ付行爲ノ個數ヲ標準トスル說ト法益侵害ノ個數ヲ標準トスル說トアリテ學說一致セス大審院判例ハ從來後說ヲ採リ(明治三十六年九月二六〇九號同三十七年一月二十一日宣告大審院判決參照)ツ、アリ而シテ余輩ハ前說ヲ採ルモノニシテ其說ヲ可否ハ暫時措キ若シ大審院判例ノ如ク法益侵害ノ個數ヲ標準トスル說ヲ採ルトキハ本件ノ如ク一般人

ヲ欺罔スル意思ヲ以テ唯一ノ詐術ニ因リ數人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタル場合ニ於テ之ヲ單一ノ詐欺取財ナリトシテ論スルニハ此場合ニ於ケル法益侵害ハ結局一個ニ過キサレコトヲ説明セサルヘカラス故ニ本判決ハ本件ニ於ケル被害者數人ニ對スル數個ノ財産權(法益)侵害ハ之ヲ包括的ニ觀察シテ之ヲ網羅シ一括シテ一個ノ法益侵害ト認メ得ヘシトノ趣旨ヲ以テ説明シタリ然レトモ法益侵害ノ個數ヲ定ムルニ付テハ法益中財産權ノ如キ各享有者ノ人格ヨリ分離スルコトヲ得ヘキモノ即チ他人ニ讓渡スルコトヲ得ヘキ法益ニ付テ其被害者ノ數個ナルニ拘ハラヌ又之ヲ一個ノ法益侵害ナリトシテ論シ得ルニハ其數個ノ法益カ相互ノ共同關係 *Zusammengehörigkeit* ヲ維持スルコト換言スレハ財産カ單一ナル保有 *Gewahrsam* ノ下ニ存在スルコトヲ要ス例ヘハ各所有者ヲ異ニスル數個ノ財産カ同一ノ陳列函又ハ同一ノ旅館内ニ存在スル場合ニ於テ此等ノ財物ヲ竊取又ハ毀棄スルモ其法益侵害ハ單一ナリト云フコトヲ得ヘキナリ此ノ如ク數個ノ法益侵害ヲ包括シテ單一ナリト觀察シ得ルニハ其法益相互ノ間ニ共同關係ヲ有スルコトヲ必要トセサル

ヘカラス然ルニ前掲判決理由ノ如ク各法益間ノ相互關係ニハ毫モ顧ミル所ナクシテ専ラ犯人ノ一般的意思(一般人ヲ欺罔スル意思)ヲ理由トシテ之ヲ包括的一個ノ法益侵害ト認メタルハ失當タルヲ免カレス又法益侵害ノ個數ヲ定ムルニハ意思實行ノ數ハ何等ノ影響ヲ與フヘキモノニアラサルカ故ニ犯人ノ用ヒタル詐術(欺罔ノ意思實行)カ唯一タルト否トハ法益侵害ノ個數ヲ定ムルニ何等ノ關係ナキモノナリト云ハサルヘカラス左レハ同判決理由ノ趣旨ヲ貫カントセハ例ヘハ被害者ヲ特定セス一萬圓ノ贓額ヲ得ル意思ヲ以テ數人ニ對シテ別個ノ欺罔手段ニ依リ各人ヨリ別々ニ財物ヲ騙取シ又ハ數軒ヨリ財物ヲ竊取スルモ常ニ一個ノ詐欺取財又ハ竊盜ヲ以テ論セサルヘカラスナルカ如キ奇怪ナル結論ヲ生スヘク要之若シ法益侵害標準說ヲ採ルトセハ本件ノ場合ハ到底單一ノ罪トシテ論スルコトヲ得サルナリ又本件ハ連續犯タル一罪トシテ論スルコトヲモ得サルナリ何トナレハ連續犯ノ觀念ニ付キ主觀主義ヲ採ルモ客觀主義ヲ採ルモ數個ナル個々ノ行爲(例ヘハ騙取ノ行爲)カ法律上單一ナル罪トシテ連絡セラル、ニハ即チ連續犯タル一罪トシテ認

メラル、ニハ必ス侵害セラレタル又ハ侵害セラレントシタル法益ハ常ニ同一ナルコト即チ單一ナルコトヲ要スヘキカ故ニ本件ノ如ク侵害セラレタル財產權ノ個數カ共同關係ヲ有セス從テ單一ナル法益侵害ト認メ得ヘカラスアル場合ニ於テハ連續犯ハ成立スルコトヲ得ス然ラハ本件ハ遂ニ數個ノ詐欺取財ヲ以テ論スルヲ相當トスルカ曰ク法益侵害標準說ヲ採レハ本件ハ到底數罪ヲ以テ論スルノ外ナク此ノ點ニ於テ本判決理由ハ其前提ト結論トノ間ニ大ナル矛盾アリト云ハサルヘカラス反之若シ行爲標準說ヲ採レハ此ノ場合ハ假令法益侵害ノ個數ハ數個ナルモ欺罔ナル意思實行カ唯一即チ單一ナルニ依リ詐欺取財ノ構成要件タル欺罔行爲ハ單一ナリト謂フヘク從テ單一ナル詐欺取財ヲ構成スルニ過キスト論斷セサルヘカラス

備考

罪ノ個數ヲ定ムルニ付キ行爲ノ個數ヲ標準トスヘキカ又ハ侵害セラレタル法益ノ個數ヲ標準トスヘキカニ付テハ學說一致セスト雖モ改正刑法第五十

四條第一項ニ「一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルルトキハ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス」ト規定セルニ由テ觀レハ改正刑法ハ行爲標準說ヲ採リタルコトヲ推知シ得ヘキナリ(同條規定ノ場合ニ付テハ同法第五十一條ノ如ク併合罪ニ付キ數個ノ裁判アリタル場合ニ關スル規定ナキニ由テ觀レハ同條ハ併合罪ヲ規定シタルニアラスシテ一罪ニ對スル法規ノ競合ヲ規定シタルコト明丁ナリ)次ニ改正刑法第二百四十六條ニ規定スル詐欺ノ罪ノ個數ヲ定ムルニ付テモ亦本文ノ論旨ヲ適用スヘキナリ

第十 約束手形ヲ偽造シ併セテ其裏書ヲ偽造

シテ行使シタル所爲ハ約束手形偽造行使ノ一罪ヲ構成スルニ止マルカ(附)文書偽造行使罪ニ因テ侵害セラル、法益ノ性質

約束手形偽造行使詐欺取財ノ件

明治三十九年(九)第八九三號同年十月九日宣旨大審院第一刑事部判決

判決理由

約束手形ヲ偽造シ合セテ其裏書ヲ偽造シテ之ヲ行使シタルトキハ約束手形偽造行使ノ一罪ヲ構成シ裏書ヲ偽造シタル爲メ別ニ一罪ヲ構成スルモノニ非サルコトハ本院カ明治三十四年(九)第一三八號約束手形偽造行使詐欺取財事件ニ付既に判示シタルカ如シ

約束手形偽造行使詐僞取財ノ件

明治三十四年(九)第一三八號同年三月十二日宣旨大審院第二刑事部判決

判決理由

約束手形ヲ偽造シ合セテ其裏書ヲ偽造シテ之ヲ行使シタルトキハ約束手形偽造行使ノ一罪ヲ構成スルモノニシテ裏書ヲ偽造シタル爲メ別ニ一罪ヲ構成スルモノニアラサルヲ以テ原判決ハ相當ニシテ本論旨ハ理由ナシ

批評

罪ノ個數ヲ定ムル標準ニ付テ行爲ノ個數ヲ標準トスルモノト法益侵害ノ個數ヲ標準トスルモノトアリ而シテ大審院判例ハ從來後説ヲ採ルカ故ニ(明治三十六年第九號同三十七年一月二十一日宣告大審院判決參照本問)約束手形ノ振出ヲ偽造シ更ニ裏書ヲ偽造シテ之ヲ行使シタル行爲ヲ一罪ナリト論斷スルニハ此ノ不法行爲ニ依ル法益ノ侵害ハ單一ナルコトヲ説明セサルヘカラス而シテ此ノ場合ニ於ケル法益侵害カ單一ナリヤ否ヤヲ定ムルニハ其前提トシテ文書偽造行使罪ニ依リ侵害セラル、法益ハ偽造セラレタル文書ノ作製名義者ノ信用ナリヤ將タ文書ノ證明形式ニ對スル公ノ信用ナルヤヲ決定セサルヘカラス若シ侵害セラルヘキ法益カ特定シタル個人ノ作製名義ノ信用ナリトセハ二人ノ作製名義ヲ害スレハ二個ノ法益侵害ヲ生スヘク反之若シ侵害セラルヘキ法益カ偽造文書ノ作製名義ニ對スル公ノ信用ナリトスレハ幾人ノ作製名義ヲ詐ルモ其法益侵害ハ同一ニシテ同一人ノ作

製名義ヲ數回ニ詐ルト法益侵害ノ同一ナル點ニ於テ毫モ異ナル所ナキナリ而シテ大審院判例ハ文書偽造行使罪ニ付何レノ見解ヲ採ルヤヲ窺フニ左記ノ判例ニ依リ以上兩説ノ内前説ヲ採ルモノナルコトヲ確認スルニ足ル

明治二十八年一四六〇號同二十九年一月十四日宣告大審院判決要旨ニ依レハ死者名義ノ證書偽造ハ其作製ノ日付カ生活中ニ係ルヲ要ス

約束手形偽造行使ノ件

明治三十年第八二九號同年十月十五日宣告大審院第二刑事部判決

判決理由

因テ原判文ヲ檢スルニ上告論旨ノ如ク原院カ認メタル事實ハ右阪田常次郎ナル者ハ其實現在セル者ニアラスシテ全ク虛無ノ氏名ナリトスルニ在レハ則該小切手ハ他人ノ私書ニアラサルヲ以テ被告等カ之ヲ作爲シタルモ偽造罪ヲ構成スヘ

キ理由アルコトナシ從テ此點ニ付テ無罪ノ言渡ヲ爲スヘキニ原院カ之ヲ私書偽造ノ罪ヲ構成スルモノトシ有罪ノ判決ヲ與ヘタルハ擬律錯誤ニシテ其判決ハ破毀スヘキモノトス

私文書偽造行使詐欺取財ノ件

明治三十八年(レ)第八四〇號同年七月廿五日(レ)宣旨大審院判決

判決理由

按スルニ被告カ本件公正證書ニ記載シタル土見長右衛門ナル氏名ノ者ナキコトハ原判文中土見長右衛門ナル氏名ノ下ニ括弧ヲ以テ實ハ堂見長次郎ト記載シタルニ徴シ自ラ明カニシテ一面虛無ノ人名ヲ以テ公正證書ヲ作成シタルカ如キ觀ナキニアラサルモ特定ノ人ノ文書ヲ偽造スルノ意ヲ以テ故ラニ其本名ヲ用ユルヲ避ケ類似ノ氏名ヲ記載シタルトキハ文書偽造行使罪ヲ構成スルコトハ本院カ明治三十四年(レ)第二〇四號私書偽造行使詐欺取財事件ニ付已ニ判示スル所ニシテ本件ニ付原院カ土見長右衛門ナル氏名ノ下ニ括弧ヲ以テ實ハ堂見長次郎ト記載シタルモ亦土見長右衛門ナル氏名カ虛無ノ人名ナルコトヲ表示スルノ意

ニハアラスシテ其實堂見長次郎ナル者ノ代理資格ヲ詐ハリ公正證書ヲ偽造スルニ當リ被告カ故ラニ其本名ヲ用ユルヲ避ケ土見長右衛門代理人トシテ之ヲ署名シタルモノナルコトヲ明示セントスル趣旨ナルコトヲ推知スルニ足レリ左レハ被告カ土見長右衛門ノ代理トシテ公正證書ニ署名シタルハ虛無ノ人名ヲ署シタルニアラスシテ現ニ生存スル堂見長次郎ノ資格ヲ詐ハリ署名シタルモノナレハ被告ノ所爲カ公正證書偽造行使罪ヲ構成スルヤ論ナシ
即チ以上ノ判決ハ死者ノ作製名義ヲ詐リ其死亡後ノ日付ニ於テ文書ヲ作製スルモ文書偽造トナラス又虛無ノ人ノ作製名義ヲ詐リ文書ヲ作製スルモ文書偽造トナラス文書偽造ノ成立ニハ必ス生存セル特定ノ人カ其生存中ニ其文書ヲ作製シタルモノナルカ如ク文書ノ作製名義ヲ詐ルコトヲ要スト云フニ歸著スヘシ從テ同判旨ニ依レハ文書偽造行使ノ被害者ハ偽造文書ノ行使ヲ受クヘキ者ニアラスシテ作製名義ヲ詐ラレタル文書ノ作製名義者ナリトノ見解ヲ採ルモノト認メサルヘカラス(但シ余輩ハ反對ノ見解ヲ採ル)反之若シ大審院判例ノ趣旨カ文書偽造行使罪ハ文書ノ作製名義ニ對スル公ノ信用ヲ害スルニアリトノ見解ヲ採ルモノ

トセハ苟クモ普通ニ其作製名義ヲ誤信セシムルニ足ルヘキ程度ニ於テ他人名義ノ文書ヲ詐リ作製スル以上ハ常ニ文書ノ偽造タルヘク其詐ラレタル作製名義カ虛無ノ人タルト又ハ死亡後ノ日付ニ於テ作ラレタルト否トハ何等ノ影響ヲ與フヘキ理由ナカルヘキナリ如此大審院判例ハ文書偽造ニ依テ侵害スル法益ハ偽造文書ノ作製名義者ニ存ストノ見解ヲ探ルカ故ニ約束手形振出人ノ作製名義ト約束手形裏書人ノ作製名義トヲ詐ラハ明ラカニ二個ノ法益ヲ侵害シタリト云フヘク而シテ此ノ法益ハ各人ニ專屬スヘキモノニシテ他人ニ讓渡シ得ヘキモノニアラサルカ故ニ之ヲ包括シテ一個ノ法益侵害ト見ルコトヲ得ス左レハ本件ノ場合ニ於テ假令偽造文書ノ行使ハ單一ナリト雖モ大審院從來ノ判例ニ依ラハ二個ノ文書偽造行使ヲ以テ論スルニ非ラサレハ論理ノ誤謬ヲ免レサルナリ然ルニ本件判決理由ニ於テ之ヲ一個ノ文書偽造行使トシテ論シタルハ其理由ノ説明ニ於テ錯誤アリト云ハサルヘカラス加之本判決理由ハ左記ノ判決理由ト矛盾スヘシ明治三十四年第八三三號同年六月十一日宣告大審院判決ニ依レハ二人ヲ陷害センカ爲メ誣告ヲ爲シタルトキハ其各人ニ對シ各誣告罪ヲ構成ス從テ其告訴狀

カ一通ナリトシテ之ヲ以テ一所爲ト見做スヲ得ス

即チ二人ヲ陷害スル爲メ一通ノ告訴狀ヲ提出スルト二人ノ文書作製名義ヲ詐リ同時ニ之ヲ行使スルト二人ノ專屬法益ヲ侵害スル點ニ於テ毫モ異ナル理由ナキニ拘ハラス一ハ二罪ヲ以テ論シ他ハ一罪ヲ以テ論スルハ明ラカニ其斷定ニ矛盾アリト云ハサルヘカラス
 卑見ニ依レハ文書偽造ニ依テ侵害スル法益ハ文書ノ作成名義ニ對スル公ノ信用ナリト解スルノミナラス罪ノ個數ヲ定ムル標準ハ行爲ノ個數ニ據ルヘシトノ説ヲ探ルカ故ニ假令幾人ノ文書作製名義ヲ詐ルト雖モ苟クモ其行使ニシテ單一ナル以上ハ文書偽造行使罪ノ構成要件タル不法行爲ノ一部タル行使ノ行爲ハ一個ナルカ故ニ一罪ヲ構成ストノ結論ヲ生スルナリ

備考

私文書偽造罪ニ關シ現行刑法第二百九條第二百十條ト改正刑法第五百十九條トヲ對照スルニ文書偽造ノ性質ハ兩者ノ間ニ毫モ異ナル所ナシ而シテ現

行刑法ハ重罪輕罪ノ數罪俱發ノ處罰方法ニ付吸收主義ヲ採リタルニ反シ改正刑法ハ併合罪ノ處罰方法ニ付テハ制限加重主義改正刑法第四十七條又ハ併科主義改正刑法第四十八條ヲ採ルカ故ニ一罪數罪ノ區別ハ犯人ノ責任ニ至大ノ影響ヲ及ホスヘキコトヲ注意スヘキナリ而シテ改正刑法カ一罪數罪ヲ區別スルニ行爲ノ個數ヲ以テ標準トスルノ說ヲ採用シタルコトハ同法第五十四條ニ於テ「一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸レタルトキハ其重キ刑ヲ以テ處斷ス」ト規定セルニ由テ觀ルモ明瞭ナリトス同條ハ數罪ヲ規定シタルニアラスシテ法規ノ競合ヲ規定シタルモノナリ(前號備考參照)

**第十一 文書ヲ偽造又ハ變造スルコトニ因テ
詐欺取財ヲ爲シタル者ノ處分(刑法第
三百九十條第二項ノ適用)**

公文書偽造行使公印盜用及詐欺取財ノ件

明治三十八年(七)第一二七五號明治三十八年十一月十三日大審院宣告

判決理由

刑法第三百九十條第二項ニハ「因テ官私ノ文書ヲ偽造シ又ハ増減變換シタル者ハ偽造ノ各本條ニ照ラシ重キニ從テ處斷ス」トアリテ本件ノ如ク詐欺取財ヲ爲スニ因テ文書ヲ偽造行使シタル場合ニ於テハ其各所爲ノ輕重ヲ比照シ一ノ重キニ從テ處斷セサルヘカラス而シテ其輕重ヲ比照スルニハ先ツ各所爲ニ付加重若クハ減輕ヲ爲スニアラサレハ果シテ何レカ輕何レカ重ナルヤヲ知ルヘカラサルヲ以テ原院カ各所爲ニ付減輕ヲ爲シタル上刑法第三百九十條第二項ヲ適用シテ一ノ重キ所爲ニ從ヒ處斷シタルハ相當ナリ

批評

即チ同判旨ニ依レハ刑法第三百九十條第二項ニ依リ文書偽造行使詐欺取財ノ刑ヲ定ムルニハ文書偽造罪ト詐欺取財中加重減輕ノ情狀アルモノハ先ツ加重減輕ノ法條ヲ適用シテ各刑罰金額ノ範圍ヲ定メ然ル後其重キニ從ヒ

處斷スヘキモノナリト謂フニアリ
 然レトモ文書偽造ニ因ル詐欺取財ハ一個ノ結合犯ニシテ文書偽造行使罪ト
 詐欺取財トノ二罪俱發ニアラサルコトハ從來大審院判例(明治三十七年)第
 二一九八號大審院刑事聯合判決參照ニ於テモ亦學說ニ於テモ一致スル所ニ
 シテ異論ナキ所ナリ既ニ一罪タル以上ハ此ニ科スヘキ本刑(法定刑)ナルヘカ
 ラス然ラサレハ重罪、輕罪、違警罪ノ内何レニ屬スルカヲ定ムルコトヲ得ス(刑
 事訴訟法第八條第六十二條第二百三十七條刑法第九十二條等參照)而シテ重
 罪、輕罪、違警罪ノ區別ノ標準タル本刑ヲ定ムルニ付テハ多少ノ異論ナキニ非
 スト雖モ刑法第九十九條第二項ニ列記スル加重減輕ハ以上區別ノ標準ニ影
 響ヲ及ボサ、ルコトハ異論ナキ所ナリ然ルニ前掲判旨ニ依レハ文書偽造行
 使詐欺取財ノ本刑ハ各種ノ加重減輕ノ結果ニ依テ定マルコトトナルカ若ク
 ハ同罪ニハ本刑ナシト論セサルヘカラサルノ止ムヲ得サルニ陷ル可キナリ
 要之同判旨ハ文書偽造行使ニ因ル詐欺取財ハ一罪タルコトヲ認メナカラ之
 カ刑罰ヲ定ムルニ付テハ文書偽造行使罪ト詐欺取財ト二罪俱發ト同視シタ

ルノ誤謬ニ出テタルモノニハアラサルカ
 卑見ニ依レハ刑法第三百九十條第二項ノ規定ハ文書偽造行使罪ニ關スル各
 本條ニ規定スル本刑ト詐欺取財ノ本刑トヲ比較シ重キ本刑ヲ以テ一罪タル
 文書偽造行使詐欺取財ノ本刑ト爲スノ趣旨ニシテ此ノ關係ニ於テハ刑法第
 三百八十條第三百八十一條ト異ナルコトナシト信ス從テ此ノ場合ニ於テハ
 一罪タル文書偽造行使詐欺取財罪ニ關シテ各種ノ加重減輕ノ原因ハ存在シ
 得ヘキモ其犯罪構成要件タル行爲ノ一部ニ屬スル文書偽造行使若クハ詐欺
 取財ト云フ各個ノ部分ニ關シテ加重減輕ノ原因ハ存在スルコトヲ得サルナ
 リ故ニ此結合犯ニ對スル加重減輕ノ原因存スルトキハ此結合犯ノ本刑ヨリ
 加重減輕ヲ爲スヘキモノニシテ例ヘハ再犯加重ノ場合ニ於テハ此ノ本刑ニ
 一等ヲ加フヘク自首減輕ノ場合ニ於テハ此ノ本刑ヨリ減等スヘキナリ但シ
 此ニ注意スヘキハ自首ハ犯罪ノ全部ニ付テ申告スルコトヲ要スルカ故ニ假
 令其ノ犯罪行爲ノ一部分タル文書偽造行使ニ付テノミ申告スルモ未タ以テ
 結合犯ニ對スル自首アリタリト云フコトヲ得ス從テ此ノ場合ニ於テハ自首

減等ヲ與フルコトヲ得サルナリ

備考

改正刑法ハ現行刑法第三百九十條第二項ヲ削除シタリト雖モ同法第五十四條ニ「犯罪ノ手段タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ルルトキハ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス」ト規定セリ同條ハ一個ノ犯罪行爲カ他ノ犯罪行爲ノ手段トシテ行ハレタル場合ニ於テ此ノ數行爲カ單一ニ連結セラレテ一個ノ罪ヲ爲ス場合ニ關スル規定ニシテ同條ニ依リ犯罪ノ手段タル行爲カ之ヲ手段トシタル別個ノ行爲結果タル行爲ト連結シテ單一ナル罪ヲ爲スニハ一カ他ノ犯罪ノ法律上ノ特徴タルカ例ヘハ偽造印ヲ使用シテ文書ヲ偽造スルカ如シ(改正刑法第二編第十七章文書偽造ノ罪ト第十九章印章偽造ノ罪トノ規定對照)又ハ一カ他ノ犯罪ニ對シテ普通ニ用ヒラルヘキノ手段ナリトシテ立法者カ暗黙ニ豫見シタルモノナルコトヲ要シ反之例ヘハ殺人ノ手段トシテ他人ノ拳銃ヲ竊取スルカ如キ場合即チ一カ他ノ犯罪ノ豫備手段タルニ止マリ叙上ノ條件

ヲ具備セザル場合ヲ包含セサルコトヲ注意セサルヘカラス而シテ文書ヲ偽造又ハ變造スルコトハ詐欺取財改正刑法第二百四十六條第一項ノ罪ノ構成要件ニアラサルカ故ニ同罪ノ法律上ノ特徴ニ非サルコトハ明ラカナリト雖モ同罪ノ手段トシテ普通ニ用ヒラルヘキノモノトシテ立法者カ暗黙ニ豫見シタルモノナリト謂ヒ得サルカ此ノ點ニ關シテハ幾分ノ疑ヲ容ルノ餘地ナキニアラスト雖モ現行刑法第三百九十條第二項ノ場合並ニ官吏自ラ監守スル所ノ金穀物件ヲ竊取スルコトニ因テ官ノ文書簿冊ヲ増減變換シ又ハ毀棄シタル場合(現行刑法第二百八十九條)ニ關シテ現行刑法ニ特別ノ規定アリシヲ改正刑法ニ於テ之ヲ削除シタルハ蓋シ立法者ハ此等ノ場合ハ當然同法第五十四條ノ規定ニ包含セララルモノトシテ包括的ニ之ヲ規定シタルモノト解スルヲ正當ナリトス

終リニ改正刑法第五十四條規定ノ場合ハ一罪ナリヤ數罪ナリヤヲ考フルニ同條ノ場合ニ關シテハ同法第五十一條ノ如キ(併合罪ニ付キ二個以上ノ裁判アリタル場合ニ於ケル其刑ノ執行方法)規定ノ設ナキニ依テ觀レハ同條ノ場

合ハ次條第五十五條連續犯ノ規定ト共ニ一個ノ罪トシテ規定セラレタルコト明了ナルヘシ

第十二 監守盜ト官文書ノ變造毀棄トノ關係

ニ就テ

公文書偽造行使監守盜ノ件

明治三十八年(れ)第九一五號
同年十月五日大審院宣告

判決理由

刑法第二百八十九條第二項ノ監守盜ヲ爲スニ因テ官ノ文書簿冊ヲ増減變換シ又ハ毀棄シタル所爲ハ同法第二百五條ノ管掌文書偽造又ハ變造行使罪ノ例ニ照シテ處斷スヘキコトヲ規定シタルニ過キスシテ監守盜ノ所爲ト文書簿冊ノ變造又ハ毀棄ノ所爲トヲ一罪トシテ處斷スルノ謂ヒニアラス

批評

刑法第二百八十九條第二項ハ監守盜罪ト官文書ヲ増減變換シ又ハ毀棄スル罪トヲ結合シテ獨立シタル別個ノ一罪トシテ規定シタルモノニシテ同項末文ニ於テ第二百五條ノ例ニ照シテ處斷スト規定セルハ本罪ニ對スル本刑(法定刑)ヲ定ムルニ付キ強盜傷人罪(刑法第三百八十條)強盜強姦罪(刑法第三百八十一條)ノ如キ結合犯ノ例ト異リ特例ニ依リタルニ過キス恰モ刑法第三百九十條第二項ニ於テ詐欺取財ヲ爲スニ因テ文書ヲ偽造又ハ増減變換シタル場合ヲ獨立ノ一罪トシ此カ本刑ヲ定ムルニ付キ偽造ノ各本條ニ照シ一ノ重キニ從テ處斷スト規定セルト異ナルコトナキナリ然ルニ大審院判例ニ於テハ後ノ場合(刑法第三百九十條第二項)ニ付テハ一罪說ヲ採リ明治三十七年(第二一九八號大審院刑事部聯合判決參照)ナカラ反之前ノ場合(刑法第二百八十九條第二項)ニ於テハ數罪說ヲ採ルハ明ラカニ論理上矛盾スルモノト云ハサルヘカラス

備考

前號備考參照

第十三 一ノ犯罪行為カ他ノ手段トシテ行ハ

レタル場合ノ處罰方法同一人カ吸食ノ意思ヲ以テ阿片烟ヲ受寄シ若クハ所有シタル後之ヲ吸食シタル場合

阿片烟吸食等ノ件

明治三十九年(九)第四三六號同年五月二十四日宣告大審院第二刑事部判決

判決理由

阿片烟ハ自ラ之ヲ吸食スルノ意思ナクシテ所有シ若クハ受寄占有スルコトアルヘク又ハ他人ノ所有シ若クハ受寄占有スルモノヲ吸食スルコトアルヘク阿片烟ノ所有若クハ受寄ハ常ニ其吸食ノ手段ナリト云フヲ得サルヲ以テ假令同一人カ吸食ノ意思ヲ以テ阿片烟ヲ受寄シ若クハ所有シタル後之ヲ吸食スル場合ニ於テモ刑法第三百九十條第二項ノ如キ規定ナキヲ以テ阿片烟ノ所有若クハ受寄ト其吸食トハ一罪ニ吸收セラル、モノニアラスシテ別罪ヲ構成スルモノト謂ハサルヘカラス故ニ本件被告ノ所爲ヲ二罪トセシ原院ノ擬律ハ相當ナリトス

批評

一個ノ犯罪行為カ他ノ犯罪行為ノ手段トシテ行ハレタル場合ニ於テ一カ他ノ犯罪ノ法律上ノ特徴 *spezifischen Merkmalen* タルカ又ハ一カ他ノ犯罪ニ對シテ普通ニ用ヒラルヘキノ手段ナリトシテ立法者カ暗黙ニ豫見シタリト認メ得ヘキトキハ此等別個ノ犯罪行為ハ法律上單一ニ連結セラレ一罪ヲ以テ論セサルヘカラス例ヘハ鎖鑰盜ニ於テ鎖鑰ヲ開クコトカ加重ノ竊盜刑法第三百六十八條ニ付テノ特徴タルカ如ク又ハ邸宅ニ侵入スルコトハ普通ニ竊盜ノ手段トシテ法律カ豫見スルカ如シ此等ノ場合ニ於テ前例ニ付テハ一個ノ

加重竊盜罪後例ニ付テハ一個ノ普通竊盜ヲ以テ論スヘキコトハ何人モ異論ナカルヘシ果シテ然ラハ假令阿片烟ヲ所有シ又ハ受寄スル罪ノ成立ニハ吸食ヲ目的トスルコトヲ必要トセスト雖モ(刑法第三百四十二條ノ罪)阿片烟ヲ吸食スル(刑法第二百四十一條)ノ手段トシテ之ヲ所有所持シ又ハ受寄スルコトハ極メテ普通ノ状態ニシテ立法者モ亦此ノ關係ヲ默認シタリト云ハサルヘカラス從テ同一人カ吸食ノ目的ヲ以テ阿片烟ヲ受寄又ハ所有シタル後之ヲ吸食シタル場合ニ於テハ二個ノ法規中重キ同法第二百四十一條ノ法規ニ依リ一罪トシテ處斷スルヲ相當ナリトス然ルニ前掲判決理由ニ於テ此ノ事實ニ對シ各法規ヲ適用シ二罪ヲ以テ論シタルハ失當ナリ加之同判旨ヲ貫カントセハ例ヘハ家宅侵入ハ必スシモ屋内竊盜ノ目的ニ出ツルモノニアラス常ニ竊盜ノ手段ナリト云フコトヲ得サルヲ以テ假令竊盜ノ目的ヲ以テ家宅ニ侵入シ且ツ竊盜ヲ爲スモ家宅侵入罪ト竊盜罪ノ二罪ヲ構成スト論セサルヘカラサルノ結果ヲ生スヘキモ斯ル場合ニ關シ大審院判例其他ニ於テ如上ノ結論ヲ與ヘタル例ヲ發見セサルニアラスヤ

備考

改正刑法第五十四條 一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸レ又ハ犯罪ノ手段若クハ結果タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ル、トキハ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス第四十九條第二項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ適用ス
 以上ノ規定中「犯罪ノ手段タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ル、時ハ云々」ノ規定ハ前述ノ法則ヲ法文ニ明記シタルナリ

第十四 補助的處罰規定ノ適用範圍(附)豫戒令 違犯ト恐喝取財トノ關係

恐喝取財及豫戒令違犯ノ件

大審院第一刑事部三九(七)八二九號
 明治三十九年九月二十八日判決言渡

判決理由

豫戒令ニ於テハ未タ刑法ニ定メタル犯罪ヲ構成スル程度ニ至ラサル財物強請ノ如キ不法行為ヲモ處罰スルノ必要アリト爲シタルモノナルモ其行為ニ加ヘ恐喝取財罪ヲ構成スヘキ事實アルトキハ勿論刑法ニ依リテ之ヲ處罰スヘク更ニ財物強請ノ點ヲ分離シ之ヲ豫戒令違反ノ所爲トシテ問擬スルノ律意ニ非ス該行為ハ即チ恐喝取財罪ヲ構成スル事實ノ一部トシテ包括的ニ處罰セラルヘキモノナレハ原判決カ所論第一ノ事實ヲ恐喝取財ナル單一ノ犯罪トシ別ニ豫戒令違反罪ヲ構成スルモノニ非スト説示シタルハ相當ニシテ本論旨ハ理由ナシ

批評

同一行為カ數個ノ處罰法規ニ違反スル場合ニ於テ法規ノ明示又ハ默示ニ依リ一ノ法規カ他ノ法規ニ對シテ補助的關係ヲ有スルトキハ單一他ノ法規ヲ適用スルニ止マリ補助の規定ハ之ヲ適用スルコトヲ得ス而シテ豫戒令ニ於テ財物強請ノ不法行為ヲ處罰スル規定豫戒令第四條第三號ハ刑法第三百九十條第一項恐喝取財ノ規定ニ對シテ補助の規定ト見ルノ外ナキヲ以テ豫戒

令ノ執行ヲ受ケタル者カ財物ヲ強請スルニ當リ恐喝ノ手段ヲ用キ財物ヲ騙取シタルトキハ單一恐喝取財ノ法規ノミヲ適用シテ處罰スヘキナリ然レハ此ト同趣旨ニ出テタル前掲判決ハ正當ナリトス此ト同一理由ニ依リ連續犯タル一個ノ詐欺取財罪タル連續行為中一部ハ既遂ニ終リ一部ハ未遂ニ止マル場合ニ於テモ其一罪タル連續行為中ヨリ特ニ未遂ノ行為ノミヲ分離シテ此ノ部分ニ對シ補助規定タル前記豫戒令違反ノ處罰規定ハ之ヲ適用スル事ヲ得サルナリ酒造税法第二十二條無免許酒類製造處罰ノ規定ト酒母醱及麴取締法第九條無免許酒母醱製造處罰ノ規定トヲ對照スルニ同取締法第一條ニハ本法ハ酒造税法ニ依リ酒類ノ製造免許ヲ受ケスシテ酒母又ハ醱ヲ製造スル者ニ之ヲ適用ストアリ故ニ酒類製造ノ免許ヲ受ケタル以上ハ假令酒母醱ノ製造ニ付特ニ免許ヲ得サルモ同取締法第九條ノ無免許製造ヲ以テ論スヘカラサルヤ論ナク猶同取締法第九條末段ニ仍其酒母醱ハ濁酒ト看做シ酒造税法ニ依リ其總石數ニ對シ直ニ造石税ヲ徵收ス下アリ此等ノ關係ヨリ推及スルトキハ同取締法第九條ハ酒造税法第二十二條ノ處罰規定ニ對シ補助

の規定タルヘク從テ無免許ニテ酒類ヲ製造スル爲メ先ツ無免許ニテ酒母醪ヲ製造シ更ニ之ヲ材料トシテ酒類ヲ製造シタルトキハ其連續行爲ハ假令前記二個ノ法規ニ違背スト雖モ單ニ酒造稅第二十二條ニ依リ處罰スルニ止マリ更ニ同取締法第九條ニ依リ處罰スルコトヲ得サルナリ猶此ノ點ニ關シ次ノ判例批評ヲ參照セラレンコトヲ乞フ

無免許清酒製造ト無免許醪製造トノ關係

明治三十八年九月二十一日宣告大審院判決要旨ニ曰ク依テ按スルニ酒母醪及麴取締法ハ明治三十七年十二月三十一日法律第七號ヲ以テ公布セラレタル以來未タ曾テ廢止セラレタルコトナシ又酒造稅法中酒母及醪ニ關スル規定ハ同日法律第三號ヲ以テ全部削除セラレタリ而シテ酒母醪及ヒ麴取締法第九條ニハ免許ヲ受ケスシテ酒母醪若クハ麴ヲ製造シタル者又ハ云々シタルモノハ三十圓以上五百圓以下ノ罰金ニ處シ云々トアリ又現行酒造稅法第二十二條ニハ「免許ヲ受ケスシテ酒類ヲ製造シタル者ハ五十圓以上五千圓以下ノ罰金ニ處ス」トアリテ酒類製造ノ免許ヲ受ケサル者

カ酒類ヲ製造シタルトキハ酒造稅法第二十二條ニ依リテ處罰シ未タ酒類ヲ製造セサルモ既ニ無免許ニテ酒母又ハ醪ヲ製造シタル以上ハ其目的如何ニ拘ハラズ右取締法第九條ニ依リテ處罰スルノ法意ナルコト明カナレハ原判決ニ於テ被告カ無免許ニテ明治三十八年一月中清酒ヲ製造シ尙ホ同年三月中醪ヲ製造シタル事實ヲ認メタル以上ハ其醪ヲ製造シタルハ如何ナル意思目的ニ出タルヤヲ問ハズ清酒製造ノ所爲ニ付酒造稅法第二十二條ヲ適用スルト同時ニ尙ホ醪製造ノ所爲ニ付テハ右取締法第九條ヲ適用シ二罪俱發ナリトシテ處分セサルヘカラス然ルニ事茲ニ出テス酒造稅法違犯ノ一罪ナリトシテ處分シタルハ失當ニシテ擬律錯誤ノ裁判タルコトヲ免カレス

批評

同判決ニ示サレタル事實ノミニ依ルトキハ前ノ無免許清酒製造ト後ノ無免許醪製造トハ一個ノ連續犯ナリト認ムヘキ關係アリヤ否ヤ不明ナリ若シ此關係ノ存在セサルトキハ同判決ノ如ク二罪ヲ以テ論スルハ元ヨリ正當ナリ

ト雖モ反之若シ前後二個ノ行為ノ間ニ連續犯タルヘキ關係ノ存在スルトキハ無免許清酒製造ノ既遂行為ト其豫備行為同取締法第一條參照ト相連續スル一個ノ犯罪タルニ止マルヘク此ノ一罪ニ對シテハ無免許清酒製造既遂ノ刑ヲ以テ處罰セサルヘカラス(恰モ詐欺取財ノ既遂ト未遂ト互ニ連續シタルトキハ一個ノ連續犯トシテ詐欺取財ノ既遂ヲ以テ論ズヘキカ如シ)若シ反對ノ說ヲ採ルトキハ無免許ニテ清酒ヲ製造スル手段トシテ無免許ニテ醗ヲ製造シ更ニ之ヲ材料トシテ清酒ヲ製造シタル場合ニ於テモ猶前判決ノ如ク二罪俱發ヲ以テ論スルノ止ムヲ得サルニ陷ルヘキナリ此ノ如キ結論ハ酒造稅法并ニ酒母醗及麴取締法ノ趣旨ニアラサルヤ明了ナリトス

備考

本文ノ論旨ハ改正刑法第二百四十九條第一項恐喝取財ノ罪ト豫戒令違犯トノ關係ニ付テモ適用スヘキナリ

第十五 毀棄ノ手段ニ依テ證書ヲ變造シタル 場合ノ罪責

私書變造行使ノ件

明治三十九年(七)第九三六號同年十月十五日宣旨大審院第二刑事部判決

判決理由

依テ案スルニ證書毀棄ノ罪ハ權利義務ニ關スル證書ノ所有者又ハ所持者ヲシテ其權利義務ニ關スル證據ノ全部若クハ一部ヲ失却セシムルノ目的ヲ以テ之ヲ毀損シ其證書ノ全部又ハ一部ヲ利用スルコトヲ得サルニ至ラシムルニ因テ成立スルモノトス然ルニ本件ニ付原判決ノ認定シタル事實ハ前項ニ摘載スル如ク被告ニ於テ我妻金三郎ヨリ提起セラレタル訴訟事件ニ付反證トシテ裁判所ニ提出スル爲メ前記證書ノ右金三郎宛名ノ部分ヲ切取リ恰モ被告一名宛ノ證書ナルモノノ如クニ之ヲ變更シタリト云フニ在リテ要スルニ被告カ該證書ニ對シテ右ノ所

爲ヲ施シタルハ我妻金三郎ヲシテ該證書ヲ利用スルコトヲ得サルニ至ラシムルヲ唯一ノ目的ト爲シタルモノニアラスシテ即チ斯ク變更セラレタル證書ニ據リ訴訟上自己ノ利益ヲ主張セントスルニ外ナラザリシコト原判文上自ラ之ヲ見ルコトヲ得ヘク而シテ擅ニ既存ノ證書ヲ變換シテ自己ノ利益ニ之ヲ使用スルハ是レ即チ證書變造ノ行爲ナルヲ以テ右被告ノ行爲ハ單ニ證書變造ノ罪ヲ構成スルニ止マリ其他ニ證書毀棄ノ罪ヲ構成スヘキ筋合ナシ云々

批評

證書ノ毀棄トハ證書ニ依テ表示セラレタル思想ノ内容ニ付テ其認識ヲ一部不能ナラシムルヲ謂ヒ證書ノ滅盡トハ其認識ヲ全部不能ナラシムルヲ謂ヒ前者ハ證書ノ證據力ノ一部ヲ滅盡スルコトヲ謂ヒ後者ハ其證據力ノ全部ヲ消滅スルコトヲ謂フ而シテ刑法第四百二十四條ニ規定スル所ノ證書ノ毀棄滅盡ノ成立ニ必要ナル犯意ニ付テハ犯人ニ於テ他人ノ權利義務ニ關スル證書ナルコトヲ知り且ツ之ヲ毀棄又ハ滅盡スルノ事實ヲ知ルヲ以テ足レリト

シ其目的ノ如何ハ問フ處ニアラサルナリ然ルニ前掲判決理由ノ前段ニ於テ證書毀棄ノ罪ハ權利義務ニ關スル證書ノ所有者又ハ所持者ヲシテ其權利義務ニ關スル證據ノ全部若クハ一部ヲ失却セシムルノ目的ヲ以テ之ヲ毀損シ其證書ノ全部又ハ一部ヲ利用スルコトヲ得サルニ至ラシムルニ因リテ成立スルモノナリト説明シ同罪ノ成立ニハ犯人ニ於テ單ニ他人ノ權利義務ニ關スル證書ヲ毀棄滅盡スルノ事實ヲ認識スルコトノ外ニ更ニ犯人ニ於テ此等ノ結果ノ發生ヲ希望シタルコト即チ目的トシタルコトヲ要スト解シタルハ刑法第四百二十四條ノ規定ヲ無視シ且ツ獨斷的ニ同罪ノ特別構成要件ヲ認ムルモノニシテ失當タルヲ免レス

次ニ文書ノ變造トハ既ニ真正ニ作成セラレタル文書ノ内容ヲ變更スルコトニ依テ其文書ノ最初ノ證據力ヲ消滅スルカ又ハ其一部ヲ變更スルコトヲ謂フ而シテ文書ノ偽造變造罪ハ文書ニ對スル一般ノ信用ヲ侵害セントスル性質ノ罪ニシテ何人ト雖モ文書ヲ偽造變造スルノ權利ナシ從テ假令自己所有ノ證書ト雖モ行使ノ目的ヲ以テ之ヲ變造行使スレハ同罪ヲ構成スヘキナリ

反之證書毀棄ノ罪ハ證書ノ所有權共有權ヲ含ムヲ侵害スル性質ノ罪ナリ從テ證書ノ所有者カ自己ノ處分權ノ作用トシテ假令證書ヲ毀棄滅盡スルモ證書ノ毀棄滅盡罪ヲ構成セス然レトモ若シ其證書カ他人トノ共有ニ屬スルトキ共有者ノ承諾ナクシテ之ヲ毀棄滅盡スレハ同罪ヲ構成スヘキコトハ敢テ説明ヲ要セス而シテ文書ノ變造ニ付テハ法律ニ其手段ヲ限定セサルカ故ニ前掲判決理由ニ摘載シタル事實ノ如ク文書ヲ毀棄スルコト(證書ニ記載セラレタル宛名二名ノ内一名ノ分ヲ切取ルコト)ニ依テ證書ヲ變造スルコト(一名ニ宛テラレタル證書ノ如ク變更シテ其證書ノ最初ノ證據力ノ一部ヲ減少シタリ)ヲ得ヘシ若シ此ノ場合ニ於テ本件ノ證書カ專ラ被告ノ所有ニ屬スルトキハ別ニ異論ヲ生セスト雖モ若シ其證書ニシテ其宛名人タル二名即チ被告並ニ我妻某トノ共有ニ屬スルトキハ被告ノ所爲ハ明ラカニ刑法第四百二十四條ニ規定スル證書ノ毀棄罪及ヒ同法第二百十條第一項ニ規定スル證書ノ變造罪トノ二個ノ罪名ニ觸ル、モノト云フヘキナリ從テ大審院從來ノ判例(明治三十六年(レ)第一五〇七號同年十月十九日宣告大審院判決參照)ニ依レハ

此ノ場合ニ於テハ(違犯セラレタル數個ノ法規カ各保護スル所ノ法益ヲ異ニスル場合)假令所爲ハ一個ナルモ前記二個ノ犯罪ノ成立ヲ以テ論セサルヘカラス然ルニ前掲判決理由ノ後段ニ於テ本件ノ證書カ被告ト我妻某トノ共有ニ屬スルヤ否ヤノ點ニ付テ論究セサルノミナラス假令毀棄ノ手段ニ於テ證書ヲ變造行使スルモ其宛名中ノ一人タル我妻某ヲシテ該證書ヲ利用スルコトヲ得サルニ至ラシムルヲ唯一ノ目的ト爲シタルニアラサル以上ハ單ニ證書變造ノ罪ヲ構成スルニ止マリ其他ニ證書毀棄ノ罪ヲ構成スヘキモノニアラスト論斷シタルハ證書ノ毀棄罪ト證書ノ變造行使罪トノ關係ニ付テ錯誤アリト云ハサルヘカラス

但シ卑見ニ依レハ一個ノ所爲ハ一罪ヲ構成スルニ止マルトノ見解ヲ採ルカ故ニ前示ノ場合ニ於テハ二個ノ法條ヲ對照シ最モ重キ法定刑ヲ規定スル所ノ法條即チ刑法第二百十條第一項ニ於テ處罰スヘキナリ

參照判決例

明治三十六年(レ)第二六〇九號明治三十七年一月二十一日宣告大審院判決ニ曰ク
 二所爲カ數個ノ刑名ニ觸ルルトキハ其所爲ノ單一ナル點ヨリ一罪ヲ構成スヘキ
 ヤ若クハ其所爲カ數個ノ法律違犯ヲ構成スルノ點ヨリ其法律違犯ノ數ニ相當ス
 ル數個ノ犯罪ヲ構成スルヤ換言スレハ犯罪ノ單一ナルヤ否ヤハ一ニ所爲ノ單一
 ナルヤ否ヤニ依リテ定ムヘキヤ若クハ法律違犯ノ單一タルヤ否ヤヲ標準トスヘ
 キヤハ學者議論ノ一致セサル所ニシテ立法例モ亦々區々ニ出ツル所ナリ而シテ
 或ル立法ニ於テハ一所爲カ數個ノ刑名ニ觸レタル場合ニ付キ其中ノ尤モ重キ刑
 名ニ從ヒ處斷スヘキ者ノ特別規定ヲ設ケ純然タル數罪俱發ノ場合ト區別スルモ
 我刑法ニハ此點ニ付何等規定ヲ設ケサルヲ以テ其所爲ハ刑法第百條ヲ適用スヘ
 キ數個ノ犯罪ヲ構成スルヤ若クハ初メヨリ一ノ刑律ヲ適用スヘキヤ單一ノ犯罪
 ヲ構成スヘキヤハ專ラ犯罪其モノノ觀念如何ニ依リテ定マルヘキモノトス蓋シ
 犯罪ハ刑罰ノ制裁ヲ付シタル有責ノ不法行爲ナルヲ以テ此ノ點ヨリ觀察スルト
 キハ行爲其モノヲ以テ犯罪ノ基本トシ犯罪ノ單一ナルヤ否ヤハ其行爲ノ單一ナ
 ルヤ否ヤヲ以テ唯一ノ標準ト爲スヘキモノト論スルコトヲ得ヘキカ如シ然レト

モ法律カ不法行爲ヲ爲シタルモノニ對シ犯罪人トシテ刑罰ノ制裁ヲ付スル所以
 ノモノハ他ナシ其行爲カ特殊ノ法益ヲ侵害スルカ爲メニシテ其行爲ヲ爲シタル
 犯人ヲシテ其行爲ヨリ生シタル各個ノ法益侵害ニ對シ其責ニ任セシムルモノニ
 外ナラス是レ法律カ各個ノ法益侵害ニ對シ特ニ正條ヲ設ケ之ニ固有ナル刑罰ヲ
 設クル所以ニシテ各個ノ法益侵害ハ實ニ犯罪行爲ノ基本的要素ヲ形成スルモノ
 ト謂ハサルヲ得ス故ニ犯罪ノ單一ナルヤ否ヤヲ定ムルニハ犯人ノ爲シタル法益
 ノ侵害ノ單一ナルヤ否ヤヲ以テ標準トスヘク犯人ノ所爲カ數個ノ刑名ニ觸レ又
 數回同一ノ刑名ニ觸ルル場合ニ於テハ其所爲ノ單一ナルト否トニ論ナク其法
 律違犯ノ數ニ相當スル犯罪ヲ構成スヘキ筋合ナリトス之ヲ換言スルトキハ犯人
 カ其所爲ニ因リ法律ニ罰スル結果ヲ惹起シタルトキハ其結果ニ對シ其都度犯人
 トシテ責任ヲ負フヘク結果毎ニ犯罪成立シ其結果ノ異ナルニ從ヒ犯罪モ亦々異
 ナルノ結果ヲ生スルモノトス是レ當院從來ノ判例ニ於テ屢々判示シタル所ニシ
 テ當院ハ本件ノ上告論旨ニ對シ別ニ之ヲ變更スヘキ理由ヲ發見セサルヲ以テ從
 來ノ判例ヲ維持スルヲ相當ナリト認ム而シテ原院ノ認メタル事實ニ依リ本件被

告ノ犯罪行為ヲ觀察スルニ其基本タル所爲ハ全ク單一ニシテ被告ハ別異ノ所爲ニ依リ誣告罪ト文書偽造罪トヲ犯シタルモノニアラサルコトハ所論ノ如シト雖モ其所爲カ二個ノ刑名ニ觸ルル以上ハ刑法第百條ヲ適用シ其中ノ尤モ重キモノニ從ヒ處罰スヘキ二個ノ犯罪ヲ構成スルハ勿論誣告ハ犯罪ノ性質又ハ法律ノ規定ニ依リ文書偽造罪中ニ當然包含セラルヘキモノニハアラサルヲ以テ所論ノ如ク文書偽造ノ結果ナリトシテ之ヲ不問ニ付スルコトヲ得ス必スヤ各個ノ犯罪ニ付別々ニ被告ノ責任ヲ問ハサルヘカラス

備考

證書毀棄罪ト證書變造罪トノ關係ニ付テハ現行刑法ト改正刑法トノ間ニ異ナル所ナシ改正刑法第二百五十九條第百五十九條對照而シテ改正刑法第五十四條ニ一個ノ行為ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルルトキハ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス「ト規定セルカ故ニ本件ノ事實ハ改正刑法ノ下ニハ同條ヲ適用シテ處斷スヘキナリ

第十六 內務省令牛乳營業取締規則ト刑法第三百九十二條(詐欺取財)トノ關係

詐欺取財ノ件

明治三十九年(九)第三〇二號同年四月十二日宣旨大審院第二刑事部判決

判決理由

依テ原判決第二事實記載ノ部ヲ閱スルニ被告龜吉シマハ共謀シ前記牛乳ヲ販賣スルニ當リ和水セシミルクヲ牛乳ニ混入シ利ヲ得ンコトヲ企テ云云龜吉ハ十數度ニミルク百數十罐ヲ買入レ之ヲシマニ交付シシマハ云云純乳四升ニ對シ該ミルクヲ水ニテ溶解シタル液體一升ニ合計ヲ混和シ以テ其品質ヲ粗惡ナラシメ被告茂吉ヲシテ之ヲ前記松尾福五郎及岡村鹿吉外十數名ニ交付シ被告茂吉ハ云云龜吉シマノ犯行ニ加擔シ前記ノ如ク純乳ニ前同様ノ液體ヲ混和シ自ラ其一部ヲ松尾福五郎外十數名ニ交付シタルモノナリ「トアリ即チ一方ニ於テ右原判決認定

ノ如ク純乳ニ他ノ液體ヲ混和シテ其品質ヲ粗惡ナラシメタル以上ハ其混和ニ因リテ得タル液體ハ最早ヤ以前ノ純乳ト同一物ト稱スルヲ得ス既ニ同一物ト稱スルヲ得サルモノトモハ前ノ純乳ハ茲ニ其物質ヲ變セラレタルモノト論定スルニ妨ケアルコトナケレハ此點ハ刑法第三百九十二條ニ所謂物件ヲ販賣シ又ハ云云スルニ當リ其物質ヲ變シ云トアルニ該當スルモノタルヲ知ルヘク他方ニ於テ原判決ハ右被告等カ惡意ヲ以テ本件ノ所爲ヲ行ヒタルコト即チ人ヲ欺罔シ依テ以テ不正ノ利益ヲ獲得セントノ企圖ニ出テ、右犯罪行為ヲ爲シタルモノナルコトヲ見ルヲ得ヘシ本件ノ事實果シテ此ノ如シトモハ之ヲ目シテ毫モ罪ト爲ルヘキ事實ニアラスト斷定スヘカラサルコトハ別ニ説明ヲ要セスシテ明カナル所ニシテ要ハ唯タ之ヲ罰スルニハ如何ナル法律ニ據ルヘキヤ詳言セハ右ノ所爲ニ對シテハ原判決ノ如ク刑法第三百九十二條第三百九十條及第三百九十四條ヲ適用スヘキヤ將タ上告論旨ノ如ク牛乳營業取締規則第七條第三號及第十八條ヲ當行スヘキヤヲ解決スルニ在リ依テ審按スルニ若シ刑法ニ依リテ之ヲ處分セントセハ其刑同法第三百九十條第一項第三百九十四條ニ示スカ如ク二月以上四年以下

ノ重禁錮四圓以上四十圓以下ノ附加罰金六月以上二年以下ノ監視ニ當リ之ニ反シ前掲取締規則ニ從ヒ之ヲ處分セントモハ其刑同規則第十八條ニ定ムルカ如ク僅ニ二十五圓以下ノ罰金ニ過キスシテ刑法ト右取締規則トノ間ニ於ケル刑罰ニ大差アルコト夫レ此ノ如シ然ルニ若シ上告論旨ノ如ク本件被告等ノ所爲ニ對シテハ刑法ヲ適用スヘキモノニアラスシテ右取締規則ヲ當行スヘキモノナリトモハ單ニ刑法第三百九十二條ニ該當スル犯罪者ハ常ニ必ス同法第三百九十條第三百九十四條ノ刑ヲ受クルニ拘ハラス人ヲ欺罔シ以テ不正ノ利益ヲ獲得センカ爲メ物件ヲ販賣シタル本件ノ如キ所爲即チ普通ノ場合ニ於テハ刑法第三百九十二條第三百九十四條ニ依リテ論セラルヘキ所爲ト雖モ偶々牛乳取締規則違反ニ關スル所爲ノ伴フモノナルニ於テハ常ニ必ス該規則ノ刑即チ罰金二十五圓以下ナル輕微ノ刑ニ處セラル、ニ止マリ之レヨリモ幾層ノ重キヲ加フル責罰タル刑法第三百九十二條ノ犯罪ニ該當スル同法第三百九十條ノ刑ハ常ニ之レヲ免カル、ノ僥倖ヲ得ルニ至リ罪狀ニ對スル權衡上ヨリ觀察スルモ頗ル公平ヲ得サルノ結果ヲ生スヘケレハ要スルニ該規則ノ精神ハ斯ル犯罪者ヲモ此規則ニ依リテ支配

セントスルノ方針ニアラス即チ其支配セントスル所ハ犯人ニ前示ノ如キ惡意ナ
キトキ換言スレハ人ヲ欺罔シ不正ノ利ヲ得ントスル意思ノ存セサル場合ニ制限
セラレタルモノト解釋スルヲ允當ナリトス果シテ然ラハ本件被告等ノ所爲ハ前
顯既ニ説示セシ如クニシテ右取締規則ニ依リテ處罰スヘキモノニアラスシテ結
局刑法第三百九十二條ニ該當スルモノナレハ同法第三百九十條第三百九十四條
ノ刑ヲ適用スヘキコト亦當然ナルカ故ニ原院カ被告等ニ對シ右等各法條ニ依リ
處斷シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ其理由ナシ

詐欺取財ノ件

明治三十九年(七)第九三九號同年十
月十六日宣旨大審院第一刑事部判決

判決理由

因テ案スルニ刑法第三百九十二條ニ物件ヲ販賣シ又ハ交換スルニ當リ其物質ヲ
變シ云々トアルハ例ヘハ純金ヲ販賣スルニ當リ眞鍮ニ鍍金ヲ爲シテ之ヲ交付ス
ルカ如ク全然其物質ヲ變シ別種ノ物ヲ交付スル場合ヲ云フノミナラス或物ニ他
物ヲ混和シ依テ以テ其品質ヲ粗惡ナラシメタル場合ヲモ包含スルモノトス而シ

テ本件ニ付キ原院ノ認ムル所ニ依レハ被告ハ牛乳ヲ販賣スルニ當リ其搾取ニ係
ル牛乳凡ソ二斗二三升中ニ水ヲ和シタル「コンデン」スミルク「若クハ砂糖ヲ和シタ
ル米汁約三升ヲ混和シ生乳タル性質ヲ變セシメタルモノナルカ故ニ該所爲タル
刑法第三百九十二條ノ犯罪ヲ構成スルモノタルヤ明カナリ既ニ被告ノ所爲ニシ
テ右刑法上ノ犯罪ヲ構成スル以上ハ内務省令ニ過キササル牛乳取締規則カ右法律
ノ適用ヲ左右スルノ效力ナキハ勿論ニシテ該規則ハ刑法上ノ犯罪ヲ構成スヘキ
場合ニ適用スヘキモノニ非ス

批評

前掲判決理由中刑法第三百九十二條ニ所謂其物質ヲ變シノ意義並ニ内務省
令ニ過キササル牛乳營業取締規則カ刑法ニ規定ヒラレタル罰則ノ適用ヲ左右
スルノ效力ナキノ點ニ付テハ元ヨリ異論ナカルヘシト雖モ同判決理由ノ後
段ニ於テ牛乳營業取締規則ハ刑法上ノ犯罪ヲ構成スヘキ場合ニ適用スヘキ
モノニ非スト論結シタル點ニ付テハ疑ナキヲ得ス一個ノ行爲カ數個ノ刑罰

法規ニ觸ル、場合ニ於テ若シ違犯セラレタル數個ノ法規中ノ一カ同一行為ノ處罰的性質ノ全部ヲ總轄スルトキハ即チ一ノ法規ニ包含スル犯罪ノ構成要件ト行為トカ全部一致スルトキハ其法規ノミヲ適用スヘク爲メニ他ノ法規ハ其適用ヲ排斥セラル、コトハ學說並ニ實例ニ於テ殆ント異論アルヲ聞カス反之違犯セラレタル數個ノ法規中ニ同一行為ノ處罰的性質ノ全部ヲ總轄スヘキ規定ノ存セサル場合ニ於テハ總テノ法規ヲ適用スヘキカ或ハ其内單ニ一ノ法規ヲ撰ミ之ヲ適用スヘキカニ付テハ學說並ニ實例ニ於テ異論アリ罪ノ個數ヲ定ムルニ行為ノ個數ヲ標準トセスシテ違犯セラレタル法規ノ個數ヲ標準トスルモノハ前說ヲ採リ反之違犯セラレタル法規ノ個數ヲ標準トセスシテ行為ノ個數ヲ標準トスルモノハ後說ヲ採リ大審院從來ノ判例ハ現ニ前說即チ法規標準說ヲ採リツ、アリ而シテ牛乳營業取締規則第七條第三號同規則第十九條ト刑法第三百九十二條トノ關係ハ前述二個ノ場合中第一ノ場合ニ該當スルヤ或ハ第二ノ場合ニ該當スルヤニ付考フルニ刑法第三百九十二條ノ罪ハ他人ノ財産ニ對スル罪ノ一種ニシテ其犯罪行為ノ處罰的性

質トシテ他人ノ財産上ノ利益ヲ侵害スルコトヲ要ス故ニ例ヘハ販賣交換ノ目的物タル銀塊ヲ交付スルニ當リ之ニ金ヲ混和シテ相當價格以上ノモノヲ交付スルトキハ假令其物質ヲ變更シタリト雖モ同條ヲ適用處罰スルコトヲ得サルヤ明ラカナリ反之牛乳取締規則第七條第三號第十八條規定ノ趣旨ハ牛乳ニ他物ヲ混和シテ販賣スルコトハ常ニ公衆ノ衛生ニ對シテ侵害ヲ與フルノ危険アルモノナリト看做サレタルニアリ要之刑法第三百九十二條ノ罪ハ財産上ノ利益ト云フ法益ニ對スル攻撃行為ナルニ反シ該取締規則第七條第十八條ノ罪ハ公衆ノ衛生ト云フ法益ニ對スル攻撃行為ナレハ前者ハ後者ノ處罰的性質ヲ全部總轄スト云フコトヲ得サルヤ明カナリ從テ大審院從來ノ判例明治三十六年(レ)第二六〇九號同三十七年一月二十一日宣告大審院判決參照ニ依レハ本件ノ場合ニ於テハ前記二個ノ處罰法規ヲ適用シ二罪ヲ以テ論スヘキモノナルニ拘ハラヌ是ト異ナル結論ヲ爲シタルハ蓋シ前記二個ノ犯罪ニ關スル處罰的性質ヲ誤解シタルニ基因スト云ハサルヘカラス卑見ニ依レハ罪ノ個數ヲ定ムルニハ行為ノ個數ヲ以テ標準ト爲ス說ヲ採ル

カ故ニ本件ノ如キ場合ニ於テハ前記二個ノ法規ヲ比照シ最重キ刑ヲ科スル所ノ法規ヲ撰ヒ即チ刑法第三百九十二條ヲ適用シテ處罰スルコト、ナルヘシ

如此結論ニ於テハ前掲判旨ト同一ニ歸着スヘシト雖モ此ノ結論ヲ生スル理由ニ於テ彼我全ク異ナル所アルコトヲ注意スヘキナリ

參照判決例

明治三十六年(レ)第二六〇九號同三十七年一月二十一日宣告大審院判決要旨ニ曰ク「犯罪ノ單一ナリヤ否ヤヲ定ムルニハ犯人ノ爲シタル法益ノ侵害ノ單一ナリヤ否ヤヲ以テ標準トスヘク犯人ノ所爲カ數個ノ罪名ニ觸レ又ハ數回同一ノ罪名ニ觸ル、場合ニ於テハ其所爲ノ單一ナルト否トニ論ナク其法律違犯ノ數ニ相當スル犯罪ヲ構成スヘキ筋合ナリトス

備考

改正刑法第二百四十六條第二項ノ規定ハ現行刑法第三百九十二條規定ノ場合ヲ包含スルカ故ニ内務省令牛乳營業取締規則第七條第三號第十八條ノ規定ト改正刑法第二百四十六條第二項ノ規定トノ關係ニ付テモ又本文論旨ヲ適用スヘキナリ而シテ改正刑法第五十四條第一項ニ「一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルルトキハ其最モ重キ刑ヲ以テ處罰ス」トアルカ故ニ改正刑法ノ下ニハ本件ノ事實ニ對シ同法條ヲ適用シテ處罰スヘキモノナリ但シ同法條ハ一個ノ行爲ニ依テ違反セラレタル數個ノ法規中ニ同一行爲ノ處罰的性質ノ全部ヲ總轄スヘキ規定ノ存セサル場合ニ限り適用アルヘキコトヲ注意スヘキモノナリ

第十七 肥料取締法ト刑法第三百九十二條(詐欺取財)トノ關係

肥料取締法違反ノ件

明治三十九年(レ)第一八五號同年十二月廿五日大審院第一刑事部判決

判決理由

依テ肥料取締法第七條ヲ按スルニ「肥料ヲ偽造若クハ他ノ物件ヲ混和シテ販賣シ又ハ情ヲ知テ之ヲ販賣シタル者ハ十五日以上一年以下ノ重禁錮又ハ十圓以上三百圓以下ノ罰金ニ處シ其肥料ハ沒收ス」トアリテ偽造シタル肥料若クハ他物ヲ混和シタル肥料ヲ販賣シタルトキハ他ニ欺罔手段ヲ用ヒタルト否トニ拘ハラズ本條規定ノ犯罪ヲ構成スルモノト云ハサルヘカラス而シテ刑法第三百九十二條ヲ按スルニ「物件ヲ販賣シ又ハ交換スルニ當リ其物質ヲ變シ若クハ分量ヲ偽テ人ニ交付シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス」トアリテ廣ク諸般ノ物件ヲ販賣交換スルニ當リ行ハルヘキ詐欺行為ヲ禁壓セントスルノ趣旨ニシテ本件ノ如ク真正純粹ナル肥料ナリトシテ他物ヲ混和シ品質ヲ變シ若クハ全然偽造シタル肥料ヲ販賣交付シタルトキハ本條ノ規定ニ該當スルモノトス故ニ若シ肥料取締法第七條ノ規定ナカリセハ本件被告ノ犯罪ハ刑法第三百九十二條ニ依リ處分スヘキモノナリト雖モ既ニ肥料取締法ナル新法ヲ以テ刑法ノ規定中ニ包含セラレタル偽造肥料及ヒ他物ヲ

混和シタル肥料ヲ販賣シタル者ニ對スル特別ノ規定ヲ設ケタル以上ハ右規定ノ限度ニ於テ刑法ノ規定ハ變更セラレタルモノト解セサルヲ得サルヲ以テ原院カ本件被告ノ所爲ニ對シ肥料取締法ヲ適用シタルハ相當ニシテ論旨ハ其理由ナシ

批評

肥料取締法ハ農産物ノ培養ヲ保護スルノ規定ニシテ(同取締法第一條參照)現行刑法第三百九十二條ニ規定スル詐欺取財ノ法條トハ全ク其保護ノ目的タル法益ヲ異ニスルカ故ニ一方ノ處罰規定カ他ノ處罰規定ニ對スル特例ナリトシテ其適用ヲ排斥スヘキモノニアラサルコト明了ナリトス(前號批評參照)然ルニ此ト反對ニ出テタル前掲判決理由ハ失當ナリトス

備考

本文ノ論旨ハ改正刑法第二百四十六條第二項ノ規定ト肥料取締法第七條トノ關係ニ付テモ適用スヘク而シテ本件ノ事實ハ改正刑法第五十四條第一項

前段ノ規定ニ依リ右兩罰則ヲ比照シ最重キ刑ヲ以テ一罪トシテ處罰スヘキナリ(前號備考參照)

第十八 監禁制縛ノ手段ニ依リ恐喝取財ヲ遂

ケタル場合ノ處分

監禁制縛恐喝取財並附帶私訴ノ件

明治三十九年(九)第五一二號同年六月十八日宣告大審院第二刑事部判決

判決理由

依テ按スルニ一ノ犯罪カ二個ノ所爲ヨリ成立スル場合ニ其犯罪ニ對シテ刑ノ適用ヲ爲シタル以上ハ之ヲ構成スル各個ノ所爲ハ其犯罪ノ一部トシテ刑ノ適用ヲ受ケタルモノナレハ其所爲ニ對シ各別ニ刑ヲ適用スルハ要スルニ同一ノ所爲ニ對シ二重ニ刑罰ヲ科スルコト、ナルヲ以テ刑罰當行上ニ許スヘカラサルモノナルコトハ論ヲ俟タサルモ甲乙二個ノ所爲カ別個獨立ノ犯罪ヲ構成シ各別ノ刑名

アル場合ニハ各個ノ所爲カ互ニ相交又シ犯人ノ所爲カ或ル點ニ於テ一面甲罪ノ構成要件ヲ爲シ他ノ一面ニ於テ乙罪ノ構成要件ヲ爲スカ如キ密着ノ關係ヲ有スル場合ト雖モ其各個ニ對シテ固有ノ刑罰ヲ當行スルコトヲ要シ犯罪行爲ヲ甲乙二罪中ノ尤モ重キモノニ歸一セシメ一ノ罪トシテ刑ノ適用ヲ爲スヘキモノニアラス而シテ不法監禁罪ト恐喝取財トハ別異ナル法益ノ侵害ヲ基礎トシ別個獨立ノ犯罪ヲ構成スルモノニシテ恐喝取財罪ハ其性質ニ於テ不法監禁ノ所爲ヲ包含シ之ヲ以テ犯罪成立ノ要素トナスモノニハアラサルヲ以テ恐喝取財罪ノ構成要件タル恐喝ノ手段カ不法ニ被害者ヲ監禁スルニ依リテ遂行セラレタル場合ト雖モ被告等ノ所爲ハ二個ノ別異ナル法益ヲ侵害シタルモノトシテ二個ノ犯罪ヲ構成シ不法監禁罪及恐喝取財罪ノ犯人トシテ刑罰ノ責ヲ負フヘキモノトス故ニ原院カ被告等ニ對シテ刑法第三百九十條同第三百二十二條ヲ適用シ二罪俱發トシテ同法第百條ヲ適用處斷シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ

批評

本件ノ事實ハ一個ノ行為カ別個ノ罪名ニ觸ルル罪ノ構成要件ノ一部ヲ爲スカ故ニ若シ行為ノ個數ヲ標準トシテ罪ノ個數ヲ定ムル主義ヲ採ルトキハ本件ハ一罪ヲ以テ論スヘキナリ(前號批評並ニ備考參照即チ本件ハ改正刑法第五十四條第一項前段ノ場合ニ該當ス)

備考

本文ノ論旨ハ改正刑法第二百二十條逮捕及監禁ノ罪ト同法第二百四十九條(恐喝取財)トノ關係ニ付テモ適用スヘキナリ

第十九 毆打ノ手段ニ依リ侮辱罪ヲ遂ケタル場合ノ處分

官吏侮辱ノ件

明治三十九年(七)第五七四號同年六月廿八日宣告大審院第二刑事部判決

判決理由

依テ按スルニ毆打ニ依テ侵害セラル、法益ハ個人ノ身體ニシテ侮辱ニ依テ侵害セラル、法益ハ官吏ノ職務上ノ威嚴ナリ而シテ官吏ヲ侮辱スルニ當リテ被告人ノ爲シタル動作カ其一面ニ於テ侮辱罪構成ノ手段トナリ他ノ一面ニ於テ毆打罪ヲ構成スル場合ニ於テハ法律カ特ニ之ヲ包括シテ重キ一罪ヲ以テ論スヘキコトヲ命スル場合例ヘハ刑法第四百十條ノ如キ規定ヲ存スル場合ニアラサル以上ハ其侵害スル法益ノ數ニ從ヒ數罪トシテ論セサルヘカラス原院ノ確定シタル事實ハ要スルニ明治三十八年十二月四日被告ハ北海道廳空知支廳長村津寛ヲ石狩川堤防敷地使用出願ノ件ニ付其事務室ニ訪ヒ出願許否ニ關シ談スル所アリ支廳ハ同道廳屬作内直治ヲ其席ニ招キ處分進行ノ模様ニ付キ尋問シタルニ直治ノ答フル所被告ノ意ニ滿タサリシヨリ怒ヲ發シ此野郎生意氣ナ奴タト罵リ直治カ北海道廳屬トシテ上長官ニ事實ノ報告及ヒ意見ノ陳述ヲ爲ス職務ノ執行中其目前ニ於テ之ヲ侮辱シ且ツ支廳長ノ制スルニモ拘ハラヌ被告ハ拳ニテ直治ノ左頭部ヲ毆打シタリト云フニ在レハ被告ノ罵言及ヒ毆打ハ共ニ北海道廳屬作内直治ヲ侮辱スルノ手段トシテ用ヒラレタル事實ヲ確定シタルモノト云ハサルヘカラス官

吏ヲ侮辱スルニ當リ單ニ之ヲ毆打セントスル姿勢ヲ示スカ如キハ刑法第四百十
一條ニ所謂侮辱ノ手段タル形容ヲ爲シタルニ止マルモノナレトモ更ニ進ンテ現
實ノ毆打ヲ加フルニ至リテハ其動作ニハ侮辱罪ノ手段タル形容ト毆打罪構成ノ
要素タル暴行ヲ包含シ其結果トシテ二個ノ法益ヲ侵害シタルヲ以テ被告ノ所爲
ハ二罪ヲ構成スルモノト云ハサルヘカラス

批評

前號批評參照

備考

改正刑法ハ官吏侮辱罪ノ規定ヲ削除シタリト雖モ本文ノ論旨ハ改正刑法第
二百三十一條公然人ヲ侮辱スル罪ト同法第二百四條以下傷害ノ罪トノ關係
ニ付テモ適用アルヘキナリ

第二十 數人ノ印影ヲ押捺セル一枚ノ證書ヲ

變造シテ之ヲ行使シタルトキハ數個

ノ印影盜用ニ關シテ一罪ヲ構成スル

ニ止マルカ

私印盜用私書偽造行使詐欺取財未遂竝偽證ノ件 明治四十年(九)第四六八
號同年六月十日宣告大審

院第二刑
事部判決

判決理由

依テ按スルニ原判決ノ認定事實ハ馬場及治外七名カ押捺シタル金七百圓ノ借用
證書一通ヲ變更シ被告ノ債權ヲ證明スルモノノ如ク偽造シ從テ右八名ノ印影ヲ
不正ニ利用シタルニ依リ私印盜用罪ヲ成スニ至リタルモノニシテ其行爲ハ一紙
ニ押捺シアル八個ノ印影ヲ同時同所ニ於テ不正ニ使用シタルモノナレハ即チ一

個ノ意思ノ發動ニ出テ集合シタル八個ノ印影ニ對スル一所爲ニシテ且何レモ同一制裁ニ屬スル私印ナルヲ以テ法益ノ侵害モ亦同一ナリ故ニ右印影盜用ハ之ヲ包括的ニ觀察シテ一個ノ印影盜用罪ナリトシテ之ヲ處斷スヘク且本件ノ如キ場合ニ之ヲ一罪トシテ處斷ス可キコトハ當院判例ノ認ムル所ナリ(明治三十五年れ第三七三號)然ルニ原判決ニ於テ各個ノ印影ニ付一罪ヲ成スモノトシ數個ノ私印盜用罪アリトシタルハ失當ニシテ上告論旨ハ其理由アルモノトス

誣告ノ件

明治四十年れ第九三四號同年十月二十一日宣告大審院第二刑事部判決

判決理由

依テ按スルニ數人ヲ陷害スルノ目的ヲ以テ誣告シタル本件ノ如キ場合ニハ其結果ハ各人ニ付テ生スルカ故ニ其被害者ノ數ニ應シ各獨立シテ數個ノ誣告罪ヲ構成スルモノトス是他ナシ人ノ身體自由名譽等ハ常ニ必ス各其人ニ屬シ瞬時モ其人ヲ離レテ存立シ得ヘカラサルモノナレハ從テ各其人ヨリ之ヲ分離シテ包括的ニ觀察スルコトハ到底不能ノ事ニ屬スレハナリ然ルニ人ノ財産ノ如キハ必スシモ常ニ其人ニ屬シテ離ルヘカラサル性質ヲ有スルモノニアラサレハ各人ノ所有ニ係ル財産ト雖モ猶且包括的ニ之ヲ觀察スルコトヲ得ルハ毫モ疑ナキ所ナレハ要スルニ論旨ニ例示スル詐欺取財犯ノ場合ニ準據シテ本件ノ罪數ヲ論スルヲ得サルモノトス右ノ筋合ナルヲ以テ本件被告ノ所爲ハ各被害者ニ對スル毎ニ何レモ一罪ヲ構成スルモノトナシタル原判決ハ相當ニシテ本論旨ハ其理由ナシ

批評

罪ノ個數ヲ定ムル標準ニ付テハ行爲ノ個數ヲ標準トスルモノト法益ノ個數ヲ標準トスルモノトアリ而シテ大審院判例ハ從來後説ヲ採リ(明治三十六年れ第二六〇九號)同三十七年一月二十一日宣告大審院判決參照管テ反對ノ新判例ヲ與ヘタルコトナシ故ニ數名カ押捺シタル證書ヲ變更シ從テ數名ノ印影ヲ不正ニ利用(即チ盜用)シタル場合ニ於テ成立スヘキ私印盜用罪ハ一個ナリヤ將タ數個ナリヤノ問題ヲ解決スルニハ本問ノ印影盜用ニ因テ侵害セラレタル法益ノ個數ニ依テ之ヲ決スルノ外ナキナリ而シテ前掲第二ノ判決理

由明治四十年第九三四號ニ説明セルカ如ク法益中各享有者ノ人格ニ專屬シ其人ヲ離レテ存在シ得サルモノ(即チ他人ニ讓渡シ得サルモノ)ニ付テハ法益侵害ノ個數ハ其被害者ノ數ニ應シテ發生スヘク之ヲ侵害スル所爲ノ個數又ハ之ニ科スヘキ制裁ノ異同ニハ何等ノ關係ナキモノナリ故ニ若シ印影盜用ニ依テ侵害セラルヘキ法益ハ印影ノ各專用者ニ存屬スルモノトセハ其印影專用者ノ數ニ應シテ數個ノ法益侵害ヲ生スヘク從テ數罪ヲ構成スト云ハサル可ラス然ルニ前掲第一判決理由(明治四十年第九四六八號)ニ於テ本問ニ關シ一所爲ニシテ且ツ法益侵害モ同一(同種類ト謂フノ意カ)ナリトノ理由ニ依リ右數個ノ印影盜用ヲ包括的ニ觀察シテ一個ノ印影盜用罪ナリトシテ處斷シタルハ失當ナリト云ハサルヘカラス反之印影盜用ニ依テ侵害セラルヘキ法益ハ印影ノ專用者ニ存屬セスシテ該印影ニ信ヲ措キ之カ行使ヲ受クル第三者ノ方面ニ存屬ストセハ換言スレハ該印影ハ正當ニ押捺使用セラルルモノナリトノ一般人ノ信用ヲ侵害スルニアリトセハ其法益侵害ノ個數ハ盜用セラレタル印影專用者ノ個數ニハ關係ナク從テ本問ノ場合ニハ其法益侵

害ハ一個ニシテ一個ノ印影盜用罪ヲ構成ストノ結論ヲ生スヘキナリ(同一犯意ヲ以テ數人ニ對シ行使シタルトキニ於テモ之ヲ包括的ニ觀察シテ一個ノ法益侵害ナリト云フコトヲ得ヘキナリ)然ルニ前掲判決理由ニ於テ本問ニ關シ一個ノ印影盜用罪ナリトノ結論ヲ與フルニ際シ印影盜用罪ニ因テ侵害スル法益ノ性質ニ關シ如何ナル見解ヲ前提トシテ此ノ結論ヲ與ヘタルヤヲ説明セラレサルヲ遺憾トス

但シ印影盜用罪ト類似ノ性質ヲ有スル文書偽造罪ニ因テ侵害スル法益ノ性質ニ關シ左記ノ判決理由ニ於テ同罪ニ因リ侵害セラルヘキ法益ハ偽造文書ノ行使ヲ受クヘキ第三者ノ方面ニ存ストノ見解ヲ明示シタルハ正當ニシテ同判旨ハ文書偽造罪ノ處罰理由ニ關シ從來大審院ノ採リタル見解(即チ同罪ハ偽造文書ニ表示セラレタル作製名義者ニ屬スル信用ヲ侵害スルモノナリトノ見解)ヲ改善シタルモノナリトス

證書偽造行使詐欺取財ノ件

明治三十九年(九)第一二五號同年十月七日宣告大審院第一刑事部判決

判決理由

文書偽造罪ノ成立ニ必要ナル實害ナルモノハ必スシモ偽造文書ニ署名者トシテ其氏名ヲ記載セラレタル者ノ方面ニ於テ生スルコトヲ要スルモノニアラスシテ其者ノ方面ニ於テ何等ノ損害ヲ生シ又ハ生スルノ恐れナキ場合ト雖モ該文書ニ信ヲ措キ之レカ交付ヲ受クル第三者ノ方面ニ於テ損害ヲ生シ又ハ生スルノ恐れアルトキハ文書偽造罪ノ成立ニ要スル損害ノ要件ヲ具備スルモノト云ハサルヲ得ス何トナレハ偽造文書ニ署名者トシテ其氏名ヲ記載セラレタル者ニ對シ何等ノ損害ヲ生シ又ハ生スルノ恐れナシトスルモ偽造文書ニ信ヲ措キ之レカ交付ヲ受クル者ノ方面ニ於テ現ニ損害ヲ生シ又ハ生スルノ恐れアルモノナルニ於テハ刑罰ノ制裁ヲ付シテ之レカ行使ヲ禁止シ其損害ヲ未然ニ防クノ要アルハ論ヲ俟タサルヲ以テナリ原判決ノ認ムル所ニ依レハ本件木村利兵衛ノ通稱木村靜三名義ノ胴船二十隻ノ偽造證書ハ被告カ四枝靜ト共謀シ美澤謙四郎ニ對シ靜カ門司碓泊場司令部ヨリ胴船二十隻ノ納付方ヲ命セラレ其資金ニ入用ナル旨詐言ヲ構ヘ

同人ヲ欺キ金圓ヲ騙取シタル後其犯跡ヲ蔽ハシカ爲メ之ヲ偽造シ金一萬千圓ヲ以テ胴船二十隻ヲ買入レタルニ相違ナキコトヲ信セシムル爲メ同人ニ交付シタルモノナレバ其行使ニ依リ木村利兵衛ニ對シテハ何等ノ損害ヲ生セス又生スルノ恐れナシトスルモ美澤謙四郎ニ對シ損害ヲ生シタルモノト云ハサルヲ得サルヲ以テ文書偽造罪ノ成立ニ要スル損害ノ要件ハ具備シタルモノト云ハサルヘカラス故ニ前段ノ論旨ハ上告ノ理由ナシ

即チ同判旨ニ依レハ文書偽造罪ニ因テ侵害スル法益ハ偽造文書ノ作製名義者ノ方面ニ生スルコトヲ必要トセサルカ故ニ苟クモ他人名義ノ文書ヲ偽造行使スル以上ハ假令作製名義者カ虛無ノ者ナル場合ニ於テモ同罪ヲ構成ストノ結論ヲ生スヘキナリ但シ從來大審院ノ判例ニ於テ反對ノ斷定ヲ與ヘタルハ失當ナリ(明治三十一年れ第八二九號同年十月十五日同院判決及明治三十八年れ第八四〇號同年七月二十五日同院判決參照)

備考

一〇六
本文ノ論旨ハ印影盗用罪ニ關スル改正刑法第六十四條以下ノ適用ニ付テ
モ適用スヘキナリ

第二十一 結合犯ノ公訴時効ノ期間ト其期間 ノ起算點(官)文書偽造行使ニ因ル詐 欺取財罪ノ公訴時効期間ノ開始時 期)

公私文書偽造行使詐欺取財ノ件

明治三十九年(レ)第八〇三號同年九
月廿一日宣旨大審院第一刑事部判決

判決理由

因テ按スルニ私印盗用ノ所爲ハ一個獨立ノ輕罪ナルヲ以テ其行爲ノアリタル日
ヨリ起算セハ滿三ケ年ヲ經過セハ公訴ノ時効ニ罹ルト雖モ文書偽造行使ニ因ル
詐欺取財ハ本來數個ノ犯罪行爲ヨリ成立スルモ法律ノ規定ニ依リ一罪ト做シ單

一ノ刑ヲ以テ之ヲ處分スヘキモノナレハ各個ノ行爲ハ一罪ノ一部トシテ包括的
ニ之ヲ觀察シ其全部カ公訴ノ時効ニ罹ルヤ否ヤヲ定ムヘキモノニシテ之ヲ分割
シテ其一部ハ公訴ノ時効ニ罹ルモ他ノ一部ハ之レニ罹ラスシテ訴追ノ目的トナ
リ得ルモノト做スヲ得サルモノトス而シテ右犯罪ノ場合ニ於テハ犯罪行爲終了
ノ日ヨリ起算シ罪狀最モ重キ行爲ニ對スル公訴時効ノ期間カ滿了シタルヤ否ヤ
ヲ識別シテ以テ犯罪行爲ノ全部ニ對スル公訴時効ノ成否ヲ決セサルヘカラサル
コトハ本院カ明治三十七年(レ)第二一九八號官私文書偽造行使詐欺取財事件ニ付
刑事ノ總部聯合ノ上已ニ判示シタルカ如クナルヲ以テ本件ノ如ク公私文書ヲ偽
造行使スルニ因テ詐欺取財ヲ爲シタル場合ニ於テハ其犯罪全部ハ犯罪行爲終了
ノ日即明治三十五年三月三十一日ヨリ起算シテ重罪タル公文書偽造行使ニ對ス
ル公訴時効ノ期間即チ十ケ年ヲ經ルニアラサレハ公訴ノ時効ニ罹ルヘキモノニ
アラス即チ重罪タル公文書偽造行使ノ點ハ訴追ノ目的トナルヲ得ルニ拘ハラス
輕罪タル私文書偽造行使及詐欺取財ノ點ノミ三ケ年經過ニ依リ公訴ノ時効ニ罹
ルヲ得サルモノトス故ニ原院カ私文書偽造行使及詐欺取財ノ點ヲ公訴ノ時効ニ

罹ラサルモノトシテ處罰シタルハ相當ニシテ違法ニアラス

一〇八

明治三十七年れ第二一九八號大審院刑事部聯合判決理由
二曰ク

判決理由

凡ソ單一ナル犯罪ハ刑罰ノ目的タル違法行為ノ單位ヲ形成シ分割ノ觀念ヲ容レサルヲ以テ單一罪カ數個ノ所爲ヨリ成立スル場合ト雖モ各個ノ所爲ハ一罪ノ一部トシテ包括的ニ之ヲ觀察シ之ヲ擬スルニ同一ノ刑律ヲ以テスルコトヲ要シ個々別々ニ之ヲ觀察シ其各個ニ對シテ別ニ擬律ヲ爲スヘキモノニアラス從テ一罪ヲ構成スル各個ノ所爲ハ常ニ其運命ヲ共ニスヘキモノニシテ一部分存続スヘキモノニアラサルヤ明カナリ故ニ一ノ犯罪ハ全部公訴ノ時効ニ罹ルカ若クハ全部訴追處罰ノ目的トナルカ二者中必ス一ニ居ルコトヲ要シ其一部分カ尙ホ公訴ノ目的トナルコトヲ得ルニ拘ハラス他ノ一部分カ早ク既ニ公訴ノ時効ニ罹ルカ如キハ絶テ之レアルコトナシ此ノ點ハ數多ノ所爲カ其性質ニ於テ一罪ヲ構成スル

ト本來數個ノ犯罪ヲ構成スヘキ所爲カ法律ノ規定ニ依リ相共ニ一罪ヲ構成スルトキニ依テ差異ヲ生スルコトナシ而シテ財物騙取ノ所爲ト官私文書ノ偽造行使罪ハ本來別個獨立ノ犯罪ヲ構成スルモ文書偽造行使カ財物騙取ノ手段タル場合ニハ此二者間ニ於テ分離スヘカラサル因果ノ連絡アルヲ以テ法律ハ之ヲ連絡シテ單一ノ犯罪トナシ三者中ニ於テ其犯情最モ重キモノニ歸一確定セシメ之ニ擬スルニ單一ノ刑ヲ以テスルコトハ刑法第三百九十條第二項ノ規定ニ徴シテ明確ニシテ此解釋ハ常ニ當院ノ判例ニ依テ認メラル、所ナリ文書偽造行使ニ依ル詐欺取財ニシテ既ニ單一ノ犯罪ヲ構成スル以上ハ其全體ニ對シテ一罪トシテ擬律ヲ爲スコトヲ要シ之ヲ構成スル文書偽造行使ノ所爲ト財物騙取ノ所爲トヲ以テ別個獨立ノ犯罪トシテ別々ニ刑ヲ適用スルコトヲ得サルヲ以テ此ノ二個ノ所爲ハ一罪ノ一部トシテ相共ニ公訴ノ時効ニ罹ルコトアルモ別々ニ公訴ノ時効ニ罹ルコトヲ得サルハ理論上明白ニシテ此場合ニ於テハ犯罪行為ノ終了シタル時ヲ起算點トシテ罪情最モ重キ所爲ニ對スル公訴ノ時効期間ノ滿了シタルヤ否ヲ以テ犯罪行為ノ全部ニ對スル公訴時効ノ成否ヲ決セサルヘカラス故ニ本件ノ如ク

一〇九

官文書ヲ偽造行使スルニ因リテ詐欺取財ヲ爲シタル場合ニ於テハ其犯罪全部ハ重キ官文書偽造行使罪ニ歸一確定スヘキヲ以テ犯罪終了ノ時ヨリ起算シ重罪ノ公訴時効ニ要スル十ケ年ノ滿期ニ依リテ初メテ公訴ノ時効ニ罹ルヘク輕罪タル詐欺取財ノ行爲ノミカ三ケ年經過ニ依リ單獨ニ公訴ノ時効ニ罹ルコトヲ得サルモノトス此ノ點ニ付テ詐欺取財ノ所爲ト文書偽造行使ノ所爲トハ各別々ニ公訴ノ時効ニ罹ルモノトナセル判例ハ文書偽造行使ニ依ル詐欺取財ヲ一罪トスルノ判例ト抵觸シ理論ノ一貫セサルモノアルヲ以テ當院ハ之ヲ變更シ前示ノ如ク斷定スルヲ可ナリト認ム故ニ原院判決ハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ

批評

一ノ犯罪ハ全部公訴時効ニ罹ルカ若クハ全部公訴ノ目的トナルカ二者中必ス其一ニ居ラサルヘカラス此點ハ數多ノ所爲カ結合シテ一罪ヲ構成スル場合ト數個ノ犯罪カ法律ノ規定ニ依リ結合シテ一罪ヲ構成スル場合トニ依リ差異ヲ生スヘキモノニ非ス而シテ詐欺取財ヲ爲スニ依リ官文書ヲ偽造又ハ

變造シテ行使スル場合ハ刑法第三百九十條第二項ノ規定ニ依リ詐欺取財罪ト官文書偽造行使罪トヲ結合シテ單一ノ犯罪ヲ構成シ同罪ニ對スル刑罰ハ重キ官文書偽造行使罪(重罪)ニ科セラルヘキ刑罰ヲ以テ其法定刑(本刑)ト爲スモノナルカ故ニ同罪公訴時効ノ期間ハ重罪ニ對スル公訴時効ノ期間ニ依ルヘク其期間起算ノ時期ハ犯罪行爲全部ノ終了シタル時即チ詐欺取財行爲ノ終了シタル時ニ存スルナリ然レハ此ト同一趣旨ニ出テタル前掲判決理由ハ正當ナリ

備考

改正刑法ハ現行刑法第三百九十條第二項ノ規定ヲ削除シタリト雖モ同法第五十四條第一項ニハ「犯罪ノ手段若クハ結果タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ルルトキハ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス」ト規定シ現行刑法第三百九十條第二項規定ノ場合ハ前記改正刑法々條中ニ包含セラルヘク而シテ同條ハ併合罪ニ關スル規定ニアラスシテ單一罪ニ關スル規定ナルカ故ニ同條ニ該當スル罪

ノ公訴時効ニ付テモ本文論旨ト同一ニ解スヘキナリ(第十一號備考參照)

一一二

第二十二 酒造税法違犯罪ト連續犯トノ關係

並ニ連續犯ノ成立要件

酒造税法並酒母醪及麴取締法違犯ノ件

明治三十九年(乙)第七一八號同年八月十四日宣告大審院休暇部判決

判決理由

依テ按スルニ酒造税法第二條前段ニ酒類ヲ製造セントスル者ハ製造場一箇所毎ニ政府ノ免許ヲ受ク可シトアリ然ラハ本件被告ノ如ク製造場二箇所ヲ設ケ其二箇所ノ何レニ對シテモ免許ヲ受ケスシテ酒類ヲ製造シタル行爲アルトキハ税法ニ關スル制裁ノ特質トシテ其各所爲ハ別箇ノ犯罪行爲ヲ成スモノニシテ其間意思繼續ノ存スルヲ以テ一箇ノ犯罪ヲ成サシムヘキモノニアラス然ラハ原判決ニ於テ本件被告カ無免許ノ儘二箇所ニテ酒類ヲ製造シタル行爲ニ對シ其犯意繼續

ノ事實アルコトヲ認メタルニ拘ハラス各獨立セル二箇ノ犯罪ナリトシテ之ヲ處分シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ

批評

同一ナル罪トナルヘキ行爲カ繼續セシテ數回反覆セラル、場合ニ於テ此ノ數個ナル行爲カ法律上單一ナル罪トシテ連結セラル、モノヲ連續犯ト謂フ連續犯ノ成立ニ必要ナル條件ニ付テハ數説アリ(一)主觀主義ニ依レハ單一ナル法益ニ對シテ同種ノ侵害方法ヲ採ルコトノ外ニ行爲者ノ決意即チ犯意カ單一ナルコト(單一ニ即チ包括的ニ結果ノ發生ヲ豫見スルコトヲ意味ス)ヲ要スト謂ヒ(二)客觀主義ニ依レハ同一ナル法益ニ對スルノミナラス其侵害行爲カ類似ノ方法ニ出テタルコトヲ要ストシ犯意ノ單一ナルコトヲ必要トセス然レトモ連續犯ハ有意犯ニ限ラス犯意ヲ必要トセサル過失ニ付テモ成立シ得ヘキカ故ニ(例ヘハ醫師カ同一ノ患者ニ對シテ其診斷ヲ誤リ且ツ藥劑ノ處方ヲ誤リ數回ニ過度ノ劇藥ヲ施用シ數日ニ亘リ患者ヲ疾苦セシメタルカ

一一三

如シ犯意ノ單一ヲ以テ常ニ連續犯成立ノ要件ナリトスル主觀主義ハ正當ナ
 ラス又假令類似ノ方法ニ依リ同一ノ法益ヲ侵害スト雖モ其數回ノ侵害行爲
 ノ間ニ何等連續的關係ヲ存セサルトキハ連續犯ノ成立ヲ認メ難シ例ヘハ同
 一ノ家ニ於テ一度普通竊盜ヲ爲シ其ノ後前ノ竊盜行爲トハ何等ノ關係ナク
 偶然同一ノ家主人ヲ同フスニ於テ竊盜ヲ爲シタル場合ニ於テ一個ノ竊盜罪
 ヲ以テ論シ得サルコトハ何人モ異論ナカルヘシ故ニ數個ノ行爲ノ間ニ何等
 ノ關係アルコトヲ必要トセサル所ノ客觀主義モ又正當ナリト云フコトヲ得
 ス又同一ノ家ニ於テ最初室内ニテ普通ノ竊盜行爲ヲ爲シ其機ヲ利用シテ更
 ニ同家ノ倉庫内ニ墻壁ヲ破リテ忍入り竊盜ヲ爲シタル場合ニ於テハ單一加
 重ノ竊盜罪ヲ以テ論スヘク普通竊盜ト加重竊盜トノ二罪俱發ヲ以テ論シ得
 サルコトヲ思ハ、連續犯ノ成立ニ法益侵害ノ行爲カ類似ノ方法ニ出テタル
 コトヲ要ストノ說モ又誤レリト云ハサルヘカラス然ラハ數個ノ犯罪行爲ヲ
 連續シタル一個ノ犯罪ナリトシテ論シ得ルニハ左ノ標準ニ依テ之ヲ決セサ
 ルヘカラス(一)此等數個ノ行爲ニ基ク結果カ單一ナルコト並ニ之ニ加フルニ

(二)犯意カ單一ナルカ又ハ各個ノ行爲カ同一ナル機會又ハ同一ノ繼續シタル
 關係ヲ利用スルコトニ依テ行ハレタルコトヲ要ス

而シテ酒造税法第三十一條ニハ此ノ税法ヲ犯ス者ニハ刑法不論罪ノ例ヲ用
 ヒスト規定シ同法違反罪ハ故意ヲ必要トセサルカ故ニ犯意カ單一ナリトノ
 理由ヲ以テ同罪ノ連續犯成立ヲ認メ得サルヤ明了ナリトス然レハ前掲判決
 ニ於テ製造所二個所ニ於テ酒類ヲ密造シタル場合ニ犯人カ其間繼續ノ意思
 ヲ有ストノ理由ヲ以テ一罪ヲ以テ論スヘキモノニアラスト説明シタルハ正當
 ナリ然レトモ連續犯ハ前述ノ如ク客觀的關係ノ連續セルコトニ依テモ成立
 シ得ヘキモノナルカ故ニ一般犯罪ニ關シテ苟クモ連續犯ノ存在ヲ認ムル以
 上ハ(現行法ニハ假令明文ナシトスルモ)特別ノ理由ナキ限りハ酒造税法違反犯ニ
 付テ絶對的ニ連續犯ノ成立ヲ否認スヘキ理由ナキコトヲ注意セサルヘカラス
 例ヘハ無免許ニテ一個ノ酒造製造所ヲ設ケ酒類ヲ製造スルニ際シ其機會ヲ
 利用シテ數回ニ酒類製造材料ノ仕込ヲ爲シ時ヲ異ニシテ數個ノ容器ニ酒類
 ヲ完成シタルトキハ假令數度ニ政府ノ免許權即チ同一ナル(單一ナル)法益ヲ

侵害スルモ一個ノ連續犯ヲ以テ論スルノ外ナキナリ故ニ若シ同税法違犯罪ノ個數ハ一ニ客觀的ニ被害法益ノ數即チ政府ノ免許權カ侵害セラレタル度數ニ依テ定ムヘキ者ナリト解スルモアラハ誤見ナリ(新判例批評第一卷第十號刑事ノ部第五十五酒類密造罪ノ個數參照)但シ酒造税法第二條前段ニ酒類ヲ製造セントスル者ハ製造場一個所毎ニ政府ノ免許ヲ受ク可シト規定セルヲ以テ其製造場ヲ異ニシテ酒類ヲ密造スルトキハ同税法ノ趣旨ニ鑑ミ同一ノ機會ヲ利用シタリト云フコトヲ得ス故ニ此ノ場合ハ連續犯ノ成立ヲ妨ク從テ其製造場ノ個數毎ニ別罪ヲ構成スヘキナリ又酒造税法施行規則第一條ニハ酒類製造ノ免許ヲ得ントスルニハ其製造スヘキ酒類ヲ定メテ申請スヘシトアリテ同税法ノ精神ハ酒類ノ各種ニ付テ各其免許ヲ受クヘキコトヲ必要トスルカ故ニ一種ノ酒類密造ニ際シ他種ノ酒類ヲ密造スルモ同一ノ機會ヲ利用シタリト謂ヒ得サルカ故ニ前掲ノ場合ト同一理由ニ依リ種類ノ異なる毎ニ別罪ヲ構成スヘキナリ即チ此ノ意味ニ於テ左記ノ判例ハ正當ナリ

明治三十六年九月第二三六一號 明治三十七年二月十二日 宣告大審院判決ニ依

レハ依テ按スルニ酒造税法施行規則第一條ニヨルトキハ酒類製造ノ免許ヲ得ントスルニハ其製造スヘキ酒類ヲ定メテ申請スヘシトアリテ免許ハ其指定シタル種類ニ付テノミニ與フルモノナルニヨリ酒造税法ノ精神ハ酒類ノ各種ニ付テ免許ヲ受クルコトヲ必要トスルニ在ルコト明白ナリトス然ラハ免許ヲ受ケスシテ種類ノ異ナリタル清酒ト濁酒トヲ密造シタルトキハ二個ノ無免許密造罪ヲ構成スルハ勿論ニシテ其同一ノ場所ニ於テ同時ニ製造シタルト否トニヨリ一罪ト數罪トノ區別ニ何等ノ關係ヲ有スルモノニアラス故ニ原院カ被告等ノ清酒ト濁酒ト密造ヲ以テ二罪トシテ各別ニ罰金ヲ言渡シタルハ相當ニシテ擬律ニ錯誤アリト云フヲ得ス

備考

現行刑法ハ連續犯ニ關スル規定ヲ設ケスト雖モ其成立ヲ認メ得ヘキコトハ現行刑法ノ解釋上異論ナキ所ナリ而シテ改正刑法ハ第五十五條ニ於テ特ニ連續犯ニ關スル規定ヲ設ケタリト雖モ同條ニ所謂連續シタル數個ノ行爲ヲ

リト認メ得ルニハ如何ナル條件ヲ必要トスルヤニ付テハ何等ノ説明ヲ與ヘサルカ故ニ此點ニ關シテハ別ニ學說ニ依テ之ヲ解決セサルヘカラス
改正刑法第五十五條 連續シタル數個ノ行爲ニシテ同一ノ罪名ニ觸ルルトキハ一罪トシテ之ヲ處斷ス

第二十三 連續犯ノ成立條件ニ就テ

詐欺取財ノ件

明治四十年(己)第一九五號同年三月二十六日宣告大審院第一刑事部判決

判決理由

依テ按スルニ一人若クハ數人共謀シテ數次ニ同種同性質ナル數個ノ犯罪行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ各行爲ニ付キ各別ニ犯意存在セルトキハ該行爲ハ各獨立シテ數個ノ犯罪ヲ構成スヘキハ勿論ナリト雖モ若シ各行爲ニ付キ獨立シテ犯意存セス單ニ繼續シタル唯一ノ犯意存スルニ止マルトキハ其行爲數多ナルニ拘ハラズ其數多ナル行爲中目的ヲ達シタルモノト之ヲ達セサルモノト存在スルニ拘ハ

ラス其所爲全體ヲ包含シタル一個ノ犯罪ヲ構成スルモノト爲ササルヘカラス(但シ數個ノ犯罪行爲ニ付キ法律上單一ノ犯罪ヲ認ムルヲ許ササル場合ハ之ヲ除ク)何トナレハ其行爲數多ナリト雖モ犯意ニシテ單一ナル以上ハ數個ノ犯罪成立スヘキ條理ナク又既ニ之ヲ一罪ト爲ス以上ハ其一罪ヲ組成スル各行爲中適々其目的ヲ達シタルモノアルト之ヲ達セサルモノアルトニ因リ單一ナル犯意ヲ分割シテ數個ノ犯意ト爲シ得ヘキモノニ非サレハナリ茲ニ人アリ深夜他家ノ一室ニ忍入り將サニ甲ナル物件ヲ竊取セントスルニ當リ家人ノ覺目ニ妨ケラレ其目的ヲ達セス室ノ一隅ニ身ヲ潛メ居リ家人ノ寢靜マルヲ待チ更ニ他室ニ至リ他ノ物件ヲ竊取シタルト假定センニ誰レカ其意思單一ナルニ於テハ之ヲ擬スルニ竊取未遂及ヒ竊盜既遂ノ二罪ニ關スル法則ヲ以テスルモノアルニ是レ蓋シ外形上ノ行爲ハニアルモ其犯意單一ナルノ理由ニ基クニ外ナラサルガリ今本件ニ付原院カ判定シタル事實ハ上告人ハ繼續セル單一ノ犯意ヲ以テ明治三十九年五月三十日ヨリ同年六月二十七日頃迄ノ間ニ於テ同一方法ニ依リ五度僉員騙取ノ行爲ヲ企テ三度ハ其目的ヲ達シタルモ二度ハ其目的ヲ達セサリシト云フニ在リテ右數個

ノ不法行為ハ同種同性質ノモノナルコト竝ニ其犯意ノ單一ナルコトハ毫モ前例ト異ナル所ナシ只其行為ノ實行期間ニ長短ノ差異アルニ過キス然レトモ其差異ノ如キハ或ハ事實判定ノ上ニ於テ各行為ニ付キ各別ニ犯意存在セシ事實ヲ認ムヘキ資料タルヲ得ヘキモ其犯意單一ナルコト確實ナル如上ノ場合ニ於テハ數個ノ行為カ相合シテ一罪ヲ構成スル點ニハ毫モ影響ヲ有スルモノニ非ス然ラハ則チ本件事實モ亦前示理由ニ依リ單一ナル金員騙取ノ既遂罪ヲ構成スルモノニシテ其既遂ト未遂トノ二罪ヲ構成スヘキモノニ非サルヤ洵ニ以テ明了ナリ又既ニ一個ノ既遂犯罪ノミヲ構成スルモノト爲スヘキ以上ハ之ニ關スル法條ノミヲ適用スヘキモノニシテ未遂罪ニ關スル法條ヲモ適用スヘキモノニ非サルヲ以テ本趣旨ハ共ニ上告ノ理由タラス

批評

同一ナル罪トナルヘキ行為カ繼續セスニ數回反覆セラルル場合ニ於テ一ノ行為カ單一前ノ行為ノ連續シタルモノニ過キサルカ爲メニ其獨立ヲ失ヒ此

等數個ナル個々ノ行為カ(既ニ處罰セラレタル行為ヲ除ク)法律上單一ナル罪トシテ連結セラルル場合ヲ指シテ連續犯 *fortgesetzten Delikt* ト謂フ連續犯ニ關シテ「フランク氏」ハ左ノ如ク説明セリ

例ヘハ竊盜ノ目的ヲ以テ倉庫ヲ開キ無一物トナラシメタル場合ニ於テ其目的ヲ遂クル爲メニ必要上犯人カ採リタル竊取ト云フ攻撃ノ數ハ罪ノ個數ヲ算定スルノ標準ニアラサルコトハ明了ナル道理ニシテ又其各個ノ攻撃ノ間ニ時ヲ距ツル長短モ亦之カ算定ノ標準トナラサルヘシ例ヘハ腕力劣リタル賊ハ倉庫内ノ財物ヲ竊取スルニ當リ先ツ其一部ヲ自己ノ家ニ運ヒ更ニ引返ヘシテ其殘物ヲ運去ルモ腕力優レタル賊ハ中斷セラレサル行為ニ依リ一時ニ現場ニ於テ其全部ノ財物ヲ竊取スルコトヲ得ヘク此ノ場合ニ於テハ前者ニ對シテハ數個ノ竊盜罪成立シ後者ニ對シテハ一個ノ竊盜罪成立スト云フカ如キ區別ヲ立ツルノ理由毫モ存在セサルヘシ此ノ理ヲ推究シテ數個ノ毆打ニ拘ハラス一個ノ毆打創傷ヲ以テ論シ數個ノ侮辱的言語ナルニ拘ハラス一個ノ名譽毀損ヲ以テ論セサルヘカラサル場合ヲ生スヘシ以上ノ總テノ場

合ニ於テハ數個ノ行爲ヲ法律上一個トシテ即チ連續シタルモノトシテ認めシムル理由ハ(一)此等數個ノ行爲ニ基ク結果カ單一ナルコト之ニ加フルニ(二)犯意ノ單一ナルカ又ハ數個ノ行爲カ同一ナル機會若クハ同一ノ繼續シタル關係ヲ利用スルコトニ依テ行ハルルコトニ存ス

(二)結果ノ單一ナル場合ハ左ノ如シ

(イ)侵害セラレタル法益カ單一ナル場合 他人ノ及物ヲ竊取シ之ヲ以テ人ヲ殺害シタル場合ニ於テハ竊盜ト殺人罪トノ實質上ノ數罪俱發ヲ以テ論スヘク一カ他ノ罪ノ手段ニ供セラレタリトノ理由ノミヲ以テ二個ノ行爲ハ單一行為トナルコトヲ得サルナリ同一ノ法益カ數多ノ享有者ニ對シテ害セララルル場合ニ於テハ其法益ノ性質カ享有者ニ專屬スルモノ即チ他人ニ讓渡スルコトヲ得サル法益ニ限り連續犯ノ成立ヲ妨ク(例ヘハ生命名譽自由健康ノ類)反之他人ニ讓渡スルコトヲ得ヘキ法益ニ付テハ各享有者ノ法益カ單一ナル保有 *Einheit der Gewahren* ノ下ニ存在スル

以上ハ連續犯ノ成立ヲ妨ケス故ニ例ヘハ同一監視ノ下ニ在ル晒布場ニ於テ別個ノ所有者ニ屬スル數個ノ洗濯物ヲ數回ニ竊取スルモノ同一ナル保有ヲ破フルニ過キサルトキハ一個ノ竊盜ヲ以テ論スヘク之ニ反シ市場ニ於テ數人ノ懷中ヨリ財物ヲ竊取スレハ數個ノ保有ヲ破ラルカ故ニ數個ノ竊盜ヲ以テ論スヘキナリ(明治三十九年第九五四號同年十一月九日宣告大審院第二刑事部判決理由ニ於テ「法律ノ保護スル法益中各人ニ固有ニシテ格別ニ觀察シ別個獨立ナル犯罪ノ目的トナスコトヲ要スルモノト包括的ニ之ヲ觀察シ數個ノ法益侵害ヲ網羅シ一括シテ之ヲ單一犯罪ノ目的トナスコトヲ得ルモノトアリ人ノ生命名譽體軀等ノ如キ其人ト分離スルコトヲ得サル法益ハ前者ニ屬シ其主體ト分離スルコトヲ得ル財産權ノ侵害ハ後者ニ屬シ財産權ノ侵害ニ付テハ被害者ノ數ニ拘ハラス包括的ニ觀察シ之ヲ一括シテ一個ノ法益侵害ナリトノ趣旨ニ論斷シ各被害者即チ各享有者ニ屬スル法益カ單一ナル保有ノ下ニ存在スルヤ否ヤニ付之カ區別ヲ設ケサルハ失當ナリ)

(ロ)法益侵害ノ分量ヲ増大ナラシムル場合 即チ後ノ行為カ前ノ行為ニ依リ與ヘラレタル法益ノ侵害ヲ更ニ増大ナラシムル場合例ヘハ數個ノ毆打ニ依ル創傷ハ一個ノ行為ヲ以テ論セサルヘカラス

(二)犯意カ單一ナリトハ單一ニ豫見セラレタル結果ヲ發生スル爲メニ數個ノ行為カ行ハルルコトヲ要ス例ヘハ下男カ主人ノ卷煙草百本ヲ目的トシ其發覺ヲ防ク爲メニ毎日一本宛窃取シタルカ如シ亦犯意カ單一ナリトノ理由ニ依リ時ヲ隔テタル數個ノ着手行為ヲ一個ノ連續犯トシテ論スヘク之ト同一理由ニ依リ既遂ノ行為ニ對シテ時ヲ隔テタル着手行為モ連續犯ヲ以テ論スヘキナリ時ニ於テ繼續シタルカ又ハ既遂ノ行為ト合體スル數個ノ着手行為ハ常ニ一個ノ罪ヲ成立スルコトノ明確ナルカ如ク各個ノ着手行為カ互ニ因果ノ關係ヲ保ツ場合ニ於テモ等シク一個ノ罪ヲ構成スヘキナリ例ヘハ毎夜引續キ一ノ堤防ヲ破壊スルカ如シ(古説ニ依レハ單一ナル犯意ト云ハス決意ト稱セリ)

(三)假令犯意ハ單一ナラサルモ同一ナル機會又ハ同一ナル繼續シタル關係ノ

利用ニ依テ數個ノ行為カ一個ノ連續犯ヲ成立スヘキナリ例ヘハ單一金錢ヲ得ル目的ヲ以テ竊盜ニ入りタル後偶々金時計ヲ發見シ金錢ノ外ニ之ヲ窃取スルモ一個ノ竊盜罪タルヘク繼母カ繼子ニ對シ苛酷ノ行為ヲ反覆スルコトヲ豫定セスシテ毎日之ヲ鞭打爲メニ繼子ヲ廢疾ニ致シタルトキ亦然リ普通ノ學說ニ依レハ最後ノ場合ニ付結論ニ於テハ同一ナルモ如上ノ理由ヲ以テ説明セス此場合ニ於テモ犯意ハ單一ナリト説明セルハ論理不明タルヲ免カレス

叙上ノ論旨ハ連續犯ノ觀念ニ適合セリ以上説明シタル外ニ連續犯ノ成立ニハ數個ノ行為カ同一ナル法益ニ對スルノミナラス其侵害行為カ類似ノ方法ニ出テタルコトヲ要スト説ク者アルモ(例ヘハリスト氏ノ如シ)此ノ最後ノ條件(類似ノ方法ニ出テタルコト)ハ連續犯ノ成立ニハ毫モ必要ナキモノトス例ヘハ同一ノ邸宅ニ於テ財物ノ一部ハ鎖鑰ヲ開キテ之ヲ窃取シ他ハ此ノ手段ニ依ラスシテ窃取スルモ常ニ一個ノ重キ竊盜ヲ以テ論シ何人ト雖モ此ノ結論ヲ疑ハサルニ依テ見レハ思ヒ半ニ過キン又主觀主義ニ依レハ單一ナル法

益ニ對シテ同種ノ侵害方法ヲ採ルコトノ外ニ犯意カ單一ナルコトヲ要スト
 說クモノアルモ(例ヘハ獨逸帝國裁判所判決例ノ如シ)連續犯ハ有意犯ニ限ラ
 ス過失犯ニ付テモ成立シ得ヘキカ故ニ此說モ亦正當ナリト云フヘカラス例
 ヘハ醫師カ治療ノ方法ヲ誤リ數回有害ノ投藥ヲ爲シタルカ如シ然ルニ前掲
 判決理由ニ於テ連續犯ノ成立ヲ説明スルニ當リ其必要條件タルヘキ結果ノ
 單一ナルヤ否ヤニ付テ論究セサルノミナラス其不法行為ハ同種類ノモノ即
 チ同一方法ニ出テタルコトヲ要スト說キタルハ失當ナリトス
 次ニ連續犯ハ一罪ナルカ故ニ假令此ノ一罪中ニ既遂ノ行為ト未遂ノ行為ヲ
 包含スルモ單一一個ノ既遂罪ヲ以テ論スヘキナリ然レハ此ト同趣旨ニ出テ
 タル前掲判決理由ハ正當ナリトス
 終リニ連續犯ヲ構成スル行為ノ連續中其間ニ於テ法律ニ變更ヲ來タシタル
 トキハ新舊兩法ヲ比照シテ常ニ輕キ法律ヲ適用スヘシトハリスト氏ノ主張
 スル所ナリト雖モ此場合ニハ常ニ新法ヲ適用スルヲ以テ法律改正ノ趣旨ニ
 適合スルモノナリト信ス(明治三十五年第一四九三號同年十一月十七日宣

告大審院判決モ卑見ト同趣旨ナリ)

備考

連續犯ニ關シテ改正刑法第五十五條ニハ「連續シタル數個ノ行為ニシテ同一
 罪名ニ觸ルルトキハ一罪トシテ之ヲ處斷ス」ト規定セルモ同條ニ所謂「連續シ
 タル數個ノ行為」トシテ論スルニハ如何ナル條件ヲ必要トスルヤ法律ハ別ニ
 之カ説明ヲ與ヘサルカ故ニ本文所論ノ如ク學理ニ依テ之ヲ決スルノ外ナシ
 而シテ同條ニハ連續シタル數個ノ行為カ同一罪名ニ觸ルルコトヲ必要トセ
 ルカ故ニ例ヘハ竊盜ノ罪強盜ノ罪詐欺ノ罪恐喝ノ罪ト云フカ如ク別異ノ罪
 名ニ觸ルル行為ハ假令連續行為タル條件ヲ具備スルモ連續犯タル一罪ヲ以
 テ論スルコトヲ得サルナリ但シ同一罪名ニシテ單ニ法律上加重ノ情狀アル
 モノニ付テハ此ノ制限ヲ受ケサルコト勿論ナリトス
 終リニ連續犯ト繼續犯トハ之ヲ區別スルコトヲ要ス繼續犯 *fortdauernde O.*
Dauerdelikt トハ違法ナル狀況ヲ發生セシムルノミナラス此ノ狀況ヲ維持ス

ルコトヲ以テ罪ノ構成條件トスルモノニシテ此ノ罪ハ其違法ナル狀況ノ繼續スル間其犯罪行為ヲ繼續スルモノトス例ヘハ不法逮捕監禁罪、猥褻ノ圖畫ヲ公然陳列スル罪、祖父母父母ニ對シ奉養ヲ缺クノ罪ノ如シ而シテ此ノ罪ハ違法ナル狀況ヲ發生セシムルコトト其狀況ヲ維持スルコトト相待テ一個ノ行為ヲ組織スルモノナリ

第二十四 文書偽造行使罪ト間接正犯トノ關係

公私文書偽造行使等ノ件

大審院刑事一部三九七六三七號
明治三十九年七月三日判決言渡

判決理由

依テ按スルニ辯明書末段ノ論旨ノ理由ナキハ本院判例ノ屢々説示スル所ノ如クナルモ原判決ノ第一事實トシテ認定スル所ニ依レハ被告ハ古木儀兵衛名義ノ連借證書及公正證書作成ノ委任狀ヲ偽造シ之ヲ中島林助ニ交付シテ同人ヨリ金圓

及ヒ小切手ヲ騙取シ而シテ林助ハ右偽造委任狀ヲ公證人村地正治ニ提出シ公正證書ヲ作成行使シタリト云フニ過キスシテ右公正證書ノ作成行使ニ關シ被告カ林助ト共謀シ又ハ同人ヲ教唆若クハ使役シタル事實認定ナキヲ以テ林助ハ自己ノ利益ノ爲メ單獨ノ意思ヲ以テ之ヲ作成行使シタルモノト謂フヘク被告ハ唯同人モ偽造委任狀ヲ用ヒテ公正證書ヲ作成行使スルコトアルヘキヲ豫見シタルモノト論スルヲ得ルニ止マリ之ニ依テ被告ニ其作成行使ニ付テノ刑法上ノ責任ヲ負ハシムルヲ得ス故ニ原判決ハ林助ノ公正證書ヲ作成行使シタル所爲ヲ認メテ被告ヲ其偽造行使罪ニ間擬シタルハ擬律ノ錯誤ニシテ被告ハ公正證書ヲ偽造行使シタルニ非サレハ同條ニ依リ處罰セラル、謂レナシトノ上告論旨ハ其理由アリ

公文書變造行使ノ件

大審院依假部三九七四二號明
治三十九年八月二十八日判決

判決理由

犯罪構成ノ要件タル行為ハ犯人自身ニ之ヲ爲スコトヲ要セス無意識ナル他人ヲ

利用シテ之ヲシテ犯罪ノ實行行為ヲ爲サシムルハ毫モ妨ケナク其他人ノ行為ニシテ苟モ犯人豫期ノ結果タル以上ハ犯人ハ之ニ對シテ責任ヲ負フヘク自己カ直接ニ其行為ニ關與セザリシノ故ヲ以テ刑罰ノ責任ナシト主張スルコトヲ得ヌ本件ニ於テ被告ハ變造ノ圖面ヲ役場ニ備付ケテ之ヲ行使スルノ意思アリタルコト被告ノ妻カ役場ヨリノ請求ニ對シテ其變造ノ圖面ヲ役場ニ返還シ終ニ其役場ニ備付ケラル、ニ至リシハ固ヨリ被告ノ豫期シタル所ニシテ被告ハ茲ニ其變造行為ノ目的ヲ達シタルモノナルコトハ事實證據ニ依リ原院ノ確定シタル事實ナリ左スレハ假令原院認定ノ如ク本件ノ圖面ハ被告ヨリ直接役場ニ返還シテ之ヲ備付ケタルニアラサルニモセヨ被告ノ妻並ニ役場員ノ行為ハ要スルニ其事アルヲ豫期シタル被告ニ依リテ無意識ニ利用セラレ被告ノ爲メニ文書變造行使罪ノ完成ニ要スル行使ノ條件ヲ充タシタルモノニ過キササルヲ以テ原院カ如上ノ事實理由ヲ示シ被告ニ本件ノ文書偽造行使ノ所爲アリト斷定シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ

批評

犯意ナキ(罪トナルヘキ事實ヲ知ラサル)他人又ハ責任無能力者(精神病者又ハ刑法上ノ責任無能力タル幼者)又ハ被強制者ノ行為ヲ利用シ利用者ニ於テ豫見シタル所ノ罪トナルヘキ結果ヲ發生セシメタルハ利用者ハ被利用者ヲ介シテ(機械トシテ)罪ヲ實行シタリト云フヘク(此ノ場合ニ於テ故意ナキ被利用者ハ有意犯ニ對シテノミ刑法上無責任タルヘシ)學者ハ之ヲ稱シテ間接正犯又ハ間接實行者ト謂フ而シテ他人ノ行為ヲ利用ストハ他人ノ動作ニ對シテ何等カノ條件(原因)ヲ與フルコトヲ意味ス然レトモ間接正犯ノ成立ニハ被利用者カ利用者ノ目的ノ爲メニ利用セラレコトヲ必要トセス利用者カ被利用者ノ目的ヲ幫助シタル場合ニ於テモ其成立ヲ妨ケサルナリ例ヘハ精神病者ヲ煽動シテ殺人ヲ決意セシムルト既ニ決意シタル精神病者ノ爲メニ被害者ノ逃走ヲ妨ケタルトヲ問ハス等シク間接正犯ヲ以テ論スヘク其間ニ於テ區別ヲ設クヘキ何等ノ理由タモ存在セサルナリ文書偽造變造行使罪ハ文書

ヲ偽造又ハ變造シテ行使スルコト並ニ其偽造變造ハ行使ノ目的ニ出テタルコトニ依テ成立シ苟クモ文書ノ偽造變造カ行使ノ目的ニ出テタル以上ハ犯人ノ利益ノ爲メニ行ハレタルト將タ他人ノ利益ノ爲メニ行ハレタルトハ同罪ノ成立ニ何等ノ影響ヲ與フヘキモノニ非ス(他人ヲシテ債務ヲ免カレシムル爲メニ貸金受取證書ヲ偽造又ハ變造シテ行使スルカ如シ)然レハ他人カ公正證書作成ニ關スル委任狀ヲ使用シテ公正證書ヲ作製スヘキコトヲ豫見シナカラ之ニ同委任狀ヲ交付シ依テ公正證書ヲ作製セシメ之ヲ同役場ニ備付ケ之カ行使ヲ遂ケ而シテ其委任狀カ交付者ノ偽造ニ係リ交付ヲ受ケタル他人ハ之カ情ヲ知ラサル場合ニ於テハ交付ヲ受ケタル他人カ公正證書ヲ作製シタルハ行使ノ目的ニ出テ其作成ハ偽造ニシテ交付者ハ委任狀ノ交付ト云フ自己ノ意思實行ニ依テ他人ニ前記ノ公正證書偽造行使ノ動作ニ關スル條件ヲ與ヘタルモノナレハ交付者ハ此ノ他人ヲ利用シテ公正證書ノ偽造行使ヲ遂ケタルモノト云ハサルヘカラス然ルニ前掲二個ノ判決理由中前者(明治三十九年れ六三七號)ハ以上ノ事實關係ヲ記述シナカラ被告ハ林助ヲ使役シ

タル事實ナキヲ以テ林助ハ自己ノ利益ノ爲メ單獨ノ意思ヲ以テ公正證書ヲ作成行使シタルモノト云フヘク被告ヲシテ公文書偽造行使ノ責任ヲ負ハシムヘキモノニ非スト判定シタルハ失當ナリ思フニ同判旨ハ間接正犯ノ成立ニハ利用者カ自己ノ目的(又ハ利益)ノ爲メニ被利用者ヲ利用シタルコトヲ必要トシ且ツ文書偽造行使罪ノ成立ニハ文書ノ偽造及ヒ行使カ犯人ノ目的(利益)ノ爲メニ行ハレタルコトヲ要スト誤解シタルノ結果ナリト見ルノ外ナキナリ加之前掲二個ノ判決理由中後者(明治三十九年れ七四二號)ニ於テ被告カ行使ノ目的ヲ以テ役場備付ノ文書ヲ偽造シ被告ノ妻カ役場ヨリノ請求ニ對シテ其變造ノ文書ヲ役場ニ返還シ遂ニ其役場ニ備付ケラル、ニ至リシハ固ヨリ被告ノ豫期シタル所ナリトノ事實關係ニ對シテ被告ヲ公文書變造行使ノ實行犯ナリト論シ前後同一ノ法律關係ニ關シテ矛盾ノ判決ヲ與ヘタルハ失當ニシテ(聯合部判決ニアラス)此ノ矛盾ハ全ク前記ノ誤謬ニ基因スト云フヘキナリ

但シ他人ノ代理ナリト詐リ公正證書ノ作成ヲ請求シ其原本ニ代理人タル資

格ニ於テ署名スルモ公正證書ノ偽造行使ニアラサルコト及ヒ圖畫ハ文書ニ
アラストノ卑見ニ付テハ別ニ此ニ關スル判例批評ヲ參照セラレンコトヲ乞
フ

備考

文書ノ偽造變造ト間接正犯トノ關係ニ付テハ現行刑法ト改正刑法トノ間ニ
毫モ異ナル所ナシ

第二十五 間接正犯ノ成立時期(既遂ノ時期)及ヒ間接

正犯ノ成立ニ必要ナル犯意ノ存在時期

公印偽造私書偽造行使詐欺取財未遂ノ件

明治三十九年(九)第九九五號同年
十月三十日大審院第一刑事部判決

判決理由

犯人カ偽造ノ意思ヲ以テ情ヲ知ラサルモノヲシテ公印ヲ彫刻セシムルハ犯人自
ラ之ヲ彫刻スルト異ナルコトナキヲ以テ其彫刻ノ成ルト同時ニ公印偽造罪ハ成
立スルモノニシテ犯人カ偽造印願ヲ受取リタルト犯人カ彫刻ノ成リタルコトヲ
知リタルトハ其犯罪ノ成否ニ何等ノ影響ヲ及ホスヘキ事項ニアラス

批評

本判決ハ間接正犯ノ成立時期(既遂ノ時期)及ヒ之カ成立ニ必要ナル犯意ノ存
在スヘキ時期ヲ説明シタルモノニシテ同判旨ハ正當ナリ
(一)教唆又ハ從犯ト異ナリ他人ヲ機械トシテ例ヘハ責任無能力者又ハ犯意ナ
キ他人ヲ利用シテ又ハ他人ヲ強制シテ罪トナルヘキ結果ヲ發生セシメタル
者ハ間接實行者間接正犯ト云フヘク反之他人ヲ介セスシテ直接ニ罪トナル
ヘキ結果ヲ發生セシメタル者ヲ直接實行者(直接正犯)ト云フ此ノ如ク間接正
犯ハ直接正犯ト異ナリ責任ナキ他人ノ動作ヲ利用シテ(但シ被利用者カ自己
ノ過失ニ付テ責任ヲ負フヘキハ勿論ナリ)自己ノ行爲(結果ヲ包含シタル意味

ニ於ケル行爲ヲ指スト爲ス者ナルカ故ニ此ノ場合ニ於テハ機械トシテ利用セラレタル他人ノ動作ヲ標準トシテ間接實行既遂ノ時及ヒ場所ヲ定ム可キナリ但シ茲ニ注意スヘキハ犯罪既遂ノ時期及ヒ場所ヲ定ムル標準ト犯罪ノ行ハレタル時及ヒ場所ヲ定ムル標準トノ間ニハ明ラカニ區別アルコト是レナリ若シ犯罪ノ時及場所ヲ定ムル標準ヲ行爲ノ構成要件タル結果ニ採ル時ハ兩者ハ全然一致スヘキモ反之犯罪ノ時及場所ヲ定ムル標準ヲ行爲ノ構成要件タル意思實行ニ採ル時ハ間接正犯ノ時及場所ハ直接正犯ノ時及場所ト等シク正犯者ノ意思實行ノ時及場所ヲ標準トシテ定ムヘク利用者間接正犯者ノ意思實行ヲ離レタル被利用者ノ動作ニハ全ク關係ナキコトヲ注意スヘキナリ

(二)罪ノ成立ニ必要ナル犯意(結果ノ豫見)ハ結果ノ發生當時ニ於テ存在スル事ヲ必要トセス。犯人カ結果ノ發生ニ對シテ原因ヲ與ヘタル意思實行ノ當時ニ於テ存在スルコトヲ要ス。故ニ直接正犯ノ場合ニ於テハ正犯ノ犯意ハ結果ニ對シテ直接ノ原因ト爲リタル正犯ノ意思實行當時ニ於テ存在スルコトヲ要

シ。間接正犯ノ場合ニ於テハ正犯ノ犯意ハ結果ニ對シテ間接ノ原因ト爲リタル正犯ノ意思實行當時即チ被利用者ニ對シテ動作ノ動機ヲ與フル時ニ於テ存在スルコトヲ要ス。例ヘハ被利用者ニ對シテ囑托シ又ハ使喚シ又ハ之ヲ強制スル當時ニ於テ被利用者ノ動作ニ依テ與ヘラルヘキ結果ニ付テ豫見スルコトヲ要ス

備考

間接正犯ニ關スル概念ハ現行刑法ト改正刑法トノ間ニ於テ異ナル所ナシ

第二十六 間接正犯ノ著手時期

詐欺取財ノ件

明治三十八年(九)第八〇七號
同年七月六日宣告大審院判決

判決理由

按スルニ原判決カ認メタル事實ハ被告カ片山ワカヨリ借受ケ居タル銀側懷中時

計ヲ擅ニ入質セントシ藤井「ヤヨ」ニ其入質方ヲ託シ交付シタルニ「ヤヨ」ハ之ヲ受取
 リ乍ラ「ワカ」方ニ到リ情ヲ告ケタルヨリ事發覺シタリト云フニ在リテ被告カ企テ
 タル委託物費消罪ハ委託物ヲ入質シテ費消スルニ依リ成立スルモノナレハ未タ
 入質ノ手續ニ著手シタル事跡ナキニ於テハ其實行ノ端緒タニアリタルモノト云
 フヲ得ス故ニ被告カ委託物ヲ入質セント欲シ其入質方ヲ藤井「ヤヨ」ニ依頼シタル
 モ「ヤヨ」ニ於テ入質方ノ手續ニ著手シタル事實ナキ以上ハ被告ノ行爲ハ委託物費
 消罪ノ準備行爲ト稱シ得ヘキモ未タ其未遂犯ヲ以テ論シ得ヘキ程度ニ達シタル
 モノニ非ス因テ原判決カ認メタル被告ノ所爲ハ罪トシテ論スヘキモノニアラサ
 ルニ委託物費消未遂ニ間擬シタルハ擬律ニ錯誤アル不法ノ裁判ニシテ破毀ノ原
 由アルモノトス

批評

間接實行 *nitterbarer Thätigkeit* (他人ヲ機械トシテ利用スル實行行爲ヲ指ス例
 ヘハ下婢ニ對シ毒藥タルノ實ヲ告ケス良藥ト誤信セシメテ毒藥ヲ其主人ニ

進メシムルカ如シ猶間接正犯ノ觀念ニ付テハ拙著日本刑法論總則共犯中間
 接正犯ノ部參照ニ付テ其犯罪ノ實行行爲カ始マリタリヤ否ヤ又終了シタル
 ヤ否ヤヲ決スルニハ其利用セラルル人ノ行爲ヲ標準トスヘク之ヲ利用スル
 人ノ行爲ヲ標準トスルコトヲ得ス生活ナキ自働機械ヲ利用スル場合ニ於テ
 モ亦之ニ準ス(例ヘハ爆發物ヲ他人ニ送致シ又ハ自發銃ヲ設置シテ人ヲ殺害
 セントスルカ如シ)然ラハ前掲判決理由ニ於テ他人ヲ介シテ委託物ヲ費消ス
 ルニ當リ同罪ノ實行開始(著手)ト豫備行爲トヲ區別スルニ付キ仲介者カ費消
 ニ著手シタルヤ否ヤヲ標準トシタルハ正當ナリ然ルニ或論者ハ間接正犯ニ
 於テ正犯ノ行爲ハ仲介者ニ或行爲ヲ爲サシメントスルノ行爲ヲ完了シタル
 時ニ完了シ其以後ニ於ケル仲介者ノ行爲ハ正犯者ノ行爲ノ結果タルニ過キ
 ス從テ仲介者ノ行爲ノ程度ヲ標準トシテ犯罪行爲ノ豫備ナリヤ又ハ著手ナ
 リヤヲ定メントスルハ著手未遂ノ觀念ト相背馳スト説キ其立論ノ根據トシ
 テ犯罪ノ引責理由タル責任能力ハ犯罪行爲タル意思實行ノ當時ニ存在スル
 コトヲ要ス而シテ自ら知覺精神ノ喪失ヲ招キテ犯罪ヲ爲シタル場合ニ於テ

其犯罪行為ハ自ら知覺精神ノ喪失ヲ招キタル時ニ完了シ此ノ意思實行ノ際ニ犯人カ責任能力ヲ具備スル以上ハ其結果タル責任無能力ノ状態ニ於テ爲シタル行動ニ付テモ其責ヲ負フヘキナリ反之若シ知覺精神ノ喪失ヲ招キタル後ニ於ケル行動ヲ以テ犯罪行為ナリトセンカ其行為ノ當時ニ於テハ犯人ハ責任無能力ナルヲ以テ其罪ヲ構成セストノ結論ヲ生スヘシト論セリ(新判例批評第一卷第二號刑事批評第十五號參照犯罪ノ構成ニ必要ナル責任能力ハ犯人ノ意思實行當時ニ於テ存在スルコトヲ要スルヤ勿論ナリト雖モ犯人ノ責ニ歸スヘキ犯罪行為ノ程度カ豫備ナリヤ將タ實行開始(著手)ナリヤ決スルニハ罪トナルヘキ結果(外界ノ變狀)ト之カ原因タル力(犯人ノ意思實行ニ基クカノ作用)トノ客觀的關係ニ依テ定マルヘキモノナルカ故ニ責任能力ノ存在ヲ必要トスル時期ハ結果ニ對スル原因タル力ノ進行程度ヲ定ムヘキ標準ニハ何等ノ關係ナキコトヲ注意スヘキナリ加之若シ論者ノ説ヲ貫カントセハ豫メ盜難ヲ防ク手段トシテ金庫ニ自發銃ヲ裝置スレハ直チニ殺人ノ著手ヲ以テ論セサルヘカラサルノ結論ヲ是認セサルヘカラス卑見ニ依レハ此

ノ場合ハ單ニ殺人ノ豫備タルニ止マリ著手ヲ以テ論スヘキニアラス故ニ盜賊カ自ラ金庫ニ手ヲ觸レテ自發銃ノ爲メニ殺害セラレタル時此ノ殺害行為ハ盜賊ノ違法ナル攻撃カ開始シタルニ際シ其實行ヲ開始シタルモノナルカ故ニ正當防衛ヲ以テ論スヘキナリ

備考

本文論旨ハ改正刑法上間接正犯ノ著手ノ時期ニ付テモ全然適用スヘキナリ

第二十七 間接教唆及ヒ間接從犯ニ就テ

明治三十六年(第二六〇四號)明治三十七年四月十五日宣告大審院判決ニ依レハ「依テ案スルニ刑法第一百五條ニ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者亦正犯トストアリ乃チ他人ヲシテ或ル重罪輕罪ヲ犯ス決意ヲ生セシメタル者アル場合ニ於テ其教唆ニ繫ル犯罪アルトキハ教唆者ハ正犯トシテ處罰セラルヘキ旨ヲ概括

的ニ規定シタルヨリ觀察スレハ刑法ノ趣旨タル被教唆者自ラ指定セラレタル重罪又ハ輕罪ヲ犯ス場合ナルト更ニ他人ヲシテ被教唆罪科ヲ決行セシメタル場合ナルトヲ問ハス齊ク教唆者ヲシテ其責ニ任セシムルニ在ルモノト解釋セサルヘカラス蓋シ教唆ニ因リテ犯罪ノ決意ヲ生シ敢テ之ヲ實行スル者アル以上ハ教唆者ト被教唆者トノ關係ハ直接ナルト將タ間接ナルトヲ論セス法律上禁遏セントスル犯行發生ノ危害ヲ見ル點ニ於テ毫モ異ナル所ナキヲ以テ間接教唆モ刑法第百五條ニ依リテ處罰セラルニ非サレハ本規定ヲ設ケタル趣旨ヲ貫徹スルニ由ナケレハナリ故ニ被告長三カ被告竹之助ニ依屬シ其乾兒被告吉太郎及ヒ源太郎ヲシテ被害者尼子法潤ノ手ヨリ證書ヲ奪取セシムル教唆ヲ以テ刑法第百五條ニ問擬スヘキモノト判示シタル點ニ於テ原判決ハ適法ナリト云ハサルヲ得ス

批評

加擔教唆又ハ從犯ニ對スル加擔ハ正犯ニ對スル間接ノ加擔即チ間接ノ教唆又ハ從犯ヲ以テ論スヘキナリ

茲ニ所謂間接教唆トハ故意アル教唆者(直接教唆者)ヲ介シテ間接ニ正犯ヲ教唆スルコトヲ謂フ例ヘハ教唆ヲ教唆シ或ハ教唆ヲ幫助スルカ如シ間接從犯トハ故意アル從犯(直接從犯)ヲ介シテ間接ニ正犯ヲ幫助スルヲ謂フ例ヘハ從犯ヲ幫助シ或ハ從犯ヲ教唆スルカ如シ
 現行刑法第百五條ニ規定スル教唆及ヒ同法第百九條ニ規定スル從犯ハ茲ニ所謂間接教唆及ヒ間接從犯ヲ包含スルヤ否ヤノ問題ニ付テハ學說一致セス改正刑法第六十一條第二項ニハ「教唆者ヲ教唆シタル者亦同シ」同法第六十二條第二項ニハ「從犯ヲ教唆シタル者ハ從犯ニ準ス」ト規定スルモ同改正刑法ニハ教唆者ヲ幫助シタル場合及ヒ從犯ヲ幫助シタル場合ニ付テ規定セサルカ故ニ此ノ問題ハ未タ完全ニ解決セラレタリト云フヘカラス
 卑見ニ依レハ本問ニ對シテハ積極的斷定ヲ與フヘキモノナリト信ス何トナレハ現行刑法ハ教唆及ヒ從犯ノ行爲ハ正犯ニ依テ與ヘラレタル結果ニ對シテ原因ヲ爲シタルモノト認メス正犯カ獨立シテ與ヘタル結果ニ付テ正犯ニ附屬シテ其責ヲ負フモノトシテ特ニ之カ處罰ノ規定ヲ設ケタリト雖モ教唆

及ヒ從犯ノ行爲ハ正犯ニ依テ與ヘラレタル結果ニ對シテ全然因果ノ關係ナシト云フコトヲ得ス苟クモ結果ノ發生ニ付テノ條件ヲ與フルコトニ關與シタル者ハ此ノ結果ニ對シテ原因ヲ與ヘタリト云ハサルヘカラス即チ教唆及從犯ノ行爲モ正犯ニ依テ與ヘラレタル結果ニ對シテハ一ノ條件ヲ與ヘタルコトハ疑ナシト雖モ現行刑法ハ此ノ因果關係ノ中間ニ故意アル正犯ノ行爲カ介在シタルカ爲メニ此ノ因果關係ヲ中斷スト認メタルモノナリ換言スレハ現行刑法ハ責任能力者ノ強制ニ依ラサル故意ナル行爲ハ事實上ノ因果關係ヲ中斷スル效力アルコトヲ認メタルモノニシテ即チ教唆及從犯ト正犯ニ依テ與ヘラレタル結果トノ間ニハ事實上ノ因果關係アルヲ以テ足り刑法上ノ因果關係ノ成立ヲ必要トセサルモノナリ然レハ教唆ヲ教唆シ又ハ幫助スルコトハ直接ニ正犯ヲ教唆スルト同シク何レモ正犯ニ依テ與ヘラレタル結果ニ對シテ條件ヲ與ヘタルモノニシテ間接教唆ノ中間ニ故意アル直接教唆者ノ介在スルコトハ教唆ノ成立ニ何等ノ影響ナキコト明カナルヘシ此ト同一理由ニ依リ從犯ヲ教唆シ又ハ幫助スルコトハ直接ニ正犯ヲ幫助スルト從

犯ノ性質ニ於テ異ナル所ナシ只教唆ト從犯ノ分カル、所ハ前者ハ正犯ニ犯意ヲ注入スルコトニ依テ結果ノ發生ニ條件ヲ與ヘ後者ハ正犯ニ幫助ヲ與フルコトニ依テ結果ノ發生ニ條件ヲ與フルニアリ

リスト氏フーゴーマイエル氏ビンヂング氏ハ本問ニ關シ同一ノ說ヲ採リフランク氏ルードルフ氏オッペンホッフ氏ノ說ニ依レハ教唆從犯ハ正犯ノ處罰行爲ニ附屬加擔シテ處罰セラレヘキモノナリト雖モ要スルニ正犯ノ處罰行爲ヲ條件トスル處罰行爲タルヲ失ハス故ニ之ヲ教唆シ又ハ幫助シタルトキハ犯罪ヲ教唆シ又ハ幫助シタリト云フコトヲ得ヘク從犯ノ幫助ハ正犯ノ刑ヨリ減等シタル刑ヨリ更ニ從犯トシテ減等スルコトヲ要スト論セルモ加擔ハ正犯ニ對スル附屬的協力ヲ意味シ加擔ニ對スル加擔ト云フコトハ加擔ノ性質ニ反ス故ニ茲ニ注意スヘキハ所謂間接教唆及ヒ間接從犯ナルモノハ教唆ニ對スル教唆又ハ從犯ニ對スル幫助ニアラスシテ正犯(刑法第二編以下ニ規定スル重罪輕罪ヲ指ス)ニ對スル間接ノ教唆又ハ正犯ニ對スル間接ノ幫助タルコト是レナリ即チ前掲判決ニ於テ間接教唆ヲ以テ直接教唆ト等シク

刑法第百五條ニ規定スル教唆ヲ以テ論スヘキモノナリト解シタルハ正當ナリ

備考

改正刑法第六十一條第二項ニ「教唆ヲ教唆シタル者亦同シトアルハ本文ニ説明シタルカ如ク正犯ニ對スル教唆(即チ間接教唆)トシテ處罰スル旨ヲ明示シタルモノニシテ同項ハ同條第一項ノ適用ヲ注意的ニ規定シタルニ過キス此ト同一理由ニ依リ同法第六十二條第二項ニ「從犯ヲ教唆シタル者ハ從犯ニ準ストアルハ從犯ヲ教唆スルコトニ依テ正犯ヲ幫助スルモノ(即チ間接從犯)トシテ處罰スルノ旨ヲ明示シタルモノニシテ同項ハ同條第一項ノ適用ヲ注意的ニ規定シタルニ過キサルコトヲ注意スヘキナリ從テ此等法條ニ明記ナキ場合即チ教唆ヲ幫助シ又ハ從犯ヲ幫助シタル場合ニ付テモ本文ノ論旨ニ從ヒ前者ハ間接教唆トシテ後者ハ間接從犯トシテ論セサルヘカラス

第二十八

共同正犯ト從犯トヲ區別スル標準
並ニ罪ノ實行行爲ト豫備行爲トヲ
區別スル標準ニ就テ

人ヲ殺害センコトヲ共謀シ殺害實行ノ現場ニ臨ミ下手者ニ兇行ノ氣勢ヲ與ヘタル者ノ刑事責任
強窃盜ヲ爲ス者ノ爲メニ見張ヲ爲シタル者ノ刑事責任
犯罪全部ニ付其方法ヲ畫策シタル者ノ刑事責任

(第一判決) 謀殺ノ件

明治三十九年(元)第一〇六七號同年十一月二十日宣旨大審院第一刑事部判決

判決理由

人ヲ殺害センコトヲ共謀シ殺害實行ノ現場ニ臨ミ下手者ニ助勢シ又ハ兇行ノ障礙排除ニ力メタル者カ謀殺罪ノ實行正犯ナルコトハ本院カ明治三十七年(元)第八

三六號謀殺事件ニ付既ニ判示シタルカ如シ蓋シ人ヲ謀殺セントスルニ際シ其目的ヲ達スルニハ犯人カ其犯罪ノ遂行ニ必要ナル積極的ノ行爲ヲナスコト、犯罪實行ノ當時ニ於テ消極的ノ作用タル障礙排除ノ行爲ヲナスコト、ハ共ニ犯罪ノ遂行ニ欠クヘカラサル事項ニシテ何レカ其一ヲ欠クモ犯罪ハ實行セラレ得ヘカラサルモノナルカ故ニ其何レニ干與スルモ犯罪ノ實行ニ加功シタルモノト云ハサルヲ得サルモノトス而シテ右積極的ノ行爲中ニハ被害者ノ手足ヲ捉ヘ又ハ其逃走ヲ妨ケ以テ殺害ヲ容易ナラシムルカ如キ所爲ヲ包含スルハ勿論現場ニ臨ミ下手者ヲ指揮シ又ハ之レニ助勢スルカ如キ行爲ヲモ包含スルモノト云ハサルヲ得ス何トナレハ現場ニ臨ミ下手者ヲ指揮シ又ハ之ニ助勢スルカ如キコトハ直接其實行ニ加ハリ實行行爲ノ一部ヲ分擔スルモノニ外ナラサルヲ以テナリ原判決ノ認ムル所ニ依レハ被告ハ第一審相被告新島末吉ト長山重夫ヲ殺害センコトヲ謀リ重夫宅ニ到リ重夫ト對談中末吉カ懷ロニセシ小刀ニ手ヲ掛重夫ニ肉迫スルノ機ヲ伺フヤ被告ハ其座ニ在リ以テ末吉ニ兇行ノ氣勢ヲ與ヘ末吉ヲシテ該小刀ヲ以テ重夫ノ左眼部ヲ刺シ即死セシメタルモノニシテ被告ハ末吉ト共謀シテ現

場ニ臨ミ末吉ニ助勢シ末吉ハ被告ノ助勢ニ依リ重夫ヲ刺殺シタル事實ナレハ被告ハ手自ラ重夫ヲ刺殺シタルニアラスト雖モ直接其實行ニ加ハリ其行爲ノ一部ヲ分擔シタルモノナルヲ以テ豫メ謀テ重夫ヲ殺害シタル實行正犯タルノ責任ヲ免ル、ヲ得サルモノトス故ニ原院カ被告ヲ謀殺罪ノ實行正犯トシテ處分シタルハ相當ナリ

(第二判決)明治三十七年第一八六四號同年十月十一日宣告大審院判決ニ依レハ

(一)徵兵令第三十一條ノ犯罪ヲ構成スルニハ犯人ニ徵兵令者ノ身分アルコトヲ要ス從テ他人カ適齡者ノ爲メ同條所定ノ行爲ヲ爲スモ實行正犯ヲ以テ論スヘキモノニアラス(二)兵役ヲ免レントスル者ノ行爲ヲ容易ナラシメタル場合ニ於テ苟クモ其幫助ヲ受ケタルモノカ徵兵適齡者ノ身分ヲ有スル以上ハ幫助ヲ爲シタル者ハ其身分ノ如何ニ拘ハラズ從犯罪ヲ構成スルモノトス(三)刑法第百九條ノ規定ハ正犯幫助ノ爲メニ用フヘキ手段方法ハ必ス犯罪實行以前ニ於ケル豫備ノ行爲タルコトヲ要ストノ趣旨ニアラスシテ單ニ從犯行爲ノ重ナルモノヲ例示シタルニ過キス從テ正犯ノ犯罪行爲ニ著手スル前後ヲ問ハス苟クモ之

ヲ、幫助シテ、其犯罪ヲ、容易ナラシメタル以上ハ、從犯罪ヲ、構成スルモノトス」

一五〇

〔第三判決〕明治三十六年第二一五七號明治三十七年一月二十二日宣告大審院判決ニ依レハ「二人以上強盜ヲ爲スニ當リ其目的ヲ達スルカ爲メ犯罪ノ遂行上其行爲ヲ分擔シ見張ヲ爲シ以テ犯罪實行ヲ妨クヘキ事實ノ存在ヲ排除スルノ所爲ハ即實行ノ所爲ト相待テ犯罪成立ニ必要欠クヘカラサルモノナルヲ以テ實行ノ行爲ニ外ナラス故ニ原判決ニ共謀ノ事實ヲ認メ犯罪ノ現場ニ於テ見張ヲ爲シト判示アル以上ハ犯罪ノ實行ニ外ナラス」ト解セルモ誤見ナリ何トナレハ假リニ必要の消極的條件ハ罪ノ實行行爲ニ屬ストスルモ單ニ見張ヲ爲シタリトノ事實アリタルノミニテハ未タ以テ犯罪ノ實行ヲ妨クヘキ事實ヲ排除シタリト云フコトヲ得サルヲ以テ結局本問ノ場合ハ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ノ實行ヲ獎勵幫助シタルモノ即チ從犯ヲ以テ論スヘキナリ

〔第四判決〕明治三十五年第二二三五號明治三十六年一月二十七日宣告大審院判決ニ依レハ「犯人カ或ル犯罪ヲ實行セントスルニ當リ其目的ヲ達スルカ爲メニハ犯人カ其犯罪ノ遂行ニ必要ナル所爲ヲ實行スルコト、犯罪實行ノ當時ニ於テ之ヲ妨クヘキ事實ノ存在セサルコトヲ必要トス從テ苟クモ其所爲ニ依テ此二個ノ要件ノ一ヲ充タシタル以上ハ其所爲カ犯罪構成ノ要件タル積極的ノ實行行爲ナルト犯罪行爲ノ實行ニ對シ消極的ノ作用タル妨害排除ノ行爲ナルトニ論ナク其犯罪ノ實行ニ干與シタルモノトス」

〔第五判決〕明治三十二年第四二六號同年六月一日宣告大審院判決ニ依レハ「犯罪全部ニ付其方法ヲ畫策シタルコトヲ認定シタルニ拘ラス從犯トシテ處斷シタル判決ハ擬律錯誤ノ不法アリ」

批評

共同正犯ト從犯トヲ區別スル標準ニ付テハ獨逸刑法學者間ニ行ハルル學說

ハ大略左ノ如シ

(イ)客觀主義 objective Theorie 協力者ニ依テ與ヘラレタル動作ノ程度ヲ標準トスルモノニシテ共同正犯ハ價值多キ同等ナル協力ヲ與ヘ從犯ハ價值

少ナキ協力ヲ與フルモノトセリ

客觀主義ノ代表者タルビルクマイエル氏ノ説ニ依レハ實行ト幫助トヲ對照シ實行ハ原因ヲ與フルコトヲ意味シ幫助ハ結果ニ對シテ條件ヲ與フルコトヲ意味スト解シ共同正犯ハ結果ニ對シテ共同ノ原因ヲ與ヘ從犯ハ單ニ條件ヲ與フルニ過キス同氏ノ説ニ依レハ原因ハ最モ價值多キ條件ヲ意味シ從テ二個ノ條件カ同等ノ價值ヲ有スルトキ換言スレハ其一方カ單獨ニテハ結果ヲ惹起シ能ハサル場合ニ限り共同原因ト謂フコトヲ得ヘク例ヘハ數人ニテ大石ヲ運搬スルニ當リ各人ノ力カ單獨ニテハ石ノ重量ニ堪ヘサルトキ又ハ數人カ各小量宛ノ毒藥ヲ他人ニ服用セシメ其全分量ノ爲メニ他人カ中毒死亡シタルトキニ於テ各協力者ハ共同原因ヲ與ヘタルモノニシテ從テ共同正犯ヲ以テ論スヘキナリト又同氏ハ共同正犯トハ罪ノ特別構成要件タル行爲ヲ實行スルモノナリト説明セリ此説ハ結論ニ於テフーゴーマイエル氏リスト氏メルケル氏オツベンホッフ氏ヘルシユチル氏等ノ説ト同シ而シテ

リスト氏ノ説ニ依レハ共同正犯ハ罪ノ實行行爲即チ罪ノ特別構成要件タル行爲ニ加擔スルコトヲ要ス從テ正犯ト從犯トノ區別ハ客觀的行爲ノ程度ニ依テ之ヲ區別スヘキナリ故ニ例ヘハ殺人罪ニ付テハ致命傷ヲ與フルコトニ、竊盜ニ付テハ物ヲ竊取スルコトニ脅迫罪ニ付テハ脅迫行爲ニ加擔シタルモノヲ以テ共同正犯トス結合罪ニ付テハ罪ヲ構成スル結合行爲ノ一ヲ行ヒタル者ハ其罪ノ共同正犯ヲ以テ論ス(共同ノ犯意アルコトヲ要ス)例ヘハ甲ハ丙女ヲ押ヘ乙ハ丙女ヲ姦シタルトキハ甲乙ハ強姦ノ共同正犯ニシテ甲ハ丙ヲ脅迫シ乙ハ丙ヨリ財物ヲ取リタルトキハ甲乙ハ強盜ノ共同正犯ナリトス何トナレハ暴行脅迫ハ強姦又ハ強盜ノ構成要件タル結合行爲ノ一ニ屬スルヲ以テナリ反之甲カ屋内竊盜ヲ爲スノ間屋外ニ見張ヲ爲シタル乙者ハ竊盜ノ共同正犯ニアラスシテ從犯ナリトス何トナレハ見張ハ竊盜ヲ幫助シタルニ相違ナキモ竊盜ノ實行行爲即チ特別構成要件タル行爲ト云フコトヲ得サレハナリ

(ロ)主觀主義 subjective Theorie ノ代表者タルフオンブリー氏ノ説ニ依レハ原

因ト條件ハ之ヲ區別スルコトヲ得ス結果ニ對スル總テノ條件ハ同等ノ
 價値アル者ナリ從テ共同正犯ト從犯ノ區別ノ標準ハ到底客觀的行爲ノ
 程度ニ求ムルコトヲ得ス寧ロ主觀的意思ノ方面ニ求メサル可ラス即チ
 共同正犯ハ自ラ罪ヲ犯スノ故意 *animus auctoris* (自己ノ爲メニ罪ノ發生ヲ
 欲シ罪ノ發生ニ伴フテ自己ノ利益ヲ求メ無條件ニ罪ノ發生ヲ希望スル
 コト)ヲ必要トシ反之從犯ハ他人ノ犯罪ニ從屬スル(他人ノ犯罪ヲ助成ス
 ル)ノ故意 *animus socii* (他人ノ爲メニ罪ノ發生ヲ欲シ罪ノ發生ニ伴フテ自
 己ノ利益ヲ求メス、正犯カ罪ノ發生ヲ欲スルカ故ニ己レモ亦罪ノ發生ヲ
 欲スルニ過キササルコト)ヲ必要トシ協力ニ依テ與ヘラレタル動作ノ程度
 如何ハ兩者ノ區別ニ何等ノ關係ナキモノト論セリ
 獨逸帝國裁判所ノ判例ハ刑法理由書中ニ存スル明言ニ基キ多數ノ裁判
 例ニ於テ兩者ノ區別ヲ主觀主義ニ探ルモ共同正犯ノ成立ニハ協助力カ罪
 ノ實行中ニ與ヘラレルコトヲ必要トセリ而シテ其動作ノ價値ノ程度如
 何ハ毫モ關係ナキモノトセリ例ヘハ罪ノ實行中ニ見張番ヲ爲シタルモ

ノヲ共同正犯ヲ以テ論セリ即チ此場合ニ於テハ受動的 *passive* 幫助ヲ以
 テ共同正犯トセリ反之同判例ニ依レハ自ラ罪ヲ犯ス故意 *animus auctoris* ヲ
 欠クカ爲ニ假令罪ノ實行行爲ニ與リタル者ニ對シテモ從犯ヲ以テ論セ
 リ要之主觀主義ニ依レハ共同正犯ト從犯トノ區別ヲ全ク行爲者ノ意思
 ニ探リ苟モ外形の協力ノ事實アル以上ハ行爲ニ加擔シタル程度如何ハ
 兩者區別ノ標準トナサ、ルナリ從テ器具ノ整頓、障害ノ排斥、行爲者ノ獎
 勵、仲間ノ一方カ共同ニ企圖サレタル犯罪ヲ實行スル間見張ヲ爲シタル
 モノ、犯罪ノ現場ニ立會フコトニ依テ犯罪ヲ獎勵シタルモノモ等シク共
 同正犯ヲ以テ論スルコトヲ得ルナリ此說ハ既ニウエスフアール氏(千八
 百六十年)ニ依テ主張セラレ十九世紀ニ於テハアーベック氏ハウエル氏
 フエフテル氏ヘンケ氏ヘツプ氏マレゾール氏フォンベヒテル氏此ニ次
 テケストリン氏ヘルツ氏ヤンカ氏グラーゼン氏フォンシユワルツエ氏
 之ヲ主張シ千八百六十年以後ニ於テハオフンブリー氏及ヒザクセン並
 ニヴェルテンベルグノ最高裁判所其他ホルヘルト氏コーレル氏ナーグ

レル氏オールスハウゼン氏之ヲ主張セリ然レトモ主觀主義ニ依レハ從犯ノ意思(他人ノ犯罪ニ從屬スル意思)ヲ以テ實行行為ニ與カリタルトキニ於テモ猶從犯ヲ以テ論スルコト、ナリ反之陰謀ニ與リタル一人カ行為ニ付テ苟クモ協力ヲ與フルトキハ常ニ正犯ヲ以テ論シ從犯ノ觀念ヲ容ルヘキ餘地ナキニ至リ、亦單獨ニテ他人ノ爲メニ罪ヲ犯シタルトキハ正犯ノ觀念ヲ以テ論スルコトヲ得サルニ至ルヘシ要之主觀主義ハ到底正當ナル見解ナリト云フコトヲ得サルヘシ反之客觀主義ヲ採ルモノハベルリン並ニミュンヘン裁判所ノ以前ノ裁判例其後ニ於テハベルナル氏(千八百六十一年以來)フインゲル氏ヘルシュテル氏フオンクリエンタール氏レーニング氏メルケル氏バツヘンフエルド氏ビルクマイエル氏等之ヲ主張ス

(ハ)折衷說ヲ採ル者ハペーリング氏マイエル氏ハウプト氏ニシテ此ノ說ニ依レハ正犯ト從犯トノ區別ニ付キ明瞭ナル場合ヲ除キ疑ノ存スル場合ニ於テハ專ラ行為者ノ意思ニ依テ之ヲ決スヘシトナスモノニシテトヤ

イベン氏ハ正犯ノ犯意ヲ以テ從犯ノ所爲ヲ爲シタル場合ニ不完全ナル共同原因ト稱スルモ結論トシテハ獨逸帝國裁判所判例ト等シク此ノ場合ニ於テモ共同正犯トシテ處罰セント欲セリ又客觀主義ヲ採ルモノニシテ正犯ト從犯トノ區別ヲ結果ニ對スル條件ノ價值ノ多少ニ依テ區別セント欲スルモノアリ此ノ說ハブーテンドルフ氏(千六百七十二年)ニ依テ始メテ主張セラレ十八世紀ニ於テハクレツス氏ペーメル氏其他ノ學者ニ依テ主張セラレ輓近殊ニフオキエルバツハ氏ベルナル氏(千八百四十七年)乃至千八百六十一年間ニ依テ主張セラレタリ而シテ近頃ニ至リ(ニ)客觀主義ヲ採リツ、更ニ精神上ノ因果關係ヲ以テ區別ノ標準ニ加ヘタルモノアリ即チフランク氏ノ說ニ依レハ兩者ノ區別ノ標準ヲ客觀主義ニ採リ此ノ標準ヲ條件ノ區別ニ求メ價值多キ條件ヲ與ヘタルモノヲ共同正犯トシ價值少ナキ條件ヲ與ヘタルモノヲ從犯トセリ而シテ同氏ハ獨逸刑法ニ依リ價值少ナキ條件トシテ左ノ條件ヲ例舉セリ

(1) 單ニ條件タルニ止マリ同時ニ原因タラサル條件即チ獨逸刑法第四十八

條規定教唆ニ關スル規定ノ結果故意ニ結果ヲ惹起ス正犯ニ對シ只直接ニ(結果ニ對シテハ間接ニ)加擔スルモノハ單ニ從犯タルニ止マリ原因ヲ與ヘタリト云フコトヲ得ス例ヘハ正犯ノ爲メニ犯罪ノ手段トシテ器具ヲ交付シ犯罪ノ方法ヲ指示シ正犯ノ爲メ犯罪ノ執行ノ好機會ヲ探偵シ又ハ門戸ヲ踰越スル者ノ爲メニ踏臺トナリ又ハ犯罪ノ實行又ハ犯罪ニ依テ得ラルヘキ結果ノ安全ヲ保證スルコトニ依テ正犯ヲ獎勵スルカ如シ換言スレハ精神的ニ媒介サレタル(任意ニシテ故意アル責任能力者ヲ介シテ)因果關係ハ正犯ニ屬セスシテ從犯(又ハ教唆)ニ屬ス(アーホルン氏モ同説)

(2)原因(物理的因果關係ニ屬スルモノ)ニ屬スル所ノ條件ナリト雖モ少ナクトモ罪ノ實行ノ開始ニ至ラサルモノ(罪ノ共同實行ニ關スル獨逸刑法第四十七條及ヒ實行ノ開始ニ關スル第四十三條ノ規定ニ依リ)即チ此ノ點ニ於テ正犯ト從犯トノ境界ハ罪ノ著手ト豫備トノ境界ト一致スヘク從テ甲カ乙ヲ刺ス間丙カ丁ヲ押ヘ付クルカ如キ丙ハ共同正犯ヲ以テ論ス

ヘク反之甲ノ爲メニ乙ニ途上會合スヘキ路筋ヲ探ルヘク助言ヲ與フルカ如キハ從犯ヲ以テ論スヘク其他結合犯ニ於テ犯罪實行行為ニ屬スル行為ノ一ヲ行ヒタルモノハ共同正犯ニシテ例ヘハ強姦罪ニ付テハ婦女ヲ姦淫シタルモノト婦女ヲ強制シタルモノトハ等シク同罪ノ共同正犯ヲ以テ論スヘキナリ而シテ以上(1)(2)ノ條件ハ正犯ノ行為ニ比シテ前ニ發生スルコトヲ要セス換言スレハ正犯ノ實行中ニ於テモ從犯ノ成立スルコトヲ得ルナリ例ヘハ正犯ノ罪ノ實行中ニ於テ之ニ兇器ヲ給與シ又ハ張番ヲ爲スカ如キハ從犯ニ屬ス要スルニ從犯ノ行為ハ實行行為ニ屬セサルコトヲ要ス而シテ從犯ノ行為ハ罪ノ實行中ハ勿論實行ヲ終リタルモ未タ結果ノ發生セサル以前ニ於テ之ヲ行フコトヲ得ルカ故ニ例ヘハ甲カ既ニ乙ヲ傷ケタル後ニ於テ乙カ治療ノ爲メ醫師ヲ招カントスルニ當リ丙カ之ヲ妨クルトキハ從犯ヲ以テ論スヘキナリ(反之アーホルン氏ハ從犯行為ハ正犯ノ行為ニ先タツコトヲ要スト論セルモ理由ニ乏シ)要之以上説明スルカ如ク正犯ト從犯トノ區別ノ標準ニ付テ學說分ルト

雖モ少クトモ我現行刑法ノ解釋トシテハ客觀主義中フランク氏ノ說ト
 同様ニ解スルコトヲ至當トス何トナレハ刑法第九條ニ於テ云々器具
 ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容
 易ナラシメタルモノハ從犯ト爲シ云々トアルニ依テ見レハ同條ニ所謂
 「器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ」トハフランク氏ノ所謂精神的因果關係ヲ
 與フル條件ニ相當シ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ云々ハ同氏ノ所謂
 罪ノ實行ノ開始ニ至ラサル原因ニ相當スルモノト解スルヲ至當トス

次ニ罪ノ實行行爲(實行ノ開始)ト豫備行爲トヲ區別スル標準ニ付テモ獨逸刑
 法學者間ニ於テ諸說其軌ヲ一ニセス凡ソ左ノ數說アルカ如シ

一 フオン、リスト氏ノ說ニ依レハ

罪ノ實行行爲トハ各個ノ場合ニ於テ處罰行爲法律カ刑罰ヲ科シタル行爲
 ニ適合スル意思實行ヲ謂フ即チ實行行爲ハ各罪ノ構成條件タル事實罪ト
 ナルヘキ事實ニ付キ各本條ニ用ヒラレタル文詞ニ依テ定マル故ニ例ヘハ
 銃ヲ發射シ、及テ以テ刺シ毒藥ヲ服用セシムルコトハ殺人ノ實行行爲ニ屬

シ宣誓ヲ爲スコトハ詐僞宣誓 *Mein eid* ノ實行行爲ニ屬シ幼年者ニ對スル監
 護力ヲ破ルコトハ幼者拐誘ノ實行行爲ニ屬シ物ニ對スル保有ヲ破ルコト
 ハ竊盜ノ實行行爲ニ屬ス法律カ一罪ノ構成要件タル事實トシテ數個ノ結
 合シタル行爲ヲ要スルトキハ(結合犯 *Zusammengesetzte Verbrechen* ト稱ス例ヘ
 ハ文書僞造行使罪ノ成立ニハ文書ヲ僞造スルコト、僞造文書ヲ行使スル
 コトヲ要スルカ如シ)此等數個ノ行爲ハ何レモ同罪ノ實行行爲ニ屬ス法律
 カ罪ノ成立ニ付特定ノ手段ヲ必要トスルトキハ(例ヘハ強盜罪又ハ強姦罪
 ニ付テハ暴行又ハ脅迫ノ手段ヲ詐欺ニ付テハ詐欺ノ手段ヲ必要トスルカ
 如シ)此等特定ノ手段ヲ用ユルコトハ既ニ同罪ノ實行行爲ニ屬ス

二 フキンゲル氏ノ說ニ依レハ實行ノ開始トハ吾人ノ經驗ニ依リ實行者カ要
 求スル結果ヲ發生セシムヘシト認メ得ラルヘキ一般的特徴ヲ有スル行爲
 ヲ謂ヒ

三 ベルチル氏メルケル氏ワールベルヒ氏等ノ說ニ依レハ實行ノ開始トハ罪
 トナルヘキ結果ヲ直接ニ發生セシムヘキ行爲ヲ意味スト謂ヒ

四 フォンパール氏ヅエヒテルルボー氏レーニング氏等ノ説ニ依レハ實行ノ開始トハ結果ニ對シテ連續ノ關係ヲ有スル行為ヲ意味スト謂ヒ(又ハ結果ヲ發生スル爲メニ行ハレタル行為中最後ノモノヲ意味スト謂ヒ)

五 メルケル氏バウムガルラン氏等ノ説ニ依レハ實行ノ開始トハ當該法益ニ對スル攻撃行為ヲ意味スト謂ヒ

六 ツアハリエー氏ガイエル氏ビルクマイエル氏ベンニーゲル氏オールスハウゼン氏クロツシエル氏等ノ説ニ依レハ實行ノ開始トハ刑罰ヲ科セラレタル動作ノ一部タル行為ヲ意味スト謂ヒ

七 フーゴーマイエル氏ノ説ニ依レハ實行ノ開始トハ行為ノ一般ノ性質ヨリ觀察シテ結果ノ發生ニ欠クヘカラスル條件ト認ムヘキモノヲ意味シ殺人ノ目的ヲ以テ器具ヲ用意シ又ハ目的地ニ進行スルカ如キハ殺人ノ準備行為ニシテ實行行為ニアラス何トナレハ器具ヲ用意シ又ハ特定ノ場所ニ於テセストモ尙ホ他ノ方法及ヒ場所ニ於テ他人ヲ殺害スルコトヲ得ヘケレハナリ反之鐵砲ヲ發射シ又ハ刃物

ヲ以テ人ニ切り付クル行為ハ殺人ノ實行行為 *Ausführungshandlung* ナリ何トナレハ人ニ對シテ何等カノ攻撃ヲ加フルニアラサレハ之ヲ殺害スルコトヲ得サレハナリ而シテ此原則ハ尙ホ(一)結合犯(結合犯中ニハ(イ)罪トナラサル二個以上ノ行為ノ結合ニ依テ成立スルモノ例へハ私文書偽造行使罪ノ如キモノ(ロ)罪ト爲ルヘキ二個以上ノ行為ノ結合ニ依テ成立スルモノ例へハ強盜罪ノ如キモノ、兩者ヲ包含ス)ニ付テモ適用アルヘク即チ結合セラレタル行為中第一ノ行為ヲ行フトキハ其罪ノ實行ニ著手シタリト云フヘキナリ(二)加重ノ情狀アル罪 *qualifizierten Delikte* ノ内ニテ加重ノ情狀カ行為者自身ノ行為ニ存スルモノニシテ而モ其情狀カ罪ノ實行前ニ發生スルコトヲ要スルモノニ付テハ其加重ノ情狀トナリタル行為アリタルトキハ加重ノ情狀アル罪ノ實行ニ著手シタリト云フヘキナリ(刑法第二百六十八條第三百七十條參照)豫備行為 *Vorbereitungshandlung* トハ實行者ヲシテ罪ヲ行フコトヲ可能ナラシメ若クハ容易ナラシムル狀況ニ達セシムル所ノ行為ヲ謂フ例へハ犯罪ノ爲メ器具及ヒ方法ヲ準備スルカ如キ又ハ適當ナル機會ヲ探究スルカ如キ

又ハ罪ノ發覺ヲ防止スル爲メ若クハ犯罪ニ依リ得ヘキ利益ヲ確實ニスル爲メノ準備行爲ハ之ニ屬ス

八 エートケル氏アーホルン氏等ノ説ニ依レハ實行ハ最後ノ補助的意思ノ發現ナリト謂ヒ

九 ベーリング氏ノ説ニ依レハ行爲者カ外界ニ存スルカヲ支配スルニ至リタル所ノ行爲ナリト謂ヒ

十 フランク氏ノ説ニ依レハ

實行行爲トハ其實行ニ次テ罪カ完成スルニ至ル所ノ行爲(例ヘハ詐欺宣誓罪ニ付テハ宣誓文句ノ宣言ヲ爲シ殺人罪ニ付テハ人ヲ及傷スルカ如シ)又ハ行爲者カ其後ノ現象ニ付全ク事物ノ進行ニ放任スル所ノ行爲(例ヘハ毒殺ノ爲メニ毒藥ヲ人ニ施用スルカ如シ)ヲ意味ス然レトモ其實行行爲タルヤ必ス多少ノ時間ニ亘リ且個々ノ動作ノ集合シタルモノナルカ故ニ實行行爲ニ對シテ自然的ノ共同關係ヲ有スル個々ノ動作ハ實行行爲ノ一部分ヲ爲スモノト云ハサルヘカラス從テ例ヘハ鐵砲ヲ構ヘ目的物ニ向テ狙ヲ

付ケタル等ノ個々ノ動作ハ鐵砲ノ發射ト相合シテ單一ナル行爲ヲ組織スト云フヘキモノナリ何トナレハ發射ト云フ動作ハ普通ニ構ヘ狙フト云フ動作ナクシテ發生スヘキモノニアラサルヲ以テナリ又此ト同一理由ニ依リ人ヲ毆打スル爲メニ拳ヲ振り上クルハ打ツト云フ動作ト相合シテ單一ノ行爲トナルヘク目的物ニ向テ手ヲ伸ハスト云フ動作ハ他人ノ保有ヲ奪フト云フ動作ト相合シテ單一ノ行爲トナルヘキナリ故ニ實行ノ開始トハ實行行爲ニ對シテ必要的共同ノ關係ヲ有スルカ爲メニ自然的觀察ニ從ヒ實行行爲ノ一部ト認メラルヘキ總テノ動作ヲ總稱スヘキナリ而シテ此等各個ノ行爲ハ時ノ關係ニ於テ繼續スルト否トハ問フ所ニアラス次ニ豫備行爲トハ例ヘハ殺人ノ爲メニ兇器ヲ調達準備スルカ如キ又ハ殺人ノ時機ヲ探知スルカ如キ又ハ犯罪ノ場所ニ向テ進行スルカ如キ又ハ犯罪ノ實行ヲ確實ナラシム方法或ハ處罰ヲ免カル、方法ヲ豫メ用意スルカ如シ何者此等ノ行爲ハ罪ノ實行ニ付當然(普通ニ)必要ナル關係ヲ有スト云フコトヲ得サレハナリ而シテ兇器ヲ整頓シ兇行ノ時機ヲ探知スルカ如キ又ハ

兇行ノ場所ニ現在スルカ如キ行爲ハ殺人ノ意思ヲ有セサル以前ニ於テモ
存在スルコトヲ得ルナリ反之犯罪實行ノ開始ハ常ニ犯意ノ發生後ニアラ
サレハ存在スルコトヲ得サルナリ(フリーゴーマイエル氏ノ説モ又大體ニ於
テフランク氏ノ説ト一致スルナリ)

而シテ豫備行爲トシテ行ハレタル行爲ハ假令之ニ依テ直チニ罪トナルヘ
キ結果カ發生シタルトキト雖モ罪ノ實行アリタリト云フコトヲ得ス例ヘ
ハ屋内竊盜ヲ爲シ然ル後チニ家屋ヲ燒燬スル目的ヲ以テ先ツ家屋内ニ於
テ室内ヲ輝ラス爲メ點火シタルニ其火力直チニ該家屋ヲ燒燬シタルトキ
ハ放火ノ實行ヲ以テ論スルコトヲ得ス此場合ニ於テハ失火ノ問題ヲ生ス
ルニ止マル

十一ヘルシユナル氏其他主觀主義ヲ採ル者ノ説ニ依レハ實行ノ開始トハ行
爲ニ依テ目的ヲ明確ニ表示スル程度ニ達シタルコトヲ意味スト謂ヒ

以上ノ諸説中フリーゴーマイエル氏並ニフランク氏ノ説ハ最モ實行行爲ノ觀
念ニ適合スルモノト信ス

以上何レノ説ニ依ルモ(一)兇行ノ現場ニ臨ミ下手者ノ爲メニ兇行ノ氣勢ヲ與
フル行爲(二)強竊盜ノ實行中單ニ見張ヲ爲ス行爲又ハ犯罪實行ノ方法ヲ畫策
スルニ止マル行爲ハ何レモ罪ノ實行行爲(實行ノ開始)ニ屬スト云フコトヲ得
ス然ルニ前掲數個ノ判決理由ヲ閱スルニ何レモ共同正犯ト從犯トヲ區別ス
ル標準ニ付テハ客觀主義ヲ採リナカラ其適用ニ付テ何レモ罪ノ實行行爲ト
豫備行爲トノ區別ヲ誤レルコトヲ發見ス可シ即チ前掲

第一判決理由ニ於テ人ヲ殺害センコトヲ共謀シテ殺害ノ現場ニ臨ミ下手者ノ爲
メニ兇行ノ氣勢ヲ與ヘタル行爲ヲ指シテ殺害實行行爲ノ一部ニ屬ストシテ實
行正犯ヲ以テ論シタルモ此等ノ場合ハ豫備行爲ヲ以テ兇行ノ下手者ニ對シテ
其實行ヲ獎勵幫助シタルモノ即チ殺人罪ノ從犯ヲ以テ論スヘキナリ

第三第四判決理由中假リニ必要の消極的條件ハ罪ノ實行行爲ニ屬ストスルモ單
ニ見張ヲ爲シタリトノ事實アリタルノミニテハ障害排除ノ豫備タルニ止マリ
未タ以テ犯罪ノ實行ヲ妨クヘキ事實ヲ排除シタリト云フコトヲ得サルヲ以テ
結局本問ノ場合ハ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ノ實行ヲ獎勵幫助シタルモノ即チ從

犯ヲ以テ論スヘキナリ

第五判決理由ニ於テ犯罪全部ニ付其方法ヲ畫策シタル行爲ニ對シテ正犯ヲ以テ論セルモ此等ノ行爲ハ罪ノ豫備行爲タルニ止マルカ故ニ從犯ヲ以テ論スヘキナリ

備考

改正刑法第六十條ニハ「二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタル者ハ皆正犯トス」第六十二條ニハ「正犯ヲ幫助シタル者ハ從犯トス」ト規定シ共同正犯ト從犯トノ區別ハ加擔行爲ノ程度ニ標準ヲ置キタルコト明カナリ即チ共同正犯ハ罪ノ實行行爲ヲ以テ加擔スルコトヲ要シ從犯ハ實行行爲ニアラサル行爲豫備行爲ヲ以テ加擔スルコトヲ要ス從テ改正刑法ニ於ケル兩者ノ區別ニ付テモ亦本文ノ論旨ヲ適用スヘキナリ

然レトモ純粹ノ理論ニ依リ之ヲ推究スルトキハ結果(外界ノ變狀)ニ對スル原因ノ觀念ニ付テハ(一)荷クモ結果ノ發生ニ付キ一ノ條件ヲ與フルコトニ依テ干與シタル者ハ此ノ結果ニ對シテ原因ヲ與ヘタリト云フヘク(二)結果ノ發生

ニ關スル總テノ條件ハ何レモ結果ノ發生ニ付テ同等ノ價值ヲ有シ從テ數人カ結果ノ發生ニ干與シタル場合ニ於テモ理論上彼此ノ間ニ差別ヲ設クルコトヲ得ス(三)各干與者ノ刑罰モ同一ナル刑期ノ範圍内ニ於テ其刑ヲ輕重スヘキノミ(四)以上ハ主トシテ作爲ニ付テ説明シタルモ不作爲ニ付テモ亦此ニ準ス從テ現行刑法並ニ改正刑法ノ如ク同一ナル結果ニ付キ數人カ干與シタル場合ニ於テ正犯教唆從犯ノ如キ階級ヲ區別シ正犯ニ限リテ結果ニ對スル原因ヲ與ヘタルモノト認メ反之教唆從犯ヲ以テ正犯ニ依テ與ヘラレタル原因ニ從トシテ加擔シタルモノト認メ教唆者ニ對シテハ正犯ト同一ノ刑ヲ科シ從犯ニ對シテハ正犯ノ刑ニ照シテ減輕シテ處罰スルカ如キ區別ヲ設クルハ失當ナリ故ニ近來開明國ノ立法例ニ依レハ正犯及教唆從犯ノ區別ヲ全廢シテ等シク之ヲ處罰スルコト、シ以テ叙上ノ理論ヲ貫徹スルノ傾キアリ例ヘハ獨逸法ニ於テ西歷千八百九十五年奴隸奪取法同千八百九十七年海外渡航法ハ此種ノ立法例ヲ採レリ余輩ハ總テノ罰則ニ於テ全然此ノ種ノ立法例ニ倣ハントトヲ希望ス

第二十九 形式犯ノ性質(附)蠶病豫防法第二十 六條ノ適用

蠶病豫防法違犯ノ件

明治三十九年(九)第九〇二號同年
十月十二日大審院第二刑事部判決

判決理由

依テ審按スルニ蠶病豫防法第二十六條ニハ當業者ハ其代理人戸主家族同居者雇人其從業者ニシテ其業務ニ關シ本法又ハ本法ニ基キテ發スル命令ノ規定ニ違背シタルトキハ自己ノ指揮ニ出テサルヲ以テ處罰ヲ免カルルコトヲ得ストアリ而シテ同法第十三條ノ檢査合格ノ證印ナキ蠶種ヲ讓渡スコトヲ得サルノ禁令ハ蠶種製造業者ノミニ對スル規定ニアラスト雖モ製造業者モ亦遵守スヘキ規定ナルコト勿論ニシテ且ツ蠶種製造者ニ在リテハ業務ニ關スル規定ナルヲ以テ被告ノ妻壽カ同條違背ノ行爲ニ付戸主タル被告ニ於テ其責任ヲ負擔スヘキハ當然ナリ

批評

犯罪トハ國家カ刑罰ヲ制裁トシタル有責違法ノ行爲ニシテ有責行爲ニアラサレハ犯罪ヲ構成セス而シテ有責行爲トハ責任能力者ノ行爲ニシテ且ツ故意又ハ過失ニ出テタルコトヲ要ス此ノ如ク國家ハ有責行爲ニアラサレハ之レヲ處罰セサルヲ原則トス然レトモ國家ハ例外トシテ全ク責任ナキ行爲ニ對シテ刑罰 *Kriminalstrafe* ニアラサル秩序罰 *Ordnungsstrafe* ヲ科スルコトアリ此ノ種ノ處罰行爲ヲ名ツケテ形式犯 *Formalkrimit* ト稱ス即チ形式犯トハ或種ノ法益ニ對スル攻撃現象ニ對シテ法定ノ關係ヲ具備スル者ハ假令其現象ニシテ有責條件ヲ具備セスト雖モ其現象ニ對シテ處罰ノ責任ヲ負フヘキモノニシテ假令之ニ科スヘキ罪名ハ同一ナリト雖モ其處罰行爲ノ性質ニ於テ犯罪トス異ナル所アルコトヲ注意スヘキナリ而シテ犯罪ヲ分テ刑事犯及警察犯トスルコトヲ得ヘク刑事犯トハ法益ニ對シテ實害ヲ與フルカ(實害罪)若ハ危險ナル狀況ヲ與フルヲ以テ處罰ノ必要條件トスルモノニシテ(危險罪)ヲ分テ一般