

(三) 故意ハ違法ナル意思ナリ

故意ノカ、ル性質ハ初メニ述ベク如ク(一)及ビ(二)ノ内容ヲ含ムコトニ由來スル當然ノ結果デアツテ、突ハ要件ト考フベキモノデハナイ、ソレニモ拘ラス、コ、ニコノコトヲ明カニスル所以ハ過失ニ因スル説明ト、對照上將ニコノコトヲ指摘シテ置くコトが便宜デカラテアル。

(四) 故意ハ科刑ノ認識ヲ含マス

行為者ガソノ行為ノ処罰ヲ知ルト否トニ拘ラス、違法ヲ意識シテ或ル行為ヲナスコトハ、ソノ程度ニ於テ既ニ科刑ヲ必要トスル及規範性ノ微表デアル、蓋シ刑罰ノ目的ハ犯人ヲ改善シテ規範ヲ規範ソノモノトシテ尊重スル性格有タラシムルコトニアルカラテアル。從ツテ故意ハ科刑ノ認識ヲ含マナイ、而シテコ、ニ掲ケタ事柄ハ消極的ナ事柄デアルカラ、殊ニ掲ゲル必要ナイコトデアルガ、特ニ注意ヲ要スル事柄デアルカラ、併セテ掲ゲタ次第デアル、尤モ通説ハ刑法第三八條第三項ヲ以テコ、ニ述ベタ

故意ノミニ解シテキルコトヲ注意スベキデアル。

註 通説ハ法ノ禁止ト処罰ヲ區別シナイテ考ヘル、私ハ違法ト処罰ヲ區別シテ考ヘルカラ、故意ノ場合デモ違法ヲ自覺スレバ足り、処罰ヲ認識セズシテ足ルノデアル、即チ違法ヲ違法ト知リツツヤツコトガ罰セラレルノデアル。(註終)

右ニ準ジテ故意ハ犯人自身ノ責任能力、累犯加重條件、処罰條件ノ其ハルコト等ノ認識モコレヲ含マナイ。

以上述べタ所ヲ綜合シテ故意ヲ定義スルト、故意ハ類型事實ノ評價的取見ノ下ニ於ケル意思デアルト云フコトが出来ル、而シテカマウニ故意ヲ取見ノ意思ナリト云フ學說ヲ觀念主義ト呼ブ、コレニ對シテ、類型事實ヲ意欲又ハ承認スルコトヲ以テ故意ノ要件トスル學說ガアル、コレヲ意思主義ト云フ、コノ両主義ノ適用ノ結果ハ事實上大体ニ於テ一致スルガ、場合ニヨツテハ行為者ハ觀念ノ一部ダケヲ意欲又ハ承認スルニ過ギナイコトガアルカラ、若シソノ意欲又ハ承認シナカツタ部分ニ相當スル結果ガ発生シタトキ、結論ヲ異ニスルコトガアル(未必的故意カ又ハ意識的過失カ)。要

スルニ私ハ結果ヲ觀念シテ而モ無関心ナル以上ハコレヲ故意トシテ論スルヲ妨ゲナシト解スルカラソレ以上ニ結果ヲ意欲又ハ承認シタルヤ否ヤハ重ニ情状論ニ外ナラナイ

故意ハコレヲ確定故意(直接故意)不確定故意(間接故意)トニ分ケ
後者ハコレヲ概括的故意・擇一的故意・未必的故意ニ分ケル。但シコレヲノ區別ハ何レモ情状トシテノ意味ヲ持ツニ逼ギナイ。犯罪ニハ必ず動機ガアル。而モ刑法ハ何レノ場合ニ於テモ動機ハ故意(並ビニ目的罪ニ於テハ特別ノ目的)ノ成否ニ關係ノナイモノトシテ平ルガ。犯罪ノ情状トシテ量刑上重要ナ意義ヲモツコトハ言フヲ俟タナイ。

蓋 觀念主義ト意思主義トノ何レニ從フカニヨツテ結論ノ差異ノ生ズル場合ガアル。例ヘバ、獵ヲスル人ガ鳥ヲ撃タントシテ平ルトキ百姓ガ現ハレタ。発砲スル人ニハ鳥ニモ中ルカモ知レナイガ百姓ニモ中ルカモ知レナイト云フ豫見ガアル。シカシ百姓ニ中テヨウト思ツタコトモナク、又中ツテモ標ハナイト思ツタコトモナイ、百姓ニモ中ルカモ知レナイト思ヒツツ発射シタ。ソシテ百姓ヲ負傷セシメタ。

コノ場合觀念主義ニヨレバ簡單デアル。百姓ニ中ルカモ知レナイト豫見シテ中タ以上故意ノ傷害罪トナル。シカシ意思主義ニ從ヘバ結果ノ発生ヲ意欲又ハ承認スルコトヲ以テ故意ノ要件トスルカラ故意トハセヘナイ。

確ニ結果ガ発生スルニ違ヒナイト信ジテヤツタ場合ガ確定故意デア
アル。曖昧デハアルガ結果ノ発生ヲ豫見シタ場合ハ不確定故意デア
ル。ドレダケノ結果ガ発生シヨウトモ、全体的ニ概括的ニ結果ノ発
生ヲ豫見シタ場合ガ概括的故意デア
ル。例ヘバ密猟シタ人ニ一壺ノ石ヲ投ゲル場合ノ如キデア
ル。擇一的故意トハ、例ヘバ多数密猟シ
テキル人ニ一ツノ石ヲ投ゲツケル場合ノ如キデア
ル。中ルノ一人ハ一人ガ誰デア
ルヲ判ラナイ場合デア
ル。未必的故意トハ一人ニ何ツテ発砲スルガ如キ場合デ、中ルカ
中ラナイカ分ラナイ
場合デア
ル。
故意ノ外ニ犯罪ニハ実際問題トシテ動機ガアリ、コレニハ直接的
ナモノモアレバ、間接的ナモノモアル。前者ニモ罪ヲ犯スコト自体

が動機デアル場合ガアル。例へバ、多数ノ群集ノ中デ窃盗スルコトノスリルヲ味ツテ満足感ヲ充スガ如キハ罪自体ガ動機ナラデアル。刑法ハコノ動機ヲ主観的ノ要件トハシテ平ナイ。タゞ裁判ノ際ノ情状論トシテ動機ガ問題トナルノデアル。(註終)

第二 過失

行為者ガ類型事實ヲ豫見セス。又ハ規範ガソノ事實ヲ違法トスルコト(違法類型ノ存在)ヲ意識シナイトキハソノ行為ノ價值ハ直接ニコレヲ否定スルコトハ出来ナイガ、法律上ソノ事實ヲ豫見シ又ハ違法ヲ意識スベキニ拘ラズ、不注意ニヨツテコレヲ豫見セス。又ハ意識シナイトキハ、ソノ不注意ヲ理由トシテ間接ニソノ行為ヲ否定スルコトガ出来ル。カ、ル場合ノ行為者ノ意思ヲ過失ト云フ。犯罪ニツイテ云へバ、過失ハ違法ヲ不注意ニヨツテ犯罪事實(基準類型事實)ヲ豫見セス。又ハソノ違法ヲ意識シナカツタ事情ノ下ニ於ケル意思デアル。次ニ過失ノ要件ヲ分説スル。

一 意思(過失ノ素材)

過失トハ過失の意思ト云フコトデアツテ、コノ場合ニモ故意ノ場合ト同様ニ或ル心理的意図ガ素材トナツテ、コレニ價值ガ附セラレルノデアル。従ツテ意思ノ過失性ト考ヘルコトモ妨ケナイ。

二 意思ノ類型性(過失ノ類型的内容)

コノ点ハ故意ニアツテハ類型事實ノ豫見ト違法ノ意識トデアツタガ過失ニアツテハ内容ガコレト反対ニナルノデアツテ、類型事實ノ不豫見ト違法ノ不知(不意識)トデアアル。但シコノ二有ノ欠缺ハ同時ニ存スルコトヲ要シナイ。即チ違法ノ意識ナキノミデ高過失タルニ足ルカラ、過失ニハ理論上ニツノ場合ガアル。即チ事實ノ豫見ナク、従ツテソレニツイテ違法ノ意識ナキ場合、及ビ事實ノ豫見ガアツテ而モ違法ノ意識ナキ場合コレデアアル。

(一) 過失が類型事実ノ不豫見ヲ含ム場合

コノ場合ノ要件ハ次ノ如シ。

(1) 類型事実ノ不豫見(從ツテ又ソレノ違法ノ不知)。

コノ要件ハ故意ニ於ケル類型事実ノ豫見及ヒ違法ノ意識ニ當ル、
コ、ニ誤解ヲ避ケルタメニ一言スベキコトハ、類型事実ノ不豫見トイフ消極
的ナ事柄ガ如何ニシテ類型的事實内容ト云フ積極的ナ意識ヲモツ問題ト
シテ理解シ得ルカトイフコトデアル。コノ点ニツイテハ次ノ如ク考ヘルコ
トガ出来ル。即チ不豫見ハ不存存ヲ意味スルコトニ違ヒナイガ、シカシソ
レハ不作爲ト云フノト同ジク、一切ノ豫見ノ不存存ト云フコトニ過ギナイ。
單ニソノ場合ノ標準トナツタ一定ノ豫見ノ不存存トイフコトニ過ギナイ。
從ツテ真カラ云ハ、不豫見ト云フノハ標準以外ノ他ノ事實ノ豫見ト云フ
コトデアツテ、ソレガ即チソノ場合ノ現実ナ意思ナノデアル。例ヘバ過失
傷害ニアツテハ被害者ノ負傷ト云フコト以外ノ他ノ事實ヲ豫見シタト云フ
コトガ現実ナ意思ナノデアル。但シ、コノ意思ハ因ヨリ即ニ述べタ素材ニ

外ナラナイ。ソコデコノ意思ガソノ含ムベキ類型事実ノ豫見ヲ含マナカツ
タト云フ意味ニ於テ法律上ノ批判ヲ及ケ、ソシテ初メテ法律上價值的ニ違
法類型的事實ヲ持ツタ實在トナルノデアル。

過失ガ類型事實ノ不豫見ヲ含ム場合ニハ、違法行為一般ニシテ云ハバ、
ソノ問題トナル事項ノ範圍ハ故意ノ場合ト同一デアル。蓋シ故意ニナスコ
トガ許サレナイ行為ハ、過失ニヨツテ爲スコトモ亦許サレナイカラデアル。
又故意ノ行為ハ結果未發生ノ場合ニモ違法デアルガ如ク、過失ノ行為モ
ソレガ違法タルニツイテ結果ノ發生ハ要件デナイ。タゞ犯罪トシテハ刑法
ノ規定ニ於テ結果不發生ノ場合ハニレヲ罰シナイニ過ギナイ。

(2) 類型事実ノ不豫見ハ違法ナルコト

コノ点ハ故意ニ於ケル違法ナル意思ニ當ル。單ニ事實ノ不豫見
ハソノモノトシテハ不作爲ト云フガ如ク一ノ判断デアツテ、何事ノ實在デ
ハナイ。違法ヲ不豫見、即チ法律上注意ヲ要スル場合ニ注意ヲ爲サルコ
トニ基ク不豫見ガ初メテ價值的實在トシテ過失トナルコトガ出来ル。詳言
スレバ、過失トハ若シ本人ガ當該ノ場合ニ法律上要求サレタ注意ヲナシタ

ナラバ豫見シ得タデアラウト考ヘラレル範圍ニ屬スル(即チ法律上豫見ヲ要スル)事實ヲ不注意ニヨツテ豫見シナカッタ事情ノ下ニ於ケル意思デア
 ル・ソコデ何がカヤウナ事實カト云ヘバ、ソレハ即チ法律ニ定ツテキル類
 型事實ニ外ナラナイ(從ツテ類型事實ノ不豫見ト云フコトガ單ニ觀念的デ
 ナク、價值的ナ實在トシテ取扱ハレル場合ニ於テハ、當然不注意ニヨル違
 法性が前提サレテキルノデアツテ、コノニ看ハ突ハ格別ナ要件デハナク、
 同一事柄ノ表裏デアアル・コノコトハ故意ニツイテモソノ(三)ニツイテ述べタ
 以上ノ如ク過失ニアツテハ不注意ガ問題ノ中心ヲナスノデアアルガ如何
 ナル場合ニ違法ナ不注意アリヤト云フコト、換言スレバ注意義務ノ標準如
 何ニ因シテハ、從來主觀說ト客觀說トガ分レテキル・シカシカク議論ガ対
 立スルニツイテハ、注意ト云フ語義ガ一定シナイコトモ確ニソノ理由ノ一
 ツデアアル。サテ然ラバ注意トハ何かト云フニ、私ハソノ結果タル豫見ノ範
 圍ノ問題ヲ離レ、單ラ心理作用トシテノ意思ノ緊張ヲ云フト解スル。從ツテ
 注意ト豫見トハ觀念上判然ト區別シナケレバナラヌ、而シテコノ注意ハ法
 律上ニ於テハ法律ノ見テ違ハ一級ノモノ、即チ何人モ同一狀況(主觀的ニ

モ客觀的ニモ)ノ下ニ於テハ、同一程度ニ於テ用ヒルデアラウト考ヘラレ
 ル注意デアツテ、ソノ標準ハ客觀的デアアル。即チ過失ノ標準ハ注意義務ニ
 因シテハ客觀說ヲ適當トスル。蓋シ各人ノ能力(知性及ヒ知識経験)ガ元
 来一様ノモノデナイカラ、各人ニ對シテ豫見ノ範圍ノ平等ヲ求ムルコトハ
 不合理デアアルガ、豫見ノタメノ意思ノ緊張ヲ平等ニ課スルコトハ已ムヲ得
 ナイカラデアアル。シカシ、カクノ如ク注意ノ点ニツイテハ客觀的標準ニヨ
 ルベシトスルモ、各人ノ能力ハ一様デナイトスレバ、各人ノ豫見可能ノ範
 圍ハ主觀的ニ人ニヨツテ異ラザルヲ得ナイ。ヨツテ具體的ナ問題ニツイテ
 ハコノ想像上ノ主觀的ナ豫見可能ノ範圍ガ標準トナツテ、ソノ範圍内ノ事
 實ガ豫見サレナカッタ場合ニ過失アリトサレルノデアアル。從ツテ過失ノ標
 準ハ豫見義務ニ因シテハ主觀的デアツテ、私ノ見解ハ結局一様ノ主觀說デ
 アルト云ツテヨイ。

上ノ如ク考ヘルト、注意義務ハ豫見義務ノタメニ存スルノデアアルガ、然
 ラバ豫見義務ハ何ノタメニ存在スルカト云ヘバソレハ根柢ニ於テ我々ニハ
 結果ヲ豫見スルコトニヨツテソノ發生ヲ防止スルタメニ他ノ行為ヲ為ス義

務が課せられたるに於て他行為ノ義務ノナク
ニハ假令何等カノ事実上ノ危険が豫見し得ル場合デモ、豫見義務モナク
又注意義務モナク、從ツテ過失ノナクトテ注意シナケレバテラナイ。例
ヘバ醫業ハ過失ノ有無ニ拘ラス人ヲ死傷ニ致ス危険ノアルコトハ一般ニ豫
見可能ノコトデアルガ、シカシ法律ハソレニモ拘ラスカ、ル全然抽象的ナ危険
ヲ理由トシテ他行為ノ義務ヲ課シテ居ナイ。從ツテ法律上醫師ハカ、ル抽象
的ナ危険ノ豫見義務モナケンバ注意義務モナイカラ、医師が何等カノ事
故ヲ起シタ場合ニ於テモ、假令ソノ抽象的ナ危険ノ豫見可能ノ事情ノ下ニ
附業シタコト、又ハ診察ヲ引受ケタコトヲ以テ過失行為ト云フベキデハナ
イ。但シソノ技術が極メテ拙劣デアルニ拘ラス附業シタトカ、或ハ診察ヲ
引受ケタトカ云フヤウナ具體的の事情ガアル場合ニハ、假令ソノ操作ニ於
テ本人トシテ相當ノ注意ヲ用ヒタトシテモソノ事情ガ具體的ナ点テ過失タ
ルコトハ固ヨリデアル。

法律上注意義務ニ差等アリヤ否マニツイテハ、通説ハ刑法第一二九條第
二項及ビ第一一一條ヲ根據トシテコレヲ肯定スル。即チコノ種ノ見解ニヨ

レバ、不特定人ノ生命・身体ニ危険ヲ及ボス虞アル業務ニ從事スル者ハ、
非業務者ノ場合ニ比シテ一層高度ノ注意義務アリトスルノデアル。シカシ
私ハコノ理論ヲ認めナイ。

何故カト云ヘバ、元來行為ガ同一デアル以上業務者ナルガ故ニソノ注意
義務加重セラレ、非業務者ナルガ故ニソノ注意義務ヲ減輕サレル理由ハナ
イカラデアル。勿論業務者ニ対シテ比較的廣イ豫見ヲ要求スルコトハ適當
デアルガ、シカシソレハ業務者ガ多ク知識經驗ニ富ンデキルカラコソ初メ
テ許サルベキデアツテ、ソレニハ單ニ非業務者ト同一ノ注意義務ヲ課スル
コトニヨツテ既ニ充分ナノデアル。從ツテソレハ注意自体ガ高度テナケレ
バテラヌ理由トハナラヌ。通説ノ見解ニ從フ人々ノ多クハ豫見義務ト注意
義務トヲ混同シテ不ルヤウニ思ハレル。

(二) 過失ノ規範ノ不知ヲ含ム場合

コノ場合ノ要件次ノ如シ(故意・過失ハ單ニ類型事實ダケニ關ス
ル問題デアツテ、規範即チ違法ノ知不知ハ全然コレニ關係ガナイトスル從
ニ。一

見解ニアツテハ、コ、ニ論ズル事柄ハ全ク過失ニ関係ヲ持タナイ。

(1) 現犯ノ不知 (故意ニ於ケル違法ノ意識ニ相増スル)

(2) 規範ノ不知ハ違法ナルコト (故意ニ於ケル違法ナル意思ニ當ル)

過失ガ規範ノ不知ヲ含ム場合ニ於テハ刑法第三八條第三項ノ適用ニ從フベシモ、デアルコトハ、故意ノ問題ニ関係シテコレヲ述ベタ。要スルニ石ノ規定ノ趣旨ハ法律(一般規範) 法律ニ先立ツ命令・命令)ヲ知ラザルニツイテ過失即チ違法ナ不注意ガアレ場合ハ、コレヲ知ツテ為シタ場合ト同一ノ刑罰ヲ科スルト云フノデアル。但シカヤウナ見解ニヨルト違法ノ不知ヲ含ム過失犯ノ成立ノ範圍トソノ処罰ノ程度トハ故意犯ノソレト一致スルコトニナルガ、法律デハ情状ニヨツテソノ刑ヲ減輕スルコトヲ得ルコトニナツテ平ル。(刑法第三八條第三項但書)

以上述ベタトコロヲ綜合シテ過失一般ノ意義ヲ定メルト、過失トハ違法類型(過失犯ニアツテハ可罰的基準類型)ノ充實ニ對スル違法ナ不豫見ノ下ニ於ケル意思デアルト云フコトガ出来ル。過失ノ種類ニツイテハ、實テハ意識的過失・無意識的過失ヲ區別シ、前者ヲ以テ情状重キモノト考ヘタ

ノデアルガ、カヤウナ見解ハ今日一般ニ認めラレナイ。

過失一般ニツイテ述ベキコトハ凡ソ上ノ如クデアルガ、更ニ過失犯ニツイテ云フト刑法ガ過失ニヨル行為ヲ罰スルノハ例外デアツテ、刑法第三八條第一項但書ニヨツテ法律ニ特別ノ規定アル場合ニ限ツテ罪トナルノデアル。コレヲ普通刑法ノ範圍ダケデ云フト先ツ

(1) 過失ガ類型事實ノ不豫見ヲ含ムコトニヨツテ成立スル場合ニアツテハ四條ニ過ギナイ。失火罪(第一一六條、第一一七條第二項)、過失溢水罪(刑法第一二九條)、過失柱系妨害客罪(刑法第一二九條)及ビ過失致死傷罪(刑法第三〇九條乃至第三一一條)ノ四ツガコレデアル。而モソノ刑ハ一般ニ輕ク、業務者ニ関スル場合ノ外ハ罰金ヲ通例トスル。

(2) 過失ガ規範ノ不知ヲ含ムコトニヨツテ成立スル場合ニアツテハ前ニ述ベタ如クソノ罪トナル場合ノ範圍及ビソノ処罰ノ程度ハ故意ノ場合ニ同ジ。但シ情状ニヨツテソノ刑ヲ減輕スルコトヲ得ル。右ノ如ク過失ニヨル行為ハ法律ニ特別ノ規定アル場合ニ限ツテ罪トナルノデアルガ、シカシソノ特別ノ規定ハ必ずシモ明文タルコトヲ要シナイ。

例へば過失ニヨル行為ヲ罰シナイトスレバ、或ル罰則ガ實際ニ適用セラレ
ル場合ハ殆ンド考ヘラレナイト云フヤウナ理由カラ、解状上カ、ル特別ノ
規定アリト解スルガ如キコトモ妨ゲナイ。

過失犯ニ関聯シテ、狭義ノ結果犯又ハ加重結果犯ト称セラレルモノガア
ル。コノ種ノ犯罪ニ於テハ、故意ニヨツテ一定ノ基本行為ヲナシタ以上ハ
行為者ハソノ豫見ノ範圍ヲ越エテ発生シタ重キ結果ニツイテモ亦責ヲ負ハ
ネベナラヌ。例へば代表的ナモノトシテ傷害致死罪（刑法第二〇五條）ノ
如キデアル。而シテソノ重キ結果ニツイテハ過失アルコトヲ要スト云フノ
ガ今日ノ通説デアルガ、カ、ル見解ニ從へバ、刑法上過失責任ニ関スル規
定ハ固ヨリ前記ノ四種ノ過失犯ノミニ止マラナイ訳デアル。

註 死ヌカモ知レナイトイフ豫想ノ下ニ人ヲ殴リ、ソノ結果人ガ死ン
ダトスル。コノ場合ハ殺人罪デアル。マサカ死ストハ思ハズヘラ殴
リ、以外ニモ死ノ結果ヲ生ジタ場合ハ傷害致死罪デアル。コノ場合
一面デハ傷害スルツモリデ傷害シテキルカラ故意デアルガ一面デハ
過失致死罪ト云フコトニナル。カ、ルコトハ屢々アル。例へば暴行

ヲ以テ公務執行ヲ妨害スル。ソノ結果傷ヲサセタ場合ハ傷害罪ト
ナル。カ、ル場合現行法ハ一罪トシテ扱フガ、理論的ニハ数罪トシ
テ扱フベキモノデアル（規範關係ノ相對性）。傷害致死罪ハ一個ノ
行為ガ一面ニ於テ故意傷害罪トナリ、一面ニ於テ過失致死罪トナル
傷害致死罪ニ於テハ豫期以外ノ結果ヲ発生セシメタコトヲ以テ罪ヲ
加重スルノデアル。昔ハ苟クモ基本行為ニ故意ガアレバ、ソレカラ発
生シタ結果ガ如何ナル事情ニヨルモノデアラウトモ、ソレヲ加重的
結果犯トシテ罰シタモノデアル。シカシ今日デハカ、ル加重的结果
犯ニ於テモソレニ一定ノ限界ヲ立テントスルニ至ツテキル。或ハ相
當因果關係ガナケレバナラヌトシ、或ハ結果ニ於テ過失ヲ要ストシ、
皆ノ結果主義カラ次第ニ責任主義ヘト変ツテ来テキル。（註終）。

第二款 可罰的行為 (狹義ノ可罰類型性)

第一項 可罰的基準類型的意思ノ表動トシテノ可罰的行為及ビソノ可罰的結果

コノコトハ既ニ述ベタ所デアルカラ、コ、デハ省略スル。

第二項 可罰的結果ト可罰的基準類型的意思トノ關係 (錯誤)

前項ニ述ベタ基準類型の意思 (故意又ハ過失) ハ行為トシテ表動シ、更ニソレヨリ基準類型の結果が發生シタ場合ニハ、ソノ行為ハソノ種ノ罪ノ既遂トナルコト (目的罪ニアツテハ基準類型ノ全部ノ實現ヲ俟タズ、單ニ既遂類型ノ充實ノミヲ以テ足ルコト) ハ前ニ述ベタ。從ツテ何人モ意思

ノミニテハ罰セラレルコトハナイカラ、如何ニ意思が類型的デアルニシテモ、ソノ人ヲ罰スルニハ、ソノ意思が表動シテ少クトモ行為トナリ又ハ法律が要件トスル場合ニハ結果ノ發生スル後附マデ持タナケレバナラヌ。シカシ、コノ場合ニ於テモ行為ヤ結果ハ實際問題トシテ必ズシモ意思ノ類型的內容ト一致スルモノデハナイ。ソコデ意思內容ト行為乃至結果トガ不一致ヲ来シタ場合ニ於テハ、行為乃至結果ハ不問ニ付セラレルカ、又ハ不問ニ付セラレルトシテ如何ナル程度マデカハ、刑法上極メテ重要ナ問題トナラナケレバナラヌ。而シテコノ問題ヲ解決スルノガ即チ錯誤論ノ研究デアツテ、コノコトハ理論上故意・過失ニ共通ノ事柄デアルガ、實際ノ適用カラズハ持ニ故意ニ因シテ明顯トサレテキル。錯誤ト云フノハ事実ト觀念トノ不一致デアル。一般的ニ云フト、コレニ積極的錯誤ト消極的錯誤トガアル。犯罪ニ因シテハ前者ハ未遂罪、不能犯、誤想犯ノ問題ニ關係ガアリ、後者ハ故意・過失ノ問題ニ關係ガアル。而シテ通常錯誤ト云フトキハ後者ヲ指スノデアツテ、コレが刑法上一定ノ場合ニ於テ故意・過失 (持ニ故意) 阻却原因トシアノ意義ヲ持ツコトガアル。

今コ、テ主トシテコノ消極的錯誤ヲ論ジニツトスルハ、即チ前ニハ、故意・過失ノ要件ヲソレ自体ニツイテ論シタノニ対シテ、逆ニ現ニ発生シタ結果ニツイテ故意・過失ノ具ハラナイ場合ヲソノ阻却原因ノ方面カラ研究センガタメデアツテ、專ラ刑法第三八條ノ規定ノ解釈ニ因スル、從ツテ積極的錯誤ニツイテハ必要以外ノ問題ハスベテ他ニ讓ルコトニスル。

一、類型事實ニ因スル錯誤

類型事實ニ因スル錯誤ノ效果ハ、刑法第三八條第一項及ヒ第二項ニコレヲ規定スル。コノ規定ノ解釈ニツイテハ議論ガアルガ、私ノ解スル所ニヨルト、類型事實ニ因スル錯誤ノ效果ハ一般規範上違法行為ニツイテ考ヘル場合ト刑法上犯罪ニツイテ考ヘル場合トニツイテ差別ガアル。即チ一般規範上ニ於テハ、現ニ発生シタ一定ノ類型的结果ニ対シテ故意アリトスルニハ、結果ト豫見トノ間ニ具體的符合ノ成立スルコトヲ要スル。從ツテ錯誤ハコノ具體的符合ノ成立ヲ妨ゲル場合ニハ結果ニ対スル故意ヲ阻却スルコトニナル。唯錯誤ニツイテ不注意ノ存スル場合ニ過失ガアルニ過ギナイ

コレニ反シテ、刑法上ニ於テハ結果ト豫見トガ可罰的ニ符合スルコトヲ以テ足レリトスル。從ツテカ、ル可罰的符合ノ成立スル限り具體的符合ヲ火イテモ結果ニ対スル故意ハ阻却サレルニハ至ラナイ。換言スレバ、一般規範上過失ニヨツテ生ジタ結果デアツテモ、同時ニ他ニ何等カノ犯罪ノ故意ガアルトキハ、刑法上ソノ結果ニ対シテ故意アリトサレルノデアル。但シ処罰ニ因シテハ、場合ニヨツテ刑法第三八條第二項ノ適用ガアルコトヲ注意シナケレバナラス。要スルニ刑法上ノ問題トシテハ、類型事實ニ因スル錯誤ハソノ事實ニ因シテノミナラス、他ニモ何等ノ犯罪ノ故意ガナカツタ場合ニ限ツテ、第三八條第一項ニ所謂罪ヲ犯ス意ナキコトニナルノデアル。コノ点ニツイテ、從來ノ通説ノ解釈ハ犯罪構成事實（類型事實）ニ因スル錯誤ハ故意ヲ阻却スルガ、極成事實以外ノ事實ニ因スルモノハ故意ヲ阻却シナイト説イデキル。即チ結果ニ対シテ故意アリトスルニハ、事實ト豫見トノ間ニ少クトモ類型の符合ヲ要スルトスルノデアツテ可罰的符合ヲ以テテ足ルトスル見解ニ比シテ故意犯ノ成立ヲ認メル場合ガ頗ル狭イ。

註 例ヘバ、甲乙ニハガ並ンデキル所ヲ、甲ヲ殺ス積リテ秘死シタ。

然ルニ甲ニ中ラズ、乙ニ中ツテ乙が死ンダ。コノ場合罪トナル結果ニツイテ罪トナル意思ガアル。可罰的ニ結果ト認見ガ符合スル。故ニコレヲ罰スルノデアル。具体的符合説ヲ今尙固持スル人ハ少イ。私ノ採ル可罰的符合説（抽象的符合説）ハ故意犯ノ成立ヲ認メル範圍ガ一番広イモノデアル。コノ可罰的符合説ト具体的符合説トノ中間的ナモノガ類型的符合説デアリ。コレガ通説ノ採ル見解デアル。

(註終)

類型事實ニ関スル錯誤ニツイテノ一般のナ原則ハ上ニ述ベタ所ヲ略シ盡キテキルガ、高次ニ場合ヲ分ツテコレガ具体的ナ適用ヲ説明スル。但シコレヲノ各場合ハ何レモ論理的ニ相對立スル分類デハナイ。

(1) 主体ノ錯誤

主体ノ特殊ノ性質ガ類型事實ヲ規定スル一條件デアル場合（身命罪）ニ於テカ、ル條件ガコレニヨツテ初メテ犯罪ヲ構成スル性質ノモノデアルトキハ、カ、ル條件ニ関スル錯誤ハ故意ヲ阻却スル。（例ハハ刑法第一八三條ノ罪ニ於テ妻ガ行衛不明ノ夫ヲ死亡シタト誤信シタ場合）

(2) 客体ノ錯誤

客体ノ或ル特殊ハ性質ガ類型事實ヲ規定スル一條件デアル場合ニツイテハ錯誤ハ四ツノ態様ニ於テ考ヘラレル。
(1) 先ツ上ノ條件ガコレニヨツテ初メテ犯罪ヲ構成スル性質ノモノデアル場合ニ於テ、ソノ條件ニツイテ錯誤ガアリ。且ツソノ他ニ何等ノ犯罪ノ故意モナイトキハ故意ハ阻却サレル。（例ハハ他ノ財物ヲ自己ノモノト誤ツテ持去ツタ場合）

(2) 次ニ上ノ條件ガ客体ノモノノ同一性デアツテ、ソノコトニツイテ錯誤ガアツタ場合、例ハハ甲ト信ジテ人ヲ殺シタ所ガ被害者ガ乙デアツタト云フ場合（所謂目的ノ錯誤 *error in object*）ニツイテハ、通例學者ノ論スル所ニ依フト、カ、ル錯誤ハ恰カモ被害者ノ若貴賤ニツイテノ錯誤ト同様デアツテ、類型事實ノモノノ條件ニ成スル錯誤デナイカラ、殺人ノ故意ヲ阻却シナイトスル。シカシ被害者ガ甲カ乙カトイフコトハ殺人罪ニ於テハ別個ノ法益デアリ、從ツテ別個ノ類型事實ノ條件デアツテ、被害者ノ老幼貴賤ト立フガ如キ事情ト同視スルコトハ出来ナイ。ヨ

ツアコノ場合ニ尚刑法上結果ニ対シテ故意アリトナスガ為メニハ、前ニ述
ベタ可罰的符合ノ原則ニヨツテ乙ニ対スル殺人既遂ト考フベキデアル。

(c) 次ニ上ノ客體ノ同一性ト云フ條件ニ関スル錯誤ノ結果トシテ
概念ト事案トガ甚草類型ヲ異ニスルニ至ツタ場合モ、ソノ取扱ハ毫モ前ノ
場合ト異ル所ハナイ。即チ先ツ輕キ故意ヲ以テ豫見セザル重キ結果ヲ生セ
シメタ場合、例ヘバ暗夜他人ノ鉤大ト信ジテ傷害シタ折ガ被害者ガ行路病
者デアツタト云フ場合ニツイテ云フト、コノ場合ニモ可罰的符合ノ原則ニ
ヨツテ人ニ対スル故意ノ傷害罪(刑法第=。四條)ガ成立スル。但シ処罰
ニ関シテハ本人ノ豫見シタ程度以上ノ責任ヲ問フコトハ出来ナイカラ、刑
法第=八條第=項ニヨツテ動物傷害罪(刑法第=大=條)ノ限度ニ於テソ
ノ処分ヲ制限スルコトニナルデアル。コノコトハ刑罰加重事情ノ具ハル
コトヲ知ラズシテ加重犯ヲ犯シ、又ハ刑罰減輕事情アリト誤信シテ減輕犯
ニ非ザル罪ヲ犯シタ場合ニツイテモ亦同様ニ考ヘルコトガ出来ル。尚刑法
第=八條第=項ノ解釈ニツイテハ、從來ノ通説ハ、犯人ノ豫見シタ類型事
案ト結果タル類型事案トガ同種デアル場合ニ限ツテソノ豫見シタ事案ガ輕

イトキ(例ヘバ他人ヲ殺サントシテ觀ヨ殺シタ場合)ニハ直接ニソノ輕イ
類型ノ規定ニ依ツテ責ヲ論ズベキモノデアルト云フ積極的ナ故意ヲ持ツモ
ノト説クノデアルガ、シカシ上ノ解釈ハ理論的ニモ賛シ准イノミナラズ

文成上カラモ振概ノナイモノト云ハナケレバナラズ。
(d) 次ニ前ト同様ナ錯誤ノ結果トシテ、逆ニ重キ故意ヲ以テ輕キ
結果ヲ生ゼシメタ場合ニハ、前ト事情ヲ異ニスルカラ、直チニ故意ノ行為
ノ未遂ノミヲ論ズレハ足ル(但シ故意ノ行為ノ未遂ガ罪トナラナイ場合ニ
ハ別論デアル)。何トナレバ故意ト過失ニヨル結果トノ可罰的符合ヲ論ジ
テ見テモ、コレニヨツテ成立スル罪ハ故意ノ未遂罪ヨリモ輕ク、コレガタ
メニ吸收サレルカラデアル。コノコトハ加重犯及ビ減輕犯ニツイテモ同様
デアル。例ヘバ親ヲ殺サントシタトコロガ被害者ガ他人デアツタ場合ハ、
尊屬殺人ノ未遂(刑法第=。〇條、第=。三條)デアル(可罰的符合ノ結
果タル既遂罪ハ通常殺人罪ノ既遂)。又被害者ノ意思ニ反スト考ヘナガラ
人ヲ殺シタトコロガ、被害者ガ内心同意シテホタト云フ場合ハ、通常ノ殺人
未遂罪デアル(可罰的符合ノ結果タル既遂罪ハ同意殺人罪ノ既遂)。

イ) 法定手続ノ錯誤

法律上一定ノ手続ガ類型事實ノ一條件デアル場合、例ハ脅迫ニヨル強盜罪ニ於テ、現ニ脅迫ガ行ハレテキル事實ニツイテ犯人ニ錯誤ガアツタトキハ、ソノ行爲ハ強盜罪デハアルガ、コレニ對シテハ刑法第三八條第二項ノ適用ニヨツテ犯人ノ知ル所ノ強盜ナリ恐喝ナリニ對スル刑ノ程度ニ於テソノ処分ヲ制限シナケレバナラナイ。

(二) 具体的手続ノ錯誤(方法又ハ打擊ノ錯誤)

打擊ノ錯誤ト云フノハ、例ハ甲ニ向ツテ殺死シタトコロカ彈丸ガ乙ニ命中シテコレヲ殺シタト云フガ如ク、或ル具体的手続ノ結果ガ犯人ノ豫見シタ客體ノ上ニ生ゼズシテ、別個ノ客體ノ上ニ生ジタヤウナ場合ヲ云フ。コノ場合ノ処分ニツイテハ從來學者間ニ争ガアル。從來ノ主張ニ從ヘバ、甲ニ對スル殺死罪ト乙ニ對スル過失致死罪トノ想像的併合罪デアルトシ、近來ノ主張ニ從ヘバ、單純ニ乙ニ對スル殺人既遂罪トスル。シカシ、コノ場合ハ外形コソ異レ、實ハ目的ノ錯誤ト同様ニ客體ソノモノ同一性ニ関スル錯誤デアレカラ、カノ場合ト同様ノ理論ニ從ツテ結局後

説ヲ以テ正シトシナケレバナラヌ。

目的ノ錯誤ガ類型ノ種類ヲ異ニスル犯罪ノ間ニ成立スルコトアルガ如ク、打擊ノ錯誤ニツイテモ亦同様ノコトガアル。例ハ「窓硝子」ニ向ツテ投テタ石ガ人ニ中ツタト云フガ如キ場合又ハソノ逆ノ場合デアル。カ、ル場合ノ解決モ亦目的ノ錯誤ノ場合ニ同ジ。

註 打擊ノ錯誤ハ *alternativa iuris* ト云フ。コレハ客體ノ錯誤ノ(イ)

ノ場合ト同辨セシメテ考察スレバヨイ。殺人ノ意思ヲ以テ甲ニ向ツテ殺死シタトコロガ、乙ニ中ツテ乙ガ死ンダ。コノ場合旧來ノ主張ハ甲ニ對スル殺人未遂罪ト乙ニ對スル過失致死罪トノ想像的併合罪デアルトスル。歐洲デハ尚コノ見解ヲトツテキルガ、日本デハ單純ニ乙ニ對スル殺人既遂罪トシテキル。シカシナガラ、コノ見解ハ正シクナイ。苟クモ人ヲ傷害スル意思ヲ以テマツタ以上ソレハ故意ノ傷害罪トシテ取扱ツテ然ルベキデアル(註終)

(丙) 法定阻却原因又ハ基準類型阻却原因ノ錯誤
運送阻却原因又ハ基準類型阻却原因ガナイニ拘ラズ、コレアリ

ト誤信シタ場合ハ、裏カラ去ヘベ類型罪実が具ハツテキルニ拘ラズ、コレナシト誤信シタ場合デアツテ、何レモ故意ヲ阻却スル。例ヘバ正當防衛又ハ緊急避難ノ場合ニ於テ、急迫不正ノ侵害又ハ現在ノ危険ガナイニ拘ラズ、コレアリト誤信シ、又ハ親族相盜ノ場合ニ於テ、子ガ第三者ノ財物ヲ親ノモノト誤信シタ場合ノ如キガソレデアル。

二 法律ニ因スル錯誤

(一) 消極的錯誤

法律ニ因スル錯誤ハ一般規範(違法性)ニ因スルモノト刑法(甚律類型性)ニ因スルモノトニツニ分レル。

(1) 先ヅ規範ノ錯誤ニ因シテ根柢ノ通説ヲ述ベルト、コレニアツテハ普通ニ法律ノ錯誤ヲ刑罰法ノ錯誤ト非刑罰法ノ錯誤トニ區別シ、前者ハ故意ヲ阻却シナイガ、後者ハ畢竟事實ノ錯誤デアルカラ故意ヲ阻却スルト認ク。即チコノ種ノ見解ニアツテハ、例ヘバ何が他人ノ所有物デアるかハ

非刑罰法タル民法ガコレヲ定メル。而シテ民法ノ解釈ヲ誤ツテ、未ダ自分ニ所有權ノ移転シテキナイ物ヲ自分ノ物ダトシタ場合ハ、事實ノ錯誤ニ外ナラナイカラ、コレニツイテハ凡テ刑法第三八條第一項ノ適用ガアル。コレニ反シテ、他人ノ財物ヲ竊取スルコトヲ違法トシテ禁止シ且ツ処罰スベキコトハ刑罰法ガコレヲ定メル。而シテ刑罰法ノ錯誤ハ純然タル法律ノ錯誤デアルカラ、コレニツイテハ同條第三項ノ適用ガアルモノダトスルノデアアル。シカシ、私ニ於テハ前ニモ述べタ如ク、民法ガ所有權ヲ認メテコレヲ保護スルノト、刑法ガ竊盜ヲ禁止スルノトハ、同一ノ事柄デアツテ、刑罰法ノ規定ハ刑法ノ禁止規範ノ内容ヲ全般ニ亘ツ個ノ事柄デハナイ。即チ民法ノ規定ハ刑法ノ禁止規範ハ民法ヲ離レテ全然独立シテ刑罰法ニキルモノデアツテ、刑法ノ禁止規範ハ民法ヲ離レテ全然独立シテキルモノデアナイノデアアル。ツマリ竊盜ノ意義ト竊盜ヲ違法トスル趣旨トハ民法反ビ刑法ニヨツテ初メテ完全ニ表ハサレテキルノデアアル。従ツテ刑罰法ト非刑罰法トヲ區別スルコトハ畢竟機械的ニ民法・刑法ト去フガ如ク法源ノ區別ヲ試ミクニ適ギナイモノデアツテ、法ソノモノノ論理的區別デハナイ。

從ツテ又理論上ノ問題トシテ、コノニ種ノ錯誤ヲ区別スルコトハ不可能
デアル。而シテ私ガカク論ズルニツイテ争フベカラザル論拠ト考ヘルハ
親権者ノ懲戒權ニ関スル民法ノ規定（民法第八八ニ條）ノ錯誤ノ效果デア
ル。コノ錯誤ハ民法ノ錯誤デアルニ拘ラズ。殆ド未ダ何ハニヨツテモ事
実ノ錯誤デアルトサレテハキナイト云ツテヨカラウ。要スルニ、普通ニ例ハ
バ他人ノ物ノ所有權ニツイテノ錯誤ハ事實ノ錯誤ト説イテキルノハ、他
人ノ下取ヲ自分ノ下取ト間違ヘテ穿イテ帰ツタト云フガ如ク、誰ガ穿イテ
来タカト云フ事實ノ錯誤ヲ根柢トスル場合ニ、ミ許サレルコトデアツテ
單純ニ民法ノ錯誤ヲ誤リ、未ダ自分ニ所有權ノ移轉シテキナイ他人ノ物ヲ
自分ノ物トシテ処分スルガ如キ場合ニハ全ク當取マラナイ議論デアル。於
ツテ後者ノ場合ニハ、宜シク事態ヲアリノマ、ニ觀察シテ、錯誤ガ事實ニ
ツイテ存スルノデナク、一般規範的ナ法ノ錯誤ニヨツテ違法ノ意識ガ缺ナ
テキル場合ト見ルベキデアル。
然ラベ一一般規範ノ錯誤ハ故意ノ成立ニ対シテ如何ナル效果ヲ及ボスカト
云フト、故意ハ違法ノ意識ヲ含ムトスル原則カラ云ハベ、故意ヲ阻却スル

二一八

結果トナル。從ツテ上ノ所有權ニ関スル單純ニ民法ノ誤解ノ場合ハ事實ノ
錯誤ニヨツテデナク、違法ノ不知ノ理由ニヨツテ刑法第三八條第一項ニ所
謂罪ヲ犯ス意ナキモノト考ヘナケレバナラナイ。
元來故意ガ違法ノ意識ヲ含ムカ否カハ從來議論ノ分レテキルトコロデア
ツテ、以前ノ通説ニアツテハ刑法第三八條第三項ニ謂フ所ノ法律ハ前ニ述
ベタ如キ意義ニ於テ非刑罰法ヲ除外シ、單純ニ刑罰法ヲケケ意味スルモノト
解シタ。而シテ前ノ所謂刑罰法ハ起點ナ意味テ云フノデナク、同時ニ禁止規
範ヲ含メテノ刑罰法デアル。從ツテ故意ニハ科刑ノ認識モ違法ノ意識モ必
要デナイトサシタ。シカシ右ノ規定ハ私ニ於テハ一般規範ノ不知ニ関スル
過失責任ヲ定メタモノト解スルノデアツテ、ソノ理由ハ前ニ述ベタ。尚上
ノ民法ノ誤解ノ例ニ於テ、行為者ガソノ誤解ニツイテ過失ガアリ、ソレガ
タメニ違法ヲ意識シナカツタモノトスレバ、右ノ規定ニヨツテソノ恒書ノ
適用ヲ受ケル場合ヲ除ク外、違法ヲ意識シタ場合ト同様ニ罰セラレルコト
モ前ニ述ベタガ、實際上ノ問題トシテハ專門家以外ノ有ニアツテハ特別ノ
場合ノ外ハ民法ノ誤解ニツイテ過失アリト見ルベキ場合ハ少ナカラウト思

二一九

一説ニヨルト一般規範(違法)ノ錯誤ニツイテハ、刑事犯ト法定犯トノ
 間ニ於テソノ效果ニ於テ差別ガアリ、前者ニアツテハ故意ヲ阻却セズ、後
 者ニアツテノミ故意ヲ阻却スルト解スル。主トシテ社会的責任論者ノ説ク
 トコロデアツテ、ソノ理由トスルトコロハ、刑事犯ハ社会的責任論者ノ説ク
 行爲デアルカラ、法律上罪トサレル行爲ヲ敢ヘテスル意思ガアル以上ハ假
 令行爲者ガコレヲ適法ダト誤解シタ場合デモ尚及社会的ダト云ハナケレバ
 ナラヌノデアルトスル。シカシ規範的責任論カラ云ハバ、犯罪ハ單ニ反社
 会的デアルノデナク、又規範的(主観的違法)ナルコトニヨツテ反社会的
 デアルコトヲ要スルカラ、論者ノ云フ所ダケテ直チニ故意アリトスルコト
 ハ出来ナイ。シカノミナラス主観主義ノ立場カラ一徹ニ考ヘテモ、元來犯
 罪ノ故意ハ罰セラルベキ意思デアルトスレバ、右ノ場合ノ意思ハ理論上コ
 レヲ処罰スル以前ニ於テ一應ソノ行爲ノ違法性ヲ教ヘテ定ル餘裕ヲ存スル
 ノデアルカラ、如何ニ刑事犯トハ云ヒナガラ、初メカラ直チニコレヲ犯罪
 ノ故意トシテ論スルコトハ嘗テ得ナイト思フ。従ツテ私ハ一般規範ノ錯誤

ノ效果ハ刑事犯ト法定犯トヲ通ジテ異ル所ハナイトスル。

註 法律ノ錯誤ニ関シテハ三種ノ考ヘ方ガアルノデアル、コレヲノ説

ニヨツテ法律ノ錯誤ノ效果ハ異レモノト考ヘラレテキル。

(一) 通説、故意ヲ阻却セズ、即チ有罪。

(二) 社会的責任論(コノ考ヘ方ヲ採ル者ハ稀デアリ)、刑事犯ノ

場合ハ故意ヲ阻却セズ、即チ有罪、法定犯ノ場合ハ故意ヲ阻却ス、

即チ無罪。

(三) 規範的責任論(宮本教授ノ説)。故意ヲ阻却ス、即チ無罪。

但シ錯誤ニツキ過失アレバ、ソノ責任ニ止ス(過失犯)。(註終)

(四) 一般規範ヲ知り行爲ノ違法ヲ意識シテキル以上ハ刑法(科刑即

チ可罰類型ノ存在)ノミニツイテ、錯誤ガアツテモ、犯罪ノ故意ヲ阻却シ

ナイ。

(二) 積極的錯誤

或ル行爲ノ價值ヲ否定スル規範ガナイニ拘ラズ、コレアリト誤信
 シテ爲シタ行爲、及ビ処罰規定ガナイニ拘ラズ、コレアリト誤信シテ爲シ

タ行爲ハ、何レモ違法ニアラス、又ハ犯罪ニアラズト解スルノガ通説デア
ル、コノ中後者ノ場合ヲ誤想犯又ハ幻覺犯ト呼ブ。

第三章 可罰的行爲ノ發現形態 (橫斷的類型)

本章ニ述ベル所ハ前章可罰的行爲ノ款ニ於テ述ブベキ問題デアルガ、範
圍ガ廣範ニ且ルタメニ章ヲ新ニシテ論ズルコトニスル。
各個ノ犯罪ハ刑法各本條ニ於テ天々具體的ニ可罰類型トシテ規定サレテ
ナル、ソシテコノ各個ノ可罰類型ハ先ツ欲ニ一定ノ種類ニ屬スル、コノ各
種類ハ犯罪一般ノ斷斷的ナ基準類型デアツテ、コレハ各論ニ於テ研究スベ
キ問題デアル、次ニ横ニコレヲ各種類ヲ通ジテ一般的ナ三種ノ橫斷的類
型ガアル、ソシテコノ類型ハ又夫々ニ分レテ數種ノ小類型トナル、未遂・
既遂等ニ關スル各段階的類型、共犯ニ關スル各方法的類型、一罪ニ關スル
各一罪的類型ガコレデアル

第一節 段階的類型

第一款 概説

犯罪ノ段階的類型トハ橫斷的類型ノ中 客觀的事實ノ發展ノ段階ニ於テ
相異ル諸類型ヲ云フ、從ツテコノ種ノ類型ハ類型事實ノ系ヲ除イテハソノ
要件ハ凡テ同一デアル (例ヘバ未遂ト既遂) 從ツテ學者ハ從來カ、ル因
係ニアル犯罪ニツイテハ、ソノ段階ノ最モ充實シタモノヲ以テ典型的類型
トシ、ソノ他ノモノヲ以テ該類型ノ不完成狀態ト見ルコトニヨツテコレヲ
統一的ニ考察スルノガ通例ニナツテキル。
段階的類型ノ態樣ハ次ノ四ツトス。

- 一 既遂罪
既遂罪トハ類型事實ノ發展ノ段階ニ於テ最モ充實シタ犯罪ヲ謂フ。

ニニ三

從ツテ既遂罪ハ縱ニハ如何ナル種類ノ犯罪ニモ成立スルガ、横ニハ後者の
類型トシテ唯一種アルノミデアツテ、未遂罪又ハ豫備罪ノ既遂罪トナフモ
ノハナイ。

二. 未遂罪

コレニツイテハ次款ニ詳論スル。

三. 豫備罪

豫備罪トハ犯罪ノ実行ノ着手前ニ於ケル一切ノ豫備行為タル罪ヲ云
フ。例ヘバ犯罪ノ実行方法ノ研究、材料ノ準備等ノ如シ。但シソノ可罰類
型トシテ規定セラレタモノハ六種ニ過ギナイ。(刑法第七八條、第八八條、
第一一三條、第一五三條、第二〇一條、第二三七條)。

四. 陰謀罪

陰謀罪トハ二ハ以上ノ間ニ成立シタ所ノ豫備ノ程度ニ達シナイ犯罪

ノ実行ノ合意デアル。但シソノ可罰類型トシテ認めラレタモノハ第六ノ内
竊ノ陰謀(刑法第七八條)外患ノ陰謀(刑法第八八條)ノニツデアル。
註 他家ノ邸内ヲ覗イテキル、強盗ノ意思ヲ以テ覗イテキルナラバ
ソレハ強盗ノ豫備罪デアル、窃盗ノ意思ヲ以テ覗イテキル場合ハ窃
盗ノ豫備デハアルガ豫備罪トシテハ罰セラレルコトハナイ。陰謀罪
ニ於テモ合意ノ程度が進メバ豫備罪トナル。(註終)

第二款 未遂罪

未遂罪トハ犯罪(既遂類型)ノ実行ニ着手シテコレヲ遂ゲザル罪ヲ云フ。
(刑法第四三條本文)而シテ犯罪ノ実行トハ或ル犯罪ノ既遂類型ヲ充實
スル意思表動ノ中豫備以前ノ状態ヲ除イタ部分ヲ云ヒ、実行ニ着手スルト
ハ実行ヲ開始スルコトヲ云フ。又実行ニ着手シテ遂ゲストハ、実行又ハソ
ノ結果タル客観的事実ノ發展ノ段階ニ於テ既遂類型ヲ充實スルニ至ラザル
ヲ云フ。未遂ハコレヲ從未着手未遂ト実行未遂トニ區別シタ。シカシコレ
ニニ五

ハ懲罰上ノ區別デアツテ、コレニツイテ何等法律上ノ意義ヲ認メテ存ナイ
上ノ如キ次第カラ、実行ノ着手以前ノ行為ハ豫備デアツテ、未遂トハナ
ラナイ、而モ豫備ハコレヲ罰シナイコトガ通例ニナツテ居リ、又稀ニ罰ス
ルニシテモ、ソノ刑ハ頗ル輕イ、ソコデ未遂罪ニ因シテハ実行ノ着手ノ意
義如何ト云フコトガ重要ナ問題ニナルノデアル、

註 ビストルヲ以テ人ヲ射殺スル場合ヲ例ニトツテ因示スレバ次ノ如
クナル、



実行ノ着手ニツイテハ、大別スルト従来次ノニ説ガアル、

(一) 客観説

客観説ハ実行ノ着手ヲ以テ実行ノ一部又ハ実行ニ密接ナ若クハ必要
ナ行為ヲ行フコトデアルト説クノデアル、シカシ、カ、ル説明ハ実行ノ開
始即チ起點ヲ明カニセズシテ而モ初メヨリ実行ノ全体ガ明カナルモノト考
ヘル点ニ於テ誤謬ガアル、蓋シ実行ノ意義ハ開始即チ起點ヲ明カニシテ後
ニ初メテ明カナルコトヲ得ルモノダカラデアアル、

(二) 主観説

主観説ハ犯罪ヲ以テ犯人ノ反現鏡性ノ微表ト見ル立場カラシテ、犯
罪ノ実行ノ着手ハ犯罪的意欲ノ表動デアルト云フコトヲ以テ根本ノ見解ト
シテナル、シカシコノ説ニアツテモ固ヨリ犯罪的意欲ノ表動ヲ以テ直々ニ
実行ノ着手ト見テキルノデハナイ、蓋シ豫備モ亦犯罪的意欲ノ表動ナル表
動ダカラデアアル、然ツテコレニモ種々ノ説ガアル、
惟フニ実行ノ着手ノ意義如何ハ畢竟刑法ノ解釈問題デアアル、故ツテ如何
ニニニ

ナル見解が妥當デアルカハ本系刑法ノ規定ニ於ケル未遂罪ノ区分ヲ離レテ
ハ考ヘラレナイコトデアル。ソコテ私ハ刑法ガ原則トシテ未遂罪ヲ既遂罪
ト同一ノ標準ニヨツテ処罰スル精神カラ考ヘ、犯罪ノ実行ノ着手ハ完成力
アル犯意(犯罪的意思即チ故意又ハ過失)ノ表動デアルトシテ、一種ノ主
観的ヲ採ラントスル。蓋シ犯ハガ行爲ノ際ニソノ疎見スル法益侵害ニ直面
スルニ當ツテハ、ソノ意識ニ於ケル障礙感情ヲ克服スルタメニ、犯意ノ一
段ノ飛躍的緊張ヲ必要トスルモノデアル。ソシテ犯意ガコノ程度ニ緊張シ
タ場合ニハ、ソノ意思表動ハ既ニ充分ナ隋力ヲ以テ犯罪完成ノ軌道ニ乘リ
移ツタモノト見ルコトガ出来ルノデアツテ、特別ノ障礙ガナケレバ當然ニ
結果ニ到達スベキ状態ニアルモノデアル。即チカクナレバコノ状態ハ既ニ
完成力アル犯意ノ表動ニ外ナラヌノデアツテ、行爲ノコノ程度ニ於テハ、
一面ニ於テ隋力ニ整備ト區別セラルベキ特徴ヲ具ヘル、又行爲ノコノ程度
ニ於テハ、他面ニ於テコレヲ既遂罪ト同一ニ処罰スルニ於テ是ヲ妨ゲテ見
ナイ事情ニアル、蓋シ主観主義的刑法理論ニ於テハ專ラ意思表動ソノモノ
ノ可罰性ガ重要ナノデアツテ、ソレニハ結果ノ成否ハ指イテ問フベキデハ

二二八

ナイカラデアル。カク考ヘテ私ハ犯罪ノ実行ノ着手ハ完成力アル犯意ノ表
動デアルトシ、又カ、ル犯意ノ表動ハ犯意ノ飛躍的表動(詳言スレバ一後
ノ飛躍的緊張ヲナシタ犯意ノ表動)デアルト解スル。
未遂ニアツテハ結果ガ發生シナイコトハ當然デアルガ、結果發生ノ危険
ノ存スルコトヲ要スルノガ從來ノ通説デアル。シカシ問題ハ危険ト云フコ
トノ意義ニアル。從來客観主義ノ刑法ニアツテハ主トシテコレヲ客観的ノ
状況ノ義ニ解シ、危険トイフモノヲ謂ハバ廣義ノ結果ト云フガ如ク考ヘタ
コレニ反シテ主観主義ノ刑法學ニアツテハ、主トシテ或ハ罪ヲコレヲ主観
的・抽象的ニ解スル。即チ行爲ヲ客観的ニ切離シ、主観ヲ中心トシテソノ
危険ヲ抽象的ニ考ヘル。従ツテ主観主義ノ刑法學ニアツテハ未遂罪ノ危険
ハ結局結果ニ対スル性格的危険(詳言セバ実行及後ノ性格的傾向トコレニ
基テ反復実行ノ場合ニ於ケル結果發生ノ危険)ヲ意味スルノデアアルカラ、
未遂罪ニ於テ危険ヲ要件トスルニシテモ、犯意(即チ類型的意思)ノ飛躍
的表動即チ実行ノ着手サハアレバ、他ニ特別ノ客観的事情ヲ要シナイコト
ニナルノデアアル。

二二九

扱テ、犯罪ノ実行ノ着手ノ意義ヲ以上ノ如ク解スルトキハ次ノ諸点ニ注意スルコトヲ要スル。

(一) 犯意ノ單純ナル表示又ハ漏洩ハ実行ノ着手デハナイ。蓋シ犯意ノ表示ト云ヒ得ルガタメニハ、犯罪ノ結果ニ向ツテ歩ヲ進メタト見ラレル場合デナケレバナラヌ。但シソレ自身侮辱罪又ハ脅迫罪等ノ別個ノ類型ニ該當スル場合ハ別問題デアル。

(二) 実行ノ着手ハ意思表動ソノモノノ後行デアルカラ、実行後ニ於テモ着手ガ成立スルガ如キコトヘアリ得ナイ。例ヘバ殺人ノ目的ヲ以テ毒菓子ヲ郵送スルガ如キ方法ヲ採ツタ場合、郵便物ノ到達ヲ以テ初メテ実行ノ着手ガ成立スルト云フコトハナイ（尤モ判例ハ嘗テコノ時期ニ於テ着手アリトスル立スルト説イタコトガアルガ、客観説ニ於テモコノ時期ニ着手アリトスルノデハナク、コノ時期ニ未遂罪ノ要件タル客観的危険ガ発生スルカラ、コレニヨツテ前ノ着手ガ罪トナルモノト解スベキデアル）

(三) 一定ノ手段ヲ要件トスル犯罪ニ於テハ假令基本行為ニ着手シテモ未ダ手段タル行為ニ着手シナイ限りソノ犯罪ノ着手アリト云フコトハ出来ナ

イ（例ヘバ強盗ノ場合）

注 実行が終ツテカラ実行ノ着手ト云フコトハアリ得ナイ。実行ノ着手ハ豫備ト実行トノ間ニアル。然ルニ嘗テ面白イ判例ガアツタ。ソレハ故意ヲ以テ砂糖ノ中ニ亜硫酸ヲ混入シテ郵送シタ事件デアアル。コノ場合一體殺人ノ実行ノ着手ハ何時カト云フ問題ガアル。大審院ハソノ郵便物が相手方ニ配達サレ相手方ニ於テ何時デモ食用ニ供セラレル状態ニ達シタトキガ実行ノ着手デアルト判決シテキル。シカシコレハ誤ツタ見解デアアル。実行ノ着手ト云フコトハ行為ニツイテ云フコトデアアル。故ニ行為が終ツテ実行ノ着手ガアルナドトハ考ヘラレヌコトデアアル。郵便物ヲ差出ストキニ着手ガアルト云フベキデアアル。砂糖ニ毒ヲ入レテ小包ニスル。コレハ豫備デアアル。ソレヲ愈ミ郵便物トシテ差出ストキニ主観説ニ所謂犯意ノ飛躍的緊張ガアル。故ニソレヲ差出ストキニ着手アリトシテ一向差支ヘナイ。要スルニ着手ト云フコトハ行為ノ着手即チ犯意ノ飛躍的緊張ノ發シアル。又直ニ容ヲ作ツテ人ヲ毒サントスル場合モ同ジデアアル。容ヲ

掘ル時ニ着手ガアル。客観説デハ被害者ガソノ罪ニ卷サシマラトス
 ル状態ニ到達シナケレバ着手アリトハ云ヘナイトスルノデアル。
 強盗ノ目的ヲ以テ短刀ヲ懐ニシテ家ニ侵入シタ。シカシ運送ク背
 後カラ捕ヘラレタ。コノ場合ノ刑事責任如何ト云フト。多クノ者ハ
 ソレハ強盗未遂罪デアルト云フ。然ラバ強盗ノ積リテ他家ニ侵入シ
 テ家人ガ寐シンデキタノデソツト家財ヲ持ツテ逃ゲタ場合ハ如何ト
 云フニ、ソレハ窃盗ノ既遂罪デアルトスル。強盗ノ積リテト云
 フ言葉ニ迷ハサレルノデアルガ。元来強盗罪ト云フモノハ暴行脅迫
 ヲ以テト云フ一定ノ手段ヲ要件トスル犯罪デアルカラ、強盗ノ積リ
 デ先悉ヲ懐ニシ他家ニ侵入シテモ、手段タル行為(暴行又ハ脅迫)
 ニ着手シナイ限り強盗罪ノ着手アリト云フコトハ出来ナイノデアル。
 (差終)
 未遂ハ理論上如何ナル種類ノ犯罪ニ關シテモコレヲ想像スルコトが出来
 ル。從來真正不作為犯及ビ過失犯ニ關シテハ未遂ハアリ得ザルモノノ如ク
 考ヘラレタガ、カ、レ觀察ハ誤リデアル。

未遂ガ罪トナル場合ハ、刑法ガコレヲ処罰スベキコトヲ定メタ場合ニ限
 ル(刑法第四四條)。而シテ現行法上ソノ範圍ハ故意犯中ノ普通ニ重要ト
 考ヘラレル程度ノモノニ限リ、比較的輕微ナモノ、真正不作為犯、及ビ過
 失犯ニハ未遂罪ハナイ。加重的結果犯ニ於テモ故意犯ノ場合ヲ含ム刑法第
 二四〇條・第二四一條ノ場合ヲ除イテ亦同様デアル。
 未遂罪ノ処分ハ一般ノ場合ト特別ノ場合(中止犯)トニヨツテ異ル。一
 般ノ場合ハ原則トシテ既遂罪ノ刑ニ同じク、タゞコレヲ減輕スルコトヲ得
 ルニ止マル。コレハ一般社会觀念ヲ斟酌シタ結果デアルガ。原則トシテ主
 觀主義ニヨツタモノデアルコトハ論ヲ俟タナイ。

第三款 中止犯

中止犯トハ犯罪ノ実行ニ着手シ、自己ノ意思ニヨリコレヲ止メタル場合
 ヲ云フ(刑法第四三條恒言)即チ中止犯ハ未遂罪ノ一種デアツテ、タゞ犯
 罪ガ既遂ニ至ラナイ理由ガ自由意思ニヨル点ヲ特色トスル。従ツテ前款ニ
 ニヨリ

近バタ未遂罪ノ成立ニ関スル一般原則ハ中止犯ニモ適用スル設デアアル。學
者ハ通例未遂罪ヲ分ツテ中止未遂罪（或ハ任意未遂罪）ト障礙未遂罪トナ
シ、後者ハ何等カノ障礙ニヨルモノト解スルノデアアルガ、シカシ後者ハ畢
竟任意中止ノ場合ヲ除イタ一般ノ場合ト去フガ如ク、消極的ニ觀念スベキ
場合デアアルカラ、實ハ理由ノ何タルニ拘ラナイ。
中止犯ノ特色ハ上ノ如ク自己ノ意思ニヨツテ犯罪ノ実行ヲ中止スルコト
（任意ノ中止）ニアルガ、シカシ自己ノ意思ニヨルトハ固ヨリ心理學的ナ
意義ニ於テ去フノデナク、コレハ主觀主義ノ立場カラ云ハバ、中止者ノ動
機ニ對スル刑法的立場カラ見タ一極ノ評價的觀察デアアル。即チ刑法的見地
ヨリシテ如何ナル場合ニ中止犯トシテノ特別処分ヲナスベキカニツイテノ
判断ニ外ナラナイ、従ツテ如何ナル場合ガ自己ノ意思ニヨツタモノト去フ
ベキカハ、中止犯ノ処分ヲ前提トセズシテハ決スルコトヲ得ナイ問題デア
ル。ヨツテ思フニ犯人ガ犯罪ノ実行ヲ中止スル事情ニハ様々アルガ、就中
行為者ノ性情ガ内部的障礙（悔改・慚愧・恐懼・同情・憐愍・シノ他コレニ
類スル感情）トシテ作用シタコトニヨル中止ノ場合ニツイテ考ヘルト、カ

カル場合ニハ通例程度ニ多少ノ相異ハアツテモ行為者ノ性情ガ自己ノ行為
ヲ不可ナリトスル感情 即チ自己ノ行為ノ 價値ヲ否定スル意識（規範意
識）ハ衝クモノデアアル。サウスレバカ、ル場合コソ犯人ノ反規範性ハ通常
ノ未遂罪ノ場合ニ比シテ輕微ナモノトシテ、刑ノ減輕又ハ免除ヲ與ヘルコ
トガ相當デアツテ、任意ノ中止トハ畢竟カ、ル事情ノ下ニ於ケル中止ノミヲ
云フモノト解スベキデアルト思フ、而シテカ、ル意識ハコレヲ實義ノ後悔
ト云ツテモ差支ヘナイ、但シ犯意ノ放棄ハ必要テナイト解スル。
右ハ任意ノ中止ノ意義ニ関スル私ノ見解デアアルガ、通説ハ一般ノ觀念ニ
從ツテ特ニ障礙ト考フベキ事情ノナイ限り任意ノ中止トスル見解ヲ採ツテ
ナル、殊ニ客觀主義ノハ々ハ刑法ガ中止犯ヲ認メタ理由ヲ中止ノ獎勵ニ場
シテキル結果、一般ニ中止ノ動機ヲ問題ニシナイ、シカシ任意ノ中止ノ意
義ヲ定メルニ當ツテ、先ヅ障礙未遂ノ意義ヲ考フルコトハ方法ガ逆デアリ
又中止ノ獎勵ト去フ考ヘ方ハ、犯人ガ皆刑法ノ中止犯ノ規定ヲ知ツテキル
コト、並ビニ懈怠法ノ如ク刑ヲ全免スルコトヲ前提トスルノデナケレバ不
可能ナコトデアアル。

任意ノ中止ノ意義ヲ以上ノ如ク解スルト中止ノ際ニ犯人ニ錯誤ガアツタ
トキニ、任意ノ中止カ否カハソノ主観的ニ認識シタ事情ニヨツテ定マル。
例ヘバ窃盗ニ忍ビ入ツテ看ガフト親ノ命日ニ當ルコトヲ思ヒ合セテ中止シ
タ如キ場合ハ、ソレガ錯誤デアツテモ中止犯デアアル。

中止ノ態様ハ着手未遂ノ場合（着手中止）ト実行未遂（実行中止）ノ場
合トニヨツテ異ル。

(一) 着手中止犯ニアツテハ、中止ハ犯罪ノ実行中ニ於テ為サレルコトヲ
要スル、而シテソレガ実行中カ否カハ犯ハノ豫見シタル類型行為ニヨリ定
マル。例ヘバ犯人ガ一発ノ彈丸ノミヨリ有スル場合ニ一回発射シテ命中シナ
カツタトキハ最早ヤ中止ノ餘地ハナイカ。數発ノ彈丸ヲ有シ全部発射スル
意思ヲ有スル場合ニハ全部発射シ終ルマデ実行中デアアル。

(二) 実行中止犯ニアツテハ中止ハ犯罪ノ実行後而モ結果發生ノ危険ノ遺
行中ニ於テ為サレルコトヲ要スル。コノ場合ノ中止行為ハ積極的ナコトガ
必要デアツテ、單ニ実行ヲ反復セズト云フノミデハ不充分デアアル。但シ他
人（例ヘバ医師）ノカヲ借リルモ妨ゲナイ、而シテ中止犯ハ未遂罪ノ一種

デアルカラ、結果發生ノ防止ニ如何ニ努カシテモ結果ガ發生シタ以上ハ最
早、中止犯タルコトヲ得ナイト云ハル。

眞摯ナ努カヲナシタ以上ハ、主観主義的ニ論ジテ、結果發生スルモ尚中止
犯トシテ取扱フベキデアルト云フ説トガアルカ（教唆ノ承消ノ場合ヲ併セ
考フベシ）、コノ後ノ説ヲ採レバ過失犯ヤ加重的結果犯ニツイテモ同様ノ觀
察ヲ加ヘナケレバ論理ハ一貫シナイコトニナル。

中止犯ノ処分ハ既遂罪ノ刑ニ照シテソノ刑ヲ減輕スルハ免除スル。コレハ
主観主義的ニ見テ當然ノ規定デアアル。中止犯ノ結果ガ同時ニ他ノ罪名ニ觸
レル場合ニ於テモ、ソレガ法條競合ノ場合（例ヘバ殺人ノ中止ト傷害）ナ
ラバ單純ニ重キ罪ノ中止犯タルニ止マルカ、想像的併合罪ノ場合（例ヘバ

窃盗ノ中止ト住居侵入）ナラバ、刑法第五四條ニヨラナケレバナラナイ。
豫備罪及ビ陰謀罪ニ於テ中止犯ノ特別ノ準用アリヤ否ヤニツイテハ議論
ガアル、而モ私ハコレヲ肯定スルノデアアルガ、ソレニシテモ豫備罪及ビ陰
謀罪ハ法定ノ科刑ガ初メカラ既遂ヨリモ減輕シテアルカラ、減輕ノ点ハ問
題ニナラナイ、タゞ場合ニヨツテ免除ヲナシ得ルニ止マル。

第四款 不能犯

不能犯トハ犯罪ノ実行ニ着手シタ外観ガアツテ、而モ本質上犯罪ノ実行ノ着手ト称スルコトヲ得ザルガタメ犯罪ノ不成立ヲ未遂場合ヲ云フ。従ツテ不能犯ト云フ犯罪ガアル訳デハナイ、而シテ不能犯ハコレヲ通例未遂罪ニ対スル側面ノ限界ト解シテキルガ、シカシ私ハ不能犯ノ不能犯タル所以ハ行爲ノ本質ニ基クモノデアルカラ、独リ実行ノ着手ノミナラス、豫備ニツイテモ亦コレガ側面ノ限界ヲナスモノト考ヘル

不能犯ニアツテハ、ソノ範圍並ビニ理由ニ関シテ着シク議論ガ分レテキル。而モ私ハ範圍ニ関シテハ、不能犯ハ所謂迷信犯ノ如キ場合ニ限り、又ソノ理由トシテハコレヲ行爲ノ放任性ニ求メントスルモノデアルガ、コノコトヲ論ズルニツイテハハシク從來ノ學說ヲ吟味シナケレバナラナイ。

先ツ如何ナル學說ニアツテモ、未遂罪ヲ罰スル理由トシテハ行爲ノ危険ト云フコトヲ考ヘ又モノハナイ。タゞソノ危険ヲ如何ニ解スルカニヨツテ

學說ガ分レルノデアル、即チ未遂罪ニアツテハ、危険ヲ解スルコトガ具體的ナレバ具體的ナル程、ソノ範圍ハ狭ク、又抽象的ナレバ抽象的ナル程、ソノ範圍ハ廣クナルノデアルガ、不能犯ニアツテハ、ソノ範圍ハ恰カモコレト正反對ヲナスノデアル。今コノ点カラ學說ヲ大別スルト次ノ如クニナル。

(一) 客観説

コノ中ノ代表的ナルモノヲ客観的危险説トスル、コノ説ハ危険ヲ解スルコトノ最も具體的ナモノデアツテ、コレニヨレバ危険ハ廣義ノ結果ト見ルベキ客観的状態ニ外ナラナイ、ソコデ意思表動ガ一定ノ結果ニ対シテ客観的ニ危険アル場合ニハ未遂ガ成立シ、然ラザル場合ハ不能犯デアルトスル、而シテコノ説ノ學者ハ通例不能ノ原因ヲ目的ニ関スルモノト手段ニ関スルモノトニ分ケ、又ソノ效果ヲ天々絶対的ノモノト相對的ナモノトニ分ケル、ソシテ何レニスルモ、絶対不能ノ原因ノ存スル場合ニハ客観的ニ危険ガナイモノトシテコレヲ不能犯トシ、相對不能ノ場合ヲ未遂罪トスル。

コノ説ハ實テ拙速ノ逞説デアツタガ、今日デハ一徹ニ多小主観的事情ヲ考
 慮スルニ至ツタ結果トシテ、コノ儘コレニ従フモノハナクナツタトハツテ
 ヨイ、

註 客観的危険説ノ説ク前ヲ因示スレバ次ノ如シ

(一) 石燈籠ヲ人ト思ツテ発砲シタ場
 合又ハ墮胎スル目的ヲ婦人ニ墮胎手術
 ヲ施シタガ、実ハ妊娠シテキナカツタ
 場合ノ如シ、刀、ル場合ニ於テハ結果
 ハ絶対的ニ不発生デアル、不発犯トス
 ル。

(二) 或人ニ向ツテ発砲シタガ、ソノ
 彈道ニソノ人が居ナカツタ場合ノ如シ、
 危険ハアルガ結果不発生デアル、未遂罪トスル。
 (三) 毒殺セントシテ、食物ニ毒ヲ混入シタガ、毒ト思ツタモノガ
 砂糖デアツタ場合、又ハピストルニ彈ガ入ツテキルト思ツテ発砲シ

	絶対	相對
目的	(一) 不 能	(二) 未 遂
手段	(三) 不 能	(四) 未 遂

タガ彈ガ入ツテキナカツタ場合ノ如シ、不発犯トスル。
 (四) 毒殺ノ目的ヲ毒ヲ盛ツタガ分量ガ不充分デアツタ場合、或ハ
 首ヲ締メタガ繩ガ腐ツテキテ切レタ場合ノ如シ、未遂罪トスル。(註
 終)

(二) 主観説

コノ中ノ代表的ナルモノヲ純正主観説トスル。コノ説ハ危険ヲ解ス
 ルコトノ最も抽象的ナモノデアツテ、客観的危険説ニ対シテ正反對ノ地位
 ニアルモノデアル。即チ犯意ノ飛躍的表動ガアツタ以上ハコレヲ遂グルニ
 至ラナカツタ原因ノ如何ニ拘ラス、凡テコレヲ未遂トナスモノデアル。依
 ツテ原則トシテ不能犯ヲ認メナイ説デアルガ、タゞ迷信犯ノ場合ニ限ツテ
 罪トナラズトスル、但シソノ理由ニ関スル説明ハ學者ニヨツテ區々デア

(三) 折衷説

學者中一方ニ類型事實ノ大體 (*major and substantial*) ナル

觀念ヲ認め、カ、ル場合ヲ當然犯罪不成立トシテ未遂明瞭ノ範圍ヨリ除外
 シ、ソノ他ハ凡テ未遂罪ノ成立ニツイテ主観說ヲ認メルモノガアル。蓋シ
 行爲ヲ初メヨリ客観的ニ法定ノ類型ニ屬スル目的物又ハ手段ヲ欠ク場合ハ
 本派犯罪ノ実行ノ着手ナルモノヲ認メルコトヲ俾ズトナスニヨル。蓋シコ
 ノ説ハ實質的ニハ主観說及ビ客観說ノ折衷ニ外ナラヌ。從ツテ理論ノ一貫
 ガ認めラレナイ。

註 折衷說ノ説ク所ヲ因示スレバ次ノ如シ。

	絶対	相對
目的	不能	未遂
手段	未遂	未遂

(註終)

以上ノ如ク、不能犯ニ関シテハコレヲ認ムベキカ否カ、認ムベシトシテ
 如何ナル範圍ニ於テ認ムベキカ、ニツキ諸説アルガ、惟フニ主観的違法說ノ

立場ニ於テハ、行爲ノ違法ハ行爲者ガ主観的ニ前根シタ事由ニ関聯セシメ
 テノミ考ヘルコトガ出来ルノデアル。蓋シ規範ハ本来意思ニ妥當スルコト
 ニヨツテ行爲ニ妥當スルノデアルカラ、全然意思ノ前根トナラナカッタ客
 観的事情ニヨツテ行爲ヲ評價スルコトハ、本来規範ノ性質ニ反スル事情デ
 アルノミナラス、反対ニ均クモノノ前根トナツタ限リハ、假令ソノ事情ガ
 客観的ニ不存在デアツテモ、尙規範的評價ノ前根トナルベキモノデアル。而シ
 即チ責任内容トシテノ類型事實ノ範圍ハ主観的ニ定マルモノデアル。而シ
 テカ、ル見地ニ於テハ、違法ノ實質タル法益ニ対スル脅威即チ危険ハ、結
 果ニ対スル性格的危険即チ法益ニ対スル抽象的危険ヲ以テ定ルノデアツテ
 規範ハカ、ル抽象的ニ危険ヲ行爲ヲモ尙違法トスルモノデアル。私ハカク
 考ヘテ未遂罪ノ可罰的根拠ニ関スル説明トシテハ、純正主観說ヲ以テ最モ
 當ヲ得タモノトスルノデアル。

シカシ上ノ立場ニ於テ考フベキコトハ、迷信犯(例ヘバ互ノ刺詰リノ場
 合)デアル。コノ場合ハ普通ノ未遂罪ノ性質トハ異ル。即チ犯罪ヲ行ハン
 トスルニ當ツテ迷信ニヨツテ超自然的な法ニ依賴スルモノハ、一徹的ニ六
 二四三

ヘバソノ限リニ於テハ行爲者ノ性格ガ炫耀デアツテ他ノ自然的方法ヲトルニ堪ヘナイモノデアアル。換言スレバ如何ナル自然的方法ヲモ倅セナイ反現的的性格者ガ觸々カ、ル方法ニ出テタノデナク、一切ノ現象ノ自然的方法ノ前ニ恐懼スル者ガ超自然的方法ナルガ故ニソノカラ惜ラントスルノデアル。果シテ然リトスレバ、カ、ル行爲者ニアツテハ性格的ニ何等現象ナ手頃ヲ行フ危險モナク、従ツテカ、ル性格ニ基ツク行爲モ亦何等抽象的ナ危険モナイ訳デアアルカラ、ソノ行爲ハ又違法デモアリ解ナイノデアアル。カクシテ迷信犯ハ少クトモ放任行爲トシテ罪トナラヌモノト解スルコトガ出来ル。而シテカ、ルヤウナ見解ノ下ニ於テハ、所謂不能犯ト解スベキモノハ、結局初メニ述ベタ如ク、迷信犯ノ如キ場合ニ取テレ、尙クモ自然的方法ニヨツテ罪ヲ犯サントシテ、結果不發生ニ終ツタ以上ハ、常ニ未遂罪ヲ構成スルモノト云ハナケレバナラヌ。

尚 迷信犯ニツイテハ、迷信的行爲ガ行爲者ニ於テ疎明シナイ自然的路ニヨツテ本人ガ一徹的ニ疎見シタ結果ヲ生ゼシメタ場合ノ問題ガアル。例ヘバ呪咀ナレテキル相手方ガ世間ノ噂カラソノ事實ヲ耳ニシ、氣病ミカ

ラ遂ニ死亡スルニ至ツタ如キ場合デアアル。シカシコノ場合デモ行爲者ノ意思ハ放任的内容ヲモツ意思デアラカラ犯罪ノ故意アリトハ云ハレナイ。故ツテ故意ノ既遂罪トハナラナイ。タカダカ過失ガアレバ過失犯トナルニ違ギナイ。

第二節 共犯 (方法的類型)

一 共犯ノ意義

共犯 (共同犯罪) トハ 全体の觀察ニ於テハ二人以上ノ犯罪ガ共同ニ成立スルコトヲ云ヒ、個別的觀察ニ於テハ一人ガ他人ニ取贖シテ自己ノ犯罪ヲ行フコトヲ云フ。

共犯ニアツテ根本ノ問題トナル点ハ何が共犯デアアルカト云フコトデアアルコレニニ説ガアル。一ハ犯罪共同説デアツテ、主トシテ客観主義的理論ノ上ニ立ツモノデアアル。即チコノ説ニ於テハ犯罪ノ客観的方面ヲ主トシテ理

論ヲ構成スル結果トシテ、先ツ現ニ發生シタ又ハ發生スベカリシ結果ニ基
キテ客観的ニ或ル特定ノ犯罪類型ヲ想定シ、共犯ハコレヲ遂ゲルニツイテ
或ハ直接ニ他ノ正犯ト共ニソノ実行ノ一部ヲ分担シ（共同正犯）、或ハ間
接ニ正犯ニ対スル連意者（教唆者又ハ補助者（從犯））トシテソノ実行ニ加
功スルモノト見ルノデアル。ニハ事實共同犯デアツテ、主トシテ主觀主義
的理論ノ上ニ立ツモノデアル。即チコレヲハ犯罪ノ主觀的方面ヲ主
トシテ理論ヲ構成スル結果トシテ、犯罪ノ成否ハ犯人各自ニツイテ成立ニ
コレヲ論ジ、共犯ハタバコレヲ遂グルニツイテ事實ヲ共同ニスルニ過ギナ
イモノト見ルノデアツテ、前ニ述ベタ規範關係ノ相對性ノ理論ノ上ニ立ツ
モノデアル。從ツテコレノ二説ノ何レヲ採ルカニヨツテ、共犯ノ性質ニ関ス
ル見解ニモ亦差異ヲ生ズル説デアツテ、共犯從屬犯説及ビ共犯独立犯説ノ
分レル所デアアル。

先ツ共犯從屬犯説ニツイテ云フト、コレハ從來ノ通説デアツテ、コレ
ニヨルト共犯ハ他ノ犯罪ノ成立ニ從屬シテノミ成立シ、他ノ犯罪（共同正
犯ニアツテハ他ノ共同正犯、教唆犯及ビ從犯ニアツテハ正犯）ガ不成立ナ

ラハ共犯モ亦成立シナイノデアルガ（共同正犯ノ場合ニハ單被犯トナリ、
教唆犯及ビ從犯ノ場合ニハソレ自身ガ不成立トナル）、共犯独立犯説ニツ
イテ云フト、共犯ハ他ノ犯罪ノ成否ニ拘ラス凡テ成立ニ成立スル。ソシテ
共犯モ通常ノ單被犯モモ犯罪構成ノ理論ニ依リハナイノデアツテ、共犯
ハタバ他ノ犯罪行為ニ依リテ行ハレル点ガ外形上ノ特色タルニ過ギナ
イ。故ニ前説ニヨルト、共犯ハ共犯ノ特別規定アルニヨツテ共同正犯トモ
ナリ、又初メテ教唆犯從犯トモナルノデアルガ、後説ニヨルト、刑法ノ共
犯ノ規定ハ科刑ノ有無又ハ範圍ニ関シテ特別（例ハハ刑法第六三條、第六
四條）ヲ設ケル必要ガアル場合ノ外ハ全ク無用ノモノニナルト云フコトニ
ナル。而シテ私ハ後説ヲ以テ理論上正當トスルノデアツテ、以下コノ立場
カヲ從屬犯説ヲ批評シツ共犯理論ヲ説カウト思フ。

註 共犯トハ共同ニ罪ヲ犯スコトデアリ、ソノ觀察ハ全体的ト個別的
トニ見ルコトガ出來ル。先ツ根本ノ問題ニツイテ論ズルト、共同ト
云フコトニ從來ニツノ見方ガアル。客観的ニ或ル犯罪、例ハハ窃盜
ヲ想定シ、コレハ甲ノ竊盜罪ヲモアリ、乙、丙、丁ノ竊盜罪デモア

ルトスル見方ガ犯罪共同説デアル。コレニ反シテ、犯罪ハ犯人毎ニ成立スル、シカシナガラ夫々ガ罪ヲ犯ス場合ト異ツテ各人ニツイテ共同ノモノガナケレバナラヌ。シカシソノ共同ナルモノハ犯罪デハナク、事實デアルトスルノガ事實共同説デアル。(註終)

サテ、初メニ述べタ如ク、共犯ハ個別均ニ見レバ一人ガ他人ノ犯罪ニ依テ自己ノ犯罪ヲ行フコトデアル。換言スレバ、他人ノ犯罪事實ノ全部又ハ一部ヲ含ンダ全体トシテノ自己ノ犯罪ガ行ハレルコトデアル。然ツテコノ場合ニハ互ニ含ミ合マレル一定ノ契機ガ必要ナリテアルガ、コノ契機ガ何デアルカハ、從來共犯論ニ於ケル根本的ナ問題デアツタ。コノ点ニツイテハ從來共犯ヲ以テ共同意思主体ノ活動ト見ル見解ガ行ハレテ来ルガ、私ハコレヲ因果関係ニ外ナラヌモノト解スル。即チ何人ト雖モソノ行爲ガ法律上結果ニ対シテ因果関係ガナケレバ犯罪トナラヌト同時ニ、苟クモコノ関係ノ存スル限りハ常に結果ニツイテ責任アリトシナケレバナラナイ。共犯理論ハ畢竟コノ一徹的因果関係論ノ適用ニ過ギナイノデアル。

註 共犯ガ共犯トシテ成立スル契機ハ何デアルカ、從來ハコレニツイ

テ別段ハツキリ六ツテキルモノハナイガ、比較的ハツキリ六ツテキルモノハ、コレヲ共同意思主体ノ活動ト見ルモノデアル。コレハ数人ノ者ガ共同シテ事ヲスル場合、数人ノ個々ノ意思カラ離レテ共同ノ意思ガ成立シ(私法ノ範圍ニ於ケル法ハ、組合契約ノ如シ)、罪ハ共同意思主体ノ活動トシテ成立スルトスル。シカシナガラ共同意思主体ノ活動ガ法律ノ領域ニ於テ認めラレテキルコトハ間違ナイガ、一ツノ領域ニ於テ認めラレテキルコトガ他ノ領域ニ於テモ當然ニ認めラレネバナラナイト云フコトハ問題デアアル。民法ノ領域デ認めラレテキルカラ當然刑法ノ領域ニ於テモ認めラレネバナラヌトイフコトハナイ。ソコデ私トシテハ民法ト刑法ハソノ領域ヲ異ニシ。法トシテモソノ目的ヲ異ニスルト見ル。共犯ガ認めラレルニツイテモ特別ノ理由ハ一ツモナイ。タゞ因果関係ガ共通ニ存在スルコトニアル犯罪トシテハ何処マデモ一ツ一ツノ立場カラ各個ニツイテ觀察シナケレバナラナイ。(註終)

カマウニ考ヘルト、共犯關係ニ於ケル他人ノ犯罪ニ依テ自己ノ犯罪

ヲ行フト云フコトハ、他人ノ犯罪事實ノ全部又ハ一部ガ共犯タル犯罪ノ因
果關係ノ一節トシテ作用スルト云フダケノ事柄デアツテ、ソレ以外ニ何等
ノ條件ヲモ必要トシナイ。例ヘバ盜賊ノ忍ビ入ルニトテ殊メ察知シテ主人
ニ報復スルタメニ殊更ニ再入ノ門ヲ外シテ置イタ産入ハ何ハカ忍ビ入ツテ
モ窃盜ノ共犯デアル。
共犯ヲ上ノ如ク独立犯ト辨スル結果トシテ、次ノ諸點ガ注意サレホベナ
ラヌ。

(一) 二人以上ノ者ノ犯罪ガ共ニ共犯タルコトハ必要デハナイ。ソノ各
々ガ互ニ他ノ犯罪ノ全部又ハ一部ヲ含ミ合ツテ成ルトキハ、ソノ各々ガ共
犯トナリ、一方ノミガ他方ヲ含ンデ成ルトキハ、含ム一方ノミガ共犯トナ
ルノデアル。(従来共同正犯ニ因シテ一方的共同正犯アリヤ否ヤガ問題トサ
レテキルガ、教唆犯並ニ從犯ニツイテ一方的共同正犯ガ認めラレル以上ハ共同
正犯ニツイテコレヲ否認スベキ理由ハ存存シナイ)。
註 共犯ト云フコトハ、独立犯説カラ云ヘバ單ニ名称ノ問題ニ過ぎナ
イ。他人ノ犯罪ヲ含ム方ノミガ共犯デアリ、含マヌ方ハ共犯デハナ

二五。

イ。例ヘバ窃盜ニハ入ツテ行ク者ハ面々ノ門ガ故意ニ外サレテキル
コトヲ知ラナイ。コノ場合窃盜ニ忍ビ入ツタ者ハ共犯デハナイ。シ
カシ門ヲ外シタ者ハ共犯デアル。即チ此ノ場合ハ一方的共同正犯デア
ル。従来ノ共同意思主体説カラ云ヘバ甲ガ乙ヲ殺シタ場合一方ハ教唆
一方ハ実行ト異ツタ關係ニ立ツカ、實ハ共同意思主体ノ活動トシテ
現ハレルモノデアルト云フ。シカシナガラ或ル場合ニ共同意思主体
ガ成リ立タヌ場合無罪トスルコトハ出来ナイト云フ考ヘ方ガアル。
例ヘバ甲ト乙トガ喧嘩シテキル。コノ時丙ガ甲ヲ助ケヨウト思ツテ
乙ヲ咬ルニ都合ノヨイ棍棒ヲ甲ノ身近ニソツト置イテヤツタトスル
コノ際客観的ニ云ヘバ丙ハ甲ノ行爲ヲ利用シテ丙ヲ傷害シタト云フ
コトニナル。コレヲ不問ニ耐スルコトハ出来ナイ。コノ場合共同意
思ノ成立ハ要件デナイ。利用サレル方(甲)ニハ共犯ノ意思ガナク
利用スル方(丙)ニハ共犯ノ意思ガアルカラ後者ノミニ共犯ノ意思ヲ
認めルト云フノが從來ノ通説デアツタ。シカシナガラ一部ニツイテ
共同意思ノ成立ガ認めラレヌト云フコトハソノコト自体ニ既ニ破綻

二五一

ガアルト思フ。(註終)

(三) 二人以上ノ看ノ犯罪ノ類型ガ各々如何ナルモノデアルカモ明顯デナイ。(ソノ凡テガ故意犯又ハ過失犯タルコトアルベク、又故意犯ト過失犯タルコトアルベク、又所謂真正不作爲犯ニツイテモ共犯ハ考ヘ得ラレル答デアル)但シ故意犯ニアツテハ場合ニヨツテ刑法第三八條第二項ノ適用アルコトヲ注意シナケレバナラヌ。(例ヘバ竊盜ヲ教唆シタルニ正犯ガ強盜ヲ犯シタ場合)

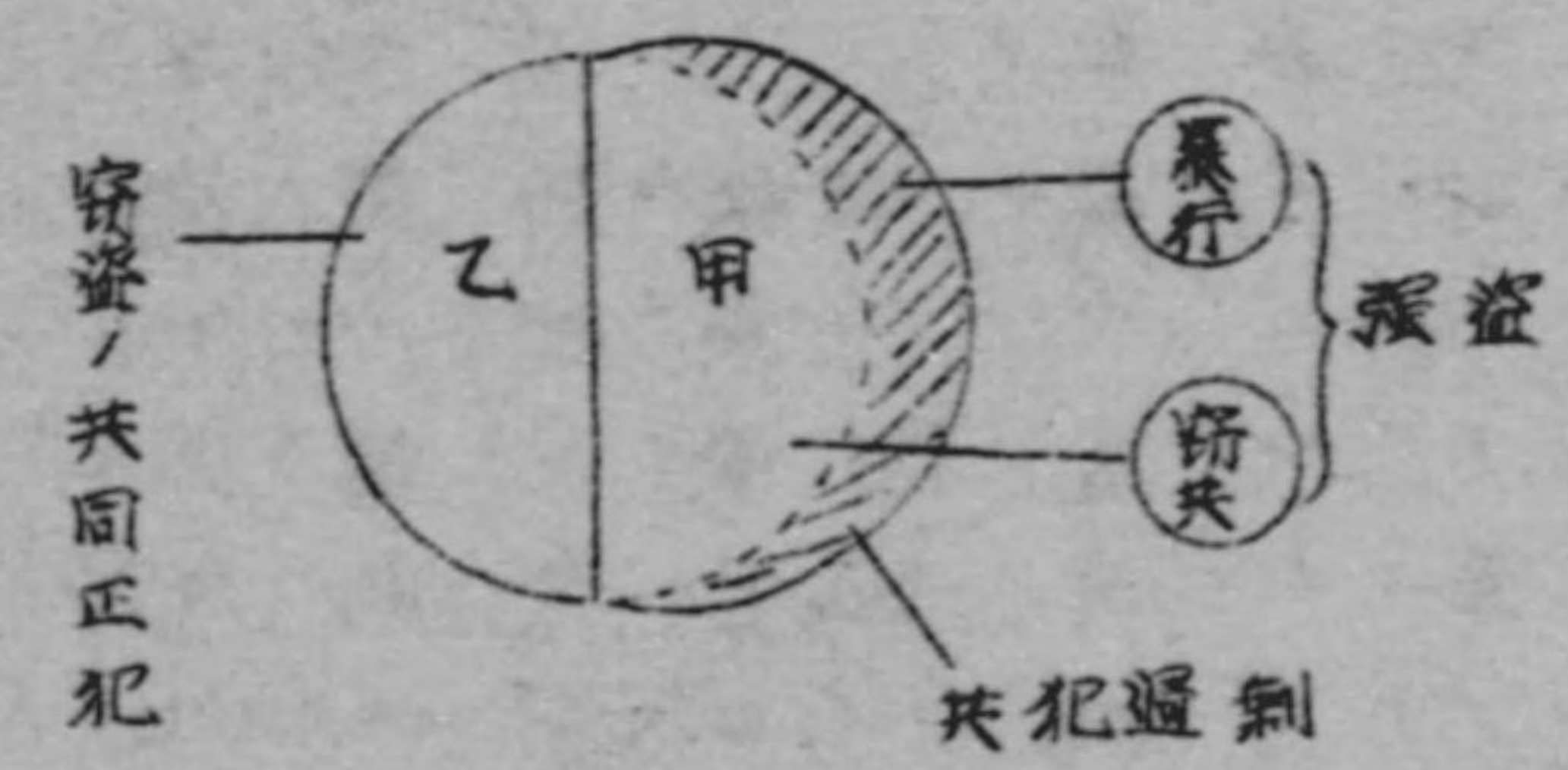
註 コレモ独立犯説ト從來ノ見解ト、著シイ見解ノ相違デアル。独立犯説ニツツテハ如何ナル連續ノ犯罪ニ於テモ共犯ガ成立スル訳デアル。普通ハ故意犯ト故意犯トノ間ニ行ハレルガ過失犯ノ場合ニアツテモ考ヘラレル。例ヘバニ人デ突クテシテ後始末ガ悪イタメニ火事ヲ起シタトスレバ火災罪ノ共同正犯トナル。又故意犯ト過失犯トノ間ニモアル。例ヘバ人ヲ殺サントシテ附添ノ看ノ過失ヲ利用シテ遂ツク殺ヲ思フニ欲マセシヤウニシタ場合ノ如キデアル。逆ニ又過失デ人ノ故意犯ヲ利用スルコトガアル。嘗テノ原教暗殺事件ニ於テ攝

本邦ハ犯人中因ト絶エズ政論ヲ交シ、原教ノ攻撃ヲ流ケタガ、コレニ動カサレテ中國ガ原教ヲ暗殺シタ。此ノ場合福永探ハ過失ニヨツテ他人ノ殺人罪ヲ教唆シタコトニ一ル。又真正不作爲犯ニツイテモ共犯ガ考ヘラレル。例ヘバ数人ノ看ガ談合ニ合ツテ機兵検査ニ出頭シナカッタ場合ノ如キデアル。故意犯ニアツテハ場合ニヨツテ刑法第三八條第二項ノ適用ガアルト云フノハ、例ヘバ甲ト乙トガ賭博ヲ爲シテ甲印キシタ、ソレタケナラ暴行罪ノ共同正犯デアル。ソノ時甲ガ丙ノ懐カラ針箱ヲ奪ツタトスレバ、甲ノナシタコトヲ望知ニ觀察スレバ強盜トナル。乙ニツイテ考ヘルト客観的ニハ甲ト一語ニ強盜ヲマツタノデアルガ、ソノ意思カラ云ヘバ唯丙ヲ殺印キスルタケノ積リシカナイ。コノ場合乙ニツイテハ刑法第三八條第二項ノ適用ガアル。即チマツテ平ルコトハ重イ強盜デアルガ、ソノ意思ガナイカラ、乙ハ暴行又ハ傷害ノ限度デ処罪サレル。教唆ノ場合ニツイテモ考ヘラレル。例ヘバ見張リノ看ガ單純ニ竊盜犯ノ見張リヲシテ平ルト思ツテキタノニ、家ニ忍ビ

込シテ看ガ強盜ヲナシタ場合、見張リヲスル者ニハ強盜ノ見張リヲ
スル續リハナイノデアルカラ、刑法第三八條第二項ガ適用サレルノ
デアル。(註終)

(三) 從屬犯説ニ於ケル共犯過剰ノ觀念ハコレヲ認メル必要ガナイ。ソ
レハ共犯ニアツテモ実行ノ意義ハ一概ノ場合ト同一デアツテ犯人各自ニツ
イテ独立ニ考フベキデアル。

客觀說 ソレニ基ク從屬犯説ノ考ヘ方カラ
云ヘバ、甲乙ニ人デ一ツノ竊盜罪ヲ分担スル
ト考ヘル。シカルニ先ニ速ヘタ如ク甲ニ惡意
ガ生ジ、第三者丙ノ懐カラ財ヲ盜シタトス
ル、コノ場合ニツイテハ、從屬犯説デハ説明
ガツカナイ。ソコデ技巧的ナ説明ヲスル。
第一候トシテ、甲ト乙トノ間ニ竊盜罪ノ共
同正犯ガ成立ス、乙ハ竊盜罪ノ共同正犯トナ
リ、甲モ一應竊盜ノ共同正犯トナル、シカシ甲



ハ竊盜ノ範圍ヲ越エテホル。即チ共犯過剰トナリ、竊盜ト暴行トヲ
合シテ強盜トナル。客觀說ハ以上ノ如キ迂遠ナ説明ヲナスノデアル。

(註終)

(四) 共犯者ニトツテハ、天犯行為ソノモノガ実行デアルカラ、共犯者
ガソノ共犯行為ノ実行ニ着手シタ以上ハ、共犯ハ少クトモ既ニ未遂ノ程度
ニ達シタモノデアル。ソノ後、他ノ犯人ノ態度ガ如何ニアラウトモ、ソレ
ハ結果ノ成否ガ定マルマデノ過程事實ニ外ナラナイ。
(五) 共犯ト中止犯トノ關係ニアツテハ、共犯者ハ自己ノ行為ヲ中止ス
ルノミナラズ、自己ノ共犯行為ノ影響ヲ受ケタ他ノ犯人ノ行為及ビソノ結
果ヲモ防止シナケレバ、中止犯トハナラナイ。而シテ共犯者ガコレヲ防止
シタ場合ニ於テハ他ノ犯人ニトツテハ障礙未遂トナル。

二、共犯ノ種類

共犯ニハ共同正犯・教唆犯及ビ從犯ノ三種類ガアル。
從屬犯説ニアツテハ、檢ノニ看ヲ併セテ加擔犯ト称シテ共同正犯ト

ノ間ニ性質上重要ナ差別ガアルト云フノデアルガ、独立犯説ニアツテハ
コノ區別ハ全ク形式的ナモノニ違キナイ。又天犯ハコレヲ任意的天犯及ビ
必要的天犯ニ分ケ、後者ヲ更ニ対抗犯（例ハ賭博罪）及ビ集團犯（例ハ
暴擾罪）ニ分ケル。シカシ、必要的天犯ニツイテハ刑法各本條ニ一々特
別ノ規定ノ設ケガアル結果トシテ、コノ種ノモノハ刑法總則ニモテ前ノ共
犯デナイト解シナケレバナラヌ。尚ニ人以上ノ間ニ於テ同時ニ行ハレタ犯
罪ニ於テ相互ニ因果關係ノ影響ガナク、縱ツテ何レノ側ヲモテ天犯ト見ル
コトヲ得ナイ場合ハ、コレヲ同時犯ト稱シテ共犯カラ區別スル。又共犯ノ
實質、即チ因果關係ガアツテ、而モソレニヨツテ影響サレル他ノ一方ノ行
為ガ法律上罪トナラナイ場合（例ハ責任無能力者ヲ利用スル場合）ニハ
從屬犯説ニアツテハ、コレヲ間接正犯ト稱シテ、直接正犯即チ單純ナ正犯
ニ準ジテ取扱フベキモノデアルトシテ、獨立犯説カラ云ハバ、カ、
ル場合ハ當然ニ單純ナ正犯デアル。間接正犯ノ理論ハ從屬犯説ガソノ破綻
ヲ救フタメニ獨立犯説ノ理論ヲ借用シタモノニ外ナラナイ。
次ニ刑法ノ規定ニ基イテ、天同正犯、教唆犯、從犯ノ意義ヲ述ベル。

共同正犯トハ二人以上ニ同シテ犯罪ヲ実行スルコトヲ云フ（刑法第六
條）。而シテコノ規定ニコレバ、文義上共同正犯ハ二人以上ノ行為ガ凡テ
共同正犯タルコトヲ要スルガ如ク解セラレルガ、シカシ獨立犯説カラ云ハ
バ、凡テ共同正犯タルコトハ必要デハナイ。ソノ要件ヲ具ヘタモノノミ
ガ、凡テ共同正犯デアツテ、性ハ單純ナ正犯トナル。コレニ反シテ從屬犯
説ニアツテハカ、ル場合ニハ全クツイテ共同正犯ノ成立ヲ否定スル。
教唆犯トハ、人ヲ教唆シテ犯罪ヲ実行セシメルコトヲ云フ（刑法第六一
條第一項）。而シテコノ規定ノ辭義ニツイテハ、獨立犯説ニ於テハ、教唆
犯ヲ以テハラシテ犯罪ヲ実行セシムル教唆行為自体ヲソノ獨自ノ実行行為
トスル犯罪ダト解スルノデアルガ、從屬犯説ニ於テハ、教唆犯ハ人ヲシテ
犯罪ヲ実行セシムルト云フ実行行為以外ノ特殊ナ行為ヲ実行トスル犯罪デ
アツテ、ソノ成否ハ正犯ノ成否ニ從屬シ、正犯ノ行為ガ何等カ罪トナル程
度ニ達シナケレバソレ自休又罪トナラナイ。而モソノ刑モ亦正犯ニ準スル
ノデアツテ、正犯ガ既遂ナルカ未遂ナルカ若クハ豫備ナルカニヨツテ教唆
犯ノ刑モ亦コレニ從ツテ定スルモノトスル。

教唆ハソノ方法ニ制限ガナイ。唯被教唆者ヲシテ新ニ犯罪ノ意思ヲ生ゼシメ且ソノ行為カラ一定ノ犯罪の結果（例ヘバ被害者ノ死亡）ヲ生ゼシメタトキニハ、ソノ結果ヲ要件トスル一定ノ罪ノ既遂（例ヘバ教唆ヲ手段トスル殺人罪ノ既遂）ガ成立スル。故ニ正犯ガ豫メ犯罪ヲ決定シテキタトキハ教唆ハ未遂デアル。又被教唆者ガコレニヨツテ初メテ犯罪ヲ生ジタトシテモ、遂ニ何等ノ行為ヲ為サズ、又何等カノ行為ヲ為シタトシテモ、コレヨリ何等ノ結果ガ發生シテカツタトキハ、亦未遂デアル。而シテカヤウニ教唆犯ノ未遂ヲ認メルカ否カハ、實際ノ適用上ニ於ケル独立犯説ト從屬犯説トノ差異ノ最モ大ナルモノデアル。

註 独立犯説——教唆ノ方法ニヨル殺人ノ罪
從屬犯説——殺ハ罪ノ教唆

カク表現ノ仕方ニ異ルノデアル。（註終）

從犯トハ正犯ヲ幫助スルコトヲ云フ（刑法第廿一條第一項）。從犯ノ性質ニツイテモ亦議論ガアルガ、教唆犯ト同様ニ觀察セラルベキデアル。幫助ノ意味ニツイテハ次ノ如ク種々ノ學説ガアル。

(一) 意思説

コノ説ハ、行為者ノ主觀的利益ト意向トヲ標準トシテ自己ノタメニ自主的ニ罪ヲ行フ場合ガ共同正犯デアツテ、他人ノタメニ加担意思ヲ以テスル場合ハ幫助ダトスル。從ツテコノ説ニアツテハ行為者ガ實際ニ何ヲシタカハ問題デナイ。

(二) 客觀説

コノ説ハ通例犯罪ノ結果ニ対スル原因ト單純ナ條件トヲ區別シ、幫助ハ單ニ條件ヲ充フルモノニ違ヤナイモノトスル。又コノ説ノ中ニハ單ニ結果ニ対スル影響ノ嚴重大小ニヨツテ區別セントスルモノモアル。

(三) 折衷説

コノ説ハ幫助ヲ以テ他人ノタメニ加担意思ヲ以テ犯罪ノ豫備行為ニ關スル行為ト解シ、共同實行ト區別セントスルモノデアル。

他人ノ豫備行為ニ關スル

以上ノ如ク三説アルガ、從犯ノ減輕ト云フ效果ニ照シテ考ヘルト意思詭
 ニアツテハ犯人ガ現ニ何ヲ爲シタカヲ問ハナイコトガ欠点デアリ。客觀說
 ニアツテハ原因ト條件トヲ分ツコト、又ハ影響ノ輕重大小ヲ分ツコトガ
 不合理又ハ不正確デアリ。折衷說ニアツテハ幫助ヲ量ニ豫備行爲ニ加担ス
 ル場合ノミニ限ルコトガ理由ガナイ。ヨツテ私ハコレヲノ難点ヲ考慮シテ
 幫助ヲ以テ加担意思ヲ以テスル加担行爲ト解セントスル。但シコ、ニ加担
 意思ト云フノハ、成立ニ於テ他人ノ意思ヲ條件トシ、コレニ依存スル(例
 ヘバ相手方が止メルナラ自身モ止メルト云フガ如キ)意思デアリ。加担行
 爲ト云フノハ廣シ他人ノ行爲ニ依頼シテノミ結果ニ影響スル行爲デアル。
 カク解スルトキハ、教唆犯ガ加担行爲タルニ拘ラス尙正犯タル理由ハ、ソ
 ノ意思ガ加担的ニ非ズシテ專ラ自主的ナ点ニアルト云フコトニナル。而シ
 テ私ハ立法論トシテ、主觀主義ノ立場カラ一般のナ犯人減輕ノ規定ノ不
 要ヲ信ズルモノデアルガ、トニカク右ノ如ク解スルコトニヨツテ一應主觀
 主義的ニモ現行法上ノ從犯減輕ノ取扱ヲ説明スルコトガ出来ルト思フ。何
 トナレバ犯罪ノ意思及ビ方法ノ加担的ナコトハ又ソレニ相當スル及規範性

ニ大。

ノ徵表ダカラデアル。

註 例ヘバ、泥棒ノ道案内ヲシタ場合ヲ考ヘル。從屬犯的ニ考ヘルト
 案内ヲサレタ者が罪トナル程度ノコトヲシナケレバ案内シタ者モ罪
 ニナラナイコトニナル。独立犯說カラ云ヘバ、案内サレタ正犯ガ罪
 トナラナクテモ案内ヲシタ方ハ罪トナルノデアル。外觀カラ云ヘバ
 コレハ不都合ノヤウデアルガ、不都合デナイノハ犯人ノ意思ヲ中心
 トスルカラデアル。案内ヲスルト云フコトガ案内ヲスル人ニトツテ
 ハ実行デアル。ソノ立場ニ於テ爲スベキ実行ガ終ツテ平ル。ソノ場
 合ノ犯人ノ意思ノ飛躍的表動ハ案内スルト云フコトニアル。故ニソ
 レニ對スル処罰ハ死レナイ。シカシ事情事態ガ幫助デアルカラ罪ハ
 減輕サレルノデアル(註終)。

三 共犯ノ処分

共犯ノ処分ハ共同正犯ニアツテハ皆正犯デアル。教唆犯ニアツテハ
 正犯ニ準ズル。コトニ準ズルト云フノハ凡ユル關係ニ於テ正犯トシテ取扱
 二六一

ハレルコトヲ意味スル。教唆者ヲ教唆シタル者ハソノ間接ノ程度如何ニ拘ラズ、同様ノ取扱ヲ受ケル。(刑法第六一條第二項)。從犯ヲ教唆シタル者ハ從犯ニ準ズノ意モ亦同様ニ解スベキデアリ。(刑法第六二條第二項)。從犯ノ刑ハ正犯ノ刑ニ比シテ減輕サレル。(刑法第六三條)。拘留又ハ材料ノミニ思スベキ罪ノ教唆者又ハ從犯ハ、特別ノ規定ガナケレバ、コレヲ罰シナイ。(刑法第六四條、警察犯刑罰令第四條參照)

四、共犯ト身分

共犯ノ成立及ビ処罰ニ關シテハ尚身分關係ガ問題トナル。身分トハ男女ノ性、親族關係、公務員タル資格、人的關係タル特殊ノ地位事情(例ヘバ、物ノ占有者、一定ノ業務者、犯罪ノ常習者)ヲ云フノデアリガ、ソレハ何レモ特殊的名モノヲ積極的ニ觀察シテ云フノデアツテ、コレト相對スル一般的名ノ消極的事實ヲ逆ニ身分ト云フコトハナイ。例ヘバ公務員マ懷胎ノ婦女ヲ一定ノ身分者ト云フガ、カ、ル事情ニアラザル一般ノ人ヲ反對ノ關係ニ於テ身分者ト云フコトハナイ。身分ノ效果ハ次ノ四ツノ場

合ニ分ツテ考ヘルコトガ出來ル。

(一) 身分が單純ナ犯罪ニ於ケル構成要件(類型事實ノ一條件)タル場合(構成的身分)

犯人ノ身分ニヨツテ構成スベキ犯罪行為(身分罪)ニ加功シタ者ハ、ソノ身分ナキ者ト雖モ尚共犯トスル(刑法第六五條第一項)蓋シカクノ如ク規定シナイトキハ、犯罪者ハスベテ刑責ヲ免レルコトニナルカラテアル。コノ原則ハスベテノ共犯ニ適用ガアル。

(二) 身分が加重犯ニ於ケル刑罰加重原因タル場合(加重的身分)

身分ニヨリ特ニ刑ノ加重ガアレトキハ、身分ナキ者ニハ普通ノ刑ヲ科スル(刑法第六五條第二項)。コノ場合ノ取扱ハ理論的ニハ前節ノ場合ト矛盾スルガ、元來非身分者ノ應シタル身分罪ハ犯情ニ於テ多少輕シト考ヘラレルノミナラズ、コノ場合ニハ通常ノ取扱ヲ為スモ尚刑責ヲ免レルコトニハナラヌト云フコトガソノ理由デアリ。ソコデ例ヘバ刑法第一九九條ト第二〇〇條トノ關係ニ於テハ、身分ナキ者ニハ第一九九條ノ刑ヲ科セラレル。(三) 身分が減輕犯ニ於ケル刑罰減輕原因タル場合(減輕的身分)

コノ場合ノ取扱ハ同罪ニ同ジ。例ハハ刑法第二一ニ條ト第三一ニ條以下トノ關係ニ於テハ、非身分者ニハ後者ノ刑ヲ科セラレル。

(四) 身分ガ基準類型阻却事由タル場合(免刑的身分)

コノ場合ノ阻却事由ノ效果ハ身分者ノミニ止マル(例ハハ刑法第二四四條第二項親族相盜ノ場合)。但シコノ場合ニハ直接ニハ刑法第六三條ノ規定ニ關係ガナイ。

註 (一)ノ場合、收賄ハ公務員タル身分ヲ要件トスル。然ラハ勸メタ人

間ニ身分ガナイ場合ハ如何。元來從屬犯説ニ從フト、教唆犯・被犯ニ
アツテハ身分ガナクテモヨイガ、共同正犯ニハ身分ヲ要件トスルト
區別シテ平ル。シカシ現行法ニハコノコトニツイテ第六五條第一項
ノ規定ヲ設ケテ平ル。例ハハ、御用商人ガ役人ノ妻ニ賄賂ヲ贈ツタ
トスル。贈賄ノ相手方ハ外鏡上ハ妻君デアル。シカシ妻君ガ喜ブコ
トニヨツテ役人ニ對スル贈賄ノ目的ハ達セラレテ平ル。コレハ程度
カラ云ヘバ正犯デアルガ、從來デハ正犯ニハ身分ヲ要件トスルトシ
テ、コノ場合從犯ト區別シテ取扱ツテ平タ。シカシ結果ガ大デアル

カラ妻ハ共同正犯トスベキデアル。コレガ今日ノ取扱デアル。

(二)ノ場合、息子乙トソノ友人丙ガ一箱ニナツテ乙ノ父甲ヲ殺シタ

トスレバ、乙ハ勿論親殺シデアルガ、丙モ乙ノ親ヲ殺シタノデソノ

刑ハ重イ方ノ刑ニ引寄せラレルノデアルガ、第六五條第二項ニヨツ

テ丙ハ通常ノ殺人罪トナル。

(三)ノ場合、預胎罪ニ於テ、懐胎ノ婦女ト相手ノ男ガ一緒ニヤツク

トスレバ、婦女ノ方ハ輕ク処罰セラレル。又婦女ガ他人ノ例ハハ医

者ニ依頼シタトスレバ、ソノ医者ノ罪ハ重イ。

懷胎ノ婦人ハ、懷胎ノ婦人タル身分ノ故ニ何人ニ相談シタ場合モ

輕ク処罰セラレ、身分ナキ者(医者トカ相手ノ男)ハ通常ノ刑(重

イ刑)ニ処セラレルノデアル。

(四)ノ場合ニツイテハ既ニ述ベタ。(註終)

第三節 罪数

第一款 一罪（一罪的类型）

第一項 本位的一罪

刑法ノ内容ハ刑罰請求權ノ關係デアツテ、各個ノ刑罰請求權ハ各個ノ犯罪ヲ理由トシテ發生スル。ヨツテ刑法ノ内容ヲ明カニスルニハ、更ニ犯罪ノ個數ニ関スル一徹的原則ヲ明カニシナケレバナラヌ。犯罪ノ個數ヲ定メル標準ニ関シテハ從來三説ガアル。

(一) 行爲説

コノ説ハ犯罪ハ行爲ナリト云フ命題ヲ本拠トシ、行爲ノ數ヲ以テ罪數ノ標準トシ、更ニ行爲ハ意思表動ト結果トヨリ成ルト云フ見解カラ、何レカ一方ガ一個ナル場合ニハ、他方が數個ナル場合デアツテモ一罪トシテ

ノミコレヲ認メントスルモノデアアル。

註

行爲説ニ対シテ批評ヲ加ヘレハ、犯罪ガ行爲デアアルコト、行爲ガ意思表動ト結果カラ成ルコトハ間違ヒナイ。シカシ行爲ト云フノハ法律學上ノ概念デアアル。素材ハ自然的ニ一ツデアツテモ、規範關係ニ関スル限り天々相對的ニ法律上ノ行爲ト考ヘラレル。例ヘバ一発ノ彈丸ヲ発射シ、人ヲ射殺シ、更ニ恩物ヲ破壊シタ場合、コレヲ発射・射殺・破壊ノ三個ノ行爲ナリト解シテ差支ヘナイ。（註終）

(二) 意思説

コノ説ハ犯人ガ具體的ニ豫見ヌハ決意シタ一切ノ事實ヲ以テ理論上一罪ノ範圍ニ屬セシメントスルモノデアアル。

註

意思説ヲ採ルハハツイガ、ソノ代表的ノモノハ牧野博士デアアル。主観主義ノ見解ヲ採ルナラ當然上述ノ考ヘ方ニナラネバナラヌト主張サレルガ、コレハ理由ノナイコトデアアル。犯人ガ行爲ノ際最初ニ豫見シタコトヲ一個トシテ觀察スルコトハ別ノ方面カラ考ヘネバナ

ラヌ・犯意ノ形式ヲ注目セス、犯意ノ内容ニ注目スルノガ主観主義ノ刑罰ナル。(註終)

二六八

(三) 結果説

コノ説ハ行為ヨリ生ジタ(未遂罪ニアツテハ犯人ガ豫見シタ)結果ヲ以テ罪數ノ標準トナサントスルモノデアアル。

註 コノ説ハ頗ル簡單デアアル。私ハコノ説ヲ採ル。人ハコレヲ以テ客観説デアルト云フガ、コレハ決シテ客観説デナイ。結果説ト云ツテモ現ニ發生シタ結果ノミニツイテ云フノデナイ。結果ヲ豫見シタ數ヲ問題ニスルノデアアル。一個ノ結果ノ發生ヲ豫見シテ爲ス行為ト數個ノ結果ノ發生ヲ豫見シテ爲ス行為トハ後者ノ方ガ犯罪ノ情状トシテハ重イ。結果ノ數ニ應ジテ犯罪ノ數ヲ考へ、數個ノ方ハ重ク取扱フ。コレハ現行刑法ノ辭釈ニモ一致スル。一個ノ罪ヲ繰返シ行ツタ場合ハ如何。甲ヲ殺シ、別ノ場所デ乙ヲ殺シ、又別ノ場所デ丙ヲ殺シタ場合、刑法ハコレヲ三罪トシテ取扱フ。コノコトハ客観説デハ

明瞭トスルニ足ラナイトサレル。今例ハ狂犬ガ人ヲ今日一人、明日一人、明後日一人咬ンダトスル。機会ガアレバ何時デモ人ヲ咬ムノハ當然デアアル。十人咬ンダカラトテソノ狂犬ノ危険ガ十倍ニナルモノデアナイ。主観説ハ犯人ノ性格ヲ重視スル。人ヲ殺シタガ故ニ罰スルノデアナイ。再ビ他ノ人ヲ殺ステアラウノヲ防グタメニ罰スル。罰セラレザル限り犯人ハ何回デモ犯罪ヲ繰返ス。ソノタメニ犯人ノ危険性ガ増大スルトハ限ラナイ。シカシナガラ各回共コレヲ數罪トシテ重ク罰スル。コレハ各回刑法ガ客観説ノ產物デアアルカラアル。數罪トシテ扱フトシテモ一重ク罰スルコトヲ解レデアアルカラ一罪トシテ罰シテモ是支ヘナイコトニナル。(註終)

以上ノ中、私ハ第三説ニ從フ。而シテ右ハ罪數ノ標準ニ關スル一般的原則デアツテ、コノ原則ニ從ツテ當然ニ一罪タルモノヲ私ハ本位的一罪ト名ツケル。シカシ現行法ハ必ズシモコノ原則ニ從ハナイ。即チ例外トシテ實質上數罪ニ見テ一罪タル要件ヲ具ヘタ數個ノ行為ヲ併セテ一罪トシテ処断スル場合ヲ認メテキル。私ハコレヲ処断的一罪ト名ツケル。想像的併合罪ニ六九

重運犯・連續犯・及び集合犯がコレデアル。シカシコレラノ例外ハ凡テガ
必ズシモ充分ナ根拠ノアル取扱トハ云ハレナイ。
次ニソノ意義ヲ説明スル。

第二項 處分の一罪

一、想像的併合罪

想像的併合罪トハ刑法第五四條第一項前段ニ規定スル、一個ノ行為ニ
シテ 數個ノ罪名ニ觸レル場合ヲ云フ、処分の一罪タル点ニ於テ本位的一
罪ト異リ、又數罪タル実体的併合罪（刑法第四五條以下）トモ異なる。
注文ニ所謂一個ノ行為ニシテ數個ノ罪名ニ觸レルトハ、一個ノ行為ト
ソノ結果トノ全体が同時ニ數個ノ可罰類型ニ該當スルコトヲ云フ。ソノ數
個ノ類型ノ種類性質ノ如何ハコレヲ問ハナイ。
註 例ハ、債務者が差押ヘニ来タ執達吏ニ腕カヲ以テ抵抗シタ場合ハ
公務執行妨害罪デアルガ、暴行シタ結果相手ヲ傷害シタ場合ハ同時

ニ傷害罪ノ罪名ニ触レル。新聞ニ或人ノ醜行ヲ記載シタ場合、名譽
毀損罪デアルガ、ソノ記事が善良ナル風俗ニ違反スルモノデアラハ
風俗壞亂罪ノ罪名ニモ触レルデアル。（註終）

想像的併合罪ヲ分ツテ、同種ノモノト異種ノモノトスル。一個ミノ石ヲ
投ゲテ數人ヲ傷害スル場合ハ前者デアル。人ヲ傷害シ同時ニ窓硝子ヲ破壊
スルノハ後者デアル。但シ前ノ例ニ於テモ分量的ニ云ツテ單一人ノミヲ
傷害スル故意アルニ違ギナイトキハ、他ノ被害者ニ対スル傷害ハ過失ニヨ
ルモノデアラカラ、カ、ル場合ハ異種ノ場合デアル。

想像的併合罪ノ処分ハソノ觸レル罪名中最モ重キ刑ヲ以テ処斷スル（刑
法第五四條第一項）

項

想像的併合罪ニ似テ非ナルモノニ法條競合ノ場合ガアル。前者ハ數個ノ
法益侵害が存スル場合デアツテ、結果說ニヨレバ本系數罪デアルガ、後者
ハ法益侵害が單一カ又ハ一級觀念上單一ト見ルベキ場合デアツテ、結果說
ニ七一

ニヨツテモ一罪ト見ルベキデアル点ニ差別ガ存スル、次ニ法條競合ノ場合ヲ擧ゲル。

(一) 特別関係

コノ関係ニ於テハ特別法ハ一般法ヲ排除スル。

註 強盜罪ハ強盜トハ本ヒナガラ他人ノ財物ヲ取ルノテアルカラ窃盜ノ一ツノ場合デアル。ソノ取リ方ガ窃盜ト違フ。コノ場合ハ犯罪ガ競合スルノデハナク、法條ガ競合スルノデアル。強盜罪ノ規定ハ窃盜罪ノ規定ヲ排除スル。(註終)

(二) 吸収関係(又ハ消費関係或ハ補充関係)

コノ関係ニ於テハ基本規定ハ補充規定ヲ排除スル。例ハ既遂罪ノ規定ト未遂罪ノ規定、正犯ノ規定ト教唆犯ノ規定ノ関係ノ如シ。尚次ノ(三)及ビ(四)ヲ併セテ廣義ニ於テ吸収関係ト云フコトガアル。

(三) 主従関係

コノ関係ニ於テハ主法ハ從法ヲ排除スル。例ハ偽造通貨行使罪ノ規定ト詐欺罪ノ規定、傷害罪ノ規定ト暴行罪ノ規定、名譽毀損罪ノ規定ト侮辱罪ノ規定ノ関係ノ如シ。

(四) 擇一関係

コノ関係ニ於テハ刑ノ重キ規定ハ輕キ規定ヲ排除スル。例ハ主人ト在ルトノ共同所持ニ屬スル主人ノ財物ニ對シ雇人ノ爲シタ領得行為ニ適用スベキ窃盜罪ノ規定ト横領罪ノ規定トノ関係ノ如シ。

註 偽造通貨ノ使用ニハ明白ニ詐欺ガ伴フ、即チ一ツノ関係ニ於テハ偽造通貨行使罪ソノ他ノ関係ニ於テハ詐欺罪デアルガ、コノ場合詐欺罪ヲ問題ニシナイコトハ刑法ノ規定カラモ推測サレル。假令裏面ニ詐欺罪ガ成立シテモ、通貨偽造行使罪ノ場合ハ詐欺罪ノ規定ハ從法トナリ、主法ニヨツテ排除サレル。

二、牽連犯

牽連犯トハ刑法第五四條第一項後段ニ規定スル犯罪ノ手段又ハ結果タル行為ニシテ他ノ罪名ニ觸ルル場合ヲ云フ。コ、ニ犯罪ノ手段又ハ結果タル行為トスフノハ何レモ他ノ犯罪ノ成立ヲ前提トシ、コレニ対シテ手段又ハ結果トシテ牽連スル行為デアツテ而モ他ノ犯罪ト牽連行為トノ何レヲ主トスルカニヨツテ關係ガ逆ニモ見ラレル相對的ノモノデアル。從ツテ等者ハ時ニ牽連關係ヲ手段結果ノ關係ト呼ブコトガアル。ヨツテコノ關係ニ於テ、コレヲ手段ニツイテ云ハバ、犯罪ノ手段タル行為トハ通常ソノ犯罪ノ手段タル行為ヲ云ヒ、結果ニツイテ云ハバ、犯罪ノ結果タル行為トハソノ犯罪ノ當然ノ結果タル行為ヲ云フ。ソシテコノ二者ノ間ニ具體的ニ因果關係ガアレバ、全体トシテ牽連犯トナルノデアル。

註 例ヘバ、他人ノ住居ニ侵入シテ窃盜ヲ行フ場合ニツイテ見ルニ、一方ニ於テ住居侵入ハ窃盜ノ手段デアルト考ヘラレルガ、他方住居侵入ヲ中心ニシテ考ヘレバ窃盜ハ當然ノ結果デアル。住居侵入ト窃

盜トノ何レヲ主トスルカハ刑法八定メテナク、(註參)
 牽連犯ノ意義ハ上ノ如キモノデアルカラ、コレガ成立ニハ單一ノ意思ヲ要シナイ。從ツテ例ヘバ住居侵入ノ犯人ガ帰リガケニ不圖物ヲ盜シタ場合デモ牽連犯デアル。又ソノ要件ヲ欠ク限リ、單一ノ意思ガアツテモコレヲ補フニ足りナイ。例ヘバ文書偽造ノ犯人ガ詐欺罪ヲ犯シタ場合ニ、假令偽文書ヲ構ヘテキテモコレヲ行使シナイ以上ハ牽連犯トハナラナイ。

註 牽連犯ノ要件ヲ欠ク限リハ、假令單一ノ意思ガアツテモ牽連犯トシテ成立スルモノデハナイ。例ヘバ解雇サレタ雇人が得意先ハ行ツテ旧主人ノ代金請求書ヲ偽造シテ金ヲ詐取セントシタガ、得意先ハ請求書ヲ要求セズシテ金額ヲ支拂ツタ。コノ場合文書偽造罪ト詐欺罪ハ成立スルガ、両者ノ間ニ因果關係ハ存在シナイ。文書ハ偽造シタガソレヲ得意先ニ出サズニ捺シタノデアル。カ、ル場合意思ハ單一デアツテモ、實際ニ行ハレタ行為ノ間ニ何等ノ牽連關係ガナイカラ一罪トハナラナイノデアル。文書ヲ偽造シテソレヲ相手方ニ提出シテ金ヲ詐取シタ場合ハ一罪デアリ。文書ヲ提出セバニ金ヲ詐取

シタ場合ハ二罪トナツテ不合法デハナイカト云ハレルコトガアルガ
コレハ元来牽連犯ノ規定ソレ自身ニ不合法ナ所ガアルカラデアル。
コレハ將來ニ於テ改正サレネバナラナイデアラウ。(註終)。

牽連犯ノ処罰ハスベテ想像的併合罪ノ場合ニ同ジ。

牽連犯ニ依テ非ナルモノノ一ツニ結合犯ガアル、ソノ適例ハ暴行又ハ脅
迫ト窃盗トヲ結合シタ強盜罪デアツテ、コレハ本位的一罪デアル、ソノニ
ハ状態犯デアツテ、他人ノ財物ノ窃取後コレヲ費消スルガ如キ行為ヲ云フ。
コノ後ノ行為ハ違法ヲ横領デハアルガ、犯罪性ヲ有シナイ。(基準類型ガ阻
却サレル)。コレヲ通説ノ如ク限收犯ト解スルナラバ、公訴ノ時效ハ常ニ
最後ノ行為ノ時ヲラ進行スルコトニナツテ、一般ノ通説ニ一致シナイカラ
デアラウ(刑事訴訟法第ニ八四條第一項參照)。

三 連続犯

連續犯トハ刑法第五條ニ所謂連續シタル數個ノ行為ニシテ同一ノ
罪名ニ觸レル場合ヲ云フ。連續犯ノ意義及ビ要件ニ関シテハ從來種々ノ説

ガアル。

(一) 意思説

コノ説ハ連續犯ヲ以テ理論上當然ノモノトシ、要件トシテハ連續
シタ數個ノ行為ガ單一ノ故意又ハ決意ニ出デタコトヲ以テ充分トスル。或
ガ判例ハコノ説ニヨル。

(二) 客観説

客観説ニ種々アル。或ハ結果ノ單一、或ハ方法ノ同一、或ハ機会
ノ同一ヲ要件トスル。

(三) 折衷説

コノ説ノ代表的ノモノハ故意又ハ決意ノ單一ヲ主観的要件トシ
客観的要件トシテハ被害法益ノ同一、時間的連続、及ビ同一ノ外部的事
實ヲ挙ゲル。

以上ノ如ク諸説ガアルガ、連続犯ノ意義ヲ考ヘルニ當ツテハ、先ツ連続犯ニ似テ然ラザル場合ヲ區別シナケレバナラヌ。即チ法律ニ云フ數個ノ行為トハ數個ノ実行ト云フコトデアルカラ、單ニ一回ノ実行ノ着手（犯意ノ飛躍的緊張）ニヨツテソノ儘及復サレル數個ノ意思及動ハ所謂數個ノ行為デハナイ。

次ニ連続犯ノ処分、即チ刑法上コレヲ一罪トスル理由ヲ考ヘ併セネバナラヌ。コノ点ニツイテハ、客観説デハ多クタダ事物當然ノ觀察トスルノデアリ、主観説デハ同一犯罪の性格ノ表現ト説クノデアアルガ、シカシ客観説ニヨツテ考ヘテモ、コノ場合ニハ行為ノ及復毎ニ夫々ノ結果ガ發生スルノデアリ、又主観説ニヨツテ考ヘテモ、同一犯罪の性格ノ表現ト云フコトハ實體的ニ數罪ノ場合ニデモ同様デアツテ、連続犯ノ場合ニ限ツタコトデハナイ。カヤウニ考ヘルト、連続犯ノ理由ハ實ハソノ實質ニアルノデハナクシテ、單ニ形式上、即チ裁判手續上ニ存スルモノト云ハナケレバナラナイ。即チ連続シタ同一ノ罪名ニ触レル幾多ノ行為ヲ各別ニ認定シテ裁判ヲ為スコトハ事實上不放若クハ著シク煩雜ノ場合ガアリ得ルカラ、コレヲ包括シ

ニ七八

テ取扱フ点ニ大ナル便宜上ノ理由ガアルノデアアル。カヤウナ見地カラ、私ハ連続犯ノ意義ヲ次ノ如ク解スル。即チ連続犯トハ同一罪名ニ触レル數個ノ行為ガ連続シテ同一事情ノ下ニ行ハレル場合ヲ云フ。次ニコレヲ分説スル。

註 或ル倉カラ毎夜一俵ツツ米ヲ盗ミ出ス。コレハ窃盜ノ連続犯デア
ル。コレヲ連続犯トシテ取扱フコトニツイテハ問題ガナイガ、ソノ
界限ニツイテ種々ノ見解ガアル。意思説ハ犯人が豫見シタ限リ凡テ
一罪デアルトスル（牧野博士）。罪名ガ同一デアアル限リ凡テ一罪テ
アルトスル。判例モ連続犯ニツイテノミ意思説ヲ採ツテキルガ、コ
レハ理論的ニ無甚ナ考ヘ方デアアル。意思ヲ重ク見ルノハ意思ノ形式
ニツイテデハナク、意思ノ内容ニツイテバアル。ドレダケノ内容ヲ
豫見シテ中タカラ問題トスル。ソコニ目ヲ着ケルノガ主観主義デア
ル。

客観説ニモ種々ノ説ガアツテ、各學者ニヨツテ意見ガ異ルト云ツ
テモヨイ。連続犯ノ要件トシテ結果ノ單一ヲ奉ゲル者モアルガ、コ
ニ七九

ノ單一ト云フノハ結果ノ累積増大ヲ意味スルモノデ、同一ト云フコトデハナク、方法ノ同一ト云フコトヲ云フ人ハ、方法ガ同ジデアル及リ連続スルガ、方法ガ異レバ連続ガ中止スルト云フ。例ヘバ、夜毎ニ米倉ノ戸ヲ開テ忍ビ入ツテ一俵ツツ米ヲ盗ンデキタノガ、或夜錠ヲ採テラレテ中ルノヲ見テ、米倉ノ窓カラ忍ビ込ンデ盗ミ出シタトスレバ、方法ガ既ニ異ツテキルカラ、連続犯トハナラナイト云フノデアル。機會ノ同一ト云フノハ場合ノ同一ノコトデアル。金ヲ盗マウト思ツテ忍ビ込ンダガ、時計が見ツカッタノデ時計モ盗ンダ有價證券が見ツカッタノデ有價証券モ盗ンダト云フ具合ニ、連続犯ノ要件ヲ機會ノ同一デアルトスルノデアル。折衷説ガ連続犯ノ客観的要件トシテ被害法益ノ同一ト云フコトヲ奉ゲルガ、コレハ同ジ人ヲ屢々虐待スルトカ、同ジ家ヲ屢々主人ノ金ヲ盗ムト云フガ如キデアル。(註終)

(一) 數個ノ行爲ガ同一罪名ニ觸ルルコト

コ、ニ同一罪名トハ積々責イ意味ニ於テ云フノデアツテ、同一可

三十一 内外

罰類型ノ意義デハナイ。従ツテ傷害ト暴行トノ如キ、既述ト未述トノ如キハ、同一罪名デアル。シカシ窃盜ト強盜トノ如キハ連続犯ノ理由ニ照セバ同一罪名デハナイ(最後ノ例ニツキ判例反対)

(二) 連続(相當ノ時間的連続ヲ以テ)シテ同一ノ事情ノ下ニ行ハレルコト。

同一事情ト云フノハ同一ノ家宅又ハ場所若シクハ同一ノ關係ノ如キコトヲ云フ。従ツテ雇人ガ主人宅ニ於テ繰返シ主人ノ財物ヲ竊取スルノハ同一ノ事情ノ下ニ於テアルガ、梅嶺ガ諸所ヲ徘徊シテ窃盜ヲナスガ如キ場合ハコレヲ一箇ニ結合スベキ何等ノ同一ノ事情モナイノデアル(但シ次ニ述ベル集合犯トシテ見ル場合ハ別論デアル)。又人格罪ニ於テ被害者ヲ異ニスルガ如キ場合モ同様デアル。

註 相當ノ連続ト云フノハ、場合々々ニ適當ニ判断スル外ハナイ。毎日同ジ家ヲ賭博シテキル、然ルニ別ノ家ヲ賭博ヲ始メタ、コノ場合ハ二罪デアル。同ジ場所テ同ジ犯罪ガ相當ニ連続シテ行ハレル場合ハ認定ガ困難デアル。同ジ關係ト云フノハ主トシテ人的關係ヲ云フ。

二八二

継親が継子ヲ絶エズ拮据スル。コノ場合何時何処デヤツテモ継親、
継子ノ關係が緊ツテ中ルタメニ連続犯トナル。

問願ニナルノハ拘捕ノ場合デアル。拘捕が着手ニ於テ窃盜スルノ
ヲ判例ハ連続犯トスル。單一ノ意思ヲ以テスル限リ一罪デアルト云
フ意思説ニ基クカラデアル。シカシ連続犯トシテ拘捕ノ行為ヲ一罪
トスルノハ當ヲ得ナイト思ハレル。判例ハ犯人ガ單一ノ意思ヲ以テ
スル限リ、何人殺シテモ一罪デアルトスル。五人ノ者が相談ノ上デ
一八一殺主義ヲ採リ、五人ヲ殺シタ場合、皆一罪ヲ犯シタト見ル。
コレハ大審院が最初單一ノ意思ニタラセヒ出シタノデ、遂ニカク解
シナケレバナラス取旨ニ階ツタノデアル。(註終)

以上ニツガ連続犯ノ要件デアルガ、右ノ見解ニ於テハ、犯意又ハ決意ヲ
要件トシナイカラ、過失犯ニツイテモ連続犯ハ成立スルコトが出来ル(判
例ハ反対)。

連続犯ニ依テ非ナルモノニ連続犯ガアル。コレハ一個ノ行為ガ連続シテ
行ハレル場合デアツテ、本位的一罪デアル。不法監禁罪ノ如キヲソノ適例

トスル。又状態犯ガアル。コレハ獲領後ノ獲領ノ如ク犯罪性ヲ有シナイ場
合デアル。

連続犯ノ処分ハ一罪トシテコレヲ処断スル(刑法第五五條)。連続犯ハ
確定判決ニヨツテ中斷セシレ、ソノ後ノ行為ハ別罪トナル。連続犯ニアツ
テモ同様デアル。

四 集合犯

集合犯ハ数多ノ同様ノ行為ガ同一ノ意思傾向ニ基イテ行ハレル処分
的一罪デアツテ、コレニハ次ノ種類ガアル。

- (一) 營業犯
犯罪ノ反覆ニヨツテ財産上ノ利益ヲ営ム場合(例ハハ無免許医業)
- (二) 職業犯
單一犯罪ノ反覆ヲ目的トシ、營利ノ意思ナキ場合。
- (三) 習慣犯(常習犯)
犯罪ノ反覆が犯人ノ習慣トシテ行ハレル場合(例ハハ刑法第一八六
二八三)

條ノ常習賭博罪、暴力行為等処罰ニ関スル法律(第一條第七項)。
 コレヲノ犯罪ニアツテハ法律ニ特別ノ規定ガアル場合ニ限ツテ數個ノ行
 爲ガ一罪トナル。但シコノ種ノ罪ノ構成要件タル類型事實トシテハ、刑法
 上行為ガ事實上數個存在スルコトハ要件デハナク、一個ノ行為デモソレガ
 傾向的デアレバ妨ゲガナイ訳デアルガ、処分的一罪トシテ集合犯ト云フト
 キハ專ラ行爲ガ數個アル場合ヲ意味スル。集合犯ニハコレガ傾向的デア
 ルガタメニ罪トナル場合トソレガタメニ刑ガ加重サレル場合トガアルガ
 何レニシテモ私ハ僅カニ集合犯ノ概念ノミガ処分的一罪ノ中デ實質的ニ理
 由ガアルモノト考ヘル。

五 處分的一罪ノ取扱

想像的併合罪・牽連犯・連続犯及ビ集合犯ノ四ツハ何レモ刑法上一
 罪トシテ処分サレルノデアルガ、コノ中手続上理由ノアルノガ連続犯、實
 質上理由ノアルノガ集合犯デアツテ、結果説カラ云ハバ、他ノ二者ハ全ク
 理由ノナイモノデアル。

刑法上一罪トシテノ処分ト云フノハ單一ノ刑罰請求權ニ基ク処分デアツ
 テ、數罪ニ対スル數個ノ刑罰請求權ヲ合一シテ、コレニ基イテ特セラレル
 処分デハナイ。從ツテ一旦例ハ想像的併合罪ニツイテ確定判決ガアツタ
 以上ハ、數個ノ罪名間ノ比較ニ関シテ錯誤又ハ遺脱ガアツテモ再ビコレヲ
 審判スルコトハ出来ナイ。コノコトハ想像的併合罪ニ関シテハ實體的併合
 罪ニ於ケル第五一條ノ如キ規定ガナイ点カラ推シテ知ルコトガ出来る。又
 処分的一罪ハ一罪ニソレガ一罪デアルガタメニ一旦一罪ノ範圍ニ屬スル事
 實ガ起訴サレタ以上ハ、審ニ全体ニ対シテ起訴ガアツタ結果ニナル。從ツ
 テ裁判所ハソノ全体ニ対シテ裁判ヲ為サナケレバナラナイ。シカシ処分的
 一罪ハ又本位的一罪ト異ル結果トシテ刑罰請求權ノ發生・消滅ソノ他ノ夜
 更ハ各別ニ本位の類型ニ從ツテコレヲ論ジ、然ル後コレヲ單一ノ權利トシ
 テ取扱フベキデアツテ、処分的一罪ヲ認定シテ然ル後コレヲノ問題ヲ論ス
 ベキデハナイ。即チ既遂・未遂ノ問題、累犯加重、從犯減輕、ソノ他ノ必
 要的免除ノ問題ニ関シテハ先ツ各個ノ行為ニツイテコレヲ論ズベキデア
 ル。

392
503

又親告罪ニアツテモ告訴ナキモノハコレヲ除外シナケレバナラナイ。
ニハテ

(終 講)

¥ 2.00

昭和十四年五月十五日印刷
昭和十四年五月二十日發行

編輯人 中 川 澄
發行人 坂 井 十 二 郎

【帝大プリント聯盟】

東京市本郷區春川町七十四番地
電話東京一一三五七七番