

ヲ規定シタル法令ニ付テノ錯誤ハ故意ヲ阻却セス  
 刑法第三十八條第二項ニ曰ク「法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯スノ意ナシト爲スコトヲ得ス但情狀ニ因リ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得」ト是レ即チ自己ノ不法行爲(即チ犯罪行爲)ヨリ生スヘキ法律上ノ効果(即チ刑罰制裁)ヲ規定シタル法令ニ付テノ錯誤ヲ以テ犯意(故意)ナシトナスコトヲ得サル旨規定シタルモノナリトス  
 蓋故意ノ成立ニハ犯罪構成要件タルヘキ事實若ハ刑罰加重要件タルヘキ事實ニ對シ認識若ハ豫見ヲ有スルヲ以テ其要件トスルニ過キサレカ故ニ自己ノ不法行爲(即チ犯罪行爲)ヨリ生スヘキ法律上ノ効果(即チ刑罰制裁)ニ對スル認識豫見ノ如キハ之ヲ要件トスルモノニ非サレハナリ但刑法カ如此犯人ニ對シテモ亦其情狀ニ因リ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得ル旨規定シタルハ眞ニ適當ナル立法ナリト謂フヘキナリ  
 二、自己ノ不法行爲(即チ犯罪行爲)ニ對シ法律上ノ効果(即チ刑罰制裁)ヲ連結

セシムヘキ前提タル法律關係ヲ規定シタル法令ニ付テノ錯誤ハ故意ヲ阻却ス

蓋自己ノ不法行爲(即チ犯罪行爲)ニ對シ法律上ノ効果(即チ刑罰制裁)ヲ連結セシムヘキ前提タル法律關係ハ刑法上一ノ犯罪構成要件若ハ刑罰加重要件タルヘキ事實ニ外ナラサルカ故ニ如此法律關係ヲ規定シタル法令ニ付テノ錯誤ハ即チ間接ニ故意ヲ阻却スルモノナリト謂ハサル可カラサルヤ固ヨリ論ヲ俟タサレハナリ(例之民法ノ解釋ヲ誤リ有夫ノ婦タルコトヲ知ラスシテ此レト姦通シタル場合ノ如シ)

#### 第四節 刑罰制裁

法令ノ命令若ハ禁令ニ違反スル行爲之ヲ稱シテ不法行爲ト謂フ今之ヲ法令ノ形式上ヨリ區分スレハ公法上ノ不法行爲ト私法上ノ不法行爲トノ二種トナスコトヲ得ヘク又之ヲ法律ノ效果上ヨリ觀察スレハ刑罰制裁ノ豫定アルモノト然ラサルモノトノ二者ニ分列スルコトヲ得ヘシ然リ而シテ犯罪ハ刑罰制裁ノ

豫定アル有責不法ノ行爲(刑罰制裁ハ犯罪ニ對スル唯一且獨占的制裁ナリ)ナルカ故ニ刑罰制裁ノ存在ハ實ニ犯罪成立ノ一要件ナリト謂ハサル可カラス然レ共犯罪成立ノ一要件タルヘキ刑罰制裁ハ單ニ一定ノ法令ニ依リ犯罪ニ對スル制裁トシテ豫定セラレアルヲ以テ十分ナリトスルモノナルカ故ニ其法定ノ刑罰制裁カ現實ニ國家ノ司法機關タル裁判所ニ依リ宣告セラレタルト否トヲ問ハス又其一且宣告セラレタル刑罰制裁カ現實ニ國家ノ執行機關ニ依リ執行セラレタルト否トヲ論セス其豫定アル有責不法ノ行爲ハ即チ犯罪行爲トシテ有效且無條件的ニ成立スルモノナルコト論ヲ埃タス

夫レ如此刑罰制裁ハ犯罪ニ對スル唯一且獨占的制裁トシテ豫定セラレ且犯罪ノ實現ニ因リ常ニ此レニ當行セラルヘキモノナリト雖刑法ハ往々特定ノ犯罪ニ付刑罰制裁當行ノ前提要件トシテ一定事實犯罪行爲以外ノ事實ノ到來ヲ必要トスルモノナキニ非ス如此刑罰制裁當行ノ前提要件タルヘキ事實ヲ稱シテ處罰條件ト謂フ

處罰條件ハ犯罪ノ成立要素ニ非スト雖刑罰制裁當行ノ前提要件ナルカ故ニ處罰條件ニシテ到來スルニ非サレハ國家ノ刑罰請求權(公訴權)ハ發生スルコトナキモノトス從テ左ノ效果ヲ生ス

- 一 處罰條件到來以前ニ於テハ刑罰請求權(公訴權)ノ行使ヲ爲スコトヲ得ス
- 二 處罰條件到來以前ニ於テハ刑罰請求權(公訴權)ノ行使ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ處罰條件到來スルニ非サレハ公訴權ノ消滅時効ハ開始進行スルモノニ非ス

蓋消滅時効ノ進行ハ權利ノ不行使ヲ以テ其前提要件トナスモノナルカ故ニ刑罰請求權(公訴權)消滅ノ原因タルヘキ時効ノ如キモ亦處罰條件到來ノ時点即チ刑罰請求權(公訴權)發生ノ時点ニ於テ初メテ此レカ開始進行アリト謂ハサル可カラサレハナリ

處罰條件ハ刑罰當行ノ前提要件ナリト雖犯罪ノ成立要素ニ非サルカ故ニ又左ノ効果ヲ生ス

一、故意ノ成立ニハ處罰條件ノ認識アルコトヲ要セス(第三節第三款第二項第一目參照)

二、行爲ノ既遂、未遂ヲ判定スルニハ處罰條件ニ關係ナシ(行爲ニ付之ヲ觀察スルヲ要ス)

三、犯罪ノ時若ハ場所ヲ判定スルニハ處罰條件ニ關係ナシ(行爲ノ時若ハ場所ニ依リ之ヲ決定スルヲ要ス)

處罰條件ハ夫ノ訴訟條件トハ之ヲ混同スルコトナキヲ要ス蓋處罰條件ハ刑罰制裁當行ノ前提要件ナルカ故ニ刑事實體法ノ範域ニ屬スルモノナルニ反シ夫ノ訴訟條件ハ刑罰制裁當行ノ前提要件ヲ成スコトナク單ニ有效ナル訴訟行爲ノ前提要件トシテ僅ニ刑事手續法ノ範域ニ屬スヘキモノナレハナリ但同一ノ事實ニシテ或ハ處罰條件ト訴訟條件トヲ兼有スルモノナキニ非ス蓋如此性質ノ事實ニアリテハ一面刑罰制裁當行ノ前提要件ヲ成スト同時ニ一面有效ナル訴訟行爲ノ前提要件ヲ成スモノナリト謂ハサル可カラズ例之夫ノ親

告罪ニ於ケル告訴ノ如キ即チ是レ也(親告罪ノ告訴ニ付テハ訴訟條件ナリト爲ス者多シ)

### 第三章 犯罪ノ形式

犯罪ハ種々ノ形式ニ依リ行ハルルモノナリト雖今之ヲ大別スレハ第一、既遂犯未遂犯、不能犯第二、一罪、數罪第三、單獨犯、共犯ノ三種トナスコトヲ得

#### 第一節 既遂犯、未遂犯、不能犯

犯罪ノ第一形式ハ刑法各本條ニ規定セル犯罪ノ特別的構成要件タル事實ノ全部ヲ成就セシメタルヤ否ヤニ依リ之ヲ區別スルコトヲ得即チ特定ノ行爲ニシテ此等要件事實ノ全部ヲ成就セシメタルトキ之ヲ稱シテ既遂犯ト謂ヒ其一部ノ成就ニ過キサレ場合之ヲ稱シテ未遂犯ト謂ヒ當該犯罪ノ實行々爲開始ノ當時ヨリ絶對的ニ此等要件事實ノ全部ヲ成就セシムルコト能ハサルモノ之ヲ稱シテ不能犯(狹義)ト謂フ(犯罪ノ一般的構成要件ハ總テノ犯罪ニ共通ナル性質ヲ有スルモノナルカ故ニ既遂犯、未遂犯等ノ區別ニ付何等ノ關係ヲモ有スルモノ

ニ罪ス(乞フ以下款ヲ別チテ之ヲ論述セン)

### 第一款 既遂犯

既遂犯トハ特定ノ行為カ刑法各本條ニ規定セシ犯罪ノ特別の構成要件ノ全部ヲ成就セシメタル場合ヲ指稱スルノ觀念ナルコト前陳ノ如シ然リ而シテ刑法各本條ハ犯罪ノ既遂ニ至リタル状態ヲ以テ其規定ノ標準トスルモノナルカ故ニ或特定ノ犯罪行為ニ付其既遂犯ナリヤ將タ未遂犯ナリヤヲ判定セント欲セハ須ラク先ツ當該行為カ刑法各本條ニ規定シタル犯罪ノ特別の構成要件ノ全部ヲ成就セシメタルヤ否ヤヲ觀察シ之ヲ決定セサル可カラズ從テ左ノ各號ニ該當スル場合ニ非サレハ既遂犯ノ成立ヲ見ルコトナシ

一、或他ノ犯罪ニ於ケル陰謀の行為若ハ豫備の行為又ハ或他ノ非犯罪の行為ニ對スル陰謀の行為若ハ豫備の行為ヲ以テ全然獨立ノ一罪トナシ之ヲ處罰スル者ニアリテハ其陰謀の行為若ハ豫備の行為(即チ當該犯罪ニ對スル實行行為)ヲ終結セシメタル者ナルトキ(例之皇室ニ對スル罪、内亂ニ關スル罪、國交ニ

### 關スル罪等ノ如シ)

但如上ノ場合中獨立ノ一罪トナシタルモノニ對シテモ亦刑法ハ其未遂犯ヲ處罰スルノ法條ヲ設ケタルモノアラサルカ故ニ此等犯罪行為ヲ終結スルニ非サレハ常ニ其犯罪ノ成立ヲ見ルコトナク從テ此種ノ犯罪ニアリテハ未遂犯ノ觀念ハ之ヲ想像スルコトヲ得サルモノトス

然レ其特別刑法中陰謀の行為若ハ豫備の行為ノ未遂犯ヲ處罰スルモノアルコトヲ注意スヘシ(例之決闘罪ニ關スル法律若ハ外國ニ於テ流通スル貨幣、紙幣、銀行券、證券ノ偽造、變造及ヒ模造ニ關スル法律ノ如シ)

二、實行々爲ノ終結ニ因リ既遂犯トナルヘキ犯罪ニアリテハ其實行々爲ヲ終結シタルモノナルトキ(例之不作爲行犯又ハ作爲的行爲犯中ニ於ケル特種ノ犯罪即チ偽證罪ノ如シ)

三、實行々爲ノ終結後一定ノ法益侵害ノ結果若ハ危險ヲ惹起セシムルニ因リ既遂トナルヘキ犯罪ニアリテハ其法益侵害ノ結果若ハ危險ヲ惹起セシタルモ

ノナルトキ(例之殺人罪ノ如シ)

本款ヲ了ルニ臨ミ一ノ附加セサル可カラサルモノアリ何ソヤ他ナシ處罰條件ト犯罪トノ關係即チ是レ也蓋處罰條件ハ犯罪所爲(罪)ノ外特ニ之アルコトヲ以テ當該犯罪處罰ノ要件トナスニ止マリ全然犯罪所爲(罪)ト對立シタル別箇ノ觀念ニ屬スルカ故ニ處罰條件ノ到來スルト否トニ不拘苟モ當該犯罪所爲(罪)ノ全部ヲ成就セシメタル場合ニ於テハ常ニ既遂犯ノ成ト立アリト謂ハサル可カラス

但處罰條件ハ犯罪成立ノ要件ナル既遂犯未遂犯ノ區別ニ對シ何等ノ關係ヲ有スル者ニ非サル旨主張スル學者ナキニ非ス(平沼博士刑法總論參照)然レ共既遂犯未遂犯ノ觀念ハ實ニ當該犯罪所爲(罪)ノ一分類ニ外ナラサルカ故ニ此種學者ノ如ク處罰條件ヲ以テ犯罪成立ノ一要件ナリト斷スルニ不拘尙既遂犯未遂犯ノ區別ニ對シ何等ノ關係ナシト論スル者一ニ既遂犯未遂犯ノ區別ヲ以テ當該犯罪行爲(罪)ノ一分類ニ過キストナスノ誤リニ座セルノ結果

リト謂ハサルヲ得サルト同時ニ犯罪成否ノ觀念ト既遂犯未遂犯ノ觀念トハ全然別異ノ觀念ニ屬スルモノナリトノ根本的誤謬ニ陷リタル結果ナリト謂ハサルヲ得ス

第一一 款 未 遂 犯

第一 項 未 遂 犯 之 意義

刑法第四十三條ニ曰ク「犯罪ノ實行ニ着手シ之ヲ遂ケサルモノハ云々、但自己ノ意思ニ因リ之ヲ止メタルトキハ云々」ト是レ即チ刑法カ未遂犯ノ何者タルヤヲ規定シタルモノナリトス今本條ノ規定ニ依レハ

未遂犯トハ犯罪ノ實行ニ着手シ之ヲ遂ケサリシモノヲ謂フ  
乞フ左ニ之ヲ分説セン

一、犯罪ノ實行ニ着手シタルモノナルコトヲ要ス

犯罪ノ實行トハ刑法各本條ニ規定セル犯罪ノ特別的構成要件タル事實ニ屬

スル行爲共者ヲ指稱シ實行ノ着手トハ犯罪ノ實行開始即チ各犯罪ノ特別の構成要件タル事實ニ屬スル一行爲ニ着手シタルカ若ハ此レニ近接シタル一行爲ニ着手シタルモノヲ謂フ而シテ

實行開始ノ意義如何ノ問案ニ付テハ古來學說多岐ニ分レ未タ歸一スル所ヲ知ラスト雖今之ヲ大別シテ主觀說、客觀說、折衷說ノ三種トナスコトヲ得

(イ) 主觀說

此說ニ於テハ犯意ヲ判知スルコトヲ得ヘキ行爲アルトキハ即チ實行ノ開始アルモノナリトスモノニシテ「コーレル」等ノ主張スル所ニ屬ス

然レ共犯罪ノ多種多様ナルヤ其同一程度ノ行爲ト雖或ハ犯意ヲ判知スルコト可能ナルモノアルヘク或ハ然ラサルモノアルヘキハ勿論其種類ノ何タルヲ問ハス犯罪實行ノ方法ハ漸次巧妙ノ度ヲ加フルニ從ヒ其犯意ヲ判知スルコト彌々難キヲ致セルモノアルカ故ニ如此標準ニ基ツキ實行ノ着手アリヤ否ヤヲ區別セント

(ロ) 客觀說

スルカ如キハ時代ノ要求ニ適セサル不當ノ學說ナリト謂ハサルヲ得ス

此說ニ於テハ罪ノ特別構成要件タル事實ニ屬スル一行爲ニ着手シタルトキハ即チ實行ノ開始アリトナスモノニシテ「オルスハウベン」メルケル等ノ主張スル所ニ屬ス

蓋實行トハ犯罪ノ特別の構成要件タル事實ニ屬スル行爲ノ全部ヲ實行スルノ觀念ナルカ故ニ實行ノ開始トハ即チ當該犯罪ノ特別の構成要件タル事實ニ屬スル一行爲ニ着手シタルノ觀念ナルコト固ヨリ疑ヲ容レス然レ共縱令犯罪ノ特別の構成要件タル事實ニ屬スル一行爲ニ着手スルコトナシトスルモ此レニ近接シタル行爲ノ如キハ若シ其進行ノ儘ニ一任セン乎直ニ犯罪ノ特別の構成要件タル事實ニ屬スル行爲ニ入ルコトヲ得ヘク其間僅ニ一髮ノ微ヲ容レルノ差異アルニ過キサカ故ニ如此行爲ト雖亦共

ニ實行行為トシテ之ヲ處罰スルノ必要ヲ感知スルコト極メテ切ナリ是レ此說ノ未タ探ルヲ得サルノ一点ナリトス

(ハ) 折衷說

此說ニ於テハ犯罪ノ特別の構成要件タル事實ニ屬スル一行爲ニ近接シタル行爲ヲ以テ實行行為ノ一部ヲ組成スルモノトナシ此レニ着手シタル場合ニ於テハ即チ實行ノ開始アリトナスモノニシテ平沼博士、岡田博士、泉二學士、リスト、フランク等ノ唱フル所トス今此說ヲ分解スレハ

場合

一、犯罪ノ特別の構成要件タル事實ニ屬スル一行爲ニ着手シタル  
二、犯罪ノ特別の構成要件タル事實ニ屬スル一行爲ニ近接シタル  
一行爲ニ着手シタル場合

ニ於テハ共ニ實行ノ開始アリト謂フコトヲ得蓋此學說ヲ正當ナリト信ス(前示實行着手ノ意義ハ此說ニ從フ)

實行開始ノ意義タルヤ實ニ夫レ斯クノ如シ從テ單純一罪ナルト將タ複雑一罪ナルトヲ論セス(單純一罪若ハ複雜一罪ノ意義如何ニ付テハ後述スヘキ第二節第二款ヲ參照スヘシ)當該犯罪ノ特別の構成要件タル事實ニ屬スル一行爲若ハ此レニ近接シタル一行爲ニ着手スルニ非サレハ未タ以テ實行ノ開始アリト謂フコトヲ得サルカ故ニ左ノ各號ニ該當スル場合ノ如キハ宜シク實行開始ノ觀念ヨリ之ヲ排除セサル可カラス

一、犯意ノ  
表自若  
ハ陰謀

單ニ特定ノ罪ヲ犯サントスル決意(犯意ノ決定)ノ表自若ハ二箇以上ノ人ノ間ニ於テ特定ノ罪ヲ犯サントスル意思ノ合致ノ如キハ法令カ特ニ明文ヲ設ケ全然獨立ノ一罪トシテ處罰スル場合(例之脅迫罪、内亂ニ關スル罪、國交ニ關スル罪ノ如シ)ニ非サレハ未タ以テ實行ノ開始アリト謂フコトヲ得サルハ勿論法令上明文ノ設ケアル場合(例之外患ニ關スル罪ノ如シ)ニ非サルハ此等ノ行爲ニ着手スルモ常ニ犯罪ヲ構成セサルモノトス

## 二豫備

單ニ特定ノ犯罪實行ノ爲メニスル準備行爲即チ豫備行爲ノ如キハ犯人ノ目的ニ從ヒ其進行ヲ繼續シテ止マサルトキハ直ニ實行ノ範域ニ入ラントスルノ運命ヲ有スルモノナリト雖未タ以テ實行ノ開手アリト謂フコトヲ得サルハ勿論單獨的ニ若ハ他ノ犯罪構成要件タル事實ト相抱合シ因リテ以テ犯罪實行ノ一部ヲ組成スルモノニ非ス、然レ共法令カ特ニ獨立ノ一罪トシテ處罰スル場合(例之皇室ニ對スル罪内亂ニ關スル罪國交スル罪ノ如シ)ニ於テハ即チ實行ノ開始アリト謂フコトヲ得ヘキハ勿論法令カ特ニ行爲ノ一階段トシテ處罰スル場合(例之外患ニ關スル罪通貨偽造罪殺人罪強盜罪ノ如シ)若ハ從犯トシテ間擬スル場合(從犯ニハ實行々爲開始以前ニ於ケル從犯ト實行々爲開始以後ニ於ケル從犯トノ二種アリ而シテ實行々爲開始以前ニ於ケル從犯ハ常ニ豫備的行爲ニ過キササルモノトス事ハ第三節第二款第五項ニ之ヲ詳述スヘシ)ニ於テハ亦犯罪ヲ構成ス

## ルヤ疑ヲ容レス

但内亂罪ニ於テハ陰謀若ハ豫備ヲ以テ獨立ノ一罪トナスニ止マラス尙之カ幫助ニ關スル處罰的法條ヲ設ケタルモノアルカ故ニ其陰謀的行爲若ハ豫備的行爲(二箇以上ノ人ノ間ニ於テ内亂罪ヲ犯サントスル意思ノ合致若ハ内亂罪ノ爲メニスル準備的行爲)即チ當該犯罪ノ實行々爲ニ對スル豫備的行爲モ亦從犯トシテ處罰スルコトアルヘキハ勿論ナリ

## 二、遂ケサリシモノナルコトヲ要ス

遂ケサリシトハ犯人ノ行爲ニ因リ犯罪ノ特別の構成要件タル事實ノ全部ヲ成就セシムルニ至ラサリシモノナルコトヲ意味ス從テ左ノ各號ニ該當スル場合ニ非サレハ未遂犯ノ成立ヲ見ルコトナシ

(イ) 或他ノ犯罪ニ對スル陰謀的行爲若ハ豫備的行爲又ハ或非犯罪的行爲ニ對スル陰謀的行爲若ハ豫備的行爲ヲ以テ全然獨立ノ一罪トナシタルモノニアリテハ其陰謀的行爲若ハ豫備的行爲ヲ終結スルニ至ラサリシ場合



但我刑法上未タ本段ニ該當スヘキ犯罪アルヲ認めサルコト既述ノ如シ(第一款參照)

(ロ) 實行々爲ノ終結ニ因リ既遂トナルヘキ犯罪ニアリテハ其實行々爲ノ終結スルニ至ラサリシ場合

(ハ) 實行々爲ノ終結後一定ノ法益侵害ノ結果若ハ危險ヲ惹起セシムルニ因リ初メテ既遂トナルヘキ犯罪ニアリテハ其結果若ハ危險ヲ惹起セシムルニ至ラサリシ場合

### 第二一項 未遂犯ノ成立不能ノ場合

本項ニ於テハ未遂犯ノ成立不能ノ場合ヲ列擧スヘシ

一、過失犯ニハ未遂犯ナシ

未遂犯ハ故意犯(故意ヲ要スル犯罪)ニノミ成立シ過失犯ニハ成立セス蓋罪ヲ犯サントスルノ意思即チ故意アル場合ニ非サレハ未タ以テ其犯罪ノ實行ニ着手シタルモノナリト謂フコトヲ得サレハナリ

二、加重的犯罪若ハ似而非加重的犯罪(一部)ニハ未遂犯ナシ

一定ノ犯罪の行爲若ハ非犯罪的行爲ニ因リ行爲者ノ豫見セサル重キ外界ノ變狀即チ結果若ハ危險ヲ惹起シタル場合ニ於テ特ニ加重處斷スヘキ犯罪即チ所謂加重的犯罪若ハ似而非加重的犯罪(一部)ニアリテハ未遂犯成立スルコトナシ蓋加重的犯罪若ハ似而非加重的犯罪ノ特質タルヤ其惹起セラレタル重キ外界ノ變狀即チ結果若ハ危險ニ對シ行爲者ノ豫見ナカリシテフ一点ニアリテ存スルモノナルカ故ニ之カ着手若ハ實行テフ觀念ノ存立ヲ認ムルノ餘地ナケレハナリ

但似而非加重的犯罪中或種ノモノ、如キハ其重キ外界ノ變狀ニ付行爲者ノ豫見ノ有無ヲ區別セサルモノアルカ故ニ如此罪種ニアリテハ其故意ニ因リ爲サレタルモノナル以上ハ未遂犯ノ成立アルヘキコト勿論ナリト謂ハサル可カラス

加重的犯罪ハ之ヲ二箇ノ形式ニ分別スルコトヲ得而シテ其第一形式ハ原犯

シ其ノ實質ニ適合シタル特定ノ結果若ハ危險(直接的變狀)ヲ處罰スル場合ヲ指稱シ其第二形式ハ原犯ノ實質ニ適合シタル特定ノ結果若ハ危險ニ對スル特定ノ結果若ハ危險(間接的變狀)ヲ處罰スルモノ即チ第一形式ニ屬スル加重的犯罪ヨリ更ニ行爲者ノ豫見セサル特定ノ結果若ハ危險ヲ惹起シタル場合ニ於テ之ヲ加重處罰スル場合ヲ指稱ス

今我刑法上認メラレタル加重的犯罪ニ關スル法條ヲ列舉スレハ左ノ如シ

- (一) 第二百四條第二項第一項(第一形式)
- (二) 第二百六條第三項第二項、同條第一項(同上)
- (三) 第二百二十七條、第二百二十五條第一項第二項(同上)
- (四) 第四百四十五條、第四百四十四條(同上)
- (五) 第四百四十六條後段、同條前段(同上)
- (六) 第八十一條、第七十六條乃至第七十九條(同上)
- (七) 第九十六條、第九十四條、第九十五條第一項第二項(同上)

- (八) 第二百十三條後段、同條前段(同上)
- (九) 第二百十四條後段、同條前段(同上)
- (一〇) 第二百十六條、第二百十五條第一項第二項(同上)
- (一一) 第二百十九條、第二百十七條、第二百十八條第一項、第二項(同上)
- (一二) 第二百二十一條、第二百二十條第一項第二項(同上)
- (一三) 第二百四十一條後段、同條前段(同上)
- (一四) 第二百六十條後段、同條前段(同上)

如上列記スル所ニ依リテ之ヲ觀レハ我刑法上ニ於テハ第二形式ニ屬スル加重的犯罪ヲ認メサルモノナルコトヲ知了スルヲ得ヘシ  
似而非加重的犯罪ハ之ヲ三箇ノ形式ニ別ツコトヲ得ヘシ即チ其第一形式ハ行爲者ノ豫見ナキ法令ノ豫期セル特定ノ結果若ハ危險ヲ惹起シタル根源的行爲(行爲者ノ認識アルヲ要ス)ニ付犯罪トシテ之ヲ處罰セサルモノニシテ、其第二形式ハ故意ノ行爲ニ因リ法令ノ豫期セル特定ノ結果若ハ危險ニ對スル

行爲者ノ豫見ノ有無ヲ區別セサルモノニシテ、其第三形式ハ第二形式ニ屬スル似而非加重的犯罪ヨリ生シタル特定ノ結果若ハ危險ニ付行爲者ノ豫見ナキヲ要スルモノナルカ故ニ何レモ加重的犯罪トハ其態様ヲ異ニスル者ナリト謂ハサル可ラス今我刑法上認メラレタル似而非加重的犯罪ニ關スル法條ヲ舉示スレハ左ノ如シ

- (一) 第九條第二項(第一形式)
- (二) 第一百條第一項及ヒ同條第二項(同上)
- (三) 第一百十一條第一項及ヒ同條第二項(同上)
- (四) 第一百十七條第一項後段(同上)
- (五) 第一百十八條第一項及ヒ同條第二項(同上)
- (六) 第一百二十條第一項(同上)
- (七) 第一百二十條第二項(同上)
- (八) 第一百四十二條警察犯處罰令第二條第二十二號前段(第二形式)

- (九) 第一百四十三條警察犯處罰令第二條第二十二號前段(同上)
- (一〇) 第一百四四條(同上)
- (一一) 第一百四四條前段(同上)
- (一二) 第一百四十五條、第一百四十二條警察犯處罰令第二條第二十二號(第三形式)
- (一三) 第一百四十五條、第一百四十三條警察犯處罰令第二條第二十二號(同上)
- (一四) 第二百五條第一項、第二百四條(同上)
- (一五) 第二百五條第二項、第二百四條(同上)
- (一六) 第二百四十四條後段(同上)

但余ノ所謂似而非加重的犯罪ノ第三形式ニ屬スル強盜人ヲ死ニ致シタル犯罪ノ性質如何ノ問案ニ付テハ學說判例必スシモ一ナラス或ハ其死タル結果ニ對スル豫見ノ有無ヲ問ハス之ヲ包含スハキモノナリト論シ或ハ單ニ其死タル結果ニ對スル豫見ノ欠缺シタル場合ノミヲ包含スルニ過キスト論ス(大審院及勝本博士、一ノ瀨學士、泉二學士ハ前說ヲ採リ大場氏及ビ淺野判事ハ後

說ヲ採ル)

加重的犯罪又ハ似而非加重的犯罪ノ根源タルヘキ犯罪(原犯)若ハ行爲カ未遂ニ止マリタル場合ニ於テハ如何ニ處分スヘキモノナリヤノ問案ニ付テハ學說分歧シ

一、或ハ加重的犯罪又ハ似而非加重的犯罪ノ未遂犯成立スルニ過キスト論シ(小時學士)リスト等此說ヲ採ル)

二、或ハ原犯ノ未遂犯(似而非加重的犯罪中根源タルヘキ行爲ヲ處罰セサルモノ、如キハ此限ニ非ス)ト加重的犯罪又ハ似而非加重的犯罪ノ既遂犯トノ二罪成立スヘキモノナリト論シ

三、或ハ原犯ノ未遂犯(似而非加重的犯罪中根源タルヘキ行爲ヲ處罰セサルモノ、如キハ此限ニ非ス)ト重キ結果若ハ危險ニ對スル過失犯トノ二罪成立スヘキモノナリト論シ

四、或ハ單ニ加重的犯罪又ハ似而非加重的犯罪ノ既遂犯ヲ構成スルニ過キス

ト論ス(大審院ハ舊刑法並ニ刑法ノ判例トシテ概ネ此說ヲ採用セリ)

思フニ加重的犯罪又ハ似而非加重的犯罪ハ故意ニ或犯罪的行爲若ハ非犯罪的行爲ニ着手セル後其實行終結迄ノ間ニ於テ其實行々爲ノ遂行ニ對スル妨害排除ノ行爲ニ因リ若ハ其實行々爲ノ必然的效果トシテ其行爲者ノ豫見セサル重キ外界ノ變狀即チ結果若ハ危險ヲ惹起セシメタル場合ニ於ケル變態的處斷方法ナルカ故ニ其原犯ノ態樣如何ヲ問ハス苟モ法令ノ豫期セル重キ外界ノ變狀即チ結果若ハ危險ヲ惹起セシメタル場合ニ於テハ常ニ加重的犯罪ノ既遂ヲ以テ論スヘキモノナリト斷スルコト洵ニ立法ノ本旨ニ適合シタル至當ノ解釋ナリト謂ハサル可カラス

三、法律カ犯意ノ表白、陰謀的行爲、豫備的行爲、着手的行爲(實行終結スルニ至ラサル場合)ノ如キモノニ對シ獨立ノ一罪トシテ規定シタル場合(例之脅迫罪、皇室ニ對スル罪、内亂ニ關スル罪、國交ニ關スル罪)ノ如シニ於テハ觀念上未遂犯ノ成立ヲ是認スルコトヲ得ト雖此等行爲ニ對シ單ニ行爲ノ一階段トシテ處罰

スルニ過キサル場合例之外患ニ關スル罪、放火罪、通貨偽造罪、殺人罪、強盜罪ノ如シニ於テハ觀念上未遂犯ノ成立ヲ是認スルコトヲ得ス

四、不作爲の行爲犯(純正不作爲行爲犯)ニハ未遂犯ナシ

蓋不作爲の行爲犯ニアリテハ法令ノ要求シタル一定ノ時及ヒ場所ニ於テ一定ノ行爲ヲ爲シタルトキハ縱令其時点ノ到來以前ニ於テ其行爲ヲ爲サザラントノ意思即チ不作爲の行爲ノ意思アリタル場合ト雖尙且其要求セラレタル時点ニ於テ其行爲ヲ爲スコト必スシモ絶對不可能ノ觀念ニ非サルカ故ニ不作爲の行爲犯ニアリテハ其一定ノ行爲ヲ爲スヘク要求セラレタル時点ノ到來ト同時ニ犯罪既遂犯ヲ構成シ該時点到來以前ニ於テハ全然犯罪ヲ構成スヘキモノニ非サルカ故ニ未遂犯ノ存在ハ之レヲ是認スルノ餘地ナキヤ疑ヲ容レス

五、混合的行爲犯(不純正不作爲行爲犯)ニ付テハ着手未遂犯ト實行未遂犯トニ區別シ之ヲ觀察スルヲ要ス

(イ) 着手未遂犯

混合的行爲犯ニハ着手未遂犯ナシ  
混合的行爲犯トハ不作爲の行爲ニ因リ外界ニ一定ノ變狀即チ結果若ハ危險ヲ惹起セシメタル場合ノ觀念ナルヲ以テ其實行々爲ト稱スルハ畢竟不作爲の行爲ニ外ナラサルカ故ニ夫ノ不作爲の行爲犯ニ於テ着手未遂犯ナキカ如ク混合的行爲犯ニアリテモ亦着手未遂犯ノ觀念ハ之ヲ想像スコトヲ得サルモノトス

(ロ) 實行未遂犯

混合的行爲犯ニハ實行未遂犯アリ  
混合的行爲犯ハ不作爲の行爲ニ因リ外界ニ一定ノ變狀即チ結果若ハ危險ヲ惹起セシムルト同時ニ直ニ完成セラル、モノナルカ故ニ其不作爲の行爲ノ實行アルモ尙結果若ハ危險ヲ惹起セシムルコトナキニ於テハ即チ未遂犯ノ成立アルニ止マリ未タ以テ既遂犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得サルナリ

六、作爲的行爲犯中行爲犯實行々爲ノ終結ニ因リ既遂トナルヘキ犯罪ニハ實行未遂犯ナシ

蓋行爲犯實行々爲ノ終結ニ因リ既犯トナルヘキ犯罪ト一般作爲的行爲犯ト異ル所ハ單ニ其行爲ニ因リ外界ニ一定ノ變狀即チ結果若ハ危險ヲ惹起セシムルコトヲ要セサルノ一点ニアリテ存シ其行爲ノ方面ニ於テハ二者毫末モ區別ノ存スル所ナキカ故ニ一般作爲的行爲犯ニシテ未遂犯ノ觀念存在スルモノナル以上ハ行爲犯ト雖亦之カ存在ヲ是認セサル可ラサルヤ固ヨリ言ヲ誤タスト雖既ニ行爲犯ニシテ結果若ハ危險ノ觀念ヲ要セサルモノナル以上ハ其實行々爲ノ終結ハ即チ既遂犯成立ノ時期ナルカ故ニ其實行々爲ノ終結シタルニ不拘尙未遂犯アリトナスカ如キハ全ク此レト相背馳スルモノナルハナリ

### 第三項 未遂犯ノ種類

第一、着手未遂犯ト實行未遂犯

未遂犯ノ第一形式ハ着手未遂犯(一ニ中斷未遂犯、又ハ中絶未遂犯)ト實行未遂犯(一ニ缺果未遂犯、又ハ缺效犯)トノ區別ナリトス、着手未遂犯トハ當該犯罪實行々爲ニ着手(犯罪ノ特別構成要件タル事實ニ屬スル一行爲若ハ此レニ近接シタル一行爲ニ着手シタル場合)シタルモ遂ニ之ヲ終結スルコト能ハサリシ場合ノ觀念ニシテ、實行未遂犯トハ實行々爲(犯罪ノ特別構成要件タル事實ニ屬スル行爲若ハ此レニ近接シタル行爲ノ全体)ヲ終結シタルモ其實行々爲ノ終結後法令ノ豫期セル特定ノ結果若ハ危險ヲ惹起セシムルコト能ハサリシ場合ノ觀念ナリトス

此區別ニ對シテハ刑法上毫モ刑罰制裁ヲ異ニスル所ナキカ故ニ殆ント區別ノ實益ナキカ如キモ其着手未遂犯ニ止マル場合ノ如キハ實際上減輕處斷セララルコト多カルヘキニ過キス(刑法第四十三條本文參照)

第二、外由未遂犯ト内由未遂犯

未遂犯ノ第二形式ハ外由未遂犯(一ニ障礙未遂犯)ト内由未遂犯(一ニ中止未

遂犯トノ區別ナリトス、外由未遂犯トハ犯罪ノ實行々爲ニ着手シタルモ犯人自己ノ意思ニ基ツカサル外界ノ障害的事實ニ因リ其實行々爲終結スルニ至ラザリシ場合若ハ其實行々爲ヲ終結シタルモ犯人自己ノ意思ニ基ツカサル外界ノ障害的事實ニ因リ特定ノ結果若ハ危険ヲ惹起セシムルニ至ラザリシ場合ヲ指稱シ、内由未遂犯トハ犯罪ノ實行々爲ニ着手シタルモ犯人自己ノ意思ニ基ツキ其實行々爲ヲ終結セシメザリシ場合若ハ其實行々爲ヲ終結シタルモ犯人自己ノ意思ニ基ツキ特定ノ結果若ハ危険ヲ惹起セシメザリシ場合ヲ指稱ス從テ其犯罪ノ既遂ニ到ラザリシ点ニ於テハ二者其趣ヲ一ニスト雖其犯人ノ有スル反社會的性質ノ深淺ニ至リテハ尚ニ二者者甚大ノ差異アルモノト謂ハサル可カラス

但内由未遂犯ハ確定的拋棄ヲ要スルカ故ニ或他ノ犯罪ヲ行ハシカ爲メ既ニ着手シタル犯罪ノ實行々爲ヲ中止シタル場合ニ於テモ尙内由未遂犯タルヲ得ト雖反之全然其犯罪ヲ中止シタルニ非スシテ單ニ一時的ノ中止ヲ

爲シタルニ止マリ更ニ他ノ時ニ於テ既ニ爲シタル實行々爲ヲ利用セントスル意思アル場合ノ如キハ未タ以テ内由未遂犯ノ存在ヲ認ムルヲ得ス

外由未遂犯、内由未遂犯ノ觀念ハ特種ノ犯罪ヲ除クノ外實行々爲ノ終結時点以前ナルト將タ實行々爲ノ終結時点以後ナルトヲ問ハス共ニ之レヲ認ムルコトヲ得ヘキコト前陳ノ如シト雖實行々爲終結以後ニ於ケル内由未遂犯ハ當該犯罪行爲ヨリ外界ノ變狀即チ結果若ハ危険ヲ惹起セシムルノ虞アル間ニ限り且能ク中止ノ效果ヲ實現シタル場合ニ非サレハ之ヲ認ムルコトヲ得サルカ故ニ既ニ結果若ハ危険ヲ惹起セシムルノ虞ナキニ至レルカ若ハ能ク中止ノ效果ヲ實現セシムルコト能ハザリシ場合ノ如キハ全く之ヲ認ムルコトヲ得サルヤ疑ヲ容レズ

共犯者ノ一人カ任意ニ犯罪的行爲ヲ中止シタル場合ニ於テハ其他ノ共犯者ニ對シ如何ナル效果ヲ及ホスヘキモノナリヤノ問案ニ付テハ場合ヲ別チテ之ヲ觀察セサル可カラス

一、双方の認識ヲ有スル共犯者ノ一人カ犯罪の行爲ノ終結以前ニ於テ任意ニ犯罪ヲ中止スルモ其他ノ共犯者ノ一人若ハ數人カ進ンテ實行々爲ヲ終結セシメタル場合ニ於テハ全ク中止ノ效果ヲ生セス

蓋双方の認識ヲ有スル共犯者相互間ニ於テハ全ク異身同心ノ關係アルモノナルカ故ニ其一人カ中止スルモ他ノ共犯者ニ於テ犯罪の行爲ヲ終結セシメタルモノナルトキハ其行爲ノ效果ノ如キハ共犯者全員ノ行爲ノ效果ト謂ハサル可カラサルモノナレハナリ

二、双方の認識ヲ有スル共犯者ノ一人カ犯罪の行爲ノ終結以後ニ於テ任意ニ犯罪ヲ中止シ能ク其中止ノ效果ヲ實現セシメタル場合ニ於テハ其中止ノ效果ノ如キハ單ニ中止ノ犯人ニ限り其中止ノ行爲ニ關與セサル他ノ共犯者ニ及ホスコトナシ

蓋双方の認識ヲ有スル共犯者相互間ニ於テ異身同心ノ關係アリトノ原則ハ當該犯罪の行爲ノ實行ニ關シ認メラルルニ過キササルカ故ニ其實行

行爲ノ中止ノ如キハ前叙ノ原則ニ依リ之ヲ説明スルコトヲ得サレハナリ

三、一方の認識ヲ有スルニ過キサザル共犯者ノ一人カ任意ニ犯罪ヲ中止シタル場合ニ於テハ他ノ共犯者ニ對シテハ其任意ニ犯罪ヲ中止シタルニ非サル場合(外由未遂ノ場合)ノ法條ニ依リ之ヲ處斷セサル可カラス

蓋任意ノ犯罪中止ハ犯罪の行爲ノ實行ト氷炭相容レサル觀念ナルカ故ニ他ノ共犯者ニシテ毫末モ其中止行爲ニ關與シタルニ非サル以上ハ之カ效果ヲ及ホスコトヲ得サレハナリ

#### 第四項 未遂犯ノ處分

刑法第四十三條ニ曰ク、  
 、  
 、  
 、  
 之ヲ遂ケサル者ハ其刑ヲ減輕スルコトヲ得但自己ノ意思ニ因リ之ヲ止メタルトキハ其刑ヲ減輕又ハ免除ス」ト又同第四十四條ニ曰ク「未遂罪ヲ罰スル場合ハ各本條ニ於テ之ヲ定ム」ト是レ即チ未遂犯處罰ニ關スル規定ヲ設ケタルモノナリトス



今此等法條ヲ分析說述スルコト左ノ如シ

一、外由未遂犯ハ常ニ當該法條所定ノ全刑ヲ科スヘキモノナルモ例外トシテ其刑ヲ減輕スルコトヲ得ヘシ

二、内由未遂犯ハ常ニ當該法條所定ノ全刑ヲ科スヘキモノニ非スシテ必スヤ其刑ヲ減輕シ又ハ免除セサル可カラス

三、未遂犯ハ其種類ノ何タルヲ問ハス常ニ之ヲ處罰スルヲ得ヘキモノニ非スシテ特ニ法令上明文アル場合ニ限り之ヲ處罰スルヲ得ルニ過キス

但我刑法カ外由未遂犯ニ付任意的減輕主義ヲ採リ内由未遂犯ニ付必然的の減免主義ヲ採リタルハ正當ナリト雖特ニ法令上明文アルニ非サレハ之ヲ處罰セサルモノトナシタルカ如キハ立法上批難ノ餘地ナキヲ得サルナリ

刑法施行以前ニ公布施行セラレタル刑罰法令ニ規定セラレタル罪ノ未遂犯ニ關スル處罰範圍ニ付テハ刑法施行法第三十二條ヲ參照スヘシ

### 第三款 不能犯

不能犯トハ當該犯罪ノ實行々爲開始ノ當時ヨリ絶對的ニ其特別構成要件タル事實ノ全部ヲ成就セシムルコト能ハサルモノヲ謂フ是レ實ニ狹義ニ於ケル不能犯ノ觀念ナリトス然レ共之ヲ廣義ニ解スレハ苟モ當該犯罪カ其實行々爲開始當時ニ於テ其手段若ハ目的ノ不適合ナルカ爲メ既遂ニ至ルヲ能ハサル場合ヲ包括シタル觀念ナリト謂フコトヲ得サルニ非ス於茲乎廣義ニ於ケル不能犯中未遂犯タルヘキ不能犯ト然ラサルモノ(狹義ノ不能犯)トノ區別如何ヲ研究スルノ必要アリ本問案ニ對シテハ古來學說多岐ニ分レ未タ其歸一スル所ヲ知ラズト雖今之ヲ大別シテ主觀說、客觀說、折衷說ノ三派トナスコトヲ得乞フ左ニ之ヲ分說セシ

#### 一、主觀說

此說ノ要旨ニ曰ク抑法令カ未遂犯ヲ所罰スル所以ノモノハ當該行爲カ犯罪意思ノ發現トシテ反社會的本質ヲ表明セルモノアルカ爲メナリ從テ苟モ犯罪意ノ表示アル以上ハ其結果若ハ危險ノ惹起セラレサリシ原因如何ヲ問ハス

罰スヘキ未遂犯アリト謂ハサル可カラス(フオンブリー等此説ヲ採ル)

二、客觀說

此説ハ更ニ之ヲ別チテ客觀的危險說相對的不能說ノ二種トナスコトヲ得

(イ) 客觀的危險說

此説ニ於テハ當該行為カ其着手當時ニ於テ結果若ハ危險ヲ惹起セシムヘキ能力ヲ有シタルモノナルトキハ罰スヘキ未遂犯ヲ構成スルモ然ラサル場合ニ於テハ常ニ不能犯(狹義)ヲ構成スルニ過キストナス(ホイエルバツハ等此説ヲ採ル)

(ロ) 相對的不能說

此説ニ於テハ不能ヲ絶對的不能ト相對的不能トノ二種ニ區別シ絶對的不能ノ場合ニ於テハ不能犯(狹義)ヲ構成スルニ過キサルヘキモ相對的不能ノ場合ニ於テハ未遂犯ヲ構成スヘントナス(ミツテルマイヤー等此説ヲ採ル)

三、折衷說

此説ハ亦之ヲ細分シテ主觀的危險說事實上不能說ノ二種トナスコトヲ得

(イ) 主觀的危險說

此説ニ於テハ當該行為カ結果若ハ危險ヲ惹起セシムルノ虞アルヤ否ヤニ依リ罰スヘキ未遂犯ト不能犯(狹義)トニ區別セサル可カラストナシ其結果若ハ危險ヲ惹起セシムル虞アルヤ否ヤノ判定ハ其行為ノ當時犯人若ハ一般人ノ認識シ得ヘキ總般ノ狀況ヲ考察シ之ヲ決定セサル可カラストナス(リスト等此説ヲ採ル)

(ロ) 事實上不能說

此説ニ於テハ不能犯(廣義)ヲ大別シテ事實上ノ不能犯ト法律上ノ不能犯トノ二種トナシ前者ハ未遂犯ヲ構成シ後者ハ單ニ不能犯(狹義)ヲ構成スルニ過キストナス(フランク等此説ヲ採ル)

今前掲諸説ヲ評論セシニ

第一、主觀說ハ正當ニ非ス何者若シ此説ヲ採ルトキハ荷モ責任能力者ノ犯罪意

思ニ基ツキ爲サレタル行爲ナル以上ハ總テ未遂犯トシテ處罰スルコトヲ得ヘキカ故ニ殆ト不能犯ノ存立ヲ認ムルコトヲ得サルニ至ラン是レ豈不能犯ノ觀念ヲ無視スルモノニ非スシテ何ソヤ

第二、客觀說中相對的不能說ハ正當ニ非ス何者論者ハ不能ノ原因ヲ絕對的ト相對的トニ區別スト雖此區別タルヤ素ト性質上ノ區別ニ非スシテ單ニ程度ノ區別ニ過キストセハ採リテ以テ未遂犯ト不能犯(狹義)トヲ區別スルノ標準トナスニ足ラサルモノアルヲ知ルニ足ラン

第三、折衷說中主觀的危險說ハ正當ニ非ス何者此說ニ於テハ當該行爲カ結果若ハ危險ヲ惹起スルノ虞アルヤ否ヤニ依リ之ヲ區別セントスルニ不拘其有無ノ判定ノ如キハ一ニ主觀的ニ之ヲ決定セントスルモノナルカ故ニ論理上結果若ハ危險ヲ惹起セシムルノ虞ナキ場合ニ於テモ亦未遂犯ノ成立アリトナスカ如キ論結ヲ生スルニ至ルヘケレハナリ

第四、折衷說中事實上不能說ハ正當ニ非ス何者觀念上ニ於テハ法律上ノ不能ト

事實上ノ不能トハ固ヨリ同一ニ非サルコト論ナシト雖實際上ニ於テハ殆ント其場合ヲ一ニスルモノナルカ故ニ(例之目的物ノ欠缺ノ如キハ法律上ノ不能ナルト同時ニ事實上ノ不能ニ屬スルカ如シ)如此標準ニ依リ二者ヲ區別セントスルカ如キハ全ク不可能ノ事ニ屬スルモノナリト謂ハサル可カラス

以上客觀說中客觀的危險說ヲ除クノ外何レモ正當ナル學說ニ非サルコトヲ一言シタリ果シテ然ラハ未遂犯ト不能犯(狹義)トノ區別ノ標準ハ一ニ客觀說的危險說ヲ以テ正當也ト爲サ、ル可カラス蓋未遂犯ハ其場合ノ何タルヲ問ハス當該犯罪構成要件タル事實ノ全部ヲ成就セシメサリシ場合ニ於ケル觀念ナリト雖其之ヲ所罰スル所以ノ者一ニ當該犯罪完成ノ危險アルニ基因スルモノナルカ故ニ苟モ當該所爲ニシテ其着手當時犯罪完成ノ虞アルニ非サル以上ハ未遂犯トシテ處罰スルノ理由ナキコト因ヨリ明カナルモノアレハナリ若シ夫レ果シテ如何ナル場合ニ犯罪完成ノ虞アリヤ否ヤノ如キハ宜シク各行爲ニ付具體

的ニ觀察討究セサル可カラサルヤ論ヲ俟タス

### 第一節 一罪、數罪

犯罪ノ第二形式ハ一罪、數罪ノ區別ナリトス仍テ先ツ其區別ノ標準如何ヲ説キ後逐序之カ論述ヲ試ムル所アラントス

#### 第一款 一罪、數罪區別ノ標準

罪數區別ノ標準如何ノ問案ニ付テハ學說多岐ニ分レ未タ其歸一スル所ヲ知ラスト雖今之ヲ大別シテ犯罪意思標準說(一ニ主觀說)行爲標準說、結果若ハ危險標準說犯罪意思並ニ結果若ハ危險標準說(一ニ折衷說)ノ四種トナスコトヲ得乞フ左ニ之ヲ分論セン

##### 第一、犯罪意思標準說(主觀說)

此說ハ犯罪意思即チ故意若ハ過失ノ箇數ニ依リ其罪數ヲ定メントスルモノ也故ニ犯罪意思ニシテ單一ナランカ以テ一罪ヲ構成スルニ過キサレヘキモ反之犯罪意思ニシテ複數ナランカ常ニ數罪ヲ構成スヘシトナス從テ

行爲若ハ結果、危險ノ箇數ノ如キハ罪數區別ノ標準ニ付何等ノ關係ナシトセリ

蓋犯罪ハ行爲ニシテ行爲ハ即チ意思ノ發動ニ外ナラサルカ故ニ罪數ハ專ラ犯罪意思ノ箇數ニ依リ之ヲ定メサル可カラサルカ如シト雖犯罪ハ本ト是レ法益侵害ノ結果若ハ危險ヲ惹起セシメタル不法行爲ナルヲ以テ論者ノ如ク單一犯罪意思テフ主觀的方面ニノミ着眼シ結果若ハ危險テフ客觀的方面ヲ無視スルカ如キハ恰モ表裏ノ一面ノミヲ觀察シ以テ其實体ヲ云爲セントスルモノニシテ如此方法ニ依リ到底正確ナル斷案ニ到達スルコト能ハサルヤ固ヨリ論ヲ俟タス

##### 第二、行爲標準說

此說ハ行爲ノ箇數ニ依リ其罪數ヲ定メントスルモノナリ故ニ行爲ノ箇數ニシテ單一ナランカ以テ一罪ヲ構成スルニ過キサレヘキモ反之行爲ノ箇數ニシテ複數ナランカ常ニ數罪ヲ構成スヘシトナス從テ犯罪意思若ハ結

果危険ノ箇數ノ如キハ罪數區別ノ標準ニ付何等ノ關係ナジトセリ  
 蓋犯罪ハ行爲ナルカ故ニ罪數ハ專ラ行爲ノ箇數ニ依リ之ヲ定メサル可カ  
 ラサルカ如シト雖行爲ノ如キハ本ト是レ犯罪意思ニ基ツキ法益侵害ノ結  
 果若ハ危険ヲ惹起セシムヘキ手段タルニ過キサルカ故ニ手段ノ箇數如何  
 ノ如キハ罪數區別ノ標準トナスニ足ラサルモノアルハ勿論若シ此說ヲ是  
 認セハ夫ノ單一ナル行爲ヲ以テ複數ナル法益侵害ノ結果若ハ危険ヲ惹起  
 セシメタル場合ニ於テハ之ヲ一罪トシテ處斷スルモノアルト同時ニ夫ノ  
 複數ナル行爲ヲ以テ單一ナル法益侵害ノ結果若ハ危険ヲ惹起セシメタル  
 場合ニ於テハ之ヲ數罪トシテ處斷セサル可カラサルモノアルニモ不拘其  
 後例ノ場合ニ於ケハ僅ニ一罪ヲ構成スルニ過キサルモノトナスカ如キハ  
 偶々以テ論者所說ノ薄弱ナルヲ證明スルモノナリト謂ハサルヲ得ス

### 第三、結果若ハ危険標準說

此說ハ犯罪ニ因リ惹起セラレタル法益侵害ノ結果若ハ危険ノ箇數ニ依リ

其罪數ヲ定メントスルモノナリ故ニ法益侵害ノ結果若ハ危険ノ箇數ニシ  
 テ單一ナランカ以テ一罪ヲ構成スルニ過キサルヘキモ反之法益侵害ノ結  
 果若ハ危険ノ箇數ニシテ複數ナランカ常ニ數罪ヲ構成スヘシトナス從テ  
 犯罪意思若ハ行爲ノ如キハ罪數區別ノ標準ニ付何等ノ關係ナシトセリ  
 蓋犯罪ハ法益侵害ノ結果若ハ危険ヲ惹起セシメタル不法行爲ナルカ故ニ  
 罪數ハ專ラ其惹起セラレタル法益侵害ノ結果若ハ危険ノ箇數ニ依リ之ヲ  
 定メサル可カラサルカ如シト雖犯罪ハ本ト是レ行爲ニシテ行爲ハ即チ意  
 思ノ發動ニ外ナラサルヲ以テ論者ノ如ク單ニ法益侵害ノ結果若ハ危険テ  
 フ客觀的方面ノミヲ觀察シ犯罪意思テフ主觀的方面ヲ無視スルカ如キハ  
 第一說ト同シク恰モ表裏ノ一面ノミヲ觀察シ以テ其實体ヲ云爲セントス  
 ルノ誤リアリト謂ハサルヲ得ス

### 第四、犯罪意思並ニ結果若ハ危険標準說(折衷說)

此說ハ犯罪意思即チ故意若ハ過失ノ箇數ト當該犯罪行爲ニ因リ惹起セラ

レタル法益侵害ノ結果若ハ危険ノ箇數トニ依リ其罪數ヲ定メントスルモノナリ故ニ犯罪意思並ニ法益侵害ノ結果若ハ危険ノ箇數ニシテ單一ナラシカ以テ一罪ヲ構成スルニ過キササルヘキモ反之犯罪意思並ニ法益侵害ノ結果若ハ危険ノ箇數ニシテ複數ナルカ若ハ法益侵害ノ結果若ハ危険ノ箇數ニシテ單一ナルモ犯罪意思ノ箇數ニシテ複數ナラシカ(法益侵害ノ結果若ハ危険ノ箇數ニシテ複數ナラシカ)ハ常ニ複數ナリトス從テ犯罪意思ノ箇數單一ニシテ法益侵害ノ結果若ハ危険ノ箇數複數ナル場合極メテ少シ)常ニ數罪ヲ構成スヘシトナス從テ行爲ノ箇數如何ノ如キハ罪數區別ノ標準ニ付何等ノ關係ナシトヒリ

蓋此說タルヤ一面行爲者ノ主觀的方面ヲ觀察スルト同時ニ他面客觀的方面ノ一部タル法益侵害ノ結果若ハ危険ニ付觀察ヲ遂クルモノアルニ不拘均シク其客觀的方面ノ一部タル行爲ヲ全然無視スルカ如キハ未ダ正當ナル學說ト稱スルコトヲ得サルカ如シト雖行爲ノ如キハ本ト是レ犯罪意思

ニ基ツキ法益侵害ノ結果若ハ危険ヲ惹起セシムヘキ手段タルニ過キササルヲ以テ採リテ以テ罪數區別ノ標準トナスニ足ラサルコト前陳ノ如クナルカ故ニ之ヲ以テ此說ノ攻撃資料トナスコトヲ得ス  
 思フニ犯罪ハ法益侵害ノ結果若ハ危険ヲ惹起セシメタル不法行爲ナルカ故ニ其罪數區別ノ標準ハ一ニ法益侵害ノ結果若ハ危険ニ之ヲ求ムルコトヲ至常トスヘキカ如シ然レ共夫ノ犯罪意思ニ基ツカスシテ惹起セラレタル法益侵害ノ結果若ハ危険ノ如キハ之ヲ行爲者ニ歸セシムルヲ得サルト同時ニ(但特別刑法中犯罪意思ノ有無ヲ問ハサルモノアルコト既述ノ如シ)其異リタル犯罪意思ノ存在ハ以テ其合一ヲ許サ、ルモノアルカ故ニ又一面犯罪意思ノ方面ヲ觀察セサル可カラサルヤ固ヨリ明カナリト謂ハサル可カラス要之犯罪意思並ニ結果若ハ危険標準說ハ爾餘ノ學說ニ於ケルカ如ク一モ批難ノ点ナキカ故ニ我普通刑法上ニ於ケル罪數區別ノ標準トシテモ亦採用セサル可カラサルナリ

但特別刑法中犯罪意思ノ有無ヲ問ハサル犯罪ノ如キハ單ニ法益侵害ノ結果若ハ危險ノ箇數ヲ以テ其罪數區別ノ標準トナササル可カラサルヤ固ヨリ辯ヲ埃タサルヘキナリ

夫レ如此罪數ハ一ニ犯罪意思並ニ法益侵害ノ結果若ハ危險ノ箇數ニ依リ之ヲ定メサル可カラストセハ犯罪意思並ニ法益侵害ノ結果若ハ危險ノ箇數ヲ定ムル標準如何ヲ觀察スルノ必要アリ而シテ犯罪意思ノ何者タルヤニ付テハ既ニ第二章第三節第三款ニ於テ之ヲ論述シタルカ故ニ茲ニハ單ニ法益侵害ノ結果若ハ危險ノ箇數如何ヲ討究スルニ止メントス

抑法益侵害ノ結果若ハ危險ノ箇數ヲ定ムル標準如何ヲ知ラント欲セハ須ラク先ツ法益ノ箇數ヲ定ムル標準如何ヲ知ラサル可カラス蓋單一ナル法益ニ對スル侵害ハ因リテ以テ單一ナル法益侵害ノ結果若ハ危險ヲ惹起スヘク複數ナル法益ニ對スル侵害ハ因リテ以テ複數ナル法益侵害ノ結果若ハ危險ヲ惹起スヘキモノナレハナリ

今左ニ法益ノ箇數ヲ定ムル標準如何ヲ記述センニ

一、人格權其他人格ヨリ流出シ若ハ人格ヲ基本トシテ發生スル幾多ノ權利(例之親族權、相續權ノ如シ)ハ本ト人格ト密着シ分離ス可カラサルモノナルカ故人毎ニ一箇ノ法益アリト謂ハサル可カラス  
蓋一人ニシテ二箇以上ノ人格ヲ併有シ若ハ二人ニシテ一箇ノ人格ヲ分有スルコトヲ得サレハナリ

二、財産權其他人格ヨリ分離觀察スルヲ得ル幾多ノ權利ニ付テハ

- (イ) 原則トシテ物毎ニ一箇ノ法益ヲ算シ
- (ロ) 例外トシテ單一ナル占有所持、監督等ノ箇數ニ從フ

蓋一物ハ夫レ自体獨立シテ空間ヲ填充シ且權利ノ目的物タルコトヲ得ヘキカ故ニ法益ノ箇數ヲ定ムル標準ハ一ニ目的物ノ箇數ニ依リ之ヲ定メサル可カラサルヤ固ヨリ言フ俟タスト雖其單一ナル占有所持、監督等ニ屬スルモノナルトキハ縱令各別ニ分離觀察セハ互ニ獨立的存在ヲ有スヘキ物ト雖亦觀

念上其獨立的存在ヲ妨ケラレ因リテ以テ單一ナル法益ヲ組成スルニ過キサ  
ルモノト看做ササル可カラサレハナリ

第一款 一罪

一罪トハ單一ナル犯罪意思ヲ以テ單一ナル法益侵害ノ結果若ハ危險ヲ惹起セ  
シメタル犯罪ヲ謂ヒ之ヲ別チテ單純一罪、複雜一罪ノ二種トナスコトヲ得左ニ  
之ヲ分論セン

第一項 單純一罪

單純一罪トハ單一ナル犯罪意思ニ基ツク單一ナル行爲ニ依リ單一ナル法益侵  
害ノ結果若ハ危險ヲ惹起セシメタル犯罪ヲ謂フ故ニ單純一罪ハ其形式並ニ實  
質ノ兩方面ニ於テ共ニ單一ナリト謂ハサル可カラス(例之甲アリ乙ヲ殺害セン  
ト欲シ之ヲ道途ニ要シ一刀ノ下ニ斬殺シタル場合ノ如シ)

第二項 複雜一罪

複雜一罪トハ單一ナル犯罪意思ニ基ツク複數的行爲若ハ單一ナル犯罪意思ニ

基ツク單一且複雜的行爲ニ依リ單一ナル法益侵害ノ結果若ハ危險ヲ惹起セシ  
メタル犯罪ヲ謂フ故ニ複雜一罪ハ犯罪意思並ニ法益侵害ノ結界ハ危險ノ兩方  
面ニ於テハ共ニ單純一罪ト其態様ヲ一ニスト雖其行爲ノ一方面ニ於テ稍其趣  
ヲ異ニスルモノアリト謂ハサル可カラス更ニ之ヲ細別シテ一、連續犯(一ニ複數  
行爲犯)二、持續犯三、集合犯四、結合犯ノ四種トナスコトヲ得

第一目 連續犯

刑法第五十條ニ曰ク「連續シタル數箇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ト」是レ連續犯(一ニ複數行爲犯)ノ一罪ナル旨ヲ規定シタ  
ルモノナリトス

今本條ヲ分析說述スルコト左ノ如シ

一、連續シタル數箇ノ行爲アルコトヲ要ス

連續シタル數箇ノ行爲トハ單一ナル犯罪意思ニ基ツク行爲ノ時間上連續實  
行セラレタル狀態ヲ指稱シ其時間上連續セラレタルモノナル以上ハ不斷的



ナルト將タ間過の間過時ノ長短如何ハ之ヲ問ハスナルトヲ區別セス從テ主觀的犯罪意思ノ單一ハ客觀的行爲ノ間過ヲ連續セシムルノ力アリト謂ハサル可カラス唯夫レ實際連續シクル數箇ノ行爲カ時間上甚ダシキ間過アルトキ(例之第一行爲ト第二行爲トノ間過カ十年乃至二十年ヲ經過スル場合ノ如シ)其犯罪意思ノ單一ヲ證明スルコト頗ル困難ナルモノアルヘキ而已

二、同一ノ罪名ニ觸ルルモノナルコトヲ要ス

同一ノ罪名ニ觸ルルトハ同一ナル處罰法條ニ該當スヘキモノナルコトヲ意味ス換言スレハ連續一罪ヲ構成スルニハ其連續セラレタル數箇ノ行爲カ各同一名ナル犯罪トシテ處斷シ得ヘキモノナルコトヲ要ス然リ而シテ同一罪名ニ觸ルルモノナル以上ハ犯罪意思ノ單一ナルト複數ナルトヲ問ハス將タ法益侵害ノ結果若ハ危險ノ單一ナルト複數ナルトヲ論セス總テ本條ニ依リ一罪トシテ處斷スルヲ得ルヤ否ヤ本問案ニ對シテハ學說判例一ニ歸セスト雖余ハ既ニ第一款ニ於テ述ヘタルカ如ク一罪ノ構成要素トシテ犯罪意思並ニ

法益侵害ノ結果若ハ危險ノ單一ナルヲ要求スルモノナルガ故ニ縱令其外形上連續シタル數箇ノ行爲カ同一罪名ニ觸ルル場合ト雖其犯罪意思並ニ法益侵害ノ結果若ハ危險ニシテ單一ナラサル場合ニ於テハ常ニ實質上數罪ヲ構成スルモノナルカ故ニ宜シク數罪トシテ之ヲ問擬スヘク決シテ連續一罪ヲ構成スヘキモノニ非スト信ス

蓋若シ法文ノ字句ニ拘泥スレハ苟モ外形上連續シタル複數的行爲ニシテ同一ナル罪名ニ觸ルルモノナル以上ハ本來數罪ヲ構成スヘキ性質ヲ具備スルモノト雖亦之ヲ包括觀察スルヲ得ヘキカ如シ然レ共單一行爲カ時間上相連續スルノ一事ヲ以テ何等ノ關係ヲモ有セサル複數的行爲ヲ捉ヘ以テ一罪トシテ處斷スルノ理由那邊ニ在リヤ殆ント解スル能ハサルノミナラス若シ如此解釋ヲ是認セハ夫ノ不逞ノ徒輩ヲシテ常ニ犯罪行爲ヲ連續實行スルニ至ラシメ公序ヲ維持セントスル刑法ハ反リテ犯罪ノ連續實行ヲ獎勵シ以テ國家ノ公安ヲシテ益々危殆ナラシメスンハ止マサラントス此レ豈不當ノ解釋

ト謂ハスシテ何ソヤ

過失犯ニ連續犯アリヤ否ヤニ付テハ學說分歧スト雖苟モ單一ナル犯罪意思ヲ以テ單一ナル法益侵害ノ結果若ハ危險ヲ惹起セシメタル場合ニ於テハ常ニ一罪トシテ處斷セサル可カラストセハ故意犯ト過失犯トニ依リ之カ斷案ヲ異ニスヘキ理由ナキカ故ニ宜シク之ヲ肯定セサル可カラス(同說「メルケル」ワッヘンヘルト)異說泉二學士(リスト等)

尙終リニ攻究ヲ要スル問案アリ何ソヤ他ナン連續犯ト確定判決トノ關係即チ是レ也

本問案ニ對シテハ學說必スシモ一ナラスト雖今余ノ確信スル所ニ依レハ

一、連續數行為ニシテ確定判決以前ニ於テ行ハレタル場合ニ於テハ連續ノ中斷ナキヤ疑ヲ容レヌ

二、連續數行為ヲ組成スル一箇若ハ數箇ノ行為ニシテ同シク連續數行為ヲ組成スル或一箇ハ數箇行為ニ對スル確定判決時点以後ニ於テ行ハレタル場合ニ

於テハ連續ヲ中斷スルモノナリトノ學說アリ(小崎學士著新刑法論泉二學士著日本刑法論等參照)

然レ共苟モ連續數行為ニシテ單一ナル犯罪意思ニ基ツキ單一ナル法益侵害ノ結果若ハ危險ヲ惹起セシタルニ過キストセハ其連續數行為ヲ組成スル一箇若ハ數箇ノ行為ニ對スル確定判決ノ有無ニ因リ之カ解決ヲ異ニスヘキ理由アルヲ知ラス

但本問案ノ如キ場合ニ於テハ實際上單一ナル犯罪意思ニ基ツクモノナルコトヲ證明スルニ困難ヲ感スルコトアルヘキ而已

### 第二一 目 持 續 犯

持續犯トハ單一ナル犯罪意思ニ基ツク單一ナル行為ニ依リ單一ナル法益ヲ持續的ニ侵害スルニ因リテ成立スヘキ犯罪ヲ謂フ

故ニ持續犯ノ特性ハ單一ナル犯罪意思ニ基ツク單一ナル行為ニ依リ開始セラレタル單一ナル法益侵害ノ状態カ不斷的ニ持續セラルルノ一点ニ在リテ存ス

從テ夫ノ連續犯ト異ル所ハ彼レニアリテハ連續複數行爲アリ且之ヲ箇々ニ分離觀察スルコトアルモ尙各一罪ノ構成要素ヲ具備スヘキモノナルニ反シ此レニアリテハ其持續セララルル法益侵害ノ狀態ハ本來複數行爲ノ實現ニ非スシテ僅ニ單一ナル行爲ノ實現カ其時間上不斷的ニ相持續セララルルニ過キサカ故ニ全ク之カ分離觀察ヲ許ササルノ一点ニ在リテ存スルモノナリトス(例之不法監禁罪ノ如シ)

### 第三目 集合犯

集合犯トハ單一ナル犯罪意思ニ基キ複數的同種ノ行爲ヲ爲シタルコト若ハ單一ナル犯罪意思ニ基ツキ單一ナル行爲ヲ爲シタルニ過キササルモ其行爲開始ノ當時ニ於テ複數的同種ノ行爲ノ反覆實行ヲ其目的トナシタルモノナルコトヲ以テ成立ノ要件トスル犯罪ヲ謂フ(例之職業犯慣行犯ノ如シ)

從テ集合犯ノ成立ニハ

- 一、複數的同種ノ行爲ヲ反覆實行スルノ觀念即チ積極的犯罪意思ヲ有スルコト
- 二、複數的同種ノ行爲ヲ爲シタルコト若ハ複數的同種ノ行爲ヲ形成スル單一ナル行爲ヲ爲シタルコトノ二箇ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス

### 第四目 結合犯

結合犯トハ本來各別ニ一箇ノ犯罪ヲ構成シ得ヘキ内容ヲ有スル複數的ノ行爲カ特ニ法令ノ規定ニ依リ結合セラレタル結果トシテ單一罪ヲ構成スルニ過キササル犯罪ヲ謂フ

故ニ此種ノ犯罪ハ法令ニ依リ結合セラレタル二箇以上ノ行爲カ夫レ自体箇々獨立シテ各單一罪ヲ構成シ得ヘキ資格ヲ具備スルモノナルヲ以テ法益侵害ノ結果若ハ危險ノ如キモ亦行爲ノ箇數ニ依リ複數ナルヘク從テ犯罪意思亦單一ナルニ非サルカノ疑ナキニ非スト雖法令カ特ニ或法條ノ規定ヲ以テ他ノ法條ノ規定ニ依レハ箇々獨立的ニ單一罪ヲ構成シ得ヘキ複數的行爲ヲ結合セシメ因リテ以テ單一罪ヲ構成スルニ過キストナスコト結合犯ノ如キモノニアリテハ當該法條ニ一括規定セラレタル數箇ノ行爲ハ即チ單一ナル行爲ニ外ナラサ

ルト同時ニ當該法條ニ一括規定セラレタル法益ハ即チ單一ナル法益ナリト謂ハサル可カラサルモノナルカ故ニ當該法益ヲ侵害セントスル犯罪意思亦單一ナリト謂ハサル可カラス只夫レ行爲ノ態様カ非結合犯ノ場合ニ比シ複雜ナルモノアルヲ以テ其行爲着手若ハ終了ノ時期如何ヲ判知スルコト稍困難ヲ感スルモノアラシカ(例之強盜罪ノ如シ)

### 第五目

#### 複雜一罪ノ處分

刑法第五十五條ニ曰ク「連續シタル數箇ノ行爲ニシテ同一ノ罪名ニ觸レタルトキハ一罪トシテ之ヲ處斷ス」ト是レ複雜一罪ノ一種タル連續犯ノ處分ニ關スル規定ナリトス然リ而シテ複雜一罪ハ其何タルヲ問ハス性質上一罪ヲ構成スルニ過キサレコト前各目ニ於テ既述シタル所ノ如クナルカ故ニ一罪トシテ處斷スヘキモノナルヤ因ヨリ論ヲ埃タサルヘキナリ

### 第三款

#### 數罪

數罪トハ複數的犯罪意思ヲ以テ複數的法益侵害ノ結果若ハ危險ヲ惹起セシメ

タル犯罪ヲ謂ヒ之ヲ別チテ單純數罪、複雜數罪ノ二種トスコトヲ得

### 第一項

#### 單純數罪

單純數罪(一ニ兩面的數罪)トハ複數的犯罪意思ニ基ツク複數的行爲ニ依リ複數的法益侵害ノ結果若ハ危險ヲ惹起セシメタル犯罪ヲ謂ヒ犯罪意思、行爲、法益侵害ノ結果若ハ危險ノ三者何レモ同一箇數ナル場合ニ外ナラス、故ニ單純數罪ハ其形式並ニ實質ニ於テ共ニ複數的犯罪行爲ナリト謂ハサル可カラス

### 第二項

#### 複雜數罪

複雜數罪トハ複數的犯罪意思ニ基ツク單一的行爲若ハ牽連的關係ヲ有スル複數的行爲ニ依リ複數的法益侵害ノ結果若ハ危險ヲ惹起セシメタル犯罪ヲ謂フ而シテ其行爲單一ナルニ過キサレモノ之ヲ稱シテ實質的數罪(一ニ無形的數罪)又ハ想像的數罪ト謂ヒ其牽連的關係ヲ有スル複數的行爲ヨリ成立スルモノ之ヲ稱シテ牽連的數罪(一ニ關係的數罪)ト謂フ

### 第一目

#### 實質的數罪

刑法第五十四條第一項前段ニ曰ク一箇ノ行爲ニシテ數箇ノ罪名ニ觸レ、タルトキハ最重キ刑ヲ以テ處斷スト是レ所謂實質的數罪一ニ無形的數罪又ハ想像的數罪ニ關スル規定ヲ設ケタルモノナリトス今本條ヲ分拆スレハ

一、一箇ノ行爲ナルコトヲ要ス

蓋實質的數罪ハ單一ナル行爲ニ依リ複數的法益侵害ノ結果若ハ危險ヲ惹起セシメタルモノナレハナリ

二、數箇ノ罪名ニ觸レタルモノナルコトヲ要ス

數箇ノ罪名ニ觸レタルトハ數箇ノ同種若ハ異種ノ罪名ニ觸レタル場合ヲ總稱スルノ觀念ナリトス

蓋若シ本條ヲ以テ單一數箇ノ異種ノ罪名ニ觸レタル場合ノ規定ナリト解スヘキモノナリトセハ何カ故ニ其數箇ノ同種ノ罪名ニ觸レタル場合ヲ除外セサル可カラサルヤ其理由明ラカナラサルノミナラス若シ如此解釋ヲ是認セハ其異種ノ罪名ニ觸レタル場合ハ本條ニ依リ一ノ最重刑ヲ以テ處斷スルヲ得ルニ不

拘其同種ノ罪名ニ觸レタル場合ハ併合罪ニ關スル規定ニ從ヒ常ニ加重處斷セサル可カラステフ不權衡ナル結果ヲ呈スルニ至ル之豈刑法ノ本旨ナランヤ思フニ二箇以上ノ死刑又ハ長期若ハ多額及ヒ短期若ハ寡額ノ同一ナル同種ノ刑ニ該當スル犯罪ト雖刑法第十條第三項アルノ結果常ニ其輕重アリ且之ヲ區別スルヲ得ヘキカ故ニ本條カ單一最重刑云々ト規定シタルモノアリトノ一事ヲ以テ其同種ノ罪名ニ觸レタル場合ハ本條ヨリ之ヲ除外シタルモノト論斷スルコトヲ得サレハナリ

夫レ如此本條ハ單一ナル行爲ニシテ數箇ノ罪名ニ觸レタルモノナル以上ハ異種ノ罪名ニ觸レタルモノナルト將タ同種ノ罪名ニ觸レタルモノナルトヲ問ハス何レモ共ニ包括規定シタルモノナリトセハ其犯罪ノ箇數ヤ果シテ如何本問案ニ對シテハ學說判例必スシモ一ナラスト雖余ハ己ニ第一款ニ於テ罪數區別ノ標準ニ關シ犯罪意思並ニ結果若ハ危險標準說ヲ以テ正當ナリト斷シ苟モ複數的結果若ハ危險ヲ惹起セシメタル場合ニ於テハ其行爲ノ單複如何ヲ問

ハス常ニ數罪ヲ構成スヘキモノナルコトヲ一言シタリ若シ此斷案ニシテ過誤ナシトセハ本條ハ複數的犯罪意思ニ基ツク單一的行爲ニ依リ同種若ハ異種ノ復數的法益侵害ノ結果若ハ危險ヲ惹起セシメタル場合ニ關スル規定ナルコト疑ナキカ故ニ其實質上數罪ニ關スル規定ナルコト洵ニ明晰ナリト謂ハサル可カラス若シ夫レ其法文上ノ根據ニ至リテハ後述スヘキ牽連的數罪ノ目ニ於テ說述スル所アラント欲ス

第二目 牽連的數罪

刑法第五十四條第一項後段ニ曰ク、  
、  
、  
犯罪ノ手段若ハ結果タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ルルトキハ最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス下是レ所謂牽連的數罪即チ或主本的犯罪ト之ニ對スル先行的犯罪並ニ續生的犯罪トノ三者又ハ或主本的犯罪ト之ニ對スル先行的犯罪若ハ續生的犯罪トノ二者ニ關スル處斷方法ヲ規定シタルモノナリトス於茲乎犯罪ノ手段即チ先行的犯罪ト犯罪ノ結果即チ續生的犯罪トノ意義如何ヲ攻究スルノ必要アリ左ニ之ヲ分說セン

(甲) 犯罪ノ手段ノ意義

犯罪ノ手段トハ或犯罪ノ構成要件ニ屬スルモノニ非スシテ而モ其手段ニ供セラレタル行爲(犯罪)ヲ謂フ然リ而シテ如何ナル行爲カ犯罪ノ手段タル關係ヲ有スルモノナリヤノ問案ニ付テハ學說分歧ス曰ク主觀說曰ク客觀說(通常牽連說)曰ク折衷說即チ是レ也左ニ之ヲ分說セン

第一、主觀說

此說ニ於テハ犯人カ或一罪若ハ數罪ヲ犯スノ目的ヲ以テ更ニ他ノ一罪若ハ數罪ヲ犯シタル場合ニ於テ犯人ノ目的タル犯罪即チ主本的犯罪ノ前提トシテ犯サレタル他ノ犯罪即チ先行的犯罪ハ其種類ノ何タルヲ問ハス總テ之ヲ手段タル犯罪ナリトナスモノナリ  
然レ共此說タルヤ單ニ犯人ノ主觀的方面ノミヲ觀察シタルニ過キサルノ結果其主本的犯罪ニ對シ論理上何等ノ因果關係ヲモ有セサル犯罪ト雖亦之ヲ牽連セシムルコトヲ得ルニ至ル之豈正當ナル解釋ナランヤ蓋

本條ハ單ニ犯罪ノ手段ト規定シタルニ過キサルヲ以テ其論理上手段タル行爲タルヲ要スルヤ法文上些ノ疑團ヲ狹ムノ餘地ナキカ故ニ縱令犯人夫レ自身ニ於テ手段タル關係アリト確信シタルモノアリシトスルモ當該行爲ニシテ苟モ論理上何等ノ關係ヲ有スルモノニ非サル以上ハ之ヲ以テ本條ノ適用範圍ニ屬スルモノトナスコトヲ得サレハナリ

### 第二、客觀說(通常牽連說)

此說ニ於テハ夫ノ主觀說ノ如ク犯人ノ主觀的方面ヲ觀察セス單ニ行爲ノ性質上通常相牽連スルモノノミヲ以テ之ヲ手段タル行爲ナリトスルモノナリ

然レ共其所謂通常的牽連トハ果シテ如何ナル場合ヲ指稱スルノ概念ナリヤ其用語明晰ナラサルモノアルヲ以テ實際上極メテ困難ナル問題ニ遭遇スルコトアルヘキハ勿論法文カ單ニ手段タル行爲ト規定シタルニ過キサルニモ不拘何カ故ニ論者ノ如ク爾ク客觀的方面ニ對シ制限ヲ加

ヘサル可カサルヤノ理由ヲ發見スルコト能ハサルヘク如此ハ畢竟論者カ單ニ客觀的方面ノミヲ觀察シ犯人ノ主觀的方面ヲ無視シタルノ結果廣漠無窮ノ因果關係ニ對シ一種ノ制限ヲ附加セントシタルモノナラント雖其法文上ノ根據ニ乏シキコト前陳ノ如シトセハ此說ヲ以テ手段タル犯罪ノ意義如何ヲ定ムルコトヲ得サルヤ明白也(大審院ハ手段並ニ結果ニ付此說ヲ採ル)

### 第三、折衷說

此說ニ於テハ手段タル犯罪ハ單ニ行爲ノ客觀的方面ニ於テ論理上因果ノ關係アルコトヲ要件トスルニ止マラス尙其主觀的方面ニ於テ犯人カ主本的犯罪タル或一罪若ハ數罪ヲ犯スノ目的ヲ以テ其手段ニ供シタルモノナルコトヲ要ストナスモノナリ

故ニ此說ハ夫ノ主觀說ノ如ク單ニ犯人其者カ手段的關係アリト確信シ以テ其行爲ヲ採リタル以上ハ論理上何等ノ因果關係ナキニ不拘尙其手

段タル行爲ナリトナスカ如キ法文ヲ無視シタルノ斷案ヲ下サス又夫ノ客觀說ノ如ク論理上因果ノ關係ヲ有スル行爲ニ對シ法文上些ノ根據ナキニ不拘通常的牽連ヲ關係アルヲ要ストナスカ如キ意義不明ナル制限ヲ加ヘス其客觀的方面ヲ捨テサルト同時ニ尙其主觀的方面ヲ尊重セラルハ眞ニ良ク立法ノ精神ニ適合シタル解釋ナリト謂ハサル可カラズ蓋本條立法ノ精神タルヤ本ト重キヲ犯人ノ主觀的方面ニ置タキルモノニシテ即チ犯人カ其目的タル或一箇若ハ數箇ノ罪(主本的犯罪)ヲ犯スカ爲メ他ノ一箇若ハ數箇ノ罪(先行的犯罪)ヲ犯シタル場合ニ於テハ夫ノ獨立的ニ數箇ノ罪ヲ犯シタル場合ニ對比シ犯人ノ惡性寧ろ輕小ナルモノアリトノ理由ニ基ツキ僅ニ其最重刑ヲ以テ處斷スルニ止メタルモノナルカ故ニ夫ノ客觀說ノ如ク單ニ行爲ノ客觀的方面ノミヲ觀察シ以テ犯人ノ主觀的方面ヲ無視スルノ不可ナルモノアルト同時ニ又夫ノ主觀說ノ如ク單ニ犯人ノ主觀的方面ノミヲ觀察シ以テ行爲ノ客觀的方面ヲ無視

スルノ不可ナルモノアルヤ固ヨリ言フ俟タサレハナリ

尙終リニ特ニ講究ヲ要スル問案アリ何ソヤ他ナシ手段タル犯罪即チ先行的犯罪ハ其主本的犯罪ニ對シ常ニ先行シテ行ハルルヲ以テ其本則トスルモノナルモ尙其例外トシテ主本的犯罪ニ對シ後行シテ行ハルル場合アリヤ否ヤニ在リ本問案ニ對シテハ未タ學者ノ論議ヲ聞カスト雖余ハ一刀兩斷手段的犯罪カ犯人ノ主觀的方面ニ於テ主本的犯罪ニ對シ先行的關係ヲ有スルモノナル以上ハ縱令其行爲ノ客觀的方面ニ於テ後行的關係アリシトスルモ尙手段タル犯罪即チ先行的犯罪タルニ妨ナキモノナリト主張セント欲ス

蓋本問案ノ如キ場合ニ於テハ其ノ後行シテ行ハレタル手段タル犯罪即チ先行的犯罪ハ當事者ノ觀念上ニ於テハ其主本的犯罪ニ對シ一種ノ條件的關係ヲ有シ其主本的犯罪ノ完成ハ其後行セラレタル手段タル犯罪即チ先行的犯罪ノ遂行ヲ以テ其要件トスルモノナレハ也(例之後日ヲ期シテ他人名義ノ借用證書ヲ作成(偽造)交付スヘキコトヲ約シ金圓ヲ詐取シ後日ニ至リ約ノ如ク



他人名義ノ文書ヲ偽造交付シタル場合ニ於テハ其文書ノ偽造行使ト金圓詐取トノ關係ニ於テ刑法第五十四條第一項後段ヲ適用スヘキモノナルカ如シ

(乙) 犯罪ノ結果ノ意義

犯罪ノ結果トハ或犯罪ノ構成要件ニ屬スルモノニ非スシテ而モ其犯罪ノ結果タル行爲ヲ謂フ然リ而シテ如何ナル行爲カ結果タル關係ヲ有スルモノナリヤノ問案ニ付テハ學說歸一セスト雖今之大別シテ主觀說、客觀說、制限說ノ三種トナスコトヲ得乞フ左ニ之ヲ分說セン

第一、主觀說

此說ニ於テハ犯人ノ主觀的方面ヨリ結果タル行爲即チ續生の犯罪ノ觀念ヲ求メントスルモノナリ

蓋本條ハ前述ノ如ク或犯罪ヲ本位ニ置キ其本位タル犯罪即チ主本的犯罪ト其先行的犯罪並ニ其續生の犯罪トノ處斷方法ヲ規定シタルモノナルカ故ニ其手段タル行爲即チ先行的犯罪ニ付テハ犯人ノ主觀的方面(犯

人ノ目的ヲ觀察スルコト洵ニ正當ナリト雖反之結果タル行爲即チ續生の犯罪ノ如キハ或主本的犯罪ノ必然的效果トシテ續生シタル行爲ニ付規定シタルニ過キサルカ故ニ犯人ノ主觀的方面ノ如キハ之ヲ討究スルノ必要アルヲ知ラス否若シ假リニ此說ノ如ク結果タル所爲即チ續生の犯罪ニシテ犯人ノ主觀的方面(目的意思)ヲ要求スヘキ者ナリトセハ是レ即チ犯人ニ於テ結果タル行爲即チ續生の犯罪ニ到達センコトヲ豫期スルモノナルカ故ニ結果タル行爲即チ續生の犯罪ハ茲ニ主本的犯罪ニ變シ主本的犯罪ハ其先行的犯罪ト共ニ先行的犯罪即チ手段タル行爲ニ化スルニ至ル若シ夫レ果シテ斯クノ如クンハ本條ニ特ニ手段タル行爲ト結果タル行爲トノ區別ヲ設ケタル立法上ノ精神ノ果シテ那邊ニ存スルヤヲ了解スルコト能ハサルモノアラン是レ此說ノ一顧ノ價値ナキ所以ナリトス

第二、客觀說

此說ニ於テハ主本的犯罪ニ對シ苟モ純然タル論理上ノ因果關係ヲ有スルモノナル以上ハ總テ結果タル行爲即チ續生の行爲ナリトナスモノ也然レ共若シ此說ニ從フトキハ夫ノ手段タル行爲即チ先行的犯罪ニ付犯人ノ主觀的方面ヲ觀察シ之ヲ其惡性ノ輕小ナルノ理由ニ求メントスルモノアルニ不拘結果タル行爲即チ續生の犯罪ニ付テハ單ニ論理上ノ因果關係ヲ極メテ廣汎ナル範圍ニ於テ之ヲ認ムルノ立法上ノ理由ニ乏シキモノアリト謂ハサルヲ得ス是レ此說ノ未タ探ルヲ得サルノ一点ナリトス

### 第三、制限說

此說ニ於テハ主本的犯罪ニ直接且續生シタル行爲ヲ以テ結果タル行爲即チ續生の犯罪ナリトナシ從テ夫ノ間接續生シタル行爲ノ如キモ亦直接續生シタル行爲ト均シク共ニ廣義ノ結果タル行爲ニ屬スルコト固ヨリ論ヲ俟タスト雖本條ニ所謂結果タル行爲トハ單ニ後者ニノミ之ヲ限

定セサル可カラストナスモノナリ

蓋本條ハ結果タル行爲ニ付手段タル行爲ト共ニ夫ノ非牽連的行爲ニ對比シ特別的處斷方法ヲ設ケタル所以ノモノ一ニ或主本的行爲ノ結果必然的ニ或續生の行爲ニ出ツルヲ以テ寧ロ其主本的行爲ノ性質的效果ト認メタルニ因由スルモノナルカ故ニ其主本的行爲ノ性質的效果ト認ムルニ足ラサルモノ即チ夫ノ間接續生シタル行爲ノ如キハ本條ニ之ヲ包含スルモノニ非ストナスヲ以テ眞ニ其正鵠ヲ得タル見解ナリト謂ハサル可カラス

思フニ彼ノ手段タル行爲即チ先行的犯罪ニ付テハ犯人ノ主觀的方面ニ依リ其惡性ノ輕小ナルモノアルヲ認メ又此結果タル行爲即チ續生の行爲ニ付テハ主本的犯罪行爲ノ性質的效果トシテ其危險性ノ輕小ナルモノアルヲ認メタルモノニシテ二者何レモ共ニ夫ノ非牽連的行爲ニ對比シ特別的處斷方法ヲ設ケタルモノ決シテ偶然ニ非サルナリ

夫レ如此本條ハ主本的犯罪ニ對シ特種ノ關係ヲ有スルモノアリトノ理由ニ基ツキ主本的犯罪並ニ其先行的犯罪若ハ其續生的犯罪ニ付特別的處斷方法ヲ設ケタルモノナリトセハ其罪數ヤ果シテ如何本問案ニ對シテハ學說判例多岐ニ分レ未タ歸一スル所ヲ知ラスト雖モ余ハ既ニ屢々記述シタル所ノ如ク罪數區別ノ標準ニ關シ犯罪意思並ニ結果若ハ危險標準說ヲ採リ複數的法益侵害ノ結果若ハ危險ヲ惹起セシメタル場合ニ於テハ常ニ數罪トシテ間擬セサル可カラサルモノナルコトヲ斷定シタリ果シテ然ラハ本條第一項後段ハ其手段タル行為即チ先行的犯罪ニ屬スルト將タ結果タル行為即チ續生的犯罪ニ屬スルトヲ問ハス二者何レモ其主本的犯罪行為ト相牽連スルモノアルト同時ニ而モ亦其主本的犯罪行為ニ對シ別異ノ罪名ニ觸レタル場合即チ複數的法益侵害ノ結果若ハ危險ヲ惹起セシメタルモノナルカ故ニ夫ノ本條第一項前段ノ場合ト同シク純然タル數罪ニ關スル規定ナリト謂ハサル可カラス

若シ夫レ其法文上ノ根據ニ至リテハ本條ハ單ニ「最重刑ヲ以テ處斷ス」ト規定シ

タルニ止マリ夫ノ刑法第五十五條(連續犯)ノ如ク「一罪トシテ處斷ス」トノ文字ナキノミナラス其第二項ノ如キハ二箇以上ノ沒收ハ之ヲ併科スヘキ旨ヲ規定シタルニ依リテ之ヲ觀ルモ其數罪ニ關スル規定ナルコト火ヲ略ルヨリモ明カナリ

### 第三目 複雜數罪ノ處分

刑法第五十四條第一項ニ曰ク「一箇ノ行為ニシテ數箇ノ罪名ニ觸レ(實質的數罪)又ハ犯罪ノ手段若ハ結果タル行為ニシテ他ノ罪名ニ觸レ(牽連的數罪)タルトキハ最重キ刑ヲ以テ處斷ス」ト是レ複雜數罪(即チ實質的數罪並ニ牽連的數罪)ノ處分ニ關スル規定ナリトス今本條ノ規定ノ分析スレハ

一、複雜數罪(即チ實質的數罪若ハ牽連的數罪)ニ對シ

二、最重刑ヲ以テ處斷ス

ト謂フニ歸着ス

最重刑トハ其同種同種ノ刑罰ト雖亦輕重ノ別アルコト前陳ノ如シ(若ハ異種ノ

刑罰中最重ナル刑罰ヲ指稱スルノ觀念ナリトス而シテ刑罰ノ輕重ニ關シテハ刑法第九條第十條等ニ於テ之カ規定ヲ設ケ尙刑法ニ於テ定メラレタル刑罰ト舊刑法又ハ其他ノ法律(即チ刑法施行以前ニ公布施行シタル法律、勅令、布告ニシテ法律ト同一ノ効力ヲ有スルモノ)ニ於テ定メラレタル刑罰トノ輕重ニ關シテハ刑法施行法第二條ニ於テ之カ規定ヲ設ケタリ

複雑數罪ハ純然タル數箇ノ犯罪ナルカ故ニ其一箇若ハ數箇ノ犯罪ニ付確定判決ヲ受ケタル後其他ノ一箇若ハ數箇ノ犯罪發覺シタル場合ニ於テハ該後發ノ犯罪ニ付更ニ採リテ以テ處斷スルコトヲ得ヘキモノナルコト殆ント疑ヲ容ルルノ餘地ナシト信ス然リ而シテ其處斷方法ニ付テハ

一、併合罪ノ處分ニ關スル通則タル刑法第五十條ニ依リ更ニ之ヲ處斷スヘク

二、其刑ノ執行ニ付テハ本條立法ノ精神ニ從ヒ最重刑ノ範圍ヲ超脱スルコトヲ

許ササルモノナリ

ト謂ハント欲ス蓋本條ノ如ク併合罪ノ處分ニ關スル通則ニ對シ特殊ノ處斷方

法ノ設ケアルコトナクンハ其同時ニ發覺シタル場合(即チ其一罪若ハ數罪ニ付刑ノ言渡ヲ受ケタルモノニ非サル場合)ニ於テハ併合罪ノ處分ニ關スル通則タル刑法第四十六條乃至第四十九條、第五十三條等ノ規定ニ從ヒ處斷セサル可カラサルヘク其異時ニ發覺シタル場合(即チ其一罪若ハ數罪ニ付有罪ノ確定裁判ヲ受ケタル場合)ニ於テハ亦併合罪ノ處分ニ關スル通則タル刑法第五十條ニ從ヒ更ニ之ヲ處斷スルト共ニ尙同第五十一條ニ從ヒ其刑ヲ執行セサル可カラス(併合罪ニ付二箇以上ノ裁判アリタルトキハ其刑ヲ併セテ之ヲ執行ス、但死刑ヲ執行ス可キトキハ沒收ヲ除クノ外他ノ刑ヲ執行セズ、無期ノ懲役又ハ禁錮ヲ執行ス可キトキハ罰金、科料及ヒ沒收ヲ除クノ外他ノ刑ヲ執行セズ、有期ノ懲役又ハ禁錮ノ執行ハ其最モ重キ刑ニ付定メタル刑ノ長期ニ其半數ヲ加ヘタルモノ、ニ超ユルコトヲ得ス)ト雖本條ハ特ニ他ノ併合罪ノ場合ニ對比シ全ク別異ノ處斷方法ヲ設ケ複雑數罪(即チ實質的數罪若ハ牽連的數罪)ニ付其同時ニ發覺シタル場合ニ於テハ單ニ其最重刑ヲ以テ處斷スルニ止メタルモノアルカ故ニ此規

定ノ趣旨ニ考ヘ以テ其異時ニ發覺シタル場合ニ推及スルコト洵ニ良ク立法ノ本旨ニ適合シタル解釋ナリト謂ハサル可カラズ若シ夫本條ノ犯罪ニ付處斷セラレタル者其處斷セラレタル犯罪ニ付大赦ヲ受ケタル場合ニ於テハ亦併合罪ノ處分ニ關スル通則タル刑法第五十二條ノ規定ニ從ヒ其他ノ大赦ヲ受ケサル犯罪ニ付更ニ刑ヲ定メサル可カラサルヤ固ヨリ論ヲ埃タス

但シ立法論トシテハ異時發覺ノ場合ニ關スル複雑數罪ノ處分ニ付特ニ明文ヲ設ケ以テ學者實際家ノ紛議ヲ絶タレンコトヲ切望セサルヲ得ス

終リニ複雑數罪ノ處分ニ關シ特ニ攻究ヲ要スル問案アリ何ソヤ他ナシ複雑數罪中一箇若ハ數箇ノ親告罪アル場合ニ於テハ其他ノ非親告罪(告訴ヲ要セサル犯罪)ニ付檢事ハ公訴ヲ提起シ之カ審理ヲ求ムルコトヲ得ルヤ否ヤ即チ是レ也

本問案ニ對シテハ學說判例一ニ歸セス

一、甲說ニ依レハ親告罪ナルト將タ非親告罪ナルトヲ問ハス全部ニ付之カ公訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノナリト論シ(小崎學士ハ此說ヲ採ル)

二、乙說ニ依レハ親告罪ナルト將タ非親告罪ナルトヲ問ハス全部ニ付之カ公訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノナリト論シ(法曹會ノ決議ハ此說ヲ採ル)

三、丙說ニ依レハ非親告罪ニ限り之カ公訴ヲ提起シ得ルモ親告罪ニ付テハ他日告訴アリタル場合ニ於テモ公訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノナリト論シ(グラーゼル<sup>ラールス</sup>ハウゼン<sup>等</sup>ハ此說ヲ採ル)

四、丁說ニ依レハ非親告罪ニ限り直ニ公訴ヲ提起シ得ルモ親告罪ニ付テハ他日告訴アルニ非サレハ更ニ公訴ヲ提起シ得ヘカラスト論ス(中川博士、富田學士等此說ヲ採ル)

思フニ複雑數罪ニ付一罪說ヲ採ルトキハ苟モ複雑數罪ヲ組成スヘキ一箇若ハ數箇ノ罪名ニ觸レタル行爲中告訴ヲ要スヘキモノアルニ於テハ即チ複雑數罪テフ一罪ニ付告訴アルニ非サレハ公訴ヲ提起スルコトヲ得サルノ論結ニ歸着スヘク若シ反對ノ論結ニ從ハ、親告罪ニ付告訴ナクシテ公訴ヲ提起シ得ヘシトナス奇異ナル現象ヲ呈スルモノアルニ至ラン是レ一罪說論者ノ第二說ヲ把

持スル所以ナリトス然ルニ一罪説論者ニシテ或ハ第一説ヲ唱道スルモノアリト雖如此ハ親告罪ノ觀念ヲ全然無視シタルノ欠点ヲ有シ或ハ第三説ヲ主張スルモノアリト雖如此ハ其前半ニ付數罪説ヲ加ヘ其後半ニ付一罪説ヲ交ヘントスルモノナルカ故ニ何レモ正當ナル學説ニ非ス若シ夫レ一罪説論者ニシテ第四説ヲ唱フルモノアルニ至リテハ余輩ハ論者ノ大々の妄斷ニ喫驚セサルヲ得ス何者前示第四説ノ如キハ余輩ノ如ク複雜數罪ニ付純然タル數罪説ヲ採ル者ニシテ初メテ之ヲ把持スヘク其一罪説論者ノ到底企及ス可キ所ニ非サレハ也蓋複雜數罪ニ付數罪説ヲ採ルトキハ其複雜數罪相互ノ關係ハ恰モ夫ノ單純數罪相互ノ關係ニ異ナラサルモノナルカ故ニ苟モ其一箇若ハ數箇ニシテ告訴ヲ要スヘキ罪アルトキハ縱令同時ニ發覺シタル場合ニ於テモ採リテ以テ直ニ訴追スルコトヲ得サルト同時ニ後日ニ至リ其告訴アリタルトキハ更ニ採リテ以テ訴追スルコトヲ得ヘキモノナルヤ殆ント疑ヲ容ル、ノ餘地ナシ

尙本問案ニ關聯シ實質的數罪ノ異時處分ト一事不再理ノ原則トノ關係如何ヲ

討究スルノ必要アリトス而シテ學者或ハ實質的數罪ニ付數罪説ヲ採ルモノアルニ不拘行爲單一ナリトノ理由ニ基ツキ一事不再理ノ原則行ハル、モノナリト主張スルモノアリト雖採ルニ足ラス蓋一事不再理ノ原則タルヤ

同○一○犯○人○ニ○對○ス○ル○同○一○ノ○犯○罪○所○爲○ニ○付○再○ヒ○起○訴○シ○審○理○ス○ル○コ○ト○ヲ○得○ス

トノ法則ニ外ナラサルカ故ニ縱令同一ノ犯人ト雖其犯罪所爲(犯罪所爲トハ)一箇ノ詳細ニシテ一罪毎ニ一箇ノ犯罪所爲アリト謂ハサル可カラス例之一刀ヲ以テ二人ヲ斬殺シタル場合ニ於テハ人毎ニ一箇ノ殺人所爲アルカ如シヲ異ニスルモノアルニ於テハ其異リタル犯罪所爲ニ付更ニ起訴シ審理スルモ決シテ此レト相抵觸スルモノニ非サレハ也(同説)ビンデング(異説)富田學士「フランク」等

第三項 數罪ノ處分

數罪中複雜數罪(即チ實質的數罪並ニ牽連的數罪)ノ處分ニ付テハ既ニ第二項第三目ニ於テ略述シタルカ故ニ本項ニ於テハ單ニ併合罪(狹義)即チ單純數罪並ニ累犯ノ處分ニ付各目ヲ別チテ聊カ論述スル所アラント欲ス

第一目 併合罪ノ處分

併合罪トハ確定裁判ヲ經サル單純數罪相互間ノ關係ヲ謂フ我刑法ハ其第四十五條乃至第五十三條等ニ於テ之カ處斷方法ヲ設ケタリ然リ而シテ併合罪ノ處分ニ付テハ從來三箇ノ學說アリ曰ク吸收主義曰ク併加主義曰ク吸收加重主義(一ニ折衷主義)即チ是レ也

一、吸收主義

此主義ニ於テハ重キ犯罪ハ輕キ犯罪ヲ吸收スルモノナリトノ理由ニ基ツキ其數箇ノ犯罪中一ノ重キ刑ヲ以テ之ヲ處斷スハシトナスモノナルカ故ニ便ハ則チ便ナリト雖若シ此主義ヲ採用セハ既ニ其重キ刑ニ相當スル一罪ヲ犯シタル者ヲシテ更ニ其輕キ刑ニ相當スル他ノ一箇若ハ數箇ノ罪ヲ犯サシムルニ至ルノ虞アリ而シテ我刑法ハ其第四十六條第一項本文同條第二項本文等ニ於テ此主義ヲ採用セリ但複雜數罪(即チ實質的數罪若ハ牽連的數罪)ニ付此主義ヲ採用シタルモノナルコトハ既ニ第二項第二目ニ於テ記述シタル所

ノ如シ

二、併科主義

此主義ニ於テハ荷モ數箇ノ犯罪アルトキハ其一箇毎ニ其刑ヲ科セントスルモノナルカ故ニ茲ニ罪アレハ茲ニ則チ其刑アリ(一罪一刑)トノ原則ニ從ヒ理論上極メテ正當ナルカ如シト雖其數箇ノ犯罪中死刑又ハ無期刑(無期ノ懲役若ハ禁錮刑)ニ該當スルモノアル場合ノ如キハ實際上更ニ他ノ刑ヲ執行スルコト能ハサルノ欠点アリ(刑事訴訟法第三百十七條第二項參照)

而シテ我刑法ハ其第四十六條第一項但書同條第二項但書第四十八條第一項本文第四十九條第二項第五十三條第一項本文同條第二項第五十四條第二項等ニ於テ此主義ヲ採用シタリ

三、吸收加重主義(一ニ折衷主義)

此主義ニ於テハ數箇ノ犯罪中其最モ重キ罪ニ付定メタル刑ヲ選擇シ且之ヲ加重處斷スルニ止メントスルモノナルカ故ニ夫ノ一罪一刑ノ原則ニ相背反

スルコト勿論ナリト雖我刑法ハ其第四十七條第四十八條第三項等ニ於テ此主義ヲ採用シタリ

今我刑法ノ規定ニ付分析説述スルコト左ノ如シ

- 一、併合罪中其一罪ニ付死刑ニ處スヘキトキハ他ノ刑ヲ科セズ但沒收ハ此限ニ非ス(刑法第四十六條第一項參照)
- 二、併合罪中其一罪ニ付無期ノ懲役又ハ禁錮ニ處スヘキトキハ他ノ刑ヲ科セズ但罰金、科料及ヒ沒收ハ此限ニ非ス(同第四十六條第二項參照)
- 三、併合併罪ニ付二箇以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮ニ處スヘキ罪アルトキハ其最モ重キ罪ニ付定メタル刑ノ長期ニ其半數ヲ加ヘタルモノヲ以テ長期トシ之ヲ處斷ス但各罪ニ付定メタル刑ノ長期ヲ合算シタルモノニ超ユルコトヲ得ス(同第四十七條參照)

本條ノ適用ニ關シ一ノ制限アリ即チ刑法第十四條ニ依レハ有期ノ懲役又ハ禁錮ヲ加重スヘキ場合ニ於テハ二十年ニ至ルコトヲ得ト規定シタルカ故ニ

如何ナル場合ニ於テモ其長期二十年ヲ超過スルコトヲ得サルモノトス(例之有期懲役若ハ禁錮ノ刑ヲ加重スルトキハ其長期二十二年六月ニ至ルヲ得ト雖同條ノ規定ニ依リ二十年ニ減縮セラレサル可カラサルナリ)但我刑法カ本條ニ於テ吸收加重主義ヲ採用シタルモノアルニ不拘其長期ヲ制限シ僅ニ二十年ヲ超過スルコトヲ許サ、ルカ如キハ立法上異論ノ餘地ナキヲ得サルナリ

四、罰金ト他ノ刑トハ之ヲ併科ス但一罪ニ付死刑ニ處ス可キトキハ此限ニ非ス(同第四十八條第一項參照)

五、二箇以上ノ罰金ハ各罪ニ付定メタル罰金ノ合算額以下ニ於テ處斷ス(同第四十八條第二項參照)

六、拘留ト他ノ刑トハ之ヲ併科ス但一罪ニ付死刑、無期ノ懲役又ハ禁錮等ニ處スヘキトキハ此限ニ非ス(同第五十三條第一項參照)

七、二箇以上ノ拘留ハ之ヲ併科ス(同第五十三條第二項參照)



八、科料ト他ノ刑トハ之ヲ併科ス但一罪ニ付死刑ニ處スヘキトキハ此限ニ非ス  
(同第五十三條第一項參照)

九、二箇以上ノ科料ハ之ヲ併科ス(同第五十三條第二項參照)

一〇、併合罪中重キ罪ニ沒收ナシト雖他ノ罪ニ沒收アルトキハ之ヲ附加スルコトヲ得(同第四十九條第一項參照)

一一、二箇以上ノ沒收ハ之ヲ併科ス(同第四十九條第二項參照)

一二、併合罪中既ニ裁判ヲ經タル罪ト未タ裁判ヲ經サル罪トアルトキハ更ニ裁判ヲ經サル罪ニ付處斷ス(同第五十條參照)

從テ執行スヘキ二箇以上ノ刑ヲ生スルニ至ルヘキカ故ニ刑法第五十一條ハ之ヲ執行ニ關シ細密ナル規定ヲ設ケタリ今同條ヲ分解スレハ左ノ如シ

二箇以上ノ裁判アリタルトキハ其刑ヲ併セテ之ヲ執行スルヲ以テ原則トシ  
第一例外 二箇以上ノ裁判中死刑ヲ執行スヘキモノアルトキハ沒收ヲ除ク

外他ノ刑ヲ執行セス

第二例外 二箇以上ノ裁判中無期ノ懲役又ハ禁錮ヲ執行スヘキトキハ罰金

科料、沒收ヲ除クノ外他ノ刑ヲ執行セス

第三例外 有期ノ懲役又ハ禁錮ノ執行ハ其最モ重キ罪ニ付定メタル刑ノ長期ニ其半數ヲ加ヘタルモノニ超ユルコトヲ得ス

但有期ノ懲役又ハ禁錮ノ執行ニ關シ其同時ニ裁判アリタル場合ノ規定タル刑法第四十七條但書ノ如キ規定ヲ設ケサルモノアルハ立法上批難ノ餘地ナキニ非スト雖余ハ其同時發覺ノ場合ニ關スル立法ノ本旨ヲ推及シ其異時發覺ノ場合ニ於テモ亦各罪ニ付定メタル刑ノ長期ヲ超ユルコトヲ許サ、ルモノナリト斷セント欲ス然レ共同時發覺ノ場合ノ如ク單ニ一箇ノ刑アルニ過キサルモノニ非サルカ故ニ刑法第十四條前段ノ如キ制限ヲ受クルコトナキヤ勿論ナリトス

一三、併合罪ニ付處斷セラレタル者或罪ニ付大赦ヲ受ケタル場合ニ於テハ特大赦ヲ受ケサル罪ニ付其刑ヲ定ム(同第五十二條參照)

蓋大赦ハ特定ノ犯罪ニ對スル訴追若ハ裁判ヲ廢滅セシメ因リテ以テ之ニ對スル刑法上ノ効果ヲ全然消滅セシムルモノナルカ故ニ若シ其罪ニ對スル公訴ノ提起以前ニ於テ大赦ノ行ハレタル場合ニ於テハ檢事ハ採リテ以テ公訴ヲ提起スルコトヲ得サルヘク若シ其罪ニ對スル公訴ノ提起以後ニ於テ大赦ノ行ハレタル場合ニ於テハ裁判所ハ採リテ以テ之ヲ審理スルコトヲ得サルヘシト雖是レ單ニ大赦ノ行ハレタル犯罪ニ對スル効果ニ過キサルモノナルカ故ニ其大赦ノ行ハレサル犯罪ニ付テハ更ニ處斷セサル可カラサルハ當然自明ノ法理ナリト雖本條ハ特ニ之カ注意的規定ヲ設ケ以テ疑團ヲ挾ムノ餘地ナカラシメタリ(例之甲、乙、丙ノ三罪ニ付併合罪トシテ處斷セラレタル者若シ甲罪ニ付大赦ヲ受ケタル場合ニ於テハ更ニ乙、丙ノ二罪ニ付併合罪トシテ處斷セサル可カラサルヘク若シ甲、乙二罪ニ付大赦ヲ受ケタル場合ニ於テハ更ニ丙ノ一罪ニ付非併合罪トシテ獨立的ニ之ヲ處斷セサル可カラサルモノナリトス

一四 併合罪ト複雑數罪トノ競合シタル場合ニ於テハ先ツ複雑數罪ニ付一ノ適用ヲ刑ヲ定メ該適用刑ト他ノ一罪若ハ數罪トニ付刑法第四十六條以下ノ規定ヲ適用シ處斷ス可キモノトス

一五 併合罪ト累犯トノ競合シタル場合ニ於テハ如何ニ處斷スヘキモノナリヤニ付テハ場合ヲ別チテ之ヲ考察セサル可カラス

(イ) 併合罪中ニ於ケル一箇若ハ數箇ノ犯罪カ死刑又ハ無期ノ懲役若ハ禁錮ニ處スヘキ場合ニ於テハ併合罪ノ處分ニ關スル前示第一又ハ第二ノ原則ニ從ヒ處斷スヘク累犯ノ適用ヲ受クルコトナキモノトス

(ロ) 併合罪中ニ於ケル一箇若ハ數箇ノ犯罪カ有期ノ懲役ニ處スヘキモノアル場合ニ於テハ刑法第七十二條ノ規定ニ從ヒ先ツ累犯ノ罪ニ付同第十四條ノ制限範圍ニ於テ法定刑ノ長期二倍刑法第五十七條第五十九條參照ヲ以テ其刑ノ長期トナシ(若シ法律上ノ減輕原因アル場合ニ於テハ之ヲ施シ)更ニ併合罪ノ處分ニ關スル前示第三以下ノ原則ニ從ヒ處斷スヘキモノトス

### 第二目 累犯ノ處分

累犯トハ之ヲ廣義ニ解スレハ同一ノ犯人カ單獨ニ若ハ共同シテ二箇以上ノ罪ヲ犯シタル場合ヲ包括總稱スルノ概念ナリト雖茲ニ所謂累犯トハ夫ノ所謂併合罪(廣義ノ併合罪ヲ指稱シ單純數罪ト複雜數罪トノ二ヲ包含ス)ヲ除外シタルモノ即チ狹義ノ累犯ヲ指稱スルニ過キサレモノトス即チ

累犯トハ同一ノ人カ單獨ニ若ハ共同シハ或一箇若ハ數箇ノ罪ヲ犯シ其裁判確定後單獨ニ若ハ共同シテ更ニ一箇若ハ數箇ノ罪ヲ犯シタル場合ヲ謂フ。

如何ナル範圍内ニ於テ累犯關係ノ存在ヲ認ムヘキモノ也ヤノ問案ハ實ニ刑事政策上ノ一大問案タルヲ失ハス思フニ累犯者ハ確定裁判ノ威力ヲ無視シ刑罰ノ峻嚴ヲ忘却スルモノナルカ故ニ須ラク重刑ニ處スヘキコトヲ要スルヤ勿論也ト雖其前後ノ犯罪ノ双方若ハ一方カ消極的犯罪意思即チ過失ニ出テタル場合ノ如キハ宜シク之ヲ累犯ノ概念ヨリ除外セサル可カラサルト同時ニ其前後ノ犯罪ニ付或ハ其種類ヲ限定シ或ハ其刑罰ノ種類若ハ輕重ニ基ツキ之カ區別

ヲ設クルカ如キハ斷シテ採ル可カラサルノ惡策タリ然ルニ我刑法ハ其第五十六條ニ於テ其前後ノ犯罪ニ付犯罪意思ノ如何ヲ區別セサル而已ナラス其前犯若ハ後犯カ特定ノ刑ニ處シ若ハ處スヘキモノナルコトヲ要スル旨規定シタルカ如キ余ハ絶對ニ其非ヲ鳴ラササルヲ得ス蓋其犯罪意思ヲ區別セザルハ廣キニ失シ其刑ノ種類ヲ限定シタルハ狹キニ失スルモノアレハナリ

但其前犯若ハ後犯ニシテ軍律ニ依リ處斷セラレタル場合ノ如キハ全ク累犯ノ適用ナキモノナルコトヲ注意スヘシ(舊刑法第九十六條參照)

今我刑法ノ規定ニ依リ累犯ノ成立スヘキ場合ヲ舉示スレハ左ノ如シ

一、懲役ニ處セラレタル者又ハ懲役ニ該ル罪ト同質ノ罪ニ依リ死刑ニ處セラレタルモ減刑ニ因リ懲役ニ減輕セラレタル者其執行ヲ了リタル日ヨリ五箇年以内ニ於テ再ヒ罪ヲ犯シ有期懲役ニ處スヘキモノナルトキ(刑法第五十六條

#### 第一項第二項)

二、懲役ニ處セラレタル者又ハ懲役ニ該ル罪ト同質ノ罪ニ依リ死刑ニ處セラレ

タル者若ハ懲役ニ該ル罪ト同質ノ罪ニ依リ死刑ニ處セラレタルモ減刑ニ因リ懲役ニ減輕セラレタル者其執行ノ免除アリタル日ヨリ五箇年以内ニ於テ再ヒ罪ヲ犯シ有期懲役刑ニ處スヘキモノナルトキ(同上)

三、併合罪ニ付處斷セラレタル者其併合罪中懲役ニ處スヘキ罪アリタルトキハ其最重刑即チ宣告刑カ懲役刑ニアラザリシ場合ニ於テモ尙其宣告刑ノ執行終了後五箇年以内ニ再ヒ罪ヲ犯シ有期懲役刑ニ處スヘキモノナルトキ(同第三項)

累犯ハ如何ニ處分スヘキモノナリヤニ付テハ學說立例法必スシモ一ナラス我舊刑法ニ於テハ僅ニ一等ヲ加重處斷スルニ止メタリキト雖我刑法ハ斷乎其第五十七條第五十九條ニ於テ法定刑ノ長期二倍以下ノ範圍ニ於テ處斷スヘキモノトセリ(刑法第十四條ノ制限範圍ニ從ハサル可カラサルハ勿論也)

累犯ハ其再犯タルト將タ三犯以上タルトヲ問ハスト雖其裁判當時ニ於テ累犯者タルヲ覺知セサルカ爲メ單ニ初犯者トシテ處斷シタル場合ニ於テ其裁判

後累犯者タルコト發覺シタル場合ニ於テハ如何ニ處分スヘキモノナリヤ蓋純理上ヨリ之ヲ立論スレハ常ニ累犯ノ規定ヲ適用シ更ニ加重處斷セサル可カラスト雖我刑法ハ其後發罪ニ對スル刑ノ執行ヲ終了シ若ハ免除アリタル後發覺シタル場合ト然ラサル場合トノ二者ニ區別シ其前者ノ場合ニ於テハ累犯規定適用ヲ除外シ單ニ後者ノ場合ニ限り之カ適用ヲ認ムルモノアルニ過キス(刑法第五十八條(第一項第二項))

裁判確定後累犯者タルコトヲ發覺シタル場合(若ハ併合罪ニ付處斷セラレタル者或罪ニ付大赦ヲ受ケタル場合ニ於テ特ニ大赦ヲ受ケサル罪ニ付刑ヲ定ムヘキ場合)ニ關スル手續ニ付テハ刑法施行法第五十三條ニ於テ之カ規定ヲ設ケタリ即チ其最終ノ判決ヲ爲シタル裁判所ニ於テハ檢事ノ請求スル所ニ依リ更ニ加重スヘキ刑ヲ定メサル可カラサルモノトス而シテ加重刑ノ裁判ハ決定ノ形式ヲ以テシ必スシモ口頭審理ニ依ルヲ要セス單ニ書面審理ノ方法ニ依リ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ

加重刑ノ宣告ハ單ニ加重スヘキ刑ノ宣告ニ止ムヘキモノナリヤ將タ曩ニ宣告シタル刑ヲ消滅セシメ更ニ全部ノ刑ヲ宣告スヘキモノナリヤ本問案ニ對シテハ學說歸一セスト雖苟モ國家ノ意思表示タル裁判ニシテ一度確定シタルモノアル以上ハ之カ取消ニ關スル新ナル意思表示アリタル場合(例之再審等ニ因リ確定裁判ヲ廢棄スル場合ノ如シ)若ハ其目的事物ノ消滅アリタル場合(例之犯人ノ死亡シタル場合ノ如シ)ニ非サレハ消滅ニ歸スヘキモノニ非サルカ故ニ其裁判確定後宣告セラレタル決定ニ依リ其確定裁判ヲ消滅セシムルモノナリト論スルカ如キハ甚タシキ背理ニ屬スルモノナルハ勿論決定ナル形式ヲ有スルニ過キサレ裁判ニ對シ判決ナル形式ヲ有スル裁判ヲ消滅セシムルノ効力アリトナスカ如キハ斷シテ正當ナル解釋ナリト謂フヲ得ス從テ加重刑ノ裁判ハ單ニ加重スヘキ刑ノ宣告ニ止マルヘキヲ以テ其前後ノ二刑ハ何レモ共ニ執行ノ目的物ナリト謂ハサル可カラス(司法省民刑局長問答ハ反對ナリ)

ハ前ニ懲役刑ニ處セラレタル者其執行ヲ終了シ若ハ其執行ノ免除ヲ受ケタル日ヨリ五箇年以内ニ於テ更ニ罪ヲ犯シ有期懲役刑ニ處セラルヘキモノナルコトヲ要スルハ固ヨリ明カナリト雖夫ノ三犯以上ノ場合ニ於テモ亦前ニ執行ヲ終了シ若ハ免除ヲ受ケタル日ヨリ起算シ五箇年以内ニ數箇ノ罪ヲ犯シタルモノナルコトヲ要スルヤ將タ現ニ行ハレタル犯罪ノ日時以前五箇年以内ニ於テ其執行ヲ終了シ若ハ免除アリタル一箇若ハ數箇ノ犯罪カ尙前ニ行ハレタル一箇若ハ數箇ノ犯罪ノ執行終了若ハ免除ノ日ヨリ五箇年以内ニ犯サレタルモノナル以上ハ之ヲ三犯以上トシテ處斷スルヲ得ヘキモノナリヤニ在リ蓋累犯制度ノ精神ニ考ヘ刑法第五十六條ノ規定ヲ解スルトキハ苟モ各犯罪ノ間隔カ五ケ年以内ナルニ於テハ均シク累犯者トシテ處斷セサル可カラサルモノナリト斷セサル可カラス(同說法曹會決議、異說大審院判旨)

### 第三節 單獨犯、共犯

犯罪ノ第三形式ハ單獨犯、共犯ノ區別ナリトス乞フ以下欸ヲ別チテ之ヲ論述セ

ントス

### 第一款 單獨犯

單獨犯(狹義)トハ一人單獨ノ行爲ニ因リ犯罪的行爲ヲ實行シタルモノヲ謂フ今之ヲ分析說述スルコト左ノ如シ

一、一人單獨ノ行爲ニ出テタルモノナルコトヲ要ス

單獨犯ハ一人單獨ノ行爲ニ出テタルモノナルコトヲ要スルカ故ニ夫ノ數人共同ノ行爲ニ出テタル場合ノ如キハ之ヲ單獨犯ト稱スルコトヲ得ス(如此場合ハ純然タル共犯……狹義……ナリトス)

單獨犯ハ一人單獨ノ行爲ニ出テタルモノナルコトヲ要スト雖必スシモ犯人自己ノ行爲ノミニニ因リテ犯罪構成要素ヲ成就セシメタルモノナルコトヲ要セス其犯人自己ノ行爲ト相俟テテ自然力ヲ利用スル場合ト雖亦單獨犯ト稱スルコトヲ妨ケサルモノトス(意思ナキ幼者若ハ心神喪失者ノ動作ノ如キハ夫ノ自然力ト毫末モ擇ム所ナキ者ナルカ故ニ共犯ノ觀念ヨリ全然之ヲ排除

セサル可カラス是レ後述ス可キ余ノ所謂間接正犯ナリ)

二、犯罪的行爲ヲ實行シタルモノナルコトヲ要ス

犯罪的行爲ノ實行トハ總般ノ犯罪的行爲ヲ包括指稱スルノ觀念ナルカ故ニ單純ナル犯意ノ表白ナルト犯罪實行ノ爲メニスル準備的行爲即チ豫備的行爲ナルト犯罪實行ヲ爲ナルトヲ區別セス  
但陰謀ハ二箇以上ノ人ノ間ニ於テ或犯罪的行爲若ハ非犯罪的行爲ノ實行ニ關スル意思ノ合致ニ外ナラサルカ故ニ所謂共犯(狹義)ノ一形式タル必要の共犯ノ範圍ニ屬シ茲ニ所謂單獨犯トシテ論議スヘモノニ非サルコトヲ注意スヘシ

### 第二一 款 共 犯

#### 第一項 共犯ノ觀念

共犯(狹義)トハ數人共同ノ行爲ニ因リ各其罪ヲ犯シタルモノヲ謂ヒ之ヲ別テテ

任意的共犯及ヒ必要的共犯ノ二種トナスコトヲ得

一、任意的共犯トハ一人單獨ノ行為ニ因リ實行スルコト可能の犯罪ノ成立ニ對シ數人ノ共同實行シタルモノヲ謂フ(例之殺人罪、竊盜罪其他諸種ノ犯罪ハ概ネ此レニ屬ス)

二、必要的共犯トハ數人ノ共同實行アルニ非サレハ犯スヲ得サル犯罪ヲ謂フ(例之姦通罪、賭博罪、陰謀罪……陰謀ヲ以テ全然獨立ノ一罪トシ若ハ行為ノ一階段トシテ處罰スルモノ……ノ如シ)

蓋共犯ノ觀念テフ題目ハ其意義極メテ廣キカ故ニ其任意的共犯ニ屬スルト將タ必要的共犯ニ屬スルトヲ問ハス總テ之カ研究ノ對象トナスコトヲ得サルニ非ス然レ共必要的共犯ノ研究ハ寧ロ刑法各論ノ範域ニ屬スヘキモノナルヲ以テ若シ茲ニ之ヲ論述センカ必スヤ刑法各論ノ論述ト重複スルコトアルヘキカ故ニ今ハ之カ説明ヲ省略シ單ニ任意的共犯ニ關スル理論ヲ攻究スルニ止メント欲ス

第一、共犯(任意的共犯)ヲ指稱ス以下總テ之ニ做フ(成立ノ主觀的要件トシテ共同行為者間ニ於テ意思ノ連絡アルコトヲ要ス

茲ニ所謂意思ノ連絡トハ之ヲ廣義ニ解セサル可カラサルモノニシテ即チ

一、共同行為者相互間ニ於テ明示的若ハ默示的ニ意思ノ合致アリタル場合

二、共同行為者中ノ數員若ハ全員ニ於テ各自以外ノ人ノ行為ヲ認識シタル場合

三、共同行為者中ノ一員ニ於テ他ノ共同行為者各員ノ行為ヲ認識シタル場合ノ三場合ヲ共ニ包括セシムルコトヲ得故ニ之ヲ別言スレハ

一、方の共同行爲ノ認識……一方的認識……ハ實ニ共犯者間ニ於ケル意思連絡ノ最小限度ヲ示セルモノナリト謂ハサル可カラス

蓋共犯(狹義)ノ根本的理論トシテ夫ノ「クラシック」理論ノ如ク犯罪共同説

ヲ採ルトキハ共犯トハ即チ數人ノ共同加巧ニ因リ同一ナル犯罪の行爲ノ實行ヲ指稱スルノ觀念ナルカ故ニ共犯者各員間ニ於テ……否少クトモ共同正犯者各員間ニ於テ……明示的若ハ默示的ニ意思ノ合致(双方的認識)之アルコトヲ要スルハ勿論ナリト雖共犯ノ觀念ヲ以テ爾ク同一ナル犯罪ノ實行ニノミ限局スルハ甚タ狭キニ失スルモノナルカ故ニ余ハ共犯ノ根本的理論トシテ行爲共同說ヲ採リ共犯トハ即チ行爲ノ共同者間ニ於テ各自ニ別箇ノ犯罪ヲ實行スルモノナリト解スルモノナルヲ以テ荷モ行爲共同ノ事實アリ且其ノ共同行爲者中ノ一員ニ於テ他ノ共同行爲者各員ノ行爲ヲ認識(一方的認識)シタルモノアル以上ハ宜シク之ヲ共犯トシテ問擬スヘク敢テ双方的認識アルニ非サレハ意思ノ連絡アラサルモノト解スヘキモノニ非ストナスモノナリ

如上ノ法理ハ故意犯ナルト將タ過失犯ナルトヲ問ハス共ニ之ヲ應用スルコトヲ得ヘシ然レ共共犯ノ成立ニハ意思連絡ノ最小限度トシテ一方

的認識アルコトヲ要スルモノナルカ故ニ少クトモ共同行爲者中ノ一員カ主觀的方面ニ於テ故意即チ犯罪構成事實ノ認識若ハ豫見ヲ有スルモノアルニ非サレハ縱令客觀的方面ニ於テ行爲共同ノ事實アリトスルモ未タ以テ共犯ノ成立ヲ是認スルコトヲ得サルモノトス(共犯者ノ各員ニ對シ執レモ過失犯成立スヘキ場合ナシ)

蓋過失犯ニ共犯アリヤ否ヤノ問案ハ從來學者實際家ノ間ニ論議ノ絶ヘサル所ニシテ共犯ニ關スル理論中極メテ至難ノ問案ニ屬ス然リ而シテ犯罪共同說ヲ採ル者ハ概ネ全然之ヲ否認シ行爲共同說ヲ採ル者ハ概ネ全然之ヲ是認シ敢テ或ハ怪シム所ナキカ如シ然レ共余ヲ以テ之ヲ觀レハ本問案ニ對シテハ其犯罪共同說ヲ採ルモノナルト將タ行爲共同說ヲ採ルモノナルトニ因リ其下ス所ノ斷案ヲ異ニスヘキ理由アルヲ知ラス何者犯罪共同說ヲ採ル者ハ其共同行爲者間ニ於テ双方的認識アルヲ要求スルモノナルカ故ニ過失犯ノ共犯ハ之ヲ否認セサル可カラサルヘ



ク行爲共同説ヲ採ル者ハ共同行爲者間ノ一員若ハ數員ニ於テ一方的認識アルコトヲ要求スルモノナル而已ナラス本ト行爲ノ共同ヲ以テ其主眼トナシ犯罪共同ノ觀念ノ如キハ全然之ヲ排斥シ單ニ行爲ノ共同ニ因リ行爲者各自ニ別箇ノ犯罪成立スルモノナリト斷スルモノ(即チ數罪ノ成立ヲ認ムルモノ)ナルカ故ニ其故意犯ナルト將タ過失犯ナルトヲ問ハス單一ナル犯罪ニ對スル共犯ノ成立ノ如キハ絶對ニ之ヲ否認セサル可カラサルモノナレハナリ

若シ夫レ假リニ本問案ノ場合ヲ以テ其共同行爲者間ノ一員ニ對シ過失犯ノ成立スヘキ場合ニ於テモ亦共犯ノ成立ヲ是認スルヲ得ルヤ否ヤニアリト解センカ行爲共同説ヲ採ル者ハ其共同行爲者間ノ一員ニ於テ一方的認識ヲ有スルモノアリトノ理由ニ因リ宜シク之ヲ肯定論斷スヘク其共同行爲者間ノ全員ニ對シ過失犯ノ成立スヘキ場合ニ於テモ亦共犯ノ成立ヲ是認スルヲ得ルヤ否ヤニアリト解センカ行爲共同説ヲ採ル者

ハ其共同行爲者間ノ一員ニ於テ一方的認識ヲ有スルコトナシトノ理由ニ基ツキ宜シク之ヲ否定論斷セサル可カラサルコト固ヨリ言フ俟タサルヘキナリ

尙前示ノ問案ニ關聯シ攻究ノ要アルハ各種ノ特別刑法中其成立上ニ於テ犯罪意思ノ有無ヲ問ハサルモノニアリテモ亦共犯ノ成立ヲ認ムヘキモノナリヤ否ヤニ在リ蓋此種ノ犯罪ニアリテハ犯非行爲ノ主体ト受刑主体トノ異別ヲ認ムルモノナルカ故ニ二者相互間ニ於テハ共犯ノ觀念ハ之ヲ認ムルコトヲ得スト雖苟モ其犯罪行爲主体ト共ニ行爲ノ共同的實行ヲ爲シタル者ハ犯罪行爲ノ主体ニ於テ犯罪意思ヲ有スルモノナルト否トヲ別タス之カ共犯トシテ問擬セサル可カラサルヤ共犯ニ關スル根本的理論ニ徴シ固ヨリ明カナリト謂ハサル可カラス

共犯ノ成立ニハ意思ノ連絡アルヲ以テ其主觀的要件トナスモノナルカ故ニ夫ノ同時犯トハ嚴ニ之ヲ區別スルヲ要ス蓋同時犯トハ意思連絡ナ

キ數人ノ行爲カ偶々相共同シ因リテ以テ一定ノ法益侵害ノ結果若ハ危險ヲ惹起セシメタルモノナレハナリ  
 尙終リニ特ニ注意ヲ要スヘキ事項アリ何ソヤ他ナシ共犯成立ノ主觀的要件タル一方の認識ハ例外ナキ原則ナラサルコト即チ是レ也蓋後ニモ述フルカ如ク正犯タルト、教唆犯タルト、從犯タルト、準共同正犯タルトヲ別タス單ニ同一的行爲ノ共同的若ハ牽連的實行ニ止マラス分担的ニ異別的行爲ヲ實行スルコトナキニ非ス如此特殊ノ場合ニ於テハ通常ノ場合ト異リ双方の認識アルニ非サレハ未タ以テ行爲ノ共同的實行アリトナスコトヲ得サルカ故ニ例外トシテ双方の認識アルコトヲ要スルモノナリト謂ハサル可カラス

## 第二、共犯成立ノ客觀的要件トシテ行爲ノ共同的實行アルコトヲ要ス

行爲ノ共同的實行トハ共同的若ハ牽連的ニ同一的行爲ヲ實行シ又ハ分担ニ異別的行爲ヲ實行スルヲ謂ヒ其行爲ノ何タルヲ問ハス豫備的行爲

ナルト實行の行爲ナルトヲ論セス苟モ法令ニ於テ罰スヘキ行爲ノ共同的實行ヲ總括指稱スルノ觀念ナリトス(但陰謀ハ任意的共犯論ノ範圍外ニ屬スヘキモノナルコト既述ノ如シ)從テ行爲ノ共同的實行アリトナスニハ左ノ各號ノ一ニ該當スヘキ場合ナラサル可カラス

一、共同的若ハ牽連的ニ同一的行爲ヲ實行シタルモノナルコト

同一的行爲ノ共同的實行トハ單一ナル犯罪ヲ組成スヘキ行爲ノ共同的實行(例之數人カ共同シテ殺人行爲ヲ教唆シ、實行シ、幫助シタル場合ノ如シ)ヲ指稱シ同一的行爲ノ牽連的實行トハ單一ナル犯罪ヲ組成スヘキ行爲ノ牽連的實行(例之責任無能力者若ハ犯罪意思ヲ有セサル責任能力者ヲ利用シテ殺人行爲ヲ實行セシメタル場合又ハ人ヲ教唆シ若ハ幫助シテ殺人行爲ヲ實行セシメタル場合ノ如シ)ヲ指稱ス

二、分担的ニ異別的行爲ヲ實行シタルモノナルコト

異別的行爲ノ分担的實行トハ各別ニ單一ナル犯罪ヲ組成スヘキ數箇

ノ行爲ヲ分担的ニ實行シタル場合(例之甲、乙ノ二人アリ丙、丁、戊、己ノ四人ヲ殺害センコトヲ謀リ甲ハ丙、丁ノ二人ヲ斬殺シ乙ハ戊、己ノ二人ヲ毒殺シタル場合又ハ各其斬殺ノ爲メニスル兇器若ハ毒藥ヲ購入シタル場合ノ如シ)ヲ指稱ス

但茲ニ注意ヲ要スヘキ事項アリ何ソヤ他ナシ行爲ノ共同的實行アリトナスニハ共犯者カ少クトモ意思能力ヲ有スルモノナラサル可カラサルコト即チ是レ也蓋意思ナキ幼者若ハ心神喪失者ノ行爲ノ如キハ恰モ夫ノ自然力ト毫末モ擇ム所ナキモノナルカ故ニ共犯ノ觀念ハ全ク之ヲ認ムルノ餘地ナケレハナリ

犯人ノ身分(身分トハ犯人身上ノ地位、資格等ヲ總稱ス)ヲ以テ犯罪ノ特別的構成要件タル事實トナスコト既ニ第二章第三節第三款第一項ニ於テ論述シタル所ノ如シ然リ而シテ如上ノ犯罪ニアリテハ犯人ノ身分ハ即チ犯罪成立ノ要件ナルカ故ニ身分ヲ有セサル者ノ如キハ單獨的若ハ共同的ニ此種犯罪ノ主体タル

コトヲ得ヘカラサルヤ言フ俟タス然ルニ我刑法ハ其第六十五條第一項ニ於テ「犯人ノ身分ニ因リ構成スヘキ犯罪ニ加巧シタルトキハ其身分ナキ者ト雖仍ホ共犯トス」ト規定シ同條第二項ニ於テ「身分ニ因リ特ニ刑ノ輕重アルトキハ身分ナキ者ニハ通常ノ刑ヲ科ス」ト規定シタルモノアルカ故ニ其身分ヲ有スル者ト共同實行シタル場合ニ於テハ其身分ヲ有セサル者亦此種犯罪ノ主体タルコトヲ得ト雖身分ニ因リ刑ノ輕重アルトキハ身分ヲ有セサル者ニ對シテハ單ニ通常ノ刑ヲ科スルニ止メサル可カラサルモノトス

### 第一項 共犯ノ種類

共犯ハ之ヲ別チテ正犯(一ニ有形的正犯)教唆犯(一ニ無形的正犯)從犯、準共同正犯ノ四種トナスコトヲ得即チ犯罪ノ實行々爲ヲ實行シタルモノ之ヲ稱シテ正犯ト謂ヒ一人若ハ數人ヲシテ犯罪意思ヲ形成セシメ因リテ以テ當該犯罪ノ實行々爲ヲ行フニ至ラシメタルモノ之ヲ稱シテ教唆犯ト謂ヒ犯罪實行々爲ノ開始若ハ終結ニ對シ助力ヲ與フルニ過キサルモノ之ヲ稱シテ從犯ト謂ヒ數人共同

ノ行爲ニ因リ或他ノ犯罪的行爲若ハ非犯罪的行爲ニ對スル豫備的行爲ヲ實行スルモノ之ヲ稱シテ準共同正犯ト謂フ

正犯、教唆犯、從犯、準共同正犯ハ之ヲ包括シテ無條件的犯罪ト條件的犯罪トノ二種ニ大別スルコトヲ得

一、無條件的犯罪トハ當該犯罪行爲ノ成立上外界の事實ノ到來ヲ以テ其要件トセサルモノヲ謂ヒ正犯、一部ノ從犯(實行開始以後ノ從犯)準共同正犯ノ如キハ即チ此レニ屬ス

二、條件的犯罪トハ當該犯罪行爲ノ成立上或外界の事實ノ到來ヲ以テ其要件トスルモノヲ謂ヒ教唆犯、一部ノ從犯(實行開始以前ノ從犯)ノ如キハ即チ此レニ屬ス

蓋教唆犯若ハ一部ノ從犯(實行開始以前ノ從犯)ハ夫レ自体獨立且無條件的ニ成立シ得ヘキモノニ非スシテ正犯行爲ノ實行開始アルニ非サレハ未タ罰スヘキ教唆犯若ハ從犯(一部)アリト謂フコトヲ得サルカ故ニ正犯行爲ノ實行開始ハ即

チ教唆犯若ハ從犯(一部)ノ成立條件ナリト謂ハサル可カラサレハナリ

教唆犯若ハ一部ノ從犯(實行開始以前ノ從犯)ヲ以テ條件的犯罪ナリトナス前示斷案ニシテ過誤ナシトセハ此種犯罪ハ其條件ノ到來ト同時ニ成立シ其條件到來スルニ非サレハ未タ罰スヘキ既遂犯、未遂犯ノ問題ヲ生スヘキモノニ非サルヤ固ヨリ言フ俟タス然ルニ學者或ハ正犯行爲ノ態樣如何ヲ問ハス教唆犯行爲若ハ從犯行爲夫レ自体ノ未遂犯アリト主張シテ敢テ憚ラサル所以ノモノ一ニ教唆犯若ハ從犯ヲ以テ無條件犯罪ナリトス根本的誤謬ニ陥リタルノ結果ナリト謂ハサルヲ得ス

正犯、教唆犯、從犯ハ又之ヲ包括シテ單獨犯(狹義)ノ單獨犯即チ狹義ノ共犯ニ對スル觀念タル單獨犯トハ異ル)及ヒ共犯(狹義)ノ共犯即チ狹義ノ單獨犯ニ對スル觀念タル共犯トハ異ル)ノ二種ニ大別スルコトヲ得

一、單獨犯トハ正犯、教唆犯、從犯ノ何タルヲ問ハス一人單獨ノ行爲ヲ以テ當該犯罪的行爲ヲ實行シタルモノヲ謂ヒ更ニ之ヲ細別シテ(イ)單獨正犯(ロ)單獨教唆

犯(ハ)單獨從犯ノ三種トナスコトヲ得  
 二、共犯トハ正犯、教唆犯、從犯ノ何タルヲ問ハス數人共同ノ行爲ニ因リ當該犯罪  
 的行爲ヲ實行シタルモノル謂ヒ更ニ之ヲ細別シテ(イ)共同正犯(ロ)共同教唆犯  
 (ハ)共同從犯ノ三種トナスコトヲ得

### 第三項 正犯

正犯ハ之ヲ別チテ單獨正犯及ヒ共同正犯ノ二種トナスコトヲ得

#### 第一目 單獨正犯

單獨正犯トハ一人單獨ノ行爲ニ因リ犯罪ノ實行々爲ヲ實行シタルモノヲ謂フ  
 今之ヲ分析スルコト左ノ如シ  
 一、一人單獨ノ行爲ニ出テタルモノナルコトヲ要ス  
 共犯ノ根本的理論トシテ犯罪共同說ヲ採ル者ハ單獨正犯ヲ以テ狹義ノ共犯  
 ニ對スル概念ナリトナスト同時ニ更ニ之ヲ細別シテ直接正犯及セ間接正犯  
 ノ二種トナシ以テ夫ノ責任無能力者若ハ犯罪意思ヲ有セサル者ノ行爲ヲ利

用シテ犯罪行爲ヲ實行セシメタル場合ヲ以テ單獨正犯ノ一態樣(間接正犯)ニ  
 過キサルモノナリト解セリ然レ共余輩ノ如ク行爲共同同說ヲ採ル者ハ如此  
 場合ヲ以テ純然タル狹義ノ共犯ニ屬スルモノナリト解スルモノトス  
 二、犯罪ノ實行々爲ヲ實行シタルモノナルコトヲ要ス(實行々爲ノ何者タルヤニ  
 付テハ既ニ第一節第二款第一項ニ於テ記述シタルカ故ニ今茲ニ之ヲ贅セス)

#### 第二目 共同正犯

##### 第一、共同正犯ノ概念

刑法第六十條ニ曰ク二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタル者ハ皆正犯トス  
 ト是レ共同正犯ニ關スル規定ヲ設ケタルモノニシテ本條ニ依レハ  
 共同正犯トハ數人共同(主觀的共同……意思ノ連絡)ノ行爲ニ因リ犯罪ノ實行々爲ヲ  
 實行シタルモノヲ謂フ  
 今之ヲ分析スルコト左ノ如シ  
 一、共同正犯成立ノ主觀的要件トシテ共同行爲者間ニ於テ意思ノ連絡アル

コトヲ要ス

共同正犯ハ意思連絡アル數人ノ共同の行爲ニ因リ犯罪ノ實行々爲ヲ實行シタルコトヲ要スルカ故ニ縱令同一目的物ニ對スル數箇ノ犯罪實行々爲アリト雖意思ノ連絡アルニ非サレハ未タ以テ共同正犯アリト謂フコトヲ得ス(單獨正犯ノ競合)

二共同正犯成立ノ客觀的要件トシテ實行々爲ノ共同の實行アルコトヲ要ス

行爲ノ共同の實行トハ共同の若ハ牽連的ニ同一の犯罪行爲ヲ實行シ又ハ分担的ニ異別の行爲ヲ實行シタル場合ヲ指稱ス從テ左ノ各號ニ該當スル場合ニ於テハ行爲ノ共同の實行アリト謂フコトヲ得ス

一、或犯罪實行ノ爲メニスル準備的行爲即チ豫備的行爲ヲ共同實行シタル場合(後述スヘキ準共同正犯ノ場合)

但豫備的行爲ヲ以テ單ニ行爲ノ一階段トシテ處罰スルニ止マラス全

然獨立ノ一罪トシテ處罰スル場合ニ於テハ或犯罪的行爲若ハ非犯罪的行爲ニ對スル豫備的行爲ハ即チ當該犯罪ノ實行々爲ニ外ナラサルカ故ニ亦共同正犯ノ存在ヲ容認セサル可カラサルヤ固ヨリ言ヲ俟タス

二、單ニ數人間ニ於テ或罪ヲ犯サントスルノ合意ヲ爲シ其一人若ハ數人カ該合意ニ基ツキ該犯罪ノ實行々爲ヲ實行シタル場合ニ於テ其他ノ一人若ハ數人カ全然之ニ干與セザリシ場合

三、意思連絡ノ存スル數人間ニ於テ或者ハ從犯的行爲ヲ實行シ或者ハ教唆犯的行爲ヲ實行シ或者ハ正犯的行爲ヲ實行シタル場合

### 第二、共同正犯ノ處分

共同正犯ノ處分ニ付刑法第六十條ニ於テ「……皆正犯トス」ト規定シタルモノアルカ故ニ各自正犯者トシテ獨立的ニ法定刑ヲ科セサル可カラサルモノトス

正犯ト教唆犯若ハ從犯(教唆犯ト從犯)トノ競合シタル場合ニ於テハ如何ニ處分スヘキモノナリヤニ付テハ學說必スシモ一ナラスト雖獨立法ハ附隨法ニ優先スルモノナリトノ原則ニ從ヒ正犯ハ教唆犯若ハ從犯(教唆犯ハ從犯)ヲ吸收シ一ノ重キ正犯(教唆犯)トシテ之ヲ處斷セサル可カラス

加重的犯罪若ハ似而非加重的犯罪ハ常ニ行爲者ノ豫見セサル當該行爲ノ本質ニ適合シタル外界ノ變狀即チ結果若ハ危險ニ對スル變態的處斷方法ニ過キサルカ故ニ苟モ行爲共同ノ事實アル以上ハ共同正犯者(教唆犯者從犯者)ハ其重キ結果若ハ危險ニ對シ豫見ナシトノ理由ニ基ツキ之カ責任ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス

#### 第四項 教唆犯

刑法第六十一條第一項ニ曰ク「人ヲ教唆シテ犯罪ヲ實行セシメタル者ハ云々」ト又同條第二項ニ曰ク「教唆者ヲ教唆シタル者ハ云々」ト尙又同第六十二條第二項ニ曰ク「從犯ヲ教唆シタル者ハ云々」ト此等法條ノ規定ニ依レンハ

教唆犯トハ一人若ハ數人ノ行爲ニ因リ他ノ一人若ハ數人ヲシテ犯罪意思ヲ形成セシメ以テ犯罪的行爲(正犯行爲タルト教唆犯行爲タルト、從犯行爲タルト)ヲ區別セスヲ實行セシメタルモノヲ謂フ

之ヲ別チテ單獨教唆犯、共同教唆犯ノ二種トナスコトヲ得

#### 第一目 單獨教唆犯

單獨教唆犯トハ一人單獨ノ行爲ニ因リ或他ノ一人若ハ數人ヲシテ犯罪意思ヲ形成セシメ以テ犯罪的行爲ヲ實行セシメタルモノヲ謂フ

今之ヲ分析スルコト左ノ如シ

一、單獨教唆犯成立ノ主觀的要件トシテ或他ノ一人若ハ數人ヲシテ犯罪意思ヲ形成セシメ因リテ以テ犯罪的行爲ヲ實行セシムルノ故意アルコトヲ要ス

二、單獨教唆犯成立ノ客觀的要件トシテ

(イ) 或他ノ一人若ハ數人ヲシテ犯罪意思ヲ形成セシムルノ行爲(即チ教唆犯行爲ヲ爲シタルコト)

(ロ) 其行爲(即チ教唆犯行爲)ニ因リ或他ノ一人若ハ教人ヲシテ犯罪意思ヲ形成セシメタルコト

(ハ) 其形成セラレタル犯罪意思ニ基ツキ或他ノ一人若ハ數人ヲシテ犯罪的行爲ヲ實行セシメタルモノナルコトヲ要ス

從テ或他ノ一人若ハ數人ヲシテ犯罪意思ヲ形成セシムルノ行爲(即チ教唆犯行爲)ヲ爲ササル場合ノ如キ或ハ其行爲(即チ教唆犯行爲)ヲ爲シタルモ其行爲ノ以前既ニ被教唆者ニ於テ犯罪意思ヲ有シ居リタル場合ノ如キ或ハ其行爲(即チ教唆犯行爲)ニ因リ犯罪意思ヲ形成セシメタルモ被教唆者ニ於テ犯罪的行爲ヲ實行セサル場合ノ如キハ何レモ未タ罰スヘキ教唆犯ハ成立セス

但シ教唆者ヲ教唆シタル場合即チ所謂間接教唆犯ノ場合ニ於テハ其直接的被教唆者ニシテ犯罪的行爲ヲ實行スルモ其間接的被教唆者ニシテ犯罪ノ實行々爲ニ着手セサレハ未タ罰スヘキ教唆犯成立セサルモノナルコト

ヲ注意スヘシ

教唆ノ手段ハ法律上之ヲ限定セサル故ニ言語タルト文章タルト行爲タルトヲ問ハス將タ恐迫タルト詐言タルト贈與タルトヲ論セス然レ共有效ナル教唆犯アリトスルニハ其教唆ノ對象トナリタル犯罪ヲ特定スル所ナカル可カラス蓋漫然不特定ノ犯罪ヲ行ハンコトヲ教唆スルモ能ク人ヲシテ或特定ノ犯罪ニ對スル犯罪意思ヲ形成セシムルコトヲ得サレハナリ

### 第二一自 共同教唆犯

共同教唆犯トハ數人共同ノ行爲ニ因リ或他一人若ハ數人ヲシテ犯罪意思ヲ形成セシメ以テ犯罪的行爲ヲ實行セシメタルモノヲ謂フ  
今之ヲ分析スルコト左ノ如シ

一共同教唆犯成立ノ主觀的要件トシテ數人カ意思連絡ニ基ツク共同ノ行爲ニ因リ或他ノ一人若ハ數人ヲシテ犯罪意思ヲ形成セシメ以テ犯罪的行爲ヲ實行セシムルノ故意アルコトヲ要ス



二、共同教唆犯成立ノ客觀的要件トシテ

(イ) 數人共同(同一的行爲ノ共同的若ハ牽連的實行)シテ或他ノ一人若ハ數人ヲシテ犯罪意思

ヲ形成セシムルノ行爲(異別的行爲ノ分担實行)ヲ爲シタルコト

(ロ) 其行爲(即チ教唆犯行爲)ニ因リ或他ノ一人若ハ數人ヲシテ犯罪意思ヲ形成

セシメタルコト

(ハ) 其形成セラレタル犯罪意思ニ基ツキ或他ノ一人若ハ數人ヲシテ犯罪的行爲ヲ實行セシメタルモノナルコトヲ要ス

共同教唆犯ハ意思連絡アル數人ノ共同的行爲ニ因リ或他ノ一人若ハ數人ヲシテ犯罪意思ヲ形成セシムルコトヲ要スルカ故ニ縱令同一人ニ對スル數人ノ教唆行爲アリト雖其間ニ意思ノ連絡アルニ非サレハ未タ以テ共同教唆犯アリト謂フコトヲ得ス(單獨教唆犯ノ統合)

第三目 教唆犯ノ處分

刑法第六十一條第一項及第二項ニ曰ク「人ヲ教唆シテ……正犯ニ準ス教唆者ヲ

教唆シタル者亦同シ」又同第六十二條第二項ニ曰ク「從犯ヲ教唆シタル者ハ從犯ニ準ス」ト是レ教唆犯ノ處分ニ關スル規定ヲ設ケタルモノナリトス

前示各法條ノ規定ニ依レハ教唆犯ハ常ニ正犯若ハ從犯ニ準シ(即チ正犯教唆ノ場合ニ於テハ正犯ニ準シ從犯教ノ場合ニ於テハ從犯ニ準ス)處斷セザル可カラスト雖教唆犯者ノ觀念ト正犯行爲若ハ從犯行爲トノ齟齬アリタル場合ニ於テハ如何ニ處分スヘキモノナリヤニ付テハ場合ヲ別チテ之ヲ觀察セサル可カラス

一、正犯若ハ從犯カ指定セラレタル所ヨリ輕キ程度ノ犯罪的行爲ヲ實行シタル場合ニ於テハ正犯若ハ從犯ノ現ニ行ヲ行ノ罪ニ付教唆關係ヲ存シ重キ罪ヲ犯シタル場合ニ於テハ現ニ教唆者ノ指定シタル犯罪ニ付教唆關係ヲ存ス(例之強盜行爲ヲ教唆シタルニ正犯若ハ從犯カ現ニ強盜行爲ヲ實行シ若ハ幫助シタル場合又ハ強盜行爲ヲ教唆シタルニ正犯若ハ從犯カ現ニ強盜行爲ヲ實行シ若ハ幫助シタル場合ノ如シ)

二、正犯若ハ從犯カ教唆行爲ニ何等ノ關係ヲモ有セサル罪ヲ犯シタル場合ニ於テハ全然教唆關係ヲ阻却ス(例之殺人行爲ヲ教唆シタルニ正犯若ハ從犯カ現ニ文書ノ偽造行爲ヲ實行シ若ハ幫助シタル場合ノ如シ)

三、正犯若ハ從犯カ指定セラレタル所ニ比シ異リタル方法ヲ以テ犯罪的行爲ヲ實行シタル場合ニ於テハ教唆者ハ其指定シタル方法(指定ヨリ重キ場合)若ハ現ニ行ハレタル方法(指定ヨリ輕キ場合)以上ニ其責任ヲ負ハス

四、事實ノ錯誤ト教唆トノ關係如何ニ付テハ場合ヲ別チテ之ヲ觀察スルヲ要ス

(一) 法益ノ價值ヲ異ニスル場合

此場合ニ於テハ教唆者ノ觀念シタル事實ニ付教唆關係ヲ存シ其正犯若ハ從犯カ現ニ行フ所ノ事實ニ付教唆關係ヲ存セス

(二) 法益ノ價值ヲ同シフスル場合

(イ) 容体ニ關スル錯誤

此場合ニ於テハ錯誤ニ關スル一般的理論ニ從ヒ教唆關係ヲ阻却セス

(ロ) 打撃ニ關スル錯誤

此場合ニ於テハ議論アリト雖正犯カ教唆者ノ教唆ニ基ツキ犯罪的行爲ヲ實行シタル場合ニ於テハ其正犯ノ技量ノ功拙優劣ノ如キハ常ニ豫期セサル可カラサル所ナルカ故ニ亦教唆關係ヲ阻却スルコトナシト謂ハサル可カラス

教唆犯(若ハ從犯)ハ本ト犯罪ノ何タルヲ問ハス成立可能ノ觀念ナリト雖刑法第六十四條ニ依レハ拘留又ハ科料ニ處ス可キ罪ノ教唆犯若ハ從犯ハ特別ノ規定(警察犯處罰令參照)アルニ非サレハ之ヲ處罰セサル旨規定シタルモノアルカ故ニ如此罪種ニアリテハ全ク成立スルコトヲ得サルモノトス

### 第五項 從犯

刑法第六十二條第一項ニ曰ク「正犯ヲ幫助シタル者ハ從犯トス」ト是レ從犯ノ何者タルヤヲ規定シタルモノニシテ本條ニ依レハ

從犯トハ正犯ヲ幫助シ以テ犯罪的行爲ヲ實行セシメタルモノヲ謂フ

之ヲ別チテ單獨從犯共同從犯ノ二種トナスコトヲ得

### 第一目 單獨從犯

單獨從犯トハ一人單獨ノ行爲ニ因リ正犯ヲ幫助シ以テ犯罪的行爲ヲ實行セシメタルモノヲ謂フ今之ヲ分析スルコト左ノ如シ

一、單獨從犯成立ノ主觀的要件トシテ正犯ヲ幫助シ因リテ以テ犯罪的行爲ヲ實行セシムルノ故意アルコトヲ要ス

二、單獨從犯成立ノ客觀的要件トシテ正犯ヲ幫助シ因リテ以テ犯罪的行爲ヲ實行セシメタルモノナルコトヲ要ス

本條ニ所謂正犯トハ有形的正犯(狹義ノ正犯)及ヒ無形的正犯(教唆犯)ノ二者(有形的正犯行爲ノ幫助)ヲ包含スルノ觀念ナリトス然ルニ學者或ハ教唆犯ニ對スル從犯ナシト主張スル所以ノモノ一ニ本條ニ所謂正犯ヲ以テ單ニ有形的正犯(狹義ノ正犯)ニノミ限局セララルルモノナリトナス根本的誤謬ニ陥リタルノ結果ナリト謂ハサルヲ得ス

幫助トハ正犯ニ對シ助力ヲ與フルコトヲ意味スルモノナルカ故ニ苟モ正犯ニ對シ助力ヲ與ヘタルモノアル以上ハ其直接的助力ナルト將タ間接的助力ナルトヲ區別セス然ルニ學者或ハ從犯ニ對スル從犯ナシト主張スル所以ノモノ一ニ本條ニ所謂幫助ヲ以テ單ニ直接的助力ニノミ限局セララルルモノナリトナス獨斷的誤謬ニ墮セルノ結果ナリト謂ハサルヲ得ス

正犯(狹義)ト從犯トヲ區別ス可キ標準如何ノ問案ニ付テハ學說紛々タリト雖余ハ只正犯トハ犯罪ノ實行々爲ヲ實行(單獨的實行)シタルモノヲ謂ヒ從犯トハ正犯(廣義)ヲ幫助(直接的助力)シ因リテ以テ犯罪ヲ實行セシメタルモノヲ謂フモノナリトナスヲ以テ足ルモノナリト確信ス(例之甲乙ヨリ短銃ヲ借り受ケ丙ヲ銃殺シタル場合ニ於テ甲ハ正犯乙ハ從犯ナルカ如シ)

### 第二目 共同從犯

共同從犯トハ數人共同ノ行爲ニ因リ正犯ヲ幫助シ以テ犯罪的行爲ヲ實行セシメタルモノヲ謂フ今之ヲ分析スルコト左ノ如シ

一、共同從犯成立ノ主觀的要件トシテ數人カ意思連絡ニ基ツク**共同**(同一の行爲ノ共同)的若ハ牽連的實行(異別の行爲ノ)ノ行爲ニ因リ正犯(無形の正犯)ヲ幫助(直接的助力)シ以テ犯罪的行爲(有形的)爲無形的)ヲ實行セシムルノ故意アルコトヲ要ス

二、共同從犯成立ノ客觀的要件トシテ

- (イ) 數人カ共同シテ正犯ヲ幫助シタルコト
- (ロ) 其幫助行爲ニ因リ正犯ヲシテ犯罪的行爲ヲ實行セシメタルモノナルコトヲ要ス

共同從犯ハ意思連絡アル數人ノ共同行爲ニ因リ正犯ヲ幫助シ以テ犯罪的行爲ヲ實行セシムルコトヲ要スルカ故ニ縱令同一正犯ニ對スル數人ノ幫助行爲アリト雖其間ニ意思ノ連絡アルニ非サレハ未タ以テ共同從犯アリト謂フコトヲ得ス(單獨從犯ノ競合)

### 第三目 從犯ノ處分

刑法第六十三條ニ曰ク「從犯ノ刑ハ正犯ノ刑ニ照ラシテ減輕ス」ト是レ從犯ノ處

分ニ關スル規定ヲ設ケタルモノニシテ本條ニ依レハ從犯ハ刑法第六十八條(加減例)ノ規定ニ從ヒ正犯ノ刑ニ照ラシ減輕處斷セラルヘキモノナリトス然レ共犯ノ根本的理論トシテ犯罪共同說ヲ採リ從犯(若ハ教唆犯)ヲ以テ正犯(狹義行爲ニ附隨スルモノ即チ一ノ加擔ニ過キストナストキハ正犯ノ刑ニ照ラシ減輕處斷スルコト必スシモ不可ナント雖余輩ノ如ク行爲共同說ヲ採リ正犯(狹義)タルト教唆犯タルト從犯タルト問ハス各自獨立シテ犯罪的行爲ヲ實行スルモノナリトナストキハ從犯(若ハ教唆犯)ヲ以テ加擔ノ一形式ニ過キストナシ正犯ノ刑ニ照ラシ減輕處斷スヘシトナスカ如キハ決シテ適當ナル立法ナリト謂フヲ得ス況ンヤ之ヲ夫ノ外由未遂犯ニ於ケルカ如ク裁量の減輕ニ依ラシメス全然依法的減輕ニ出テタルモノアルニ於テヤ

## 第六項 準共同正犯

第一、準共同正犯ノ觀念

準共同正犯トハ數人共同ノ行爲ニ因リ或犯罪實行ノ爲メニスル準備的行

爲即チ豫備的行爲ヲ實行シタルモノヲ謂フ

今之ヲ分拆スルコト左ノ如シ

一、準共同正犯成立ノ主觀的要件トシテ共同行爲者間ニ於テ意思ノ連絡アルコトヲ要ス

二、準共同正犯成立ノ客觀的要件トシテ行爲(豫備的行爲)ノ共同的實行アルコトヲ要ス

準共同正犯ハ意思連絡アル數人ノ行爲ニ因リ或犯罪實行ノ爲メニスル準備行爲即チ豫備的行爲ヲ實行シタルコトヲ要スルカ故ニ縱令同一犯罪ニ對スル數箇ノ豫備的行爲アリト雖其間ニ意思ノ連絡アルニ非サレハ未タ以テ準共同正犯アリト謂フコトヲ得ス(狹義ノ單獨犯ノ競合)

### 第二、準共同正犯ノ處分

準共同正犯者ハ如何ニ處分スヘキモノナリヤニ付テハ刑法上何等ノ明文ナク亦學者實際家ノ論議ヲ聞カスト雖凡ソ共犯ハ其形式ノ何タルヲ問ハ

ス各自ニ其犯罪ヲ實行スルモノナルカ故ニ他ノ共犯ニ於ケルカ如ク各自獨立シテ當該法條所定ノ刑ヲ科セサル可カラサルヤ固ヨリ論ヲ俟タス

### 第七項 間接正犯

間接正犯トハ或一人若ハ數人カ意思能力ヲ有セサル或他ノ一人若ハ數人ヲ利用シテ犯罪的行爲ヲ實行セシメタルモノヲ謂フ  
思フニ共犯ノ根本的理論トシテ犯罪共同說ヲ採ルトキハ廣ク責任無能力者若ハ犯罪意思ヲ有セサル者ヲ利用シテ犯罪的行爲ヲ實行セシメタル場合ノ如キハ犯人自ラ犯罪的行爲ヲ實行シタル場合ノ觀念(直接正犯)ニ對シ間接正犯ナル觀念ヲ認メ二者共ニ單獨正犯トシテ之ヲ論スルハ固ヨリ當然ナリト雖余輩ノ如ク行爲共同說ヲ採ルトキハ爾ク廣汎ナル範圍ニ於テ之ヲ認ムルコトヲ許サスシテ僅ニ其被利用者ニ於テ意思能力ヲ有セサル場合(意思ナキ幼者若ハ心神喪失者)ニ限り之ヲ認ムルコトヲ得ルニ過キス蓋被利用者ニシテ意思能力欠如シタル場合ノ如キハ恰モ夫ノ自然力ト毫末モ擇ム所ナキモノナルカ故ニ共犯

ノ觀念ハ全然之ヲ認ムルコトヲ得サレハナリ

今犯罪共同説ニ基ツク間接正犯成立ノ場合ヲ列擧スルコト左ノ如シ

一、責任無能力者(余輩ハ單ニ責任無能力者中意思能力ヲ有セサル者ヲ利用シタル場合ニ限リ間接正犯ノ觀念ヲ認ム)ヲ利用シテ犯罪的行爲ヲ實行セシメタル場合

二、犯罪意思ヲ有セサル者ヲ利用シテ犯罪的行爲ヲ實行セシメタル場合

三、特定ノ目的ヲ以テ當該犯罪ノ特別の構成要件トナシタル場合ニ於テ其特定ノ目的ヲ有スル者カ之ヲ有セサル者ヲ利用シテ犯罪的行爲ヲ實行セシメタル場合

四、他人ノ權利的行爲ヲ利用シタル場合

#### 第四章 犯罪ノ種類

犯罪ハ一ノ事實ニ過キスト雖其觀察ノ方面ヲ異ニスルニ從ヒ數種ニ之ヲ區分スルコトヲ得ヘシ乞フ左ニ之ヲ畧述セン

#### 第一、犯罪意思ノ有無ニ因ル區別

一、有意犯トハ犯罪ノ成立上犯罪意思ヲ必要トスルモノヲ謂ヒ(普通刑法上

ニ於テ認メラレタル犯罪ハ皆此レニ屬ス)更ニ之ヲ細別シテ故意犯及ヒ過失犯ノ二種トナスコトヲ得

(イ)故意犯トハ犯罪ノ成立上故意ヲ必要トスル犯罪ヲ謂フ(例之殺人罪ノ如シ)

(ロ)過失犯トハ犯罪ノ成立上過失ヲ必要トスル犯罪ヲ謂フ(例之失火罪ノ如シ)

二、無意犯トハ犯罪ノ成立上犯罪意思ヲ必要トセサルモノヲ謂フ(例之煙草專賣法所定ノ犯罪ノ如シ)

#### 第二、刑罰法令ニ因ル區別

一、普通犯トハ普通刑法上ニ於テ認メラレタル犯罪ヲ謂フ(例之殺人罪ノ如シ)

二、特別犯トハ特別刑法上ニ於テ認メラレタル犯罪ヲ謂フ(例之森林竊盜罪ノ如シ)

第三、犯罪ノ客体ニ因ル區別

一、公益犯トハ國家公共ノ利益(即チ公益)ヲ侵害シ若ハ之カ危險ヲ惹起セシメタル犯罪ヲ謂フ(例之内亂ニ關スル罪ノ如シ)

二、私益犯トハ個人ノ利益(即チ私益)ヲ侵害シ若ハ之カ危險ヲ惹起セシメタル犯罪ヲ謂フ(例之竊盜罪ノ如シ)

第四、犯罪所爲ノ態樣ニ因ル區別

即成犯持續犯

一、即成犯トハ犯罪ノ既遂狀態到來ト同時ニ終了スルモノヲ謂フ(例之殺人罪其他各種ノ犯罪ハ概テ此レニ屬ス)

二、持續犯(一ニ繼續犯)トハ犯罪ノ既遂狀態到來後尙其狀態ノ不斷的ニ持續セラル、モノヲ謂フ(例之不法監禁罪ノ如シ)

單純犯、複雜犯

一、單純犯トハ單一的犯罪意思(又ハ複數的犯罪意思)ニ基ツク單一的行爲(又ハ複數的行爲)ニ因リ單一的法益侵害ノ結果若ハ危險(又ハ複數的法益侵害ノ結果若ハ危險)ヲ惹起セシメタル犯罪ヲ謂フ(例之甲者乙ヲ殺スノ意思ヲ以テ一刀ノ下ニ之ヲ斬殺シタル場合)又ハ甲者乙、丙二人ヲ殺スノ意思ヲ以テ各一刀ノ下ニ之ヲ斬殺シタル場合ノ如シ)

二、複雜犯トハ單一的犯罪意思(又ハ複數的犯罪意思)ニ基ツク複數的行爲、單一旦複數的行爲(又ハ單一的行爲、牽連且複數的行爲)ニ因リ單一的法益侵害ノ結果若ハ危險(又ハ複數的法益侵害ノ結果若ハ危險)ヲ惹起セシメタル犯罪ヲ謂フ(例之甲者乙倉庫ノ米麥全部ヲ竊取セント欲シ數日間ニ亘リテ之ヲ竊取シタル場合又ハ甲者乙、丙ノ二人ヲ殺サンコトヲ決意シ一發ノ彈丸ヲ以テ二人ヲ銃殺シタル場合ノ如シ)  
連續犯、持續犯、結合犯、集合犯、實質的數罪、牽連的數罪ハ複雜犯ニ屬ス

行爲犯、結果犯

一、行爲犯トハ實行々爲ノ終結ニ因リ既遂トナルヘキ犯罪ヲ謂フ(例之偽證罪ノ如シ)

二、結果犯トハ實行々爲ノ終結後一定ノ法益侵害ノ結果若ハ危險ノ惹起スルニ因リ既遂トナルヘキ犯罪ヲ謂フ(例之殺人罪其他各種ノ犯罪ハ概ネ此レニ屬ス)

作爲的行爲犯、不作爲的行爲犯、混合的行爲犯

一、作爲的行爲犯トハ身体ノ動態積極的行爲ニ因リ一定ノ法益侵害ノ結果若ハ危險ヲ惹起セシメタルモノヲ謂フ(例之斬ヲ手段トスル殺人罪ノ如シ)

二、不作爲的行爲犯トハ或積極的行爲ニ出ツヘキ義務者カ故意ニ身体ノ靜狀(消極的行爲)ニ出テタルモノヲ謂フ(例之甲者、乙ヲ扶養スヘキ義務アルニ不拘其義務ニ違背シテ之カ扶養ヲ爲サ、ル場合ノ如シ)

三、混合的行爲犯トハ身体ノ靜狀(消極的行爲)ニ因リ尙一定ノ法益侵害ノ結果若ハ危險ヲ惹起セシメタルモノヲ謂フ(例之前例ノ場合ニ於テ甲者乙ヲ殺害スルノ故意ヲ以テ之カ扶養ヲ爲サス因リテ以テ乙ヲ死ニ至ラシメタル……殺害シタル……場合ノ如シ)

第五、告訴(若ハ請求)ヲ要スルモノト然ラサルモノトニ因ル區別

一、要告罪

(イ) 親告罪トハ被害者ノ告訴ヲ以テ其訴追若ハ處罰ノ條件トスルモノヲ謂フ(例之有夫姦罪ノ如シ)

(ロ) 請求罪トハ被害者ノ請求ヲ以テ其訴追若ハ處罰ノ條件トスルモノヲ謂フ(例之刑法第九十條第二項所定ノ犯罪ノ如シ)

二、非要告罪

(イ) 非親告罪トハ被害者ノ告訴ヲ以テ其訴追若ハ處罰ノ條件トナササルモノヲ謂フ(例之殺人罪ノ如シ)



(ロ) 非請求罪トハ被害者ノ請求ヲ以テ其訴追若ハ處罰ノ條件トナササルモノヲ謂フ(例之強盜罪ノ如シ)

第六、犯罪行為ノ性質ニ因ル區別

一、外形犯(警察犯)トハ其犯罪ノ成立上外形的行為ノ存在ヲ要シ且之ヲ以テ十分ナリトスルモノヲ謂フ(例之煙草專賣法ニ於テ認メラレタル犯罪…  
…犯罪意思ヲ必要トセサルモノ…ノ如シ)

二、實質犯(刑事犯)トハ其犯罪ノ成立上單ニ外形的行為ノ存在ヲ以テ足レリトセス必スヤ犯罪意思ニ基ツキ爲サレタルヲ以テ其要件トスルモノヲ謂フ(例之普通刑法上ニ於テ認メラレタル各種ノ犯罪ハ皆此レニ屬ス)  
如上ノ外尙現行犯非現行犯ノ區別アルコトヲ注意スヘシ(刑事訴訟法第五十六條、第五十七條等參照)

第五章 犯罪ノ時

犯罪ノ時如何ノ問案ニ付テハ場合ヲ別チテ之ヲ觀察スルヲ要ス

一、犯罪ト刑罰法令トノ關係ニ付テハ行為ノ行ハレタル時点ニ於テモ亦結果若ハ危險ノ惹起セラレタル時点ニ於テモ共ニ之カ實施中ニ非サレハ犯罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス

二、犯罪ト主觀的要件トノ關係ニ付テハ行為ノ行ハレタル時点(行為ノ開始ヨリ終結迄)ニ於テ責任能力及ヒ犯罪意思ヲ有スルモノニ非サレハ犯罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス(但特別刑法上犯罪意思ヲ要セサルモノアルコトヲ注意スヘシ)

三、犯罪ト成立時期トノ關係ニ付テハ犯罪的行為ノ開始ヲ以テ其始期トナスモ其終期ニ至リテハ犯罪ノ種類ニ依リ一ナラス

(一) 既遂犯中所謂行為犯ニアリテハ其行為ノ終結時点ヲ以テ其成立ノ時期トナシ所謂結果犯ニアリテハ其結果若ハ危險ノ發生時点ヲ以テ其成立ノ時期トナス

(二) 未遂犯中所謂着手未遂犯ニアリテハ中斷事由ノ發生シタル時点ヲ以テ其

- 成立ノ時期トナシ所謂實行未遂犯ニアリテハ其實行々爲カ初メヨリ結果若ハ危険ヲ惹起セシムルノ能力ヲ有セサルモノト然ラサルモノトノ二種ニ區別シ前者ニアリテハ其實行々爲ノ終結時点ヲ以テ其成立ノ時期トナシ後者ニアリテハ其實行々爲ノ終結後結果若ハ危険ノ發生ニ對スル妨害事由ノ發生シタル時点ヲ以テ其成立ノ時期トナス
- (三) 即成犯ニアリテハ其既遂狀態ノ到來時点ヲ以テ其成立ノ時期トナス
  - (四) 持續犯ニアリテハ其持續狀態ノ終了時点ヲ以テ其成立ノ時期トナス
  - (五) 集合犯ニアリテハ最終行爲ノ終結時点ヲ以テ其成立ノ時期トナス
  - (六) 連續犯結合犯ニアリテハ所謂行爲犯ト所謂結果犯トニ依リ其解答ヲ異ニスルコト既遂犯ニ同シ
  - (七) 不作爲的行爲犯ニアリテハ法令ノ要求シタル一定ノ時期ノ最後ノ瞬間ヲ以テ其始期トナシ作爲義務ノ消滅時点ヲ以テ其ノ終期トナス
  - (八) 混合的行爲犯ニアリテハ法令ノ要求シタル一定ノ時期ノ最後ノ瞬間ヲ以テ其始期トナシ一定ノ法益侵害ノ結果若ハ危険ノ惹起セラレタル時点ヲ以テ其終期トナス

- (九) 共犯(狹義)中正犯ニアリテハ如上單獨犯(狹義)ニ關スル法理ト異ナラサルモ教唆犯若ハ從犯ニアリテハ正犯ノ始期ヲ以テ其始期トナシ正犯ノ終期ヲ以テ亦其終期トナス(但教唆犯若ハ從犯ニアリテモ其主觀的要件ハ教唆犯行爲若ハ從犯行爲ノ行ハレタル時点ヲ以テ之ヲ決セサル可カラサルヤ勿論ナリ

四、犯罪ト時効トノ關係ニ付テハ犯罪ノ種類ニ依リ一ナラス

- (一) 行爲犯ニアリテハ行爲終了時点(既遂狀態到來時点)ヲ以テ其進行ノ始期トナス
- (二) 結果犯ニアリテハ行爲ノ終了後一定ノ法益侵害ノ結果若ハ危険ノ發生時点(既遂狀態到來時点)ヲ以テ其進行ノ始期トナス
- (三) 處罰條件ノ存在ヲ必要トスル犯罪ニアリテハ行爲ノ終了(行爲犯)又ハ結果

若ハ危險ノ發生結果犯(後)即チ既遂狀態到來後尙處罰條件ノ到來スルニ非  
サレハ進行セス(第二章第四節參照)

### 第六章 犯罪ノ場所

犯罪ノ場所如何ノ問案ニ付テハ場合ヲ別チテ之ヲ觀察スルヲ要ス

- 一、作爲的行爲犯中所謂行爲犯ニアリテハ其行爲ノ行ハレタル場所ヲ指稱シ所  
謂結果犯ニアリテハ其行爲ノ行ハレタル場所及ヒ其行爲ヨリ生スヘキ一定  
ノ法益侵害ノ結果若ハ危險ノ惹起セラレタル場所ノ二者ヲ包括指稱ス
- 二、不作爲的行爲犯ニアリテハ法令ニ依リテ要求セラレタル作爲ヲ爲スヘカリ  
シ時ニ於ケル場所ヲ指稱ス
- 三、混合的行爲犯ニアリテハ作爲ヲ爲スカリシ時ニ於ケル場所及ヒ其行爲ヨリ  
生スヘキ一定ノ法益侵害ノ結果若ハ危險ノ惹起セラレタル場所ヲ包括指稱  
ス

四、共犯(狹義)中正犯ニアリテハ如上單獨犯(狹義)ニ關スル法理ト異ナラサルモ教

唆犯若ハ從犯ニアリテハ教唆犯行爲若ハ從犯行爲ノ行ハレタル場所及ヒ正  
犯行爲ノ行ハレタル場所ニ依リテ之ヲ決セサル可カラス

但我刑事訴訟法第二十八條第一項ニ依レハ從犯ハ正犯ヲ管轄スル裁判所ヲ  
以テ其管轄ナリトシ常ニ正犯ノ管轄ニ依ルヘキ旨規定シタルモノアルカ故  
ニ之ニ從ハハル可カラサルヤ勿論ナリ

五、責任無能力者若ハ犯罪意思ヲ有セサル者ノ行爲若ハ動作ヲ利用スル犯罪(犯  
罪共同説論者ノ所謂間接正犯)中所謂行爲犯ニアリテハ利用者及ヒ被利用者  
ノ行爲若ハ動作ノ行ハレタル場所ヲ以テ之ヲ定ムヘク所謂結果犯ニアリテ  
ハ利用者及ヒ被利用者ノ行爲若ハ動作ノ行ハレタル場所並ニ其行爲若ハ動  
作ヨリ生スヘキ一定ノ法益侵害ノ結果若ハ危險ノ惹起セラレタル場所ヲ以  
テ之ヲ定ムヘキモノトス

## 第三篇 刑罰論

### 第一章 刑罰ノ意義

刑罰トハ犯罪ニ對スル豫定的制裁トシテ國家ノ機關ニ依リ裁判ナル形式ヲ以テ現實的ニ宣告セラレ且其確定ニ因リ執行力ヲ發現シ以テ犯人ノ有スル法益ヲ剝奪シ若ハ制限シ得ヘキ威力ヲ有スルモノヲ謂フ

今之ヲ分拆説述スルコト左ノ如シ

一、刑罰ハ犯罪ニ對スル豫定的制裁ナリ  
制裁トハ一定ノ行爲ニ對スル應報ヲ謂フ而シテ刑罰ハ犯罪行爲ニ對スル應報トシテ科セラルヘキモノナルカ故ニ制裁ノ一タルコト論ヲ俟タス  
制裁ハ必スシモ豫定セラレサル可カラサルモノニ非スト雖犯罪行爲ノ制裁タルヘキ刑罰ハ其威力極メテ大ナルカ故ニ若シ之ヲ豫定スルコトナカラシカ其弊瀆ノ流布スル所蓋測知スルコト能ハサルモノアラン是レ各國カ概ネ

豫メ刑罰法令ヲ制定シ以テ犯罪ト刑罰トヲ規定スル所以ナリトス

二、刑罰ハ犯罪ニ對スル制裁トシテ國家ノ機關ニ依リ裁判ナル形式ヲ以テ現實的ニ宣告セラルルモノナリ

刑罰ノ宣告ヲ司掌スル國家機關ヲ裁判所ト稱ス而シテ刑罰宣告ノ裁判ハ判決ナル形式ヲ以テスルヲ原則トシ例外トシテ決定ナル形式ヲ以テス

三、刑罰ハ其宣告シタル裁判ノ確定ニ因リ執行力ヲ發現シ以テ犯人ノ有スル法益ヲ剝奪シ若ハ制限シ得ヘキ威力ヲ有スルモノナリ

刑罰ハ其宣告シタル裁判ノ確定シ執行力ヲ發現スルニ非サレハ法益ノ剝奪若ハ制限ノ機會ヲ生セス而シテ法益ノ剝奪トハ全然犯人ノ有スル法益ヲ剝奪スルヲ謂ヒ(例之生命刑、財産刑ノ如シ)法益ノ制限トハ全然犯人ノ有スル法益ヲ剝奪スルニ非スシテ一時其法益ノ行使ヲ制限スルヲ謂フ(例之自由刑ノ如シ)

四、刑罰ハ罰ナリ

罰トハ公法上ノ不法行為ニ對スル公法上ノ制裁ヲ總稱シ刑罰(狹義)警察罰、懲戒罰、強制罰ノ四ヲ包含ス而シテ刑罰(狹義)及ヒ警察罰ト懲戒罰及ヒ強制罰トハ其公法上ノ制裁タルノ点ニ於テ二者共通の性質ヲ有シ一ハ法規ノ維持ヲ以テ其目的トシ他ハ官規ノ維持若ハ處分令ノ強制ヲ以テ其目的トスルノ点ニ於テ二者其性質ヲ異ニスルモノ也ト謂ハサル可カラス從テ夫ノ一事不再理ノ原則ハ刑罰(狹義)及ヒ警察罰ノ區域ニ於テ之カ適用アリト雖懲戒罰及ヒ強制罰ノ區域ニ於テハ之カ適用アラサルハ勿論同一ノ行為ニ對シ刑罰(狹義)若ハ警察罰ト懲戒罰若ハ強制罰トノ併科セラル、コトアルヲ妨ケサルモノトス

第二章 刑罰ノ種類

第一節 總說

一、刑罰ハ之ヲ大別シテ主刑、附加刑ノ二種トナスコトヲ得主刑ハ獨立のニ存在

シ附加刑ハ主刑ニ附隨シテ存在スルヲ原則トス然レ共或例外ノ場合ニ於テハ主刑存在スルコトナクシテ附加刑獨リ存在スルコトナキニ非ス例之數罪ニ對シ單ニ其重キ罪ニ對スル刑罰ヲ科スルニ止メタルカ如キ場合ニ於テ重キ罪ニ沒收ナキモ輕キ罪ニ沒收アルトキハ之ヲ科スルヲ得ルカ如シ

二、刑罰ハ又之ヲ大別シテ生命刑自由刑財産刑ノ三種トナスコトヲ得生命刑トハ犯人ノ有スル生命ヲ剝奪スルヲ以テ其目的トシ自由刑トハ犯人ノ有スル自由ヲ制限スルヲ以テ其目的トシ財産刑トハ犯人ノ有スル財産ヲ剝奪スルヲ以テ其目的トス

三、刑罰ヲ定メタル裁判ハ其何タルヲ周ハス公開セル法廷ニ於テ宣告スルヲ原則トシ(憲法第五十九條參照)例外トシテ非公開發法廷ニ於テ宣告シ又ハ之ヲ送達ス(累犯ノ發覺ニ因リ加重刑ヲ定ム可キ場合及ヒ併合罪中大赦ヲ受ケタルモノアル場合ニ於テ特ニ大赦ヲ受ケサル罪ニ付刑ヲ定ム可キ場合ノ如シ)

### 第一一節 生命刑

生命刑(死刑)トハ犯人ノ有スル生命ヲ剝奪(犯人ノ絶對的淘汰)スルヲ以テ其目的トスル刑罰ヲ謂フ

死刑存廢ノ當否ニ付テハ古來學說多岐ニ分レ立法例亦歸一セスト雖各國現時ノ立法ハ一二少數國ヲ除クノ外概ネ死刑ヲ採用セリ然レ共刑罰ノ目的ハ主トシテ犯人ノ改良ニ在リ其絶對的淘汰タル死刑ノ如キハ實ニ最後ノ手段ニ過キス從テ犯人ニシテ其改良ノ途絶無ナリト斷セラル、モノアルニ非サル以上ハ國家ハ宜シク之カ改良ノ策ヲ講シ因リテ以テ其彼岸ニ到達センコトヲ期セサル可カラス果シテ然ラハ其實現セラレタル犯罪ニシテ如何ニ暴虐殘忍ヲ極メ其惡性ノ甚深ナルヲ表證スルモノアリトスルモ夫ノ國憲ヲ破壞シ、皇位ヲ窺フカ如キ大逆罪若ハ其尊屬親等ニ對スル犯罪ノ如キハ姑ク措キ其他ノ犯罪ニアリテハ直ニ目スルニ改良不能ノ犯人ヲ以テシ死刑ヲ科セントスルカ如キハ斷シテ採ル可カラサルノ惡策タリ宜シク停止條件附ニ死刑ヲ宣告シ一定ノ期間内其行狀ヲ嚴密監視シ尙其改良不能ナリトノ條件到來スルニ於テハ則チ之ヲ

科スルノ方策ヲ採リ以テ極力之カ改良ヲ期セサル可カラス然ルニ我刑法ハ諸多ノ法條ニ於テ死刑ヲ認メ且無條件的ニ之カ宣告ヲ是認シタルモノアルカ如キハ立法上大ニ異論ナキ能ハサル所ナリトス

我刑法中死刑ヲ認メタル法條ヲ擧クレハ(一)第七十三條第七十五條(皇室ニ對スル罪)(二)第七十七條(内亂ニ關スル罪)(三)第八十一條第八十二條第一項第二項(第八十三條第八十五條第一項第二項第八十七條第八十九條(外患ニ關スル罪)(四)第八十八條第一百十二條第一百七條第一項前段(放火及ヒ準放火ノ罪)(五)第一百十九條(溢水ノ罪)(六)第二百六條第三項(往來妨害ノ罪)(七)第二百條第二百三條(殺人ノ罪)(八)第二百四十條後段第二百四十一條後段第二百四十三條(強盜ノ罪)等ナリトス

### 第三節 自由刑

自由刑トハ犯人ノ有スル身体ノ自由ヲ制限スルヲ以テ其目的トスル刑罰ヲ謂フ之ヲ別チテ懲役刑禁錮刑拘留刑ノ三種トナスコトヲ得今之ヲ圖示スルコト左ノ如シ

#### 懲役刑

有期一月以上十五年以下(刑法第十二條)但加重ノ場合ハ二十年ニ減輕ノ場合ハ一月以下ニ各加重若ハ減輕スルコトヲ得(同第十四條)

#### 自由刑

#### 禁錮刑

有期一月以上十五年以下(刑法第十三條)但加重ノ場合ハ二十年ニ減輕ノ場合ハ一月以下ニ各加重若ハ減輕スルコトヲ得(同第十四條)

#### 拘留刑

一日以上三十日未滿(刑法第十六條)但一日以下ニ下スヲ得ス(同第六十八條第五號)

自由刑ハ之ヲ別チテ有期無期ノ二種トナスコト前掲ノ如シ然リ而シテ有期自由刑中短期刑ノ欠点タルヤ極メテ微小ナル犯人ヲシテ監獄ノ惡風ニ感染セシメ不知不識犯罪ノ忌ム可ク刑罰ノ恐ル可キ者タルコトヲ忘却セシメ其期一度滿チテ出獄スルヤ更ニ甚大ナル犯罪ヲ決行セシムルニ至ルト謂フニ在リ然レ共監獄ハ刑罰ノ執行ヲ以テ其職司トシ惡風ノ養成ヲ以テ其本能トスルモノニ非ス從テ獄吏ニシテ宜シク囚徒ノ監督ヲ嚴ニシ以テ一步モ假借スルコトナカラシカ如何ニ短期ノ刑ト雖亦其效果ヲ收ムルコト致テ難キニ非サルヘシ若シ夫レ無期刑ニ對スル批難ノ如キハ我刑法々典ノ如ク一面假出獄ノ制度ヲ設ケ犯人ニシテ改良顯著ナルモノアルトキハ其假出獄ヲ許容シ以テ其期間ノ滿限

ニ因リ刑罰終了ノ効果ヲ與フルモノニ對シテハ全ク價值ナキ机上ノ空論ナリト謂ハサルヲ得ス

### 第四節 財產刑

財產刑トハ犯人ノ有スル財產ヲ剝奪スルヲ以テ其目的トスル刑罰ヲ謂フ之ヲ別チテ罰金刑、科料刑、沒收刑ノ三種トナスコトヲ得今之ヲ圖示スルコト左ノ如シ

罰金刑 二十圓以上但減輕ノ場合ハ二十圓以下ニ降スヲ得(刑法第十五條)

#### 財產

科料刑 十錢以上二十圓未満(刑法第十七條)但十錢以下ニ降スヲ得ス(同第六十八條第六號)

沒收刑 (沒收ハ總テノ犯罪ニ之ヲ認ム但拘留又ハ科料ノミニ該ルノ罪ニ付テハ犯罪行為ヲ組成シタル物ヲ除クノ外特別ノ規定アルニ非サレハ沒收ヲ科スルヲ得ス(第十九條第一項第一號))

沒收刑ノ裁判ハ其目的物夫レ自体ノ所有權ヲシテ國家ニ歸屬セシムルノ効力ヲ有ス於茲乎其所有權移轉ノ時期如何ノ問案起ル本問案ニ對シテハ學說分歧シ

第一說ニ依レハ沒收物所有權ハ犯罪ト同時ニ移轉スルモノナリト謂フト雖我

刑法ハ其第十九條第一項ニ於テ單ニ「沒收スルコトヲ得」ト規定シ必スシモ沒收スルコトヲ要スルモノニ非サルカ故ニ實際上沒收ノ宣告ナカリシ場合ニ於テハ其沒收スヘカリシ物ノ所有者ハ新ナル法律關係ニ基ツキ之カ所有權ヲ獲得スルニ非サレハ其所有權ヲ主張スルコトヲ得サルノ不條理ナル論結ヲ生スルニ至ラン是レ此說ノ採ルヲ得サルノ一點ナリトス

第二說ニ依レハ沒收物所有權ハ沒收刑ノ言渡ト同時ニ移轉スルモノナリト謂フト雖其言渡アリタル裁判ニシテ未確定ナル間ハ上級審ニ於テ破棄セラレ、ノ運命ヲ有スルモノナルカ故ニ其沒收刑ノ言渡アリタル裁判カ上級審ニ至リテ破棄セラレ其言渡全然消滅ニ歸シタル場合ニ於テハ國家ハ其所有權取得ノ原因ヲ失フト同時ニ更ニ沒收物ノ原所有者ニ對シ沒收物返還ノ債務ヲ負擔スルニ至ル是レ此說ノ採ルヲ得サルノ一点ナリトス

第三說ニ依レハ沒收物所有權ハ沒收刑ノ裁判確定ニ因リ犯罪當時ニ遡及シテ移轉スト謂フト雖凡ソ裁判ハ刑事裁判タルト民事裁判タルト問ハス將タ判



決タルト、決定タルト、命令タルトヲ論セス其言渡ノ確定ニ因リ將來ニ對シテ其効力ヲ有スルモノニ過キサレカ故ニ沒收刑裁判ノ効力ヲ犯罪當時ニ遡及セシメントスルカ如キハ裁判ノ効力ヲ不當ニ擴張スルノ批難アリト謂ハサルヲ得ス

第四說ニ依レハ沒收刑ノ裁判確定ニ因リ犯人ヲシテ沒收物所有權移轉ノ債務ヲ負擔セシムルニ過キスト謂フト雖沒收刑ノ裁判ハ物夫レ自体ニ付何等犯人ノ行爲ヲ要セスシテ國家ノ權力作用ニ依リ國庫ヲシテ其所有權ヲ獲得セシムルモノナルカ故ニ單ニ債務關係ヲ發生セシムルニ過キストナスカ如キハ少クトモ沒收刑ノ性質ニ背反スルノ譏アルヲ免レサルモノトス(小疇學士「フランク」等此說ヲ採ル)

第五說ニ依レハ沒收物所有權ハ沒收刑ノ裁判確定ト同時ニ移轉スルモノナリトナスモノニシテ余ハ此說ヲ採ルモノナリ蓋沒收刑ノ裁判ハ物夫レ自体ニ付犯人ノ意思如何ヲ問ハス國家ノ權力作用ニ依リ之ヲ國庫ニ歸屬セシムルモノ

ナルカ故ニ其裁判ノ確定ハ即チ其沒收物所有權移轉ノ時期ナリト謂ハサル可カラサレハナリ(「ラルスハウゼン」等其他獨逸多數學者ハ此說ヲ採ル)

沒收ハ犯罪關係物件ノ處分ナリ而シテ我刑法ニ依レハ沒收ノ目的物件ハ動産タルト將タ不動産タルトヲ問ハスト雖犯罪關係物件ハ總テ之ヲ沒收スルヲ要スルモノニ非スシテ一ニ當該裁判所ノ自由處分ニ一任セリ

沒收ハ犯人以外ノ者ニ屬セサルトキニ限定セラル於茲乎犯人以外ノ者ニ屬セサルトハ如何ナル意義ヲ有スルモノナリヤヲ研究スルノ必要アリ而シテ一說ニ依レハ舊刑法ニアリテモ沒收物ノ大部分ニ付犯人ノ所有ニ係リ又ハ所有主ナキトキノ外云々ト規定シ犯人ノ所有ニ屬セサル場合ニ於テハ犯人以外ノ人ノ所有ニ屬セサルモノナルコトヲ要シ其犯人以外ノ人ノ占有ニ屬スルト否トヲ問ハサリシコトヲ以テ其沿革上ノ理由トナシ刑法第十九條第二項ノ場合ニアリテモ亦單ニ犯人以外ノ人ノ所有ニノミ屬セサルコトヲ要ストナスモノ、如シ然レ共前示法條ノ存スル所以ノモノ一ニ正當權利者ヲ保護スルノ趣意ナ

リト解セサル可カラサルカ故ニ其犯人以外ノ人ノ所有ニ屬スル場合ハ勿論單ニ占有ニ屬スル場合ノ如キモ亦之ヲ包含スルモノナリト解スルヲ以テ其正鵠ヲ得タル斷案ナリト確信ス左ニ各沒收物件ニ付逐次之ヲ分説スヘシ

第一、犯罪行為ヲ組成シタル物

犯罪行為組成物件(即チ罪體)トハ犯罪ノ特別的構成要素ヲ形成シタル物件ヲ謂フ從テ組成物件ハ犯罪行為當時ニ於テ既存ノ物件ナルコトヲ要スルヤ言フ俟タス例之輸入、販賣所持シタル阿片、行使シタル偽造ノ文書(若ハ通貨)變造シタル文書若ハ通貨ノ如キ即チ是レ也

第二、犯罪行為ニ供シ又ハ供セントシタル物

一、犯罪行為ニ供シタル物トハ犯罪組成物件ニ屬セスシテ而モ其犯罪實行ノ用ニ供セラレタル物件ヲ謂フ例之殺人ノ用ニ供シタル兇器ノ如シ  
二、犯罪行為ニ供セントシタル物トハ犯罪組成物件ニ屬セスシテ而モ其犯罪實行ノ用ニ供セントシタル物件ヲ謂フ例之通貨偽造ノ爲メニ準備セラレタル器械又ハ殺人ノ爲メニ準備セラレタル兇器ノ如シ

第三、犯罪行為ヨリ生シ又ハ之ニ因リ得タル物

一、犯罪行為ヨリ生シタル物トハ犯罪ノ實行、々爲夫レ自体カ物ノ産出の行為ナル場合ニ於テ其産出セラレタル物件ヲ謂フ例之偽造ノ文書若ハ通貨ノ如シ

犯罪行為ニ因リ犯人ノ占有ニ歸シタル物件ヨリ發生シタル果實ノ如キハ所謂犯罪行為ヨリ生シタル物ナリト稱スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問案ニ付テハ肯定、否定ノ二説アリト雖余ハ否定説ニ傾クモノナリ蓋之ヲ廣義ニ解スレハ苟モ其犯罪行為ニ因リ發生シタル物件ハ總テ之ヲ包含セシムルコトヲ得ヘキカ故ニ亦之ヲ肯定論斷セサル可カラサルカ如シト雖其犯罪行為ニ因リ間接發生シタル物件ノ如キハ獨立的ニ若ハ附加的ニ沒收ノ目的タルヲ得ヘキモノニ非ス何ソヤ其曩ニ占有ニ歸シタル物件ハ常ニ犯罪ニ因リ得タル物件トシテ沒收ノ目的物タルカ故ニ(本問ハ

其元物ニ對スル沒收刑ノ裁判未確定ノ場合ニ限ル(若シ更ニ其果實タル物件ニ對シ沒收ノ宣告ヲ爲スハキモノナリトセンカ犯人ハ同一犯罪行為ニ付二箇ノ沒收刑ヲ宣告セラル、ノ奇觀ヲ現出スルニ至リ如此ハ沒收刑ノ性質(主刑ニ附隨スルノ性質ニ背反スルモノナレハナリ)

二犯罪ニ因リテ得タル物トハ犯罪組成物件ニ非スシテ而モ犯罪ニ因リ犯人ノ領得ニ歸シタル物件ヲ謂フ例之竊盜ニ因リテ得タル財物、收賄ニ因リテ得タル賄賂賭博ニ因リテ得タル金錢等ノ如シ

### 第三章 刑罰ノ適用

#### 第一節 總 說

刑罰ノ適用トハ法令ノ規定又ハ裁判ノ宣告ヲ以テ犯罪ニ適應セル刑罰ヲ定ムルヲ謂フ

刑罰ノ適用ニ關シテハ從來三箇ノ大主義アリ曰ク擅斷主義(放任主義)曰ク法定

主義(絕對主義)曰ク折衷主義(相對主義)即チ是レ也

擅斷主義トハ裁判官ノ擅斷ヲ以テ適宜ニ科刑ヲ量定宣告シ得ヘキノ制度ヲ謂ヒ法定主義トハ法令ノ規定ニ依リ豫メ犯罪ニ適應シタル刑罰ヲ定メ以テ裁判官ノ自由裁量ヲ認めサルノ制度ヲ謂ヒ折衷主義トハ法令ノ規定ニ依リ豫メ科刑ノ範圍ヲ定ムルモ尙其科刑ノ範圍ニ於テハ裁判官ノ自由裁量ヲ認ムルノ制度ヲ謂フ

蓋人文未タ發達セス裁判官亦法律ニ通曉セザリシ時代ニ於テハ法定主義ヲ探ル亦必スシモ不可ナシト雖人文既ニ發達ヲ遂ケ裁判官亦法律ニ精通セルノ時代ニ於テハ法定主義ノ如キ斷シテ探ル可カラサルノ惡制タリ夫レ然リ而シテ擅斷主義ニ至リテハ動モスレハ則チ裁判官ノ專擅ヲ招致スルノ弊アルカ故ニ宜シク折衷主義ヲ以テ適當ナル立法ナリト謂ハサル可カラス我刑法ハ實ニ此最後ノ折衷主義ヲ採用シタルモノナルコト各本條ノ規定ニ徴シ明カナリトス

#### 第一節 刑罰ノ加重減免

法令ハ各種ノ犯罪ニ付一定ノ範圍ニ於テ之ニ適應セルノ刑ヲ定メ以テ裁判官ヲシテ適宜ニ其刑ヲ量定スルノ自由ヲ與フルノ外一定ノ場合ニ限り特ニ刑ノ加重減免ヲ爲ス可キ場合ヲ列舉規定シタルノミナラス裁判官ヲシテ尙之カ減輕ノ自由ヲ得セシメタリ所謂刑罰ノ加重減免ニ關スル規定即チ是レ也

### 第一款 刑罰ノ加重

刑罰ノ加重ニ二種ノ態様アリ一ヲ法令上ノ加重ト稱シニテ裁判上ノ加重ト稱ス

法令上ノ加重トハ特定ノ場合ニ限り法定刑加重ノ原因ヲ規定シタル場合ヲ指稱シ裁判上ノ加重トハ特定ノ場合ニ限り裁判官ヲシテ法定刑加重ノ自由ヲ與フル場合ヲ指稱ス然リ而シテ我刑法ハ單ニ法令上ノ加重ヲ認メ裁判上ノ加重ヲ認メス蓋裁判官ヲシテ刑ヲ加重セシムルハ危險ナリトノ理由ニ基因スルモノナラント雖既ニ一面裁判上ノ減輕酌量減輕ヲ認ムル以上ハ之カ加重ノ場合ニ於テモ亦之ヲ認ムルノ衝平ナルモノアルハ勿論犯罪若ハ犯人ノ千種萬様ナ

ルヤ往々法定刑加重ノ必要ヲ感スルコトアル可キカ故ニ裁判上ノ加重ヲ認ムルヲ以テ眞ニ適當ナル立法ナリト謂ハサル可カラス

今我刑法上認メラレタル法令上ノ加重ヲ舉示スレハ左ノ如シ

#### 第一、累犯ノ加重

累犯ノ加重ハ如何ナル範圍内ニ於テ之ヲ認ムルヤト謂フニ舊刑法ニ於テハ單ニ其法定刑ニ對シ一等ヲ加重スルニ止メタリト雖(舊刑法第九十一條乃至第九十三條參照)刑法ハ其法定刑ノ二倍以下ノ範圍ニ於テ處斷ス可キ旨ヲ規定セリ(刑法第五十七條、第五十九條)

蓋無制限ナル累犯加重ハ有期刑ヲシテ殆ント無期刑ニ變セシムルモノナルカ故ニ採ル可カラサルハ勿論ナリト雖其如何ナル場合ニ於テモ(一)法定刑ノ二倍ヲ超ユルヲ許サス(二)長期二十年ヲ超ユ可カラス(刑法第十四條)トナシタルカ如キハ立法上異論ノ餘地ナキ能ハサルナリ

#### 第二、併合罪ノ加重

併合罪ノ加重ハ如何ナル範圍内ニ於テ之ヲ認ムルヤト謂フニ舊刑法ニ於テハ原則トシテ一ノ重キニ從フ旨規定シタルニ過キスト雖(吸收主義)刑法ハ併科主義ヲ以テ其原則トシ例外ノ場合ニ限り吸收主義若ハ吸收加重主義ヲ採用セリ(舊刑法第百條參照)

今之ヲ舉示スルコト左ノ如シ

一、併科主義ヲ採リタル場合

(一)罰金ト其他ノ刑(刑法第四十八條第一項本文但死刑ヲ除外ス(同項但書))

(二)二箇以上ノ沒收(同第四十九條第二項)

(三)拘留又ハ科料ト其他ノ刑(同第五十三條第一項本文但拘留刑ニ付テハ無期死刑、科料刑ニ付テハ死刑ヲ除外ス(同項但書))

(四)二箇以上ノ拘留又ハ科料(同第五十三條第二項)

二、吸收主義ヲ採リタル場合

(一)併合罪中其一罪ニ付死刑ニ處スヘキトキ(刑法第四十六條第一項本文)

但沒收刑ヲ除外ス(同項但書)

(二)併合罪中其一罪ニ付無期刑ニ處スヘキトキ(同條第二項本文)但罰金刑

科料刑沒收刑ヲ除外ス(同項但書)

(三)實質的數罪若ハ牽連的數罪ヲ犯シタルトキ(同第五十四條第一項)

三、吸收加重主義ヲ採リタル場合

(一)併合罪中二箇以上ノ有期刑ニ處スヘキトキ(刑法第四十七條)

(二)併合罪中二箇以上ノ罰金刑ニ處スヘキトキ(同第四十八條第二項)

尙法令上ノ加重ニ付テハ累犯若ハ併合罪ノ處分ヲ參照スヘシ(第二編第三章第二節第三款第三項參照)

### 第二一 款 刑罰ノ減免

刑罰ノ減免ハ之ヲ大別シテ法令上ノ刑罰減免ト裁判上ノ刑罰減免トノ二種トナスコトヲ得

### 第一 項 法令上ノ減免

法令上ノ刑罰減免トハ法令ニ於テ豫メ刑罰ノ減輕又ハ免除ノ原因ヲ規定シタル場合ヲ謂フ

法令上ノ刑罰ノ減免ハ之ヲ別チテ一般的ノ刑罰減免ト特別的ノ刑罰減免トノ二種トナスコトヲ得(一)一般的ノ刑罰減免トハ總般ノ犯罪ニ共通セル刑罰減免ノ場合ヲ指稱シ(二)特別的ノ刑罰減免トハ特種ノ犯罪ニ限局セル刑罰減免ノ場合ヲ指稱ス

法令上ノ刑罰減免ハ又之ヲ別チテ依法の刑罰ノ減免ト裁量の刑罰ノ減免トノ二種トナスコトヲ得(一)依法の刑罰ノ減免トハ其減免ノ原因存在シタル場合ニ於テハ必スヤ法令ノ規定ニ依リ減免セサル可カラサル場合ヲ指稱シ(二)裁量の刑罰ノ減免トハ其減免ノ原因存在シタル場合ニ於テモ尙裁判官ヲシテ減免スルト否トノ自由ヲ與フル場合ヲ指稱ス

今法令上ノ刑罰減免ヲ例示スレハ左ノ如シ  
第一、一般的ノ刑罰減免中依法の刑罰ノ減免

- (一) 心神耗弱ニ因ル減輕(刑法第三十九條第二項)
- (二) 瘡腫ニ因ル減輕(同第四十條)
- (三) 内由未遂犯ノ減免(同第四十三條但書)
- (四) 從犯ノ減輕(同第六十三條)

第二、一般的ノ刑罰減免中裁量の刑罰ノ減免

- (一) 緊急防衛過剩の行爲ノ減免(刑法第三十六條第二項)
  - (二) 緊急避難過剩の行爲ノ減免(同第三十七條第一項但書)
  - (三) 法令ノ不知ニ因ル減輕(同第三十八條第三項)
  - (四) 自首ニ因ル減輕(同第四十二條第一項)
  - (五) 首服ニ因ル減輕(同第四十二條第二項)
  - (六) 外由未遂犯ノ減輕(同第四十三條本文)
- 第三、特別的ノ刑罰減免中依法のノ刑罰減免
- (一) 内亂罪ノ自首免除(刑法第八十條)

- (二) 國交罪ノ自首免除(同第九十三條但書)
- (三) 竊盜罪、詐欺罪、恐喝罪、橫領罪、贓物罪ノ免除(同第二百四十四條第一項、第二百五十一條、第二百五十五條、第二百五十七條第一項)

第四、特別的ノ刑罰減免中裁量のノ刑罰減免

- (一) 放火罪及ヒ殺人罪ノ免除(刑法第一百三條、第二百一條)
- (二) 偽證罪及ヒ誣告罪ノ自首減免(同第七十條、第七十一條、第七十三條)
- (三) 贈賄罪ノ自首減免(同第九十八條第二項)

法令上ノ刑罰減免中第一ニ屬スル(一)乃至(四)第二ニ屬スル(一)乃至(三)及ヒ(六)ハ既ニ之ヲ論述シ第三ニ屬スル(三)刑法第四ニ屬スル(一)ハ各論ニ於テ論述ス可キ事項ニ屬スルモノナルカ故ニ茲ニハ單ニ第二ニ屬スル(四)及ヒ(五)第三ニ屬スル(一)及ヒ(二)第四ニ屬スル(二)及ヒ(三)即チ自首、首服、自白ノ各減免ニ付以下目ヲ別チテ之ヲ論述セントス

### 第一目 自首減免

自首減免ハ之ヲ別チテ一般的自首減免及ヒ特別的自首減免ノ二種トナスコトヲ得

- (一) 一般的自首減免トハ總般ノ犯罪ニ共通セル自首減免ヲ謂ヒ(二)特別的自首減免トハ特種ノ犯罪ニ限局セル自首減免ヲ謂フ左ニ自首ノ意義並ニ其效力ニ付説述スヘシ

#### 第一、自首ノ意義

自首トハ或一箇若ハ數箇ノ罪ヲ犯シタル者其發覺以前相當官署ニ對シテ之ヲ申告スルヲ謂フ  
左ニ之ヲ分説セン

- 一、犯人自ラ其犯罪ヲ申告スルコト(即チ自首シタルコト)ヲ要ス
- 二、自首ハ犯人自ラ其犯罪ヲ申告スルコトヲ要スルカ故ニ全然他人ノ犯罪ヲ申告シタル場合ノ如キハ所謂告訴若ハ告發ニシテ自首ニ非ス又官吏ノ訊問ニ應ジ自己ノ犯罪ヲ申告シタル場合ノ如キハ所謂自白ニシテ自

首ニ非ス

自首ノ原因如何ノ如キハ之ヲ區別セサルカ故ニ縱令法令上ノ減免ヲ豫期シ自首シタル場合ト雖亦自首タルニ妨ケナシ(但立法上批難アリ)自首ノ方法ハ言語タルト文章タルト、行爲タルトヲ問ハスト雖有效ナル自首アリトスルニハ其申告ヲ受ケタル官署ヲシテ犯罪ノ種類、方法、犯人ノ申告者タルコト等ヲ知得セシムルニ必要ナル限度ニ於テ之ヲ爲ササル可カラス

自首ハ犯罪ノ申告ヲ以テ足り敢テ必スシモ犯人カ逮捕可能ノ地位ニ在ルコトヲ要セス

二、其發覺以前相當官署ニ對シ之ヲ申告スルコトヲ要ス

發覺以前トハ犯罪搜查ノ權限ヲ有スル公務所若ハ公務員ニ於テ犯罪事實ノ存在ヲ覺知セサリシ場合及犯罪事實ヲ覺知スルモ犯人ノ何者タルカヲ覺知セサリシ場合ノ二ヲ包含スルノ觀念ナリトス從テ此等搜查機

關ノ覺知スル所トナラサル以上ハ當該犯罪事實ニ對スル被害者若ハ其他ノ者ニ於テ犯罪事實ニ付若ハ犯人ノ何者タルカニ付之ヲ覺知スルモ尙所謂發覺以前タルコトヲ失ハス

第二、自首ノ效力

自首ノ效力ハ之ヲ別チテ一般的自首ノ效力及ヒ特別的自首ノ效力ノ二種トナコトヲ得

一、一般的自首ノ效力

刑法第四十二條第一項ニ曰ク「罪ヲ犯シ未タ官ニ發覺セサル前自首シタル者ハ其刑ヲ減輕スルコトヲ得」ト是レ即チ一般的自首ノ效力如何ヲ規定シタルモノナリトス

舊刑法ニ於テハ特種ノ犯罪(例之謀殺罪、故殺罪ノ如シ)ヲ除クノ外總テ自首ノ效力ヲ認メ必スヤ一等又ハ二等ヲ減輕ス可キモノナリトセリ然レ共如此依法的ノ減輕ヲ認ムルトキハ犯人ニシテ往々自首減輕ヲ豫期シ



比較的重大ナル犯罪ヲ決行スルノ弊ナキヲ保セス是レ刑法カ一ニ裁量  
的減輕ヲ認メタルニ過キサレ所以ナリトス

二、特別の自首ノ效力

特別の自首ノ效力ハ之ヲ別チテ依法的の減免及ヒ裁量的の減免ノ二種トナ  
スコトヲ得内亂罪、國交罪ノ如キハ前者ニ屬シ贈賄罪ノ如キハ後者ニ屬  
ス

第二一 目 首 服 減 免

首服減免ハ單ニ一般的首服減免ノ一アルニ過キス左ニ首服ノ意義並ニ其效力  
ニ付説述スヘシ

第一、首服ノ意義

首服トハ告訴ヲ待テ論ス可キ或一箇若ハ數箇ノ罪即チ親告罪ヲ犯シタル  
者其發覺以前當該犯罪ニ付告訴權ヲ有スル者(即チ被害者)ニ對シ之ヲ申告  
スルヲ謂フ左ニ之ヲ分説セン

一、親告罪ニ付其告訴權者ニ申告スルコト(即チ首服シタルコト)ヲ要ス

親告罪ノ何者タルヤハ既ニ第二編第四章ニ於テ述ヘタリ今我刑法上認  
メラレタル親告罪ヲ舉クレハ(一)猥褻姦淫罪(第七十六條)乃至第七十

九條(二)姦通罪(第八十三條)(三)單純暴行罪(第二百八條)(四)過失傷害罪(第

百九條)(五)非營利的畧取誘拐罪(第二百二十四條及第二百二十五條第二項)(六)

名譽毀損罪(第二百三十條)第二百三十一條(七)親屬間ニ於ケル竊盜罪、詐欺

罪恐喝罪(第二百四十四條)第一項、第二百五十一條、第二百五十五條(八)毀棄

罪(第二百五十九條)第二百六十一條(九)隱匿罪(第二百六十三條)等ノ如シ

告訴權者トハ當該犯罪ニ對スル被害者ヲ總稱シ其直接的被害者ナルト

將タ間接的被害者ナルトヲ區別セス從ツテ一箇ノ犯罪ニ對シ數箇ノ被

害者ヲ想像スルコトヲ得ヘシ

告訴權ハ本人若ハ其法定、任意ノ各代理人ニ於テ之ヲ行使スルコトヲ得  
但此等ノ代理人ハ自己固有ノ權利ヲ行使スルニ非スシテ只單ニ本人ノ

有スル權利ヲ代リテ行使スルニ過キサルモノナリ(法定代理人ニ付反對  
説泉二學士著日本刑法論)ト雖首服ノ相手方タル可キ告訴權者ニハ亦當  
然包含セラレルモノナリト解セサル可カラス

二、其發覺以前告訴權者ニ對シ之ヲ申告スルコトヲ要ス

首服タル可キ申告ハ其發覺以前ナルコトヲ要スルコト自首ノ場合ニ異  
ラス然レ共其發覺以前トハ告訴權者ニ發覺セサル以前ナルコトヲ要ス  
ルヤ否ヤニ付テハ學說必スシモ一ナラスト雖首服亦自首ノ一變態ニ過  
キサルカ故ニ告訴權者其他何人カ之ヲ覺知スルモ苟モ當該犯罪ニ付搜  
査權ヲ有スル相當官署ニ於テ之ヲ覺知セサルモノナル以上ハ尙首服ノ  
効力アリト謂ハサル可カラス

### 第二、首服ノ効力

刑法第四十二條第二項ニ曰ク「告訴ヲ待テ論ス可キ罪ニ付告訴權ヲ有スル  
者ニ首服シタル者亦同シ」ト是レ即チ首服ノ効力如何ヲ規定シタルモノナ

リトス

本條ニ依レハ首服ノ効力ハ夫ノ一般的自首ノ効力ト同シク單ニ裁量的減  
輕ヲ認メラレルニ過キサルモノトス

## 第三目 自首減免

### 第一、自首ノ意義

茲ニ所謂自首トハ虛偽ノ證言、鑑定、通事ヲ爲シタル者又ハ人ヲシテ刑事若  
ハ懲戒ノ處分ヲ受ケシムルノ目的ヲ以テ虛偽ノ申告ヲ爲シタル者(即チ誣  
告者)カ當該事件ノ裁判確定以前又ハ懲戒處分以前相當官署ニ之ヲ申告ス  
ルコトヲ謂フ

自首ハ當該事件ノ裁判確定以前又ハ懲戒處分以前ナルコトヲ要スルモノ  
ナルカ故ニ既ニ裁判確定シ若シ懲戒處分アリタル以後ニ於テハ有效ナル  
自首アリトナスヲ得ス又相當官署ニ之ヲ申告スルニ非サレハ其効力ヲ有  
セス

自白ハ夫ノ自首ト異リ犯人自ラ進ンテ犯罪事實ヲ申告スルヲ要セス公務員ノ訊問ニ應シ之ヲ申告スルモ尙自白タルヲ妨ケサルモノトス

第二、自白ノ效力

自白ハ單ニ其刑ヲ減輕又ハ免除セラルルヲ得ルニ過キスシテ夫ノ一般的自首若ハ首服ト同シク裁量の減免ノ一種ニ屬ス

第一項 裁判上ノ減免

裁判上ノ刑罰減免ハ單ニ酌量減輕ノ一アルニ過キス左ニ之カ意義並ニ範圍ニ付説述スル所アルヘシ

第一、酌量減輕ノ意義

酌量減輕トハ法令上豫メ刑罰減輕ノ原因ヲ規定セス一ニ裁判官ノ自由裁量ニ一任シタル場合ヲ謂フ

夫ノ法令上ノ刑罰減免中所謂裁量の減免ハ裁判官ニ對シ其減免スルト否トノ自由ヲ與フルモノナルカ故ニ茲ニ所謂酌量減輕ハ法令上ノ刑罰減免

中所謂裁量の減免ノ一種ニ過キサルモノ、如シト雖彼レニアリテハ法令上其減免ノ原因ヲ一定シ如此原因存在スル場合ニ於テ其減免ヲ與フルト否トノ選擇自由ヲ裁判官ニ對シテ賦與スルモノナルニ反シ此レニアリテハ法令上其減免ノ原因ヲ一定セス其減免ヲ與フルト否トノ選擇自由ヲ全然裁判官ニ對シテ賦與スルモノナルカ故ニ二者全ク其性質ヲ異ニスルモノナリト謂ハサル可カラス

第二、酌量減輕ノ範圍

刑法第六十六條ニ曰ク「犯罪ノ情狀憫諒ス可キモノハ酌量シテ其刑ヲ減輕スルコトヲ得」ト是レ酌量減輕ノ性質範圍ヲ規定シタルモノナリトス  
酌量減輕ハ犯罪ノ情狀憫諒ス可キモノナル以上ハ其主觀的原因ニ屬スルモノナルト將タ客觀的原因ニ屬スルモノナルトヲ區別セス夫ノ君父ノ仇ヲ報センカ爲メ人ヲ殺シタル場合若ハ老若幼者ノ犯罪ノ如キハ前者ニ屬シ夫ノ途上ニ於テ微細ナル財物ヲ拾得横領シタル場合ノ如キハ後者ニ屬

ス然ルニ論者或ハ酌量減輕ハ單ニ主觀的原因ニ屬スル場合ナラサル可カ  
ラストナス所以ノモノ一ニ本條ノ所謂情狀ナル文字ヲ以テ單ニ主觀的情  
狀ニ限局セララルルモノナリトナス獨斷的誤謬ニ座セルノ結果ナリト謂ハ  
サルヲ得ス

酌量減輕ハ所謂一般の減免即チ總般ノ犯罪ニ共通セル減免ノ一ナリトス  
從テ特定ノ犯罪事實ニ付法令上ノ減免ヲ行フモ尙酌量減輕ヲ行フコトヲ  
妨ケス是レ我刑法カ其第六十七條ニ於テ「法律ニ依リ刑ヲ加重又ハ減輕ス  
ル場合ト雖仍ホ酌量減輕ヲ爲スコトヲ得」ト規定シ又其第七十二條ニ於テ  
酌量減輕ト他ノ加重減輕トノ順位ヲ規定シタル所以ナリトス

### 第三節 加 減 例

加重例トハ刑罰ノ加重減輕ヲ爲スコキ方法程度順位ヲ總稱シ之ヲ大別シテ加  
重例減輕例加減順位ノ三者トナスコトヲ得  
第一、加重例

加重例トハ法令上刑罰ヲ加重ス可キ方法程度ヲ示定シタルモノヲ謂フ之  
ヲ細分シテ併合罪加重例累犯加重例ノ二トナスコトヲ得左ニ之ヲ分  
說セン

#### 一、併合罪加重例

(イ) 併合罪中二箇以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮ニ處スヘキ罪アルトキハ其  
最重キ罪ニ付定メタル刑ノ長期ニ其半數ヲ加ヘタルモノヲ以テ長期  
トス但各罪ニ付定メタル刑ノ長期ヲ合算シタルモノニ超ユルコトヲ  
得ス(刑法第四十七條)

但本項ノ場合ニ於テハ刑法第十四條ノ制限ニ從ヒ長期二十年ヲ超ユ  
ルコトヲ得サルモノトス

(ロ) 二箇以上ノ罰金ハ各罪ニ付定メタル罰金ノ合算額以下ニ於テ處斷ス  
(同第四十八條第二項)

#### 二、累犯加重例

累犯ハ再犯タルト將タ三犯以上タルトヲ問ハス各其犯罪ニ付定メタル懲役刑ノ二倍以下ニ於テ處斷ス可キモノナリトス(刑法第五十七條第五十九條)但刑法第十四條ノ制限ニ從ヒ長期二十年ヲ超ユ可カラサルコト併合罪加重例ニ同シ

以上ノ外加重例ニ付テハ第二編第三章第二節第三款第三項ヲ參照スヘシ

第二、減輕例

減輕例トハ法令上、裁判上刑罰ヲ減輕ス可キ方法程度ヲ示定シタルモノヲ謂フ

一、死刑ヲ減輕ス可キトキハ無期又ハ十年以上ノ懲役若ハ禁錮トス刑法第六十八條第一號)

死刑ヲ減輕ス可キ場合ニ於テ之ヲ無期刑ニ處ス可キヤ將タ有期刑ニ處ス可キヤハ一ニ當該裁判官ノ自由裁量ニ一任シタルモノナリト雖其無期刑ナルト將タ有期刑ナルトヲ問ハス懲役刑ニ處ス可キヤ將タ禁錮刑

ニ處ス可キヤハ一ニ其ノ罪質ニ依リ之レヲ判定セサル可カラス例之皇室ニ對スル罪(刑法七十三條、第七十五條)外患ニ關スル罪(同第八十一條、第八十二條)第一項第二項、第八十三條、第八十五條)第一項第二項、第八十七條、第八十九條)放火及ヒ準放火罪(同第八條)第一百十二條、第一百七條)第一項前段)溢水罪(同第一百十九條)往來妨害罪(同第二百二十六條)第三項、第二百二十七條)殺人罪(同第二百條)第二百三條)強盜罪(同第二百四十條)第二百四十一條、第二百四十三條)ノ如キハ何レモ之レヲ懲役刑ニ減輕ス可ク内亂ニ關スル罪(刑法第七十七條)ノ如キハ之レヲ禁錮刑ニ減輕ス可キモノナルカ如シ

二、無期ノ懲役又ハ禁錮ヲ減輕ス可キトキハ七年以上ノ有期懲役又ハ禁錮トス(刑法第六十八條第二號)

懲役刑ト禁錮刑トハ各其罪質ヲ異ニスルモノナルカ故ニ有期懲役刑ハ之ヲ有期懲役刑ニ無期禁錮刑ハ之ヲ有期禁錮刑ニ各減輕ス可キモノト

ス

三、有期ノ懲役又ハ禁錮ヲ減輕ス可キトキハ其刑期ノ二分ノ一ヲ減ス(刑法第六十八條第三號)

有期懲役刑又ハ禁錮ノ最下限ハ一月ナリト雖其二分ノ一ヲ減スルノ結果一月以下ニ降ラサルヲ得ス而シテ我刑法第十四條ニ於テハ有期ノ懲役又ハ禁錮ヲ減輕スル場合ニ於テハ一月以下ニ降スコトヲ得ト規定シタルモノアルカ故ニ其一月以下ニ降ス場合ト雖刑種ノ變更ヲ來タスコトナク依然トシテ懲役刑又ハ禁錮刑也トス但減輕ノ結果一日ニ滿タサル端數ヲ生シタルトキハ之ヲ除棄ス可キモノトス(刑法第七十條第一項) 四、罰金ヲ減輕ス可キトキハ其金額ノ二分ノ一ヲ減ス(刑法第六十八條第四號)

罰金刑ヲ減輕ス可キ場合ニ於テモ亦懲役刑若ハ禁錮刑ノ如ク其法定最下限ニ減縮セラルルモノナルカ故ニ我刑法第十五條ニ於テハ罰金ヲ減

輕スル場合ニ於テハ二十圓以下ニ降スコトヲ得ト規定シタルモノアルカ故ニ其最下限タル二十圓以下ニ降ス場合ト雖刑種ノ變更ヲ來ササルコト懲役刑若ハ禁錮刑ノ減輕ニ異ナラス但減輕ノ結果一錢ニ滿タサル端數ヲ生シタルトキハ之ヲ除棄ス可キモノトス(刑法第七十條第二項) 五、拘留ヲ減輕ス可キトキハ其長期ノ二分ノ一ヲ減ス(刑法第六十八條第五號)

拘留刑ハ其短期一日ナリト雖其長期ヲ減輕ス可キモノナルカ故ニ其短期ハ之ヲ一日以下ニ降スヲ得ス但其短期一日以上ニ於テ一日ニ滿タサル端數ヲ生シタルトキハ之ヲ除棄ス(刑法第七十條第一項) 六、科料ヲ減輕ス可キトキハ其多額ノ二分ノ一ヲ減ス(刑法第六十八條第六號)

科料刑ハ其寡額十錢ナリト雖其多額ヲ減輕ス可キモノナルカ故ニ其寡額ハ之ヲ十錢以下ニ降スヲ得ス但其寡額十錢以上ニ於テ一錢ニ滿タ

サル端數ヲ生シタルトキハ之ヲ除棄ス(刑法第七十條第二項)

七、法令上刑罰ノ減輕ヲ爲ス可キ場合ニ於テ各本條ニ二箇以上ノ刑名アル

場合ニ於テハ如何ニスヘキモノナリヤト謂フニ我刑法ハ其第六十九條

ニ於テ先ツ其適用ス可キ刑罰ヲ定メ之ヲ減輕ス可キモノナリトセリ

八、法令上刑罰減輕ノ原因數箇存在スルトキハ如何ニ減輕ス可キモノナリ

ヤニ付テハ學說一致セス

甲說ニ依レハ苟モ數箇ノ減輕原因アルトキハ各別ニ遞減セサル可カラ

スト論シ乙說ニ依ンハ縱令數箇ノ減輕原因アルトキト雖一箇ノ減輕ニ

止メサル可カラスト論ス蓋甲說ヲ正當ナリト信ス(異說小野學士著新刑法論泉二學士著日本刑法論牧野學士著改正

刑法

### 第三、加減順位

同一ノ被告人ニ對シ加重減輕ノ原因數箇競合シタル場合ニ於テハ如何ナ

ル順位ニ依リ之ヲ實施ス可キモノナリヤニ付テハ立法上議論アリト雖我

刑法ハ其第七十二條ニ於テ之カ順位ヲ規定セリ即チ左ノ如シ

一、累犯加重

二、法律上ノ減輕

三、併合罪ノ加重

四、酌量減輕

累犯加重ヲ第一位ニ置キ酌量減輕ヲ第四位ニ置キタルハ必スシモ不可ナ

シト雖法律上ノ減輕ヲ第二位ニ置キ併合罪ノ加重ヲ第三位ニ置キタルハ

果シテ適當ナル立法ナリヤ否ヤ蓋刑法第十四條ノ規定ニ因リ有期ノ懲役

又ハ禁錮ヲ加重スル場合ニ於テモ亦二十年以上ニ至ルコトヲ得サルカ故

ニ若シ併合罪犯加重ヲ以テ累犯加重ノ次位ニ置クトキハ實際上加重ヲ施

スノ餘地ナキモノアリトノ理由ニ因由スルモノナラント雖如此ハ苟モ減

輕ヲ認メタル法意ニ反スト謂ハサルヲ得ス

今我刑法ノ規定ニ依ル加減順位實施ノ實例ヲ舉示スヘシ

問題茲ニ主觀的情狀憫諒ス可キ刑法第八條所定ノ放火未遂犯(且累犯者

アリ其所爲有期懲役刑ニ相當シ尙他ニ此レト併合罪ノ關係ヲ有スル  
窃盜罪ヲ犯シタリトセハ其加減順位並ニ宣告刑如何

犯人ニ付其相當刑五年以上ノ有期懲役ニ付第一累犯加重ヲ行フトキハ其  
長期三十年トナルモ刑法第十四條ノ制限ニ從ヒ二十年ノ刑トナリ第二未  
遂減輕(法律上減輕)ヲ行フトキハ其長期及ヒ短期ヲ各二分スルカ故ニ即チ  
二年六月以上十年以下ノ刑トナリ第三併合罪加重ヲ行フトキハ其長期ニ  
半數ヲ加ヘタルモノヲ以テ長期トスルモ短期ニハ何等ノ變動ナキカ故ニ  
二年六月以上十五年以下ノ刑トナリ第四酌量減輕ヲ行フトキハ其長期及  
ヒ短期ヲ各二分スルカ故ニ宣告刑一年三月以上七年六月以下ノ刑トナル  
今此加減實施ヲ圖示スルコト左ノ如シ

(基本刑五年以上十五年以下)

(1) 累犯加重ヲ行ヒタル結果  $(15 \times 2) - (15 \times 2 - 20) = 20$  = 五年以上二十年以下トナリ

(2) 法律上減輕ヲ行ヒタル結果  $20 \div 2 = 10$   $5 \div 2 = 2\frac{1}{2}$  = 二年六月以上十年以下トナリ

(3) 併合罪ノ加重ヲ行ヒタル結果  $10 + 10 \div 2 = 15$  = 二年六月以上十五年以下トナリ

(4) 酌量減輕ヲ行ヒタル結果  $15 \div 2 = 7\frac{1}{2}$   $2\frac{1}{2} \div 2 = 1\frac{1}{4}$  = 一年三月以上七年六月以下トナル

以上ハ其一例ニ過キス他ハ類推研究スルヲ要ス

### 第四節 未決拘留

未決拘留トハ犯罪事件ノ審理中犯人ノ身体ヲ拘束シ以テ一定ノ場所ニ拘留スル  
ル國家ノ權力作用ヲ謂フ

未決拘留ハ犯罪事件ノ審理中犯人ノ身体ヲ拘束スルモノナルカ故ニ刑罰ノ執  
行ニ非サルコト勿論ナリト雖其犯人ノ身体ヲ拘束シ其自由ヲ制限スルニ至リ  
テハ刑罰ノ執行ト殆ント殆ント所ナキモノナルヲ以テ未決拘留長キニ亘リ審理  
ヲ重スルモノ、如キハ其全部若ハ一部ニ付之ヲ刑期ニ算入スルヲ得策トス而  
シテ未決拘留日數ヲ刑期ニ算入スルニ付從來二箇ノ大主義アリ即チ一ヲ法定  
主義ト稱シ他ヲ裁量主義ト稱ス法定主義トハ法令ニ依リ豫メ其未決拘留日數



ノ全部若ハ其一部ニ付之ヲ刑期ニ算入ス可キ旨規定シ以テ裁判官ノ自由裁量  
 ニ一任セサルノ制度ヲ謂ヒ裁量主義トハ豫メ法令ノ規定ヲ設ケス裁判官ヲシ  
 テ未決拘留日數ノ全部若ハ其一部ニ付之ヲ刑期ニ算入スルト否トノ自由裁量  
 ノ餘地ヲ與フルノ制度ヲ謂フ法定主義ハ伸縮自在ノ餘地アリト雖安全ニシテ  
 且確實タリ反之裁量主義ハ伸縮自在ノ餘地アリト雖全ク不確實タルヲ免レヌ  
 宜シク安全且確實ナル法定主義ヲ以テ其原則トシ特殊例外ノ場合ニ限り裁量  
 主義ヲ用ユルヲ以テ適當ナリト爲ササル可カラス然ルニ我刑法ハ全然裁量主  
 義ヲ採用シタルハ立法上異論ノ餘地アリト謂ハサルヲ得ス(刑法第二十一條)

- 未決拘留日數算入ノ適用ヲ叙述スレハ左ノ如シ
- 一、未決拘留日數ノ算入ハ事實審タルト將タ法律審タルトヲ問ハス之カ言渡ヲ爲スコトヲ得從テ上級審ニ於テ上訴ヲ理由ナシトシテ棄却ス可キ場合ト雖亦之カ言渡ヲ爲スコトヲ妨ケサルモノトス(同說泉二學士著日本刑法論上卷) (密ニ付異說小崎學士著新刑法論)
  - 二、未決拘留日數ハ死刑沒收刑ノ如キ其算入不可能ナル刑罰ヲ除キ其他刑種ノ

何タルヲ問ハス總テ之ヲ算入スルコトヲ得ヘシ

三、無期懲役刑、無期禁錮刑、罰金刑、科料刑等ニ對シ未決拘留日數ヲ算入スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ學說歸一セス

(イ) 甲說ニ依レハ無期懲役刑若ハ無期禁錮刑ニ付テハ其性質上未決拘留日數ヲ算入ス可キモノニ非ストセリ(泉二學士著日本刑法論參照)

然レ共無期刑ニ對シテモ亦假出獄ノ制度ヲ認ムルカ故ニ其未決拘留日數ヲ刑期ニ算入スルニ於テ犯人ヲ利スルコト小ナリトセス是レ此說ノ採ルヲ得サルノ一点ナリトス

(ロ) 乙說ニ依レハ罰金刑若ハ科料刑ニ付テハ換算ニ關スル規定欠如セルカ故ニ其未決拘留日數ヲ算入ス可キモノニ非ストセリ

然レ共罰金刑若ハ科料刑ト雖亦之ヲ自由刑ニ換算スルコト必スシモ絶對不可能ノ觀念ニ非ス況ンヤ我刑法ハ罰金若ハ科料不完納ノ場合ニ於ケル勞役場留置ノ制度ヲ設ケ罰金若ハ科料ト雖亦之ヲ日數ニ換算ス可キ場合

ヲ認メタルニ不拘何等之カ換算規定ヲ設ケス一ニ當該裁判官ノ自由裁量  
 ニ一任シタルモノアルニ於テヲヤ是レ此說ノ一顧ノ價值ナキ所以也トス  
 以上評論スル所ノ如クナルカ故ニ死刑沒收刑ヲ除クノ外刑罰ハ其種類ノ何  
 タルヲ問ハス總テ其未決拘留日數ヲ刑期ニ算入スルコトヲ得ルモノナリト  
 謂ハサル可カラス（同說小嶋學士著新刑法論附會刑科料  
 刑ニ付附說泉二學士著日本刑法論）  
 四、未決拘留日數ヲ刑期ニ算入スルニ付拘留日數一日ヲ以テ刑期二日以上ニ換  
 算スルコトヲ得ルヤ否ヤ

本問案ニ對シテハ法文上何等ノ制限ナシト雖未決拘留日數ノ算入ハ本ト犯  
 人ノ利益ノ爲メニ設ケラレタル一ノ恩惠的制度ニ外ナラサルカ故ニ宜シク  
 之ヲ否定スルヲ以テ立法ノ本旨ヲ得タルモノナリト謂ハサル可カラス須ラ  
 ク世ノ執法家タル者何等ノ制限ナキヲ口實トシ立法ノ本旨ヲ沒却シ以テ快  
 トスルカ如キコトナキコトヲ要ス

#### 第四章 刑罰ノ執行

##### 第一節 總說

刑罰ノ執行トハ特定ノ犯人ニ對シ確定裁判判決決定ニ因リテ定マリタル刑罰  
 ヲ實施スルヲ謂フ

刑罰執行ハ檢事ノ職權(職務)ニ屬ス(刑事訴訟法第三百二十條參照)ト雖自ラ之カ  
 執行ノ衝ニ當ルニ非スシテ生命刑、自由刑ノ如キハ常ニ司獄官又ハ警察官(監獄  
 法第一條參照)ヲシテ之ヲ執行セシメ財産刑ハ概ネ執達吏ヲシテ之ヲ執行セシ  
 ム

夫レ如此刑罰ノ執行ハ檢事ノ職權(職務)ニ屬スルカ故ニ苟モ有罪ノ裁判確定シ  
 タルモノアル以上ハ必スヤ之カ執行ヲ指揮セサル可カラサルモノトス而シテ  
 監獄ニ於テ執行ス可キ二箇以上ノ主刑アルトキハ其重キモノヲ先ニシ其輕キ  
 モノヲ後ニスルヲ原則トシ特別ノ事由アル場合ニ限リ例外トシテ其重キモノ  
 、執行ヲ停止シ其輕キモノ、執行ヲ爲サシムルコトヲ得(刑事訴訟法第三百十  
 七條第二項參照)

今刑罰執行ノ意義ヲ分解説述スルコト左ノ如シ

- 一、刑罰ノ執行ハ確定裁判(判決決定)ニ因リ定マリタル刑罰アルコトヲ要ス
- 刑罰ノ執行ハ刑罰執行權ノ存在ヲ以テ其前提トシ刑罰執行權ノ發生ハ刑罰宣告ノ裁判確定ヲ以テ其要件トス從テ未確定ナル裁判ニ因リ刑罰ノ執行ヲ爲スヲ得サルヤ論ヲ俟タス
- 刑罰ハ其宣告アリタル裁判ノ確定ニ因リ直ニ之カ執行ヲ爲シ得ルヲ以テ其原則トス然レ共死刑ノ執行ニ付テハ之カ例外トシテ司法大臣ノ命令アルニ非サレハ之カ執行ヲ爲スヲ得ス又執行猶豫ノ言渡アリタル場合ニ於テハ更ニ其執行猶豫取消ノ裁判確定スルニ非サレハ之カ執行ヲ爲スヲ得ス
- 二、刑罰ノ執行ハ特定ノ犯人ニ對シ確定裁判ニ因リテ定マリタル刑罰アルコトヲ要ス
- 刑罰ノ執行ハ刑罰執行權ノ存在ヲ以テ其前提トシ刑罰執行權ノ發生ハ刑罰宣告ノ裁判確定ヲ以テ其要件トスルモノナルコト前陳ノ如シ然レ共如此效

果テ發現ス可キ裁判ハ特定ノ犯人ニ對スルモノナラサル可カラス從テ漫然不特定ノ犯人(例之日本人若ハ英國人ト謂フカ如シ)ニ對スル刑罰宣告ノ裁判ハ其確定力ヲ發生スルモ未タ以テ刑罰執行ノ前提タルコトヲ得サルモノトス

### 第一節 生命刑ノ執行

生命刑(死刑)ノ執行トハ犯人ノ有スル生命ヲ剝奪スルヲ謂ヒ其執行ノ方法ハ絞首ナリトス(刑法第十一條第一項)

抑人類ノ生命ハ本ト一アリテ二ナキカ故ニ其ノ剝奪ヲ目的トスル死刑ノ如キキ亦唯一不可分ナルヤ論ヲ俟タス從テ一度絞首ヲ行フモ未タ其生命ヲ剝奪スルニ至ラサル以上ハ何回絞首ヲ行フモ妨ケナシ又一且絞首ニ因リテ絶命スルモ再ヒ蘇生シタルトキハ更ニ絞首ヲ施シ以テ其生命ヲ剝奪セサル可カラサルモノトス

死刑ノ言渡ヲ受ケタル者心神ヲ喪失シタルトキハ司法大臣ノ命令ニ因リ其痊

瘡ニ至ル迄之カ執行ヲ停止ス(刑事訴訟法第三百十八條ノ三第一項參照)又死刑ノ言渡ヲ受ケタル婦女懐胎ナルトキハ其分娩後司法大臣ノ命令アルニ非ザンハ之カ執行ヲ爲スヲ得ス(同條第二項參照)

死刑ノ言渡ヲ受ケタル者ハ其執行ニ至ル迄如何ニス可キヤ蓋純理上ヨリ之ヲ論スレハ其身体ヲ拘束ス可キモノニ非スト雖我刑法ハ其第十一條第二項ニ於テ之ヲ監獄ニ拘置ス可キモノトセリ是レ死刑ノ宣告ヲ受ケタル者ノ如キハ若シ之ヲ監獄外ニ放置スルトキハ往々逃走ヲ企ツルノ虞アルニ因ルモノニシテ寧ロ適當ナル立法ナリト謂ハサル可カラス

死刑ハ其宣告ノ裁判確定スルモ司法大臣ノ命令アルニ非サレハ之カ執行力ヲ發現セス而シテ司法大臣ノ命令アリタルトキハ爾後三日以内ニ之カ執行ヲ爲ササル可カラス(刑事訴訟法第三百十八條第一項第二項參照)

死刑ノ執行ハ檢事及裁判所書記立會ノ上監獄内ニ於テ之ヲ爲ス(刑事訴訟法第三百十八條ノ二第一項監獄法第七十一條第一項參照)

而シテ死刑ハ大祭、祝日毎年一月一日、二日及ヒ十二月三十一日ハ何レモ之カ執行ヲ爲スヲ得ス(監獄法第七十一條第二項參照)

### 第三節 自由刑ノ執行

#### 第一款 總 說

自由刑ハ之ヲ大別シテ懲役刑、禁錮刑、拘留刑ノ三種トナスコト既述ノ如シ(第二章第三節參照)然リ而シテ自由刑ハ其種類ノ何タルヲ問ハス總テ監獄内ニ於テ之ヲ執行ス即チ(一)懲役刑ハ無期ト有期トヲ別タス共ニ監獄ニ拘置シテ定役ニ服セシメ(刑法第十二條)(二)禁錮刑ハ無期ト有期トヲ別タス共ニ監獄ニ拘置シ(同第十三條)(三)拘留刑ハ拘留場(監獄ノ一種ニ屬ス)ニ拘置ス(同第十六條)

自由刑ハ其宣告アリタル裁判ノ確定ニ因リ執行力ヲ發生スルモノナリト雖左ノ各號ノ一ニ該當スル場合ニ於テハ其事由ノ消滅ニ至ル迄之カ執行ヲ停止セサル可カラス(刑事訴訟法第三百十九條第二項參照)

一、心神喪失ノ状態ニアルトキ

此場合ニ於テハ心神回復ノ状態ニ至ル迄其執行ヲ停止セサル可カラス

二、刑ノ執行ニ因リ生命ヲ保ツコト能ハサルノ虞アルトキ

此場合ニ於テハ刑ノ執行ニ因リ生命ヲ保持スルコトヲ得ルニ至ル迄其執行ヲ停止セサル可カラス

三、受胎後七月以上ナルトキ

此場合ニ於テハ胎兒出生(分娩)後一月ヲ經過シ又ハ流産後刑ノ執行ニ因リ生命ヲ保持スルコトヲ得ルニ至ル迄其執行ヲ停止セサル可カラス

四、分娩後一月ヲ經過セサルトキ

此場合ニ於テハ分娩後一月ヲ經過スルニ至ル迄其執行ヲ停止セサル可カラ

ス  
自由刑ノ執行ニ付テハ期間ノ計算ヲ如何ニス可キヤノ問案アリ乞フ左ニ之ヲ  
説述セン

一、期間計算法ニ付テハ刑法第二十二條乃至第二十四條ニ於テ之カ規定ヲ設ケ

タリ然リ而シテ此等法條ハ期間ノ計算ニ關スル總テノ法則ヲ網羅シタルモノニ非ナルカ故ニ刑法ニ何等ノ明文アラサル事項ニ付テハ如何ニ處理ス可キモノナリヤト謂フニ民法第三百三十八條ニ依レハ期間ノ計算法ニ付法令裁判上ノ命令又ハ法律行為ニ於テ別段ノ定メアル場合ヲ除クノ外本法ノ規定ニ從フ可キ旨規定シタルモノアルカ故ニ刑法ニ何等明文アラサル事項ニ付テハ亦民法中期間ニ關スル規定ニ從ハサル可カラサルモノトス即チ左ノ如

シ  
(イ) 受刑ノ初日ハ時間ヲ論セス一日トシテ之ヲ期間ニ算入シ放免ハ刑期終ル

ノ翌日ニ於テ之ヲ行フ(刑法第二十四條第一項第二項)

(ロ) 刑期ヲ定ムルニ月又ハ年ヲ以テシタルトキハ曆ニ從ヒテ之ヲ計算ス(全第二十二條)

月又ハ年ヲ以テシタルトキトハ三月又ハ三年ト謂フカ如シ而シテ曆ニ從

フトハ月又ハ年ノ初日ヨリ其末日迄ノ間ヲ以テ一月又ハ一年トナスニア  
リ若シ月又ハ年ノ初メヨリ之ヲ起算セサルトキハ其期間ハ最後ノ月又ハ  
年ニ於ケル月ニ於テ起算日ニ應當スル日ノ前日ヲ以テ期間ノ滿了トス但  
最後ノ月ニ應當日ナキトキハ其月ノ末日ヲ以テ滿期日トス(民法第四百十  
三條參照)

二、刑期ハ裁判確定ノ日ヨリ之ヲ起算ス然レ共其拘禁セラレサル日數ハ之ヲ刑  
期ニ算入セス(刑法第二十三條第一項第二項)

刑期ハ裁判確定ノ日ヨリ之ヲ起算ス可キモノナルカ故ニ裁判確定後ノ拘留  
日數ハ當然刑期中ニ算入セラル可キモノナリトス然レ共裁判確定後算入セ  
ラル可キ日數ハ必スヤ拘禁セラレタルモノナルコトヲ要シ其拘禁セラレサ  
ル日數ハ之ヲ算入ス可キモノニ非ス

### 第二一 款 假 出 獄

假出獄ノ制度タルヤ主トシテ囚徒ノ自新ヲ促カシ其改悛ヲ獎勵スルヲ以テ其

#### 目的トス

蓋裁判ノ宣告當時ニ於テハ執行猶豫ノ情狀ナカリシモノト雖其刑期限内改悛  
ノ情頗ル顯著ナル者ニ對シテハ假出獄ヲ許容スルノ制度ヲ採ルトキハ之カ恩  
典ニ浴セントスル希望ノ念慮ハ囚人ヲシテ常時獄則ヲ遵守セシメ不知不識改  
過遷善ノ域ニ到達セシムルコトヲ得ヘケレハナリ是レ各國カ競フテ此制度ヲ  
採用スルニ至レル所以ナリトス

刑法第二十八條及ヒ第二十九條ニ於テ假出獄ニ關スル規定ヲ設ケタリ仍テ左  
ニ假出獄許可ノ條件並ニ其効果ノ二者ニ區分シ略說スル所アラントス  
第一、假出獄許可ノ條件

- 假出獄ノ許可ヲ與フルニハ左ノ要件ヲ具備セサル可カラス(刑法第二十八條)
- 一、有期又ハ無期ノ懲役若ハ禁錮ノ刑ニ處セラレタルモノナルコトヲ要ス
- 假出獄ハ諸般ノ自由刑ニ對シ之ヲ與フルコトヲ得ルモノニ非スシテ單  
ニ懲役若ハ禁錮ノ刑ニ限定セララル蓋拘留刑ニハ假出場ノ制度アレハ也

二、有期刑ニ付テハ其刑期三分ノ一ヲ經過シ無期刑ニ付テハ十年ヲ經過シタルモノナルコトヲ要ス

然レ共是レ果シテ適當ナル立法ナリヤ否ヤ余輩大ニ疑ナキ能ハス何ソヤ其改悛ノ情顯著ナル者ニ對シテハ其刑期三分ノ一ヲ經過シ又ハ十年ヲ經過シタルニ非サルモ尙假出獄ヲ許容スルノ必要アレハナリ

三、改悛ノ情アルコトヲ要ス

四、行政官廳ノ處分ニ依ルコトヲ要ス

假出獄ノ許可ノ形式ハ行政官廳ノ處分ナリトス即チ典獄ヨリ犯人ノ情狀ヲ具陳シ司法大臣ノ許可ヲ得囚人ニ對シ一定ノ形式ニ依リ釋放ノ申渡ヲ爲シ其證票ヲ之ニ下附シ以テ假出獄ヲ許可スルモノトス(監獄法施行規則第七十三條第一項第七十四條參照)

但軍法會議ニ於テ處斷セラレタル者ナルトキハ司法大臣及ヒ陸軍大臣又ハ海軍大臣ニ具陳ス可キモノトス(監獄法施行規則第七十三條第二

項參照

第二假出獄ノ効果

假出獄ハ假ニ出獄ヲ許可スルモノナルヲ以テ刑罰執行ノ免除ニ非スシテ一ノ變態的刑罰執行方法ニ過キサルモノナルカ故ニ其許可取消ノ原因タル可キ一定ノ事實到來スルコトナクシテ其刑期ノ全部ヲ經過シタル場合ニ於テハ茲ニ刑罰ハ全ク消滅ニ歸スルノ効果アルモノトス於茲乎假出獄ハ如何ナル條件ノ到來ニ因リ之ヲ取消ス可キモノナリヤ及ヒ其取消ノ効果如何ヲ觀察スルノ必要アリ

一、假出獄取消ノ條件

行政官廳ハ假出獄ノ許可ヲ與ヘタルモノニ對シ左ノ各號ノ一ニ該當スル場合ニ於テハ之カ許可ヲ取消スルコトヲ得ヘシ(刑法第二十九條第一項)

(イ)假出獄中更ニ罪ヲ犯シ罰金以上ノ刑ニ處セラレタルトキ

「假出獄中更ニ罪ヲ犯シ」トハ假出獄期間内ニ於テ或一箇若ハ數箇ノ罪ヲ犯シタルモノナルコトヲ意味ス從テ其罪ニ因リ罰金以上ノ刑ニ處セラレタルコトカ必スシモ假出獄期間内タルコトヲ要セス

(ロ) 假出獄前ニ犯シタル他ノ罪ニ付罰金以上ノ刑ニ處セラレタルトキ  
假出獄前ニ犯シタル他ノ罪ニ付罰金以上ノ刑ニ處セラレタルコトカ假出獄期間内タルコトヲ要ス

(ハ) 假出獄前他ノ罪ニ付罰金以上ノ罪ニ處セラレタル者ニシテ其刑ノ執行ヲ爲ス可キトキ

(ニ) 假出獄取締規則ニ違背シタルトキ

二、假出獄取消ノ効果

假出獄ノ許可ヲ取消シタルトキハ其出獄中ノ日數ハ之ヲ刑期ニ算入セサルモノトス(刑法第二十九條第二項)

蓋假出獄亦刑罰ノ變態的執行方法ナリトセハ不幸ニシテ中途其出獄ヲ

取消サレタル場合ト雖其既ニ經過シタル日時ハ之ヲ刑期ニ算入ス可キヲ至當トス可キカ如シト雖若シ如此効果ヲ與フルトキハ假出獄ノ許可ヲ取消サルルコトナクシテ其獄内ニ於ケルト同一ナル態度ヲ持續シ良ク改過遷善ノ實ヲ全フスルコト能ハサルノ虞アルカ故ニ其中途ニシテ之カ取消ヲ爲ス可キ場合ノ如キハ其出獄ノ日數ハ全然刑期ニ算入セス更ニ初メ(出獄ノ日)ヨリ全刑ニ服セシムルコトトナシタルナラント雖其出獄日時ノ長短如何ヲ問ハス之ヲ刑期ニ算入セサルカ如キハ果シテ適當ナル立法ナリヤ否ヤ余輩大ニ疑ナキ能ハス殊ニ況ンヤ本條カ單ニ罰金以上ノ刑ト規定シ夫ノ執行猶豫取消ノ場合ノ如ク禁錮以上ノ刑ト規定セサルカ如キ彼此其權衡ヲ失スルノ甚タシキモノアルニ於テヲヤ

第三款 假出 場

假出場所ハ拘留刑ニ處セラレタル者又ハ罰金若ハ科料ノ刑ニ處セラレタルモ其不完納ニ因リ留置セラレタル者ニ對シ行政官廳ノ處分ヲ以テ假ニ出場ヲ許



容スルノ制度ヲ謂フ(刑法第三十條第一項第二項)

假出場ハ行政官廳ノ處分ヲ以テスルモノナルコト假出獄ノ處分ニ同シ而シテ假出場ハ假出獄ニ於ケルカ如ク之カ許可ヲ取消スコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ學說分岐シ或ハ之ヲ肯定セサル可カラスト論シ之ヲ否定セサル可カラスト論ス

蓋假出場ニ付テハ假出獄ニ於ケルカ如ク之カ取消並ニ取消ノ場合ニ於ケル刑期算入等ノ法條アラサルカ故ニ之ヲ否定セサル可カラサルモノ、如シト雖已ニ行政官廳ノ處分ニ依リ假ニ出場ヲ許容スルヲ得ルモノナル以上ハ其之ヲ許容スルノ情狀全然除却セラレタル場合ニ於テハ其出場許可ノ官廳ハ更ニ之カ取消ヲ爲スヲ得可ク其法條欠如セルハ全ク規定ノ必要ナキモノト認メタルニ外ナラス只夫レ其出場ノ日數ヲ刑期ニ算入シ又ハ換算日數ニ算入スルヲ得ルヤ否ヤニ付テハ異論アル可ケント雖夫ノ假出獄ニ於ケルカ如キ否定の明文ナキヲ以テ寧ロ肯定論斷スルヲ正當ナリト信ス何者若シ反對ノ論結ニ從ハハ類

推解釋ニ依リ刑ヲ加重スルノ現象ヲ呈スルニ至ル可ケレハ也(明治四十一年民刑甲第一四三號民刑局長回答第九號及泉二學士ハ假出場ノ取消ヲ認メス小野學士ハ假出場ノ取消ヲ認ムルセ其出場日數ハ之ヲ算入ス可キモノニ非ストシ牧野學士ハ單ニ假出場ノ取消ヲ認メ日數算入ニ言及セス)

### 第四款 執行猶豫

#### 第一項 總 說

執行猶豫ハ一定ノ犯罪ニ付刑罰ノ宣告ヲ爲シタル犯人ニ對シ一定ノ期間内解除條件附ニ其執行ヲ猶豫シ其猶豫ノ完成ニ因リ刑罰宣告ノ效力ヲ失ハシムルノ制度ヲ謂フ

蓋國家刑罰權ノ存在ハ國家生存上ノ必要ヲ以テ其前提トシ國家生存上ノ必要ハ即チ國家ノ秩序維持ヲ以テ其消極的ノ限界トス從テ國家刑罰權ノ實行モ亦國家ノ秩序ヲ維持スルニ必要ナル範圍ニ之ヲ限局セシメサル可カラサルヤ論ヲ埃タス夫レ然リ而シテ諸多ノ犯罪ハ頗ル千態萬狀ヲ極メ或ハ被害ノ僅少ニシテ殆ント言フニ足ラサルモノアル可ク或ハ被害ノ大ナルモ一時的感情ノ刺

激ニ因リ又ハ四圍ノ狀況ニ制セラレ不知不識犯罪の行爲ヲ演出スルニ至レルモノ亦決シテ尠少ナリトセス然ルニ若シ如此犯人ニ對シ直ニ待ツニ刑罰ヲ以テシ夫ノ兇惡不逞ノ徒輩ト共ニ獄舎ニ投シテ毫モ顧ミルコトナカラソカ其克己心ノ薄弱ナルヤ直ニ獄内ノ汚風ニ感染シ遂ニ終世救ヒ難キノ惡徒トナリ一度期滿ツルニ及ヒテヤ其漸次養成セラレタル惡性ハ茲ニ漸ク其活動ヲ開始スルニ至リ更ニ反覆其犯行ヲ實行セスンハ則チ止マサラントス若シ夫レ假リニ純良無垢ノ徒トシテ出獄スルモ社會ノ良民ハ之ヲ目スルニ刑餘ノ人ヲ以テシ往々擯斥シテ顧ミサルノ結果自暴自棄ノ深淵ニ陥リ窮餘彌々其罪惡ヲ累メルニ至リ遂ニ全ク救フ可カラサルノ人ト化シ刑罰ノ實行ハ何等ノ實益ヲ收ムルコトナク却リテ國家ノ秩序ニ對スル危害ヲ醸生スルノ因由タルニ了ラントス此豈國家刑罰權ノ目的ナランヤ宜シク如此犯人ニ對シテハ刑罰ノ執行ヲ猶豫スルニ一定ノ期間ヲ以テシ其間之カ行爲ヲ嚴密視察シ若シ累犯ノコトナキニ於テハ刑罰宣告ノ效力ヲ失ハシメ以テ一面刑罰實行ニ基ツク幾多ノ弊害ヲ防

止スルト同時ニ一面犯人ヲシテ翻然自覺スルニ至ラシメ再ヒ罪惡ヲ累スルノ機會ナカラシムルニ如カサルナリ是レ我刑法カ他諸國ニ於ケルカ如ク執行猶豫制度ヲ設クルニ至レル所以ナリトス  
 乞フ左ニ執行猶豫宣告ノ條件及ヒ其效果並ニ執行猶豫取消宣告ノ條件及ヒ其效果如何ニ付各項ヲ別チテ之ヲ論述セントス

第一一項 執行猶豫宣告ノ條件及ヒ其效果

第一、執行猶豫宣告ノ條件

執行猶豫ノ宣告ニハ左ノ二箇ノ要件ヲ具備セサル可カラス

一、現在ニ於テ二年以下ノ懲役若ハ禁錮ノ言渡ヲ受ケタルモノナルコトヲ要ス(刑法第二十五條)

蓋宣告刑ノ大小ハ法定刑ノ大小ニ基ツクモノトセハ法定刑ノ大ナルハ即チ犯人ノ兇惡ナルヲ表明スルモノ、如シト雖微罪必スシモ偶發的犯人ノ所爲ニ非ス大罪必スシモ慣習的犯人ノ所爲ニ非サルナリ果シテ然

ラハ執行猶豫ヲ與フルノ理由ヲ一ニ罪ノ大小輕重ニ之ヲ求メントスル  
カ如キハ斷シテ採ル可カラサル所ニ屬ス然ルニ我刑法カ現在ニ於テ僅  
ニ二年以下ノ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ニ限局セルハ立法上批難ノ餘地ア  
ルヲ免レス

二、既往ニ於テ

(イ) 禁錮以上ノ刑ニ處ヒラレタルコトナキ者ナルコトヲ要ス(刑法第二十  
五條第一號)

禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキ者トハ確定裁判ニ因リ禁錮以  
上ノ刑ノ言渡ヲ受ケタルコトナキ者ヲ指稱ス

(ロ) 禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトアルモ其執行ヲ終了シ又ハ其執行  
ヲ免除セラレタル月ヨリ七年以内ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコ  
トナキ者ナルコトヲ要ス(同條第二號)

前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトアルモ其執行ヲ終了シ又ハ其

執行ヲ免除セラレタル日ヨリ七年以内ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタ  
ルコトナキ者ナルコトヲ要スルカ故ニ其直前ノ犯罪ニ對スル執行終  
了者ハ免除ノ日カ現在言渡ヲ受ケタル犯罪ノ日時以前七年以上如何  
ニ長年月ヲ經過シ居ルモ其直前ノ犯罪ニ對スル前犯カ其七年以内ニ  
犯サレタルモノナルトキハ尙本號ニ牴觸スルモノ、如シト雖今之ヲ  
累犯ニ關スル刑法第五十六條ノ規定等ニ鑑ミ立法者ノ眞意ヲ討究ス  
レハ本號ハ宜シク其直前ノ犯罪ニ對スル執行終了者ハ免除ノ日時カ  
現在刑ノ言渡ヲ受ケタル犯罪ノ日時以前七年以内ナラサルコトヲ要  
スルニ過キササルモノナリト解スルヲ以テ其當ヲ得タルモノナリト確  
信ス

但立法上批難ノ餘地ナキニ非サルカ故ニ余ハ刑法第二十五條第二號  
ニ對シ左ノ如キ修正ヲ加ヘラレンコトヲ切望セセサルヲ得ス  
前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトアルモ其執行終了又ハ免除ノ

日ヨリ七年以上ヲ經過シタル者

執行猶豫ノ期間ハ一年以上五年以内トス(刑法第二十五條)從テ裁判所ハ其範圍内ニ於テ其犯情ニ應シ適當ナル期間ヲ定メ猶豫ノ言渡ヲ爲スコトヲ得

刑法施行後ニ於テハ舊刑法ノ刑ニ處ス可キ者ト雖刑ノ執行猶豫ニ付テハ刑法ノ規定ヲ準用ス可キモノナリトス(刑法施行法第十四條第一項參照)而シテ舊刑法ノ刑名ト刑法ノ刑名トハ全ク同シカラサルヲ以テ其刑ノ對照ヲ爲スノ必要アリ此場合ニ於テハ刑法施行法第二條ノ例ニ依リ其對照ヲ爲ササル可カラサルモノトス(同條第二項參照)

財産刑(罰金刑科料刑)……沒收刑ハ此限ニ非スニ對シ執行猶豫ヲ認メサル理由如何蓋財産刑ノ執行ハ自由刑ノ執行ト稍其趣ヲ異ニシ犯人ノ身体ヲ拘束シ之ヲ獄内ニ拘置スルモノニ非サルカ故ニ自由刑ノ執行ニ因リ生ス可キ幾多ノ弊害ハ財産刑ニ之ヲ想像スルコト能ハス是レ財産刑ニ對シ執

豫ヲ認メサル所以ナリトス

夫レ如此財産刑ニ對シテハ執行猶豫ヲ認メサルカ故ニ自由刑ト財産刑罰金刑科料刑……沒收刑ハ此限ニ非ストヲ併科スル場合ニ於テハ自由刑ニ對シ執行猶豫ヲ與フルモ財産刑ニ對シテハ執行猶豫ヲ與フルヲ得ス

第二、執行猶豫宣告ノ效果

刑ノ執行猶豫宣告直接ノ效果ハ單ニ一定ノ期間内刑ノ執行ヲ猶豫スルヲ得ルニ過キスト雖若シ一度完成スルニ於テハ刑罰宣告ノ效力ヲ失ハシム蓋刑執行猶豫完成ノ效果ニ付テハ各國其採ル所ヲ一ニセス或ハ單ニ刑ノ執行免除ノ效力ヲ認ムルニ過キササルモノアリ或ハ全然刑罰宣告ノ効力ヲ消滅セシムルモノアリ然レ共單ニ執行免除ニ止マルトキハ純正無垢ノ人タラシムルヲ得サルノ欠點アルカ故ニ我刑法ハ實ニ此第二ノ主義ヲ採用シ全然刑罰宣告ノ效力ヲ失ハシムルモノトセリ(第二十七條)從テ爾後再ヒ罪ヲ犯スモ累犯ノ基礎タルコトナキモノトス