

特104

304

刑法總論

林博士講述

(非賣品)

大正十五年版中大講義



始



特 104
304



林
博
士
講
義

法
總
論

(非賣品)

大正十五年版中大講義



刑法總論 目次

第一編 緒論

第一章 刑法概念

第二章 刑法ノ法律上ノ地位

第三章 刑法ノ淵源

第一節 成文法

第二節 條約

第三節 慣習

第四章 刑法ノ種類

第一節 廣義ノ刑法ト狹義ノ刑法

第二節 普通刑法ト特別刑法

第五章 刑法學及刑法補助學

第六章 刑法ノ沿革

第一節 一般刑法ノ沿革

一 一 一
三 二 〇 九 九 九 八 七 五 五 二 一 一

第二節

我々刑法ノ沿革

第七章

刑法ノ學派

第八章

刑法ノ解狀

第二編

犯罪論

第一章

犯罪ノ概念

第一節

犯罪ノ形式上ノ意義

第二節

犯罪實質上ノ意義

第三節

我々刑法ニ於ケル犯罪ノ意義

第二章

犯罪ノ主体

第三章

責任能力

第四章

行為

第一節

緒論

第二節

作為ト因果關係

第一款

因果關係中斷ノ觀念

第二款

因果中斷ノ有無

一七
一九
二一
二二
二二
二四
二六
二九
三〇
三二
三二
三三
三八
四〇

第三節

不作為ト因果關係

第五章

責任條件

第一節

總論

第二節

故意

第一款

故意ノ觀念

第二款

故意ノ對象

第三款

故意ノ態樣

第四款

錯誤

第一項

錯誤ノ觀念

第二項

錯誤ノ態樣

第三項

錯誤ノ結果

第三節

過失

第一款

過失ノ概念

第二款

過失ノ標準

第三款

過失ノ態樣

四四
五〇
五一
五一
五三
五五
六〇
六〇
六一
七一
七五
七五
七七
八〇

第六章 違法

第一節 違法ノ概念

第二節 違法阻却ノ原因

第一款 法令ニ依ル行為

第二款 正當ノ業務ニ依ル行為

第三款 正當防衛(緊急防衛)

第四款 緊急避難

第五款 被害者ノ承諾

第六款 正當行為

第七章 犯罪ノ完成

第一節 犯罪行為ノ段階

第二節 未遂犯

第一款 總說

第二款 中止未遂

第三節 不能犯

八二

八三

八四

八四

九一

九三

九六

一〇七

一一四

一一六

一一六

一一七

一一七

一一七

一一二

第八章 犯人ノ單數及複數

第一節 單犯正犯

第二節 共犯

第一款 共同正犯

第二款 教唆犯

第三款 從犯

第四款 間接正犯

第九章 犯罪ノ單數及複數

第一節 總論

第二節 想像上ノ數罪

第三節 牽連犯(第五四條第一項後段)

第四節 連續犯

第五節 集合犯

第六節 吸收犯

第七節 數罪

一三三

一三三

一三四

一三四

一四二

一四八

一五四

一六三

一六三

一六九

一七一

一七九

一七八

一九一

一九三

第一款	併合罪	一九三
第二款	累犯	一九六
第十章	犯罪ノ種類	一九九
第十一章	犯罪ノ時及場所	二〇四
第三編	刑罰論	二〇九
第一章	刑罰ノ概念	二一〇
第二章	刑罰ノ分類	二一〇
第三章	死刑	二一一
第四章	自由刑	二一一
第五章	財産刑	二一三
第一款	罰金及科料	二一三
第二款	没収	二一五
第六章	刑ノ輕重	二二二
第七章	刑ノ加重、輕減、免除	二二二
刑法總論	目次(終)	二二二

刑法總論

林博士講述

第一編 緒論

第一章 刑法ノ概念

刑法トハ犯罪及ヒ刑罰並ニ其ノ相互ノ關係ヲ規定スル法規ノ全体ヲ云フ
 今日一政ニ認メラル、所ニ依レハ人類ハ共同シテ生活スルコト即チ社会ヲ
 組織スルコトハ人類ノ生存ニ必要ナル形式ナリ、而シテ人類相集リテ社会
 ヲ組織スル上ニ於テハ人類ノ活動ヲ制限ニテスルハス、
 若シ相互ニ制限ナキ活動ヲナサハ各人利害ノ衝突ヲ來シ共同生活ノ基礎
 ヲ破壊スルニ至ルハシ、故ニ必ズ各人ノ自由ヲ適度ニ制限スルハ一定ノ
 標準ヲ定ムルト共ニ之トニ從ハシムルハキ手段ヲ採ラサルヘカラス、即チ從

ハサレモノハ国家ハ強制シテ之レニ従ハシメサルヘカラス。

其ノ手段ニツアリ、一ハ直接又ハ間接ノ執行的制度ニシテ、其ノニハ
刑罰的強制ナリ。然レトモ刑罰的強制ハ何人ノ利益ヲ害スルコトナラカ
故ニ一定ノ標準ヲ遵守セサル者ニ対シテ常ニ之レヲ如クヘキニテス、其
ノ中ニ付テ共同生活ニ害ヲ興フルコト大ナルモノニ対シテ之レヲ施スモノ
トス、而シテ刑罰的強制ヲ加ヘラル、行為之レヲ犯罪ト謂フ。

第二章 刑法ノ法律上ノ地位

第一、刑法ハ国内法ナリ

刑法ハ国家相互ノ關係ヲ規定スルモノニアラスシテ国家ト私人トノ關
係ヲ規定スルモノナリ。故ニ國際法ニアラスシテ国内法ニ屬ス。
然レトモ刑法ハ国内法ノミニ效力ヲ有スルモノニアラス、外國ニ在ル
日本人並ニ外國ニ在ル外國人ニモ或ル範圍ニ於テ效力ヲ有スルモノナリ。

第二、刑法ハ公法ナリ

刑法ハ私人相互ノ關係ヲ規定スルモノニアラスシテ国家ト私人間ニ於
ケル刑罰干係ヲ規定スルモノナリ。

從テ刑法ハ私法ニ屬セスシテ公法ニ屬スルモノトナル、故ニ刑法ノ規
定スル刑罰権ニツキテハ絶対ニ私人ノ処分權ニ和鮮、懲罰、放棄等ヲ許
サハルモノトス。

第三、刑法ハ實體法ナリ

刑法ハ刑罰権其ノモノ、實體ニ付テ定ムルモノナル故ニ形式法ニ屬
セスシテ實體法ニ屬ス、而シテ刑罰権實行ノ手續ハ別ニ刑事訴訟法ナル
形式ヲ以テ定ムルモノナリ。

第四、刑法ハ制裁法ナリ

法律ハ一定ノ行為ヲ命令若クハ禁止シ之レニ反シタル者ニ對シ不利

學者カ斯ノ如ク外國ニ干係ヲ有スル刑法方面ヲ國際刑法ト稱スルコト
アリ、然レトモ刑法ノ效力カ外國ニ在ル人ニモ及ブ干係ヲ指稱スルニ適
マラスシテ、真正ノ意味ニ於ケル國際法ニアラサルナリ。

ナル法律上ノ效果即チ制裁ヲ課スルモノナリ

法律ノ命令又ハ禁止ハ學向上之レヲ規範ト云ヒ之レヲ定ムルモノヲ規範法ト云ヒ規範ヲ遵守セサル者ニ對シ制裁ヲ定ムタルモノヲ制裁法ト云フ

刑法ハ犯罪ニ對スル刑罰ナル制裁ヲ定ムルモノナルカ故ニ制裁法ニ屬スルコト明カナリ

然レトモ刑法ハ必スシモ制裁ノミヲ定ムルモノニアラス、刑法ニ於テ規範ト制裁トヲ係セテ定ムルコトナリ

又規範ハ他ノ法律ニ於テ之レヲ定ムル法ニ於テハ單ニ制裁ノミヲ定ムルコトナリ

刑法ニ於テ規範ヲ定ムタル場合ニハ刑法ハ規範法ニシテ且ツ制裁法トナルモノナリ、而シテ規範法ハ制裁法ノ前又ハ同時ニ成立スルヲ常トトスレトモ時トシテハ規範法カ制裁法タル刑法ノ後ニ成立スルコトナシニアラス

斯ノ如キ場合ニハ刑法ハ後日規範ヲ定ムタルトキニ於テ是ノ適用

ヲ生スルモノナリ

第三章 刑法ノ淵源

第一節 成文法

一般ノ法律ノ淵源ハ成文法ト不文法トナリ、然レトモ刑法ノ淵源ハ成文法ノミニ限ル、即チ犯罪及ヒ刑罰千條ハ不文法ニヨリテ定マルコトナシ、我カ旧刑法ニハ法律ニ正條ナキモノハ何等ノ所爲ト雖モ之レヲ罰スルコトヲ得ストノ法文ヲ揭ケ特ニ此ノ趣旨ヲ明カニシタリ

現行刑法ニハ斯ノ如キ明文存セスト雖モ之レ憲法第二十三條ニ日本臣民ハ法律ニ依ルニアラスシテ逮捕、監禁、審問、処罰ヲ受クルコトナシト規定シアリテ刑罰ヲ科スルニハ法律ノ規定アルコトヲ憲法上ノ要件トスルヲ以テ刑法ニ於テ特ニ之レヲ明言スルノ必要ナキニヨルモノナリ

憲法ニ所謂法律トハ固ヨリ憲法上ノ意義ニ於ケル法律即チ帝國議會ノ協賛ヲ經タル成文ノ法律ヲ指稱スルモノナリ、故ニ成文法ナリト云モ勅令以下ノ命令ニヨリテ刑罰ヲ定ムルコトヲ得ス、但シ緊急勅令ハ憲法上法律ニ代ル効力ヲ有スルモノナルヲ以テ之レニヨリ刑罰ヲ定ムルコトヲ得ヘク、又委任命令ナルモノヲ認ムルトキハ詔令ニヨリ刑罰ヲ定ムルコトヲ得ヘシ、憲法上委任命令ヲ認ムルキ否キハ學有尙異論アリト云モ我國ノ實際ニ於テハ委任命令ヲ認メ法律ニ於テ立法事項ヲ命令ニ委任スルコト少ナカラス、而シテ現行ノ法律ニヨレハ一定ノ範圍ノ刑罰ヲ定ムル命令ニヨリ定ムルコトヲ得ル旨ヲ定メタルカ故ニ其ノ定メラレタル範圍内ニ於テハ命令ヲ以テ刑罰ヲ定ムルコトヲ得ルモノナリ、又台湾及チ朝鮮ニハ憲法ハ行ハレ居ルキ否キハ議論ノ存スルトコロニシテ若シ憲法カ行ハレ居ラストノ見解ヲ採ルトキハ之等ノ地方ニ於テハ命令ヲ以テ刑罰ヲ定ムルコトヲ得ルモノナリ、現時ニ於テハ台湾ニ於テハ法律ノ委任ニヨリ、朝鮮ニ於テハ緊急勅令ノ委任ニヨリ何レモ總督ノ命令ヲ以テ刑法ヲ制定セリ、

第二節 條約

又關東州ハ我カ憲法行ハレサルヲ以テ内地ニ於テハ命令ヲ以テ刑罰ヲ定ムルコトヲ得ヘク現時ニ於テハ勅令ニヨリテ之レヲ定メタリ、

條約ノ效力ニ付テハ憲法學者間ニ爭ノ存スルトコロニシテ
第一ノ説ニヨレハ條約ハ之レヲ條約トシテ公布スルニヨリテ直チニ人民ヲ拘束スルノ效力アリトナシ、
第二ノ説ニヨレハ條約ハ國家間ニ於ケル權利義務ノ關係ヲ定メタルモノナルカ故ニ之レヲ公布スルモノ人民ニ對シテ效力ヲ生セズ、人民ニ對シテ效力ヲ生セシメンニハ法律命令等ノ形式ニヨリテ之レヲ公布スルコトヲ要スルモノトナセリ、然レトモ我國ノ實際ニ於テハ條約ハ之レヲ公布スルニヨリテ法律ト同一ノ效力ヲ有スルモノトナシ
即チ第一説ヲ是認セリ、故ニ此ノ説ニ從ハハ條約モ亦刑法ノ淵源タルコトヲ得ルモノトス、

第三節 慣習

古ニ於テハ何レノ國ヲ向ハス慣習ヲ以テ刑法ノ淵源トナシタリト要モ近世ニ於ケル政羅巴大陸ノ法制ニ於テハ慣習ヲ以テ刑罰ヲ定ムルコトヲ認メス。而シテ我憲法モ成文法ニアラサレハ刑罰ヲ定ムルコトヲ得サルモノトナシタルコトハ第一節ニ述ヘタルトコロノ如シ、然レトモ刑罰ヲ係ラ定ムルコトハ成文ニ定メラレタル刑罰ヲ廢止スルコト、ハ別何ノ干係ニシテ政羅巴ニ於ケル一般ノ學說ニ從ハハ慣習ニヨリテ刑罰ヲ係ラ定ムルコトヲ得サルモ刑罰ヲ廢止スルコトヲ妨ケサルコト、セリ、之レ法律上正当ノ見解ニシテ我カ國ニ於テモ此ノ理論ハ之ヲ認メサルヘカラス。

故ニ單ニ憲法ノ規定ニ基キテ論スレハ又合一ノ結論ヲナサハルヘカラスト雖モ我國ニハ特別ノ法律アリ、即チ法律例第一條ニ慣習ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサルモノ及ヒ法律命令ニ規定ナキ事項ニテスルモノニアラス。

サレハ法律タル初カラ認メサル旨ヲ定メタルカ故ニ刑法ニ規定シクル事項ニ付テハ慣習カ法律ト認メラレ、コトナキヲ以テ刑法ヲ廢止スル初カモ亦慣習ニ付キテ之レヲ認ムルコトヲ得サルモノナリ。

第四章 刑法ノ種類

第一節 廣義ノ刑法ト狹義ノ刑法

廣義ノ刑法ト云フトキハ犯罪及刑罰ノ關係ヲ定メタル一切ノ法律ヲ指稱スレモノニシテ法律ノ名稱如何ニ拘ハラズ其ノ規定ノ實質ニ依リテ之レヲ云フモノナリ。之レヲ實質的刑法又ハ刑罰法觀ト稱ス。狹義ニ刑法ト云フトキハ刑法ト命名セラレタル法律ヲ云フモノニシテ之レヲ刑法典ト云フ。

第二節 普通刑法ト特別刑法

広ク一般ニ犯罪ト刑罰トノ關係ヲ定メタル刑法ヲ普通刑法ト云ヒ特殊ノ場所特殊ノ人特殊ノ事項ニ關スル犯罪ト刑罰トノ關係ヲ定メタル刑法ヲ特別刑法ト云フ。

例ハハ台湾律令、朝鮮制令ノ如キハ台湾、朝鮮ナル特殊ノ場所ニ關スル犯罪ト刑罰トヲ定メ、陸海軍刑法ハ陸海軍ノ軍人ナル特殊ノ身分ヲ有スル人ニ關スル犯罪ト刑罰ヲ定メ、爆発物取締規則ハ爆発物ナル特殊ノ事項ニ關スル犯罪ト刑罰ヲ定メタルカ如シ。

而シテ第一ニ速ヘタル刑法史ハ即チ普通法ニシテ其ノ定ムルところハ斯ノ如キ特殊のナモノニアラスシテ広ク一般ニ犯罪ト刑罰トニ關スル規定ヲ設ケ殊ニ其ノ總則ニ於テハ刑法ノ根本ノ法則ヲ定メタルモノニシテ、ノ法則ハ反對ノ規定ナキ限りハ特別刑法ニモ凡テ適用セラルルモノナリ。

第五章 刑法學及刑法補助學

刑法學トハ刑法ヲ學問トシテ研究スルヲ云フ。換言スレハ刑法學トハ犯罪及ヒ刑罰ニ之レカ相互ノ關係ヲ系統的ニ研究シ其ノ原理原則ヲ察見スル科學ナリトス。

刑法學ハ分テ四トス。刑法解釋學、沿革刑法學、比較刑法學、刑法哲學之レナリ。

(1) 刑法解釋學　ハ現行刑法學ノ規定ヲ綜合分析シテソノ原理、原則ヲ察見スル科學ナリ。

(2) 沿革刑法學　ハ古今ノ刑法學ヲ史的ニ研究シ其ノ變遷經過ノ狀態トソノ原因ヲ考究スル科學ナリ。

(3) 比較刑法學　ハ各國ノ刑法ヲ比較對照シテ其原理、原則ノ移動ヲ察見スル科學ナリ。

(4) 刑法哲學　ハ哲學的ニ刑法ヲ研究スル科學ナリ。

即チ古今東西ノ刑法ヲ貫クトコロノ犯罪及刑罰ニ關スル總論ノ法則アリヤ若シヤリトセハ如何ナル法則ナリヤヲ明ニセントスルモノナリ。

本講義、主トシテ刑法解説学ノ範圍ニ屬ストモ現行刑法ヲ至當ニ解説
センニハ犯ノ刑法学ヲ看過スルヲ許サ、ルヲ以テ結局刑法学ノ全部ニ涉ル
モノナリ。

刑法学以外ニ犯罪及刑罰ニ関シテ研究スル学向アリ、之レヲ刑法補助学
ト称ス。

其ノ主ナルモノ左ノ如シ。

(1) 刑事人類学 ハ人トシテ犯罪人ヲ研究スル学向ニシテ換言スレハ犯罪人
自体即チ其ノ身体、精神ニ存在スル犯罪ノ條件ヲ研究スル科学ナリ。

刑事人類学ハ又ニ細別シテ、刑事生理学、刑事解剖学、刑事心理学ノ
三トス。前二者ハ身体内ニ存スル犯罪條件ノ要素ヲ研究シ、後者ハ心理
的ニ存スル犯罪ノ要素ヲ研究スルモノナリ。

(2) 刑事社会学 ハ犯罪ヲ社会現象トシテ犯罪ト社会トノ關係ヲ研究スル
学向ナリ。

(3) 刑事統計学 ハ犯罪及ヒ刑罰ヲ統計的ニ即チ数学的ニ研究スル学向ナ
リ。

(4) 刑事政策学 ハ犯罪ヲ阻止シ若シクハ減少スル方策ヲ研究スル学向ナ
リ。

(5) 監獄学 ハ自由刑執行ノ種類、方法等ヲ研究スル学向ナリ。

(6) 法医学 ハ法律ノ適用上身体ニ存スル種々ノ疑問ヲ医学的ニ解決
スル学向ナリ。

第六章 刑法ノ沿革

第一節 一般刑法ノ沿革

刑法ノ沿革ハ固ニ依リ必ズ是ニ至ラズモ大体ニ於テハ一般ニモノ來遷
ヲ悉テ進化シ来リタルモノナリ。

第一 復讐時代

原始時代ニ於テハ刑罰ハ犯罪ニ対スル復讐ナリトス、其ノ時代ニ於
一三

テハ凡ソ犯罪ハ二種ニ分レタリ、即チ

第一ハ団体對ノモノカ団体ニ對シ又ハ団体ノ一員ニ對シ罪ヲ犯シタル場
合ニシテ

第二ハ団体外ノモノカ団体ニ對シ又ハ団体ノ一員ニ對シ罪ヲ犯シタル場
合ニシテ

第一ノ場合ニ於テハ之レカ制裁トシテ団体ハ犯罪者ヲ法律ノ外ニ置キ因
体及団体員ハ之レニ對シ如何ナル処分ヲモナスコトヲ得ル

第二ノ場合ニ於テハ之レカ制裁トシテ被害者若クハ家族又ハ被害団体ハ
加害者又ハ其ノ家族若クハ加害団体ニ對シテ復讐的ニ害ヲ加フルモノト
ナセリ

然ルニ復讐ハ往々被害ノ程度ヲ超工制裁トシテ甚ク苛酷ニ失スルモノ
アリ、之レヲ以テコレヲ緩和スルタメ犯罪ニ對スル制裁ハ被害ノ程度ト
相同シキ復讐ヲ以テモカレヘカヲストノ點於テ此レ法廷上之レカ認メラ
ル、ニ至レリ、之レヲ及生法ト云フ、目ヲ以テ目ニ報ヒ齒ヲ以テ齒ニ報
ヒ手ヲ以テ手ニ報ユルノ類ナリ

第二 贖罪時代

社会ノ漸次進歩スルニ從ヒ金品ヲ以テ罪ヲ贖フノ制度ヲ生スルニ至レ
リ、即チ団体若クハ社会一徹ニ對スル犯罪ヲ除クノ外何人間ノ犯罪ハ往
々加害者ヨリ被害者若クハ其ノ家族ニ賠償ノ金品ヲ支拂ヒテ和解スルノ
慣習ヲ生シソノ初メハ復讐ト並ヒ行ハレ主トシテ各人ノ意思ニ一任シタ
ルカ後ニ至リテ団体ノ首長、各君主ハ之レヲ強制スルニ至レリ、而シテ
贖罪ノ金品ハ最初ハ独リ被害者又ハ其ノ家族ニ支拂フニ止リシカ後ニ至
リ君主ニ對シテモ之レヲ支拂フコトヲ要スルモノトナレリ、之レ復讐ヲ
免ル、コトヲ得ヘキ報酬トシテ君主ニ保護料ヲ支拂フノ趣旨ニ出ラタル
モノナリ、此ノ贖罪ノ意思ハ今日ニ於ケル罰金及ヒ損害賠償ノ起源ヲナ
セルモノナリ

第三 酷刑時代

其ノ後君主ハ私利漸時強大トナルト共ニ犯罪ニ對シテハソノ直接ノ被
害カ何レニアルヤ問ハス、スヘテ國家的刑罰ヲ加フヘキモノナリトノ
思想ヲ生シ且ツ刑罰ハ犯人ニ苦痛ヲ與ヘ威嚇スルコトヲ目的トセサルヘ

カラストナスニ至リ、犯罪ニ対シテハ國家ハ其ノ制裁トシテ苛酷峻烈ナ
ル苦痛ヲ與フルコト、ナセリ、即チ死刑、身體刑、財産全部沒收ノ如キ
酷刑ヲ課シ、又時トシテハ犯罪ニ関係ナキ家族等ニ対シテモ刑罰ヲ科ス
ルコトアルニ至レリ、

中古ヨリ十八世紀ノ末葉ニ至ルマテハ英ニ此ノ時代ニ屬ス、而シテ此
ノ時代ニ於テハ多クハ罪ト刑トヲ法律ニ於テ規定セズ裁判官ノ自由裁量
ニ委ネタリ、即チ斷刑專斷主義ナリ、

第四 博愛時代

十八世紀ノ末葉ヨリ威嚇的極刑ニ代フルニ博愛的緩刑ヲ以テスルニ至
レリ、而シテ此ノ時代ニ於テハ裁判官ノ專斷ヲ防クカタメ罪ト刑トハ此
ノ法律ノ規定ニヨリ一定セラレ法律ニ正條ナキモノハ何等ノ所屬ト雖モ
罰スルコトヲ得サルモノトナス、又刑罰ハ法律ニ於テ之ニテ特定スルニ
至レリ、即チ斷刑法是主義之レナリ、

第五 科学時代

十九世紀ノ中葉ヨリ刑法及ヒ刑法補助學ノ研究盛シニ行ハル、ニ至リ

タル結果刑法ハ犯罪ヲ防滅シ社會ノ秩序ヲ保護セシカタメ實驗科學ノ基
礎ノ上ニ刑罰ヲ定メサルヘカラストノ思想ヲ生シ博愛的緩刑ノ主義ヲ排
斥スルニ至レリ、

現時ハ即チ此ノ時代ニ屬ス、而シテ此ノ時代ニ於テハ刑罰ハ法律ニヨ
リ定マルト雖モ、博愛時代ノ刑罰ハ絶対ニ又裁判官ノ自由裁量ヲ許サ、
リシカ若クハ唯狭キ範圍ニ於テ之ヲ許スニ過ぎナクモ此ノ時代ノ刑罰
ハ裁判官ノ自由裁量ノ範圍ヲ廣クシ刑罰專斷主義トノ中實ニ在リモノナ
リ、

第二節 我カ刑法ノ沿革

我カ刑法ノ沿革ハ之レヲ三期ニ分ツコトヲ得ヘシ、
一 固有法時代

上古ヨリ天智天皇即位十年ニ至ルモノニシテ我國固有ノ象達ニ係ル刑
法ノ存在シタルモノナリ、然レトモ此ノ時代ニ於テハ成文法規ノ存スル

ナク犯罪及ヒ刑罰ハ一ニ裁判官ノ專断ニ委ネタルモノ、如シ、
又 夫那法系時代

天智天皇即位十年ヨリ、明治十四年ニ至ルマテ支那法系時代トス、
藤原鎌足等天智天皇ノ詔ヲ受ケ唐ノ制ニ倣ヒテ成文ノ法ヲ定ム、世ニ
所謂近江朝廷ノ令ト称スルモノ之レナリ、

誠或成文中犯罪及ヒ刑罰ニ于スル規定ヲ含ミタルコト明ナリト云モ今
日ニ於テハ其ノ内容ヲ詳ニスルヲ得ス、

其ノ後文武天皇ノ御代ニ至リ大宝ノ律令ノ編纂アリ詠法令中ニハ之ク
ノ刑罰法規ヲ含ム、其ノ後政杖武門ニ歸シ、次テ明治維新ニ至ル、其ノ
間種々ノ變遷アリト云モ要スルニ支那法制ヲ其ノ基礎トナシタルモノナ
リ、

3. 歐羅巴法系時代

明治維新後多クノ歐洲文物ノ制度ヲ輸入シテ其ノ範トナスニ及ヒ刑法
モ亦歐羅巴ノ法制ニ基キ改正スルニ至レリ、
即チ仏人「ボアソナード」ハ公國刑法ヲ模倣シテ刑法ヲ起草シ、元老

院ノ修正決議ヲ經テ明治十五年一月ヨリ實施セラレ、ニ至レリ、其ノ後
歐洲各國ニ於ケル法令ト最近ノ學說トヲ參照シテ新ニ刑法ヲ制定シ明治
四十一年十月ヨリ實施セラレ、現行刑法之レナリ、而シテ現行刑法ハ前
節ニ説明シタル科學時代ノ刑法ニ屬スルモノナリ、

第七章 刑法ノ學

刑法學ニハ全然基礎觀念ヲ異ニセルニ種ノ學說アリ、旧派及ヒ新派之レ
ナリ、

旧派ハ十八世紀ノ中葉伊太利ノ學者「ヘソカリヤレ」ノ主張ニカ、ルモノ
ニシテソノ要旨トスルトコロハ、人ハ一定ノ年齢ニ達スルトキハ特ニ精神
ニ異状ナキ限りハ凡ハテ理性ニ従ヒ善ヲナシ惡ヲ避ケルノ自由意思ヲ有ス、
即チ惡事ヲナサ、ルコトヲ得ルニ拘ハラズ之レヲナスモノナレバ故ニ之ニ
對シテ惡報ヲ加フルハ正義ノ要求スル因果惡報ノ自然ノ理法ナリ、而シテ

各人ノ自由意思ニハ差別ナク故ニ刑ヲ定ムルニハ只被害事實ノ大小、輕重ヲ考慮スヘクソノ罪ヲ犯シタル人ノ主觀的事情ノ如何ヲ問フヲ要セストナスモノナリ、故ニ此ノ學說ヲ一ニ應報主義又ハ客觀主義ト云フ、

新派ハ十九世紀ノ中葉伊太利ノ學者「ロンブローゾ」ニヨリテ主張セラレタルモノニシテ其ノ要旨トスルトコロハ人ノ意思ハ一定ノ因果律ニ支配セラレ、モノニシテ自由ナルモノニアラス、犯罪ハ其ノ人ニ存スル有形無形ノ原因ト其ノ人ニ及ラス外界ノ原因ニヨリテ必然的ニ形成セラレ、モノニシテ其ノ基クニコロソノ人ノ性格ニ依リ、犯罪ハ反社會性ノ發見ナレカ故ニ社會保護ノ目的ヲメニ刑罰ヲ科スルモノニシテ致テ正義的應報ヲナスモノニアラス、故ニ刑ヲ定ムルニハソノ主觀的事情ヲ考慮スヘク、被害ノ大小、輕重、如ク客觀的事實ヲ觀ミテ學ナシトナスモノナリ、故ニ此ノ學說ヲ一ニ保護主義又ハ主觀主義ト云フ、

右ニ派ノ學說ヲ折衷シ、刑罰ハ犯罪ニ對スル應報ナリトモ社會保護ノ目的ノタメニ之ヲ科スルモノナリ、故ニ科スヘク刑罰ヲ定ムルニハ犯罪ノ大小、輕重ヲ觀ミルト共ニ犯人ノ性格境遇等ヲモ亦之レヲ觀ミサルヘカ

ラストナス、之レヲ折衷說ト云フ、我カ刑法ハ此ノ折衷ノ主義ニヨリタルモノナリ

第八章 刑法ノ解釈

刑法ノ解釈ニ付テハ法律ノ解釈ニ同スル一般ノ原則ニ遵要スルコトヲ得ヘシ、

即チ分理解釈及倫理解釈ト共ニ刑法ノ解釈ニ之レヲ當ツルコトヲ得ルモノトス、然レトモ犯罪及刑罰ハ法律ニ之レヲ特定スルヲ現時ニ於ケル刑罰ノ原則トスル物ニシテ吾憲法ニ十三條ニハ法律ニ依ルニアラサレハ必罰セラル、コトナキ旨ヲ規定セルヲ以テ法律ノ是ニサレ罪刑ヲ抵抗スルハ之レヲ許サ、ルモノトス、

然レトモ犯罪不成立、減刑免除等罪刑ヲ否定スル方面ニ於テハ類推解釈モ亦之レヲ禁スルモノニアラス、罪刑法定ノ方面ニ類推解釈ヲ許サ、レコ

ト上述ノ如シト雖モ勿論解釈ハ此ノ方面ニ属シテモ之レヲ認ムルコトヲ得ルモノトス。蓋シ勿論解釈ハ法律ノ定メタル以外ニ擴張スルニアラスシテ法律カ自明当然ナリトシテ其ノ條文ニハ明文セサルモ之レヲ含蓄セシメタル法ノ内容ヲ明ニスルニ他ナラサレハナリ。

第二編 犯罪論

第一章 犯罪ノ概念

第一節 犯罪ノ形式上ノ意義

犯罪ノ概念ハ時代ニ依リ固ニ依リ必ラスシモ一様ナラス。古今ヲ貫キ東西ニ亘リテ其ノ共通セル概念ヲ統轄シテ論スルコト願ル固難ナルノミナラズ尊口不能ナリト云フヘシ。然レトモ現在多數ノ文明國ノ法律ヲ基礎トシ之レカ共通ノ概念ヲ求ムルトキハ犯罪トハ犯罪ノ制裁ヲ附シタル法定ノ不

法行為ナリト云フコトヲ得ヘシ。

今之レヲ分析スレハ凡ノ如シ

- (一) 犯罪ハ不法行為ナリ。國家ハ共同生活ノ秩序ヲ保タンカタメ法律ニ依リ各人ノ違背スヘキ一定ノ率則ヲ定ム。之レヲ規範ト云フ。規範ニ違背スルモノ之レヲ不法行為ト云フ。犯罪ハ即チ規範違反ノ行為ナリトス。
- (二) 刑罰ノ制裁アルモノアリ。規範ハ其ノ價値必スシモ同一ニアラス。輕キモノハ之レニ違反スルモ何等ノ制裁ナシ。稍重キモノニ就テ其ノ性質ニ從ヒ或ハ民事上ノ制裁アリ。或ハ行政上ノ制裁アリ。而シテ其ノ重キモノ就中規範中公安保持ノタメ必要ナリトスルモノニ就テハ之レカ違反者ニ對シ刑罰ノ制裁ヲ科シ以テ其ノ規範ノ確立ヲ保タンコトヲ期ス。此ノ最後ノ規範違反ノ行為則チ犯罪ナリ。
- (三) 法定セルモノナリ。如何ナル規範違反行為ニ對シテ刑罰ナル制裁ヲ科スヘキカハ法律ニ於テ之レヲ特定スルモノニシテ法律ニ定メサルモノハ之レヲ犯罪ト認ムルコトナシ。古代一認メタルカ如キ自然犯罪ナルモノハ之レヲ認メス。

第二節 犯罪實質上ノ意義

法律カ規範ヲ定メ規範違背ノ行為ヲ犯罪トシテ之レニ刑罰ノ制裁ヲ科スルハ規範ヲ維持センカタメニシテ規範ヲ維持セントセハ是レニ依リテ保護セサルカタメナリ。即チ規範ニ依リテ人ノ行動ノ限界ヲ辨シ以テ保護セサルヘカラサル物体ヲ侵害シスハ侵害スルハ危険ヲ防正セントスルモノナリ。

所謂保護ニサルヘカラサル(物体)法律ヲ法益ト云フ。之レヲ以テ犯罪ハ形式的ニハ規範違背ノ行為ニシテ實質的ニハ法益ヲ侵害シ若シタハ侵害セントスル行為ナリト云フヲ得ヘシ。

一、法益ハ必ズシモ権利タルヲ要セス。権利ニ屬セサル利益若クハ状態モ亦法益タルヲ得ヘシ。而シテ其ノ帰屬者ハ必ズシモ國家若クハ個人ノ如キ人格ヲ有スルコトヲ要セス。社会公共ノ利益ノ如キ特定ノ帰屬者ナキモノモ亦法益タルコトヲ得ルモノトス。

二、法益ハ各犯罪ニ依リテ同シカラズ。

單一ナル権利々益又ハ状態ヲ其ノ物体トナスモノアリ。又ハ複数ノ権利々益又ハ状態ヲ其ノ物体トナスモノアリ。

又複数の場合ニアリテハ其ノ物体ヲ同價値トシテ法益トナシタルモノト其ノ商ニ主従ノ別アルモノトアリ。之レ過ノ犯罪。性質要件ヲ明カニスル所ナリ。

而シテ法益ノ何タルヤハ犯罪ノ相殺連続犯ノ成立被害者承諾上犯罪ノ成立等ノ河原ニ有キ重要ノ關係ヲ有スルモノナリ。

三、犯罪ハ其ノ結局ニ於テハ何レモ公安ヲ害スヘキ行為ナリ。然レトモ規範違背ノ結果トシテ公安ヲ害スルニ至ルモノニシテ規範カ直接ニ保護セントスル物体ハ前述ノ如ク一樣ナラサルモノトス。

即チ規範ニ依リ保護セントスル物体ヲ侵害シ又ハ侵害セントスル危険ヲナス行為トナル公安ヲ害スルモノナリ。公安ヲ害スルハ此ノ關係ヲ明カニセサルヤヤマリニ定ムルモノナリ。

第三節 我カ刑法ニ於ケル
犯罪ノ意義

前述ノ犯罪ノ概念ハ我カ現行法ニ於ケル犯罪ニ之レヲ通用スルコトヲ得ルモノトス。

然レトモ我カ普通刑法即刑法ニ於テハ犯罪ノ積極的條件トシテ行爲カ有責ニ出テタルコト、消極的條件トシテ違法性ヲ在キスル自由ナキコトヲ共通ノ條件ト認メタリ。

所謂有責條件ヲ備フルコトヲ云ヒ、違法性ノ在却トハ一般論ノ規範ニ違背スルモ特定ノ事情具フトキハ其ノ性質ヲ失ハシムルコトヲ云フ。故ニ我カ普通刑法ニ是メタル犯罪ヲ定義スルハ犯罪トハ規範ニ違背シタル有責違法ノ行爲ニシテ刑罰ノ制裁ヲ科セラレタルモノヲ云フ。ト云フコトヲ得ハシ、但シ特別刑法ニ是メタル犯罪ニ付テハ有責違法ヲ其ノ條件トナサ、ルモノ

トアリ。例ハハ財務刑法ノ如シ。

第四節 犯罪ノ構成要件

犯罪ノ構成要件トハ法律上犯罪ノ成立スルニ必要ナル條件ヲ云フ。

一、犯罪構成要件ニハ一般構成要件ト特別構成要件トアリ。前章ニ説明シタルカ如ク我カ刑法ハ有責違法ノ行爲ヲ犯罪ト認ムルカ故ニ犯罪ノ成立スルニハ行爲アルコト、有責ナルコト、違法ナルコトノ三條件ヲ必要トス。

此ノ三條件ハ凡テノ犯罪ニ共通ナル要件ニシテ之レヲ一般構成要件ト云フ。而シテ個々ノ犯罪ニ付テハ此ノ要件ノ外各々其ノ犯罪ニ特別ナル條件ヲ必要トスルモノニシテ之レヲ特別構成要件ト云フ。

刑法總論ニ於テハ一般構成要件トシテ考成スルモノニシテ特別要件トシテノ考成ハ刑法各論ノ範圍トス。

二、犯罪ノ構成要件ニハ積極的條件ト消極的條件トノ別アリ、積極的條件

トハ或ル事實ノ存在スルコトヲ犯罪ノ成立ニ必要トナスモノニシテ消極的條件トハ或ル事實ノ存在セサルコトヲ犯罪ノ成立ニ必要トナスモノヲ云フ

三、犯罪構成要件ハ主観的條件客観的條件トニ別ツコトヲ得ヘシ、

主観的條件トハ犯人ノ能力又ハ身命ト犯人其有ニ關スル事實ニシテ法律上犯罪ノ成立ニ必要トスル條件ヲ云ヒ客観的條件トハ其ノ他ノ條件ヲ云フ

第二章 犯罪ノ主体

犯罪ノ主体トハ犯罪者タル適格ヲ云フ、即チ法律上罪ヲ犯ス資格ヲ具フルモノヲ云フ、

古代ニ於テハ人以外ノモノ例ヘハ動物ヲ犯罪者トシテ刑ヲ加ヘタルコトナクニアラズ、

然レトモ今日ニ於テハ何レノ国ニ於テモ犯罪ノ主体ハ人ナラサルヘカラストナセリ、又ハ自然人ト法人トノ別アリ、

自然人ハ原則トシテ凡テ犯罪ノ主体トナルコト疑ヒナクモ法人カ犯罪ノ主体トナルヤ否ヤ議論ノ存スルトコトナリ、之レ法人ノ本質ニ干スル觀念ノ相違ヨリ生スル結果ニシテ法人ノ本質ニ干シ擬制說ヲ採ルトヤハ積極的ニ解セサルヘカラスト虽モ實在說ヲ採ルトヤハ積極的ニ解スルコトヲ得ヘシ、

刑法利法ニ於テハ法人ハ犯罪主体トナラサルコトヲ原則トシ、明治三十二年法律第二号、其ノ他各種専売法、取締法等ニ定メタル特殊ノ犯罪ニ於

キテノミ例外トシテ犯罪ノ主体トナルコトヲ認メタリ、

第三章 責任能力

自然人ハカクシテ犯罪ノ主体トナルト雖モ法律ハ精神状態ノ不成熟又ハ不健全ナルヲ理由トシテ其ノ行為ニ付テ責任ヲ免ゾノ能力ナキモノトナセルモノアリ、之レヲ責任無能力者ト云フ、

或カ刑法ハ責任無能力者ヲ分テ三トス、心神喪失者、幼者、瘖啞者ニレナリ、

第一 心神喪失者

或カ刑法第三十九條ニハ心神喪失者ノ行為ハ之レヲ罰セズト規定セリ、之レ心神喪失者ハ責任無能力者ナルコトヲ宣言シタルモノナリ、全條ニ所謂心神トハ精神ノ義ニシテ、喪失トハ精神ノ絶無ヲ云フニアラスシテ精神ノ常則的状态、換言スレハ人間ノ普通ニ有スル精神状態ヲ欠ケルヲ

云フ

精神ノ常則的状态ヲ欠カスルトキハスハテ責任能力ノナキモノニシテ其ノ原因ノ性質種類並ニ其ノ状態ノ一時的ナルト永続的ナルトヲ問ハサルモノトス

第二 幼者

刑法第四十一條ニ十四歳ニ滿タサルモノ、行為ハ之レヲ罰セズト規定セリ、之レ十四歳未滿者ヲ以テ責任無能力ナルコトヲ明ニシタルモノナリ

第三 瘖啞者

刑法第四十條ニ瘖啞者ノ行為ハ之レヲ罰セズ又ハソノ刑ヲ減輕スト規定セリ、之レ瘖啞者ハ相對的無能力者ト認ムルノ注意ニシテ結局責任能力ノ有無ハ裁判所ノ決定ニ委ネタルモノナリ、

瘖啞者ハ聲ニシテ啞ナル者ヲ云ヒ、先天的ナルト後天的ナルトヲ問ハサルモノトス、

以上ハ一般ノ犯罪ニ付テ論シタルモノニシテ附帯刑法又ハ取締法ニ定

メタル犯罪ニ付テハ法律ノ特別ノ規定ニヨリ責任無能力者ヲ認メサレズ
ノアリ

第四章 行為

第一節 緒論

犯罪ハ行為ヲ實質トス、行為ナケレハ犯罪ナシ

行為トハ意思ニ基ク身体ノ挙動ナリ

然レニ個ノ原則ヲ生ス

第一、意思ノ決定アルモ身体ノ挙動ニ現ハレサレハ犯罪ナシ

第二、挙動アルモ意思ニ基カサレハ犯罪ナシ

身体ノ挙動ハ動作及ヒ静止ナリ、動作ヨリ行為犯罪成立シ、静止ニヨリテ

不作為犯罪成立ス、但シ行為犯罪ヲ以テ犯罪ノ常態トナシ、不作為犯罪ハ突体

ニ属ス

不作為犯罪ヲ分テテニトス、不作為ヲ純正ニ犯罪ノ内容トスル場合及ヒ
通常ハ行為ニヨリテ生スルモ不作為ニヨリテモ生シ得ハキ場合之レナリ
前者ヲ純正不作為犯罪ト云ヒ、後者ヲ不純正不作為犯罪ト云フ

第二節 行為ト因果關係

因果關係トハ外界ノ現象ト之ヲ惹起シタル原因トノ關係ヲ云フ、犯罪ハ
法益ヲ侵害スル現象ニシテ此ノ現象ニ對シテ原因ヲ其ハタルニヨリ侵害ニ
對シテ責任ヲ負フモノナリ、挙動カ直ニ犯罪ノ要件ヲ充實スル場合ニ於テハ
困難ナル問題ヲ生セストモモ挙動ト之レニヨリテ生シタル結果トノ間ニ種
々ナル事實ノ介在スル場合ニ於テ因果關係ノ存否ニ付キ困難ナル問題ヲ生
ス

抑々社会ノ現象ヲ見ルニ一方ニ於テハ先ニ現ハレタル事實ハ後ニ現ハレ
タル事實ヲ生シ、故ニ現ハレタル事實ハ更ニ結果ヲ生シ、更ニ相連続シテ

窮極スルトコロナシ。又一方ニ於テハ所謂原因ナルモノ單純ニテラスシテ多数ノ原因ノ牽連複雑セルモノアリ。故ニ原因ヲ英ヘタルトキハ如何ナル事態ヲ云フモノナリヤヲ明ニセサルヘカラス。

此ノ問題ニ付キテハ先ツ三個ノ方面ヨリ觀察スルヲ要ス。

第一 哲學上ノ意義

此ノ意義ニ於テハ結果ヲ導クニ至リシ凡テノ事項ノ集合セル全体ト結果トノ關係ヲ因果關係ト云フ。

即チ結果ヲ惹起セシ事項ノ全体ヲ原因ト称ス。

第二 理論上ノ意義

此ノ意義ニ於テハ此ノ事實ナカリセハ此ノ結果ヲ生セサリシトキノ關係ヲ因果關係ト云フ。

即チ哲學上ノ意義ト異リ一ノ結果ヲ導ク如クノ事項ヲ各々ソノ原因ト認ムルナリ。

第三 法律上ノ意義

法律上ノ因果關係ハ先ツ哲學上ノ因果關係トハ相一致スルモノナリヤ

否ヤニ存ス。

此ノ其ニ關シ先ツ注意スヘキハ理論上ノ因果關係ナキトキハ如何ナル場合ニ於テモ法律上ノ因果關係ヲ認ムルコトヲ得サルコト之レナリ。何トナレハ因果關係ハ事實ヲ基礎トスル問題ナリ。純觀察ノ問題ナリ。故ニ結果ヲ現象ニ導キシ事項ニアラサルモノハ原因ト云フヲ得ス。即チ法律上ノ因果關係ハ理論上ノ因果關係ト同一ナリ。若クハ理論上ノ因果關係ノ存スルモノ、中ニ一定ノ條件ノ存スル範圍ニ止ムルモノナリヤノ同類ニ歸スルモノナリ。此ノ其ニ關シテハ種々ナル學說アリ。

第一 論理上ノ因果關係ト法律上ノ因果關係トハ其ノ範圍相一致スルトノ説

第二 法律上ノ因果關係ハ理論上ノ因果關係ヨリモ其ノ範圍狭小ナリトノ説

第三 説ニ有テハ其ノ範圍ヲ定ムル條件ニ關シ種々ノ見解アリ。一、必要條件説

此ノ説ハ結果ヲ導キタル多数ノ條件ノ内結果ヲ惹起スルニ必要タク
ヘカラサル原因トナス

二 有力條件説

此ノ説ハ結果ニ対シテ有力ナル條件ヲ具ヘタルモノヲ原因トナス

三 最後條件説

此ノ説ハ結果ヲ惹起スルニ付キ最後ニ存スル條件ヲ以テ原因トナス

四 相当條件説

此ノ説ハ通常ノ経過ニ於テ其ノ結果ヲ生スルモノト認ムヘキ關係下
レ條件ヲ原因トナス

以上述フルカ如ク法律上ノ因果關係ノ範圍ニ因シ種々ナル學説アリトモ
モ結果ヲ惹起シタル原因ハ何レモ結果ヲ惹起スルニ与リテカナルモノニ
シテ其ノ一ヲ欠カハ結果ヲ生セザリシモノナレハ何レモ必要ナリト云フ
ヘク必要不必要ヲ區別スルコト困難ナリ、故ニ必要條件説ハ採リ難シ
又有カナル條件ト有力ナル條件トヲ區別セントスルハ説モ同一ノ
欠長アリ、而シテ最終ノ條件ヲ以テ原因ナリトスル説ニ至リテハ何故最

後

ノモノ、ミテ原因トスルモノナリヤ其ノ根拠確実ナラス、故ニ之等ノ説
ハ今日之レヲ唱道スル者少ク多クハ相当條件説ニ傾ケリ、

相当條件説ハ一ニ之レヲ相当因果關係説ト称ス、右ノ如クニシテ作爲
ト因果關係ノ問題ハ結局論理的因果關係説ニヨルカ相当因果關係説ニヨ
ルカニ帰着スレモノト云フヘク此ノ真ニ付キ學説未タ一定セストモ相
當因果關係説ハ現時多数学者ノ認ムルトコロニシテ此ノ説ヲ以テ正当ト
スヘシ、

蓋シ論理的因果説ハ形式上理論ノ徹底スルモノナルカ如キモ此ノ説
四款レハ以上増列ノ事情ニヨリテ生シ社会一般ノ人ノ豫想セサルカ如キ
結果ニ付テモ其ノ責ヲ歸セシムルニ至リ刑事責任ノ範圍ヲ必要以外ニ拡
張シ法律ノ精神ニ反スルモノナレハナリ、

抑々法律ハ社会ノ一般觀念ヲ之レカ基本トシ、又通常ノ事物ノ状態ヲ對
象トシ而シテ相当因果關係説ハ能ク之レニ適合スルモノナリ、
相当因果關係ハ其ノ基礎トシテ二個ノ重要ナル觀念アリ、
一ハ事物ノ通常ノ経過、即チ異状ノ専態ニ属セサルコトノ觀念、

一ハ社会一般ノ觀察ニヨルコト即チ社会全体ノ綜合的意識ニ依ヒテ之
レヲ決スルノ觀念之レナリ、

故ニ此ノ說ニ從ヘバ入カ或ル舉動ヲナシ、其ノ物理的因果關係ニ於テ法
益浸害ヲ惹起シタル場合ニ於テ之レニ關スル全体ノ事實ヲ社会一般ノ觀
念ヲ基礎トシテ觀察シ、斯ノ如キ舉動アレハ其ノ通常ノ經過トシテ斯ノ
如キ結果ノ發生スルコトアルヘキモノト認メラル、場合ニ於テハ其ノ結
果ニ對シテ責任ヲ負フモノナリ、

第一款 因果關係中斷ノ觀念

因果關係中斷トハ本來因果關係ノ存スルニ拘ラズ法律上法律上因果ノ關
係ヲ遮斷スルコトヲ云フ、

即チ或ル因果ヲ與ヘテ其ノ進行中ニ他ノ原因加ハリ依リテ或ル結果ヲ生
シタル場合ニ於テ第一ノ原因ト生シタル結果トノ間ニハ因果關係アルモノ
ナルモ、第二ノ原因ノ性質如何ニ依リコノ因果關係ヲ遮斷シ、第一ノ原因

ヲ與ヘタルモノニシテ其ノ生シタル結果ニ付テ責任ヲ負ハシメサル干係ヲ云
フ、故ニ因果干係中斷ノ問題ト因果干係ノ範圍ノ問題トヲ混同スヘカラス、
因果干係ノ範圍ハ即チ因果干係ノ本來ノ限界ナリ、然ルニ因果干係ノ中
斷ハソノ限界ノ内ニ於テ生スル問題ナリトス、之ヲ例ヘハ後者ノ身
ハタル原因カ結果ニ向ツテ進行中ニシテ全ク干係ナシ他ノ事實カ介入シ其
ノ事實ノミニヨリテ結果ヲ生シタル場合ノ如キハ甲ノ身ハタル原因ト現ニ
生シタル結果トノ間ニハ本來因果干係ナシ、從テ中斷ノ問題ヲ生セス、
之レニ反シテ後者ノ身ハタル原因カ結果ニ向テ進行中ニシテ他ノ原因カ加
ハリ相牽連シテ結果ヲ生スルニ至リタル場合ニ於テハ甲ノ身ハタル原因ト
現ニ生シタル結果トノ間ニ因果干係ハ存在スルモノナレトモ中間ニ他ノ原
因ノ介入シタルニヨリテ法律上ノ干係ノ遮斷スルモノトナスハ即チ中斷ナ
リトス、

右ノ如クナルヲ以テ因果干係ニ付テ相當因果干係說ヲ採ルトキハ因果干
係中斷ノ問題モ亦相當因果干係ノ範圍内ニ於テノミ生スルヲ以テ或ル原因
ヲ與ヘ其ノ予期シタル結果ノ生シタル場合ニ於テ中間ニ異狀ノ事實カ介入シ

後事實ニヨリテ其ノ結果ヲ生シタルモノナルトモハ即チ相当因果干係ノ存
在セナルモノナルヲ以テ因果干係中断ノ問題ヲ生セズ、其ノ中間ニ介入セ
ル事實ノ通常ノ経過トシテ生シタル場合ニ於テ中断ノ問題生ズルモノナリ、

第二款 因果中断ノ有無

前款ニ述ハタル意義ニ於テ刑法上因果干係ノ中断アリヤ否ヤニ付テハ物
理的因果干係説ヲ採ルモノハ因果干係ノ中断ヲ認ムルコトニ於テ殆ト概一
致スト雖モ相当因果干係説ヲ採ルモノ、中ニ於テハ種々ノ議論アリテ一定
セズ、

第一説 中断アリトノ説

此ノ説ハ犯罪能力者ノ故意行為ノ介入ニ依リテ結果ヲ生シタル場合ニ
ハ因果干係ハ中断ストナスモノナリ、

第二説 中断ナシトノ説

此ノ説ハ相当因果アル以上ハ其ノ結果ニ対シテ必スヤソノ責ニ任セシ

ムハ相当因果干係アルニ拘ラス中断ヲ認メテ結果ニ対スル責任ヲ負担
セシメサルコトハ不当ナリ、

第一説ニ中断ノ場合ハ因果干係ノ終了ニ外ナラズト論ス、

第三説 中断セサレトモ責任更新ストノ説

此ノ説ハ原因ト結果トノ中間ニ刑事上ノ責任ヲ排スヘキ行為介入シタ
ルトモハ其ノモノ、ミカ責任ヲ負フニト、ナリテ第一ノ原因ヲ毎ヘタル
モノハ責任ヲ免ルヘシト云フニ在リ、即チ因果干係ハ存在スルモ責任ハ
更新ストナスモノナリ、

以上三説中何レヲ可トスヘキカハ重大ナル問題ナリ、余其ノ当否ノ大要ヲ
述フレハ

第一説

ハ因果干係ノ存在ヲ是認シテカテ責任ヲ負フコトナシトナスモ
ノニシテ其ノ根柢誤謬ナリ、蓋シ因果干係アリト云フモノハ結局前テ犯
罪行為ヲナシタル中ニ介入スルヲ以テ中間ニ介入シタル他人ニ於テ責
任ヲ負フカタメニ原因ヲ与ヘタル犯罪行為者ニ於テ責任ヲ負担セストノ
理ナシ、何トナレハ一何ノ法益侵害ノ結果ニ対シテ犯人カ責ヲ負フコト

ヲ妨ケサレハナリ、又實際ノ結果ヨリ見ルモ此ノ説ヲ採ルトモハ適切
爲ノ介在ニヨリ過失犯成立スル場合ニ於テモ責任更新スルコト、ナリ却
テ不当ノ結果ヲ生スルニ至ル故ニ此ノ説ハ法律上及ヒ實際上賛成スルヲ
得ス。

第二説ハ能力者ノ故意行為ノ介在スルトモハ、因果干係ハ常ニ終了スト云
フト云モ、蓋シ能力者ノ故意行為ノ介入ハ異常ノ事態ニ屬スルコトアリ
又通常ノ経過ト認ムヘキコトアリ、ソハ事實問題ニ屬スレハナリ、
第一説ノ主張ニヨレハ純理ヲ以テスルト能力者ノ故意行為介入スルモ必
ズシモ相当因果干係ハ中断スルモノニアラス、然レトモ刑法ニ救済犯
ノ規定アルヲ以テ解救上中断ヲ認メサルヘカラストナスニ在リ、蓋シ救
済犯ハ結果ニ對シテ因果干係アリ、然ルニ法律ハ救済犯ハ結果ニ對
シテ原因ヲ与ヘタルモノトシテ処罰セズシテ正犯ト從屬的干係ニ於テ処
罰スルモノトナセリ、即チ責任能力者ノ故意ノ行為介入スルトモハソノ
救済ノ行為ノミカ結果ニ對シテ原因ヲ与ヘタルモノト認メタルニ依ルモ
ノトシテ解救セサレハ刑法總則ニ於テ特ニ之等ノ規定ヲ設クルヲ要セス。

之レヲ該ケタル注意ヲ解スルヲ得スト云フニ在リ、此ノ説ヲ正当ナリト
ス、法益侵害ノ結果ニ對シテ原因ヲ与ヘタルモノハ刑事上ノ責任ヲ負フ
モノニシテ且ツ一何ノ結果ハ一何ノ原因ニ依リテ、ミ生スルモノニアラ
ス數何ノ原因ニヨリテ生スルコトアルモノナレハ一何ノ法益侵害ニ對シ
テ數人カ共ノ原因ヲ與ヘタルモノトシテ責ニ任スルコトアルモノトス、
之レヲ原因ノ競合ト云フ、例ハ甲者ト乙者トカ共ニ丙者ヲ殺ス意思ニ
テ、丙ノ食物中ニ毒物ヲ混シ、而シテ丙者ノ与ヘタル分量カ相合シテ丙
者ヲ死ニ致シタルカ如シ、又甲者カ乙者ニ毒物ヲ服用セシメタルニ、乙
者之レヲ知リテ解毒劑ヲ服セントシタル際丙者過失ニテ解毒劑ヲ他ヘ投
ケ捨テタルカカ、乙者之ヲ服用スルヲ得ズ、タメニ死ニ至リタルカ如シ、
又甲者丙ノ家ニ放火シ燃焼中乙者モ亦丙ノ家ニ放火シ依リテ家屋ヲ燒毀
シタル場合ノ如シ、

斯クノ如ク原因ノ競合ハ數何ノ原因カ必スシモ時ヲ全シウシテ行ハレ
タルコトヲ要セス、時ノ前後アルモ尚本原因ノ競合アルモノトス、而シ
テ時ヲ異ニセル場合ハ中断ノ場合ト混同シ易シト云フ明確ニ區別アリ、

即ち中断の場合ハ後ニ介入シタル行為カ故意ノ行為ニシテ而シテ其ノ行為アリタルニヨリテ結果ヲ生シタルナリ。競合ノ場合ハ其ノ行為モ結果ヲ生スルノ一因トナリタルモ其ノ行為ナクハ前ノ行為ニヨリテモ結果ヲ生シタルモノニシテ唯後ノ行為カ前ノ行為ニ加ハリタルニ過キサルナリトス。

第三節 不作為ト因果關係

不作為ト結果トノ關係ニ付テハ學者ノ見解一致セザル所ナリ。申説ニ曰ク不作為ハ無爲ノ狀態ナリ、然ヨリ有テ生セズ、故ニ不作為ト結果トノ間ニ因果關係ヲ生スルコトナシ。不作為カ原因トナルハ原因ヲ存ハタルカ原因ナラズ、他ノ原因ニ依リ結果ヲ生スルハ其ノ場合ニ之レヲ防止スヘキ義務ナリニ拘ラス之レヲ防止セザリシ故ナリ。而シテ斯ノ如キ場合ニ於テハ法律上ノ因果關係ト同一ノ價值ヲ有スルモノトシテ同一ニ処分スヘキモノナリトス。

乙説ニ曰ク因果關係トハコトナリトセハ其ノコト生セストノ關係ナリ、換言スレハコトナリタルニ依リテ其ノ事生シタリトノ關係ヲ云フモノニシテ此ノ關係ハ不作為ノ場合ニ於テモ之レヲ認め得ザルノ理ナシ。故ニ不作為ノ場合ニ於テモ不作為ノ場合ト同一ク法益侵害ノ結果ニ對シテ原因ヲ與ヘタルモノト認め得ヘキ場合ニ於テ其ノ責任ニ任セシムルモノナリト、而シテ乙説多謀ル者ノ中ニテモ二例ノ異リタル主張アリ。

一、不作為ノ場合ニ於ケル積極的現象ヲ原因トスル説ナリトス、
二、不作為カ原因トスル説ナリトス、

第一ノ説一ハ又三例ノ異リタル見解アリ、他行為説、先行行為説、他因利用説之レナリ

第二ノ説ニモ亦三例ノ異リタル見解アリ、可能狀態説、一般期待説、義務違背説之レナリ、

他行為説

此ノ説ノ要旨ハ不作為ノタメ結果ノ生スルハ犯人カ其ノ行為ヲ為サズシテ他ノ行為ヲナシ居リタルカタメナリ、換言スレハ他ノ行為ヲナサズ

シテソノ行為ヲナサハ結果ハ發生セザリシモノナリ、從テ他ノ行為ヲナシタルコトカ結果ヲ生スル原因ナリト云フニアリ、然レトモ不作爲ノ場合ニハ必スシモ全時ニ他ノ行為ヲナシ居ルモノニアラス、又他ノ行為トソノ行為ト同時ニ生スルコトヲ得サルモノニアラス、即チ結果ヲ發生セシハ其ノ行為ヲナサハルタメニシテソノ場合ニ他ノ行為ヲナシ得ザリヤ否ヤハ全ク法律上犯罪ノ成立ニ干渉スルモノニアラス、此ノ説ノ採ルハカラサルヲ明ナリ、

先履行爲説

此ノ説ハ要件ハ不作爲カ結果ヲ生スルハ不作爲ニ先ダテ爲サレタル行為ニ基クモノナリ、即チ或ル行為ヲナシタルモ之ニ引續キ他ノ行為ヲ爲サハ結果ヲ生セザリシニ拘ラス他ノ行為ヲナサ、リシカゾメニ結果ヲ發生シタルモノナリト云フニ在リ、然レトモ不作爲カ原因トナルハ必スシモ不作爲ノ故ニ於テ或ル行為ヲナシタルコトヲ要セサルノミナラス若シ此ノ説ニ從ハハ犯意ハ犯罪行為ノトキニ存スルコトヲ要ストノ原則ニ反スルニ至ルヘシ、何トナレハ不作爲ノ中ニハ犯意アルモ其ノ前ニナサ

他國利用説

此ノ説ノ要件ハ不作爲ヲ罪トシテ罰スルハ他ノ行為ヲ無形的ニ利用シタルニヨル、即チ他ノ行為ノタメ結果ノ發生スヘキヲ預期シ殊更ニ結果ノ發生ヲ防止スヘキ何等ノ処置ヲモ採ラスシテ其ノ期待セシ結果ヲ發生セシメタルモノニシテ他ノ行為ヲ利用シテ自己ノ犯意ヲ止ムルモノナリト云フ、然レトモ不作爲カ罪トナルニハ必スシモ他ノ行為アルヲ要スルモノニアラス、加之他ノ行為ヲ無形的ニ利用スルニ依リ犯罪成立ストナスカ如キハ結局自己ノ意思ヲ伴ハサル行為ヲ罰スルコト、ナリ犯罪ニ干スル一般原則ニ反スルモノトス、

可能狀態説

此ノ説ノ要件ハ結果ノ發生ヲ防止スルコト可能ナル場合ニ殊更ニ防止スヘキ行為ヲナサハルニ依テ不作爲犯罪成立ストナスモノナリ、然レトモ此ノ説ハ法律ト道徳トノ區別ヲ紊シ刑事責任ノ範圍過大ニ失シテ實際ニ適セサルノミナラス不作爲犯罪ノ場合ト权衡ヲ失スルモノナリ、

5. 義務違背説

此ノ説ハ現時多数者ノ採ルトコロニシテ其ノ要旨ハ不作爲ハ作爲ス
ヘキ義務アル場合ニ其ノ義務ニ違背シテ作爲ヲナサス、依テ結果ヲ生セ
シムル場合ニ成立ストナスモノニシテ所謂義務トハ法律命令ニヨリテ直
接ニ定メタル義務ナルト法律行為又ハ法律事実ニ基キ生シタル義務ナル
トヲ同ハサルモノナリトナセリ、

而シテ此ノ説ノ論拠トスルトコロハ必スシモ一様ナラス、又説ニ依リ
ハ作爲犯ハナスヘカラサル場合ニ此ノ義務ニ違背シテナスニ依リ成立ス、
従テ不作爲犯ハ爲スヘキ義務アルニ之レヲナサ、ルニ依リテ成立ストナ
スモノニシテ、本説ハ法律上ナスヘキ義務アル場合ニアラサレハ結果ト
ノ間ニ何等ノ干渉ヲ認ムヘカラスト説明セリ、

然レトモ此ノ説ハ其ニ完全ナリト云ヒ難シク説ニ云フカ如ク作爲犯ハ
ナスヘカラサル義務アル場合ニ此ノ義務ニ及シテナシタルモノナリト云
ヒ得サルモノナリト云モ所謂ナスヘカラサル義務ナルモノハ必スシモ法
令又ハ法律行為等ニ於テ特ニ認メタルモノヲ指称スルモノニアラス、刑

法ニ於テ或ル事ヲ罰スル上言テ定メタル場合ニハ其ノ前提トシテ或ル事ヲ
ナスヘカラストノ義務ヲ認メタルモノト雖スルモノナリ、然ラハ不作爲
ニヨリ刑法ニ定メタル結果ヲ生セシメタル場合ニハ刑法ハ其ノ前提トシ
テ作爲ノ義務ヲ命シタルモノト解スルヲ得サル理ナシ、従テ不作爲ニヨ
リテ刑法所定ノ結果ヲ生シタル場合ハ当然義務違背アルモノニシテ特ニ
不作爲犯成立ノ要件トシテ之ヲ争ケルノ要ナカルヘシ、又本説ハ法律上
ナスヘキ義務アルニ之レニ違背シテナサ、ルニ依リ結果ヲ生シタル場合
ニアラサレハ不作爲ト結果トノ間ニ因果干渉ナシト云モ因果關係トハ此
ノ事ナカリセハ彼ノ結果生セスト云フ關係ニシテ余ク事實如何ニ依リ決
定セラルヘキモノナレハ法律上ノ義務違背アルト否トニ依リ關係アリト
ナスヲ得ス、

6. 一般期待説

此ノ説ハ最新ノ學説ニシテ其ノ要旨ハ結果ノ發生ヲ防止スルコト可能
ニシテ且ツ当該具体的事実ノ場合ニ於テハ結果ノ發生ヲ防止スヘキ行為
ヲナスヘキモノト社会一般ノ觀念ニ依リ期待セラルヘキ場合ニ殊更ニナ
ス

、ルニ依リ不作爲犯成立スト云ニ説ナリ、此ノ説ハ可成狀態ニ義務
違背犯ノ如ク欠ク且ツ作爲犯ニ關スル相違因果關係ト共通ノ論ニ
立ツモノニシテ最モ有力ナル學説ナリトス、

第五章 責任條件

第一節 總論

犯罪成立ノ要件ヲ行爲ニ限リ法益ヲ侵害スルモ責任條件ヲ充スニテラサレハ
犯罪成立セザルモノナリ、
刑法第三十八條ニ曰ク、罪ヲ犯ス意ナキ行爲ハ之レヲ罰セス、但シ法律
ニ特別ノ規定アル場合ハ此ノ限りニテラス、
即チ刑法ハ原則トシテ罪ヲ
犯スノ意アルコトヲ犯罪構成ノ要件トナス、
但例外トシテ法律ニ特別ノ規
定アル場合ハ限り罪ヲ犯スノ意ナキ行爲ヲ罰スルモノトナセリ、
罪ヲ犯ス

意ナキ場合ニハ過失アル場合ト然ラズル場合トナリ、
而シテ過失ナキ場合
ヲ罰スルハ民法及等特別ニ定メタル種メテ少數ノ場合ニ止マリ刑法ニ
定メタル罪ニ付キテハ過失ナキ場合ヲ罰スルコトナシ、
故ニ通常ハ故意又
ハ過失ナクシテハ犯罪成立セズト云フコトヲ得ルモノニシテ學問上之レヲ責
任條件ト云フ、

第三節 故意

第一款 故意ノ概念

罪ヲ犯ス意トハ學問上之ヲ故意ト云フ、
故意トハ犯罪ノ構成要件タル事實ヲ知リナカラ行爲ヲナサントスルノ意
思ノ狀態ヲ云フ、
犯罪ハ行爲ナリ、
而シテ意思ニ依リテ外部ニ表ハレタル
舉動ヲ行爲ト云フ、
故ニ犯罪ノ成立ニハ行爲ヲナサントスルノ意思ヲ要ス
ルヲ論テ候ダスト云モ此ノ意思ノミヲ以テ足レリトセズ犯罪ノ構成要件ヲ

此事實ヲ認識スルコトヲ要スルモノナリ、然レトモ此ノ其ニ付キテハ從來
 種々ノ學說アリ、今テテ三トス、遠法主義、懲罰主義、認識主義之レナリ、
 遠法主義トハ故意アリトナスニハソノ為サントスル行為ヲ法律上犯罪ヲ
 構成スルモノナルコトヲ知ルヲ要ストナスモノナリ、蓋シ故意ヲ以テ犯罪
 成立ノ原則的要素トナスハ主トシテ之レヨリ其ノモノ、惡性ヲ見ルコト
 ヲ得ヘシトナスニ在ルヲ以テ、此ノ主義ハ純理上決シテ不当ナリト云フヲ
 得ストモ我々刑法第三十八條第三項ニハ「法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯
 スノ意ナシトナスコトヲ得ス」ト定メタルヲ以テ此ノ主義ハ我々刑法ノ條
 ラサルトコトナルヲ明ナリ、

我々刑法カ斯ク定メタル所以ハ蓋シ法律上犯罪ト定メタル行為ハ概テ道
 徳的又ハ社会的ニ觀察シテ不良ノ行為ナリ、故ニ例ハ其ノ行為者カ犯罪
 ヲ構成スルコトヲ知ラストスルモ以テ其ノ者ノ惡性ヲ見ルニハ難カラサル
 ト之レカ不正ナルコトヲ証拠ニ依リ明ニスルコトヲ要セストセハ實際上所
 罰スルコトヲ得サル場合多クニ至ルヲ慮ルニヨルモノナリ、
 懲罰主義トハ故意アリトナスニハ犯罪事實ノ發生ヲ希望スルコトヲ要ス

ルモノナリ、

認識主義トハ故意アリトナスニハ犯罪事實ノ發生ヲ認識スルヲ以テ足り
 兼テ之レヲ希望スルコトヲ要セストナスモノナリ、

認識主義ハ現時一般ニ學說及ヒ立法例ノ認ムルトコロニシテ理論上正当
 ナリトス、蓋シ犯罪ノ事實ノ發生ヲ認識シテ敢テ行為ヲナシタル場合ハ
 其ノ惡性ヲ見ルニ十分ニシテ必スシモ之レヲ希望シタルコトヲ要スルノ理
 ナシ、其ノ希望シタルヲ否マノ如キハ單ニ犯罪ノ情狀ニテスル一事態タル
 ハキナリ、

以上ノ如クニシテ一般犯罪ニ于シテハ認識主義ヲ採ルヘク、從テ目的動
 機ノ如何ヲ向ハストモ法律ハ特殊ノ犯罪ニ付テ例外トシテ動機目的等ヲ
 要件トスルコトナリ、例ハ内亂罪ハ朝憲紊乱ノ目的ヲ要件トスルカ如シ、

第二款 故意ノ對象

故意アリトナスニハ犯罪事實ノ認識ヲ必要トスルコト前款ニ述ヘタルカ
 五三

字説アリ、

第一説、此ノ説ハ認識ノ対象トシテ必要ナルハ犯罪ノ特別ノ構成要件トシテ一般構成要件ハ之レヲ必要トセストナスモノナリ、

此ノ説ハ往古ニ在リテハ多数ノ字有ノ普通セシトコロナリ、今日ニ於テハ之レヲ説クモノ知ト稱ナリ、蓋シ一般構成要件ハ刑法第1条ニ於テタル要件ヲ云フモノニシテ各犯罪ニ共通ノ要件ナリ、

特別構成要件トハ刑法各論ニ定メラレタルモノニシテ各罪ノ犯罪ニ特別ノ要件ナリト云モ犯罪ノ成立ニ必要ナル事ナリト云フモノナリ、

第二説、犯罪ノ構成要件ヲ積極的構成要件ト消極的構成要件トニ區別シ、積極的構成要件ニ付テハ認識ヲ要スレトモ消極的構成要件ニ付テハ認識スルヲ要セストナス此ノ説ノ要旨トス、

然レトモ積極的要件ト消極的要件トハ相俟ツテ犯罪ヲ構成スルモノナリテ以テ、其ノ間ニ區別ヲ設ケシムルハ其ノ理由ナクモナリ、

第三説、此ノ説ハ故意トハ犯罪ノ構成要件中、客観的構成要件ノミヲ認識スルヲ以テ足レリトナシ主観的認識要件ヲ認識スルヲ要セストナス、

然レトモ何故ニ主観的要件ト客観的要件トヲ區別スルヤ此ノ理由ノ見ルヘキモノナシ、

第四説、此ノ説ハ犯罪餘力及ヒ責任条件ヲ除キテ他ノ犯罪構成要件ハ凡テ之ヲ認識セサルヘカラストナス、

此ノ説ヲ正当トス、蓋シ責任能力者力責任条件タル故意ヲ以テナシタル行為ヲ犯罪トナルモノナレハ責任能力ハ故意ノ対象トナラス、又故意自身ハ故意ノ対象トナラサルヲ論ナシ、然レトモ其ノ他ノ犯罪構成要件ハ凡テ故意ノ対象トナスヘク其ノ間ニ區別ヲ設ケ故意ノ対象ヨリ除外スヘキ理由ナケレハナリ、

但シ犯罪構成要件中法律力特ニ之ヲ認識スルヲ要セサルモノト定メタルモノナキニアラス、

第三款 故意ノ態様

故意ハ其ノ態様更ルニ從ヒ種々ニ分委セラル、其ノ主ナルモノ次ノ如シ
確定故意、不確定故意

確定故意トハ、犯罪事實ノ發生ヲ確定的ニ認識セル場合ヲ云ヒ不確定
故意トハ犯罪事實ノ發生ヲ認識セルモ具體的ニ其ノ認識事實ノ確定セサ
ルモノアル場合ヲ云フ、

不確定故意ヲ分チテ三トス、概括的故意、択一的故意、未必的故意之
レナリ、

概括的故意トハ犯罪ノ發生ヲ只概括的ノミニ認識セル場合ヲ云フ、換
言スレハ認識カ概括的ニハ確定的ナルモ何別的ニハ不確定的ナル場合アリ

例ハハ公衆ノ使用スヘキ飲料水中ニ毒藥ヲ混シ人ヲ殺ス場合ノ如シ、

択一的故意トハ二者ノ中一ニ對シテ結果ノ發生ノ確定ナルヘキコトヲ
認識セル場合ヲ云フ、

例ハハ人ヲ傷ツクル刀若クハ物ヲ破壊スルカヲ認識シナカラ石ヲ投ス

ル場合ノ如シ、

未必的故意トハ犯罪事實ノ發生ヲ確定ノモノト認識セサルモノノ發生
スルコトアルヘキヲ認識セル場合ヲ云フ、

例ハハ獵師カ山中ニ於テ鳥ヲ打ントスルトキ其ノ附近ニ人ノ居ルコ
トヲ知り且ツ或ハ其人ニ命中スヘキコトアルヘキヲ知り下ラ藥砲シタ
ル場合ノ如シ、

而シテ犯罪ノ成立ニハ確定故意タルト不確定故意タルトヲ問ハサルヲ
原則トス、然レトモ特別ノ犯罪ニ付テハ確定故意ヲ必要トスル者ナキニ
アラヌ、

普通ノ故意、特別ノ故意

普通ノ故意トハ一般通常ノ故意ヲ云フモノニシテ犯罪事實ヲ認識シテ
之レヲ行フノ意思ヲ云ヒ、一般ノ犯罪ニ付テハ普通ノ故意アルヲ以テ足
ルモノトス、

特別ノ故意トハ犯罪事實ヲ認識シテ之レヲ行フノ意思アルノ外他人ヲ
害スルノ意思又ハ特殊ノ目的アル場合ヲ云フ、而シテ特別ノ故意ヲ要スル

場合ハ特ニ法律ニテ之ヲ規定ス、

予謀ノ故意、狭義ノ故意

予謀ノ故意トハ熱意ニ出テタル故意ヲ云ヒ、狭義ノ故意トハ之レニ反
スルモノ即チ一時ノ感傷ニ出テタルモノヲ云フ、

故意カ予謀ニ出テタルヤ否ヤハ我カ現行刑法ニ於テハ犯罪ノ成立及ヒ
法律上ノ刑ノ輕重ニ影響ナク、只犯罪ノ情状ニ干スルコトアルニ適ス
ルモノトス、

然レトモ旧刑法ニ於テハ予謀ニ出テタルト爲トモヨリ犯罪ノ態様及ヒ
刑罰ニ影響スルコトアル場合ヲ認メタリ、外國ノ立法例亦之レヲ全シウ
スルモノトシトセス、

右ノ外事前故意又ハ事後故意ノ態様ヲ認ムル學說アリ、其ノ說ニヨレ
ハ、事前故意トハ或ル犯罪ヲ既ニ遂ケタリト誤信シ其ノ發覺ヲ妨クルカ
タメ又ハ其ノ他ノ目的ヲ以テ更ニ他ノ行為ヲ行フニ依リ初メテ先ニ予見
シタル犯罪事實ノ發生シタル場合ヲ云フ、
例ハハ殺人行為ヲナシタルモノカ被害者ハ既ニ死亡セリト誤信シ其ノ

犯罪ヲ懲戒センカドメ之レヲ水中ニ投シ殺害者ハ之レモヨリテ死亡シタ
ルト云ノ如シ、

然レトモ斯ノ如ク場合ニ於テ死亡ノ結果ニ付テ責任アルヤ否ヤハ因果
予保ノ問題ニシテ故意ノ所屬ニアラス、死亡シタリト信シテ水中ニ投シ
タル行為ハ殺人ノ故意ニ出テタリト云フコトヲ得サルヲ明ニシテ要スル
ニ最初ノ殺人行爲カ殺人ノ故意ニ依リテ行ハレタルモノニシテ死亡ノ結
果ニ付テ責ヲ負フヤ否ヤハ其ノ故意行爲ト因果予保アルヤ否ヤニ於テ決
スヘキナリ、最初ノ殺人行爲ノトモ故意アリタルカ否ヤ水中ニ投スル行
爲ノ時殺人ノ故意ナキニ拘ラス其ノ行為ヲ事前ノ故意ニ出ツル行為ナリ
ト云フヲ得サルナリ、

又事後故意トハ故意ナクシテ一定ノ結果ヲ生スヘキ行為ヲナシタル后
ニ至リ初メテ故意ヲ生シ結果ノ發生ヲ防止セスシテ之ヲ放任シタル場合
ヲ云フモノナリ、

然レトモ故意ハ行為ノ當時ニ存在スルコトヲ要スルモノニシテ行為ノ
後ニ故意ヲ生スルモノノ行為ハ故意ニ出テタルモノニアラサルカ故ニ之

ヲ罰スルヲ得ス、又故意ヲ生シタル後之レヲ放任シ置タル不作為カ時
トシテハ不作為犯ノ成立スルコトアルハシトモ之レ全ク故意ノ問題ニ
アラス、故ニ事後故意ヲ認めルルカ如クハ其ノ當ヲ得ルモノナリ。

第四款 錯誤

第一項 錯誤ノ觀念

錯誤トハ觀念ト対象ト一致セサルヲ云フ、換言スレハ主觀ト客觀トノ不
致ヲ云フ、錯誤ニハ二何ノ方面アリ、
其ノ一ハ刑法上ノ干係カ成立スルニ必要ナル要件ノ存在スルニ拘ラス之
ヲ解至セスト觀念シタル場合ニシテ
其ノ二ハ刑法上ノ干係カ成立スルニ必要ナル要件ノ存在セサルニ拘ラス
之レヲ存在スト觀念シタル場合ナリトス、
如ク故意トハ犯罪構成要件ノ認識ヲ云フモノニシテ犯罪構成要件タル事

物ノ存在ヲ前提トス、

故ニ純粹ニ故意ニ干スル向應トシテ錯誤ヲ論スルニハ第一ノ場合ヲ説明
スルヲ以テ足ルモノトス、從テ此ノ款ニ於テハ主トシテ第一ノ場合ニ付テ
論スレトモ、第二ノ場合ハ之レト密接ノ關係アルヲ以テ便宜上第一ノ場合
ニモ論及スヘシ、

錯誤ハ故意犯ノ成立ニ如何ナル影響ヲ及ボスヤ、向應ハ理論トシテハ頗
ル簡單ナリ、蓋シ犯罪構成要件タル事物存在シ且ツ之レヲ認識シテ行為ヲ
行ヒタル場合ニ故意犯成立スルモノナリ、從テ犯罪構成要件タル事物存在
スルニ拘ラス之レヲ存在セスト認識シタル場合、即チ犯罪構成要件ニ付シ
錯誤アリタルトモ、故意犯ハ成立セサルモノトス、然レトモ錯誤ニハ種々
ノ態様アルヲ以テ各場合ニ分チテ之レヲ解説スヘシ、

第二項 錯誤ノ態様

錯誤ハ之レヲ分チテ事実上ノ錯誤及ヒ法律上ノ錯誤ノ二トス、

1. 事实上ノ錯誤

事实上ノ錯誤ハ天ニ之レヲ抽象的事実ニ干スル錯誤ト具體的事実ニ干スル錯誤トニ分ツコトヲ得ヘシ。

1. 抽象的事実ニ關スル錯誤

抽象的事実ニ干スル錯誤トハ犯罪ノ法律上ノ要素タル事實ニ干スル錯誤ヲ云フ、例ヘハ殺人罪ニ付テ云ヘハ其ノ客体カ生命アル人ナルコト、竊盜罪ニ付テ云ヘハ其ノ客体カ他人ノ財物ナルコトハ法律上ノ要素タル事實ニシテ人ヲ大ト誤リ、他人ノ財物ヲ自己ノ財物ト誤リタルカ如ク場合之レナリ。

斯ノ如ク法律上ノ要素タル事實ノ存在スル場合ニ於テ錯誤ニ依リ之レヲ認識セサルトキハ故意ヲ阻却スルヲ以テ殺人罪又ハ竊盜罪成立セサルモノトス。

犯罪ノ法律上ノ要素タル事實ノ存在セサル場合ニ於テ之レヲ幻覺シタルトキハ不能犯ニ該当シ全然犯罪ノ成立ヲ阻却スルマ又ハ本逐犯成立スヘキハ論議ノ存スルトコロナリ、然レトモ之レ全ク故意ノ問題ニ

萬セズ

2. 具體的事実ニ干スル錯誤

具體的事実ニ干スル錯誤トハ犯罪ノ法律上ノ要素ニ干セサル事實ニ干スル錯誤ヲ云フ、即チ当該具體的事実ニ干シテ觀念ト對象トニ齟齬アルモ、其ノ事實カ法律上犯罪ノ要素ニ属セサル場合ニシテ之レヲ換言スレハ具體的ニ觀察スレハ錯誤アルモ之レヲ法律上ノ要素ノ方面ヨリ觀察スレハ錯誤ノ存セサル場合ナリトス。

例ハ、甲ナリト信シテ殺シタルニ甲ニアラスシテ乙ナリシ場合ノ如ク、又ハ純金ノ時計ナリト信シテ竊取シタルニ鍍金ノ時計ナリシトキノ如ク、

又殺人罪ニ付テ論センニ法律ハ殺人ノ要素トシテハ客体カ生命アル人ナルコトヲ必要トス、故ニ行為者ノ意思カ甲ヲ殺スニアリシト乙ヲ殺スニアリシトニ拘ラス、要スルニ生命アル人ナルコトノ事實ナリ、而シテ生命アル人ヲ殺スノ意思アリ毫モ其間ニ錯誤アルコトナキナリ、從テ斯ノ如ク場合ニハ故意ヲ阻却セサルモノトス。

抽象的事実、錯誤ハ故意ヲ阻却スルコト學者間異論ナキトコロナリ
モ具体的事実ニ干スル錯誤ニ干シテハ種々ノ學說アルヲ以テ左ニ其ノ
大要ヲ述フヘシ、

第一説、具体的事実ニ干スル錯誤ハ全ク故意ヲ阻却セストノ説、
此人説ハ本人ノ觀念カ實在ノ事實上具体的ニ齟齬スルモ抽象的ニ錯誤
セサルトモハ故意ヲ阻却セストナスモノナリ、而シテ此ノ説ノ論者ハ
前例ノ如キ甲ヲ乙ト誤信シテ殺シタル場合ハ勿論甲ト乙ト二人アル場
合ニ甲ヲ殺ス意思ニテ殺シタルニ乙ニ命中シテ乙ヲ殺シタル場合ニ
於テモ殺人既遂ノ罪成立スルモノトナセリ、

第二説、具体的事実ノ錯誤ヲ重大ナル錯誤ト否トニ區別シ前者ハ故意ヲ
阻却スルモ後者ハ故意ヲ阻却セストノ説、

此ノ説ハ抽象的ニ論シテ實在ノ事實ト本人ノ觀察ニ存スル事實トカ同
一ノ犯罪事實ナルモ具体的ニ觀察シテ兩者ノ間ニ錯誤ヲ存シ而シテ其
ノ錯誤ノ重大ナルトモハ故意ヲ阻却セストナスモノナリ、所謂重大ナル
錯誤トハ、行為者ニ於テ其ノ錯誤ナカリセハ行為ヲナサ、ルヘマ程度

ノ錯誤ヲ云フ、換言スレハ法律ハ之レヲ必要トセサルモ本人ハ之レヲ
必要トシタル事實ナリ、

例ハハ仇敵ナル甲ナリト信シテ殺シタルニ親友タル乙ナリシ場合
ノ如シ、此ノ場合ニ於テ法律上殺人罪ノ要素タル生命アル人ナルコト
ニ付テハ毫毛錯誤アルコトナシ、然レトモソノ客體カ仇敵タル甲ナル
カ故ニ殺シタルモノニシテ甲ナラサリセハ斷シテ殺シタルコトナカ
リシモノナレハ即チ本人ノ必要トシタル事實ニ錯誤アルモノナリ、從
テ乙ヲ殺シタル事實ニ付テ殺人罪成立セズ、

之レニ反シテ例ハハ竊盜ノ常習者多数ノ金田在中セリト信シテ懷中
物ヲ掘リ取りタルニ、僅カニ小額ノ金田在中シタル場合ノ如キハ重大
ナル錯誤ニアラサルヲ以テ竊盜罪成立ストナスモノナリ、

第三説、具体的事実ニ干スル錯誤ヲ客體ニ干スル錯誤ト打擊ニ干スル錯
誤トニ分テ前者ハ故意ヲ阻却セサルモ後者ハ故意ヲ阻却ストノ説、

此ノ説ニ所謂客體ニ干スル錯誤トハ觀察ノ向フトコロノ目的物ニシ
テ生シタルモ其ノ目的物カ本人ノ予想シタルモノニアラサリシ場合ヲ

例ハハ甲ヲ乙ナリト誤信シテ殺シタル場合、如シ、即チ有形的ニ概
察スレハ實在ノ事実カ本人ノ觀念ニ存スル行為ト全一ナル行為ヲ實現
セシメタルモ唯本人カ行為ノ裏面ニ付テハ判断ヲ誤リタル場合ナリト
ス。

又所謂打擊ニテスル錯誤トハ觀念ノ向フトコロノ目的物ニ付シテ結
果ヲ生セスシテ別異ノ目的物ニ付シテ生ズル場合ヲ云
フナリ。

例ハハ甲乙二人アル場合ニ甲ヲ殺スノ觀念ヲ以テ撃砲シタルニ本人
ノ技能拙劣ナリシカタメ又ハ其ノ他ノ理由ニ依リテ乙ニ命中シテ乙ヲ
殺シタル場合ノ如シ、即チ此ノ場合ハ本人ノ觀念ト現ニ生シタル結果
トノ間ニ有形的ニ齟齬存スルモノナリ。

右ノ如ク密体ニテスル錯誤ト打擊ニテスル錯誤トヲ分チ前者ハ故意
ヲ阻却セサルヲ以テ犯罪成立シ、後者ハ故意ヲ阻却スルヲ以テ現在生
シタル結果ニ付キ故意ニ基ク犯罪ハ成立セストナスモノナリ。

第三説ハ現時多數學者ノ認ムルトコロニシテ之ヲ以テ通説ト云フコトヲ
得ヘシ。然レトモ余ヲ以テ之ヲ觀レハ以上ノ諸説ハ何レヲ見ルモ其
アリ。

第三説ハ其ノ説ク所誤リナシト云モ凡テノ場合ヲ包括セサル莫ニ於
テ大異アリ、何トナレハ錯誤ハ單ニ客體ト打擊トノミニテスルモノニ
アラス、然ルコトノ誤ハ客體ト打擊トノミニ付キ論スルモノニシテ其
他ニ及木サ、ルヲ以テナリ、

例ハハ身分ヲ要件トスル犯罪ニ付キ其ノ身分ニテスル具體的事実ニ
錯誤ナルトモハ如何、特定ノ手段ヲ要件トスル犯罪ニ付キ其ノ手段ニ
關スル具體的事実ニ錯誤ナルトモハ如何、此ノ説ニヨリテハ之レヲ解
決スル能ハサルナリ。

第二説ハ故意ノ觀念ニ付シテ希望主義ヲ採レルニアラサレハ之レヲ
是認スルヲ得ス、蓋シ故意ハ犯罪要件タル事實ノ認識ニシテ其レ以外
ノ事實ハ本来認識スルヲ要セサルモノトス、後テ犯罪要件ニ屬セサル
要件ヲ認識セナルコトガ錯誤ニ出ツルト單純ノ不知ニ出ツルト何ハ

又故意ノ性順ニ影響スルノ理ナシ、本人ノ目的、動機等ノ事實ノ如キハ又犯罪ノ情状ニテスルニ適キサルモノトス、

第一説ハ其ノ主旨ニ於テ正当ナルモ其ノ適用ニ於テ誤レリ、蓋シ抽象的事実ノ錯誤即チ犯罪ノ法律上ノ要素タル事實ニ錯誤アルニテアラザレハ具體的事実ニ錯誤アルニテ故意ヲ阻却セスト論スルハ其ノ當リ得タリトモ、第二説ニ所謂打擊ノ錯誤ヲ以テ故意ヲ阻却スルモノト稱スルハ不當ナリ、何トナレハ打擊ノ錯誤ハ要スルニ因テ係ノ錯誤ニシテ因果係ノ存在ハ犯罪ノ成立ニハカクハカラサル要件ナリ、之ニテスル錯誤ハ犯罪ノ法律上ノ要件タル事實ニテスル錯誤ハ故意ノ成立ヲ阻却ストナスニ拘ハラズ、故リ此ノ要素ノミヲ除却スルハ其ノ理由ナキモノナリ、

之ヲ要スルニ犯罪ノ法律上ノ要素タル事實即チ抽象的事実ニテスル錯誤即チ具體的事実ノ錯誤ハ故意ヲ阻却セスト論スルヲ正当トスヘク、其ノ法律上ノ要素ハ積極的ニ必要ナルモノト消極的ニ必要ナルモノトヲ區別スルコトナシ、而シテコノ理論ヲ適用スルニ當リテハ各犯罪ニ

傳其ノ法律上ノ要素ノ何タルヤヲ明ニスルニ要素トス、

2. 法律ノ錯誤

法律ノ錯誤トハ實在スル法則ヲ認識セズ、又ハ實在スル法則ヲ幻覺スルヲ云フ、

法律ノ錯誤ハ現行法令ノ不知若クハ誤解ニ起因スルモノナリ、法律ノ錯誤ハ分テニトス、

- 第一、自己ノ行為ニ対スル刑法上ノ効果ヲ規定スル法則ニツイテノ錯誤
- 第二、犯罪ノ構成事實ノ準據トナルベキ法律ヲ係ヲ規定スル法則ニ付テノ錯誤、

之レナリ、

a、自己ノ行為ニ対スル刑法上ノ効果ヲ規定スル法則ニ付テノ錯誤、

此ノ法則ノ錯誤ハ故意ヲ阻却スルコトナシ、蓋シ故意ハ犯罪成立ノ認識ナリ、法律カ之ヲ犯罪トスルコトヲ認識スルヲ要セズ、從ツテ之ニツイテ錯誤アルモ故意ノ成立ヲ妨グズ、故ニ例ヘハ人ヲ殴打スルモ犯罪トナラスト信シタルトスルモ故意犯成立スヘク暴行者ヲ追撃

スルハ正当防衛ニシテ犯罪トナラズト信シタルモ其ノ違背行為ハ故意ヲ成立スルシ、

之レニ反シ法律上罪トナラザル行為ヲ犯罪ナリト信シテ行フ場合ハ故意ヨリ犯罪成立スルコトナシト云フ之レ全ク故意ニ干スル何願ニアラズ、其ノ行為カ本来犯罪ニアラザルカトメナリ、学説上之レヲ恐犯ト云フ

イ、犯罪ノ構成事實ノ標準トナルヘキ法律干係ヲ規定スル法律ニ付テハ錯誤

此ノ法則ノ錯誤ハ故意ヲ阻却ズ、蓋シ犯罪事實ヲ構成スル前提トナシヘキ法律干係ハ判決ニ付テハ一ノ犯罪事實ナリ、從テ此ノ法律干係ヲ定ムル法律上ノ錯誤ニヨリテ当該法律干係ヲ誤解シタル場合ハ結局犯罪事實ニ干シ錯誤アルニ至レハナリ、

例ハハ毀棄罪ノ目的物ハ他人ノ物ナルコト、即チ他人カ所有権ヲ有スル物体ナルコトヲ要ス、今甲者乙ニ對シテ動産ヲ売却シ所有権ヲ移転シタルニ拘ラス、引渡前ハ所有権ヲ移転セスト法律上ノ誤解ヲナ

シ、其ノ物ヲ破壊シタリトセンニ此ノ法律ノ錯誤ノタメ目的物カ他人ノ所有物ナリトノ犯罪構成要素ニ付テ錯誤アルニ至ルヲ以テ此ノ場合ニ於テハ犯罪成立スルコトナシ、

要スルニ抽象的事実ノ錯誤ニ原因ヲ与フル法律ノ錯誤ハ故意ヲ阻却スルモノナリ、

従来多数学者ノ説クトコロモヨレハ法律ノ錯誤ヲ刑罰法規ノ錯誤ト其ノ他ノ法規ノ錯誤トニ區別シ、前者ハ故意ヲ阻却セス、後者ハ故意ヲ阻却スルモノトナセリ、然レトモ犯罪事實ノ錯誤ニ原因ヲ與フル法律ノ錯誤ハ刑罰法規ニ干スルモノト否トフ向ハス、故意ヲ阻却スルモノトス、

例ハハ甲カ罰金以上ノ刑ニ當ル罪ヲ犯シタルニ、乙カ刑法ヲ誤解シタル結果罰金以上ノ罪ヲ犯シタルモノニアラスト信シテ之ヲ裁匿シ隠秘シタルカ如シ、

第三項 錯誤ノ結果

1. 犯罪構成要件タル事實ニ錯誤アルトモハ、故意ヲ阻却スルヲ以テ故意
 罪ヲ成立セズ、而シテ其ノ錯誤カ積極的要件ニテスルト消極的要件ニテ
 スルトヲ向ハサルモノトス、但シ消極的要件ノ錯誤ハ故意ヲ阻却セスト
 ノ説ナキニテラストモ、積極的要件ト消極的要件トハ相俟テ犯罪ヲ構
 成スルモノナレハ消極的要件タル事實ニ錯誤アルトモハ積極的要件タル
 事實ニ錯誤アルトモト内シテ故意ヲ阻却スルモノト解スルヲ正当トス、
 從テ他人カ戯レニ力ヲ振リ上ケタルニ之レヲ誤解シテ已ニ新ハ何ゾルモ
 ノト信シ、防禦ノ意ヲ以テ反撃ヲ加ヘタル場合ノ如キハ消極的要件ニ錯
 誤アレヲ以テ故意ハ成立セサルモノトス、

2. 法律ハ或ル種ノ犯罪ニ付テハ其ノ客体又ハ手段トシテ數個ノモノヲ列
 挙セルモノアリ、斯ノ如キ場合ニ其ノ客体又ハ手段ノ間ニ錯誤アルモ、
 三等ノモノカ犯罪ノ要件トシテ全然全一ノ便値ヲ有スルモノナルトモハ
 故意ヲ阻却スルコトナキモノトス、

例ハ八第百五十四條ノ横領罪ノ場合ニ其ノ構成要件トシテ遺失物、

漂流物、占有物等數種ノ客体ヲ列挙セルモ、之レ等列挙物ハ同罪ノ
 要件トシテ刑法上同便値ノモノナルカ故ニ、遺失物ヲ漂流物ト誤信シタ
 ルカ如キ錯誤アルモ、故意ヲ阻却スルコトナシ、

其ノ他第百八十六條ノ場合ニ神社ヲ仏堂ト誤リタルカ如キ、又ハ二百
 六十二條ノ罪ニ於テ物權ヲ負擔シタルモノヲ質貸シタルモノト誤リタル
 カ如キ又然リ、又第百七十五條、第百七十八條等ニ列挙セル數種ノ手段
 ニテシ、其ノ間ニ錯誤アルモ故意ヲ阻却スルコトナシ、蓋シ以上列示シ
 タル犯罪ノ如キ場合ニ法律カ數個ノ客体又ハ手段ヲ列挙シタルハ、一ハ
 主ナルモノヲ列示シタルニ過キス、又一ハ概括シテ表現スヘキ適當ノ文
 字ナキカタメニシテ致テ法律上ノ便値ニ差異アルニテアラサルナリ、

3. 犯罪ノ構成要件ニ關スル錯誤ハ故意ヲ阻却ス、從テ故意犯罪ヲ成立セズ
 トモ通常ニ全然無責任トナルモノニテラス、蓋シ犯罪モ他ノ別個ノ犯罪
 成立スルコトアリ、

斯ノ如キ場合ニ其ノ一何ニテ錯誤アルモ他ノ要件ニ付テ認識ナルト
 キハ其ノ認識シタル範圍内ノ事實ニ相当スル犯罪成立スルモノナリ、

例へハ高窓又ハ行在所タルコトヲ知ラス單ニ人ノ看守スル邸内ナリト
信シテ侵入シタルカ如キハ第三百三十一條ノ罪ハ錯誤ニヨリ故意ヲ阻却ス
ルカ故ニ成立セス、然レトモ百三十一條ノ犯罪ハ成立スヘシ、
刑法第百三十八條ニ項ニ曰ク、罪重カルヘクシテ犯ストキ知ラサルモ
ノハ其ノ重キニ從テ処断スルコトヲ得スト即チ此ノ千條ヲ定メタルモノ
ナリ、

4. 刑ノ加重ニ于スル要件ノ錯誤ニ于シテモ亦以上ト同一ノ法則行ハル、
例へハ他人ナリト信シ自己ノ直系尊族ヲ殺傷シタル場合ノ如キハ一般ノ
ニ對スル刑ニ依リ処分セラル、モノトス、之レ亦刑法三十八條ニ項ノ過
司ニ依ルモノナリ、

5. 錯誤ハ故意ニ影響スルモノニシテ故意成立反キ故意犯ノ刑ノ輕重ニ結
果ヲ及ホスモノナリ、從テ過失犯トハ何等ノ關係ナシ、故ニ錯誤ニ依リ
故意犯成立セサル場合トモ過失犯ノ要件ヲ具備スルトモハ過失犯成立
スヘシ、
例へハ人ヲ犬ト誤リ殺シタル場合ニ殺人罪ハ成立セサルモノニ于シテ

過失アルトモハ過失犯成立スルカ如シ、

第三節 過失

第一款 過失ノ概念

過失トハ行為ヲナスニ當リテ犯罪事實ヲ認識スヘカリシニ不注意ニヨリ
之ヲ認識セザリシ心理状態ヲ云フ、
本之シテ分析スレハ

1. 犯罪事實ヲ認識セザリシ英ニ於テ故意ト異レ、然レトモ行為ヲ実行セ
シトスル意思アル英ハ故意ト稱合シ、全然意思ナキ場合ハ過失犯成立ス
ルコトナシ、蓋シ過失犯ヲ一何ノ犯罪ナリ、而シテ犯罪ハ行為ヲ実行ト
スルモノニシテ行為ハ意思發動ニ外ナラサレハナリ、

2. 犯罪ノ要件タル事實ノ全部又ハ一部ノ不認識ナリ、敢テ必スシテ全部
ノ認識ヲ欠クヲ要セス、又必スシテ結果ヲ認識セサル場合ノミヲ云フニ
七五

アラス

認識スヘカリシコトヲ要ス、認識スルコトヲ要セザリシ場合ニ認識セザリシハ当然ノコトナルヲ以テ責ヲ負フノ理ナシ、認識スヘキコトヲ認識セザル場合ニ於テ責任ノ基礎トナルモノナシ、

4、認識セザリシコトニ付テ不注意アリシコトヲ要ス、即チ認識スヘカリシニ注意義務ニ違背シテ認識セザリシ場合ヲ云フ、

蓋シ注意ヲ尽シタルモ尚ホ認識スルヲ得ザリシハ不可抗力ナルヲ以テ刑事上ノ責任ノ基礎トナラサルコト明カナリ

過失犯ハ以上述べタルカ如ク心理状態ニ於テ意思ヲ決定シテ行爲ヲナシ、其ノ行爲カ法律ノ定メタル特定ノ法益侵害ノ結果ヲ生ズルトキニ成立スルモノトス、而シテ故意犯ノ場合ニハ法益カ現実ニ侵害セラレサル場合ニ於テモ犯罪成立スルコトアリトモ過失犯ノ場合ニハ現実ニ法益ノ侵害ヲル場合ニアラサレハ犯罪成立スルコトナシ、又故意ハ原則的ニ責任ノ基礎トナルモ過失ハ例外的ニ責任ノ基礎トナルモノニシテ特ニ法律ニ明定アル場合ニ限リ過失犯ノ成立スルモノナルハ既ニ述べタル所ノ如シ、

第二款 過失ノ標準

過失ハ犯罪事實ヲ認識スヘカリシニ不注意ニ依リテ認識セザル心理状態ナルコト既ニ述べタルカ如シ、而シテ認識スヘカリシキモノハ客観的ニ觀察スヘキ之ヲ認識セザルニ付テ注意ラズタル事實アリキモノハ主観的ニ觀察セザルヘカラス、

之レヲ詳言スレハ認識ヲ要スルモノ否マハ之カ標準ヲ犯人以外ニ求メザルヘカラス、即チ其ノ標準ハ法律ノ規定又ハ慣習ニ依リテ定マルモノトス、然レトモ行爲者ノ主観的能カ性分ニ依リテ夫ノ能カヲ以テハ之ヲ認識スルコトヲ得サルトモ、即チ行爲者ノ能カニ依リテ夫ノ能カヲ以テハ之ヲ認識スルヲ欠キタルモノト認メ難キ場合ハ過失ハ存セザルモノトス、然レトモ此ノ点ニ付テハ種々ノ學說アルヲ以テ其ノ大要ヲ述フヘシ、

此ノ說ニヨレハ過失ニ于スル標準ハ専ラ之レヲ客観的ニ求メヘキ主観

的事情ヲ觀察スルヲ要セストナスモノナリ、
其ノ理由トスルトコロハ過失アル行為ヲ罷トスルハ重要ナル法益ヲ保
護セシメカダメ一般ノ人ヲシテ之レニ對シテ一定ノ注意義務ヲ負ハシメ之ニ
及スルモノヲ罰セントスルコトアルヲ以テソノ標準ハ向テ一般的ナラサル
ヘカラスト云フニ在リ、

此ノ說ハ過失犯ヲ認メタル法ノ趣旨ノ一面ヲ説明シテ誤ル、又各人ヲ
シテ各自警戒セシメ愈カノ低劣ナルモノヲシテ其ノ注意ヲ促進セシムル
ノ利益アリト云モ、刑事上ノ責任ノ基礎、行為者ノ主觀的方面ニモ重キ
アオクヘキモノナルコトヲ闕却スル嫌ヒアルノミナラス、智識ノ普通人
以下ナレモノニ對シテ難キヲ責ムルノ不当アリ

2. 主觀說

此ノ說ハ過失ニ付スル標準ハ之レヲ主觀的ニ求ムヘク客觀的ニ定ムヘ
キモノニアラスト云フモノナリ、

理由トスルトコロハ刑事責任ノ基礎ハ犯人ノ主觀的事情ニ依リテ決定
セサルヘカラスレ責任條件ノ一タル故意アルヤ否ヤハ主觀的ニ決セサル

ハカラサルカ如ク責任條件ノ他ノ一タル過失ニ付テモ亦主觀的ニ決セサ
ルヘカラスト云フニ在リ、

然レトモ故意ハ行為者ノ悪性ノ表現トシテ之ヲ責任ノ基礎トナスモノ
ナレハ素ヨリ主觀的ニ決スルモノナリト云モ過失ノ場合ハ一般ノ人ヲシテ
重要ナル法益ニ干シテ之ヲ害セサルヘキ注意ヲ求ム之ニ及スルノ罰
トスルニ在ルヲ以テソノ標準ヲ專ラ各個人ニ求ムルトモハ法益保護ノ實
ヲ究フスルコトヲ得サルニ至ルハシ

3. 折衷說

此ノ說ハ過失ノ標準ハ先ツ之ヲ客觀的ニ求ム、而シテ能力ノ低劣ナル
モノニ付テハ其ノ主觀的事實ニ照シ其ノ可成ノ範圍内於テ過失ヲ認ムヘシ
トスモノナリ、

レヲ詳言スレハ注意ノ標準ハ先ツ客觀的標準ニ從フカ故ニ能力優劣
ノカ、又ハ變態的ニ注意カ深キ者ト云モ、法律ハ一般ノ人ヲ標準トシテ
注意ノ程度ヲ定ムルヲ以テ、苟クモ其ノ程度ノ注意ヲナシタル以上ハ依
令其ノ人ノ平素ノ場合ニ比シ注意ノ到ラサルモノアリトスルモ過失犯ヲ

成立スルコトナシ、之レ主観説ト異ナルトコロナリ、

又能力低劣ニシテ注意力不十分ナルトキハ、例ハハ客観的ニ定メラレ
タル程度ノ注意ヲナサ、ルモ其人ノ能力ニ照シテ十分ノ注意ヲナシタ
ル以上ハ過失犯ノ成立ヲ認ムヘカラス、之レ客観説ト異ルトコロナリ、
此ノ説ハ過失犯ヲ認メタル法ノ精神ト刑事責任ノ基礎タルヘキ觀念ト
ヲ調和シタル説ニシテ多数学者ノ賛成スルトコロナリ、余モ亦此ノ説ニ
從フ、

之ヲ要スルニ注意スヘキ義務アルモ之レヲ注意スル能力ヲ欠クトキハ
過失ナシ又注意スヘキ能力アルモ注意スヘキ義務ナキトキハ過失ナシ、
法律ハ賢者ニモ過失ノ注意ヲ要求セス、又愚者モ不能ヲ責メス、從
ツテ賢者、過勞スルコトナク、愚者ハ不運ヲ嘆スルヲ要セザルナリ、

第三款 過失ノ態様

過失ノ態様ノ態様アリ、

知リタル過失及ヒ知ラサル過失

知リタル過失トハ行為者カ一定ノ所為ヲナストモハ或ハ一定ノ犯罪事
實ヲ生スルコトアルヘシト觀念シタルモ特ニ其ノ場合ニ於テハ其ノ事實
ハ次ニ發生スルコトナシト信シタル場合ヲ云ヒ、知ラサル過失トハ行
為者カ其ノ行為ヲナスニ當リ全然犯罪事實ノ發生ニ付テノ觀念ヲ存セサ
シシ場合ヲ云フ、

前者ヲ懈怠ト云ヒ、後者ヲ疎虞ト稱スルニアリ、

知リタル過失トモ必ノ故意ハ之レヲ區別セサルヘカラス、未必ノ故意
トハ犯罪事實ノ發生ヲ確實ノモノトシテ觀念セサルモ其ノ場合ニ於テ或
ハ其ノ事實ノ發生スルコトアルヘキヲ觀念シタル場合ナリ、

之レニ反シテ知リタル過失トハ一般ノ場合ニハ或ル犯罪事實ノ發生ス
ルコトアルヘキモ其ノ場合ニハ斷シテ犯罪事實ノ發生スルコトナシト信
シタル場合ナリ、

學者往々未必ノ故意ノ場合ハ結果ヲ承認シ、又ハ犯罪事實ノ發生ノ可
能ヲ承認シタルトモナリト云ヒ、懈怠ノ場合ハ結果ヲ承認セズ、又ハ犯

罪事實發生ノ不能ヲ否認シタル場合ナリト云フ、言禁ハ異レトモ其ノ意味全一ナリ。

2、一般ノ過失及ヒ業務上ノ過失

業務上ノ過失トハ業務上必要ナル注意ヲ怠リタル場合ヲ云ヒ、一般ノ過失トハ其ノ他ノ場合ヲ云フ。

業務上ノ過失者アリタル場合ハ法律ハ特ニソノ刑事責任ヲ重クスルコトナリ。

3、重過失及ヒ輕過失

此ノ區別ハ民事責任ニ影響スルコト尠カラストモ犯罪ノ成否及ヒ法律上刑ノ輕重ニ干渉ナク、只々刑ノ裁量ニ付斟酌スハキ事情アルニ止マルモノトス。

第六章 遠法

第一節 遠法ノ概念

犯罪ニハ遠法ノ概念ヲ必要トス、遠法トハ禁令又ハ命令ニ反スルコトヲ云フ。

然レトモ刑法各本條ニ定メタル行為ハ刑罰ヲ科スル遠法行為ニシテ敢テ刑法以外ニ禁令、命令アリテ之レニ違反スルコトヲ要スルモノニアラス、但シ特別ノ犯罪ニ対シテハ刑法以外ニ存スル禁令、命令ニ違反スルコトヲ必要トスルモノナキニアラストモ之レ全ク例外ナリトス。

然レトモ法律ハ外觀上遠法ナル行為ニシテ、之レカ遠法ヲ阻却セシムルコトナリ、從テ犯罪ハ刑法ニ定メタル一般ノ要件存在シ且ツ遠法阻却ノ事實ナキ場合ニ成立スルモノナリ。

一般ノ要件ハ其ノ存在ヲ必要トスルモ遠法阻却ノ事實ハ其ノ不存在ヲ必要トス、故ニ遠法阻却ノ事實ハ犯罪ノ消極的要件ト稱ス。

右ノ如ク禁令、命令ニ違反シタル行為ハ遠法阻却ノ原因ナキトキハ即チ遠法ナルモノトス、故ニ犯罪ノ要件トシテ、遠法ハ全ク消極的要件ニアルハ三

モノトス。

然レトモコノ具ニ付テ異説ナクニテアラス。即チ其ノ説ニヨレハ違法ヲ消
極要件ナリトス。刑法各論ニ定ムタル要件ヲ具備シ且違法阻却ノ事實ナキ
モ其ノ行為カ其ノ社会ノ一般ノ觀察ニ照シ正当ノ行為ナリト認メラレハ
公ノ秩序善良ノ風俗ニ反セサルモノト認メラル、場合ハ違法性ヲ有セサル
ヲ以テ犯罪成立セストナスモノナリ余ハ此ノ説ヲ採ラス。

第二節 違法阻却ノ原因

第一款 法令ニ依ル行為

刑法各條ノ要件ヲ具備スルモ法令ニ依ル行為ハ違法トナラス。従テ犯罪
成立セサルモノトス。法令ニ依ル行為トハ法令ニ依リテナスヘク命令セラレ
ルハ義務コトヲ許サレタル凡テノ行為ヲ云フ。換言スレハ法令カ權利又ハ
義務トシテ認メラル行為ヲ云フモノトス。

法令ニ依リテ權利義務ヲ持タル態樣ハ抽象的ニ一定ノ範圍ヲ定メラレタ
ルモノ、具體的ニ何々ノ行為カ定メラレタルトテ論セス、又法令ノ明文ニ
直接規定セラレタルト解款ニヨリテ之ヲ認メ得ヘキモノトテ問ハス、又其
ノ認メタル法令ハ私法タルト公法タルト、既文法タルト慣習法タルトニ物
ニテアラユル法令ヲ指示スルモノニシテ各種ノ法令中ニ散在スルヲ以テ一
々之ヲ列挙スルヲ得ス。

今其ノ著シキニ五ノ文例ヲ挙ケテ之ヲ説明スヘシ。

1. 現行犯ノ逮捕

之レ刑事訴訟法ニ於テ權利トシテ認ムルトコトナリ。

2. 懲戒権ノ行使

懲戒権ハ民法、小學校令、中學校令施行、
等ニ於テ認ムルトコ
トナリ。

3. 官吏ノ職務行為

官吏ノ職務行為ハ直接ニ法令ニ基ク場合ナリ、又上命下従ノ關係ニ基
ク場合ナリ、何レモ其ノ权限ノ範圍内ニ於テ法定ノ條件ノ下ニ行ハレタ
ハ五

ルコトヲ要ス、即チ其ノ職務ニ付スル法規ニ照シ、職務行為トシテハ
キモノナルトモハ、違法ヲ阻却スルモノトシ、上官ノ命令カ違法ナル場
合ニ於テハ種々ノ議論アリトモ要スルニ職務上服従ノ干係アリヤ否ヤ
ヲ決スヘク從テ当該行政法規ノ解釈ニヨリテ定マルヘキナリ、而シテ此
ノ長ニ付シ行政法學者間ニ三説アリ

第一説、上官ハ上官ノ命令ノ實際形式共ニ調査スル故ナク絶対ニ服従スヘ
キ義務アリトノ説

第二説、上官ハ上官ノ命令ノ形式及ヒ實際ヲ審査シ、不適當ナル命令ニ服
従スル義務ナシトノ説

第三説、上官ハ上官ノ命令ノ形式ヲ審査スルコトヲ得ルモ實際ヲ審査スル
ノ権利ナシ、從テ形式上違法ナル場合ニハ服従ノ義務ナシモ實際上述法
ナル場合ニハ服従セサルヘカラストノ説

第三説ヲ以テ通説トス
之ヲ要スルニ職務上服従義務ノ存スル範圍内ニ於テ命令ニ基キテナシタル
行為ハ即チ職務行為ナルカ故ニ犯罪ヲ構成セサルモノトス、唯違法ナル余

令ヲ下シタル上官ハ刑事上ノ責任ヲ負フヘキヤ否ヤハ別個ノ問題ナリ、
ハ 所有権ノ行使

隣地ノ竹木ノ根カ境界線ヲ起セルトモハ、之ヲ採取スルハ民法上所有
権者ニ認メラレタル権利ナルヲ以テ違法ヲ阻却スルモノトス、
然レトモ所有権ノ行使ニ付テハ特ニ注意ヲ要スルモノアリ、蓋シ所有

権ハ其ノモノヲ使用收益処分スルノ権利ナリトモ、法令ノ制限内ニ於
テ認めラレ、モノナレハ其ノ使用收益所分ノ行為カ刑法ニ触ル、トモハ
所有権行使ノ範圍内ニ屬セス、

例ハハカキ所有者ハ之レヲ使用スル権利アレトモ、之ヲ使用シ人ヲ殺
害セハ違法ナリ、又ハ所有者ハ物ヲ処分スル権利アルカ故ニ物ヲ破壊ス
ルハ其ノ権利ノ行使ニ屬ス、然レトモ之ニヨリテ他人ノ物ヲ破壊スル結
果ヲ生シ、然ラサルモ火ヲ放ツテ燒毀スルハ違法ナルコトアルカ如シ
要スルニ法令ニ基ク行為カ違法ヲ阻却スルニハ法令ニヨリ、権利又ハ
義務トシテ認めラレ、範圍ニ屬スルコトヲ要ス、其ノ範圍ヲ起ユレハ服
令権利義務ヲ行フ際ニナシタル行為トモ、違法ヲ阻却スルコトナシモ
ハ七

トス、然レトモ、此ノ原則ノ適用ニ付テハ學者間議論アリトハハ
ス、其ノ主要ナルモノヲ挙ケテ説明スヘシ、

第一、権利ノ濫用

権利ヲ濫用シタル場合ハ遠法ヲ阻却スルコトナキヤ否ヤニ付テハ議論
区々ナリ、

然レトモ此ノ問題ニ付テハ先ツ権利濫用ノ意義ヲ明ニセサルヘカラ
ス、権利ノ濫用ナル語句ニハ二様ノ主義アリ、

其ノ一、ハ権利ニアラサルモノヲ権利ヲ行フ如キ形式ニ於テ行フ場合ヲ
云フ即チ客観的ニ権利ノ範圍外ノコトヲ行フ場合ナリトス、此ノ場合
ニハ遠法ノ阻却セサルコト明カナリ、

其ノ二、ハ権利ヲ有スル者カ單ニ他人ニ損害ヲ及ブル目的ヲ以テ之レヲ
行フ場合ナリ、

換言スレハ專ラ他人ニ損害ヲ生セシムル目的ニ於テ権利ヲ行使スル場
合ナリ、

例ハ他人ノ樹木ノ根カ自己ノ土地内ニ延ヒ来リタル場合ニ自己ハ

之ニヨリテ何等ノ迷惑ヲ感セサルニ拘ラス、殊更ニ他人ノ樹木ヲ枯死
セシムル目的ヲ以テ之レヲ採取スルカ如ク之レナリ、

斯ノ如キ場合ニ遠法ヲ阻却スルヤ否ヤハ其ノ権利ヲ定メタル基本法
規ニ照シ、権利ノ濫用モ権利ノ行使ト云ヒ得ルヤ否ヤノ決定ニ一シ之
ニヨリ解決スヘキナリ、若シ権利ノ濫用ハ権利ノ行使ニアラストモハ

遠法トナルヘク権利ノ行使ナリトセハ遠法阻却ノ原因トナルヘキナリ、
第二、権利ノ実行トシテ為シタル遠法ノ行為

法律カ其ノ手段タル行為ヲ認メサルモ其ノ結果ヲ認メタル場合ナリ、
此ノ場合ハ之ヲニ例ニ區別シテ觀察スルヲ要ス

例ハハ死刑ノ執行トシテ生命ヲ絶ツガタメニ斬首シタル場合、如キ此
ノ場合ハ生命ヲ絶ツ権利ハアレトモ斬首ノ行為ノ手段ヲ法律ニ於テ

限定シ其ノ方法ニ依ラスシテ生命ヲ絶ツコトハ法律ノ認メサルトコロ
ナレハ手段ト目的タル権利ノ実行トハ分離シテ觀察スルヲ得ス

故ニ此ノ場合ニ於テハ其ノ全体ヲ遠法トシテ犯罪ノ成立ヲ認ムヘキ
ハ三ハ八

モノトス

2. 手段目的タル権利ノ実行トテ分離シ得ル場合

例へ、欺罔又ハ脅喝ノ方法ヲ以テ債務ノ履行ヲナシメタルトキハ又ハ偽造証書ヲ示シテ債権ヲ行使シタル場合ノ如シ、此ノ場合ニ於テハ請求ノ方法ハ違法ナレトモ債務ノ履行ハ適法ナリ、蓋シ債務ノ履行ハ其ノ履行ハ為ニ至ル事情如何ヲ問ハスシテ其ノ效果ヲ生スルヲ以テナリ

而シテ斯ノ如ク分離シ得ル場合ハ権利ノ行使ト其ノ手段トヲ別何ニ觀察シテ刑事上ノ干係ヲ判断スヘキモノトス、故ニ欺罔ニヨリ債務ヲ履行セシムスルモ詐欺罪成立セス

又恐喝ニヨリ債務ヲ履行セシメタル場合モ恐喝罪成立セス、然レトモ其ノ手段タル恐喝ノ夫レカ強迫罪ヲ構成スルコトアルヘシ又偽造証書ヲ示シテ債務ヲ履行セシメタルトキモ詐欺罪成立セス、又タ其ノ手段タル行為カ文書偽造罪ヲ構成スルニ至ルモノトス

第三、自己救済

自己救済ハ致ハ之ヲ自己行為ト云フ、自己ノ権利カ妨害セラル、危険アリ又ハ既ニ害セラレテ回復ヲナス必要アル場合ニ於テ國家ノ一般救済ヲ求ムル時ニハ自己救済ノ処置ヲ採ルモ犯罪ヲ構成セサルモ否ヤノ問題ナリ

例へハ致方同ノ債権ヲ有スル人アリ、其ノ債務者カ凡テノ財産ヲ携ヘテ外國ニ逃走セントスルニ當リ債権者ハ其ノ債権ノ保全トシテ自己之ヲ差押セルカ如キ、又ハ特定物ヲ目的トスル債権者カ其ノ物ヲ毀壞又ハ滅失セントスルカ如キ場合ニ之ヲ持来スルカ如キ是レナリ、

斯ノ如キ行為カ違法ナルモ否ヤハ結果如何ニ依ル行為ナルモ否ヤニヨリテ決定スヘキモノトス、而シテ現行法ニ於テハ右ノ如キ場合ニ自己救済ヲ認メタルモノナシ、

第二款 正当ノ業務ニヨル行為

正当ノ業務ニヨル行為カ違法ヲ阻却スルコトハ刑法第三十五條ニ定ムル

トコロナリ、所謂正当ノ業務ニヨル行為トハ法令又ハ社会観念上正当ナリ
ト認めラル、業務ノ範圍ニ属スル行為ヲ云フ、即チ正当ノ業務中ニハ
三例ノ場合ヲ包含スルモノトス、

一、法令自身カ認めタル業務
二、行政処分ニヨリテ認めラレタル業務
三、法令ニ於テ禁止セサル業務ニシテ社会観念上正当ト認めルモノ之レナ
リ、

法令ニ於テ禁止スル業務ハ正当ノ業務ニアラサルハ論ヲ俟タズ社会ニ於
テ禁止セサル業務ニシテ社会観念上正当ト認めルモノト然ラサルモノトナ
リ、而シテ其ノ社会観念上正当ト認めルモノハ則チ茲ニ所云正当ノ業務ナ
リトス、

正当ノ業務ニヨル行為トシテ違法ヲ阻却スルニハ業務ニ正当ニシテ且ツ
其ノ正当ナル範圍ニ於テ行ハレタルコトヲ要ス、故ニ業務ハ正当ナルモ法
令又ハ社会観念上正当ト認めル範圍ヲ超エルトキハ犯罪ヲ構成スルモノト
ス、

法令ハ直接ニ業務ニヨル行為ヲ認めルコトアリ、斯ル場合ノ行為ハ法令
ニ依ル行為トシテ違法ヲ阻却スルコトアリ、

例トシテ違法ヲ阻却スル場合ハ業務ニ法令ニ依リ認めラル、モ業務ニ
依ル何々ノ行為カ法令ヲ以テ定マラサル場合ナリトス、但シ何レニ当ルモ
ノトスルモ其ノ結果ニ差異ヲ生スルコトナシ、茲ニ一例ノ問題アリ、業務
ニアラサルモ社会観念上正当ト認めラル、行為ハ違法ヲ阻却スルヤ否ヤ之
レナリ、

例ハ八素人カ相撲ヲトリ、其ノ結果相手方ヲ負傷セシメタル場合ノ如ク、
此ニ付テハ学说一定セズ、

第三款 正当防衛 (緊急防衛)

正当防衛ニ出テタル行為ハ之レヲ罰セザルコトハ刑法第三十六條ノ定ム
ルトコロナリ、蓋シ权利ニ急迫ナル侵害ニ対シ、之レヲ防衛スルノカヲ認
ムルニアラサレハ权利ノ実ヲ充フスルコトヲ得ヌ、之レヲ以テ正当防衛、
九三

觀念ハ古来何レノ國ニ於テモ認めムルトコロナリ、今我カ刑法ニ於ケル要件
ヲ挙ケレハ下ノ如シ、

第一、侵害ニ付テハ下ノ三何ノ條件ヲ必要トス、

1、自己又ハ他人ノ権利ニ対スル侵害ナルコト

2、急迫ナル侵害ナルコト

3、不正ナル侵害ナルコト

第二、防衛ニ付テ又三何ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス、

1、権利ヲ防衛スル目的ニ出テタルコト

2、防衛上止ムヲ得サル行為ナルコト

3、防衛行為ハ侵害ニ対スル反撃ナルコト

第一、自己又ハ他人ノ権利ニ対スル侵害ナルコト

侵害トハ積極的ニ害ヲ加フルコトヲ意味ス、故ニ積極的ニ害ヲ生ス

ルコトアルモ之レヲ以テ侵害ナリト云フヲ得ス、

例ヘハ期限ノ到来セサルニ拘ラス債務者ニシテ債務ヲ履行セザルト

スハ、債権者ハ害ヲ被ムルヘシト虽モ、斯ノ如クハ茲ニ所テハ害ニア

ス、故ニ債権者ハ其ノ救タル害ヲ防クモノナリトスルモ債権ノ目的物
ヲ持参スルコトハ正当防衛トナラズ、

侵害ハ権利ニ対スルコトヲ要ス、故ニ法律上権利ト認めラル、利益

ノ侵害ニ対シテハ正当防衛ヲ認めムルヲ得ス、

然レトモ私法上ノ権利タルト又法律ニヨリ直接ニ生シタル権利タル

ト法律行為ニヨリ生シタル権利タルトヲ論セザルモノトス、

之ヲ沿革ニ徴スレニ往時ニ於テハ生命、身体等ノ権利ニ付シテノミ

正当防衛ヲ認めタルトモ漸次其ノ範圍ヲ拡張スルニ至リ我カ刑法ニ於

テモ全ノ制限スルトコロナラズ以テ生命、身体ハ勿論自由、貞操、財

産又ハ名誉等ニ付シテモ正当防衛ヲ認めムルコトナリ、而シテ自己ノ

権利ヲ侵害セラレントスルノミナラス、第三者ノ権利ヲ侵害セラレン

トスル場合ニモ之レニ付シテ正当防衛ヲ認めムルモノナリ、

第二、侵害ハ不正ナルコト

不正トハ適法行為ナラザル一切ノ場合ヲ云フ、

換言スレハ害ヲ受ケントスル人カ法律上其ノ害ヲ受ケザルヘカラザリ

シ法律干係ナク場合ヲ云フ、
敢テ道徳上ノ不正ヲ云フニアラス、又必スシモ違法行為ノミヲ云フ
ニ下ラサルナリ、

故ニ不可抗力ニ出ツル行為ノ如キ又放任行為ノ如キモ苟モ其ノ行為
ニヨリ権利ノ侵害ヲ受ケントスルモノカコレヲ忍受セサルヘカラスル
法律干係ナク以上ハ、正当防衛ヲ行フヲ得ヘシ、

但シ之レニ干シテハ一何ノ向題アリ、人以外ヨリ来ル侵害ニ対シテ
モ正当防衛アリキ否キ之レナリ、例ヘハ動物ノ襲撃ヲ受ケタル場合ノ
如シ、

惟フニ正当防衛ヲ認メタル根本ノ精神ヲ徹底セハ、侵害ヲ人ヨリ来
ルト人以外ヨリ来ルトヲ區別スヘキ理ナシ、故ニコノ純理ヨリセハ積
極ニ論セサルヘカラス、然レトモ法文ニ不正ナルコトヲ條件トシタル
ヲ以テ鮮然上地理上ノ論結ヲ妨クヘキモ否キノ疑ヲ生スルナリ、
道徳ノ見解ノ正、不正ノ觀念ハ本末人ノ行為ニ対スル批判ナルヲ以
テ人ノ行為ニアラスルモノニ付テハ其ノ適用ヲ認ムヘカラスト云フニ

在リ之レヲ通説トス、

第三、侵害ハ急迫ナルコト

侵害ノ急迫トハ將ニ害セラレントシ、若クハ害セラレツ、アル場合
ニ云フ

故ニ侵害ノ終了後之レカ回復ヲ図リ又ハ報復ノタメニスル行為ハ正
当防衛トナルコトナシ、然レトモ侵害カ急迫ナル以上ハ意外ノ侵害タ
ルトニ予期シタル侵害タルトテ向ハス、ノミナラス自己ノ行為ニヨリ
侵害ヲ招キタル場合トモ正当防衛ヲ行フコトヲ得ヘシ、

此ノ義ハ立法例ト必スシモ一致セストモ我カ刑法ハ全ク是レニ干
シテ制限ヲ認ムルコトナシ、

第四、権利ヲ防衛スル目的ニ出テタルコト

防衛行為ハ主観的ニ権利ヲ防衛スルタメニ出テタルコトヲ要ス、客
観的ニ防衛ノ結果ヲ生スルモ防衛ノ目的ニ出テタルニヤラサレハ正当
防衛トイラス、
法文ニ防衛スルトアルハ之レヲ意味ス、

第五、防衛上止ムヲ得サルモノナルコト

防衛上止ムヲ得ストハ権利ノ侵害ヲ防止スルニ付キ必要ナルコトヲ云フ

而シテ其ノ必要ナリトモ否モハ客観的ニ之レヲ決スヘキモノトス、然レトモ其ノ侵害ヲ避ケ得ヘキ他ノ方法アリトモ否モヲ問ハス、又侵害セラレシメタル権利ト防衛ノタメニ害スル権利ノ輕重ヲ問ハサルナリ、侵害ヲ防止スルニ付キ必要ナル範圍ヲ超ヘタル行為ハ正当防衛トナラズ

然レトモ侵害ヲ受ケタルニ際シテ防衛スルニ當リソノ必要ナル範圍ヲ超エルニ至ルコトハ往々生スル現象ニシテ法律ハ實際ノ事情ニ鑑ミテ、如キ場合ハ刑ヲ減輕スルハ免除スルコトヲ得ルモノトセリ、第六、防衛行為ハ侵害自体ヲ排除スルモノナルコト

正当防衛ハ侵害ニ対スル反撃ナルコトヲ要ス、侵害ニ対シテ権利ヲ保全シテカタク侵害以外ノモノニ付シテ害ヲ加フルハ正当防衛ニ付ラス

斯ノ如キ場合ハ一定ノ條件ヲ具備スルトモハ次ニ述フル緊急避難ニ該当スルモノナリ、然レトモ侵害加害ノモノヲ排除スル行為ナル以上ハ之レニヨリ第三者ノ権利ヲ害スルモノ正当防衛タルニ妨ケナシ、

防衛行為ハ積極行為ヲ通常トスルニ必スシテ常ニ忍ビト云フヲ得ス、侵害ハ必ず積極的ナルコトヲ要スレトモ防衛ハ必ずシテ積極的ナルコトヲ要セザルモノトス、

茲ニ一問ノ問題アリ、正当防衛ヲ利用シテ他人ヲ害スル目的ヲ以テ該ル行為ヲナシ其ノ目的ヲ遂ケタルトモ之レナリ、

通説ハ正当防衛ニ付ラストナストモ是ニ違フルカ如ク正当防衛ハ害ニ依テ生スル原因如何ヲ問ハサルモノトナストモハ之レヲ以テ正当防衛ニ付ラスト云フヲ得サルヘシ、

第四款 緊急避難

緊急避難トハ現在ノ危険ヲ避クルカクメ止ムヲ得スシテナシタル行為ヲ

云フ、刑法第三十七條ニ定ムルトコロナリ

緊急避難ヲ其ノ行為ノミヲ觀察スレハ犯罪トナルヘキ一要件ヲ具フルモノ一定ノ要件ノモトニ違法性ヲ阻却セラレ犯罪不成立トナルモノナルコトハ正当防衛ト相全シ、

但シ緊急避難ノ性質ニ付テハ之レヲ以テ権利ナリト認ムヘキヤ否ヤ字義一定セストモ緊急避難ハ放任行為ニシテ権利行為ニアラスト云フヲ正シトフ

又論者ハ私利行為ナルモノヲ法義ニ解シ之レヲ行フモ法律上責任ナキモノト認メラレタル行為ノ凡テヲ指稱ストナセトモ當ヲ得ス、

蓋シ私利行為ナリヤ否ヤハ法律カ其ノ行為ヲ保護スルノ精神ナリヤ又ハ之レヲ制裁セルニ止マリ之ヲ保護スルモノニアラサルヤノ疑ニヨリテ決スヘキモノナリ、即チ法律カ其ノ行為ヲ認メタル趣旨如何ヲ極メ法律カ其ノ行為ヲ保護スル精神ナラハ此ノ行為ハ私利行為ナリ、

之レニ反シ其ノ行為ノ實ヲ向ハス然レトモ敢テ之レヲ保護セズ、之レヲ法律ノ外ニオケタルモノハ放任行為トナサ、ルヘカラス、而シテ正当防衛

ハ私利ニ対スル侵害ノモノヲ排除シテ私利ノ保護ヲ認ムルモノニ出テ之レナランハ私利ノ本質ヲ失フ故ニ私利行為ナルコト論ナヤトコロナリトモ、緊急避難ハ私利ヲ害セラレントスル場合ニ他ノ私利ヲ害スルノ

即チ私利ノ私利トナシテ何レカ一方ヲ害マスンハ双方ノ私利ヲ完フ

如ク場合ニ之レニ制裁ヲ加フレハ結果ナルヲ以テ之レヲ法律ノ外ニオ

斯ノ如ク違法阻却ノ原因タル莫ハ正当防衛ト全一ナルモ其ノ根本ノ精神

於テ全然相違スルモノトス、之レ正当防衛ヲ私利行為ナリトナスニ拘ハ

私利行為ナリヤ放任行為ナリヤハ実益アル區別ナリ、蓋シ私利ナリトセ

之レニ対抗スヘキ私利行為ナシ、即チ其ノ作用ヲ甘受セサルヘカラス、

正当防衛行為ニ対シテハ更ニ正当防衛又ハ緊急避難ヲ認ムルコトヲ得

ス、此等緊急避難ヲ以テ権利行為ナリトスルトモ、緊急避難ニ対シテハ緊急避難ヲ認ムルコトヲ得サルニ至リ

然レドモ緊急避難ヲ放任行為ナリトスルトモ、其ノ行為ニヨリテ害ヲ被ケントスルモノハ之レヲ甘受スルヲ用ヒサルヲ以テ其ノ害ヲサケシメカダメニ緊急避難ヲ認ムルコトヲ得ヘシ、

緊急避難カ違法阻却ノ原因タルニハ下ノ條件ヲ必要トス、

第一、生命、身体、自由、財産ニ対スル現在ノ危険アルコト、

危険トハ法益ノ害セラレントスル一切ノ事實ヲ云フ、
然レトモ違法行為ニヨリテ自己ノ利益ヲ害セラレ、コトハ事実上ノ害ニスミスシテ法益ヲ害セラレ、モノト云フヲ得ヌ、從テ之レヲ危険ト云フコトヲ得サルモノトス、

之ニ反シ適法ナラサル行為ナル以上ハ其ノ種類ノ如何ヲ問ハス即チ其ノ害セントスル原因ノ積極的の行為ナルト消極的の行為ナルトヲ論セス、其ノ原因カ自然界ノ現象タルト人ノ行為タルトヲ問ハサルナリ、
二、危険ハ現在ノモノナルコトヲ要ス、

現在トハ即チ將ニ害セラレントシ又ハ害セラレツ、アルコトヲ云フナリ、

三、危険ハ自己又ハ他人ノ生命、身体、自由、財産ノ四法益ニ対スルモノナルコトヲ要ス、

之ヲ四種ニ制限シタルハ各種ノ法益ノ四ニテ比較的重要ナルコト、
危険ヲ感マ生スルコトニ依ルモノナリ

四、危険ニ關シテハ如何ノ問題アリ

一、其ノ危険ハ避避行為ヲナサントスルモノカ予見シタル場合ヲ包含スレバ、

又、自己ノ行為ニヨリ危険カ惹起セラレタルトモ、如何

ニ、故意ニ危険ヲ生セシメ、緊急避避行為ヲ利用シテ他人ノ権利ヲ害シタルトモ、如何

スレナリ、

余ハ第一、二ノ場合ニハ緊急避避ヲ認メ得、ハク第三ノ場合ニハ之レヲ認ムルコトヲ得ヌト解ス、

第二、危難ヲ避クルヲ得サルニ出テタルコト

一、主観的ニ危難ヲ避クル目的ニテ行ハレタルモノタルコトヲ要ス、

二、客観的ニ危難ヲ避クルヲ得サル行為ナラサルベカラズ、

之レニ干シテ注意スベキハ以テ客観的ト云フハ行為者カ自己ノ判断

ニテ止ムヲ得スト解スルノミニテハ足ラズ、一般的ニ外部ヨリ觀察ス

ヘシト云フニアリ、

換言スレハ現ニ生シタル具体的事實ソ、モノヲ対象トシテ一般的ニ

觀察シ止ムヲ得サルモノアリヤ否ヤヲ決スヘキモノニシテ敢テ普通ニ

一般人ヲ標準トスヘシト云フニアラザルナリ、

又止ムヲ得ストハ他ニ危難ヲ避クル方法ナクコトヲ意味ス、他ヲ害

セスシテ危難ヲ避クヘキ方法アルニシテラナサズシテ他ヲ害スルハ此

ノ條件ニ当ラズ、

故ニ免レ得ベキヲ免レズ、又正当防衛ヲナシ得ヘキニシテナサズ又

ハ公力ヲ求メ得ベキニシテラ求メスシテ他人ノ法益ヲ害スルカ如キハ

緊急避難ニアラザルモノトス。

刑法第三十大條ト第三十七條トハ内様ノ文字ヲ用ヒタルモ其ノ意味

ヲ異ニセルコトニ注意スルヲ要ス、

第三、避難行為ニヨリテ生スル害ノ避クントスル害ノ程度ヲ超エサルコト

害ノ輕重ハ何ニヨリテ決スルカニ於テハ學說一定セズ、

第一説、法益説

此ノ説ハ法益ノ性質ニ依リ害ノ輕重ヲ定ムヘシトナスモノニシテ即

チ法益ノ種類ニヨリ生命、身体、自由、名誉、財産ト云フカ如ク其ノ

順序ニヨリ輕重ヲ決スヘシト解スルモノナリ、

第二説、刑罰説

此ノ説ハ其ノ法益侵害ニ対スル刑ノ輕重ニヨリ害ノ輕重ヲ定ムヘシ

トナシテナリ、

第三説、避難者意思説

此ノ説ハ避難行為者ノ一身ニ在リ、法益所屬シタルモノト假定シ他

急ノ場合ニ於テ何レヲ採リ何レヲ捨ツヘキヤニ依リ決スヘシトナスモ

ノナリ、

第四説 社会概念説

一〇六

此ノ説ハ双方ノ受クル具体的ノ害悪ニ付キソノ人ノ判断ニ任セス社会一般ノ觀察ニ照シテ之レヲ決スヘシトナスモノナリ

第四説ヲ正当トス

而シテ害ノ程度ヲ超ヘナル以上ハ避避ノタメニ加フル害ノ種類ノ如何ヲトハス、又人ニ行ハル、ト物ニ対シテ行ハル、トヲ向ハス、又避避ニヨリテ害セラル、法益ハ第三者ノ法益ナルト攻撃者、法益ナルトヲ向フコトナシ、唯攻撃者ノ法益ヲ害スル場合ニシテ正当防衛ノ條件ヲ具備スル場合ハ之レヲ除外スヘキモノトス

第四 業務上ノ特別ノ義務ナク場合ナルコト

業務上現ニ生シタル危険ヲ避クヘカラサル法律上ノ義務アル場合ニハ緊急避避ヲ認メス

例ハハ船長ハ船舶ノ沈没セントスル場合ニ旅客ヲ排シテ自己ノ生命ニ対スル危険ヲ避クルコトヲ得サルカ如シ

第五款 被害者ノ承諾

被害者ノ承諾アルトキハ違法ヲ阻却シ犯罪ヲ成立セシメサルコトアリ、然レトモ被害者ノ承諾ハ常ニ違法ヲ阻却スルモノニアラス、而シテ此ノ承諾ヲ用ニセンニハ先ツ一般的ニ被害者ノ承諾ト犯罪トノ干係ヲ論究セサルヘカラス

被害者ノ承諾ト犯罪トノ干係ハ之レヲ五ツノ場合ニ分類シテ觀察スルヲ要ス

第一 被害者ノ承諾ヲ特別構成要件トスル場合

例ハハ刑法第百二條及ヒ第百十三條ノ罪ノ如シ

第二 被害者ノ承諾ノ有無ニ拘ラス犯罪成立スルコト法文上明カナル場合

例ハハ第百七十六條後段ノ罪及ヒ百八十三條ノ罪ノ如シ

第三 犯罪ノ性質上被害者ノ承諾ナル觀念ヲ入レサル場合

例ハハ公共ノ利益ヲ法益トスル犯罪ノ如キ之レナリ、此ノ場合ハ性質上被害者ノ承諾ナル觀念ヲ認ムヘカラサルモノ明カナリ

一〇七

第四 被害者ノ承諾アルトモハ犯罪成立セサル場合

此ノ場合ハ更ニ分チテニトス、

其一、被害者ノ承諾アルニヨリ犯罪ノ特別構成要件ヲ欠缺スルニ至ル場合

例ハハ窃盗、強盗若クハ強姦罪ノ如ク被害者ノ意思ニ反スルコトヲ犯罪ノ特別構成要件トナス場合之ニ属ス

其二、犯罪ノ一級要件トシテ違法性ヲ阻却スルニヨリテ犯罪ノ不成立ヲ来ス場合

例ノ場合ハ更ニ分チテニトス、

(1) 承諾カ相手方ノ法律ニ抵触ヲ生セシムル場合

例ハハ所有権若クハ物ノ振環ヲ承諾スルハ振環ヲナス権利ヲ得ルカ如ク場合之ニナリ、

(2) 承諾カ相手方ノ業務ヲシテ正当ナラシムル場合

業務行為カ正当ナルニハ常ニ承諾ヲ要スルモノニアラサレトモ承諾ニヨリテ始メテ正当ナルモノナリ、

例ハハ医師カ大手術ヲ施スカ如ク場合ハ承諾アルニアラサレハ正当ナル業務ノ範圍ニ属スル行為ト云フヲ得ス、

故ニ斯ノ如ク場合ノ承諾ハ医師ノ行為ヲシテ正当ノ業務タラシムルモノナリ、

(3) 承諾カ相手方ニ其ノ行為ヲ放任行為タラシムル場合此ノ場合ハ権利行為トハナラサルモ犯罪ヲ不成立ナラシムルモノナリ、

五、被害者ノ承諾カ犯罪ノ成立ニ何等ノ影響ヲ生セサル場合此ノ場合ハ

第一ノ場合ノ如ク法文上明白ナルニアラサルモ犯罪ノ性質上其ノ害ヲ受ケルモノ、承諾ノ有無ニ不拘犯罪成立スル場合トス訟告照ノ如ク

之レニ

違法阻却ノ原因トシテ被害者ノ承諾ハ右第四ノ其ノ二ノ場合ト

ナラス、然ラバ如何ナル犯罪ニ付テハ被害者ノ承諾アルニ依リテ其ノ行為ヲ放任行為タラシムルモノ之レ等ヲ犯罪ノ概念ニ包含スルモノトコト

ナリ

議、犯罪ハ法益侵害ヲ其ノ實質上ノ概念トス、從テ被害者ノ承諾アル

一〇
二ヨリ法益ノ侵害ヲ除却セラル、モノト法律上觀察セラルヘキ犯罪ニ付
マテハ被害者ノ承諾アルトモハ犯罪ノ実質的要件ヲ欠クニ至ルヲ以テ犯
罪ノ不成立ヲ来スヘキナリ、

此ノ場合ハ敢テ権利行為トナルニアラス、放任行為トシテ罪ヲ向ハサ
ルナリ、然ラハ如何ナル犯罪ニ付テハ被害者ノ承諾カ法益ノ侵害ヲ除却
スルモト云フニ法律カ一定ノ資格即チ特定人ノ利益ヲ保護スルヲ目的ト
スル場合ナリ、換言スレハソノ者ノ利益ヲ害スルニヨリ公安ヲ害スルモ
ノト認め犯罪トナシタル場合ナリトス、

蓋シ此ノ場合ニ其ノモノカ其ノ利益ヲ侵ケストノ意思ヲ表示シタルト
ハ其ノ利益ヲ害スルコトハ之レヲ法益ノ侵害ト云フコトヲ得サルヲ以
テナリ、

又ニ承諾カ違法阻却ノ效果ヲ生スルコトハ犯罪行為ノ当時ニ於テ能力
者ノ完全ナル承諾アルコトヲ要ス、蓋シ承諾ニヨリテ相手方ニ権利ヲ生
スル場合ハ承諾ノ有效ナルニ必要ナル条件ハ其ノ行為ニ干スル実體法規
ニヨリ定マルトモ至ニ放任行為トシテ刑事上ノ責任ヲ向ハサルモノトスハ

刑法自體ヨリ生スルモノナレハ其ノ有效ナルニ必要ナル條件ハ又刑法ニ
ヨリテ決スヘキモノナリ、然レトモ之レニ干シテハ何等明文ナキヲ以テ
法ノ精神ヲ探究シテ決セサルヘカラス、

第一、能力

承諾ニ干スル能力ハ民法上ノ行為能力又ハ刑法上ノ責任能力ニ干係ナ
ク承諾スル事實ノ性質ト其ノ結果トヲ考慮スル事實上ノ能力アルヲ以テ
足ルモノトス、

多数ノ学者ハ民法上ノ責任能力者ナルコトヲ必要トナストモ其ノ理
由ナシ、何トナレハ民法上ノ責任能力ハ自己ノ行為ニ付テ自己ニ責任ヲ
負担スヘキ能力アリマ否マノ問題ナリ、

然レトモ被害者ノ承諾ハ被害者自身カ其ノ有スル法益ヲ維持スルモ否
マノ問題ナルヲ以テ責任能力ト何等ノ干係アルモノニアラサルモノナリ、

又民法上ノ行為能力ハ相手方ノ行為カ権利トナル場合ノ問題ニシテ違
法阻却ニ干スル刑法上ノ能力トハ没交渉ナリ、

第二、承諾ノ瑕疵

承諾カ違法阻却ノ原因トナルニハ其ノ承諾カ真意ニ出テ且ツ自由意思ニ基クコトヲ要ス、

故ニ承諾カ意思表示カ形式上存在スト虽モ諾諾ニ出ツルト錯誤ニヨリ意思ト表示ト一致セザルトモ又ハ脅迫ニ依リ自由意思ヲ欠キタル場合ノ如キハ違法阻却ノ原因トナラサルモノトス、

詐欺又ハ恐喝ニ基キ承諾アリタル場合ハ違法阻却ノ原因トナルモ否マニ付マテハ議論ノ存スルトコトナリト虽モ違法阻却ノ原因トナラスト解スルヲ相当トス、

蓋シ承諾ニ基キ其ノ行為ヲ放任行為タラシムル根本ノ精神ヨリスルモ亦詐欺及ヒ恐喝罪ヲ認メタル法ノ精神ヨリスルモ消極ニ解セザルヘカラスルナリ、

第三、承諾ノ方式

承諾ノ方式ニ付テハ別段ノ形式ヲ要セス、適法ナル意思表示ナル以上ハ口頭、書面、明示、黙示其ノ何レタルヲ向ハサルモノトス、又向題トナルハ承諾ノ意思表示ハ相手方ニ到達スルヲ要スルモ否マ之

ナリ、

民法上意思表示ハ到達ヲナスヲ要ストナスヲ原則トス、故ニ承諾ニ依リテ相手方ノ行為ヲ権利行為トナス場合アラハ到達ヲ要スルモノトナササルヘカラスト里マ放任行為トナルニハ明白ナル意思表示アレハ法益ノ放棄ヲ認メ得ヘマヲ以テ必スシモ到達ヲ必要トセザルヘシ、從テ承諾シタルコトヲ行為者ニ於テ知ルト否トヲ向ハス違法ヲ阻却スヘシ、

例ハハ被害者ハ親告者ノ承諾ヲシテ信シタルニ實際ニハ承諾アリタルトモハ犯罪成立セザルヘシ、何トナレハ其ノ行為ハ犯罪ノ實質的要件タル法益ノ侵害ヲ欠クヲ以テナリ、

第四、承諾ノ時期

承諾ハ其ノ行為ノ当時ニ存スルコトヲ要ス、事前ニ存スルモ其ノ行為ノ当時ニ取消サレタルトモハ違法ヲ阻却スルコトナシ、故ニ事前ニ承諾アリタルトモハ行為当時マテソノ承諾ノ存続スルコトヲ要ス、

蓋シ承諾ニ依リテ相手方ニ権利ヲ生セシムルモノニアラサルヲ以テ一旦承諾アリタルノ故ヲ以テ行為当時承諾ナクニ拘ラス其ノ行為ノ責

ヲ問ハサルノ理ナシ、

蓋シ放任行為トナシタルハ法益ノ侵害ヲ認メサレニヨルモノナレハ其ノ行為ノ当時法益ヲ維持スルノ意思アル以上ハ之レニ対スル侵害ヲ認メサルヲ得サルヲ以テナリ、

第六款 正當行為

業務行為ニ屬セサル相々ノ行為ニシテ社会觀念上正当ト認メラル、場合ハ違法ヲ阻却スルヤ否マハ一問ノ問題ナリ、

此ノ義ニ干シ違法性ナル觀念ヲ積極的要件ナリト認メ刑法所定ノ行為ト異モ社会一般ノ觀察ニ照シ正当ナリト認メラレ又ハ公序良俗ニ反セサルモノト認メラル、行為、違法性ヲ欠クヲ以テ犯罪成立セサルモノトナスノ說アルコトハ既ニ第一説ニ述ヘタルトコロノ如シ、

然レトモ余ハ違法阻却ノ原因ナキトモハ刑法所定ノ行為ハ違法ナリトノ說ニ立証スルモノナリ、

而シテ此ノ說ニ依ルモ所謂正当行為ハ違法ヲ阻却スルモノナリヤ否マハ第一説ニ定セス、
第一説ニ曰ク

正当ノ業務トハ惡スルニ正当行為ヲ定量ニ反覆セントスル状態ニシテ何レノ不法ナル行為ハ之レヲ反覆スルニヨリテ正当ノ業務ヲ構成スルコトナキカ故ニ法律カ正当業務ニ依ル行為ヲ罰セサルハ畢竟法律カ其ノ何レノ行為自体ヲ正当ナリト認ムルニ依ルモノト云ハサルヘカラス
依テ法律カ正当業務ニ依ル行為ヲ処罰セスト認ムル以上ハ之レト性質ヲ全クシクセル何レノ行為モ亦犯罪ヲ構成セサルモノト認ムヘキナリ、

第二説ニ曰ク

法律ハ違法阻却ノ原因トシテ特ニ正当ナル業務ニ屬スル行為ナルコトヲ認ナリト認メタリ、

之レ又理上疑ヒナキトコロニシテ若シ第一説ノ如クシテハ法律カ特ニ正当ナル業務ト定メタルトコロナリト解スヘカラス

法律カ特ニ定メタル制限ヲ無視スルハ解釈上許スヘカラス、故ニ業務

ニ属セザルモノハ仮令社会観念上正当ト認メラル、行為ト並ニ連法ヲ阻却スルコトナシト

第三説ニ四ク

刑法第三十五條ニ正当ナル業務トアルハ所謂業務トハ必スシテ反覆性ヲ有スルモノニ限ラス一時ノ動作ニ出テタルモノヲモ包含スルモノニシテ広ク作業者クハ仕事ノ意味ニ解スヘキナリ、從テ正当行為ハ四條ニ依リ違法ヲ阻却スルモノナリト
余ハ寧ロ第二説ニ從フ、

第七章 犯罪ノ完成

第一節 犯罪行為ノ段階

凡ソ犯罪ノ完成ニ至ル順序ヲ考察スルニ先ツ行為ノ決意ヲ生シ、其ノ次

意カ外部ニ表ハレテ犯罪ノ準備トナリ、次テ着手ニ入り進テ実行ニ達ス、而シテ行為ノ実行ノ階段ニ達スルトキハ之ニヨリ直ニ犯罪完成スルコトアリ、又実行ノ結果ト相俟テ犯罪ヲ完成スルコトアリ、所謂完成トハ犯罪要件ノ全部ヲ充實シタル場合ニシテ之ヲ既遂ト云フ、抑カ着手以上ノ程度ニ達シタルモ犯罪要件ノ全部ヲ充實セザリシ場合ハ未遂ト云フ、

犯罪ノ準備行為ニシテ未ダ着手ノ程度ニ達セザルモノヲ之ヲ予備ト云フ、犯罪ハ既遂ヲ罰スルヲ原則トシ、未遂及ヒ予備ハ法律ノ明文アル場合ニ例外トシテ之ヲ罰スルモノトス、
殊ニ予備ヲ罰スルハ非常ノ変例ニシテ現行法中僅カニ教何ノ犯罪ヲ數フルニスルニス、

第二節 未遂犯

第一款 總説

未遂罪トハ行為カ着手以上ノ程度ニ達シタルモ犯罪完成ニ至ラザリシ場合ヲ云フ、

故ニ未遂罪ノ成立スルニハ行為カ実行ノ程度ニ達シタルモ犯罪完成スルニ至ラザル場合及ヒ実行ノ程度ニ達セサルモ着手ノ程度ニ至リタル場合ヲ包含スルモノナリ、

犯罪ノ実行トハ犯罪ノ構成要件ニ属スル行為自体ヲ實施スルコトヲ云フナリ、換言スレハ犯罪ノ内容ヲ實現スルコトヲ指称ス、

着手トハ実行ニ至ラザルモ実行々為ト密接ノ干係ヲ有シ実行々為ト不可分の一体ヲナスモノト觀察セラル、行為ヲ云フ、

學問上之レ^{場所}場^緒緒若クハ実行ノ開始ト称ス、

未遂犯ハ之レヲ行為進行ノ程度ニ依リ実行未遂ト不完全未遂トニ分チ又犯罪未完成ノ原因如何ニ依リ之レヲ障害未遂、中止未遂ニ分ツヲ得ヘク、
実行未遂トハ犯罪要件中行為ニ属スル部分ハ之ヲ完了シタルモ結果ノ發生セサル場合ヲ云ヒ、
未遂トハ犯罪要件タル行為ノ全部ヲ完了セヌ又ハ

着手行為ヲナシタルモ実行行為ニ達セザル場合ヲ云フ、

外國ノ立法例ニ於テハ此ノ兩者ニ付キ如分ヲ異ニスルモノアリト雖モ我カ刑法ハ法律上ノ如分ヲ區別スルコトナシ、

中止未遂トハ犯人ノ意思ニヨリ犯罪ヲ完成セシメザリシ場合ヲ云ヒ、
障害未遂トハ外部ヨリノ障害ニ依リ犯罪ヲ完成スルニ至ラザリシ場合ヲ云フ、
中止犯ト称スルコトアリ、
而シテコノ兩者ハ之ニ訂スル如分ヲ異ニスルヲ以テ一般ノ立法例トス、
我カ刑法モ亦然リ、

第二款 中止未遂

中止未遂トハ犯罪ノ実行ニ着手シタル後犯罪ノ完成ヲ妨クヘキ外部ノ妨害ナキニ自己ノ意思ニ依リ之レヲ完成ヲナシメザリシ場合ヲ云フ、
故ニ中止犯ニハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス、

- 1. 犯罪ノ実行ニ着手シタルコト
- 2. 犯罪ヲ完成スルニ至ラザルコト
- 3. 犯罪ノ不完成カ自己ノ意思ニヨリタルコト

而シテ苟クモ自己ノ意思ニ依リテ犯罪ノ完成ヲ妨テタル以上ハ悔悟ニ出テタルト否トヲ問ハス。即チ全然犯意ヲ放棄シタルト他日ノ機会ヲ俟テ更ニ実行センカタメ中止シタルトヲ問フコトナシ。又行為ヲ完了セスシテ中止シタルト行為ヲ完了シテ其ノ結果ノ発生ヲ防止シタルトヲ問ハサルモノトス。

茲ニ問題トナルハ中止ノ意思カ單純ニ生シタルニアラスシテ外部ノ事情ニ基クトス之レナリ。

此ノ場合ニ於テハ其ノ外部ノ事情カ何人モ其ノ事情アルトキハ犯罪ノ遂行ヲ止ムハ其モノト認めラル。場合ハ仮令犯罪ノ不完成カ直接ニハ犯人ノ意思ニ依ルモノトスルモ中止犯トナラスシテ障害未遂トナルモノトス。又中止犯ト似テ非ナルモノアリ。即チ行為ニ着手シタル後其ノ着手行為

ヲ利用シテ益々其ノ便値ヲ大ナラシムルタメニ一時犯罪ノ場所ヨリ退去シタル場合ノ如キ之レナリ。

例ハハ窃盗ノ目的ニテ倉庫内ニ忍ビ入りタルニ多クノ財物アルヲ以テ一旦家ニ歸リテ車ヲ引ケ来ラントスル場合ノ如シ。

此ノ場合ハ行為ヲ継続スルモノニシテ中止シタルモノニアラス故ニ此ノ程度ニ於テ逮捕セラル。又中止犯ニアラスシテ障害未遂トナルモノトス。中止犯ハ障害未遂ニ比シ其ノ処分ヲ輕クスルヲ常トス。或ハ全然刑ヲ免除スル立法例ナシトセス。

我カ刑法ハ刑ヲ輕減スルモノトナセリ。其ノ理由ハ主トシテ中止ヲ獎勵スル刑事政策上ノ理由ニ依ルモノトス。

中止犯ノ処分ニ付テハ一何ノ問題ハ中止犯ノ既ニ生シタル結果トノ千係之レナリ。例ハハ殺人ニ着手シテ之レヲ中止シタル場合ニ既ニ生シタル傷害ノ事實ニ干シ責任ヲ問フマ否マ之レナリ。此ノ点ハ議論ノ存スルトコロナレトモ之レヲ消極ニ解スルヲ相当トス。

第三節 不能犯

犯罪ノ完成ガ不能ナル場合之レ不能犯ナリ、未遂犯トシテ罰スヘキヤ將
ダ不能犯ハ之レヲ罰セサルヤ明文ナシ、外國ノ立法例ニ於テモ亦然リ、從
テ學說數個ニ分レ帰一セス、

例ハハ人ヲ殺サントシテ毒ヲ用意セルモソノ毒力水ナリシ場合ノ如シ、
即チ一旦犯罪行爲ニ着手セルモ目的カ相違シ又ハ手段力相違セルヲ犯罪
カ完成ニ至ラザル場合ノ如シ、未遂中止ハ之ニ反シ事情ナカラシカ犯罪ハ
完成スヘキナリ、

大別シテ主觀說ト客觀說トシ、客觀說ヲ更ニ分テ事實的不能說ト法律
的不能說トシ、事實的不能說ハ更ニ數個ニ分ル、

第一、主觀說

此ノ說ハ要スルニ不能犯ヲ否認スルノ說ナリ、即チ犯罪ノ実行ニ着手
シ完成ニ至ラザルトモハ凡テ未遂犯ナリトスルモノナリ、
刑法ノ主義トシテ 主觀主義ヲ採ル者ニヨリ主張セラレ、即チ曰ク

未遂犯ヲ処罰スル所以ノモノハ犯人ノ悪性ガ行爲ノ上ニ現ハレタルソレ
ヲ罰スルモノナルガ故ニ從テ彼等不能ナルモ犯人ノ悪性ノ表徴アリタル
以上ハ之レヲ罰セザルヘカラスト云フニ在リ、即チ主觀的ニ觀察スルハ
其ノ手段ニヨリテ其ノ危險性ハ顯著ナリト云フニ在リ、

亦說ハ立法論トシテハ強テ排斥スルコトヲ要セズ、刑法カ主觀主義ヲ
採用セルコトノ明ナル場合ハ之ヲ採用スルコトヲ得ナルモ現行刑法ハ主
觀、客觀ノ兩主義ヲ採ルカ故ニ主觀主義ニ依ルコトヲ得ズ、

第二、客觀說

甲、事實的不能說

事實上犯罪ヲ構成スルコト能ハサル場合ヲ云フ、
學存ニヨリテ各其ノ說明ヲ異ニス、
主ナルモノ次ノ如シ、

- (一)、絕對不能ト相對不能ヲ分ツ說
絕對不能ノ場合ハ責任ナク相對不能ナレトモハ未遂ヲ以テ論スヘ
シトナス說ナリ、

其ノ理由ハ着手トハ実行ノ端緒ヲ開クコトニ存スルモノナルカ故
 ニカ、ル場合ハ本末ハ完成シ得ヘキモノナルニ偶々完成シ得ラレサ
 リシモノナレハ相對不能ノ場合ニハ本末遂ナリト云フニ在リ、
 之ニ反シ絕對の場合ハ既遂罪成立セサレハ從テ不能犯トナス、
 例ヘハ入ナリト思ヒタルモ實際人ニアラサレハ殺人ノ結果ハ生セサ
 ルカ故ニ絕對不能ナリ、然レトモ甲カ確カニ甲ノ書翰ニ居ルト信シ
 テ緊砲シタルニ、偶々隣室ニ居タルニヨリソノ難ヲ免レタルトモ、
 如キハソノ書翰ニ居レハ結果ヲ生シタルモノナルカ故ニ未遂ナリ、
 之ヲ手段ノ方面ヨリ云フモ例ヘハ殺人ノ目的ヲ以テ毒藥ヲ飲マセ
 タルモ其ノ分量不足ノタメ死セサリシトモハ相對的不能ナレハ未遂
 ナリ、之ニ反シテ毒藥ナリト信シテ水ヲ飲マセタル場合ハ之レハ到
 底其ノ方法ニテハ殺人ノ結果ヲ生セサルカ故ニ不能犯トス、不能犯
 ト云フモ犯罪ハ不成立ナリ、
 此ノ說ハ從來多數ノ學者ニ唱導セラレ今日尚ホ多數說ナリ、然レ
 トモ欠矣ナリ、即チ

11) 絕對不能ト相對不能トヲ分ツコトヲ得ルマ否マカ先ツ問題ナリ、
 吾人ハ理論上之レヲ分ツコトヲ得サルモノト信ス、

何トナレハ或ル行為ヨリ結果カ生スルマ否マ何レカニツノ中一
 ツニ決スヘキモノニシテ中間ノモノアルヘカラス、果シテ然ラハ
 所謂相對不能ト云フモノ亦絕對不能ト云ハサルヘカラス、
 之ヲ前例ニ付テ云ヘハ甲カ書翰ニ居ラサル場合ニ於テモ亦絕對不
 能ニアラズマ、何人カ之ヲ行フモ結果ノ發生セサルコト絕對的ナ
 リ、之レヲ要スルニ本說ハ根拠薄弱ナリ、

(2) 尚ホ手段ノ方面ヨリ云フモ然リ、例ヘハ毒藥ノ分量カ不足ナル
 場合ニ相對的トシ水又ハ茶ナルトモハ之レヲ絕對的ナリト云フモ
 分量不足ナルトモモ亦絕對的ニ結果ヲ發生セサルヘキカ故ニ之ヲ
 特ニ絕對的不能トナス理ナカルヘシ、若シ夫レ砂糖水ヲ飲マセテ
 モ飯ヲ食ツテ死スルコトアリ得ヘキモノナレハ物カ毒ナルト水
 ナルトニヨリテ區別スルハ正シカラス、

茲ニ於テ半論者解散シテ曰ク理論上ハ反對說ノ如ク其レ然ラン

モ常識上之レヲ區別スルノ必要アリトナス、即チ全然不能ナル場
合ト偶然不能ナリシ場合トハ何人モ其ノ區別ヲ承認スルヲ得ルモ
ノニシテ、即チコノ普通ノ觀念ヲ基礎トシテ觀察シ在人力絶対ニ結
果ノ發生ヲ不能ト觀察スルカ如キハ法益ノ危険ナケレトモ之ニ及
シテ所謂相對的不能ノ場合ハ法益侵害ノ危険アルカ故ニ未遂ヲ以
テ論スヘシトナス、

乍保此ノ說ハ預ル常識ニ合シテ結果モ亦可ナルカ如キモ欠莫ア
リ即チ

(3) 所謂相對不能ノ場合ハ法益侵害ノ危険アルモノナリトナストモ
モ保シ下ラ莫ク其ノ行為ハ其ノ目的タル法益ニ對シ何等ノ危険ナシ
何トナレハ莫ク行為が法益侵害ノ危険アリヤ否ヤハ自然ノ成リ行
キニ任スレバ危険ヲ生シ得ヘキモノナラザルヘカラス、故ニ此ノ
場合ハ危険ナシト云ハザルヘカラス、但シ人格ノ危険ハアルヘク
世人ハ危険ナリト感スルコトアルヘシ、
法益ノ危険ハ世人及人格ノ危険トハ混合スヘカラス、莫ク莫ク

的行為ニヨリ生スル法益ノ危険ヲ觀察セザルヘカラス、蓋シ危
険ノ意識ヲ密ク辨シテ相對的不能ノ場合ニモ危険アリトスルナラ
ハ絕對不能ノ場合ニモ亦危険アリト云ハザルヘカラス、
莫ク莫ク其ノ結果トスルハ結局絕對ト相對トヲ區別シ一ハ不能
トシ一ハ未遂トスル能ハザルヘシ、此ノ以テ此ノ說ノ弱莫ナリ、這說
ナルコトヲ知レハ採回スルノ要ナシ、
不能ヲ介ナテ目的物ニ于スル不能ト手段ニ于スル不能トシ目的物
ニ對スル場合ハ相對的ナルト相對的ナルト向ハス能ト不能トナシ
手段ニ于スル場合ハ相對ノ場合ノミヲ以テ未遂ナリトスル能ナリ、
本說ニ對スル非難トシテ先ツ絕對、相對ヲ區別スルコト正シカラ
ス、之レ前述セル通りナリ、尚本目的ト手段トヲ區別スル理論上ノ
根拠ナク前述ヨリ劣シ、

(三) 莫ク莫ク危險說ヘリトス
此ノ說ハ絕對相對ニヨリ區別セズ、危險ノ有無ニヨリテ區別ス、
即チ結果ヲ生スルノ危険アル場合ハ未遂トシ、然ラザルトキハ不能

トス、尚ホ其ノ危険ノ有無ノ標準ハ具體的事実ニヨリテ世人及ヒ犯人ノ認識ノ合致スル莫ヨリトテ決スヘシトナス、例ハ八幡女賣胎セシトシテ藥ヲ服用シタルモ腹部脹滿ナリトモ未ダ世人及ヒ犯人ハ危険ヲ感スヘク結果ヲ認識シ得ヘスモノナリ、故ニ之ヲ未遂犯ナリト爲スモノナリ、

有カナル説ナルモニツノ欠點アリ
非難ノ一ハ主觀説ニ対スルト同一ナリ、即チ主觀的ニ危険性アルモ客觀的ニ危険性ナシ、

非難ノ二ハ未遂犯ノ性質ニ及ス、即チ世人及ヒ犯人ノ危険ノ認識ハ空虚ナリ、其ノ認識空虚ナルトモハ法益侵害ノ危険ハ絶対ニナシ、從テコレヲ未遂トナスハ正シカラス、詳言スレハ世人ノ認識ト世人ノ心ノ平安ヲ害スルナランモ法益侵害ノ危険ナシ、未遂犯ハ世人ノ危険ノ認識ヲ要件トセス法益侵害ヲ客體トスルニアリ

(四) 物理的危険説(其一)
曰ク物理上其ノ行為ニヨリテ結果ヲ生シ得ヘスモノナラサルヘカ

ラス、物理上ノ危険ヲ生セサル場合ハ不能犯ナリ、犯罪ノ着手以前ニ已ニ物理上ノ危険ヲ生セルモノハ不能犯ナリ、例ハ八目的トセル人ガ已ニ死亡セルモノナルトモハ着手以前ヨリ物理上ノ危険ヲ生セサルカ故ニ不能犯ナリ、又例ハ八霰砲シタルニ裝彈モ了リ且ツ着弾巨音ニ於テ霰砲シタルモ又のカ外レタル場合ノ如クハ未遂犯ナリト云フニ在リ、

保シテ此ノ説ハ不可ナリ、着手以前ハ危険發生ノ要件具ハルニ行為ノ當時ニ備ハラサルハ物理上危険ヲ生セサルヘシ、犯罪ハ着手以前ヲ標準トスルハ例外ナリ、

然ルニ本説ハ着手以前ヲ標準トシテ論ス之レ不可ナリ、例ハ八犯罪着手以前ハ他人ノモノナルモ着手ノ時ニ自己ノ物ナルトモハ竊盜犯成立スルカ如クトナシ、

(五) 物理的危険説(其二)
此ノ説ハ着手ノ時ニ物理的危険アルモ自己又ハ他人ノ障害ニ依リテ結果生セサレハ未遂犯トシ、反之着手ノ時ニ危険ナカリシトモハ

不能犯トス、例之但ヒハ物理上命中スヘキモノナルヲ要ストナスナリ、

一、總理由カリトモモ一旦但ヒ日定ヲタルヤ否ヤヲ以テ區別スルハ實際上困難ヲ生スヘシ之レ一ノ弱點ナリ、

根本的弱點トシテハ元來物理的危險說ナルモノハ結果ノ生セサルモノニ着手ナシ、遂テ着手ナル觀念ハ未遂ト既遂トニナリ得ヘキ事トアリ、

併シナカラ然リナキモノニ初メナキヤ否ヤハ向來ナリ、始メアルモノ終リナキハ世間ニ其ノ例アリ得ヘシ、即チ豫期シタル終了ナキ場合ハ稀有ニアラザルヘシ、故ニ次ノ說ハ殊ニ良ヲサレモノナリ、

以上ニテ事實的危險說中ノ有力且ツ重ナルモノヲ說明シタリ、

乙、法律的不能說

本說ハ專ラ法律ヲ根據トシテ事實ヲ根據トセス、即チ法律ノ犯罪ノ

目的又ハ手段ヲ欠クトヤハ不能犯ナリ、若シ法律ノ目的物アリ法律ニ

反メドル手段ヲ採リタルモ結果ノ生セナリシトヤハ未遂犯ナリ、其ノ

既遂ハ凡ソ犯罪ノ成立スルニハ法律ニ定メタル要素アリ、而シテ犯罪ノ

既遂ハ之等ノ要素ヲ法律ニ予定セラレタルカ如ク連結シタレモノナリ、

未遂ハ之等ノ連結ヲトルニ至ラザリシ場合ナリ、不能犯ハ之等ノ要素ヲ備ヘザリシ場合ナリ、

然ラハ其ノ基礎タル要素如何ト云フニ之ヲ圖示スレハ左ノ如シ、

目的物ヲ欠クトヤハ世人カ如何ニ觀察スレモ不能犯ナリ、茲ニ所謂

欠缺トハ事實上ノ欠缺ヲ云フ

客体存シ着手シタルトキハ相對ワルト絶對ワルトヲ向ハス未遂犯ナリ、例ハ八毒殺罪ハ曰刑法ニ於テ毒物ヲ与ヘタルニアラザンハ不能犯ナリ、之ニ反シ現業ニ毒物ヲ与ヘ共ノ要件具備スレハ其ノ介量ノ如何ニ拘ラズ未遂犯ナリ、

ニ分類スレコトヲ得、

一、直接正犯

犯人カ自己ノ行為ノミニヨリテ又人英ノ行為ニアラサレ他ノ動力ヲ利用シテ犯罪ヲ完成シタル場合、又ハ他人ノ行為ヲ利用シタルモ自ら手ヲ下シテ実行ニ與レルトモハ之亦直接正犯ナリ、

(二) 間接正犯

一人カ犯人ヲ利用シテ犯罪ヲ行爲ヲ実行セシムル場合ニ於テ利用者ヲ以テ実行者ト看做シ被実行者ヲシテ実行者トセサル場合之レナリ、後ニ詳述スヘシ、

第二節 共犯

第一款 共同正犯

共同正犯トハ刑法第六十條ニ規定セルモノ之レナリ、即チ數人カ共同シテ犯罪

ヲ実行シタル場合之レナリ、

共同正犯ハ犯罪ニ付テ責任能力アル者カ二人以上干渉スルヲ要ス、此意

スヘキハ責任能力ニアラスシテ特別ノ身分カ犯罪ノ特別構成要件タル場合

ニ干渉、即チコノ場合ニ數人ニ其ノ身分存スルコトヲ要セス(收購罪ハ續

職罪ノ如シ)之レ第六十五條一項ノ明文ヲ俟テ然ルナリ、之レ例外ナリ、

然ラハ此ノ責任能力者カ如何ナルヲ干渉スルコトヲ要スルカ第六條ヲ分

析スレハ (一) 行為 (二) 意思 / 二方面ヨリ成立スルモノナルカ故ニ

(一) 共同ノ意思ヲ必要トス

(二) 共同ノ行為ヲ必要トス

共同ノ意思トハ(共同ノ認識)各犯ニ關與スルモノカ自己ノ行為ト他

人ノ行為(作為又ハ不作爲)トカ一定ノ事項ニ對シテ相協力スルノ意思

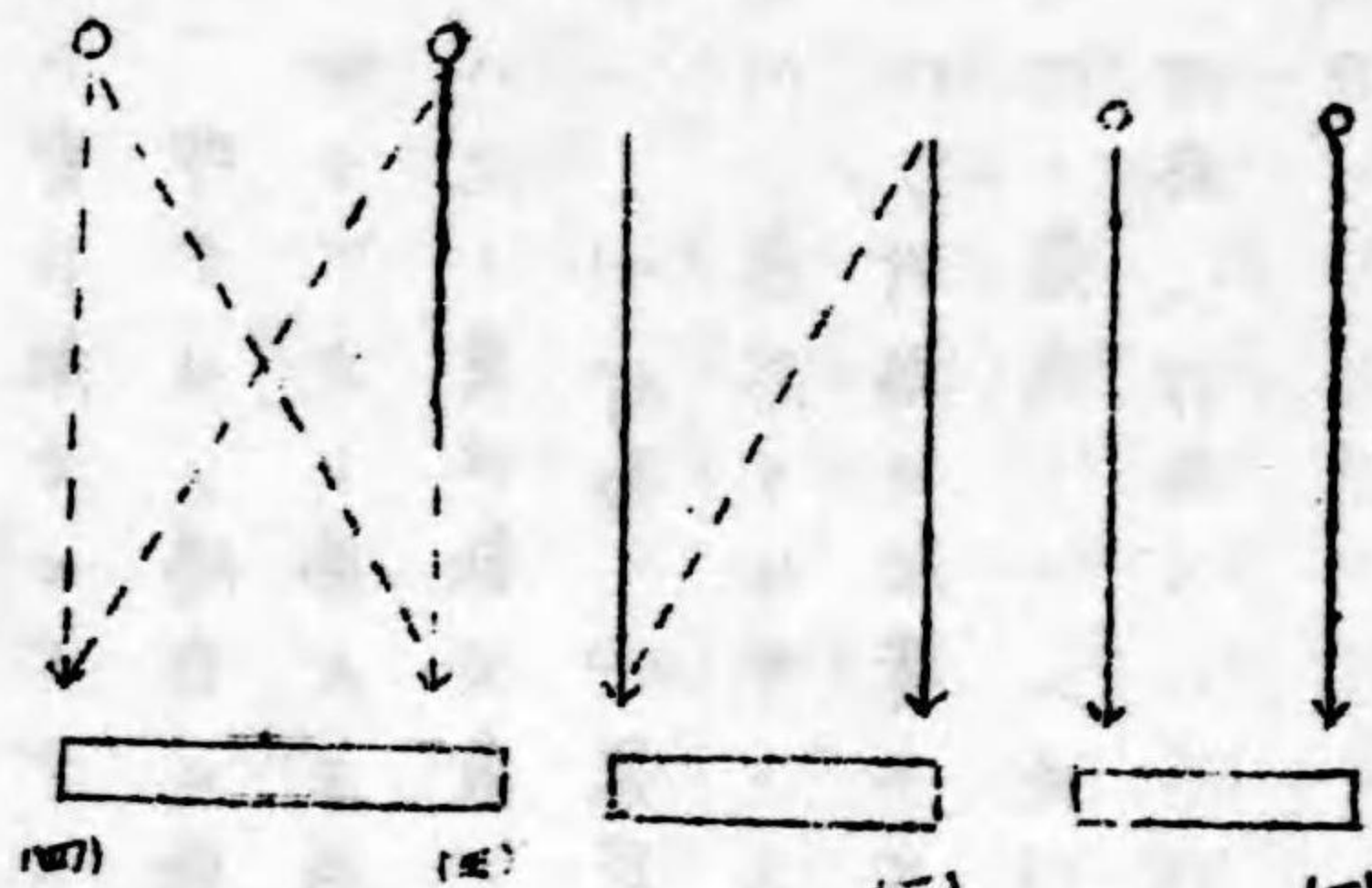
ヲ云フ、

故ニ此ノ意思存在セサルトモハ客觀的ニ數人ノ行為カ相協力シテ一ツ

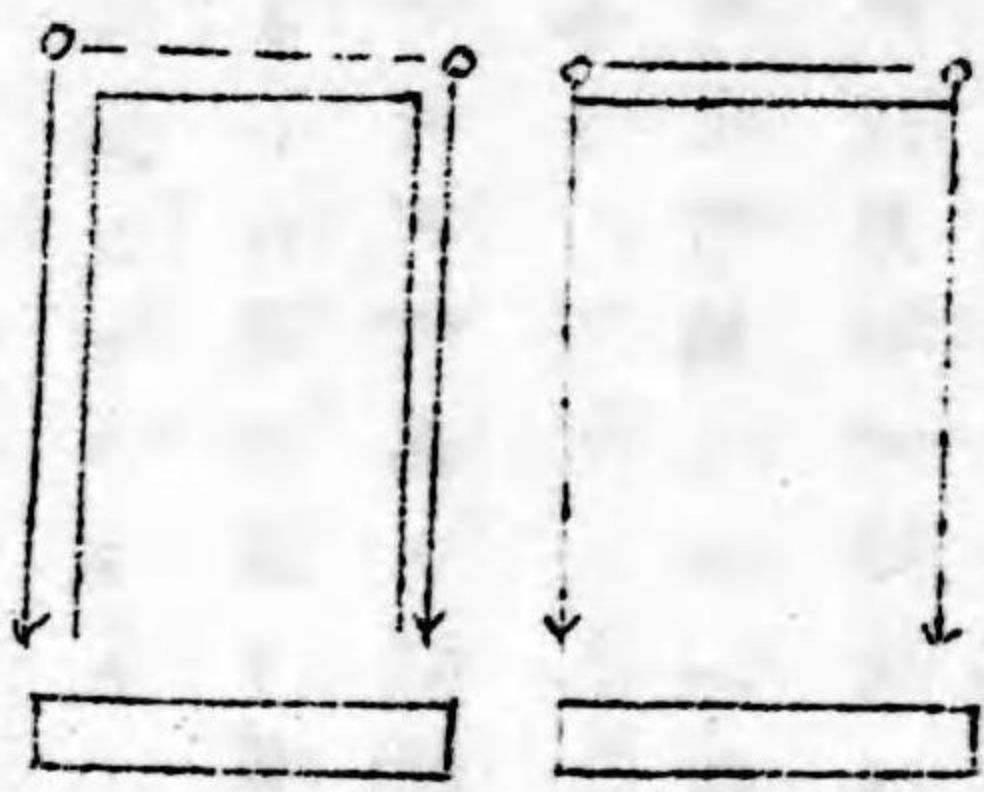
ノ結果ヲ生スルモ共同正犯ニアラス、例ハ甲ハ表ヨリ乙ハ裏ヨリ放火

シ偶然ニモ協力ノ結果家屋ハ燒毀スルモ共同正犯ニアラス、

蓋ニ議論アルハ意思ノ態様ナリ、即チ二人以上ノ者カ或一定ノ犯罪的結
 果ヲ生ケシメタル場合ニ於テソノ意思ノ態様ハ少ナクトモ左ノ五ツヲ想像
 スルコトヲ得ヘシ、



(一) 客観的ニ共カアルモ主観的ニ協力ナキ場合ハ共
 犯ノ同題生セス、学向上同時犯、正犯ノ対立正
 犯ト称ス
 (二) 一方カ共カノ事實ヲ知ルモ他方ハ之レヲ知ラサ
 ル場合即チ一方認識ノ場合アリ、此ノ場合モ共
 犯ニアラス
 (三) 双方ニ認識アルモ協力ナキ場合即チ共同認識ナ
 ル場合ナリ、之亦共同正犯ニアラス
 (四) 双方ニ共カノ認識アル場合、即チ共同認識ノ場
 合ニシテ共犯ノ態様ナリ、



(五) 双方通謀ノ上干典シタル場合(通謀ノ場合)共
 犯ハ通謀ナク成立ス、而シテ法律ハ通謀ノ必要
 アル場合ハ特ニ明記セリ(八一)

何故ニ協力ノ認識ヲ要スルカ、原則トシテ刑法ハ自己ノ行為ニ付テ責任
 ヲ負担スルモ他人ノ行為ニ付テ責任ヲ負担セシメス、然ルニ共犯ノ場合ニ
 ハ他人ノ行為ニ付テ責任ヲ負ハシムルモノナリ、之レ自己ノ意思カ他人ノ
 行為ニ及ビタルモノナレハ其ノ行為ノ結果ニ対シテ責任ヲ負担セシムルモノ
 ナリ、

或ル場合ニハ其ノ認識ノ範圍カ一定セサル場合アリ得ヘシ、此ノ場合ニ
 ハ共同認識存スル共ノ範圍内ニ於テ共犯成立ス、之ヲ例ヘハ強盜ノ意思他

ノ一人ハ窃盜ノ意思ナルトキ、如シ
 圖示スレハ左ノ如シ



次ニ向題トナルハ過失犯ニ共犯アリヤ否ヤ学説一定セズ、多数ハ消極説ヲトル、独乙ノ通説亦然リ

理論上ヨリ云ハ過失犯ニモ共犯アリトナサ、ルハカラサルト信ス、何トナレハ過失犯ト云モ共同ノ行為ニヨリテ犯罪成立スルコトアリ得ヘシ、即チ共同行為ノ認識アリタル場合ニ偶々ソレカ法律上ノ犯罪トナリシ場合ノ如シ

共犯行為トハ一般的ノ犯罪ニ付テハ各千係セルモノカ着手以上ノ行為ヲ以テ犯罪ニ干渉スルコトナリ、故ニ着手以上ノ行為ニアラサル予備行為ニ依リテ加ヘタル場合ニハ共同正犯成立セズシテ従犯トナルヘシ、然ルニ従

犯ト正犯トノ區別如何ハ之レヲ主観主義ニヨレハ犯人ノ意思ノ状態ニヨリ區別ス、即チ或ル犯罪ヲナス場合ニ自己自ラノ意思ニ出ツル場合ト他人ノ犯罪ヲ助ケントスル場合ノニツアリ、前者ハ正犯ニシテ後者ハ従犯ナリ、然レトモ犯罪ノ要素ニアラサル遠因ニヨリテ區別スルハ不可ナリ、客観的方面ニ於テ実行々為アリ犯罪テレハ正犯トナル、然レトモ全然着手以上ノ行為ヲセザリシトキハ共犯成立セズ、然レトモ尚モ行為ノ分担アルトキハ数人ノ行為カ一何ノ犯罪ヲ構成スル場合其ノ数人ノ行為ヲ一々分担スルヲ要セズ可レカノ行為ノ一部分ヲ分担スレハ可ナリ、従チ一人ニテハ分担スルコト欲ハサル場合トモ他人ト共ニ共同シテ行ヒ得ルトキハ各人ハ共同正犯ヲ呈スルノ結果ヲ生ズ、例之強姦罪ニ於テ共同正犯タル關係ニ於テ女子ト臣モ共犯アリ得ヘシ、即チ男子ハ姦淫ヲナシ女子ハ暴行ヲ分担スルカ如シ

以上ハ普通ノ犯罪ニ於テノ説明ナレトモ例外トシテ刑法ハ予備行為ヲ犯罪ノ実行トスル場合ハ予備行為ノ一部分ヲ分担スレハ共同正犯成立ス、此ノ點ニ議論アルハ或ル程度ノ犯罪ニ付テハ着手以上ノ行為ヲ分担セサルモ共

之ヲ例ハハ詠致罪ニ於テ教人カ詠致ノ方法ヲ構シ一人カ財物ヲ受領シタルトキ之レナリ。大審院ハ共犯ヲ広ク解シ此ノ場合モ共内正犯トナス判例ヲ下セリ、尔係研究ヲ要スルトコロニシテ刑法学者ハ何人モ之ニ賛成セズ即チ一部分担ヲ絶対無用ノ説ヲ採ル、余輩モ亦然リ、

共犯ハ通謀ヲ要スル一部ノ行為ノミニテ足ル、然ラハ一スカ單獨ニテ実行中他人カ之ニ介入シタル場合介入後ハ共犯ヲ係成スルモ介入者ハ介入ノ前ノ行為ニ付テ責任ヲ負フヤ否マハ問題ナリ、学説一定セザルモ拒絶的共犯、兼続的共犯ノ存否ハ原則トシテ否認ス、即チ刑法上ノ原則トシテ自己ノ行為ニ基ク行為ニ付テノミ責任ヲ負ヒ從テ罪ニ既ニ生シタル事實ヲ承認シテ之レヲ自己ノ行為ノミナリトナシ之ヲ利用スルノ意思ヲ生スト受テ事案ハ意思ニ干係ナク生シタルモノナルトモハ共犯ハ成立セザルヘシ、但シ民事上ノ追認トハ全然異ルヘシ、此ノ議論ハ單獨ノ場合ハ問題ナクモ共犯ノ場合ニハ他人ノ行為ニ干シ責任ヲ負フハ共同意思ニ基ク作用ナレハ責任ヲ負フモノナリ、即チ自己ノ意思ト連絡アル範圍ニ於テ、責任ヲ負フヘキ

ナリ

例ハハ民事ノ組合ノ如シ、只組合ハ加入以前ノ干係ニツキテモ責任ヲ負フノ相違アリ、已ニ或ル事案ヲ利用セル行為責任ヲ負フ共内犯論ハ自己ノ意思自己ノ行為ニツキテ連絡アル場合ニ責任ヲ負フ、介入前ノ干係ニ付テ責任ヲ負ハス、介入前ノ行為ト介入後ノ行為トカ可分のモノナルトモノ責任如何ニ在リ、之ヲ例ハハ強盗、強姦ノ場合ニ於テ介入者ハ強姦干係ニ付テノミ責任ヲ負フヘク、之ニ及シ全然不可分の場合、例ハハ文書偽造ノ場合ニ偽造中ニ介入シタル者ノ責任即チ介入者ハ一何ノ文書偽造ニ干係ナクモナルカ故ニ全部ニ付テモ責任ヲ負ヒ可分ナルトモハ其ノ一部ニ付テモ責任ヲ負フモノトナルヘシ、各場合ニ付テ可分ナルモ不可分ナルモヲ觀察シテ決セザルヘカラス、

強盗罪ハ暴行ト奪取トノ二何ノ行為加ハリタルモノナリトスルトモハ分割スルコトヲ得ルモ又之レ暴行奪取ナリトセハ分割不可ナリ、

次ニ共犯ノ処分ニ付テハ各自ノ干渉シタル罪ニ付テ全部ヲ負担ス、而シテ分割スルモノニアラス、罰金刑亦然リ、之ヲ例ハハ罰金十万円ナレハ各

自十萬圓免ナリ、全一罪名ニアラサルコトナリ、各自別何ノ罪名ニ向ハルルコトナリ、全一罪名ノ場合ニアリテモ各自別何ノ処罰ヲ受クルコトナリ得ルシ。

即チ数人カ一人ヲ殺ス場合ニ一人ハ死刑、一人ハ無期、一人ハ有期ナル場合アリ、蓋シ一何ノ刑ノ分担ニアラサルヲ知ルヘシ、
身分ニヨル場合

身分ナクモ、処罰、準義親殺ノ場合ニ於ケル他人第二、九條及第一九條ヲ比較スルヲ要ス、刑法ハ明言セサレハナリ、第一八二條及第一八六條身分ニヨリ刑ヲ輕減スル場合唯一ヶ條ナリ、墮胎罪即チ之レナリ、

第二款 教唆犯

教唆犯トハ他人ヲシテ犯罪ヲ行フコトヲ決意セシム、而シテ之ヲ行ハシメタルヲ云フ(六十一條)、故ニ教唆犯ノ成立ニハニケ以上ノ主体アリ、即チ他人ヲシテ犯罪ノ決意ヲナサシメ而シテ決意ヲナシタルモノ之ヲ実行

シタルコトヲ要ス

教唆犯ノ成立要件ハ教唆者ノ方面及被教唆者ノ方面ヨリ觀察シ

(一) 教唆ノ意思

(二) 教唆ノ行為

(三) 教唆ニヨリ犯罪決意ヲナスコト

(四) 其ノ決意ニ基キテ犯罪ヲ実行シタルコト

一、教唆ノ意思トハ犯罪事實ヲ認識シ且ツ被教唆者カ自己ノ教唆ニ因リテ犯罪ノ決意ヲ為シコレヲ実行スルコトノ認識ヲ要ス、(教唆者ノ方面)、過失ニ因ル教唆ナシ、又漠然タル認識アルモ教唆犯成立セズ、必ズ特定セサルヘカラス、然レトモ被教唆者ノ特定ナルヲ要セズ、即チ公衆ニ対スル教唆ナルモノ成立スル所以ナリ、

二、教唆ノ行為トハ被教唆者ニ対シ犯罪ノ決意ヲナサシムヘキ動作ナリ、如何ナル動作ヲ以テスヘキハ法律ニ限定セサレハ如何ナル方法ヲトルモ可ナリ、但シ脅迫ノ程度ニヨリテ特ニ教唆犯ノ不成立ヲ来ス場合アリ、(間接正犯トナル場合)欺罔ノ場合亦然リ、要スルニ被教唆者ノ犯罪成立ヲ阻却

スル程度ナラサルコトヲ要ス

一四四

三、被教唆者ヲ教唆シ基キ犯罪ヲナスノ決意ヲナシコトヲ要ス、換言スレハ教唆ト被教唆者トノ決意ノ間ニ因果干渉アルコトヲ要ス、然レトモ苟モ犯罪ノ決意ヲ生セシメタルトモハ唯一ノ原因アルコトヲ要セス、從テ一ツノ犯罪行為ニニケ以上ノ教唆存スルコトヲ得ヘシ、

四、被教唆者ハ教唆ニ基ク決意ニ依リテ犯罪ヲ実行スルコトヲ要ス、実行トハ広義ニ於ケル意味ニシテ所謂實施行為ニ該当スルモノナリ、被教唆者タル他人ノ行為カ教唆犯ノ責任ノ條件ナリ、他人カ教唆ニ基キテ実行スルモ犯罪トシテ成立セサルトモハ教唆犯成立セス、併シテ被教唆者ノ一身ノ理由ニヨリテ刑罰ヲ免カレタルトモハ教唆ハ成立セス、然ラハ如何ナル犯罪ニ付テモ教唆犯ハ成立スルモ否マ純理ヨリ云ハハ成立スルモ現行法ハ拘留科料ノ罪ニ付テハ成立セサルコトナリ(六四條)過失犯ニ教唆アリモ否マハ議論アルモ消極説ヲ可トス(過失ノ教唆ナシト云フコト、混全スヘカラス)、何トナレハ意思ヲ欠ク故成立セサルナリ、然レトモ間接正犯トシテ責任ヲ負フヘシ、教唆ノ教唆即チ又教唆

五、否マハ現行法ハ明文ヲ設ケ疑ヲ解キタリ、(六ニ條二項)

從犯ヲ教唆シタル場合ニ教唆犯成立スルモ否マ(六ニ條二項)、教唆者ヲ教唆スヘキコトヲ教唆シタル場合ハ通常ハ消極説ナルモ反対論アリ、第六一條一項ハ原則トシテ教唆ヲ包含セシメ即チ犯罪ヲ実行セシメタル場合ニ於テ成立スルモノトナシタルカ故ニ第二項ハ特別規定ナリ、從テ教唆ハ教唆ノ規定ノ例外ナリ、從犯ノ場合亦全シ、共同教唆ハ右ト別向題ナリ、即チ幾人ノ教唆アルモ差支ナシ、又教唆ノ法律上ノ性質如何ハ

- 一、法益侵害ノ結果ニ原因ヲ備ヘタルモノナリトノ説
- 二、合同シテ法益侵害ヲナシタルモノナリトノ説(但シ此ノ説ヲ採ルルハ教唆ノ教唆モ亦成立ヲ認メサルヘカラス)
- 三、法益侵害ヲナシタルハ被教唆者ノミニシテ教唆者ハ犯罪ノ決意ヲナサシメタルノミトスル説(現行法ノ採ルトコロナリ即チ從屬性ヲ有セシメタリ)

注意スヘキハ教唆ヲ独立罪トナシタル場合アルコトナリ、此ノ場合

一四五

ハ教唆犯ニアラスシテ教唆ノ内容ヲ有スル独立罪ナリ、之レ特別法ニ
見ユル新聞紙法

教唆ノ処分ハ原則トシテ單純ナリ（第六一條）、正犯ト全一ナリ、第
六十五條ノ適用アリ（理論上ヨリスレハ第六五條一項ノ適用アリヤ否ヤ
ハ考ヘモノナリ）、第六五條一項ハ正犯ノミノ規定ナレハ教唆犯犯ニハ
關係ナシトノ説（大審院アリ）、又第六五條一項ハ正犯ノミナリトノ
説即チ正犯、從犯、共犯ヲ含ムトナス但シ此ノ條文ナクモ第六一條ヨリ
シテ全一ノ結果ヲ得ラル、モノナリ、

次ニ單純ナラザル場合即チ被教唆者ノ行為カ教唆ト一致セザル場合ハ
輕キ程度ナルトモハ輕キ程度ノ責任ヲ負フ、之レ被教唆者ノ実行ヲ要件
トシテ責任ヲ負フモノナレハナリ、又重キ程度ノ場合ハ教唆シタル範圍
ニ於テ責任ヲ負フモノナリ、

其ノ他種マナル場合アリ得レトモ教唆ト被教唆者トノ行為カ全然因果
ヲ保トキトモハ教唆成立セス、要スルニ因果ヲ保アリヤ否ヤニ依テ決ス
ヘシ、然レトモ實際問題ニアリテハ因果シテ因果ヲ保アリヤ否ヤハ推測

タルヘシ、

第六五條ノ適用ノ場合ハ未遂犯ノ責任ヲ負フ（実行ノ範圍程度ノ責任）
此ノ場合ハ未遂犯ノ教唆ナリ、而シテ教唆ノ未遂ニアラザルコトニ注意
スヘシ、中止未遂ノ場合ハ被教唆者カ未遂ヲ為シタル場合ニ於テハ其ノ
中止カ教唆者ノ意思ニ基キタル場合ト、被教唆者ノ意思ニ基キタル場合
トハ中止犯ノ責任ヲ負フコトハ曾テ異論ナシ、後者ノ場合ハ然ラス、即
チ正犯ハ中止教唆者未遂トノ説アリ、

教唆ハ從屬的關係ヲ有スルモノナルカ故ニ正犯カ中止シタル場合ニ其
ノ從屬タル教唆者カ之ヨリ重キ責任ヲ負フコトハ許スヘカラス從テ教唆犯
ハ中止ノ責任ヲ負フニ止マルトナスヲ正当ナリト信ス、又正犯ハ未遂ナ
ルモ其ノ教唆者ノ意思ニ出テタル場合ハ議論アルモ教唆者ハ中止犯、被
教唆者ハ未遂ノ責任ヲ負フモノト解スヘシ、尙ホ未遂ノ教唆ニ付テハ議
論アルモ只口頭ノミニテ取消シタルモ實際取消ノ效果ヲ生セザルトモハ
教唆犯成立セスト解スヘシ、但シ事實問題トシテハ注意セザルヘカラス、
即チ一旦ソノ取消ノ求メニ応シタル後單独ニテ再ヒ注意セル場合ハ教唆

第三款 従犯

教唆犯ト曰様自ラ犯罪ヲ実行スルニアラスシテ他人カ犯罪ノ実行ニ加担
スル行為ナリ、

教唆ハ犯罪ノ決意ヲナサシムルコトナリ、之ニ反シ従犯ハ他人ノ実行行
為ニ接助ヲ與フルナリ、即チ幫助スルコトナリ、即チ従犯ハ正犯ヲ実行ス
ルニ當リテ之ヲ幫助スル行為ナリ、

成立要件ニハ主觀的要件及ヒ客觀的要件ヲ要ス、主觀的要件トシテハ

- (一) 正犯ニ屬セサル犯罪事實ヲ認識スルコトヲ要ス、
- (二) 自己ノ幫助スル行為ソノモノヲ認識スルコトヲ要ス、
- (三) 自己ノ行為カ正犯ヲ幫助スル結果ヲ生ズルコトヲ認識スルコト
故ニ過失ニヨル従犯ハ存セス、何トナレハ過失ニハ三ツノ要件ナケレハ
ナリ、又共犯ノ場合ハ共同ノ認識ヲ要シ教唆ノ場合ハ相互認識ヲ要ス

ルモ従犯ハ之ト異リ被幫助者ニ幫助ノ認識ナクモ幫助者ニ於テ幫助ノ認識
アレハ従犯ノ成立ヲ妨ケス、

客觀的要件ハ

- (一) 犯罪タルヘキ正犯ノ行為アルコトヲ要ス、

故ニ従犯ハ正犯ノ成立ヲ要件トシテ成立ス、之レ從屬的性質ヲ有ス
ト説明セラル、所以ナリ、而シテ従犯ハ幫助セル對象ハ正犯ナラサル
ヘカラス、故ニ従犯ノ従犯、又ハ教唆ノ従犯ナシ、次ニ正犯ノ行為ハ
犯罪タラサルヘカラス、從テ従犯タルヘキ一般的ノ外形ヲ具フルモ速
法阻却ノ原因ノタメニ正犯成立セザルトモハ従犯亦成立セス、即チ例
ヘハ第百四條ノ場合ニ似タル自己ノ刑事事件ノ証憑ヲ隠滅スル罪ハ成
正ニケレハ之ヲ幫助スル行為ハ従犯トナルコトナシ、但シ間接正犯ナ
ラハコトナリ、然レトモ正犯者ノ刑ノ免除アルモ従犯ニハ干保ナシ、只
正犯ハ法律上成立スルコトヲ要件トスヘ例外トシテ第六十四條警察犯
刑罰令アリ、理論ヨリスルハ従犯ハ結果ニ對スル原因ヲ備ヘタルモ
ナレトモ現行法ハ中斷説ヲ認メ、正犯ヲ以テ原因ナリトシ従犯ハ正

犯ノ成立シタル場合リミ之ルヲ説クナリ、

(二) 補助行為アルコトヲ要ス

幫助トハ犯罪ノ完成ニ付キカヲ共フルコトヲ云フ。犯罪ノ実行ヲ為ス
其ノモノニ付テナルモノヲ云フ、故ニ苟モ実行ヲ為シ一部ヲ行フトモ
ハ正犯トナルナリ、此ニ分界ニ付キテハ客観説、主観説、折衷説ノ諸
説アリ

客観説

正犯トハ犯罪ノ區別ハ客観的ノ行為ノ程度ニヨリテ區別スルノ説ニシ
テ其ノ程度ニヨリテ更ニ二説ニ分ル。一ハ客観的行為ヲ犯罪ノ実行ニ
屬スル行為ト予備ノ行為トニ區別シ実行ヲ為スニ爲セサルモノニ対スル
時ハ從犯トス、二ハ前者ノ區別ヲ結果ニ対スル力ノ多少ニヨリテ區別
ス、即チ結果ニ対シテ強キカヲ加ヘタルトスハ正犯トシテ弱キカヲ加
ヘタルトスハ從犯トス、換言スレハ大クヘカラサル行為ヲナシタルト
スハ正犯トシ便利ヲ與ヘタルニスル行為ナルトキハ之レヲ從犯ト
リトス

主観説

從犯 正犯トハ主観的ニ意思ヲ標準トシテ區別スル説ナリ、犯罪ヲ
自己ノモノトシテ行ヒタル場合ハ正犯トシ、他人ノ犯罪ヲ援助スル意
思ヲ以テ從犯トスハ從犯トス、換言スレハ意思ヲ自己ノモノトスルト
スハ正犯ニシテ仮令実行ヲ為ラヌモ他人ノモノトシテナストスハ從
犯ナリ

折衷説

種々ノ標準アルモ大体ヨリ云ハハ犯罪行為ノ形ヨリ觀察シテ正犯ナ
リヤ從犯ナリヤ疑ヒナキトスハ之ニヨリ疑アル場合、之ヲ例ヘハ竊盜
ノ見張ノ如クハ主観的觀察ニシテ之レヲ決スヘシトノ説ナリ、
以上三説ノ中折衷説義理論價值ナシ、又主観説モ正當トラス、何ト
ナレハ少クトモ現行法ノ辭狀トシテハ當ラサレハナリ、即チ第六〇條ニ
於テ正犯ヲ規定シテ曰フ実行ヲ為ラシタルモノヲ正犯トナサシメタル
ニ若シ主観説ニヨランカ犯罪ヲ実行セサルモ主観的ニ何人ノタメナリヤ
ハ標準トスレハ明カニ條文ニカナワサルヘシ、尚ホ詳言セハ現行刑法ハ
一五一

犯罪ノ理由実行ノ目的ハ犯罪ノ成立要件ニアラスシテ故意アラハ足ル、然ルニ主観説ハ此ノ原則以外ノ要件ヲ標準トシテ區別スルモノナルカ故ニ正当ニアラス。

之レヲ要スルニ主観説ハ客観主義ヲ以テ立テラレタル現行法ノ難點トシテハ正シカラス、結局客観説ヲ正当トセサルヘカラス、尙ホ客観説中ノ後説ハ正シカラス、前説ヲ以テ正当トナス、今日ノ多數説ナリ、幫助トハ正犯ノ完成ヲ可能ナラシメ又容易ナラシムル行爲ナレハ正犯ノ犯罪完成前即チ実行中若クハ少クトモ結果ノ發生前ノミ存ス、多クハ実行前ニ行ハル。

実行中ノ幫助ハ從犯ナリ、又タ甚ダ區別困難ナル、例ハ二人ノ中ソノ一人カ殺人ノ実行ヲ爲ラナス場合ニ妨害セントスル者ヲ抱止メタル者ハ果シテ幫助者カ將タ実行ヲ爲者カ困難ナル問題ナリ、或ル場合ハ実行トスヘク或ル場合ハ幫助トスヘシ、但シ理論トシテハ実行ヲ爲トスヘキカ如シ、又実行後ノ幫助アリキ否キハ実行終ニモ結果發生セタル場合ニ於テ結果ノ發生ヲ幫助スルハ從犯ナリ、

例ハ八叙人罪ノ場合ニ於テ斬リタルモ死ナサリシニ其ノ後医者ノ治療ヲ妨ケタルトモハ從犯ナリ、之ヲ要スルニ幫助ナルモノハ犯罪ノ完成ヲ助クルモノ、一ハ他叙モテハ幫助アリ得ヘシ、但シ犯罪カ既遂トナレハ從犯ナシトノ意味ニハアラサルナリ、例之繼續犯(監禁罪ノ如シ)ハ繼續中ニハ從犯ナリ、

幫助ノ行爲ハ法律上制限ナシ、有形的又ハ無形的ナルヲ妨ケス、物理的の援助ヲ與フルモノニ限ラス、即チ犯罪行爲ニ直接ニ影響ナキモ犯人ノ精神ニ對シテ幫助ノ實アルトモハ足ル。

教唆ハ故意ヲナサシムルニ依リ成立シ從犯ハ已ニ故意アルモノニ對シテ幫助スルニ依リテ成立ス、犯罪ニ間接ノ援助ヲ與フルモノ幫助ナリ、之ヲ例ハハ贓物ノ処分ヲ引受ケル者等クモ犯罪ノ完成ニ直接間接ノ物理的精神的ニ幫助アレハ足ル、尙ホ幫助ハ積極的ナルコトヲ要セス、消極的ナルモ可ナリ、之ヲ例ハ竊盜ヲナサントスル者ニ對シテ戸締リヲナサシテ其ノ目的ヲ達セシメタルノ如キハ即チ不作爲ニヨル幫助ナリ、又其ノ具體的問題ニアリテハ種々ノ見解ヲ生スヘシ、例ハ八叙強リハ從犯ナリ

マ正犯ナリトシテ、判例ハ正犯ナリトシテ、學說ハ從犯ニ一致ス（客觀說ノ前説ヲ採レルハ從犯ナリ）、尙ホ從犯者ノナシタル幫助行為ハ、事實上幫助ノ結果ヲ生シタルコトヲ要ス、正犯カ幫助者ノカヲ借リテ犯罪ヲ實行シタルコトヲ要スルナリ（幫助ノ本遂ナシ）

從犯ノ処分（第六三條）ハ正犯ノ刑ニ照シテ減軽ス、正犯ノ刑ニ照ストハ正犯ノ現ニ受クル刑ヲ受クルニテラス法律カ拘束的ニ定メタル刑ヲ標準トスルナリ、故ニ實際上從犯カ却ツテ正犯ヨリ重キ場合アリ得ヘシ即チ正犯ハ免除セラレ從犯ノミ罰セラル、コトアリ、其ノ他正犯ト從犯トノ身分干係中止錯誤等ノ干係ハ教唆ト全シ、只具體的事實ニ付テ其ノ適用ヲ異ニスルニ止マル、

第四款 間接正犯

人カ一人ニシテ其ノ自然ニ具ハレル才能ヲ働カセ犯罪ノ要件ヲ済スヤ場合ニハ單純明白ナル單独正犯ナリ、即チ手ヲ以テ人ヲ撲ツ場合ノ如シ、

然レテ犯罪ハ必スシテ因果ヲノカヲ以テ犯スコトヲ必要トセス、自然カヲ利用シ、器物ヲ利用シヌハ、動植物共ノ他ノ物ヲ利用シテ以テ犯罪ノ構成ヲ充實スルモ單独正犯タルニ妨ケナシ、然ラハ後者ノ場合ニ於テ何故ニ其ノ責任ヲ負フヤト云フニソハ自己ノ行為ト結果トノ間ニ因果干係アレハナリ、斯クノ如ク他ノ物ヲ利用シテ結果ヲ生スル因果干係アレハ其ノ責任ニ任ズルモノトセハ介在者ク人間ナルヘカラストスル理由ナシ、即チ大ナルモ人間ナルモ全一理論ナリ、故ニ純粹ノ理論ヨリ云ヘハ人間ヲ教唆竊盜ヲナスニ又或ル道具ヲ供与シテ結果ヲ生セシムルモ何レモ原因ヲ與ヘタルモノナレハ当然ソノ責任ニ任セサルヘカラスト、然レトモ刑法ハ人間カ中間ニ介在スル場合ハ教唆又ハ從犯トシテ特別ニ規定ヲ設ケタリ、此故ニ純粹ノ理論ハ却ケラレ即チ成文法ノ規定ニヨリテ制限セラル、ノ結果ヲ生シタルナリ、教唆、從犯ハ責任アル故意行為ニシテ法律上犯罪トナル場合ニ其者ノ教唆又ハ從犯トシテ其ノ直接ノ下手人ニ從屬シテ責任ヲ負フトナシタルナリ、之レ他ナシ法律ハ因果干係ノ中断ヲ認メタルニ因ルナリ、之レニ反シテ自己ノ行為ト結果トノ間ニ他人ノ行為介在スルモ因果干係ノ中断ヲ認ムルノ

要十トモハ原因者ハ其ノ責任ヲ負フコト、ナル、即チ故意ナク責任能力
ナキ場合之レナリ、而シテ間接正犯ハ比ノ場合ニ於テ生ズルナリ、間接正
犯ハ自己ノ行為ノ結果ニ付テ責任ヲ負フモノナリ、

教唆ハ之ニ異リ法益侵害ヲ興ヘタル者ハ他人ナルモ自己ヲ之レニ或ル條
件ヲ興ヘタルモノトシテ罰セラル、ナリ、故ニ教唆ハ明文ヲ待テ始メテ罰
セラル、モノナレトモ間接正犯ハ理論上当然因果關係ニヨリテ罰セラル、
モノナリ、從テ明文ヲ要セス、各國ノ立法亦明文ナシ、間接正犯ハ單ニ人
カ犯罪行為者ナリ、

間接正犯トハ人ヲ利用シテ法益侵害ノ結果ヲ生シタル場合ニ於テ法益侵
害ノ結果ニ對シ利用者カ法律上原因ヲ興ヘタルモノト認メ得ヘキ場合ヲ云
フ、

其ノ主ナル場合ヲ列挙セハ(多少議論アルカ)

- 一、犯罪能力者ヲ利用シタル場合
- 二、犯罪ノ故意ナキ者ヲ利用シタル場合
- 三、法律カ裁量ノ外ニ特別ノ意思ヲ犯罪ノ特別構成要件トスル犯罪ニ付

又チ其ノ特別ノ意思ナキモノヲ利用シタル場合、

四、暴行又ハ脅迫ニヨリテ他人ヲ利用スル場合、

五、特定ノ身分ヲ犯罪ノ要件トスル犯罪ニ付テ其ノ要件ヲ有スルモノ
要件ナキモノヲ利用スル場合、

六、五ト四シ犯罪ニ付キテ其ノ身分ナキ者カ其ノ有スルモノヲ利用スル
場合、

七、他人ノ違法ニアラサル行為ヲ利用スル場合更ニ二トス

一、長官カ下官ノ職權ノ義務ニ基ク行為ヲ利用スル場合、

二、他人ヲ緊急状態ニ陥レテ共犯シタル行為ヲ利用スル場合即チ之レ
ナリ、以上ノ場合ニ付テ畧説ヲ試ムニ

一、犯人十二才未満ノ者ヲ利用スル場合ニシテ其ノ利用者正犯トシ
テ責任ヲ負フナリ、心神喪失者ヲ利用スル場合其ノ喪失カ利用以前ナ
ルトモ其ノ利用ノ時ヨリ心神喪失セル場合ナルトハ唯ソノ被利用
ノ時心神喪失ノ状態ニアレハ可ナリ、之ヲ例ヘハ催眠術ヲ施ス場合ノ
如キ之レナリ、

法益侵害ハ被利用者自身若クハ第三者ナルヘシ、即ち精神病者ヲ自
殺セシメタル場合ハ殺人罪ナリ

向題トナルハ自己ヲ無責任ノ状態ニ陥レテ法益侵害ヲ生セシメタル
場合之レナリ、例ヘハ酒酔ノ愚シキコトヲ自ラ知りテ故意ニ酒ヲ飲
ミテ乱暴シタルトキハ如何ナルハ間接正犯ノ一場合ナリトシテ有罪ナ
リトナスモノアルモ之レ誤レリ、何トナレハ間接正犯ハ少クモ利用
者及被利用者二人アルヲ要ス、自己一人ナルトキハ間接正犯ニアラス、
単独正犯トシテ責任ヲ負フモノト解スヘシ、

凡ソ責任能力又ハ故意ハ其ノ原因ヲ與ヘタルトキ存スレハ足レリ、
結果ヲ生シタルトキニ存スルコトヲ要セズ（此ノ矣議論アリ）、即チ
之レラ故意ノ場合ニ付キテ見レハ明白ナリ、

例ヘハ毒藥ヲ服セシメテソノ後ソレヲ銷ラントスルモ責任ヲ喪セズ、
責任能力亦然リ、要スルニ能力又ハ故意ハ結果ヲ生スルトキ迄ニ結
スルコトヲ要セズ、

二 例之他人ノ物ヲ自己ノ物ナリトシテ竊取セル場合、此ノ場合ハ被利

用者ハ無罪トナレトモ利用者自ラ竊取罪トシテ責任ヲ負フ、第三者ヲ利
用スルト被害者自身ヲ利用スルトヲ向ハス（人ノ物ヲ其ノ者ノ物ニアラ
ストシテ毀タシメタル場合）被利用者ニ過失アリ利用者ニ故意アル場合
ハ被利用者ハ過失犯利用者ハ故意犯ナリ、但シ被利用者ニ故意アリテ責
任ヲ負フ場合ハ因果干係中断スヘシ此ノ場合ハ幾多ノ向題アリ、

甲ガ乙ノ家屋ヲ丙ニ売リ丙ハ其ノ家屋ヲ取り毀ツ意思ニテ之ヲ買フ、
而シテ甲ハ丙ノ意思ヲ知りナカラ乙ノ家屋ヲ丙ニ売却セリ、然ルニ丙ハ
果シテ其ノ家屋ヲ毀テタリトセハ甲ハ詐欺罪ト建築物損壞罪タリ、即チ
故意ニ之ヲ自己ノモノトシテ丙ニ引渡シタリトノ行為タリ、
之レヲ原因トナリテ結果ヲ生シタルモノナレハナリ、（多少ハ向題アル
モ罪過大憲院ハ間接正犯トセリ）

三 例ヘハ他人ノ物ヲ一見後返還スル約束ニテ持チ来ラシメ取得シタル場
合
四 利用者当然責任ヲ負フハ議論ノ余地ナシ、
五 身分トハ特別ノ資格ヲ犯罪ノ構成要件トスル場合ナリ、利用者ニハ要
一五九

仲身分アルモ被利用者ニハ身分十ニトキ注意スヘキハ此ノ場合ニハ間
接トスルモノト限ラス、即チ身分ト犯罪ト不可分のナル場合アリ、姦
通罪ノ如キハ其ノ通例ナリ、

医師、看護士等ニハ常ニ間接正犯成立スヘシ、

罪証湮滅罪ノ場合ニハ被告人自ラ湮滅スルモ罪トナラス、故ニ他人
カ犯人ニ対シテ湮滅スルトキ如何ハ積極ニ解スベシ理由ハ他人カ自ラ
犯人ノ証拠ヲ湮滅スレハ犯罪トナルヲ知りテ自ラ為サスシテ他人ノ行
為ヲ利用シタルモノナレハ其ノ他人ハ原因者タル干係ニ立ツカ故ナリ、
此ノ場合ニ從犯ノ教唆ハ成立セズ、

六、身分アル者カ身分十ニ者ヲ利用シタルトキハ此ノ場合ハ間接正犯成
立ス、然レトモ從來ヨリ争ヒアリテ一致セズ、

直接正犯タルコトヲ得サルモノハ又間接正犯タルコトヲ得サルモ故
意十ニ收購ノ場合ニ其ノ收購者ヲ利用シタル場合ニ責任ナシ、強姦罪
ハ男子タルコトヲ要ス、然ルニ婦女カ男子ヲ進メテ強姦罪ヲ犯シタル
場合ニ男子カ故意十ニ場合ニハ婦女其ノ責任スルモ否ヤハ議論アリ、

即チ常ニ成立ス、成立セズ及ヒ場合ニ依リテ成立ストノ三説アルモ場
合ニ依リテ成立ストスル説ヲ正シトスル、何トナレハ事實上直接正犯
タルコトヲ得サルモ法律上ハ間接正犯タルコトヲ得サルモノトスルコ
トヲ得ス、即チ收購ノ場合ニハ間接正犯ノ觀念ヨリシテ公務員ノ要件
具ハラサルトキハ成立セズ、之レ共犯ノ場合ハ特ニ明文アル場合ハ罰
セラル、モノナルモ間接正犯ノ場合ハ原因ヲ與ヘタルコト、一定ノ身
分ヲ有スルコトノ要件具ハラサルトキハ間接正犯タルコト能ハス、教
唆スハ從犯成立スルコト、ナルヘシ、又強姦罪ノ場合ハ法律上男子ナ
ラサルヘカラス、法律ニ於テ一定ノ身分ヲ要求スルニスズ、故ニ此
ノ場合ハ其ノ原因ヲ與ヘタルモノニ其ノ要件ヲ欠テモ妨ケナカルヘシ、
果シテ然ラハ女子ハ間接正犯トシテノ責任負ハサルヘカヲサルナリ、
七、上官ト下官ト利用シタル時ハ間接正犯成立ス但シ例外ノ場合アリ成立セズ
ノ、判事カ意思ニテ或ル者ヲ拘捕セントスル場合ニ下官ニ命シテ其ノ
者ヲ逮捕セシメタルトキハ其ノ下官ニ責任ナシ、上官ハ逮捕又ハ監
禁、間接正犯トシテ責任負フ、

之、例ハハ自分カ他人ノ物ヲ毀壞シタリト考ヘテ第三者ヲ緊急状態ニ
陥ラスルノ其ノ避避行為トシテ目的タル他人ノ物ヲ損壞セシメタル
場合之レナリ、

問題トナルハ正当防衛行為ヲ利用シタル行為ニ間接正犯アリヤ否
ノ例之狂犬ノ追尾ニ遭ヒテ硝子戸ヲ破ラハ避避行為トナリ、犬
ヲ殺サハ正当防衛トナルヘシ、而シテ正当防衛ノ場合ハ間接正犯成
立セス、即チ正当防衛ハ权利行為ニシテ犯罪ハ法益侵害ニ対シ責任
ヲ負フモノナレハ权利ノ行使ハ即チ法益侵害ニアラサレハ從テ法益
侵害ノ結果スヘキ理ナケレハナリ、之ヲ利用スルモ間接正犯ニアラ
ス、

之ニ反シ避避行為ハ权利行為ニアラスシテ放任行為ナレハ自ラ結
論ヲ具ニスヘシ、之ヲ例ハハ自己ノモノヲ他人ヲシテ毀タシメタル
トモハ如何ト云フニ因果干係ハ明ニ存スルモ法益侵害ノ結果ナケレ
ハ從テ責任ナキカ如シ、間接正犯ト云フモ刑法上ハ正犯ニアラス、
論究ヲ要スルハ間接正犯ナリト思ヒタルニ實際ハ教唆又ハ從犯ナ

ル場合アリ、例之十三才以下ナルト思ヒタルニ其者ハ十四才以上ナ
リ、此ノ場合又ハ此ノ反対ノ場合之レナリ、而シテ之等ノ錯誤ハ法
律上如何ナル影響ヲ来スカト云フニ日本刑法、独乙刑法共ニ学説分
ル、乍伴教唆ノ場合ト從犯ノ場合トヲ分テテ觀察スルノ要アリ、

第九章 犯罪ノ單數及複數

第一節 總論

一人カ一何ノ舉動ニテ一何ノ法益ヲ侵害シタル場合ニ一罪成立スルコト
疑ヒナシ、之ニ反シ今日カニテ人ヲ斬リ明日他人ノ家ニ入りテ物ヲ取ルト
モハ亦二何ノ罪成立スルニ疑ヒナシ、然ルニ犯罪ハ此ノ他種々ノ態様アリ、
例ハ一人カ一何ノ舉動ニテ數何ノ法益ヲ害スルコトアリ、即チ銃砲一發
ニテ一人ヲ殺シ一人ヲ負傷セシメタルトモノ如シ、又數何ノ舉動ニテ數何
一六三

ノ法益ヲ侵害スルコトアリ、例ヘハ金ヲ奪ヒ衣服ヲ取リ人ヲ負傷セシメタルカ如シ、又併此ノ各挙動ノ間ニ数年ヲ經タルカ如キ場合ハ数罪ナルモ其ノ間接シアルカ如キ場合ニハ准向ヲ生ス、

斯ル行為ニ対シ法律上ノ干渉処分ヲ與ニスルモノニシテ單ニ概上ノ問題

ニアラス、深ク研究ヲ要ス、結局單純一罪併合罪、累犯、連続犯、相像上

ニ對シテハ罪數ニ屬ス、
抑々犯罪ノ何故即ち單數、複數ハ原則ハ何ヲ標準トスヘキマノ六原則ニ

關シテハ罪數ニ屬ス、
如ク分ル、

- 一、犯人ノ意思ヲ標準トス
- 二、法益侵害ヲ標準トス
- 三、行為ヲ標準トス

一ノ説ハ犯罪ハ元來反社会的の意思ノ表現ニ外ナラス、即チ意思其ノモノカ犯罪ノ根本ナリトスルカ故ニ犯罪ノ實質タル意思ヲ標準トシテ何故ヲ決スヘシトスフニアリハ犯罪意思ヲ法律的二云フナリ、即チ犯人ノ意思ヲ盜竊ニハ盜竊ノ意思ニ結局ハ條文ノ數ニ依リテ決セラル、ナリ、其ノ數

意ハ犯罪ノ意思ヲ標準トスルナリト云フ、

二説ノ主張ハ法益侵害ナリ、法益ノ侵害ナケレハ犯罪ナシ、如何ニ反社会ノ意思アルモ法益ノ侵害ナケレハ犯罪ナシ、從テ意思説ヲ誤レリトナセリ、一ノ説ハ此ノ論者ノ云フカ如ク非難アリ、然レトモ此ノ説モ亦其ノ論法ハ第一説ト異ルモ結局同一ノ結果ヲ来スナリ、何トナレハ意思説モ法律ニ條文ニヨリテ其ノ意思ヲ定ム本説モ亦條文ニヨリテ法益ノ數ヲ定ムルモノナレハナリ、

三ノ説ニヨレハ犯罪ハ素ヨリ法益侵害ヲ必要トス、亦條文法益カ侵害セラレリト云フ事實ノミニテハ犯罪トナラス、即チ法益侵害ハ人ノ行為ニヨル場合ノミ犯罪トナルモノナリ、行為ヲ標準トスヘキナリ、

犯罪ノ中核ハ行為ナリ從テ其ノ何故ヲ定ムルニハ其ノ中核タル行為ヲ標準トセサルヘカラスト云フニアリ、

此ノ説ハ相当ノ理由アリ、最モ正誤ヲ得タルモノト信ス、而シテ日極ノ多數説ナリ、試ニ現行刑法ノ罪狀トシテハ此ノ説ヲ採ルヘキコトハ其ノ規定ヨリ推論シ得ルナリ、其ノ最モ著シキハ刑法第五條ナリ、即チ第

五五條ハ數個ノ行為アルモ其條件アルモ之ヲ一罪ナリト云フニテ、即チ原則トシテハ數個ノ行為ハ數罪ナリトシタルカタメナリ、此ノ條文ヨリ推究スレハ刑法ハ一行爲一罪説ヲ採ルモノナルコトヲ知ルナリ、

要スルニ一罪數罪ノ區別ハ之ヲ行動ノ數ニヨリテ定ム、然ラハ行為トハ何ソヤ、行為ノ數ニ付テモ明瞭ニシテ疑ナキ場合アリ、即チ「拳動」ハ「意思活動」一何ナレハ明ニ一行爲ナリ、結果カ數個ナルモ亦一行爲ナリ、

問題トナルハ數個ノ拳動アルナラハ其ノ拳動毎ニ行為ノ數アリヤ否ヤ之ヲ一行爲ト見ルハ何ヲ標準トスルカ難問題ナリ、諸説アリ最モ注意スルハ「標準」ハ

第一、法律カ犯罪ノ要件ヲ定ムルニテ、犯罪行為トシテ數拳動カ反覆セラル、コトヲ予想シタル場合即チ一ハ大條常習犯、(特別法、医師法)、如クハ「一」之ヲ以テ一行爲トス、之ニ反シ内乱罪(第七七條)、暴動、貨幣偽造罪(議論アルモ)等ニ付テハ其ノ行為毎ニ罪數ヲ決セサルヘラス、

第二、標準ハ時々場所ニ隔テナラシ機会ニ繼續シテ行ハレタル各種ノ拳動ニヨリテ全一法益ヲ侵害スル場合、如クハ其ノ中ニ中斷アルハカラス、

但シ此ノ裏ニ片キテ議論アリ、即チ一亦行為ト云フモノハ意思ノ暴動ヲ云フナリ、拳動ナリ、然レニ拳動カ數ツモアリ、又法律カ予想セザリシ場合ニ種口ノ條件ヲ付シテ標準トスルカ如クハ其ノ根本ニ于テ衰弱ナル論ナリ、乍併次論ハ余リニ極端ナリ、少ワトモ刑法ノ弊害トシテハ不可ナリ、刑法ハ社会ノ通常ノ状態ニ適應セシムルカ爲メニ適應スル極限定セルモノナリ、模寫スレハ社会一般ノ觀念ニ從ヒて命令拳動カ數個アルモ社会的ニ一但不可分ノ事實ナリト觀念セラル、場合ニハ刑法又ソノ現象ヲ是認シテ其ノ觀念ニ從ヒテ是法スルモノナリ、根本茲ニ存スル故ニ論者ノ非難ハ理由薄弱ナリ、

第三、標準ハ結果ノ發生ヲ要件トスル記罪ニ付テハ一ヶノ結果ノ發生ニ付シテハ一ヶノ計劃ノ実行トシテ行ハレタル拳動ハ數個ナルモ其ノ内容ヲ為スモノト一行爲ナリト云フナリ、例ハ本人ヲ殺ス目的ニテ少量ノ毒藥ヲよハ終ニ毒殺シタル場合ノ如ク之レナリ、

但シ教例ノ行為カ一計劃ニ基カサルトモハ教例ノ行為ナリ、一回行ヒテ目的ヲ達セス再ヒ行ヒテ未タ目的ヲ達セス、三度行ヒテ目的ヲ達スル場合ノ如クハ前行為ハ未遂成立スルナリ、

此ノ説ハ第二説ノ如ク時、場所ノ如何ヲ問ハス唯タ結果ヲ生スル行為ノミ

第四、ノ標準ハ法律カ社会的挙動ヲ犯罪ノ要件トシタル場合、例ヘハ強盜犯ハ脅迫、暴行窃取等ノ行為ヲ要ス、此ノ如ク法定要件一回実現スルトモハ一行為ナリ、唯タ茲ニ云フ一行為數行為ノ區別ノ必要ハ第五十四條ノ場合ノ如ク法律干係ヲ処理スル上ニハ必要ナルモノナリ、

第五、ノ標準ハ一行ノ処罰條件ヲ包括セラル、數挙動ハ一行為ナリト云フナリ、即チ例ヘハ破産罪ハ破産決定ノ數一行ニ付テ一行為成立ストナスナリ、

以上五ヶ條ノ標準ニヨリテ行為ノ一行ナリマ數何ナリマノ區別ヲナスヲ得ヘシ、即チ之原則ナリ、乍係現行法ニハ此ノ原則ニ例外アリ、以下何々ノ犯罪ノ態様ニ付テ論スヘシ、

第二節 想像上ノ數罪

想像上ノ數罪トハ刑法第五十四條第一項前段ニ規定セルトコロナリ、實例ハ一罪ニ外ナラス、

茲ニ一行ノ行為ト云フハ總論ニ於テ述ヘタル標準ニヨリテ明カナルヘシ、數何ノ罪名ニ触ルトハ例ヘハ一乘ノ彈丸ニテ死傷、器物毀壞等ノ結果ヲ生スルコトヲ云ヒ而シテ其ノ最モ重キ刑ヲ以テ処断スルカ故ニ此ノ場合ハ死ヲ以テ最モ重シトシ殺人ノ罪ニ同フナリ、

併シテ茲ニ數何ノ罪名ニ触ルトハ別々ノ罪名ニ触ル、コトヲ要スト云フ意味ニアラス、例ヘハ數人ヲ傷害又ハ一人ヲ傷害シタル場合モ亦之ニ該當スルナリ、前者ヲ異種ノ想像上ノ數罪ト云フ後者ヲ同種ノ想像上ノ數罪ト云フ、

尤モ後者ハ本條本向ノ場合ニ包含セストノ説ヲナス學者アリ、然レトモ法文ハ全種トモ異種トモ限定セサレハ兩者トモ尚ホ包含スト解セサルヘカ

ヲス、後考スレハ同ジ罪名ナルトキトモ殺人ノ中止ト殺人ノ未遂ト殺人ノ既遂ト之レ殺人罪ナル刑ニ相異アリ、故ニ同一罪名ノ場合ニモ第五十四條ノ適用アルヲ正シトス、又異種ノ場合トモ殺人刑ヲ同シウスル場合多クアリ、故ニ刑法第十條ニハ同種ノ刑トテモ法律上整理アリト明足ス、從テ同種ノ型ノ場合ハ包含ヒスト云フハ不当ナリ、

一、同一行為ト云フモ前述ノ如ク一挙動ニアラザレバ其ノ一挙動カ數回ノ罪名ニ融ル場合亦想像上ノ數罪ナリ、例ハハ一ノ彈丸ハ殺人罪トナリ、一同一行為トナリ、其ノ力一察ハ器物破壊罪トナル故ニ犯罪要件カ複雑ニ主テ多クノ挙動カ犯罪要件トナルトキハ其ノ中ノ一挙動カ數回ノ罪名ニ融ル場合ナリ、

注意スヘキハ一同一行為カ外觀的ニ數回ノ罪名ニ融ルカ如キモ其ノ實ハ一ノ罪名ニミ該ル場合アリ、例ハハ一同一行為カ特別法ト普通法トニ融ル、場合ノ如キ之レナリ、亦向ハ特別法ニ融ル、コト、ナル、例ハハ第七十大條ノ不敬行為ハ各場合ニ對スル罪ノ特別法ナレハ若シカ七十大條ナキトキハ本場合ハガニ三十一條ニ當レヘキモノナリ、

次ニ基本法ト補充法ノ競合シタル場合ハ如何ト云フニ基本法ノ適用アルニスルモトス、例ニ第五十四條カ一項ハ基本法ニシテ第二項ハ補充法ナリ、要之補充法規ハ基本法規ノ適用ナキトキ始メテ其ノ適用ヲ見ルモノナリ、

次ニ実害法規ト危險法規トノ競合ハ実害法規ノミ適用セラレ、ハ法律精神袖ヨリ疑ナシ、例ハハ第五二五條(危)ト第五二七條(實)、如キモノナリ、

復數法規ト單一法規トノ競合シタル場合茲ニ復數行為トハ復數ナリ行為ヲ犯罪トスル場合ヲ云フ單一行為トハ單純ナル行為ヲ犯罪ノ内容トスル場合ナリ、次ノ場合ハ復數法規ニミ融ル、ナリ、例ニ強盜罪ト暴行罪ニ於ケルカ如シ、

以上ハ章定上數罪ナレトモ之ヲ所謂想像上ノ數罪トシテ取扱ハサルナリ、

第三節 牽連犯 (第五四條一項後段)

牽連犯、ハ犯罪ノ手段又ハ結果タル行為カ各一罪名ニ触ル、場合ナリ、
而シテ此ノ場合モ亦最モ重キ刑ニヨリテ処断スルナリ。(併合罪ハ刑ヲ併科
シ又ハ重キ刑ヲ科セラル、ナリ)

牽連犯ハ如何ナル場合ニ成立スルヤ

第一、結合犯又ハ吸收犯ト區別セサルヘカラス、兩者甚ク類似スレトモ其
ノ性質ヲ異ニス、例ヘハ結合犯ハ金ヲ盗マンカダメニ人ヲ撲キタルカ如
キ場合ヲ云フ、即チ強盜罪ナリ(各論ノ規定ニヨレハ一何ノ特別罪トナ
ル)

吸収トハ形ノ上ニ於テ二何ノ行為アリ、別々ニ觀察スレハ何レモ別何
ノ犯罪タル形態ヲ有スルモノ何ノ行為ハ他ノ一何ノ行為ニ吸収セラレ、
ナリ、例ヘハ竊盜ヲナシテ其ノ目的物ヲ毀テタル場合ノ如シ、即チ此ノ
場合ニハ一ハ竊盜罪、一ハ毀棄罪ナリ、然レトモ毀棄罪ハ吸収セラレテ
竊盜罪ノ單純ニ一何成立ス、此ノ如ク結合犯及吸收犯ノ場合ハ茲ニ云
フ牽連犯トハ別ナリ、

第二、牽連犯ハ結合犯、吸收犯ノ干係ナクシテ、一ハ手段一ハ結果ナル二何

ノ行為存在シ別々ノ罪名ニ触レ而シテ結合、吸収ノ干係ナキ場合ナリ、
例ヘハ竊盜罪ト住居侵入罪トノ如シ、即チ住居侵入ハ手段トシテ竊盜ハ
結果ナリ、之レ逆例ナリ、住居侵入ノタメ鍵ヲ毀スモ亦然リ、又結果タ
ル行為カ他ノ罪名ニ触ル、場合、例之人ヲ殺シテ屍体ヲ遺棄スルカ如シ、
此ノ場合ハ殺人ノ刑ノミニヨリテ処断ス、尔係其ノ手段ナリ結果タル
行為ハ何ヲ標準トスルヤ

第三、此該具體的事實ニヨリテ決スルモノ之等凡ソ一般抽象的ニ觀察シテ
手段ナリ結果タル干係アルコトヲ必要トス、甲ノ罪ヲ犯ストキハ乙ノ罪
ハ通常其ノ手段ナリ結果タルモノナラサルヘカラス、故ニ犯人ノ主觀ニ
於テ手段ナリ結果タルノ干係アルモ之レノミニヨリテ牽連犯トスルモノ
ニアラス、

例ヘハ人ヲ殺スノ決意ヲナシ、刀ヲ買ハンカダメ先ツ竊盜ヲナスカ如
キ場合ハ牽連犯ニアラス、何トナレハ斯ル場合ハ一般的ニ觀察シ手段若
果ノ干係アリト云ハサレハナリ、

又客觀的ニ手段結果ノ干係アルモ又其ノ当該具體的事實ノ場合ノミニ

存シ一賊ノ場合其ノ干係ヲラザルモノハ牽連犯ニシテ、例ハハ刀ヲ以テ人ヲ斬リタル事實アリ、而シテ其ノ刀ハ竊取シタルモノナリトスルモ、此ノ場合ハ事實方面ニノミ手段結果ノ干係アリテ抽象的方面ニ手段結果ノ干係ナシ、何トナレハ殺人ニハ物ヲ盗ムト云フコトハ通常ノ態様ニアラザレバナリ、

又竊盜ヲナシタル後其ノ犯跡ヲ蔽ハンカドメ殺スルモ其ノ具体的事實ノ場合ハ手段結果ノ干係アリトモ通常干係ニアラス又書偽造行状罪ト詐欺罪ハ牽連犯ナリ、

然ラハ何故ニ通常ノ手段結果タル干係ヲ要スルヤ條文ニハ何等其ノ必要ヲ明示セズ、其ノ理由トスルトコロハ牽連犯ト併合犯ト異、如合ヲ異ニシタル精神ヨリ来レ、併合罪ハ有期刑ノ場合ハ二日、罪ヲ比較シテ其ノ重キモノニ其ノ二合ノ一ヲ加ヘテ科ス罰金ハ二倍ヲ科ス、牽連犯ノ場合ハ十日ト十日トハ十日併合罪ノ場合、二十日又牽連犯ハ十年ト五年ノ範圍内併合罪ハ十五年對テ如ク如ク異ニシタル所以ヨリ考證シテ通常手段結果タル干係ヲ必要トスト建前スルナリ、即チ重ク罰スルノ必要

十ニナリ通常手段結果タル干係アルモノナレハナリ、

之ニ反シテ或ル犯罪ヲ犯ス場合ニ於テ通常或ル犯罪ヲ伴フ場合上レヲ例ハハ竊盜ニハ通常住居侵害ヲ伴フカ如キ場合ニハ法律ハ通常有様ヲ對照シテ立法セラレタルモノナルカ故ニ其ノ手段又ハ結果タル犯罪ハ之レヲ干渉シタルモノナリ、又殺人ニ遺棄ハ觀念中ニ包含セラレサルモノナリハ解款論トシテ多少議論アリ)

第四、手段ハ直接タルト尙夕間接タルトマ向ハス通常ノ手段ナレハ牽連犯ノ成立ニハ妨ケナシ、例ハハ偽造文書ノ証明ニ印鑑証封書ヲ偽造シテ詐欺的罪ヲ犯ストキハ間接ノ手段結果(通常)ニ關係アリ

次ニ軍ニ抽象的ニ手段結果タルノ關係アレハ足ルカ又ハ現ニ犯人カ手段トシタルコトヲ必要トスルカ、

現ニ手段トシテ又ハ其ノ行為ハ通常ノ態様ナルコトヲ必要トス例ハハ夜間住居侵害ノ目的ニヨリテ其ノ目的ヲ達セスシテ竊盜ヲナシタル場合ノ如クハ其ノ具体的事實ハ手段結果ノ關係アルモ抽象的ニハ手段結果ノ關係ナシ、之ヲ要スルニ現案ニ手段タリ結果タリ而シテ又一般的ニ手段

結果ノ關係アルヲ要ス

第五、手段結果ノ行為ハ各独立ニ二個ノ行為タルコトヲ要スルヤ又ハ法律上一個ノ行為タルコトヲ要スルヤ、

例レノ干渉ヲ要セス、之ヲ例ヘハ偽造又書行使ニ付キ詐欺罪ヲナス場合ハ其ノ呈示ハ一ツノ行使ナリトス之レヲ詐欺トモ見ラル、又手段ト

結果トカ重ナリ合フ場合ハ一ツハ文書偽造一ツハ偽造又書行使、一ハ詐欺罪ト見ラル、カ如シ、理論上ハ想像上ノ数罪タル法文ハ独立シタルニ

四ノ行為ナリ、然レトモ法律ハ特ニ之ヲ牽連犯中ニ含マシメタルナリ、想像上ノ数罪ハ一犯罪ノ規定(前段)牽連犯ハ特別刑ノ規定(後段)

ト見ルヲ適當トス、金持カ重ナリ合フ場合ハ向類ヲ生セス(前段)重リ合ヒタル別ノ罪名ト手段結果ノ干渉アル場合ハ後段ナリ、唯向類トナ

ル莫アリ(牽連)ハ重キ刑ヲ以テ処断スト規定セリ、ソレハ一個ノ犯罪ナリト認メタルモノナリヤ、特ニ数回ノ犯罪ナルモ其ノ処罰方法ヲ定メ

タルモノナリヤ之レナリ、之レ莫法律上又ハ手続法上ニ重大ナル干渉アリ、

リ、

國際法上管轄上時ノ干渉上ハ法律ノ變更力途中ニアリタルトキハ公諾事項就中刑法上ノ管轄不可分ノ原則ニ付キ重大ナル干渉アリ、即チ其ノ

一部ニ親善性ノ犯罪アル場合之レナリ、要スルニ一罪説ヲ正シトス、數罪説ハ簡單ニ之レヲ説明スレハ曰ク「刑法ハ数罪トシテ規定セリ、

又次段ニハ罪ニ「一罪トス」ト答ヤタルカ故ニ若シ之ヲ一罪トナシタルモノナリハ特ニ一罪ト明記シタル者ナリ、然ルニ何等明言セザルハ數罪

トナシタルモノナラン、之ヲ要スルニ數罪ヲ其ノ処断方法ニツキテ規定シタルモノナリト云フナリ、

然レトモ數罪説ノ論者ハ復相ナリ、第九章中ニハ併合罪ナラハレハ五

五ノモノアリ、標榜ト内容ト符合セザルニアラスヤ、法共ハ學理ニ合スル便利ヲ重ニスルカ故ナリ、偶々條ニ一罪トスト答シタルハ反テ第五回

條ノ一罪説ヲ證スルモノナリ、如何トナレハ行為カ一回ナレハ犯罪モ亦從テ一個ナリ、若シ一罪トシテ答フトキハ上ノ言ト重複ヲ來ス、又前述ノ如ク重リ合フ場合ハ唯當然ノ一罪ナリ、向類トサルハ單ニ重リ合ハナル

場合ニ付テノミナリ、然テ茲ニ一罪トシテト昏ク能ハサルノ理由アルナリ
形式ノミヨリ速断スル数罪説ハ不可ナリ、之ヲ要スルハ数罪説ノ根拠法
弱ナリ、

但シ数罪説ノ根拠法弱ナルカ故ニ一罪説可ナリトスルニアラズ法律ノ
精神ニ適スルカ故ニアリ、五〇、五一、五二ノ規定カ此ノ如ク解セラル
サルヘカラサル理論上ノ根拠トナル、即チ之等規定ハ数罪ニ付シ是亦必
要ナル規定ナリ、然ルニ第五四條第五條ハ之等改罪ノ規定ノ後ニ規定
セラレタルニアラスヤ、若シ牽連犯ヲ数罪ノ犯罪トスレハ犯罪ハ常ニ一
何ノ犯罪ニヨリテ裁判セラル、コトヲ要セサルヘカラス、然ラハ他ノ一
部分処断セラル、トセハ余リノ部分ハ如何ニ処分スルカノ必要アリ、之
レ第五〇條ヲ要スルトコトナリ、
尚ホ第五一條ハ第四七條ノ結果ヲ規定シタルモノナリ、
第五四條ノ場合ハ以上ノ如ク数罪ノ裁判ヲ処置スル規定ナシ、之レ畢竟
数罪ノ裁判アルコトハ予想セサリシニヨルナラン、果シテ然ラハ一何ノ
犯罪ト見タリト証トスヘシ、

換言スレハ手段又ハ結果タル行為ノ一部分ヲ公訴スレハ審判不才分ノ
原則ニヨリテ犯罪全部ニ付テ裁判ヲ得ルカ故ナリ、明文ヲ欠クモ以上ノ
如ク論理的ニ解釈スルヲ可トスヘシ、尤モ反対論ハ第五〇、五一、五二
條ハ五四條ヨリ前ニ記シアルコト、第五四條ヲ数罪ノ犯罪ト見レハ第五
〇條、五一條ハ適用スヘシト云フ、然レトモ斯ク解スルトモハ第五一條
ト反対ノ規定トナルヘシ、之ヲ要スルニ刑法ハ原則トシテ犯罪ノ單犯ヲ
定メ第五四條ハ之ニ対シテ例外ナリ、

第四節 連続犯

盗人カ倉庫内ノ水ヲ每晚一俵宛盗ミ出シテ百日ニ百俵ヲ盗ミ出シタルカ
如ク場合ヲ連続犯ト云フ、而シテ此ノ場合全体ヲ合シテ一何ノ罪ト見ル、
之ニ付テスル明文ヲ置ク固少ナシ、然レトモ連続犯ヲ認ムルコトニ付テハ学
說一致セズ、但シ其ノ主義其ノ要件ニ付テハ見解異ル、之レ刑法上ノ難問
類ナリ、

我カ刑法ハ第五五條ヲ設ケ如何ナル場合ニ連続犯成立スルヤヲ一定セリ、

和蘭、伊太利モ亦明文ヲ置ク、但シ其ノ要件ヲ異ニス、

從來ハ解釋ノ理論上ノ問題多カリシリ、当令ハ辭狀上ノ問題トナリテ稍簡

單トナレリ、然レトモ条文ノ不完全ナル結果議論ヲ生ス、其ノ成立要件ハ

第一、 数回ノ犯罪行為ヲコト

第二、 数回ノ犯罪行為ヲ連続シテ犯ナレタレコト

第三、 数回ノ犯罪行為ガ同一罪名ニ就ルコト

第四、 数回ノ犯罪行為カ何レモ確定判決前ニ行ハレタレコト

以上ノ要件ヲ併叙上決定スルモ妨ケナシ、

第一ノ要件ハ連続犯ノ前提要件タルコト疑ヒナシ、即チ行為ガ一回ナレ

ハ單犯一罪カ又ハ罪五條一項前段ノ想像上ノ数罪ニ当ルヘテ連続犯トナ

ルコトナシ、之レ實ニ連続犯ノ時象ナリ、一回ノ行為ナレトモ、連続犯ニ

ハ絶対ニテアラズ

亦二ノ要件ハ行為ノ連続ヲ決スルニ何ヲ標準トスルヤハ根本向致ナリ、

主観説ニヨルハ行為ノ連続ヲ犯人ノ意思ノ狀態ニ求ム即チ犯人ノ主観ニ求

メ意思第一ニシテ連続ノ意思ナルトキハ行為亦連続ナリト云フ、客観説ハ

犯罪ノ事實ノ方面時ノ同一場所ノ同一又ハ接近及方法ノ類似セル等ニ求ム、

折衷説ハ主観客観両看連絡セサルヘカラス、即チ両者ニソノ標準ヲ求ム、

右三説中根本向致トシテ何レカ正シキハ優劣ハ何レニヨリテ判断スルカ、

法律ノ根本ニ過リテ何故ニ連続犯ヲ認メタレカヲ尋ヌヘシ、之レヲ求セ

ナレハ結局水城論トナリ坊間多數ノ學府即チ之ナリ、先ツ何故ニ本条ヲ設

ケタリヤ、

現ニ数回ノ行為アリ、而シテ各ノ行為ハ犯罪ノ要件ヲ完備ス、故ニ純理

上ヨリスレバ明ニ数罪ナリ、然ルニ法律カ数回ノ犯罪トセスシテ時ニ一回

ノ罪トナシタルハ何故ナリヤ、此ノ根本ヲ明ニセザレハ議論ハ優位ナシ、

其ノ故ハ一休數回ノ犯罪アルトキハ法律ハ刑ヲ加重スルカ併合スルカ何

レカノ一ヲ確ルヲ原則トス、所カ連続犯ヲ一回犯罪トシテ処命スルトキハ

加重併科セスシテ一回ノ行為ト同罪ニ処命センカタメナリ、此ノ意ハ連続

犯ト數回ノ犯罪ノ併合トノ相違ヲ生スル莫ナリ、而シテ加重併科ノ必要ナ

シ又不適当ナリ

解法ルトキ始メテ連続犯ヲ認ムルノ要アリ、此ノ意ハ連続

犯ヲ認メタル根本精神ナリ、此ノ精神ニ照シテ主観、客観、折衷、諸説中
何レニヨルヘキカ、**折衷**セサルヘカラス、

主観説ハ單ニ犯人ノ意思即チ主観ノ三標準トシ客観的方面ヲ全然無視シ
テ之ヲ一果トシテ処分スルハ適當ニアラス、吾却テ偶発的ノ連続犯ニハ加
重係科ノ必要アルコトアリ例ヘハ手当り次第盜竊ニ出ス盜竊ノ如シ又偶発的
場合ニハ主観主義ニヨルトキニハ破レカブレ者カ切テ連続犯トシテ取扱ハ
レ偶発的者カ加重セラル即チ反対ノ結果ヲ生スヘシ故ニ此ノ主義ハ法律ノ
精神ニ合ハス故ニ主観ノミヲ以テ連続犯ト認ムルナラハ相當ニ刑ヲ加重シ
タル様ニナサレハ罪ト刑トノ均衡ヲ得サルコトナル

伊太利刑法ハ主観主義ナレハ連続犯ノ刑ハ單一ノ犯罪ノ場合ヨリ異ノ刑
ヲ重クス（我カ刑法ハ立法ノ際参照サレタル刑法ナリ最近ノ刑法ナリ、若
シ日本刑法ニシテ此ノ刑法ニ因リタルナラハ他ニ其ノ加刑ノ異ニ付キ何等
カ明文ヲ設クルモノナルヘシ）

客観説ハ如何、單ニ客観ニノミヨルコトハ主観要件説ヨリモ一層危険ナ
リ、**折衷**トシレハ犯罪ハハノ意思カ法益ノ侵害ニ何ヒタルトキニ始テ成立

ス、意思状態カ根本ナリ、然ルニ此ノ主義ハ其ノ根本ヲ兩却セリ未ノ点ヨ
リ一罪數罪ヲ區別スルノ結果ヲ生スヘシ、本末ヲ顛倒セリ、
例ヘハ甲ヲ撲キ又乙ヲ撲リ内コ撲リタルトキハ此ノ主義ニヨレハ連続犯
トナリ、如此ニ結果ヲ生スルハ立法ノ精神ニ適合セサルコトナルヘシ、
折衷主義、此ノ主義ヲ可トス、（客観主義ニ於テ連続スルコトヲ要ス）
此ノ如ク認ムルニ於テ初メテ法律ニモ其ノ精神ニモ合スルナリ、
連続シタル行爲トハ連続シタル意思結果ト文理上ヨリモ詳説セラルハナ

然ラハ意思ノ連続ハ如何ト云フニ

- 一、概括的單一ノ意思ニ出テタル場合
 - 二、初犯ノ意思ヲ繼續スル場合
 - 三、犯罪完成前ニ全シ種類ノ意思ヲ生シタル場合
- 之レナリ、要スルニ意思ノ連続トハ意思カ外部ヨリ見テ一体ノ如ク見
得ルヲ云フ、

次ニ結果ノ連続トハ如何ト云フニ連続トハ鎖ノ如ク一体トシテ理解ス

ルコトヲ得ヘク又法律上一体トシテ觀察スルコトヲ許ス場合カ連続ナリ
ト云ヒ得ヘシ、故ニ結果ニ付キテ、連続トハ

(一) 時、場所ノ直接カ要件ナリ、然ラハ單ニ時ト場所トカ直接スレハ單ニ
連続シタル一体トナリ得ヘキカト云フニ其レハ不可ナリ、

(二) 法益ノ種類

(1) 財産的法益

(2) 公法的法益

(3) 人格的法益

此ノ法益ヲ要ニスルニ從テ一何ノ要件ヲ充ストモ或ル場合ハ連続
ト見ル餘ハサル場合アリ

財産法益ニテスル場合ハ時ト場所トカ接近シ居レハ法益ハ連続的ニ
体ト見ルコトヲ得ヘシ、

一倉庫ヨリ百回ヲ百俵ヲ盗ミ取リタリトスレハ一俵ノ被害カ百又ハ
百俵ノ被害カ一回何レニ見ルモ相違ナシ、
回数ニ拘泥スルノ必要ナシ(犯人ヨリ見ルモ又被害者ヨリ見ルモ)

此ノ法益ハ事實法律上ニ於テ全一種類ニ屬ス、

二人ヨリ切ヲ取リニハニリ計取スル場合如何

例ヘハ二人ヨリ五十俵ツ、取ルトキハ犯人ヨリ見レハ百俵^取タルト全
シク被害ヨリ見ルモ又財産取ヲ其ノ主体ヨリ取リハナシテ觀察シテ兩者
一何ナリト見ルコト事實上法律上尙木妨ケナシ何トナレハ財産物ハ輕マ
合体スルコトヲ得ルカ故ナリ、(独乙ニ於テハ監督ノ全一ナルコトヲ必要
トスルモ我カ刑法上ハ此ノ必要ナシ)

公法的法益ニテスル場合ニ於テハ國家ヨリ云ヘハ一何ナリ、社会ト云
ヘハ不特定数ノ危險的ニ一体ヲ云フモノナレハ何人ノ利益ハ包含セス、故
ニカ、ル法益ニテハ數何ノ行為アルトキハ之ヲ一體ト見ルモ差支ヘ
ナシ、單ニ被害ノ程度カ高マルニスヌス即チ時ト場所トカ直接スレハ連
続ナリ、

(三) 人格的法益ノ場合(生命、身体、自由、名譽、貞操)

此ノ場合ハ人格ニ固着シ其ノ人ト分離スルコト絶対ニ不能ナリ、何ト
ナレハ他人ニ讓渡スルコトヲ得ヤル權利ナレハナリ、故ニ其ツ不可分ナ

レハ從テ...ニトヲ得ス、人格ヲ異ニスル毎ニ結果ノ連続ヲ断ル入
格全一十レハ連続アリ、

第五、要件全一罪名ナル言葉ハ擬認問題ニシテ外國ニ於テ見ル所ハ又明白

ニ如何ナル罪名ハ全一ナルヲ決シ違キモ刑法々典ノ章ノ標題ニヨリテ

決スル所ハス、例之最モ著シキハ詐欺恐喝ノ罪ニ七七条以下ノ章中ニ該

欺ニモ恐喝ニモアラサル背任罪アルカ如シ、故ニ章別ハ之レヲ理論的ニ

標題トスル所ハス、刑法ノ各章ハ便宜ニヨルモノナレハ必スシテ理論的

ニハアラサルナリ、

然レトモ立法者ハ性質全一ナルカ又ハ相類似シタルモノヲ全一章中ニ

集メタルハ疑ヒナシ、此ノ莫ハ適用スルカ要ス、

故ニ章ノ更ナル罪ハ断シテ全一罪名ニアラス、又全一章ノ中ニモ概念的

標題ヲ掲グルモノハ全一罪名ニアラス、強盜ト窃盜ニ付テ大審院ハ全

一罪名ナリト判示シタルモ實全シ難シ、又事實上近似シタルコトヲ以テ

全一罪名ナリトノ號アレトモ正シカラスト信ス、

全一章内ニ於ケル各罪ハ全一罪名ナリヤト云フニ必スシテ然ラス、例

之詐欺罪ト背任罪ト恐喝罪トノ干渉ノ如シ、

要之形式ノミニ依リテ罪名ヲ判決スルコトハ不可ナリ、罪類ノ全一十

ルハ全一罪名ナリト決定スルノ外ナシ、法益侵害、侵害ノ方法ノニ標準

トシテ決スヘシ、即チ全一法益ニ対シ全一又ハニ七七条以下ノ章中ニ詐

欺ニモ恐喝ニモ該テナル背任罪アルカ如シ、故ニ章別ハ之レヲ理論的ニ

標題トスル所ハス、刑法ノ各章ハ便宜ニヨルモノナレハ必スシテ理論的

ニ標題ハアラサルナリ、

然レトモ立法者ハ性質全一ナルカ又ハ相類似シタルモノヲ全一章中ニ

集メタルハ疑ヒナシ、此ノ点ハ注目スルヲ要ス、

故ニ章ノ更ナル罪ハ断シテ全一罪名ニアラス、又全一章ノ中ニモ概念的

標題ヲ掲グルモノハ全一罪名ニアラス、強盜ト窃盜ニ付テ大審院ハ全

一罪名ナリト判示シタルモ實全シ難シ、又事實上近似シタルコトヲ以テ

全一罪名ナリトノ號アレトモ正シカラスト信ス、

全一章内ニ於ケル各罪ハ全一罪名ナリヤト云フニ必スシテ然ラス、例

要之形式ノミニ依リテ罪名ヲ判決スルコトハ不可ナリ、罪威ノ全一ナルハ全一罪名ナリト決定スルノ外ナシ、法益侵害、侵害ノ方法ノニ標準トシテ決スヘシ即チ全一法益ニ対シ全一又ハ一本体ナリ、
 一ツハ手段ナリト云フカ如ク干係ニアラサルニヨリ各行為ニ刑ノ輕重下リ、故ニ明文ヲ要スルナリ、第五五條ハ刑ノ輕重アルトモハ其ノ重キモノヲ適用スヘキコト当然ナリ、故ニ明文ヲ要セス、
 第四、要件ハ確定判決アレハ其ノ後ノ犯罪行為ハ累犯トシテ特ニ重ク罰スルノ精神ニシテ他ノ罪ニ明文ナキハ重ク罰スルト云フニ過キサルナリ、即チ確定ノ判決ハ行為ノ連続ヲ斷ツト云フモノナリ、

第五節 集合犯 (通出ノ用語ニ非ス、新語ナレハ用フ)

一定ノ意思状態ヲ必要トシテ其ノ意思状態ノ下ニ犯サレタルトモハ一何ナルト數個ナルトヲ向ハス法律上一何ノ犯罪トシテ処罰スル罪ヲ云フ

連続犯ト異ル莫ハ

- 一、必スシモ數個ノ行為ヲ必要トセザル点
- 二、意思反發現ニ於テ連続ヲ要セザル点

之レナリ、集合犯ハ之ヲ分チテ三トス、

- (一) 習慣犯
- (二) 常習犯
- (三) 営業犯

一、習慣犯トハ一定ノ行為ヲ反覆スルニ基キテ行ヒタル犯罪ナリ、習慣ノ發生ニヨリテ行為ヲナシタルトモハ現行法中一ハ第六條ノ三、即チ一回ニテモ數回ニテモ習癖ト云フハ同一ノ行為ヲ反覆シタルニヨリテ將來モ亦之レヲ反覆スルノ傾向アル意思状態ヲ云フモノナリ、換言スレハ將來コレヲマルト云フ意思トマラヌト云フ意思ト比較シテマルト云フ意思ノ勝レル人ヲ云フ、

全一ノ行為タルコトヲ要ス、注意スヘキハ數個ノ行為カ習慣犯ノ絶対要件ニアラサルコト之レナリ、習慣トナリタル以上ハ其レニ基キテ一回