

本條ハ故意過失等ニ關スル法文ニシテ次ノ第三十九條第四十條第四十一條ト相俟ツテ責任行為ヲ規定セルモノナリ故ニ此等條文ノ意義ヲ述フルニ先チ行為ニ關スル一般の性質ヲ畧述セン

第一ニ便宜ノタメ豫シメ説明ニ關シテノ用語ノ意義ヲ定メム

(一) 動作トハ身体ノ動靜ヲ意味シ其有意ニ出ツルト無意ニ出ツルトヲ問ハス禁令ニ對スル動、命令ニ對スル靜ノ如キ是ナリ

(二) 意思

意思ハ犯罪行為ノ内的要件タリ、動作ハ其外的要件タリ、而シテ二者ノ間更ニ因果ノ關係ナカルヘカラス意思アルモ動作ナクンハ罪トナルコトナシ美人ヲ見テ心ヲ動カスモ未タ姦淫罪ヲ成サ、ルカ如シ動作アルモ意思ナクンハ又法ノ問フ所ニアラス過テ他人ノ物ヲ取ルモ盜罪ヲ成サ、ルカ如シ(但シ特ニ法文アル場合ハ此限ニアラス後ノ説明參照)意思アリ動作アルモ其間因果ノ連絡ナキモノ亦犯罪行為ト云フヘカラス一時他人ノ財物ヲ奪ハントスル意思アリシモ後全ク其意思ナキニ至リタル際過テ之ヲ奪フモ犯罪ヲナサ、ルナリ

(三) 行為トハ意思ノ發動ニ本ケル身体ノ動靜ヲ云フ

(四) 所爲 行為アルトキハ之ト關係シテ外界ニ一ノ影響ヲ生ス之ヲ名ケテ結果ト云ヒ行為ト結果ト合一セル事實ヲ所爲トス

結果ヲ分チテ實害及虞トナス虞トハ實害ノ生セントスル危險ヲ云フ結果ノ外界ニ起ルヤ猶ホ波動ノ激澗トシテ絶エサルカコトク一波又一波終極スル所ナシ之ヲ殺人罪ニ譬フルニ刀ヲ以テ撃チタル行為ノ結果トシテ死亡トナリ死者ノ家族ノ悲歎トナリ家運ノ衰替トナリ一家ノ離散トナリ其債權者ノ損害トナル等其影響絶ユルコトナシ其如何ナル影響迄ヲ指シテ結果ト稱スヘキヤ如何ナル結果ニ就テ犯罪者ハ責任ヲ負フヘキヤ之ヲ定ムルニハ各犯罪ニ就テノ結果ニ關スル法文ヲ標準トシテ觀ルヲ要ス  
即チ殺人罪ニ於テ之ヲ曰ヘハ被害者ノ死亡テフ結果ノミ刑法ノ認メタル所ニシテ他ノ影響ハ其關セサル所ナリ

行為ニ就テモ亦同一ノ問題ヲ生ス今人ヲ殺ス場合ニ見ルニ先ツ刀ヲ求メ數里ノ道ヲ經テ被害者ノ宅ニ至リ扉ヲ破リ垣ヲ超エ戸ヲ毀チテ家内ニ侵入シ被害者ニ向ヒテ刀ヲ振上ケ刀ヲ撃下スル等ノ行為ヲ執レリトセンニ其行為ト認メ殺人ノ所爲ト極ムル境界ハ

何ヲ以テ之ヲ定ムルカ蓋シ至難ノ問題ト云ハサルヲ得ス之ニ關シテモ亦一ニ法文ヲ標  
準トシテ決スル必要アリ尙ホ第四十三條以下ノ講義ヲ參照セラルヘシ

(五) 行爲ハ種々ノ方面ヨリ觀察シテ種々ノ分類ヲナスコトヲ得レトモ茲ニハ唯必要ア  
ル限リニ於テ左ノ數種ニ止メン

甲

犯罪行爲

權利行爲

放任行爲

乙

消極行爲(不作爲)

積極行爲(作爲)

丙

有責行爲

無責行爲

甲

犯罪行爲、權利行爲、放任行爲ノ區別及ヒ其性質ハ已ニ第三十五條以下ニ之ヲ述ヘタ  
リ茲ニハ之ヲ略ス

乙

積極行爲トハ肉体ノ發動的行爲ヲ云フ外界ニ一定ノ影響ヲ惹起スヘキ行爲是ナリ即チ  
肉体ノ發動ト外界ノ結果トノ間ニ客觀的因果ノ關係アル場合ナリ例ヘハ火ヲ放ツテ人  
家ヲ燒キタリト假定スレハ火ヲ放ツト云フ行爲ハ所謂積極行爲ニシテ燒家ト云フ外界  
ノ結果ノ因トナレルモノナリ

然レトモ宇宙間ノ事物ノ其關係密接ニシテ因トナリ果トナリ環ノ端ナキカ如ク互ニ離  
ル、コトナシ今前例ニ就テ之ヲ見ルニ茲ニ燒家ト云フ一事實起レリトスルモ此ハ果シ  
テ何ノ因ニ由ルヤヲ考フルニ放火ヲ一因ナラン家ノ可燃物タリシコトモ一因ナラン其  
他種々ノ原因アルヘシ故ニアル結果ハアル原因ヨリ生セリ換言スレハ或ル積極行爲ハ  
或ル結果ヲ引起シタリトハ如何ナル意義ニ於テ之ヲ謂フモノナルヤノ問題ヲ生ス

(二) 科學上因果ノ關係アルモノナラサルヘカラス假令犯人自ラ獨斷的ニ因果關係ア

犯罪ノ不成立及ビ刑ノ减免

リト感シアル行爲ニ對シテハアル結果ヲ生スト信シテ之ヲ爲スモ實際科學上其結果ヲ生セサルモノナル場合ニ於テハ或ル結果ノ原因タルモノト云フコトヲ得ス例ヘハ人ヲ咀フモノアリ種々ノ手段ニヨリテ其生命ヲ絶タンコトヲ祈請シタルニ咀ハレタル人遂ニ偶然病ヲ以テ死セリトスルモ現今ノ科學上未タ人ヲ咀殺スルノ理ナシトセハ之ヲ論スルニ殺人罪ヲ以テスヘカラスヤ明ナリ

(二) 然ラハ結果ヲ惹起スニ最モ有力ナリシ事情ハ原因ナリト云フヲ得ヘキカ否、有力ナリシト否トハ問フ所ニアラス例ヘハ半死ノ病人アリ死ニ垂ントセル場合ニ人ノ之ヲ一蹴スルニ會シ遂ニ幾クモナクシテ落命セリトセンニ其死ノ最有力原因ハ病衰ナリ一蹴ニアラス然ラハ蹴人遂ニ殺人罪ヲ以テ問フヘカラサルカ曰ク否

(三) 他ノ事情ヲ率ヒテ結果ヲ惹起セシムルモノハ原因ナリヤ曰ク必シモ然ラス茲ニ失戀ノタメニ一女子ヲ怨恨シ遂ニ之ヲ殺シタルモノアリト假定センニ女子ノ死ト云フ結果ノ原因ハ殺人的行爲ニシテ失戀ニアラス單ニ他ノ事情ヲ率ヒテ結果ヲ惹起サシムルモノ即チ失戀ヲ原因ナリト云フトキハ所謂物質上ノ原因力ト行爲ノ發端、遠因等トノ區別ヲ失ス標準曖昧ニシテ探ルニ足ラス

故ニ刑法上原因ナリト云フヲ得ルハ或ル動作アリタルカ爲メニ或ル結果ヲ生シタルモノニシテ假ニ此動作ヲナカリセハ同一結果ヲ惹起シ得サリシコトヲ斷定シ得ラルヘキ場合ニシテ其動作ノ大小ヲ問ハス刑法上原因ナリト云フヘシ今再セ放火ノ例ニ因リ之ヲ説カンニ若シ放火ト云フ動作ニシテ之レ無クンハ其家如何ニ可燃物タリシニモセヨ燒失テフコトナカリシヤ否ヤヲ見テ之ヲ決スルナリ次ニ殺人罪ニ於テ若シ被害者ニシテ成人ナランカ到底創傷ヲモ爲ス能ハサル程輕微ナル毆打ナルニモ拘ハラヌ嬰兒ニ對シテハ直チニ死亡ノ結果ヲ生シタリトセンニ其毆打ノ力其者ハ他ノ場合ニ比較シ決シテ重大ナルモノト云フコトヲ得ス然レトモ此場合ニ於テ其行爲無カリシナランニハ死ノ結果生セサリシトセハ打力如何ニ小ナルモ原因ナリトセサルヘカラス故ニアル行爲ニシテ無カリシトセハ或ル結果ハ生セサリシトセハ其結果ニ對スル最有力ノモノタリ唯一ノモノタルヲ必要トセス其結果ノ生スル時期ヲ早メ或ハ其結果タル實害ノ分量ヲ増加シ或ハ其實害ノ生スル區域ヲ擴張シ或ハ既ニ生シタル危險ノ狀態カ一層重大トナリタルカ如キ同シク原因タルヲ妨ケス而シテ其原因ニ對シ或ル事情カ早ク生シ、量ヲ増シ、區域ヲ擴張スル等ノ結果ヲ生セシモノト云フヘキナリ今一二ノ列

ヲ擧ケンニ

茲ニ或ル人ノ爲メニ水ニ投セラレ今ヤ將ニ死セントスル者アリシニ傍觀者ノ一人更ニ銃ヲ擧ケテ之ヲ射殺セリト假定センニ此場合ハ上述ノ理ニ由リ假令射殺ノ行爲ナクモ被害者ノ死亡テフ結果ハ生シタルヘキモノナルヲ以テ射殺者ハ恰モ殺人罪ヲ構成セサルカ如ク思ハル、モ此場合ハ結果ノ發生時期ノ早メラレタルモノニシテ結果ノ上ニ影響アリ其影響ハ即チ射殺テフ原因ニ對スル結果ニシテ尋常一樣ノ殺人罪ナリト云フ可シ

又已ニ失火中ノ家ニ火ヲ放チ前後ノ火勢ヲ以テ遂ニ其家ヲ燒失セリトセンニ同シク火ヲ放ツテ家ヲ燒キタル罪ニ該當スヘク又已ニ一部破壊決水セル堤防ヲ更ニ一層破壊スルコトニ依リテ水量ヲ増シタリトセハ同シク決水罪タルヲ失ハス然レトモ働作ニ原因力アリヤ否ヤト謂フコトト原因タリシヤ否ヤテフコトハ堅ク注意スルコトヲ要ス原因力ナクンハ原因タルコトナシト雖モ原因力アリテ原因タラサル場合決シテ少ナカラス即チ

(一) 自己ノ行爲ニ係リ結果ノ發生ヲ止メタル場合(中止犯)

アル人ヲ殺サントシテ毒藥ヲ服セシメタルモ直ニ解毒劑ヲ用キテ死亡ノ結果ヲ止メタルカ如キ

(二) 他人ノ行爲ニ因リ結果ノ發生ヲ止メタル場合

前例ニ於テ他人カ解毒劑ヲ服セシメタルカ如キ

(三) 天然力ニ因リ結果ノ發生ヲ止メタル場合

已ニ刀傷ヲ受ケ死ニ瀕セルモノカ落雷ノタメニ死スルカ如キ

是等ノ場合ノ如キハ原因力アリテ而カモ原因タラザリシモノト云フ可キナリ所謂未遂犯、中止犯、不能犯ノ如キハ此間ニ生ス後ノ説明ヲ参照セラルヘシ

然レトモ假ニ其働作ナカリシトセハ斯ル結果ヲ惹起シ得ザリシト云フ場合ニ於テ其原因ト其等ノ結果トノ間ニ因果ノ關係ノ存在スルコト明瞭ナリトノ故ヲ以テ其ヨリ生セル凡テノ結果ヲ其働作ノ責ニ歸シ之ヲ處罰スルコトヲ得ルヤ例ヘハ甲カ乙女ヲ強姦シタリトセンニ乙女ハ羞耻ノ感ニ耐エヌシテ自殺シ乙女ノ母更ニ之ヲ見テ發狂シ隣家ニ放火シテ之ヲ燒キタル場合ニ於テ甲ハ此總テノ結果ニ對シテ其責ヲ負フヘキモノナルヤ否ヤ此問題ハ曩キニ述ヘタル原因ト結果トノ關係ト同一ニ歸着シ結局各罪ニ付テノ

結果ニ關スル法文ニ付キ實際解決ヲ要スヘキモノナレトモ其前提問題トシテ言ハサルヘカラサルモノアリ即チ刑法ニ於テハ普通ノ事態ヲ標準トシ通常ノ因果トヲ連結シテ其因ノ價值ヲ定メ其責任ヲ論スルモノナレハ偶然生起セル因果連絡ヲ以テ處罰規定ノ基礎トナスコト無シ即チ原因タル行為アリタル者ノ負フヘキ責任ハ當時ノ法律思想上、一般ノ常識上普通ニ存シ相當ト認メラル、結果ニ就テノミ之ヲ存ス所謂相當原因説是ナリ故ニ前例ニ於テ乙女ノ自殺以下ノ結果ハ強姦者ノ責ニアラスト解スルコト現行刑法上適當ナリトス

最後ニ已ニ前(二)號ニ於テ述ヘタル所ナルカ一般ニ因果關係ハ故意ノ他ノ勢力ノ介入ニヨリテ中斷セラル、モノナルヤヲ畧説セントス學說上ノ複雑ナル議論ハ暫ク之ヲオキ現行法上ノ解釋トシテハ第六十一條ノ人ヲ教唆シテ犯罪ヲ實行セシメタルカ如キ場合ノ教唆ニ對スル實行々爲ハ固ヨリ責任能力者ノ故意ノ行為タルコトヲ要スルモノナルヲ以テ斯ル場合ハ教唆行為ト實行々爲ノ結果トノ間ノ相當因果關係ハ被教唆者ノ故意行為ノ介入ニヨリテ中斷セラル、モノトセサル可カラス即チ現行法ニ於テハ教唆者ハ被教唆者ト同一ノ責任ヲ負フト雖モ教唆者自カラハ被教唆者ノ實行々爲ノ結果ヲ惹

起シタルモノト解ス可カラス學者或ハ此場合ニ於テ之レ因果ノ中斷セラレタルモノニアラス只責任ノ更新アルノミト論スルモノアレトモ如此ハ徒ラニ用語ノ爭ニ過キサルモノニアラサル乎吾輩ハ二者ノ間固ヨリ因果關係ノ繼續スルヲ認ム然レトモ同時ニ相當因果關係ハ中斷シ其責任亦更新スルモノナルコトヲ斷スル也

過失行為ノ介入ニ際シテ同シク責任ヲ更新スルモノナルヤニ就テ吾人ハ學理上多少ノ見解ヲ有スト雖モ現行法上ノ解釋トシテハ責任更新ヲ認ムルノ理由無キコトヲ認メサル可カラサルコトヲ一言スルニ止ム

消極行為トハ肉体ノ靜止の行為ヲ云ヒ外界ニ一定ノ影響ヲ惹起スヘキ原因ノ進行ヲ遮斷セサル働作是ナリ即チ普通ニ不作爲ハ客觀的ニハ原因力ナシト雖モ他ノ原因ノ進行ヲ遮斷スヘキ法律上ノ義務アルモノ之ヲ爲サル場合ニ於テ犯罪ヲ構成スト云フモノ是ナリ

刑罰法令ニ不作爲ヲ罰スル明文アル場合ニ於テハ之ニ違反スルトキ罪トナルコト勿論ニシテ問題トナラス(純正不行犯、純不作爲犯)然レトモ不作爲ノ罪トナル場合ハ獨リ之ニ止ラス法ノ明文ニテ人ヲ殺シタルモノ又ハ火ヲ放チタルモノト作爲ノミヲ擧クル

所謂作爲犯(又ハ行犯)ニ於テモ不作爲ヲ以テ犯スコトヲ得ルトスルハ學者ノ定説ナリ  
例ヘハ人ヲ斬殺スルハ積極行爲ニヨルモノナレトモ養育スル法律上ノ義務アルモノカ  
飲食物ヲ與ヘス即チ不作爲ニヨリテ小兒ヲ餓死セシムルモノハ消極行爲ニ由ル殺人罪  
ナリト云フコトヲ得ヘシ

如此消極行爲ニ由ル犯罪ニ就テハアル積極的行爲ヲ取ルヘキ義務アルコトヲ前提トス  
ナホ分析説明スレハ左ノ如シ

(イ) 消極行爲ト結果トノ間ニハ物質的客觀的因果關係ナシ而カモ已ニ進行シツ、ア  
ル他ノ原因ヲ遮斷セサリシカタメニ結果ヲ發生セリト云フ點ニ於テ一種ノ因果關係  
ヲ存ス消極行爲ト結果トノ間ニ何等因果關係ナシト云フハ誤ナリ

例ヘハ小兒ノ生命ハ(一)身体ノ機關ニ大ナル故障ナキコト(二)養育義務者カ飲食物  
ヲ給スルコトノ二條件ニ依リテ維持セラルル二條件ノ因アルカ故ニ生命維持テ果ア  
リ二條件中ノ一若クハ二ヲ缺クテフ因アルトキハ直ニ死亡テ果ヲ生ス而シテ此條  
件ヲ缺クハ消極行爲ニ由リテモナシウルコト前述ノ如シ

(ロ) 他ノ原因ノ進行ハ遮斷セハ遮斷シウルモノナラサル可カラス又之ヲ遮斷スル法

律上ノ義務者ナラサルヘカラス義務ナキモノハ之ヲ遮斷セスト雖モ罪トナルコトナ  
ク又遮斷シ得サルモノヲ遮斷セサルモ罪トナルコトナシ而シテ此義務ハ德義上ノ義  
務ハ之ヲ含マサルモ刑法上及刑法以外ノ法律ヨリ生スル義務ハ總テ含ム

積極行爲ノ場合ニ假リニ其行爲無カリシナランニハ其結果ハ發生セサルヘシトノ見  
解ニ由リ其原因タリシヤ否ヤヲ決スヘキモノナルコト已ニ前ニ述ヘタリ消極行爲ノ  
場合ニ於テモ亦之レト異ルコトナシ即チ若シ法律上ノ義務ヲ履行シ原因ノ進行ヲ遮  
斷シタリシナランニハ或ル結果ハ發生セサリシナリトノ見解ニ由ル客觀的因果關係  
ハ前ノ場合ニ於テハ之アリ後ノ場合ニ於テハ之ナシ而カモ後ノ場合ニ於テモ何等因  
果關係ナシト斷スルコト能ハサル也

消極行爲(不作爲)ト因果關係トノ關係ニ就テハ學說區々ニ分レタリ參考ノタメ之ヲ簡  
言セン

甲、消極行爲ト結果トノ間ニハ因果關係ナシトスル説

不作爲ハ無爲ノ状態ナルカ故ニ或ル結果ヲ生スルコトナシ只或ル結果ノ發生ヲ妨止  
セサルノミ蓋シ無ハ有ヲ生スルノ理無ケレハナリ即チ或ル結果發生ノ義務違反ヲ以

テ直チニ不作爲犯ノ成立要素ト爲スモノナリ之ヲ無因説ト云フ  
乙、因果關係アリトスル説

肯定説モ亦數派ニ分レタリ

(イ)アル事柄ニ對シテ無爲ノ状態ニアルトキ即チ或ル義務ヲ履行スル場合ニ於テ之ヲ果サ、ルハ是レ他方ニ於テ他ノ行爲ヲ爲シ居ルヲ以テナリ此他ノ行爲ハ義務違反ヨリ生スル結果ノ原因トナリ二者ノ間因果關係ヲ有スト是レ他行爲説ノ主張スル所ナリ

(ロ)不作爲ハ單獨ニテ原因タルノ力ナキモ其先行々爲タル積極行爲ト相合シテ結果ヲ惹起スルモノナリ例ヘハ鐵道踏切ノ番人カ警旗ヲ出サストノ不作爲ニヨリ瀛車ヲ顛覆セリトセハ旗ヲ掲ゲスト云フ不作爲ハ其先行々爲タル番人ニ備ハレタリテフ積極行爲ト相合シテ瀛車顛覆テフ結果ヲ惹起セルモノナリト是ヲ先行行爲説ト云フ

(ハ)所謂他因利用説ニシテ曰ク凡ソ外部ノ變更ヲ惹起スル無數ノ因果連鎖ハ或ハ人ノ意思活動ニ因リテ生シ或ハ自然界ノ運動ニ因リテ生ス而シテ人類カ是等ノ因果連鎖

鎖ヲ任意ニ支配シ得ルトキハ其因果連鎖ヲ以テ其人ニ出テタリト云フコトヲ得ヘク即チ其因果連鎖ニ於ケル外界ノ影響ハ其人カ之ヲ惹起シタルモノト云フコトヲ得ヘシ抑モ吾人カ因果連鎖ヲ支配スルニハ或ハ自ラ之ヲ惹起スルコトアリ或ハ他ニ發生シタル因果連鎖ヲ利用スルニ因ルコトアリ斯クノ如ク他因ヲ利用スル場合ニハ外部ヨリ認知シ得ヘキ体動アルコトハ必要ナキナリ(ワッヘンフェルド、泉二法學士ノ意譯ニ依ル)ト論ス

(ニ)純原因説トモ云フ可キモノニシテ或ル結果ノ發生ニハ之ヲ發生セシムルノ力ト之レカ發生ヲ妨ケストハ状態トヲ其因トナス故ニ吾人カ法律上或結果ノ發生ヲ防止スヘキ義務ヲ有スルモノナル場合ニ於テ其義務ヲ作爲セサル消極的態度ハ其結果ニ對スル原因ヲ爲スモノナリト説クモノニシテ吾輩ノ曩ニ説明セル所ト其趣意相同シ

丙  
有責行爲トハ責任アル行爲ニシテ無責行爲トハ之ナキ場合ナリ  
責任トハ刑法上身体ノ動作ト其本人トヲ連結スル精神上ノ關係ヲ云フ即チ前述ノ所謂

意思ト動作トノ間ノ因果關係是ナリ意思アルモ動作ナクンハ罪トナラス動作アルモ意思トノ連絡ナクンハ罪トナルコトナシコノ連結アル場合即チ有責行為ニシテ故意及ヒ責任能力ハ之ヲ説明スルモノナリ但シ意思ナキモ動作アリテ其精神状態ト結果トノ間ニ法律カ殊ニ或ル連絡ヲ認ムル場合亦有責行為タリ過失ハ之ヲ説明スルモノナリ無責行為トハ之ニ反シテ此連絡關係ナキ場合ノ行為ヲ云フ之ヨリ直ニ本條ノ説明ニ移ラン

本條第一項本文ハ故意、同但書ハ過失、第二項及ヒ第三項ハ故意錯誤ノ場合ヲ規定セリ以下之ヲ詳述セン

第一、故意

甲、故意ノ意義

故意トハ觀念ト決意ナリ觀念トハ認識ニシテ心像ノ復現ヲ云ヒ決意トハ動作ヲ指揮スル精神作用ヲ云フ略言スレハ犯罪ノ故意トハ犯罪ノ事實ヲ觀念シ犯罪行為ヲ執行セントスル意思ヲ意味ス

(イ)犯罪ノ事實トハ何ソヤ

犯罪ノ事實トハ犯罪成立ノ客觀的要件及ヒ刑罰加重ノ要件(罪本重カルヘキ事實)ニシテ例ヘハ

- (一) 身体ノ積極又ハ消極ノ動作(殺人罪ニ於ケル斬又ハ不與飲食物ノ如キ)
- (二) 主体ノ資格(瀆職罪ニ於ケル公務員タル資格ノ如キ)
- (三) 客体ノ性質(殺人罪ニ於ケル人タルコト第七十五條ノ皇族タルコトノ如キ)
- (四) 方法(盜罪ニ於ケル竊取、強取ノ如キ)
- (五) 結果(殺人罪ニ於ケル死亡)
- (六) 行為ト結果トノ關係(殺人罪ニ於ケル人ヲ絞レハ死亡スト云フカ如キ)
- (七) 刑罰加重ノ事實(第二百〇一條ノ被害者カ犯人ノ直系尊屬タルコトノ如キ)

等是ナリ  
 犯罪不成立ノ條件(例ヘハ第三十六條ニ於ケル急迫不正ノ侵害アルコト)ヲ知ルモ亦故意成立ノ要件ナリヤ否ヤ換言スレハ急迫不正ノ侵害アリト誤信シテ加害行為ヲ爲シタル場合ニ於テ實際上斯ル侵害無カリシモノナリシトキハ故意ナシト云フコトヲ得ルカ學者或ハ急迫不正ノ侵害ノ如キハ犯罪ノ構成條件ナラスシテ寧ロ其不成立條件ナルカ



意思ト動作トノ間ノ因果關係是ナリ意思アルモ働作ナクンハ罪トナラス働作アルモ意思トノ連絡ナクンハ罪トナルコトナシコノ連結アル場合即チ有責行為ニシテ故意及ヒ責任能力ハ之ヲ説明スルモノナリ但シ意思ナキモ働作アリテ其精神狀態ト結果トノ間ニ法律カ殊ニ或ル連絡ヲ認ムル場合亦有責行為タリ過失ハ之ヲ説明スルモノナリ無責行為トハ之ニ反シテ此連絡關係ナキ場合ノ行為ヲ云フ之ヨリ直ニ本條ノ説明ニ移ラン

本條第一項本文ハ故意、同但書ハ過失、第二項及ヒ第三項ハ故意錯誤ノ場合ヲ規定セリ以下之ヲ詳述セン

第一、故意

甲、故意ノ意義

故意トハ觀念ト決意ナリ觀念トハ認識ニシテ心像ノ復現ヲ云ヒ決意トハ働作ヲ指揮スル精神作用ヲ云フ略言スレハ犯罪ノ故意トハ犯罪ノ事實ヲ觀念シ犯罪行為ヲ決行セントスル意思ヲ意味ス

(イ)犯罪ノ事實トハ何ソヤ

犯罪ノ事實トハ犯罪成立ノ客觀的要件及ヒ刑罰加重ノ要件(罪本重カルヘキ事實)ニシテ例ヘハ

- (一) 身体ノ積極又ハ消極ノ働作(殺人罪ニ於ケル斬又ハ不與飲食物ノ如キ)
  - (二) 主体ノ資格(瀆職罪ニ於ケル公務員タル資格ノ如キ)
  - (三) 客体ノ性質(殺人罪ニ於ケル人タルコト第七十五條ノ皇族タルコトノ如キ)
  - (四) 方法(盜罪ニ於ケル竊取、強取ノ如キ)
  - (五) 結果(殺人罪ニ於ケル死亡)
  - (六) 行為ト結果トノ關係(殺人罪ニ於ケル人ヲ絞レハ死亡スト云フカ如キ)
  - (七) 刑罰加重ノ事實(第二百〇一條ノ被害者カ犯人ノ直系尊屬タルコトノ如キ)
- 等是ナリ
- 犯罪不成立ノ條件(例ヘハ第三十六條ニ於ケル急迫不正ノ侵害アルコト)ヲ知ルモ亦故意成立ノ要件ナリヤ否ヤ換言スレハ急迫不正ノ侵害アリト誤信シテ加害行為ヲ爲シタル場合ニ於テ實際上斯ル侵害無カリシモノナリシトキハ故意ナシト云フコトヲ得ルカ學者或ハ急迫不正ノ侵害ノ如キハ犯罪ノ構成條件ナラスシテ寧ロ其不成立條件ナルカ

故ニ之ヲ知ラスト雖モ故意ヲ阻却スルコトナシト論スレトモ吾輩ハ積極消極ノ差コソアレ如此モ亦結局罪トナルヘキ事實ヲ知ラサルモノナルヲ以テ故意ナシト云フヲ得ヘク一般ニ或ル事實カ實際上存在シタリシナランニハ罪ノ成立ヲ阻却スル場合ニ於テ其事實無キヲ有リト誤認スルカ如キハ故意ヲ缺クモノナリト斷セントス然ラハ次ニ詐欺破産罪(破産法第千五十條)ノ場合ニ於ケル破産宣告ノ如キハ違法ナル行為ニ對シ法律上ノ效果ヲ生セシムル意味ニ於テ一種ノ處罰條件(學者之ヲ狹義ノ處罰條件ト稱シ廣義ノ處罰條件即チ主觀的並ニ客觀的犯罪要素ト對立セシムルモノアリ)ナルカ此條件モ亦故意ノ成立上認識スルコトヲ要スルモノナリヤ曰ク此條件ハ單ニ犯罪タル可キ違法ノ事實ニ對シテ法律上ノ效果ヲ發生セシムル條件ナレトモ其違法事實トノ關係ハ前ノ場合ニ於ケル急迫不正ノ侵害ト加害行為トノ關係ノ如ク同時ニ一体ヲ爲スモノニアラスシテ可分的地位ニアリ故ニ其違法事實ニ對スル故意責任ノ有無ハ此條件ヲ知ルト知ラサルトニ依ラサルモノトス

(ロ) 犯罪事實ヲ觀念ストハ何ソヤ

觀念トハ右掲ノ如キ犯罪事實ヲ知覺スルコトヲ云ヒ事實ノ全体ニ就キ認識スルコトヲ

必要トス然レトモ行為ニ關スル一切ノ事實ヲ知ラサル可カラサルノ要ナシ唯刑法規定スル所ノ犯罪成立條件及ヒ刑罰加重條件ヲ知ルヲ以テ足レリトナス即チ殺人罪ニ於ケル被害者ノ健康、年齢、學力、貧富及ヒ處罰法文ノ有無等ヲ知ラサルコト例ヘハ男子ト信シテ女子ヲ殺シ、學者ト信シテ愚者ヲ殺シ、刀ト信シテ棒ニテ撲殺シ、殺人ヲ罰スル法文ナシト信シテ人ヲ殺セルカ如キ何レモ爲メニ無罪タルヘキモノニアラスナホ後頁錯誤ノ説明ヲ參照セラルヘシ

故意ノ成立ニハ犯罪事實ノ認識ヲ要スヘキコトハ已ニ之ヲ述ヘタリ然ラハ行為者カ自己ノ行為ノ違法ナルコトヲ觀念スルコトハ故意ノ要素ナリヤ否ヤ是ニ付テハ三種ノ學說アリ

(イ) 積極說、曰ク犯罪ノ成立ニハ意思ノ責任ヲ要素トス而シテ此責任トハ違法ナル事實ヲ目的トスル行為能力者ノ意思ナリ故ニ單ニ犯罪ノ事實ノミナラス其行為ノ違法タルコトヲモ知ラサル可カラス只其違法ナル行為カ處罰サル、ヤ否ヤヲ知ラサルモ可ナルノミ蓋シ處罰ノ有無ハ法律カ客觀的ニ決定スルノミナレハナリ

(ロ) 消極說、曰ク行為ノ違法ナルヲ知ラントセハ單ニ一般的常識的ノミニテハ足ラス必

スヤ法規ニ違反セルコトヲモ知ラサレハ其目的ヲ達スルコト能ハス然ルニ一般人カ多數ノ場合ニ於テ法規ヲ知ルコトハ考ヘ得ヘカラサルコトナルヲ以テ若シ積極説ニ從ハンカ多クノ犯罪ハ之ヲ罰スルヲ得サルニ至ルヘキナリ是豈社會ノ秩序ヲ維持スル所以ナラムヤ

(ハ) 折衷説、前二説ヲ折衷セルモノニシテ特別ノ場合ニハ違法ノ認識アルコトヲ必要トスル説ナリ曰ク一般ニ違法タルノ認識モ亦刑法上故意ノ要素ナリトスルハ固ヨリ誤謬ナレトモ權利若クハ法律ノ侵犯ヲ以テ其特質トセル犯罪即チ特別ノ權能ナクシテ或行爲ヲ爲セルモノヲ處罰スル場合ニ於テ法律ノ錯誤ヨリ其權能アリト信シタルカ如キ場合ハ故意ナシトセサル可カラス例ヘハ刑法第二百二十條ノ如キハ是ナリ其所謂「不法ニ」ト云フハ特別ノ權能ナクシテノ意ヲ表示セルモノナリ

消極説ハ通説ナレトモ折衷説亦有力ナリ

(ハ) 決意トハ何ソヤ

決意トハ外ニ向ツテ働作ヲ命スル精神作用ナリ元來決意モ亦觀念ノ一種ナリト説明スルヲ可トスレトモ便宜上精神ノ外ニ向フ能動的作用ノ中内部ニ止マル心象又ハ心象ノ

復現ヲ觀念ト解シテ之ヲ決意ト區分セリ

唯働作ヲ命スル精神作用アレハ足ル犯罪ニ對スル希望若クハ快感アルヲ要セス(希望主義意慾主義ノ排斥)

本條ノ所謂「意」トハ上來説明セル故意ノ義ナリ

錯誤ニ付テハ第三ノ説明ヲ參照セラルヘシ

乙、故意ノ態様

故意ニ種々ノ態様アリ

(イ) 作爲犯ニ於テハ或ル積極的働作ト某結果トノ間ニ客觀的因果關係アルコト、不作爲犯ニ於テハ或ル働作ヲ採ル可キ法律上ノ義務アルコトヲ知ルニモ拘ハラズ之ヲ採ラズシテ或ル結果ヲ發生セシメタルコトノ差違アリ

(ロ) 觀念ノ明確ナルアリ之ヲ確定ノ故意ト云フ其明確ナラサルモノアリ之ヲ不確定ノ故意ト云フ

不確定ノ故意ニ就テモ亦故意アリト云フヲ得ヘキカ曰ク働作ニ對スル決心ハ常ニ確定ハモノナラサルヘカラスト雖モ犯罪事實ニ對スル認識ハ不確定ナルモ多クノ場合ニ於

テハ尙故意アリト云フヲ妨ケス例ハ一人ヲ毆打セントスルニ當リ之ヲ毆打スルヤ否ヤノ未タ不確定ナル間ニ偶然毆打ノ外刑ヲ有スル働作アリトスルモ如斯ハ毆打ノ行爲ナキ場合ニシテ故意ナシト云ハザルヘカラス

今犯罪事實ニ對スル認識不確定ノ種々ナル場合ヲ擧ケテ説明センニ即チ主体、客体、方法、結果等ノ關係ニ於テ認識ノ確定セザル場合例ハ

- (一) 暗夜劔ナルヤ棒ナルヤノ區別ヲ知覺セスシテ人ヲ殺シ其働作ニ於テ斬ナルカ撲ナルカノ認識不確定ナリシコト
- (二) アル建造物ニ侵入セントスルニ當リ普通ノ民家ナルヤ或ハ皇居行在所ノ類ナルヤヲ確認セザリシコト
- (三) アル結果ノ發生スルヤ發生セザルヤノ認識不確定ナリシコト即チアル働作ト結果トノ關係ニ於テ其及ホス影響ノ如何ナル點ニ迄達スルカヲ確認セザルコト
- (四) 學者ノ所謂擇一ノ故意ト稱スルモノハ一定ノ事實ニ對シテハ特ニ確定ノ觀念ヲ有セザルモ多數事實ノ中其一ハ必ス存在シ又ハ發生スルコトヲ認識シタル場合ニシテ

例ハ此投毒ニヨリ甲乙丙ノ中一人ハ必ス死スヘキコトヲ豫見スル如キハ明ラカニ故意アリト云ハザルヘカラス又偶發ノ故意ト稱スルモノハ或ル犯罪事實ノ存在又ハ發生ヲ確認スルコトナキモ可能トスル場合ヲ指スモノニシテ是亦故意ヲ存スルモノト解セザル可カラス

(五) 或ル事實カ他ノ事實ヲ包含スヘキ性質ノモノナル場合ニ於テ一ノ事實ニ就キ確定ノ故意アル以上ハ他ノ事實ニ就テモ亦不確定ノ認識アリ從テ故意アリト云ハザル可カラス

然ラハ不確定ノ犯意ナルモ結果ノ發生明確ナルニ於テハ之ヲ決行セザリシトノ確證アル場合ハ如何、アル學者ハ故意アリト云フコトヲ得スト主張スレトモ苟モ或ル結果ノ不發生明確ナリシカ故ニ決行セリ(働作ト結果トノ關係ヲ觀念セザリシ場合)トノ確證ナキ以上ハ故意アリト云フヲ妨ケスト信ス

往々問題トナルハ犯人カ已ニ其最初認識シタル結果ヲ得タリト誤認シ更ニ其罪跡ヲ蔽ハンカ爲メ第二ノ行爲ヲ爲シタルニ實際其目的トセル結果ハ第一ノ行爲ニ依ラスシテ第二ノ行爲ニ依リ完成セル場合例ハ甲カ乙ヲ殺スノ意ニテ之ヲ絞シ其一時氣絶シタ

ルヲ見テ既ニ死亡シタルモノト誤信シ其罪迹ヲ隠蔽センカ爲メニ乙ノ住家ニ放火シタルニ實際乙ハ此放火ノタメニ焼死セリ此場合ニ於テ甲ハ乙ノ焼死ニ付キ故意アリヤ否ヤ是ナリ

此問題ニ對シテハ相反スル二説アレトモ吾輩ハ理論トシテ否定説ニ與セント欲ス

(ハ) 決意ヲ促シタル理由ヲ動機又ハ遠因ト云フ遠因ハ故意ノ要素ニアラス犯罪ノ成否ニ關係ナシ

蓋シ遠因ハ同一ノ罪ニ在リテモ人、時、場所ニ因リテ必シモ一定セス且ツ犯罪ノ故意ハ一以上同時ニ存在スルコトヲ許サ、ル(法律上ハ少クトモ犯罪ノ種類異ナルヲ以テ故意ノ二以上存スル場合ハ之ヲ分割シテ觀察スルヲ要ス)ニ反シ遠因ハ一罪ニ就テモ二以上同時ニ存スルコト多クハナリ例ヘハ色ト慾トノ爲メニ姦通スルカ如キ是ナリ遠因ヲ特ニ犯罪ノ成立要素トスル場合ハ法ノ明文アルヲ要ス第八十三條ニ「敵國ヲ利スルタメ」第四百十九條ニ「行使ノ目的ヲ以テ」トアルカ如キ是ナリ

但シ以上ハ只罪ノ成立不成立ニ原則トシテ關係ナキコトヲ言フニ止マリ罪情ノ輕重ヲ定メ刑ノ加重減輕ヲ決スルニ於テハ最モ重要ナル參考トナルヘキコト勿論ナリ

(ニ) 決意ヲナスニ付キ豫謀ニ出ツルモノト然ラサルモノトノ區別アリ前者ハ意ヲ決スル迄ニ精思熟慮セルモノニシテ後者ハ咄嗟ノ間ニ決定セルモノヲ云フ舊刑法ハ二者ノ間ニ輕重ノ差アリトシテ其規定ヲ別ニセルモ(舊刑法第二百九十四條、第三百二條)元來二者ノ差ハ時間上ノ程度問題ニシテ罪質ノ異ナルニアラス又場合ニヨリ其狀同シカラス豫謀ニ出テタルモノ必シモ重カラサルヲ以テ此等ノ情狀ハ一ニ裁判官ノ自由裁書ニ任シタリ舊刑法カ特ニ殺人罪及ヒ毆傷罪ニノミ豫謀ヲ重シトシタルカ如キハ其缺點更ニ大ナリ

第二、過失

犯罪ハ犯意アルヲ必要トス而カモ例外トシテ法ノ明文上(第一項但書)犯意ナクシテ處罰セラル、場合アリ過失是ナリ  
過失トハ認識スルコトヲ要シ且ツ認識スルコトヲ得ル犯罪成立及刑罰加重ノ條件ヲ不注意ニヨリ認識セサルヲ謂フ過失ニ二種アリ懈怠及ヒ疎虞是ナリ懈怠トハ當該條件ニ付キ何等ノ認識ヲモ有セサルヲ云ヒ疎虞トハ多少ノ認識ヲ有シタルモ其認識ハ錯誤ニ依リ眞實ノ條件ノ認識ナラサルヲ云フ獨逸ノ學者或ハ前者ヲ意識ナキ過失ト稱シ後者ヲ意識ア

犯罪ノ不成立及ヒ刑ノ減免

ル過失ト云フ其用辭極メテ不當ナレトモ多少二者ノ差違ヲ髣髴タラシムルモノ無キニア  
 ラス誤テ砂糖ナリト信シテ毒藥ヲ服セシメ人ヲ殺シタル如キハ前者ノ例ニシテ少量ノモ  
 ルヒネハ之ヲ含ムモ以テ人ヲ眠ラスヘシ未タ人ヲ殺スニ至ラサルヘシト確認シテモルヒ  
 ネ混和ノ砂糖ヲ人ニ服用セシメ意外ニモ之ヲ殺シタル場合ノ如キハ後者ノ例ナリトス其  
 他私法上ニ於テハ重過失、輕過失、中過失等ノ種類ヲ認ムルモ刑法ハ是等ノ區別ヲ想像  
 セス但シ其罪ノ輕重ニ影響スル所アルヘキハ勿論ナリ

犯人ニ過失アリヤ否ヤハ何ヲ以テ之ヲ定ムルカ。  
 之ヲ定ムル注意ノ標準ニ付キ二種ナリ (一)抽象的標準即チ特定ノ抽象的事情ニ由リテ  
 定メラレタル標準ニシテ此注意ヲ怠ル場合ヲ抽象的過失ト稱シ (二)具體的標準即チ箇々  
 ノ場合ニ應シテ行爲者ニ存スル關係ニ隨ヒ必要ナル注意ヲ標準トスル者ニシテ此注意ヲ  
 怠ル場合ヲ具體的過失ト稱ス換言スレハ抽象的過失トハ社會一般ニ認メラレタル犯罪忌  
 避ノ慣則ニ隨ヒ相當ナル注意ヲ缺クコトヲ指シ當該事項ニ付キ普通人ノ用フヘキ注意ト  
 豫見アルヘキコトヲ前提トシ具體的過失トハ當該人ヲ標準トシテ一定ノ場合ニ於テ本人  
 カ果シテ自己ノ爲シ得ル注意ヲ爲ササリシヤ否ヤヲ以テ過失ノ有無ヲ判定シ自己ノ爲シ

得ル注意ヲ爲サスシテ罪トナルヘキ結果ヲ生シタル場合ノ過失ヲ云フ刑法上ノ過失問題  
 ニ付テハ第二ノ標準ヲ採ルヲ可ナリトス蓋シ刑事上ノ責任ハ個人的ノモノニシテ他人ノ  
 之ヲ爲シウルト否トハ問フ所ニアラサルヲ以テナリ學者或ハ過失ヲ定ムル標準トシテ折  
 衷説ヲ提案スルモノアリ曰ク行爲ヲ爲ス場合ニ於テ必要ナル注意ノ程度ハ抽象的客觀的  
 ニ之ヲ定メ行爲者カ其結果ヲ豫見スルコトヲ得ヘカリシヤ否ヤハ具體的主觀的ニ之ヲ定  
 メント然レトモ立言巧ニ過キテ却ツテ其要ヲ失セリ故ニ採用スヘカラス  
 過失ハ或ハ罪ノ成立要素トナリ(第一百十六條、第一百十條等)或ハ刑罰ヲ變スルコトアリ  
 (第二百五條)茲ニ問題トナルハ法律カ特ニ過失ヲ以テ足ルカ或ハ故意ヲ必要トスルカヲ  
 言明セサル場合ニ於テ過失ニ出ツルモノヲ處罰スルヲ得ルヤ否ヤ我現行法ノ解釋トシテ  
 ハ故意アラハ之ヲ罰スヘシ過失ハ之ヲ問フヘキモノニアラス世人動モスレハ舊刑法時代  
 ニ於ケル違警罪、現行法ノ下ニ存スル所謂警察犯ニ付テハ常ニ過失犯ヲモ認ムヘシト云  
 フモノアリ大ナル謬ナリ苟クモ其法文上乃至其罪ノ性質上故意ナキ場合モ之ヲ罰スヘシ  
 ト解セラル、モノニアラサレハ過失犯ヲモ認ム可カラサルコト勿論ナリトス但シ特別刑  
 法ニ於テハ比較的多數ノ過失犯ヲ認メタルノミナラス故意又ハ過失ナクシテ成立スル犯

罪亦之ナキニアラサルコトヲ注意セラル可シ  
過失ト故意及不可抗力トノ差違

過失ハ犯人カ其事實ヲ認識セサル點ニ於テ故意ト異ナリ犯人カ注意セハ其事實ヲ知ルコトヲ得ル點ニ於テ不可抗力ト異ル偶發ノ故意ト疎虞トハ一見甚タ相類スルカ如クナレトモ其實ハ然ラス一ハ犯人其事情ノ存在若クハ發生スルコトヲ確認セスト雖モ之ヲ可能トシテ否認セサルヲ云ヒ他ハ不注意ニ因ルトハ云ヘ全然之ヲ否認スルコトヲ云フ其價值ニ於テ相距ルコト甚タ遠シト言ハサル可カラス

第三、錯誤

錯誤トハ觀念ト對象トノ齟齬ヲ云フ即チ其人ノ知ル所ト其指ス所ノ現象トノ相違ニシテ或ハ鹿ヲ以テ馬ト誤信シ或ハ法律命令ノ存スルニ拘ラス之ヲ存セスト誤信スルカ如キ是ナリ其齟齬ニ就キ不注意ニ出ツル場合ト不可抗力ニ出ツル場合トアリ前者ハ過失ノ問題ニ牽連ス又人ノ詐僞ニ出ツル場合ト自發的ニ出ツル場合トアリ所謂詐僞トハ前者ヲ指ス錯誤ニ二種アリ事實ノ不知及ヒ法律ノ不知是ナリ更ニ事實ノ不知ヲ分ツテ二トナスイ實  
在ノ事情ト錯誤ニ因ル事實ト其法律上ノ價值相等シキ場合、例ヘハ甲者ヲ乙者ナリト信

シテ殺シ又ハ人ヲ斬殺セリト信シテ撲殺セル如カキ是ナリロ實在ノ事情ト錯誤ニ因ル事實ト其價值相異ナル場合例ヘハ人ヲ熊ト信シテ銃殺セルカ如キ是ナリ前者ハ爲メニ故意ヲ阻却セス犯罪ハ明ラカニ成立ス猶ホ後述ノ責任問題ニ關スル錯誤ノ如シ後者ハ故意ヲ阻却シ犯罪ヲ成立セス次ニ法律ノ錯誤亦分ツテ二トナスイ刑罰法令(犯罪ノ成立、不成立ヲ定メ之レト刑罰トノ關係ヲ定ムル法令)ノ錯誤例ヘハ人ヲ殺スモ死刑ニ處セラル、コト無シト信シテ殺人行爲アリシ如キ或ハ自己ヲ心神喪失者ナリト誤信シ從ツテ殺人行爲アルモ處罰セラル、コト無カル可シトセルカ如キ是ナリロ刑罰法令ノ内容ヲ爲ス事實ヲ定ムル法律換言スレハ犯罪構成事實タル法律關係ノ標準トナルヘキ法律ノ錯誤是ナリ例ヘハ婚姻ノ成立ヲ定メタル法律ヲ知ラサルカタメニ重婚ノ罪ヲ犯スカ如シ前者ハ犯意ヲ阻却セス後者モ亦然リ只後者ハ事實ノ不知ノ場合トナルコト多ク實際ニ於テハ犯意ヲ阻却スル例多シ(ロノ場合ハ犯意ヲ阻却スト説クコト寧ロ通説ナリトス)尙ホ後述ス可シ  
錯誤ハ左ノ三場合ニ付キ研究スルヲ要ス

(イ) 犯罪成立條件タル罪トナルヘキ事實ヲ知ラサル場合例ヘハ人ヲ獸ト信シテ銃殺スルカ如キ類ニシテ罪トナルコトナシ但シ其錯誤カ不注意ニ出テタルヤ不可抗力ニ出テ

タルヤラ區別スルヲ要シ前ノ場合ニ於テハ過殺罪ヲ成立ス

犯罪事實ノ錯誤ニ付注意スヘキハ責任問題即チ責任能力及ヒ故意過失ニ關シ或ハ自己ニ責任能力ナシ(十四歳未滿、心神喪失者、瘡腫者)ト信シ現行法上處罰セラル、コトナシトノ考ニテ責任能力者ノ犯セル罪、故意過失アルモノカ之ナシト信シテ爲セル不法行為ノ如キ何レモ犯罪成立スルモノトス蓋シ犯人自ラノ判斷ハ毫モ問フコトナク客觀的ニ之ヲ見ルヲ以テ足レリトスヘケレハナリ

(ロ) 刑罰加重ノ條件即チ第二項ノ罪本重カルヘキ事實ヲ犯ストキ知ラサルモノハ其重キニ從ツテ處斷スルコトヲ得ス單ニ其者ノ現ニ知ル所ノ事實ヲ基礎トシテ處分スヘキノミ例ヘハ殺人罪ニ於テ被害者カ直系親屬タル事實ヲ知ラサリシ場合ノ如キハ第二百條ヲ以テ論スルコトヲ得ス

(ハ) 法律ノ不知ノ場合ト雖モ故意ハ存在シ犯罪成立ス(第三十八條第三項)但シ法律ヲ知ラサルヲ以テ犯狀態スヘキモノアル場合ハ其刑ヲ減輕スルコトヲ得(第三項但書)法律ノ錯誤ハ之ヲ刑罰法令ト其以外ノモノトニ分チテ觀察セサルヘカラス即チ刑罰法令ノ不知換言スルハ或ル行為ヲ罰スル法律ナシト信シテ之ヲ犯セルカ如キ場合

ハ犯意ノ存否ニ關係ナシ罪ハ明ラカニ成立ス之レト同シク罰法ナキニ在リト信シテ或ル行為ヲ爲スモ固ヨリ罪トナルコト無シ

刑罰法令以外ノ諸法令ノ不知、法文ハ單ニ法律ト廣ク規定スルヲ以テ苟クモ是等法令ノ不知ニシテ罪トナルヘキ事實ノ不知ト成ラサル以上ハ以テ犯意ヲ阻却スルコト無シ一派ノ學者ハ刑罰法令以外ノ法律ノ不知ハ之ヲ刑法ノ範圍内ニ於テ論スレハ事實ノ不知トナルヲ以テ一般ニ犯意ヲ阻却スト稱スレトモ誤レリ元來相當ノ手續ヲ經テ公布セラレシ法律ハ國民一般ノ周知スルモノト看做サルヘク法律ノ不知ヲ以テ犯意ナキコトヲ立證スルノ餘地ナキヲ以テナリ是レ蓋シ特ニ立法者カ廣ク法律トセシ所以ニシテ固ヨリ當然ナリ但シ刑罰法令以外ノ法律ノ不知ト言ハンヨリハ寧ろ事實ノ不知トナル場合多シ是等ノ場合ハ事實ノ不知ヲ以テ無罪ノ理由トナス可キナリ今互ニ反對スル二三ノ實例ヲ擧ケンニ

(一) 事實不知ノ場合

今乙女ノ身分關係ヲ毫モ知ラサル甲男アリ之レト懇勸ヲ通セシニ實ハ乙女ハ他人ノ妻ナリシ爲メ其夫丙之ニ對シテ姦通ノ告訴ヲ爲シ甲ハ乙ノ人妻タル事實ヲ知ラサル



理由ヨリシテ無罪ヲ主張シタリト假定センニ其無罪ナルコト明ラカナリ

(二) 法律ノ不知事實ノ知ノ場合

不動産ノ賣買ヲナシテ未タ之ヲ登記セサルモノアリ此場合ニ於テ民法上所有權ノ移轉ハ已ニ當事者ノ間ニ完成ス(民法第七十六條)只第三者ニ對抗スルニ於テ效力ノ全カラサルモノアルノミ、然ルニ賣主ハ一旦賣渡セシ以上ハ實際上自己ノ有ニアラストハ信スルモノ、民法上ハ之ヲ登記セサレハ未タ法律上ニ於テ買主ノ所有ニ屬セス隨テ買主ハ自己ノ不正行爲ニ對抗出來スト考ヘ(民法上ニ於テモ其所有權ノ買主ニ屬セルコトヲ知ラス)之ヲ他人ニ賣渡シタリトセンニ賣主ハ其場合ニ於テ法律ノ不知ヲ理由トシテ其無罪ヲ主張スルコトヲ得ス

(三) 法律ノ不知事實ノ不知ノ場合

結婚ハ届出ニ依リテ其效力ヲ生スルモノナルヲ知ラス古ヨリノ慣習ニ由リ蓋シテ儀禮ヲ了スルニアラスンハ結婚ハ成立セサルモノト信スル乙女アリ曾テ家事上ノ都合ニヨリ豫メ甲男トノ結婚ノ届出ヲナシタリシモ實際華燭ノ典ハ未タ之ヲ舉行セザリシ間ニ秋風何日シカ乙女ノ袂ニ入り遂ニ丙男ト通スルニ及ヒ甲男之ヲ知り直ニ姦通ノ

告訴ヲ爲シタリトセンニ此場合ニ乙女ハ單ニ法律ヲ知ラサルノミナラス人ノ妻タル自己ノ身分即チ姦通罪ノ成立要素タル事實ヲ知ラサルモノナルヲ以テ無罪ナリトセサル可カラス

右述ノ如ク法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯スノ意ナシトスルコトヲ得サレモ現今法治國ニ於ケル法律ノ數實ニ夥シキニ及ヒ何人ト雖モ一々之ヲ知悉スルコトヲ得ス況ンヤ無學文盲ノ者アリ新奇ノ外來人アリ皆法律ヲ知ルトナスハ少シク酷ニ失ス然レモ法治ノ原則上法律ノ不知ヲ以テ無罪ノ理由トナスコトモ亦不可能ナリ故ニ一ハ以テ法ノ權威ヲ保チ一ハ以テ犯人ノ情ヲ憐ミ「情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得」トセリ(第三項但書)

第三十九條 心神喪失者ノ行爲ハ之ヲ罰セス

心神耗弱者ハ其刑ヲ減輕ス(舊刑法第七十八條)

上述ノ所謂責任行爲トハ第一ニ責任能力ヲ伴フコトヲ要ス責任能力トハ意識作用全キモノ若クハ其發育十分ナル者ニ非レハ之ヲ有セス本條以下第四十一條ハ責任能力ナキ者ノ場合ヲ規定セルナリ之ヲ責任無能力者ト云フ但シ本條第二項ノ心神耗弱者ハ責任能力ノ

不完全ナル者ヲ指セリ

「心神喪失者」トハ精神ノ作用ニ障礙アリテ辨識力ナキ者ノ謂ニシテ民法ニ所謂心神喪失  
(民法第七條)ト其意義相同シ然レモ民法ニ於ケルカ如ク心神喪失ノ常況ニアル者タルコ  
トヲ必要トセス只行爲ノ當時障礙アリタルヲ以テ足レリトス故ニ行爲者ノ平常ノ状態ハ  
毫モ之ヲ問フニ及ハス平常心神喪失ノ状態ニアル狂者ト雖モ一時其能力ヲ回復セル間ニ  
爲セル働作ハ無責任ヲ以テ論ス可カラサルト同時ニ常時非常ニ健全ナル意識ヲ有スル者  
ト雖モ或ル時間精神作用ノ不能力トナリタル際ニ爲シタル行爲ハ有罪ノモノタルコト能  
ハス然レモ是等ノ問題ハ實際ニ於テハ甚タ審査シ易カラサル所ニシテ専門醫ノ精確ナル  
診斷ニ俟ツコトヲ要ス

精神障礙ノ原因ハ之ヲ問フノ要ナシ其病的タルト一時的タルト亦然リ然レモ或ル行爲ヲ  
ナサンカ爲メニ故意ニ自ツカラ心神喪失ノ状態ニ陥リ(此場合ニ果シテ心神喪失ノ狀況  
ニアリヤ否ヤハ問題ナレトモ假ニ或人カ飲酒ノ極酩酊スル場合ニハ兎角情慾ノ發動急ニ  
シテ心神喪失シ前後ヲ忘レテ暴行ヲ逞ウスル性癖アリト假定センニ)或ル暴行ヲ遂ケタ  
ル場合ハ事少シク上叙ト異ナリ無罪ヲ以テ論スヘカラス此場合ハ前ニ責任能力ヲ有セシ

當時ノ故意ノ行爲(例ヘハ飲酒)カ原因ヲナシ或ル暴行ヲ爲サントノ豫見ヲ遂ケタルモノ  
ニシテ犯罪ハ明ラカニ成立セルモノト謂ハサル可カラス

「心神耗弱者」トハ心神喪失ノ程度ニハ至ラサルモ精神状態カ常人ニ劣リ知能ヲ缺損セル  
モノニシテ法律的效力ハ之ヲ認識スル力ヲ有スルモ能力不完全ナルカ爲メ善惡利害得失  
ヲ考慮スル力乏シキモノヲ謂フ如斯者假令罪ヲ犯ストモ其情狀ニ於テ諒スヘキモノアル  
ヲ以テ本條第二項ノ規定アリ  
本條第一項ノ規定ハ舊刑法ノ當該條項ト何等精神上ノ差異ナシ但シ第二項ハ舊法ノ規定  
セサル所ナリ

第四十條 瘖啞者ノ行爲ハ之ヲ罰セス又ハ其刑ヲ減輕ス(舊刑法第八十二

條)

「瘖啞者」トハ瘖ニシテ且ツ啞ナルモノ、謂テリ如此者ハ實ニ人間智識ヲ得ルノ二大關門  
ヲ缺如セルモノニシテ其精神ハ不發育ノ状態ニアリ故ニ其行爲ハ之ヲ罰セス事情ニ由リ  
之ヲ罰スル場合ニ於テモ其刑ヲ減輕スルコト、ナセリ  
舊刑法ノ規定トノ差

舊法ハ瘡腫者ノ行爲ハ其罪ヲ論セストシタリ然レモ此規定ハ二箇ノ點ニ於テ缺陷アリ

(一) 今日ノ如ク教育方法ノ發達セル場合ニ於テハ不具者ト雖モ相應ニ智識ヲ得ルノ機會ヲ有シ其程度ハ通常人トハ不同ナルヲ免レスト雖モ全然智能ヲ缺キ精神上ノ無能力者タルニハ至ラス

(二) 同シク瘡腫者ト云フト雖モ先天的ナルカ後天的ナルカ又後天的ト云フモ幼時若クハ成年後ニ於テ瘡腫ノ状態ニ陷リシカニ從ヒ其精神發育ノ程度ニ種々ノ差等アリ之ヲ同一視スルコト能ハス

故ニ改正法ハ此理由ニ鑑ミ或ル行爲ハ特ニ之ヲ罰スルコトアルヘキヲ定メタリ

### 第四十一條 十四歳ニ滿タサル者ノ行爲ハ之ヲ罰ゼス(舊刑法第七十九條、

第八十條、第八十一條、第八十三條)

年齢ニ關スル責任能力ヲ定ムルニ付キ種々ノ方法アリ即チ一生ヲ左ノ如クニ分チテ責任ノ有無等如何ヲ定ム

#### 第一、

第一期 辨別ノ有無ヲ調査シテ責任ノ有無ヲ決ス

第二期 全責任ヲ負フ

#### 第二、

第一期 無責任

第二期 辨別ノ有無ヲ調査シテ責任ノ有無ヲ決シ責任アル場合ト雖モ刑ヲ減輕ス

第三期 全責任ヲ負フ

#### 第三、

第一期 無責任

第二期 辨別ノ有無ヲ調査シテ責任ノ有無ヲ決シ責任アル場合ト雖モ刑ヲ減輕ス

第三期 責任アリ但シ減輕ス

第四期 全責任

#### 第四、

第一期 無責任

第二期 全責任ヲ負フ、但シ他ノ犯罪ト均シク種々ノ情狀ニ鑑ミ相當ノ減輕ヲ爲スコトヲ得

舊刑法ハ大体ニ於テ第三ノ方法ヲ採リ改正刑法ハ第四ノ方法ヲ採リ二期ヲ分ツニ十四歳未滿ト以上トヲ以テセリ舊法ハ第一期ヲ十二歳ニ滿タサルモノトシ第二期ヲ十二歳以上十六歳ニ滿タサルモノトシ第三期ヲ十六歳以上二十歳ニ滿タサルモノトシ第四期ヲ二十歳以上トナセリ次ニ二者ノ利害得失ヲ略言スヘシ

(一) 改正法カ責任年齢ヲ高メシ理由

幼少年者ハ有望ナル長キ將來ヲ有シ其智能ハ日々ニ啓發セラレ其精神ハ月ト共ニ發育シ其頭腦ハ未タ牢固タラサルナリ

然ルニ之ニ刑名ヲ稱シ刑罰ヲ課スルカ如キハ幼少年者ヲ訓戒スルニ於テ餘リニ深刻ナルノミナラス一生不磨ノ汚名ヲ附ス情理ニツナカラ忍ヒザルモノアリ彼等ノ不正行爲ノ如キハ寧ロ相當ノ懲治處分ニ依リテ之レカ矯正ヲナスヲ可トス而シテ十四歳位ノ點ハ懲治ト刑罰トヲ課スル限界トナスニ適當ナリト認メラレタルナリ

(二) 舊法カ二十歳未滿ノ犯罪者ニ對シテハ常ニ減輕スト定メタルモ二十歳ト云ヘハ所謂數ヘ年二十一、二十二ニ至ルモノアリ人ニ由リテハ其以前ニ於テ已ニ十全ナル意識ヲ有シ智力体力常人ニ異ナラサルモノ多ク實際往々十九歳位ニ於テ極惡ノ重罪者ヲ見

ルコト少ナカラス如此者ニ對シテモ尙一等ノ減輕ヲ爲サル可カラストスルハ甚タ運用ノ妙ヲ缺ケリ

(三) 新法十四歳以上ノ者ニ對シテ全責任ヲ負ハシムルハ如何ナル場合ニモ然リトノ趣旨ニアラス改正法ハ種々ノ點ニ於テ裁判上ノ酌量減輕ヲ認ムルカ故ニ殊ニ此處ニ明文ヲ存セサルモ減輕ヲ必要トスル情狀ニ對シテハ充分之ヲ爲シ得ル餘地ヲ存スナリ

(四) 舊法ハ違警罪ニ關シ十六歳未滿ノモノト雖モ常ニ其罪ヲ宥恕セスト規定セルモ責任能力テフ精神界ノ問題ニ付キ罪ノ輕易ヲフ物界ノ現象ヲ對比シタルハ當ニ他ノ罪トノ權衡ヲ失スルノミナラス理ニ於テ缺クル所アリ

(五) 懲治及ヒ監置ノ制度ニ付テ  
舊法ハ其第八十二條第七十九條第八十條ニ於テ懲治場ノ制度ヲ認メタルモ懲治ハ刑罰ニアラス且ツ刑事裁判所ニ由リテ幼少年者ニ對スル懲治處分ヲナシ牢獄ニ近ク懲治場ヲ置クカ如キ彼等ニ對シテ甚シク不當ノ感化ヲ及ホスモノアリ元來幼少年者ヲ懲戒スルテフコトハ獨リ其不正行爲(刑法上)ヲ爲セシ場合ニ限ラス現ニ民法ニ於テモ其規定アリ(民法第八百八十二條)又感化法ノ規定アリ故ニ刑法ニ於テハ懲置ノ規定ヲ削除シテ諸

種ノ弊害ヲ除キ他ノ方法ニ委ネテ相當ノ懲戒方法ヲ竭スコト、セリ次ニ精神病者ノ監置モ亦刑罰ニアラスシテ危險豫防方法タリ現ニ精神病者監護法ハ之ヲ規定セリ刑法ニ於テ特ニ刑罰ニアラサルモノヲ規定スルノ要ヲ見サルナリ

一般ニハ責任能力ナキモノト雖モ親權者ノ許可ヲ得テ獨立シテ營業ヲ爲スカ如キ場合ニ於テハ民法上其營業ニ關シ成年者ト同一ノ能力ヲ有シ一切ノ事項ヲ自ラ處理スルコトヲ得ルヲ以テ間接稅法犯罪事件ノ通告ノ如キモ其本人ニ對シテ之ヲ爲スヲ要ス可ク營業ニ關シ代理權ヲ有セサル親權者ニ之ヲ送致スルモ其效ナキコト疑ナキナリ然レトモ果シテ事實獨立シテ營業ヲ營ムモノナルヤ或ハ其親權者カ代リテ本人ノタメニ其業ヲ營ムモノナリヤハ能ク注意セサルヘカラサルモノトス(明治四十年七月二日大審院判決)

**第四十二條** 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

告訴ヲ待テ論ス可キ罪ニ付キ告訴權ヲ有スル者ニ首服シタル者亦

同シ(舊刑法第八十五條乃至第八十八條)

本條ハ自首減輕ヲ規定スルモノナリ(減輕ノ一般的意義ニ就テハ第十二章ノ說明ヲ參照セラル可シ)

「自首」トハ罪ヲ犯シ未タ官ニ發覺セサル前相當ノ官署又ハ官吏ニ自カラ進ンテ其犯罪ヲ告知スルコトヲ云フ告訴ヲ待テ論スヘキ罪ニ付キ告訴權ヲ有スル者ニ首服セルモノ亦之ニ準スルコト、ナレリ更ニ分析説明スレハ

(一) 發覺セサル前ナルコトヲ要ス

「發覺前」トハ相當ノ官ニ於テ未タ犯人ノ誰ナルカヲ知ラサル前ヲ謂ヒ官ニ於テ犯罪事實ヲ知り被害者若クハ官以外ノ人カ犯人ノ誰ナルカヲ知り居ル場合ト雖モ可ナリ

「相當ノ官署又ハ官吏」トハ檢事、司法警察官等總テ犯罪搜查ノ職權アル官吏及ヒ是等司法警察官カ其管掌ニ係ル司法警察事務ヲ取扱フヘキ官署即チ檢事局、警視廳、警察署等ノ如キヲ云フ

(二) 告知スルコトヲ要ス

上述ノ官署又ハ官吏ニ告知スルコトヲ要ス是等以外ノモノニ告知スルモ其效ナシ告知

ハ口頭又ハ書面ヲ以テスルト他人ヲシテ代告セシムルトヲ問ハス尙親告罪(例ヘハ第百七十六條ノ如キ是ナリ詳細ハ後述ス可シ)ノ場合ニ限り告訴權者(何人カ訴權ヲ有スルヤハ刑事訴訟法及民法ノ規定ニ由リテ定マルモ大体ニ於テ被害者又ハ其法定代理人ナリ)ニ告知スルハ官ニ自首シタルト同シ

(三) 犯人自ラ進ンテ告知スルコトヲ要ス

相當官吏ニ推問セラル、ニ因リ初メテ告白スルハ自首ニアラス自白ナリ

(四) 自己ノ犯罪ヲ告知スルコトヲ要ス

他人ノ犯罪ヲ告知スルハ告訴又ハ告發ニ屬シ自首ト稱スヘカラス

(五) 自首ハ自首シタル者ニ限り減輕セラル、ノミ他ノ自首セサル共犯ニハ其效力ナシ

又自首シタル罪ニ限り其他ノ罪ニ及フコトナシ

(六) 發覺ト發見(第五十八條)トノ區別

發見トハ同一犯人ニ對シ尙ホ他ノ犯罪アルコトノ初メテ知ラレタルコトヲ謂ヒ發覺ト

ハ犯罪事實及ヒ其犯人ノ初メテ知レタルコトヲ謂フ

(七) 舊刑法トノ差

今其重ナル差異ヲ舉クレハ

(イ) 舊法ハ自首減輕ヲ謀殺故殺ニ係ルモノニ適用セサリシモ本法ハ凡テノ罪ニ適用セリ舊法ノ規定ハ左ノ趣旨ニ出テタルモノナルカ如シ

甲、謀殺殺ト云フカ如キ重大ナル罪ノ犯人ハ特ニ減輕テフ利益ヲ與ヘテ之ニ自首ヲ獎勵セサルモ容易ニ眞ノ犯人ヲ逮捕スルコトヲ得

乙、謀殺殺ト云フカ如キ重大ナル罪ノ犯人ハ多クハ固ヨリ一死ヲ甘ンセルナリ然ルニ如此者ニ對シテ自首減輕テフ利益ヲ與フレハ却テ斯ル犯罪ヲ獎勵スルノ弊ヲ生ス

(ロ) 減輕ハ舊法ニ於テ法定的ニ限規セラレシモ新法ニ於テハ一ニ之ヲ裁判官ノ裁量ニ委ネ一等若クハ二等ト定ムルコト無シ

(ハ) 舊法ハ其第八十七條ニ於テ被害者ニ對スル首服ヲモ認メシモ(財産ニ對スル罪ニ限り)新法ハ之ヲ認メス但シ告訴ヲ待テ論スヘキ罪ニ就テ之ヲ認メタリ

(ニ) 舊法ハ其第八十六條ニ於テ贓物又ハ損害ヲ還償シタル自首減輕ヲ認メシモ新法ハ特ニ此規定ヲ置カス

### 第八章 未遂罪

意思、働作ニ關スル説明ハ已ニ前章ニ於テ之ヲ述ヘタリ意思ノ發動ニ本ケル身体ノ働作之ヲ行爲ト云ヒ其行爲ノ犯罪タルヘキ性質ヲ有スルニ至ルハ刑罰法令ニ列擧セラレ有責不法ノモノタルヲ要ス然カモ刑法ニ於テ該行爲ニ到達スル迄ニ仍ホ幾多ノ階級アルヲ識ルヘク其各階級ヲ觀察シテ之ヲ罰スルノ明文ヲ設クルコト必シモ不可ナラス今逐次是等ノ説明ヲ爲サンカタメ犯意ノ表示、豫備行爲、着手行爲、實行行爲ノ四點ニ區別セン元來一犯罪ニ付犯意ノ表示ト云ヒ豫備ト云ヒ或ハ着手ト稱シ實行ト唱フル標準如何ニ關シテハ種々ノ異説アリト雖モ後ニモ述フル如ク吾輩ハ一ニ刑法各本條ノ規定ニ於テ犯罪要件ノ充實如何ニ依ツテ之ヲ定メントス即チ各本條ハ一犯罪ノ既遂狀態ヲ規定シ其規定ノ方法ハ種々アレトモ要スルニ

(イ) 犯人ノ側ヨリ見レハ未タ其目的ヲ達セス單ニ意思ヲ發動シ犯罪ノ計畫ヲ爲シタルニ過キサル場合ヲモ已ニ犯罪要件ノ充實ト爲スモノ(第七十三條、第七十五條、第七十八條等)

(ロ) 更ニ進ンテ犯罪の意思ノ活動ヲ終了シタル未タ犯人ノ目的ヲ達セサル場合ヲモ亦要件ノ充實ト爲スモノ(第七十七條、第六十九條、第七十二條等)

(ハ) 遂ニ意思ノ活動全ク終了シテ犯人ノ目的亦成就セル場合ニ至リ始メテ要件ノ充實トスルモノ(第九十九條、第二百條其他多數ノ法條皆然リ)

ノ三様ニ歸ス可ク是等各罪ニ於ケル既遂未遂ノ如何ハ犯人目的ノ成否如何ヲ問ハス當該法律條項ニ於テ要件トセル所如何ヲ基點トシテ觀測セントスル也

第一、犯意ノ表示

單ニ犯意ヲ表示スルモ之ヲ罰スルコトナシ第二百二十二條ノ脅迫罪ニ於テ殺戮若クハ拘禁スヘシト脅迫スルカ如キ一見犯意ノ表示ノ如クナルモ斯ノ如ク見ルハ誤レリ是等ノ行爲自身ハ已ニ刑罰法令ニ列擧セラレタルモノニシテ已ニ犯罪實行行爲ナリ單ニ罪ヲ犯サントノ意思ヲ表示スルモ罪トナルコトナシ(舊刑法第百十一條參照)

第二、豫備

豫備トハ着手以前ニ於テ犯行ニ便宜ヲ與ヘ又ハ之ヲ容易ナラシムル働作ヲ云ヒ方法ヲ畫策シ器具ヲ用意シ犯行ニ進行スル類ノ如キ即チ豫備ニシテ實行ニ對シテハ間接離隔

セルモノナリ換言スレハ決意ヨリ着手ニ至ルマテノ行為ヲ云フ

豫備ハ實行々爲ノ要素ニアラス故ニ之アルモ未タ罰スルコト能ハス第七十八條、第十八條ハ一見豫備ヲ罰スルカ如キモ然ラス是レ豫備自体ヲ獨立罪トシテ罰スルモノニシテ犯人ノ目的ヨリ言ヘハ他ノ罪ヲ犯サントスル豫備ナランモ之ヲ法律關係ヨリ觀察スレハ一箇獨立ノ既遂犯ニシテ既遂ノ實行行為ナルカ故ニ之ヲ罰スルナリ例ヘハ第七十八條ニ於テ内亂ヲ犯ス準備トシテ劍戟ヲ貯ヘ銃砲ヲ調達スレハ同條ニ於テ列舉サレタル獨立罪ノ實行行為トシテ罰セラル、モ人ヲ殺サンカ爲メ之ヲ所持シタリトセハ單ニ殺人罪ノ豫備ニ過キス之ヲ處罰スル明文ナシ(舊刑法第一百十一條)

第三、着手、實行

着手トハ刑法各本條ニ列舉スル行為ヲ組成ス働作ニシテ未タ必然的ニ法定結果ヲ惹起スルノ點ニ達セサルモノヲ云フ

實行トハ刑法各本條ニ於テ列舉スル行為ヲ云フ  
二者ノ區別ハ必然的ニ法定結果ヲ惹起スルノ點ニ達セルヤ否ヤヲ以テ決シ此點ニ達セルヤ否ヤハ人カヲ以テ結果ノ發生ヲ防止シ得ルヤ否ヤニ依リテ定ム換言スレハ或ル結果ノ發生セントスルヤ種々ノ原因ノ總合ニヨリ漸ヲ追フテ進ミ其初メニアリテハ人カヲ以テ其進行ヲ止メ得ヘキモ遂ニアル程度ニ至ルキハ如何トモスルコト能ハス二者ノ限界ハ着手ト實行トヲ區別スル標準ナリ例ヘハ人ヲ毒殺セントスルモノアリ已ニ其毒ヲ服用セシメシモ毒效未タ人カヲ以テ防止シ得ヘキ間ハ尙ホ着手ノ状態ニアリ故ニ此間直ニ解毒劑ヲ用キテ毒殺ヲ中止セリトセハ未タ實行ヲ遂ケサル者ト謂フヘキナリ

學者往々未遂犯ヲ分チテ實行未遂犯、着手未遂犯トナスモノアリ誤レリ之ヲ刑罰ノ上ヨリ見ルモ何等區別ノ實益ナク之ヲ理論ノ上ヨリ見レハ更ニ許スヘカラサルモノアリ實行トハ各本條ニ列舉セル行為ナリトセハ既遂アリテ未遂アルヘカラス未遂ナルコトアルヘキ程度ノ所爲ハ未タ實行ニ至ラサルモノナリ故ニ着手ニ未遂犯アリ實行ニ未遂犯ナシ然レトモ元來實行未遂犯ヲモ認ムルヤ否ヤハ畢竟スル所或ル行為ノ階級ヲ分ツニ於テ着手ト實行トヲ定ムル標準如何ノ問題ニ因ルモノニシテ大ナル實益ナシ單ニ名辭上ノ争ノミ

學者又或ハ犯意ヲ識別スルコトヲ得ヘキ行為ハ着手ナリ之ニ至ラサル行為ハ豫備ナリト云フモ或ル行為ノ豫備タリ着手タルヲ知ルニハ先ツ其犯意ヲ知リテ然ル後之ヲ定メ



サルヘカラス犯意先ツ定リテ後或ル働作ニ一定ノ階級ヲ附スルモノナリ例ヘハ劍ヲ揮ツテ人ノ頭上ニ擬スルモノアリ脅迫ノ爲カ殺人ノ爲カ其犯意先ツ定マリテ後若シ前者ノ爲ナラハ揮劍行爲ハ已ニ實行ナルヲ知ルヘク若シ後者ナラハ其着手タルヲ知ル可キノミ

豫備ト次ニ述フル着手トノ區別ニ付キテハ吾輩ノ已ニ述ヘタル豫備ノ定義ヨリ當然解釋シ得ラル可キモノナレトモ是ニハ多クノ反對說アルヲ以テ參照ノ爲メ重複アルヲ嫌ハス遂次左ニ之ヲ掲クルコト、セリ

(一) 實行自体ヲ組成スル舉動及ヒ實行ニ直接セル舉動ヲ總稱シテ着手トシ豫備トハ其ニ至ラサル前ノ舉動例ヘハ犯罪ノ計畫、犯行物件ノ購入等ヲ云フトナス說、此說ハ吾輩ノ見解ト一致ス

(二) 犯罪ノ危険ヲ識別スルニ足ル程度ノ行爲ハ着手ニシテ其然ラサルモノハ豫備ナリトスル說、此說ハ吾輩ノ後ニ説明セルカ如ク誤ナリ

(三) 目的ト手段トノ關係ニ於テ實行ト接續セルモノハ着手ナレトモ然ラサルモノハ豫備ナリトスル說

(四) 着手ハ實行ト因果ノ關係ヲ有スルモ豫備ハ然ラストスル說

(五) 要素タル實行々爲ノ一部ヲ構成セル行爲ハ着手ニシテ豫備ハ然ラス等種々アリ

### 第四十三條 犯罪ノ實行ニ着手シ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(舊刑法第百十二條、第百十三條)

「未遂犯」トハ犯罪ノ實行ニ着手スルモ之ヲ遂ケサルモノヲ云フ自己ノ意思ニ因リテ之ヲ遂ケサルアリ中止犯ト云ヒ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯其他種々ノ事情ニ因リ之ヲ遂ケサルアリ之ヲ狭義ノ未遂犯ト云フ舊法ハ後者ヲ規定シテ前者ヲ規定セス蓋シ無罪ヲ擔保トシテ成ル可ク罪ヲ遂ケサラシメントスル政略ナリ本條第一項本文ハ後者ヲ規定シ同項但書ハ前者ヲ規定シ併せて未遂罪ト云フ

尙刑法施行前公布セラレタル法令ニ本ク未遂罪ノ處罰範圍ハ刑法施行法第三十二條ノ參照ニヨリ明白ナル可シ

第一、狹義ノ未遂犯

(イ) 故意アルヲ要ス

未遂ト云ヒ既遂ト云フハ前述ノ如ク犯意先ツ定ルヲ要ス、故意アルヲ要スル所以ナリ

(ロ) 過失犯ニハ未遂犯アリヤ

過失犯ニハ故意ナシ未遂アルノ理アルヘカラス今失火ノ例ニ付テ之ヲ見ルニ元來發火ノ意思ナキモノナルヲ以テ着手シテ未タ遂ケスト謂フコト能ハス

(ハ) 不作爲犯ニ未遂犯アリヤ

不作爲犯ニ命令ニ對スルモノト禁令ニ對スルモノトアリ前者ヲ純正不行犯ト云フ不作爲犯トハ已述ノ如ク義務アルモノ或ル行爲ヲ爲サ、ルカタメ或ル結果ヲ生シタル場合ナルヲ以テ已ニ或ル結果ノ發生ヲ見タル後ニアラサレハ果シテ不作爲アリヤ否ヤヲ知ル可カラス所謂結果犯ノ一種ナリ故ニ其未遂ハ考フルコト能ハス但シ禁止ニ對スル不作爲犯ニ就テハ疑アリ學者ノ說亦一致セス或ル者ハ純不行犯ト同シク未遂無シト説キ或ハ未遂アリト爲ス其理由ニ曰ク禁令ニ對スル不行犯トハ行犯ノ罪ヲ不

作爲ニ因リテ犯ス場合ニシテ例ヘハ母カ赤子ニ哺乳セスシテ之ヲ死ニ至ラシメタルカ如キ場合ナリ吾國法ニ於テ殊ニ之ニ對シテ明文ヲ存セスト雖モ殺人罪トシテ見ルヲ可ナリト爲スヘク要スルニ其性質上行犯ナルヲ以テ未遂アリト斷セサルヘカラス

(ニ) 豫備犯ニ未遂犯アリヤ

茲ニ所謂豫備犯トハ或ル行爲ノ豫備ヲ一ノ獨立罪トシテ罰スル場合ヲ云フ第七十八條ノ如キ此例ナリ豫備ニ付テハ罰スル明文ナキノミナラス觀念上亦之ヲ許サス未遂犯ナシトスルヲ可トス法律カ着手又ハ陰謀ノ程度ニアル行爲ヲ獨立罪トシテ處罰シ或ハ既遂ノ場合ト同一ニ科刑スルトキ亦同シ(第七十三條、第七十八條)然レトモ法カ特ニ是等ノ場合ノ未遂ヲモ處罰ス可キ規定ヲ爲シタルトキハ此限ニ在ラス(第五十條、第五百五十一條等)

(ホ) 即時犯ニ未遂アリヤ

行爲ノ終結ト必然的ニ結果ヲ發生スヘキ點ト同一體ヲ成シテ主觀的ニハ行爲ノ終結ト見ルヘク客觀的ニハ必然的ニ結果ヲ發生スヘキ點ノ到來ト見ルヘキ場合例ヘハ第

百三十條ノ家宅侵入罪ノ如キ他人ノ家宅ニ侵入シ終レハ行爲ノ終結シタルモノニシテ犯人ノ身体カ他人ノ邸宅内ニ在ルコトハ其結果ナリ故ニ未遂犯ヲ發生スル餘地ナシ

(ヘ) 結合罪ニ未遂アリヤ

法律カ二箇以上ノ行爲ヲ台シテ一罪トナシタル罪例ヘハ暴行姦淫、暴行取財ノ如キニ於テハ二箇ノ行爲共ニ犯罪成立ノ要素タルヲ以テ其一ニ着手セハ直ニ全部ニ着手セルモノト見ルヲ要ス例ヘハ人ヲ姦淫スルノ目的ヲ以テ暴行ヲ始ムレハ已ニ強姦罪ニ着手シタルモノニシテ或ル障礙ノタメ暴行ヲ妨ケラレタリトスルモ其未遂ハ暴行ノ未遂ニアラスシテ強姦ノ未遂ナリトス

(ト) 所謂加重罪ニ未遂犯アリヤ

或ル故意犯ニ認識セサル重キ結果ノ附帶シタルニ因リ刑ヲ加重セラル、モノ例ヘハ墮胎死傷(第二百十三條、第二百十四條、第二百十六條)強姦致死(第八十一條)ノ如キ場合ニ於テハ其加重ハ結果ノ發生ヲ俟ツヘキモノナルヲ以テ未遂ヲ存スルコト無シ但シ其基本タル故意犯自体ニ未遂犯アルコト勿論ナリ然レトモ其基本タル故意

犯ハ未遂ナリシニモ拘ラス重キ結果カ却ツテ發生セル場合ニ付テハ議論ノ存スル所ナリ或ハ曰ク基本タル行爲ノ未遂犯ト重キ結果ノ過失犯ノ偶發ナリ或ハ曰ク單ニ加重罪ノ未遂ニテ足レリ或ハ曰ク加重罪ノ既遂ヲ以テ處罰ス可シト、最後ノ説ヲ可ナリトス故ニ婦女ヲ強姦スル目的ヲ以テ暴行ヲ加ヘシニ其目的ヲ達セサルニ婦女ヲ死ニ至ラシメタル者ノ處分ハ強姦致死罪ノ既遂ヲ以テ論スヘキモノトス

第二、中止犯

中止犯トハ犯人カ一旦犯罪ノ實行ニ着手セルモ自己ノ意思ニ因リ之ヲ止メタル場合ヲ云ヒ理論上未遂罪ノ一タリ故ニ改正刑法ハ之ヲ狹義ノ未遂犯ト共ニ規定セリ舊法ハ中止犯ヲ以テ未遂犯ニ屬セサルモノトシ之ヲ處罰スル條文ヲ存セス  
學者往々中止犯ヲ分チテ着手中止犯實行中止犯ノ二トスルモノアレモ已ニ實行ノ程度ニ進ミタルモノハ中止シ得ルノ理アルヘカラス蓋シ上述ノ如ク實行トハ已ニ人カヲ以テ結果ノ發生ヲ防止シウヘカラサル程度ニ達シタルモノト解スルヲ以テナリ故ニ中止犯ハ單ニ着手中ノ場合ニ於テノミ之ヲ云ヒ得

中止犯ヲ罰スル法文ハ新ニ設ケラレタルモノナルヲ以テ少シク左ニ其可否ニ關スル論

議ヲ試ミン

甲、罰スルヲ不可トスル論

コハ犯人任意ニ罪ノ實行ヲ中止シ其結果ノ發生ヲ防クモノニシテ其行爲ニ於テ何等  
有形ノ危險ヲ生セサルノミナラス之ヲ生セシメントスル意思已ニ減少シ若クハ滅却  
スルモノナリ之ヲ刑事政策ノ上ヨリ見ルモ中止犯必罰主義ハ却テ犯人ヲシテ罪惡ノ  
遂行ヲ企テシメ所謂「毒ヲ食バ、皿マテ」ノ如キ觀念ヲ抱カシメ犯罪獎勵ノ弊ナキ能  
ハス元來中止犯ハ當初ニ於テモ其犯意已ニ不充分ナルモノニシテ事後ニ至リテハ殆  
ント抹消セラレタルモノト謂ヒ得ヘキニ於テオヤ故ニ之ヲ罰セサルヲ可トス

乙、罰スルヲ可トスル論

中止犯ヲモ罰ス可シトスル法制ハ近時著シキ程度ニ進ミタルモノニシテ諸國ノ多ク  
採用スル所ナリ我新刑法亦然リ同シク犯罪ノ中止ト云フモ或ハ全ク斷念シタルモノ  
アリ或ハ後日ヲ期シタルアリ善意ナルアリ惡意ナルアリ科刑ヲ恐レタルアリ發覺ヲ  
危フミタルアリ其情狀一ニシテ足ラス之ヲ一方ニ律シテ皆罰スル處ナシトスルカ如  
キハ社會ノ治安ヲ保ツ所以ニアラス故ニ諸國ニ於テモ之ヲ處罰スルノ必要ヲ感シ其

中止犯ノ規定ニ於テハ原則トシテ之ヲ罰セサルニ拘ラス中止ノ意義ヲ制限シテ其適  
用ヲ狹メタリ即チ或ル國ニ於テハ犯行ノ終リタル後其結果ノ發生ヲ防止セル場合ハ  
之ヲ犯行ノ中止ト認メスシテ普通ノ未遂トナシ或ル國ニ於テハ眞ニ悔悟シテ犯行ヲ  
中止シタル場合又ハ科刑ヲ恐レテ中止シタル場合ニアラサレハ之ヲ中止犯ト認メス  
シテ普通ノ未遂犯トシテ之ヲ處罰セルアリ中止犯處罰主義ハ近時社會ノ情勢ニ適シ  
刑法ノ目的ヲ達スルニ足レリ

中止犯ニ就キ説明スヘキハ

(一) 中止トハ故障ト同一時ニ起リ爲メニ結果ノ發生ナカリシ場合ハ成ル可ク犯人  
ノ利益ニ解スヘキカ

(二) 然レモ中止ノ故意カ或ル意外ノ障礙ニ本キタルモノナルトキ即チ人ヲ毒殺セ  
ントスルニ際シ他人ニ妨ケラレタルカ爲メ斷念シタルカ如キ或ハ竊盜ニ着手中巡  
査ノ來ルヲ見テ密カニ逃去ルカ如キハ中止犯ニアラス狹義ノ未遂犯ナリ  
未遂犯ニ關スル新舊法規定ノ差異

(イ) 舊法ハ犯罪ノ實行ニ着手シタル後意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リテ之ヲ遂ケ

サル場合ヲ未遂犯ト云フモ新法ハ犯罪ヲ遂クルノ目的ヲ以テ之ヲ達スルノ手段ヲ行ヒ始メテ之ヲ遂クルコト能ハサルトキハ其原因如何ニ問ハス凡テ未遂罪トナセリ

(ロ) 舊刑法ハ減輕ノ程度ヲ定メシモ(舊法第百十二條)新法ハ一ニ情狀ニ因リ裁判官ノ裁量ニ任スコト、セリ

(ハ) 舊法ハ未遂犯ヲ或ル種ノ罪ニ限リシモ(舊法第百十三條)新法ハ斯ル區別ヲ設ケス各條ニ於テ夫々罰スヘキ場合ヲ定メタリ

### 第四十四條 未遂罪ヲ罰スル場合ハ各本條ニ於テ之ヲ定ム(舊刑法第百

#### 十三條)

未遂犯ハ其情狀ニ應シ罰スルヲ可トスルコトアリ或ハ罰スルノ必要ナキ場合アリ豫メ之ヲ概括的ニ規定スルコト能ハス是レ各本條ニ於テ之ヲ定メ重要ナル犯罪以外ハ之ヲ不問ニ附スルコトト爲セリ

未遂犯ヲ終ルニ臨ミ之ト密接ノ關係アル不能犯ニ付テ畧論セン

未遂犯ト極メテ類似セルモノニシテ學者ノ所謂不能犯ト稱スルモノアリ以下之ヲ述ヘシ

前ノ説明ト對照シテ研究セラレンコトヲ望ム

不能犯トハ目的物ト手段(行爲ノ具體的外形)トノ關係ニ於テ豫期ノ結果ヲ惹起スルコト能ハサル場合ヲ云フ曩ニ着手ト實行トヲ區別スルニ當リ行爲ノ階級カ必然的ニ結果ヲ發生スヘキ點ニ到達セリヤ否ヤヲ以テ決シタリシカ是レト同一ノ論法ヲ以テ未遂犯ト不能犯トヲ區別スル標準トシテ性質上必然的ニ結果ヲ發生スヘキ點ニ到達スヘキヤ否ヤヲ以テシ其性質上此點ニ到達シ得ヘカラサルモノナル場合ニ於テ之ヲ不能犯ト謂ハント欲ス不能犯ハ罰スヘキモノナリヤ否ヤ

不能犯ニ種々ノ態様アリ今目的物ト手段トノ關係ニ於テ之ヲ見ルニ

(イ) 目的物ノ全ク存在セサル場合アリ例ヘハ懷胎セサル女ニ對シ懷胎セリト信シテ墮胎ヲ試ミタルカ如キ

(ロ) 手段ノ性質上豫期ノ結果ヲ發生スルコト能ハサル場合アリ例ヘハ人ヲ毒殺セントシ毒物ト信シテ少量ノ砂精ヲ服用セシメシカ如キモノ是ナリ  
ナホ目的物ニ關スル相對的不能ト稱シテ目的物ノ豫期セル場所ニノミ存在セサル場合例ヘハ常ニ或人ノ在住セル場所ニ向ツテ發砲セルニ偶々其人カ他ノ室内ニ在リタル場合ノ

如キ又手段ニ關スル相對的不能ト稱シテ手段ノ運用拙キカ又ハ不充分ナルカ爲メ偶々當然ノ結果ヲ生セサル場合例ヘハ銃ヲ以テ人ヲ狙撃シタルニ狙ノ外レタル場合又ハ殺意ヲ以テ人ヲ毆打シタルニ其力足ラスシテ死セサル場合ノ如キヲ舉クルモノアレトモ是等ハ普通ノ未遂犯ニシテ所謂不能犯ト稱スヘカラサルモノナリト解セサル可カラス蓋シ性質上ハ結果ノ必然的發生點ニ達シウルモノナルニ誤ツテ違セサリシモノナレハナリ又不能ヲ事實的ト法律的トニ區分スルモノアリ曰ク事實的不能トハ意思活動已ニ終結シタルモ或ル原因ニヨリ一定ノ結果ノ發生セサリシ場合ニシテ未遂犯(殊ニ狹義ノ未遂犯)ト殆ント區別ヲ認ムルコト難キモノナリ法律的不能トハ法律規定ノ要素ノ欠缺ニシテ犯人ノ意思ハ法律上ニ於テ絶對ニ實現スルノ餘地ナキモノタリ例ヘハ懷胎セサル婦女ニ對シ墮胎ヲ行フ場合ノ如シ

不能犯ヲ罰ス可キヤ否ヤニ付テハ種々ノ學說アリ順ヲ逐フテ之ヲ説クヘシ  
 (一) 主觀說

近時刑政策ノ主眼トシテ刑罰ハ罪ニ對スルモノニアラスシテ人ニ對スルモノナリ既往ニ於ケル或ル犯罪行為ヲ處罰スルニアラスシテ犯人ノ將來ヲ取締ルニアリ換言スレハ

已ニ生シタル客觀的實害ハ詮方ナシ只將來ニ於テモ動モスレハ斯ル客觀的實害ヲ社會ニ生セシメントスル犯人ノ主觀的傾向ヲ矯正防遏スレハ足レリトナス犯人ノ爲セル犯罪ノ如キハ唯此主觀的傾向ヲ窺知スル一ノ徵候タルニ過キササルノミ已ニ一ノ徵候タリトセハ其既遂タルト不能タルトヲ問ハス其主觀的傾向ヲ窺知シ得ルニ於テハ則チ一、何ソ其處分ヲ異ニスヘキノ理アラシヤ故ニ行為ノ手段又ハ目的物ノ不能ナルト否ト及ヒ不能ノ事實的、法律的ノ如何ヲ問ハス其如何ナル理由ニヨリ不能ナリシ場合ト雖モ皆ナ之ヲ處罰スヘキモノナリ但シ此場合ニ於テハ不能犯ト想像犯及ヒ妄信トノ區別ヲ明ナラシメスハ遂ニ甚シキ不當ノ論結ニ至ルノ弊アルコトヲ注意セサル可カラス想像犯トハ實現セル結果ト行為者ノ認識シタル事實トハ何等齟齬スル所無キモ斯ノ如キ行為ニ對シテハ別ニ刑罰法規無キニ拘ハラス行為者ハ之アリト誤認セル場合ニシテ名ハ想像犯ト云フモ實ハ犯罪ナラサルモノナリ例ヘハ未婚ノ男女互ニ私通セル場合ニ於テ犯罪ヲ犯シツ、アリト想像シタルカ如シ妄信トハ純然タル迷信ニシテ人ヲ呪咀殺シ能フモノト妄信シテ咒咀スルカ如キ是ナリ不能犯ハ之ニ反シ如斯想像又ハ妄信アルニアラスシテ行為者ノ認識ト實際ト齟齬セル場合ニ存スルモノナルコトヲ考慮ス可

キナリ

(二) 客觀說

客觀說トハ犯人ノ主觀的狀態ヲ見スシテ專ラ外界ニ發現セル結果若クハ危險ヨリ論斷セントスルモノニシテ更ニ種々ノ見解アリ

(イ) 相對的不能處罰說

目的又ハ手段ニ關スル絶對的不能ハ目的物カ全ク存在セス手段カ全ク結果ヲ惹起スノ力ナキモノニシテ其犯罪ハ實現スルコト能ハサルモノナルヲ以テ犯罪ノ成立不能トシ處罰セサルヲ可トス反之相對的不能ノ場合ニ於テハ犯罪ハ成立シ得ヘキ趨勢ヲ存スルモノナレハ未遂犯ト何等異ナル所ナシ

通常此說ニ對スル誹難トシテ論セラル、モノヲ見ルニ曰ク元來不能ニ絶對的相對的ノ二者ヲ認ムルハ解ス可カラス何トナレハ特定ノ所爲ト結果トノ間ニハ前者ハ後者ノ原因タルコトヲ得ルカ又ハ原因タルコトヲ得サルカ二者其一ヲ出テサレハナリ

(ロ) 事實的不能處罰說  
法律の不能ハ本來法定要素ノ欠缺ナレハ犯罪ヲ構成セサルモ事實的不能ハ常ニ犯人

以外ノ障礙ヨリ生スル未遂ノ場合ナルヲ以テ處罰ス可キモノナリ

然レトモ此說ニ反對スルモノハ曰ク元來不能ニハ法律上、事實上ノ區別ナシ例ヘハ盜犯ニ於テ他人ノ物ノ存在ヲ以テ法律上ノ要件トナスコトハ毫モ墮胎罪ニ於テ胎兒ノ存在ヲ法律上ノ要件ト爲スト異ナルコトナシ

(ハ) 手段ノ不能處罰說

目的物ニ關スル不能ハ處罰ス可カラス蓋シ目的物ハ總テノ犯罪行爲ニ付テ密接ノ關係ヲ有シ刑ノ輕重又ハ罪ノ成否ニ影響スルモノナリ故ニ犯罪意思カ遺憾ナク客觀的ニ活動終了セルニ係ラス目的物カ法律上不能ノ故ヲ以テ所期結果ノ發生無カリシ場合ハ行爲ノ犯罪性ヲ阻却スルモノナリ反之手段ハ刑罪ニ關係ヲ存スルコト鮮ク殊ニ手段不能ノ未遂ハ常ニ犯罪構成要件ノ客觀的欠缺ヲ前提トスルモノナルカ故ニ其未遂ハ犯罪意思ノ活動終了セサル時ニノミ存スルヲ以テ目的物不能ノ場合トハ其性質全ク異ル故ニ處罰セサル可カラス

(ニ) 危險處罰說

不能ノ絶對的ナルト相對的ナルトヲ問ハス苟クモ行爲カ結果ヲ惹起スル危險アルト

キハ未遂犯トシテ處罰シ之ナキ場合ハ不能犯トシテ處罰セサルヲ可トス而シテ其危険ノ有無ハ其行爲ノ當時ニ於ケル状態ニヨリ之ヲ決ス可キモノトス此說更ニ二分ル

(甲) 目的物ノ存在ヲ必要トスル說

危険ヲ以テ未遂ノ場合ト見テ處罰スルハ其前提トシテ行爲ノ當初ニ於テ既遂ニ至リ得ヘキ狀況ノ存スルコトヲ必要トナス目的物カ初ヨリ存在セサル場合ノ如キハ未遂既遂ノ問題ヲ生セス故ニ危険アリト爲スヘキ場合ハ目的物ノ存在スルコト、其目的物カ法律ノ構成要素ニ屬スル性質ヲ具備スルコト、手段ニ付テハ行爲ノ當初ニ於テ存在スル目的物ニ對シテ物理上ノ實害ヲ生シ得ヘキ力ノ具備スルコトヲ條件トス

(乙) 目的物ノ存在ヲ必要トセサル說

目的物ノ存スル場合ニ於テハ勿論其之ナキ場合ト雖モ格段的危険ノ存スルコトアリ此場合モ亦未遂犯ナリ

右諸說ノ中通說トシテハ客觀說中(ニ)殊ニ(甲)ヲ推サ、ル可カラズ吾輩亦其見ヲ同ウ

ス然レトモ吾輩ノ本來ノ見解トシテハ是等ノ諸說ト異ナリ不能犯ト未遂犯トハ全然其性質ヲ同ウセサルコトヲ前提トスルコト已述ノ如ク從ツテ理論上ハ未遂犯ヲ以テ處罰スルコト能ハス吾輩ハ主觀說ヲ以テ不能犯ヲ論セントスルモノナリ

立法例及裁判例

佛國刑法系ニ於テハ不能犯ニ關スル明文ヲ設ケス之ヲ未遂犯トシテ罰スヘキヤ否ヤヲ學說ニ委ネタリ

諸威刑法ハ目的物ノ存在スル場合ニ於テハ不能原因ノ何タルヲ問ハス未遂犯トシテ處罰スヘシト規定シ露國刑法モ不能犯ヲ處罰スルコト、ナシ只妄信ノ場合ノ如キヲ例外トセリ英國法ニハ實際ニ懷胎セサル婦女ニ對スル墮胎罪ヲ認ムル規定アリ其他ハンノーヴァー、バーデン、ユルテンベルヒ等獨逸聯邦國ニ於テハ手段若クハ目的物ニ關スル不能ヲ以テ法律上減刑ノ理由トシタリ

奧國刑法ハ實際其結果ニ到達シ得ラルヘキ行爲カ特定ノ原因ノ爲メ既遂トナラサリシ場合ノミヲ未遂罪トセリ

裁判例トシテハ一八四六年英國ノ裁判所ハ懷胎セサル婦女ニ對スル墮胎罪ヲ認メ合衆國



高等法院ハ夙ニ主觀說ヲ取り同國諸州ノ判例亦此種ノ未遂罪及ヒ財物ヲ所持セサル人ニ對スル竊盜未遂ヲ認ムルモノ、如シ一千八百八十年六月十日獨逸大審院ノ判決一千八百八十三年三月三十日、同年六月一日及ヒ一千八百八十八年二月二十七日ノ同判決ニ於テ懷妊セサル婦女ニ對スル墮胎未遂犯ヲ認メ佛蘭西ニ於テモ一千八百九十五年一月四日ノ判決ヲ以テ空虛ナル「ポッケット」ノ中ニ手ヲ差入レタル竊盜未遂犯ヲ認メタリ

曩ニ未遂犯ト不能犯トノ區別ヲ以テ結果ノ必然的發生點ニ達セサリシカ若クハ元來達スヘキモノナラサリシヤノ標準ニ歸セリ然レトモ之ヲ結果ノ上ヨリ見レハ達スヘキモノナラスシテ達セサリシモ亦達セサリシモノ、一ニ屬シ未遂犯ト稱スルコト固ヨリ不可ナラス故ニ別ニ不能犯處罰ノ規定ヲ存セサルモ之ヲ罰スル必要アル場合ハ解釋上未遂犯トシテ之ヲ見ル必シモ難カラス上述ノ判決例ハ蓋シ此理論ニ出ツルモノト云フヘシ畢竟スル所所謂不能犯ト云フハ學者ノ任意ニ説明スル名辭ニシテ法文ト直接ノ關係ナキナリ

### 第九章 併合罪

新法ニ所謂併合罪トハ舊刑法ノ所謂數罪俱發ト云ヘルニ當ルモノナレトモ數罪俱發トハ

意義其實ト合セス何トナレハ確定判決ヲ經サル數罪ハ必スシモ俱ニ發覺スルコトナク一罪既ニ確定裁判ヲ經タル後他ノ一罪ノ發覺スル場合ナキニアラス且確定判決前ノ數罪ハ其發覺ノ前後如何ヲ問ハス常ニ併合シテ之ヲ處斷スル等之ヲ數罪俱發ト稱スルコトノ妥當ヲ缺クモノアルト同時ニ之ヲ併合罪ト稱スルコトノ甚タ事理ニ適スルヲ以テナリ但シ併合罪ト稱スルモ各本條示スカ如ク多クハ各罪ヲ併合シテ一罪トナスノ謂ニアラス各罪ハ依然獨立シテ存スルモ其處罰ノミ之ヲ共ニスルノ義ナルコトヲ注意セラル可シ而カモ一罪ニ付キ已ニ處罰ヲ受ケタルトキハ併合サレタル他ノ罪ニ付キ又處罰ヲ受クルコト無キハ勿論ナリトス

元來一人カ數罪ヲ犯シタル場合ニ於テ其數罪ノ間特別ノ關係ヲ認メラル、場合ト然ラサル場合トアリ後者ニ付テハ別ニ論スヘキモノナシ前者ニ付テハ法ノ規定ニヨリ併合罪ト累犯トヲ生シ其取扱ヲ區分セラル第九章及第十章ノ規定是ナリ

### 第四十五條

確定裁判ヲ經サル數罪ヲ併合罪トス若シ或罪ニ付キ確定裁判アリタルトキハ止々其罪ト其裁判確定前ニ犯シタル罪トヲ併

合罪トス

(舊刑法第百條)

本條ハ併合罪ノ定義ヲ述ヘタルモノナリ併合罪トハ確定裁判ヲ受ケサル數罪ヲ謂フ(本條前段)若シ數罪ノ中或罪ニ付キ確定裁判アリタルトキハ今裁判確定セントスル罪ト其裁判確定前ノ罪トノミヲ併合罪トス(本條後段)例ヘハ甲乙丙丁戊ノ五罪アリ乙罪已ニ確定裁判アリタルトキハ乙罪ハ併合罪トナラス丁罪ハ丙罪ノ裁判確定前ニ犯サレタルトキハ甲丙丁罪ハ併合罪ナリ但シ裁判確定後ノ戊罪ハ併合罪ト稱スルコトヲ得ス(再犯ノ章、併合罪ト累犯トノ競合ヲ參照セラルヘシ)

換言スレハ併合罪トハ(一)同一犯人ニシテ二個以上ノ罪ヲ犯シタルコト(數人共犯トノ差)(二)二箇以上ノ罪カ確定裁判ヲ經サルコト(再犯トノ差)(三)若シ其一カ確定裁判ヲ受ケタルモノナルトキハ其罪ハ併合罪トナラス止タ自餘確定裁判ヲ受ケサルモノニ付テノミ併合罪ト稱ス

「數罪」トハ如何ナル意味ニ於テ之ヲ謂フカ第五十四條以下ノ説明ヲ參照セラル可シ

第四十六條 併合罪中其一罪ニ付キ死刑ニ處ス可キトキハ他ノ刑ヲ

科セス但沒收ハ此限ニ在ラス其一罪ニ付キ無期ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス可キトキ亦他ノ刑ヲ科セス但罰金、科料及ヒ沒收ハ此限ニ在ラス

第四十七條 併合罪中二個以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス可キ罪アルトキハ其最モ重キ罪ニ付キ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キ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

第四十八條 罰金ト他ノ刑トハ之ヲ併科ス但第四十六條第一項ノ場合ハ此限ニ在ラス  
二個以上ノ罰金ハ各罪ニ付キ定メタル罰金ノ合算額以下ニ於テ處斷ス

第四十九條 併合罪中重キ罪ニ沒收ナシト雖モ他ノ罪ニ沒收アルト

キハ之ヲ附加スルコトヲ得  
二個以上ノ没収ハ之ヲ併科ス

(以上舊刑法第百一條、第百二條、第百三條、刑法施行法第五十三條)

**第五十條** 併合罪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キ處斷ス

**第五十一條** 併合罪ニ付キ二個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没収ヲ除ク外他ノ刑ヲ執行  
セス無期ノ懲役又ハ禁錮ヲ執行ス可キトキハ罰金、科料及ヒ没収ヲ  
除ク外他ノ刑ヲ執行セス有期ノ懲役又ハ禁錮ノ執行ハ其最モ重キ罪  
ニ付キ定メタル刑ノ長期ニ其半數ヲ加ヘタルモノニ超ユル事ヲ得ス  
**第五十二條** 併合罪ニ付キ處斷セラレタル者或罪ニ付キ大赦ヲ受ケ  
タル場合ニ於テハ特ニ大赦ヲ受ケサル罪ニ付キ刑ヲ定ム

**第五十三條** 拘留又ハ科料ト他ノ刑トハ之ヲ併科ス但第四十六條ノ  
場合ハ此限ニ在ラス

二個以上ノ拘留又ハ科料ハ之ニ併料ス

以上各條ハ併合罪ノ處分方法ヲ定メタルモノナリ

以下一括シテ之ヲ説明セン元來併合罪ノ處分ニ三箇ノ提案アリ(一)ヲ吸收主義(二)ヲ併  
科主義(三)ヲ制限併科主義ト云フ

(一) 吸收主義

吸收主義トハ數罪中最モ重キ刑一個ヲ科スル主義ニシテ舊刑法ノ原則トシテ採用シタ  
ル所ナレトモ是ニ付テハ左ノ缺點アリ

- (イ) 已ニ一罪ヲ犯シタル者ニ對シ更ニ他ノ同等若クハ輕キ罪ヲ犯ス傾向アラシム
- (ロ) 已ニ一罪ヲ犯シタル者ニ對シ同等若クハ輕キ他人ノ罪ヲ引受クル便宜ヲ與フ
- (二) 併科主義

併科主義トハ各罪ニ相當スル刑ヲ併科スル主義ニシテ舊刑法ハ違警罪(第百一條)ニ此

主義ヲ認メタリ

(三) 制限併科主義

制限併科主義トハ數罪中最モ重キ刑ニ對シ或ハ罪數ニ比例シ或ハ豫定ノ刑期金額迄幾分ヲ併科スル主義ヲ謂フナリ

改正刑法ハ原則トシテ併科主義ヲ採用セルモ(第四十八條第一項、第四十九條、第五十三條)刑ノ種類ニ隨ヒ以上三主義ヲ適宜採用スルコトトナセリ即チ

一 併合罪中一罪ニ付キ死刑、無期懲役、無期禁錮ニ處スヘキ場合ハ他ノ刑ヲ科セス蓋シ罰金若クハ科料ヲ併科セサルハ其必要ナク死刑ト自由刑又ハ無期刑ト無期刑トヲ併科セサルハ其性質相容レサレハナリ(吸收主義第四十六條)

二 併合罪中二個以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス可キ罪アルトキハ其最モ重キ罪ニ付キ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ナス例ヘハ甲罪ノ刑ハ三年以下乙罪ノ刑ハ五年以下丙罪ノ刑ハ十年以下ナリシトシ丙罪ヲ以テ最モ重シトスルトキハ其長期十年ニ其半數五年ヲ加ヘタルモノ即チ十五年トス(第四十七條本文)但シ各罪ニ付キ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例ヘハ甲罪ハ

一年乙罪ハ三年丙罪ハ十年ナリトスレハ此場合ハ本文規定ノ如ク十五年トスルコトヲ得ス十四年ニ止メサルヘカラス(第四十七條但書)

(制限併科主義)但シ其合算期間内ニアリト雖モ二十年ニ超ユルコトヲ得ス(第十四條)要之罪ノ輕重、刑ノ輕重ハ第十條第一項、第二項ニ依リテ之ヲ決定シ其最モ重キ刑ノ長期ニ其半數ヲ加ヘタルモノヲ長期トスル併合刑ヲ定メ其長期以下ニシテ且ツ第十四條ノ規定ニ違反セサル範圍ニ於テ併合罪ヲ處斷スヘキモノトス

三 (イ)罰金ト死刑以外ノ他ノ刑(ロ)併合罪中重キ罪ニ沒收ナシト雖モ他ノ罪ニ沒收アルトキ(ハ)二箇ノ沒收(ニ)拘留及科料ト死刑以外ノ他ノ刑(ホ)二箇以上ノ科料ノ場合ハ併科主義ヲ採用セリ(第四十六條第一項但書、同第二項但書、第四十八條第一項、第四十九條、第五十三條)

四 裁判ヲ受クルモ確定裁判ヲ受ケサルモノナルトキハ併合罪タリ而シテ此場合ニ裁判ヲ經タル罪ト未タ裁判ヲ經サル罪トアルトキハ其未タ裁判ヲ經サル罪ニ付テハ更ニ之ヲ處斷シ(第五十條)斯クテ併合罪ニ付キ二箇以上ノ裁判アルトキハ其刑ヲ併セテ執行ス(併科主義)但シ例外アリ(第五十一條、但書制限併科主義)



之ヲ其行爲ト伴ハシムルコト無クンハ法律ノ問フ所ニアラス故ニ犯罪ノ基本ハ行爲ニ  
アリ是行爲ヲ以テ標準ト爲ス所以ナリ

舊刑法時代ノ大審院判例ハ人的法益ニ對スル犯罪ニ付テハ結果說ヲ採リシコト明治三  
十四年判決録第一卷六頁、第五卷二三頁、第六卷二四頁、三十七年第六卷五一頁等ニ明  
ナリ其他ノ法益ニ付テハ行爲說ヲ採レリ明治三十六年四月十六日ノ大審院判決ハ曰ク  
結局酒造税法ノ規定ハ各酒類毎ニ免許ヲ受ケシムルノ趣旨ナルヤ明カナリ從テ免許ヲ  
受ケスシテ數種ノ酒類ヲ製造シタルモノハ數箇異別ノ犯罪行爲ヲ爲シタルモノナレハ  
假令犯人ノ意思ハ繼續シタリトスルモ數箇異別ノ犯罪行爲ヲ以テ繼續シタル一犯罪ト  
云フヘカラス何トナレハ數箇ノ行爲ヲ以テ一ノ繼續犯罪トナスハ犯人カ繼續シタル同  
一ノ意思ヲ以テ同一ノ數行爲ヲ爲シタル場合ナラサルヘカラス若シ意思ヲ異ニシ又ハ  
行爲ヲ異ニスル場合ニ於テハ數箇ノ行爲ハ數箇ノ犯罪ヲ構成シ一個ノ繼續犯罪ヲ構成  
スルモノト云フヘカラサルヲ以テナリ而シテ本件被告ハ免許ヲ受ケスシテ濁酒、燒酎  
及清酒ノ三種ノ酒類ヲ製造シタルモノナレハ即チ三箇異別ノ犯罪行爲ヲ爲シタルモノ  
ニシテ三罪ヲ構成セサルヘカラサルニ拘ハラヌ云々

ナホ此判決ノ示スカ如キ免許ハ各酒類毎ニ之ヲ要スルノミナラス各製造場毎ニ之アル  
ヲ要スルヲ以テ製造場ノ異ナル毎ニモ亦同一理論ヲ應用シウヘキコト勿論ナリ(明治  
三十九年八月十四日大審院判例參照)吾輩ハ却テ今日ニ於テハ行爲標準ノ妥當ナルヲ  
認ム故ニ曰ク

犯罪ハ行爲アルヲ要素トス故ニ一行爲ニヨリテ一罪成立シ數行爲アレハ數罪アルヲ原  
則トス但シ特ニ法ノ規定アルカ爲メ種々ノ場合ヲ生スルコトアリ

(一) 一行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ル、アリ此場合ニ於テハ一行爲ニシテ數罪ヲ成立  
スルノ外形アリ(所謂想像上ノ數罪是ナリ第一項前段)

(二) 一行爲ト其手段若クハ結果タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ル、アリ是亦前者ニ同  
シ(所謂牽連罪是ナリ第一項後段)

一發ノ彈丸ヲ以テ人ヲ殺シ人ヲ傷ケ財物ヲ毀ツカ如キハ(一)ノ例ニシテ放火ノタメ  
第三者ノ積薪ヲ燒キ其火燄ヲ利用スルカ如キハ(二)ノ例タリ元來理論上一行爲ニ對  
シテ生セル外界ノ影響ハ總シテ之ヲ一結果ト見ルヲ可トス然レトモ社會ノ治安ヲ保  
維スル上ニ於テ是等各狀態ニ對スル關係ヲ別々ニ見法律上其評價ヲ異ニスルヲ要ス

ル場合アリ一行爲數罪ハ蓋シ此理ニ本クモノナリ  
想像上ノ數罪及ヒ牽連罪ハ一罪ナリヤ數罪ナリヤ立法者ノ意思果シテ如何學者或ハ

曰ク特ニ本條ヲ設ケタル所以ハ或ハ之ヲ一罪ト見テ前數罪ト區別シタルノ趣旨ナラ  
サルカ況ンヤ舊刑法第百二條、刑法第五十一條ノ如キ判決ヲ受ケタル他ノ罪トノ關  
係ヲ規定セサル所以ニ徴スルモ之ヲ一罪ト見一ノ罪名ニ付テ既ニ判決ヲ經タルトキ  
ハ後日他ノ罪名ノ發覺スルコトアリトモ更ニ之ヲ審理スルコトヲ許サ、ル精神ナル  
オヤト論セリ吾輩ハ想像上ノ數罪ニ付テハ此理論ヲ認ム然レトモ牽連罪ニ付テハ寧  
ロ反對ノ見解ヲ取ラントス

參考ノタメ想像上ノ數罪(牽連罪ヲモ含ム)ニ關スル從來ノ學說ヲ舉クレハ左ノ四種  
アリ

(イ) 一行爲ニヨリ數箇ノ結果ヲ惹起スルコトハ元來不能ナルヲ以テ此場合ハ一行爲  
一罪ナリ(一行爲一罪說)

(ロ) 決意ト結果トノ關係上罪數ヲ定メントスルモノニシテ想像上ノ數罪ハ數行爲數  
罪ノ場合ナリ(數行爲數罪說)

(ハ) 此說ハ各舉動ヲ支配スルノ意思ノ數ニヨリ罪數ヲ定メントスルモノニシテ行爲

ニ關シテハ(ロ)ト同一義ニ歸着スルモノナリ(數行爲一罪說)

(ニ) 行爲ニ關シテハ(イ)說ト同一見解ヲ取ルモノ罪數ニ付テハ(ロ)說ノ如ク結果ノ數ニヨリ  
ヲ定マルモノナリトスルモノナリ(一行爲數罪說)

吾輩ハ想像上ノ數罪(狹義)ニ付テハ一行爲一罪說ヲ採リ牽連罪ニ付テハ數行爲數罪  
ヲ採ルモノナリ大審院ハ(ニ)說ヲ採ル即チ明治三十七年一月二十一日ノ判例ニ曰ク

所爲カ數個ノ刑名ニ觸ル、トキハ其所爲ノ單一ナルノ點ヨリ一點ヲ構成ス可キヤ若  
クハ其所爲カ數箇ノ法律違反ヲ構成スルノ點ヨリ其法律違反ノ數ニ相當スル數箇ノ  
犯罪ヲ構成スルヤ換言スレハ犯罪ノ單一ナルヤ否ヤハ一ニ所爲ノ單一ナルヤ否ヤニ  
依リテ定ムヘキヤ若クハ法律違反ノ單一ナリヤ否ヤヲ標準トスヘキヤハ學者議論ノ  
一致セサル所ニシテ立法例モ亦々區々ニ出ツル所ナリ而シテ或ル立法ニ於テハ一所  
爲カ數個ノ刑名ニ觸レタル場合ニ付其中ノ尤モ重キ刑名ニ從ヒ處罰スヘキ旨ノ特別  
規定ヲ設ケ純然タル數罪俱發ノ場合ト區別スルモ我刑法ニハ此點ニ付何等ノ規定ヲ  
設ケサルヲ以テ其所爲ハ刑法第百條ヲ適用スヘキ數箇ノ犯罪ヲ構成スルヤ若クハ初

ヨリ一ノ刑律ヲ適用スヘキ單一ノ犯罪ヲ構成スヘキヤハ專ラ犯罪其モノ、觀念如何ニ依リテ定マルヘキモノトス蓋シ犯罪ハ刑罰ノ制裁ヲ附シタル有責ノ不法行為ナルヲ以テ此點ヨリ觀察スルトキハ行為其モノヲ以テ犯罪ノ基本トシ犯罪ノ單一ナルヤ否ヤハ其行為ノ單一ナルヤ否ヤヲ以テ唯一ノ標準トナスヘキモノト論スルコトヲ得ヘキカ如シ然レトモ法律カ不法行為ヲ爲シタルモノニ對シ犯罪人トシテ刑罰ノ制裁ヲ付スル所以ノモノハ他ナシ其行為カ特殊ノ法益ヲ侵害スルカ爲メニシテ其行為ヲナシタル犯人ヲシテ其行為ヨリ生シタル各個ノ法益侵害ニ對シ其責ニ任セシムルモノニ外ナラス是レ法律カ各個ノ法益侵害ニ對シ特ニ正條ヲ設ケ之ニ固有ナル刑罰ヲ設クル所以ニシテ各個ノ法益侵害ハ實ニ犯罪行為ノ基本要素ヲ形成スルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ犯罪ノ單一ナルヤ否ヤヲ定ムルニハ犯人ノ爲シタル法益ノ侵害ノ單一ナルヤ否ヤヲ以テ標準トスヘク犯人ノ所爲カ數箇ノ罪名ニ觸レ又ハ數回同一ノ罪名ニ觸ル、ニ於テハ其所爲ノ單一ナルト否トニ論ナク其法律違反ノ數ニ相當スル犯罪ヲ構成スヘキ筋合ナリトス之ヲ換言スルトキハ犯人カ其所爲ニ因リ法律ニ罰スル結果ヲ惹起シタルトキハ其結果ニ對シ其都度犯人トシテ責任ヲ負フヘク結果毎ニ

犯罪成立シ其結果ノ異ナルニ從ヒ犯罪モ亦異ナルノ結果ヲ生スルモノトス

(三) 一行爲數法ニ觸レ數罪成立セルカ如キ外形アルモ其數法互ニ獨立シ同位ニアル場合ナラサレハ以テ本條ノ適用アルコトナシ

想像上ノ數罪ニ二種アリイ各罪同種ナル場合例ヘハ一發ノ彈丸ヲ以テ三人ヲ殺スカ如シ故ニ數罪名ニ觸ル、モ之ニ適用スヘキ法條ハ只一アルノミロ各罪異種ナル場合例ヘハ一發ノ彈丸ヲ以テ人ヲ殺シ家ヲ壞ツカ如シ然レトモ此場合ニ於テ其各罪ヲ規定スル法條相獨立シ同位ニアルコトアリ或ハ次ニ述フルカ如キ種々ノ關係ニ立ツコトアリ前者ヲ此場合ニ於ケル法條競合ト云フ本條ハ此ニ關シテ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷スル旨ヲ定メタルナリ後者ヲ準法條競合ト云フ此場合ハ刑法ノ規定ニ俟ツヲ要セス一般法理ニヨリ別ニ適用スヘキ法條ヲ決スルモノトス左ノ如シ

(イ) 普通法ト特別法、二者競合スル場合ニ於テハ後者ハ前者ニ優ル同一ノ理由ニヨリ一般法令ハ特別法令ニ後レ複雜法ハ單純法ニ先タテ變態法、常態法亦然リトナス本刑法ト陸海軍刑法、第四百二十二條ト第四百十三條、第一章ノ規定ト第二十六章第二十七章第三十一章等此例ナリ



(ロ) 本法ハ補充法ニ優ル例ヘハ第八十一條ト第八十六條ノ關係ノ如シ

(ハ) 實害法ハ危險法ニ優ル例ヘハ第七十三條ト第七十四條ノ如シ

(ニ) 主法ハ屬法ニ優ル例ヘハ同一人ノ同行爲ニ就キ正、從二犯競合スル場合ノ如シ

(四) 數行爲アルモ法カ特ニ之ヲ數罪トシテ處罰セサル場合ハ一罪成立ノ外形スルノミ

前述ノ理由ト同シク數行爲ニ對シテハ數罪成立セリト認ムルコト當然ナレトモ法ハ

特ニ其行爲ト行爲トノ時間、方法、目的、客体ノ性質、客体存在ノ場所等ノ關係ヨ

リ之ヲ數罪トシテ處罰スルノ實益ナシト看做セル場合はナリ今二三ノ例ヲ舉タレハ

左ノ如シ

(イ) 所謂連續犯ノ場合(第五十五條ノ說明參照)

(ロ) 先ノ行爲後ノ行爲ノ爲メニ吸收セララルル場合

同一ノ性質ヲ有スル事物ノ經過ハ其程度ノ高マルニ隨ヒ總テ其低キモノヲ吸收ス  
トノ理論ニ本クモノニシテ例ヘハ豫備又ハ着手ノ行爲ハ之ヲ獨立ニ罰スルコトヲ  
得ヘキ犯罪ニ係ルモノト雖モ其實行迄進ミタル場合ニハ獨立ノ性質ヲ失ヒ後ノ行  
爲ニ吸收セララル(實害法ト危險法トノ場合ニ於ケル行爲ノ連續ノ如シ)

後ノ行爲迄進捗セル場合ニ於テ先行々爲ノ吸收セララル、コト前述ノ如クナリト雖  
モ未タ之ニ進捗セサル場合ニ於テ法條規定ノ罪名ニ觸ル、トキハ別罪ト見サル可  
カラサルコト勿論ナリ曾テ清酒約八斗一升餘ヲ製造シ尙ホ意思ヲ繼續シ清酒ヲ造  
ルノ目的ヲ以テ醪八斗七升ヲ醸造シタルモノアリシ場合ニ大審院ハ判決シテ曰ク  
(明治二十八年九月二十一日) 酒母醪及麴取締法ハ明治三十七年十二月三十一日法  
律第七號ヲ以テ公布セラレ又酒造税法中酒母及醪ニ關スル規定ハ同日法律第三號  
ヲ以テ删除セラレタリ而シテ酒母醪及麴取締法第九條ニハ「免許ヲ受ケスシテ酒  
母醪若クハ麴ヲ製造シタルモノ又ハ云々シタルモノニハ三十圓以上五百圓以下ノ  
罰金ニ處シ云々」トアリ又現行酒造税法第二十二條ニハ「免許ヲ受ケスシテ酒類  
ヲ製造シタルモノハ三十圓以上五千圓以下ノ罰金ニ處ス」トアリテ酒類製造ノ免  
許ヲ受ケサルモノカ酒類ヲ製造シタルトキハ酒造税法第二十二條ニ依リテ處罰シ  
未タ酒類ヲ製造セサルモ已ニ無免許ニテ酒母又ハ醪ヲ製造シタル以上ハ其目的ノ  
如何ニ拘ハラズ右取締法第九條ニ依テ處罰スルノ法意ナルコト明ナレハ原判決ニ  
於テ被告カ無免許ニテ明治三十八年一月中清酒ヲ製造シ尙ホ同年三月中醪ヲ製造

シタル事實ヲ認メタル以上ハ其醜ヲ製造シタルハ如何ナル意思目的ニ出ラタルヤヲ問ハス清酒製造ノ所爲ニ付酒造税法第二十二條ヲ適用スルト同時ニ尙ホ醜製造ノ所爲ニ付テハ右取締法第九條ヲ適用シ二罪俱發ナリトシテ處分セサルヘカラス云々

(ハ) 後ノ行爲前ノ行爲ノ爲メニ吸收セララルル場合

法律カ或ル一罪ヲ規定スルニ當リ之ヨリ生スル後ノ行爲ヲモ豫想シ居ルコトアリ此場合ハ後ノ行爲ニシテ假令獨立ノ一罪ヲ爲スモノタル場合ニ於テモ後ノ行爲ハ前ノ行爲ニ吸收セラレテ獨立ノ性質ヲ失フ

(ニ) 數個ノ行爲カ合シテ一罪ヲ爲ス場合

(所謂結合罪)

尙前三者ノ例ニ付キ詳述スレハ

(ニ)ノ場合トシテハ暴行ト取財ト二行爲ヲ合シテ強盜罪ヲ爲スカ如ク(ハ)ノ場合トシテハ(ハ)竊盜其盜ミタル贓物ヲ運搬スルモ第二百五十六條ノ罪ヲ成サ、ルカ如ク(ロ)ノ場合トシテハ放火者其家ノ側ニ在ル牆壁ヲ燃料トスルコトニ因リテ放

火ヲ實行セリトスルモ其燃料タル財物ニ對スル第四百十八條ノ罪ヲ負フコト無キカ如シ

尙ホ本條ノ說明ヲ終ルニ臨ミ注意スルコト、左ノ如シ

(イ) 茲ニ一言スヘキハ處罰セララル、コトヲ得ル行爲モ或ル犯罪行爲ノ必要ナル手段トシテ爲サル、トキハ已述ノ如ク其犯罪行爲ニ吸收セララル、コト多シ然レトモ是レ一

罪ニ吸收サル、カ爲メニ特ニ獨立處罰セラレサルモノニシテ始ヨリ無罪タルカ爲ニ處罰セラレサルニアラス

(ロ) 又必要ナル手段ハ常ニ目的タル犯罪行爲ニ吸收セララルト爲スモ誤レリ即チ人ヲ殺スノ目的ヲ以テ人ヲ殺スニ缺ク可カラサル兇器ヲ竊取スルモ獨立セル竊盜罪ヲ爲スカ如シ其目的ニ吸收セララル、ハ確實行々爲自体ノ具體的外形ヲ爲ス場合ニ限ル

(ハ) 犯罪ト其結果タル行爲(當然犯罪ヨリ生シ而カモ犯罪ノ構成要素ナラサルモノ)トハ區別スルヲ要ス例ヘハ殺人罪ニ續起スル屍體遺棄ノ如シ又郵便爲替券ヲ竊取シ之ヲ變換行使シテ金圓ヲ收受シタルモノハ竊盜及官文書偽造行使罪ヲ構成スルモ別ニ金圓收受ニ付詐欺取財罪ヲ存スル事無シ(明治三十三年判決錄第八卷)但シ犯罪後更

ニ其迹ヲ蔽ハンカ爲メニスル犯罪ハ別罪ヲ構成スルモノト解セラル、コト普通ナリ

「重キ刑ヲ以テ處斷ス」トハ法定刑ノ範圍内ニテ最モ重キ種類ノ刑ヲ極度迄適用スルノ謂ニアラスシテ數個ノ罪名中ノ最モ重キモノニ對スル刑ニ依リテ處斷スルヲ云フ  
本條ハ(一)及ヒ(二)ノ場合ニ於テ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷スル旨ヲ定メ沒收ニ付テハ之ヲ併科スルコト、シタリ

### 第五十五條

連續シタル數個ノ行爲ニシテ同一ノ罪名ニ觸ル、トキ

ハ一罪トシテ之ヲ處斷ス

本條ハ所謂連續犯ヲ規定シタルモノナリ茲ニ連續犯ニ關スル說明ヲ爲サントス  
思フニ犯罪ハ行爲アルヲ要素トシ一行爲ニヨリテ一罪成立シ數行爲アレハ數罪アルヲ原則トスルコト已ニ述ヘタル所ナリ連續犯トハ例ヘハ甲男數回乙男ノ妻タル丙女ト姦通セルカ如キ或ハ甲者數回或ル戸締ナキ乙者ノ倉庫ニ侵入シテ引續キ米穀ヲ竊取スルカ如キヲ云フ者ニシテ甲男若シ乙女ト姦通スル傍更ニ有夫ノ丁女トモ姦通スルカ如キ或ハ甲者カ乙者及ヒ丙者ノ倉庫ニ於テ竊取行爲ヲ爲セルカ如キ或ハ甲者カ時ヲ異ニシ各別ノ犯意

ニ因リ數回乙者ノ倉庫ニ於テ竊取行爲ヲ爲セルカ如キハ何レモ連續犯ト稱ス可カラサルモノタリ

吾輩ハ連續犯ヲ以テ數罪ナリト信スルモノナレトモ之ヲ連續一罪ナリトスル有力ナル學說少ナカラス事頗ル重要ナル問題ニ屬スルヲ以テ其大要ヲ述ヘン

#### 甲、主觀說

各行爲ハ一箇概括的ノ決心ニヨリ派出スルモノナルヲ以テ相互ニ連結統合シテ一罪ヲ成スモノナリト説ク我大審院亦曾ツテ此説ト形式ニ於テ同一ナル判決理由ヲ示セリ

#### 乙、客觀說

此説ハ主觀的ヨリハ寧ロ客觀的外形ニ重キヲ措キ以テ一罪タルノ證明ヲ爲サントスルモノニシテ更ニ種々ノ説ニ分ル即チ或ハ

(イ) 數行爲カ同時ニ行ハレ若クハ時ノ關係ニ於テ相連接スルヲ理由トナスモノ

(ロ) 各行爲ノ種類ノ同一ナルヲ條件トスト云ヒ行爲ノ同種ナランカ爲ニハ同一ノ法益ニ

對シテ類似ノ方法ヲ以テ行ハル、ヲ要ストシ

(ハ) 犯行方法ノ類似スルノミナラス同ニ法文ニ違反スルヲ條件トスルモノ

(ニ) 結果ヲ重シトナシ犯罪ノ箇數ハ要素タル結果ノ單一ナルニヨリテ定マルトナシ其結果ノ單一ナルハ事實上ニ於テ云フニアラス法律上之ヲ云フモノナレハ左ノ制限ヲ必要トスト認ムル説等はナリ

(一) 人ノ一身ト離レテ存在スルコト能ハサル法益例ヘハ生命、身体、健康、名譽、節操ノ如キハ被害者毎ニ其結果獨立ス故ニ犯罪ハ被害毎ニ成立ス

(二) 人ノ一身ト離レテ存在スルコトヲ得ル法益ニ付テハ同一ノ監督内ニアルヤ否ヤニ因リテ結果ノ數ヲ定ム即チ數個ノ物件ニシテ數人ノ手ニ屬スルモノモ同一ノ倉庫内ニアリテ包括的監督内ニ存在スル場合ニハ其數物件ヲ侵害スルモ數結果ヲ生スルコトナク從テ數罪ヲ構成スルコトナシ

(三) 法益ニ對スル侵害力其分量、程度ニ於テ擴大スルコトヲ得ル性質ノモノナルトキハ數箇ノ侵害モ畢竟唯一ノ大ナル侵害ニ統一セラルヘキヲ以テ數罪ヲ構成スルコトナシ例ヘハ先ツ其手ヲ斬リ次ニ其足ヲ斬リ(第二百四條)遂ニ其生命ヲ絶ツモ(第二百五條)殺人ノ一罪ニ統一セラル、カ如シ

(四) 數箇ノ侵害行為カ法律上一結果ニ對シテ統一セラル、場合ハ何レモ同一法條ニ觸

ルルモノナラサル可カラス例ヘハ同一人ニ對シテ先ニ欺罔取財(第二百四十六條)ヲナシ後ニ強盜(第二百二十六條)ヲ爲セリトセンニ此二行為ハ一罪ニ統一セラルヘキモノニアラス

(五) 數箇ノ侵害行為カ法律上同一結果ニ對シテ統一セラル、爲メニハ其數行為ノ間ニ時間ノ繼續的關係無カルヘカラストスルナリ

丙、折衷説

此説ハ前二説ヲ折衷セルモノニシテ主觀的且ツ客觀的ニ双面ヨリ立言セルモノナリ即チ數箇ノ行為カ一犯罪ニ統一セラル、爲メニハ其行為ニ因ル侵害力一結果ニ擴張增大セラ

ル可キモノナルコトヲ要スルト同時ニ斯克セントノ單一決意ヨリ出テタルモノナラサル可カラス

右ノ如キ諸説アリテ各巧妙ナル辯明ヲ爲セリ我大審院ノ判決例ニ依ルモ其主義一定セス或ハ犯人カ一ノ犯罪ヲ行ハントスルノ決意ヲ爲シ其決意ノ實行上犯罪遂行ニ必要ナル數個ノ所爲ヲ爲シタル場合ニ其各所爲カ互ニ相連絡シ犯人カ當初希圖シタル目的ノ範圍内ニ於テ此等ノ行為ヲ爲シタルモノナルニ於テハ各箇ノ所爲ハ獨立ノ犯罪ヲ構成セスシテ

相共ニ一罪ヲ構成ス而シテ其行爲ノ日時場所ノ異同ハ之ヲ問フノ要ナシトシ（明治三十二年九月二十九日判決）或ハ一箇ノ意思ヲ繼續シテ數箇ノ犯罪行爲ヲ行ヒタルトキハ其數箇ノ行爲ハ之ヲ一罪トシテ處斷スヘキモノトシ（明治三十八年二月七日宣告及明治四十一年一月十五日宣告等）或ハ同一ノ目的ヲ以テ同種同性質ナル數箇ノ所爲ヲ行ヒタルトキハ之ヲ一罪トストシ（明治三十八年二月十四日宣告）或ハ場所ヲ異ニシテ犯サレタル所爲ト雖モ犯人ノ意思及其所爲ノ性質ニ因リ相共ニ一罪ヲ構成スルコトヲ妨ケストナシ（明治四十一年六月二十二日宣告）タリ

之ヲ要スルニ連續犯ヲ數行爲ニ因リテ成サル、ニモ係ラス之ヲ一罪ナリトスル說ハ其行爲爲自体ハ複數ナルモ此等ノ行爲カ統一ノ決意ニ出テ同一ノ法律利益ニ對シ法律上同種ノ方法ヲ以テ實行セラル、モノナルニ由リ其性質ヲ同一ナリトシ多數ノ行爲ヲ統一連續スルコトニ因リ一罪トシテ說明セントスルモノナリ

然レトモ理論ヲ貫徹スルトキハ犯罪トハ刑罰法令ニ於テ列舉サレタル行爲ナルヲ以テ其行爲如何ニ同種ナルモ其罪如何ニ輕微ナルモ一度其罪ヲ犯サハ是レ一行爲ニシテ一罪ヲ成立シ其行爲ノ數毎ニ犯罪ヲ成立スルモノナルコト毫モ疑似ノ餘地ナキナリ是レ刑法上

ノ原則ニシテ苟クモ法ノ明文上之ヲ併セテ一罪トスルノ規定ナクンハ當然之ヲ數罪トシテ處罰スルコト固ヨリナリ只連續犯ノ如キハ假令數罪トシテ罰スルモ實際ノ適用上ハ數罪俱發若クハ併合罪ノ例ニ依リ一罪ノ刑又ハ一箇ノ刑ニノミ處セラル可キモノニシテ之ヲ數罪トシテ處罰スルノ實益ナク寧ろ法律上ノ便宜問題トシテ之ヲ一罪ト見ルノ說近時刑事立法上ノ主義トナリ諸國ノ採用セントスル所ナリ本條亦此例ニ從ヒ（一）連續犯ノ行爲ノ數個ナルコト（二）其本質上ハ數罪ヲ成立スルモノナルコト（三）シカシ法律上特ニ一罪トシテ處罰スヘキモノナルコトヲ明ニセリ舊刑法ハ如此規定ヲ存セサリシヲ以テ適用上種々ノ議論ヲ生シタリキ但シ現行法上ノ議論トシテ何等ノ明文ナキニ拘ラス一罪トシテ處罰スヘシト高言スルカ如キハ固ヨリ誤謬ノ甚シキモノニシテ或ハ決心又ハ犯意ノ特定若クハ概括ノ一箇ノモノナルコトヲ理由トシ或ハ同一犯意ニ基ケル數多ノ働作ニシテ結局相集リテ一ノ行爲ヲ成スモノナリトノ理由ヲ以テ連續犯カ結局一罪ヲ成スモノナリト説明スルモノアレトモ共ニ採ルニ足ラス

然ラハ數行爲存在シ從ツテ數罪成立スルニ拘ラス同一罪名ニ觸ル、トキハ一罪ヲ以テ處罰スル場合ノ連續犯トハ如何ナル種類ノ行爲ニ因ル如何ナル犯罪ヲ意味スルモノナルヤ

吾輩ハ左ノ條件ヲ具フルヲ以テ足レリト信ス

(一) 被害法益カ單一ナルコト

但シ茲ニ一言セサルヘカラサルハ已ニ一罪ヲ主張セル客觀說ノ場合ニ述ヘタルカ如キ人ノ一身ト不可分離關係ヲ有スル法益ハ各人毎ニ獨立スルコト、人ノ一身ト雖ル、コトヲ得ル法益ニ付テハ其監督ノ單一ナルヤ否ヤノ數ヲ標準トスルコト是ナリ別箇ノ法益侵害ハ獨立ノ犯罪ヲ構成スルモノトス而シテ各箇ノ法益侵害カ別異ナル犯意ノ發動ニ基クヤ將タ同一目的ヲ遂行スル爲メ同一意思ノ發動ニ因ルヤハ之ヲ問フノ要ナシ又假令數箇ノ法益侵害ノ所爲カ互ニ原因結果ト爲リテ相連絡シ犯人ノ目的ヨリ之ヲ包括的ニ觀察スルコトヲ得ル場合ト雖モ法律カ特別規定ヲ設ケテ單一罪ト爲サ、ル限リ裁判所ハ之ヲ數罪トシテ處分スヘキモノトス(大審院判決明治四十一年三月五日宣告)又數人ヲ侵害スルノ目的ヲ以テ誣言ヲ爲シタル場合ニハ其被害者ノ數ニ應シ各獨立シテ數箇ノ誣告罪ヲ構成スルモノトス但シ數人ニ對シ日時ヲ異ニシテ數回誣告ヲ爲シタル場合ト雖モ其告訴ノ事實同一ナル以上ハ各被害者ニ對シ各一罪ヲ構成スルニ過キサルモノトス(同明治四十年十月二十一日宣告)

(二) 統一的決意ニ依リ同種ノ方法ヲ以テ侵害スルコト  
(三) 同一罪名ニ觸ル、コト

同一罪名ニ觸ル、トハ同一刑法法條ニ該當スル意味ニシテ是亦已ニ他ノ說明ニ於テ盡セル所ナリ但シ同一法條ニアラスト雖モ一法條ニヨリ他法條ノ罪トシテ處罰スヘキ行爲例ヘハ第七十八條ト第七十七條ノ罪トハ連續犯トナル場合有ルヘク又同一法條ニ擇一的ニ規定セラレアル場合例ヘハ第二百三十六條ノ如キハ其數行爲ヲ併用スルモ亦連續犯タリ得ルモノナルコトヲ注意スルヲ要ス

連續犯ト他ノ類似犯トノ差異

連續犯ト想像上ノ數罪、牽連罪、結合罪トノ區別ハ已ニ前條以來說明セル所ニヨリテ明白ナルヲ以テ茲ニハ持續犯、職業犯、慣行犯トノ關係ノミヲ掲クルコトトセン  
慣行犯トハ同種ノ慣習的行爲サヘ繰返サルレハ其各行爲間決意ノ統一的ナルヲ要セサル點ニ於テ連續犯ト異ル例ヘハ第八十六條第一項ニ「常習トシテ博戲又ハ賭事ヲ爲シタルモノ」トアルカ如キ即チ是ナリトス  
職業犯トハ同種類ノ行爲ヲ繼續的ニ繰返シ若クハ繰返サンコトヲ目的トスル犯罪ニシテ

之ヲ職業的ニ爲スモノヲ云フ例ハ免許ヲ得ルコト無クシテ醫業ヲ營ムカ如シ（醫師法第十一條、移民保護法第二十三條參照）職業犯中營利ヲ目的トスルモノト然ラサルモノトヲ分チテ前者ヲ營業犯ト稱シ後者ヲ狹義ノ職業犯ト云フコトヲ得  
持續犯トハ單一ナル行爲ヲ以テ持續的ニ特定ノ法益ヲ侵害スル場合ノ犯罪ヲ云ヒ不法ノ狀態カ間斷ナク繼續スルヲ特性トシ而カモ繼續スルコトニ由リテ始メテ其罪ノ成立ヲ見ルナリ例ヘハ不法監禁罪（第二百二十二條）ノ如キ是ナリ連續犯ハ之ニ反シテ必ジモ持續ヲ要件トセス一行爲毎ニ一罪ヲ成立スルノ性質ヲ有スルモノナリ

此ノ如ク此等ノ犯罪ハ連續犯ト其性質ヲ異ニスルモノナレトモ其一罪トシテ處罰サル、モノナルコトハ相同シ即チ數箇ノ所爲ヨリ成立スル外形アルモ其性質上一罪ヲ構成スル場合ト元來數箇ノ犯罪ヲ構成スヘキ行爲カ法律ノ規定ニヨリ一罪トシテ處罰サル、場合トハ共ニ處罰上同一運命ノ下ニ屬スルモノニシテ公訴ノ時効及ヒ訴追處罰ノ目的トノ關係ニ於テ各行爲ハ一團トシテ觀察セラル可キモノナルコト判例モ亦認ムル所ナリ明治三十七年十二月二十二日ノ大審院判決ハ曰ク凡ソ單一ナル犯罪ハ刑罰ノ目的タル違法行爲ノ單位ヲ形成シ分割ノ觀念ヲ容レサルヲ以テ單一罪カ數個ノ所爲ヨリ成立スル場合ト

雖モ各箇ノ所爲ハ一罪ノ一部トシテ包括的ニ之ヲ觀察シ之ニ擬スルニ同一ノ刑律ヲ以テスルコトヲ要シ箇々別々ニ之ヲ觀察シ其各箇ニ對シテ別々ニ擬律ヲ爲スヘキモノニアラス從テ一罪ヲ構成スル各箇ノ所爲ハ常ニ其運命ヲ共ニスヘキモノニシテ一部分消滅シ一部分存續シ得ヘキモノナラサルヤ明ナリ故ニ一ノ犯罪ハ全部公訴ノ時効ニ罹ルカ若クハ全部訴追處罰ノ目的トナルカ二者中必ス其一ニ居ルコトヲ要シ其一部分モ尙ホ公訴ノ目的トナルコトヲ得ルニ拘ハラス他ノ一部分ハ早ク已ニ公訴ノ時効ニ罹ルカ如キハ絶エテ之アルコトナシ此點ハ數多ノ所爲カ其性質ニ於テ一罪ヲ構成スルト本來數箇ノ犯罪ヲ構成スヘキ所爲カ法律ノ規定ニ依リ相共ニ一罪ヲ構成スルトキトニ依リテ差異ヲ生スルコトナシ云々

此ノ如ク連續犯ハ一罪トシテ處罰セラル、モノナルカ故ニ其結果トシテ當然

- (甲) 連續犯ノ一部ニ關シテ第三者之ニ參加スルコトアルモ犯罪ノ連續性ハ毫モ之カ爲メニ變更サル、コトナク只之ニ參加セル第三者カ共犯タル問題ヲ生スルノミ
- (乙) 連續犯ノ一部ニ付テ起訴アリタルトキ（親告罪タルト否トヲ問ハス）ト雖モ裁判所ノ審理ハ全部ニ亘ラサル可カラス尙ホ起訴後ニ連續シタル部分ニモ審理ヲ及ホスモノト

ス蓋シ起訴ハ犯罪ノ連續ヲ中斷スルモノニアラサレハナリ

(丙) 連續犯ノ一部ニ付キ確定判決アリタルトキハ判決以前ノ他ノ部分カ後ニ至リテ發覺スルコトアルモ更ニ處罰サル可キモノニアラス

(丁) 連續犯ニ於ケル各部ノ行爲ハ一團トシテ處罰セラル可キ性質ヲ有スルモノナルヲ以テ犯法行爲連續中刑法ノ變更アリタル場合ニ於テモ之ニ適用セラル可キ法律ハ一アツテ二ナシ即チ其輕キモノヲ適用スルナリ

(戊) 連續犯カ已ニ確定判決ヲ經タル後ニモ尙ホ連續スルトキハ判決以後ニ於ケル部分ハ別箇ノ犯罪タル可ク從ツテ更ニ處罰セラル蓋シ確定判決ハ犯罪ノ連續ヲ中斷スルモノナレハナリ

(己) 各行爲ハ一團トシテ法ノ支配ノ下ニ立ツヘキ性質ヲ有スルヲ以テ最後ノ行爲ト最初ノ行爲トハ一體ノ關係アリ從ツテ最後ノ行爲カ時効ニ罹ラサル以上ハ最初ノ行爲モ亦牽連訴追セラル、モノナリ

連續犯ノ問題ニ關係アルヲ以テ茲ニ印紙税法ニ依ル通帳 判取帳等ニ相當印紙ヲ貼用セサル犯罪ノ性質ニ付テ簡論スル所アルヘシ但シ一言ス可キハ此問題ニ付テハ學者間ニ於

テモ實際家ノ間ニ於テモ議論取扱概一セサルカ故ニ吾輩ハ單ニ議論トシテ茲ニ自家ノ見解ヲ述フルニ止ムルノミナルコト是ナリ  
論述ノ順序トシテ左ノ項目ニ分タン

- (一) 帳簿ニ對スル印紙税法違反罪ノ性質
- (二) 此犯罪ニ對スル時効ノ起算點如何
- (三) 一旦處罰サレタル後尙ホ印紙不貼用ノ儘之ヲ使用スルコトヲ發見シタル場合ハ更ニ之ヲ處罰スルコトヲ得ルカ

(一) 帳簿ニ對スル印紙税法違反罪ノ性質

已ニ説明セル所ニヨリ時間上ノ關係ニヨル犯罪ノ分類トシテハ左ノ一ヲ認ムルコトヲ得ヘシ(吾輩ノ獨斷的分類ナレハ普通學者ノ説ク所ト一致セサル所アリ又其未タ論及セサル所ノモノアリ例ヘハ持續犯ノ小分類ノ如シ)





即成犯トハ犯罪ノ既遂ト終了トカ殆ント同時ニ存スルモノヲ云ヒ繼續犯トハ犯罪成立ニ際シ其狀態長ク繼續シ若クハ繼續シ得ル場合ニ存ス而シテ法律上ノ繼續犯トハ犯罪的狀態ノ繼續テフコトカ其犯罪ノ成立ニ法律上ノ必要條件タルモノヲ云ヒ事實上ノ繼續犯トハ必シモ此ノ如ク必要條件ニハアラサレトモ事實上其狀態カ存續スルモノナリ但シ事實上ノ繼續犯ニモ犯罪成立ノ事實ニ於テ多少時間ノ繼續ヲ必要トスルモノナキニアラス不法監禁罪ノ如キ是ナリ但シ固ヨリ法律上ノ繼續犯ノ如クニハアラサルナリ慣行犯、職業犯、持續犯、連續犯ノ性質及其差違ニ付テハ已ニ連續犯ヲ説明スルニ當リテ陳ヘタル所ナルヲ以テ之ヲ畧ス

更ニ持續犯ヲ分テテ假ニ制限的及無制限的ノ二トナス無制限的トハ犯罪狀態ノ事實上長日子間繼續シ得ヘキモノヲ云ヒ不作爲ノ持續犯ニ付テハ不作爲、作爲ノ持續犯ニ付テハ其作爲ノ存在スル間ハ何日迄モ犯罪狀態繼續スル性質ヲ有ス制限的トハ作爲ニマレ不作爲ニマレ一定ノ期間存續スルトキハ法文規定上ノ犯罪構成條件トノ關係上當然終了スルモノナリ

已ニ關係犯罪ノ梗概ヲ説明シタルヲ以テ本問題カ何レノ犯罪ニ該當スルヤヲ考フルニ

印紙稅法第一條ハ……帳簿……ヲ作成スル者ハ此法律ニ依リ印紙稅ヲ納ムヘシト定メ更ニ第四條ハ……帳簿ニ關シテハ……帳簿ハ一冊一年以内ノ附込ニ對シ下ニ定ムル所ノ印紙稅ヲ納ムヘシト定ムルヲ以テ此レニ違反スル罪ノ性質ニ付テハ

第一ニ此犯罪ハ作成スル帳簿ニ印紙ヲ貼用セサル罪ニシテ作成ト共ニ犯罪ハ既遂トナルモ或ル時期(印紙ヲ貼用スルカ若クハ帳簿ノ使用ヲ止ムレハ犯罪狀態ハ終了ス)迄ハ其違法狀態繼續ス故ニ固ヨリ即成犯ニアラス從來人即成犯說ハ犯罪ノ既遂ト終了トヲ混シ即時犯ト即成犯トヲ區別セサル謬論ニシテ辯駁ノ價值ナシ

(注) 學者往々即時犯ト即成犯トヲ同一觀念ノ如クニ説クモノアリ謬レリ吾輩ハ即時犯トハ行爲ノ終了ト犯罪ノ既遂ト同時ニ起ル場合(例ヘハ或ル種ノ家宅侵入罪)ヲ指シ即成犯トハ犯罪ノ既遂ト終了トカ同時ニ起ル場合(多クノ犯罪ハ皆ナ此類ナリ)ヲ指シ以テ二者ノ區別ヲ明ラカナラシムルハ複雑ナル法理ノ研究ニ於テ甚タ必要ナリト信ス

第二ニ此犯罪ハ作成ト同時ニ成立スルモノナルヲ以テ法律上其成立ニ時間ノ繼續ヲ要件トスル法律上ノ繼續犯トハ異ル從テ事實上ノ繼續犯ナルコト明ナリ

第三ニ此犯罪ハ一冊ノ帳簿ヲ要素トシ同種ノ行為カ障害ナク繼續スル間帳簿ハ不可分の關係ヲ有スルカ故ニ普通連續犯ノ如ク何レノ行為ヲ分離スルモ各自獨立ノ犯罪タリ得ヘキ性質ノモノトハ異ル故ニ連續犯ニアラスシテ持續犯ナリ

第四ニ印紙税法第四條ハ一冊年以内ノ附込ヲナスヘキ帳簿ノ作成ニ際シテ印紙ノ貼用ヲ命ス(一年以上使用スレハ更ニ新ナルモノト看做ス)ルカ故ニ帳簿ノ作成ト同時ニ成立スル犯罪状態ハ一年以内ハ現實ニ存續シ附込期限ノ終了ト共ニ終了ス但シ終了ハ固ヨリ消滅ト異ルコトヲ注意スヘシ故ニ本罪ハ吾輩ノ所謂制限的持續犯ニ屬シ廣義ニ於ケル繼續犯ノ一ナリトス

(註ノ一)

一旦成立セル印紙税法違反罪ハ何ニ由リテ終了(消滅ニアラス)スルヤ曰ク少クトモ左ノ一ノ理由ヲ存セサルヘカラス

(イ) 其帳簿ニ印紙ヲ貼用スルカ

(ロ) 其帳簿ノ使用ヲ止ムルカ

ハ 附込期間ヲ滿了スルカ

(注ノ二)

本罪ハ作成シタル帳簿ニ印紙ヲ貼用セサル罪ニアラスシテ作成スル帳簿ニ印紙ヲ貼用セサル罪ナリ故ニ換言スレハ作成使用シタル帳簿ニ印紙ヲ貼用セサル罪ニアラスシテ寧ロ印紙ヲ貼用セスシテ帳簿ヲ作成使用スル罪ナリト云ハサルヘカラス

故ニ一旦不貼用ノ儘四月迄使用シ來リタルトキハ五月ニ至リテ假令印紙ヲ貼用スルモ爲メニ法理上ハ其以前ノ違法行為ヲ阻却スルコト能ハス何トナレハ已ニ一度成立セル犯罪ハ其後ノ適法行為ニヨリテ溯舊的ニ虛無ニ歸シ若クハ抹消セラレヘキモノニアラサルコト猶ホ一旦人ノ物ヲ竊盜シ後ニ至リテ悔イ之ヲ舊主ニ還附スルモ當然無罪ノ人タルコト能ハサルカ如シ

學者或ハ本罪ヲ以テ純然タル不作爲犯トナス謬レリ固ヨリ其不作爲犯タリ作爲犯タルノ故ヲ以テ罪ノ成立期若クハ終了期ニ何等異同ヲ來スモノニアラスト雖モ元來本罪ハ印紙不貼用ト帳簿ノ作成トノ二要件ニ依リテ成立スルモノニシテ純然タル不作爲ニアラス一面ヨリ云ヘハ作爲犯ニシテ一面ヨリ云ヘハ不作爲犯ナリ而カモ一年以内ノ附込ヲ以テ終了スルモノナルニ於テハ則チ一ナリ抑モ作爲不作爲ノ

二種ハ行爲自身ニ於テハ其區別固ヨリ明瞭ナルモ之ヲ適用スルニ付テハ其關係密接ニシテ分ツヘカラス例ヘハ殺人罪ノ一タル嬰兒殺ハ斬又ハ撃テフ作爲ニヨリテモ犯サルヘク又不養育、不哺乳テフ不作爲ニヨリテハ犯サル、コトヲ得ルカ如シ元來消極ト云ヒ積極ト云フハ一物ニ對スル双面的觀察ニシテ全ク關係ナキ別種ノモノニハアラス命令法規ニ對シテハ不作爲犯アルコト常ナレトモ作爲犯モ亦之ナキニ非ス禁止法規ニ對シテハ作爲犯アルコト常ナレトモ不作爲犯モ亦之ナキニアラス事物ヲ單純ナル器械的ニ觀察シテ作爲不作爲ノ二トナシ不可分關係ガキモノ、如ク説クハ極メテ幼稚ナル思想ニシテ命令法規ニ對シテハ作爲犯ナシト主張セル佛法學者ノ已ニ前車ノ誠ヲ爲スアリ然ルニ今日ノ學者ニシテナホ其轍ヲ踏ム（故意若クハ怠慢ヨリ）者無キニアラス讀者須ラク心シテ可ナリ

## (注ノ三)

印紙税法第一條ニハ財産權ノ創設移轉變更若ハ消滅ヲ證明スヘキ證書帳簿及財産權ニ關スル追認若ハ承認ヲ證明スヘキ證書ヲ作成スル者ハ此法律ニ依リ印紙稅ヲ納ムヘシトアリ而シテ作成ナル語ハ其意義明瞭ヲ缺クヲ以テ論者或ハ此場合ニ於

## (二)

ケル證書ト帳簿トノ作成ヲ同一視シ單純ナル作成ト共ニ犯罪ハ既遂トナリ且ツ同時ニ終了スト説クモノアリ從來ノ即成犯説是ナリ蓋シ誤解ナリ帳簿ハ其内容ニ於テ同種事項ノ連續の附込ヲ意味シ其連續の附込ノ統一即チ實質的帳簿ノ觀念ナリ其作成ハ證書ノ如ク單純ナラスシテ連續的複雜ヲ意味ス證書ノ場合ニ於テハ其目的トスル所ノ一種ノ内容ヲ記載シ終ルト共ニ其作成ハ終了ス之ニ反シ帳簿ノ場合ニ於テハ用紙ノ綴了ト其帳簿タルノ標彰トニヨリテ其形式的作成ハ終了シ次ニ或ル一事項ノ附込ト共ニ其實質的作成ハ開始ス、只開始スルノミ證書ノ場合ノ如ク直ニ終了スルコトナシ蓋シ其連續的附込ノ統一タル性質上當然ノ結果ニ屬シ其終了ハ目的トスル事項ノ附込ノ終了ト相隨伴セサル可カラス而シテ其目的トスル事項ノ附込ハ原則トシテ一箇年間ニ生起スルモノニ限ラル、ヲ以テ實質的作成ノ終了亦之レト運命ヲ同ウスルモノト解スルコト法理上文理上最モ妥當ナリ隨ツテ作成ヲ要素トスル犯罪亦之レト共ニ推移シ作成ノ開始ト共ニ既遂トナリ作成ノ終了ト共ニ犯罪行爲終了スルモノナルコト何等疑ヲ容スヘキ理ナカルヘキナリ

此○犯○罪○ニ○對○ス○ル○時○效○ノ○起○算○點○如○何○

犯罪ノ時効ハ犯罪終了ノ時ヨリ起算ス可キコト固ヨリ説明ヲ俟タサルヲ以テ帳簿附込期限ノ終了ト共ニ時効ハ進行スルモノトス而シテ持續犯モ亦連續犯ト同シク其構成要素アル各行爲ハ一罪トシテ統括的ニ處罰セラルヘキモノナルコト已ニ述ヘタル如ク從ツテ連續犯處罰ノ結果ヲ説明セル(三)ノ如ク最初ノ行爲モ亦最終ノ行爲ト時効ノ關係ニ於テ一團ヲ爲ス

(三) 一旦處罰サレタル後尙印紙不貼用ノ儘之ヲ使用スルコトヲ發見シタル場合ハ更ニ之ヲ處罰スルコトヲ得ルカ

已ニ前段(戊)ノ説明セルカ如ク確定判決ハ總テ犯罪ノ連續又ハ持續ヲ中斷スルモノナルヲ以テ其以後ノ違法行爲ハ更ニ新ナル犯罪ト見ルヲ可トス從ツテ又之ヲ處罰スルヲ妨ケス是レ理論上何等ノ疑ナキ所ナリト信ス然レトモ同一ノ論結ハ犯人カ罰金又ハ科料ニ相當スル金額ヲ納付スヘキ通告ノ旨ヲ履行シタル場合ニモ適用セラルヘキヤハ多少ノ疑問ナリ然リト雖モ吾輩ノ信スル所ニ依レハ通告ハ純然タル行政處分ナレトモ財政刑法ノ執行ニ關スル特別ノ手續ニシテ犯人若シ通告ノ旨ヲ履行スルトキハ同一事件ニ付テ更ニ訴追セラル、コトナク通告ヲ履行セサル場合ニ於テ始メテ裁判上ノ手續キヤ

惹起スルノミ故ニ通告ノ旨ヲ履行スルハ該問題ニ關スル確定的ノ結末ニシテ通告以前ノ犯罪行爲ハ一團トシテ茲ニ斷絶スルコト何等確定裁判ノソレト性質上異ナル所ナシト信ス是ヲ以テ一旦通告ヲ履行セル後依然トシテ印紙不貼用帳簿ヲ使用スルモノアルトキハ假令其犯意カ事實上ニ於テ從來ノモノト持續セル場合ト雖モ通告ニヨリテ中斷サレタルモノト見ルヲ可トスヘク從ツテ新ナル犯罪トシテ更ニ處斷スルヲ妨ケス人或ハ相當印紙ノ貼用ハ一年間使用セラルル帳簿ニ對スルモノナルヲ以テ此解釋ハ無理ナリト論スルヤモ圖ラレスト雖モ是レ情實論ナリ帳簿ノ使用ハ固ヨリ必シモ一年ナラサルヘカカラサルノ理無キハ勿論確定裁判カ犯罪ノ連絡ヲ中斷スルコト怪ムニ足ラサルヘキナリ確定裁判ヲ受ケタリ通告ヲ履行セリトノ故ヲ以テ或ル犯罪狀態カ其後公然トシテ世上ニ横行スルコトヲ得ルカ如キハ斷シテ法ノ認ムル所ニアラサル也

只茲ニ多少ノ問題トナルハ通告ノ場合ニ於テ中斷ノ時期ハ通告ノ時ニアルヤ履行ノ時ニアルヤ是ナリ吾輩ハ中斷ノ時期ハ通告カ犯人ニ到達セル時ニアリ然レトモ其中斷セリヤ否ヤハ履行ヲ俟ツテ始メテ決セラルヘキモノナリト解ス但シ此等ノ問題ニ關シテハ尙ホ研究ノ餘地多キヲ信スルナリ

以上ハ連續犯ヲ論スルノ序ヲ以テ聊サカ讀者ノ注意ヲ喚起スルノミ豈敢テ快刀亂麻ヲ斷ツト言ハシヤ

次ニ一言ス可キハ過失犯ニ連續犯アリヤ否ヤ是ナリ或ハ積極說ヲ採ル學者アレトモ吾輩ハ已ニ述ヘタルカ如ク連續犯ニハ統一的決意ヲ以テ一要素トナセリ已ニ決意ヲ必要ナリトセハ過失犯ニ連續犯ナキコト自明ノ理ナリトス、參考ノタメ學說ヲ述フレハ積極說ヲ採ルモノハ連續犯ノ意義ヲ客觀的ニ求メントスル(行爲ノ時間的繼續トカ、結果ノ同種同性質トカ)當然ノ結果トシテ斯ル論決ニ達スルナリ又折衷說ヲ採ルモノアリ曰ク犯人カ結果ヲ豫見セルモ其不法タルコトニ付テ認識無キ場合ノ過失犯ニアリテハ連續犯アルコトヲ得ヘシト然レトモ吾輩ハ已ニ第三十八條故意、錯誤ノ説明ニ述ヘタルカ如ク其不法タルコトニ付テ認識ナキモ以テ故意無シトスヘカラサルヲ信スルカ故ニ設例ノ如キハ過失犯ニアラスト信スル也

### 第十章 累犯

(舊法第九十一條乃至第九十八條)

#### 第五十六條

懲役ニ處セラレタル者其執行ヲ終リ又ハ執行ノ免除ア

リタル日ヨリ五年内ニ更ニ罪ヲ犯シ有期懲役ニ處ス可キトキハ之ヲ再犯トス

懲役ニ該ル罪ト同質ノ罪ニ因リ死刑ニ處セラレタル者其執行ノ免除アリタル日ヨリ又ハ減刑ニ因リ懲役ニ減輕セラレ其執行ヲ終リ若クハ執行ノ免除アリタル日ヨリ前項ノ期間内ニ更ニ罪ヲ犯シ有期懲役ニ處ス可キトキ亦同シ

併合罪ニ付キ處斷セラレタル者其併合罪中懲役ニ處ス可キ罪アリタルトキハ其罪最重ノモノニ非スト雖モ再犯例ノ適用ニ付テハ懲役ニ處セラレタルモノト看做ス

本條ハ累犯中再犯ニ關スル規定ナリ累犯トハ一度罪ヲ犯シタル後更ニ他罪ヲ犯シタル場合ヲ云フモノニシテ單ニ再犯ノミナラス其以上三犯四犯等總テノ場合ニ該當スルモノナリ元來累犯ノ刑ヲ加重スルニ當リテ之ヲ一般、特別トナスヤハ各國ノ立法例相同シカラス我新舊兩刑法ハ其ニ一般、特別トナスヤハ各種ノ罪ニ付テ之ヲ認

ムヘキヤ、或ハ同種ノ罪ニ付テノミ之ヲ認ムヘキヤ、舊刑法ハ前ノ主義ニ從ヒタルモ新法ハ之ニ反セリ即チ主トシテ累犯の傾向ヲ有スル犯罪ナル懲役刑ニ付テノミ之ヲ認メタリ最(ハ)後ニ(ハ)總テノ罪ニ之ヲ認ムヘキヤ、或ル罪ニノミ之ヲ認ムヘキヤ、我刑法ハ後ノ主義ヲ追ヘリ即チ刑ヲ加重スヘキ累犯ハ左ノ場合ニ限定セラル

(一) 懲役ニ處セラレタルモノ其執行ヲ終リ又ハ執行ノ免除アリタル日ヨリ五年内ニ更ニ罪ヲ犯シ有期懲役ニ處スヘキトキ(第一項)

此場合ハ實際處セラレタル刑カ懲役ナルコトヲ要スルヲ以テ自首全免ノ(第八十條ノ如キ)場合ハ處セラレタル刑ナキカ故ニ當ラス但シ死刑ニ該ルモノ減輕セラレテ懲役トナリシ場合ハ可ナリ次ニ刑ノ執行濟前執行免除前ノ犯罪ハ再犯トシテ論スルコト能ハス又大赦ノ恩典ヲ受ケタルトキ及ヒ刑ノ執行猶豫カ其期間ヲ經過スルトキハ刑ノ言渡ハ其效力ヲ失フモノナルヲ以テ後ニ他ノ罪ヲ犯スモ再犯トナルコトナシ

(二) 本條第二項ノ場合  
「死刑ニ該ル罪ト同質ノ罪」トハ第八十二條第二項、第八十三條、第一百十九條、第一百二十六條第三項、第二百二十七條、第二百條ノ如キ是ナリ第七十三條ノ如キハ當ラス

(三) 併合罪ニ付キ處斷セラレタル者其併合罪中懲役ニ處ス可キ罪アリタルトキハ其罪最重ノモノニアラス從テ懲役ニ處セサリシ時ト雖モ後ニ罪ヲ犯ストキハ再犯ヲ以テ論セラルルモノトス(第五十六條第三項)

(參照) 舊刑法ハ再犯ヲ左ノ場合ニ定メタリ  
(イ) 先ニ重罪ノ刑ニ處セラレタルモノ再犯重罪ニ該ルトキ(第九十一條)  
(ロ) 先ニ重罪輕罪ノ刑ニ處セラレタルモノ再犯輕罪ニ該ルトキ(第九十二條)  
(ハ) 先ニ違警罪ノ刑ニ處セラレタル者一年內再ヒ其違警罪裁判所ノ管轄地内ニ於テ違警罪ヲ犯シタルトキ

累犯ト爲ス可キ前犯ト後犯トノ間ニ於ケル期間ヲ制限スルモノト制限セサル主義トアリ、舊刑法ハ前者ニ從ヒ新法ハ後者ヲ採用セリ  
已述ノ如ク累犯加重ハ懲役刑ニ處スヘキ罪ニ付テノミ之ヲ認メタルヲ以テ財務刑法規

定スル所ノ刑罰金、科料等ニ該ル者ニハ當然其適用ナシ又懲役ニ該ル罪アリトスルモ特ニ明文ヲ設ケテ刑法再犯ノ例ヲ用キストスル者亦然リ(刑法施行法第廿二條第一項)  
**第五十七條** 再犯ノ刑ハ其罪ニ付キ定メタル懲役ノ長期ノ二倍以下

トス

本條ハ再犯ノ處分ヲ規定セルモノナリ舊刑法ニ於テ再犯ノ加重ハ一等トセルモ新法ニ於テハ長期ノ二倍以下トセリ長期ノ二倍トハ已ニ説明セル通り例ヘハ第三百三十一條ノ罪ニ付テ言ヘハ五年ノ二倍即チ十年ノ如キヲ云フ

### 第五十八條

裁判確定後再犯者タルコトヲ發見シタルトキハ前條ノ

規定ニ從ヒ加重ス可キ刑ヲ定ム

懲役ノ執行ヲ終リタル後又ハ其執行ノ免除アリタル後發見セラレタル者ニ付テハ前項ノ規定ヲ適用セス(舊刑法第九十五條)

本條ハ再犯加重ノ精神ヲ貫徹センカ爲メ裁判確定後再犯者タルコトヲ發見シタル場合ニ於テモ懲役ノ執行ヲ終リタル後又ハ其執行ノ免除アリタル後發見セラレタル者ナラサル以上ハ依然前條ノ規定ニ從ヒ加重ノ刑ヲ定ムトセルナリ蓋シ前科者發見ノ方法トシテ從來學者實際家ハ種々ノ手段ヲ講究シツ、アレトモ未タ以テ完全ナルニ至ラス現今ノ狀況ニ於テハ僅カニ犯罪人姓名簿ニ依リテ之ヲ檢スルノミニシテ其效果充分ナラス然ルニ監

獄ニ於テハ裁判所ニ於ケルト異ナリ比較的長ク犯罪人ニ接觸シ居ルヲ以テ犯人ノ面貌性質等ヲ記憶スルコト多ク裁判當時ニ於テ前科者タルコトヲ發見セラレサルモノニシテ後ニ監獄ニ於テ發見サル、例多シ如此場合ニモ尙ホ再犯加重ノ精神ヲ貫カンカ爲メ前ノ確定判決ヲ動カシ改メテ加重スヘキ刑ヲ定ムルナリ

即チ本條ハ確定判決ノ效力ニ對スル除外例ヲ示スモノナリ但シ現今ノ刑事訴訟法ニ於テハ如斯場合ニ確定判決ヲ動カスヘキ手續ノ規定ヲ存セサルカ故ニ何レ刑法施行法ノ規定ヲ俟ツテ之レカ實行ヲ期セサル可カラス(刑法施行法第五十三條)

(參照)

指紋法ニ付テ

已述ノ如ク我國ニ於テハ犯罪人異同識別法トシテ犯罪人姓名簿ヲ用キ來リシモ交通頻繁ニシテ人智亦狡猾ヲ極ムル今日ニ於テハ到底其效果ヲ充分ナラシムルコト能ハス是ヲ以テ近時司法省ハ指紋法ヲ採用スルニ決セリト聞ク今指紋法ニ付キ西歐諸國ノ制度ヲ研究シ其採用ニ對シ多大ナル努力ヲ致セル恩師平沼博士ノ講話ノ大要ヲ掲ケ以テ是レカ概念ヲ知ルノ資ニ供セン

指紋法トハ人ノ指頭ニ存スル乳頭線ノ形狀ヲ曰ヒ其形狀ハ人ニヨリテ千差万別ニシテ一  
指紋ト雖モ同一ナルモノヲ有スルハ殆ント幾億萬人中一人ヲ見出スコトモ困難ナルヘシ  
且ツ血族ノ遠近ニヨリテモ何等類似スルコトナク同一人ノ指紋ハ其一生ヲ通シテ常ニ變  
化スルコトナシ

指紋法トハ犯罪人ノ指紋ヲ押捺セル痕迹ヲ採リ以テ犯人ノ異同ヲ識別シ後日ノ累犯ヲ證  
知スルノ資トナスコトヲ云フ

指紋法ニ種々ノ式アリ就中ハンブルグ式最モ便ナリ本邦ノ採用セル所亦是ナリ即チ指紋  
ヲ大別シテ弓狀紋、蹄狀紋、渦狀紋ノ三種トス尙蹄狀紋ヲ分テテ甲乙ノ二種トナス  
此式ノ長所トスル所ハ各指紋ニ一定ノ價ヲ附シ以テ各指紋ヲ分類スルニアリ今之ヲ説明  
センニ先ツ弓狀紋ニ一、甲種蹄狀紋ニ二、乙種蹄狀紋ニ三乃至六、渦狀紋ニ七乃至九ノ  
價ヲ付シ置キ次ニ犯人ヲシテ指紋原紙ニ十指ノ指紋ヲ取ラシム十指ノ指紋ハ其順序左手  
ヲ上トシ右手ヲ下トシ各示指ヨリ始メテ中指、環指、小指、拇指ニ及フモノトス 次ニ  
各指ニ對シテ前記ノ價値ヲ附シ左手指紋ヲ以テ分子トシ右手指紋ヲ以テ分母トシ各手共  
示指々紋ノ價ヲ萬位トシ中指ノ其レヲ千位トシ環指ヲ百位小指ヲ十位拇指ヲ一位トス

斯ノ如クニシテ書カレタル指紋ノ式ハ何万何千何百何十何分ノ何万何千何百何十何トナ  
リ排別並ニ索出ニ便ナルモノトナルナリ 曾ツテ此式ニヨリ市ヶ谷監獄ノ囚人全員一千  
五十七名ニ付キ實驗セルニ其結果頗ル良好ナリシヲ以テ極メテ僅少ノ變更ヲ加ヘ全部此  
式ヲ採用スルニ至リシモノナリト云フ

古來證書類ニ指紋ヲ取リシコト東西共ニ其例ナキニアラサリシモ多クハ迷信若クハ儀式  
ニ基クモノニシテ學理的根據ニ立ツモノニアラス之ヲ學理的ニ研究セシハ極メテ近來ノ  
コトニ屬シ之ヲ大成シタルモノヲ英國ノガールトントス 始メ之ヲ印度ニ應用シ後英國  
ニ及ヒタリ 英國警視總監ヘンリー氏ガールトントノ研究ニ依リ更ニ一ノ方法ヲ案出シ諸  
國概ネ之ノ式ニ據リタリシカ近年更ニ最モ簡明ナルハンブルグ式(前述)ノ案出ヲ見ルニ  
至リシナリ(國家學會雜誌第二十三卷第一號)

現今歐洲諸國ニ行ハル、犯人異同識別法ニアリ一ヲ身體測度法トシニヲ指紋法トス國ニ  
ヨリ或ハ前者ヲ採用シ或ハ後者ニ據リ或ハ二者ヲ並設スルアリ只前者ハ其方法複雑ナル  
ノミナラス精巧ナル器械ヲモ要シ從テ經費亦大ナルヲ要スルヲ以テ我國ニ於テハ之ヲ採  
用セサルコト、ナシタリト云フ



尙ホ犯人ノ異同識別法トシテ耳形法アリ犯人ノ耳殼ノ形態ヲ寫型シテ以テ其異同ヲ識ラントスルモノ是ナリ

本條第二項ノ規定ハ草按ノ「懲役ノ執行ヲ終リ又ハ其執行ノ免除アリタルモノニ就テハ前項ノ規定ヲ適用セス」カ始メ衆議院ニ於テ本條ノ如ク修正セラレ後兩院協議會ニ於テ確定法文トナリシモノニシテ其理由ハ草按ノ如クハ刑ノ滿期、執行ノ免除以前ニ前科發見シタル場合ニ之レカ手續中刑ノ滿期トナリシトキハ最早加重ノ刑ヲ定ムルコト能ハサルノ弊アルヲ以テ執行滿期若クハ免除前ニ關スル刑罰加重ノ請求カ裁判所ニ對シ提出セラル、コトアラシカ其手續中ニ於テ執行滿期トナルモノハ加重ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ルコト、セルナリ若シ滿期若シクハ免除以前ニ加重ノ刑ヲ遲滯ナク言渡スコトヲ得ハ草按ノ如ク規定スルモ別ニ其弊ヲ見サレトモ或ハ當事者ノ不法ノ抗辯ニ由リテ言渡ノ手續徒ラニ遲延スルコトモアルヘク或ハ檢察裁判官等ノ職務上ノ繁忙ニ妨ケラル、コトモアルヘク或ハ言渡ヲ爲スニ急ニシテ審査ノ詳密ヲ缺クノ弊アルヘキヲ以テ修正按ノ可決ヲ見ルニ至リシモノナリ

第五十九條 三犯以上ノ者ト雖モ仍ホ再犯ノ例ニ同シ(舊刑法第九十八條)

本條ハ三犯以上ノ者ニ就テモ尙ホ再犯ノ例ニ由リテ處斷スヘキコトヲ定メタリ  
累犯ヲ懲役刑ニ限リタル理由

舊刑法ハ累犯ヲ廣ク適用セシモ新法ハ之ヲ懲役刑ニ限レリ蓋シ累犯制度ヲ設ケタル理由ハ刑ヲ加重スルカ爲ニシテ累犯者トシテ刑ヲ加重スルノ必要ヲ見ルハ多クハ所謂營業犯慣行犯等罪質ノ惡シキモノニシテ禁錮又ハ罰金ヲ科スヘキ犯罪ヲ含マサルヲ以テナリ  
累犯ト併合罪トノ競合

舊法ハ其第二百二條第二項ノ規定ヲ存シテ「若シ前發ノ罪ヲ判決スル時未タ發セサル罪再犯ト俱ニ發シタル者ハ其再犯ト比較シ一ノ重キニ從ヒ前發ノ刑ヲ通算セス」(例ヘハ茲ニ甲乙丙ノ三個ノ罪ヲ犯シ而シテ乙罪ノ判決ヲ受クル際ニ其以前甲罪ヲ犯シタルコトヲ包藏シ後丙罪ニ就キ處分セラル、際發覺シタリトセシニ乙罪ハ所謂前發ノ罪判決セラレタルモノナリ甲罪ハ前發ノ罪ヲ判決スル時未タ發セサル罪ナリ而シテ丙罪ハ乙罪ニ對シテ再犯罪ノ關係ニ立ツモノナリ舊法ニ於テハ此場合ニ甲罪ト丙罪トハ數罪俱發ノ關係アリトナセリ)トシ前發ノ刑ト後發ノ罪刑トヲ通算セス之ヲ併科スルノ主義ヲ採レリ新法ハ之ニ關スル明文ヲ置カサルモ其精神ハ相異ルコトナシ即チ第四十五條ニ於テ確定判決ヲ

經サル數罪ヲ併合罪トシ又或罪ニ就キ確定判決アリシトキニハ其確定判決ヲ經タル罪ト其確定判決前ニ犯シタル罪トヲ併合罪トスルコト、セルヲ以テ再犯ノ罪アルトキハ常ニ其處分ヲ別ニスル結果トナル換言スレハ再犯ノ刑ハ前ノ刑ト併科サル、コトトナリ前發ノ罪ヲ通算セサルコト、ナルナリ

○累犯加重ヲ類似ノ犯罪ニ限ルノ可否(本法ノ規定ヲ改メテ更ニ狹ク適用スル規定トナサントノ說)

(一) 之ヲ可トスル說

元來累犯ノ規定ハ慣行犯人ヲ重ク罰スルノ主義ニシテ罪質ノ全ク異ナルモノニ對シテモ之ヲ適用スルハ非ナリ前ニ同シ罪ヲ犯シ處罰セラレタルニ拘ラス尙ホ改悛セスシテ再ヒ犯罪ヲナセリテフ意味ニ於テ始メテ加重ノ實益ヲ見ルモノナレハ之ヲ緣遠キ他ノ罪ニ適用スルハ妄斷ナリ

(二) 之ヲ非トスル說

全然罪質ノ異ナルモノニモ及ホスコト例ヘハ刑ニ就テ言ヘハ禁錮、罰金、科料等ヲ科セラルヘキ罪ニモ及ホスカ如キハ濫リニ適用ノ範圍ヲ擴張スルモノナレハ新法ノ如ク

大體懲役刑ノ範圍ニ限定セル以上ハ更ニ其内容ニ立入ルノ要無ケン已ニ懲役刑ト云ヘハ大體ニ於テ類似ノ罪質ヲ有スルモノナレハ此位ノ範圍ニ於テ累犯ヲ適用スルハ最も宜シキニ叶ヘリ元來累犯加重ヲ同種又ハ類似ノ犯罪ニ限ルヘシテフ說ノ趣旨ハ寔ニ可ナルモ同種又ハ類似ノ程度ヲ餘リニ狹ク限定セントスルハ却テ又累犯加重ノ精神ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス

本條ハ(二)ノ說ヲ採用セルモノナリ

舊刑法改廢ノ理由

前述以外ニ於テ尙ホ其理由ヲ述フレハ

(一) 舊法第九十四條ノ規定ハ初犯ノ裁判確定後ニ非サレハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得スト云フニ止マリ必要ナキ條文ナリ

(二) 同第九十六條ハ陸海軍裁判所ニ於テ判決ヲ經タル者再ヒ重罪輕罪ヲ犯シタル時ハ初犯ノ罪常律ニ從ヒ處斷シタル者ニ非サレハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得スト定ムルモ再犯若クハ累犯ト云フハ總テ同一種ノ法ノ下ニ於テ之ヲ云フ軍人軍屬ノ如キハ特別ノ身分ヲ有シ之ニ適用スル法律ハ或ハ軍律タルコトアリ或ハ普通ノ刑罰法令タルコトアリ

コノ後ノ場合ニノミ再犯ノ基礎トナスヘキコト固ヨリ明文ヲ要セサルナリ

(三) 同第九十七條ハ大赦ノ場合ヲ規定セルモ大赦ハ前述ノ如ク前裁判ヲ覆スモノナルヲ以テ後ニ至リ再ヒ罪ヲ犯スト雖モ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得サルコト特ニ明文ヲ要セス

(四) 又舊法ハ違警罪ヲ除クノ外再犯ノ罪初犯ノ罪ヨリ輕キカ若クハ之ト同等ナル場合ニ非サレハ其刑ヲ加重セストシ再犯ノ刑初犯ノ刑ヨリ重キハ別ニ刑ヲ加重セサルモ犯人懲戒ノ目的ヲ達シ得ヘシトナセルカ如キモ實例ハ全ク其效果ナキコトヲ示セルヲ以テ新法ハ之ヲ採用セス刑ノ輕重ハ之ヲ問ハサルコトトセリ

(五) 舊刑法ハ三犯以上ノ場合ト雖モ再犯ノ例ニ照シ一等ヲ加重スルノミトシ且ツ一等ト云フモ各種ノ罪名ニ依リ狹隘ナル制限ヲ附シ極惡ナル犯罪人ヲ畏喝シ感化スルニ足ラス故ニ新法ハ如斯犯罪人ニ對シテハ科スルニ嚴罰酷刑ヲ以テシ範圍廣濶ナル特別刑ヲ科シテ社會ノ公安ヲ保持スルコトヲ勉メタリ  
特別刑法ト再犯  
特別刑法ニ「刑法再犯加重ノ例ヲ用キス」トアル場合ハ同法違犯ノ行爲カ再犯アル

場合ニ於テ刑法再犯加重ノ規定ヲ之ヲ適用セサルハ意ナルヤ或ハ更ニ同法違犯罪ノ刑ヲ以テ他ノ再犯罪ニ對スル加重刑ニモ爲サストノ趣意ナリヤ後ノ見解ヲ正シトス判例ニ曰ク酒造税法第三十二條ニ「此税法ヲ犯シタル者ニハ刑法ノ不論罪減輕、再犯加重、數罪俱發ノ例ヲ用キス」トアリテ法律カ税法違犯ニ對シテ絶對的ニ再犯加重ノ例ヲ除外シ何等ノ區別ヲ設ケサルヨリ推論スルトキハ酒造税法違犯者ハ税法違反ノ所爲ヲ爲シタルカ爲メニ再犯者トシテ其刑ヲ加重セラル、コトナカルヘキ事換言スレハ一ノ税法違犯ノ所爲ハ他ノ税法違犯ノ所爲トノ關係ニ於テ互ニ前科トナリ再犯トナルコトナカルヘキハ勿論他種ノ犯罪ニ對スル關係ニ於テモ亦タ互ニ前科トナリ再犯トナラサルモノト解釋スルヲ相當トス蓋シ上告論旨ノ主眼トスル所ハ酒造税法第三十一條ハ同法違犯罪ニ付テノミ規定セラレタルモノナレハ他ノ犯罪ニ付テ再犯加重ヲ爲スハ妨ケナク再犯者ハ刑罰法ヲ蔑如スルノ傾向ヲ有スルカ故ニ各本條ニ定メタル刑期ヲ以テ充分ナリトナスコトヲ得スト云フニアルモ第一既ニ説明スル如ク酒造税法第三十一條ハ同法違反者ニ對スル關係ニ於テハ絶對無條件ニテ再犯加重ノ除外例ヲ設ケ何等ノ區別ヲ爲ササルヲ以テ税法違反ノ所爲ハ他ノ犯罪ノ前科トシテモ又タ他ノ犯罪ノ再犯トシテ加重

セラルヘキ犯罪トシテモ再犯加重ノ原因タルコトヲ得サルモノト解釋セサルヘカラス  
若シ夫レ立法ノ趣旨ハ上告論旨ニ云フ如ク再犯ノ理由ヲ以テ税法違反ノ所爲ニ對スル  
刑罰ノ加重ヲ禁スルノ一点ニ存シ税法違反ノ所爲ヲ前科トシテ他種ノ犯罪ニ對スル再  
犯加重ヲ妨ケサルニアリトセンカスル區別ハ法文上ニ於テ之ヲ明確ナラシムルコトヲ  
要シ當然之ヲ推測スルヲ得ス何トナレハ凡ソ再犯ハ前科アリ再度ノ犯罪アリテ成立ス  
ルモノニシテ此二ツノ者ハ再犯加重ノ必要的前提ヲ爲スモノナレハ法律カ既ニ或犯罪  
ニ付キ再犯加重ノ例ヲ用キサル旨ヲ規定シタル以上ハ其犯罪ハ一般刑ノ適用上ニ於テ  
前科トシテモ再度ノ犯罪トシテモ再犯加重ノ原因タルコトヲ得サルモノト解スヘク他  
種ノ犯罪ヲ再犯タラシムヘキ前科タルコトハ敢テ之ヲ妨ケサルモノト解スルカ如キハ  
法律ノ區別セサル所ニ區別ヲ設クルモノニ外ナラスシテ解釋法ノ原理ニ反スルモノナ  
レハナリ或ハ曰ハン税法違反ノ所爲ヲ理由トシテ他ノ犯罪ヲ加重スルコトヲ得ストノ  
規定ハ加重セラルヘキ犯罪ニ付キテ之ヲ規定スヘク税法違反ノ所爲ニ付キテ之ヲ規定  
スヘキモノニアラス隨テ他ノ犯罪ニ付キ例外的ノ規定ナキ以上ハ刑法總則ノ規定ニ依  
ラサルヘカラスト然レトモ斯スルニ於テハ税法違反以外ノ總テノ犯罪ニ付キ税法違反

ノ所爲ハ前科トシテ再犯ノ原因タルコトヲ得サル旨ヲ規定スルコトヲ要スルコト、ナ  
リ到底其繁ニ堪ヘサルニ至ルヲ以テ斯ル主義ヲ採用スルノ不可ナルハ論ヲ俟タサルノ  
ミナラス酒造税法違反ノ所爲カ他ノ犯罪ノ前科トシテモ又加重セラルヘキ再度ノ  
犯罪トシテモ再犯加重ノ原因トナラサルハ酒造税法違反罪ノ性質ニ基因スルモノナレ  
ハ之ニ關スル除外例ハ該犯罪ニ關スル立法規定中ニ之ヲ設クルヲ相當トスヘシ而シテ  
法律ハ税法違反者ニ付絶對ニ再犯加重ノ例ヲ除外シ何等ノ區別ヲ爲サ、ルヲ以テ法文  
ノ解釋トシテ前示ノ如ク斷定スルヲ可ナリトス第二税法違反ノ所爲ハ他ノ犯罪ト其性  
質ヲ異ニシ諸種ノ犯罪中ニ在テ特別ノ地位ヲ占ム蓋シ法律カ税法違反ノ所爲ニ對シ刑  
罰ノ制裁ヲ有スルハ一般犯罪ニ於ケルカ如ク違反者ノ有責違法ノ行爲ニ對シテ懲罰ヲ  
加フルヲ主眼トセスシテ寧ロ租稅徵收ノ的確ナルコトヲ期スル一種ノ政策ニ依リ專ラ  
國庫ニ收入スヘキ租稅ノ減少ヲ豫防シ税法違反ノ所爲ニ對シ税法上責任ヲ負フ者ヲシ  
テ賠償ヲ爲サシムルヲ目的トスルモノニシテ是等責任者ニハ普通ノ犯罪行爲ニ要スル  
故意過失ノ責ムヘキモノナク隨テ刑罰法ヲ蔑如スル不良ノ徒ヲ以テ目スヘカラサル場  
合ト雖モ尙ホ且同法ニ定ムル罰金ノ制裁ヲ科スルモノナルコトハ酒造税法第三十一條

税法違反ノ所爲ニ付キテハ不論罪ノ例ヲ用キサルコトヲ規定シ尙ホ同法第三十二條ヲ以テ酒類製造人ヲシテ其雇人等ノ所爲ニ付責任ヲ負ハシメ其故意過失ノ有無ヲ問ハサルニ徴シテ明カナリ税法違反ノ所爲ニシテ既ニ此ノ如キ性質ヲ有スル以上ハ一般犯罪ト同視スルコトヲ得サルモノアリ從テ其犯罪ノ性質ヨリ見テ之ヲ他ノ犯罪ノ再犯トシテ犯人ニ重キ刑ヲ科スルノ必要ヲ見サルト同時ニ之ヲ以テ他ノ犯罪ノ前科トシ其犯罪ニ付刑ヲ加重スルノ理由トナスコトヲ得サルモノトス是レ法律カ酒造税法違反ノ所爲ヲ以テ絶對的ニ再犯ノ原因トナラサルモノトシ刑法總則ニ對スル除外例ヲ設ケタル所以ナリ

### 第十一章 共 犯

共犯トハ數人共同シテ一罪ヲ犯ス場合ニシテ換言スレハ其犯罪主体ノ複數ナルモノヲ云フ

甲 共犯ノ種類

(一) 純共犯(普通ニ共犯ト稱スルモノ是ナリ)

(イ) 正犯(第六十條)

(ロ) 教唆犯(第六十一條)

(ハ) 從 犯(第六十二條)

此種類ニ就テハ乙以下及ヒ第六十條以下ニ於テ説明スヘシ

(二) 偽似共犯(其實ハ共犯ナラサルモノナリ)

(イ) 必要的共犯

(ロ) 多數正犯

(ハ) 事後共犯

(ニ) 犯行團體

(ホ) 非共犯(所謂間接正犯)

(イ) 必要的共犯トハ其性質上數人ニ依リテ犯サルヘキ罪ニシテ二人以上共同スルニアラサレハ成立スルコト能ハサルモノヲ云ヒ共犯ノ大別トシテ任意共犯(普通ノ共犯)ニ對スルモノナリ即チ任意共犯トハ一人ニテモ犯サルヘキ罪ヲ二人以上共同シテ犯スコトヲ云フ例ヘハ殺人罪ハ一人ニテモ犯スコトヲ得ル罪ナリ而カモ二人以上

共同シテ之ヲ犯スコトヲ得ルハ勿論ニシテ是レ即チ任意共犯ナリ之ニ反シ姦通罪、重婚罪、賭博罪ノ如キハ二人以上ニアラサレハ之ヲ犯スコト能ハス必要的共犯是ナリ然レトモ必要的共犯ハ畢竟スル所共同實行者ニシテ任意共犯ニハアラサレトモ共同實行者トシテ(第六十條ノ適用ヲ受ケスシテ)各處罰セラル、モノナルコト勿論ナリ必要的共犯ヲ分チテ更ニ二トナス會合的共犯及集合的共犯ノ如キ是ナリ會合的共犯トハ一方ノ行爲ト他方ノ行爲トカ會合スルニヨリテ成立ス例ヘハ決闘罪ノ如キ是ナリ此場合ノ二者ノ關係ハ刑法總則ノ規定ニ支配セラル、コトナシ姦通罪ノ如キ亦此例ナリ何レノ場合ニ於テモ二者ノ一方ニ故意ナク從ツテ罪責ヲ負ハサル場合ハ純然タル會合的共犯ト稱スヘカラサルカ如シ集合的共犯トハ二人以上共同ノ力ヲ以テ對他のニ犯行スルヲ云フ内亂罪、騷擾罪皆此類ナリ

(ロ) 多數正犯トハ他人ト協力シテ犯罪行爲ヲ爲シタル行爲者ニシテ法律上其共同實行ノ關係ヲ認め難キモノヲ云フ即チ純共犯ト多數正犯トハ他人ト協力シテ犯行ヲナス行爲者ナルノ点ニ於テハ全然同一ナリト雖モ行爲者方自己ノ行爲及ヒ他人ノ行爲間ニ共同實行ノ關係アルコトヲ觀念シタルヤ否ヤノ點ニ於テ異レリ例ヘハ共同實行

ナル觀念ナクシテ同時ニ同一人ヲ傷害シ或ハ二人共ニ過失ニヨリテ或ル犯行ニ協力セル場合ノ如キモノ是ナリ

(ハ) 事後共犯トハ罪ノ成立後之ヲ幫助スルヲ云フ元來犯罪ハ所爲ノ終結スルト共ニ其終リヲ告クルモノニシテ已ニ終リヲ告ケタル所爲ニ對シ共同スルテフコトハ理論上無カルヘキ筈ナリ例ヘハ第七章ニ所謂犯人藏匿及ヒ證憑湮滅ノ罪ノ如キ或ハ第三十九章ニ所謂贓物ニ關スル罪ノ如キ曾テ事後共犯トシテ一種ノ共犯ト認めラレタル時期アリシモ現今ハ然ラス但シ犯罪後幫助ヲ與フルノ契約ヲ以テ人ヲシテ犯意ヲ起サシメタルカ如キ場合ハ事前ニ屬スルヲ以テ共犯タルヘキコト勿論ナリ或ハ教唆犯トナルヘク或ハ從犯トナルヘキナリ

(ニ) 犯行團體ハ分チテ二トナス陰謀團體(コムプロット)及ヒ兇徒組合(バンド)是ナリ前者ハ二人以上間ニ一定ノ罪ヲ犯ス協議ノ成立シタルモノニシテ後者ハ別ニ犯罪ヲ特定セス二人以上氣脈ヲ通シテ臨機ニ罪ヲ犯サンコトヲ期スルモノヲ云ヒ兩者ノ差ハ犯罪ヲ特定スルト否トニアリ犯行團體ハ屢共犯ヲ生スルノ機會トナルコトハ多キモ犯行團體者タルノ故ヲ以テ直ニ共犯トナスコトハ早計ニ失セリ

陰謀團體ハ其實害又ハ虞大ナラストシテ之ヲ罰セサルヲ原則トス即チ犯意ノ表示ハ特別ノ明文ナキ以上之ヲ問ハサルナリ(第七十八條ノ如キハ之ヲ罰セリ)兇徒組合ニ就テハ佛國ニ於テ始メテ之ヲ罰スル規則ヲ設ケシヨリ(アツソシアシオン、デ、マ、ルフエター)諸國多ク之ニ倣ヒシモ我國ニ於テハ未タ此種ノ規則ヲ見ルニ至ラス

(ホ) 非共犯トハ共犯ノ如キ外形アリテ而カモ全然共犯ニアラサルモノナリ即チ(一)天然力ヲ利用スル場合又ハ動物ヲ使用スル場合ノ如キ是ナリ蓋シ犯罪ノ主体ハ人間ニ限ラルルヲ以テ是等ノモノ、如キハ人ト共犯タル關係ニ立ツコト能ハサルナリ(二)責任能力ナキモノニ就テモ同シ動物又ハ器械ヲ使用セルト均シク共犯タル關係ヲ生セス教唆者又ハ幫助者ハ間接ノ實行者トシテ自身ノ爲シタルモノト看做サル例ヘハ兒童力取リ來リタル他人ノ財物ヲ其親カ不正ニ横領セル場合ノ如シ(三)物質的若クハ精神的二人ヲ強制シ或ハ藥劑ヲ用キテ人ヲ昏迷セシメテ之ニ犯罪行為ヲ爲サシメタルカ如キ亦同シ(四)人ノ過失ヲ利用シ、無能力者自身ノ行動ヲ利用シ之ニ犯行アラシメタルモノ亦同シ(五)人ヲ緊急狀態ニ陥レテ犯行アラシメタル(其人ヨリ見レハ緊急行為ニシテ放任行為タリ)者亦同シ要スルニ所謂間接正犯トハ或ル者カ刑罰負擔ノ責

任力ナキ他者ヲ利用シテ犯罪行為ヲ爲スモノニシテ或ル者自身實行者ノ地位ニ立ツ場合ニ存スルモノナリ

間接正犯ニ付テハ尙ホ説明スヘキ三箇ノ問題アリ

(甲) 間接正犯者カ一行爲ニヨリテ二人以上ヲ利用シテ數結果ヲ生セシメタル場合ハ一罪ヲ生スルヤ將タ二罪ヲ生スルヤ

吾輩ハ一罪數罪ノ區別ヲ主トシテ行為ノ標準ニオクヲ以テ本問ノ場合ハ一罪說ヲ採ル

(乙) 利用者カ被利用者ヲ責任能力者ナリト誤信シ從テ自カラ犯罪實行者ナラスト認メタル場合ハ間接正犯ヲ存スルヤ否ヤ本問ニ付テハ否定說及ヒ過失犯說ノ二論アレトモ吾輩ハ苟クモ利用者カ犯行ヲ爲サシメントノ故意アリ被利用者ハ無責任ナル以上ハ之ヲ誤信セルト否トヲ問ハス間接正犯ヲ以テ論スヘキモノナリト信ス

(丙) 間接正犯ハ如何ナル犯罪ニモ之ヲ存スルコトヲ得ルヤ否ヤ有力ナル反對アルニモ拘ラス吾輩ハ積極說ヲ採ルモノナリ何トナレハ間接正犯トハ畢竟スル所被利用者ノ働作自体ノ不法ヲ目的トスルモノナルカ故ニ利用者自身

直接ニ犯シウルモノタルト否トヲ問フノ要ナルヘケレハナリ故ニ男子カ有夫姦ヲ犯スコトモ有ルヘク(有夫ノ狂婦ヲ利用シテ)非官吏モ收賄罪ヲ犯スコトモ有ルヘシ(官吏ヲ強制シテ)トノ論斷モ亦之ヲ認メサルヘカラス此論ハ一見頗ル常識ヲ逸セルカ如キモ身分ナキモノカ身分ヲ必要トスル犯罪ノ主体ト爲リ得ヘキハ法モ亦認ムル所ナルニ徴スレハ(第六十五條第一項)必シモ不當ナリト言フヘカラスアルヲ知ルニ足ラン

乙

共犯ノ意思

共犯ノ意思モ亦普通犯ノ意思ト其根本ニ於テ異ナルコトナシ即チ犯罪事實ヲ認識シ共同犯行セントスルノ決意アルヲ以テ足レリトス而シテ此認識ハ必シモ明示タルヲ要セス暗黙ノ間ニ存スルモ可ナリ明治三十六年三月十三日ノ大審院判決ハ曰ク蓋シ或者カ犯罪ヲ行フニ當リ他ノ者カ其事實ヲ知リテ其犯罪行爲ニ干與シタルトキハ其者等ハ共犯者ニシテ其犯罪ヲ行フニ付キ必スシモ通謀ノ事實アルコトヲ要セス而シテ原判文ニ所謂「共ニ」ノ語ハ同一ノ犯罪ヲ行ヒタル者等ノ間ニ於テ各自他ノ犯罪行爲ヲ知リテ其犯罪ニ干與シタルノ事實ヲ表示スルニ充分ナルヲ以テ原判決ハ本件ノ犯罪カ二人以上

ノ共犯タルコトノ事實關係ヲ明示シタル者ト謂ハサルヘカラスト故ニ(イ)責任無能力者相互ノ間、(ロ)意思無責任相互ノ間、(ハ)責任能力者ト同無能力者、(ニ)意思責任者ト同無責任者、(ホ)不法ナラサル行爲、(ヘ)犯罪ニアラサル行爲ノ間ニハ共犯ノ關係ヲ生セス但シ特別ノ身分關係上特ニ刑法ノ適用ヲ受ケサルモノ例ヘハ外國ノ使節カ共同者ノ一人タル場合ノ如キハ固ヨリ共犯ノ關係ヲ生スヘク之ヲ幫助セハ從犯トナリ之ヲ教唆スルコトニ因リテ教唆犯ヲ成立スルモノナリ  
但シ共同犯行ノ意思ハ共犯者一同之ヲ有スルコトヲ必要スルヤト云フニ正犯相互ノ間及ヒ教唆者被教唆者ノ間ニ於テハ雙方均シク共同ノ意思アルコトヲ必要トスルモ幫助者ト被幫助者トノ間ニハ其必要ナカラシ蓋シ此場合ニ正犯者ハ他人ノ己ヲ幫助スルモノアルコトヲ知ラサルモ從犯ハ他人ノ罪ヲ犯スコトヲ知リ之ニ幫助ヲ與フルニ由リテ成立スルモノト解スルヲ妥當トスヘケレハナリ即チ(イ)無故意者相互者(ロ)故意者ト無故意者トノ間ハ(共ニ)故意アルト雖モ其間更ニ共同犯行ノ連結意思ノ存在ヲ缺クトキ(從犯ヲ除ク)ハ共犯ノ關係ヲ生スルコトナキナリ學者或ハ教唆犯ノ場合ニ於テモ被教唆者教唆者ノ間ニ意思ノ連結アルコトヲ必要トセスト説クモノアレトモ此説不可ナリト信



ス

(參照)

之ニ關シテ尙ホ二說アリ

(一) 共犯者ノ間ニハ凡テ共同ノ意思アルヲ必要トス

(二) 共犯ノ如何ナル種類ニ屬スルヲ問ハス單ニ共同ノ意思アル一方ノミニ對シ共犯ノ關係ヲ生ストスヘシ

(一) 說ハ比較的陳腐ノ學說トシテ贊成者少ナキモノナレトモ余ハ理論上却ツテ此說ノ勢ヲ得ルニ至ルヘキモノナルコトヲ信セントス

尙ホ共犯ニ通シテ説明スヘキハ

甲、共犯ノ競合

イ、正犯、教唆犯、從犯ハ同一犯罪ニ對スル同一行為トシテ二以上競合スルコトハ考フルコト能ハス

ロ、從犯ハ正犯又ハ教唆犯ニ對シ幫助的關係ニ立ツモノナルカ故ニ教唆犯更ニ幫助ヲ爲シ、從犯更ニ共同實行ヲ爲スモ二種ノ共犯並立スルコトナシ

ハ、但シ教唆犯、從犯カ一旦正犯ヲ成立セシメタル後更ニ事後ノ加擔ヲ爲ス時ハ已ニ事後共犯ノ説明ニ明ラカナルカ如ク獨立ノ別罪ヲ構成スルカ故ニ此別罪ト教唆又ハ從犯トカ競合シウルコト勿論ナリ

乙、不作爲犯ニ共犯アリヤ否ヤ

作爲ト云ヒ不作爲ト云ヒ單ニ行為ノ積極的タルノ差アルノミナルヲ以テ共犯モ亦之アルコト特ニ説明ノ要ナシ但シ各自或ル作爲ノ義務ヲ有スル二人以上ノ者カ皆其義務ニ違反スルカ如キ場合ハ各自獨立ノ犯罪ヲ成立シ共同正犯(第六十條)

ノ關係ヲ生スルコト能ハス

丙、過失犯ニ共犯アリヤ否ヤ

此問題ハ會テ多ク論セラレ其說未タ歸一セスト雖モ元來過失ハ無意犯ナルカ故ニ共同ノ意思モ亦固ヨリ之ナシ但シ從犯ノ場合ニ於テハ間接正犯ノ關係ヲ生ストスルヲ可トス此說ニ反對スル論者ノ中故意ニ違法タルコトノ認識ヲモ必要トストノ說ヲ採ル者ハ曰ク數人カ共ニ違法ヲ認識シテ行動セル場合ハ故意ノ共犯アリ其中單ニ行為ノ認識ノミアリテ違法ノ認識ナキモノアル場合ハ過失ノ共犯ヲ存スト是レ吾輩ト根

本ニ於テ説ヲ同ウセサルモノナリ次ニ共同正犯及ヒ從犯ニ付テハ吾輩ト見解ヲ同ウ  
 スルモ教唆犯ニ付テハ從犯ト同シク間接正犯ノ關係ヲ生スト云フモノアレトモ吾輩  
 ハ教唆者ト被教唆者トノ間ニモ意思ノ連結ヲ必要トスト信スルカ故ニ此見解ヲ否認  
 ス次ニ或ハ過失犯ニ共同正犯ハ之アリ從犯、教唆犯ハ之ナシト論シ或ハ共同正犯ハ  
 之ナシ教唆犯、從犯ハ之アリトノ相反スルニ説アレトモ共ニ探ルニ足ラス  
 過失犯ニ共犯ナシトノ論結ヨリ直チニ故意又ハ過失ヲ必要トセサル税法上ノ多クノ  
 犯罪ニ於テハ原則トシテ共犯ノ觀念ヲ認ムルコト能ハスト説ク學者アレトモ吾輩ハ  
 假令法律上故意又ハ過失ヲ必要トセストスルモ犯罪ノ成立ニ當リテ眞ニ故意アリタ  
 ル場合ハ其共犯亦存在シ得ルコトヲ信スルナリ税法上始ヨリ故意ヲ必要トスルモノ  
 ニアリテハ固ヨリ疑問ナシ

**第六十條** 二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタル者ハ皆正犯トス(舊刑法  
 第四百條)

本條ハ正犯ヲ規定セルモノナリ舊刑法ハ「二人以上現ニ罪ヲ云々」ト規定セルモ其意義狹  
 キニ失スルノ嫌アルヲ以テ本條ハ「共同シテ」ナル文字ヲ用キタリ又舊刑法ハ「各自ニ其

刑ヲ科ス」ト規定セルモ「皆正犯トス」ト定メタル以上ハ各自正犯トシテ其刑ヲ科セラル  
 ルコト特ニ明文ヲ要セサルナリナホ本條ヲ分析説明スレハ

(一) 正犯ハ教唆犯及ヒ從犯ト異ナリ拘留又ハ科料ニノミ處スヘキ罪ニ就テモ原則トシ  
 テ適用セラル(第六十四條參照)

(二) 「實行」ハ着手ヲモ含ム未遂犯ニ就テモ共犯アリ然レトモ單ニ犯罪實行ノ共謀ヲ爲  
 セルニ止マリ何等其實行ニ與ラサルモノハ正犯ト云フ可カラス大審院判例カ「數人共  
 謀ノ事實アル以上ハ其共謀者中何人カ之ヲ實行スルモ共謀者一体ノ行爲ナリ」ト言ヘ  
 ルハ其解決廣キニ失スルノ嫌アルヲ免レス

(三) 「實行シタル」トハ各本條ニ列舉スル犯罪行爲ノ要素ノ一又ハ一以上ヲ分擔シタル  
 コトヲ云フヲ以テ苟クモ要素ノ一ヲ分擔シタル以上ハ假ニ此要素ヲ分離シ獨立ノ行爲  
 トシテハ同一ノ罪ト爲ラサル者ト雖モ依然同一罪ノ正犯タルヘキモノナリ例ヘハ甲乙  
 兩人共同シテ盜ヲ爲サント欲シ甲ハ被害者ニ暴行ヲ加ヘ乙ハ其財物ヲ奪取セリトセン  
 ニ二人ノ行爲ヲ分離スレバ甲ハ暴行罪乙ハ竊盜罪ヲ爲セルカ如キモ共ニ要素タル暴  
 行、奪取ノ行爲ノ一ヲ分擔セルモノナルカ故ニ均シク強盜罪ヲ犯セルモノト言フヘシ

故ニ一人ノ行爲トシテハ到底犯スコトヲ得サル罪ト雖モ他人ト共同スルコトニ由リ實行正犯タルヲ得ルコトアリ例ヘハ女子ハ單獨ニ於テハ他ノ女子ニ對スル強姦罪ヲ犯スコトヲ得然レトモ男子ト共同シテ他ノ女子ニ對スル強姦行爲ノ要素タル一行爲(暴行脅迫)ヲ分擔セハ假令自身ハ姦スルノ能力ナシトスルモ強姦罪ノ實行正犯トシテ論セラルルモノナリ然レトモ意思共通ノ範圍ニアラサルモノニ付テハ共犯ノ關係ヲ生スルコトナシ其認識ノ一致セサル部分ヲ過剩ト云ヒ認識ナキモノハ其部分ニ付テ責任ヲ有スルコトナシ之レト同一ノ理ニヨリ犯罪ノ成立上アル一定ノ目的ヲ必要トスル場合ニ於テ其目的ヲ有スルモノト有セサルモノトハ其行爲ヲ同ウスルモ共犯ノ關係ニ立ツコトナキ也前掲強盜罪ノ場合ニ於テ甲ハ暴行ヲ爲シタルモ盜ニ付テノ認識ナカリシカ如キハ前者ノ例ナリ後者ノ例トシテハ甲乙兩人同シク外國ノ國旗ヲ毀損スルモ甲ハ其國ヲ侮辱スルノ目的ヲ有シ乙ハ之ヲ有セストセハ甲ニ對シテハ第九十二條ヲ適用スヘク乙ニ對シテハ第二百六十一條ヲ擬スルコトヲ要スルカ如キ是ナリ然ラハ故意若クハ過失ヲ要セサル刑罰加重ノ事由ニ付キ共犯者ノ一人之ヲ惹起セル場合ハ他ノ一人亦均シク其加重ノ責任ニ任スヘキヤ否ヤ本問ニ關シテハ次ノ判決例ヲ舉ケ

サル可カラス即チ明治三十五年九月二十九日ノ大審院判決ハ曰ク原判決ニ依リハ被告ハ重次外一名ト共謀シテ各抜刀ヲ携ヘ被害者方ニ押入り重次ハ被害者ニ負傷セシメ被告等三名ニテ金品ヲ強奪シタル事實ニシテ被告ハ單ニ張番ヲ爲シタル事實ニ非サルノミナラス假ニ張番ヲ爲シタリトスルモ犯罪ノ現場ニ於テ張番ヲ爲スハ即チ犯罪ノ實行ニ干與シタルモノト謂ハサルヘカラサルノミナラス已ニ強盜ヲ爲サンコトヲ共謀シ其實行ニ與リタル以上ハ被害者ヲ傷ケタルハ共犯者ノ行爲ニシテ被告ノ行爲ニアラサルモ右ハ被告ニ於テ豫知スヘキ結果ナルヲ以テ其責任ヲ免ルヘカラス云々ト

**第六十一條 人ヲ教唆シテ犯罪ヲ實行セシメタル者ハ正犯ニ準ス**

教唆者ヲ教唆シタル者亦同シ(舊刑法第百五條、第百八條)

本條ハ教唆犯ヲ規定セルモノナリ、舊刑法ハ教唆者ヲ「正犯トナス」ト定メタルモ教唆犯ハ實行正犯ニアラス只其責任ニ於テ正犯ト同一ナルニ過キサルモノナルヲ以テ新法ハ「正犯ニ準ス」ト規定シタリ  
 「教唆」トハ故意ニ人ヲシテ罪ヲ犯ス決心ヲ生セシムルヲ云フ故ニ已ニ決意アル者ニ對シテ教唆トナルコトナシ例ヘハ今或ル金満家ノ土藏ニ入りテ財物ヲ竊取セント決心セル者

アリ其同類者之ヲ聞キ來リテ種々ノ便宜ヲ與ヘ又財物ノ高貴ナルヲ説ケルタメ益々奮ツテ其初意ヲ遂ケタル者アリト假定センニ此場合ニ其同類者ハ教唆犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス何トナレハ已ニ決心セルモノニ對シタレハナリ但シ從犯トシテ處罰サルヘキヤ否ヤハ別箇ノ問題ニ屬ス、次ニ苟クモ決心ナキモノニ犯意ヲ決セシメタルモノナルトキハ自己單獨ニ教唆スルト他人ト共ニ之ヲ爲ストヲ問ハス共ニ教唆犯ヲ構成スルモノナリ（共同教唆犯）此場合ニ於テ共同教唆者ノ行爲ハ必シモ同時ニ行ハレスシテ時間的ニ連續スルコトアリ而カモ共同教唆者ノ間互ニ意思ノ連結アル以上ハ共ニ教唆犯タルコトヲ妨ケス相續的教唆犯是ナリ、之レト混合スヘカラサルハ甲カ乙ヲ教唆セルモ其辯力足ラスシテ乙ヲ決意セシムルニ至ラサリシニ其後丙來リテ更ニ乙ヲ教唆シ二者ノ教唆カ自然ニ相俟テ茲ニ至リテ乙漸ク決意ヲ爲セルカ如キ場合ニシテ甲丙ハ共同教唆ノ關係ニ立ツコトナシ二者ノ間意思ノ共通無ケレハナリ、甲ハ教唆ノ未遂トシテ無罪ナリトスヘシ蓋シ甲ノ教唆ト乙ノ犯行トノ間ニハ多少因果關係ノ存スルコトナキニアラサルモ丙ノ行爲ノ介入ニヨリテ中斷セラレタルヲ以テナリ

教唆ノ方法ハ別ニ法文ニ於テ限定スル所ナキカ故ニ言語ヲ以テスルト文書圖書ヲ以テス

ルト或ハ其他ノ方法ヲ用フルトハ犯罪ノ構成ニ何等ノ妨ナキナリ  
尙ホ項ヲ分チテ説明スレハ

- (一) 教唆ノ成立條件トシテ被教唆者其罪ヲ實行シタルコトヲ要ス教唆セラレサル罪ヲ犯ストキハ關係ナシ
- (二) 教唆サレタル行爲ハ着手ノミアリテ未タ實行ナキ場合ニ於テモ教唆者ノ教唆行爲ヲ罰スルコトアリ例ヘハ第二百三條ノ自殺教唆ノ如シ然レトモ此場合ノ罪ハ一個獨立ノモノニシテ本條ニ云フ教唆トハ其意味ヲ異ニス故ニ特別ノ明文ヲ以テ之ヲ罰スルコト、セリ尙ホ新聞紙條例及ヒ出版法ニ斯ル例ヲ見ル
- (三) 罪ノ既遂未遂ハ行爲ノ程度ヲ異ニスルニ過キスシテ其性質ヲ異ニスルモノニアラス故ニ罪ノ既遂ニ至レル場合ハ勿論犯人ノ目的ヨリ言ヘハ未遂ノ有様ニ達シタル場合ト雖モ其罪ニシテ處罰サルヘキモノタル以上ハ未遂罪タルト否トヲ問ハス本條ノ教唆アリト云フヲ妨ケサルナリ
- (四) 教唆ト實行トノ間ニハ直接因果ノ關係ナカルヘカラス、教唆者一旦犯意ヲ決セシメタルモ被教唆者又犯意ヲ翻シタリトセハ其後再ヒ犯意ヲ生シ之ヲ實行スルモ教唆者ノ

責任ト關スル所ナシ

(五) 過失ニヨル教唆ナシ、蓋シ教唆ノ意思ハ自己ニ於テ教唆ヲ爲シ被教唆者ヲシテ或ル犯罪ヲ爲サシムルノ認識アルヲ要スレハナリ

(六) 教唆ニヨル過失犯ナシ

(七) 教唆ノ教唆モ亦正犯ニ準ス(第二項)

舊刑法ハ此規定ヲ存セサリシヲ以テ不良ノ徒タルコト明白ナル場合ニ於テモ之ヲ罰スルコト能ハサルノ憾アリキ故ニ新法ニ於テハ單ニ實行正犯ノ教唆者ノミナラス教唆者ヲ教唆セル者モ亦準正犯トシテ處斷スルコト、ナシタリ即チ教唆ノ教唆力成立スルタメニハ

(イ) 教唆セラレタル教唆者ニ於テ教唆犯ヲ成立シタルコト

(ロ) 第二ノ教唆者ニ教唆行爲ヲ爲スノ決意ヲ生セシメタルコト

(ハ) 教唆者ニ於テ自己ノ教唆行爲、第二者ノ教唆行爲、自己ノ行爲カ第三者ノ教唆

行爲ヲ教唆スルコト、第三者ノ犯行、第二者ノ行爲カ第三者ノ教唆タルコトノ認識

アリテ教唆ヲ執行セルモノナルコト

アルヲ要ス

教唆ノ教唆ハ實際ニ於テハ層々相重ナリ限リナク生シ得ヘキカ如シ然レトモ本法ニ於テ處罰スル所ハ單ニ第一層ノ教唆ノミヲ意味スト解スヘシ單ニ理論上ヨリ之ヲ見レハ苟クモ教唆ノ證據歴然タル以上ハ幾層相重ナルト雖モ悉ク之ヲ處罰スルハ社會ノ治安ヲ保持スル所以ナルカ如シ然レトモ如此ハ却テ實際上事ノ紛糾ヲ醸シ機宜ニ適スルモノト云フ可カラス且ツ本文ニ於テ教唆者ト云フハ實行正犯ノ教唆者トノミ解スヘク從ツテ第一項ノ教唆者ヲ教唆セルモノトハ實行正犯ノ教唆者ノ教唆者トノミ解スルヲ正當トス可シ

(八) 被教唆者現ニ行フ所ノ罪ニシテ教唆者ノ指定セル所ト異ナル場合

(イ) 所犯教唆シタル罪ヨリ重キ時

例ヘハ竊盜ヲ教唆シタルニ強盜ヲナシタルカ如キ場合ニ於テハ其重キ程度ニ就テハ

教唆ノ責任ナシ蓋シ其重キ程度ニ就テハ認識ナケレハナリ殊ニ明文ノ必要ナシ(舊

刑法第百八條)

(ロ) 所犯教唆シタル罪ヨリ輕キ時

教唆犯ハ主犯ニ對シテ從タル地位ニ立ツモノナリ故ニ被教唆者ノ實際行ヒタル所ヨ

(ハ) 所犯教唆者ノ指示シタル以外ノ罪ナリシ時

此場合ニハ教唆者ノ全ク認識セサリシ所ナルヲ以テ其責ニ任スルコトナシ然リト雖モ教唆者ノ明カニ指示セル所ニアラサレハ教唆ノ關係ヲ生セスト云フニハアラス曩ニ不確定ノ故意モ亦法文ノ所謂故意タルヲ失ハスト説明セルト同シク教唆者ノ指示スル所如何ニ不確定ナリトスルモ少クモ教唆者ノ豫期セル所ナレハ其豫期ハ必スシモ確定的ナルコトヲ必要トセス其責ニ任セサル可カラス例ヘハ甲盜アリ曾テ自己ニ對シテ大ナル苦痛ヲ與ヘタル丙家ニ對シ復讐ヲ爲スヘシトノ教唆ヲ自己ノ部下乙盜ニ對シテ爲シタリトセンニ復讐ノ語ハ別ニ確定ノ意味ヲ有セサルモ被教唆ノ性質素行、四圍ノ狀況等ニ照シ斯々ノ行爲位ハ爲スナルヘシト豫期シタル事項ヲ遂ケタル以上ハ甲モ亦總テ之ニ對シテ責任アリ必スシモ明確ニ指示スルコトヲ要セサルナリ

(ニ) 共同正犯ノ場合ニ於テ説明シタルカ如ク故意過失ヲ要セスシテ刑罰加重ノ事由トナルヘキ結果ニ付テモ此結果ヲ惹起セサル他ノ一人ハ共犯ノ關係ニ立ツモノナルト均シク教唆犯モ亦其指示セル基本的行爲ヨリ生セル加重事由タル結果ニ付テハ

其認識ノ及ハサルヲ理由トシテ無責任ヲ主張スルコト能ハサルモノトス

(ホ) 行爲ニシテ教唆サレタルモノト違フコト無クンハ其目的物假令異ルコトアルモ教唆者ハ之ニ對シ責任ナシトスルコト能ハス例ヘハ甲ヲ殺スヘキコトヲ指示セルニ實行者乙ヲ殺害セルカ如シ

但シ(ニ)(ホ)ニ付テハ有力ナル反對説アリ

(九) 「正犯ニ準ス」トシテ各自ニ刑ノ全部ヲ科スルニ當リテハ

(イ) 教唆者ノ刑ハ自カラ手ヲ下シタル場合ノ刑ニ依ルカ、或ハ

(ロ) 教唆者ノ刑ハ被教唆者ノ刑ヲ以テ標準トナス可キカ

前ニモ述ヘタル如ク教唆者ハ實行者ニ對シテ從タル地位ニ立チ被教唆者ノ手ニ成レル犯罪ヲ以テ教唆ヲ論スルノ基本トナス可キモノナリ即チ教唆者ハ事實上自身ニ於テ手ヲ下シタルニ非スシテ犯人ヲシテ犯罪ヲ實行セシメタルニ依リ處罰セラル、モノナルヲ以テ實際成立シタル罪ヲ以テ標準トナスコトヲ要スルヲ以テ(ロ)ノ説ヲ以テ正シトス可キカ如シ例ヘハ第百九條ニ依ルニ火ヲ放チ現ニ人ノ住居ニ使用セサル建造物ヲ燒燬シタルモノハ二年以上ノ有期懲役ニ處スルモ其建物ニシテ自己ノ所有ニ係ルトキハ

六月以上ノ懲役ニ處ス、此場合ニ於テ甲アリ乙ヲ教唆シテ乙ノ所有ニ係ル建造物ヲ燒燬セシメタリトセンニ甲乙共ニ前掲ノ後段即チ六月以上ノ懲役ヲ以テ論セラル可キモ若シ甲カ乙ヲ教唆シテ甲ノ所有ニ係ル建造物ヲ燒燬セシメタリトセハ乙ノ行爲ハ他人ノ建造物ヲ燒燬シタルモノニシテ前掲ノ前段二年以上ノ有期懲役ヲ以テ論セラルヘク而シテ甲ノ責任モ亦同一ナリトス

但シ(イ)說ニ從フトスレハ甲ノ刑ハ正ニ前述ノ其レト相反ス

(十) 被、教、唆、者、犯、罪、ヲ、中、止、シ、タ、ル、ト、キ、ハ、教、唆、者、モ、亦、利、益、ヲ、受、ク、

教唆者ノ教唆ニヨリ犯行ヲ爲シタルモノ、責任カ法ノ明文ニヨリテ第三者ニ歸シ實行者自身ハ犯罪者トシテ罰セラル、コト無キ場合ト雖モ苟クモ其行爲ニシテ有責違法ノモノナラシカ教唆者亦其責任ヲ免ル、コト能ハス此例ハ往々特別刑法特ニ財務刑法ニ見ル所ナリ明治三十五年四月二十四日ノ大審院判例ニ曰ク酒造税法第三十二條ノ明文ニ依ル時ハ酒類製造人ハ自己ノ關知セサル其代理人家族等ノ爲シタル税法違反ノ行爲ニ付キ犯罪人トシテ自カラ其責ニ任シ税法ニ定ムル刑罰ニ服從セサルヘカラス隨テ製造人ノ代理人家族等ハ其現ニ爲シタル税法違反ノ行爲ニ對シテ刑罰ノ制裁ヲ受クル事

ナシト雖モ是レカ爲メ其行爲ハ犯罪ヲ構成セサルモノト謂フコトヲ得ス何トナレハ代理人家族其他ノ者カ現ニ酒造税法違反ノ行爲ヲ爲スハ即チ酒造税法ニ禁スル犯罪行爲ヲ爲スモノニ外ナラサルヲ以テナリ然ルニ酒造税法ニ於テ代理人家族其他ノ者ノ爲シタル税法違反ノ行爲ニ對シ之レヲ處罰セサルハ代理人家族其他ノ者ノ爲シタル行爲ハ法律上犯罪ヲ構成セサルカ爲ニアラス徵稅ニ關スル政策上代理人家族其他ノ者ノ爲シタル行爲ハ酒類製造人カ自身ニ爲シタルモノトシテ酒類製造人ヲ處罰シ代理人家族其他ノ者ハ之ヲ不問ニ附スルニ過キサルナリ換言スレハ代理人家族其他ノ者ノ爲シタル犯罪行爲ヨリ生スル刑罰ノ責任ハ酒類製造人ヲシテ之ヲ負ハシムルニ過キサルモノトス果シテ然ラハ酒類製造人ノ代理人家族其他ノ者ヲ教唆シテ税法違反ノ行爲ヲ爲サシメタル者ハ即チ他人ヲ教唆シテ犯罪行爲ヲ爲サシメタルモノナレハ刑法第百五條ノ規定ニ則リ酒造税法違反ノ正犯トシテ同法ノ刑罰ヲ受ケサルヘカラス現ニ教唆ヲ受ケタル代理人家族其他ノ者カ自身ニ刑罰ヲ受クルト否トハ之ヲ問フノ必要ナシ云々

**第六十二條 正犯ヲ幫助シタル者ハ從犯トス**

從犯ヲ教唆シタル者ハ從犯ニ準ス(舊刑法第六十二條)

本條ハ從犯ヲ規定セリ從犯トハ正犯ヲ幫助シタル場合ヲ云フ舊刑法第九條ハ幫助ニ付テノ方法ヲ例示シ「重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ行爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタルモノ」ト言フモ如此例示ハ單ニ實益ナキノミナラス却テ誤解ヲ招クノ虞アリ故ニ新法ハ別ニ其方法ヲ掲クルコトナク廣ク正犯ヲ幫助シタルモノヲ從犯トナセリ尙ホ分析説明スルコト左ノ如シ

(一) 正犯タル犯罪アルコトヲ要ス但シ教唆犯ノ場合ニ述ヘタルト同シク其罪必シモ既遂タルコトヲ要セス從犯ハ其名稱ノ示ス如ク主タル犯罪ヲ俟ツテ始メテ成立スルモノナルヲ以テ罪ニアラサル行爲ヲ幫助シテ罪ト爲ルハ從犯ニアラス例ヘハ自殺ハ犯罪ニアラス然レトモ第二百二條ニ於テ人ヲ幫助シテ自殺セシメタルモノハ罰セラルト雖モ是レ從犯タルカ爲メニハアラス

(二) 正犯實行後ニ從犯ナシ新法ハ廣ク幫助ト云ヘルモ事後ノ加擔ハ之ヲ含マシメサル主旨ニシテ舊法ト同シク事前ノ從犯ノミ之ヲ意味スルモノナリ

(三) 從犯ハ犯罪ヲ幫助シ之ヲ容易ナラシムルニアリ故ニ犯罪ノ成立要素ノ一ヲ分擔スルモノハ從犯ニアラス實行正犯ナリ例ヘハ甲女アリ乙男ノ爲メニ彼レノ職慾ヲ充タ

サシメンカ爲メ丙女ヲ捕縛セリトセンニ甲女ノ罪ハ強姦罪ノ從犯ニアラスシテ實行正犯ヲ以テ論セサルヘカラス蓋シ其成立要素ノ一ヲ分擔シタルヲ以テナリ又實際屢起ル問題タルハ他人ノ屋内ニ於テ罪ヲ犯ス間屋外ニ見張ヲ爲スモノ、處分ナリ此場合ハ犯罪成立要素ノ一ヲ分擔セルモノニアラス然レトモ又幫助シテ犯罪ヲ容易ナラシメタル者ニモアラス多クノ場合ニ於テハ最モ必要ナル行爲ヲ分擔セルモノニシテ要素ヲ分擔セルモノト同一視スヘキモノトス故ニ從犯ヲ以テ論セス正犯トシテ處斷サルヘキモノタリ要スルニ從犯ハ犯罪ニ對シテ幫助ヲ與フルニ止マリ必要ニシテ重大ナル助力ヲ與フル場合ハ之ヲ含マスト解スルヲ可トス尙一例ヲ擧ケンニ對岸ノ人ヲ殺サンカタメニ焦慮セルモノアルニ際シ銃器ヲ給與シテ其犯行ヲ遂ケシメタルモノ、如キ亦殺人罪ノ正犯ヲ以テ論スヘキナリ

(四) 犯罪行爲ノ要素タル一ヲ分擔スレハ共ニ正犯タルカ如ク要素ノ一ヲ幫助スルハ從犯タリ明治三十六年四月廿四日ノ大審院判例ハ曰ク酒造税法第二十二條ノ罪ハ同法第二條ニヨリ政府ノ免許ヲ受ケサルコト、酒類ヲ製造シタルコト、ノ二要素ヲ以テ構成スルモノニシテ無免許ト酒類製造ハ本犯罪ノ構成ニ付テハ分割シテ觀察スルコトヲ得



ハカラス、而シテ從犯ノ罪ハ正犯ノ犯罪ヲ構成スヘキ要素ノ一ヲ幫助スルトキハ成立スルモノナリ然ラハ原判決ニ認定シタル如ク被告實之助カ被告傳吉ノ清酒密造ノ事實ヲ知リテ其原料タル米ヲ供給シタル行爲ハ傳吉カ酒造稅法第二十二條ノ犯罪ヲ幫助シタル從犯ノ犯罪ヲ成スモノト云ハサルヲ得スト

本條第一項ハ從犯ヲ教唆シタルモノハ從犯ニ準スト定ム但シ此場合ニハ教唆ノ教唆ヲ罰セス實行正犯ト隔ツコト約三層ナレハナリ

**第六十三條** 從犯ノ刑ハ正犯ノ刑ニ照シテ減輕ス

單ニ減輕スト規定シ其程度ヲ限定セス

**第六十四條** 拘留又ハ科料ノミニ處ス可キ罪ノ教唆者及ヒ從犯ハ特別ノ規定アルニ非サレハ之ヲ罰セス

本條ノ規定アル所以ハ蓋シ教唆從犯罪ハ已ニ實行犯ヲ距ル一層若クハ二層アルヲ以テ輕微ナル罪ニ對シテハ之ヲ及ホサ、ル精神ニシテ若シ之ヲ罰スル必要アルトキハ特別ノ明文ニ俟ツ事トセルナリ(第七十四條、第二百三十一條、其他特別刑法參照)尙ホ此外ニ

於テ犯罪ノ性質上當然教唆犯又ハ從犯ヲ認ムルコト能ハサル場合亦之ナキニアラス過失犯、不作爲犯、共犯ノ競合ニ付テハ已ニ之ヲ述ヘタリ其他(一)法律ノ明文ヲ以テ數人ノ會合行爲中其一ノ方ノミヲ罰シタル場合例ヘハ猥褻文書ヲ買受ケタルモノハ普通ニ教唆犯又ハ從犯トシテ處罰セラル、コトナシ(第七十五條)(二)被害法益ノ保持者カ犯人ニ對シテ承諾又ハ勸誘ヲ表ハス行爲アリシトキ例ヘハ自殺ノ補助ヲ囑託セルモノハ補助者ノ教唆又ハ幫助ヲナセルモノトシテ處罰セラル、コトナシ(第二百二條)(三)犯人カ其行ノ完成上當然爲スヘキ行爲ニ因リテ他人ノ犯罪ヲ教唆又ハ幫助セルトキ例ヘハ富籤ノ發賣者カ或ル人ヲ教唆又ハ幫助シテ之レカ取次ヲ爲サシムルモ第八十七條第二項ノ罪ノ教唆犯又ハ從犯トシテ處罰セラル、コトナシナホ此點ニ關シテ前述ノ共犯競合ノ說明ヲ參照セラレヘシ

**第六十五條** 犯人ノ身分ニ因リ構成スヘキ犯罪行爲ニ加功シタルトキハ其身分ナキ者ト雖モ仍ホ共犯トス

身分ニ因リ特ニ刑ノ輕重アルトキハ其身分ナキ者ニハ通常ノ刑ヲ科

ス(舊刑法第六條、第一百十條)

本條ハ共犯ト身分トノ關係ヲ規定セルモノナリ「身分」法律上身分ト云フトキハ當該法律規定上ノ特別關係ニ本ツク人ノ資格ヲ云フ之ヲ戶籍法ニ於テ曰ヘハ親族又ハ相續關係上ノ資格ナリ刑事訴訟上ニ於テハ華士族平民ヲ云ヒ其他各法律ニ於テ各特殊ノ態様ヲ存ス刑法ニ於テモ其法條ニ付キ又必シモ一定セス或ハ男女、或ハ公務員タル資格、或ハ親族、或ハ保護被保護ノ關係、或ハ外國使節タル資格、或ハ一定ノ權利義務ノ主体タルコトノ資格(但シ反對説アリ明治三十七年二月十五日ノ判決ハ曰ク刑法第六條ニ所謂身分トハ官公吏及ヒ親族ノ身分等人ノ身上ノ地位ヲ指稱シタルモノトス故ニ或權利義務ノ主体タル人ニ對シテ特別ニ科シタル加重ノ刑罰ハ之ヲ權利義務ノ關係ナキ他ノ共同正犯ニ科スルコトヲ妨ケサルモノトス)等種々アリ

甲、身分カ刑ノ加重減輕ノ條件タルニ過キサル場合ハ其身分ナキ共犯ニハ通常ノ刑ヲ科ス(第二項)何トナレハ身分ニ由ル輕重ハ犯罪自身ニ附着スルモノニアラス當該身分者

ノミニ刑ヲ輕重スヘク他ノ者ニ及ホスヘキ性質ノモノニアラサルヲ以テナリ即チ(イ) 正犯ノ身分ニヨリ別ニ刑ヲ加重スヘキトキハ他ノ正犯、從犯、教唆犯ニ及ホス

コトヲ得ス例ヘハ官吏タルカ爲メ殊ニ刑ヲ加重サルヘキモノ私人ヲ教唆シ罪ヲ犯サシメタルトキハ官吏ノミ其加重ヲ受クルモノナリ

(ロ) 身分ニヨリ減輕サルヘキモノアル場合ニモ他ノ共犯ハ其利益ヲ受クルコトナシ(ハ) 正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減輕又ハ免除スヘキトキト雖モ從犯ノ刑ハ其輕キニ從ツテ減輕又ハ免除スルコトヲ得ス

舊刑法ハ是等ニ關シテ明文ヲ設ケタレモ特ニ其必要ナシ

乙、之ニ反シ犯人ノ身分ニ因リ構成スヘキ犯罪行爲ニ加功シタルトキハ其身分ナキモノト雖モ仍ホ共犯トナリ身分ナキ加擔者即チ教唆犯從犯モ亦正犯ト同様ノ刑ニ處セラル

(第一項)

(イ) 如此身分アル者ト身分ナキモノトハ共同實行正犯トシテハ兩立スルコト能ハス例ヘハ第九十七條ニ於テ公務員又ハ仲裁人ト然ラサル者トカ其公務員又ハ仲裁人ノ職務上ノコトニ關シテ他人ヨリ財物ヲ得タリトスルモ之カ分配ヲ受ケタル一私人ハ固ヨリ收賄罪トナルコトナシ

(ロ) 身分アルモノ身分ナキモノヲ教唆シタルトキ又ハ幫助シタルトキハ犯罪成立ス

ルコトナシ主犯成立セサレハナリ

(ハ) 身分ナキモノ身分アルモノヲ教唆シタルトキ又ハ幫助シタルトキハ犯罪成立ス  
舊刑法ハ其第七條ニ於テ「犯人多數ニヨリ刑ヲ加重ス可キ時云々」ト定メ又各本條ニ  
於テ二人以上ナル故ヲ以テ刑ヲ加重シ(舊刑法第三百六十九條、第三百七十九條等)又  
ハ多衆ノ集團ナルノ故ヲ以テ始メテ罪ヲ成立セシムルコト、シタリ然ルニ新法ハ各本  
條ノ刑ノ範圍ヲ擴張シタル結果二人以上ナルカ爲メ殊ニ刑ヲ加重スル規定ノ必要ヲ認  
メス隨テ又舊刑法第七條ノ如キ明文ヲ掲クル要ナシトセルナリ

### 第十二章 酌量減刑

本章ヲ説明スル前ニ當リ簡單ニ刑ノ適用及刑ノ加重及減刑免除ニ關スル概念ヲ述ヘン  
刑ノ適用トハ一定ノ罪ニ相當スル所ノ刑罰ヲ示定スルコトヲ云ヒ法律ノ規定又ハ裁判ノ  
宣告ヲ以テスルモノナリ法律ノ規定ニ因ルモノトハ一ニ之ヲ立法上若クハ抽象的ノ適用  
ト名付ケ各本條ニ於テ罪ト爲ルヘキ行爲、之ニ對スル刑罰ヲ附セルカ如キ是ナリ裁判ノ  
宣告ヲ以テスルモノトハ實際ニ或ル罪ヲ生シタル場合ニ於テ裁判官之ヲ審案シ法文ニ遵

據シテ刑ノ言渡ヲナスコトヲ云フヲ以テ一ニ之ヲ裁判上又ハ具體的適用ト云フ  
刑ノ適用ニ三主義アリ

(一) 放任主義

裁判官カ自由ニ各罪ニ就キ其刑罰ヲ定メ得ルモノ

(二) 法定主義

法律ヲ以テ各罪ノ刑ヲ定メ裁判上取捨伸縮スルコトヲ許サ、ルモノ

(三) 折衷主義

各罪ノ刑ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムト雖モ而カモ伸縮裁量スルノ餘地ヲ裁判官ニ與フルモ

是ナリ新法ハ第(三)ノ主義ニ據ルコト舊刑法ト異ナル所ナシ但シ其伸縮裁量ノ範圍ニ至  
リテハ寛大ナルコト同日ノ談ニアラス蓋シ新法ノ一大特色ナリトス  
法律ノ豫メ定メタル刑ヲ法律自身ニ因リ或ハ裁判官ノ裁量ヲ以テ伸縮取捨スルカ故ニ茲  
ニ刑ノ加重減輕免除等ノ問題及ヒ種々ノ關係ヲ生ス附加刑タル沒收ニ就テハ舊刑法上此  
問題ヲ生セザリシモ(舊刑法第四十三條ニ於テ其何物ヲ沒收スヘキヤハ規定セラレタル

ヲ以テ)新法ハ第十九條ニ於テ「沒收スルコトヲ得」ト規定セルヲ以テ此問題ヲ生ス或ハ物件ノ全部ヲ沒收シ或ハ全ク沒收セス或ハ一部ヲ沒收スルカ如キ是ナリ但シ之ニ就テハ深く研究スルノ必要ナシ

刑ノ適用ニ定期宣告主義ト不定期宣告主義トアリ不定規宣告主義トハ判決中刑期ヲ確定スルコトナク刑ノ執行中犯人ノ情態ヲ觀察シタル後始メテ法定期間内ニ於テ適當ナル刑期ヲ定ムルヲ云ヒ北米合衆國諸洲ノ採用セル所ナリ其成績亦甚タ可ナリ定期宣告主義トハ有罪判決中ニ刑種刑期ヲ確定シテ宣告スルヲ云フ前者ハ理想トシテ完全ナル主義ナレトモ實際上却ツテ弊風ヲ誘致シ易シ故ニ本法ハ定期宣告主義ニ從ヘリ

次ニ刑ノ加重減輕ニ關聯シテ相對刑、絕對刑ニ付キ二三ノ説明ヲ附加セサル可カラズ絕對刑トハ其性質上伸縮ノ餘地ナキモノヲ云ヒ死刑、無期徒刑(第七十三條、第七十五條、第八十一條、第八十二條第一項)ノ如キ是ナリ相對刑トハ其性質上伸縮シ得ヘキ者ヲ云フ有期徒刑、金錢刑ノ如キ是ナリ刑法ノ各條ヲ通覽スルニ絕對刑ノミヲ定ムルアリ相對刑ノミヲ定ムルアリ或ハ絕對刑ト相對刑トヲ撰擇的ニ規定スルアリ例ヘハ第八十五條ノ如シ或ハ數箇ノ絕對刑若クハ數箇ノ相對刑ヲ撰擇的ニ規定スルアリ例ヘハ第七十七條第一

號其他ノ如シ但シ是等ノ何レノ場合ニ於テモ刑法總則ノ規定ニヨリテ減輕ヲ爲ス可キ餘地ヲ存スルモノナレハ法定ノ刑ト各人ニ事實宣告スル刑トハ必シモ相一致セサルコトヲ注意セラルヘシ

第一、加重

加重ニ法律上ノ加重ト裁判上ノ加重トアリ裁判上ノ加重ハ新刑法ニ於テ之ヲ認メス蓋シ今日ノ裁判官ハ法ノ制定者ニアラスシテ法ノ適用者ナレハ此ノ如キ職權ヲ認メタル法文ナキ以上ハ何等ノ加重ヲモ之ヲ爲スコトヲ得ス故ニ裁判官ハ其職權ヲ以テ法カ各罪ニ付キ規定シタル刑ノ最高度以上ニ刑ヲ適用スルコトヲ得ス法律上ノ加重ハ新法亦之ヲ認ム左ノ二種是ナリ

(一)累犯加重(第五十七條)

(二)併合罪ノ加重(第四十七條乃至第五十三條)加重ニ一般的ト特別的トアリ一般的加重トハ刑法總則ノ規定スル條件ヲ存スルモノニハ一般ニ加重スルヲ云ヒ特別的加重トハ或罪種ニノミ特別ナル加重ヲ云フ舊刑法ハ此兩種ヲ認メタリシモ(第九十一條乃至第九十八條、第二百四條、第二百五條第一項等其例多シ)新刑法ニ於テハ特別加重ノ必要アル

場合ハ特別ノ獨立刑ヲ科スルコト、ナセルヲ以テ特別加重ヲ認ムルノ餘地ヲ存スルコトナキナリ

尙ホ一般的加重ニ付テ注意ス可キハ其ハ單ニ法定刑ノ範圍ノ擴張ニシテ一ノ獨立刑ヲ生スルモノニアラサルヲ以テ刑ノ輕重ヲ抽象的ニ比較スル場合ノ標準トシテハ加重刑ニ就テモ其基本タル法定刑ヲ根據トセサルヘカラス（明治四十一年法律第三十號裁判所構成法中改正法律第十六條ノ一第五號、第十六條ノ二）

第二、減輕及免除  
減輕ニモ裁判上ノ減輕ト法律上ノ減輕トアリ後者ハ法律ノ定メタル原因ニヨル減輕ヲ云ヒ前者ハ法律ノ規定ニ基キ裁判官ノ酌量ニヨル減輕（第六十六條）所謂酌量減輕ヲ云フ新刑法ハ共ニ之ヲ認ム

免除ニモ亦右ノ如ク二種ノ區別ハアレトモ我刑法ニ於テ認ムル所ハ單ニ法定ノ定メタル原因ヲ存スル場合即チ法律上ノ免除ノミ  
次ニ法律上ノ免除ニ絶對的免除ト相對的免除トノ二アリ前者ハ法律上ノ原因ヲ存スル場合ニハ必ス免除セサルヘカラサル場合ヲ云ヒ後者ハ此場合ニモ免除ヲ爲スト否トヲ以テ

裁判官ノ裁量ニ委ネタルモノヲ云フ

減免ニ一般的ト特別トアリ一般的トハ一般ノ犯罪ニ適用セラル、モノヲ云ヒ特別トハ特別ノ犯罪ニ適用セラル、モノヲ云フ  
刑法認ムル法律上ノ減免左ノ如シ

- (一) 正當防衛ノ減免（第三十六條第二項）
  - (二) 緊急行爲ノ減免（第三十七條第一項但書）
  - (三) 法律不知ノ減輕（第三十八條第三項但書）
  - (四) 心神耗弱者ノ減輕（第三十九條第二項）
  - (五) 瘡腫者ノ減輕（第四十條後段）
  - (六) 自首及首服減輕（第四十二條）
  - (七) 未遂犯ノ減免（第四十三條）
  - (八) 從犯ノ減輕（第六十三條）
  - (九) 外國裁判ノ執行ニ因ル減免（第五條）
- 以上ハ一般ノ減免ニシテ一般ノ罪刑ニ就テ其適用アリ而シテ右掲ノ中（四）（五）（七）（八）

ハ絶對的減免ニ屬シ其他ハ相對的減免ニ屬ス

(十) 特別減免即チ第八十條、第九十三條但書、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(以上免除ノ場合)第七十條、第七十一

條、第七十三條、第九十八條第二項(以上ハ減免ノ場合)等是ナリ

コハ特定ノ犯罪ニ對シテ法律ノ規定スル特別條件アル場合ニナス減輕、免除ナリ

主刑ニ對スル加重減輕免除アルモ當然附加刑ニモ及フヘキモノニアラス

### 第六十六條 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(舊刑法第八十九條第一項)

本條ハ酌量減輕ヲ定メタルモノナリ

裁判官ハ總テノ事情ヨリ考察シ自由認定ニヨリ酌量ス故ニ犯人之ニ對シテ上告スルノ權能ナシ蓋シ上告トハ單ニ法律解釋ノ點ノミニ付キ裁判ヲ求ムル場合ニ於テ爲ス所ノ上訴ナレハナリ

### 第六十七條 法律ニ依リ刑ヲ加重又ハ減輕スル場合ト雖モ仍ホ酌量

減輕ヲ爲スコトヲ得(舊刑法第八十九條第二項)

例ヘハ第四十條ノ減輕ノ場合ニ於テ法律カ瘡啞者ト云フ事實ヲ斟酌シテ或ル減輕ヲ與フトスルモノナレトモ尙ホ他ニ情狀憫諒スヘキモノアルトキハ裁判官又酌量減輕ヲナスコトヲ得ルナリ

酌量減輕ト法律上ノ相對的減輕

法律上ノ減輕ノ場合ニ於テハ法律ヲ以テ減輕ヲ爲スヘキ一定ノ原因ヲ舉クルモ酌量減輕ノ場合ニ於テハ然ラス二者ノ區別ハ明ラカニ存ス故ニ一旦法律上ノ相對的減輕ヲナシタル後更ニ酌量減輕ヲ爲スモ差支ナキナリ

### 第十三章 加減例(舊刑法第三章、第六章)

本章ハ法律ノ規定又ハ裁判ノ宣告ヲ以テ減輕スル原因アルトキハ如何ニ之ヲ爲スヘキヤ如何ナル制限ノ下ニ減輕スヘキヤヲ定メ(但シ加重ニ就テハ累犯及ヒ併合罪ノ章ニ於テ已ニ説明セリ故ニ本章ハ之ヲ規定セス)及ヒ同時ニ數箇ノ加重又ハ減輕理由アル場合ニ何レヲ前ニシ何レヲ後ニスルヤテフ加減ノ順序ヲ定メタルモノナリ

第六十八條 法律ニ依リ刑ヲ減輕スヘキ一個又ハ數個ノ原因アルトキハ左ノ例ニ依ル

- 一 死刑ヲ減輕ス可キ時ハ無期又ハ十年以上ノ懲役若クハ禁錮トス
- 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ノ懲役又ハ禁錮トス
- 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
- 四 罰金ヲ減輕ス可キトキハ其金額ノ二分ノ一ヲ減ス
- 五 拘留ヲ減輕ス可キトキハ其長期ノ二分ノ一ヲ減ス
- 六 科料ヲ減輕ス可キトキハ其多額ノ二分ノ一ヲ減ス

一ニ付キ説明センニ無期又ハ有期ノ何レニ處スヘキヤハ裁判官ノ裁量ニ依ルト雖モ懲役若クハ禁錮ト云フ如キ刑種ヲ異ニスル場合ハ其死刑ヲ定メタル罪ノ性質ニ依ルヲ要スヘ

ク畢竟刑法各論各本章ノ規定ニヨリテ定マルモノナリ例ヘハ死刑ト懲役トヲ科セル罪(例ヘハ内亂罪)ニアリテハ懲役ニ減輕スルヲ要スヘク又死刑ト禁錮トヲ科セル罪(例ヘハ内亂罪)ニアリテハ禁錮ニ減輕スルヲ要スヘシ

三ニ付テ説明スヘキハ禁錮ヲ懲役ニ、懲役ヲ禁錮ニ減輕スルコトアルヘカラスアルコト是ナリ而シテ減輕ノ結果短期カ一月以下ニ減シ又四ノ場合ニ於テ二十圓以下ニ減スルモ爲メニ其罪種ヲ變更スルコトナシ(第十四條、第十五條)

五、六ニ付テ説明センニ長期ヲ減シ短期ヲ其儘据置クノ結果理論上同一刑ニ於テ長期ハ短期ヨリモ短シト云フカ如キ場合ヲ生スルモ如此ハ是認スヘカラスシテ實際上短期以下ニ降ラシメサル程度ニ於テ長期ヲ減セサルヘカラス科料ニ付テモ亦然リ

又法律上ノ減輕ヲ行フニ當リテ各本條ニ二箇以上ノ選擇的刑アルトキハ先ツ適用スヘキ刑ヲ選擇シテ然ル後減輕ヲ爲スヘキモノトス

第六十九條 法律ニ依リ刑ヲ減輕ス可キ場合ニ於テ各本條ニ二箇以上ノ刑名アルトキハ先ツ適用ス可キ刑ヲ定メ其刑ヲ減輕ス

例ヘハ第九十二條ニ懲役又ハ罰金トアル如ク二個以上ノ刑名アルトキハ先ツ懲役トスル

カ罰金トスルカラ定メタル刑ヲ減輕スルナリ

第七十條 懲役、禁錮又ハ拘留ヲ減輕スルニ因リ一日ニ滿タサル時

間ヲ剩ストキハ之ヲ除棄ス

罰金又ハ科料ヲ減輕スルニ因リ一錢ニ滿タサル金額ヲ剩ストキ亦同

シ

蓋シ煩累ヲ避クルノ趣旨ニ出テタリ

第七十一條 酌量減輕ヲ爲ス可キトキ亦第六十八條及ヒ前條ノ例ニ依ル

第七十二條 同時ニ刑ヲ加重減輕ス可キトキハ左ノ順序ニ依ル

- 一 再犯加重
- 二 法律上ノ減輕
- 三 併合罪ノ加重

#### 四 酌量減輕

以上ノ順序ニ於テ加減ヲ行フニ當リ當該犯罪ニ付キ數箇ノ刑カ選擇的ニ定メラレタルトキハ先ツ其罪ニ適用スヘキ一ノ刑ヲ選擇シ然ル後ニ加減ノ手續ニ入ルヘキコト已ニ減輕ノ場合ニ述ヘタル所ノ如シ

法律上ノ減輕數箇アル場合ニ於テハ其ノミニ付テハ如何ナル順序ニ依ルモ可ナラン

(參照)

以上ヲ以テ總則ニ關スル大様ノ説明ハ之ヲ終レリ尙ホ項ヲ分チテ參考トナルヘキ三四ノ説明ヲ附加セン

第一、犯罪ノ種類

(一) 重罪、輕罪、違警罪

舊刑法ハ此區別ヲ取リタレトモ新法ハ之ヲ認メス且ツ違警罪ヲ本刑法外ニ驅逐セリ

(二) 普通犯、特別犯

本刑法ニ違犯シタル罪ヲ普通犯ト稱シ本法以外ノ刑罰法令ニ違犯シタル罪ヲ特別犯ト稱ス同一行爲ニシテ本法及ヒ他ノ刑罰法令ニ違犯シタル場合ニ於テハ特別法ハ普



通法ニ勝ル税法犯ハ特別犯ノ一ナリ

(三) 作爲犯不作爲犯

已ニ説明セル所ナリ

(四) 現行犯、非現行犯

現行犯トハ刑事訴訟法第五十六條第五十七條ニ規定スル所ノモノヲ云ヒ非現行犯トハ其以外ノモノヲ云フ二者ノ區別ハ訴訟手續ヲシテ成ルヘク簡便迅速ナラシメンカ  
タメ設ケラレタルモノナリ

(五) 國事犯ト非國事犯

國事犯トハ所謂政治犯ノ一ニシテ直接國務ニ關スルモノナリ第二編第二章第三章内  
亂ニ關スル罪、外患ニ關スル罪ノ如キ是ナリ二者ハ各裁判所ノ管轄ヲ異ニス(裁判  
所構成法第五十條)

(六) 政治犯、非政治犯

政治犯ハ一國ノ政治ニ關スルモノニシテ國事犯ニ比シ其範圍廣シ但二者ヲ同一視ス  
ル者ナキニ非ス其非政治犯トノ區別ノ實益ハ後述ノ犯罪人引渡ノ説明ヲ參照スヘシ

(七) 外形罪ト實質罪

外形罪トハ行爲カ有責ナルコトヲ必要トセサルモノヲ云ヒ實質罪トハ之ニ反ス税法  
上ノ多クノ犯罪ハ故意、過失等ヲ必要トセサルモノニシテ所謂外形罪ノ一タリ秩序  
ノ形式的取締ヲ主眼トスルモノニシテ直接ニ行爲ノ惡性ヲ基礎トセサルモノナリ故  
ニ一ニ之ヲ取締違反罪トモ云フ外形罪ト雖モ特別ノ明文上若クハ或ル特質上當然刑  
法總則ノ適用ヲ除外スルニアラスンハ外形罪タリトノ故ヲ以テ直ニ其適用ナキコト  
ヲ主張スルコトヲ得サルコト已ニ財務刑法ノ説明ニ述ヘタル所ナリ

(八) 刑事犯ト警察犯

形式上ヨリ云ヘハ種々ノ警察罰令違反ノ如キハ警察犯ナリト云フヲ得ヘシ實質上ニ  
於ケル二者ノ區別ヲ説クハ困難ナレトモ前者ハ實害若クハ危害ヲ實質トシ後者ハ危  
險、秩序違反若クハ特定行爲ノ強制ヲ目的トスルモノナリトスルモ大過ナカラシ

(九) 親告罪、非親告罪

親告罪トハ檢事カ公訴ヲ提起スルニ付キ被害者其他有權者ノ告訴ヲ要件(稅務官吏  
ノ告訴ノ如キヲ含マス)トスル犯罪ヲ云ヒ非親告罪トハ其然ラサルモノヲ云フ刑法

第二編第四章國交ニ關スル罪ニ於テ請求ヲ待テ其罪ヲ論スト云ヘルモノ亦前者ニ準スヘキモノトス

イ、告訴ハ犯罪ノ成立條件ニアラスシテ、訴追條件ナリ、又處罰條件ニモアラス蓋シ告訴ハ已ニ成立シ處罰セラルヘキ性質ノ犯罪ニ對シ公訴ノ提起ヲ請求スル意思表示ニ過キサレハナリ

ロ、共犯者ノ一ニ對シテ告訴ヲナシ他ニ對シテ告訴ヲ爲サ、ルハ理ノ許スヘキ所ニアラス蓋シ關係者ノ利害ニ關スルコト相異ナラサレハナリ然レトモ其一人已ニ死亡セル後ナルトキハ此限ニアラサルコト勿論ナリ又特別ノ關係アル者ニ對シテノミ告訴ヲ必要トスル場合（所謂相對的親告罪例ヘハ二百四十四條ノ如シ）ニ於テ同一罪ノ共犯者タル特別關係ナキ者ニ對シ告訴セス其之アルモノニ對シテノミ之ヲ爲シ得ルコト亦勿論ナリ

ハ、親告罪ノ時効ハ親告アリシトキヨリ起算スト云フハ謬ナリ犯罪ノ成立及終了ニ付テ親告罪ハ何等他ノ犯罪ト異ル所ナケレハナリ

ニ、親告罪ノ告訴權者ハ（甲）被害者（刑事訴訟法第四十九條）（乙）被害者無能力ナルト

キハ其法定代理人（同法第五十四條）ナリ但シ是等權利者ノ爲セル告訴ト雖モ時ニ其效ナキコトアリ例ヘハ第八十三條第二項但書、第二百二十九條但書ノ如シ又刑事訴訟法第六條第二號ニ依ルトキハ一旦告訴ヲ取下ケタルトキハ告訴權ヲ消滅セシムルモノトス

ホ、告訴權ハ一般代理ノ原則ニヨリ代理人ニヨリテ之ヲ爲スコトヲ得ルモ其性質上此權利自体ノ相續ヲ認ムルコト能ハス但シ相續スルコトヲ得ル權利ノ侵害ニ付テハ相續人亦被害者ナルヲ以テ告訴權アリト解ス可シ例ヘハ第二百四十四條（第二百五十一條及第二百五十五條ハ之ニ準ス）ノ如シ

（十） 微罪ニ付テ

微罪ノ意義ニ付テハ實際上人各其見解ヲ異ニス或ハ（一）法定刑ノ輕キモノヲ指シ或ハ（二）實際發生セル結果ノ小ナル場合ヲ指シ或ハ（三）被害者ノ苦痛ノ大小ヲ標準トスルモノ等是ナリ吾輩ヲ以テ見レハ皆未タ盡サル所アリ元來微罪ヲ認ムルハ微罪不檢舉テフ刑事政策上ノ慣例ヲ認ムルニヨリテ其實益ヲ存シ微罪不檢舉ノ慣例ハ犯罪豫防ノ趣意ニ因リテ成レリ而シテ不檢舉ヲシテ其弊ナカラシメ同時ニ犯罪豫防若クハ矯

正ノ目的ヲ達シ得ヘカラムルヤ否ヤハ主トシテ犯人ノ主觀的狀態ノ觀察ニ基カサル可カラス此意味ニ於テ吾輩ハ微罪ノ意義ヲ求ムル前掲標準ノ外主トシテ犯人ノ精神の方面ニ於テセント欲ス其法定刑如何ニ輕キモ其結果如何ニ小ナルモ累犯ヲ生シ或ハ一般豫防ノ目的ヲ害フカ如キ場合ハ微罪トセスシテ必ス檢舉セサルヘカラスト信ス尙ホ微罪不檢舉ト刑ノ執行猶豫トノ關係ニ付テハ興味アル研究ノ餘地アルコトヲ注意スヘシ

犯罪ノ分類ニ付テハ右掲ノ外尙ホ種々ノ目的ニ因ル種々ノ場合ヲ存スルモ各關係事項説明ノ章ニ讓ルコト、セン

第二、訴訟上ノ列國共助

各國ノ司法機關相互ニ助力シテ以テ證據調其他ノ事務ヲ執ルニ便ナラシムルモノニシテ條約ヲ以テ之ヲ定ムルモノナリ我國ニ於テハ未タ此例無キカ如キモ漸次斯ル制度ヲ設クルノ趨勢ヲ増セリ第二條、第三條、第四條等ノ主義ヲ取ラントスル今日ニ於テハ其必要更ニ大ナリトス次ニ述フル犯罪人引渡及囑托ノ制度ヲ總稱シテ刑事ニ關スル列國ノ共助ト云フ

第三、犯罪人引渡

犯罪人引渡トハ犯人外國ニ在住スル場合ニ於テ其外國政府ニ照會シテ犯人ヲ引渡サシムル方法ナリ其詳細ハ各國間ノ條約ニ由リテ各差等アレトモ其大体ハ國際法上ノ慣例ニヨリ稍定マル所アリ今一千八百八十年九月九日ノオックスフォールド國際法學會決議ニ基キ其概念ヲ説カンニ

犯罪人引渡ノ場合ニ於テハ原則トシテ當事兩國ニ於テ其行爲ヲ罰セルコトヲ要ス但シ引渡國法制ハ特殊ナルカ又ハ其地理上ノ地位ニヨリ罰トナル事實ヲ發生シ能ハサル場合ハ此限ニアラス

犯罪人引渡條約アリタルトキハ其條約施行以前ノ犯行ニモ適用セララル、モノトス尙ホ分析説明スレハ

(一) 引渡スヘキ人

犯罪ヲナシタル人ハ凡テ之ヲ引渡スヘキカ如シト雖モ自國人ハ引渡サ、ルヲ原則トス(ベルギー、獨逸、佛蘭西、和蘭、伊太利、露西亞等此主義ヲ探レリ)只英米兩國ニ於テハ自國臣民ヲモ引渡スコト、セリ然レトモ最近ノ條約ニ因ルトキハ「自國人

引渡ハ相手方ノ國家ニ於テ之ヲ強制スル權利ナシトセリ

(二) 引渡サルヘキ國

(イ) 引渡ノ要求ヲ爲ス國カ其版圖内ニアリタル犯罪ニ因リ他國ニ先ンシテ該犯罪者ノ處罰ヲ行フノ地位ニアルトキハ總テノ國ニ先ンシテ刑罰權ヲ行使スルノ權利ヲ有ス

(ロ) 引渡ノ請求ヲナスヘキ權利ヲ有スルモノハ犯罪行爲ノアリタル國ト犯罪者ノ本國ナリ

(ハ) 多クノ犯罪行爲地國及ヒ犯罪者ノ本國共ニ請求スル場合ニ兩國何レカ優先權ヲ有スルヤ或ハ其本國ニ優先權ヲ與フヘシトナシ或ハ時ノ前後ニ因リ之ヲ決スヘシトナシ或ハ最モ重キ罪ヲ犯シタル地ニ優先權ヲ與フトスル種々ノ說アリ

(三) 引渡スヘキ犯罪

引渡スヘキ犯罪ハ各條約ニ列擧スルヲ常トス而カモ大体ニ於テ重大ナル犯罪タルコトヲ要ス、又左ノ犯罪人ハ之ヲ引渡サス

(イ) 逃亡軍人、軍事上ノ事件ニ付キ互ニ援助ヲ與フルヲ忌ムト云フ精神ニ出ツ

(ロ) 政治上ノ犯罪人、蓋シ政治上ノ犯罪人ハ只犯罪ヲナシタル當該國家ニ危險ナルノミニシテ他國ニ對シテハ全ク無害ナリ故ニ國事犯ニハ犯罪人引渡ノ基礎タル犯罪行爲ノ共同危險及ヒ共同危險ヨリ生スル請求國ト引渡國トノ間ニ生スル利害ノ聯帶ヲ缺ケルヲ以テナリ

但シ政治上ノ犯罪人トシテ取扱ハレサルモノアリ、即チ假令政治上ノ理由ニ出テタルモノト雖モ左ノ如キ行爲アルモノ是ナリ

(イ) 殺人、混毒、鐵道破棄、貨幣紙幣偽造ノ如キ普通犯罪ヲ犯シタルモノ

(ロ) 國家元首ノ生命身體ニ危害ヲ行ハントスルモノ

(ハ) 内亂又ハ一揆ニ際シ戰時國際法規ノ禁止セル慘忍ナル行爲ヲナシ又ハ科學美術上ノ紀念物ヲ破壞スルカ如キ行爲アルモノ

(ニ) 混合犯罪ヲナシタルモノハ普通犯罪カ政治犯中ニ於テ其實行ノ方法トシテ生シタルモノニアラサル限リ

我國ト北米合衆國トノ間ニ締結セラレタル犯罪人引渡條約ニ於テハ引渡スヘキ犯罪人ノ種類ヲ殺人罪、貨幣偽造罪、同變造罪、有價證券ノ偽造變造行使

罪、文書偽造變造行使罪、監守盜、強盜、重罪ヲ犯ス目的ヲ以テ爲シタル家宅侵入罪並ニ破壞罪、僞證罪、強姦罪、放火罪、國際公法ニ於テ海賊ト認メラレタル犯罪等ニ限定シタリ

(四) 引渡ノ手續

犯罪人ノ引渡談判ハ必ラス外交上ノ手續ニ由ルヘキモノタリ但シ緊急ノ場合ハ此限ニアラス

(五) 引渡ノ效果

(イ) 引渡ヲ受ケタル國家ハ引渡請求ノ理由タリシ犯罪ニ就テノミ裁判ス可シ

(ロ) 引渡國承諾スルトキハ引渡請求ノ理由タリシ以外ノ犯罪ニシテ引渡以前ニ犯シタル犯罪ニ付テモ處罰セラル

(ハ) 犯罪者承諾スルトキハ引受國ハ他ノ犯罪ニモ裁判權ヲ擴張スルコトヲ得

(ニ) 犯罪者引渡サレタル理由ノ犯罪ノ爲メニ既ニ處罰セラレ又ハ放免セラレタル後一定ノ期間ヲ經過スル以前ニ其地ヲ去ルコトヲ怠ルカ又ハ其後自ラ其地ニ歸來スルトキハ引渡サレタル理由以外ノ犯罪ノ爲メニ處罰スルコトヲ得

(ホ) 引渡ヲ受ケタル國ハ引渡國ノ同意ヲ得ルニ非サレハ更ニ之ヲ第三國ニ引渡スコトヲ得ス(日米犯罪人引渡條約ニ此規定ナシ然レトモ事實上此原則ニ拘束サルヘキモノナリト信ス)

尙ホ此問題ニ付テハ日米犯罪人引渡條約及ヒ明治二十九年五月ノ日米間追加犯罪人引渡條約、逃亡犯罪人引渡條例等ヲ參照スヘシ

第四 刑法施行法

明治四十一年三月二十七日法律第二十九號ヲ以テ發布セラレタル刑法施行法ハ新刑法ノ解釋適用ニ最モ有力ナル材料ヲ供給スルモノナルヲ以テ左ニ之ヲ掲クルコト、ナセリ刑法各本條ト比較研究セラレンコトヲ望ム

刑法施行法 (明治四十一年三月二十七日法律第二十九號)

第一條 本法ニ於テ舊刑法ト稱スルハ明治十三年第三十六號布告刑法ヲ謂ヒ他ノ法律ト稱スルハ刑法施行前ニ公布シタル法律及勅令、布告ニシテ法律ト同一ノ效力ヲ有スルモノヲ謂フ

第二條 刑法施行前ニ舊刑法ノ罪又ハ他ノ法律ノ罪ヲ犯シタル者ニ付テハ左ノ例ニ從ヒ

刑法ノ主刑ト舊刑法ノ主刑トヲ對照シ刑法第十條ノ規定ニ依リ其輕重ヲ定ム

刑法ノ刑

舊刑法ノ刑

死刑

死刑

無期懲役

無期徒刑

無期禁錮

無期徒刑

有期懲役

有期徒刑、重懲役、輕懲役、重禁錮

有期禁錮

有期徒刑、重禁獄、輕禁獄、輕禁錮

罰金

罰金

拘留

拘留

科料

科料

第三條 法律ニ依リ刑ヲ加重減輕ス可キトキ又ハ酌量減輕ヲ爲ス可キトキハ加重又ハ減輕ヲ爲シタル後刑ノ對照ヲ爲ス可シ

數罪ヲ犯シタル者ニ付テハ併合罪又ハ數罪俱發ニ關スル規定ヲ適用シタル後刑ノ對照ヲ爲ス可シ

一 罪ニ付キ二個以上ノ主刑ヲ併科ス可キトキ又ハ二個以上ノ主刑中其一個ヲ科ス可キトキハ其中ニテ重キ刑ノミニ付キ對照ヲ爲ス可シ併合罪又ハ數罪俱發ニ關スル規定ニ依リ數罪ノ主刑ヲ併科ス可キトキ亦同シ

第四條 刑法施行前舊刑法又ハ他ノ法律ノ規定ニ依リ告訴ヲ待テ論ス可キ罪ヲ犯シタル者ハ刑法ノ規定ニ依リ告訴ヲ要セサルモノト雖モ告訴アルニ非サレハ其罪ヲ論セス

第五條 刑法第六條ニ依リ舊刑法又ハ他ノ法律ヲ適用スル場合ニ於テハ剝奪、公權、停止公權、監視又ハ罰金ヲ附加ス可キトキト雖モ之ヲ附加セス

第六條 刑法施行前ニ犯シタル罪ニ付キ刑法施行ノ前又ハ後ニ確定裁判アリタル後刑法施行前ニ犯シタル餘罪ニ付キ裁判ヲ爲ストキハ左ノ例ニ依ル

一 確定裁判アリタル罪ニ舊刑法又ハ他ノ法律ヲ適用シタルトキト雖モ刑法又ハ刑法ノ刑名ニ依リ刑ヲ定メタル法令ニ於テハ其罪ト餘罪トニ付キ併合罪ニ關スル規定ヲ準用ス

二 確定裁判アリタル罪ニ刑法又ハ刑法ノ刑名ニ依リ刑ヲ定メタル法令ヲ適用シタル時ト雖モ舊刑法又ハ他ノ法律ニ於テハ其罪ト餘罪トニ付キ數罪俱發ニ關スル規定ニ

依ル

第七條 左ニ記載シタル者刑法施行前更ニ刑法ノ有期懲役ニ相當スル刑ニ該ル罪ヲ犯シ  
刑法施行後其罪ニ付キ裁判ヲ爲ストキハ刑法又ハ刑法ノ刑名ニ依リ刑ヲ定メタル法令  
ニ於テハ累犯ニ關スル規定ヲ準用ス

- 一、舊刑法又ハ他ノ法律ニ依リ刑法ノ懲役ニ相當スル刑ニ處セラレタル者
- 二、舊刑法又ハ他ノ法律ニ依リ刑法ノ懲役ニ相當スル刑ニ該ル罪ト同質ノ罪ニ因リ死  
刑ニ處セラレ其執行ノ免除ヲ得又ハ減刑ニ因リ懲役ニ相當スル刑ニ減輕セラレタル  
者

刑法第五十六條第三項ノ規定ハ數罪俱發ニ關スル規定ニ依リ處斷セラレタル者ニ之  
ヲ準用ス

第八條 刑法施行前ニ犯シタル一罪ト刑法施行後ニ犯シタル一罪又ハ數罪トニ付キ同時  
ニ裁判ヲ爲ス場合ニ於テハ刑法施行前ノ罪ニ舊刑法又ハ他ノ法律ヲ適用ス可キトキト  
雖モ其罪ト刑法施行後ノ一罪又ハ數罪トニ付キ併合罪ニ關スル規定ヲ準用ス

第九條 刑法施行前ニ犯シタル數罪ト刑法施行後ニ犯シタル一罪又ハ數罪トニ付キ同時  
ニ裁判ヲ爲ス場合ニ於テ刑法施行前ノ罪ニ舊刑法又ハ他ノ法律ヲ適用ス可キトキハ數  
罪俱發ニ關スル規定ニ依リテ定マリタル一重キ罪ト刑法施行後ノ一罪又ハ數罪トニ  
付キ併合罪ニ關スル規定ヲ準用ス

前項ノ場合ニ於テ刑法施行前ノ罪ニ刑法又ハ刑法ノ刑名ニ依リ刑ヲ定メタル法令ヲ適  
用ス可キトキハ其數罪ト刑法施行後ノ一罪又ハ數罪トニ付キ併合罪ニ關スル規定ヲ適  
用ス

第十條 刑法施行後ニ犯シタル罪ニ付キ確定裁判アリタル後刑法施行前ニ犯シタル餘罪  
ニ付キ裁判ヲ爲ス場合ニ於テハ其罪ニ舊刑法又ハ他ノ法律ヲ適用シタルトキト雖モ確  
定裁判アリタル罪ト其罪トニ付キ併合罪ニ關スル規定ヲ準用ス

第十一條 刑法施行前ニ犯シタル罪ニ付キ刑法施行後確定裁判アリタル後刑法施行後ニ  
犯シタル餘罪ニ付キ裁判ヲ爲ス場合ニ於テハ確定裁判アリタル罪ニ舊刑法又ハ他ノ法  
律ヲ適用シタルトキト雖モ其罪ト餘罪トニ付キ併合罪ニ關スル規定ヲ準用ス

第十二條 第七條第一項各號ニ記載シタル者刑法施行後有期懲役ニ該ル罪ヲ犯シタルト  
キハ累犯ニ關スル規定ヲ準用ス

第七條第二項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

第十三條 刑法施行後ハ舊刑法又ハ舊刑法施行前ノ法令ノ刑ニ處セラレタル者ト雖モ刑ノ執行、假出獄及ヒ時効ニ付テハ刑法ノ規定ヲ準用ス但罰金又ハ科料ヲ完納スルコト能ハサル者ヲ勞役場ニ留置スル場合ニ於テハ檢事ノ請求ニ依リ裁判所決定ヲ以テ其言渡ヲ爲ス可シ

前項ノ場合ニ於テハ第二條及ヒ明治十四年第八十一號布告第一條ノ例ニ依リ主刑ノ對照ヲ爲ス可シ

舊刑法ノ刑ニ處セラレタル者ノ刑法施行前ニ於ケル時効期間ノ起算及ヒ時効ノ中斷ニ付テハ期滿免除ニ關スル規定ニ從フ

第十四條 刑法施行後ハ舊刑法ノ刑ニ處ス可キ者ト雖モ刑ノ執行猶豫ニ付テハ刑法ノ規定ヲ準用ス

前項ノ場合ニ於テハ第二條ノ例ニ依リ主刑ノ對照ヲ爲ス可シ

第十五條 刑法施行前假出獄ヲ許サレタル者及ヒ幽閉ヲ免セラレタル者ニ付テハ刑法施行ノ日ヨリ刑法ノ假出獄ニ關スル規定ヲ準用ス

刑法施行前罰金又ハ科料ヲ納完セサル爲メ輕禁錮又ハ拘留ニ換ヘラレタル者ニ付テハ刑法施行ノ日ヨリ刑法第十八條又ヒ第三十條ノ規定ヲ準用ス但シ留置ノ日數ハ其執行ノ日ヨリ起算シ刑法第十八條ノ期間ヲ超ユルコトヲ得ス

第十六條 懲治場留置ノ執行ハ刑法施行後ト雖モ從前ノ例ニ從フ但司法大臣ハ何時ニテモ其留置ヲ解キ又ハ感化院ニ入院セシムルコトヲ得

第十七條 關席判決ヲ以テ言渡シタル刑ノ時効期間ハ其言渡ノ日ヨリ之ヲ起算ス

第十八條 剝奪公權、停止公權、監視及附加ノ罰金ノ言渡ハ刑法施行ノ日ヨリ其效力ヲ失フ但既ニ徵收シタル附加ノ罰金ハ之ヲ還付セス

附加ノ罰金ヲ納完セサル爲メ換ヘラレタル禁錮ニ付キ亦前項ニ同シ

第十九條 他ノ法律ニ定メタル主刑ハ第二條ノ例ニ準シ刑法ノ刑ニ對照シテ之ヲ刑法ノ刑名ニ變更ス但單ニ禁錮トアルハ之ヲ有期ノ懲役又ハ禁錮ニ變更ス

他ノ法律ノ規定中剝奪公權、停止公權、監視及ヒ附加ノ罰金ニ處ス可キ旨ヲ定メタルモノハ之ヲ廢止ス

第二十條 他ノ法律ニ定メタル刑ニ付テハ其期間又ハ金額ヲ變更セス但他ノ法律中特ニ



期間又ハ金額ヲ定メサル刑ニ付テハ仍ホ舊刑法總則中期間又ハ金額ニ關スル規定ニ從フ

第二十一條 他ノ法律ニ定メタル刑ヲ加重又ハ減輕ス可キ場合ニ於テハ第二十三條ノ場合ヲ除ク外舊刑法ノ加減例ニ關スル規定ニ依ル

第二十二條 他ノ法律中舊刑法ノ規定ヲ掲ケ又ハ舊刑法ノ規定ニ依リ若クハ之ニ依ラサルコトヲ定メタル場合ニ付キ刑法中其規定ニ相當スル規定アル者ハ刑法ノ規定ニ變更ス爆發物取締罰則第十條ハ之ヲ廢止ス

第二十三條 前條ノ規定ニ依リ刑法ノ刑ヲ適用ス可キ場合ニ於テハ他ノ法律中刑ノ加重ニ關スル特別ノ規定ハ之ヲ適用セス刑ノ減輕ノ方法ニ付テハ刑法ノ加減例ニ關スル規定ニ從フ

第二十四條 明治二十二年法律第二十八號及ヒ明治二十三年法律第九十九號ハ之ヲ廢止ス

第二十五條 左ニ記載シタル舊刑法ノ規定ハ當分ノ内刑法施行前ト同一ノ效力ヲ有ス  
一、第二編第三章第五節

二、第九十八條乃至第二百條

三、第二編第四章第七節及ヒ第九節

四、第二編第五章第三節

五、第三編第二章第四節

刑法第八條ノ規定及ヒ本法中他ノ法律ニ關スル規定ハ之ヲ前項ノ規定ニ準用ス

第二十六條 左ニ記載シタル罪ハ刑法第二條ノ例ニ從フ

一 軍機保護法ニ掲ケタル罪

二 徵兵令ニ掲ケタル罪

三 明治三十八年法律第六十六號ニ掲ケタル罪

四 通貨及證券模造取締法ニ掲ケタル罪

五 船舶法ニ掲ケタル罪

六 船員法ニ掲ケタル罪

七 船舶職員法ニ掲ケタル罪

八 船舶検査法ニ掲ケタル罪

九 戶籍法ニ掲ケタル罪

十 郵便法ニ掲ケタル罪

十一 舊刑法中印紙ノ偽造、變造及ヒ其知情使用ニ關スル罪

第二十七條 左ニ記載シタル罪ハ刑法第三條ノ例ニ從フ

一 著作權法ニ掲ケタル罪

二 重要物產同業組合法ニ掲ケタル罪

三 移民保護法ニ掲ケタル罪

第二十八條 人ノ資格其他ノ事項ニ關シ舊刑法ノ刑名又ハ罪別ヲ掲ケタル他ノ法律ノ規定ハ刑法施行ノ爲メ變更セラル、コトナシ

第二十九條 死刑、無期又ハ短期一年以上ノ懲役若クハ禁錮ニ該ル罪ハ他ノ法律ノ適用ニ付テハ舊刑法ノ重罪ト看做ス

第三十條 前條ニ該當セサル懲役若クハ禁錮又ハ罰金ニ該ル罪ハ他ノ法律ノ適用ニ付テハ舊刑法ノ輕罪ト看做ス

前條ニ該當セサル懲役又ハ禁錮ニ該ル罪ハ他ノ法律ノ適用ニ付テハ舊刑法ノ禁錮ニ該

ル罪ト看做ス

前條ニ該當セサル懲役ニ該ル罪ハ他ノ法律ノ適用ニ付テハ舊刑法ノ重禁錮ニ該ル罪ト看做ス

前條ニ該當セサル禁錮ニ該ル罪ハ他ノ法律ノ適用ニ付テハ舊刑法ノ輕禁錮ニ該ル罪ト看做ス

第三十一條 拘留又ハ科料ニ該ル罪ハ他ノ法律ノ適用ニ付テハ舊刑法ノ違警罪ト看做ス

第三十二條 他ノ法律ニ定メタル罪ニシテ死刑、無期又ハ短期六年以上ノ懲役若クハ禁錮ニ該ルモノ、未遂罪ハ之ヲ罰ス

第三十三條 死刑、無期又ハ六年以上ノ懲役若クハ禁錮ニ處セラレタル者ハ他ノ法律ノ適用ニ付テハ舊刑法ノ重罪ノ刑ニ處セラレタルモノト看做ス

第三十四條 前條ニ記載シタル者及ヒ舊刑法ノ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ他ノ法律ノ適用ニ付テハ公權ヲ剝奪セラレタルモノト看做ス

前項ノ規定ハ復權ヲ得タル者ニハ之ヲ適用セス

第三十五條 六年未滿ノ懲役若クハ禁錮又ハ罰金ニ處セラレタル者ハ他ノ法律ノ適用ニ

付テハ舊刑法ノ輕罪ノ刑ニ處セラレタルモノト看做ス

六年未滿ノ懲役ニ處セラレタル者ハ他ノ法律ノ適用ニ付テハ舊刑法ノ重禁錮ニ處セラレタルモノト看做ス

六年未滿ノ禁錮ニ處セラレタル者ハ他ノ法律ノ適用ニ付テハ舊刑法ノ輕禁錮ニ處セラレタルモノト看做ス

第三十六條 六年未滿ノ懲役又ハ禁錮ニ處セラレタル者及ヒ舊刑法ノ禁錮ノ刑ニ處セラレタル者ハ他ノ法律ノ適用ニ付テハ刑ノ執行ヲ終リ又ハ其執行ヲ受クルコトナキニ至ルマテ公權ヲ停止セラレタルモノト看做ス

第三十七條 他ノ法律中舊刑法第三十一條又ハ第三十三條ノ規定アル爲メ人ノ資格ニ關シ別段ノ規定ヲ設ケサリシ場合ニ付テハ舊刑法第三十一條及ヒ第三十三條ノ規定ハ人ノ資格ニ關シ刑法施行前ト同一ノ效力ヲ有ス

第三十八條 刑事訴訟法第八條ヲ左ノ如ク改ム

第八條 公訴ノ時效ハ左ノ期間ヲ經過スルニ因テ完成ス

一、死刑ニ該ル罪ニ付テハ十五年

二、無期又ハ長期十年以上ノ懲役若クハ禁錮ニ該ル罪ニ付テハ十年

三、長期十年未滿ノ懲役又ハ禁錮ニ該ル罪ニ付テハ七年

四、長期五年未滿ノ懲役若クハ禁錮又ハ罰金ニ該ル罪ニ付テハ三年

五、刑法第八十五條ノ罪ニ付テハ一年

六、拘留又ハ科料ニ該ル罪ニ付テハ六月

第三十九條 刑事訴訟法第六十二條第三號ヲ左ノ如ク改ム

第三 區裁判所ノ管轄ニ屬スル罪ト思料シタル事件ニ付テハ證據書類ニ意見書ヲ添ヘ之ヲ區裁判所檢事ニ送致ス可シ

第四十條 刑事訴訟法第二百二十五條第二號ヲ左ノ如ク改ム

第二、醫師、藥劑師、藥種商、産婆、辯護士、辯護人、公證人又ハ此等ノ職ニ在リシ者及ヒ宗敎若クハ禰祀ノ職ニ在ル者又ハ此等ノ職ニ在リシ者其業務上取扱ヒタルコトニ付キ知得タル事實ニシテ默秘ス可キモノニ關スルトキ

第四十一條 刑事訴訟法第二百二十六條第一項中「刑法第八十條ニ從ヒ罰金」ヲ「四十圓以下ノ罰金又ハ科料」ニ改メ同條第二項中「罰金」ヲ「罰金又ハ科料」ニ改ム

同法第三百三十八條中「刑法第七十九條ニ從ヒ罰金」ヲ「四十圓以下ノ罰金又ハ科料」ニ改ム

同法第四百四十四條第一項中「罰金」ヲ「罰金又ハ科料」ニ改ム

第四十二條 刑事訴訟法第六十七條第一項ヲ左ノ如ク改メ第三項ヲ削ル

被告事件其裁判所ノ管轄ニ屬スルモノト思料シタルトキハ公判ニ付スル言渡ヲ爲スコシ

第四十三條 刑事訴訟法第七十二條ヲ左ノ如ク改ム

第七十二條 檢事ハ免訴又ハ管轄違ノ決定ニ對シ抗告ヲ爲スコトヲ得

第四十四條 刑事訴訟法第二百三十六條中「輕罪、重罪ノ」ヲ削ル

第四十五條 刑事訴訟法第二百四十一條ヲ左ノ如ク改ム

第二百四十一條 裁判所ニ於テ輕罪トシテ受理シタル事件ヲ重罪ナリトスルトキハ其

事件ヲ豫審判事ニ送付スル決定ヲ爲スコシ檢事ノ請求アルトキ亦同シ

被告事件豫審ヲ經タルトキハ公判ヲ止メ受命判事ヲシテ其事件ノ取調ヲ爲シ報告ヲ

爲サシムヘシ

受命判事ハ豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲スコトヲ得

第四十六條 刑事訴訟法第二百六十四條中「更ニ重罪事件トシテ裁判ス可キ旨ノ決定ヲ

爲シ」ヲ削ル

第四十七條 刑事訴訟法第三百十七條ニ左ノ一項ヲ加フ

監獄ニ於テ執行ス可キ二個以上ノ主刑ノ執行ハ其重キモノヲ先ニス但特別ノ事由アル

トキハ檢事ハ重キ刑ノ執行ヲ停止シ他ノ刑ノ執行ヲ爲サシムルコトヲ得

第四十八條 刑事訴訟法第三百十八條ノ次ニ左ノ二條ヲ加フ

第三百十八條ノ二 死刑ノ執行ハ檢事及ヒ裁判所書記ノ立會ニテ之ヲ爲スコシ

死刑ノ執行ニ關スル者ノ外刑場ニ入ルコトヲ得ス但檢事又ハ監獄ノ長ノ許可ヲ得タ

ル者ハ此限ニ在ラス

第三百十八條ノ三 死刑ノ言渡ヲ受ケタル者心神喪失シタルトキハ司法大臣ノ命令ニ

依リ其痊癒ニ至ルマテ執行ヲ停止ス

死刑ノ言渡ヲ受ケタル婦女懷胎ナルトキハ分娩後司法大臣ノ命令アルニ非サレハ執

行ヲ爲スコトヲ得ス

第四十九條 刑事訴訟法第三百十九條第一項ノ次ニ左ノ一項ヲ加フ

懲役、禁錮又ハ拘留ノ言渡ヲ受ケタル者左ノ各號ノ一ニ該當スルトキハ其事故ノ止ム  
マテ刑ノ執行ヲ停止スルコトヲ得

一、心神喪失ノ状態ニ在ルトキ

二、刑ノ執行ニ因リ生命ヲ保ツコト能ハサル虞アルトキ

三、受胎後七月以上ナルトキ

四、分娩後一月ヲ經過セサルトキ

第五十條 刑事訴訟法第二百二十條中「之ヲ爲ス可シ」ノ下ニ「刑ノ執行ノ停止ニ付キ亦

同シ」ヲ加ヘ第二項ノ次ニ左ノ一項ヲ加フ

前項ノ徴收ニ付テハ非訟事件手續法第二百八條ノ規定ヲ準用ス

第五十一條 刑事訴訟法第二十四條、第六十三條、第六十八條、第七十三條及ヒ第  
百七十四條但書ハ之ヲ削ル

第五十二條 刑事訴訟法中復権及ヒ特赦ニ關スル規定ハ之ヲ削ル

第五十三條 刑法第五十二條又ハ第五十八條ノ規定ニ依リ刑ヲ定ム可キ場合ニ於テハ其

犯罪事實ニ付キ最終ノ判決ヲ爲シタル裁判所ノ檢事其裁判所ニ請求ヲ爲ス可シ

前項ノ請求アリタルトキハ裁判所ハ被告人又ハ其代理人ノ意見ヲ聽キ決定ヲ爲ス可シ

此決定ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得

第五十四條 刑ノ執行猶豫ハ裁判所ニ於テ檢事ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ刑ノ言渡ト

同時ニ判決ヲ以テ之ヲ言渡ス可シ

第五十五條 刑ノ執行猶豫ノ言渡ハ上訴ニ因リ其效力ヲ失フコトナシ但原判決ヲ取消シ

又ハ破毀シタル場合ハ此限ニ在ラス

上訴裁判所ハ新ニ執行猶豫ノ言渡ヲ爲スコトヲ得

第五十六條 刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ取消ス可キ場合ニ於テハ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ノ所

在地又ハ最後ノ住所地ヲ管轄スル地方裁判所ノ檢事其裁判所ニ請求ヲ爲ス可シ

前項ノ請求アリタルトキハ裁判所ハ被告人又ハ其代理人ノ意見ヲ聽キ決定ヲ爲ス可シ

此決定ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得

第五十七條 第五十三條及ヒ前條ノ裁判及ヒ抗告ニ付テハ刑事訴訟法ノ規定ヲ準用ス

第五十八條 明治三十八年法律第七十號ニ依リ刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ受ケ仍ホ猶豫ノ期

間ヲ經過セサル者ハ刑法ニ依リ刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ受ケタルモノト看做ス

第五十九條 明治三十九年法律第五十四號ハ之ヲ廢止ス

第六十條 私訴ハ公訴ニ附帶スルトキハ民事訴訟ノ方式ニ依ラス書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得

第六十一條 贓物犯人ノ手ニ在ルトキハ被害者ノ請求ナシト雖モ之ヲ還付スル言渡ヲ爲ス可シ

第六十二條 左ニ記載シタルモノヲ以テ公訴ニ關スル訴訟費用トス

一、豫審、公判ニ付キ呼出シタル證人、鑑定人及ヒ通事ニ給與ス可キ日當、旅費及ヒ止宿料

二、第六十六條ニ記載シタル費用

第六十三條 證人、鑑定人及ヒ通事ノ日當ハ左ノ範圍内ニ於テ豫審判事、受託判事又ハ裁判所之ヲ定ム

一、證人ノ日當ハ出頭一度ニ付金二十錢乃至金五十錢但止宿料ヲ給與スル場合ニ於テハ日當ヲ給與セス

二、鑑定人及ヒ通事ノ日當ハ出頭一度ニ付金三十錢乃至金五圓

第六十四條 證人、鑑定人及ヒ通事ノ旅費ハ海陸路一里ニ付キ金五錢乃至金二十錢ノ範圍内ニ於テ豫審判事、受託判事又ハ裁判所之ヲ定ム但通路兩線以上アルトキハ最近ノ通路ヲ以テ旅費ヲ算定ス

前項ニ掲ケタル者ノ止宿料ハ一日ニ付キ金二十錢乃至金一圓ノ範圍内ニ於テ豫審判事、受託判事又ハ裁判所之ヲ定ム但八里以上ノ地ヨリ來リ滞在スルトキニ非サレハ之ヲ給與セス

第六十五條 證人、鑑定人及ヒ通事ノ日當、旅費及ヒ止宿料ハ豫審ニ於テハ其終結前公判ニ於テハ其判決前ニ本人ヨリ請求スルニ非サレハ之ヲ給與セス

第六十六條 鑑定、通譯ニ付キ數多ノ時間又ハ特別ノ技能若クハ費用ヲ要スルトキハ日當ノ外別ニ相當ノ金額ヲ給與スルコトヲ得

第六十七條 共犯ノ訴訟費用ハ共犯人ノ連帶負擔トス

附則

本法ハ刑法施行ノ日ヨリ之ヲ施行ス

刑法附則其他舊刑法施行ノ爲メ公布シタル法令ハ之ヲ廢止ス

### 第一編 罪

舊刑法ハ全編ヲ四編ニ分チ第一編ヲ總則第二編ヲ公益ニ關スル重罪輕罪第三編ヲ身體財產ニ關スル重罪輕罪トナシ第四編ヲ違警罪トス略言スレハ第二編以下ニ於テ各種ノ犯罪ヲ規定シタリ然レトモ此分類ハ意義正確ナラス徒ラニ沿革ニ拘泥シテ理義ノ統一ヲ缺ケルヲ以テ新法ハ斯ル分類ヲ避ケ重ナル害ノ直接ニ及フ所如何ヲ見テ其罪名ヲ附シ之ヲ列舉シテ左ノ四十種トナシ特ニ總括的ノ種別ヲ設ケス斯ル方法ハ或ハ理論的要求ヲ充タササルノ非難アルヤモ圖ラレスト雖モ實際ノ運用上直截確實ナルモノアルコト明ナリ

- 皇室ニ對スル罪
- 内亂ニ關スル罪
- 外患ニ關スル罪
- 國交ニ關スル罪
- 公務ノ執行ヲ妨害スル罪

- 逃走ノ罪
- 犯人藏匿及ヒ證據湮滅ノ罪
- 騷擾ノ罪
- 放火及ヒ失火ノ罪
- 溢水及ヒ水利ニ關スル罪
- 往來ヲ妨害スル罪
- 住居ヲ侵スル罪
- 秘密ヲ侵スル罪
- 阿片煙ニ關スル罪
- 飲料水ニ關スル罪
- 通貨偽造ノ罪
- 文書偽造ノ罪
- 有價證券偽造ノ罪
- 印章偽造ノ罪

- 偽證ノ罪
- 誣告ノ罪
- 猥褻及ヒ重婚ノ罪
- 賭博及ヒ富籤ニ關スル罪
- 禮拜所及ヒ墳墓ニ關スル罪
- 瀆職ノ罪
- 殺人ノ罪
- 傷害ノ罪
- 過失傷害ノ罪
- 墮胎ノ罪
- 遺棄ノ罪
- 逮捕及ヒ監禁ノ罪
- 脅迫ノ罪
- 略取及ヒ誘拐ノ罪

名譽ニ對スル罪

- 信用及ヒ業務ニ對スル罪
- 竊盜及ヒ強盜ノ罪
- 詐欺及ヒ恐喝ノ罪
- 横領ノ罪
- 贓物ニ關スル罪
- 毀棄及ヒ隱匿ノ罪

犯罪成立ノ要素中各犯罪ニ通スルモノアリ一犯罪ノミニ關スルモノアリ前者ヲ一般成立要素ト稱シ後者ヲ特別成立要素ト云フ例ヘハ「故意」ノ如キハ一般犯罪ニ通スルモノナルニ反シ「他人ノ財物ヲ竊取ス」ト云フハ獨リ竊盜罪ニノミ關スルカ如キ是ナリ本刑法總則ハ前者ヲ規定シ第二編ハ後者ヲ規定ス一ハ專ラ抽象的理論ニ依リ他ハ主トシテ具象的實際ヲ示シ特殊犯罪ノ成立ヲ明ニシ同時ニ之ニ對スル特定ノ處分ヲ定メタリ二者相俟チテ始メテ刑法ノ眞義ヲ覈ムヘキノミ以下之ヲ畧述セン

尙ホ刑法施行法第二十五條ニ依リ左ニ記載シタル舊刑法ノ規定ハ當分ノ内刑法施行前ト



同一ノ效力ヲ有スルコトヲ注意スヘシ

一、第二編第二章第五節

私ニ軍用ノ銃礮彈藥ヲ製造シ及ヒ所有スル罪是ナリ

二、第九十八條乃至第二百條

印紙偽造變造行使及再貼罪

三、第二編第四章第七節及ヒ第九節

度量衡ヲ偽造スル罪、公選ノ投票ヲ偽造スル罪

四、第二編第五章第三節

傳染病豫防規則ニ關スル罪

五、第三編第二章第四節

家資分散ニ關スル罪

刑法第八條ノ規定及ヒ本法中他ノ法律ニ關スル規定ハ之ヲ前項ノ規定ニ準用ス

第一章

皇室ニ對スル罪

第七十三條 天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子又ハ皇太孫ニ對

シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ處ス(舊刑法第百十六條)

「天皇」トハ大日本帝國ノ主權者タル在位ノ皇帝ヲ奉稱シ憲法第四條ニ所謂統治權ヲ總攬スル國ノ元首ヲ指ス統治權トハ他ノ人格者ニ對シテ無條件ニ其意思ヲ拘束シ其服從ヲ強制シ得ル意思ノ力ニシテ近世ニ於テハ唯國家ニノミ專屬スルモノナリ

太皇太后、皇太后、皇后トハ舊法ニ所謂「三后」ト同意義ナレトモ由來三后ナル名辭ハ皇室典範等ニ於ケル法律上ノ用語ニアラス故ニ新法ハ此語ヲ採ラス

「皇太子、皇太孫」儲嗣タル皇子ヲ皇太子トス、皇太子在ラサルトキハ儲嗣タル皇孫ヲ皇太孫トス(皇室典範第十五條)舊法カ皇太孫ニ關スル規定ヲ置カサリシハ不備ナリ

「危害」トハ生命又ハ身體ニ對スル有形的侵犯及ヒ之ヲ生スヘキ虞ヲ云ヒ「危害ヲ加ヘントシタル」トハ着手、豫備、陰謀等廣ク皆ナ之ヲ含ム但シ危害ヲ加ヘントスル意思作用即チ内部的關係ノミニ止ル場合ハ勿論之ヲ罰スルコトヲ得ス

皇室ニ對スル罪ハ事甚タ重大ナルヲ以テ動モスレハ慎重ノ審議ヲ缺キ總テノ場合ニ於テ

故意過失其他ノ責任關係ヲ精査セス悉ク之ヲ有罪トシテ論セントスルノ弊ナキヲ保シ難シ蓋シ如此ハ曲學阿世の小人ノ常情ナレハナリ然レトモ刑法モ亦天皇ノ制定シ給ヒシ所ナリ天皇已ニ制ヲ立テテ臣民ノ遵據スル所ヲ定メ給ヒシ以上ハ有罪無罪ノ事一ニ刑法ノ規スル所ニ從ツテ分ツ可シ故ニ苟モ總則第三十八條以下ノ規定ニ對シ除外ノ明文ナキ以上ハ如何ニ皇室ニ對スル罪ト雖モ悉ク論スルニ有罪ヲ以テスヘカラサルヤ明ナリトス

### 第七十四條 天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子又ハ皇太孫ニ對

シ不敬ノ行爲アリタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス

神宮又ハ皇陵ニ對シ不敬ノ行爲アリタル者亦同シ(舊刑法第一百七條)

「不敬ノ行爲」トハ尊嚴ヲ冒瀆スヘキ言語、文書、形容其他一切ノモノ、總稱ニシテ常人ニ對シテモ罪トナルヘキ罵詈訕笑等ヨリモ其範圍甚タ廣汎ナリ

「神宮」伊勢ノ大廟ノミヲ云フ、現今伊勢ノ大神宮ハ總テノ點ニ於テ特別ノ取扱ヲ爲スコト、ナレルヲ以テ刑法上ニ於テモ特別ノ規定ヲ存スルコト、爲セリ尙ホ第百八十八條「神祠」ノ解ヲ參照セラルヘシ

「皇陵」トハ歷代ノ天皇ノ御陵ヲ云フ歷代ノ三后、太上天皇、贈太上天皇、皇太子ノ御墳墓等ハ之ヲ含マス皇室ノ御用例ニ因レハ歷代ノ天皇、三后、太上天皇、贈太上天皇ノ御墓ヲ「御陵」ト稱シ其他ノ皇族ノ御墓ヲ「御墓」ト稱ス故ニ刑法ノ用語ト其意義ヲ異ニスルコトヲ注意セラル可シ

舊刑法ハ單ニ「皇陵」ニ關スル規定ヲ存シ神宮ニ關スル規定ヲ置カス故ニ從前ニ於テハ強イテ「皇陵」ヲ解シテ皇祖ノ御皇伊勢ノ大廟)及ヒ歷代ノ天皇ノ御陵ト解セリ

### 第七十五條 皇族ニ對シ危害ヲ加ヘタル者ハ死刑ニ處シ危害ヲ加ヘン

トシタル者ハ無期懲役ニ處ス(舊刑法第百十八條)

### 第七十六條 皇族ニ對シ不敬ノ行爲アリタル者ハ二月以上四年以下ノ懲役ニ處ス(舊刑法第百十九條)

「皇族」トハ主權者タル天皇ノ御一族ニシテ太皇太后、皇太后、皇后、皇太子、皇太子妃、皇太孫、皇太孫妃、親王、親王妃、內親王、王、王妃、女王ヲ謂フ但シ前二條ニ於テ皇族ト云フハ第七十三條第七十四條トノ關係上太皇太后、皇太后、皇后、皇太子、皇太孫

ハ之ヲ含マス

「親王」トハ皇子ヨリ皇玄孫ニ至ルマテノ男「内親王」トハ同女、「王」トハ五世以下ノ男女王トハ同女ヲ云フ、又王ハ勅旨又ハ請願ニ依リ家名ヲ賜ヒ華族ニ列セラル、コトアリ又王ハ勅許ニヨリ家族ノ相續人トナリ又ハ家督相續ノ目的ヲ以テ華族ノ養子トナルコトアリ又特權ヲ剝奪セラレタル皇族ハ臣籍ニ降サル、コトアリ如此ハ皆ナ共ニ皇族ニアラス

(餘論)

皇室ニ對スル罪ハ分テテ二種トナス危害罪及ヒ不敬罪是ナリ第七十三條及第七十五條ハ前者ヲ規定シ第七十四條及第七十六條ハ後者ヲ規定セル者ナリ共ニ普通犯罪ニ比シ之ヲ罰スルコト峻嚴ナリ蓋シ我建國ノ精神ヲ見ルニ祖先崇拜ノ大義ヲ以テ血族相親ムノ至情ニ合シ祖先ノ精靈ハ其子孫ノ上ニ殿在ストノ信念ニ因リ我萬世一系ノ皇位ハ天祖ノ靈位ニシテ天祖ノ直統ヲ承クル者ナレハ我民族ノ運命ハ懸ツテ此一系ニ在リトナシ皇室ノ祖先ハ則チ我民族ノ總祖ナルヲ以テ祖先ヲ崇拜シ其威靈ニヨリ其生ヲ全ウスル所以ハ則チ皇位ヲ神聖ナリトシテ之ニ服從スル所以ナリトシ父祖ノ下ニ家ヲ爲スノ觀念ヲ擴張シテ萬世一系ノ皇位ノ下ニ國家ヲ形成セル者ナレハ天皇及ヒ其御一族ニ對スル崇敬ノ念甚タ

大ナリ皇室ニ對スル觀念ニシテ纖小ト雖其程度ヲ減センカ延イテ皇位ニ對スル尊嚴ヲ損シ國家主權ノ神聖ヲ冒スノ憂ナシトセス帝國臣民由來忠直ニシテ敢テ或ハ危害若クハ不敬ヲ企ツル者ナシ唯天下ノ事毫厘ノ初メニ謹マスンハ往々後ニ千里ノ背ヲ致シ臍ヲ嚙ムモ及ヒ難シ蓋シ立法者苦心ノ存スル所之ヲ各罪ノ劈頭ニ掲ケテ一世ヲ警戒セル所以ナリ最後ニ一二ノ問題ヲ解決センニ

(一) 不敬罪ニ豫備又ハ未遂アリヤ

曰ク不敬トハ吾人ノ或ル行爲ノ状態ニ對スル評定ニシテ所爲ノ状態其者ニアラス即チ斬トカ打トカ云フ行爲ノ状態ヲ指スモノト其意味ヲ異ニセリ若シ行爲ノ状態ノミヲ指スモノナラムニハ或ハ未遂アリ豫備アリ其他種々ノ行爲ノ階段アルヲ得ンモ不敬トハ或ル行爲ノ性質ニ對スル一箇ノ批判ナレハ其批判ノ客體タル行爲ノ状態其者ト異リ不敬乎否乎ノ一アルノミ此間未遂若クハ豫備ヲ想像スル餘地ナキナリ故ニ不敬罪ニハ豫備罪又ハ未遂犯ナシ

(二) 前諸條ニ天皇ト云ヒ皇族ト云フ等ノ如キハ御在世ノ方々ノミヲ指スヤ若クハ御他界ノ其レヲ意味スルヤ

危害罪ヲ規定セル法文タル第七十三條第七十五條ニ付テハ御在世ノ者ヲ指スモノナルコト毫モ疑ナキモ不敬罪ノ客体ニ付テハ議論ノ餘地アルヤモ知レス然レトモ余ハ共ニ御在世ノ方々ノミヲ指スモノナルコトヲ信ス但シ已ニ他界セラレシ皇族若クハ崩御セラレシ天皇ニ對スル直接ノ不敬ト雖モ延イテ間接ニ現在ノ天皇若クハ皇族ニ對スル不敬トナリ第七十四條若クハ第七十六條ノ罪ヲ構成スルニ至ルヘキ場合アルコト勿論ナリ

## 第二章 内亂ニ關スル罪

本章ニ所謂内亂ニ關スル罪ハ第三章ノ外患ニ關スル罪第四章ノ國交ニ關スル罪ト合シテ之ヲ國事犯罪ト云フ舊刑法第二編第二章蓋シ共ニ國家ノ存立ニ對シテ危害ヲ與フルモノニシテ所謂政事犯罪ノ一タリ即チ政事犯罪トハ國家ノ政治的秩序ヲ破壞變更又ハ攪亂スルコトヲ目的トスル犯罪ニシテ内亂、外患、國交ニ關スル罪ハ勿論天皇ニ對スル罪、結社、集會、新聞條例、出版法其他一切ノ政事上ノ犯罪ヲ包含スルモノナルヲ以テ茲ニ謂フ所ノ國事犯罪トハ其範圍ヲ同ウセス而シテ國家ノ存立ヲ危ウスルニ付テハ國ノ内部ニ對スルモノト外國ニ對スルモノトノ二アリ内亂ニ關スル罪ハ前者ヲ規定セルモノナリ

國家ノ存立ヲ危ウスルト云フハ國家ノ存立ニ付キ必要ナル種々ノ條件ヲ侵犯スルコトヲ意味ス

國事犯ハ沿革上種々ノ變遷ヲ經、國家ニ關スル觀念ノ移動ト共ニ其意義ヲ異ニセリ今之ヲ畧述スレハ

(一) 部落若クハ種族是レ即チ國家ナリト考ヘラレシ時代ニ於テハ部落若クハ種族其者ニ對スル犯罪ハ凡テ之ヲ國事犯トナシ又古代ハ多クハ祭政一致ナルヲ以テ宗教即チ政治ニシテ宗教ニ對スル犯罪ハ直ニ國ノ政治ヲ危ウスルモノナリトシ追放又ハ死刑ヲ以テ處罰セラレタリ我國ノ古代ニ於テモ此例ヲ見ルコト多シ「ローマ」ニ於テ所謂國事犯ニ該ル「ベルドユエリオ」ハ始メ羅馬人ノ品位ヲ害スル罪（クリメシ、インミニエテ、マジエンスタチス）ヲ意味セルカ如キ亦然リ

(二) 君主即チ是レ國家ナリト考ヘラレシ時代ニ於テハ君主ニ對スル犯罪ハ國事犯タルニ至レリ羅馬ノ「ベルドユエリオ」ハ後ニ一變シテ羅馬皇帝ノ尊嚴ヲ冒瀆スル罪ノ義ト爲レルカ如シ當時ノ刑法ハ最モ峻酷ヲ極メ苟モ皇帝ノ尊嚴ヲ瀆スアラハ單ニ外部ノ動作ノミナラス思想（言語文章ニ表ハレサル）ヲモ罰ストナシ之レカ刑罰