經タル後他ノ罪名發覺シタルトキハ第五十條、又之ヲ各別ニ判決シタルトキハ第五十一條ヲ適用セサルヲ得サル可ク而モ此斷定ヲ採ランカ第五十四條ニ依リ處斷スルト著シク權衡ヲ失スルコト明カナルカ故ニ法律ノ精神ハ本條ノ場合ニ數罪ノ獨立存在ヲ認ムルニアラスシテ一罪ト同シク不可分ノモノナリトシ一個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トキト雖モ更ニ之ヲ別罪トシテ處斷スルコトヲ許ササル趣旨ナリト解スルヲ正當ナリトス〔註一〕

〔註一〕所謂想像上數罪ニ關スル立法例ヲ案スルニ獨逸現行法ノ規定(第七十三條)ハ我法典ノ規定ト同一ノ形式ヲ採レルカ故ニ解釋上一罪論ト數罪論トノ爭アリ一九一九年改正案ハ犯罪競合(併合罪)ナル章題ヲ捨テ法規侵害ノ競合(Zusammentreffen mehrer Gesezesverletzungen.)ナル章下ニ一個ノ行爲ニ數個ノ法規ヲ適用ス可キ場合(第三十二條)ト數個ノ獨立行爲ニ依リ數個ノ刑ヲ科セラル可キ場合(第三十三條)ト云フカ如キ區別ヲ設ケタルモ罪數ニ關スル疑問ハ解決セラレタルモノニ非ス反之伊太利改正案ハ第二十條第十五號ニ於テ想像上競合ヲ犯人ノ大危險性ノ一徵憑ナリト認メ第二十三條以下ニ於ケル數罪責任ト全ク分離シタルカ故ニ一行爲數罪ヲ否定シタルコト明白ナリ

第二 想像的競合犯(Idealkonkurrenz.)ハ之ヲ同種ノモノト異種ノモノトニ分類ス

同種ノ想像的競合トハ一個ノ行爲ニ付キ數個ノ同種類ノ結果ヲ存スル場合(例、一九ニテ二人ヲ殺ス)ニシテ異種ノ想像的競合トハ一個ノ行爲ニ付キ數個ノ異種類ノ結果ヲ存スル場合(例、一九ヲ以テ一人ヲ殺害シ且他人ノ器物ヲ破壞ス)ナリ法律ニ所謂一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルル場合トハ異種類ノ想像的競合ノミヲ指示スルヤ否ヤ異說アリ第一說ニ依レハ同種ノ想像的競合ニ付テハ單一ノ罪名アルニ過キサルカ故ニ本條ノ規定ヲ適用ス可キモノニ非ス然レトモ既ニ異種類ノモノニ付テ一罪トシテ處分ス可キモノナル以上ハ同種類ノモノニ付テハ勿論一罪トシテ處分ス可キコト當然ナリトシ第二說(判例亦之ニ從フ)ニ依レハ二回以上同一ノ罪名ニ觸ルルハ卽チ數個ノ罪名ニ觸ルル所以ナルカ故ニ同種類ノ想像上競合ニ付テモ本條ヲ適用ス可

キモノナリトス蓋何レノ見解ヲ採ルモ結果ニ於テハ同一ニ歸スルモノナルカ故ニ爭フノ價値ナキ問題ナリ

斯ノ如ク想像的競合ハ一行爲ニ於テ獨立セル數個ノ結果ノ存スル場合ニ關スルモノナルカ故ニ之ヲ法條競合(Gesetzeskonkurrenz.)ト稱スル場合ト區別セサル可カラス法條競合ニアリテハ本條ノ規定ニ依ルコトナク一般法理ニヨリ適用ス可キ法條ヲ決定ス可キモノトス其場合ノ主ナルモノ次ノ如シ

一　通法ト特法トノ關係(Spezialität.)卽チ一法條カ他ノ法條ニ對シ特別規定タル場合ニアリテハ特法ハ通法ニ優ルノ原則(Lex specialis derogat legi generali)ニ從ハサル可カラス而シテ此關係ハ獨リ一般法令ト特別法令トノ間ニ存スルノミナラス同一法令中ニ於ケル各本條間ニモ存在ス就中複雜ナル條件ヲ規定スル法條ト單純ナル條件ヲ規定スル法條トノ關係(例、第百四十二條ト第百四十三條)及ヒ變態罪ノ規定ト通態罪ノ規定トノ關係(例、法典第二編第一章ノ規定ト第二十一章、第二十四章、第二十六章、第二十七章、第三十一章、第三十二章、第三十四章等ノ規定トノ關係)ヲ以テ主ナルモノトス而シテ複雜、法、ハ、單、純、法、ニ、優、先、シ、變、態、法、ハ、通、態、法、ニ、優、先、ス、

二　主先法ト補充法トノ關係(Subsidiarität.)卽チ或法條カ他ノ法條ノ缺漏ヲ補充スル爲メニ設ケラレタル場合ニ於テハ主、先、法、ハ、補、充、法、ニ、優、ル(例ヘハ第八十一條乃至第八十五條ト第八十六條トノ關係)

三　吸收關係卽チ甲法條カ乙法條ニ於ケル犯罪ヲ性質上當然ニ吸收ス可キ場合ニハ甲法條ノミ適用セラル例ヘハ殺人行爲ニ付テハ第百九十九條ノミヲ適用ス可キモノニシテ傷害罪ノ規定(第二百四條)ハ之ト競合スルコトナク又例ヘハ文書僞造罪ノ規定ヲ適用スルトキハ文書ニ使用シタル僞印ニ關シテ更ニ印章僞造罪ノ規定ヲ適用ス可キモノニアラス又例ヘハ刑法第百四十二條乃至第百四十八條ノ適用アル場合ニハ警察犯處罰令第二條第二十二號ヲ適用スル餘地ナシ

四　包括的關係卽チ或犯罪ノ性質上其結果ヲ包括的ニ觀察スルコトヲ要シ個個ノ物體ニ付キ各獨立ノ結果アリト爲ス可カラサル場合ニハ第五十四條ニ依ルコトナク當然ニ最モ重キ法條ノミヲ適用ス例ヘハ放火罪ノ場合

ニ於テ燒燬セラレタル物多數アルモ當然ノ一罪ニシテ想像的競合ヲ存セス又判例ニ依レハ數人ノ署名ヲ僞造シ同一內容ヲ有スル文書ヲ作成シタル所爲ハ當然文書僞造ノ一罪ニシテ署名者ノ數ニ應シ數個ノ僞造罪ヲ構成スルモノニアラサレハ第五十四條第一項前段ニ該當スルモノニアラス(大正四年判決錄一一六六頁)一個ノ鑑定書ニ數個ノ事項ニ關スル虛僞ノ鑑定ヲ爲ス場合ノ如キ亦當然一個ノ虛僞鑑定罪ヲ認ムル可キモノニシテ第五十四條ヲ適用ス可キモノニ非ス

五 實害法ト危險法トノ關係ニ於テ實害法ハ危險法ヲ吸收ス例ヘハ同一行爲ニ付キ既遂罪ノ規定ヲ適用スルトキハ更ニ未遂又ハ豫備ノ規定ヲ適用スルヲ得ス

案スルニ以上ノ場合ニハ純然タル法條ノ競合ヲ存スルモノニ非ス反之或法條ト他ノ法條トカ唯一ノ意思活動及ヒ唯一ノ危害ニ付テ眞ニ競合スル場合アリ例ヘハ爆發物取締罰則ノ規定ト刑法第百十七條第百九十九條第二百四條第二百五條等ノ規定トノ關係ノ如キ是レナリ斯ノ如キ場合ニ付テハ特定ノ犯罪事實ニ對シ何レカ重キ刑ヲ結果ス可キ法條ヲ適用セサル可カラス〔註二〕而シテ此法條競合ハ一個ノ意思活動ヨリ數個ノ獨立シタル危害ノ生セサル點ニ於テ法典第五十四條前段ト趣ヲ異ニス

〔註二〕同趣旨判例アリ曰ク爆發物取締規則ノ規定ト刑法第百九十九條以下ノ規定トハ人ノ身體ヲ害スル目的ヲ以テ爆發物ヲ使用シタル場合ニ付キ互ニ競合ス可キモノニシテ此場合ニハ兩法ノ規定ヲ比較シ重キニ從テ處斷ス可キモノナルコト同罰則第十二條ノ規定ニ依リ明白ナリト(大正七年判決錄六六五頁)

第三 想像的競合ハ實行正犯ニ付テノミナラス教唆從犯ニ付テモ之ヲ認ムルコトヲ得ルモノトス例ヘハ敎唆者カ同時ニ殺人罪及ヒ傷害罪ヲ敎唆シ被敎唆者カ共ニ罪ヲ犯シタルトキハ一個ノ敎唆行爲ニシテ殺人敎唆及ヒ傷害敎唆ノ二罪名ニ觸ルルモノト認メサル可カラス(同趣旨大正二年判決錄一〇〇〇頁所載判決)反對趣旨ノ判例ニ依レハ敎唆罪ハ實行正犯ニ隨伴シテ成立スルモノナレハ一人ニ對シ二個ノ殺人罪ヲ敎唆シ又ハ同一被告事件ニ付キ數

人ニ僞證ヲ教唆シ正犯者之ヲ實行シタルトキハ縱令教唆カ同時ニ出テタルトキト雖モ二個ノ教唆罪ヲ構成スルモノトス(明治四十四年判決錄一八六五頁及ヒ大正五年同一三八九頁)此見解ハ採用ス可キニ非ス何トナレハ一行爲一罪處分ノ主義ヲ認ムル以上ハ一個ノ教唆行爲ニ付キ獨立ノ二罪ヲ認ムルコト矛盾タルヲ免レサレハナリ同一ノ教唆又ハ幫助行爲ニ依リ二人以上ヲ教唆又ハ幫助スル場合ニ於テモ亦第五十四條第一項前段ヲ適用ス可ク又一個ノ行爲ニ依リ正犯ノ家宅侵入及ヒ殺人行爲ヲ幫助スル場合モ同樣ナラサル可カラス然レトモ判例ハ從犯ノ從屬性ヨリ結論シ正犯ノ行爲カ牽連犯タル以上ハ從犯ニ對シテモ同一ノ擬律ヲ爲ス可キモノナリト解ス(大正六年判決錄一〇四四頁參照)

第四 或犯罪ノ手段若クハ結果タル行爲カ他ノ罪名ニ觸ルルトキハ別罪ヲ構成スルヤ將タ其或犯罪ト合一シテ一罪タル可キヤ理論ニ依ルトキハ一ノ疑問ナリト雖モ法律カ之ヲ想像的競合犯ト共ニ規定スルノ趣旨ヨリ觀察スレハ等シク之ヲ處分上ノ一罪ナリト解セサル可カラス

一 或犯罪ノ手段タル行爲トハ其或犯罪ト如何ナル關係ヲ有スル行爲ヲ謂フカ廣ク解釋スレハ凡ソ甲罪ヲ犯ス目的ヲ以テ乙罪ヲ犯シタルトキ(卽チ甲罪ヲ犯サントスル希望カ乙罪ヲ犯スノ動機ト爲リタルトキ)ハ常ニ其乙罪ヲ以テ甲罪ノ手段タル行爲ナリト爲ススコトヲ得ヘシ此意味ニ於テハ例ヘハ他日人ヲ殺スノ用ニ供スル兇器ヲ買入ルル爲メ金錢ヲ竊取シ遂ニ其目的ヲ達シタルトキハ其竊盜行爲ヲ以テ殺人罪ノ手段タル行爲ナリトシ又例ヘハ强盜ヲ犯シ因テ得タル財物ヲ他人ノ妻ニ提供シテ之ト姦通シタルトキハ其强盜行爲ヲ姦通罪ノ手段タル行爲ナリト爲ササル可カラス然レトモ元來犯罪ノ遠因ハ其成立及ヒ法定處分ニ何等ノ影響ナキヲ原則トスルモノニシテ他ノ犯罪ヲ犯スノ目的カ或犯罪ノ遠因タリシコトハ其獨立性ヲ失ハシムルノ理由ト爲ス可キモノニ非ス且法律カ第五十四條第一項ノ前段ト後段トヲ殆ト同一視シテ規定セル點ヨリ觀察スルトキハ手段ト結果トノ間ニ殆ト分離ス可カラサル關係アリテ包括的ニ一行爲ト觀察セラレ得ル場合ニ限ルノ趣旨ナリト解ス可ク從テ犯罪ノ手段タル行爲ト

ハ其犯罪ノ法定構成要件ニ屬スルニ非スシテ而モ其犯罪ノ實行手段タル行爲ノミニ限ルモノト認ムルヲ至當ナリトス例ヘハ僞造文書ヲ行使シテ詐欺取財罪ヲ犯シタルトキハ詐欺取財罪ノ手段タル行爲カ僞造文書行使ノ罪名ニ觸ルルナリ人ノ住居ニ侵入シテ竊盗ヲ犯シタルトキハ竊盗罪ノ手段タル行爲カ住居侵入ノ罪名ニ觸ルルナリ容器ノ封印ヲ破棄シテ在中品ヲ竊取スルハ竊盗ノ手段タル行爲カ封印損壞ノ罪名ニ觸ルルナリ、然レトモ此等ノ場合ニ於テ僞造文書行使、住居侵入、封印破毀等ヲ主トシ之ヲ「或罪」トシテ觀察スルトキハ詐欺取財、竊盗等ハ其「結果タル行爲」ト爲ル可シ文書ノ僞造ハ詐欺行爲ノ豫備トシテ作成ヲ完了シタルモ未タ現實ニ之ヲ行使シテ其詐欺ノ手段ニ供用スルニ至ラサル場合ニ於テハ右文書僞造ト詐欺未遂トノ間ニ手段結果ノ關係アリト謂フヲ得ス然レハ此二行爲ハ當然別罪トシテ併合罪ノ規定ニ依リテ處斷セラル可ク刑法第五十四條第一項後段ノ規定ノ適用ヲ受ク可キモノニアラス(大正三年れ第二二八號判決)

反之詐欺ノ訴訟ヲ提起シ他人ニ僞證ヲ敎唆シテ實行セシメタルモ詐欺ノ目的ヲ達セサル場合ニハ僞證敎唆ヲ以テ詐欺罪ノ手段ナリト認ム可ク(同六年判決錄一五四頁參照)又或犯罪ノ性質上普通ニ用ヒラル可キ行爲ナル以上ハ犯人カ當初ヨリ之ヲ手段ト爲スノ意思アリタルト否トヲ問ハス該行爲ハ犯罪ノ手段ナリ例ヘハ夜這ノ目的ヲ以テ人ノ住居ニ入リタル後同所ニテ財物ヲ竊取シタルトキハ侵入行爲ハ竊取ノ手段ト認ムルヲ得ルモノトス(同年判決錄一三六頁參照)

牽連關係ハ單一罪ト結合罪トノ間ニモ之ヲ認ムルヲ得ヘク又一罪名ニ觸ルル連續犯ト他ノ罪名ニ觸ルル連續犯トノ間ニモ之ヲ認ムルコトヲ得ルモノトス例ヘハ竊盗ノ目的ヲ以テ住居ニ侵入シタル後逮捕ヲ免ルル爲メ暴行ヲ爲シ人ヲ傷害シタルトキハ住居侵入ト强盗傷人トノ間ニ手段結果ノ關係アリト認ム可ク(大正五年判決錄一三二六頁參照)又數個ノ文書ヲ連續的ニ僞造シ且行使スルトキハ連續僞造罪ト連續行使罪トノ間ニ手段結果ノ關係ヲ認ムルヲ得ヘシ(此點ニ付キ本章第四節第四段ノ說明ヲ參照ス可シ)加之手段結果ノ關係ハ一ノ連鎖ヲ成スコトアリ例ヘハ文書ヲ僞造シ

之ヲ行使シテ詐欺ヲ行フ場合ノ如キ是レナリ此場合ニハ文書僞造ト其行使ト詐欺トノ間ニハ相互ニ手段結果ノ關係アルカ故ニ結局第五十四條第一項後段ノ一罪タル可キコト勿論ナリ

二　或犯罪ノ結果タル行爲トハ或犯罪ノ當然ノ結果タル行爲ニシテ而モ其構成要件ニ屬セサルモノナリ例ヘハ貨幣ヲ僞造シタル者カ之ヲ行使シタルカ如キ、人ヲ略取シタル者カ之ヲ監禁スルカ如キ、阿片煙ヲ輸入シタル者カ之ヲ販賣スルカ如キ是レナリ而シテ此等ノ場合ニ在リテハ一面ヨリ觀レハ監禁ハ略取ノ結果行爲ニシテ販賣ハ輸入ノ結果行爲タルト同時ニ他ノ一面ヨリ觀察スレハ略取ハ監禁ノ手段行爲タル可ク輸入ハ販賣ノ手段タル可シ郵便貯金通帳ヲ竊取シテ郵便局ヨリ金員ヲ騙取シ又ハ印顆ヲ竊取シテ之ヲ不正ニ使用スル場合ノ如キ亦全然同樣ナリ〔註三〕若シ夫レ犯罪後ニ於テ犯跡掩蔽ノ爲メニスル犯罪行爲ノ如キハ相互ニ牽連罪ノ關係ヲ有セスト認ムルヲ正當ナリトス(同趣旨判例アリ)反對說ハ本條ノ規定カ殆ト分離ス可カラサル關係ノ存スル場合ノミヲ併合罪ト區別スルノ趣旨ニ出テタルコトヲ看過スルモノナリ、(第二百三十八條ノ規定カ竊盜捕ヲ免ルル爲メ暴行脅迫ヲ爲ス場合ニ付キ重キ特別ノ罪ヲ認メ第五十四條後段ノ適用ヲ除外シタルコトヲモ參照ス可シ)

〔註三〕斯ノ如キ場合ニ付キ判例ハ前後矛盾セルモノアリ其一ニ曰ク他人ノ預金通帳及ヒ印章ヲ竊取シタル行爲ト之ヲ使用シテ他ヨリ財物ヲ騙取シタル行爲トハ法律上其性質ヲ同シウセサレハ擬律ノ點ニ於テモ亦各別ニ之ヲ論ス可キモノトス(明治四十二年判決錄五八八頁)其二ニ曰ク通信事務員カ横領又ハ竊取シタル郵便貯金通帳ノ記入金額ヲ引出シタル行爲ハ郵便局員ヲ欺罔シ財產上不法ノ利益ヲ得タルモノナレトモ右横領又ハ竊盜ノ外ニ別罪ヲ構成スルモノニアラス從テ刑法第五十四條ノ適用ナシト(同四十四年判決錄一一三頁)

三　所謂結合罪(Zusammengesetztes Verbrechen.)ハ之ヲ牽連犯ト區別セサル可カラス結合罪トハ各別ニ一個ノ犯罪ヲ構成シ得ル數個ノ異種類ノ行爲カ特ニ各本條ノ規定ニ依リ結合セラレタル結果トシテ獨立ノ一罪ヲ構成シ各

之カ法定ノ要件ト爲レル場合ヲ謂フ例ヘハ強盗強姦罪ハ強盗罪ト強姦罪トノ結合ヨリ成レリ而シテ法律ハ概ネ數個ノ行爲カ同一機會ニ於テ行ハレタル場合若クハ一個ノ行爲ヲ他ノ行爲ノ手段トシテ犯シタル場合ニ於テ特ニ重ク罰スル必要アルトキハ各本條ニ於テ之ヲ結合シテ一罪ト爲ス然レトモ牽連犯ハ斯ノ如ク各本條ニ於テ結合セラルルモノニアラス

第五 想像的競合犯及ヒ牽連犯ヲ以テ處分上ノ一罪ナリト爲ストキハ數個ノ罪名ニ對スル數個ノ刑ニ就キ何レヲ適用ス可キカノ問題ヲ生スルハ當然ナリ而シテ法律ハ其最モ重キ刑ヲ以テ此等ノ一罪ヲ處斷ス可キコトヲ明カニシタリ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷スト謂フハ數個ノ罪名中最モ重キモノニ對スル刑ニ從テ處斷ストノ意味ニシテ凡テノ法定刑中最モ重キ刑ヲ言渡スコトヲ要スルノ趣意ニ非サルハ勿論ナリ例ヘハ僞造貨幣ヲ行使シテ詐欺取財ヲ犯シタルトキハ僞造貨幣行使ノ罪名カ詐欺取財ノ罪名ヨリ重キカ故ニ之ニ對スル刑卽チ無期又ハ三年以上ノ懲役ノ範圍內ニテ處斷ス可キコト卽チ法律ノ趣旨ニシテ斯ノ如キ場合ニハ必ス無期懲役ニ處スルコトヲ要スルノ意ニ非サルナリ而シテ數個ノ罪名ノ輕重ハ法典第十條ニ依リ刑ノ輕重ヲ比較シテ之ヲ決ス可ク若シ法定刑カ選擇的ノモノナルトキハ其最モ重キモノノミヲ比較シテ輕重ヲ決ス可キモノトス先ツ選擇ヲ爲シタル後ニ輕重ヲ比較ス可シトノ解釋ヲ採ルハ非ナリ(刑法施行法第三條第三項參照)同趣旨ノ判例アリ(大正五年判決錄五七〇頁參照)然レトモ處斷刑ハ輕キ罪名ニ對スル刑ヨリモ重キニ從ハサル可カラス例ヘハ公務執行妨害罪(第九十五條)ト傷害罪(第二百四條)トニ付キ第五十四條ヲ適用ス可キ場合ニ在リテハ第二百四條ノ刑ヲ重シトスルモ同條ニ定ムル罰金以下ノ刑ハ第九十五條ノ刑ヨリモ輕キモノナルカ故ニ之ヲ捨テ常ニ第二百四條ニ定ムル懲役刑ノ範圍內ニ於テ處斷セサル可カラス又例ヘハ私文書ヲ僞造行使シテ財物ヲ騙取スル行爲ニ付キ法典第百五十九條、第二百四十六條ヲ適用スルニハ第百五十九條ノ短期ヨリ輕カラサル範圍ニ於テ第二百四十六條ノ刑ヲ以テ處斷ス可キモノトス斯ノ如ク輕キ罪名ニ對スル刑ノ短期ヨリ以下ニ處斷刑ヲ下スコトヲ得サルモノトスルハ果シテ正當ナリヤ議論ノ存スル所ナリト雖モ法律ノ精神ハ玆ニ

存スルコト疑ナシ一九一九年獨逸改正案(第三十二條第一項)ニハ此コトヲ明規セリト雖モ斯ノ如キ明文ヲ待タスシテ立法ノ趣旨ハ明白ナル可シ

第六 想像的競合犯及ヒ牽連犯ハ數個ノ罪名中最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス可キモノナルコトハ既ニ說明シタル所ニシテ其輕キ罪名ハ皆之カ爲メニ消滅スルモノト解ス可キヤ否ヤハ疑問ナリト雖モ想像的競合犯及ヒ牽連犯カ數個ノ罪名ニ觸ルルモノナルヲ要スルハ第五十四條ノ明示スル所ニシテ此事實ハ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷スルカ爲メニ消滅ス可キ理由ヲ存セス法律カ其重キ刑ヲ以テ處斷スト謂フハ個個ノ罪名ヲ各獨立別個ノ犯罪トシテ處分スルコトヲ許ササルニ過キサルナリ從テ法典第五十四條第二項ニ於テ第一項ヲ適用ス可キ場合ニ付テモ第四十九條第二項ニ依リ二個以上ノ沒收ヲ併科ス可キモノト爲セルハ當然ナリトス〔註四〕

〔註四〕予輩ノ見解ヲ採用スルトキハ例ヘハ衆議院議員選擧法違反罪ト其他ノ罪トニ付キ刑法第五十四條ヲ適用シ後者ノ刑ヲ重シトスル場合ニ於テモ同選擧法第百二條ノ適用ヲ妨ケサル可シ然レトモ刑法第五十六條第一項ニ規定スル如ク懲役ニ處セラレタルコトヲ要スル場合ニハ特ニ同條末項ノ如キ規定アルニ非サレハ禁錮ノ前科ヲ以テ足レリトスルコトヲ得サルカ故ニ假令想像的競合犯又ハ牽連犯ノ輕キ罪名中懲役ニ該ルモノアリトスルモ禁錮ノ刑ニ處セラレタル場合ニハ之ヲ以テ累犯ノ基礎ト爲スコトヲ得サルカ如シ

第三節 連續犯

第五十五條 連續シタル數個ノ行爲ニシテ同一ノ罪名ニ觸ルルトキハ一罪トシテ之ヲ處斷ス

第一 意思活動ノ個數如何ヲ問ハス法益侵害ノ結果カ單一ニシテ單一ノ意思責任之ニ伴フトキハ常ニ一罪ヲ構成スルモノナリト雖モ連續犯ニ付テハ直チニ此觀念ヲ應用スルヲ得ルヤ否ヤ學說ノ分ルル所ナリ、所謂連續犯(Fortgesetzte Verbrechen, délits continués ou répétés.)トハ連續シタル數個ノ行爲ニシテ同一罪名ニ觸ルルモノヲ謂フ例ヘハ家僕カ主人ノ酒若クハ煙草ノ類ヲ屢〻繰返シテ竊取スルカ如キ場合ハ最モ普通ノ適例ナリ而シテ連續犯ニ關シテハ或ハ

之ヲ數罪ナリト認ムルモノアリ其見解ニ依レハ犯罪ノ數ハ法律上特別ノ規定アル場合ノ外常ニ行爲ノ數ニ一致セサル可カラサルカ故ニ本例ニ於ケル場合ノ如ク法律上之ヲ一罪ト爲ス可キ特別ノ明文ナキトキハ數罪ヲ認メサル可カラス而シテ刑法第五十五條ハ單ニ一罪トシテ處分スルコトヲ明カニスルノミニシテ其性質ハ依然數罪ナリト云フニ在リ然レトモ此見解ニ依ルトキハ例ヘハ連續ノ擧動ヲ以テ數個ノ打擊ヲ與ヘタル場合ノ如キ其個數ニ應シテ數個ノ傷害罪ヲ構成ス可ク又同一家屋内ニ於テ同時ニ二個ノ箪笥中ヨリ物品ヲ竊取シタルトキハ二個ノ犯罪ヲ構成スト認メサルヲ得サルニ至ルモノニシテ其論結ノ不當ナルヤ明白ナリ或ハ曰ク斯ノ如キ場合ト本例ノ場合トハ其性質ヲ同シウセストハ然レトモ其間ニ截然タル區別アリト云フコトヲ得ス是ヲ以テ多數ノ學者ハ連續犯否認說ヲ採用セス蓋第五十五條ハ連續犯ヲ以テ其性質上一罪ナリト認ムルモノニ外ナラサルナリ〔註一〕然レトモ連續一罪ヲ認ムル標準ニ付テハ又學者ノ見解一致セス或ハ客觀方面ニ標準ヲ求ムル者アリ而シテ其中ニ於テモ數說アリ第一說ニ依レハ數個ノ行爲ハ同一ノ法益ニ對シ且其犯罪ノ實行方法ノ類似スルニ因リ其性質ヲ同シウスル場合ニ於テ連續一罪ヲ構成スルモノナリトシ第二說ニ依レハ總結果カ單一ナルニ因リテ一罪ヲ構成スルモノナリトシ第三說ニ依レハ時間ノ連續ニ因リテ一罪ヲ構成スルモノト爲ス、或ハ主觀說ヲ主張スル者アリ數個ノ行爲ハ意思ノ繼續ニ因リ連續一罪ヲ構成スト見解ス、大審院判例ハ從來頗ル區區ニ出テタリ〔註二〕ト雖モ近來上叙ノ主觀說ヲ以テ一貫シツツアリ

〔註一〕近來ノ判例ノ認ムル如ク數個ノ獨立ナル結果ヲ生スル場合ニモ尙ホ連續犯ヲ認ムル可シト爲ストキハ連續犯ハ數罪ニシテ第五十五條ニ依リ特ニ之ヲ一罪トシテ處斷スルモノナリト爲スノ見解ヲ採用スルモ失當ナラサル可シ本文ノ見解ハ連續犯ノ意義ヲ狹ク解スルヲ以テ前提トス

〔註二〕判例ニ依レ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目的トシタル範圍内ニテ此等ノ行爲ヲ爲シタルモノナルニ於テハ各個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目的、場所ノ異同ハ之ヲ問フノ要ナシ(明治三十六年判決錄一二九三頁參看)ト曰ヒ或ハ一個ノ意思ヲ繼續シテ數個ノ犯罪行爲ヲ行ヒタルトキハ一罪トシテ處斷ス(同三十八年同上一〇七頁)ト曰ヒ或ハ同一ノ目的ヲ以テ同種同性質ナル數個ノ行爲ヲ行ヒタルトキハ一罪トシテ處斷ス(同三十八年一五七頁)ト曰ヒ或ハ又被害法益ノ單一ナルヲ條件ナリトシタルカ最近ノ判決ニ依レハ意思繼續トハ或犯罪行爲ヲ爲スノ意思ヲ繼續スルノ謂ニシテ意思ノ繼續カ連續犯ヲ構成スルニハ同一ノ意思カ一定ノ犯罪ニ對シテ反覆發動スルコトヲ要スルモ其意思實行カ同一ノ動機ニ出ツルコトヲ要セサルモノトス(大正四年判決錄四六四頁)

第二 連續犯ハ數個ノ行爲アルコトヲ要件トスルカ故ニ數個ノ意思活動ト之ニ伴フ數個ノ結果(又ハ危險)ノ存在スルヲ要ス從テ例ヘハ數回ニ毒物ヲ施用シテ一人ヲ殺ス場合ノ如ク單一ナル行爲ヲ存スルニ過キサル場合ト之ヲ區別ス可キハ當然ナリ蓋法律カ數個ノ行爲ノ連續ヲ認ムルハ其數個ノ行爲カ單一ナル犯罪性(行爲者ノ性格ニ於ケル犯罪的傾向)ノ反覆的發動タルニ外ナラスシテ其結果ニ於テ單一ナル行爲ト相擇フ所ナキ關係ノ存在ヲ認メ得ル場合ニ限ルモノトス然リ而シテ數個ノ擧動アルニ拘ラス一個ノ行爲アリト認ムルニハ結果ノ單一ナル場合ニ限ルカ故ニ數個ノ行爲ヲ單一ナル行爲ト同一視スル爲メニハ其個個ノ結果カ總括的ニ單一ナルコトヲ要シ又其數個ノ行爲ノ間ニハ單一ナル犯罪性ノ發動ナリト認メラレ得ル關係ノ存スルヲ必要トス(註三)要之所謂連續シタル數個ノ行爲ハ包括的ニ觀察スレハ一個ノ行爲ニ外ナラスト解ス可ク斯ノ如クニシテ第五十四條ト同一ノ標準ニ依ルコトヲ得ルモノトス(但判例及ヒ多數說ニ依レハ連續ノ意思アル以上ハ結果ノ總括的ニ單一ナリヤ否ヤヲ問ハス連續犯タルコトヲ得ルモノト解セラレツツアリ)

一 數個ノ行爲ニ於ケル個個ノ結果カ總括的ニ單一ナルコトヲ要スルカ故ニ其性質上可分的ニシテ且可合的ノモノタルヲ要シ而モ又相合シテ單一ト爲リ得ルモノナルコトヲ要ス從テ不可分單一ノ結果ヲ存スルニ過キサルト、キハ連續犯ヲ認ムルヲ得ス又各自獨立ナル數個ノ法益ヲ侵害スルト

キハ其結果ハ總括的ニ單一ナリト認ムルヲ得ス而シテ法益ノ個數ヲ定ムルニ付テハ概ネ左ノ區別ニ依ルコトヲ得可シ

(1) 人ノ一身ト分離スルコトヲ得サル法益卽チ人格的法益(例、生命、身體、自由、名譽)ハ一人每ニ一個ノ獨立ナル法益ヲ存ス從テ數人ノ人格的法益ヲ害スル場合ニハ連續犯ヲ存スルコトヲ得ス

(2) 人ノ一身ト分離シテ存在スル法益中財產的法益ニ付テハ個個ノ物件ヲ以テ法益ノ數ヲ定ム可キモノニアラスシテ同一監督ニ屬スル數個ノ物件ヲ包括的ニ觀察シ監督ノ數ニ依リ法益ノ數ヲ定ム可シトスルヲ通說トス例ヘハ一人ノ懷中ニ在ル數個ノ物件若クハ一家屋內ニ在ル數個ノ物件ハ其所有者ノ數人アル場合ニ於テモ單一ノ監督內ニ在ルカ故ニ包括的ニ一個ノ法益ヲ組成ス可ク之ニ反シ同一人ノ所有ニ屬スル數個ノ物件カ一部ハ甲ノ監督內ニ存シ他ノ一部ハ乙ノ監督內ニ存スル場合ニ於テハ茲ニ二個ノ法益ヲ形成スルモノト云ハサル可カラス

(3) 公共法益ハ包括的ニシテ個個ノ物ノ個數ニ關係ナキヲ通則トス例ヘハ放火罪ニ於ケル法益ハ「公共ノ安寧」ナルカ故ニ家屋其他目的物ノ個數ニ依テ法益ノ數ヲ決スルヲ得ス又例ヘハ通貨僞造罪又ハ行使罪ニ於ケル法益ハ通貨ニ對スル公衆ノ信任ニシテ僞造貨幣ノ金額又ハ行使ヲ受ケタル人ノ數ニ依テ其法益ノ單複ヲ決スルヲ得ス

二 數個ノ行爲カ單一ナル犯罪性ノ反覆發動タルニ外ナラスト認メラルルニ主要ナル關係ヲ有スル事情ハ反覆ノ意思カ最初ヨリ存在スルト後ノ犯行ニ際リ前ノ犯行ヲ繰返ス可キ決意ノ發生スルトハ之ヲ區別スル必要ナキモノトス然レトモ反覆ノ決意アルコトハ連續犯ノ存在ヲ認ムルノ必要條件ニアラス(予ノ從前ノ意見及ヒ通說ト異ル)例ヘハ現金ノミヲ竊取スル目的ヲ以テ他人ノ屋內ニ侵入シ其目的ヲ遂ケタルニ偶〻貴金屬品ノ存在スルヲ認メ更ニ之ヲ竊取スル場合ニ於ケルカ如ク豫メ反覆ノ決意ナキモ時間上接近シテ反覆セラルル同種類ノ動作ハ之ヲ一行爲ト爲スト同シク單一ナル犯罪性ノ發現ト認メラルル行爲ハ其總結果ノ單一ナルヲ前提トシテ之ヲ連續シタル行爲ト認ムル

ヲ正當ナリトス〔註四〕

〔註三〕近來ノ判例ニ依レハ數個ノ行爲ニ因リ全然獨立セル數個ノ結果ノ發生スル場合ニモ苟クモ意思ノ繼續アリ且其數個ノ行爲カ同一罪名ニ觸ルル以上ハ連續犯ヲ認ム可キモノナリトス是レ實際ノ取扱上ノ便宜ニ重キヲ置キタル見解ニシテ從來久シク一定シタル同院ノ判例ニ撞著シ立法者カ併合罪ノ規定ヲ設ケタルノ趣旨ニ矛盾シ且又常習的犯行ヲ特ニ重ク處罰ス可シト爲ス刑事政策ノ要求ニ副ハサル解釋ナリ第五十五條ノ規定ハ第五十四條ノ規定ト同シク概括的ノ觀察ニ於テ單一ナル行爲ト同一視ス可キ場合ニ關スルモノニシテ徒ニ廣キ解釋ヲ許スノ趣旨ニ非サル可シ加之予輩ノ解釋ヲ採ルモ取扱上ノ便宜方法ハ別ニ之ナキニ非サルナリ(明治四十五年判決錄一〇七頁參照)

〔註四〕大正二年れ第二四二三號判決ニ依レハ同一罪名ニ觸ルル數個ノ行爲カ其性質上當然繼續ノ意思ニ出テタルコト明白ニシテ意思ノ變更アリト推測ス可キ餘地ヲ存セサルトキハ之ヲ連續犯トシテ處斷ス可キ

モノトス例ヘハ新聞紙號外記事ノ掲載行爲ト本紙記事ノ掲載行爲トカ同一ノ差止命令ニ違背シ且處罰規定ニ該當スルモノニシテ本紙ノ記事カ號外ノ記事ト同趣旨ノ事項ヲ再錄シタルモノニ過キサルトキハ卽チ行爲ノ性質上當然意思ノ繼續セルモノナルコト明白ナルヲ以テ右二個ノ行爲ハ連續セル一罪トシテ處斷ス可ク又同五年れ第四八一號判決(同年判決錄五六二頁)ニ依レハ繼續ノ意思アリトスルニハ同一ノ意思カ隔時ニ反覆實行セラルルコトヲ以テ足リ初發ノ意思カ間斷ナク活動實行セラルルコトヲ要セサルモノニシテ時ニ潛在スルコトヲ妨ケサルモノトス蓋判例ノ趣旨ハ本文予輩ノ見解ト異ル所ナカル可シ

第三 連續シタル數個ノ行爲カ一罪トシテ處分セラルルニハ其數個ノ行爲カ何レモ同一ノ罪名ニ觸ルルコトヲ要件トス同一ノ罪名ニ觸ルルト云フハ同一ノ性質ヲ有スル刑罰法規ニ該當スルノ意味ナリ從テ

一 數個ノ連續行爲カ同一法條ニ觸ルル場合ハ勿論其法條相異レルモ其性質ヲ同シウスルモノニ觸ルル場合亦連續犯タルヲ得ヘシ例ヘハ第二百五

十三條及ヒ第二百五十四條ハ何レモ第二百五十二條ト同シク横領罪ヲ規定スルモノニシテ(卽チ其性質ヲ同シウス)特法タル關係ヲ有スルニ過キサルカ故ニ同一罪名ノ規定ナリトス而シテ此場合ニ於テハ其最モ重キ刑ヲ定メタル法條ノミヲ適用セサル可カラス(同趣旨判例アリ、大正四年判決錄四〇二頁以下)又判例ニ依レハ收賄罪ト贈賄罪トハ同一罪名ニ外ナラス(大正六年判決錄四八一頁)又犯罪事實ノ態樣ニ受働的ト加動的トノ差異アルモ其行爲カ同一法條ニ觸ルルトキハ同一罪名ト認ムルヲ妨ケス(同七年判決錄七七四頁)

二　之ト等シク同一法條中ニ於テ擇一的ニ規定サレタル數個ノ手段ハ之ヲ併合スルモ行爲ノ連續ヲ妨クルモノニアラス例ヘハ脅迫ヲ用ヒテ財物ヲ强取スルト暴行ヲ用ヒテ財物ヲ强取スルトハ罪名ヲ同シウスルモノト認ムルヲ得ヘク又犯人ヲ藏匿スルト隱避セシムルトモ同樣ナル可シ(明治四十三年判決錄七九三頁、七八一頁等參照)

三　又甲法條ニ依リ乙法條ノ罪トシテ處斷ス可キ行爲ト乙法條其モノニ規定シタル行爲(例ヘハ第二百三十八條又ハ第二百三十九條ノ行爲ト第二百三十六條ノ行爲)トハ他ノ條件ノ具備スル以上ハ連續犯タルヲ得ヘシ何トナレハ斯ノ如キ場合ニ於テ甲法條ニ於ケル罪ハ卽チ乙法條ニ於ケル罪タルニ外ナラサレハナリ然レトモ法律カ或犯罪ノ處分ニ付キ他ノ犯罪ノ處分例ヲ引用スルモ之カ爲メ直チニ二者同一罪名ナリト爲スヲ得サル可シ(第百七十二條ト第百六十九條トノ關係ヲ觀察ス可シ)

四　强盜傷人ト强盜强姦ノ如キ强姦、姦通及ヒ重婚ノ如キ又ハ放火ト失火ノ如キハ夫レ夫レ同一章下ニ規定セラルルモ罪質ヲ異ニセルモノト解スルヲ可トス然レトモ例ヘハ竊盜ト强盜、詐欺ト恐喝、賭博ト富籤、毀棄損壞ト隱匿、阿片煙輸入ト其吸食、僞造ト行使等相互ノ間ニ同一罪名ノ關係アリト認ムルコトヲ得ルヤ否ヤハ疑問ナリ

判例ニ依レハ刑法第二百三十五條ノ竊盜罪ト同第二百三十六條ノ强盜罪トハ等シク他人ノ財物ヲ奪取スルニ因リテ成立スル犯罪行爲ニシテ其本質ニ於テ異ルコトナキヲ以テ同一ノ意思發動ニ因リ連續シテ實行セラル

ルトキハ一箇ノ連續犯ヲ以テ論ス可ク竊盜ト强盜傷人及ヒ致死トモ連續犯タルヲ得可キモノトス(大正二年れ第二〇四四號判決及ヒ同五年れ第一九八三號判決同七年れ第六二五號判決)反之從前ノ判決ハ反對趣旨ニ出テタリ(明治四十三年判決錄三四頁)

傷害罪ト殺人罪トハ一ハ身體ニ對シ一ハ生命ニ對スルモノニシテ罪質ヲ異ニスルモノト認ムル判例アリ(大正六年判決錄一〇一二頁參照)正當ナル見解ナリト謂フ可シ

然リ而シテ同一罪名ニ觸ルル數個ノ行爲ハ既遂ナルト未遂ナルトヲ問ハス連續犯ヲ構成シ得ルコト勿論ナリトス故ニ數個ノ行爲カ連續犯ヲ構成スルヤ否ヤヲ決定スルニハ先ツ其數個ノ行爲カ同一罪名ニ觸ルルヤ否ヤヲ審査シ若シ同一罪名ニ觸レサルトキハ之ヲ問題外ト爲ス可ク反之同一罪名ニ觸ルルモノナルトキハ前段ニ說明シタル標準ニ依リ連續ト否トヲ分タサル可カラス而シテ連續犯ヲ認メタルトキハ其認定ノ理由ト爲ル可キ要件ハ直接又ハ間接ニ之ヲ判決理由中ニ記載スルヲ適當ナリトス

第四 過失犯ニ付テ連續犯ヲ認ムルコトヲ得ルヤ否ヤハ學說ノ一致セサル所ナリ(例ヘハ**メルケル**、**マイヤー**、**ヴッヘンフェルド**等積極說、**リスト**、**オッペンホッフ**、**ベルナー**等消極說)蓋連續犯ノ意義ヲ全然客觀的要素ノミニテ決定セントスル學說ニ依ルトキハ本問ヲ肯定ス可キコト勿論ニシテ反之最初ヨリ犯行ヲ繰返スノ意思ヲ必要ナリトスル見解ヲ採用スルトキハ本問ハ之ヲ否定スルヲ當然トス又**ビンディング**ノ如ク犯人カ結果ヲ豫見シタルモ其違法性ニ付テ錯誤ニ陷リタル場合ニ於テ過失犯ヲ認ムルトキハ過失犯ニ付テモ結果ノ豫見アル限リハ連續犯ヲ存シ得ルモ結果ニ付テ錯誤ノ存スル過失犯ニアリテハ連續犯ヲ認ムルコトヲ得ス(Binding, Strafrecht I. S. 537 f.)トノ結果ヲ生ス可シ然レトモ違法性ニ關スル錯誤ハ犯意ヲ阻却セス(從テ過失ヲ存セス)ト爲ストキハ斯ノ如キ折衷的結論ヲ生セスシテ寧ロ消極說ト爲ル可シ

予輩ノ見解ニ依レハ連續犯ニ於ケル意思ハ最初ヨリ犯行ヲ繰返スノ決意タルコトヲ必要トセス同一犯罪性ノ連續的發現ヲ認メ得ルヲ以テ足レリト爲ス可キモノナルカ故ニ過失ニ因リ結果ヲ豫見セサル爲メ同性質ノ行爲ヲ屢

繰返シ其行爲ニ於ケル總結果カ單一ナル場合ニハ連續犯トシテ處斷スルヲ正當ナリトス、大審院ハ連續犯タルニハ單一犯意ノ繼續ニ因リ數個ノ同一罪名ニ觸ルル行爲ヲ反覆實行スルヲ要スルカ故ニ犯意ヲ缺ク過失犯ニ在リテハ假令同一ノ疎虞懈怠ヲ反覆スルニ因リ同一罪名ニ觸ルル數個ノ結果ヲ生シタリトスルモ連續ノ一罪ト爲スヲ得スト說明セリ(大正二年れ第二二三四號判決)

第五 連續犯ト等シク一罪ヲ構成スル行爲ニシテ而モ連續犯ト其性質ヲ異ニスルモノアリ所謂繼續犯又ハ持續犯及ヒ集合罪是レナリ

一 所謂持續犯(Dauerdelikt, délit continu ou permanent.)ハ一個ノ行爲ヲ以テ一個ノ法益ヲ持續的ニ侵害スルニ因リテ成立スル犯罪ナリ侵害ノ延長スル點ニ於テ稍連續犯ニ類似ス然レトモ連續犯ハ各個獨立ノ既遂罪ヲ構成シ得ル數個ノ同種類ノ行爲カ間遏的ニ屬~繰返サルルニ因リテ一團ノ一罪ト爲ルニ反シ持續犯ノ特性ハ一個ノ行爲ニ因リ生シタル不法ノ狀態カ間斷ナク維持セラルル點ニ存ス例ヘハ不法監禁罪(第二百二十條、第百九十四條)、不保護罪(第二百十八條)ノ如キ是レナリ或ハ不法監禁罪ハ被害者ヲ拘束スル積極的ノ行爲ト其拘束ヲ解カサル消極行爲トノ二個ノ行爲ヨリ成立スルモノト解スルヲ得ヘシト雖モ畢竟同種類ノ數行爲ヲ反覆スル場合トハ其趣ヲ異ニスルコト明カナリ然リ而シテ眞正不作爲犯ハ概ネ履行ス可キ義務ノ繼續スル間ハ持續スルモノト認ムルコトヲ得ヘシ但其義務カ如何ナル時期迄繼續スルカハ各犯罪ノ構成要件ノ性質ニ依リ之ヲ決ス可キモノニシテ抽象的ニ論斷スルコトヲ得ス(第十一章第六段說明參照)

二 所謂集合罪(Kollektives Verbrechen.)モ亦一罪タリ、集合罪トハ同種類ノ數個ノ行爲ノ存在スルコト若クハ同種類ノ數個ノ行爲カ目的トサレタルコトヲ成立要件トスル犯罪ヲ謂フモノニシテ營業犯、職業犯及ヒ常習犯(又ハ慣行犯)ノ三種ヲ包括ス營業犯(Gewerbmässiges Verbrecher.)トハ犯人カ由テ以テ繼續的ノ收入ヲ得ルカ爲メ同種類ノ行爲ヲ繼續的ニ繰返ス場合若クハ繰返サンコトヲ目的トシテ其行爲ヲ始メタル場合ニ成立スル犯罪ナリ(例、無免許醫業罪)職業犯(Geschäftsmässiges Verbrechen.)ハ營利ノ目的ナキ點ニ於テ營

業犯ト異ルノミニシテ其他ノ條件ヲ同シウス慣行犯(Gewohnheitsmässiges Verbrechen, délit d'habitude.)ハ同種ノ行爲カ事實上屢〻繰返サルルコトヲ必要トスル犯罪ナリ現行法ニ於テハ常習(又ハ慣行)ヲ以テ成立ノ要素トスル犯罪ヲ認メサルモ單行犯(一行爲ノミニ依リ成立シ得ル犯罪)カ常習トシテ行ハルルニ因リ特ニ加重處分ヲ爲スヘキ場合少カラス賭博罪(法典第百八十六條第一項及ヒ取引所法第三十二條ノ五但書)暴行罪、脅迫罪及ヒ普通損壞罪(大正十五年法律第六〇號第一條)竝面會强要强談威迫罪(警察犯處罰令第一條第四號及ヒ大正十五年法律第六〇號第二條第二項)

三　法律ノ文意上又ハ精神上數個ノ同種類ノ行爲ヲ包括的ニ觀察シテ一罪ノ成立ヲ認ム可キ場合アリ例ヘハ內亂罪又ハ騷擾罪ハ繼續的ニ行ハルル多數ノ暴行脅迫ヲ包括スル當然ノ一罪タル可ク猥褻物ヲ公然陳列シ又ハ販賣スル罪ノ如キモ其性質上多數同種ノ行爲ヲ當然ニ包括ス(註五)

〔註五〕判例ニ曰ク勅令ニ定ムル公差以上ノ差狂アル桝ヲ取引上ノ計量ニ使用スル罪ニ在リテハ單ニ一回ノミノ使用ニ依リテ該罪ヲ構成ス可キハ勿論ナルモ法律ハ其使用ノ反覆セラル可キコトヲ豫想シタルモノト認ム可キヲ以テ犯人カ單一意思ノ發動ニ依リ叙上ノ桝ヲ反覆シテ取引上ノ計量ニ使用スルモ其行爲ハ之ヲ包括シテ單一罪トシテ處斷ス可ク連續犯トシテ處斷ス可キモノニアラスト(大正四年判決錄二三五一頁)又曰ク清涼飲料水營業取締規則第五條ノ販賣行爲ハ反覆セラルル多數ノ賣却行爲ヲ包含スルモノナレハ數回反覆シテ同條各號ノ清涼水ヲ賣渡シタルトキハ之ヲ包括的ニ一罪トシテ處分ス可ク併合罪又ハ連續犯ト認ム可キモノニアラス(大正六年判決錄一八頁參照)

四　不可分唯一ノ目的ニ向テ漸次ニ發展スル數個ノ意思活動カ何レモ實行行爲ノ要素ヲ具備スルモ相合シテ包括的ノ一事實トシテ觀察セラル可キ場合ニハ單純一罪ニシテ連續犯ニアラス例ヘハ賄賂ヲ要求シテ之ヲ收受シ贓物ヲ運搬シテ之ヲ牙保スルカ如キ又ハ他人ヲ欺罔シテ債權ニ關スル公正證書ヲ作成セシメタル上之ニ基キ金圓ヲ騙取シ若クハ約束手形ヲ騙取シ之ニ基キ手形金額ヲ騙取スルカ如キ或ハ又保險證券ヲ騙取シ之ニ基キ保險金ヲ騙取スルカ如キ是レナリ而シテ此等ノ場合ニハ後ノ意思活動カ其目的ヲ達セサルトキト雖モ既ニ其最初ノ意思活動カ犯罪既遂ノ要件ヲ具備スルカ故ニ前後包括的ニ觀察シテ一個ノ既遂罪ヲ以テ處斷セサル可カラス(同趣旨判例アリ、明治四十四年判決錄一七四二頁及ヒ大正五年同五七〇頁七八〇頁等)蓋此等ノ場合ニハ數個ノ意思活動カ終局ノ目的ニ向

テ階段的ニ發展スルモノニシテ犯人ノ目的ヨリ觀察スレハ初階段ノ意思活動ハ最後ノ意思活動ニ對スル準備作用ニ過キス(而モ法律上ニ於テハ何レモ皆既遂ノ要素ヲ具備スル場合アリ)故ニ數日間ニ引續キ毒物ヲ施用シテ一人ヲ毒殺スルカ如キ場合ト等シク包括的ノ一事實トシテ觀察スルヲ相當ナリトス〔註六〕反之手段ヨリ目的ニ向テ漸次發展スルノ關係ニ在ラスシテ相互ニ對等ノ關係ニ於テ繰返サルル數個ノ行爲ハ寧ロ連續犯ヲ構成ス可シ又上叙ノ包括的一罪ハ數個ノ行爲カ階段的ニ發展スルモ法律上同一視セラレ同一罪名ニ觸ルル場合ニ之ヲ認ム可キモノナルカ故ニ相異リタル罪名ニ觸ルルコトヲ要スル牽連犯ト同視スルヲ得ス

〔註六〕同趣旨判例アリ、曰ク殺害ノ目的ヲ以テ同一人ニ對シ同時場所ヲ異ニシテ數次ニ攻擊ヲ加ヘ初ハ著手未遂ニ了リタルモ其後尙ホ意思繼續シテ之ヲ遂行シ其目的ヲ達シタル場合ニ於テ其目的ヲ達スルニ至ル迄ノ攻擊行爲ハ實行行爲ノ一部ニ外ナラサレハ之ヲ包括的ニ觀察シ一個ノ殺害行爲ト看做ス可キモノトス(大正七年判決錄一〇三頁參照)

第六　連續犯ハ一罪トシテ處分ス可キモノナルコト法律ノ命スル所ナルカ故ニ諸種ノ關係ニ於テ之ヲ分割シテ觀察スルヲ許サス從テ(一)連續犯ヲ構成ス可キ數個ノ行爲中一部ノミ發覺シ之ニ付テ有罪又ハ無罪ノ確定裁判アリタル以上ハ爾餘ノ部分カ後ニ至リテ發覺スルモ此部分ニ付キ新ニ科刑スルヲ得ス(二)連續犯ハ之ヲ分割スルコトヲ得サルカ故ニ犯罪連續中ニ刑法ノ變更アリタル場合ニモ之ヲ一罪トシテ新舊法中ノ何レカヲ其全體ニ適用セサル可カラス(刑法ノ時ニ關スル效力ノ說明ヲ參照ス可シ)(三)所謂卽成犯ニ付テ最後ノ意思活動カ公訴時效ノ起算點ヲ決スルト等シク連續犯ニ屬スル最後ノ行爲カ時效ニ罹ラサル間ハ他ノ部分モ全部訴追スルコトヲ得ヘシ〔註七〕(四)連續犯ノ一部ニ他人カ加功スルモ連續ヲ中斷ス可キモノニ非サルカ故ニ尙ホ一罪トシテ處分スルヲ要ス(五)連續犯ノ一部ヲ指摘シテ起訴シタルトキト雖モ裁判所ハ其全體ニ付テ審判スルヲ要ス〔註八〕連續犯カ申告罪タル場合ニ於テ一部ニ付テ告訴アリタルトキ亦同シ加之起訴ハ犯罪ノ連續ヲ中斷スルモノニ非サルカ故ニ審理ハ起訴後ニ於テ行ハレタル部分行爲ニモ及ハサル可

カラス(檢事ハ各個ノ部分ニ付テ起訴スルニ非スシテ部分行爲ノ全體ヨリ成立スル連續犯ヲ起訴スルモノナルカ故ニ斯ノ如キ審理ヲ起訴ナキ事實ニ及フモノトシテ不法ナリト謂フヲ得ス)

然レトモ連續犯カ一罪トシテ處斷セラルルハ事實ヲ認定スル裁判所ノ審判ニ屬シ得ル範圍ニ止ルモノニシテ其以後ノ行爲ハ更ニ別個ノ犯罪ヲ構成スルモノト謂ハサル可カラス但上級ノ範圍ヲ決定スルノ標準ト爲ル可キ時期ニ付テハ學者ノ見解一致セス或ハ第二審裁判所ニ於テ事實審理ヲ終結シタル時期ヲ標準トス可キモノナリトシ或ハ同裁判所ノ判決言渡ノ時期ニ依ル可キモノナリトシ或ハ同判決ノ確定時期ニ依ル可キモノトナリトス蓋正解ハ第二ノ見解ニ在リ何トナレハ裁判所ハ判決言渡前ニ在リテハ何時ニテモ審理ヲ再開シ得ルト共ニ其言渡後ハ再ヒ審理ヲ爲スノ餘地ナケレハナリ

〔註七〕判例アリ「一罪カ數個ノ所爲ヨリ成立スル場合ト雖モ各個ノ所爲ハ常ニ其運命ヲ同シウシ全部公訴ノ時效ニ罹ルカ若クハ全部訴追處罰ノ目的トナルカ二者必ス其一ニ居ル可キモノトス而シテ數多ノ所爲カ其性質上一罪ヲ構成スルト本來數個ノ犯罪ヲ構成ス可キ所爲カ法律ノ規定ノ爲メ相共ニ一罪ヲ構成スルトニ依リ何等ノ差異ヲ生スルコトナシ」

〔註八〕同趣旨判例アリ(明治四十三年判決錄二三〇二頁參看)

第四節　一罪トシテノ處分

第一　想像的競合犯及ヒ牽連犯ノ處分ニ付テハ第二節第五段及ヒ第六段ニ於テ、連續犯ノ處分ニ付テハ前節第六段ニ於テ既ニ說明スル所アリ本節ニ於テハ爾餘ノ注意ヲ爲スニ止メントス

凡ソ一罪トシテノ處分ハ其一罪ヲ構成スル行爲ヲ不可分ノモノトシテ觀察ス可キ點ニ於テ共通ノ原則ニ依ル可キモノトス從テ之カ處罰ハ一回ニ限ル可ク時效ノ起算及ヒ裁判所ノ事物管轄等ノ問題ニ付テモ亦之ヲ分割シテ判斷ス可キモノニ非サルナリ

第二　前段ニ說示シタル原則ヲ適用スル結果トシテ想像的競合犯若クハ牽連犯ノ一罪名又ハ連續犯、結合罪若クハ聚合罪ヲ構成ス可キ事實ノ一部ニ付テ審判ヲ經タルトキハ他ノ罪名又ハ他ノ部分カ後ニ發覺スルモ更ニ之ヲ處罰

スルヲ得ス然レトモ是レ卽チ不可分ノ原則ヲ認ムル結果ニ外ナラサルカ故ニ初一罪名又ハ一部分ニ付キ起訴アリタルトキハ裁判所ハ之ト不可分ニ一罪ヲ構成ス可キ他ノ罪名又ハ他ノ部分ニ付テモ一體不可分ノモノトシテ之ヲ審判スルノ職權職務ヲ有ス但親告ヲ要スル罪名ニ付キ親告欠缺ノ場合ニ於テハ其罪名ニ付キ處斷スルヲ得ス〔註一〕而モ之ト一體ヲ成シ一罪ヲ構成スル他ノ部分ニ付キ確定判決アリタル以上ハ假令其後告訴アルモ再ヒ實體上ノ判決ヲ爲ス可キモノニアラス〔註二〕

〔註一〕同趣旨判例アリ、曰ク親告罪ニ在リテハ告訴アルニアラサレハ檢事之ヲ起訴スルヲ得サルモノナルヲ以テ縱令公訴ニ係ル瀆職ノ行爲カ一面强姦罪ニ該ルモ此點ニ付キ告訴ナキ場合ハ特ニ明示ノ起訴ナキ以上ハ裁判所之カ審判ヲ爲ス可キモノニアラスト(大正四年判決錄七四九頁以下)又曰ク一個ノ行爲ヲ以テ同時ニ數人ニ對シ詐欺ヲ行ヒタル事件ニ付キ被害者ノ一人ニ對スル關係ニ於テ相對的親告罪ノ關係アリテ其告訴ナキ場合ニ在リテハ公訴事項中相對的親告罪タル可キ點ニ付テハ特ニ公訴不受理ノ言渡ヲ爲スコトナク事實上公訴ヲ受理セサルニ止メ單ニ非親告罪タル部分ニ付キ公訴ヲ受理シテ判決ヲ爲スヲ以テ足ルモノトス(同七年判決錄五四五頁)

〔註二〕同趣旨判例アリ曰ク、牽連罪ヲ構成ス可キ公訴事實ノ一部カ親告罪ニシテ告訴ナキ爲メ之ニ對スル公訴ハ受理ス可カラサルトキト雖モ公訴ノ適法ナル他ノ部分ニ付キ罪ノ有無ヲ判決シ其判決確定シタルトキハ公訴事實全部ニ對スル公訴權消滅スルヲ以テ右親告罪ニ付キ更ニ告訴アリトスルモ之ニ對シ再起訴スルヲ得ス(大正七年判決錄一四八〇頁)

第三　一罪ハ不可分ナルカ故ニ公訴時效ハ牽連犯、連續犯、結合罪、集合罪等ヲ組成スル實行行爲ノ最終ノモノノ終了シタル日ヨリ進行シ最モ重キ刑ニ付テノ時效期間ノ經過スルニ依テ完了スルモノト解セサル可カラス而シテ此計算ニ從テ時效ノ完了セサル間ハ當該一罪ヲ組成ス可キ全部ノ行爲カ時效ニ罹ラサルモノト解ス可キハ當然ナリ〔註三、四〕

然レトモ假ニ其一部分ヲ分離シテ既ニ時效期間ノ經過シタル後他ノ部分カ實行セラレタル場合ニハ前者ニ付テ獨立ニ時效ノ完成ヲ認ムルヲ可トス此點ニ付テ注意ス可キ最近判例アリ曰ク刑法第五十四條ハ所謂想像上數罪又ハ牽連罪ニ付テハ數個ノ罪名ヲ一括シテ最モ重キ刑ヲ處斷ス可キモノトシ之ヲ第四十六條乃至第五十三條ノ規定ニ依リ各獨立シテ科刑シ得ヘキ數個ノ罪(併合罪)ト區別シタルカ故ニ原則上之ヲ科刑上ノ一罪ナリトシ單純一罪ニ準シテ處分スルヲ以テ立法ノ精神ニ適スルモノトス然レトモ此準一罪ハ數個ノ罪名ヲ包含シ各罪名ハ他ノ罪名ノ爲メニ吸收セラルルコトナク併存スルモノナルヲ以テ之ヲ絕對ニ單純一罪ト同シク處分ス可キモノト爲ス可

キニ非ス乃チ數個ノ罪名ヲ一括シテ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷スルニ比シテ不利益ナル處分ヲ爲スニ非スシテ且社會通念上妥當ナリト認メラルル範圍內ニ於テハ之ヲ分離シテ處分スルモ第五十四條ノ法意ニ矛盾スルコトナシ例ヘハ一個ノ行爲カ親告罪ト非親告罪トノ二法條ニ觸ルルトキ前者ニ對シテ告訴アル前ニ於テ後者ニ對シテ科刑シ、更ニ前者ニ對スル告訴アルニ及ヒテ之ニ別個ノ科刑ヲ爲スカ如キハ準一罪ノ處斷法ノ精神ニ反スト雖モ前ノ非親告罪ノミヲ分離シテ科刑シタル處分ハ上叙ノ如ク二重科刑ヲ伴ハサル限リ正當ナリト謂ハサル可カラス又文書僞造ト行使トノ牽連罪ニ對スル公訴事件ニ於テ僞造ト行使トニ對シ各別ノ科刑ヲ爲ス可キニ非スト雖モ若シ裁判所カ行使ノ點ニ付キ無罪ノ言渡ヲ爲シ其判決確定シタルトキハ僞造ノ點ノミ上訴審ニ移審スルモノト爲シ之ニ對シテ科刑スルハ法律ノ精神ニ反スルモノニ非ス此ノ如キ處分法ハ夙ニ本院判例ノ是認スル所ナリ特ニ之ヲ公訴ノ時效ニ付テ案スルニ準一罪ノ時效ハ單純一罪ノ場合ト均シク準一罪ヲ組成スル行爲ノ最終ノ日ヨリ起算シ最モ重キ刑ヲ標準トスル期間ニ從フヲ以テ原則ト爲ササル可カラス此趣旨ヲ承認スルコトモ亦本院判例ノ終始一貫シテ渝ハラサル所ナリ而シテ此原則ハ一行爲數罪名ノ場合ニ付テハ例外ヲ認ムルノ餘地ナシト雖モ牽連罪ニ付テハ例外ヲ認ムルヲ以テ社會通念上妥當ト爲ス可キ場合アリ卽チ此罪態ニ於ケル手段行爲ト目的行爲トノ間ニ前者ニ對スル刑ヲ標準トスル時效ノ期間經過シタル場合ニ在リテハ前者ニ對スル科刑權ノミ消滅スルモノト認ムルヲ正當ナリトス若シ然ラストセハ手段行爲ハ目的行爲カ實行セラレサル限リ幾十年ヲ經ルモ依然トシテ科刑ヲ免レサルニ至ル可キカ故ニ此假定說ハ時效制度ノ精神ニ矛盾スルモノト謂ハサル可カラス而シテ本院從來ノ判例ハ手段行爲カ時效ニ罹ラサル前ニ於テ目的行爲カ實行セラレ茲ニ二者ニ對スル科刑權ノ合一ヲ認ム可キ場合ニ關スルモノニシテ上叙ノ例外ヲ認ムルハ判例ノ精神ニ牴觸スルコトナシ原判決ニ依レハ被告ハ大正元年十二月二十七日判示文書ヲ僞造行使シ因テ大正十一年五月十四日ニ至リ判示ノ訴訟ヲ提起シ裁判所ヲ欺罔シ內田某ヨリ判示ノ土地ヲ騙取セントシタルモ遂ケサリシモノニシテ文書僞造行使ノ時ヨリ其時效期間經過シタル後詐欺行爲ヲ爲シタルコト明白ナルカ故ニ之ニ付テ科刑ヲ爲ス可キモノニ非スト又曰ク既ニ本件文書僞造行使ヲ以テ

時效ニ罹リタルモノト爲シ之ニ對シテ科刑スルヲ許ササル以上ハ右前科ニ對スル刑ノ執行ヲ了リタル時ヨリ五年以上ヲ經過シタル後ニ犯シタル本件詐欺未遂罪ヲ以テ之ニ對スル累犯トシテ處分ス可カラサルコト明白ナリト（大正十二年れ第一一〇六號同年十二月五日大審院第三刑事部判決）

〔註三〕判決ニ依レハ牽連罪ノ手段タル文書僞造行爲カ舊刑法時代ニ在リテ既ニ完成シ而モ當時單純ナル僞造ハ之ヲ罰セサリシトスルモ苟クモ其結果タル文書ノ行使カ刑法時代ニ行ハレタル以上右二個ノ行爲相合シテ牽連罪ヲ構成ス可キヲ以テ僞造行爲ニ對シテハ刑法第百五十九條第一項ヲ適用シ行使ニ付テハ第百六十一條第一項、第百五十九條第一項ヲ適用シ第五十四條ニ依リ一罪トシテ處斷ス可キモノナリトセリ（大正七年判決錄九〇九頁以下）果シテ正當ノ見解ナルカ

〔註四〕二個ノ事實カ單一ナル意思ノ繼續ニ因ル犯罪行爲ニシテ刑法ニ依ルモ刑法施行前ノ法律ニ依ルモ結局一個ノ連續犯ヲ構成ス可キモノナルトキハ其一個ノ事實ノミカ刑法施行前ニ完結スルモ其犯シタル行爲全體カ未タ完結セサル以上ハ時效完成セス（明治四十五年判決錄九四三頁參照）

第四　多數ノ行爲カ牽連關係アル場合ニハ其多數行爲ヲ統括シテ一罪トシテ處斷ス可キコトハ第五十四條及ヒ第五十五條ノ關係解釋上疑ヲ容ル可キ餘地ヲ存セス然レトモ此場合ニ先ツ第五十四條ヲ適用シ然ル後ニ第五十五條ヲ適用ス可キヤ將タ其反對ノ順序ニ依ル可キヤノ疑問アリ從來ノ判例ハ數個ノ行爲ニシテ互ニ連續セルモノハ之ヲ一括シテ連續犯トシ一ノ連續犯ト他ノ連續犯トノ牽連關係ニ付キ若クハ一ノ連續犯ト他ノ罪名ニ觸ルル單一行爲トノ間ニ於ケル牽連關係ニ付キ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷スルヲ相當トシ數個ノ牽連犯ノ連續犯トシテ處斷ス可キモノニ非スト解シタリ（大正五年判決錄一七四一頁以下參照）蓋先ツ第五十四條ヲ適用ス可キモノトセハ輕重ノ選擇ノ如何ニ依リ數個ノ行爲カ罪名ヲ異ニスル爲メ連續犯トシテ一括スルコト能ハサルヲ恐レタルニ因ルモノナリ

抑刑法第五十四條ハ一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルル場合又ハ或行爲ト他ノ行爲トノ間ニ手段結果ノ牽連關係アル場合ニ關シ又同第五十五條ハ連續シタル數個ノ行爲ニシテ同一罪名ニ觸ルル場合ニ關シ何レモ之ヲ併合罪トシテ處分スルヲ否定スルコト明白ナリ而シテ凡ソ第五十四條ヲ適用ス可キ場合ニ在リテハ其輕キ罪名カ重キ罪名ノ爲メニ吸收セラレ獨立ヲ失フニアラスシテ二者ヲ包括スル行爲カ重キ刑ヲ處斷セラルルモノニ外ナラサルカ故ニ同一罪名ニ觸ルル數個ノ行爲ハ各想像上數罪又ハ各牽連罪中ニ於

テ最モ重キモノニ當ル場合ナルト否トヲ問ハス連續關係ヲ有スルコトヲ妨ケサルモノトス是ヲ以テ數個ノ罪名ニ觸ルル或行爲ト他ノ行爲ノ間又ハ或牽連罪ヲ組成スル數個ノ行爲ト他ノ牽連罪ヲ組成スル數個ノ行爲トノ間ニ各連續關係ノ存スル場合ニ在リテハ此等ノ行爲ニ對シ同時ニ第五十四條第五十五條ヲ適用シ之ヲ綜合統括シテ其最モ重キ刑ニ從ヒ一罪トシテ處斷スルヲ以テ正當ナリトス可ク或ハ先ツ第五十四條ヲ適用シテ最モ重キ罪名ヲ抽出シタル後第一ノ重キモノト第二ノ重キモノトノ間ニ第五十四條ヲ適用シ或ハ先ツ第五十五條ヲ適用シテ數種ノ連續犯ヲ認メ然ル後ニ其間ニ關シテ第五十四條ヲ適用スルコトヲ要スルモノト爲スハ法律ノ精神ニ非ス例ヘハ犯人カ文書ヲ僞造行使シテ詐欺ヲ爲スコト數回ニ及ヒタルトキハ各文書僞造行使詐欺ノ間ニ手段結果ノ牽連關係アルト同時ニ數個ノ文書僞造ノ行爲數個ノ僞造文書行使ノ行爲及ヒ數個ノ詐欺ノ行爲ハ各連續關係ヲ有スルモノナレハ刑法第五十四條第五十五條ニ依リ之ヲ綜合統括シテ其最モ重キ詐欺罪ノ刑ヲ以テ之ヲ處斷スルヲ相當トス然レトモ法律ノ精神ハ斯ル場合ニ關シテ畢竟一罪トシテノ處分ヲ認ムルニ在ルカ故ニ若シ先ツ數個ノ同一罪名ニ觸ルル行爲ニ對シ第五十五條ヲ適用シ然ル後ニ數種ノ連續犯相互ノ間ニ第五十四條ヲ適用スルコトアリトスルモ結局一罪トシテ處斷スルモノナルカ故ニ法律ノ精神ニ矛盾スルモノニ非ス從テ之ヲ以テ擬律錯誤ノ不法アリト爲スニ足ラス(大正十二年二月二十八日大審院第三刑事部言渡同十一年れ第二〇五一號被告事件判決參照)

或犯罪ノ手段若クハ結果タル一個ノ行爲カ數個ノ罪名ニ觸ルル場合アリ此場合ニハ先ツ第五十四條第一項前段及ヒ第十條ニ依リ其重キ罪ヲ以テ處斷ス可キ罪ヲ定メ此罪ト手段若クハ結果タル關係ニ立テル行爲トノ間ニ同項後段ヲ適用セサル可カラストスル判例アリ(大正五年判決錄三八七頁參照)然レトモ此場合ニモ單ニ第五十四條及ヒ第十條ニ依リテ重キ刑ヲ以テ處斷スルノ趣旨ヲ明カニスルヲ以テ足ル可シ

第五 特別刑法中刑法併合罪ノ例ニ依ラサルコトヲ明示スル場合ニ於テモ刑法第五十四條及ヒ第五十五條ノ規定ノ適用ヲ妨クルモノニ非ス何トナレハ

此兩條ニ於テハ併合罪ヲ規定スルニアラスシテ一罪ノ處分ヲ定ムルモノナルヲ以テナリ然レトモ各規定ノ趣旨ニ依リ各行爲毎ニ刑ヲ科ス可キモノナルコト明瞭ナルトキハ第五十五條ノ適用ヲ許ス可キニアラス例ヘハ印紙稅法違反罪ニ付テ然リ(大正三年判決錄六四〇頁參照)又新聞紙法違反ノ記事ニ付キ發行人編輯人ヲ處罰ス可キ場合ノ如キハ發行人編輯人ノ行爲ヲ罰スルニアラスシテ同一ノ記事ニ付キ發行人ト編輯人トヲ處罰スル趣旨ナルカ故ニ同一人カ此二個ノ資格ヲ兼ヌル場合ニ於テモ一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルルモノトシテ處斷ス可カラサルハ明カナリ(屢〻同趣旨ノ判例アリ、大正五年判決錄一五頁參照)從テ若シ同一人カ二個以上ノ新聞紙ノ發行人兼編輯人タル場合ニ於テハ四個以上ノ處罰ヲ免レサルモノトス同趣旨例判アリ曰ク同一人ニシテ同時ニ二個以上ノ新聞紙ノ發行人及ヒ編輯人ノ兩資格ヲ兼ネタル場合ニ於テハ各新聞紙毎ニ且其資格ニ應シ各別ニ新聞紙法第四十一條ノ犯罪成立シ從テ同第四十四條ニ依リ其刑ヲ併科ス可キモノニシテ刑法第五十五條ヲ適用ス可キモノニ非スト(大正六年判決錄一三五七頁)

第五節　併合罪

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タ其罪ト其裁判確定前ニ犯シタル罪トヲ併合罪トス

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

二個以上ノ沒收ハ之ヲ併科ス

第五十條　併合罪中既ニ裁判ヲ經タル罪ト未タ裁判ヲ經サル罪トアルトキハ更ニ裁判ヲ經サル罪ニ付キ處斷ス

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

チ執行ス可キトキハ没收チ除ク外他ノ刑チ執行セス無期ノ懲役又ハ禁錮チ執行ス可キトキハ罰金科料及ヒ没收チ除ク外他ノ刑チ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チ加ヘタルモノニ超ユルコトチ得ス

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チ受ケタル場合ニ於テハ特ニ大赦チ受ケサル罪ニ付キ刑チ定ム

第五十三條 拘留又ハ科料ト他ノ刑トハ之チ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チ併科ス

第一 同一人カ實質的數罪ヲ犯シタル場合ニ付テハ法律上其間ニ特別ノ關係ヲ認ムル場合ト然ラサル場合トアリ而シテ特別ノ關係ヲ認ムル場合ニ於テモ其相互間ノ關係ノ種類ニ依リ其處分ヲ同シウセス法律ハ之ヲ併合罪ト累犯トニ區別ス併合罪ハ確定裁判ヲ經サル前ニ犯サレタル數罪ノ相互關係ニシテ累犯ハ確定裁判前ニ犯シタル一定ノ犯罪ト其後一定ノ期間内ニ犯シタル犯罪トノ關係ナリ(數罪ノ處分ニ付テハ刑法施行法第六條乃至第十二條ノ規定ヲモ參照スルコトヲ要ス)

第二 併合罪(Verbrechenskonkurrenz, concours d'infractions.)ハ確定裁判ヲ經サル前ニ犯サレタル數罪相互ノ關係ナリ數個ノ犯罪カ同一審級ニ於テ俱ニ發覺シ同時ニ審判ノ目的ト爲ルコトアリ或ハ或罪ノミカ先ニ發覺シテ裁判ヲ經タル後他ノモノカ發覺スルコトアリ何レモ併合罪ノ關係ヲ生ス然レトモ確定裁判前ノ犯罪ト其後ニ犯サレタル犯罪トハ絶對ニ併合罪ノ關係ヲ生スルモノニ非ス(法典第四十五條)例ヘハ甲乙二罪カ何レモ或確定裁判前ニ犯サレタルモノナルトキハ同時ニ處分セラルルト否トニ拘ラス此間ニ併合罪ノ關係ヲ生スルモ反之甲罪ノミカ先ツ裁判ヲ經テ其刑ノ執行中更ニ丙罪ヲ犯シ而シテ此丙罪ト乙罪トカ俱ニ發覺シタルトキハ止タ既ニ裁判ヲ經タル甲罪ト乙罪トノ間ニノミ併合罪ノ關係ヲ認ム可ク丙罪ト乙罪トノ間ニハ併合罪ノ關係ヲ生スルモノニ非ス第四十五條但書ノ趣意卽チ是レナリ

第三 併合罪ノ處分ニ付テハ吸收主義(Absorptionsprinzip.)併科主義(Kumulationsprinzip.)及ヒ制限加重主義(Asperationsprinzip.)ノ三主義アリ吸收主義ハ數個ノ犯罪中一ノ重キニ從テ處斷スルヲ原則トシ併科主義ハ一罪毎ニ各其刑ヲ科スルヲ原則トシ制限加重主義ハ或標準ニ依リ併合罪ノ刑ヲ加重スルモノナ

リ吸收主義ハ舊刑法(第百條)ノ採用シタル原則ニシテ之ニ從フトキハ一旦罪ヲ犯シタル者ハ其後之ト同等若クハ之ヨリ輕キ罪ヲ幾度重ヌルモ同一ノ處分ヲ受クルニ止ルカ故ニ同等以下ノ數罪ヲ奬勵スルノ結果ヲ免レサル虞アリ併科主義ニハ斯ノ如キ弊害ナシト雖モ數個ノ死刑又ハ無期刑ヲ併科シ又ハ死刑ト無期刑トヲ併科スルカ如キハ執行上不能ニシテ又長期間ノ自由刑ヲ併科スルトキハ其刑期幾十年ノ長キニ亘リ頗ル苛酷ニ失スルノ虞アリ是ヲ以テ現行刑法ハ併科主義ヲ原則トシ之カ例外トシテ吸收主義ト制限加重主義トヲ併用ス卽チ左ノ如シ

一　原則トシテ數罪ニ對シテハ其各刑ヲ併科ス(第四十八條第一項、第四十九條、第五十三條、第五十一條)然レトモ左ノ例外アリ

二　併合罪中其一罪ニ付キ死刑ニ處ス可キトキ(死刑ヲ言渡ストキ)ハ他ノ主刑ヲ科セス其一罪ニ付キ無期ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス可キトキハ他ノ自由刑ヲ科セス(第四十六條、吸收主義)蓋死刑ニ罰金若クハ科料ヲ併科セサルハ必要ナキニ因ル、死刑ト自由刑又ハ無期ノ自由刑ト有期ノ自由刑トヲ併科セサルノ理由亦同シ

三　併合罪中二個以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス可キ(言渡ス可キ)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(第四十七條、制限加重主義)又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)換言スレハ併合罪カ何レモ懲役又ハ禁錮ニ處セラル可キトキハ第十條第二項ニ依リ若シ一ハ懲役ニ他ハ禁錮ニ處ス可キモノナルトキハ第十條第一項但書ニ依リ何レノ刑カ重キカ(何レノ罪ニ對スル刑カ重キカ)ヲ決定シ(註一)然ル後其最モ重キ懲役又ハ禁錮ノ長期ニ其半數ヲ加ヘタルモノヲ長期トスル刑卽チ所謂併合刑(Gesamtstrafe.)ヲ定メ其長期以下ニシテ且二十年以下ノ範圍内ニテ量定シタル一個ノ宣告刑ヲ以テ併合數罪ヲ處分ス(同趣旨判例アリ、大正五年判決錄八二頁)或ハ曰ク懲役ハ其二倍ノ期間ノ禁錮ニ等シキコト第十條ノ規定上明白ナルヲ以テ十年以下ノ懲役ニ處ス可キ罪ト五年以下ノ禁錮ニ處ス可キ罪トカ併合罪

ト爲ル場合ニハ五年以下ノ禁錮ヲ二年六月以下ノ懲役ニ換算シ十二年六月ヲ超エサル範圍内ニ於テ第四十七條本文ヲ適用ス可キモノナリト然レトモ若シ此見解ヲ採用スルトキハ十年以下ノ禁錮ニ該ル罪ト三年以下ノ懲役ニ該ル罪トヲ併合罪トスルトキハ十六年以下ノ禁錮ニ處スルコトヲ得ルコトト爲ル可ク從テ第四十七條但書ノ趣旨ニ反スルノミナラス懲役ハ其二倍ノ期間ノ禁錮ヨリハ尚ホ重キモノト解スルヲ以テ第十條ノ精神ニ合スルモノト認ム可キモノニシテ二者相等シキモノト爲スハ正當ニアラサルカ故ニ換算説ハ予輩ノ採ラサル所ナリ〔註二〕但立法論トシテハ懲役ト禁錮トヲ併合スルニハ換算法ヲ定ムルコト適當ナル可シ

併合罪中最モ重キ罪ノ刑ノ短期カ輕キ罪ノ刑ノ短期ヨリ輕キ場合アリ斯ノ如キ場合ニ於テハ併合刑ノ短期ハ何レニ從フ可キヤ疑ノ存スル所ナリト雖モ併合刑ノ短期ハ輕キ罪ノ短期ヨリ下スヲ得サルモノト解スルヲ法律ノ精神ニ適スルモノトス(第二節第五段參照)例ヘハ詐欺罪ト不法監禁罪(第二百二十條第一項)トヲ併合罪トシテ處分スル場合ニハ併合刑ノ長期ハ十五年ニシテ其短期ハ三月ヨリ輕カラサルヲ要スルモノトス

〔註一〕第四十七條ニ所謂最モ重キ罪ニ付キ定メタル刑トハ法律上ノ減輕ヲ行ヒタル結果ヲ標準トシ第十條ニ照シテ最モ重キ刑ヲ指稱スルモノナリ(大正六年判決錄四九二頁)蓋第七十二條ノ規定ニ依レハ併合罪ノ加重ハ再犯加重及ヒ法律上減輕ヲ行ヒタル後ニ爲ス可キモノナルヲ以テ上叙ノ結論ヲ採用ス可キナリ、從前ノ判例(大正五年判決錄六九四頁)カ法定刑中ノ重キモノヲ以テ比較ス可キコトヲ認メタルハ失當ナリ

〔註二〕論者或ハ曰ク第四十七條ハ二個以上ノ刑カ何レモ懲役ナルカ又ハ何レモ禁錮ナルトキニ適用セラル可キモノナリト然レトモ第五十六條第三項ハ併合罪中禁錮ニ該ル重キ罪ト懲役ニ該ル輕キ罪トアルトキハ禁錮ノ併合刑ヲ以テ二者ヲ處斷ス可キコトヲ暗示セリ

四　何レモ罰金ニ處ス可キ數罪ハ各罪ニ付キ定メタル罰金ノ合算額以下ニ於テ處斷ス(第四十八條第二項)是レ亦一個ノ併合刑ヲ以テ併合數罪ヲ處斷スルモノナリ各罪各別ニ罰金ヲ言渡ス場合(特別刑法殊ニ稅法又ハ專賣法

違反罪ニ對スル科刑)ト其趣旨ノ異ル所ヲ注意ス可シ

罰金ノ併合刑ノ寡頗ハ二十圓ナリト解ス可ク數個ノ罰金ノ寡額ヲ合算シタルモノヲ以テ之ニ充ツ可キニ非ス然レトモ罰金ノ何レカノ寡額カ二十圓ヲ超ユルモノナルトキハ併合刑ノ寡額ヲ之ヨリ下スコト能ハサルハ第四十七條ノ併合刑ニ付キ說明シタルト同趣旨ナリ

第四 若シ併合罪中既ニ裁判ヲ經タルモノト未タ裁判ヲ經サルモノトアルトキハ更ニ裁判ヲ經サル罪(餘罪)ニ付キ處斷ス(第五十條)而シテ餘罪カ一個ナルトキハ單純ニ一罪ノ場合ト均シク處斷シ餘罪カ數個ナルトキハ其間ニ關シテノミ併合罪ノ規定ニ從ヒ前發ノ併合罪ニ對スル裁判ヲ斟酌スルコトナク(卽チ前發刑ノ通算ヲ言渡スコトナク)別個ニ刑ヲ宣告セサル可カラス然レトモ斯ノ如クニシテ二個以上ノ裁判ヲ生スル場合ニ於テモ其數罪カ同時ニ裁判ヲ經タル場合ト其結果ニ於テ同一タルコトヲ得ルニ非サレハ併合罪處分ノ趣旨ヲ全ウスルコトヲ得サルカ故ニ法律ハ併合罪ニ付キ二個以上ノ裁判アリタル場合ニ於テハ原則トシテ其刑ヲ併セテ執行ス可キモノトシ唯死刑ヲ執行ス可キトキハ沒收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沒收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コトヲ得サルモノト規定ス(第五十一條)

第五 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(第五十二條)蓋大赦ハ一定ノ種類ノ犯罪ニ付キ其刑法上ノ效果ヲ消滅セシムルモノニシテ既ニ言渡シタル刑モ其罪ニ付テハ之ヲ執行スルヲ得スト雖モ其效果ハ他ノ併合罪ニ及フ可キモノニアラサルカ故ニ他ノ併合罪ニ付テ更ニ刑ヲ定ムル必要アリ是レ本規定ヲ設ケタル所以ナリ然レトモ此規定ハ第四十六條ニ於ケル吸收刑又ハ第四十七條若クハ第四十八條第二項ニ於ケル併合刑ヲ以テ處斷セラレタル併合罪中或モノニ付キ大赦アリタル場合ニ於テノミ適用セラル可キモノニシテ最初ヨリ各罪ニ付キ刑ヲ併科シタル場合又ハ大赦ヲ受ケタル罪ト大赦ヲ受ケサル罪トカ別個ノ裁判ニ依リ各別ニ刑ヲ言渡サレタル場合(第五十條)ニア

リテハ或罪ニ付キ大赦アリト雖モ他ノ罪ニ付キ更ニ刑ヲ定ム可キ必要ナキコト明白ナリ(本規定ニ依リ刑ヲ定ム可キ場合ニ於ケル手續ニ付テハ刑事訴訟法第三百七十五條參照)

第六節　累犯

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內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內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

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

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

第五十九條　三犯以上ノ者ト雖モ仍ホ再犯ノ例ニ同シ

第一　累犯(Rückfall, reiteration, récidive.)ハ累次的ニ行ハレタル犯罪ナリ懲役ノ執行ヲ終リ若クハ免除セラレタル日又ハ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刑ノ執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ五年內ニ更ニ罪ヲ犯シ有期ノ懲役ニ處ス可キトキハ之ヲ再犯ト稱シ再犯者カ之ト同一ノ條件ニ因リ更ニ處罰セラルルトキハ之ヲ三犯トス四犯五犯等進ンテ此例ニ從フ累犯ハ再犯以上ノ總括名辭ナリ〔註一、二〕

〔註一〕共通法施行前ニ在リテハ朝鮮刑事令ニ依ル處罰ハ刑法ニ於ケル累犯加重ノ基礎ト爲ル可キ前科ニアラス(大正五年判決錄八二二頁參照)此趣旨ハ臺灣刑事令ニ依ル處罰及ヒ關東州ニ於ケル處罰ニ付テモ同樣ナリ然レトモ共通法施行後ニ於テハ之ト反對ノ解釋ヲ爲ス可キコト明白ナリ

〔註二〕單ニ數罪ト稱スルトキハ併合罪ヲ指スヲ通例トスルモ累犯亦同一人カ二回以上罪ヲ犯シタル場合ニ成立シ得ルモノナルカ故ニ之ヲ數罪ノ關係トシテ觀察スルヲ正當ナリトス

第二　前後ノ犯罪間ニ如何ナル條件ノ存スル場合ニ累犯關係ヲ認ム可キカハ

累犯豫防策ニ於ケル第一ノ前提問題ナリ

一　累犯ヲ一般加重原因ト爲ス可キカ特別加重ノ原因ト爲ス可キカ立法例ニ依リ同シカラス本邦ニ於テハ新舊刑法倶ニ之ヲ一般加重原因ト爲ス

二　斯ノ如ク累犯ヲ以テ一般的加重原因ナリトスルトキハ各種ノ犯罪ニ付テ累犯關係ヲ認ムルコトヲ得ルカ將タ前後ノ犯罪カ同種類タルコトヲ要スルカ舊刑法ハ前段ノ見解ニ從ヒタルモ總テノ犯罪ニ付テ此關係ヲ認ムル必要ナキカ故ニ現行法ハ犯人カ曩ニ(一)懲役ニ處セラレタルカ(二)懲役ニ該ル罪ト同質ノ罪(例ヘハ第七十三條第七十五條ノ罪、外患罪、殺人等ハ懲役ニ該ル罪ト同質ノ罪ニシテ內亂罪ハ然ラサルコト當該法文ニ規定スル刑ノ種類ヲ比較スルニ依リ明白ナリ)ニ因リ死刑ニ處セラレタルモ其免除ヲ得又ハ大權減刑ニ因リ懲役ニ減輕セラレタルカ(三)又ハ曩ノ併合罪中懲役ニ處ス可キ罪アリタルカ其一ニ居ルコトヲ要シ後ノ犯罪ニ因リ有期懲役ニ處ス可キ場合ナルコトヲ要スルモノトス後ノ罪ニ付キ無期懲役ニ處ス可キトキハ加重スル必要ナキナリ而シテ特ニ懲役刑ニ關係スル場合ニ付

テノミ累犯關係ヲ認メ他ノ刑種ニ關係スル場合ニ及ハサルハ懲役以外ノ刑ニ處ス可キ罪ハ其性質上累犯的傾向ヲ有スルモノニ非スト認メタルニ因ル

三　前犯ト後犯トノ間ニ於ケル日數ニ付テハ制限ヲ付スル法律ト然ラサルモノトアリ舊刑法ハ此制限ヲ設ケス前犯ノ後數十年ヲ經タルトキト雖モ尙ホ其刑ヲ加重スルモノトス然レトモ之ヲ刑事統計ニ徵スルニ出獄以後久シカラサル期間內ニ累犯ト爲ルモノ最モ多ク又斯ノ如キ場合ニ於テ慣行性ヲ養成スルノ虞アリ累犯ノ恐ル可キハ主トシテ此點ニ存スルカ故ニ數年ノ久シキ後ニ於ケル犯罪ハ之ヲ累犯トシテ處分スル必要ヲ存セス茲ニ於テカ現行法ハ此期間ニ制限ヲ設ケタリ

四　累犯關係ヲ認ムルニハ確定裁判後ニ於ケル犯行タルヲ以テ足レリトスルカ將タ刑ノ執行ヲ終リタル後ニ於ケル犯行タルコトヲ要スルカ舊刑法ハ前段ノ見解ニ從ヘルモ現行法ハ裁判ノ確定ノミニテハ未タ刑ノ威力ナキモノト認メ刑ノ執行ヲ終リ又ハ執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ後ニ於ケル

犯罪ニ非サレハ累犯タルコトヲ得サルモノト爲ス故ニ刑ノ執行中更ニ一罪ヲ犯シタルトキハ前犯ニ對シテ併合罪ニアラス又累犯ニアラス獨立ニ處分ス可キモノトス

要スルニ前犯ト累犯關係ヲ生シ得ル犯罪ハ刑ノ執行ノ終リタル日又ハ執行ノ免除アリタル日ヨリ五年内ニ犯サレタルモノナルヲ條件トス(刑ノ執行ノ免除ハ時效、特赦及ヒ第五條ニ於ケル刑ノ執行免除ノ裁判ニ因ル、大赦又ハ刑ノ執行猶豫ノ完成ハ執行ヲ免除スルニ止ラスシテ處刑ノ全效果ヲ滅却スルカ故ニ其犯罪ヲシテ累犯ノ基礎タラシムルヲ得ス)然レトモ累犯期間ハ立法例ニ依リ同シカラス或ハ之ヲ三年トシ或ハ之ヲ七年トシ或ハ之ヲ十年トスルカ如キ是レナリ〔註三〕

〔註三〕累犯期間ノ起算日ハ懲役ノ執行ヲ終リタル日ノ翌日ナリヤ將タ執行ノ最終日ナリヤニ關シテハ疑問ノ存スル所ナリ判例ハ刑法第二十四條ニ被告受刑者ノ利益ノ爲メニスル計算法ヲ定メアルコトヲ理由トシテ執行最終日ヲ起算點ト爲ス可キモノトシ(大正五年判決錄一七〇七頁牧野博士ハ刑ノ執行ノ威力ハ執行ノ終了ニ依テ完成スルモノナレハ此終了日ハ累犯期間ノ起算日タル可カラスト爲ス(法學志林第二一八號六八頁)蓋立法ノ精神ハ後說ニ在リ、第二十三條第一項ノ場合ト對照シテ考察ス可シ

第三 累犯ヲ如何ニ處分ス可キカ殊ニ三犯四犯以上ノ者ニ付テ如何ナル處置ヲ施ス可キカハ刑事政策上樞要ナル問題ナリ近來此點ニ付テ特別ノ立法ヲ爲スモノ少カラス(緒論第四章第五段參看)舊刑法ハ僅ニ初犯ノ刑ニ一等ヲ加重スルコトヲ認ムルニ過キスシテ累犯豫防ノ目的ニ適セサルカ故ニ現行法ハ累犯トシテ處分ス可キ場合ニハ其刑ヲ加重シ法定刑ノ長期二倍ニ至ル迄ノ範圍内ニテ宣告刑ヲ量定ス可キモノトス(第五十七條第五十九條)然レトモ素ヨリ第十四條ノ制限アルカ故ニ二十年ヲ超ユルコトヲ得ス〔註四〕

〔註四〕舊刑法ニ依ルトキハ有期ノ徒刑又ハ流刑ニ該ル罪ニシテ累犯タル場合ニハ一等ヲ加ヘテ無期ノ徒刑又ハ流刑ニ處ス可キカ故ニ此點ニ於テハ現行法ヨリモ加重ノ程度嚴酷ナリ然レトモ新刑法ニ於テハ重要ナル罪ニ付テハ擇一的ノ法定刑ヲ科シタルカ故ニ重ク處分スル必要アルトキハ

重キ刑種ヲ選ヒテ宣告スルヲ以テ足ル可ク累犯加重ニ付テ最モ著シキ加重ヲ必要トスルモノハ主トシテ十年以下ノ刑ニ該ル罪殊ニ竊盜、詐欺等ナリ累犯加重ノ影響カ斯カル程度ノ罪ニ付テ最モ顯著ナル所以茲ニアリ

第四 法律ハ累犯ノ刑ヲ加重シテ累犯ヲ豫防セント欲スルモ判決ノ際僞名其他ノ原因ニ因リ累犯者タルコトヲ發見セサル爲メ初犯ノ刑ヲ科シ裁判後ニ至リ累犯者タルコト發覺スル場合少カラス舊刑法ハ斯ノ如キ場合ニ處ス可キ規定ナキカ爲メ累犯規定ノ趣旨ヲ全ウスルヲ得サルノ缺點アリタルカ現行法ニ於テハ裁判確定後累犯者タルヲ發見シタルトキハ更ニ加重ス可キ刑ヲ定ム可キモノトセリ(加重刑ヲ定ムル手續ニ付テハ刑事訴訟法第三百七十五條ノ規定ヲ參照ス可シ)然レトモ一旦執行ヲ終リ又ハ執行ヲ免除シタル後發見セラレタル者ニ此規定ヲ適用スルハ頗ル酷ニ失スルカ故ニ法律ハ斯ノ如キ場合ニ付テハ此規定ヲ適用セサルモノト爲ス(第五十八條)而シテ累犯發見ノ方法ハ所謂指紋法ノ應用ニ依リ殆ト完成ノ域ニ達シタリ(本邦ニ採用セラレタル指紋法ニ付キ「犯罪人異同識別法取調會報告」及ヒ大塲博士著個人識別法ヲ參照ス可シ)

第五 累犯加重ハ既ニ說明シタルカ如ク懲役ニ處ス可キ罪ニ付テノミ之ヲ認ムルカ故ニ財務法上ニ於ケル犯罪ニシテ罰金ニ該ルモノニハ當然之カ適用ナキコト明カナリ縱令懲役ニ處ス可キ罪アリトスルモ其特別法中刑法再犯ノ例ヲ用ヒサルコトヲ規定スルトキハ刑法累犯ノ規定ヲ適用スルヲ得ス(刑法施行法第二十二條第一項參照)

外國ノ立法例ニ在リテハ稅法違反ノ如キ行政取締法犯ニ付テハ初犯ノ刑ヲ罰金ト爲スモ再犯以上ノ者ニ對シテハ自由刑ヲ科スルコトアリ我現行法規ニハ此例ナシト雖モ取締ノ目的ヲ貫徹スルニハ上叙ノ例ニ倣フノ必要アル可シ

第六 累犯防遏ハ刑事政策上ニ於ケル特別豫防ノ主要ナル任務ノ一タリ而シテ累犯ヲ以テ刑罰法定加重ノ一般原因ト爲ス可キカ將タ特別原因ト爲ス可キカニ付テハ諸國立法例ニ依リテ異ルト雖モ畢竟之ニ關スル特別處分ノ必要ヲ認メタルハ既ニ久シキ歷史ノ存スル所ナリ我刑法典カ累犯ノ規定ヲ殆

ト根本的ニ改正シタルカ如キ亦立法者カ如何ニ累犯ヲ嫌惡シ如何ニ其豫防ニ力ヲ盡シツツアルカヲ推知スルニ難カラサルナリ然レトモ累犯必シモ初犯ニ比シテ危險ナリトセス故ニ累犯ニ對シテモ初犯者ニ對スル場合ト等シク輕キ處分ヲ爲シ得ル餘地ヲ存セサル可カラス現行法カ累犯有期懲役ニ該當スル場合ニ其長期ヲ二倍トシ(但第十四條ノ制限アルヲ以テ二十年ヲ超過スルコトヲ得サル可シ)初犯ニ對スル法定刑ノ短期ヨリ其長期ノ二倍ニ至ルマテ刑ノ範圍ヲ擴張シタルモ亦之カ爲メナリ然レハ裁判所カ累犯者ニ對シ具體的ニ刑ヲ適用スルニハ如何ナル標準ニ依リテ或ハ累犯長期ニ接近スル宣告刑ヲ量定シ或ハ短期ニ接近スル處分ヲ爲ス可キカハ重要ナル研究問題タル可シ蓋其標準ハ各場合ニ於ケル千差萬態ノ情狀ヲ詳査スルニアラサレハ之ヲ決スルコト能ハスト雖モ根本的ノ原則トシテハ其累犯カ他人ノ法益ヲ無視シ犯罪ヲ常業ト思考スルカ如キ執拗ナル犯罪性ノ特標ナルヤ將タ出獄後社會良民ニ齒スルコト能ハサル結果トシテ生活資料獲得ノ不能若クハ著シキ困難ニ抵抗スル手段ノ欠缺又ハ偶然ノ機會ニ原因シタルヤヲ以テ標準ノ要點トセサル可カラス果シテ然レハ特別豫防ノ方面ニ於テ最モ重要ナル點ハ單リ累犯初犯ノ區別ノミニ存セスシテ之ヲ常況犯ト機會犯トノ分類ニ連結スルニアリ換言スレハ常況犯罪性ヲ特標スル累犯ノ防遏ハ特別豫防策ノ燒點ナリ而シテ斯カル累犯者ニ對シテハ不定期刑ヲ科スルノ必要アルコトヲ注意セサル可カラス〔註五〕

〔註五〕伊太利草案ニ依レハ內國又ハ外國ニ於テ有罪確定判決ヲ受ケタル後懲役以外ノ制裁ニ該ル罪ヲ犯シタル者ニ對シテハ其制裁ヲ高低兩限度ノ半數以上ニ於テ適用シ新犯罪懲役ニ該ルトキハ低限ヲ三分ノ一加重シ罰金ハ二倍以下トス可ク(第二十四條)二以上ノ異時獨立ノ犯罪ニシテ懲役ニ該ルモノヲ犯シタル正犯又ハ共犯者此等ノ罪ノ累犯者タル場合ニ於テ當該犯行若クハ其決定的動機ノ性質及ヒ態樣犯人一身上ノ事情又ハ素行ニ因リ執拗ナル犯罪傾向アリト認メラルルトキハ習慣犯人タルコトノ宣言ヲ爲ス可ク(第二十七條)習慣犯罪人ニ對シテハ各罪ニ對スル罰金ノ外最モ重キ罪ニ對スル制裁ノ高限ヲ下ラス六年ヲ下ラス二十年ヲ超エサル相

對的不定期懲役刑ヲ科シ三回以上輕懲役ニ該ル罪又ハ二回以上重懲役ニ該ル罪ヲ累犯シタル習慣犯人ニ對シテハ各罪ノ罰金ヲ科スル外其罪ノ刑ノ高限ヲ下ラス且十五年ヲ下ラサル絶對不定期懲役ヲ科ス可ク(第二十八條第二十九條)其他習慣犯罪人ニ對シテハ種種ノ不利益ナル規定アリ

第七 大正六年度刑事統計年報(大正八年一月司法省發行)ニ依レハ大正元年以來ノ累犯ニ關スル統計次ノ如シ

(第一表) 刑法犯累犯總人員

	累犯人員 (有罪總人員)	人口十萬ニ對スル比例累犯人員(有罪總人員)
大正元年	三三、三八九 (一一六、二六二)	六三・六 (二二一・四)
同 二年	三五、五三二 (一一七、五七七)	六六・六 (二二〇・三)
同 三年	三五、八九〇 (一〇三、二九二)	六六・九 (一九二・五)
同 四年	三一、一八四 (九四、九三一)	五七・三 (一七四・四)
同 五年	三二、八八〇 (一〇二、六九一)	五九・五 (一八五・九)
同 六年	三二、八四八 (一〇六、七四七)	五八・六 (一九〇・五)

(第二表) 人口十萬ニ對スル特種犯罪累犯人員

罪名	大正元年	大正二年	大正三年	大正四年	大正五年	大正六年
放火	〇・一七四	〇・二一五	〇・二三〇	〇・二一一	〇・一七九	〇・一四一
通貨僞造	〇・〇五八	〇・〇四六	〇・〇四一	〇・〇六六	〇・〇六七	〇・〇二三
文書僞造	〇・五三一	〇・五〇七	〇・五六七	〇・五五八	〇・五四五	〇・五三四
賭博	二七・六六八	三〇・〇八七	二九・四二一	二二・四四二	二五・七〇八	二八・〇六三
殺人	〇・二四〇	〇・二八四	〇・二三一	〇・二八六	〇・二五三	〇・二一一
竊盜	一九・二五七	二〇・四七七	二七・〇二一	一九・七三六	一九・二四二	一六・七四八
强盜	〇・五四一	〇・四七〇	〇・五〇六	〇・五三六	〇・六一七	〇・三九一

第十章 共犯

第一節 通論

第一款 共犯ノ概念

第一 共犯(Teilnahme, participation.)トハ數人ノ共同加功ニ因リ同一犯罪事實ヲ成

立セシムルヲ謂フ一人單獨ニテ罪ヲ犯ス場合ニ對應スル觀念ナリ

共犯ハ之ヲ任意共犯ト必要共犯トニ分類ス任意共犯(Zufällige Teilnahme, concursus facultativus.)トハ一人單獨ニテ犯スコトヲ得ル犯罪ノ成立ニ數人カ共同加功スルヲ謂ヒ必要共犯(Notwendige Teilnahme, concursus necessarius.)トハ數人共同スルニアラサレハ成立スルコトヲ得サル犯罪ヲ謂フ(例ヘハ內亂罪,騷擾ノ罪,決鬪罪)然レトモ單ニ共犯ト言フトキハ通例トシテ所謂任意共犯ヲ指稱スルモノニシテ玆ニ說明セントスル所モ亦此觀念ノ範圍ヲ出テス所謂必要共犯ノ說明ハ各論ノ領域ニ屬ス〔註一〕

〔註一〕所謂必要共犯ハ更ニ分チテ對行犯(Begegnungsdelikt.)及ヒ共行犯(Konvergenzdelikt.)ノ二種ト爲ス後者ハ數人カ外部ニ對シテ不法ナル共同勢力ヲ及ホス場合ニ存シ(例ヘハ內亂罪,騷擾ノ罪)前者ハ一方ノ行爲ト他ノ一方ノ行爲トカ競爭スルニ因リテ成立ス(例ヘハ決鬪)對行者ノ雙方カ共ニ罪責ヲ負フ場合ノ外共同行爲ニ因リ一方ノミ責ヲ負ヒ他ノ一方カ罪責ヲ負ハサル場合アリ(例ヘハ姦通者ノ一方ニ犯意ナキトキ)此場合モ亦必要共犯ノ觀念ニ屬スルモノト爲スヲ以テ通例トスルモ嚴格ニ云フトキハ雙方共ニ罪責ヲ負フ可キ場合ニ限定スルヲ正當トス共行犯ハ各本條特別規定ノ範圍ニ屬セサル部分ニ付テハ總則共犯ノ適用ヲ受クルモ對行者相互間ノ關係ハ總則共犯ノ規定ニ從フコトナシ

第二 共犯ハ現行法ノ意義ニ於ケル犯罪ノ一態樣タルカ故ニ犯罪ノ成立要素タル主觀的元素竝ニ客觀的元素ヲ具備スルヲ要ス從テ(一)責任無能力者相互ノ間若クハ責任能力者ト責任無能力者トノ間及ヒ意思責任ナキ者相互ノ間若クハ意思責任アル者ト意思責任ナキ者トノ間ニハ共犯ノ觀念ヲ存セス(二)陰謀ノ如ク犯罪ノ成立要素タル可キ行爲ヲ存セスシテ單ニ數人間ノ意思連結アルニ過キサル場合ニ於テハ特ニ法律カ之ヲ罰スル場合ノ外共犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス(三)違法ナラサル行爲若クハ刑罰ノ豫定ナキ行爲ニ付テハ共犯ナシ〔註二,三〕

〔註二〕共犯ノ成立條件トシテ各自ノ行爲カ有責ナルコトヲ要スルモ共同者中ノ或者カ刑事訴追ヲ受ケサルコトハ當然共犯ノ觀念ヲ阻却スルモノ

ニアラス例ヘハ外國使節ト共同シテ犯罪ヲ實行シ若クハ外國使節ヲ敎唆シテ罪ト爲ル可キ行爲ヲ行ハシメタル場合ニ於テモ共犯ノ觀念ヲ存ス

〔註三〕外國ノ立法例中ニハ陰謀ヲ犯罪ノ未遂トシテ處罰スルモノアリト雖モ我現行刑法ハ斯ノ如キ觀念ヲ採用セス唯特定ノ場合ニ陰謀ヲ獨立罪トシテ處罰スルコトアルノミ又外國立法例中ニハ不特定ノ犯罪ヲ爲ス目的ニテ組織サレタル團體(Bande, Association de malfaiteurs.)ヲ嚴格ニ處罰スルモノアリト雖モ我刑法ニハ斯ノ如キ明文ヲ存セス但治安警察法(第二十八條)ハ秘密結社ヲ獨立罪トシテ處罰シ治安維持法(第一條乃至第五條)ハ特殊ノ結社、之ニ關スル協議及煽動等ノ行爲ヲ獨立罪トシテ處罰スルノ規定ヲ設ケタリ

第三 共犯ノ成立スルニハ客觀的要件トシテ犯人カ有責行爲ヲ以テ罪素ト爲ル可キ他人ノ有責行爲ニ關與スルコトヲ要ス換言スレハ同一犯罪事實カ數人ノ有責行爲ノ協合ニ因リテ成立シタル場合ニアラスンハ共犯ノ觀念ナシ故ニ一人單獨ノ行爲ニ因リ犯罪ノ成立スル場合ニ於テハ共犯ヲ存スルコトヲ得ス又一人若クハ數人ノ行爲ニ因リ犯罪ノ成立シタル後ニ於テ其犯罪人ヲ庇護スル行爲ハ前ノ行爲ニ對シテ共犯關係ヲ成立セシムルコトナシ〔註四〕然レトモ數人ノ共同行爲カ總テノ罪素ヲ完成スルコトヲ必要トセス未遂罪ノ場合ニ於テモ共犯關係ノ存在ヲ認ムルコトヲ得ルナリ

〔註四〕所謂事後從犯ハ獨立ノ犯罪ニシテ共犯ノ形式ニアラス北米諸州ノ法律中ニハ犯人ノ逮捕訴追若クハ處刑ヲ免レシメントスル行爲ヲ從犯(Accessory.)トシ(英法ニ於テモAccessory before the fact.トAccessory after the fact.トヲ認ム)佛國刑法ハ犯人ヲシテ犯罪ニ因リ得タル利益ヲ確保セシムル行爲ヲ從犯トシテ處罰スト雖モ我現行刑法ハ此等ノ行爲ヲ獨立罪トシテ處罰スルニ過キス然レトモ他人カ犯罪ヲ犯シタル後之ニ助力ヲ與フ可キコトヲ犯罪前ニ豫約スルニ因リ犯罪ノ決意ヲ爲サシメ若クハ犯罪ヲ容易ナラシメタルトキハ共犯ノ觀念ヲ存ス

第四 共犯ノ成立スル主觀要素トシテハ共同者各自カ有責ナルコトヲ要スル外共同者ニ共同犯罪ノ認識アルヲ必要トス換言スレハ共犯者ハ自己ノ行爲カ他人ノ行爲ト相竢テ一定ノ犯罪ヲ成立ヒシムルコトヲ認識セサル可カラス故ニ(一)犯意ナキ者相互ノ間ニハ共犯ノ關係ヲ生スルコトナク(二)犯意ナキ

者ハ犯意アル者ニ對シテ共犯タルヲ得ス(三)故意ニ犯罪ヲ犯ス者相互ノ間ニ於テモ全ク意思連結ナキトキハ共犯成立セサルモノト爲スヲ通說トス然レトモ共同犯罪ノ認識ハ總テノ共犯者カ相互ニ之ヲ有スルコトヲ要スルヤ否ヤニ付テハ學說一致セス一說ニ依レハ共犯ノ成立スルニハ縱令一瞬間タリトモ犯罪ノ實行ニ先チテ數人間ニ合意アルコトヲ要スルモノナルカ故ニ數人カ事前ノ認識ナクシテ(En l'absence d'entente préalable.)同一犯罪事實ノ成立ニ加功スルトキハ共犯ノ觀念ヲ存セスシテ各自別個ノ單獨犯アルニ過キストヽ爲シ他ノ一說ニ依レハ共犯ノ觀念ハ必シモ雙方的ナルコトヲ要セス共犯ノ各種ノ態樣ニ通シテ共同犯罪ノ認識アル者ノ方面ニ於テノミ共犯ノ成立ヲ認メ其認識ナクシテ罪ヲ犯ス者ハ單獨犯トシテ處分ス可キモノナリト主張ス然レトモ我現行刑法ノ解釋トシテハ共同正犯ノ成立ニ付テハ共犯者相互間ニ共同犯罪ノ認識アルコトヲ要シ敎唆及ヒ從犯關係ニ付テハ敎唆者又ハ幇助者ノ方面ニ於テ加功ノ認識アルヲ要スルモ反之正犯ノ方面ニ於テハ此認識アルコトヲ要セサルモノト爲スヲ正當ナリトス

第五 過失犯ニ共犯關係ヲ存スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テモ亦學說區區トシテ一致セス第一說ニ依レハ犯意ト過失トハ意思ノ實質ノ違法ナルト否トニ依リテ分ルルモノニアラスシテ行爲者カ其意思ノ實質ノ違法ナルコトヲ認識スルト否トニ依リテ區別セラルルニ過キサルカ故ニ數人カ共ニ違法ヲ認識シテ犯シタルトキハ故意ノ共犯アリ數人カ共同行爲ヲ爲スノ意思アルモ共ニ違法ヲ認識セサルトキハ過失ノ共犯アリ從テ過失犯ニ付テモ共犯ノ總テノ形式ヲ存スルモノナリトス(例ヘハ**ビンディング**)

第二說ニ依レハ過失犯ニ共同正犯アリト雖モ敎唆及ヒ從犯ハ因果關係ノ中斷スル場合換言スレハ其行爲カ一ノ條件タルノミニシテ原因タラサル場合ニ限リテ存在シ得ル觀念ニシテ他人ノ過失行爲ノ介入スル場合ノ如ク因果關係ノ中斷セサルトキハ間接正犯ノ觀念ヲ存スルカ故ニ敢テ敎唆若クハ從犯タル點ニ處罰ノ理由ヲ求ムルヲ要セス從テ過失犯ニ付テ共同正犯ヲ存スルコトヲ得ルモ敎唆及ヒ從犯ノ成立ヲ認ムルヲ得ス(例ヘハ**フランク**)

第三說ニ依レハ共同正犯ニ在リテハ雙方共ニ共同ノ意思ヲ有スルコトヲ要

スルカ故ニ過失犯ニ共同正犯ヲ存スルコトヲ得スト雖モ教唆及ヒ從犯ノ場合ニ於テハ正犯ノ方面ニ於テ共同犯罪ノ認識アルコトヲ必要トセサルカ故ニ過失犯ニ對シテ教唆及ヒ從犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ヘシ蓋斯ノ如キ場合ニ於テ其過失犯ニ對スル教唆若クハ從犯ハ故意ノ間接正犯タルコト通例ニシテ(想像上ノ二罪ヲ構成ス可シト雖モ之ヲ以テ過失犯ニ對スル教唆、從犯ヲ否認スルノ理由ト爲スコトヲ得ス況ヤ他人ヲ教唆若クハ幇助シテ過失犯ヲ犯サシムル者カ犯罪ノ成立上必要ナル身分ヲ具備セサルカ爲メ間接正犯タルコトヲ得サル如キ場合ニ在リテハ反對說ノ不條理ナルコト益明カナリトス(例ヘハ**オルスハウゼン**)

第四說ニ依レハ共同正犯ノ場合ニハ雙方ノ間ニ意思ノ共通アルコトヲ要スル結果トシテ過失犯ニ付テハ共同正犯ヲ存スルヲ得ス過失者ニ對スル教唆若クハ幇助ノ場合ニハ間接正犯ヲ認ム可キカ故ニ同時ニ教唆及ヒ從犯ノ觀念ヲ容ルルコトヲ得ス要スルニ過失犯ニ付テハ如何ナル形式ニ於テモ共犯ノ觀念ヲ存セサルモノニシテ過失ニ因リ共同ノ原因ヲ與ヘタル者ハ各自單獨ニ責任ヲ負擔ス可キモノナリトス

我現行法ノ解釋トシテハ最後ノ學說ヲ採用スルヲ正當ナリトス判例亦同趣旨ナリ(**註五**)而シテ此通說ニ依ルトキハ諸種ノ稅法上ニ於ケル犯罪ノ如ク犯意若クハ過失ヲ必要トセサルモノニ在リテハ一般通則トシテ共犯ノ觀念ヲ認ルムコトヲ得サルモノトス然レトモ稅法上ノ犯罪ニ在リテモ特ニ犯意ヲ必要トスルモノアリ斯ノ如キ場合ニ於テハ素ヨリ共犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ヘシ

(**註五**) 共犯ニ關スル總則ハ過失犯ニ適用ス可キモノニアラサレハ二人以上ノ者共同過失行爲ニ因リ他人ヲ死ニ致シタル場合ニ於テハ刑法第六十條ヲ適用スルヲ得ス(明治四十四年判決錄三八〇頁)又一九一九年獨逸刑法改正案(第三十一條)ハ數人カ共ニ(Mit oder nebeneinander.)過失協力ニ因リ可罰行爲ヲ實行シタルトキハ各人ヲ正犯者トシテ罰ス可キコトヲ明規シタリ反之伊太利案第十七條ニハ過失ノ場合ニ付キ明言スル所ナシト雖モ理由書(二一八頁)ノ說明ニ依レハ故意タルト過失タルトヲ問ハス共犯ヲ認ムル

趣旨ナリ

第六 共犯ノ觀念ハ不作爲犯ニ付テモ亦之ヲ認ムルコトヲ得ルカ、所謂不眞正不作爲犯ハ不作爲ノ手段ニ依ル作爲犯ナルヲ以テ總テノ形式ニ於ケル共犯關係ヲ成立セシムルコトヲ得ヘシ例ヘハ一人ノ患者ニ附添ヘル二人ノ看護婦カ共謀シテ患者ニ服藥セシメスシテ之ヲ死ニ致シタル場合ニ於テハ共同正犯タリ、扶養義務者ヲ敎唆シテ必要ナル衣食ノ供給ヲ絕タシメ以テ故意ニ扶養權利者ヲ死ニ致サシメタル者ハ殺人敎唆タリ、全然無資產ナルコトヲ裝ヒ必要ナル扶養ヲ缺キテ被扶養者ヲ死ニ致スノ決意アル者ヨリ依賴ヲ受ケ其資產ヲ藏匿シ殺人行爲ヲ容易ナラシムル場合ノ如キハ殺人ノ從犯タル可シ、眞正不作爲犯ニ付テモ亦同樣ナル見地ニ於テ共犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ヘシ然レトモ各自獨立ノ作爲義務ヲ有スル數人カ其義務ニ違反スルトキハ各自ニ付テ獨立ノ犯罪ヲ存スルカ故ニ共同正犯ヲ認ムルコトヲ得ス例ヘハ數人ノ徵兵適齡者カ協義ノ上何レモ檢査ニ應セサル場合ノ如キハ各自單獨正犯タル可キモノニシテ共同正犯ニアラス

第二款 共犯ノ態樣

第一 共犯ニ三種ノ形式アリ正犯敎唆及ヒ從犯是レナリ、抑純然タル因果關係ノ觀念ヨリ論スルトキハ苟クモ結果ニ對シテ相當原因ヲ與ヘタル者ハ皆原因者トシテ同一ノ地位ヲ有スルモノト認ムルヲ得ヘク敢テ自ラ直接ニ犯罪ヲ實行シタルト他人ノ手ヲ經テ間接ニ原因ヲ與ヘタルトニ依リ絕對的ニ其處分ヲ區別スルコトヲ要スルモノニアラスト雖モ現行刑法ハ自ラ直接ニ實行行爲ヲ爲シタル者ヲ正犯トシ責任無能力者若クハ犯意ナキ者ヲ利用シテ實行行爲ヲ爲サシメタルハ學說上之ヲ間接ノ正犯ナリト解ス責任能力者ニ犯罪ノ實行ヲ敎唆シ又ハ他人ヲ幇助シテ犯罪ノ實行ヲ容易ナラシメタル者ヲ敎唆犯又ハ從犯トシ此區別ヲ以テ處分ノ差別ヲ設クル一般ノ標準ト爲シタリ

第二 同一犯罪ニ於ケル共犯ノ形式ハ二個以上同時ニ競合スルコトヲ得ス卽チ(一)正犯ハ同一犯罪ニ付キ敎唆若クハ從犯タルコトヲ得ス〔註〕敎唆從犯ハ正犯タラサル場合ニ存スル補充的ノ共犯ナリ故ニ敎唆若クハ從犯カ進ンテ共

同正犯ト爲ルトキハ單ニ正犯トシテ處分セラル可キモノトス(二)教唆者ハ同時ニ從犯タルヲ得ス從犯ハ正犯又ハ教唆ヲ以テ論スルコトヲ得サル場合ノミ存スルコトヲ得ルモノニシテ正犯又ハ教唆ニ對シ補充的ノ關係ヲ有スルモノナリ故ニ從犯カ進ンテ共同正犯タルトキハ正犯トシテノミ責任ヲ負フ可ク教唆者カ後日正犯ヲ幇助シタルトキハ別ニ從犯ノ責任ヲ負フ可キモノニアラス反之教唆者クハ從犯カ正犯ノ成立シタル後正犯ヲ藏匿シ又ハ其罪證ヲ湮滅シ若クハ贓物ニ關スル助力ヲ與ヘタルトキハ新ナル獨立ノ犯罪トシテ此犯罪ト教唆若クハ從犯トノ俱發ヲ認ム可キモノトスルヲ通說トシ判例亦此見解ヲ採用ス(明治四十二年判決錄二五八頁同四十四年同七四五頁參照)然レトモ教唆及ヒ從犯ノ場合ニ因果關係ノ中斷ヲ認ムルコトナク教唆者從犯者何レモ正犯ヲ介シテ自ラ犯罪ヲ犯スモノナリトノ見解ヲ採ルトキハ共同正犯者間ニ於テ贓物ヲ處分スル行爲カ別罪ヲ構成セサルト同シク教唆者若クハ從犯ト正犯トノ間ニ於ケル贓物ノ處分行爲ハ獨立ノ別罪ヲ構成セサルモノト認ムルヲ正當ナリトセサル可カラス

(註) 同趣旨判例アリ曰ク人ヲ教唆シテ罪ヲ犯サシメタル者カ同一意思ノ發動ニ因リ同一ノ罪ニ付キ更ニ實行正犯ノ所爲ニ加工シタルトキハ教唆行爲ト實行行爲トヲ比照シ其重キニ從ヒ一罪トシテ處罰ス可キモノトスト(明治四十二年判決錄七二一頁)

第三款　共犯ノ範圍

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

第一　共犯ノ各種ノ形式ハ理論上ニ於テ各種ノ故意犯ニ付テ存スルコトヲ得ルモノナリト雖モ現行刑法ニ於テハ共同正犯ハ各種ノ犯罪ニ付テ存在スルモノトシ教唆及ヒ從犯ハ罰金以上ノ刑ニ該ル罪ニ付テ成立スルヲ原則トシ拘留又ハ科料ノミニ處ス可キ罪ノ教唆及ヒ從犯ハ刑罰法令ノ各本條中特別ノ規定アル場合ニ非サレハ之ヲ罰セサルモノトス(第六十四條)拘留又ハ科料ノミニ處ス可キ罪ト云フハ拘留若クハ科料ト罰金以上ノ刑トヲ併科セス又ハ擇一的ニ科定セサル罪ヲ指稱ス拘留ノミニ處ス可キモノ、科料ノミニ處ス

可キモノ及ヒ拘留又ハ科料ヲ擇一的ニ科定シタルモノニ付テハ第六十四條ノ適用アリ蓋斯ノ如キ罪ハ輕微ニシテ敎唆幇助ヲ罰スルノ必要ナシト認ムルニ因ル然レトモ此種ノ犯罪ニ付テモ間接正犯ハ之ヲ罰ス可キコト當然ナリ(間接正犯ヲ認メスシテ之ヲ敎唆又ハ從犯ナリトスル學說ニ依ルトキハ間接正犯モ罰スルコト能ハサルナリ)而シテ刑法ニ於テハ公然猥褻罪(第百七十四條)及ヒ侮辱罪(第二百三十一條)ニ付テノミ第六十四條ノ適用アリ

第二 左ノ場合ニ於テハ理論上敎唆(若クハ從犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス

一 刑罰法規ニ依リ保護セラル可キ者カ被害ニ付テ他人ニ同意ヲ與ヘタルトキ 例ヘハ自己ヲ殺傷セラル可キコトヲ承諾シタル者若クハ自殺補助ヲ囑託シタル者ハ第二百二條ノ罪ノ從犯又ハ敎唆トシテ處分セラルルコトナシ

二 法律カ數人ノ對行行爲者中其一方ノミヲ處罰スルコトヲ明言シタルトキ 例ヘハ逃走ノ爲メ器具ヲ給與セラレ若クハ逃走ノ方法ヲ指示セラレタル囚人ハ第百條ニ於ケル犯罪ノ敎唆若クハ從犯タルヲ得ス又猥褻ノ文書ヲ買受ケタル者ハ第百七十五條ニ於ケル犯罪ノ敎唆若クハ從犯トシテ處分セラルルコトナシ〔註一〕

〔註一〕官吏ニ對シテ賄賂ヲ贈リタル者ヲ官吏收賄罪ノ敎唆トシテ處分スルコトヲ得ルヤ否ヤハ舊刑法ノ問題トシテ學說ノ一致セサル所ナリシト雖モ現行法ハ贈賄者モ亦收賄者ト共ニ處分ス可キコトヲ特別ニ規定シタルカ故ニ(第百九十八條)更ニ之ヲ敎唆又ハ從犯トシテ處分ス可キコトヲ主張スルノ必要ナキノミナラス理論上之ヲ否定ス可キハ勿論ナリ大審院カ「敎唆罪ハ敎唆者カ敎唆ニ因テ犯シタル罪ノ要件タラサルヲ要スルヤ勿論トス從テ刑ノ執行ヲ遁レンカ爲メ他人ニ囑託シ自己ニ代リテ受刑セシメ自己ヲ隱避セシメタル所爲ハ隱避罪ヲ敎唆シタルモノト云フヲ得ス」ト說明シタルモ亦本文ト同一ノ見解ニ基ケルモノナル可シ(明治三十五年同院判決錄第十一卷一七九頁參看)然レトモ其後ニ於ケル判例ハ反對ノ見解ヲ採レルカ如シ同四十五年判決錄一頁ニ曰ク刑法第百四條ノ罪ハ他人ノ刑事被告事件ニ關スル證憑ヲ湮滅シ又ハ云々ニ

依リテ成立スルモノナレハ苟クモ他人ノ刑事被告事件ニ關シ此等ノ行爲ヲ爲シタル以上ハ縱令刑事被告人ノ教唆ニ依リ被告人ノ爲メニ之ヲ爲シタル場合ト雖モ尙ホ同條ノ罪ヲ構成ス可ク從テ之ヲ教唆シタル刑事被告人ハ同罪ノ教唆者トシテ論ス可キモノトスト此判例ノ見解ニシテ正當ナリトセハ蜜買淫者ハ蜜賣淫ノ教唆又ハ從犯タル可ク又被殺者ノ囑託ヲ受ケテ之ヲ殺ス罪ノ未遂ニ終ルトキハ被殺者ハ法典第二百二條後段ノ罪ノ教唆者トシテ處罰ヲ免レサルニ至ル可シ

三　實質上或犯罪ノ教唆若クハ從犯タル可キ行爲カ他ノ獨立罪ノ實行行爲タルニ外ナラサルトキ　例ヘハ富籤發賣者カ其發賣ノ取次ヲ他人ニ依賴シ若クハ取次ノ申込ヲ承諾シテ取次ヲ爲サシメタル場合ニ於テハ第百八十七條第一項ノ正犯タル外更ニ同條第二項ニ於ケル犯罪ノ教唆若クハ從犯ヲ以テ論スルコトヲ得サルカ如キ是レナリ之ト同一ノ趣旨ニ依リ懷胎ノ婦女醫師ニ囑託シテ手術ヲ受ケ墮胎シタルトキハ第二百十二條ノ正犯トシテ罰ス可キモノニシテ第二百十四條ノ罪ノ教唆若クハ從犯ヲ以テ論ス可キモノニ非ス

第三　教唆及ヒ從犯ノ未遂ハ理論上之ヲ認ムルコトヲ得ヘシ**ブリンス**ノ說明ニ依レハ教唆者カ自己ノ爲シ得タルコトヲ爲シタル場合ニ於テ結果ノ發生カ自己ノ意思ニ繫ラサルモノナルトキハ其努力カ無益ト爲リタルニセヨ有害ニシテ罪ト爲ル可キモノナリトセリ而シテ白耳義刑法第六十六條ハ此精神ヨリシテ重罪輕罪ノ教唆者ニ對シテハ教唆カ效果ヲ生セサリシトキト雖モ法定ノ刑ヲ科スルコトヲ妨ケストノ明文ヲ設ケタリ然レトモ我現行刑法ニ依レハ被教唆者若クハ被幫助者ノ行爲カ犯罪ヲ構成セサルトキハ教唆若クハ從犯ノ成立ヲ認メサルカ故ニ正犯カ未遂罪タル場合ニ於テハ教唆若クハ從犯ヲ存スルコトヲ得ルニ反シ教唆其モノ若クハ從犯其モノノ未遂ハ處罰スルヲ得ス[註二]但實質上或犯罪ノ教唆又ハ幫助タル可キ行爲カ法律上特別ノ獨立罪ヲ構成スル場合ニ於テハ之カ未遂罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ヘシ例ヘハ囚徒ヲ逃走セシムル目的ヲ以テ器具ヲ給與スル罪ニ未遂罪ヲ存スルカ如キ是レナリ(法典第百條、第百二條參照)

〔註二〕伊太利草案第十七條ニ依レハ教唆カ受諾セラレタルモ實行セラレス又ハ初メヨリ受諾セラレサルトキハ各場合ニ應シテ第十六條ノ規定ニ依リ或ハ障碍未遂トシ或ハ不能未遂トシテ處罰ス可キコトヲ規定セリト雖モ我現行法ノ解釋ニハ此見解ヲ應用ス可キニ非ス又外國立法例中ニハ普ク犯罪ノ實行又ハ加擔ヲ勸誘シ若クハ之ニ應シ又ハ其實行加擔ヲ申込ミ若クハ之ヲ承諾シタル者ヲ處罰スル規定ヲ設クルモノアリ(例ヘハ獨逸刑法第四十九條a參照)而シテ我治安警察法第九條第二項第二十四條及ヒ新聞紙法第二十一條モ亦犯罪ヲ煽動スルノミニテ成立スル獨立罪ヲ規定シタリ然レトモ一定ノ犯罪ヲ勸誘又ハ煽動セラレタル者カ其實行ニ著手セサル間ハ我現行法ノ解釋上教唆罪ノ成立ヲ認ムルヲ得ス又假ニ教唆從犯ヲ獨立ノ犯罪ナリト爲スモ斯ノ如キ場合ニ於テ當該犯罪ノ未遂罪ノ成立ヲ認ムルハ現行法ノ精神ニアラス蓋他人ヲ教唆スルモ其者果シテ犯意ヲ決スルヤ又其犯意ヲ實行スルニ至ルヤ否ヤハ教唆者ニ於テ左右スルヲ得サル所ニシテ銃砲ヲ發射シテ目的ヲ達セントスルカ如キ場合ト趣ヲ異ニシ被教唆者カ實際上罪ト爲ル可キ程度ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ非サレハ因果關係發生ノ危險アリト爲スヲ得サルモノニシテ不能犯ニ過キストト認ム可キカ故ニ我現行法ノ解釋トシテ著手アリト認ム可キニ非サルナリ若シ夫レ數人ノ間ニ犯罪ノ共謀成立シタルモ孰レモ之カ實行ヲ爲スニ至ラスシテ止ミタル場合ニ於テハ未遂罪ノ成立ヲ認ム可キニ非サルコト學說上異論ノ存セサル所ニシテ彼此對照シテ觀察スルトキハ予輩ノ結論ノ失當ナラサルヲ首肯スルヲ得ヘシ

第四款　共犯ト身分關係

第六十五條　犯人ノ身分ニ因リ構成ス可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

第一　凡ソ犯罪ノ成立ハ犯人ノ身分ニ關係ナキヲ通例トスルモ或場合ニ於テハ之ヲ以テ特別構成要件ト爲スコトアリ例ヘハ收賄罪(第百九十七條)、醫師診斷書等虛僞記載罪(第百六十條)、姦通罪(第百八十三條)、重婚罪(第百八十四條)、祕密

漏洩罪(第百三十四條)、背任罪(第二百四十七條)及ヒ囚人逃走罪(第九十七條)ノ如キ是レナリ斯ノ如キ場合ニアリテハ其身分ナキ者ハ單獨ニテ其犯罪ヲ犯スコトヲ得サルハ明白ナリト雖モ身分アル者ト共ニ犯シタルトキハ共犯トシテ處分スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ學說ノ一致セサル所ナリシカ現行法ハ第六十五條第一項ニ於テ犯人ノ身分ニ因リ構成ス可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ト規定シ本問ヲ積極的ニ解決シタリ〔註一〕而シテ茲ニ所謂加功(Beteiligung.)ハ一定ノ身分アル者カ正犯タルコトヲ前提トシ之ニ對シテ協力スルコトヲ意味スルモノトス〔註二〕從テ正犯カ身分ヲ有スルトキハ身分ナキ者亦之ト共同正犯タルコトヲ得ヘシト雖モ身分アル者カ身分ナキ者ヲ敎唆又ハ幇助スル場合ニ付テハ本條ノ規定ヲ適用スルヲ得ス

〔註一〕同趣旨判例アリ曰ク公務員ト共謀シテ其職務ニ關シテ虛僞ノ文書ヲ作成スルニ於テハ公務員ニ非サル者モ刑法第百五十六條ノ正犯タルヲ免レス(明治四十四年判決錄六八七頁)而シテ其公務員ニ對シ訴追ヲ爲シ得サル場合ニ於テモ公務員ニ非サル者ノ所爲ニ付キ共犯關係ノ事實ヲ認ムルコトヲ妨ケス(同四十五年同二五六頁)又一九一九年獨逸案ハ本條ト全然同趣旨ノ規定ヲ設ケタリ曰ク法律カ可罰性ニ關シ特殊ノ性質又ハ關係ヲ要件ト爲ス場合ニハ間接正犯敎唆者及從犯ハ此等ノ事情ノ存在セサルトキト雖モ處罰セラルルモノトス但其刑ヲ減輕スルヲ得」法律カ特殊ノ性質又ハ關係ノ存スル場合ニ刑ヲ加重減免スルコトヲ定ムルトキハ其規定ハ當該事情ノ存スル正犯者及ヒ共犯者ノミ之ヲ適用ス」ト(間接正犯ニ付テ明規スル所我第六十五條ヨリモ用意ノ周到ナルヲ見ル)

〔註二〕加功ハ實行行爲ノミナラス敎唆又ハ幇助ノ行爲ヲ以テスルヲ得ヘク從テ第六十五條第一項ハ身分ナキ者カ身分アル者ヲ敎唆又ハ幇助スル場合ニモ之ヲ適用スルコトヲ得サルモノニ非ス然レトモ敎唆犯又ハ從犯ヲ以テ全然正犯ニ附隨スルモノトスル見解ニ從フトキハ正犯ニシテ身分アリテ當該犯罪ノ成立スル以上ハ敎唆者又ハ幇助者ニ其身分ナキ場合ト雖モ敎唆犯又ハ從犯ヲ構成ス可キハ性質上當然ニシテ敢テ本條ノ明文ヲ

待ツコトヲ要セサルカ故ニ此規定ハ共同正犯ニ付テノミ適用アルモノト解ス可キハ當然ナリトス、判例ハ此點ニ付キ一致セス或ハ上叙ノ附隨說ト同趣旨判例アリ(明治四十四年判決錄一六五三頁參照)或ハ反對趣旨ノ判例アリ曰ク犯人ノ身分ニ因リ構成スル犯罪ニ付キ身分ナキ者カ加擔スルニ於テハ共犯ヲ以テ論ス可キコト刑法第六十五條第一項ノ規定スル所ニシテ加擔行爲ノ種類ニ從ヒ或ハ實行正犯タル可ク或ハ敎唆若クハ從犯タル可シト(大正四年判決錄二〇六頁)然レトモ後ノ判決ハ刑法第六十五條第一項カ敎唆及ヒ從犯ニ付テモ適用アリヤ否ヤノ爭ニ關スル上告論旨ニ對スル說明ニ非サルカ故ニ前判例ヲ變更スルノ主旨ナリト認メサルヲ可トス可シ

第二 一定ノ犯罪ハ其成立上身分ノ有無ニ關係ナキモ身分ノ有無ニ因リ特ニ其刑ノ重輕ヲ異ニスル場合アリ例ヘハ第百一條ハ前條ニ比シ、第百三十八條ハ前二條ニ比シ、第百八十六條第一項ハ前條ニ比シ、第百九十四條ハ第二百二十條ニ比シ、第二百條ハ前條ニ比シ、第二百五條第二項ハ同條第一項ニ比シ、第二百十四條ハ前條ニ比シ、第二百十八條ハ前條ニ比シ、第二百二十條第一項ニ比シ各身分ノ有無ニ因リ刑ノ輕重ヲ異ニスル罪ヲ規定セリ斯ノ如キ場合ニ於テ一定ノ身分アル者ト身分ナキ者トカ共犯タルトキハ之ヲ如何ニ處分ス可キカノ問題ヲ生スルハ當然ナルカ故ニ法律ハ第六十五條第二項ニ於テ「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」可キコトヲ規定シテ本問題ヲ解決スルニ至レリ〔註三〕而シテ此關係ハ共同正犯タルト敎唆タルト將タ從犯タルトニ因リ異ル所ナシ故ニ身分アル者カ此種ノ犯罪ヲ犯スニ當リ身分ナキ者カ其敎唆者又ハ從犯ナルトキハ敎唆者ハ身分ナキ正犯ニ準シ從犯ハ身分ナキ正犯ノ刑ニ照シテ減輕ス可ク反之斯ノ如キ犯罪ニ付キ身分アル者カ敎唆者又ハ從犯タルトキハ敎唆者ハ身分アル正犯ニ準シ從犯ハ正犯身分アル場合ノ刑ニ照シテ減輕セサル可カラス(反對說アリ)本項ノ規定ハ舊刑法第百六條、第百十條ノ規定ト文體ヲ異ニスト雖モ趣旨ニ於テハ全然同一ナリト解ス〔註四〕

〔註三〕 村長カ收入役ト共謀ノ上犯意ヲ繼續シ數回ニ收入役ノ保管ニ係ル

公金ヲ横領シタルトキハ刑法第六十五條ニ依リ同法第二百五十三條同第五十五條ニ該當スル横領罪ノ共犯ナリトス然レトモ第二百五十三條ハ犯人カ業務上物ヲ占有セシ場合ニ特ニ重キ刑ヲ科スルコトヲ規定シタルモノナレハ業務上ノ占有者タル身分ナキ者ニ對シテハ第六十五條第二項ニ依リ第二百五十二條ノ普通横領罪ノ刑ヲ科セサル可カラス(明治四十四年判決錄一五一三頁、大正三年同七六四頁)

〔註四〕同趣旨判例アリ、曰ク刑法第六十五條第二項ノ規定ハ止タ實行正犯ノミナラス教唆者及ヒ從犯ニ適用アリ而シテ當習賭博罪ノ規定ハ賭博反覆ノ習癖者タル身分ヲ有スル者ニ對シ通常賭博罪ノ刑ヲ加重スルニ過キサルモノナルカ故ニ二人共ニ賭博ヲ爲シ其一人ニ對シテハ常習賭博罪成立シ他ノ一人ニ對シテハ通常賭博罪ノ成立スル場合ニ其從犯カ犯罪ノ當時賭博ノ常習ヲ有スルニ於テハ其者ニ對シテハ刑法第百八十六條第一項ヲ適用シタル上從犯減輕ヲ爲ササル可カラスト(大正三年判決錄九三七頁以下參照)

第三　身分トハ何ソ蓋此概念ハ各種ノ法域ニ於テ同シカラス例ヘハ戸籍法上身分ト稱スルハ人ノ親族關係又ハ相續關係上ニ於ケル地位ナリ刑事訴訟法ニ所謂身分ハ華士族平民ノ族稱ナリト解セラレツツアリ又外國人タルカ內國人タルカ國籍上ニ於ケル地位、男女ノ別、公務員ト私人トノ別ノ如キ何レモ身分關係ヲ以テ目セラルル場合アルナリ刑法上ニ於テハ頗ル廣義ニシテ苟クモ一定ノ犯罪ノ主體ニ具備スルコトヲ要スル事實ハ凡テ身分ナリト解セサル可カラス從テ例ヘハ第二百十二條ノ罪ニ付テハ懷胎ノ婦女ト云フ生理的狀態ノ存スルコトカ犯人ノ身分タル可ク懷胎ノ婦女ニ非サレハ單獨ニハ同條ノ罪ヲ犯スコトヲ得サル可シ(故ニ其未遂罪ヲモ構成セス)又第二百十八條ノ罪ニ付テハ「保護ス可キ責任」アル地位カ身分タル可ク此責任ナキ者ハ單獨ニ同條ノ罪ヲ犯スコトヲ得サルナリ〔註五、六〕

〔註五〕第六十五條所謂身分ノ意味ハ廣義ニシテ一定ノ權利義務ノ主體タルコトモ亦一定ノ犯罪ニ付テハ犯人ノ身分タルコトヲ得ルモノト解セサル可カラス從前ノ判例ニ依レハ「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ナルカ故ニ或權利義務ノ主體タル人ニ對シ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ス」(明治三十七年判決錄二六五頁)ト雖モ現今ノ判例ハ廣義ノ解釋ヲ採ル(同四十四年判決錄四〇五頁)

〔註六〕「教唆者ハ被教唆者ノ行爲ニ對シ其身分ニ從ヒ自身之ヲ犯シタルト同一ノ刑責ヲ負フ可キモノトス」ル判例アリ(明治三十一年判決錄第六卷一一頁參照)

第四 或種類ノ犯罪ハ一定ノ資格ヲ有セサル者又ハ之ト同一視ス可キ者ニシテ始メテ犯スコトヲ得ルモノアリ例ヘハ私醫業犯ノ如キ是レナリ(醫師法及ヒ齒科醫師法各第十一條)而シテ業務停止中ニ在ラサル醫師又ハ齒科醫師ハ此犯罪ノ正犯タルヲ得ス免許ヲ受ケサル者モ醫師又ハ齒科醫師ノ指揮ノ下ニ補助的ノ行動ヲ爲スハ無免許ノ醫業又ハ齒科醫業ヲ爲シタル者トシテ處罰セラルルコトナシ從テ有免許者カ無免許者ト共同正犯ノ關係ニ立ツコトナキヲ通例トス(卽チ斯ノ如キ場合ニハ刑法第六十五條第一ノ適用ヲ見ス)然レトモ免許者カ自ラ診療ニ從事スルニ非スシテ而モ自ラ之ヲ爲スモノノ如ク裝ヒ專ラ無免許者ヲ診療ノ事ニ當ラシムルカ如キハ無免許醫業(又ハ齒科醫業)ノ犯罪ヲ幇助スルモノトシテ處罰ヲ免レサル可シ同趣旨判例アリ(大正四年判決錄一三七六頁參照)

第五款 共犯ノ處分

第一 共同ノ犯罪ニ付テハ各本條ニ於テ特別ノ科刑ヲ定ムル場合少カラス例ヘハ內亂罪(第七十六條)騷擾罪(第百六條)ノ如キ是レナリ又大正十五年法律第六〇號第一條ハ法典第二百八條第二百二十二條及第二百六十一條ノ罪ニ付共同正犯ニ對スル特別ノ制裁ヲ設ケタリ然レトモ法典總則ノ規定ニ依レハ共同正犯ハ各自各本條ノ刑責ヲ負擔ス可ク(第六十條)教唆者ハ正犯ニ準シテ處罰セラル可ク(第六十一條)從犯ノ刑ハ正犯ノ刑ニ照シテ減輕ス可キモノトス(第六十三條)然レトモ拘留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サルモノトス(第六十四條)〔註一〕

〔註一〕警察犯處罰令第四條ニ依レハ同令ニ規定シタル違反行爲ヲ教唆シ又ハ幇助シタル者ハ各本條ニ照シ之ヲ罰スルヲ原則トシ但情狀ニ依リ其刑ヲ免除スルコトヲ得ルモノトス是レ法典第六十四條ニ所謂特別ノ規定ニ該當スルモノナリ

第二　法典第六十一條ニ於テ教唆者ヲ正犯ニ準ス〇〇ト規定セルハ教唆者ハ自ラ手ヲ下シテ實行シタル者ト同一ニ處遇スルコトヲ明カニシタルモノナリ特ニ準〇〇スト曰ヘルハ或ハ立法者カ理論上之ヲ正犯ト認ム可カラサルモノト解シタルニ因ル可シト雖モ法律上既ニ之ヲ正犯ニ準スル以上ハ教唆行爲ヲ正犯行爲ニ準シテ各本條ノ犯罪ヲ實行スルト同一ナリト解ス可キハ勿論ニシテ凡テノ點ニ於テ刑法上ノ觀察ヲ異ニスルコトヲ得サルモノト認ム可ク(第六十四條ノ如キ例外アルトキハ格別ナリ)從テ現行法ノ解釋トシテ此規定ニ依リ因果關係ノ中斷ヲ認ムルノ根據ト爲ス可キニアラス故ニ「準ス」ト曰フモ正犯トスト曰フモ實質上ノ差異ヲ生スルモノニアラスト解ス可シ

第三　從犯ニ對シテハ常ニ刑ノ減輕ヲ爲ス可キモノナリヤ論者或ハ曰ク我現行法ノ如ク從犯ヲ以テ從屬犯トスルトキハ刑ヲ減輕セサル可カラサルコト勿論ナリト然レトモ法典ハ教唆犯ニ付テモ或意味ニ於テ從屬性ヲ認メタルニ拘ラス刑ヲ減輕ス可キモノト爲ササルナリ從屬性ヲ認ムル結果ハ必シモ刑ノ減輕ヲ爲ス可シトノ結論ヲ生スルモノニ非スト知ル可シ此點ニ關シ從來多數ノ立法例ハ我現行刑法ト均シク從犯ノ減輕ヲ認ムルヲ通例トスルモ諸威新刑法起案者ゲッツ博士カ一八七五年ヲ以テ「所謂共犯ニ付テ」ト題スル論文ヲ草シ此制度ノ不當ナルコトヲ唱道シタル以來共犯者間ニ原則トシテ刑ノ輕重ヲ區別スルノ非サルヲ論スル者少カラサルニ至リ一九〇二年五月二十二日ノ制定ニ係リ一九〇五年一月一日以來實施セラレタル同國立法者ハ博士ノ見解ヲ採用シ其第五十八條ニ於テ數人カ罰ス可キ目的ノ爲メニ協力シタル場合ニ於テ或者ノ協力カ主トシテ他ノ共犯者ニ對シテ從屬關係ヲ有シ若クハ他ノ共犯者ノ協力ニ比シテ輕微ナルトキハ此者ニ對スル刑ハ一等輕キ刑名ニ下シ且本刑ノ最低限以下ニ於テ之ヲ處罰スルヲ得トノ規定ヲ設ケ其裏面ニ於テ共犯者間ニ刑ノ輕重ヲ區別セサルノ原則ヲ採用スルコトヲ明カニシタリ而シテ又英米法ニ於テハ從來此見解ヲ採用シ殊ニ北米諸州ニ於テハ我刑法ニ所謂教唆及ヒ從犯モ亦之ヲ正犯ナリトシ何レモ同一ニ處罰シ英法ニ於テハ我刑法ニ所謂教唆及ヒ從犯ヲ以テ事前ノ從犯ナリト認ムルモ其處分ニ至リテハ之ヲ正犯ト區別セス〔註二〕

〔註二〕一九一九年獨逸刑法案第二十九條ハ我法典ト同シク從犯減輕ヲ爲ス可キモノトシ反之一九〇八年墺國草案(第十二條)ハ教唆從犯共ニ正犯ト同一ニ處分スルノ原則ヲ認メ只死刑又ハ無期刑ニ該ル罪ノ從犯ニハ五年以上二十年以下ノ有期刑ヲ科ス可キモノトシ又伊太利改正案第十七條ハ何人ヲ問ハス正犯共同正犯又ハ教唆從犯トシテ物質的ニ又ハ精神的ニ如何ナル態樣ヲ以テスルモ犯罪ニ協力シタル者ハ其罪ニ對スル制裁ヲ科セラルルモノトス」行爲者ノ危險性輕微ナルヲ表示スル行爲ヲ以テ加工シタリト認メラルル者ニ對シテハ第七十六條ニ依リ刑ヲ減輕スルヲ得ルモノト」スルノ規定ヲ設ケタリ

第四 從犯ハ因果關係ノ理論ヨリ觀察スレハ之ヲ正犯及ヒ教唆ト區別ス可キ理由ナシト雖モ比較的ニ輕微ナル協力ヲ爲スヲ通例トスルカ故ニ從來ノ立法例ニ於テモ全然之ヲ正犯及ヒ教唆ト同一ニ處遇セサルヲ通例トス然レトモ或場合ニ在リテハ其情狀寧ロ正犯ヨリモ惡ム可キモノアリ從テ從犯ヲ以テ絕對減輕ノ理由トスルハ正當ニアラス須ラク前揭伊太利案、諾威刑法第五十八條又ハ我警察犯處罰令第四條ノ如キ規定ヲ採用ス可キナリ

第二節 間接正犯

第一 或者カ犯罪ノ實行者トシテ單獨ニ罪責ヲ負フ可キトキハ之ヲ單獨正犯ト稱ス而シテ單獨正犯(Alleinthäter.)ハ一人カ其身體ノ活動ノミニ依リ若クハ器具、動物又ハ自然力等ヲ利用シテ直接ニ犯罪ヲ實行スル場合ノミナラス他人ヲ利用スル場合ニ於テモ存在スルコトヲ得ルモノトス

本節ニ於テハ實際上數人カ同一犯罪事實ノ成立ニ關係スルニモ拘ラス單獨正犯ヲ存スルノミニシテ共犯ノ成立セサル場合ヲ說明シ以テ裏面ヨリ共犯ノ觀念ヲ明確ナラシメンコトヲ期ス

一人カ他人ヲ利用シテ罪素タル行爲ヲ實行セシメタル場合ニ於テ利用者ヲ以テ實行者ト看做シ之ニ單獨ノ責任ヲ負ハシムルニ止リ被利用者カ利用者ト共同シテ刑責ヲ負ハサルトキハ學說上之ヲ間接正犯(Mittelbare Thäterschaft.)ト稱シ共犯ノ觀念ヲ除外スルモノトス但少數反對說(例、牧野博士)ニ在リテハ全然間接正犯ノ觀念ヲ否認シ所謂間接正犯ノ場合ニ於テモ被利用者カ能力

者ニシテ且犯意ヲ有スル場合ト等シク教唆又ハ從犯ノ關係成立スルモノト解ス蓋彼ノ獨逸刑法改正案第二十六條第二項ニ於テ犯意ナキ他人又ハ責任無能力者ヲ故意ニ利用シテ犯行ヲ實行スルニ至ラシメタル者ハ之ヲ間接正犯トス」間接正犯ハ正犯トシテ處罰ス」ト規定シタルハ一般ノ通說ヲ是認シタルモノナリ反之伊太利案第十七條ハ間接正犯モ亦共犯ナリト認ムル趣旨ナル可シ然リ而シテ我現行法ノ如ク教唆從犯ヲ正犯ニ比シ輕ク處分スルモノ(第六十四條第六十三條參照)ニ在リテハ間接正犯ヲ認ムルト之ヲ否認シテ教唆從犯ト解スルトハ結果ニ於テ著シキ差異アルコトヲ注意セサル可カラス(伊太利案ノ如ク凡テノ共犯ヲ同一ニ處分スルモノニ在リテハ間接正犯ヲ認ムルモ之ヲ教唆從犯トスルモ何等ノ差異ヲ生セサルコト明白ナリ)

第二 左ノ場合ニ於テハ間接正犯ヲ存ス可キモノニシテ共犯關係ヲ生セス

一 一人カ責任無能力者(例ヘハ幼者、精神病者等)ヲ利用シタルトキハ單獨ノ間接正犯ヲ存ス(同趣旨判例アリ、明治三十七年判決錄二四一五頁參看)而シテ此場合ニ於テハ其無能力者カ他人ノ目的ノ爲メニ利用セラルルト或ハ他人カ無能力者ノ目的ノ遂行ヲ補助スルトヲ問ハス常ニ其責任能力者ヲ以テ間接ノ正犯トス例ヘハ精神病者ニ他人ヲ刺サシメンカ爲メ刃ヲ與ヘタル者ハ教唆犯ニアラス又精神病者カ他人ヲ殺害セントシテ追跡スルニ當リ被害者ノ逃避ヲ妨ケ之ヲ殺害セシメタル者ハ從犯ニアラス何レモ等シク間接正犯ナリ〔註一〕催眠術魔睡藥若クハ有形無形ノ强制等ニ依リ他人ヲ一時的責任無能力ノ狀態ニ陷レタル後之ヲ利用シタル者亦同シ

〔註一〕自己ノ目的ヲ達スルカ爲メ精神病者ヲ利用シタル場合ニ間接正犯タルコトハ學者間殆ト異論ノ存セサル所ナレトモ單ニ精神病者ノ目的ヲ利用シテ之ヲ遂行セシメタルニ過キサル場合ニ付テハ異說アリ卽チ之ヲ從犯ナリト說明スル學者ナキニアラス一九一九年獨逸改正案第三十條ハ此見解ニ依リ無能力又ハ無犯意者ヲ幇助スルモ從犯ナリトセリ然レトモ斯ノ如キ明文アルニ非サレハ我刑法ノ解釋ニ關スル通說ノ見地ヨリ此結論ヲ爲スコト難シ

二 一人カ犯罪事實ニ付テ認識ヲ有セサル者ヲ利用シタルトキハ單獨ノ間

接正犯ヲ存ス例ヘハ甲者カ乙者ノ所有物ヲ自己ノ所有物ナリト稱シテ丙者ヲ欺キ之ヲシテ其物件ヲ持來ラシメタル場合ノ如キ是レナリ然レトモ被利用者ニ過失ナキコトヲ以テ間接正犯ノ要件トナスコトヲ得ス其過失アル場合ト雖モ犯意ナキ以上ハ尙ホ利用者ヲ以テ間接正犯トナササル可カラス例ヘハ甲者看護婦ヲ欺キ醫師ノ處方ニ係ル藥劑ノ代リニ毒藥ヲ患者ニ與ヘシメタルトキハ其看護婦ニ過失アルモ尙ホ其甲者ヲ以テ間接正犯トナス(註二)但其看護婦ヲ過失致死ニ付テ處罰スルヲ妨ケス

(註二) 此點ニ付テハ反對論アリ苟クモ被利用者カ歸責能力ヲ有スル場合ニ於テハ間接正犯ヲ認ムルコトヲ得サルモノト說明セリ然レトモ予輩ハ多數說ニ贊成スル者ニシテ此場合ニ於テモ間接正犯ヲ認ムルコトヲ妨ケスト信ス判決例ハ多數說ニ同シ(明治二十九年判決錄第八卷二四頁同三十年第二卷五九頁參看)

三 犯罪カ特定ノ目的ヲ以テ其構成要素トスル場合ニ於テ其目的ヲ有スル者カ斯カル目的ヲ有セサル者ヲ利用シタルトキハ此目的ヲ構成要素トスル犯罪ノ間接正犯ト云フコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ學說一致セス一說ニ依レハ之ヲ積極的ニ決スル可キモノナリトシ他ノ一說ニ依レハ之ヲ積極ニ決スルトキハ故意アル責任能力者ヲ器械ト爲スコトヲ得ル結果ヲ生スルカ故ニ此論結ハ疑ハシト說明セリ蓋本問題ハ各場合ニ付テ研究スルコトヲ要シ必シモ一概ニ論斷スルヲ得サル可シ例ヘハ行使ノ目的ヲ以テ通貨ヲ僞造セント欲スル者カ斯ノ如キ目的ナキ者ヲシテ通貨酷似品ヲ調製セシメタル場合ニ於テ其調製者カ依頼者ノ目的ヲ知ラサルトキハ依頼者ハ間接正犯タル可ク若シ調製者カ依頼者ノ目的ヲ知リツツ依頼ニ應シタリトセハ共同正犯(又ハ少クトモ從犯)ノ關係ヲ生ス可シ

四 結果ヲ理解スル能力ヲ有セス又ハ結果ニ付キ認識ヲ有セサル被害者自身ヲ利用スル場合ニモ亦間接正犯ノ觀念ヲ認ムルヲ得ヘシ(犯人カ自己ヲ責任無能力ノ狀態ニ陷レ以テ其身體ヲ利用スル場合ハ間接正犯ニアラスト雖モ理ニ於テハ同一ナリ)

五 他人ノ違法ナラサル行爲ヲ利用スル場合ニモ亦間接正犯ノ成立ヲ認ム

ルコトヲ得例ヘハ故意ニ他人ヲ緊急狀態ニ陷レ之ヲ利用シテ罪ヲ犯シタル場合若クハ長官カ屬官ノ職務上ノ服從義務ヲ利用シテ罪ヲ犯シタル場合ノ如キ是レナリ此等ノ場合ニ於テ緊急狀態ニ陷レル者ノ行爲若クハ屬官ノ行爲其モノハ違法性ヲ欠缺スルモノナリト雖モ之ヲ違法ニ利用シタル行爲ハ犯罪ヲ構成ス可シ、又裁判所ヲ欺罔シテ判決ヲ爲サシメ由テ詐欺取財罪ヲ犯スコトヲ得ルハ通說ノ夙ニ肯定スル所ナリ

第三 如何ナル犯罪ニ付テモ間接正犯ノ觀念ヲ認ムルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ學者ノ見解一致セス第一說ニ依レハ此問題ヲ積極ニ決定ス可キモノナリト爲ス(例、**ホン・バール、ブ**ッ**ンガー、アルフェルド**)此見地ヨリ論スレハ精神病ニ罹レル官吏ヲ敎唆シテ收賄セシメタル普通人ハ收賄罪ノ間接正犯ト爲ルコトヲ得ヘク又有夫ノ狂婦ヲシテ他ノ男子ト姦淫セシメタル男子ハ有夫姦ノ間接正犯ナリト認メサル可カラサルニ至ル可シ第二說ニ依ルトキハ直接正犯トシテ犯スコトヲ得サル犯罪ハ總テ間接正犯トシテ之ヲ犯スコトヲ得サルモノトス(例、**オルスハウゼン**)此見地ヨリ觀察スルトキハ前例ノ如キ場合ニ付テハ間接正犯ヲ認ムルコトヲ得サル可シ第三說ニ依ルトキハ此問題ハ之ヲ折衷的ニ論決ス可キモノナリトナス其要旨ニ曰ク凡ソ特別ノ身分ヲ以テ構成要件トスル犯罪ニ在リテハ其身分ヲ有スル者カ身分ナキ者ヲ利用シテ間接ニ其罪ヲ犯スコトヲ得ルモ身分ナキ者ハ身分アル者ヲ利用シテ此種ノ犯罪ヲ犯スコトヲ得ス又罪ト爲ル可キ行爲カ一定ノ結果ヲ惹起スル點ニ存セスシテ一種ノ特性ヲ有スル擧動其モノニ依テ成立スルモノナルトキハ法律カ直接實行ヲ要求スル趣旨ナリト解ス可キカ故ニ間接正犯ヲ存スルヲ得ス例ヘハ有夫ノ狂婦ヲ勸メテ他ノ男子ト姦淫セシメタル者ヲ以テ有夫姦ノ間接正犯ト爲スコトヲ得サルカ如シ然レトモ一定ノ結果ノ發生スル事實ヲ以テ成立要素トスル犯罪ニ付テハ常ニ間接正犯ヲ認ムルコトヲ得例ヘハ强姦罪ハ婦女ノ健康及ヒ貞操ヲ侵害スル結果ノ發生スル事實ヲ以テ處罰ノ眼目トスルカ故ニ狂人ヲ敎唆シテ婦女ヲ强姦セメシタル女子ハ强姦罪ノ間接正犯ナリ、反之性質上間接正犯タル可キ場合ヲ法律カ獨立罪トシテ規定シタル場合ニ於テハ間接正犯ヲ認ムルヲ得スト云フニ在リ(例、**フランク**)

第四　蓋間接正犯ノ觀念ヲ否認シ之ヲ以テ共犯ト爲スコトカ我現行法ノ解釋トシテ正當ナリトセハ前段ノ問題ハ第六十五條第一項ノ明文ニ依リ自ラ氷解ス可シ然レトモ此前提ハ現行法ノ趣旨ニ適セス然リ而シテ元來間接正犯ハ人ヲ器械トシテ自己カ犯罪ヲ實行スル者ニシテ自己カ犯罪ノ主體ト爲ルモノナレハ法律上一定ノ資格ヲ以テ要素トスル犯罪ニ付テハ其資格ヲ有セサル者ニ於テ之カ間接正犯タルコト能ハサルモノト解セラレサルニ非ス(註三)從テ本問ヲ積極的ニ決定スルニハ前掲獨逸案第三十條ノ如ク之ヲ法文ニ明示スルヲ以テ適當ナリトス然レトモ身分ヲ要スル犯罪ニ付テモ苟クモ身分アル者ト事實上ノ交渉アル以上ハ身分ナキ者亦其罪種ノ主體タルヲ得ヘク而シテ此コトハ其身分アル者カ犯意ヲ有セス又ハ其他ノ理由ニ因リ處罰ス可カラサル場合ニ付テモ同樣ナリ例ヘハ賄賂罪ハ公務員ノ職務ニ關スル以上公務員カ收賄罪ヲ犯ササル場合ニモ成立スルコトアリ(第百九十八條)、姦通罪ニ付テハ有夫ノ婦タル者カ犯意ヲ缺ク場合ニモ相姦者ヲ罰ス可キコトアリ墮胎罪ノ如キ亦然リ加之第六十五條第一項ノ規定亦身分ハ身分アル者トノ事實上ノ交渉アル限リ之ヲ補フコトヲ得ルモノトスル一般的見解ヲ應用シタルモノト解スルヲ妨ケサルカ故ニ本問題ヲ現行法ノ解釋トシテ肯定スルコト決シテ失當ニ非ス予輩ハ今ヤ此斷定ヲ肯テスル者ナリ又身分ナキ者ハ身分アル者ト共同シテ無能力者ヲ利用スルトキハ其資格ヲ要スル犯罪ノ共同間接正犯タルコトヲ得ルハ法典第六十五條第一項ノ解釋上疑ヲ容レサル所ナリ例ヘハ公務員ニアサラル者公務員ト共謀シ情ヲ知ラサル者ヲ敎唆シテ其公務員ノ職務ニ關スル虛僞ノ文書ヲ作成セシメタル場合ニ在リテハ第百五十六條ニ於ケル罪ノ共同間接正犯トシテ刑責ヲ負ハサル可カラス

(註三)　身分ヲ要スル犯罪ニ非サル以上ハ自ラ實行スルコト能ハサル行爲ト雖モ罪責ヲ歸ス可カラサル他人ヲ利用シ之ヲ實行セシメタルトキハ正犯ヲ以テ論ス(大正三年れ第五三九號判決)

第五　間接正犯ニ於ケル罪數ハ如何ナル標準ヲ以テ之ヲ決定ス可キカ議論アリ例ヘハ或者カ一言ヲ以テ甲乙二人ノ無能力者ヲ煽動シテ各別ノ結果ヲ惹起セシメ若クハ一言ヲ以テ一人ヲ煽動シテ數個ノ結果ヲ生セシメタル場合

ニ於テハ利用者タル間接正犯ニ一罪ヲ認ム可キカ將タ數罪ヲ認ム可キカ新刑法ノ解釋トシテハ之ヲ一個ノ行爲カ數個ノ罪名ニ觸ルル場合ナリトスルヲ至當トス反之數人ヲ利用シテ單一ノ結果ヲ生セシメタル場合ハ單純ナル一罪ナリ(明治四十四年れ第一三四一號判決參照)利用者カ被利用者ニ罪責ヲ負フ可キ故意ノ行爲アリト誤信シタル場合ニ於テモ間接正犯ヲ存スルヤ否ヤニ付テハ積極消極ノ二說ノ外利用者ヲ以テ過失犯ニ問フ可キモノナリト主張スル者アリト雖モ第七段所說ノ理論ニ依テ之ヲ解決スルヲ可トス

第六 間接正犯ハ不作爲ニ由テ之ヲ犯シ得ルヤ否ヤモ一問題ナリ然レトモ之ヲ肯定スルヲ可トス卽チ一定ノ義務ニ違反スル不作爲アリ此不作爲カ責任無能力者ノ擧動又ハ能力者ノ故意ナキ行爲ヲ介シテ或法定ノ現象ヲ發生セシメタル場合ニハ不作爲ニ依ル間接正犯ノ成立ヲ認メ得ヘシ例ヘハ母カ其乳兒ニ哺乳セスシテ故意ニ之ヲ死ニ致シタルトキハ不作爲ニ依ル殺人罪ヲ直接ニ實行シタルモノト云フ可ク之ニ反シ例ヘハ茲ニ狂者アリ他人ヲ斬殺セントシテ之ヲ追迫シツツアルニ際シ狂者ノ父兄其他ノ監督義務者之ヲ發見シ直チニ之ヲ制止シ得ルニ拘ラス兇行ヲ遂ケシムル目的ヲ以テ故意ニ制止セスシテ之ヲ放任シタル結果遂ニ兇行ヲ遂ケシメタリトセハ不作爲ニ依リ間接ニ被害者ヲ殺シタルモノト認ム可ク卽チ不眞正不作爲犯タル殺人罪ノ間接正犯タル可キナリ(若シ此場合ニ於テ監督者カ最初ヨリ狂者ヲ教唆シ置キタルモノトセハ不作爲ニ因ル間接正犯ニ非スシテ作爲ニ依ル間接正犯ナリ)

第七 間接正犯ハ自ラ實行行爲ヲ爲ス者ト同一視ス可キモノナルカ故ニ現行刑法上ニ於テ教唆及ヒ從犯ト處分上ノ區別アリ故ニ甲者カ乙者ヲ無能力又ハ無犯意者ナリトシテ利用シタルニ實際上乙者カ能力者ニシテ且犯意ヲ有シタル場合又ハ其正反對ノ關係アル場合ニハ如何ニ處分ス可キカノ問題ヲ生スルコト勿論ナリトス此等ノ場合ニ於テ甲者ハ常ニ實關ノ事實關係ニ從ヒテ或ハ間接正犯トシ或ハ教唆從犯トシテ責ニ任ス可キモノトスル見解アリト雖モ無能力者ヲ能力者ナリト誤信セル場合ニ付テハ法典第三十八條第二項ヲ適用シテ教唆又ハ幇助トシテノ關係ニ於テノミ責ニ任ス可ク能力者

ヲ無能力者ト誤信シテ利用シタル場合ニハ事實關係ヲ超脱スル責任ヲ科ス可カラサルノ原理ニ從テ敎唆又ハ從犯ノ關係ノミヲ認メサル可カラス〔註四〕

〔註四〕一九一九年獨逸改正案ハ間接正犯ノ意思ヲ以テ他人ト共同シ又ハ之ヲ敎唆シタルトキハ其者カ實際上能力者ニシテ且犯意アリタル場合ト雖モ利用者ヲ間接正犯トシテ處分スル旨ヲ規定セリ(第二十六條第二十八條)我刑法ノ解釋トシテハ採用ス可キニ非ス

第三節　共同正犯

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

第一　共同正犯トハ二人以上ノ者カ共同ノ有責行爲ヲ以テ同一犯罪事實ヲ實行スルヲ謂フ共犯ノ主タル形式ナルカ故ニ之ヲ指稱シテ單ニ共犯ト曰フ場合少カラス但法律ニ於テハ特ニ共同正犯テフ名稱ヲ用ヒス「二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタル者ハ皆正犯トス」ルコトヲ規定スルニ過キス(第六十條)而シテ共同正犯ノ成立スルニハ客觀的方面ニ於テモ又主觀的方面ニ於テモ等シク共同ノ關係アルコトヲ要ス

第二　共同正犯ノ客觀的要件トシテハ二人以上ノ有責者カ同一犯罪事實ヲ構成スル行爲ヲ共同ニ實行スルコトヲ要ス而シテ共同實行者ノ各自ハ各種ノ行爲ノ異リタル部分ヲ分擔スル場合(例ヘハ甲ハ丙ニ暴行ヲ加ヘ乙ハ丙ヨリ財物ヲ奪取ス)ト同一部分ヲ分擔スル場合(例ヘハ甲乙共犯者カ丙家ニ忍入リ甲ハ時計ヲ乙ハ金錢ヲ竊取ス)アリ前例ノ場合ニ於テ共同正犯ヲ認ム可キハ勿論ナリ後例ノ場合ニ付テハ各自單獨正犯タルコトヲ得ヘキ要素ヲ具備シ別個ノ犯罪ヲ構成スルノ觀アリト雖モ一人カ同一家屋内ニ忍入リ時計及ヒ金錢ヲ竊取シタル場合ニ於テ同一犯罪事實ヲ認ムルト同シク甲乙二人カ共同シテ單一ナル法益ヲ侵害シタルトキハ物件ノ個數ニ拘ラス同一犯罪事實ノ共同實行トシテ共同正犯ノ觀念ヲ存スルモノトス然リ而シテ共同行爲カ同一事實ノ實行ニ關スルコトヲ要スルカ故ニ數人各別個ノ犯罪ヲ犯シタルトキ〔註一〕又ハ共ニ同一罪ノ豫備ヲ爲シ若クハ一人カ實行ヲ爲シ他ノ者カ之ヲ幇助スルニ過キサルトキハ共同正犯ノ觀念ヲ存セス

〔註一〕判例ニ依レハ數人共謀シテ各自別人ヲ殺害シタルトキモ亦共同正

犯ニシテ各自ノ方面ニ於テ一個ノ行爲ニシテ二個ノ罪名ニ觸ルルノ關係ヲ生スルモノトス(大正五年判決錄一六九三頁參照)是レ大審院カ單ニ共謀ノ事實ノミニ依リ共同正犯ヲ認ムルヨリ生スルノ當然ノ結論ニシテ予輩ノ採用セサル所ナリ

近來ノ判例ニ依レハ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體ノ行爲ナリトシ實行行爲ヲ分擔セサル者ヲモ共同正犯ナリトス例ヘハ占有者タラサル者カ業務上他人ノ物ヲ占有スル者ト謀議シ之ヲシテ其實行ヲ爲サシメタル以上ハ自ラ實行行爲ノ衝ニ當ラサルモ犯罪ニ加擔シタル者ナルヲ以テ横領罪ノ共同正犯ナリト爲ス可ク(大正四年判決錄二〇六頁)數人共謀シテ人ヲ誣告センコトヲ企テ其目的ヲ遂行シタル以上ハ縱令共謀者ノ一人ニ於テ自ラ犯罪行爲ニ干與セサリシトキト雖モ共ニ誣告ノ刑責ヲ免ルルコトヲ得サル可ク(明治四十三年判決錄八八六頁)他人ノ下手ヲ助勢シ共ニ殺害ノ實行ヲ爲サンコトヲ凝議シ其實行ノ際戸外ニ佇立シ居リタルトキハ縱令自ラ殺害ノ實行行爲ニ干與セサリシトスルモ正犯トシテ

ノ刑責ヲ免ルルヲ得ス(大正二年同二一七頁)又別種ノ說明アリ曰ク數人ノ共謀者中一人ヲシテ犯罪實行ノ任ニ當ラシメタルトキハ他ノ共謀者ハ右一人ヲ使役シ以テ自己ノ犯意ヲ遂行シタルモノト云フヲ得ヘキヲ以テ刑法第六十條ニ所謂二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタルモノニ該當シ單ニ他人ヲ敎唆シテ犯罪ヲ實行セシメタル者ト異ルモノトス(同四十四年同一六一八頁及ヒ大正十一年れ第四一四號同趣旨判決)然レトモ竊盜罪ニ關シテハ正反對ノ判例アリ(大正三年六月十九日判決)曰ク甲乙共謀シテ竊盜ヲ爲サンコトヲ企テ乙者單獨ニ屋內ニ忍入リ竊盜ヲ爲シタル場合ニハ甲ハ只謀議ヲ爲シタルニ止リ其實行行爲又ハ之ト密接且必要ナル事實ニ該當スルヤ否ヤヲ確證スルニ足ラサルヲ以テ之ヲ實行正犯ニ問擬スルヲ得スト

實行ニ干與セサル者ヲ實行共同正犯ナリト解スルハ法典第六十條ノ明文ヲ度外視スルノ甚シキモノト謂ハサル可カラス又凡テノ共謀者カ一人ノ實行者ヲ使役シテ各自其犯意ヲ實行スルモノト爲シ以テ共同實行ヲ認ム可キモノトセハ人ヲ敎唆シテ犯罪ヲ實行セシムル者モ亦共同正犯ナリト解スルニ

非サレハ到底理論ヲ貫クコト能ハサル可ク從テ共同正犯ト敎唆トノ區別ヲ認メタル法文ヲ無視セサルヲ得サルニ至ル可シ或ハ曰ハン敎唆ト共謀トハ同一ニ非サルカ故ニ斯ノ如キ混同ヲ來スコトナシト然レトモ共謀者ニシテ他ノ共謀者ヲ使役スルモノナリト認ムル以上ハ敎唆者ハ犯意ナキ者ヲシテ犯意ヲ決セシメ之ヲ使役スルモノト解ス可カラサルノ理ナキナリ予輩ノ所見ニ依レハ共同正犯ト敎唆トハ自ラ實行行爲ヲ分擔スルト否トニ依リ之ヲ區別ス可キモノナルコト第六十條ト第六十一條トノ對照解釋上明白ナリト信ス若シ夫レ共謀ヲ爲シタルノミニシテ實行ニ干與セサル者ノ如キハ之ヲ從犯トシテ處斷スルニ付キ解釋上ノ支障ナキカ故ニ之ヲ無罪ト認ム可キニ非サルハ勿論ナリトス

第三 共同正犯ヲ存スルニハ主觀的方面ニ於テ共同行爲者相互間ニ共同犯罪ノ觀念殊ニ自己ノ意思實行ト他ノ共同者ノ意思實行トカ相俟テ同一犯罪事實ヲ完成スルニ至ル可キコトノ觀念アルコトヲ要スルヤ否ヤ議論ノ存スルナリト雖モ予輩ハ積極說ヲ主張スル者ナリ抑共同行爲ノ觀念ハ普通一般ノ

觀察方法トシテ共同意思ノ存スル場合ニ之ヲ認ムルヲ通例トスルカ故ニ刑法ニ於テ此一般ノ觀念ニ從フヲ適當ナリトシ又共同正犯ヲシテ他ノ共犯ノ行爲ノ結果ニ付テモ全責任ヲ負ハシムルノ根據ハ共同意思ヲ以テ相互ニ利用者ト爲リ又被利用者ト爲リテ單一ノ事實ヲ發生セシムルノ點ニ存スルモノト解ス可キモノナルカ故ニ共同意思ヲ度外視シテ共同正犯ヲ認ム可キ理由ナシ加之法典第二百七條ニ於テ二人以上ニテ暴行ヲ加ヘ人ヲ傷害シタル場合ニ於テ傷害ノ輕重ヲ知ルコト能ハス又ハ其傷害ヲ生セシメタル者ヲ知ルコト能ハサルトキハ共同者ニ非スト雖モ共犯ノ例ニ依ル可キモノトスルカ故ニ事實上共同的ノ行爲アルモ共同意思ナキ場合ニハ本條ノ如キ明文ナケレハ共同正犯ト爲スヲ得サルノ精神ヲ窺フニ足ル可キナリ〔註二〕

〔註二〕同趣旨判例アリ、曰ク數人共同シテ他人ニ暴行ヲ加ヘタル場合ニ於テ其間ノ意思ノ連絡アルトキハ之ニ對シ刑法第六十條ヲ適用シ云々反之其意思ノ連絡ヲ缺クトキハ各自ヲシテ其現ニ加ヘタル傷害ニ對シテ責任ヲ負ハシムルヲ原則トシ第二百七條ニ該當スルトキハ第六十條ニ準據シ

各自ヲシテ傷害ノ結果ニ對シテ全部ノ責任ヲ負ハシムヘキモノトス(大正三年判決錄一五一〇頁)又曰ク共同正犯ノ成立スルニハ數人ノ犯行者相互間ニ意思連絡アルコトヲ要スト(大正十年第二〇九一號同十一年二月十五日判決)尙ホ一九一九年獨逸刑法案第二十八條ニ依レハ共同ニ犯行ヲ爲スノ意思ヲ共同シテ實行シタル者ヲ共同正犯トスル旨ヲ明カニセリ

上叙ノ見解ニ從フトキハ過失犯ニハ共同正犯ヲ存セス又數人カ同時同所ニ於テ同一法益ニ對シ同種ノ犯罪ヲ行フモ共同犯罪ノ觀念ナキトキハ共同正犯タルニアラス所謂同時犯(Nebenthäterschaft.)ノ場合ニ屬スルモノニシテ(數人通謀シテ各別個ノ犯罪ヲ犯ストキ亦同シ)各自單獨正犯タリ、一人カ他ノ者ニ對シ共同犯罪ノ觀念ヲ有シ他ノ者カ此觀念ヲ有セサル場合ニモ亦共同正犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス或ハ反對論ヲ唱フル者アリト雖モ一方的ニ共同正犯ノ觀念ヲ認ムルハ失當ナリ然レトモ共同犯罪ノ相互認識(Einverständnis.)ハ必シモ實行開始前ニ存スルコトヲ要セス豫メ共同犯罪ノ認識ナク實行中ニ於テ共同犯罪ノ相互認識ヲ生スルヲ以テ足ル故ニ所謂相續的共同正犯(Sukzessive Mitthäterschaft.)ナルモノ(例ヘハ甲カ財物盜取ノ目的ヲ以テ乙ヲ昏醉セシメタル後丙ニ其企計ヲ告ケ共ニ財物ヲ盜取スルカ如ク一人カ既ニ罪素ノ一部ヲ實行シタル後相互認識ヲ生スル場合)ヲ認ムルコトヲ得ヘシ加之相互認識ハ必シモ明示ノ合意通謀(コムブロット)ニ依ルコトヲ要セス相互ニ暗默ノ認識アルヲ以テ足ルモノトス(同趣旨判例アリ、明治三十六年判決錄三四二頁及ヒ九二四頁參看)

第四 斯ノ如ク共同正犯ノ關係ハ意思共通ノ範圍內ニ於テノミ存スルカ故ニ共犯者各自カ犯罪事實ニ付テ一部異リタル觀念ヲ有スルトキハ其部分ニ付テハ共同正犯ノ關係ヲ存セス、犯罪ノ成立上一定ノ目的ヲ必要トスル場合ニ於テ一人カ此目的ヲ有シ他ノ者カ此目的ヲ有セサルトキ亦同シ例ヘハ甲乙共同シテ乙ハ丙ヲ掣肘シ甲ハ丙ニ白刃ヲ加フル場合ニ於テ甲ハ殺害ノ意思ヲ有シ乙ハ此意思ヲ有セサルモノトセハ乙ハ甲ノ殺人行爲ニ付テ共同正犯ノ關係ヲ存セスシテ單ニ傷害罪若クハ傷害致死ノ責ニ任ス可ク又甲乙共ニ外國ノ國旗ヲ損壞スルニ當リ甲ハ其國ヲ侮辱スル目的ヲ有シ乙ハ此目的ヲ

有セサルモノトセハ甲ハ第九十二條ニ依リテ處分セラル可キモ乙ハ第二百六十一條ノ罪ヲ以テ論セサル可カラサルカ如シ而シテ相互認識ノ一致シタル範圍ヲ決定スルハ個個ノ場合ニ於ケル事實問題ナリ具體的ノ事情ニ依リテ決ス可キモノニシテ推定ヲ用フ可キモノニアラス事實上ニ於テ相互ノ認識カ一致セサル部分ハ所謂過剩(Excess.)ニシテ此部分ニ付テハ之ヲ認識シタル者ノミ責ニ任セサル可カラス(同趣旨判例アリ、曰ク甲カ財物騙取ノ目的ヲ以テ乙ヲシテ恐喝行爲ヲ實行セシメタルモ其目的ヲ遂ケサリシ事實ニ付キ甲ヲ恐喝未遂罪ニ問擬シ乙ニ付テハ其認識シテ實行セル犯罪ノミヲ論シ脅迫罪トシテ處斷スルハ違法ニアラスト、大正元年判決錄一四四五頁參照)然レトモ共犯ノ認識ハ法定事實ニ付テ一致スルヲ以テ足ルモノニシテ法律上其價値ヲ異ニセサル個個ノ手段ニ付テハ認識ノ一致ヲ要セス例ヘハ欺罔取財ヲ爲スニ付キ意思ノ合致アル以上ハ共謀者ノ一人カ他ノ者ノ豫定セサリシ欺罔手段ヲ施シタルトキト雖モ皆共同正犯タル可キコト勿論ナリトス(同趣旨判例アリ、大正五年判決錄一七九八頁參照)

共犯者ノ一人カ所謂結果犯(結果的加重犯)ニ付テ其加重ノ事由トナル可キ結果ヲ惹起シタル場合ニ於テハ過剩ヲ認ム可キヤ否ヤニ付テ學者ノ見解一致セス一說ニ依レハ此結果ハ共同責任ノ下ニ實行サレタル行爲其モノヨリ發生セルモノナルカ故ニ之ヲ總テノ共犯者ノ責ニ歸セラル可カラスト爲シ他ノ一說ニ依レハ相互認識ノ一致セサル部分ニ付テ共犯關係ヲ認ムルハ絕對ニ許ス可カラサルモノニシテ本問ニ於ケル重キ結果ハ之ヲ他ノ共犯者ニ歸スルコトヲ得スト云フニ在リ例ヘハ茲ニ甲乙二人共謀シ乙ハ丙女ヲ脅迫シ甲ハ之ヲ姦淫シタルニ丙女之カ爲メニ死亡スルニ至リタリトセン第一說ニ依レハ甲乙共ニ强姦致死ノ責ニ任ス可ク第二說ニ依レハ乙ハ丙女致死ノ結果ニ付テハ共同正犯ノ關係ヲ有セサルコトト爲ル可シ更ニ他ノ一例ヲ按スルニ甲乙二人共謀ノ上丙家ニ至リテ强盜ヲ爲スニ際シ甲カ被害者ヲ殺シタルトキハ乙之ヲ知ラサル場合ナリト雖モ甲ト共ニ强盜致死ヲ以テ論ス可キカ將タ又乙ハ强盜ノ點ニ付テノミ責ヲ負フ可キカ兩說各其論結同シカラス蓋第一說ヲ以テ正當ナリトス(同趣旨判例アリ、明治四十二年判決錄七二八頁

參看、獨逸ニ於ケル通說亦第一說ニ同シ)何トナレハ斯ノ如キ結果的加重犯ニ付テハ單獨犯罪ノ場合ニ於テモ豫見セサル結果ニ付テ重キ責任ヲ負フ可ケレハナリ

第五 共同正犯ノ關係ハ未遂罪ノ場合ニモ存在スルコトヲ得ルモノトス而シテ(一)犯罪ノ性質上若クハ共犯者間ノ特約上各自カ構成要素ヲ全部的ニ分擔實行ス可キ場合ニ於テハ之ヲ分離シテ觀察スレハ一人ノ行動ハ既遂ト爲リ他ノ者ノ行動ハ未遂ニ終ルコトアリ(例ヘハ甲乙共謀シテ丙家ニ忍入リ甲ハ既ニ金錢ヲ竊取シ乙ハ衣類ヲ竊取セントスル際家人ニ妨ケラレテ逃走ス)斯ノ如キ場合ニ於テハ共犯者ノ總テカ共同犯罪ノ意思アルコトヲ前提トシテ既遂ノ責ニ任セサル可カラス反之總テノ共同者ノ行爲カ何レモ未遂ニ終リタルトキハ各自未遂罪ノ責ニ任ス(二)共犯者各自カ一部的ノ分擔實行ヲ爲ス可キ場合ニ於テハ共犯者ノ一人若クハ總テカ實行ニ著手シタルモ之ヲ遂ケサルトキハ其時期ニ至ルマテ協力シタル者ハ皆未遂罪ノ責ニ任ス可キモノトス然レトモ犯罪ノ共同實行ニ付テ共謀シタルニ止リ自ラ實行ニ付テ何等ノ協力ヲ爲ササルトキハ共同正犯トシテ處罰ス可キモノニアラス例ヘハ甲乙共同竊盜ノ共謀ヲ爲シタルモ乙ハ其約ニ背キ實行ニ加功セサルトキハ甲カ竊盜ニ著手スルモ乙ハ之ニ付テ共同正犯タルノ責ニ任ス可キモノニ非ス(第二段ノ說明ヲ參照ス可シ)

第六 數人共同シテ同一犯罪事實ノ實行ニ與リタルトキハ皆正犯トシテ各自ニ其刑ヲ科セラル可キモノトス然レトモ共同正犯者ノ全體ニ對シ常ニ同一罰條ノ適用アリト認ムルヲ得ス寧ロ各自カ單獨正犯トシテ適用ヲ受ク可キ罰條ヲ標準ト爲ササル可カラス故ニ或ハ各自ニ對シテ適用ス可キ各本條ヲ異ニシ(例ヘハ一人ニ對シテハ强盜罪ノ法條ヲ適用シ他ノ者ニ對シテハ竊盜罪ノ法條ヲ適用ス)或ハ同一法條ヲ適用ス可キ場合ニ於テモ一人ニ付テハ加重若クハ減輕ノ事由アルモ他ノ者ニ付テハ此事由ナキ結果トシテ言渡ス可キ刑ノ範圍ヲ異ニスルコトアルナリ

共同正犯ノ各自カ罪素ノ一部ヲ實行スルニ拘ラス各自獨立シテ全部ノ刑責ニ任ス可キ理由ヲ求ムレハ既ニ說明シタル如ク各犯人ハ意思共通ノ範圍內

ニ於テハ相互ニ他人ノ行爲ヲ利用シテ其意思ヲ遂行スルニ因ルモノナリ換言スレハ各正犯カ相互加功ノ意思ヲ有スル他ノ一方ヲ利用スル關係ハ利用者ノ方面ヨリ觀察スルトキハ責任無能力者若クハ人爲外ノ動力ヲ利用シテ其意思ヲ遂行スル場合ト條理ヲ異ニスルモノニアラス然レトモ自ラ毫モ實行行爲ノ一部ヲ分擔スルコトナク全部他人ノ行爲ヲ利用スルトキハ教唆又ハ間接正犯ノ觀念ヲ存スルニ過キ

第七 共同正犯ニ於ケル犯人ノ數ハ刑ノ輕重ニ影響ヲ及ホササルヲ以テ通例トス然レトモ多數人ノ協力ハ善事惡事ヲ問ハス諸種ノ關係ニ於テ不可思議ナル大勢力ヲ生スルモノナルカ故ニ學說及ヒ立法例ノ趨勢ハ多數共同ノ場合ニ關シテ刑ヲ加重スルニ傾キツツアリ我舊刑法ハ所謂必要的共犯ノ各場合ヲ認ムル外第百四十五條、第百七十一條、第三百六十九條、第三百七十九條等ニ於テ共同正犯ヲ以テ刑ヲ加重ス可キ事由ト爲シタルモ現行法ハ刑ノ範圍ヲ擴張シタル結果トシテ之ヲ以テ法定加重ノ理由ト爲スノ必要ナキモノト認メタリ(但刑ヲ量定スルニハ重キ情狀ノ一トシテ參酌スルヲ至當トス)然レトモ所謂群集犯(Grime de foule.)ニ付テハ首魁、中間勢力者及ヒ附和雷同者ヲ區別シ雷同者ニ對シテハ名義上ノ刑ヲ科スルニ止ムルモ首魁ニ對シテハ嚴格ナル制裁ヲ科シタリ(第七十七條及ヒ第百六條參照)

第四節 教唆罪

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

第一 犯罪ノ教唆(Anstiftung, provo ation.)トハ故意ニ他人ヲシテ犯意ヲ生セシメ以テ一定ノ犯罪ヲ實行スルニ至ラシムルヲ謂フ責任能力者カ他人ニ對シ犯罪ヲ教唆シタルトキハ之ヲ教唆犯トス故ニ教唆犯ノ成立スルニハ(一)教唆者カ責任能力ヲ有スルコト(二)他人ヲシテ犯罪ヲ犯サシムル意思アルコト(三)他人ヲシテ犯罪ヲ犯スノ意思ヲ生セシム可キ行爲ヲ爲シタルコト及ヒ(四)被教唆者カ教唆セラレタル行爲ヲ爲スノ決意ヲ爲シ其行爲ヲ實行シタルコトヲ要ス此等條件中其一ヲ缺クトキハ卽チ教唆犯ヲ存セサルニ至ル但正犯カ當該犯罪ヲ實行シタル事實ノ認メラルル以上ハ其正犯ニ對スル裁判ノ有リタルト否トハ教唆犯ノ成立ヲ認ムルニ付キ何等ノ影響ナシ

第二 教唆犯ハ共犯ノ一形式ニシテ刑法第六十一條ハ人ヲ教唆シテ犯罪ヲ實

行セシメタル者ヲ正犯ニ準シタリ蓋教唆者ハ正犯ノ如ク自ラ犯罪ヲ實行スルモノニアラスト雖モ元來犯罪ノ意思ナキ他人ヲ教唆シテ犯罪ノ意思ヲ造形セシムルモノ(所謂造意者)ニシテ其地位ニ於テ毫モ實行者ト區別ス可キ理由ナキカ故ニ之ヲ正犯トシテ處分スルコトヲ規定シタルモノナリ故ニ實行正犯ニ對シテ之ヲ教唆正犯ト稱スルコトヲ得ヘシ然レトモ罰セラル可キ教唆卽チ教唆犯ハ實行正犯ノ如ク獨立ニ成立スルモノニアラスシテ實行正犯ノ成立スルト否トニ因リ其運命ヲ左右セラルル點ニ於テ附隨的ノ性質ヲ有スルコト從犯ト異ル所ナシ故ニ教唆及ヒ幇助(從犯)ソ合セテ加擔(Teilnahme.)ト稱ス(但加擔ハ廣義ニ於テハ共同正犯ヲモ包含ス)

各本條ニ於テハ他人ノ行爲ニ對スル教唆又ハ幇助タルヘキ性質ノ行爲ヲ獨立ノ犯罪ト爲シ實行正犯ノ成立セサル場合ニ於テモ制裁ヲ科スルコトアリ例ヘハ法典第百條第二百二條前段ノ如キ是レナリ特別法中ニモ類似ノ規定少カラス例ヘハ大正十四年法律第四十六號治安維持法第三條及大正十五年法律第六十號暴力行爲等處罰ニ關スル件第三條ノ如キ是レナリ然レトモ此場合ニ於テ教唆等ニ係ル犯罪カ實行セラレタルトキハ法典第六十一條ノ適用アルコト勿論ナリ治安維持法第四條竝第五條ヲ規定セリ然レトモ此法律ハ專ラ公安保護ヲ目的トスルモノナルカ故ニ煽動又ハ授利ノ結果トシテ身體財產ニ對スル犯罪ノ實行セラルル場合ニハ當該各本條ノ規定ト本法第四條又ハ第五條ト刑法典第五十四條トヲ適用シテ處分スルヲ要スルモノトス

第三 教唆者ハ自己ノ行爲ニ因リ被教唆者カ特定ノ犯罪ヲ犯スノ意思ヲ生シ之ヲ實行スルニ至ル可キ事實ヲ豫見スルコトヲ要ス〔註一〕是レ教唆犯ニ於ケル故意ナリ此故意ナケレハ教唆犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス故ニ自己ノ過失ニ出テタル行爲カ偶〻他人ノ犯意若クハ過失ヲ惹起スル原因ト爲ルモ直チニ教唆犯ヲ以テ目スルコトヲ得ス又被教唆者カ教唆ノ故意ノ範圍內ニ屬セサル行爲ヲ爲シタルトキハ正犯行爲ノ全部若クハ一部ニ對スル教唆關係ヲ阻却スルコトアリ

〔註一〕犯罪ノ目的物カ教唆ノ當時ニ現存スルコトハ必要ニアラス教唆ニシテ該目的物ノ現出ヲ條件トシ其教唆ニ因リ該犯罪ノ實行セラルルニ於テハ教唆罪ノ成立スルコト當然ナリ(明治四十四年判決錄一一八〇頁參照)例ヘハ懷胎ノ婦女ニ對シ分娩後ニ生兒ヲ殺害ス可キコトヲ教唆シテ其後其犯罪事實ノ實行セラレタル場合ニ於テハ殺人教唆犯ノ成立ヲ認メサル可カラス又他人ニ對シ僞證罪ヲ犯サンコトヲ教唆シタル結果其者カ其罪ヲ犯スニ至リタルトキハ僞證教唆ノ當時被教唆者カ證人トシテ證言ヲ爲シ得ヘキ地位ニ在リタルト否トヲ問ハス該教唆罪ヲ構成ス可シ(大正二年判決錄九〇五頁參照)

第四 教唆ノ手段ハ法律ニ於テ之ヲ限定セサルカ故ニ如何ナル方法ヲ用フルモ妨ナシ例ヘハ贈物ノ提供若クハ贈與ノ口約、請託、嘆願、權威ノ濫用、恐喝、勸告犯後藏匿若クハ贓物處分ノ豫約其他苟クモ他人ヲシテ任意ニ犯罪ノ決意ヲ爲サシムルニ足ル可キ一切ノ明示默示ノ手段方法ハ皆教唆行爲タルヲ得ヘシ然レトモ(一)教唆ハ特定ノ犯罪ニ關スルコトヲ要スルカ故ニ漠然トシテ特定ノ犯罪行爲ヲ指示スルニ足ラサル手段ハ教唆タルヲ得ス(反對說アリ)但教唆ハ一定ノ犯罪事實ヲ認識セシム可キ程度ニ於テ之ヲ暗示スレハ足ルモノニシテ該事實ヲ明示スルヲ要セス(二)不可抗力ト爲ル可キ暴行强迫又ハ犯意ヲ阻却ス可キ錯誤ヲ生セシムルハ教唆ニ非スシテ間接正犯タリ(三)教唆ハ實行ノ全部ニ亙ラサル可カラス若シ他人ヲシテ罪素ノ一部ヲ實行セシメ他ノ一部ヲ自ラ實行スルトキハ教唆犯ニアラスシテ共同正犯タル可シ例ヘハ人ヲ教唆シテ竊盜ヲ行ハシメ中途ニシテ自ラ共同實行ニ與リタル場合ノ如キ是レナリ「毆打罪ニ付キ教唆ノ外實行ニ干與シタル事實アリトスルモ尙ホ教唆罪ヲ以テ處斷ス」トノ舊判例(明治三十三年判決錄第四卷五〇頁參看アリト雖モ此場合ニモ共同正犯ノ關係ヲ認メ共犯者ノ一人ノ發生セシメタル重キ結果ニ付キ責ニ任セシムルヲ正當ナリトス

第五 被教唆者ハ責任能力者ニシテ且故意ヲ有スルコトヲ要ス、責任無能力者ニ對スル教唆ハ教唆犯タルコトナクシテ間接正犯ヲ構成ス、故意ナキ者ニ犯罪ノ機會ヲ與フルトキ亦同シ但此場合ニ於テハ被利用者ノ方面ニ過失ノ單獨正犯ヲ存スルコトヲ妨ケス

教唆犯ハ人ヲ教唆シテ犯罪ヲ犯スノ決意ヲ爲スニ至ラシムルモノニシテ被教唆者カ教唆ニ因リ犯罪ノ決意ヲ爲スコトヲ要スルカ故ニ他ノ原因ニ基キ既ニ決意セル者ニ對シテハ其行爲ヲ幫助スルコトヲ得ヘキモ教唆スルコトヲ得ス既ニ決意シタル者ナルコトヲ知ラスシテ教唆ヲ試ミタルトキハ教唆ノ未遂ニシテ教唆犯ヲ構成スルコトナシ然レトモ教唆ノ當時ニ於テ被教唆者ハ特定ノ人タルコトヲ要セス例ヘハ新聞紙ニ檄文ヲ掲載シテ內亂罪若クハ騷擾罪ヲ不定ノ購讀者ニ教唆スルコトヲ得ヘシ、教唆犯ニ在リテモ不確定ノ犯意ヲ以テ足ルモノニシテ教唆者ハ他人カ自己ノ教唆シタル犯罪ヲ犯スニ至ルコトヲ觀念シ何人カ此教唆ニ因リテ決意ヲ生シ其犯罪ヲ犯シタルト

キハ教唆犯ノ成立ヲ認ムルニ充分ナリ同趣旨判例アリ(大正六年判決錄四九四頁參照)

第六 教唆行爲カ被教唆者ニ犯罪ノ決意ヲ生セシメタリト認ムルニハ其行爲ト被教唆者ノ決意トノ間ニ社會的ノ相當因果關係アルヲ要ス換言スレハ教唆ハ正犯ノ原因タラサル可カラス正犯ハ教唆ノ結果タラサル可カラサルナリ故ニ甲カ乙ニ殺人ヲ教唆シタルニ何等ノ關係ナキ丙カ殺人罪ヲ犯シタルカ如ク實行行爲ノ條件タラサル教唆ハ教唆犯ヲ構成スルモノニアラス然レトモ因果理論ノ適用トシテ教唆ハ唯一ノ條件タルコトヲ必要トセサルカ故ニ犯罪ノ傾僻アルモノニ對シテモ教唆ヲ爲スコトヲ得ヘク又報酬ニ對シ犯罪ヲ實行ス可キコトヲ申込ム者ニ對シテモ申込者カ一ニ報酬ノ有無ニ由リ進退ヲ決ス可キ場合ニ於テハ報酬給與ノ約束若クハ報酬ノ提供ニ因リ教唆犯ヲ構成ス可シ〔註二〕

〔註二〕判例ニ曰ク甲者カ犯罪ヲ決行スルニ乙ノ内諾ヲ必要ナリトシテ乙ニ依頼シ其内諾ヲ得テ自ラ犯意ヲ決定シタルトキハ甲ハ乙ノ教唆ニ依リ犯意ヲ決定シタルモノニ非サレハ乙ノ内諾ハ甲ノ犯罪ヲ容易ナラシメタルニ止リ犯罪ヲ決行セシメタリト謂フヲ得スト(大正六年判決錄五七七頁)然レトモ本例ノ場合ニ於テハ乙ノ内諾ハ甲ノ決意ノ條件タルモノト認ムルヲ相當トス可ク斯ノ如キ場合ニハ教唆ヲ以テ論スルヲ正當ナリトス若シ夫レ甲ノ犯意ハ既ニ決定セラレ居リ只實行ノ方法ニ付キ甲ノ内諾ヲ要シタルニ止ル場合ニハ從犯トシテ論スルヲ可トス可シ

第七 教唆ハ正犯行爲ニ對スル唯一ノ條件タルコトヲ必要トセサルカ故ニ數人共同シテ一人ヲ教唆スルモ教唆犯ノ觀念ヲ妨ケス法律ハ特ニ共同教唆ノ規定ヲ置カスト雖モ共同正犯ノ觀念ト同一理論ニ從テ之ヲ說明スルコトヲ得ルモノトス

共同教唆ハ數人ノ行爲カ相合シテ正犯ノ決意ヲ生セシメタルノミナラス教唆者間ニ共同教唆ノ意思アルコトヲ要ス然レトモ共同教唆者全體ノ行爲ハ必シモ同時ニ行ハルルコトヲ要セスシテ時間上相連續スルコトヲ得所謂相續的教唆(Sukzessive Anstiftung.)ノ觀念是レナリ之ニ反シ甲者カ乙者ヲ威嚇シ

テ犯罪ヲ教唆シタルモ未タ乙者ノ決意ヲ生セシムルニ足ラス其後甲者ニ關係ナキ丙者亦乙者ヲ教唆シ之ヲシテ犯罪ヲ犯スニ至ラシメタル場合ニ於テハ甲者ノ教唆ト乙者ノ犯罪決意トノ間ニハ因果ノ關係ナキカ故ニ丙者ノミノ教唆犯ヲ認ムル可キモノニシテ甲者ヲ教唆者トシテ處分スルヲ得サルモノトス然レトモ若シ乙者カ甲者ノ教唆ト丙者ノ教唆トニ因リテ犯罪ノ決意ヲ爲スニ至リタル場合又ハ共同教唆ノ意思ナキ甲丙二人カ同時ニ乙者ニ對シテ教唆ヲ爲シタル結果トシテ乙者カ決意ヲ爲シタル場合(例甲丙何レモ某ヲ恨ミ共同ノ意思アルニアラスシテ甲丙各金千圓宛ヲ贈ランコトヲ約シテ乙者ニ某ヲ殺害ス可キコトヲ教唆シタルニ乙者ハ金二千圓ヲ取得センカ爲メ殺人行爲ノ決意ヲ爲ス)ニ於テハ甲丙各自單獨教唆トシテ全部ノ責ニ任セサル可カラス(**オルスハウゼン**反對說)

教唆者ニ對スル教唆モ亦正犯行爲ニ對シテ條件ヲ與フルモノナルカ故ニ教唆犯ノ範圍ニ屬ス可キハ當然ナリ法典ハ第六十一條第二項ニ注意的ノ明文ヲ置キタリ而シテ法文所謂教唆者ヲ教唆シタル者ニハ最後ノ教唆者ヲ教唆シタル者ノミニ止ラス又其以前ノ教唆者ヲモ包含スルモノト解セサル可カラス(從前ノ見解ト異ル)蓋教唆行爲カ正犯ノ爲メニ因果關係ヲ中斷セラルルモノトスル見解ヲ採リ教唆ニ付テハ因果關係ノ觀念ヲ適用スル能ハスト斷定スル者ニ在リテハ直接教唆者ヲ教唆スル者ノミ第二項ニ依リテ處分セラル可ク其他ハ處罰セラル可キ理由ナシトノ結論ヲ爲ス可キコト明カナリト雖モ教唆ニ付テモ亦因果關係ノ觀念ヲ適用ス可キモノニシテ第二項ハ廣ク相次的教唆ヲ認ムル趣旨ナリト解スル者ナリ反對說ヲ採ルトキハ刑法ノ目的ヲ徹底スル能ハサルヤ明白ナリ判例亦予輩ト同一ノ見解ヲ保持ス(大正十年れ第二〇五五號同十一年三月十一日言渡判決)

第八 既ニ說明シタルカ如ク教唆カ未遂ニ終ル場合卽チ被教唆者カ犯罪ノ決意ヲ生セス若クハ決意後實行著手以前ニ於テ實行ヲ斷念シタル場合ニ於テハ教唆犯ヲ構成セス(第一節第三款第三段註參照)之ニ反シ正犯行爲カ未遂罪タルトキハ常ニ教唆犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ルモノトス然レトモ教唆者カ最初ヨリ正犯行爲ヲシテ未遂ニ終ラシメンコトヲ豫期シテ教唆シタルト

キ(例ヘハ教唆者カ正犯未遂ノ程度ニ於テ之ヲ逮捕セシムル意思ヲ以テ教唆シタルトキ)ハ教唆犯ヲ構成スルヤ否ヤニ付テハ場合ヲ分チテ判斷スルヲ要スルナリ

一　斯ノ如キ場合ニ於テ教唆ヲ受ケタル者カ例ヘハ教唆者ノ心底ヲ看破シ寧ロ教唆者ヲ欺罔シテ報酬ヲ受ケンカ爲メ陽ニ教唆事項ヲ遂行センコトヲ裝ヒタルニ過キスシテ最初ヨリ何等ノ危害ヲ生セシムル意思ナキトキハ犯罪ノ意思アリト云フヲ得ス從テ未遂罪ヲモ構成スルコトナキカ故ニ又教唆犯ヲ存スルコトヲ得ス但斯ノ如ク教唆ヲ受ケタル者ニ犯罪ノ意思ナキトキハ教唆者ノ方面ニ於テ犯罪ノ既遂ヲ教唆スル意思アリタル場合ニ於テモ等シク教唆犯ヲ構成セス

二　被教唆者ハ實行ヲ遂クルノ意思アリタルモ教唆者ノ豫期シタル如ク未遂ニ終リタル場合ニ付テハ學說一致セス一說ニ依レハ教唆者ハ被教唆者ノ行爲ヲシテ未遂ノ範圍ヲ超エサラシムルノ自由ヲ有セサルカ故ニ正犯ノ既遂ニ關シテ常ニ少クトモ不確定ノ犯意ヲ有スト云ヒ他ノ一說ニ依レハ教唆者ノ犯意ハ正犯ノ犯意ト等シク實行既遂ニ向ヘルコトヲ要スルカ故ニ本問ノ場合ニハ教唆ノ犯意ヲ欠缺スト云ヒ更ニ第三說ニ依レハ教唆犯人ヲ教唆シテ特罪ヲ實行セシムルニ因リテ成立スルモノニシテ苟クモ正犯カ實行ニ着手シタル以上ハ之ヲ以テ足ルカ故ニ本問ノ場合ニモ教唆犯ノ成立ヲ認ムルニ妨ケナシト主張ス蓋第三說ヲ以テ正當トス

第九　教唆ト正犯行爲トカ齟齬スルトキハ如何ナル結果ヲ生スルヤ此點ニ付キ舊刑法第百八條ニハ「事ヲ指定シテ犯罪ヲ教唆スルニ當リ犯人教唆ニ乘シ其指定シタル以外ノ罪ヲ犯シ又ハ其現ニ行フ所ノ方法教唆者ノ指示シタル所ト殊ナル時ハ左ノ例ニ照シテ教唆者ヲ處斷ス一、所犯教唆シタル罪ヨリ重キトキハ止タ指定シタル罪ニ從テ刑ヲ科ス二、所犯教唆シタル罪ヨリ輕キ時ハ現ニ行フ所ノ罪ニ從テ刑ヲ科スト」ノ明文ヲ存セリ新刑法ニハ明文ヲ存セザルモ解釋上ノ法理ニ從ヒ左ノ如ク判斷スルヲ得ヘシ

一　正犯カ教唆ニ何等ノ關係ヲ有セサル(全然性質ヲ異ニセル)罪ヲ犯シタルトキハ教唆ト實行行爲ノ結果トノ間ニ相當因果關係ヲ存セサルカ故ニ全

然教唆ノ關係ヲ生セス例ヘハ竊盜ノ教唆ヲ受ケタル者カ賭博罪ヲ犯シ貨幣僞造ノ教唆ヲ受ケタル者カ殺人罪ヲ犯シタル場合ノ如キ是レナリ然レトモ正犯カ教唆ニ乘シ性質ノ稍同シキ罪ヲ犯シタルトキハ教唆ト結果トノ間ニ相當因果關係ヲ認メ得ルカ故ニ教唆關係ヲ存ス可シ而シテ實行セラレタル罪カ教唆ニ係ルモノヨリ重キ場合ニハ教唆者ハ法典第三十八條第二項ニ依リ自己ノ指定シタル罪ニ付テノミ教唆ノ責ニ任ス可ク反之正犯カ指定サレタルヨリ輕キ程度ノ罪ヲ犯シタルトキハ正犯ノ現ニ行ヒタル罪ニ付テ責ニ任ス可キモノトス例ヘハ竊盜ノ教唆ヲ受ケタルニ强盜ヲ爲シ强盜ノ教唆ヲ受ケタルニ竊盜ヲ爲シタルカ如キ場合ニ於テハ教唆者ハ竊盜罪ニ付テノミ教唆ノ責ニ任ス可シ但正犯ノ身分ニ因ル刑ノ輕重カ教唆者ニ損益スル所ナキハ前述ノ如シ

二　正犯カ教唆者ノ特ニ指示シタルト異リタル方法ヲ以テ罪ヲ犯シタル場合亦前號說明スル所ニ同シ、卽チ教唆者ニ指示以上ノ事ニ付テ責ヲ負ハス又現ニ行ハレタル事實以上ニ責ヲ負ハス例ヘハ脅迫ヲ以テ財物ヲ强取ス可キコトヲ教唆シタルニ正犯カ恐喝ヲ以テ財物ヲ領得シタルトキハ恐喝取財ニ付テノ教唆犯ヲ存ス然レトモ法律上同價値ナル方法ハ指示シタル所ト異ル場合ニ於テモ何等ノ影響ナシ例ヘハ暴行奪財ノ教唆ニ因リ脅迫奪財盜ヲ犯シ、文書ニ依ル誹毀ヲ教唆セラレ公然ノ演說ヲ以テ該犯罪ヲ犯シタル場合ノ如キ是レナリ而シテ現ニ行ハレタル犯罪若クハ現ニ用ヒラレタル手段カ指定サレタル犯罪若クハ指示サレタル方法中ニ包含セラルルヤ否ヤハ教唆者ノ認識カ少クトモ不確定的ニ其犯罪若クハ手段ニモ及ヒタリヤ否ヤニ依リテ決定ス可キ事實問題ナリ然レトモ一定ノ方法ヲ指示シタル以上ハ當然其方法中ニ包含セラル可キ各個ノ手段ニ付テ特ニ指示セサルモ教唆犯タル可キハ勿論ナリ、判例ニ曰ク教唆ト實行トノ間ニ手段若クハ結果ニ付キ異同アリトスルモ之カ爲メニ重キ他ノ犯罪ヲ構成セサル限リ教唆者ハ實行者ノ行爲ニ付キ責ヲ負フハ當然ナリト(大正二年判決錄一七八頁參照)其大意ニ於テ上叙ノ說明ニ異ラス

三　加重罪ノ場合ニ於テハ正犯モ故意ノ及ハサル重キ結果ニ付テ責ヲ負フ

カ故ニ正犯カ教唆者ノ指示シタル基本行爲ヲ爲シタル以上ハ教唆者モ亦加重罪ニ付テ教唆ノ責ニ任セサル可カラス要スルニ加重罪ノ場合ニ於テハ教唆者ヲ其觀念ノ及ハサル結果ヲ標準トスル罪責ヲ負フモノトス(反對說アリ)例ヘハ暴行ヲ用ヒテ財物ヲ强取ス可キコトヲ教唆シタル以上ハ被教唆者ノ暴力ヨリ生シタル結果ニ付テモ責任ヲ免レス(同趣旨判例アリ、曰ク甲者カ乙者ニ對シ丙者ニ暴行ヲ加ヘテ財物ヲ奪取ス可キコトヲ命シタル以上ハ特ニ丙者ヲ殺傷ス可シトノ指揮ヲ爲ササルモ乙者カ加ヘタル暴力ノ結果ニ付キ刑事上ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ス、明治四十二年判決錄五八一頁)

四　目的物ニ關スル錯誤ハ教唆關係ヲ阻却セス例ヘハ甲カ乙ニ對シ丙ヲ殺害ス可キコトヲ教唆シタルニ乙ハ丁ヲ丙ナリト錯誤シテ之ヲ殺シタル場合又ハ甲カ乙ニ對シ丙ノ所持ニ係ル金側時計ヲ竊取ス可キコトヲ教唆シタルニ乙ハ丙ノ銀側時計若クハ其他ノ物件ヲ竊取シタル場合ノ如キハ甲ヲ殺人罪又ハ竊盜罪ノ教唆犯ニ問ハサル可カラス(反對說アリ)打擊ノ齟齬ニ付テモ亦同シ〔註三〕

〔註三〕强盜ノ教唆ニ基キ正犯ノ現ニ奪取シタル目的物カ教唆者ノ指示ニ異ル一事ハ教唆者ノ責任ニ影響ヲ及ホサス(明治四十五年判決錄六一二頁)又僞造文書ノ行使ヲ受ク可キ相手方ヲ特定スルコトハ文書僞造罪ノ構成要件ニ非サレハ縱令此點ニ付キ教唆者ノ意思ト被教唆者ノ實行行爲トノ間ニ齟齬アルモ教唆犯ノ成立ヲ阻却スルコトナシ(同四十三年判決錄二三〇七頁)

五　被教唆者カ自ラ實行セス更ニ第三者ヲ教唆シテ實行セシメタルトキハ第一ノ教唆者ヲ教唆犯トシテ處分スルコトヲ得ルヤ否ヤハ舊刑法ノ解釋トシテ學說一致ヲ缺キ積極消極ノ二說アリタリト雖モ現行法第六十一條第二項ノ規定ハ斯ノ如キ場合ニモ適用アルモノト認ム可キカ故ニ積極說ヲ採用セサル可カラス〔註四〕

〔註四〕教唆者ヲ教唆スルニ當リ之カ實行者タル可キ者ヲ限定スルト否トハ教唆者ノ教唆トシテ犯罪ノ成立ニ影響ヲ及ホサス(明治四十三年れ

第二三〇二號判決)又實行ノ教唆ヲ受ケタル者カ自ラ實行セス更ニ他人ヲ教唆シテ犯罪ヲ實行セシメタル場合ニモ前ノ教唆者ハ教唆者ヲ教唆シタル者ニ該當ス(大正三年れ第二二一七號判決)

第十 教唆犯ハ現行法ノ解釋トシテ其成立上正犯ニ附隨ス換言スレハ教唆犯ノ成立スルニハ正犯ノ行爲カ犯罪ヲ構成スル場合ナラサル可カラス被教唆者ニシテ犯罪ヲ實行セサルトキハ教唆犯ノ成立ヲ認ム可カラサルハ第六十一條第一項ノ解釋上明白ナリトスルヲ通說トス然レトモ教唆犯ニシテ成立シタル以上ハ教唆者モ亦自ラ正犯タリシ場合ト等シク之ヲ處分ス可キモノトス換言スレハ教唆者ハ其故意ノ及ヒタル範圍及ヒ實行正犯ノ行爲ノ發展シタル程度ニ於テ恰モ自ラ實行ヲ爲シタルカ如ク處分セラルルヲ原則トス故ニ正犯及ヒ教唆者ノ間ニ於テハ共同正犯相互間ニ於ケルト等シク其一方ニ存スル身上關係ニ基ク加重減輕ハ他ノ一方ニ何等ノ影響ヲ及ホス可キモノニアラス是ヲ以テ例ヘハ正犯若クハ教唆者ノ一方ノミニ對シテ再犯加重ヲ爲シ若クハ法律上減輕ヲ行フ場合アルノミナラス教唆者ニ對スル本刑カ正犯ニ對スル本刑ト異ル場合ヲ生スルモノトス例ヘハ甲カ乙ヲ教唆シテ乙ノ父ヲ殺サシメタルトキハ乙ニ付テハ第二百條ヲ甲ニ對シテハ第百九十九條ヲ適用ス可ク之ニ反シ甲カ乙ヲ教唆シテ甲自身ノ父ヲ殺サシメタルトキハ乙ニ對シテハ第百九十九條、甲ニ對シテハ第二百條ヲ適用ス可シ

教唆犯ノ罪數ヲ決定スルノ標準ハ總論第二編第九章第二節ニ說明シタル所ト異ラスト解ス然レトモ純然タル附隨說ヲ採用スルトキハ寧ロ正反對ノ結論ヲ生ス可ク我判例ハ正犯ノ個數ニ依リ教唆ノ罪數ヲ決ス可キモノトス其要旨ニ曰ク教唆罪ハ一旦其行爲アリタル以上ハ被教唆者ノ行爲ニ伴テ其責ニ任ス可キ性質ヲ有スルモノナルカ故ニ縱シ教唆行爲ハ單ニ一回ナリトスルモ其罪責ハ當然被教唆者ノ行爲ニ隨伴ス可シト(明治四十四年判決錄一四四〇頁)

第五節 從犯

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

第一　從犯(Beihilfe, accessory, auxiliaire.)トハ正犯ヲ幇助スル者ヲ謂フ從犯ヲ敎唆シタル者亦從犯ニ準ス可ク(第六十二條)又正犯ニ準セラルル敎唆ヲ幇助スルハ尙ホ從犯タル可シ抑從犯ハ敎唆ト均シク其成立上正犯ニ附隨スル共犯ノ一形式ナリ敎唆ト異ル所ハ敎唆ハ他人ニ犯罪ノ決意ヲ爲サシムルニ反シ從犯ハ犯罪ノ決意アル者ニ對シ幇助ヲ與フルノ點ニアリ故ニ犯罪ノ決意ナキ者ニ對シテハ敎唆ヲ爲シ得ルモ從犯タルコトヲ得ス〔註一〕

從犯ハ正犯ノ行爲ヨリ生スル結果ニ對シテ一ノ條件ヲ與フルモノニシテ幇助行爲ト正犯行爲ノ結果トノ間ニハ因果關係ノ存在ヲ認メサル可カラス只現行法ニ於テハ從犯ハ他人ノ犯罪ヲ幇助スルニ止ルモノト爲シ之ヲ犯罪ノ實行行爲ト區別シテ其處分ヲ輕クシタリト雖モ因果關係ノ存存ヲ否認スルモノニアラス(外國ノ立法例中ニ於テハ我現行法ニ所謂從犯ノ行爲ヲ以テ等シク正犯中ニ列スルモノアルコトハ既ニ說明シタルカ如シ)

〔註一〕助言ヲ以テ他人ノ犯罪ニ加工シタル場合ニ於テ該助言カ他人ヲシテ犯意ヲ決定セシメタリトセハ敎唆犯ニシテ單ニ他人ノ既發ノ犯意ヲ强固ナラシメタルニ止ルトキハ從犯タリ(大正六年判決錄五一九頁參照)

第二　幇助行爲ハ正犯ノ罪ヲ容易ナラシム可キ一切ノ援助行爲ヲ包含ス例ヘハ豫メ犯罪ノ用ニ供スル器具ヲ給與シ又ハ誘導指示スルカ如キ其他有形ノ手段タルト精神的ノ助言タルトヲ問ハス實行行爲ニ非サル一切ノ應援ハ幇助行爲タルヲ得ヘシ(同趣旨判例アリ、明治四十三年判決錄一五二二頁)故ニ或者カ犯罪ノ決意ヲ有スル者ニ對シ犯罪實行ノ後之ヲ藏匿ス可キコトヲ豫約シ若クハ贓物ヲ寄藏、牙保ス可キコトヲ豫約スルニ依リ犯罪ヲ容易ナラシムルカ如キモ亦幇助行爲ニ屬ス加之幇助ハ消極的行爲ニ依リ之ヲ犯スコトヲ得ルモノトス例ヘハ法律上犯罪行爲ヲ防止ス可キ義務アル者カ故意ニ之ヲ防止セサルトキハ消極的ノ幇助ナリト云フコトヲ得ヘシ又或物品ノ看守者カ他人ノ之ヲ竊取スルニ當リ毫モ之ヲ防止セサルトキハ竊盜ノ犯從ヲ以テ論スルコトヲ得ヘシ又判例ニ依レハ博徒ヲ結合シテ利ヲ圖リタル者ノ爲メニ其乾兒タル博徒等ヨリ親分ニ送付スル年度金ノ取立乾兒間ニ生シタル紛

議ノ裁斷及ヒ仲裁若クハ親分ヨリ乾兒ニ對スル指揮命令ノ傳達等ヲ爲スハ何レモ博徒結合圖利罪ノ正犯ヲ幇助スルモノニシテ其從犯ヲ以テ論ス可キモノナリトス

第三 現行法ハ從犯ヲ以テ附隨的共犯ナリトシ之ヲ共同正犯ト區別ス然レトモ共同正犯ト從犯トヲ區別スル標準ニ關シテハ學者ノ見解一致セス其主要ナルモノ左ノ如シ

第一說ニ依レハ共同正犯ニ在リテハ其行爲カ他ノ正犯ノ行爲ト原則上同價値ナルコトヲ要シ從犯ニ在リテハ其價値輕微ナル加擔ヲ爲スニ過キス換言スレハ正犯ハ原因ヲ與フルモノニシテ從犯ハ一ノ條件ヲ與フルニ過キス卽チ共同正犯ハ結果ニ對シテ共同原因ヲ與ヘ從犯ハ單ニ一ノ條件ヲ與フルモノニシテ敎唆ト從犯トノ差異ハ此點ニアリト爲スモノニシテ其所謂原因ハ最モ重要ナル條件ナリ故ニ共同正犯ハ數人ヨリ與ヘラレタル條件カ其一ヲ缺クトキハ卽チ結果ヲ發生セシムルコトヲ得サルカ如キ關係ニ於テ同價値ナルコトヲ必要トスルモノニシテ例ヘハ數人カ一人ノ力ニ及ハサル重キ物體ヲ共同ニ拋擲シテ人ヲ殺スカ如キ場合若クハ甲乙二人カ丙ニ對シテ各自一滴ノ毒藥ヲ施用シ此甲乙二人ノ施用シタル毒藥ノ作用ニ因リ丙カ死亡シタル如キ場合ニ於テ共同正犯ヲ認メ斯ノ如キ關係ヲ有セサル條件ヲ與フル者ハ共同正犯タルコトヲ得サルモノト解ス然レトモ原因ト條件トノ區別ヲ認ムルノ困難ナルコトハ既ニ說明シタルカ如シ

第二說ニ依レハ犯罪實行中ノ加功ナルト實行前ノ加功ナルトニ依リ正犯ト從犯トヲ區別ス可キモノナリトス然レトモ實行行爲ニ屬セサル行爲ヲ以テ正犯ニ加擔スルトキハ正犯ノ實行ヲ始メタル後ニ於テモ從犯ノ成立ヲ認メサル可カラス(同趣旨判例アリ、明治四十二年判決錄一一三九頁參看)或ハ又精神的ニ因果關係ヲ媒介スル者ハ從犯若クハ敎唆ヲ構成シ物質的ニ因果關係ヲ媒介スルハ正犯ノ基礎ナリト論スル者アリト雖モ從犯ハ精神的ノ幇助ヲ與ヘタル場合ノミナラス物質的ノ幇助ヲ與ヘタル場合ニ於テモ存スルコト明白ニシテ本說ハ採用スルニ足ラス終リニ區別ノ標準ヲ主觀客觀ノ兩元素ニ付テ求ム可キモノトシ正犯ノ意思ヲ以テ實行行爲ヲ分擔シタル者ハ共同

正犯ニシテ正犯ノ意思ヲ有スルモ實行行爲ヲ分擔セス又ハ實行行爲ヲ分擔スルモ幇助ノ意思ヲ有スルニ過キサル者ハ從犯ナリト主張スル者アリ然レトモ自己ノ行爲カ一條件ト爲リ當該結果ノ發生ス可キコトヲ觀念シテ罪素ニ屬スル行爲ヲ爲シタル以上ハ正犯タルニ充分ニシテ本人カ自己ノ擧動ヲ正犯行爲ナリト判斷スルヤ將タ從犯行爲ナリト信スルヤハ何等ノ影響ヲ生ス可キモノニ非サルナリ

第三說ニ從フトキハ原因ト條件トヲ區別スルコトハ不能ニ屬シ又犯意ヲ度外視シテ實行中ナルト其前ナルトニ依リ共同正犯ト從犯トヲ客觀的ニ區別セントスルハ不當ナリ區別ノ標準ハ寧ロ主觀的方面ニ之ヲ求メサル可カラス卽チ正犯ノ意思ヲ以テ行爲ヲ爲ス者ハ共同正犯ナリ正犯ノ意思 (Animus auctoris.)ヲ有スル者トハ其行爲ヲ自己ノ行爲トシテ之ヲ欲シ自己ノ利益ヲ其行爲ニ依リテ追求シ無條件ニ其行爲ヲ爲スノ決意ヲ有スル者ヲ云フ之ニ反シ從犯ハ從犯ノ意思(Animus socii.)ヲ以テ行動スルモノニシテ其事實ヲ他人ノモノトシテ希望シ他人ノ利益ヲ圖リ正犯カ其事實ヲ欲スル場合ニ於テノミ之ヲ爲サンコトヲ欲スト云フニ在リ然レトモ此見解ハ不當ナル結論ヲ生スルモノナリ卽チ本說ニ從フトキハ犯罪ヲ實行スル者モ亦正犯ナリト云フコトヲ得サル場合アリ例ヘハ雇人カ主人ノ利益ノ爲メニ主人ト共ニ他人ノ財物ヲ騙取スルモ詐欺罪ノ正犯ト爲ラスシテ其從犯ト爲ル可キカ如シ此結論カ法典第六十條ノ規定ニ矛盾スルハ明白ナリ若シ凡テノ共謀者ヲ以テ共同正犯ナリトスルノ見解ヲ採ル者ハ共謀ヲ爲スト否トニ依リ共同正犯ト從犯トヲ區別ス可シトノ一說ヲ立ツルヲ得ヘシト雖モ予輩ハ現行法ノ解釋上其前提ニ反對スル者ナリ

第四說ニ依レハ正犯ト從犯トノ區別ハ社會的觀察ニ從ヒ各行爲者ノ當該事實ニ對スル地位ノ主從ヲ標準トシテ之ヲ判斷ス可キモノニシテ例ヘハ內亂罪騷擾罪等ニ於テ首魁及ヒ指揮者ト附和隨行者トヲ區別スルト同一ノ條理ニ從テ正犯ト從犯トヲ別ツ可キモノナリトス故ニ此見解ニ從フトキハ例ヘハ茲ニ一人ノ惡徒アリ自己ノ乾兒數人ヲ指揮シテ共ニ被害者ヲ殺害シタルトキハ其惡徒ハ正犯ニシテ乾兒ハ從犯ナリト認メサル可カラサルニ至ル可

シ蓋斯ノ如キ見解ハ既ニ一九〇二年**ノルウエー**新刑法第五十八條ノ採用スル所ニシテ立法論トシテ傾聽ノ價値アリト雖モ現行法ノ解釋トシテハ採用ス可キモノニアラス刑法第七十七條及ヒ第百六條ハ正犯中ニ三個ノ階級ヲ設ケタルモノニシテ附加隨行者ヲ第六十二條ニ於ケル從犯ナリト認ムルモノニアラス且上叙二條ニ於ケル階級的區別ハ現行法上全然特別ノ規定ニシテ共犯ノ一般規定ニ對スル例外ヲ成ス可キモノタル可ク之ヲ推シテ一般ノ解釋ニ及ホスコトハ現行法ノ豫想セサル所ナル可シ現行法ノ一般解釋トシテハ共同實行者ハ正犯ニシテ實行行爲ニ共同セサルモノハ從犯ナリトスルノ趣旨第六十條及ヒ第六十二條ノ規定ニ照シテ明カナル可ク命令者タルト隨行者タルトノ地位的區別ハ第六十條ニ所謂實行者タルノ觀念ニ影響ナキモノト解セサル可カラス

第四　現行刑法ハ共同實行者ヲ共同正犯ナリトスルカ故ニ實行行爲ヲ分擔スル者ハ共同正犯ニシテ實行以外ノ行爲ヲ以テ正犯ヲ幇助スル者ハ從犯ナリト解スルヲ至當トス(同趣旨判例アリ、明治四十四年判決錄一五二二頁參照)而シテ一定ノ行爲カ一定ノ犯罪ノ實行行爲ニ屬スルヤ否ヤハ各種ノ犯罪、各個ノ場合ニ付テ之ヲ講究セサル可カラス例ヘハ甲者カ乙者ヲ取押ヘ乙者カ丙者ヲ刃傷シタル場合ニ於テハ甲乙二人ハ共同正犯タル可ク乙ノミヲ正犯トシ甲ヲ從犯ナリト爲スヲ得ス蓋殺傷罪ノ如キハ其手段方法ニ制限ナキカ故ニ如何ナル方法ヲ以テスルモ故意ニ殺傷ノ結果ヲ生セシメタルトキハ卽チ犯罪ヲ構成ス可ク從テ被害者ニ對シ兇刃ヲ加フルカ爲メニ之ヲ取押フルカ如キ亦實行行爲ノ一部ナリト云ハサル可カラス所謂結合罪ノ場合ニ於テハ其構成要素ノ一ヲ分擔シタル者ハ常ニ共同正犯ヲ以テ論スルヲ得ルコト疑ナシ例ヘハ一人カ暴行ヲ加ヘ一人カ財物ヲ奪取シタルトキハ之ヲ强盜ノ共同正犯ニ問フ可キコト當然ナリ

共同正犯及ヒ從犯ノ區別ニ關シテ其標準ヲ結果ニ對スル影響ノ輕重如何ニ求メントスル者アリ此說ニ依ルトキハ結果ノ發生上重要ナル影響ヲ有スル行爲ヲ以テ加功シタルトキハ共同正犯ニシテ單ニ之ヲ容易ナラシムルニ過キサル行爲ヲ以テ加功シタルトキハ從犯ナリト云フニ在リ例ヘハ後日他人

ヲ殺サントスル者ニ兇器ヲ給與スルハ一般ノ場合ニ於テ單ニ結果ノ發生ヲ容易ナラシムルニ過キサルカ故ニ從犯ナリト雖モ現ニ對岸ニ在ル被害者ヲ殺サントスル者ニ對シ銃砲ヲ給與スル如キハ犯罪ノ實行上必要ナル行爲ナルカ故ニ共同正犯タルコトヲ得ヘク又瞭望ノ如キハ强竊盜ノ實行上必要ナルモノナルカ故ニ共同正犯タルヲ得ヘク又犯罪實行ノ障碍ヲ排除スル爲メ必要ナル行爲モ共同正犯ヲ成立セシムルヲ得ルモノトス(同趣旨ノ判例頗ル多シ、明治三十六年判決錄三六頁、八三頁及ヒ同三十七年同六六頁、大正二年同二二九頁等參看)蓋如何ナル行爲カ或犯罪ノ實行上ニ必要ナルカ又重要ナルカヲ決スルハ頗ル困難ナル問題ナリト雖モ斯ノ如キ性質ヲ有スル行爲ハ卽チ實行行爲ニ外ナラサルカ故ニ此見解ハ實行行爲ノ分擔者ヲ共同正犯トシ然ラサル加擔者ヲ從犯ナリトスル見解ト一致シ得ルモノナルコトヲ注意ス可シ之ヲ別個ノ見解ナリト認ムルハ誤レリ〔註二〕

〔註二〕二者ノ區別ニ關シテ「殺人ノ見張ヲ爲シタル行爲ハ殺人行爲ト相竢テ殺人ノ實行行爲ヲ組成スルモノナルヲ以テ見張者ハ從犯ニ非スシテ共同正犯ナリ」トノ判決アリ(明治四十四年判決錄二二七三頁)是レ實行上必要ナル行爲ハ實行其モノニ外ナラストノ見地ニ基クモノナリ又二人竊盜ノ共謀ヲ爲シ一人ハ屋內ニ侵入シ一人ハ屋外側ニテ見張ヲ爲シタルトキハ見張者ハ住居侵入ニ付テモ共同正犯ナリトスルノ判例アリ(大正五年判決錄一七九一頁)是レ共謀者ヲ皆共同正犯トスル近來ノ判例ノ適用ノ結果ナリ然レトモ見張瞭望ハ常ニ如何ナル犯罪ニ付テモ實行行爲ヲ成スモノトスルハ予輩ノ採ラサル所ナリ例ヘハ賭博罪ニ付テハ賭財ヲ爲シ又ハ賭事博戲ヲ行フニ非スシテ只見張ヲ爲スニ過キサル者ハ共同正犯ニアラスシテ從犯ナリト解スルヲ正當ナリトス又他ノ判例ニ依レハ「犯罪ノ幇助ハ犯罪アルコトヲ知リテ犯人ニ犯罪遂行ノ便宜ヲ與ヘ之ヲ容易ナラシメタルノミヲ以テ足リ其遂行ニ必要缺ク可カラサル助力ヲ與フルコトヲ必要トセス」ト說明セリ然レトモ若シ犯罪ノ遂行ニ必要缺ク可カラサル助力ヲ與ヘタルトキハ卽チ共同正犯ニシテ既ニ從犯ニ非サルナリ又判例アリ、曰クチーハーノ蟻走者ハ賭博ノ實行開始ヨリ其終了ニ至ル迄ノ行爲ニ干與ス

ルモノナルモ自ラ財物ヲ賭シテ輸贏ヲ決シタルモノニアラサルカ故ニ賭博罪ノ正犯トシテ罰スルヲ得ス從犯トシテ處斷スルヲ相當トスト蓋正解ナリトス

第五 從犯ハ現行刑法上其處分ニ付テモ之ヲ正犯ト區別シタリ卽チ從犯ハ正犯ノ刑ニ照シテ減輕ス可キモノトス但正犯現ニ行フ所ノ罪從犯ノ知ル所ヨリ重キトキハ唯其知ル所ノ罪ニ照シテ減輕ス例ヘハ甲ハ乙カ竊盜ヲ爲スモノト信シテ梯子ヲ給與シタルニ乙ハ屋內ニ侵入セル上强盜ヲ爲シタリトセハ甲ハ竊盜ノ刑ニ照シテ減輕セラル可キモノトス然レトモ加重罪ノ場合ニ於テハ基本行爲ニ付テ幇助ノ意思アル以上ハ重キ結果ヲ豫見セサルトキト雖モ正犯現ニ行フ所ノ罪ニ從ヒ減輕ス可キモノトス例ヘハ甲カ乙ヲ傷害スルコトヲ知リテ之ニ刄物ヲ給與シタルニ甲ハ之ヲ使用シテ乙ヲ斬傷シ遂ニ死ニ致シタルトキハ從犯ニ對シ傷害致死ノ刑ヨリ減輕シタル刑ヲ以テ處分ス可キカ如シ(同趣旨判例明治四十年れ第一〇八四號上告事件判決)

第六 從犯ニ對スル敎唆又ハ幇助ハ之ヲ處罰スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題アリ法津ハ敎唆ノ敎唆ヲ罰スルノ明文ヲ設ケタルニ拘ラス從犯ニ付テハ正犯ヲ幇助シタル者ヲ從犯トシ尙ホ從犯ヲ敎唆シタル者ヲ從犯ニ準ス可キコトヲ規定スルニ過キサルカ故ニ從犯ヲ幇助スル者ハ之ヲ處罰スルヲ得スト解ス可キカ如シト雖モ第六十一條第二項ノ規定ハ注意的ノ規定タルニ止ルモノト認ム可ク從犯ノ幇助ハ間接ニ正犯ヲ幇助スル從犯ナリト解スルヲ正當ナリトス例ヘハ乙者アリ甲者ノ犯罪ヲ幇助スル爲メ犯所ニ向テ器具ヲ運搬シツツアリ丙者其情ヲ知リ乙者ノ運搬ニ助力シタルトキハ丙者モ亦甲者ニ對スル從犯ナリト解スルヲ相當ナリトス(從前ノ說ヲ改ム)

第七 以上說明スル所ノ外前節第七段乃至第九段ニ於ケル說明ハ之ヲ從犯ニ準用スルコトヲ得ヘシ尙ホ從犯ノ處分ニ關シ第一節第五款ノ說明ヲ參照ス可シ

第十一章 犯罪ノ分類

第一節 親告罪·非親告罪

第一 犯罪ニ因リ損害ヲ受ケタル者ハ何人ニ限ラス當該官廳ニ告訴スルコトヲ得、告訴ハ犯罪ノ訴追ヲ希望スル被害者ノ意思表示ナリ元來公訴機關ハ被害者ノ告訴ノ有無ニ拘ラス公訴ヲ爲スノ職權ヲ有スルヲ原則ト爲スモ法律ハ或場合ニ於テハ家庭ノ平和及ヒ休安ニ關スル利害並ニ關係者ノ名譽ニ關スル利害ヲ慮リ他ノ場合ニ於テハ公益ニ對スルヨリモ寧ロ私益ニ對シ最モ直接ノ影響ヲ及ホス可キ犯罪アルヲ認メ此等ノ場合ニ於テ被害者ノ意思ヲ問ハスシテ之ヲ訴追スルヲ不適當不必要ナリトシ被害者ノ告訴ヲ以テ公訴提起ノ要件トナスコトアリ斯ノ如ク告訴ニ基テノミ訴追サレ得ル犯罪ヲ親告罪(Antrgsdelikt.)ト稱シ其他ノ犯罪ハ總テ非親告罪(Offizialdelikt.)トス〔註一〕

〔註一〕刑法ハ祕密ヲ侵ス罪(一三五)猥褻姦淫罪(一八〇及ヒ一八三)暴行罪(二〇八)過失傷害罪(二〇九)略取誘拐罪(二二九)誹毀罪(二三二)親族相盜罪(二四四)親族間ノ詐欺恐喝罪(二五一)親族間横領罪(二五五)隱匿及ヒ毀棄ノ罪(二六四)ニ付テハ告訴ヲ待テ之ヲ論シ第九十條第二項、第九十一條第二項及ヒ第九十三條ノ罪ニ付テハ請求ヲ待テ之ヲ論ス可キモノトセリ(請求ニ付テハ訴訟法ノ形式ヲ遵守スルコトヲ要セス)特別刑法中ニモ告訴ヲ待テ論ス可キ罪ハ例ヘハ特許法(九〇)意匠法(二二)商標法(二一)實用新案法(二〇)新聞紙法(三五)著作權法(四四)漁業法(六〇)狩獵法(二三)等ノ如キ特別法ニモ之ヲ規定スルモノ少カラス斯ノ如ク告訴ヲ待テ論ス可キ罪ヲ親告罪ト稱スルヲ通例トス(法律上ニ於テハ新刑事訴訟法二百六十三條以下ノ規定ニ依リ始メテ術語ヲ採用シタリ)元來親告罪ニ屬スル犯罪ナリト雖其ノ態樣ニ依リ非親告罪ト爲ルモノアリ此場合ニ於テハ其制裁ノ加重セラルルヲ通例トス例ヘハ强姦罪ハ親告罪ナルモ强姦致傷致死ハ然ラス又暴行罪(第二百八條)及ヒ損壞罪(第二百六十一條)親告罪ナルモ常習トシテ又ハ暴威手段ニ依リテ犯ストキハ非親告罪ナリ(大正一五年法律第六〇號第一條參照)

第二 親告罪ニ於ケル告訴ハ通說ニ從ヒ犯罪ノ成立條件ニアラスシテ訴追條件ナリト解ス故ニ親告罪非親告罪ノ區別ハ寧ロ刑事訴訟法上ニ重要ナル關係ヲ有スルモノナリト雖モ便宜上實體法ニ於テ之ヲ規定スルヲ例トス〔註二〕

〔註二〕親告罪ニ於ケル告訴ハ訴追條件ナリヤ將タ狹義ノ處罰條件(Vorausetzung der Strafbarkeit i. e. S.)ナリヤニ付テハ學者ノ見解一致セス獨逸ノ學者中ニハ前說ヲ採ルアリ後說ヲ採ルアリ又此種ノ告訴ヲ處罰條件タルト同時ニ訴追條件ナリト爲スアリ其他親告罪ヲ二種ニ分類シ被害者カ法益ノ傷害ヲ感シ法定ノ形式ニテ之ヲ表示スルトキニ限リ傷害アリト認ムル爲

メニ設ケタル親告罪ト訴追ニ因リ却テ不利益ヲ感スル被害者アルヲ顧慮シ各場合ニ付テ告訴アルコトヲ必要トスルニ基ク親告罪トヲ認メ第一種ノ親告罪ニ於ケル告訴ハ處罰條件ニシテ第二種ノ親告罪ニ於ケル告訴ハ訴追條件ナリト說ク者アリト雖モ少數說タリ蓋獨逸刑法ニ於テハ訴追ハ告訴アル場合ニ限リ之ヲ爲ス(Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.)ト規定スルカ故ニ告訴カ訴追條件ナルコトハ明カニシテ之ヲ處罰條件ナリト爲スハ畢竟牽强附會タルヲ免レス佛國刑法ノ解釋トシテモ亦然リ,Il (délinquant) ne pourra être *poursuivi* que sur la plainte……,或ハ"*La poursuite* n'aura lieu que sur la plainte de la personne ou des personnes intéressées" ト規定スレハナリ我刑法ニ於テハ親告罪ニ付テハ「告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス」ト規定シ敢テ「告訴ヲ待テ之ヲ罰ス」ト曰ハス新刑法ノ用語法ニ從フトキハ「罪ヲ論ス」トハ「犯罪ノ成立ヲ認ム」ルノ趣旨ニアラスシテ既ニ成立セル犯罪ノ處分ヲ爲スノ意味ナリト解スルヲ適當トス加之告訴ハ當該官廳ニ對シ被告ノ行爲ヲ罰ス可キ行爲(Strafbare Handlung.)ト爲スコトヲ希望スル意思表示ニアラス(假リニ斯ノ如キ希望アリトスルモ告訴ヲ受理スル官廳ハ立法者ニアラサルカ故ニ法律上罰ス可キモノニアラサル行爲ヲ罰ス可キ行爲トナスノ權能ナキヲ以テ法律ハ斯ノ如キ希望ノ表示ヲ許シタリト認ムルヲ得ス)シテ被告ノ行爲ハ法律上ニテ罰ス可キ行爲ナルヲ以テ之ニ對シ公訴ノ提起アランコトヲ希望ストノ意思表示ナルカ故ニ其性質上ヨリ觀テ訴追條件タルヨリ以上ノ效果アリト認ムルヲ得ス

第三 親告罪ニ於ケル告訴ハ何人ヨリ之ヲ爲ス可キモノナルカ舊刑法ハ被害者又ハ其親族カ告訴權者タルコトヲ規定シタルモ現行法ハ姦通罪及ヒ國交ニ關スル罪ニ付テ本夫ノ告訴ヲ必要トスルコトヲ明カニスルノミニシテ(第百八十三條第二項及ヒ第九十條乃至第九十二條)其他ノ親告罪ニ付テハ何等規定スル所ナク之ヲ刑事訴訟法ノ規定ニ讓リタリ而シテ親告罪ニ對スル告訴ハ通常犯罪ニ對スル告訴ト法律上ノ效果ヲ異ニスルモ告訴權利者ハ何レモ同一ナルヲ原則トシ凡ソ犯罪ニ因リ害ヲ被リタル者ハ告訴ヲ爲スコトヲ得ヘク被害者ノ法定代理人又ハ夫ハ獨立シテ(本人ノ意思ニ拘ラスシテ)告訴

ヲ爲スコトヲ得ルモノトス但祖父母父母ニ對シテハ告訴ヲ爲スコトヲ得ス(刑事訴訟法第二百五十八條第二百六十條第二百五十九條)何人カ親告罪ニ於ケル被害者ナルカハ各犯罪ノ性質ニ鑑ミテ之ヲ決定ス可キモノトス然レトモ權利者ノ爲シタル告訴モ或場合ニ於テ法律上ノ效果ヲ生セサルコトアリ(刑法第百八十三條第二項但書、第二百二十九條但書、刑事訴訟法第二百六十四條、第二百六十五條參照)又有效ナル告訴アリタルモ之ヲ取下ケタルトキハ公訴權ヲ消滅セシムル效力アリ(刑事訴訟法第三百十五條第五號第三百六十四條第五號參照)是レ亦通常ノ罪ニ對スル告訴ト其趣ヲ異ニスル點ナリ

親告罪ニ於ケル告訴ニ付テハ代理ヲ許スヤ否ヤ、被害者ノ意思ニ拘ラス獨立シテ告訴ヲ爲シ得ル者(刑事訴訟法第二百六十條以下)ノ外ハ自己ノ意思ヲ以テ告訴スルコトヲ得サルモ權利者ノ意思ニ依リ之ヲ代理スルコトヲ得ルハ一般代理ノ原則ニ從フ可キモノトス

告訴權ハ相續スルコトヲ得ルヤ、通說ニ從ヘハ本問ハ之ヲ否定セサル可カラス(**オルスハウゼン**、**ブキンガー**、**アルフェルド**等)他ノ見解ニ從ヘハ告訴權ハ一身ニ專屬スル權利ナルカ故ニ承繼人ニ移轉ス可キモノニアラスト雖モ承繼人カ被害物體ヲ繼承シタルトキハ自ラ被害者トシテ告訴ヲ爲スノ權利ヲ得ルモノナリトス(**リスト**第四十五條**フランク**第六十一條第五註)更ニ第三說ニ依レハ財產犯罪ニ在リテハ行爲當時ノ所有者ヲ以テ被害者ナリト認ム可ク此場合ニ於ケル被害者ハ財產ノ主體ニアラスシテ特定ノ所有者ナリ反之著作權持許權等ハ著作者又ハ發明者ノ經濟的專用權ナリ此權利ハ一定時間存續スルモノニシテ侵害ノ危險(主トシテ不法複製販賣ニ因リ此侵害ヲ生ス)ハ此全期間ニ亘リテ存續シ竊盜、橫領等ノ如ク特定ノ時期ニ於ケル特定ノ人ニ關セス(シテ寧ロ著作權ノ主體ヲ其資格ニ於テ侵害ス可ク從テ著作權者及ヒ其承繼人ハ被害者タル可キモ著作者ノ相續人ハ其資格ニ於テ被害者タルコトナシ、換言スレハ侵害サレタル權利ノ主體ハ常ニ被害者ト爲ルモノニシテ此權利主體ト爲ル可キ者ノ變更ハ被害者ノ地位ニ影響ヲ及ホス可キモノニアラス例ヘハ或者著作物ヲ複製シ其發行者此事實ヲ知ラスシテ死亡シタルトキハ(其業務ノ承繼者ニ於テ告訴權ヲ有ス可ク發行者カ其事實ヲ知リタル一日

後ニ死亡シ告訴ヲ爲スコト能ハサリシトキ亦同シ反之發行權消滅シタル後ニ於テ其以前複製ノ事實アリタルコトヲ知ルモ已ニ告訴權ヲ有セスト(ビンディング刑法總論六二四頁)我判例ハ第三說ト略同趣旨ノ見解ヲ採ル(大正六年れ第三六三〇號同七年七月十七日宣告判決參照)又一九一九年獨逸刑法改正案(第四十五條)ハ親告權カ先ツ配偶者及子ニ移轉シ此等ノ者カ申告期間內ニ死亡シタルトキハ原親告權者ノ兩親、祖父母、孫、兄弟等ニ移轉スルコトヲ規定シタルカ我新刑事訴訟法(第二百六十條第二項)ハ「被害者死亡シタルトキ其配偶者、家督相續人、直系ノ親戚又ハ兄弟姉妹ハ告訴ヲ爲スコトヲ得但シ被害者ノ明示シタル意思ニ反スルコトヲ得ス」トノ明文ヲ設ケタルカ故ニ本問題ハ既ニ解決セラルルニ至レリ(尙ホ此規定ハ姦通罪ニ付テ適用ナキコト同條第三項ニ明言スル所ナリ)

第四 告訴ハ共同犯罪者ニ對シテ不可分ナリ此點ニ付テ我刑法及ヒ舊刑事訴訟法ニハ何等規定スル所ナキモ親告罪ノ告訴ハ人ニ付テ起ルニアラスシテ事件ニ付テ起ルモノナリトノ見地ヨリ斯ノ如ク論結スルヲ通說トシタルカ新刑事訴訟法(第二百六十八條)ニ於テハ明文ヲ以テ此點ニ關スル問題ヲ解決シタリ然レトモ例ヘハ姦夫ノ死亡ハ姦婦ニ對スル告訴ヲ妨ケス又親族間若クハ家族間ニ於ケル場合ニ付テノミ告訴ヲ必要トスル罪(所謂相對的親告罪)ニアリテハ此等ノ特別ノ關係ナキ者ニ對シテノミ告訴ヲ爲シ此等ノ關係アル者ニ對シテハ告訴ヲ爲ササルヲ得ルコト勿論ナリ但數人ノ親族カ共犯タル場合ニ於テハ之ニ對シ告訴不可分ノ原則ノ適用アリヤ否ヤニ付テ議論アリ獨逸ノ多數說ニ依レハ相對的親告罪ハ對人的關係ヲ基礎トスルカ故ニ親族ノ或者ニ對シテハ告訴ヲ爲シ他ノ者ニ對シテハ之ヲ爲ササルヲ得ルモノト爲ス蓋正解ナリ

第五 親告罪ニ於ケル告訴ハ訴追條件タルニ止リ犯罪ノ構成事實ニアラサルカ故ニ親告罪ニ付テモ時效ハ通常ノ犯罪ニ於ケルト同一ナリト解ス親告アリタル日ヨリ時效ヲ起算スト云フカ如キハ誤レリ然レトモ時效完成後ニ於ケル告訴カ何等ノ效果ヲ生セサルコトハ勿論ナリ又新刑事訴訟法ニ依ルトキハ親告罪ニ於ケル告訴ハ六個月以內ニ爲スニ非サレハ無效ナリトス(同法

第二百六十五條(尙ホ姦通罪ニ對スル告訴ニ付テハ同法第二百六十四條ニ特別ノ規定アルコトヲ注意ス可シ

第六 以上說明スル所ハ法典第二編第四章ノ規定ニ依リ請求ヲ待テ論ス可キ罪ニ付テモ亦應用スルコトヲ得ヘシ而シテ請求權利者カ何人ナルカハ刑法第九十條以下ノ明文ヲ以テ規定セラレタリ然レトモ手續上ニ於テ告訴ニ關スル刑事訴訟法上ノ規定ヲ遵守ス可キモノト認ムルヲ得ス

尙ホ告訴請求ニ付テハ新刑事訴訟法第二百五十八條乃至第二百六十八條ノ明文ヲ參照ス可シ

第二節 其他ノ分類

第一 前章ニ於ケル分類ノ外觀察ノ方面ヲ異ニスルトキハ犯罪ノ種類ヲ種種ニ區別スルコトヲ得ヘシ例ヘハ被害法益ノ差異ヲ標準トスルトキハ公益ニ關スル罪ト私益ニ關スル罪トノ區別ヲ生ス可ク又幾多ノ小分類ヲ設クルコト或範圍ニ於テ可能ナル可ク(刑法第二編以下各章罪名參照)或ハ犯罪行爲ノ發展スル階級上ヨリ觀察シテ既遂罪、未遂罪、豫備罪ヲ區別ス可ク或ハ又數人ノ共同スル關係ヲ標準トシテ共同正犯、敎唆犯、從犯等ノ區別ヲ認ムルヲ得ヘシ然レトモ此等ノ關係ハ既ニ說明セル所ナルヲ以テ本節ニ於テハ其他ノ區別ニ關シ少シク說明ス可シ

第二 國事犯ト非國事犯——被害法益ノ差異ヲ標準トスル分類法ノ一ナリ國事犯ハ所謂政事犯(Délit politique.)ノ一種ニシテ刑法第二編第二章及ヒ第三章ノ罪ヲ包含ス其他ノ犯罪ハ悉ク非國事犯ナリ此區別ノ實益ハ國事犯ニ付テハ裁判所ノ管轄ノ異レル點ニアリ(裁判所構成法第五十條第二項)舊刑法ニ於テハ國事犯ニ對シ特別ノ主刑ヲ定メタルモ現行法ニ於テハ然ラス政事犯ト非政事犯トノ區別ハ犯罪人引渡ニ關シテ實益アリ(逃亡犯罪人引渡條例(三))ト雖モ此區別ハ必シモ國事犯ト非國事犯トノ區別ニ一致セス所謂政事犯ニシテ非國事犯ニ屬スルモノアリ(但此二ノ區別ヲ同一視スル者アリ)又伊太利刑法改正草案ハ政治的社會的犯罪(Delitti politico-sociali.)ナルモノ(專ラ政治的又ハ公共利益ノ動機ニ因テ犯サレタル罪)ヲ認メテ之ヲ他ノ普通犯罪ト區別シ特殊ノ刑ヲ定メタリ

第三 作爲犯ト不作爲犯——法規ノ種類ニ基ク區別ナリ一定ノ行爲ヲ禁スル法規(Verbot.)ニ違背スル行爲ヲ以テ實質トスル犯罪ハ作爲犯ニシテ一定ノ行爲ヲ命スル法規(Gebot.)ニ違背スル行爲ヲ實質トスル犯罪ハ不作爲犯ナリ然レトモ刑法ハ第一種ノ罪ヲ作爲ノ形式ニテ規定シ第二種ノ犯罪ヲ不作爲ノ形式ニテ規定スルヲ通例トスルカ故ニ法文上作爲ノ形式ニテ規定サレタル犯罪ハ作爲犯ニシテ法文上不作爲ノ形式ニテ規定サレタルモノハ不作爲犯ナリト謂フヲ得ヘシ而シテ作爲犯ハ不作爲ヲ手段トシテモ亦之ヲ犯スコトヲ得ヘク此場合ニハ之ヲ不眞正不作爲犯又ハ作爲ニ依ル不作爲犯ト稱スルヲ例トス(本編第四章第二節第三段說明參照)一說ニ依レハ此區別ハ犯罪カ成立シタル後ニ於テ其外形ヨリ觀察シタルモノニシテ例ヘハ殺人罪カ積極行爲ニテ成立シタルトキハ作爲犯ナリ消極行爲ニテ成立シタルトキハ不作爲犯ナリト爲ス此見解ニ依ルトキハ不眞正不作爲犯ト云フ觀念ハ之ヲ否認セサルヲ得サルニ至ル可シ、不作爲犯(眞正)ハ其種類頗ル少ナク且一般ニ重刑ヲ科セラレタルモノ少シ

不眞正不作爲犯ハ如何ナル犯罪ニ付テモ之ヲ認ムルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題アリ蓋法律カ手段ノ如何ヲ問ハス一定ノ結果ニ重キヲ置ク場合ニハ常ニ不眞正不作爲犯ヲ認ムルヲ得ヘシト雖モ法律カ特ニ或積極的ノ擧動ニ重キヲ置ク場合ニハ本問ハ之ヲ否定セサル可カラス例ヘハ逃走罪、住居侵入罪又ハ竊盜罪ノ如キハ不作爲ニ依リ犯スコトヲ得サルモノト解スルヲ穩當ナリトス然レトモ如何ナル犯罪ニ付テモ不作爲ニ依ル間接正犯ヲ認ムルヲ得ルモノトス例ヘハ狂人他人ノ財物ヲ竊取スル際其監督義務者故意ニ之ヲ抑制セサルトキハ竊盜ノ間接正犯タルヲ妨ケス又之ト同シク凡テノ不作爲ニ付キ作爲ニ依ル間接正犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ルモノトス例ヘハ他人ヲ强制シテ徵兵檢査ニ應セシメサルトキハ不應罪ノ間接正犯タル可ク又例ヘハ乳母ヲ制縛シテ哺乳セシメスシテ赤兒ヲ餓死セシメタルトキハ作爲ニ依リ間接ニ不眞正不作爲犯ヲ犯スモノナリ

第四 故意犯、過失犯、結果犯——罪ト爲ル可キ事實ニ對スル認識ノ有無ニ因ル分類ナリ、罪ト爲ル可キ事實ノ全部ニ付キ認識ヲ必要トスル犯罪ハ故意犯ニ

シテ其全部ニ付キ認識ヲ缺ク犯罪ハ過失犯ナリ故ニ過失犯ハ特定ノ結果ニ付テ責任ヲ負フモノト解シテ之ヲ結果犯ト稱スルモ不可ナラス然レトモ過失アル意思ヲ以テ其要素トスルカ故ニ主觀要素ヲ要セサル結果犯罪ニアラサルコトヲ注意ス可シ過失犯ヲ無意犯ト稱スルノ適當ナラサルコトハ此見地ヨリ觀察シテ自ラ明カナリ

學說上所謂結果犯ハ一定ノ犯意アル意思活動ヨリ本人ノ認識スルコトヲ要セサル重キ結果ノ發生スル場合ヲ指稱ス就中其重キ結果ニ付テハ認識ノ存セサルコトヲ必要トスル結果犯アリ(例ヘハ傷害致死罪)又其認識ノ有無ヲ問ハサルモノアリ(例ヘハ傷害罪)然リ而シテ其重キ結果ニ付テハ必シモ過失ノ伴フコトヲモ必要トスルモノニアラス唯其結果カ意思活動ニ對シ相當因果ノ關係アルヲ以テ足ルモノトス是レ結果犯ナル名稱ノ生スル所以ナリ然レトモ其意思活動ニハ一定ノ犯意アルカ故ニ純然タル結果犯ナリト認ムルヲ得サルノミナラス又所謂擧動犯ニ對シテ此名稱ヲ用フルコトアルヲ以テ(本編第四章第三節第二段說明參照)專ロ之ヲ結果的加重罪(又ハ結果加重犯)ト稱スルヲ適當リトス何トナレハ此種ノ犯罪ハ重キ結果ノ發生ニ因リ刑ヲ加重セラルルモノナルコトヲ指示スルニ便ナレハナリ

第五 刑事犯(Kriminaldelikt.)ト警察犯(Polizeidelikt.)——行爲ノ性質ニ因ル分類ナリ

然レトモ區別ノ標準ニ付テハ學說一致セス或ハ權利侵害ノ有無ヲ以テ標準トシ或ハ實害行爲タルト危害行爲タルトニ基キ或ハ被害法益ノ重要ナルト輕微ナルトニ依リ或ハ處罰機關カ裁判所ナルト警察官廳ナルトニ照ス等枚擧スルニ遑アラス或ハ又之ヲ所謂自然犯ト禁制犯トノ區別ト同一視スルモノアリト雖モ最モ適當ナル見解ニ依レハ警察犯トハ危害(Gefährdung.)ヲ生スル虞アル狀態卽チ危險性(Gefährlichkeit.)アルコト又ハ公ノ秩序ニ違反スルコトヲ理由トシ若クハ單ニ特定ノ行爲ヲ强制スルコトヲ目的トシテ科刑セラレタル行爲ヲ謂フモノニシテ刑事犯トハ實害若クハ實害ヲ生スル虞アル狀態卽チ危害ヲ實質トスル犯罪ナリトセラル

此區別ヲ一層擴張スレハ所謂外形犯ト實質犯トノ區別ト爲ル外形犯トハ諸種ノ稅法ニ於ケル犯罪ノ如ク行爲カ有責ナルコトヲ必要トセサル犯罪ナリ

法律カ之ヲ罰スルハ所謂取締ノ爲メニシテ犯人ノ非社會性ニ重キヲ置クニ非サル點ニ於テ實質犯卽チ刑事犯ト異ル故ニ通常之ヲ取締違反罪ト稱ス所謂警察犯ハ其一種タリ

學說上所謂自然犯ト禁制犯トノ區別モ亦刑事犯ト警察犯トノ區別ニ類スルモノナリ自然犯ハ古今東西稍〻共通的ノ道義觀念ニ背戾スル犯罪ニシテ禁制犯ハ特別ノ法律規定ヲ以テ犯罪ト認ムルモノナリト解セラル(本編第一章第一節第四段一號說明參照)然レトモ此區別モ亦程度問題ニ屬スルモノニシテ絕對的ノモノニアラス

第六 卽成犯(Délit instantané.)ト繼續犯(又ハ特續犯)――犯罪ノ成立狀態ヨリ觀察シタル分類ナリ此分類ノ實益ハ時效起算點ノ異ル點ニアリ卽成犯ハ既遂要件ヲ具備スル瞬間ヨリ時效ヲ起算シ繼續犯ニアリテハ犯罪カ既遂ト爲リタル後犯罪狀態ノ繼續止ミタル時ヨリ之ヲ起算ス可キモノトス

卽成犯ト繼續犯トハ如何ナル點ニ於テ性質ヲ異ニスルカ卽成犯ハ犯罪ノ既遂ト爲ルヤ否ヤ犯罪狀態終止シ其後ノ影響ハ犯罪ノ構成要素ヲ成サス(例ヘハ强竊盜ハ物ノ所持ヲ奪取スルト同時ニ既遂ト爲リ之ト同時ニ犯罪其モノハ終止スルモノニシテ犯人カ其後贓物ヲ引續キ占有シツツアル狀態ハ盜罪ノ概念ニ屬セス)反之繼續犯ハ犯罪ノ既遂條件完備シタル後尙ホ其狀態カ犯罪トシテ持續スルモノナリ(例、不法監禁)一定ノ犯罪カ卽成犯タリヤ繼續犯タリヤハ其犯罪ノ構成要件ノ性質ヲ研究スルニアラサレハ之ヲ決スルコトヲ得ス繼續犯ト連續犯トノ區別ニ付テハ連續犯(第九章第三節第五段一)ノ說明ヲ參照ス可シ

第七 以上ノ外觀察點ノ如何ニ依リ種種ノ分類ヲ爲スコトヲ得ヘキモ玆ニ特說スルノ必要アルヲ見ス殊ニ現行犯ト非現行犯トノ分類ノ如キハ全ク刑事訴訟法上ノ觀念ニシテ刑法上ノ分類ニ屬セス又重罪、輕罪、違警罪ノ分類ハ舊刑法ニ於テ實體的ニ諸種ノ關係ヲ有シ且刑事訴訟法其他ノ法令ノ適用ニ付テハ刑法施行後ニ於テモ直チニ消滅セス(刑法施行法第二十九條乃至第三十一條參照)ト雖モ刑法上ノ分類トシテハ廢止セラレタルカ故ニ說明ヲ省ク

第十二章　犯罪時及ヒ犯罪地

第一　犯罪ノ時ニ關スル問題ハ新舊法比照問題及ヒ時效起算ノ問題等ニ關連シ犯罪ノ場所ニ關スル問題ハ我國法ヲ適用ス可キヤ否ヤ又內國裁判所ノ何レカ管轄權ヲ有スルヤノ問題ト關連ス

犯罪ノ時及ヒ場所ニ關スル問題ハ所謂離隔犯(Distanzverbrechen.)ニ於テ生スルモノトス離隔犯トハ動作ト結果トカ時若クハ場所ニ關シ法律上影響アル間隙ヲ有スル場合ヲ謂フ例ヘハ或者カ日本ノ國境ヨリ露國ノ領內ニ在ル者ヲ銃殺シタル場合ノ如キハ場所ニ關スル離隔犯(卽チ隔地犯)ニシテ又例ヘハ被害者カ斬傷ヲ受ケタル後數日ヲ經テ死亡シタル場合ノ如キハ隔時犯ナリ斯ノ如ク時若クハ場所ニ關シ法律上影響アル間隙ノ存スル場合ニアラサレハ犯罪ノ時及ヒ場所ノ問題ヲ研究スルノ必要ヲ見ス

第二　犯罪ノ時及ヒ場所ニ關スル學說ハ甚タ區區ニシテ一致ヲ缺ケリ大別シテ左ノ三說トナス

一　擧動ノミヲ以テ標準トスル說　此說ハ意思活動ノ行ハレタル時及ヒ場所ヲ以テ犯罪ノ時及ヒ場所トナスモノニシテ犯罪ハ卽チ意思活動ナリトシ結果ヲ包含セサルモノト見解スル學者及ヒ行爲ハ意思活動及ヒ結果ヨリ成立スルコトヲ主張スル學者ノ共ニ認ムル所ナリ

二　結果ヲ以テ唯一ノ標準トナス說　此說ニ依ルトキハ犯罪ハ結果ノ發生シタル時及ヒ場所ニ於テ行ハレタルモノナリトナス其主旨ニ曰ク行爲カ如何ナル犯罪トナルカハ獨リ結果ニ依リテノミ之ヲ定ム可キコト爭フ可カラサル事實ニシテ犯罪ノ時及ヒ場所ニ關スル問題ハ此事實ヲ根據トシテ之ヲ決定セサル可カラスト云フニ在リ從前ニ於テ**フォン・リスト**ノ主張セル所ニシテ**ノイマイヤー**カ雷同シタル所ナリ

三　中間影響ヲ標準トスル說　中間影響說ハ働作ト結果トノ中間ニ於ケル影響卽チ意思活動ノ直接ノ影響ノ發生シタル時及ヒ場所ヲ以テ犯罪ノ時及ヒ場所ト認ムルモノナリ例ヘハ致命傷ヲ與ヘタル場合ニ於テハ負傷ノ時及ヒ場所ヲ以テ殺人犯ノ時及ヒ場所トナシ被害者ノ死亡シタル時及ヒ

場所ヲ以テ標準トナササルモノナリ、然レトモ中間影響ヲ以テ意思活動ノ延長ナリト解シ意思活動及ヒ中間影響ヲ合セテ行爲ナリトシ此意味ニ於ケル行爲ノ時及ヒ場所ヲ標準ト爲ス可キコトヲ主張スル者アリ

四 擧動竝ニ結果ヲ以テ標準トナス說　此說ハ意思活動ノ時及ヒ場所又ハ結果ノ發生シタル時及ヒ場所ヲ以テ等シク犯罪ノ時及ヒ場所ナリト認ムルモノナリ(**ビンディング**、**リリエンタール**、**ワッハ**等此見解ヲ採ル)

上叙第二說及ヒ第三說ニ對シテハ次ノ如キ批難アリ曰ク此等ノ學說ニ依ルトキハ行爲ノ時ニ關スル問題及ヒ責任能力ニ關スル問題ヲ不當ニ決セサルヲ得サルニ至ルモノニシテ例ヘハ意思活動ノ時ニ於テハ未タ其行爲ヲ罰ス可キ法律ナク其結果ノ發生スル時ニ當リテ斯ノ如ク結果ヲ生スル行爲ヲ處罰スルノ法律制定セラレタルカ如キ場合ニ於テモ其行爲ヲ處罰スルコトヲ得ヘク又精神障碍中ニ爆發物ヲ發送シタルモ其爆發物カ被害者ニ到達シテ之ヲ殺シタル時ニ於テ精神狀態カ恢復セル場合ノ如キ亦之ヲ處罰スルヲ得ルコトトナル可ク斯ノ如クンハ法律ハ意思活動ヲ處罰セスシテ結果ノミヲ處罰スルニ外ナラス是レ全ク刑法ノ精神ニ反スルモノナリト

又第一說ニ對シテハ次ノ如キ批難アリ曰ク結果ヲ度外視シテ犯罪ノ時及ヒ場所ヲ決定スルハ結果カ犯罪ノ一要素タルコトヲ無視スルモノニシテ甚不當ナリト

第三 以上ノ學說ハ何レモ犯罪ノ時ニ關スル問題ト犯罪ノ場所ニ關スル問題トヲ悉ク同一ニ論定セントスルモノニシテ之カ爲メニ思想ノ混同ヲ招クコト少カラス須ラク二者ヲ分離シテ研究スルノ必要アリ

一 犯罪ノ場所ニ關スル問題ハ常ニ犯罪ノ成立條件ノ具備シタル後ニ於テ之ニ國內刑法ヲ適用ス可キヤ又國內裁判所ノ何レカ犯罪地トシテノ管轄ヲ有スルヤノ客觀方面ノミニ關係スルカ故ニ意思活動ノ行ハレタル場所及ヒ其中間影響又ハ結果ノ發生シタル場所ハ何レモ之ヲ犯罪ノ場所ナリト認ムルニ於テ何等ノ支障ヲ生セサルノミナラス又斯ノ如ク解スルヲ至當ナリトス從テ東京府管內ヨリ神奈川縣管內ニ在ル者ヲ銃傷シ被害者カ大阪ニテ死亡シタルトキハ東京、橫濱、大阪ノ裁判所ハ何レモ犯罪地トシテ

ノ管轄ヲ有ス若シ夫レ意思活動カ異リタル場所ニ於テ發展シタルトキハ單純ナル豫備行爲ハ之ヲ除外シ(法律上特ニ之ヲ處罰スル場合ハ然ラス)實行行爲ノミヲ標準トセサル可カラス而シテ實行行爲カ數個ノ意思活動ヨリ成ル場合ニ於テハ其何レヲモ標準トナスコトヲ得ヘシ例ヘハ所謂結合罪及ヒ連續犯等ノ場合ニハ犯罪特別構成要件ノ一個カ行ハレタル場所ヲ以テ標準トナス、或ハ此等ノ場合ニ於テ最後ノ意思活動ノミヲ以テ標準トナス者アレトモ誤レリ

判例ニ云ク帝國領土內ニ於テ犯罪行爲ヲ爲シタル以上ハ縱令其目的カ外國ニ於テ遂行セラル可キ場合ト雖モ帝國刑法ノ支配ヲ受ケサル可カラス(明治四十二年判決錄六二二頁)又曰ク失火罪ノ一構成要件タル過失行爲ニシテ帝國ノ版圖內ニテ行ハレタル以上ハ縱令他ノ要件タル結果カ國外ニテ發生シタリトスルモ該犯罪ハ帝國內ニ於テ犯サレタルモノナリト(同四十四年同一二〇二頁)此二個ノ判例ハ意思活動ノミヲ標準トス可キコトヲ認ムルノ主旨ニ非スシテ意思活動カ本邦ニテ行ハレタル以上ハ帝國內ノ犯罪ト認ムルニ充分ナリトスルノ主旨ナル可シ

一九一九年獨逸刑法改正案第八條ニ於テ犯罪ハ構成事實ノ全部又ハ一部實現シタル場所又ハ犯人ノ意思ニ從ヒ實現ス可カリシ場所ニ於テ爲サレタルモノトスルノ趣旨亦予輩ノ見解ト一致スルモノナリ

二　犯罪ノ時ニ關スル問題ハ種種ノ方面ニ關係ヲ有スルカ故ニ其關係ノ性質如何ニ依リ解決ヲ異ニス〔註一〕

犯罪ト刑罰法令トノ關係ヨリ觀察スレハ意思活動及ヒ結果ノ發生時カ共ニ關係アリ卽チ刑罰法令カ意思活動ノ時ニモ又結果發生時ニモ實施中ニ非サレハ犯罪ノ成立ヲ認ムルヲ得ス但擧動ト結果發生トノ間ニ新舊法更替スルニ過キサル場合ハ然ラス(前編第六章第一節第二款註三參照)

犯罪ト主觀的責任トノ關係ヨリ觀察スレハ犯罪ノ時ハ意思活動時ニ依テ定ル卽チ意思活動ノ時ニ責任能力及ヒ意思責任ノ存在スルニ非サレハ犯罪ハ成立セス反之此時ニ主觀的責任ノ具備スル以上ハ結果發生時ニ之ナシト雖モ犯罪ノ成立ヲ妨ケス

犯罪ト時效トノ關係ヨリ觀察スレハ意思活動ノアリタル時又ハ結果ノ發生シタル時何レカ其一ヲ標準トシテ犯罪ノ時ヲ決定セサル可カラサルハ勿論ナリ然リ而シテ刑事訴訟法ニハ時效ハ犯罪行爲ノ終リタル時ヨリ進行ス可キモノニシテ共犯ノ場合ニ於テハ最終ノ行爲ノ終リタル時ヨリ總テノ共犯ニ對シテ時效ノ期間ヲ起算スル旨ノ規定アリ(第二百八十四條)ト雖モ犯罪行爲ノ終リタル時トハ意思活動アリタル日ヲ謂フカ之ニ伴フ結果ノ發生日ヲ指スカ明白ナラス玆ニ於テカ異說アリ甲說ニ依レハ時效ハ客觀的ニ求刑權ヲ消滅セシムルモノニシテ主觀的責任ヲ消滅セシムルモノニ非サルカ故ニ結果ノ發生日ヲ標準トス可キモノナリトシ乙說ニ依レハ時效ハ犯人ノ惡性ノ消滅ヲ推定シ主觀的ニ刑責ヲ除却スルモノナルカ故ニ意思活動ノ時ヨリ之ヲ起算ス可キモノナリトス蓋此主觀說ヲ以テ正當ナリトセハ當該犯罪ニ付キ時效ノ進行中更ニ他ノ犯罪ヲ犯シタル事實ノ證明セラルルトキハ時效ノ中斷ヲ認メサル可カラサルハ當然ナルニ拘ラス我現行法ハ各罪各別ノ時效ヲ認ムルカ故ニ此見解ヲ採用ス可キニアラス又求刑權ハ犯罪ノ初ヨリ成立スルコト明カナルニ拘ラス犯罪行爲ノ終リタル日ヨリ時效ヲ起算ス可キモノトスル我法律ノ解釋トシテハ公訴時效ハ犯罪要素ノ發現ノ始期ヲ以テ起算點ト爲サスシテ其最終ノ時ヲ以テ起算ノ標準點トスルヲ適當ナリトス從テ既遂罪ノ場合ニハ結果發生ノ時ヨリ起算ス可ク未遂罪ノ場合ニハ意思活動ノ時(中間影響ノ發生スル時ハ其時ヲ標準トセサル可カラス〔註二〕犯罪ト其成立時期トノ關係ヨリ觀察スレハ實行著手ノ時期ヲ以テ始期トシ其終期ハ未遂罪、既遂罪、卽成犯、繼續犯等ノ區別ニ依リ同シカラス

〔註一〕 前揭獨逸刑法改正案第八條(第二項)ニ依レハ犯罪ハ正犯カ意思活動ヲ爲シタル時又ハ爲ス可カリシ時ニ於テ爲サレタルモノトス結果發生時ハ標準ト爲サスト規定セルモ如此單一ノ標準ニテ足ルモノニ非サル可シ

〔註二〕 意思活動ト其結果トハ等シク犯罪ノ要素ナルカ故ニ其何レヲ標準トシテ犯罪ノ時ヲ定ム可キモノトスルモ理論ニ於テハ著シキ支障ヲ生スルモノニアラスト雖モ法律ノ明文ヲ以テ其何レヲ以テ標準トス可キカヲ明カニスルヲ便宜ナリトス是レ譬ヘハ各地間里程元標ノ位置ヲ

定メ置クノ必要アルト同理ナリ獨逸刑法カ明文ヲ設ケテ問題ヲ解決シタルモ亦斯カル見解ニ外ナラサル可シ我新刑事訴訟法第二百八十四條ニ依レハ時效ハ犯罪行爲ノ終リタル時ヨリ進行スト規定セルモ犯罪行爲トハ意思活動ノミヲ指スモノトスル見解ト結果ノ伴フ場合ニハ之ヲモ包含スルモノトスル見解トアリテ起草者ノ間ニモ一致セル解釋ナシ

第四 過失犯ハ現行法上法定ノ結果ヲ生スル場合ニ限リ成立スルモノニシテ此結果ノ發生セサル場合ニハ過失犯ヲ存セサルコト明カナリト雖モ已ニ此結果ノ發生シタル場合ニハ其原因ヲ與ヘタル意思活動モ當該過失犯ノ要素ト爲ル可キモノナルカ故ニ過失犯ノ場所モ亦意思活動地及ヒ結果地ニ一致ス可ク過失犯ノ時ニ付テモ前段ニ説明スル標準ニ依ルヲ得ヘシ

第五 不作爲犯ノ場所ハ法規ニ依リ要求サレタル作爲ヲ爲ス可カリシ場所ニ一致スルヲ通例トス換言スレハ不作爲犯ノ場所ハ行爲者カ法律上ノ義務ヲ適法ニ履行シ得ル最後ノ時期ニ於テ作爲ヲ爲ス可カリシ場所ニ依リテ定ルヲ原則トス而シテ作爲ヲ爲ス可キ場所ハ法律ニ依リテ特定セラルルモノトアリ後者ニ付テハ各罪ノ性質ヲ研究スルニアラサレハ抽象的ニ説明スルヲ得ヌ

其義務ノ性質ニ依リ自ラ定ル可キモノトアリ後者ニ付テハ各罪ノ性質ヲ研究スルニアラサレハ抽象的ニ説明スルヲ得ヌ

然レトモ義務者カ其義務ヲ履行ス可キ地ニ在ラスシテ他ノ場所ニ於テ作爲ヲ開始スルニ非サレハ不作爲犯ノ成立ヲ免レサル場合ニ於テ其作爲ヲ開始セサリシトキハ意思活動地ハ其滯在地ニシテ結果地ハ法定ノ履行地ナルヲ以テ斯ノ如キ場合ニ於ケル不作爲犯ノ場所ハ其滯在地竝ニ法定ノ履行地ヲ以テ標準トナササル可カラス(同説**ビンディング**、**ギツィンゲル**)例ヘハ第一師團管内ニ本籍ヲ有スル者カ東京ニテ一定ノ時期ニ徵兵檢査ヲ受ク可キ場合ニ其義務者カ大阪ニ現住シ所定ノ時期ニ檢査ニ應セスト假定セヨ此場合ニ於テ徵兵召集不應罪ノ場所ハ東京又ハ大阪ノ一方ニ限ルニ非スシテ東京竝ニ大阪ヲ以テ犯罪地ト看做ササル可カラス、但通説ニ於テハ此滯在地ヲ犯罪地ト認メス

不作爲犯成立ノ始期ハ法規ノ要求スル作爲義務違反ノ始マル瞬間ニ存スルモノニシテ犯罪ハ其瞬間ヨリ作爲義務ノ消滅スルマテ繼續ス(但其繼續期間

中不作爲カ罪トナル可キ條件ノ一ヲ失フトキ(例ヘハ不作爲者カ責任能力ヲ失フトキ)ハ其以後ニ犯罪ノ繼續セサルハ勿論ナリ)而シテ其義務カ何時ニ消滅ス可キカハ各個ノ規定ノ性質ニ依リテ之ヲ決セサル可カラス不作爲犯ニ關スル時效ノ起算點ハ作爲義務消滅ノ時ヲ以テ標準トナス可ク(反對說アルモ少數ナリ本文見解ハ**ビンディング**、**フランク**、**リスト**其他ノ通說ニ從フ)又主觀的責任ハ不作爲ヲ組成スル意思活動ノ時期ニ於テ存在スルヲ要スルコト勿論ナリ

第六 所謂間接正犯ノ場合ニ於テハ其機械トナレル者カ責任能力ナキト又其者ノ錯誤ニ出テタルト又ハ其者カ强制セラレタルトヲ問ハス其行爲ハ之ヲ利用スル者ノ行爲ナリト看做シテ被利用者ノ働作ヲ標準トシ若クハ其働作竝ニ結果ヲ以テ標準トスルヲ通說トシ判例亦此見解ヲ採用ス然レトモ實際上利用セラレタル者ノ擧動ハ恰モ被害者ニ對シテ發送セラレタル爆裂彈ノ如キモノト之ヲ區別スルコトヲ得ス利用者ノ行爲ハ被利用者ヲ活動セシムル言語其他ノ働作ノミナリ被利用者ノ意思活動ハ利用者ノ意思活動ニ非ス

シテ寧ロ利用者ノ意思活動ノ中間影響ナリト看做ササル可カラス故ニ利用者カ被利用者ニ活動ノ原因ヲ與ヘタル場所、被利用者ノ意思活動地及ヒ結果地ヲ以テ何レモ間接正犯ノ場所ナリトスルヲ正當トシ時ノ關係ニ於テハ原因ヲ與ヘタル時期ニ於テ利用者ハ責任能力ヲ有セサル可カラス反之被利用者ノ活動中ニハ利用者カ責任能力ヲ失フトキト雖モ尙ホ其結果ニ付テ責任ヲ負フ可キモノトス若シ其時期ニ於テ責任能力ナキトキハ被利用者ノ活動中ニ責任能力ヲ生スルモ原則トシテ其結果ニ對スル責ニ任セサル可シ反之時效ノ起算點ハ一般ニ結果說ヲ採用ス可キモノトスルトキハ間接正犯ノ場合ニモ當該結果ノ發生シタル時期ヲ以テ標準トセサル可カラス

然レトモ人ヲ利用シテ犯罪ヲ行フ場合ニハ現行法ノ解釋上其利用セラル可キ者カ實際ニ利用セラルル事實アルニアラサレハ犯罪ハ不能ニ歸スルモノト解ス可ク又犯罪不能ノ場合ニハ著手ノ問題ヲ生セサルモノト解ス可キカ故ニ事實上被利用者ノ行爲ノ開始スル以前ニ在リテハ利用者ノ方面ニモ犯罪ノ成立ヲ認ム可キモノニアラス唯被利用者ノ行爲アル場合ニ於テノミ利

用者ノ犯罪ノ時及ヒ場所ニ關スル問題ヲ上叙ノ標準ニ依リテ決シ得ヘキモノトス是レ恰モ過失行爲カ現行法上法定ノ結果ノ發生スル場合ニ限リ過失犯トシテ犯罪ノ時及ヒ場所ニ關スル問題ヲ惹起スルト同樣ナリ

第七 間接正犯ニ關スル上叙ノ說明ハ理論上通常ノ敎唆及ヒ從犯ニ付テモ亦之ヲ應用スルコトヲ得ヘシ但現行刑事訴訟法ハ此等ノ行爲カ獨立ノ犯罪ニ非スシテ附隨的ニ成立スルモノナリトノ理由ヲ以テ正犯ノ場所ヲ以テ敎唆及ヒ從犯ノ場所ト爲スノ趣意ナルカ如ク(刑事訴訟法第二十八條第一項)判例亦此見解ヲ採用シ敎唆及ヒ從犯ノ時效モ亦正犯ニ從フモノト解シツツアリ然レトモ主觀的責任ハ常ニ一身的ナルカ故ニ敎唆者又ハ從犯ノ各自カ敎唆又ハ幇助ノ當時ニ於テ之ヲ具有スルコトヲ要ス[註三、四]

前揭獨逸刑法改正案カ正犯ニ付テノミ犯罪ノ時ニ關スル規定ヲ設ケタルハ敎唆從犯ノ犯罪時モ亦正犯ノ犯罪時ニ依リテ決定スルノ趣旨ナルカ如シ但此點理由書ニ說明スル所ナシ反之伊太利案ノ如ク敎唆及ヒ從犯ヲモ全ク獨立犯罪トスルトキハ總テ正犯ト同一標準ニ依リテ其犯罪時及ヒ犯罪地ヲ解決セサル可カラス

[註三] 敎唆及ヒ從犯ノ時及ヒ場所ニ付テハ學者ノ見解一致セス**メルケル**及ヒ獨逸國裁判所判決等ハ加擔行爲及ヒ正犯行爲ノ時及ヒ場所ヲ以テ等シク敎唆及ヒ從犯ノ時及ヒ場所ナリトシ**アルフェルド**ハ加擔行爲ノ時及ヒ場所ノミヲ標準ト爲シ其他正犯行爲ノミヲ標準ト爲ス者アリ

[註四] **アルフェルド**ハ加擔行爲ノ場所ノミヲ以テ敎唆及ヒ從犯ノ場所ナリト解スル結果トシテ國內ニ於テ國外犯ニ對スル加擔行爲ヲ爲ストキハ正犯行爲カ外國ノ法律上罰ス可キモノニ非サルトキト雖モ敎唆從犯ノ成立ヲ認ム可ク反之國內犯罪ニ對シ外國人カ外國ニ於テ加擔行爲ヲ爲スモ原則トシテ之ヲ罰スルコトヲ得サルモノト說明シタリ(**マイヤー・アルフェルド**敎科書第八版二一一頁參照)然レトモ予輩ハ敎唆犯及ヒ從犯ノ場所ハ敎唆又ハ幇助ノ行ハルル場所竝ニ正犯行爲ノ行ハルル場所ヲ以テ標準ト爲スカ故ニ苟クモ我刑法上罰シ得ヘキ性質ヲ有スル正犯行爲(場所ノ關係ヲ別問題トス)ニ對シテ敎唆又ハ幇助ヲ爲シ而シテ其敎唆幇助ノ行爲又ハ正犯

行爲ノ何レカ一部カ國內ニ於テ行ハルル以上ハ我刑法上敎唆犯又ハ從犯ノ成立ヲ認ムル可キモノト解ス(故ニ其正犯行爲カ行爲地ノ法律上罰セラルル可キヤ否ヤ又其行爲者カ外國人ナルト否トニ因リ區別ヲ生セス)

第三編　刑罰

第一章　通論

第一節　刑罰ノ意義

第一　刑罰ハ刑法ニ定ムル制裁ナリ其實質ハ反法行爲者ノ法益ヲ剝奪スルニ在リ其目的ハ將來ノ犯罪ヲ豫防スルニ在ルモノトス〔註一〕

抑〻法律上保護セラレタル利益ヲ傷害スルハ一般ノ場合ニ於テハ違法ナリト雖モ法律ハ將來ノ犯罪ヲ豫防シ法律秩序ヲ維持スル爲メニ犯人ノ法益ヲ國家自ラ剝奪シ以テ犯人ニ對シテ制裁ヲ加フルコトヲ認ムルモノトス是レ卽チ刑罰ナリ

〔註一〕從來一般ノ觀念ニ從フトキハ刑罰ハ犯罪ニ對スル制裁トシテ犯人ニ科スル苦痛(Malum passionis.)ナリトス反之近來ノ思想ニ依ルトキハ刑罰ノ目的ハ犯人ニ苦痛ヲ與フルニアラスシテ之カ改過遷善ヲ促スニ在リ加之或者ハ監獄ヲ以テ寧ロ饑餓ニ對スル避難舍ニシテ改良セラレタル住居

ト認ム可キ樂境的設備ナリト思惟シ入監ヲ欲スル者亦少シトセス刑罰ヲ以テ苦痛ナリトスルトキハ此種ノ犯人ニ對シテハ監內拘置ハ刑罰タルコトヲ得サルコトト爲ル可キカ故ニ舊說ヲ不當ナリトス然レトモ各受刑者カ苦痛ヲ感スルト否トヲ問ハス自由其他法益ヲ剝奪セラルルコトハ一般的ニハ之ヲ苦痛ナリト認ムルヲ得ヘキカ故ニ此定義ニ付テハ深ク爭フヲ要セス

第二 刑罰ハ國家カ反法行爲者ニ對シ權力ヲ以テ强制的ニ施行スル制裁ナリ國家ト國家若クハ一私人ト一私人トノ間ニハ刑罰制度ノ存在ヲ認ムルコトナシ例ヘハ戰爭ノ結果トシテ一國カ他國ノ領土ヲ分割シ若クハ償金ヲ受領スルカ如キ又ハ一私人間ニ於ケル違約金、親子間若クハ師弟間ニ於ケル懲戒ノ如キハ刑罰ニアラス(註二)而シテ刑罰ハ違法行爲ヲ爲シタル一私人ニ對シテ科スルヲ原則トス、沿革上ニ於テハ刑罰ヲ犯人ノ親族故舊ニ及ホシタルコト少カラスト雖モ現今文明國ノ刑法ハ刑ハ犯人ノ一身ニ止ルノ原則ヲ採用ス然レトモ特別刑法殊ニ附隨的刑罰法規ニ於テハ戶主、家族同居人、代理人、雇人、其他從業者ノ行爲ニ付テ業務主人ヲ罰スルノ規定アリ又此等ノ法律ニ於テ法人ニ科セラレタル刑事責任モ等シク他人ノ行爲ニ付テ之ヲ負擔スルモノニ外ナラサルナリ

刑罰ハ過去ノ不法行爲ヲ條件トシテ犯人ニ科スル制裁ナリ故ニ一ノ應報ナリ不法行爲ヲ條件トスル制裁ニアラサル處分(例ヘハ徵兵、徵發)ノ刑罰ニアラサルハ勿論ナリ刑罰ノ目的ハ將來ノ不法行爲ヲ豫防スルニ在リト雖モ未タ犯罪事實ノ存在セサル限リハ何人ニ對シテモ刑罰制裁ヲ連結スルコトナシ故ニ警察檢束處分ノ如キハ刑罰ニアラス又例ヘハ少年法ニ依リ刑罰法令ニ觸ルル行爲ヲ爲スノ虞アル少年ニ對シテ適用スル處分モ刑罰ニ非ス但同法ニ於ケル保護處分ハ刑罰法令ニ觸ルル行爲ヲ爲シタル者ニ對シテ適用スル場合ニ於テモ專ラ保護ヲ目的トスルモノニシテ制裁ヲ加フルノ主旨ニ非サルカ故ニ刑罰ニ非スト解セサル可カラス(註三)尙ホ犯人ノ法益ヲ剝奪スルコトヲ主旨トセサル處分モ刑罰ニアラス例ヘハ集會ノ解散、社團ノ閉鎖ノ如キ然リ强制執行損害賠償其他救濟ヲ目的トスル制裁亦等シク刑罰ニアラス

〔註二〕刑法ノ沿革上ニ於テハ復讐刑ヲ認メタル時代アルコト緒論中ニ說明シタルカ如クニシテ又現今ニ於テモ亞米利加諸州ニ行ハルル私刑(Lin-ch.)ノ如キハ實際上ノ死刑ニ外ナラス然レトモ現今文明諸國ノ法制トシテハ復讐ヲ以テ刑罰ナリト觀念スルコトナシ

〔註三〕社會的責任論ヨリ觀察スルトキハ苟クモ非社會的行爲ヲ爲ス者ハ皆社會ニ對シテ責任ヲ負フ可キモノニシテ强制的ニ自由ヲ剝奪セラルル以上ハ其場所カ監獄タルト感化院タルト將タ又病院タルトヲ問ハス何レモ法律上ノ制裁タル性質ヲ有スルモノト認ムルヲ得ヘク伊太利刑法改正案ハ此見地ヨリシテ刑罰ナル名稱ヲ廢シ此等ノ處分ヲ皆刑法上ノ制裁ナリトシタリ然レトモ從來歐米諸國ノ少年法及ヒ我少年法ハ之ト異リタル觀念ニ立脚スルモノナリ

第三 刑罰(Kriminalstrafe.)ハ罰(Strafe.)ノ一種ナリ罰トハ廣ク違法行爲ニ對スル公法上ノ制裁ヲ意味ス現行法上ニ於ケル罰ノ種類ハ刑罰(Kriminalstrafe.)及ヒ廣義ノ秩序罰ナリ秩序罰(Ordnungsstrafe.)ハ刑罰ト其本質ヲ異ニスルモノニシテ持別ノ權力服從關係ニ於ケル秩序ヲ維持スルカ爲メ此特別關係ヨリ生スル權力ニ基キ科スル制裁ナリ故ニ同一行爲ニ對シ刑罰ト秩序罰トヲ併科スルコトアル可シ(其詳細ニ付テハ次節ヲ參看ス可シ)

第二節 刑罰ト過料

第一款 過料ノ沿革

第一 過料ハ既ニ貞永式目新編追加三百三十一項密懷他人妻罪科事ノ條ニ於テ採用セラレタル制裁ナリ卽チ同條ニ依レハ他人ノ妻ヲ密懷スル者ニシテ名主ノ輩ナルトキハ過料錢拾貫文百姓ナルトキハ五貫文ニ處ス可キモノトス又同追加第百十三項ニ依レハ竊盜贓物三百以上五百文以下ハ科料二貫文ニ處スルノ法ナリ過料ト科料トノ區別ハ我現行法ニ於ケル罰金ト科料トノ區別ノ如ク金額ノ差異ヲ以テ標準ト爲シタリヤ將タ其他ニ性質上ノ差異ニ基クモノナリヤ明カナラスト雖モ共ニ刑罰タリシコトヲ疑ハス然レトモ同式目及ヒ新編追加ニ於テハ多クノ場合ニ於テ斬流禁獄等ノ刑罰ヲ用ヒ過料又ハ科料ヲ科ス可キ場合ハ極メテ稀有ノコトナリ反之德川氏ノ刑法ニ在リ

テハ未決囚入牢ヲ認ムルノミニシテ禁錮、懲役等ノ如キ現今ノ自由刑ニ相當スル刑罰手段ハ原則トシテ之ヲ採用セス犯罪ノ種類ニ應シテ磔、火罪、獄門、死罪、下手人、遠島、追放、所拂、江戸拂、非人手下、奴、敲、過料、急度叱リ、叱リ、押込、手鎖、入墨、閉門、戸〆等其他幾多ノ處罰方法ヲ採用シタルカ過料ニ處ス可キ場合頗ル多シ(後章自由刑ノ沿革ニ關スル說明ヲ參照ス可シ)

第二 德川氏百箇條中過料ノ規定凡三十數條ニシテ各種犯罪行爲ノ凡三分一以上ニ付テ過料ノ制裁ヲ認メタルハ頗ル注意ス可キ點ナリトス試ミニ過料ニ處セラル可キ者ヲ例示スレハ無取上願再訴ニ及ヒ咎申付ケラレタル後更ニ願出ツル者、隱鐵砲所持ノ村方及ヒ五人組、網或ハ竊繩ニテ鳥殺生スル者及ヒ其村方竝ニ居村、隱鳥ヲ賣買スル者、賄賂指出ス者竝ニ取持致ス者、田畑永代賣却スル者、御朱印地寺社領屋敷共讓受質ニ取ル者、廻船荷物出賣出買スル者竝ニ同盜物配分取スル總百姓、倍金白紙手形ニテ金銀貸借スル者、人宿ノ外素人宿十人餘ニ及フ者、請合人ナキ缺落者ヲ圍置ク者、缺落者缺所ト成ル可キ家屋敷ヲ隱置ク名主家守及ヒ五人組、捨子アルヲ內證ニテ隣町等ニ又候捨ツル家主、五人組、密賣淫者、其請人、人主、家主、五人組、名主、踊子呼寄賣淫セシムル料理茶屋等ノ家主、地主、離別狀ヲ取ラスシテ他ニ嫁スル女ノ取持ヲ爲ス者及ヒ親元、奇怪異說申觸レ人集致ス者アル場合ニ於テ其宿ノ名主組頭五人組、博奕打ツ者(家財家藏取上候程ノ過料、家藏無之者ハ五貫文或ハ三貫文ノ過料)取退無盡致ス者(同上)、博奕打宿、取退無盡宿兩隣竝ニ五人組、同名主、町內、御林ノ竹木盜取ル同類、死罪ニ成ル可キ盜人ヲ內證ニテ逃走セシムル名主當人、倒死竝ニ捨物等有之ヲ押隱シ又ハ變死竝ニ手負候者ヲ隱置キ訴出テサル店借地借家主、名主、五人組、拾物致訴出テサル者、當座ノ口論ノ上人殺ノ荷擔スル者、預ケ置候者ヲ取逃シ候者等ヲ以テ主要ナルモノトス

第三 由是觀之過料ハ輕キ惡事有之者ニ對シテ申付ク可キ制裁ニシテ手鎖及ヒ戸〆ト同程度ノ罰ナリトス而シテ過料ノ額ハ三貫文又ハ五貫文ヲ原則トシ重キハ拾貫文又ハ二十兩、三十兩、其者ノ身上ニ隨ヒ或ハ村高ニ應シ、員數相定三日ノ內ニ納付セシムルヲ法トシ若シ輕キ身上ニテ過料難差出者ハ手鎖ヲ以テ之ニ換フ可キモノトス要之德川百箇條ニ於ケル過料ハ輕キ刑罰ニシ

テ現行法ニ於ケル罰金科料ト同一視セラル可キモノナリ然レトモ現行法ニ於ケル過料ハ刑ニ屬セサル特種ノ罰タルニ過キス

第二款　現行法ニ於ケル過料

第一　現行法ニ於テ過料ト稱スル罰ハ其性質一樣ナラス或ハ懲戒罰タルモノアリ或ハ强制罰(又執行罰、背命罰等トモ稱ス)タルモノアリ或ハ又科罰的過料ト稱ス可キモノアルナリ

懲戒罰(Disziplinalstrafe.)ハ一定ノ身分關係ニ因ル特別權力關係ノ秩序ヲ維持スル爲メ監督權者カ當該本人ニ對シテ行フ處分ナリ從テ廣義ニ於ケル秩序罰ノ一種ナリト認ムルコトヲ妨ケス(但學者概ネ斯ノ如キ說明ヲ爲サス)而シテ我現行法令ニ於ケル懲罰ハ其種類輕重多樣ナリト雖モ過料モ亦或法令ニ於テハ懲戒罰タリ(辯護士法第三十三條、公證人法第八十條參照)

第二　强制罰(Zwangsstrafe.)ハ官廳ノ命ヲ遵守セサル者ニ對シ其官廳カ其命令ヲ更ニ强制スル手段トシテ科スル罰ナリ故ニ之ヲ背令罰又ハ執行罰(Vollstreckungs- oder Ungehorsamsstrafe.)トモ稱ス而シテ之ヲ他ノ一面ヨリ觀察スレハ斯ノ如キ罰ヲ科スル目的ハ命令ヲ强制シテ當該權力關係ニ於ケル秩序ヲ維持スルノ目的ニ外ナラサルヲ以テ或學者ハ之ヲ秩序罰ノ一種ナリト見解ス(例ヘハ**ビルクマイヤー**)行政執行法第五條ノ如キハ最モ明瞭ニ强制罰ノ性質ヲ示スモノナリ河川法第五十三條ノ規定亦同シ〔註〕

〔註〕河川法第五十三條　私人ニ於テ此法律若クハ此法律ニ基キテ發スル命令ニ依ル義務ヲ怠ルトキハ主務大臣若クハ地方長官ハ一定ノ期限ヲ示シ若シ期限內ニ履行セサルトキ若クハ之ヲ履行スルモ不充分ナルトキハ千圓以內ニ於テ指定シタル科料ニ處スルコトヲ豫告シテ其履行ヲ命スルコトヲ得

第三　秩序罰(Ordnungstrafe.)ハ官廳ノ公務執行ノ秩序ヲ維持スル爲メ當該官廳カ直接ニ其違反者ニ對シテ科スル罰ナリ例ヘハ裁判所カ開廷中ノ秩序維持ノ爲メ裁判所構成法第百九條第二項ニ依テ言渡ス處罰ノ如キハ此意味ニ於ケル秩序罰ナリ然レトモ異說アリ**ホン・バール**ハ之ヲ以テ懲戒罰ナリトシ**ビンディング**ハ之ヲ以テ半ハ懲戒罰ニシテ半ハ背令罰ナリトシ又**グリース**ハ之

ヲ以テ刑罰ナリト解セリ而シテ過料ヲ此意味ニ於ケル秩序罰トシテ規定シタルモノハ我現行法令ニ發見セラレサルカ如シ(前掲構成法第百九條ノ處罰ハ拘留及ヒ罰金ニシテ過料ニアラス)

第四 現行法令中ニハ一般法規上ノ命令禁令ニ對スル違反ニシテ其性質輕微ナルモノニ對シ一般裁判手續ニ依テ科ス可キ過料ヲ規定スル場合少カラス懲戒罰及ヒ強制罰タル過料ト區別スルノ便宜上予ハ之ヲ取締過料又ハ科罰的過料ト稱ス可シ例ヘハ戸籍法第百七十六條及ヒ第百七十七條、商法第二百六十二條、第二百六十二條ノ二、森林法第七十三條、保險業法第九十九條、第百條、民法第八十四條、產業組合法第九十三條、漁業法第五十條其他各種組合登記懈怠ニ因ル過料ノ如キハ此意味ニ於ケル過料ナリ

第五 前述ノ如ク過料ハ或ハ懲戒罰タルコトアリ或ハ强制罰タルコトアリト雖モ懲戒罰及ヒ强制罰ハ必シモ過料ト稱セラルルモノニ非スシテ他ノ名稱殊ニ刑罰ト同一ノ名稱ヲ有スル場合アルコトヲ注意セサル可カラス例ヘハ巡査懲罰例(明治九年內務省乙第九十二號達)ニ在リテハ金錢懲罰ヲ罰金ト稱シタリ又彼民事訴訟法第二百九十四條、第二百九十五條及舊刑事訴訟法第百十八條、第百二十六條、第百三十八條等ニ現定スル罰金ハ名稱ニ於テ刑罰ト同一ナルモ其性質上强制罰タルニ外ナラス何トナレハ判事又ハ裁判所カ其命令ヲ强制スル手段トシテ自ラ科スルモノナレハナリ(前述ノ如ク**ビルクマイヤー**ハ此罰金ハ裁判所カ由テ以テ訴訟ニ於ケル秩序ヲ維持スル所以ナリトノ理由ヲ以テ之ヲ秩序罰ナリト解ス、同氏刑事訴訟法四三四頁參照)是レ新刑事訴訟法ニ於テ之ヲ改メ過料ト爲シタル所以ナル可シ(新刑事訴訟法第百九十條、第二百十條、第二百二十八條等參照)因ニ云フ裁判所構成法第百九條ノ罰金モ亦刑罰ニアラスシテ純然タル秩序罰ナリト解スルヲ正當トス何トナレハ法律ハ此處罰ヲ爲シタル場合ト雖モ尙ホ其同一行爲ニ付テ刑事訴追ヲ爲シ得ルコトヲ認ムレハナリ(同條第三項)**クリース**ノ反對說ハ我法律ノ解釋上之ヲ採用スルニ足ラス

第三款 刑罰ト過料トノ異同

第一 懲戒罰及ヒ强制罰トシテノ過料ハ其性質ニ於テ罰金及ヒ科料ノ刑罰ト

之ヲ區別スルコト難カラス何トナレハ彼ニ在リテハ前述ノ如ク特別ノ權力關係ニ於ケル秩序ヲ維持スル目的ヲ以テ當該官廳カ自主的ニ之ヲ科スルニ反シ此ニ在リテハ一般ノ法律秩序ヲ維持スル目的ヲ以テ國家統治權ノ作用トシテ裁判上之ヲ適用スルモノナレハナリ

第二 之ニ反シ予ノ所謂科罰的過料ト金錢刑トノ間ニ性質上ノ區別アリヤ否ヤハ學者ノ見解一致セサル所ナリ然レトモ予輩ハ多數說ト共ニ消極說ヲ以テ正當ナリト認ムルモノナリ何トナレハ我現行法ハ性質上ノ區別ヲ認ム可カラサル場合ニ付テ或ハ金錢刑ヲ科シ或ハ過料ヲ科スルコトアレハナリ例ヘハ戸籍法第六十四條ニ依リ市町村長ノ催告ヲ受ケタル者指定ノ期間內ニ屆出又ハ申請ヲ爲ササル場合ト傳染病豫防法ニ依リ當該官吏ノ指示命令ヲ受ケタル者指定ノ期間內ニ命令事項ヲ履行セサル場合トヲ比較スルニ事ニ輕重ノ差異アリト認メラルル外何等性質上ノ差異ナキニ拘ラス彼ニ在リテハ過料ヲ科シ(戸籍法第百七十七條)此ニ在リテハ罰金又ハ科料ヲ科ス可キモノトシ(傳染病豫防法第二十九條)又商法第二百六十二條第一號ニ於テハ官廳ニ對シ不實ノ陳述ヲ爲ス發起人等ニ對シ十圓以上千圓以下ノ過料ヲ科スルニ反シ漁業組合規則第六十五條ニ於テハ同樣ノ行爲アル理事等ニ對シ罰金ヲ科シ警察犯處罰令第二條第二十一號ニ於テモ官公署ニ對シ不實ノ陳述ヲ爲ス者ニ對シ拘留又ハ科料ヲ科シ更ニ又商法第二百六十二條ノ二第四號ニ於テハ同法會社編ノ規定ニ依ル檢査又ハ調査ヲ妨クル發起人等ニ對シ五圓以上五百圓以下ノ過料ヲ科スルニ反シ銃砲火藥類取締法、度量衡法等ニ於テハ當該官吏ノ職務ノ執行ヲ拒ミ又ハ檢査ヲ妨クル者ニ對シ刑罰ヲ科スルカ如キ是レナリ(註)但現行法ニ於テハ此種ノ過料ニ付テモ刑罰ト同一ノ效果ヲ認メス

(註) 彼獨逸商法第十四條、第三十七條、第三百十九條、獨逸民法第七十八條等ニ於ケル秩序罰ハ當該監督裁判所カ當該義務者ニ對シ義務ノ履行ヲ爲サシムル爲メニ科スルモノニシテ純然タル秩序罰タルコト疑ヲ容レス卽チ彼我法律ノ規定同シカラサルナリ反之獨逸同盟關稅法第百五十二條ニ規定スル秩序罰ノ如キハ同法又ハ同法ノ規定ニ依リ發スル命令ノ規定ニ違

反スル行爲ニ對シ別ニ刑罰ノ定ナキ場合ニ科スル罰ニシテ予ノ所謂科罰的過料ニ該當スルモノナリ而シテ獨逸法ニ於ケル此種ノ秩序罰ハ刑罰ト性質上ノ區別ナキコトニ付キ同國學者ノ通說ナルカ如シ(**ステングライン**刑法附屬法規註釋書一一五一頁、**オルスハウゼン**刑法施行法第六條第三註、**リスト**刑法敎科書五十九章第四號第一等參照)

第三 戸籍法第百七十八條ニ於テ市町村長ノ戸籍事務懈怠ニ對シテ科スル過料ハ懲戒的ノ意味ヲモ包含スルモノナリト雖モ監督官廳ノ自主的ニ行フ處分ニアラサルカ故ニ懲戒罰ニアラスシテ所謂科罰的過料ナリト認メサル可カラス而シテ若シ之ヲ懲戒罰ナリトスレハ市町村長カ在職中戸籍事務ノ取扱ヲ怠リタル後其職ヲ退クトキハ己ニ此過料ヲ科スルコトヲ得ス(懲戒ハ身分上ノ監督手段ナルヲ以テ身分喪失後ハ之ヲ行フコト能ハサルコト勿論ナリ)ト雖モ之ヲ科罰的過料ナリトシ刑罰ト性質上ノ差異ナキモノト爲ストキハ上叙ノ如キ場合ニ於テモ尙ホ過料ヲ言渡スコトヲ妨ケサル可キカ

第四款 過料ト刑法總則

第一 前述ノ如ク懲戒罰及ヒ强制罰トシテノ過料ハ既ニ其性質ニ於テ刑罰ト異レルヲ以テ刑法ノ適用ヲ受ク可カラサルハ何等ノ疑ヲ存セス反之科罰的過料ニ付テハ其性質カ刑罰ノ性質ト區別ス可カラサルノ理由ニ依リ之ヲ科セラル可キ行爲カ故意ヲ要素トセサルノ外例ヘハ換刑、時效、想像上併合罪等ニ關スル刑法規定ノ適用アルコトヲ主張スル者アリ(例ヘハ前掲**ステングライン**註釋書一一五一頁)ト雖モ我法律ハ多クノ場合ニ於テ此種ノ過料事件ノ管轄、手續及ヒ執行等ニ關シ刑法以外ニ特別ノ規定ヲ設クルカ故ニ彼說明ハ直チニ採テ以テ我法規ノ解釋ニ資スルヲ得ス寧ロ反對ニ我法令ニ在リテハ刑法ノ刑名ニ依ル罰則ニ付テノミ刑法總則ノ適用アルモノニシテ過料ノ如ク刑法ノ刑名ニ從ハサルモノニ付テハ刑法ノ規定ヲ適用ス可キモノニアラスト認ム可キナリ(刑法第八條參照、若シ夫レ此前提ニシテ誤ラストセハ以下ノ結論ヲ生スルハ疑ヲ容レサル所ナリトス

第二 現行法ノ解釋上凡ソ過料ハ刑罰ト區別ス可キモノナリトセハ過料ニ處セラル可キ行爲ハ之ヲ犯罪ト區別セサル可カラサルカ故ニ犯罪ノ不成立及

ヒ刑ノ減免、未遂罪、併合罪、累犯加重、共犯等ニ關スル刑法ノ規定ハ之ヲ過料ニ處セラル可キ行爲ニ適用スルヲ得ス(**オルスハウゼン、ビンディング、ヘルシュネル、フランク**等同說)過料ニ處ス可キ條件ノ存否ヲ決スル手續ハ其性質ニ於テ民事非訟事件ト認ムルヨリハ寧ロ刑事的非訟事件ナリトスルヲ適當ナリトスルモ過料罰ハ現行法ニ所謂刑事ノ處分ナリト解スルヲ得ス故ニ懲戒罰過料ヲ除ク以外ノ過料ニ處セシムルノ目的ニ出テタル誣告ハ刑法第百七十二條ニ依テ之ヲ處斷スルヲ得ス只立法論トシテハ懲戒ノ處分ヲ受ケシムル目的ニ出ツル誣告ト其他ノ過料罰ニ處セシムル目的ニ出テタル誣告トヲ區別ス可キ理由ナカル可シト雖モ解釋論トシテハ上叙ノ論結ヲ避クルヲ得サルモノトス過料事件ニ付テ證據ヲ僞造シ若クハ湮滅スル者ニ對シ刑法第百三條ノ視定ヲ適用ス可カラサルノ理モ亦同樣ナリ

第三 過料ニ處セラル可キ行爲ノアリタル後法令ノ變更ニ依リ過料罰ノ變更アルモ刑法第六條ニ依リ輕キニ從テ處斷スルヲ得ス、特別ノ明文ナキ限リハ行爲當時ノ法令ヲ適用セサル可カラス然レトモ懲戒罰過料ノ如キハ懲戒處分ヲ行フ時ニ於テ當該身分ノ存續スルニアラサレハ之ヲ科スルコトヲ得サルヲ通說トス(但此結論ハ刑法第六條ノ趣旨トハ沒交渉ニシテ懲戒處分ノ性質上ヨリ生ス可キ當然ノ結果ナルコトヲ注意ス可シ)

第四 刑罰ト過料トノ間ニハ刑法第九條、第十條ニ從ヒ輕重ヲ決スルコトヲ得ス唯之ヲ概括的ニ觀察スレハ凡ソ刑罰ハ諸罰中最モ嚴重ナルモノニシテ過料ヨリモ重シト認ムルヲ得ヘシ例ヘハ罰金科料完納不能ノ結果ハ勞役場留置ヲ命セラルルニ反シ(刑法第十八條)過料完納不能ニ付テハ自由拘束ヲ命スルノ規定ナキカ如キハ上叙ノ觀念ノ一斑ヲ表章スルニ外ナラサル可シ又商法第二百六十二條及ヒ同條ノ二ニ於テ當該行爲ニ付キ刑ヲ科ス可カラサルトキニ限リ過料ニ處ス可キヲ規定シタルカ如キハ此種ノ過料(所謂科罰的過料)ヲ刑罰ヨリ輕キモノト認メタルニ由レルコト明カナリ然レトモ是レ實ハ法律上ノ感情的輕重觀ナリ金十錢ノ科料ヲ以テ金千圓ノ過料ヨリモ重シトスルカ如キハ一般社會上ノ觀念トシテハ迂論タルヲ免レサルニ似タリ例ヘハ茲ニ會社ノ取締役アリ官廳ニ對シ不實ノ申述ヲ爲シタル爲メ警察犯處罰

令第二條第二十一號ニ依リ金十錢ノ科料ニ處セラルルニ因リ商法第二百六十二條ニ定メタル金千圓ノ過料ヲ免ルルコトハ其利益トスル所ナルヤ明カナリ然レトモ解釋上ノ見地ニ於テハ刑罰ハ其他ノ罰ヨリモ常ニ重大視ス可キ性質ノモノナリト謂フヲ得ヘシ

第五 過料ノ徵收ニ關スル規定殊ニ非訟事件手續法第百八條ノ規定ハ罰金及ヒ科料ノ徵收ニモ準用セラレタリ(刑事訴訟法第三百二十條第三項參照)ト雖モ過料完納不能ノ場合ニ於テ勞役場留置ヲ命スルヲ得ス又過料ニハ沒收刑ヲ附加スルコト能ハサルモ當然ナリ

第六 過料ニ付テハ刑事訴訟法及ヒ刑法上ノ時效規定ヲ適用ス可キモノニアラス又時效ニ付テ特別ノ規定ヲ存セサルカ如シ然レトモ立法論トシテハ例ヘハ墺國人頭稅法違反罰則第二百五十一條ニ於ケルカ如ク科罰的過料ニ付テモ短期ノ時效ヲ認ムルヲ相當トスル場合アル可シ

第七 刑罰ト懲戒罰トハ全然其目的ヲ異ニスルカ故ニ同一行爲ニ付キ二者ヲ併行スルヲ妨ケス刑罰ト秩序罰トノ關係ニ付テモ亦同シ加之懲戒罰ト秩序罰トモ併行シ得ルモノトス,例ヘハ裁判所構成法第百九條ニ依レハ裁判所ハ審問ヲ妨クル者又ハ不當ノ行狀ヲ爲ス者ニ對シ閉廷ノトキ五圓以下ノ罰金若クハ五日以內ノ拘留ヲ科シ得ルコトヲ規定シ尙ホ其所爲カ輕罪若クハ重罪ニ該ルモノナルトキハ之ニ對シ刑事訴追ヲ爲シ得ルコトヲ明カニシタルノミナラス第百十三條ニ於テハ其所爲カ重罪輕罪ニ該ルカ又ハ懲戒上罰ス可キモノナルトキハ裁判長ハ更ニ其事件ヲ處分スル權アル官廳ニ報告ス可キモノト爲ス又辯護士法第三十四條公證人法第八十三條判事懲戒法第五十五條第二項等ノ規定ニ依レハ同一行爲ニ付キ過料ト金錢刑トヲ併行シ得ルコト疑ヲ容レス而シテ强制罰過料ト刑罰トノ關係ニ付テハ斯ノ如キ明文ナシト雖モ性質上ヨリ觀察シテ同一ノ結果ヲ生ス可シ然レトモ予ノ所謂科罰的過料ハ前述ノ如ク性質上ニ於テハ刑罰ト異ラサルカ故ニ同一行爲ニ付キ此種ノ過料ト刑罰殊ニ金錢刑トヲ併行スルハ恰モ同一行爲ニ付キ二個ノ主刑ヲ併科スルト同樣ニシテ特ニ法律ノ明文ヲ要スルモノト解ス可ク明文ナキ場合ニハ刑ヲ科ス可カラサル行爲ニ付テノミ過料ニ處ス可キモノト解ス

ルヲ正當ナリトス(商法第二百六十二條但書及ヒ同條ノ二但書ノ如キハ注意的ニ此趣旨ヲ明示シタルモノト解ス可シ)

第八 前號ニ說明シタルカ如ク懲戒罰强制罰及ヒ秩序罰ト刑罰トハ之ヲ同一行爲ニ付テ併行シ得ルカ故ニ此間ニ於テハ一事不再理ノ原則ヲ適用ス可カラサルモ亦當然ナリ(**ビルクマイヤー**刑事訴訟法六七九頁**ガロー**刑法論第一卷六〇四頁以下參照)而シテ前揭構成法ノ規定ニ依ルモ此趣旨ハ明瞭ナリ然レトモ所謂科罰的過料ト刑罰トノ關係ニ於テハ一事不再理ノ原則ト同樣ナル精神ヲ遵守スルヲ相當ナリトス

第九 因ニ曰ク過料ト罪刑法定主義トノ關係モ亦研究ヲ要スル問題ナリ憲法第二十三條ノ規定ニ依レハ日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問處罰ヲ受クルコトナシ然ラハ此處罰中ニハ過料罰ヲモ包含スルヤ否ヤ是レ本問題ノ要點ナリ抑〻法律ニ依ラスシテ刑罰ヲ科スルヲ得ストノ原則(Nulla poena sine lege.)ハ國家統治權直接ノ作用タル刑罰權ニ對シテ一般人民ノ自由ヲ保障スルノ趣旨ニ起源シタルモノニシテ憲法第二十三條ノ精神亦之ニ外ナラサルカ故ニ例ヘハ懲戒罰ノ如ク特別ノ權力關係ヲ前提トスルモノハ同條ノ範圍ニ屬セス(從テ憲法ニ所謂法律ニ依ラサルモ懲戒罰過料ニ科スルコトヲ得ヘシ)ト雖モ少クトモ科罰的過料ノ如ク刑罰ト性質上ノ區別ナキモノハ同條ノ處罰中ニ包含セラルルモノト解スルヲ適當ナリトス若シ夫レ反對說ヲ認容センカ形式上刑法ノ刑名ニ依ラサル限リハ如何ナル罰ト雖モ之ヲ命令ニ依テ科スルヲ得ルニ至ル可ク憲法ノ精神ハ全ク破壞セラルルニ至ル可シ我現行法規ヲ通覽スルニ科罰的過料ハ殆ト總テノ場合ニ於テ法律若クハ所謂委任命令ヲ以テ之ヲ規定セリ蓋憲法ノ精神ニ適スルモノト謂フ可キナリ(外國保險會社ニ關スル勅令第十三條以下ノ過料規定ハ例外ナリ)

第五款 過料罰ト法理上ノ原則

第一 前段ニ說明シタル如ク刑法ノ刑名ニ依ラサル處罰ニ付テハ直接ニ刑法ノ總則ヲ適用スルヲ得スト雖モ事理上ノ觀察ニ基ケル結論ハ必シモ刑法上ノ觀念ト絕對的ノ懸隔ヲ生スルモノニアラス蓋刑法ノ領域タルト否トヲ問ハス法律共通ノ根本觀念ノ存スルコト少カラサルニ因ルナリ以下其重要ナ