展ノ段階ニ於テ既遂類型ヲ充實スルニ至ラサルコトヲ謂フ。此場合ニ實行其者カ一定ノ原因ニ依リテ中絶スル場合ト、實行ハ完了スルモ結果カ一定ノ原因ニ依リテ發生セサル場合トアリ。前者ヲ着手未遂(Nichtbeendeter V., Délit tenté)ト謂ヒ、後者ヲ實行未遂(Beendeter V.)又ハ缺效未遂(Fehlgeschlagenes Verbrechen, Délit manqué)ト謂フ。此區別ハ次項中止犯ノ問題ニ關係アリ。(s. §§ 143-)

註(一)　犯罪ノ實行トハ理論的ニ謂ヘハ、如何ナル犯罪タルニ拘ラス、其具體的類型ヲ充實スル意思表動ヲ意味ス。從テ除謀罪豫備罪ニモ其種ノ犯罪トシテノ實行ナルモノ存シ、獨リ未遂罪、既遂罪ニ於テノミ問題トナル事項ニアラス。又同樣ニ教唆犯、從犯ニモ其種ノ犯罪トシテノ實行ナルモノ存シ、獨リ正犯ニ於テノミ問題トナル事項ニアラス。然レトモ此中段階的類型ノ間ニ在テハ、方法上既遂類型ヲ以テ犯罪ノ典型的ナルモノトシ、其以前ノ段階ニ於ケルモノヲ以テ常ニ犯罪ノ不完成狀態ト見ルカ故ニ、單ニ段階的類型ヲ直接ノ問題トシテ犯罪ノ實行ト謂フトキハ、刑法ノ規定ニ於テモ學義上ニ於テモ、專ラ其種ノ犯罪ノ既遂類型ヲ充實スル意思表動ヲ指スモノトス。然レトモ方法的類型タル共犯ノ問題ニ於ケル實行ノ意義ハ必スシモ正犯ノ實行ヲ謂フニアラス。此點ニ付テハ後ニ共犯ニ關シテ論スル所アルヘシ。

註(二)　學者通常實行ヲ解シテ、單純ニ各本條ノ罪(既遂罪)ノ內容ヲ構成又ハ充實スル行爲ナリトス。然レトモ嚴密ニ謂ヘハ斯カル說明ハ精密ヲ缺ク。何トナレハ、例ヘハ、殺人罪(豫備ヲ罰スル罪)ニ於テ殺人行爲カ豫備ヲ經テ行ハルル場合ニハ、其行爲ハ一體トシテ殺人既遂罪ノ內容ヲ構成スルモノナレハナリ(吸收關係 s. § 172)。故ニ實行ノ定義トシテハ、本文ニ述ヘタルカ如ク、特ニ豫備以外ノ部分ト謂フ一條件ヲ加フルノ必要アリ。但簡便ヲ主トシテ謂フ場合ハ別論トス。

註(三)　理論上ハ犯罪ノ如何ナル類型ニモ實行アルカ如ク、如何ナル類型ニモ其着手アリ。卽チ豫備罪ニハ豫備罪トシテ實行アルカ如ク、豫備罪ノ實行ノ着手モ亦之レアルノ理ナリ。然レトモ方法上ハ既遂類型ニ付テノミ實行ト謂フカ如ク、又該類型ニ付テノミ實行ノ着手ト謂フ。

§140

未遂罪ニ關シテ從來問題トナレルモノハ實行ノ着手ノ意義ナリ。蓋シ刑法上未遂罪ハ犯罪ノ實行ニ着手シテ之ヲ遂ケサル場合ニ成立シ、其以前ノ豫備ハ一般ニ之ヲ罰セサルコトヲ原則トスルカ故ナリ(一)。而シテ犯罪ノ實行ノ着手トハ前述ノ如ク實行ヲ開始スルコト(Anfang der Ausführung, Commencement d'exécution)ノ謂ナレトモ、如何ナル場合ニ實行ノ開始アリタルカニ付キ二說アリ。

(一)　客觀說ニ於テハ、實行ノ開始ハ(イ)或ハ實行ノ一部ヲ行フコトナリトシ(部分說 Teiltheorie) Binding, Garraud. (ロ)或ハ實行ニ密接又ハ必要ナル行爲ヲ行フコトナリト

ス。泉川'Allfeld, Frank.

(二)　主觀說ニ於テハ、實行ノ開始ハ(イ)或ハ行爲者ノ犯罪的意思ノ表現カ明瞭ニ認知シ得ル程度ニ達シタル場合(Objektivation)ニ之レアリトシ Buri, Delaquis. (ロ)或ハ完成力(Perfektoinskraft)アル犯罪的意思カ表現シタル場合ニ之レアリトス。牧野' Germann, Vidal.

思フニ刑法カ犯罪ノ實行ナルモノヲ、認ムル以上、是ト豫備トノ間ニ觀念上一定ノ分界アルコトハ明ナリ。而シテ實行ノ着手ハ實行ノ開始卽チ端緒ナルカ故ニ、着手ハ理論上實行ノ一部ナルコトモ亦明ナリ。從テ觀念上ノ問題トシテ客觀說特ニ部分說カ着手ヲ說明シテ實行ノ一部ナリト說クハ誤ニアラス。然レトモ斯カル說明ハ實行ノ開始ナリト謂フニ同シク、畢竟問題ヲ以テ問題ニ答フルモノニシテ無意味ナリ。蓋シ認識ノ順序トシテハ、全體ハ部分ヲ前提トスルカ故ニ、部分ノ意義明ニシテ然ル後初メテ全體ノ意義明ナルコトヲ得ルモノナリ。然ルニ部分說ニ於テハ逆ニ實行ノ開始ノ意義ヲ說明センカ爲メニ之ヲ前提トスル實行ノ觀念ヲ籍ル。是レ其說明カ問題ヲ以テ問題ニ

答フル以外ニ毫モ其實質ニ觸レサル所以ナリ。客觀說中ノ他ノ見解ニ付テモ、其レカ既ニ犯罪ノ實行又ハ構成要素ヲ以テ自明トスル限リ同樣ノ非難ヲ免ルヽコトヲ得サルモノトス。之ニ反シテ主觀說ニ於テハ、實行其者ノ抽象的意義ニ關係ナク、先ツ直接ニ實行ノ開始ノ意義ヲ理解セントス。此點ニ於テハ主觀說ハ方法上正當ナリ。然レトモ犯罪ハ惡性ノ徵表ナリト謂フ見地ヨリシテハ、直ニ犯罪的意思ノ明白ナル表現ヲ以テ犯罪ノ實行ノ着手ト解スヘキ結論ヲ生スルモノニアラス。蓋シ豫備罪モ亦犯罪タル以上惡性ノ徵表ナルコト勿論ニシテ、又苟モ犯罪的意思ノ明白ナル表現ナクシテ處罰スルコトヲ得ヘキモノニアラサルカ故ナリ。從テ單ニ犯罪的意思ノ明白ナル表現ヲ理由トスル限リニ於テハ前記主觀說中ノ(イ)說モ亦非ナリ。因テ更ニ案スルニ、現行法上未遂罪ハ犯罪ノ實行ノ着手ニ因リテ成立スルモノニシテ、又未遂罪ノ處分ハ原則トシテ既遂罪ト同一ナルカ故ニ苟モ實行ノ着手以上ニ進ミタル行爲ハ凡テ原則トシテ處罰上同一ノ價値ヲ有スルノ理ナリ。從テ現行法上ノ問題トシテハ、犯罪ノ實行ノ着手ノ意義如何ハ犯罪的意思表動カ如何ナル程度ニ發展シタル場合ニ

之ヲ既遂罪ト同一ニ處罰スルコトヲ得ルカノ點ヨリ考察スルコトヲ必要トス。今此見地ヨリ考フルニ、抑モ主觀主義的刑法理論ニ於テハ、犯罪ノ事實ヲ問題トセスシテ犯人ノ性格ヲ問題トス。若シ犯人ノ反規範性ニシテ證明セラレンカ、理論上既ニ處罰ノ理由ハ具ハルモノナリ。然レトモ此場合ニ於テハ犯人ノ反規範性ハ常ニ犯罪其者ニ依リテ證明セラルヽコトヲ要ス。蓋シ犯罪以外ノ事情ニ依ル推測ハ實ハ反規範性ニ對スル嫌疑タルニ止マリ、直接ニ犯罪ニ依ル認定ノミ反規範性ノ客觀化タル徵表トシテ眞ノ證明ト謂フコトヲ得ルカ故ナリ。然レトモ又茲ニ所謂犯罪ハ獨リ犯罪ノ實行ノミニ限ルモノニアラス。豫備モ亦反規範性ノ徵表タルコト疑ヲ容レス。唯兩者ノ異ル所ハ反規範性ニ基テ表動スル犯罪的意思カ犯罪ニ對シテ完成力ヲ有スルヤ否ヤノ點ニ在リ。

所謂犯罪的意思ハ之ヲ略シテ犯意ト謂フモ可ナリ。然レトモ通常ノ用例ノ如ク故意ノミヲ謂フニアラス。故意ト過失トヲ併セタルモノ卽チ犯意ナリ。詳言スレハ、豫備ノ場合ニハ犯意カ表動シタル程度ハ卽チ豫備ニ止マル。而シテ豫備ハ必スシモ常ニ實行ニマテ發展スルモノニアラス。故ニ豫備ニ由テハ犯意ハ未タ完成力ヲ證明セラレタリト謂フコト能ハス。而シテ完成力ナキ犯意ハ其者トシテ

ハ危險ナキモ、之ヲ放任スルトキハ漸次增長ノ惧ナシトセス。是レ豫備モ亦罪トナルコトアル所以ニシテ、然カモ之ヲ罰スル場合ニ其刑輕キ所以ナリ。之ニ反シテ犯意ノ表動カ豫備ヨリ實行ニ發展スルニ當リテハ、通例其過程ニ於テ法益侵害ニ直面スルニ由リテ多少ノ障礙感情ノ抵抗ヲ受クルモノニシテ、之ヲ克服スル爲メニハ更ニ一層ノ緊張ノ飛躍ヲ要ス。而シテ犯意カ斯カル飛躍ヲ示シタルトキハ、犯罪完成ノ軌道上ニ在ル意思表動ハ既ニ十分ナル隋力ヲ以テ進行ヲ始メタルモノナルヲ以テ、斯カル犯意ハ卽チ完成力アル犯意ナリ。從テ主觀主義的ニ謂ヘハ、一旦斯カル犯意ノ表動アランカ、犯罪其者ハ完成セラレタルト否トニ拘ラス、凡テ同一ニ處罰スヘキ理由アリトス。故ニ先ツ犯意ノ飛躍アリタル場合ニ付テ謂ヘハ、斯カル犯意ノ飛躍的表動ヲ以テ犯罪ノ實行ノ着手ト考フルコトヲ以テ適當トス。而シテ右ハ犯意ニ飛躍アリタル場合ノ觀察ナレトモ、犯人ノ性格ニ因リテハ實行ノ着手ニ際シテ斯カル犯意ノ飛躍ナキコトアルヘシ。斯カル場合ニ於ケル完成力アル犯意ノ表動ノ開始ハ一般ニ犯意ノ飛躍アルヘキ行爲ヲ爲スコトナリ。蓋シ犯人斯カル行爲ヲ爲シタルトキハ其程

度ノ飛躍ナキ意思ヲ以テモ尙ホ實行ヲ完了シ得ルコト明ナルカ故ナリ。要スルニ、從來豫備ト着手トノ分界ニ關スル問題ハ處罰(Strafbarer Versuch)不處罰(Straflose Vorbereitung)ノ問題トシテ論議セラレタレトモ、主觀主義的刑法理論ノ見地ヨリ謂ヘハ、豫備モ着手モ共ニ反規範性ノ徵表ナル以上、此問題ハ以上ノ如ク兩者ヲ如何ニ處罰スヘキカノ程度問題トシテ之ヲ考察セサルヘカラス。而カモ豫備カ現行法上例外トシテ處罰セラルヽニ過キサル所以ノモノハ畢竟傳統的社會感情トノ妥協ノ結果ニ外ナラサルナリ。S. §20 III。乃チ以上ノ如ク考ヘテ予ハ主觀說中ノ(ロ)說ニ贊ス(II)(III)。

註(一)　犯罪ノ實行ノ着手ハ豫備ト未遂トノ分界ニ關スル問題ニシテ、直接ニ不能犯ト未遂罪トノ區別ニ關係アル問題ニアラス。蓋シ學者通常不能犯ハ未遂罪ニ對立スル觀念ナルカ如ク說明スルモ、理論上不能犯ハ既遂罪以外ノ一切ノ段階的類型ニ對立スル觀念ニシテ、豫備陰謀ニ關シテモ當然不能犯ノ問題ヲ生スルモノナルカ故ナリ。(s. §147)。

註(二)　完成力アル犯意ヲ表現スル行爲トハ、之ヲ解シテ行爲ノミニ由リテ如何ナル犯罪的意思ナルカノ明瞭ニ認知シ得ル行爲ノ義ト爲スヘカラス。例ヘハ、通行人ニ對シテ突然棍棒ヲ振上ケタル者アリタリトセヨ、單ニ其レノミニテハ如何ナル場合ニモ撲殺ノ意思ナルカ、脅迫ノ意思ナルカ乃至强盜ノ意思ナルカハ知ルヘカラス。然レトモ唯タ刑法上ノ問題トシテハ、例ヘハ、其レカ殺人ノ意思ニ出テタリト前提シテ果シテ完成力アル殺意ノ表現アリト謂ヒ得ルヤ否ヤヲ問題トスルノミ。而シテ此場合ニ其レカ事實上果シテ殺人ノ故意ニ出テタリヤ否ヤハ、右ト全然別個ニ行爲ノミナラス諸般ノ證據ニ依リテ判斷スヘキ裁判上ノ問題タリ。

註(三)　本文第二ノ場合ノ標準ニ依レハ、例ヘハ、屋內竊盜ノ場合ニハ住宅ニ忍入ラントシテ何等カノ方法ヲ執リタル場合、詐欺ノ場合ニハ相手方未識ノ者ナルトキハ之ニ對シ直接ニ面會ヲ求メタル場合ニ着手アルヘシ。

犯罪ノ實行ノ着手ヲ右ノ如ク解スルトキハ左ノ諸點ニ注意スルコトヲ要ス。

(一)　犯罪的意思ノ單純ナル表示又ハ漏洩ハ實行ノ着手ニアラス。又豫備ニモ陰謀ニモアラス。蓋シ此種ノ行爲ハ犯意ヲ推測セシムルコトアルモ、推測ハ嫌疑ヲ生スルニ過キス、何等カ犯罪ノ爲メノ行爲ニシテ初メテ犯意ノ明瞭ナル表現ト謂フコトヲ得ルナリ。S. §20 III。但其レ自身獨立ニ罪トナル場合ハ別論トス。(例、脅迫罪(刑二二二)。)

(二)　實行ノ着手ハ意思表動其者ナルカ故ニ、其後ノ事情如何ニ依リテ初メテ著手カ成立スルカ如キコトナシ。例ヘハ、殺人ノ目的ヲ以テ相手方ニ毒菓子

ヲ郵送シ又ハ第三者ニ殺人敎唆ノ書面ヲ發送セントスル場合ニハ、郵便ニ附セントスル行爲カ殺人罪ノ實行ノ着手ニシテ、發送ノ手續ヲ了リタルトキハ實行ヲ了リタルモノナリ。郵便物ノ到達ニ因リテ着手トナルニアラス。

(三)　一定ノ手段ヲ要件トスル犯罪ニ於テハ、縱ヘ基本タル行爲ニ着手スルモ手段タル行爲ノ着手ナキ限リ、其犯罪ノ着手アリト爲スコトヲ得ス。例ヘハ、强盜ノ豫見ヲ以テ他人ノ住居ニ侵入スルモ、暴行又ハ脅迫ニ着手セサル限リハ竊盜ノ着手タルニ止マリ、强盜ノ着手ニアラス。

§141

未遂ハ其レカ刑法第四四條ニ該當スルト否トニ拘ラス、理論上如何ナル犯罪ニ關シテモ之ヲ想像スルコトヲ得。卽チ作爲犯、不眞正不作爲犯ノ場合ハ勿論、眞正不作爲犯及ヒ過失犯ノ場合ニモ仍ホ然リ。斯カル見解ニ於テハ、同法第四三條ハ、其レ自體トシテハ、同時ニ過失犯ヲモ含ム特別規定（三八I但）ナリト謂ハサルヘカラス。而シテ後ノ二者ニ付テハ、義務者カ具體的事情ニ應シ義務履行ニ必要ナル行爲ヲ爲スヘキ時期ニ之ヲ爲サントセサルトキ(一)及ヒ行爲者カ豫見ノ爲メニ注意ヲ必要トスル時期ニ注意ヲ用キスシテ其行爲ヲ爲サントスルトキ

(二)ニ各實行ノ着手アリ。但未遂ハ犯罪ノ客觀的類型ノ一段階トシテ既遂類型ニ對シテノミ存スルモノナルカ故ニ、刑法カ或類型ノ未遂又ハ其以前ノ程度ノ行爲ヲ以テ獨立ノ既遂類型ト定メタル場合ノ外、未遂其他ニ對シテ更ニ未遂ヲ考フルコトヲ得サルモノトス(三)。又刑法カ一定ノ法益侵害ト其以前ノ一切ノ段階ニ於ケル行爲トヲ一括シテ單一ノ犯罪類型ト定メタル場合ニハ、未遂ヲ未遂トシテ含ムモノナルカ故ニ、固リ之ニ對シテモ未遂ハ存在セス。（例、刑七三。）而シテ以上未遂ニ付テ述ヘタル所ハ理論上豫備、陰謀ニ付テモ亦妥當ス。

註(一)　例ヘハ、遠隔ノ地ノ徵兵署ニ出頭シ身體檢査ヲ受クヘキ場合ニ、故意ニ通常出發ノ準備ヲ爲スヘキ時期ニ何等ノ準備ヲ爲ササルトキハ、兵役法違反ノ著手ニシテ、其後危ク最終列車ニ間ニ合フ最後ノ瞬間ニ俄ニ家人ニ强制セラレテ出發シ結局檢査ヲ了スルニ至リタルトキハ著手未遂ナリ。又右ノ最後ノ瞬間ヲ徒過シタルトキハ、既ニ實行ヲ終リタルモノニシテ、唯出頭ノ時刻ノ到來ニ因ル既遂類型ノ充實ヲ待ツ狀態ナルモ、其以前ニ若シ天災ニ因リテ身體檢査ノ施行カ一般ニ不能トナリタルトキハ、實行未遂ナリ（但眞正不作爲犯ニ付キ未遂ヲ認ムルニ付テハ反對說アリ。S. S. 83.）

註(二)　例ヘハ、他人ノ面前ニ於テ獵銃ノ裝彈シアルコトヲ知ラスシテ不用意ニ掃除ヲ爲サント

スルコトハ過失傷害ノ實行ノ着手ニシテ、中途偶然其レニ氣付キテ彈丸ヲ取出シタルトキハ着手未遂ナリ。又其掃除中不用意ニ引金ニ觸レタル爲メ彈丸發射シ然カモ幸ニ何人ヲモ傷害スルニ至ラサリシトキハ過失傷害ノ實行未遂ナリ(但過失未遂ニ付テモ同樣ニ反對說アリ。S. §§ 83, 88 ▌, 124 ▌(1), 126.)

註(三) 豫備ヲ獨立罪トセル場合ハ、例ヘハ、外國ニ於テ流通スル貨幣紙幣銀行券證券僞造變造及ヒ模造ニ關スル件四、六。尙刑法中各種僞造罪ニ關スル規定モ各種行使罪ノ豫備行爲ヲ獨立ノ既遂類型ト定メタルモノト見ルコトヲ得ヘシ。

§142

以上叙ヘタル所ハ刑法第四三條ノ理論ナリ。然レトモ同法第四四條ニ依レハ、犯罪ノ未遂ハ必スシモ凡テカ未遂罪タルニアラス。未遂罪ノ範圍ハ刑法上特ニ之ヲ罰スル規定アル場合ニ限ル。而シテ現行法上未遂罪ヲ認メタル範圍ハ故意犯中ノ重要ナル一部ニ止マリ、其他ノ輕微ナル罪、眞正不作爲犯及ヒ過失犯ニ付テハ之ヲ認メス。狹義ノ結果犯 S. § 127. ニ付テ刑法第二四〇條ノ場合ヲ除キ亦然リ。豫備、陰謀カ罪タル場合ニ至リテハ更ニ稀ナリトス。而シテ是等ノ未遂及ヒ豫備、陰謀カ特殊ノ犯罪ニ關シテノミ罪トセラルヽ所以ハ主觀主義ノ理論ノミニ依リテハ說明シ得サルコト既ニ述ヘタリ。S. § 20 1.

未遂罪ノ處分ハ一般ノ場合ト特別ノ場合(中止犯)トニ因リテ異ル。一般ノ場合ノ處分ハ立法例ニ因リ、既遂罪ノ處分ニ比シ當然之ヲ減輕スルモノ(例、獨刑、四四、伊刑、六一、六二、三)ト減輕セサルモノ(例、佛刑、)トアリ。現行法ハ原則トシテ後者ノ例ニ從ヒタルモ、仍ホ例外トシテ[其刑ヲ減輕スルコトヲ得]ルコトヽシタリ。(刑、四三本文。)主觀主義ノ見地ヨリ謂ヘハ、此例外モ亦從來ノ傳統的應報觀念ニ對スル讓步ニ外ナラス。特別ノ場合ノ處分ニ付テハ次款ニ述フヘシ。豫備罪陰謀罪ノ處分ハ各本條ニ之ヲ定ム。其刑カ着手ノ程度以上ニ進ミタル場合ニ比シテ、輕キヲ當然トスル所以ハ前ニ述ヘタリ。

第三款 中止犯

§143

中止犯(Freiwilliger Rücktritt vom Versuch, Désistement volontaire)トハ犯罪ノ實行ニ着手シ自己ノ意思ニ因リ之ヲ(犯罪ヲ)止メタル場合ヲ謂フ。(刑、四三但。)卽チ中止犯ハ未遂罪ノ特殊ノ態樣ニシテ、其實行ニ着手シテ之ヲ遂ケサル理由カ自己ノ意思ニ因リタル點ニ特色ヲ有ス。從テ前項ニ述ヘタル未遂罪ノ成立ニ關スル一般的

§144

說明ハ中止犯ニ關シテモ亦妥當スルノ理ナリ。而シテ學者通例未遂罪ニ二種アリトシ、中止犯ノ場合ヲ中止未遂又ハ任意未遂其他ノ場合ヲ障礙未遂ト稱シテ相對立セシムルモ、後者ハ畢竟右ノ中止ノ場合ヲ除キタル一般ノ場合ト謂フ消極的ノ觀念ニ外ナラサルカ故ニ、中止未遂以外ノ場合ハ理由ノ如何ニ拘ラス凡テ障礙未遂ナリ。

中止犯ノ特色ハ右ノ如ク自己ノ意思ニ因リテ犯罪ヲ中止（以下時ニ之ヲ任意ノ中止ト稱ス）スル點ニ存ス。而シテ自己ノ意思ニ因ル（下ハ心理學的ノ意義ニ於テ謂フニアラス。其動機ニ對スル一種ノ評價的觀察ナリ。蓋シ若シ之ヲ心理學的ニ解センカ、物質的障礙ニ基ク以外ノ着手未遂ハ凡テ中止犯トナルカ故ナリ。（例ヘハ、被害者ニ發見セラレテ中止スルハ障礙未遂罪ニアラスシテ中止犯トナルカ如シ。）即チ刑法的見地ヨリシテ當然中止犯トシテノ特別ナル處分（必要的減輕又ハ免除）ヲ爲スヘキ理由アリヤ否ヤノ判斷ナリ。從テ如何ナル場合カ自己ノ意思ニ因ル中止ト謂フヘキカハ、當然中止犯ニ對スル法律上ノ處分ヲ前提トセスシテハ決スヘカラス(一)。

註(一)　中止犯ニ對スル刑ノ必要的減免ノ理由ニ付テハ、之ヲ、刑ノ減免ノ餘地ヲ存シテ、成ルヘク

中止ノ事情ノ發生シタル實行者ヲシテ「毒皿主義」ニ出テサラシメ、又ハ實害發生ノ防止ニ努メシメントスル政策ニ求ムル見解アリ。思フニ斯カル見解ハ一見理由アルカ如クナルモ、事實問題トシテハ、一旦中止ノ事情ノ發生シタル者カ果シテ中止ヲ爲スヤ否ヤハ、各場合ノ特殊事情ヲ外ニシテハ、主トシテ其性格ト常識トニ由來シ、刑法ノ減免規定ヲ暗ンスルニ由リテ其適用ヲ受ケンカ爲メニ中止スルカ如キ場合ハ殆ト想像シ得サルヘシ。又右ノ見解ハ獨逸刑法ノ如ク中止犯ノ刑ヲ全免スル規定ニ付テハ妥當スルモ、我刑法ノ如ク擇一的ニ刑ノ減輕又ハ免除ヲ與フル規定ニ付テハ事實上全ク妥當セスト謂ヒテ可ナリ。要スルニ我刑法上中止犯ノ理由ハ專ラ之ヲ主觀的ニ考フヘク、假ニ稀ニ右ノ如キ特別ナル政策的效果アリトスルモ、是レ唯中止犯ニ關スル取扱ノ附隨的作用ニ過キスト見ルヘシ。

以上ノ見地ヨリシテ、先ツ犯罪實行者カ一般ニ心理的ニ犯罪ヲ中止スル事情ヲ考フルトキハ、大別三アリ。(一)ハ犯罪實行ノ動機タル事情カ不存在ナル爲メニ中止スル場合ナリ。（例ヘハ、殺人罪ノ實行ニ着手シタル後被害者ノ人違ナルコトヲ發見シ、又ハ高價品ナリト思ヒテ竊盜ニ着手シタル後其目的物ノ安價品ナルコトヲ發見シタル場合ノ如シ。）通說ハ斯カル場合ノ中止ヲ以テ任意ノ中止ト爲スカ如クナルモ、之ヲ主觀主義的理論ニ從テ觀察スレハ、斯カル場合ハ未遂罪ナリ。蓋シ主觀的ニハ犯罪實行ノ動機タル事情ノ不存在ニ因ル中止ト犯罪ノ目的物其者ノ不存

在ニ因ル實行繼續ノ不能ノ場合トハ同價値ニシテ（例ヘハ、他人ノ手匣中ノ指環ヲ純金製ナリト思ヒ、之ヲ竊取セントシテ蓋ヲ開キタルニ眞鍮製ナリシ爲メ中止シタル場合ハ全ク一物モ無カリシ場合ト同價値ナリ。）不能犯 s. § 147 ニ關シテ主觀說ヲ執ル吾人ノ立場ヨリハ、此二者ノ間ニハ處罰上毫モ區別ナキカ故ナリ。(ヒ)ハ犯罪實行ノ動機タル事情具ハルモ、其實行ニ伴フ外部的障礙ヲ豫見シタル爲メ中止スル場合ナリ。（例ヘハ、實行其者ノ事實上ノ不能又ハ困難、若クハ即時ノ發覺又ハ逮捕ノ危險等ヲ豫見シ中止シタル場合ノ如シ。）斯カル場合ノ中止カ任意ノ中止タリ得サルコトハ言ヲ俟タス。(ヘ)ハ犯罪實行ノ動機タル事情具ハルモ、行爲者ノ性情カ內部的障礙トシテ作用シタルニ因ル中止ノ場合ナリ。（即チ實行着手後、或ハ規範意識ノ覺醒ニ因リ（例ヘハ殺人ノ實行ニ着手シタル者カ被害者ヨリ憐ヲ乞ハレテ中止スルカ如キ場合）或ハ一般的ナル發覺又ハ處罰ニ對スル不安感情ノ昂進ニ因リ（具體的ニ發覺ノ端緒ヲ豫見シ又ハ逮捕ノ危險ヲ意識シタルニ因ル場合ハ前記(二)ノ場合ナリ）或ハ犯罪ノ結果其者ニ對スル恐怖感情ノ生起ニ因リ（例ヘハ、放火ヲ爲シタル者カ火ノ燃上ラントスル光景ヲ見テ急ニ恐怖心ヲ生シ消シ止メタルカ如キ場合）中止シタルカ如キ場合之ニ屬ス。斯カル場合ニ於テハ犯人ノ反規範性ハ障礙未遂ノ場合ニ比シテ明ニ微弱ナルヲ以テ、中止未遂トシテ刑ノ減輕又ハ免除ヲ與フルコトハ不當ニアラス。即チ刑法上中止未遂ト稱スヘキハ此第三ノ場合ノミ。從テ法律ニ「自己ノ意思ニ因リ」トハ

單ニ通說ニ「自由ナル決意ニ因リ」又ハ「爲シ得ルニ拘ラス爲スコトヲ欲セスシテ」(Frankscke Formel)ト謂フカ如キ義ニアラスシテ、多少ノ程度ニ於テ自己ノ行爲ノ結果ニ對スル價値否定ノ感情ニ基クコトヲ謂フモノトス(一)。但右ノ感情ノ發動ハ犯罪中止ノ際ニ於ケル一時的ノモノナルコトヲ妨ケス。換言スレハ、中止未遂タルニハ、中止ノ際ニ於ケル故意ノ拋棄アレハ足リ、其後ニ於テ先ノ中止ヲ遺憾トシテ再擧ノ意圖ヲ生スルモ中止ノ效力ニ影響ナシ(二)。

註(一)　犯罪ノ中止カ自己ノ意思ニ因ルカ障礙ニ因ルカハ實際問題トシテ必スシモ明白ナラス。例ヘハ竊盜强盜ノ職業的犯罪者間ニハ往々緣起ニ關スル迷信アリ。若シ實行ノ着手後斯カル迷信ニ因リテ疑懼失敗ノ暗示ヲ感シテ中止シタルカ如キ場合ハ如何ニ論スヘキカ。通說ニ依レハ中止犯ナルモ予ハ之ヲ消極ニ解ス。

註(二)　通說ニ依レハ、任意ノ中止ハ中止ノ際ニ於ケル故意ノ拋棄ヲ必要トセス。是レ多ク Frankscke Formel ニ從ヘル結果ナリ。

犯罪ノ中止ノ場合ニ於テ犯人ノ認識シタル事情ニ錯誤アルモ、中止カ任意ナリヤ否ヤハ專ラ犯人ノ認識シタル事情ニ依テ主觀的ニ定マル。蓋シ中止カ任意ナルヤ否ヤハ動機ニ對スル評價問題ナルカ故ナリ。例ヘハ、竊盜犯人夜間人

ノ住居ニ忍入ルヤ家人隅々大聲ニテ寐言ヲ發シタルニ驚キ逃走シタルハ障礙未遂ナリ。何トナンハ結果ニ對スル價値否定ヲ動機トセサレハナリ。之ニ反シテ警察官ノ尾行ニ氣付カスシテ、實行ニ着手シ、而カモ他ニ何等カノ事情ニ因リ任意ノ中止ヲ爲シタルハ中止犯ナリ。何トナレハ警察官ノ尾行ハ動機ニ影響セサレハナリ。

§145

中止犯ニモ亦着手未遂（着手中止犯）ト實行未遂（實行中止犯）トアリ。前者ハ着手後實行中ニ於ケル任意ノ中止ニ因ル未遂ニシテ、後者ハ實行終了後結果發生ノ危險進行中ニ於ケル任意ノ中止ニ因ル未遂ナリ。場合ヲ分テ說明スルコト左ノ如シ。

着手中止犯ニ於テ中止ヲ爲スニハ其實行中ニ於テスルコトヲ要ス。而シテ其實行中ナリヤ否ヤハ、此場合ニハ犯人ノ主觀ニ付テ之ヲ論スヘキモノトス。例ヘハ、殺人罪ニ於テ、僅ニ一發ノ彈丸ヲ有スル場合ニ之ヲ發射シ了リタルトキハ實行ヲ終リタルモノナレトモ、數發ノ彈丸ヲ有スル場合ニハ之ヲ全部發射シ了ルマテハ實行中ナリ。故ニ彈丸數發ヲ有スル者カ第一彈ヲ發射シ其命中セサル場合ニ更ニ第二彈ヲ發射セントシテ中止スルハ着手中止犯ナリ。放火セントシテ所持ノ燐寸ヲ擦リ盡クスマテハ實行中ナルカ故ニ、此場合ニモ中止ノ關係ハ又同シ。

二　實行中止犯ニ於テ中止ヲ爲スニハ實行終了後結果ノ發生（既遂類型ノ充實）ノ危險ノ進行中ニ於テスルコトヲ要ス。而シテ其實行中ナリヤ終了後ナリヤハ、此場合ニハ結果發生ノ危險カ犯人ノ行爲ヲ離レテ進行ヲ始メタルヤ否ヤノ客觀的事情ニ因リテ判スヘキモノトス。例ヘハ、殺人罪ニ於テ、犯人カ數發ノ彈丸ヲ射盡サントスル意思ヲ有シタル場合ニ於テモ、彈丸一旦命中シ結果發生ノ危險カ進行ヲ始メタル以上ハ、其後尙連續シテ發射シタルト否ト、又其後ノ彈丸命中シタルト否トニ拘ラス、實行ヲ了リタルモノナリ(一)。中止ノ行爲ハ此場合ニハ、危險ノ進行ヲ積極的ニ防止スルモノナルコトヲ要ス。單ニ實行ヲ反覆セスト謂フ消極的ノ態度ノミニテハ不可ナリ。防止ノ手段トシテハ他人（例ヘハ醫師）ノ力ヲ藉ルモ妨ナシ。實行中止犯ハ更ニ結果ノ發生ヲ現實ニ防止シタルコトヲ要ス。故ニ防止シ得ルニ足ル方法ヲ執リタルモ防止シ得サルトキハ、既ニ結果ニ對シテ因果關係ノ成立アルカ故ニ、犯罪ハ既遂ニシテ

中止犯ニアラス。反對說アリ。S. §80 I。但犯人ノ斯カル態度ハ理論上此種ノ場合ノミナラス、過失犯、加重的結果犯等ノ場合ニ於テモ亦一般ニ量刑上輕キ情狀トシテ斟酌セラルヘキ事項ニ屬ス。

註(一) 斯クノ如ク既ニ一發命中シタル後連續發射シテ命中セサル行爲ハ、恰モ人ニ向テ一握ノ礫ヲ投付ケタルニ其中一個カ中リタル場合ノ如ク、其以前ノ行爲ト一體トシテ見ルヘク、分離シテ觀察スヘキモノニアラス(S. §176)

中止犯ノ處分ハ、既遂罪ノ刑ニ照ラシ、當然其刑ヲ減輕又ハ免除スヘキモノトス。而シテ初ニ述ヘタルカ如ク、中止犯ハ未遂罪ノ一態樣ニシテ、右ハ未遂罪トシテノ處分ナルカ故ニ、中止ノ結果カ同時ニ他ノ罪名ニ觸ルヽ場合ニ於テモ、其レカ法條競合ニ過キサルトキハ、例ヘハ、殺人ヲ中止シ傷害ノ結果ヲ殘セル場合 單ニ中止犯トシテ論スルヲ以テ足ル。想像的併合罪ノ場合ハ別論ナリ。

豫備、又ハ陰謀カ罪トナル場合ニ付テ中止犯ニ關スル特例ノ準用アリヤニ關テハ議論岐ル。主觀主義ノ理論ヨリ謂ヘハ積極說ヲ可トス。即チ豫備罪又ハ陰謀罪ヲ犯スモ實行ノ着手前故意ヲ抛棄スレハ該特例ノ準用アリ。而シテ此

場合ノ處分トシテハ、各本條ニ特ニ之カ爲メニ輕キ刑ヲ定ムルヲ以テ減輕ノ點ハ問題トナラス、單ニ任意的免除ノ點ノミカ問題トナル。但各本條ニ於テ別ニ任意的免除ヲ規定シタル場合ニハ固リ其規定ニ從フ。例、刑二〇、一一一三。

(中止犯ト共犯トノ關係ニ付テ共犯ノ說明ニ讓ル。S. § 150.)。

第四款　不能犯

不能犯(不能未遂)(Untauglicher Versuch, Délit impossible)トハ通例犯罪ノ實行ニ着手シ之ヲ遂ケサル場合ニ於テ、其行爲カ放任的ナル爲メ、之ヲ犯罪ノ實行ノ着手ト爲スコト能ハサル場合ヲ謂フ。即チ此意義ニ於テハ、不能犯ノ事情ハ未遂罪成立ノ實質的制限ヲ爲ス違法阻却原因(嚴密ニ謂ヘハ行爲性阻却原因)ノ一ナリ。S. §§ 62, 72, 88.

右ノ如ク不能犯ハ通例未遂罪ニ對スル制限トシテ理解セラル。然レトモ理論的ニ謂ヘハ、此場合ニ於ケル犯罪不成立ノ理由カ行爲ノ本質ニ存スル以上、不能犯ハ單ニ犯罪ノ實行ノ着手ノミナラス犯罪ノ豫備又ハ陰謀ニ對シテモ亦不成立ノ理由タラサルヘカラス(I)。然レトモ實行ノ着手カ罪トナラサル場合ニ

於テハ、着手以前ノ行爲カ罪トナラサルコトモ亦當然ニシテ特ニ論議ヲ要セサルカ故ニ、便宜茲ニハ通例ノ說明ニ倣ヒ、專ラ着手以後ノ行爲ニ付テ論セントス。

S. 340 註一。

註(一)　例ヘハ、客觀說ニ於テハ、相手方ノ死亡ヲ知ラスシテ之ヲ殺ス目的ヲ以テ兇器ヲ買入ルヽハ殺人豫備ノ不能犯タルヘク、主觀說ニ於テモ、同樣ノ場合ニ之ヲ兇ヒ殺ス目的ヲ以テ藁人形ヲ作ルハ亦殺人豫備ノ不能犯タルヘシ。

未遂罪ト不能犯トノ區別如何ノ問題ハ畢竟實質的ニ如何ナル行爲ヲ犯罪ノ實行ト謂フカノ問題ニシテ、結局違法性ノ問題（一層根本的ニ謂ヘハ法律上ノ行爲性ノ問題）ニ外ナラス。是レカ標準ニ關シテハ從來種々ノ學說アリ。

一　客觀說

(一)　客觀的危險說

此說ハ、未遂ハ意思表動カ結果ニ對シ客觀的ニ危險アル場合ニノミ成立シ、然ラサル場合ハ不能犯ナリト爲スモノナリ。Feuerbach. 此派ノ學者ハ通例不能ノ原因ヲ絕對的ト相對的トニ分チ、Mittelmaier. 或ハ更ニ各々之ヲ目的ニ關スル

モノト手段ニ關スルモノトノ二ト爲シ、其絕對不能ノ原因ノ存スル場合ニ限リ不能犯トス(I)。Zachariae u. a. 此說ハ十九世紀中葉ニ於テ殆ト獨逸ノ通說タリシモ、今日ハ何レノ立場ニ於テモ多少主觀的事情ヲ重要視スル傾向アル結果トシテ、此儘之ニ從フ者殆トナシ(II)。

註(一)　例ヘハ、懷胎セサル婦女ニ對シテ墮胎手段ヲ行ヒタルハ目的ニ對スル絕對不能、人ヲ殺サンカ爲メ砂糖ヲ毒藥ト間違ヘ使用シタルハ手段ニ關スル絕對不能、「ピストル」ヲ發射シタル懷中時計ニ中リテ遂ケサルハ目的ニ關スル相對不能、毒藥ヲ用ヰタルモ分量不十分ニテ遂ケサルハ手段ニ關スル相對不能ト爲スカ如シ。

註(二)　我判例ハ殺意ヲ以テ硫黃ヲ與ヘタル事件ニ關シ其方法絕對ニ不能ナルノ故ヲ以テ之ヲ不能犯トシタルコトアリ。（大審、判、大正六、九、一〇日宣告）。然レトモ懷中無一物ノ通行人ヨリ所持品ヲ奪ハントセル事件ニ關シテハ、結果發生ノ可能性アリトシテ主觀的觀察ヲ加ヘ、强盜未遂罪ノ成立ヲ認メタリ。（同大正三、七、二四日宣告）。

(二)　具體的危險說

此說ハ危險ヲ一ノ結果ト見ル點ニ於テ一ノ客觀說ニシテ、唯危險ノ意義ヲ定ムルニ當リ、行爲者ノ認識ヲ斟酌セントスル點ニ於テ前說ト異ル。是ニ由

レハ、所謂危險ハ具體的危險ニシテ、實行ノ着手ノ際ニ存スル一般ニ認識シ得ヘキ事情又ハ行爲者ニ知レタル事情ニ照ラシ、結果發生ノ直接ノ可能アル狀態ヲ謂フ。從テ此見解ノ適用ノ結果ハ實行後ニ知レタル事情ヲ除外スル結果トシテ著シク主觀說ニ近シ(一)。Liszt, Finger.

註(一)　此說ニ依レハ、例ヘハ、墮胎手段ヲ行フ際懷胎ノ事情カ全然除却セラレサル限リハ事實上婦女懷胎セサルモ未遂ナリ。然レトモ狼狽シテ「ピストル」ノ着彈距離以外ニ在ル人ニ向テ(本人ノ誤認ニ拘ラス一般ニ認識シ得ヘキ事情殺人ノ意思ヲ以テ射擊スルハ不能犯ナリ。

二　主觀說

(一)　純正主觀說

此說ハ、犯罪ノ結果ヲ豫見シテ犯罪ノ實行ヲ開始シ而カモ之ヲ遂ケサルトキハ、其原因ノ如何ヲ問ハス之ヲ未遂ト爲スモノナリ。Buri 初メテ之ヲ唱フ。從テ原則トシテ不能犯ヲ認メサルモノナレトモ、唯所謂迷信犯ノ如キ場合ハ之ヲ除ク(一)。之ヲ除カサル者ハ Hertz, Eisenmann. 但其理由ニ付テハ說明區々ナリ(二)。

註(一)　迷信犯トハ迷信ニ因リ超自然的方法ヲ以テ罪ヲ犯サントスル場合、例ヘハ、人ヲ殺ス爲メ

壯ノ刻詛リヲ爲シ、寫眞ニ針ヲ突キ刺シ、其他墮胎ノ爲メ流產ヲ祈ルカ如シ。

註(二)　(一)或ハ迷信犯人ハ責任無能力者ナリトシ(Stoss)、(二)或ハ迷信犯ハ教唆ノ未遂ナリトシ(Schwarze)、(三)或ハ因果則以外ノ關係ヲ利用セントスルモノニシテ、畢竟何等ノ方法ヲモ用キサルモノナリトシ(獨逸大審院)、(四)或ハ犯意ノ十分ナル客觀化ヲ示サストシ(Zürcher, Garçon)、(五)或ハ性格ノ危險ヲ徵表セストシ(Germann)、(六)或ハ論理上ノ說明ヲ拋棄シ立法ヲ以テ之ヲ未遂ヨリ除外スルノ外ナシトシ(Delaquis)、主觀說ノ首唱者 Buri ハ(三)(四)(六)ノ間ニ彷徨ス。

(二)　主觀的客觀說(Subjektiv-objektive Theorie)

此說ハ、行爲者ノ豫想セル事情ヲ其存否ニ拘ラス前提トシテ觀察シ、其下ニ於テ若シ實行ノ着手カ客觀的ニ結果發生ノ可能アルモノナルトキ(所謂計畫ノ可能 Tauglichkeit des Plans)ハ未遂ニシテ、然ラサルトキハ不能犯ト爲スモノナリ。牧野、Köstlin, Kohler, Graf zu Dohna, Bar.

從テ此說ニ依レハ、迷信犯ノ如キハ當然不能犯ニシテ未遂ニアラス。此說ハ著シク具體的危險說ニ近似スルニ拘ラス、具體的危險觀念ヲ排シ、所謂危險ヲ以テ抽象的危險ナリト解スル結果トシテ其適用ノ結果ハ必スシモ右ニ一致セス(一)。

註(一)　例ヘハ、前ニ述ヘタル、着彈距離以外ニ在ル人ニ對シテ發砲スルハ、具體的危險說ニ依レハ不

能犯ナルモ、此說ニ依レハ未遂ナリ。

三 折衷說

學者中、一方ニ主觀說ヲ認メツヽ、他方ニ類型事實ノ欠缺(Mangel am Tatbestand)ナル觀念ヲ認メ、斯カル事情ノ存スル場合ヲ未遂問題ノ範圍ヨリ除外スル者アリ(一)。蓋シ其ノ見解ニ依レハ、或行爲カ初ヨリ客觀的ニ法定ノ犯罪類型ニ屬スル目的物又ハ手段ヲ缺ク場合ニハ、本來犯罪ノ實行ナルモノヲ考フルコトヲ得ス。故ニ又其着手カ未遂的ナリヤ不能的ナリヤノ問題モ生スルコトナシト爲スナリ。Ⅱ(一)ノ論者ニシテ此見解ニ依ル者例ヘハ Frank, Wachenfeld. Ⅱ(二)ノ論者ニシテ同樣ナル者例ヘハ Graf zu Dohna. 然レトモ理論上是レト不能犯トヲ區別スヘキ理由ナシ。故ニ此說ハ畢竟實質的ニ折衷說ニ外ナラス。

註(一) 類型事實ノ欠缺ノ場合トハ、例ヘハ、竊盜ノ目的ヲ以テ自己ノ所有物ヲ他人ノ所有物ト誤信シテ持去リ、又ハ他人ノ無一物ナル懷中ニ手ヲ差入ルヽカ如キ場合ヲ謂フ。

以上ハ不能犯ニ關スル學說ノ大要ナリ。思フニ、行爲カ違法タルハ、其故意ト過失トニ拘ラス、行爲者ノ主觀的ニ前提シタル事情(其眞實ナルト誤想ナルトヲ問ハス)ニ關連セシ

メテノミ考フルコトヲ得ルモノナリ。蓋シ規範ハ本來意思ニ妥當スルコトニ因リテ行爲ニ妥當スルモノナルカ故ニ S. §§ 4, 86, 131 Ⅱ(二) 全然意思ノ前提トナラサル客觀的事情ニ依ル行爲ノ規範的評價ハ本來規範ノ性質ニ反スルモノナルノミナラス、反對ニ其前提トナレル限リハ、縱ヘ其事情カ客觀的ニ不存在ニテモ凡テ該評價ノ條件タルヘキモノナレハナリ。即チ此意味ニ於テモ違法ハ主觀的ナリ。S. § 68. 而シテ斯カル見地ニ於テハ、違法ノ實質タル法益侵害ハ必スシモ客觀的ニ特定又ハ不特定ノ法益ニ對スル近接ナル危險(Nahe Gefahr)タルコトヲ要スルモノニアラス、單ニ抽象的危險ナルヲ以テ足ルモノナリ。S. §§ 89. 例ヘハ、仇敵ト誤認シテ立木ヲ射擊シタル場合ニモ亦仇敵ト狙ハレシ人ニ取リテ危險ナル行爲ナリ。斯クノ如クナルヲ以テ、主觀的ニ違法ナル行爲ヲ爲スコトハ即チ行爲者ノ反規範性ノ徵表ナルカ故ニ、斯カル行爲カ犯罪ノ結果ヲ豫見シテ行ハレンカ、結果不發生ノ場合ニ於テハ、當然未遂罪トシテ處罰ノ價値ヲ有スルモノトス。予ハ斯ク觀察シテ未遂罪ノ可罰的根據ニ關シテハ純正主觀說ニ賛スル者ナリ。

純正主觀說ニ於テ如何ニ迷信犯ヲ未遂罪ノ範圍ヨリ除外スヘキカハ學者ノ

何レモ苦心スル所ナリ。然レトモ吾人ノ行爲ハ其レカ違法ニシテ且類型的ナル限リ常ニ罪トナルヘク、此要件ヲ具ヘテ而カモ罪タラサル場合アルコトナシ。從テ此問題ノ解決ニハ先ツ迷信犯ノ不能的事情カ根本ニ於テ一般ニ行爲ノ違法ヲ阻却スル原因タリヤ否ヤノ點ヨリ考察スルコトヲ要ス。思フニ、犯罪ヲ實行セントスルニ當リ超自然的方法ヲ選フ場合ニハ、必ス之ヲ選フ所以ノ理由ナカルヘカラス。其理由ハ必スシモ奏效確實ナリト信スルカ故ニアラス。主トシテ行爲者ノ性格カ怯懦ニシテ他ノ自然的方法ヲ執ルニ堪ヘサルカ故ナリ。換言スレハ、如何ナル自然的方法ヲモ辭セサル反規範的性格者カ偶々斯カル手段ニ出テタルニアラスシテ、一切ノ自然的方法ノ前ニ恐懼スル者カ特ニ超自然的方法ナルカ故ニ初メテ其力ヲ藉ラントスルモノナリ。之ヲ例ヘハ硫黄ヲ以テ人ヲ殺スニ足ルト誤信シテ爲シタル場合ト比較スルニ、此場合ニハ、他ノ毒藥ヲモ用キルコトヲ辭セサル者カ、硫黄ヲ以テモ人ヲ殺シ得ルト信シタルカ故ニ、敢テ爲シタルモノニシテ、其行爲ハ明ニ行爲者ノ危險ナル性格ヲ徵表スルモノナレトモ、前記ノ如キ迷信的行爲ハ之ト異リ毫モ行爲者ノ危險ナル性格ヲ徵表スルモノニアラス。從テ又其レ自身抽象的ニモ危險アル行爲ト謂フコトヲ得ス。而シテ何等ノ危險モナキ所、法律上規範的價値ノ生スヘキ理由ナキヲ以テ右ノ如キ行爲ハ又違法ノモノトモ謂フコトヲ得ス。畢竟斯カル行爲ハ放任的イモノナリ(一)。予ハ斯ク見テ、純正主觀說ノ見地ヨリスルモ迷信犯ハ未遂ノ範圍ニ屬セスト解ス。要スルニ斯カル見地ニ於テハ、不能犯ト謂フヘキモノハ迷信犯ノ場合ニ限リ、自然的方法ニ由ル以上ハ如何ナル着手モ未遂ニシテ、不能犯ノ餘地ヲ存セサルナリ。

註(一)　迷信犯ニ關シテ注意スヘキ問題アリ。迷信犯ハ事情ニ因リ、例ヘハ、相手方カ其事情ヲ聞知シタルニ因リ神經的ニ健康狀態ニ異狀ヲ生シ其結果トシテ殺人ノ目的ヲ達スルカ如キ場合モ想像シ得サルニアラス。又人ヲ咒詛シ神前ニ供ヘタル所謂「御水」ヲ飲マシメ、水ノ腐敗セルカ爲メニ相手方ヲ罹病死亡セシムルカ如キコトモアリ得ヘシ。此關係ニ於テハ迷信犯モ亦其經過ノ豫見シ得ヘキ限リ過失ヲ實質トスル違法行爲ナリ。(5. S79 末段)。但過失ニ因リ因果關係カ成立スル場合ニモ、同時ニ他ニ可罰的ニ之ニ符合スル故意アルトキハ、其結果ニ付キ故意犯ノ責ニ任スヘキコト既ニ述フルカ如クナルモ(5. S131 (二))既ニ本文ニ述フルカ如ク、此場合ノ行爲ハ其豫見シタル關係ニ於テハ放任的ノモノニシテ、其意思モ亦故意ト謂フコ

トヲ得ス。故ニ故意犯ノ責ヲ生スルコトナシ。(s. § 111)。

第二節　共犯(方法的類型)

第一款　共犯ノ意義

共犯論ハ横斷的ニ各種ノ犯罪類型ニ共通ナル方法的類型ニ關スル研究ナリ。

方法的類型ニハ大別シテ單獨犯(正犯)ト共犯トノ二アリ。然レトモ前者ニ付テハ特ニ說明ヲ要セサルヲ以テ、茲ニハ專ラ共犯ヲ論ス。(s. § 136)。

共犯(共同犯罪)(Teilnahme, Complicité)トハ、全體的觀察ニ於テハ二人以上ノ犯罪カ共同ニ成立スルコトヲ謂ヒ、個別的觀察ニ於テハ一人カ他人ノ犯罪ニ依賴シテ自己ノ犯罪ヲ行フコトヲ謂フ。而シテ此二人以上ハ行爲ハ共ニ犯罪タルコトヲ要スレトモ、何レモ共犯タルコトヲ要スルモノニアラス。犯罪カ共犯タルニハ一定ノ條件ヲ要スルヲ以テ、一方ノ犯罪ノミ共犯ノ要件ヲ具フルトキハ、其犯罪ノミ共犯ニシテ、他方ハ單純ナル正犯(Täter, Auteur)タリ。

二人以上ノ犯罪カ共同ニ成立スルニ付テ何カ共同ナルカノ觀察ニ二樣アリ。

一ハ犯罪ヲ共同ト見ル說(Théorie de l'unité du délit)ニシテ、主トシテ客觀主義的刑法理論ノ上ニ立ツモノナリ。卽チ此見地ニ於テハ、專ラ犯罪ノ客觀的方面ヲ主トシテ理論ヲ構成スル結果トシテ先ツ現ニ發生シタル又ハ發生スヘカリシ結果ニ基キテ客觀的抽象的ニ或特定ノ犯罪類型ヲ想定シ共犯ハ之ヲ遂クルニ付キ或ハ直接ニ他ノ正犯ト共ニ犯罪ノ實行ノ一部ヲ分擔シ(共同正犯)或ハ間接ニ正犯ニ對スル造意者(教唆犯)又ハ幫助者(從犯)トシテ犯罪ノ實行ニ加擔スルモノト見ルモノナリ。二ハ事實ヲ共同ト見ル說(Théorie de l'unité d'entreprise)ニシテ、主トシテ主觀主義的刑法理論ノ上ニ立ツモノナリ。卽チ此見地ニ於テハ、一般ニ犯罪ノ主觀的方面ヲ主トシテ理論ヲ構成スル結果トシテ、犯罪ノ成否ハ犯人各自ニ付テ獨立ニ之ヲ論シ共犯ハ唯各之ヲ遂クルニ付キ事實(因果關係)ヲ共同ニスルニ過キスト見ルモノナリ。從テ此二種ノ見解ノ何レヲ執ルカニ從テ共犯ノ性質ニ關スル見解ニ亦差異ヲ生ス。卽チ共犯ニ關スル從屬犯說ト獨立犯說ト是ナリ。

從屬犯說(Theorie der akzessorischen Natur der Teilnahme, Théorie de la criminalité d'emprunt du complice)ニ從ヘハ、共犯ハ他ノ犯罪ニ從屬シテノミ成立シ、他ノ犯罪不成

立ナルトキハ共犯モ亦成立セス。之ニ反シテ獨立犯説(正犯説)(Urheberstheorie od. T. der Selbständigkeit der Teilnahme, Théorie de la criminalité propre des complices)ハ、共犯ハ凡テ他ノ共犯ノ成否ニ關係ナク獨立ニ成立ス。從テ此見解ニ於テハ、共犯モ單獨犯モ共ニ其犯罪構成ノ理論ニ於テ異ル所ナシ。唯初ニ述ヘタルカ如ク共犯既遂ノ場合ニ於テハ、單獨犯ノ場合ト異リ、共犯者ノ犯罪カ他人ノ犯罪ニ依賴シテ行ハレタル點ニ特色アルニ過キス。理論上此見解ヲ正當トス。

獨立犯説ニ從テ、共犯ト單獨犯トニ於テ犯罪構成ノ理論上毫モ差別ナシトスレハ、共犯ハ共犯ノ規定アルカ爲メニ形式上共犯タルニ止マリ共犯ノ規定ナクンハ當然單獨犯タルヘキモノナリ。故ニ解釋上假ニ或場合カ共犯タラストスルモ、是レ單ニ共犯ノ規定ノ適用ヲ受ケスト謂フニ過キスシテ、必スシモ無罪ヲ意味スルモノニアラス。若シ其行爲カ犯罪構成ノ一般理論 s. § 60. 特ニ責任及ヒ因果關係ノ理論ニ照ラシテ罪トナルヘキトキハ、既ニ其レノミノ理由ニ依リテ犯罪タルニ足ル。從テ刑法上共犯ニ關スル規定ハ理論上處罰(處罰ノ有無又ハ程度)ニ關

共理由ハ從屬犯説ニ對スル批評ト共ニ之ヲ共同正犯並ニ教唆犯ニ關スル説明ニ讀ル。

シテ何等カ特例ヲ設クル場合(例、六三—六五)ノ外ハ全ク其必要ナキモノナリ。而カモ現行法ニ於ケル特例カ凡テ理由ナキモノナル以上、(s. §§ 153, 157, 164.)共犯規定ハ事實ニ於テ亦其必要ナキモノトス。之ニ反シテ從屬犯説ニ於テハ、共犯中少クトモ教唆犯ト從犯トハ刑法上共犯規定ノ存スルニ由リテ初メテ之ヲ處罰スルコトヲ得ルモノト見ルカ故ニ、之ヲ缺クトキハ罪トナラス。

犯罪ノ實行トハ理論上其類型ヲ充實スル行爲ヲ謂フ。故ニ如何ナル犯罪ニモ實行アレトモ、唯段階的類型ノ問題トシテハ犯罪ノ既遂類型ヲ充實スル行爲ニシテ豫備ノ部分ヲ除キタルモノノミ犯罪ノ實行ト稱スルコト前ニ述ヘタリ。(s. § 139 註一。)從テ豫備罪ノ實行ト謂フカ如キハ理論上妨ナシト雖モ、解釋上必要ナル觀念ニアラス。(s. § 155.)其他犯罪ノ實行ハ方法的類型ノ問題トシテ仍ホ特殊ノ意義ヲ有スルヤノ問題アリ。即チ刑法第六〇條以下ニ所謂正犯ハ所謂正犯(各本條ノ罪)並ニ之ト同一ニ取扱ハル、共同正犯ノ實行ノミヲ謂フヤノ問題是ナリ。

通説ハ之ヲ肯定スルカ如クナルモ、共同教唆並ニ共同幇助ニ付キ刑法第六〇條ヲ適用スヘキモノトスレハ同條以下ニ所謂犯罪ノ實行ハ凡テ共犯ノ實行ヲモ

大。以下ノ所謂正犯ト人各本條ノ罪ト共ニ共犯ト同一ニ取扱ハレルル共同正犯ノ實行ノミヲ謂フヤ

含ムモノト解サヽルヘカラス。從テ共犯ニ未遂アリ豫備アルノミナラス、共犯ニ對スル共犯モ亦之レアリ。斯ク見レハ共犯ニ對スル共犯ニ關スル特別規定ハ當然ノ理論ヲ規定シタルモノニ外ナラス。S. §§ 161, 164.

§151

共犯ノ種類ニハ、我刑法並ニ多數ノ立法例ニ於テハ、共同正犯、教唆犯及ヒ從犯ノ三アリ。而シテ從屬犯說ニ於テハ、此中教唆犯、從犯ノ二者ノミヲ眞正ナル共犯(加擔犯(Teilnahme, Complice))トスルコト通例ナルカ故ニ、斯カル見解ニ依レハ、共犯ハ大別シテ共同正犯ト加擔犯トナル。然レトモ獨立犯說ヨリ謂ヘハ、斯カル區別ハ理由ナシ。寧ロ主觀主義ノ理論ニ從テ現行法ヲ解スレハ共犯ハ之ヲ其犯狀並ニ處罰ノ輕重ニ從テ、共同正犯及ヒ教唆犯ト從犯トヲ對立セシムルヲ相當トス。

共犯ハ又通常之ヲ分テ任意的共犯ト必要的共犯トノ二トス。前者ハ通常謂フ所ノ共犯ニシテ、單獨犯トシテ行ハレ得ルモノカ共犯トシテ行ハルヽ場合ナリ。後者ハ之ニ反シテ刑法上原則トシテ共犯トシテノ成立カ豫想セラルル場合ナリ。後者ハ又之ヲ分テ對向犯(Begegnungsdelikte)ト集團犯(Konvergenzdelikt)トス。

(例ヘハ、賄賂罪、姦通罪、賭博罪、決鬪罪、投票賣買等ハ前者ニ屬シ、內亂罪、騷擾罪、結社罪(治安警察法二八、治安維持法一)等ハ後者ニ屬ス。)

然レトモ必要的共犯ニ在リテハ、或ハ共犯者ノ情狀ニ因リ其責任ニ差等ヲ分ツ爲メ(例、內亂罪、騷擾罪、贈賄罪、收賄罪)、或ハ其責任相同シキ場合ニ於テハ、當事者ノ一方ノ行爲ノミカ罪トナル場合(例、刑、一七五)ト區別シ、共犯者ノ雙方ヲ處罰スヘキコトヲ明ニスル爲メ(例、刑、一八三)各本條ニ於テ特ニ之ニ關スル規定ヲ設クルヲ常トス。從テ所謂必要的共犯ハ刑法第六〇條以下ノ規定ニ關係ナシ。此意味ニ於テ必要的共犯ハ所謂共犯ニアラスト謂フモ妨ナシ。

第二款 共同正犯

§152

共同正犯(Mittäterschaft, Coauteurs)トハ二人以上共同シテ犯罪ヲ實行スルコトヲ謂フ。刑法第六〇條ニ「二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタル者ハ皆正犯トス」トアルモノ是ナリ。而シテ共犯ノ從屬性ヲ說ク者ハ共同正犯ヲ以テ共犯(Teilnahme)ト見ル限リ之ニ付テモ亦從屬性ヲ認ム。卽チ共同正犯ニ於テハ、一方カ共同正犯タラサルトキハ、他方ハ單獨犯トシテ成立スルニ止マリ、共同正犯トナルコトナシト謂フナリ。然レトモ右ノ如ク、等シク從屬性ト謂フモ、共同正犯ノ

場合ト加擔犯ノ場合ト全ク其意義ヲ異ニスルモノニシテ、共犯ノ從屬性ノ問題ハ共同正犯ニ關シテハ畢竟用語上ノ問題ニ過キス。

共同正犯ニ於テハ、二人以上ノ者ノ行爲ハ共ニ犯罪タルコトヲ要ス。然レトモ凡テカ共同正犯タルコトハ必要ニアラス。其中共犯ノ要件ヲ具フルモノノミ共同正犯タリ。(一方的共同正犯。)而シテ斯カル關係カ成立スル爲メニハ當然二人以上ノ者ノ行爲ヲ結合スル一定ノ契機ヲ必要トス。蓋シ既ニ述ヘタルカ如ク共犯ハ之ヲ個別的ニ見レハ、凡テ他人ノ行爲ニ依賴シテ自己ノ犯罪ヲ行フモノナルカ故ニ、共同正犯者甲ノ行爲事實ハ常ニ他ノ被共同者乙ノ行爲事實ヲモ併セ含ミ、其全體カ共同正犯者甲ノ行爲ノ類型事實ヲ成スコトヲ要スレハナリ。乙カ同時ニ共同正犯者タル場合ニ於テ、之ヲ乙ヨリ見ルモ其關係亦同シ。從テ何ヲ以テ此契機ト爲スカハ共同正犯問題ノ中心タリ。

思フニ、刑法上結果ニ對スル責任ハ理論上常ニ因果關係ニ依リテ生シ、又理論上因果關係ノミヲ以テ足レリトス。從テ共同正犯成立ノ契機モ亦因果關係ヲ外ニシテ他ニ求ムヘカラス。共犯論ハ畢竟一般ニ因果關係ノ理論ノ一適用ニ

外ナラサルナリ。之ニ反シテ、從來ノ觀察ニ於テハ、共同正犯ヲ以テ共同意思主體ハ活動ノ一態樣ト爲スヲ通例トス。共同意思主體トハ共同ノ目的ヲ實現スルカ爲メ相互了解(Einverständnis, Concert)ノ下ニ各個人カ直接間接ニ何等カノ寄與ヲ爲ス社會生活上ノ一形式ヲ謂フ。此形式ハ例ヘハ經濟上ニ於テハ分業及ヒ合力ノ關係トシテ成立シ、法律上ニ於テハ主トシテ法人及ヒ組合ノ制度トシテ成立ス。從テ從來ノ見解ニ於テハ、刑法上共同正犯(一般規範的ニ謂ヘハ共同違法行爲)ノ成立スル場合ト私法上法人又ハ組合ノ代表者ノ行爲カ法人又ハ組合ニ對シテ效力ヲ生スル場合トニ於テ其契機ヲ同クス。唯異ル所ハ、前者ノ共同目的ハ規範ノ禁止スル所ニシテ且多クハ當座ノモノナルニ反シ、後者ノ其レハ規範ノ保護スル所ニシテ且多クハ永續的ノモノナルニ在リ。然レトモ思フニ、適法ナル共同意思主體ノ活動ニ於テ其共同目的ノ實現ノ前提トシテ法律上各自ノ相互了解ヲ必要トスルコトハ當然ナレトモ、共同正犯ヲ觀察スルニモ、亦共同意思主體ノ觀念ヲ以テシ、等シク各自ノ相互了解ヲ前提トスルハ當ラサルナリ。蓋シ前ノ場合ニ在リテハ、團體ノ各員カ相互ニ團體ノ爲メニ一定ノ法律上ノ效果ヲ欲スル

意思ヲ有シ且此意思カ社會生活上合目的ナルコトカ、法カ之ニ其意思內容ニ相當スル效果ヲ與ヘ、法律上其一人ノ行爲ヲシテ團體ニ對シテ效力ヲ生セシムル理由ヲ爲スモノナレトモ、後ノ場合ニ在リテハ、假ニ共同者各自カ全體ノ爲メニ一定ノ犯罪ノ結果ヲ欲シタリトスルモ、單ニ其レノミヲ以テハ、未タ其一人ノ行爲ノ結果ヲ他ノ共同者ニ歸セシムル理由ト爲スニ足ラサレハナリ。從テ共同正犯ノ場合ニ於テ、或正犯(被共同者)ノ行爲カ他ノ共同者ニ歸セシメラルル所以ハ、初ニ述ヘタルカ如ク、等シク一般原則ニ從テ、他ノ共同者ノ行爲カ法律上被共同者ノ行爲ニ影響スルコトニ因リテ間接ニ結果ニ影響スルコトニ在リ。即チ共同正犯成立ノ契機ハ畢竟因果關係ニ外ナラサルナリ(一)。但此契機ハ其自身トシテ共同正犯固有ノ契機ナルニアラス。教唆犯、從犯ノ其レモ亦本質上之ニ異ル所ナキモ、此二者ノ場合ハ特別ノ規定アルニ因リテ共同正犯タラサルノミ。從テ共同正犯ノ觀念ハ、裏面ヨリ謂ヘハ、一切ノ共犯現象中教唆犯、從犯ニ該ル場合ヲ除キタル消極的ノモノナリ(二)。

註(一)　茲ニ所謂因果關係モ價値的ナル事實相互間ノ論理關係ニシテ自然的因果關係ニアラス。

即チ此場合ニハ、一方ニ共同者ノ違法ナル行爲ト他方ニ被共同者ノ行爲其他ノ事實ヲ併セタル全體トシテ違法ナル事實トノ間ニ法律的因果關係カ成立スルナリ。(p. 336 75-)。

註(二)　例ヘハ二人同時ニ手ヲ下シ人ヲ殺シタルカ如キ場合ハ共同正犯タルコト明ナルモ多衆ニテ殺人ノ目的ヲ以テ人ノ邸宅ヲ襲擊シ其中ノ一人目的ヲ達シタル場合、甲乙同一現場ニテ甲ハ丙ヲ乙ハ丁ヲ殺シタル場合、甲カ先ツ手ヲ下シ自ラ危險ニ陷リタルトキハ乙ハ助太刀ヲ爲ス條件ニテ現場ニ附添ヒ居リ、而カモ甲ノミニテ目的ヲ達シタル場合、甲乙二人被害者ヲ追跡シ岐路ニ到リ甲ハ右路ヲ乙ハ左路ヲ執リ結局其一人被害者ニ追及シテ之ヲ殺シタル場合等モ、從犯ノ場合ニアラサルカ故ニ共同正犯タリ。

共同正犯ハ一方的ニ成立シ得ルヤ(一方的共同正犯)否ヤハ學者間ニ爭アリ(一)。通說ハ之ヲ否定ス。蓋シ其立場ニ於テハ、共同正犯成立ノ契機ヲ各共同者間ノ相互了解ニ在リト爲スカ故ナリ。然レトモ前記ノ如ク、相互了解ノ要件ヲ否定シ、共同正犯ニ於ケル共同關係ヲ單ニ因果關係トシテ見ントスル立場ニ於テハ、共同正犯ノ性質ハ本來一方的即チ獨立ノモノナリ。此點ハ教唆犯、從犯ノ場合ニ異ルコトナシ。從テ假ニ各共同者間ニ相互了解カ成立シタル場合ニ於テモ、法律上ハ一方的ナル共同正犯カ事實上同時ニ相交錯シテ行ハルルニ過キス。斯カル

見解ニ於テハ、法文ニ「二人以上共同シテ」トアルハ、共犯其者ハ本質上一方的ナルヲ指ラス、二人以上ノ犯罪カ成立スル場合ニノミ生スル關係ナルコトヲ意味スルモノト解スヘシ。

註(一) 例ヘハ、甲乙兩人路上ニテ組打ヲ爲セル際丙仲裁ニ託シテ中間ニ入リ、雙方ヲ取鎭メル如ク裝ヒテ、實ハ甲ヲ輕ク乙ヲ强ク取押ヘ、甲ヲシテ自由ニ暴行ヲ行ハシメ、而カモ甲ハ其援助ハ事實ヲ知ラサルカ如キ場合ニハ、丙ノミ一方的ニ甲ト共同正犯關係ニ立ツヤカ問題トナルナリ。若シ此場合ヲ一方的共同正犯ト見サレハ從犯ニ過キス。又從犯ニ付テモ正犯カ之ヲ認識スルコトヲ要ストスル說ニ從ヘハ、丙ハ無罪ナリ。

共同關係ノ實質右ノ如クナルヲ以テ、共同正犯ニ付テハ形式上共同關係ニ在ル者ノ行爲ニ付テ、各個ニ他トノ實質的契機ノ有無ヲ檢シ、更ニ其主觀的責任ニ應シテ、夫々其成否ヲ論スヘキモノトス(一)。從テ或ハ共同者ノ一人ノ行爲ノミ共同正犯ニシテ、他ハ單純ナル正犯タルコトアルヘク、或ハ一ハ故意犯ニシテ、他ハ過失犯タルコトアルヘク、例ヘハ、甲カ人ヲ殺傷スル目的ヲ以テ陷穽ヲ掘ルニ當リ、乙カ目的ヲ明セスシテ工事ノ手傳ヲ爲シ、因テ人ヲ殺傷シタル場合或ハ凡テカ故意犯タルコトアルハ勿論、其凡テカ過失犯タルコトモアルヘシ。例ヘハ、二人ニテ焚火ヲ爲シ火ヲ失シタ場合。又凡テカ作爲犯タル場合アルハ勿論、不作爲犯特ニ眞正不作爲犯タルコトモアルヘシ。例ヘハ、徵兵署ニ出頭スル義務アル者カ共同シテ身體檢査ヲ受ケサル場合。此場合ニ一人出頭スルモ任意ノ中止トナラス。

(s. §§ 83, 155)。斯ク解スレハ、刑法第六〇條ハ同時ニ過失犯ヲモ含ム特別規定(三八但)タリ。

註(一) 通說ハ相互了解ヲ要件トスル結果トシテ共同正犯ハ故意犯ノ間ニノミ成立スト爲ス。

共同正犯ノ意義ハ右ノ如シ。從テ共同正犯カ成立スル爲メニハ、先ツ主觀的方面ニ於テ行爲者ニ故意又ハ過失ノ存スルコトヲ要ス。此場合ノ故意ハ自己ノ行爲ノ作用カ因果的ニ他人ノ犯罪ニ依賴シテ類型的結果ヲ發生スルニ至ルヘキコトノ評價的豫見ニシテ、過失ハ同樣ノ事情ニ對スル不注意ニ因ル不豫見ナリ。而シテ共犯ハ獨立犯ナル結果トシテ各自ノ故意過失ノ內容ハ一樣ナルコトヲ要セス。若シ錯誤アリタルトキハ一般ノ原則ニ依ル。(s. §§ 131 1.)。從テ故意犯ニ在リテハ場合ニ因リ刑法第三八條第二項ノ適用アリ(一)。之ニ反シテ從屬犯說ニ依レハ、共同正犯ハ相互了解ヲ基礎トシテ同一類型ノ故意犯ニ付テノミ成立ストカ故ニ、故意犯ト過失犯トノ間及ヒ過失犯相互間ニハ共同正犯ノ成立ナシ。加之、故意犯相互間ニ於テモ其內容カ各類型ヲ異ニスル場合ニハ、共同關係ノ範圍ハ各自ニ共通ナル相互了解ノ範圍ヲ以テ限度トシ、其範圍ヲ超エ

タル部分ハ之ヲ共犯過剰(Exzess)ト稱シ、過剰ノ行爲アリタル者ニ付テノミ共同行爲ト過剰行爲トヲ併セテ別ニ犯罪類型ヲ定ム。然レトモ獨立犯說ヨリ謂ヘハ共犯過剰ナル觀念モ亦必要ニアラス。其他加重的結果犯(s. § 127.)ニ關シテモ、通說ハ其見地ヨリ、基本タル故意犯ニ關シ共同關係ノ成立スル限リ、各共同者ニ通シテ犯罪成立スト解スレトモ、獨立犯說ニ依レハ、共同者各自ニ付キ其重キ結果カ豫見シ得ヘカリシヤ否ヤニ因リテ、各別ニ其成否ヲ論スヘキモノトス。

註(一) 例ヘハ、甲ハ單純ニ暴行ノ故意ヲ以テ、乙ハ同時ニ被害者ノ所持品ヲ奪取スル目的ヲ以テ、各共同シテ暴行ヲ加ヘ、而シテ乙ハ甲ノ知ラサル間ニ奪取ヲ遂ケタルトキハ、甲乙共ニ强盜罪ノ共同正犯者ナレトモ、甲ニ對シテハ第三八條第二項ノ適用アリ。(s. § 131 I)。

次ニ共同正犯カ成立スル爲メニハ、客觀的方面ニ於テ共同實行アルコトヲ要ス。而シテ此關係ノ實質ハ、前ニ述ヘタルカ如ク、正犯ヲ通シテ成立スル因果關係ニシテ、斯カル因果的觀察ノ對象ハ事實上意識現象タルト物質現象タルト又其雙方タルトヲ區別セス。又其因果關係ノ影響ハ正犯ノ實行ノ著手ノ前ニ於テ加ハルト其後ニ於テ加ハルトヲモ區別セス。右ノ如クナルヲ以テ、假ニ二人

以上同時ニ犯罪ノ實行ニ著手シタル場合ニ於テモ、其間ニ何レヨリモ何等違法ニ影響シタル事情ナキトキハ、何レモ共同正犯ニアラス。斯カル場合ヲ共同正犯ヨリ區別シテ同時犯(Nebentäter)ト謂フ(一)。

註(一) 例ヘハ、甲カ他人ノ畠ノ柿實ヲ盜ミツヽアルヲ見テ、通リ掛レル第三者乙モ亦之ヲ盜ミタリトスルモ、單ニ其レノミニテハ同時犯タリ。相互ニ何等カノ援助ヲ爲スカ、或ハ少クトモ二人同時ニ罪ヲ行フノ故ヲ以テ、警戒上ノ便宜實行上ノ安易等ヲ感スルカ如キ事情ニ因リ相互ニ精神的ニ影響スルニ因リテ、初メテ共同正犯タリ。是等ノ場合ヲ同時犯ト見ルカ共同正犯ト見ルカハ、未遂犯、中止犯ノ規定ノ適用ニ關シ結果ニ於テ重要ナル差異ヲ生ス。(s. § 155)。

共同正犯ニハ既遂ノ外未遂並ニ豫備モ亦存ス(一)。而シテ刑法第六〇條ニ所謂犯罪ノ實行ハ所謂正犯(s. § 150.)ノミニ付テ謂フニアラサルカ故ニ、教唆犯、從犯ニ付テモ共同教唆、共同幇助ノ事實アル限リ又同條ノ適用アリ。

註(一) 是等ノ場合ヲ理解スルニ、逆ニ未遂罪又ハ豫備罪ノ共同正犯ト考フルコトナキヲ要ス。斯カル觀察ハ從屬犯說ニ捉ハレタルナリ。

共同正犯ニ關シテ特ニ注意ヲ要スルハ中止犯トノ關係ナリ。此場合ニハ共

同者ハ單ニ任意ニ自己ノ行爲ヲ止ムルノミナラス、他ノ正犯ノ行爲ヲモ止メシメ、又ハ共ニ實行ヲ終リタル場合ニハ、凡テノ行爲ヨリ生スヘキ結果ヲ妨止シタル場合ニ限リ、自己ノ意思ニ因リ犯罪ヲ止メタル者トシテ中止犯タリ。是レ共同關係ノ契機カ因果關係ナル限リ當然ノ事理ニ屬ス。斯カル場合ハ中止者以外ノ他ノ正犯ニ取リテハ障礙未遂タリ。而シテ斯カル理論ハ獨リ共同正犯ノミナラス他ノ共犯ニモ亦妥當ス。S. § 146.

§156

共同正犯ノ處分ハ單獨犯ノ場合ニ同シ。但刑法第六〇條ニ「二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタル者ハ皆正犯トス」トアルハ獨リ處分ノ點ノミナラス凡テノ關係ニ於テ共同正犯カ單獨犯(正犯)ト同一ニ取扱ハルヽコトヲ意味スルモノトス。又法文ニ「皆」トアルハ其行爲カ共同正犯トナル者ニ付テノミ謂ヘルモノト解スヘシ。

尙刑法ノ本條ニハ、共同正犯ニアラスシテ、特ニ共同正犯ト看做サルル場合アルコトヲ注意スヘシ。刑二〇七。

§157

第三款　教唆犯

教唆犯(Anstiftung, Provocation)トハ人ヲ教唆シテ犯罪ヲ實行セシムルコトヲ謂フ。刑法第六一條第一項ニ「人ヲ教唆シテ犯罪ヲ實行セシメタル者ハ正犯ニ準ス」トアルモノ是ナリ。

教唆犯(及ヒ從犯)ノ性質ニ關スル從屬犯說ト獨立犯說トノ見解ノ相違ハ共同正犯ノ場合ト全ク意味ヲ異ニス。而シテ此兩說ノ爭ハ實際ニ於テハ專ラ教唆犯(及ヒ從犯)ニ關スルモノナリ。S. § 152. 卽チ前者ニ從ヘハ、教唆犯ハ常ニ正犯ニ從屬シテ成立シ、正犯不成立ナラハ教唆犯モ亦成立セスト爲スモノナレトモ後者ニ從ヘハ、教唆犯ハ正犯ノ成否ニ關係ナク成立シ、正犯不成立ノ場合ニモ教唆犯ハ獨立ニ成立スト爲スモノナリ。而シテ前者ハ從來ノ通說ニシテ其理論上ノ根據トスル所大凡三アリ。(一)ハ自由意思ニ因ル因果關係中斷論ヲ根柢トスルモノニシテ、S. § 79 此見解ニ依レハ、吾人ノ行爲ノ因果關係ハ他人ノ自由ナル行爲ノ介入ニ因リテ中斷スルカ故ニ、教唆ハ本來結果ニ對シテ原因力ヲ有セサルモ

ノナリ。然レトモ此中斷力ハ教唆カ正犯ノ意思決定ニ影響スルコトニ因リテ結果ニ對シ單純ナル條件ニ s. § 79 タルコトヲ妨クルモノニアラス。而シテ單純ナル條件ハ獨立ニ原因タルコトヲ得サルモノナルカ故ニ、教唆ハ正犯ノ行爲カ罪トナル場合ニノミ之ニ從屬シテ罪トナルト說ク。Birkmeyer, Frank, Wachenfeld. 然レトモ此說ハ幾多ノ點ニ於テ疑問アリ。先ツ原因ト單純條件トヲ區別スルコト不合理ナリ。s. § 79 II. 又因果關係ノ中斷ト謂フコトモ實質上理由ナシ。s. § 79 I. 而シテ假ニ之ヲ許ストスルモ、他人ノ自由ナル行爲ノ介入カ因果關係ノ中斷力アリトセハ、一層輕微ナル單純條件關係ニ對シテハ更ニ一層ノ中斷力ナカルヘカラス。然ルニ此說カ教唆ヲ以テ因果關係トシテノミ中斷セラレ、單純條件關係トシテハ中斷セラレスト爲スハ解スヘカラス。又假ニ單純條件關係ハ中斷セラルヽコトナシトスルモ、單純條件タル行爲ハ、其レカ獨立ニ原因タリ得サル程度ニ輕微ナル以上ハ、正犯ノ成否ニ拘ラス、又從屬的タルト否トニ拘ラス、全然犯罪タルコトヲ得サル理ナリ。然ルニ此說カ正犯成立ノ場合ニ限リ之ニ從屬シテ罪トナルト爲スハ又解スヘカラス。(二)教唆ハ本來各本條ノ罪ノ實行ノ類型ニ屬セサル

カ故ニ、教唆者ヲシテ正犯ノ行爲ノ結果ニ付キ責ヲ負ハシムルニハ自ラ特別ノ規定ニ因リテ之ヲ正犯ニ從屬セシメサルヘカラスト說ク。Beling, Liepmann, M. E. Mayer. 然レトモ此見解ハ犯罪ノ實行又ハ類型ナル觀念ハ事實上ノモノニアラスシテ、法律上ノモノナルコトヲ遺レタルモノナリ。即チ或行爲カ法律上實行又ハ類型タルヤ否ヤハ各個ニ行爲者自身ノ立場ヨリ論スヘキモノニシテ、行爲者カ或ハ單獨ニ實行スルト或ハ他人ニ依リテ實行スルトハ、單ニ立場ノ相違ニ由來スル事實上ノ相違タルニ過キス。從テ教唆ニ關スル刑法第六一條ノ規定ハ實ハ當然ノ事理ヲ規定シタルモノニシテ、教唆ハ實質的ニハ本來各本條ノ類型ニ屬スルモノナリ。唯現行法上ノ取扱トシテハ、刑法第六一條ノ規定アルニ依リテ形式上正犯ト區別セラルヽノミ。s. § 150. 故ニ此說カ初ヨリ教唆ヲ以テ本來各本條ノ類型ニ屬セスト斷定シ去ルハ不當ナリ。加之假ニ此說ニ依リテ教唆ヲ以テ各本條ノ實行ニアラストスルモ、其レカ爲メニ何カ故ニ教唆カ從屬犯タラサルヘカラサルカノ理由ハ解スヘカラス。(三)ハ犯罪ハ直接實行ニ因リテ初メテ主要ナル衝動ヲ惹起シ之ニ對スル反動ヲ必要トスルニ至ルモノナルカ故ニ、教唆

§158

ハ正犯カ罪タラサル限リ成立セスト說ク。Bar, Nagler. 然レトモ右ノ如ク教唆犯ノ實行ハ實質上ニ於テハ各本條ノ罪ノ實行ナリ。果シテ然ラハ犯罪ノ主要ナル衝動ハ、客觀的ニ謂ヘハ犯罪ノ結果ノ發生又ハ發覺ナルニ拘ラス、之ヲ主觀的ニ見テ實行其者ニモ亦衝動力アリト爲ス場合ニ於テ、何カ故ニ此說カ教唆犯ノ實行ヲ除外スルカハ解スヘカラス。要スルニ、斯カル見解ハ犯罪ノ實行方法カ事實上千差萬別ナルコトヲ無視シタルモノナリ。斯クノ如ク觀察スルトキハ、教唆犯ノ理論モ亦一般ノ犯罪ト異ル所ナク、毫モ特別ノモノニアラス。—卽チ獨立犯說ヲ以テ正當ト爲ス所以ナリ。解釋上獨立犯說ヲ採ル者ハ牧野Berolzheimer, Kohler, Höpfner. 理論上之ニ贊スル者ハBauer, Binding, Janka, Liszt. 立法例トシテハ諸威刑法、墺太利刑法、獨逸刑法草案、瑞西刑法草案。

§158

教唆犯ノ性質ニ關シ右ノ如キ見解ヲ前提トシテ其意義ヲ述フレハ左ノ如シ。

教唆犯トハ他人ヲシテ一定ノ犯罪的意思(故意又ハ過失)ヲ生セシメ、其意思ニ基キテ一定ノ犯罪ヲ行ハシムルコトニ依リテ自己ノ犯罪ヲ遂クルコトヲ謂フ。其他人ノ行フ犯罪カ故意犯タルト過失犯タルトハ之ヲ問ハス。唯之ヲ教唆スル行爲カ何等カノ犯罪類型ニ該當スレハ其類型ノ教唆犯カ成立スルナリ。從テ法文ニ「人ヲ教唆シテ犯罪ヲ實行セシム」トアル他ノ正犯ハ必スシモ教唆犯ト同一類型ニアラス。而シテ其教唆者自身ノ犯罪カ故意犯タルト過失犯タルトモ亦區別スル所ニアラス。從テ故意ニ他人ノ過失ヲ豫期シテ一定ノ方法ヲ講シ他人ヲシテ過失犯ヲ行ハシムルコトニ依リテ自己ノ犯罪ヲ遂クルハ故意ニ因ル教唆犯ニシテ又過失ニ因リテ他人ヲシテ故意犯又ハ過失犯ヲ行ハシメ依テ自己ノ犯罪ヲ行フハ過失ニ因ル教唆犯ナリ(一)。右ノ如クナルヲ以テ刑法第六一條ハ他ノ共犯規定ト同シク、同時ニ過失犯ヲモ含ム特別規定(三八但I)ト解スヘシ。

註(一) 例ヘハ暴狂シ易キ激情家ニ對シ特定人ヲ寵臣賊子ト罵リ因テ殺意ヲ生シテ事ヲ決行スルニ至ラシメ(過失ニ因ル故意犯ニ對スル教唆犯)又ハ不注意ニ因リ腐敗セル材料ヲ用ヒテ飲食物ヲ調理シ他人ヲシテ之ヲ第三者ニ侑メシメ、第三者ヲシテ傷病ニ至ラシムルカ如シ(過失ニ因ル過失犯ニ對スル教唆犯)。

§159

以上ノ如クナルヲ以テ、教唆犯カ成立スル爲メニハ先ツ、主觀的方面ニ於テ故意又ハ過失ノ存スルコトヲ要ス。故意又ハ過失ハ此場合ニモ亦一般ノ原則ニ從フ。卽チ故意ニ付テ謂ヘハ、教唆者ハ教唆ノ認識ト正犯ノ行爲ノ結果トニ付

キ豫見ナカルヘカラス。

但獨立犯說ニ於テハ教唆行爲ヨリ正犯ハ行爲ノ結果マテヲ併セタルモノヲ全體トシテ教唆犯ノ類型事實ト見ルカ故ニ、正犯ノ行爲カ其者トシテ如何ナル犯罪類型ニ該當スルカハ問題ニアラス。而シテ若シ教唆者ノ豫見スル所ト正犯ノ行フ所トカ齟齬アリタルトキハ、教唆者ノ責任ハ錯誤ニ關スル一般ノ理論ニ依リテ獨立ニ定マル。卽チ教唆者ヨリ見テ豫見シ得ヘカリシ事實ハ一般規範的ニハ凡テ教唆行爲ノ結果ニシテ、右ノ結果ハ、刑法的ニハ價値的(可罰的)ニ教唆者ノ豫見ト符合スル限リ、故意ノ犯罪ヲ成立セシム(一)。通說ハ前記ノ問題ニ付テモ、場合ニ因リ共犯過剩ノ觀念ヲ藉レトモ、獨立犯說ヨリハ其必要ナキコト共同正犯ニ同シ。

註(一)例ヘハ、竊盜ヲ教唆シタルニ正犯詐欺、恐喝等ヲ犯シタルトキハ適用上ハ詐欺恐喝ノ教唆犯ナリ(竊盜ト詐欺、恐喝トハ責任ニ輕重ナシ)。同樣ノ場合ニ正犯器物損壞罪ヲ犯シタルトキハ竊盜教唆ノ未遂罪ナリ。又同樣ノ場合ニ正犯强盜罪ヲ犯シタルトキハ强盜ノ教唆犯ニシテ但タ刑法第三八條第二項ニ從フ。(s. §§ 79, 131 I)。

被教唆者カ自ラ犯罪ヲ實行セスシテ更ニ他人ヲ教唆シテ犯罪ヲ實行セシメ

タル場合ニモ、最初ノ間接教唆ハ其結果ニ對シ法律上因果關係ノ存スル限リ教唆犯タリ。此理論ハ、間接教唆者カ意識的ニ教唆ヲ教唆シタル場合ト正犯ヲ教唆シタル場合トニ於テ區別ナシ。刑法第六一條第二項ニ「教唆者ヲ教唆シタル者亦同シ」トアルハ此趣旨ヲ示シタルモノナリ。s. § 150.

次ニ教唆犯カ成立スルカ爲メニハ、客觀的方面ニ於テ教唆ノ事實アリタルコトヲ要ス。教唆犯ノ實際的方法ニハ制限ナシ。例ヘハ教唆カ故意ニ行ハルル場合ニ付テ謂ヘハ、命令、强請、威嚇、嘆願等ヲ用ヰル場合ハ勿論、或ハ是等ノ方法ト併セテ金品其他ノ利益ヲ供與シテ之ヲ誘フカ如キ或ハ教唆者カ後日發覺ノ際ノ責ヲ免ルル爲メ巧ニ反對語ヲ以テスルカ如キモ亦教唆ナリ。而シテ教唆者カ是等ノ方法ヲ行フニ方リ、被教唆者ノ意思カ既ニ決定的ナル場合ニハ、教唆ハ未遂ナルモ、多少ノ意思動クモ尙未決定ナル限リ、之ヲ決定的ナラシメ、以テ犯罪ヲ實行セシムル因リテ既遂タルコトヲ得。

教唆犯ハ獨立犯ナル結果トシテ、教唆ニ著手スルハ教唆犯ノ實行ニ著手スルモノナリ。從テ被教唆者ノ行爲ニ因リテ一定ノ類型的結果カ發生シタルトキ

ハ、教唆犯ハ既遂ナルモ、被教唆者ノ行爲カ結果ヲ發生スルニ至ラサルカ、又ハ被教唆者カ初ヨリ教唆ヲ肯ンセス、若クハ之ヲ肯ンスルモ未タ何等ノ行爲ヲモ爲ササル程度ニ於テハ教唆犯ハ未遂ナリ。從テ教唆未遂ハ一般ニ未遂ヲ罰スル罪ニ於テノミ罪トナル。右ノ如クナルヲ以テ、教唆犯ニモ亦豫備アリ(一)(二)。教唆犯ノ中止未遂ハ共同正犯ニ關シテ述ヘタル所ニ準ス。

註(一)　獨立犯說ト從屬犯說トノ適用ノ結果ハ多クハ理論上ノ相違タルニ露著スル傾向アルモ、教唆未遂ノ場合ニ關シテハ實際上重大ナル相違アリ。即チ前者ニ依レハ、本文ノ如ク教唆其者ノ未遂又ハ豫備ヲ認ムレトモ、後者ニ依レハ、教唆ハ正犯タル未遂罪又ハ豫備罪ノ教唆犯トシテ從屬的ニ成立シ、教唆其者ノ未遂又ハ豫備ヲ認ムルコトナシ。(s. 8 155 註一)。

註(二)　獨逸學者ハ教唆犯ニ關連シテ agent provocateur(アゲヤン プロヴォカテール) ノ行爲ヲ問題トスルコト通例ナリ。agent provocateur ノ行爲(係蹄(ワナ)ヲ掛ケルト謂フニ當ル)トハ、豫メ謀リテ、客觀的ニ既遂タリ得サル罪(例ヘハ、懷胎セサル婦女ニ對スル墮胎)又ハ其他ノ罪ヲ教唆シ、正犯カ其實行ニ著手スルヲ待テ、未遂犯人トシテ之ヲ告發シ、或ハ現場ニ於テ結果發生前直ニ之ヲ逮捕スルコトヲ謂フ。此場合ニ教唆者ノ責任如何カ問題トナルナリ。而シテ從屬犯說ニ依レハ、或ハ此種ノ行爲モ亦未遂罪ノ教唆犯タリト爲スヘキカ如クナルモ (Bar, Köhler, Olshausen) 獨立犯說ニ於テハ、教唆犯トシテハ未遂モ亦成立スルコトナシ。蓋シ既遂罪モ未遂罪モ故意ノ內容ハ同一ニシテ、等シク既遂類型事實ノ豫見ナルカ故ニ、未遂ノ豫見ハ犯罪ノ故意タルニ適セサルカ故ナリ。然レトモ此場合ノ行爲モ、之ヲ他ノ方面ヨリ、教唆者カ之ニ由テ正犯ヲ陷擠シ得タル場合ニ付テ觀察スルトキハ、教唆者ハ必スシモ常ニ責任ナシト謂フコトヲ得ス。例ヘハ、人ヲ殺ス目的ヲ以テ刑法第七三條ノ罪 (s. 8 141) ヲ教唆シ、正犯ノ行爲例ヘハ豫備ノ程度ニ達スルヲ待テ之ヲ告發シ、正犯之カ爲メニ死刑ニ處セラレタルトキハ、教唆者ノ行爲ハ殺人ノ既遂ナリ。蓋シ何人モ人ヲシテ刑事處分ヲ受ケシムル爲メ犯罪ヲ教唆スル權利ヲ有スルモノニアラサレハナリ。

但斯カル場合ニハ、正犯ハ通常豫見シ得ヘキ處罰ヲ覺悟シ、自ラ自己ノ法益ヲ危險ニ曝露スルモノナルカ故ニ、一見一種ノ自害ノ場合ニ相當シ、之ニ對スル教唆ハ實質上自害教唆ニ該當スルモノト見ルコトヲ得ルカ如シ。從テ斯カル觀察ヨリ謂ヘハ、前記設例ニ於ケル第七三條ノ罪ノ教唆者ノ行爲ハ第一九九條ノ罪ニアラスシテ第二〇二條ノ自殺教唆罪ナリト謂ハサルヘカラス。然レトモ予ハ一般ニ自害教唆ノ場合ニ於テ、其任意ノ自害ヲ理由トシテ或行爲カ違法類型又ハ可罰類型ヲ阻却セラレ若クハ刑カ減輕セラルルカ爲メニハ、被害者ノ同意ノ場合ニ準シテ、被害者ノ任意カ教唆者ノ責罰爲計等ニ因リテ瑕疵ヲ帶フルコトナキヲ要スト解スルカ故ニ (s. 8 106) 右ノ說例ノ場合ニハ刑法上ノ任意ヲ缺ク結果トシテ第一九九條ノ罪ヲ構成スルモノト信ス。

教唆者カ單ニ教唆者タルニ止マラス、進テ正犯ト共同シテ犯罪ヲ實行シタルトキハ、共同正犯ニシテ、教唆犯ニ關スル規定ノ適用ナシ。若シ正犯ヲ幇助シタルトキハ單ニ重キ教唆犯タリ。S. § 172.

教唆犯カ獨立犯ナル結果トシテ、人ヲ教唆シテ或行爲ヲ爲サシムルモ、其レカ教唆者自身ノ法益ノ侵害ト見ルヘキトキハ、他ノ關係ニ於テ違法ナル場合ニテモ、多ク罪トナラス。例ヘハ(自己ヲ殺スコトヲ囑託シ、親權ノ下ニ在ル未成年ノ婦女カ相手方ニ駈落ヲ勸ム(刑二二四)ル場合ノ如シ。)然レトモ刑法カ特ニ他ノ法益侵害ノ關係ヲ處罰スル場合ニハ別論ナリ。例ヘハ徵兵ヲ免ルル爲メニ自己ヲ傷害スヘキコトヲ囑託スルカ如シ(兵役法七四)。尙此點ハ共犯ト身分トノ關係ニ關スル問題ト併セ考フヘシ。S. § 165.

§161

教唆犯ノ處分ニ關シテハ、刑法第六一條第一項ニ「人ヲ教唆シテ犯罪ヲ實行セシメタル者ハ正犯ニ準ス」同第二項ニ「教唆者ヲ教唆シタル者亦同シ」第六二條第二項ニ「從犯ヲ教唆シタル者ハ從犯ニ準ス」トアリ。茲ニ「正犯又ハ從犯ニ準ス」トハ獨立犯說ヨリハ、何レモ教唆其者ヲ獨立ノ實行トシ、之ニ單獨犯ノ場合ニ適用スヘキ法條ヲ適用スルノ趣意ニ解スヘシ。從テ右ノ各規定ハ同時ニ處分以外

ノ關係ニ於テモ仍ホ教唆犯カ正犯ト同一ニ取扱ハルヘキ趣旨ヲ示スモノナリ(1)。S. § 150.

註(1)　本文ノ如ク解スレハ「準ス」トハ從屬犯說ニ於ケルカ如ク現實ニ成立スル正犯又ハ從犯ニ準スルコトヲ謂フニアラス。從テ又「準ス」トハ教唆者ニ對シテ裁判上言渡サルル刑カ被教唆者ノ刑ニ同シキコトヲ意味スルモノニモアラス。

拘留又ハ科料ノミニ處スヘキ罪ノ教唆者ハ特別ノ規定アルニアラサレハ之ヲ罰セス。刑六四。共特別ノ規定アル場合ハ例ヘハ警察犯處罰令第四條ノ如シ。

教唆犯ト罪數トノ關係ニ付テハ凡テ罪數論ニ讓ル。S. § 170.

第四款　從犯

§162

從犯(Beihilfe, Complice)トハ正犯ヲ幇助スルコトヲ謂フ。刑法第六二條第一項ニ「正犯ヲ幇助シタル者ハ從犯トス」トアルモノ是ナリ。茲ニ所謂正犯ハ單獨犯(並ニ單獨犯ト同一ニ取扱ハルヘキ場合)ヲ意味ス。從テ從犯ヲ正犯トシテ、更ニ之ニ對スル從犯アリ。從犯ノ性質ニ關シテモ、教唆犯ノ場合ト同シク、從屬犯說ト獨立犯說トアリ。

前說ハ從來ノ通說ナレトモ、予ハ後說ニ從フ。其理由ハ教唆犯ニ關シテ述ヘタル所ニ同シ。S. § 157. 而シテ從犯ノ性質ヲ斯クノ如ク解スルトキハ、其意義ハ左ノ如ク考フルコトヲ得。

從犯ハ正犯ヲ幫助スルコトニ由リテ成立ス。從テ幫助セラルヘキ行爲ハ犯罪タルコトヲ要ス(一)。

註(一)　幫助セラルヘキ行爲ハ一般行爲能力者ノ違法行爲タルヲ以テ足リ、犯罪タルコトヲ要セスト解スル餘地ナキニアラサルモ、姑ク本文ノ見解ヲ執ル。

幫助ノ意義ニ付テハ諸說アリ。

一　主觀說

此說ニ在リテハ、行爲者ノ主觀的利益ト意向トヲ標準トシ、共同正犯ハ自己ノ爲メ自主的ニ(animus auctoris)罪ヲ行フモノナレトモ、幫助ハ他人ノ爲メ他人ノ犯罪ニ加擔スル意思ヲ以テ(animus socii)罪ヲ行フモノト解ス。Binding, Buri.

從テ加擔者カ實際ニ何ヲ爲シタリヤハ問題ニアラス。然レトモ此點ハ寧ロ此說ノ缺點トスヘシ。

二　客觀說

此說ニ又數個アリ。即チ(イ)ハ犯罪ノ完成ニ對シ重要ナル影響ヲ與ヘタルモノヲ共同正犯トシ、輕微ナル影響ヲ與ヘタルモノヲ幫助トス。大審院判例。但判例ノ見解ハ適用ニ於テ區々ニシテ、見張リハ竊盜ノ場合ニハ共同正犯ニシテ、賭博ノ場合ニハ幫助ナリト解ス。然レトモ此說ハ影響ノ輕重ヲ別ツ標準明瞭ナリト謂フヘカラス。(ロ)ハ原因ト條件トヲ區別シ、結果ニ對シテ條件ヲ與フルモノヲ幫助トス。S. § 79 II. Finger, Frank, Birkmeyer. 然レトモ此說ニ在テハ原因ト條件トヲ別ツコト不合理ナルヲ免レス。(ハ)ハ實行ノ分擔以外ノ行爲ヲ以テ結果ニ對シ一條件ヲ與フルコトヲ以テ幫助トス。泉二 Beling, Wachenfeld, M. E. Mayer, Liszt. 然レトモ獨立犯說ヨリ謂ヘハ、正犯カ正犯ノ方法ニ由リテ犯罪ヲ實行スルモノナルカ如ク、從犯モ幫助ノ方法ニ由リテ犯罪ヲ實行スルモノナリ。S. §§ 150, 157. 從テ實行ノ分擔以外ノ行爲ト稱スルモ、其意義明瞭ヲ缺ク。而シテ此說モ(二)說ト其根本ノ見解ヲ同シクスルモノナリ。

三　折衷說

折衷說ハ幫助ノ條件ヲ主觀客觀ノ兩面ニ係クルモノナリ。而シテ折衷ノ

方法トシテハ幫助ヲ以テ他人ノ爲メ加擔ノ意思ヲ以テ他人ノ犯罪實行以前ノ豫備行爲ニ關與スル行爲ナリトスルヲ通例トス。獨逸大審院判例、Bar, Bierling, Kohler, Nagler. 蓋シ純粹ナル主觀說ノ適用上生スヘキ不當ナル結果ヲ避ケントスル趣旨ニ出ツ。然レトモ所謂幫助ヲ實行以前ノ豫備行爲ニ關與スル場合ノミニ限ラントスルハ、客觀說中ノ(二)說ト其根本ノ見解ヲ同シクスルモノニシテ當ヲ得ス。

四 從屬關係說

此說ハ群集心理ニ基ク共同運動ニ於ケル主動的分子ト受動的分子トニ對スル觀察ヲ移シテ、其地位ノ主從ニ因リテ實行ト幫助トヲ區別セントスルモノナリ。牧野。思フニ斯カル觀察ニ基ク區別カ或程度マテ現行刑法ニ採用セラレツツアルコトハ爭フヘカラス。例、刑、七七、一〇六。然レトモ正犯從犯ノ適當ナル區別カ一般ニ斯カル標準ニ依リテ求メ得ヘキヤハ疑ナキ能ハス。蓋シ群集心理又ハ共同運動ノ名ニ價セサル少數者間ノ共同關係ニ對シテ此標準ヲ適用セントスレハ、其結果ハ殆ト主觀說ト選フ所ナカルヘキカ故ナリ。以上ノ如ク、幫助ノ意義ニ關シテハ諸說アレトモ、從來多數ノ立法例ニ於テ從

犯ニ關スル特別規定ノ設ケラレタルハ、畢竟客觀主義ノ思想ニ由來セルモノナリ。從テ之ニ對シ主觀主義的立場ヨリ一般的ニ適當ナル說明ヲ下サントスルハ困難ナルヲ免レス。然レトモ予ハ通常謂フ所ノ幫助カ一般的ニ觀察シテ如何ナル事情ノ下ニ比較的輕微ナル反規範性ヲ徵表スルヤノ點ヨリ考察シテ姑ク一種ノ折衷說ニ據ラントス。卽チ予ノ見ル所ニ依レハ幫助ノ特質ハ加擔意思ヲ以テスル加擔行爲タル點ニ在リ。茲ニ加擔意思トハ、其成立ニ於テ他人ノ意思(故意又ハ過失)ヲ條件トシテ定マリ且之ニ依存スル意思(正犯カ止メルトキハ、異議ナク共ニ止メル程度ノ意思)ヲ謂ヒ加擔行爲トハ他人ノ行爲ニ依賴シテノミ結果ニ影響スル行爲ヲ謂フ。換言スレハ、他人ノ行爲ヲ隔テテ結果ニ對シ間接原因タル行爲ナリ。必スシモ時間的ニ他人ノ著手行爲ニ先タツコトヲ要セス。同時ナルモ亦可ナリ。而シテ幫助ヲ斯クノ如ク解スル所以ハ、斯クノ如キ全然加擔的ナル行爲ハ、等シク反規範的ナリトスルモ、社會的觀察ニ於テ其方法ノ價値小ナルカ故ニ、之ヲ價値小ナルモノトシテ敢テシタル場合ノ行爲者ノ反規範性ノ程度ハ、結果其者ニ基キテ一般的ニ觀察シタル場合ノ程度ニ比シテ、當然相當ノ斟酌ヲ受クヘキ理由アル

カ爲メナリ(二)。而シテ斯カル見解ニ依レハ、教唆犯カ、行爲トシテハ加擔的ナルニ拘ラス、從犯ト異リ正犯ニ準セラルル所以ハ、專ラ其意思カ成立ニ於テ自主的ナルニ因ルモノトス。

註(二)　從テ斯カル見解ヨリスレハ、豫メ犯罪ノ謀議ニ參與シ、犯罪實行ニ用ユル器具材料等ヲ給與シ、犯罪實行ノ見張ヲ爲シ、豫メ犯罪後ニ於ケル贓物ノ處分又ハ犯人ノ庇護ヲ約スルカ如キコトハ加擔行爲ナルカ故ニ、其加擔意思ニ基ク限リ幇助タリ。

幇助ノ意義ヲ右ノ如ク解シテ、更ニ從犯ノ意義ヲ論スレハ左ノ如シ。

從犯トハ他人ノ犯罪ニ對シ加擔意思ニ基ク加擔行爲ヲ以テ關與シ以テ自己ノ犯罪ヲ遂クルコトヲ謂フ。即チ從犯ニハ故意ヲ以テ故意ノ行爲ヲ幇助スル場合アリ。又過失ニ因リテ故意ノ行爲ヲ幇助スル場合アリ。(例ヘハ、正犯ノ爲メニ則カレ、不注意ニ正當ナル行爲ヲ授助スルモノト誤信シテ、犯罪實行ニ役立ツ方法ヲ授ケ又ハ器具ヲ給與スルカ如シ。)又過失ニ因リテ過失ノ行爲ヲ幇助スル場合アリ。(例ヘハ、發火シ易キ場所ニテ喫煙スル爲メ「マッチ」ヲ貸セト言ハレ、貸與スルガ如シ。)然レトモ從犯ハ加擔的ナルコトヲ特質トスルカ故ニ、錯誤ニ因ル場合ノ外故意ヲ以テ過失ノ行爲ヲ幇助スル場合ナシ。以上ノ如キ見解ハ、從來ニ比シ著シク從犯ノ觀念ヲ擴張スルモノノ如クナルモ、是レ既ニ共犯ヲ以テ獨立犯トシ、且過失犯ニ付テモ共同正犯及ヒ教唆犯ヲ認ムル以上、蓋シ當然ノ結論ナリ(三)。若シ夫レ一般的ニ從犯例ヲ認ムルコトノ當否ニ至リテハ茲ニハ自ラ別論ニ屬ス。S. § 164. 其他從犯ニハ正犯ニ對スルモノノ外、教唆犯ノ從犯ナルモノアリ。(例ヘハ、教唆ノ方法ニ關シ協議ニ與ルカ如シ。)又從犯ノ從犯(間接幇助)ナルモノアリ。斯ク解スレハ、刑法第六二條第一項モ亦他ノ共犯規定ト同シク過失犯ヲモ含ム特別規定(三八但)タリ。

註(三)　斯カル場合ト反對ニ、其過失的意思カ加擔意思ニアラサルトキハ、所謂幇助者ノ行爲ハ過失的從犯ニアラスシテ、過失的共同正犯タリ。從テ前ノ場合ニハ過失犯ヲ標準トシテ刑ヲ減輕スルニ反シ、後ノ場合ニハ刑ノ減輕ナシ。而シテ何レノ場合ニモ過失犯タル以上、故意ノ正犯ノ行爲カ何等カ幇助者ニ取リテ過失犯ノ要件タル結果ヲ生セシメタルコトヲ要ス。

§163

以上述ヘタル從犯本來ノ性質ニ由來スル制限ノ外、從犯ハ其成立ニ關シ獨立犯トシテ一般ノ原則ニ從フ。即チ主觀的方面ニ於テハ、故意又ハ過失ノ存スルコトヲ要ス。而シテ故意ノ從犯ニ於テ幇助者ノ豫見ト正犯ノ行爲トカ齟齬シタルトキハ、幇助者ノ責任ハ錯誤ニ關スル一般原則ニ依リテ定マル。(例ヘハ、刑法上責任無能

力者ヲ能力者ト、又故意ナキ者ヲ故意アル者ト誤信シテ幇助シタルトキハ、自己ノ行爲カ單獨犯ナルニ拘ラス之ヲ幇助ト誤信シタルモノナルカ故ニ、刑法第三八條第二項ノ適用アリ。反對ニ能力者ヲ無能力者ト誤信シテ幇的シタルトキハ、正犯ノ未遂タリ。(v. §131 I)。

要ス。而シテ其實際上ノ方法ニ制限ナク、不作爲ニ因ルモ亦妨ナシ。例ヘハ門衞カ盜賊ノ侵入ヲ默認スルカ如シ。

次テ客觀的方面ニ於テハ幇助ノ事實アルコトヲ

§164

從犯ハ獨立犯ナル結果トシテ、幇助者カ幇助ニ著手セルトキハ、從犯ノ實行ニ著手セルモノナリ。此場合ニ正犯カ一定ノ犯罪的結果ヲ發生セシメタル場合ニハ既遂罪タレトモ、然ラサル場合ニハ未遂ナルコト教唆犯ニ同シ。其他從犯ノ任意中止、從犯者カ進テ共同實行ヲ爲シタル場合、自己ノ法益侵害ニ對スル幇助ノ問題等ニ付テモ凡テ教唆犯ノ例ニ準シテ考フヘシ。

從犯ノ處分ニ關シテハ、刑法第六三條ニ「從犯ノ刑ハ正犯ノ刑ニ照シテ減輕ス」トアリ。從犯ノ從犯ニ關シテハ、教唆ノ教唆ト異リ、法律ニ明文ナキモ、理論上獨立犯說ヨリハ罪タルモノトス。但之カ處罰ニ付テハ刑法第六十八條ノ規定アルニ因リテ二重ノ減輕ヲ爲スヘキモノニアラス。

拘留又ハ科料ノミニ處スヘキ罪ノ從犯ノ取扱ハ教唆犯ノ場合ニ同シ(一)。刑、六四。警察犯處罰令四、參照。

註(一)　主觀主義的刑法理論ノ立場ヨリハ、一般的ナル從犯減輕ノ理由薄弱ナルト、從犯ヲ親念上正犯ヨリ區別スルコトノ困難ナルトニ因リ、從犯ニ關スル規定ヲ全廢スヘシトスル議論有力ナリ。予モ亦爾カスルヲ正當ト信ス。

第五款　共犯ト身分トノ關係

§165

共犯ノ問題ヲ明ニスルニハ、上來述ヘタル所ノ外、尙ホ身分カ共犯ノ成立並ニ其處罰ニ如何ナル影響ヲ及ホスカノ點ヲ明ニセサルヘカラス。茲ニ身分(Persönliche Verhältnisse, Circonstances personelles)トハ男女ノ性、內外國人ノ別親族關係公務員タル資格、人的關係タル特殊ノ地位、事情(例ヘハ、他人ノ物ノ占有者又ハ賭博ノ常習者ト謂フカ如キ)等ヲ謂フ。

從テ犯人カ被害者ト同一人ナルカ如キ特殊ノ事情ハ身分ナレトモ、(例、刑、二、一二、)反對ニ犯人カ被害者以外ノ他人タルカ如キ一般的ナル事情ハ身分ニアラス。s. 三。

共犯ト身分トノ關係ハ、身分カ夫々犯罪構成事情タル場合、刑罰加重事情タル場合、刑罰減輕事情タル場合並ニ刑罰阻却原因タル場合ニ分テ觀察スルコトヲ

要ス。蓋シ身分ハ此四種ノ場合ニ於テ各其效果ヲ異ニスルカ故ナリ。

一 身分カ犯罪構成事情 (Konstitutive Tatumstände, Circonstances constitutives) タル場合

先ツ此場合ヲ一般規範上ノ問題トシテ考フルニ、既ニ述ヘタルカ如ク、犯罪ハ其前提トシテ同時ニ一ノ違法類型タリ。S. § 133 註。而シテ違法類型ハ一般規範上ノ觀念ニシテ、規範ハ一般的ニ該類型ニ該ル行爲ヲ行フヘカラサルコトヲ命ス。此行爲ニ二種アリ。(イ)ハ斯カル類型行爲カ自己一身ニ付テ充實セラルヽ場合ニシテ、(ロ)ハ他人ノ行爲ト相待テ充實セラルヽ場合ナリ。此後ノ場合ニ關シ、規範カ類型ノ成立ニ付テ一定ノ身分ヲ要件トスルニ當リ、身分カ他人ニ備ハリテ本人ニ備ハラサルトキハ、類型行爲ノ成立ハ否定セラルヘキカ。(例)ヘハ、公務員ニ對シ其職務ニ關シ贈賄ヲ爲サントスル者アルニ當リ、家人之カ收受ヲ敎唆シタル場合、(ヘ)ハ其職務ニ關シ公務員ノ獄心ヲ買フ目的ヲ以テ家人ニ財物ヲ提供シタル者アルニ當リ、家人情ヲ知リテ之ヲ收受シタル場合等ニ於テ、家人ハ公務員タルノ身分ナキノ故ヲ以テ、常ニ其行爲ハ違法類型ヲ成立セシムルニ足ラストスヘキカ。予ハ規範ハ斯カル場合ニモ尙之ヲ違法トシテ禁止スルモノト解ス。蓋シ身分罪ニ於ケル結果ハ身分ヲ一條件トシテノ結果ニシテ、斯カル結果ハ身分ヲ有セサル者モ仍ホ身分ヲ有スル者ノ態度ニ依賴シテ之ヲ發生セシムルコトヲ得ルカ故ナリ。而シテ此關係ヲ更ニ可罰的評價ノ問題トシテ觀察スルニ、身分罪ヲ罰スルハ一般ニ前記ノ如キ結果ヲ發生セシムルコトヲ理由トスルモノナルカ故ニ、斯カル結果カ被處罰者自身ニ付テ發生スルコトハ必スシモ要件ニアラス。卽チ身分ヲ有スル者カ自己一身ニ付テ斯カル結果ヲ發生セシムルコト、他ニ身分ヲ有スル者ニ付テ發生セシムルコトヽハ共ニ可罰的價値アルコトニ於テ差別ナシ。刑法第六五條第一項ニ「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」トアルハ卽チ此趣旨ニ由レルモノナリ。而シテ本條項ハ加功行爲カ共犯ノ何レノ種類タルヲ問ハス適用アリ。(例)ヘハ、他人ノ物ノ占有者タル甲ト然ラサル乙ト共同シテ横領ヲ爲スカ如キハ共同正犯タリ。(但)既ニ述ヘタルカ如ク、共犯ノ成立ニハ他ノ當事者ノ行爲カ犯罪タルコトヲ要スルカ故ニ、身分罪ノ共犯ニ於テ他

ノ當事者ノ行爲カ犯罪ニアラサル場合(例ヘハ精神病者ヲ教唆シテ横領ヲ爲サシムルカ如キハ共犯ニアラスシテ、單獨犯ナリ。s. §§ 266, 338 註1。)

右ノ如ク、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モ仍ホ共犯タレトモ、他面ヨリ觀察スレハ、身分者ノ身分罪ニ對スル價値感情ト身分ナキ者ノ其レトノ間ニ通常輕重ノ差別アルコトハ爭フヘカラス。此差別ハ既ニ述ヘタル正犯從犯ノ心理的差別ト同意義ノモノニシテ、此點ニ於テハ一般的ニ身分ナキ共犯ノ情狀ヲ以テ比較的ニ輕キモノト謂フコトヲ得ヘシ。是レ一部ノ學者間ニ純粹ナル身分罪(例、收賄罪)ニ付テハ身分ナキ者ニ付キ共犯ノ成立ヲ否認スル學說ノ生スル所以ナレトモ、予ハ立法上ハ現行法ノ規定ヲ原則トシ、之ニ對シ情狀ニ因リ刑ノ減輕ノ餘地ヲ存スルヲ適當ト信ス(一)。

註(一) 以上ト反對ニ身分者カ身分ナキ者ノ行爲ニ加功スル場合ニシテ、(一)ハ身分者カ自己ノ身分ニ關係ナク身分ナキ者ノ行爲ニ加功スル場合ニシテ、此場合ニハ、共犯トシテモ單獨犯トシテモ身分罪ハ成立セス。(此場合ハ本來身分者ノ加功ト見ルヘキニアラス)。(二)ハ身分者

カ自己ノ身分ニ關連シテ身分ナキ者ノ行爲ニ加功スル場合ニシテ、此場合ニハ、共犯獨立犯說ノ見地ヨリ、相手方ノ行爲カ犯罪タル限リ、之ニ依賴シテ共犯タル身分罪成立ス。

二 身分カ刑罰加重事情(Strafschärfuugsgründe, Circonstances aggravantes)タル場合

S. § 135.

此場合ニハ、身分ハ法益侵害ノ結果ヲ規定スル一條件タルコト一ノ場合ニ異ルコトナシ。從テ例ヘハ身分ナクシテ尊屬殺ノ罪(刑二〇〇)、公務員ノ職權濫用罪(同一九四、一九五)ニ加功シタル者ハ一ト同一理由ニ依リテ一應加重罪ノ規定ヲ標準トシテ刑ヲ科セラルヘキヲ本則トス。蓋シ例ヘハ、他人ノ親ヲ殺サントスルニ當リ、其他人ヲ使嗾シテ手ヲ下サシムルコトヲ意トセサル者又ハ他人トシテ其他人ノ親ヲ殺スコトヲ意トセサル者ハ、親一般ニ對シ、從テ自己ノ親ニ對シテモ亦通常ノ觀念ヲ缺ケル者ト見ルコトヲ得ルカ故ナリ。然レトモ刑法第六五條第二項ハ「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」トシテ、規定ノ表面上此點ノ斟酌ヲ無視シタリ。而シテ此規定モ亦一切ノ共犯ニ適用アルモノトス。是レ蓋シ例ヘハ、殺人罪ニ於テ、何人

モ他人ヲシテ其他人自身ノ親ヲ殺サシムルコトノ價値ハ自ラ手ヲ下ス場合ヨリモ重大ナルコトハ之ヲ意識スレトモ、自己カ自己ノ親ニ對スル場合ホト重大ニアラス、謂ハヽ、其價値ハ中間的ノモノニ過キサルカ故ニ、法律上ハ之ニ科スルニ通常ノ刑ヲ以テシ、以テ裁判官ヲシテ其範圍内ニ於テ犯情ニ應シ重キ刑ノ量定ヲ爲サシムル趣旨ノモノト解スヘキナランカ。是レ一ノ場合ニ於テ、身分ナキ加功者ニ對シテハ何等獨立ノ處罰規定ナキ結果トシテ、身分ナキ者モ仍ホ共犯トスルニアラスンハ、加功者ハ全然無罪トナルカ如キ事情ノ下ニ於ケルト自ラ趣ヲ異ニスル所以ナリ(二)。

註(二) 以上ト反對ニ、刑罰加重事情タル身分ヲ有スル者カ自己ノ身分ニ關連シテ身分ナキ者ノ行爲ニ加功スル場合ニ於テハ其加重責任ハ阻却セラルヽコトナシ。

右ノ如クナルヲ以テ、刑法第六五條第二項ノ適用トシテハ、例ヘハ賭博罪ノ正犯ノ爲メニ見張ヲ爲シタル幇助者カ自ラ賭博常習者ナルトキハ該正犯カ常習者ナラサル場合ニテモ、刑法第一八六條第一項ノ刑ニ從テノミ減輕ヲ受クヘク、又其見張ノ敎唆者アリテ敎唆者自ラ賭博常習者ナルトキ亦同シ。

三 身分カ刑罰減輕事情(Strafmilderungsgründe, Circonstances atténuantes)タル場合 S. § 135.

此場合ハ、身分者カ單獨ニ罪ヲ行フトキハ刑ヲ減輕セラル(三)。卽チ此場合ニハ身分ノ效力ハ一及ヒ二ノ場合ト反對ニ減輕的ノモノナルカ故ニ、其效果ハ身分者ノミニ止マリ、身分ナキ者カ身分者ノ行爲ニ加功スルモ、其責任ハ減輕セラルヽコトナシ(四)。

註(三) 例ヘハ、懷胎ノ婦女自ラ墮胎ヲ行フ場合ノ如シ。自ラ墮胎ヲ行フ場合ハ理論上墮胎罪一般ノ中ノ最モ特殊ナル場合ニシテ、自ラ被害者トナルコトハ特殊ナル一身的刑罰減輕事情ニ外ナラス。刑法第二一一條ト第二一二條以下トヲ比較シテ考フヘシ。

註(四) 右ト反對ニ身分者カ具體的ニ自己ノ身分ニ關連シテ身分ナキ者ノ行爲ニ加功スルトキハ(例ヘハ懷胎ノ婦女他人又ハ醫師ト相謀リテ墮胎ヲ行フ場合ノ如シ)理論上此點ニ於テ多少犯情ノ重キ結果ヲ生スルコト一及ヒ二ノ場合ニ同シ。然レトモ此場合ニモ刑法第六五條第二項ノ適用アルコト亦二ノ場合ニ同シク、其理由モ亦同樣ニ解スヘシ。

四 身分カ一身的刑罰阻却原因タル場合 S. § 133.

此場合ニハ、身分者カ單獨ニ罪ヲ行フトキハ其刑ヲ免除セラル。例ヘハ、自ラ身體ヲ傷害

シ、又ハ子カ自ラ父ノ財産ヲ竊取スルカ如シ。即チ此場合ノ事情ハ三ノ場合ト同シク其性質消極的ノモノナルカ故ニ、其效果ハ身分者ノミニ止マリ、身分ナキ者カ加功シタル場合ニ、其刑責ヲ阻却スルコトナシ(五)。共犯ハ二人以上ノ行爲カ共ニ犯罪タルコトヲ要スト雖ハ、此場合ハ加功行爲ノミ犯罪タルカ故ニ、形式上共犯ニアラス。然レトモ刑法ハ刑ノ免除ノ場合ハ犯罪性ヲ有ストシテ之ニ對スル加功ヲ尙共犯ト稱ス(刑二四四Ⅱ)(s. 88, 134 四, 205, 251 註二)。

註(五) 右ト反對ニ身分者カ具體的ニ自己ノ身分ニ關連シテ身分ナキ者ノ行爲ニ加功スルトキハ(例ヘハ他人ニ依賴シテ自己ノ身體ヲ傷害シ、子カ第三者ヲ敎唆シテ父ノ財物ヲ竊取セシムルカ如シ)理論上一應情狀重キ結果ヲ發生セシムルモノナリ。然レトモ此場合ハ、刑法上被害者又ハ其親族カ「他人」又ハ「第三者」ト謂フ身分ニ因リテ構成スヘキ犯罪ニ加功スルニアラスシテ、反對ニ刑罰阻却原因タル特殊ノ身分ヲ有スル者カ通常ノ犯罪ニ加功スル場合ナルカ故ニ、刑法第六五條第一項ニ該ルモノニアラス。從テ身分者ハ其刑ヲ阻却セラル。是レ斯カル場合ノ犯罪的結果カ未タ此種ノ刑罰阻却事情ノ效力ヲ動カスニ足ラサルニ因ル(s. 8 160)。

第六款 間接正犯

間接正犯(Mittelbare Täterschaft)ナル語ハ之ヲ廣義ニ用ヰテ敎唆犯ヲ始メ他人ヲ利用シテ罪ヲ犯ス凡テノ場合ヲ意味セシムルモノアリ(Kohler)。然レトモ普通ニハ、自ラ故意ヲ以テ故意又ハ責任能

力(可罰的責任能力)ナキ者ノ行爲ニ加功シ以テ自己ノ罪ヲ犯ス場合ヲ謂フ。而シテ此觀念ハ共犯從屬犯說ニ由來スルモノニシテ、此說ニ依レハ、刑法ニ規定スル犯罪類型ハ原則トシテ行爲カ直接ニ行爲者自身ノ意思表動タル場合(直接正犯)ノミニ關スルモノニシテ、其他ハ行爲カ共犯ノ規定ニ該當スル場合ニ限リ間接ニ他人ノ行爲ニ依賴シテ犯罪トナルニ過キス。而カモ仍ホ此說ニ於テハ、共犯ハ責任能力者ノ故意ノ行爲ニ對シテノミ成立ストナスカ故ニ、共犯以外ノ關係ニ於テ他人ノ行爲ヲ利用スル場合ニ付テハ、何等カ特別ノ理論ヲ立ツルニアラスンハ、凡テ刑法上之ヲ不問ニ附セサルヲ得サルニ至ル。是レ間接正犯(又ハ擬制的正犯)說カ一種ノ彌縫策タル所以ニシテ、又從屬犯說ノ破綻ヲ暴露スル所以ナリ。而シテ其理論ニ依レハ、被利用者ハ畢竟利用者ノ道具ニシテ、利用者ハ此道具ニ依リテ自ラ犯罪ヲ實行スルモノナリ。從テ利用者カ被利用者ノ利用ニ著手スルコトハ、即チ犯罪ノ實行ニ著手スルコトニシテ、即チ間接正犯ハ其性質上單獨犯ニ外ナラス。但シ右ノ如ク、被利用者ヲ道具ト解スルニ付テハ、或ハ此場合ニハ、被利用者ノ行爲ハ責任能力者ノ故意ノ犯罪ニアラサルカ故ニ因果關係ノ中斷カナキニ因ルト爲ス者アリ。或ハ利用者ノ意思ハ結果ニ對シ無條件且直接ニ向ケラルヽニ因ルト爲ス者アリ。其他種々ノ說明アレトモ、要スルニ犯罪ノ本義ヨリ考ヘテ共犯獨立犯說ヲ執リ、形式上共犯タルモノハ之ヲ共犯トシ、其他ハ之ヲ當然ノ正犯ト爲スヘキモノトスレハ、間接正犯ナル觀念ハ之ヲ認ムル必要ナキナリ。左ニ參考ノ爲メ所謂間接正犯ノ場合ヲ列擧スヘシ。

一 可罰的責任無能力者ヲ利用スル場合。例ヘハ精神病者ヲ教唆又ハ幫助シテ放火ヲ爲サシメ、又ハ自殺ヲ爲サシムル場合ノ如シ。此ノ中前者ハ放火罪後者ハ通常殺人罪ノ間接正犯ナリ。十四歲未滿ノ幼者ヲ利用スルモ亦同シ。通說、一般責任能力ト可罰的責任能力トノ區別ヲ爲サス、責任能力ニハ唯可罰的責任能力ニ相當スル一種アルノミナルカ故ニ、凡テ斯カル無能力者ヲ利用シタル場合ニ間接正犯アリトス。

二 重大ナル脅迫ニ因リ强制セラレタル者ヲ利用スル場合。例ヘハ、强盜カ雇人ヲ脅迫シテ主人ノ金品ヲ提出セシムル場合ノ如シ。

三 故意ナキ者ヲ利用スル場合。此場合ニハ被利用者ニ過失アルモ妨ナシ。例ヘハ、病者ヲ殺サンカ爲メ其看護人ニ對シ藥餌ト詐リテ毒物ヲ交付シ病者ニ與ヘシメ、又ハ他人ノ目前ニ在ル第三者ノ所有物ヲ自己ノ財物ナリト詐リ、他人ヲシテ自由ニ持去ラシメ竊盜ヲ行フカ如シ。

四 目的罪ニ於テ目的ヲ有スル者カ目的ナキ者ヲ利用スル場合。例ヘハ、僞貨ヲ行使セントスル目的アル者カ斯カル目的ナキ者ニ依賴シテ通貨ヲ僞造セシムルカ如シ。

五 他人ノ權利行爲(義務行爲)ヲ利用スル場合。例ヘハ、上官カ違法ニ惡意ヲ以テ或人ヲ檢束スヘキコトヲ命シ、下官ニ於テ其命令ヲ執行シタルカ如キ、或ハ右ノ場合ニ普通人カ僞文書ヲ發送シ、又ハ電話等ニテ上官ノ命令ヲ裝ヒ、下官ヲシテ執行セシメタルカ如キ、又ハ他人ノ飼犬ヲ撲殺センカ爲メ、之ヲ第三者ニ向テ使嗾シ、第三者ヲシテ正當防衞トシテ之ヲ殺サシメタルカ如シ。

間接正犯ニ關シテ最モ問題トナルハ、直接正犯タリ得サル者モ亦間接正犯タルコトヲ得ルカノ點ナリ。此問題ヲ考フルニ當リテハ、先ツ事實上單獨ニ直接正犯タリ得サルモ共同正犯トシテ直接正犯タリ得ル場合(例ヘハ、婦人ハ單獨ニ强姦罪ノ直接正犯タリ得サルモ、男子ト共同シ腕力ヲ以テ被害者ノ反抗ヲ抑壓スルコトニ因リテ直接正犯タリ得ルカ如キ場合)ハ此問題ノ範圍ニ屬セサルコトヲ注意セサルヘカラス。而シテ前記ノ問題ニ對シテハ、之ヲ肯定スル者ト身分罪(例、收賄罪)ニ於テ身分ナキ者ニ付キ之ヲ否定スル者トアリ。然レトモ此種ノ問題ニ關シテハ、間接正犯說ノ立場ニ於テモ、前ニ共犯ト身分トノ關係ニ付テ述ヘタル所ト同樣ニ解シ、前說ニ從フヲ正當トス(s. § 165)。其他間接正犯ノ時及ヒ場所ニ關シテモ問題アレトモ、凡テ間接正犯者ノ行爲ヲ犯罪ノ行爲ト見テ一般ノ原則ニ依ルヘシ(s. § 187)。

第三節 罪數(數量的類型)

第一款 一罪

第一項 一罪ノ一般的類型

罪數論ハ橫斷的ニ犯罪ノ各種類型ニ共通ナル數量的類型ニ關スル研究ナリ。

抑モ刑法ノ内容ハ刑罰請求權ノ關係ニシテ、各個ノ刑罰請求權ハ各個ノ犯罪ヲ理由トシテ發生ス。從テ刑法ノ内容ヲ明ニスルニハ、更ニ犯罪ノ各種類型ニ共通ナル犯罪ノ個數ニ關スル一般的類型ヲ明ニスル必要アリ。

罪數ヲ區別スル標準ニ關シテハ從來左ノ三說アリ。

一 行爲標準說

此說ハ、犯罪ハ行爲ナリトノ命題ヲ根據トシテ、行爲ノ數ヲ以テ罪數ノ標準トシ、更ニ行爲ハ意思表動ト結果トヨリ成立スルノ故ヲ以テ、其孰レカノ一方カ一個ナルトキハ、他方カ數個ナルモ、行爲ノ數ハ一個ナリト爲スモノナリ。

例ヘハ、一家數人ヲ毒殺セントシテ酒肴ニ毒ヲ投スルハ一罪ナレトモ、各別ニ毒ヲ與フルノ數罪ナリ。

從テ此說ニ依レハ、現行法ニ於ケル牽連犯及ヒ連續犯ノ規定ハ特別ノ事情ニ因ル例外ノ場合ト見サルヘカラス。是ヲ獨逸ノ通說トス。我判例ハ連續犯ノ場合ヲ除キ此見解ニ從フ。然レトモ此說ハ主觀主義的理論ヨリ謂ヘハ、合理的ノ根據アルモノニアラス。

二 結果標準說

此說ハ、各行爲ヨリ生シタル結果ノ個數ヲ以テ罪數ノ標準トシ、行爲ノ個數ヲ問ハサルモノナリ。Buri ニハ、如何ナル方法ヲ以テスルモ數罪ナリ。從テ此說ニ依レハ、數人ヲ殺シタル場合

而シテ此說ニ依ルモ、現行法ノ解釋トシテハ、想像的併合罪、牽連犯及ヒ連續犯ノ規定ハ之ヲ例外規定ト解セサルヘカラサルコト前說ニ同シト雖モ、理論的ノ根據ヲ有スル點ニ於テ優ルモノアリ。

三 意思標準說

此說ハ、理論上行爲ト結果トノ個數並ニ罪名ノ異同ニ拘ラス、犯人カ具體的ニ豫見又ハ決意シタル一切ノ事實ノ範圍ヲ以テ一罪ト爲スモノニシテ、現行法上ノ問題トシテハ、想像的併合罪、牽連犯及ヒ連續犯ノ場合ヲ以テ其適用ノ限界トス。牧野。大審院モ連續犯ニ關シ此說ニ從フ。從テ此說ニ於テハ、犯罪ノ單複ハ原則トシテ犯意又ハ決意ノ單複ニ因リテ分ル。

例ヘハ、犯人カ單一ノ決意ヲ以テ到ル處ニ竊盜ヲ行フハ一罪ナルモ、雇人カ其度毎ニ惡意ヲ生シテ主人ノ財物ヲ竊取スルハ數罪ナリ。過失犯ノ場合亦之ニ準ス。

然レトモ犯意又ハ決意ノ單複ヲ標準トスルコトハ、一方ニ於テ或ハ之ニ由テ現行刑法ニ於ケル一罪的規定ヲ統一的ニ理解スルコトヲ得ヘシトスルモ他方ニ於テ、徵表主義ノ見地ヨリ觀察スレハ、數罪ニ

對スル刑ノ加重ノ理由ニ對シテ多クノ場合ニ於テ矛盾ヲ避クルコト能ハサルヘシ。

思フニ、罪數ノ標準ヲ定ムルニ當リテハ、單ニ簡明ヲ尙フヘキニアラス。又無批判ニ一般ノ事物觀察ノ方法ニ倣フヘキニモアラス。要ハ如何ナル標準ノ選定カ最モ善ク刑法ノ根本主義ニ一致スルヤノ點ヨリ考察スヘキノミ。蓋シ罪數ニ關連スル事項トシテハ刑法上ニハ數罪ニ於ケル刑ノ加重ノ原則アリ。又刑事訴訟法上ニハ公訴不可分ノ原則アリ。其他尙若干ノ事項アルモ此中最モ重要ナルモノヲ數罪ニ於ケル刑ノ加重ノ原則トス。而シテ此原則ハ、罪數ノ標準ノ選定如何ニ因リテ、或ハ合理的ノモノトナリ、或ハ反對ノ結果トナルカ故ニ、罪數ノ標準ノ適否如何ハ畢竟之ニ基ク數罪ノ規定ノ適用ノ結果カ一般ニ合理的ナリヤ否ヤニ照ラシテ之ヲ判スルコトヲ得。今斯カル見地ニ於テ罪數ノ標準ヲ考フルニ、主觀主義的刑法理論ニ於テハ、犯罪者ノ反規範性ノ徵表ニシテ、犯罪者ノ犯行反覆ハ其當然ノ前提トスル所ナリ。卽チ犯罪ハ之カ反覆ヲ前提トスルカ故ニ初メテ處罰ノ理由トナル。從テ單純ニ此論理ヲ貫クトキハ

數罪ノ場合ニハ其最モ重キ一罪ノ刑ヲ科スルヲ以テ十分ナリトスヘク、之ニ對スル刑ノ加重ハ實ハ合理的ノ根據ヲ缺クトモ謂フヘキカ如シ。Tesar. 而シテ此疑惑ハ、學者苟モ徵表主義ヲ是認スル限リ、其ノ立場ヨリシテハ當然度外視スルコトヲ得サルモノナリ。然ルニ此點ニ付テハ、前記三說中行爲標準說並ニ意思標準說ハ、少クトモ從來ノ說明ヲ以テシテハ、何等答フルニ足ラス。之ニ反シテ結果標準說ニ在リテハ、二個ノ方面ヨリ之レカ根據ヲ說明スルコトヲ得。卽チ其一ハ數個ノ結果カ同一行爲ヨリ發生スル場合ニ於テハ、斯カル行爲者ノ反規範性ハ常ニ分量的ニ大ナルコトナリ。其二ハ數個ノ結果カ數個ノ反覆的行爲ヨリ發生スル場合ニ於テハ、反覆其レ自體ハ前ニ述ヘタルカ如ク、當然豫想セラルヽ現象ナリトスルモ、其反覆ノ結果ハ通例犯罪ニ慣ルヽニ因リテ犯罪者ノ犯罪的傾向ヲ增長セシムルニ至ルコトナリ。斯クノ如ク考フレハ、罪數ノ標準トシテハ當然結果標準說ヲ以テ理論上最モ當ヲ得タルモノト爲ササルヘカラス。從テ斯カル見解ノ下ニ於テハ、想像的併合罪、牽連犯並ニ連續犯ノ規定ハ寧ロ他ノ觀察ニ基ク例外的ノモノニシテ、主觀主義的ニ考フレハ、是等ノ場合ニモ亦立

法上ハ結果標準說ニ從テ其刑ヲ加重スルノ必要アリ(一)。

註(一) 但予ハ此種ノ場合ニ於ケル刑ノ加重ヲ無條件ニ必要トスル者ニアラス。唯此種ノ場合ト實體的數罪ノ場合トヲ區別シテ取扱フ必要ナシトスルノミ。故ニ假ニ實體的數罪ノ處分ニ關シ吸收主義ヲ採用シ、結果ノ多少ノ問題ハ之ヲ裁量ニ委ストセハ、此種ノ場合ニモ亦刑ノ加重ノ必要ナシ。

結果標準說ニ從フトキハ、次テ一個ノ結果トハ如何ナルモノナルカノ問題ヲ生ス。此問題ハ主トシテ一般社會觀念上ノ問題ナリ。而シテ一般的ニ謂ヘハ、凡ソ結果ニハ社會觀念上客觀的ニ顯著ナル分界ノ存スル場合ト然ラサル場合トアリ。前ノ場合ニハ其客觀的分界ニ從テ結果ヲ定ムヘク、後ノ場合ニハ其之ヲ惹起シタル行爲毎ニ之ニ相當スル結果アリトスヘシ。斯ク見テ結果ハ單位ヲ論スレハ左ノ如シ。

人格罪ニ於テハ第一次ニ個々ノ被害者ヲ以テ單位トス。通說亦同シ。第二次ニ同一被害者ニ對シテ數個ノ侵害カ加ヘラレタルトキハ、結果其者ニ顯著ナル分界ナキ場合ナルカ故ニ、各個ノ侵害行爲ニ相當スル結果アルモノトシ、之

ヲ以テ單位トス(一)。

註(一) 通說ハ此場合ニモ被害者ノ單一ナルコトヲ標準トシテ凡テノ結果ヲ合セテ一結果トスレトモ、斯カル見解ハ寧ロ逆ニ連續犯ノ觀念ヲ前提トシ、之ヨリ演繹シタル結論ニシテ結果其者ニ對スル直接ノ觀察ニアラス。

二 財產罪ニ於テハ、財產ノ狀態ニ因リ標準ヲ異ニスレトモ、一般ニ侵害セラレタル客體卽チ財物ノ個數ハ問題トナラス。而シテ大體ヨリ謂ヘハ、第一次ニ不動產ニ在リテハ、所有者ヲ以テ單位トス。動產又ハ無形ノ財產的利益ニ在リテハ、所持者又ハ支配者ヲ以テ單位トス。第二次ニ以上ノ各場合ニ於テ同一人ノ所有又ハ所持又ハ支配ニ對シテ數個ノ侵害アリタルトキハ、其各個ノ行爲ヲ以テ單位トス。

三 所謂公共ニ對スル犯罪ニ在リテハ、放火罪ニ於ケルカ如ク、其結果ノ頗ル大ナルコトアルニ拘ラス、一結果ト見ルヘキ場合アリ。然レトモ多クハ結果其者ニ顯著ナル分界ナキ場合ニ屬スルヲ以テ、其限リニ於テハ各行爲ヲ以テ單位トス。

以上述フル所ハ罪數ノ標準ニ關スル原則ナリ。此原則ニ從テ當然一罪タルモノヲ予ハ本位的一罪ト名ツク。然レトモ現行法ハ必ススシモ此原則ニ從フコトナク、實質上各別ニ見テ一罪ノ要件ヲ具スル數個ノ行爲ヲ、種々ノ觀察ニ基キ、一罪トシテ處分スヘキ場合ヲ定ム。之ヲ處分的一罪トス。現行法上之ニ四種アリ。想像的併合罪、牽連犯、連續犯及ヒ集合犯是ナリ。是レニハ實質上理由アルモノアリ。(集合犯。) 形式上理由アルモノアリ。(連續犯。) 又全ク理由ナキモノアリ。(想像的併合罪及ヒ牽連犯。) 以下項ヲ改メテ結果標準說ニ依ラサル是等ノ例外ノ場合ニ付キ說明センス。

第二項　想像的併合罪

想像的併合罪 (Idealkonkurrenz, Concours ou cumul idéal) トハ刑法第五四條第一項前段ニ於ケル「一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルヽ」場合ヲ謂フ。其處分的一罪タル點ニ於テ本位的一罪ト異リ、又數罪タル實體的併合罪ト異ル。即チ罪數ニ關スル結果標準說ノ例外ノ一ナリ。

法文ニ所謂一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルトハ、一個ノ行爲ト其法律上ノ結果トノ全體カ同時ニ數個ノ可罰類型ニ該當スルコトヲ謂フ。其數個ノ類型カ故意犯タルモ過失犯タルモ又其兩者タルモ之ヲ問ハス(一)。是ヲ以テ想像的併合罪ハ、若シ通說ニ從テ其併合關係ニ立ツ諸類型ノ範圍ニ付キ何等ノ條件ヲモ設ケサルトキハ、結局行爲ノ數ヲ以テ犯罪ノ數ヲ決スルニ歸著ス。是レ行爲標準說ノ論者カ本罪ニ關スル前記ノ規定ヲ以テ其論據ト爲ス所以ナリ。然レトモ理論上結果標準說ヲ執ル立場ニ於テハ、該規定ハ畢竟單ニ通例ノ事態ニ從ヒタル例外ト見ルヘキカ故ニ、此點ヨリ論スレハ、數個ノ類型間ノ關連ハ刑法カ一般ニ通例ノ事態トシテ豫想スル範圍ニ屬スルコトヲ要スト爲ササルヘカラス。是レ他方ニ於テ、既ニ牽連犯ノ成立ニ關シ、手段又ハ結果タル各行爲ノ間ニ之レト同樣ノ關係ノ存在ヲ必要トスト解スル以上、其比較ヨリ謂フモ、寧ロ當然ノ解釋ナリトス(二)。

註(一) 例ヘハ、一發ノ彈丸ニテ故意ニ人ヲ傷害シ器物ヲ損壞シタル場合ハ共ニ故意犯タル場合ナリ。又火ヲ失シテ人ノ住居ヲ燒燬シ因テ人ヲ燒死セシメタル場合ハ共ニ過失犯タル場合

ナリ。又無免許醫業ヲ爲シ過テ人ヲ死傷ニ致シタル場合ハ故意犯ト過失犯トノ場合ナリ。

註(二)　從テ抽斗內ノ財物ヲ竊取スルニ當リ、其錠前ヲ破壞シ、若クハ暴行脅迫ヲ以テ公務ノ執行ヲ妨害スルニ當リ公務員ヲ傷害スルカ如キハ、何レモ通例ノ事態トシテ想像的併合罪タレトモ、他人ノ名義ヲ詐リテ信書ヲ僞造シ之ヲ第三者ニ發送シテ犯罪ヲ敎唆スルカ如キハ、通例ノ事態ニアラサルカ故ニ實體的併合罪タリ。

想像的併合罪ヲ分テ同種ノモノト異種ノモノトス。前者ハ、例ヘハ一個ミノ小石ヲ拋付ケ同時ニ二人ヲ傷害スルカ如キ場合ニシテ後者ハ一人ヲ傷ケ同時ニ器物ヲ損壞スルカ如キ場合ナリ。一個ノ敎唆行爲ヲ以テ數人ヲ敎唆シ、又ハ一人ニ對シ數罪ヲ敎唆スルカ如キ場合モ、其レカ同種ノ犯罪ニ關スル以上ハ、何レモ同種ノ想像的併合罪ト見ルヘキモノナリ(一)。

註(一)　意思標準說ノ立場ヨリ、所謂同種ノ想像的併合罪ヲ以テ第五四條第一項ノ適用ヲ待タシテ當然一罪タル場合ナリトシ、此觀念ヲ否定スル說アリ（牧野）。之ニ反シテ、結果標準說ノ立場ニ於テハ、斯カル場合ハ第五四條第一項ノ適用アルニ由リテ初メテ處分上一罪タルモノトス。判例ハ敎唆從屬犯說ノ立場ヨリ、一個ノ行爲ヲ以テ數人ヲ敎唆スル場合ヲ實體的ニ數罪ト解ス。

想像的併合罪ノ處分ハ其觸ルヽ罪名中最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス。刑、五四Ⅰ。二個以上ノ沒收アルトキハ、沒收ノミ之ヲ併科ス。同五四Ⅱ。而シテ此處分ハ刑法上一罪トシテノ處分卽チ單一ノ刑罰請求權ニ基キテ科セラルヽ處分ニシテ、數罪ニ對スル數個ノ刑罰請求權ニ基キ合一シテ科セラルヽモノニアラス。從テ一旦想像的併合罪ニ對シ確定裁判アリタル以上ハ、其既判力ノ效果トシテ、其刑カ最モ重キモノニ從ヒタルニアラサル場合、又ハ或一個ノ罪名ニ付キ想像的併合罪ノ認定ヲ遺脫シタル場合ニ於テモ、想像的併合罪ノ範圍ニ屬スル事實ニ關シテ、再ヒ審判ヲ行フコトヲ得ス。是レ實體的併合罪ト異ル所以ニシテ、通例實體的併合罪ニ關スル刑法第五一條ノ如キ規定ノ設ナキコトヲ以テ其解釋上ノ根據トス。又想像的併合罪ハ一罪ナル結果トシテ、如何ナル罪名ニ因リテ起訴セラルヽモ、想像的併合罪ノ範圍ニ屬スル限リ、一切ノ事實ニ付キ起訴アリタルモノナリ。從テ起訴ノ罪名カ輕キモノナルトキニテモ、裁判所ハ他ノ最モ重キ罪名ノ刑ニ從テ刑ヲ科スヘキモノトス。然レトモ想像的併合罪ハ所謂處分的一罪ニシテ本位的一罪ノ類型ニアラス。從テ其刑罰請求權ノ發生、消滅其他ノ變更ハ

各別ニ本位的類型ニ從テ之ヲ論シ、然ル後之ヲ單一ノ刑罰請求權トシテ取扱フヘク、想像的併合罪ヲ認定シテ、然ル後是等ノ問題ヲ議スヘキモノニアラス。即チ未遂、既遂カ各本位的類型ニ付テ問題トナルカ如ク、(此點爭ナシ)累犯加重、從犯減輕、其他ノ必要的減輕モ亦各本位的類型ニ付テ之ヲ論セサルヘカラス。又一部ノ罪名ニ付キ刑ノ廢止、大赦、公訴ノ時效ノ完成(刑訴、三六三)並ニ必要的免刑ノ事情アリタルトキハ、該罪名ハ之ヲ除外シ、其他ノ罪名ノミニ付テ其罪ヲ論スヘキモノトス。其他想像的併合罪ニ於テ其一部ノ罪名カ親告罪ニシテ、(例ヘハ、名譽毀損罪ト新聞紙ニ風俗壞亂事項ヲ揭載スル罪、又ハ强姦罪ト公然風俗ヲ害スル行爲ヲ爲ス罪トノ場合ノ如シ)而カモ被害者ノ告訴ナキ場合ニ付テハ親告罪ニ於ケル告訴ヲ以テ訴訟條件ニシテ處罰條件ニアラストスル立場ニ於テ、如何ナル取扱ヲ爲スヘキカニ付キ理論上爭アリ。此點ニ付テハ、通說ハ、處分的一罪ナル觀念ハ一罪トシテノ處分カ、獨リ實體法上ノミナラス手續法上ノ理由ニ依リテモ妨ケラレサルコトヲ前提トスルモノト解シ、一般的ニ、想像的併合罪ノ一部ニ付キ手續法上ノ障礙アルトキハ、裁判所ハ其他ノモノヽミニ付テ審判ヲ爲スヘキモノト說ク。蓋シ裁判所ハ此場合ニ於テ全部ニ付テ審判ヲ爲スコトヲ得

ス、又全部ニ付テ棄却ヲ爲スコトヲ得ストスレハ、結局此說ヲ正シトスヘシ。

想像的併合罪ニ對シテ法條競合(Gesetzeskonkurrenz)ト稱セラルヽ場合アリ。即チ想像的併合罪ノ外觀アリテ實ハ單ニ法條ノ競合アルニ過キサル場合ナリ。從テ此場合ニハ刑法第五四條第一項前段ノ適用ナキノミナラス、又必ススシモ最モ重キ刑ニ從フモノニモアラス。而シテ(此場合ト想像的併合罪ト異ル所ハ、此場合ニ在リテハ、一個ノ行爲カ單ニ形式上數個ノ罪名ニ觸ルヽニ止マリ、結果標準說ニ依リテモ仍ホ一罪タル性質ノモノナルモ、想像的併合罪ニ在リテハ、一個ノ行爲カ實質的ニ數個ノ罪名ニ觸レ、結果標準說ニ從ヘハ、數罪タルヘキ性質ノモノナルニ在リ。法條競合ノ場合ヲ擧クレハ左ノ如シ。(學者ニ因リ、想像的併合罪ヲ法條競合ノ場合トシ、所謂法條競合ヲ準法條競合ノ場合トシテ說ク者アリ。)

一 特別關係(Spezialität)

一般法ト特別法トノ間ノ關係ニシテ、此關係ニ於テハ特別法ハ一般法ノ適用ヲ排除ス。S. § 44.

二 吸收關係(又ハ消費關係(Konsumtion)若クハ補充關係(Subsidiarität))

吸收關係ハ廣義ニ於テ次ニ述フル三及ヒ四ノ場合ヲモ含ムコトアルモ、狹ク吸收關係ト謂フトキハ、多ク形式上補充的特殊關係ヲ意味ス。此關係ニ於テハ實體規定ハ補充規定ノ適用ヲ排除ス。例ヘハ、既遂罪ノ規定ト未遂罪及ヒ豫備罪ノ規定、刑法中過失致死致傷罪ノ規定ト直接ニ此種ノ危險ノ取締ヲ目的トスル各種警察法令ノ規定トニ於ケルカ如シ。S. § 68. 又正犯ノ規定ト教唆犯及ヒ從犯ノ規定トノ關係モ單ニ犯罪ノ方法的類型ノ相違ニ過キサルカ故ニ、教唆及ヒ幫助カ同一犯罪ノ他ノ實行手段ト併セ行ハルヽ場合ニハ、是等ノ行爲モ亦其正犯行爲中ニ吸收セラル。

三 主從關係

一個ノ行爲カ形式上數種ノ罪名ニ觸ルヽ場合ニ於テ、各罪名カ主從ノ關係ニ在ルトキハ、其刑ノ輕重ニ拘ラス、全體トシテ單純ニ主タル罪名ニ依リテ處斷セラルヽコトヲ謂フ。此關係ニ於テハ主法ハ從法ノ適用ヲ排除ス。例ヘハ、僞造通貨行使罪ニ於テ詐欺ノ事實アルモ、仍ホ單純ニ僞造通貨行使罪タルカ如キ、又橫領罪ニ於テ毀棄ノ事實アルモ亦單純ニ橫領罪タルカ如シ。例ヘハ、刑法第一五二條ト第二四六條、第二五四條ト第二六一條トヲ比較シテ考フヘシ。其他傷害罪ニ暴行ヲ伴ヒ、名譽毀損罪ニ侮辱ヲ伴ヒ、强盜罪ニ逮捕監禁ヲ伴ヒ、放火罪(刑一〇八、一一〇)ニ毀棄(刑二一六)ヲ伴ヒ、刑法第八一條乃至第八五條ノ罪ニ第八六條ノ行爲ヲ伴フ場合ノ如キ亦此關係ニ屬ス。

四 擇一關係

主從關係ト本質的ニ差別ナキモ、競合關係ニ在ル規定ノ何レヲモ主トスルコトナク、單純ニ其最モ重キ刑ニ從フ關係ヲ謂フ。此關係ニ於テハ其刑ノ最モ重キモノハ常ニ他ノ輕キモノヽ適用ヲ排除ス。此關係ハ或ハ明文ヲ以テ之ヲ定ムル場合アリ。例ヘハ、爆發物取締罰則第一二條ノ規定ノ如シ。或ハ理論上認メラルヽ場合アリ。例ヘハ、共同所持者ノ所持スル財物ニ對スル領得カ、一方ニ橫領罪ノ要件ヲ具備スル場合ニモ、仍ホ單純ニ竊盜罪ヲ構成スルカ如キ、自己ノ親ヲ殺サントシテ誤テ他人ヲ殺シタル場合ニ於テ、一方ニ通常殺人罪ノ要件ヲ具備スルニ拘ラス、仍ホ單純ニ尊屬殺人ノ未遂罪ヲ構成スルカ如シ。S. § 131 I.

第三項　牽連犯

§173

牽連犯トハ刑法第五四條第一項後段ニ於ケル「犯罪ノ手段又ハ結果タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ルル」場合ヲ謂フ。而シテ是レ亦法律上處分的ニ一罪タル場合ニシテ、罪數ニ關スル結果標準說ノ例外ノ一ナリ(一)。

註(一)　牽連犯ノ觀念ハ、其適用ノ結果ヨリ謂ヘハ、寧ロ時ニ合理的ト考ヘラル、場合ナキニアラス。例ヘハ通說ニ於テ文書僞造ト僞造文書ノ行使トノ二行爲ヲ併セテ一罪トスル場合ノ如シ。然レトモ是レ文書僞造罪ニ於テ實質上行使罪ノ豫備タル僞造行爲ヲ獨立罪トシテ規定シタルカ爲メニシテ、本來此二者ヲ牽連犯ト見ルコトカ果シテ當ヲ得タルヤ疑ハシク、寧ロ吸收關係ト見ルヘキ場合ナルカ故ナリ。故ニ縱ヘ斯カル特別ノ場合ニ於ケル一罪トシテノ取扱カ結果ニ於テ合理的ナリトスルモ、之ニ由リテ牽連犯一般ニ付テ然リト謂フコトヲ得ス。

法文ニ所謂犯罪ノ手段又ハ結果タル行爲ハ何レモ他ノ犯罪ノ成立ヲ前提トシテ之ニ牽連スルモノニシテ且其意義ハ何ヲ主トスルカニ因リテ異ル相對的ノモノナリ。即チ牽連犯ニ於テ、一方ニ手段タル行爲ヲ主トシテ觀察スレハ、他方ハ其犯罪ノ結果タル行爲ナリ。又一方ニ結果タル行爲ヲ主トシテ觀察スレ

ハ、他方ハ其犯罪ノ手段タル行爲ナリ。從テ何レカ主タル犯罪ニシテ、何レカ其手段又ハ結果タル行爲タルカハ全ク見方ノ問題ニ外ナラス。故ニ通例人ノ謂フカ如ク、牽連關係ヲ單ニ手段結果ノ關係ト稱スルモ亦不可ナシ。斯クノ如ク前提シテ、牽連關係ヲ手段ノ方面ヨリ說ケハ、犯罪ノ手段タル行爲トハ或犯罪ニ取リテ通常其手段タル行爲ナリ。又之ヲ結果ノ方面ヨリ說ケハ、犯罪ノ結果タル行爲トハ或犯罪ニ取リテ通常其結果又ハ當然ノ結果タル行爲ナリ(一)。而シテ此兩者ノ間ニ具體的ニ因果關係アレハ牽連犯ハ成立スルナリ。

註(一)　斯クノ如ク通常ノ範圍ヲ以テ限度トスル所以ハ想像的併合罪ニ關シテ述ヘタル所ニ同シ。

牽連犯ノ意義右ノ如クナルヲ以テ、牽連犯カ成立スルニハ、單一ノ決意ニ出テタルコトハ要件ニアラス。例ヘハ、他ノ目的ニテ不法ニ他人ノ住居ニ侵入シタル後竊盜ヲ爲スモ牽連犯タリ。他人ノ貴金屬製品ノ一部ヲ破壞シタル後新ニ竊盜ノ意思ヲ生シテ其一部ヲ盜取スル場合モ亦同シ。又牽連犯カ其要件ヲ缺ク限リ、單一ノ決意アルモ、以テ之ヲ補フニ足ラス。例ヘハ、本人ヨリ委任ヲ受ケ

タリト詐稱シ、相手方ヨリ金員ヲ騙取セントスルニ當リ、豫メ行使ノ目的ヲ以テ委任狀ヲ僞造シ携ヘ居タルニ拘ラス、之ヲ行使スルニ至ラスシテ目的ヲ達シタルトキハ、僞造ト詐欺トノ間ニハ因果關係ナキカ故ニ牽連犯ニアラス。而シテ右ノ場合ニ於テ、若シ犯人カ僞造文書ヲ行使シテ目的ヲ達シタリトセハ、右ノ行使セサル場合ト反對ニ、是等ノ行爲ハ凡テ全體トシテ一罪ヲ構成シ、科刑却テ輕キ結果ヲ生スヘシト雖モ S. § 181. 斯カル不權衡ハ理論上寧ロ牽連犯ヲ否定スヘキ理由トナルモノナリ。 S. §§ 168, 169.

更ニ例ヲ擧ケテ牽連犯ノ成立スル場合ト否トヲ說明スレハ左ノ如シ。

竊盜罪ヲ犯ス爲メ他人ノ邸內ニ侵入シ、又ハ侵入罪ヲ犯ス爲メ門戶墻壁ヲ破壞スルハ手段タル行爲ナリ。(但此種ノ行爲ハ財物所持ノ情況如何ニ因リ同時ニ竊盜罪ノ實行ノ着手トシテ想像的併合罪タルコトアリ。)例ヘハ財物ヲ藏セル住居ニ侵入シ、又ハ金庫ヲ破壞スルカ如シ)。殺人、傷害ノ目的ノ爲メ他人ノ住居ニ侵入スルモ同樣ナリ。通說ニ依レハ目的罪ハ目的カ犯罪タル場合ニハ一般ニ手段タル行爲ナリ。從テ文書僞造ト僞造文書ノ行使トハ牽連犯ナリ。然レトモ是ニ由テ詐欺ヲ行フ場合ニハ、行使ハ同時ニ詐欺罪ノ要件タル欺罔其者ナルカ故ニ、行使ト詐欺トハ牽連犯ニアラスシテ想像的併合罪ナリ。(結果ヨリ謂ヘハ、寧シク刑法第五四條第一項ノ適用ヲ受クル

ニ歸着スレトモ、通說ノ如ク順次ニ牽連關係ニ立ツモノト見ルハ非ナリ)。訴訟提起ニ依ル詐欺ト僞證教唆トハ手段結果ノ關係アル二個ノ行爲ニアラス。而シテ獨立犯說ヨリ見タル僞證教唆ハ其自身同時ニ裁判所ニ對スル欺罔手段ナルカ故ニ、此二個ノ行爲ノ關係ハ之ヲ通例ノ事態ニ屬スルモノト見ルコトヲ得ヘシトセハ、想像的併合罪タルヘシ。(判例ハ此場合ヲ牽連犯トス)。或犯罪ト其證跡湮滅ノ爲メノ殺人、放火、文書ノ僞造、變造、物ノ奪取、損壞トノ間ニ於テモ亦牽連犯ハ成立セス。

§174

牽連犯ニ似テ非ナルモノニ結合犯及ヒ狀態犯アリ。結合犯(Zusammengesetztes Verbrechen)トハ觀念上各獨立ニ犯罪トナルヘキ異種ノ行爲ヲ結合シテ法律上特別ノ一罪トシタルモノヲ謂フ。其本位的一罪タル點ニ於テ牽連犯ト異ル。例ヘハ暴行又ハ脅迫ト竊盜トノ結合ニ由リテ成立スル强盜罪ノ如シ。而シテ結合犯ニ於ケル結合ハ觀念上ノモノナルカ故ニ、結合犯カ成立スル爲メニハ、各個ノ行爲ハ事實上必スシモ各別ノ行爲トシテ行ハルヽコトヲ要セス、單一ノ行爲ニ由リテ二個ノ要件カ充實セラルヽモ妨ナシ。狀態犯(Zustandsverbrechen)トハ例ヘハ竊盜犯人カ財物ヲ得テ後之ヲ處分スルカ如キ場合ヲ謂フ。 S. § 178. 斯

カル場合ハ亦牽連犯ト見ルコトヲ得ルカ如シト雖モ現行法ノ解釋ヨリ謂ヘハ、贓物ノ處分行爲ハ同時ニ第三者ニ對シテ詐欺罪等ヲ犯シタル場合ニアラサレハ獨立ノモノトシテモ、又他ノ一部トシテモ犯罪性ヲ有スルモノニアラス。唯罪タラサル違法ノ領得行爲ノ連續タルニ止マル。從テ公訴ノ時效ノ如キモ竊取行爲ノ終了ノ時ヨリ進行シ、最後ノ處分行爲カ何時終了シタルヤニ關係ナシ。刑訴、二八四I。斯カル場合ハ我國ニ於テハ之ヲ吸收犯ト見ルコト通例ナレトモ(一)斯カル觀察ニ從ヘハ、最後ノ處分行爲モ亦犯罪性ヲ有スルニ至リ、其結果ハ實際觀念ニ一致セサルヘシ。但、狀態犯カ犯罪性ヲ有セサルハ犯人ノ一身的事情ニ因ルカ故ニ、他人カ之ニ加功シタルトキハ、横領罪ノ責任アリ。即チ加功行爲ノミ罪タルカ故ニ、形式上共犯ニアラサレトモ、其理論ハ同一ナリ(p. §165 一、四)。其他竊盜敎唆者カ其贓品ヲ收受スルカ如キ行爲モ、敎唆犯ヲ以テ獨立犯ト見ル以上、敎唆者ノ當初ノ意思カ收受ニ在リシト否トニ拘ラス、右ノ場合ト同樣ニ見ルヘキモノトス。判例ハ此場合ヲ實體的併合罪ト解ス。

註(一) 法條競合中ノ吸收關係ノ存スル場合ノ外仍ホ牽連犯中ノ或場合ヲ特ニ一般ノ場合ヨリ區別シ、之ニ付キ更ニ吸收犯ナル觀念ヲ認ムル說アリ。例ヘハ、竊盜ト其手段タル毀棄又ハ住居侵入トノ如キモノヲ然リトシ(牧野)又ハ竊取シタル郵便貯金通帳ヲ利用シ郵便局員ヲ欺罔シテ貯金ヲ引出シタル場合ノ如キヲ然リトス(判例)、即チ斯カル場合ハ第五四條第一項ノ適用ヲ待タスシテ當然一罪ナリトスルモノニシテ、此說ハ狀態犯ヲモ亦是レト同樣ニ觀察セントスルナリ。

§175 牽連犯ノ處分ハ其觸ル、罪名中最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス。刑、五四I。二個以上ノ沒收アルトキハ、沒收ノミ之ヲ併科ス。同、五四II。而シテ此處分モ亦刑法上一罪トシテノ處分ニシテ、其斯クノ如ク解スル牽連犯ノ取扱ニ關スル諸問題ノ解決ハ想像的併合罪ニ關シテ述ヘタル所ニ同シ。

第四項 連續犯

§176 連續犯(Fortgesetztes Verbrechen, Délit continué ou répété)トハ刑法第五五條ニ規定スル「連續シタル數個ノ行爲ニシテ同一ノ罪名ニ觸ル、」場合ヲ謂フ。而シテ是レ亦法律上處分的ニ一罪タル場合ニシテ、結果標準說ノ例外ノ一ナリ。例ヘハ、雇人カ毎日少許宛主人ノ賣溜金ヲ竊取スルカ如シ。然レトモ連續犯ノ意義並

ニ要件ニ關シテハ從來學說ノ岐ル、所ニシテ、右ノ法文ハ僅ニ各學說間ニ爭ナキ一二ノ要件ヲ規定シテ其輪廓ヲ示シタルニ止マル。

連續犯ノ意義ヲ論スルニ當リテハ、先ツ連續犯ニ似テ非ナル場合ヲ除外シテ考ヘサルヘカラス。其場合ハ卽チ外觀上行爲ノ連續的ナルニ拘ラス、單純ニ一罪タル場合ナリ。（例）ヘハ人ト搭鬪スルニ當リ數回拳ヲ上ケテ歐打シ（或）ハ倉庫內ノ財物ヲ竊取スルニ當リ同一機會ニ數回ニ之ヲ運ヒ出シ（或）ハ同一機會ニ於テ數回ノ賭博ヲ爲スカ如シ。（又）人ヲ殺サントシテ同一機會ニ數回發砲シ最後ニ命中シタル場合ニハ、初メ數回ノ無效ナリシ發砲ヲモ併セテ單一ナル殺人行爲ナリ。（又）被害者既ニ死亡シタルニ拘ラス、尙ホ之ヲ知ラスシテ、死體ニ向テ發砲シ又ハ打擊ヲ加フルカ如キ場合モ亦全體トシテ單一ナル殺人行爲ナリ。（蓋）シ此種ノ場合ニ於テハ一旦犯罪ノ實行ノ著手ノ程度マテニ意思ノ緊張ヲ見タル行爲者ノ態度カ同一程度ノ意思ノ緊張ヲ以テ繼續スルカ故ナリ。S. § 140. 故ニ之ニ反シ（又）旦行爲者ノ意思ノ緊張カ右ノ程度ニ達スルモ、其繼續カ何等カノ事情ニ因リテ中斷シ、其後再ヒ犯罪ノ實行カ開始セラルヽカ如キ方法ニ於テ同

種ノ行爲カ反覆セラルヽ場合ニ於テハ、縱ヘ其反覆行爲カ相待テ初メテ客觀的ニ一個ノ既遂類型ヲ充實スヘキ關係ニ在ルトキト雖モ、單一ナル犯罪ニアラス。（例）ヘハ、毎回少量宛ノ毒藥ヲ用キテ漸次效果ヲ發揮セシメ、結局人ヲ殺シタル場合、（又）ハ毎回一定時間宛毛筆ヲ用キテ兌換券ヲ模寫シ、一定ノ期間ヲ經テ一枚ノ百圓券ノ僞造ヲ遂ケタル場合ノ如キハ何レモ連續犯ニシテ單一犯ニアラス。但反對說アリ。（論）シ斯クノ如キ場合ニ於テハ、各個ノ反覆行爲ハ初ヨリ結果ニ對シ連續的ニ共同原因トシテ作用スヘキコトヲ豫期シテ行ハル、點ニ於テ事實上特殊ナル事情アルモ、法律上ハ何レモ結果ニ對シ一原因ヲ爲ス獨立ノ實行ノ著手ナルカ故ナリ。從テ斯カル場合ニハ、未遂罪ノ要件ヲ具備スル數多ノ行爲ト既遂罪ノ要件ヲ具備スル最後ノ一個ノ行爲トカ連續スルモノニシテ所謂連續犯トハ卽チ斯クノ如ク獨立ニ罪トナルヘキ數個ノ行爲カ一定ノ條件ノ下ニ一罪トシテ取扱ハル、場合ヲ謂フ。

連續犯ノ意義並ニ要件ニ關スル從來ノ主ナル學說左ノ如シ。

一　主觀說

主觀說ハ、罪數ノ標準ニ關シテ述ヘタルカ如ク、犯罪ハ犯意又ハ決意ノ單一ナル限リ一罪ナリトスルヲ以テ原則トシ、從テ連續犯ニ於テモ同一罪名ニ觸

ル、數個ノ行爲ハ單一ノ犯意又ハ決意ニ出テタルコトヲ要シ且之ヲ以テ足ルト爲ス。故ニ此見解ニ依レハ、犯意又ハ決意ノ單一ナル限リ、幾何ノ人ヲ殺シ、幾何ノ人ヨリ財物ヲ竊取スルモ連續的一罪ナレトモ、反對ニ使用人カ主人ノ財物ヲ竊取シ、事發覺シテ一旦罪ヲ詫ヒタル後、再ヒ惡意ヲ生シテ主人ノ財物ヲ竊取スルカ如キ場合ハ二罪ナリ。牧野、大審院判例。

二 客觀說

客觀說ト稱セラルヽモノニ種々アリ。其主ナルモノヲ擧クレハ(一)ハ數個ノ行爲ノ結果カ單一ナルコト法益ノ單一ト異ル ヲ要件トシ Wachenfeld. 其(二)ハ數個ノ行爲カ同一方法ニテ行ハルヽコトヲ要件トシ 例ヘハ、雇人カ毎日主人ノ煙草ヲ竊取スルニ當リ一日偶々煙草匣ノ錠前ヲ開キテ竊取シタリトスレハ、此行爲ノミハ獨立ノ一罪トナル。又方法ノ同一ナル限リ下士カ多數ノ新兵ニ暴行ヲ加フルモ一罪ナリ。Liszt. 其(三)ハ數個ノ行爲カ同一機會ノ利用ニ由リテ行ハルヽコトヲ要件トシ 例ヘハ、下士カ教練ノ機會ニ毎回新兵ヲ毆打シ、受領證ノ綴込ミヲ拾得シタル者カ多數ノ名宛人ヨリ財物ヲ騙取スルカ如シ。M. E. Mayer. 其(四)ハ是等ノ各種ノ事情ヲ以テ一樣ニ獨立ノ要件トス。Allfeld.

三 折衷說

折衷說ニ二種アリ。其(一)ハ犯意又ハ決意ノ單一ヲ連續犯ノ主觀的要件トシ、之ト他ノ客觀的要件ト相待テ連續犯ヲ構成スト爲スモノナリ。獨逸大審院判例。詳言スレハ、連續犯ハ、主觀的ニ單一ノ犯意ヲ以テ客觀的ニ單一ノ被害法益 特ニ人格的法益ニ關シテ謂フ ニ對シ、或時間的接續及ヒ同一ノ外部的事情ヲ條件トシテ行ハルヽコトヲ要スト爲ス。其(二)ハ單一ノ犯意又ハ決意ノ外、同一ノ機會又ハ同一ノ關係ニテモ可ナリトシ、連續犯ハ此何レカ一ノ事情ノ下ニ同一被害法益ニ對シテ行ハルヽコトヲ要スト爲ス。Frank.

以上ノ如ク連續犯ノ意義並ニ要件ニ關シテハ種々ノ學說アレトモ、予ノ見ル所ヲ以テスレハ、既ニ連續犯ノ外觀アリテ而カモ單純ニ一罪タル場合ヲ連續犯ノ範疇ヨリ除外スル以上ハ、其餘ノ場合ヲ連續犯トシテ一罪ト見ルコトノ當否ハ全ク政策ニ由テ定マル。蓋シ連續犯ハ他ノ處分的一罪ト同シク各個ニ一罪ノ要件ヲ具スル數個ノ行爲ヲ法律上一罪トシテ取扱フモノナルカ故ナリ。故ニ連續犯問題ノ中心ハ政策上果シテ連續犯ヲ一罪ト見ル理由アリヤ否ヤノ點ニ存ス。此點ニ關シ、從來學者ノ主觀主義的ニ說ク所ヲ見ルニ連續犯ハ、或ハ犯

意ノ單一ニ由リ、或ハ機會ノ同一ニ由リ、常ニ同一惡性ヲ徵表スルモノナルカ故ニ、之ヲ數罪トシテ刑ヲ加重スル必要ナシト說ク。然レトモ既ニ述ヘタルカ如ク、犯罪カ同一惡性ノ徵表タルコトハ獨リ連續犯ノ場合ノミニ限ルコトナク、數罪カ併合罪トシテ反覆セラルヽ場合ニ於テモ亦同シ。從テ同一惡性ノ徵表タルノ理由ヲ以テ刑ノ加重ノ必要ナシトセハ、併合罪ノ場合ニ於テモ亦同樣ナラサルヘカラス。加之併合罪ノ場合ノ刑ノ加重ノ理由ヲ以テ、前ニ述ヘタルカ如ク、犯罪反覆ニ因ル惡性ノ增長ノ點ニ在リト解シテ誤ナシトスレハ、斯カル事情ハ連續犯ノ場合ニモ亦見ル所ナルヲ以テ、是レニモ亦刑ノ加重ノ必要アルノ理ナリ。右ノ如クナルヲ以テ、連續犯ヲ一罪ト見ルコトカ政策上何等カノ理由アリトセハ、其ハ當然前記ノ如キ同一惡性ヲ徵表スルヤ否ヤノ如キ實質的ノモノニアラスシテ形式的ノモノナラサルヘカラス。S. §§ 168, 169. 乃チ連續犯ヲ形式的ニ考フル者ハ多ク其理由ヲ裁判手續上ノ簡便ニ求ム。Liszt, M. E. Mayer. 詳言スレハ、連續犯ヲ以テ數罪トスルトキハ、理論上裁判所ハ各個ノ罪ヲ認定シタル上、一々之ニ法律ヲ適用シ、最後ニ併合罪ノ取扱ヲ爲サヽルヘカラサルモ、反對ニ之ヲ一罪トスルトキハ、各個ノ行爲ニ付テ其レカ同種ノ行爲タル點以外ニハ一々詳細ナル認定ヲ下スノ必要ナク、又法律ノ適用ニ於テ一回ヲ以テ足ルノ便宜アリ。思フニ斯カル取扱カ後日證據ニ依リテモ分離シテ認定シ難キ多數ノ犯罪ノ審判ニ關シテ特ニ至便トスヘキハ言ヲ俟タス。從テ連續犯カ理由アルハ唯此關係ニ於テノミ。斯クノ如ク考フレハ、連續犯ハ實質的ニハ併合罪ニ外ナラサルカ故ニ、併合罪ニ對スル刑ノ加重カ正當ナル限リ、立法論トシテハ當然之ニモ亦刑ノ加重ヲ爲スヘキモノトス。

§177a

以上ノ議論ヲ前提シテ連續犯ノ意義ヲ述フレハ、連續犯トハ同一ノ罪名ニ觸ルヽ數個ノ行爲カ同一ノ事情ノ下ニ(特ニ專屬的法益ニ關シテハ同一客體ニ對シテ)行ハルヽコトヲ謂フ。之ヲ分說スレハ左ノ如シ。

一 數個ノ行爲カ同一ノ罪名ニ觸ルヽコト

同一ノ罪名トハ必スシモ同一ノ犯罪類型ノ義ニアラス。類型ヲ異ニスルモ其種類ニ於テ甚シク異ラサレハ可ナリ。例ヘハ、暴行罪ト傷害罪トノ如シ。竊盜罪ト强盜罪トノ間ニ於テハ、判例ハ之ヲ以テ同一ノ罪名ト爲シタレトモ、

連續犯ノ形式的理由ヨリ謂ヘハ、廣キニ過ク。要スルニ同一ノ罪名ナリヤ否ヤニ付テハ連續犯カ一罪トセラルル理由ニ照ラシテ之ヲ決セサルヘカラス。然レトモ犯罪ノ態樣トシテノ横斷的類型ノ差、卽チ既遂ト豫備又ハ未遂、單獨犯ト共犯トノ差ノ如キハ同一ノ罪名タルヲ妨クルモノニアラス。

二 同一ノ事情ノ下ニ行ハルルコト

同一ノ事情ノ下ニ行ハルトハ例ヘハ、同一ノ家宅其他一定ノ場所ニ於テ時々賭博ヲ爲シ又ハ財物ヲ竊取スルカ如キ、又ハ詐欺師カ一定ノ準備ヲ以テ事務所其他一定ノ場所ニ於テ多數者ヨリ金品ヲ騙取スルカ如シ。最後ノ例ニ於テハ連續犯ハ同種ノ想像的併合罪(例ヘハ廣告詐欺ノ如キ場合)ト處分的一罪規定間ノ法條競合ヲ生スルコトアリ(S. § 181)。之ニ反シテ同一場所ノ附近ニテモ、數軒ノ家ニ忍入リ强竊盜ヲ爲スハ、同一事情ノ下ニ爲サレタルモノト謂フコトヲ得ス。掏摸(スリ)カ諸所ヲ徘徊シテ竊盜ヲ爲スカ如キモ亦然リ。掏摸ノ行爲ハ性質上營業犯又ハ常習犯ト見テ一罪トスヘキモノニシテ、全然形式的ナル連續犯ト其意義ヲ異ニスルコトハ連續犯ノ理由ニ照シテ明ナリ。此場合ニ關シ營業犯又ハ常習犯的規定ヲ缺クノ故ヲ以テ連續犯ノ觀念ヲ代用セントスルカ如キハ卽チ紛更ヲ招クモノナリ(但累犯者ニ限リ所謂盜犯防止法第三條常習犯的規定ノ適用アルコトアリ)。

三 專屬的法益ニ關シテハ同一客體ニ對シテ行ハルルコト

連續犯ハ、專屬的法益ノ成立スル客體ニ在リテハ、同一客體ニノミ限リテ成立シ、客體ヲ異ニスルトキハ成立セス。蓋シ生命、身體、自由、名譽、節操等カ各別ノ被害者ニ付キ各別ノ行爲ニ由リテ侵害セラルヽカ如キ場合ニ於テハ縱ヘ其行爲カ連續スルモ、事實ノ認定ニ付キ困難ヲ感スルカ如キコト殆トナシ。從テ斯カル場合ニハ結果標準說ノ原則ノ適用ヲ制限スル必要ヲ見ス。S. § 168 I。以上三個ヲ以テ連續犯ノ要件トス。連續犯ハ此要件ヲ具フル限リ、故意犯ノミナラス、過失犯ニ付テモ亦成立ス(一)。

註(一) 但過失犯ニ付テハ犯意又ハ決意ノ單一ヲ要件トスル見解ヲ執ル者ハ連續犯ヲ認メサルヲ通例トス(例、大審院判例)。然レトモ又特別ノ觀察ニ依リテ之ヲ認ムル者アリ(牧野)。

連續犯ト似テ非ナルモノニ繼續犯並ニ狀態犯アリ。繼續犯(Dauerverbrechen, Délit continu)トハ數個ノ行爲カ反覆的ニ連續スルニアラスシテ、一個ノ行爲カ相當時間ニ亘リテ行ハルヽコトヲ謂フ。不法逮捕罪、不法監禁罪ノ如キヲ其適例トス。但犯罪ハ多ク單一犯トシテモ連續犯トシテモ成立シ得ルカ如ク、或犯罪ハ又單一犯トシテモ繼續犯トシテモ成立シ得ルモノアリ。例ヘハ、住居侵入罪

ニ在テハ、侵入シテ直ニ退去スルモ、其狀態カ數時間繼續スルモ共ニ一罪タリ。

又眞正不作爲犯ニ在リテハ、犯罪ハ不作爲ニ由リテ直ニ既遂トナルモ、作爲義務カ存續シ且義務履行ノ可能條件ノ備ハル間ハ多クハ繼續犯タリ。斯カル場合ニハ何レモ最後ノ瞬間ヨリ公訴ノ時效ハ進行ス。之ニ反シテ、狀態犯トハ犯罪成立後其違法態度(犯罪ノ結果ヲ原狀ニ回復セサル又ハ繼續スルモ、其性質ハ單ニ違法ハ一層增大セシムル違法ノ態度)タルニ止マリ、犯罪性ヲ有セサル場合ヲ謂フ。例ヘハ、他人ノ金員ヲ拐帶ニ由リテ橫領シタル者ハ其後如何ニ之ヲ所持シ又ハ處分スルモ其行爲ハ犯罪性ヲ有セス。又重婚罪ニ於テ婚姻手續後ノ同棲行爲モ亦同シ。斯カル場合ニハ拐帶又ハ重婚手續ノ時ヨリ公訴ノ時效ハ進行ス。S. § 174.

§179

連續犯ノ處分ハ一罪トシテ之ヲ處斷ス。然レトモ連續犯ハ各個ニ獨立シテ犯罪タリ得ヘキ數個ノ行爲ヲ一罪トシテ取扱フモノナルカ故ニ、各本位的類型ニ關スル刑法ノ規定ハ凡テ先ツ各個ノ行爲ニ適用セラルヘク、連續犯ヲ認メテ然ル後之ニ適用スヘキモノニアラス。其他ノ諸點モ想像的併合罪ニ關シテ述ヘタル所ニ準シテ考フヘシ。S. § 171.

§180

連續犯ハ確定判決ニ由リテ中斷セラレ、其後ノ行爲ハ別罪トナル。繼續犯ニ付テ亦同シ。是レ刑法ノ適用ハ現ニ適用シ得ヘキ範圍外ニ及ハサルカ故ナリ。

第五項 集合犯

集合犯(Kollektivverbrechen, Délit collectif)ハ數多ノ同種ノ行爲カ同一ノ意思傾向ニ基キテ行ハルル罪ニシテ、法律上一罪トシテ處斷セラルル場合ノ一ナリ。之ニ三種アリ。

一 營業犯(Gewerbsmässiges Verbrechen) 犯罪ノ反覆ニ由テ財產上ノ利益ヲ營マントスル目的ニ出ツル場合ナリ。例ヘハ、刑法第一七五條及ヒ第一八七條第一項ノ罪、無免許醫業犯(醫師法一一)無免許ニ因ル銀行業及ヒ漁業ノ罪(銀行法三三、漁業法五八I)。ノ如シ。

二 職業犯(Geschäftsmässiges Verbrechen) 單ニ犯罪ノ反覆ヲ目的トシ、營利ヲ目的トセサル場合ナリ。

三 習慣犯(Gewohnheitsmässiges Verbrechen, Délit d'habitude) 犯罪ノ反覆カ犯人

ノ習慣トシテ行ハルル場合ナリ。例ヘハ、常習賭博罪(刑一八六I)常習暴力罪(暴力行爲等處罰ニ關スル法律一I、二I)常習竊盜罪(盜犯等ノ防止及ヒ處分ニ關スル法律三、四)ノ如シ。

前記各種ノ犯罪ニ在リテハ、行爲カ事實上數個ナルコトハ法律ノ適用上要件ニアラス。唯一個ナルモ、其集合犯的意思傾向ニ基ク限リ集合罪トナル。然レトモ嚴密ナル意義ニ於テ集合犯ト謂フトキハ事實上數個ノ行爲ノ存スル場合ヲ意味ス。但集合犯カ成立スルニハ法律ニ之ヲ一個ノ集合犯トスル規定アルコトヲ要シ、單ニ集合犯的行爲アルノミニテハ、他ニ連續犯等ノ要件ヲ具ヘサル限リ、固リ一罪トナルモノニアラス(1)。而シテ法律カ之カ規定ヲ爲スニ當リテハ、行爲カ營業的又ハ職業的若クハ習慣的ナルコトヲ以テ、初メテ犯罪構成ノ要件トスルコトアリ。(例、無免許營業犯)或ハ刑罰加重ノ條件トスルコトアリ。(例、常習賭博罪。)何レモ想像的併合罪、牽連犯及ヒ連續犯ノ場合ト同シク處分的一罪ナレトモ、後ノ場合ニ於テ刑カ加重セラルル點ハ他ノ三者ニ比シテ合理的ナリ。

註(一) 例ヘハ、單純ナル常習竊盜(盜犯等防止及ヒ處分ニ關スル法律ニ依ルモノヲ除ク)僞造通貨行使等ノ如シ。

第六項 一罪的規定ノ競合

本位的一罪ニ關スル規定ノ競合ニ付テハ、既ニ法條競合ノ問題トシテ之ヲ說ケリ。S. § 172. 同樣ニ處分的一罪ニ關スル規定ノ競合ノ場合ニ付テモ亦問題アリ。

想像的併合罪、牽連犯、連續犯及ヒ集合犯ニ關スル規定カ同種又ハ異種ノモノヽ間ニ於テ二個以上競合シタルトキハ、其適用ノ關係ハ如何。此點ヲ決スルニ付テ一般的ニ重要ナル事項ハ第一ニ、二個ノ行爲ノ間ニ直接ニ何等カノ處分的一罪關係ナキ限リハ、縱ヘ中間ニ其雙方ト處分的一罪關係ニ在ル第三ノ行爲アリトスルモ、其レノミノ事情ニ由リテ當然ニ其全體カ一罪トナルモノニアラサルコト、及ヒ第二ニ、前記ノ各處分的一罪規定ノ間ニハ其適用ノ順序ニ於テ先後優劣ノ差アルモノニアラサルカ故ニ、全體ノ行爲カ如何ナル罪名ニ從テ如何ニ處罰セラルヽカハ、結局全體ノ行爲ニ對シテ同時ニ各當該ノ一罪的規定ヲ適用シタル上、擇一關係ノ理論 S. § 172. 四。ニ準シ之ヲ決スヘキモノナルコトノ二點トス。

今此原則ノ適用ヲ例示スレハ左ノ如シ。

一　同種ノ處分的一罪規定ノ競合中問題トナルモノハ牽連犯ノ場合ナリ。

此場合ニ於テ例ヘハ、甲、乙、丙ノ三個ノ行爲カ順次牽連關係ニ在リテ、其各罪名ノ刑カ甲最モ重ク、乙之ニ次キ、丙最モ輕キトキハ、結局全體トシテ甲ノ罪名ノ刑ニ從テ處斷スヘキハ疑ヲ容レス。然レトモ第二ニ重キモノカ丙ニシテ、中間ノ乙最モ輕キトキハ、當然ノ事理トシテ乙ハ全體ヲ一罪タラシムル力ナシ。卽チ斯カル場合ニハ、乙ハ一個ニシテ同時ニ甲並ニ丙ト夫々牽連關係ニ立ツト謂フ擇一關係ニ在ルモノナルカ故ニ、比較的ニ重キ甲又ハ丙ノ何レカ一方トノ牽連關係ニ從テ一罪トナリ、全體トシテハ結局甲丙二個ノ實體的併合罪ノ成立ヲ見ルモノトス。輕キ同一手段ヲ以テ重キ二個ノ罪ヲ犯シタル場合（例、同一住居侵入ノ行爲ヲ手段トシテ二人ヲ殺シタル場合（二人ニ對スル殺害行爲カ犯意ノ單一ヲ缺クトキハ、主觀說ニ依ルモ、一個ノ連續犯ニアラス））亦然リ。通說ハ此問題ニ關シ、毫モ場合ヲ區別セスシテ常ニ全體トシテ一個ノ牽連犯ヲ構成スト解スレトモ予ハ之ニ贊セス。

二　牽連犯ノ規定ト連續犯ノ規定トカ競合シタル場合ニ於テハ、後者ノ適用

ヲ先ニスヘキコト從來ノ通說ナリ。例ヘハ、猥褻ノ目的ヲ以テ數回同一ノ他人ノ住居ニ侵入シタル者、偶々或機會ニ於テ一回同一住居內ニ於テ竊盜ヲ爲シタルトキハ、一切ノ住居侵入ヲ以テ連續ノ一罪トシ、更ニ之ト一個ノ竊盜トヲ以テ牽連關係ニ在ル一罪ト爲スカ如シ。然レトモ前記設例ノ如キ場合ニ於テ、偶々或一回ノ住居侵入カ竊盜罪ト牽連關係アリトスルモ、其故ヲ以テ、其他ノ數回ノ住居侵入マテカ凡テ連續ノ一罪トシテ竊盜罪ノ手段トナルモノニアラス。之ヲ反對ニ見ル觀察ハ、數個ノ本位的一罪ヲ單ニ處罰ニ關シテ一罪トスル趣旨ヲ擴張シテ、連續犯ヲ一個ノ本位的一罪ト同視セントスルモノニシテ、明ニ論理ヲ曲クルモノナリ。從テ斯カル場合ニハ唯事實ヲ有リノ儘ニ觀察シテ、一方ニ凡テノ住居侵入ノ行爲ヲ以テ連續ノ一罪トシ、他方ニ其中ノ實際ニ手段結果ノ關係アル一個ノ住居侵入ノ行爲ト竊盜ノ行爲トヲ以テ牽連ノ一罪トシ、而シテ其雙方ニ共通ナル一個ノ住居侵入ノ行爲ハ、一個ノ行爲ニシテ同時ニ連續犯ノ規定ト牽連犯ノ規定トニ該當スル擇一關係ニ在ルモノトシテ何レカ一方ノ重キニ從ハシメ、全體トシテ住居侵入罪ト竊盜罪ト

カ實體的併合罪トシテ成立スルモノト見ルヲ可トス。牽連犯ノ規定ト連續犯又ハ集合犯ノ規定トノ競合ノ態樣カ一層複雜ナル場合ニ於テモ其解決ハ同樣ナリ。

三　想像的併合罪ノ規定ト連續犯又ハ集合犯ノ規定トカ競合シタル場合ニ於テモ其解決ハ亦同樣ナリ。(例)ヘハ、數回無免許醫業行爲ヲ爲シタル者カ、偶々一回其行爲ヲ行フニ當リ過失ニ因リテ人ヲ死ニ致シタル場合ニ於テハ、其一回ノ醫業行爲ハ一方ニ想像的併合罪ニ該リ他方ニ集合犯ニ該ル。而シテ前者ノ關係ニ於テハ該醫業行爲ハ重キ過失致死ニ從フカ故ニ、其餘ノ醫業行爲ノミ相待テ一個ノ集合犯ヲ形成シ、是ト右ノ過失致死罪トカ實體的併合罪トシテ成立スト見ルヘキモノトス。

§182

一罪的規定ノ競合ニ準シテ考フヘキモノニ法條競合ノ原則ト一罪的規定トノ競合アリ。(例)ヘハ、殺人ノ目的ヲ以テ兇器ヲ竊取シ之ヲ使用シテ人ヲ殺シタリトイウ場合ニ付テハ、通說ハ單ニ之ヲ以テ牽連犯ニアラサルカ故ニ二罪ナリト爲ス。然レトモ斯カル場合ニハ、先ツ竊盜カ同時ニ殺人豫備ノ罪名(刑二一)ニ觸ルルヤ否ヤカ問題トナルモノナリ。即チ此場合ニハ、殺人豫備罪ハ一方ニ竊盜罪ト共ニ通例ノ事態ノ範圍ニ屬ストスレハ、S. § 170. 想像的併合罪ヲ構成シ、他方ニ殺人既遂罪ニ吸收セラレテ單一犯ヲ構成シ、一個ノ行爲ニシテ同時ニ二樣ノ取扱ヲ受クヘキ擇一關係ニ在ル理ナリ。唯此場合ニハ殺人豫備罪ト竊盜罪トハ通例ノ事態ノ範圍ニ屬セサルカ故ニ、結論ニ於テ實體的ニ竊盜及ヒ殺人既遂ノ二罪トナルノミ。故ニ刑法上豫備ヲ罰スル場合ニ在テハ、常ニ直ニ其既遂罪ト手段行爲トノ間ノ牽連關係ヲ問題トスルコトヲ得ス。理論上ハ先ツ該豫備罪ト手段行爲トノ間ノ想像的競合關係ヲ問題トスヘキモノトス。

第二款　數罪

第一項　併合罪

§183

數罪ヲ分テ併合罪、累犯及ヒ單純ナル數罪ノ三種トス。

併合罪ハ攻學上想像的併合罪ニ對シテ之ヲ實體的併合罪(Realkonkurrenz, Con-

cours ou cumul réel) ト呼フコトアリ。而テ刑法第四五條ニ依レハ、併合罪トハ未タ確定裁判ヲ經サル數罪、又ハ或罪ニ付キ確定裁判アリタル場合ニ於テハ、其罪ト其裁判確定前ニ犯シタル罪トヲ謂フ(1)。故ニ例ヘハ、十個ノ罪ヲ犯シタル場合ニ於テ其全部カ未タ確定裁判ヲ經サルトキハ、凡テヲ併合罪トス。又假リニ其中一個又ハ數個ノ罪カ發覺シテ確定裁判ヲ經ルモ、若シ其全部カ確定裁判前ニ行ハレタルモノナルトキハ、仍ホ其凡テヲ併合罪トス。又此場合ニ、假ニ確定裁判ヲ經タルモノヲ第五ノ罪トシ、而シテ第一乃至第四ノ罪ハ其裁判確定前ニ、又第六乃至第十ノ罪ハ其確定裁判後ニ行ハレタルモノトスルトキハ、第一乃至第五ノ罪ヲ甲類ノ併合罪トシ、第六乃至第十ノ罪ヲ乙類ノ併合罪トシテ、相互ニ之ヲ區別ス。而シテ此場合ニ甲類ノ併合罪ニ屬スル罪ト乙類ノ併合罪ニ屬スル罪トノ間ニハ何等特別ノ關係ヲ生スルコトナク、唯單純ナル數罪關係ヲ存スルニ止マル。從テ斯カル關係ニ在ル一切ノ犯罪カ同時ニ發覺シタルトキハ、其全部ニ對シ併合罪ノ取扱ヲ爲サス、甲乙二類ノ併合罪ニ付キ各別ニ併合罪ノ取扱ヲ爲スヘキモノトス。

註(1) 確定裁判ノ何タルカハ訴訟法上ノ問題ニ屬シ、刑法上ノ問題ニアラス。即チ確定裁判トハ訴訟法上裁判ノ確定スルコトヲ謂フ。而シテ刑事訴訟法ニ依レハ、有罪ノ裁判ハ判決ヲ以テシ、判決ハ手續上上訴ヲ以テ之ヲ攻擊スルコトヲ得サルニ至レハ確定ス。其他、簡略式命令(刑訴、五二三——)違警罪即決處分(違警罪即決例)並ニ通告處分(間接國稅犯則者處分法)ニ依リテ確定裁判ト同一效力ヲ生スル場合アリ。

併合罪ノ處分ニ從來三主義アリ。吸收主義(Absorptionsprinzip)併科主義(Häufungs- od. Kumulationsprinzip)加重主義(Gesamtstraf- od. Asperationsprinzip)是ナリ。何レノ主義ニ依ルモ、所謂併合罪ハ數罪ニ對スル數個ノ刑罰請求權ニ基ク刑ヲ合一シタルモノニシテ、想像的併合罪ノ刑ノ如ク單一ノモノニアラス。而シテ之カ範圍ヲ定ムルニ付キ、我刑法ハ適宜三主義ヲ折衷ス。即チ左ノ如シ。

一 折衷ノ方法トシテハ、先ツ加重主義ヲ以テ事實上ノ原則トシ、之ヲ以テ最モ通常ナル場合ニ擬ス。蓋シ犯人ノ反規範性ハ常ニ犯罪ノ數ニ正比例シテ其程度ヲ增スモノニアラサレハナリ。即チ併合罪カ何レモ有期ノ懲役又ハ禁錮ニ處スヘキトキハ、其最モ重キ罪ニ付キ定メタル刑ノ長期ニ其半數ヲ加

ヘタルモノヲ以テ併合刑ノ長期トス。但其長期ハ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。刑、四七。又此場合ニハ別ニ二十年ヲ超ユルコトヲ得サル制限アリ。刑、一四。併合刑ノ短期ニ付テハ刑法ニ明文ナキモ、輕キ罪ノ刑ノ短期カ重キ罪ノ刑ノ短期ヨリモ高キトキハ、理論上輕キ罪ノ刑ノ短期ヲ下ラサルモノト解スヘシ。

二　例外トシテ、併合罪中其一罪ニ付キ死刑ニ處スヘキトキハ、吸收主義ニ從テ他ノ刑ヲ科セス。但沒收ハ此限ニアラス。其一罪ニ付キ無期ノ懲役又ハ禁錮ニ處スヘキトキ亦他ノ刑ヲ科セス。但罰金、科料及ヒ沒收ハ此限ニアラス。刑、四六。

三　又例外トシテ罰金、拘留、科料及ヒ沒收ニ付テハ併科主義ニ依ル。刑、四八、四九、五三。但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。刑、四八Ⅱ。

併合刑ハ、併合罪ニ對シテ同時ニ裁判ノ言渡ヲナストキハ、右ノ例ニ依リテ之ヲ定ム。然レトモ犯罪ノ發覺又ハ公訴ノ提起ノ時期ニ遲速アリテ、現ニ事件ノ繫屬スル裁判所又ハ其審級ヲ異ニスルトキハ、固リ之ニ從フコトヲ得ス。斯カル事情ニ因リ、併合罪中既ニ裁判ヲ經タルモノト經サルモノトヲ生スルトキハ、更ニ裁判ヲ經サルモノニ付キ處斷ス。刑、五〇。斯クノ如クシテ、併合罪ニ付キ二個以上ノ裁判アリタルトキハ、其刑ヲ合セテ之ヲ執行ス。但死刑ヲ執行スヘキトキハ、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ヘキトキハ、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ス。刑、五一。此有期刑ニ付テハ尙二十年ヲ超ユルコトヲ得サル制限アリ。刑、一四。

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。刑、五二、刑訴、三七五。

特別刑法中ニハ併合罪ノ例ヲ用ヰサルコトヲ規定スルモノアリ。S.38.45 三。此場合ニ、少クトモ併合罪ニ關スル規定カ適用ナキコトハ明ナルカ故ニ、一般ノ例ニ從ヘハ併合罪タルヘキモノモ常ニ單純ナル數罪ニ外ナラス。從テ之ニ對シテ

ハ各個ニ刑ヲ言渡スヘキモノトス。而シテ此場合ニ、刑法第五四條及ヒ第五五條ノ規定モ、併合罪ノ章下ニ規定セラルル故ヲ以テ其ニ其適用ナキカノ點ニ付テハ疑アレトモ、解釋上ハ反對ニ決スルノ外ナカルヘシ。蓋シ連續犯ノ如キモノニ付テ考フレハ、事實上之ヲ數罪トシテ取扱フコトヲ得サル場合アレハナリ。

同一人カ數個ノ資格ニ於テ罰セラルヽ場合（セラルヽ場合）ニ於テ、法律カ併合罪ノ例ヲ用ヰサルコトヲ定ムルトキハ、單純ナル數罪トシテ其資格ニ付キ各別ニ處斷セラル。蓋シ此種ノ法律ニ於テ資格者ヲ罰スルニ當リテハ、擬制ニ依リテ各資格ニ相應スル各別ノ行爲アリタルモノト看做スカ故ナリ。從テ斯カル場合ニハ、一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ該ル場合ニモアラサルカ故ニ、想像的併合罪ニモアラス。

第二項　累犯

累犯（Rückfall, Récidive）トハ或犯罪ニ付キ確定裁判 §185. アリタル後更ニ罪ヲ犯スコトヲ謂フ。其更ニ犯サレタル罪カ一個ナルト數個ナルトハ之ヲ問ハス。而シテ此關係ハ數次反覆セラルヽコトアリ。其一次ナル場合ハ之ヲ再犯トシ、刑、五六I 其次ヲ加フル毎ニ三犯、四犯トスルノ例ニ從フ(一)。

註(一)　累犯問題ハ今日刑事政策上極メテ重要ナル意義ヲ有ス。而シテ其意義ノ如何ナルモノナルカハ累犯現象ノ發生原因ヲ考フルコトニ因リテ初メテ之ヲ明ニスルコトヲ得ヘシ。

累犯ノ原因中初犯ト共通ナルモノヲ除キ、其特別ナル原因ヲ擧クレハ左ノ如シ。

(一)　累犯ノ發生ハ犯人ノ反規範性カ本質的ニ大ナルニ因ルコトアリ。斯カル場合ニハ累犯ハ前ノ科刑カ結局無效ナリシコトヲ證明スルモノナリ。從テ此點ノミヨリ謂ヘハ、累犯ハ累犯者ニ對スル刑ノ加重ヲ要求ス。

(二)　累犯ハ行刑方法ノ不完全ナルカ爲メ、受刑者カ却テ監獄內ニ於テ一層ノ惡感化ヲ受ケ、又ハ社會的適合力ヲ失ヒ、若クハ出獄後モ引續キ舊同監者ト交通スルカ如キ事情ヨリ生スルコトアリ。從テ此點ノミヨリ謂ヘハ、少クトモ初犯者ノ收監ハ能フ限リ之ヲ避クルヲ可トス。

(三)　累犯ハ、前ノ科刑カ無效ナラサリシトスルモ、社會カ出獄者ヲ前科者トシテ排斥シ之ヲ冷遇スルカ爲メ、或ハ反抗的ニ自暴自棄ニ陷ルニ因リ、或ハ他ニ生活ノ道ヲ求ルコト能ハサルニ因リ生スルコトアリ。從テ此點ノミヨリ謂ヘハ、累犯ハ免因ニ對スル理解ト保護トヲ要求ス。

累犯ハ右ノ如ク刑罰カ受刑者ニ對シテ無效ナルカ、又ハ其副作用カ其效力ヲ凌駕スルカニ因リテ生スルモノニシテ、約言スレハ、累犯ノ原因ハ畢竟刑罰ノ無力ニ在リ。但一方ヨリ謂ヘ

ハ、初犯者ノ全部カ累犯者トナルニアラス。又我國ノ從來ノ統計ニ依レハ、累犯者ノ數ハ毎年略々有罪者總數ノ三分一ヲ占ムレトモ、累犯者中ニハ三犯以上ノ者ヲ包含スルカ故ニ、初犯者ヨリ再犯者ニ轉スル者ノ數カ毎年其約半數ヲ占ムルニアラス。從テ初犯者ニ對スル科刑ハ半以上效果ヲ收メ得ルモノト見ルコトヲ得ルカ如シ。然レトモ又他方ヨリ見レハ、今日ノ起訴方針ハ純粹ナル特別豫防主義ニアラスシテ、仍相當ニ應報刑主義的、一般威嚇主義的傾向ヲ帶フ。故ニ起訴セラレタル者必スシモ惡性ノ大ナルモノニアラス。從テ極言スレハ、累犯ニ陷ラサル初犯者中ニハ初ヨリ科刑ノ必要ナカリシモノモ亦少カラス。斯ク考ヘテ、主トシテ其他ノ初ヨリ科刑ノ必要アリシ者カ受刑後更ニ累犯ニ陷リタリトスレハ、從來ノ刑罰制度ノ效果ハ、特別豫防ノ見地ヨリ見レハ、極メテ薄弱ナルヲ免レサルナリ。

斯クノ如クナルヲ以テ、從來ニ於テモ諸國一般ニ前記(二)及ヒ(三)ノ副作用ヲ除クカ爲メニ、一方ニハ起訴猶豫及ヒ刑ノ執行猶豫ノ制度ヲ採用スルト同時ニ、他方ニハ免囚保護ヲ目的トスル各種ノ設備ヲ奏勵シタレトモ(一)ノ反規範性ノ大ナル犯人ニ對スル處遇方法トシテハ、概シテ累犯ノ場合ニ於ケル刑ノ加重ノ原則カ採用セラレタルニ過キス。然レトモ單純ニ刑ヲ加重スルモ一定ノ刑期內ニ於テ受刑者ニ對シ改善ノ效ヲ收ムルコトハ至難ナルノミナラス、又刑ノ單純ナル器械的加重ハ同時ニ其副作用ヲモ大ナラシムル虞ナキニアラス。是レ今日反規範性ノ大ナル累犯者ニ對スル處遇方法カ刑事政策上課セラレタル最モ大ナル難問タル所

以ナリ。斯クノ如クシテ、特別豫防主義ノ見地ヨリノ行刑ノ最後ノ理想ハ漸次從來ノ定期自由刑制度ニ換フルニ不定期自由刑制度ヲ以テスルノ方針ニ移ラントシツヽアルモノトス。

累犯ノ刑ハ之ヲ加重スルヲ原則トス。蓋シ累犯現象ハ、一般的ニ見テ、前犯ニ對スル刑事處遇カ犯人ニ對シテ無力ナリシコトヲ證スルモノナルカ故ナリ。

此意味ニ於テ、累犯加重ニハ自ラ條件ヲ要ス。我刑法ノ定ムル所左ノ如シ。

一 累犯加重ハ懲役刑ニ限ル(一)。卽チ(一)懲役ニ處セラレタル者又ハ(二)懲役ニ該ル罪ト同質ノ罪ニ因リ死刑ニ處セラレタル者(三)若クハ併合罪ニ付キ處斷セラレ其併合罪中懲役ニ處スヘキ罪アリタル者ニ於テ更ニ罪ヲ犯シ有期懲役ニ處セラルヘキ場合ナルコトヲ要ス。刑、五六。

註(一) 懲役ニ該ル罪ハ多ク犯罪中ノ最モ本質的ナルモノニシテ、改善ノ困難ナル生來犯人、習慣犯人ハ此種ノ罪ヲ犯ス者ニ於テ最モ多ク之ヲ見ル。從テ此種ノ犯罪人ニ在リテ、其反規範性ノ一層重大ナルコトカ累犯ニ由リテ證明セラレタルトキハ、各本條所定ノ刑期ヲ以テシテハ足ラサル場合アルヘキヲ以テ、特ニ刑ノ加重ノ規定ヲ設ケタルモノトス。

二 前犯ノ刑ニ付キ執行ヲ終リタルカ、死刑ニ處セラレタル者ニ在テハ減又ハ執

行ノ免除 S.38.205 アリタルコトヲ要ス。故ニ刑ノ執行中ノ犯罪ニ付テハ累犯加重ノ適用ナシ。

三 刑ノ執行ヲ終リタル日又ハ刑ノ執行ノ免除アリタル日ヨリ五年内ニ更ニ罪ヲ犯シタルコトヲ要ス(三)。但三犯以上ノ場合ニ於テハ、右ノ期間ノ條件ハ其直接ノ前犯トノ間ニ存スレバ足リ、初犯トノ間ニ存スルコトヲ要セス。刑、五九。

註(三) 刑法ハ、刑ノ執行ヲ終リ又ハ執行ノ免除アリタル日ヨリ五年内ニ罪ヲ犯サヽルトキハ、曩ノ科刑ハ一應其效ヲ奏シタルモノト看做シ、同一犯罪者カ其以後ニ於テ再ヒ罪ヲ犯スモ、之ニ對シテハ各本條所定ノ刑ヲ以テ適當ノ處遇ヲ講シ得ヘシト爲シタルモノナリ。

累犯ハ右ノ期間内ニ實行ノ着手アレバ足ル。豫備又ハ陰謀ヲ罰スル罪ニ於テハ、豫備又ハ陰謀ノ着手カ五年内ナル以上、實行ノ着手ハ五年ヲ過クルモ妨ナシ。

我刑法ノ定ムル累犯加重ノ條件ハ右ノ如シ。從テ前犯ト累犯トノ罪質ノ異同ハ問題トナラス。又累犯ノ刑カ法律上當然前犯ノ刑ヨリ重キ場合ニ於テモ累犯加重ノ妨トナラス。

累犯ノ刑ハ、其次數ニ拘ラス、其罪ニ付キ定メタル懲役ノ長期ノ二倍以下トス。刑、五九。但別ニ二十年ヲ超ユルコトヲ得サル制限アリ。刑、一四。而シテ其短期ニハ變更ナキヲ以テ、裁判官ハ累犯加重ヲ爲シタル場合ニテモ、各場合ノ情狀ニ因リ、各本條所定ノ短期マテノ範圍ニ於テ刑ノ量定ヲ爲スコトヲ得。

裁判確定後再犯者タルコトヲ發見シタルトキハ、更ニ前記ノ程度ニ於テ加重スヘキ刑ヲ定ム。刑、五八Ⅰ、刑訴、三七五。但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ハ例外トス。刑、五八Ⅱ。此原則ハ初ヨリ再犯以上ノ者トシテ確定裁判ヲ受ケタル者ニハ準用ナシ。

特別刑法中ニハ累犯ノ例ヲ用キサルコトヲ規定スルモノアリ。S.38.45三。

第四章 犯罪ノ種類

§186

犯罪ノ種類ニ付テハ多クハ既ニ各當該事項ニ關連シテ之ヲ述ヘタリ。仍テ茲ニハ其他ノ直接間接ニ刑法ニ關係アルモノ、並ニ既ニ述ヘタルモノノ中尙特

ニ注意ヲ要スルモノヲ掲ク。

一　國事犯(Politisches Verbrechen, Délit politique)常事犯　國事犯トハ一國ノ政治上ノ秩序ヲ侵害スル罪ヲ謂ヒ、其以外ノモノヲ常事犯トス。國事犯ニ付テハ犯罪人引渡ニ關シ特別ノ問題アリ。s. § 51. II.　又其審判手續ニ關シ特例ヲ設ク。(裁構、五〇2、刑訴、四七五—。)

二　刑事犯(Kriminaldelikt) 行政犯(Verwaltungsdelikt)　此區別ニ付テハ既ニ述ヘタリ。s. § 68.

三　重罪、輕罪、違警罪　此區別ハ多數ノ立法例ノ認ムル所ニシテ、我舊刑法亦之ヲ認メタルモ、現行法ハ之ヲ認メス。然レトモ他ノ法令ノ適用ニ於テ、舊刑法ノ此區別ヲ前提トスルモノアルカ故ニ、刑法施行法ニ於テ、現行刑法ノ如何ナル罪カ之ニ該當スルヤノ關係ヲ規定ス。(刑施、二八、三一。)即チ左ノ如シ。

(一)　重罪(Verbrechen, Crime)　死刑、無期又ハ短期一年以上ノ懲役又ハ禁錮ニ該ル罪。(舊刑、七、刑施、二九。)

(二)　輕罪(Vergehen, Délit)　懲役、禁錮、罰金ニ該ル罪ニシテ、前號ニ屬セサルモノ。(舊刑、八、刑施、三〇。)

(三)　違警罪(Übertretung, Contravention)　拘留、科料ニ該ル罪。(舊刑、九、刑施、三一。)

右ノ如ク三者ノ區別ハ法定刑ニ依リテ定マル。然レトモ他ノ法令ニ於テ、重罪ノ刑ニ處セラレタル者ト謂フトキハ宣告刑ニ依ルヘキモノナルカ故ニ、前記ノ標準ヲ適用スルコトヲ得ス。此場合ニ關シテハ刑法施行法ニ特別ノ規定アリ。(刑施、三三、三五。)

違警罪ハ通例謂フ所ノ最狹義ニ於ケル警察犯ニ該當ス。s. § 68.

四　親告罪(Antragsverbrechen)非親告罪(Offizialverbrechen)　親告罪トハ檢事カ適法ニ公訴ヲ提起スルニ付キ被害者其他法律ニ定メタル者ノ告訴又ハ請求アリタルコトヲ必要トスル罪ヲ謂ヒ、其他ノモノヲ非親告罪ト謂フ。非親告罪ニ於テモ告訴又ハ請求ヲ爲スコトヲ妨ケサレトモ、此場合ノ告訴又ハ請求ハ單ニ事實上搜査ノ端緒タルニ止マリ、法律上特別ノ意味ヲ有スルモノニアラス。

法律上親告罪ヲ認メタル理由ハ一樣ナラス。或ハ犯罪事實カ事件ノ審理

ニ依リテ却テ世上ニ公表セラレ、被害者ノ耻辱ヲ大ナラシムルニ依ルコトアリ。（例、强姦罪。）或ハ犯罪ノ性質又ハ犯人ノ身分若クハ事後ニ於ケル謝罪、損害賠償等ノ事情如何ニ因リ、寧ロ被害者ノ意思ヲ考慮スルヲ適當トスルニ依ルコトアリ。（例、親族間ノ竊盜罪、侮辱罪、暴行罪、毀棄罪、過失傷害罪、名譽毀損罪、特許權等ノ無形財産權ニ對スル罪。）

五　現行犯(Frische Tat, Flagrant délit)非現行犯(Délit non flagrant)　現行犯トハ現ニ罪ヲ行ヒ又ハ行ヒ終リタル際ニ發覺シタルモノヲ謂ヒ、其他ノモノヲ非現行犯ト謂フ。（刑訴、一三〇I。）從テ此區別ハ具體的ノ場合ニ於ケル犯罪發覺ノ狀態ノ差ニ因ルモノニシテ、同一類型ノ犯罪ニテモ或ハ現行犯ナルコトアリ、或ハ非現行犯ナルコトアリ。又發覺トハ或人カ犯罪ヲ認識スルコトナルカ故ニ、現行犯ハ之ヲ現認シタル人ニ取リテノミ現行犯ニシテ、其以外ノ者ニハ非現行犯タリ。即チ現行犯ナル觀念ハ相對的ノモノナリ。

現行犯ニ在リテハ、例外トシテ强制方法ニ關シ特別處分ヲ許セトモ、犯人其場所ニ在ル場合ト在ラサル場合トニ因リ手續ニ差別アリ。（刑訴、一二三2、一二四、一二五。）現行犯アルニアラサルモ、法律ニ依リ、現行犯人其場所ニ在リタルモノト看做サル

ル場合アリ。之ヲ準現行犯(Délit réputé flagrant)ト稱シ、右ノ區別ニ因ル手續ヲ爲スコトヲ得。（刑訴、一三〇I。）

六　形式犯、實質犯　形式犯トハ責任ノ要件ヲ具備セスシテ尙罰セラルル罪ヲ謂ヒ、之ニ對シテ責任ノ具備ヲ要件トスル通常ノ罪ヲ實質犯ト謂フ。s. § 61.

佛國學者ハ此語ヲ擧動犯、結果犯ノ意義ニ用ユ。s. § 74.

七　即時犯(Délit instantané)繼續犯　繼續犯トハ一定ノ事實カ備ハリテ尙其狀態カ相當時間繼續スルコトヲ要件トスル罪ヲ謂ヒ、s. § 178. 其他通常ノ罪ヲ即時犯ト謂フ。即時犯ハ一定ノ事實ノ發生ニ因リテ直ニ成立ス。

八　加重犯、減輕犯　此二者ハ犯罪ノ對立的區別ニアラス。何レモ一般犯罪中ノ特殊ナルモノナリ。即チ加重犯トハ特別事情ノ具ハルニ因リテ通常ノ場合ヨリモ其刑ノ重キモノヲ謂ヒ、減輕犯トハ反對ニ其刑ノ輕キモノヲ謂フ。s. §§ 135, 165.

九　單一犯(Délit simple)複成犯(Délit complexe)　複成犯トハ結合犯並ニ其他ノ處分的一罪タル罪ヲ謂フ。s. §§ 174, 169.

一〇　其他一般犯罪中ノ特殊ナルモノトシテ、身分罪 s. § 120 目的罪 同上 加重的結果犯 又ハ狹義ノ結果犯。s. § 127. 隔離犯 s. § 187. 等アリ。

第五章　犯罪ノ時及ヒ場所

犯罪ノ時ハ(一)法律ノ變更ニ因ル新舊法ノ適用(二)責任年齡(三)累犯加重ノ條件タル期間(四)公訴ノ時效ノ起算點ニ付キ、又犯罪ノ場所ハ(五)犯罪ニ對スル刑法ノ適用(六)裁判所ノ土地管轄ニ付キ夫々重要ナル關係ヲ有ス。從テ如何ナル犯罪ニ付キテモ理論上常ニ時及ヒ場所ノ如何ヲ確定スルノ必要アレトモ、其特ニ必要アルハ行爲ト結果トカ時間的及ヒ場所的ニ間隔ヲ有スル離隔犯 (Distanzverbrechen) ノ場合ナリ。

犯罪ノ時及ヒ場所ヲ定ムル標準ニ關シテハ從來四說アリ。其一ハ行爲說ニシテ、之ニ依レハ、犯罪ノ時及ヒ場所ハ行爲ノ時及ヒ場所ニ因リテ定マリ、中間事實並ニ結果ノ發生ノ時及ヒ場所ノ如何ヲ問ハス。其二ハ結果說ニシテ、結果發生ノ時及ヒ場所ヲ以テ標準トス。其三ハ中間事實說ニシテ、結果ニ直接スル違法ナル事實ノ發生ノ時及ヒ場所ヲ以テ標準トス。其四ハ複數標準說ニシテ、以上三個ノ標準ヲ以テ各同等ノモノト爲ス。然レトモ予ノ見ル所ヲ以テスレハ犯罪ノ時及ヒ場所ノ意義ハ其關連スル事項如何ニ依リテ一樣ニアラス。蓋シ犯罪ノ時又ハ場所ニ關連スル諸般ノ事項ハ各其制度トシテ依テ立ツ理由又ハ達成セントスル目的ヲ異ニスルカ故ナリ。左ニ此見地ヨリ如何ナル結論ヲ生スルヤヲ檢セントス。

一　犯罪ノ時

犯罪ノ時ヲ定ムルニハ凡テノ事項ニ關シテ行爲ノ時ヲ標準トスヘシ。卽チ犯罪ノ時ニ付テハ一般ニ行爲說ニ依ルモノナリ。蓋シ(一)法律ノ變更ニ因ル新舊法ノ適用ノ問題ニ付テハ、刑法第六條ニ依ル舊法ノ例外的適用カ行爲ノ時ニ依ラスシテ專ラ偶然ナル結果其他ノ中間事實ノ時ニ因リテ決セラルルモノトセハ、同條ノ精神ハ一貫ヲ缺クニ至ル。(二)責任年齡ノ問題ニ付テハ、固リ結果其他ノ中間事實ノ發生ノ時カ標準トナルヘキモノニアラス。(三)累犯加重ニ付テハ五年內ニ罰スヘキ程度ノ行爲アリタル限リ、前犯ニ對スル處

遇ハ尙未タ其功ヲ奏セサルモノナルヲ以テ、當然行爲ノ時ヲ以テ犯罪ノ時ト爲サヽルヘカラス。(四)公訴ノ時效ノ起算點ニ付テハ、結果說ノ論者ハ通常犯罪ニ因ル社會的波紋ヲ重視スレトモ、一切ノ犯罪ニ付キ社會的波紋ヲ强調スルハ擬制ニ過キタリ。加之犯罪ニ因ル社會的波紋ハ實ハ結果發生ノ時ニ生スルニアラスシテ、犯罪(行爲又ハ結果)發覺ニヨリテ生スルモノナリ。故ニ論者ノ說ヲ徹底スレハ、時效ノ起算點ハ、結果發生ノ時ニアラスシテ、犯罪發覺ノ時ナラサルヘカラス。要スルニ、公訴ノ時效ノ現代的解釋トシテハ之ヲ左ノ如ク考フヘシ。卽チ公訴ノ時效ハ固ト社會的規範感情カ時ノ經過ニ因リテ犯罪ヲ宥恕スルニ基因ス。故ニ時效期間ハ、本來犯情ノ輕重ヲ無視シテ單ニ法定刑ニ依リテ劃一的ニ定ムヘキモノニアラス。然レトモ是レ他ニ規定ノ方法ナキカ故ナリトセハ、該期間ハ之ヲ訴追期間ノ最高限ヲ定メタルモノト解シテ初メテ理由アリ。而シテ斯ク解スレハ、時效期間ノ意味ハ直接ニハ犯人ノ生活安定ノ保障ノ目的以外ニ之ヲ求ムヘカラサルカ故ニ、當然犯人ノ主觀的立場ト心情トヲ重視シ、時效ハ行爲ノ時ヨリ進行スト爲ササルヘカラス。

從テ刑事訴訟法第二八四條第一項ニ「時效ハ犯罪行爲ノ終リタル時ヨリ進行ス」トアルハ意思表動ノ終リタル時ヨリ進行ストノ義ニ解スヘキナリ。

二　犯罪ノ場所

犯罪ノ場所ニ付テハ行爲地、結果地及ヒ違法ナル中間事實アル場合ニハ中間事實地ヲ併セテ其凡テヲ標準トスヘシ。卽チ犯罪ノ場所ニ付テハ一般ニ複數標準說ニ依ルモノナリ。蓋シ(一)刑法ノ效力問題ニ付テハ、刑法ノ土地的效力ノ及フ範圍內ニ於テ意思表動ノ成立セル場合ハ勿論、同一範圍內ニ於テ結果又ハ中間事實ノミノ發生セル場合ニテモ、刑法ハ將來ニ向テ其原因ヲ排除スル力爲メニ適用ノ必要アリ。(二)裁判所ノ土地管轄ニ付テハ、審判手續ノ便宜ヨリ觀テ又當然右ノ如クナラサルヘカラス。從テ刑事訴訟法第一條ニ所謂犯罪地ハ此意義ニ於テ理解スヘキモノナリ。

右ニ述フル所ニ依レハ、犯罪ノ時ト場所トハ結果ニ於テ其標準ヲ異ニス。然レトモ是レ初ニ述ヘタルカ如ク、犯罪ノ時ト場所トニ關連スル各事項カ其理由ト目的トヲ異ニスルカ爲メニシテ、理論上毫モ妨アルヘカラス。左ニ二三ノ特殊ノ場合ニ付キ前記ノ原則ノ適用ヲ示スヘシ。

一　所謂不作爲犯ノ時ハ、行爲說ヨリ謂ヘハ、一定ノ作爲ヲ爲スヘキ時ナリ。而シテ茲ニ謂フ所ノ時ハ時點ノ義ニアラス。一定ノ作爲ヲ爲スヘキ時ヨリ爲スヲ要セサル時マテノ時間ノ義ナルコト、恰モ作爲犯ノ場合ニ一定ノ作爲ヲ避止スヘキ時ヨリ避止スルヲ要セサル時マテノ時間ノ義ナルニ同シ。(s. §§ 141, 178)。

不作爲犯ノ場所ハ、不作爲ノ場所(卽チ違法ナル態度ノ在リシ場所ニシテ、換言スレハ、不作爲ノ時ニ於ケル犯人ノ一切ノ現在地)並ニ結果地及ヒ中間事實地ナリ。此後ノ二者ハ、眞正不作爲犯ニ在リテハ、不作爲ナカリセハ適法ナル狀態ノ發生スヘカリシ場所ニ該ル。

二　共犯ノ時及ヒ場所ニ付テハ、共犯獨立犯說ニ從フ限リ、特別ナル問題ヲ生セス。教唆犯、從犯ノ場合ニ於ケル正犯行爲ノ場所並ニ所謂間接正犯ニ於ケル被利用者ノ行爲ノ場所ハ、犯罪ノ場所ノ問題トシテハ、單ニ中間事實地ニ過キス。

三　隱謀罪、豫備罪、未遂罪ノ時ニ付テハ問題ナシ。場所ニ付テハ、行爲地ハ勿論、例ヘハ豫備又ハ未遂其者ノ結果(例、器械材料等ノ置場、殺人未遂ノ場合ノ傷害)アルトキハ、其場所モ亦豫備罪、未遂罪ノ場所タリ。

前記ノ罪カ進テ既遂ニ至リタルトキ(吸收關係)ハ其全體ノ行爲、中間事實並ニ結果ノ場所カ犯罪ノ場所ナリ。

四　處分的一罪ノ時及ヒ場所ノ問題ハ二段ニ分ル。卽チ先ツ各個ノ罪名又ハ行爲ニ付キ本位的一罪トシテ各其時ト場所トノ關係ヲ論シ、次ニ其中刑法ノ適用ニ障礙ナキモノヽミヲ統一シテ之ヲ單一ノ犯罪ト見(s. § 171)而シテ其全體ノ行爲ノ行ハレタル時ヲ以テ犯罪ノ時トシ、一切ノ行爲地並ニ各行爲ヨリ生シタル一切ノ中間事實並ニ結果ノ地ヲ以テ犯罪ノ場所トス。

五　出版犯罪ニ付テハ、其各類型ニ從ヒ當該出版行爲(著述又ハ編輯、印刷及ヒ發行)アリタル時ヲ以テ犯罪ノ時トシ、其行爲地並ニ出版物カ頒布セラレタル一切ノ場所ヲ以テ犯罪ノ場所トス。

第二部 刑罰

第一章 刑罰ノ意義

§189

現行制度ノ下ニ於テ刑罰(Kriminalstrafe, Peine)トハ國家カ犯罪ヲ理由トシ其效果トシテ一私人ニ對シテ科スル害惡ナリ。是レ刑罰ノ形式的意義ニシテ犯罪ノ形式的意義ト相對應スルモノナリ。是レヲ分說スレハ左ノ如シ。

一 刑罰ハ國家カ科スルモノナリ。國家カ科ストハ國家ニ存スル刑罰請求權ノ滿足ノ爲メニ行ハルヽコトヲ謂フ。

二 刑罰ハ犯罪ヲ理由トシ其效果トシテ科スルモノナリ。犯罪ヲ理由トストハ形式上違法行爲中ノ犯罪ト稱スル特殊ノ一部タルコトヲ理由トスルコトヲ謂フ。但犯罪ノ何タルヤハ、事實上ハ之ニ科スル害惡カ刑罰ノ種類ニ屬スルヤ否ヤノ結果ノ方面ヨリ判斷スルノ外ナシ。

犯罪ハ違法行爲ノ一種ナルカ故ニ、刑罰カ科セラルヽニハ、論理上或行爲カ既ニ違法行爲トシテ規範的評價ヲ經タル行爲ナルコトヲ前提トス。從テ國

家カ或效果ヲ科スル場合ニ於テ、其レカ論理上違法ヲ前提トセサルトキハ、事實上偶々其效果カ違法行爲ニ對シテ科セラルヽ場合ニテモ刑罰ニアラス。

故ニ保安處分ハ刑罰ニアラス。

三 刑罰ハ一私人ニ對シテ科スル害惡ナリ。一私人トハ必スシモ犯罪者ヲ謂フニアラス。犯罪ヲ理由トシテ犯罪者以外ノ者カ罰セラルヽ場合アレハナリ。害惡ハ通常謂フ所ノ法益ノ剝奪ナリ。然レトモ予ハ法益ヲ利益關係ト解シ、利益關係ハ法カ保護スル場合ニ限リテ之ヲ法益ト觀ルカ故ニ害惡ハ單ニ生活利益ノ剝奪ト謂フヘキニ過キス。

§190

犯罪ノ實質的意義ニ對應スルモノハ刑罰ノ實質的意義ナリ。刑罰ノ實質的意義ハ卽チ刑罰ノ本質ニシテ、之ニ對スル觀察ニ二樣アルコトハ既ニ述ヘタリ。卽チ一ハ應報刑主義ニシテ、主トシテ刑罰ヲ以テ犯罪ニ對スル應報ト見ルニ對シ、一ハ目的刑主義ニシテ、主トシテ之ヲ以テ犯罪豫防ノ手段ト見ル。從テ前ノ見解ニ依レハ、刑罰ハ其自身カ目的ニシテ、同時ニ事實上犯罪豫防ノ作用ヲ伴フカ又ハ保安處分カ併セ科セラルヽ場合ニ於テモ、本質的ニハ何レモ無關係ノモ

ノナルニ反シ、後ノ見解ニ依レハ、刑罰ハ手段ニシテ、保安處分カ併セ科セラルヽト否トニ拘ラス、之ト其目的ヲ同クス。而シテ主觀主義的刑法理論ニ於テハ、既ニ述ヘタルカ如ク、刑罰ノ目的トシテハ特ニ犯罪ニ對スル特別豫防ノ手段タル作用ニ重キヲ置クヘキモノニシテ、其他ノ有利ナル副作用ハ自ラ之ニ伴テ生スヘク、又之ニ伴フ程度ニ於テ初メテ適當ナルコトヲ得ルモノナリ。S. §§ 14-19. 今再ヒ刑罰ノ作用ニ關シテ其要領ヲ摘記スレハ左ノ如シ。

一　犯罪者ニ對スル作用

犯罪者ニ對スル作用ハ、特別豫防トシテノ作用ナリ。此作用ハ二個ノ方面ニ於テ行ハル。即チ(一)ハ犯罪者ヲ再ヒ社會ノ有用分子タラシムルコトナリ。此作用ハ威嚇並ニ改善ニ由リテ行ハル。此二者ニ由テ、刑罰ハ之ニ含マルヽ規範的評價ヲ感銘セシムルコトニ由リテ犯罪ノ動機ニ對スル障礙觀念タル規範意識ヲ啓發シ、又ハ犯罪者ヲ性格的ニ變改ス。(二)ハ改善不能ノ犯罪者カ社會ニ對シテ加フル侵害ノ機會ヲ剝奪スルコトナリ。此作用ハ淘汰即チ犯罪者ヲ一時的又ハ永久的ニ社會ヨリ隔離スルコトニ因リテ行ハル。

二　社會ニ對スル作用

社會ニ對スル作用ハ廣ク一般豫防トシテノ作用ト謂フコトヲ得ヘシ。即チ(一)ハ刑法ヲ前提トシテ犯罪ニ對スル惡報ヲ豫告シ犯罪的傾向ヲ抑壓スル作用ニシテ(二)ハ一般世人ヲシテ犯罪ニ對スル心理的反動トシテノ公憤ノ滿足ヲ得セシムル作用ナリ。

三　被害者ニ對スル作用

被害者ニ對スル作用ハ其被リタル侵害ニ對スル復讐心ニ對シ滿足感ヲ與フル作用ナリ。

右ハ專ラ刑罰ノ有利ナル作用ノ方面ナリ。而シテ如何ナル制度ニモ一長一短ノ存スルハ免レサル所ニシテ、刑罰モ亦他面ニ於テ有害ナル作用ヲ有ス。是レ刑罰カ兩刃ノ劍ニ譬ヘラルヽ所以ニシテ、刑罰ノ眞價ハ兩面ノ作用ノ全體ヲ比較觀察シテ初メテ定マル。今其有害ナル作用ヲ擧クレハ(一)ニ刑罰ノ實體カ受刑者ニ對スル害惡ナルコトナリ。(二)ニ刑罰ハ其輕微ナルモノヲ除キ、多クハ受刑者ノ經濟的並ニ社會的境遇ヲ一層窮迫ナラシムルコトナリ。(三)ハ受刑者

ノ家族其他ノ者ヲシテ往々一時的又ハ永久的ニ其賴ルヘキ一家ノ柱石ヲ失ハシムルコトナリ。(四)ハ刑罰ノ運用ヲ理想的ナラシムルニ從ヒ、社會ハ益々之カ爲メニ莫大ナル經費ヲ負擔セサルヘカラサルコトナリ。— 以上二及ヒ三ハ現在ノ社會事情ヲ前提トシテノ考察ナレトモ、如何ナル社會事情ノ下ニ於テモ、是等ノ作用ノ凡テヲ除却スルコトヲ得ヘキモノニアラス。從テ刑罰ノ運用ハ、刑法理論ノ何レノ立場ヨリスルモ、實際ニ於テハ、屢々前記諸般ノ副作用ニ對スル斟酌ニ因リテ少カラス徹底ヲ妨ケラルル所以ニシテ、亦已ムヲ得サル所ナリ。

刑罰ノ特質ハ右ノ如シ。而シテ此特質ハ、之ヲ專ラ其有用ナル效果ノ方面ニ付テ見ルモ、以テ十分ナリト爲スニ足ラス。是レ今日保安處分及ヒ一般豫防方策 s. § 26. カ刑罰以外ニ於テ重要ナル意義ヲ有スルニ至レル所以ナリ。

§191

刑罰ノ意義ハ右ノ如シ。從テ國家カ違法行爲ヲ理由トシテ科スル害惡ニテモ、形式的ニ前記ノ範疇ニ屬セサルモノハ法律上刑罰ニアラス。卽チ所謂行政上ノ處罰ハ皆是ナリ(一)。而シテ犯罪ノ中ニ付テモ理論上刑事犯ト行政犯トノ間ニ本質的差別ヲ認メス、從テ兩者ニ對スル刑罰ノ間ニモ其本質的差別ヲ認メサル予ハ、同一理由ニ依リテ刑罰ト行政上ノ處罰トノ間ニモ亦理論上本質的差別ヲ認ムルコトヲ欲セサルモノナリ。但特殊ノ場合ヲ除ク。例、行政上ノ執行罰。卽チ實質的意義ニ於テハ刑罰モ行政上ノ處罰モ多クハ相同シ。此點通說ニ反ス。s. § 68.

註(一)　行政上ノ處罰トハ左ノ如キモノヲ謂フ。

(一)　懲戒又ハ懲罰(Disziplinarstrafe)

懲戒又ハ懲罰ハ國家又ハ公共團體ノ有スル特別ナル權力關係ニ基キ該關係ニ於ケル義務違背ヲ理由トシテ科セラルル處罰(警告又ハ淘汰)ナリ。懲戒又ハ懲罰ハ刑罰ト併セ科スルコトヲ妨ケス。(各種ノ懲戒又ハ懲罰ニ關スル法令、市町村制、辯護士法、醫師會令等參照)。

(二)　過料(Ordnungsstrafe)

我國ノ法令中過料ト稱セラルルモノノ性質ハ必スシモ一樣ニアラス。或ハ懲戒罰タルコトアリ(例、辯護士法三三)。或ハ行政上ノ執行罰タルコトアリ(例、行政執行法五)。或ハ刑法上ノ罰金、科料ト同シク刑罰ノ性質ヲ有スルコトアリ(例、民、八四、商、二六一—、戸籍法一七六—一七八、保險業法九九、一〇〇、產業組合法九三ノ二、九三ノ三)。然レトモ是等ハ何レモ形式上ハ刑罰ニアラサルカ故ニ、其裁判並ニ其執行ノ方法ハ刑罰ノ例ニ從ハス。凡テ非訟事件手續法第二〇六條乃至第二〇八條ノ適用又ハ準用ニ依ル。

§192

現行法上刑罰ヲ大別シテ主刑(Hauptstrafe, Peine principale)及ヒ附加刑(Nebenstrafe, Peine complémentaire)ノ二種トス(一)。主刑ハ單獨ニ科スルコトヲ得ルモノニシテ、附加刑ハ主刑カ科セラルヽ場合ニ限リ、之ニ附加シテ科スルコトヲ得。主刑ハ死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留及ヒ科料ノ六種ニシテ、此中懲役及ヒ禁錮ハ各々無期ト有期トニ分ル。附加刑ハ沒收ノ一種ノミトス。刑九、一一、一三。

刑罰ハ其害惡ノ種類ヨリ見ルトキハ、之ヲ生命刑、自由刑及ヒ財產刑ノ三種ニ區別スルコトヲ得。卽チ生命刑ハ死刑ニ、自由刑ハ懲役、禁錮及ヒ拘留ニ、財產刑ハ罰金、科料及ヒ沒收ニ該ル。

註(一)　現行法上名譽刑ハ主刑トシテモ附加刑トシテモ之ヲ認メス。名譽刑ハ今日ハ多ク附加刑ニシテ公權ノ剝奪又ハ停止(Verlust der Ehrenrechte, Interdiction des droits civils)ヲ通例トス。我國ニ於テモ舊刑法ハ附加刑トシテ公權ノ剝奪及ヒ停止ヲ認メタルモ(舊刑、三一、三三)現行法ハ此ノコトナシ。但今日ノ諸法令ハ依然一定ノ刑ニ處セラレタル者ニ付キ或種ノ公權ヲ剝奪スルモ、斯クノ如キハ固リ形式的ニモ附加刑ニアラサルノミナラス、實質的ニモ多クハ刑罰ノ意味ヲ主トスルモノニアラス。蓋シ斯カル規定ノ趣旨トスル所ハ一定ノ資格者ノミカ就キ得ル地位職業等ノ信用ト公共ノ利益トヲ保護セントスルニ在ルカ故ナリ。然レトモ公權ヲ停止スル場合ハ實質上半ハ附加ノ名譽刑ト見ルヘキカ如シ。(s. § 200)。

§193

刑罰ノ種類ハ以上ノ如シ。從テ裁判所カ犯罪ヲ理由トシテ言渡ス處分ニテモ前記以外ノモノハ刑罰ニアラス。例ヘハ新聞紙法違犯ノ罪ヲ理由トスル新聞紙ノ發行禁止ノ如シ。新聞紙法四三。

第二章　刑罰ノ適用

刑法カ各種ノ犯罪類型ニ對シテ刑罰ヲ定ムルニ當リテハ、其種類ト範圍トヲ絕對的ニ規定スル主義ト多少ノ餘裕ヲ存シテ裁判所ヲシテ適當ニ刑罰ヲ量定セシムル爲メ相對的ニ規定スル主義トアリ。進化ノ順序ヨリ謂ヘハ、絕對法定刑主義ノ時代ハ既ニ去リテ、今日ハ諸國一般ニ原則トシテ相對法定刑主義ヲ採用ス。我國ニ於テモ少許ノ例外ヲ除キ亦然リ。例外トシテハ、例ヘハ死刑ニ關シ刑法七三、七五、八一、八二、陸海軍刑法中ノ若干ノ規定、新領土ニ於ケル若干ノ特別法ノ如シ。罰金ノ金額ノ何倍ト謂フカ如キ規定モ亦此例外ニ屬ス。罰金ニ關シ一定屬スト見ルヘシ。

現行法上各本條ノ刑ハ、其相對的ニ規定セラルヽ場合ニ於テモ、仍ホ總則ノ規定ノ適用ニ依リテ變更ヲ受クルコトアリ。

從テ如何ナル類型ノ罪ニ在テモ、法定刑ハ常ニ宣告刑トシテ具體化スルニ由リテ初メテ確定スルニ至ル。而シテ其茲ニ至ル場合ト方法ト順序トノ如何ノ問題ハ卽チ刑罰適用(Strafanwendung, Application de peine)ノ問題ナリ。

刑罰ノ適用ニ於テ先ツ問題トナルハ其輕重ノ比較ナリ。此問題ハ刑法中特ニ刑ヲ比較シ重キニ從テ處斷スヘキコトヲ定ムル場合ニ關シテ明ナラシムル必要アリ。卽チ刑法ハ之ヲ左ノ如ク定ム。刑一〇。

一　刑ノ輕重ハ死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料ノ順序ニ依ル。但無期禁錮ト有期懲役トハ禁錮ヲ以テ重シトシ、有期禁錮ノ長期カ有期懲役ノ長期ノ二倍ヲ超ユルトキハ禁錮ヲ以テ重シトス。

二　同種ノ刑ハ長期又ハ多額ノ高キモノヲ以テ重シトシ、其相同シキモノハ短期又ハ寡額ノ高キモノヲ以テ重シトス。

三　法定刑ノ種類及ヒ範圍カ全ク相同シキトキハ其輕重ハ犯情ニ依ル。

刑罰ハ之ヲ加重又ハ減輕若クハ免除スルコトアリ。加重ハ唯法律上ノ加重タル累犯加重ト併合罪加重トノ二種アルノミニシテ、裁判上ノ加重ナルモノナシ。而シテ此二者ニ付テハ既ニ之ヲ詳述シタリ。

減輕ニハ法律上ノ事由ニ依ルモノト裁判上ノ事由ニ依ルモノトアリ。

免除ハ常ニ法律上ノ事由ニ依ルモノニシテ、裁判上ノ事由ニ依ルモノナシ(一)。

註(一)　學者通例減輕ト免除トヲ併セテ之ヲ說ク。而シテ免除ハ本來刑罰請求權ナキ場合ニシテ、刑罰適用ノ問題ニアラサレトモ、現行法ハ同一事由ニ付キ減輕又ハ免除ヲ擇一的ニ規定シ其選擇ハ之ヲ裁判官ノ裁量ニ委スルカ故ニ、此意義ニ於テ之ヲ刑ノ適用トモ考フルコトヲ得。(s. §§ 207, 134 Ⅱ)。

一　法律上ノ減免ニハ又法律上當然ノモノト裁判上任意的ノモノトアリ。

前者ハ法律ニ減輕又ハ免除ストアル場合ニシテ、後者ハ減輕又ハ免除スルコトヲ得トアル場合ナリ。法律上ノ減免ヲ列記スレハ次ノ如シ。卽チ心神耗弱ニ因ル減輕(刑三九Ⅱ)、瘖啞ニ因ル減輕(刑四〇)、法律ノ錯誤ニ因ル減輕(刑三八Ⅲ)、從犯減輕(刑六三)、未遂罪減輕及ヒ中止犯減免(刑四三)、過剩防衛ニ對スル減免(刑三六Ⅱ)、過剩避難ニ對スル減免(刑三七Ⅰ)、自首減免(刑四二、其他)、各本條ニ規定スル特別減免(例一一三、一一七〇、一七三、二〇一)、是ナリ。

前記減免ノ事由ノ中自首ヲ除キ其他ハ既ニ之ヲ述ヘタリ。仍テ茲ニハ專ラ自首ニ付テ說明スヘシ。

(一) 自首ノ要件トシテ(イ)罪ヲ犯シ其事實カ未タ官ニ發覺セサルカ、又ハ事實カ既ニ發覺スルモ、犯人ノ何人タルカヽ未タ官ニ發覺セサルコトヲ要ス。被害者其他ノ一私人ニ發覺スルハ妨ナシ。而シテ犯罪ノ種類ハ之ヲ問ハス。(ロ)犯罪搜査ノ權アル官吏(檢事又ハ司法警察官)ニ對シテ爲サルヽコトヲ要ス。但犯罪カ未タ自首ヲ受ケタル當該搜査官ニ發覺セサルモ、既ニ他ノ搜査官ニ發覺セルトキハ前段ノ要件ヲ缺ク。(ハ)自ラ進テ其犯罪ヲ申告スルコトヲ要ス。其方法ハ之ヲ問ハス。

(二) 自首ノ效力ハ、原則トシテ、裁判所カ自首者ニ對シ其刑ヲ減輕スルコトヲ得ルコトナリ。但各本條ニ於テ特ニ其刑ヲ免除スルコトヲ得ルコトヲ規定スル場合アリ。(刑、八〇、九三但、一九八Ⅱ。)

(三) 申告罪ニ付キ告訴權ヲ有スル者ニ首服シタルトキハ、其首服ハ自首ト同一ノ效力ヲ有ス。(刑、四二Ⅱ。)首服ノ要件ハ自首ニ準ス。

(四) 自白ハ刑法上特別ノ效力ヲ有スルコトアリ。(刑、一七一—一七三。)自白ハ自首ヨリモ廣ク、當該官吏ノ問ニ接シテ初メテ自認スルモ自白ナリ。

二 裁判上ハ減輕ハ之ヲ酌量減輕ト謂フ。犯罪ノ情狀憫諒スヘキモノアル場合ニ於テ之ヲ酌量シテ爲スコトヲ得ル減輕ナリ。法律ニ依リ刑ヲ加重又ハ減輕スル場合ト雖モ仍ホ之ヲ爲スコトヲ得。(刑、六六、六七。)特別刑法中ニハ刑法中刑ノ減免ノ例ヲ用キサルコトヲ規定スルモノアリ。

§196

S. §45 II。

刑罰ノ加重又ハ減輕ノ方法ト順序トニ關スル準則(加減例)左ノ如シ。

刑罰ノ加重ニ關シテハ、嚮ニ併合罪及ヒ累犯ニ付キテ之ヲ述ヘタリ。

刑罰ノ減輕ニ關シテハ(一)先ツ法律ニ依リ刑ヲ減輕スヘキ一個又ハ數個ノ原由アルトキハ、次ノ例ニ依ル。即チ(イ)死刑ヲ減輕スヘキトキハ無期又ハ十年以上ノ懲役又ハ禁錮トシ(ロ)無期ノ懲役又ハ禁錮ヲ減輕スヘキトキハ七年以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮トシ(ハ)有期ノ懲役又ハ禁錮ヲ減輕スヘキトキハ其刑期ノ二分ノ一ヲ減シ(ニ)罰金ヲ減輕スヘキトキハ其金額ノ二分ノ一ヲ減シ(ホ)拘留ヲ

輕減スヘキトキハ其長期ノ二分ノ一ヲ減シ(ハ)科料ヲ減輕スヘキトキハ其多額ノ二分ノ一ヲ減ス。刑、六八。若シ右ノ場合ニ於テ、各本條ニ二個以上ノ刑名アルトキハ、先ツ適用スヘキ刑ヲ定メ其刑ヲ減輕スヘキモノトス。刑、六九。又懲役、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、並ニ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ハ之ヲ除棄ス。刑、七〇。(二)次ニ酌量減輕ヲ爲スヘキトキモ亦以上ノ例ニ依ル。刑、七一。

同時ニ刑罰ノ加重及ヒ減輕ヲ爲スヘキトキハ(一)再犯加重(二)法律上ノ減輕(三)併合罪ノ加重(四)酌量減輕ノ順序ニ依ル。刑、七二。

§197

法定刑ニ對シ以上述ヘタルカ如キ加減ヲ爲シテ得タル刑罰ノ範圍ハ卽チ各場合ノ適用刑ナリ。裁判官ハ此適用刑ノ範圍內ニ於テ具體的ニ宣告刑ヲ決定セサルヘカラス。之ヲ刑罰ノ量定(Strafzumessung, Fixation de la peine)ト謂フ。其他尙之ト併セテ決定スヘキ重要事項トシテ、二年以下ノ懲役又ハ禁錮ノ言渡ヲ爲ス場合ニ於テ其執行ヲ猶豫スヘキヤ否ヤ、沒收物アル場合ニ於テ沒收ヲ附加スヘキヤ否ヤノ問題アリ。而シテ是等ノ問題ヲ決スルニ付キ其判斷ノ料材トナルモノヲ所謂廣義ニ於ケル犯罪ノ情狀(Umstände, Circonstances)トス。但此犯罪ノ情狀ノ何タルヤニ付テハ、刑法ニ規定スル所ナキモ、刑事訴訟法中檢事ノ起訴猶豫處分ノ標準ニ關スル第二七九條ノ規定ハ間接ニ其一斑ヲ示スモノナリ。曰ク「犯人ノ性格、年齡及ヒ境遇並ニ犯罪ノ情狀及ヒ犯罪後ノ情況ニ因リ訴追ヲ必要トセサルトキハ公訴ヲ提起セサルコトヲ得」ト。卽チ起訴不起訴ノ決定ニ關シテ是等ノ事情カ有力ナル材料タルカ如ク、刑ノ量定ニ關シテモ亦然リ。然レトモ單ニ此種ノ情狀ノミニ依ルヘキカ、將タ尙應報觀念ノ滿足並ニ一般威嚇ノ作用ヲモ考慮スヘキカハ畢竟刑法理論ノ爭ニ歸ス(1)。

註(一) 判決言渡ニ關シテ決定スヘキ事項トシテハ、以上ノ外尙ホ刑法第五條ノ問題、未決勾留日數通算ノ問題、訴訟費用負擔ノ問題アルモ、何レモ犯罪ノ情狀ニ關係アルモノニアラス。

第三章 刑罰ノ執行

§198

刑罰請求權ハ刑罰ノ適用手續法上ノ表現ニ從ヘハ確定裁判ニ由リテ其內容確定シ、初メテ之ヲ實現スルコトヲ得ルニ至ル。刑法ハ此刑罰請求權ノ實現ヲ刑ノ執行(Strafvoll-

zug, Exécution de peine)ト謂フ。刑ノ執行ハ刑罰其者ナリ。裁判ノ執行ト謂フハ手續法上ノ表現ニシテ其意義ニ於テ相同シ。刑訴、五三四。

刑ノ執行ハ檢事ノ指揮又ハ命令ニ依リテ之ヲ爲ス。刑訴、五三、五五、五三。指揮ニ依ルモノハ死刑及ヒ自由刑ニシテ、行刑官吏其局ニ當ル。命令ニ依ルモノハ罰金科料及ヒ沒收ニシテ、受刑者其命令ニ應セサル場合ニ、檢事ノ指揮ニ依リ執達吏其執行ノ局ニ當ル。尙死刑ニ限リ特ニ司法大臣ノ命令ニ依ル。刑訴、五三八。逢警罪卽決處分ニ因ル刑ノ執行ニ付テハ卽決處分ヲ爲シタル警察官署自ラ執行ニ必要ナル處置ヲ講ス。

刑罰ノ執行ハ往々期間計算ニ關スル問題ヲ生ス。此點ニ關スル刑法ノ規定次ノ如シ。(一)期間ヲ定ムルニ月又ハ年ヲ以テシタルトキハ曆ニ從テ之ヲ計算ス。刑二二。(二)刑期ハ裁判確定ノ日ヨリ起算ス。拘禁セラレサル日數ハ裁判確定後ト雖モ刑期ニ算入セス。刑二三。(三)受刑ノ初日ハ時間ヲ論セス全一日トシテ之ヲ計算ス。時效期間ノ初日亦同シ。刑二四Ⅰ。(四)放免ハ刑期終了ノ翌日之ヲ行フ。刑二四Ⅱ。

死刑(Todesstrafe, Peine de mort)ハ受刑者ノ生命ヲ絕ツ刑罰ナリ(一)。刑罰中ノ最重ノモノニシテ、其適用ノ範圍ハ、特別法(陸海軍刑法、爆發物取締罰則及ヒ治安維持法)ニ規定スル場合ヲ除キ、絕對法定刑タルモノ四刑七三、七五、八一、八二Ⅰ選擇刑タルモノ十三刑七七、八二Ⅱ、八三、八五、一〇八、一一七、一一九、一二六、一二七、一九九、二〇〇、二四〇、二四一アリ。

死刑執行ノ方法ハ絞首ナリ。監獄內ニ於テ之ヲ行フ。死刑ノ言渡ヲ受ケタル者ハ其執行ニ至ルマテ之ヲ監獄ニ拘置ス。刑一一、刑訴、五四七。

死刑執行ノ時期ハ司法大臣ノ命令アリタルトキヨリ五日內トス。若シ心神喪失者及ヒ懷胎ノ婦女ナルトキハ、司法大臣ノ命令ニ因リ其執行ヲ停止シ、更ニ命令ヲ待テ執行ス。刑訴、五四〇、五四三。

罪ヲ犯ス時十六歲ニ滿タサル少年ニ對シテハ、刑法第七三條、第七五條又ハ第二〇〇條ノ罪ヲ犯シタル者ヲ除キ、死刑ヲ科セス。死刑ヲ以テ處斷スヘキトキハ十年以上十五年以下ニ於テ懲役又ハ禁錮ヲ科ス。少年法七。

註(一) 死刑ハ諸國現行ノ刑罰中最重ノモノナルト同時ニ又最古ノモノナリ。卽チ刑法發達ノ初期ニ於ケル復讐制度ハ一種ノ死刑ニ外ナラス。從テ從來ノ刑法ノ歷史ハ見方ニ因レハ畢

竟死刑ノ歴史ニシテ刑法ハ死刑ノ廢止ニ因リテ初メテ完全ニ其原始的形態ヨリ蟬脫スルコトヲ得ルモノトス。

死刑廢止論カ著シク學者思想家ノ注意ヲ喚起スルニ至レルハ、十八世期啓蒙期ニ於テ「ベッカリヤ」出テ、民約說ノ立場ヨリ死刑廢止ヲ主張シタル以來ノコトヽス。(s. 8. 10 I)。彼ノ根本ノ見解ハ、彼以前ノ民約論者ト異リ、個人ハ何人モ社會契約ニ由リテ自己ノ生命ヲ絶ツカ如キ根本的權利ヲマテ擧ケテ社會ニ移讓スルコトヲ得スト謂フニ在リ。而シテ當時ノ行刑ノ實際ハ死刑ノ濫用、執行方法ノ殘酷其極端ニ達シ、爲メニ刑罰思想ノ流ハ漸次反動的ニ博愛主義的傾向ニ轉換セントスル際ナリシヲ以テ、彼及ヒ彼ニ贊スル一派ノ主張ハ多少實際ニ影響シ、伊、獨ノ諸小國中ニハ若干死刑廢止ヲ實行セルモノアリ。又之ヲ實行スルニ至ラサルモノニ在リテモ、死刑ヲ科スヘキ犯罪ノ範圍ヲ縮少シ且大ニ從來ノ峻嚴ナル執行方法ヲ緩和シタリ。然レトモ死刑廢止論カ著シク勢力ヲ得ルニ至リシハ、實ニ十九世期後半以後ノコトヽス。即チ今日マテニ死刑ヲ廢止セル國ヲ擧クレハ下ノ如シ。伊太利(一八八九)「ルーマニヤ」(一八六六)葡萄牙(一八六七)和蘭(一八七〇)諾威(一九〇二)墺太利(一九一九)瑞典(一九二一)瑞西聯邦中ノ過半數(一八七四)北米合衆國中ノ九州(一八四七—一九一五)南亞米利加諸國中過半數(一八六四—一九〇七)濠洲(一九二四)等ナリ。尙、白耳義ニテハ一八六三年以來事實上死刑ヲ行ハス。佛蘭西ニ於テハ、一九〇八年一タヒ政府案トシテ死刑廢止カ議會ノ問題トナリシモ、否決ニ終レ

リ。更ニ現ニ公ニセラレタル諸國ノ刑法改正草案ニ於テ死刑廢止ヲ規定セルモノニ瑞西、墺太利、伊太利アリ。獨逸ニテハ北獨逸聯邦統一刑法制定ノ際死刑ノ存置又ハ復活ニ決定シテ以來、今日尙死刑ヲ存ス。然レトモ學界ニ於テハ第三十回獨逸法曹大會(一九一〇)ニ於テ「リープマン」教授カ死刑廢止ノ主張ヲ提ケテ起チシ以來問題再燃シ、議論常ニ絶エサルモ、廢止論ハ未タ勝ヲ制スルニ至ラス。但死刑ノ適用範圍ニ付テ謂ヘハ、死刑ヲ存置スル國ニ於テモ從來ニ比シ皆著シク縮少セラレタリ。其範圍ハ軍律違犯ノ場合ヲ除キ、殆ト特殊ノ政治犯、生命犯及ヒ性交犯ノ三者ヲ出テス。

今日ノ死刑廢止論カ先ツ其積極的理由トスル所ハ、根本ニ於テ死刑カ文化社會ノ理想ニ一致セサル野蠻行爲ナリト謂フ點ニ在リ。其他ノ特殊ノ觀察、即チ誤判ニ基ク場合ニ原狀ニ回復シ得サルコト、又ハ場合ニ因リテハ却テ犯罪ヲ誘發スルコトノ如キ理由ハ要スルニ從タルモノニ過キス。次ニ消極的理由トシテハ、死刑カ、通常世人ノ過信スルカ如ク、大ナル威嚇力ヲ有スルモノニアラサルコト及ヒ威嚇並ニ淘汰ノ目的ノ爲メニハ無期自由刑ヲ以テ足ルコトナリ。此點ハ死刑カ政策的ニ論議セラルヽ場合ニ於テ特ニ廢止論者ニ由リテ强調セラルヽ所トス。之ト反對ニ、死刑存置論ノ根據ハ、一ハ應報觀念又ハ一般規範感情ノ滿足ナリ。然レトモ斯カル根據ニ立ツ說ハ、宗教的乃至哲學的應報論以外ノ經驗的應報論ニ基ク限リ、實ハ一種ノ尙早論ナリ。其二ハ一般威嚇ノ作用ナリ。然レトモ此理由ニ基ク說ハ、其前提トシテ死

刑カ十分ナル威嚇力ヲ有シ、之ヲ廢止スレハ重罪ノ增加スヘキコトノ證明ヲ要ス。而モ廢止國ニ於ケル統計ハ反對ノ結果ヲ示スヲ常トス。

思フニ人ノ生命ヲ絕ツハ一般ニハ惡ナリ。而シテ一般威嚇ノ爲メ之ヲ存置スルニ付キ多少ノ利アリトスルモ、國家ノ行爲モ亦倫理ノ批判ヲ免レサル以上、人ノ生命ヲ絕テ一般ヲ威嚇スルコトカ其自身トシテ不當ナルコトハ何人モ之ヲ解セサルナシ。此點ハ獨逸ニ於ケル有力學論者ノ驍將「カール」教授ノ如キモ亦之ヲ肯定ス。然カモ死刑カ今尙諸國ニ於テ存置セラルヽ所以ハ、唯根本ニ於テ一般社會ノ法的確信カ之ヲ是ナリトシテ捐テサルニ因ル。然レトモ法的確信ハ時代ト共ニ推移ス。此推移ハ今日ハ既ニ何事ニテモ世界的ナリ。而シテ右ニ冒頭ニ述ヘタル死刑ノ興廢並ニ適用範圍ノ變遷ノ跡ヲ察スレハ、死刑ノ廢止ハ今日ハ既ニ刑事立法ニ於ケル世界的趨勢ナリト謂ハサルヘカラス。

§200

自由刑(Freiheitsstrafe, Peine privative de liberté)ハ拘禁ニ因リテ自由ヲ剝奪スル刑罰ナリ(一)。現代的刑法ヲ有スル國ニ於テハ、其適用ノ廣キコト並ニ其作用ノ大ナルコトニ於テ刑罰體系中最モ重要ナル地位ヲ占ム。我刑法ニ於テハ、之ニ懲役、禁錮及ヒ拘留ノ三種アリ。懲役及ヒ禁錮ハ何レモ監獄ニ拘置シ、定役ノ有無ニ因リテ之ヲ別ツ。夫々無期ト有期トアリ。有期ハ各一月以上十五年以下トス。有期ノ懲役及ヒ禁錮ヲ加重スル場合ニハ二十年ヲ限ル。之ヲ減輕スル場合ニハ一月以下ニ降スコトヲ妨ケス。刑一二、一三、一四。拘留ハ一日以上三十日未滿トシ、拘留場ニ拘置ス。刑一六。

自由刑ノ執行方法ハ別ニ監獄法ニ之ヲ定ム。

刑事上ノ拘禁ニハ尙未決拘留アリ。其方法ハ等シク監獄法ニ之ヲ規定スレトモ、刑罰ニアラス。但其日數ハ全部又ハ一部之ヲ本刑ニ通算スルコトヲ得。刑二一、刑訴五五六。

罪ヲ犯ストキ十六歲ニ滿タサル少年ニ付テハ、無期刑ノ適用ニ關シ死刑ト同一ノ變更ヲ加フ。少年法七。

自由刑ニ關スル新制度ニ不定期自由刑アリ(二)。我少年法亦之ヲ認ム。但其規定スル所ハ相對的不定期刑ナリ。少年法八。S. 33 20(一)イ。

懲役又ハ禁錮ニ處セラレタル者ハ、附加刑ニアラスシテ、或ハ終身公權ノ剝奪ヲ受ケ例、刑施、三七、三四、衆議院議員選擧法六5、辯護士法、五2或ハ刑ノ執行中場合ニ因リ其以上公權ノ停止ヲ受ク(四)。例、刑施、三七、三六、衆議院議員選擧法六6、7、辯護士法五3。

註(一)　監獄ハ既ニ上古ヨリ存ス。然レトモ監獄ノ存在ハ自由刑ノ存在ヲ意味スルモノニアラス。即チ中世マテノ監獄ハ未決監又ハ死刑、體刑、追放、贖罪金ノ取立等ヲ終ルマテノ被拘禁者ノ收容所ニ外ナラス。明治維新前ノ我國ノ監獄亦概ネ然リ。

監獄カ右ト兼ネテ社會ノ危險分子ノ離隔收容ノ目的ヲ以テ設ケラルヽニ至リシハ、歐洲ニ於テハ十六世紀中葉以來ノコトニ屬ス。即チ既ニ述ヘタルカ如ク(p.200)此時代ノ前後ハ所謂刑法史ニ於ケル威嚇時代ニシテ、殆ト有ラユル犯罪ニ對シテ死刑並ニ體刑ヲ科シタリ。然レトモ何レノ國ニ於テモ危險分子ハ依然トシテ社會ノ各方面ヲ脅威シ社會秩序ハ毫モ之ニ由テ維持セラレス、爲メニ斯カル極刑モ遺憾ナク其無能力ヲ暴露シタリ。之ヲ自由刑採用ノ消極的原因トス。又當時ノ經濟狀態ハ自ラ是等ノ危險分子ニ對シ强制勞役ヲ課シ以テ之ヲ經濟的ニ利用セントスルノ意圖ヲ生セシメタリ。之ヲ自由刑採用ノ積極的原因トス。斯クシテ十六世紀中葉ヨリ十八世紀中葉マテノ監獄ハ、何レノ國ニ於テモ乞丐、浮浪者、賣淫婦、不良少年其他竊盜犯人等ノ强制勞役場ニシテ、初メ多クハ城塞、堡壘ノ土牢、官衙、寺院ノ地下室等ヲ以テ之ニ充テタリ。而シテ老少男女凡テ此所ニ雜居シ、監房ノ不潔、雨水ノ浸入、日光ノ缺乏、空氣ノ濕潤、鼻ヲ突ク惡臭一トシテ疫癘ノ因ナラサルナク、加フルニ苛酷ナル勞役ト營養ノ不足トノ爲メ死者病者日ニ相踵キ、監獄拘禁ハ一種ノ緩慢ナル死刑執行ノ方法ニ外ナラサリシヲ一般ノ狀態トス。但斯カル一般的狀態ノ下ニ於テモ多少改善主義的自由刑ノ萠芽ト見ルヘキモノナキニアラス。一七〇三年羅馬法王「クレメンス」十一世カ羅馬「サン、ミケーレ」ニ設ケタル不良少年院ノ如キ是レニシテ、拘禁方法トシテハ晝間雜居夜間獨房ノ主義ヲ採レリ。

近代的監獄制度ノ父ニシテ且監獄學ノ開祖ト稱セラルヽ者ヲ博愛時代ノ初期ニ出テタル英ノ「ジョン、ハワード」John Howardトス。氏ハ一七七五年ヨリ一七九〇年マテ英國及ヒ歐洲大陸諸國ノ監獄ヲ視察シ、其間親シク囚人ニ伍シテ監獄生活ヲ體驗シ、屢々書ヲ著ハシテ其實狀ヲ訴ヘ具ニ改革ノ理想ヲ說ク。不幸同年露國「チエルソン」ノ獄中ニ病ヲ獲テ殁ル。其著「英蘭及ヒ威耳斯ノ監獄狀態」(一七七七年)ハ不朽ノ著ト稱セラル。彼カ獄制上ノ主張ハ絕對的獨房制ニシテ、已ムヲ得サル場合ノ方法トシテ階級制ヲ認ム。英國最初ノ獨房監ノ一タル「グロスター」監獄(一七七九年)ハ彼ノ主張ニ從ヘルモノナリ。但當時ト雖モ監獄制度ノ比較的完備セル國ナキニアラス。其尤ナルモノハ和蘭ニシテ、其拘禁方法ハ獨房主義トス。而シテ之ヲ先ニシテハ米國ニ於ケル監獄改良ノ先覺者タル「キリヤム、ペン」之ヲ後ニシテハ「ジョン、ハワード」共ニ實ハ和蘭ノ施設ノ視察ニ由リテ啓發セラレタルモノナリ。之ニ次テハ白耳義ナリ。一七七五年ニ完成セル「ガン」監獄ハ當時ニ在リテハ理想的ノモノト稱セラレタリ。但拘禁方法ハ和蘭ト異リ、晝間雜居夜間獨房主義ニシテ「サン、ミケーレ」少年院ノ系統ヲ傳フ。

米國ニテハ夙クヨリ「ペン」等ノ淸教徒的精神ヲ承繼セル「フイラデルフイヤ」監獄協會アリ。該協會ハ獨立戰後「フランクリン」等ニ依リテ其勢力ヲ加ヘ、一七九〇年ニハ其力ニ依リテ「ペン

シルヴアニヤ」州「フイラデルフイヤ」ニ獨房制ノ試ミトシテ「ワルナツト」監獄ノ建設ヲ見ルニ至レリ。是レ嚴格ナル獨房主義ヲ本領トスル「ペンシルヴアニヤ」式(Pennsylvania system)ノ嚆矢ニシテ「ハワード」ノ主張ニ從ヘルモノナリ。然ルニ之ニ對シテハ絕對的獨房制ヲ難スル博愛主義者ノ一派アリ。一八二〇年紐育州「オーバーン」ニ建設セラレタル監獄ハ此派ノ主張ニ從ヘルモノニシテ「ガン」監獄ニ倣テ晝間雜居夜間獨房ノ主義ヲ採用シタリ。但晝間工場ニ於テモ絕對的沈默ヲ守ラシムルヲ以テ特色トス。(Silent system)。此二派ノ對立ニ於テ、米國ニ於ケル大勢ハ結局「オーバーン」式ノ勝利ニ歸シタリ。而シテ米國ニ於ケル以上ノ如キ形勢ハ更ニ歐洲ニ反映シ、諸國概ネ「オーバーン」式ニ依ル。我國亦然リ。

此間ニ在リテ、英國ノ獄制ハ頗ル特異ノ發達ヲ遂ケタリ。卽チ英國ニ於テハ、初メ流刑ヲ重用シ「ハワード」主義ノ獨房制ヲ實施シタル以後ニ於テモ、尙ホ之ヲ維持シタリシカ、一八四二年以來ハ兩者ヲ折衷シテ、一二ノ監獄ノ在監者ハ一定ノ期間後初メテ之ヲ濠洲ニ流謫スル制度ヲ生シタリ。而シテ其後流刑廢止セラルヽニ及ヒテモ尙ホ中途出獄ノ制ヲ撤スルニ至ラス。在監者ノ行狀ニ因リテ之ニ自由ヲ與フルノ途ヲ存セリ。此制度ニ依レハ、其茲ニ至ルマテノ順序ヲ三期ニ分ツ。因チ之ヲ累進制(階級制) (Progressive system)ト謂フ。第一期ハ嚴格ナル離隔方法ノ下ニ勞役ニ服ス。第二期ハ晝間共同ニ勞役ニ從事シ夜間之ヲ離隔ス。第三期ハ行狀ノ如何(第二期ニ於ケル得點數)ニ依リ條件附放免(假出獄、s. § 202)ヲ許ス。此制度ハ愛蘭土

ニ於テハ四期ニ分チ、假出獄前受刑者ヲ一時中間監獄ニ移シ、之ニ外界トノ自由ナル交通ヲ許シ、假出獄後ノ社會生活ノ爲メノ試練ヲ受ケシム。之ヲ愛蘭土制(Irish system)ト謂フ。此累進制ハ幾千モナク歐大陸ニ傳ハリ、更ニ米國ニ波及シ、既ニ今日ニ於テハ殆ト諸國ニ於ケル行刑上ノ一般的定型ト稱スルモ不可ナキニ至レリ。我國ノ行刑方法モ略々此制ニ倣フ。而シテ累進制ハ其實際ノ運用ニ於テハ頗ル不定期自由刑ノ制度ニ近似セルモノアリ(s. 註三)。

近時自由刑執行ニ關スル新ナル考案トシテ注目ヲ惹ケルモノニ、囚人自治制及ヒ行刑陪審ノ問題アリ。前者ハ一九一三年紐育州「オーバーン」監獄ニ於テ初メテ試ミラレ、次テ同州「シン、シン」監獄之ニ倣フ。其本旨トスル所ハ、囚人自身ヲシテ監獄ノ管理ヲ始メ規律懲罰ニ至ルマテ之ヲ管掌セシメ、囚人ノ人格ノ向上ト自主自律ノ精神ノ涵養トヲ圖ラントスルニ在リ。然レトモ、此制度ハ其成績未タ十分ナラサルト、尙稍々冒險ニ過クル嫌アルトニ因リ、未タ汎ク行ハルヽニ至ラス。蓋シ囚人ハ其一般的能力ニ於テ通常人ニ劣リ、而カモ放免以外ニハ何物ヲ與ヘラルルモ絕對ニ滿足セサル不平者ノ群ナリ。斯カル前提ノ下ニ行ハルル自治カ自ラ如何ナル傾向ニ偏シ、如何ナル問題ノ端緒トナルカハ略々察スルニ難カラサルナリ。要スルニ囚人自治制ノ理想ハ可ナレトモ、唯實際上得失ノ分ルヽ點ハ自治ノ範圍ト指導監督ノ方法如何ノ問題ニ在リト謂フヘシ。行刑陪審ニ關シテハ不定期自由刑ノ說明ニ讓ル。

註(二) 自由刑ノ一種ニ流刑(Transportation)アリ。我舊刑法モ法文上之ヲ認メタルモ、實際ニ行ヒ

タルコトナシ。加之嘗テ流刑ヲ行ヒタル諸國モ既ニ之ヲ廢シ、今日之ヲ存置スルハ佛國ノミトス。流刑ノ利害得失ニ付テハ議論分ル。其難點ノ重ナルモノハ、之ヲ理想的ニ行ハントスルニハ、莫大ナル經費ヲ要シ、斯カル經費ノ負擔ヲ甘ンスレハ、本土ニ於テハ一層理想的ナル設備ヲ爲シ得ヘシト謂フ點ナリ。

註(三) 不定期自由刑 (Indeterminate sentence, Unbestimmtes Strafurteil, Sentence indermine'e) ノ如何ナルモノナルカハ、前ニ少シク之ヲ叙ヘタリ。今茲ニ其ノ大要ヲ說明スヘシ(s. 8 e6(一)イ)。

不定期自由刑ノ制度ハ從來ノ定期刑制度ノ缺點ニ鑑ミ、之カ短所ヲ補フヘク考案セラレタルモノニシテ、一八七七年初メテ紐育州「エルマイラ」感化監獄 (Elmira Reformatory) ノ在監少年ニ對シテ試ミラレタルモノナリ。蓋シ定期刑制度ニ於ケル最モ重ナル短所ハ未改善ノ受刑者モ刑期滿了ニ依リテ當然出監スルニ至ルコトナリ。加之斯カル前提ノ下ニ於テハ、在監者ハ多クハ改悛ノ實績ヲ顯スコトニ努メス。特ニ常習犯罪人ニ至リテハ、入監ヲ以テ其職業ニ伴フ當然ノ危險ト考ヘ、在監中モ只管今後如何ニシテ斯カル危險ヨル免カルヘキカノ研究ヲ以テ能事ト爲ス。不定期自由刑ノ制度ハ卽チ此弊ヲ去ランカ爲メ、出監ニハ凡テ改悛ノ實績ヲ條件トシ、囚人ノ心ヲシテ自ラ之ニ奮ハシメンコトヲ目的トスルモノナリ。

既ニ述ヘタルカ如ク、不定期自由刑ニ二種アリ。今日行ハルヽモノハ多ク相對的不定期刑ニシテ、刑ノ最長期ト最短期トヲ定メテ言渡スモノナリ。從テ形式上定期刑制度ノ下ニ於ケ

ル假出獄ニ近似スル所多シ。然レトモ不定期刑ノ最長期ハ、其制度ノ精神ヨリ見テ一定ノ見込ニ因ル餘裕ヲ設ケテ之ヲ定ムルコトヲ得ル點ニ於テ、必要以上ノ刑ヲ科スルコトヲ得サル定期刑制度ノ下ニ於ケル刑ノ量定ト理論ニ於テ其意味ヲ異ニシ、實際ニ於テ其程度ヲ異ニス。

不定期刑制度ニ對スル反對論ノ主ナル理由ハ、理論ニ於テハ其レカ罪刑法定主義ニ反シ、個人ノ自由ニ對スル極端ナル壓制ナルコト、實際上ニ於テハ囚人ニ於テ改悛ノ實アリヤ否ヤノ認定ヲ行刑官吏ニ任ストセハ、其處置ハ往々ニシテ專横ニ流ルヘシト謂フコトナリ。思フニ第一點ハ意見ノ相違ナリ。而カモ相對的不定期刑ニ在テハ或程度マテ此難點ヲ寛和スルコトヲ得ヘシ。第二點ニ付テハ、行刑陪審ニ依テ其弊ヲ救フヘシトスルコト定說ナリ。現ニ不定期刑制度ヲ行フ諸國ニ在テハ此目的ノ爲メニ刑務委員會ノ設アリ。

不定期自由刑ノ制度ハ今日北米合衆國諸州ニハ汎ク行ハレ、歐洲ニテハ諾威刑法ハ危險犯罪人ニ關シテ之ヲ採用シ、英國亦二三ノ監獄ニ於テ之ヲ行フ。漆洲亦既ニ之ヲ採用ス。我少年法ニ付テハ前ニ叙ヘタリ。而シテ此制度ハ一九二五年倫敦ニ開催セラレタル國際刑務會議ニ於テ「刑罰個別主義ノ必然的結論」トシテ殆ト一致ヲ以テ決議セラレテ以來頓ニ一層學界及ヒ實際界ノ注意ヲ喚起スルニ至レリ。

註(四) 從來諸國ニ行ハレタル附加自由刑ニ警察監視 (Polizeiaufsicht, Surveillance de police) ノ制アリ。刑ノ執行ヲ終リタル者ハ一定ノ期間許可ナクシテ住居ヲ離ルヽコトヲ得サルコト、時々警察

官吏ニ於テ其住居ヲ視察スルコト等ヲ重ナル事項トス。然レトモ此制度ハ免囚者ノ就職ノ自由ヲ拘束スルコト甚シキノミナラス、監視期間中ハ警察官吏ニ由リテ其免囚者タルコトヲ近隣ニ公表セラルヽ結果トナリ、免囚者ハ之カ爲メニ却テ自暴自棄ニ陷ルニ至ルコト少カラス。我舊刑法ニ於テハ附加刑ノ監視ヲ認メタレトモ、改正ノ際之ヲ廢止シタリ。諸國亦之レカ廢止ニ傾ク。(保安處分ノ提案ノ一種ニ滯在禁止アリ。是ニ付テモ亦事實上一種ノ監視制度ナリトノ非難アリ)。

自由刑ノ執行ニ關シテハ二個ノ特殊ノ制度アリ。刑ノ執行猶豫及ヒ假出獄是ナリ。

§201

一　刑ノ執行猶豫(Bedingte Verurteilung, Sursis à l'exécution)

刑ノ執行猶豫ノ制度ノ目的ハ、一面ニハ短期自由刑ノ弊害ヲ除キ、一面ニハ刑罰ヲ執行セスシテ、之ヲ執行シタルト同一ノ效果ヲ收メントスルニ在リ。卽チ短期自由刑ハ、特別豫防ノ見地ヨリ見レハ、積極的ニ何等ノ效果ヲ擧クルニ足ラサルノミナラス、消極的ニハ受刑者ヲシテ、或ハ自暴自棄ニ陷ラシメ、或ハ同囚ノ惡感化ヲ被ラシメ、或ハ少クトモ一旦ノ監獄生活ノ經驗ニ因リテ監獄ニ對スル畏怖心ヲ失ハシムル結果ヲ生ス。從テ短期自由刑ヲ科スヘキ場合ニ將來ノ謹愼ヲ前提トシテ刑罰ヲ留保スルコトハ、一ニハ斯カル惡結果ヲ避ケ、一ニハ犯人ヲシテ再次ノ犯行ヨリ遠カラシムル所以ニ外ナラス(一)。現行法ニ付テ述フヘキコト左ノ如シ。

(一)　要件トシテ(イ)二年以下ノ懲役又ハ禁錮ノ言渡ヲ受ケタルコト(ロ)前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキカ、又ハ處セラレタルコトアルモ、其執行ヲ終リ、又ハ其執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ七年以內ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキコト(ハ)刑ノ執行ヲ猶豫スヘキ情狀アルコトヲ要ス。刑、二五、刑施、五四、五五。

(二)　效力トシテ(イ)裁判確定ノ日ヨリ一年以上五年以下ノ範圍內ニ於テ裁判所カ定メタル期間中刑ノ執行ヲ猶豫セラル。刑、二五。(ロ)刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ取消サルヽコトナクシテ猶豫ノ期間ヲ經過シタルトキハ刑ノ言渡ハ其效力ヲ失フ。刑、二七。但刑ノ執行猶豫ハ懲役又ハ禁錮ニ付テノミ言渡サルヽモノナルカ故ニ、之ト同時ニ科セラレタル罰金、拘留、科料、沒收ニハ適用ナシ(二)。

(三) 刑ノ執行猶豫ヲ受クル者次ノ事由アルトキハ、其言渡ヲ取消スヘキモノトス。此取消ハ必要的ナリ。即チ(イ)猶豫ノ期間內更ニ罪ヲ犯シ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルトキ(ロ)猶豫ノ言渡前ニ犯シタル他ノ罪ニ付キ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルトキ(ハ)猶豫ノ言渡前他ノ罪ニ付キ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコト發覺シタルトキ（但前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトアルモ其執行ヲ終リ又ハ其執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ七年以內ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキ者ヲ除ク(刑二五2)）是ナリ。

(四) 手續トシテハ、刑ノ執行猶豫ノ言渡ハ刑ノ言渡ト同時ニ裁判所ノ判決ヲ以テシ、該言渡ノ取消ハ裁判所ノ決定ヲ以テス。（刑施、五四—五六。）

註(一) 刑ノ執行猶豫ノ制度ハ、一八六九年米國「ボストン」ニ行ハレタルヲ嚆矢トシ、次テ合衆國諸州ニ行ハレ漸次諸國ニ採用セラルヽニ至リシモノナリ。然レトモ各國其主義トスル所同シカラス。即チ何レモ廣義ニ於テハ刑ノ執行猶豫ニ歸著スルモ、之ヲ其特色ニ付テ觀察スレハ、先ツ分テ(一)裁判主義ト特赦主義(獨逸主義)トス。後者ハ行政處分ヲ以テ條件附ニ特赦スル主義ナリ(Bedingte Begnadigung)。(二)裁判主義ハ又之ヲ分テ宣告猶豫主義(英米主義)ト執行猶豫主義トス。前者ハ犯罪ヲ認定スルニ止メ、一定ノ期間特別ノ事由ナクシテ經過スルニ由リテ科刑ノ宣告ヲ免レシメ(Suspension of the sentence)後者ハ單ニ言渡シタル刑ノ執行ヲ免レシム。

(三)執行猶豫主義ニハ、更ニ條件附科刑主義ト執行免除主義トアリ。前者ニ在テハ有罪判決ハ其效力ヲ失ヒ罪刑共ニ消滅スルモノニシテ、佛、白ニ始マル(Bedingte Verurteilung, Condamnation conditionelle)。後者ニ在テハ有罪判決ハ其效力ヲ失ハス、單ニ刑罰ノミ消滅ス(Bedingte Strafaussetzung, bedingter Straferlass)。今日ノ大勢ハ前者ニ傾キツヽアリ、我國ニテモ初メ後者ヲ採用シタリシカ、現行法ハ前者ニ依レルモノナリ。

註(二) 刑ノ執行猶豫ヲ受クル者ハ、附加刑ニアラスシテ、刑ノ執行ヲ受クルコトナキニ至ルマテ、公權ヲ停止セラル。(s. § 200)。

二　假出獄(Bedingte od. vorläufige Entlassung, Libération conditionelle)

特別豫防主義ノ見地ヨリハ、犯人カ一定ノ自由刑ニ處セラレタル場合ニ於テ、必スシモ其刑ノ全部ヲ執行スルコトヲ要スルモノニアラス。是レ假出獄ノ制アル所以ナリ(一)。現行法ニ付テ述フヘキコト左ノ如シ。

(一) 要件トシテ(イ)懲役又ハ禁錮ニ處セラレタルコト(ロ)無期刑ニ付テハ十年、有期刑ニ付テハ其刑期ノ三分ノ一ヲ經過シタルコト(ハ)改悛ノ情アルコトヲ要ス。（刑二八。）

(二) 效力トシテ(イ)假ニ出獄ヲ許サル(二)。(ロ)假出獄ノ取消ヲ受クルコトナク

シテ刑期滿了スルトキハ、刑ノ執行ノ免除ヲ受ク。

(三) 假出獄者次ノ事由アルトキハ其處分ヲ取消スコトヲ得。

此取消ハ任意的ナリ。卽チ(イ)假出獄中更ニ罪ヲ犯シ罰金以上ノ刑ニ處セラレタルトキ(ロ)假出獄前ニ犯シタル他ノ罪ニ付キ罰金以上ノ刑ニ處セラレタルトキ(ハ)假出獄前他ノ罪ニ付キ罰金以上ノ刑ニ處セラレタル者ニシテ、其刑ノ執行ヲ爲スヘキトキ(ニ)假出獄取締規則ニ違反シタルトキ是ナリ。假出獄ノ處分ヲ取消シタルトキハ出獄中ノ日數ハ刑期ニ算入セス。刑、二九 I、II。

(四) 手續トシテハ、假出獄ノ處分並ニ其處分ノ取消共ニ行政官廳(司法大臣)之ヲ行フ。

拘留ニ處セラレタル者ハ情狀ニ因リ何時ニテモ行政官廳(同上)ノ處分ヲ以テ假ニ出場ヲ許スコトヲ得。刑、三 O I。

註(一) 假出獄ノ制度ハ一八二九年漆洲英領植民地ニ於テ初メテ行ハル。其後英本國之ヲ模シテ累進制(s. § 200 註)ヲ生シ、漸次歐米諸國ニ採用セラレテ今日ニ至レリ。

註(二) 假出獄者ハ假出獄取締細則ノ規定ニ依リ一定ノ監督ヲ受ク。又假出獄ノ期間中ハ附加

刑ニアラスシテ、公權ノ停止ヲ受ク。(s. § 200)。

身體刑(Leibesstrafe, Peine corporelle) ニシテ今日存スルモノハ笞刑(Prügelstrafe, Peine du fouet) ナリ(I)(II)。我法令ニ於テモ嘗テ臺灣朝鮮及ヒ關東州ニ並ヒ行ハレタリシカ、今日ハ關東州ノミニ行ハル。s. § 52.

註(一) 笞刑ハ墨、劓等ノ他ノ身體刑ト共ニ其沿革ハ極メテ古シ。然レトモ今日文明國ニ於テハ刑罰トシテハ英國ニ於テ稀ニ行ハルヽ外止マル。監獄ニ於ケル懲戒罰トシテハ尙之ヲ採用スル國アリ。(獨逸ニテハ一九二三年之ヲ廢セリ)。

註(二) 最近ノ身體刑ニ附加刑的斷種(Sterilisation, Castration, Asexualisation)アリ。一九〇七年北米合衆國「インディアナ」州ニ始マリ、二三ノ州現ニ之ニ倣フ。優生學的見地ヨリ行ハルヽモノナレトモ、科學的基礎薄弱ナルト尙幾多疑問アル爲メ未タ汎ク行ハルヽニ至ラス。

財產刑(Vermögensstrafe, Peine pécuniaire) ハ財產的利益ヲ剝奪スル刑ナリ。現行法上之ニ三種アリ。罰金、科料及ヒ沒收是ナリ。

罰金ハ二十圓以上トス。但之ヲ減輕スル場合ニ於テハ二十圓以下ニ降スコトヲ得。刑、一五。科料ハ十錢以上二十圓未滿トス。刑、一七。罰金及ヒ科料ノ執行ニ付

テハ其任意ニ納付セサル場合ニハ民事訴訟法ノ規定ヲ準用ス。刑訴、五三。

罰金ヲ完納スルコト能ハサル者ハ一日以上一年以下ノ期間之ヲ勞役場ニ留置ス。科料ニ付テハ其期間ヲ一日以上三十日以下トシ、併科シタル場合ニ於テモ六十日ヲ超ユルコトヲ得ス。留置期間ノ言渡ハ罰金又ハ科料ノ言渡ト同時ニ爲スコトヲ要ス。罰金又ハ科料ノ裁判確定スルモ、罰金ニ付テハ三十日以內、科料ニ付テハ十日以內ニ留置ヲ執行スルニハ本人ノ承諾ヲ要ス。罰金又ハ科料ノ一部ヲ納メタル者ニ付テハ、其留置前又ハ留置中ニ拘ラス、罰金又ハ科料ノ全額ト留置日數トノ割合ニ從ヒ其納メタル金額ニ相當スル日數ヲ留置日數ヨリ控除ス。此場合ニ留置一日ノ割合ニ滿タサル金額ハ之ヲ納ムルコトヲ得ス。刑、一八、刑訴、五六、五、監獄法、八、九。勞役場ニ留置セラレタル者ハ、情狀ニ因リ何時ニテモ行政官廳ノ處分ヲ以テ、假ニ出場ヲ許スコトヲ得。刑、三、〇Ⅱ。

沒收(Einziehung, Confiscation)ノ客體ヲ分テ三種トス。刑、一九Ⅰ。

一 犯罪行爲ヲ組成シタル物 犯罪類型ノ充實ニ關シ法律上必要ナル物ナリ。通常之ヲ罪體(Corps du délit)ト稱ス。例ヘハ、僞造文書行使罪ニ於ケル僞造文書、猥褻文書圖畫陳列罪ニ於ケル文書圖畫ノ如シ。

二 犯罪行爲ニ供シ又ハ供セントシタル物 犯罪實行ノ用ニ供シ又ハ供セントシテ準備シタル物ナリ。準備シタル物ハ豫備罪ニ關シテノミ問題トナルニアラス。犯罪カ實行セラレタル場合ニモ、嘗テ或物ヲ準備シテ供用セス、又ハ他物ヲ以テ代エラレタルモ妨ナシ。

三 犯罪行爲ヨリ生シ又ハ之ニ因リ得タル物 犯罪實行ニ因リ新ニ生シ又ハ領得シタル物ナリ。例ヘハ、僞造文書、贓物ノ如シ。而シテ犯罪ニ因リテ得タル物ヲ沒收スルハ犯人ヲシテ犯罪ニ因リテ利得ヲ爲サヽラシムル趣旨ニ出テタルモノナルカ故ニ、加工又ハ附合ニ因リテ其價値ヲ增加スルモ之ヲ沒收スルコトヲ妨ケス。

前記三種ノ區別ハ必スシモ相排スルモノニアラス。從テ沒收物ハ二以上ノ性質ヲ併セ有スルコトアリ。

沒收ヲ爲スコトヲ得ルハ其物犯人以外ノ者ニ屬セサルトキニ限ル。刑、一九Ⅱ。從テ無主物及ヒ所有者不明ノ物モ亦之ヲ沒收スルコトヲ得。此場合ノ沒收ハ實質的ニハ行政處分ナリ。

而シテ判例ニ依レハ、所謂犯人ハ共犯者ヲ含ム。（從テ甲ニ對スル有罪判決ニ於テ共犯者乙ニ屬スル犯罪供用物ヲ沒收スルコトヲ得。加之此場合ニ乙自ラ其物ヲ供用シタルコトヲ要セス。）而カモ仍ホ其物犯人以外ノ者ニ屬スルモ、所謂禁制品（例偽造文書）ハ何人ニモ所有ヲ許サヽル物ト解シ、其物又ハ其禁制ニ係ル部分モ亦之ヲ沒收スルコトヲ得ト爲ス。（但偽造又ハ變造ニ係ル物ヲ權利者ニ返還スル場合（例ヘハ、變造手形ヲ善意ノ所持者ニ返還スル場合）ニハ、沒收ノ言渡ノ有無ニ拘ラス、檢事ニ於テ偽造又ハ變造ノ部分ヲ其物ニ表示スヘキモノトス。（刑訴、五五九）。）

沒收ハ任意的ナリ。必スシモ沒收スルコトヲ要セス。（刑、一九I。）拘留又ハ科料ノミニ該ル罪ニ付テハ、犯罪行爲ヲ組成シタル物ヲ除キ、特別ノ規定アルニアラサレハ沒收ヲ科スルコトヲ得ス。（刑、二C。）

沒收ニ關スル一般原則ハ右ノ如シ。此外各本條ニ特別規定アルモノアリ。注意スヘキモノ左ノ如シ。

一　特別規定ニ在リテハ凡テ沒收ハ必要的ナリ。（例郵便法四六、酒造稅法二二、三五ノ二、關稅法七五。）

二　特別規定ニ在リテハ沒收ハ其物犯人ニ屬スルトキノミニ限ルコトアリ。（著作權法四三。）其物犯人以外ノ者ニ屬スルトキハ行政處分ヲ以テ任意的ニ爲シ得ル場合アリ。（蠶絲業法四一。）

三　特別規定ニ在リテハ、沒收物ノ全部又ハ一部カ沒收スルコト能ハサルトキ又ハ之ヲ讓渡シタルトキハ其價額ヲ追徵スル場合アリ。（刑、一九七II、衆議院議員選擧法一一四、蠶絲業法四一。）

§205 第四章　刑罰ノ消滅

刑罰ノ消滅（Wegfall des Strafanspruchs, Extinction des peines）トハ刑罰請求權ノ消滅ナリ。其事由ヲ刑罰消滅原因（I）ト謂フ。現行法ハ此事由カ確定裁判前ニ生シタル場合ハ、刑罰請求權カ初ヨリ發生セサル或特殊ノ場合ト併セテ之ヲ刑ノ免除ト稱シ、確定裁判後ニ生シタル場合ハ、刑ノ言渡カ其效力ヲ失フ場合（例、刑ノ執行猶豫、大赦）ヲ除キ、之ヲ刑ノ執行ノ免除ト稱ス。

註（一）刑罰消滅原因ハ犯罪類型（刑罰）阻却原因ト異ルコトハ既ニ述ヘタリ。刑罰阻却原因ハ、或行爲ヲ可罰類型ヨリ除外スル原因ナルモ、刑罰消滅原因ハ犯罪成立後之ヨリ發生シタル刑罰請求權ヲ消滅セシムル原因ナリ。（s. §§ 134, 6a）。

コト通例ナリ。但其語ノ意味スル所人ニ因リテ區々ナレトモ、若シ裁判確定ニ因リテ刑罰請求權ハ消滅シ刑罰執行權カ新ニ發生スト考フル者アラハ誤ナリ。實體法上ノ觀念トシテハ、刑罰請求權ハ、犯罪ト同時ニ實體的ニ國家ト刑事責任者トノ間ニ直接ニ成立シ、裁判確定後ハ唯執行シ得ヘキ刑罰請求權トナルニ外ナラス。

刑ノ執行猶豫、大赦ニ因リ刑ノ言渡カ其效力ヲ失フ場合モ、理論的ニ謂ヘハ、亦刑ノ執行ノ免除(執行シ得ヘキ刑罰請求權ノ消滅)ナリ。唯通常所謂刑ノ執行ノ免除以上ニ特殊ノ效力ヲ生スル點ヲ特質トス。

刑罰消滅原因ニハ刑事訴訟法ニ關係ヲ有スルモノト否トアリ。前者ハ同時ニ公訴權ノ消滅ヲ伴フモノニシテ、例ヘハ公訴ノ時效、告訴ノ抛棄、取下、責任者ノ死亡又ハ消滅ノ如シ。後者ハ實體法上ノミノ效果ヲ生シ得ルモノニシテ、刑ノ執行ノ終了、刑ノ執行猶豫並ニ假出獄ノ期間ノ滿了、刑並ニ刑ノ執行ノ免除ヲ言渡スヘキ事由、恩赦並ニ刑ノ時效トス。此中特ニ說明ヲ要スルモノ左ノ如シ。

一　責任者ノ死亡又ハ消滅

責任者死亡シタルトキハ、原則トシテ刑罰ハ消滅スレトモ、財產刑ニ付テハ

判決確定後ニ限リ例外アリ。(例、沒收又ハ租稅其ノ他ノ公課若クハ專賣ニ關スル法令ノ規定ニ依リ言渡シタル罰金若クハ追徵ハ刑ノ言渡ヲ受ケタル者判決確定後死亡シタル場合ニ於テハ相續財產ニ付キ之ヲ執行スルコトヲ得。(刑訴、五五四。尙五五五參照)。

二　刑(又ハ刑ノ執行)ノ免除ノ言渡ノ事由

現行法上ノ刑ノ免除ハ本質的ニ見レハ二種ノ別アリ。一ハ行爲自體カ當然刑ノ免除ノ事由ヲ具フル場合ニシテ、此場合ニハ刑罰請求權ハ初ヨリ發生セス(一)。從テ此場合ハ理論上可罰類型阻却原因ノ問題ニ關係シ刑罰ノ消滅ノ問題ニ關係ナシ。二ハ刑罰請求權カ一旦發生シタル後一定ノ事由ニ依リテ消滅スル場合ナリ。茲ニ論スル刑ノ免除ハ此場合ニ當ル。(例、中止犯ノ免刑、刑、刑、一七〇—一七二ノ自白免刑、刑、所得稅法七四ノ自首不問罪等。入〇、九二ノ自首免

現行法ハ刑ノ免除ノ外尙刑ノ執行ノ免除ノ言渡ヲ規定ス(二)。刑、五。

註(一)　此場合ヲ刑法カ之ヲ罰セスト規定セサリシハ、共犯從屬犯說ノ見地ヨリ、之ニ對スル共犯ノ不成立ヲ虞レタルニ由ル。免除ト謂ヒタルハ、刑罰ヲ科セサレトモ尙犯罪性ヲ有スルコトヲ示サントセルモノナリ。然レトモ斯カル對酌ハ獨立犯說ノ見地ヨリハ必要ニアラス。(§134 四、五)。

註(二)　刑ノ執行ノ免除ハ假出獄、刑ノ時效、特赦等ノ效果トシテモ生スレトモ、何レモ特別ニ言渡ヲ必要トセス。言渡ヲ要スルハ刑法第五條ノ場合ノミトス。

三　恩赦(Begnadigung, Grâce)

恩赦ニ大赦、特赦、減刑及ヒ復權ノ四種アリ。此中刑罰ノ消滅ヲ生スルモノハ大赦及ヒ特赦トス。而シテ何レモ天皇ノ大權ニ由リテ之ヲ命ス。憲、一六。其性質效力等ニ付テハ恩赦令(大正元年勅令第二三號)ニ之ヲ規定ス。卽チ左ノ如シ。

(一)　大赦　大赦ハ勅令ヲ以テ定メタル種類ノ犯罪ニ付キ其刑事法上ノ效力並ニ之ニ伴フ法律上ノ效力ヲ消滅セシムルモノナリ。卽チ別段ノ規定アル場合ヲ除キ、大赦アリタル罪ニ付キ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ニ在テハ其言渡ハ將來ニ向テ效力ヲ失ヒ、未タ刑ノ言渡ヲ受ケサル者ニ在テハ公訴權(理論上刑罰請求權モ同時ニ)消滅ス。恩赦令二、三。之ニ反シテ私法上ノ損害賠償責任ノ如キハ何等ノ影響ヲ受クルコトナシ。

(二)　特赦　特赦ハ刑ノ言渡ヲ受ケタル特定ノ者ニ對シテ刑ノ執行ヲ免除スルモノナリ。但特別ノ事情アルトキハ將來ニ向テ刑ノ言渡ノ效力ヲ失ハシ

ムルコトアリ。恩赦令五。

(三)　減刑　減刑ニ一般減刑ト特別減刑トアリ。前者ハ罪又ハ刑ノ種類ヲ定メテ之ヲ行ヒ、原則トシテ刑ヲ變更ス。後者ハ特定ノ者ニ對シテ之ヲ行ヒ、刑ノ執行ヲ減輕ス。但刑ヲ變更スルコトアリ。恩赦令六、七。

(四)　復權(Rehabilitation)　復權ハ刑ノ言渡ヲ受ケタル爲メ、法令ノ定ムル所ニ依リ資格ヲ喪失シ又ハ停止セラレタル者ニ對シ一定ノ要件ニ依リ又ハ特定ノ者ニ對シテ之ヲ行フ。復權ハ將來ニ向テ資格ヲ回復ス。復權ハ又特定ノ資格ニ付キ之ヲ行フコトヲ得。恩赦令九、一〇。

以上ノ大赦、特赦、減刑又ハ復權アリタル場合ニ於テモ、刑ノ言渡ニ基ク既成ノ效果ハ變更セラルヽコトナシ。恩赦令一一。

四　時效

刑法上時效ニ二種アリ。公訴ノ時效(Verfolgungsverjährung, Prescription de l'action)及ヒ刑ノ時效(Vollstreckungsverjährung, Prescription des peines)是ナリ。刑法ハ刑ノ時效ノミニ付テ規定ス。其效果ハ刑ノ執行ノ免除ナリ。時效制度ノ

理由ニ付テハ前ニ一言シタリ。s. §187.

註(一) 公訴ノ時效ハ刑事訴訟法第二八一條以下ニ之ヲ規定ス。其性質ハ訴訟法上ノ問題トシテハ公訴權ノ消滅ノ事由ナレトモ、實體上ハ刑ノ時效ト同シク刑罰請求權ノ消滅ノ事由タリ。

時效ハ刑ノ言渡確定シタル後次ノ期間內其執行ヲ受ケサルニ因テ完成シ、刑ノ言渡ヲ受ケタル者ハ其執行ノ免除ヲ得。刑三一、三二。即チ(イ)死刑ハ三十年(ロ)無期ノ懲役又ハ禁錮ハ二十年(ハ)有期ノ懲役又ハ禁錮ハ十年以上ハ十五年、三年以上ハ十年、三年未滿ハ五年(ニ)罰金ハ三年(ホ)拘留科料及ヒ沒收ハ一年トス。

時效ノ起算點ハ刑ノ言渡確定ノ時ナリ。從テ時效期間ハ確定ノ日ヲ一日トシ曆ニ從テ計算ス。刑二二、二四。時效ハ法令ニ依リ執行ヲ猶豫シ(例刑ノ執行猶豫)又ハ之ヲ停止シ(例刑訴、五四六ニ依ル停止)タル期間內ハ進行セス。刑二三。又時效ハ刑ノ執行ニ付キ犯人ヲ逮捕シタルニ因リ之ヲ中斷ス。但罰金、科料及ヒ沒收ノ時效ハ執行行爲ヲ爲シタルニ因リ之ヲ中斷ス。蓋シ此後ノ場合ハ執行行爲カ數回ニ分チテ行ハルヽコトアルニ因ル。刑二四。

第五章 保安處分

§210 犯罪ノ豫防ハ獨リ刑罰ノ力ヲ以テ其目的ヲ達シ得ヘキモノニアラス。刑罰以外ニ尙此目的ヲ達スル方法ニ二アリ。一ヲ一般的豫防方策トシ、一ヲ所謂保安處分(Sichernde Massnahmen, Mesures de sûreté)トス。此保安處分ハ刑罰ト併セテ通例之ヲ犯罪ノ鎭壓處分ト呼フ。s. §26. 何レモ犯罪行爲又ハ犯罪行爲ヲ爲ス虞アリト推測セシムヘキ行爲ヲ待テ犯罪者ニ科セラルヽカ故ナリ。(茲ニ所謂犯罪者ハ嚴格ナル意義ニ於ケルモノニアラス。刑事責任無能力者ヲモ含ミ、又單ニ犯罪ヲ爲ス虞アル者ヲモ含ム。)

保安處分ノ目的ハ犯罪ノ特別豫防ニ在リ。專ラ犯罪者ノ改善ト淘汰トヲ目的トシテ行ハル。此點ハ刑罰ト其目的ヲ同クシ、唯異ル所ハ通例刑罰ノ如ク社會並ニ被害者ニ對スル作用 s. § 190. ヲ有セサルコトナリ。

保安處分ト刑罰トハ其手段タル性質ヲ同クスルコト右ノ如クナルモ、其意義ハ相同シカラス。蓋シ既ニ屢々述ヘタルカ如ク、刑罰ハ主觀的ニ違法ナル行爲、換言スレハ規範的ニ責任アル行爲ニ對スル規範的反動ヲ前提トシ、之ヲ含ミテ

行爲者ニ科セラルヽモノニシテ、規範的評價ト處分的評價トハ論理上必然ノ關連アルモノナルニ反シ、保安處分ハ必スシモ主觀的違法ニ對スル規範的反動ヲ前提トセス、唯客觀的違法アレハ直ニ之ニ對スル處分的評價ヲ基礎トシテ加ヘラルヽモノナリ。S. § 86. 刑事社會學派ノ主張ニ於テハ、意思決定論ノ立場ヨリ論シテ、右ノ區別ヲ否定スレトモ、規範的反動モ亦從テ目的的反動タル限リ、規範的責任觀ハ毫モ意思決定論ト扞格スルモノニアラス。從テ規範的責任觀ノ覆ラサル限リ、又刑罰其者ノ廢止セラレサル限リ、刑罰ノ態樣ハ將來如何ニ變化スルモ刑罰ト保安處分トノ理論上ノ對立ハ消滅スルコトナシ。

刑事學上保安處分トシテ從來具體的ノ問題トナレル提案左ノ如シ。

一 少年ニ對スル教化處分

少年ニ對スル特別處遇ニ付テハ、我國ニ於テモ既ニ少年法（大正一一年法律第四一號）ノ制定アリ。是ニ依レハ、十八歳ニ滿タサル少年ニシテ、刑罰法令ニ觸ルヽ行爲ヲ爲シ又ハ爲ス虞アル者ニ對シテハ、特別ノ場合ヲ除キ、刑事處分ヲ行フコトナク專ラ保護處分ニ付ス。又刑事處分ヲ行フニ當リテモ、刑法ノ規定ハ著シキ變更ヲ受ク。

二 刑事責任無能力者並ニ限定責任能力者ノ監護

三 飲酒癖者ニ對スル酒場出入禁止並ニ飲酒癖治療所收容

四 怠惰者及ヒ勞働嫌忌者ニ對スル勞役所收容

五 危險性習慣犯罪人ノ監護所收容

六 刑ノ執行ヲ終リタル者ニ對スル一定ノ場所ニ於ケル滯在禁止 S. § 200.

七 外國人追放

八 受刑者自身ノ費用ヲ以テスル判決廣告

九 生殖能力ノ剝奪 S. § 203 註。

第三編　各論

§212

刑法各論ノ目的ト內容トハ既ニ之ヲ述ヘタリ。S.S.1. 而シテ刑罰法ノ各規定ヲ分類シ之カ體系ヲ構成スルニ當リテハ、通例先ツ犯罪ニ因リテ侵害セラルル法益ノ種類ノ異同ヲ以テ標準トシ、次テ方法ノ異同ヲ以テ標準トス。是レ大體ニ於テ成文刑法ノ章節ノ區分ニ一致シ、實際上ノ便宜甚少カラサル所以ナリ。

各論ノ方法トシテハ大體右ノ標準ニ依ルモノナレトモ、刑罰法ノ分類ニハ自ラ一定ノ限度アリ。蓋シ若シ此方法ヲ徹底センカ、理論上現行刑罰法ノ範圍ヲ變更スル結果トナラサル限リ、一方ニ各本條ノ形式ヲ分體シ他方ニ其結果ヲ整理シ、傳統的犯罪概念ト各本條ノ成文トヲ無視シテ全然新ナル形式ニ於テ立法ヲ爲スカ如キ分類ヲモ許サヽルヲ得サルヘケレハナリ(一)。故ニ論理的分類ハ大體ニ於テ各本條其儘ノ分類ヲ以テ其限度ト爲サヽルヘカラス。

註(一) 例ヘハ一方ニ於テ單純脅迫罪ノ規定(刑、二二二)ト强要罪ノ規定(刑、二二三)トヲ關連セシムル以上ハ、論理的ニハ强要罪ノ規定ハ之ヲ分解シテ脅迫ニ因ルモノト暴行ニ因ルモノトノ二

ト爲スト同時ニ、他方ニ於テ後者ハ之ヲ暴行罪ノ規定(刑二〇八)ト關連セシムルヲ適當トスルカ如シ。

以上述ヘタルカ如クナルヲ以テ、各論ノ任務ハ先ツ各本條ノ保護スル法益ノ種類、本質並ニ其價値ノ研究ヲ以テ主要トス。特ニ此點ニ付テハ、刑法カ歴史的産物ナル結果トシテ、過去ニ於テ重要トセシ法益モ現在ニ於テ重要ナラサルモノアリ、又反對ニ其價値ヲ顚倒シタルモノアリ、又其法益タル理由ニ變動ヲ生シタルモノナキニアラサルカ故ニ、右ノ研究ハ此理由ニ依リテモ亦一層ノ重要性ヲ有ス。

各論ノ體系ハ先ツ之ヲ分テ四部トス。國家ノ法益ニ對スル罪、個人ノ法益ニ對スル罪、公共ノ法益ニ對スル罪及ヒ特殊ノ方法ニ由ル罪是ナリ(二)。此中國家ノ法益ニ對スル罪及ヒ個人ノ法益ニ對スル罪ノ如何ナルモノナルカハ、特ニ說明ヲ要セス。公共ノ法益ニ對スル罪ハ個人其者ノ集合トシテノ公衆ニ對スル罪ニシテ、本質的ニハ個人ニ對スル罪ト異ルコトナキモ、其一行爲ヨリ生スル結果ノ範圍廣汎ナルコトアル點ニ於テ特異性ナキニアラス。因テ之ヲ分離シテ

獨立ノモノトス。又特殊ノ方法ニ由ル罪ノ被害法益ハ或ハ國家ノ法益ナルコトアリ、或ハ個人ノ法益ナルコトアルモ、實際生活上其方法ノ特殊ナル點ニ於テ重要ナル意義ヲ有スルカ故ニ、此意義ニ於テ又之ヲ獨立ノモノトス。

註(二)—法益ヘ予ノ解スル所ニ依レハ權利ト同義ナリ(s. §§ 33. 89)。從テ或規定カ實質的ニハ明白ニ個人ヲ保護スルニ歸着スル場合ニ於テモ、現時ノ法理論ニ照ラシ、之ニ對スル權利ノ主張カ國家ニ屬シ、國家ハ個人カ實質的ニ反射的利益ヲ享受スルコトヲ以テ形式的ニ自己ノ利益ト爲スモノト解スヘキトキハ、斯カル國家ノ權利ヲ侵害スル行爲ハ所謂國家ノ法益ヲ害スル行爲ナリ。通例學者ノ試ミル各論ノ分類モ右ノ如ク考ヘテ初メテ合理的ナルモノアルカ如シ(例ヘハ誣告罪、僞證罪ニ付テ考フヘシ)。

各論ノ體系ニ於ケル四部ハ又夫々各個ノ種類ニ別ル。即チ(一)國家ノ法益ニ對スル罪ハ、國家ノ存立ヲ害スル罪、國家ノ機能ヲ害スル罪及ヒ國家ノ品位ヲ害スル罪トナリ(二)個人ノ法益ヲ害スル罪ハ、人格罪、財産罪及ヒ二者ノ混合罪トナリ(三)公共ノ法益ニ對スル罪ハ騷擾罪、公共危險罪、公衆ノ健康ヲ害スル罪、公衆ノ感情ヲ害スル罪及ヒ公衆ノ生活ヲ廢頽セシムル罪トナリ(四)特殊ノ方法ニ因ル罪ハ即チ各種ノ僞造行使罪トナル。而シテ其他ノ細別ニ至リテハ以下順次說

ク所ニ依リテ明ナルヘシ。但說明ノ方法トシテハ主トシテ實際ノ便宜ニ從ヒ、以上述ヘタル順序ニ倣ハス。

§213

第一部　個人ノ法益ニ對スル罪

個人ノ法益ニ對スル罪ハ分レテ人格罪、財產罪及ヒ二者ノ混合罪トナル。人格罪ハ法律上ノ人ニシテ身體ヲ有スル者ノ上ニ存スル法益ノ侵害ニ因リテ成立シ、人格ニ對スル蔑視ヲ以テ一般ノ實質トス。其最モ輕微ナルモノハ侮辱罪ニシテ、續テ名譽毀損、暴行、脅迫、（同時ニ暴行及ヒ脅迫ノ變態タル諸類型、）傷害、致死ノ順序ヲ以テ其重要性ヲ遞加ス。而シテ其各類型ハ蔑視ノ程度ト方法ノ差ニ因テ區別セラル。

第一章　生命身體ニ對スル罪

§214

生命身體ニ對スル罪トハ直接ニ人ノ生命又ハ身體ヲ害シ又ハ之ヲ害スル危險ヲ生セシムル罪ヲ謂フ。刑法中殺人、傷害、墮胎及ヒ遺棄ノ罪ヲ包含ス(一)。

註(一)　生命又ハ身體ニ對スル侵害ヲ要件トスル犯罪ハ右ノ外尙刑法中各所ニ散在ス。然レトモ是等ハ孰モ他ノ基本的要件ト結合セラレ之ト共ニ獨立ノ類型ヲ構成スルカ故ニ、是等ハ之ヲ基本罪ニ從テ分類スルヲ通例トス。

本罪ノ客體ハ人ナリ。人トハ生物學上ノ概念ニアラスシテ法律學上ノ價値的概念ナリ。而カモ刑法學上特ニ此種ノ罪ノ客體トシテノ人ナルカ故ニ、法人ノ如キハ固リ之ヲ含マス。而シテ其範圍ハ事實上所謂自然人ニ該當ス。

人ノ存在ハ出生ニ始マリ死亡ニ終ル。出生ハ胎兒ト人トヲ別ツ所以ニシテ、其時期ニ關シテハ、從來刑法學上一般ノ問題トシテ一部露出說、頭部露出說及ヒ獨立呼吸說ノ三說アリ(二)。一部露出說ヲ通說トス。予モ亦之ニ贊ス。而シテ其理由トスル所ハ、通說ニ從ヘハ、一部露出シタル程度ニ於テ侵害ノ可能アリト謂フニ在ルモ、侵害ハ胎兒ニ對シテモ尙墮胎罪トシテ之ヲ行フコトヲ得ルカ故ニ、斯カル說明ハ十分ニアラス。或ハ一部露出シタルトキハ侵害ノ可能大ナルカ故ニ、特ニ之ヲ人ト認メ之ニ對スル侵害ヲ殺人罪又ハ其他ノ通常ノ人格罪トシテ重ク處斷スル必要アリト謂ハンモ、斯ノ如キハ主觀主義的ノ說明ニアラス。思フニ此點ニ付テハ之ヲ左ノ如ク考フルコトヲ得ヘシ。卽チ凡ソ人體タルコトヲ現認シテ侵害ヲ加フル場合ノ反規範性ハ之ヲ現認セスシテ爲ス場合ノ反規範性ニ比シテ大ナルハ疑ヲ容レス。蓋シ何人モ未タ人體タルコトヲ現認セサル間ハ、客體ハ單ニ抽象的ナル觀念ニ過キサレトモ、既ニ人體タルコトヲ現認スルニ及ヒテハ、通例何人ニモ同類愛ノ實感ヲ生ス。而シテ此實感ハ卽チ犯罪實行ノ障礙ヲ爲スモノニシテ、此場合ニ尙實行ヲ敢テシタル者ハ、畢竟此障礙ヲ克服シタルカ又ハ本來的ニ斯カル實感ヲ生セサル反規範的性格者ニ外ナラスト謂ハサルヘカラス。從テ主觀主義的ニ解スレハ、後ノ場合ノ侵害者ノ責任カ前ノ場合ニ比シテ重キモノアルハ當然ナルカ故ニ、一部露出說ニ於テ、產兒ノ露出シタル部分カ特ニ人體ノ一部ナルコトヲ現認シ得ル程度ニ達シタル場合ニ於テハ、既ニ出生ノ事實アリタルモノト見テ、之ニ對スル侵害ヲ以テ人ニ對スル重キ侵害ト解スルハ相當ナリ(三)(四)。然カモ前記ノ何レノ說ニ依ルモ產兒カ發育ノ能力ヲ有スルコトハ必要ニアラス。又產兒カ生活體ナル限リ畸形兒ト雖モ尙ホ人タルヲ失ハス。死亡ノ時期ニ付テハ心臟ノ皷動ノ終局的休止ヲ標準トス。

註(二)　獨逸ノ學說中ニハ尙ホ陣痛說ナルモノアリ。然レトモ是レ特ニ嬰兒殺ノ場合ニ於ケル嬰兒ノ意義ニ關スル見解ニシテ、一般ノ問題ニ關スルモノニアラス。

§214

註(三)　孟子卷一梁惠王章句上ニ、既ニ見タルヲ牛ト未タ見サル羊トノ價値比較論ハ方サニ此點ノ說明ト爲スニ足ル。

註(四)　民法學ニ於ケル出生ノ時期ニ關スル問題ハ民法學獨自ノ根據ニ依リ解決スヘキモノニシテ刑法學上ノ問題ト直接ノ關係ナシ。

本罪ニ關シテ一般的ニ注意ヲ要スル事項ハ客體ト被害者トノ區別ナリ。

被害者トハ嚴密ニ謂ヘハ法益上ノ被害者ノ義ナルカ故ニ、事實上侵害セラレタル生命身體ノ主體ヲ謂フニアラス。該生命身體ノ上ニ法律上ノ利益關係ヲ有スル權利主體ヲ謂フ。從テ此意義ニ於テハ本人ノ外、國家モ亦被害者ニシテ、生命ニ關シテハ其親族民、七一亦然リ。從テ又本人カ自己ノ法益ヲ拋棄スルモ、他ノ者ノ法益ノ成立スル限リ之ヲ侵害スルハ違法タルヲ免レス。斯カル關係ハ他ノ人格的法益ニ付テモ亦時ニ之ヲ認メ得サルニアラサルモ、本罪ニ於テ特ニ顯著ニ共然ルヲ見ル(五)。本罪ノ被害者ノ意義斯クノ如クナルモ、通常客體タル直接ノ被害者ヲ單ニ被害者ト稱スルハ、畢竟用語上ノ便宜ニ出ツ。S. §§ 33. 90.

註(五)　本文ニ述フルカ如クナルヲ以テ、同意殺人又ハ同意傷害ノ場合ニ於テモ第三者ハ之ニ對シ正當防衛ヲ行フコトヲ得ヘシ。

第一節　殺人ノ罪

§215

意義

殺人罪ハ故意ヲ以テ他人ノ生命ヲ絕ツ罪ナリ。生命ノ上ニ存スル法益ヲ以テ侵害ノ對象トス。其手段方法ノ如何ヲ問ハス。實行ノ著手ヨリ結果ノ發生ニ至ルマテノ時間ノ長短モ法律上因果關係ノ認メラルヽ限リ亦然リ。

§216

類型ノ種類

(一)　殺人罪(刑、一九九、三)

本罪ハ單純ニ人ヲ殺スコトニ因リテ成立ス。舊刑法ハ本罪ヲ種別シテ謀殺、故殺、慘殺、毒殺、便宜殺、誘導殺及ヒ誤殺ノ七種ト爲シタレトモ、現行法ハ凡テ之ヲ廢セリ。

處分ハ死刑、無期又ハ三年以上ノ懲役トス(一)。

註(一)　殺人罪ノ刑右ノ如クナルヲ以テ、之ニ酌量減輕ヲ加ヘ、無期又ハ一年六月以上ノ有期懲役トシ、二年以下ニ於テ刑ノ言渡ヲ爲スヘキトキハ、執行猶豫モ亦妨ナシ。是レ我現行法ノ特色

トスル所ニシテ、殺人罪ニ對シ單一ノ罰條ヲ以ヲ斯クノ如キ廣汎ナル刑ノ量定ノ範圍ヲ認メタルモノハ我現行法ヲ以テ嚆矢トス。是故ニ客觀主義ノ學徒ハ本罪ノ規定ヲ難シテ罪刑法定主義ノ根本的破壞ナリトシ、主觀主義ノ學徒ハ之ヲ讃シテ主觀主義的精神ノ理想的擴充ナリトス。思フニ殺人罪ハ之ヲ被害法益ノ價値ヨリ論セハ、重大犯罪タルコト論ヲ俟タス。然レトモ之ヲ犯情ニ就テ見ルトキハ其程度千差萬別ニシテ區々ヲ極ム。特ニ特別豫防主義ノ見地ニ於テ刑罰個別主義ノ本領ニ照ラシテ考フルトキハ、殺人罪ニ於テモ其情狀至輕ノモノニ至リテハ、實刑ヲ科スルノ必要ナキ場合アルコト又他ノ犯罪ニ於ケルト異ルコトナシ。而シテ斯カル多樣ナル情狀ニ對シテ、妥當ナル刑ノ適用ヲ過ツコトナキカ如キ詳細且剴切ナル規定ヲ設クルコトノ不可能ナルハ明ナルヲ以テ、現行法カ殺人罪ノ一切ノ種別ヲ撤シテ之ヲ單一ノ法條トナシ、極メテ廣汎ナル範圍ニ於テ裁判官ヲシテ自由且適當ニ刑ノ量定ヲ爲サシメントシタルハ寧ロ當然ナリト謂ハサルヘカラス。而シテ殺人罪ニ對スル斯カル取扱ハ見方ニ依レハ或ハ罪刑法定主義ノ破壞ナルカ如キ外觀ナキニアラス。然レトモ罪刑法定主義ノ本旨ハ刑法ノ正條ヲシテ人民ノ爲メノ Magna Carta タラシムルニ在リ。故ニ若シ形式ヲ尙ヒ、犯情ノ差異ヲ無視シタル犯罪ノ概念的分類ヲ爲シ、之ニ對シテ法定刑ヲ一律ニシ、處罰ノ必要ナキニ尙ホ處罰セサルヲ得サルカ如キコトアラシメンカ、是レ所謂柱ニ膠スルモノニシテ、却テ罪刑法定主義ノ精神ニ反スル結果ヲ見ルニ至ラン。

此點ニ關シテ注意スヘキハ、今日諸國刑法ハ尙ホ謀殺 (Mord, Assassinat) 故殺 (Totschlag, Meurtre) ノ區別ヲ認メ、前者ニハ絕對刑トシテ死刑ヲ科シ、後者ニハ無期以下ノ自由刑ヲ科スルヲ通例トス。然レトモ謀殺必スシモ犯情ニ於テ故殺ヨリモ重カラサルノミナラス、又其自身トシテモ死刑ヲ値スル場合ハ實際上稀ナリ。今日歐洲諸國ノ裁判實例ニ於テ死刑ヲ言渡サルヘキ謀殺事件ニシテ殆ント裁判上ノ減輕又ハ行政上ノ減刑ノ用キラレサルナキヲ見レハ、其レカ實際ニ於テ何ヲ證明スルヤハ明ナリト謂フヘシ。

右ノ外外國刑法中別ニ嬰兒殺ノ類型ヲ認ムルモノアリ。(例、獨逸刑法)。然レトモ我國ノ如ク法定刑ノ最下限カ既ニ現在ノ如ク輕キモノナル以上ハ、特ニ嬰兒殺ヲ輕ク罰スル爲メニ獨立類型ヲ置クノ必要ナク、又嬰兒殺ハ犯情一般ニ輕キコト自明ノ事實ナルヲ以テ、特ニ過當ニ重ク罰セラルヽコトナカラシムル爲メニ、獨立規定ヲ設クル必要モ亦之レナキナリ。

(二) 尊屬ニ對スル殺人罪(刑、二〇〇、三)

本罪ハ自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ヲ殺スコトニ因リテ成立ス。直系尊屬ノ何タルカハ民法ニ依リテ定マル。

處分ハ死刑又ハ無期懲役トス(二)。

註(二) 思フニ本罪ノ刑ノ最下限ハ重キニ失ス。蓋シ從來ノ事例ニ徵スレハ、尊屬殺ハ通例世人

ノ想像スルカ如ク、不逞無頼ノ子ニ由リテ行ハルヽヨリモ(精神病者ハ別論ナリ)寧ロ平素孝順ナル子ニ由リテ暴虐非道ノ尊屬ニ對シ一家ノ困厄ヲ救ハンカ爲メニ已ムナク行ハルヽ場合ヲ多シトス。而シテ斯カル場合ニ名ヲ抽象的ナル國民道德ノ維持ニ藉リテ常ニ具體的ニ不當ナル酷刑ヲ科スルノ結果トナランカ、却テ世道人心ニ益アラサルヘシ。

(三)　以上(一)號及ヒ(二)號ノ罪ノ豫備罪(刑、二〇一)

本罪ハ前二號ノ罪ヲ犯ス目的ヲ以テ其豫備ヲ爲スコトニ因リテ成立ス。豫備カ續テ實行ニ移リタル場合ニ於テハ全體トシテ一罪タリ。S. §§ 172 四。又豫備ノ程度ニ於テ任意ノ中止アリタル後、更ニ豫備又ハ實行ノ著手アリタルトキハ、豫備ノ中止犯ト其後ノ行爲トハ連續犯タリ。S. § 146.

處分ハ二年以下ノ懲役トス。但情狀ニ因リ其刑ヲ免除スルコトヲ得。

(四)　自殺關與罪及ヒ同意殺人罪(刑、二〇二)

本罪ハ人ヲ敎唆又ハ幇助シテ自殺セシメ又ハ被殺者ノ囑託ヲ受ケ又ハ其承諾ヲ得テ之ヲ殺スコトニ因リテ成立ス。此場合ニ於テハ被害者カ尊屬タルト否トヲ區別セス。敎唆及ヒ幇助ハ、共犯理論ニ照ラシテ明ナルカ如ク、自殺其者ハ任意ナリトスルモ、仍ホ殺人ノ實行ノ一方法タリ。故ニ自殺ノ敎唆又ハ幇助ニ著手シタルトキハ本罪ノ實行ニ著手シタルモノトス。S. §§ 150, 157. 囑託又ハ承諾ハ卽チ同意ノ義ニシテ、同意トハ殺人行爲カ被害者ノ眞意ニ反セサルコトヲ謂フ(三)。從テ事實上囑託又ハ承諾ヲ得ル爲メニ、何等カ一定ノ行爲ノ行ハルヽコトハ本罪ノ要件ニ屬セサルカ故ニ、事實上斯カル行爲カ行ハレタリトスルモ是レ本罪ノ豫備ニ過キス。但前記(一)號及ヒ(二)號ノ罪ノ豫備ニアラサルカ故ニ刑、二〇一ノ適用ナシ。期クノ如ク解スルトキハ、此場合ト前段自殺關與ノ場合トニ於テ、實行ノ著手ニ付テノ觀察カ互ニ矛盾スルカ如キ外觀アルモ、敎唆及ヒ幇助ノ理論ニ照ラシテ考フルトキハ、明ニ其然ラサルヲ知ルヘシ。

註(三)　此場合ノ同意ハ被害者ハ何時ニテモ之ヲ撤スコトヲ得ヘシ。固リ民法上ノ效力カ問題トナルコトナケレハナリ。

本罪ノ成立ニハ凡テ被害者ノ任意又ハ同意ヲ條件トスルカ故ニ、先ツ被害者ノ能力ニ付テ問題ヲ生ス。此能力ハ本罪ノ特別要件ナルカ故ニ、理論的ニハ必スシモ責任能力ト同シカラス。要スルニ、其有無ハ行爲ノ際被害者ニ

於テ生命ノ社會的價値ヲ自覺スルニ適スル情況ニ在リシヤ否ヤニ因リテ別ルヽモノトス。故ニ精神病者ニ自殺ヲ敎唆シ幼兒ノ承諾ヲ得テ之ヲ殺スカ如キハ何レモ通常ノ殺人罪ナリ。次ニ被害者ノ意思ノ瑕疵カ問題トナルヘシ。此點ニ付テハ被害者ノ重大ナル意思ノ瑕疵ハ任意又ハ同意ヲ阻却ス。從テ、例ヘハ、犯人追死ノ意思ナキニ拘ラス、被害者ヲ欺罔シ特ニ犯人ノ追死ヲ豫期シテ自殺セシメタル場合ニ於テハ又通常ノ殺人罪ナリ。被害者ヲ脅迫シテ同意セシメタル場合亦同シ。S. § 106. 被害者ノ虛僞ノ囑託又ハ承諾ハ問題トナラス。唯、時ニ犯人ニ錯誤ヲ生スルコトアルノミ。

犯人ニ錯誤アリタルトキハ一般ノ原則ニ從フ。S. § 131. I (II) 卽チ例ヘハ人ヲ殺シタルニ被害者初ヨリ同意シ居タルトキハ通常ノ殺人罪ノ未遂ナリ、又反對ニ通常人ナリト誤信シテ精神病者ヲ敎唆シテ自殺セシメ、又ハ同意アリト誤信シテ同意ナキ人ヲ殺シタルトキハ、刑法第三八條第二項ノ制限ノ下ニ通常ノ殺人罪トシテ論スヘシ。

處分ハ六月以上七年以下ノ懲役又ハ禁錮トス。

(五) 以上(一)號(二)號及ヒ(四)號ノ罪ノ未遂罪(刑、二〇三、三)

(六) 特別罪ノ重ナルモノトシテ爆發物取締罰則(一)ノ罪、決鬪罪ニ關スル件(三)ノ罪アリ。

餘論

自殺ハ自己ノ生命ノ上ニ存スル自己ノ法益ヲ侵害スル點ニ於テハ違法タラサルモ、同時ニ自己ノ生命ノ上ニ存スル國家ノ法益ヲ侵害スル點ニ於テ違法タルヲ免レス。然レトモ刑法ノ解釋トシテハ、刑法第一九九條ニ謂フ所ノ人ハ自己以外ノ他人タルコト明ナリ。蓋シ自殺ノ未遂又ハ豫備ヲ以テ通常殺人罪ノ未遂又ハ豫備トシテ論センカ、自殺關與罪又ハ同意殺人罪ノ場合ノ處分ニ比シテ明ニ權衡ヲ失スレハナリ。故ニ自殺ニ於テ行爲者カ同時ニ被害者ナルコトハ一ノ犯罪類型(刑罰)阻却原因タリ。S. § 134 六。

第二節　傷害ノ罪

意義

§218

廣義ニ於テ傷害罪ト謂フトキハ、暴行罪、傷害罪及ヒ其特殊ナル態樣ヲ包含ス。因テ先ツ暴行ノ意義ヨリ述ヘントス。

刑法上暴行ハ一般的ニハ種々ナル意義ヲ有シ、其意義ヲ異ニスルニ從テ、刑法カ被害法益トシテ見ル所ノ重點モ亦多少相異ル。刑法上暴行ノ意義ニ三アリ。

A ハ騷擾罪（刑一〇六）ニ於ケルモノニシテ、人及ヒ物ニ對スル暴行ヲ含ミ、一般公共ノ法益ヲ全體トシテ被害法益トス。從テ此場合ノ暴行ハ內亂罪（刑七）ニ於ケル暴動ト共ニ特殊ノモノトシテ、之ヲ一般ノ暴行ヨリ區別スルヲ適當トス。A ハ汎ク人ニ對スル自然力（有形力）ノ施用ニシテ、相手方ノ人格ニ對スル高度ノ蔑視ヲ意味ス。從テ此意味ニ於テハ、暴行ハ常ニ有形的蔑視トシテ刑法上無形的蔑視タル侮辱、單純脅迫ト共通ノ意義ヲ有ス。A ハ人ニ對スルモノヽ中、強盜罪ノ場合ニ於ケルカ如ク、相手方ノ反抗ヲ抑壓スル狹義ノモノニシテ、事實上比較的強力ノモノナルコトヲ普通トス。此場合ノ暴行モ亦他人ノ人格ニ對スル蔑視トシテノ一般的性質ヲ有スルモノナレトモ、同時ニ他ノ違法ナル目的ニ對スル手段トシテ、夫々特殊ノ犯罪要件ヲ爲ス。從テ此意味ニ於テハ、暴行ハ有形的反抗

抑壓トシテ刑法上無形的反抗抑壓タル狹義ノ脅迫ト共通ノ意義ヲ有ス。以上三個ノ意義ノ中傷害罪ニ於ケル暴行ハ其第二義ノモノナリ。即チ傷害罪ニ於ケル暴行トハ汎ク物體ノ保有スル自然力（有形力）(一)ヲ他人ノ身體ニ施用スルコト（身體侵害）ヲ謂フ。然レトモ暴行ノ本質ハ前記ノ如ク高度ノ有形的蔑視タル點ニ存スルカ故ニ、被害者カ疼痛ヲ感スルコトハ必要ニアラス。例ヘハ婦人ノ頭髮ヲ斬ル場合ノ如シ。其他他人ニ痰ヲ吐キ掛ケ又ハ其面ニ煙草ノ烟ヲ吹キ掛ケルカ如キモ亦暴行タルヲ失ハス(二)。

註(一)　茲ニ自然力又ハ有形力ト謂フハ畢竟理化學的ノ力ノ謂ヒニシテ音響、熱、光、電氣皆是ナリ。故ニ暗所ニ於テ突然他人ノ面上ニ懷中電燈ヲ照ラスハ暴行ナリ。他人ニ對シテ催眠術ヲ施ス場合亦然リ。之ニ對シテ予カ無形力ト謂ハント欲スルハ、後ニモ明カナルカ如ク、言語又ハ態度ノ意味（內容）ニ依ルコトナリ。即チ予ノ見解ニ於テハ、暴行ハ有形的侮辱、有形的脅迫ニシテ、侮辱、脅迫ハ無形的暴行タルナリ。

註(二)　暴行ノ意義ニ關シテハ侮ヘハ投ケタル石カ相手方ニ中ラサリシ場合ニモ、尙ホ暴行ヲ加ヘタルモノト見ル說アリ。立法論トシテハ主觀主義的ニ考ヘテ贊意ヲ惜マサルモ、傷害罪ヲ一般ニ加重的結果犯ト見ル立場ヨリハ權衡上贊意ヲ表シ難シ。但投ケラレタル石カ直接ニ

身體ニ觸レサルモ、身體ノ延長ト見ルニ足ルモノ、例ヘハ着衣ノ袖又ハ所持ノ鞄ニ中リタル場合ニハ暴行ヲ加ヘタルモノト解ス。

傷害トハ多少繼續シタル時間ニ亘リ他人ノ身體ノ全部又ハ一部ノ健康狀態ヲ不良ナラシムルコトヲ謂フ。必スシモ通俗ノ意味ニ於ケル負傷又ハ病氣ノ程度ニ達スルコトヲ要セサルモ、健康狀態ヲ不良ナラシメタルモノト見ルコトヲ得サル場合ハ暴行ニシテ傷害ニアラス。前ニ述ヘタル婦人ノ頭髮ヲ斬ルカ如キ其例ナリ。傷害ニハ暴行ヲ手段トスル場合ト然ラサル場合トアリ。前者ハ通常ノ場合ニシテ、此場合ニハ法條競合ノ原則ニヨリテ暴行罪ハ傷害罪ニ吸收セラル。S. § 172. 三。後者ハ例ヘハ他人ニ傳染病ヲ感染セシメ又ハ腐敗セル飲食物ヲ供シテ下痢ニ罹ラシムル場合ノ如シ。

類型ノ種類

(一)　暴行罪(刑、二〇八)

本罪ハ暴行ヲ加ヘ人ヲ傷害スルニ至ラサルコトニ因リテ成立ス。其暴行ノミノ故意ニ出テタルト、傷害ノ故意ヲ以テシテ暴行ノ程度ニ終リタルトヲ

區別セス。從テ事實上傷害未遂ノ一部ハ本罪ニ包含セラルレトモ、此場合ニ於テモ、刑法ハ唯之ヲ暴行トシテ罰スルニ止マル。

處分ハ一年以下ノ懲役若クハ五十圓以下ノ罰金又ハ拘留若クハ科料トス。

但本罪ハ親告罪ナリ。

(二)　傷害罪(刑、二〇四、三)

本罪ハ人ノ身體ヲ傷害スルコトニ因リテ成立ス。舊刑法ハ本罪ニ關シ結果ノ輕重大小ニ因リ種別ヲ設ケ、又諸國刑法及ヒ草案中尚ホ之ヲ認ムルモノアレトモ、現行法ハ凡テ之ヲ廢シタリ。

本罪ハ之ヲ加重的結果犯ト解スルコト通說ナリ。S. § 127. 卽チ通例傷害罪ハ暴行ノ故意アルヲ以テ足レリトシ、傷害ノ結果ノ豫見ヲ要セスト解ス(一)。其理由トシテ學者ノ所說一樣ナラサレトモ、予ハ刑法第二〇八條カ傷害ノ豫見アリヤ否ヤヲ區別セサル點ヨリ推シテ同樣ニ解ス。但右ハ傷害カ暴行(二)ニ因ル場合ノミニ付テノ解釋ニシテ、然ラサル場合ニハ當然傷害ノ結果ノ豫見ヲ要ス。例ヘハ、腐敗セル飲食物ヲ供シテ下痢ヲ起サシムルカ如キ場合ニ

於テハ、不確定的ニモ腹痛等ノ豫見ナキトキハ過失傷害ニ過キス。

註(一)　暴行ハ結果ニ對シ因果關係ノ存スル限リ直接ナルコトヲ要セス。例ヘハ、人ヲ毆打又ハ逮捕セントシ、相手方逃ケテ仆レタルトキハ、暴行ノ故意アリ且豫見シ得ヘキ結果ヲ生シタル場合ナルカ故ニ暴行罪ナリ。從テ仆レテ傷キタルトキハ、傷害罪ニシテ過失傷害罪ニアラス。

註(二)　事實タル暴行ハ適法、違法、放任(s. 8 96)何レノ場合ニモ存ス。而シテ傷害罪カ暴行ニ因リテ成立スルニハ其中違法暴行カ故意ヲ以テ行ハルヽコトヲ要ス。從テ親カ懲戒ノ必要トイウ違法阻却原因ノ下ニ腕力ヲ用ヰ豫見ナクシテ其子ヲ傷シタルトキハ、等ク違法暴行ニ因ルモノナレトモ、違法暴行ニ付キ故意ナキカ故ニ、傷害ニアラスシテ過失傷害タリ(s. 8 127註)。又危險ナル迷信的(例、狐下ロシ)治療術ニテモ、少クトモ放任的ノモノハ違法阻却原因タリ。故ニ斯カル方法ニ基因スル死傷ニ付テ亦同シ。

思フニ結果犯的規定ハ一般ニ從來ノ客觀主義的刑法思想ノ遺物ナリ。一般ニ重キ結果ニ付キ故意アル場合ト否トニ拘ラス之ヲ同一ニ處罰スルハ當ヲ得タルモノニアラス。或ハ暴行ノ意思ヲ以テ傷害ヲ生セシメタル場合ニハ、特ニ重大ナル過失アリトセンモ、一般ニ過失犯ヲ輕視スル現行法ノ取扱トシテハ、特ニ之ヲ以テ暴行ニ對スル處罰ヲ加重スル理由ト認メ難シ。

處分ハ十年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金若クハ科料トス。

(三)　傷害致死罪(刑、二〇五Ⅰ、三)

本罪ハ身體傷害又ハ暴行ニ因リ人ヲ死ニ致スコトニ因リテ成立ス。而シテ本罪ハ傷害罪並ニ暴行罪ニ對スル加重的結果犯ト解スヘキカ故ニ、本罪ノ故意モ亦是等ノ場合ト同一ナルヲ以テ足ル。但シ本罪ハ加重的結果犯トシテ傷害罪ト其性質ヲ異ニシ、傷害罪ノ如ク結果ニ付キ豫見アルヲ許サス。若シ本罪ニ於テ致死ノ結果ニ付キ豫見アルトキハ通常殺人罪タリ。

處分ハ二年以上ノ有期懲役トス。

(四)　尊屬ニ對スル傷害致死罪(刑、二〇五Ⅱ、三)

本罪ハ身體傷害又ハ暴行ニ因リ自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ヲ死ニ致スコトニ因リテ成立ス。

處分ハ無期又ハ三年以上ノ懲役トス。

(五)　現場助勢罪(刑、二〇六)

本罪ハ傷害罪又ハ傷害致死罪アルニ當リ、現場ニ於テ勢ヲ助クルコトニ因

§220

リテ成立ス。勢ヲ援クトハ[ヤレヤレ]ト謂フカ如ク、單純ナル精神的ノ援助ヲ謂フ。其本質ハ幇助ノ一種ナレトモ、之ニ對シテハ結果的責任ヲ緩和スル意味ニ於テ、特別ノ類型ヲ設ケタルモノナリ。而シテ傷害ヲ行ヒタル者刑法上責任無能力ナルトキハ、助勢ハ幇助ノ性質ヲ失ヒ正犯トナルカ故ニ、之ニ對シテハ本條ノ適用ナシ。暴行ニ對スル助勢ハ一般ノ從犯例ニ從フ。

處分ハ一年以下ノ懲役又ハ五十圓以下ノ罰金又ハ科料トス。

(六)　特別罪ノ重ナルモノトシテ爆發物取締罰則(一)ノ罪、決鬪罪ニ關スル件(三)ノ罪、暴力行爲等處罰ニ關スル法律(一)ノ罪アリ。

特別共犯例(刑、二〇七)

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、共同者ニアラスト雖モ、共犯ノ例ニ依ル。例ヘハ一方的共同正犯ノ場合ニ於テ、若シ前記ノ事情アルトキハ、他方モ共同正犯者トシテ處斷セラル。斯カル規定ハ今日ニ於テハ時代錯誤ノモノト謂ハサルヘカラス。

餘論

(一)　自傷ハ一般ニ罪トナラス。蓋シ若シ自傷カ刑法第二〇四條ノ罪ヲ構成ストセハ、徵兵忌避ノ爲メノ自傷(兵役法七四(三年以下ノ懲役))墮胎(刑、二一二(一年以下ノ懲役))刺文(警察犯處罰令二24(三十日未滿ノ拘留又ハ二十圓未滿ノ科料))等比較的可罰的價値ノ大ナル場合ニ比シテ其刑重キニ過キ、頗ル權衡ヲ失スルカ故ナリ。但自傷モ自殺未遂ノ場合ト同シク單ニ刑罰阻却原因ノ存スルニ過キサルカ故ニ、其行爲ノ性質ハ正當ノ目的ニ出テサル限リ違法タリ。

(二)　傷害罪ニ關シテハ殺人罪ニ於ケルカ如キ自傷關與並ニ同意傷害ニ關スル特別規定ナシ。從テ事ノ輕重ヨリ推シテ、是等ノ行爲ハ特別ノ明文アル場合(徵兵忌避、墮胎、刺文等)ノ外ハ單ニ其性質カ違法ナルノミニシテ罪トナラスト解スヘシ。S.8.8.216 二(四)。卽チ斯カル場合ノ被害者ノ任意又ハ同意ハ刑罰阻却原因タルナリ。

但反對說アリ(一)。然レトモ同意傷害ノ場合ニ於テ傷害カ同意ノ範圍ヲ超エタルトキハ、其結果カ不可分ナル限リ、全體トシテ別ニ其責任ヲ論セサルヘカラス(二)。

註(一)　同意傷害ノ問題ニ關シテハ、例ヘハ債權者カ人肉質入ノ約束ニ因リ履行ニ代ヘテ相手方ヲ傷害スルカ如キ場合アリトセハ、現代ニ於テハ被害者ノ同意ニ拘ラス、傷害罪ヲ構成スト解セサルヘカラストスル說アリ。予ハ結論ニ於テ之ニ贊スル者ナレトモ、理由ヲ異ニス。即チ斯カル事例カ現代ニ於テ發生シタリトセンニ、債務者カ傷害實行ノ際ニ至リテ尙且同意ヲ飜ササリシトセハ(S. § 216 註三)是レ必スヤ精神上何等カ重大ナル壓迫ノ存スル結果ニシテ、斯カル場合ノ同意ハ明ニ瑕疵アル同意ナルカ故ニ、刑法上刑罰阻却原因タル價値アルモノト謂フヘカラス。從テ右ノ場合ハ同意ニ因ラサルモノトシテ通常ノ傷害罪ナリ。(S. § 106)。

註(二)　此場合ノ行爲カ故意ニ出テタルトキハ、全體トシテ故意ノ責任アリ。其レカ過失ニ出テタルトキハ、過失傷害罪ナリヤ傷害罪ナリヤ疑アリ。一方ヨリ考フレハ、同意傷害其者ハ違法行爲ナルカ故ニ、違法行爲ヨリ生シタル豫見セサル重キ結果ニ付テハ、加重的責任ヲ負フヘキカ如クナルモ、他方ヨリ考フレハ同意傷害ノ違法性ハ本人ノ法益ニ對スル關係ニ基クモノニアラスシテ、國家ノ法益ニ對スル關係ニ由來ス。(S. § 106)。而シテ傷害罪並ニ傷害致死罪ハ本人ノ法益ニ對スル關係ニ於テ違法ナル行爲ヨリ生シタル重キ結果ニ付テ責任ヲ問フコトヲ本旨トスルカ故ニ、此場合ニハ此種ノ犯罪ヲ認ムヘキニアラサルヘシ。此關係ハ同意傷害カ違法タルニ止マラスシテ侮犯罪タル場合(例ヘハ本人ノ依賴ニ由リ徵兵忌避ノ目的ヲ以テ其指ヲ斬落シタル場合)ニ於テ本人其結果トシテ死亡シタルカ如キ事案ニ於テモ亦同樣ニシテ、傷害致死ニアラスシテ過失致死ト見ルヘシ。

(三)　傷害並ニ致死ノ結果ハ傷害罪以外ニ加重的結果犯ニ於ケル特別要件タル場合多シ。S. § 127. 而シテ是等ノ罪ニ於テ傷害又ハ致死ノ結果ヲ生シタルトキハ、擇一關係トシテ法條競合ヲ生スルニ止マリ、刑法第五四條ノ適用ナシ。S. § 172 四

第三節　過失傷害ノ罪

§222　意義

本罪ハ過失ニ因リテ人ヲ死傷ニ致スコトニ因リテ成立ス。而シテ本罪ニモ亦暴行ニ因ル場合ト然ラサル場合トアリ。何レモ結果ニ付キ豫見ナキコトヲ要スルノミナラス、暴行ニ因ル場合ニ於テハ暴行(違法阻却原因タル事情ナキ暴行)ニ付テ豫見ナキコトヲ要ス。過失暴行ニ付テハ之ヲ罰スル規定ナシ。

§223　類型ノ種類

(一)　過失傷害罪(刑、二〇九)

本罪ハ過失ニ因リ人ヲ傷害スルコトニ因リテ成立ス。

處分ハ五百圓以下ノ罰金又ハ科料トス。但本罪ハ親告罪ナリ。

(二)　過失致死罪(刑、二一〇)

本罪ハ過失ニ因リ人ヲ死ニ致スコトニ因リテ成立ス。

處分ハ千圓以下ノ罰金トス。

(三)　業務上ノ過失致死致傷罪(刑、二一一)

本罪ハ業務上必要ナル注意ヲ怠リ因テ人ヲ死傷ニ致スコトニ因リテ成立ス。即チ本罪ハ業務者タル身分ニ因ル加重犯ナリ(一)。業務トハ一定ノ種類ノ行爲ヲ以テ職業トシ(任意ニ反覆スル意思ヲ以テスルコト)又ハ職務トシテ(義務トシテ反覆スル意思ヲ以テスルコト)爲スコトヲ謂フ。反覆ノ意思ヲ以テスルトキハ一回ノ行爲ニテモ仍ホ業務タリ。免許ヲ要スル場合ニ之ヲ受ケタルト否トヲ區別セス(二)。又職務ハ公務タルト私務タルトヲ問ハス。其私務タル場合ニ於テモ、其範圍ハ營業(商法四)ヨリモ廣シ。又業務ニ係ル行爲ハ何人ノ爲メナルヤヲ問ハサレトモ、性質上通例何人カノ生命又ハ身體ニ對スル危險ノ伴フモノナルコトヲ要ス(三)。業務上必

要ナル注意ヲ怠ルトハ、通說ニ依レハ、此種ノ業務ニ關シテ特別ニ課セラレタル高度ノ注意ヲ怠ルコトヲ謂フト爲セトモ、予ハ一般論トシテ之ニ贊セス。蓋シ同一性質ノ行爲ニ關シ、特ニ之ヲ業トスルト否トニ因リテ注意義務ニ差等アルヘキ理由ナキカ故ナリ。但シ予ノ所謂注意義務平等ノ主張ハ意思ノ緊張努力ノ程度ニ關スルモノナルコトヲ注意スルヲ要ス。從テ平等ノ注意ヲ用ヰルモ、各自ノ知性及ヒ知識經驗ニ差等アル以上ハ、注意ノ結果タル豫見可能ノ範圍ヨリ謂ヘハ、豫見義務ノ程度ハ業務者タルト否トニ因リテ事實上差異アルニ歸スルハ當然ナレトモ、是レ固リ言ヲ俟タサル所ニシテ、此義ニ於テ二者ノ間注意義務ニ差等アリト爲スハ無意味ナリ。尙ホ或ハ業務者ノ行爲ニ關シテハ、法規上又ハ經驗則上若クハ學理上其處理方法ニ關シ通例一定ノ準則アルカ爲メ(四)恰モ特別ナル注意義務ノ存スルカ如キ外觀ヲ呈スル場合ナキニアラス。而カモ斯カル準則ハ一定ノ場合ニ於ケル一定ノ行爲義務ヲ規定シ、從テ間接ニハ其レカ一定ノ行爲ヲ爲スヘキ場合ナルヤ否ヤヲ認識スヘク意思ノ努力(注意)ヲ命スルモノナレトモ、斯カル場合ニ於テモ意思ノ努