

問スルコトヲ妨ケサレハ其場合ニ於テハ該事件ノミニ關シテ證人ト被告トノ關係ヲ  
調査スルヲ以テ足リ他ノ事件ニ關シテ同一ノ調査ヲ爲スノ必要ナシ(大審院大正二年  
九月一五五八號同年一〇月三日刑一判決)

(一) ニ關スル學說判例

一 主觀的要素トシテハ多衆ノ間ニ共ニ暴行又ハ脅迫ヲ爲スノ意思アルヲ必要トス從テ例ヘハ村祠祭禮又ハ戰捷祝賀其他多衆  
集合スル機會ニ於テ進退容易ナラス互ニ相壓迫シテ雜沓ヲ極メテ所謂多衆暴行脅迫ヲ爲スノ目的ヲ以テ集合シタルコトヲ必要トセサルカ故  
脅迫ヲ爲スノ意思ナキトキハ本罪ヲ構成セズ然レトモ多衆カ暴行脅迫ヲ爲スノ目的ヲ以テ集合シタルコトヲ必要トセサルカ故  
ニ最初祭禮又ハ運動會等ノ爲メニ集合シタル多衆カ勢ニ乘シテ暴行又ハ脅迫ヲ爲スカ如キ場合ト雖モ公共ノ騷擾ヲ生スル程度  
ノモノタル以上ハ本罪ヲ構成スルモノト認メサルヘカラス(泉二學士日本刑法論六三〇頁)  
二 多數ノ集合ニ因リ合同力ヲ生シタルコトヲ必要トス從テ多衆ノ間ニ意思共通ナクハ多衆ノ集合アルモ合同力ヲ生スルコ  
トナシ故ニ祭禮祝賀歡迎等ノ爲メ多衆人カ同時同所ニ集合スルカ如キハ本罪ノ要件ヲ滿タスモノニ非ス(山岡ドクトル刑法原  
理五六二頁)  
三 兇徒嘯聚ノ罪(舊刑法一三七條)及騷擾罪(刑法一〇六條)ハ多數カ共同ノ意思ヲ以テ共同シテ暴行又ハ脅迫ヲ爲スニ依リ成  
立ス而シテ其共同シテ暴行又ハ脅迫ヲ爲スノ意思カ多衆集合ノ當初ヨリ存在スルト否トハ問フ所ニ非ス(大審院刑事判決錄四  
三年六五七頁)  
四 苟モ多衆合シテ暴行又ハ脅迫シタルトキハ刑法第一〇六條ノ騷擾罪ハ成立スルモノニシテ共同目的ノ有無ハ該犯罪ノ成立  
ニ何等ノ影響アルモノニアラス故ニ原判決ニ多衆合シテ暴行又ハ脅迫シタル事實ヲ明示シタル以上ハ共同目的ノ有無ニ付キ何等ノ  
判示ナキモ理由不備ノ違法アリト云フヲ得サルヲ以テ本論旨ハ上告ノ理由ナシ(大審院明治四五年(第九四四號)同年六月四日  
刑一宣告)

(二) ニ關スル學說

一 多人數ニ付キ人数ヲ限ル立法アレトモ之レ事實ニヨリ決スルノ外ナシ相當ノ人数アリテ之ニヨリ暴行脅迫ヲ遂ケラルル狀  
態ニアリト認メラルトキハ多數ト云フヲ得(藤本博士京大四年三年度講義錄附寫本三八頁)  
二 騷擾罪トハ多衆集合シテ暴行又ハ脅迫ヲ爲スニ依リ成立スルモノナレハ單獨ナル一個人若クハ僅少ナル人員ニ於テ犯シ得  
ヘキモノニ非スシテ多數ニ依リテノミ之ヲ犯シ得キモノトス然ラハ幾人以上ヲ以テ多數人ト認ムヘキヤ其最少限ノ人員ヲ規

(三) ニ關スル判例

本書第一卷刑事訴訟法一二五頁第二卷刑法一〇一頁

定シタル法條ヲケレハ如何ナル數ノ人員ヲ以テ果シテ騷擾罪ヲ構成スルニ足ルヘキ人員ト看做ス可キヤ否ヤハ解決ヲ要ス可キ  
一種ノ困難ナル問題ナリトス而シテ學者カ如何ナル場合ニ於テ多數人ナリト認ムヘキヤニ付テ其標準トシテ學示スル所ヲ見ル  
ニ或ハ一其集合シタル人員ヲ數フルニ相當時間ヲ要スル場合ハ多衆人ナリト爲シ或ハ二一見集合シタル人員ノ數ヲ知ル能ハサ  
ル場合ハ多衆人ナリト説明シ或ハ三其集合シタル人員中ニ一二人ノ加入又ハ脱退アルモ大體ノ數ニ於テ影響ヲキキハ多衆人  
ナリト解釋ス此等ノ說明ハ之ヲ精密ニ考察スレハ相同シカラス且ツ又其範圍ニ於テモ廣狹ノ差アルモ大體ニ於テ相似スルモ  
ニシテ之ヲ探テ我法文ニ所謂多數集合ノ文字ヲ解釋スルノ資料ト爲スナ得ヘシ技ニ注意ヲ要ス可キハ法文ノ所謂多衆トハ我  
國語上ニ於テモ不完全ナカラ一定ノ意義ヲ有スルモノニシテ所、時及各事件ニ從ヒ意圖ヲ異ニスルモノニ非ス甲ノ事件ニ付テ  
八十人ヲ多衆ト謂フヲ得ルモ乙ノ事件ニ付テハ之ヲ多衆ト謂フ能ハスト論スルカ如キハ法文ニ揭ケタル同一ノ文字ヲ二深ニ解  
釋スルモノニシテ何等ノ根據ナキモノトス又如何ナル數ヲ以テ法文ノ所謂多數ト解シ得ヘキヤニ關シ何等ノ標準ヲ示サスシテ  
此問題ノ解決ヲ事實裁判官ノ判定ニ一任セント説明シタルカ如キハ決シテ相當又ハ親切ナリト謂フ能ハス(大場博士刑法各論  
下卷一五頁)  
三 多衆集合シテ暴行脅迫ヲ爲ス罪(一〇六)ニ於ケル主體ハ多衆ノ自然人ナリ多衆トハ多數ノ人ヲ意味ス單ニ數人若クハ二  
人以上ト云ハス故ニ僅カ四五名ヲ以テ足レリトモ法律ハ特ニ人数ヲ規定セサルカ故ニ公共ノ騷擾ヲ惹起スヘキ程度  
ノ暴行脅迫ヲ爲スニ適當ナル人数ノ存スルヲ以テ足ル要スルニ各場合ノ狀況ヨリ認定スヘキ問題ナリ(泉二學士日本刑法論六  
二九頁)  
四 多數ノ集合シタルヲ要スルカ故ニ二三ノ指定シタル人ノ結合ハ普通ノ共犯ニシテ本罪ノ要件ヲ充實セス如何ナル數ヲ以テ  
多數トス可キヤハ罪ノ性質ニ從ヒ決ス可キモノト換言セハ公共ノ安寧ヲ害スヘキ行動ヲ爲スニ足ル頭數ノ存在ヲ標準ト爲ス可キ  
モノナリ(山岡ドクトル刑法原理八六一頁)  
五 騷擾罪ハ其暴行脅迫カ一地方ノ靜謐ヲ害スルニ至レルコトヲ必要トス此要件ハ法律カ明言スル所ニ非スト雖モ騷擾罪ノ性  
質上然ラサル可カラサルモノナリ反對說アリト雖モ判例モ亦同様ニ解シ一地方ノ靜謐ヲ害スル程度ノモノタルコトヲ要スト爲  
セリ(牧野學士刑法通義二一三頁)

二五二

自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

九五

頼母子講ノ會主ニ講金横領ノ所爲アリヤ否ヤヲ判斷スルニハ先ツ講ノ性質ヲ明  
カニセサル可カラズ

民法六六八

各組合員ノ出資其他ノ組合財産ハ總組合員ノ共有ニ屬ス

案スルニ頼母子講ハ講員全體カ一定ノ時期ニ一定ノ金員ヲ離出シ一定ノ時期毎ニ抽籤又ハ落札ノ方法ニヨリ各講員ヲシテ離出ノ講金中ヨリ若干ノ金額ノ交付ヲ受クルヲ得セシムル契約ノ下ニ組織セラレ講元即チ會主ハ講員ノ委任ヲ受ケテ其業務ヲ處理スルニ過キサルモノトスルヲ普通トスルモ又會主ト稱スル者カ自己ノ事業トシテ講員ヲ募集シ一定ノ時期毎ニ一定ノ金額ヲ拂込マシメ毎回抽籤又ハ落札ノ方法ニヨリ一定ノ金額ヲ會員ニ交付スル組織ノ下ニ經營スルモノアリ前者ニ在テハ講員相互間ニ資金ノ融通ヲ目的トスル一種ノ組合契約成立シ從テ講員ノ離出セル金額ハ講員全體ノ共有ニ屬シ講元ハ單ニ之ヲ講員ノ爲メニ保管スルニ過キサルモ後者ニ在リテハ法律關係ハ單ニ講員各自ト講元タル會主トノ間ニ成立シ會員ハ契約ニ從ヒ拂込マシメタル金額ノ幾部ヲ抽籤又ハ落札ノ方法ニヨリ相手方タル講員ニ交付スル債務ヲ負擔スヘキモ講員ノ拂込ム講金ノ所有權ハ會主ニ歸スルヲ以テ會主ハ自由ニ之ヲ處分スルヲ得ヘシ斯クノ如ク講ノ組織ニ二様アリテ其何レニ屬スルカニヨリ講金ノ所有權歸屬ノ效果ヲ異ニスルコト前述ノ如クナルヲ以テ會主ニ講金横領ノ所爲アリヤ否ヤヲ判斷スルニ當リテハ其前提トシテ講ノ性質カ前示二者孰レニ屬スルヤヲ明カニセサル可ラス何トナレハ講カ組合ノ性質ヲ有スルモノトセンカ講金ハ會主カ單ニ

【參照學說判例】

本審第一卷民法六六九頁(石坂博士講ノ法律上ノ性質)第二卷刑法八頁三三頁八七頁一五五頁

九六

講員ノ共有金トシテ保管スルニ過キサルコト前示ノ如クナルヲ以テ恣ニ之ヲ他ニ流用費消シタル事實アルニ於テハ横領罪ヲ構成スヘキモ講カ會主一個ノ事業トシテ經營セラレタルモノトセンカ講員ノ拂込ム講金ハ會主ノ所有ニ歸屬スルコト是亦前述ノ如クナルカ故ニ自己ノ爲メ之ヲ契約外ノ目的ニ費消スル事實アルモ講員ニ對シ契約上ノ責任ニ任スルハ格別横領行爲トシテ刑事上ノ責任ヲ負擔スヘキモノニ非サレハオリ今原院認定ノ事實ヲ觀ルニ被告等ハ云云中村信男外數百名ノ講員ヲ募集シ云云頼母子講ヲ組織シ被告兩名ニテ講會事務取扱ノ職ニ從事中兩名共謀ノ上云云各講員ヨリ集金シタル講金ノ内合計金四八〇餘圓ヲ占有中擅ニ云云横領シタリト云フニ在リテ此認定事實ニ依リテハ原院カ本件講ノ性質ニ關シ探リタル見解ヲ明カニスルヲ得サルノミナラス該講金ノ所有權カ會主講員其孰レニ在ルヤヲ詳カニスルヲ得サルヲ以テ原判決ノ法律上ノ理由ノ當否ヲ審案スルニ由ナシ要スルニ原判決ハ被告ノ講金流用ノ行爲ヲ横領罪ニ問擬スルニ當リ其基本タル事實理由ヲ明カニセサル違法ノ判決ナリ(大審院大正二年(レ)第一一四九號同年一月一日刑三判決)

五四 一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸レ又ハ犯罪ノ手段若クハ結果タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ルトキハ其最  
モ重キ刑ヲ以テ處斷ス(中略)  
六一 人ヲ殺害シテ犯罪ヲ實行セシメタル者ハ正犯ニ準ス(下略)

二〇四 人ノ身體ヲ傷害シタル者ハ一〇年以下ノ懲役又ハ五〇〇圓以下ノ罰金若クハ科料ニ處ス  
 刑事訴訟法四七 警視總監及ヒ地方長官ハ各其管轄地内ニ於テ司法警察官トシテ犯罪ヲ捜査スルニ付キ地方裁判所  
 檢事ト同一ノ權ヲ有ス(中略)  
 左ニ記載シタル官吏公吏ハ檢事ノ補佐トシテ其指揮ヲ受ケ司法警察官トシテ犯罪ヲ捜査ス可シ  
 第一 警視・警部長・警部・警部補(後略)  
 同二六五 被告人、辯護人又ハ法律上代理人ノミ控訴ヲ爲シタルトキハ原判決ヲ變更シテ被告人ノ不利益ト爲スコ  
 トヲ許サス(後略)  
 同二九一 第二六五條ノ規定ハ上告ニモ亦之ヲ準用ス

- (一) 非現行犯事件ニ付キ司法警察官力捜査權ヲ行使シ得ル範圍ハ豫審判事ニ專屬セル強制處分ヲ除ク外其捜査處分ノ對手ノ任意ナル場合ニ於テハ些ノ制限ナク一切ノ處分ヲ爲スヲ妨ケサルモノトス
- 捜査ノ顛末ヲ後日ニ保存センカ爲ニ其問答ヲ録取スルト問ヲ省略シ應答ノ趣旨ヲ要約シテ録取スルトハ一ニ捜査官吏ノ自由ニ屬スルモノトス
- (二) 單純ナル教唆ノ一罪ナリトシテ處分セル判決ニ對シ一行爲數個ノ罪名ニ觸ルルモノナリト論難スルハ被告自ラ不利益ヲ主張スルモノナレハ被告ノ上告理由トシテハ失當ナリ
- 教唆者ニシテ同時ニ二人以上ト明カニ指定シテ之ヲ傷害センコトヲ教唆シ被教唆者ニ於テ二人ノ傷害ヲ實行セハ一教唆行爲ニシテ二個ノ傷害ナル罪名ニ觸ルルモノトス

單ニ傷害ヲ教唆シタルノミナルトキハ縱令被教唆者ニ於テ複數ノ傷害罪ヲ犯シタル場合ト雖モ刑法第五四條前段ニ該當セサルモノトス

非現行犯事件ニ付キ司法警察官力捜査權ヲ行使シ得ル範圍ヲ按スルニ之等檢事ノ補佐機關ハ寸毫モ強制處分ヲ施用シ以テ證據蒐集ニ付キ豫審判事ニ專屬スル職權ヲ侵犯スルヲ得スト雖モ其以外ニ於テ則チ詳言スレハ其捜査處分ノ對手ノ任意ナル場合ニ於テハ些ノ制限ナク一切ノ處分ヲ爲スヲ妨ケス從テ被告其他ノ關係人ニ於テ應答ヲ拒絕シタル場合ニ應答ヲ強フルヲ得スト雖モ然カモ之等ノ者カ要求ヲ受クルニアラスシテ自ラ進ミ來リテ申述ヲナス場合ニ之ヲ聽取リ尙其申述ノ趣旨ヲ明瞭ナラシメンカ爲ニ質問ヲ爲シ得ルノミニハ止ラスシテ要求ニ因リテ出頭スル之等ノ者ニ就キ問ヲ發シテ關係事項ニ付キ答述ヲ徵スルトモ亦其申述ヲ以テ任意ニ出テタリト謂フニ妨ナシ而シテ之等ノ場合ニ其捜査ノ顛末ヲ後日ニ保存センカ爲ニ其問答ヲ録取スルト問ヲ省略シ應答ノ趣旨ヲ要約シテ録取スルトハ一ニ捜査官吏ノ自由ニ屬ス從ツテ其聽取録取書ノ問答體ナル形式ノミヲ捉ヘテ輕卒ニ強制訊問アリタルモノト斷言スルヲ得ス今本件カ非現行犯ナルコト並ニ藤原儀三郎及ヒ藤原伊佐吉ノ松永警察署ニ於ケル司法警察官ノ各聽取書ノ形式ノ問答體ナルコトハ洵ニ論旨ノ如クナルトモ此聽取書ノ記載ヲ通覽スルニ其供述カ孰レモ任意ニ爲サレタル旨ヲ掲ケアルノミナラス之ニ依リテ捜査ノ實質ニ強制處分ヲ施用シタル事實アルコトヲ認ムルヲ得ス然レハ所論聽取書ハ違法ノ書類ニアラサルカ故ニ之ヲ斷罪ノ資料トセル原判決

非現行犯事件ニ付キ司法警察官力捜査權ヲ行使シ得ル範圍ヲ按スルニ之等檢事ノ補佐機關ハ寸毫モ強制處分ヲ施用シ以テ證據蒐集ニ付キ豫審判事ニ專屬スル職權ヲ侵犯スルヲ得スト雖モ其以外ニ於テ則チ詳言スレハ其捜査處分ノ對手ノ任意ナル場合ニ於テハ些ノ制限ナク一切ノ處分ヲ爲スヲ妨ケス從テ被告其他ノ關係人ニ於テ應答ヲ拒絕シタル場合ニ應答ヲ強フルヲ得スト雖モ然カモ之等ノ者カ要求ヲ受クルニアラスシテ自ラ進ミ來リテ申述ヲナス場合ニ之ヲ聽取リ尙其申述ノ趣旨ヲ明瞭ナラシメンカ爲ニ質問ヲ爲シ得ルノミニハ止ラスシテ要求ニ因リテ出頭スル之等ノ者ニ就キ問ヲ發シテ關係事項ニ付キ答述ヲ徵スルトモ亦其申述ヲ以テ任意ニ出テタリト謂フニ妨ナシ而シテ之等ノ場合ニ其捜査ノ顛末ヲ後日ニ保存センカ爲ニ其問答ヲ録取スルト問ヲ省略シ應答ノ趣旨ヲ要約シテ録取スルトハ一ニ捜査官吏ノ自由ニ屬ス從ツテ其聽取録取書ノ問答體ナル形式ノミヲ捉ヘテ輕卒ニ強制訊問アリタルモノト斷言スルヲ得ス今本件カ非現行犯ナルコト並ニ藤原儀三郎及ヒ藤原伊佐吉ノ松永警察署ニ於ケル司法警察官ノ各聽取書ノ形式ノ問答體ナルコトハ洵ニ論旨ノ如クナルトモ此聽取書ノ記載ヲ通覽スルニ其供述カ孰レモ任意ニ爲サレタル旨ヲ掲ケアルノミナラス之ニ依リテ捜査ノ實質ニ強制處分ヲ施用シタル事實アルコトヲ認ムルヲ得ス然レハ所論聽取書ハ違法ノ書類ニアラサルカ故ニ之ヲ斷罪ノ資料トセル原判決

被告ハ被害者ノ利益ヲ侵害スルニ由リテ  
己ノ利益ヲ得ルニ由リテ  
上告スルニ由リテ  
得ルニ由リテ  
一人ノ被害者ニ對シテ  
個別ノ被害者ニ對シテ  
犯行ノ結果ニ依リテ  
處分ノ結果ニ依リテ

ハ不ニアラス  
(二) 原審判決ハ擬律ヲ誤リタル不法アリ原審ニ於テ確定シタル事實ニヨレハ上告人  
藤本初多郎ハ儀三郎ニ對シ二人以上ニ傷害ヲ與フヘク教唆シ儀三郎ハ其教唆ニヨリ  
竹次郎保吉ノ兩名ヲ傷害シタリト云フニアリ故ニ之カ擬律ヲ爲スニ當リテハ須ラク  
刑法第二〇四條第六一條第一項第五四條ヲ適用セサルヘカラス何トナレハ被教唆者  
義三郎カ竹次郎保吉ノ兩名ニ傷害ヲ與ヘタレハナリ然ルニ原審判決ハ事爰ニ出テス  
單ニ第二〇四條第六一條第一項ヲ適用シ處斷シタルハ適用スヘキ法條ヲ適用セス即  
チ擬律ヲ誤リタル不法ノ判決ナリト云フニ在レトモ單純ナル教唆ノ一罪ナリトシテ  
處分セル判決ニ對シ一行爲數個ノ罪名ニ觸ルルモノナルニ刑法第五四條ヲ適用スル  
コトヲ遺脱セリトシテ論難スルハ被告自ラ不利益ヲ主張スルモノニシテ被告ノ上告  
理由トシテハ失當ナルノミナラス教唆者ニシテ同時ニ二人以上ト明カニ指定シテ之  
ヲ傷害センコトヲ教唆シ而シテ被教唆者ニ於テ二人ノ傷害ヲ實行セハ一教唆行爲ニ  
シテ二個ノ傷害ナル罪名ニ觸レ從テ刑法第五四條ノ適用ヲ受クヘシト雖モ若シ明ニ  
人數ヲ指定セスシテ單ニ傷害ヲ教唆シタリトセハ縱令被教唆者ニ於テ復數ノ傷害罪  
ヲ犯シ從テ之ニ對シ同第五四條ヲ適用スヘキモノナルト否トニ拘ハラヌ教唆者ハ一  
傷害罪ヲ教唆シタルモノトシテ處分スヘク其所爲二個ノ罪名ニ觸ルルモノニアラス  
原判決ノ確定セル事實ニ依レハ被告ハ第一審相被告藤三郎ニ對シ森美部落ノ  
者等ヲ追跡シテ傷害スヘキコトヲ教唆シタルヨリ義三郎ハ傷害ノ決意ヲナシ繼續ノ  
意思ヲ以テ關竹次郎高橋保吉ヲ傷害シタリト云フニアリテ其森美部落ノ者等トハ論

旨ノ如ク必スシモ明確ニ二人以上ヲ指定シタルト同意義ニハアラサルニ因リ本件被  
告ノ行爲ハ決シテ二個ノ罪名ニ觸ルルモノニアラサルヲ以テ刑法第二〇四條及第六  
一條第一項ニ依リ處斷スヘキモノトス然レハ原判決カ此事實ニ對シ右法條ヲ適用シ  
タルニ止マリ同第五四條ヲ適用セサルハ正當ナリ(大審院大正二年(れ)第一五八六號同  
年一〇月二一日刑一判決)

【參照學說判例】

- 一 本書第一卷刑事訴訟法九頁一〇八頁
- 二 本書第一卷刑法八頁三九頁一三五頁一八五頁二〇五頁
- 三 間接正犯ニ於ケル一罪數罪ノ標準ニ付テモ亦議論アリ例ハ或者カ一言ヲ以テ甲乙二人ノ無能力者ヲ煽動シテ各別ノ結果ヲ惹起サシメ若クハ一人ヲ煽動シテ數個ノ結果ヲ生セシメタル場合ニ於テハ利用者タル間接正犯ニ一罪ヲ認ムヘキカ將タ數罪ヲ認ムヘキカ新刑法ノ解釋トシテハ之ヲ一箇ノ行爲ニシ數個ノ罪名ニ觸ルル一罪ナリトスルヲ至當トス(泉二學士日本刑法論三九六頁)
- 四 甲者カ乙者ノ教唆ニ應シ連續シテ數回ニ他人ノ財物ヲ竊取シタル場合ト雖モ乙者ハ唯一回其教唆ヲ爲シタルニ過キサルトキハ刑法第五條ノ適用ヲ受クヘキモノニ非ス(大審院民事判決錄四二年一七二頁)

吾人ハ判旨(二)點ニ反對ス詳細ハ本書第一卷刑事訴訟法九頁一〇八頁刑法八頁三  
九二三五頁一八五頁等參照セラレタシ

(九七)

- 二三六 暴行又ハ脅迫ヲ以テ他人ノ財物ヲ強取シタル者ハ強盜ノ罪ト爲シ五年以上ノ有期懲役ニ處ス
- 前項ノ方法ヲ以テ財産上不法ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ
- 二三八 窃盜財物ヲ得テ其取還ヲ拒キ又ハ逮捕ヲ免レ若クハ罪跡ヲ湮滅スル爲メ暴行又ハ脅迫ヲ爲シタルトキハ強盜ヲ以テ論ス

強盜致死  
要件  
成立

強盜罪ノ  
成立要件

強盜致死罪ハ強盜カ財物強取ノ行爲ニ因リテ人ヲ死ニ致シタル事實アレハ直チニ成立スルモノニシテ致死ノ結果カ財物強取ノ前ニ在ルト其後ニ在ルトハ之ヲ問ハサルモノトス

刑法第二四〇條後段ノ強盜殺人罪ハ強盜カ財物強取ノ行爲ニ因リテ人ヲ死ニ致シタル事實アレハ直ニ成立スヘク致死ノ結果カ財物強取ノ前ニ在ルト其後ニ在ルトニ因リテ同罪ノ成立ニ消長ヲ來スコトナシ原判決ノ認定セル如ク被告カ他人ヲ殺害シテ其財物ヲ強取セント企圖シ其目的ヲ遂行シタル場合ニ於テ財物ヲ強取シタル行爲カ被害者ノ死後ニ在ルモ右財物ハ所有者ノ意思ニ因ラス誤ッテ其占有ヲ離レタル物件ニ非サルハ勿論ナルヲ以テ遺失物領得ノ罪ヲ構成スル理由ナク強盜殺人ノ一罪中ニ包含處罰セラルヘキモノトス蓋シ財物強取ノ手段タル暴行ニ因リテ他人ヲ死ニ致シ其占有ニ係ル財物ヲ自己ニ領得セル行爲ハ當然強盜殺人罪ノ觀念中ニ屬スレハナリ又財物ヲ奪取スル意思ヲ以テ暴行ヲ爲シ因リテ人ヲ死ニ致シテ財物ヲ奪取セル以上ハ其財物中ニ當初奪取ノ目的ト爲サザリシモノヲ包含スルモ該財物ニ付テ強盜罪ノ

二三九

人ヲ昏醉セシメテ其財物ヲ強取シタル者ハ強盜ヲ以テ論ス  
二四〇 強盜人ヲ傷シタルトキハ無期又ハ七年以上ノ懲役ニ處ス死ニ致シタルトキハ死刑又ハ無期懲役ニ處ス

成立ヲ妨クルモノニ非ス何トナレハ強盜罪ハ暴行脅迫ニ因リテ他人ノ財産權ヲ侵害スルヲ以テ本質ト爲スカ故ニ當初ノ目的以外ニ屬スル財物ヲ奪取シタルトキト雖モ仍ホ其財物ニ付キ強盜罪ノ成立ヲ認ムヘキハ當然ナレハナリ故ニ原判決ノ擬律ハ相當ナリ(大審院大正二年(レ)第一六〇二號同年一〇月二一日刑一判決)

【參照學說】

一 二四〇條強盜人ヲ傷シタルトキハ強盜トハ強盜ト云フ稱呼ヲ受クルモノ即チ強盜ヲ行ヒ又ハ行ヒ終リタル際ナリ已遂未遂ヲ問ス強盜人ヲ傷ケ又ハ死ニ致シタル場合ニハ常ニ本條ニ該當スルヤト云フニ必スシモ然ラス死及ヒ傷害カ強盜ト因果關係アリテ要ス即チ強盜行爲ヲ犯スダメニ人ヲ傷ケ又ハ死ニ致シタル場合ニハ勿論之ニ入ル(勝本博士刑法各論京大講義筆記附註)  
二 強盜犯人カ物ヲ強取セント欲シ之ニ着手シタルモ未ダ物ヲ奪取セサルニ先チ被害者ニ暴行ヲ加ヘテ或ハ之ヲ傷シ或ハ之ヲ死ニ致シタル場合ニ於テハ強盜殺人若クハ強盜致死ノ既遂罪ヲ以テ處罰スヘキヲ將其未遂罪ヲ以テ處罰スヘキヤハ點是ナリ此問題ハ強盜殺人若クハ強盜致死ノ罪ハ強盜罪ノ一種ト認ムヘキヲ將特別ナル犯罪ト認ムヘキヤノ決定如何ニヨリテ其解釋ヲ異ニセザルヲ得ス換言スレハ此罪ハ加重情狀アル強盜罪ナリト認ムヘキヤヲ將強盜殺人カ人ノ身體生命ヲ害スルノ罪ナリト認ムヘキヤニ依テ論決ヲ異ニセザルヲ得ス元來人ノ生命身體ナル法益ハ財產ヨリ重キモノニシテ本罪ハ財產保護ノ點ヨリハ寧ロ生命身體ノ保護ニ重キヲ置キタルコトハ其規定スル刑罰ニヨリ認ムルヲ得ヘキヲ以テ本罪ハ之ヲ強盜罪ノ一種即チ加重情狀アル強盜罪ト看做サンヨリハ寧ロ特別ノ犯罪即チ強盜殺人カ人ノ生命若クハ身體ヲ害スルノ罪ナリト解スルヲ以テ妥當ナリトス從テ犯人カ財物奪取ノ目的ヲ達シタルヤ否ヤハ本罪ノ既遂未遂ニ何等ノ關係ナキモノトナササルヲ得ス(大場博士刑法各論六二三頁以下)  
三 致死ノ原因ト爲リタル行爲カ財物強取ノ手段タリシ場合ニ於テモ純然タル強盜致死罪ヲ以テ論スヘキモノニシテ殺人罪ト竊盜罪又ハ横領罪トノ二罪ヲ認ムヘキモノニアラス又竊盜財ヲ得テ取還ヲ拒ム等ノ爲メ人ヲ殺傷シタル場合ニモ本條ノ適用アル(シ(泉)二學士日本刑法論九一四頁)  
四 殺人傷人ノ結果ハ強盜罪ノ要件タル暴行脅迫又ハ人ヲ昏醉セシム可キ行爲ヨリ生シタルコトヲ必要トセス強盜ト殺人傷人トノ間ニ何等ノ關係ナキ場合ニ於テモ現場ニ於テ併發スルトキハ本條ノ罪トナル(牧野學士刑法通義三三四頁)  
五 死傷ハ強盜犯人タル資格換言セハ強盜犯人トシテノ舉動ヨリ生シタル要件トス此要件ニシテ存スル以上ハ該行動カ財物強取ノ手段タルト否トハ毫モ問フ所ニアラス然レトモ舉動ハ結果タル死傷トノ間ニ相當因果關係アルニアラサレハ犯人ニ於テ

其責ニ任セス死傷ノ結果ハ被強取者ニ生シタルト其他ノ者ニ生シタルトハ之ヲ問ハス  
強盜行爲ノ未遂即チ暴行強迫ニ著手シ未タ財物ヲ強取セザル場合ニ於テ死傷ノ結果ヲ生シタルトキハ強盜死傷罪ノ既遂ナルカ  
將タ未遂ナルカ或ハ之ヲ未遂ナリト斷シ又ハ之ヲ既遂ナリト論ス此點ニ付テハ後説ヲ可トス(山岡トクトル刑法原理四三四頁)  
至當ノ見解贊同ヲ表ス

(九八)

五五 連續シタル數個ノ行爲ニシテ同一ノ罪名ニ觸ルルトキハ一罪トシテ之ヲ處斷ス  
二五六 贓物ヲ收受シタル者ハ三年以下ノ懲役ニ處ス  
贓物ノ運搬寄藏故買又ハ牙保ヲ爲シタル者ハ十年以下ノ懲役及ヒ千圓以下ノ罰金ニ處ス

同一ノ意思發動ニ因リテ贓物ノ運搬寄藏故買又ハ牙保ノ各行爲ヲ連續實行シタ  
ルトキハ其行爲ハ刑法第五五條ニ所謂連續シタル數個ノ行爲ニシテ同一罪名ニ  
觸ルルモノトス」  
贓物收受ノ行爲ヲ贓物ノ運搬其他ノ行爲ト共ニ連續シテ實行シタルトキモ亦連  
續犯トス」

刑法第二五六條ノ罪ハ收受ト云ヒ運搬寄藏ト云ヒ故買牙保ト云ヒ其態容ヲ異ニスル  
モ等シク贓物ニ關スル行爲ニシテ而カモ收受ヲ除キ其他ノ行爲ハ總テ同一ノ刑ニ該  
ルヲ以テ同一ノ意思發動ニ因リテ運搬寄藏故買又ハ牙保ノ各行爲ヲ連續實行シタル  
場合ニ於テハ其行爲ハ刑法第五五條ニ所謂連續シタル數個ノ行爲ニシテ同一罪名ニ  
觸ルルモノニ該當シ一罪ヲ以テ之ヲ論スヘク又贓物收受ノ行爲ヲ贓物ノ運搬其他ノ

行爲ト共ニ連續シテ實行シタル場合ニ於テハ同シク一個ノ贓物ニ關スル罪トシテ重  
キ刑法第二五六條第二項ノ刑ニ依リテ處斷スヘキモノトス故ニ所論ノ如ク第一審判  
決ニ於テハ一個ノ連續犯ヲ構成スヘキ數個ノ贓物寄藏ノ事實ヲ認定シ原判決ニ於テ  
ハ一個ノ連續犯ヲ構成スヘキ數個ノ贓物寄藏ノ事實ト一個ノ贓物運搬ノ事實トヲ認  
定シ連續ノ一罪ヲ構成スヘキ内容ノ事實ニ付キ異動アルモ等シク一個ノ贓物罪ヲ認  
メタルモノニ外ナラサレハ原審ニ於テ第一審判決ノ事實認定ヲ是認シタルハ相當ナ  
リ(大審院大正二年(レ)第一六三九號同年一〇月二四日刑一判決)

【參照學說判例】

- 一 本書第一卷刑法一三四五頁八三頁
- 二 本書第二卷刑法一三頁一五一頁

(九九)

五二 一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸レ又ハ犯罪ノ手段若クハ結果タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ルルトキハ其最  
モ重キ刑ヲ以テ處斷ス(後略)  
三五 他人ノ財物ヲ窃取シタル者ハ窃盜ノ罪ト爲シ十年以下ノ懲役ニ處ス  
二六〇 他人ノ建造物又ハ船舶ヲ損壞シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ傷害ノ罪ニ比  
較シ重キニ從テ處斷ス

家屋ノ廂ヲ構成スル材料ヲ窃取スル手段トシテ先ツ廂ヲ破壞シ然ル後之ヲ窃取  
スルトキハ刑法第五四條第一項後段ニ依リ一罪ヲ成スモノトス」

家屋ノ廂ヲ構成スル材料ヲ竊取スル手段トシテ先ツ廂ヲ破壞シ然ル後之ヲ竊取スル  
トキハ相異リタル罪名ニ觸ルル二個ノ行爲カ手段結果ノ關係ニ於テ刑法五四條一項

段ニ依リ一罪ヲ成スモノト認ムルヲ正當ナリトス(法學士泉二新熊氏法學新報二三  
卷一〇號六八頁)

【參照學說】

- 一 本書第一卷刑法九七頁一二五頁一三四頁
- 二 物盜ノ目的ヲ以テ婦女ノ頭髮ヲ切斷スルトキハ物盜罪ヲ構成スルモノト解スルヲ得ヘシ、是レ恰モ不動産ハ動カシ得ヘキモノニ非サレハ物盜罪ノ容體タルコト能ハサレトモ之ヲ取毀テテ竊取シ得ルト其理ヲ同ウス、尤モ此場合ニ於テハ一個ノ所爲ニシテ傷害罪ト物盜罪トノ二個ノ罪名ニ觸ルルモノニシテ第五四條第一項前段ヲ適用スヘキナリ(大場博士刑法各論上卷五六頁)

【參照判例】

- 一 刑法第五四條ニ所謂犯罪ノ手段タル行爲トハ或犯罪ノ性質上之カ手段トシテ普通用キラルヘキ行爲ニシテ而モ其罪ノ構成要件ニ非サルモノヲ指稱ス
- 二 人ヲ毆打スル爲メ其家宅ニ侵入シタルトキハ刑法第五四條第一項ニ依リ該侵入行爲ハ傷害ノ行爲ト相合シ一罪トシテ處分セラレヘキモノナレハ其毆打ノ事實ニ對スル起訴ニハ當然家宅侵入ノ行爲ヲ包含スルモノトス(大審院刑事判決錄四三年一四八五頁)
- 三 建造物毀壞罪又ハ損壞罪ノ構成ニハ建造物ノ全部若クハ其一部ヲ損壞スルヲ以テ足り必スシモ其損壞ノ爲メニ建造物ノ用方ヲ全然不能ナラシムルヲ要セス又其損壞ノ部分ハ建造物ノ主要ナル構成部分タルコトヲ要セサルモノトス(大審院刑事判決錄四三年六五七頁)

至當ノ見解贊同ヲ表ス蓋シ事業ノ場合單ニ物盜ノ一罪ノミヲ以テ論シ毀棄ノ點ヲ全然不問ニ付スルモノトセンカ其破壞ニ因テ人ヲ死傷ニ致シタルトキト雖モ刑法第二六〇條ニ依リ第二〇四條又ハ第二〇五條ヲ適用スルコト能ハサル不都合ノ結果ヲ生ヌヘケレハナリ

一九 左ニ記載シタル物ハ之ヲ沒收スルコトヲ得

- 一 犯罪行爲ヲ組成シタル物
  - 二 犯罪行爲ニ供シ又ハ供セントシタル物
  - 三 犯罪行爲ヨリ生シ又ハ之ニ因リ得タル物
- 沒收ハ其物犯人以外ノ者ニ屬セサルトキニ限ル
- 民法二四三 各別ノ所有者ニ屬スル數個ノ動産カ附合ニ因リ毀損スルニ非サレハ之ヲ分離スルコト能ハサルニ至リタルトキハ其合成物ノ所有者ニ主タル動産ノ所有者ニ屬ス分離ノ爲メ過分ノ費用ヲ要スルトキ亦同シ
- 同二四五 前二條ノ規定ハ各別ノ所有者ニ屬スル物カ混和シテ識別スルコト能ハサルニ至リタル場合ニ之ヲ準用ス
- 同二四六 他人ノ動産ニ工作ヲ加ヘタル者アルトキハ其加工物ノ所有者ニ屬ス但工作ニ因リテ生シタル價格カ著シク材料ノ價格ニ超ユルトキハ加工者其物ノ所有權ヲ取得ス(後略)
- 同三四二 質權者ハ其質權ノ擔保トシテ債務者又ハ第三者ヨリ受取リタル物ヲ占有シ且其物ニ付キ他ノ債權者ニ先テ自己ノ債權ノ擔保ヲ受クル權利ヲ有ス
- 同三六九 抵當權者ハ債務者又ハ第三者カ占有ヲ移サスシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動産ニ付キ他ノ債權者ニ先テ自己ノ債權ノ擔保ヲ受クル權利ヲ有ス(後略)

- (一) 刑法第一九條ニ所謂犯罪行爲ヨリ生シタル物トハ犯罪ヲ組成スルモノニ非スシテ之ヨリ産出シタル物即チ産出力犯罪ニ非スシテ犯罪ヲ犯スニ因リテ生シタル犯罪以外ノ物ヲ謂フモノトス
- (二) 犯人カ犯罪行爲ヨリ生シ又ハ之ニ因リ得タル物ヲ他物ト混和シタルカ如キ場合ニハ物ノ滅失ト同一ニ看做シ之ヲ沒收スルヲ得サルモノトス
- (三) 刑法第一九條第二項ニ所謂犯人以外ノ者ニ屬セサルトハ犯人以外ノ者ニ於テ其物ニ對シ所有權ヲ有セサル場合ヲ指稱シタルモノトス(故ニ所有權以外ノ物權ヲ有スルニ過キサルト)

ナキ  
得ル没収  
モノスト

(一) 犯罪行為ヨリ生シタル物トハ如何ナル物ヲ云フヤ之ニ付テハ通貨文書又ハ印章  
ヲ偽造變造スル罪又ハ阿片煙ヲ製造スル罪等ヲ犯スニ因リテ生シタル偽造變造ノ通  
貨文書印章又ハ阿片煙ヲ云フモノニシテ犯罪ヲ組成スル物トノ差ハ物ノ産出カ犯罪  
タル場合ナルヤ否ニ存ス即チ物ノ産出カ犯罪タル場合ハ茲ニ屬シ然ラサル場合ハ彼  
ニ屬スト説ク者アリテ現ニ大審院ノ判例モ亦之ニ依レリト雖モ(イ)論者ノ説ニ依レハ  
例ヘハ犯人カ今將ニ偽造變造又ハ製造セントシツツアル物ハ犯罪ヨリ生シタル物ニ  
モ非ス又犯罪ノ行為ニ供シ又供セントシタル物ニモ非ラサルカ故ニ沒收スルコトヲ  
得サルノ結果ヲ生ス可ク若シ夫レ此ヲ以テ其上ニ犯罪行為ノ行ハレツツアル物ナル  
カ故ニ犯罪ヲ組成スル物ナリトセハ進ンテ製出セラレタル場合ニ於テモ犯罪ヲ組成  
シタル物タルノ性質ヲ失フノ理アルヘカラサルト(ロ)犯罪ニ因テ得タル物即チソノモ  
ノ自體カ不法ノ要素ヲ備フルカ爲メニ非ス罪ヲ犯シテ獲得シタル不法ノ利益タルカ  
爲メニ沒收スル物ト併記セラルルニ由リテ之ヲ觀レハ之ト類似ノ性質ヲ有スルモノ  
ナルコトヲ示セルト(ハ)第二〇條但書ハ最初ノ草案ニ於テハ禁制品ニ對スル規定ナリ  
シカ禁制品ノ沒收ハ行政處分ニ屬スヘキモノナルカ爲メ移シテ多クノ場合ニ於テ禁  
制品タルヘキ第一九條第一項第一號ノ物ニ對スル規定トシタルモノナルカ故ニ偽造  
變造又ハ製造シテ産出シタル偽造變造ノ通貨文書圖畫印章又ハ阿片煙等行使交付輸  
入收受販賣所持等ノ罪ニ於ケル偽造變造ノ通貨文書圖畫印章又ハ阿片煙等ト何等區



犯人以外ノ  
以テ没収ノ  
意ヲ爲ス

没収物ト  
カ他物ト  
混和シタ  
ル場合

別スヘキ點ナキ產出物ニモ亦適用セラレヘキモノナラサルヘカラサルトニ因リ余ハ  
假令產出物タリト雖モ嚴正ナル意味ニ於テ犯罪ソレ自身ヲ組成シタル偽造變造ノ通  
貨文書圖畫印章又ハ阿片煙等ハ前掲ノ所謂犯罪ヲ組成スル物ノ中ニ屬スヘキモノニ  
シテ茲ニ所謂犯罪ヨリ生シタル物トハ犯罪ヲ組成スルモノニ非スシテ之ヨリ產出シ  
タルモノ即チ產出カ犯罪ニ非ス犯罪ヲ犯スニ因リテ生シタル犯罪以外ノ物例ハ免許  
ヲ受ケスシテ醫藥ヲ爲スニ因リ生シタル診斷料若クハ藥價又ハ密賣淫ヲ爲スニ因リ  
テ生シタル代金又ハ賭博ヲ爲スニ因リテ勝チ得タル財物等ヲ云フモノトス

(二) 犯人カ犯罪行爲ヨリ生シ又ハ之ニ因リ得タル物ヲ他物ト混和シ又ハ其上ニ重要  
ナル工作ヲ施シタルカ爲メ犯罪行爲ヨリ生シ又ハ之ニ因リ得タル物ト他ノ物ト力讓  
別スルコトヲ得サルニ至ルカ若クハ犯罪行爲ヨリ生シ又ハ之ニ因リテ得タル物カ從  
物トナリタルカ如キ場合ニ於テハ如何ニ處分スヘキカ余ハ物ノ滅失ト同一ニ認ムヘ  
キモノナルカ故ニ沒收スルコトヲ得サルモノト信ス

(三) 犯人以外ノ者ニ屬セサルモノトハ如何ナルコトヲ意味スルヤ換言スレハ他人ノ  
所有ニ屬セサルコトヲ要スルノ義ナルカ將タ所有權ハ勿論如何ナル物權ノ目的トモ  
ナリ居ラサルコトヲ要スルノ義ナルカ論者或ハ假令犯人ノ所有物アリト雖モ他人  
カ其上ニ或何等カノ物權ヲ有スル場合ニ於テ之ヲ沒收スルトキハ故ナク他人ノ財產  
權ヲ害スルノ結果ヲ生スヘキカ故ニ後ノ意味ニ解スヘキモノナリトスルモノアリテ  
大審院モ亦此說ヲ是認セリト雖モ余ハ沒收ハ專ラ所有權ニ對スルモノナルト同時ニ  
若シ夫レ論者ノ說ニ依ランカ犯人ノ所有ニ屬スル物隨テ本來沒收シ得ヘキモノナル

ニモ拘ハラス偶マ他人カ其ノ上ニ何等カノ物權ヲ有スルカ爲メ犯人ハ爲メニ沒收ノ刑ヲ免カラルノ不合理ニ陥ルノミナラス沒收ハ犯人以外ノ者ニ對シテハ犯人ノ行爲ニ因ル物ノ滅失ト看做スヘキモノニシテ他人ハ自ラ犯人ニ對シテ求償權ヲ有スルカ故ニ余ハ前ノ意味ニ解シ犯人以外ノ者ニ於テ所有權ヲ有セサル限リハ假令如何ナル物ヲ有スルモ常ニ沒收スルコトヲ得ヘキモノナリト云ハント欲ス然レトモ犯人以外ノ者カ所有スル物タル以上ハ假令犯人ト共有スル物タリト雖モ犯人以外ノ者ニ屬スル物タルコトヲ失ハサルカ故ニ沒收ノ目的物タルヲ得サルモノトス(法學博士藤本勸三郎氏所謂沒收ノ目的物ニ就テ法學志林第一五卷第九號一七五頁以下要領)

【參照學說判例】

- 一 本書第一卷刑法三三四頁四〇頁
- 二 本條第三號ニ所謂「犯罪行爲ヨリ生シタル物」トハ其物ヲ生スルコトカ罪ノ構成要件タルカ又ハ物ヲ生スルコトカ罪ノ加重情狀タルモノヲ謂フ例ヘハ新刑法第一四八條第一項第一四九條第一項ニ違反シテ偽造又ハ變造シタル貨幣紙幣銀行券ハ通貨偽造ノ犯罪行爲ヨリ生シタル物ニシテ第一五四條第一五五條ニ違反シテ偽造又ハ變造シタル文書圖書ハ文書偽造ノ「犯罪行爲ヨリ生シタル物」ナリ如斯犯罪行爲ヨリ生シタル物ハ犯罪行爲ノ二著手後ニ生スルコトヲ要ス此點ニ於テ「犯罪ヲ組成シタル物」ト異ナル
- 所謂犯人以外ノ者ニ屬ストハ他人カ物ノ上ニ所有權ヲ有スルコトノミナ意味スルヤ又ハ汎ク何等カノ權利ヲ有スル場合ヲ意味スルヤ並ニ物カ他人ノ所有物タルコトハ明カナルモ其所有者ノ何人ナルヤ不明ナル場合ハ犯人以外ノ者ニ屬セザルトキト云フコトヲ得ルヤ否ヤ稍ヤ明瞭ヲ缺クト雖モ沒收ハ刑罰ノ一種ニシテ犯人ノ一身ニ止マルトノ原則ニヨリ推究スルトキハ苟モ物カ他人ノ物權ノ目的物タル以上ハ之ヲ沒收スルコトヲ得スト至當ナリトス(小嶋學士新刑法論七五頁以下)
- 三 犯罪行爲ヨリ生シタル物トハ偽造變造其他物ヲ製作スル行爲カ犯罪タル場合ニ於ケル物體ナリ犯罪行爲ヲ組成シタル物ノ一種ナリトスルコトヲ得サルニ非サルモ法律カ別ニ之ヲ規定シタル以上ハ犯人カ物ノ製作ニ因リ處罰セラルル場合ニハ之ヲ犯罪行爲ヨリ生シタルモノトシテ沒收シ犯人カ所持罪收得罪行使罪輸入罪等ニ因リ處罰セラルル場合ニハ犯罪行爲ヲ組成シタル物トシテ之ヲ沒收スルヲ相當ナリトス(泉二學士日本刑法論四七一頁)

四 犯罪行爲ヨリ生シタル物トハ偽造變造ノ文書ノ如キ是ナリ  
沒收ハ其物カ犯人以外ノ者ニ屬セザルトキニ限リ即チ他人カ其物ノ上ニ權利ヲ有スルトキハ之ヲ沒收スルコトヲ得ス但必スシモ犯人カ其物ノ上ニ處分權ヲ有スルコトヲ必要トセザルカ故ニ例ヘハ物體カ所有主ナキトキハ之ヲ沒收スルコトヲ得可シ(收野學士刑法通義六三三頁以下)

五 偽造文書ハ刑法第一九條第三號ニ所謂犯罪行爲ヨリ生シタル物ナリトス從テ偽造文書ヲ沒收スルニ當リ同條ヲ適用シタル以上ハ特ニ其何號ニ該當スルヤナ明記セザルモ不法ニ非ス(大審院刑事判決錄四二年七六三頁)

六 犯罪供用ノ物件ト雖モ物件ニ對シ犯人以外ニ所有者クハ占有ノ權利ヲ有スル者アルトキハ之ヲ沒收スルコトヲ得ス(大審院刑事判決錄三二年九卷一五頁)

七 刑法第四四條ニ所謂所有主中ニハ眞ノ所有權ヲ有スル者ハ勿論荷モ物上ニ權利ヲ有スル者ハ盡ク之ヲ包含スルモノトス(大審院刑事判決錄三六年一一八七號)

(一)ニ關シテハ理論上疑義固ヨリ存スルモ吾人ハ引用學說ノ二ヲ採ル者ナルコト嘗テ述ヘタリ(二)至當ノ見解ト信ス(三)ニ關シテハ大審院判例並ニ我カ國多數學者ノ反對セラルルトコロナリト雖モ吾人ハ本論ノ見解ヲ以テ妥當ト信ス是レ前ニ吾人カ本書第一卷刑法三八頁ニ於テ論述シタルトコロナリ蓋シ反對說ノ如ク之ヲ廣ク解シ苟クモ他人ノ權利ヲ害スカ如キ場合ハ以テ沒收スルヲ得ストセンカ其物ニ付キ未登記ノ賃借權存スル場合モ亦同一ニ解スルノ外ナキニ至ルヘシ何トナレハ單ニ之ヲ物權ニ限ルノ根據一モ法文ニ存セザルヲ以テナリ尙ホ詳細ハ本書第一卷刑法第三三頁以下ニ就テ參照セラレタシ

(一〇一)

二四八

人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

訊問調書  
= 所謂供  
述者ノ署  
名ノ意義

詐欺罪ノ  
成立要件

(一) 訊問調書ノ供述者ノ署名ハ供述者ノ何人ナルヤヲ認メ得ヘキ程度ニ於テ氏名ノ表示アルヲ以テ足ルモノトス

(二) 詐欺罪ノ成立ニハ犯人カ相手方ヲ欺罔シテ財物ヲ交付セシメ若クハ財産上不法ノ利益ヲ取得スルヲ以テ足り相手方ヲシテ現實ニ財産上ノ損害ヲ受ケシムルコトヲ要スルモノニアラス

(一) 所論豫審調書ノ末尾ニ「サトハナ」トアルハ右調書カ參考人佐藤(ハナ)ニ對スル訊問調書ナルニ徴シテ「サトウハナ」ノ謂ニシテ佐藤(ハナ)ノ署名ナルコトヲ認ムルニ難カラズ蓋シ刑事訴訟法ニ於テ訊問調書ノ末尾ニ供述者ノ署名ヲ要スルハ調書ノ記載カ供述ト齟齬セサルコトヲ確保スルノ趣旨ニ外ナラサレハ右ノ如ク供述者ノ何人ナルヤヲ認メ得ヘキ程度ニ於テ氏名ヲ表示アル以上ハ署名トシテ有效ナリト謂ハサルヘカラス

(二) 詐欺罪ノ成立ニハ犯人カ相手方ヲ欺罔シテ財物ヲ交付セシメ若クハ財産上不法ノ利益ヲ取得スルコトヲ必要トスルモ之ニ因リテ相手方ヲシテ現實ニ財産上ノ損害ヲ受ケシムルコトハ其成立要件ニ非ス相手方若クハ他ノ利害關係者ノ孰レカニ於テ其損害ヲ負擔スル者アルヲ以テ足ル故ニ本件ニ於テ被告ノ欺詐行為ノ相手方タル抵當

前項ノ方法ヲ以テ財産上不法ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ  
刑訴九五 裁判所書記ハ訊問及供述ヲ録取シ被告人ニ之ヲ讀聞カス可シ  
豫審判事ハ被告人ニ其供述ノ相違ナキヤ否ヲ問ヒ署名捺印セシム可シ若シ署名捺印スルコト能ハサルトキハ其者ヲ附記ス可シ

債權者又ハ所有權取得者カ所論ノ如ク善意ノ第三者トシテ法律ノ保護ニ因リ現實ニ財産上ノ損害ヲ受ケルコトナシト雖モ原判示ノ如ク被告ノ詐欺行為ニ因リテ抵當債權者又ハ所有權取得者ヲシテ貸金又ハ代金ノ名義ヲ以テ金圓ヲ交付スルニ至ラシメ而カモ真正ナル不動産ノ所有者ニ於テ抵當權ノ設定ニ因リテ所有權ヲ行使ヲ制限セラレ又ハ賣渡ニ因リテ所有者ヲ喪失スルニ至リタル以上ハ被告ノ行為ハ當然詐欺罪ヲ構成ス(大審院大正二年(レ)第一五九二號同年一〇月二八日刑一判決)

詐欺罪ニ關シテハ吾人本書第二卷刑法一八二頁ニ於テ論定セリ就テ參照セラレタシ

(一〇三)

一五九 行使ノ目的ヲ以テ他人ノ印章若クハ署名ヲ使用シテ權利義務又ハ事實證明ニ關スル文書若クハ圖畫ヲ偽造シ又ハ偽造シタル他人ノ印章若クハ署名ヲ使用シテ權利義務又ハ事實證明ニ關スル文書若クハ圖畫ヲ偽造シタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス

他人ノ印章ヲ捺捺シ若クハ他人ノ署名シタル權利義務又ハ事實證明ニ關スル文書若クハ圖畫ヲ偽造シタル者亦同シ前二項ノ外權利義務又ハ事實證明ニ關スル文書若クハ圖畫ヲ偽造又ハ變造シタル者ハ一年以下ノ懲役又ハ百圓以下ノ罰金ニ處ス

一六七 行使ノ目的ヲ以テ他人ノ印章若クハ署名ヲ偽造シタル者ハ三年以下ノ懲役ニ處ス

他人ノ印章若クハ署名ヲ不正ニ使用シ又ハ偽造シタル印章若クハ署名ヲ使用シタル者亦同シ

印鑑證明ヲ受ケル爲メ紙片ニ他人ノ氏名ヲ冒書シ上部ニ其者ノ實印ヲ盜捺シタル者ハ刑法第一五九條第一項ヲ以テ處斷スヘキモノトス

上告趣意書原審ニ於テ認メラレタル事實ハ上告人直調カ小松虎次ト共謀シテ白杵唯

次郎ノ實印ヲ利用シテ赤野村役場ニ呈示シテ虚偽ノ公正證書ヲ作成セシメタリト云フニ在リテ先ツ其印鑑證明ヲ受クル爲メ「檀」ニ一小紙片ニ唯次郎ノ氏名ヲ冒書シ其上部ニ唯次郎ノ實印ヲ捺捺シタル所爲ヲ印鑑ノ偽造ト認メ刑法一五九條一項ニ該當スル犯罪ナリトシ之ニ基キ被告ヲ懲役四月ニ處スト言渡サレタルモノナレトモ是レ果シテ法律ノ適用正シキヲ得タリヤ思フニ刑法一五九條ノ犯罪ノ物體ハ權利義務ノ所在ヲ明ニシ又ハ事實ヲ證明スルモノタルヲ要ス然ルニ原審認定ノ事實ニ從ヘハ被告ノ作爲シタル所ハ唯一小紙片ニ唯次郎ノ氏名ヲ記シ實印ヲ捺捺シタルノミニシテ其物自體ハ毫モ事實ヲ證明スルコトナク又權利義務ニ何等ノ關係ナク之ヲ村役場ニ呈示シ役場力之ヲ證明書ニ貼付スルニ依リ始メテ印鑑證明ノ用ヲ爲スヘキモ其印鑑證明書ハ即チ村役場ノ作成スル所ニシテ被告ノ作成ニアラス故ニ唯印鑑ヲ作り之ヲ村役場ニ呈示シタル所爲ハ時トシテ刑法一六七條二項ノ罪(他人ノ印章ヲ不正ニ使用シタル罪)ヲ構成スルコトアルモ印鑑證明書ノ偽造又ハ權利義務ニ關スル文書ノ偽造トシテ刑法一五九條ヲ適用スヘカラサルハ素ヨリ論ヲ俟タス又第一審判決ノ如ク之ヲ以テ署名偽造ト爲スハ甚シキ誤謬ニシテ署名ト記名トハ劃然區別アリ一小紙片ニ唯次郎ノ氏名ヲ記シタルハ單ニ押捺セル印影力唯次郎ノモノタルヲ表示スルニ止マリ唯次郎ノ自署トシテ效用ヲ爲サシメタルニアラサレハ刑法一六七條一項ニ所謂署名ノ偽造ニアラサルヤ勿論ナリト云フニ在レトモ所謂印鑑ナルモノハ夫レ自身ニ於テ右印鑑ノ記名者ノ印影ナルコトヲ證明スルモノナルヲ以テ原審ニ於テ判示右被告ノ所爲ニ對シ刑法一五九條一項ヲ適用處分シタリシハ相當ナリ(大審院大正元年(レ)二三

二二號二年一月二一日刑一判決)

(一〇三)

二四六 人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス  
前項ノ方法ヲ以テ財産上不法ノ利益ヲ得又ハ證人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ

通常人ノ鑑識ヲ以テハ容易ニ觀破スルヲ得サル程度ノ技巧ヲ施セル偽物ノ指環ヲ金製トシテ實見セシメ之ヲ質物トシテ金員ヲ支付セシムルカ如キハ詐欺罪ナリトス

質屋ノ如キ業務上相當ノ鑑識ヲ有スル者ハ必スシモ相手方ノ言ニ信賴スルモノニ非ヌ自己ノ判斷ニ訴ヘ取引ヲ爲スハ通例ナリト雖モ若モ通常人ノ鑑識ヲ以テシテハ容易ニ觀破シ能ハサル程度ニ於テ技巧ヲ施シアル偽物ノ指環ヲ金製トシテ實見セシムルカ如キ詐欺ノ方法ヲ質屋ニ對シテ用キ其鑑識ヲ誤ラシメ無價値ノ質物ヲ價値アルモノノ如ク判斷セシメ因テ之ヲ質物トシテ金員ヲ交付セシムルニ於テハ詐欺罪ノ成立スルヲ論テ俟タス(大審院大正元年(レ)二三九五號二年二月三日刑二判決)

(一〇四)

九 死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留及ヒ科料ヲ主刑トシ沒收ヲ附加刑トス  
一〇 主刑ノ輕重ハ前條記載ノ順序ニ依ル但無期禁錮ト有期懲役トハ禁錮ヲ以テ重キシテ有期禁錮ノ長期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  
同種ノ刑ハ長期ノ長キモノ又ハ多額ノ多キモノヲ以テ重シトシ長期又ハ多額ノ同シキモノハ其短期ノ長キモノ又ハ寡額ノ多キモノヲ以テ重シトス

未遂罪ト  
刑ノ比較

刑法第五四條後段ニ依リ手段又ハ結果タル各行爲ニ付キ刑ノ輕重ヲ比較スルニ當リ一ノ行爲ニシテ未遂罪タルモノアルトキハ未遂ニ由ル減輕ヲ爲ササルモノヲ以テ比較ノ標準ト爲スヘキモノトス

原判決ニ判示スル文書偽造其行使及詐欺未遂ノ罪ニ付キ手段結果ノ關係アリトシテ刑法五四條十條ノ適用ニ當リ各其刑ヲ對照スルトキハ文書偽造並ニ其行使ハ各懲役刑ニシテ五年ヲ以テ長期トシテ詐欺未遂モ亦懲役刑ニシテ十年ヲ以テ長期トスルモノト云ハサルヘカラス蓋シ交互ニ手段又ハ結果タル各行爲カ處罰土懲役刑ニ該當シ刑法五四條第一項後段第十條ニ依リ手段又ハ結果タル各行爲ニ付キ刑ノ輕重ヲ比較スルニ當リ一ノ行爲ニシテ未遂罪タルモノアルニ於テハ未遂ニ由ル減輕ヲ爲ササルモノヲ以テ比較ノ標準ト爲スナ要ス何トナレハ未遂罪ニ付テハ刑法四三條ニ依リ減輕ヲ爲スト否トハ裁判所ノ自由裁判ニ屬スルヲ以テ其減輕ヲ爲ササルモノヲ以テ未遂罪ニ對スル刑ノ長期トスヘキカ故ナリ從テ當該被告事件ニ付キ如上ノ比較ヲ遂ケタル後科刑上ニ於テ現實未遂ニ因ル減輕ヲ爲スカ如キハ同法五四條一項後段第十條ノ適用上未遂ニ因ル減輕ヲ爲ササルモノヲ以テ標準ト爲スコトト並ヒ容レ相妨ケサルモノト云ハサルヘカラス(大審院元年(レ)二二三五號二年二月三日刑二判決)

二罰以上ノ死刑又ハ長期若クハ多額及ヒ短期若クハ寡額ノ同シキ同種ノ刑ハ犯情ニ依リ其輕重ヲ定ム  
四三 犯罪ノ實行ニ著手シテ之ヲ遂ケサル者ハ其刑ヲ減輕スルコトヲ得但自己ノ意思ニ因リ之ヲ止メタルトキハ其刑ヲ減輕又ハ免除ス  
五四 一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸レ又ハ犯罪ノ手段若クハ結果タル所爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ルトキハ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス(二項畧)

遺産分配  
方願者ノ  
依リテ受  
ケタル金  
カ其一部  
ノ費用消  
シタル場  
合

遺産分配方請求ノ依頼ヲ受ケタル者其請求ヲ爲シタル結果一定ノ金員ヲ受領シタルニ拘ハラズ其一部ヲ分配金額ナリト僞リテ之ヲ引渡シ他ハ横領費消シタリト云フモ違ハ單ニ横領罪ヲ構成スルノミニシテ同時ニ背信罪ヲ構成スルモノニアラス

二四七 他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ其任務ニ背キタル行爲ヲ爲シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキハ五年以下ノ懲役又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス  
二五二 自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス  
自己ノ物ト雖モ公務所ヨリ保管ヲ命セラレタル場合ニ於テ之ヲ横領シタル者亦同シ

原判決ニ依レハ被告ハ原田ツチエナル者ヨリ其實弟湯淺馬太郎ノ遺産分配方請求ノ依頼ヲ受ケ馬太郎遺妻コトエ及其弟千且藤吉ニ對シ交渉ノ結果コトエヨリ金一〇〇圓ヲ右ツチエニ分與スルコトノ承諾ヲ得タルニ拘ハラズ被告ハ其事實ヲ秘シツチエニ對シテハ單ニ金七〇圓ヲ分與ノ承諾ヲ得タル如ク申僞ハリ置其後數回ニ金一〇〇圓ヲコトエヨリ受取り乍ラツチエニ對シテハ金七〇圓ヲ受取りタリト稱シ判示ノ如ク借用金並手數料等ヲ控除シタル上單ニ金四〇圓ヲ同人ニ交付シ殘金三〇圓ヲ横領費消シタリト云フニ在レハ被告ハ「ツチエ」ヲ爲メ現ニ金一〇〇圓ヲ受取り占有中縱ニ内金三〇圓ヲ自己ノ爲メ不正ニ處分シタルモノナレハ右被告ノ所爲カ横領罪ヲ構成スルコト勿論ナルト同時ニ背信罪ノ所爲ニ該當セサルヤ亦論ナ俟タス而シテ其横領ノ手段タル判示詐欺ノ所爲カ金圓受領ノ前ニ在リタルト後ニ在リタルトハ本案犯罪

ノ成立上何等ノ影響アルモノニ非ス(大審院大正二年(九)第一七二九號同年一〇月二七日刑二判決)

【參照學說】

一 本書第一卷刑法一七頁第二卷刑法一五五頁

二 任務ニ背キタル行為トハ法律又ハ契約ニ背キタル任務又ハ事務管理トシテ適當ニ處理スヘキ任務アルヲ之レヲ盡ササル場合ナリ而シテ其行為ハ積極ニテモ消極ニテモ行ハル後見人ノ財産ノ時効ニカカルヲ捨テ置ク等ハ消極的ノ行為濫用スルコト等ハ積極的ノ行為ナリ處理スルコトハ法律又ハ契約ニテ定リタル範圍存スルカ故其範圍ヲ超越シ又ハ其行為ヲ盡ササルコトヲ悉ク含メリ(勝本博士刑法各論京大四五年度講義筆記二〇一頁)

三 他人ノ事務ヲ處理スル者ハ其事務ノ本旨ニ從ヒ適當ニ之ヲ處理スヘキ任務ヲ有ス然ルニ不當ニ之ヲ處理シ又ハ適當ニ之ヲ處理セザルトキハ任務ニ背キタル所爲アルモノト謂フヘシ任務ニ背キタル所爲ニ積極的ナルモノアリ(行為)又消極的ナルモノアリ(不行爲)例ヘハ會社ノ重役カ會社ニ不利益ナル契約ヲ爲シ會社ニ損害ヲ加フルカ如キ又物件ノ賣却ヲ託セラレタル者カ不當ノ廉價ヲ以テ之ヲ賣却スルカ如キ場合ハ積極的ノ背任行為トシテ後見人カ被後見人ノ權權ヲ保全セシメ時効ヲ完成セシメタルカ如キ又物件ノ保管ヲ託セラレタル者カ保存ニ必要ナル處置ヲ爲サシテ之ヲ腐朽セシメタルカ如キ場合ハ消極的ノ背任所爲ナリ

背任罪ヲ構成スヘキ背任行為ハ種種ナル手段ニ依ルチ得而シテ帳簿ニ虛偽ノ記入ヲ爲シ又ハ本人ニ對シ虛偽ノ報告ヲ爲ス等ノ手段ニ依リ犯サルルヲ常トスルモ斯ノ如キ手段ノ存在ハ必スシモ背任罪ノ成立ニ關係ナシ茲ニ疑問トスヘキハ第一業務上保管スル他人ノ物ヲ横領スル行為ハ背任罪ナリ又業務上ノ横領罪トシテ之ヲ背任罪業務上ノ横領罪ノ各法條及第五四條一項前段ニ依リ業務上ノ横領罪(二五三)ヲ以テ處斷ス(大審院刑法各論上卷七三六頁)

四 任務トハ自己ノ權限内ニ於ケル事務ノ性質本旨ニ從ヒ適當ニ之ヲ處理スヘキ義務ヲ謂フ從テ如何ナル行為カ任務ニ背キタルモノナルカハ各場合ニ付テ具體的ニ之ヲ判斷セザルヘカラス但其行為ハ積極的ノ行為タルヲ要セス例ヘハ財産管理人カ本人ノ債權ヲ保全セシメ時効ニ罹ラシムルカ如キ又ハ鐵道保員カ所謂乘逃ヲ放任シテ貨車ヲ微收セザルカ如キ是レナリ又自己ノ占有スル物ニ付テモ背任行為ヲ存スルコトヲ得ヘシ例ヘハ其物ノ保全手段ヲ盡サシテ朽廢セシムルカ如キ是レナリ(泉二學士日本刑法論九二二頁)

五 犯人ハ他人ノ爲メニ其事務ヲ處理スルモノナラサル可カラズ委任ニ因ルト事務管理ニ因ルト又法定上ノ原因ニ因ルトヲ區別スルコトナシ又私法上ノ關係ニ由來スルト公法上ノ關係ニ由來スルトヲ論スルコトナシ而シテ又必スシモ他人ノ爲メニ法律行為ヲ爲スノ場合ニ限ラス又必スシモ財産上ノ事務ヲ處理スル場合ニ限ラサルナリ

任務ニ背キタル行為ヲ爲スコトヲ要ス

任務ニ背キタルハ法律上要求セララルノ注意ヲ缺クナ謂フ固ヨリ作爲ト不作爲トヲ區別セス而シテ法律上要求セララルノ注意ノ程度ヲ或ハ善良ノ管理者タル注意ナルコトアリ或ハ自己ノ物ニ對スル注意ト同一ノ注意ヲ以テ足ルコトアリ各其場合ニ從ヒ法律上ノ規定ニ依テ定マル所トス(牧野學士刑法通義三九五頁)

【參照判例】

一 銀行支配人カ自己ノ利益ヲ圖ルノ目的ヲ以テ彙キニ其銀行ニ對スル債務ノ擔保トシテ差入レ且射ラ保管スル自己所有ノ物件ヲ擅ニ取出シテ賣却シ其代金ヲ銀行ニ辨濟セザル所爲ハ刑法二四七條ニ該當ス而シテ其物件カ若シ他人ノ所有ニ屬スルトキハ被告ノ行為ハ一箇ニシテ背任罪及ヒ横領罪ノ二罪名ニ觸ルルモノトス(大審院四三年刑事判決錄二一三五頁)

二 刑法第二四七條ハ他人ノ事務ヲ處理スル者カ自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル場合ヲ除キ其他ノ方法ヲ以テ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタル總數ノ場合ニ之ヲ適用スヘキモノトス(大審院四三年刑事判決錄二一四頁)

三 自己ノ占有スル他人ノ財物ヲ横領スルニ付テ欺罔手段ヲ用キタル場合ニ於テ犯人カ財産上不法ノ利益ヲ得タリトスルモ是レ横領罪當然ノ結果ニ外ナラサレハ別ニ詐欺罪ヲ構成スヘキモノニ非ス(大審院四三年刑事判決錄一七五頁)

本件ハ詐欺罪背信罪横領罪ノ三罪ナリヤ將二罪ナリヤ一罪ナリヤ又之ヲ數罪ナリトセハ併合罪ナルカ將刑法第五四條ヲ適用スヘキモノナルカハ學說ノ岐ルルトコロナルヘシト雖モ吾人ハ之ヲ横領罪ノ一罪ナリトナス本判決ノ見解ヲ以テ至當ナリト信ス蓋シ事案ノ場合ハ被告ノ欺罔行為ハ之ヲ認メ得ルモ被欺罔者ノ處分行爲ナク又刑法第二四七條ハ其事務ノ處理ニ因リ自己ノ占有スル物ヲ横領シタル場合ヲ除外スト解スルノ正當ナルヲ信スレハナリ第一ノ場合被告ハ百圓ノ遺産分配金ヲ受領シタルニ拘ハラズ單ニ七十圓ナリト偽リ差額三十圓ヲ費消シタルモノナルヲ以テ其依頼者ヲ欺罔シタルモノナルハ明カナルモ其被告ノ得タル三十圓ハ被欺罔者ノ處分行爲ニ因ルモノニ非ラサルヘク第二ノ場合刑法第

二四七條ハ他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者其任務ニ背キ云ト規定スルヲ以テ其遺産分配金ヲ受取り之ヲ依頼者ニ引渡スヘキ任務ヲ有スル被告カ其一部ヲ費消シタルハ正ニ其任務ニ背キタルモノナリト謂フヲ得ンモ第二五二條以下ニ於テ自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル場合ヲ規定シ而カモ其物ノ占有カ業務上之ヲ爲ス場合ナルトキハ刑ヲ重クシタルニ見ルモ是レ法カスカル場合ヲ特別ニ規定シタルモノト解スルノ妥當ナルヘキヲ以テ刑法第二四七條ハ事務ノ處理ニ因リ自己ノ占有シタル物ヲ横領シタル場合ヲ除外シ其以外ニ於テ所謂任務ニ背キタル行爲ヲ處罰シタルモノナリト解ス故ニ事案ノ場合モ亦横領罪ノ一罪ヲ以テ問擬スヘキヲ至當ナリト信ス

(一〇六)

五四 一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸レ又ハ犯罪ノ手段若クハ結果タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ルルトキハ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス  
第四九條第二項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ適用ス  
二三三 虛偽ノ風説ヲ流布シ又ハ偽計ヲ用ヒ人ノ信用ヲ毀損シ若クハ其業務ヲ妨害シタル者ハ三年以下ノ懲役又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス  
二四九 人ヲ喝恐シテ財物ヲ交付セシメタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス  
前項ノ方法ヲ以テ財産上不法ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ

恐喝罪ヲ遂行センカ爲メ他人ノ營業ヲ妨害スヘキ虚偽ノ事項ヲ新聞紙上ニ掲載シタル行爲ハ刑法第五四條第一項後段ニ所謂犯罪ノ手段タル行爲ニシテ他ノ罪

恐喝罪ノ爲メ他人ノ營業ヲ妨害スヘキ虚偽ノ事項ヲ新聞紙上ニ掲載シタル行爲ハ刑法第五四條第一項後段ニ所謂犯罪ノ手段タル行爲ニシテ他ノ罪

贓物ノ故買  
要件ノ成立  
227 (刑法)

名ニ觸ルルモノナリトス

原判決ノ第二及第三事實ノ要旨ハ被告ハ恐喝罪ヲ遂行センカ爲メ他人ノ營業ヲ妨害スヘキ虚偽ノ事項ヲ新聞紙上ニ掲載シ若シ出金セサルニ於テハ引續キ其記事ヲ掲載スヘキ態度ヲ示シ他人ヲ長怖セシメテ以テ金員ヲ交付セシメタリト謂フニ在レハ右營業妨害ノ行爲ハ恐喝罪ノ具體的構成事實ナリト雖モ金員ノ交付ヲ爲サシムル爲メニ施シタル手段ニ外ナラサレハ刑法第五四條第一項後段ニ所謂犯罪ノ手段タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ルルモノナリトス故ニ該條項後段ヲ適用シタル原判決ハ正當ニシテ論旨ハ理由ナシ(大審院大正二年(レ)第一五〇八號同年十一月五日刑三判決)

【參照學說判例】

- 一 本書第一卷刑法九七頁一一二頁一二五頁一三四頁一三二頁第二卷刑法二二頁
- 二 本書第一卷刑法二九頁八四頁八五頁一九五頁一九八頁二一六頁

(一〇七)

二五六 贓物ヲ收受シタル者ハ三年以下ノ懲役ニ處ス  
贓物ノ運搬、寄藏、故買又ハ牙保ヲ爲シタル者ハ十年以下ノ懲役及ヒ千圓以下ノ罰金ニ處ス  
贓物タル情ヲ知り之ヲ故買シタル以上ハ刑法第二五二條第二項ノ罪ヲ構成スルモノニシテ其贓物ヲ賣却シタル者カ起訴若クハ處罰セラレタルト否トハ其成立ニ關係ナキモノトス

上告趣意書第二點(前略)裁判所カ本件故買犯ノ成立要件タル犯罪ノ物體カ贓品タルコトヲ斷スルカ爲ニハ標虎次ノ行爲カ刑罰法上不法行爲ナルコトヲ宣言スルコトヲ必

要トスルモノナリ然ルニ檢事ハ先行不法行為タル標虎次ノ竊盜行為ニ對シテハ不起  
訴處分ヲ爲シタルカ爲原審裁判所ニ於テハ之カ審理判決ヲ爲スヲ得サリシナリ從テ  
法律ノ眼ヨリ之ヲ見レハ本件故買罪ノ先行不法行為タル標虎次ノ竊盜犯罪ナルモノ  
ナク從テ又犯罪ニ由リテ取得セラレタル物件ナルモノナキナリ既ニ本件故買罪ニシ  
テ之レカ先行不法行為タル竊盜ナキモノトセハ之レカ存在ヲ前提トスル故買罪ノ存  
立スヘキ理由アルコトナシ原審判決カ此理由ヲ無視シテ本件故買罪ノ成立ヲ認メタ  
ルハ擬律ノ上ニ錯誤アルモノト云ハサルヘカラスト云フニ在レトモ荷モ被告ニ於テ  
贓物タル情ヲ知り之ヲ故買シタル以上ハ刑法第二五六條第二項ノ罪ヲ構成スヘク其  
贓物ヲ賣却シタル者即上告論旨ニ所謂先行不法行為者カ起訴若クハ處罰セラレタル  
ト否トハ本罪ノ成立ニ何等ノ影響ヲ來ス可キモノニ非ス(大審院大正二年(レ)第一七六  
七號同年一〇月三〇日刑二判決)

吾人ハ本判決ニ反對ス詳細ハ本書第二卷刑法四四頁一一九頁ニ就テ參照セラレ  
タシ

(一〇八)

二四六 人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス  
前項ノ方法ヲ以テ財産上不法ノ利益ヲ得又ハ他人ヲ欺罔シテ之ヲ得セシメタル者亦同シ

手形ヲ作成シ他人ノ裏書ヲ偽造シ恰モ同人カ真正ニ裏書ヲ爲シタルモノノ如ク  
裝ヒ該手形ヲ交付シテ借用名義ノ下ニ金員ヲ騙取シタル者其辨濟期ニ至リ再ヒ  
前同様ナル手形ヲ交付シ以テ辨濟猶豫ヲ受クルモ其再度ノ行為ハ獨立シテ詐欺

罪ヲ構成スルモノニ非ス

原審ノ判示シタル事實ニ依レハ被告ハ金五〇〇圓ノ約束手形一通ヲ作成シ石井治郎  
吉ノ裏書ヲ偽造シ恰モ同人カ真正ニ裏書ヲ爲シタルモノノ如ク裝ヒ該手形ヲ辰口彦  
市郎ニ交付シ貸借名義ノ下ニ同人ヲシテ金五〇〇圓ヲ交付セシメ之ヲ騙取シタル行  
爲ニ付キ詐欺罪ヲ以テ問擬シタルノ外尙ホ之カ辨濟期ニ至リ前同様ナル手形ヲ作成  
シ次郎吉ノ裏書ヲ偽造シ之ヲ彦市郎ニ交付シ辨濟猶豫ヲ受ケタル兩度ノ行為ニ對シ  
財産上不法ノ利益ヲ得タルモノナリト爲シ更ニ之ニ付キ詐欺罪ヲ以テ問擬シタルト  
モ既ニ金五〇〇圓ノ騙取ノ行為ヲ以テ詐欺罪ナリト爲シタル以上ハ其後右騙取金ニ  
付キ支拂猶豫ヲ受ケタル行為アルモ新ニ財産上ノ法益ヲ害スルモノアルコトナケレ  
ハ右行爲ヲ以テ獨立ナル詐欺罪ニ問擬スヘキモノニ非ス然ルニ原審カ騙取金ニ付キ  
支拂猶豫ヲ受ケタル行為ヲ以テ詐欺罪ナリト爲シタルハ失當ナリ(大審院大正二年(レ)  
第一六七七號同年一〇月三〇日刑二判決)

【參照學說判例】

本書第一卷刑法五二頁一二九頁一三八頁二〇五頁第二卷刑法一〇一頁一〇八頁一一〇頁

(一〇九)

二四六 人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス  
前項ノ方法ヲ以テ財産上不法ノ利益ヲ得又ハ他人ヲ欺罔シテ之ヲ得セシメタル者亦同シ

請負人カ其請負タル工事ヲ第三者ニ下請負ヲ爲サシメ其報酬トテシ請負代金ノ

詐欺ニ依  
リテ取  
得タル  
金員  
至リ期  
手形  
辨濟  
猶豫  
ヲ受ケ  
タル  
ノ事  
ニ對シ



請求及ビ受領ニ關スル委任狀ヲ交付シタルニ拘ハラズ其第三者トノ契約ヲ無視  
シ自ラ其請負金ヲ受領スルモ其行爲ハ詐欺罪ヲ構成スルモノニアラス

原判決ノ認定シタル事實ニ依レハ被告勇作ハ北海道鐵道管理局ヨリ代金二六九三圓  
ニテ請負ヒタル深川停車場構内復舊工事ヲ更ニ代金二五三〇圓トシテ空知郡瀧川町  
小野與太郎ニ下請負ヲ爲サシメ同人ハ自費ヲ以テ該工事ヲ完成スヘク從テ被告勇作  
ハ管理局ニ對スル右請負代金ノ請求及ビ受領ヲ同人ニ委任シ自己ニ於テ其請求ヲ爲  
ササルニ依リ大正元年一〇月中該約旨ニ基キ同人チシテ請負代金ノ一部ヲ前示管理  
局旭川保線事務所ヨリ受取ラシメ其殘額ノ請求及受領ニ關スル委任狀ヲ同人ニ交付  
シ置キナカラ被告兩名ハ共謀シテ同二年一月四日同事務所ニ對シ被告勇作名義ヲ以  
テ改印届請負代金請求書ヲ差出シ以テ恰モ與太郎ニ委任ヲ爲ササルカ如ク欺罔シ同  
月九日同所ニ於テ請負代金殘額一〇三九圓八九錢ヲ受領シ之ヲ騙取シタリト云フニ  
在リ然レトモ右事實ニ依レハ被告勇作カ鐵道管理局旭川保線事務所ニ請負代金ノ請  
求書ヲ提出シタル行爲ハ當然ノ權利者(請負人)ヨリ當然ノ債務者(注文者)ニ對シ債務  
履行ヲ請求シタル行爲ニシテ兩者ノ間ニ欺罔ノ行爲アリト認ムヘキモノナケレハ請  
負代金請求書提出ノ行爲ハ之ヲ刑法第二四六條ノ所謂欺罔ト爲ス能ハス又被告勇作  
カ同事務所ヨリ請負代金ヲ受領シタル行爲ハ當然ノ權利者(請負人)カ當然ノ債務者(注  
文者)ヨリ債務ノ履行ヲ受ケタル行爲ニ外ナラサレハ之ヲ同條ノ所謂騙取ト爲ス能ハ  
ス尤モ被告カ同事務所ヨリ請負代金ノ辨濟ヲ受ケタル行爲ニ依リ第三者(本作)ニ於テ  
ハ小野與太郎)カ損害ヲ受クルノ結果ヲ生スルコト勿論ナレトモ右ハ民法上ノ義務違

反ニ外ナラスシテ犯罪ヲ構成スルモノニ非ス之ヲ要スルニ本件被告等ノ第二ノ行爲  
ハ罪ト爲ラス然ルニ原院カ之ヲ刑法第二四六條第一項ニ間擬シタルハ失當ニシテ本  
上告論旨ハ其理由アリ(大審院大正二年第一六〇六號同年一月六日刑二判決)

然リ請負契約ハ依頼者ト請負人トノ關ニシテ下請負人ト依頼者間ニハ報酬請  
求權ノ關係存スルモノニ非ス故ニ事案ノ場合請負人タル被告カ其仕事ヲ第三者  
ニ下請負ヲナサシメ其報酬トシテ自己ノ報酬請求權ノ委任狀ヲ交付シタルニ拘  
ハラス後日其契約ヲ無視シテ自ラ請負代金ヲ請求受領スルモ其行爲ハ詐欺罪ヲ  
構成スルモノニアラス蓋シ依頼者ニ對スル請負代金ノ請求ハ請負者タル被告ノ  
權利行爲ニ外ナラサレハナリ唯其結果下請負人ニ損害ヲ與フルコトアルモ這ハ  
依頼者ノ欺罔セラレタルニ因リテ生シタルニアラス又下請負人ヲ欺罔シ其處分  
行爲ニ因リテ生シタルニモアラス一ニ被告カ下請負人ニ對スル義務違反ニ因テ  
生タルモノナリ故ニ本判決ハ正當ナリ然レトモ反之被告ハ初ヨリ此目的ヲ以テ  
下請負人ヲ欺罔シテ下請負ヲ爲サシメタリトセハ之ヲ反對ニ論セサル可ラス

一〇

三八

罪ヲ犯ス意ナキ行爲ハ之ヲ罰セス但法律ニ特別ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス

刑法第三八條第一項但書ハ必スシモ明文ヲ以テ犯意ノ有無ニ拘ハラス處罰スル  
旨ヲ規定シタル場合ノミヲ謂フニアラス苟クモ法令ノ規定ニシテ其趣旨ヲ窺フ

ニ足ヲ包ハハルトキ言スルモノトス」  
飲食物用器取締規則ニ觸ルル行爲ハ犯意ナキ場合ト雖モ之ヲ處罰スルニアラサ  
レハ其目的ヲ達スルコトヲ得サルヲ以テ犯意ノ有無ハ之ヲ問ハサル法意ナリト  
ス」

刑法第三八條第一項但書ニ所謂特別ノ規定アル場合トハ必スシモ明文ヲ以テ犯意ノ  
有無ニ拘ハラヌ處罰スル旨ヲ規定シタル場合ノミナ謂フニアラス苟クモ法令ノ規定  
ニシテ其趣旨ヲ窺フニ足ル以上ハ特別ノ規定アル場合タルニ外ナラサルモノトス而  
シテ飲食物用器取締規則ヲ見ルニ前示ノ如キ明文ヲシト雖モ該規則ハ公衆衛生ニ對  
スル危害ヲ豫防スルノ目的ニ出テタルモノニシテ該規則ニ觸ルル行爲ハ犯意ナキ場  
合ト雖モ之ヲ處罰スルニアラサレハ其目的ヲ達スルコトヲ得サルヲ以テ犯意ノ有無  
ハ之ヲ問ハサル法意ナリト解釋セサルヘカラス即チ刑法第三八條第一項但書ニ所謂  
特別ノ規定アル場合ニ該當スルヲ以テ原審ノ説明ハ相當ナリ(大審院大正二年(れ)第一  
六二五號同年十一月五日刑三判決)

四五 確定裁判ヲ經サル數罪ヲ併合罪トス若シ或罪ニ付キ確定裁判アリタルトキハ止タ其罪ト其裁判確定前ニ犯シ  
タル罪トナ併合罪トス  
五五 連續シタル數個ノ行爲ニシテ同一ノ罪名ニ觸ルルトキハ一罪トシテ之ヲ處斷ス  
一〇八 火ヲ放テ現ニ人ノ住居ニ使用シ又ハ人ノ現在スル建築物、汽車、電車、鐵船若クハ鐵坑ヲ燒燬シタル者ハ  
死刑又ハ無期若クハ五年以上ノ懲役ニ處ス  
一〇九 火ヲ放テ現ニ人ノ住居ニ使用セヌ又ハ人ノ現在セサル建築物、鐵船若クハ鐵坑ヲ燒燬シタル者ハ二年以上

ノ有期懲役ニ處ス  
前項ノ物自己ノ所有ニ係ルトキハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處ス但公共ノ危險ヲ生セサルトキハ之ヲ罰セス  
**(一) 刑法第一〇八條ノ罪ト第一〇九條ノ罪トハ共ニ同一罪質ニ屬スル放火罪ナル  
ヲ以テ所謂連續犯ノ同一罪名ニ該當スルモノトス」**

**(二) 違背罪即決言渡力確定シタルトキハ確定判決ト同一ノ效力ヲ有スルヲ以テ其  
言渡ニ依リ確定シタル罪ト他ノ罪トノ間ニハ併合罪ノ關係ヲ生スルモノトス」**

(一) 上告趣意第二刑法第一〇八條及第一〇九條ハ罪種ヲ同フスルモ同一ノ罪名ニア  
ラサルコトハ法文自體ニ於テ敢テ多言ヲ要セス而シテ刑法第五五條ニ所謂連續犯ト  
シテ數個ノ行爲ヲ一罪トシテ處斷スル場合ハ同一ノ罪名ニ觸ルル場合ニ限ルヘキハ  
是亦法文自體ニ於テ明瞭ナリトス本件第二ノ犯罪ニ付テハ其一、二、六ノ行爲ト其三、四、  
五ノ行爲トハ全ク同一罪名ニアラサルコトハ原判文ノ法律ノ適條ニヨルモ疑ナク從  
テ此兩様ノ罪種ニ付テハ之ヲ通シテ一個ノ連續犯ト爲スノ不法タルハ勿論ナリトス  
然ルニ原判決ハ同一罪名ニ非ラサル數個ノ行爲ナルコトヲ認メナカラ尙且ツ累犯關  
係トシテ刑法第五五條ヲ適用シタルハ理由ニ齟齬アル不法ノ裁判ナリト云フニ在レ  
トモ刑法第一〇八條ノ罪ト第一〇九條ノ罪トハ共ニ同一罪質ニ屬スル放火罪ナレ  
ハ原審ニ於テ右兩罪ノ間ニ連續犯アリト認メタルハ不當ニ非ス  
(二) 上告趣意第三本件被告ハ大正二年一月四日五所川原警察署金子分署ニ於テ警察  
犯處罰令違反罪ニ依リ拘留一五日ノ即決處分ヲ受ケタルコト竝ニ右即決處分ヲ以テ  
刑法第四五條ニ所謂確定裁判トナシ右處分ト本件第一第二ノ犯罪ヲ以テ併合罪ノ規

定ニ依ルヘキモノト判示シタルハ原判文ニ於テ明瞭ナリトス抑モ警察犯處罰令ニ付各警察署ニ於テ爲ス即決處分ハ明治一八年第三一號布告違警罪即決例ノ適用ニ外ナラサルハ言テ俟タサルモ元來右布告ハ(一)憲法第五七條同第五九條同第二四條ノ精神ニ違背シ行政官廳ナシテ司法權ノ行使ヲ爲サシムルモノナルカ故ニ憲法施行ト共ニ當然法律上ノ效力ナキモノタルコト(二)右布告ハ舊刑法ノ違警罪規定ノ即決處分ヲ爲ス手續ニ外ナラサルカ故ニ明治四〇年一〇月一日舊刑法施行廢止ト共ニ當然法律上ノ效力ヲ失シタルモノニシテ右布告ヲ直ニ警察犯處罰令ニ適用スルコトハ法律上全ク何等ノ根據ナキコト等ニヨリ本件即決言渡ノ何等法律上ノ效力ナキモノナルコトノ當然タルヲ信ス加之假リニ右布告ノ效力尙ホ存スルモノトナシ又警察犯處罰令ヲ以テ之ニ擬スヘキモノト爲スモ右布告ニ基ク即決言渡ハ一種ノ行政處分ニシテ司法裁判ニ非サルコトハ同布告自體ニ於テ明瞭ナリ從ツテ併合罪ノ適用ヲ爲スニ當リ右布告ニ依ル警察官廳ノ即決處分ヲ以テ直チニ確定裁判ト同一視スルノ不法タルハ言テ俟タス然ルニ原判決ハ前掲ノ如ク右處分ヲ以テ確定裁判ナリト爲シ第一第二犯罪トノミ併合罪ノ規定ヲ適用シ第三ノ犯罪ヲ累犯關係トナシタルハ擬律錯誤、不法アルモノトスト云フニ在レトモ違警罪即決言渡カ確定シタルトキハ確定判決、同一ノ效力ヲ有スルヲ以テ右言渡ニ依リ確定シタル罪ト原審判示ノ第一、二ノ罪トノ間ニ併合罪ノ關係アリト認メタルハ失當ニ非ラス(大審院大正二年(れ)第一八九三號同年一月一〇日刑二判決)

【參照學說判例】

本書第一卷刑法一三頁四五頁八三頁一二四頁一八七頁第二卷刑法一三頁一五一頁

(一一一)

- 五五 連續シタル數個ノ行爲ニシテ同一ノ罪名ニ觸ルルトキハ一罪トシテ之ヲ處斷ス
- 六〇 二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタル者ハ皆正犯トス
- 二〇四 人ノ身體ヲ傷害シタル者ハ十年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金若クハ科料ニ處ス
- 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非スト雖モ共犯ノ例ニ依ル
- 刑事訴訟法二〇三 刑ノ言渡ヲ爲スニハ罪トナルヘキ事實及ヒ證據ニ依リテ之ヲ認メタル理由ヲ明示シ且法律ヲ適用シ其理由ヲ付ス可シ

原判決ニ被告ハ外二名ト共謀シテ某ヲ傷害シタル事實ヲ判示シアル以上ハ被告自ラ手ヲ下シタル事實ヲ確定シアラサルモ被告ノ傷害罪ヲ論スルニ付キ理由不備ノ違法アルモノニ非ス

數人共謀シテ數人ヲ毆打傷害シタルトキハ同一意思ノ發動ニ因リ共同シテ連續實行シタルモノトス

上告趣意書第一點原判決ハ事實理由トシテ被告ハ、藤吉等ヲ毆打シ、セント決意シ外二名ト共謀ノ上、外一名ハ先ツ林健太郎、ヲ毆打シ、同人ノ背部ヲ斬リ、尙其際被告外二名ノ中下手者不明ナルモ鈍器ヲ以テ、宮川覺市、ヲ毆打シ續テ被告ハ、藤吉、ヲ毆打シ外一名ハ、森本マツ、ヲ毆打シ健太郎ヲシテ打撲傷及挫創ヲ藤吉覺市マツヲシテ各挫傷ヲ負ハシメタルモノナリト判示シ右所爲ニ對シテ刑法第二〇四條第五五條ヲ適用處斷シタリ然レトモ(一)單ニ前示ノ如ク藤

吉等ヲ毆打セシコトヲ決意シト判示スルニ過キスシテ藤吉ノ外果シテ何人ヲ毆打セ  
 ント共謀シタルヤチ明示セス故ニ前記健太郎マツ覺市ヲ毆打シタルハ右共謀ニ基ク  
 モノナルヤ否ヤ不明ナリ從テ右判示スル處ノミニヨリテハ上告人以外ノ者カ覺市健  
 太郎ヲ毆打シタル所爲ニ付キ上告人ハ共同正犯者トシテ責任ヲ負フヘキヤ刑法第二  
 ○七條ニ依リテ責任ヲ負フヘキヤ又被告外ノ一名カマツテ毆打シタルコトニ付キ上  
 告人カ共犯者トシテ責任ヲ負フヘキヤ又全ク責任ヲ負フコトナカルヘキカハ全ク之  
 チ知ルヘカラス(二)上告人ハ外二名ノ者カ右四名ノ者ヲ毆打シタルハ繼續シタル犯意ニ  
 基キタルヤ不明ナリ(三)上告人ハ外二名ト共謀シタルト云フニ止マリ其二名ノ何某ナ  
 ルヤチ明示スルコトナク從ツテ責任能力ヲ有スル者ナルヤ否ヤ全然不明ナリ然ルニ  
 原判決カ前示上告人外二名カ藤吉外三名ヲ毆打シタル所爲ニ對シ刑法第二○四條第  
 五○條ヲ適用シタルハ理由不備ノ違法アリト云フニ在レトモ(一)原判決ニハ被告カ外  
 二名ト共謀シテ林健太郎外三名ヲ傷害シタル事實ヲ判示シアルヲ以テ被告自ラ手ヲ  
 下シタル事實ヲ確定シアラサルモ被告ノ傷害罪ヲ論スルニ付キ理由不備ノ違法アル  
 モノニ非ス(二)原判決ニ據レハ被告等ノ傷害行爲ハ當初前田藤吉等ヲ毆打セントスル  
 同一意思ノ發動ニ因リ共同シテ連續實行シタルモノナレハ下手者ハ一人ニ非サルモ  
 繼續シタル意思ニ出テタル事實ヲ判示シタルモノナルヤ自ラ明ナリ(三)原判決ハ共犯  
 者ノ氏名ヲ明示セサルモ反對ノ説示ナキ以上ハ責任能力者ナルコトヲ認メタル趣旨  
 ナルヤ勿論ナルノミナラス他ノ共同正犯者カ責任能力者ナリヤ否ヤハ被告ノ罪責ヲ  
 定ムルニ付キ影響ナキヲ以テ之カ明示ヲ缺クモ理由不備ノ違法アルモノニ非ス(大審

大正二年(れ)第一四三八號同年一月一日刑一判決)

【參照學說判例】

本書第二卷刑事訴訟法四三頁刑法一三頁一五二頁二〇五頁

一八五 偶然ノ輸贏ニ關シ財物ヲ以テ博戲又ハ賭事ヲ爲シタル者ハ千圓以下ノ罰金又ハ科料ニ處ス但一時ノ娛樂ニ  
 限リ罰金ノ額ハ賭博ニ關シタル者ハ此限ニ在ラス

偶然ノ輸贏ニ依リ金錢其物ノ得喪ヲ爭ヒタルニ非スシテ唯敗者ヲシテ一時ノ娛  
 樂ニ供スヘキ物ノ對價ヲ負擔セシムル爲メ一定ノ金額ヲ支出セシメタルニ過キ  
 ツルコト明白ナルトキハ賭博罪ヲ構成セサルモノトス

上告趣意原判決ハ證據説明中「被告岩吉ハ當公庭ニ於テ池田直次郎被告等一那其他二  
 三ノモノト六回計リ五〇錢若クハ一圓宛賭シテ賭博ヲ爲シタル旨供述セリ」下判示セ  
 リ仍テ原審公判始末書ヲ閱スルニ岩吉ノ供述トシテ「清水喜一郎池田直次郎其他二三  
 名トモ致シマシタ五〇錢トカ一圓ト云フ風ニ金額ヲ極メ翌日ノ相場ノ高低ヲ爭ヒ負  
 ケタルモノカ何カ馳走スル事ニシテ飲食致シマシタノテアリマス」ナル記載アリテ之  
 ニ由リテ見レハ右岩吉ノ供述ハ判示ノ如ク金錢ヲ賭シテ勝負ヲ爭ヒタリト云フニア  
 ラスシテ其ノ輸者ハ馳走ヲ爲スノ約ニシテ單ニ馳走ノ額ヲ金錢ヲ以テ限定シタリト  
 云フニ過キサルコト明ナリトス果シテ然ラハ原判決ハ虛無ノ證據ヲ罪證ニ供シタル  
 ノ違法アリト云フニ在リ」因テ案スルニ偶然ノ輸贏ニ依リ金錢其物ノ得喪ヲ爭ヒタル

賭博罪ニ  
 關シ  
 所罰  
 物ニ  
 供スル  
 意ニ

多力同テ  
案集  
239(刑法)

ニ非スシテ唯敗者ヲシテ一時ノ娛樂ニ供スヘキ物ノ對價ヲ負擔セシムル爲メ一定ノ金額ヲ支出セシメタルニ過キサルトコト明白ナルトキハ賭博罪ヲ構成セサルモノトス  
 記録ヲ閱スルニ原審公判始末書ニ錄取セル被告若吉ノ供述ハ所論ノ如クニシテ其趣旨ハ偶然ノ輸贏ニ依リ敗者ヨリ一定ノ金額ヲ支出セシメ行爲者一同ノ飲食ノ費用ニ充ツルコトトシ之ヲ以テ飲食ヲ爲シタリト云フニ在リテ即チ罪トナラサル事實ヲ主張シテ辨解ヲ爲シタルモノナルニ原判決ハ證據理由ノ部ニ論旨前段ニ指示セルカ如ク掲記シ恰モ被告若吉カ金錢其物ノ得失ヲ目的トシテ賭博ヲ爲シタルコトヲ自認シタルモノノ如ク說示シタルハ其供述ノ趣旨ヲ變更シテ證據ニ援用シタル不法アルモノニシテ破毀ヲ免レス(大審院大正二年(レ)第一八三九號同年十一月一九日刑三判決)

【參照學說】

一 一時ノ娛樂ニ供スル物トハ一般ニ定ム可キモノニ非スシテ行爲者ノ身分、財産及ヒ其ノ情況ニ依リ之ヲ定ム可キモノトス  
 二 一時ノ娛樂ノ用ニ供セラルル現品ヲ賭セシテ之ニ代ヘテ金錢ヲ賭スルヲ如キ行爲ハ之ヲ有罪ト爲ス可キヤ否ニ關シ論ノ岐ルル所ナリト雖モ既ニ其賭セラレタル金錢ノ用方ニシテ豫定セラレ行爲者全部娛樂ノ爲メニ即時ニ使用セラル可キ事實ニシテ確立スル以上ハ之ヲ法文ノ所謂一時ノ娛樂ノ用ニ供スル物ヲ賭シタルモノト解ス可キナリ(大場博士刑法各論下卷)  
 三 博賭ニヨリ贏チ得タル金額ヲ以テ觀劇費用ト爲スヘキ約束ニテ賭博ヲ爲シタル場合ニ於テハ賭金ナリ一時ノ娛樂ニ供スルモノト云ヒ得サルカ故ニ之ヲ無罪ト爲スヘキモノニ非ス(大阪地方刑事部四年一月二一日判決、法律新聞六二四號一四頁)  
 然リ偶然ノ輸贏ニ關シ假令金錢ヲ賭シタル場合ナリト雖モ其金錢ハ單ニ一時ノ娛樂ニ供スキヘキ物ノ對價トシテ支出セシメタルモノナルトキハ刑法第一八五條但書ニ所謂一時ノ娛樂ニ供スル物ヲ賭シタルニ外ナラサルヲ以テ其行爲ノ無罪タルヤ勿論ナリ

(一一四)

多力同テ  
案集  
239(刑法)

脅迫罪ノ成立ニハ加害者ノ加ヘントスル害惡カ夫レ自體ニ於テ刑法ノ犯罪ヲ構成スルコトヲ要セサルモノトス  
 多衆カ共同シテ爲シタル絶交ハ縱シ被絶交者ノ人格ヲ傷ケ之ヲシテ畏怖ノ念ヲ生セシムルモノトスルモ其通告セラレタル絶交カ違法性ヲ有セサルモノナルトキハ脅迫罪ヲ構成スルモノニ非ス  
 多衆共同ノ絶交カ正當ナル道義上ノ觀念ニ出テ被絶交者カ其非行ニ因リ自カラ招キタルモノナルトキハ所謂違法性ヲ欠クモノトシテ無罪トス  
 絶交者カ之ニ因リテ被絶交者ヲシテ義務ナキコトヲ行ハシメ又ハ行フヘキ權利ヲ妨害シタル場合又ハ其絶交カ正當ノ理由ナキトキハ茲ニ初メテ違法性ヲ有スルコトトナリ脅迫罪ヲ構成スルモノトス  
 共同生活ヲ以テ其常態トスル所ノ人類ハ互ニ相往來シ吉凶相吊ヒ緩急相救フノ必要

二二三 生命、身體、自由、名譽又ハ財産ニ對シ害ヲ加フ可キコトヲ以テ人ヲ脅迫シタル者ハ一年以下ノ懲役又ハ百圓以下ノ罰金ニ處ス(後略)  
 二三〇 公然事實ヲ指示シ人ノ名譽ヲ毀損シタル者ハ其事實ノ有無ヲ問ハス一年以下ノ懲役若クハ禁錮及ハ五百圓以下ノ罰金ニ處ス  
 二三一 死者ノ名譽ヲ毀損シタル者ハ誣罔ニ出ツルニ非サレハ之ヲ罰セズ  
 二三二 事實ヲ指示セスト雖モ公然人ヲ侮辱シタル者ハ拘留又ハ科料ニ處ス

ナ感スルヲ以テ其隣佑多衆ヨリ絶交セラレタル者ハ社交上全然孤立シ其生活狀態カ  
 安固ナ缺クニ因リテ大ニ苦痛ヲ感スヘキハ論テ俟タス故ニ多衆カ共同シテ爲シタル  
 絶交ノ通告ハ被絶交者ナシテ畏怖ノ念ヲ生セシムヘキ害惡ノ告知タル性質ヲ有スル  
 ハ毫モ疑ヲ容レズ然リ而シテ多數共同ノ絶交ハ被絶交者ノ生命、身體、財産ニ對シテ危  
 害ヲ及ボスモノニアラサルヲ以テ絶交ノ通知カ是等ノ法益ニ對スル害惡ノ通知トシ  
 ナ脅迫罪ヲ成立セシムルコトナキハ敢テ説明ヲ要セサル所ナリト雖モ絶交ハ被絶交者  
 カ被絶交者ニ背德ノ行爲アリトシ又ハ其品性ノ下劣ナルヲ理由トシ被絶交者ヲ其交  
 際圈外ニ排斥スルモノナレハ被絶交者ノ人格ヲ傷ケ其名譽ヲ害スルノ虞ナシトセス  
 從テ絶交ノ通知ハ我刑法第二二二條ニ所謂他人ノ名譽ニ害ヲ加フヘキコトヲ以テ之  
 ナ脅迫シタルモノトシテ脅迫罪ヲ成立セシムルモノナリヤ否ヤ蓋シ脅迫罪ハ加害者  
 ノ加ヘントスル害惡カ夫レ自體ニ刑法ノ犯罪ヲ構成スル場合ニ於テ成立スルモノモ  
 シテ其加ヘントスル害惡カ適法行爲又ハ放任行爲ニ屬シ法律ニ於テ之ヲ罰セサルモ  
 ノナルトキハ其害惡ヲ加ヘント感嚇スル加害者ノ行爲モ亦脅迫罪ヲ構成スルコトナ  
 キハ多數立法例ニ於テ之ヲ認ムル所ナリト雖モ現行刑法ハ脅迫罪ノ構成要件トシテ  
 通告セラレタル害惡カ犯罪ヲ構成スヘキモノナルコトヲ要求セサルヲ以テ苟クモ相  
 手方ノ名譽其他ノ法益ニ對スル害惡ノ通告アリテ其通告カ相手ナシテ畏怖ノ念ヲ生  
 セルムヘキモノナルトキハ通告者ノ行爲ハ安寧ヲ害スルノ故ヲ以テ脅迫罪ヲ構成ス  
 ヘク通告ニ係ル害惡カ其實現ニ因リテ犯罪トナルヘキモノナルヤ否ヤハ之ヲ問フノ  
 必要ナキモノト解セサルヘカラス從テ多衆カ共同シテ爲シタル絶交ノ通告ハ人ノ名

譽ニ對スル害惡ノ通告ニ因リテ之ヲシテ畏怖ノ念ヲ生セシムルモノナレハ脅迫罪ヲ  
 構成スヘキ害惡ノ通告タルニ妨ケナキモノトス是レ當院判例ノ示ス所ナリ然レトモ  
 多衆カ共同シテ爲シタル絶交ハ縱シ被絶交者ノ人格ヲ傷ケ之レヲシテ畏怖ノ念ヲ生  
 セシムルモノトスルモ刑法第三四章ニ規定スル名譽毀損罪ヲ構成セサルヲ以テ其通  
 告ハ常ニ必スシモ脅迫罪ヲ成立セシムルモノニアラスシテ通告セラレタル絶交カ適  
 法性ヲ有スル場合ニ限リ該犯罪ヲ構成スルモノトス蓋シ絶交ハ實際上種種ナル事情  
 ノ下ニ行ハレ其原因モ亦區區ニシテ一定セシテ背德ノ行爲又ハ破廉耻ノ行爲ニ對  
 スル社交上道徳上ノ制裁トシテ一般ニ認メラルル所ナレハ多衆共同ノ絶交カ正當ナ  
 ル道義上ノ觀念ニ出テ被絶交者カ其非行ニ因リ自カラ招キタルモノナルトキハ之ニ  
 對シテ救済ヲ與フルノ必要ナク絶交者カ之ニ因リテ被絶交者ヲシテ義務ナキコトヲ  
 行ハシメ又ハ行フヘキ權利ヲ妨害シタル場合又ハ其絶交カ正當ノ理由ナキトキハ故  
 ニ初メテ違法性ヲ有スルコトトナルヲ以テ之ヲ被絶交者ニ通告シタル絶交者ノ行爲  
 ハ脅迫罪ヲ構成スルモノトス而シテ原院ノ認メタル事實ニ依レハ本件當事者間ニ於  
 テハ矢口月工太郎ヲ選舉スル契約存在シタルニ矢口三之助外一名ハ其約ニ違反シ他  
 ノ候補者ヲ選舉シタルヲ以テ上告人等ハ之ニ對シテ絶交ノ通知ヲ爲シタルモノニシ  
 テ該契約ニ違反シタル者ハ之ヲ絶交スヘキ旨ノ特約アリタルコトハ上告人ノ主張ス  
 ル所ナレハ原院ハ上告人ノ罪ヲ斷スルニ當リテハ矢口三之助等カ何等正當ノ理由ナ  
 クシテ契約ニ違反シ他ノ候補者ヲ選舉シタルヤ否ヤ從テ此場合ニ於ケルニ上告人等  
 ノ絶交ハ道徳上ニ於テ之ヲ正當ナリトスヘキヤ否ヤヲ判斷シ之レヲ否定スヘキ場合

ニ於テ上告人等ノ脅迫罪ヲ認ムヘキニ事技ニ出テスシテ單ニ絶交ノ通知ヲ爲シタル一事ヲ以テ上告人ニ脅迫罪アリト斷シタルハ理由ノ不備ナル違法ノ裁判ナリ(大審院大正二年(レ)第一七〇六號同年十一月二十九日刑三判決)

(一一五)

併合罪中刑ヲ選擇シテ處罰スヘキ罪アルトキハ其刑ヲ選擇シタル後併合罪ノ規定ヲ適用スヘキモノトス

併合罪中刑ヲ選擇シテ處罰スヘキ罪アルトキハ其刑ヲ選擇シタル後併合罪ノ規定ヲ適用スヘキモノトス

併合罪中刑ヲ選擇シテ處罰スヘキ罪アルトキハ刑ヲ選擇シタル後ニアラサレハ刑法第四七條第四八條第五三條ノ規定中其何レヲ適用スヘキモノナルヤ之ヲ知ルニ由ナ

一四 主刑ノ輕重ハ前條記載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

同種ノ刑ハ長期ノ長キモノ又ハ多額ノ多キモノヲ以テ重シトシ長期又ハ多額ノ同シキモノハ其短期ノ長キモノ又ハ寡額ノ多キモノヲ以テ重シトス

二個以上ノ死刑又ハ長期若クハ多額及ヒ短期若クハ寡額ノ同シキ同種ノ刑ハ犯情ニ依リ其輕重ヲ定ム

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

四七 併合罪中二個以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス可キ罪アルトキハ其最モ重キ罪ニ付キ定メタル刑ノ長期ニ其半數ヲ加ヘタルモノヲ以テ長期トス但各罪ニ付キ定メタル刑ノ長期ヲ合算シタルモノニ超ユルコトヲ得ス

四八 罰金ト他ノ刑トハ之ヲ併科ス但第四六條第一項ノ場合ハ此限ニ在ラス

二個以上ノ罰金ハ各罪ニ付キ定メタル罰金ノ合算額以下ニ於テ處斷ス

五三 拘留又ハ科料ト他ノ刑トハ之ヲ併科ス但第四六條ノ場合ハ此限ニ在ラス

二個以上ノ拘留又ハ科料ハ之ヲ併科ス

二〇四 人ノ身體ヲ傷害シタル者ハ十年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金若クハ科料ニ處ス

アル場合ニ於ケルニ於テ

過失ニ因ル想像上ノ數罪 243(刑法)

ケレハ原判決ノ如ク刑ヲ選擇シタル後併合罪ノ規定ヲ適用スルヲ以テ相當ノ順序ヲ取リトス而シテ原判決ノ如ク刑法第二〇四條ノ選擇刑中懲役刑ヲ選擇シタル時ハ同法第四七條同法第一〇條ニ依リ傷害罪ト窃盜罪トノ輕重ヲ比較シ其最モ重キ罪ニ付定メタル刑ノ長期ニ其半數ヲ加ヘタルモノヲ以テ長期トシテ處分スヘキモノニシテ所論ノ如ク刑法第二〇四條ニ懲役刑ノ外ニ罰金科料ノ刑ヲ存スルカ故ニ窃盜罪ノ刑ヲ傷害罪ノ刑ヨリ重シトシテ之ニ併合罪ノ加重ヲ爲スヘキ筋合ノモノニアラス故ニ原判決ノ擬律ハ正當ナリ(大審院大正二年(レ)第二〇三五號同年十一月二十七日刑二判決)

(一一六)

五四 一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸レ又ハ犯罪ノ手數若クハ結果タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ルトキハ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス

二一〇 過失ニ因リ人ヲ死ニ致シタル者ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス

一個ノ過失行爲ニ因リテ數人ヲ死ニ致シタルトキハ一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルルモノトシテ刑法第五四條ヲ適用スヘキモノトス

凡ソ過失犯ノ如ク結果ノ發生ヲ以テ犯罪ヲ構成スル犯罪ニ在リテハ過失ニ因リ生シタル犯罪タル結果カ數個アルトキハ之ニ應シテ數個ノ犯罪存スヘキモノニシテ其數個ノ犯罪タルヤ一個ノ行爲ニ因リテ生シタル場合ニ於テハ一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルルモノト解スヘキモノトス原判決ノ認定スル所ニ依レハ被告等ノ一個ノ



過失行爲ニ因リ一六名ノ女子ヲ死ニ致シタルモノナレハ廢棄カ之ニ對シ一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルルモノトシテ刑法第五四條ヲ適用シタルハ相當ナリ(大審院大正二年(レ)第二〇二〇號同年一月二十四日刑二判決)

【參照學說判例】

本書第一卷刑法一八六頁二〇六頁二〇八頁

刑法第五四條第一項前段ニ所謂一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルルトハ異種類ノ想像的競合ノ場合ノミニ適用セラルルモノナルカ或ハ同種類ノ想像的競合ノ場合ニモ適用スヘキモノナルカハ學說ノ岐ルルトコロナルモ吾人ハ前說ノ正當ナルコト既ニ本書第二卷刑法二〇六頁ニ於テ論述シタルトコロナリ故ニ此ノ點ニ於テ右判決ニ反對ス然レトモ過失行爲ニ因ル場合ニシテ而カモ第五四條第一項前段ノ適用ヲ生スヘキ場合アルハ勿論ナリ例セハ一個ノ過失行爲ニ因リテ一人ヲ傷害シ一人ヲ死ニ致シタル場合ノ如キ是ナリ故ニ此點ニ關スル判決ノ見解ハ正當ナリト信ス

(一一七)

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

集合犯ハ何レノ場合ニ於テモ連續犯タルコトナキモノトス

連續犯モ亦同一罪名ニ觸ルル數行爲ヲ反覆シタル場合ニ成立スルモノナレトモ集合

連續犯トモ  
集合犯トモ  
ノ差異

犯ト異ナリ各行爲ハ獨立シテ犯罪ヲ構成スルモノニシテ單ニ取扱上一罪タルノミ斯ノ如ク二者其性質ヲ異ニスレトモ反覆的數行爲ニ存スル點ニ於テハ互ニ同一ナルヲ以テ集合犯ト連續犯トハ同時ニ成立スル能ハサルモノトス(山岡トクトル集合犯ト連續犯トノ關係法學新報第二三卷第一一號八五頁)

【參照學說判例】

一 本書第一卷刑法一三四頁五頁八三頁一八七頁第二卷刑法一三頁一五一頁

二 連續犯ト等シク一罪ヲ構成スル行爲ニシテ而カモ連續犯ト其性質ヲ異ニスルモノアリ所謂持續犯及ヒ集合罪是ナリ所謂集合罪トハ同種類ノ數個ノ行爲ノ存在スルコト若クハ同種類ノ數個ノ行爲カ目的トサレタルコトヲ成立要件トスル犯罪ヲ謂フモノニシテ營業犯、職業犯及ヒ慣行犯ノ三種ヲ包括ス(泉二學士日本刑法論三四五頁)

然リ所謂集合犯ハ之ヲ分ツテ營業犯(行爲者カ反覆スル數行爲ヲ以テ收入ノ源泉タラシムルヲ目的トスルモノ)職業犯(行爲者カ單ニ反覆的行爲ヲ目的トナスニ止リ特ニ收入ノ意慾ナキモノ)慣行犯(數個ノ反覆行爲カ行爲者ノ慣習性ヨリ來ルモノ)ト爲スモ其反覆的行爲タル數行爲ハ獨立シテ犯罪ヲ形成スルモノニ非ス然ルニ連續犯ハ取扱上一罪ナルモ其各行爲ハ獨立シテ犯罪ヲ構成スルモノニシテ二者其性質ヲ異ニスレハナリ

(一一八)

五四 一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸レ又ハ犯罪ノ手段若クハ結果タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ルルトキハ其最

一七七 暴行又ハ脅迫ヲ以テ一三歳以上ノ婦女ヲ姦淫シタル者ハ強姦ノ罪ト爲シ二年以上ノ有期徒刑ニ處ス一三歳

暴行ヲ以テ  
女子ヲ姦淫  
シタル者  
合シタル場  
合ノ擬律

一三歳ニ滿タサル少女ヲ姦淫シタルトキハ暴行又ハ脅迫ノ有無ヲ問ハス刑法第一七七條ニ依リ一罪トス

一三歳ニ滿タサル少女ヲ姦淫シタル時ハ暴行又ハ脅迫ノ有無ヲ問ハス刑法第一七七條ニ該當スルモノナレハ一罪名ニシテ少女姦淫罪ト強姦罪トニ觸ルルモノト云フヲ得ス從ツテ同第五四條ヲ適用スヘキモノニ非ス原判決ハ一三歳ニ滿タサル田イセノチ暴力ヲ以テ姦淫シ爲メニ負傷セシメタル事實ヲ認定シ之ニ對シ同第五四條ヲ適用セス同第一七七條第一一條ニ依リ處斷シタルハ相當ニシテ論旨ハ理由ナシ(大審院大正二年(レ)第一八四五號同年一月一九日刑三判決)

至當ノ判決ナリト信ス

(一一九)

二四六 人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス  
前項ノ方法ヲ以テ財産上ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ  
二四七 他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者自己若クハ第三者ノ利益ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ其任務ニ背キタル行爲ヲ爲シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキハ五年以下ノ懲役又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス  
二五二 自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス  
民法一七六 物權ノ設定及ヒ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生ス  
同 一七七 不動産ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三  
者ニ對抗スルコトヲ得ス

抵當權設定者カ其抵當權ノ未登記ナルヲ奇貨トシ更ニ他人ノ爲メニ抵當權ヲ設

二重抵當  
ト處罰

定シ其登記ヲ經テ金錢ヲ借用スルモ刑法上無罪トス

甲カ其所有ノ不動産ニ付キ乙ノ爲メニ抵當權ヲ設定シ金錢ヲ借用シ乍ラ其後尙未ダ登記ノ手續ナキチ知リ之ヲ奇貨トシ更ニ丙ノ爲メニ抵當權ヲ設定シ一番抵當權設定ノ登記ヲ了シテ金員ヲ借用シタル場合ニ於ケル甲ノ刑事上ノ處分ハ我刑法上之ヲ罰スヘキ正條ナキモノナレハ無罪ナリト爲ササルヲ得ス本件ノ不動産ハ之チ乙ニ抵當ニ差入レタルモ依然甲ノ所有ニ屬スルヲ以テ横領罪ヲ構成スヘキ餘地ナシ又乙ノ爲メ抵當權ヲ設定シ金員ヲ借用セル當時ニ於テハ丙ト取引ヲ爲スノ意思有セザリシヲ以テ甲カ乙ヨリ金員ヲ借用シタル行爲ハ詐欺罪ヲ組成スヘキモノニ非ス(大場博士抵當權設定者カ其未登記ナルヲ奇貨トシ更ニ他人ノ爲メニ金錢ヲ借用シ之カ登記ヲ了シタル者ノ處分法學新報第二三卷第一一號八四頁)

至當ノ見解贊同ヲ表ス詳細ハ本書第二卷刑法一七四頁以下ニ就テ參照セラレタ

(一二〇)

一五九 行使ノ目的ヲ以テ他人ノ印章若クハ署名ヲ使用シテ權利、義務又ハ事實證明ニ關スル文書若クハ圖畫ヲ偽造シ又ハ偽造シタル他人ノ印章若クハ署名ヲ使用シテ權利、義務又ハ事實證明ニ關スル文書若クハ圖畫ヲ偽造シタル者ハ三圓以上五年以下ノ懲役ニ處ス(後略)  
一六一 前二條ニ記載シタル文章又ハ圖畫ヲ行使シタル者ハ其文書又ハ圖畫ヲ偽造若クハ變造シ又ハ虛偽ノ記載ヲ爲シタル者ト同一ノ刑ニ處ス  
前項ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス  
一六二 行使ノ目的ヲ以テ公債證書、官府ノ證券、會社ノ株券其他ノ有價證券ヲ偽造又ハ變造シタル者ハ三月以上

私行文書偽造行使罪  
ノ使ニ所行  
ノ意目謂義  
的的行罪偽

十年以下ノ懲役ニ處ス  
行使ノ目的ヲ以テ有價證券ニ虛偽ノ記入ヲ爲シタル者亦同シ

文書ノ信用ヲ害スヘキ危險カ客觀的ニハ實在スルモ偽造者カ主觀的ニ全然之ヲ否定シ又ハ全然之ヲ意識セザリシ場合ニハ所謂行使ノ目的ナキモノニシテ文書偽造罪ハ成立セザルモノトス

私行文書偽造行使罪ハ行使ノ目的ヲ以テ文書ヲ偽造シ之ヲ行使スルニ因リテ成立スル犯罪ナルヲ以テ本罪ノ構成要件トシテハ犯人ニ偽造手形ヲ行使スルノ意思アル事ヲ必要トシ犯人ニ此意思アリトスルニハ犯人カ人ヲシテ眞正ノ文書ナリト誤信セシムル目的ヲ以テ之カ偽造ヲ爲シタル事ヲ要スルト同時ニ文書ノ偽造カ此目的ニ出テタル時ハ文書偽造罪ニ要スル主觀的條件ハ常ニ具備スルモノトス又犯人ノ目的ハ人ヲシテ偽造ノ文書ヲ眞文書ナリト誤信セシムルニ存セサル場合ト雖犯人カ此危險ノ實在セルコトヲ意識シ之ヲ其目的トスル所ノ用ニ供セント企テタルトキハ尙行使ノ目的ヲ以テ文書ヲ偽造シタルモノタルコトヲ失ハサルモノトス然レトモ文書ノ信用ヲ害スヘキ危險カ客觀的ニハ實在スルモ偽造者カ主觀的ニ全然之ヲ否定シ又ハ全然之ヲ意識セザリシ場合ニ於テハ所謂行使ノ目的ナキモノニシテ文書偽造罪ハ主觀的條

件ノ欠缺ニ因リテ成立セザルモノトス文書偽造行使罪ノ他ノ要件タル偽造文書ノ行使ニ付キテハ犯人カ偽造文書ヲ相手方ニ提示シテ現ニ其内容ヲ認識セシメ又ハ其他ノ方法ニ依リ相手方ヲシテ之ヲ認識スルコトヲ得セシムヘキ狀態ニ置クコトヲ要シ犯人カ偽造文書ヲ自己ノ手裡ニ保有シ之ヲ相手方ニ提示セス又偽造文書カ直接自己ノ手裡ニ存セザルモ尙自己ノ監督内ニ在リテ人ノ之ヲ認識スルコトヲ妨ケ得ル時ハ未ダ偽造文書ノ行使ナキモノニシテ偽造文書行使罪ハ成立セザルモノトス而シテ之等文書偽造行使罪ノ主觀的及ヒ客觀的要件ハ判文記載ノ事實ニ依リ之ヲ明認シ得ヘキコトヲ要スルヲ以テ此要點ニ關スル事實關係ヲ具體的ニ判文ニ明示セザル判決ハ理由不備ノ違法アルコトヲ免レサルモノトス今原判文ノ記載ニ依リ原院ノ確定シタル事實ヲ見ルニ本件ハ被告四方都カ田中卯三郎金澤庄三郎等ト共謀シテ三井物産會社名古屋支店振出ノ爲替手形ヲ偽造シ諸多ノ銀行ニ於テ割引名義ヲ以テ多額ノ金員ヲ騙取スルニ當リ被告高濱廣ノ副支配人タル鴻池銀行モ亦該偽造手形ニ對シ直接又ハ間接ニ割引貸付ヲ爲シ總額五二萬圓計リテ騙取セラレテ多大ノ損害ヲ被ムリタルニ脈絡シ當時同銀行ニ副支配人トシテ手形ニ關スル事務ヲ擔任シタル被告廣ハ此事實ヲ覺知スルヤ鴻池銀行ノ被ムリタル損害ヲ回復スルノ必要上庄三郎ノ懇請ヲ容レ隱密ノ間ニ騙取セラレタル資金ヲ回收セント企テ一方ニ於テハ庄三郎等ヲシテ偽造手形ヲ現金ト引換ヘテ之カ償還ヲ爲サシムルト同時ニ他方ニ於テハ滿期日ノ偽造手形ハ更ニ新タニ同様ノ手形ヲ偽造シテ之カ切替ヲ爲サシメ更新シタル偽造手形ハ之ヲ鴻池銀行ニ備ヘ置キ順次之ヲ現金ニ引換ヘ庄三郎等ヲシテ之カ償還ヲ爲サシメン

ト企テタル事實ニシテ文書偽造行使罪ノ歴史ニ於テハ實ニ稀有ノ事例ニ屬スルモノ  
 ナリトス右原院ノ認メタル事實ニ依レハ被告廣ハ人ナシテ眞正ノ爲替手形タルコト  
 ナ信セシメ之ヲ流通セシムルノ目的ヲ以テ之ヲ偽造シタルモノニアラサルハ勿論鴻  
 池銀行ヲ欺キ之ヲシテ眞正ノ手形タルコトヲ信セシムルノ目的ヲ有セルモノト認ム  
 ルヲ得ス何トナレハ被告廣ハ一ニ鴻池銀行ノ爲メニ損害ノ回復ヲ企テタルモノニシ  
 テ其取リタル手段ハ假令推獎スヘカラサル一種ノ危道ナリトスルモ鴻池銀行ノ利益  
 ト全然一致スルモノナレハ被告廣カ同銀行ナシテ眞正ノ手形タルコトヲ誤信セシム  
 ルノ目的ヲ有シタリトノ事實ハ原院ノ確定シタル事實關係上之ヲ認容スヘキ餘地ナ  
 キヲ以テナリ唯鴻池銀行力更ニ其手形ヲ眞正ノモノトシテ之ヲ流通セシムルノ危険  
 ハ客觀的ニ存在シ得ヘシト雖モ被告廣カ同銀行ノ爲メニ損失ヲ回復セントスルニ急  
 ナル全然此危險ヲ意識セス又ハ全然之ヲ否定シテ爲替手形ノ偽造ニ同意シタルモノ  
 トセハ被告廣ハ手形偽造罪ノ構成要件タル犯意ヲ缺クモノト謂フヘク被告廣カ此危  
 險ノ實在セルコトヲ肯定シ偽造ヲ敢テシタル場合ニ於テ犯罪ノ成立ヲ見ルニ至ルヘ  
 キ筋合ナリトス總テ是等ノ點ハ被告廣カ爲替手形偽造當時ニ於ケル心理狀態ヲ慎重  
 ニ考察シ其然ルヤ否ヤハ之ヲ判文ニ明示セサルヘカラス然ルニ原院ノ確定シタル事  
 實ヲ以テシテハ被告廣ハ偽造手形ヲ銀行内ニ死藏シ金澤庄三郎等ヲシテ現金ト引替  
 ナ爲サシムル爲メノミニ之ヲ偽造シタルモノタルヤ若クハ其手形ヲ眞正ノ手形トシ  
 テ鴻池銀行ヲ欺キ之ヲ流通セシムルノ意思ヲ有シ又ハ鴻池銀行力之ヲ流通スヘキコ  
 トヲ意識シテ之ヲ偽造シタルモノナルヤ判文上之ヲ認ムヘキ何等事實ノ記載ナキヲ

以テ被告廣カ文書偽造罪ノ主觀的條件ノ存否ヲ判斷スルニ由ナク原判決ハ此點ニ於  
 テ理由不備ノ違法アルヲ免カレス又偽造手形行使ニ關スル事實トシテ原院ハ之ヲ鴻  
 池銀行ニ備ヘ付ケタル旨説示シタルニ止マリ具體的ニ其事實ヲ明示セス蓋シ帳簿ノ  
 如キ一定ノ場所ニ備付ケアルモノニ付キテハ備付ノ事實ヲ明示スルノミヲ以テ足リ  
 更ニ一層具體的ナル事實ヲ明示スルノ必要ナシト雖モ爲替手形ハ一定ノ場所ニ備付  
 ケテ行使スヘキ文書ニアラサルヲ以テ被告廣ニ偽造手形行使ノ所爲アリトスルニハ  
 被告廣カ之ヲ銀行ノ重役其他ノ關係人ニ示シ又ハ之ヲシテ其内容ヲ認識セシムヘキ  
 狀態ニ置キタル事實ヲ具體的ニ判文ニ明示スルコトヲ要ス何トナレハ被告廣カ鴻池  
 銀行ノ爲メ損失ノ回復ヲ企テ隱密ノ間ニ救済方法ヲ講シタルモノナルコト原院認定  
 ノ如ク被告廣カ支配人トシテ手形ノ割引貸付等ヲ管掌セルコト原院認定ノ如シトセ  
 ハ被告廣ハ手形ノ出納ヲ掌トリ偽造手形ヲ銀行内ニ存置スルモ尙ホ之ヲ自己ノ監督  
 内ニ保持シ銀行ノ重役其他ノ者ナシテ偽造手形ヲ閱覽シテ誤信ヲ生スルコトナカラ  
 シムルノ意思ト其誤信ヲ未然ニ豫防スルノ手段トヲ有シタリト信スヘキ理由アルヲ  
 以テナリ故ニ原判文ニ所謂「備付」ハ本件ニ於ケル行使ノ事實記載トシテハ抽象的ニ失  
 シ當院ハ此事實ニ依リ行使ノ要件具備スルヤ否ヤヲ判斷スルニ由ナク此點ニ付キテ  
 モ亦原判決ハ理由不備ノ違法アリトス(大審院大正二年(レ)第一八一七號同年一月六  
 日刑三判決)

【參照學說】

一 行使トハ偽造變造ノ文書ヲ他人ニ對シ内容ニ付キ文書ノ上ニ於テ信用ヲ欺ク爲メニ示スコトヲ言フ即チ他人ヲ以テ虛偽ノ

文書ヲ眞實ナリト信セシムヘキ行爲ヲ云フナリ此行爲ハ通常文書ヲ他人ニ交附シ又ハ呈示スルニヨリテ行ハル然レテハ必ずモ呈示又ハ交附ノ必要ナシ場合ニヨリテハ見得ヘキ様ニ揭示シ置クモ行使ナリ又何時ナリトモ見得ラルヘキ地位ニ置クモ行使タルナリ例ヘハ帳簿備ヘ付ケノ如シ何時ナリトモ人ノ之レヲ見ラルヘキ地位ニ置クコトナルヲ以テ相手方ノ使者ニ持參セシムルコトモ亦行使ト云フコトヲ得乍然自己ノ使者ナラハ先方ニ渡スマテ行使ト云フヲ得ヌ要スルニ行使ハ文書ノ眞實ヲ信セシムル爲メニ何時ナリトモ之レヲ見得ル地位ニ置クコトヲ要ス故ニ單ニ文書アルコト例ヘハ斯カル文書アリト公言シ又ハ後ニ呈示スヘシト云フカ如キハ未ダ行使アリト云フヲ得ス(勝本博士刑法各論京大講義筆記卷本七五頁)

二 欺罔セラルヘキ人ヲシテ偽書ヲ知ラシムルトハ欺罔セラルヘキ人ナシテ偽書ヲ確的ニ知ラシムルヲ謂フモノニシテ單ニ欺罔セラルヘキ人ナシテ行使者ハ或ハ斯ル文書ヲ所持シ居ルナルヘシトノ想像ヲ懐カシムルヲ以テ是レト爲サス故ニ欺罔セラハキ人ナシテ偽書ヲ確的ニ知ラシムルモノニ非スシテ單ニ偽書ノ所持ヲ言明スルカ如キハ之ヲ偽書ノ行使ナリト謂フ能ハス(大場博士刑法各論下卷三八二頁)

三 偽造文書ノ行使トハ其用法ニ從ヒ眞正ナルモノトシテ之ヲ使用スルノ謂ナリ相手方ナシテ之ヲ知ラシムルノ要ナク單ニ了知スルコトヲ得可キ状態ニ置クヲ以テ是レ(牧野學士刑法通義二七四頁)

四 偽造變造ニ付テハ特別故意即チ行使ノ目的アルヲ必要トス故ニ文書ヲ偽造スルモ其行爲ノ遠因カ行使ニ非サル時ハ罪ヲ稱成セス尙行使ノ故意ニ付キ一言スヘキハ偽文書ナルヲ知ツテ之ヲ法律事項ノ證據ト爲ス觀念アルヲ必要トスルコト是レナリ獨逸刑法ニ於テハ行使ノ要件トシテ欺罔ノ目的ニ出テタルヲ必要トナシタレトモ我刑法ニ於テハ斯ル規定ナキヲ以テ單ニ證據ト爲ス意思アルヲ以テ充分ナリトセサル可カラズ從テ文書ノ行使ニ付テハ必スシモ實害ヲ生セシムルノ意思アルコトヲ要件トセス(山岡トクトル刑法原理五一六頁)

然リ私文書偽造ニ所謂行使ノ目的トハ犯人ニ偽造手形ヲ行使スルノ意思アルコト即チ犯人カ人ヲシテ眞正ノ文書ナリト誤信セシムルノ目的又ハ此目的存セサルモ此危險ノ實在セルコトヲ意識シタル場合ヲ指稱シタルモノト解スヘク又行使トハ犯人カ偽造文書ヲ相手方ニ提示シテ其内容ヲ認識セシメ又ハ其他ノ方法ニ依リテ之ヲ認識スルコトヲ得ヘキ状態ニ置クコトヲ要スト解スルノ妥當ナルヲ以テ吾人ハ右判決ニ贊同ヲ表ス

(一一一)

四三 犯罪ノ實行ニ著手シ之ヲ遂ケサル者ハ其刑ヲ減輕スルコトヲ得但自己ノ意思ニ因リ之ヲ止メタルトキハ其刑ヲ減輕又ハ免除ス

六〇 二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタル者ハ皆正犯トス

刑訴二〇三 刑ノ言渡サナスニハ罪トナルヘキ事實及ヒ證據ニヨリ之ヲ認メタル理由ヲ明示シ且法律ヲ適用シ其理由ヲ付スヘシ

(一) 犯人ノ意思ニ拘ハラサル事情ニ因リ強制セララルコトナク任意ニ實行ヲ中止シ若クハ結果ノ發生ヲ防止シタルトキハ中止犯トナルモ其以外ノ未遂状態ハ原因如何ヲ問ハス總テ障礙未遂犯トナルモノトス(重傷ヲ負ハセタルモ外部ノ長怖シ逃走シタル場合)

實行正犯ノ一人ノミカ單獨ノ意思ヲ以テ實行ヲ中止シ若クハ結果ノ發生ヲ妨止シタル場合ニ於テ中止ノ效力ハ他ノ共同正犯者ニ及フヘキモノニ非ス

(二) 犯情ヲ斟酌シ刑量ヲ評定スルニ付キ必要ナル事情ハ判示スルノ必要ナキモノトス

(一) 犯罪ノ實行ニ著手シタル後之ヲ繼續スルニ付キ外部ノ障礙ノ原因存在セザルニ拘ハラス内部的原因ニ由リ即チ犯人ノ意思ニ拘ハラサル事情ニ因リ強制セララルコトナク任意ニ實行ヲ中止シ若クハ結果ノ發生ヲ妨止シタルトキハ刑法第四三條後段ニ規定スル中止犯成立スヘキモ所謂中止犯ニ該當セザル犯罪ノ未遂状態ハ其原因ノ

如何ヲ論セス總テ之ヲ同條前段ニ規定スル未遂犯ニ屬スルモノト解セサルヘカラス  
 所掲原判決ノ判示事實ニ據レハ被告幸三郎ハ殺害ノ目的ヲ以テ人ヲ斬リ重傷ヲ負ハ  
 セタルモ外部ノ障礙ニ因リテ犯罪ノ發覺センコトヲ畏怖シ殺害行為ヲ遂行スルコト  
 能ハス現場ヲ逃走スルノ止ムナキニ至リタル者ニシテ犯人ノ意思以外ノ事情ニ強制  
 セラルルコトナク任意ニ殺害行為ヲ中止シタル事實ニ非サルコト洵ニ明カナルヲ以  
 テ原判決ニ於テ被告幸三郎鹿尾ノ行為ヲ殺人未遂罪ヲ以テ論シ中止犯トシテ擬律セ  
 サリシハ蓋シ相當ナルノミナラス實行正犯ノ一人ノミカ單獨ノ意思ヲ以テ實行ヲ中  
 止シ若クハ結果ノ發生ヲ妨止シタル場合ニ於テハ右中止ノ效力ハ他ノ共犯人ニ及フ  
 ヘキニ非サレハ被告幸三郎ノ行為力中止犯ニ該當スヘキモノト爲スモ中止ニ付キ何  
 等關與セサル被告鹿尾ノ行為ニ付テハ刑法第四三條末段ノ規定ヲ適用スヘキモノニ  
 非ス

(二) 犯情ヲ斟酌シ刑量ヲ評定スルニ付キ必要ナル事情ヲ判示スヘキコトハ法ノ要求  
 セサル所ナレハ事實裁判所ハ特ニ事情ヲ明示スルコトナク自由ニ審理ノ結果ニ因リ  
 テ犯情ヲ斟酌シ刑量ヲ評定スルコトヲ妨ケス本件ノ如キ殺人未遂罪ニ付テハ未遂ノ  
 減輕ヲ爲シ若クハ之ヲ爲サスシテ法定刑ノ範圍内ニ於テ犯情ニ適應シテ科刑ヲ量定  
 シ得ヘキヲ以テ殺人行爲ニ因リテ被害者ニ蒙ラシメタル創傷ノ程度等ヲ判示スルノ  
 要ナキノミナラス原判決ニハ重傷ヲ負ハシメタル旨説示シアリテ其結果ノ重大ニシ  
 テ或ハ生命ニ危險ヲ及ホス虞アルカ若クハ治療ニ多大ノ日數ヲ要スヘキ程度ノ創傷  
 ナルコトヲ判示セル趣旨ナルコト明ナレハ刑ノ量定上其以上ノ説明ハ必要ナラス(大

春院大正二年(レ)第一八四九號同年二月一日刑一判決)

【第一點參照學說】

一 障礙未遂罪ト任意未遂罪トハ區別スル標準ハ犯罪ノ既遂ニ至ラサル原因カ犯人ノ意思ニ繫ラサル事實即チ意外ノ障礙ニ因  
 ルト任意行爲トノ點ニアリ而シテ犯人意外ノ障礙ハ犯罪力既遂ニ至ルコトヲ妨ケ得ル物質力ノ實現切迫ヲ意味ス(泉二學士日  
 本刑法論一五版三一頁)

犯人力善之ヲナシ得ルモノナク欲セスト思惟スルコトハ自發ノ動機ニ因ルニアラスシテ外部ノ障礙ニ因ルコト少ナカラ  
 兇器ヲ振上ケタル際警察官ノ爲メニ發見セラレタル場合ニ於テ犯人ハ僅力ニ一時時ヲ以テ實行ヲ遂ケ得ルコトヲ信スルニ拘  
 フス其時間ヲ猶豫スレハ逮捕セララルル虞アルカ爲メニ實行完了ヲ欲セシテ逃亡シタルカ如キ場合ニ於テハ爲スコトヲ得ル  
 モナスコトヲ欲セシテ止メタルモノナリト雖モ然モ之ヲ以テ任意中止ト認ムルコト能ハサルヘシ(同書三一頁)

數人共同シテ同一犯罪事實ノ實行ニ與リタルトキハ皆正犯トシテ各自ニ其刑ヲ科セラルルモノトス故ニ共同正犯者ノ全體ニ對  
 シ常ニ同一罰條ノ適用アリト認ムルヲ得ス寧ロ各自力單獨正犯トシテ適用ヲ受クヘキ罰條ヲ標準トナササルヘカラス或ハ各自  
 ニ對シテ適用スヘキ各本條ヲ異ニシ或ハ同一法條ヲ適用スヘキ場合ニ於テモ一人ニ付テハ加重若クハ減輕ノ事由アルモノ者  
 ニ付テハ此事由ナキ結果トシテ言渡スヘキ刑ノ範圍ヲ異ニスルコトアルナリ(同書四〇三頁)

共犯者ノ一人カ中止シタルトキハ他ノ共同者ニ利益ヲ及ホサス例ヘハ甲乙共謀シ丙者ヲ殺害スル意思ヲ以テ毒藥ヲ投シタル後  
 甲者ハ中止ノ意思ナク乙者カ單獨ニテ丙者ニ解毒劑ヲ投シテ結果ノ發生ヲ防止シタルトキハ乙者ハ任意未遂トシテ處分スヘキ  
 モノナリト雖モ甲者ハ普通未遂トシテノ處分ヲ免ルヘキモノニアラス(後畧)(同書三一七頁)

二 任意トハ行爲者ノ自由ナル決意ニシテ之ヲ消極的ニ觀察スレハ意外ノ障礙ニ原因スルコトナクシテ成立シタル意思ヲ言フ  
 (山岡ドクトル刑法原理一七〇頁)

共同正犯ハ結果ニ對シテ獨立ナル關係ヲ有スルモノニシテ教唆從犯ノ如ク他人ノ行爲ニ從屬スルモノニアラス從テ其處罰ハ各人  
 ニ對シ必スシモ同様タラサルノミナラス罰條ヲ異ニスル場合ヲモ生スヘシ(同書一八七頁)

三 未遂犯ト中止犯トノ區別ニ關シテハ三說アリ第一說ハ犯罪ノ意思ヲ全然拋擲シテ結果ヲ防止シタル場合ヲ中止犯トシ他  
 未遂犯トスル説ナリ第二說ハ苟クモ自己ノ意思ヲ以テ結果ヲ防止シタル以上ハ其理由ノ如何ナルヲ問ハス之ヲ中止犯トス故ニ  
 未遂犯トハ必ス物質的ノ力ニ據ルノ障礙ヲ受クルコトヲ要スルモノトス第三說ハ一般ノ見解上自由ナル意思ニ因リテ結果ヲ防  
 止シタルヤ否ヤヲ標準トスルモノニシテ隨テ巡査ニ發見セラレタルカ爲メ實行ノ中途ニシテ逃走シタルト言フカ如キハ未遂犯  
 トスルニ差支ナキナリ第三說ヲ通説トス(牧野學士刑法通義一六六頁)

共同正犯ニアリテハ各自ニ其刑ヲ科ス必スシモ同一ノ刑ヲ科スルノ必要ナシ各自共同ナル行爲ニ對シテ獨立ニ責任ヲ負擔スル

【第二點參照學說】

一 犯罪ノ特別構成要件タル事實法律上ノ加重減輕ノ事實犯罪ノ狀態(例之ハ共犯未遂既遂一罪數罪等)等ハ總テ事實上ノ理由トシテ之ヲ明示セサルヘカラス然レトモ犯罪ノ一般構成要件タル事實酌量減輕ノ原因タル事實又ハ刑ノ輕重ヲ定ムル標準タル事實ノ如キハ之ヲ明示スルノ要ナシ(富田學士刑事訴訟法要論三版一〇九六頁)

二 事實上ノ理由ニハ各犯罪ノ要素及ヒ法律上ノ加重減輕ノ事實ヲ示スコトヲ要ス然レトモ第二〇三條ニ依レハ酌量減輕ノ情狀又ハ刑期ノ輕重ヲ定ムル所ノ情狀ノ如キハ之ヲ掲クルノ必要ナキナリ……是罪トナルヘキ事實ナル一句ヨリ生スル解釋ナリ(後略)(豊島博士修正刑事訴訟法新論六五六頁)

(一) 刑法條四三第前段ハ犯罪ノ實行ニ著手シテ之ヲ遂ケサル場合ヲ總括的ニ規定シタルモノニシテ其但書ニ於テハ中止ノ場合ノミ必ス減輕又ハ免除スヘキコトヲ例外トシテ規定シタルモノナルカ故ニ判決ニ於テ中止犯トナラサル未遂狀態ハ原因ノ如何ニ拘ハラス同條前段ニ規定スル未遂犯即チ障礙未遂ニ屬スルモノトナシタルハ至當ナリ又判決冒頭ニ中止犯トナル場合ヲ説明スルニ當リ犯人ノ意思ニ拘ハラサル事情ニ因リ強制セラルルコトヲ任意ニト言ヘル強制ノ文字稍穩當ナラサルモ後段ニ於テ犯罪ノ發覺ヲ畏レ殺害行為ヲ遂行セス逃走シタルハ任意未遂ニアラスト斷シタルヨリ見ルモ結局一般ノ見解上自由ナル意思ニヨリ實行ヲ中止シ又ハ結果ヲ防止シタル場合ヲ指稱セルモノト信ス果シテ然ラハ是參照學說第一ニモ述フルカ如ク一般ノ通說ニシテ吾人ノ贊同スルトコロナリ

彼ノ參照學說一ニ掲クル第一說第二說ノ如ク或ハ犯意ヲ全然拋擲シタル中止ナルヲ要ストシ或ハ物質的ノ力ニ依ル未遂狀態ニアラサレハ障礙未遂トナラスト解スルカ如キハ中止犯ノ觀念ニ付キ一ハ狭キニ過キ一ハ廣キニ過クルノ謗リヲ免レサルナリ

(二) 實行正犯者ハ各自單獨ニ犯罪ノ結果ニ對スル責任ヲ負擔スルコトハ參照學說ノ總テカ認ムル如ク疑ノ餘地ナキ所ナリ隨テ判決ニ正犯者ノ一人ノ中止カ他ノ正犯者ニ其效力ヲ及ホサストシタルハ至當ト言ハサルヘカラス

(三) 殺人未遂罪ニ於テ殺人行爲ニ因リテ被害者ニ蒙ラシメタル創傷ノ程度如何ハ單ニ事實裁判所カ未遂ノ減輕ヲナスヲ相當トスルヤ否ヤ刑ヲ如何ニ科スヘキヤヲ定ムヘキ事實タルニ過キスシテ刑事訴訟法第二〇三條ノ罪トナルヘキ事實ニアラス蓋シ同條ノ罪トナルヘキ事實ト言ヘル中ニハ法律上ノ加重若クハ減輕ノ事實ヲ含ムカ故ニ裁判所カ未遂ノ減輕ヲナスニ當リテハ其犯罪カ未遂タルコトヲ知り得ヘキ程度ニ於テ事實ヲ表示スルコトヲ要スルモ更ニ進ンテ其減輕ヲナスヲ相當トスル情狀アリヤ否ヤヲ判斷スルニ必要ナル事實迄モ表示スルノ要ナシ又刑ノ量定ニ資スヘキ事實ヲ表示スルノ必要ナキハ勿論ナリ隨テ判旨第二點モ亦正當ナリ

ナリ(同書一六〇頁)

鎖鑰ノ開  
被下損壞  
罪

鎖鑰ヲ施シタル金品在中ノ容器ヲ合鍵ヲ以テ開被スルモ其所爲ハ刑法第二六一條ノ罪ニ觸ルルモノニ非ス

刑法第二六一條ニ所謂物ヲ損壞ストハ物質上ノ侵害ニ依リ物ノ效用ヲ缺失セシムルヲ云フ金品在中ノ容器ニ施シタル鎖鑰ノ如キハ或ハ或ハ之ヲ下シ或ハ之ヲ開キ一開一開ニ依リ其性質上ノ效用ヲ遂クルモノナレハ他人カ所有者ノ意思ニ反シテ之ヲ開クモノノ損壞トナラサルハ論ヲ俟タス(法曹會決議刑法第二六一條ニ關スル件法曹記事第二三卷第七號七四頁以下)

【參照學說】

- 一 損壞トハ單ニ一部分建造物ニ傷ヲ負ハシメタリト云フノミニテハ此中ニ含まサル標ナレトモ物ノ區別ヨリ來ルモノナレハ如何ニ小ナルモ此中ニ入ルコトヲ得、生物ニハ傷害ト云ヒ生物ナラサルモノニハ損壞ト云フナリ(藤本博士京大四年度講義刑法各論原稿本二〇六頁)
- 二 損壞ハ物質的ニ物ノ全部又ハ一部ヲ害シ又ハ物ノ用法上ノ效用ヲ失ハシムルノ意ナリ(泉二學士日本刑法論九四六頁)
- 三 行爲ハ損壞ナリ、行爲者カ目的物ヲ實質的ニ毀損シタル以上ハ用ヲ失ヒタルト否トニ關係ナシ(山岡博士刑罰法原理四七四頁)

然リ鎖鑰ノ開闔ハ鎖鑰其物ノ當然ノ本質ニシテ所謂損壞ニ非ス蓋シ鎖鑰竝ニ其容器ハ其開被ニ依リ物質的ニ毀損セラレ又ハ用法上ノ效力ヲ失ヒタルモノト謂

フヲ得サレハナリ或ハ云ハ鎖鑰其物ノ開被ニヨリ其在品タル金員ハ所謂鎖鑰ヲ施ササル金員ト化スルヲ以テ所謂用法上ノ效用ヲ失フモノニ非スヤト非ナリ何トナレハ茲ニ所謂用法上ノ效力ヲ失フトハ損壞行爲其モノニ因リ當然其用法上ノ效力ヲ失フノ謂ニシテ更ニ他ノ行爲ヲ爲スニ因リ其效力ヲ失フカ如キ場合ヲ包含スルモノニ非ス故ニ鎖鑰ノ開被ハ其鎖鑰ノ所有者カ之ヲ開被スルモ所謂損壞ト言フヲ得サルト同シク假令他人カ擅ニ之ヲ開被シタル場合ト雖モ其開被其モノヲ以テ直ニ器物損壞罪ニ問擬スルヲ得スト爲ス本論ノ見解ハ吾人ノ贊同スルトコロナリ

(一一三)

二〇五 人ヲ欺同シテ財物ヲ騙取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス  
前項ノ方法ヲ以テ財産上不法ノ利益ヲ得セシメタル者亦同シ

苟モ眞實ニ反セル事實ヲ告知シ相手方ヲ錯誤ニ陷レ因テ財物ヲ交付セシメタル以上ハ縱令其財物交付ノ對價トシテ取得シタル利益カ交付シタル財物ノ價格以上ニ出テ相手方ニ於テ現實ニ損害ヲ受ケザリシ場合ト雖モ詐欺取財罪ノ成立ヲ妨グルモノニ非ス

犯人ニシテ眞正ノ事實ヲ告知セシカ相手方ハ財物ヲ交付セサルヘキ場合ニ於テ眞實ニ反セル事實ヲ告知シ相手方ヲ錯誤ニ陷レ因テ財物ヲ交付セシメタル以上ハ詐欺罪



ハ直ニ成立スヘク其財物交付ノ對價トシテ取得シタル財物上ノ利益カ交付シタル財物ノ價格以上ニ出テ相手方ニ於テ現實ノ損害ヲ受ケサリシ場合アリトスルモ之カ爲メニ詐欺罪ノ成立ヲ妨クヘキニ非ス原判示事實ニ據レハ被告ニ於テ神谷吉松ノ爲メニ國有竹林ノ拂下周旋ヲ依頼セラシルヤ平井寛一郎ノ名義ヲ藉リテ保證金六〇圓ヲ納付シ代金五七四圓ヲ以テ拂下ヲ受ケタル事實竝ニ平井寛一郎ト共同出願シタル事實ニ非サルコトヲ告知セシナラハ吉松ニ於テ被告ノ要求ニ應ジテ保證金ノ辨償トシテ一六〇圓拂下代金トシテ一四一四圓二五錢竝ニ平井寛一郎ノ持分讓受ノ對價トシテ五〇圓及ヒ被告ノ周旋料トシテ七〇圓ヲ支拂ハサルヘキ場合ナルヲ以テ吉松カ如上ノ金額ヲ被告ニ交付スルニ至リタルハ一ニ被告カ眞實ニ反セル事實ヲ告知シ吉松ナ欺罔シタル結果ニ外ナラス果シテ然ラハ吉松カ取得シタル竹林ノ價格カ被告ニ交付シタル金額ヲ超過シ計算上毫モ損失スル所ナク寧ロ利益スル所アリタリトスルモ被告カ詐欺手段ニ因リテ不法ニ吉松ヨリ金額ヲ騙取シタル犯罪ノ成立ヲ阻却スヘキニ非サレハ原判決カ被告ノ所爲ヲ詐欺罪ニ問擬シタルハ相當ナリ(大審院大正二年(レ)第一九三九號同年一月二五日刑一判決)

【反對學說】

一 詐欺罪完成ノ要件タル錯誤ニ基ク財產上ノ處分ハ被害者ニ不利益ニシテ行爲者ニ利益ナルモノナラサル可カラス(大場博士刑法各論八一頁)  
 二 詐欺罪ノ構成要件トシテ財產上ノ實害ヲ生スルコトヲ要ス即チ他ノ一面ニ於テ利益ヲ生シ他ノ一面ニ於テ實害ヲ生スルコトヲ要ス、而シテ失ヒタルモノト得タルモノトニ付キテハ被害者ノ身分關係對財物關係等モ考ヘサルヘカラス、他人ナラハ損失ナキ場合ニハ取得シタル人ニヨリテハ縱令價アルモノニテモ損失タルコトアリ、然シ單純ナル人ノ好ハ此中ニ入ル能ハス(藤

本博士刑法各論京都帝國大學筆記版一九五頁)

【同趣旨學說】

一 詐欺利得罪ノ成立ニハ行爲者カ利益ヲ取得スルニ因リ相手方タル被害者ニ財產上ノ損害ヲ與ヘタルコトヲ要ス、片面的利益取得ノ場合ニ於テハ被害者ニ損害ヲ生スルコトハ論テ俟タズ雖モ雙面的利益取得ノ場合ニハ兩者ノ均衡ヲ破リ相手方ニ寡少ノ利益ヲ與ヘタル場合ニ於テハ財產上ノ實害アリト謂フテ從ツテ相手方ニ充分ナル給付ヲ爲シタル場合ニ於テハ財產上ノ損害ナルモノナキヲ以テ本罪ノ成立スルコトナシ是レ利得罪ノ本質ニシテ領得罪ト區別セラシル點ナリ(山岡トクトル刑法原理四四四頁)  
 二 刑法第二四六條第一項ニ人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタルモノハト規定セリ故ニ苟モ欺罔手段ニ依リ正ニ他人ノ財物ヲ交付セシメタル以上ハ其財物ニ對シテ法益ハ侵害セラレタルモノニシテ詐欺罪ハ成立シ犯人カ對價ヲ提供シテ他人ノ財產權ノ總體ニ於テ何等ノ減額ヲ及ボサザリシトスルモ其ハ以テ本罪ノ成立ヲ阻却スルモノニアラスト云ハサルヲ得ス(後藤法學士法學協會雜誌三〇卷五號一六六頁)

【參照判例】

苟モ財物騙取ノ手段トシテ欺罔手段ヲ用キルタル以上ハ之ト共ニ眞實ナル手段ヲ併用シタルト將タ財物ノ騙取ニ際シ犯人ヨリ被害者ニ與ヘタル財產上ノ利益カ被害者ノ蒙リタル損失ヲ償ヒ得ルト否トハ詐欺取財ノ罪ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ボサス(大審院刑事判決錄四三年八七九頁)

詐欺領得罪ニ損害ヲ要セサルヤ否ヤハ議論ノ存スル所ナリト雖モ吾人ハ之ヲ要スト爲ス者ナルコト嘗テ述ヘタル所ナリ詳細ハ本書第一卷刑法五二頁以下ニ就テ參照セラレタシ

(一一四)

五四 一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸レ又ハ犯罪ノ手段若クハ結果タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ルルトキハ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス(後略)

選挙ニ關シ  
約東ヲ爲シ  
シ其實行ノ  
トシテ爲シ  
應ル場合ニ  
ノタルトシ  
擬律合シ

選挙ニ關シ要應ノ約束ヲ爲シ其實行トシテ要應ヲ爲シタルトキハ之レヲ包括的ニ觀  
察シ單純ナル要應ノ一罪トシテ處斷スヘキモノニシテ要應ノ約束ト實行トナ區別シ  
刑法第五四條第一項後段ヲ適用スヘキモノニアラス故ニ原判決カ該法條ヲ適用セザ  
ルハ相當ナリ(大審院大正二年(レ)第二〇六七號同年一月一三日刑三判決)

【參照學說判例】

本書第二卷諸法八五頁刑法一五五頁第一卷刑法二〇六頁

一九七 公務員又ハ仲裁人其職務ニ關シ賄賂ヲ收受シ又ハ之ヲ要求クハ約束シタルトキハ三年以下ノ懲役ニ處ス

(一一五)

町村制三七 本法又ハ本法ニ基キテ發スル勅令ニ依リ設置スル議會ノ議員ノ選舉ニ付テハ衆議院議員選舉ニ關スル  
罰則ヲ準用ス(後略)

衆議院議員選舉法八七

選舉ノ前後ヲ問ハス左ノ各號ニ該當スル所爲アル者ハ一年以上以下ノ輕禁錮ニ處シ又  
ハ十圓以上百圓以下ノ罰金ニ處ス

一 選舉ニ關シ直接又ハ間接ニ金錢、物品、手形其ノ他ノ利益若ハ公私ノ職務ヲ選舉人又ハ選舉運動者ニ供與シ又  
ハ供與センコトヲ申込ミタル者又ハ供與若ハ申込テ承諾センコトヲ周旋勸誘シタル者並供與テ受ケ若ハ申込テ承  
諾シタル者

二 選舉ニ關シ酒食、遊覽等其ノ方法及名義ノ何タルヲ問ハス人ヲ要應接待シ又ハ要應接待ヲ受ケタル者又ハ選舉  
會場、開票所若ハ投票所ニ往復スル爲メ船車馬ノ類ヲ供給シ及其ノ供給ヲ受ケタル者又ハ旅費若ハ沐浴料ノ類ヲ  
代辨シ及其代辨ヲ受ケタル者並此等ノ約束ヲ爲シ又ハ約束ヲ受ケタル者(後略)

因テ不正ノ行爲ヲ爲シ又ハ相當ノ行爲ヲ爲サルトキハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス  
前項ノ場合ニ於テ收受シタル賄賂ハ之ヲ沒收ス若シ其全部又ハ一部ヲ沒收スルコト能ハサルトキハ其價額ヲ追徵ス  
一九八 公務員又ハ仲裁人ニ賄賂ヲ交付、提供又ハ約束シタル者ハ三年以下ノ懲役又ハ三百圓以下ノ罰金ニ處ス  
前項ノ罪ヲ犯シタル者自首シタルトキハ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得  
二五二 自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス(後略)  
民法七〇八 不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲シタル者ハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス但不法ノ原因カ  
受益者ニ付テノミ存シタルトキハ此限ニ在ラス  
府縣制四五 府縣會ハ官廳ノ諮問アルトキハ意見ヲ答申スヘシ  
府縣會ノ意見ヲ徵シテ處分ヲ爲スヘキ場合ニ於テ府縣會召集ニ應セス若ハ成立セス又ハ意見ヲ呈出セサルトキハ當  
該官廳ハ其ノ意見ヲ俟タシテ直ニ處分ヲ爲スコトヲ得

(一) 民法上不法ノ原因ニ由リテ給付シタルモノヲ其受領者カ不法ニ領得シタルト  
キハ横領罪ヲ構成スルモノトス  
(二) 賄賂ノ對價タル給付ハ公務員又ハ仲裁人ノ職務行爲自體ナルコトヲ要セス其  
職務ニ關涉スルモノナルヲ以テ足ルモノトス

(一) 民法上不法ノ原因ニ由リテ給付シタルモノニ付テハ給付者ニ於テ之カ返還ヲ請  
求スルコトヲ得スト雖モ之カ爲メニ給付者カ其物ニ付所有權ヲ喪失スルコトナケレ  
ハ給付ノ受領者カ不法ニ之ヲ領得スルニ於テハ自己ノ占有セル他人ノモノヲ横領ス  
ル行爲ニ該當スルモノトス故ニ原判決ニ於テ被告カ公務員ニ賄賂スル目的ヲ以テ他  
人ヨリ給付セラレタル金圓ヲ不法ニ領得シタル行爲ヲ認メ之ヲ横領罪ニ問擬シタル  
ハ相當ナリ  
(二) 刑法第一九七條ノ收賄罪及ヒ同第一九八條ノ贈賄罪ハ孰レモ公務員又ハ仲裁人

民法上原因不  
法ノ由リ受  
領シタル  
領得  
物ノ領得  
ト横領罪  
ト稱ス  
收賄罪  
ト稱ス  
關ト  
係ト

ノ職務ニ關シテ賄賂ノ收受若クハ交付アルコトヲ要スルハ勿論ナリト雖モ收賄若クハ贈賄ノ原因タル行為カ公務員又ハ仲裁人ノ職務自體ナルコトヲ要セス其職務ニ關涉スルモノナルヲ以テ足ル即チ賄賂ノ對價タル給付カ公務員又ハ仲裁人ノ職務執行タル行為ニ屬セサルモ其職務執行ト密接ノ關係ヲ有スル場合ニ於テハ職務ニ關シテ收賄若クハ贈賄ノ行為アリト謂フチ妨ケス原判決ノ認定セル事實ニ依レハ被告等ハ島根縣會議員梶谷福太郎ニ對シテ斐伊川沖堤縣費支辨トナスヲ相當トスル旨ノ意見書ヲ縣會ニ提案シ之ヲ可決セシムルニ付幹旋チナスコトヲ請託シ該意見書可決ノ後右報酬トシテ金圓ヲ福太郎ニ交付シタリト云フニ在リテ右意見書ヲ成立セシムルニ付他ノ縣會議員ヲ勸誘シテ之ニ贊同セシムル行為ハ縣會議員トシテ意見書ヲ提案シ若クハ之カ成立ニ付キ自己ノ意見ヲ發表スル如キ職務行為ニ非サルハ勿論ナルモ其職務ニ關スル行為ニアラスト謂フヘカラス蓋シ府縣制第四五條ニ依レハ府縣會ハ府縣ノ公益上必要ナル事項ニ付意見書ヲ府縣知事又ハ內務大臣ニ提出スルコトヲ得ヘキヲ以テ府縣會議員カ右意見書提出ノ件ヲ發案スルハ其職務ノ執行ニ外ナラス從テ右發案若クハ可決ニ付要スル定數ノ贊成議員ヲ勸誘贊同セシムルハ是亦職務ノ執行ニ關スル行為ナルコト疑ナケレハナリ然ラハ原判決ニ於テ前掲判示事實ヲ認定シ之ヲ贈賄罪トシテ處斷シタルハ相當ナリ(大審院大正二年(レ)第二〇五九號同年一月九日刑一判決)

【第一點同趣旨判例】

大審院判決(刑事判決錄四三年一五三一、一三六一頁)

民法上不法ノ原因ニ由リテ給付シタル物ノ所有權ハ給付者ニ存スルヤ將受領者ニ存スルヤハ學說ノ岐ルルトコロナルモ吾人ハ其所有權ハ受領者ニ有リト解ス蓋シ給付ヲ爲スヘキ原因タル債權行為ハ不法原因ノ爲メ無効タルモ此ノ原因ノ爲メ物權ノ移轉ヲ爲ス給付行為ハ當然無効タルモノニアラサレハナリ故ニ吾人ハ判旨第一點ニ反對ス判旨第二點ハ正當ナリ  
詳細ハ第一點ニ關シテハ本書第一卷民法三七二頁第二點ニ關シテハ刑法四頁八二頁ヲ參照セラレタシ

一二六

一〇 主刑ノ輕重ハ前條記載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有期懲役ノ長期ノ二倍ヲ超エルトキハ禁錮ヲ以テ重シトス  
同種ノ刑ハ長期ノ長キモノ又ハ多額ノ多キモノヲ以テ重シトシ長期又ハ多額ノ同シキモノハ其短期ノ長キモノ又ハ寡額ノ多キモノヲ以テ重シトス  
二個以上ノ死刑又ハ長期若クハ多額及ヒ短期若クハ寡額ノ同シキ同種ノ刑ハ犯情ニ依リ其輕重ヲ定ム  
五四 一個ノ行為ニシテ數個ノ罪名ニ觸レ又ハ犯罪ノ手段若クハ結果タル行為ニシテ他ノ罪名ニ觸ルルトキハ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス  
五五 第四九條第二項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ適用ス  
連續シタル數個ノ行為ニシテ同一ノ罪名ニ觸ルルトキハ一罪トシテ之ヲ處斷ス

一ノ連續犯ヲ構成スヘキ數行為中ニ數個ノ同一罪名ニ觸ルル行為ヲ包含スルトキハ先ツ刑法第五四條第一項ヲ適用シ而シテ後チ同法第五五條ヲ適用スヘキモ



【同趣旨判例】

一 詐欺取財罪ハ人ナク欺罔シ之ヲ錯誤ニ陥レ不正ニ財産ヲ取得スルニヨリテ成立ス故ニ縱令手段ハ欺罔ニ出ツルモ其取得シタル財産上ニ正當ナル權利ヲ有スルトキハ犯罪ヲ構成セス(四一年大審院判決録七六九頁)

二 自己ノ侵害セラレタル權利ノ賠償ヲ得ンカ爲メ他ノ者等ト共ニ侵害者等ヲ恐喝シ財物ノ交付ヲ受ケタルニ過キサル場合ハ不正ニ自己ヲ利スルノ意思ナケレハ縱令其交付ヲ受ケタル方法ニ於テ恐喝ノ手段アリトスルモ其行爲ハ刑法第二四九條ニ所謂恐喝ノ罪ヲ構成スヘキモノニ非ラス(長崎控訴院刑事一部四二年一〇月二九日判決法律新聞六〇八號)

【反對學說判例】

一 法律カ欺罔又ハ恐喝ヲ罰スルハ其手段ヲ以テ社會ノ安寧ニ害アルモノトシタレハナリ目的ノ適法ハ手段ノ不法ヲ阻却スルコトナシ(牧野學士刑法通義二一版二四四頁)

二 假令債務ヲ履行セシムルニセヨ恐喝手段ヲ用ヒ畏怖ノ念ヲ生セシメ因テ財物ノ交付ヲ受ケタル所爲ハ刑法第三九〇條ノ騙取ナリトス(三五年六月一二日大審院判決法律新聞九四號)

右判決ハ我邦學者ノ通説ト一致スルモノニシテ吾人モ亦贊同スルトコロナリ蓋シ恐喝罪ハ其害惡ノ通告ニヨリ被害者ヲ畏怖セシメ以テ不法ニ其財産上ノ處分ヲ爲サシメント欲スルモノナルニ對シ事案ノ場合ハ相手方ヲシテ不法ニ財産上ノ處分ヲ爲サシムルノ意思存セサレハナリ從テ未遂ノ問題ヲモ惹起セス

(二二八)

二四六 人ナク欺罔シテ財物ヲ騙取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

前項ノ方法ヲ以テ財産上ノ不法ノ利益ヲ得又ハ他人ナシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ

買主ニ於テ其鑑識ヲ利用シテ購買シタルトキト雖モ賣主ニ於テ偽作物ナルニ拘

書畫骨董ノ購買ト詐欺罪ト

ハラス之ヲ眞物ナリト詐言シテ賣却シ因テ財物又ハ財産上不法ノ利益ヲ得タルモノナルトキハ詐欺罪ヲ構成スヘキモノトス

書畫骨董ノ購買ハ常ニ買主ノ言ニ信テ措カズ買主カ其鑑識ニ依頼シテ之ヲ爲スモノナリト斷定スルコトヲ得サルノミナラス假リニ買主ニ於テ其鑑識ヲ利用シテ之ヲ購買シタルモノトスルモ賣主ニ於テ偽作物ナルニ拘ハラス之ヲ眞物ナリト詐言シテ賣却スルニ因リ財物又ハ財産上不法ノ利益ヲ得タルモノトスレハ直ニ詐欺ノ罪ヲ構成ス可ク他ニ何等特殊ノ欺罔手段ヲ施用スルコトヲ必要トセサルヲ以テ本論旨理由ナシ(大審院大正二年(九)第二二二號同年一月二二日刑一判決)

【參照學說判例】

本書第二卷刑法一七四頁以下

詐欺罪ハ欺罔者ノ欺罔行爲ニ因リテ錯誤ヲ生シ其結果意思ノ決定アルコトヲ要スルモノニシテ單ニ欺罔行爲存スルノミニ止マル場合又其欺罔行爲ニ關連シテ財産上利益ヲ得タル場合アリトスルモ其財産上利益ヲ得セシメタル所謂處分權者ノ意思決定カ欺罔行爲ニ因リテ錯誤ヲ生シタル結果ニアラサルトキ換言セハ其意思決定カ欺罔行爲ト因果ノ關係ヲ存セサルトキハ我刑法上所謂詐欺罪ヲ構成スヘキモノニ非ス事案ノ場合買主ノ意思決定カ果シテ賣主ノ詐言ニ基因セサルモノナルヤ否ヤハ蓋シ疑問ナルヘシ吾人ハ寧ロ普通行ハルル書畫骨董ノ購買

カ賣主ノ詐言其因ヲ爲スノ多キヲ信ス故ニ此點ニ於ケル大審院判例ハ實情ニ適シタルモノナルヘシ然ルニ之ニ反シ買主カ賣主ノ言ニ全然信ヲ措カサル場合例ヘハ賣主ノ言ハ其虛言ナルヲ知ルモ尙ホ所謂偽物トシテ之ヲ購買スル場合又ハ其筆致筆力ニヨリ之ヲ眞物ナリテ確信シテ購買シタル場合ノ如キ其欺罔行爲ハ其購買ニ全然關係ナシト云フヲ得サルモ其購買ノ意思ヲ決定シタルモノナリト謂フヲ得ス從ツテ斯ル場合ハ詐欺罪ヲ構成スルモノニ非スト解セサルヘカラス然ルニ判決カ此點ヲ明カニセス一概ニ詐欺罪ヲ構成スト斷シタルハ吾人ノ服セサルトコロナリ

(二二九)

二四六 人ヲ欺罔シテ財物ヲ竊取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス  
 前項ノ方法ヲ以テ財産上ノ利益ヲ得又他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ  
 二四七 人ヲ恐喝シテ財物ヲ交付セシメタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス前項ノ方法ヲ以テ財産上ノ利益ヲ得又他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ

權利者カ詐欺恐喝ノ手段ヲ用ヒテ其權利ノ範圍ヲ超ヘ正數以外ノ財物ヲ交付セシメ又ハ正數以上ノ利益ヲ供與セシメタル場合ハ正當ナル權利ノ範圍外ニ於テ領得シタル財産又ハ利益ノ部分ニ付テノミ犯罪ヲ成立スルモノト解セサルヘカラス但其財物又ハ利益カ法律上不可分ナル場合ニハ全部ニ付キ犯罪ヲ認ムヘキモノトス

詐欺恐喝ノ範圍外ニ於テ領得シタル部分ハ即チ欺罔恐喝ニ因リテ不當ニ利得スルモノト解セサルヘカラス蓋シ此場合ニ於テハ犯人ノ領得シタル財物又ハ利益ノ中其權利ニ屬スル部分ハ正當ナル法律上ノ原因アリテ給付セラレタルモノナレハ此部分ニ付キテハ給付行爲ハ辨濟トシテ有效ニ成立シ犯人ノ有スル權利ハ之ニ因リテ消滅スルヲ以テ何等不當ノ利得アルコトナク從ツテ縱令欺罔恐喝ノ手段ヲ用ヒテ權利ノ目的ヲ達シタルモノナリトスルモ詐欺恐喝ノ罪ヲ構成スヘキ理ナク反

刑法第二四六條同第二四九條ニ規定スル詐欺及恐喝ノ罪ハ何等正當ナル法律上ノ原因ナキニ拘ハラズ欺罔又ハ恐喝ノ手段ヲ用ヒテ人ヲ錯誤ニ陥レ又ハ之ヲシテ長柄ノ念ヲ生セシメ因テ以テ不法ニ財産ノ交付ヲ受ケ又ハ財産上ノ利益ヲ領得スルニ因リテ成立スルモノナレハ法律上他人ヨリ財物ノ交付ヲ受ケ又ハ財産上ノ利益ヲ領得スヘキ正當ノ權利ヲ有スル者カ其權利ヲ實行スルニ當リ欺罔又ハ恐喝ノ手段ヲ用ヒテ義務ノ履行ヲ爲サシメテ財産ノ交付ヲ受ケ又ハ財産上ノ利益ヲ領得スルモ詐欺恐喝ノ罪ヲ構成スルコトナキハ各國ノ法制其概ナリニシ當院亦舊刑法ノ解釋トシテ夙トニ認ムル所ノ判例ニシテ此判例ハ現行刑法ノ解釋ニ於テモ亦之ヲ是認スヘキモノトス而シテ他人ヨリ財物ノ交付ヲ受ケ又ハ財産上ノ利益ヲ領得スヘキ正當ナル權利ヲ有スル者カ之ヲ實行スルニ當リ其範圍ヲ超越シ義務者ヲシテ正數以外ノ財物ヲ交付セシメ又ハ正數以上ノ利益ヲ供與セシメタル場合ニ於テモ亦同一ノ精神ニ從ヒ詐欺恐喝ノ罪ハ犯人ノ領得シタル財産又ハ利益ノ全部ニ付キテ行ハレタルモノニ非スシテ犯人カ正當ナル權利ノ範圍外ニ於テ領得シタル財産又ハ利益ノ部分ニ付キテノミ成立スルモノト解セサルヘカラス蓋シ此場合ニ於テハ犯人ノ領得シタル財物又ハ利益ノ中其權利ニ屬スル部分ハ正當ナル法律上ノ原因アリテ給付セラレタルモノナレハ此部分ニ付キテハ給付行爲ハ辨濟トシテ有效ニ成立シ犯人ノ有スル權利ハ之ニ因リテ消滅スルヲ以テ何等不當ノ利得アルコトナク從ツテ縱令欺罔恐喝ノ手段ヲ用ヒテ權利ノ目的ヲ達シタルモノナリトスルモ詐欺恐喝ノ罪ヲ構成スヘキ理ナク反

シタルモノナレハ此部分ニ付テ詐欺恐喝ノ罪ヲ認ムルハ本罪ノ性質ニ適スルモノト  
 謂ハサルヘカラサルヲ以テナリ然レトモ此原則ヲ適用スルカ爲メニ犯人カ正當ナル  
 法律上ノ原因ニ基ツキ財物又ハ財産上利益ヲ領得シ其給付行爲カ全部又ハ一部有  
 ナルコトヲ要スルヲ以テ犯人カ他人ヨリ財物又ハ財産上ノ利益ヲ受領スヘキ正當ノ  
 權利ヲ有スル場合ト雖モ犯人ニ之ヲ實行スルノ意思ナク只タ名ヲ其實行ニ假托シ之  
 ナ手段トシテ相手方ヲ欺罔恐喝シ不正ニ財物又ハ利益ヲ領得シタル場合及ヒ犯人カ  
 相手方ヨリ財物又ハ財産上ノ利益ヲ領得シタル所以ノ原因カ其正當ニ有スル權利ト  
 全然相異ナレル場合ニ於テハ詐欺恐喝ノ罪ハ犯人ノ領得シタル財物又ハ財産上ノ利  
 益ノ全部ニ付キテ成立スルモノトスヘク之ヲ分割シ其一部分ニ付キ犯罪ノ成立ヲ認  
 ムルコトヲ得ス蓋シ之等ノ場合ニ於テハ犯人ノ爲シタル財物又ハ利益ノ領得ハ全ク  
 法律上ノ原因ヲ缺キ其全部又ハ一部ニ付有テ給付行爲ノ存在ヲ認ムルコト能ハ  
 サルヲ以テ其全部ニ付犯罪ノ成立ヲ認メサルヘカラサルヲ以テナリ他方ニ於テ犯人  
 ノ領得シタル財物又ハ利益ノ一部分ニ付テ犯罪ノ成立ヲ認ムルカ爲メニハ其財物又  
 ハ利益カ法律上可分ナルコトヲ前提トスルヲ以テ金銀米穀其他種類數量ニ依リ法律  
 取引ノ目的トナル所謂定量物カ欺罔恐喝ニ依リテ受授セラレタル場合ニ於テハ犯人  
 ノ權利ニ屬スル部分ト然ラサル部分トヲ區別シ前者ニ付キテハ有效ナル給付行爲ア  
 リトシ後者ニ付キテ犯罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ルモ犯人ノ領得シタル財物及ヒ財  
 産上ノ利益カ法律上分割ヲ許ササルモノナルトキハ其一部ニ付有テ給付行爲ヲ  
 認メ他ノ部分ニ付テ犯罪ノ成立ヲ認ムルコトハ法律上不可能ナルヲ以テ犯人ハ其全

【參照學說】

一 本書第一卷刑法二一八頁大審院判例第二〇五二號判決  
 二 刑法二四六條第二項ニ所謂不法ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシムルトハ適法ノ理由ナクシテ他人ヨリ財産上ノ利益  
 ナ自己ニ取得スルカ又ハ第三者ヲシテ取得セシムルノ義ナリ(後略)(大審院刑事判決錄四二年一六一四頁)  
 三 詐欺取財罪ハ人ヲ欺罔シ之レヲ錯誤ニ陷レ因テ以テ不正ニ財產ヲ取得スルニ依テ構成セラルモノナルカ故ニ縱令手段ハ  
 欺罔ニ出テタリトスルモ其取得シタル財産上ニ正當ナル權利ヲ有シ居ル場合ニ於テハ本罪ノ構成ナキハ勿論ナリトス(大審院  
 刑事部四一年九月一八日判決法律新聞二五七號一九頁)

【參照判例】

部ニ付不當ノ利得ヲ爲シタルモノトシ之ヲシテ其全部ニ付テ詐欺罪恐喝罪ノ責任ヲ  
 負ハシメサル可ラス原判決ノ認定ニ依レハ被告ハ株式會社四三銀行ヨリ小口當座預  
 金差引殘高三〇〇圓ノ拂戻ヲ受クルニ際シ同行係員ヲ欺罔シ金三〇〇圓ヲ交付セ  
 シメタルモノナレハ權利實行ニ當リ其範圍ヲ超越シ義務者ヲシテ正數以外ノ財物ヲ  
 交付セシメタルモノニシテ名ヲ其實行ニ假託シ相手方ヲ欺罔シタル場合ニ非ス而シ  
 テ金錢ハ法律上可分ノモノナルヲ以テ三〇〇圓ノ内被告ニ於テ正當ニ受領スヘキ  
 權利ヲ有セル三〇〇圓ノ交付ハ法律上有效ノ給付ナルコト論テ俟タヌ從ツテ此部分  
 ニ付テハ詐欺罪ヲ構成スヘキ理ナク二七〇圓ニ付テノミ罪責ヲ負ハシムヘキモノ  
 トス然ルニ原判決ハ三〇〇圓全部ニ付テ詐欺罪ヲ構成スヘキモノト爲シタルハ失  
 當ニシテ所論ノ如ク原判決ハ此點ニ於テ破毀ヲ免カレサルモノトス但シ本院大正元  
 年(れ)第二〇五二號判決ノ趣旨ハ之ト相反スルヲ以テ之ヲ更正ス(大審院大正二年(れ)第  
 一二一一號同年一月二三日刑一刑二刑三聯合判決)

一 判例ニ曰ク「正當ニ得ヘキ利益ヲ取得スル爲メ欺罔又ハ恐喝ノ手段ヲ用フルハ公力ニ據ラスシテ漫ニ權利ノ實行ヲ爲スモ  
ノニシテ其措置固ヨリ妥當ナラズト雖モ是ヲ以テ正當ナル權利ノ實行ニ至ルマテ犯罪トシ以テ行爲者ニ刑事上ノ責任ヲ負ハシ  
ムルニ足ラス縱令ナ欺罔又ハ恐喝シテ財物證據書類ヲ騙取シタリトスルモ其財物證據書類カ行爲者自身ノ所有ニシテ他人カ何等  
ノ權利ナキモノナル以上ハ詐欺取財ヲ構成スヘキモノニアラス」ト(明治三十九年四月十日判決)然リト雖モ法律カ欺罔又ハ恐喝  
ヲ罰スルハ其手段ヲ以テ社會ノ安寧ニ害アルモノトシテハナリ目的ノ適法ハ手段ノ不法ヲ阻却スルコトナシ予輩ハ判例ノ趣  
旨ヲ探ラス(牧野學士刑法通義二九四頁)

二 行爲ハ違法タルヲ要ス故ニ財物取得ニ付キ權利アル場合ハ縱令詐欺手段ヲ弄スルモ罪トナラス但シ苟モ一部ニ不法ノ行爲  
アルニ於テハ其全部ニ對シ罪ヲ構成ス例ハ五百圓ヲ得ヘキ權利者カ欺罔手段ニ依リ千圓ヲ得タルトキハ千圓ニ付キ詐欺取財  
ヲ成立スルカ如シ(山岡博士著刑法原理四四二頁)

三 人チ欺罔シ之ヲシテ其財産上ニ不利益ナル處置ヲナサシメ以テ自己又ハ第三者ノ利益ヲ圖ルモ其得又ハ得セシメタル利益  
ニシテ不法ナラサルトキハ詐欺罪アリト謂フ能ハス(中略)若シ以上ノ論ヲ正當ナリトセハ行爲者カ其得又ハ得セシメタル利益  
ノ中一部分ハ適法ナルモノアリ一部分ハ不適法ナルモノアルトキハ其不適法ナル部分ニ對シテハ詐欺罪ヲ構成スヘク其適法ナル  
部分ニ付テハ詐欺罪ヲ構成スルモノニアラスト爲ササルヲ得ス其圖リタル利益ニシテ法律上之ヲ得又ハ得セシムルノ權利ナキ  
トキハ之ヲ不法ナル利益トナスヘキナリ(大場博士著刑法各論七六頁)

四 不正ナルコト即チ正當ニ得ヘカサル利益ヲ獲得スルノ目的アルコトヲ要スルカ故ニ債務ノ辨濟ヲナスカ爲メ又ハ侵害セ  
ラレタル權利ノ賠償ヲ得ル等得ヘキ利益ヲ獲得セシカ爲メニシタルモノハ假令之ニ因リテ財物若クハ證據書類ヲ獲得スルモ本罪  
ヲ構成スルコトナシ(中略)蓋シ此場合ニ於ケル權利者ノ行爲ハ盜罪ニ所謂他人ノ物件ヲ奪取シタルニアラスシテ司法權若ク  
ハ公ノ手續ヲ蹂躪シテ債務ノ辨濟又ハ損害ノ賠償ヲ受ケタルモノニシテ畢竟單ニ司法權蹂躪ノ行爲タルニ過キサレハナリ伊太  
利判例ハ明ニ本場合ヲ以テ司法權蹂躪ノ罪トシ盜罪ト區別セリ亦以テ參考トスヘキナリ(藤本博士刑法新義下卷三六一頁)

窃盜強盜詐欺恐喝等財産ニ關スル犯罪ノ被害法益ハ被害者ノ財産上ノ利益ナリ  
故ニ詐欺恐喝ノ行爲アリトスルモ之ニヨリ一定ノ人ノ財産上ノ利益ヲ侵害スル  
コトナキトキハ被害法益ヲ缺キ從テ犯罪ヲ構成セサルモノト言ハサルヘカラス  
事案權利者カ詐欺恐喝ニヨリ其權利ノ範圍ヲ超ヘ正數以外ノ財物ヲ交付セシメ  
又ハ正數以上ノ利益ヲ供與セシメタル場合其正數ヲ超エサル部分ニ付テハ權利

ノ實行トシテ何等被害者ノ法益ヲ侵害スルコトナク此部分ニ付キ犯罪ノ成立ヲ  
認ムルニ由ナキモノトス而シテ一面正數超過ノ部分ニ付テハ法益ノ侵害アルコ  
ト明ナルカ故ニ此部分ニ付キ犯罪ノ成立ヲ認ムヘキハ勿論ナリ然レトモ財物又  
ハ利益カ法律上不可分ノモノナルニ於テハ之ヲ分割シテ一部ハ權利ノ實行トシ  
一部ハ違法ノ行爲トシテ觀察スルコト能ハス如此場合ニハ行爲全部ヲ違法ノモ  
トシ詐欺又ハ恐喝ニヨリテ得タル財物又ハ利益ノ全部ニ付キ犯罪ノ成立ヲ認  
ムルノ外ナキモノトス之ヲ要スルニ吾人ハ判決ノ趣旨ニ全然賛同スルモノナリ

(1110)

一〇八 火ヲ放テ現ニ人ノ住居ニ使用シ又ハ人ノ現在スル建造物汽車電車船若クハ鐵坑ヲ燒燬シタル者ハ死刑又  
ハ無期若クハ五年以上ノ懲役ニ處ス

校舍ノ一室ヲ宿直室ニ充テ宿直員ヲシテ夜間宿泊セシムルトキハ其校舍ハ刑法  
第一〇八條ニ所謂人ノ住居ニ使用スル建造物ナリトス

刑法第一〇八條ニ所謂現ニ人ノ住居ニ使用スル建造物トハ現ニ人ノ起臥寢食ノ場所  
トシテ日常使用セラルル建造物ヲ謂フモノニシテ晝夜間斷ナク人ノ現在スルコトヲ  
必要トセス而シテ學校ノ校舍ノ一室ヲ宿直室ニ充テ宿直員ヲシテ夜間宿泊セシムル  
トキハ其校舍ハ現ニ宿直員ノ起臥寢食ノ場所トシテ日常使用セラルルモノニシテ現

現住居ニ人  
用スル建造物  
ノ使(刑法)275



人ノ住居ニ使用スル建造物ナリト謂ハサルヘカラス論旨ニ揚タル原判決ノ證據ニ  
依レハ校舍階下ノ一室ハ學校ノ新築落成後九月頃ヨリ森岡恭平ノ宿直室ニ充テラレ  
同人ハ夜間其所ニ宿泊シ居ルモノナルヲ以テ右校舍ハ現ニ同人ノ住居ニ使用スル建  
造物ナルコトヲ認ムルニ足ル從テ原判決ハ證據理由不備ノ不法アルコトナシ(大審院  
大正二年(れ)第二〇八九號同年一月二四日刑三判決)

吾人ハ判決ノ趣旨ニ賛同ス尙ホ本書第一卷刑法一九頁參照

(一一一)

六五 犯人ノ身分ニ因リ構成スヘキ犯罪行為ニ加功シタルトキハ其身分ナキ者ト雖モ仍ホ共犯トス

身分ニ因リ特ニ刑ノ輕重アルトキハ其身分ナキ者ニハ通常ノ刑ヲ科ス

二五二 自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

自己ノ物ト雖モ公務所ヨリ保管ヲ命セラレタル場合ニ於テ之ヲ横領シタル者亦同シ

二五三 業務上自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス

二六一 前三條ニ記載シタル以外ノ物ヲ損壞又ハ傷害シタル者ハ三年以上十年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金若クハ科料  
ニ處ス

市制八七 市長ハ市ヲ統轄シ市ヲ代表ス

市長ノ擔當スル事務ノ概目左ノ如シ

四 證書及ヒ公文書類ヲ保管スル事

同九六 助役ハ市長ノ事務ヲ補助ス

助役ハ市長故障アルトキ之ヲ代理ス助役數人アルトキハ豫メ市長ノ定メタル順序ニ依リ之ヲ代理ス

(一) 市ノ公文書ノ保管ハ市助役ノ職務ニ關スルカ故ニ市助役及ヒ之ト共謀シテ公

文書ヲ横領シタル者ハ刑法第二五三條及ヒ同第六五條ニ依リ同第二五二條ノ  
横領罪ヲ構成ス

(二) 公文書ヲ市助役及ヒ之ト共謀シタル者カ市役所外ニ帶出シテ隱匿スル行為ハ  
横領ナリ

(一) 上告趣意原判決ノ認定セル事實ニヨレハ拾吉ハ助役トシテ保管ノ責アル青色圖  
面ヲ云云ト拾吉ヲ占有者ト判定セリ然レトモ拾吉カ果シテ占有者ナリシヤ否ヤハ原  
判決ノ採用セル證據ヲ以テ到底立證スル能ハサルノミナラス普通助役ノ占有ス可キ  
モノニ非スシテ土木課ノ戸棚ニ入レアリタリトノ事實ヲ認ムル以上ハ少ク土木  
課ノ職員全體ノ連帶保管カ又ハ同課課長ノ占有中ニ屬スルハ當然ナリ果シテ然ラハ  
同課長以外何人カ之レヲ持參スルト雖モ決シテ横領罪ヲ構成スヘキ筋合ニアラス況  
ンヤ被告安ハ此點ニ於テ何レヨリ見ルモ占有者タル人物ニアラサルナリ故ニ横領罪  
ノ主體タル能ハス而シテ拾吉カ助役トシテ占有セル圖面ナリト判定セルモ助役ハ當  
録ノ占有者ニアラス特別ノ事情ニ基クニアラサレハ占有セサルヲ以テ之レカ占有者  
ナリトノ判定ニハ必ス其特別ノ事情ヲ認ムルニ足ル探證ヲ爲ササルヘカラス然ルニ  
原審判決ハ此ノ點ニ於テ何等ノ理由ヲモ立證ナモ爲ササル不法即チ理由不備ノ判決  
タルヲ免レスト云フニ在リ然レトモ原判決ニハ第一審公判始末書中被告ノ(前略)自分  
ハ助役トシテ市長ノ命令ニヨリ豫算ノ編成其他總テノ事ニ關與シタル旨ノ供述記載  
ナ他ノ證據ニ綜合シテ所論圖面カ相被告拾吉ノ保管ニ屬スル事實ヲ認メタルモノト

隠匿シ之ヲ横領シタルモノトス下判示シ右所爲ニ對シテ刑法第二五三條ヲ適用シタ  
リ然レトモ横領罪ノ構成ニハ其物ヲ横領スルノ意思即チ其物ニ對シテ自己ノ物ニ對  
スルカ如キ支配ナサントスルノ意思ヲ有スルコトヲ要件トシ此意思ナク單ニ一時  
之ヲ隱匿シ又ハ棄毀セントスルノ意思ヲ有スルニ過キサリシ場合ニ於テハ刑法第四  
〇章ノ罪ヲ構成スルコトアルハ格別横領罪ヲ構成セサルモノトス而シテ原判決事實  
ニ認ムル處ハ前示ノ如クニシテ之ニ由リテ見レハ上告人等ハ右圖面ニ付キ之レヲ自  
己ノ物トシテ支配セントスルノ意思ヲ有スルニアラスシテ單ニ不正工事ノ暴露セン  
事ヲ虞レ一時之レヲ藏匿シ若クハ之レヲ毀棄シ去ラントスルノ意思ヲ有スルモノニ  
過キサルト一点ノ疑ナキ處ナリトス而モ原判決カ右所爲ヲ以テ横領罪トシテ處斷  
シタルハ違法ニシテ此點ニ於テ破毀セラレヘキモノトスト云フニ在リ然レトモ横領  
罪ハ自己ノ占有内ニ在ル他人ノ物ニ對シテ自己領得ノ意思實行アルニ由リテ成立ス  
ルヲ以テ苟モ同罪ノ目的タル物ノ所有者ナシテ其經濟的利便ヲ喪失セシメ因リテ自  
己ニ其經濟的利便ヲ取得スル如キ行爲アレハ自己領得ノ意思實行アリタルモノト謂  
フヘク横領罪ヲ以テ該行爲ヲ論スルハ相當ナリ原判決ノ認定セル事實ニ據レハ被告  
拾得等ハ共謀シテ拾得ノ市助役トシテ保管セル公文書ヲ相被告安ナシテ市役所以外  
ニ帶出シテ之ヲ隱匿セシメタル者ニシテ右隱匿ノ行爲ハ所有者タル市ナシテ其公文  
書ヲ保存使用スルノ利益ヲ喪失セシメ被告等ニ於テ自由ニ之ヲ處分シ得ヘキ狀態ニ  
措キタルモノ即チ自己領得ノ意思ヲ外形ニ表示シタルモノニ外ナラサレハ其行爲ノ  
終局ノ目的如何ヲ問ハス被告等ノ行爲ヲ以テ横領罪ニ問擬シタル原判決ハ相當ナリ

解シ得ヘキノミナラス市助役ハ市長ノ事務ヲ補助スルヲ以テ其職務ト爲スカ故ニ(市  
制第九六條)市長ノ故障アルトキ之ヲ代理スル場合ニ非サルモ常ニ市長ノ職務ニ屬ス  
ル市制第八七條所定ノ事項ニ付キ職責ヲ有スルモノトス然ラハ公文書ノ保管ノ如キ  
モ亦市助役ノ職務ニ屬スト謂ハサルヘカラス故ニ原判決ニ於テ所論市立小學校ノ工  
事設計ニ關スル青色圖面ヲ以テ市助役タル相被告拾得等ニ保管ニ屬スルモノナリト判  
定シ而シテ右事實ヲ認メタル證據理由ヲ明示セサルモノトスルモ公文書タル前掲圖  
面カ市助役ノ保管ニ屬スル事實ハ既ニ說示セル如ク法令上明白ニシテ固ヨリ證明ヲ  
要セザルヲ以テ原判決ハ此點ニ關シテ何等違法アルモノニ非ス而シテ右圖面カ相被  
告拾得等ノ職務上保管ニ保ル以上ハ原判決所掲各證據ニ依リテ認メ得ル如ク被告安等  
カ右相被告拾得等ト之ヲ横領スルコトヲ共謀實行シタル場合ニ於テハ被告安等ハ業務  
上占有者タル身分ヲ有セサルモ刑法第六五條第一項ニ依リ同法二五三條ノ業務上横  
領罪ノ正犯タル罪責ヲ負フハ當然ニシテ唯同法第六五條第二項ニ依リ業務上占有者  
タル身分ナキ被告安等ハ輕キ同法第二五二條ノ刑ヲ科セラルルニ過キササルモノトス  
故ニ原判決ニハ所論ノ如キ擬律錯誤若クハ理由不備ノ違法アルコトナシ  
(二) 上告趣意原判決ハ第三事實理由トシテ「右校舎(津市第七小學校校舎)新築後間モナ  
ク暴風雨ノ際其一部倒壊シタルヨリ津市會ノ物議ヲ惹起シ同市會ニ於テ工事執行上  
不正ノ默許ナキヤ否ヤヲ調査セントスルヤ被告拾得等三郎安ノ三名共謀シテ被告拾  
得等カ助役トシテ保管ノ責アル同市役所備付ノ校舎新築ニ關スル設計圖面ノ内最重要  
ナル青色骨組圖面二葉ヲ取出シ被告等ニ於テ當時安ノ住居セシ津市藥町小野光藏方ニ

(大審院大正二年) 第二一五二號同年一月一日刑一判決

【參照判例】

- 一 町村助役ハ町村ノ公文書ヲ保管スルノ責任ヲ有ス(大審院刑事判決録一〇卷三一頁)
- 二 委託物消費罪(横領罪)ノ目的ハ他人ノ所有物タルヲ要ス債權證書ハ物ナルヲ以テ本罪ノ目的タルコトヲ得ルモノニアラサル債權其モノハ本罪ノ目的タル事ヲ得ス故ニ他人ノ所有ニ屬スル債權證書ヲ保管中擅ニ其債權ヲ行使シテ債務者ヨリ金錢ヲ收得スルモ委託物消費罪ヲ構成セズ然レ共債權證書其モノヲ擅ニ債務者ニ交付シテ其證書ノ所有者タル債權者ヲシテ債權證明ノ具ヲ喪失セシメシ時ハ委託物消費罪ヲ構成スルモノトス(大審院刑事二部四二年一月二十五日判決法律新聞六一七號一六頁)
- 三 刑法二五二條第一項ニ所謂横領トハ犯人カ占有スル他人ノ物ニ付權利ナキ處分行為ヲ言フモノトス(大審院刑事一部四二年五月二日判決法律新聞五七四號一五頁)
- 四 横領罪ノ成立ニ要スル横領行為アリトスルニハ犯人カ他人ノ物ヲ自己ノ物トシテ不正ニ之ヲ領得スルノ意思ヲ有シ此意思アリト認ムヘキ外部行為ヲ實行シタルノミヲ以テ足レリトシ必スシモ其目的物ニ對シ消費交換若クハ贈與等ノ各處分行為ヲナスコトヲ要スルモノニアラス(同四三年二月二日判決法律新聞六九九號二七頁)
- 五 横領罪ハ犯人ノ身分ニ因リ構成セラルル犯罪ナルヲ以テ苟クモ他人ノ者ノ占有者ニ共謀シ其占有物ヲ擅ニ自己ノ支配内ニ置キタル以上横領罪ハ共犯者ニ對シテ構成セラルヘキハ刑法六五條第一項ノ規定ニ徴シ明瞭ナリ(大審院刑事一部四四年五月一六日判決法律新聞七二〇號二八頁)

【參照學說】

- 一 本罪ノ成立ハ横領行為アルヲ以テ足り舊刑法ノ如ク物ノ消費ヲ必要トセス苟モ領得ノ意思カ表示セラレテ物界ノ一現象タルニ至レハ領得行為アリタルモノト認ム得ルナリ故ニ目的物ヲ隱匿若クハ携帶シ又ハ所有者ニ對シ詐言ヲ構ヘタル場合ノ如キモ仍ホ本罪ノ成立アリト認ム得ルナリ(山岡トクトル著刑法原理四六一頁)
- 二 横領ハ必スシモ消費ニ限ラス(中略)隱匿使用等ノ行為ハ勿論携帶委託物竊取モ亦横領行為タルヘシ要スルニ物件ニ對シテ權限外ノ行為ヲナス一切ノ場合ヲ總稱スルモノナリ(牧野學士刑法通義四〇四頁)
- 三 横領トハ財物ニ關シ不法ニ他人ノ利益ヲ排斥シテ其財物ヲ經濟上ノ用法ニ從ヒ處分スル目的ニ出テタル一切ノ行為ナリ例ハ物質ノ消費抵當物販賣交換贈與等ヲ包含スヘク又此目的ノ爲メニ財物ヲ携帶シ隱匿シ又ハ其物ニ付キ虛偽ノ事實ヲ主張スル如キモ 領ナリ(泉二學士著日本刑法論九三一頁)
- 四 財産ニ對スル罪ノ中ニハ横領ノ意思ヲ必要トスルモノト然ラサルモノトアリ竊盜及ヒ強盜ノ罪詐欺及ヒ恐喝ノ罪並ニ横領ノ罪ハ前者ニ屬シ(反對論アリ)贓物ニ關スル罪ト毀棄及ヒ隱匿ノ罪トハ後者ニ屬ス横領ノ意思トハ權利者ノ利益ヲ排斥シテ財物

ノ經濟上ノ用法ニ從ヒ其財物若クハ其經濟上ノ價值ヲ處分スルヲ謂フ我法律ハ特ニ斯ノ如キ意思ヲ明示ノ要件トナササルモ竊盜及強盜並ニ詐欺及ヒ恐喝ノ罪モ横領ノ罪ト等シク其性質上ニ於テ一種ノ横領行為ナリト解セサルヘカラス(反對岡田博士刑法講義牧野氏刑法通義)而シテ技ニ所謂權利者トハ所有者ノミヲ謂フニ非ス第二四二條二五二條第二項ノ規定ニ依テ保護セラルル者ハ所有者ニ對シテモ權利者ナルコト明カナリ從テ左ノ場合ニ於テハ盜罪詐欺恐喝罪又ハ横領ノ罪ヲ存セ

ス

(一) 直ニ財物ヲ毀棄スル目的ヲ以テ他人ノ所持スル他人ノ財物ヲ毀棄スルトキハ毀棄ノ罪ヲ構成スルモ横領ノ犯罪ヲ構成セズ(後略)(泉二學士著日本刑法論八九五頁)

判示第一點市小學校舎新築設計圖面ハ市ノ公文書ニシテ市助役ノ保管ニ屬シ從テ助役カ之ヲ横領シタルハ刑法第二五三條ノ職務上ノ横領罪ニ屬シ助役ト共謀シテ其圖面ヲ横領シタル者ハ共犯者トシテ第六五條第一項第二項ノ適用ニヨリ第二五二條ノ横領罪ヲ構成ストナシタルハ至當ナリ

判示第二點圖面ヲ役所外ニ持出シ隱匿シタル行為ハ横領ナリトシタルモ正當ナリ蓋シ事案ノ場合犯人等ハ直ニ圖面ヲ毀棄シタルニアラス一應横領ノ意思ヲ以テ其意思ヲ表示スルニ足ル隱匿行為ヲナシタルモノナレハナリ

二五六

贓物ヲ收受シタルモノハ三年以下ノ懲役ニ處ス  
 贓物ノ運搬寄藏故買又ハ牙保ヲ爲シタル者ハ十年以下ノ懲役及ヒ千圓以下ノ罰金ニ處ス  
 刑罰二二三 左ニ記載シタル者ハ證人トナルコトヲ許サズ但宣誓ヲ爲サシメシテ事實參考ノ爲メ其供述ヲ聽クコトヲ得

第一 民事 告人

第二 民事原告人及ヒ被告人ノ親族但姻族ニ付テハ婚姻ノ解除シタルトキト雖モ亦同シ



罪ヲ構成スルコトハ既ニ當院ノ判例トシテ判示セルカ如ク(大正二年(レ)第八三號及同第一二五號判決參照)ニシテ書畫ノ筆者カ書畫ニ押用スル印章ニ付キテモ亦之ト同一ノ理由ニ依リ之カ偽造罪成立シ得ヘキモノトス然レハ原審カ論旨ニ引用セル事實ヲ認定シテ之ヲ印章及署名ノ偽造並ニ行使ノ罪ナリト斷シタルハ正當ナリ

(二) 書畫ハ唯之ニ筆者ノ落款及ヒ押印ヲ加フルコトノミニ因リテ直ニ權利義務又ハ事實證明ニ關スル文書若クハ圖畫トナルモノニアラス原審ノ確定セル事實ニ依レハ被告元藏ハ單ニ畫家奥原晴湖ノ筆致ヲ模寫セルノミナル繪畫ニ落款ヲ晴湖ト偽署シ且ツ豫メ他人ニ彫ラシメタル印ヲ之ニ押捺シテ晴湖ノ印章及ヒ署名ヲ偽造シ菊藏ト共謀シテ之ヲ行使シタリト云フニ止マルヲ以テ其所爲ハ刑法第一六七條第一項第二項ニ該當シ決シテ之ニ同法第一五九條第一項第一六一條ヲ適用スヘキモノニアラサルノミナラス右

(三) 第一五九條第一項ヲ適用スヘキモノト主張シテ右第一六七條第一項ヲ適用セル原判決ヲ非難スルハ被告ノ不利益ニ歸スル論旨ナルカ故ニ被告ノ上告理由ト爲スチ得ス(大審院大正二年(レ)第二二〇六號同年一月一九日刑一判決)

【第一點反對學說】

本罪ノ目的物タル印章又ハ署名ハ法律事項ノ證明ニ關スルモノタルヲ要ス故ニ假令印章若クハ署名ヲ偽造スルモ毫モ法律事ヲ關係ナキモノタル時ハ罪ヲ構成セス例ヘハ文人墨客カ額又ハ掛物ノ書畫ニ用フル落款又ハ雅號若クハ藝人ノ用フル藝名ノ如キハ法律ノ保護スル印章又ハ署名ニアラス(山岡ドクトル著刑法原理五四四頁)

【第一點參照學說】

一 私人ノ印章トハ自然人ノ印章及法人ニシテ公務所ニアラサルモノノ印章ヲ總稱ス苟モ證明ノ用ニ供セラルル私人ノ印章タ

ル以上ハ總テ私印偽造罪ノ客體タルヲ得ルモノトス(中略)單ニ書類ニ押捺スヘキ印章ノミナラス貨物什器等ニ押捺スヘキ印章モ亦私人ノ印章タルヲ失ハス然レニ學者或ハ私人ノ印章トハ署名ノ同一格ヲ表章スル印章ニ非サレハ印章偽造罪ノ目的物タルヲ得スト論スルカ如キハ誤レリ若シ斯ノ如クストキハ普通商家ニ於テ取引關係證明ノ爲メニ使用スル受取、相濟ト刻ミタル印章ノ如キ又會社銀行等ニ於テ使用スル印章中銀行會社ノ同一格ヲ表章セサル各種ノ印章ノ如キ又製造會社營業組合等ニ於テ製造品ノ等級ヲ定メ又檢査濟チ證明スル爲メニ使用スル印章(公務所ノ記)ヲ偽造スル如キハ悉ク之ヲ無罪ナリト爲ササルヲ得サルニ至ルヘシ

私人ノ署名トハ自然人ノ氏名ノ記載若クハ公務所ニアラサル法人ノ名稱ノ記載ヲ謂フ(大場博士著刑法各論下卷三二二頁三二二頁)

二 印章トハ法律上ニ於テ關係アル事實證明ノ用ニ供スル爲一定ノ文字又ハ符號ヲ刻記シタル物體ヲ他ノ物體ニ押捺シテ現出セシムル影蹟(即チ印影)ヲ謂フ

署名ハ法律上關係アル事實證明ノ爲自署レタル名義ナリ(泉二學士著日本刑法論七四三頁七四四頁)

三 私印トハ私人ニ屬スルノ印章ナリ(牧野學士刑法通義二九八頁)

【第二點前段參照學說】

一 事實證明ニ關スル文書トハ法律上重要ナル特定ノ保爭事實ヲ證明スルニ適當ナル文書ヲ謂フ(中略)事實證明ニ關スル文書ハ皆間接ニ公法上又ハ私法上ノ權利義務ニ關スル文書ト明確ニ區別スルコト能ハサルヲ通説トス(泉二學士著日本刑法論二二二頁)

二 偽造罪ノ目的トナル可キ文書ニハ更ニ次ノ諸點ヲ注意セサルヘカラス、第一ニ文書ハ意識ノ表明ナラサルヘカラス(中略)

第二ニ文書ハ一定ノ事實ヲ證明スルモノナラサル可カラス(下略)

圖畫ト文書トハ單ニ其方法ヲ異ニスルノミ(中略)只注意スヘキハ圖畫モ亦意識ノ表明タル場合ニ於テ初メテ本章ノ犯罪ノ目的トナリ單純ナル美術工藝品ノ偽造ハ文書偽造罪トナラサルナリ(牧野學士著刑法通義二六七頁二六八頁二六九頁)

三 之ヲ要スルニ文書トハ言語符號ヲ以テ思想ヲ記載セル物體ニシテ法律事實ニ關スル證據ナリト定義スルヲ得ヘシ(前略)圖畫ノ文書ト異ル點ハ單ニ記載ノ方法ニ區別アルニ因ル即チ圖畫ハ形象符號ヲ以テ思想ヲ記載セラレタル物體ナリ而シテ法律上保護セラルル圖畫ハ法律上關係ニ關スル證據タルヲ要スルコト文書ニ於ケルト異ルコトナシ故ニ縱令思想ヲ記載セラレタル物ト雖モ單純ナル美術工藝品ノ如キハ本罪ノ目的物タルヲ要スルコトナシ(山岡ドクトル著刑法原理五〇四頁)

四 如何ナル文書ヲ以テ權利義務ニ關スル文書ト稱ス可キニ關シテ之ヲ說明スルニ便ナラシムル爲(一)法律上ノ事項ニ關シ意思表示ヲナス文書(二)法律上ノ事實ヲ表明スル文書(三)事實證明ノ用ニ供セラルル文書ノ三意義ヲ明白ニスルノ必要アリ(中略)(三事

實證ノ用ニ供セラルル文書、文書自體ハ法律上ノ事項ニ關シ意思表示ヲ爲スノ文書ニアラス。法律上ノ事實ヲ言明アル文書ニ非サルモ尙ホ事實關係ヲ證明スルノ用ニ供セラルル文書アリ例ヘハ或日附及ヒ場所ノ記載アル郵便證書ノ如キ其端書自體ニ於テハ何等ノ權利義務ニ關係ナキモ作製者カ其日附ノ當時其場所ニ在リタルコトヲ證明スヘキ證據ノ用ニ供セラルルモノナリ前既ニ說明シタル偶然文書ハ斯ノ種ノ文書ヲ指稱スルモノトス(大場博士著刑法各論下卷四三二頁乃至四三四頁)

判旨第一點ハ至當ノ論結ナリ尙ホ本書第二卷刑法三〇頁及ヒ同上五二頁ヲ參照セラルヘシ第二點單純ニ落款ヲ僞署シ僞印ヲ押捺シタルノミニテ繪畫ヲ作成シタル場合ニ第一五九條又ハ第一六一條ニ依リ文書圖書ノ僞造又ハ其行使罪ヲ成スヤ否ヤニ付テモ判決ノ斷定ニ從フヲ相當ト認ム此點ニ付キ本書第二卷刑法五一頁ヲ參照セハ更ニ明瞭ニ判旨ヲ解スルヲ得ヘシ次ニ第三點後段ノ斷定モ亦至當ナリ本書第一卷刑事訴訟法九頁ヲ參照セラルヘシ

(三四)

一九七 公務員又ハ仲裁人其職務ニ關シ賄賂ヲ收受シ又ハ之ヲ要求若クハ約束シタルトキハ三年以下ノ懲役ニ處ス因テ不正ノ行爲ヲ爲シ又ハ相當ノ行爲ヲ爲ササルトキハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス(第二項略)

舊刑法二八四 官吏人ノ囑託ヲ受ケ賄賂ヲ收受シ又ハ之ヲ聽許シタル者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ處シ四圍以上四十圓以下ノ罰金ヲ附加ス(第二項略)

職務執行ニ關シテ賄賂ヲ收受シタル以上ハ其收受カ職務ノ執行前ナルト否トヲ問ハス之ヲ處罰スルノ法意ニシテ豫約ナク職務ニ關シ事後金員ヲ收受シタル所爲ハ收賄罪ナリトス

舊刑法第二八四條ハ官吏人ノ囑託ヲ受ケ賄賂ヲ收受シ云云ト規定シタリシカ故ニ同法ノ下ニ於テハ論旨ノ如キ解釋ヲ容ルルノ餘地アリタリシモ刑法第一九七條第一項

ハ右舊規定ノ字句ヲ修正シテ公務員又ハ仲裁人其職務ニ關シ賄賂ヲ收受シト爲シ汎博ナル文字ヲ使用セルカ故ニ荷モ職務執行ニ關シテ賄賂ヲ收受シタル以上ハ其ノ收受カ職務ノ執行前ナルト否トヲ問ハス之ヲ所罰スルノ法意ニシテ所論ノ如ク職務執行前ニ限レルモノト解スルニ由ナキノミナラス公務員カ事前事後ヲ問ハス職務執行ニ關シ直接間接ニ利益ヲ獲得スルカ如キハ世人ヲシテ其廉潔ヲ疑ハシメ延テ職務上ノ威嚴ヲ失墜スルニ至ルノ虞アリ殊ニ事後ノ收受ハ之ヲ禁セストセンカ或ハ將來ノ利得ヲ豫期シ職務ヲ私スルニ至ルノ弊ナキヲ保セサルヘク更ニ進ンテ謝禮慰勞等ノ名義ノ下ニ事前ニ於ケル請託關係ヲ掩蔽シテ不當ニ免責ヲ僥倖スルノ惡結果ヲ來スノ恐アルヘキヲ以テ前段解釋ハ當ヲ得タルモノト謂ハサルヘカラス論旨採用ニ係ル當院判例ハ爾後ノ判決ニ依リ變更セラレタルヲ以テ(明治四二年(れ)第一三三三號事件參照)論旨ヲ是認スルノ根據ト爲スヲ得ス然ラハ原院ニ於テ被告カ豫約ナク職務ニ關シ事後金員ヲ收受シタル所爲ヲ收賄罪ニ問擬シタルハ正當ナリ(大審院大正二年(れ)第一三〇四〇號同年一月一三日刑三判決)

【同趣旨判例】

【同趣旨學說】

收賄罪ハ常ニ必スシモ將來ニ於ケル職務違反ヲ以テ目的ト爲ササルヘカラサルモノニアラス故ニ公務員等カ或職務ノ執行後正當ノ理由ナク其報酬トシテ財物ノ收受等ヲ爲シタルトキハ本罪ヲ構成スルモノトス(大審院刑事判決錄四二年一八四三頁)

一 收受トハ賄賂ノ交付ヲ受クルコトヲ意味ス收賄行爲カ職務行使ノ前ニ行ハレタルヤ否ヤハ罪ノ成立ニ關係ナシ(山岡博士著刑法原理六六七頁)

二 職務行爲カ賄賂ノ約束ニ基因スルト將タ之ニ先ツトニ依テ犯罪ノ成立ニ影響ナシ是レ舊刑法ノ解釋ト大ニ趣チ異ニスル點ナリ(泉二學士著日本刑法論八〇六頁)

三 賭博ヲ收受シ又ハ之ヲ要求シ若クハ約束スル行爲ハ公務員ノ職務ニ屬スル行爲ノ實行前ナルト實行中ナルト實行後ナルトハ之ヲ問ハサルナリ。刑法ノ目的タル法益保護ノ上ヨリスレハ公務員ハ其職務行爲ニ屬スル所爲ニ對シテ對價ヲ收受シ又ハ之ヲ要求シ約束スルカ如クハ職務實行前ナルト實行中ナルト又ハ實行後ナルトハ禁スル必要アリ何トナレハ斯ノ如キ所爲ハ何レモ國家ノ意思表示(立法)若クハ意思活動(行政)ナシテ一個人ノ意思ニ依リ左右セシメ又ハ左右セシムル虞アルモノニシテ公務ノ成敗信用ヲ害スル此二者ノ間ニ於テ著シク相軒輕スル所ナケレハナリ而シテ法文ニ(中略)職務ニ關スルコトヲ要件トスル外別ニ職務ノ前後ニ付キ何等ノ制限ヲ設ケサレハ法文ニ使用シタル文字ヨリスルモ上述ノ如ク解釋スヘキモノトス(大場博士者刑法各論下卷六四五頁以下)

【反對學說】

職務執行ヲ終リテ之ヲ要求シ收受シ若クハ約束スルハ收賄トナラス(即チ本罪ノ所謂收賄トハナラス單ニ懲戒處分トナルヘシ)蓋條文ハ職務執行ヲ條件トスレハナリ(勝本博士京大四年講義刑法各論二二九頁)

通説ハ新刑法ノ解釋上收賄罪ハ職務執行後ノ行爲タル場合ト雖モ成立ストナスコト判例ト一致セルカ如シ吾人亦此ニ贊同スル者ニシテ其理由トスルトコロモ正當ナリト信ス

(一三五)

賭博罪ノ成立要件

賭博罪ハ偶然ノ輸贏ニ關シテ財物ヲ賭シ賭事又ハ博戲ヲナシタル事實アレハ直チニ完成スルモノニシテ輸贏ノ決定セラルルコトヲ必要トセス

賭博罪ハ偶然ノ輸贏ニ關シテ財物ヲ賭シ賭事又ハ博戲ヲナシタル事實アレハ直ニ完成シ輸贏ノ決定スルコトヲ必要トセサルヲ以テ縱令賭博ノ實行ニ着手シ未タ勝敗ヲ決スルニ至ラス若クハ勝敗ヲ決スルコト能ハサリシトスルモ賭博罪ハ未遂狀態ニ在

一八五 偶然ノ輸贏ニ關シテ財物ヲ以テ博戲又ハ賭事ヲ爲シタル者ハ千圓以下ノ罰金又ハ科料ニ處ス但一時ノ娛樂ニ供スル物ヲ賭シタル者ハ此限ニ在ラス

ルモノニ非ス故ニ原判決ニ於テ所論判示第一ノ(五)及ヒ(六)ニ於テ賭博ニ付キ勝敗ヲ決スルニ至ラサリシ事實ヲ認定シタルハ之ヲ以テ賭博ノ未遂ト判定シタル趣旨ニ非ズレハ勝敗未決ノ理由ヲ說示セサルモ理由不備ノ違法アルモノニ非ス(大審院大正二年(れ)第二一七二號同年一月二十九日刑一判決)

【參照學說】

併法律上ニ於テハ偶然ノ輸贏ニ關シテ財物ヲ賭スルヲ以テ事足り行爲者カ賭博本然ノ目的ヲ達スルコトヲ必要トセサルニ因リ賭博罪ハ財物ヲ賭スル時間ニ於テ完成スルモノナリ(山岡ドクトル刑法原理六〇一頁)

【參照判例】

賭博罪(刑法第八十五條)ハ偶然ノ輸贏ニ關シテ財物ヲ以テ博戲又ハ賭事ヲ爲スニ依リテ成立シ各場合ニ於テ常ニ必スシモ輸贏ノ決定セラルルコトヲ要セス(大審院刑事判決錄四三年九五五頁)

至當ノ見解ト信ス

(一三六)

一五九 行使ノ目的ヲ以テ他人ノ印章若クハ署名ヲ使用シテ權利義務又ハ事實證明ニ關スル文書若クハ圖畫ヲ偽造シ又ハ偽造シタル他人ノ印章若クハ署名ヲ使用シテ權利義務又ハ事實證明ニ關スル文書若クハ圖畫ヲ偽造シタルモノハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス(後略)

印鑑紙ハ記名者ニ於テ之ニ押捺セル印影カ自己ノ印影ナル旨ノ意思ヲ表示シタルモノナレハ之ヲ作成シタル行爲ハ文書ノ偽造ナリトス

上告趣意原判決ハ古澤喜市ノ氏名ヲ偽造シタル印鑑紙ヲ以テ刑法第一五九條第一項ノ文書偽造罪ナリトセラレトモ印鑑紙ハ恰モ名刺ト同性質ニ屬シ其レ自體特別

ナル意思表示ノ具タルヘキモノニアラサルニ依リ文書ノ偽造ト稱スルコト能ハス故ニ只其印鑑紙上ニ爲サレタル喜市ノ署名偽造カ問題タルヘキノミ然ルニ之ヲ文書偽造罪ニ問擬セラレタル原院見解ハ誤レリ該印鑑紙ノ如キハ之レト同時ニ作ラレタル本件改印届ニ貼付シ之ト相俟テ一個ノ事實ヲ表明スヘキ效用ノモノナルヲ以テ兩者ヲ合シテ單一ノ文書偽造ト爲スヲ至當ト信ス原判決ハ擬律錯誤ノ失當アリト云フニ在レトモ所論印鑑紙ハ記名者ニ於テ之ニ押捺セル印影力自己ノ印影ナル旨ノ意思ヲ表示シタルモノナレハ之ヲ作成シタル被告ノ行爲カ文書ノ偽造ナルコト論ヲ俟タサルヲ以テ本論旨ハ理由ナシ(大審院大正二年(レ)第二二九五號同三年一月一九日刑二判決)

【同趣旨判例】

本書第二卷刑法二一九頁

【參照學說】

- 一 文書ハ思想ヲ記載セル物體ナルヲ以テ其記載自體ヨリ思想ヲ認識シ能ハスシテ却テ他ノ事情ヨリ之ヲ確定シ得ヘキ所ノモノハ文書ニ非ス從テ檢證ノ目的物例ヘハ境界標石ノ如キハ文書ノ概念ニ屬セス又名刺門札ノ如キモ文書ニ非ス(中略)然レトモ一般ノ慣習上ヒラルル節約ノ思想ノ記載例ヘハ乘車券入場券等ノ如キハ文書ナリ此意義ニ於テ判例ハ白紙委任狀ヲ以テ權利附與ノ文書トナセリ(山岡トクトル著刑法原理五〇二頁)
- 二 文字(之ニ代ルヘキ符號モ亦文字ト同一ナリト解スヘシ)ヲ以テ記載シタル意思表示タルコトヲ要スルカ故ニ文字其モノニ依リ認知スルコトヲ得サル意思表示ハ文書タルヲ得ス例ハ名刺ノ交付ハ紹介訪問又ハ用向等チ意味シ門札ノ掲示ハ居住者ノ何人タルカチ示スコトヲ得ヘシト雖モ名刺又ハ門札ノ文字自體ハ何等ノ意思表示ヲ包含セサルカ故ニ名刺又ハ門札ノ類ハ文書ニアラス(中略)然レトモ一般ニ通用スル略文式ニ依ル意思表示ハ尙文書タルヲ得ヘシ例ハ鐵道乘車券電車回数券又ハ略式入場券ノ如キモ其性質ニ於テハ文書ナリ(泉二學士著日本刑法論一五版七一頁)

(一三七)

- 三 文書ト云フ以上ハ必ス主トシテ文字ニ依リタルモノナラサルヘカラス繪畫又ハ記號カ文字ニ依ル意思表示中ニ散見スルハ文書タルコトヲ容セサルヘシト雖モ單ニ繪畫又ハ記號ノミニ依ル意思表示ハ文書ト云フヲ得サルヘシ故ニ例ヘハ地圖繪畫下足札其他ハ之ヲ文書トハ云ハス(谷野學士中央大學講義刑法各論三八七頁)
- 四 物自體ニ存スル文字符號等ノミニ依ルトキハ如何ナル意思ノ表示ナルヤ之ヲ知ル能ハサル場合ト雖モ之ト慣習又ハ周圍ノ事情ニ依リ如何ナル意思ヲ表示シタルヤヲ知リ得ヘキ場合ニハ之ヲ文書ナリト解スヘキナリ(大場博士著刑法各論三四五頁)

四五 確定裁判ヲ經サル數罪ヲ併合罪トス若シ或罪ニ付キ確定裁判アリタルトキハ止タ其罪ト其裁判確定前ニ犯シタル罪ト併合罪トス  
 五五 連續シタル數個ノ行爲ニシテ同一ノ罪名ニ觸ルルトキハ一罪トシテ之ヲ處斷ス

連續犯ハ單一犯意ノ繼續ニ因リ數個ノ同一罪名ニ觸ルル行爲ヲ反覆實行シタルコトヲ必要トスルカ故ニ犯意ヲ缺ク過失犯ニアリテハ假令同一ノ疎虞懈怠カ反覆セラレ因テ同一罪名ニ觸ルル數個ノ結果ヲ生シタルトキト雖モ連續ノ一罪トシテ處罰スヘキモノニアラス

上告趣意原判決ハ事實理由中本件第一乃至第四ノ犯行ハ同一ノ不注意ニヨリ犯サレタルモノナル旨認定シタリ而シテ本件ハ其第一乃至第四ノ行爲カ同一意思責任ノ下ニ犯サレタルモノナリトセンカ其法益ナ異ニスルニ止マリ其方法同様ニシテ其日時連續シ且ツ同一法條ニ該當スルヲ以テ連續犯トシテ刑法第五五條ヲ適用處斷セサルヘカラサルモノナリトス然ルニ原判決カ事茲ニ出テス併合罪トシテ處斷シタルハ違法ニシテ破毀セラレヘキモノトスト云フニ在レトモ刑法第五五條ノ連續犯アリト謂ヒ得ルニハ單一犯意ノ繼續ニ因リ數個ノ同一罪名ニ觸ルル行爲ヲ反覆實行シタルコト



トチ必要トスルカ故ニ犯意ヲ缺ク過失犯ニ在リテハ假令同一ノ疎虞懈怠カ反覆セラレ因テ同一罪名ニ觸ルル數個ノ結果ヲ生シタルトキト雖モ連續ノ一罪トシテ處罰スルコトヲ得ヘキモノニ非ス然ラハ原院カ判示被告ノ所爲ニ刑法第五五條ヲ適用處斷セザリシハ相當ニシテ論旨ハ理由ナシ(大審院大正二年(レ)第二二三四號同三年一月二一日刑三判決)

【反對學說】

一 過失犯ニ付テ連續犯ヲ認ムルコトヲ得ルヤ否ヤハ學說ノ一致セサル所ナリ(例ハめるける氏まいや一氏わつへんふえると氏等積極説リト氏おつべんほつふ氏べるな一氏等消極説)蓋連續犯ノ意義ヲ全然客觀的要素ノミニテ決定セントスル學說ニ依ルトキハ本問ヲ肯定スルコトヲ得ヘシト雖モ包括的ノ故意ヲ必要トスル見解ヲ採用セントスルトキハ本問ハ之ヲ否定スルチ當然トス別ニ折衷説アリ曰ク本人カ結果ヲ豫見シタルモ其違法性ニ付キ錯誤ニ陥キリタル場合ニ於ケル過失犯ニアリテハ連續犯ヲ認ムルコトヲ得スト是レ違法ノ認識ヲ故意ノ要素ナリトスルノ結果タリ違法性ニ關スル錯誤ハ故意ヲ阻却セス(從テ過失ヲ存セス)ト爲ストキハ如何折衷論結ヲ生セスシテ寧ロ消極説トナルヘシ然レトモ包括的ノ過失ニ因リ同性質ノ行爲ヲ屢繰返スノ意思アリ而カモ罪ト爲スヘキ事實ノ認識ナクシテ同一罪名ニ觸ルル行爲ヲ繰返ヘシ其總結果カ單一ナル場合ニハ連續犯トシテ處斷スルチ正當ナリトス(泉二學士著日本刑法論一五版三四四頁)

二 主觀主義ヲ採ル者ハ單一ナル法益ニ對シテ同種ノ侵害方法ヲ採ルコトノ外ニ犯意カ單一ナルコトヲ要スト説クモノアルモ連續犯ハ有意犯ニ限ラス過失犯ニ付テモ成立シ得ヘキカ故ニ此說モ亦正當ナリト云フヘカラス例ヘハ醫師カ治療ヲ誤リ數回有害ノ投藥ヲナシタルカ如シ(小嶋學士著新刑法論總則第二版五七〇頁)

三 所謂過失罪ニ付テハ連續犯アリ得ルヤ否ヤハ少クモ法界ノ疑問ナリ或ハ曰ク連續犯ノ觀念ハ之ヲ過失罪ニ擴張スヘカラス若シ一箇ノ過失アル行爲ニシテ數多ノ傷害ヲ惹起シタルトセンカ是唯一行爲アルニ過キス而シテ過失罪ノ連續犯チ一行爲トナサンニハ敢テ連續犯ノ觀念ヲ採用スル必要ナシト然レトモ多數ノ學者ハ主トシテ連續犯タルニハ犯意又ハ決心ノ同一ナルコトヲ要スト爲サル結果多ク此見解ニ反對シ過失ニ因ル犯行モ連續セル過失罪トシテ現出スルコトナキニ非ス予ハ後説ヲ可トス(谷野學士中央大學刑法總論講義二〇二頁)

四 過失犯ニ付キ連續犯ヲ認メ得ヘキヤ否ヤノ問題ニ付テハ連續關係ノ標準トシテ客觀説ヲ採用スルニ於テハ之ヲ積極ニ決セサル可カラス亦主觀説ニ從フモ意思責任ノ單一ヲフコトヲ標準トナス場合ニハ勿論過失ノ連續犯ヲ認ムヘキモノトス(山岡トヲル著刑法原理二二四頁)

【參照學說判例】

本書第一卷刑法一三頁四五頁八三頁一八七頁全第二卷全法一五一頁

一三八

六一 人ヲ教唆シテ犯罪ヲ實行セシメタル者ハ正犯ニ準ス  
教唆者ヲ教唆シタル者亦同シ  
一六九 法律ニ依リ宣誓シタル證人虛偽ノ陳述ヲ爲シタルトキハ一月以上十年以下ノ懲役ニ處ス

(一) 偽證ヲ爲サシムル目的ヲ以テ證人タルヘキ者ニ對シ暗ニ虛偽ノ供述ヲ爲スヘキトヲ諷示シ之ニ因テ證人カ虛偽ノ供述ヲ爲シタルトキハ偽證教唆罪ヲ構成ス

(二) 公廷ニ於テ宣言セサル證據決定ニシテ訴訟當事者又ハ辯護人ノ申請ニ依ラサルモノハ裁判所ニ於テ自由ニ之ヲ取消スコトヲ得ヘク其取消ニ付テハ公廷ニ於テ取消ノ宣言ヲ爲スノ要ナキモノトス

(一) 偽證罪ヲ構成スルニハ偽證ヲ爲サシムルノ目的ヲ以テ證人タルヘキ者ニ對シ暗ニ虛偽ノ供述ヲ爲スヘキコトヲ諷示スルチ以テ足り偽證ヲ爲スヘキコトヲ明白ニ要求スルコトヲ必要トセス原判決ヲ案スルニ被告助三郎カ被告元平ニ對シ「自分カ金重萬二郎ニ對シ材木代金ノ支拂ヲ引受ケタルコトヲ云ヒサヘセネハ敗ケル氣遣ハナイ」ト談シタルハ元平ヲシテ偽證ヲ爲サセシメンカ爲メ暗ニ虛偽ノ供述ヲ爲スヘキコトヲ諷示シテ教唆ヲ爲シタルモノニシテ元平ハ之ニ應シ宣誓ノ上虛偽ノ供述ヲ爲シタ

ル事實ナレハ原判決ハ偽證教唆罪ヲ構成スヘキ事實ヲ判示スルニ於テ缺クルコトナク又被告助三郎ノ所爲ヲ偽證教唆罪ニ問擬シタルハ相當ナリ

(二) 上告趣意原裁判所ハ大正二年九月二三日付ヲ以テ被告助三郎ニ對スル身分帳寫眞及人相ニ關スル書類ノ取寄ニ關シ奈良監獄宛照會ノ證據決定ヲナシタリ(記錄二三)

(三) 然ルニ原裁判所ハ同日公判ヲ開廷シ審理ヲ終結シタルヲ以テ其以後ニ於テ更ニ審理ヲ再開シ右ニ對スル始末ヲ告知シ相當ノ處措ヲナスヘキモノナルニ其手續ニ出テサリシハ不法ノ審理ナルカ故ニ此ニ基キテ下サレタル原判決亦違法タルヲ免レスト云フニ在レトモ所論書類取寄ノ照會ハ原審ニ於テ證據決定ニ基キ爲シタルモノナルコトハ之ヲ認メ得ヘキモノ之ヲ記錄ニ徵スルニ該證據決定タルヤ公廷ニ於テ宣言シタルモノニアラス又訴訟當事者若クハ辯護人ノ申請ニ依リテ爲シタルモノニアラス而シテ如斯公廷ニ於テ宣言セサル證據決定ニシテ訴訟當事者又ハ辯護人ノ申請ニ依ラサルモノハ裁判所ニ於テ其必要ヲ認メサルニ至リタルトキハ自由ニ之ヲ取消スコトヲ得ヘク又其取消ニ付テハ何等手續ノ規定ナケレハ記錄上其取消アリタルコトヲ窺フヲ得レハ足り公廷ニ於テ取消ノ宣言ヲ爲スノ要ナシ記錄ニ依レハ原審ハ右照會ニ對スル結果ヲ得サル儘判決ヲ爲シタルヲ以テ右決定ハ其後必要ナシト認メ之ヲ取消シタルコト自ラ明ニシテ其手續ハ違法ニアラサレハ論旨ハ理由ナシ(大審院大正二年(レ)第二二一〇號同三年一月一七日刑三判決)

【參照學說】

一 他人ヲシテ犯罪ヲ實行スルコトヲ決意セシメ因テ之ヲ實行セシメタル行爲アルコトヲ要ス(中略)其方法ノ如何ハ之ヲ問

ハサルカ故ニ贈與、依頼、勸誘、忠告、脅迫、權力又ハ威力ノ濫用欺瞞其他如何ナル方法モ亦之ヲ用ユルコトヲ得(藤本博士刑法學論四一五頁)

二 教唆ノ手段方法ニ付テ制限ヲ設ケサルカ故ニ贈與的強迫威權ノ濫用錯誤ヲ誘起シ又ハ増長スル等ノ行爲ハ勿論賭事ノ申込勸告懸賞囑託及宣誓疑念ヲ誘起シ表ニ犯罪行爲ヲ諫止スル體ヲ裝ヒ暗ニ之レヲ勸誘スルカ如キ何レモ教唆ノ手段タルコトヲ得ルナリ(小嶋學士新刑法論四七一頁)

三 教唆ノ手段ハ法律ニ於テ之ヲ限定セサルカ故ニ如何ナル方法ヲ用フルモ妨ナシ例ハ贈物ノ提供若クハ贈與ノ口約請託囑託權威ノ濫用恐喝勸告犯罪謀畫若クハ贓物處分ノ豫約其他何モ他人ヲシテ任意ニ犯罪ヲ決意ヲ爲サシムルニ足ルヘキ一切ノ明示默示ノ手段方法ハ皆教唆行爲タルヲ得ヘシ(泉二學士日本刑法論四〇七頁)

四 法律ハ教唆行爲ノ手段ニ付キ何等ノ規定ヲ爲ササルヲ以テ贈與脅迫權勢ノ利用錯誤ノ誘起若クハ侮辱嘲弄等如何ナル方法ヲ以テスルヲ問ハス有モ決意ノ原因ヲ與フヘキモノナル以上ハ教唆ノ方法トシテ缺クル所ナシ(山岡下クトル刑法原理一八九頁)

五 證據決定ノ取消トハ未ダ施行セサル決定ヲ取消スナ謂フモノニシテ既ニ施行シタル決定ハ之ヲ取消スナ得サルモ其以前ニ於テハ決定力申請ニ基クト職權ニ基クトヲ問ハス之ヲ取消スコトヲ得ルモノナリ(板倉學士刑訴支義一九七〇頁)

一三九

- 二四六 人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタルモノハ十年以下ノ懲役ニ處ス
  - 前項ノ方法ヲ以テ財産上不法ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ
  - 二四七 他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ其任務ニ背キタル行爲ヲナシ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキハ五年以下ノ懲役又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス
  - 二五二 自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス(後略)
- 甲者其所有ノ不動産ニ付キ乙ノ爲メニ抵當權ヲ設定シ金錢ヲ借用シナカラ其登記ナキヲ奇貨トシ更ニ丙ノ爲メニ抵當權ヲ設定シ一番抵當權ノ登記ヲ了シテ金員ヲ借用シタル場合ニ於テ甲者ハ背任罪ヲ以テ論スヘキモノトス
- 甲乙間ノ抵當權設定行爲ハ有效テアル即チ當事者ニ於テハ成立シテ居ル所ノ權利カ

第三者ニ對シテハ成立シテ居ナイト全一ナル狀況ニ於テ予輩ハ其甲ハ其抵當權ノ關係ニ於テ乙ノ事務ヲ處理シテ居ルモノテアルト考ヘル甲カ其不動產ヲ全然乙ニ移轉シ更ニ之ヲ丙ニ賣却シタトスルナラハハ第二五二條ニ該當スル即此場合ニ甲カ其不動產ヲ自由ニ處分シ得ヘキ狀態ニ在ルコトハ第二五二條ニ所謂他人ノ物ヲ占有スルモノテアルト判例カアル若シ之カ全部ノ移轉ヲナクテ抵當權ノ設定即所有權ノ一部ノ移轉テアルナラハ其移轉サレタル一部ニ付テハ甲ハ乙ノ爲メニ其ノ不動產ヲ占有シテ居ル者ト謂ハネハナラヌ只ソレカ所有權ノ一部ニノミ關スルノ故ヲ以テ刑法第二五二條ノ適用ヲ受ケルコトカ出來ナイノテ之ハ即チ刑法第二四七條ノ「他人ノ爲メニ其事務ヲ處理スル者」ト云フ規定ノ支配ヲ受ケルコトニナルノテアル即甲ハ抵當權ノ範圍内ニ於テ不動產ヲ占有スルト云フ事實ハ乙ノ爲メニ事務ヲ處理スルニ外ナラヌ

第二四七條ニ所謂自己又ハ第三者ノ利益トカ本人ノ損害トカ云フ事實ハ犯人ニ於テ豫見スレハ足ルノテ必スシモソレヲ動機トスルコトヲ要シナイ又甲乙間ニハ適法ニ抵當權カ設定サレテ居ルノテアルカラ甲ハ乙ニ對シテ義務ニ違反シテ居ル即任務ニ背キタル行爲ヲ爲シタル者テアル然ラハ丙ハ其共犯トナルヘキモノナリヤ丙カ善意テアルナラハ問題カ起ラナイ而シテ害スル目的ヲ有ツテ居タトキハ責任罪ノ共犯テアル丙カ單ニ事情ヲ知ルニ止マツタ場合ハ民法第一七七條ニヨリ違法性ヲ缺クトノ理由ニ基キ無罪テアル若シ丙カ特ニ害意ヲ有シテ居ナクトモ公ノ秩序善良ノ風俗ヲ害スル方法ヲ以テ甲ノ不動產ヲ取得シタトスレハ其ノ點ニ於テ又違法性ヲ具有スル

コトニナルノテアル(法學士牧野英一氏法學志林第一五卷第一二號七四頁以下要項)

【參照學說判例】

一 本書第二卷刑法一七九頁  
二 主體、事務ヲ處理スルモノハ法定代理人保佐人會社創立委員ノ如ク法律ニヨリ事務ヲ處理スルモノアリ又契約上他人ノ爲メニ事務ヲ處理スルモノアリ又本人ノ單獨ノ意思ヲ以テ行ハルコトアリ要スルニ他人ノ爲メニ其事務ヲ處理スルモノナリ法律契約ニヨルト又本人ノ意思ニヨルトトハ間ハス之ヲ悉ク包含ス  
行爲ハ法律又ハ契約ニ背キタル任務又ハ事務管理トシテ適當ニ處理スヘキ任務アルナラハ之ヲ盡ササル場合ナリ  
次ニ自己若クハ第三者ノ利益ヲ計ルコト必要ナリ故ニ之ヲ認識スルノミニテハ不充分ナリ即チ利益ヲ計ルコト必要ナリ之レカ爲メ其任務ニ損害ヲ加フレハ足ルナリ必スシモ本人ニ對シテ損害ヲ加フルノ意思必要ナシ又本人ニ對シテ損害ヲ與フルノ意思アレハ自己又ハ第三者ノ利益ヲ計ルノ必要ナシ(勝本博士京大四年刑法各論講義附錄二〇一頁)  
三 (一) 本罪ニ於ケル主體ハ他人ノ爲メ其事務ヲ處理スルモノナルコトヲ要ス父母、後見人、財團法人管理者、遺言執行者取締役支配人等ノ如ク法律上其權限ノ定マレルモノナルト委任ニ依リ其權限ノ定マルヘキ者タルト區別セシ又法律ノ規定若クハ委任ニ因テ他人ノ事務ヲ處理スルト所謂事務管理タルトトハ間ハス事務ハ財產上ノ事務タルコトヲ要スルモ必スシモ法律行爲タルコトヲ要セス  
(二) 自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的アルコトヲ要ス利益ヲ圖ルトハ「利益ヲ得ル目的ヲ以テ」ト謂フニ同シ特別ノ目的ヲ要件トスル罪ナルカ故ニ單純ナル認識ノミナリテ足レリトセサルナリ從テ此目的ヲ缺クトキハ財產上ノ損害ヲ加フルコトアル本罪ヲ構成セス  
(三) 任務ニ背キタル行爲ヲ爲スコトヲ要ス所謂責任罪ノ稱アル所以ナリ任務トハ自己ノ權限内ニ於ケル事務ノ性質本旨ニ從ヒ適當ニ之ヲ處理スヘキ義務ヲ謂フ從テ如何ナル行爲カ任務ニ背キタルモノナルカハ各場合ニ付テ具體的ニ之ヲ判斷セサルヘカラス(泉二學士日本刑法論第一五版九二二頁以下)  
四 主體ハ他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者タルヲ要ス他人ノ事務タル以上ハ其事務カ法律行爲ニ屬スルト否トチ分タズ事務處理ノ原因ハ法律規定ニ基クト契約其他ノ關係ニ基クテ間ハス亦私法上ノ關係ニ原因スルトノ間區別ナシ他人ノ事務ヲ處理スル重ナル場合ヲ例示セハ親權者後見人財產管理人遺產管財人遺言執行者仲立人間屋若クハ運送營業者委任關係ニ於ケル受任者事務管理者法人ノ理事等是ナリ  
任務ニ背キタル舉動アルヲ要ス任務トハ一定ノ權限内ニ於テ事務ノ本質ニ從ヒ適當ナル處理ヲ爲スヘキ義務ヲ謂フ權限ノ範圍ハ各場合ニ付テ判定スヘキ具體的問題ナリ而シテ任務ニ背キタルコト即チ責任ハ行爲者カ右義務ニ違背シ其地位ニ於テ有スル處分權ヲ濫用スルニ依リテ成ル

本罪ハ目的罪ナリ故ニ背任行為ニ因リ本人ニ損害ヲ與フルモ行為者ニ於テ法律ノ定メタル目的ヲ有スルニ非サレハ罪トナラス  
而シテ法律ノ規定シタル目的ハ自己若クハ第三者ノ利益又ハ本人ノ損害ヲ圖ルニアリ目的タル利益又ハ損害ハ財産上ノモノト  
ルヲ要スルカ通説ハ之ヲ消極ニ解ス  
本罪ノ意思ハ他人ノ事務ヲ處理ニ關スル任務ニ背キタル行為ヲナシ因テ本人ニ損害ヲ生スルコトヲ認識スルノ外自己若クハ第三  
者ノ利益又ハ本人ノ損害ヲ目的トスルコトヲ要ス(山岡博士著刑法原理四四六頁)  
五 背任罪ノ主體ハ法律又ハ契約ニ因リ義務ヲ有スルモノナリ如此義務ヲ有スル者ニテアリ其一ハ法律ニ因ルモノニシテ其二  
ハ契約ニ因ルモノナリ後見人破産管財人法定代理人ノ如キハ法律ニ因リ他人ノ事務ヲ處理スル任務ヲ有スルモノナリ代理人受  
託者其他委任ヲ受ケテ他人ノ財産ヲ管理スル者ノ如キハ契約ニ因リ他人ノ事務ヲ處理スルモノナリ法律上又ハ契約上何等義務  
ナクシテ他人ノ事務ヲ管理スル者即チ事務管理者ニ在リテハ其任務ニ背クノ行為アルコトヲ想像スル能ハス何トナレハ法律上  
又ハ契約上何等ノ任務ヲ有スルモノニ非サレハ任務ニ背クノ行為ノ存スル餘地ナケレハナリ  
他人ノ事務ヲ處理スル者ハ其事務ノ本旨ニ從ヒ適當ニ之ヲ處理スヘキ任務ヲ有ス然ルニ不適當ニ之ヲ處理シ又ハ適當ニ之ヲ處  
理セサルトキハ任務ニ背キタル所爲アルモノト謂フヘシ  
法文ニ「背任若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ」トアルカ故ニ故意アルヲ以テ充分ナリト爲サス  
之ニ附加スルニ一定ノ動機ノ存在スルヲ必要ナリト解シ得ルカ如シ然レトモ我刑法ノ規定モ文明各國多數ノ立法例ノ如ク單ニ  
確定ノ故意アルヲ以テ足ルモノニシテ特別ナル動機ハ必要ナラスト解スヘキナリ要スルニ法文ニ「云々ノ目的ヲ以テ」トハ結  
果ヲ確知シテ爲ス行為ナリト解スヘキナリ唯タ普通ノ場合ト異ナルハ本罪ニハ確定ノ故意アルヲ要シ不定ノ故意ヲ以テ充分ナ  
リト爲ササルノ一事ニアリ(大場博士著刑法各論七三三頁以下)

【參照判例】

刑法第二四七條ハ他人ノ事務ヲ處理スル者カ自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル場合ヲ除キ其他ノ方法ヲ以テ本人ニ財産上  
ノ損害ヲ加ヘタル總般ノ場合ニ之ヲ適用スヘキモノトス(大審院民事判決錄四三年二二四頁)

二重抵當ノ處分ニ付テハ嘗テ本書第二卷二四六頁ニ於テ評論シタルトコロナレ  
トモ同頁ニ於テハ主トシテ其行為カ詐欺罪横領罪トナルヤニ付テ論シ背任罪ニ  
相當セサルヤノ點ニ付テハ詳細ニ觀察セサリシトコロナリ  
背任罪ニ於ケル「自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ

以テトハ確定ノ故意ヲ要シ不定ノ故意ヲ以テハ不充分ナリトノ意義ニ解スヘク  
之ヲ動機トスルコトヲ必要トセサルコトハ本論ニ贊同ヲ表スルモノ單ニ甲カ其不  
動產ヲ乙ニ抵當トシタルノ一事ヲ以テ直ニ甲ハ乙ノ爲メニ其事務ヲ處理スル者  
ナリト云フハ聊カ穩當ヲ缺クモノト信ス本論カ二重賣買ノ場合ハ所有權ノ全部  
ニ關シ從テ横領トナルモノニ重抵當ハ一部ニ關スルニ止マルカ故ニ横領トナラス  
背任罪ニ入ルヘキモノト論シ兩罪ノ關係ニ論及セラレタル點ハ參照判例ト論鋒  
ヲ同フシ吾人ノ大ニ參考トスヘキトコロナルモ民法上抵當權者ハ單ニ不動產ノ  
上ニ擔保權の權利ヲ有スルニ止マリ設定者ニ對シテハ何等特別ノ權利ヲ有スル  
モノニアラス又設定者モ抵當權者ニ對シテ別段ノ義務ヲ有スルモノト認ムル能  
ハサルカ故ニ設定者ヲ以テ抵當權者ノ爲メニ事務ヲ處理スルモノト言フニ由ナ  
ク從テ背任罪ヲ構成セサルモノト言ハサルヲ得ス  
設定者甲ノ無罪ナルコト上述ノ如シトセハ第二抵當權者丙カ共犯ナリヤ否ヤノ  
點ニ付テハ論スルノ要ナキモノト言フヘシ

一四〇

五四 一個ノ行為ニシテ數個ノ罪名ニ觸レ又ハ犯罪ノ手段若クハ結果タル行為ニシテ他ノ罪名ニ觸ルルトキハ其最  
モ重キ刑ヲ以テ處斷ス

刑法第五四條第一項前段ハ單ニ異種類ノ想像數罪ヲ規定シタルモノナルヲ以テ

同一罪名ニ簡ルル想像數罪ハ學理上異種類ノ想像數罪ニ關スル規定ノ精神ニ從  
ヒ具體的ナル被害法益ノ重キモノニ從ヒ處斷スルノ外ナキモノトス」

想像上ノ數罪トハ一行爲ニ依リ同種若クハ異種ノ數結果ヲ生シタル場合ヲ指ス既ニ  
同種類ノ想像上數罪ヲ認メ得ル以上ハ同一ノ罪名ニ觸ルル想像上數罪アリヤノ問題  
ニ付テハ之ヲ積極ニ決セサル可カラサルヲ當然トス例ヘハ一發ノ彈丸ニ依リ二人ヲ  
貫通死ニ致シタルカ如キ同一ノ罪名ニ觸ルル想像數罪ナリ然レトモ處分ニ付テハ我刑  
法ニ直接規定ナシ刑法第五四條前段ハ單ニ異種類ノ想像數罪ヲ規定シタルノミナル  
ヲ以テ同一ノ罪名ニ觸ルル想像數罪ハ學理上異種類ノ想像數罪ニ關スル規定ノ精神ニ  
從ヒ具體的ナル被害法益ノ重キモノニ從ヒ處斷スルノ外ナキモノナリ(トクトル山岡  
萬之助氏法學新報第二四卷第二號七一頁以下要領)

【參照學說判例】

本書第一卷刑法一八六頁二〇六頁二〇八頁第二卷刑法二四三頁

本問ニ關シテハ屢吾人ノ論述シタルトコロナルヲ以テ茲ニ再論セス詳細ハ前掲  
ノ頁ニ就テ參照セラレタシ

(一四一)

- 二五二 自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス
- 二五三 職務上自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス
- 刑事訴訟法六二 地方裁判所檢察犯罪ノ捜査ヲ終リタルトキハ左ノ手續ヲ爲ス可シ
- 第一 重罪ト思料シタル事件ニ付テハ豫審判事ニ豫審ヲ求ム可シ(後略)

雇人トシテ雇主ノ命ニ因リ得意先ヨリ取集メタル賈掛金ヲ占有中費消シタルハ  
所謂業務上ノ横領罪ヲ構成スルモノトス」  
業務上ノ横領罪ハ舊刑法ノ重罪ト看做スヘキモノナルヲ以テ區裁判所ノ管轄ニ  
屬セサルモノトス故ニ區裁判所カ之ヲ受理審判シタルハ違法ナリ」

舊刑法ノ重罪ニ該當スル犯罪ハ刑事訴訟法第六二條ニ依リ豫審ニ附スヘキ事件ナル  
ヲ以テ裁判所構成法第一六條ニ依リ區裁判所ノ管轄ニ屬セサルコト洵ニ明白ナリ本  
件横領罪ハ被告カ雇人トシテ雇主ノ命ニ因リ得意先ヨリ取集メタル賈掛金ヲ占有中  
費消シタル事實ニシテ被告カ業務行爲ニ因リ占有セル他人ノ財物ヲ自己ニ領得シタ  
ルモノニ外ナラス刑法第二五三條ニ規定セル業務上ノ横領罪ニ該當シ舊刑法ノ重罪  
ト看做スヘキモノナルヲ以テ第一審タル洲本區裁判所カ管轄ヲ有セサル本件ヲ受理

同二四一 裁判所ニ於テ輕罪トシテ受理シタル事件ヲ重罪ナリトスルトキハ其事件ヲ豫 判事ニ送付スル決定ヲ爲  
ス可シ(後略)

同二六二 控訴裁判所ニ於テハ原裁判所ノ管轄地ナルコトヲ認メタルトキハ原判決ヲ取 ス可シ(後略)

同二六三 前條第一項ノ場合ニ於テ控訴ヲ受ケタル地方裁判所自ラ其事件ニ付キ第一審 シテ裁判權ヲ有スルトキ  
ハ更ニ其事件ニ付キ判決ヲ爲ス可シ但事件重罪ナルトキハ第二四一條ノ規定ニ從ヒ處分ス可シ

裁判所構成法一六 區裁判所ハ刑事ニ於テ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス但シ第二二記載シタル罪ハ豫審ヲ經サルモノ  
ニ限ル

第一 拘留又ハ科料ニ該ル罪

第二 有期ノ懲役若クハ禁錮又ハ罰金ニ該ル罪

刑法施行法二九 死刑無期又ハ短期一年以上ノ懲役若クハ禁錮ニ該ル罪ハ他ノ法律ノ適用ニ付テハ舊刑法ノ重罪ト  
看做ス

審判シタルハ違法ナリ故ニ原審ハ第一審裁判所ノ管轄違ナルコトヲ認メ刑事訴訟法第二六二條第二六三條ニ依リ第一審判決ヲ取消シ同法第二四一條ノ手續ヲ經テ自ラ其事件ニ付キ第一審裁判所トシテ判決ヲ爲スヘキモノトス然ルニ原審ノ措置此ニ出テス第一審判決ヲ是認シ被告ノ控訴ヲ棄却シタルハ違法ナリ(大審院大正二年(レ)第三七六號同三年一月二十七日刑一判決)

【參照學說判例】

- 一 本書第二卷刑法一五〇頁二七七頁
- 二 本書第一卷刑法一八頁
- 三 業務トハ如何ナル業務モ皆此中ニ入ル(勝本博士京大四年講義刑法各論附錄本二〇三頁)
- 四 營業職業等ノ直接關係上占有スル他人ノ物ヲ横領スル一切ノ場合ヲ包含ス……多少獨立ノ責任ヲ有スル業務ニ從事スル者ノミテ本罪ノ主體ナリト認メ單純ナル雇小僧ノ如キハ本罪ノ主體タルヲ得サルヲ以テ通例トスルモノト解スルヲ得ヘシ然リ而シテ多少獨立ノ責任ヲ有スル者ナキヤ否ヤハ各場合ニ付テ裁判所ノ判斷スヘキ事實問題ナリ(泉工學士日本刑法論九三五項)
- 五 業務トハ繰返シ行ハルル事業ヲ謂ヒ公ノ性質ヲ有スルト否ト職業タルト營業タルトヲ區別セス……業務上ノ占有ハ其業務ノ關係上物ヲ所持スル場合ニ於テノミ成立ス(山岡ドクトル刑法原理四五頁)

(一四二)

(一) 赃物牙保罪ハ赃物タルノ情ヲ知リナカラ其有價處分ニ關スル媒介ヲ爲スニ因

二五六 赃物ヲ收受シタル者ハ三年以下ノ懲役ニ處ス  
 物贓ノ運搬、寄藏販賣又ハ牙保ヲ爲シタル者ハ十年以下ノ懲役及ヒ千圓以下ノ罰金ニ處ス  
 二五七 直系血族、配偶者、同居ノ親族又ハ家族及ヒ此等ノ者ノ配偶者ノ間ニ於テ前條ノ罪ヲ犯シタル者ハ其刑ヲ免除ス  
 親族又ハ家族ニ非サル共犯ニ付テハ前項ノ例ヲ用ヒス

リテ成立スルモノナレハ直接買主ニ對シテ交渉ヲ爲ササルモ他人ニ委囑シテ交渉ヲ爲サシメ以テ賣買ノ媒介ヲ爲シタルトキハ該罪ヲ構成スルモノトス」  
 (二) 刑法第二五七條ハ主犯ト赃物ニ關スル犯人トノ間ニ同條所定ノ關係アルトキ赃物ニ關スル犯人ノ刑ヲ免除スル旨ヲ規定シタルモノニシテ赃物ニ關スル犯人相互ノ關係ニ適用スヘキモノニ非ス」

(一) 上告趣意原判決ニ於テ被告所犯ノ認定事實ニ擬シタル刑法第二五六條中牙保ノ罪案ハ其字義法意共ニ難解ノ疑義タリト雖モ要スルニ赃物ヲ組成スヘキ罪案ノ犯行者換言スレハ裁判上ニ所謂本犯者ト赃物故買者トノ間ニ直接周旋スルノ行爲ナリト解スヘキカ如シ然ルニ田中力藏ノ本案ニ於ケル公訴事實ハ檢事ノ起訴ニ援用セル司法警察官意見書記載ニ依レハ窃盜本犯者小島茂八外一名ヨリ赃物ヲ故買スヘキ周旋ノ依頼ハ之ヲ受ケタリト雖モ赃物故買者タル當問仙之助ニ對シテハ直接交渉ノ所爲ニ出テス只自己ノ親族ナル鳴島五郎吉ニ對シ本犯者依頼ノ趣旨ヲ通シタルニ過キスシテ赃物故買者タル當問仙之助トノ間ニ何等直接周旋ノ事實ナク未タ以テ刑法第二五六條牙保罪ヲ擬ス可キ程度ニ達セリト解ス可カラス然ラハ該起訴タルヤ(裁判所ノ受理不受理ヲ決ス可キ形式要件ノ職權調査ハ受理後ニ於ケル公訴事實認定權トハ自ラ別個ノ問題ナルカ故ニ)犯罪事實ノ掲記ヲ充分ニセサル點ニ於テ有效ナラストシ公訴裁判所ハ其受理ヲ排斥スヘキ筋合ナルニ第一二審ノ判決鼓ニ出テサリシハ不法ナリト云フニ在レトモ赃物牙保罪ハ赃物タルノ情ヲ知リナカラ其有價處分ニ關スル謀

介チ爲スニ因リテ成立スルモノナレハ直接買主ニ對シテ交渉ヲ爲ササルモ他人ニ委  
囑シテ交渉ヲ爲サシメ以テ賣買ノ媒介ヲ爲シタルトキハ該罪ヲ構成スヘキモノトス  
故ニ論旨ハ理由ナシ

(二) 上告趣意當辯護人ハ前點所論ノ正當ヲ疑ハスト雖モ假リニ一步ヲ譲リ其起訴ヲ  
適法ナリトシ第一二審判決ノ認定ヲ事實ナリトセンモ尙贓物故買者タル當間仙之助  
ニ直接周得シタル事實ナク單ニ鳴島五郎吉ナル親族ニ依頼ヲ通シタルニ過キサレハ  
牙保罪ノ從犯關係ヲ超ユルモノニアラスト確信スルニ第一二審判決ノ正犯ニ擬シタ  
ルハ不法ナルノミナラス之ヲ從犯ト解スルニ於テハ贓物牙保ノ正犯者タル鳴島五郎  
吉トハ叔姪ノ親族關係ヲ有スルニ依リ刑法第二五七條ノ適用ヲ按シテ其刑ヲ免責セ  
ザリシハ不法ナリト云フニ在レトモ前項ニ説明シタル如ク贓物牙保罪ヲ構成スルニ  
ハ必スシモ買主ニ對シ直接交渉スルコトヲ要セス他人ニ委囑シテ交渉ヲ爲サシメ以  
テ賣買ノ媒介ヲ爲シタル場合ト雖モ該罪ヲ構成スルヲ妨ケス原判決ノ認定シタル事  
實ニ依レハ被告ハ窃盜犯人ノ依頼ニ應ジ鳴島五郎吉ニ情ヲ告ケテ贓品タル砂糖賣却  
ノ周旋ヲ委囑シ同人ト共ニ被告仙之助居宅ニ至リ右砂糖一九俵ヲ賣却シタルモノニ  
シテ贓品タル砂糖ノ賣買ニ關シ鳴島五郎吉ト共ニ之カ媒介ヲ爲シタルコト明ナレハ  
牙保罪ノ正犯ニシテ從犯ヲ以テ論スヘキニアラス又刑法第二五七條ハ主犯ト贓物ニ  
關スル犯人トノ間ニ同條所定ノ關係アルトキ贓物ニ關スル犯人ノ刑ヲ免除スル旨ヲ  
規定シタル者ナレハ贓物ニ關スル犯人相互ノ間ニ同一ノ關係アルモ免刑ノ理由ト爲  
ラス故ニ論旨ハ理由ナシ(大審院大正二年(レ)第二二五九號同三年二月二一日刑三判決)

【參照學說】

一 牙保トハ媒介ヲナスコトナリ通常有價行爲ニ屬ス無價ノ場合ニハ此語ヲ用ヒス、無價ハ單ニ從犯ト見ル第二五七條ハ贓物  
ヲ受取ルモノト渡スモノトノ關係ナリ(藤本博士大講義四三年度刑法各論寫本二〇五頁)

二 贓物ノ牙保トハ贓物ヲ有價ニ處分スル行爲ノ媒介ヲ爲スヲ謂フ(大場博士刑法各論上卷八九三頁)

三 牙保ハ處分行爲(賣買及ヒ擔保ノ設定)ノ媒介ヲ爲スナリ(泉二學士日本刑法論九四二頁)

第二五七條ハ犯人ト被害者トノ間ニ親族又ハ家族等ノ關係アル場合ヲ豫想スルニ非スシテ主犯ト贓物犯人トノ間ニ此等ノ關係  
アル場合ヲ規定スルモノナリ(同上九〇〇頁)

四 牙保トハ處分行爲ノ媒介ヲ爲ス行爲ナリ  
以上各種ノ行爲ハ必シモ現犯罪ノ犯人ト直接ノ關係ニ於テ成立シタルコトヲ要セス(山岡ドクトル刑法原理四七頁)

至當ノ見解贊同ヲ表ス

一四三

三八 罪ヲ犯ス意ナキ行爲ハ之ヲ罰セス但法律ニ特別ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス(中略)

法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲スヲ得ス但情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得

二四七 他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ其任務  
ニ背キタル行爲ヲ爲シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキハ五年以下ノ懲役又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス

刑事訴訟法二〇三 刑ノ言渡ヲ爲スニハ罪トナルヘキ事實及ヒ證據ニ依リテ之ヲ認メタル理由ヲ明示シ且法律ヲ適  
用シ其理由ヲ付ス可シ(下略)

同二六九 裁判ハ左ノ場合ニ於テ當ニ法律ニ違背シタルモノトス(中略)

第九 裁判ニ理由ヲ付セス又ハ其理由ノ顛倒アルトキ

第十 擬律ノ錯誤アルトキ

(一) 背任罪ハ管理者ニ於テ現實ニ其任務ニ違背シテ事務ノ管理ヲ爲シタルノ事實  
アルコトヲ要スルノミナラス自己ノ行爲カ其任務ニ違背スルコトヲ認識アリ  
タルコトヲ要スルモノトス

背任罪ノ故意

事務管理者カ任務違背ノ行為ヲ爲スニ當リ之ヲ適任行為ト信スルニ至リタルハ事實ノ錯誤法規ノ誤解等管理者其人ノ過失ニ基因スル場合ト雖モ此信念ハ背任罪ノ成立ニ要スル故意ヲ阻却スルモノトス

犯人ノ行為事件ノ關係ニ因リ特別ナル記載ヲ要セスシテ其故意ヲ認識スルコトヲ得ル場合ニ於テハ其故意ハ特ニ之ヲ判文ニ示スコトヲ要セサルモ然ラサル場合ニハ其故意ノ存スルコトハ判文上明確ナラシメサルヘカラス

(二) 犯罪ノ構成要件其他被告ノ罪責ニ影響ヲ及ホスヘキ事實ニ付キ同一判決書中ニ於テ裁判所ノ認定カ互ニ相抵觸スルトキハ同一被告事件ニ關シテ生シタルト二個ノ別異ナル被告事件ニシテ各其被告ヲ異ニシ各別ノ判決ヲ以テ刑ノ言渡ヲ爲シ得ヘキモノノ間ニ於テ生シタルトニ論ナク其裁判ハ理由齟齬ノ違法アルモノトス

(一) 刑法第二四七條ニ規定スル背任罪ハ他人ノ爲メニ其事務ヲ處理スル者カ自己又ハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ其任務ニ背キタル行為ヲ爲シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加フルニ因リテ成立スルヲ以テ本罪ノ構成要件ノ一トシテ他人ノ爲メニ事務ヲ管理スル者ニ其任務ニ違背シタル行為アルコトヲ必要トシ此要件ノ具備スル爲メニハ事務管理者ニ於テ現實ニ其任務ニ違背シテ事務管理ヲ爲シタルノ事實アルコトヲ要スルハ勿論事務管理者ニ於テ自己ノ行為カ其任務ニ違背ス

背任罪ノ爲ナルト信スル者タルニ過失ノ阻却

ルコトノ認識アリタルコトヲ要ス從テ事務管理者カ任務違背ノ行為ヲ爲スニ當リ此認識ヲ缺キタルトキ換言スレハ事務管理者カ自己ノ行為ヲ以テ其任務ノ本旨ニ適シタルモノト信シテ之ヲ爲シタル者ナルトキハ其之ヲ信スルニ至リタルハ事實ノ錯誤法規ノ誤解等管理者其人ノ過失ニ基因スル場合ト雖モ此信念ハ背任罪ノ成立ニ要スル故意ヲ阻却スルヲ以テ其行為ニ因リ本人ニ損害ヲ加ヘタル管理者ハ民事上ニ於テ本人ニ對シテ賠償ノ責任ヲ負フコトアルモ刑事上ニ於テハ背任罪ヲ犯シタルモノトシテ刑法第二四七條ノ制裁ヲ受クヘキモノニアラス而シテ事務管理者カ其ノ背任行為ニ對スル故意ハ犯罪ノ成立ニ要スル積極的條件ナルヲ以テ事實裁判所カ被告人ノ背任罪ヲ認ムルニ當リテハ常ニ必ラス之レヲ明確ナラシムルコトヲ要シ判文所掲ノ事實摘示ノ部分ニ於テ管理者ニ此ノ意思アルコトヲ明示セス又ハ其ノ事實關係上ノ事實摘示ニ此意思アルコトヲ推知シ得ヘカラサルトキハ其判決ハ理由不備ノ違法アルコトヲ免カレサルモノトス而シテ原院ノ認定シタル事實ニ依レハ本件共同被告ニシテ當時南豊島村長タリシ田邊良太郎カ被告等ト共ニ同村大字利倉ノ所有ニ係ル本件原野ヲ其實價ヨリモ遙カニ廉價ニテ被告五郎兵衛ニ賣却シ五郎兵衛ヲシテ別ニ支出セシメタル其差額ヲ以テ區長評議員等私借ノ辨濟ニ充テント企テ之ヲ爲スニ付キ正當ノ手續ヲ履踐セザリシモノナレハ村長トシテノ任務ニ違背シ刑法第二四七條ニ規定スル背任ノ所爲カ客觀的ニ存在スルコトハ毫モ疑ナシト然レトモ被告良太郎等カ區有財産タル本件原野ノ處分方法カ村長トシテノ被告良太郎ノ任務ニ違背シタルモノナルコトヲ認識シテ之ヲ爲シタルモノナルヤ否クハ反對ニ是等處分ハ假令制規







テノ間ニ過キス故ニ若シ被告カ右期間又ハ期間後前ニ公金ヲ保管スル事實アリトスルモ开ハ單ニ便宜上之レヲ保管スルニ過キスシテ職務上保管スルモノト云フヲ得ス從テ之レヲ擅ニ費消シタル場合ニハ刑法第二五二條ノ罪ヲ構成スルコトアルモ同第ニ五三條ノ犯罪ヲ成立スルコトナシサレハ收入役ノ故障日時ト費消事實トハ共ニ明カニセサルヘカラサルニ原院ハ唯單ニ費消事實ヲ明治四五年三月ヨリ大正二年三月頃迄ノ間ト認定シタルノミニシテ漫然刑法第二五三條ヲ適用シ業務上ノ横領トシテ處斷シタルハ理由不備ノ不法アルモノトス殊ニ費消ノ最終日ヲ大正二年三月頃ト判示スルモ證據説明ノ部ニ於テ之レヲ明ニセサルハ違法ナリト謂ハサルヘカラスト云フニ在レトモ公務員カ其職務上保管スル金品ハ假令職務ヲ免セラレタル場合ト雖モ事務引繼ヲ爲シタルニ非サレハ之カ保管ノ責ヲ免ルルコトヲ得サルハ夙ニ本院判決ノ說示シタル所ノ如クナルヲ以テ原判決カ所論被告ノ所爲ヲ業務上ノ横領罪ニ問擬シタルハ固ヨリ相當ナリ又犯罪ノ時期ハ罪ト爲ルヘキ事實ニ非サルヲ以テ特ニ其證據ヲ舉示スルノ必要ナキヲ以テ本論旨ハ理由ナシ(大審院大正二年(れ)第二三四七號同三年一月二三日刑一判決)

【參照學說判例】

本書第二卷刑法三〇二頁

妥當ノ見解ナリト信ス

- (一) 物ノ所持者カ故意ニ差置キタル物ヲ遺失物ナリト誤信シ之ヲ横領シタル所爲ハ刑法第二五四條ニ所謂遺失物横領罪ヲ構成スルモノトス
  - (二) 窃盜犯者カ犯罪ノ場所ニ置去リタル物ヲ横領シタル者ハ刑法第二五四條ヲ以テ處斷スヘキモノトス
- 窃盜犯者カ拋棄スルノ意思ヲ以テ物ヲ遺棄シタル場合ト雖モ其遺棄シタルハ自己ノ所有物ニ非スシテ其窃取シタル贓品ナル場合ニ之ヲ横領シタル所爲ハ刑法第二五四條ニ所謂占有ヲ離レタル他人ノ物ヲ横領シタル行爲ニ該當スルモノトス

(一) 物ノ所持者カ故意ニ差置キタル物ヲ遺失物ナリト誤信シ之ヲ横領シタル者ハ其物カ何人ノ占有ニモ屬セサル物即遺失物ナリト信シタルモノナレハ物カ他人ノ事實上ノ支配ニ屬シタル點ニ付テハ窃盜ノ故意ヲ缺クナリテ行爲者ノ知リタル事實ニ從ヒ占有ヲ離レタル他人ノ物ノ横領罪即チ遺失物ヲ横領シタル行爲ニ付其實ニ任スヘキモノトス是レ刑法第三八條第二項ニ基クモノナリ

三八 罪ヲ犯ス意ナキ行爲ハ之ヲ罰セス但法律ニ特別ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス罪本重カル可クシテ犯罪トキ知ラサル者ハ其重キニ從テ處斷スルコトヲ得ス  
法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲スコトヲ得ス但情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得  
三五 他人ノ財物ヲ窃取シタル者ハ窃盜ノ罪ト爲シ十年以下ノ懲役ニ處ス  
二五二 自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス(後略)  
二五四 遺失物漂流物其他占有ヲ離レタル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ一年以下ノ懲役又ハ百圓以下ノ罰金若クハ科料ニ處ス

窃盜犯者  
去リ者  
方置去リ  
取得者  
シタル者  
ニシテ

【參照學說】

(二) 抛棄竊盜犯者カ犯罪ノ場所ニ置去リタル物ヲ横領シタル場合ハ刑法第二五四條ノ占有ヲ離レタル他人ノ物ヲ横領シタル罪ニ從ヒ處斷スヘク之ニ反シテ竊盜犯者カ之ヲ抛棄スルノ意思ヲ以テ兇器ノ如キ物ヲ遺棄シタル場合ハ遺棄ト同時ニ無主物ニ變スルヲ以テ之ヲ拾得處分スルモ犯罪ヲ構成スルコトナシ然レトモ若シ其遺棄シタルハ物取者ノ所有物ニ非スシテ其竊取シタル物品ナル場合ハ刑法第二五四條ニ該當ス(法學博士大場茂馬氏法學新報第二四卷第二號六九項以下要領)

一 法律ハ取罪ノ不正占有ニ付キテハ横領ヲ豫想ス、故ニ盜取アレハ占有ヲ爲シ、占有ヲ爲シタル上ニ又横領ヲナシ得ルモ横領ノ意思ヲ以テ拾得コトアリ又届出ヲナス意思ヲ以テ即チ事務管理トシテ拾得トシテ其届出ヲ爲スノ意思ニテ拾得コトアリ主觀的の意思ノ狀況ヨリ云ハハ拾得コト初テ届出アリ拾得モノノ届出ナシ故ニ立法ノ精神ヨリスレハ届出ヲナス意思ニテ拾得ヒシモ未ダ手許ニアルカ故之レヲ横領スル考ヘ起リ即或利益ヲ見タル爲メ之ヲ欲シ人間ノ弱點ニ委シ届出ヲ止メタル場合ヲ罰スルモノナリト見サルハカラス從テ初ヨリ取ル意思ナラハ其物カ監督中ニナシト雖モ盜ナリト見ルハ立法ノ精神ニ叶ヘルモノト考フ(同上二六八頁) 他人ノ物ヲ知リテ之レヲ領有スルノ意思即チ其物ノ上ニ所有者ニアラサレハ爲スコトヲ得サル處分ヲ爲ス目的ヲ以テ行ハル場合ニハ其物品ハ何人ノ屬スルヤナク問ハス(同上二七五頁)

二 窃盜罪ニ於ケル故意ノ内容ハ(一)目的物カ他人ノ財物ナルコト(二)他人ノ意思ニ反シテ所持ヲ奪ヒ以テ財産ヲ横領スル意思アルコトヲ要ス(泉二學士日本刑法論九〇五頁)

所謂占有ハ所持ナリ所持ノ原因如何ヲ問フコトナシ(三)然レトモ同一物ニ付テ横領行爲ヲ爲スコト能ハサルカ故ニ竊盜詐欺恐喝等ノ横領行爲ニ由テ自己ノ取得シタル物ニ付テハ自ら更ニ横領罪ヲ犯スヲ得サルヘシ

他人ノ占有ヲ離レタル物トハ法律ノ例示スル遺失物漂流物等ノ如ク他人ノ權利拋棄ノ意思ニ因ラス且ツ犯罪行爲ニ因ラスシテ他人ノ占有ヲ離レタル物ヲ謂フ

【參照判例】

占有離脱物ノ横領ハ拾得ノ當時ヨリ横領ノ意思アリタルト拾得ノ當時不法ノ意思ナクシテ其後ニ横領ノ意思ヲ生シタルトテ問ハス本罪ヲ構成ス但横領ノ意思ナクシテ拾得スル場合ニ於テハ拾得後横領ノ意思ヲ以テ隱匿スル時ニ於テ罪トナル(同上九三六頁)

三 抽象的事實ノ錯誤(三)第三八認識ニ係ル所ト實際ノ事實トカ別種ノ犯罪ニ係ル場合ナリ例ヘハ人ノ遺失物ヲ所持物ナリト信シ又ハ人ノ所持物ヲ遺失物ナリト信シタルカ如シ此場合ニ於テ認識ニ係ル所實際ノ事實ヨリ輕キトキハ認識ニ係ル所ノ已蓋ヲ以テ論シ其實際ノ事實ニ付テハ別ニ過失ノ問題ヲ生ス之ニ反シ認識ニ係ル所實際ノ事實ヨリ重キトキハ實際ノ事實ニシテ本罪ノ已蓋ヲ以テ論シ別ニ認識ニ係ル所ニ關シ未達ノ問題ヲ生ス(牧野學士刑法通義第一九版一六六頁)

本條ハ廣ク占有ヲ離レタル他人ノ物ニ就テ規定セリ第一ニ占有者ノ意思ニ基カスシテ占有ヲ離レタル物件ナルコトヲ要ス故ニ他人カ誤テ占有ヲ移轉シタル物件ニ就テハ本條ノ適用ナシ(同上四〇六頁)

四 他人ノ所持ニ屬セサル場合ニ二アリ一ハ犯人ノ占有ニ屬スル場合ニシテ他ハ何人ノ占有ニ屬セサル場合ナリ

技ニ占有トハ實力の支配即チ所持ヲ指ス而シテ占有ノ成立ハ(甲)善意若クハ惡意ヲ以テ他人ノ占有ヲ侵奪スルニ依リテ生ズ但シ領得ノ意思ナキコトヲ必要トス(乙)偶然又ハ誤ツテ占有ヲ得タル場合例ヘハ自己ノ居室ニ於ケル他人ノ設置品(丙)所有者若クハ第三者ヨリ占有ヲ移轉スル場合占有離脱物ヲ發見シ拾得シタル上之ヲ占有スルカ如キハ右ニ所謂自己ノ占有ヲ概念ノ中ニ入ラス(山岡トクトル刑法原理四五七頁)

占有離脱物ハ縱令行爲者ニ於テ之ヲ拾得シ占有ヲ始メタル場合ニ於テモ本罪ノ物體トシテ其性質ヲ變スルコトナシ故ニ行爲者カ惡意ヲ生シ之ヲ横領スル場合ニ於テモ占有離脱ノ横領ニシテ自己ノ占有ノ横領ニ非ス(同上四五九頁)

一 刑法第二五四條及ヒ第二五三條ノ横領罪ノ目的物ハ自己ニ領得スル意思ニ非スシテ占有ヲ始メタルモノナラサルヘカラス故ニ當初ヨリ自己ニ領得スル意思ヲ以テ不法ニ他人ノ物ヲ自己ノ占有ニ歸セシメタル場合ニ於テハ竊盜詐欺其他ノ犯罪ヲ構成スヘキモ之カ費消其他ノ處分ヲ爲スニ因リテ横領罪ヲ構成スルコトナシ(大審院刑事判決錄四五年九八四頁)

二 占有者ト相手方トノ間ニ於テ形式的ニ或物ヲ授受シタル場合ト雖モ之カ内容ニ錯誤アリタルトキハ其授受ハ當事者ノ故意ニ非サルヲ以テ該物件ハ刑法第二五四條ニ所謂占有離脱物トシテ他人ノ物ナリトス(大審院刑事判決錄四三年二二九頁)

本論(一)ニ付テハ四個ノ說ヲ想像シ得ヘシ(1)ハ苟モ他人ノ物タルヲ知り且領得ノ意思ヲ以テ物ヲ占有シタル以上ハ竊盜罪ヲ構成ストナシ(2)ハ本論ノ見解ニシテ所謂占有離脱物横領ノ罪ニ該當スト説キ(3)ハ事案ノ場合行爲者ニハ何等竊盜ノ

意思存セス而モ遺失物横領罪ノ如キハ其物カ客觀的ニ之ヲ觀察シテ當然遺失物ナル場合ニ始メテ同罪ヲ構成スルモノナレハ事案ノ場合ノ如キ他人ノ占有ヲ離脱セサル物ニ對シテ存スヘキモノニ非ス故ニ刑法ニ何等罰條ナキヲ以テ無罪ナリト(4)ハ所謂單純横領罪ナリト解スルニアリ吾人ハ最後ノ說ヲ以テ妥當ナリト信ス蓋竊盜罪ノ成立ニハ其主觀的要素トシテ單ニ其目的物カ他人ノ財物ナルコトヲ知ルニ止マラス他人ノ意思ニ反シテ其所持ヲ奪ヒ以テ財物ヲ横領スルノ意思ヲ要スト解スルノ正當ナルニ反シ事案ノ場合ニ於テハ其物カ何人ノ占有ニモ屬セサル物即チ遺失物ナリト信シテ占有シタルモノナルヲ以テ所謂他人ノ所持ヲ侵スノ意思存セサレハナリ又遺失物其他占有ヲ離レタル物トハ占有者ノ意思ニ基カス且犯人ノ行爲ニ因ラスシテ其占有ヲ離脱シタル物ヲ謂フモノニシテ事案ノ場合ノ如キ犯人ノ行爲ニ因リテ其ノ占有ヲ離脱シタル物ヲ謂フニ非ス從テ事案ノ場合之ヲ刑法第二五四條ヲ以テ間擬スルハ蓋シ疑問ナルヘシ然レトモ之ヲ以テ直チニ無罪ナリト解スルハ固ヨリ正當ナラス何トナレハ苟クモ他人ノ物タルヲ知リテ横領シタル行爲存スルニ拘ハラス之ヲ不問ニ付スルノ理ナケレハナリ吾人ハ前一言シタル如ク刑法第二五二條ノ所謂單純横領罪ヲ以テ律スヘキモノナリト信ス蓋シ同條所謂自己ノ占有スル他人ノ物トハ他人ノ物ヲ所持スル

ノ謂ニシテ其所持ノ原因如何ハ之ヲ問ハサルモノト解スヘケレハナリ故ニ事案ノ場合ノ如キ人ノ差置物ヲ遺失物ナリト誤信シテ之ヲ取得シ後チ惡意ヲ生シ以テ經濟的處分ヲ爲シタルカ如キハ正ニ同條ニ該當スヘキモノト信ス然ルニ難スル者或ハ云ハン領得ノ意思ヲ以テ占有シタル場合ナリトモハ如何固ヨリ議論存スルトコロナルモ吾人ハ刑法第二五四條ノ占有離脱物ノ横領カ拾得ノ當時ヨリ横領ノ意思アリタルト拾得後横領ノ意思ヲ生シタルトヲ問ハサルト共ニ刑法第二五二條ノ單純横領ノ場合モ亦之ヲ問ハスト解ス唯同一物ニ付テハ幾度モ横領行爲ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ強盜等ノ横領的行爲ニ由テ自己ノ取得シタル物ニ付テハ自ラ更ニ横領罪ヲ犯スヲ得サルニ至ルヘキノミ故ニ通常ノ場合横領罪ニ間擬スルノ要ナキモ事案ノ場合ノ如キ何等竊盜罪ヲ構成セサル場合ハ其領得ノ意思ノ前後ニ依テ異ナルトコロナキモノト解スヘキナリ從ツテ此駁論モ亦吾人ノ說ヲ打破スルヲ得サルヘシ況ンヤ他人ノ差置物ヲ拾得シ後チ横領シタル事案ノ場合ニ於テオヤ

(一四六)

五五 連續シタル數個ノ行爲ニシテ同一ノ罪名ニ觸ルルトキハ一罪トシテ之ヲ處斷ス  
 二三五 他人ノ財物ヲ竊取シタル者ハ竊盜ノ罪ト爲シ十年以下ノ懲役ニ處ス  
 二三六 暴行又ハ脅迫ヲ以テ他人ノ財物ヲ強取シタル者ハ強盜ノ罪ト爲シ五年以上ノ有期懲役ニ處ス(後略)

強盜トノ強  
盜トノ強  
強盜トノ強  
強盜トノ強

同一罪名  
ノ意義

刑法第二三五條ノ強盜罪ト同法第二三六條ノ強盜罪トハ等シク他人ノ占有セル  
財物ヲ奪取スルニ因リテ成立スル犯罪行為ニシテ其本質ニ於テ異ルコトナキヲ  
以テ強盜ノ行為ト強盜ノ行為トカ同一ノ意思發動ニ因リ連續シテ實行セラレタ  
ルトキハ刑法第五五條ニ依リ一個ノ連續犯ヲ以テ之ヲ論スヘキモノトス  
刑法第五五條ニ所謂同一罪名トハ惟リ同一ノ名稱ヲ帶フル犯罪ノミニ限ラス名  
稱ヲ異ニスルモ同一條章ノ下ニ規定セラルル同一罪質ヲ有スル犯罪ヲモ包含ス  
ルモノトス

刑法第二三五條ノ強盜罪ト同法第二三六條ノ強盜罪トハ等シク他人ノ占有セル財物  
ヲ奪取スルニ因リテ成立スル犯罪行為ニシテ其本質ニ於テ異ルコトナキヲ以テ強盜  
ノ行為ト強盜ノ行為トカ同一ノ意思發動ニ因リ連續シテ實行セラレタルトキハ刑法  
第五五條ニ依リ一個ノ連續犯ヲ以テ之ヲ論スヘキモノトス蓋シ同條ニ所謂同一罪名  
ニ關ルル行為トハ惟リ同一ノ名稱ヲ帶フル犯罪ノミニ限ラス名稱ヲ異ニスルモ同一  
條章ノ下ニ規定セラルル同一罪質ヲ有スル犯罪ヲモ包含スルモノト解スヘケレハナ  
リ故ニ原判決ノ認定セル如ク奪取行為ヲ遂行セントスル意思ヲ以テ他人ノ家宅ニ侵  
入シ初メニ或ル財物ヲ奪取シ尙金品搜索中被害者ニ覺知セラルルヤ同一ノ意思ヲ繼  
續シ暴行脅迫ヲ以テ強取セント爲シタルモ其目的ヲ遂ケザリシ場合ニ於テハ強盜ノ  
行為ト強盜未遂ノ行為トハ一個ノ連續犯ヲ構成シ重キ強盜未遂罪ノ刑ヲ以テ處斷ス  
ヘキモノトス然ルニ原判決ハ上級ノ判示事實ニ付強盜ノ行為及ヒ強盜未遂ノ行為ハ

單一ナル決意ノ實行ニ外ナラサレハ之ヲ包括的ニ觀察シテ單一ノ強盜成立スルモノ  
ト爲シ強盜ノ行為ヲ以テ強盜ノ行為ニ包含セシメテ重キ刑ニ依リ處斷シタルハ擬律  
錯誤ノ違法アルモノトス(大審院大正二年(レ)第二〇四四號同三年二月三日刑一刑二刑  
三聯合部判決)

【參照學說】

一 強盜罪ハ強盜罪ノ加重ノ情アル場合若クハ程度ノ高キ場合ニ外ナラサルカ故ニ強盜罪ハ強盜罪ノ中ニ吸收セラレ強盜罪ノ  
一罪トシテ處斷スヘキモノトス恰モ傷害罪ト殺人罪トカ同一人ニ對シテ犯サレタル場合ニ於テ傷害罪ハ殺人罪ノ中ニ吸收セラ  
レ殺人ノ一罪ヲ構成スルニ過キサルト同一ナリ(藤本博士法學志林一四卷第一二卷八一頁)  
二 強盜罪ニ在リテハ其監督ヲ使スル所爲カ暴行若クハ脅迫ニ成ルモノナリヤ若シ強盜ノ所爲ニシテ單一強盜罪ニ加フルニ脅  
迫若クハ暴行ノ所爲ヲ以テシタルモノナランニハ是レ脅迫若クハ暴行ハ他人ヲ使スカ爲メニスルモノニ非ラズシテ強盜罪ト暴  
行罪若クハ脅迫罪ノ數罪俱發ナルヘシ蓋シ暴行若クハ脅迫ニ於ケルヤ其分量ヲ增加スルニ非スシテ其性質ヲ變化スルニ在リ  
(江木博士現行刑法要論二七五頁以下)

【參照判例】

犯人カ同一ノ人ニ對シ單一ノ強盜罪ヲ犯サント企テ先ツ食品ヲ奪取シ更ニ暴行脅迫ヲ以テ金圓ヲ強取シタルトキハ其前後ノ奪取  
行為相合シテ單一ノ犯罪行為ヲ組成スルモノトス(大審院刑事判決四三年三四頁)

(一四七)

一九〇 死體遺骨遺棄又ハ棺内ニ藏置シタル物ヲ損壞遺棄又ハ領得シタル者ハ三年以下ノ懲役ニ處ス  
二五二 自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

領得トハ自己ノ爲メニ或財物ノ絕對的支配ヲ爲スコトヲ言フモノトス

領得ナル語ハ刑法ヲ論スル者ノ間ニ於テハ之ヲ或財物ニ付キ不法ニ所有權ノ内容ヲ

實行スルノ義ニ解スルヲ通例トス然レトモ予ハ刑法學上ノ用語トシテハ之ヲ通俗語タル自己ノ物トスルトノ義ニ用ヒントス然ラハ自己ノ物トストハ果シテ何ノ意ソヤ予ハ自己ノ爲メニ或財物ノ絕對的支配ヲ爲スコトヲ言フモノト解セントス換百セハ或財物ヲ不法ニ完全状態ニ於ケル所有權(占有權ヲ伴フ)ノ目的物ト同一支配状態ニ置クコトヲ言フト爲スコトヲ得ヘシ蓋完全状態ニ於ケル所有權ハ取リモ直サス占有權ヲ伴フ所有權ナリ所有權ヲシテ其效力ヲ發揮セシムルモノハ實ニ占有權ニシテ吾人ハ所有權ト占有權トヲ併セ獲タル場合ニ於テ始メテ或物ノ完全ナル支配權ヲ獲得シタリト云フコトヲ得ヘシ是ヲ以テ予カ所謂領得即チ自己ノ物トスルコトト通説ニ所謂領得即チ所有權ノ内容ヲ實行スルコトトハ其意義相同シカラス蓋シ所有權ノ内容ハ之ヲ嚴格ニ言フトキハ目的物ノ使用、收益、處分、取戻、權利共者ノ處分(實買贈與質入等ノ如キ)等ノ作用ナルカ故ニ所有權ノ内容ノ實行トハ即チ是等各種ノ作用ノ全部又ハ一部ヲ實現セシムルコトニ外ナラス從テ領得ヲ以テ所有權ノ内容ノ實行ナリト解スル說ニ從ヘハ單ニ他人ノ財物ニ對シ自主的占有ヲ爲スノミナルトキ又ハ隱匿若クハ返還ヲ拒絕スルモ何等所有權ノ實行ト見ルヘキ事實ナキヲ以テ橫領罪成立セスト云ハサレハカラサルニ至ラン是レ予カ領得ノ意義ヲ解スルニ當リ故更ニ所有權ノ内容ノ實行ナリト爲ス通説ヲ排シ敢テ自己ノ爲メニスル絕對的支配ノ設定若クハ完全状態ニ於ケル所有權ノ目的ト同一ノ支配状態ニ置クコトヲ言フト爲ス所以ナリト云(法學士宮本英治氏領得ノ罪法學志林第一六卷一號七四頁以下要領)

一 領得スルノ意思トハ法律上物ノ所有者ト爲ルノ意思アルヲ要セス然レトモ單ニ一時之ヲ使用スルノ意思アルノミヲ以テ充分ト爲サス此點ニ關シ多數說一致スル所ニ依リハ領得スルノ意思トハ物ヲ被害者ヨリ永久ニ奪ヒ而シテ其物ニ對シ所有權ニ屬スルカ如キ處分權ヲ行ハントスルノ意思ナリト解スヘキナリ更ニ之ヲ別言ナリテ言ヘハ領得スルノ意思トハ法律上所有權ヲ行ハントスルノ意思ニ非スシテ經濟上所有者カ有スル同一ナル利益ヲ領得セントスルノ意思ト解スヘキナリ(大場博士刑法各論上卷五〇頁)

二 本罪ニ於ケル行爲ハ橫領ナリ橫領トハ財物ニ關シ不法ニ他人ノ利益ヲ排斥シテ其財物ヲ經濟上ノ用法ニ從ヒ處分スル目的ニ出テタル一切ノ行爲ナリ例ヘハ物質ノ消費抵當物販賣交換贈與等ヲ包含スヘク又此目的ノ爲メニ財物ヲ拐帶シ隠匿シ又ハ其物ニ付キ虛偽ノ事實ヲ主張スルカ如キモ橫領ナリ例ハ受託物ヲ喪失シタリト告ケテ其返還義務ヲ免ルル場合ノ如キモ橫領ナリ(衆二學士日本刑法論九三頁)

三 奪取ニハ領得ノ意思ヲ必要トスルヤ否ニ關シテ議論アリ領得ノ意思トハ所有權ノ内容ヲ行使スルノ意思ニシテ全ク返還セス又ハ永ク返還スルコトナキノ意思ナリ之ヲ要スルモノトスル多數說トス故ニ例ヘハ使用竊盜即チ一時使用シテ後返還スルノ意思ヲ以テ他人ノ財物ヲ持去ル場合ニ關シ多數說ハ之ヲ竊盜ニ非スト爲スモ余輩ハ反對說ヲ妥當ナリト解ス蓋シ所持ノ安全ト云フコトハ社會ノ秩序ヲ維持スル要件ナリ犯人ニ領得ノ意思アルト否トニ論ナク苟モ財物ノ所持ヲ侵害シタルトキハ之ヲ以テ奪取行爲アリタルモノト爲スヘシト解スルナリ(牧野學士刑法通義三二頁)

四 領得ノ意思ハ行爲者ニ於テ所有者ト同様ナル支配權ノ上ニ行ハントスル意思ナリ故ニ奪取カ一時使用ノ意ニ出テタルトキ(使用竊盜)ノ如キハ罪ヲ構成セス然レトモ質物ト爲サントスルカ如キ場合ニテハ縱令返還スルノ意アリトスルモ該行爲ハ所有者ニ非ヤレハ爲スナレサル行爲ニ屬スルヲ以テ領得ノ意思ナシトスル能ハス(山岡トクトル刑法原理四二四頁)

五 前キ領得ノ意思カ表示セラレテ物界ノ一現象タルニ至レハ領得行爲アリタルモノト認メ得ルナリ故ニ目的物ヲ隱匿若クハ拐帶シ又ハ所有者ニ對シ詐言ヲ構ヘタル場合ノ如キモ仍ホ本罪ノ成立アリト認メ得ルナリ(同四六一頁)

領得ノ意義ニ就テ學士ノ所謂絕對的支配ト通説ノ所謂所有權内容ノ實行トノ間ニ學士カ云ハルルカ如キ區別アリヤ否ヤ大ニ疑ナキ能ハス若シ所有權ノ内容ヲ

使用收益處分ノ權能トシ占有ノ如キハ所有權ノ内容ヲ爲ササルモノトセハ學士ノ言ノ如ク橫領罪ヲ論スル場合ニ矛盾ヲ生スヘキモ若シ所有權ノ内容ニ占有權能ヲ包含スルモノトセハ學士ノ所謂絕對的支配ト通説ノ所謂所有權内容ノ實行トノ間ニ何等ノ經庭ナキコトトナルヘシ吾人ハ所有權ノ内容ニハ占有ヲ包含スルモノト解スルヲ以テ學士ノ憂フルカ如キ矛盾ヲ生セサルモノト信ス

(一四八)

五四 一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸レ又ハ犯罪ノ手段若クハ結果タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ルルトキハ其重キ刑ヲ以テ處斷ス(後略)

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

二五二 自己ノ占有スル他人ノ物ヲ橫領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス(後略)

二五三 業務上自己ノ占有スル他人ノ物ヲ橫領シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス

收入役トシテ業務上保管シタル金員ト村長ヨリ委託ヲ受ケタル村有基本財産ニ屬スル金員トヲ混一シテ保管中數個ノ連續行爲ヲ以テ橫領シタルトキハ此行爲ヲ一括シテ其重キ業務上ノ橫領罪ヲ以テ處斷スヘキモノトス

上告趣意原判決ハ被告ハ云云德田村收入役奉職中其職務上保管スヘキ同村ノ大正元年度收入剩餘金四二一圓四錢二厘云云及ビ同村長ヨリ保管方委託ヲ受ケタル同村基本財産蓄積金三四一圓三二錢合計金二四二八圓二〇錢六厘ヲ混一シテ保管中云云其内金一六五六圓八六錢二厘ヲ擅ニ數回ニ自己ノ用途ニ費消シテ之ヲ橫領シタルモ

ノナリト認定セルカ故ニ被告ノ橫領シタル金圓ニハ其職務上保管スヘキ大正元年度收入剩餘金等ノ外村長ヨリ保管方依託ヲ受ケタル同村基本財産蓄積金ヲ包含スルコト明白ナリトス而シテ村有ノ基本財産ハ收入役ノ職務上當然保管スヘキモノニ非サルコト多辯ヲ要セサル所ナルヲ以テ被告カ村長ヨリ保管ノ委託ヲ受ケタル基本財産蓄積金ヲ費消シタル所爲ハ業務上ノ橫領ニ非ス然ルニ刑法第二五二條ヲ適用スルコトナク同法第二五三條ノミヲ適用處斷シタル原判決ハ被告カ兩者ヲ混合シテ保管中費消シタルモノナルヤ否ヤ之ヲ知ルニ由ナキモノトス乃チ原判決ハ此點ニ於テ理由不備又ハ擬律錯誤ノ不法アルモノト信一ト云フニ在レトモ原審ノ判示スル所ニ依レハ上告人主張ノ如ク被告カ收入役トシテ業務上保管シタル金員ト村長ヨリ委託ヲ受ケタル村有基本財産ニ屬スル金員トヲ混一シテ保管中數個ノ連續行爲ヲ以テ橫領シタルモノナレハ此行爲ハ一括シテ其重キ業務上ノ橫領罪ヲ以テ處斷スヘキモノトス從テ原審カ刑法第二五三條第五條ニ依リ處斷シタルハ適法ナリ(大審院大正二年(れ)第二五四二號同三年二月一二日刑二判決)

【參照學說】

一 刑法第五四條ニ於テ一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルルトキハ其ノ重キ刑ヲ以テ處斷スヘキ旨ヲ規定シタルニ因リ異種類ノ想像的數罪ニ付テハ其ノ適用上一點疑ナシト雖モ同種類ノ想像的數罪ニ付テハ右規定ヲ適用スヘキモノナルヤ否不明ナリ判例ハ同種類ノ數結果ヲ以テ右ニ所謂數個ノ罪名ニ觸ルルモノナリト爲セリ然レトモ第五條ニ於ケル同一ノ罪名ヲ規定トノ對稱上數個ノ罪名トハ關係ヲ異ニスル場合ヲ指シタルモノト認ムルヲ相當トス(山岡トクトル刑法原理二二二頁)

二 想像的競合犯ハ之ヲ同種ノモノト異種ノモノトニ分類ス同種ノ想像的競合トハ一個ノ行爲ニ於テ數個ノ同種類ノ結果ヲ存スル場合(例一九九ヲ以テ一人ヲ殺害シ且ツ他人ノ器物ヲ破壊ス)ナリ法律ニ所謂一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルル場合トハ即チ異種類ノ想像



的競合ニ外ナラス同種ノ想像的競合ニ付キテハ適用スヘキ單一ノ法規アルニ過キサカ故ニ特別ノ規定ヲ待ツテ然ル後ニ法律ノ適用問題ヲ決スルノ必要ナキナリ(泉二學士日本刑法論三五頁)

三(イ)一個ノ行爲ガ一個ノ結果ヲ生シタルモ其結果力種々ニ評價シ得ヘキ場合 此場合ハ更ニ之ヲ(例ヘハ公衆ノ面前ニ於テ婦女ヲ強姦シ因テ強姦罪ト猥褻罪トノ法條ニ觸レタルカ如ク競合シタル法條カ各其行爲ノ全體ヲ包含スル場合ト文書ヲ偽造行使シテ財物ヲ騙取シ因テ文書偽造罪ノ法條ト詐欺取財ノ法條トニ觸レタルカ如ク競合シタル法條カ各其行爲ノ或ル部分ノミヲ包含スルニ過キサカ場合トニ分ツコトヲ得

四(ロ)一個ノ行爲力數個ノ法益侵害ノ結果ヲ生シタル場合 此場合亦之ヲ(例ヘハ一發ノ彈丸ヲ以テ數人ヲ殺シ又ハ一貫サ以テ數人ヲ侮辱シタルカ如ク數個ノ結果力皆ナ同一ノ法條ニ該當スル場合ト(例ヘハ一發ノ彈丸ヲ以テ甲ヲ殺シ乙ヲ傷ケ丙ノ家ノ硝子窓ヲ破リタルカ如ク數個ノ結果力皆ナ別異ノ法條ニ該當スル場合ト)ニ分ツコトヲ得(勝本博士刑法要論三六四頁以下)

本條第一項前段ノ規定ハ一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸レタルトキ即チ數個ノ處罰法規ニ觸レタルコトヲ必要トスルカ故ニ假令一個ノ行爲ニシテ數個ノ法律上ノ結果ヲ生スルモ其結果力各異ナリタル法規ニ該當スル場合ニ限リ本條ノ適用アルヘキモ之ニ反シテ若シ數個ノ結果ニシテ同一ノ法規(同一ノ罪名)ニ該當スル場合ニ於テハ本條ヲ適用スルコトヲ得サルナリ然レトモ前ニ論シタル如ク一罪數罪ノ區別ニ關シテ本法ハ行爲標準說ヲ採リタルカ故ニ此場合ニ於テモ當然刑法第五四條ヲ適用スルコトナク一罪ヲ以テ論スヘキナリ(小嶋學士新刑法論六一七頁以下)

【參照判例】

刑法五四條ニ所謂一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルルトキハ數個ノ異ナル罪名ハ勿論其數個ノ同一ナル罪名ニ觸ルル場合ヲモ包含セルモノトス(大審院四二年刑事判決録二〇五頁)

右判決カ連續犯ヲ以テ處斷シタル點ニ付テハ吾人贊同ヲ表スルモ重キ業務橫領罪ヲ以テ處斷シタルハ刑法第五四條前段ヲ適用シタルヤ或ハ理論ニ基テ處斷シタルヤハ判旨明瞭ヲ缺クト雖モ從來大審院ノ採リ來リシ第五四條ノ前段ヲ以テ異種類ノ罪名ハ勿論同種類ノ罪名ヲモ含ムトノ理由ニ基テ右判決ヲ業務橫領トシテ處斷シタルモノトセハ吾人ハ反對ス本書第二卷第六號刑法七六頁參照

刑法第二四五條電氣ヲ財物ト看做ストノ規定ハ竊盜ノ目的物ヲ有體物ニ限ルト爲スノ例外規定ニ在ラス

冷蔵庫中ノ冷氣即チ一種ノ「エネルギ」ノ不當使用ハ竊盜罪ナリ

二三 他人ノ財物ヲ竊取シタル者ハ竊盜ノ罪ト爲シ十年以下ノ懲役ニ處ス

二四五 本章ノ罪ニ付テハ電氣ハ之ヲ財物ト看做ス

他人ノ冷蔵庫ヲ無斷ニ使用シテ一定ノ肉類ヲ貯藏シタル行爲ハ竊盜ナリヤ

問題ハ冷氣即チ一種ノ「エネルギ」ヲ不當ニ用ヒタト云フ點ニ在ル

三 說ヲ想像スルコトカ出來ル第一ハ竊盜罪ノ目的物ヲ有體物ニ限ルトシ例外トシテ只電氣ノミカ竊盜罪ノ目的トナリトスルモノテ(刑法第二四五條參照)之ハ通說テアル

第二ハ管理可能性(Fobersohbarkeit)ヲ證據トスルモノテ苟モ管理又ハ支配ノ可能ナルモノナル以上ハ有體物タルト無體物タルト區別シナイトスル說テアル第三說ハ竊盜ノ予置力提案シテ見タイト考ヘテ居ル所ノモノテ即チ主觀的ニノミ存在スルニ過キナイモノト雖モ尙竊盜ノ目的トナルトスル說テアル左ニ之ヲ述ヘヤウ

予置ハ竊盜ノ本質ヲ解シテ占有ノ奪取ニ在リト解スルノテアル而シテ其占有トイフ觀念ハ獨リ民法上ノ占有ノ意義ニ解スルノ必要カナイノミナラス又所持ノ意味ニモ解スル必要カナイ要スルニ一定ノ利益ニ對スル支配ト解スルコトヲ以テ足ルノテアル通常占有トカ所持トカイフ語ハ有體物ニ關シテ用キラレルモノテアルカ必シモ之

ナ有體物ニ關スル場合ニ限ル可キテナイ刑第二三五條カ單ニ財物ト規定シテ居ルノ  
ハ其ノ意義ノ範圍ヲ定ムルコトヲ學說ニ讓ツタモノト解スルノカ正當ナル電氣ニ  
關スル刑第二四五條ノ規定ハ電氣ニ付テ免ニ角疑議ヲ避ケルコトニシタトイフマテ  
ノコトニ過キナイ予輩ハ反對論者カ竊盜ノ罪質ヨリ論シテ理論的ニ竊盜ノ目的物ヲ  
有體物ニ限ルトスルコトヲ證明シナイ限リハ電氣ニ關スル刑第二四五條ヲ以テ例外  
的規定ト見ルコトハ出來ナイト思フ寧ロ法律カ電氣ニ關シテ明文ヲ置イタノハ刑法  
上ノ占有トイフ觀念カ有體物ニ對スル所持トイフヤウナ具體的ナ觀念カラモツト抽  
象的ナ利益ニ對スル支配トイフ觀念ニ進ミツツアルト考ヘルノテアルタカラ予輩ハ  
案件ノ場合ニ竊取行為ノ成立アリトスル者テアル即チ冷藏庫内ノ冷氣ナル「エネルギ  
」ハ冷藏其者トシテ肉類ノ所有者ノ手ニハ移轉シナイノテアルケレトモ其ノ「エネル  
ギ」ハ他ノ形態ニ轉換シテ移轉シタノテアル即チ肉類其者ニ轉換シテ居ルノテアル  
固ヨリ其ノ肉類ハ其ノ初メ冷藏庫ニ收メラレタルトキトソレカラ取出サレタルトキ  
トノ間ニ少シモ實質ノ變更ヲ受ケテ居ナイノテアル併シ若シ冷藏庫ニ貯藏セラレナ  
カツタナラハ腐敗其ノ他ノ變化ヲ受ケタルニ相違ナイ即チ其ノ肉類ハ腐敗ス可カリ  
シニ拘ハラズ腐敗セザリシトイフ點ニ於テ一ノ變化ヲ受ケテ居ルノテアルハ其  
ノ肉類ナ原形ノ儘ナカラ冷藏庫カラ取出スコトハ冷藏庫ヨリ當初ノ肉類以外ニ何物  
ナモ取出サズトイフコトニハナラヌノテアル(法學士牧野英一氏無體物ニ對スル竊盜  
罪ノ成立法學志林第一六卷第一號五九頁以下要領)

【參照學說】

一 財產罪ノ物體ニ物ト利益トアリ物ヲ有體無體ノ二種ニ區別スルハ羅馬法以來多數立法例ノ採用スル所ニシテ我舊民法モ亦  
其例ニ倣フ然レトモ現行民法ハ物ヲ有體物ニ限リ刑法上ニ於テモ物ハ有體物ニシテ無體物ヲ包含セス但電氣ハ強竊盜詐偽恐  
喝ノ罪ニ付キ物ノ一種ト看做シタリ  
竊盜罪ノ構成要件ノ一トシテ有體物タルコトヲ要ス故ニ無形ノ財產即チ權利ハ本罪ノ物體タラス液體氣體モ茲ニ有體物ナリ電  
氣ハ法律ニ於テ物ト看做スコトハ既ニ述ヘタルカ如シ(山岡ドクトル刑法原理四一八頁)  
二 財產ニ對スル罪ニ於ケル物體ハ財物又ハ財產權ナリ財物ハ物ナリ或立法例ニ於テハ物ヲ有體物ト區別ス我民法  
ニ於テハ物ハ有體物ニ限ルモノト規定シタリ(泉二學士日本刑法論八七四頁)  
三 竊盜罪ノ容體タルヲ得ルモノハ動カシ得ヘキ物タルヲ要ス法文ニ竊取ナル文字アルニ依リ此條件ヲ要スルコト知ルヘキナ  
リ(大場博士刑法各論五四三頁)  
四 該判例ノ論旨ヲ正當ナルモノトセハ他ニ如何ナル適用チ生スルカ(貧生居室ノ壁ヲ穿テ隣家ノ光線ニ依ツテ讀書スルト  
キハ光線ノ竊盜トシテ所謂セラレサル可ラス何トナレハ光ハ目ノ作用ニ依リテ認識スルコトヲ得ル形而下ノモノニシテ之ヲ發  
スル器ハ所持並ニ移轉スルコトヲ得人力ヲ以テ支配シ得ルヲ以テナリ讀者之ヲ以テ余輩ノ強辯トスル勿レ光線ハ空氣ノ波動ヨ  
リ生スル一種ノ電氣作用ニ外ナラス之ト電燈ヲ點スルトモ性質上ノ差アルニアラサルナリ(近來途上ニ著音器ヲ据ヘ雅俗種  
々ノ歌曲ヲ聞カシメテ業トナスモノアリ人若シ之カゴム管ヲ耳ニシテ數曲ヲ聽キテ代價ヲ拂ハスハ亦竊盜トシテ罰セラレサ  
ル可ラス此場合ニ音響モ亦電氣作用ニ出ツルヲ以テナリハ冷氣溫氣モ五官ノ作用ニ依ツテ認識スルコトヲ得之ヲ發スヘキ物質  
ハ器ニ收メテ所持シ移轉スルコトヲ得大阪ナル博覽會場ニ模範トシテ建築サレタル冷藏庫内ニ「ビール」ノ「ビン」ヲ携ヘ入りテ  
休息スルコト數時間冷ナル一杯ヲ傾ケタル者ハ冷氣ノ竊盜ニシテ二月以上四年以下ノ重禁錮タルヘシ暑氣ニ苦ミテ他人ノ冷藏  
庫ニ侵入シタル者ハ建造物ノ侵入ト冷氣ノ竊盜トノ二罪ト成ル更ニ之ヨリ甚ダシキハ他人ノ爐ニ酒ヲ温ムレハ溫氣ノ竊盜ト結  
論スルノ止ムヲ得サルニ至ルヲ奈何セン(人アリ造兵局ノ巡見ヲ許サル倉庫竊盜ヨリ「ナイフ」ヲ取出シテ其大研石ニ依ツテ之  
ヲ磨キ上ケタリトイフ如何ニ處分スヘキ判決例ノ論鋒ハ之ヲ摩捺ノ竊盜ト謂ハサルヲ得サル可シ(岡田博士判決批評法學協會  
雜誌第二一卷第七號一〇一四頁)  
五 音響又ハ電氣ノ如キハ物ト見ルヘキニ非サルナリ但電氣ハ今世ニ在リテハ物ト一樣ニ其專用權ヲ保護スル必要アルコト論  
ナシ(富井博士民法原論第一卷總論二六五頁)  
六 無體性ノモノハ物ニアラス從テ吾人ノ官覺ニ接觸スルコトヲ得ルモノ必スシモ物ニアラス熱、光、電氣ノ如キ物ニアラス  
(川名博士日本民法總論一三三頁)  
七 電氣カ物ナリヤ否ヤハ其時代ノ物理上ノ原則ニヨリ之ヲ定ム一時ハ電氣ハ力ナリ勢力ナリ或ハ動力ナリトシ其物質的存在  
ヲ否認セリト雖モ近時ニ至リテハ反對ニ其物質ナルヲ主張スルモノ多シト聞ク(中島博士民法釋義卷之一三六三頁)

吾人ハ窃盜罪ノ容體ヲ原則トシテ有體物ニ限ルト解スルヲ以テ案件ノ場合ハ窃盜罪ノ成立ヲ否定セント欲ス現行刑法上物(第一九條、二五二條)ト財物(一八五條、二三五條、二四六條)ノ意義ニ就テハ議論ノ存スル所ナルモ吾人ハ刑法上財物ト云フ場合ハ可動物有體物ヲ意味スルモノト解シ窃盜罪ノ容體タルヘキモノハ有體物中可動的ノ物ナルコトニ限定セントス而シテ窃盜罪ノ容體ヲ有體的物ニ限ルトノ根據ハ刑法第二四五條ニ「本章ノ罪ニ付テハ電氣ハ之ヲ財物ト看做ス」トノ規定ニ在リ若シ窃盜罪ノ容體ハ無體物ヲモ包含スルモノトセハ殊更ニ本條ヲ設クルノ必要ナク當然第二三五條ニ包含スルモノト解スルコトヲ得ヘシ然ルニ法文カ特ニ本條ヲ設ケタルハ窃盜罪ノ容體ハ有體物ニ限ルトシタル趣旨ナルコトヲ知ルニ難カラス學士ハ窃盜罪ノ構成要件ノ一タル所持ノ意義ヲ「一定ノ利益ニ對スル支配」ト解セラルルモ然シ果シテ學士ノ説カ正當ナリトセハ刑法第二四六條第二項ノ如キハ更ニ之ヲ設クルノ必要ナシ然ルニ法文ハ第一項ト第二項トヲ分チテ規定シタルハ第一項ハ財物ヲ騙取シタル場合ヲ規定シ第二項ハ財物其物ニアラシテ不法ニ利益ヲ得タル場合ヲ處罰スル爲メ規定シタルモノナルコト洵ニ明カナリ同一理由ニヨリ窃盜罪ノ構成要件タル所持ノ意義ハ有體物ノ所持ト解スヘク從ツテ學士ノ所持ノ意義ハ此點ニ於テ贊同スルヲ得サルモノト謂フヘシ

三八 罪ヲ犯ス意ナキ行爲ハ之ヲ罰セス但法律ニ特別ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス  
罪本重カル可クシテ犯ストキ知ラサル者ハ其重キニ從テ處斷スルコトヲ得ス  
法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲スコトヲ得ス但情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得

故意ノ概念  
觀念要素  
意思要素  
故意ノ種類

第一項 故意ノ概念

故意トハ犯罪行爲タルコトヲ觀念(認識)シナカラ之ヲ爲サント欲スル意思ナリ換言スレハ故意ハ犯罪ノ客觀的要素ニ屬スル各要件ヲ觀念(認識)スルノ要素ト其觀念(認識)シタル所ヲ實現セシメント欲スルノ要素トノ二者アルニ依リ成立ス前者ハ之ヲ知識要素又ハ觀念要素(Wissens oder Vorstellungsmoment)ト稱シ後者ハ之ヲ意思要素(Willensmoment)ト謂フ  
元來意思ハ獨立ナル精神上ノ力ニシテ了解スル力即チ觀念スル力ト相俟テ動作ヲ爲スモノナリ意思ハ人ノ身體運動ヲ支配スルモノニシテ行爲ヲ構成スヘキ内部的要素ナリ意思ナケレハ法律上動作アリト爲ス能ハス又行爲アリト爲ス能ハス是レ故意ノ觀念ニ付キ觀念主義ヲ採用スル學者ト雖モ意思活動ヲ其故意ノ定義中ニ包含セシムル所以ナルヘシ然ルニ本邦ノ學者動モスレハ故意ノ觀念中ヨリ意思ナル要素ヲ除外

セントスルカ如キハ大膽ニ失スル據ナキ能ハス  
故意ノ觀念ニ付キ獨逸ニ於テハ學說ニ派ニ岐ル其ノ一チ意思主義(Wilensstheorie)ト爲シ其  
ニテ觀念主義(Vorstellungstheorie)ト爲ス上述ノ說明ハ意思主義ニ從ヒタルモノトス觀念  
主義ニ從ヘハ故意ノ本質ハ犯罪行爲ヲ構成スル事實上ノ各要件ヲ認識スル要素即觀  
念ニシテ意思活動ノ如キハ之ニ附屬スルモノナリト爲スモノナリ之ニ反シテ意思主  
義ニ依レハ故意ノ本質ハ意思ニシテ行爲者カ其認識シタル所ヲ實現セシメント欲ス  
ル意思ヲ主ト爲スモノナリ此ノ如キ學說ノ分岐ハ主トシテ獨逸刑法第五九條ノ解釋  
ニ基因スルモノトス

獨逸ニ於テハ兩學派共ニ有力ナル贊成者ヲ有セリ獨逸帝國裁判所ノ判決ハ觀念主義  
ニ傾クモノナキニ非スト雖モ大體ニ於テ意思主義ノ見地ニ立ツモノノ如シ是ニ於テ  
一九〇九年獨逸刑法準備草案ハ法文(第五十九號)ヲ以テ明ニ意思主義ヲ採用シ以テ解  
釋上疑ヲ存スルノ餘地ナカラシメタリ一九〇九年奧太利刑法準備草案ハ其現行法ト  
同シク法文ヲ以テ意思主義ヲ採用スルコトヲ明ニセリ

觀テ我刑法典ヲ一覽スルニ其法文第三十八條第一項(一)「罪ヲ犯ス意ナキ行爲ハ之ヲ罰  
セス」ト規定セリ該法文ハ罪ヲ犯スノ意思アリタルトキハ之ヲ罰シ罪ヲ犯スノ意思ナ  
キトキハ之ヲ罰セスト解スルノ外ナク其有罪無罪ハ一ニ罪ヲ犯スノ意思ノ有無ニ依  
リ決定セラルルモノト爲ササル可ラカラサルコト殆ント疑ヲ容レサル所ナリ然ルニ我邦  
ニ於テハ我法典ノ解釋トシテ觀念主義ヲ主唱スル學者少カラサルハ大ニ奇トスヘキ

ナリ  
以下故意ノ觀念ヲ明白ナラシメンカ爲メ故意ヲ組成スル觀念要素ト意思要素トニ付  
キ略說ヲ試ムヘシ

第二項 觀念要素

故意ノ要件トシテ觀念(認識)スルヲ要スルハ犯罪ノ客觀的要素ニ屬スル各要件ナリ更  
ニ之ヲ精密ニ言ヘハ行爲者ハ犯罪ノ客觀的條件中(一)犯罪構成事實ニ屬スル事項(二)行  
爲ノ違法タル事實ヲ觀念(認識)スルヲ要ス苟モ負責能力者タル以上ハ何人モ其行爲ヲ  
爲スニ當リ其行爲ニ存スル犯罪構成事實ニ屬スル事項ノ如何ヲ觀念シ得ヘク其行爲  
カ違法ナル事實ヲ有スルヤ否ヤヲ觀念シ得ヘキモノトス法律カ故意ヲ以テ責任中ノ  
最モ大ナルモノト爲シ之ニ最モ重キ罪責(法律上ノ非難)ヲ負擔セシムル所以ハ行爲者  
カ其行爲ニ新ル要件ノ存在スルコトヲ觀念(認識)シナカラ敢テ犯罪行爲ヲ爲ス點即チ  
刑法上ノ義務ニ直接ニ違背スル點ニ在リ此二箇ノ要件ハ第一及ヒ第二ニ於テ之ヲ略  
示スヘシ犯罪構成要素中行爲者ノ觀念スルコトヲ要セサルハ(一)主觀的要素(二)中介要  
素(責任)(三)客觀的要素中ノ刑罰規定及ヒ處罰條件ノ三者ナリ此點ハ第三ニ之ヲ略示ス  
ヘシ

第一 犯罪構成事實ニ屬スル事項

犯罪構成事實ニ屬スル事項ハ總テ行爲者之ヲ觀念スルコトヲ要ス犯罪構成事實ニ屬  
スル事項ニ(一)一般ノ犯罪構成條件タルモノト(二)特別ノ犯罪構成條件タルモノト(三)犯  
罪ヲ重カラシムル條件タルモノトノ三者アリ犯罪構成事實ニ屬スル事項ニシテ行爲

者カ之ヲ觀念セザリシトキハ行爲者ハ其事項ニ付キ責任(故意)ナキモノトス從テ法律上ノ眼光ヨリスレハ其事項ハ本來存セザリシモノト其價值(效力)ヲ同ウス故ニ一般ノ犯罪構成條件タル事項又ハ特別ノ犯罪構成條件タル事項ニ付キ觀念ヲ缺クトキハ其事項ハ法律上存セザリシモノト同様ニシテ犯罪ハ之ヲ構成セサルモノト爲ササルヲ得ス法文ニ「罪ヲ犯ス意ナキ行爲ハ之ヲ罰セス」ト規定セルハ此意味ヲ明ニセルモノナリ窃盜罪ニ付キ此點ヲ説明セン窃盜罪ヲ構成スルニハ他人ノ所有ニ屬スル物タルコトヲ觀念スルコトヲ要ス然ルニ例ヘハ他人ノ所有ニ屬スル物タルコトヲ觀念セシテ誤リテ自己ノ所有物ナリト確信シテ取去リタル場合ニ於テハ他人ノ所有物ヲ取去リタル點ニ付キ法律上責任ナク從テ此點ニ於テ他人ノ物ヲ取去リタルコトヲナキト法律上其ノ價值(效力)ヲ同ウス從テ此場合ニ於テハ窃盜罪ヲ構成スル事ナキモノトス又犯罪ナシテ重カラシムヘキ條件タル事項ニ付キ觀念ヲ缺クトキハ其事項ハ法律上存セザリシモノト同様ニ取扱フヘキモノナレハ行爲者ハ其重キ情狀アリトノ故ヲ以テ重キ罪ニ從ヒ處斷セラルルコトヲ得スト規定セルハ此意味ヲ明ニセルモノナリ父母其他直系尊屬ヲ殺傷スル罪ニ付キ之ヲ説明セン同罪ヲ構成スルニハ被害者ハ自己ノ直系尊屬ナルコトヲ觀念スルコトヲ要ス而シテ此罪ハ常人ヲ殺傷スル罪ニ比シ遙ニ重シ(刑、一九九、二〇〇、二〇五條)然ルニ例ヘハ行爲者カ自己ノ父タルコトヲ觀念セシ他人ナリト誤信シ之ヲ殺傷シタル場合ニ於テハ自己ノ父ヲ殺傷シタル點ニ付キ責任ナク單ニ常人ヲ殺傷シタル點ニ付キ故意アルニ過キサレハ觀念セザリシ自己ノ

父タル要素ハ法律上存セザルト同様ニ取扱ハルヘキモノトス上述ノ原則ニ對シ制限ヲ付スヘキハ行爲者カ其觀念シ得ヘカリシニ過失ニ依リ之レヲ觀念セザリシ場合ニ於テハ行爲者ニ故意ノ責任ナキニ過失ノ責任ナシト爲ス能ハサル點ナリ尙ホ行爲者ノ觀念スルヲ要スル犯罪構成事實ニ關スル事項中重要ナリト思料セララルル左ノ數項ニ付キ略説ヲ試ムヘシ

第一 行爲ノ性質

行爲者カ其爲スヘキ行爲ノ性質ハ法律上如何ナル性質ヲ有スルヤヲ觀念スルコトヲ要ス然ルニ之ヲ觀念セザリシトキハ行爲者ハ其行爲ニ付キ故意アリタルモノト爲ス能ハス侮辱罪ニ付キ之ヲ説明セン例ヘハ行爲者カ一定ノ首辭ヲ以テ侮辱ノ意圖ヲ有セスト確信シ何氣ナク之ヲ人ニ對シ爲シタルモ侮辱ノ故意アリト爲ス能ハス從テ侮辱罪ヲ構成セサルカ如シ又住居ヲ侵ス罪ニ付キ説明セン例ヘハ行爲者カ自宅ナリト信シ平氣ニテ立入りタルニ意外ニモ他人ノ住宅ナリシ場合ニ於テハ家宅侵入ノ故意アリト爲ス能ハス從テ住居ヲ侵ス罪ヲ構成セサルカ如シ

第二 行爲ノ因果關係

結果ノ發生カ犯罪構成事實ニ屬スル場合ニ於テハ行爲者ハ行爲ト結果トノ間ノ因果關係ヲ觀念スルコトヲ要ス換言スレハ行爲者ハ其爲サントスル行爲ニ依リ犯罪構成事實ニ屬スル結果ヲ發生シ又ハ之ヲ發生スルコトアルヘキコトヲ觀念スルコトヲ要ス殺人罪ニ付キ之ヲ説明セン例ヘハ行爲者カ藥品ナリト確信シテ之ヲ病人ニ進メタルニ意外ニモ毒物ナリシ爲メ其死亡ヲ惹起シタル場合ノ如キハ行爲者カ其行爲並ニ

結果ニ付キ本來何等ノ觀念ナキ場合ナリ又例ヘハ單ニ人ヲ毆打スルノ意ヲ以テ暴行ヲ加ヘタルニ被害者甚シク虚弱ナリシ爲メ意外ニモ其死亡ヲ惹起シタル場合ノ如キハ行爲者カ其結果ニ付キ觀念ヲ缺カスル場合ナリ故ニ此等ハ場合ハ共ニ故意ナキモノト爲ササルヲ得ス左レハ其行爲ハ前例ノ場合ニ於テハ無罪ニ非サレハ過失致死罪(過失アル場合)タルヘタ後例ノ場合ニ於テハ傷害致死罪タルヘシ故ニ所謂行爲者ハ行爲ノ因果關係ヲ觀念スルコトヲ要ストハ行爲者カ其行爲ニ依リ犯罪構成事實ニ屬スル結果ヲ發生シ又之ヲ發生スルコトアルヘキコトヲ觀念スルヲ以テ充分ト爲スモノニシテ行爲ト結果トノ間ノ因果關係ニ付キ其詳細ナル經路ハ之ヲ觀念スルコトヲ要ストノ意義ニ非サルコト是レナリ更ニ之ヲ要言スレハ行爲者ハ結果ノ發生ヲ觀念スル以上ハ其結果ハ如何ナル順序次第ニテ發生スルヤ豫知スルコトヲ要セス故ニ行爲者ノ行爲ニ因リ發生スヘキ結果ヲ觀念シタル以上ハ其結果ハ其觀念セサル原因ニ依リ發生シタル場合ト雖モ行爲者ニ故意ノ責任アリ例ヘハ人ヲ溺死セシメント欲シ橋上ヨリ水中ニ突キ落シタルニ被害者橋柱ニ觸レテ頭部ヲ傷ケ即死シタル場合ニ於テハ行爲者ハ殺人ノ故意アリタルモノト爲スヘキナリ

第三 行爲ノ客體

犯罪構成事實ニ屬スル行爲ノ客體ハ之ヲ觀念スルコトヲ要ス然ルニ之ヲ觀念セサルトキハ行爲ノ客體ニ付キ故意ヲ缺クコトナリ其結果或ハ犯罪ヲ構成セサルコトアルヘク或ハ過失犯タルコトアルヘク或ハ重キ罪ヲ構成セスシテ通常ノ罪ヲ構成スヘキ場合アルヘキナリ殺人罪ニ付キ之ヲ説明セン殺人罪ヲ構成スルニハ犯罪ノ客體ハ

人ナルコトヲ觀念スルヲ要ス然ルニ人タルコトヲ觀念セスシテ之ヲ殺シタル場合ニ於テ行爲者ニ於テ其人タルコトヲ豫見シ得ヘカリシトキハ過失致死罪ヲ構成スヘク然ラサルトキハ無罪ト爲ルヘシ例ヘハ茅野勘平カ野猪ナリト思料シ之ニ對シ發砲シタルニ之ニ命中シ絶命シタルハ野猪ニ非スシテ定九郎ナル場合ニ於テモ勘平ハ人タルコトヲ觀念セスシテ發砲シタルモノナレハ其行爲ハ無罪ニ非サレハ過失致死罪ナリ其他妻ニ例示セルカ如ク自己ノ所有物ナリト誤認シ他人ノ所有物ヲ取去リタル場合及ヒ他人ナリト誤認シ自己ノ父ヲ殺傷シタル場合ノ如キハ共ニ本項ヲ説明スルノ例ト爲スヲ得ヘシ

第四 行爲ノ手段、時若クハ所等

犯罪構成事實ニ屬スル行爲ノ手段時若クハ所等ハ行爲者之ヲ觀念スルコトヲ要ス然ルニ之ヲ觀念セザリシトキハ之ニ付キ故意ヲ缺クコトナルヘシ本項ハ更ニ左ノ三項ニ分チ之ヲ略示スヘシ

(一) 行爲ノ手段 詐欺罪ニ付キ之ヲ説明シ詐欺罪ヲ構成スルニハ其手段カ欺罔ナルコトヲ必要ト爲ス(刑、二四六條)故ニ此罪ヲ構成スルニ欺罔ナル手段ニ付キ觀念スルコトヲ要ス然ルニ例ヘハ行爲者カ虚偽ノ表示ヲ爲シ人ヲ錯誤ニ陥レタルモ其虚偽ナルコトヲ知ラス眞正ナル事實ナリト確信シテ之ヲ表示シタル場合ニ於テハ法律ノ要求スル犯罪行爲ノ手段タル欺罔ニ付キ觀念ヲ缺クモノナレハ之ヲ無罪ナリト爲ササルヲ得ス

(二) 行爲ノ時 敵國ニ兵器彈藥等ヲ交付スル罪(刑、第八四條)ニ付之ヲ説明セン同罪ヲ構

成スルニハ戰時ナルコトヲ必要ト爲ス從テ行爲者ハ戰時ナルコトヲ觀念スルコトヲ要ス然ルニ例ヘハ行爲者カ戰闘ノ開始ノ事實ヲ知ラスシテ外國人ニ兵器、彈藥等ヲ賣却シタトキ假令其實却カ事實上戰闘開始後ニ爲サレタルモノトスルモ敵國ニ兵器、彈藥ヲ交付シタル罪ヲ構成スルコトナキカ如シ

(三)行爲ノ所其他 行在所ニ侵入シタル罪ニ付キ之ヲ説明セン同罪ヲ構成スルニハ行爲者カ行在所ナルコトヲ觀念スルコトヲ要ス然ルニ例ヘハ行爲者ハ行在所タルコトヲ知ラス普通ノ旅舎ナリト觀念シ之ニ侵入シタル場合ニ於テハ行爲者ハ其重キ行在所侵入ノ罪ヲ以テ問ハルルコトナク通常ノ住居ヲ侵入ス罪ヲ擬セラルヘキナリ其他例ヘハ犯罪構成事實トシテ「公然」ナルコトヲ必要トスルトキハ之ニ付キ觀念スルコトヲ要スヘク又犯罪構成事實トシテ一定ノ事情例ヘハ相手方カ公務員タルコト犯罪者タルコト贓物タルコト犯罪ノ證據タルコトヲ要スルカ如キ場合ニ於テ之ヲ觀念スルコトヲ要スヘシ

第二 行爲ノ違法タル事實

法典ハ「法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯スノ意ナシト爲スコトヲ得ス」ト定ム故ニ行爲者カ一定ノ行爲ヲ以テ法律ニ違反スルコトヲ知ラス之ヲ適法行爲ナリト確信シテ之ヲ爲シタル場合ニ於テモ行爲者ハ犯罪行爲ヲ爲スノ意思(故意)ナシトシテ之カ罪責ヲ免ル能ハサルモノトス然レトモ行爲カ違法ナラスト觀念スル場合ト行爲ノ違法ヲ打消スヘキ事實アルコトヲ觀念スル場合トハ之ヲ區別セサル可ラス前者ハ事實ニ反シテ行爲ハ違法ニ非スト觀念スル場合ニシテ後者ハ行爲ノ違法タル性質ハ之ヲ觀念スルモ

他ニ違法ヲ打消スヘキ事實アルコトヲ觀念スル場合ナリ例ヘハ人ヲ殺スモ違ニ非スト觀念スルカ如キハ前者ノ例ナリ又例ヘハ人ヲ殺スハ違法ナリト觀念スルモ之ト共ニ緊急防衛行爲ナル事實ヲ觀念スルカ如キハ後者ノ例ナリ

行爲ノ違法ヲ打消スヘキ事實ヲ觀念シタルカ爲メ犯罪ヲ構成セスト爲スヘキ場合ハ第一行爲ニ違法阻却ノ原因アリト觀念シタル場合第二行爲ハ違法ニ非スト爲スヘキ事實アリト觀念シタル場合ノ二者ナリ行爲者カ犯罪構成事實ニ屬スル各事項ヲ觀念シタル場合ニ於テモ若シ以上二者ノ中其一ノ觀念アリタルトキハ犯罪ヲ構成スルコトナシ此二者相類スル所アルモ之ヲ分離シテ説明スルヲ以テ便ト爲ス

第一 行爲ニ違法阻却ノ原因アリト觀念シタル場合

行爲者カ其爲シタル行爲ヲ以テ(一)法令ニ因ル行爲(二)正當業務ニ因ル行爲(三)緊急防衛行爲又ハ(四)緊急避難行爲ナリト確信(觀念)シテ之ヲ行ヒタル場合ノ如キハ行爲ニ違法阻却ノ原因アリト觀念シタル場合ニ屬ス例ヘハ暗夜他人ノ子ヲ自己ノ子ナリト見誤リ之ヲ懲戒スル意ヲ以テ之ヲ折檻シタル場合ノ如キ急迫且不正ノ攻撃ヲ爲ス者ナリト誤信シ之ヲ防衛スル爲メ攻撃者ヲ殺傷シタル場合ノ如シ斯ル場合ニ於テハ行爲者ハ違法阻却ノ原因タル事實アリト觀念シテ之ヲ爲シタルモノナレハ行爲者ニ非難スヘキ心理的動作アリト爲ス能ハス何トナレハ此場合ニ於テハ事實ニ付キ行爲者ト同様ナル誤信ヲ懷キタル者ハ何人モ行爲者ト同一動作ニ出ツルモノナレハ行爲者ノ心理的動作ヲ以テ非難スヘキモノト爲ス能ハサレハ之ヲ刑法典ノ上ヨリ觀レハ行爲者カ違法阻却ノ原因タル事實アリト確信シテ爲シタル行爲ハ法令ニ所謂「罪ヲ犯ス意ナ

キ行爲ハ之ヲ罰セストアルニ該當スルモノナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ行爲者ニ於テ犯罪構成事實ニ屬スル各事項ヲ觀念シタル場合ニ於テモ行爲ニ違法阻却ノ原因アリト觀念シタル場合ニ於テハ之ニ從ヒ其犯罪ハ之ヲ構成セサルモノト爲ササル可ラサルハ法理上及ヒ法文上ニ其根據ヲ有スルモノナリ違法阻却原因アリト觀念シテ爲シタル行爲ハ無罪ナリトシテ最モ能ク例示セラレハ誤想的緊急防衛(Putativnotwehr)及ヒ誤想的緊急避難(Putativnotstand)ノ場合ナリ茲ニ注意スヘキハ行爲者カ觀念シタルハ單ニ行爲ハ違法ナル性質ヲ有セスト觀念シタルニ非スシテ行爲ニ違法阻却ノ原因タル事實アリト觀念シタル點即チ行爲者ハ犯罪構成事實ニ屬スル各事項ハ之ヲ觀念シタルモ尙ホ之ト共ニ其行爲ハ或ハ法令ニ因ル行爲タル事實或ハ正當業務ニ因ル行爲タル事實或ハ緊急防衛行爲タル事實或ハ緊急避難行爲タル事實アルコトヲ觀念シタル點ナリトス

第二 行爲ハ違法ニ非スト爲スヘキ事實アリト觀念アリタル場合

行爲者カ犯罪構成事實ニ屬スル各條件ヲ觀念シタルモ之ト共ニ此行爲ヲ違法ニ非スト爲スヘキ事實アリト觀念シタル場合ニ於テハ其行爲ニ付キ故意アリト爲ス能ハス例ヘハ他人ニ一旦賣却ノ約束ヲ爲シタル物ニ付キ數度ノ催促ヲ爲スモ尙ホ買主ハ代金ノ請求ニ應セサルヲ以テ之ヲ自由ニ他ニ賣却シ得ヘシト確信シ之ヲ他ニ賣却シタルカ如キ場合又例ヘハ男ハ滿十七歳女ハ滿十五歳ニ至ラサレハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ストノ民法上ノ規定アルヲ知ラスシテ婚姻ノ届出ヲ爲シタル男子カ其後之ヲ覺知シ其婚姻ハ無効ナリト確信シ從テ再ヒ他人ト婚姻ヲ爲シ得ヘシト想料シ滿十七歳ニ至

リタル後重テ他人ト婚姻シタルカ如キ場合ニ於テハ共ニ行爲者ニ故意アリト爲ス能ハス何トナレハ果シテ上述ノ如キ確信ヲ有シタルモノトセハ何人モ行爲者ト同一ノ行爲ニ出ツルヲ常ト爲スモノニシテ行爲者ノ心理的動作ニ就テ稽フレハ刑法上ノ準則ニ違背セントスルカ如キモノモ存スルコトナケレハナリ尤モ此點ニ對スル見解ハ法典(第三十九條第三項)ノ「法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯スノ意ナシト爲スコトヲ得ス」ノ解釋如何ニ依リ分裂セサルヲ得ス或ル學者ハ法文ニ所謂法律トハ刑法(刑罰法規)ノミヲ指稱スルニ非スシテ公法私法ノ別ヲ論セス又成文法ナルト慣習法ナルトヲ問ハス一切ノ法律命令ヲ包含スルモノト解ス斯ノ如キ解釋ヲ採用スルトキハ上述ノ如キ場合ハ民法ノ不知ニ外ナラサレハ前掲法文ノ適用トシテ行爲者ハ民法ヲ知ラザリシトノ故ヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲スヲ得スト爲ササルヲ得ス然レトモ前掲法文ニ所謂法律トハ獨リ刑法(刑罰法規)ノミヲ指稱スルモノト解スルヲ以テ妥當ト爲ス何トナレハ(一)刑法典ニ「法律」トハ刑法(刑罰法規)ナリト解スルヲ必スシモ之ヲ不當ノ解釋ト爲ス能ハサルヘク(二)此解釋ニ從ヘハ故意ハ主觀的ニ非難セラルヘキ心理的動作ナリトノ法理ニ合スヘク(三)又此解釋ニ從ヘハ責任ノ前掲條件タル負責能力アリトスルニハ行爲者ハ行爲ノ事實上及ヒ法律上ノ意義ヲ辨識シ得ルノ能力アルコトヲ要スル趣旨ニ合スヘク(四)特ニ反對解釋ヲ採用シ以テ毫モ刑法上ノ準則ニ違反スルノ意思ナキ者ヲ罰スルノ必要ナケレハナリ

責任ノ本質ニ付テ考フレハ學理上故意アリト言ハントスルニハ上述ノ如ク犯罪構成事實ニ屬スル事項及ヒ行爲ノ違法タル事實ニ付キ觀念スルコトノ外更ニ進ンテ行爲



ノ違法タル性質ヲ觀念スルヲ要スルモノト爲ササルヲ得ス何トナレハ違法ナルモノハ元來客觀的犯罪構成事實ニ屬スルモノナレハ行爲者之ヲ觀念スルニ依リ違法ト行爲者トヲ連絡セシムルヲ得ルコト他ノ客觀的要素ト異ナラサルヲ以テ行爲者之ヲ觀念セサルトキハ違法ト行爲者トハ沒交渉ニシテ行爲者カ法律ニ違背スル意思アリト認ムル能ハサレハナリ

然レトモ是レ純法理上ノ論ナリ我法典ハ法律ノ不知ハ故意ヲ阻却セストノ原因ヲ採用セルヲ以テ此純法理上ノ論ハ我刑法ノ解釋トシテ之ヲ採用スルニ由ナシ行爲者カ其行爲ノ違法ヲ觀念スルト否トヲ以テ故意ノ存否ヲ決スヘシトノ論ハ學理上重大ナル意義ヲ有スレトモ之ヲ日常起ルヘキ事件ノ實際ニ就テ之ヲ觀レハ行爲者カ故意ノ他ノ要件ノ全部ヲ觀念シタル最大多數ノ場合ニ於テハ行爲ノ違法ハ事實上觀念シタルモノト認メラルヘキモノナレハ此論ノ實際ニ於ケル價值ハ左程大ナルモノニ非ス何トナレハ犯罪ノ行爲者ト爲ルニハ負責能力ヲ有セサル可ラサルヘク又負責能力者タル以上ハ當然其行爲ノ事實上及ヒ法律上ノ意義ヲ辨議スル能力ヲ有スルモノナレハナリ而シテ斯ル行爲者カ犯罪行爲ニ付キ他ノ客觀的各要素ヲ觀念シタルモノトセハ其當然ノ結果トシテ其行爲カ法律準則(刑法上ノ準則)ニ違反スルヤ否ヤヲ觀念シ得ヘキモノナレハナリ

第三 犯罪構成條件中行爲者ノ觀念スルコトヲ要セサル條件

犯罪構成條件中行爲者ノ觀念スルコトヲ要セサルモノハ第一主觀的要素、第二中介要素(責任)第三客觀的方面ニ存スヘキ要素中刑罰規定及ヒ處罰條件ノ三者ナルコトハ前

既ニ之ヲ示シタルカ如シ左ニ之カ略説ヲ試ムヘシ

第一 犯罪ノ主觀的要素

犯罪ノ主觀的要素ハ存在スルヲ以テ足ルモノニシテ行爲者之ヲ觀念スルコトヲ要セス犯罪ノ客觀的要素ニ屬スル各事項ハ行爲者之ヲ觀念スルニ非サレハ客觀的要素ト行爲者トノ間ニ心理的連絡アリト爲ス能ハス從テ行爲者ヲシテ此要素ニ付キ罪責法律上ノ非難ヲ負ハシムル能ハス之ニ反シテ犯罪ノ主觀的要素ハ行爲者其モノニ非サレハ行爲者ニ附加スヘキ性質(負責能力)ナルヲ以テ本來行爲者ノ觀念スルヲ要スル條件ニ非スシテ其存在スルヲ以テ足ルモノトス故ニ例ヘハ行爲者ニシテ負責能力者タル人タル以上ハ假令行爲者カ自ら禽獸ナリト思考シ又ハ心神喪失者若クハ十四歳未滿ノ幼年者ナリト信スルモ犯罪ノ構成ニ何等ノ影響ナキモノトス

第二 犯罪ノ中介要素(責任)

犯罪ノ客觀的要素ト主觀的要素ト中介スル要素タル責任ノ本來ノ性質ハ犯罪ノ客觀的要素ノ觀念(故意)又ハ觀念シ得ヘカリシ場合ニ於テモ其觀念缺如(過失)ニ在ルヲ以テ其存在スルヲ以テ足ルモノニシテ更ニ之カ觀念ヲ要セサルハ勿論ナリ故ニ行爲者ニ故意又ハ過失アリタル場合ニ於テ行爲者ハ之ヲ故意又ハ過失ナリト信セサルモ犯罪ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ

第三 刑罰規定及ヒ處罰條件

一定ノ行爲ニシテ犯罪ノ客觀的主觀的各要素具備シ且此兩要素ヲ連絡スル中介要素タル責任(故意又ハ過失)存在スル以上ハ其實質的犯罪構成ノ要素ハ悉ク具備スルモノ

ナリ既ニ一定ノ行爲ニ對スル實質的犯罪構成要素ヲ具備スル以上ハ之ニ對シ刑法規定及ヒ處罰條件ノ存在スルヤ否ヤハ之ヲ觀念スルノ要ナキモノトス蓋シ刑法規定及ヒ處罰條件ノ如キハ實質上犯罪構成條件ヲ具備スルモノニ對シ定メタル形式的要素ナレハ其存在スルヲ以テ足ルモノニシテ之ヲ觀念スルコトヲ要スルモノニ非ス

刑罰規定トハ行爲ヲ犯罪ナリト爲ス規定及ヒ之ニ對シ一定ノ刑罰ヲ科スヘキ旨ノ規定ノミナラス其执行力即チ時所及ヒ人ニ對スル执行力ハ勿論一定ノ行爲ニ對シ刑罰免除ノ原因タルヤ否ヤニ關スル規定ヲ包含スルモノトス故ニ例ヘハ帝國ノ版圖外ナルヲ以テ帝國刑法ニ依リ處罰セラレルコトヲ信シタルニ其實行爲ノ地ハ帝國内ナル場合又ハ月日ヲ誤信シ刑法ハ未タ执行力ナキモノト信シテ犯シタルニ其實既ニ施行後ナル場合ノ如キハ行爲者ノ誤信ハ故意ノ有無ノ問題ニ何等ノ影響ヲ及ボササルモノトス其他自己ノ身分又ハ國籍ノ誤信モ亦故意ノ存否ニ關係ナキモノトス又例ヘハ父母ノ所有物ナリト信シ窃取シタルニ其實他人ノ所有物ナル場合ノ如キハ行爲者ノ故意ヲ阻却スルコトナシ

又處罰條件トハ獨リ狹義ノ處罰條件ノミナラス起訴條件ヲ包含スルモノトス故ニ例ヘハ行爲者カ破産宣言アルコトヲ觀念セスシテ支拂ヲ停止シタル場合ニ於テモ破産ニ關スル罪ヲ構成ス又例ヘハ親告罪ナリト信シテ犯シタルニ其實非親告罪ナル場合ニ於テモ行爲ニ對スル故意ノ存否ニ何等ノ影響ヲシトス

法律上故意アリト言ハントスルニハ行爲者カ犯罪ノ客觀的要素ニ屬スル各事項ヲ觀念スル要素ト其觀念シタル各要件ヲ實現セシメント欲スル意思要素トノ二者ノ存在

スル事ヲ要スルコト前既ニ之ヲ示シタルカ如シ行爲者カ其觀念シタル客觀的要素ヲ實現セシメント欲スルノ意思ハ之ヲ犯罪ノ動機若クハ犯罪ニ依リ達セントスルノ目的ヲ實現セシメント欲スルノ意思トハ之ヲ區別セサル可ラス前者ハ犯罪構成事實ニ屬スル犯罪タル行爲及ヒ其結果ヲ實現セント欲スルノ意思ニシテ後者ハ斯ル行爲又ハ結果ニ依リ達セント欲スル動機又ハ目的ナリ保險金額ヲ得ルノ目的ヲ以テ被保險人ヲ殺シ又ハ被保險家屋ヲ燒燬スル場合ニ付テ之ヲ説明セン行爲者カ殺人行爲ナルコトヲ觀念シ又ハ放火行爲ナル事ヲ觀念シタル上ニテ人ヲ殺シ又ハ家屋ヲ燒燬スルノ意思ハ法ニ所謂犯罪ノ意思ニシテ之ヲ精密ニ言ヘハ行爲者ノ觀念シタル客觀的要素ヲ實現セント欲スル意思ナリ斯ル行爲ニ依リ保險金額ヲ得ント欲スルカ如キ希望ハ犯罪ノ動機又ハ目的ナリ故意ノ要件タル意思要素ハ犯罪ノ意思ニシテ犯罪ノ動機又ハ目的ニ非ス然ルニ我邦ノ學者動モスレハ意思主義ノ要求スル意思要素ヲ以テ犯罪ノ動機又ハ目的ナリト説明スルカ如キハ尙ト爲スヘシ

第三項 意思要素

故意ノ要件タル意思要素ハ行爲者カ觀念シタル客觀的要素ヲ實現セント欲スルノ意思ナリト謂フモ其實現セント欲スルハ未タ實現セサル事項ニ付テ之ヲ言フモノニシテ斷存ノ事項ニ付テ之ヲ言フニ非サルコトハ必スシモ言フ俟タサル所ナリ窃盜罪及ヒ墮胎罪ニ付テ之ヲ説明セン盜竊罪ニ付キ行爲者カ其觀念シタル所ヲ實現セントスル意思トハ他人ノ所有ニ屬スル物ヲ領得行爲ナルコトヲ觀念シ又墮胎罪ノ故意ハ胎兒ヲ母體內ニ於テ殺シ又ハ早産セシメテ其生命ニ危險ヲ及ボス行爲ナルコトヲ觀念

シ之ヲ實現セシメントスルノ意思アルヲ要スル趣旨ナリ他人ノ所有ニ屬スル物ナル事又ハ懷胎ノ婦女ナルコトノ如キ既存ノ事實ハ行為者之ヲ觀念スルヲ以テ充分ト爲スヘク之ヲ實現セシムル意思ヲ要ストノ趣旨ニ非サルコトハ勿論ナリ之ヲ要スルニ故意ノ要件タル觀念要素ハ犯罪構成事實ニ屬スル過去現在及ヒ未來ニ屬スル客觀的要素(行為者クハ之ト共ニ其結果)ナレトモ其意思要素ハ未來ニ屬スル客觀的要素ナリ故ニ後者ニ比シ其範圍遙ニ狭少ナリ

之ヲ要スルニ故意ニ要スル意思要素ハ犯罪構成事實ニ屬スル行為ヲ爲サント欲スル意思又ハ犯罪構成事實ニ屬スル結果ヲ發生セシメント欲スル意思ナリ斯ル行為ヲ爲シ若クハ斯ル結果ヲ發生セシメント欲スル意思トハ獨リ斯ノ如キ行為若クハ結果發生ヲ目的トスル意思ノミナラス斯ル行為又ハ斯ル結果發生ヲ見ルコトアルヘキ行為ヲ包含ス之ヲ結果ヲ發生セシメント欲スル意思ニ付キ之ヲ説明セン一定ノ結果ヲ發生シ又ハ發生スルコトアルヘキコトヲ觀念シナカラ一定ノ行為ヲ爲シ其結果ヲ發生シタルトキハ行為者カ其結果發生ヲ目的ト爲シタル場合ハ勿論之ヲ目的ト爲ササル場合ト雖モ共ニ結果ヲ發生ノ意思ニ出テタルモノト爲スヘキナリ法律上行為者ニ法律ノ要求スル結果ノ發生ヲ實現セシメントスル意思アリト爲スヘキ場合ハ之ヲ左ノ四個ニ區別スルヲ得ヘシ

(一) 犯罪構成ノ要件タル結果ノ發生ヲ目的トスル行為ヲ爲ス場合 例ヘハ怨恨ヲ觸サシカ爲メ人ヲ殺害スル場合ノ如シ此場合ニ於テハ人ノ生命ノ喪失ハ殺人罪ニ付キ法律ノ要求スル結果ノ發生ニシテ且行為者ノ目的トシタル所ナリ此場合ハ法律ノ要求

スル結果ノ發生ニ付キ最モ顯著ニ意思要素ヲ具備スル場合ノ一ナリ

(二) 他ノ目的ヲ達スル爲メ犯罪構成ノ要件タル結果ヲ發生セシムル行為ヲ爲ス場合 例ヘハ人ノ物ヲ強奪スル爲メ其所有主ヲ殺害スル場合ノ如シ此場合ニ於テハ行為者ノ目的ハ強奪ニアルモ其手段トシテ殺人行爲ヲ爲シタルモノナリ此場合モ亦法律ノ要求スル結果ノ發生ニ付キ最モ顯著ニ意思要素ヲ具備スル場合ノ一ナリ

(三) 犯罪構成ノ要件タル結果ノ發生ヲ必然伴フヘキ行為ヲ爲ス場合 例ヘハ送信ノ爲メ人ノ腎肉ヲ得ント欲シ織弱ナル少女ヲ捕ヘテ之ヲ切りタル場合ノ如シ此場合ニ於テハ行為者カ腎肉ノ切取ニ依リ少女ノ死ヲ來スヘキコトヲ觀念シナカラ之ヲ實行シタルモノトセハ行為者ニ殺人ノ結果ヲ實現セシメントスルノ意思ナシト謂フ可ラス此場合ハ法律ノ要求スル結果ノ發生ニ對スル意思要素ハ其強固ノ度ニ於テ前二例ノ場合ヨリ稍ヤ劣レリ 此場合モ亦最モ顯著ニ意思ヲ具備スル場合ノ一タルヲ失ハス

(四) 犯罪構成ノ要件タル結果ヲ發生スルコトアルヘキ行為ヲ爲ス場合 例ヘハ野獸ニ對スル銃丸或ハ之ト同一方面ニ立テル人ニ命中スルコトアルヘキコトヲ知リナカラ發射シタルカ爲メ其人ヲ落命セシメタル場合ノ如シ此場合ニ於ケル行為者ノ心中ニ立入り考フレハ人ノ死亡ハ直接之ヲ欲望シタルニ非スト雖モ其目的トスル銃彈ヲ爲ストキハ人ノ死亡(法律ノ要求スル結果ノ發生)ヲ來スコトアルヲ知リナカラ敢テ之ヲ爲シタルモノナレハ獵夫ニ殺人ノ結果ヲ觀念シ且之ヲ實現セシムルノ意思ナシト謂フ能ハス此場合ニ於テハ法律ノ要求スル結果ニ對スル觀念要素及ヒ意思要素ハ前

三例ノ場合ノ如ク強固ナラスト雖モ其存在ハ到底之ヲ否認スル能ハサルモノニ屬ス

第四項 故意ノ種類

故意ハ犯罪構成事實ニ屬スル結果ヲ觀念シ之ヲ發生セシメントスルノ意思ノ態様ヲ異ニスルニ從ヒ之ヲ各種ニ區別スルコトヲ得ヘシ其中最モ重要ナリト爲スヘキ種類ニ付キ説明ヲ試ムヘシ

第一 確定故意ト不確定故意

犯罪構成ノ要件タル結果即チ法律ノ要求スル結果ノ發生ヲ以テ確定ナリト觀念シ之ヲ實現セシムル行爲ヲ爲ス場合ハ確定故意(Dolus determinatus)ノ場合ニシテ之ニ反シテ辨ル結果ヲ發生スルコトアルヲ觀念シ之ヲ實現スルコトアルヘキ行爲ヲ爲ス場合ハ不確定故意(Dolus indeterminatus)ノ場合ナリ

第一 確定故意

確定故意ハ一ニ之ヲ直接故意(Directer Vorsatz)ト謂フ行爲者ノ爲サントスル行爲ニ依リ直接ニ犯罪構成ノ要件タル結果即チ法律ノ要求スル結果ヲ發生スヘキコトヲ觀念シ之ヲ實現セシメント欲スル意思ナリ前ニ意思要素ノ場合トシテ掲ケタル(一)犯罪構成ノ要件タル結果ノ發生ヲ目的トスル行爲ヲ爲ス場合(二)他ノ目的ヲ達スル爲メ犯罪構成ノ要件タル結果ヲ發生セシムル行爲ヲ爲ス場合及ヒ(三)犯罪構成ノ要件タル結果ノ發生ヲ必然伴フヘキ行爲ヲ爲ス場合ノ如キハ共ニ確定故意即チ直接故意ノ場合ナリ(一)ノ場合ノ如キハ故意力行爲者ノ目的若クハ犯罪ノ動機ト一致スル場合ナリ(二)ニ屬スル場合ハ構成スルハ單ニ故意アルヲ以テ充分ナリト爲スヲ以テ原則ト爲ス故ニ一

般ニ屬スル於テハ苟モ故意存スル以上ハ其故意力確定故意ナルト不確定故意ナラズトシテ何フコトヲ要セス然レトモ場合ニ依リ犯罪構成ノ要件トシテ確定故意ヲ必要トスル場合ナキニ非ス例ハ刑法典第二百四十七條ニ他人ノ事務ヲ處理スル者カ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ其任務ニ反シタル行爲ヲ爲シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルト云々ト規定シタル場合ノ如キハ犯罪構成ノ要件トシテ確定故意ヲ必要トスル場合ナリ(此場合ニ於テハ行爲者ノ目的ト一致スル確定故意ヲ必要トスルコトヲ論ズル學者ナキニ非ス刑法各論上卷七三八頁參照)

第二 不確定故意

不確定故意ハ或ハ可能的故意(Dolus eventualis 未必故意トモ譯ス)ト稱シ或ハ間接故意(Direkter Vorsatz)ト稱ス兩シテ可能的故意ト稱スルヲ以テ寧ロ普通ト爲ス前ニ意思要素ノ場合トシテ掲ケタル(四)犯罪構成ノ要件タル結果ヲ發生スルコトアルヘキ行爲ヲ爲ス場合ノ如キハ不確定故意ノ場合ナリトス此場合ニ於ケル行爲者ノ責任(非難スヘキ心理的動作)ハ行爲者力或ル行爲ヲ爲スノ結果トシテ犯罪構成要件タル結果ノ發生スルコトアルヘキヲ知りナカラ之ヲ思ヒ止ラズシテ之ヲ爲スヘキ其意思ヲ決定シタル點ニアリ

第三 第一的故意(Dolus alternus)

第一的故意トハ一個ノ行爲ニ依リ數個ノ結果ノ中ノ其一ノ發生ヲ觀念シテ之ヲ爲ス意思ナリ新ノ如キ故意ハ場合ニ依リ或ハ之ヲ不確定故意(可能的故意)ト爲スコトヲ得ヘキ場合アリ或ハ不確定故意ト確定故意ノ併合ト爲スコトヲ得ヘキ場合アリ

第四 一般故意(Dolus genericus) 概括的故意トモ譯ス

一般故意ノ意義ニ關シテ三種ノ見解アリ(一)或ハ行爲ニ因ル結果發生ノ範圍カ一般ナルトキハ一般故意アリト爲ス例ハ傷害罪ノ場合ノ如ク暴行ノ結果トシテ傷害ヲ生スヘキモ如何ナル範圍ノ傷害(場合ニ依リ死亡)ヲ發生スルヤ未定ナルヲ指稱ス(二)或ハ行爲ニ因ル被害者ノ範圍カ一般ナルトキハ一般故意アリト爲ス例ハ集合セル多數人ニ對シ爆裂彈ヲ投スルカ如キ井中ニ毒藥ヲ混入スルカ如ク被害者ノ範圍不定ナルコトヲ指稱ス此二個ノ場合ニ於テハ其故意ハ場合ニ依リ同シカラサルモ確定故意ノ中其一ニ屬スヘキモノトス(三)或ハ結果ハ元來其觀念シタル所ニ非サルモ事實上結果ヲ發生シタル行爲ヲ爲スノ故意ヲ以テハ其觀念セザリシ結果ニ對スル一般故意ト爲ス例ハハ人ヲ殺サント欲シ之ヲ絞首シタルニ其氣絶シタルヲ見テ殺人ノ結果發生シタリト信シ犯跡ヲ蔽ハンカ爲メ之ヲ水中ニ投シタルニ被害者ハ水中ニ投セラレタルカ爲メ溺死シタル場合ニ於テハ溺死ニ付キ一般故意アリト爲ス此場合ニ於テハ行爲者ハ第一ノ行爲ニ付キ故意アリタルモ其犯罪ハ未遂ニ終リタルモノニシテ第二ノ結果ニ付テハ故意アリト爲スコトヲ得ス然ルニ第二ノ結果ニ就テ故意アリト爲シ之ヲ一般故意ナリト爲スカ如キハ不當ナリ

第二 熟考シタル故意ト熟考セサル故意又ハ突然ナル故意  
 故意ハ深思熟慮ノ有無ニ從ヒ之ヲ熟考シタル故意(Dolus praemeditatus)ト熟考セサル故意又ハ突然ナル故意(Dolus non praemeditatus oder repentinus)ノ二者ニ區別スルコトヲ得此二者ノ區別ハ我法典上ヨリスレハ犯罪ノ構成ニ關係ナク又法律上刑罰加重若クハ減輕ノ原因

ニ非スト雖モ故意ノ内容即チ責任(非難セラルヘキ心理的動作)ノ大小ニ至大ナル關係ヲ有シ從テ罪責及ヒ刑罰ノ輕重ニ至大ナル關係ヲ有スルモノトス換言スレハ熟考シタル故意ハ之ヲ然ラサルモノニ比シ責任大ニシテ罪責重キモノナレハ刑罰ノ量定ニ際シ大ニ之ヲ斟酌スヘキモノトス茲ニ注意スヘキハ熟考シタル故意ハ之ヲ分テ確定故意ト不確定故意ノ二者ニ區別シ得ヘキカ如ク熟考セサル故意即チ突然ナル故意モ亦確定故意ト不確定故意ノ二者ニ區別シ得ヘキコト是レナリ以下故意ノ分類ニ付テモ之ト其趣旨ヲ同ウス之ヲ要スルニ故意ノ分類ハ中立的若クハ對立的(Mentri, Gegen-)beziehung)ニシテ排他的(exklusiv)ニ非ス

第一 熟考シタル故意

熟考シタル故意アルニハ必スシモ長時間ノ深思熟慮ヲ要スルニ非ス短時間ニ於テモ尙ホ深思熟慮ヲ爲シ得ルモノトス人ノ思慮ハ行爲者ノ賢愚如何ニ從ヒテ同シカラス行爲者ニシテ行爲ノ手段方法及結果等ニ付キ考慮シタル上之カ實行ニ着手スル場合ニ於テハ行爲者ニ熟考シタル故意アリタルモノト爲スコトヲ得ヘシ

第二 熟考セサル故意又ハ突然ナル故意

行爲ノ方法手段又ハ結果等ハ之ヲ觀念シタルモ此等ニ付キ思慮ヲ費スコトナク突然意ヲ決シテ其實行ニ着手スル場合ニ於テハ行爲者ニ熟慮セサル故意又ハ突然ナル故意存スルモノト爲スコトヲ得ヘシ

第三 實害故意ト危險故意

故意ハ之ヲ法律ノ保護スル利益即チ法益其モノヲ害セント欲スル故意(實害故意)ト之

ヲ危ウセント欲スル故意(危險故意)トノ二者ニ區別スルコトヲ得ヘシ例ハ人ヲ殺害スル場合ノ如キハ人ノ生命タル法益ヲ現實ニ害セントスルノ故意即チ實害故意(Verlebensvorsatz)アル場合ニシテ又幼兒ヲ遺棄スル場合ノ如キハ人ノ生命タル法益ニ對シ現實ナル侵害ヲ加フル故意ナキモ之ニ對シ危險ヲ與フル故意即チ危險故意(Gefährdungsvorsatz)アル場合ナリ茲ニ說明ヲ要スルハ危險故意ト不確定故意トノ區別ナリ危險故意ノ場合ニ於テハ實害ノ發生ハ全然之ヲ觀念セスシテ單ニ發生スルノ危險アルコトヲ觀念シタルニ止マル之ニ反シテ不確定故意ノ場合ニ於テハ結果ノ發生スルノ危險アルコトヲ觀念シタルニ止ラス實害ノ發生スルコトアルヘキコトヲ觀念シタル場合ナリトス例ハ母カ幼兒ヲ遺棄スル場合ニ於テ多分何人カニ依リ救ハルヘキコトヲ期待スルモ或ハ何人ヨリモ給ハレサル爲メ其死亡ノ結果ヲ生スコトアルノ危險アルコトヲ觀念シタル場合ニ於テハ危險故意存スル場合ニシテ此場合ニ於テハ遺棄罪ヲ構成スルモ殺人罪ヲ構成スルコトナシ同シク母カ其幼兒ヲ遺棄シタル場合ニ於テモ之ト多少例ヲ異ニシテ母カ其幼兒ヲ人足ノ到ラサル深山幽谷ニ遺棄シタル場合ニ於テハ到底棄兒ノ救助セラルヘキコトヲ觀念シタルモノト認ムル能ハサルヲ以テ殺人ノ確定故意アル場合ナリ往來極メテ稀ナル場所ニ遺棄シタル場合ニ於テハ或ハ救助セラルヘキコトアルモ或ハ救ハルコトナカルヘキコトヲ觀念シタルモノト認ムヘキモノナレハ殺人罪ノ不確定故意アル場合ナリ故ニ此等二個ノ場合ハ殺人罪ヲ構成スヘキ場合ニシテ遺棄罪ヲ構成スヘキ場合ニ非ス

第四 普通ノ故意ト特別ノ故意

一般ノ犯罪ヲ構成スルニ必要ナル故意ハ普通ノ故意ナリト雖モ特殊ノ犯罪ニ限リ特別ノ故意ヲ要スルコトナキニ非ス特別ノ故意トハ特別ナル目的又ハ動機ヲ有スル普通ノ故意ナリ故ニ特別ノ故意ノ場合ニ於テモ普通ノ故意存スルモノニシテ唯之ニ附加スヘキ特別ナル目的又ハ動機ヲ有スル差アルノミ而シテ特殊ノ犯罪ニ要スヘキ特別ナル目的又ハ動機ハ之カ必要ヲ法文ニ明示スルコトアリ又法文ニ明示セザルモ犯罪ノ性質上之ヲ必要トスヘキモノアリ例ハ文書偽造ノ罪(刑一五四條乃至一六三條)又ハ印章偽造ノ罪ヲ構成スルニハ文書又ハ印章ヲ偽造スルノ故意アル外偽書又ハ偽印ヲ行使スルノ目的アルコトヲ必要トスルカ如キハ明文ヲ以テ之ヲ規定スル所ナリ其他刑法第七十七條(内亂罪)第八十三條(敵國ヲ利スル罪)第九十二條(外國ヲ侮辱スル罪)第九十三條(外國ニ對シ開戦ヲ爲サントスル罪)第一百條(逃走ヲ容易ナラシムル罪)第一百七十二條(誣告罪)第一百八十二條(姦淫ヲ爲サシムル罪)第二百二十五條乃至第二百二十七條(略取誘拐ノ罪)第二百四十七條(背任罪)等ノ如キハ明文ヲ以テ特定ノ目的ノ存在ヲ必要トシト規定シタルノ例ナリ之ニ反シテ窃盜罪ヲ構成スルニハ他人ノ所有物タルヲ知リテ之ヲ奪取スル故意存スル外尙ホ不當ニ領得スル目的ヲ必要トスルカ如キハ犯罪ノ性質ヨリ出ワル當然ノ結果ニシテ之ヲ明文ヲ以テ規定セス(條ルニ最近二十世紀ノ立法例ハ此場合ニ於テモ明文ヲ掲クルヲ以テ通常ト爲ス)犯罪ノ目的又ハ動機ノ存否ハ犯罪ノ構成ニ必要ナラサル場合ト雖モ其如何ハ總テノ犯罪ニ存スヘキ責任(非難スヘキ心理的動作)ノ大小ニ至大ノ關係ヲ有シ從テ罪責ノ輕重ニ至大ノ關係ヲ有スルモノナレハ刑罰ノ量定ニ關シ看過ス可カラサル重要ナル事項ナリ

第五 其他ノ故意ノ區別  
以上列舉シタル故意ノ區別ノ外尙ホ學者或ハ左ノ區別ヲ爲ス

第一 惡意的故意 (boshwärtiger Vorsatz)

前者ハ行爲ニ依リ害惡ヲ發生セシメントスルニ出ツルモノニシテ後者ハ害惡ヲ發生セシムルノ意ヨリハ寧ロ輕忽粗暴等ヨリ出ツルモノナリ此區別ハ責任(非難スヘキ心理的動作)ノ内容ヲ明ニスル利益アルモノナレハ刑罰ノ量定ニ關シ之ヲ參酌スルノ價アリト爲スヘキナリ

第二 事前ノ故意 (dolus antecedens)

事後ノ故意 (dolus subsequens)  
故意ハ行爲ノ前ニ存シ之ヲ支配スヘキモノナレハ事後ノ故意ナルモノヲ認ムルノ餘地ナシ從テ此區別ハ之ヲ認ムル能ハサルモノトス  
犯罪ヲ構成スルニハ責任ノ存在即チ故意若クハ過失ノ存在ヲ必要ナル條件ト爲スコト及ヒ故意ノ存在ハ大多數ノ場合ニ於テ犯罪ノ構成條件タルコトヲ原則トスルコト前既ニ之ヲ述ヘタルカ如シ故ニ全然故意ヲ缺如スル場合ニ於テハ犯罪ハ之ヲ構成セサルヲ原則ト爲ス而シテ故意アル場合ニ於テモ其故意カ其存在シ又ハ其發生シタル客觀的事實ト合致セサル場合アリ斯ル場合ハ之ヲ錯誤ト謂フ錯誤ハ或ハ犯罪ノ構成ニ影響ヲ及ホシ又ハ及ホササルコトアリ或ハ犯罪ノ輕重ニ影響ヲ及ホシ又ハ及ホササルコトアリ故ニ說明ヲ要スルハ故意ノ全然缺如スル場合ニ非スシテ錯誤ノ場合ナリ錯誤ノ場合ハ之ヲ第一犯罪ノ客體ニ關スル錯誤第二打擊若クハ行爲ノ錯誤第三法律ノ不知若クハ錯誤ノ三ト爲スヲ得而シテ此點ニ關スル說明ハ蓋ニ故意ニ付キ觀念

第一章

要素ニ關シ爲シタル説明ト重複スル餘アルモ相俟テ故意ノ觀念ヲ明白ナラシムルモノアルヲ以テ左ニ之カ梗概ヲ示スヘシ

第一 犯罪ノ客體ニ關スル錯誤

行爲者ノ觀念シタル客體ト現ニ行爲ノ客體ト爲リタル物ト相違スル場合即チ客體ニ錯誤アル場合ニ付キ(一)罪ノ成否ニ關係アル客體ノ錯誤(二)罪ノ輕重ニ差アル客體ノ錯誤(三)罪ノ輕重ニ差ナキ客體ノ錯誤ノ三箇ノ場合ヲ想像スルコトヲ得

第二 行爲若クハ打擊ノ錯誤

行爲者ノ觀念シタル行爲ハ豫期ノ結果ヲ得スシテ他ノ結果ヲ發生シタル場合即チ行爲者ノ爲シタル打擊ハ外錯ニ陥リ其觀念シタル目的物ニ對シ結果ヲ生セスシテ意外ニモ其觀念セサル目的物ニ對シ結果ヲ發生シタル場合ノ如キハ行爲者クハ打擊ノ錯誤(aberwärtiger)ノ場合ナリ例ヘハ東方ニアル甲ヲ殺害セント欲シ之ニ向テ發砲シタルニ手元狂ヒテ意外ニモ南方ニアル乙ヲ殺害シタル場合ノ如シ斯ル場合ニ於テハ乙ヲ殺害シタル點ニ付キ全然故意ヲ缺如スルヲ以テ此所爲ニ對シ故意犯ヲ成立スル餘地ナキモノトス故ニ斯ル場合ニ於テハ甲ニ對スル殺人未遂罪ト乙ニ對スル過失致死罪ノ像想上ノ二罪ト爲ス可ク(乙ニ對スル致死カ豫見シ得ヘカリシ場合ニ於テ)或ハ單ニ甲ニ對スル殺人未遂罪ノミヲ構成スヘキナリ(乙ニ對スル致死ハ到底之ヲ豫見セサル場合ニ於テ)

第三 法律ノ不知若クハ錯誤

刑罰規定及ヒ處罰條件ノ存在スルコトハ行爲者之ヲ觀念スルコトヲ要セサルコト前

既ニ之ヲ述ハタルカ如シ故ニ刑罰規定及ヒ處罰條件ノ存否ニ付キ行爲者之ヲ知ラサルモ之ニ付キ錯誤アルモ犯罪ノ構成ニ何等ノ影響アルコトナシ是レ法律ニ「法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲スコトヲ得ス」ト規定セル所以ナリ但無智文盲ナル者ニ在リテハ刑罰規定其他處罰條件ニ付キ甚シキ誤解ニ陥リタル結果罪ヲ犯ス事アリテ其情狀大ニ諒察ヲ加フ可キモノナシト爲サス是レ同項末段「但情狀ニ因リ其ノ刑ヲ減輕スルコトヲ得」ト規定セル所以ナリ茲ニ注意スヘキハ前既ニ述ヘタルカ如ク行爲者ノ法律秩序ニ對スル意義ハ之ヲ觀念スルコトヲ要スルモノナレハ此點ニ關スル錯誤ハ故意ヲ阻却シ從テ犯罪構成ニ影響ヲ及ホスコトアルコトノ一事ナリ(法學博士大場茂馬氏法律評論第二卷第一三號論說一五三頁以下要領)

【參照學說】

- 一 藤本博士刑法要論一九四頁以下
- 二 小嶋博士新刑法論三〇九頁以下
- 三 泉二博士日本刑法論二六三頁以下
- 四 山岡博士刑法原理一四〇頁以下
- 五 牧野博士刑罰論一〇九頁以下
- 六 富田博士法學新報第二卷第九號四一頁以下第一〇號一三頁以下
- 七 石坂博士日本民法第三編債權第二卷四二二頁以下

故意ニ關シテハ吾人屢論評シタルトコロナルヲ以テ茲ニ再論セズ其詳細ハ本書第二卷刑法一四九頁ニ就テ參照セラレタシ

八三 本法ノ總則ハ他ノ法令ニ於テ刑ヲ定メタルモノニ本之ヲ適用ス但共濟令ニ特別ノ規定アリトキハ此限ニ在ラス  
八四 罪ヲ犯ス意ナキ行爲ハ之ヲ罰セズ但法律ニ特別ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス  
法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲スコトヲ得ス但情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得  
清涼飲料水營業取締規則一四第二項 清涼飲料水營業者ハ其ノ代理人、戶主、家族、同居者、雇人其ノ他ノ從業者ニシテ其業務ニ關シ本則ニ違背シタルトキハ自己ノ指揮ニ出テサルノ故ヲ以テ處罰ヲ免ルルコトヲ得ス  
飲食物用器具取締規則一第一項 營業者ハ其ノ代理人、戶主、家族、同居者、雇人其ノ他ノ從業者ニシテ其業務ニ關シ本則ニ違背シタルトキハ自己ノ指揮ニ出テサルノ故ヲ以テ處罰ヲ免ルルコトヲ得ス

取締的ノ罰則ハ其性質上當然刑法ニ所謂特別ノ規定ニ該當スルモノニアラスシテ其罰則カ犯罪ヲ要セスシテ處罰スルノ趣旨ヲ示セル(明示又特別ノ規定ヲ設ケル範圍内ニ於テノニ刑法第三八條ニ所謂特別ノ規定ニ該當スルモノト斷定スヘキモノトス)

清涼飲料水營業取締規則及ヒ飲食物用器具取締規則ノ違反行爲ニ付テ刑責ヲ負フニハ故意ノ有無ヲ問ハサルモノトス

行政上ノ取締目的トシテ規定セラレタル犯罪ニ付テハ其成立上通用トシテ刑法第三十八條第一項本文ノ原則ニ從ヒ故意ヲ必要トスルヤ將タ其性質上當然此原則ノ例外ヲ成シ故意ヲ必要ナリト認ムヘキヤ是レ從來久シク論争ノ目的タル問題ナリ而シテ此問題ハ清涼飲料水營業取締規則(明治三十三年內務省令第三十號)違反事件ニ於テ屢々實際問題ト爲リ裁判所構成法最近ノ改正以前ニ於ケル最後ノ實例ニ於テハ横濱地方裁判所ハ第二審トシテ前段ノ見解ヲ採リ東京控訴院ハ上告審トシテ後段ノ見



解ヲ採用シ原審判決ヲ破棄シタリ然ルニ今ヤ構成法ノ改正ニ因リ總テノ上告事件大  
 審院ノ管轄ニ歸シタルヲ以テ此種ノ問題ニ對スル同院ノ見解カ何レニ傾クヘキカハ  
 世人ノ注意ヲ離レサル疑問ナリシカ同院ハ本年(レ)第一六二五號飲食物用器取締規則  
 違反事件ニ付キ客月五日ノ判決ヲ以テ東京控訴院ト同様ノ見地ニ於テ問題ヲ決スル  
 ニ至レリ同判決ニ曰ク「刑法第三十八條第一項但書ニ所謂特別ノ規定アル場合トハ必  
 スシモ明文ヲ以テ犯意ノ有無ニ拘ハラス處罰スル旨ヲ規定シタル場合ノミナ謂フニ  
 アラス苟クモ法令ノ規定ニシテ其趣旨ヲ窺フニ足ル以上ハ特別ノ規定アル場合タル  
 ニ外ナラサルモノトス而シテ飲食物用器取締規則ヲ見ルニ前示ノ如キ明文ナシト雖  
 モ該規則ハ公衆衛生ニ對スル危害ヲ豫防スルノ目的ニ出テタルモノニシテ該規則ニ  
 觸ルル行爲ハ犯意ナキ場合ト雖モ之ヲ處罰スルニアラサレハ其目的ヲ達スルコトヲ  
 得サルヲ以テ犯意ノ有無ハ之ヲ問ハサル法意ナリト解釋セサルヘカラス即チ刑法第  
 三十八條第一項但書ニ所謂特別ノ規定アル場合ニ該當スルヲ以テ原審ノ說明ハ相當  
 ナリト而シテ第二審(橫濱地方)判決ノ說明ハ「被告代理人ハ判示繕詰ヲ顯著セル合金中  
 ニ規定ヲ超過セル給分ヲ包含セシトノ事實ハ被告ノ全然知ラサル所ナレハ犯意ナキ  
 ニヨリ無罪ナリト辯疏スレトモ元來取締規則ノ維持ニ在リテ彼ノ刑法上ノ犯意ナキ  
 罰スルカ如ク犯人ノ惡性ヲ陶冶スルコトヲ目的トスルモノト自ラ其性質ヲ異ニスル  
 カ故ニ苟クモ規則違反ノ行爲アル以上犯意ノ有無ヲ問ハス絕對ニ之ヲ處罰シ以テ取  
 締規則ノ維持勵行ヲ期待スル律意ナリト解セサルヘカラス」ト謂フニアリタリ(大正二  
 年大審院判決錄一一二三頁以下參照)要之兩判決ハ其說明ニ於テ異ル所アリト雖モ危

害豫防ヲ目的トスル取締規則ノ違反行爲ハ一般ニ犯意ノ有無ニ拘ラス犯罪ヲ構成ス  
 ヘシトノ結論ニ於テ一致スルモノナリ  
 予覽ハ此結論ヲ生ミタル茫漠タル觀念ヲ解釋論トシテ排斥スル者ナリ乞フ其趣旨ヲ  
 左ニ略述セン  
 刑法第三十八條ノ規定ハ例ヘハ酒造税法第三十一條(麥酒税法第十八條)關稅法(第八十  
 二條)四(假置場法)第二十一條(等)ニ於ケルカ如ク或ハ刑法不論罪ノ例ヲ用ヒサルコト  
 或ハ刑法第三十八條ノ或部分(多クハ第三項)ヲ適用セサルコトヲ規定スル法令ヲ除ク  
 ノ外凡刑罰ヲ定ムル法規ニ適用セラルヘキモノナルコト刑法第八條ニ依テ明瞭ナリ  
 從テ前掲兩取締規則ノ犯罪ニ付テモ同法第三十八條ノ適用アルヘキハ勿論ニシテ唯  
 此種ノ犯罪ハ同條第一項ノ本文ニ依ルヘキカ將タ但書ニ依ルヘキカノ問題カ係争點  
 タルナリ而シテ本項ニハ「罪ヲ犯ス意ナキ行爲ハ之ヲ罰セス但法律ニ特別ノ規定アル  
 場合ハ此限ニ在ラス」ト規定スルカ故ニ法律(刑法第八條)ノ規定アル結果トシテ命令ニ  
 付テモ同一ニ歸スニ犯意ナキ行爲ト雖モ尙ホ之ヲ罰スルノ趣旨ヲ包含スル規定ノ存  
 スル場合ニアラサレハ如何ナル罰則ノ犯罪行爲ニ付テモ犯意ヲ必要トスルハ明白ナ  
 リ(注文ニ所謂特別ノ規定ハ本文ノ原則ニ拘ハラサルノ趣旨ヲ有スル規定ノ意味ニ外  
 ナラス)素ヨリ「犯意ナキ場合ト雖モ罰スヘシ」ト謂フカ如キ明示的ノ文句ノ存在スル事  
 ハ必要ニアラス例ヘハ新聞紙法第三十條以下ノ規定ニ於ケル發行人編輯人ノ處罰出  
 版法第二十六條以下ノ規定ニ於ケル著者發行者印刷者ノ處罰ニ付テ犯意ヲ要セサ  
 ルコトハ各法文ノ文意ニ依テ之ヲ窺知スルニ足ルヘシ即チ此等ノ者ハ自ラ其違反事

實ニ干與シタルト否ト問ハス又其事實ヲ知ルト否トニ拘ラス苟クモ違反事實ノ存  
 スル以上ハ絕對ニ其責任ヲ取ラサルヘカラサルノ趣旨カ法文中ニ默示セラレツツア  
 ルナリ各種ノ稅法專賣法銃砲火藥類取締法其他ノ取締法規ニ於テ業務主體又ハ其法  
 定代理人カ從業者ノ違反行為ニ付テ刑責ヲ負擔スル場合亦同シ而シテ此種ノ規定ハ  
 前掲兩取締規則中ニモ存セリ即チ飲食物用器具取締規則第十一條第二項ニ依レハ營  
 業者ハ其代理人戶主家族同居者雇人其他ノ從業者ニシテ本則ニ違背シタルトキハ自  
 己ノ指揮ニ出テサルノ故チ以テ處罰ヲ免カルコトヲ得サルモノトス(清涼飲料水營  
 業取締規則第十四條第二項ノ規定亦同様ナリ)從テ少クトモ營業者カ從業者等ノ違反  
 行為ニ付テ刑責ヲ負フニハ故意ノ有無ヲ問ハサルコト疑ナレサルナリ果シテ然ラ  
 ハ此等ノ規則ニ在リテハ營業者カ自ラ違背行為ヲ爲ス場合ニ於テモ犯意ヲ必要トセ  
 サルノ趣旨此種ノ規定ニ依テ默示セラレタリト認ムルナ妨ケサル可シ(但シ此規則ノ  
 適用ニ付テ違背行為ヲ爲ス者カ本人ナルトキハ其本人ニ從業者ナル時ハ其從業者ニ  
 犯意アルコトヲ必要トシ本人カ刑責ヲ負フハ自ラ故意ヲ以テ違反行為ヲ爲スカ從業  
 者等カ故意ニ斯ル行為ヲ爲ス場合ニ限ルヘキモノナリトノ見解ヲ立ツルモ亦一說ナ  
 リト雖モ茲ニ其當否ヲ論セス)故ニ此等ノ取締規則ノ違反ニ付テハ予輩ノ所見ハ前掲  
 判決ト結論ニ於テ相異ナキヲ得ヘシ  
 然レトモ予輩ハ凡取締規則ハ刑法第三十八條第一項但書ニ所謂特別ノ規定ニ該當  
 ストノ前提ヲ批難スル者ナリ大審院ノ見解ニ依レハ取締法規違反行為ハ犯意ノ有無  
 ニ拘ラス之ヲ處罰スルコトカ該法規ノ目的ヲ達スル爲メ必要ナルヲ以テ取締規則ハ

其性質上刑法ニ所謂特別ノ規定ニ該當ストノ主旨ナルカ如シ然レトモ危害豫防ノ目  
 的ヲ有スル取締規則ノ犯罪ハ其性質上當然犯意ノ有無ヲ問ハストハ如何ナル場合ニ  
 根據ヲ有スル斷定ナルカ予輩ハ之ヲ以テ一ノ俗論ニシテ解釋上ノ根據ナシト認ムル  
 モノナリ予輩ノ所見ニ依レハ取締法規ニ於テハ罰則ニハ犯意ノ有無ヲ問ハスシテ處  
 罰ヲ行フノ趣旨ヲ包含スル規定少カラスト雖モ取締規則ハ其性質上犯意ノ有無ヲ問  
 ハス處罰ヲ行フトノ一般原則ハ我現行法ニ存在セスト信スル者ナリ換言スレハ取締  
 規則ノ罰則ハ其性質上當然刑法所謂特別ノ規定ニ該當スルモノニアラスシテ其罰則カ  
 犯意ヲ要セスシテ處罰スルノ趣旨ヲ示セル(明示又ハ默示)特別ノ規定ヲ設ケル範圍  
 内ニ於テノミ刑法第三十八條ニ所謂特別ノ規定ニ該當スルモノト斷定スルチ正當ナ  
 リトス例ハハ爆發物取締規則ノ犯罪ニ付テハ犯意ヲ要スルコト明瞭ナリ同則第六條  
 ノ如キハ一應犯意ヲ推定スルモノニシテ犯意ナキ行為ヲ罰スル趣旨ニアラス又同則  
 第九條ノ行為ニ付テモ漫然取締法規ノ罰則タル故チ以テ故意ナキ場合ヲ罰スルコト  
 能ハサルヘシ次ニ通貨及證券模造取締法紙幣類假證券取締法等ニ於ケル犯罪ニ付テ  
 モ故意ナキ場合ヲ處罰スルノ趣旨ナシ新聞紙法違反行為ニ付テハ前述ノ如ク故意ノ  
 有無ヲ問ハスシテ之ヲ罰スヘキ場合アリト雖モ同法第三十八條後段ノ場合ニハ明カ  
 ニ情ヲ知ル者ヲ處罰スルノ規定アリ第三十九條ノ犯罪ニ付テハ何等ノ明文ナシト雖  
 モ單ニ取締法ナリトノ理由ヲ以テ故意ヲ要セサル犯罪ナリトハ解スルチ得サルヘク  
 刑法第三十八條第一項原則ノ適用アリト認ムルチ要ス警察犯處罰令ハ警察取締上ノ  
 犯罪ヲ規定スト雖モ漫然此性質上ヨリ觀察シテ同令ノ犯罪ニ付テハ總テ犯意ヲ要セ

ストノ結論ヲ採用スルコト能ハサルハ勿論ニシテ只其各條項ニ於ケル規定ノ趣旨ヲ  
 審査シ各別ニ犯意ノ要否ヲ決セサル可カラス例ヘハ其一條ニ號四號第二條一號乃  
 至十號等ニ於ケル罪ノ如キハ明白ニ故意ヲ必要トスルナリ又關稅法假置場法等ニ於  
 ケル犯罪ニ付テハ刑法第三十八條第三項ヲ適用セストノ明文アルヲ以テ同條第一項  
 第二項ノ適用ヲ除外セサルノ趣旨ナルコト明カナルヘシ反之多數ノ稅法專賣法等ニ  
 於テハ其取締法規タルコトハ明瞭ナルニ拘ハララス特ニ刑法不論罪ノ規定ヲ適用セテ  
 ルコトヲ明規シタリ(刑法施行法第二十二條第一項ノ規定ニ依リ是等ノ法律ニ付テハ  
 新刑法第三十八條乃至第四十一條ノ適用ナキニ至ルヘシ)而シテ此等ノ法令ノ規定ハ  
 取締法違反ト云フ漫然タル理由カ解釋上特別ノ價值ヲ有スルモノニアラサルコトヲ  
 示スニ充分ナリ

以上説明シタルカ如ク取締法規ニ於ケル犯罪ハ當然刑法第三十八條第一項本文ノ適  
 用範圍外ニアリトノ見解ハ確的ノ根據ナキカ故ニ立法者ニシテ若シ犯意ノ有無ニ拘  
 ラス處罰スヘキ行爲ヲ規定スルノ意アルトキハ必スヤ前段ニ例示シタル法律ニ於ケ  
 ルカ如ク明示的ニ若クハ默示的ニ其趣意ヲ包含スル特別規定ヲ設ケルノ必要アルナ  
 リ若シ此ノ如キ規定ノ存セザル限リハ立法者ノ意思ハ刑法第三十八條第一項本文ノ  
 原則ニ從フノ趣旨ナリト解釋セサルヘカラス予輩ハ之ヲ以テ刑法第八條第三十八條  
 ノ本旨ニ適スル見解ナリト認ムルノ正當ナルコトヲ疑ハサル者ナリ近來法規ノ自由  
 解釋論ナルモノアリ予輩ハ或見地ニ於テ或範圍ニ於テ其必スシモ不當ナラサルヲ認  
 ムルモ之ヲ極端ニ擴張スル者ハ遂ニ罪刑擅斷主義ノ復古實現ヲ見サレハ止マサラン

トスルナリ昔ハ君主カ直接間接ニ罪刑ヲ擅斷スルヲ論難シ今ハ裁判所ヲシテ罪刑ヲ  
 擅斷セシメントス豈奇ナラスヤ然レトモ取締法規違反ニ付テハ犯意ヲ要セスト云フ  
 カ如キ漠然タル見解ハ古キ俗論ニシテ此最近ノ法規自由解釋論トハ沒交渉ナリ(法學  
 士泉ニ新熊氏法律評論第二卷第二〇號論說三四九頁)

【參照學說判例】

- 一 藤本博士刑法要論一八一頁以下
- 二 小樽學士新刑法論三一九頁以下
- 三 牧野學士刑法通義一〇九頁以下
- 四 山岡下クトル刑法原理一三九頁以下
- 五 東京控訴院判決本書第二卷諸法三五頁

至當ノ見解ナリト信ス

(一五二)

圖三 犯罪ノ實行ニ着手シ之ヲ遂ケサル者ハ其刑ヲ減輕スルコトヲ得但自己ノ意思ニ因リ之ヲ止メタルトキハ其刑  
 ナ減輕又ハ免除ス

圖四 未遂罪ヲ罰スル場合ハ各本條ニ於テ之ヲ定ム

不能犯トハ犯罪構成事實タル行爲要素ヲ缺如スル犯罪的意思發動ナリ  
 所謂絕對不能犯(真正不能犯)ハ犯罪不完全ノ原因カ犯罪行爲ヲ成スニ必要ナル客體手  
 段若クハ其他ノ構成事實ヲ缺如スル點ニ存スルモ相對的不能犯(未遂犯)ハ斯ル構  
 成事實ノ缺如ニ在ラスシテ行爲者ノ舛錯又ハ意外ノ障礙ニ存スルモノトス

第一 不能犯ノ觀念 犯罪トハ刑法ニ於テ犯罪ナリトシテ之ヲ罰スヘキ旨ヲ規定シタル特定行為ニ限ルヘキコトハ論ヲ俟タズ特定ノ犯罪行為ヲ爲スニ必要ナル犯罪構成事實ハ犯罪ノ種類ニ依リ相同シカラスト雖モ之ヲ缺如スル以上ハ犯罪行為タル觀念アルコトナシ行為者カ犯罪ヲ爲スノ決意ヲ爲シ之ヲ實現セシムル爲メ外部的動作即チ犯罪的意思發動ヲ爲スモ之ニ犯罪構成事實タル行為要素ヲ缺クトキハ其動作ハ到底犯罪ヲ爲ス能ハサルモノ即チ不能犯ナリ上述シタル所ニ基キ不能犯ノ定義ヲ與フレハ左ノ如シ不能犯トハ犯罪構成事實タル行為要素ヲ缺如スル犯罪的意思發動ナリ

特定ノ犯罪行為ニ必要ナル犯罪構成事實ノ如何ハ之ヲ刑法ノ各規定ニ求メサルヲ得ス而シテ不能犯ノ研究ニ關シテ犯罪構成事實ハ之ヲ大別シテ(第一)客體(第二)手段(第三)其他ノ構成事實ノ三ト爲スヲ以テ便ト爲ス此三者ニシテ特定ノ犯罪ヲ構成スル行為要素ナル場合ニ於テハ此一ヲ缺クトキハ犯罪行為タルノ觀念ヲ生セス例ヲ舉ケテ之ヲ説明セン殺人罪ノ客體ハ人ナリ然ルニ被害者(客體)カ人ニ非ストセハ是レ殺人罪ノ客體ヲ缺クモノニシテ殺人罪タル行為ノ觀念アルコトナシ故ニ石地藏ナリナリト爲之ヲ斬ルカ如キハ殺人罪タル行為ニ非ス又詐欺罪ノ手段ハ欺罔ナリ然ルニ行為者カ虛偽ナリト信シテ爲シケル陳述ハ眞實ナリシ時ハ是詐欺罪ノ手段(欺罔)ヲ缺クモノニシテ詐欺罪タル行為ノ觀念アルコトナシ又名譽毀損罪ヲ構成スル事實摘示ノ行為ハ公然タルヲ要ス然ルニ其行為カ秘密ニ爲サレタルモノトセハ是レ名譽毀損罪ヲ構成スヘキ公然ナル要件(即チ其他ノ構成事實)ヲ缺クモノニシテ我刑法上ノ名譽毀損

ル行為ノ觀念アルコトナシ犯罪ヲ爲スニ必要ナル行為要素タル(第一)客體(第二)手段(第三)其他ノ構成事實トテ缺如スルニ拘ラス行為者ハ之ヲ具備スルモノト誤想シテ犯罪的決意ヲ爲シ之ヲ實現セシムル爲メニ行フ外部的動作即チ犯罪的意思發動ハ即チ不能犯ナリトス犯罪的意思發動ハ之ニ缺如セル要素ノ區別ニ從ヒ不能犯ハ之ヲ第一種犯罪ノ客體ヲ缺如スル不能犯第二種犯罪ノ手段ヲ缺如スル不能犯第三種其他ノ犯罪構成事實ヲ缺如スル不能犯ノ三種ト爲ス事ヲ得ヘシ左ニ例ヲ舉ケテ之ヲ略解スヘシ例ヘハ竊盜罪ヲ犯スノ意ヲ以テ他人ノ所有物ナリト信シ自己ノ所有物ヲ奪取スルカ如キ犯罪的意思發動ハ竊盜罪タル行為ヲ爲スニ必要ナル(第一)客體(他人ノ所有物)ヲ缺如スル第一種ノ不能犯ナリ又例ヘハ重炭酸曹達「グラム」ハ人ヲ殺スノ力ヲ有スト誤認シ殺意ヲ以テ人ニ服用セシムルカ如キ犯罪的意思發動ハ殺人罪タル行為ヲ爲スニ必要ナル(第二)手段ヲ缺如スル第二種ノ不能犯ナリ又例ヘハ女子カ姦通罪ヲ犯スノ意ヲ以テ他ノ男子ト通シタルニ意外ニモ其行為ノ數週前夫ハ旅行先ニテ既ニ死亡セル場合ニ於テハ右女子ノ犯罪的意思發動ハ姦通罪タル行為ヲ爲スニ必要ナル(第三)其他ノ犯罪構成事實(有夫ノ婦タル身分)ヲ缺如スル第三種ノ不能犯ナリ

以上三種ノ不能犯ノ各場合ニ於テハ執レモ犯罪ノ行為要素タル犯罪構成事實ヲ缺如スルモノナレハ行為者ノ犯罪的意思發動ハ犯罪ノ實行ニ著手シタモノト爲ス能ハサルモノトス此點ハ不能犯カ未遂犯及ヒ中止犯ト異ナル所ナリ犯罪ノ行為要素タル犯罪構成事實ヲ缺如スルニ拘ラス行為者カ之ヲ具備スルモノト誤想シ犯罪的決意ヲ實現セシムル爲メ外部的動作ヲ行フ點ハ不能犯カ他ノ一般ノ誤想犯ト異ナラザル點

ナリ法律上不能犯ヲ以テ犯罪ニ非スト爲スヘキ根據ハ此二點ニ在リ

第二 不能犯ト未遂犯トノ區別(絕對的不能犯ト相對的不能犯トノ區別)學者不能犯ヲ分チ絕對的相對的ノ二ト爲スチ普通ト爲ス絕對的不能犯トハ上述ノ不能犯ヲ指稱スルモノニシテ犯罪行爲ヲ爲スニ必要ナル客體手段及ヒ其他ノ構成事實ヲ缺カスルカ爲メ絕對的ニ犯罪ヲ完成スル能ハサル犯罪の意思發動ヲ謂フ之ニ反シテ相對的不能犯トハ未遂犯ノ一種ヲ指稱スルモノニシテ其態様大ニ不能犯ニ類似スル所アリ然レトモ絕對的不能犯ハ無罪ナレトモ相對的不能犯ハ其實未遂犯ニシテ其最大多數ハ有罪ナレハ此兩者ノ區別ハ之ヲ明確ニスルコトヲ要ス

絕對的不能犯(真正ノ不能犯)ト相對的不能犯(一種ノ未遂犯)トチ區別スヘキ要點二アリ第一絕對的不能犯ニハ犯罪行爲ヲ爲スニ必要ナル客體手段若クハ其他ノ構成事實ヲ全然缺カスレトモ之ニ反シテ相對的不能犯ニハ之ヲ缺カスト言フ能ハス第二絕對的不能犯ノ場合ニ在リテハ犯罪行爲ヲ爲スニ必要ナル客體手段若クハ其他ノ構成事實ヲ缺カスル點ニアレトモ之ニ反シテ相對的不能犯ノ場合ニ在リテハ犯罪行爲ノ原因ハ斯ル構成事實ノ缺カニ在ラスシテ行爲者ノ外錯又ハ意外ノ障礙ニ存スル點ニ在リ以下此點ニ付キ略解ヲ試ムヘシ

不能犯(絕對的不能犯)ハ犯罪の意思發動ニ缺カスル行爲ノ要素ノ區別ニ從ヒ之ヲ分チ第一種犯罪ノ客體ヲ缺カスル不能犯第二種犯罪ノ手段ヲ缺カスル不能犯第三種其他ノ構成事實ヲ缺カスル不能犯ノ三種ニ區別シ得ヘキカ如ク相對的不能犯(一種ノ未遂犯)ニ於テモ亦第一種犯罪ノ客體ニ關スル相對的不能犯第二種犯罪ノ手段ニ關スル相

對的不能犯ノ二者ノ存在ヲ想像シ得ヘシト雖第三種其他ノ犯罪構成事實ニ關スル相對的不能犯ノ存在ハ之ヲ想像スル能ハス何トナレハ客體及ヒ手段以下ノ構成事實例ヘハ特定ノ犯罪ニ付キ行爲者ノ特定ノ身分(公務員有夫ノ婦又ハ懷胎ノ婦女)行爲ノ特定ノ時所其他ノ關係ノ有無ノ如キハ有ニ非サレハ必ス無ニシテ二者其一ナラサル可ラサレハナリ以上二種ノ相對的不能犯ノ場合ニ於テハ孰レモ犯罪ノ行爲要素タル構成事實タル客體及ヒ手段ヲ缺カセサルニ拘ラス犯罪ヲ完成セサル所以ハ行爲者ニ意外ノ障礙又ハ外錯アリタルカ爲メナレハ相對的不能犯ハ犯罪ノ完成ヲ妨クヘキ原因ノ如何ニ依リ之ニ各種ノ場合アルコトヲ想像シ得ヘシ左ニ例示シテ相對的不能犯ト

第一 犯罪ノ客體ニ關スル相對的不能犯

犯罪ノ多數ハ實害犯ナレハ犯罪構成事實トシテ犯罪ノ客體ヲ要スル場合甚ダ多シ斯ル犯罪ニ限リ犯罪ノ客體ニ關スル不能犯ヲ想像スルコトヲ得而シテ犯罪ノ客體ニ關スル相對的不能犯ハ常ニ行爲者ニ依リ攻撃行爲(侵害行爲)又ハ危險行爲(開始セラレタル犯罪ノ客體存在スル場合ニ限リ之ヲ想像スルコトヲ得ルモノトス唯其攻撃行爲タルヤ行爲者ノ意外ノ障礙又ハ其外錯ニ基キ其效ヲ奏セス從テ犯罪ヲ完成スルコト能ハサリシモノ(未遂犯)トス此種ノ不能犯ハ之ヲ分テ(一)行爲者ノ意外ノ障礙ニ因ル犯罪ノ客體ニ關スル相對的不能犯(二)行爲者ノ爲損ニ因ル犯罪ノ客體ニ關スル不能犯(三)行爲者ノ錯誤ニ因ル犯罪ノ客體ニ關スル相對的不能犯ノ三種ト爲スコトヲ得ヘシ

(一) 意外ノ障礙ニ因ル犯罪ノ客體ニ關スル相對的不能犯

此場合ニ於テハ行為者カ犯罪ノ客體ニ向テ攻撃行為(侵害行為)又ハ危險行為ヲ爲シタルコト最モ顯著ナリ從テ此場合ト犯罪ノ客體ヲ缺如スル絕對的不能犯ト區別スルコト取テ困難ナラス例ヘハ金庫内ニ金品ヲ竊取セント欲シ之ヲ開カントスル行爲ニ著手シタル金庫扉ヲ力爲メ之ヲ遂ケル能ハサリシ場合ノ如キ又ハ人ヲ殺シテ欲シ之ニ一刀ヲ加ヘタルモ被害者カ鎖衣ヲ著シ居リタルカ爲メ之ヲ遂ケル能ハサリシ場合ノ如キハ共ニ攻撃行為ヲ始メラレタル犯罪ノ客體ハ存在スルモ行為者ノ意外ノ障礙ニ因リ犯罪ヲ完成スルコト能ハサリシモノナリ斯ル場合ハ之ヲ客體的ニ考察スレハ行為者ハ元來犯罪ヲ完成スル能ハサリシモノナレハ此點ニ著眼シテ相對的不能犯ナル名稱ヲ付シタルモノナルヘシト雖モ純然タル未遂犯タルコトハ何人モ疑ハサル所ナリ

(二) 爲損ニ因リ犯罪ノ客體ニ關スル相對的不能犯

此場合モ亦(一)ノ場合ト同シク行為者カ犯罪ノ客體ニ對シ攻撃行為(侵害行為)又ハ危險行為ヲ加ヘタルコト極メテ明白ナリ從テ此場合ト犯罪ノ客體ヲ缺如スル絕對的不能犯ト區別スルコト容易ナリ例ヘハ人ヲ殺サント欲シ之ニ向テ發砲シタルモ之ニ命中セザルカ爲メ殺人罪ヲ遂ケル能ハサリシ場合ノ如キ是レナリ此場合ト雖モ之ヲ客體的ニ考察スルハ行為者ハ元來犯罪ヲ完成スル能ハサリシモノナレハ此點ヘモ莫スレハ之ヲ不能犯ノ一種ト爲ス能ハサルニ非サレドモ純然タル未遂犯タルコトハ何人モ疑ハサル所ナリ此場合ハ行為者ノ爲損ニ因リ不能犯ナレハ又之ヲ爲損罪ノ手段ニ關スル相對的不能犯ト爲スコトヲ得ルモノトス

(三) 錯誤ニ因リ犯罪ノ客體ニ關スル相對的不能犯

此場合ハ前二者ノ場合ト異ナリ犯罪ノ客體ヲ缺如スル絕對的不能犯ト最モ類似スル場合ナリ從テ兩者ノ區別ハ微妙ニシテ精確ナル注意ヲ缺クトキハ往往之ヲ混淆スルコトアルヲ免レス刑法學者ト雖モ往往此二者ヲ混淆スルモノナシト爲サス例ヘハ人ヲ殺サント欲シ被害者ノ必ス座シ居ルモノト思考シタル場所ニ向テ發砲シタルモ被害者ハ幸ニモ其一瞬間前ニ其處ヲ離レタルカ爲メ其厄ヲ免レタル場合ノ如キ又竊盜ヲ爲スノ意思ニテ暗夜人ノ家宅ニ忍入り諸所ヲ探シタル上物品ヲ奪取シ來リタル後一覽シタルニ其物品ハ意外ニモ被害者方ニ紛レ込ミタル行為者ノ所有物ナリシ場合ノ如キハ共ニ犯罪ノ客體ハ存在スルモ行為者ノ錯誤ニ因リ犯罪ヲ完成スルニ至ラサリシモノナリ此二個ノ場合ニ於テハ行為者ハ犯罪ノ客體ニ向テ攻撃行為ヲ始メタルコト殆ト疑ナ容レヌ前例ノ場合ニ於テハ行為者ノ發砲ハ何人モ之ヲ被害者ニ向テ爲シタルモノ即チ殺人行為ニ著手シタルモノト爲スヘク又後例ノ場合ニ於テハ行為者カ竊盜ノ意思ヲ以テ忍入り物ヲ探シタル行為ハ何人モ之ヲ竊盜ノ實行ニ著手シタルモノト認メ得ヘキモノナレハ其實行著手ノ瞬間ニ於テハ未遂犯ヲ構成スヘク其自己ノ所有物ヲ持歸タルカ如キハ之ヲ無視スヘキモノニシテ法律上ノ意義ニ於テハ行為者カ其錯誤ニ因リ何物ヲ持歸ラサル場合ト同シ之ト多少違テ異ニシ行為者ハ犯罪ノ客體ニ向テ攻撃行為ヲ始メタリト認ムル能ハサル場合ニ於テハ犯罪ノ客體ト行為者ノ動作トノ間ニ何等ノ關係ヲ有セザレハ行為者ノ動作ハ客體ヲ缺クモノト爲ササルヲ得ス從テ斯ル場合ハ之ヲ犯罪ノ客體ヲ缺ク

絕對的不能犯ナリト爲ササルヲ得ス例ハ前例ト多少趣キ異ニシテ殺人ノ意ヲ以テ被害者カ嘗テ當ニ住居シタリシモ數日前ヨリ不在ナリシ空室ニ向テ發砲スルカ如キ場合ニ於テハ何人モ發砲ハ之ヲ被害者ニ向テ爲シタル者即チ殺人ノ行爲ニ著手シタルモノト認メサルヘク從テ斯ノ如キ行爲ハ犯罪ノ客體ヲ缺カスル絕對的不能犯ナリ又例ハ前例ト多小趣キ異ニシテ特定ノ自己ノ物件ヲ他人ノ所有物ナリト誤認シ之ヲ持還リタルカ如キ場合ニ於テハ何人モ斯ル行爲ヲ以テ他人ノ所有物ヲ竊取スル行爲ニ著手シタルモノト爲ササルヘク從テ斯クノ如キ行爲ハ犯罪ノ客體ヲ缺カスル絕對的不能犯ナリ之レヲ要スルニ行爲者カ犯罪ノ客體ニ向ツテ攻撃行爲(侵害行爲又ハ危險行爲)ヲ始メタリト認ムヘキ事實アルトキハ未遂犯(相對的不能犯)ニシテ未タ斯ル攻撃行爲アリタルモノト認ムヘキ事實ナキトキハ絕對的不能犯ナリ而シテ如何ナル場合ニ於テ犯罪ノ客體ニ對スル攻撃行爲ヲ始メタル事實アリト爲スヘキヤハ現ニ發生シタル個個ノ場合ニ臨ミ吾人ノ智識經驗ニ依リ決スヘキ事實問題ナリ故ニ注意スヘキハ財產ニ對スル罪特ニ竊盜罪ニアリテハ其客體ハ多クハ特定物ニ在ラスシテ一定又ハ不特定ノ人ノ所有物タルヲ常トスル點ニ著眼スルヲ要スヘキ點ナリ

第二 犯罪ノ手段ニ關スル相對的不能犯  
 犯罪ノ手段ハ之ヲ犯罪行爲ト區別シ得ヘキ場合ト然ラサル場合トノ二者アリ其之ヲ區別スル能ハサル場合ハ勿論之ヲ區別シ得ヘキ場合ト雖モ犯罪タル行爲ヨリ其實行ニ使用セラレタル手段ヲ控除スルトキハ犯罪行爲ノ存在ヲ見ル能ハサルモノトス例

ヘハ一刀ヲ以テ人ヲ斬殺シタル犯罪行爲ニ就キ之ヲ説明セン此場合ニ刀劍ヲ使用シタルコトナシト假定センカ斬殺ナル具體的犯罪行爲ノ存在ハ之ヲ想像スル能ハサルヘシ又例ヘハ毒藥ヲ服用セシメ人ヲ殺害シタル犯罪行爲ニ付キ之ヲ説明セン此場合ニ毒藥ヲ使用シタルコトナシト假定センカ毒殺ナル具體的犯罪行爲ノ存在ハ之ヲ認ムル能ハサルヘシ故ニ斯ル場合ニ於テ犯罪ノ手段ヲ缺カスルトキハ絕對的不能犯ト爲ルヘク又之ヲ缺カセサル場合ニ限リ相對的不能犯ト爲ルコトアルヘシ

犯罪ノ手段ニ關スル相對的不能犯ノ場合ハ犯罪ノ手段カ犯罪ノ實行ニ使用セラレタル場合ニ限リ之ヲ想像スルコトヲ得ルモノトス犯罪ノ豫備ノ階級ニ在ル間ニ於テ犯罪ノ手段カ用意セラレタルモノトスルモ相對的不能犯アルコトナシ是レ相對的不能犯ハ未遂犯ノ一種ナレハ犯罪ノ實行著手前ニ於テ之ヲ認ムル能ハサルハナリ又故ニ所謂犯罪ノ手段ハ法益ノ攻撃ヲ爲シ得ヘキ性質ヲ有スルコトヲ要ス故ニ例ヘハ人ヲ殺サンカ爲メニスル呪詛又人ヲ毒殺センカ爲メニスル砂糖若クハ重炭酸曹達ノ如キハ執レモ殺人行爲ノ手段トシテ使用シ得ヘキ性質ヲ有セサルヲ以テ之ヲ殺人罪ノ手段ト爲スニ足ラス左レハ犯罪ノ手段ニシテ其實行ニ使用セラレサル場合ハ勿論又使用セラレタリトスルモ其手段ニシテ法益ノ攻撃ヲ爲シ得ヘキ性質ヲ有セサルトキハ相對的不能犯ノ場合ノ存スヘキ餘地ナシ犯罪ノ手段ニ關スル相對的不能犯ハ之ヲ分テ(一)行爲者ノ意外ノ障礙ニ因ル犯罪ノ手段ニ關スル相對的不能犯(二)行爲者ノ爲損ニ因ル犯罪ノ手段ニ關スル相對的不能犯(三)行爲者ノ錯誤ニ因ル犯罪ノ手段ニ關スル不能犯ノ三ト爲スコトヲ得

(一) 意外ノ障礙ニ因ル犯罪ノ手段ニ關スル相對的不能犯例ハ人ヲ殺サント欲シ之ニ毒藥ヲ服用セシメタルモ被害者之ヲ覺知シテ解毒劑ヲ服用シ其厄ヲ免ヤタル場合ノ如キ又ハ飲食物ニ毒物ヲ混入シ膳ニ俱ヘタルニ被害者之ヲ覺知セテ之ヲ口ニセサル場合ノ如キハ共ニ此種ノ不能犯ニ屬ス此場合ニ於テハ犯罪ノ手段ハ犯罪ノ實行ニ使用セラレタルコト最モ明白ナル場合ナレハ此場合ト犯罪ノ手段ヲ缺如スル絕對的不能犯トノ區別炳乎タリ此場合ハ客觀的ニ犯罪ヲ完成スル能ハサリシ場合ナレハ之ヲ不能犯ノ一種ト爲ス能ハサルニ非サレトモ純然タル未遂犯ト爲スヲ以テ妥當ト爲ス

(二) 爲損ニ因ル犯罪ノ手段ニ關スル相對的不能犯此場合ハ行爲者ノ爲損タル點ニ於テ行爲者ノ爲損ニ因ル犯罪ノ客體ニ關スル相對的不能犯ト其軌ヲ等シクシ又犯罪ノ手段カ犯罪ノ實行ニ使用セラレタルコト明白ナル點ニ於テ(一)ノ場合ト全然其趣ヲ同シウス從テ此種ノ不能犯ト犯罪ノ手段ヲ缺如スル絕對的不能犯トノ區別ハ自ラ明ナリ例ハ人ヲ殺サント欲シ一刀ヲ加ヘタルモ急所外レタルカ爲メ殺人罪ヲ完成スルニ至ラザリシ場合ノ如キハ此種ノ不能犯ニ屬ス此場合モ亦之ヲ(一)ト同一理由ニ依リ不能犯ノ一稿ト爲ス能ハサルニ非スト雖モ之ヲ純然タル未遂犯ト爲スヲ可トス

(三) 錯誤ニ因ル犯罪ノ手段ニ關スル相對的不能犯行爲カ法益ノ攻撃ヲ爲シ得ヘキ手段ヲ使用シタルモ其錯誤ニ依リ犯罪ヲ完成スルニ至ラザリシ場合ノ如キハ之ニ屬ス例ハ人ヲ毒殺セント欲シ毒藥ヲ服用セシメタルモ其分量不足ニシテ被害者ヲ

殺スニ足ラザリシ場合ノ如シ斯ル場合ニ於テ分量不足ノ毒藥ハ到底人ヲ殺スニ足ラザルヲ以テ此場合ハ之ヲ絕對的不能犯ナリト論シ得ヘキカ如シト雖モ必スシモ然ラス分量不足ノ毒藥ノ施用ノ如キハ加害ノ方面ニ向テ一步ヲ進メタルモノナレハ之ヲ使用スルニ依リ加害行爲ニ著手シタルモノト爲スヘク從テ斯ノ如キ行爲ハ毒殺ノ未遂罪ト爲スヘキモノトハ恰モ利刀ナリト信シ鈍刀ヲ以テ入ニ斬付ケタル場合ハ之ヲ殺人ノ未遂犯ト爲スコトヲ得ルト其理ヲ同シウス行爲者カ錯誤ニ依リ使用シタル手段(分量不足ノ新藥又ハ鈍刀)ハ直ニ人ヲ殺スノ力ナシトノ故ヲ以テ其犯罪ノ實行ニ著手シタル點ニ意ヲ注カサルカ如キハ失當ナリ之ト違テ異ニシ行爲者カ錯誤ニ依リ法益ノ攻撃ヲ爲ス能ハサル手段ヲ使用シタルトキハ之ヲ絕對的不能犯ナリト爲ササルヲ得ス例ハハ毒藥ト誤認シテ砂糖ヲ與ヘ又裝丸セルモノト信シ空砲ヲ發射スル場合ノ如キ是レナリ何トナレハ斯ノ如キ場合ニ於テ毒殺行爲ニ必要ナル毒藥ヲ缺如シ銃殺行爲ニ必要ナル實彈ヲ缺如スルモノニシテ斯ノ如キハ犯罪タル行爲ノ實行ニ著手シタルモノト認ムヘキモノナケレハナリ尤モ此場合ハ犯罪ノ手段ニ關スル相對的不能犯ノ中心ヲ爲スモノニシテ以上ノ見解ニ對スル異說ナシト爲サス

第三 不能犯ニ對スル處置ニ關スル學說 不能犯ニ關スル學說ハ區々ニ分歧シ底止スル所ナシト雖モ之ヲ大別シテ(第一)主觀說(第二)客觀說(第三)中間說ノ三ト爲スコトヲ得ヘシ第一主觀說ハ絕對的不能犯ナルト相對的不能犯ナルトヲ間ハス共ニ之ヲ未遂犯ナリトシテ處罰セントスルモノナリ第二客觀說ハ絕對的不能犯ハ之ヲ無罪ト爲シ



相對的不能犯ハ之ヲ未遂犯トシテ處罰セントスルモノナリ第三中間說ハ主觀說ト客觀說トノ中間ニ立テ無罪タルヘキ不能犯ト未遂犯トシテ處罰スヘキ不能犯トヲ定メントスルモノナリ本書ハ大體ニ於テ客觀說ニ立脚スト雖モ多少之ト見解ヲ異ニスル點ナキニ非ス左ニ之カ大要ヲ明ニスヘシ

第一 主觀說 犯罪的意思發動ノ點ノミニ著眼スレハ不能犯ハ相對的ナル場合ト絕對的ナル場合トヲ區別セス之ヲ罰セサル可ラス何トナレハ不能犯ハ犯罪構成事實ヲ缺クモ行為者ノ犯罪の決意ハ之ヲ實現センカ爲メニ行ヒタル外部の動作ニ依リ發表セラレタルモノナレハナリ是レ主觀主義カ犯罪的意思發動ニ著眼シ絕對的不能犯ノ場合ヲ未遂犯トシテ處罰セントスル所以ナリ

然レトモ法律ハ犯罪的意思ヲ罰スルモノニ非ス故ニ犯罪的意思カ外部の動作ニ表ハレテ之ヲ確認スルヲ得ルニ至ラサル場合ト雖モ尙ホ未タ犯罪ノ客觀的要素ヲ具備スルニ至ラサル時ハ犯罪ト爲シテ之ヲ罰セサルヲ以テ原則ト爲ス主觀說ハ此點ニ對スル注意ヲ缺クモノナリ若シ夫レ主觀說ヲ採用センカ犯罪ノ豫備ノ行為ハ勿論犯罪ノ決意ト雖モ行為者ノ外部の動作ニ因リ其犯罪的意思ヲ確認シ得ヘキ場合ニ於テハ一般ニ犯罪ナリトシテ之ヲ罰セサル可ラス然ルニ我法典ハ勿論最大多數ノ立法例ハ犯罪ノ豫備行為者クハ犯罪ノ決意ハ之ヲ罰セサルヲ以テ原則トス之ヲ詳言スレハ我刑法典ハ勿論最大多數ノ立法例ハ行為者カ犯罪ノ決意ヲ爲スモ之ヲ罰セス更ニ過テ之カ豫備行為ヲ爲スモ之ヲ罰セスシテ其意々犯罪實行ニ著手スルニ至リテ始メテ未遂犯トシテ之ヲ處罰スルヲ以テ原則ト爲ス然ルニ主觀說ハ此一般の原則ニ直接ニ矛盾

スルモノナレハ我法典ノ解釋トシテ之ヲ採用スル能ハサルハ論ヲ俟ダサル所ナリ又主觀說ハ事實上犯罪タル行為ヲク又犯罪行為ノ實行著手ナキニ拘ラス行為者カ之ヲ行ヒタルモノト誤想シ又ハ之ニ著手シタルモノト誤想シテ爲シタル意思發動ヲ罰スルモノナリ斯ノ如キハ刑法ノ一般の法理ニ矛盾スルノミナラス誤想犯ハ之ヲ罰セスト爲ス一般の原則ニ矛盾スルモノナリ

解釋論ヨリスレハ主觀說ハ洵ニ其理由ナシト雖モ立法論ヨリスレハ多少之ヲ斟酌スヘキ價アリ絕對的不能犯ト雖モ重大ナル犯罪ニ限リ之ヲ罰スルヲ相當ト爲ス是レ恰モ重大ナル犯罪ニ限リ其豫備又ハ陰謀ヲ罰スルノ必要アルト其理ナ等シク併シ立法論トシテモ無制限ニ主觀說ニ賛成スル能ハス何トナレハ此說ハ重大ナラサル犯罪ノ絕對的不能犯ヲモ一般ニ罰セントスルモノナレハナリ

第二 客觀說 客觀說ハ犯罪アリト爲スニハ獨リ主觀的要素ノ具備スルノミテ以テ足レリト爲サス尙ホ客觀的要素ノ具備スルコトヲ以テ必要ト爲スモノナリ即チ此說ハ主觀的要素ト併テ客觀的要素ヲ必要トスルモノナリ此點ヨリスレハ此說ヲ以テ客觀說ト爲スハ適當ナラサル所アリ不能犯ニ關スル此說ノ要旨ヲ概言スレハ大約左ノ如シ犯罪ヲ完成セサル行為ヲ未遂犯ナリトシテ之ヲ處罰セントスルニハ主觀的要素トシテ「犯罪的意思」ノ存在スルヲ以テ足レリト爲サス尙ホ客觀的要素トシテ「法益ニ對スル危險」ノ存在ヲ必要トスルモノナリ絕對的不能犯ニ在リテハ犯罪的意思發動アルモ「法益ニ對スル侵害」ヲ惹起スヘキ危險ヲ具備セサルモノナレハ其行為ハ罪ト爲ラズ之ニ反シテ相對的不能犯ニ在リテハ犯罪的意思發動ニ加フルニ「法益ニ對スル侵害」

惹起スヘキ危險ヲ具備スルモノナレハ未遂犯トシテ之ヲ處罰スヘシト云フニ在リ之ヲ要スルニ客觀說ハ「法益ニ對スル危險」ノ有無ヲ以テ絕對的不能犯ナルヤ又相對的不能犯ナルヤノ區別ヲ定メントスルモノナリ

客觀的危險ノ有無ヲ以テ不能犯(絕對的)ト未遂犯(相對的)不能犯トノ區別ト爲サントスルハ大體ニ於テ太過ナルヘシト雖モ必スシモ之ヲ妥當ナリト爲ス能ハス客觀的危險ト謂フカ如キ抽象的觀念ハ幾多ノ程度ヲ有スルモノニシテ之ヲ具體的事實ニ適用スルトキハ各人各異ノ斷定ニ出ツル虞ナシト爲ササルヲ以テ斯ノ如キ概念ヲ以テ不能犯ト未遂犯ト區別ト爲サントスルカ如キハ適當ナリト爲ス能ハス且又客觀的危險ヲ親念ハ未遂犯ヲ定メタル立法上ノ理由ナリトシテ學者ノ案出シタル一種ノ見解ニシテ必スシモ法律ノ規定ニ其根據ヲ有スルモノト爲ス能ハサレハ此點ヨリスルモ客觀的危險ノ有無ヲ以テ罪ト爲ラサル不能犯ト關スヘキ未遂犯トノ區別ト爲サントスルカ如キハ妥當ナラサル所アリ左レハ寧ロ本書ニ於テ既ニ說明セルカ如ク直接法律ノ規定ニ訴ヘ其定メタル犯罪構成事實ノ缺如スルヤ否ヤ即チ犯罪タル行爲其モノニ著手シタルモノト爲スヘキ要件ヲ具備スルヤ否ヤヲ以テ不能犯ト未遂犯トノ區別ヲ爲スノ妥當ナルニ如カス

第三、中間說、中間說ハ區々ニ分裂シ殆ント底止スル所ヲ知ラズ一々之ヲ列擧スルカ如キハ煩ニ堪ヘス左ニ就中重要ナリトスヘキ左ノ二說ノ要旨ヲ摘示スレハ「フオン」氏ハ不能犯ヲ關スヘキヤ否ヤハ未遂犯ノ觀念ニ依リ之ヲ決スヘキモノト爲シ而シテ未遂犯ハ意思發動カ危險ナルトキハ存在スト爲ス一定ノ行爲カ危險アリヤ否ヤ

【參照學說】

一 勝本博士刑法要論一六九頁以下

イノ判斷ハ其周圍ノ事情ヲ審查シテ之ヲ爲スヘキモノナリトナシ「アル」氏ハ犯罪構成事實ニ缺如アルトキハ實行者ヲ缺クテ以テ未遂犯ノ觀念存セスト爲セリ「フオン」氏等ノ具體的危險說ノ如キハ客觀說ノ變キ直シニシテ之ニ法律規定ニ何等ノ根據ヲ有セサル氣儘勝手ノ條件ヲ付シタル點ニ於テ客觀說ニ劣レルコト數等ナリ之ニ反シテ「アル」氏「フランク」氏ハ行爲カ法律ノ規定スル犯罪構成事實ヲ具備スルヤ否ヤニ從ヒ法律上罰スヘキ不能犯ナルヤ否ヤヲ定メント爲セル點ハ法律規定ヲ基礎ト爲シ之ニ從ヒ罪ノ有無ヲ定メントセル點ニ於テ遙ニ前者ニ優レルモノトス然レトモ此說ハ法律ノ規定セル犯罪構成事實ノ形式ニ囚ヘラレ其實質ヲ逸シタ犯罪構成事實ヲ缺如スルノ結果トシテ犯罪行爲ノ實質ナキニ至リタル場合ト雖モ尙ホハ妥當ナラス

第四、最近立法例ノ定ムル不能犯、最近立法例ニ依ルニ或ハ不能犯ハ明文ヲ以テ之ヲ規定セスシテ一ニ學理上及ヒ裁判上ノ攷究ニ一任スルモノアリ或ハ特ニ法條ヲ掲ケテ疑問ヲ解決スルモノアリ千九百九年獨逸刑法準備草案同年埃太利刑法準備草案千九百二年諸國刑法典ノ如キハ前者ノ例ニシテ千九百三年ノ露西亞刑法典千九百八年ノ瑞西刑法準備草案千九百十一年リスト氏等獨逸草案對案ノ如キハ後者ノ例ナリ

(法學博士大場茂馬氏法律評論第二卷第一九號第二〇號)

- 二 小嶋學士新刑法論三九二頁以下
- 三 泉二學士日本刑法論三二〇頁以下
- 四 山岡トクトル刑法原理一七三頁以下
- 五 牧野學士刑法通義一二七頁以下

吾人ハ博士ノ見解ヲ以テ妥當ナリト信ス

(一五三)

- 一 本法ハ何人ナ問ハス帝國内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用ス
- 二 帝國外ニ在ル帝國船舶内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ付キ亦同シ
- 三 本法ハ何人ナ問ハス帝國外ニ於テ左ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用ス(後略)
- 四 犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタルトキハ其輕キモノヲ適用ス
- 五 六

所謂隔地犯ノ場合(行爲及ヒ結果ノ二者カ時)ニハ犯罪ノ時及ヒ所ハ行爲ノ時及ヒ所即チ犯罪カ實行セラルル時及ヒ所ヲ以テ決スヘキモノトス」

教唆及ヒ從犯ノ場合ニ於テ教唆行爲又ハ從犯行爲アリタル時及ヒ所ハ教唆者又ハ從犯者ノ犯罪ノ時及ヒ所ヲ以テ之ヲ決スヘキモノニシテ本犯ノ犯罪タル行爲ノ時及ヒ所ヲ以テ標準ト爲スヘキモノニアラス」

過失犯ノ時及ヒ所ハ亦行爲ノ時及ヒ所ヲ以テ標準トナスヘキモノトス」

不作爲犯ノ時及ヒ所ハ行爲者カ爲スヘキ義務アル作爲ヲ爲スヘキ時及ヒ所ナリトス」

犯罪構成事實ハ行爲ト結果ト兩者ニ依リ成ルコトアリ又ハ行爲及ヒ結果カ時及ヒ所同ウスル場合ニ於テハ敢テ疑問ナ生スルコトナシ之ニ反シテ行爲及ヒ結果ノ二者カ時及ヒ所ナ異ニスル場合即チ所謂隔地犯(Distanzverbrechen)ノ場合ニ在リテハ犯罪ノ時及ヒ所如何ヲ研究セサル可カラサル必要アリ

元來犯罪構成事實カ行爲及ヒ結果ノ二者ヨリ成ル場合ニ於テハ此二者合體シテ一個ノ犯罪ヲ爲スモノナレハ同一ノ時及ヒ所ニ於テ行爲及ヒ結果アリタル場合ニ限リ其犯罪ハ其時其所ニ於テ爲サレタリト謂フヲ得ヘシ之ニ反シテ行爲ハ甲ノ時甲ノ所ニ於テ爲サレ結果ハ乙ノ時乙ノ所ニ於テ生シタルトキハ其犯罪ハ之ヲ嚴格ニ言ヘハ甲ノ時甲ノ所ニ於テ爲サレタリト謂フ能ハサルト同時ニ乙ノ時乙ノ所ニ於テ爲サレタリト爲ス能ハス是ニ於テ斯ル場合ニ於テハ甲乙何レノ時及ヒ所ヲ以テ犯罪ノ時及ヒ所ト爲スヘキヤ又甲乙兩者ノ時及ヒ所ヲ以テ共ニ犯罪ノ時及ヒ所ト爲スヘキヤノ疑問ナ生ス

此問題ノ解決ハ刑法及ヒ刑事訴訟法上ノ適用ニ付キ重大ナル關係ヲ有スルモノトス時及ヒ所ニ關スル刑法ノ施行力ノ範圍如何及ヒ行爲者カ負責年齡ニ達シタルヤ否ヤニ關スル或疑點ハ本問題ノ研究ニ依リ解決セラレモノトス例ヘハ(一)舊法施行ノ當時ニ行爲アリ新法施行ノ後ニ於テ結果ヲ生シタル場合(二)國外ニ於テ行爲ヲ爲シ其結果國內ニ於テ生シタル場合若シテハ之カ反對ナル場合(三)行爲ノ當時ハ未ダ十四歳ニ達セザリシカ結果發生ノ當時ニアリテハ既ニ十四歳ニ達シタルカ如キ場合ニ對スル擬律ハ本問ニ對スル見解如何ニ依リ相異ナラサルヲ得ス行爲ト時及ヒ所ニ關スル見解如

何ニ依リ刑事訴訟法上犯罪行為ノ地如何ニ依リ裁判所ノ管轄定マルハタ(刑訴第二六條)又行為ノ時如何ニ依リ時効ノ起算點定マルヘシ(刑訴第一〇條)

第一 標準ト爲スヘキ行為ノ時及所(行為主義)

凡ソ刑法ハ人類行為ノ準則ナレハ行為ノ時及所ヲ以テ標準ト爲シ之ニ從ヒ犯罪ノ時及ヒ所ヲ定ムヘキ者トス行為者カ何時及ヒ何所ニ於テハ如何ナル行為ニ出ツヘキヤハ其能力ノ範圍ニ屬ス換言スレハ行為者ハ其行為ニ關スル時及ヒ所ニ付キ自由ニ支配シ得ヘキ者トス然レトモ之ニ反シテ其行為ノ結果ノ發生スル時及ヒ所ニ關シテ往々行為者ノ能力ノ範圍外ニ在ルヲ稀ナリト爲サス是レ犯罪ノ時及ヒ所ヲ以テ標準ト爲スヘク結果發生ノ時及ヒ所ヲ以テ標準ト爲ス能ハサル所以ナリ此主義ハ行為ノ時及所ヲ標準トスルカ故ニ一ニ之ヲ行為主義(Tatigkeitslehre)ト謂フ又此主義ハ行為者ノ現存スル時及ヒ所ニ重キヲ置クカ故ニ所在地主義(Antefahndtheorie)ノ稱アリ

特ニ時ニ關シテハ結果發生ノ時ヲ以テ標準ト爲サスシテ行為ノ時ヲ以テ標準ト爲ササルノ法理ノ別ニ存スルモノアリ若シ夫レ結果發生ノ時ヲ以テ標準ト爲サンカ舊法當時ニ於テ罰セラレサルノ行為ヲ爲シタルニ其結果カ偶々斯ル行為ヲ罰スヘキ旨ヲ定メタル新法施行ノ當時ニ發生シタルトキハ新法當時ノ行為即チ新法當時ノ犯罪ナリトシテ之ヲ罰セサルヲ得サルニ至ルヘク又行為當時ニハ十四歳未滿ニ達セザリシカ爲ニ行為者ノ行為ハ罪ト爲ラザリシニ其結果カ偶々十四歳ニ達シタル後發生シタルトキハ之ヲ十四歳ニ達シタル者ノ犯罪ナリトシテ之ヲ處罰セサルヲ得サルカ如キ不公正ナル結果ヲ生スヘキナリ既ニ犯罪ノ時ニ關シ結果發生ノ時ヲ以テ標準ト爲ス

ヘカラスシテ行為ノ時ヲ以テ標準ト爲ヘシトノ議論ニシテ正當ナリトセンカ犯罪ノ場所ニ關シテモ同一ニ依リ結果發生ノ所ヲ以テ標準ト爲スヘカラスシテ行為ノ所ヲ以テ標準ト爲ササルヲ得サルヘシ是レ行為ニ關スル時及ヒ所ノ觀念ハ同一ナル關係ヲ有スルモノニシテ之ヲ別異ニ取扱ハントスルカ如キハ氣儘勝手ノ據アルヲ免レサレハナリ

茲ニ所謂行為トハ犯罪構成事實ニ屬スル行為即チ犯罪行為ノ中心事實ヲ指稱スルモノニシテ犯罪構成事實ニ屬セサル行為即チ犯罪行為ノ附隨事實ヲ指稱スルニ非ス故ニ行為ノ時及ヒ所トハ犯罪力實行セララルル時及ヒ所ヲ指稱スルモノニシテ犯罪實行ノ未タ始ラサル當時ノ行為即チ豫備行為又ハ犯罪ノ實行ヲ終リタル後ノ行為即チ事後ノ行為カ爲サル時及ヒ所ノ如キハ茲ニ所謂行為ノ時及ヒ所ニ非ス又同一ノ犯罪行為カ長日時間引續キ實行セラレタルトキハ其間ノ日時ハ行為ノ時ナリト爲スヘク又同一ノ犯罪行為カ引續キ數ヶ所ニ於テ實行セララルトキハ其場所ハ執モ行為ノ所ナリト爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ人ヲ逮捕シ共ニ汽車ニ乗組ミ東京ヨリ赤間關ニ赴ク途中廣島ニテ發覺シタルカ爲メ之ヲ解放シタルトキハ逮捕ノ時ヨリ解放ノ時マテハ行為ノ時ニシテ東京ヨリ廣島ニ至ル間ノ地ハ行為ノ所ナリ又犯罪構成事實カ數個ノ牽連スル行為ヨリ成ルトキハ各行爲ノアリタル時及ヒ所ハ所謂行為ノ時及ヒ所ナリトス例ヘハ甲ノ時甲ノ所ニテ人ヲ欺罔シ乙ノ日乙ノ所ニテ之ヨリ財物ヲ騙取シタルトキハ甲及ヒ乙ノ日及ヒ所ハ共ニ詐欺罪ノ時及ヒ所ナリ又犯罪力連續犯ナルトキハ其連續セル各行爲ノ時及ヒ所ハ連續犯タル全行為ノ時及ヒ所ナリト爲スヘキナリ以

上ノ原則ニ從ヒ刑法ヲ適用スルトキハ行爲カ新舊兩法ニ跨リテ實行セラレズ行爲カ繼續犯又ハ連續犯ニテ其一部ハ舊法時代ニ實行セラレ他ノ一部ハ新法時代ニ實行セラルトキハ其行爲カ新法時代ニ於テ實行セラレタルモノト爲スヲ得ヘキヲ以テ之ニ對シ新法ヲ適用スヘキモノニシテ新舊兩法ノ比照ヲ爲スヲ要セス尙ホ帝國內ニ於テ行ハレタル犯罪ノ意義及ヒ犯罪ノ日特ニ其最終ノ日ノ意義ノ適用ニ付テハ別ニ說明ヲ要セサルヘシ

第二 中間效力主義結果主義折衷主義

以上ノ如ク行爲ノ時及ヒ所ヲ以テ犯罪ノ時及ヒ所ト爲スヘシトノ說ニ反對スル說ハ之レヲ分テ第一中間效力主義第二結果發生主義第三折衷主義ノ三ト爲スコトヲ得ヘシ

第二 中間效力主義 (Theorie der Zwischenwirkung)

此主義ハ一ニ長手主義 (Theorie der langen Hand) ト謂フ行爲ニ因リ結果ヲ發生スルニハ行爲ノ中間效力介在スルヲ常トス例ヘハ人ヲ殺害スル場合ニ於テ行爲ノ直接ノ效力トシテ被害者カ重傷ヲ受クルカ如キハ行爲ト死亡トノ中間效力ナリ又詐欺罪ニ於テ被害者ニシテ錯誤ヲ發生セシムルカ如キモ亦中間效力ナリ又行爲ハ行爲者ニ依リ活動ヲ惹起シタル力ニ依リ實行セラレルトアリ例ヘハ誹毀ノ事項ヲ記載シタル文書ヲ郵送シテ人ノ名譽ヲ毀損スル場合ニ於テ郵便物ノ運送及ヒ配達ハ行爲者自身ノ行爲ニ非スト雖モ行爲者カ活動ヲ惹起セシメタル效力(作用)即チ行爲者ノ行爲ノ直接效力ナリ此主義ニ從ヘハ行爲ノ直接效力アリタル時及ヒ所ハ即チ犯罪ノ時及ヒ場所ナリ

若シ夫レ此主義ノ如ク行爲ノ時及ヒ所ヲ以テ標準ト爲サシテ行爲ノ直接效力アリタル時及ヒ所ヲ以テ犯罪ノ時及ヒ所ナリトノ主義ヲ以テ正當ナリト爲サンカ行爲アリタル當時負責能力ナ有シタリシモ其直接效力アリタル當時此能力ヲ喪失シタカ又ハ死亡シタルモノトセハ其犯罪ハ行爲者カ無能力ト爲リタル後ノ行爲ナリト爲シ又ハ死者ノ死亡後ノ行爲ナリト爲ササルヲ得サルカ如キ奇觀ヲ生スルニ至ルヘシ

第二 結果主義

結果發生ノ時及ヒ所ヲ以テ標準ト爲シ之ニ依リ犯罪ノ時及ヒ所ヲ定メントスルノ主義ナリ此主義ニ從ヘハ例ヘハ英人香港ニ於テ相互ニ鬪争シ重傷ヲ受ケタル被害者ハ我邦ニ運レ來リ横濱ニ於テ其重傷ノ爲メ死亡シタルモノトセンカ犯罪地ハ香港ニ非スシテ横濱ナリト爲ササルヲ得ス之ト同シク邦人横濱ニ於テ鬪争シ重傷ヲ負ヒタル被害者英船内ニ運レ行キ死亡シタリトセハ犯罪ノ地ハ横濱ニ非スシテ英船内ニアリト爲ササルヲ得ス斯ノ如キ見解ハ國際法ニ反スルコトハ國際法學者間殆ント争ナキ所ナリ又此主義ニ從ハシカ犯罪ノ時ニ關シ中間效力此主義ニ付説明シタル所ト同一若クハ之ヨリ甚シキ缺點アルヲ免ルコト能ハサルヘシ

第三 折衷主義

行爲及ヒ結果發生ノ時及ヒ所ハ共ニ犯罪ノ時及ヒ所ナリト爲スモノナリ故ニ此主義ニ依レハ第一行爲者自身ノ行爲ノ時及ヒ所第二行爲者ノ行爲ニ依リ惹起セシメタル力即チ中間效力アリタル時及ヒ所第三結果發生ノ時及ヒ所ノ三者ハ孰モ犯罪ノ時及ヒ所ナリト爲スモノナリ故ニ例ヘハ在巴里ノ佛人甲カ同所ニ於テ虚偽ノ事項ノ記載

アル文書ヲ作成シ之ヲ郵便ニ付シ東京ノ米國人乙ニ送リ之ヲ欺罔シ之ヲ錯誤ニ陥レタル結果米國人乙ハ在紐育ナル其代理人丙ニ文書ヲ郵送シ同地所在ノ佛人甲ノ代理人丁ハ丙(乙ノ代理人)ヨリ金品ノ交付ヲ受ケ以テ騙取ヲ遂ケタリト假定センカ第一行為ノ所タルハ巴里第二行為ノ中間效力ノアリタル所即チ郵便ノ經由地タル佛蘭西、白耳義、獨逸、露西亞、西比利亞、日本海、東京、大平洋、合衆國第三結果發生地タル紐育ハ孰モ犯罪ノ地ナリト、ササルヲ得ス

此主義ニ從ヘンカ行為カ新舊兩法ニ跨ル場合及ヒ第一舊法當時ニ行為アリ新法當時ニ結果發生シタル場合第二行為ノ時ト結果發生ノ時トノ間ニ行為者ノ負責能力ヲ生シタル場合ニ於テ甚シキ不正ノ結果ヲ生スルコト上述ノ如キコトアルニ止ラス第三中間效力主義及ヒ結果主義ニ付キ説明シタル非難ハ此主義ノ合セテ甘受セサルヲ得サル所ナリ

第三 行為 義適用

犯罪ノ時及ヒ所ニ關スル問題ハ獨リ上述ノ場合ニ止マラス第一共犯ノ場合第二過失犯ノ場合第三不作爲犯ノ場合ニ於テモ生スルモノナリ而シテ之ニ對スル解決ハ上述行為主義中間效力主義結果主義又ハ折衷主義ノ孰ヲ採ルヤニ依リ相異ナラサルヲ得ス左ニ行為主義ニ從ヒ之カ略説ヲ試ムヘシ

第一 共犯行為ノ時及ヒ所

共犯ハ之ヲ分テ(一)共同正犯(二)加ノ二種アルコトアリ共同正犯ノ場合ニ於テハ數人共同シテ同一犯罪行為ヲ爲スモノナレハ各共同正犯者ノ行為アリタル時及ヒ所ハ即

チ同一犯罪ノ時及ヒ所ナルコトハ上述シタル所ニ依リ自ラ明白ナルヘシ故ニ特ニ説明ヲ要スルハ加功者即チ教唆及ヒ從犯ノ場合ナリトス教唆及ヒ從犯ノ場合ニ於テハ教唆行為又ハ從犯行為アリタル時及ヒ所ヲ以テ教唆者又ハ從犯者ノ犯罪ノ時及ヒ所ト爲スヘキヤ又之ニ反シテ本犯ノ犯罪タル行為アリタル時及ヒ所ヲ以テ教唆者又ハ從犯者ノ犯罪ノ時及ヒ所ナリト爲スヘキヤヲ決セサルヲ得ス此場合ニ於テハ教唆又ハ從犯タル行為ノ時及ヒ所ヲ以テ標準ト爲スヘク本犯ノ犯罪タル行為ノ時及ヒ所ヲ以テ標準ト爲スヘカラサルモノトス尤モ教唆若クハ從犯ノ行為カ罪ト爲ルハ本犯ニ之ニ因ル犯罪タル行為アリタル場合ニ限リ罪ト爲スヘシト雖モ此一事ヲ以テ本犯ノ犯罪行為ノ時及ヒ所ヲ以テ標準ト爲スヘシトノ理由ト爲スニ足ラス

第二 過失犯ノ時及ヒ所

過失犯ノ場合ニ於テ亦行為ノ時及ヒ所ヲ以テ標準ト爲シ結果發生ノ時及ヒ所ヲ以テ標準ト爲スヘカラサルコトハ上述ノ所論ニ依リ自ラ明白ナルヘシ唯茲ニ注意ヲ促スヘキハ行為ノ當時ニ於テ過失犯ニ必要ナル認識要素又ハ意思要素ヲ缺キタルヤ否ヤヲ調査スヘキモノニシテ結果發生ノ當時ニ於ケル此等要素ノ有無ハ之ヲ問フ所ニ非ラサル點ナリ

第三 不作爲犯ノ時及ヒ所

純正不作爲犯ナルト不純正不作爲犯ナルトヲ問ハス不作爲犯ノ時及ヒ所ハ行為者カ爲スヘキ義務アル作爲ヲ爲スヘキ時及ヒ所ナリトス不作爲犯(純正不作爲犯)ハ其爲スヘク命セラレタル時期(若クハ之ヲ爲スヘキ期間アリタルトキ其最終ノ時)ニ作爲ヲ爲サ

サルニ依リ成立スルモノニシテ其時間ヨリ作爲義務ノ消滅スルマテノ間繼續スルモノトス其作爲義務カ何時消滅スルヤハ此義務ヲ認メタル法令若クハ其原因タル行爲ニ依リ之ヲ決セサル可ラス故ニ例ヘハ徵兵検査ヲ受クヘキ義務ハ兵役ニ服スル義務アル者ニ限ルカ滿四十歳ニ達シタル者又ハ外國人ト爲リタル者ハ此義務ナシト爲ササルヲ得サルカ如シ又作爲ヲ爲スヘキ義務カ自己ノ作爲ニ依リ生シタル場合例ヘハ建築師カ通行人ニ危険ナル足場其他ノ設備ヲ爲シタル場合ニ於テハ之ヲ相當ニ仕直シ危険ノ發生ヲ防止セサルヘカサル義務アルカ如キ場合ニ於テ此危険ナル足場其他ノ裝置ノ繼續スル間之ヲ怠リタルトキハ其間ハ即チ有責ナル不作爲アルモノニシテ之ニ依リテ人ヲ死傷ニ致シタルトキハ過失致死傷罪ノ責ヲ免レサルヘシ一定ノ地ニテ作爲ヲ爲スヘキ者カ他ノ地ニ行キ以テ作爲ノ義務ヲ怠リタル場合ニ於テハ作爲ヲ爲スヘキ地ヲ以テ犯罪ノ所ナリト爲スヘキモノニシテ行爲者ノ現在地ヲ以テ犯罪ノ所ト爲スヘキニ非ス例ヘハ徵兵適齡ノ爲メ其本籍地ニ於テ身體検査ヲ受クヘキ義務アル者ニ外國ニ渡航シ之ヲ怠リタルトキ犯罪ノ所ハ本籍地ニシテ外國ニ非ス行爲ノ時及ヒ所ニ關スル議論盛ナルニ係ラス不作爲犯罪ノ時及ヒ所ニ關シテハ甚シキ異説ナキモノノ如シ(法學博士大場茂馬氏法律評論第二卷第九號論八一頁説)

【參照學說】

- 一 藤本博士刑法要論六九頁以下
- 二 小嶋學士新刑法論四五頁以下
- 三 泉二學士日本刑法論九六頁以下

- 四 山岡ドクトル刑法原理七一頁以下
- 五 牧野學士刑法通義一八頁以下

一五四

ニ四七 他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ其任務ニ背キタル行爲ヲ爲シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキハ五年以下ノ懲役又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス

刑法第二四七條ニ所謂財産上ノ損害トハ金錢ニ見積リ得ヘキ損害ノ謂ナリトス  
 刑法第二四七條ニ所謂目的トハ其利益又ハ損害カ決意ノ動機トナレルコトヲ要スルノ謂ナリトス

背任罪ハ任務違背ニ因ル損害其モノカ同時ニ事務處理者又ハ第三者ノ利益ニ歸スル場合ナルコトヲ要スルモノトス

職工其他ノ被傭者カ賃銀ノ高キヲ欲シテ無斷他ノ工場ニ移轉シタル場合ノ如キ縱令雇主ニ損害ヲ生シタルコトアルモ直チニ背任罪ヲ構成スルモノト言フヲ得ス

背任罪ニ關シテハ論スヘキモノ少カラス然レトモ茲ニハ單ニ其要件ニ關スル申見ノ一端ヲ述フルニ止メントス刑法第二百四十七條ニ曰ク「他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ其任務ニ背キタル行爲ヲ爲シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキハ五年以下ノ懲役又ハ千圓以下

ノ罰金ニ處ス」ト即チ是ニ由リテ責任罪ノ要件ヲ舉ケレハ左ノ如シ

(一) 本罪ノ主體ハ他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者ナルコト

他人ノ爲メニ其事務ヲ處理スル者ハ其任務ニ背キタルコトニ基因シテ處罰ヲ蒙ルモノナルカ故ニ法律上ノ義務ニ基キテ他人ノ爲メニ事務ヲ處理スルモノナラサル可カラズ而シテ其法律上ノ義務ハ法律ノ直接ノ規定ノ結果タルト裁判所ノ命令又ハ法律行爲ニ基キテ區別セス又ハ其處理スル所ノ事務ハ必スシモ法律行爲タルコトヲ要スルモノニアラスシテ(公法關係ニ於テモ亦然リ)其他ノ知能的又ハ技術的ノ事務ナルモ妨ケナシ學者ノ通常舉ケル所ノ類例ハ父母後見人不在者其他ノ者ノ財産管理人事務管理者(事務管理ニ付テハ異説アリ然レトモ義務ナクシテ他人ノ爲メニ事務ノ管理ヲ始メタル者ト雖モ一旦管理ニ著手スル以上ハ管理ノ義務ヲ生スルカ故ニ尙ホ法律上義務アルモノト爲ヌテ妨ケス)破産管財人法人ノ理事其他ノ法定代理人支配人辯護士執達吏等數名ニ過キスト雖モ苟モ刑法第二百四十七條ニ謂フ所ノ事務ヲ以テ必スシモ法律行爲タルコトヲ要セスト解スル以上ハ例ヘハ商店ノ丁稚小僧各種ノ業務ニ關スル事務員筆生工場ニ於ケル技手男女職工通常ノ家事ニ關スル下女下男門番汽車汽船電車馬車等ノ汽鐘手火夫運轉手御者車掌其他工夫土工車力人足ノ類ニ至ルマテ凡ソ委任若クハ雇傭關係ニ基キ他人ノ爲メニ一定ノ事務ヲ處理スル者ハ其事務ノ一時的ナルト繼續的ナルトヲ問ハス悉ク之ヲ包含スルモノト解セサル可カラズ

(二) 任務ニ背キタル行爲ヲ爲シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルコト

任務ニ背キタル行爲ヲ爲ストハ本人ニ對スル事務處理者ノ義務ニ違背スルコトヲ言

フ義務違背ニハ積極的ノモノト消極的ノモノトアリ積極的ノモノハ適當ニ處理スヘキコトヲ不適當ニ處理スルコトニシテ消極的ノモノハ處理スヘキコトヲ全ク處理セサルコトナリ此ノ消極的ノモノニ或特定ノ事務ノミヲ處理セサル場合ト自己ニ屬スル事務ヲ一般的ニ處理セサル場合(例ヘハ商店ノ使用人力逃走スルカ如キ雇人職工等カ同盟罷業ヲ爲スカ如キ)トアリ次ニ本人ニ財産上ノ損害ヲ加フトハ謂フマテモナク金錢ニ見積リ得ヘキ損害ヲ加フルノ義ニシテ其損害ハ事務ノ處理者カ其任務ニ背キタルニ因リテ生シタルモノナルコトヲ要ス而シテ責任罪ニ關スル刑法第二百四十七條ノ規定ハ所謂結果犯ノ規定ニアラサルカ故ニ背任罪ノ故意ハ常ニ該損害ヲ發生ノ豫見ヲモ包含セルモノナラサル可カラズ

(三) 自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ニ出テタルコト

自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テトハ是等ノ利益又ハ損害カ決意ノ動機トナレルコトヲ要スルノ趣旨ヲ示シタル文詞ナリ學者時ニ獨逸刑法ノ解釋ニ倣ヒ單ニ確定ノ故意アルヲ以テ足ルトナス者ナキニアラサレモ斯クノ如キハ日本刑法ノ解釋トシテハ全ク根據ナキモノト謂ハサル可カラズ蓋シ獨逸刑法第二百六十六條ノ規定ヲ以テ我刑法第二百六十七條ニ比スルトキハ其規定ノ體裁内容兩ナカラ著シキ懸隔アリテ到底彼ニ就テ我規定ノ解釋ヲ學フコトヲ得ヘキニアラサレハナリ而シテ茲ニ目的トスル所ノ自己若クハ第三者ノ利益並ニ本人ノ損害ハ主トシテ財産上ノ利益又ハ損害ニ限ルモノト解スヘシ蓋シ吾人日常ノ行爲ハ其道德的感情ニ基クモノヲ除キテハ他ハ殆ント皆自己又ハ他人ノ利害ノ爲メニ爲サルモノ



ノナルカ故ニ若シ茲ニ謂フ所ノ利益又ハ損害ヲ財産上ノモノニ限ラサルコトト爲ス  
トキハ苟モ本人ノ利益ヲ圖ルニ出テタル行爲ニアラサル限り悉ク之ヲ背任行爲トシ  
テ處罰セサルヲ得サルニ至ラン然レトモ背任罪ノ規定ノ適用ヲ以テ斯クノ如ク廣汎  
ナル範圍ニマテ及ホサントスルハ是レ豈立法者ノ精神ナランヤ  
以上三個ノ要件ノ具備スルトキハ他ニ一般要件ノ欠缺ナキ限り背任罪ハ立ロニ成立  
ス然レトモ刑法第二百四十七條ノ規定ハ尙ホ之ニ多少ノ制限ヲ付シテ解釋スヘキモ  
ノニアラサルカ換言スレハ以上三個ノ要件ハ尙ホ一層狭ク嚴格ニ解スルノ必要ナキ  
カ予竊ニ之ヲ惑フ例ヘハ或商店ノ使用人カ他ニ一層有利ナル奉公口ヲ索ムル爲メ偶  
々一日缺勤シ因テ主人ヲシテ營業上或損害ヲ蒙ラシメタリト言フカ如キ或工場ノ職  
工カ賃銀ノ高キヲ欲シテ無斷他ノ工場ニ轉シ工場主ヲシテ一定ノ損害ヲ蒙ラシメタ  
リト言フカ如キ支配人カ自己ノ債務ノ爲メニ差押ヲ受ケントシ金策ニ奔走中主人ノ  
業務ヲ怠リタルタメ主人ヲシテ或損害ヲ蒙ラシメタリト言フカ如キ幾多ノ會社ノ取  
締役ヲ兼擔セル者カ甲會社ノ業務ニ忙殺セラレ乙會社ノ事務ニ専ラナルヲ得サリシ  
爲メ或損害ヲ甲會社ニ與ヘタリト言フカ如キ辯護士カ事件輾轉ノ爲メ期日ヲ懈怠シ  
本人ヲシテ費用其他ニ付キ損害ヲ負擔セシメタリト言フカ如キ是等各種ノ場合ニ於  
テハ其自己若クハ第三者ノ財産上ノ利益ヲ圖リ義務違背ノ行爲ニ因リテ本人ニ財產  
上ノ損害ヲ加ヘタルモノナルカ故ニ文義上ヨリ論スルトキハ執レモ背任罪ヲ構成ス  
ルニ於テ間然スル所ナシト謂フヘキカ如シ然レトモ予ヲ以テ見レハ斯クノ如キ論結  
ハ寧ロ現代思想ノ要求ヲ超エタルモノナルノミナラス頗ル他ノ債務不履行ニ因ル權

利侵害ノ場合ニ比シテ權衡ヲ得サルノ感ナキ能ハス蓋シ不法行爲ハ悉ク犯罪行爲ナ  
ルニアラス就中其公ノ秩序ニ反スルコトノ甚ダシキモノニシテ始メテ之ヲ罰スヘキ  
ノミ予ハ右設例ノ如キ場合カ民事責任以外ニ更ニ刑事責任ヲマテ負擔セシムヘキ價  
値アルモノト信スル能ハサルナリ然ラハ刑法第二百四十七條ハ之ヲ如何ナル制限ノ  
下ニ解釋スヘキカ予ハ同條ノ要件タル目的ト結果トノ間ニ密接ナル關係ヲ認メ任務  
ニ背キタル行爲ヲ爲シ本人ニ一定ノ財産上ノ損害ヲ加フルコトカ同時ニ直接ニ自己  
又ハ第三者ヲ利スル所以ナル場合ニ限リテ背任罪ノ成立ヲ認メント欲ス(本人ヲ害ス  
ル目的ニ出テタル場合ニ付テハ特ニ言フヲ俟タス)今多ク學者ノ論スル設例ニ付テ觀  
察スルニ例ヘハ時致ノ中斷ヲ意リ本人ヲシテ權利ヲ喪失セシメタル場合ニ於テハ其  
任務違背カ債務者ノ利益ヲ圖リ若クハ本人ヲ害スル目的ニ出テタル場合ニ限リ背任  
罪ヲ構成スルモ他ニ自己ノ物件ノ爲メニ中斷手續ヲ爲スノ餘裕ナカリシ爲メナル場  
合又ハ乗合ノ馬車電車等ノ車掌カ乗客ノ乗逃ケテ看過シタル場合ニ於テハ其特ニ營  
業者ノ利益ヲ害シ又ハ其乗客ノ利益ヲ目的トスルニ出テタル場合ニ限リ背任罪ヲ構  
成スルモ自己ノ貴重ナル所持品ヲ遺失センコトヲ虞レテ敢テ追跡ヲ爲ササルカ如キ  
場合ナルトキハ執レモ背任罪ヲ構成スルモノニアラス何トナレハ是等ノ場合ニ於テ  
ル自己又ハ第三者ノ利益ハ當然各本人ノ損害ヲ表裏シテ之ニ伴フテ生スルモノニア  
ラサレハ是レト同様ニ職工其他ノ被僱者カ賃銀ノ高キヲ欲シテ無斷他ノ工場ニ轉シ  
タルカ如キ場合ニ於テモ等シク工場主ノ損害カ其半面ニ於テ同時ニ職工其他ノ被僱  
者ノ利益トナルニアラサルカ故ニ是レ亦背任罪ヲ構成スルモノト言フカラス以上

ノ其他ノ設例ニ付テ言フモ亦同様ニ論スルコトヲ得ヘシ要スルニ予ハ背任罪ニ於テハ任務違背ニ因ル損害其者カ同時ニ事務處理者又ハ第三者ノ利益ニ歸スル場合ニノ成立スルモノナルコトヲ謂ハント欲スル者ナリ若シ斯クノ如ク解セストスレハ背任罪ノ規定ノ適用ノ範圍ハ頗ル汎キニ失シ其結果ハ極メテ苛酷ナルヘキノミナラス等ニ目的タル自己又ハ第三者ノ利益ヲ以テ必スシモ財産上ノモノナルコトヲ必要トセスト爲スノ議論ニ從フトキハ被擔者カ偶々感胃ノ爲メ快動シタルカ如キ場合ニ於テモ雇主ニ幾分カノ金錢ニ見積リ得ル損害ノ豫見シ得ヘキ限リ等シク背任罪ヲ以テ撰スヘキニ至ラン(法學士宮本英修氏法律評論第二卷第一五號論說二一三頁以下)

【參照學說】

- 一 勝本博士京大四三年講義書各論二〇一頁以下
- 二 大場博士刑法各論上卷七三三頁以下
- 三 泉二學士日本刑法論九二一頁以下
- 四 牧野學士刑法通義三九五頁以下法學志林第一五卷第一二號七四頁以下
- 五 山岡博士刑法原理四四六頁以下
- 六 大審院大正三年二月四日刑三判決

至當ノ見解ト信ス第二段ニ付テハ本書第二卷刑法二九八頁參照

(一五五)

- 三八 罪ヲ犯ス意ナキ行爲ハ之ヲ罰セス但法律ニ特別ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス  
罪本重カル可クシテ犯ス知ラサル者ハ其重キニ從テ 斷スルコトヲ得
- 三九 法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲スコトヲ得但情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得
- 四〇 過失ニ因リ人ヲ傷害シタル者ハ五百圓以下ノ罰金又ハ科料ニ處ス

前項ノ罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス  
二一〇 過失ニ因リ人ヲ死ニ致シタル者ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス  
二一一 業務上必要ナル注意ヲ怠リ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ三年以下ノ禁錮又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス  
過失ハ行爲者力不注意ニ因リ具體的害悪ノ可能若クハ抽象的危險ノ可能ニ付キ了解ヲ缺キタル點ニ付キ之ヲ咎責スヘキ點アルニ止ラス尙ホ不注意ニ因リ客觀的害悪アル結果ヲ發生スヘキ行爲ヲ爲シタル意思ニ對シ非難ス可キ點アルモノトス

過失ニ要スル一般ニ注意ヲ爲ス義務ノ有無及ヒ義務アリトセハ其爲スヘキ注意ノ程度如何ハ法令若クハ慣習ニ依リ之ヲ客觀的ニ定ムヘキモノトス

刑法上ノ所謂責任トハ行爲者ノ所爲ニ付キ其非難セラルヘキ心理的動作ナリ過失トハ責任ノ二大分類ノ一ニシテ其非難セラルヘキ程度最モ輕微ナルモノナリ過失ハ非難セラルヘキ行爲ノ原因タル心理的動作タル點ニ於テ故意ト異ナル所ナシト雖モ行爲者力其行爲ニ付キ事實上ノ各要件特ニ行爲ト其結果トノ間ノ因果聯絡ヲ觀念シ之ヲ實現セシムルノ意思ナキ點ハ故意ト異ナル所ナリ行爲者力相當注意ヲ用フルトキハ避ケサル可ラサル錯誤ニ陥リ犯罪タル行爲ヲ爲スニ至リタル心理的動作ハ過失ノ實質ヲ爲スモノトス故ニ過失其ノモノニ關シ行爲者ニ觀念及ヒ意思存在スルモ之ニ缺如スル所ハ行爲ニ付キ事實上ノ各要件ノ觀念殊ニ行爲ト其結果トノ因果聯絡ノ觀念(從テ此部分ニ對スル意思要素モ亦缺如ス)ナリ此觀念ノ缺如ハ行爲者ノ避ケ得可ク且避ケサルカラサリシ錯誤ニ基ク場合ニ存スルモノトス左レハ錯誤ハ行爲者力相

當注意ヲ用フルモ到底避クル能ハサリシ場合ナルカ又ハ相當注意ヲ用フレハ之ヲ避ケ得ヘキモ斯ル注意ヲ用フルコトヲ要セサル場合ニ於テハ過失ノ觀念存スルコトナシ之ヲ要スルニ過失ハ其用フヘキ注意ヲ怠リ客觀的害惡ナル行爲ヲ爲スニ至リタル心理的動作タル點ニ於テ責任(非難セラルヘキ心理動作)存立スルモノニシテ行爲者ハ之ニ對シ罪責ヲ負擔スヘキモノトス

過失ニ存スヘキ要件ハ之ヲ故意ニ存スヘキ要件ニ比シ論究スルヲ以テ便ト爲ス故意ノ場合ニ於テハ行爲者カ其行爲ニ付キ事實上ノ各要件殊ニ行爲ト其結果トノ因果聯結ヲ觀念スルコトヲ要スルモノナレトモ過失ノ場合ニ於テハ斯ル觀念ヲ爲シ得ヘカリシコト即チ斯ル觀念ノ可能ノ存スルヲ要ス又故意ノ場合ニ於テ其觀念シタル事實ト其實現シタル事實トハ精密ニ一致スルヲ要セスシテ唯タ其大體ニ於テ符合スルヲ以テ足ルカ如ク過失ノ場合ニ於テモ亦其觀念シ得ヘカリシ事實ト實現シタル事實トハ大體ニ於テ符合スルヲ以テ足ル尙ホ故意ニ付キ行爲者ノ觀念スルヲ要セサル事項ニ付テハ過失ニ付テモ亦之カ觀念ノ可能ノ存スルコトヲ要セス故ニ過失ノ場合ニ於テハ行爲カ犯罪ノ主觀的方面ニ存スヘキ各要件及ヒ刑罰規定其他處罰條件ノ存在ニ付キ之ヲ觀念シ得ヘカリシコト即チ觀念可能ノ存在スルヲ要セス

過失ノ問題ハ主トシテ犯罪構成要件トシテ一定ノ結果發生スルコトヲ必要トスル犯罪ニ關係スルヲ以テ通常トス然レトモ理論上ヨリスレハ過失ノ存在ハ違法ナル總テノ行爲ニ付キ之ヲ想像スルコトヲ得ヘシ故ニ結果ノ發生ヲ以テ犯罪構成ノ要件ト爲ササル罪例ヘハ偽證罪ノ如キモノニ付テモ亦過失ノ存在スル場合ヲ想像スルコトヲ

得ヘシ又過失ハ總テノ犯罪實行ニ付キ之ヲ伴フヲ得ヘキモノトス故ニ獨リ作爲犯ノ場合ノミチラス不作爲犯ノ場合又ハ實害犯ノ場合ノミチラス又危險犯ノ場合ニ於テモ亦過失ヲ伴フコトヲ得ルモノトス然レトモ之ヲ故意ニ比スレハ非難セラルヘキ程度甚ダ輕微ナルカ故ニ故意ニ基ク違法行爲ハ犯罪トシテ之ヲ罰スルヲ原則トスルモ過失ニ基ク違法行爲ハ之ヲ犯罪ト爲ササルヲ原則トシ唯タ例外ノ場合ニ於テ犯罪トシテ之ヲ罰スルニ過キス法典第三十八條第一項ニ法律ニ特別ノ規定アル場合ハ此限リニ在ラスト言ヘルハ此意義ヲ明ニシタルモノニ外ナラス

過失態様ニアリ其一ハ知リタル過失即チ懈怠 (Inertia) ニシテ其二ハ知らサル過失即チ疎虞 (negligentia) ナリ左ニ之ヲ略説スヘシ元來過失ノ問題ハ主トシテ行爲ニ付キ犯罪ヲ構成スヘキ各要件特ニ行爲ト其結果トノ因果聯結ノ觀念ニ關スルモノナレハ茲ニハ獨リ所爲ト其結果トノ因果聯結ノ觀念ノミニ付キ説ク爲シ其餘ヲ推論スルヲ得セシム

(一) 知リタル過失即チ懈怠行爲者カ或行爲ヲ爲ストキハ其犯罪構成要件タル結果ヲ發生スルコトヲ觀念シタルモ其結果ハ必ス發生セスト思料シ之ヲ爲シタルニ其觀念シタルカ如キ結果ヲ發生シタル場合ニ於テ若シ行爲者ニシテ相當ノ注意即チ其事情ニ依レハ當然爲ス可キ注意ヲ爲ストキハ其結果ハ必ス發生スルカ又ハ多分發生スルナラント觀念シ得ヘキ場合ニ於テハ行爲者ニ知リタル過失即チ懈怠アルモノトス例ヘハ電車ノ進行中其前面ノ軌道ニ幼兒カ嬉遊シ居リシカ運轉手ハ該幼兒カ警鈴ニ依リ退却スヘキモノト思料シ盛ニ警鈴ヲ鳴シツツ通過シタルニ無慘ニモ幼兒ヲ轢殺シ

タル場合ノ如キハ行爲者ニ知リタル過失即チ懈怠アル場合ノ適例ナリ此場合ノ運轉手ハ幼兒ヲ殺スルコトアル可キコトヲ觀念シタルモ不注意ニモ警鈴ニ依リ之ヲ避クルヲ得ヘシト輕信シタルノ過失アリタルモノナリ此場合ニ於ケル行爲者ノ責任ハ行爲者カ其所爲ヲ爲ストキハ之ニ依リ結果ヲ發生スルコトアルヘキヲ觀念シナカラ不注意ニモ其結果ヲ發生スルコトナカル可シト輕信シ敢テ其行爲ヲ爲スニ至リタル非難スヘキ心理的動作ナリ換言スレハ行爲者カ其所爲ニ因リ具體的ニ害惡發生ノ可能ヲ知リナカラ之ヲ爲スコトヲ思ヒ止ラスシテ輕卒ニモ斯ル害惡ヲ發生スルコトナシト誤信シ敢テ客觀的害惡ヲ生スヘキ動作ヲ爲スノ意思ヲ實行シタル點ニ於テ責任存在スルモノトス斯ノ如ク説明スルトキハ懈怠ハ不確定故意ト甚シク相類似スル所アルヲ知ルヘシ然レトモ此二者ハ嚴ニ之ヲ區別セサルヘカラス懈怠ノ場合ニ於テハ行爲者カ可能ナリト觀念シタル結果ノ發生ハ斷シテ之ヲ發生セシムルノ意思ナキ場合ニシテ換言スレハ懈怠ハ行爲者ニシテ其爲サントスル行爲ニ依リ犯罪構成要素タル結果カ發生スルコトアルヘシト觀念シタルモ他ノ理由ニ依リ其發生ヲ妨クヘキモノアルコトヲ觀念シタル場合ニ限リ存ス可キモノナリ之ニ反シテ不確定故意ノ場合ニ於テ發生可能ナリト觀念シタル結果ハ必スシモ之ヲ發生セシムルノ意ナシト爲ス能ハサル場合ニシテ換言スレハ結果ノ發生スルコトアルヘキコトヲ觀念シ且之カ發生ヲ防クヘキモノアルコトヲ觀念セサルニ拘ララス敢テ其原因タル行爲ヲ爲スノ意思アル場合ニ於テ不確定故意存スルモノトス之ヲ要スルニ懈怠ト不確定故意トハ結果發生ノ可能ヲ觀念スル點ニ於テ二者擇ム所ナシト雖モ前者ハ結果ヲ發生セシムル

ノ意思ナク後者ハ此意思ナシト爲ス能ハサル點ハ兩者ヲ區別スル唯一ノ要點ナリ  
 (二) 知ラサル過失即チ疎虞行爲者カ結果ノ發生ノ可能ナルコトハ全ク之ヲ觀念セザリシモ相當ナル注意即チ事情ニ適合スル考慮ヲ爲ストキハ其發生シタル結果ヲ觀念シ得ヘカリシ場合ニ於テ行爲者ニ疎虞存スルモノトス例ヘハ電車ノ運轉手カ前面ノ軌道ニ人ノ現在スルコトニ氣付カス之ヲ殺殺セシメタル場合ノ如キ疎虞ノ場合ノ適例ナリ此場合ニ於テハ運轉手ハ人ヲ殺殺スルコトアルヘキコトハ全然之ヲ觀念セザリシモ相當ナル注意ヲ缺キタル爲メ殺殺ヲ爲スニ至リタル過失アルモノナリ疎虞ノ場合ニ於テハ行爲者ハ懈怠ノ場合ニ存スル具體的結果ノ發生ニ關スル觀念ヲ缺クスルモ之カ代リニ抽象的結果ノ發生ニ關スル觀念ヲ有シ得ヘキ境遇ニアルコトヲ要ス(若シ斯ル境遇ニ在ラサルトキハ過失ノ問題起ラス)換言スレハ行爲者ノ行爲ハ抽象的危險アルコト即チ一般ニ結果發生ノ可能ナルコトヲ觀念シ得ヘキ場合ナラサル可ラス例ヘハ乘馬ニテ急行シ又ハ蒸汽機關ヲ使用スル行爲ノ如キ又爆發藥ヲ使用シ石ヲ割ル工事ノ如ク其行爲自身ニ依リ抽象的危險ヲ生ス可キコトヲ觀念シ得ヘキ場合ニ疎虞存スルモノトス疎虞ノ場合ニ於ケル行爲者ノ責任ハ行爲者カ其現ニ爲ス行爲及ヒ其現ニ存スル境遇ニ付キ適當注意ヲ用ヒサリシカ爲メ避ケ得ヘカリシ結果ヲ發生セシメタル行爲ヲ爲スニ至リタル非難セラルヘキ心理的動作ナリ換言スレハ行爲者ノ抽象的危險ノ認識(行爲者カ相當注意ヲ用フレハ之ヲ有シ得ヘキ認識)ハ之ヲシテ害惡アル結果ノ發生ヲ避ケ得ヘキニ拘ラス相當注意ヲ怠リタルカ爲メ斯ル認識ヲ缺クシ客觀的害惡アル方法ニ於テ或ル行爲ヲ爲スノ意思ヲ實行シタル點ニ在リ