

和仏法律学校講義録

古賀, 廉造

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

1-29

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

45

(発行年 / Year)

1903-04-08



(明治三十五年十一月四日第三種郵便物認可 毎月廿一回一日至五日六日八日十日十一日十二日十三日十五日十六日十八日廿一日廿三日廿五日廿六日廿七日廿八日廿九日三十日發行)

明治三十六年四月八日發行

三十五年度 第一學年ノ二十九



和佛法律學校講義錄

第九號 (第)

和佛法律學校

第一學年第二十九號目次

刑法總論(自四三七至五三六) 法律學士 古賀廉造

雜報 ○離縁ノ訴訟當事者○二箇ノ裁判所ノ決定カ同一ニ歸シタル場合ノ再抗告○討論會○五大法律學校聯合懸賞大討論會

090
1902
1-1-29



キ數刑ヲ適用シ重キニ從ヒテ處斷スルコトヲ明言セザルトキハ檢事ハ刑法ノ精神ニ基キ唯其重キ刑ノ執行スヘキハ是レ現在行ハル所ノ慣例ナリ
論者曰ク二箇ノ確定裁判ヲ執行スルハ二箇ノ裁判所ニ於テ言渡シタル
各刑ヲ併合シ其各判決ニ適用シタル本刑ノ最長期ヲ超セザルトキハ二箇ノ判
決ヲ併セ執行スヘシ例ハ甲裁判所ニ於テ竊盜罪ニ付テ確定判決ヲ爲セリ乙
裁判所ニ於テモ亦同罪ニ付テ確定判決ヲ爲セリ而シテ甲裁判所ノ刑期ハ一年
ニシテ乙裁判所ノ刑期ハ二年ナリト假定センニ此二刑ヲ併合スルモ三年ニ過
ラズナリ而シテ竊盜ノ本刑ハ四年ヲ以テ最長期ト爲スカ故ニ未タ竊盜本刑
ノ最長期ヲ超セザリト謂フヘカラス故ニ二箇ノ刑ヲ執行スルコトヲ得ヘシ然
レトモ二箇ノ刑ヲ併合シテ本刑ノ最長期ヲ超セザルトキハ二箇ノ判決ヲ併セ執
行スルヲ得スト此論甚ク非ナリ檢事ノ職務ハ裁判所ニ於テ言渡シタル判決ヲ
執行スルニ在リ若シ檢事ニシテ數罪併發例ヲ願フナラシカニ二箇ノ確定判決
其刑期ノ如何ニ拘ハラス當ニシテ併セ執行スルヲ以テ其職務ヲ盡シタリトス
然ルニ數罪併發例アリテ刑ノ併科ヲ許サザル以上ハ其如何ナル場合ニ於テモ

二箇ノ確定判決ヲ併セ執行スルノ理由ナキヤ明白ナリ故ニ此場合ニ於テモ實際ノ慣例ニ因リ唯其重キ確定判決ヲ執行スルヲ以テ穩當ト爲スルニ依リハ刑ノ執行ニ付キ尙ホ一言スヘキモノナリ罰金ヲ併科シタル場合ニ於テ刑法第二十七條ノ規定ニ依リ之カ換刑ヲ爲ストキハ併科シタル數罰金ヲ合算シテ換刑處分ヲ爲スカ將タ各罰金ニ付テ換刑處分ヲ爲スカ若シ合算シテ換刑スルトキハ如何ナル多額ノ罰金モ之ヲ換刑シテ輕禁錮二年以上ニ出ツルコトヲ得ス且各罰金ノ端數ヲ生スルコトアルモ一之ヲ一日ニ換算スルコトヲ許サス故ニ犯人ノ爲メニ非常ノ利益アリ之ニ反シ併科シタル各罰金ニ付キ換刑スルトキハ一罰金ノ換刑期ハ二年以上ヲ超ユルコトヲ許サスト雖モ數罰金ノ換刑期ハ積テ二年以上ニ出ツルコトアリ又各罰金ノ端數ハ一之ヲ一日ニ換算スルヲ以テ犯人ノ爲メニハ非常ハ不利益アリ我輩ハ併科ノ罰金ニ付テハ併科ノ換刑ヲ爲スヲ以テ至當ナリト爲ス者ナリ刑法第二十七條第二項ノ規定ハ一罰金ニ對スル換刑處分ノ制限法ニ外ナラザルナリ

第七章 共犯ノ責任

總論

共犯トハ二人以上同一ノ意思及ヒ同一ノ目的ヲ以テ或罪ヲ犯ス場合ヲ謂フ即チ一人ニテ一罪ヲ犯ス場合ニ於テ同一ノ意思同一ノ目的ヲ以テ二人以上連帶シテ同一ノ罪ヲ犯シタル場合ナリ故ニ一人ニテ一罪ヲ犯シタル場合モ數人ニテ一罪ヲ犯シタル場合モ犯罪ノ構成上若クハ責任上何等ノ差異ノアル謂レナシ刑法數人共犯ノ責任ヲ論スルニ付テハ一人ノ責任ヲ論スル所ノ原則ヲ適用シ總テノ共犯人ヲ以テ一人ト看做シ之ニ科スルニ同一ノ刑ヲ以テシテ可ナリ別ニ數人共犯ノ原則ヲ設クルノ必要ナキニ似タリ然ルニ刑法ハ故ラニ數人共犯ノ原則ヲ設クル所以ノモノハ果シテ如何ナル理由ノ存スルアルカ曰ク刑法ハ犯人カ國家ニ及ホシタル危害ノ程度ヲ標準トシテ其責任ヲ定ムルモノナレハ各人行フ所ノ危害其程度ヲ異ニスルニ於テハ同一ノ責任ヲ科スヘキ理ナシ今數人ニテ一罪ヲ犯シタリトモ各人ノ行爲同一ニ出ツヘキモノニ非ス或

ハ輕キ行爲ヲ行フ者アリ或ハ重キ行爲ヲ行フ者アリ若シ一人ノ犯罪モ數人ノ犯罪モ同一ナリトシテ各犯人ニ對シテ同一ノ責任ヲ科セントスレハ輕キ行爲ヲ行ヒタル者ニ對シテ重キ責任ヲ科シ重キ行爲ヲ行ヒタル者ニ對シテ輕キ責任ヲ科スルノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ此ノ如キハ刑法ノ本旨ニ適ヒタリト謂フヘカラサルヲ以テ刑法ハ別ニ數人共犯ノ原則ヲ設ケ各犯人カ同一ノ罪ニ付テ行ヒタル加擔程度ノ輕重ニ應ジテ各人ノ責任ヲ定メシトテ欲セシナリ此ノ如ク共犯ハ其犯罪ニ加擔スル程度ニ應ジテ各犯人ノ責任ヲ定ムヘキモノナレハ第一加擔行爲ノ程度第二責任ノ輕重ヲ知ルノ必要アリ

(一) 加擔行爲ノ程度 加擔行爲ハ之ヲ大別シテ二ト爲ス即チ犯罪ニ直接ナル加擔行爲及ヒ犯罪ニ間接ナル加擔行爲即チ是ナリ犯罪ノ實行ニ屬スル行爲ヲ以テ直接ノ加擔行爲ト謂ヒ之ニ任スル者ヲ實行正犯ト名ク犯罪ニ先テテ或ハ豫備ノ所爲ヲ以テシ或ハ原動力ヲ以テスル行爲ヲ以テ間接ノ加擔行爲ト謂ヒ豫備ノ所爲ヲ以テスル者ヲ從犯ト名ケ原動力ヲ以テスル者ヲ教唆者ト名ク

(二) 責任ノ輕重 犯人ノ責任ヲ分チテ二ト爲ス正犯又ハ教唆者ノ責任及ヒ從

犯ノ責任是ナリ加擔程度ヨリ論スルトキハ正犯ハ直接ニ犯罪行爲ニ加擔シタル者ナレハ共犯中主タル責任ヲ負ハサルヘカラズ然レトモ間接ニ犯罪行爲ニ加擔シタル教唆者及ヒ從犯ハ共ニ正犯ノ成立ヲ成テテ而シテ後ニ其責任ヲ負モノナレハ從タル責任ヲ負擔スルヲ以テ足レリト爲スニ似タリ然ルニ刑法ハ教唆者ノ所爲ヲ以テ正犯ニ同シキモノト爲セリ是レ正犯ノ成立ハ教唆者ノ原動力ニ因リ教唆者ノ原動力ハ正犯ヲ發セシメタルモノナルヲ以テ此二者ノ責任ヲ同一視シタルナリ唯從犯ハ正犯ヲ幫助シタルニ過キタルヲ以テ正犯ヨリ多少輕キ責任ヲ負擔スヘキハ理ノ當然ナリ之ヲ要スルニ正犯教唆者ノ責任ハ刑法上同一ニシテ從犯ノ責任ハ多少輕キモノトセリ

然レトモ共犯ノ責任問題ニ付テハ現今獨佛ノ刑法學者大ニ其說ヲ闢ハシテ未タ其歸著スル所ヲ知ラサルナリガロオ氏曰ク共犯ノ責任問題ハ至テ困難ニシテ其主義未タ一致セス蓋シ一方ニ於テハ犯罪ノ共助ハ單ニ他人ノ犯罪ニ加擔スルノ謂ニ非スシテ正犯從犯ノ行ヒタル犯罪ハ各犯人ノ一身ニ專屬シ各其責任ニ任スヘキモノナリ然レトモ他ノ一方ニ於テ從犯モ猶亦正犯ノ如ク共同ノ意

思ヲ以テ種種ノ行爲ニ因リ單一ノ結果ヲ生セシムルニ付テ共同ヲ爲シタル者ナリ即チ正犯從犯共ニ法律違反ノ不可分ノ原因ヲ爲ス者ナリ此ノ如ク結果ニ於テ單一ニシテ而シテ加擔ニ於テ差異アルトキハ則チ行爲ノ連帶ヲ爲シ隨テ犯人ノ連帶ヲ生ス但從犯ノ行爲ハ正犯ノ行爲ニ附屬スヘキモ各人ノ責任ハ則チ可分ニシテ且獨立ナリ論者從犯ヲ以テ正犯ノ責任ヲ借リタル者ナリト爲スハ則チ非ナリ性質上主タル加擔行爲ト從タル加擔行爲トハ之ヲ同視シ責任上正犯ト從犯トハ之ヲ區別スヘキモノナリ

獨逸ノ刑法學者ニシテ此說ニ反對スル者二人アリ其一人ヲ「ビユリウ」氏トス其說ニ曰ク犯罪ヲ發生セシメタル原因ヨリ觀察スルトキハ犯罪ニ加擔シタル總テノ犯人ノ共同力ハ實際上同等ナラサルヘカラス之ヲ換言スレバ各共犯人ノ犯罪加擔ノ方法如何ニ拘ハラス其集合力ハ一犯罪ヲ構成スルニ付テ必要ナルモノナリ故ニ從犯ニ付テ特別ノ規定ヲ設ケタルハ全ク成文法ノ構造ニ係ルモノト謂ハサルヲ得スト其二ヲ「リスト」氏トス其說ニ曰ク犯罪ノ方ヨリ觀察スレバ正犯ノ責任ト從犯ノ責任トハ之ヲ同一視セサルヘカラスト「ガロネ」氏之ヲ駁シ

ナリ曰ク然レドモ犯罪ノ實行上ヨリ觀察セテ各犯人ノ責任ヲ以テ同一ナリト看做スハ是レ事ノ真理ヲ知ラサル者ノ說ナリ予試ニ一例ヲ設ケテ之ヲ論ゼンニ俳優數人集ヤリテ一演劇ヲ爲スアリ其演劇ハ幾多ノ俳優ヲ集合スルニ非ザレバ之ヲ演スルコト能ハスト雖モ(即チ數俳優ノ集合ヲ埃チテ始メテ一演劇ヲ爲ス者ナリ)各俳優ハ其演劇ニ付テハ各人特定ノ役技ナリテ其役技ノ範圍内ニ非ナレハ動作ヲ爲ズヲ得ズ然ルニ俳優其技ヲ誤リテ演劇全體ノ失策ト爲ルモ其失策ハ他ノ總テ俳優ノ失策ニ歸スヘキモノニ非ス共犯ニ於テ亦然リ各犯人ハ共ニ犯罪ノ惡害ヲ生セシムルニ加擔シタル者ナリ故ニ各犯人ハ各自ニ於テ犯罪ノ責任ヲ負擔セサルヘカラス然レトモ各犯人ノ犯罪全部ニ付キ同一ノ役技ヲ演シタル者ニ非ザレハ同一ノ責任ヲ負擔スルノ理ナシト

共犯責任ノ理論ニ付テハ學者ノ說一致セザルコト夫レ此ノ如シ現行刑法ノ規定ヨリ之ヲ論スレバ「ガロネ」氏ノ議論ヲ以テ正當ナリト謂ハサルヘカラスト雖モ立法上之ヲ論スルトキハ我輩ハ寧ロ獨逸派ノ學說ニ左袒セントスル者ナリ蓋シ共犯者ノ犯意ハ他人ト共ニ犯罪ヲ行フニ在リテ而シテ其犯罪行爲ノ幾部

ニ加擔シタル者ナレバ是レ罪ヲ犯スノ意思ヲ以テ犯罪行為ノ實行ニ著手シテ
 正犯者ト少シモ異ナル所ナシ未遂犯者ノ責任ト既遂犯者ノ責任相同シトスレバ
 一ノ罪ヲ犯スノ意思ヲ以テ其犯罪ニ著手シ互ニ相幫助シテ而シテ其一罪ヲ完
 成シタルトキハ事實ノ加擔程度同シカラスモモノアルモ犯意ノ程度ニ至リテ
 ハ同一ナルヲ以テ各共犯人ニ於テ同一ノ責任ヲ負フヘキハ理ノ當然ナリ若レ
 夫レ加擔行為ノ程度ニ應シテ各共犯人ノ責任ヲ異ニスベキモ是トモ未遂犯
 ノ場合ニ於テモ亦殺人ノ犯意ヲ以テ人ヲ負傷シタルトキハ殺人未遂ヲ以テ之
 ヲ論セスシテ毆打創傷罪ヲ以テ之ヲ論セザルヘカラサルノ結果ヲ生ス豈ニ此
 ノ如キノ理アリランセガロオ氏ハ共犯ノ犯罪ヲ以テ之ヲ一種ノ演劇ニ比較シ共
 犯人ヲ以テ其演劇ノ俳優ニ比セリ是レ比喻ヲ誤レルモノト謂フヘシ一演劇ノ
 事實ハ複雑ノ所爲ヲ以テ之ヲ構成スルモノニシテ單純ナル一犯罪ト同視スベ
 キモノニ非サルヲ其ハ演劇ノ事實中ニ一人ヲ殺ス者アリ人ノ財ヲ奪フ者アリ
 泣ク者アリ笑フ者不入怒ル者アリ喜ブ者アリ此數箇ノ所爲ヲ演ズルニ當リテ

各俳優ハ其所爲ノ範圍内ニ於テ技術ノ責任ヲ負スハ當然ナリト雖モ犯罪ニ於
 テハ然ラス數箇ノ共犯人ハ一罪即チ一所爲ヲ行ハントノ意思ヲ以テ其事ヲ決
 行シタル者ナレバ各共犯人ノ責任ハ固ヨリ不可分ニシテ二三アルニ非サルナ
 リ然レトモ現行刑法ノ規定ハ茲ニ出テスニテ共犯人ノ種類ヲ分別シタルハ蓋
 シガロオ氏ノ如キ論理ニ基クモ然ラズヤカニ目録ニモ之ヲ言明スルニ當リテ
 犯罪ノ加擔ニ二ノ區別アリ一ハ任意的人ノ加擔ニ必要的人ノ加擔即チ是ナリ必
 要的人ノ加擔ハ犯罪ノ構成上多數人數ヲ必要トスル場合ヲ謂フモノニシテ有夫
 ノ如キ兇徒嘯聚ノ如キ謀謀罪ノ如キハ皆是レ必要的人ノ犯罪加擔ナリ余茲ニ論
 スル所ハ必要的人ノ加擔ニ在ラスシテ唯任意的人ノ加擔ニ在ルトシ刑法ニ所謂數
 人共犯トハ則チ此任意的人ノ犯罪加擔ヲ指シタルナリ

第一節 犯罪ノ加擔

第一款 加擔條件

現行刑法ニ於テ犯罪ノ加擔ヲ謂フ所爲付テハ總テノ犯罪ニ共通スヘキ條件二

刑法論 罪刑ノ責任 共犯ノ責任 罪刑ノ加擔

アリ(一)有形上ノ條件(二)無形上ノ條件是ナリ

第一 加擔行爲ノ有形上ノ條件 加擔行爲ノ有形上ノ條件トハ犯人自ラ現實ニ其犯罪行爲ノ實體ニ付テ力ヲ致シタル場合ノミヲ謂フニ非スシテ法律ニ於テ禁制シタル行爲ニ因リテ加擔ノ意思ヲ表明スルニ足ルヘキモノアルトキハ皆有形上ノ加擔行爲アリト謂フナリ故ニ加擔行爲ハ唯犯罪ノ實體上ノ執行ニ付テ力ヲ致シタル場合ヲ指スノミニ非スシテ犯罪ノ原動者ト爲リテ原動力ヲ犯人ニ注入スルノ行爲モ亦之ヲ包含スルナリ此條件ヨリ生スヘキ結果ニアリ

第一結果 他人ノ犯罪行爲ヲ行フヲ見テ之ヲ官廳ニ告發セシテ其犯罪ノ實行ヲ馭過シタル者ハ犯罪ノ加擔者ヲ以テ論スルヲ得タルナリ例ヘハ竊盜アリ群衆ノ中ニ於テ他人ノ物品ヲ拘摸セントス予之ヲ目撃シテ之ヲ官署ニ告發セシテ竊盜ノ實行ヲ馭過セリ此場合ニ於テ予ハ竊盜ノ加擔者ヲ以テ論セラレル者ニ非サルナリ

第二結果 犯罪ヲ行フ者アルヲ見テ之ヲ防止スヘクシテ故ラニ之ヲ防止セザルトキモ亦犯罪ノ加擔者ナリト看做スヲ得タルナリ例ヘハ犯罪ノ實行ヲ容易

ナラシムルカ爲メニ其犯罪ヲ防止スルノ途ヲ知ルト雖モ故ラニ之ヲ防止セザルノ行爲ハ道德上深ク尤ムヘキモノナリト雖モ刑法上之ヲ以テ犯罪ノ加擔者ナリト看做スヲ得タルナリ何トナレハ縱令犯罪ヲ容易ナラシムルノ意思ヲ有シテ之ヲ防止セストスルモ是レ唯德義上爲スヘキノ行爲ヲ爲ササルニ過キスシテ刑法上ノ命令ヲ犯シタルモノニ非サルヲ以テナリ若シ又一步ヲ進メ犯人ヨリ其犯罪ノ實行ヲ防止セザルノ報酬トシテ多少ノ財物ヲ受ケタリトスルモ仍ホ未タ以テ犯罪ノ加擔アリト謂フヲ得サルナリ若シ犯人ヨリ受ケタル財物ニシテ犯罪ニ關スルモノナルトキハ受贖罪アリト雖モ若シ其財物ハ犯人ノ所有物ニ係ルトキハ之ヲ受ケルノ原因ハ不正ナリト雖モ其行爲ハ敢テ刑法ノ禁スル所ニ非サルヲ以テ加擔行爲アリト謂フヲ得ス

之ヲ要スルニ犯罪ノ實行ヲ馭過シ又ハ之ヲ防止セザルノ行爲ハ刑法ノ禁制命令中ニ包含セザルヲ以テ犯罪ヲ構成スヘキモノニ非サルナリ

第二 加擔行爲ノ無形上ノ條件 加擔行爲ノ無形上ノ條件ハ二アリ(一)犯罪アルヲ知ルコト(二)犯罪ノ意思ヲ有スルコト是ナリ凡ソ無形上犯罪ニ加擔スルニ

付テハ、加擔者ハ其加擔スル所ノ行為ハ犯罪ニシテ、而シテ加擔者ハ其犯罪ヲ實行致峻又ハ幫助スルノ意思ヲ有セサルヘカラサルナリ蓋シ犯罪ノ加擔ニ付テハ必ス犯罪ヲ要スヘキヲ以テナリ然レトモ正犯間ニ於テハ必ス通謀ヲ要スヘシト雖モ正犯ト從犯トノ間ニ於テハ通謀ヲ要セサルナリ苟モ加擔者ニシテ犯罪行為タルコトヲ知リテ之ヲ幫助スルノ意思ヲ有スルトキハ是レ同一ノ意思ヲ以テ同一ノ目的ヲ行フ者ナルカ故ニ共犯人ノ間ニ何等ノ通謀ヲ爲スルトナシト雖モ從犯ハ成立ス論者ハ共犯ニハ必ス意思ノ通謀ヲ要スルモノト論スルモ是レ唯正犯關係ニ於テ然ルノミニシテ一般ノ條件ニ非サルナリ刑法ニ於テハ豫備ノ所爲ヲ以テ犯罪ヲ幫助シタル者云云トアリテ未タ會テ共ニ謀リ云云ト謂フコトヲ言ハサルカ故ニ其精神ニ於テハ同一ノ犯意即チ共犯ノ犯意ニ共ニ一定ノ罪ヲ犯サントスルニ在リテ而シテ共同シテ其罪ヲ犯シタル以上ハ是レ即チ二人以上其罪ヲ犯シタル者ニシテ所謂共犯ノ條件備ハレルモノナリ更ニ之ヲ約言スレハ犯罪ノ事實タルコトヲ知リ又其犯罪ヲ共ニスルノ意思ヲ以テ幫助ノ事實ヲ行ヘハ則チ共犯ノ條件具備スルナリ其他尙ホ共犯間ニ意思ノ

通謀アルコトヲ要セス例ヘハ竊盜ヲ爲ス者アリ予之ヲ幫助スルノ意思ヲ以テ梯子ヲ以テ被害者ノ牆壁ニ掛置キタリ竊盜正犯ハ其何人ノ所爲ニ出ツルコトヲ知ラスシテ其梯子ヲ利用シ克ク竊盜ノ目的ヲ達シタリ此場合ニ於テ予ト竊盜正犯トノ間ニ於テ何等ノ通謀ヲ爲シタルニ非サルナリ然レトモ予既ニ竊盜罪ヲ犯ス者タルコトヲ知り又之ヲ幫助セントノ意思ヲ以テ梯子ヲ掛置キタルトキハ予ハ犯罪ノ事實ヲ知り又犯罪ヲ行フノ意思ヲ以テ之ヲ行ヒタル者ナレハ加擔行為ノ無形上ノ條件ヲ全ウシタルモノト謂ハサルヘカラズ是レヨリ無形上ノ條件ノ二者即チ犯罪ノ事實ヲ知ルコト及ヒ其犯罪ヲ行フノ意思ヲ要スルコトニ付キ之ヲ分離シテ説明スル所アルヘシ

(一) 犯罪ノ事實ヲ知ルコトヲ要ス 故ニ犯罪タルコトヲ知ラスシテ犯罪ヲ共ニシ又ハ之ヲ幫助シタル者ハ罪ヲ犯スノ意思ナキヲ以テ正犯ニモ非サレハ又從犯ニモ非サルナリ第四百九條ニ於テ現ニ罪ヲ犯シタル者ハトアリ又第四百九條ニハ重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知ラトアリ知ラト事偶以テ共犯ノ一條件ト爲スニ足ル然レトモ犯罪ノ事實ヲ知ルノ條件ハ共犯ニ付テハ別ニ困難ヲ生スルコト

ナシト雖モ從犯ニ付テハ之カ區別ヲ爲シテ論ゼサルヘカラサルモノアリ即チ事實ノ性質既ニ犯罪タルコトヲ知ラシムルニ足ルヘキモノナルトキハ則チ其事實ノ成立ノミニ因リ以テ犯罪ノ事實ヲ知りタル者ナルコトヲ明カニスルニ足レリ此場合ニ於テハ別ニ犯罪ノ事實ヲ知ルニ付テ他ノ證據ヲ舉クルヲ要セサルナリ若シ之ニ反シ事實ノ性質犯罪ノ事實タルコトヲ知ラシムルニ足ラサルトキハ則チ犯罪ノ事實タルコトヲ知ルヤ否ヤニ付テハ必ス確實ノ證據方法ニ依リテ之ヲ證明セサルヘカラス

(二) 共犯ノ犯意ヲ有スルコトヲ要ス 刑法第四百四條ニ曰ク二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハトアリ第五條ニハ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハトアリ罪ヲ犯シタリト謂ヒ又ハ罪ヲ犯サシムルトハ是レ皆罪ヲ犯サシムルノ意思ヲ以テシタルコト明白ナリ從犯ノ場合ニモ亦然リ第九條ニハ云云其他豫備ノ所爲ヲ以テ共犯ヲ幫助シトアリ是レ幫助ノ犯意ヲ有スルニ非サレハ縱令豫備ノ所爲ヲ以テ共犯ヲ幫助シタルノ形跡アルモ未タ以テ從犯ト爲スヲ得サルナリ第四百四條及ヒ第五百五條ニ於テハ法文上明カニ犯意ノ條件ヲ記載セス

ト雖モ現ニ罪ヲ犯スト云ヒ又ハ罪ヲ犯サシムルト云フトキハ常ニ犯意ヲ有スル場合ヲ謂フ殊ニ犯罪ヲ幫助スルト云フトキハ幫助ノ犯意ヲ有シテ然ルモノタルコトハ毫モ疑ヲ容レサルナリ凡ソ刑法ノ各本條ニ規定スル犯罪モ亦必ス犯意ヲ有シテ犯スモノタルコトハ何人モ疑ヲ容レザル所ナリ唯法文ノ各本條ニ於テ一ニ犯意ノ文字ヲ掲ケタルトキハ煩雜ニ流ルルノ恐アルヲ以テ一般ニ犯意ノ語ヲ用ヒサラシニ過キサルナリ

此故ニ若シ共犯人ハ犯罪ノ事實タルコトヲ知りテ之ニ加擔スルモ罪ヲ犯スノ意思ヲ以テセサルトキハ是レ犯意ナクシテ犯罪ノ事實ヲ行ヒタルモノニ過キサレハ固ヨリ共犯ヲ以テ論スヘキノ限ニ在ラサルナリ共犯ニ必要缺クヘカラサル條件ハ即チ總テノ共犯人ノ犯意ハ同一ノ目的タル犯罪ニ集合スルニ在リ而シテ其犯意ノ集合ハ(集合ニハ各共犯人通謀シテ其犯意ヲ集合スル場合モアレハ又何等ノ通謀ナクシテ事實上一定ノ目的ニ犯意ヲ集合スルコトモアリ或ハ之ヲ推定シヘキ場合モアレハ又推定スヘカラサル場合モアリ例ヘハ甲アリ乙ノ犯罪ヲ犯スコトヲ知り其犯罪ノ實行ニ必要ナル方法ヲ授ケタルトキハ則

テ事實上明カニ乙ノ犯意ト甲ノ犯意トハ一定ノ犯罪ニ集合セシコトヲ推定スルニ足レリ例ヘハ貨幣ヲ偽造スル機械ヲ製作シテ之ヲ所有セリ然レトモ自ラ貨幣ヲ偽造スルノ意思ヲ有スル者ニ非サリシニ偶其友人某貨幣ヲ偽造セントノ意思ヲ有シテ之ヲ機械ノ製作人ニ告ク機械ノ製作人ハ其友人カ貨幣ヲ偽造スル者ナルコトヲ知り其製作ノ機械ヲ以テ之ヲ其友人ニ與ヘタリ而シテ友人ハ此機械ヲ使用シテ貨幣ヲ偽造セリ此場合ニ於テ機械ノ製作人カ其機械ヲ以テ之ヲ友人ニ與スル一事ハ既ニ犯罪ヲ犯スヲ知リテ之ヲ幫助スルノ意思アルコトヲ推定スルニ足レリ何トナレハ其機械ハ實ニ唯ニ目的ヲ有スルモノニシテ貨幣ヲ偽造スルノ外他ニ之ヲ使用スヘキモノニ非サルヲ以テ之ヲ其貨幣ヲ偽造セントスル者ニ與フルハ則チ實ニ其犯罪ヲ幫助セントノ意思ヲ有スル者ナルコト少シモ疑フ容ヒサル所ナレハ是リ然レトモ此推定ハ必スシモ反對ノ證據ニ由リテ以テ之ヲ破壊スヘカラスト謂フニ非ス若シ甲ハ乙ノ犯罪ヲ犯スヲ知ルト雖モ乙ニ授給シテ方法ヲ乙ノ罪ヲ幫助スルノ犯意ヲ有シテ然ルニ非ス又乙ト犯罪ヲ共ニスルノ意思ヲ有シタルニ非スルコト明白ナルトキハ則

テ綜合甲ハ乙ノ犯罪ヲ知リタル事實アリト雖モ其加擔行為ハ甲ノ犯罪ヲ推定スルニ足ラサルナリ例ヘハ竊ニ博徒アリ屠人ト爭鬪シテ毆打創傷ノ刑ニ處セラレタル者ナリ其知己ノ刀劍商ヲ許テ到リ一振ノ刀ヲ購求セリ刀劍商ハ其博徒ノ素行ヲ知ルヲ以テ其刀劍購求ノ目的ハ必ス人ト鬪ハントスルニ在ルコトヲ知レリ(一歩ヲ進メテ博徒ハ刀劍商ニ爭鬪ヲ爲スノ目的ヲ有スルコトヲ明言スルモ可ナリ)而シテ博徒ノ需ニ應ジテ一振ノ刀ヲ渡シタリ其明日果シテ博徒ハ大ニ人ト鬪ヒ其刀劍ヲ用ヒテ以テ數人ヲ斬殺シタリ此場合ニ於テ刀劍商ハ果シテ從犯ヲ以テ論スヘキカ刀劍商ハ固ヨリ博徒ノ犯罪ヲ爲ス者タルコトヲ知レリ然レトモ其賣却セシ刀劍ハ全ク商業上ノ目的ニ出テ之ヲ賣リテ以テ多少ノ利益ヲ獲ント欲スルモノニシテ毫モ博徒ノ殺人犯ヲ幫助セント欲スル者ニ非サルナリ即チ刀劍商ハ刀劍ヲ賣買スルヲ以テ營業ト爲ス者ナレハ何人ニ對シテモ其刀劍ヲ賣リテ而シテ多少ノ利益ヲ獲レハ則チ可ナリ其刀劍購求ノ目的ハ敢テ問フ所ニ非サルナリ然ラハ則チ刀劍商ノ意思ハ未ダ博徒ノ意思ト共ニ殺人犯ノ上ニ集合シタルモノナリト謂フヲ得タルナリ之ヲ要スルニ犯

罪ノ成立ニ共同加擔スト雖モ若シ其犯罪ヲ補助スルノ意思ヲ有セザルトキハ未タ以テ刑法上ノ加擔行爲アリト謂フヲ得ス是ニ於テカ左ノ結果ヲ生ス(一)犯罪ノ成立ヲ補助シタルノ事實アリト雖モ犯人ト其意思ヲ同シウセズ全ク罪ヲ犯スノ意思ヲ有セザリシトキハ從犯ヲ以テ論スルヲ得ザルナリ例ヘハ竊盜アリテ予ノ留守宅ニ來リ予ノ家ヲ借ラントシテ屋内ノ構造ヲ一見セントラ求メタリ予ノ家婢ハ其竊盜タルコトヲ知ラス之ヲ導キテ屋内ノ總テノ構造ヲ知ラシム其夜竊盜ハ予カ家ニ侵入シテ財物ヲ奪略シタリ此場合ニ於テ竊盜ノ意思ハ予ノ家ニ侵入シテ竊盜ヲ爲スニ在リ而シテ予ノ家婢ハ家屋ヲ貸與スルノ意思ヲ以テ屋内ノ構造ヲ知ラシメタリ即チ竊盜ノ意思ト家婢ノ意思トハ毫モ一致スル所ナキヲ以テ縱令竊盜ハ家婢ノ力ニ依リテ竊盜ノ目的ヲ達スルコトヲ得タリト雖モ予ノ家婢ハ從犯ノ責任スヘキ者ニ非ザルナリ(二)竊盜ノ成立ニ共同加擔スト雖モ正犯ト同一ノ犯意ヲ有セザルトキハ正犯ト其責ヲ同シクスルモノニ非ザルナリ例ヘハ從犯ハ竊盜スル者ナリト信シテ門戸ヲ踰越スル者ヲ見テ之ニ一ノ梯子ヲ貸與セリ然ルニ正犯ハ其家宅内ニ侵入シ竊盜ヲ爲サス

シテ而シテ殺人罪ヲ犯セリ此場合ニ於テ從犯ハ竊盜ノ共犯人タルノ責ヲ負フヘシト雖モ殺人罪ノ共犯人タルノ責ヲ負フヘキ者ニ非ザルナリ又例ヘハ婦女ノ逃亡ヲ補助スルノ意思ヲ以テ其逃亡ニ加擔シタリ然ルニ其婦女ハ逃亡スルニ非スシテ全ク略取セララル場合ノ如キモ亦略取ノ從犯ヲ以テ論スヘキニ非ザルナリ(三)數人相謀リテ或一罪ヲ犯サントシテ偶共謀以外ノ罪ヲ犯セリ又或ハ甲ハ乙ヲ教唆シテ或罪ヲ犯サシメントシテ乙ハ偶共謀以外ノ罪ヲ犯セリ例ヘハ甲ハ乙ヲ教唆シテ銅貨偽造ヲ爲サシメントス然ルニ乙ハ銅貨ヲ偽造セシシテ金貨ヲ偽造セリ又或ハ甲ハ乙ニ對シテ私書ノ偽造ヲ爲スコトヲ教唆セリ然ルニ乙ハ私書ヲ偽造セシシテ官文書ヲ偽造セリ又或ハ甲ハ乙ヲ教唆シテ丙ヲ毆打セシメタリ然ルニ乙ハ丙ヲ殺害シタル場合ノ如シ此場合ニ於テ教唆者ノ意思ハ被教唆者ノ意思ト少シモ一致スル所ナキヲ以テ被教唆者ト同一ノ責任ニ任スル者ニ非ザルナリ又例ヘハ甲乙相謀リテ丙ヲ毆打セントス然ルニ甲ハ唯毆打ノ所爲ニ止マラスシテ直チニ丙ヲ殺害セリ此場合ニ於テモ亦甲乙ノ共謀ハ毆打ニ在リテ而シテ甲ノ所爲ハ殺人ナルヲ以テ乙ノ意思ト甲ノ意思ト

ハ未タ脅テ合スル所アリト謂フヘカラス此故ニ乙ハ甲ノ責任ヲ分ツ者ニ非ナルナリ(四)過失罪ノ成立ニ共同加擔スル者ハ其犯若クハ從犯ナリト謂フコトヲ得ルヤ若シ共犯ニハ必ス意思ノ通謀ヲ要スルトスルトモハ過失罪ニ於ケル共犯ハ意思ノ共通ヲ望ムヘカラスカ故ニ共犯ノ責任アリト謂フヲ得サルナリ然レトモ無意犯ニ付テハ事實上ノ實行正犯アルコトヲ認ムルヲ得ヘシ即チ同一ノ犯意ヲ以テ同一ノ犯罪ニ協力シタルトモハ則チ有意ノ共犯アリト謂フコトヲ得ヘク同一ノ犯意ナクシテ同一ノ犯罪行為ニ協力シタルノ事實アラハ則チ無意ノ共犯アリト謂ハサルヘカラス例ヘハ三人共同シテ往來ニ沿ヒタル一ノ大木ヲ伐倒サントシテ偶々通行人ヲ傷ケタリ此場合ニ於テ三人ハ初ヨリ通行人ヲ傷害スルノ意思ヲ有スル者ニ非ス唯大木ノ倒レタルカ爲メニ通行人ヲ傷ケタルナリ然レトモ大木ノ倒レタルハ則チ三人協力シテ之ヲ伐リタルノ結果ニ出ツルモノナレハ此三人ハ共同シテ人ヲ負傷セシメタル者ト謂ハサルヲ得ス所謂無意ノ共犯ヲ構成セルナリ

主人ノ命ニ因リ其御スル所ノ馬車ヲ疾驅セシメテ群衆中ヲ通過シ過チテ許多ノ人ニ負傷セシメタリ又ハ馬ヲ御スルノ術ヲ知ラサル者ニ任スルニ一ノ暴馬ヲ以テス忽チ馬ノ狂亂ニ因リテ許多ノ通行人ヲ負傷セシメタリ此場合ニ於テ御者ノ主人ハ其御者ニ對シテ馬車ノ疾驅ヲ命令即チ教唆シタリト雖モ疾驅ノ爲メ過チテ群衆ヲ負傷セシムルコトヲ教唆シタルニ非サルナリ又馬ヲ御スルヲ知ラサル者ニ暴馬ヲ貸與シタリト雖モ是レ亦暴馬ニ因リテ以テ人ヲ負傷セシムルカ爲メニ之ヲ貸與シタル者ニ非サレハ負傷ノ行為ト主人ノ命令又ハ暴馬ノ貸與トハ毫モ關係スル所アラサルナリ刑法第百五條ニハ人ヲ教唆シテ重罪ノ輕罪ヲ犯サシメタル者云トアリ即チ人ニ重罪輕罪ヲ犯サシムルコトヲ教唆シタル場合ヲ謂フモノナレハ今馬車ノ主人カ御者ヲ教唆スルニ馬車ノ疾驅ヲ以テスルハ未タ以テ重罪輕罪ヲ教唆シタル者ト謂フヘカラスナリ既ニ重罪輕罪ヲ教唆シタルノ事實ナシトモハ縱令御者カ過チテ人ヲ負傷セシムルモ其主人ハ其責ニ任スル者ニ非サルナリ又刑法第百九條ニ於テハ重罪輕罪ヲ犯スヲ知リ豫備ノ所爲ヲ以テ犯罪ヲ幫助シタル者ハトアリ今暴馬ノ所有者ハ其暴馬

ヲ以テ之ヲ御スルヲ知ラザル者ニ貸與スルトキハ或ハ過失ノ恐アルコトヲ豫
想セシナラン所謂重罪輕罪ヲ犯スヲ知リタルナリ而シテ尙ホ暴馬ヲ以テ之ヲ
貸與シタルハ則チ所謂豫備ノ所爲ヲ爲シタルナリ然レトモ馬ノ所有者ハ初ヨ
リ犯罪ノ補助ヲ爲スノ意思ヲ有スル者ニ非サレハ縱令此馬ニ囚リテ以テ人ヲ
負傷セシムルノ行爲ヲ發生シタリト雖モ是レ馬ノ主人ノ與リ知ル所ニ非サル
ナリ隨テ馬ノ所有者ハ此暴馬ニ原因スル過失殺傷ノ責任スル者ニ非サルナ
リ之ヲ要スルニ正犯ニ付テハ無意ノ共犯ヲ認ムルコトヲ得ト雖モ殺傷者又ハ
從犯ニ付テハ無意ノ共犯ヲ認ムルコト能ハス唯過失者獨リ其責任スルノミ

第二款 加擔責任

第一項 正犯

道理上ヨリ論スレハ正犯トハ犯罪ノ主動者ヲ謂フ即チ犯人自ラ罪ヲ犯ス意思
ヲ以テ犯罪行爲ノ一部又ハ全部ヲ自ラ實行シ又ハ實行セシメ若クハ共同實行
スルハ任ニ當ル者はナリ例ヘハ犯人自ラ人ヲ殺スノ意思ヲ以テ自ラ手ヲ下シ

テ其人ヲ殺害シタルトキハ則チ是レ犯人自ラ犯罪ヲ實行シタル者ナリ又犯人
自ラ手ヲ下シテ殺害ヲ行フコトナク他人ヲ強制シ又ハ錯誤ニ陥ラシメテ殆ト其
人ヲ器械ノ如クニ使用シ因テ以テ殺害ヲ行ハシメタルトキハ則チ是レ犯人ハ
犯罪ヲ實行セシメタル者ナリ若シ又數箇ノ犯人同一ノ目的ヲ以テ共ニ同一ノ
殺害ヲ實行スルノ任ニ當リタルトキハ是レ即チ共同實行シタル者ナリ其何レ
ノ場合ニ於テモ或ハ殺害ノ目的ヲ達シタルトキハ則チ犯罪全部ノ實行ニシテ
所謂既遂犯ノ場合ナリ若シ殺害ニ必要ナル方法ヲ行ヒ了リ又ハ其方法ニ著手
シテ遂ニ殺害ノ目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ則チ犯罪一部ノ實行ニシテ
所謂未遂犯ノ場合ナリ故ニ正犯ト爲ルニハ必スシモ犯人自ラ手ヲ下シテ目的
ノ犯罪ヲ實行スルヲ要セス又其實行モ必ス其目的ヲ達スルコトヲ要セス苟モ
犯人自身ニ於テ罪ヲ犯スノ意ヲ決シ直接間接犯罪行爲ノ主タル要素ノ全部又
ハ一部即チ未遂犯ノ程度ニ達スルマデノ行爲ノ實行ニ任シタルトキハ則チ常
ニ正犯アリト謂フコトヲ得此定義ニ依リテ殺傷者ハ之ヲ以テ直チニ正犯ナリ
ト看做スヲ得ス何トナレハ殺傷者ハ後ニ論スルカ如ク犯罪ノ原動者ニ過キス

シテ犯罪ノ實行者ニ非サレハナリ即チ單ニ犯罪ノ意思ヲ以テ之ヲ被殺者ニ
 注入シ被殺者ハ其犯意ヲ承ケテ以テ罪ヲ犯ス者ナレハ殺者ハ毫モ犯罪行
 爲ヲ實行スルノ任ニ當ル者ニ非サルナリ論者或ハ定義ノ第二場合ヲ誤解シテ
 殺者モ亦之ヲ包含スルニ非サト曰フ然レトモ殺者ハ被殺者ニ於
 テ他人ノ爲メニ犯意ヲ發起セラレテ而シテ罪ヲ犯ス場合ヲ謂フ之ニ反シ第二
 ノ場合ニ於ケル實行セシムルノ語ハ實行者ニ於テ何等ノ犯意ヲモ有セス唯
 形上器械的ノ行爲ヲ爲シタル場合ナリ即チ犯罪ノ實行者ニ於テ罪タルノ事實
 ヲ知ラス又ハ錯誤若クハ強制ニ因リテ犯罪行爲ヲ行ヒタル場合ヲ謂フ故ニ實
 行者ノ行爲ニシテ過失罪ノ責任ヲ構成セサル限ハ重罪ノ責任モ又輕罪ノ責任
 モ之ヲ構成スルモノニ非ス隨テ殺者トシテノ責任モ亦之ヲ發生セシムルヲ
 得タルナリ是レ猶ホ動物ヲ殺シテ人ヲ傷害セシムルカ如ク又弓銃ヲ使用シ
 テ人ヲ殺傷スルカ如キヲ以テ使喚者ヲ以テ正犯ト爲ササルヘカラス歐洲各國
 ノ刑法ヲ觀ルニ此論理ニ從ヒテ正犯ノ定義ヲ下シタル者甚々稀ナリ唯獨リ
 和蘭國ノ刑法ニ於テ之カ規定ヲ爲シタルヲ觀ルニミ其他ノ刑法ニ於テハ或ハ

犯罪ノ既遂犯未遂犯ヲ實行シ或ハ犯罪ノ實行ニ同時且必要ナル共同行爲ヲ爲
 シタル者ヲ以テ獨リ正犯ナリト爲シ人ヲ器械使シテ有形的ニ犯罪行爲ヲ行ハ
 シタルヲ以テ正犯ト爲スノ規定ヲ爲サス此主義ヲ採ル所ノ刑法ニ於テハ無
 論殺者ヲ以テ正犯ニ列セシムル者ニ非サルナリ又或ハ犯罪行爲タルヲ知リ
 故意ヲ以テ既遂犯又ハ未遂犯ニ屬スル行爲ヲ實行シタル者ヲ以テ正犯又ハ共
 犯ナリト爲ス者アリ此主義ニ於テハ犯罪ノ既遂未遂ノ行爲ノ實行ニ任セザル
 者ハ其犯罪ニ於ケル加擔ノ程度及ヒ方法ノ如何ニ拘ハラズ他ノ共犯人ヲ以テ
 從犯ナリト爲スナリ我刑法ハ有形上ノ犯罪行爲ヲ實行シタル者及ヒ犯罪ノ意
 思ヲ注入シテ犯罪ヲ行ハシタル者ヲ以テ正犯ト爲シ犯罪ヲ幫助シタル者ヲ
 以テ從犯ト爲セリ蓋シ正犯ハ犯罪ノ原因ト爲リタル者ヲ謂フカ故ニ殺者ノ
 如ク犯罪ノ原動力ト爲リタル者モ又自ラ犯罪ヲ實行シタル者モ共ニ同一ヲ以
 テ之ヲ論ヤサルヘカラスト云フニ在リ然レトモ犯人躬自ラ犯罪ノ意思ヲ發生
 シ而シテ躬自ラ其犯罪ヲ實行シタルトキハ其犯罪ノ主動者タリト謂フヲ得ハ
 シト雖モ若シ犯人ハ唯犯罪ノ原動力ヲ起スノミニ止マリ有形上ノ犯罪行爲ハ

毫モ之ニ關セザルトキハ是レ未タ犯罪ノ實行ニ與カレ所ノ者ニ非サレハ之ヲ目シテ犯罪ノ實行ニ任シタル者ナリト謂フヲ得ス現行刑法ニ於テ教唆者ヲ以テ正犯ナリト爲シタルハ我輩未タ其可ヲ知ラザルナリ元來正犯ハ犯罪ノ全部又ハ一部ノ實行ニ任スル者ヲ謂ヒ教唆者ハ唯犯罪ノ意思ヲ注入スルノ任ニ當リタル者ヲ謂フモノナレハ二者ノ行爲全ク同一ナラス二者ノ行爲既ニ同一ナラスシテ而シテ二者相同シト爲スハ未タ以テ道理ニ適フ所ノ規則ト謂フヲ得ス刑法改正草案ニ於テハ教唆者ヲ以テ正犯ニ準スト爲セルハ教唆者ハ完全ノ正犯ニ非ザルヲ以テナリ刑法第四百四條ニ曰ク二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ皆正犯ト爲シ各自ニ其刑ヲ科ス第五百五條ニ曰ク二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ皆正犯ト爲スト是レ刑法ハ犯罪ノ實行ニ任シタル者モ亦犯罪ノ意思ヲ注入シテ犯罪ヲ行ハシメタル者モ共ニ正犯ナリト爲シタルナリ抑モ二人以上現ニ罪ヲ犯シタルトハ果シテ如何ナル意義ヲ有スルカ文字上ヨリ之ヲ解釋スレハ二人以上同一ノ犯意ヲ以テ同一ノ犯罪ヲ共ニ實行シタル場合ヲ謂フナリ即チ二人以上ノ犯人ハ猶ホ單獨ニテ一犯罪ヲ行フカ如ク各自ニ

其目的トスル犯罪ノ全部又ハ一部ノ實行ニ任シタル者ニ非サレハ以テ正犯ト謂フヲ得ザルニ似タリ然レトモ犯罪ノ性質ニ依リテハ二人以上ハ必スシモ其犯罪ノ實行ニ任セザル場合アリ即チ二人以上共ニ一罪ヲ犯シテ謀リ其中一人ノミ犯罪ノ實行ニ任シ他ノ一人ハ殆ト其實行ニ與ラザル場合ナシトセズ此ノ如キ場合ニ於テハ實行ニ任セザル者ノ行爲カ實行ニ必要缺クヘカラザルトキハ以テ正犯ト爲スヘク其然ラザル場合ハ以テ從犯又ハ無罪ト爲スヘシ例ヘハ詐欺賭博ノ如シ詐欺賭博ハ名ヲ賭博ニ籍リテ人ノ財物ヲ騙取スルノ犯罪ナリ初メ被害者ノ職業ニ必要ナル口實ヲ設ケテ被害者ヲ一定ノ場所ニ誘引ス此誘引ノ任務ニ當ル者ハ大抵手代又ハ番頭ノ形ヲ襲ハサルヘカラス被害者其業務上ノ利益ヲ獲シコトヲ欲シテ誘引ニ應ジテ指定ノ場所ニ到レハ則チ且那ト稱スル者アリテ大ニ被害者ト其業務上ノ取引ヲ爲サントトテ議ス反物商ナレハ其反物ノ仕入ヲ注文シ車製造業ナレハ多數ノ車ヲ製造セシコトヲ注文スルノ類ナリ取引ノ談判將ニ半ナラントシテ而シテ突然且那ヲ尋テ來ル客アリ其客多クハ横濱又ハ其他都會ノ貿易商又ハ生糸商ノ類ト名乗ル所ノ者ナリ

其客且那ニ對シテ切ニ貸金ノ催促ヲ爲スヲ以テ例トス且那ハ仕入ニ必要ナル
 入口實トシテ借金ノ辨濟ヲ爲スヲ拒ム客ハ此場合ニ於テ其貸借ノ原因ハ素ト
 賭博ニ在ルヲ以テ是ヨリ更ニ賭博ヲ爲シ勝敗ヲ決シテ而シテ貸借ノ計算ヲ爲
 サンコトヲ主張ス是ニ於テカ且那ハ其議ヲ承諾シ直チニ賭場ヲ開キ一二回ノ
 勝負ヲ爲ス其勝負ニ於テ且那多クハ勝ヲ制スルナリ然ルニ客ハ且那ニ對シ其
 勝ナル部分ヲ辨濟スルコトヲ拒ミ且那ニ於テ客ト同額ノ積金ヲ爲スニ非テ
 レハ其負ケタル部分ヲ辨償セサルヘシト主張ス然ルニ且那ハ持合セノ金不足
 ナリト曰ヒ先ニ誘引シタル被害者ニ説クニ眼前數百圓ノ勝ヲ制スルト雖モ客
 ト同額ノ金圓ヲ所持セサルヲ以テ唯取引ノ結了スルマテ見セ金トシテ一時之
 ヲ備附クルニ付キ其間被害者ノ所持金ヲ貸サンコトヲ求ム被害者モ現ニ且那
 カ勝ヲ制スルヲ知リテ一時見セ金トシテ所持金ヲ貸與スルモ損害ヲ受クルノ
 恐ナシトシテ且那ノ言ヲカ儘ニ其所持金ヲ以テ見セ金ノ用ニ供ス然ルニ客ノ
 方ヨリハ其見セ金ヲ觀テ更ニ一勝負ヲ試ミンコトヲ求ム且那モ亦之ニ應シテ
 勝負ヲ爲セハ則チ今度ハ忽チ反對ノ結果ヲ生シ且那ノ大敗ニ歸ス客ハ見セ金

トシテ備ヘタル全額ノ金ヲ持去リテ其場ヲ晦マヌナリ此ノ如キ場合ニ於テ除
 欺取財ノ實行ノ任務ニ當リタル者ハ且那ト客トノ二人ニ過キサルナリ而シテ
 番頭ト爲リテ初メ被害者ヲ誘出スルノ任務ニ當リタル者ハ是レノ番頭ニ外
 ナラサルヲ以テ賭博ノ上ニ付テ一言ノ容喙ヲ許ササルナリ若シ此犯罪ヲ以テ
 第四百條ノ正文ニ照ストキハ既ニ金ヲ取リタル者ハ實ニ横濱ノ客ナルヲ以テ
 唯此客ヲ罰スルヲ以テ足レリト爲ササルヲ得ス何トナレハ且那モ又番頭モ共
 ニ詐欺取財ノ行爲ニ與リタル者ニ非サレハナリ然レトモ亦且那ト爲リタル者
 モ手段ト爲リタル者モ是レ畢竟客ト稱スル者ヲシテ見セ金ヲ奪取ラシムルノ
 方法手段ト爲リタル者ニシテ若シ且那又ハ番頭ナカリセハ到底客ト稱スル
 者ヲシテ見セ金ヲ奪去スルノ機會ヲ得セシムルコトナカリシナラン左レハ且
 那ト番頭トハ此犯罪ノ實行ニ付テ必要ノ役技ヲ演セシコト客ト少シモ異ナル
 所ナシ唯道般ノ犯罪ヲ構成スルニ付テ各自分業ノ任務ニ當リタルニ過キサレ
 ハ事實上且那ト番頭トハ犯罪ノ實行ニ關スルコトナシト雖モ犯意上犯罪實行
 ノ共犯者タラサルヘカラサルナリ然ルニ現行刑法ニ於テハ現ニ其罪ヲ犯シタ

ル者ハ云トスルヲ以テ且那ト番頭トニ共犯ト謂フヲ得サルニ似タリ然レトモ且那ト番頭ノ行爲ハ此詐欺取財ノ成立上必要缺クヘカラサルモノナルヲ以テ之ヲ以テ實行正犯ト爲スモ未タ解釋ノ範圍ヲ脱シタリト謂フヘカラス又例ヘハ二人以上共同シテ犯罪ヲ行フニ當リ一人ハ被害者ノ家屋内ニ侵入シテ財物ヲ掠取シテ之ヲ屋外ニ出シ一人ハ屋外ニ在リテ之ヲ運搬シ他ノ一人ハ少シク離レテ見張番ノ任ニ當ル此ノ如キ場合ニ於テ現ニ犯罪實行ノ任ニ當ル者ハ家屋内ニ侵入シテ財物ヲ掠取スル者ノミナリ賊物ヲ運搬シ又ハ見張番ノ任ニ當ル者ハ是レ犯罪ノ實行ヲ幫助シタル者ナリト謂フヘシト雖モ犯罪ヲ實行シタル者ナリト謂フヲ得サルナリ然レトモ亦二人ハ犯罪ノ實行中之ヲ幫助シタル者ナレハ之ヲ目スルニ從犯ヲ以テスルコトヲ得ス何トナレハ現行刑法ノ從犯ハ豫備ノ所爲ヲ以テ犯罪ヲ幫助スル者ニ限レハナリ故ニ正確ニ法律ヲ解釋スルトキハ則チ賊物ヲ運搬者ト見張者トハ正犯タルコト能ハス又從犯タルコト能ハサルヲ以テ結局之ヲ罰スルノ成文ナシト謂ハサルヘカラサルニ至ル然レトモ見張番ニシテ犯罪ノ實行上必要缺クヘカラサル者ナルトキハ正犯トシ

テ之ヲ論スルモ不可ナル所ナシ判決例ニ於テ見張番ヲ以テ正犯ナリト爲セシモ此理ニ外ナラス
 刑法改正草案ニ於テハ現行刑法ノ規定其宜キヲ得サルヲ知り特ニ現ノ字ヲ削リ二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタル者ハ皆正犯トスレト爲セリ改正草案第七二條前二例ニ照スニ改正草案ノ規定ヲ以テスレハ番頭ト且那トハ客ト共同シテ詐欺取財ヲ實行シタルヲ以テ實際財物ヲ取ルノ行爲ヲ行ヒタル者ニ非スト雖モ客ト共同シテ犯罪ヲ實行シタルヲ免レサルナリ何トナレハ客カ被害者ノ金ヲ取リタルハ番頭ト且那トノ協力以テ之ヲ取ルニ至ラシメタルハナリ又竊盜ニ付テハ被害者ノ門外ニ在リテ賊物ヲ運搬シタルハ是レ亦家宅内ニ入りタル者ト共同シテ竊盜犯ヲ實行シタルニ過キサルナリ即チ一人ハ内ニ在リテ財物ヲ出シ一人ハ外ニ在リテ之ヲ受取り各分業シテ而シテ本件ノ一罪ヲ實行シタルナリ若シ夫レ見張番ニ於テハ其犯罪ノ實行ニ必要ナル場合ト其然ラサル場合トヲ區別シ或ハ以テ正犯ト爲シ或ハ以テ從犯ト爲スナリ

第二項 教唆者

教唆罪トハ人ニ犯罪ノ意思ヲ注入シ因テ以テ犯罪ヲ行ハシムルニ由リテ成立スレ有形上犯罪事實ノ成立ニ關係スルモノニ非ス唯無形上犯罪ノ意思ヲ發起セシメタルニ過キス之ヲ換言スレハ教唆者ハ犯罪ノ意思ヲ有シテ被教唆者ノ身體ニ魅入シ被教唆者ノ身體ヲ籍リテ犯罪ヲ行ハントスル者ニ同シ刑法第七條ニ於テ教唆者ヲ以テ犯人ノ多數ニ加フルヲ得スト規定セシモ蓋シ教唆者ト被教唆者トノ身體ハ合シテ一ヲ爲ストノ趣旨ニ出タルナラシ然ルニ現行刑法ニ於テハ教唆ヲ以テ正犯ト爲ストノ規定ヲ爲セリ第一〇五條是レ教唆者ハ犯罪ノ原動者タルヲ以テ責任正犯ニ同シト云フニ在リ蓋シ犯罪ノ實行者ハ有形上犯罪ヲ實行シ教唆者ハ無形上犯罪ヲ實行シタル者ト爲シタルナリ然レトモ利法第五條ニ於テ二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ヲ以テ正犯ト爲ストノ規定ヲ設ケ犯罪ノ實行ニ當ル者ヲ以テ正犯ト爲シタル以上ハ單ニ無形上ノ實行ニ任シタル教唆者ヲ以テ直チニ正犯ト爲スハ大ニ正犯ノ定義ニ抵觸スル所

アリ若シ教唆者ノ罪ハ正犯ニ同シト爲サハ則チ是レ唯責任ノ相同シキヲ規定シタルモノナルヲ以テ別ニ批難スル所ナシト雖モ教唆者モ亦正犯ト爲ストノ規定ヲ爲スニ至リテハ正犯ニ非ナル者ヲ以テ正犯ナリト爲スト謂フニ異ナルヲ以テ未タ以テ穩當ノ規定ト謂フヲ得ス刑法改正草案ニ於テハ正犯ト教唆者トハ其所爲同一ナルモノニ非ス隨テ教唆者ヲ以テ正犯ト同視スヘカラサルヲ以テ教唆者ハ之ヲ正犯ニ準ストセリ即チ正犯ト同一ノ實ニ任スル者ナリトノ趣意ヲ明カニシタルナリ(改正草案第七三條元來一人ニテ犯罪ノ意思ヲ起シ而シテ自ラ犯罪ヲ實行シタルトキハ是レ正犯者ナリ入ニ犯罪ノ意思ヲ發起セシメ而シテ犯罪ヲ行ハシメタルトキハ即チ是レ教唆者ナリ正犯ト教唆者トハ其區別此ノ如ク明瞭ナルモノナレバ教唆者ヲ以テ正犯ニ準ストノ規定ハ蓋シ道理ニ適スル所ノ規則ナリト謂フヲ得ヘレ)

第一場合 一箇人ニ對スル教唆 刑法第五條ニ曰ク一人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ亦正犯ト爲スト本條ニ由リテ之ヲ觀レバ教唆ノ犯罪ヲ構

成スルニ付テハ二箇ノ條件ヲ必要トス(一)教唆ハ必ス一定ノ重罪又ハ輕罪ヲ行
 フコトヲ要ス(二)教唆ニ原因シテ重罪、輕罪ノ成立スルコトヲ要ス(三)重罪、輕罪
 第一條件 教唆ノ目的タル犯罪ハ必ス一定スルコトヲ要ス(四)教唆ノコトタル
 人ニ犯罪ノ意思ヲ注入シ其人ヲシテ重罪、輕罪ヲ犯シタルコトヲ謂フモノナ
 レハ其初メ犯意ヲ注入スルニ當リテ其犯罪ハ必ス一定ノモノナルヘキヤ多辯
 ヲ按テサルナリ何トナレハ犯罪一定セザレハ則チ教唆者ノ意思モ一定セズ教
 唆ノ意思一定セザレハ被教唆者ノ行ハント欲スル犯意モ一定スト謂フヲ得ス
 其意思一定セザレハ被教唆者ノ犯サント欲スル罪ハ其如何ナル罪ナルヤ得
 而シテ之ヲ知ラサルナリ此ノ如キハ教唆ノ實アリト雖モ教唆ニ原因シテ以テ
 犯罪ヲ行フコトヲ得サルナリ然ラハ則チ教唆アレハ教唆ノ目的ナルヘカ
 ス教唆ノ目的アレハ則チ一定ノ犯罪ナルヘカラス是レ教唆ニハ犯罪ノ一定
 スルヲ以テ必要條件ナリト爲ス所以ナリ第百八條ニ於テ事ヲ指定シテ犯罪ヲ
 教唆スル云云ト規定セシハ蓋シ本條ノ必要ヲ明カニセシモノナリ然レトモ教
 唆者ハ被教唆者ニ對シテ一定ノ犯罪ヲ教唆スルヲ以テ足レリトス其教唆ノ方

法ノ如キハ固ヨリ法律ヲ制限スル所ニ非タルヲ以テ敢テ之ヲ論スルノ必要ナ
 キナリ故ニ教唆者ハ被教唆者ニ對シテ或ハ復讐ノ念ヲ起サシメ或ハ鬱憤ノ情
 ヲ起サシメ因テ以テ教唆者ノ殺害セントスル所ノ者ヲ殺害セシメタルトキハ
 即チ是レ教唆ノ目的ヲ達シタル者ナリ其他單純ノ教唆ヲ以テスルモ又囑託ヲ
 以テスルモ又金錢ヲ與ヘテ之ヲ誘導スルモ其他如何ナル方法ヲ以テスルモ被
 教唆者ニ於テ教唆者ノ教唆ニ乘シテ而シテ一定ノ重罪、輕罪ヲ犯スアレハ茲ニ
 教唆ノ犯罪成立スルニ至ルモノナリ(五)教唆ノ犯罪ニ對シテ其犯罪ノ目的
 第二條件 被教唆者ハ教唆ニ因リテ而シテ重罪、輕罪ヲ犯シタルコトヲ要ス
 若シ教唆者被教唆者ヲ教唆スルニ重罪、輕罪ヲ犯スヘキコトヲ以テシテ而シテ被
 教唆者モ亦之ヲ諾シテ犯罪ヲ實行スルニ至ラスシテ而シテ止マハ即チ是レ教
 唆ノ事實アリト雖モ教唆ニ原因スル犯罪ナキヲ以テ未タ教唆者ヲ罰スルコト
 ヲ得タルナリ蓋シ教唆者ハ被教唆者ニ犯意ヲ注入シ被教唆者ヲシテ重罪、輕罪
 ヲ犯サシムルニ至リタルモノハ是レ恰モ教唆者ハ其身體ヲ無形物ト爲シ被教
 唆者ノ身體ニ入り其身體ヲ借り教唆ノ目的タル犯罪ヲ犯サシムコトヲ期シタル

者ナレハ教唆ノ目的タル犯罪ノ實行ナキヤテハ是レ唯教唆者ハ犯罪ノ意思ヲ以テ之ヲ被教唆者ノ身中ニ宿セシメタルニ過キサルカ故ニ被教唆者ノ方ヨリ觀レハ僅ニ犯罪ノ意思ヲ包藏スル者ナリト謂フヘキヲ犯罪ノ意思ハ刑法之ヲ罰セサルヲ以テ原則ト爲スカ故ニ唯教唆ノ意思ヲ以テ之ヲ人ノ身中ニ宿セシムルノ行爲モ亦之ヲ罰スルノ理由ナキヤ明カナリ是レ我刑法第百五條ニ於テ「重罪輕罪ヲ犯シシメタル者」云云トアリテ明カニ被教唆者ハ教唆ニ因リテ重罪輕罪ヲ犯スコトヲ必要ト爲セシナリ獨逸刑法ニ於テハ人カ他人ニ對シテ犯罪ノ意思ヲ注入スルノ所爲ヲ以テ既ニ危險ナリトシ教唆ニ因リテ未タ目的ノ犯罪ヲ實行スルニ至ラサルモ苟モ教唆ノ事實アル以上ハ直チニ之ヲ罰スルコトヲ爲セリ或論者ハ獨逸刑法ノ規則ヲ援用シ我刑法ニ於テモ第二條件ヲ要セスシテ直チニ教唆罪ヲ構成スヘシト爲ス者アリ是レ刑法ノ精神ヲ誤ルモノト謂フヘシ

第二場合 一般ニ對スル教唆 此場合ハ刑法ニ規定スルモノニ非シテ特ニ新聞條例及ヒ出版法ニ於テ之ヲ規定スル刑法第百五條ニ於テハ人ヲ教唆シテ重

罪輕罪ヲ犯シシメタル者ハ云云トアリテ面シテ教唆ノ方法ニ至リテハ毫モ之ヲ制限セサルヲ以テ如何ナル方法ヲ以テスルモ苟モ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯シシムルノ所爲アリタルトキハ固ヨリ本條ノ原則ヲ適用シ之ヲ罰シテ不可ナルナシ是故ニ或ハ演說ニ或ハ新聞ニ或ハ出版其他ノ方法ニ依リテ以テ犯罪ヲ教唆シ人ヲシテ教唆ノ目的タル犯罪ヲ行ハシムルニ至リタルトキハ則チ教唆ノ犯罪ヲ構成スルヲ失ハサルナリ是レ演說新聞出版ハ教唆ノ一方法タルニ過キサルヲ以テナリ然レトモ一般人ニ對シテ爲シタル教唆ヲ罰スルニ付テモ亦二箇ノ條件ヲ必要トス

第一條件 教唆ノ目的タル犯罪ハ必ス一定セサルヘカラス第一般ニ對スル教唆ニ付テモ教唆ノ目的ヲ達スルニハ犯罪ノ種類ヲ一定セサルトキハ一般人ハ如何ナル犯罪ヲ犯スヘキヤヲ知ラサルヲ以テ教唆ヲ爲スト雖モ無論其效ヲ生スルコトナカルヘシ又犯罪ノ種類ヲ定メシテ漫ニ罪ヲ犯スコトヲ教唆スレハ是レ即チ重罪ヲ教唆シタルカ將タ輕罪ヲ教唆シタルカ抑モ亦違背罪ヲ教唆シタルカ之ヲ知ルヘカラサルカ故ニ縱令其教唆ノ結果ニ因リテ重罪輕罪ヲ犯

ス者出ツアルト雖モ教唆ノ區域判明セザルハ未タ以テ教唆者ノ責任ヲ問フニ
 トヲ得サルナリ何トガレハ教唆者ノ責任ハ必ス被教唆者ノ行ヒタル犯罪ノ結
 果ニ均シキモノニ非サルヲ以テナリ故ニ一般ニ對スル教唆ノ責任ヲ斷スルニ
 付テハ被教唆者ハ或演說ノ事項中ニ於テ又ハ新聞若クハ出版物ノ記事ニ於
 テハ一定ノ犯罪ヲ犯スヘキコトヲ教唆シタル演說ヲ聽キ又ハ記事ヲ讀ミテ而
 シテ之ニ同意シ因テ以テ其演說其新聞ノ教唆セント欲スル所ノ罪ヲ犯シタル
 ノ事實ヲ舉證セザルヘカラサルナリ若シ唯演說者新聞記者ハ犯罪ヲ教唆スル
 ノ意思毫モ之ナク或ハ時事ニ感シ或ハ公益ヲ慮リテ而シテ慷慨悲憤ノ演說ヲ
 爲シ又ハ記事ヲ揭タルモノヲ見テ之ニ感シテ而シテ爲メニ不良心ヲ發生シ意
 外ノ犯罪ヲ行フカ如キハ是レ演說者新聞記者ノ與リ知ル所ニ非サルナリ何ト
 ナレハ演說者新聞記者ハ未タ會テ一定ノ犯罪ヲ犯スヘキノ教唆ヲ爲シタル者
 ニ非サレハナリ要スルニ演說者新聞記者其他ノ著述家ハ一定ノ犯罪ヲ揭ケテ
 而シテ公衆ヲシテ之ヲ犯サシムルノ言論記事ヲ公ニシタル場合ニ非サレハ教
 唆罪ノ責任ヲ構成スヘキ者ニ非サルナリ

第二條件 一般ニ對スル教唆ハ必ス公然ノ方法ヲ以テセザルヘカラス第一箇
 人ニ對スル教唆ニ付テハ公然ノ方法ヲ以テスル場合モアレハ或ハ秘密ノ方法
 ヲ以テスル場合モアリ然ルニ一般ニ對スル教唆ニ付テハ公然ノ方法ヲ以テ教
 唆罪ヲ構成スルノ必要條件ナリト爲ス蓋シ一般ニ對シテ爲ス所ノ教唆ハ被教
 唆者ノ何人タルヲ特定セズシテ凡ソ何人ト雖モ教唆者ノ犯意ニ同意ヲ表スル
 者ヲ求メントスルニ在ルカ故ニ公然ノ方法ヲ以テスルニ非サレハ其目的ヲ達
 スルコトヲ得タルナリ是故ニ教唆ノ方法ヲ公ニスルニ付テハ或ハ公然ノ場所
 ニ於テ演說ヲ爲ス可ナリ或ハ公衆ニ對シテ出版物ヲ公賣スル可ナリ或ハ各處
 ニ貼紙スル可ナリ或ハ大道ニ於テ絶叫スル可ナリ教唆ノ方法ヲ公然ニスルニ
 付テハ法律上毫モ制限アルコトナシ
 第二箇人ニ對スル教唆ハ被教唆者ニ於テ教唆ノ目的タル重罪輕罪ヲ犯スニ非
 レハ教唆罪ヲ構成スルモノニ非ス之ニ反シ一般ニ對スル教唆ニ付テハ被教唆者
 ハ必スシモ教唆ノ目的タル犯罪ヲ行フコトヲ要セザルナリ是レ第一箇人ニ對ス
 ル教唆罪ト一般ニ對スル教唆罪トノ間ニ於ケル大ナル區別ナリトス新聞紙條

例又ハ出版法若クハ集會法ニ於テ政府ヲ顛覆シ朝憲ヲ紊亂スルノ事項ヲ掲ケ又ハ演說シタル者ハ之ヲ罰スルノ規定ヲ設ケ又秩序ヲ紊亂シ風俗ヲ壞亂スルノ記事ヲ掲ケ又ハ演說ヲ爲シタル者モ亦之ヲ罰スルノ規定ヲ設ケ是レ新聞紙條例出版法又ハ集會法ニ於テ明カニ教唆ノ文字ヲ記載セスト雖モ政府ヲ顛覆シ朝憲ヲ紊亂スルノ記事演說ヲ以テ直チニ朝憲ヲ紊亂シ政府ヲ顛覆スト謂フニ非ス此記事此演說ニ因リテ以テ朝憲ヲ紊亂シ政府ヲ顛覆スル者ヲ出サシムルノ危險ヲ防カントスルノ趣旨ニ外ナラサルナリ即チ朝憲ヲ紊亂シ政府ヲ顛覆スルノ所爲ヲ教唆スルモノナリトシテ之ヲ罰セント欲スルニ在リ果シテ然ラハ一般ニ對スル教唆ニ付テハ被教唆者教唆ノ目的タル犯罪ヲ犯スコトナキモ唯教唆ノ事實アレハ則チ直チニ之ヲ罰スルコトヲ得ル場合アリト知ルヘシ」

教唆ノ説明ヲ了ルニ臨ミテ大ニ研究スヘキ一問題ヲ掲ケタルヲ得ヌ曰ク從犯ノ教唆又ハ教唆ノ教唆ハ之ヲ罰スルコトヲ得ルカ否ハ之ヲ得ルコトヲ得ヌ上來論スル所ノモノハ皆正犯ノ教唆ニ非サルモノナシ然レトモ教唆ハ必スシモ正犯ヲ目的トセザレハ之ヲ行フヲ得スト謂フヘキニ非ス或ハ從犯ヲ目的ト

シ或ハ教唆ヲ目的トシテ之ヲ行フコトヲ得ルナリ例ヘハ予ハ甲ヲ教唆スルニ乙ヲシテ丙ヲ殺スニ必要ナル毒物ヲ丁ニ與フルコトヲ以テス是レ予ハ丁ノ殺人罪ノ幫助ヲ爲ス乙ノ犯罪即チ從犯ヲ教唆シタルナリ又予ハ甲ヲ教唆スルニ乙ヲ教唆シテ丙ヲ殺スヘキコトヲ以テセリ是レ予ハ乙ノ教唆罪ヲ教唆シタルモノナリ此ノ如ク此從犯又ハ教唆ヲ教唆スル者ハ第五條ノ規則ニ依リテ以テ之ヲ罰スルコトヲ得ルヤ

第五條ヲ觀ルニ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ云トアリテ其重罪輕罪ハ從犯ト正犯トヲ區別セザルヲ以テ論者屢從犯及ヒ教唆ノ教唆モ亦猶ホ正犯ノ教唆ヲ爲シタルカ如ク之ヲ罰スルニ於テ毫モ疑ヲ容レザルナリト曰フ者アリ我輩ヲ以テ之ヲ觀ルニ論者ノ解釋ハ未タ以テ現行刑法ノ精神ヲ穿テタルモノナリト謂フヲ得ス

抑モ教唆罪ハ第五條ニ於テ始メテ規定セシ犯罪ニシテ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタルニ因リテ成立スル所ノモノナリ左レハ本條ニ所謂重罪、輕罪ト此重罪、輕罪ヲ犯サシメタル教唆罪トハ全ク別種ノ犯罪ナルコト毫モ疑ヲ

容レテ故ニ教唆ニ依リテ刑法各本條ノ重罪、輕罪ヲ犯サシメタル者ヲ以テ正犯ナリト爲スト言フトキハ則テ玆ニ所謂正犯ハ刑法各本條ニ規定スル重罪、輕罪以外ノ正犯ヲ指シキ明カナリ之ヲ換言スレハ教唆ノ目的ト爲ルヘキ重罪、輕罪ノ外ニ於テ之ヲ教唆スルニ因リテ成立スル他ノ重罪、輕罪アルヲ見ルナリ故ニ第百五條ニ包含スル重罪、輕罪ヲ教唆シテ之ヲ犯サシメタルトキハ教唆罪ヲ見ルヘント雖モ本條ニ包含セザル他ノ重罪、輕罪ヲ教唆シタル者ハ本條ノ教唆罪ヲ以テ罰スヘキモノニ非ス縱令教唆罪トシテ成立シタル犯罪ハ或ハ重罪タリ或ハ輕罪タル場合アリト雖モ是レ第百五條ニ所謂重罪、輕罪ニ非ナルヲ以テ之ヲ教唆シテ之ヲ犯サシムルモ是レ即チ教唆罪ニ非ナルナリ若シ夫レ第百五條ニ於テ「人ヲ教唆シテ重罪、輕罪ヲ犯サシメタル者」ハ亦正犯ト爲ストノ規定ナシトモカ現行刑法ニ於テ教唆罪ナル犯罪ヲ認ムルヲ得サルヘシ果シテ然ラハ教唆罪ハ全ク第百五條ノ創造ニ係リ其犯罪ハ各本條ニ規定スル重罪、輕罪ヲ犯サシメテ而シテ始メテ成立スル所ノモノナレハ刑法ハ又別ニ第百五條ノ正犯ヲ教唆スル者ヲ罰スルノ規定ヲ設クルニ非サルヨリハ教唆ノ教唆罪成立スル

ノ謂レナシ何トナレハ教唆罪ハ成文ノ規定ヲ缺テテ成立スル犯罪ナレハナリ之ヲ要スルニ現行刑法ニ於テハ教唆ノ教唆ヲ罰スルノ明文ナキヲ以テ之ヲ罰スルヲ得サルナリ

從犯ノ教唆ハ之ヲ罰スルコトヲ得ルカ 我輩ハ現行刑法ノ精神ニ於テハ從犯ノ教唆モ亦之ヲ罰スルコトヲ得スト主張セント欲ス抑モ從犯ハ其主トスル犯罪ノ性質ニ從ヒ或ハ重罪タリ或ハ輕罪タルコトヲ得ヘシ而シテ其重罪、輕罪ハ第百五條ニ所謂重罪、輕罪中ニ包含スルコトヲ得ルヲ以テ從犯ノ教唆罪ヲ主張スルハ教唆ノ教唆罪ヲ主張スルヨリ立論甚タ容易ナルニ似タリ然レトモ從犯ノ教唆ヲ罰スヘカラスト論スルニ付テハ刑法ノ規定中最モ強固ナル根據アリテ從犯ハ元來主タル犯罪ニ附屬シタル犯罪ニ過キス故ニ其犯罪ノ責任モ亦主タル犯罪ヨリモ輕シ第百九條ニ於テ「重罪、輕罪ヲ犯スコトヲ知テ……正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタル者」ハ從犯ト爲シ正犯ノ刑ニ一等ヲ減ス下規定セリ是レ從犯ノ刑罰ハ必ス正犯ヨリ重タスルコトヲ得サルヲ明カニシタルナリ然ルニ第百五條ヲ觀ルニ「人ヲ教唆シテ重罪、輕罪ヲ犯サシメタル者」ハ亦正犯ト爲ス

トアリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ若シ第五百五條ニ所謂重罪輕罪中ニ從犯タル重罪、
 輕罪ヲモ包含スルモノトセハ被教唆者タル從犯ハ正犯ヨリ一等輕キ責ニ任シ
 而シテ從犯ノ教唆ハ正犯ト同一ノ責ニ任セサルヘカラサルノ結果ヲ生スヘシ
 第八條ノ規定ヲ觀ルニ事ヲ指定シテ犯罪ヲ教唆スルニ當リ犯人教唆ニ乘シ
 其指定シタル以外ノ罪ヲ犯シ又ハ其現ニ行フ所ノ方法教唆者ノ指定シタル所
 ト殊ナル時ハ左ノ例ニ照シテ教唆者ヲ處斷ス(一)所犯教唆シタル罪ヨリ重キ時
 ハ止タ其指定シタル罪ニ從テ刑ヲ科ス(二)所犯教唆シタル罪ヨリ輕キ時ハ現ニ
 行フ所ノ罪ニ從テ刑ヲ科スト是レ其趣意實ニ正犯ノ罪ト教唆者ノ罪トハ其責
 ヲ同シウスルモ決シテ教唆者ノ責ヲ重タスヘカラスト云フニ在リ即チ刑法ハ
 本條ニ於テ二者其責ヲ同シウセサル特例ノ場合ヲ掲ケ教唆者ノ刑ハ正犯ノ刑
 ヨリ重タスヘカラサルコトヲ明カニセシナリ今假ニ從犯ヲ教唆シタル者ヲ罰
 スルヲ得ヘシトセンカ被教唆者ハ從犯ノ責任ヲ受ケ而シテ教唆者ハ正犯ノ責
 ニ任セサルヘカラサルカ故ニ忽ニシテ第八條ノ規定ニ抵觸スルニ至ルヘシ
 加之此教唆者ニ擬スルニ正犯ノ律ヲ以テセントスルモ刑法中其正條ヲ發見ス

ヘカラサルヲ如何セン之ヲ要スルニ從犯ノ教唆モ亦之ヲ罰スルコトヲ得サル
 ナリ

第一問 教唆ヲ受ケタル者教唆ノ目的タル重罪輕罪ヲ犯ササルトキト雖モ仍
 ホ教唆者ヲ罰スルニ教唆罪ヲ以テスルコトヲ得ルカ論者曰ク教唆罪ハ教唆
 ノ事實ニ因リテ既ニ犯罪ヲ構成スルモノナレハ縱令被教唆者ニ於テ重罪輕罪
 ヲ犯ササルモ教唆者ヲ罰スルニ教唆罪ヲ以テスルコトヲ得ヘシト此論大ニ非
 ナリ若シ刑法ニ於テ教唆ノ事實ヲ罰スルニ特別ノ刑罰ヲ規定スルアラハ則チ
 縱令被教唆者ニ於テ重罪輕罪ヲ犯スコトナキモ教唆罪ヲ構成スルコトヲ得
 シト雖モ現行刑法ニ於テハ教唆者ヲ罰スルニ被教唆者ト同一ノ刑ヲ以テス然
 ラハ被教唆者ヲ罰スルノ刑罰ナキ場合ニ於テハ教唆者ヲ罰スルノ刑罰ナキヤ
 火ヲ賭ルヨリモ明カナリ且刑法第五百五條ニ於テハ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯
 サシメタル者ハ云云トアリテ人ニ對シテ重罪輕罪ヲ教唆シタル者ハ云云ト罰
 ハサルナリ故ニ現行刑法ノ規定ニ依レハ教唆罪ヲ構成スルニハ必ス二條件ヲ
 要ス(一)重罪、輕罪ヲ教唆スルコトヲ要ス(二)重罪、輕罪ヲ犯スコトヲ要ス此二條件

具備スルヲ埃テテ而シテ始メテ教唆罪ノ成立ヲ觀ルナリ論者ハ獨逸刑法ニ於テ唯重罪、輕罪ヲ教唆シタル事實ヲ罰スルノ規定アルヲ觀テ之ヲ採リテ以テ我刑法ノ規則ヲ解釋セント欲ス是レ實ニ誤謬ノ最モ大ナルモノナリ獨逸刑法ニ於テハ重罪、輕罪ヲ教唆シタル者ハ云々トアリテ唯犯罪ヲ教唆スルノ事實ヲ以テ既ニ教唆罪ヲ構成スルモノト爲ス我刑法ハ重罪、輕罪ヲ犯サシメタル者ハ云々ト規定シ彼ハ教唆ノ一條件ヲ以テ教唆罪ヲ構成スト爲シ我ハ教唆ニ加フルニ重罪、輕罪ノ成立アルヲ要スト爲ス二國ノ刑法其規定ヲ異ニスルコト此ノ如クナルニモ拘ハラス其解釋ヲ一ニセントスルハ論者ノ杜撰モ亦甚シト謂フヘシ

第二問 教唆者自ラ犯スコト能ハサル犯罪ニシテ之ヲ教唆シテ犯サシメタルトキハ教唆罪ヲ構成スヘキカ 例ヘハ收賄罪ハ官吏ニ非サレハ之ヲ犯スノ資格ヲ有セス官吏ニ非サル者官吏ニ賄ルニ賄賂ヲ以テシタリ是レ教唆者自ラ犯スコト能ハサル罪ヲ以テ官吏ニ教唆シ之ヲ犯サシメタル者ナリ此場合ニ於テ賄賂者ハ收賄ノ教唆罪ヲ犯シタル者ナリト謂フヘキカ論者曰ク收賄罪ハ官吏ノ

資格ニ專屬スル所ノ犯罪ニシテ官吏以外ニ於テ之ヲ犯スコト能ハサルモノナリ即チ官吏ハ其職務ヲ汚濁スルカ故ニ之ヲ罰ス職務ナキ者ハ賄賂ヲ受クルモ汚濁スル所ノモノナキヲ以テ之ヲ罰セサルナリ賄賂者自ラ賄賂ヲ受クルモ猶ホ且犯罪ヲ構成セス況ヤ人ヲシテ收賄ノ罪ヲ犯サシムルニ於テヲヤ其教唆罪ヲ構成セサルヤ明カナリト我輩ヲ以テ之ヲ觀ルニ此論大ニ誤レリ元來教唆罪ハ人ヲ教唆シテ重罪、輕罪ヲ犯サシムルノ所爲ヲ禁セント欲セシナリ故ニ如何ナル犯罪ト雖モ人ヲ教唆シテ之ヲ犯サシメタルトキハ是レ誠ニ刑法ノ禁制ヲ破リタル者ナルヲ以テ必ス其制裁ヲ被ラサルヘカラサルナリ今賄賂者ハ自ラ賄賂ヲ贈ルノ權利アリト雖モ賄賂ヲ受クヘカラサル者ヲシテ賄賂ヲ受ケシムルノ權利ヲ有スル者ニ非サルナリ彼レ進ミテ賄賂ヲ贈ルニ非サレハ官吏ハ之ヲ受タルコトナカルヘシ彼レ進ミテ賄賂ヲ贈リタルカ故ニ官吏之ヲ受ケタリトセハ彼ハ即チ官吏ヲシテ賄賂ヲ受ケシメ賄賂ノ方法ニ依リテ以テ官吏ヲ教唆シ收賄ノ罪ヲ犯サシメタル者ナレハ所謂人ヲ教唆シテ輕罪ヲ犯サシメ

タル者ナリ其教唆ノ責ニ任スヘキヤ論ヲ竣タス論者或ハ曰ハン自ラ犯スヘカ
ラナル犯罪ニ付テハ犯意ヲ生スヘキノ理ナシ自ラ有セサルノ犯意ヲ以テ之ヲ
他人ニ注入スルヲ得ヘケンヤト我輩曰ク教唆者ノ犯意ハ人ヲシテ一定ノ罪ヲ
犯スノ意思ヲ起サシメ因テ其罪ヲ犯サシメントスルニ在リ故ニ被教唆者ノ犯
スヘキ犯罪ノ意思ハ教唆者之ヲ有スルノ必要ナシ要スルニ教唆罪ハ第百五條
ノ規定アルカ故ニ成立スル所ノ犯罪ナレハ縱令自ラ各本條ノ罪ヲ犯スノ資格
ヲ有セサル者ト雖モ本條ノ規定ヲ犯スコトヲ得サルノ理由ナシ

第三項 從犯

從犯ニモ亦其犯ニ必要ナル有形上ノ原素及ヒ無形上ノ原素ヲ具備スヘキハ勿
論ナリ而シテ以下論スル所ハ實ニ從犯ノ構成ニ特別ナル條件ナリトス
現行刑法ニ據レハ從犯ヲ構成スル場合唯ハアルノミ即チ正犯ハ實行以前ニ於
テ正犯ト爲ルヘキ者ニ對シテ豫備ノ所爲ヲ以テ之ヲ幫助スル場合即チ是ナリ
第百九條ニ曰ク「重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他

豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタル者ハ從犯ト爲シトシ
ト然ラハ其器具ヲ給與シ又ハ誘導指示スルハ是レ皆豫備中ノ所爲ニ過キスシ
テ必ス正犯ノ實行以前ニ於テセサルヘカラサル所爲ナリ第百九條ニ規定スル
器具ヲ給與シ誘導指示ストハ唯豫備ノ所爲ヲ例示シタルニ過キスシテ此ノ如
キ方法ニ屬ズル豫備ノ所爲ニ因リテ以テト謂フノ意義ナリ是レ從犯ハ唯正犯
ノ實行以前ニ於テノミ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助スルモノタルヲ謂フ所以
ナリ故ニ正犯ノ實行中若クハ實行後ニ於テハ縱令何等ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫
助スルコトアルモ從犯ヲ構成スルコトナシ論者犯罪ノ實行中ニ於テ正犯ヲ幫
助スルノ所爲モ亦從犯ヲ構成スヘシト曰フ者アリ然レドモ刑法各本條ニ於テ
特ニ實行中ノ幫助罪ヲ規定スル場合甚タ多シ第百二十一條第三職兵器金銀ヲ
賣給シ云云第百二十七條内亂ノ情ヲ知テ犯人ニ集會所ヲ給與シ云云第百八十
七條末項若シ職工ノ補助ヲ爲シテ云云第百八十八條房屋ヲ給與シ云云第二百
六十一條房屋ヲ給與云云第三百二十條其他自殺ノ幫助ヲ爲シ云云ノ規定ノ如
シ此等ノ罪々皆正犯ヲ幫助スルノ性質ヲ有スルモノナルヲ以テ其犯例ニ照シ

ヲ直チニ處分スルコトヲ得ナルヘカラス然ルニ法律特ニ此等ノ罪ヲ規定スル所以ノモノハ其幫助ノ豫備ノ所爲ヲ以テセスシテ實行中ニ於テスルカ故ナリ然ラハ則チ實行中ノ幫助ハ從犯ヲ構成セザルコト疑フ容レス佛國刑法又ハ白國刑法ニ於テハ明カニ實行中ノ語アリテ實行中ノ幫助モ其正犯タルヘキヲ規定スルカ故ニ實行中ノ從犯ニ付テ何等疑義ナシト雖モ我刑法ニ於テハ却テ實行中ノ文字ヲ明記セザル所外國刑法ト其趣旨ヲ同シクセザルヲ知ルニ足レリ大審院ノ判決例ニ於テハ實行中ノ從犯ヲ是認スルノ傾向ナキニ非サルナリ第一條件ニ從犯ノ所爲ハ正犯ニ附屬スルコトヲ要ス從犯ハ獨立罪ニ非ス必ス他ノ犯罪ニ附屬スルニ非サレバ成立スルコト能ハサルモノナリ是レ素ト他罪ノ實行以前ニ於テ豫備ノ所爲ニ由リ其犯罪ヲ幫助スルニ因リテ成立スル所ノ犯罪ナルカ故ニ此犯罪ハ必ス其幫助ヲ受クル他罪ヲ要スルヤ論ヲ埃タス是故ニ若シ正犯ノ成立セザル場合ニ於テハ從犯獨リ成立スヘキ理ナシ例ヘハ正犯竊盜ヲ爲サント欲シ門戶牆壁ヲ踰越シテ家屋內ニ侵入セントスルニ當リ從犯ハ之ヲ幫助センカ爲メニ其侵入ノ便ヲ計リ正犯ニ貸スニ梯子ヲ以テシタリ

是レ誠ニ從犯ヲ構成スルモノナリ然ルニ正犯カ侵入シタル家屋ハ他人ノ家屋ニ非ストテ我家屋ナリ其竊取シタル財物ハ他人ノ所有物ニ非スシテ自己ノ所有物ナリトセンカ此場合ニ於テハ從犯ヲ構成スルモノニ非ス是レ正犯ノ基本具備セザルヲ以テ從犯獨リ成立スルノ道理ナカレハナリ又正犯ノ基本具備シ犯罪ヲ構成スルコトアルモ其正犯大赦ニ遇フトキハ從犯モ亦其正犯ノ受タヘキ利益ヲ受タヘシ何トナレハ大赦ハ刑法カ認メテ以テ犯罪行為ヲ一變シテ犯罪ト爲ササルヲ以テナリ既ニ正犯ニシテ犯罪ト爲ラストスレハ從犯獨リ成立スルノ理ナシ又或ハ正犯ハ時効ニ因リテ消滅スレハ從犯モ消滅ス若シ正犯從犯共ニ時効ノ期間ヲ經過セントスル場合ニ於テ獨リ從犯ノミニ對シテ時効ノ中斷ヲ爲シタルトキハ正犯ノ公訴權ハ時効ニ因リテ消滅スルニ拘ハラズ從犯ノ公訴權獨リ猶ホ成立スルコトヲ得ルカ本問ハ刑事訴訟法ニ屬スヘキモノナレハ今茲ニ議論ヲ爲サス唯從犯ノ公訴權ハ消滅セスト謂フニ止ラン然レトモ刑法ノ各本條ニ於テ特ニ從犯ノ所爲ヲ罰スルノ規定ヲ設ケタルトキハ縱令正犯ノ罪ハ成立セザルモ從犯獨リ成立スルコトアリ但此場合ニ於ケル

從犯ハ總則ノ從犯ニ非スシテ實ニ特別罪ヲ構成スルナリ例ヘハ自殺補助者ノ如シ自殺ハ刑法ノ禁スル所ニ非ス然レトモ刑法第三百二十條ニ於テ人ヲ殺シテ自殺セシメ又ハ囑託ヲ受ケテ自殺人ノ爲メニ手下シタル者……其他自殺ノ補助ヲ爲シタル者ハ一等ヲ減ストアリ豫備ノ所爲ヲ以テスルト實行ノ所爲ヲ以テスルトト問ハス苟モ補助ノ所爲ヲ行フ者ハ其性質從犯ノ所爲ナリ然レトモ凡ソ此等ノ犯罪ハ從犯トシテ成立スルモノニ非スシテ特別罪トシテ成立スルカ故ニ從犯ノ規定ヲ適用スヘカラス此他正犯成立セシテ從犯獨リ成立スル場合多アリ而シテ其何レノ場合ニ在リテモ從犯ノ成立スルニハ正犯ハ必スシモ確定判決ヲ經タルコトヲ要セス苟モ正犯トシテ成立スルノ事實アル以上ハ縱令所爲ニ付テ未タ裁判ナキモ又ハ正犯ハ逃走シテ縛ニ就カサルモ又ハ正犯ハ死亡セルモ決シテ從犯ノ責ヲ消滅セシムルノ原因ト爲ルヘキモノニ非ス

此ノ如ク從犯ハ正犯ニ附屬シ正犯ト運命ヲ同シウスルモノナルヲ以テ正犯既遂犯ナレハ從犯モ亦既遂犯ト爲リ正犯未遂犯ナレハ從犯モ亦未遂犯ト爲リ正

犯不能犯ナレハ從犯モ亦不能犯ト爲リ而シテ正犯中止犯ナレハ從犯モ亦中止犯ト爲ルヘキニ似タリ然レトモ此場合ニ於テハ多少區別シテ論ゼサルヘカラス即チ正犯中止シテ何等ノ結果ヲ生セザリシトキハ從犯獨リ犯罪ノ責任スルノ理ナシ然レトモ正犯中止シテ多少ノ結果ヲ生シタルトキハ從犯ハ即チ正犯ノ結果ニ付テ受ケタル所ノ責任ヲ受ケサルヘカラス若シ夫レ從犯獨リ中止シタルトキハ如何從犯ハ正犯ヲ補助スルノ意思ヲ以テ豫備ノ所爲ヲ行ヒタリト雖モ中途ニシテ之ヲ斷念シ尙ホ進ミテ正犯ノ實行ヲ止メシコトヲ勸告シ其從ハサルヲ見テ遂ニ正犯ノ犯罪ヲ告發スルニ至レリ若シ正犯ハ從犯ノ勸告ヲ容レテ以テ其犯罪ヲ中止シ又ハ從犯ヲ告發ニ因リ犯罪ノ着手ニ至ラスシテ發覺セラレタリトセハ未タ犯罪ニ至ラサルヲ以テ從犯ノ責任ヲ問フヘキノ理ナシ然ルニ正犯ハ從犯ノ勸告又ハ告發アルニ拘ハラズ遂ニ犯罪ヲ實行シテ其目的ヲ達シタリ此場合ニ於テ從犯カ正犯ヲ補助スルノ非ヲ悟リ犯罪ノ念ヲ中止シタルハ疑フヘカラサル證據アリト雖モ從犯ハ其實ヲ免ルヘキモノニ非ス抑モ從犯ハ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ補助スルニ因リ成立スル所ノ犯罪ナリ今從犯ハ

既ニ正犯ヲ幫助スルノ意思ヲ以テ豫備ノ所爲ニ因リ現ニ正犯ヲ幫助セタリ後ニ至リ從犯ノ中止又ハ告發アルニ拘ハラス正犯ハ犯罪ヲ實行シ其目的ヲ達スルニ至リタルハ是レ從犯ノ幫助ニ原因セスハ非ス凡ソ從犯ハ犯罪ノ實行以前豫備ノ所爲ヲ行フニ因リテ成立ス故ニ正犯ヲ幫助スルノ意思ヲ以テ之ニ貸スニ豫備ノ所爲ヲ以テスレハ從犯ノ所爲ハ其時正ニ結了シ正犯ノ犯罪成立スルヲ埃テテ其責任ヲ分タント欲スル者ナリ即チ從犯ハ正犯ノ成立ヲ以テ其未必條件ト爲ス者ナリ然ルニ本問ノ場合ニ於テ正犯ハ果シテ從犯ノ勸告又ハ告發ニ因リテ其犯罪ノ實行ヲ止メタルカ曰ク然ラス正犯ハ從犯ノ勸告又ハ告發ヲ容レスシテ而シテ犯罪ノ實行ヲ爲シタルヲ以テ從犯ノ成立ニ必要ナル未必條件ハ到來セシナリ故ニ從犯ハ其責ヲ免ルルコト能ハサルナリ然レトモ若シ從犯ハ管ニ正犯ノ犯罪ヲ勸告又ハ告發スルニ止マラス進ミテ正犯ノ犯罪實行ヲ妨害スルコトアラハ或ハ其責ヲ免ルルコトヲ得例ヘハ從犯ハ正犯カ人ヲ殺ス者タルヲ知リテ之ニ貸スニ刀ヲ以テシタリ後其非ヲ悟リ其中止ヲ勸告スルモ正犯聽カス是ニ於テカ從犯ハ其貸シタル刀ヲ取還シ或ハ正犯ノ殺害ヲ妨害シ

テ以テ其犯罪ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ至ラシメタリ此ノ如キ場合ニ於テハ從犯ハ其責ヲ免ルルコトヲ得ヘシ刑法第九條ニ「重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ……犯罪ヲ容易ナラシメタル者ハ……トアリ故ニ正犯ヲ妨害スルノ事實アレハ從犯ノ成立條件ニ反スルニ至ルヲ以テ刑法ノ制裁ヲ科スルコトヲ得ス」第二條件 主タル犯罪ハ必ス重罪又ハ輕罪ナルコトヲ要ス 故ニ若シ主タル犯罪ハ違警罪ナルトキハ則チ從犯ハ縱令如何ナル方法ヲ以テ正犯ヲ幫助スルコトアルモ決シテ從犯ヲ構成スルコトナシ第九條ニ曰ク「重罪輕罪ヲ犯スコト知テ……トアリ是レ此條件ヲ要スル所以ナリ何故ニ刑法ハ違警罪ニ從犯ナシトモシカ曰ク違警罪ハ其性質極メテ輕微ニシテ國家ノ危害ヲ爲スコトモ亦極メテ小ナルカ故ニ此微罪ヲ幫助スル所爲アルモ未タ以テ國家ノ危害ヲ生セシメタリト爲スニ足ラスト云フニ在ルカ如シ且違警罪ハ多ク無意犯ナルヲ以テ猶ホ過失罪ニ於ケルカ如ク從犯ヲ構成スヘキモノニ非サルナリ」第三條件 從犯ノ加擔行爲ハ刑法ノ規定スル方法ニ依ルコトヲ要ス 刑法ノ規定スル方法ハ即チ第九條ノ規定スル所ナリ第九條ニ曰ク「……器具ヲ給

與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ所爲ヲ以テ……ト現行刑法ハ從犯ノ幫助時期ニ付テ之カ制限ヲ爲セリ即チ本條ニ規定スル豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助セタルヘカラス而シテ豫備ノ所爲ハ必ズ正犯ノ實行前ニ在ルヘキヲ以テ正犯ノ實行中又ハ實行後ニ於テスル幫助ノ事實ハ成ヘ特別罪ヲ構成スルコトアルモ從犯ヲ構成スルモノニ非ズ

(1) 器具ヲ給與スル犯罪ノ成効ニ必要ナル物件ヲ貸與スルヲ謂フ犯罪ノ成効ニ必要ナル物件中ニハ動産モアルヘク又不動産モアルヘシ然レドモ茲ニ所謂器具トハ唯動産ノミヲ指ス不動産ハ之ヲ包含セス不動産給與ノ場合ハ各本條別ニ之カ規定ヲ設ク國事犯貨幣偽造罪又ハ賭博罪中ニ規定スル房屋給與ノ場合即チ是ナリ

(2) 誘導指示 犯罪ヲ行フニ必要ナル教導ヲ爲スヲ謂フ例ヘハ雇人カ其主人ノ家屋ノ構造ヲ指示シ財産ノ所在場所ヲ告クルカ如ク又ハ邸宅ノ侵入ニ付テ便利ノ道筋ヲ教フルカ如シ是レ從犯ノ智識上ノ力ニ因リテ正犯ヲ幫助スル場合ニシテ所謂無形上ノ幫助ニ屬ス

(3) 又ハ豫備ノ所爲 總テ犯罪ノ著手以下ノ行爲ヲ謂フ即チ犯罪ニ最も近接スルモ尙ホ未タ犯罪ヲ構成スル條件ノ一部ニ達セザル行爲ニシテ犯罪ノ幫助ト爲リ以テ正犯ノ成効ヲ致シタルトキハ其方法ノ如何ヲ論セス皆豫備ノ所爲ナリト謂フ

此ノ如ク論スレハ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示スルノ所爲ハ全ク豫備ノ所爲中ニ包含スルヲ以テ豫備ノ行爲ヲ以テスト謂フトキハ他ハ之ヲ列舉スルノ必要ヲ見サルナリ唯刑法ハ豫備ノ行爲ノ意義甚タ茫漠ニ失シ終ニ捕捉スルコト能ハナランコトヲ恐レテ以テ豫備ノ事例ヲ舉ケンカ爲メニ特ニ器具ヲ給與シ若クハ誘導指示ストノ二事實ヲ掲ケタルナリ故ニ現行刑法ノ文意ヲ解スルニ當リ豫備ノ所爲例ヘハ器具ヲ給與シ若クハ誘導指示スルカ如キ所爲ヲ爲シタルトキハト讀下セハ則チ可ナラン然ルニ論者往往曲解ヲ爲シテ曰ク器具ヲ給與シ若クハ誘導指示ストハ豫備ノ例ヲ示シタルモノニ非スシテ全ク豫備ノ所爲以外ノモノヲ掲ケタルナリ即チ器具ヲ給與シ若クハ誘導指示スルハ犯罪ノ實行前ト犯罪ノ實行中トヲ問ハス常ニ從犯ヲ構成スルモノナリ故ニ第百九條ニ

規定スル器具ヲ給與シ若クハ誘導指示スト謂フ文字ニ至ルマテノ所爲ハ犯罪ノ豫備中ト犯罪ノ實行中トヲ區別セズ唯又ハ其他豫備ノ所爲トアル所爲ハ單純ニ犯罪以前ノ所爲ニ因リテ以テ正犯ヲ幫助スル場合ヲ謂フト此ノ如キ文字上ノ議論ハ誠ニ淺薄ニシテ刑法學者ノ齒スルヲ恥トスル所ナレハ敢テ反駁ノ勞ヲ吝ム我輩ハ器具給與若クハ誘導指示ノ事實ヲ以テ豫備ノ所爲ノ事例ヲ揭クルニ過キスト爲スカ故ニ現行刑法ニ所謂從犯ハ犯罪以前ニ於テ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シタル行爲ヲ謂フモノナリト解ス是故ニ犯罪ノ實行中ニ於テ幫助ヲ爲シタル者若クハ犯罪ノ實行後ニ於テ事後ノ幫助ヲ爲シタル者ハ從犯トシテ之ヲ論スルヲ得ス是ニ由リテ之ヲ觀レハ犯罪前ニ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シタル者ハ從犯ニ非スト爲セハ事ノ輕キモノニハ刑罰ヲ加ヘテ面シテ却テ事ノ重キモノニハ刑罰ヲ免スルノ弊ナキカ曰ク然ラス實行中ノ幫助ハ正犯ノ成立上必要缺クヘカラサルモノナルトキハ正犯ノ行爲ト爲スヘク其然ラサルモノハ無罪ト爲スヘシ然レトモ正犯ノ成立上必要ナラサル幫助ト雖モ之ヲ以

テ無罪ト爲スハ策ノ得タルモノニ非ス是ニ於テ刑法改正草案ハ幫助ノ時期ヲ制限セズ單ニ正犯ヲ幫助シタル者ハ從犯トストノ規定ヲ設ケタリ草案第七四條

正犯ト從犯トヲ區別スルニ付キ其利益三アリ
 第一 正犯ト從犯トハ其責任ヲ異ニス 從犯ノ刑ハ正犯ノ刑ヨリ一等級シ
 第二 加重ノ場合ニ於テ利益アリ 正犯數人ナルトキハ或犯罪ニ付テハ刑罰ヲ加重スト雖モ正犯ト從犯トヲ合セテ二人以上ナルトキハ加重ノ例ニ從ハス例ヘハ家宅侵入罪又ハ竊盜罪ニ於テ二人以上ノ共犯アルトキハ加重ノ原因ヲ爲ス蓋シ犯人多數ナルトキハ身體ニ對スル罪ト財產ニ對スル罪トヲ問ハス犯罪ノ實行甚タ容易ニシテ防禦ノ方法至テ困難ナルヲ以テ國家ノ危害ハ一人ノ犯罪ヨリ數人ノ共犯ニ於テ大ナリト云フニ在リ然ルニ從犯ハ有形上正犯ヲ幫助シテ其犯罪ヲ容易ナラシメタル者ナルヲ以テ其人數ハ二人以上ナリト雖モ從犯ハ直接ニ犯罪ノ構成條件ヲ實行シタル者ニ非スシテ犯罪ノ實行前豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シタルニ止マル而シテ豫備ノ所爲ハ刑法ノ罰スル所ニ

非ナルヲ以テ隨テ國家ノ危害ヲ增加シタルモノニ非ス故ニ刑法ハ從犯ヲ加ヘテ多數ト爲ササルナリ

第三 數人共犯ノ場合ニ於テ犯罪構成ノ條件ニ加擔シタルノ事實アリタルトキハ常ニ之ヲ罰スルコトヲ得然ルニ從犯ハ單ニ豫備ノ所爲ヲ行ヒタルニ過キサルヲ以テ獨立シテ犯罪ヲ構成スルコト能ハス必ズ正犯ノ發生ヲ埃タサルヘカラス故ニ縱令豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助スルモ若シ正犯罪ト爲ラザルトキハ從犯獨リ刑ヲ受クルコトナシ

第二節 數人共犯ニ於ケル身分上ノ關係

第一項 共犯中一人ノ免責

凡ソ重罪輕罪ノ所爲ニ加擔スル者ハ其正犯タルト從犯タルトヲ問ハス各人ニ對シテ各人ノ責任ヲ定メサルヘカラス故ニ共犯中ノ一人其罪責ヲ免ルル者アリト雖モ其無責任ノ理由ハ他ノ共犯ニ對シテ影響ヲ及ホスヘキモノニ非サルナリ此原則ノ適用ニ付テ數箇ノ場合ヲ區別ス

第一場合 犯罪事實ハ成立スルモ或原因ノ爲メニ正犯ノ責任ヲ免スル場合アリ 其原因ハ獨リ正犯ノミニ專屬スルトキハ教唆者從犯ハ其利益ヲ共ニセス例ヘハ十六歳未滿ノ幼者若クハ精神ノ喪失者ト共ニ重罪輕罪ヲ犯シタル者アリ又ハ此等ノ者ノ重罪輕罪ヲ犯スニ付テ之カ幫助ヲ爲シタル者アリ其犯罪ノ實行ニ任シタル正犯ハ或ハ是非ノ辨別ナク或ハ精神ノ喪失アルノ理由ヲ以テ犯罪ノ責ヲ免ルルト雖モ他ノ正犯若クハ從犯ハ其利益ヲ受ケス論者曰ク從犯ハ正犯ノ成立スルヲ埃チテ始メテ成立スル所ノ罪ナリ教唆者ノ罪ハ被教唆者ノ犯罪成立スルヲ埃チテ始メテ成立スル所ノ罪ナリ然ラハ則チ今正犯其犯罪ノ責ヲ免ルルコトアレハ是レ既ニ正犯ナキカ故ニ正犯ヲ以テ犯罪ノ成立條件ト爲ス所ノ教唆罪從犯ノ罪ハ獨立シテ成立スヘキモノニ非スト此論一理ナキニ非ス然レトモ我輩ノ所論ニ依レハ犯罪ノ事實ト犯罪ノ責任トハ之ヲ區別セサルヘカラス苟モ人ニシテ刑法ノ禁制命令ヲ犯スノ事實アレハ如何ナル場合ニ於テモ常ニ犯罪ノ構成ヲ見サルハナシ心神ノ健全ナル者モ精神ノ喪失者モ又是非ノ辨別ナキ者モ共ニ刑法ノ規定ニ違反シタルトキハ其違反ノ所爲ニ付

テハ毫モ異ナル所ナキヲ以テ刑法ノ原則ヨリ觀レハ刑法ノ違犯ニシテ犯罪ヲ構成セザルモノモ存スルコトアルナシ然レトモ其禁制命令ヲ犯シタル者ノ責任ニ至リテハ或ハ刑罰ノ責任ニ任セザル者アリ或ハ其實ノ減輕ヲ受タル者アリ或ハ全部ノ責ヲ免ルル者アリ夫レ此ノ如ク犯罪ノ成立ト犯罪ノ責任トハ全ク分離スヘキモノナルカ故ニ正犯ノ行為ニシテ犯罪ヲ構成センカ其犯罪ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタルヲ以テ從犯ノ責任ヲ論スルニ付テハ毫モ疑フ所ナシ其正犯カ刑罰ヲ受タルト否トハ措テ論スルノ必要ナシ刑法ハ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタル者ト謂ヘリ故ニ正犯ノ犯罪行為アリテ而シテ之ヲ幫助シ之ヲ容易ナラシメシメシメカ明カニ從犯ノ規定ニ適合スルヲ以テ從犯トシテ必ス之ヲ罰セザルヲ得ス刑法ハ正犯ノ罰セラレタル者ヲ幫助シ云云ト言ハサルナリ若シ此議論ヲ以テ非ナリト云ハハ正犯死亡スルカ若クハ逃亡シテ其何人タルコトヲ知ル能ハサルトキハ從犯ハ之ヲ罰スルコトヲ得サルニ至ラン豈ニ此ノ如キノ理アラシヤ今日ト雖モ實際正犯ノ何人タルヲ知ラサルモ又正犯ハ死亡スルモ荷モ正犯ノ事實アリタルトキハ從犯トシテ之ヲ罰スヘキハ一般論

者ノ是認スル所ナリ此等ノ場合ニ於テハ正犯ヲ罰セザルモ尙ホ克ク從犯ヲ構成スルモノト爲シ而シテ正犯ノ身分上ノ原因ニ因リテ以テ犯罪ノ責ヲ免ルル場合ニ於テハ何故ニ從犯モ亦其實ヲ免ルル者ト爲スカ論者ノ説ハ未タ條理ニ適ヒタルモノナリト謂フヘカラス我輩ノ論理ニ從フトキハ正犯ハ死亡若クハ逃亡ニ因リ刑罰ヲ免ルルコトアルモ其行為犯罪タル以上ハ之ヲ幫助シタル從犯ヲ罰スルニ於テ毫末ノ疑義ヲ扶ム所ナシ隨テ又正犯ハ是非ノ辨別ナキ十六歳未満者若クハ精神ノ喪失者ナリト雖モ之ヲ幫助シタル者ハ從犯ノ責ヲ免ルルコトヲ得サルナリ教唆者ニ付テハ同日ニシテ論スヘカラサルモノアリ教唆罪ハニ犯意ヲ發起セシメ因テ重罪ヲ犯サシムルノ犯罪ナルヲ以テ犯意ヲ發起スルノ能力ヲ有スル者ニ對スルニ非サレハ教唆ヲ行フコト能ハス隨テ是非ノ辨別ナキ未成年者又ハ精神ノ喪失者ニ對シテハ教唆ノ事實ヲ想像スルヲ得ス若シ是非ノ辨別ナキ未成年者又ハ精神ノ喪失者ヲシテ重罪ヲ行ハシメタル者ハ是レ猶ホ人ヲ強制シ又ハ錯誤ニ陥レテ犯罪ヲ行ハシメタルカ如ク殆ト人ヲ器械使シタル者ト謂ハサルヘカラス人ヲ器械使シテ犯罪ヲ行ハシメタ

シテ公訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク又正犯ノ死亡ハ正犯ノ公訴權消滅ノ原因ナ
 ント雖モ教唆者若クハ從犯ノ公訴權ヲ消滅セシムヘキモノニ非ス
 然レトモ親告罪ニ關シテハ少シク區別シテ論セサルヘカラス抑モ親告罪ハ被
 害者又ハ親屬ノ告訴ヲ待フニ非ナレハ檢事ニ於テ之ヲ公訴ヲ提起スルヲ得
 ル犯罪ナリ即チ被害者又ハ親屬ノ告訴ハ公訴提起ノ必要條件ナリ故ニ正犯ニ
 對スル公訴ヲ提起アラサル間ハ縱令身分上ノ關係大キ教唆者若クハ從犯ニ對
 シテモ亦分離シテ之ヲ公訴ヲ提起スルコトヲ得ス蓋シ親告罪以外ノ犯罪ニ付
 テハ公訴權ノ停止ハ正犯其人ニ專屬スルカ故ニ他ノ教唆者若クハ從犯ニ對シ
 テハ何等ノ影響ヲ及ボスヘキモノニ非スト雖モ親告罪ニ付テハ公訴權ノ停止
 ハ正犯ノ身上ニ專屬スルモノニ非スシテ其犯罪事實ニ附著スルモノナルヲ以
 テ正犯ニ對スル公訴起ラサル以上ハ從犯若クハ教唆者ニ對シテモ亦公訴ヲ提
 起スルコトヲ得サルナリ
 親屬間ノ竊盜ニ付テハ刑法第三百七十七條ノ規定アリ曰ク「祖父父母夫妻子
 孫及其配偶者又ハ同居ノ兄弟姉妹互ニ其財物ヲ竊取シタル者ハ竊盜ヲ以テ

論スルノ限ニ在ラス若シ他人共ニ犯シテ財物ヲ分チタル者ハ竊盜ヲ以テ論ス
 ト蓋シ親屬間ノ竊盜ハ竊盜ヲ以テ論セスト雖モ他人其竊盜ヲ共ニシテ贓物ノ
 分配ヲ受ケタルトキハ其他人ハ竊盜ヲ以テ論スヘシト云フニ在リ然ラハ則チ
 反對論理ニ因リ若シ他人共ニ犯シテ其贓物ヲ分チタル者ハ竊盜ヲ以テ論ス
 ルノ限ニ在ラスト謂フヘキカ本問ヲ解決スルニハ先ツ親屬間ノ竊盜ノ性質ヲ
 研究セサルヘカラス抑モ刑法親屬間ノ竊盜ヲ以テ竊盜罪ト爲サズト規定シテ
 ルハ親屬間ノ竊盜ハ事實上竊盜ト爲ラスト云フニ在ルカ將タ又其事實ハ竊盜
 ト爲ルヘキモ身分上之ヲ罰セサルニ在ルカ我輩ハ事實上竊盜罪ヲ構成セスト
 云フニ在ラスシテ身分上ノ關係ニ因リテ以テ特ニ其責任ヲ免除シタルニ過キ
 スト信ス何ヲ以テ之ヲ言フ曰ク第三百六十六條ノ規定ヲ以テ之ヲ言フナリ第
 三百六十六條ニ曰ク「人ノ所有物ヲ竊取シタル者ハ竊盜ノ罪ト爲シ……」ト是レ
 本條竊盜罪ノ原則ヲ示シタルモノニシテ竊盜罪ハ他人ノ所有物ヲ竊取スルニ
 因リ成立スト云フニ在リ故ニ親屬間ト雖モ自己以外ノ物件即チ他親屬ノ所有
 物ヲ竊取シタル者ハ是レ他人ノ所有物ヲ竊取シタルノ事實アルヲ以テ能ク竊

盜罪ノ定義ニ適合スルナリ然ルニ刑法特ニ第三百七十七條ヲ設ケ此事實ヲ罰スルニ竊盜罪ヲ以テスヘカラスト爲スハ是レ其事竊盜ヲ構成セスト謂フニ非スシテ唯親屬間ニ在リテハ竊盜ノ責任ヲ科セスト云フニ過キザルナリ蓋シ刑法ニ於テ親屬間ノ竊盜ヲ論スルトキハ其親屬中ニ加害者及セ被害者ノ二分子併立シテ而シテ加害者ハ刑罰ノ制裁ヲ蒙リ自ラ其非ヲ改ムルコトヲ爲サスシテ却テ深ク被害者ヲ恨ミ互ニ相反目シテ以テ遂ニ一家ノ平和ヲ敗ルニ至ルヘシ一家其平和ヲ敗ラシカ獨リ所有權ノ侵害ヲ防範スルモ何ノ益カ之アラン夫レ刑法ハ一國一家ノ治安ヲ維持センカ爲メニ之ヲ設タルモノナリ親屬間ノ竊盜ヲ罰シテ而シテ却テ其平和ヲ破ル豈ニ刑法ノ本旨ナランヤ故ニ刑法ハ一家ノ平和ヲ保タンカ爲メ寧ロ親屬間ノ竊盜ヲ論セザルヲ勝レルニ若カスト爲シ此ノ如キ規定ヲ設ケタルナリ夫レ此ノ如ク親屬間ノ竊盜ハ事實上ノ不論罪ニ非スシテ身分上ノ不論罪ナリトスレバ親屬外ノ共犯人ハ其責ヲ免ルルコトヲ得ル者ニ非サルコト多辯ヲ竣タス而シテ其財物ヲ分ツト分タサルトハ措テ罰フノ必要ナシ若シ財物ヲ分タンカ本條第二項ヲ以テ之ヲ論スヘク若シ財物

ヲ分タナラシカ竊盜罪ノ原則第三百六十六條ヲ以テ之ヲ論スヘシ論者或ハ曰ハン我輩ノ論スル所ノ如クセハ第三百七十七條第二項ノ規定ハ全ク無用ノ長物ヲラント我輩固ヨリ本項ノ規定ノ必要ナキヲ信ス然レトモ此規定ハ唯無用ノ長物ナリト云フニ過キスシテ未タ以テ竊盜罪ノ原則タル第三百六十六條ノ適用ヲ妨タルモノニ非ザルナリ之ヲ換言スレバ第三百七十七條第二項ノ規定ハ其意義ニ於テ第三百六十六條ノ適用ヲ禁止シタルモノニ非ザルナリ蓋シ第三百六十六條ハ一般ノ竊盜ヲ罰スルノ大原則ナリ若シ此原則ノ適用ヲ禁セシト欲セハ必ズ明文ノ例外法ヲ設ケタルハカラスト然ルニ第三百七十七條ハ其例外規定ニ屬スト雖モ未タ曾テ財物ヲ分タサル場合ニ付キ一言ノ規定ヲ設ケス然ラハ則テ其規定ナキ場合ニ於テ原則ノ適用ヲ爲スハ固ヨリ當然ニシテ別ニ怪シムニ足ラサルナリ

第三場合 共犯人中自首免刑ノ利益ヲ受タル者アリト雖モ自首ヲ爲サザル他ノ共犯人ハ利益ヲ共受スヘキ者ニ非ス例ハ外國事犯ノ豫備又ハ陰謀又ハ偽證罪ノ場合ニ於テ共犯人中一人ノ自首免刑ヲ受テコトアルモ(第一二六條第二二

六條其利益ハ之ヲ他ノ共犯人ニ及ホズトテ得ズイハテ第一二六條第二二之ヲ要スルニ犯罪行為全ク成立セザル限キハ共犯中ノ一人ニ對シテ無責任ノ原因ハ他ノ總テノ共犯人ニ對シテモ亦無責任ノ原因ト爲ルニ屬シテ犯罪行為全ク成立スルトキハ縱令其犯罪行為ニ關係スル一人ハ身分上ノ原因ノ爲メ無責任ノ利益ヲ受クルコトアルモ其身分ヲ有セザル他ノ共犯者其利益ヲ共ニスルキモノニ非ザルナリ

尙ホ終ニ臨ミテ論究スヘキ一問題アリ即チ數人同時ニ訴テ受ケ其中二三者無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ受ケタルトキハ他ノ共犯者ハ其利益ヲ援用スルコトヲ得ルカ此問題ヲ決スルニ付テハ左ノ數箇ノ場合ヲ區別セザルニ非カズ

(一) 共犯中ノ一人又ハ數人ニ對シテ言渡シタル免訴又ハ無罪ノ理由ハ犯罪事實ノ不成立ニ在ルトキハ其事實ニ牽聯スル總テノ共犯人ハ皆同ニ利益ヲ得ナルヘカラス

(二) 犯罪行為ノ成立ハ確實ナリト雖モ之ニ牽聯スル二三ノ共犯人ハ果以テ其犯罪行為ニ關係ヲ有スルヤ否ヤニ付テ證據不十分ナルカ爲メニ終ニ免訴又ハ

無罪ノ判決ヲ受ケタルトキハ其證據十分ナル他ノ共犯人ニ對シテ何等ノ影響ヲ及ボスヘキモノニ非ズ

(三) 大赦ニ因リテ無罪ノ裁判ヲ爲シタルトキハ大赦ノ效力ハ其犯罪事實ノ不成立ト同一ナルヲ以テ他ノ共犯人モ亦其裁判ノ利益ヲ援用スルコトヲ得ベシ若シ又時効ノ原因ニ由リ無罪ノ裁判ヲ受ケタルトキハ此時効ノ利益ヲ同シクナル他ノ共犯人モ亦其利益ヲ共ニセザル限中

第二項 共犯中一人ノ加重又ハ減輕

第一項加重ノ場合ニ加重ノ原因ニニアリ前屢論セシ如ク或ハ犯罪事實ニ附著スルモノアリ或ハ犯人ノ身上ニ附著スルモノアリ加重ノ原因犯罪ノ事實ニ附著スルモノキハ其原因ハ總テノ共犯人ニ對シテ同一ノ影響ヲ及ボス即チ犯罪ノ事實上ニ於テ加重スヘキノ情狀アルトキハ此情狀ヲ共ニシタル總テノ共犯人ハ一般ニ其加重ノ責任ヲ受ケタルヘカラス刑法第六條ニ曰ク「正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重不可キ時ハ他ノ正犯從犯及ヒ教唆者ニ及ボズ」ト

是ニ由リテ之ヲ親レハ正犯ノ事實ニ附著スルニ因リ別ニ刑ヲ加重スヘキトキハ則チ本條ニ反對解釋ニ依リ他ノ正犯徒犯及ヒ殺斃者ニ及ボスコトヲ得ヘキニ多辨ヲ曉テザルナリ例ヘハ數人共謀シテ三十日間人ヲ監禁シタリ凡シ監禁罪ハ監禁ノ日數十日ヲ過クル毎五ノ等ヲ加フルヲ以テ第三二二條三十日間ノ監禁ヲ爲シタル所爲ハ三等ノ加重ヲ爲ササルヘカラス三等ノ加重ハ全ク犯罪ノ事實ニ附著スルモノナルヲ以テ其共犯ハ皆監禁ノ日數ニ相當スル責任ニ付サルヘカラス然ルニ若シ加重ノ情狀ニシテ其犯人ノ身上ニ附著スルモノナルトキハ共犯人ノ二三者ニ對シテ科スル加重ノ責任ハ他ノ共犯人ニ對シテ其影響ヲ及ボスコトヲ得サルナリ是レ明カニ第百六條ノ規定スル所ニシテ別ニ疑義ノ存スル所ナシ而シテ正犯ノ身分ニ附著スル加重ノ情狀ニ二ノ區別アリ即チ加重ノ情狀ハ全ク犯罪行為ニ關係ナクシテ單ニ其犯人ノ一身ニ專屬スルモノアリ再犯ノ場合ヲ如シ或ハ加重ノ情狀ハ全ク犯人ノ資格ヨリ發生スル場合アリ此場合ニ在リテモ其資格ヲ有セサル他ノ共犯人ハ加重ノ責任ヲ受スヘキモノニ非サルナリ例ヘハ子孫ノ身分ヲ有スル者ト子孫ニ非サル者ト共謀シテ

祖父母父母ヲ殺ストキハ其子孫ニ付テハ故殺ト謀殺トニ拘ハラズ死刑ニ處スラルヘシト雖モ子孫ニ非タル他ノ共犯ハ故殺ト謀殺トニ從ヒ無期徒刑若クハ死刑ヲ受ケタルノミニ限リテ責任ヲ負フベシトモ論議スル所ナラズ此資格問題ニ付テハ許多ノ疑義ヲ生ス即チ官吏ト官吏ニ非タル者ト共謀シテ其官吏カ官ヨリ委託ヲ受ケタル金穀物件ヲ使用シタリ此場合ニ於テ官吏ハ監守盜ノ責ニ任スヘシト雖モ官吏ニ非タル共犯人ハ監守盜ノ責ニ任スヘキ者ニ非ス然ラハ官吏ニ非タル者ハ果シテ如何ナル罪ニ問擬セラルヘキカ今本問題ヲ決セント欲セハ先ツ共謀ノ委託物費消罪ヲ研究スルコトヲ要ス茲ニ他人ヨリ物品ノ委託ヲ受ケタル者ト委託ヲ受ケタル者ト共謀シテ其委託物ヲ費消シタル者アリ委託ヲ受ケタル者ハ固ヨリ委託物費消罪ヲ以テ罰セラルヘシト雖モ其委託ヲ受ケタル共謀者ハ同罪ヲ以テ論セラルヘキニ非サルカ如シ若シ委託ヲ受ケタル者モ委託ヲ受ケタル者ト等シテ委託物費消罪ノ刑ヲ受ケラルヘシト雖モ監守盜ノ場合ニ於テ官吏ニ非タル共謀者ハ監守盜ニ處セラリスト雖モ少クモ普通ノ委託物費消罪ニハ處セラレサルヘカラス若シ之ニ反シ委託ヲ受

テナル者ハ何等ノ責ヲシトスレハ監守盜ノ場合ニ於テ監守盜ニ處セラレザルハ勿論普通ノ委託物費消罪ノ責ヲモ受クベキ者ニ非ナルナリ果シテ委託物費消罪ノ場合ニ於テ委託ヲ受ケタル者ト委託ヲ受ケタル者ト共謀シテ其委託物ヲ費消シタルトキハ二人ノ者共ニ委託物費消罪ノ責ヲ受ケタルベカラサルカ是レ先決問題ナリ

第三百九十五條ニ曰ク受寄ノ財物借用物又ハ典物其他委託ヲ受ケタル金額物件ヲ費消シタル者ハトアリ本條ニ就テ之ヲ觀レハ委託物費消罪ヲ構成スルニハ二條件ヲ要スルカ如シ即チ(一)物件ノ委託ヲ受ケタルコト(二)其物件ヲ費消スルコト是ナリ今物件ノ委託ヲ受ケタル者其物件ヲ費消スルモ是レ第一條件ヲ欠缺スルヲ以テ本罪ヲ構成スルモノニ非ス然ラハ則チ官吏ト官吏ニ非ナル者ト共謀シテ監守盜ヲ爲ス場合ニ於テモ其官吏ノ身分ヲ有セザル普通人ハ刑法上何等ノ責任ヲ受クルコトナシト論斷セザルヲ得ス若シ論者ハ不當ナリト云ハハ收賄罪ノ場合ニ於テモ亦官吏ニ非ナル者官吏ト共謀シテ收賄ヲ爲シタルトキハ共ニ收賄罪ヲ以テ罰セザルベカラサルニ至ル然レトモ收賄罪ハ官吏

ニ專屬スル罪ニシテ官吏ニ非サル者收賄ヲ爲スモ其犯罪ヲ構成セザルコトハ何人モ批難セザル定論ナリ然ルニ論者ハ收賄罪ニ付テハ非官吏ヲ罰セスト爲シ而シテ委託物費消罪ノ場合ニ在リテ獨リ受寄者ニ非ナル者ヲ罰セントス何ソ夫レ抵觸ノ甚シキヤ故ニ我輩ハ曰ク委託ヲ受ケタル者ハ費消罪ヲ犯スル責格ヲ有スベキ者ニ非タルナリト但此ノ如キ場合ニ於テ其受寄者ニ非ナル者ヲ罰セスト爲スハ道理上其可ヲ知ラザルナリ是レ現行刑法ノ缺典ニシテ解釋ヲ以テ補充スベキ限ニ在ラス刑法改正草案ニ於テハ此缺典ヲ補ヒタリ即チ第七十七條第一項ニ曰ク犯人ノ身分ニ因リ構成ス可キ罪ヲ共ニ犯シタルトキハ其身分ナキ者ト雖モ仍ホ共犯トスト故ニ其身分ナキ者單獨ニテ此等ノ罪ヲ犯シタルトキハ犯罪ヲ構成セスト雖モ資格アル者ト共謀シテ犯シタルトキハ之ヲ罰スルコトヲ得ルナリ又實際ニ於テモ共謀ノ事實アル以上ハ犯罪者トシテ之ヲ罰スルノ判決例アリ

第二、減輕ノ場合此場合モ亦犯罪事實ニ附著スル場合ト身上ニ附著スル場合トヲ區別セザルベカラス犯罪事實ニ附著スル場合ハ減輕ノ利益ヲ以テ總テ

ノ共犯人ニ及ホスヘシ例ヘハ晝間人ノ邸宅ニ侵入スル者ヲ防衛セシカ爲メ數人共謀シテ其侵入者ヲ殺害シタリ此場合ニ於テ共犯人數人ハ悉皆第三百十二條ニ規定スル宥恕ノ利益ヲ受クル者ナリ之ニ反シ其減輕ノ理由犯人ノ一身ニ附著スルトキハ他ノ共犯人ニ對シテ何等ノ影響ヲ及ホスヘキモノニ非ヌ又自首減輕ノ場合ニ於テモ同一ナリ是レ前既ニ詳説セザ所ナルヲ以テ今茲ニ重複セズ

今ヤ共犯ノ説明ヲ終ルニ臨ミ尙ホ研究ヲ要スヘキモノアリ第百八條ノ規定即チ是ナリ第百八條ニ曰ク「事ヲ指定シテ犯罪ヲ教唆スルニ當リ犯人教唆ニ乘シ其指定シタル以外ノ罪ヲ犯シ又ハ其現ニ行フ所ノ方法教唆者ノ指示シタル所ト殊ナル時ハ左ノ例ニ照シテ教唆者ヲ處斷ス(一)所犯教唆シタル罪ヨリ重キ時ハ止タ其指定シタル罪ニ從テ刑ヲ科ス(二)所犯教唆シタル罪ヨリ輕キ時ハ現ニ行フ所ノ罪ニ從テ刑ヲ科ス」ト本條ハ教唆者ト被教唆者トノ間意思ノ一致ヲ缺キタル場合ニ於テ教唆者ノ責任ヲ定メンカ爲メニ設ケタル規則ナリ此規定ニ由リテ之ヲ觀レハ教唆者ハ其意思以外ノ所爲ニ付テハ輕キ責任ヲ受タヘシト

雖モ決シテ重キ責任ヲ負フコトナシト謂フヲ得ヘシ被教唆者ニ於テ教唆者カ教唆シタル罪ヨリ重キ罪ヲ犯シタルルトキハ教唆者ハ唯其教唆セシ犯罪ノ責任ヲ受クルニ止マリ被教唆者ノ實行セシ重キ犯罪ノ刑ヲ科セラザルコトナシ例ヘハ教唆者ニ輕罪ヲ犯サシムルノ意思ヲ以テ之ヲ教唆シタリ然ルニ被教唆者ニシテ重罪ヲ犯シタリトセンニ被教唆者ノ犯シタル重罪ハ是レ教唆者カ犯サシメント欲セシ以外ノ犯罪ナレハ縱令其重罪ハ教唆ニ原因スト言フト雖モ教唆者ハ其重罪ノ責ニ任スルモノニ非ザルナリ第七十七條ニ曰ク「罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ之ヲ罰セス」ト若シ又被教唆者ニシテ教唆ノ目的ヨリ輕キ罪ヲ犯シタルトキハ教唆者ハ被教唆者カ現ニ犯シタル罪ニ付テ其責任ヲ受クルノミ是レ教唆罪ハ被教唆者カ犯罪ヲ實行シタル後ニ非サレハ成立セザル犯罪ナルヲ以テ全ク實行ナキ重キ部分ニ付テハ其責ニ任セス唯實行アリタル輕キ罪ノ責ニ任スヘキノミ本條ノ規定ハ第七十七條ノ適用ニ通キサルナリ

本條ノ前段ニ付テハ多少疑義アリ令我輩ノ信スル所ヲ舉ケテ之カ説明ヲ爲スヘシ本條ニ於テ「事ヲ指定シテ犯罪ヲ教唆スル云云」トアリ此事「字ハ犯罪ノ事

實即チ下文ニ所謂指定シタル犯罪ト指示シタル方法ト併セ指シタル言ナリ
 「指定シタル犯罪」トハ教唆者カ被教唆者ヲシテ犯サメントシタル犯罪行為ヲ謂
 フ然レトモ許多ノ場合ニ於テ教唆者カ犯罪ノ教唆ヲ爲スヤ必ス刑法第何條ニ
 規定スル何罪ヲ犯セト言フモノニ非スシテ唯或種ノ犯罪行為ヲ爲セト言フ
 ナリ人ヲ殺セ「人ノ財物ヲ取」ト言フカ如シ故ニ指定シタル犯罪中ニ「行為ノ
 程度一定シタル場合アリ又一一定セサル場合アリ」(一)若シ行為ノ程度一定シタル
 場合ニ於テ被教唆者ハ其程度ヲ超エテ而シテ犯罪ヲ行ヒタルトキハ則チ所謂
 「指定シタル以外ノ罪ヲ犯シタル場合ナリ此場合ニ於テ其以外ノ犯罪ハ教唆者
 ノ教唆シタルモノニ非サル犯罪即チ教唆ニ牽聯ナキ犯罪ナルヲ以テ本條第一號
 ノ規定ヲ適用スヘキ限ニ在ラス何トナレハ其犯罪ハ教唆シタル罪ヨリ重キニ
 非ス又輕キニ非スシテ全ク教唆者ノ教唆セサル犯罪ナルヲ以テナリ例ヘハ強
 盜ヲ教唆セシニ強盜ヲ犯サスシテ強盜ヲ行ヒタル場合ノ如ク又殺人罪ヲ教唆
 セシニ人ヲ殺害セシシテ家屋ニ放火セシ場合ノ如シ此強盜ト放火トハ教唆者
 ノ教唆セシ犯罪ニ非スシテ被教唆者單獨發意ノ犯罪ニ係ルモノナレハ教唆者

ハ此犯罪ニ付キ毫厘ノ責任ナシ之ヲ換言スレバ教唆者ノ教唆セシ罪ハ之ヲ犯
 スニ至ラザルヲ以テ教唆者ハ其教唆ニ因リテ何等ノ罪ヲモ犯サシメタルコト
 ナキナリ故ニ本條ニ所謂以外ノ犯罪トハ至ク教唆ニ關係ナキ犯罪ヲ謂フニ非
 スシテ必ス其教唆ニ牽聯スル犯罪ニシテ教唆者ノ犯意以外ニ馳セ其程度ヲ超
 タルモノヲ謂フナリ例ヘハ教唆者ハ竊盜ヲ爲セト教唆セシニ強盜ヲ犯シ故
 殺ヲ行ヘト教唆セシニ謀殺ヲ行ヒタル場合ノ如シ即チ犯罪行為ノ程度教唆ノ
 程度ヲ超エタル場合ナリ此場合ニ於テ教唆者ノ犯意ハ誠ニ一定シテ或ハ竊盜
 ヲ犯サシメント欲シ或ハ故殺ヲ行ハシメント欲セシナリ而シテ被教唆者ハ竊
 盜ノ程度ヲ超エテ強盜ヲ犯シ殺人罪ノ程度ヲ超エテ謀殺ヲ行ヒタルトキハ則
 チ此等ノ犯罪ニ付テ被教唆者ノ超越セシ部分ハ教唆者ノ與リ知ラザル所ナル
 ヲ以テ教唆者ハ唯其與リ知ル所ノ部分即チ教唆ノ目的タル犯罪行為ノ範圍内
 ニ於テ其責任ニ限ルニ止ルニ蓋シ同種ノ犯罪ニシテ其重キモノヲ實行シタルト
 キハ其輕キモノハ重キ所爲中ニ包含セラルヘキモノナレハナリ(二)若シ教唆者
 ハ事ヲ指定シテ犯罪ヲ教唆スルニ當リ其行為ノ程度ヲ一定セザルトキハ其教

唆ニ牽聯スルキ犯罪ニ付テハ固ヨリ責任ヲシテ雖モ其指定セシ事ノ中ニ包含セシ行爲ニ付テハ悉ク其責任ニ任セザルヘカラス即チ教唆者ハ本條第一號ノ適用ヲ利スルコトヲ得タルナリ故ニ單ニ人ヲ殺害セヨト教唆シタル場合ニ於テ被教唆者其人ヲ謀殺シタルトキハ縱令教唆者ノ意思ハ故殺ニ在リシト雖モ謀殺ノ責ヲ辭スルコトヲ得ヌ又單ニ人ノ財物ヲ取レヨト教唆セシ場合ニ於テ被教唆者強盜ヲ行ヒタルトキハ教唆者モ亦其強盜ノ責ニ任セザルヘカラス是レ故殺モ謀殺モ共ニ殺人ノ範圍内ニ在リ竊盜強盜モ共ニ人ノ財物ヲ取ル行爲ノ範圍内ニ在レハオリ

「教唆者ノ指示シタル方法」ハ犯罪ノ實行ニ必要ナル手段所謂犯罪ノ豫備行爲ヲ指スニ非スシテ犯罪ノ實行方法ヲ謂フナリ凡ソ犯罪行爲ノ輕重ヲ定ムルニ其途ニアリ一ハ犯罪ノ性質ヲ以テシ一ハ犯罪ノ方法ヲ以テス(一)犯罪ノ性質ヲ以テスルモノハ其方法ノ如何ニ拘ハラス初ヨリ其犯罪ニ附著スル所ノ輕重アリ例ヘハ毆打罪ノ如シ毆打シテ創傷スルモ毆打シテ死ニ致スモ犯罪ノ方法ニ於テハ常ニ異ナル所ナシ然レトモ創傷ノ罪ハ其性質輕タシテ致死ノ罪ハ其性

報 載

○離縁ノ訴訟當事者 養子カ離縁ノ訴ヲ起ス場合ニ於テハ養親タル夫婦ノ雙方ヲ被告トセザルヘカラスト認メタル大審院ノ説明ニ曰ク民法第八百四十一條ニ依レハ養親タル夫婦ハ養子ニ對シ共ニ縁組ノ當事者ナルニ因リ同法第八百六十六條ノ訴ヲ提起スル場合ニ於テモ亦其當事者ナルコト自ラ明ナリト云フヘシ蓋シ第八百六十六條ハ主トシテ離縁ノ事由ヲ定メタル規定ナルモ養親タル夫婦ハ離縁ノ訴訟ニ付テハ共ニ直接利害關係者ニシテ之ニ對スル判決ハ合一ニシテ確定スヘキ場合ナルヲ以テ養親タル夫婦共ニ存スルトキハ共ニ訴訟當事者ト爲ルヘキコトヲ併セテ規定シタルモノト解釋セザルヘカラス

○二箇ノ裁判所ノ決定カ同一ニ歸シタル場合ニ再抗告 再抗告ハ抗告裁判所ノ裁判ニ因リ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタル場合ニ於テノミ之ヲ許スモノナリ民事訴訟法第四五六條第二項然ラハ下級裁判所ト上級裁判所トノ二箇

ノ決定カ同一ニ歸シタルトキハ如何ナル場合ニ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生スルカ大審院ハ曰ク此場合ニ於テ再抗告ヲ爲スヲ得ルニハ裁判所構成ノ規定又ハ重要ナル訴訟手續ニ違背シタル如キモノアルヲ要スト(大審院明治三十六年申出案却ノ決定ニ對スル抗告事件明治三十六年一月二十日第一民事部決定)

○討論會 去月二十一日午後六時ヨリ第七回討論會ヲ第三講堂ニ於テ開會シタリ其問題左ノ如シ

商人アリ贈賄ノ目的ヲ以テ金製ノ猫二箇ヲ官吏甲ノ子供(年齢二歳位ニシテ獨リ庭前ニ遊戯セル者ニ手渡シテ去レリ子供喜シテ之ヲ弄セリ通行人之ヲ見テ其子供ヲ欺瞞シテバン二箇ト交換セリ通行人ハ其一箇ヲ古道具屋乙ニ賣拂ヘリ其一箇ハ友人ノ婚姻ヲ祝スル爲メ丙ニ贈與セリ丙ハ丁ニ對シテ其負債ヲ辨濟スル爲メ右猫ヲ送リタリ此場合ニハ商人及ヒ官吏ハ丁及ヒ乙ニ對シテ回復ヲ請求スルコトヲ得ルヤ(中山學士出題)

討論論旨 區區ニ駁レ第一點幼者カ金猫ヲ販弄セル當時ニ在リテハ占有ハ何レニ在リヤニ付キ或ハ其幼者ハ之ヲ得テ喜ヒタルニ據リテ觀レハ自己ノ爲メニ

スルノ意思アリシコトヲ推知スヘク隨テ其時ヨリ占有ハ幼者ニ在リト謂ハザルヘカラスト曰ヒ或ハ其幼者ハ法律ニ所謂自己ノ爲メニスルノ意思ナルモノアルノ理ナシ隨テ占有ハ幼者ニ移ラス依然トシテ商人ニ在リト曰ヒ或ハ幼者ハ常ニ其親權者ノ監督内ニ在ル者ナレハ其監督内ニ屬シタルモノハ其監督者即チ官吏ノ占有ニ歸セルモノト謂ハザルヘカラスト曰ヒ或ハ商人ハ既ニ占有ノ體素ヲ缺キ官吏ハ體素心素共ニ之ヲ有セス幼者ハ心素ヲ缺ケルモノナルカ故ニ占有ハ何人ニモ屬セスト曰ヘリ第二點其當時所有權ハ何人ニ屬セルカニ至リテモ亦數派ニ駁レ或ハ官吏說ヲ主張シ或ハ商人說ヲ囑ヘ或ハ幼者ニ在リト論セリ第三點通行人カ麵包ト交換シタルノ所爲如何ニ付キ前二點ニ關スル觀念ヲ異ニスルニ隨ヒテ其說ヲ異ニシ或ハ幼者ハ金猫ヨリモ喜口麵包ヲ喜フヘキカ故ニ真正ノ交換成立スヘク唯取消スコトヲ得ルモノナリト論シ或ハ其幼者ハ法律行爲ヲ爲スノ意思ヲ有スルモノト認ムルコトヲ得ザルカ故ニ法律行爲ハ無効ナリ隨テ是レ他人ノ所有權ヲ竊取シタルモノナリト主張シ或ハ幼者ト雖モ多少ノ意思アルモノナルモ唯知慮淺薄ナリト云フニ止マルヲ以テ刑

法第三百九十一條ノ適用ヲ受タル所ノ詐欺取財ナリト論シ或ハ占有ノ何人ニ
 專屬セザルモノナリシカ故ニ遺失物照匿罪ニ問フヘキモノナリト論シ終ニ商
 人及ヒ官吏ノ取戻權如何ニ付テハ或ハ民法第百九十三條ニ依リ本權ヲ訴テ以
 テ商人カ取戻スコトヲ得ヘシト曰ヒ或ハ官吏ハ幼者ニ代選シテ回復スルノ權
 ヲ有スト曰ヒ或ハ商人ハ民法第七百八條ニ依リ取戻スコトヲ得ス官吏ハ法律
 行爲ニ因リテ其所有權ヲ所得シタリト謂フコトヲ得サルカ故ニ共ニ取戻權ナ
 シト論シ採決ノ結果ハ商人ハ本權ニ依リテ取戻スコトヲ得ル事ノ說多數ナリ
 ○五大法律學校聯合懸賞大討論會ニ本校ノ催ニ係ル同會ハ來ル十九日本校
 内ニ開會スルコトニ確定セリ其問題左ノ如シ
 茲ニ公益事業ヲ目的トスル一團體アリ全國ニ亘リテ數十萬ヲ會員ヲ有ス今
 之ヲ社團法人ト爲スニ當リ定款ヲ以テ各地ノ支那員若干名ツニテ總會ヲ
 組織スヘキコト又ハ總會ニ代ヘテ其集會ヲ開クヘキコトヲ定ムルハ有效ナ
 ルヤ富井博士出題

特別法講義錄

第一號
 四月一日
 發行

- 府縣制.....法學士 松浦鎮次郎
- 市制町村制.....法學士 松浦鎮次郎
- 戶籍法.....法學士 島田 鐵吉
- 供託法.....法學士 塚田達二郎
- 人事訴訟手續法.....法學士 松岡 義正
- 向本講義錄ニハ○郡制(松浦學士)○特許、意匠、商標法(杉本學士)○非訟事件手續法(横田學士)○不動産登記法(鈴木學士)○競賣法(吾孫子學士)○租稅法(若槻學士)○著作權法(水野博士)○公證人規則(松岡學士)○執達吏規則(仁井田博士)ヲ掲載ス○毎月一回發行○月謝金十五錢

四月

和佛法律學校

法學志林

每月一回十五日發行
 一校友、生徒、校外生ニ限リ
 一番刊價郵稅共金九錢
 十番刊金郵稅共金八十錢

第四十一號

(三月十五日發行)

○現行法上鐵道會社、礦山會社其他不動產會社ノ株
 主ニ外國人ノ權能並ニ外國人ニ對スル土地所有
 ノ禁ヲ撤シ、利益ニ付テ

○最近判例批評其七 名譽教授ホアンナード
 法學博士 梅 謙次郎

志林

○交片計算ニ付テ 法學士 根本 蒸治

○法律行為ノ原因(續) 法學博士 岡松 參太郎

○商人ノ意義ヲ論ス 法學博士 岡野 敬次郎

○非常天權ノ範圍、勅命ト勅令トノ區別 法學士 竹井耕一郎

○客觀的正當防衛ノ事由ナキ場合ニ正當防衛權アリト
 情シテ罪ヲ犯シタル者ノ處分 法學士 谷野 格

解疑

○指名債權ノ讓渡ト證書ノ別渡 法學博士 梅 謙次郎

○後見人ノ不正行為及ヒ不行跡ノ異議請求權 法學士 掛下重次郎

其他

判例、雜報、記事 數十件

發行所 和佛法律學校

明治三十六年四月七日印刷
 明治三十六年四月八日發行

(定價金貳拾五錢)

東京市牛込區牛込北町十番地

編輯者

萩原 敬之

東京市牛込區矢來町三番地

印刷者

小宮 山信好

東京市芝區四ノ久保町十一番地

印刷所

金子 活版所

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省
 指定

和佛法律學校

(電話番町百七十四番)

明治二十二年十二月九日內務省許可

明治三十三年十一月四日第三號郵政認可 毎月廿一回一日三日五日六日八日十日十一日十三日
 日十五日十六日十八日廿一日廿三日廿五日廿六日廿七日廿八日廿九日三十日發行