

シテ過失ノ問題ヲ生セス然レトモ一旦或ル結果ノ發生シ得ヘキコトヲ豫想シタルモ此ノ狀況ニ於テハ此ノ結果ハ發生セサルヘシト信シタルトキ即チ結果ノ發生ヲ認諾セサルトキハ犯意ノ問題ハ生セスシテ此ノ場合ニ於テハ過失アリト云フコトヲ得ヘキナリ

二、立法者カ違法行為ノ認識ヲ以テ罪ノ特別構成要件トスル場合ニ於テ行為ノ違法タルコトヲ認識セサルモ過失ノ問題ヲ生セス何トナレハ違法ノ認識ハ罪トナルヘキ事實ニアラス犯意事實ノ認識ノ外ニ法律カ例外トシテ要求スル所ノ心裏ノ條件ニ過キササルヲ以テ罪トナルヘキ事實ヲ認識シ(犯意)又ハ認識セサルコト(過失)トハ全ク關係ナキナリ

第三、過失ハ結果ヲ豫見スルコトヲ要シ且ツ豫見シ得ルニ拘ハラズ之ヲ豫見セサルコトヲ云フ即チ結果ヲ豫見セサル點ニ於テ過失ハ犯意ト異ナリ其豫見セサリシ結果ハ豫見スルコトヲ要シ且ツ行為者ニ於テ豫見シ得ヘキモノタルコトヲ要スル點ニ於テ事變偶然ノ出來事(Zufall)ト異ナル

過失トシテノ關係

過失トシテノ關係

法文ニ明示セシテ過失ヲ合罰スル場合

第三、總テ法規ハ過失ニ依テ違犯スルコトヲ得ヘキモ現行法ハ原則トシテ過失ノ行為ハ之ヲ處罰セストシ例外トシテ刑法ニ於テ之ヲ處罰スヘキコトヲ明言シ又ハ法規ノ關係上之ヲ處罰スル意思ノ明了ナル場合ニ限り之ヲ處罰スルコト、セリ(現行刑法第七十七條第一項參照)而シテ現行刑法中過失行為ヲ處罰スヘキコトヲ明記セル場合ハ例ヘハ第百十七條第百五十條第三百十七條第三百十八條第三百十九條第四百九條第四百十四條ニ規定スルカ如シ其他假令法文ニ明記セスト雖トモ其犯罪ノ性質上過失ニ出テタル場合ニ於テ之ヲ處罰スヘキモノニシテ法文ニ反對ノ明示ナキ以上ハ過失ニ出テタルノミヲ以テ之ヲ處罰スヘキモノ即チ警察犯 Polizeidelikt 又ハ Polizeibestrafung ノ如キ是レナリ現行刑法中第四編違警罪ノ多數及ヒ第二編第五章第三節傳染病豫防規則ニ關スル罪第四節危害品及ヒ健康ヲ害スヘキ物品製造ノ規則ニ關スル罪第五節健康ヲ害スヘキ飲食物及ヒ藥劑ヲ販賣スル罪ハ之ニ屬ス(刑法各論說明參照)

總則本論第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 有責行為 一八九 第二節 犯意及過失

第四、犯意ハ罪ノ特別構成要件タル事實若クハ刑罰加重ノ原因タル事實全體ノ認識ニシテ若シ其事實ノ認識中一ヲ缺クトキハ犯意ハ成立セスシテ直ニ過失ノ問題ヲ生スヘシ從テ總テノ有意犯ハ其罪トナルヘキ事實ノ認識中其一ヲ缺ク毎ニ過失ノ問題ヲ生シ得ヘク而シテ其過失中何レヲ罰シ何レヲ處罰セストハ元ヨリ立法者ノ隨意ナル選擇ニ存ス例ヘハ有意ノ殺人罪ニ付テハ左ノ二個ノ場合ニ於テ過失殺ノ問題ヲ生シ得ヘシ

一、行爲者ニ於テ生物ノ生命ヲ絶ツ所ノ行爲ヲ爲シツ、アルコトヲ認識スルモ人ニ對シテ此ノ行爲ヲ爲シツ、アルコトヲ認識セサル場合

二、行爲者ハ人ニ對シテ行爲ヲ爲シツ、アルコトヲ認識スルモ之カ生命ヲ絶ツト云フ結果ノ發生ヲ認識セサル場合

而シテ現行刑法ハ過失殺人罪第三百十七條ニ付キ以上二個ノ場合ニ付キ之カ區別ヲ設ケス等シク之ヲ處罰スト雖トモ刑法第五百五十條第七十六條ニ於テハ看守者カ過失ニ依テ囚徒ノ逃走ヲ覺ラサリシトキ又ハ封印ヲ

過失ノ二分

現行刑法上過失ノ分類

破棄シ又ハ其物件ヲ盜取毀壞スル犯人アルコトヲ覺ラサリシ場合ニ限リ其過失ヲ處罰スルコト、シ過失ニ依テ囚人ニ逃走ノ手段ヲ補助シ又ハ過失ニ依テ自カラ封印ヲ破毀スル場合ヲ處罰セス

第五、過失ニ依テ結果ヲ豫見セザリシ場合ニ付キ行爲者ノ官職、職業又ハ營業上特ニ命セラレタル義務ニ違犯シテ其職務ノ執行範圍内ニ於テ注意ヲ缺キタル場合ト然ラサル場合トヲ區別シ前ノ場合ニ於テハ後ノ場合ニ比シ其刑ヲ重クスルコトハ至當ナルヘシト雖トモ現行刑法ハ之レカ區別ヲ認メス同一ノ刑ノ範圍内ニ於テ處罰スルコト、ナシタルハ缺點ト云フヘシ

第六、現行刑法第三百十七條ニ於テハ疎虞懈怠又ハ規則慣習ヲ遵守セス過失ニ因テ人ヲ死ニ致シタル者ハ二十圓以上二百圓以下ノ罰金ニ處スルト規定シ過失ヲ分テ(一)疎虞(二)懈怠(三)規則慣習ヲ遵守セサルコトニ區別セリ

(一)疎虞トハ一般人ニ要求スヘキ注意ヲ標準トシテ之ヲ缺キタル場合ヲ指

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 有責行爲 一九一
第二節 犯意及過失

シ(二)懈怠トハ特定ノ地位例ハ官吏公吏其他公職ニ従事スル者又ハ醫師
 産婆藥劑士鐵道機關師船長ノ如キ各自ノ職務ニ伴フテ法律上要求セラ
 ル處ノ必要ナル注意ヲ標準トシ之ノ注意ヲ缺キタル場合ヲ指シ(刑法第百
 五十條第七十六條參照)タルモノニシテ何レモ前ニ説明シタル過失ノ條
 件ヲ必要トスルモノナリ然レモ現行刑法ノ如ク二者何レノ場合ニ於テモ
 其刑罰ニ輕重ノ差ヲ設ケサル以上ハ敢テ二者ノ區別ヲ設クルノ必要ナキ
 モノトス(然レトモ立法論トシテハ後ノ場合ハ前ノ場合ニ比シ其刑ヲ加重
 スルヲ至當トス刑法改正案第二百四十七條第二百四十八條參照(三)規則慣
 習ヲ遵守セストハ法律ハ規則慣習ヲ遵守セサルコトヲ以テ直ニ過失アリ
 タルモノト看做シ其結果ニ付テ過失ノ責任ヲ負フヘキモノトセルナリ例
 ハ刑法第四百二十五條第一號乃至第五號ノ規則ニ違反シタル結果家屋
 ヲ燒燬シ(第四百九條失火罪)同條第六號第四百二十六條第五號乃至第八號
 ノ規則ニ違反シタル結果人ヲ殺傷シタルカ如キ(第三百十七條乃至第三百

規則慣習
 ナ遵守セ
 スシテ

十九條過失殺傷罪參照)是レナリ

法文ニハ疎虞懈怠又ハ規則慣習ヲ遵守セズ過失ニ因テ云々ト規定シアル
 カ故ニ文理解釋トシテハ疎虞懈怠又ハ規則慣習ヲ遵守セサルコトヲ原因
 トセル過失ノ外ニ尙ホ他ノ過失アルカ如キモ刑法第一條ニ於テ凡ソ法律
 ニ於テ罰スヘキ罪ヲ分テ三種ト爲ストアリテ恰モ法律ニ於テ罰スヘキ罪
 ノ外尙ホ他ニ罰スヘカラサル罪ナルモノアルヘキカ如キモ同條ノ趣旨ハ
 罪ヲ分テ重罪輕罪違警罪ノ三種トシタルニ止リ此ノ以外ニ於テ更ニ罰ス
 ヘカラサル罪ノ存在スルコトヲ認メタルニアラサルト等シク本條モ過失
 ノ種類ヲ三分シタルモノニシテ此ノ以外ニ於テ更ニ過失ノ存在ヲ認メタ
 ルニアラサルト同時ニ以下數條ニ於テ疎虞懈怠又ハ規則慣習ヲ遵守セズ
 云々ノ文字ヲ再ヒスルノ煩ヲ避ケンカ爲メニ外ナラサルナリ(但シ立法論
 トシテハ規則慣習ヲ遵守セサルコトヲ以テ直チニ過失アルモノト認メ其
 結果ニ付テ責任ヲ負ハシムルハ不當ナリト信ス刑法改正案第二百四十七

總則本論第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第二章 有責行爲 一九三
 第二節 犯意及過失

條第二百四十八條參照)

第七 フオキニルバハ氏以來殊ニベルナル氏其他普通ノ學說ニ依レハ過失ヲ分テ認識アル過失 Bewusste Fahrlässigkeit 及ヒ認識ナキ過失 unbewusste Fahrlässigkeit トニ區別シ (一)「認識アル過失」トハ行爲者ニ於テ一旦結果ノ發生シ得ヘキコトヲ豫見シタルモ其發生ヲ認諾セス即チ此ノ狀況ニ於テハ此結果ハ發生セサルヘシト妄信シタル場合ヲ指シ (二)「認識ナキ過失」トハ行爲者ニ於テ結果ノ發生ヲ全然豫見セサル場合ヲ指シ前者ハ後者ニ比シテ其責任大ナルモノト論セリ(現行刑法第三百十七條ニ所謂疎虞ハ後ノ場合ニ當リ懈怠ハ前ノ場合ニ當ルカ如ク論スルモノ多數ナリト雖トモ現行刑法ノ解釋トシテハ前第六段ニ於テ説明シタル處ヲ以テ至當ナリト信ス)反之フオンリスト氏ハ過失ヲ前掲二個ノ場合ニ區別シ其責任ニ輕重ノ區別ヲ設クルコトハ比較的注意深キ過失者ニ對シテ更ニ輕卒ナル過失者ニ比シ其責任ヲ重クスルノ不權衡ヲ生ストノ理由ヲ以テ此ノ區別ヲ立ツルコト

普通ノ學說ニ依ル
既ニ依ル
過失ノ分
類
認識アル
過失
認識ナキ
過失

ニ反對セリ

第四章 處罰サルヘキ不法行爲

第一 犯罪ハ國家カ刑罰ヲ制裁トシタル不法行爲ナリ、不法行爲トハ有責違法ノ行爲ニシテ犯罪カ民法其他ノ不法行爲ト異ナル點ハ刑罰ナル特種ノ制裁 (Rechtsfolge) ヲ科セラル、ニアリ是レ^{刑罰}式ニ於テ犯罪ト他ノ不法行爲ト異ナル點ナリ而シテ如何ナル不法行爲ニ對シテ國家ハ刑罰ト云フ制裁ヲ科スヘキカ即チ犯罪ト他ノ不法行爲トノ實質的差異ニ付テ研究スルニ先ク左ノ數項ニ付テ注意スルコトヲ要ス

一、法規ノ或ルモノ例ヘハ契約ニ基ク債權債務ノ關係ヲ規定スル法規ハ契約ノ不履行ニ對シテ私法上ノ制裁ヲ科スルノミヲ以テ強制ノ目的ヲ達シ得ルモノアリ

二、法規ノ或モノ例ヘハ殺傷自由剝奪行爲ヲ禁止スル規定ハ此ニ違犯スル一個ノ行爲ニ對シテ私法上及ヒ刑法上ノ制裁ヲ併科スルコトヲ得ヘシ

處罰サル
ヘキ不法
行爲

形式ニ於
テ犯罪ト
ナル點
他ノ不法
行爲ト異
ナル點
實質ニ於
テ犯罪ト
ナル點
他ノ不法
行爲ト異
ナル點
法規ノ種
類ト其強
制手段

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第四章 處罰サルヘキ不法行

三、法規ノ或モノハ其違犯者ニ對シテ單ニ刑罰ノミヲ制裁トシ私法上ノ制裁タル損害賠償ノ義務ヲ科セサルコトヲ得ヘシ例ヘハ實害ヲ生セサルモ之ヲ生スヘキ危險アル行為ニ對シテハ刑罰ナル制裁ヲ科スルニ止マリ賠償ノ義務ヲ負ハシムルコトヲ得ス亦無形ノ損害ニシテ(例ヘハ誹毀ノ如キ)金錢ニ依ル損害賠償ノ方法ニ依テハ其損害ヲ賠フコトノ不適當ナル場合ニ於テハ私法上ノ制裁ヲ科スルコトナク單ニ刑法上ノ制裁ヲ科スルニ止ムルコトヲ得ヘシ

以上數項ニ於テ説明シタル所ヲ綜合スレハ國家ハ私法上ノ制裁即チ強制執行原狀回復損害賠償ノ手段ニ依テハ此ノ不法行為ヲ防止スルニ不充分ナリト認ムル場合ニ於テ刑罰ト云フ制裁ヲ科スルモノナリ而シテ國家カ刑罰ナル制裁ヲ必要トスル場合ヲ列記スレハ左ノ如シ

(一) 窃盜強盜詐欺取財等ノ如キ普通ノ犯人ハ無資力ニシテ之ニ對シ損害賠償ヲ強制スルコトノ不能ナル場合

刑罰ナル制裁ヲ必要トスル不法行為

(二) 殺傷強制猥褻行為等ノ如キ私法上ノ損害賠償ノミニテハ此等權利ノ侵害ヲ賠償スルニ足ラサル場合

(三) 法規カ特質ノ法益ニ對シテ重大ナル價值ヲ認メ之ヲ侵害スルモノニ對シテ特別ナル制裁ヲ必要トスル場合

(四) 特種ノ不法行為ニシテ累犯ノ傾キアルモノ例ヘハ一定ノ産業ナクシテ浮浪スルカ如キ又飲食物取締規則違犯ノ如キ又ハ暴利ヲ以テ金錢ヲ貸付クルカ如キ不法行為(高利貸ニ付テハ現行法ニ處罰ノ規定ナシ)ニ對シテハ多少嚴峻ナル制裁ヲ以テ之レカ發生ヲ防止スルノ必要アリ

犯罪行為ノ實質

以上ノ場合ヲ綜合スレハ犯罪行為ノ實質ハ現行法規ニ於テ立法者カ法律上保護スル利益法益ニ對シテハ危險ナリト認メタル所ノ攻撃ノ行為ヲ謂フ

第二、國家ノ刑罰權ハ犯罪ニ對シテノミ之ヲ行フコトヲ得ヘク犯罪ハ刑

總則本論第一卷 犯罪第一編 犯罪ノ普通構成條件 第四章 處罰サル 一九七

物的刑罰
排除ノ原因

罰ヲ制裁トスル有責違法ノ行爲ニシテ若シ此等ノ普通構成要件ノ一ヲ欠クトキハ犯罪ハ成立セス從テ國家ノ刑罰請求權(公訴權 *das staatlicher Strafanspruch*)モ發生セサルナリ此等ノ場合ヲ稱シテ物的刑罰排除ノ原因(*das sachlichen Strafausschliessungsgründe*)ト謂フ

人的刑罰
排除ノ原因

而シテ此ノ物的刑罰排除ノ原因ハ立法者カ行爲者ノ身分(*Die Persönlichkeit des Täters*)ニ基キ特ニ其身分アル人ニ限り刑罰ヲ免除シ其以外ノ者ニ對シテハ刑罰ヲ科スル場合ト區別スルコトヲ要ス後ノ場合ヲ稱シテ人的刑罰排除ノ原因(*Die persönliche Strafausschliessungsgründe*)ト謂フ例ヘハ刑法ノ適用ヲ受ケサル人(人ニ對スル刑法效力ノ範圍説明參照)ニ對シ及ヒ刑法第百五一條及第百五十二條ニ規定スル犯罪庇護ノ罪ヲ犯人ノ親屬カ犯シタルトキ(刑法第百五十三條)竊盜詐欺取財委託物費消罪ノ犯人カ被害者ノ親屬ナルトキ(刑法第三百七十七條)第三百九十八條)遺失物藏罪(犯人カ被害者ノ親屬ナルトキ)遺失物法第十六條第二項)ニ於テ犯人ヲ處罰セサルカ如シ

刑罰消滅
原因

人的刑罰排除ノ原因ハ犯罪ノ不成立ニアラスシテ犯罪ハ成立スルモ此ノ特別身分アル犯人ニ對シテハ刑罰ヲ科セサルニ過キス故ニ此ト共謀シタル身分ナキ他人ハ各法條ニ從ヒ處罰セラルヘク又親屬相盜親屬詐欺ニ因テ得タル物件ハ贓物タルコトヲ妨ケサルナリ(刑法第三百九十九條乃至第四百一條參照)

此ノ人的刑罰排除ノ原因ハ犯罪成立後ニ發生シタル狀況ノ爲メニ既ニ發生シタル刑罰請求權ヲ消滅セシムル場合ト區別スルコトヲ要ス後ノ場合ヲ稱シテ刑罰消滅原因(公訴權消滅原因 *die Strafanhebungsgründe*)ト謂フ例ヘハ刑事訴訟法第六條ニ列記スル各場合即チ(一)被告人ノ死去(二)告訴ヲ待テ受理スヘキ事件ニ付テハ告訴ノ拋棄(三)確定判決(四)犯罪ノ後願布シタル法律ニ因リ其刑ノ廢止(五)大赦(六)時效及ヒ刑法第二百二十六條第三百五十六條ニ規定スル自首全免ノ場合ハ此ニ屬ス

第三 立法者カ特種ノ犯罪ニ限り之ヲ處罰スル爲メニ其犯罪行爲トハ全

總則本論第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成要件 第四章 處罰サル 一九九
ハキ不法行爲

ク獨立シタル客觀的状況ノ之ニ伴フコトヲ必要トスルコトアリ此ノ種ノ
 狀況ヲ稱シテ狹義ノ處罰條件 (Bedingungen der Strafbarkeit in eng. Sinne) ト謂
 フ例ヘハ家資分散ニ關スル罪ヲ處罰スルニハ家資分散狀況ノ存在スルコ
 トヲ要シ(刑法第三百八十八條第三百八十九條參照)有罪破産ヲ處罰スルニ
 ハ破産宣告ヲ受ケタルコトヲ要スルカ如シ(破産法第千五十條第千五十一
 條參照)以上例示ノ外ニ例ヘハ獨逸ニ於テハ同盟國ニ敵對スル行爲ハ他國
 ニ於テ獨逸國ニ相互ノ處刑ヲ保證スル場合ニ限り之ヲ處罰スルコト、セ
 リ(獨逸刑法第百二條第百三條)重罪ヲ申告セサル行爲ハ其重罪又ハ罰スヘ
 キ未遂ノ發生シタル片ニ限り處罰スルコト、セリ(同法第百三十九條)決闘
 ヲ煽動スル行爲ハ被煽動者カ決闘ヲ爲シタルトキニ限り之ヲ處罰スルコ
 ト、セリ(同法第百十條)爭鬪又ハ多數ノ攻撃ハ此ニ因テ重傷ヲ生シタル
 トキニ限り之ヲ處罰セリ(同法第百七十七條)姦通ハ之ヲ理由トシテ離婚
 ノアリタルトキニ限り之ヲ處罰セリ(同法第百七十二條)詐欺婚姻ハ婚姻ノ

狹義ノ處
 罰條件

取消サレタルトキニ限り之ヲ處罰セリ(同法第百七十條)而シテ此ノ處罰條
 件ハ立法者カ或ル犯罪ノ爲メ更ニ重キ結果ノ發生シタルコトヲ理由トシ
 テ其刑ヲ加重スル場合トハ區別スルコトヲ要ス例ヘハ被告人ヲ陷害スル
 目的ヲ以テ偽證シタル爲メ又ハ誣告ノ爲メ被告人カ刑ニ處セラレタルト
 キニ於テ其偽證又ハ誣告罪ノ刑ヲ加重スルカ如キ是レナリ(刑法第百二
 十一條第百二十二條第百五十七條參照)蓋シ後ノ場合ハ此ノ重キ結果
 ノ發生ナクトモ既ニ此ヲ處罰シ得ヘキモノニシテ反之處罰條件ハ此ノ條
 件ヲ具備セサルトキハ全然其行爲ヲ處罰スルコトヲ得サルナリ

處罰條件
 ノ客觀的
 狀況タル
 性質ニ伴
 フ點論

處罰條件ハ客觀的状況 (sussere Umstände) ナリ即チ犯罪行爲(罪トナルヘキ事
 實)トハ何等ノ關係ナク全然分離シテ存在スルモノナルコトヲ注意スヘシ
 從テ左ノ結論ヲ生ス
 一 責任ノ原因トナルヘキ犯意及ヒ過失ハ何レモ罪トナルヘキ行爲ノ因果
 關係ノ豫見ニ關スルモノナレハ罪トナルヘキ事實ト獨立シタル處罰條

總則本論 第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第四章 處罰ナルニ
 一〇一
 へキ不法行爲

件タル狀況ヲ豫見スルト否トハ有責行為ノ成立不成立ニハ關係ナキモノトス

二、處罰條件ノ具備セサル間ハ處罰スヘキ行為ハ未遂ノ狀況ニアルニアラス、處罰スヘキ未遂ハ罪トナルヘキ行為ノ未遂ニ更ニ處罰條件ノ附加シタルトキニ限り存在スルナリ

三、處罰條件ノ具備セサル間ハ國家ノ刑罰請求權(公訴權)ハ發生スルコトヲ得ス即チ其行為ハ法律上處罰スヘキ行為ニアラサルナリ從テ左ノ結果ヲ生ス

- (イ) 處罰條件ノ具備スル以前ニ於テハ公訴權ヲ行使スルコトヲ得サルハ勿論處罰手續ノ開始法律上有効ナル告訴ヲモ提起スルコトヲ得サルナリ從テ親告罪ニ於ケル告訴ノ提起期間ハ(現行法ニ此ノ規定ナシ)告訴權者ニ於テ此ノ處罰條件ノ存在ヲ知覺シタルトキヨリ開始スヘキナリ

(ロ) 處罰條件ノ具備セサル間ハ其罪ノ共同正犯及ヒ教唆從犯ヲモ處罰スルコトヲ得ス

- (ハ) 誣告ノ内容ニ於テ法律カ請求スル處罰條件ヲ欠缺セルトキハ誣告罪ハ成立セス(各論誣告罪説明参照)
- (ニ) 沒收刑ハ裁判官ニ於テ被告事件ノ處罰行為タルコトヲ認メタル場合ニ限ルヘキカ故ニ處罰條件ノ具備セサル以上ハ此ノ處分ヲ爲スコトヲ得サルナリ

然レトモ處罰條件ノ具備シタルトキハ其效力ハ行為ノ發生シタル當時ニ遡及スヘキモノニシテ從テ刑罰請求權ハ犯行為ノ發生シタル當時ヨリ存在シタルト同一ノ效力ヲ生ス故ニ處罰條件ノ發生以前ニ於テ此ノ條件ヲ必要トスル所ノ犯罰ニ對シテモ法律上有効ニ訴訟手續ヲ開始進行スルコトヲ得ヘキナリ

四、罪トナルヘキ行為自體ト處罰條件トハ全ク獨立シテ存在スルカ故ニ

處罰行為
ト處罰條
件トハ全
ク獨立シ
テ存在ス
ルコトニ
伴フ結論

訴訟條件

(イ) 行爲ノ既遂ヲ判定スルニハ處罰條件ノ存否トハ何等ノ關係ナシ
 (ロ) 行爲ノ時及ヒ場所ヲ判定スルニハ處罰條件ノ發生シタル時及ヒ場所トハ何等ノ關係ナシ
 (ハ) 犯罪ニ對スル公訴時効ノ期間ハ處罰條件ノ發生トハ關係ナク行爲ノ終リタルトキヨリ進行スルナリ
 (ニ) 處罰條件ノ發生以前ナリト雖トモ苟クモ行爲ノ終リタル後ニ於テ犯人ニ幫助ヲ與ヘタルトキハ犯罪庇護ノ罪刑法第百五十一條第百五十二條參照ヲ發生シ得ヘク反之共犯ノ問題ヲ生セス

第四 刑罰請求權ノ發生ニ必要ナル條件トシテ實體法ニ屬スル處罰條件ハ其性質及ヒ效果ニ於テ所謂訴訟條件 (die Prozessvoraussetzungen) 又ハ Strafklagenvoraussetzungenト區別スヘキコトヲ注意スヘシ即チ訴訟條件ハ訴訟行爲ヲ法律上有效ニ爲スニ付テノ必要條件ニシテ殊ニ公訴權ノ行使ニ關スル條件ナリ而シテ訴訟條件ニ關スル規定ハ全然形式法タル刑事訴訟法ノ範圍

處罰條件ト訴訟條件トノ區別
上ノ效果

ニ屬ス例ヘハ裁判所管轄等ノ外ニ犯罪後ニ於ケル刑事被告人ノ訴訟能力及ヒ親告罪ニ於ケル告訴ノ提起ハ之ニ屬ス以上例示ノ外例ヘハ獨逸ニ於テハ官吏ニ對シテ處罰手續ヲ開始及進行スルニハ所屬官廳又ハ裁判所ノ決議ヲ必要トシ(獨逸裁判所構成法施行法第十一條參照)立法機關ノ議員ニ對シ其會期中ニ於テ處罰手續ヲ開始及ヒ進行スル爲メニハ特別ノ條件ヲ必要トセリ(獨逸憲法第三十一條刑事訴訟法施行法第六條第一參照)獨逸刑法第九十九條第百一條第百九十七條ニ規定スル特種ノ名譽毀損罪ニ付テハ名譽ヲ毀損セラレタル者ノ委任アルトキニ限り訴訟手續ヲ開始スヘキモノトセリ

以上處罰條件ト訴訟條件トノ區別ヨリ生スル刑事訴訟法上ノ效果ハ若シ處罰條件ヲ缺クトキハ刑罰請求權(公訴權)存在セサルカ故ニ刑罰請求權否認ノ理由ニ依リ免訴(Freisprechung)ヲ言渡スヘク反之若シ訴訟條件ヲ缺クトキハ公訴權ヲ否認スルコトナク訴訟ヲ否認ストノ理由ニ依リ公訴不受理

總則本論第一卷 犯罪 第一編 犯罪ノ普通構成條件 第四章 處罰サル 二〇五
ヘキ不法行爲

(Einstellung)ノ言渡ヲ爲スヘキナリ

第二編 犯罪發生ノ形式 Die Erscheinungsformen

des Verbrechens.

第一章 犯罪ノ既遂及未遂

第一節 未遂ノ定義

犯罪ノ既遂及未遂ノ形式
未遂ノ定義
既遂

第一、既遂 Vollendung トハ犯意ニ基クト過失ニ基クトヲ問ハス罪ノ構成要件タル總テノ事實ノ發現シタルコトヲ稱ス換言スレハ既遂ハ罪ノ構成要件タル事實ノ完備シタルコト殊ニ刑法各本條ニ於テ罪ノ特別構成要件トシテ規定シタル結果ノ發現スルコトヲ要ス從テ罪ノ既遂ノ時期ハ刑法各本條ノ規定ニ依テ定マル而シテ刑法各本條中ニハ罪ノ構成要件トシテ法益ニ對スル實害若クハ危險ノ狀況ヲ實現セシムルコトヲ要スルモノト然ラサルモノトアリ故ニ例ヘハ刑法第三百六十六條ニ規定スル竊盜ノ既

既遂ト處罰條件

未遂ノ在シ得ヘキ場合

一、犯意ノ實行ニシテ加カニモ其結果ヲ生ゼサル場合

遂ハ全法第三百九十五條前段ニ規定スル委託物費消ノ既遂ト其時期ヲ異ニシ又全法第九十五條ニ規定スル官印偽造ノ既遂ト全法第二百八條以下ニ規定スル私印偽造行使ノ既遂トハ其時期ヲ異ニシ又全法第四百二十七條第二號ニ規定スル罪ノ既遂ハ全法第二百九十九條以下ニ規定スル毆打創傷ノ既遂ト其時期ヲ異ニス
處罰條件ハ罪ノ構成要件ニアラサルカ故ニ罪ノ既遂ノ時期ヲ定ムル標準トナラス故ニ例ヘハ有罪破産ノ既遂ハ處罰條件タル破産宣告ノ時期ニハ關係ナク舊商法第一千五百條第一千五百一一條ニ規定スル行爲ヲ終リタルトキニ成立スルモノトス

未遂 Versuch ハ左ノ二個ノ場合ニ於テ存在スルコトヲ得ヘシ

- 一、未遂ハ結果ヲ發生セシメ又ハ其發生ヲ防止セサル意思ノ實行ニシテ加カモ其結果カ發生セサルコトヲ謂フ即チ意思ノ實行ハ主觀的ニハ犯意ニ基キ客觀的ニハ結果ヲ發生セシメ得ル能力アルコトヲ要ス但シ原則

總則本論 第一卷 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既遂及未遂 二〇七
未遂 第一節 未遂ノ定義

法律カ未遂ヲ處罰スル所以

異説

トシテハ犯意ノ外ニ結果ノ發生ニ付テ希望ヲ有スルコトヲ要セス而シテ犯意條件附犯意ヲ包含スニ基クコトヲ要スルカ故ニ過失犯ニハ未遂ヲ認メス(犯意ノ有無ニ關セス單ニ重キ結果ノ發生ニ依テ其刑ヲ加重スル場合ニ於テハ重キ結果ノ發生ヲ豫想スルモ未遂ノ問題ヲ生セス)未遂ノ實質ハ犯意ニ依テ豫想セラレタル結果ノ發生セザルニアリ法律カ未遂ヲ處罰スル所以ハ(イ)行爲者ニ於テ結果ヲ豫想シナカラ此ノ行爲ヲ爲シタルハ行爲者自身ニ危險ノ性質ヲ有スルコト(ロ)結果ヲ發生セシメ得ル能力ヲ有スル所ノ行爲ノ危險ナルニ存ス此ノ説ハフオンリスト氏メルケル氏コーレル氏等ノ唱フル所ニシテ未遂ヲ處罰スル理由ハ不能犯ノ問題ト重大ノ關係アルコトヲ注意スヘキナリ而シテ反對説トシテ(一)ガイエル氏ヘルシユネル氏等ハ未遂トハ犯罪發生ニ關スル希望ノ一部の實現ナリト説明シ(二)フオンブリー氏ノ嶄新ナル説ニ依レハ客觀的危險ヲ標準トセス純粹ナル主觀的觀念ニ依テ未遂ノ性質ヲ説明

二、罪ノ構成要件ヲ欠除シタル場合

誤想犯ハ常ニ無罪ナリト

セリ(三)ロツシー氏ラムマツシユ氏ヘルツォーグ氏クリー氏等ハ未遂ヲ罰スルハ此ノ行爲カ猶將來繼續シテ行ハレ且ツ既遂ニ至ルヘシトノ想像ニ基クナリト説明セリ即チ完成力ノ防止換言スレハ行爲者ノ危險ヲ防止スルニアリトセリ

二、行爲者ノ犯意ハ罪ノ構成要件タル總テノ事實ヲ發現セシムルニ在ルモ偶々其構成要件ノ一ヲ欠除シタル場合ニ於テモ亦未遂ハ存在スト云フヘキナリ例ヘハ他人ノ所有物ナリト誤信シテ自己ノ所有物ヲ窃取スルカ如キ虛偽ノ事實ナリト誤信シテ眞實ヲ證言シタルカ如キ場合ニ於テハ竊盜又ハ偽證ノ未遂ナリト云フヘシ蓋シ犯意ハ罪トナルヘキ事實ヲ知リタルコトヲ意味スルカ故ニ(刑法第七十八條第二項其罪ノ構成要件タルヘキ事實ノ一ヲ欠キタルトキハ未遂ヲ以テ論スルヲ至當トス從テ未遂ト罪ノ構成要件タル事實ノ缺欠(Mangel am Thatbestand)トヲ區別シ後ノ場合ヲ誤想犯(Fatahvidelikt)トシテ常ニ無罪タルヘキモノト論スル

總則本論 第一卷 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既遂及ヒ 二〇九

ハ誤レリ然ルニ近頃フランク氏ハ未遂ハ既遂ニ比シテ單ニ動作ト目的トノ間ニ因果ノ關係ヲ排除スルニ止マリ若シ其他ノ構成要件ヲ欠クトキハ常ニ處罰スヘカラサル誤想犯ナリトシテ論セリ

第二、未遂ノ實質ハ犯人カ豫想シタル(犯意)結果ノ發生セサルニ存スルカ故ニ此ノ未遂ノ現象カ既遂ノ現象ヨリ愈々遠カルニ從ヒ兩者ノ關係ヲ立證スルコト愈困難ニ且ツ不確實トナルヘキナリ此ニ於テ既遂ト遠サカリタル所ノ未遂ハ比較的既遂ニ近キ未遂ト區別シ前者ニ對シテハ刑罰ヲ科セサルコト、シ後者ニ對シテノミ刑罰ヲ科スルコト、スルノ必要ヲ生スヘシ

以上遠キ未遂ト近キ未遂トヲ區別シ之カ區別ノ標準ハ豫メ法律ヲ以テ之ヲ一定スルヨリモ各實際ノ場合ニ當リ裁判官ノ認定ニ委ヌル方却テ此ノ區別ヲ立テタル必要ヲ充タスニ近カルヘキナリ然ルニ我現行刑法ハ佛國刑法ニ倣ヒ刑法第百十二條ニ於テ豫メ兩者區別ノ標準ヲ規定セリ獨逸刑

準備ト未遂ノ區別

刑法第百十二條

實行ノ端ニ關スル諸學說

リスト氏ノ說

法又然リ(即チ同法條ニ曰ク「罪ヲサ犯ントシテ已ニ其事ヲ行フト雖トモ云々」ト規定シ所謂「已ニ其事ヲ行ヒ」トハ佛國刑法ニ所謂 *Commencement de l'exécution* 獨逸刑法ニ所謂實行ノ端緒 *Anfang der Ausführung* ニ相當スルモノニシテ *Anfang der Ausführung* ノ意義ニ付テハ獨逸刑法學者間ニ於テモ諸說其軌ヲ一ニセス大凡ソ左ノ數說アルカ如シ

一 フォンリスト氏ノ說ニ依レハ實行トハ各場合ニ於テ立法者カ刑罰ヲ科シタル事實ヲ發現セシムヘキ意思ノ實行ヲ指スモノニシテ例ヘハ鐵砲ヲ發射シ又物ヲ以テ刺シ毒藥ヲ飲用セシムルハ殺人ノ實行行為ナリ宣誓ハ偽證ノ實行行為ナリ監護ヲ破ルコトハ幼者誘拐ノ實行行為ナリ保有ヲ破ルコトハ竊盜ノ實行行為ナリ亦立法者カ罪トナルヘキ事實ノ内ニ特定ノ手段ヲ包含セシメタルトキハ此ノ手段ノ利用ハ即チ其罪ノ實行中ニ屬ス例ヘハ暴行若クハ脅迫ヲ行フコトハ強盜ノ實行々爲ニ屬シ欺罔ハ詐欺犯ノ實行行為ニ屬ス

總則本論 第一卷 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既遂及ヒ 二二一
未遂 第一節 未遂ノ定義

マイエル氏ノ説

二、コレル氏ヘルシユナル氏等ノ説ニ依レハ實行ノ端緒トハ行爲ニ依テ

犯意ヲ明確ニ表示スルコトヲ意味スト云ヒ(主觀主義)

三、ベルナル氏メルケル氏ワールベルヒ氏等ノ説ニ依レハ實行ノ端緒トハ罪トナルヘキ結果ヲ直接ニ發生セシムヘキ行爲ヲ意味スト云ヒ

四、フオンバール氏ヴエヒテル氏ルイボイ氏レニング氏等ノ説ニ依レハ實行ノ端緒トハ結果ニ對シテ連續ノ關係ヲ有スル行爲ヲ意味スト云ヒ

(又ハ結果ニ對スル最後ノ實行ヲ意味スト云ヒ)

五、メルケル氏バウムガルテン氏等ノ説ニ依レハ實行ノ端緒トハ當該法益ニ對スル攻撃行爲ヲ意味スト云ヒ

六、ツアハリエー氏ガイエル氏ヒルクマイエル氏ベンニール氏オールスハウゼン氏クロツシエル氏等ノ説ニ依レハ實行ノ端緒トハ刑罰ヲ科セラルタル動作ノ一部タル行爲ヲ意味スト云ヒ

七、フリーゴーマイエル氏ノ説ニ依レハ實行ノ端緒トハ行爲ノ一般ノ性質ヨ

リ觀察シテ結果ノ發生ニ欠クヘカラサル條件ト認ムヘキモノヲ意味シ殺人ノ目的ヲ以テ器具ヲ用意シ又ハ目的地ニ進行スルカ如キハ殺人ノ準備行爲ニシテ實行行爲ニアラス何トナレハ人ハ器具ヲ用意シ又ハ特定ノ場所ニ於テセストモ尙ホ他ノ方法及ヒ場所ニ於テ他人ヲ殺害スルコトヲ得ヘケレハナリ反之鐵砲ヲ發射シ又ハ刃物ヲ以テ人ヲ切り付クル行爲ハ殺人ノ實行行爲ナリ何トナレハ人ニ對シテ何等カノ攻撃ヲ加フルニアラサレハ之ヲ殺害スルコトヲ得サレハナリ而シテ此ノ原則ハ尙ホ(一)結合犯 *Zusammengesetzten Delikt* (結合犯中ニハ(イ)罪トナラサル二個以上ノ行爲ノ結合ニ依テ成立スルモノ例ヘハ私文書偽造行使罪ノ如キモノト(ロ)罪トナルヘキ二個以上ノ行爲ノ結合ニ依テ成立スルモノ例ヘハ強盜強姦罪ノ如キモノ兩者ヲ包含ス)ニ付テモ適用アルヘク即チ其結合セラレタル行爲中第一ノ行爲ヲ行フトキハ其罪ノ實行ニ著手シタリト云フヘキナリ(二)加重ノ情狀アル罪 *qualifizierten Delikt* 中加重ノ情狀カ

總則本論 第一卷 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既遂及ヒ 二二三
未遂 第一節 未遂ノ定義

行爲者自身ノ行爲ニ存スルモノニシテ加カモ其情狀カ罪ノ實行前ニ發生スルコトヲ要スルモノニ付テハ其加重ノ情狀トナリタル行爲アリタルトキハ加重ノ情狀アル罪ノ實行ニ著手シタリト云フヘキナリト論セリ

八 エートケル氏ア、ホルン氏等ノ説ニ依レハ實行ハ最後ノ補助的意思想ノ發現ナリト謂ヒ

九 ベーリング氏ノ説ニ依レハ行爲者カ外界ニ存スル力ヲ支配スルニ至リタル所ノ行爲ナリト謂ヒ

要之近キ未遂狹義ノ未遂ト遠キ未遂豫備トノ區別ヲ正確ニ立ツルコトハ至難ノコトニシテ今日猶一定ノ原則ヲ發見セスト雖トモ余輩ノ信スル所ヲ説明スレハ左ノ如シ

(イ) 實行行爲トハ其實行ニ次テ罪カ完成スルニ至ル所ノ行爲(例ヘハ偽證罪ニ付テハ虚偽ノ陳述ヲ爲シ殺人罪ニ付テハ刃傷スルカ如シ)又ハ行爲者

正當ナリト信スヘキ説

カ結果ノ發生ニ付キ單ニ他ノ力ヲ待ツニ止マル所ノ行爲(例ヘハ毒殺ノ目的ヲ以テ毒藥ヲ混シタル食物ヲ他人ニ交付スルカ如シ)ヲ意味ス然レトモ此實行行爲タルヤ必ス或ル時間ヲ繼續シ且ツ個々ノ動作ノ接續シタルモノナルカ故ニ實行行爲ノ一部ト認メラルヘキ個々ノ動作ハ實行行爲ニ對シテ自然上ノ關係アリト云フヘク從テ例ヘハ鐵砲ヲ構ヘ目的物ニ向テ狙ヲ付ケル所ノ個々ノ動作ハ鐵砲ノ發射ト相合シテ單一ナル行爲ヲ組織スト云フヘキナリ何トナレハ發射ト云フ動作ハ構ヘ狙フト云フ動作ナクシテ發生スヘキ道理ナキヲ以テナリ又此ト同一理由ニ依リ人ヲ毆打スル爲メニ拳ヲ振り上クルハ打ツト云フ動作トハ合シテ單一ノ行爲トナルヘク目的物ニ向テ手ヲ伸ハスト云フ動作ハ他人ノ保有ヲ奪フト云フ動作ト合シテ單一ノ行爲トナルヘキナリ故ニ實行ノ端緒トハ實行行爲トノ必要的共同ノ關係ニ於テ當然實行行爲ノ一部ト認メラルヘキ總テノ動作ヲ總稱スヘキナリ而シテ此ノ原則ハ尙ホ結合犯及

總則本論第一卷 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既遂及ヒ 二二五
未遂 第一節 未遂ノ定義

ヒ加重ノ情狀アル罪ニ付テモ適用セラル、ナリ(行爲ノ性質ハ豫備ニ屬スルモ法律カ結合犯ノ構成條件トシテ又ハ罪ノ加重ノ狀情トシテ規定シタル以上ハ罪ノ實行行爲中ニ算入シタルモノト云ハサルヘカラス)

(ロ) 豫備行爲 *Vorbereitungshandlung* トハ此ニ依テ行爲者自身ヲシテ犯罪ヲ實行セシメ得ルカ若クハ其實行ヲ容易ナラシムル狀況ニ達セシムル所ノ行爲ヲ謂フ例ヘハ殺人ノ爲メニ兇器ヲ製造スルカ如キ又ハ之ヲ整頓スルカ如キ又ハ殺人ノ時機ヲ探知スルカ如キ又ハ犯罪ノ目的地ニ向テ進行スルカ如キ又ハ犯罪ニ依テ得ル利益ヲ確實ナラシムル方法或ハ處罰ヲ免カル、方法ヲ豫メ用意スルカ如シ何者此等ノ行爲ハ罪ノ實行ニ付當然必要ナル關係ヲ有スト云フコトヲ得サレハナリ而シテ兇器ヲ整頓シ兇行ノ時機ヲ探知スルカ如キハ殺人ノ意思ヲ有セサル以前ニ於テ既ニ存在スルコトヲ得ルナリ反之犯罪實行ノ端緒ハ常ニ犯意發生後ニアラサレハ存在スルコトヲ得サルナリ(此ノ說ハラインハルド・フランク氏

未遂ノ種類
一、實行
未遂

ノ主張スル所ニシテフリーゴトマイエル氏ノ說モ又大體ニ於テ之レト一致スルナリ)

而シテ豫備行爲トシテ行ハレタル行爲ハ假令之ニ依テ直ニ罪トナルヘキ結果カ發生シタルトキト雖モ罪ノ實行アリタリト云フコトヲ得ヌ例ヘハ殺人ノ目的ヲ以テ鐵砲ニ彈丸ヲ込メツ、アルトキ誤テ發射シテ他人ヲ殺害シタルカ如キ殺人ノ實行アリタリト云フコトヲ得サルナリ

第三 未遂ハ左ノ二種ニ分ツコトヲ得ヘシ

一、實行未遂(欠缺犯 *Beendeter Versuch*)トハ結果ヲ發生セシムル爲メノ意思實行(作爲)又ハ作爲ヲ爲スヘキ法律上ノ義務(不作爲)カ終了シタルニ拘ハラヌ結果カ發生セサル場合ニシテ刑法第百十二條ニ所謂意外ノ舛錯ニ依リ未タ事ヲ遂ケサル場合ニ該當スルナリ而シテ此ノ實行未遂ハ更ニ左ノ三個ノ場合ニ區別スルコトヲ得ヘシ

(イ) 行爲者ニ於テ更ニ意思ノ實行ヲ要スルコトナクシテ結果ヲ發生セシ

總論本論 第一卷 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既遂及ヒ 二一七
未遂 第一節 未遂ノ定義

メ得ルモ結果ノ發生カ不確實ナル場合例へハ人ヲ創傷シタルニ其創
ハ致死ノ危険アルモ未タ被害者ノ死亡カ不確實ナルカ如シ
(ロ) 結果ノ發生ハ確實ナルモ結果カ未タ發生セサル場合例へハ創傷ノ爲
メ被害者ノ死亡スヘキコトハ確實ナルモ被害者カ尙ホ未タ生存シ居
ルカ如シ

(ハ) 結果ノ發生セサルコトノ確實ナル場合例へハ殺人ノ犯意ヲ以テ加ヘ
タル創傷カ極メテ輕傷ナリシカ如シ此ノ種ノ實行未遂ヲ稱シテ失敗
犯 *fehlgeschlagenen Verbrechen* ト謂フ

ニ着手未遂 *Nichtbeendeter Versuch* トハ結果ヲ發生セシムル爲メニ行ハレタ
ル意思ノ實行カ未タ終了セサル場合ニシテ刑法第百十二條ニ所謂意外
ノ障礙ニ因リ未タ事ヲ遂サル場合ニ該當ス

以上實行未遂着手未遂ノ區別ハ羅馬法ニ所謂 *delit Manqué (frustrato)* 及ヒ
delit tente (tentative suspendue) ニ相當スルモノニシテ此ノ區別ハ中止犯ニ付

ニ着手未遂

間接實行ノ既遂未遂ノ標準

處罰條件ノ必要トスルモノト未遂

テハ重大ノ關係アリ(中止犯ノ説明参照)

次ニ間接實行 (*mittelbarer Täterschaft*) 他人ヲ機械トシテ利用スル實行々爲ヲ
指ス例へハ下婢ニ對シ毒藥タルノ實ヲ告ケス良藥ト誤信セシメテ毒藥ヲ
其主人ニ進メシムルカ如シ(ニ付テ其實行カ始マリタリヤ否ヤ又終了シタ
ルヤ否ヤヲ決スルニハ其利用セラル、人ノ行爲ヲ標準トスヘク之ヲ利用
スル人ノ行爲ヲ標準トスルコトヲ得ス生活ナキ自動機械ヲ利用スル場合
ニ於テモ亦之ニ準ス(例へハ爆發物ヲ他人ニ送致シ又ハ自發銃ヲ設置スル
カ如シ)

第四 未遂犯ハ如何ナル場合ニ於テ成立スルコトヲ得ルカ

一 行爲ヲ處罰スルニ付キ法律カ客觀的條件(處罰條件)ヲ必要トスル場合ニ
於テハ行爲ノ前後ヲ問ハス此ノ處罰條件カ發生シ且ツ行爲カ實行未遂
若クハ着手未遂ニ止マルトキニ於テ此ノ罪ノ未遂犯ハ成立スヘキモノ
トス例へハ有罪破産ノ未遂ニ於ケルカ如シ此ノ原則ハ法律カ重キ結果

總則本論 第一卷 第三編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既遂及ヒ 二一九
未遂 第一節 未遂ノ定義

重キ結果
依テ發生
ルナリ
罪加テ其
罪ノ重キ
未ス刑ニ

ノ發生ニ依テ其刑ヲ加重スル罪ニ付テモ適用アルモノトス即チ例ハハ
強姦未遂ニ依テ被害者カ死亡シタルトキハ刑法第三百五十一條強姦致
死罪ノ未遂トシテ同法第一百十二條第一百十三條ノ規定ニ依リ同法第三百
五十一條ノ刑即チ無期徒刑ノ刑ヨリ一等又ハ二等ヲ減シテ處罰スヘキ
ナリ

以上ハフォンリスト氏オールスワウゼン氏等ノ説ト同シ反之パウムガル
テン氏ピンデング氏マイエル氏フランク氏等ノ説ニ依レハ前例ノ場合ニ
於テハ處罰條件カ行爲ノ以前ニ存在シタルトキニ限り未遂犯ハ成立スト
論シ又トムセン氏ノ説ニ依レハ後例ノ場合ニ於テ重キ結果ノ生シタルト
キハ其原因トナリタル罪ノ既遂未遂ヲ問ハス常ニ重キ罪ノ既遂カ成立ス
ト論セリ而シテヒュンゲル氏フキンゲル氏フキールハウス氏等ハ同氏ノ
説ニ反對セリ

不作為犯
ト未遂

ニ純正不作為犯ニ付テハ未遂犯ハ成立セス次ニ不純正不作為犯ニ付テハ

不純正不
作為犯ニ
付テハ着
手未遂ハ
成立セス

實行未遂(欠效犯)ハ原則トシテハ成立シ得ヘキモ着手未遂ハ成立スルコ
トヲ得サルナリ例ヘハ鐵道ノ番人カ軌道ノ上ニ障害物ノ横タハレルコ
トヲ知リツ、汽車ヲ顛覆セシムル目的ヲ以テ故サラニ之ヲ取除カサリ
シ場合ニ於テ若シ此ノ障害物ヲ取除クヘキ番人ノ義務カ尙ホ繼續スル
間ニ於テ他人カ此ノ障害物ヲ取除キタルトキハ罰スヘキ不作為ハ存在
セス何トナレハ此ノ場合ニ於テ汽車カ障害物ニ近ク迄ハ番人ニ於テ此
ノ障害物ヲ取除キ得タルヲ以テ此ノ可能的狀況ノ繼續スル間ハ義務者
ニ於テ此ヲ取除クヘキ義務ニ違背シタリト云フコトヲ得サレハナリ而
シテ若シ汽車カ此障害物ヲ乗り越シタルモ其顛覆ヲ免カレタルトキハ
缺効犯ヲ以テ論スヘキナリ此ト同一理由ニ依リ前例ニ於テ番人カ三時
間後ニ經過スヘキ汽車ヲ顛覆セシムル爲メニ睡眠シタルモ一時間後ニ
於テ目覺メタルトキハ處罰スヘキ不作為ハ存在セス
フランク氏パウムガルテン氏ヘルシユネル氏オツペニール氏オールスハ

ウゼン氏等ノ説ニ依レハ純正不作爲犯ニ付テハ實行々爲ノ端緒ト認ムヘキ時期不明ナリトシ從テ未遂犯成立セスト論シフイゴイマイエル氏ハ純正不作爲犯ニ付テハ未遂ハ存在シ得ルモ處罪スヘキ未遂ハ存在スルコトヲ得スト論シリスト氏ハ純正不作爲犯ニモ原則トシテ欠效未遂ハ成立シ得ト論セリ

三立法者カ例外トシテ罪トナルヘキ行爲ノ未遂又ハ豫備ニ對シ既遂ノ刑ヲ以テ處罪シ若クハ獨立罪トシテ特別ノ刑ヲ科スル場合ニ於テハ此ノ未遂犯又ハ豫備犯ニ對シテ實行未遂モ着手未遂モ成立セサルモノトス何トナレハ未遂ノ未遂又ハ豫備ノ未遂ト云フコトハ論理ニ於テ明ラカニ矛盾スルノミナラス此ノ種ノ未遂豫備ニ對シ更ニ其未遂ヲ罰スルコトハ例外ニ例外ヲ重ヌルノ嫌ヒアルヲ以テナリ(刑法第百十二條參照)以上ハフオンリスト氏バウムガルテン氏ゲーメル氏ベヒテル氏ベルネル氏ノ説ト同一ナリ(反之コロン氏マイエル氏フランク氏オールスハウゼ

未遂ノ成立シ得サル場合

刑法第百十三條

未遂ノ刑

ン氏ノ説ニ依レハ立法者カ行爲ノ實質ニ於テ未遂又ハ豫備ノ程度ニアルモノニ對シ之ヲ獨立ノ一罪ト認メ刑ヲ科シタル行爲ニ付テハ未遂犯アリ得ベシト論セリ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助スル所爲ヲ以テ獨立ノ一罪ト認メタル場合ニ付テモ亦同シ

第五 現行刑法ハ佛國刑法ニ倣ヒ重罪ノ未遂ハ常ニ處罰スルコト、シ輕罪ノ未遂ハ例外トシテ各本條特ニ規定アル場合ニ限り之ヲ處罰スルコト、シ違警罪ノ未遂ハ常ニ之ヲ罰セサルコト、セリ(刑法第百十三條)刑法改正案第五十六條ニ於テハ未遂犯ヲ處罰スルニハ總テ各本條ニ於テ之ヲ規定スルコト、セリ

現行刑法ハ佛刑法プロイセン刑法ニ反シ原則トシテ未遂ノ刑ハ既遂ノ刑ニ比シテ一等又ハ二等ヲ減輕スルコト、セリ(刑法第百十二條)之レ前者ニ比シテ刑罰ノ權衡ヲ得從テ刑事政略ニ適合スルモノト謂フヘキナリ只現行刑法ハ例外トシテ特種ノ未遂犯ニ限り既遂犯ト同一ノ刑ヲ科スル

總則本論 第一卷 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既遂及ヒ 二二三
未遂 第一節 未遂ノ定義

陰謀

コトアリ(刑法第百十六條、第百二十四條)又例外トシテ刑法第百十二條ノ例ニ依ラス特別ノ刑ヲ科スルコトアリ(刑法第百十八條參照)

第六、陰謀 *Complot* トハ特定ノ犯罪ニ付キ他人ニ向テ共ニ罪ヲ犯サントノ意思ヲ表示シ他人カ之ニ同意シタルコトヲ謂ヒ其同意者ノ多少ハ問フ所ニアラサルナリ而シテ現行刑法第百十一條ニ於テ例外トシ各本條別ニ處罰規定アル場合ニ限り豫備陰謀ヲ處罰スルコト、セリ(刑法第百十六條、第百十八條、第百二十五條、第百三十三條參照)

第二節 不能犯 *Der untaugliche Versuch*

羅馬ニ於テハ既ニ法律學者ネラチウス氏ボンボニウス氏以來ウルピアン氏パウルス氏ニ至ル迄ハ特別ノ犯罪ニ限り其不能犯ヲ處罰ストノ説行ハレ而シテ其何レノ犯罪ニ限り之カ不能犯ヲ處罰スヘキヤトノ問題ハ學者間ニ於テ屢々論争セラレタリ其後學者間ニ於テ此ノ問題ヲ決スルニ付概轄的標準ヲ立ツルコトヲ求メタリト雖トモ遂ニ目的ヲ遂ケス獨逸普通法

沿革

不能犯

ニ於テモ特種ノ犯罪例ヘハ毒殺罪墮胎罪其他ノ犯罪ニ限り其不能犯ヲ處罰スルコト、シ且ツ既遂ノ刑ヨリ減輕シテ處罰シタリ第十九世紀ニ至リ(西曆千八百〇八年)フオイエルバハ氏ハ罰スヘキ不能犯ト罰スヘカラサラ不能犯トノ區別ニ付キ此カ概轄的標準ヲ立テ且ツ失敗犯 *misslungenen Verbrechen* ヲ處罰スヘキヤ否ヤノ問題ニ付キ織ニ此ヲ論究シタリ即チ氏ハ危險ナル未遂ニ限り之ヲ處罰スヘク(客觀的主義 *die objektive Theorie*) 且ツ危險ナル未遂トハ其行爲ノ外部ニ現ハレタル性質ニ從テ行爲者ノ希望シタル結果ニ對シテ因果ノ關係ヲ保ツ場合ナリト論斷セリ從テ不能犯ヲ分テ(一)目的ニ關スル不能犯(二)手段ニ關スル不能犯トニ區別シフエヌル氏千八百九年)ミツテルマイエル氏(千八百十六年)ハ更ニ不能犯ヲ分テ目的又ハ手段ニ關スル絶對的不能犯及關係的不能犯ニ區別シタリ

絶對的不能犯
關係的不能犯

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既遂及未遂 第二節 不能犯 二三五

絕對的不能犯
手段ニ關スル關係的不能犯

以上ノ區別ハケストリン氏ヘルシユネル氏フオンシユワルツエ氏其他多クノ學者ノ反對アリシニ拘ハラヌ直チニ一般學者間ニ唱道スル所トナリ今日猶此ノ區別ヲ存スルニ至リタリ而シテ所謂絕對的不能犯 absolute untaugliche Versuchトハ現ニ施サレタル手段ニ依テハ到底其目的ヲ遂クルコト能ハサル場合例ヘハ彈丸ヲ込メサル短銃ヲ以テ人ヲ銃殺セントスルカ如シ(手段ニ關スル絕對的不能犯)及ヒ現在ノ目的物ニ對シテハ到底其目的ヲ遂クルコト能ハサル場合例ヘハ銃殺ノ目的ヲ以テ死屍ニ對シテ發射スルカ如シ(目的物ニ關スル絕對的不能犯)關係的不能犯 relativ untaugliche Versuchトハ現ニ撰ハレタル手段ハ普通ニ其目的ヲ遂ケ得ルノ能力ヲ有スト雖トモ特別ナル事情ノ爲メ其目的ヲ遂ケ得サル場合例ヘハ殺人ノ爲メニ使用セラレタル短銃カ發射ノ瞬間ニ於テ偶々破裂シテ其用ヲ爲サ、リシカ如

フオン、
ブリー氏
ノ主觀主
義

シ(手段ニ關スル關係的不能犯)又ハ現在ノ目的物ニ對シテハ普通ニ其目的ヲ遂ケ得ルニ拘ハラヌ特別ノ事情ノ爲メ其目的ヲ遂ケ得サル場合例ヘハ銃殺サレントシタル人カ偶々堅固ナル甲鎧ヲ裝ヒタルカ如シ(目的物ニ關スル關係的不能犯)

以上絕對的不能犯ト關係的不能犯トノ處斷方法ニ付學說ニ派ニ分カレハ關係的不能犯ニ限リ之ヲ處罰シ絕對的不能犯ハ之ヲ處罰セス(此ノ說ハブロイセン、バイエルン、オイステルライヒ其他羅馬法系諸國ノ裁判例ニ於テ採用セラレタリ)他ハ關係的不能犯ノミナラス絕對的不能犯モ猶之ヲ處罰スト唱ヘ(此ノ說ハツエツテンベルヒ、ザクセンノ實務家ニ採用セラレタリ)又フオン、パール氏ノ如キ一二ノ學者ハ手段ニ關スル不能犯ヲ目的ニ關スル不能犯ト區別シ前者ニ限リ之ヲ處罰ストノ說ヲ唱ヘタリ其後西曆千八百七十三年ニ至リ所謂主觀主義 die subjektive Theorieノ首導者タルフオンブリー氏ノ説明スル所ニ依レハ所謂不能犯トハ常ニ豫見セラレタル結果

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既遂及ヒ未遂 第二節 不能犯 第一三三

ヲ發生セシメ得ヘシト誤解シタルニ基クモノニシテ不能犯ト可能犯トノ區別ハ行爲カ目的ヲ遂クル手段タル能力アリヤ否ヤニ依テ決スヘク而シテ特定ノ行爲ハ行爲者ニ於テ豫見シタル結果ヲ發生セシムルニ付キ常ニ可能ナルカ若シクハ不能ナルカ何レカ其ノ一ニシテ即チ因果ノ關係ヲ有スルカ若クハ之ヲ有セサルカ何レカ其ノ一ニシテヨリ多ク因果ノ關係ヲ有ストカ若クハヨリ少ク因果ノ關係ヲ有スト云フコトヲ許サス從テ手段若クハ目的ニ關スル關係の不能及絕對の不能ノ區別ハ全ク因果ノ性質ヲ誤解シタルニ歸セサルヘカラス要之不能犯ノ本質ハ客觀的ニハ全ク因果ノ關係ヲ欠缺セルニ拘ハラヌ此ノ手段ニ依テ罪ヲ犯スノ意思ヲ實行シタルモノナリ從テ所謂不能犯ハ單一ニシテ之ヲ類別スルコトヲ得ス此ノ如ク總テ不能犯ノ場合ハ行爲者ニ於テ行爲ノ因果關係ヲ誤認シタルニ坐スルモノナレハ不能犯ノ或場合ヲ區別シ或モノハ之ヲ罰シ他ハ之ヲ罰セスト云フカ如キ原則ヲ認ムルコトヲ得サルナリト論シ此ノ說ハ直ニ勢力ヲ有

客觀主義

スルニ至リ獨逸ノ大審院判決例ニ於テモ全ク此說ヲ採用シ因果關係ノ誤認ニ基ク未遂ハ總テノ場合ニ於テ之ヲ處罰スルコト、シ殊ニ西曆千八百八十年五月二十四日ノ有名ナル獨逸帝國裁判所刑事部聯合會議ニ於テハ絕對の不能未遂ヲモ處斷スヘキコトヲ決議シタリ而シテ獨逸判決例ニ依レハ既ニ死亡シタル子供ニ對スル故殺未遂、妊婦ニアラサル者ニ對スル墮胎ノ未遂及ヒ手段ノ不能ナル場合ニ於テモ總テ之ヲ處罰セリヘルミユチル氏ヘルツ氏ヤンカ氏ランマツシユ氏シユワルツエ氏ゾイフエルト氏ステングライン氏フオンベヒテル氏ハ此ト同一ノ說ヲ有スルモ以上主觀主義ハ處罰スヘキ未遂ノ成立ニハ犯意ノ實行ト主觀的危險ノ存スルノミヲ以テ足レリトスルモノナリ現今普通ノ學說タル客觀主義ニ依レハ絕對的不能未遂ハ之ヲ處罰セスト論シ例ヘハバウムガルテン氏ベルネル氏ビンデング氏ブニンゲル氏ホルケルト氏フオンクリース氏レーニング氏メルケル氏マイエル氏フオンローランド氏パールベルグ氏等ハ此說ヲ主張シ

クリー氏ハ企圖ノ可能ナルト否トニ區シ其絕對的不能ハ之ヲ處罰セスト
 論セリ(以上客觀主義ハ處罰スヘキ未遂ノ成立ニハ客觀的危險ノ發生ヲ必
 要トスルモノナリ)又一部ノ學者ハ罪ノ未遂ト罪トナルヘキ事實ノ欠缺セ
 ル場合トヲ區別シ目的物ニ關スル絕對的不能ニ限り誤想犯 Putativdeliktニ
 シテ之ヲ處罰セスト論セリ即チペーリング氏ノ如キハ此ノ說ヲ主張シ又
 フランク氏ハ罪トナルヘキ事實ノ欠缺セル場合ニ限り之ヲ處罰スヘカラ
 サルモノト論シ目的物ニ關スル絕對的不能ノ外ニ更ニ法律カ特定ノ手段
 ヲ罪ノ構成要件トセル場合ニ於テ其特定ノ手段ヲ欠缺シタル場合ヲモ併
 セテ處罰セスト論セリハーゲマン氏ハーベンスタイン氏クロツシエル氏
 ノ說又然リ

フランク氏獨逸刑法注解ニ曰ク(客觀主義ハ特定ノ目的物ニ對シテ危險ノ
 發生シタルコトヲ以テ處罰スヘキ未遂ノ成立ニ必要ナリトスルモ此ノ條
 件ハ法文ヲ根據トシテ引照説明スルコトヲ得サルノ非難アリ次ニ主觀主

誤想犯ニ
 關シテ
 處罰ス
 限リ之ヲ
 罪トナル
 ヘキ事實
 ノ欠缺セ
 ル場合ニ
 限リ之ヲ
 處罰セス
 トノ說

フランク
 氏ノ說

義ニ依レハ行爲ノ客觀的方面ハ全ク之ヲ無視シ行爲者カ單ニ處罰ノ狀況
 カ存在スヘシト誤想シタルカ爲メニ全ク違法ニアラサル行爲ヲ處罰スル
 カ故ニ行爲者ノ觀念ニ依テ新タニ處罰法ヲ創成スルコト、ナリ法律ナケ
 レハ刑罰ナシトノ原則ニ矛盾スルノ結果ヲ生スヘク此原則ハ以上ノ狀況
 ニ於テ主觀主義ノ爲メニ變更セラルヘキ理由ヲ發見セス寧ロ獨逸刑法第
 四十三條何人タリトモ重罪輕罪ヲ實施スルノ端緒トナル行爲ニ依テ其罪
 ヲ犯サントスルノ決意ヲ顯ハシタル者其目的トスル罪ヲ遂クルニ至ラザ
 ルトキハ未遂犯トシテ處罰スヘキモノトスニ於テハ既遂ノ場合ニ違法ニ
 シテ且ツ處罰セラルヘキ犯意アル意思ノ實行ハ既遂ニ達セサル場合ニ於
 テモ猶ホ存在スルコトヲ規定スルニ止マル故ニ未遂ノ成立ニハ意思ノ實
 行ト目的物トノ間ニ因果結合 Kausale Verbindung カ現ニ發生セサルヤ若ク
 ハ行爲者ノ觀念ニ於テ此ノ關係カ發生セザリシコトヲ除キ其他罪ノ構成
 ニ必要ナル總テノ條件ノ具備スルコトヲ要スヘキナリ即チ罪ノ既遂ト未

遂ノ區別アル要點ハ意思ノ實行ト目的物トノ間ニ因果結合ノ欠缺セルト
 否トニアリ故ニ獨逸帝國裁判所例ニ於テ絶對的不能ノ目的物ニ對スル未
 遂ヲ處罰スルハ不當ナリ例ヘハ妊婦ニアラサル者ヲ妊婦ナリト誤認シテ
 之ニ墮胎ノ手段ヲ施スモ處罰スルコトヲ得ス樹幹ヲ見テ人間ナリト誤認
 シ之ニ發砲スルモ處罰スルコトヲ得サルヘク後ノ場合ニ於テ行爲者カ現
 ニ人間ヲ目撃シタルモ樹幹ヲ見テ其人ナリト誤認シタル場合ニ於テモ結
 論ニ於テ異ナルナリ何トナレハ此ノ場合ニ於ケル具體的行爲ハ目的物ヲ
 欠缺セルヲ以テナリ此ト同一理由ニ依リ自己ノ姉妹ニアラサル婦人ヲ姉
 妹ナリト誤認シテ之ト交接スルモ近親姦淫ヲ以テ論スルコトヲ得ス然レ
 トモ次ニ例示スル場合ハ目的物ヲ欠缺セル場合トハ區別スルコトヲ要ス
 例ヘハ甲カ彈丸ノ全ク到達シ得サル距離ニ立ツ乙ニ對シテ發砲シタル場
 合ニ於テハ此ノ行爲ハ決シテ目的物ヲ欠缺セサルカ故ニ此場合ヲ指シテ
 絶對的不能ノ目的物ニ對スル未遂ナリト論スルモノアルモ誤謬タルヲ免

正當ナリ
ト信スル
法

カレヌ此ノ如ク苟クモ因果結合ヲ除キ罪ノ構成ニ必要ナル總テノ條件カ
 存在スル以上ハ此ノ因果結合ノ欠缺スルニ至リタル理由ノ如何ニ付テ制
 限ナキ故ニ獨逸帝國裁判所ノ判例ニ於テ絶對的不能ノ手段ニ依ル未遂ヲ
 處罰スルハ正當ナリ例ヘハ砂糖ヲ砒素ト誤認シタルニ依ル殺人ノ未遂又
 ハ不能的飲料ニ依ル墮胎ノ未遂ハ處罰シ得ヘキ未遂ナリ然レトモ絶對的
 不能ノ手段ニ依ル未遂ハ特定ノ手段ニ依ルコトカ罪ノ構成要件タル場合
 ニ限リ處罪スルコトヲ得ス例ヘハ砂糖ヲ砒素ト誤認シタル場合ニハ獨逸
 刑法第二百二十九條何人タリトモ故意ヲ以テ他人ノ健康ヲ害センカ爲メ
 毒物又ハ健康ヲ害スルニ適切ナル物質ヲ内施スル罪ノ未遂トシテ處罰ス
 ルコトヲ得スト)

以上不能未遂ト可能未遂トノ區別ニ付テハ學說其ノ概ヲ一ニセスト雖ト
 モ吾輩ノ信スル所ニ依レハフオン、リス、ト氏ノ主張スルカ如ク不能未遂ト
 ハ結果ヲ惹起ス爲メニ施サレタル意思ノ實行自體ニ於テ即チ意思ノ實行

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既 二三三
 遂及ヒ未遂 第二節 不能犯

當時ニ於テ發見シ得サリシ障礙若クハ意思ノ實行後ニ於テ發生シタル障礙ノ有無ニ拘ハラズ其意思ノ實行カ目的物タル結果ヲ惹起シ得ヘキ能力ヲ有セサル場合ヲ云フ從テ苟クモ其意思實行自體ニシテ目的タル結果ヲ惹起スル能力ヲ有スル時ハ假令匿クレタル障礙若クハ後ニ發生シタル障礙ノ爲メニ目的タル結果ヲ惹起シ得サリシトキト雖トモ不能未遂ト云フコトヲ得ス反之意思ノ實行自體ニシテ目的タル結果ヲ惹起シ得ル能力ナキトキハ其行爲カ單ニ一回ニテ止ムト數回繰リ返ヘサル、トヲ問ハス常ニ不能未遂ヲ以テ論セサルヘカラス

現行刑法ノ下ニ於テ以上説明シタル不能未遂ハ之ヲ處罰スルヤ否ヤ刑法第百十二條ニ於テハ豫備ニ對シテ未遂ヲ區別シ且ツ此カ刑罰ヲ規定スト雖トモ未遂中不能未遂ハ之ヲ處罰スヘキヤ否ヤニ付テハ法文ニ於テ之ヲ決定セス全ク學說及ヒ判決例ニ一任セリ論者或ハ曰ハン刑法第百十二條ニ於テハ未遂ノ定義ヲ示シ且ツ未遂ヲ處罰スヘキコトヲ規定セリ而シテ

現行刑上
不能未遂
ルナ處罰ス
ルヤ否ヤ

不能未遂モ亦未遂ノ一種ナルカ故ニ可能未遂ト等シク刑法上處罰セラルヘキモノナリト論スルモノアルヘシト雖トモ前ニ述ヘタル如ク不能未遂ヲ罰スヘキヤ否ヤハ羅馬法以來學者間ニ爭ヒアル所ニシテ刑法第百十二條ニ於テモ不能未遂ヲ處罰スヘキコトヲ明示セサルノミナラス寧ロ法文ノ解釋トシテ同條ニ於テ「未タ遂ケサル時ハ已ニ遂ケタル者ノ云々」トアルニ徴シ同條ハ意思實行ノ目的タル結果ヲ惹起シ得ル能力アル場合ニ限り此ヲ規定シタルモノト解シ得ヘキカ如シ

此ノ如ク刑法第百十二條ノ規定ハ不能未遂ヲ處罰スヘキヤ否ヤニ付稍ヤ明瞭ヲ缺クヲ以テ此ノ問題ハ純理ニ依テ之ヲ決セサルヘカラス而シテ凡ソ法律カ未遂ヲ處罰スル所以ハ前節ニ於テ説明シタル如ク(イ)行爲者ニ於テ結果ヲ豫想シテカラ此ノ行爲ヲ爲シタルハ行爲者自身ニ危險ノ性質ヲ有スルコト(ロ)行爲ノ性質カ結果ヲ惹起シ得ル危險アルニ存ス從テ假令行爲者ニ於テ結果ヲ豫見シタルモ其行爲ニシテ結果ヲ惹起スノ危險ナキト

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既 二三五
遂及ヒ未遂 第二節 不能犯

危險アル
未遂ニ限
リ之ヲ處
罰スヘキ
ナリハ折
衷主義
未遂アル

キハ之ヲ處罰スルノ理由ヲ缺クニ依リ危險アル未遂ハ處罰スルコトヲ得
ヘク反之危險ナキ未遂ハ處罰スルコトヲ得ストノ結論ヲ生スヘキナリ而
シテ危險アル未遂トハ其未遂タル行為カ結果ヲ惹起スヘキ能力アリ從テ
結果ノ發生ヲ懸念セシムル場合ヲ云フ更ニ之ヲ詳論スレハ

一、結果ノ發生ヲ懸念セシムル場合タルト否トハ總轄的ニ之ヲ定ムヘキ
モノニアラスシテ行為ノ時ニ於ケル特別ノ狀況ニ鑑ミ(具體的ニ)之ヲ
判定スヘキナリ

二、判定ノ材料トナルヘキ特別ノ狀況ハ普通ニ認識セラルヘキモノカ又
ハ苟クモ行為者ニ於テ認識シタルモノニ限ルヘク反之特別ナル注意
ニ依テ認識セラルヘキ狀況ニハ關係ナキモノトス

三、普通ニ認識セラルヘキ又ハ行為者ニ於テ認識シタル狀況ノ下ニハ到
底結果ヲ惹起スヘキ能力ナキ場合ニ於テ此ノ未遂ハ危險ナキ未遂ニ
シテ從テ處罰スルコトヲ得サルナリ

中止犯

故ニ例ヘハ行為者ハ勿論普通ニ妊婦ナリト思料セラルヘキ婦女ニ對シテ
墮胎ノ手段ヲ施シタルトキハ假令其婦女ニシテ妊婦ニアラサリシトスル
モ墮胎未遂ヲ以テ論スヘキモノニシテ不能未遂ニアラス次ニ墮胎手段ヲ
施ス以前ニ於テ既ニ胎兒カ死亡シ居リタルトキト雖トモ苟クモ其死亡ヲ
行為者ハ勿論普通ニモ認識シ得サリシトキ亦同シ反之大砲ノ彈丸カ到達
シ得サル距離ニ於テ立ツ者ニ對シ之ヲ銃殺スル目的ヲ以テ發射シタルト
キニ於テ行為者カ其距離ヲ認識シタルトキハ處罰スヘキ未遂ニアラスシ
テ不能未遂ナリトス牛乳タルコトヲ知リナカラ人ヲ殺スニ足ルト誤信シ
他人ニ服用セシムルモ不能未遂ナリ(フオンリスト氏ロツク氏フインゲル
氏トーン氏コーレル氏ハ折衷主義タル本文ト同一ノ說ヲ主張セリ)

第三節 中止犯 Der Rücktritt von Versuch

中止犯トハ犯人カ任意ニ罪ノ實行ヲ中止シ又ハ罪トナル結果ノ發生ヲ防
止スルコトヲ謂フ而シテ中止犯ヲ處罰スヘキヤ否ヤニ付テハ從來二個ノ

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既 二二七
遂及ヒ未遂 第三節 中止犯

中止犯
處罰セザ
ル主義
法律的主
本ニ基キ
説明スル
ノ

主義行ハル

第一、中止犯ヲ處罰セサル主義 中止犯ヲ處罰セサル理由ニ付學說種々
ニ分ル (一) ミツテルマイエル氏ノ說ニ依レハ此ノ場合ニ於テハ犯意不充分
ナリト云ヒ (二) ヘルツォーグ氏ビンデング氏ノ說ニ依レハ未遂犯ハ犯人カ
任意ニ中止セサルコトヲ條件トシテ處罰セラルヘキモノナリト謂ヒ (三) ツ
アハリエー氏ルーデン氏ゲストリン氏ヘルシユネル氏ベルネル氏フオン
ブリー氏ランマッシュニ氏等ノ說ニ依レハ中止犯ノ場合ニ於テハ犯意ハ既往
ニ遡リテ消滅シ又ハ行為ヨリ滅却スト云ヒ (四) フーゴーマイエル氏ノ說ニ
依レハ中止犯ノ場合ニ於テハ行為ノ具體的危險ハ消滅シ且ツ同時ニ此ノ
危險ナル狀況ニ依テ實害ヲ生セシメントノ意思モ滅却スルヲ以テナリト
謂ヒ以上何レモ中止犯ヲ處罰セサル理由ヲ法律的基本 Rechtsgrunde ニ求メ
中止犯ハ罪ノ構成要件ノ一ヲ缺除ストノ理由ヲ以テ之ヲ説明セリ (五) 中止
犯ヲ處罰セサル眞ノ理由ハ行為者ノ中止ヲ獎勵スル爲メニ設ケラレタル

刑事政
署上ノ理
由ニ基キ
説明スル
ノ

刑事政署上ノ理由ニ過キササルナリ凡ソ犯意アル行為カ豫備ノ程度ヨリ着
手ノ程度ニ進ミタル瞬間ニ於テ既ニ未遂ヲ罰スヘキ法律上ノ理由ハ完備
スルモノニシテ一旦處罰スヘキ未遂ノ程度ニ達シタル事實ハ如何ナル理
由ニ依ルモ到底之ヲ消滅スルコトヲ得ス然レハ法律カ特ニ中止ノ場合ニ
於テ未遂ヲ處罰セサルハ刑事政策上ノ理由ニ基キ犯人ニ中止ヲ促カス爲
メナリト云ハサルヘカラス(オーセンブリユッゲン氏フオンリスド氏ユ
トタル氏等同說)

中止犯ヲ處罰セサルコトハ既ニ羅馬法時代ニ於テ一部認めラレ其後カ
ル五世ノ刑事裁判所法 *publiche Gerichtsordnung Karls V* ニ於テモ之ヲ認め獨
逸普通法ニ於テハ中止犯ノ場合ニ於テハ未遂ヲ處罰セサルカ又ハ其刑罰
ヲ減輕スルコト、セリ而シテ中止犯ヲ處罰セストノ主義ヲ繼承シタル現
時各國法制ニ於テモ此カ規定上自カラ二個ノ區別アルカ如シ

(イ) 積極的ニ規定スルモノ即チ犯人ノ任意ナル中止ニ因ラサルコトヲ以テ

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既 二二九
遂及ヒ未遂 第三節 中止犯

中止犯
處罰セザ
ル主義
法律的主
本ニ基キ
説明スル
ノ

(口)消極的ニ規定スルモノ

中止犯ヲ處罰スル主義

此ノ主義ノ根據

處罰スヘキ未遂ノ成立條件トスルモノニシテ我カ現行刑法第百十二條ニ於テ「意外ノ障礙舛錯ニ因リ」ト規定シタルハ即チ意外ノ障礙舛錯ヲ以テ處罰スヘキ未遂ノ成立條件トスルモノナリ其他プロイセン刑法バイエルン刑法佛刑法ニ於テハ此ノ法制ヲ採用セリ

(口)消極的ニ規定スルモノ即チ犯人ノ任意ナル中止ヲ以テ未遂ニ對スル刑罰免除ノ原因トスルモノニシテ即チ獨逸刑法第四十六條ニ於テ此ノ法制ヲ採用セリ我刑法改正案第五十五條但書ニ於テ一部此ノ法制ヲ採用セリ

第二 中止犯ヲモ處罰スル主義 立法者カ中止犯ヲ處罰セサル理由ハ犯人ニ中止ヲ促ス刑事政策ニ過キササルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ然レトモ此ノ政策ハ一面ニ於テハ罪ノ中止ヲ促カスノ利益アルヘシト雖トモ亦一面ニ於テハ容易ニ罪ノ實行ヲ促カスノ危險アリ(シユツツエ氏ガイエル氏等ノ主張スル所從テ近時刑法學者間ニ於テハ中止犯モ猶ホ此ヲ處罰スヘ

中止犯ノ存在シ得ル場合

(イ)着手未遂ノ場合ニ於テ

犯人カ實行ヲ反覆

シトノ主義行ハル、ニ至レリ即チ我刑法改正案第五十五條ニ於テハ中止犯ハ普通ノ未遂ニ比シテ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコト、セリ

中止犯ハ如何ナル場合ニ存在スルコトヲ得ルカ

任意ナル中止犯 *freiwilliger Rücktritt* ハ行爲者ニ於テ既ニ意思實行及ヒ結果ノ發生ニ付テノ支配力ヲ失ヒタル後ニ於テ存在スルコトヲ得ス例ヘハ意思實行ノ後チ結果ノ發生シ又ハ發生セサルコトカ確定セル場合ニ於テハ中止犯ハ存在スルコトヲ得サルナリ而シテ中止犯ノ成立シ得ル場合ハ即チ左ノ如シ

(イ)着手未遂ノ場合ニ於テハ犯人カ目的トシタル行爲ノ實行ヲ中止シタルトキニ於テ存ス例ヘハ竊盜ノ目的ヲ以テ門戶牆壁ヲ踰越損壞シ又ハ鎖鑰ヲ開キタル後財物ヲ竊取スルコトヲ止ムルカ又ハ謀殺ノ目的ヲ以テ他人ヲ組伏セタル後之ヲ刺スコトヲ止メタルカ如シ以上ノ場合ハ犯人カ實行ヲ反覆スルコトヲ止メタル場合ト區別スルコトヲ要ス例ヘハ鏡

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既 二四一
 遂及ヒ未遂 第三節 中止犯

スルコト
サレバ
中止ハ
ル場合
ニハ
アラス

中止ハ任
意的タル
コトヲ要
ス
刑法律第
百十二條

任意ナル
中止トハ

非任意ノ
未遂

殺ノ目的ヲ以テ發射シタルニ第一發ハ的中セスシテ更ニ第二ノ發射ヲ
止メタルカ如シ此ノ場合ハ着手未遂ニアラスシテ缺効未遂ニ屬シ從テ
中止犯ノ存在ヲ主張スルコトヲ得サルナリ而シテ中止ハ常ニ任意的タ
ルコトヲ要ス現行刑律第百十二條ニ於テハ意外ノ障礙舛錯ニ因リ罪ヲ遂
ケサル場合ヲ處罰スヘキ未遂トシテ規定シタルカ故ニ其裏面ニ於テ意
外ノ障礙舛錯ニ因ラス即チ任意ニ罪ノ實行ヲ止メタル場合ニ於テ中止
犯ノ存在ヲ認メタリト謂フヘキナリ所謂意外ノ障礙舛錯即チ非任意ノ
故障トハ罪ノ實行ニ對シテ故障ヲ生シ而モ其故障ハ犯人ノ意思ニ對シ
テ全く獨立シテ發生シタル場合ヲ謂フ故ニ任意ナル中止トハ自働的動
機 (Motive) ニ基ク中止ヲ謂フ換言スレハ犯人カ行爲ヲ爲シ能フニ拘ハラ
ス更ニ行爲ヲ繼續スルコトヲ欲セザルトキヲ謂ヒ反之非任意ナル未遂
トハ犯人カ行爲ヲ爲スコトヲ欲スルニ拘ハラス更ニ之ヲ繼續スルコト
能ハサルトキヲ謂フ而シテ任意ナル中止ニ必要ナル自働的動機ハ道德

他働的故
障ハ必ス
シモ實ニ
スルコト
ヲ要セス

的タルコトヲ要セス(畏怖ニ基クト懺悔ニ基クト又ハ道德上ノ嫌惡ニ基
クトヲ問ハス)例ヘハ悔悟ニ出タルニアラスシテ目的タル財物ノ價値カ
僅少ナリシ爲メニ之ヲ竊取又ハ騙取スルコトヲ中止シタル場合ニ於テ
モ任意ナル中止ヲ以テ論スルコトヲ得ルナリ任意ナル中止ノ成立ヲ防
クル他働的故障(動機)ハ必スシモ現實ニ存在スルコトヲ要セス犯人カ他
働的故障ノ存在スルコトヲ誤想シタル場合ヲモ包含ス例ヘハ犯人カ人
ノ足音ニ驚キ實行ヲ止メタル場合ニ於テモ其足音カ實在シタルト又ハ
犯人カ全く誤想シタルカ又ハ風聲鶴唳ニ驚キタルトヲ問ハス共ニ他働
的故障即チ意外ノ故障ニ依ル未遂ヲ以テ論スヘキナリ而シテ此等他働
的故障カ犯人ノ犯罪決行ノ意思ヲ制肘シタル時ニ限り意外ノ故障ニ因
ル未遂ト云フコトヲ得ヘキナリ反之現ニ發生シタル狀況カ實際故障タ
ル能力ヲ有セス且ツ犯人ニ於テモ故障トシテ之ヲ認メスシテ實行ヲ中
止シタルトキハ任意ナル中止ヲ以テ論スヘキナリ例ヘハ罪ノ實行中犯

刑罰論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既 二四三
遂及ヒ未遂 第三節 中止犯

人カ兒供ノ傍觀スル者アルコトヲ覺リタルモ兒供カ實行ニ對シ故障ヲ與ヘ得サルコトヲ信シタル以上ハ假令將來ニ於テ兒供カ犯人ノ犯罪行為ヲ告發スルアラソコトヲ恐レテ實行ヲ中止スルモ任意ナル中止ト云フコトヲ得ヘキナリ反之犯人カ罪ノ實行中自己ニ實行繼續ノ能力ナキコトヲ認メ因テ實行ヲ止メタルトキハ意外ノ故障ニ因ル未遂ナリトス

實行ノ中止ハ一時的タルト將タ永久ニ犯罪ノ決意ヲ消滅スルトヲ問ハサルナリ(再舉ヲ謀ル爲メ一時中止シタル場合ニ於テモ中止犯ノ成立ヲ妨ケサルナリ)然レトモ實行ノ一部ニ依テ生シタル狀況ヲ犯人カ更ニ實行ノ繼續ニ利用スルコトヲ欲シタルトキニ於テハ實行ノ中止ヲ以テ論スルコトヲ得サルナリ例ヘハ決水ノ目的ヲ以テ數日間毎夜堤坊ヲ毀壞スルカ如キ又ハ數回少量ノ毒物施用ニ依リ漸次ニ他人ヲ毒殺スル目的ヲ以テ數日ニ亘リ毒物ヲ服用セシメタルトキハ實行ノ繼續ニシテ中止

實行ノ中止ハ永久ニ
止メタルコトヲ要セ
ス

實行ノ繼續ニシテ
反覆ニアラサル
ハ區別ヲ要ス

間接實行
ノ中止

教唆及從
犯ノ中止

(ロ) 缺効未遂
ニ依テ中止スルコトヲ得例ヘハ殺害ノ爲メ爆裂彈ヲ他人ニ送致シタル
後チ爆裂彈カ先方ニ到着ノ上爆裂スル以前ニ於テ其實ヲ忠告スルカ如

ト云フコトヲ得ス此ノ場合ハ實行ノ繼續ニシテ實行ノ反覆ニアラサルカ故ニ中途ニシテ利用ノ意思ヲ廢止シ毒物ノ施用ヲ止メ又ハ堤防ノ毀壞ヲ止メタルトキハ實行ノ中止ヲ以テ論スヘキナリ
次ニ他人ヲ利用シテ(機械トシテ)間接ニ罪ヲ實行スル場合ニ於テハ其機械トナルヘキ人ニ對シ獨立ナル行為ノ動機トナリタルトキヲ以テ間接實行ヲ終リタルトキト謂フヘキナリ例ヘハ精神病者カ他人ノ使囑ニ依リ行為ノ決意ヲ爲シタルトキヲ以テ間接實行犯人ノ實行ヲ終ルモノトス次ニ教唆及從犯ノ實行ハ正犯ニ犯罪ヲ決意セシメ又ハ實行ニ便宜ヲ與ヘタルトキヲ以テ終ルカ故ニ其以後ニ於テハ實行中止ノ問題ヲ生セス

(ロ) 缺効未遂ノ場合ニ於テハ積極的行爲ニ依リ結果ノ發生ヲ防止スルコトニ依テ中止スルコトヲ得例ヘハ殺害ノ爲メ爆裂彈ヲ他人ニ送致シタル後チ爆裂彈カ先方ニ到着ノ上爆裂スル以前ニ於テ其實ヲ忠告スルカ如

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既 二四五
遂及ヒ未遂 第三節 中止犯

キ又ハ他人ニ一旦毒物ヲ施用シタル後解毒劑ヲ與フルカ如シ缺效未遂ノ場合ニ於テハ中止ハ結果ノ發生カ猶可能ナル間ニ於テノミ之ヲ行フコトヲ得ヘク從テ實行ヲ終リタル後既ニ結果ノ發生シ能ハサルコトカ確定シタル後ニ於テハ存在スルコトヲ得サルナリ(失敗犯 *Fehlgeschlagene Delikt*) 例ハハ既ニ發射シタルモ彈丸カ的中セザリシカ如シ缺效未遂ノ場合ニ於テハ實際結果ノ發生ヲ防止シタルヲ要ス故ニ假令結果ノ發生ヲ防止スルコトニ盡力スルモ遂ニ之ヲ防止シ能ハザリシハ罪ノ既遂ヲ以テ論スヘキナリ而シテ結果ノ發生ヲ防止スルニハ中止者自身ノ行爲ニ因ラサルヘカラス故ニ中止者ノ行爲ニ因ラスシテ結果ノ發生ヲ防止スルモ中止犯ト云フコトヲ得ヌ例ヘハ一旦毒藥ヲ與ヘタル後之ヲ救助スル爲ニ解毒劑ヲ與ヘ因テ被害者ノ死ヲ防止シタルトキハ中止犯ナルモ反之被害者カ解毒劑ヲ服用スル以前ニ於テ既ニ毒物ヲ吐下シタルトキハ中止犯ニアラス從テ絶對的不能ノ手段ニ依ル缺效未遂ノ場合

中止犯ノ成立ニハ
 中止者カ
 原行ニテ
 中止スル
 爲メニ
 必要セ
 ス

ニ於テ中止犯ハ到底存在スルコトヲ得サルナリ然レトモ結果ノ發生ヲ防止スル爲メ中止者ニ依テ與ヘラル、自己ノ行爲ハ中止者カ單獨ニテ之ヲ行フコトヲ要セス中止者カ他ノ力ヲ利用シタル場合ニ於テモ自己ノ行爲ニ依リ結果ヲ防止シタリト謂フコトヲ得ヘキナリ例ヘハ一旦毒藥ヲ服用セシメメル後中毒ヲ防止スル爲メニ醫師ヲ招キテ治療ヲ求ムルカ如シ次ニ防止ハ任意ニ出タルコトヲ要スルカ故ニ結果ノ防止前ニ於テ己ニ事發覺シ且ツ其事實ヲ知覺シタル第三者ニ於テ犯人ト獨立シテ結果ヲ防止シ又ハ直ニ官ニ申告スルノ恐アルコトヲ犯人カ知覺シタルトキハ任意ナル中止ト云フコトヲ得ヌ然レトモ此ノ要件ハ著手未遂ノ場合ニ於ケルト等シク犯人ノ主觀的要件ニ過キサルヲ以テ客觀的ニ此ノ狀況カ存在スルト否トハ問フ所ニアラサルナリ(但シ獨逸刑法第四十六條第二號ノ如ク事發覺セサル當時ニ於テ云々ト規定シ事發覺以前ニ於テ結果ノ發生ヲ防止スルコトヲ客觀的要件トシテ規定シタルトキ

現行刑法中ニ於テ之ヲ探關シテ其ノ規定タルヲ結果ニシテ之ヲ採

處罰スヘキ未遂ノ成立シタルニ於テ之ヲ共犯者ニ對シテ成立スルコトヲ

教唆及從犯ニ付テ

ハ反對ノ解釋ヲ採ラサルヘカラス)

我現行刑法ニ依レハ犯人カ任意ニ中止シタルトキハ處罰スヘキ行爲即チ犯罪ハ存在セス從テ其中止以前ニ於テ此ニ加担シタル他ノ實行正犯及ヒ教唆者從犯者ハ他人ト共同シテ罪ヲ犯シ又ハ他人ノ犯罪ニ從トシテ加担シタルト云フコトヲ得サルヲ以テ刑法上共犯者トシテ之ヲ處罰スルコトヲ得サルナリ(刑法第百四條第百五條第百九條參照然レトモ處罰スヘキ未遂犯ノ成立シタル場合ニ於テモ自己ノ任意ナル行爲ニ依リ罪ノ既遂ヲ妨ケタル共犯者ハ中止犯ヲ理由トシテ自己ノ行爲ニ付キ犯罪ノ不成立ヲ主張スルコトヲ得ヘキナリ例ヘハ二人共同シテ盜盜ノ着手中一人ノ密告ニ依リ他ノ一人カ盜盜ヲ遂ケサルトキハ密告者ノ未遂ハ中止犯ニシテ他ノ一人ノ未遂ハ意外ノ故障ニ依ル處罰スヘキ未遂ナリトス

教唆從犯者ハ罪ヲ實行スルモノニアラサルカ故ニ刑法第百十二條ニ所

モ中止犯ノ理論ヲ準用シテ之ヲ得

謂「既ニ其事ヲ行ヒタルモノ」ト云フコトヲ得サルモ如上ノ理論ヲ準用シテ教唆者又ハ從犯者カ教唆又ハ從犯行爲ノ終リタル後正犯ノ實行ヲ妨ケ又ハ正犯ノ實行ニ伴フヘキ結果ノ發生ヲ防止シタルトキハ中止犯ヲ以テ論スヘク從テ正犯ノ實行ニ關シ責任ヲ負スト論セサルヘカラス反之若シ獨逸刑法ノ如ク任意ノ中止ハ刑罰免除ノ原因ニ過キストノ主義ヲ採ルトキハ任意ノ中止アリタル場合ニ於テ處罰スヘキ行爲即チ犯罪行爲ハ既ニ成立スルカ故ニ之ニ加担シタル共犯者ハ此未遂ニ付テ各責任スヘク任意ニ中止シタル共犯者ニ限り其刑罰ヲ免除セララル、コトヲ得ヘシ(フオンリスト氏ビルクマイエル氏フランク氏ヘルシユネル氏ヤンカー氏クリー氏メルケル氏等ト同說反之パウムガルテン氏ベルネル氏ヘルツォーグ氏メーペス氏マイエル氏オールスハウゼン氏トムセン氏ノ如キハ中止犯ヲ處罰セサル理由ヲ法律上ノ基本ニ求ムルカ故ニ中止犯ハ犯罪ノ要件ヲ缺クモノトシテ此ニ加工スルモ犯罪ニ加担シタリ

總則論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既ニ四九
遂及ヒ未遂 第三節 中止犯

中止犯ニ依テ既犯ニシテ他ノ罪ニ責任ヲ負フモノ

ト云フコトヲ得スト論セリ

終リニ注意スヘキハ

一、任意ナル中止ハ未遂犯トシテ此ヲ處罰セサルニ止マリ此未遂ニ因テ既ニ發生シタル他ノ既遂ノ犯罪ニ對シテハ元ヨリ此カ刑罰ヲ科セサルヘカラス例ヘハ條件付殺人ノ犯意ト條件付傷人ノ犯意ト併存スル場合ニ於テ犯人カ任意ノ中止ニ依リ殺人ノ結果ヲ防止シタルモ既ニ傷人ノ結果ヲ發生シタルトキハ此傷人ノ既遂ニ付テハ犯罪ノ構成要件完備スルカ故ニ此ノ場合ニ於テハ殺人罪ハ中止犯ニ終リ傷人罪ニ付テハ刑罰ヲ科セサルヘカラス又詐欺取財ノ目的ヲ以テ私書ヲ偽造行使シタル後詐欺取財ヲ中止シタルトキハ詐欺取財ノ中止ハ私書偽造行使ノ既遂ニ伴フ責任ニ影響ヲ有セス(刑法第三百九十條第二項參照)フオイエルバツハ氏以來此ノ種ノ未遂ヲ稱シテ變態ノ未遂 *qualifizierten Versuch* ト稱スルモ用字適當ナラス

中止犯ノ理由ニ依リテ免カレタル場合

中止犯ニ似テ非ナルモノ

二、豫備又ハ未遂ニ對シテ法律カ總則ノ例ニ依ラス特別ノ刑罰ヲ科シ又

ハ未遂ト既遂ニ對シテ同一ノ刑罰ヲ科スル場合ニ於テハ總則第一百

二條未遂犯ノ適用ナキカ故ニ法文ニ特別ノ規定ナキ限リハ中止犯ヲ理由トシテ其刑罰ヲ免除スルコトヲ得サルナリ(フオン^ススト氏バウ

ムガルテン氏ゲーベル氏ヘツケル氏フオンリ、エンタール氏マイエル

氏メルケル氏獨逸大審院判例又然リ反之ヒンデング氏オールスハウ

ゼン氏フランク氏等ノ說ニ依レハ實質上未遂ノ行爲ヲ法律カ獨立ノ

犯罪トシテ規定シタル場合ニ限リ中止犯ノ規定ヲ適用スルコトヲ得

スト主張スルモ其理由ニ乏シ例ヘハ刑法第百十六條第百二十四條第

百八十六條規定ノ場合ニ於テハ中止犯ヲ理由トシテ其刑罰ヲ免カレ

ルコトヲ得サルナリ

中止犯ニ似テ非ナルモノハ犯罪ノ成立後ニ於テ發生スヘキ第二ノ法益ノ傷害ヲ防止スルコト是レナリ此場合ニ於テ現行刑法ハ例外トシ

總則未論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第一章 犯罪ノ既 二五一
遂及ヒ未遂 第三節 中止犯

テ時トシテハ刑ヲ全免スルコトアリ(例ハ刑法第二百二十六條第三
百五十六條)又時トシテハ其刑罰ヲ減輕スルコトアリ(例ハ刑法第八
十六條)

第二章 一罪及數罪

第一節 單一ナル行爲及ヒ數個ノ行爲

一罪及數
罪一ナル
行爲及ヒ
數個ノ行
爲

犯罪ハ刑罰ヲ制裁トシタル法律違反ノ責任行爲ナリ即チ犯罪ハ行爲タル
コトヲ要ス行爲トハ人類ノ意思ニ牽連(Zurückföhren)スル外界ノ變狀ナ
リ此ノ如ク犯罪ハ行爲ナルカ故ニ罪ノ個數モ亦行爲ノ個數ニ依テ定マル
モノト云ハサルヘカラス從テ單一ナル行爲ハ單一ナル罪ヲ構成スルニ止
マル單一ナル行爲カ數個ノ法規ニ違反スルトキハ想像上ノ數罪俱發ニア
ラスシテ法規ノ競合ニ過キス(フオソリス)ト氏ビルレル氏ハイネマン氏バ
ツーンフェルド氏ト同説反之ピンデング氏ノ如キ罪ハ法律違反ナリトノ
點ヨリ觀察シテ立論スル所ノ學者ハ罪ノ個數ハ違反サレタル法律ノ個數

規ノ個數
以テ個數
ヲ標スル
規定トスル
說

ニ依テ定マルト結論セリ獨逸普通ノ學說ニ依レハ數個ノ罪モ一個ノ行爲
ニ依テ之ヲ犯スコトヲ得ヘク此ノ如キ數罪俱發 Verbrechenkonkurrenz ヲ稱
シテ想像上ノ俱發 Idealkonkurrenz ト謂ヘリ故ニ(一)單一ナル身體動作ニ依テ
數多ノ異種ナル現實ノ結果ヲ發生シタルトキ例ヘハ一發ノ彈丸ニ依テ一
人ヲ銃殺シ他ノ一人ヲ傷ケ餘勢猶窓ノ硝子ヲ破壊シタル場合ニ於テハ謀
故殺人罪ト傷人罪ト器物毀棄罪トノ數罪俱發ヲ以テ論シ得ヘク(二)單一ナ
ル身體動作ニ依テ單一ナル現實ノ結果ヲ發生シタルモ法律上ノ關係ニ於
テ數個ノ結果ヲ價ヒスルトキ例ヘハ有夫ノ婦ナル自己ノ姉妹ヲ強姦シタ
ル場合ニ於テハ姦通罪近親猥褻罪強姦罪ノ數罪俱發ヲ以テ論スヘキナリ
ト以上ハフランク氏ト同説ニシテ同氏ノ説ニ依レハ反對說タル法規競合
說ノ根據ハ主トシテ「犯罪ハ行爲ナリ」トノ一句ニ存スルモ是レカ爲メニ行
爲ノ數ハ犯罪ノ數ト一致スルコトヲ要ストノ結果ヲ生セス畢竟スルニ反
對說ハ前掲一句ノ主言ト客言トヲ混同シタルノ誤認ニ坐スルモノニシテ

フランク
氏ノ所說

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第二章 一罪及數罪 二五三
第一節 單一ナル行爲及ヒ數個ノ行爲

ハイネマン氏ノ所謂一個ノ行為例ハ一ナル交接ハ一ナル罪ヲ成立セシムルニ止マルトノ断定ハ到底失當タルヲ免レス單一ナル行為カ數個ノ罪ヲ構成シ得ルコトハ猶一個ノ殺子カ六個ノ面ヲ有スルカ如シ或ル行為ヲ指シテ犯罪ナリト謂フハ法律カ抽象的ニ刑罰ヲ制裁トシテ規定スル罪ノ構成條件タル事實ヲ具體的ニ具備スルコトヲ意味スルカ故ニ一個ノ行為ハ此等ノ事實ヲ數個俱備スルコトヲ得ヌ從テ數個ノ罪ヲ構成スルコトヲ得ストノ断定ハ到底失當ナリト謂ハサルヘカラストベルネル氏モ亦一個ノ行為カ數個ノ罪ノ構成條件ヲ包含シ得ルコトヲ認メタリ然レトモ若シビンデング氏ノ説ニ依レハ一人ニテ二個ノ國籍ヲ有スルトキハ二人ノ存在ヲ以テ論セサルヘカラストベルネル氏カ如キ奇怪ナル結論ヲ生スヘキヲ以テリスト氏ハビンデング氏ノ説ニ對シテハ眞面目ナル辨駁ヲ與フルノ價値ナシト斷言セリ以下リスト氏ノ所論ニ基キ説明スベシ但シ立法者ハ時トシテ數個ノ行為ニ對シテ單一ノ罪ヲ認メ單一ノ刑罰ヲ科スルコトアリ此

行爲ノ個
數ヲ定ム
ル標準

一、意思
ノ實行ト
結果ト何
トナレト
合ハレ

二、意思
ノ實行ト
結果ト何
トナレト
合ハレ

ノ如ク罪ノ個數ヲ定ムルニハ其先決問題トシテ行為ノ個數ヲ定ムル標準ニ付テ講究セサルヘカラスト、而シテ行為ハ意思ノ實行ト外界ノ變狀結果トニ依テ成立スルカ故ニ左ノ如キ結論ヲ生ス

第一、單一ナル意思ノ實行 (Willensbetätigung) ニ依テ單一ナル結果 (Erfolge) ヲ發生シタルハ常ニ單一ノ行為ヲ以テ論セサルヘカラスト、例ヘハ一發ヲ以テ一人ヲ銃殺シ又ハ鐵道ノ轉鐵器ヲ轉換スルコトヲ怠リタル爲メ(不作爲) 列車ヲ脱線セシメタルカ如シ

第二、意思ノ實行ト結果ト何レカ一方カ單一ナルトキハ行為ハ猶單一ナルト論セサルヘカラスト即チ左ノ如シ

一、單一ナル意思實行ニ依テ數個ノ結果ヲ發生シタルトキ、例ヘハ一言ニ依テ數人ヲ侮辱シ、一發ニ依テ數個ノ野禽ヲ銃殺シ、一個ノ過失アル不作爲ニ依テ數百人ヲ死ニ致スカ如キ(鐵道番人カ標識ヲ舉クルコトヲ怠リタルカ如シ)何レモ一個ノ行為ナリト云ヘク、而シテ其發生シタル數個ノ

總論本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第二章 一罪及數罪 二五五
第一節 單一ナル行為及ヒ數個ノ行為

結果カ同一ノ種類ニ屬スルト否トハ問フ所ニアラサルナリ、例ヘハ一個ノ石ヲ投ケテ一人ヲ殺シ一人ヲ傷ツケ猶ホ硝子戸ヲ毀損スルカ如シ(此ノ點ニ付獨逸大審院判例ト一致ス反之、フオンブリー氏ノ說ニ依レハ行為ハ原因ニシテ數個ノ結果ハ其同種同類ナリト否トヲ問ハス數個ノ原因ヲ要シ從テ實質上數個ノ罪ヲ成立スト論シ即チ同氏ハ因果結果ノ數ヲ標準トシテ行為ノ數ヲ算シ結果カ同種類ナルト否トニ拘ハラズ其結果ニ應シテ實質上ノ數罪俱發ヲ發生スト論セルモ此ノ說ハ行為ノ半面ノミヲ觀察シ且ツ結果ト行為トヲ同視シタルノ誤謬ニ座スルモノニシテ、ピュンケル氏ヘルシユネル氏ヘツケル氏ヒルレル氏マイエル氏オリルヌハウゼン氏オルトマン氏ミユツェ氏ハ前掲ブ氏ノ說ニ反對セリ)一言ニ依テ數個ノ犯罪ヲ教唆シ又ハ數個ノ犯罪ニ幫助ヲ與ヘタルトキ又同シ(獨逸普通ノ學說ハ例外トシテ此場合ヲ實質上ノ數罪俱發ヲ以テ論シフランク氏ハ想像上ノ數罪俱發ヲ以テ論セリ)

結果カ同一ナリヤ
否ヤチ定ムルニ付
テノ法則

他人ニ讓渡スルコトヲ代シコ
トナシテ
他人ニ讓渡スルコトヲ代シコ
トナシテ

二意思實行ハ數個ナルニ拘ハラズ發生シタル若クハ單ニ豫見セラレタル結果未遂ノ場合ニ於テカ單一ナルトキ(不作爲ノ場合ニ於テハ意思實行ハ常ニ單一ナリトス)而シテ結果カ單一ナリヤ否ヤハ次ノ法則ニ依テ決セサルヘカラス(ケレレル氏ハ結果カ數個ノ人ノ人格ノ上ニ發生シタルトキハ數個ノ結果アリト云ヘリ反之數人共有ニ係ル物ノ上ニ發生シタルトキハ結果ハ一個ナリト論シ所論稍ヤ明瞭ナラサル點アルモ要スルニ本文次ニ説明スル(イ)乃至(ハ)ノ場合ニ付テ同意スルカ如シ)
(イ)享有者ノ人格(Person)ニ於テノミ害セラレ又ハ危險カ與ヘラル、所ノ法益、換言スレハ他人ニ讓渡スコトヲ得サル法益(例ヘハ人ノ生命、名譽、交接ノ自由ハ此ノ種ノ法益ニ屬ス)ニ付テハ攻撃ヲ受ケタル人ノ個數ニ依テ結果ノ個數ヲ定ムヘキナリ例ヘハ甲カ數個ノ打撃ニ依テ乙ヲ殺害シ又ハ甲カ數種ノ侮辱的言語ヲ弄シテ乙ヲ侮辱スルトキハ結果ハ一ニシテ從テ單一ナル殺人又ハ誹毀ノ行為アルニ過キス

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第二章 一罪及數罪 二五七
第一節 單一ナル行為及ヒ數個ノ行為

他人ニ讓渡スルコトヲ得ルハ法律ノ保護ヲ受ケル

製造權ノ侵害

(ロ) 享有者ノ人格ヨリ分離シテ(又ハ分離スルコトニ依テノミ)危險カ與ヘラレ又ハ侵害セラル、所ノ法益、喚言スレハ他人ニ讓渡スルコトヲ得ヘキ法益ニ付テ、例ヘハ一個ノ時計ヲ數回ノ工作ニ依テ分解シ且ツ使用ニ堪ヘサルニ至ラシメタルトキハ單一ナル器物毀棄ノ行爲ニ過キサレコトハ疑ヲ存セス、又個々ノ人ノ所有ニ屬スル數個ノ物件ヲ窃取シ又ハ毀棄スル場合ニ於テモ若シ其數個ノ物件ガ同一ノ陳列箱又ハ同一ノ旅館内ニ存在スルカ如ク、相互ノ共同關係 (die Zusammengehörigkeit) ヲ維持スルトキ喚言スレハ單一ナル保有 (die Einheit der Gewahrsam) ノ下ニ存在スル場合ニ於テハ結果ハ單一ニシテ從テ單一ナル窃盜又ハ器物毀棄ノ行爲ナリト云フヘキナリ

(ハ) 製造權 Die Urheberrechte (著作權、商標、意匠權ノ類) ハ財産權ノ一種ニシテ從テ結果ノ個數ハ權利ノ個數ニ依テ定ムヘク權利者ノ數ニ依テ定ムルコトヲ得ス、例ヘハ同共著作物ヲ偽作スルトキハ一個ノ偽作行爲ニシテ

共同著作ノ數ニハ關係ナシ(此ノ點ハ獨逸ノ多數學者ノ說ニ反對ナリ)

(ニ) 刑法ノ正條中ニ於テモ意思實行ノ個數カ數個ナルニ拘ハラス結果カ單一ナル爲メ一罪ヲ成立セシムヘキコトヲ個々ノ行爲ノ多數ヲ包含スヘキ言葉ヲ以テ表示スル規定アリ例ヘハ同法第百八十二條以下貨幣偽造罪ニ於テ貨幣ノ各片ヲ偽造シタル者ト云ハスシテ汎ク金銀貨、紙幣又ハ銅貨ヲ偽造シタル者ト規定シ例ヘハ拾圓金貨貳拾個ヲ偽造シタル場合ニ於テ一個毎ニ偽造罪ヲ成立ストノ主意ニアラサルコトヲ明示セリ

其他同法第二百二十七條以下度量衡ヲ偽造販賣スル罪第二百三十七條阿片煙ヲ輸入製造又ハ販賣スル罪第二百四十六條以下傳染病豫防規則ニ違背シテ物品ヲ陸上ニ運搬シ又ハ獸類ヲ他所ニ移ス罪第二百五十三條以下健康ヲ害スヘキ飲食物及ヒ藥劑ヲ販賣スル罪第二百五十八條公然猥褻ノ所業ヲ爲ス罪第二百五十九條風俗ヲ害スヘキ冊子圖書ヲ公然陳列又ハ販賣スル罪富籤ヲ興業スル罪誹毀ノ文書ヲ公布スル罪其他ニ

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第二章 一罪及數罪 二五九
第一節 單一ナル行爲及ヒ數個ノ行爲

繼續犯

於テ個々ノ行爲ノ多數ヲ包含スル言葉ヲ用ユルコト多シ而シテ以上例示ノ場合ハ何レモ結果カ單一ナル爲メ自然上ノ行爲ハ單一ニシテ從テ罪ハ一個ナリトノ結論ヲ生スル筋合ニシテフオンブリー氏ノ主張スルカ如ク法律ノ規定ニ依テ始メテ單一ナル行爲ト看做サレタルニアラサルコトヲ注意スヘキナリ(本文ニ對シテラテナウ氏ハ反對說ヲ採レリ)

(*) 所謂繼續犯 (Das sog. fortwährende Verbrechen od. Dauerverbrechen) モ亦結果カ單一ナリトノ理由ニ依リ單一行爲ヲ成立スルモノナリ即チ罪トナルヘキ事實カ中斷ナク繼續スル罪ニシテ例ヘハ一週間又ハ一ヶ月間繼續シテ人ヲ監禁シ、猥褻ノ圖畫ヲ或ル期間繼續シテ陳列シ又ハ祖父母父母ヲ或期間繼續シテ飢餓ニ放任スルカ如シ次ニ所謂遺跡犯 (Das sog. Zust- anderverbrechen) ニ付テモ前者ト理由ヲ異ニシテ同一ノ結論ヲ生スヘシ例ヘハ重婚罪及ヒ人ヲ毆打創傷シテ癱瘓疾ニ致ス罪ノ如キ何レモ一度前ノ行爲ニ依テ與ヘラレタル不法ノ狀況ハ或期間繼續スト雖トモ犯罪成

遺跡犯

數個ノ行爲
單一ナル行
爲ニシテ
單一ナル行
爲ニシテ
成スル
場合

立後ニ於テ仍ホ不法ナル狀況カ繼續スルコトハ刑法上何等ノ關係ヲ有セサルニ依リ此ノ場合ニ於テモ亦一罪ヲ以テ論スヘキナリ

第二節 數個ノ行爲ニシテ單一ナル罪ヲ成ス場合

第一 自然上ノ行爲ガ數個ナルニ拘ハラス刑法上單一ナル罪ヲ構成スルコトアリ、此ノ場合ニ於テハ刑法上罪ハ單一ナリト認メラル、カ故ニ之ノ單一ナル罪ハ之ヲ構成スル數個ノ行爲ノ一カ發現シタル各ノ時及場所ニ於テ發現シタリト謂フヘク、若シ其間ニ於テ法律ニ變更ヲ來タシタルトキハ新舊兩法ヲ比照シテ常ニ輕キ法律ヲ適用スヘシトフオンブリスト氏ノ主張スル所ナリト雖トモ余輩ハ此ノ場合ニハ新法ヲ適用スヘキモノナリト信ス(我大審院最近判例亦然リ)

次ニ若シ其犯罪地タル内國法ト外國法トノ間ニ衝突ヲ來タストキハ常ニ内國法ヲ適用スヘキナリ、單一ナル罪ヲ構成スル數個ノ行爲中一カ加重セ

數行爲ノ
場所カ國
内外ニ
亘ルトキ

數行爲ノ
中間ニ於
テ法律ニ
變更アリ
タルトキ

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第二章 一罪及數罪 二六一
第二節 數個ノ行爲ニシテ單一ナル罪ヲ成ス場合

ラル、トキニ於テ若シ其加重ノ爲メニ罪ノ一個タル關係ヲ失ハサル限リハ全部ノ罪カ加重セラレタリト云フヘク、數個ノ行爲中一ニ加担スルトキハ全部ノ罪ニ加担シタリト謂フヘク、其行爲ノ一ヲ庇護スレハ全部ノ罪ヲ庇護シタリト謂フヘク、公訴ノ時効ハ最後ノ行爲ノ終了ノトキヨリ始マリ告訴ノ提起期間我現行刑法ニハ此ノ種ノ期間ヲ規定セスモ亦此ノ時ヨリ起算スヘキナリ(獨逸大審院判例モ本文ト同主義ヲ採リノキブルゲル氏ラテナウ氏ハ之ニ反對セリ)行爲ノ一ニ對スル判決ノ效力ハ全部ノ犯罪ニ對シテ拘束力ヲ生スルナリ

第二 數個ノ行爲カ法規ニ依テ單一ナル罪ヲ爲ス場合ノ主ナルモノヲ舉クレハ

(一) 連續犯 (Das fortgesetzte Verbrechen) 即チ同一ナル罪トナル行爲カ繼續セスニ數回反覆セララル、場合ニシテ此ノ數個ナル個々ノ行爲カ既ニ處罰セラレタル行爲ヲ除ク法律上單一ナル罪トシテ連結セラル、ニハ各行爲カ同

數個ノ行爲カ法規ニ依テ單一ナル罪ヲ爲ス場合ノ主ナルモノヲ舉クレハ

一種類タルニ存ス即チ行爲カ同一ナル法益ニ對スルノミナラス、其侵害行爲カ類似ノ方法ニ出タルコトヲ要ス、此ノ說ハ就中フアンカケル氏フリドレンデル氏ヤンカ氏レーニング氏ノキブルゲル氏マイエル氏等ノ主張スル所ナリ、故ニ例ヘハ甲女カ乙男ト夫婦關係ヲ有スル間ニ於テ丙ト屢々夫婦外ノ交接ヲ爲シ、甲カ其子乙ニ對シテ毎夜猥褻ノ行爲ヲ爲シ、甲カ一回ニ收受シタル偽造貨幣ヲ數回ニ使用シ、甲カ主人ノ同一ナル卷煙草箱ヨリ毎日卷煙草ヲ竊取スルトキハ、單一ナル連續犯ナリ、反之甲カ丙ト姦通ヲ連續スル中途ニ於テ乙ト夫婦關係ヲ解除シ丁ト結婚シタルトキ、甲カ最初封鎖セサル主人ノ卷煙草箱ヨリ卷煙草ヲ竊取シタル後其箱カ封鎖セラレタル爲メ更ニ之ヲ破壊シテ卷煙草ヲ竊取シタルトキハ、前後ノ行爲ハ連續犯ヲ成立セサルナリ

連續犯ハ既ニ獨逸普通法ニ於テモ *delictum Continuatum* トシテ單一ノ刑ヲ科シ、亦獨逸各連邦ノ刑法ニ於テハ假令其觀念ヲ異ニシタルモ兎ニ角明文ヲ

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第二章 一罪及數罪 二六三
第二節 數個ノ行爲ニシテ單一ナル罪ヲ爲ス場合

以テ此ノ種ノ犯罪ヲ認メタリ現行獨逸帝國刑法ニ於テハ連續犯ニ付テ何等ノ規定ヲ設ケスト雖トモ立法者ハ連續犯ト云フ單一ナル罪ノ存在ヲ否認シタリト認ムヘキ理由ヲ發見セス從テ獨逸ノ普通學說及ヒ判例ニ於テハ此ノ種ノ單一罪ヲ認ム但シマツクスベルネル氏フオンブリー氏フオンリ、エンタール氏オルトロツフ氏フラーゲル氏等ハ之ニ反對セリ然レトモ連續犯ヲ以テ單一罪ト認ムル學說中ニモ數個ナル行爲ヲ單一ナル行爲ト混同シタル誤謬ノ結果トシテ左ノ如キ二種ノ主義アリ(一)主觀主義 Die subjektive Theorie ニ依レ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行爲者ノ決意即チ犯意カ單一ナルコトヲ要スト論シ獨逸大審院判決例ハ此ノ主義ヲ採リラテナウ氏モ亦類似ノ說ヲ採ルト雖トモ連續犯ハ有意犯ニ限ラス過失犯ニ付テモ成立シ得ルコトハフアルンバッヘル氏ノ主張スル如ク正當ナル見解ナリトス從テ犯意カ一個ナルト否トハ連續犯ノ成立ニ關係ナキモノト云ハサルヘカラス(二)客觀主義 Die objektive The-

orie ニ依レハ結果カ單一ナルニ存スト論シメルケル氏シユワルツエ氏其他フランク氏ヅアッヘンフェル氏ノ如キ此ノ說ヲ採ルト雖トモ此ノ說ハ前節第二ノ二ニ説明シタル場合ト混同スルモノト云ハサルヘカラス而シテ我カ現行刑法及現行獨逸刑法ニ於テハ連續犯ニ對シテハ刑ヲ加重スルコトヲ得ヘキ規定ヲ設ケスト雖トモ立法論トシテハ此ノ種ノ規定アルコトヲ望ム連續犯ヲ構成スヘキ數個ノ行爲中既ニ處罰ヲ受ケタルモノアルトキハ連續犯ノ成立ヲ中斷スルコトハ獨逸大審院判例ノ認ムル所ナリ(二)一個ノ共通ナル處罰條件ヲ有スルニ依テ自然上數個ノ行爲カ法律上單一ニ連結セラル、場合此ノ法則ハ總テノ處罰條件ニ付テ適用アリト云フニアラス例ヘハ有罪破産トナルヘキ數個ノ行爲カ同一ナル支拂停止(處罰條件)ニ關スルトキハ一罪トナリ反之他國カ相互ノ處刑ヲ保證スルコトヲ以テ處罰條件トスル場合ニ付テハ此ノ法則ノ適用ナシ(獨逸刑法百二條百

三條參照)

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第二章 一罪及數罪 二六五
 第二節 數個ノ行爲ニシテ單一ナル罪ヲ爲ス場合

三結合犯

(三) 結合犯 (Das Zusammengesetzte Verbrechen) 即チ法律カ種類ヲ異ニスル法益ニ對スル二個ノ違法行為ヲ以テ單一ナル罪ノ構成要件トスル場合例ヘハ強盜罪ノ構成要件ハ竊取ト強制ヨリ成立シ強姦罪ノ構成要件ハ強制ト婦人ノ交接ニ關スル名譽ノ侵害行為ヨリ成立スルカ如シ

四

(四) 猶左ノ二個ノ場合ヲ包含ス

甲 一個ノ犯罪行為カ他ノ犯罪行為ノ手段トシテ行ハレタル場合、而シテ此等ノ行為カ單一ニ連結セラル、ニハ一カ他ノ犯罪ノ法律上ノ特徴 (Das gesetzlichen Merkmalen) タルカ又ハ一カ他ノ犯罪ニ對シテ普通ニ用ラルヘキノ手段ナリトシテ立法者カ暗黙ニ豫見シタルコトヲ要ス例ヘハ鎖鑰盜ニ於テ鎖鑰ヲ開クコトカ普通ノ竊盜ニ對シテ特徴タルカ如ク又ハ邸宅ニ侵入スルコトハ普通ニ竊盜ノ手段トシテ法律カ豫見スルカ如シ

五

乙 一ノ犯罪行為カ他ノ犯罪ノ構成要件タル目的 (遠因、希望) ノ實行ニ屬

六聚合犯

スル場合、而シテ此等ノ行為カ單一ニ連結セラル、ニハ立法者ニ於テ此ノ目的カ普通ニ實行セラル、モノトシテ暗黙ニ豫見シタル場合ニ限ル例ヘハ竊盜又ハ詐欺取財ニ依テ收得シタル財物ヲ更ニ冒認販賣スルコトハ前二罪ノ構成要件タル自己ノ物トスル目的 (横領ノ目的) ノ實行ニシテ此ノ場合ニ於テ別ニ冒認罪ヲ構成セサルカ如シ (獨逸大審院判例ト大體ニ於テ一致ス)

第三 所謂數義ノ聚合犯 (Das sog. Kollektivdelikt in F. S.) ハ法律上單一ナル行為ノ一種ニ屬ス、即チ此ノ聚合犯ニ於テハ同一ノ人ニ依テ行ハレタル行為ノ聚合カ單一ナル刑ヲ以テ處罰セラル、而シテ此ノ場合ニ屬スヘキモノヲ舉クレハ左ノ如シ

營業犯

一 營業犯 (Das gewerbsmäßige Verbrechen 羅馬法ニ所謂 quasi artem exercere) ノ特徴ハ一ハ行為ヲ屢々反覆スルコトノ決意ト一ハ行為者カ此ノ反覆ニ依テ所得ノ原因 (Einnahmeguelle) トスル目的ヲ有スルニ在リ (但シ秩序的又

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第二章 一罪及數罪 二六七
第二節 數個ノ行為ニシテ單一ナル罪ヲ爲ス場合

ハ繼續シタル收入ヲ必要トセス然レトモ所得ノ原因トスルコトヲ要スルカ故ニ一時的財産上ノ收益ト區別スヘキナリ)

二常業犯(Das geschäftsmässige Verbrechen)ノ特徴ハ行爲ヲ屢々反覆スル決意ヲ有スル點ニ於テ營業犯ト類スルモ所得ノ原因トスル目的アルコトヲ必要トセサル點ニ於テ營業犯ト區別スヘキナリ

三常習犯(Das gewohnheitsmässige Verbrechen)ハ行爲ヲ反覆スルコトニ依テ犯罪的誘引ノ情慾カ強固トナリ此ノ情慾ニ對スル反抵抗力カ薄弱トナリタル場合ニ於テ成立ス即チ常習トハ或ル一定ノ行爲ヲ反覆スルコトニ依テ生スル所ノ更ニ同一行爲ノ反覆ニ對スル傾向ナリ

以上三種ノ犯罪ハ何レモ法律ニ於テ之ヲ認ムル所ノ明文アルコトヲ要ス而シテ(一)營業犯ハ獨逸刑法第二百六十條第二百八十四條第二百九十四條第三百二條d及e第三百六十一條第六號貨幣法第十三條獨逸帝國銀行法第五十七條第二項特許法第四條鉛及亞鉛含有物取締法第四條健康ヲ害ス

常習犯

常習犯

ヘキ色素取締法第十二條千八百九十六年組合法第四百四十五條b移民法第四百四十五條第一項其他ノ法規ニ於テ之ヲ認メ(二)常業犯ハ獨逸刑法第四百四十四條移民法第四十五條第二項ニ於テ之ヲ認メ(三)常習犯ハ獨逸刑法第五百十條第八十條第二百六十條第三百二條d及e貨幣法第十三條取引所法第七十八條組合法第四百四十五條bニ於テ之ヲ認メタリ我カ現行刑法中聚合犯ニ付テ規定スルモノハ全法第二百五十六條ニ於テ私ニ醫業ヲ爲ス罪(常業犯)ヲ規定スルノミ而シテ就中フオン・ド・ホー氏・ヤンカ氏リ・エンタール氏ハ聚合犯ノ定義及ヒ其處罰方法ニ付テ熾ニ反對論ヲ主張セリ而シテ此ノ反對論ハ實際存在スル數個ノ行爲ノ處罰カ數罪俱發ニ對スル處罰ニ比シテヨリ輕シト云フ點ニ於テハ正當ナリ

以上三個ノ場合ニ於テ自然上單一ナル行爲カ裁判所ニ繫屬スルトキニ於テモ犯人ニ於テ營業又ハ常業ノ決意アルコト又ハ既往ニ反覆セラレタル行爲ニ依テ更ニ同一行爲ヲ反覆スヘキ傾向ノ推測セラルトキハ此ヲ處

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第二章 一罪及數罪 二六九
第二節 數個ノ行爲ニシテ單一ナル罪ヲ爲ス場合

罰スルニ於テ欠クル所ナキナリ(以上ハ獨逸ノ普通學說ト同一ニシテヒン
ダング氏ハ之ニ反對セリ)而シテ此推測ノ材料トナリタル行爲ハ既ニ處罰
セラレタルト否ト時効ニ罹リタルト否ト大赦特赦ヲ得タルト否ト外國ニ
於テ犯サレタルト否ト既往ニ於テ之ヲ處罰セザリシト否トハ問フ所ニア
ラサルナリ(獨逸大審院判例ハ時ニ此ノ說ニ贊シ時ニ之ニ反對セリ)ビンデ
ング氏フオンリッシユ氏ハ既ニ時効ニ罹リタル行爲ヲ以テ推定ノ材料ト
スルコトヲ否認セリ

聚合犯ノ觀念ハ刑事訴訟ノ上ニモ關係ヲ有シ即チ審理判決ノ目的ハ法律
上單一聚合セラレタル行爲ニシテ從テ判決確定後ハ其以前ニ於テ犯サレ
タル未發ノ行爲ニ付テ更ニ審理判決スルコトヲ許サス(獨逸大審院判例ハ
時ニハ全然又時ニハ著シク制限ヲ附シテ本文ノ說ヲ採リホツクスハンメ
ル氏ハ本文ノ說ニ贊シフアルンベツヘル氏ハ此ノ說ニ反對セリ)

フランク

フランク氏ハ以上第二第三ニ列記シタル場合ヲ指シテ形式的又ハ不

形式ノ所
實上ノ實
俱發ノ數

其場合
甲

純正實質上ノ數罪俱發 *Scheinbare o. unechte Realkonkurrenz* ト稱セリ同氏
ハ一個ノ行爲ニ依リ數罪ヲ犯シタル場合ヲ指シテ想像上ノ數罪俱發
(同種類及ヒ異種類ノ場合ヲ含ム)ト稱シ數個ノ獨立シタル行爲ニ依リ
數罪ヲ犯シタル場合ヲ指シテ實質上ノ數罪俱發(同種類及ヒ異種類ノ
場合ヲ含ム)ト稱シ獨立セサル數個ノ行爲ニヨリ數罪ヲ犯ス場合ヲ指
シテ不純正實質上ノ數罪俱發ト稱シ獨立セサル數個ノ行爲ハ法律上
單一行為ト看做サレタルモノナリト論シ獨立セサル數個ノ行爲ナリ
ト論スヘキ場合ヲ左ノ如ク分類セリ

甲數個ノ行爲カ一罪ノ實行々爲ヲ組織スル場合ニ於ケル各個ノ行爲
ハ互ニ獨立セサルモノニシテ相待テ初メテ一ケノ行爲ヲ爲スモノ
ナリ此場合ニ一部ノ行爲カ數個ノ罪ノ各實行々爲ノ一部ヲ形ツク
ルトキハ爰ニ想像上ノ數罪俱發ヲ生スヘク例ヘハ門戸ヲ踰越損壞
スル爲ノニ之ヲ燒毀スルカ又ハ不法ニ人ヲ逮捕監禁スルニ當リ其

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第二章 一罪及數罪 二七一
第二節 數個ノ行爲ニシテ單一ナル罪ヲ爲ス場合

抵抗ヲ排斥スル爲メニ被害者ヲ傷クルトキハ重キ竊盜ト放火又ハ逮捕監禁罪ト毆打創傷罪ノ想像上ノ俱發ヲ以テ論スヘク反之犯人カ或罪ヲ實行スル爲メ單ニ他ノ罪ノ機會ヲ利用シタルノミニテハ各行爲ハ各獨立スルモノト云ハサルヘカラス例ヘハ官吏ニ抗拒スルニ當リ之ヲ侮辱シタルトキハ官吏抗拒ト侮辱ノ實質上ノ數罪俱發タル可ク要之數個ノ行爲カ其獨立ヲ失フニハ其一方カ數個ノ罪ノ各構成條件タル行爲即チ實行々爲ノ一部タル場合ニ限ル反之一方ノ罪ノ實行行爲ニ屬シ他ノ罪ノ豫備ニ屬スルトキ例ヘハ不法ニ他人ノ邸宅ニ侵入シテ婦女ヲ強姦シタルトキハ邸宅侵入罪ト強姦罪トノ實質上ノ數罪俱發ヲ以テ論スヘキナリト

乙、一ノ行爲カ獨立ニテハ處罰セラレサルモノタルトキハ獨立ノ性質ヲ失フ故ニ教唆從犯ノ如キ數個ノ加擔行爲ハ相互ニ又ハ正犯ノ行爲ニ對シテ實質上ノ數罪俱發タルコトヲ得ス但シ此ノ場合ニ於テ

乙

ハ想像上ノ數罪俱發ヲ以テ論スルコトヲ得ス法規ノ競合ヲ以テ論スヘキナリト此ト同一理由ニ依リ共通ナル破産宣告ニ關スル數個ノ破産有罪行爲カ併發スルモ例ヘハ詐欺破産ト過怠破産カ併發スルカ如シ數罪俱發ヲ以テ論スルコトヲ得ス(結論ニ於テ獨逸普通ノ學說ト一致ス)

丙

丙、補助的處罰規定ノ實行々爲ニ屬スル行爲ハ充實的處罰規定ノ實行々爲ニ屬スル行爲ニ對シテ法律上獨立ノ性質ヲ有セス

丁

丁、消滅スル罪ノ實行々爲ニ屬スル行爲ハ消滅セシムル罪ノ實行々爲ニ對シテ獨立ノ性質ヲ有セス消滅關係 Konsumtion ノ固有ナル場合ハ後ノ行爲カ全ク前ノ罪ノ構成條件ニ屬スル責任ノ一部實行トシテ發生スルトキニ屬ス例ヘハ竊盜ノ犯人カ贓物ヲ冒認シテ賣却シ又ハ之ヲ毀棄シ信書ヲ竊取シタルモノカ信書ノ秘密ヲ破フルカ如シ此ノ場合ニ於テハ竊盜ノ外ニ更ニ冒認又ハ器物毀棄ヲ以テ論ス

總論本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第二章 一罪及數罪 二七三
第二節 數個ノ行爲ニシテ單一ナル罪ヲ成ス場合

ルコトヲ得サルナリ

成法規ニ依リ一個ノ行爲(フオンブリ)氏ノ所謂法律上ノ單一行為
Gesetzliche Einheit)ヲ組織スル各個ノ行爲ハ法律上其獨立ヲ失フ例
ハハ刑法第三百四十六條前段ノ行爲ハ同法第三百四十七條前段ノ
行爲ニ對シ獨立ヲ失ヒ傷人殺人行爲ハ決闘行爲ニ對シテ其獨立ヲ
失フ其他猶ホ此ノ場合ニ屬スヘキモノハ左ノ如シ

(イ) 集合犯 Kollektivdelikte トハ同種類ナル生活目的 Lebensrichtung ヨリ
發生スルコトノ爲メニ數個ノ行爲カ單一行為トシテ結合セラル
、モノヲ云フ即チ(一)營業的犯行 gewerbmässige Begehung トハ行爲ヲ
反覆スル事ニ依テ所得ノ淵源トスル目的アルモノヲ指シ此目的
ハ各個ノ行爲ヨリ之ヲ判定スルコトヲ得ヘク必スシモ既往ニ於
テ數多ノ行爲カ反覆セラレタルコトヲ必要トセサルナリ(二)常業
的犯行 geschäftsmässige Begehung ハ行爲ヲ反覆スルコト及ヒ時ト勞

犯イ、集合

犯ロ、繼續

犯巳、連續

力ヲ此レカ爲メニ充當スルノ目的アルモノヲ指シ所得ノ淵源ト
スル目的アルコトヲ要セス(三)常習的犯行 gewohnheitsmässige Bege-
hung トハ反覆セラレタル行爲ニ依テ生シタル更ニ其行爲ヲ反覆
スヘキ絶ヘサル性癖アルモノヲ指ス此ノ性癖ハ反覆セラレタル
行爲ニ依テ立證セラル、コトヲ必要トス

(ロ) 繼續犯 fortwährende o. Dauerdelikt トハ違法ナル狀況ヲ發生セシムル
ノミナラス此ノ狀況ヲ維持スルコトヲ以テ罪ノ構成條件トスル
モノニシテ此ノ罪ハ其違法ナル狀況ノ繼續スル間其實行ヲ繼續
スルモノトス例ヘハ不法逮捕監禁罪ノ如シ而シテ此ノ罪ハ違法
ナル狀況ヲ發生セシムルコト、其狀況ヲ維持スルコト、相待テ
一個ノ行爲ヲ組織スルモノナリ

巳、一ノ行爲カ單一前ノ行爲ノ連續シタルモノニ過キサカ爲メニ其
獨立ヲ失フ場合即チ連續犯 fortgesetzten Delikt 此ニ屬ス連續犯ニ關

總則水論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第三章 一罪及數罪 二七五
第二節 數個ノ行爲ニシテ單一ナル罪ヲ成ス場合

シテフランク氏ハ左ノ如ク説明セリ

例ヘハ竊盜ノ目的ヲ以テ倉庫ヲ開キ無一物トナラシメタル場合ニ於テ其目的ヲ遂クル爲メニ必要上犯人カ採リタル竊取ト云フ攻撃ノ數ハ罪ノ個數ヲ算定スルノ標準ニアラサルコトハ明了ナル道理ニシテ又其各個ノ攻撃ノ間ニ時ヲ距ツル長短モ又之カ算定ノ標準トナラサルヘシ例ヘハ腕力劣リタル賊ハ倉庫内ノ財物ヲ竊取スルニ當リ先ツ其ノ一部ヲ自己ノ家ニ運ヒ更ニ引返ヘシテ其殘物ヲ運去ルモ腕力優レタル賊ハ中斷セラレサル行爲ニ依リ一時ニ現場ニ於テ其ノ全部ノ財物ヲ竊取スルコトヲ得ヘク此ノ場合ニ於テハ前者ニ對シテハ數個ノ竊盜罪ヲ成立シ後者ニ對シテハ一個ノ竊盜罪ヲ成立スト云フカ如キ區別ヲ立ツルノ理由毫モ存在セサルヘシ此ノ理ヲ推及シテ數個ノ毆打ニ拘ハラヌ一個ノ毆打創傷ヲ以テ論シ數個ノ侮辱的言語ナルニ拘ハラヌ一個ノ名譽毀損ヲ以テ論セサ

連續犯成立ノ條件

一、結果ノ單一

ルヘカラサル場合ヲ生スヘシ以上ノ總テノ場合ニ於テハ數個ノ行爲ヲ一個ノ行爲トシテ即チ連續シタルモノトシテ認メシムル理由ハ(一)此等數個ノ行爲ニ基ク結果カ單一ナルコト之ニ加フルニ(二)犯意ノ單一ナルカ又ハ各個ノ行爲カ同一ナル機會若クハ一同ノ繼續シタル關係ヲ利用スルコトニ依テ行ル、コトニ存ス

(一)結果ノ單一ナル場合ハ左ノ如シ

(イ)侵害セラレタル法益カ單一ナル場合、他人ノ物ヲ竊取シ之レヲ以テ人ヲ殺害シタル場合ニ於テハ竊盜ト殺人罪ノ實質上ノ數罪俱發ヲ以テ論スヘク一カ他ノ罪ノ手段ニ供セラレタリトノ理由ノミヲ以テ二個ノ行爲ハ單一行為トナルコトヲ得サルナリ、一ノ法益カ數多ノ享有者ニ對シテ害セラル、場合ニ於テハ其ノ法益ノ性質カ享有者ニ專屬スルモノニ限リ連續犯ノ成立ヲ妨ク(例ヘハ生命、名譽、自由、健康ノ類)故ニ例ヘハ同一晒布場

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第二章 一罪及數罪 二七七
第二節 數個ノ行爲ニシテ單一ナル罪ヲ成ス場合

ニ於テ數人各個ノ所有者ニ屬スル洗濯物ヲ數回ニ窃取スルモ同一ナル保有ヲ破フルニ過キサルトキハ一個ノ窃盜ヲ以テ論スヘク之ニ反シ市場ニ於テ數人ノ懷中ヨリ財物ヲ窃取スレハ數個ノ保有ヲ破フルカ故ニ數個ノ窃盜ヲ以テ論スヘク亦獨逸帝國裁判所ノ見解ニ依レハ各個ノ行爲ハ異種ナル罪ノ實行々爲ニ屬スル場合ニ於テモ之レニ依テ侵害セラルル法益カ單一ナルトキハ單一行為タルヲ妨ケス例ヘハ官印ヲ偽造シ其ノ僞印ヲ數人ニ對シテ行使スルモ行爲ハ單一ナルニ依リ想像上ノ數罪俱發ヲ以テ論スヘキナリト(刑法第九十五條前段及ヒ後段參照)

(ロ) 法益侵害ノ分量ヲ増大ナラシムル場合、即チ後ノ行爲カ前ノ行爲ニ依リ與ヘラレタル法益ノ侵害ヲ更ニ増大ナラシムル場合例ヘハ數回ノ毆打ニ依ル創傷ハ一個ノ行爲ヲ以テ論セサルヘ

二、犯意ノ單一

カラス但シ著シク時ヲ距テタルトキハ此ノ限リニアラス(二)參照

(二) 犯意カ單一ナリトハ單一ニ豫見セラレタル結果ヲ發生スル爲メニ數個ノ行爲カ行ハル、コトヲ要ス例ヘハ下男カ主人ノ卷煙草百本ヲ目的トシ其發覺ヲ防ク爲メニ毎日一本宛窃取シタルカ行シ亦犯意カ單一ナリトノ理由ニ依リ時ヲ距テタル數個ノ着手行爲ヲ一個ノ連續犯トシテ論スヘク之ト同一理由ニ依リ既遂ノ行爲ニ對シテ時ヲ距テタル着手行爲モ連續犯ヲ以テ論スヘキナリ時ニ於テ繼續シタルカ又ハ既遂ノ行爲ト合體スル數個ノ着手行爲ハ常ニ一個ノ罪ヲ成立スルコトノ明確ナルカ如ク各個ノ着手行爲カ互ニ因果ノ關係ヲ保ツ場合ニ於テモ等シク一個ノ罪ヲ構成スヘキナリ例ヘハ毎夜引續キ一ノ堤防ヲ破壊スルカ如シ

(古説ニ依レハ單一ナル犯意ト云ハス決意ト稱セリ)

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第二章 一罪及數罪 二七九 第二節 數個ノ行爲ニシテ單一ナル罪ヲ成ス場合

二八〇

(三) 假令犯意ハ單一ナラサルモ同一ナル機會又ハ同一ナル繼續シタル關係ノ利用ニ依テ數個ノ行爲カ一個ノ連續犯ヲ成立スヘキナリ例ヘハ單一金錢ヲ得ル目的ヲ以テ竊盜ニ入りタル後遇々金時計ヲ發見シ金錢ノ外ニ之ヲ竊取スルモ一個ノ竊盜罪タルヘク繼母カ繼子ニ對シ苛酷ノ行爲ヲ反覆スルコトヲ豫定セスシテ毎日之ヲ鞭チ爲メニ繼子ヲ癡疾ニ致シタルトキ亦然リ普通ノ學說ニ依レハ最後ノ場合ニ付結論ニ於テハ同一ナルモ如上ノ理由ヲ以テ説明セス此ノ場合ニ於テモ犯意ハ單一ナリト説明セルハ論理不明タルヲ免レス

連續犯ノ成立ニ付以上條件ノ外ニ各個ノ行爲カ同一種類タルコトヲ要スト説クモノ多キモ(例ヘハラテナウ氏リスト氏ノ如シ此ノ條件ハ連續犯ノ成立ニハ毫モ必要ナキモノトス例ヘハ同一ノ家宅ニ於テ財物ノ一部ハ鎖鑰ヲ開キテ之ヲ竊取シ他ハ此ノ手段ニ依ラス

シテ竊取スルモ常ニ一個ノ重キ竊盜ヲ以テ論シ何人ト雖トモ之ノ結論ヲ疑ハサルニ依テ見レハ思ヒ半バニ過キヤ

以上甲乃至已ニ於テ列舉シタル單一行爲ハ單一實質上數罪俱發ノ發生ヲ妨クルノミナラス加担告訴時效及ヒ贓物ノ價ヲ定ムルニ付テモ常ニ關係アルモノトス

第三節 一罪ニ對スル法律上ノ處分

單一ナル行爲カ一罪ヲ爲スト、數個ノ行爲カ一罪ヲ爲ストヲ問ハス、一罪ニ對シテハ常ニ一ノ刑罰ヲ科スヘキナリ又苟クモ罪カ一個タル以上ハ假令數個ノ同種類ナル結果即チ同一ノ法條ニ於テ規定スル結果ノ多數ヲ包含スル場合ニ於テモ例外ナク一ノ刑罰ヲ科スルニ止マル曠言スレハ一罪ノ爲メニ同一法條カ數回違犯セラル、コトアルモ同法條ハ一回適用セラル、ニ止マリ結果ノ多キコトハ單一法定ノ刑期範圍内ニ於テ刑ヲ定ムルニ付斟酌ノ材料トナルニ過キササルナリ(フランク氏其他獨逸普通ノ學說ニ依

異種類及
同種類
想像上
數罪俱發

レハ異種類ナル想像上ノ數罪俱發ニ對シ此ノ場合ヲ稱シテ同種類ナル想像上ノ數罪俱發 *gleichartiger idealer Verbrechenkonkurrenz* ト稱シ獨逸刑法第七十三條ヲ準用スヘキモノナリト云フニアルモ同條ニハ同一ノ行爲ニシテ刑法上數多ノ規定ヲ犯シタルトキハ其最モ重キ刑ヲ以テ罰スル規定ノミヲ適用シ其刑ノ種類異ナル場合ニ於テ其最モ重キ刑ノ種類ヲ以テ罰スル規定ヲ適用スルトアリテ同一ノ法條ニ數回違犯スル場合 *gleichartige Idealkonkurrenz* トハ全ク異ナルカ故ニ本文ノ場合ニ同條ヲ準用スルハ不當ナリ即チ此ノ場合ハ想像上ノ數罪俱發ニアラス亦同法第七十三條ニ規定スル法規ノ競合ニモアラサルナリフオンクリース氏オルトロツフ氏バツヘンフェルド氏ハ本文ト同説ナリ)

一個ノ罪カ同時ニ數個ノ刑法上ノ規定ニ違犯スルトキハ何レノ規定ヲ適用スヘキヤノ問題ニ付テハ獨逸刑法第七十三條ニ於テ之ヲ規定セリ而シテ此ノ場合ハ數罪俱發ニアラスシテ數個ノ規則カ違犯セラレタル場合ニ

法規ニ於テ
其何レヲ
合ニテ
法規ヘキ
用スル

一數個ノ
違犯セラ
レタル法
規中何レ
カ同一ノ
行爲ニテ
總轄スル

屬ス即チ所謂犯罪ノ競合 *Verbrechenskonkurrenz* ニアラスシテ法規ノ競合 *Gesetzeskonkurrenz* ニ屬ス此ノ法規ノ競合ニ於テ數個ノ違犯セラレタル法規中何レヲ適用スヘキヤノ問題ヲ決スルニ左ノ二個ノ場合ニ區別シテ論スルコトヲ要ス

一 數個ノ違犯セラレタル法規中ノ一カ同一行爲ノ全部ヲ總轄スルトキ即チ法規ニ於ケル犯罪ノ構成要件ト行爲トカ全部一致スルトキハ其法規ノミヲ適用スヘキナリ即チ特別法規ハ一般法規ノ適用ヲ排ス例ハハ天皇三后、皇太子ニ對スル不敬罪ハ刑法第百十七條ヲ適用スヘク同法第三百五十八條ヲ適用スルコトヲ得ス官ノ免狀又ハ鑑札ノ偽造行使ニ付テハ同法第二百十三條ヲ適用スヘク同法二百三條ヲ適用スルコトヲ得ス次ニ罪ノ教唆者又ハ從犯者カ進ンテ實行ニ與リタルトキハ正犯者トシテ處罰スヘク更ニ教唆從犯ヲ以テ處罰スルコトヲ得ス教唆者ニシテ從犯ノ行爲アルモ單ニ教唆者トシテ處罰スヘク更ニ從犯トシテ處罰ス

總則本論 第一卷 犯罪 第三編 犯罪發生ノ形式 第二章 一罪及數罪 二八三
第三節 一罪ニ對スル法律上ノ處分

ルコトヲ得ス豫備又ハ着手ヨリ進ンテ既遂ニ至リタルトキハ既遂ヲ以テ處罰スヘク更ニ豫備又ハ着手トシテ之レヲ處罰スルコトヲ得ス(吸收Konsumption)次ニ法規ノ明示又ハ默示ニ依リ一ノ規定カ他ノ規定ニ對シテ補助的タルトキハ他ノ規定ニ該當スル場合ニハ補助的の規定ヲ適用スルコトヲ得ス (Subsidiarität) 例ヘハ刑法第四百四條ハ第八十七條ニ對スル補助的の規定ニシテ同法第九條ハ第八十八條ニ對スル補助的の規定ナリ(獨逸刑法第四十九條、第二百七條ノ規定ハ此ニ屬ス)

フランク氏ハ以上ノ場合ヲ稱シテ形式的又ハ不純正想像上ノ數罪俱發 *scheinbare o. mechte Idealkonkurrenz* 又ハ法規ノ競合 *Gesetzkonkurrenz* ト謂ヒ即チフランク氏ハ所謂法規ノ競合ニ屬スル場合ヲ左ノ如ク分類セリ

甲 同一ノ行爲カ數個ノ法規ニ違犯スルモ其數個ノ法規ハ數個ノ罪ノ構成條件ヲ規定スルニアラスシテ同一ナル構成條件ノ變態ヲ規定ス

フランク氏ノ所謂
形式的想像上ノ數罪俱發

甲

ルニ止マリ結局其行爲ハ單一ナル罪ノ構成條件ヲ包含スルニ止マル場合同一ナル罪ノ刑罰ヲ加重シ又ハ減輕免除スルコトニ關スル規定ハ總テ此場合ニ屬ス例ヘハ門戶ヲ踰越損壞シテ邸宅内ニ入り竊盜ヲ爲シタルトキハ一個ノ竊盜ナリ(刑法第三百六十六條、第三百六十八條參照)刑罰ヲ加重又ハ減輕スル數個ノ原因カ俱ニ發生シタルトキ例ヘハ天災ニ乘シ二人以上共同シテ竊盜ノ目的ヲ以テ兇器ヲ携帯シ人ノ邸宅内ニ入り竊盜ヲ爲シタルカ如シ(刑法第三百六十六條、第三百六十七條、第三百六十九條、第三百七十條參照)此ノ場合ニ於テハ論理上最モ嚴重ナル法規ニ依リ其罪ノ刑ヲ定ムヘク刑罰加重ノ原因ト減輕ノ原因カ數個互ニ發生シタルトキハ獨逸刑法第七十三條ニ依ラス各法規ノ關係ハ解釋ニ依テ之ヲ定メサルヘカラス(オールスハウゼン氏ハ獨逸普通ノ學說ニ反シテ此ノ場合ニ於テモ想像上ノ數罪俱發ヲ以テ論セリ)

乙、同一ナル行為カ單ニ形式上數個ノ法規ニ違犯スルニ止マリ一ノ法規ノ適用ニ依テ他ノ法規ノ適用カ排除セラル、場合而シテ此ノ場合ヲ更ニ左ノ如ク分類セリ

(イ) 普通法ニ對シテ特別法ノ存スル場合ニ於テハ特別法ハ普通法ニ優ルトノ法則 *lex specialis derogat legi generali* ニ依リ普通法ヲ適用スヘキナリ例ヘハ

(1) 普通ノ場合ニ對シテ特別ノ場合ヲ規定スルトキ(刑法第三百六十六條ニ對スル同法第四百二十九條第十六號ノ如シ)

(2) 數個ノ犯罪構成條件ヲ結合シテ一個ノ結合罪(*Zusammengesetzte Delikt*)ヲ構成スル場合(刑法第三百八十一條ニ依リ同法第三百四十八條及第三百七十八條ノ罪ヲ結合シテ一個ノ強盜強姦罪ヲ組織スルカ如シ)

(3) 或罪ノ構成條件カ他ノ罪ノ刑罰加重ノ原因トシテ認めラレタル場合(刑法第二百九十九條以下毆打創傷ノ規定及ヒ同法第三百八十條強

(イ) 特別法ハ普通法ニ優ル

乙

(ロ) 充實法ハ補助法ニ優ル

盜傷人ニ關スル規定參照)

(ロ) 一ノ法規カ他ノ法規ニ對シテ補助的關係ヲ有スル場合ニ於テハ充實法ハ補助法ニ優ル *lex primaria derogat legi subsidiariae* トノ法則ニ依リ充實法ヲ適用スヘキナリ此ノ補助的關係ハ法文ニ於テ明記セラル、場合アリ例ヘハ刑法第一百十二條罪ノ未遂ニ關スル規定ノ如シ即チ同一行為ニ對シテ罪ノ未遂ト既遂トハ併發スルコトヲ得サルナリ獨逸刑法第四十三條相當從テ獨逸普通ノ學說ニ於テ鎖鑰ヲ開クコトノ手段ニ依リ竊盜ニ着手シタル後ニ其ノ手段ニ依ラス普通竊盜ヲ遂ケタル場合ニ鎖鑰竊盜ノ未遂ト普通竊盜ノ既遂ト想像上ノ數罪俱發ヲ以テ論セルハ疑問ニ屬ス(コーレル氏ハ單ニ既遂ヲ以テ論セリ)次ニ補助的關係ニ付キ法律ハ明文ヲ以テ之ヲ示サスト雖トモ論理上之ノ關係ノ存在ヲ認ムヘキ場合ハ左ノ如シ

(1) 法律カ豫備行為ヲ罰スル場合ニ於テ更ニ進ンテ着手又ハ既遂ニ到

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第三章 一罪及數罪 二八七
第三節 一罪ニ對スル法律上ノ處分

ルトキハ豫備ニ關スル規定ハ適用スルコトヲ得ス從テ刑法第二百二十六條ト同法第一百十八條トノ間ニハ想像上又ハ實質上ノ數罪俱發ト云フ問題ヲ生セス

(2) 特定ノ目的物ニ對スル危險行爲ヲ處罰スル規定ハ其目的物ニ對シテ實害ヲ與フル行爲ヲ處罰スル規定ニ對シテ補助的の規定ナリト云フヘシ例ヘハ刑法第四百二十六條第一號ニ違犯シ人家ノ近傍又ハ山林田野ニ於テ濫ニ火ヲ焚キ爲メニ近傍ノ人家又ハ山林田野ヲ燒キタルトキハ單ニ放火又ハ失火犯ヲ以テ論スルカ如シ而シテフランク氏ノ說ニ依レハ此ノ場合ニ於ケル危險行爲ハ單ニ其實害犯ニ對スル危險犯タルニ止マルコトヲ要シ若シ危險行爲ニシテ猶他ノ目的物ニ對スル關係ヲ有スルトキハ其實害犯ニ對シテ想像上ノ數罪俱發ヲ以テ論スヘキナリト例ヘハ同法第四百二十六條第六號ニ違犯シ路上ニ於テ犬ヲ噉シ爲メニ人ヲ傷ケタルカ如シ其理由ニ曰ク同條第六號ノ行爲

ハ傷人ト云フ結果ニ對スル危險ノ有無ニ關係ナク處罰セラレ、ヲ以テナリト次ニ法律カ不特定ノ目的物ニ對スル危險行爲ヲ處罰スル場合ニ於テハ實害犯ニ對シテ數罪俱發ヲ以テ論スヘキナリト其理由ニ曰ク行爲ノ共同的危險ノ性質ハ特定ノ目的物ニ對スル實害ヲ理由トシテ處罰スルコトニハ何等ノ關係ナキヲ以テナリト例ヘハ刑法第四百二十七條第二號又ハ第三號ニ違犯シテ人ヲ傷ケタルカ如シ

(3) 普通說ニ依レハ教唆及ヒ從犯ヲ處罰スル規定ハ正犯ヲ處罰スル規定ニ對シテ補助的關係ヲ有スト說クモフランク氏ノ說ニ依レハ教唆及ヒ從犯ハ他人ノ實行行爲ニ加擔スル附屬的性質ヲ有スルカ故ニ自己ノ實行行爲トノ間ニ想像上又ハ實質上ノ數罪俱發ヲ生シ得サルコトヲ說ケリ一人ニテ教唆及ヒ幫助ヲ爲シタルトキハ單ニ教唆ヲ以テ論スヘキナリ蓋シ此ノ場合ニ於テハ一罪ニ對シテ二箇ノ條件ヲ與ヘタリト雖トモ結局一ノ處罰行爲ヲ行ヒタルニ過キサレハナリ(オール

スハツゼン氏ハ普通説ニ反シテ此ノ場合ニ於テハ想像上ノ數罪俱發ヲ以テ論セリ)

(ハ)特別ノ場合ニアラスシテ或罪ノ構成條件中ニ他ノ罪ノ構成條件カ包含セラル、場合即チ一カ他ニ依テ消耗 Konsumtion セラル、場合例ヘハ毆打創傷及ヒ殺人罪カ決闘罪中ニ吸收セラル、カ如シ

二數個ノ違犯セラレタル刑法規定中ニ同一行為ヲ總轄スヘキ規定ノ存セサルトキハ此等規定中最モ嚴峻ニシテ最モ便宜少ナキ一ノ規定即チ最モ重キ刑ヲ科スル所ノ規定ヲ適用シ他ハ適用スルコトヲ得サルナリ(現今獨逸普通ノ學説ハ殊ニクライン氏フオキエルバツハ氏以來此ノ場合ヲ指シテ異種ノ想像上ノ數罪俱發 ungleichartiger idealer Verbrechenkonkurrenz ナリト論シ殊ニ近來ヘルキル氏ドウメスニル氏フランク氏ヤンカ氏コールラウシュ氏ブラウム氏モ之ト同一ノ説ヲ主張セリ、而シテ此ノ場合ハ犯罪ノ競合ニアラスシテ法律ノ競合ナリトノ本文ノ説ト大

二、數個ノ違犯ニシテ
一、規定中ニ
法一、行爲ニ
同、一、行爲
テ、總、轄
ス、ル、コ
ト、ヲ、得
ル、コ
ト、ナ
リ

體ニ於テ一致スルモノハヒルレル氏リスト氏フオン、クリース氏クルトグ氏オルトロツフ氏ラテナウ氏シユツエ氏ヴァアツヘンフェルト氏ハイネマン氏等ニシテビンデンク氏モ又時ニ同説ヲ主張セリ、ヒュンゲル氏モ論據ヲ異ニシテ本文ト結論ヲ同フセリ次ニヤコブ氏ハ此ノ場合ニハ犯罪又ハ法律ノ競合ニアラスシテ犯罪構成要件ノ競合 Konkurrenz von Verbrechenselementen ナリト論セリ)故ニ例ヘハ私印ヲ偽造シテ他人振出ノ約束手形ヲ偽造スルトキハ刑法第二百八條私印偽造罪(輕罪)ノ規定ヲ適用セシテ同法第二百九條約束手形偽造行使罪(重罪)ノ規定ヲ適用シテ處罰スヘキカ如シ獨逸刑法第七十三條ハ補助的ニ以上ノ法則ヲ規定スルモノニシテ他ニ何等ノ意味ヲモ有セサルモノトス而シテ我現行刑法ニ於テハ此ニ相當スル規定ナシト雖トモ反對ノ明文ナキ以上ハ此ノ法則ニ依ラサルヘカラス

此ノ場合ニ於テ一旦重キ刑ヲ科スル所ノ規定ヲ適用シタル以上ハ輕キ規

一頁重キ

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第二章 一罪及數罪 二九一
第三節 一罪ニ對スル法律上ノ處分

法規ヲ選
果ヒタル結

定ハ一切適用ナキ者トス故ニ重キ規定カ輕キ規定ニ比シテ輕キ最短期ヲ有スルトキハ此輕キ最短期マテ刑ヲ量定スルコトヲ得ルナリ(マルケル氏ハ本文ノ説ト同一ニシテヘツケル氏ケール氏マイエル氏オールスハウゼン氏ハ反對説ヲ採リ獨逸大審院判例ハ時ニ本文ノ説ヲ採リ時ニ之ニ反對セリ)亦輕キ規定ハ附加刑ヲ科シ重キ規定ハ附加刑ヲ科セサルトキハ之ノ附加刑ヲ科スルコトヲ得ス但シ警察處分 *polizeiliche Massregel* (例ヘハ沒收ノ類)ニ付テハ假令輕キ規定ニ於テノミ之ヲ科スル場合ニ於テモ仍ホ之ヲ科スルコトヲ得ヘク又被害者ノ賠償訴權ハ重キ規定ノ適用ニ依テ害セラレハコトナシ(ヤコブ氏ハ但シ以下本文ノ説ニ反對セリ)一旦重キ規定ヲ適用シタルトキハ其判決ノ拘束力ニ依リ更ニ輕キ規定ノ適用ヲ求ムルコトヲ得サルナリ又輕キ規定ノ罪名ハ再犯ノ基本(前科)トナルコトヲ得サルナリ(フオンブリ氏ガイエル氏ヘルシユネル氏ハベルマノス氏ヤコブ氏メルケル氏シユッツエ氏ト同説ニシテフランク氏ケール氏マイエル氏オール

ルスハウゼン氏バツヘンフエルド氏及ヒ獨逸大審院判例ハ之ニ反對セリ)刑ノ輕重ヲ定ムル標準ニ付テハ我刑法第六十七條乃至七十一條ニ於テ死刑及ヒ自由刑ノ輕重ハ左ノ順序ニ依ルヘキコトヲ規定セリ

- 一、死刑二、無期徒刑三、有期徒刑四、重懲役五、輕懲役六、重禁錮七、拘留
- 一、死刑二、無期徒刑三、有期徒刑四、重禁獄五、輕禁獄六、輕禁錮七、拘留
- 一、罰金二、科料

財産刑ト自由刑トノ輕重ニ付テハ法文ニ明示ナキカ如キモ財産刑ハ常ニ自由刑ニ比シテ輕キモノト認ムルヲ相當トス刑法第八條參照獨逸大審院判例又然リ)次ニ同種ノ刑ニ付テハ最長期ノ長キヲ以テ重キ刑ト認ムヘク若シ最長期同一ナルトキハ最短期ノ最長キモノヲ重キ刑ト認メ最後ニ附加刑ノ有無ニ依テ刑ノ輕重ヲ決スヘキナリ但シ私訴上ノ特權及ヒ訴訟條件ノ有無ハ刑ノ輕重ヲ定ムルニ關係ナキモノトス

數罪

第四節 數罪 Die Verbrechenmehrheit

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第二章 一罪及數罪 二九三 第四節 數罪

一人ニテ數個ノ罪ヲ犯ストキト雖トモ特別ノ規定ナキ以上ハ異ナリタル人ニ依テ數個ノ罪カ犯サレタルトキト等シク各個ノ罪ハ各獨立シテ存在シ敢テ相互ノ間ニ法律上ノ關係ヲ生セス然レトモ法律ハ刑事政策上ノ必要(Das kriminalpolitische Bedürfnis)ニ基キ一人ニテ數個ノ行爲アルトキニ於テ或ハ其刑ヲ加重シ又ハ輕減スルコトアリ
我現行刑法ニ於テ一人ニテ犯シタル數個ノ罪カ互ニ法律上ノ關係ヲ生スル場合ハ左ノ如シ

再犯

- (一) 再犯即チ先ニ一罪ヲ犯シ既ニ確定判決ヲ受ケタル後更ニ罪ヲ犯シタル場合ニ於テ左ノ各項ニ該當スルトキハ再犯ヲ理由トシテ本刑ニ一等ヲ加重ス
- (イ) 先ニ重罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯重罪ニ該ル時刑法第九十一條
- (ロ) 先ニ重罪輕罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯輕罪ニ該ル時刑法第九十二條

(ハ) 先ニ違警罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯違警罪ニ該ル時但シ一年內再ヒ其違警罪裁判所ノ管轄地内ニ於テ犯シタルトキニ限ル(刑法第九十三條)

三犯以上亦同シ(刑法第九十八條)

編逸刑法ニ於テハ先ニ同一又ハ同種ノ犯罪ニ依リ宣告セラレタル刑ノ全部若クハ一部ノ執行ヲ終リ又ハ其執行ヲ免除セラレタル後一定ノ期間(此ノ一定ノ期間ヲ指シテ學者ハ累犯時效 Rückfallsverjährung ト稱セリ)ヲ經過セサル間更ニ同一又ハ同種ノ罪ヲ犯ストキニ限リ累犯ヲ理由トシテ其刑ヲ加重セリ而シテ獨逸刑法ニ於テハ再犯加重ノ場合ハ特ニ各本條ニ於テ別ニ之ヲ規定セリ例ヘハ獨逸刑法第二百四十四條第二百四十五條參照

(二) 數罪俱發(併合罪 Reale Konkurrenz) 即チ確定判決ヲ受クル以前ニ於テ

數個ノ獨立シタル犯罪行爲カ實質上俱發シタル場合ニシテ前節ニ説明シタル法規競合ノ場合トハ明ラカニ區別スヘキナリ

數罪俱發

數罪併發
ノ處分ニ
付テノ
併科主義

吸收主義

制限加重
主義

共犯

數罪俱發ノ處分ニ付テハ三個ノ主義行ハル

一、併科主義 *Kumulationsprinzip* 即チ各罪ニ相當スル刑ヲ併科スルナリ現行刑法ハ違警罪ニ付テ此ノ主義ヲ採レリ其他或特別法例ヘハ新聞紙條例出版法等ニ於テ此ノ主義ヲ採レリ

二、吸收主義 *Absorptionsprinzip* 即チ數罪中最モ重キ刑一個ヲ科ス現行刑法ハ重罪輕罪ニ付テ此ノ主義ヲ採レリ

三、制限加重主義 *Asperationsprinzip* 即チ法律ヲ以テ制限シタル範圍内ニ於テ最モ重キ刑ニ加重シタル刑ヲ以テ全部ノ刑 *Gesamtstrafe* トシテ科ス(獨逸刑法ハ一部此ノ主義ヲ採リ一部併科主義ヲ採リ我カ刑法改正案又然

數罪俱發ノ處分ニ付テハ現行刑法第百條乃至第百三條ニ於テ之ヲ規定セリ

第三章 共犯

第一節 總論

第一、結果(外界ノ變狀)ニ對スル原因ノ觀念ニ付テハ既ニ所爲ノ章ニ於テ説明シタルカ如ク一、苟クモ結果ノ發生ニ付キ一ノ條件ヲ與フルコトニ依テ關與シタル者ハ此ノ結果ニ對シテ原因ヲ與ヘタリト云フヘク二、結果ノ發生ニ關スル總テノ條件ハ何レモ結果ノ發生ニ付テ同等ノ價值ヲ有シ從テ數人カ結果ノ發生ニ關與シタル場合ニ於テモ理論上彼此ノ間ニ差別ヲ設クルコトヲ得ス三、各關與者ノ刑罰モ同一ナル刑期ノ範圍内ニ於テ其刑ヲ輕重スヘキノミ以上ハ主トシテ作爲ニ付テ説明シタルモ不作爲ニ付テモ亦此ニ準ス然レトモ我現行刑法ハ以上ノ結論ノ貫徹スルコトヲ許サス同一ナル結果ニ付キ數人カ關與シタル場合ニ於テ之ヲ正犯 *Thäterschaft* 及ヒ教唆 *Anstiftung* 從犯 *Beihilfe* ニ區別シ正犯ニ限リテ結果ニ對スル原因ヲ與ヘタル者ト認メ反之教唆從犯ヲ以テ正犯ニ依テ與ヘラレタル原因ニ從トシテ加擔シタルモノ *Theilnahme* ト認メ教唆者ニ對シテハ正犯ト同一ノ刑

正犯
加擔(教
或及從
犯)

ヲ科シ從犯ニ對シテハ正犯ノ刑ヨリ一等ヲ減シテ處罰スルコト、セリ刑
法第一編第八章參照)

以上現行刑法ニ於テ認メタル原則ニ付テハ左ノ二個ノ例外アリ得ルコト
ヲ注意スヘキナリ

- 一、若シ法規ニシテ特定ノ人ニ對シテノミ其遵守ヲ要求スル場合ニ於テハ假令特定ノ人ト雖トモ罪ノ實行者ニ限り處罰セラルヘク反之教唆從犯從タル加擔ノ地位ニ立ツモノハ處罰サル、コトナシ但シ此ノ例外ハ立法者カ特別ノ明文ヲ以テ之ヲ規定シタルトキニ限り認ムヘキモノニシテ我現行刑罰法ニ此ノ種ノ規定ヲ認メス
- 二、近來開明國ノ立法例ニ依レハ正犯及ヒ教唆從犯ノ區別ヲ全廢シテ等シク之ヲ處罰スルコト、シ本節冒頭ニ於テ說明シタル結論ヲ貫徹スルノ傾キアリ例ヘハ獨逸法ニ於テ西曆千八百九十五年奴隸奪取法同千八百九十七年海外渡航法ハ此種ノ例外ニ屬ス

第二、現行刑法其他普通立法例ニ於テ正犯、教唆從犯ノ區別ヲ認メタル理由ハ

- (一) 教唆ヲ以テ結果ニ對スル原因ト認メス又被教唆者ノ行爲ハ自由意思ノ實行ニ基クカ故ニ教唆者ヲ以テ被教唆者ヲ機械トシ間接ニ罪ヲ實行シタリト認ムルコトヲ得ス此ニ於テ教唆ト云フ行爲ト責任能力アル被教唆者ノ自由意思ニ基ク故意アル動作ニ基ク結果トノ間ニハ因果關係ニ中斷アルモノト認メ、教唆ヲ以テ正犯ニ依テ行ハレタル行爲ニ從トシテ加擔シタルモノト認ムルニ至リ教唆ハ正犯ニ對シテ附屬ノ地位ニ立チ此カ處罰モ正犯ニ依テ行ハレタル行爲ノ處罰如何ニ關連ストノ結論ヲ生スルニ至レルナリ
- 要之本節冒頭ニ於テ說明シタル結論ニ基キ教唆從犯モ正犯ト等シク結果ニ對スル原因ヲ與ヘタルモノナレハ立法論トシテハ此ノ區別ヲ廢シ何レモ同一ナル刑ノ範圍内ニ於テ其刑ヲ定ムルノ法制ニ改ムルヲ可ト

ス

(二) 同一ノ犯罪ニ數人カ關與シタル場合ニ於テ罪トナルヘキモ結果ニ對スル原因 Verursachung ト條件 Bedingung トヲ區別シ一人ニテ原因ヲ與ヘタル者ヲ實行者(正犯 Täter)トシ數人共同シテ原因ヲ與ヘタル者ヲ共同實行者(共同正犯 Mitthäter)トシ單ニ條件ヲ與ヘタル者ヲ從犯(Gehilfe)トシ(結果ノ發生ニ對スル條件ノ内結果ニ對シテ物理的因果ノ關係アルモノヲ稱シテ原因ト謂ヒ結果ニ對シテ精神的因果ノ關係アルモノ即チ責任能力者ノ故意アル任意ナル意思ノ實行ヲ介シテ結果ヲ發生セシタルモノヲ稱シテ條件ト謂フ從テ從犯ヲ以テ正犯カ爲シタル行爲ニ從トシテ加擔シタルモノト認メ正犯ニ對シテ附屬ノ關係ヲ認ムルニ至レリ然レトモ原因ト條件トハ到底正確ナル區別ヲ立ツルコトヲ得サルノミナラス刑法學上所謂原因ハ即チ結果ノ發生ニ對スル條件ヲ意味スト解スヘキカ故ニ正犯ト從犯トノ區別ハ確固タル客觀的標準ニ依テ之ヲ區

共犯ト混
同スヘカ
ラサルモ

陰謀

合
犯罪的組

別スルコトヲ得ス又兩者ノ區別ヲ主觀的標準即チ行爲者ノ意思ニ依テ區別セントスルモノアルモ(第二節中正犯ト從犯トノ區別ニ付テノ說明參照)此レ又正確ナル區別ノ標準ト云フコトヲ得ス

第三、以上現行刑法ニ於テハ正犯教唆從犯ノ區別ヲ認ムト雖モ此等共犯ノ種類ハ何レモ結果ニ對シテ原因若クハ條件ヲ與フルモノナルカ故ニ理論ノ上ニ於テモ又現行刑法上ニ於テモ彼ノ陰謀犯罪的組合犯罪庇護トハ確然區別アルコトヲ注意スベシ

一、陰謀 Komplott トハ一個又ハ數個ノ特定シタル犯罪ヲ實行スル爲メニ數人カ結約スルコトヲ謂フ

二、犯罪的組合 Bande トハ未タ個々ニ付特定セサル數個ノ罪ヲ犯ス爲メニ數人カ結約スルコトヲ謂フ

古キ見解ニ依レハ(例ヘハカール五世ノ刑事裁判所法第四百十八條ノ如キ)陰謀又ハ犯罪的組合ノ全員ハ共同ノ結果ニ對シ相互ノ教唆者タル責任ア

リト認メ或ハ結約自體ヲ以テ犯罪未遂ノ状態ニ達シタルモノトシテ之ヲ處罰セリ然レトモ現今刑法學ニ於テハ各結約者中實際正犯教唆從犯タルヘキ行爲アリタル者ニ限り處罰セラルヘキモノナリトノ原則ヲ認メ次ニ結約者カ罪ノ實行ヲ開始スルニアラサレハ結約自體ヲ以テ罪ノ未遂トハ認メサルニ至レリ然レトモ立法上陰謀又ハ犯罪的組合自體ヲ以テ直ニ刑ヲ科シ又ハ之ヲ以テ單ニ刑罰加重ノ原因ト認ムルコトヲ妨ケス例ヘハ刑法第百十六條後段第百十八條後段第百二十五條第二項參照

犯罪庇護

三犯罪庇護 *Beginstigung* ハ同一犯罪ニ對スル數人關與ノ形式(即チ共犯ノ體様)ニアラス何トナレハ犯罪庇護ハ罪ノ既遂又ハ未遂ノ後ニ於テ始メテ行ハルヘキ行爲ニシテ共犯ノ體様ニ單一共通ナル特徴即チ結果ノ發生ニ付キ條件ヲ與フルコトナキヲ以テナリ從テ犯罪庇護ハ原犯ニ對シテ獨立ノ罪ヲ構成スルモノナリコレル氏フーゴーマイエル氏メルケル氏等二三學者ノ反對アルノミニシテ普通學說並ニ獨乙

其他諸國立法例及ヒ草案ニ於テハ此ヲ獨立ノ罪ト認メタリ我刑法又然リ佛刑法ハ然ラス

偶然ノ加

必要的加

四多數ノ犯罪ハ數人共力ニヨリ犯サル、コトヲ必要トセス而シテ若シ此ノ種ノ犯罪カ數人共力ニ依リ犯サレタルトキハ偶然ノ加擔 *Concur-tus facultativus* ト稱シ反之犯罪ノ性質上數人カ積極的ニ加擔スルコトヲ必要トスル犯罪ニ付テハ此ノ種ノ加擔ヲ稱シテ必要的加擔 *Concur-tus necessarius* ト稱シ例ヘハ姦通重婚決闘又ハ兇徒嘯聚罪三人以上共同囚徒逃走罪ノ如シ此ノ如ク刑法上一ノ罪ヲ犯スニ付キ數人ノ積極的加擔ヲ必要トスル場合ニ於テ必要的加擔ト云フ名稱ヲ認ムルモ此ノ種ノ加擔ハ共同實行ノ一ノ場合ニ過キス且ツ以上列記ノ犯罪ハ各共同實行者ニ於テ處罰セラル、コトヲ必要トセサルニ依リ(例ヘハ一方ハ姦通ノ情ヲ知ルモ他ハ之ヲ知ラサルカ如シ)此ノ觀念ハ徒ラニ誤解ヲ招クノ恐ンアルノミニシテ無用ノ觀念ニ過キスト云ハサルヘカラ

ス

正犯

第二節 正犯

正犯(實行犯)トハ加擔即チ教唆又ハ從犯ト異ナリ刑法上規定セラレタル結果ヲ直接若クハ間接ニ惹起シ(作爲)又ハ其結果ノ發生ヲ防止セサル(不作爲)コトヲ謂フ即チ正犯ハ直接正犯及ヒ間接正犯ニ區別スルコトヲ得ヘシ

直接正犯

第一、直接正犯 unmittelbare Täterschaft トハ罪トナルヘキ行爲ノ全部ヲ單獨ニテ實行スルモノ喚言スレハ罪ノ特別構成要件ヲ單獨ニテ發現セシ

メタル所ノ者ヲ謂フ例ヘハ強姦罪ニ於テ強制ト姦淫ヲ一人ニテ實行シ強盜罪ニ於テ強制ト物ノ奪取ヲ一人ニテ實行スルモノハ之ニ屬ス而シテ其結果カ專ラ實行者自體ノ肉體上ノ働作ニ依ルト又ハ自然力機具若クハ動物ヲ利用シテ之ヲ發生セシムルト否トハ問フ所ニアラサルナリ故ニ例ヘハ犬ヲ使用シテ牛肉店ヨリ肉片ヲ咬ヘ來ラシメ又ハ犬ヲ嚇シテ人ヲ咬マシムルカ自ラ肉片ヲ奪取シ又ハ拳ヲ以テ若クハ銃ヲ以テ人

ヲ傷ツクルト等シク罪ノ直接實行ヲ以テ論スヘキナリ

間接正犯

第二、間接正犯 mittelbare Täterschaft (無形ノ原因 intellektuelle Urheberchaft

假設正犯
ノ存在
得ル場合

又ハ假設ノ正犯 fingierte Täterschaft)ハ左ノ場合ニ存在スルコトヲ得ヘシ

- (イ) 實行者ニ依テ利用セラレタル者カ責任無能力者刑法第七十八條第七十九條第八十條第一項第八十二條第八十三條參照ナルトキ例ヘハ瘋癲者ニ刀劔ヲ與ヘテ他人ヲ刺殺サンメタル者ハ殺人ヲ以テ論スヘク刑事未成年者又ハ瘡啞者ヲ利用シタルトキ亦同シ何トナレハ教唆者ハ他人ニ依テ行ハレタル犯罪ニ從トシテ加擔シタルコトヲ意味ス而シテ此場合ニ於テ利用セラレタル者ノ行爲ハ無責任行爲ニシテ從テ罪ヲ構成セサルカ故ニ之ヲ利用シタル者ハ罪ノ實行者トシテ責ヲ負ハサルヘカラエ催眠術ニ掛リタル者 Hypnotisierte ヲ利用シテ罪トナルヘキ行爲ヲ行ハシメタルトキ亦同シ
- (ロ) 實行者ニ依テ利用セラレタル者カ意思ノ自由ヲ欠キタルトキ換言ス

レハ他人ヲ強制シテ罪トナルヘキ行爲ヲ行ハシメタルトキ(刑法第七十五條第一項參照)此ノ場合ニ於テモ利用セラレタルモノ、行爲ハ違法ニアラス從テ罪ヲ構成セサルカ故ニ利用者ハ他人ノ犯罪ニ從トシテ加擔シタルニアラスシテ獨立シタル罪ノ實行者トシテ論セサルヘカラス

(ハ) 實行者ニ依テ利用セラレタル者カ犯意ヲ欠キタルトキ換言スレハ被利用者ニ於テ自己ノ行爲ヨリ生スヘキ結果ヲ豫見セサリシトキ例ヘハ看護婦ヲ欺罔シ看護婦カ醫師ヨリ患者ニ服藥セシムヘキコトヲ命セラレタル「キニ」ヲ毒藥タル砒素トスリ代ヘ之ヲ患者ニ服藥セシメタル場合ニ於テハ看護婦ノ行爲ハ殺人ノ犯意ヲ欠キタル無責任行爲ニシテ從テ罪ヲ構成セサルニ依リ利用者ハ他人ノ犯罪ニ從トシテ加擔シタルニアラスシテ獨立シテ殺人ノ罪ヲ實行シタルモノト云ハサルヘカラス(イ)及(ロ)ノ場合ニ於テ被利用者カ被害者自身タルト

キ亦同シ)

若シ犯意ノ外ニ違法ノ認識カ罪ノ構成要件タル場合(例ヘハ刑法第七十一條第七十二條第三百二十二條第三百二十三條參照)ニ於テハ被利用者ニ於テ違法ノ認識ト云フ特別構成要件ヲ欠キタルトキハ被利用者ノ行爲ハ罪ヲ構成セス從テ此ノ場合ニ於テハ違法ヲ認識シタル利用者ハ獨立シテ罪ヲ實行シタルモノト云ハサルヘカラス

(ニ) 若シ犯意ノ外ニ特別ノ目的(希望)カ罪ノ特別構成要件タル場合ニ於テ(例ヘハ第二百十八條第二百二十條參照及ヒ窃盜罪ノ成立要件タル横領ノ目的アルコトヲ要スルカ如シ)被利用者カ此ノ特別ナル目的ヲ欠キ利用者ニ於テ此ノ特別ノ目的ヲ有スルトキハ被利用者ノ行爲ハ罪ヲ構成セス從テ利用者ハ罪ノ教唆ニアラスシテ獨立シテ罪ヲ實行シタルモノト云ハサルヘカラス

以上四個ノ場合ニ於テ間接正犯ノ行爲ハ正犯自身ノ働作ト被利用者器具

間接正犯

ノ行爲ハ
正犯自身
ノ利用ヲ
被利用者
ノ利用ヲ
ニ依テ
ニ依テ
ニ依テ
ニ依テ

Werkzeuge)ノ働作トニ依テ定マル故ニ(一)正犯カ一言ニテ數人ノ被利用者ヲ
教唆シタルトキト雖トモ正犯ノ意思實行ハ單一ナリトノ理由ニ依リ正犯
ニ對シテハ一罪ヲ構成スルノミ一言ニテ一人ノ被利用者ニ數個ノ犯罪行
爲ヲ教唆シタルトキ又同シ(二)正犯ハ表面上單ニ幫助ノ行爲ヲ爲シタルニ
過キサル場合ニ於テモ猶ホ罪ノ實行者ヲ以テ論セラルヘシ例ヘハ正犯ハ
單ニ被害者ヲ押ヘ被利用者ハ被害者ヲ刺殺ス場合ニ於テモ正犯ハ殺人ノ
實行ヲ以テ論スヘキナリ(三)罪ノ成立又ハ加重ノ條件トシテ法律カ特別ナ
ル身體ノ働作ヲ必要トスル場合ニ於テ此ノ條件タル働作カ被利用者ニ依
テ行ハレタルトキハ利用者ハ此ニ對シテ責任ヲ負フヘキナリ例ヘハ刑法
第三百六十八條ノ竊盜ニハ門戶牆壁ヲ踰越損壞スルコトヲ要シ同法第二
百十八條以下ノ偽證ニハ宣誓スルコトヲ要スルカ如シ(四)正犯ノ行爲ノ時
及場所ヲ定ムルニハ被利用者ノ行爲ノ時及場所ヲ標準ト爲スヘキナリ(五)
被利用者ヲ教唆シテ犯罪行爲ヲ行フコトヲ決意セシメ爾後ハ單ニ被利用

間接正犯
ニ對スル
一、間接
正犯ノ間
立ニハ被
利用者カ
目的ノ爲

者ノ獨立ナル働作ニ委ヌルノ程度ニ達シタルトキハ正犯ハ意思ノ實行ヲ
終リタルモノト謂フヘキナリ例ヘハ精神病者ヲ教唆シテ罪ノ實行ヲ決意
セシメタルカ如シ(六)從テ此程度以後ニ於テハ正犯ハ結果被利用者ノ行爲
ノ發生ヲ防止スルコトニ依テノミ罪ヲ中止スルコトヲ得ルナリ(七)被利用
者カ罪ヲ實行セサルトキハ實行未遂ノ一例タル失敗犯ヲ以テ論スヘク教
唆ノ未遂ヲ以テ論スルコトヲ得ス(八)被利用者カ責任能力ヲ有スルト否ト
ハ教唆當時ノ狀態ニ依テ決スヘキナリ反之若シ責任能力アル人ヲ教唆シ
テ罪ヲ犯サシメタルトキハ刑法第百五條ニ規定スル罪ノ教唆ヲ以テ論ス
ヘク罪ノ實行者トシテ論スルコトヲ得サルナリ
終リニ間接正犯ニ關スル左ノ疑問ニ付テ説明スヘシ
一、間接正犯ノ成立ニハ被利用者カ利用者ノ目的ノ爲メニ利用セラレタル
コトヲ必要トスルヤ換言スレハ利用者カ被利用者ノ目的ヲ幫助シタル
場合ニ於テハ間接正犯ヲ以テ論スルコトヲ得サルヤト云フニ被利用者

メニ利用
セラレタ
ルコトナ
ルニ必要
トス

二、直接
正犯タル
コトヲ得
サル者ハ
亦間接正
犯トナル
コトヲ得
ル

ノ行為カ苟クモ無責任行為ニ屬スル以上ハ之ヲ利用シタル者ハ常ニ間
接正犯ヲ以テ論スヘク例ヘハ精神病者ヲ煽動シテ殺人ヲ決意セシムル
ト既ニ殺人ヲ決意シタル精神病者ノ爲メニ被害者ノ逃走ヲ妨ケタルト
ヲ問ハス等シク間接正犯ヲ以テ論スヘク其間ニ於テ區別ヲ設クヘキ何
等ノ理由タモ存在セサルナリ

二、直接正犯タルコトヲ得サル者ハ亦間接正犯タルコトヲ得サルヤト云フ
ニ本間ハ二個ノ場合ニ區別シテ論セサルヘカラス即チ(イ)間接正犯ニ物
理上ノ狀況殊ニ男性若クハ女性ヲ排除スル場合ニ於テハ直接正犯タル
コトヲ得サル者モ猶間接正犯タルコトヲ得ヘキナリ例ヘハ婦人カ男性
ノ精神病者ヲ煽動シテ他ノ婦女ヲ強姦セシメタルカ或ハ精神病者ノ爲
メニ他ノ婦人ヲ強制シテ姦淫ヲ幫助スルカ如シ何者此ノ種ノ犯罪ヲ規
定スル法規ハ男性ニ對シテモ女性ニ對シテモ等シク拘束力ヲ有シ何人
モ等シク之ニ違犯スルコトヲ許ササルヲ以テナリ反之(ロ)法律上ノ原因

三、特別
ノ身分ヲ
要スル正
犯ノ間接
正犯

四、間接
正犯ノ成
立ニ必要
ナル條件
ノ認識

共同正犯

ニ依リ直接正犯タルコトヲ得サル者ハ亦間接正犯タルコトヲ得サルナ
リ例ヘハ官吏タル法律上ノ身分カ罪ノ特別構成要件タル場合ニ於テ非
官吏ハ間接正犯トシテモ此ノ種ノ官吏瀆職罪ヲ犯スコトヲ得サルナ
リ

三、罪ノ特別構成要件タル法律上ノ身分ヲ有スル者ハ直接正犯トシテ罪ヲ
犯シ得ルノミナラス間接正犯トシテモ亦犯スコトヲ得ルナリ而シテ此
場合ニ於テハ被利用者タル非官吏ニ於テ故意ノ有無ヲ問ハス利用者タ
ル官吏ハ間接正犯ヲ以テ論スヘキナリ

四、利用者ニ於テ間接正犯ノ成立ニ必要ナル條件例ヘハ被利用者ノ責任無
能力者タルコト又ハ犯意ヲ有セサルコト等ノ存在ヲ認識セスト雖モ苟
クモ故意ニ被利用者ノ動作ニ原因ヲ與ヘタル以上ハ間接正犯ヲ以テ
論スヘキナリ

第三、共同正犯 *Mithäterschaft* 數人カ協力シテ罪トナルヘキ事實ヲ發現セ

特別水論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第三章 共犯 三二一
第二節 正犯

シメタルトキハ各自ニ正犯トシテ處罰サルヘキモノトス而シテ罪トナル
ヘキ事實カ數人ノ協力ニ依テ發生スル場合ニ於テ數人カ互ニ協力スル意
思アルトキト然ラサルトキトアリ刑法第四百四條ニ於テ二人以上現ニ罪ヲ
犯シタル者ハ「トアルハ協力ノ意思アル場合ヲ指スモノニシテ此ノ種ノ協
力者ヲ指シテ共同正犯ト謂フ從テ

一 共同正犯ト從犯トノ區別ノ標準ニ付テハ從來二個ノ説行ハル

共同正犯
ト從犯ト
ノ區別ノ
標準ニ付
テノ標準
客觀主義

(1) 客觀主義 die objektive Theorie 協力者ニ依テ與ヘラレタル働作ノ程度ヲ
標準トスルモノニシテ共同正犯ハ價值多キ同等ナル協力ヲ與ヘ從犯
ハ價值少キ協力ヲ與フルモノトセリ客觀主義ノ代表者タルビルクマ
イエル氏ノ説ニ依レハ實行ト幫助トヲ對照シ實行ハ原因ヲ與フルコ
トヲ意味シ幫助ハ結果ニ對シテ條件ヲ與フルコトヲ意味スト解シ共
同正犯ハ結果ニ對シテ共同ノ原因ヲ與ヘ從犯ハ單ニ條件ヲ與フルニ
過キス同氏ノ説ニ依レハ原因ハ最モ價值多キ條件ヲ意味シ從テ二個

ノ條件カ同等ノ價值ヲ有スルトキ換言スレハ其一方カ單獨ニテハ結
果ヲ惹起シ能ハサル場合ニ限り共同原因ト謂フコトヲ得ヘク例ヘハ
數人ニテ大石ヲ運搬スルニ當リ各人ノ力カ單獨ニテハ石ノ重量ニ堪
ヘサルトキ又ハ數人カ各小量宛ノ毒藥ヲ他人ニ服用セシメ其全分量
ノ爲メニ他人カ中毒死亡シタルトキニ於テ各協力者ハ共同原因ヲ與
ヘタルモノニシテ從テ共同正犯ヲ以テ論スヘキナリ又同氏ハ共同正
犯トハ罪ノ特別構成要件タル行爲ヲ實行スルモノナリト説明セリ此
ノ説ハ結論ニ於テフーゴーマイエル氏リスト氏メルケル氏オッペンホフ
フ氏ヘルシユネル氏ノ説ト同シ而シテリスト氏ノ説ニ依レハ共同正
犯ハ罪ノ實行々爲即チ罪ノ特別構成要件タル行爲ニ加擔スルコトヲ
要ス從テ正犯ト從犯トノ區別ハ客觀的行爲ノ程度ニ依テ之ヲ區別ス
ヘキナリ故ニ例ヘハ殺人罪ニ付テハ致命傷ヲ與フルコトニ竊盜ニ付
テハ物ヲ竊取スルコトニ脅迫罪ニ付テハ脅迫行爲ニ加擔シタル者ヲ

以テ共同正犯トス結合罪ニ付テハ罪ヲ構成スル結合行爲ノ一ヲ行ヒタル者ハ其罪ノ共同正犯ヲ以テ論ス(共同ノ犯意アルコトヲ要ス)例ハ甲ハ丙女ヲ押ヘ乙ハ丙女ヲ姦シタルトキハ甲乙ハ強姦ノ共同正犯ニシテ甲ハ丙ヲ脅迫シ乙ハ丙ヨリ財物ヲ取リタルトキハ強姦ノ共同正犯ナリトス何トナレハ暴行脅迫ハ強姦又ハ強盜罪ノ構成條件タル結合行爲ノ一ニ屬スルヲ以テナリ反之甲カ屋内竊盜ヲ爲スノ間屋外ニ見張ヲ爲シタル乙者ハ竊盜ノ共同正犯ニアラスシテ從犯ナリトス何トナレハ見張ハ竊盜ヲ幫助シタルニ相違ナキモ竊盜ノ實行々爲即チ構成要件タル行爲ノ一部ト云フコトヲ得サレハナリ(此ノ點ハ我大審院從來ノ判例ト反對ナリ)

(ロ) 主觀主義 *die subjektive Theorie* ノ代表者タルフオンプリー氏ノ説ニ依レハ原因ト條件ハ之ヲ區別スルコトヲ得ス結果ニ對スル總テノ條件ハ同等ノ價值アルモノナリ從テ共同正犯ト從犯ノ區別ノ標準ハ到底

客觀的行爲ノ程度ニ求ムルコトヲ得ス寧ロ主觀的意思ノ方面ニ求メサル可ラス即チ共同正犯ハ自ラ罪ヲ犯スノ故意 *animus auctoris* (自己ノ爲ニ罪ノ發生ヲ欲シ罪ノ發生ニ伴フテ自己ノ利益ヲ求メ無條件ニ罪ノ發生ヲ希望スルコト)ヲ必要トシ反之從犯ハ他人ノ犯罪ニ從屬スルノ故意 *animus socii* (他人ノ爲メニ罪ノ發生ヲ欲シ罪ノ發生ニ伴フテ自己ノ利益ヲ求メス正犯カ罪ノ發生ヲ欲スルカ故ニ己レモ又罪ノ發生ヲ欲スルニ過キササルコト)ヲ必要トシ協力者ニ依テ與ヘラレタル働作ノ程度如何ハ兩者ノ區別ニ何等ノ關係ナキモノト論セリ

獨逸帝國裁判所ノ判例ニ依レハ兩者ノ區別ヲ主觀主義ニ採ルモ共同正犯ノ成立ニハ協力カ罪ノ實行中ニ與ヘラル、コトヲ必要トセリ而シテ其働作ノ價值ノ程度如何ハ毫モ關係ナキモノトセリ例ハ罪ノ實行中ニ見張番ヲ爲シタルモノヲ共同正犯ヲ以テ論セリ即チ此場合ニ於テハ受働的幫助ヲ以テ共同正犯トセリ反之同判例ニ依レハ自ラ

罪ヲ犯ス故意 *animus auctoris* ヲ欠クカ爲メニ假令罪ノ實行行爲ニ與リタル者ニ對シテモ從犯ヲ以テ論セリ要之主觀主義ニヨレハ共同正犯ト從犯トノ區別ヲ全ク行爲者ノ意思ニ探リ苟クモ外形的協力ノ事實アル以上ハ行爲ニ加擔シタル程度如何ハ兩者區別ノ標準トナサ、ルナリ從テ器具ノ整頓障害ノ排斥行爲者ノ獎勵仲間ノ一方カ共同ニ企圖サレタル犯罪ヲ實行スル間見張ヲ爲シタル者犯罪ノ現場ニ立會フコトニ依テ犯罪ヲ獎勵シタル者モ等シク共同正犯ヲ以テ論スルコトヲ得ルナリ此ノ說ハ既ニウエスフアール氏(千七百六十年)ニ依テ主張セラレ十九世紀ニ於テハアイベツグ氏バウエル氏フエフテル氏ヘンケ氏ヘツブ氏マレンゾール氏フォンベヒテル氏此ニ次テケストリン氏ヘルツ氏ヤンカ氏グラージェル氏フォンシユワルツエ氏之ヲ主張シ千八百六十年以後ニ於テハフォンブリー氏及ヒザクセン並ニヴェルテンベルグノ最高裁判所其他ボルヘルト氏コーレル氏フォンリ、エン

主觀主義
ニ對スル
非難

タール氏オールスハウゼン氏之ヲ主張セリ然トモ主觀主義ニ依レハ從犯ノ意思他人ノ犯罪ニ從屬スル意思ヲ以テ罪ノ實行々爲ニ與カリタルトキニ於テモ猶從犯ヲ以テ論スルコト、ナリ反之陰謀ニ與リタル一人カ行爲ニ付テ苟クモ協力ヲ與フルトキハ常ニ正犯ヲ以テ論シ從犯ノ觀念ヲ容ルヘキ餘地ナキニ至リ亦單獨ニテ他人ノ爲メニ罪ヲ犯シタルトキハ正犯ノ觀念ヲ以テ論スルコトヲ得サルニ至ヘシ要之主觀主義ハ到底正當ナル見解ナリト云フコトヲ得サルヘシ反之客觀主義ヲ採ルモノハベルリン並ニミュンヘン裁判所ノ以前ノ裁判例近頃ニ於テハベルナル氏(千八百六十一年)フアン、カルケル氏フロイデンタール氏ヘルシユネル氏フォンクリース氏ランマツシユ氏レーニング氏スルケル氏シユツツエ氏フォルケ氏ミンツ氏トイン氏ビルクマイエル氏等之ヲ主張シ折衷說ヲ採ルモノハペーリング氏マイエル氏ハウプト氏ニシテ此ノ說ニヨレハ正犯ト從犯トノ區別ニ付明了ナル

場合ヲ除キ疑ノ存スル場合ニ於テハ專ラ行爲者ノ意思ニ依テ之ヲ決
スヘシトナスモノニシテトヤーベン氏ハ正犯ノ犯意ヲ以テ從犯ノ所
爲ヲ爲シタル場合ヲ不完全ナル共同原因ト稱スルモ結論トシテハ獨
逸大審院判例ト等シク此ノ場合ニ於テモ共同正犯トシテ處罰センコ
トヲ欲セリ又客觀主義ヲ採ルモノニシテ正犯ト從犯トノ區別ヲ結果
ニ對スル條件ノ價值ノ多少ニ依テ區別セントスルモノアリ此ノ說ハ
ブーテンドルフ氏千六百七十二年ニ依テ始メテ主張セラレ十八世紀
ニ於テハクレツス氏ベーム氏其他ノ學者ニ依テ主張セラレ次テ殊
ニフオキエルバツハ氏ベルナル氏千八百四十七年千八百六十一年ニ
依テ主張セラレタリ而シテ近頃ニ至リ客觀主義ヲ採リツ、更ニ精神
上ノ因果關係ヲ以テ區別ノ標準ニ加ヘタルモノアリ即チ
フランク氏ノ說ニ依レハ兩者ノ區別ノ標準ヲ客觀主義ニ採リ此ノ標
準ヲ條件ノ區別ニ求メ價值多キ條件ヲ與ヘタルモノヲ共同正犯トシ

價值少ナキ條件ヲ與ヘタルモノヲ從犯トセリ而シテ同氏ハ獨逸刑法
ニ依リ價值少ナキ條件トシテ左ノ條件ヲ列擧セリ
(イ)單ニ條件タルニ止マリ同時ニ原因タラサル條件即チ獨逸刑法第四
十八條規定救唆ニ關スル規定ノ結果故意ニ結果ヲ惹起ス正犯ノ爲メ
ニ間接ニ單ニ加擔スルモノハ單ニ從犯タルニ止マリ原因ヲ與ヘタリ
ト云フコトヲ得ス例ヘハ正犯ノ爲メニ犯罪ノ手段トシテ器具ヲ交付
シ犯罪ノ方法ヲ指示シ正犯ノ爲メ犯罪ノ決行ノ好機會ヲ探偵シ又ハ
門戸ヲ踰越スル者ノ爲メニ踏臺トナリ又ハ犯罪ノ實行又ハ或ル結果
ヲ保證スルコトニ依テ正犯ヲ獎勵スルカ如シ換言スレハ精神的(任意
ニシテ故意アル)責任能力者ヲ介シテノ因果關係ハ正犯ニ屬セスシテ
從犯(又ハ救唆)ニ屬ス(アーホルン氏モ同說)
(ロ)原因(物理的)因果關係ニ屬スルモノニ屬スル所ノ條件ナリト雖トモ
少クトモ罪ノ實行ノ開始ニ至ラサルモノ(獨逸刑法第四十七條及ヒ實

正犯ノ實
行中ニ於
テハ從犯
ト立シテ
得ルハ成
ルコトヲ
得

行ノ開始ニ關スル第四十三條規定ニ依リ即チ正犯ト從犯ノ境界ハ罪
ノ着手ト豫備トノ境界ト一致スヘク從テ甲カ乙ヲ刺ス間丙カ乙ヲ押
ヘ付クルカ如キ丙ハ共同正犯ヲ以テ論スヘク反之甲ノ爲メニ乙ニ途
上會合スヘキ路筋ヲ探ルヘク助言ヲ與フルカ如キハ從犯ヲ以テ論ス
ヘク其他結合犯ニ於テ罪ノ實行々爲ニ屬スル行爲ノ一ヲ行ヒタルモ
ノハ共同正犯ニシテ例ヘハ強姦罪ニ付テハ婦女ヲ姦淫シタル者ト婦
女ヲ強制シタルモノトハ等シク同罪ノ共同正犯ヲ以テ論スヘキナリ
而シテ以上(イ)(ロ)ノ條件ハ正犯ノ行爲ニ比シテ前ニ發生スルコトヲ要
セス換言スレハ正犯ノ實行中ニ於テモ從犯ハ成立スルコトヲ得ルナ
リ例ヘハ正犯ノ罪ノ實行中ニ於テ之ニ兇器ヲ給與シ又ハ張番ヲ爲ス
カ如キハ從犯ニ屬ス後ノ場合ハ結果ノ發生ヲ妨クル力ヲ排斥スル所
ノ條件即チ消極的條件ニ屬ス而シテ此ノ消極的條件ハ罪ノ實行ニ屬
セサルカ故ニ罪ノ實行中ハ勿論實行ヲ終リタルモ未タ結果ノ發生セ

現行刑法
ノ解釋法
ヘキヲ探
ルト

サル以前ニ於テ此ノ消極的條件ヲ與ヘタルモノハ猶從犯ヲ以テ論ス
ヘキナリ例ヘハ甲カ乙ヲ傷ケタル後ニ於テ丙カ負傷者タル乙ノ治療
ヲ妨クルトキハ從犯ヲ以テ論スヘキナリ(反之アトホルン氏ハ從犯行
爲ハ正犯ノ行爲ニ先タツコトヲ要スト論セルモ理由ニ乏シ)
要之以上説明スルカ如ク正犯ト從犯トノ區別ノ標準ニ付テハ學說分
カルト雖トモ少クトモ我現行刑法ノ解釋トシテハ客觀主義中フラン
ク氏ノ說ト同様ニ解スルヲ至當トス何トナレハ刑法第九九條ニ於テ
「云々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云々」トアルニ依テ見レハ
同條ニ所謂器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シトハフランク氏ノ所謂精神
的因果關係ヲ與フル條件ニ相當シ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ云
々ハ同氏ノ所謂罪ノ實行ノ開始ニ至ラサル原因ニ相當スルモノト解
スルヲ至當トス

二 共同正犯ノ成立ニハ共同ノ犯意アルコトヲ要ス即チ各協力者ニ於テ自己ノ意思實行ト他ノ協力者ノ意思實行ト相待テ共同ノ結果ヲ惹起スルコトヲ豫見シタルコトヲ要ス(共同ノ認識從テ共同ノ犯意ハ二個ノ條件ヲ要ス(イ)罪トナルヘキ事實ノ認識(ロ)協力ノ認識ナリ從テ協力者ノ一方ニ於テ協力ノ認識ヲ缺クトキハ刑法上ノ共同正犯ハ存在スルコトヲ得ス(コ)レル氏ハ共同正犯ノ成立ニハ協力者ノ一方ニ於テ共同ノ認識アルコトヲ以テ足レリトシ此種ノ共同正犯ヲ一方的共同正犯 *einseitigen Mithäterschaft* ト稱シ例ヘハ甲カ乙ニ於テ丙ノ財物ヲ奪フノ意思アルコトヲ察知シ乙ニ告グルコトヲシテ丙ヲ制縛シタルトキハ甲ハ強盜ニシテ乙ハ竊盜ヲ以テ論セルモ不當ナリ(協力者ノ一方カ責任無能力者タルトキ又ハ犯意ヲ缺キタルトキ又同シ)第一ノ實行者ニ依テ與ヘラレタル狀況ヲ豫知スルコトヲシテ第二ノ實行者カ此ノ狀況ヲ利用シタルトキ亦同シ(例ヘハ他人ニ依テ制縛セラレタル婦女ヲ共謀者以外ノ者カ

姦淫シ又ハ他人カ偽造シタル文書ヲ共謀者以外ノ者カ知情行使スルモ強姦罪文書偽造行使罪ノ共同正犯ニアラサルハ勿論單獨正犯トシテモ其責ヲ負フコトナシ)共同ノ認識ハ必スシモ罪ノ實行以前ヨリ存在スルコトヲ要セス實行中ニ於テ存在スルヲ以テ足レリ(後ノ場合ヲ稱シテ偶然ノ共同正犯 *Zufälliger Mithäterschaft* ト謂フ)ト雖トモ一方カ現ニ實行ヲ終リタル後ニ於テ共同ノ認識ヲ生スルモ共同正犯ト云フコトヲ得ヌ例ヘハ強盜ノ目的ヲ以テ甲カ既ニ丙ヲ制縛シタル後ニ於テ乙カ其仲間ニ入りタルカ如シ(此ノ場合ヲ稱シテ相續共同正犯 *sukzessive Mithäterschaft* ト謂ヘリ)

共同正犯ノ超過

三 共同正犯ノ超過 (Exzess)

共同正犯トシテ結果ニ對スル責任ノ限界ハ共同犯意ノ限界ヲ超過シタル他ノ共同正犯ノ働作ニ付テ責任ヲ負フコトナシ例ヘハ甲乙共同シテ丙ヲ毆打スルニ當リ甲獨リ共同ノ暴行ヲ利用シテ丙ヨリ財物ヲ奪取シ

タルモ乙ハ單ニ共同毆打ニ付テノ共同正犯トシテ責任ヲ負フニ止マリ強盜ノ正犯トシテハ論スルコトヲ得サルナリ(甲者ノ行爲カ強盜罪ヲ成立スルコトハ勿論ナリ)反之方ノ働作カ共同犯意ノ範圍内ニ屬シ而カモ其働作ノ結果ハ主觀的因果關係ノ存在ヲ必要トセスシテ行爲者ニ責任ヲ負ハシムル場合ニ屬スル以上ハ他ノ一方モ其結果ニ對シテ共同正犯トシテ責任ヲ負フヘキナリ例ヘハ甲乙共同シテ丙ヲ強姦スルニ當リ甲者ノ加ヘタル暴行カ丙ヲ死ニ致シタルトキハ甲ノ暴行ニシテ甲乙ノ間ニ定メラレタル手段程度ヲ脱セサル以上ハ乙モ又重キ強姦罪ニ付テ責任ヲ負フヘキナリ(刑法第三百五十一條參照)

四、共同正犯ハ他人ノ犯罪ニ從トシテ加擔スルニアラス獨立シテ結果ヲ惹起シ又ハ防止セサルモノナルカ故ニ各共同正犯ニ對シテハ他ノ共同正犯ニ對スル處罰トハ獨立シテ之ヲ處罰セサルヘカラス即チ刑法第四百條ニ於テ各自ニ其刑ヲ科スト規定シタルハ此ノ意ヲ示スモノナリ(猶刑

特別ノ目的ヲ以テ構成要件ニ付テハ此ノ目的ヲ以テ得ル正犯者ハ

共同實行ヲ以テ加重ノ刑

法第六條參照)從テ例ヘハ共同正犯ノ一人ハ謀殺ヲ以テ處罰シ他ハ故殺ヲ以テ處罰スルコトアリ又一方ハ強盜ヲ以テ他ハ竊盜ヲ以テ處罰セラル、コトアリ得ヘキナリ(特別ノ目的ヲ以テ犯罪構成要件トセル場合ニ於テ一方カ此目的ヲ有セザルトキハ從犯トシテ處罰シ得ルトモ共同正犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス例ヘハ徵兵忌避罪ニ於テ此ノ例ヲ見ル)然レトモ爰ニ注意スヘキハ共同正犯ハ共同原因ニ基ク全部ノ結果ニ對シテ各獨立(單獨)正犯トシテノ如クシテ責任ヲ負フモノナルカ故ニ或罪ノ單獨正犯タルコトヲ得サル者ハ亦共同正犯タルコトヲ得サルナリ例ヘハ純粹ナル瀆職罪ニ付テハ官吏公吏タル身分(法律上ノ基本)ナキ者ハ單獨正犯タルコトヲ得サルカ如ク亦共同正犯タルコトヲ得サルナリ反之強姦罪ニ付テハ男子(事實上ノ基本)ニアラサルモノモ間接正犯タルコトヲ得ルカ故ニ女子モ亦男子ト共ニ同罪ノ共同正犯タルコトヲ得ルナリ刑法各本條ニ於テ共同實行ヲ以テ刑罰加重ノ原因ト認ムル場合アリ例ヘ

原因トス
ル場合

ハ刑法第四百十五條第七十一條第四號ニ於テ「三人以上通謀シテ」三人以上共ニトアルハ此ノ意ヲ顯スモノニシテ此ノ場合ハ共同正犯ニ限ルカ故ニ教唆者又ハ從犯アルノ理由ヲ以テ其刑ヲ加重スルコトヲ得サルナリ刑法第七條ニ於テ「犯人ノ多數ニ因リ刑ヲ加重スヘキ時ハ教唆者ヲ算入シテ多數ト爲スコトヲ得ス」ト規定シタルハ此ノ趣旨ヲ明ラカニスルモノナリ

共同正犯ハ罪ノ實行々爲ニ加擔スルコトヲ要スルカ故ニ假令共同ノ犯意アルモ罪ノ實行行爲ニ至ラサルモノハ共同正犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス

第四 副共同正犯 *Nebenthäterschaft* o. *Mehrthäterschaft* 數人カ共同シテ罪ヲ實行スルコトヲ認識セシテ(共同ノ犯意ナクシテ)同一ナル結果ヲ惹起シ又ハ防止セサルコトニ加擔シタルトキハ各加擔者ハ正犯トシテ其責ニ任セサルヘカラス此種ノ正犯ヲ副共同正犯ト謂フ但シ教唆又ハ從犯タル場合

副共同正
犯ノ例

副共同正
犯ノ例

ニ屬セサルコトヲ要ス而シテ副共同正犯ニ付テハ法律ニ特別ノ規定ヲ欠クカ故ニ各正犯ハ必スシモ罪ノ實行行爲ニ加擔スルコトヲ必要トセス副共同正犯ハ殊ニ過失ニ基ク協力ノ場合ニ於テ其例ヲ見ルヘシ例ヘハ數人ノ大工カ通行人ニ注意スルコトヲナクシテ取毀チ中ノ建物ノ棟梁ヲ往來ニ投ケ落シ其不注意ナル働作ニ依テ通行人カ棟梁ニ打タレテ死ニ至リタルトキ又ハ二人ノ不注意ナル御者カ馬ヲ御スルコトヲ怠リタル爲メ歩行者ヲ輓キ且ツ傷ツケタルトキニ於テハ各大工又ハ各御者ハ共ニ過失致死又ハ過失創傷ヲ以テ論スヘキナリ數人カ各犯意ヲ有ストモ協力ノ事實ヲ知ラスシテ同一ノ結果ヲ協力ニ依テ惹起シ(例ヘハ甲乙共謀セシテ丙ヲ毒殺センコトヲ企テ各毒藥一籠ツ、ヲ丙ノ飲用水中ニ投シ丙ハ此ノ二籠ノ毒藥ニ依テ死亡シタルカ如シ)又ハ共同シテ結果ノ發生ヲ防止セサルトキ亦同シ又共同正犯ノ一方ハ犯意ヲ有シ他ハ過失ニ基クトキ又同シ協力者ノ一方カ精神病者タル爲メ共同正犯ノ存立スルコトヲ得サル場合ニ於

テモ亦同シ(フランク氏ハ過失犯ニ共同正犯ノ成立ヲ認メ及ヒ本文最後ニ揭ケタル二個ノ場合ニ於テモ共同正犯ノ成立ヲ認ムルモ論理貫徹セス)如此數人實行ノ場合ニ於テ共同正犯ト副共同正犯ノ區別アルコトヲ注意スヘキナリ

第三節 教唆及ヒ從犯(加擔)

第一項 加擔ノ概念

加擔 *Teilnahme* ハ正犯ト異ナリ自ラ結果ヲ惹起シ又ハ防止セサルニアラスシテ他人カ結果ヲ惹起シ又ハ之カ發生ヲ防止セサルコトニ關與スルヲ謂フ現行刑法ニ於ケル加擔ハ教唆及ヒ從犯ノ二種アリ

第一 教唆 *Anstiftung* トハ故意ニ他人ヲシテ其人カ故意ニ行ヒタル犯罪行為ヲ爲スコトヲ決意セシムルヲ謂フ

一現行刑法ハ重罪輕罪ノ教唆ニ限り之ヲ處罰スルコト、セリ(刑法第百五條)刑法第百五條ニハ人ヲ教唆シテ云々トアリテ教唆ノ手段方法ニ付テ

教唆及ヒ從犯
加擔ノ概

教唆

教唆ノ手

制限ヲ設ケサルカ故ニ贈與、契約、強迫、威權ノ濫用、錯誤ヲ誘起シ又ハ増長スル等ノ行為ハ勿論、賭事ノ申込、勸告、懇諭、囑願及ヒ宣誓、疑惑ヲ誘起シ、表ニ犯罪行為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但シ此ニ注意スヘキハ強迫、威權ノ濫用ハ強制ノ程度ニ達セサルコトヲ要シ、錯誤ノ誘起ハ相手方ヲ錯誤ノ爲メ、犯意ヲ欠クニ至ラシメサルコトヲ要ス何トナレハ若シ強制ノ爲メ又ハ犯意ヲ有セスシテ他人カ犯罪行為ヲ爲シタルトキハ其行為者ニ對シテ犯罪ハ成立セサル故此場合ニ於テハ他人ニ罪ヲ教唆シタルニアラスシテ間接ニ罪ヲ實行シタルモノト云ハサルヘカラス

他人ニ罪ノ實行ヲ決意セシムルコトハ數人ノ作用ニ依ルコトヲ得ヘシ而シテ其作用ハ共同ノ作用共同教唆 (*Mitschuldung*) ニ依リ又ハ互ニ獨立シタル作用ニ依テ生スルコトヲ得ヘシ(共同正犯、副共同正犯ノ説明參照)例ヘハ甲ハ千圓ヲ賭シテ丙ニ丁ヲ殺害センコトヲ申込ミ乙ハ五百圓ヲ

共同教唆

賭シテ丙ニ丁ヲ殺害セシメンコトヲ申込ミタルニ丙ハ合計千五百圓ヲ
收得センカ爲メニ丁ヲ殺害スルコトヲ決意スルカ如シ(副共同教唆)

二 教唆ハ故意ニ他人ヲシテ其人ニ依テ行ハレタル罪ヲ行フコトヲ決意セ
シムルコトヲ要ス即チ他人ニ罪ヲ實行スルコトノ決意ヲ惹起スルコト
ヲ要ス教唆ハ罪ノ實行者ニ實行ノ決意ヲ惹起スルコトニ依テ實行者(被
教唆者)ニ原因ヲ與フルモノナリ故ニ罪ノ實行ニ付キ單ニ機會ヲ與フル
カ如キハ教唆ニアラス例へハ既ニ偽證ヲ決意シタル人ノ爲メニ證人ト
シテ喚問スルコトヲ裁判所ニ申請スルカ如シ從テ他人ヲシテ犯意アル
ノ犯罪行為ヲ實行スルコトヲ故意ニ決意セシメタル場合ニ限り刑法上
ノ教唆ヲ以テ論スルコトヲ得ルナリ然レトモ法律ハ犯罪全部ノ計畫カ
教唆者ニ依テ與ヘラル、コトヲ必要トセサルカ故ニ既ニ犯罪ノ觀念ヲ
發シタル者ノ爲メニ犯罪ノ決意ヲ妨グル所ノ消極的觀念ヲ情ヲ知リツ
、排除シタル者ハ教唆者トシテ論スヘキナリ例へハ甲カ乙ニ對シテ報

罪ノ實行
ニ付キ單
ニ機會ヲ
與フルカ
如キハ

教唆者ハ被
教唆者ニ
對シテ犯
罪全部ヲ
計畫スル
コトヲ要
ス

教唆ノ處
罰セラル
ル理由

酬ノ爲メニ一定ノ罪ヲ犯スヘキコトヲ申込ミ乙カ其報酬ヲ承諾シ又ハ
贈與シタルトキハ乙ハ其罪ノ教唆ヲ以テ論スヘキナリ

三 現行刑法ノ規定ニ依レハ教唆ハ間接正犯(無形ノ實行者)ニアラスシテ他
人ノ犯罪ニ附屬シテ加擔シタル者ナリ從テ教唆ハ自己ノ行為ノ爲メニ處
罰サル、ニアラスシテ正犯ノ犯罪ノ爲メニ處罰ノ責ヲ引クモノト云ハ
サルヘカラス、教唆ニ基ク第一ノ結果ハ正犯罪ノ實行者ニ犯罪實行ノ決
意ヲ惹起スルニアリ然レトモ教唆ハ單ニ此ノ結果ニ依テ處罰サルヘキ
ニアラス被教唆者タル正犯ノ行為カ處罰ノ程度ニ達シタルコトヲ條件
トシテ處罰サルヘキナリ刑法第百五條ニ於テ人ヲ教唆シテ重罪、輕罪ヲ
犯サシメタルモノトアルハ此ノ意ヲ示スモノナリ而シテ被教唆者ノ行
爲ハ苟クモ處罰ノ程度ニ達シタルヲ以テ足レリトシ必スシモ既遂タル
コトヲ要セス處罰スヘキ未遂豫備陰謀ニ止マル場合ニ於テモ之カ教唆
ヲ處罰スヘキナリ

教唆者ノ
犯意

四、教唆者ノ犯意ハ自己ノ意思實行ニ依テ被教唆者ニ特定ノ犯罪行為ヲ行フコトノ決意ヲ惹起セシムルコトノ認識ナリ即チ教唆者ノ認識シタル犯罪ハ被教唆者カ決意シタル犯罪ト一致スルコトヲ要シ若シ被教唆者ノ犯罪行為カ教唆者ニ依テ認識セラレタル犯罪行為ト其主要ナル點ニ於テ異ナルトキハ其程度ニ於テ教唆者ノ犯意ハ實行ヲ遂ケタリト云フコトヲ得サルナリ

教唆者ニ
科スル刑

五、教唆者ノ刑罰ハ教唆者カ認識シテ教唆シタル被教唆者ノ犯罪ニ適用サル、所ノ處罰規定ニ依リ定マル刑法第百五條ニ於テ亦正犯ト爲ストアルハ此ノ意ヲ示スモノナリ

首魁

刑法第百二十一條第一號第百三十六條第百三十七條ニ於テ用ヒラレタル首魁 Führer, Anführer, Radeisführer ナル文字ハ教唆ト異リ群集全體内亂軍又ハ嘯聚シタル兇徒全體ノ行動ヲ指揮スル精神上ノ指導者ヲ指ス故ニ首魁ハ必スシモ教唆者タルコトヲ要セサルナリ治安警察法第一條第二

主幹、
起人、
計畫

挑發

誘惑、
煽動、
囑託

教唆ハ特
定ノ人ニ
對スルコ
トヲ要セ
ス
從犯

ニ於テ用ヒラレタル結社ノ主幹 Vorsteher 集會ノ發起人 Stifter ナル文字モ又精神上ノ指導ヲ以テ標準トス法律カ或行為ノ計畫 Veranstaltung 罰スルトキ又同シ但シ計畫ハ教唆ニアラスシテ正犯ナリ若シ法律カ挑發行爲 Anforterung ヲ罰スルトキハ挑發ハ教唆ト異ナリ他人カ目的タル行為ヲ決意スルコトヲ要セス誘惑 Verleiten 煽動 anreizen 囑託 anverben ハ特定ノ人ニ對スル教唆ノ種類ナリトス

從犯ノ觀念ニ付テ更ニ説明スレハ

一、犯罪ヲ幫助シタリト云フニハ刑法上ノ結果ニ對シテ事實上ノ條件ヲ

幫助ノ手
段

與ヘタルコトヲ要ス即チ從犯ノ行爲ハ法益ノ實害又ハ危險ノ發生ニ對シテ事實上ノ因果關係ヲ保ツコトヲ必要トス然ラサレハ從犯ハ未タ處罰ス可ラサル未遂ノ程度ニアルモノト云ハサル可カラス然レトモ幫助ノ手段ハ物理的(法文ノ所謂器具ヲ給與スル類タルト心理的(法文ニ所謂誘導指示ノ類タルトハ問フ所ニアラス故ニ犯罪成立後ニ於テ犯罪ヲ庇護スヘキコトヲ犯罪成立前ニ約シ依テ正犯ノ實行ヲ幫助シタルトキハ從犯ヲ以テ論スヘキナリ(例ヘハ竊盜ノ犯人ニ對シテ豫メ贓物ヲ保寄贖故買ヲ約スルカ如シ)然レトモ犯意若クハ罪ノ特別成立條件タル法定ノ目的ヲ有シタルモノカ罪ノ實行々爲ニ關與シタルトキハ正犯ニシテ從犯ヲ以テ論スルコトヲ得サルナリ次ニ從犯ノ行爲ハ亦積極的タルト消極的タルトヲ問ハス(消極的從犯トハ義務ニ違反シタル不作爲ノ爲メニ犯罪ノ發生ヲ防止セザルヲ云フ例ヘハ金庫ノ番人カ財物ヲ竊取スル者アルコトヲ知リナカラ之ヲ放任シテ竊盜ヲ防止セザルカ如シ)

消極的從
犯

從犯ノ犯
意

- 二 從犯ハ他人ノ犯意アル犯罪ニ對シ故意ニ幫助ヲ與フル場合ニ限り成立ス法律ハ時トシテ過失ニ依リ他人ノ犯罪ヲ幫助スル場合ヲ特別罪トシテ規定スルコトアリ例ヘハ刑法第五百十條第百七十六條參照)
- 三 從犯ノ犯意ハ(イ)從犯者自己ノ行爲ニ付テノ認識(ロ)正犯ノ犯罪行爲ノ認識(ハ)正犯ノ犯罪行爲カ自己ノ行爲ニ依テ幫助セラレ、コトノ認識ヨリ成立ス而シテ共同正犯ノ場合ト異リ正犯カ從犯ノ幫助ヲ認識シタルト否トハ問フ所ニアラサルナリ
- 四 從犯ハ他人ノ犯罪ニ附屬シタル加擔ナルカ故ニ幫助ヲ受クル者(正犯)ノ行爲ハ犯罪行爲タルコトヲ要ス但シ正犯ノ行爲ハ苟クモ處罰ノ程度ニ達シタル以上ハ既遂タルト未遂タルトヲ問ハサルナリ從犯ニ依テ與ヘラル、所ノ幫助ハ正犯カ犯罪ニ着手スル以前又ハ着手シタル後ニ於テモ之ヲ與フルコトヲ得ヘシ然レトモ連續犯ニアラサル限りハ犯罪ノ既遂後ニ於テ從犯ハ幫助ヲ與フルコトヲ得サルナリ

幫助ノ與
ヘラルヘ
キ時期

五、從犯ノ刑ハ正犯ノ犯罪ニ適用セラル、處罰規定ノ刑ヨリ一等ヲ減シタルモノヲ科ス即チ正犯ノ行為カ既遂ナルトキハ既遂ノ刑ヨリ一等ヲ減シタルモノヲ科シ若シ正犯ノ行為カ未遂ナルトキハ未遂ノ刑ヨリ更ニ一等ヲ減シタルモノヲ科ス(立法者カ正犯ト從犯トノ區別ヲ認メサル場合又ハ幫助ノ行為ヲ以テ特別罪トシテ規定シタル場合ハ此限ニアラス)然レトモ正犯ノ行為カ處罰スヘキ豫備ニ止マルトキハ從犯モ正犯ト等シク同一ノ刑ヲ以テ處罰セラル、モノトス何トナレハ此ノ場合ニ於テハ正犯ノ行為モ從犯ノ行為モ共ニ犯罪ノ豫備ニ屬スルヲ以テナリ

六、從犯ニ依テ與ヘラル、所ノ幫助ハ特定ノ人ニ對シテ與フルコトヲ要スルヤ否ヤ現行刑法上之カ制限ヲ設ケサルカ故ニ不特定ノ人ニ對シテモ之ヲ與フルコトヲ得ルナリ

幫助ハ特
定ノ人ニ
對シテ與
フルコト
ヲ要セス
ヲ要セス
テノ結論
加擔ニ付

第二項 加擔ニ付テノ結論

第一、現行刑法ノ規定ニ依レハ犯意アル他人ノ犯罪ヲ故意犯意ニ教唆シ

教唆又ハ
從犯ノ成
立シ得ル
ル場合

又ハ幫助シタル場合ニ限り附屬シタル加擔トシテ之ヲ處罰セリ

一、從テ左ノ場合ニ於テハ教唆又ハ從犯ハ成立セサルナリ

(イ) 過失ニ基ク他人ノ行為ヲ故意ニ教唆シ又ハ幫助シタルトキ此ノ場合ニ於テハ教唆者幫助者ハ間接正犯ヲ以テ論スヘキナリ

(ロ) 過失ニ基ク他人ノ行為ヲ過失ニ依テ教唆シ又ハ幫助シタルトキ此ノ場合ニ於テハ各自ノ過失ニ依リ共同ノ結果ニ對シテ條件ヲ與ヘタル各過失者ハ過失罪ノ副共同正犯トシテ處罰スヘキナリ

(ハ) 犯意アル他人ノ行為ヲ過失ニ依テ教唆シ又ハ幫助シタルトキ此ノ場合ニ於テハ教唆又ハ從犯ヲ以テ論スルコトヲ得サルハ勿論現行刑法ノ下ニ於テハ原則トシテ犯意アリ且ツ自由意思ノ實行ニ基ク責任能力者ノ行為ハ因果關係中斷ノ理由トナルコトハ前ニ説明シタルカ如キヲ以テ特別ノ明文ナキ限りハ此場合ハ無罪トナルヘシ

二、教唆及ヒ從犯ハ犯意ヲ以テ惹起サレ又ハ幫助サレタル他人ノ處罰行為

任意ノ超

ニ付テ處罰セラル、モノナルカ故ニ從テ左ノ如キ結果ヲ生ス

(イ) 被教唆者ノ行爲ト教唆者ノ犯意ト主要ナル點ニ於テ一致セザルトキハ被教唆者ノ行爲ヲ教唆シタリト云フコトヲ得サルナリ(犯意及ヒ錯誤ニ付テノ説明ハ全然爰ニ適用アルモノトス)此ノ場合ヲ指シテ普通ニ學者ハ任意ノ超過 *excessus mandati* ト稱スルモ用語繙當ナラス例ヘハ強盜ヲ教唆サレタル者カ謀殺ヲ行ヒ詐欺取財ヲ教唆サレタル者カ竊盜ヲ行ヒタルカ如キ場合ニ於テハ教唆者ハ此等被教唆者ノ行爲ニ對シテ教唆ノ犯意アリト云フコトヲ得サルナリ反之若シ被教唆者ノ行爲カ教唆サレタル犯罪ニ對シテ多キニ過キサルトキハ教唆者ハ其犯意アル範圍内ニ於テ責ヲ負フヘク超過ノ部分ニ對シテハ犯意ナキカ故ニ責ヲ負フコトナシ例ヘハ竊盜ヲ教唆セラレタルモノカ強盜ヲ爲シ普通竊盜ヲ教唆セラレタルモノカ鎖鑰ヲ開キ竊盜ヲ爲シタルカ如シ被教唆者ノ行爲カ教唆サレタル犯罪ニ比シテ少ナキニ過キサルト

被教唆者
カ即チ實行
行ハス更
ニ他人ヲ
教唆シタ
ル場合

錯誤

キハ其現ニ發生シタル犯罪ニ付テ責ヲ負フヘキナリ(刑法第百八條參照但シ爰ニ注意スヘキハ教唆者ニ於テ條件付犯意ヲ有スルトキハ其條件付犯意ノ範圍内ニ於テ被教唆者ノ行爲ニ付責任ヲ負フヘク又正犯カ無責任行爲ニ付キ責ヲ負フヘキ場合ニ於テハ從タル加擔者附屬共犯)モ又犯意若クハ過失ナキ結果ニ付テ責ヲ負フヘキナリ例ヘハ毆打致死罪ニ於ケルカ如シ

教唆ト罪ノ實行トハ其性質ヲ異ニスルカ故ニ罪ノ實行ヲ教唆シタルニ被教唆者自ラ罪ヲ實行セスシテ更ニ他人ヲ教唆シテ罪ヲ實行セシメタルトキハ最初ノ教唆者ノ犯意ト被教唆者ノ行爲トハ主要ナル點ニ於テ一致セザルモノト云フヘキナリ

(ロ) 犯意ト結果トノ錯誤ニ付テノ説明ハ爰ニモ全然適用アルモノニシテ例ヘハ甲者ヲ殺害センコトヲ教唆シタルニ被教唆者ニ於テ乙者ヲ甲者ナリト誤リ之ヲ殺害シタルトキハ被教唆者ハ殺人罪ヲ以テ律スヘ

ク教唆者ハ殺人教唆ヲ以テ律スヘキナリ又前例ニ於テ被教唆者ハ甲者ニ向テ發砲シタルニ彈丸誤テ乙者ヲ斃シタルトキニ於テモ被教唆者ハ殺人罪ヲ以テ律シ教唆者ハ殺人教唆ヲ以テ律スヘキナリ(錯誤ノ說明參照)

特別ノ目的ヲ要スル加擔

(ハ)特別ノ目的(遠因)ヲ以テ犯罪ノ特別構成要件トセル場合ニ於テハ從タル加擔ハ正犯ニ於テ此ノ目的ヲ有スルコトヲ知ルコトヲ要スルモ從タル加擔者自身ニ於テ此ノ目的アルコトヲ必要トセス

以上説明スル所ハ從犯(從タル加擔ノ一ナル)ニ付テモ同様適用アルモノトス

加擔ノ處罰條件

第二、從タル加擔ハ正犯ノ行爲カ處罰サルヘキ場合ニ限り處罰サル、モノトス

一、教唆及ヒ從犯ハ正犯ノ行爲カ處罰セラレサルトキ(物的刑罰排除原因)ニ於テ成立スルコトヲ得ス(但シ間接正犯ヲ成立スルコトアリ)然レトモ正

教唆、從遂ノ未遂

犯ノ身分ニ依ル刑罰排除ノ原因、正犯ニ對スル刑ノ全免ノ原因、訴訟條件ノ欠缺ハ教唆及從犯ノ處罰ニ對シテハ何等ノ影響ナキモノトス(刑法第百十條參照)

二、教唆未遂ノ場合着手未遂ト欠缺犯タルトヲ問ハス(ニ於テハ教唆ノ目的タルヘキ正犯ノ處罰行爲存在セサルカ故ニ教唆ハ成立セス又罪ノ未遂ノ問題ヲモ生セサルナリ、教唆ノ以前ニ於テ既ニ犯罪ノ決意アリタル者所謂 *alias o. omnimodo facturus* ニ對スル教唆モ亦教唆未遂ノ一例ニ屬ス、從犯未遂ノ場合ニ於テモ幫助ノ目的タル正犯ノ處罰行爲存在セサルカ故ニ從犯ハ成立セス又罪ノ未遂ノ問題ヲモ生セサルナリ、以上教唆ノ未遂及ヒ從犯ノ未遂ニ付テハ目的タル罪ノ加擔又ハ未遂トシテ處罰スルコトヲ得スト雖トモ立法者ハ此等ノ場合ニ於テ別ニ獨立ノ一罪トシテ之ヲ處罰スルヲ妨ケス(明治二十二年法律第三十四號決闘罪第一條刑法第四百十六條參照)

三、教唆ノ未遂カ教唆トシテ成立シ得サルカ如ク罪ノ未遂ヲ教唆スルト云フコトヲモ亦成立スルコトヲ得サルナリ何等教唆者及ヒ正犯ノ犯意ハ共ニ罪ノ實行ヲ遂クルコトノ上ニ存在スルコトヲ要シ若シ正犯ニ於テ實行ヲ遂クルノ犯意ヲ缺クトキハ正犯ノ行為ハ處罰スヘキ未遂ノ程度ニ達シタリト云フコトヲ得ス(例ヘハ竊盜ヲ遂クル犯意ナク單ニ合鍵ヲ以テ錠前ヲ開キ得ルヤ否ヤヲ試ミルカ如シ)又教唆者ニ於テ正犯ヲシテ罪ノ實行ヲ遂ケシムルノ犯意ヲ缺クトキ例ヘハ正犯カ未遂ノ程度ニ於テ逮捕セラルヘキコトヲ豫期シタルトキニ於テハ教唆ハ成立スルコトヲ得ス(本文ハフオンリスト氏其他一般獨逸刑法學者間ノ通説ナルモフランク氏ノ説ニ依レハ處罰スヘキ未遂ハ元ヨリ處罰行為ニ屬スルカ故ニ之ヲ教唆シタルモノハ犯罪ノ教唆ヲ以テ論スヘキナリトオールスハウゼン氏レノウエンハイム氏ボールヘルト氏ノ説亦然リ)

幫助者ニ於テ結果カ發生セサルヘシトカ若クハ全ク發生シ能ハサルコ

トヲ認識シタルトキハ從犯ハ成立セス例ヘハ正犯カ採リタル手段ハ墮胎ノ能力ナキコトヲ知リナカラ其手段ヲ幫助スルカ如シ(本文前段ノ場合ニ於テハフランク氏ノ反對アルモ通説ハ本文ト同シ)

第三、加擔附屬共犯ハ附屬ノ性質 Akzessorischen Charakter 他人カ與ヘタル原因ニ基ク結果ニ付テ處罰セラル、モノナリ)ヲ有スルカ故ニ

一、教唆ノ教唆從犯ノ教唆ハ共ニ正犯ニ對スル間接ノ加擔ニシテ即チ前者ハ間接ノ從犯ヲ以テ論スヘク

從犯ニ對スル從犯教唆ニ對スル從犯ハ共ニ正犯ニ對スル間接ノ加擔ニシテ即チ前者ハ間接ノ從犯後者ハ間接ノ教唆ヲ以テ論スヘキナリ(本文ハリスト氏フーゴ、マイエル氏ビンデンク氏ト同説ナリ反之フランク氏ルードルフ氏オツベンホッフ氏ノ説ニ依レハ教唆從犯ハ正犯ノ處罰行為ニ附屬シテ處罰セラルヘキモノナリト雖トモ要スルニ正犯ノ處罰行為ヲ條件トスル處罰行為タルヲ失ハス故ニ之ヲ教唆シ又ハ幫助シタ

ルトキハ犯罪ヲ教唆シ又ハ幫助シタリト云フコトヲ得ヘク從犯ノ幫助ハ正犯ノ刑ヨリ減等シタル刑ヨリ更ニ從犯トシテ減等スルコトヲ要スト論セルモ加擔ハ正犯ニ對スル附屬的協力ヲ意味シ加擔ニ對スル加擔ト云フコトハ加擔ノ性質ニ反ス

二、一個ノ實行ヲ爲ニ對シテ數人カ教唆ノ地位ニ立ツトキニ於テモ罪ハ只一個アルノミナリト雖モ同一ノ正犯ニ對シテ數人カ教唆ニ與リタルトキハ數人ノ教唆者ヲ生スルコトヲ妨ケス然レトモ一ノ挑發的言語ニ依リ數人ノ正犯ヲ教唆シタル場合ニ於テハ結果ハ數個ナリト雖トモ意思ノ實行カ單一ナリトノ理由ニ依リ此ノ場合ニ於テハ單一ナル行爲ヲ以テ論スヘキナリ

三、教唆者又ハ從犯カ心理的作用ニ依ルト物理的作用ニ依ルトヲ問ハス苟クモ罪ノ成立ヲ妨ケタルトキハ處罰ヲ免カルヘシ(妨ケタルコトヲ要シ單ニ加擔ノ犯意ヲ取消スノミニテハ不充分ナリ)蓋シ教唆從犯ハ自ラ罪

教唆者又ハ從犯カ
任意ニ正
犯ニ依リ
行ハルテ
罪ノ成立
ヲ妨ケタ
ルトキ

ヲ實行スルニアラサルカ故ニ此ノ場合ハ直接ニ中止犯ヲ理由トシテ無罪タルコトヲ得スト雖トモ現行刑法上中止犯カ罪ヲ構成セサル理由ヲ準用シテ結局此ノ場合モ罪ヲ構成セスト論セサルヘカラス蓋シ處罰規定ハ嚴正解釋ニ依ルコトヲ要シ類推解釋ヲ許サスト雖トモ刑罰ヲ排除又ハ免除減輕スル規定ハ類推解釋ニ依ルコトヲ妨ケス從テ教唆從犯者カ加擔行爲ヲ終リタル後ニ於テ任意ニ正犯ノ實行行爲又ハ實行行爲ニ伴フ結果ノ發生ヲ防止シタルトキハ中止犯ノ理由ヲ準用シ此レ等加擔者ハ處罰スルコトヲ得スト論セサルヘカラス(リスト氏ハ本文ノ場合ニ於テ正犯カ實行ニ着手セサルトキハ加擔ノ附屬的性質ヲ理由トシテ處罰セスト論シ正犯カ實行ニ着手シタル後ニ於テ加擔者カ任意之ヲ防止シタルトキハ欠效未遂ニ於ケル中止ヲ以テ論シ獨逸刑法第四十六條第二號ニ依テ責任ヲ免除スヘキモノナリト說明セリフランク氏ハリスト氏ノ說明ニ加フルニ中止犯ノ類推解釋ヲ以テ説明セリ)

從犯ニ對シテ減等ナル場合ハサレ

四立法者カ罪ノ未遂又ハ豫備ノ所爲ヲ以テ獨立ノ犯罪ト認メ特別ノ刑ヲ科シタル場合ニ於テハ此カ正犯及加擔(教唆(從犯)ハ共ニ等シク同一ノ刑期範圍内ニ於テ處罰セラレヘク從犯ニ對シテ刑法第百九條ノ減等律ヲ適用スルコトヲ得サルナリ

立法者カ加擔ノ行爲ヲ以テ獨立ノ犯罪トシテ處罰スル場合亦然リ(本節第二ノ(二)參照)

第四 同一ノ犯罪ニ對シテ同一人カ複雜シテ關與シタル場合ニ於テハ其關與ノ形式ニシテ輕キモノハ重キモノ、爲ニ吸收セラレ(konsumierte)例ハハ教唆者カ後ニ其罪ノ實行ニ關與シタルトキハ正犯トシテ論スヘク又教唆者カ後ニ正犯ヲ幫助シタルトキト雖トモ單ニ教唆ヲ以テ論スヘキナリ犯罪庇護ハ附屬共犯ノ一種ニアラサルカ故ニ教唆者從犯ハ更ニ其罪ノ贓物ニ關スル罪及ヒ罪人庇護罪ヲ犯スコトヲ得ヘキナリ(實質上ノ數罪俱發 real Konkurrenz)

加擔ニ關スル原則

法益ノ享有者ハ此對ノ加擔者ニ對シテ處罰スルコトヲ得

法律カ正行爲ニ對シテ加擔者ニ對シテ處罰スルコトヲ得

第五 以上加擔(附屬共犯)ニ付テ説明シタル原則ニ付テハ左ノ如キ制限アルコトヲ注意スヘキナリ

一 刑罰ヲ制裁トシテ保護スル法益ノ享有者自身ハ此ノ法益ニ對スル罪ノ加擔者(教唆又ハ從犯)トシテ處罰サル、コトナシ例ハ自己ノ身體ヲ毀傷セシメタル者ヲ毆打創傷罪ノ教唆又ハ從犯トシテ處罰スルコトヲ得ス略取誘拐セラレタル幼者ハ刑法第三百四十二條ノ罪ノ從犯トシテ處罰セラル、コトナク刑法第三百九十二條ノ場合ニ於テ知慮淺薄ナル幼者ハ到底同條ニ依リ處罰サル、コトナキカ如シ

二 立法者カ實行々爲ヲ處罰セスシテ此カ加擔行爲ニ對シテ獨立ノ罪ヲ認メ特別ノ刑ヲ科スル場合ニ於テハ假令正犯カ附屬共犯ノ行爲ヲ教唆又ハ幫助スルモ此カ爲メニ處罰サル、コトナシ例ハ刑法第三百五十二條ノ場合ニ於テ淫行ノ實行者刑法第百五十一條ノ場合ニ於テ逃亡ノ犯人ハ到底同條ノ罪ノ教唆又ハ從犯トシテ處罰サル、コトナシ

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第三章 共犯 三四七 第三節 教唆及ヒ從犯

特別ノ身分アルカ爲メニ其刑ヲ科セサルコトカ法規ノ關係上認め得ヘキ場合ニ於テハ此ノ特別身分アル者ハ他人ノ犯罪ニ對スル加擔者トシテモ處罰スルコトヲ得ス例ヘハ刑法第三百七十七條親屬相盜ノ場合ニハ親族ト云フ身分カ竊盜罪ニ付テノ刑罰免除ノ原因トシテ認めラル、カ故ニ親カ他人ヲ教唆又ハ幫助シテ子ノ財物ヲ竊取セシムルモ竊盜罪ノ教唆又ハ從犯トシテ處罰サル、コトナシ

三、特別ノ身分アルカ爲メニ其刑ヲ科セサルコトカ法規ノ關係上認め得ヘキ場合ニ於テハ此ノ特別身分アル者ハ他人ノ犯罪ニ對スル加擔者トシテモ處罰スルコトヲ得ス例ヘハ刑法第三百七十七條親屬相盜ノ場合ニハ親族ト云フ身分カ竊盜罪ニ付テノ刑罰免除ノ原因トシテ認めラル、カ故ニ親カ他人ヲ教唆又ハ幫助シテ子ノ財物ヲ竊取セシムルモ竊盜罪ノ教唆又ハ從犯トシテ處罰サル、コトナシ

加擔者ニ對スル身分關係ノ影響

第四節 加擔者ニ對スル身分關係ノ影響

第一、加擔ハ附屬的性質ヲ有スルカ故ニ
一、正犯ノ身分上ノ資格又ハ關係人又ハ物ニ對スルカ正犯ノ處爲ヲ所罰スルニ必要條件タルトキ又ハ其刑ヲ加減スル條件タルトキニ於テモ正犯

身分カ刑加減タルノ原因タル場合

ノ處罰ヲ以テ教唆從犯ノ處罰ノ標準トセサルヘカラス
二、加擔者(教唆從犯)ノ身分上ノ資格又ハ關係ハ其人ヲ處罰スルニ付全ク關係ナキモノトス反之共同正犯副共同正犯ハ各獨立シテ其責ヲ負フヘキモノナレハ各自ノ身分上ノ資格又ハ關係ニ依テ處罰セラルヘキナリ
第二、現行刑法ハ加擔ノ附屬的性質ニ伴フ如上ノ原則(一)ヲ制限ナク貫徹スルコトヲ避テ刑法第六條第六條第十條ニ於テ之カ例外的規定ヲ設ケタリ(但シ第六條ニ於テ他ノ正犯ナル文字ヲ加ヘタルハ如上ノ原則(二)ヲ反覆シタルモノニシテ蛇足タルヲ免カレス)即チ以上二箇條ハ刑罰加重ノ原因カ正犯從犯ニ存スル場合ニ付テノミ規定スルモ規定全體ノ趣旨ヨリシテ左ノ例外ヲ認めタルモノト結論スルコトヲ得ヘシ即チ
身分カ加重又ハ減輕ノ原因タル場合ニ於テハ此ノ身分アル教唆者從犯ニ限り其刑ヲ加減スヘク此ノ身分ナキ者ニハ影響ナシ從テ
一、甲カ乙ヲ教唆シテ乙ノ父丙ヲ故殺セシメタルトキハ乙ハ親殺(刑法第三

總則本論 第一卷 犯罪 第二編 犯罪發生ノ形式 第三章 共犯 三四九
第四節 加擔者ニ對スル身分關係ノ影響

百六十二條ヲ以テ論スヘク甲ハ普通故殺罪刑法第二百九十四條ノ刑ヲ以テ處罰サルヘク反之甲カ乙ヲ教唆シテ甲ノ父丙ヲ故殺セシメタルトキハ甲ハ親殺ノ刑ヲ以テ處罰サルヘク乙ハ普通故殺罪ヲ以テ論スヘキナリ其他幼年ヲ理由トスルノ減輕再犯ヲ理由トスルノ加重ニ付テモ亦同シ(刑法第九十九條加減順序參照)

二、反之身分上ノ資格又ハ關係カ罪ノ特別條件タル場合(加減ノ理由ニアラスシテ)ニ於テハ本節冒頭ニ説明シタル原則ニ歸リ正犯ニ此ノ身分アルトキハ假令加擔者教唆者從犯ニ此ノ身分ナクモ其罪ノ教唆又ハ從犯トシテ處罰サルヘキナリ例ヘハ官吏ニアラサル者モ固有官吏瀆職罪ノ教唆又ハ從犯トシテ處罰サルヘク反之官吏カ教唆者又ハ從犯ニシテ官吏ニアラサル者カ正犯タル場合ニ於テハ官吏固有瀆職罪ハ成立スルコトヲ得ス

第三、刑ノ全免ノ原因、訴訟條件ノ欠缺、人的刑罰排除ノ原因ハ其原因ヲ備

身分カ罪ノ構成條件タル場

ヘタル正犯、加擔者ニ對シテノミ效力アルモノニシテ、敢テ特別ノ規定ヲ待テ後然ルヘキニアラサルナリ(刑法第一百十條第二項參照)

第三編 犯罪ノ分類

現行刑法ハ犯罪ヲ分テ(一)重罪(二)輕罪(三)違警罪ノ三種トシ(刑法第一條各罪ニ科スル法定ノ主刑(實際曾渡サル、所ノ主刑ニアラス)ヲ以テ此カ區別ノ標準トセリ即チ重罪ノ主刑(刑法第七條)ヲ科スルモノヲ重罪トシ輕罪ノ主刑(刑法第八條)ヲ科スルモノヲ輕罪トシ違警罪ノ主刑(刑法第九條)ヲ科スルモノヲ違警罪トセリ

一、以上重罪、輕罪、違警罪ノ區別ノ標準タル主刑ハ法定ノ主刑ニシテ判決ニ依リ實際ニ言渡サル、所ノ刑ハ之カ標準タルコトヲ得ス亦法律カ選擇刑ヲ科シタルトキハ重キ刑ヲ以テ區別ノ標準トス

二、總則ニ規定スル刑ノ一般的加減原因ニ依リ刑ヲ變更スル場合ニ於テハ其變更ヲ受ケサル以前ノ刑ヲ以テ之カ區別ノ標準トシ從テ酌量減輕、自

犯罪ノ分類

重罪、輕罪、違警罪ノ區別

首減輕從犯未遂幼年等ニ基ク刑ノ減輕ニ依リ生シタル刑及ヒ再犯加重ニ依リ生シタル刑ハ之カ區別ノ標準トナラス反之各本條ニ規定スル刑ノ特別ノ加減原因ニヨリテ刑ヲ變更シタル場合ニ於テハ變更ニ依リ新タニ生シタル獨立刑ヲ以テ之カ區別ノ標準トスヘキナリ現今ノ判決例ハ此ニ反シ刑法第九十九條ニ所謂本刑ヲ以テ之カ區別ノ標準トセルモ同條ハ刑ノ加減順序ヲ規定シタルニ止マリ重罪輕罪違警罪ノ區別ノ標準タルヘキ主刑ニ付テノ規定ニアラサルコトヲ注意スヘキナリ(リスト氏ノ說ニ依レハ未遂又ハ從犯ニ基ク刑ノ減輕ハ幼年ニ基ク刑ノ減輕ト等シク法定ノ刑(本刑)ノ範圍ヲ擴張スルニ止マリ別ニ獨立シタル法定ノ刑ヲ生スルモノニアラスト論シ反之フランク氏ノ說ニ依レハ幼年ニ基ク刑ノ減輕ハ罪トナルヘキ事實トハ關係ナク單ニ犯人ノ身分ニ基ク狀況ニ依リ刑ヲ變更スルニ過キサレカ故ニ犯罪行為ノ法律上ノ性質ニ影響ヲ及ホスコトナカルヘキコト明瞭ナリト雖モ罪ノ未遂又ハ從犯ハ罪

ノ既遂又ハ正犯ノ行為ニ比シ客觀的行為ノ程度ニ差別アルカ故ニ各減輕ニ依リ生シタル刑ノ最長期又ハ最高額ヲ以テ重罪輕罪違警罪ノ區別ノ標準ト爲スヘキナリト論シオールスハウゼン氏オツベンホッフ氏ヘツケル氏亦此ト同說ナルモ獨逸刑法學者ノ通說ハリスト氏ト同說ナリ現行刑法ハ罪ヲ重罪輕罪違警罪ニ分チ是カ區別ノ標準ハ罪ニ科スヘキ本刑ニ依テ之ヲ區別セリ從テ刑法總則ノ規定中特別ノ規定ナキ以上ハ總テ違警罪ニ付テモ其適用アルヘキヤ勿論ナリトス故ニ例ヘハ違警罪ニ關スル責任宥恕ノ年齢ニ付テハ刑法第八十三條ニ再犯加重ニ付テハ第九十三條數罪俱發ニ付テハ第一百一條ニ於テ特別ノ規定アリ而シテ違警罪ノ教唆從犯及ヒ未遂犯ヲ所罰セサルコトハ第七條第九條第一百十三條ノ規定ニ於テ之ヲ明示スト雖モ犯罪ノ構成ニ關スル規定中特ニ違警罪ニ關スル例外規則ナキヲ以テ重罪輕罪ノ成立ニ必要ナル普通構成要件ハ違警罪ニ付テモ之ヲ必要トストノ結論ハ至當トス正當防衛危難防衛其他違法排除

原因及責任能力ニ關スル規定ニ違警罪ニ科シ得ル適用ヲ其ノ準據第
 此中此種犯罪ニ關スル規定第...項ニ於テ但法律規則ニ於テ別ニ罪ヲ定
 ヲタル者ハ既釋リト雖モ其ノ規定アリテ犯意ナキ所爲ヲ罰スルニハ特
 別ノ規定アル場合ニ限定セリ而シテ本法違警罪ノ全部又ハ一部ハ同條第
 一項但書中ニ包含セラルルヤ否ヤト云フニ本法違警罪ノ規定中明カニ犯
 意ヲ必要トセス過失ニ基ク所爲ヲモ之ヲ處罰スト規定シタルモノナシ愛
 ニ於テ違警罪ノ成立ニモ猶犯意ヲ必要トスルヤ否ヤノ問題ヲ生スヘシ而
 シテ此ノ問題ヲ決スルニハ違警罪ノ性質ヲ明カニスルコトヲ要ス

刑事犯ノ
 警察犯ノ
 分類

近世刑法學者ハ罪ノ實質ニ付テ之ヲ刑事犯 *Kriminal Delikt* 及ヒ警察犯 *Polizei Delikt* 又ハ *Polizeibetretung* トニ區別シ之ニ科スヘキ刑罰ノ種類ニ依ラス處
 罰行爲自體ノ性質ニ付テ之レカ區別ヲ立テンコトヲ欲シ之レカ區別ノ標
 準ニ付テモ種々ノ學說アリト雖モ就中普通ニシテ最モ正鵠ヲ得タリト認
 ムヘキ說ニ依レハ警察犯ヲ左ノ三個ニ分類セリ

- (一) 立法者カ或行爲ハ常ニ法益ヲ害シ又ハ害スルノ危険ノ發生ヲ待タス
 其行爲自體ヲ禁止スルモノ換言スレハ其行爲カ危険發生ノ危険アリト
 云フコトカ立法上處罰ノ理由トナリタルモノ(危険犯 *Gefährlichkeitsdelikt*
 トモ稱セリ)而シテ彼ノ刑事犯中立法者カ危険ノ狀況ヲ罪ノ構成要件ト
 シ且ツ常ニ此危険狀況ヲ發生セシムルモノト看做シ處罰スル所ノ罪
Abstrakt Gefährungsdelikt ト區別ノ標準ハ危険ノ狀況カ罪ノ罪成要件ニア
 ラス其危険ナル狀況ヲ發生セシムルノ危険アリト云フコトカ處罰ノ理
 由タルニ過キサルナリ現行刑法第四百二十五條第一號乃至第四號ノ如
 シ
- (二) 公共ノ善良ナル秩序ト背戾スルモノトシテ處罰スル所爲例ヘハ現行
 刑法第四百二十六條第十號第十一號ノ如シ
- (三) 或特定ノ行爲ヲ強制スル爲メニ處罰スルモノ而シテ刑事犯ニ於テモ
 或作爲又ハ不作爲ヲ強制スル爲メニ刑罰ヲ科スルモノナリト雖モ彼ハ

警察犯ノ
成リニハ
犯意ヲ必
要トセス

警察犯ト
違警罪ト

法益ノ侵害又ハ其危険ヲ防止スル爲メニシテ是ハ法律規則自身ヲ遂行
 スル爲メニ必要ナル作爲又ハ不作爲ヲ強制スルモノナリ例ヘ現行刑法
 第四百二十五條第五號ノ如シ

即チ以上ノ分類ヲ綜合シテ警察犯トハ法律カ保護スル利益法益ヲ侵害
 シ又ハ危険ノ狀況ニ至ルコトヲ要セス單ニ法益ニ對スル危険アル狀況
 ヲ發生セシムルノ危険アリトノ理由又ハ公共ノ善良ナル秩序ニ違背ス
 ル爲メ又ハ特定ノ法規ヲ遂行スル爲メニ刑罰ヲ科スル所ノ所爲即チ罪
 ナリト定義シ多數ノ學者ハ此種ノ犯罪ニ付テハ其性質上原則トシテ犯
 意ヲ必要トセス過失ニ依テ罪ヲ構成スト論セリ從テ警察犯ハ現行刑法
 第七十七條第一項但書ノ場合ニ該當スル特別ノ犯罪ナリト論スヘキナ
 リ

警察犯ノ成立ニハ原則トシテ犯意ヲ必要トセス過失ニ依テ罪ヲ構成ス
 ルコトハ以上説明スルカ如シ而シテ違警罪ノ大部分ハ即チ警察犯ニ屬
 ス

スルモノニシテ又苟クモ警察犯ノ性質ヲ有スル以上ハ其重罪輕罪ニ屬
 スルモノト雖モ特別ノ規定ナキ以上ハ過失ニ依リ成立スト論スヘキナ
 リ例ヘハ現行刑法第二編第五章第三節傳染病豫防規則ニ關スル罪第四
 節危害品及ヒ健康ヲ害スヘキ物品製造ノ規則ニ關スル罪第五節健康ヲ
 害ス可キ飲食物及藥劑ヲ販賣スル罪ノ如キハ過失ニ依リ成立スルモノ
 トス

第二卷 刑罰 Die Strafe.

第一章 刑罰ニ關スル概念

一、刑罰ハ刑事裁判官ニ依テ犯罪ヲ原因トシテ犯人ニ對シ言渡サレタル苦痛 *Uebel* ナリ從テ

一刑罪ハ犯人カ受クル所ノ苦痛ナリ爰ニ所謂苦痛トハ法益ノ傷害ニシテ詳言スレハ法律カ保護スル所ノ利益ヲ他ノ場合ニ於テ保護ヲ與フル所ノ法規自身ニ依テ傷害スルコトヲ意味ス此ノ點ニ於テ刑罰ハ損害賠償 *Schadensersatz* ト異ナル刑罰ハ損害賠償ト共ニ不法行為ニ對スル法律上ノ結果ニ屬スト雖トモ損害賠償ハ法益傷害ノ排除ニシテ傷害ヲ治療スルモノナルニ反シ刑罰ハ傷害ヲ原因トシテ更ニ傷害ヲ與フルコトニ依テ法規ノ維持ヲ確保スルモノナリ

左ニ記載スルモノハ財産其他ノ法益ノ被害者ニ對シテ満足 *Gemüthung* ヲ

刑罰ノ概念ニ關スルモノ

與フルコトヲ目的トスルモノニシテ刑罰ノ觀念ニ屬セス

- (イ) 刑法第四十八條ニ規定スル贓物ノ還給處分
- (ロ) 民法第七百二十三條ニ規定スル名譽ヲ回復スルニ適當ナル處分ノ命令
- ニ刑罰ハ犯人自身カ享有スル所ノ法益ニ對スル傷害ナリ故ニ犯人ニ對スル傷害ニアラサルカ又ハ傷害カ單ニ附屬的ニ犯人ニ關スル場合ニ於テハ刑罰ハ存在セス從テ

(イ) 警察上ノ保安處分ハ犯人ノ利益ヲ傷害スルコトヲ目的トセサルカ故ニ刑罰ニアラス例ヘハ集會ノ解散結社ノ禁止講談論議ノ中止ハ刑罰ニアラス(明治三十三年三月法律第三十六號治安警察法參照其他懲治場留置處分刑法第七十九條第八十條第八十二條第八十三條參照)モ亦刑罰ニアラス而シテ刑法第四十三條第四十四條其他ノ特別規定ニ依ル沒收處分モ其性質ハ警察上ノ保安處分ニ屬シ刑罰ノ性質ヲ有セス然レトモ現行刑法ハ沒收ヲ以テ附加刑ノ一種トシテ規定シタリ(刑法第十條)

(ロ) 其他外國ノ立法例ニ依レハ犯人ニ科シタル刑罰ニ對シテ第三者ニ補助的ニ又ハ連帶的責任ヲ負ハシムルコトアルモ我刑罰法ニ於テハ此種ノ規定ナシ而シテ此ノ種ノ責任モ亦刑罰ニアラサルナリ

三 刑罰ハ既往ノ法律違犯ニ對シテ科セラル、モノナリ而シテ假令刑罰ハ其目的上將來ニ及フト雖トモ常ニ既往ニ於ケル違法ノ事實ニ對スル法律上ノ結果トシラ科セラルルモノタリ此ノ點ニ於テ刑罰ハ彼ノ秩序罰 *Ordnungstrafe* ニ依テ特定ノ作爲又ハ不作爲ヲ強制スル所ノモノト異ナル(此種ノ處分ヲ稱シテ履行ヲ強制スル爲メノ刑罰強制ト謂フ例ハ刑事訴訟法第百八十條民事訴訟法第二百九十四條ニ依リ合式ニ呼出サレタル證人ニシテ正當ノ理由ナク出頭セサル者ニ對シテ其出頭ヲ強制スル爲メ罰金ヲ言渡シ且ツ拘引狀ヲ發スルカ如シ
四 刑罰ハ國家カ刑事裁判ノ機關ニ依テ科スルモノタラサルヘカラス從テ左記ノ法律上ノ結果ハ刑罰ニアラス

秩序罰

刑事罰ノ本質ヲ有セサルモノ

(イ) 有罪ノ判決ニ對シ法律上當然伴フ所ノ總テノ結果例ヘハ民法第八百三十三條第一號乃至第四號裁判上離婚ノ原因民法第八百六十六條第四號裁判上養子縁組離縁ノ原因ハ刑罰ニアラス此ト同一理由ニ依リ重罪又ハ輕罪ノ刑ニ處セラレタル者ニ對シ別ニ宣告ヲ用ヒスシテ科スル所ノ剝奪公權停止公權及ヒ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ニ對シ別ニ宣告ヲ用ヒスシテ科スル所ノ監視ハ刑罰ノ性質ヲ有セス然レトモ現行刑法第十條ニ於テハ如上ノ剝奪公權停止公權監視ヲ以テ附加刑ト認メタリ
(ロ) 刑事裁判所以外ノ機關カ法律ノ權能ニ依リ科スル所ノ處罰例ヘハ懲戒權ノ行使ハ之ニ屬ス(違警罪即決例ニ依リ違警罪ヲ即決スル警察官吏ハ同即決例ニ依リ刑事裁判所ヲ構成スルモノト云フヘキナリ)

第三、刑事罰ハ其本質上左ノ處分ト異ナル

一 國家ノ懲戒罰 *staatliche Disziplinarstrafe* 即チ國家カ公ノ強制權ノ主體タル資格ニ於テセス内部ノ雇傭關係ノ利益ニ於テ雇主タル地位ニ依テ科ス

ル所ノ處罰ハ刑事罰ニアラス懲戒處分ハ刑事事件ニアラサルカ故ニ通常刑事裁判所ノ管轄ニアラス同一違法行為ニ付キ懲戒罰ト刑罰トヲ併科スルコトヲ妨ケス一人ニシテ國家ニ對スル數個ノ雇傭關係ヲ有スルトキハ同一違法行為ニ對シテ數回懲戒罰ヲ受クルコトアルヘク(官吏ニシテ且ツ豫備士官タルカ如シ)刑罰ハ時効ニ罹ルモ懲戒罰ニ對シテハ影響ナシ

二命令的規定ニアラサル法規ヲ遵守セサル爲メニ科スル所ノ訴訟上ノ處分 *Prozessstrafe* ハ刑罰ニアラス刑法第四十五條第四十七條ニ規定スル刑事裁判費用ノ全部又ハ幾分ヲ犯人ニ科スル處分ハ此ニ屬ス刑ヲ執行シ及ヒ罪人ヲ檢束スル方法細目ハ別ニ規則ヲ以テ之ヲ定ム(刑法第十一條)即チ刑法附則刑事訴訟法第八編第一章監獄則等參照

第二章 刑罰ノ種類

第一、現行刑法ハ刑ヲ分テ主刑 *Hauptstrafe* 及ヒ附加刑 *Nebenstrafe* トセリ(刑

刑罰ノ種類
主刑

附加刑

法第六條)主刑ハ單獨ニ科スルコトアルモ附加刑ハ主刑ト共ニスルニアラサレハ科スルコトヲ得ス附加刑中主刑ノ執行ヲ了リタル後チニ始メテ執行サルヘキモノアリ(後科刑 *Nachstrafe*)例ヘハ監視ノ如シ

現行刑法第六條ニ於テハ附加刑中宣告ヲ用ヒスシテ科スルモノアルコトヲ規定セリ即チ主刑ハ之ヲ宣告シ附加刑ハ法律ニ於テ其宣告スルモノト宣告セサル者トヲ定ム

法益ヲ保護
トシテ
標準

刑罰ハ國家カ法益保護ノ目的ノ爲メニ犯人ニ對シ傷害ヲ加フル所ノ法益ヲ標準トシテ左ノ如ク分類スルコトヲ得ベシ

(一) 生命刑 (二) 自由刑 (三) 財産刑 (四) 名譽刑

第二、現行刑法ノ刑罰制度ハ左ノ如シ

(1) 主刑ヲ分テ重罪ノ主刑、輕罪ノ主刑、違警罪ノ主刑トニ區別セリ即チ左ニ記載シタルモノヲ重罪ノ主刑ト爲ス(刑法第七條)

一 死刑 (生命刑)

現行刑法
刑罰制度

- 二 無期徒刑(自由刑)
 - 三 有期徒刑(全 上)
 - 四 無期徒刑(全 上)
 - 五 有期徒刑(全 上)
 - 六 重懲役(全 上)
 - 七 輕懲役(全 上)
 - 八 重禁獄(全 上)
 - 九 輕禁獄(全 上)
- 左ニ記載シタルモノヲ以テ輕罪ノ主刑ト爲ス(刑法第八條)
- 一 重禁錮(自由刑)
 - 二 輕禁錮(全 上)
 - 三 罰金(財產刑)
- 左ニ記載シタルモノヲ以テ違警罪ノ主刑ト爲ス(刑法第九條)

- 一 拘留(自由刑)
 - 二 科料(財產刑)
- (2) 附加刑ハ左ノ如シ(刑法第十條)
- 一 剝奪公權(名譽刑)
 - 二 停止公權(全 上)
 - 三 監視(自由刑)
 - 四 罰金(財產刑)
 - 五 沒收(警察處分ニ屬スルモ現行刑法ハ附加刑中ニ規定シタリ)

第一節 死刑

手足ヲ割斷スル體刑ト共ニ獨乙普通法ノ刑罰タリシ死罰ハ慘酷ナル處刑ノ種類カ廢止セラレ且ツ死刑ヲ科スル場合カ制限セラレタル以來死刑ハ現今刑罰制度ノ上ニ於テ自由刑ノ傍ニ全ク其勢力ヲ失フニ至リタリ

革明の文學時代ノ學者殊ニベツカリア氏ゾンネンフェルス氏千七百六十

四年等カ死刑ノ制ヲ攻撃シタルモ最初ハ其奏功極メテ僅少ナリシ(當時猶死刑ノ制ヲ保護シタル學者多クモンテスキュー氏ルソー氏ラングエー氏グーデン氏カント氏ヨット、メーセル氏等ハ之ニ屬ス)トスカナニ於テ死刑ノ事實上廢止セラレタルハ千七百六十五年ニシテ法律上廢止セラレタルハ千七百八十六年ヨリ千七百九十年若クハ千七百九十五年迄オイステルライヒニ於テハ千七百八十七年ヨリ千七百九十六年迄ハ死刑ヲ廢シ此ニ代フルニ犯人ヲ暗黒ナル牢獄ニ繋キ飢餓ニ陥ラシムル殘酷ナル刑罰並ニ船ヲ漕カシムルコトニ依テ自然ニ死ニ致ス所ノ殘酷ナル處刑ヲ以テシタリ、露西亞ハ既ニ千七百五十三年ニ於テ死刑ニ代フルニ民法上ノ準死ヲ以テシ千七百六十四年ニ至リ正式ニ死刑ヲ廢止シタリ

死刑ノ制ニ對スル攻撃ハ千七百七十年以來始マリタル監獄制度ノ改良ト協力シテ漸次ニ殘酷ナル死刑ヲ廢止シ且ツ漸次ニ死刑ヲ科スヘキ場合ヲ一般ニ僅少ナル場合ニ制限スルニ至リベルリンニ於テハ千八百二十三年

以來火刑ヲ見スハンノーバーニ於テハ千八百四十年プロイセンニ於テハ千八百五十一年ニ至リ始メテ車刑ヲ廢止シタリ

千八百四十八年ノ獨逸根本法 Grundrechte (各連邦君主ノ特權ヲ認メタル法規)ノ結果、獨逸憲法第三百十九條參照)オイステルライヒ、プロイセン、バイエルン、ザクセン、ヲ除キ其他連邦ニ於テハ死刑ヲ廢止シタリ然レトモ此等多數ノ諸邦ニ於テハ其反動トシテ死刑ヲ再施スルニ至リタリハンノーバーニ於テハ猶千八百五十九年迄犯人ヲ斬首場へ繰ニテ運フノ刑ヲ存シタリ

オルデンブルグ、アンハルト、ブレメン、ハ死刑ノ廢止ヲ固持シザクセン、ハ猶千八百六十八年即チ刑事ニ付テハ各連邦ニ立法權カ存在スル當時ニ於テ死刑ノ廢止ヲ相當ト認メタリ此ノ如クニシテ北獨逸刑法典ニ付テ商議カ開始セラレタルトキハ死刑存廢ノ問題ハ論議セラレ國會ニ於テ非常ナル論争ヲ經タル結果遂ニ死刑ヲ保存若クハ再施スルコトニ決定シタリ獨逸國以外ニ於テハ死刑廢止ノ運動ハ僅少ナル進步ヲ示スニ止マリトスカナ

ニ於テハ千八百五十九年ニ(既ニ千八百四十七年ヨリ千八百五十二年迄死刑ヲ廢止シタリ)ルイメンヤ、ニ於テハ千八百六十四年ニ(憲法ニ依テ死刑ノ廢止ヲ明示シタルハ千八百六十六年)ポルチユガル、ニ於テハ千八百六十七年千八百四十三年以來既ニ死刑ヲ執行セス)ホルランドニ於テハ千八百七十年ニ死刑ヲ廢止シタリ其他サンマリノニ於テハ千八百四十八年以來北米合衆國ノ諸州中ミシガン、ニ於テハ千八百四十七年以來ローデアイスラント、ニ於テハ千八百五十二年以來ウイスコンシン、ニ於テハ千八百五十三年以來メーン、ニ於テハ千八百八十七年以來死刑ヲ廢止シタリ其他コロンビヤニ於テハ千八百六十三年ニベネジユイラ、ニ於テハ千八百六十四年コスタリカニ於テハ千八百八十年ニ死刑ヲ廢止シタリ、英佛ニ於テハ死刑ヲ存スルモ英ハ千八百六十一年以來佛ハ千八百三十二年及ヒ千八百四十八年以來死刑ハ僅少ノ犯罪ニ限り之ヲ科スルコト、セリ、シユウイツ、ハ千八百七十四年連邦憲法ニ依リ死刑ノ制ヲ禁止スルコトヲ宣言シタリ、千八百

七十六年三月二十八日以來專ラ聯邦ノ政治犯ニ限り死刑ヲ認許シタリ從テシユウイツノ各洲ハ死刑ヲ再施スルノ權利ヲ恢復シタリ今日迄引續キ死刑ヲ用ユルモノハシユウイツ、ウリー、ウンテルハルデン、ラブ、デム、ワルド、アツペンツ、エール、イン、エル、ホー、テン、ツ、グ、サン、ガル、レン、ルツ、エル、ン、ヴァ、ルリス、シヤツフ、ハウゼン、フライブルグ、ナリ、千八百六十八年以來始メテ死刑ヲ用ヒタルハ千八百九十二年三月十八日ルツツエルンノガツチニ於ケル死刑トス、伊太利ノ新刑法ノルツエー及ヒシユウイツノ刑法草案ニ於テハ死刑ヲ廢止シタリ然レトモ伊太利ニ於テハ既ニ千八百七十七年ノルエーニ於テハ千八百八十年以來死刑ヲ執行セス亦ベルギーニ於テハ千八百六十三年以來フィンランドニ於テハ千八百二十六年以來死刑ヲ執行セス但シフィンランドニ於テハ千八百八十九年ノ刑法ニ於テ死刑ヲ存シタリ第一、死刑ハ重罪ノ主刑中最モ重キ刑ニシテ現行刑法ハ既往ノ刑法ニ比シテ其適用ノ場合ヲ減少セリ

死刑ノ執

第二、死刑ノ執行ハ刑法第十二條ニ依リ絞首ノ方法ニ依リ(死刑ハ生命ヲ奪フ刑ナルカ故ニ受刑者ノ生命ヲ奪フコトニ依テ其執行ヲ終ル)但シ規則ニ定ムル所ノ官吏臨檢シ獄内ニ於テ之ヲ行フ(此ノ如ク閉鎖シタル場所ニ於テ公開ヲ制限シテ死刑ヲ執行スルハ所謂死刑密行主義 Intramuranhinc- hincニ倣ヒタルモノナリ)

猶死刑ノ執行方法ニ付テハ

刑法第十三條乃至第十六條刑法附則第一條乃至第八條刑事訴訟法第三百十八條參照

古プロイセンノ州ニ於テハ死刑ハ斧ヲ用ヒ、キロチン(斬首機)ヲ用ヒタルハライオン州ニ於テハ千八百十八年ヘツセンタルムスタットニ於テハ千八百四十一年ザクセンニ於テハ千八百五十二年バイエルンニ於テハ千八百五十四年フランクフルト、バーデン、バイマールニ於テハ千八百五十六年ゾンテルスハウゼン、コーブルグニ於テハ千八百五十七年ハンノーバーニ於

テハ千八百六十年以來之ヲ用ヒ、オキステルライヒ、ウングアル、英、露西亞、北米合衆國ニ於テハ死刑ハ繩ヲ以テ執行シタリス、ペインハ死刑ニガロツテト稱スル機械ヲ用ヒ(鐵鎖ヲ以テ絞殺ス)ニ、ユールクハ死刑ニ電氣ヲ用ヒ死刑ノ執行ニ青酸ヲ用ユルコトハ、ライマン氏ノ建議スル所ナリ、ギロチン(斬首機 Guillotine)ノ名稱ハ此ノ死刑機ノ發明者タル、巴里ノ醫師 Joseph Ignace Guillotin 氏(一七三八年—一八一四年)ニ緣因ス

自由刑

第二節 自由刑 Die Freiheitsstrafe.

第一、現行刑法ハ自由刑ヲ左ノ如ク分類セリ

- 一、無期徒刑
- 二、有期徒刑
- 三、無期流刑
- 四、有期流刑
- 五、重懲役
- 六、輕懲役
- 七、重禁獄
- 八、輕禁獄
- 九、重禁錮
- 十、輕禁錮
- 十一、拘留
- 十二、監視

第二、自由刑ハ現行刑法ノ規定ニ依リ更ニ左ノ如ク分類スルコトヲ得ヘシ

(1) 重罪ノ主刑タル自由刑ハ左ノ如シ(刑法第七條)

一、無期徒刑 二、有期徒刑 三、無期流刑 四、有期流刑 五、重懲役 六、輕懲役 七、重禁獄 八、輕禁獄

而シテ重罪ノ主刑タル自由刑ハ更ニ左ノ如ク分類セリ

(イ) 國事ニ關スル重罪刑法第二編第二章國事ニ關スル罪參照ノ主刑タル自由刑ハ左ノ如シ(刑法第六十八條)

一、無期流刑 二、有期流刑 三、重禁獄 四、輕禁獄

(ロ) 國事ニ關セサル重罪ノ主刑タル自由刑ハ左ノ如シ(刑法第六十七條)

一、無期徒刑 二、有期徒刑 三、重懲役 四、輕懲役

(2) 輕罪ノ主刑タル自由刑ハ一、重禁錮 二、輕禁錮(刑法第八條)

(3) 違警罪ノ主刑タル自由刑ハ拘留ノ一アルノミ(刑法第九條)

(4) 附加刑タル自由刑ハ監視ノ一アルノミ(刑法第十條)

第三、定役ノ有無ニ依テ自由刑ヲ分類スレハ左ノ如シ(刑法第十七條乃至第二十四條第二十八條參照)

(1) 定役ニ服スヘキモノ

一、無期徒刑 二、有期徒刑 三、重懲役 四、輕懲役 五、重禁錮 六、懲治場

内ニ於テ監視ノ執行ヲ受クル場合(刑法附則第三十三條)

(2) 定役ニ服セサルモノ

一、無期流刑 二、有期流刑 三、重禁獄 四、輕禁獄 五、輕禁錮 六、拘留

但シ拘留ヲ除ク外ハ何レノ場合ニ於テモ囚人自カラ工業ヲ爲サント請フ者ハ之ヲ許サ、ルヘカラス(刑法附則第十一條第十七條)

第四、刑期ニ付テ自由刑ヲ分類スレハ(同上參照)

無期徒刑 無期流刑ハ各終身

有期徒刑 有期流刑ハ各十二年以上十五年以下

重懲役 重禁獄ハ各九年以上十一年以下

輕懲役 輕禁獄ハ各六年以上八年以下

重禁錮 輕禁錮ハ各十一日以上五年以下

(禁錮ニ付テハ各本條ニ於テ其長短ヲ區別ス)

拘留ハ一日以上十日以下拘留ハ條本條ニ於テ其長短ヲ區別ス)

監視 重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス各本刑ノ短期三分ノ一ニ等シキ時間監視ニ附ス(刑法第三十七條)死刑及無期刑ノ期滿免除ヲ得タル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス五年間監視ニ附ス(刑法第三十九條)輕罪ノ刑ニ附加スル監視ハ之ヲ宣告ス但各本條ニ記載スルノ外監視ニ附スルコトヲ得ヌ(刑法第三十八條)

第五、無期流刑ノ囚五年ヲ經過スレハ行政ノ處分ヲ以テ幽閉ヲ免シ島地ニ於テ地ヲ限リ居住セシムルコトヲ得有期流刑ノ囚三年ヲ經過スルモノ亦同シ(刑法第二十一條)流刑ノ囚ニ對シテハ假出獄ノ例ヲ用ヒサルガ故ニ(刑法第五十三條)第二項參照(幽閉ヲ免セラレタルモノニ對シテハ刑法第五十三條以下假出獄ノ規定ヲ適用スコトヲ得サルナリ)(刑法附則第十五條參照)

監視ニ附セラレタル者其情狀ニ因リ行政ノ處分ヲ以テ假ニ監視ヲ免スルコトヲ得(刑法第四十一條)刑法附則第三十六條第三十七條參照)

第六、監視ノ效果 監視ニ附セラレタル者ノ遵守スヘキ條件ハ刑法附則第二十七條ニ於テ之ヲ規定セリ監視ノ期間ハ警察官吏時宜ニ因リ其家宅ニ臨檢スルコトアルヘシ(同法第二十八條)猶刑法附則第二章參照

第七、重罪輕罪ノ自由刑ノ執行ニ付テハ假出獄 Die bedingte Entlassung ヲ許ス(刑法第一編第二章第六節假出獄刑法附則第三章參照)

第三節 財産刑 Vermögensstrafe.

第一、現行刑法ハ財産刑ヲ分テ一罰金 二科料トセリ罰金ハ更ニ輕罪ノ主刑タル罰金ト輕罪ノ附加刑タル罰金トノ區別アリ科料ハ違警罪ノ主刑タルノミ主刑タル罰金ハ自由刑ト選擇的ニ科セラル、場合アリ(刑法第四百十八條)第四百十九條)第四百二十一條)科料ハ單獨的ニ科セラル場合アリ(刑法第四百二十九條)或ハ自由刑ト選擇

的ニ科セラル場合トアリ(刑法第四百二十五條乃至第四百二十八條)
 罰金ノ最低額ハ貳圓ニシテ最高額ニ付テハ總則ニ於テ之ヲ規定セス各其
 金額範圍最低額ヨリ最高額ニ至ル範圍ニ付テハ第二編以下各本條ニ於テ
 之ヲ規定セリ(刑法第二十六條)但シ或種ノ犯罪ニ付テハ其最高額ニ付キ制
 限ナク或額ノ幾倍ヲ以テ罰金額ト定ムルモノアリ(刑法第九十三條)其他
 特別法參照例ヘハ酒造税法第二十四條乃至第二十六條酒精及酒精含有飲
 料税法第十六條乃至第十八條參照此ノ如ク罰金額ニ付最低最高ノ範圍ナ
 キ場合ニ於テモ反對ノ規定ナキ以上ハ法定ノ加減及ヒ裁判上ノ減輕酌量
 減輕ノ適用アルモノトス(酒造税法第三十一條酒精及酒精含有飲料第二十
 二條參照)

科料ハ五錢以上一圓九十五錢以下トシ仍ホ各本條ニ於テ其多寡ヲ區別ス
 (刑法第二十九條)

財產刑ノ
執行

第二、財產刑ノ執行方法

罰金ハ裁判確定ノ日ヨリ一月内ニ納完セシム(刑法第二十七條第四十二條)
 科料ハ裁判確定ノ日ヨリ十日内ニ納完セシム(刑法第三十條)罰金科料ノ執
 行ニ付テハ強制方法ヲ規定セサルカ故ニ法定ノ期間内ニ納完セザルトキ
 ハ(刑法第二十七條第四十二條第三十條)依リ輕禁錮又ハ拘留ニ換刑スヘ
 キノミ

罰金ハ犯人ニ科スヘキモノナルカ故ニ財產刑ト雖トモ犯人死亡シタルト
 キハ之ヲ徵收スルコトヲ得ス(刑法附則第二十條參照)

第四節 名譽刑 Strafe an der Ehre.

名譽刑

現行刑法ハ附加刑ノ一種トシテ名譽刑ヲ認ム即チ剝奪公權、停止公權是ナ
 リ此ノ種ノ刑ハ名譽ト云フ法益ヲ減却シ又ハ縮少スルコトニアラズシテ
 法律カ列記シタル公權即チ國民ノ名譽權 bürgerliche Ehrenrechte, Jus Suffragii
 et honorum, droits Civiques.ノ享有能力ヲ終身又ハ一時停止スルモノナリ

第一、剝奪公權ハ左ノ權享有能力ヲ剝奪ス(刑法第三十一條)

一、國民ノ特權即チ參政權)

二、官吏ト爲ルノ權

三、勳章年金位記貴號恩給ヲ有スルノ權

(位記中ニハ博士大博士ノ學位ヲ包含ス但シ國家ヨリ認許セラレタルモノニ限ル(學位令參照)反之學士號ハ現行制度ノ上ニ於テ國家ヨリ認許セラレタルモノニアラサルカ故ニ本號中ニ包含セス)

四、外國ノ勳章ヲ佩用スルノ權

五、兵籍ニ入ルノ權

六、裁判所ニ於テ證人ト爲ルノ權但シ單ニ事實ヲ陳述スルハ此限リニアラス

七、後見人ト爲ルノ權但親屬ノ許可ヲ得テ子孫ノ爲メニスルハ此限ニアラス

八、分散者ノ管財人ト爲リ又ハ會社及共有財産ヲ管理スルノ權

九、學校長及教師學監ト爲ルノ權

剝奪公權ハ別ニ宣告ヲ用ヒス重罪ノ主刑ニ當然附加スルモノナリ(刑法第三十二條)

第二、停止公權ハ現任ノ官職ヲ失ヒ及ヒ其期限間公權享有ノ能力ヲ停止ス

停止公權ハ別ニ宣告ヲ用ヒス禁錮ノ期限間當然附加シ(刑法第三十三條)猶監視ノ期限内公權享有ノ能力ヲ停止ス(刑法第三十四條)

選舉ニ關スル犯罪ニ依リ刑ニ處セラレタル者ハ裁判所ノ宣告ヲ以テ刑期後仍ホ二年以上八年以下選舉人及ヒ被選舉人タルコトヲ禁ス(衆議院議員選舉法第百二條)

第五節 沒收 Die Einziehung.

第一、現行刑法上沒收スヘキ物件ハ左ノ如シ(刑法第四十三條)

一、法律ニ於テ禁制シタル物件

二 犯罪ノ用ニ供シタル物件

三 犯罪ニ因テ得タル物件

但シ別ニ没收ノ例ヲ定メタル者ハ各其法律規則ニ從フ

一 法律ニ於テ禁制シタル物件トハ其物ヲ作製シ又ハ所持スルコトヲ法律カ禁止シ所罰スル物ヲ云フ偽造變造ノ貨弊文書印ハ前者ニ屬シ商賈農工カ定規ヲ増減シタル度量衡ヲ所持シタル場合刑法第二百二十九條阿片烟ヲ所持シタル場合刑法第二百四十二條ハ後者ニ屬ス

二 犯罪ノ用ニ供シタル物件トハ故意ニ犯罪ノ爲メニ使用シタル物件ヲ云ヒ從テイ故意ニ使用スルコトヲ要スルカ故ニ過失ノ場合ヲ包含セス(ロ)使用シタルコトヲ要スルカ故ニ犯罪ノ爲メニ準備シタルノミニテハ之ヲ包含セス然レトモ苟クモ犯罪ノ爲メニ使用シタル以上ハ其犯罪カ既遂タルト未遂犯タルトハ問フ所ニアラサルナリ(使用スルコトカ罪ノ構成又ハ刑罰加重ノ原因トナル物件ヲ包含セス)

三 犯罪ニ依テ得タル物件トハ犯罪ヲ原因トシテ直接ニ收得シタル物件ヲ

刑罰計算

法律上及
ノ刑罰上

裁判官ニ
屬スル刑
ノ量定

刑法第四十九條乃至第五十二條參照

第六節 刑期計算

第三章 法律上及ヒ裁判上ノ刑量 (Das Strafmass)

第一節 裁判官ニ屬スル刑ノ量定 (Die Strafzumessung.)

謂フ例ハ博奕ニ因テ得タル賭財、密賣淫ニ因テ得タル報酬等ハ此ニ屬ス然レトモ直接ニ收得シタル物件タルコトヲ要スルカ故ニ如上ノ賭財又ハ報酬ヲ販賣又ハ交換スルコトニ依テ得タル物件ヲ包含セス

第二、法律ニ於テ禁制シタル物件ハ何人ノ所有ヲ問ハス之ヲ没收ス犯罪ノ用ニ供シ及ヒ犯罪ニ因テ得タル物件ハ犯人ノ所有ニ係リ又ハ所有主ナキ時ノ外之ヲ没收スルコトヲ得ス(刑法第四十四條民法第七百八條參照)

總則本論 第二卷 刑罰ノ種類 第六節 刑期計算 三八一
第三章 法律上及ヒ裁判上ノ刑量 第一節 裁判官ニ屬スル刑ノ量定

第一、國家ノ刑罰權ハ本來無限ナルモ自カラ之ヲ制限シタル刑法ハ其本質ニ於テ刑罰ノ原因タル犯罪ノ構成要件ヲ規定スルノミナラス之ニ科スヘキ刑罰ノ内容ヲ其種類ト限度トニ於テ規定スルコトヲ要ス

刑法ノ歴史ニ徴スルニ刑法ニ於テ刑罰ヲ絶對的ニ規定シ裁判官ニ量定ノ範圍ヲ與ヘサルノ制ハ社會ノ進歩ト共ニ漸次裁判官ニ刑ヲ量定スルコトヲ委タルニ至リタリ羅馬ノ十二銅表律(紀元前四百五十一年ヨリ四百五十年ニ成ル)並ニ *Questionenprozesses* ノ時代ニ於テハ法律カ絶對的ニ規定スル刑罰ヲ科スルカ又ハ科セサルカ何レカ其一ヲ取ルノ外ナカリキ而シテ羅馬ノ帝政時代ニ至リ始メテ非常訴訟 *Extraordinaria Cognitio* ノ觀念ヲ擴張シ各場合ニ當リ刑罰ヲ量定スルノ權限ヲ裁判官ニ與ヘリ

獨乙ノ中世ニ於テモ苟シクモ成文法ノ存スル限りハ絶對的ニ規定セラレタル刑罰ヲ見ルノミニシテ其刑罰ハ只恩赦ニ依テ補正スルコトヲ得タルノミカール五世ノ刑事裁判所法ニ於テモ又大體ニ於テ異ナルナシ其後ノ

雙對的刑罰規定ノ制度
 裁判官カ刑ヲ量定スルニ付テハ標準

獨乙普通法ニ於テ始メテ任意處罰ノ範圍ヲ常ニ擴張シカール五世ノ刑事裁判所法ニ於テ規定シタル刑罰ニ代フルニ新タナル刑罰ヲ以テシ裁判官ニ屬スル刑ノ量定ハ其ノ勢力ヲ有スルニ至リタリ而シテ當時裁判官カ爲ス刑ノ量定ニ付テ法律上ノ規定ヲ欠キ又科學上ニ於テモ之カ標準ヲ欠キタル爲メ裁判ハ無制限ナル任意專横ニ蹈ルニ至リタリ此ニ對シテ革新文學時代ノ學者ハ結果ノ如何ニ付キ毫モ顧慮スル所ナク非常ナル反對說ヲ試ミ殊ニ千七百九十一年佛國刑法ニ於テ然リ(法文ニ依テ全ク裁判官ヲ驅來セントスルニ至リタリ此レ等ノ論争ヨリシテ第十九世紀ノ立法ヲ支配シタル雙對的刑罰規定ノ制度 *System der relative bestimmten Strafrohungen* 即チ刑ノ最高度ト最低度トノ間ニ擴張シタル刑ノ範圍 *Strafrahmen* ヲ認ムルノ制度ヲ生シタリ然レトモ裁判官ハ刑ノ範圍内ニ於テ犯人ニ科スヘキ刑ヲ量定スルニ付テハ今日猶ホ此レカ法律上ノ標準ヲ有セスト雖トモ刑罰ノ目的ヨリ推及スルトキハ刑ノ量定ハ刑罰ノ目的中特別的豫防 *Spezialp-*

revention ノ觀念即チ犯人ヲ改善スルカ又ハ社會ヨリ遮斷スルノ目的ヲ以テ之レカ標準ト爲スヘキナリ(刑罰ノ目的ニ關スル雙對主義說明參照)而シテ彼ノ絕對主義ノ論者カ鼓吹スル責任ト刑罰ノ均一ト云フコトハ刑ノ量定ニ付キ裁判官ヲシテ全ク五里霧中ニ彷徨セシムルモノト云ハサルヘカラス

第二、現行刑法ニ於テ絶對的ニ規定セラレタル刑罰ハ只死刑ト或額ノ幾倍(又ハ幾分)ヲ科スル罰金刑ヲ除クノ外ハ全ク其跡ヲ絶ツニ至リタリ刑ニ範圍ヲ設クル制即チ雙對的ニ刑罰ヲ規定スル制度ハ現行刑法上左ノ場合ニ於テ存ス

一、立法者カ裁判官ニ同一ナル刑ノ種類ニ於テ最低度ト最高度トノ間ニ於テ刑ノ餘地ヲ認許スル場合此ノ場合ニ於テハ裁判官ハ最高度又ハ最低度ノ刑ヲ科シ得ルノミナラス兩者ノ間ニ存スル刑ノ範圍内ニ於テ科スヘキ刑ヲ量定スルコトヲ得ルナリ

裁判官ニ
屬スル刑
ノ量定

二、立法者カ裁判官ニ二個又ハ二個以上ノ刑ノ種類ノ間ニ於テ選擇ヲ許ス場合此ニ前段ニ述ヘタル雙對的刑ノ規定ノ伴フコト多シ(此場合ニ於テハ裁判官ハ立法者ノ趣旨ニ鑑ミ選擇刑ノ内何レカ一ツヲ選擇スヘキナリ例ヘハ定役アル主刑ト定役ナキ主刑トヲ選擇的ニ規定シタルトキ裁判官ハ犯人カ破廉耻心ヨリ罪ヲ犯シタルコトヲ確認シタル場合ニ限り定役アル刑ヲ料スヘキナリ

其他外國刑法ニ於テハ多クノ場合ニ於テ裁判官ニ數個ノ主刑ヲ併科スルカ又ハ其一ヲ科スルカ又ハ主刑ト共ニ附加刑ヲ科スルト否トヲ裁判官ノ意見ニ委ヌル場合アリ

以上法定ノ刑ノ範圍内ニ於テ裁判官カ各場合ニ當リ犯人ニ科スヘキ刑ヲ定ムルコトヲ稱シテ裁判官ニ屬スル刑ノ量定ト謂フナリ

第三、此ノ如ク立法者ハ同種ノ犯罪ニ付各場合ニ於テ其輕重ヲ斟酌シテ適當ナル刑ヲ科セシメンカ爲ニ十分ニ刑ノ範圍ヲ規定スルモ例外ノ場合

ニ於テハ通常ノ刑ノ範圍カ狭少ニ失スルコト即チ法定ノ最高度ヲ越ヘ又ハ最低度ヨリ輕キ刑ヲ科スルノ必要ヲ認ムルコトアルヘシ此ノ必要ニ應スル爲メ立法者ハ特別ナル刑ノ範圍ヲ定メ通常ノ刑ニ比シテ其刑ヲ加重シ又ハ輕減スルコトアリ此ノ場合ハ法規ニ基ク刑ノ加減ニシテ裁判官ニ屬スル刑ノ量定ニアラサルカ故ニ此場合ヲ稱シテ刑ノ變更 *Stränderung*ト謂フモ用字穩當ナラス此ノ場合ヲ分テ一刑ノ加重 *Strafschärfung* 二刑ノ輕減 *Strafminderung* ト謂フ

第四事實上又ハ法律上ノ理由ニ依リ本來適用スヘキ刑ヲ適用スルコト能ハサル場合ニ於テ換刑 *Stafumwandlung* ノ制ヲ生シ同一刑事事件ニ付前後ニ有罪ノ判決カ俱發スルカ又ハ犯人ニ科スヘキ刑カ既ニ犯人カ受ケタル他ノ苦痛ト俱發スル場合ニ於テ刑ノ通算 *Strafrechnung* ト云フ制ヲ生シ其他數罪俱發ノ場合ニ付テ特別ノ規定アルコトヲ注意スヘキナリ

刑ノ變更

第二節 刑ノ變更

刑ノ加重

第一項 刑ノ加重

通常ノ刑ノ範圍ヲ擴張スルニ從ヒ之ヲ特別ナル重キ刑ノ範圍ニ變更スルノ必要ハ比較的ニ減少スヘキナリ而シテ現行刑法ニ於テハ累犯ヲ以テ刑ノ一般的加重ノ原因ト認メ亦特別ノ犯罪ニ付キ特別加重ノ原因ヲ認ムル場合多シ例ヘハ數人共同シテ罪ヲ犯ス場合(刑法第四百五條)第七十一條第四號第三百六十九條第三十七十九條等)兇器ヲ持シテ罪ヲ犯シタル場合(刑法第七十一條第二號)第三百七十條第三百七十九條等)祖父母父母ニ對シテ罪ヲ犯シタル場合(刑法第三百六十二條)天災ニ乘シテ罪ヲ犯ス場合(刑法第三百六十七條)越盜、鎖鑰盜(刑法第三百六十八條)暴行脅迫ヲ加ヘテ罪ヲ犯シタル場合(刑法第四百二十二條)第二項其他

第一款 刑ノ一般加重ノ原因(累犯)

Der Rückfall

累犯ノ制ハ羅馬法並ニ中世獨逸及ヒカール五世ノ刑事裁判所法第六十

總則本論 第二卷 刑罰 第三章 法律上及ヒ裁判上ノ刑量 第二節 三八七

刑ノ一般加重ノ原因

(累犯)