

見現ハレ Feuerbach 次テ 2)不能ノ性質ヲ絶對ト  
相對トニ分ツ説ヲ生シ Janull. Mittermaier 爾來  
此區別ニ基テ有罪無罪ヲ争フヲ常トス

二二 目的物ニ關スル絶對不能トハ本人ノ豫  
期シタル目的物全ク存在セサル場合 相對不能  
トハ目的物止タ豫期シタル場所ノミニ存在セサ  
ル場合 又手段ニ關スル絶對不能トハ手段ノ性  
質上豫期シタル結果ヲ生スルコト克ハサル場合

相對不能トハ手段ノ運用拙キ爲メ偶々當然ノ  
結果ヲ生セサル場合ヲ謂フトイヒ來レリ

二三 此區別ニ付キ賛否及ヒ罪ノ有無ヲ論ス  
ル説大略下ノ如シ

1) 絶對不能ノ場合ハ其目的物ニ關スルト手段ニ  
關スルトヲ分タス無罪ナリ之ニ反シテ相對不  
能ノ場合ハ單ニ障害ノ爲メ遂ケサルニ過キス  
未遂犯トシ罰スヘシ云々

2) 手段ニ關スル相對不能ノ場合ノミハ障害ノ爲



メ遂ケサル通常ノ未遂犯ナリト雖モ其餘ノ不能ハ行爲ノ性質上結果ヲ起スニ堪エサル無罪ノモノナリ

3) 主觀主義 …… 一定ノ行爲ハ一定ノ結果ヲ惹起スコトヲ得ルト得サルト即チ可能ト不能トノ二者其一ヲ出テス絶對不能、相對不能トイフカ如キ區別ナシ 未遂ノ場合ハ其實不能ノ場合ナリ而レトモ既ニ外部ノ働作ニ依テ犯意ノ在ル所ヲ確認スルコトヲ得ルカ故ニ法律ハ總テ之ヲ罰スルモノト解スヘシ云々 Buri, Hälschner, Prins.

4) 客觀主義 …… 實害ノ生スルヲ俟タスシテ未遂ノ場合ヲ罰スル所以ハ全ク實害ヲ生スル虞ヲ罰スルモノナリ故ニ從來不能犯ト稱シ來レル場合ニ付テモ此標準ニ因テ一ノ區別ヲ立テ害ノ危險アルハ之ヲ罰シ害ノ危險ナキハ之ヲ罪セス云々 Berner, Meyer, Baumgarten, Liszt.



5) 解釋上無罪ヲ主張スルニハ常ニ法定要素ノ欠缺ヲ其根據トセサル可ラス故ニ法律カ各罪ノ成立要素トシタル目的物又ハ手段存在セストイフコトヲ得ル場合ハ無罪ナリ、例、墮胎罪ニ於ケル胎兒ハ其要素ナリ毒殺罪ニ於ケル毒物亦同シ毒物ト無毒物トハ性質ノ差ニシテ分量ノ差ニアラス…… Frank. 法的不能ト名クヘントノ說 Garraud

二四 主觀說ハ結局犯意ノ證明サヘ立タハ之ヲ罰スヘシトイフニ均シク極端ナリ客觀說ハ既遂未遂ノ別ヲ程度ノ差ニアラス性質ノ差ナリト認メタル嫌アリ故ニ解釋論トシテハ第五說ヲ正ト爲サン但シ立法上第三說第四說ニイフ如キ場合ハ之ヲ別罪 *Delicta sui generis* トシテ罰スヘシトナスヲ妨ケス

### 第三章 再犯 *Récidive, Rückfall*



一 汎ク再犯トイフトキハ一度罪ヲ犯シテ其  
確定裁判ヲ受ケタル後再ヒ他罪ヲ犯シタル總テ  
ノ場合ニ該當ス而レトモ現行刑法ニ據テ刑一等  
ヲ加重スヘキ再犯ノ場合ハ(刑 91—93)

1) 先ニ重罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯重罪ニ該  
ルトキ

2) 先ニ重罪輕罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯輕罪  
ニ該ルトキ

3) 先ニ違警罪ノ刑ニ處セラレタル者一年内再ヒ  
其違警罪管轄裁判所区域内ニ於テ違警罪ヲ犯  
シルタトキ

ノ三ニ限ラル

二 法文ニ何々ノ刑ニ處セラレタル者トイヘ  
リ故ニ實際ニ科セラレタル刑ヲ標準トセサル可  
ラス同一ノ理由ニ因リ縱シヤ先ニ罪ヲ犯シタル  
コトアルモ刑ヲ全免サレタルトキハ其罪ヲ以テ  
再犯ノ基礎ト爲スコトヲ得ス



三 刑ノ言渡ノ確定スル以前ノ罪ハ再犯トシテ之ヲ論スルコトナシ(刑94)確定シタル刑ノ言渡……大赦,非常上告,再審ニ因リ……消滅シタルトキ亦同シ(刑97)

四 初犯再犯ノ間ニ存スヘキ輕重ノ制限ハ上ニ述フル所ノ如シ而レトモ(1)前後ノ罪其種類ヲ同ウスルコトヲ必要トセス(例. 盜罪ト放火ト)(2)違警罪ヲ除ク外ハ初犯,再犯ノ間ニ經過シタル時間ヲ論セス

五 現行法ノ制限ハ違警罪ヲ除ク外再犯ノ罪初犯ノ罪ヨリ輕キカ若クハ之ト同等ナル場合ニアラサレハ其刑ヲ加重セストイフニ歸着ス是恐クハ再犯ノ刑初犯ノ刑ヨリ重キトキハ別ニ之ヲ加重スルコトナクシテ犯人ヲ懲ス效力アルヘストイヘル起草者ノ意見ヲ採用シタルモノナラン而レトモ此ノ如キ一片ノ推測ヲ以テ累犯處分ノ目的ヲ達セント企テタルハ現行法ノ一大欠點ナ



り

六 初犯ノ刑ノ執行中ニ更ニ再犯ノ刑ヲ執行スヘキトキハ重ヲ先ニシ輕ヲ後ニスル方針ヲ採レリ (刑 95)

七 先ニ軍銜ニ於テ刑ヲ言渡サレタル者ハ其常律ヲ適用サレタル場合ニ限リ再犯ヲ以テ論ス

八 三犯以上ノ者ト雖モ其刑ハ一等ヲ加重スルノミナリ (刑 98) 單ニ刑一等ノミヲ加重シテ累犯者ノ減少ヲ謀ラントスルハ眞ニ一個ノ Utopiaニ過キス

九 刑ノ執行猶豫, 條件附刑期延長, 不定期刑

## 第四章 數罪俱發

### 第一節 通則

一 數罪俱發トハ同一ノ犯人ニ付テ確定判決ヲ受ケサル二個以上ノ罪ノ發覺シタルヲ謂フ犯人同一ナル點ニ於テ數人共犯ト異リ確定判決ヲ



受ケサル二個以上ノ犯罪アル點ニ於テ再犯ト異  
ルモノトス

二 數罪俱發ノ要素トシテ二個以上ノ罪ナカ  
ル可ラス犯罪ハ所爲ヲ其成立條件トス而ルニ一  
所爲ニ因リ一罪成立スル場合ト數所爲ニ因リ數  
罪成立スル場合トヲ除ク外別ニ數所爲ニ因リ一  
罪成立スル場合アリ特ニ一所爲ニ因リ數罪成立  
スト論セラル、場合(想像上數罪)アリテ各複雑  
ナル問題ヲ有スルカ故ニ先ツ其數罪ト一罪トノ  
區別ヨリ立論セントス

### 第二節 數罪ト一罪トノ區別

三 犯罪ハ所爲アルヲ其一要素トシ所爲ハ行  
爲及ヒ結果ヨリ成立ス(第一編第四章)數個ノ罪  
トナルヘキ所爲(即チ數個ノ行爲及ヒ結果)アル  
トキハ常ニ數罪アリト云フヲ得ルカ

#### 第一項 數所爲一罪

四 數個ノ所爲即チ二個以上ノ行爲ト結果ト



ノ存在シタル場合ト雖モ其所爲ニシテ法律上獨立ノ性質アルニアラサレハ數罪成立セス(所爲ノ獨立ト種類ノ同一トヲ混スヘカラス)所爲其獨立タル性質ヲ失フハ

1) 先ノ所爲後ノ所爲ノ爲ニ吸收サル、場合……

是或ル一罪ニ關スル所爲ニシテ程度ノ低キモノカ程度ノ高キモノニ併合サル、ニ付テ起ル所ナリ即チ(1)豫備又ハ着手ノ所爲ハ之ヲ獨立ニ罰スルコトヲ得ヘキ犯罪ニ係ルモノト雖モ其實行ノ所爲マテ進ミタル場合ニハ獨立ノ性質ヲ失ヒ(2)一行爲ヲ組成スル各舉動ノ間ニモ同一ノ關係ヲ有スル所以ナリ(注意, 手段)改刑  
66

2) 後ノ所爲先ノ所爲ニ吸收サル、場合……是法律カ或ル一罪ヲ規程スルニ方リ之ニ關スル其後ノ所爲ヲ豫想シテ處分スルコトアルニ付テ起ル所ナリ即チ贓品ノ處分ノ冒認罪ヲ組成セ



サルカ如シ改刑 66

- 3) 法律ノ明文上數個ノ所爲合シテ一罪ヲ成ス場合……内亂罪ノ如キハ極メテ多數ノ所爲概括サレテ一罪ヲ成スコトアルヘキ適例ナリ
- 4) 繼續犯罪ニ係ル場合……繼續犯罪ハ第三ノ場合ノ如ク法ノ明文ヨリ生スルコトアリ法律上ノ繼續犯ト名クルヲ便トス(例刑 425,12)又第一第二ノ場合ノ如ク法ノ本旨ヨリ來ルコトアリ事實上ノ繼續犯ト稱シテ可ナリ而シテ繼續犯ハ其數個ノ所爲ヨリ成レル場合ト雖モ各所爲獨立スルコトナク一罪ヲナスニ過キサルモノトス

**五** 前述事實上ノ繼續犯ノ成立ヲ認ムルニ付キ種々ノ説アリ Binding 氏ハ單ニ時間ノ連續シタルノミヲ以テ足レリトナシ Liszt 氏ハ同種ノ物體ノ上ニ同種ノ方法ヲ以テシタルコトヲ必要ナリト説ク而レトモ Frank, Garraud 氏一派ノ論



スル如ク特定又ハ概括ノ一犯意ヨリ出テタルハ一繼續犯ヲ成ストノ說事理ニ適スルモノ、如シ(一例・同性質ノ害ノ増大)

六 以上何レノ說ヲ採ルモ左ノ如キ制限ヲ附シテ論スルヲ近世獨乙法曹ノ趨勢ナリトス

1) 其本人ト分離シテ成立スルコト克ハサルコト生命貞操ノ如キ法益ニ付テハ被害者毎ニ所爲ノ繼續絶ニ同時同處ニ於テ數人ヲ各別ニ斬ルモ數罪ナリ(一發ノ銃砲ヲ以テ二人以上ヲ扑シタル場合ハ後ノ九號ニ見ユ)

2) 動產物ノ監督ヲ侵害スル場合ハ同一人ノ手ニアルカ同一ノ場所ニ存スルカ二者其一ニ限り順次數人ニ分屬スル物ヲ移轉スルモ一繼續犯ナリ

七 數個ノ所爲ノ法律上獨立タル性質ヲ有スルヤ否ヤ從テ一罪ト成ルヤ數罪トナルヤノ問題ハ大體已上ノ標準ニ據テ決スルヲ輒近學說ノ趨



勢ナリト信ス其獨立タル性質ヲ失ヒ數個ノ所爲  
 アルニ拘ラス一罪トシテ論スヘキ場合ハ Frank  
 氏之ヲ類似實體數罪ト名ク而シテ數個ノ所爲ニ  
 因リ數罪ノ成立スル場合ハ一般ニ之ヲ實體數罪  
 ト云フ

第二項 一所爲數罪

八 一個ノ所爲ニ因リテ數個ノ罪成立スルコ  
 ト(想像上數罪)アリヤ否ヤノ問題ニ付テハ學說  
 一定セス左ノ二個ノ場合ニ分ケテ説明セン

第一 一行爲ヨリ數結果ヲ生シタル場合

第二 一行爲ニシテ數法ニ觸レタル場合

九 第一ノ場合ニ二種ノ細別アリ一ハ一行爲  
 ヨリ生シタル數個ノ結果其種類ヲ同クスル場合  
 (例.一發ノ彈丸數人ヲ殺ス)他ハ其種類ヲ異ニス  
 ル場合(例.一發ノ彈丸人ヲ殺シ,器物ヲ壞ツ)是ナ  
 リ數罪タリヤ否ヤ

(曰ク所爲並ニ犯罪ノ數ハ行爲及ヒ結果ノ因果



關係ト同一ナリ故ニ二個以上ノ結果アリタル  
トキハ其種類ノ異同ヲ分タス實體上數罪成立  
セリ v. Buri

2) 曰ク二個以上ノ結果アルモ一個ノ行爲アルニ  
止ル場合ニハ決シテ二個以上ノ犯罪成立スル  
コトナシ而シテ數結果其種類ヲ同ウスルトキ  
ハ觸ル、所ノ罪名モ同一ナルヲ以テ數法ニ觸  
レタリトモ云フ可ラス Liszt, Hiller, Wachen-  
feld

3) 曰ク數個ノ結果アルモ一個ノ行爲ニ由來スル  
トキハ數罪ノ所爲アリト云フ克ハスト雖モ各  
結果ニ對スル關係ヲ法律上別個ニ評價スルヲ  
妨ケス而シテ數結果種類ヲ同ウスルトキハ之  
ヲ同種ノ想像上數罪ト云ヒ種類ヲ異ニスルト  
キハ之ヲ異種ノ想像上數罪ト云フ

ト第三說最モ廣ク行ハル

一〇 第三說ノ云フ所ニ從ヒ一行爲ヨリ同種



又ハ異種ノ數結果ヲ生シタル場合ハ各結果ニ對スル關係ヲ別個ニ評價シ以テ其最モ重キモノヲ定メザル可ラズ而レトモ之カ爲ニ成立スル所ハ其最モ重キモノ一罪アルニ過キス從テ刑法第百條以下ヲ適用スルニ及ハザル可シ

一一 第二ノ場合即チ一所爲ノ數法ニ觸レタル(數個ノ罪名ニ觸ル、トイフ)場合ハ亦數個ノ犯罪アルニアラス故ニ左ノ標準ニ依リ之ニ適用スベキ法條ヲ定ムベシ

1) Lex specialis derogat legi generali 即チ特法ハ通法ニ優リ變則ハ正則ニ優リ複法ハ單法ニ優ル

2) Lex primaria derogat legi subsidiariae 即チ充實法ハ部局法ニ優リ(豫備, 未遂, 既遂)實害法ハ危險法ニ優ル

### 第三節 處分

一二 數罪俱發ノ處分ニ付キ三種ノ提案アリ



(1)一ハ各罪ニ相當スル刑ヲ併科スル主義即チ併科主義(2)一ハ數罪中最モ重キ刑一個ヲ科スル主義即チ吸收主義(3)一ハ數罪中最モ重キ刑ニ對シ(或ハ罪數ニ正比例シ或ハ豫定ノ刑期金額迄)仍ホ幾分ノ加重ヲ爲ス主義即チ制限加重主義是ナリ

一三 現行刑法ハ重罪,輕罪,違警罪ノ區別ヲ基礎トシ吸收主義ト併科主義トヲ併用セリ即チ一ノ重ニ從フハ

1)重罪ト輕罪ト俱發シタル場合

2)輕罪ト輕罪ト俱發シタル場合

3)重罪又ハ輕罪ト違警罪ノ俱發シタル場合ノ

ミニシテ違警罪ノミ俱發シタルトキハ其刑ヲ併科ス(刑100,101)

一四 罪ノ輕重ハ刑ノ輕重ニ因リテ之ヲ定ム  
第百條第二項ニ重罪ノ刑ノ輕重ヲ示シタリ

一五 全ク同等ノ刑ヲ科シタル罪ニ關シテハ



輕罪ニ關スル第百條第三項ノ本旨ニ從ヒ重罪ノ  
場合ニ於テモ其所犯ノ情狀ニ基キテ一ノ重キモ  
ノヲ認定セサル可ラス

一六 重罪輕罪ノ如ク比較的輕キ事件ニ付テ  
吸收主義ヲ採用シタルハ現行法ノ欠點ナリ吸收  
主義ハ(1)一罪ヲ犯シタル者ニ對シ更ニ他ノ同等  
若クハ輕キ罪ヲ犯スコトヲ獎勵ス(2)一罪ヲ犯シ  
タル者ニ對シ同等若クハ輕キ他人ノ罪ヲ引受ク  
ル便宜ヲ與フ

一七 數罪俱發ト再犯ト競合シタル場合(刑1  
02)

## 第五章 數人共犯

### 第一節 通則

一 數人共犯トハ二人以上ノ共同ニ因テ一罪  
成立スルヲ謂フ一人一罪ヲ犯ス場合ト同様ニ行  
爲ニ關スル要素ト精神ニ關スル要素ト之ニ關ス



ル處分トノ問題ヲ生ス

二 犯罪ノ主體ハ人間ニ限ラル共犯ニ付テモ亦同シ故ニ(1)天然力ヲ利用スル場合(2)動物ヲ利用スル場合ハ刀劍棍棒其他ノ機械ヲ使用スル場合ト同様之ト共犯ノ關係ヲ生スルコトナキハ勿論ナリ仍ホ後ノ二五號ヲ參酌スヘシ

三 犯罪ハ多ク一人ニシテ之ヲ犯スコトヲ得而モ數人ノ共同ニ依テ此種ノ罪一個成立スルコトアリ Concursus facultativus 任意ノ共犯ト云フ之ニ反シテ二人以上共同スルニ非レハ成立スルコト克ハサル罪ハ之ヲ名ケテ Concursus necessarius 必然ノ共犯ト云フ之ニ應用スベキ原則ハ同一ナリ

四 數人共犯ハ數人ノ共同ニ因テ一罪成立スルヲ謂フ故ニ犯罪既ニ成立シタル後ニ至リテハ共ニ之ヲ犯スコトヲ得ス事後ノ加擔 Begünstigung, Fauteur ト稱スルハ其實共犯ニアラス



## 第二節 共犯ノ行爲

五 共犯ハ其採ル所ノ行爲ニ因テ正犯, 教唆犯從犯ノ區別ヲ生ス

## 第一項 正犯

六 正犯ニ關スル第四百條ニハ單ニ二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ト云ヘルノミ別ニ其行爲ノ性質ヲ示シタル規定ナシ(現ニトハ手ヲ下シテト云フニ均シク次ノ教唆者即チ手ヲ下サル者ニ對スル語ナリ)而レトモ

- 1) 正犯ハ教唆犯及ヒ從犯ト異リ重罪, 輕罪, 違警罪ノ別ナク成立スルコト
- 2) 重罪又ハ輕罪若クハ違警罪ノ要素ノ一以上ヲ分擔スルハ正犯ノ行爲タルコト  
ノ二點ニ付テハ何等ノ疑ヲ生セス要素ノ一ヲ分擔スルコトナクシテ正犯トナル場合アリヤ否ヤハ後ノ七號及ヒ一五號ヲ參酌ス可シ

七 犯罪ノ要素ノ一又ハ一以上ヲ分擔シタル



トキハ假ニ之ヲ分離シ單獨ノ行爲トシテ考フル  
モ同一罪ノ實行又ハ實行ノ着手トシテ責任ヲ有  
ス而レトモ共同實行ノ特色トシテ縱シヤ分離獨  
立スレハ罪トナラサル者ト雖モ苟モ同一罪ノ要  
素ニ加擔シタル以上ハ正犯タリ(例婦女カ單獨  
ニ婦女ヲ辱シムル罪ナシ而レトモ兇徒ニ加擔シ  
被害ノ婦女ヲ捕縛スルトキハ暴行ハ強姦ノ一要  
素ナルカ故ニ共同正犯ナリ)

#### 第二項 教唆犯

八 汎ク罪犯ノ教唆トイフトキハ他人ヲシテ  
罪ヲ犯ス決意ヲ生セシムル總テノ行爲ニ該當ス  
而レトモ現行刑法ニ於テ正犯ノ中ニ列シタル教  
唆ニハ(1)教唆行爲アルコト(2)重罪又ハ輕罪ノ教  
唆ニ係ルコト(3)被教唆者教唆ニ係ル重罪又ハ輕  
罪ヲ犯シタルコトノ條件具備スルコトヲ要ス

九 教唆行爲……教唆行爲トハ故意ニ人ヲシ  
テ罪ヲ犯ス決意ヲ生セシムル動作ヲ云フ



1) 人ヲシテ罪ヲ犯ス決意ヲ生セシムルコトヲ必要トスルカ故ニ既ニ犯罪ノ決意アル者ニ對シテハ(誘導指示ニ基ク從犯トナルハ格別)教唆ト云フ關件ヲ生スルコトナシ而レトモ單獨ニ教唆スルト他人ト共ニ教唆スルトハ均シク教唆犯ナリ

2) 人ヲシテ犯罪ノ決意ヲ生セシムル働作アルコトヲ必要トスルカ故ニ人ヲ教唆セントノ故意ヲ表示セサル限りハ教唆アリト謂フコトヲ得ス而レトモ(1)表示ノ方法ニ付テハ何等ノ制限ナキヲ以テ言語文書ヲ以テスルト其餘ノ舉動ヲ以テスルトハ共ニ教唆犯トナルコトヲ得(2)教唆者ヲ造意者ト云フハ宜シ Ortlan I 1260 Garraud II 244 Haus n° 551 教唆者ハ犯意ヲ擔任シ被教唆者ハ行爲ヲ擔任スト云フハ謬ナリ

一〇 重罪輕罪……違警罪ト雖モ事實之ヲ教唆スルコトヲ得ルハ勿論ナリ但第百五條ノ明文



ニ依リ重罪又ハ輕罪ヲ教唆スルニ非レハ罪トナ  
ラス

—— 實行……教唆行爲ハ教唆者之ヲ實行シ  
教唆ニ係ル重罪輕罪ハ被教唆者之ヲ實行ス

- 1) 教唆行爲ノ實行又ハ着手アルトキハ直テニ罪  
トナルコトアリ然レトモ此場合ノ罪ハ一個獨  
立ノモノニシテ第百五條ニ所謂共犯ノ一種タ  
ル教唆ニアラス
- 2) 被教唆者ニ於テ教唆ニ係ル重罪又ハ輕罪ヲ犯  
シタルトキハ其教唆行爲初メテ共犯トシテノ  
有罪條件ヲ具備ス
- 3) 教唆ニ係ル重罪又ハ輕罪ノ既遂ニ至レル場合  
ハ勿論單ニ未遂ノ有様ニ達シタル場合ト雖モ  
第百五條ノ所謂重罪輕罪ヲ犯サシメタルモノ  
ト云フヲ妨ケス既遂未遂ノ間ニハ單ニ程度ノ  
差アルニ過キサルヲ以テナリ(未遂ノ教唆ハ  
罪ナリ教唆ノ未遂ハ罪ニアラス)



一二 教唆ハ教唆者ノ行爲ニ因テ之ヲ取消ス  
 コトヲ得ルカ(1)取消ニ因テ被教唆者一旦有效ニ  
 犯意ヲ翻シタルトキハ其後再ヒ犯意ヲ生シ之ヲ  
 實行スルモ教唆者ノ責ニ在ラス其犯意ヲ翻シタ  
 ルヤ否ヤハ事實論ナリ (Garraud II 398 Ortlan  
 I 126 Haus I 524 Frank § 68 V (2) 被教唆者  
 犯罪ヲ中止シタルトキハ教唆者モ亦タ其利益ヲ  
 受ク Olshausen 2. Berner 161, Meyer 227 但シ  
 反對アリ Frank § 46 V

第三項 從犯ノ行爲

一三 汎ク從犯ト謂フトキハ他人ノ犯罪ヲ幫  
 助スル總テノ行爲ニ該當ス但シ現行刑法ニ付テ  
 謂フトキハ(1)他ニ正犯トスヘキ重罪又ハ輕罪ア  
 ルコト(2)幫助行爲アルコトノ二條件アリ

一四 主タル犯罪ナキトキハ固ヨリ從タル犯  
 罪アル可ラス故ニ(1)罪ニアラサル行爲ヲ幫助シ  
 テ罪トナル(例刑320)ハ共犯ニアラス(2)不能犯ニ



從犯ナシ(3)正犯中止シタルトキハ從犯亦利益ヲ受ク但シ反對論アリ(4)然レトモ正犯タルヘキ重罪又ハ輕罪必スシモ既遂タルコトヲ必要トセサルハ教唆ニ付テ陳ヘタル所ニ同シ

一五 從犯ノ行爲ニ關シ第百九條ハ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モノト云ヘリ本條ノ各規定ヲ論スルニ先チ正犯從犯ノ區別ニ關スル學說ヲ示サン

1) 主觀主義 ……ノ要旨ニ曰ク正犯タリ從犯タルヘキ行爲ノ間ニハ輕重ノ差ヲ立ツルコト能ハス(例豫メ給與シタル器具モ現場ニ於ケル被害者ノ抑留モ人命犯ヲ醸シタル上ニ於テ輕重ナシ)故ニ區別ノ標準ハ各自ノ意思如何ニアル可シ已レ自ラ罪ヲ犯サントノ故意 *Animus auctoris* ニ出テタルトキハ正犯ニシテ他人ノ罪ヲ助成スル故意 *Animus socii* ニ出テタルト



キハ從犯ナリト v, Buri Die Lehre von der Teilnahme 1860)

2) 客觀主義 ……ノ要旨ニ曰ク或行爲カ結果ヲ惹起シタリ若クハ原因ノ進行ヲ捨置キタリトナスニ付テハ必スシモ其重ナル影響者タリシコトヲ必要トセス (第一編第四章一一號) 然レトモ之カ爲ニ總テノ行爲ノ間ニ毫モ輕重ノ差ナシト云フハ非ナリ而シテ犯罪ノ成立ニ重大ナル助力ヲ與フルトキハ正犯タルヘク輕少ナル助力ヲ與フルトキハ從犯タルヘシト Birkmeyer Die Lehre von Der Teilnahme 1890 此說最モ多數ノ學者ニ納レラル

一六 我現行刑法モ亦客觀主義ニ據テ解釋セサル可ラサルモノト信ス

1) 第百九條ハ器具ノ給與、誘導指示及ヒ豫備行爲カ從犯トナルニ付テノ條件トシテ明ニ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタルモノトイヘ



り幫助トイヒ容易トイヒ共ニ正犯ニ對スル影響ノ輕少ナルヲ示シ從犯トナルヘキ行爲ノ客觀的制限ヲ加ヘタルモノトス

- 2) 條文ノ解釋トシテ豫備行爲自身モ單ニ犯罪ヲ容易ニシタル場合ニ限り從犯トナルト認ムルトキハ其正犯ニ對スル影響重大ナル場合ハ第百九條ニ所謂犯罪ヲ容易ニシタルモノニアラス第百五條所謂現ニ罪ヲ犯シタルモノナリ從犯ニアラス正犯ナリ(例水雷ノ布設)
- 3) 器具ノ給與並ニ誘導指示亦同シ此二種ノ行爲ハ之ヲ豫備行爲ノ例示ト看做スト否トニ論ナク同シク幫助容易云々ノ制限ヲ受ク若シ其影響重大ナル場合ハ從犯ニアラズシテ共同實行若シハ教唆タルベシ(例對岸ノ人ヲ殺サントスル者ニ銃ヲ給與ス又ハ報酬ノ少キ爲メ放火ノ囑託ニ應スルヤ否ヤ未決ノ者ニ第三者其不足額ヲ與フ)



- 4) 實際ニ數々起ル問題ハ他人屋内ニ於テ罪ヲ犯ス間門外ニ見張ヲ爲ス者ノ處分ナリ門外ニ佇立スルハ犯罪ノ一要素ヲ分擔シタルモノニアラズ然レドモ十ガ八九ハ單ニ便益ヲ與フルニ止ラズ必要ナル行爲ノ分擔ナルヲ以テ正犯ナリ(注意、獨乙ノ多數判決例ハ之ヲ Animus auctorius ニ基ク正犯トナセリ)
- 5) 之ヲ要スルニ第百九條ノ豫備云々ノ字句ハ時ノ關係ニ於テ實行ニ着手スル以前ヲ言現ハス趣意ニアラス犯罪ノ一要素(例強盜ニ於ケル暴行又ハ脅迫若クハ財物ノ奪取)ヲ分擔シタルニアラサル總テノ行爲ニ該當ス可シ

### 第三節 共犯ノ意思

一七 共犯ノ責任ヲ生スベキ精神上ノ要素ハ(止テ從犯ニ付テ重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ云々從犯知ル所云々ト云ルヲ除ク外)別ニ之ヲ規定シタル法文ナシ故ニ共犯ノ故意ノ内容如何過



失ニ出ヅル共犯アルヤノ二間ヲ生ス

第一項 故意

一八 共犯ノ故意ハ共同犯罪ノ觀念決意ナリ  
現在又ハ將來ノ他人ノ犯罪事實ノ認識及ヒ共同  
犯行ノ決意ナリ

一九 共同犯罪ノ觀念決意ハ共犯者一同之ヲ  
有スルコトヲ必要トスルカ或ハ又一方ノミ之ヲ  
有シ其者ノミヲ共犯トシテ論スルコトヲ得ルカ

1) 一派ノ學者ハ共同實行者即チ正犯雙互ノ間ニ  
於テハ勿論教唆者被教唆者ノ間ニ於テモ幫助  
者被幫助者即チ從犯正犯ノ間ニ於テモ雙方均  
シク共同ノ故意アルコトヲ必要トスト云ヒ

Garraud *Preis* p, 351, *Prins* p, 331)

2) 他ノ一派ノ學者ハ共犯ノ如何ナル種類ニ屬ス  
ルヲ問ハズ單ニ共同ノ故意アル一方ノミニ對  
シ共犯ノ關係ヲ生ズトナシ *Kohler Studien* 1,

105, *Meyer* 237



3) 更ニ多數學者ハ一ノ區別ヲ立テ、曰ク(1)共同實行者雙互ノ間及ヒ教唆者被教唆者ノ間ニ於テハ雙方均シク共同ノ故意アルコトヲ必要トスト雖モ(2)幫助者被幫助者ノ間ニ於テハ斯ノ如キ必要ナシ正犯ハ他人ノ已ヲ幫助スルモノアルコトヲ知ラサル場合ト雖モ從犯ハ他人ノ罪ヲ犯スコトヲ知り之ニ幫助行爲ヲ爲スニ依テ成立スト

二〇 共同者ノ雙方ニ共同ノ觀念決意アリテ而モ通謀ヲ欠クコトアリ其共犯トナルヤ否ヤハ議論ノ分ル、所ナリ

#### 第二項 過失

二一 過失ニ依テ共犯ノ責任ヲ生スルヤ否ヤ  
 (1) 總テノ種類ノ共犯ニ對シ積極論ヲ採ルアリ  
 Bintz Die Teilnahme 1895 (2) 共同實行者ニ對シ積極論ヲ採リ教唆犯及ヒ從犯ニ對シ消極論ヲ採ルアリ Frank § 47 以下(3)共同實行者ニ對シ消



極論ヲ採リ教唆犯及ヒ從犯ニ對シ積極論ヲ採ル  
アリ Olshausen § 47 以下 Birkmeyer Teilnahme  
141 (4) 而シテ多數ノ學說判決例ハ總テノ種類ノ  
共犯ニ對シ消極論ヲ採ルモノ、如シ

#### 第四節 共犯ノ處分

##### 第一項 通則

二二 正犯ニハ各自ニ刑ノ全部ヲ科シタル  
(刑 104) 蓋シ數人一罪ヲ犯シタルヲ以テ數人一  
刑ヲ分擔スヘキニ似タリト雖モ犯人増加スルト  
キハ害又ハ危險増加ス害又ハ危險増加スルニ却  
ツテ其刑ヲ輕クスル如キ愚策ヲ採ル能ハス場合  
ニ依リテハ寧ロ幾分ノ加重ヲ爲ス必要アリ (刑  
107) Prins

二三 教唆者ニ關シ第百五條ニ亦正犯ト爲ス  
ト云ヘルハ其處分ノ原則ヲ示シタルモノトス之  
ヲ解スルニ二說アリ(1)曰ク教唆者ノ刑ハ自ラ手  
ヲ下シタル場合ノ刑ヲ以テ其標準トナス(2)曰ク



教唆者ノ刑ハ被教唆者ノ刑ヲ以テ其標準ト爲スト  
 ト蓋シ教唆者ハ被教唆者ノ手ニ成レル犯罪ハ自  
 身之ヲ製出シタルニ均シク且ツ法文モ單ニ正犯  
 ト爲スト云フヲ以テ視レハ第二説ヲ正トセン  
 Liszt § 53 Frank § 48 VI

二四 從犯ノ刑ハ正犯ノ刑ヨリ一等ヲ減ス  
 (刑 109) 單ニ幾分ノ助力ヲ與ヘタルニ過キサル  
 ヲ以テナリ

#### 第二項 身分ノ關係

二五 身分乃至主觀的事情ハ單ニ刑ノ加重減  
 輕又ハ免除ノ理由トナルコトアリ特ニ一罪ノ成  
 立要素トナルコトアリ共犯ノ處分ニ關スル影  
 響如何

二六 身分ニ因ル加重減輕又ハ免除ニ付キ四  
 ノ規定アリ

1) 正犯ノ身分ニ依リ別ニ刑ヲ加重スヘキトキハ  
 他ノ正犯從犯及ヒ教唆者ニ及ボスコトヲ得ス



(刑109)法文ノ正犯ト云ヘル中ニハ教唆者ヲ  
モ含ムト解ス可シ故ニ官吏タル爲メ刑ヲ加重  
サルヘキ者(例刑205)私人ヲ教唆シ罪ヲ犯サ  
シムレハ官吏ノミ其加重ヲ受ク

2)犯人ノ多數ニ依リ刑ヲ加重スヘキトキハ教唆  
者ヲ算入シテ多數ト爲スコトヲ得ス(例刑336)  
但シ二人以上ヲ教唆シテ此種ノ罪ヲ犯サシメ  
タル教唆者ハ勿論其加重シタル刑ヲ受ク

3)身分ニ依リ刑ヲ加重スヘキ者從犯トナルトキ  
ハ其重キニ從テ一等ヲ減ス(刑110)

4)正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減輕又ハ免除スヘキト  
キト雖モ從犯ノ刑ハ其輕キニ從テ減輕又ハ免  
除スルコトヲ得ス(刑110)故ニ正犯十六歳以  
上十二歳以下タル爲メ一等ノ減輕ヲ受クヘキ  
場合ト雖モ從犯ハ通常ノ刑ヨリ一等ヲ減シテ  
之ヲ所罰ス(免除ノ例刑153)

二七 仍ホ法文ニ漏レタル場合アリ若シ正犯



又ハ從犯ニ刑ヲ減スヘキ身分アルトキハ如何他  
ニ影響セサルモノト解釋セサル可カラス

二八 之ヲ要スルニ身分ニ因ル加重減輕ハ他  
ノ共犯ノ及ハサルヲ原則トス

二九 身分ニ因リ構成スヘキ罪ヲ身分ナキ者  
共ニ犯シタルトキハ如何處分スヘキカ

1) 身分ナキ者身分アル者ヲ教唆シタルトキ又ハ  
幫助シタルトキハ教唆犯又ハ從犯トシテノ責任  
ヲ有ス

2) 之ニ反シテ身分アル者身分ナキ者ヲ教唆シタ  
ル時又ハ幫助シタルトキハ犯罪成立セス

3) 身分アル者ト身分ナキ者トハ共同實行者トシ  
テ兩立スルコト能ハス(軍人非軍人共ニ士官  
ノ命ニ背クモ非軍人ニ抗命ノ罪ナシ私人ト官  
吏ト賄賂ヲ分配スルモ私人ニ收賄ノ罪ナシ)

三〇 責任能力ナキ者ヲ教唆シ又ハ幫助シテ  
罪ヲ犯サシメタルトキハ如何動物乃至器械ヲ使



用シタルニ均シク之ニ共犯ノ關係ヲ生セス教唆者又ハ幫助者ハ間接ノ實行者ナリトノ見解多數ヲ占ム Mittelbarer Thäter, Fingierter Thäter, Auteur fictif.

### 第三項 齟齬

三一 共犯者中一人ノ豫期シタル所ト他ノ一人ノ實行シタル所ト齟齬シタルトキハ如何ナル點迄共同ノ責任ヲ有スルカ原則トシテハ(1)認識セサル點ニ付テハ責任ナシ(2)實行サレタル點ニ付テハ罪ナシト云フコトヲ得教唆者及ヒ從犯ニ關スル規定ニ曰ク

- 1) 所犯教唆シタル罪ヨリ重キトキハ止タ其示定シタル罪ニ從テ刑ヲ科ス
- 2) 所犯教唆シタル罪ヨリ輕キトキハ現ニ行フ所ノ罪ニ從フテ刑ヲ科ス(刑 108)
- 3) 正犯現ニ行フ所ノ罪從犯ノ知ル所ヨリ重キトキハ止タ其ノ知ル所ノ罪ニ照ラシ一等ヲ減ス



28/1/36

(刑 109)

4) 正犯ノ行フ所ノ罪從犯ノ知ル所ヨリ輕キトキ  
ハ第百九條ノ本文ノ適用上正犯ノ行フ所ノ罪  
ニ準據シ一等ヲ減シテ所罰ス

三二 第百八條ニ犯人教唆ニ乘シ其指定シタ  
ル以外ノ罪云々ト云フト雖モ教唆者ノ全ク豫期  
セサル罪ニ係ルトキハ教唆者被教唆者ノ關係ヲ  
生セス從テ全ク其責任ナシ從犯ノ場合モ之ニ準  
ス

明治三十四年四月二十日初版印刷  
明治三十四年四月廿七日初版發行  
明治三十四年八月三十日再版印刷  
明治三十四年九月三日再版發行  
明治三十四年十一月一日三版印刷  
明治三十四年十一月四日三版發行  
明治三十五年四月七日四版印刷  
明治三十五年四月十日四版發行  
明治三十五年九月九日五版印刷  
明治三十五年九月十二日五版發行  
明治三十五年十一月廿二日六版印刷  
明治三十五年十一月廿五日六版發行

不許複製  
(刑法講義案總則典附)

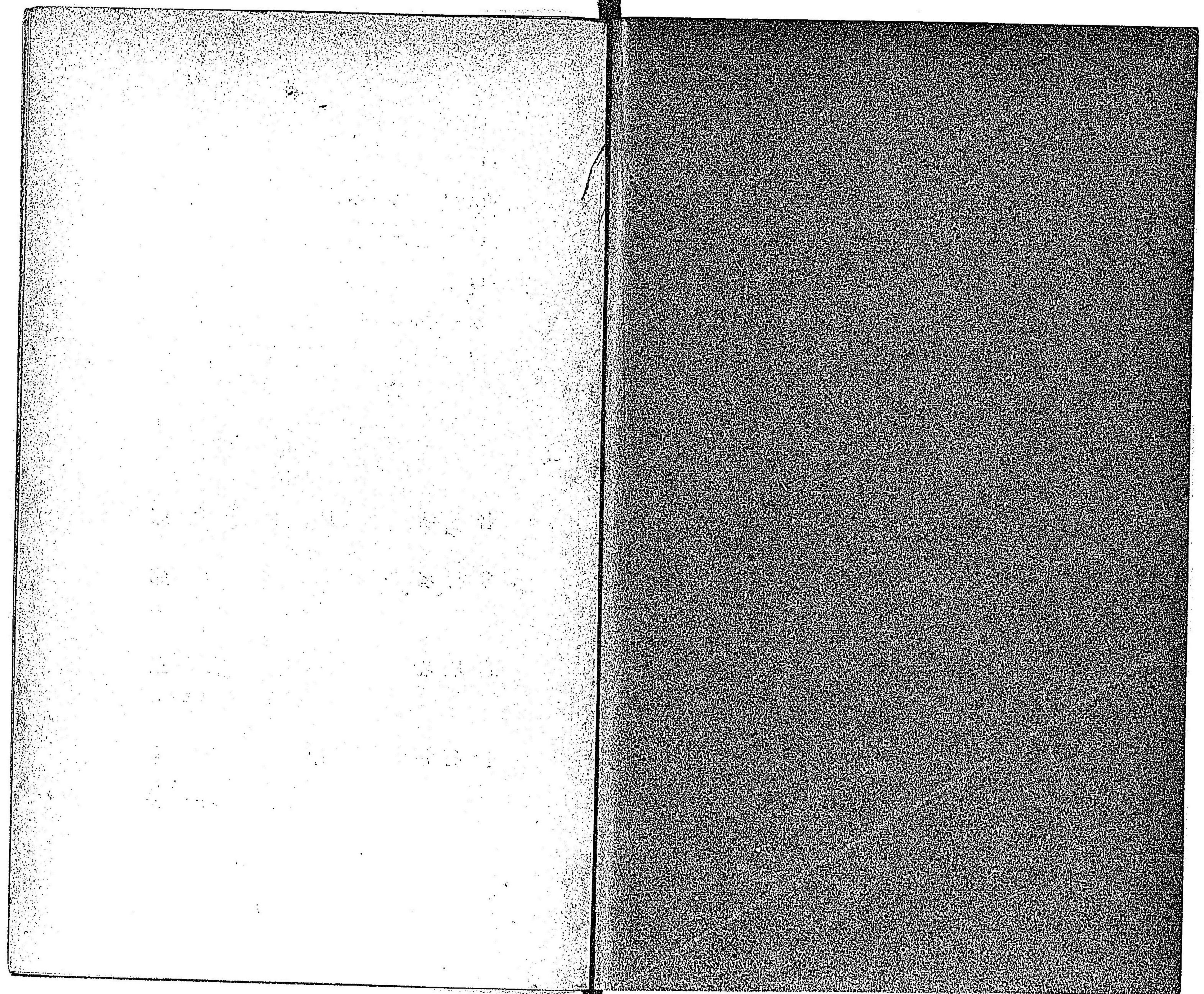
著 者 岡 田 朝 太 郎

發行者 江 草 斧 太 郎  
神田區一ツ橋通町七番地

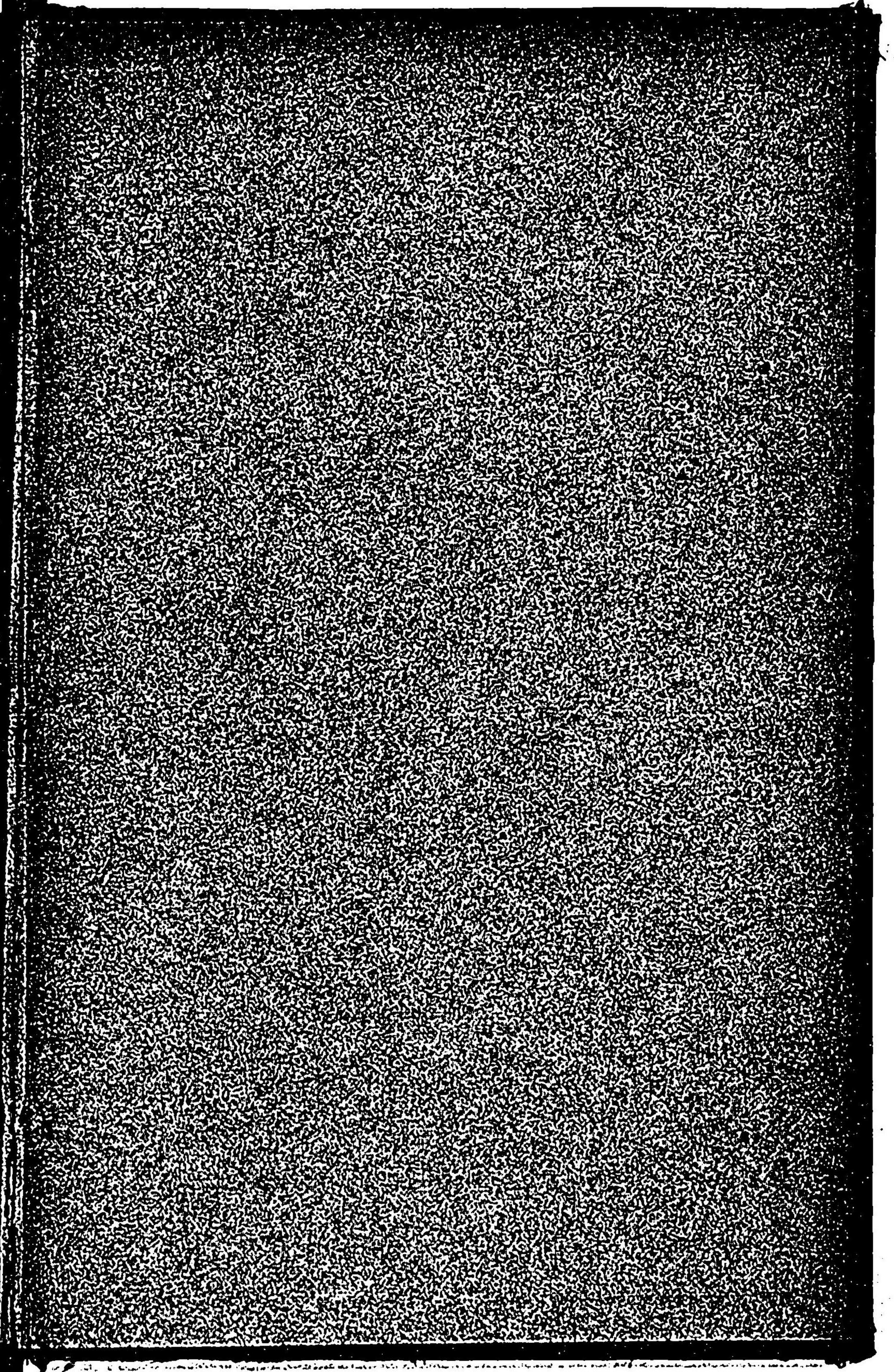
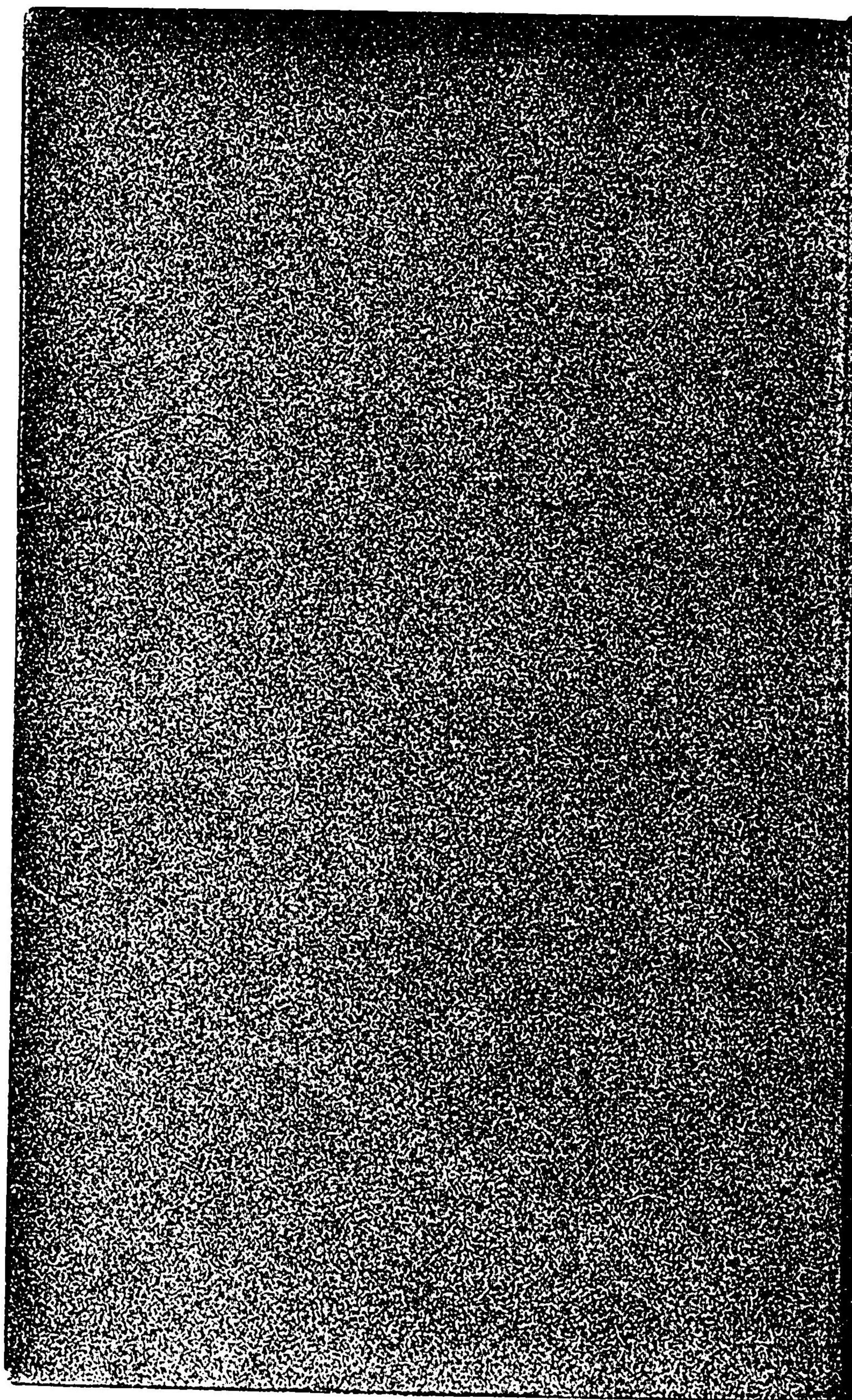
印刷者 松 澤 缸 三  
麴町區下六番町十七番地

發行所 有 斐 閣 書 房  
神田區一ツ橋通町七番地  
(電話本局三二三番)





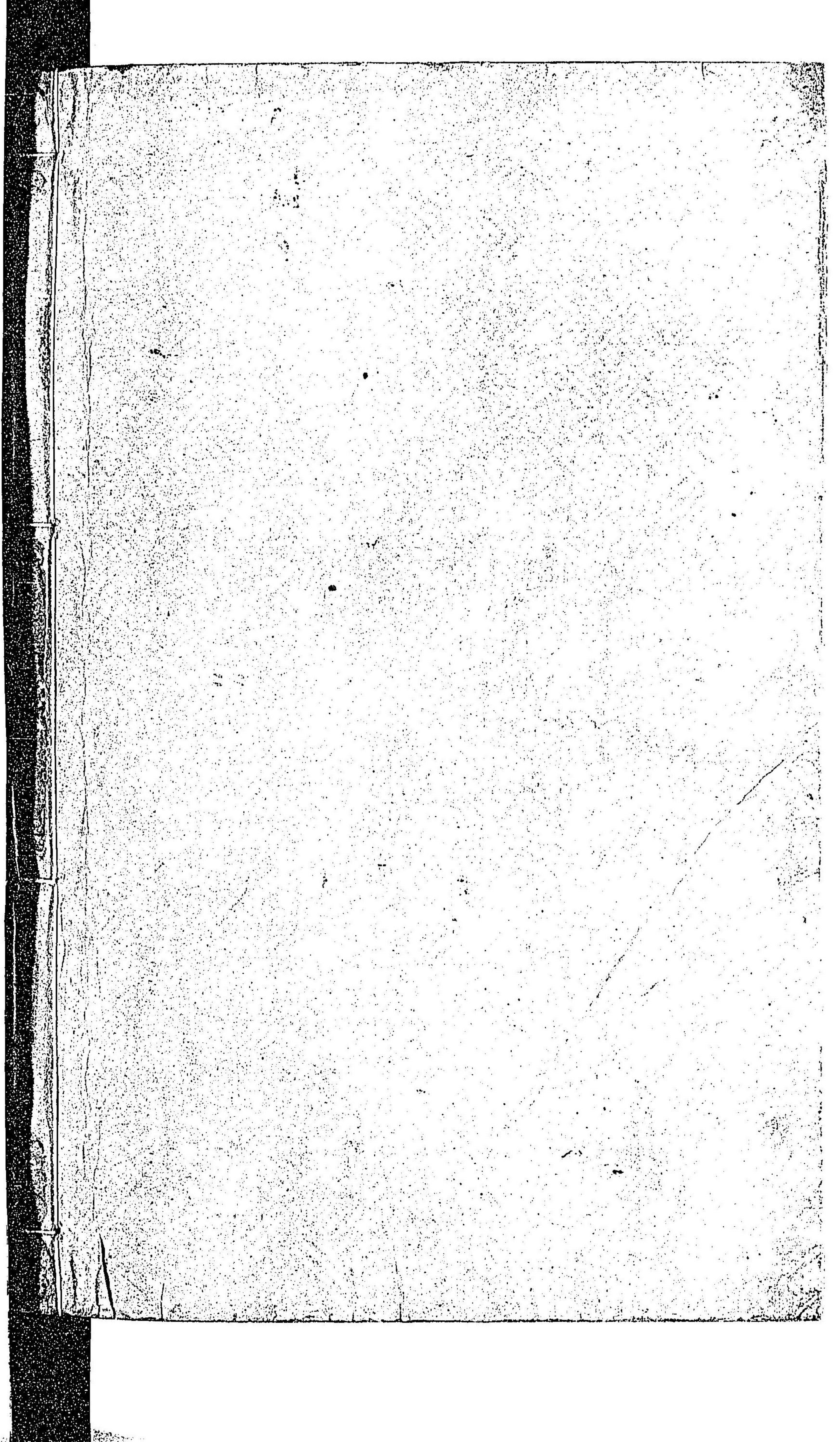






91  
108







035727-001-6

91-108ハ

刑法講義案

岡田 朝太郎 / 著

M35, 36

BBP-0301





108