

326.94

Si298d3



\*0016467000\*

0016467-000

326.94-Si298d3

独逸刑法及び行刑法施行法草案  
理由書

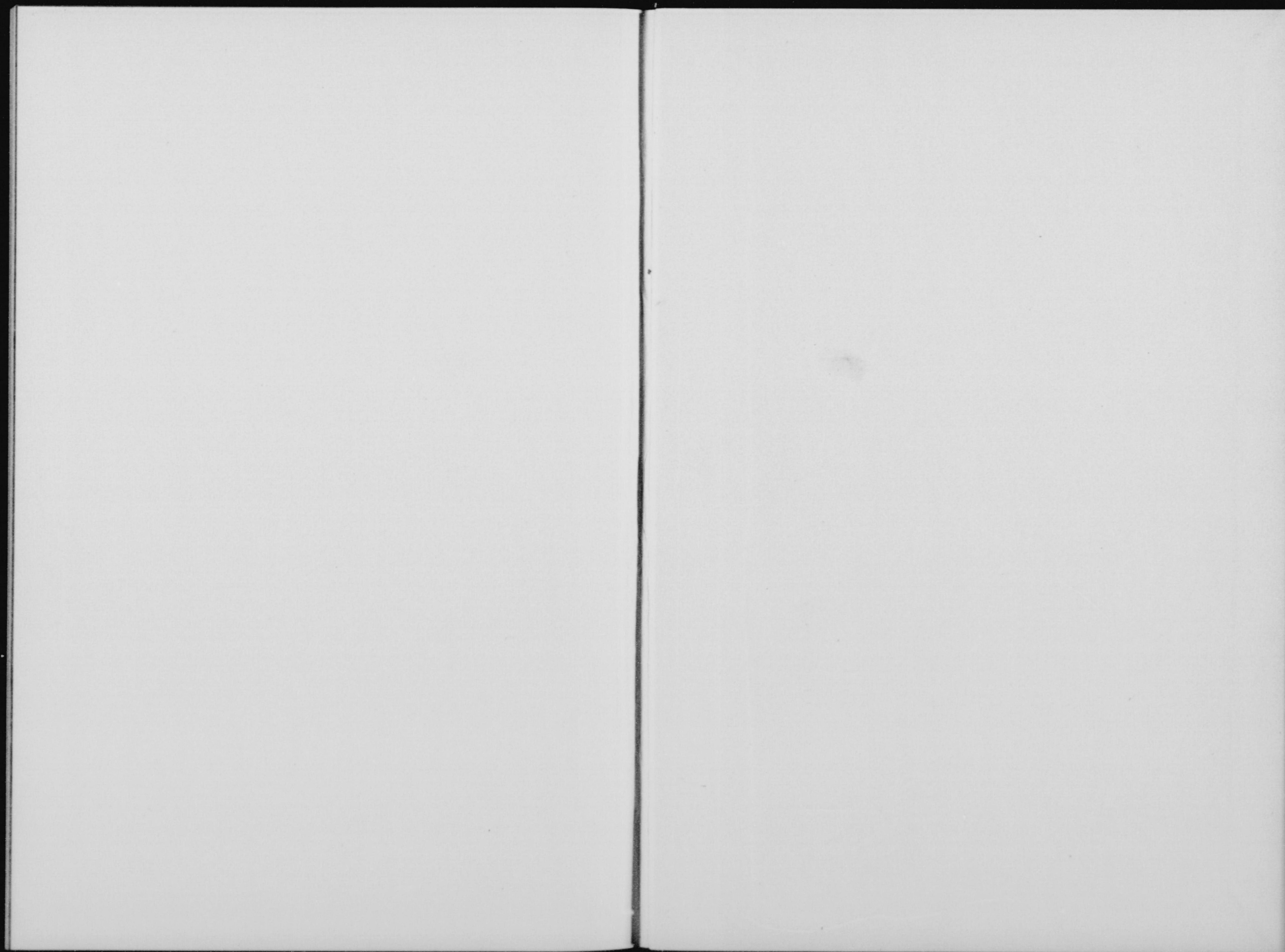
司法省調査課・訳編

司法省調査課

1930

ACG







エト5R44

# 料資法司



號五十五百第

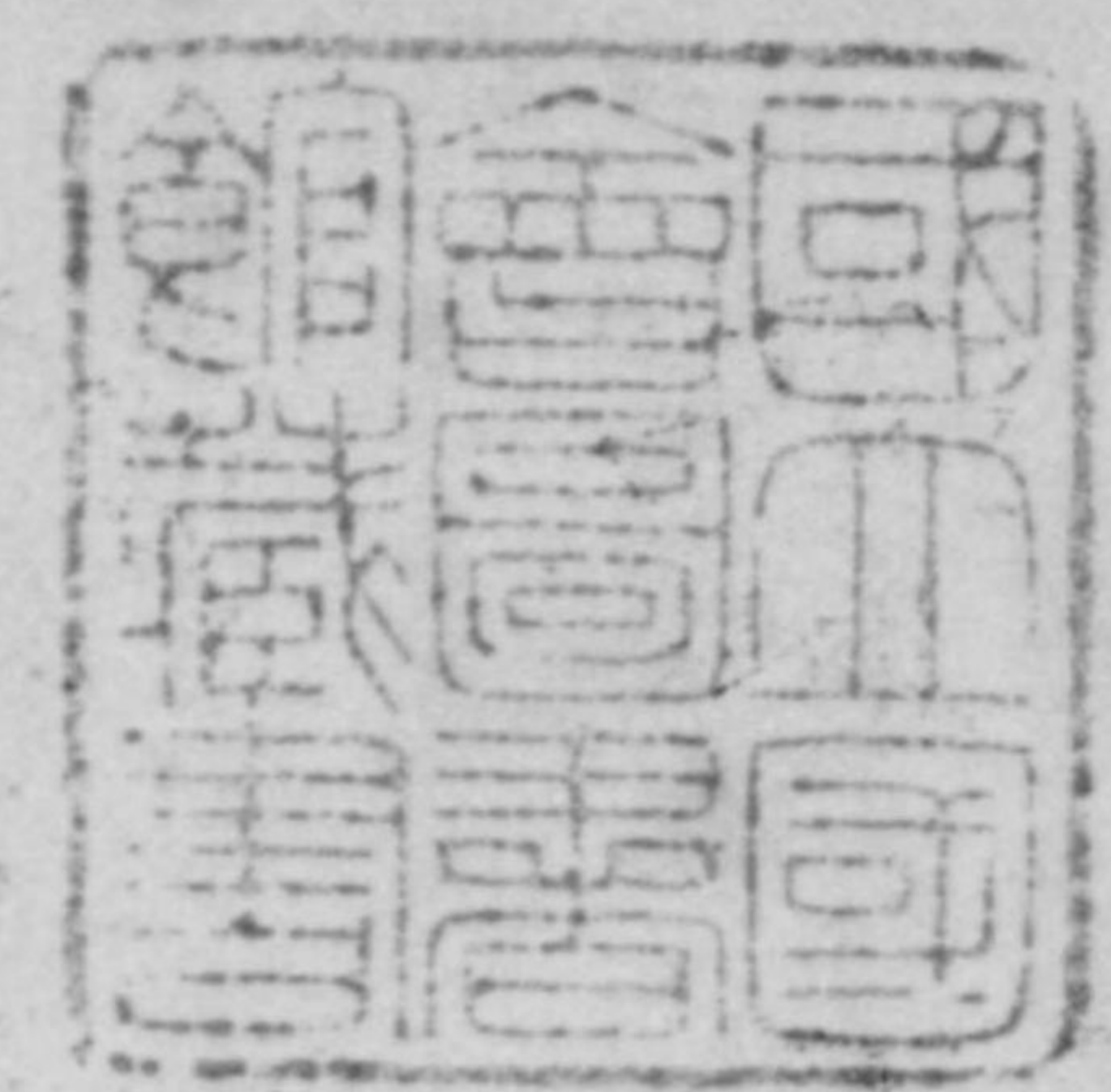
獨逸刑法及ハ行刑法施行法草案  
理由書

〔禁轉載〕昭和五年八月

司法省調査課



326.94  
S1298d3



418832

本號には本資料第五百五十四號の分冊として獨逸の刑法及び行刑法施行法草案理由書を邦譯收録し筆寫に代へて排印す

昭和五年八月

司法大臣官房調査課



附錄大田官報調查票

昭和五年八月

法律草案理由書を詳載せしむる爲に附録として附載す

本書は日本資料館蔵百五十四號の巻冊として附録の附載及び印刷製造

目次

目 獨逸刑法及び行刑法施行法草案理由書

第一部 總 則……………一四

第二部 國法及び邦法に對する獨逸普通刑法典及び行刑法の關係……………二〇

第一編 國法及び邦法の爲にする留保……………二〇

第二編 國法及び邦法の改正……………五九

第一章 通 則……………六一

第二章 裁判所の構成及び刑事訴訟手續に關する國法の改正……………九七

第三章 民法、民事訴訟手續、裁判費用及び手数料に關する國法の改正……………四三

第四章 營業上の權利保護及び著作權に關する國法の改正……………四九

第五章 商法、通貨、銀行及び取引所制度に關する國法の改正……………五〇

第六章 營業法及び労働法に關する國法の改正……………五〇

第七章 公安及び出版物に關する國法の改正……………五〇



第八章	保健に關する國法の改正	五九
第九章	社會保險及ひ國の救護に關する國法の改正	五三
第十章	税法及ひ專賣制度に關する國法の改正	五九
第十一章	郵便及ひ交通制度に關する國法の改正	六三
第十二章	其の他の國法の改正	六九
第三部	經過及ひ結末規定	六三
第一編	刑法の經過	六三
第二編	裁判所の構成及ひ手續の經過	六五
第三編	行刑の經過	六五
第四編	結末規定	六六

目次終

司法資料  
第五百五十五號  
獨逸刑法及ひ行刑法施行法草案理由書

獨逸普通刑法典及ひ行刑法施行法草案理由書

新刑法典及ひ行刑法に關する施行法を起草するに當つて立法當局の直面したる任務は、五十八年の昔現行刑法典の施行法の達成することを必要としたりし任務と根本的に相異なるものあり。即ちかの一八七一年當時其の年の一月一日を以て施行せられたる北獨聯邦刑法典に若干の些細なる改正を加へて、簡單に之を一八七一年五月十五日の獨逸帝國刑法典として新に公布することに依つて、今や創立の事を終へたる計りの獨逸帝國の爲に統一的なる刑法典を造るや、識者は概して特別な施行法の制定を斷念し、只北獨聯邦刑法典に關して制定せられたる一八七〇年五月三十一日の施行法を國法として宣言するを以て足れりとしたりしなり。

此の今日現に尙ほ行はれつつある一八七〇年五月三十一日の施行法は僅に八條の簡單なる條文より成る



に止まれるか、其の立法者が當時かくの如く僅少なる規定を以て足りしことを得たりし所以の原因は、先づ北獨聯邦に刑法典を紹介施行し、次いで之を全國に及ぼすこととせる立法者の任務が比較的簡單なりし事實に基くものなり。勿論刑法典か其の成立の経路に於ては、獨逸刑法の著しく多岐多端なるを發見したるは素より言を俟たざる所にして、かくの如き多岐多端は實に數世紀間に互る獨逸國民の割據分裂に由來するものに屬し、獨逸の各邦は大抵第十九世紀中にそれ其の邦の領域について邦刑法典を制定したれともかのカール五世の刑事裁判所法よりして漸次に發達したるままの獨逸普通刑事法の尙ほ效力を有したる國も尙ほ若干はありたりしなり。かくの如く刑法法源の多岐多端なるものありたりしに拘らず、刑法の分野に於ける法律状態は之を全體として見るときは個々の點に於ける相違の極めて著しきものありたるにも拘らず、其の基礎は廣汎なる範圍に亙つて相一致せるか、然らざるまでも少くも著しく互に相近似するの有様にして、是は獨り種々の邦刑法典について然りとするのみに止まらず、かの獨逸普通刑事法 *das gemeine deutsche Kriminalrecht* の如きも其の慣習法的發達の道程上廣汎なる範圍に亙つて比較的近代の邦刑法典に適應したりしか、此の現象は我か獨逸に於ける刑法學の調整的作業と、獨逸各邦の刑事立法の互に相及ぼしたる交互的影響に其の原因を有したりしものなり。

従つて聯邦及び帝國の全領土につきて其の渴望せる統一的刑法を制定して、依つて以て各邦の刑法典及び獨逸普通刑事法に代らしめんか爲には、結局只獨逸各邦に於て既に著しく一致的に發達を遂けたる刑法上の諸原則を、制定すへき刑法典に編纂するの勞を執ることを必要とするのみに止まりたりしものにして、是か施行の爲に包括する所の極めて廣汎なる規定を設くることは必要ならず。新刑法典か主として一八五一年のプロシヤ刑法典に倚據し、従つてまた聯邦邦域の大部分にとつては概して實質上の變革を齎すこと少かりしに於て愈々以て然りとせり。

加之法律を施行するの任務は一八七一年の刑法典か國家的に再び結合したる獨逸國民の最初の大立法事業として、成立し、其の然るか故に其の自身に於て規律せんことを企圖したる刑法上の範圍に於ては、未だ曾て聯邦若は國邦の規定と相衝突するものなかりし事實に依つても著しく輕易ならしめられたり。且又北獨聯邦及び帝國の附帶的刑法 *Notwendigkeitsstrafrecht* も亦當時にあつては、獨逸の結合にとつて極めて重要な意義を有する關稅同盟法を除外すれば、僅に微々たる發達を爲せるに過ぎず。尙ほまた帝國憲法に依つて北獨聯邦の立法より國法に繼受せられたりし爾他の聯邦法も若干是れ無きにあらず。尙ほ帝國建立後にあつても既に若干の法律の制定せられたりしものありたりしも、然も是等の法律の刑法的内容は殆ど言ふに足るものあらざりしなり。

然も邦刑法典及び獨逸普通刑事法と相並んで發達を遂けたりし邦法的特別刑法 *Landesrechtliche Sonderstrafrecht* の範圍は可成に廣汎なるものあり。各邦の全部を通して幾多の罰則を挿入せる多趣多様なる税法を存せるの外、それぞれ特殊の警察罰法典を制定せること多くの邦につきて見る所たり。其の外山林



刑法、山林竊盜取締法、田野及び山林警察法及び狩獵權及び漁撈權に關する法律、鑛山、河川、及び牧場の諸權利に關する法律並に當時尙ほ各邦に委任せられたりし出版物、結社及び集會に關する法律等一々擧げて數ふへからざるなり。

是等の各邦及び帝國の附帶的刑法に對して一八七一年の刑法典は意識的に廣汎なる範圍に互る自己制限を試み、只一般的の刑法を編纂するを以て足れりとし、之に反して附帶的刑法には觸るる所なきを主眼とし、其の自己の範圍とする方面に樹立したる一般的なる刑法上の原則の適用を、附帶的刑法上にまで及ぼすことをも大體に於て斷念したりしなり。

裁判所の構成の範圍に於ても、刑事訴訟及び行刑の點に於ても一八七一年の施行法は結局達成するを要すべき何等の任務をも有するとなかりしものとす。蓋し是等の法域は當時は尙ほ未だ國法上の立法者に依つて着手せらるることなくして、殆ど全然邦法上の立法にのみ一任せられたりし所に屬するを以てなり。

以上に擧げたる所よりして一八七一年の帝國刑法典を當時獨逸に於て存し居たりし法規に適入せしめんか爲には、何等廣汎なる範圍に及ぶ規律を必要とすることなかりし事情明白なるものあり。従つて一八七〇年五月三十一日の施行法は其の眼目たる内容上只、既に存在せる刑法が新に制定せられたる刑法典自體の最終的に規律せる事項に關係するの程度に於てのみ之を廢止する旨を規定するに過ぎず。之に反し刑法典中に全然規律せざるか、又は最終的に規律したるにあらざる資料は原則として其の儘に放任したり。即

ち刑法典の規矩準繩とする所は爲し得る限り現行の特別刑法に干渉することを差控ふるに在りて、現行施行法は只刑の組織に關する場合に限りて此の原則を打破するものにして、此の點に於て一切の附帶的刑法を擧げて帝國刑法典の刑種に羈束せられ、帝國刑法典は邦法の將來の刑罰についても若干の制限を設くるものなり。然り而して現に效力を保有する邦の刑罰法規を刑法典の規定と相調和せしめんか爲の經過規定の制定の點に至つては、帝國刑法典は之を邦法上の立法に一任すること爲したるなり。

之に反して今次の獨逸普通刑法典及び行刑法の施行法に關する本草案は、現行刑法典の施行に際して存在したり關係とは根本的に相違せる狀況の前に置かるるを見るものにして、舊刑法典か假令分裂したりとは云へ、兎に角内容上に於ては著しく相近似せる各邦の刑法を編纂したりしものなるに反し、新刑法典は既に存在せる統一的なる帝國刑法を、部分的に新なる基礎の上に据ふるの改正を意味するものにして、犯人の人格は最も重きを爲す所のものとなり、刑法上の責任主義 *Schuldprinzip* は從來よりも完全に貫徹せらるることとなり、舊刑法に於ては最低刑の規定と其の他の窮屈なる規則に依つて著しく制限せられたりし判事の裁量は、遙に廣汎なる余地を與へらるることとなりて、犯人の個別的處遇を容易ならしむるに至り、減輕事情は重罪と輕罪との別なく一般的に認められ、特に輕微なる場合と特に重き場合とは法律上の一體型として新に採用せられ、常習的犯罪人に對しては一個の特別なる處遇規定せられ、矯正及び保安の處分の一組織は刑と相並んで行はれ、公權の褫奪及び警察監視の認許の如き時世後れの制度は廢止せられ、想像



上の競合と實體上の競合との間の異なる處遇は拋棄せられ、もはや時效の中斷を許さすと云ふか如き、其の他尙ほ幾多の根本的なる革新は其の作用に於て獨り刑法典の規律する犯罪構成事實に制限せらるる能はざるは素より言を俟たざる所に屬し、若し刑法改正の事業にして部分的の繼きはき細工に終らざらんこそは、是か爲には刑法典の範圍以外に存立する處罰規定の特色か、一個の除外例を是認せしむるにあらざる限りは、如上の革新は國及び邦の一切の刑罰法規について其の效力を有せざるへからず。ここに於てか施行法にとつては新刑法典の一般的原则を國及び邦の一切の刑罰法規に通用せしめ、所要の除外例を一々確定するの任務を生ずるに至るなり。

従つて本草案は新刑法典の一般的规定の適用範圍を原則として一切の附帶的刑法上に及ぼし、之を新規定に適應せしめんとするものなるか、本草案は二様の方法に於て此の適應を行ふ。先づ第一に本草案は幾多の一般的適應規定を設けて一切の現行中なる國法及び邦法を捕捉することとし、此の一般的なる適應規定の範圍内に於て例へは所謂形式犯を廢止して刑法草案の責任原則及び責任徵表を適用し、爲し得る限り所謂推定的犯罪構成事實を淘汰することに依つて、國及び邦の附帶法の領域内に新刑法典の一般的責任主義を貫徹するに努む。其の外附帶法の域内に於て輕罪と違警罪との間に區間を設くるに際し、及び刑の範圍を形成するに當り、特に罰金と拘留とを應用するに當つては一般の刑法に於けると同一の原則を適用するに努めたり。而して或は例へは減輕事情の場合に於ける特殊の刑罰の規定、附加刑としての罰金の規

定、代科自由刑に關する特別規定の如き、刑法草案中に於ける一般的の規律に因つて無用となるに至りたる附帶法の幾多の特別規定や、或は例へは公權の褫奪、警察監視の認許、償金、時效の中斷に關する規定の如き、將來の刑法と相容るる能はざる附帶法上の幾多の特別規定は之を廢止せざるへからず。若し夫れ一般的適應規定の仔細に關しては第二編第二章第一節(第二十七條以下)に述ふる所を参照せざるへからざるなり。

此の一般的なる適應規則に依つて同化の目的を達成する能はざる限りは、それぞれの法律につきて個別の改正を行はざるへからず。然もかくの如き個別的の改正を必要とする國法及び邦法は、もはや舊施行法制定當時に於けるか如く爾く少數の國法及び邦法に關するにあらすして、我か獨逸の農業國より工業及び商業國に發展を遂けたること、社會的思想の擡頭せること、工學及び交通の進歩せること、現行刑法典の制定以來經過せる殆ど六十年に垂んとする時日の間にあらゆる生活關係に甚大なる推移變遷の行はれたること等は相俟つて、國の立法に幾多の新しき任務を課し、また程度の差こそあれ邦法上の立法にも少からざる新しき任務を課し、現行刑法典の制定の當時刑法的内容を有する國法二十六を存したるに過ぎざるもの、現在にては二百を超え、或は例へは軍機保護法の如く純然たる刑法的性質を有するものもあれば、或は多少にまれ刑法的规定を以て貫徹するものもあり。邦刑法の如きも亦爾來は幾多の擴張を受けたるか、是か個別的適應に至つては邦刑上の立法に一任せられざるへからざるなり。



然も立法者か新刑法典施行法草案を起草するに當つて直面せるものと爲す状態の著しき變動は更にまた其の間に一八七九年十月一日を以て施行せられたる帝國司法法 *Reichsjustizgesetz* か裁判所の構成及び刑事訴訟法を國法的に規律し、更に一九二三年の少年裁判所法及び其の他の種々なる小規模の法律に依つて擴張せられたるの事情に由來するものなり。惟ふに獨逸普通刑法典の齋らす實體法の深刻なる改正は、刑事訴訟手續及び刑事裁判所の構成に關する規定の幾多の改正を必要ならしむるものにして、新刑法典の用語法に關する寧ろ技術的の種類に屬する幾多の適應は度外視するも、就中獨逸普通刑法典かオーストリーとの法制上の同化を容易ならしむる爲 且は法律の組織的構成を改善する爲に、例へば外國犯罪の刑事訴追に關する規定、告訴（新刑法典草案の用語法に依れば「請求」及び「同意」）に關する規定、及び所謂償金に關する規定の如き、從來刑法典自體中に於て規律せられたりし所の、訴訟法的性質を有するあらゆる規定を除外し去りたるの故を以てしても、刑事訴訟法の補完は必要なり。然もそれ以上に歩を進めて更に重大なる改正を刑事訴訟法に施すの必要は實に、獨逸普通刑法典の幾多の原則上の革新は新しき手續上の規定を以てするに於てのみ能く其の效力を生せしむることを得るものなるの事實に因つて生せしめらるるものにして、是か實例としては矯正及び保安の處分を採用したること、刑の條件付免除を法律上の制度に昂上せしめたること、刑の量定の際に於ける判事の量定の余地を擴張せること、想像上の競合と實質上の競合との間の差別を撤廢したること等を擧ぐるを以て足れりとすへし。是と類似の方法に於て實體的の改

造は裁判所構成法、少年裁判所法及び刑事訴訟上の附屬法の多くの規定上に其の作用を及ぼすものなり。加之今日にては刑の執行も亦細目に互つて法律上の規律に服するものなること、及び本草案は行刑法の施行の用をも爲すことを必要とするものなること等の事情よりも亦、舊施行法の當時の關係に比較して立法資料の擴張を來すものとす。勿論此の點よりしては困難を生ずること極めて僅少にして、かの一九二三年に國司法長官の發案に基きて邦政府に於て協定を遂げたりし自由刑の執行に關する準則、及び是と相牽聯して發したる各邦の服務及び執行の規則は、依つて以て國內に於ける行刑の統一を事實上大體に於て既に達成したる所以なるにも拘らず、全然各邦間の協定及び行政上の規則に止まりて、國法としての羈束力を有することなし。されは國の立法か今日新行刑法を以てして行刑制度の國法的規律を敢行するとするも從來殆ど全然國法的規範を存することなく、従つてまた廢止し、適應せしむべき規定の何ものをも存することなき處女地に鍬を入れたるものに外ならず。従つて此の關係に於ては施行法の任務とする所は大體に於て少年裁判所法中に於ける少數の執行規定及び刑事訴訟法及び裁判所構成法中に於ける刑の執行に關する若干の規定を削除し、從來既に法律として確定せられたる刑法典の少數の行刑規定の爲に所要の經過的規定を設くるに盡くるものなれど、只施行法としては行刑法の施行と云ふ事實よりして一個の重要な論結を抽出することを必要としたり。即ち行刑法中に於て自由刑の執行の受くべき細目に互る法律的規律は未決拘留をも從來の刑事訴訟法に於けるよりは遙に微細の點に互る規律に服せしむることを避くへからさ



るの必要と認むべきの一事是なり。

施行法の任務として従来問題とせられたりし所のものは全然新刑法典及び行刑法の制定に因つて生ずる改正の必要なる完成を意味せりしか、本施行法草案はかくの如く制限せられたる任務の範囲を以て足れりとする能はずして、其の以上に互つて尙ほ、刑法の改正と相牽聯して必ずしも絶對的に解決を必要とするにはあらざるも、刑法改正の精神には適合し、且事の宜きに叶へるものとする若干の問題を解決するを必するものなり。こゝに於てか本草案は其の一般的なる適應規定の範囲内に於て既に、單なる適應の以上に出つる若干の革新を提案したり。例へば本草案は従来罰金と撰擇的に三箇月以下の禁錮のみを規定するに止めたる附帯刑法上のすへての輕罪につき——若干の除外例を以てして——自由刑を廢止して之を違警罪と爲すことに依つて、違警罪の利益の爲に輕罪の從來の範囲を著しく制限し、更に刑事罰と非刑事罰との名稱を根本的に區別することに依つて既に此の兩者の區別を一層明確にしたれども、就中本草案の致せる特に重要な革新は刑事訴訟法、裁判所構成法、少年裁判所法、處刑標記抹消法 *Strafmarkengesetz*、國公課法、航行税法及び郵便法について然りとす。刑事訴訟法については今日該法かさなきたに幾多の改正を加ふることを必要としつつあるの事情、及び刑事訴訟手續の根本的改造が國民の極めて廣汎なる範圍よりして要望せられつつあること既に年久しきものあるの事情は、全然新しき刑事訴訟法案を提出するを必要、若は少くとも適當と認めしむるものにあらざるや否やを考慮するを必要としたりしか、本草案が爾く

廣汎なる範圍に互る計畫——同時にまた爾く深刻なる刑事裁判所の構成の改造を斷念せるの理由は、第二編第二章第二節に詳細に開示することとしたり。本草案中に於て提案したる個々の革新を是認せしむべき見解も亦、是等の提案を包含するそれその章及び節に於て説明することとしたり。ここには只本草案中に於て取扱ひたる法律材料に關する簡單なる概觀を與へんか爲に、本草案中刑法改正に因つて強制的に促されたるにあらざる新しき提案を爲したる最も重要な點を擧ぐるに止むへし。

ここに先づ第一に擧示せざるべからざるは、刑事訴訟、民事訴訟及び其他の種類の手續に於て宣誓の數を最小限度に限定せんとするの處置なるか、刑事訴訟にあつては其の外手續の再審を容易ならしむる規定、公判開始手續 *Eröffnungsverfahren* の廢止、刑事訴訟に於ける損害賠償請求權の主張を認むる範圍の擴張、警察罰の變更の爲にする略式手續の許容等之に屬し、裁判所構成法にあつては刑事事件に於ける單獨判事の管轄の制限、一九二四年の命令以前に行はれたりし所の如き大審院及び控訴院の部の構成の復活、最上級の裁判所の裁判の統一の確保の爲の處置、及び裁判所の辯論の公行に關する規定の改善等を擧ぐへし。然り而して其の少年裁判所法に屬する部分については、十八歳と二十一歳の中間の年齢に在る者の刑法的及び刑事訴訟法的特別處遇を推すべく、處刑標記抹消法及び營業條例に於ては前科保有者の社會への復歸を容易ならしむべき改正を提案したる次第なりとす。

其の外國公課法の租稅刑法に對しても簡易化及び統一化の精神に於て深刻なる改造を加ふる所ありたる



か、是と相牽聯して租税罰手續に關する規定、並に郵便に關する罰則及び處罰手續規定及び公法上の交通税に關する之に相當する規定も亦著しく之を改正したり。

最後に施行法に屬する任務尙は一あり。必要なる経過規定を設けること是なり。獨逸普通刑法典、行刑法及び新施行法、特に刑事訴訟法及び裁判所構成法の新法文は其の施行の時期に於て、舊來の法律秩序と衝突するものにして、此の舊來の法律秩序は時あつてか新法の適用にまでも效力を及ぼすものなるか故に過渡の時期に於て新舊兩個の法律状態の避くへからざる竝立より生ずることあるべき苛酷、疑問及び困難を豫防し、舊法より新法への経過を爲し得る限り圓滑に形成せんか爲には此の點に調和を來すことを必要とするなり。

本草案の任務の範圍は以上の説明に依つて大體の綱要を示したる所の如くにして、其の本草案の範圍の著しく廣汎なるは其の任務の複雑多岐なるの然らしむる所なり。若し夫れ草案の具體的の點に至つては、草案の各部に於て述ふる所を参照すべきなり。

本草案の取扱ふべき一切の法律資料を三部に區分し、第一部(第一條乃至第六條)に於ては施行の爲に必要なる總則的の規定を收容し、第二部(第七條乃至第七十八條)は本草案の核子にして、新法の現行法に對する關係を規律し、時あつてか其の將來の國法及び邦法に對する關係をも規律す。第二部を二編に分ち、其の第一編(第七條乃至第二十六條)は新刑法典の爾他の國法及び邦法に對する關係に關して原則

的の規則を收む。其劈頭第一に規定する所は、一切の現行の國法及び一切の現行及び將來の邦法を原則として新刑法典の一般的原则に羈束せしむるの點に關する、本草案の全篇を支配する規定(第七條及び第八條)にして、刑法典各論編の國法及び邦法の爾他の刑法的規定に對する原則的關係に關する規則之に續く(第九條及び第十條)。其の外第二部第一編は専ら國法及び邦法の特殊の需要の必要とする餘地を是等の國及び邦の特別刑法に對して與ふる精密に限定せられたる制限的の留保を掲ぐるものなり(第十三條乃至二十六條)。第二部第二編第二十七條乃至第七十八條に於ては本草案は爾他の諸法を新改正の諸法に適應せしめんとする其の主たる任務を達成するものにして、之を分ちて十二章とし、第一章(第二十七條乃至第六十五條)は國法及び邦法に及ぶ上記の一般的適應規定を掲ぐるものとし、第二章乃至第十二章(第六十六條乃至第七十八條)は國法の特別的適應に關する規定を收む。是等各節中にて最も重要な意義を有するは第二節にして、是は裁判所の構成及び刑事訴訟手續に關する國法の改正を包含するものに屬し第六十六條に於ては裁判所構成法の改正を、第六十七條に於ては刑事訴訟法の、第六十八條に於ては少年裁判所法の、第七十一條に於ては處刑標記抹消法の改正を爲す。此の第二章に續くは民法、民事訴訟手續、裁判費用及び手数料に關する國法の改正を包含する第三章にして、以下第四章乃至第十一章は國法の各個の範圍に分れて爾他の國法の改正を規定し、最後に第十二章は前十一章の何れに於ても規律せらるることなかりし資料に屬する若干の國法の改正を規定するなり。



若し夫れ第三部（第七十九條乃至第二百二條）に至つては本草案の終末を成す所のものにして、四編に分れ、實體刑法、裁判所構成法及び手續並に行刑の経過の爲の必要なる経過規定、及び若干の終末規定を設くるものなり。

## 第一部 總 則

第一部は改正諸法の施行及び之に依つて代らるゝ舊法の廢止に關する規定を包含するの外、一般的の意義を有する他の若干の問題をも規律するものなり。

### 第一條

第一條に於ては獨逸普通刑法典、行刑法及び施行法自體の施行せらるべき時期を定む。

此の施行の精密なる時期は本草案も亦之を未解決の儘に放任したり。惟ふに改正諸法を施行することを得べき時期何時なりやの問題を今日よりも更に明確に見越すことを得べき時節の到來するまでは、是か確定を猶豫するを以て事の宜きに適するものと認むへし。事實上の狀況に關する見越は本草案に關する國議會の委員會の審議の終結する際に至つて初めて可能となるに至るへけれども、法律の公布と其の施行との

間に或る程度の時日上の餘裕を存することを必要とするものにして新法の施行のなるべく迅速ならんことは切に希望すべき所なりとは云へ、此の期間は餘りに短期に定めらるへからざるものなるの一事は、今日既に注意を促すことを得べき所に屬す。蓋し組織上の處置（施設の整備、裁判所の組立等の如き）の必要とするもの多き外、新法の適用を命せられたる官吏及び辯護士は勿論、一般社會も亦往々にして極めて深刻なるものある法律の改正に通曉することを必要とすべきを以てなり。

第一條は以上三個の改正法の施行の時期を確定するの外、更に此の三個の法律が同時に施行せらるべき旨の規定を爲す。されは此の三個の法律の奉仕すべき刑法改正の統一は、此の點に於て立法上に表明せられたる次第なり。

第一條の列擧する三個の改正法の外、本草案の第三條中に掲げたる、尙ほ提出すべき、陸海軍刑法の改正法に對する適應を規律するを要する法律、及び施行法と同時に提出せられたる沿岸漁業保護法も同時に之を施行するを要するものなり。

### 第二條

此の三個の新法は一八七一年五月十五日の舊獨逸帝國刑法典、一八七〇年五月三十一日の北獨聯邦刑法典施行法及び之を改正する規定に代ることを目的とするものとす。是と同時に舊刑法及び舊施行法を獨逸の



各邦及び各邦の一部に施行する爲に制定したる國法上の規定も其の效力を失ふに至るものにして、是等の法律及び從來の法規の規定はすべて新法の效力の發生と同時に其の效力を失はざるへからず。第二條は此の主旨を明示的に言明したるものに外ならざるなり。

### 第三條

陸海軍刑法は現行刑法典及び現行刑事訴訟法に倚據する所極めて大なるものありて、陸海軍刑法上の諸法及び規定にして明示的に普通刑法の規定を指示し、若はまた普通刑法及び刑事訴訟手續の舊來の構成を暗黙の間に豫定すること稀ならず。陸海軍刑法典及び軍法會議について特に然りとする所なり。されは普通刑法、刑事訴訟手續及び行刑の深刻なる改造は一切の陸海軍刑法を擧げて徹底的に同化せしむることを必要とするの結果を伴ふ。然も施行法の範圍は陸海軍刑法の法域内に存立する關係、及び此の法域内に於て斟酌するを要する關係の別種なるの致す所として、陸海軍刑法の一切を擧げて新法に同化せしむるに適せず。然もまた他の一面に於ては新普通刑法の施行せらるるに至るまでの間陸海軍刑法の適應を猶豫するは適當ならず。況んや一九二〇年以來戰時及び軍艦上に於ける國海軍所屬の軍人軍屬に對するの外は、軍法會議の裁判權は撤廢せられ、爾來は軍人軍屬と雖平時に於ては假令事の軍事上の犯罪に關する場合にあつても、一切通常の普通刑事裁判所の判決を受くることとなりたるの故を以てするも既に、此の點に於け

る遷延を不可とする次第と謂はざるへからず。されは陸海軍刑法の必要なる改正か新普通刑法それ自體とは別の時期に施行せらるへしとせば、裁判所は其の基礎に於て異なる二種の刑法に従つて裁判を爲すことを必要とするに至るへし。然もかくの如き新舊兩法の竝立は忍ふへからざるの状態たるへし。此の理由に基きて本草案は第三條に於て、陸海軍刑法の適應は特別法に留保せらるるとは云へ、此の特別法は新普通刑法と同時に施行することを必要とする旨を規定したるなり。

### 第四條

本條の規定は民法典施行法第三條に模倣したるものにして、純然たる法律技術上の意義を有するものなり。民法典の然りとするか如く本草案も亦其の留保を爲すに當つては國法又邦法の關係規定を其の儘に放置するの方式を執る。第四條は此の表現方法の邦刑法に對して及ぼす所の影響の範圍を確定したるものにして、留保の範圍内に於て獨り現行の邦法の效力を保有せしむるのみに止まらず、新なる邦法上の規定をも制定することを得べき旨を明かにするものなり。之に依つて邦法に立法上の餘地を與ふる本草案のすへての規定につき、既に現行中なる規定と、將來制定すべき規定との間に區別を爲すことを必要とするの缺點を避くることを得るなり。

將來の國法については本條に相當する規定は問題たらず。蓋し後に至つて制定せらるべき國法はすべて



一般の原則上既に、同一等級の前の國法に優先すへければなり。

第五條

期間の計算に關する民法典の規定（第八十六條乃至第九十三條）は殆どすへての國法について其の適用あるものにして、民事訴訟法第二百二十二條、非訟事件手續法第十七條又は國公課法第六十四條、第三百九十四條第四項（本草案第六十七條第十八號の法文に於ける刑事訴訟法第四十二條をも參照）に於けるか如く、或は明示的に其の適用ある旨を宣言するものあり。或はまた國保險法第二百二十四條乃至第二百二十七條に於けるか如く、又は使用人保險法第三百二十條乃至第三百二十三條（從來の字句に於ける刑事訴訟法第四十二條及び第四十三條をも參照）に於けるか如く、其の内容上民法典の規定を繼受するものあり。是か一個の例外を成すものは實に現行刑法典にして、其の範圍内に於ては裁判當局は只年齢の計算についてのみ民法典の解釋上の原則を應用し（大審院刑事判決集第三十五卷第三十七頁參照）。期間の計算については此の原則を應用することを爲さす（大審院刑事判決集第四十八卷第二十一頁參照）。此の刑法上の特別主義は實質上の原因よりして之を維持することを適當と認むることを得へからざるか故に、本草案第五條は國法統一の利益に於て斷然かくの如き刑法上の特別主義を廢止し去りたるなり。

第六條

同一の犯罪行為が數個の罰則に觸れたるときは、現行の管轄規定上より云へは裁判所も、行政官廳も共に是か判決につき管轄權を有する場合を生ずることあり得へし。同様にしてかくの如き場合に裁判か異なる種類の數個の行政官廳、例へは郵便官廳と警察官廳と云ふか如き異種の官廳に依つて行はるる場合も發生することあるへし。而して此の場合に異種の官廳として看做すへき同一行政部門に屬する異なる官廳の謂にあらずして、同一の行政部門に屬せざる二の官廳の謂なりとす。かくの如く同一の犯罪行為につき重複的なる管轄の樹立せらるると云ふか如き稀有の場合については、舊來の儘の法文に於ける國公課法第三百八十七條の規定を度外視するときは、從來は、判決の重複を豫防し、問題たる一切の刑法上の見地に從つて此の犯罪行為を判決するを要すへき官廳を指定する一般的の規定なるものを存することなくして止みたるものなるか、第六條は舊來の管轄規定のかくの如き欠缺を補正したるものにして、只其の際異なる規律を爲すの途を開き置きたり。而して第六條の原則に異なる規定の一例としては、本草案（第六十三條第五號）の法文に於ける郵便法第三十二條第二項を舉ぐへきなり。



## 第二部 國法及邦法に對する獨逸普通刑法典及び

### 行刑法の關係

第二部は其の範圍及び意義上本草案の核子を成す部分に屬し、刑法及び行刑に關する兩個の改正法の、現行及び將來の國法及び邦法に對する關係を規律するものにして、二編に分れ、第一編は著しく單簡にして新刑法典の爾他の國法及び邦法に對する關係に關する一般的原则を定め、之に附隨して精細に限定したる若干の留保に於て、國及び邦の特別刑法か新刑法の一般的原则に異なる規定を爲すことを得べき限界を標示し、第二編に於ては先づ第一章に於て一般的原则の適應規定に於て第一編の規律よりして刑法典以外の一切の法域につきて生ずる論結を抽出し、之に牽聯して以下の第二章乃至第十二章に於て所要の個別的適應を規定するなり。

### 第一編 國法及び邦法の爲にする留保

#### 第七條乃至第十條

第七條乃至第十條に於ては本草案は獨逸普通刑法典の、現行中なる國法及び邦法並に將來制定せらるへ

き國法及び邦法に對する關係を定むる根本原則を規定するものにして、其の際新刑法の總論の規定と各論の規定との間に區別を立て、第七條及び第八條に於ては總論の部に對する關係を規律し、第九條及び第十條に於ては各論の部に對する關係を規律したり。

#### 第七條及び第八條

刑法草案の總則は新刑法の精髓を成す指導的思想を包含するものにして、其の根本的に重大なる意義を有するものなるの事實に顧みるときは、現行法に見るか如く附帶法に於ける異なる規律の利益の爲に無雜作に其の效力を抑制せらるるへからずと爲すか如きは、忍ぶへからざる半上落下の規律に終るべきこと既に前に説明したる所の如し、されは本草案は第七條及び第八條に於て新刑法の總則の規定は國及び邦の一切の附帶的刑法につきて其の適用ある旨を規定したり。従つて將來は刑法典の一般的规定に異なる附帶法の規定は其の效力を失ふ。かくの如き附帶法の原則的羈束は、本草案自體か明示的に除外例を規定したるの程度に於てのみ打破せらるるものなるか、かく例外を認むるは附帶的刑法の範圍内に於てはそこに規律せらるる法域の特別な性質の然らしむる所として、及び是より生ずる特別な需要の然らしむる所として或る範圍に於て必要なり。此の除外例は第十三條乃至第二十六條の留保中に確定せられ、一々限定せらるるものにして、其の表示せられたる範圍内に於ては本草案は國及び邦の附帶刑法に對し、異なる規律を爲す



の途を開く。其の法不...  
 現行の附帶法に關する限りに於ては本草案か新刑法の總則の部の適用を平等一律に國法の上にも、はたまた邦法の上にも及ぼすことを妨ぐべき何ものをも存することなれども、將來制限せらるべき附帶法の場合に於ては法律狀況自ら異なるものありて存し、此の點に於ては本草案は國法と邦法とを區別して處遇せざるへからず。將來制定せらるべき國法か新刑法の一般原則に異なる規定を爲したるときは、後に制定せられたる法律規範として獨逸普通刑法典の規律に優先す。されば本草案は將來制定せらるべき國法自體も亦別段の規定を爲さざるの程度に於てのみ、將來制定せらるべき國法を羈束することを得るに止まる。之に反し將來制定せらるべき邦法に對してはかくの如き制限を存することなく、從つて本草案はすべての刑罰法規を統一するの利益に於て、新刑法の一般的規定に對する原則的の羈束は將來制定せらるべき邦法に對しても亦適用せらるるものなること、及び本草案自身か其の留保中に於て認むる例外を度外視すれば、邦法か將來制定せらるべき國法に依つて別段なる規定を爲すの權限を授けられ、此の授權を行使したる場合に限りて新刑法の一般的規定に對する原則的の羈束はれざるものなることを規定したり。

人若し新刑法總則の規定を本草案の留保と比較對照するときは、此の原則的規律に歸屬する意義の如何はかり大なるものありやを測定することを得へし。留保の構成は留保か附帶法に對して特に表示したる法域についてのみ特定の方向に於て、又は精密に確定したる限界内に於て自由の餘地を與ふるものなるを示す。附帶法の規定にして苟も此の制限を超ゆる限りは、此の規定は留保に依つて掩護せらるることなく、刑法典の一般原則の支配を受くるに至るものにして、就中留保か例外的の規律の可能を規定したるにあらざる一切の總則論の規定の效力範圍は、是と共に當初より附帶法のすべての法域上に擴張せらるることとなるなり。されば新刑法典か罰則の時に關する效力について、犯罪行為の土地と時とに關して有罪行為の分類に關して、公職就任資格及び選舉權並に表決權の褫奪に關して確定する所のもの、新刑法典か其の第六章に於て刑の條件付免除に關して、其の第八章に於て矯正及び保安の處分に關して、其の第十章に於て刑の量定に關して規定し、違警罪については第二編の總則を以て補完する所のものは、國及び邦に於ける一切の附帶法についても亦其の適用あるものなり。同様にして未遂に關する其の規定も亦本草案の第二十六條に於て規定する狹隘に限定せられたる例外を度外視するときは亦、刑法典の範圍以外に存立するか、又は刑法典の範圍以外に制定せらるる國法及び邦法につき即時の適用を要求するものにして、其の共犯及び刑に關する規定の如きも亦其の大體に於ては然りと爲すなり。  
 本草案かかくの如き規律を以てして責任に關する新刑法の一般的規定をも、附帶刑法中に貫徹して剩す所なきは特に重大なる意義を有する次第にして、之に因つて特に責任無能力及び限定責任能力、法律の錯誤及び犯罪行為の特殊の結果に對する偶發責任の除外に關する獨逸普通刑法典の規定は、其の一切の範圍を擧げて附帶法に對しても效力を有するに至るなり。



附帯法を新刑法の責任原則 *Grundgesetz* に羈束せしむるの結果は、更に別段なる舊來の法律状態の重要な變更を伴ふものとす。即ち舊法は畢竟犯人の罪責を條件とすることなき犯罪構成事實を認むるものにして、かくの如き責任なき不法行為の一例は舊來の法文に於ける國公課法第三百七十七條第一項第三段の包含する所に屬し、之に依れば犯人をして科刑を免れしむるものは刑罰阻却事由と、避くへからざる偶發事項とあるのみにして、爾他の場合にあつては客觀的犯罪構成事實は有罪性の爲に充分にして、其の何等責任ある行為を存することなき場合にあつても尙ほ且然りとす。之に反し獨逸普通刑法典は其の第十六條第一項に於て凡そ有罪たるは故意又は過失に因つて行為を爲したる者に限るものと規定し、かくの如くにして責任なき所に刑罰を科することを得ざるの法律原則 *Rechtgrundgesetz* を明示的に確定し、而して本草案は一切の附帯法を擧げて此の原則の羈束する所たらしむるか故に、所謂形式犯 *Formaldelikt* の如き罪責と相牽聯することなき犯罪は、將來に於ては之を認むるの餘地を存せず。本草案は其の第四十六條に於て、有罪性につき罪責を必要とすることなき程度に於ては、明示的に一切の現行規定を廢止することに依つて、亦如上の主旨を明確にす。

現行法に於ては幾多の輕罪規定は其の中に新刑法の要求したる如き種類の罪責に關して何等規定する所なきに拘らず、尙ほ過失に因る行為も亦有罪たるものと解釋せらるるを以て常と爲したりしか（例へは一八九一年五月十九日の小銃の銃身及び閉鎖器の審査に關する法律第九條、又は一八八四年七月十六日の金

銀製品の含有分に關する法律第九條參照）、本草案はかくの如く解釋するの可能か疑問を誘起すること多くして法律的安寧にとつて有害たるの故を以て、かくの如き解釋上の可能を廢止することしたり。即ち本草案に依れば此の種の規定に對しても亦全然、重罪又は輕罪は法律が別段の規定を爲したるにあらざる限りは、其の故意に因る實現のみに限りて之を罰することを得べく、其の過失に因る所犯の有罪たるは法律が明示的に之に罰を規定せる場合に限る旨を言明せる獨逸普通刑法典第十六條第二項及び第三項の原則を適用すべきものにして、従つて此の原則が舊來の解釋の好ましからざる變革及び有罪性の事宜に適せざる制限を導くべき場合にあつては、本草案は常に其の國法に關する限りは關係規定の個別的適應の方法に於て、過失に因る所犯をも有罪とする旨を明示的に規定するを要するなり。（例へは第百十七條第一號、第百十九條第一號、第百二十二條、第百三十條第一號、第百三十二條第一號及び第二號、第百三十三條第一號參照）、而して邦法の之に相當する審査及び補完に至つては邦立法の任とする所なり。

其の然るに拘らず本草案が明示的の規定を收容することに依つて、從來の解釋に相當するか如き過失に因る行為の有罪性を確保するを必要とせざることも多くの場合に見る所なるか、其のかくの如きは舊法上輕罪たる若干の犯罪構成事實か、草案に於ては違警罪とせられたるの事實に基くものにして（第三十五條第一號）、違警罪については將來は獨逸普通刑法典第三百七十八條に依り、重罪及び輕罪に對するとは別個の解釋上の原則を適用し、違警罪については原則として過失を以て處罰の爲に充分なるものとし、法律が



明示的に故意に因る行爲を要求したる場合に限りて、故意に因る行爲に有罪性を制限することとす。然も此の原則は他の半面に於ては舊來の解釋上故意に因る行爲に限りて處罰したる違警罪か、當該の規定は責任形式に關して何等規定する所なきに拘らず、爾今は其の過失に因る所犯に係る場合にあつても尙ほ有罪たるの結果を伴ふか故に、有罪性のかくの如き擴張か適當ならずと認めらるる場合にあつては、ここにも亦立法上の個別的適應を以て救済の方法を講し、此の違警罪構成事實の故意に因る實現に限り有罪たるべき旨を明示的に確定する必要あるなり。

新刑法か過失に因る所犯に係る犯罪行爲の場合に於ける沒收に關して設くる一般的规定も亦類似の方法に於て作用を及ぼすものにして、即ち獨逸普通刑法典第五十二條に依れば將來は過失に因る行爲の場合に於ける沒收は法律か明示的に之を規定したる場合に限りて之を許す。されは過失に因る輕罪につき從來はかくの如き規定を存することなきも尙ほ沒收を言渡すことを得たりし場合にして、將來も亦沒收を言渡すことを得べき場合にあつても、此の事は問題たる個々の規定につきてそれれ明示的に是か規定を爲すことを必要とす（例へは第九十九條第二號、第二百十條第一號、第二百一十一條第一號、第三百十條第二號、第三百三十一條參照）。之に反し違警罪にあつては獨逸普通刑法典第三百八十一條に依り沒收は、其の法律中に明示的に規定せられたる限りは過失に因る所犯に係る犯罪行爲の場合にあつても無難作に之を認めらるるなり。（獨逸普通刑法典第四百條、第四百五條第二項、第四百八條第二項、第四百十條第二項參照）。

本草案の豫期する所の如く附帶的刑法を原則的に新刑法の一般的规定の羈束する所とならしむるに於ては、刑法上の罪責に關して更に別段なる一個の重要な結果を伴ふ。即ち本草案に依れば獨逸普通刑法典か第十七條乃至第十九條に於て故意、意識と欲求、意圖及び過失の諸觀念につき設くる規定は、將來は國及びひ邦の附帶法についても適用するものなれど、此の方向に於ては從來は附帶法中に甚大なる相違を存し、附帶法中に於て使用せられたる責任の名稱は其の用語上に於て新刑法の名稱と一致する場合にあつても、解釋上は往々にして獨逸普通刑法典の解釋とは異なる意義を附せらるるものなるの外、國及びひ邦の刑法的附帶法の範圍内に於ても同一の用語か異なる意味に使用せられ、若は少くとも異なる意味に解釋せらるること稀ならず。即ち現行の附帶的刑法中に於て *wisentlich* なる語か新刑法上「故意」*Vorsatz* の觀念に附せらるる所と同一の意味に於て使用せらるること多く、また附帶法の種々の規定につき *absichtlich* の語か獨逸普通刑法典上「故意に因り」*vorsätzlich* の觀念、又は「意識と欲求とを以てして」*wisentlich* の語に伴ふ意味に於て解釋せらるること少からざるなり〔譯者註〕。

〔譯者註〕 獨逸普通刑法典は第十七條に於て故意に因り行爲を爲したる *vorsätzlich handeln* 者とは意識 *Wissen* と欲求 *Willen* とを以てして有罪行爲の犯罪事實を實現したる者、又は單に犯罪事實實現の可能性ありと思惟したるに止まるも、其の實現の場合については之を認諾したる者を謂ふと規



定し、第十八條に法律か *wissenschaftliches Handeln* を必要とせる場合にあつては犯人が單に犯罪事實實現の可能性ありと思惟し、其の實現の場合については之を認諾したるのみにては有罪たるに充分ならずと規定せるか故に、稱して *wissenschaftliches Handeln* と謂ふは第十七條前半に該當する行爲、即ち意識と欲求とを以てして爲す行爲を指稱するものなること明白なりと謂はざるへからず。尙ほ *rechtl. zuechtlich* に關しては第十八條第二項は犯人が法律中に記載したる結果を招來することを主眼としたることは、犯人は *absichtlich* に行爲を爲したるものとすと規定せり。今 *vorsätzlich* を「故意に因り」と譯出するに對し *wissenschaftlich* を「意識と欲求とを以てして」、「*absichtlich*」を「其の意圖を以てして」と譯出してそれぞれ此の三種の用語を區別することとせり。

かくの如き專恣錯雜なる舊法の用語法は往々にして法律の解釋に幾多の疑問を生起せしむるの因を爲したるか、本草案は新刑法の責任觀念に内在する法律上確定したる意義を附帶法上にも移植し、常に個別的適應の方法を以て從來使用せられたる責任の名稱に代ふるに、其の内容上規定の舊來の解釋と相一致する新刑法典の責任觀念を以てすることに依つて疑義發生の根源を塞くこととしたり（例へは第九十三條第二號、第九十八條第一號、第百條第一號、第百一條第二號、第百二條第一號、第百七條第一號、第百八條第二號參照）。然も從來使用せられたる責任に關する用語か其の與へられたる新しき意義に於て主觀的犯罪構成事實の一層正確なる限定を生ずる場合にあつては、例外としてかくの如き改正を行はざることとした

り。かくの如き場合に於ては法律の字句に改正を加ふることなくして、其の法律に實質上の變更を來すものとす。而して邦法中に於て使用したる責任の用語を相當に適應せしむるは邦立法當局の配慮すべき事項に屬せり。

獨逸普通刑法典か第十七條及び第十八條に於て故意、意識と欲求、及び意圖の觀念に法律上確定したる特定の内容を與へたりとするも、此の事は附帶刑法にとつて其の範圍内に於て別種の故意の創定又は應用を除外するの作用を有する次第にはあらず。獨逸普通刑法典自體も亦故意の種々なる附隨的形式を使用したり。例へは惡意 *Boswilligkeit* か、詐謀 *Arglist*、無良心 *Gewissenlosigkeit* とか何れも特殊の觀念上の意義を與へらるるものとす。是と同様の道は附帶法に對しても亦提供せらるるものにして、本草案は特別な留保を以て之を明確にするを必要とすることなし。

本草案の確定する所の如き新刑法の一般的規定の原則的適用は、附帶法中に規定せらるる幾多の累犯加重に影響を及ぼすものなりや否やの問題は究明を要する所に屬す。今現行刑法典に依れば同種類の累犯のみか、然も一般的にてはなく、單に特定のに表示したる個々の犯罪行爲についてのみ加重刑を導くに至るものなれど、附帶法中に於て累犯に關する規定を存する場合にあつては、是等の規定は何れも絶對的にかくの如き現行刑法典の規律に倚據したり。之に反し新刑法典は累犯を累犯として當然に其の刑を加重せしむるか如き一切の規定を避け、只其の第七十八條の場合のみに於ては累犯は判事をして危険なる常習的犯罪



人に對し加重刑を科することを得しめんか爲に存することを必要とする數個の條件の一を成す次第なれども、然も此の場合に於ては現行法に於けるとは異りて一般的累犯たるも、特別的累犯たるも同種の累犯たるも、同種の累犯たるもは問ふ所にあらず。かくの如き新刑法に於ける累犯の評価と使用との變更は本草案の見る所に依れば、從來現行法にのみ認められたる所の如き種類の累犯規定に何等遡及的の效力を及ぼすものにあらず。されは同種の有罪行為の犯行の反覆につき重き刑を科することとせる附帶刑法の規定は、將來も亦依然として其の效力を保有し、是か爲に明示的の留保を必要とすることなしとす。

#### 第九條及び第十條

第七條及び第八條か國刑法及び邦刑法に對する新刑法總則の適用範圍を劃定するに反し、獨逸普通刑法典の各論の部の、國及び邦の刑法的規定に對する關係を規律するものは、本草案第九條及び第十條の規定にして、其中前者は國の刑法的附帶法に關して規律を爲すものなり。新刑法は若干の例外刑法草案並に理由書第四百三三條、第五百五九條、第六六五條、第六六八條、第六七十條、第六七五條、第六七十六條、第六百二十八條乃至第六百二十一條、第三百八條、第三百二十九條、第三百四十八條、第三百五十二條、第三百六十九條、第三百九十二條第三號、第三百九十八條乃至第四百條參照)を除外すれば國の刑法的附帶法を刑法中に編入することを意識的に斷念したりしか故に、其の各論の規定は亦國の附帶刑法に代

ふることを目的とせず。されは本草案は獨逸普通刑法典の各論の規定は原則として國法の刑法的規定の效力を妨ぐるものあらずと規定したり。然も明示的の規定に基き、又は解釋の方法に於て新刑法又は新施行法か國の附帶法の現行法文に對し廢止若は變更の干渉を及ぼさんと欲するものなること明白となりたることは、此の原則を適用せず。然り而してかくの如き干渉は就中國法上の附帶法の個別的適應に關する本草案第六十六條乃至第七十八條の規定中に包含せらるゝ所とす。

新刑法の各論の規定の邦法に對する關係は本草案第十條に依つて定まるものなるか、此の規定の基礎とする所の精神は、邦法上の罰則の間に二種を區別することを必要とすと云ふに在り。本草案は其の際多くの點に於て現行施行法第二條の解釋に際し發達を遂げたる法律上の原則に倚據するものなり。

此の二種の邦法上の罰則の中の甲は第十條第一項の規定する所にして、其の輪割は只消極的に之を確定することを得るに止まるものとし、第十條第三項に記載したる特殊の法域の何れにも屬することなき邦法上の規定を包括す。本草案は此の種の邦法か新刑法の各論中に終局的に規律したる事項に關するにあらずる限りは、其の效力に觸るる所なし。而して此の限定は新刑法の各論か一個の事項を遺漏する所なく規律し盡すの範圍に於ては、舊來の邦法を廢止し、また新邦法の發生を妨ぐるの結果を伴ふものなるか故に、例へば公の競賣の場合に於ける申込の抑制を取締る一八五一年のプロシヤ刑法典第二百七十條に該當し、從來判例上依然其の效力を存するものとして承認せられたりし罰則の如きは、將來獨逸普通刑法典第三百



五十五條に於ける規定と相並ひ立つ餘地を與へらるることなし。

二種の邦刑法中乙の種類に屬するものは、第十條第二項に記載したる特別法に基きて成立するものにして之については別段なる規律を必要とす。即ち此の場合は古來邦法を以てして特殊の刑法上の需要を満足せしむるを必要としたりし法域に關するものにして、其の際同時に邦法か特殊の地方的關係に處して處置の正鵠を謬らざらんことを自己の任務と認めたることも稀ならず。されば此の乙なる種類にあつては邦法をして、適當なる罰則を存置し、又は新に之を制定することを得しむべき丈けの行動の自由を邦法の爲に存せざるへからず。同時に恰も此場合にあつては事はそれ自體として既に刑法典の各論の一條の規定の下に屬すべき犯罪構成事實に關すること甚大なるものあるの事實をも考慮するの必要あり。即ち邦の公課の遁脱の如きは觀念上之を刑法典に所謂詐欺として表示することをも得べく、また山林竊盜法若は田野警察、山林警察の諸法中に於て刑を規定せる行爲の如きも、竊盜又は器物毀棄の刑法上の觀念の下に屬すること往々にして見る所なり。されば本草案は第十條第二項に記載したる特殊の邦法は、獨逸普通刑法典各論中に終局的に規律したる事項に關する程度に於ても亦、其の效力を妨げらるることなきものと規定したり。かくの如くにして第十條第二項記載の邦法に對する關係に於ては、新刑法の各論は單に補充法の地位を與へらるるに止まる次第なりとす。

本草案第十條第二項の列擧する邦法はすへて、現行施行法第二條第二項に於ける列擧中に掲げらるるものなるか、本草案の列擧せる邦法の範圍は現行施行法に比較して著しく之を制限したり。即ち團結及び集會權の濫用に關する規定及び出版警察法、郵便法、税法及び關稅法の罰則の如きはもはや之を列擧することを爲さず。其のかくの如き處置を執れるの理由は一は邦刑事立法の權限範圍か、現行施行法の制定以來國法を以て屢次制限せられたるの事實に基くものなり。即ち團結及び集會權の濫用に關する邦法の規定の如きは、既に一九〇八年四月十九日の結社法第二十三條に依つて施行法第二條第二項より削除せられ、また關稅及び郵便制度の範圍に於ては國憲法第六條は國に專屬的の立法權を與へ、出版警察法の如きも亦一八七四年五月七日の帝國出版法第三十條第二項に於ける留保を度外視するときは、大體に於て此の法律に依つて邦の立法權より奪ひ去られたるか、此の同法第三十條第二項の留保は本草案の觸るゝ所にあらざるなり。

租稅刑法の特別法域上に於ては本草案は百尺竿頭更に一步を進めたり。即ち將來の國公課法第一條第一項(本草案第百五十三條第二號の法文に於ける)に依れば、國公課法中に記載せらるる租稅刑法に關する規定は、國、邦、地方團體、地方團體組合及び公法上の宗教團體のあらゆる租稅について適用せらるべきものとす。是と相牽聯するは國公課法第四百五十一條の新規定(本草案第百五十三條第五十一號の法文に於ける)にして、之に依れば從來の邦法上の罰則は國公課法の刑法的規定中に終局的に規律せらるゝ事項に關するの程度に於ては其の效力を失ふものとす。其のかくの如き提案の基く所の原因の詳細は本草案第



百五十三條に關する理由中に説明したるを以て、今ここには同條の理由の參照を求むること爲さるへからされど、本草案第十條第二項第二段に於て邦法上の租稅罰則につきて規定したる規律は同條の理由につきて見るときは自ら明かなるものある次第なりとす。

交通稅の範圍に於ける狀態も、國及び邦の租稅刑法の法域に於けると相似たるものあり。交通稅は從來は刑法的には或は國法（獨逸國水路の完成及び航行稅の徵收に關する一九一一年十二月二十四日の法律第四條、ウキルヘルム皇帝運河に於ける公課に關する一九二二年十一月五日の法律參照）に依つて規律せられ、或は邦法（例へは交通稅の通脫及び免除に關する一九〇〇年五月二日のプロシヤ邦法參照）に依つて規律せられたるものなれど、此の罰則の運用は同一の官廳に命せられること多く、而して船舶の乗組員は其の航行の途中或は前掲二種の國法中の何れか一の適用を受け、或はまた國法の適用を受くることあり。然も交通稅の罰則は實質上も亦租稅刑法と相類似する所あるものなるか故に、租稅刑法の統一を是認せしむるに足る見解は、交通稅についても亦標準たるものとして認められざるへからず。されは其の程度に於ても刑法の統一を來さしむるは事宜に適せりと認むべく、否、寧ろ之を以て必要なるものと認むへし。加之今はかくの如き法律の改正の爲に恰好の時期の到來したる時なりとす。蓋し上掲の國法の規定は新刑法の規定と相容れざる一部の内容の故を以て、さなくとも本草案に於て之を改正することを必要とするものたり。邦法についても邦立法に依つて類似の適應の行はるることを必要とするを以てなり。されはこそ本

草案は交通稅刑法の統一を提案したる次第にして（本草案第六十八條及び第六十九條及び是か理由參照）、第十條第二項第二段に於ける交通稅に關する追加は實に此の提案に斟酌を拂ひたるものに外なざるなり。

本草案第十條第一項及び第二項の範圍内に於て邦法の爲に残存する刑法上の立法權は、第八條の規定につきて其の制限を見出すものにして、新刑法各論の規定に對する關係に於ては本草案第十條第一項及び第二項に依り其の效力を妨げらるることなき邦法上の規定も、第八條か邦刑法に對して確定せるか如く新刑法總則の支配は免るるものにあらず。本草案第十條第三項は此の點を明示的に確定したるものなり。同様にして本草案か第二十八條乃至第六十五條に於て定めたる一般的適應規定の效力も、本草案第二十七條規定の定むる所に従つて、本草案か爾他の點に於ては第十條に依り其の效力を妨げざるものとせしめ邦法の規定に及ぶものなり。

### 第十一條

本草案第十一條は現行施行法第五條に倚據して邦法の罰則に對して割せらるる制限を確定す。其の際本草案の取扱ふ所は邦法上の主刑のみにして、邦法上附加刑及び附帶的結果、特に沒收、判決の公告及び公



職の褫奪を言渡すことを得るものなりや否や、若し之を言渡すことを得るものどせは如何なる範圍に於て然るやは、本草案第八條に依り標準たる新刑法の一般的規定と相牽聯して、本草案第二十條乃至第二十二條に依つて定まるものとす。

第十一條の規定に依つて邦法は二年以下の禁錮及は罰金以外の刑を規定するの可能を奪はるることとなり。是と共に邦法上の立法は特に死刑又は懲役を使用することを禁せらるることとなりたり。只第十一條の禁止は邦政府が國憲法第四十八條第四項に基きて制定する刑罰については其の適用なく、此の種の處置は憲法の一般原則上第十一條に於ける制限に羈束せらるるものにあらずして、此の點は本草案に於て明示的に之を確定するを必要とすることなし。

拘留は新刑法の模範に従ひ第十一條に依つて邦法の範圍内に於ても基本罰 (Grundstrafmaß) としては廢止せられたり。拘留が違警罪罰金の規定せらるる場合に常に特に重き場合に於ける例外刑として、及び代科自由刑として之を科することを得るものなるは、新刑法典が總則の部第二編に掲ぐる規定よりして、邦法上の刑罰についても亦論結せらるる所なるか、同様にして第十一條中に拘禁の刑を擧ぐることは必要ならず。邦刑法の範圍に於ても亦獨逸普通刑法典第七十二條の條件を存する場合には、規定ありたる禁錮に代へて拘禁を言渡すことを必要とするなり。

現行施行法第五條が其の施行後に發せられたる邦法のみに関するものにして、之に反し其の以前に制定せられたる邦法は、其の維持せらるる限りは其の效力を妨げらるるものにあざれど、本草案第十一條は現行中邦法上の罰則に對しても其の效力を及ぼすものにして、其の然るか故に比較的古き邦法に於て本草案第十一條の規定と相調和する能はざる刑罰手段を尙ほ使用せる場合に於ては、邦立法の方法に於て國法上の制限に適應せしめらるるにあらざる限りは、是等の罰則はすへて廢止せらるるものなりとす。

## 第十二條

現行法の規定は非刑事罰 *nichtkriminelle Strafe* を表示するに當つて刑事罰 *kriminelle Strafe*、換言すれば刑法典に所謂重罪、輕罪又は違警罪につきて規定せらるる罰につきて使用せらるる所のものと同じの名稱を用ふること多く、従つて從來は規定ありたる刑罰手段の法律上の名稱に基きては、個々の場合につき其の刑事罰たるものなりや、はたまた非刑事罰たるものなりやを推知する能はざること往々にして然りとせり。かくの如くにして拘留 *Haft* の語は刑事罰としての拘留を表示する爲にも、非刑事上の單純なる自由の剝奪を表示する爲にも殆ど全然同様に行使せらるるに至りたれど、かくの如き立法上の名稱の同一は拘留については、刑事拘留が刑法草案の規定(第九十八條以下)上に於ては現行法上に於けるとは異りて、將來は勞役の義務を伴はしめらるるに反し、非刑事的の自由の剝奪の場合にあつては其の本質より見て實質上かくの如き勞役の強制を是認することを得へからず。従つてまた新刑法中に尙ほ追加すべき



一規定を以てして之を除外するの必要あるものなるの故を以てするも既に維持するを得へからざる所に屬せり。

然も其の特に錯綜せるは財産刑の場合に於ける現行法の名にして、即ち罰金の語は現今の所にては獨り財産に關する刑事上の主刑につき使用せらるる名稱たるのみに止まらず、非刑事上の財産罰及び強制罰についても使用せらるるを見ると共に（例へば營業條例第百三條又は舊來の法文に於ける國公課法第二百二條參照）、逆に「秩序罰」Ordnungsstrafe 又は「償金」Geldbuße の名稱は從來は刑事上の罰金についても使用せられたりしなり（例へば國公課法三百七十七條又は關稅同盟法第三百三十四條、第三百三十五條、第三百五十一條、第五百五十二條、第六百六十條參照）。

かくの如き舊來の法律上の用語の亂雜なる状態は本草案の一掃し去らんと欲する所にして、其の第十二條は非刑事罰を罰金又は拘留と稱することを禁止す。而して此の禁止は將來の國法につき一般の法律原則に従つて只立法上の準則の意義を有するに止まるものなりとするも、本草案はかくの如くにして兎にも角にも將來の邦法につき、拘留及び罰金の名稱は専ら刑事上の罰にのみ留保せらるるものなること、及び非刑事罰については別の名稱を使用することを必要とするものなることの結果を達成するものなり。而して第十二條の原則が既に現行中なる國法及び邦法の罰則の範圍内に於て必要とする所の改正は、本草案の第五十六條及び第五十七條に於て實施する所なり。

### 第十三條

獨逸普通刑法典は其の第六條に於て自己の規律したる範圍内に於て、國の刑罰法規かあらゆる事情の下に、即ち行爲地法の如何にも更に關係なく、外國犯罪 *Auslandskriminalität* を看做す犯罪行爲を列擧したり。此の列擧は終局的なるものにあらず。刑法典以外に於て規律せらるる爾他の場合に於ても國法は、行爲地法の如何を問ふことなくして、其の支配を外國犯罪上に及ぼすことを得ざるへからず。此の必要を斟酌するものは即ち本草案第十三條なるか、第十三條に依り其の效力を妨げられざるへき國法の個々の罰則か、例へば一九二八年三月三十一日の支那へ向つての武器賣込に關する法律第三條第一項第二段に於けるか如く、獨逸國民の外國犯罪についてのみ標準となるものなるか、又は例へば商船の國旗權に關する一八九九年六月二十二日の法律第十八條及び第二十四條、又は移住制度に關する一八九七年六月九日の法律第四十三條第三項の場合に於けるか如く、外國人の外國犯罪に對しても亦標準となるものなりやは、當該の法律の字句又は解釋に従つて定まるものなり。

第十三條は只外國に於ける所犯に係る重罪及び輕罪に關係するのみに止まるものにして、外國に於ける所犯に係る違警罪に關しては既に刑法草案第三百七十七條よりして、行爲地法の如何に關係なく、其の有罪なるを規定するの可能を生ずるなり。



現行の公課法は就中關稅、專賣及び消費稅の諸法につきて若干の規定を設け、之に依れば特定の形式的犯罪構成事實の存在する場合には、公課通脫に基く處罰を行ひ、通脫の故意の認定せらるるを必要とすることなしとす。此の種の場合に於て法律上表示せらるる犯罪構成事實が客觀的に存在するときは、是と共に法律上當然に、原則としては勿論反證を擧げ得るを以て常とすへき、租稅又は專賣收益を減削したること、及び犯人は故意に因り此の減削を實現したることの、重複的推定の根據を與ふるものなり。然もかくの如き重複推定は違反行爲の形式的犯罪構成事實上は、稅法又は專賣法上の秩序に對する形式的違反以外に何ものをも存することなきに拘らず、尙ほ法律の主張する所に屬するなり。

されは此の所謂推定的犯罪構成事實 *Vermutungskataster* は決して罪責を伴はざる有罪性にあらずして、寧ろ法定の責任推定 *Schuldvermutung* に基く處罰たるに止まるものなりとするも、是等の諸法の場合にあつては通脫の故意の推定は、新刑法の責任原則と殆ど相容るる能はざるの程度にまで進む。されは本草案は其の第四十七條を以て現行法の殆どすへてのかくの如き推定的犯罪構成事實を廢止し、第十四條第一項に依り其の火酒專賣法及び同盟關稅法の範圍に屬するの程度に於てのみ、其の效力を妨ぐるることなきものごしたり。

加之以上述べたる所の上にて尙ほ維持せらるへき推定的犯罪構成事實については尙ほ其の外に、本草案第十四條第二項に依り租稅通脫又は禁制違反の故意の認定せらるる場合に限り禁錮を言渡すことを得。本草案はかくの如くにして事の實際に於て從來の國公課法第三百五十九條第五項第二段の規律を擔當するに至りたるものなり。

## 第十五條及び第十六條

獨逸普通刑法典は現行刑法典に於けるか如く、明確に限定したる形式に於てのみ共犯の觀念を認む。今第三者か有罪行爲の所犯に對して此の形式の何れにも屬することなく、また刑法の意味に於ての正犯の觀念の下に屬せしむることを得へからざる關係に立つときは、此の第三者に對しては原則として刑法上の責任を負擔せしむることを得へからず。只若干の有罪行爲については此の以上に互つてかくの如き第三者をも刑法上の手段を以て責任を負擔せしむるの必要なること判明したり。

かくの如くにして現行法か犯人又は共犯以外の他人をも或は有罪とし、或は少くとも犯人の該當せる罰金について責任を負ふべきものとする若干の規定を設くることとなりたるか、此の前なる場合に於ては第者は原則として犯人と相竝んで刑を科せらるるを以て常とするものなるも（例へば營業條例第百五十一條、一八九七年六月九日の移住制度に關する法律第四十三條第二項、不正競業取締法第四條第二項、國保



險法第五百三十四條、第九百十三條、第一千四百九十四條、使用人保險法第三百四十條、一九二七年七月十六日の勞働紹介及び失業保險に關する法律第二百七十二條參照)、然も例外として犯人に代つて第三者を處罰するの必要たるものなること明かとなるものあり。此の種類に屬するは例へば或る意味に於て出版法第二十一條第一項に依る責任ある編輯人、發行人、印刷人又は頒布人か前者を指名せざる場合に於ける其の有罪性、又は勞働保護法草案の第三條第三項の規定の如し。

第三者の代當責任負擔も亦現行法上は多くは其の外に犯人か罰金の刑の言渡を受けたることを條件とす(例へば從來の法文に於ける國公課法第三百八十一條及び第三百八十二條、關稅同盟法第五百十三條、プロシヤ山林竊盜法第十一條、プロシヤ田野及び山林警察法第三條第一項、ウエルテムベルグ山林法第十八條參照)。然も其の外邦法中に於て時あつてか第三者のみにつき刑法上代當の責任を負ふべきものとし、是と相並んで犯人自身は處罰せらるることなき規定もあり。即ち就中プロシヤ山林竊盜法第十二條、プロシヤ田野及び山林警察法第三條第二項及び其の他の若干の邦刑法上の規定の如き是なり。

此の種の規定はすへて刑法上の共犯の觀念の或る程度に於ける擴張を包含するにあらざるはなし。然り而して是等の規定は若干の有罪行爲に限定せらるるものにして、また其の特別な性質や並に實際上の需要に應ずるものなるか故に、本草案は大體に於て之を固執したるか、只本草案は其の際第三者の有罪性と代當責任との間に區別を爲し、其の第十五條に於ては附帶法の規定か犯人若は共犯の外に、又は犯人若は

共犯の代りに他人を有罪として宣言する限りに於ては、すへて其の效力を妨ぐることなきものとしたり。すへての刑か罪責を條件とすと云ふ法律上の原則は本草案第七條及び第八條に依り、第十五條の意味に於ての第三者の有罪性に對しても無造作に其の適用あるなり。

事の實質に於て現行の法律狀態を踏襲するものたる第三者の有罪性に關する本草案の規定とは異り、本草案第十六條に依る第三者の代當責任に關する規定は、そか有罪の言渡を受けたる犯人又は共犯と相並んで第三者にも該當する罰金につきて代當の責任あるものとするの範圍に於てのみ維持せらるるものにして、是と共に犯人自身に對する有罪の言渡か不可能なる場合にあつても尙ほ第三者を代當の責任あるものとする邦法上の規定は、其の法律上の基礎を奪はれたるものと謂ふべし。蓋し是等の場合は其の本質より見て現行法上既に他人の罪責に對する代當責任よりも、寧ろ代當責任者自身の推定に因る罪責に對する代當責任者の處罰たるものなるを以てなり。然も此の種類に屬する場合の一部は將來は獨逸普通刑法典第三十一條の規定上、共犯の有罪性が犯罪行爲を實行したる者の有罪性に從屬することなきの事實に依つて既に掩護せらるるものと謂はざるべからず。況や從來犯人又は共犯の有罪の言渡なきも第三者の代當責任のみを單獨に言渡すことを得べしとせる、今や廢止せられんとする規定に對しては、必要な範圍に於て第三者を有罪なりとして宣告することに依つて、代償を致すこと敢て邦立法にとつて禁止せらるる所にあらざるに於ておや。



第十六條第二項第一段に於ては本草案は數個の法律違反の相競合する場合には、獨逸普通刑法典第六十七條か附加刑及び附帶的結果につきて定めたる原則か、第三者の代當責任に對しても適用あるものなることを明示的に確定するものにして、第二項の第二段は有罪被告人自身か數個の法律違反の競合したるの故を以て重き罰金に該る場合にあつても、代當責任者は自己の代當責任の據つて以て基礎とする規定に從つて設定せらるる所のものより以上にはもはや代當するを要せざるものとするに配慮を爲したるなり。

## 第十七條

倍加罰金刑 *Vervielfachungsgeldstrafe* の窮屈なる刑量は今日尙ほ現行の附帶法規中に往々にして見る所なれども、かくの如き窮屈なる刑量は新刑法か犯人の全人格に依る刑の量定につきて定めたる原則と相矛盾するものと謂はざるへからず。されは本草案は第三十四條に於て此の種の罰金を廢止することと爲したるか、然も此の場合に本草案は一點に於て除外例を設くることを必要としたり。即ち多くの邦の山林竊盜法、特にプロシヤに於けるそれに於ては個々の犯罪構成事實はそれぞれ輕重の程度に應じて、幾種類かの等級に分たるる倍加罰金刑の上に構成せらるるものなるか、今是等の場合に於ても現在規定せられある倍加刑に代ふるに、第三十四條に規定したる統一的の刑罰範圍を以てすへしとせば、是と共に同時に從來犯罪構成事實の輕重を異にするに從つて設けたる區別は、著しく其の基礎を失ふに至らすんはあらざるへ

し。されは邦法としての山林竊盜法については本草案第十七條を以て倍加罰金刑を規定するの權限を維持することとしたり。只さなくとも必要なりとする新しき國刑法に對する邦刑法の個別的適應に際しては、山林竊盜法中に於ても倍加罰金刑を拋棄するを得へからざるや否やを審査することを必要とすへし。

## 第十八條

本草案第十一條は獨逸普通刑法典の規定に比較して邦法上の制裁を制限したれども、現行施行法第六條第二項と相關聯して國刑法典の認めざる山林勞役又は地方團體勞役の刑種を規定するの權限は、邦法の爲に之を存置することとしたり。而して邦法か是等の勞役を以て自由刑又は罰金に對する代科刑として規定する限りは、本草案第十八條に依り是等の勞役の應用を認めらるること從來の如し。されは例へはプロシヤ山林竊盜法第十四條の如き此の種の規定は將來も亦依然として存立するものなり。

## 第十九條

本條の留保は公職就任資格の喪失に關する刑法草案の規定第四十六條以下の審議に際し、國議會の刑法委員會に於て行はれたりし提案に相當するものにして、刑法草案は死刑又は懲役の言渡の際には法律上當然に公職就任資格の喪失を發生せしめ、また重き禁錮の場合及び輕き禁錮にあつても特定の犯罪の場合及



ひ拘禁の場合にあつては、公職就任資格を褫奪するの宣告を爲す権限を裁判所に與へ、而して公職就任資格の喪失と共に公務員にあつては常に有罪被告人に於て在任したる公職の永久的喪失をも伴ふべきものとしたりしか、かくの如き規律は公職と共に職務に伴ふ收入の停止をも來すものなるか故に、其の職務上の地位の喪失後往々にして他に米鹽の資を仰ぐべき地位を見出すこと能はざる有罪被告人、就中其の原則として責任なき家族に對して非常なる苛酷を意味すること少からざるへし。加之其の當人の長年に亙る恐らくは瑕瑾なかるべき服務に依つて漸くにして獲得することを得たりし恩給待望の權利を、假令事甚た重きものありとするも只一朝の過誤に因つて直ちに、如何なる事情の下にあつても剩す所なく消滅に歸せしむと云ふは決して公平の處置たるものと認むべからず。されは此の種の適當なる場合に於ては從來既に行政上の方法に於て公平の原因に基く保護を與へたりしか、懲戒手續に於ける免職の場合にあつては現行懲戒法（例へは國官吏法第七十五條參照）は多くは此の罷免せられたる官吏に對し一時又は永久に其の恩給の一部を存置することを得るものと規定したり。刑事裁判所の有罪の言渡の結果として公職を奪失したる場合についても類似の規律を許すを以て適當とすへし。而して邦法中に於けるかくの如き規律が刑法典の規定したる公職の喪失と相調和し得べきものなりや否やに至つては疑問と看做さるることあるべきか故に、本草案は第十九條の明示的の規定を以てしてかくの如き規定を許す旨を明確にす。此の留保は國及び其の個々の懲戒法に對して此の問題を種々に規律することを得るの余地を與ふるやうに構成したり。若し夫れ

國官吏法については本草案第七十三條に於て之に相當する規定を提案したりし所なり。

## 第二十條

有罪の言渡の公告は新刑法上は原則として被害者に對する慰藉の方法としてのみ之を認む。従つて裁判所は獨逸普通刑法典第五十一條に依り有罪被告人に對し法律に記載したる場合に於て公告を爲すの権限を判與するの授權を受くるのみに止まれるは、此の根本精神に適合する所以と謂はざるべからず。而して有罪被告人か此の權限を行使せんことを欲するや否やは其の裁量に一任せらるる所なり。然り而して新刑法は獨逸及びオストリアの議會協議會の決議の法文に於ける第三百二十三條及び第一百一條第二項第三段の二の場合に於てのみ以上述べたる所と異なる規律を認む。即ち此の二の場合に於ては被害者は公告の權限を與へらるることなく、寧ろ裁判所か被害者の申立に基きて判決自體中に於て公告を命ずるを要するなり。

之に反し刑法典以外に於ては裁判所か有罪の言渡の公告を命ずることを得べく、又は之を命ずることを必要とする規定を存すること稀ならず。例へは判決公告の命令は國公課法の從來の第三百六十三條、新食料品法第十六條、不正競争取締法第二十三條第一項及び其の他の若干の規定中に認めらるる所たり、また例へはマルガリン法第十四條に依る有罪の言渡の場合に於ける其の第二十條の如きは判決公告の命令を強行的に規定したり。是等の規定はすべて問題たる個々の法律違反の場合にあつては、其の本質上判決の公



告に關して特に有力なる公の利益を存するものなること、又は少くとも存し得るものなることの點に其の理由を有するものなり。

本草案も亦かくの如き特別な規律の必要を承認し、従つて其の第二十條第一項に於ては判決を公告すへき旨の裁判所の命令を認め、又は之を規定する規定を其の儘に差置きたり。而して新刑法第五十一條に依り被害者に允許せらるゝ判決の公告の場合に於けるか如く、本草案第二十條第二項に依れば裁判所の命令したる公告の場合にあつても公告の範圍と方法とは、裁判中に於て之を定むべきものとす。同様にして本草案は獨逸普通刑法典第五十一條第三項中に法定したる法律思想に關聯して、其の規定ありたる判決の公告を爲すにつき遵守するを要する時日上の制限を定めたり。即ち本草案第二十條第三項に依れば裁判の既判力の發生以來六箇月を経過したるときは、もはや判決の公告を行ふことを許さるるなり。

裁判所の判決公告の命令の外に、附帶法は更に別段なる公告の附帶形式を認めたり。此の形式の場合にあつては獨逸普通刑法典第五十一條に依る場合に於けるか如く、公告の權限は被害者に判與せらるるものなりと雖、然も新刑法の規律に於けるとは異りて此の場合にあつては公告の允許は裁判所の裁量に屬せしめらるることなく、寧ろ強行的に規定せらるるものなり。此の種の規定は例へば特許法第三十六條第三項、實用意匠法第十條第三項、商標保護法第十九條第二項、不正競争取締法第二十三條第四項に於て此の種の規定をも維持することとしたり。其の外かくの如く強行的に規定せられたる公告の權限の判與につい

ては、獨逸普通刑法典第五十一條の適用、就中其の第三項の適用もあるものなるは、特に法律上に規定することなきも、本草案第七條及び第八條の規定よりしても既に自ら明かなる次第なりとす。

#### 第二十一條

沒收については國議會の委員會の決議の法文に於ける獨逸普通刑法典第五十二條に依つて、既に廣汎なる範圍を劃せられ、其の第一項は基礎的規定にして、故意に因る所犯に係る重罪又は輕罪については所謂 *instrumenta sceleris* 及び *producta sceleris* (犯罪の道具及び犯罪に因つて生じたる物) か犯人又は共犯に屬する場合にあつては其の全部又は一部を沒收することを得べく、此の處分を受くる有體物に代れる財産上の價值 *Vermögenswert* は之をかくの如き有體物と同視す。かくの如く限定したる沒收の客體の範圍は第五十二條第二項、第三項及び第四項の規定に依れば尙ほ擴張の餘地あり。之に依れば沒收は *instrumenta* 及び *producta sceleris* の場合以外の物體にあつても之を許し、更に其の所有權關係の如何に關係なく之を許し、最後に過失に因る所犯に係る輕罪の場合にあつても、法律が明示的に之を規定する限りは沒收を許すこととす。國及び邦に於ける立法はかくの如き方法に於て其の具體の場合に沒收の擴張形式を認めんと欲するに於ては、明示的の規定を設けることを強制せらるるものなれども、然も是と同時にかくの如き規定を設くるの權限を與へらるる次第なりとす。



此の除外例については獨逸普通刑法典第五十二條は既に是か法律上の基礎を與ふるものなれども、此の除外例を度外視するも國法及び邦法は沒收及び廢棄につき更に特別なる規定を示せり。即ち沒收は新刑法第五十二條に於ける原則に依れば裁判所の裁量に一任せらるるものなれども、沒收を強行的に規定する場合も稀ならず。かくの如き判事の羈束は舊刑法に於けるか如く刑法典中に於ても規定せらるること少からざれど、獨逸普通刑法典第二百二十八條、第二百二十一條、第三百五十八條、第三百六十四條參照)、附帶刑法中に於ては其の之を見ること可成に頻繁なり。反對に獨逸普通刑法典第五十二條第一項第一段に依れば、それ自體としては沒收を受くべき物なるに、附帶刑法上は沒收を許さざるものあり。かくの如き沒收の禁止は例へばプロシヤ山林竊盜法第十五條第二項又はウエルテムベルグ山林刑法第十四條第三項に於て見る所なり。時あつてか更にまた刑を言渡すことを爲さずして沒收を言渡すへしと爲すもの亦是れなきにあらず。即ちプロシヤ山林竊盜法第十七條の規定に於けるか如し。

附帶刑法は沒收の外尙ほ官沒の宣告 *Verfallerklärung* なる類似の形式を認む。若し夫れ廢棄 *Uibranch-barmachung* に關しては獨逸普通刑法典第五十三條の場合のみに制限せらるることなくして、新刑法自身も亦其の場合につきて之を認め若しは命令することあり(第二百二十一條第三項)、其の附帶刑法上の規定中に於て認め若しは命令するものに至つては更に頻繁に見る所なり。而して附帶刑法上沒收及び廢棄の外、更に峻烈なる滅却 *Verriichtung* (破壊 *Verstörung*) の處置の命せらるること一再ならずとす。

沒收、廢棄及び此の二種の處分の附屬的形式に關する是等の特別なる規定の一切を通して一事の共通なるものあり。即ち是等の規定は其の適用せらるる有罪行爲の本質と特色、竝に其の際發生する特別の需要に適應せしめらるると云ふこと是なり。されば是等の特別規定は將來も之を缺くへからざるものと認むべく、即ち本草案か第二十一條第一項及び第二項に於て之を維持すること爲したる所以なり。其の際本草案は第二十一條の第三項に於て是等の特別規定に對しても、獨逸普通刑法典第五十二條第二項乃至第五項及び第五十四條に於ける原則を準用するを要する旨を明示的に規定したり。而して具體の場合に於て此の準用か如何なる程度にまて行はるるものなりやは、個々の規定につきて其の字句、其の精神及び其の一切の關係よりして推論せざるへからざるなり。

## 第二十二條

國法及び邦法中には現行刑法中にも認めらるることなければ、また新刑法典中に於ても規定せらるることなき若干の附帶的結果を存し、問題たる特別規定か特定の有罪行爲の結果として、専ら行政法的、警察的性質を有するも、刑罰としての性質は全然之を缺くか、又は著しく減退せる法律上の效力を規定するを以て其の共通の特色とせるもの若干あり。

刑法典の範圍以外に出現する是等の附帶的結果については、二種を區別することを得へし。其の甲の種



類にあつては判決自體中に於て附帶的結果を言渡すことを必要とするものにして、例へは食料品法第十五條に依る經營の禁止、又は活動寫眞法第二十條第二項に依る營業の禁止の如きは之に屬す。其の乙なる種類にあつては有罪の言渡の先行するものありたる場合に限りて初めて附帶的結果を言渡すことを得るものにして、従つて此の場合にあつては有罪の言渡は附帶的結果の條件を成すものなり。例へは葡萄酒法第二十條第三項及び出版法第十四條第一項に於ける附帶的結果及び國公課法第三百六十六條に依る經營の續行の禁止（本草案第五十三條第十九號の法文に於ける國公課法第九十九條參照）、營業條例第五十七條第三號、第五十七條第三號に依る行商免許狀の拒絶、又は特定の場合に於て有罪の言渡を受けたる外國人を國外に追放する地方警察官廳の權限（例へは阿片法第八條第五項、競争及び富籤法第五條第一項第二段、旅券に對する違反行爲の處罰に關する一九二三年四月六日の命令第二條參照）の如きは此の乙なる種類に數ふへし。

惟ふに特定の犯罪についてはかくの如き特別の結果に對する需要を存し、かくの如き需要は將來も亦特に發生することあり得べきものなるは、亦誤認すへくもあらざる事實なり。されは本草案は其の第二十二條に於て明示的に國法及び邦法に對して、新刑法中に規定したる附帶的結果以外に互つて更に別段なる附帶的結果を認め、又は確定するの權限を與へたり。

如上の授權は附加刑には及はず。特定の有罪行爲の場合にあつては刑に併科して公職就任の資格の消滅

又は現に在職中なる公職及び公選に由來する權利の喪失を言渡すことを必要とし、又は之を言渡すことを得るものとせる、舊法中に於て往々にして見受くる規定にとつては、従つてまた將來は獨逸普通刑法典第四十六條乃至第四十九條の規定と相並ひ存するの餘地を剩さす（本草案第四十二條及び是か理由を參照）。かくの如き規律については爾今は特定の短期の自由刑への官吏の言渡か直ちに其の當人の在職中なる公職の喪失を伴ふか、又は之を伴ふことあり得べきものとせる懲戒法上の規定（裁判所構成法第二百二十六條、一八五二年七月二十一日プロシヤ懲戒法第七條參照）の效力との關係は如何に成行へべきものなりやの疑念を生ずることあり得へし。されは本草案は第二十二條第二項に於て明示的に有罪の言渡のかくの如き懲戒法上の結果を規定することを得へき確定したり。然れども其の之を許すは獨逸普通刑法典第四十七條に於ける模範に従ひ、有罪の言渡か一年以上の自由刑を宣告するものなることを必要とするの條件に繋らしめらるるものとせり。

本草案第二十二條の維持する所に係る附帶的結果にして規定上刑と併科的に判決中に於て宣告することを必要とするものは、數個の法律違反の相競合する場合にあつては、刑自體は他の法律に従つて定まる場合にあつても、之を言渡すことを得へく、又は之を言渡すを要するものなるは、獨逸普通刑法典第六十七條より生ずる論結なりとす。



現行法に於けることは異りて新刑法は其の第六十五條乃至第六十八條に於て、想像上の競合についても實質上の競合についても平等に單一的の刑 *eine einheitliche Strafe* の形成を規定せるか、想像上の競合の場合にあつては現行の規定上數個の管轄權の樹立せらるべき場合にあつても、如上の原則は何等困難を導くに至ることなく、其の此の場合に管轄に關する規定が相交錯する限りは、本草案第六條は必要とする調和の爲の配慮を爲すべきなり。

實質上の競合に至つては事自ら異なるものありて存し、數個の獨立の犯罪行爲中の一部は甲の裁判所の判決する所たり。他の一部は行政罰手續に於て判決せらるる所に係る場合にあつては、單一刑の原則は實質上の競合には適當せず。かくの如き競合の場合に新刑法第六十五條乃至第六十八條の規定を無制限に適用することとせんには、例へは税法違反に關して財務署が處罰裁決を以て裁判を言渡し、後に至つて犯人か此の處罰裁判に先立ちて裁判所に於て判決すべき犯罪行爲、例へは恐喝の如きものを犯したること判明し、而して此の犯罪行爲は其の所犯の時期の上より見て既に前の手續中に於て判決することを得へかりし場合にあつても單一刑を形成することを必要とすへし。甲の行爲が警察の處罰處分に依つて完結したるも、同一犯人の別の過誤に關しては別種の行政罰手續、例へは國公課法又は郵便法の行政罰手續に於て裁

判の宣告の行はれたる場合にあつても亦同一の必要を成立せしむへし。かくの如き場合に於て單一刑を形成することは被疑者が正式裁判を求むる申立を爲したるにあらざる限りは、特別なる行政罰手續に於て特定の過誤の終局的判決を爲すを得しめんとする特別規定の目的と相容ること能はざるへし。加之かくの如き處置を執るに於ては其の避くへからざる結果として、刑事裁判を託せらるゝ異種の官廳の作業の重複を來すべく、然もかくの如き重複作業はこゝに問題たる場合については事宜に適せざる次第たり、且又往々にして行政技術上の種類に屬する軋轢を導くに至ること必定たるへし。

本草案はかくの如き特殊の狀況に斟酌を拂ふことを必要とする次第なるか、其の際本草案は爾他の場合に於て然りとするか如く單に附帶法に對して、新刑法の一般的原则に關する除外例を設くるの權限を附與する留保を爲すを以て足れりとすることなく、寧ろ法律が特別なる行政罰手續を規定する場合には常にこゝに問題たる實質上の競合の場合につき同種の關係を存するの故を以て、自らこゝに一般的原则を設くることを必要とするものと思料し、是か爲に必要な規定を第二十三條として留保規定の間に列せしめたり。蓋し此の規定も亦獨逸普通刑法典の一般的规定に對する除外例を成すものに外ならざればなり。實質上本草案は第二十三條に於ては數個の相競合する行爲が異種の刑事手續に於て其の完結を見出すの程度に於て、單一刑の形成を除外す。本草案かくの如き特別の規律を爲すことを得るは、行政罰手續のすへての形式を通して主刑としては罰金のみを科することを得るに止まれること、及び被疑者にとつてはすへて



の犯罪行為につきて刑事裁判所の裁判を招來し、是と共に單一刑の形成をも招來することを得るものなることの故を以てなり（刑事訴訟法第四百十三條第二項及び第三項、國公課法第三百八十六條第二項、第四百十二條第二項第二段、第一條、第二項、郵便法第三十一條第二項、第四十五條第二項第二段參照。何れも本草案の法文に於てす）

#### 第二十四條及び第二十五條

有罪性の時効に關しては現行の國法及び邦法にして其の期間と始期との規律を、現行刑法又は新刑法と別様にせるもの少からず。即ち此の點に關して存する幾多の特別規定中には一般の時効期間を或は短縮するものあり（例へは出版法第二十二條參照）或は之を伸長するものあり（即ち現行刑法施行法第七條に依る郵便料金違反につきて然り）。時効の始期についても現行の規定上刑法典に依るとは別の時期を以て標準と爲すもの少からず（例へは文學上及び音樂上の作品に關する著作権法第五十條第二項、第五十一條第二項及び第五十三條、造形美術及び寫眞の作品に關する著作権法第四十七條第二項、第四十八條第二項及び第四十九條參照）。

是等の規定はすへて特別の事情に由來して發生したるにあらざるはなきか故に、本草案は其の第二十四條に於てかくの如き規律をして將來も亦可能たらしめんか爲の用意を爲したるものなるか、其の際本草案

は只一點に於てのみ例外を設くることとす。即ち舊法に依る時効の中断の制度廢止せられ、獨逸普通刑法典草案の議會提出案中には尙ほ規定せられ居たりし時効期間の伸長の制度も亦削除せられたる今日となつては、六箇月未滿の期間を以て期間とする時効期間（營業條例第四百十五條第二項又は營業的經營に於ける兒童の使役に關する法律第二十八條參照。それ／＼舊來の儘の法文に於てす）は、もはや之を是認することを得へからず。従つて本草案は新刑法第三百八十九條第一項と關聯して六箇月以上の時効期間のみを認むることとし、現行の規定上期間が六箇月未清なるものは之を六箇月の最短期間にまで引上ぐることとしたり（本草案第二十四條及び第五十一條）。

時効の期間及び始期の場合に於けるか如く特殊の場合に於ては時効の休止についても、新刑法の規定に依つて遮蔽せらるゝことなき規律を以て事宜に適するものと認めらるることあり得へし（例へは國公課法第三百六十一條第二項又は海員法第二百一十一條第二項、第二百二十四條第二項第四段參照。それ／＼本草案の法文に於てす）。是か爲に必要な法律上の基礎は本草案は其の第二十五條中に設け置きたり。

之に反して刑の執行力の時効の場合にあつては、本草案は時効の始期又は期間を新刑法と別様に規律する特別規定の必要を承認する能はず。従つて刑の執行力の消滅は獨逸普通刑法典の規定に従つて定まり、亦例外を存することなく、附帶法中に存する（例へはプロシヤ印紙税法第二十三條に於けるか如し）之に反對の規定は之を廢止することとす（本草案第五十二條）。



各邦の山林竊盜法及び田野及び山林警察法中に刑を規定したる過誤の大部分は、刑法典の列擧する竊盜又は器物毀棄の觀念に屬するものなれども、邦法上等の行爲を輕罪とせずして違警罪と爲すもの往々にしてあり。然も邦法か之を以て違警罪と爲し乍ら尙ほ是か未遂及び従犯を有罪なりと爲す方針を墨守するもの稀ならず（例へばプロシヤ田野及び山林警察法プロシヤ山林竊盜法第四條參照）本草案は其の第二十六條に於て邦法に對し此の特別法域上に於ては將來も右の可能を保障することとしたり。其の然る所以は一は山林及び田野の保護を有效ならしむるの利益の爲と、一はかくの如き可能を認めざるに於ては當該の行爲か竊盜又は器物毀棄を成す限りは、是等の行爲につき特殊の邦法上の規定を存するにあらざるべきは是か未遂又は少くとも従犯は國法を以てして之を罰すへきにはあらざるや否や疑問たるものあるへきか故とを以てなり。

之に反し本草案は附帶刑法の從來の規定か未遂についても既遂と同一の刑を、従犯についても正犯と同一の刑を規定せるの程度に於てまでも、附帶刑法の舊來の規定を維持すへき理由を有せざるなり（例へば國公課法第三百六十條第二項、第三百六十一條參照。舊來の法文に依る。其の外プロシヤ山林竊盜法第四條）。

## 第二編 國法及び邦法の改正

第二部第二編に於ては本草案は刑法典以外の國法及び邦法につき、一般的なる刑法及び行刑の制度の形式の更新に因つて必要となるに至りたる改正を施すものなり。

本編の第一章は一般的の適應規定を掲けたるか（之については後に第一章に關して述ふる所を參照すへし）、其の適用は平等一律に國法並に邦法の上に及ぶ。

第二章乃至第十二章に於ては第一章の一般的なる適應規定の以上に互つて現行の國法につき必要なることの判明したる特別的適應を遂行するものなり。其の邦法についても之に相當する特別的適應を必要とする限りに於ては、必要なる規定を設くるは邦立法當局の任とする所なりとす。

かくの如き特別的適應の必要は具體的の場合に於て極めて種々なる原因に基くことあるへし。其の最も重要にして且最も頻繁なる場合は既に曩に第七條及び第八條の意義に關して述ふるに當つて説明する所ありたる次第なるか、實際論述したるか如く是等の場合の大部分は附帶刑法の責任形式、過失に因る所犯の有罪性及び過失に因る輕罪の場合に於ける沒收に關する規定を、刑法草案の一般的原则と相調和せしむるの件に關せり。其の他の場合に於ては個別的改正の必要は附帶法の從來の法文か現行刑法典及び現行刑事



訴訟法の規定に倚據するものにして、然も是等の規定は新法中には全然收容せらるることなきか、又は著しく改正せられたる内容に於て收容せらるるの事由に基きて生ずるものなるか、かくの如き種類の個別的適應は特に證人若は鑑定人の宣誓、公示宣誓、又は宣誓に代る保證、又は是か受理を客體とする現行法の多くの規定につきて、其の必要なること明かなるものあるなり。

國法の特別的適應に際しては本草案は、特別の規律を必要とする各法律につきてそれ／＼一條の特別な條文を捧けたるか、只一個の法律の範圍内に於て從來の規定を削除することを必要とするに止まりて、其の以外に改正を施すことを必要とせざる場合に限りては、其の數個の法律に關する場合にあつても、尙ほ此の種の數個の廢止規定を只一條の條文の範圍内に總括することあり（第百十一條、第百七十八條參照）。結局刑法の形式の更新か特別的適應を必要とするに至りたる國法の數は、總計にて百を超えたり。

特別的適應は必然的に國法の一切の範圍に及ぶものなるも、只若干の少數國法についてのみは本草案は殊更に意識して自ら抑制的態度を執る。即ち本草案は共和政體保護法の適應を斷念したるか、其理由とする所は一には此の法律の效力期間が短期なると、また一には永久的效力を要求することを得べき共和政體保護法中の規定は、獨逸普通刑法典中に繼受せらるるに至りたるか爲となり。同様にして本草案はまた一時領事裁判權法の改正案を拋棄したり。蓋し領事裁判權の資料の全斑に互る新規律の目録の間に迫れるものあるを以てなり。また出版法については本草案は出版法の改正の目下進行中なるの事實を斟酌して、

最も喫緊の改正を施すに止めたり。而して一九二六年七月八日の法文に於ける一九二四年八月三十日の銀行法第三十九條、第四十一條及び第四十二條の規定をば、本草案が第百七條に於て私立銀行券發行銀行法 *Privatnotenbankgesetz* の之に相當する規定につきて規定したる所と類似の方法に於て改正するを必要とするや否やの問題は一時解決を差控へたる所に屬せり。

### 第一章 通 則

本章の主たる内容を成す一般的適應の範圍内に於ては、本草案は就中爾他の國法及び邦法の幾多の罰則を、獨逸普通刑法典の罰則及び其の部分的に異なるものある有罪行爲の分類と相調和せしむるに注意を拂ふことを必要としたり。其の外實體刑法の改造に依つて規律すべき客體を失ふに至りたる附帶法の多くの規定は一般的の改正規定を以てして之を廢止し、もはや繼受せらるることなき舊法上の規則及び形式の脱落に因つて生じたる欠缺は之を補正することを必要とせり。

第一章の末尾を成すものは從來刑事罰としての拘留及び罰金と非刑事罰としての拘留及び罰金を規定するに當つて、法律上の用語に錯綜混雜せる無組織、無系統の状態を存したりしを一掃する規定、及び國議會の委員會に於て決議したる宣誓犯罪の改造よりして論結を抽出する規定なりとす。



## 第二十七條

本草案か第二十八條乃至第六十五條に掲ぐる一般的適用規定の適用範圍は、本草案第二十七條に於て限定せらるるものにして、其の第一項は一般的適應規定は本草案施行の當時は現行中なる一切の國法及び邦法に對し、之を適用することを要するものなることを規定す。

第二十七條第二項は疑問の發生を避くる爲三個の方向に於て、明示的に第一項の原則の影響の及ぶ範圍を確定するものにして、先づ第一に本草案上其の效力を妨げらるることなき法律及び規定と雖亦一般的適應規定の適用は受くるものなることを規定す。かくの如き本草案か其の設けたる個々の留保に附する制限的の效力に相當するものと謂はさるへからず。而して本草案の設くる留保のかくの如き制限的の效力を有するものなるは、其の法文中に於て「……限りは」の語を使用せることに依つて既に表明せらるる次第なりとす。

本條第二項は更に一般的適應規定は第六十六條乃至第七十八條に於て、特別適應を受けたる國の法律及び規定に對しても適用あるものなることを明かにす。されは此の種の國の法律及び規定にあつては本草案第六十六條乃至第七十八條中に規定したる改造の外に、本草案の一般的適應規定より生ずる更に別段なる改正の追加を見るものなるか、若し此の規律を爲すことなからんには莫大なる數量に上る單行規定を發

布することを必要としたりしなるへく、爲に施行法の範圍を幾倍にも倍加せしむることを必要としたるへきに、本草案はかくの如き規律を爲すことに依つてかくの如き無用の勞を省くことを得たるなり。只二三の特に重要な法律、即ち就中第二編第二章及び第三章中に於て規定したる所のもの、及び國公課法については本草案は特別的適應の外に尙ほ、それ自體としては其の一般的適應規定に依つて既に發生したるへき改正をも一々實施したり。然もまた他の一面に於ては本草案第二十七條第二項の明示的に高調するか如く、一般的適應規定は第六十六條乃至第七十八條の特別規定中に於て何等か別段の規定を爲せる程度に於ては抑制を餘儀なくせらるるものなるか故に、本草案か例へは自動車を以てする交通に關する法律第二十五條中に於て（本草案第六十五條第四號參照）三箇月の禁錮と罰金とを選択せしめ、また私立銀行券發行銀行法第二十八條第二號及び第三號に於て（本草案第七十七條第一號參照）從來の倍加罰金刑に代へて、將來は五千馬克の罰金又は五千馬克乃至十萬馬克の罰金を規定せる場合にあつては、此の規律は本草案第三十二條第一項及び第三十四條の規定に優先するなり。

最後に本草案は第二十七條第二項第二段に於て尙ほ其の一般的適應規定は官廳又は其の他の官公署に罰を規定し又は之を確定するの權限を與ふる授權規定に對しても其の適用あるものなるか、此の授權に基きて將來規定すへく、又は確定すへき刑を新法の範圍内に止まらしめんか爲には右述ふる所の如き處置は必要なりとす。



本草案は其の一般的適應規定の適用を國法及び邦法の規定にして本草案の施行の當時に存在したる所のものに制限するを以て足れりとするを得ること通例なれども、其の以上に互つて後日に制定ありたる法規をも羈束することを必要とする限りに於ては、本草案第七條及び第八條か新刑法の一般的規定を將來に對しても適用するを得しむるに依つて、既に大體は其の目的とする所を達成する次第なり。然りと雖是等一般的の適應規定中に一定の種類に屬するものについては、本草案第七條及び第八條に歸屬する效力のみにては未だ以て充分なりと爲す能はず。新刑法の一般的規定に依つて掩護せらるることなき是等の種類の規定にあつては其の全體としての意義上より見て、本草案か其の一般的適應規定中に規定したる規定は、將來の法規に對しても效力を要求せざるへからず。此の議論は先づ第一に本草案か財産刑及び償金に關する一九二四年二月六日の命令の規定に倚據して、其の第五十八條乃至第六十二條に於て刑事罰としての授權罰金 *kriminelle Ermächtigungsgeldstrafe*、及び非刑事罰としての財産刑及び自由刑につき設けたる刑の範圍につきて適用ある所なれども、將來に於ける羈束の必要は就中本草案か第六十三條及び第六十四條に於て、其の爾他の訴訟法的規定の模範に従つて現行法の一切の範圍に互つて實施したる宣誓の制限に關する規定につきて之を存する次第なりとす。刑事訴訟手續に於ける搜索の權利は將來は只檢事、檢事の補助官及び警察官にのみ與へられ、爾他の行政官廳に對しては之を認めざることをせざる第六十五條の規定についても亦同し。されば本草案は第二十七條第三項に於て其の第五十八條乃至第六十五條の規定は、將來

の國の立法か自ら除外例を規定し、又は之を認むるにあらざる限りは將來の國法及び邦法に對しても標準となる旨を規定したり。

## 第二十八條

刑法草案は從來の刑法の要塞禁錮に代ふるに拘禁 *Einschließung* を以てするものなるか、然も從來の要塞禁錮は特定の若干の犯罪についてのみ規定せらるるに止まりたるに反し、新刑法は拘禁を以て一般的の代科刑 *Ersatzstrafe* として之を使用し、而して此の代科刑は刑法草案第七十二條中に詳細に規律したる條件の下に、すべての重罪又は輕罪につきて拘禁を科するにあらざれば懲役又は禁錮に該當する場合に此の該當する懲役又は禁錮に代へて之を科することを必要とするなり。此の規律は本草案第七條及び第八條に依り國及び邦の一切の刑罰法規につきて適用せらるるべきものなれども、今若し刑法典以外に於ける個々の刑罰法規中に於て、要塞禁錮（又は拘禁）を原則刑 *Regelstrafe* として規定するに於ては、かくの如きは即ち右述ふる所の規律と相調和する能はざるなり。されば第二十八條は從來要塞禁錮を他の自由刑と選擇的に規定したる規定中に於ては（例へば出版法第二十一條第一項參照）、常に要塞禁錮の刑の規定を廢止することとせり。

要塞禁錮のみを刑とする規定（現行刑法典第二百一條乃至第二百三條、第二百五條、第二百六條參



照)、又は要塞禁錮を唯一の自由刑として罰金と選擇的に之を規定する規定は附帶法中には之を存せず。されは本草案は此の點に於ては特別の規定を設くる理由を有せざるなり。

第二十九條、第三十三條、第三十六條、第三十八條

獨逸普通刑法典は違警罪の場合についてのみ拘留を規定し、然も此の場合にあつても只代科自由刑として、若はまた特に重き場合に對する加重刑として之を規定するに止まる。されは本草案は附帶法の一切の刑の規定に於ても輕罪については全然拘留の刑の規定を廢止し、違警罪についても原則刑としては之を廢止するの用意を爲さざるへからず。其の際本草案は從來の規定中に於て他の刑と選擇的に拘留を規定せる場合にあつては常に代科の刑を設くることなくして之を廢止することを得へし。是は獨り從來拘留を他の自由刑と相並んで選擇するを得しめたる、例へは出版法第十八條、第二十一條、又は取引所法第九十條の如き場合についてのみ然りとするにあらずして、拘留を罰金と選擇的に規定する規定についても其の適用あるものにして、此の規定が從來の刑法の意味に於ての輕罪の場合(例へは國保險法第四百十條、第五百三十二條、第九百十一條、第千四百九十條、第千四百九十一條又は國貨借料法第二十三條參照)に於けると、從來の法律上既に違警罪たる場合(例へは不正就業取締法第六條、第十條及び第十一條又は獸疫豫防法第七十五條及び第七十六條參照)に於けるとを問ふことなし。かくの如く別に代科の刑を規定すると

なくして、拘留を廢止するは本草案の第二十九條、第三十三條及び第三十六條に於て實施する所なるか、之に反し從來の刑法上拘留を唯一の刑として規定することウエルテムベルク警察刑法第十條に於けるか如くなる場合にあつては、本草案は此の刑の代科刑につき配慮を爲さざるへからず。されは本草案はかくの如き場合に於ては罰金を以て拘留に代らしむることとせり(第三十八條)。

第三十條、第三十一條

現行法に於けるとは異り新刑法典は個々の犯罪構成事實につきもはや、自由刑を言渡すの外更に之に併科して罰金を言渡すことを必要とするものとし、又は之を言渡すことを得るものとせる刑の規定を設くることなく、其の自由刑に併せて罰金をも科すへき實際上の必要を存する限りは、獨逸普通刑法典第三十八條に於ける一般的规定(射利心の場合に於ける罰金)を以て充分なりとすへし。

本草案は判事か附加刑としての罰金を科するに當つては、其の刑法典中に規定したる有罪行為に關するにもせよ、はたまた附帶刑法上の犯罪に關するにもせよ、同一の原則に従つて處置を爲すことを必要なりと思料するものにして、其の然るか故に本草案は新刑法の例に従ひ附帶法の一切の範圍に於ても亦所謂附加刑罰金 (Zel Inhabensstrafe) なるものを廢止し去りたり。而して本草案第七條及び第八條との關聯に於て獨逸普通刑法典第三十八條中に於て裁判所に與へたる權限は、附帶刑法の範圍に於ても亦充分なるものあり



然れども本草案が獨逸普通刑法典第三十八條中に於て「射利心に基き」の字句は、大審院（大審院刑事判決集第六十卷第三百六頁參照）が「射利心に基き」の觀念に與へたる解釋の極めて制限的なるものあるの事實に顧み、更に包括的なる措辭を以て如上の字句に代ふることとするものとの斷定よりして、立法の歩を進むるものなることは第三十條及び第三十一條の條文の脚註中に於て既に一言したる所の如しとす。

附帶刑法の範圍に於て附加刑罰金を廢止するに當つて本草案は二種の刑の規定を區別することを必要としたり。其の甲の種類のに屬する規定はそが自由刑を規定し、其の外に罰金を第二の重疊的主刑として規定するを以て其の特徴とするものにして、此の種の刑の規定の場合にあつては現行法中其の間更に二種の異なる形式に分類せらるるを見る。即ち規定の禁錮又は懲役に併科して罰金を科することを必要とするものと規定するか（即ち例へは商法第三百十三條、第三百十四條、木虱撲滅法第九條、奴隸略取及び奴隸賣買の處罰に關する法律第三條第一段、競走及び富籤に關する法律第五條第一項後半、共和政體保護法第九條第一段、プロシヤ山林竊盜法第八條第一段）、或はまた單に自由刑に併せて罰金を科することを許す旨の刑の規定を設くるか（例へは國保險法第五百三十三條第二項、第四百九十二條第二項、獸疫豫防法第七十四條第二項、從來の法文に於ける軍機保護法第十三條參照）の二種なり。此の甲の種類のに屬する二種の形式については本草案は第三十條に於て、是等の場合にあつては將來は附加刑罰金の規定を全然廢止する旨

を平等に規定す。而してここに問題たる場合にあつては、法律の刑の規定の變更ありたるに拘らず將來も亦獨逸普通刑法典第三十八條の條件を具備するときは、今後は單獨に規定せらるる自由刑に併科して罰金を言渡すことを得るの故を以て其の罰金のみを規定するの處置を斷念することを得るなり。

此の甲なる種類のに屬する場合の外本草案は現行法中に於て見る所たる更に二種の附加刑罰金の規定を斟酌することを必要としたり。其の一方の種類は可成に稀にのみ見る所にして、此の種に屬するものにあつては刑の規定は、罰金の負科を強制的に規定し罰金に併科して自由刑を言渡すことを認むるの點に存す（例へは一九二一年七月四日、一九二一年十二月二十二日及び一九二三年五月十四日の命令の法文に於ける一九一九七月十八日の加里經濟の規律に關する法律施行令第九十五第二項、又はプロシヤ山林竊盜法第六條參照）。また本草案が是と相關聯して斟酌することを必要とする第二の種類に屬する規定は、禁錮及び罰金又は此の兩種の刑の何れか一方を並立的に規定する極めて多くの規定より成るものなり（例へは不正競争取締法第四條、第八條、第十二條、第十五條、第十七條、第十八條、第二十條、新食料品法第十二條、第十三條、火器及び彈藥に關する法律第二十五條參照）。本草案は其の第三十一條に於て此の二種の附加刑罰金を乙の種類に總括し、統一的に之を改正して從來の如き罰金と自由刑との重疊の規定に代ふるに、此の二種の刑種の選擇的規定を以てすることとしたり。而して此の乙なる種類に屬する場合にあつても刑の規定は變形せられたるに拘らず、其の獨逸普通刑法典第三十八條の條件を具備する場合にあつて



は、自由刑を言渡したる上此の規定に従つて罰金を科するの可能は判事の爲に存置せらるる次第なりとす。

第三十二條、第三十四條、第三十五條、第三十七條、

本草案の重要な任務の一は新刑法の行へる所の如き違警罪と輕罪との間の明確なる區別を、附帯刑法の範圍に於ても貫徹せんとするの點に存す。從來の刑法は拘留又は百五十馬克以下の罰金を規定せらるる一切の行爲を違警罪と稱し（現行刑法典第一條第三項）、従つて専ら拘留を規定せる違警罪を認むると共に（例へば現行刑法典第三百六十一條第一號乃至第八號參照）、輕罪についても自由刑として拘留を使用す（出版法第十八條參照）。然も他の一面に於ては從來の區別の標準に依れば、専ら罰金を規定せらるる行爲の如きも、其の規定ありたる罰金の多額が百五十馬克の額を超ゆるときは直ちに輕罪としての法律上の性質を具備するに至るものなり（例へば造形美術及び寫眞の作品に關する著作権法第三十三條、第三十四條參照）。かくの如き從來の區別方法は獨り輕罪と違警罪との間の形式的限界を著しく紛更するのみに止まらず、違警罪罰金の多額の制限の低きに過ぐるは恰も刑法的附帯法規に於て其の本質上單に刑法的秩序違反を成すに止まる幾多の行爲をば、百五十馬克の多額を以てしては制裁として不充分と認むべきの故を以て、輕罪の刑を以てして之を罪することを必要とするの結果をも導く。之に對して獨逸普通刑法典

は違警罪を以て最も輕微なる刑事上の過誤たるものとして、明確に之を輕罪より區別し、同時に將來は從來よりも遙に廣汎なる範圍に亙つて違警罪の刑を使用するの道を開くこととし、此の目的を達成する爲に新刑法は種々なる手段を使用す。先づ之を形式上より見るときは新刑法は違警罪を刑法に對する比較的重き違反より區別して之を別の一編中に收むることとし、また其の實質上の關係に於ては拘留を以て違警罪の原則的制裁とすることを斷念して、専ら罰金のみを以て罰せらるる一切の行爲を違警罪として取扱ひ、其の規定したる罰金の多額は問はざることとす。其の外違警罪罰金の原則的多額を五百馬克に引上げ、尙ほ其の上に明示的に五百馬克よりも重き罰金を規定するを許すこととせり。

かくの如き獨逸普通刑法典か違警罪につきて迎れる新しき途は即ち本草案の亦追はんとする所の先蹤に外ならず。只本草案は附帯刑法上の一切の現行違警罪をそのまま新法中に繼受するを以て足れりとすることなく、寧ろ違警罪の範圍を從來の輕罪犯罪構成事實の負擔に於て更に著しく擴張し（本草案第三十五條第一段）、先づ罰金のみを以て處罰せらるるか、又は罰金と選擇的に規定したる拘留か本草案第三十三條の規定に従つて廢止せらるるに至りたる從來の法律上の幾多の輕罪を、將來は違警罪たらしむることとす。

然も本草案は更に一步を進めて罰金と選擇的に三箇月以下の禁錮を規定したる殆どすへての從來の輕罪をば違警罪に變更することとし、是等可成に頻繁に見受くる從來の法律上の輕罪（例へば種痘法第十七條、勞働紹介及び失業保險に關する法律第二百五十四條參照）については本草案は、其の第三十二條第一



項第一段に於て從來規定せられたる禁錮の刑か三箇月を超過することなき限りは全然之を廢止することに依つて、刑の規定の必要なる變形を達成す。本草案は第三十二條第一項第二段に於て明示的に、本草案第三十一條の規定する所たる從來の刑率の變更に依つて罰金と相並んで三箇月以下の禁錮を選択的に規定せる規定の招來せらるゝに至りたる場合は、罰金と選擇的に三箇月未満の禁錮の規定せらるる犯罪構成事實と同視することとしたり。されは例へば從來は刑として三箇月以下の禁錮及び罰金又は此の兩種の刑の何れか一方の規定せらるること一九二八年三月二十四日及び一九二九年三月二十三日の法律の法文に於ける一九二六年十二月二十三日の牛乳取引取締法第三條第一項に於けるか如くなるものに對しては、將來は全然罰金のみを規定することとし、殊に本草案第三十五條に依り從來の儘の多額に於てす。

本草案か其の第三十二條第一項に於て行へる所の如き輕罪を違警罪に變更するの舉は、決して刑法上の保護を過當に薄弱ならしむることを意味するものにあらず。蓋しこゝに問題たる有罪行為にあつては將來と雖特に重き場合に於ては三箇月以下の自由刑、即ち拘留を言渡すことを得べく（獨逸普通刑法典第三百八十四條及び第三百八十七條）、而して此の拘留は行刑法に依れば禁錮と同様勞役義務 *Arbeitspflicht* を伴はしめらるるものなるか爲と、また一には本草案は從來規定したる罰金の多額につき實質上此の場合に何等の變更を來さしめらるるものにあらざるか爲との故を以てなり。

勿論それ自體としては本草案第三十二條第一項の規定の適用を受くべき犯罪構成事實の中にて極めて重

きを爲す過誤に係り、其の之を違警罪に變更するを正當とせざるべきものも若干是れ無きにあらず。本草案は第三十二條第二項中にて是等の犯罪構成事實を一々列舉し、之に對しては第一項の適用なきものと規定す。其の際第二號には海員法の一般的改正の豫期せらるゝものあるの事實に顧み、此の場合にあつても違警罪を以て足れりとするものなりや否やの問題の審査を此の改正事業に一任せんとする海員法上の若干の輕罪を列舉し、第二項第七號に於ては邦法の規定につき第一項の適用を除外するの權限を邦法に與へたり。されは例へば一九二八年五月二十六日の告示の法文に於ける富籤賣買に關するバワツヤ法第八條に於て、三箇月以下の禁錮及び罰金又は此の兩種の刑の何れか一方を規定したりとせば、此の刑罰は本草案第三十五條と相關聯する第三十二條第二項の規定に依り一萬馬克以下の罰金に變更せしめらるるに至るものなるも、然も邦法は第三十二條第一項か此の規定については適用せらるるへからざる旨を規定することを得べく、今邦法にしてかくの如き規定を爲したりとせば、本草案第三十一條第二項に依り將來も三箇月以下の禁錮又は罰金を規定せらるべきなり。

是と相關聯して本草案は同時に罰金を規定せる附帶刑法の制裁をも新刑法の規定に適應せしむるの必要に直面するものと認む。其の際本草案は爲し得る限り從來規定せられたる罰金の多額を固執するの原則を遵奉するものなるか（本草案第三十五條第二段前半）、一九二四年二月六日の財産刑及び償金に關する命令は既に重罪及び輕罪と違警罪との兩方の側に於て罰金の多額の統一を可成に廣汎の範圍に互つて招來し



たるか故に、本草案としては一層容易に前述の方針を貫徹し得る次第と謂はざるべからず、されは本草案は是か變更を事情に應じて從來の倍加罰金刑か本草案第十七條に依り存続せしめらるるにあらざる限りは之に代ふるに他の範圍の刑を以てし、違警罪については從來の百五十馬克の多額を五百馬克の新通常多額に引上ぐるに制限することを得へし。此の目的の爲本草案は第三十四條に於て廢止せらるべき倍加罰金刑に代ふるに（第十七條の理由をも参照）爾今は一萬馬克以下の罰金を以てし、第三十七條を以て違警罪につき從來規定せられたる百五十馬克の罰金の多額を廢止することしたり。

かくの如くにして輪劃を描き出したる、本草案か罰金の適用範圍に於て從來の法規に對して實施したる革新の眼目は、形式上の點に於ても亦附帶法中に規定せらるる罰金の新刑法への必要なる同化を實現せんか爲には、それ丈けのみにては未だ以て充分なりと爲す能はず。是は舊法に依れば罰金か「無雜作に」、換言すれば別に多額を表示することなくして規定せられたる場合に於ては其の規定の意味は明白なるものあるに反し、新刑法上は同一の刑の規定に二重の意味の與へらるるの事實に基く。即ち現行法に依れば罰金を規定せらるることに依つて犯罪行爲は無雜作に常に輕罪として表示せられ、是と同時に罰金の多額は一萬馬克に確定せらるるものなるに反し（現行刑法典第一條第二項、第二十七條第二項第一號、財産刑及び償金に關する命令第八條第一項、第十四條第二項第二號）、新刑法に依れば罰金は無雜作に輕罪に依つても、また違警罪についても規定せられ、その輕罪たる違警罪たるに依つてそれぞれ其の多額を將

來も亦一萬馬克（獨逸普通刑法典第三十七條）、又は五百馬克（獨逸普通刑法典第三百八十條）と定む。此の新刑法上に於ける無雜作なる罰金の規定の有し得べき二重の意味は本草案も亦之を顧慮することを必要とするものなるか故に、本草案か輕罪につき一萬馬克以下の罰金を規定し、又は違警罪について五百馬克以下の罰金を規定せんことを欲する場合にあつては、刑の制裁を構成するに單純に罰金を規定することと爲すを得へし（本草案第三十四條第一項第一の場合、第三十七條）。之に反し新刑法に所謂違警罪につき一萬馬克以下の罰金を認めんとせば從來の無雜作に罰金を規定する規定に代ふるに、爾今は明示的に一萬馬克以下の罰金を規定する法文を以てすることを必要とするなり本草案第三十四條第一項第二の場合、第三十五條第二段前半参照）。

### 第三十九條

現行法は既に輕罪の場合に於ける罰金の寡額を三馬克に、違警罪の場合に於ける罰金の寡額を一馬克に定めたるか（財産刑及び償金に關する命令第八條第一項及び第十四條第二項第二號と關聯する現行刑法典第二十七條第二項、第三項）、此の寡額は財産刑及び償金に關する命令を以てして其の施行の當時現行中なる國法及び邦法につきて招來したりし所のものなるか、然も此の寡額の羈束は此の命令の施行以後に制定せられたる國法にあつては一般の原則に従つて打破することを得べく、また此の命令の施行以後に制定



せられたる邦法にあつては該命令第八條第二項の定むる所に従つて打破することを得たりしものなり。然り而して輕罪罰金を三馬克の寡額以下に引下くる規定は從來制定せらるることなかりしか、之に反し邦法は違警罪につきて一馬克よりも低き寡額を規定するを得るの自己に對して與へられたる權限を行使したり（例へは山林法改正に關するパウリヤ法第一條、一九二四年二月九日のバルツ邦山林刑法改正法及び田野損害取締法參照）。かくの如き寡額は將來は本草案第七條及び第八條と相關聯して獨逸普通刑法典第三十七條及び第三百八十條に依りてもはや之を認めず。而して此の點について一切の疑念を除却せんか爲本草案第三十九條は、罰金の寡額の規定か輕罪につきて三馬克未滿、違警罪につきて一馬克未滿なる限りは、かくの如き寡額の規定を明示的に廢止することしたり。

#### 第四十條、第四十一條

罰金徵收すへからざる場合に之に代るべき代科自由刑の確定に關する新刑法の規定（獨逸普通刑法典第三十九條、第三百八十六條及び第三百八十七條）は、國及び邦に於ける一切の附帶法につき亦羈束力を有するものなり（本草案第七條及び第八條）。されは代科自由刑の刑種又は刑量につきて特別の規律を規定する現行の規定（例へは營業條例第四百十六條第一項、第四百十六條第一項、第四百十七條第一項、文學士及び音樂上の作品に關する著作權法第三十八條第三項、第三十九條第二段參照）、又は罰金徵收し得

へからざる場合に之を自由刑に変更することを一般的に禁止する現行の規定（例へはプロシヤ印紙稅法第二十二條參照）は、是等の規定か既に財産刑及び償金に關する命令第八條、第十四條に依つて廢止せらるることなかりし程度に於ても如上の規定と相並ひ存するの餘地をばはや存することなきなり。（之については大審院刑事判決集第五十八卷第三百八十二頁、特に第三百八十四頁參照）。本草案は第四十條及び第四十一條の兩條を以てして之に異なる規定を廢止することに依つて如上の主旨を明示的に確定したるものなり。

#### 第四十二條、第四十三條

新刑法中に於て公職就任資格及び選舉權並に表決權の褫奪の受くる一般的の規律は、特定の犯罪構成事實につきて刑と併科的に公權の喪失又は此の喪失中に包含せらるる個々の法律上の不利益を言渡すを要するものとし、又は言渡すことを得るものとする現行法上の多くの特別規定を廢止することを必要ならしむるものなるか、是か廢止を命ずるは即ち本草案第四十二條の規定にして、此の廢止は特に公權の褫奪（例へは商法第三百十三條、第三百十四條、第三百十六條、取引所法第八十八條、第九十四條、第九十五條、國保險法第四百十二條、第四百十三條、第五百三十三條、第一千四百九十二條參照）、公職就任資格の褫奪（例へは共和政體保護法第十條第二項參照）、在職中なる公職の喪失又は公選に由來する權利の喪失（例



へは從來の法文に於ける軍機保護法第十四條參照)を刑と併科的に規定する種々の規定に及ぶ。第四十二條の規定は個々の國法に於ける將來の特別規律にして刑法草案各論編の若干の規定に於けるか如く、刑種と刑量の如何に關係なく公職就任資格褫奪の宣告を許すものに反對する次第にはあらず。本草案自身第二百二十八條第三號に於てかくの如き規定を規定せるか、其の効力は本草案第二十七條第二項に依つて確保せらるる次第なりとす。

本草案は公權又は個々の資格若は權利の喪失の言渡ありたる場合につきて、此の喪失中には包含せらるることなき別段なる法律上の結果を發生せしめ、又は之を許すものと宣言する規定(例へは營業條例第五十三條第一項、第二百二十六條、商法第八十一條、出版法第八條、取引所法第七條第一項第二號參照)に對しては、第四十二條の場合に於けるとは別段の態度を執ることを必要とするものにして、此の種の規定は第四十三條に於て從來是等の規定中に掲げられたりし權利若は資格の喪失に代ふるに、新刑法の意味に於ての公職就任資格の喪失を以てし、以て個々の規定中に記載せらるる別段なる法律上の不利益は將來は此の喪失を條件たらしむるの方法に於て之を改正することとせり。

#### 第四十四條

新刑法はもはや警察監視の認許を認むることなきが故に、刑と併科的に警察監視の認許を言渡すことを

得るものとせる舊法の一切の規定は、之に依つて其の規律すべき客體を失ふに至りたり(例へは食料品法第十二條第四項、海員法第五百條第二項參照)。されは本草案第四十四條は是等の規定を廢止し、同時に是と相關聯する警察監視の認許を言渡す判決に別段なる法律上の結果を附隨せしむる規定をも廢止することとせり(例へは從來の法文に於ける營業條例第五十七條第二號、火器取締法第十六條第一項第五號參照)。

#### 第四十五條

同時に特定人の訴追又は有罪の言渡を伴ふことなくして行はるることあるべき沒收又は廢棄の獨立しての言渡は、舊刑法第四十二條に於て其の第四十條及び第四十一條の場合に限定せられ居たりしか故に、此の所謂客觀的手續を現行刑法典第四十條及び第四十一條の範圍を超えて沒收の規定せられたりし他の場合に於ても可能ならしむるの必要を存する場合にあつては、常に明示的の特別規定を以て問題たる個々の犯罪構成事實につきて之を許すものと宣言することを必要としたり。是は現行法に於ては極めて頻繁に行はれたる所なりとす(例へは現行刑法典第一百五十二條、葡萄酒法第三十一條第四項、屠獸及び屠肉の検査に關する法律第二十八條第二項、獸疫豫防法第七十七條第二項、食料品法第十四條第二項、火器及び彈藥に關する法律第二十五條第二項第二段、ウニルテムベルグ警察罰法第七條第三項參照)。此の專恣的なる要求を爲す現行刑法典の決疑的立法とは異りて、新刑法典は其の第五十四條に於て客觀的の手續を一般的に



規律したり。加之獨逸普通刑法典第五十四條の規定は本草案第二十一條第三項に依れば、沒收及び廢棄の附帶的形式の場合にあつても準用すべきものとす。是と共に客觀的の手續に關する從來の個々の規定は全然無用となりたるか故に、本草案第四十五條を以てして之を削除するを得るなり。

#### 第四十六條、第四十七條

第四十六條及び第四十七條に於ては本草案は新刑法の總則中に於ける責任主義の比較的完全なる貫徹よりして附帶法にとつて生ずる論結を抽出したり。

即ち本草案第四十六條に依れば責任ある行爲を伴ふことなきも亦犯人の有罪性を認むることとせる規定は、其の程度に於て廢止せらるるもにして、かくの如くにして所謂形式犯 *Formalkrime* なるものは全然一掃せられたる次第なりとす。

第四十七條に於ては本草案は公課法の範圍に於て、本草案第十四條に依り維持せしめらるる僅少なる殘片を除きて推定的犯罪構成事實 *Vermutungsstatbestand* を廢止したり。

#### 第四十八條、第四十九條

數個の法律違反の競合については獨逸普通刑法典は其の第六十五條乃至第六十八條に於て、現行法に比

較して新規なる原則を樹つ。即ち此の法律違反か一個の犯罪行爲に依る所犯に係ると、數個の犯罪行爲に依る所犯に係るとを問はず、常に一個の刑を言渡すへしとするもの是なり。而して新法は此の原則の唯一の例外として本草案第二十三條に於ける規定を認め、之に依つて數個の獨立なる犯罪行爲か同種の刑事訴訟手續に於て判決せらるるの程度に於ては、單一刑の確定の除外を見る次第なり(第二十三條の理由参照)。然も其の他の點に於ては單一刑の原則は刑法の一切の範圍について無制限に適用せらるるものにして、然も本草案は第四十八條に於て獨逸普通刑法典第六十五條乃至第六十八條の單一刑と相調和せざる從來の特別規定を明示的に廢止するとに依つても亦、單一刑の原則の徹底的なる貫徹を確保せる次第なりとす。かくの如くにして本草案は先づ併合刑 (*Teanntstrafe*) の形成に關して規定を爲す一切の規定を廢止するものなれども(例へば從來の法文に於ける國公課法第三百八十三條第三項第一段、一九一二年のバーデン富籤法第十二條第二項及び第三項参照)、更に之に依つて特定の場合に數個の刑の重疊を規定して或は想像上の競合の場合に限り數個の刑の各別の言渡を命し(例へば從來の法文に於ける國公課法第三百八十三條第一項第二段)、或は數個の行爲及び一個の行爲の場合に於ける刑の重疊を規定する(例へば從來の字句に於ける同盟關稅法第五百十八條、第五百十九條参照)の何れか一に出づる特別規定も亦無用となるに至るものなり。かくの如き刑の重疊を許さざるの見地の下に既に將來は現行法上時あつてか見受けらるる、法律違反のそれぞれの場合につき特別の刑を科すへき旨を規定せる規定は廢止せらるるものなり(營業條



例第五百十條、第五百十條<sup>a</sup>、プロシヤに於ける就學義務に關する一九二七年十二月十五日の法律第七條第一項第二段參照)。勿論此の種の規定が舊法の支配の下に於て制定せられたるは主として連續犯の認定を除外せんか爲に外ならざるも、然も新法の支配下に於てはかくの如き規定を維持することは恰も獨逸普通刑法典第六十六條乃至第六十八條の規定する所に反して、數個の行爲の場合にあつては各個の場合を罰するにそれぞれ特別の刑を以てすることを必要とするの結果を導くに至るへし。然も本草案第四十八條に於ける規律は尙ほ其の以上に互つて、同一の犯罪行爲に對して數個の罰則を適用することを得べき場合につき、是等の罰則中の何れか一のみの適用を許すこととせる舊法の一切の規定を廢止するの別段なる結果を有するものなり(例へば從來の法文に於ける營業條例第四百十七條及び第四百十八條、第四百十九條の各第二項參照)。

此の關係に於て本草案は更に別段なる舊附帶刑法上の特別現象規律するを必要とせり。即ち舊附帶刑法中には本來連續的犯罪行爲の觀念の下に屬すべき法律違反をば、其の然るに拘らず數個の獨立なる犯罪行爲の競合に關する規定に従つて處理すへしとする規定を存すること尠からず、就中富籤立法の方面に於て然りとする所なり。(例へば一九二八年五月二十六日の告示の法文に於ける富籤に關するパウツヤ法第十三條參照)。獨立したるにあらざる數個の行爲を一個の連續犯に總括することを禁止するの程度に於ては、從來の法文に於ける營業條例第五百十條、第五百十條<sup>a</sup>の規定の如きも亦此の種類に屬するものと謂はさ

るへからず。かくの如き規定は新刑法が刑の量定につき一般的に定むる原則や、數個の法律違反の競合の場合に於ける刑の確定につき特別に規律を爲す原則に對しては之を維持することを得へからず。されば本草案は此の點に於て第四十九條を以て從來の法律狀態を終結せしめたるなり。

#### 第五十條

新刑法第七十四條の規定する所の如く減輕事情を一般的に認むることは、特定の犯罪構成事實についてのみ減輕事情を認め、それその場合に於て此の特定の犯罪構成事實について特別の制裁を設けることとせる舊刑法の構成と相調和する能はず。されば減輕事情に關するすへてのかくの如き特別規定は、本草案第五十條に依り將來之を廢止するなり(例へば國保險法第四百四條、第五百三十三條第三項、千四百九十二條第三項、商法第三百十三條第三項、第三百十四條第三項、第三百十五條第二項參照)。

#### 第五十一條乃至第五十三條

第五十一條に於ては本草案は將來は全然法定の時効期間の中斷若は伸長の道を存することなきの事情に顧み、從來有罪性の時効の期間を六箇月未滿に定めたる場合には常に此の期間を六箇月に引上ぐることにしたり(本草案第二十四條參照)。

刑の執行力の時効の期間又は始期に關して新刑法の規定に歸屬する排他的の効力は、本草案か第五十二



條に於て此の點に關して特別規律を爲す現行法の規定を削除せるの點に表明せらるるものなり。

新刑法か現行法中に規定したる時效中斷の可能を、有罪性についても、はたまた刑の執行力に關しても一切之を徹廢すること爲したると同時に、時效の中斷と關係を有する從來の特別規定も亦其の基礎を失ふこととなりたり。されは本草案は第五十三條に於て此の種の規定を廢止する旨を規定したるなり（例へは海員法第二百二十三條第一項第五段參照）。

#### 第五十四條

現行法上に於ては刑事訴訟手續に於て償金を判與することを得るは、法律か明示的に規定を爲したる有罪行爲についてのみ認めらるる所なるに反し、將來は本草案の法文に於ける刑事訴訟法第四百三條乃至第四百六條（第六十七條第二百十號）の新規定に依つて、被害者は如何なる有罪行爲の場合にあつても特定の條件の下に、特定の範圍内に於て刑事訴訟の方法に於て被疑者に對し、損害の賠償又は返還を求むる自己の請求權を主張するを得しめらるることとなりたり。かくの如き一般的なる手續法上の規律は將來は被害者の請求に基き刑に併科して、被害者に對し支拂ふべき償金を言渡すことを得べきものとせる、從來存在せる個々の規定を無用ならしむ（例へは不正競争取締法第二十六條、特許法第三十七條、商標保護法第十八條參照）。此の故に本草案は第五十四條を以て之を廢止すること爲したるなり。

#### 第五十五條

現行法は被害者又は其の他の權利者か明示的に要求したるときに限り刑法上の干渉を行ふことを得べき場合を表示するに、刑事訴追は「申立ありたる場合に」限り之を行ふものとするの方法に於てせるに反し、新法の措辭は統一的に「請求ありたる場合に」限り、當該の犯罪行爲を訴追することとす。本草案は第五十五條第一項に依り現行規定中に於て刑事訴追の申立に關して規定を爲せる場合に、常に之に代ふるに權利者の請求の語を以てすることに依つて、かくの如き法定の用語法の變更に斟酌を拂へるものなり。

同時に本草案は新法か請求の取下の問題を解決すること現行法に於けると異なるものあるの事情に斟酌を拂ふことを必要とするものなり。即ち現行刑法典第六十四條に依れば刑事訴追を求むる申立は、法律の明示的に表示したる場合に限り之を取下くことを得るものとせるに反し、新法は刑を宣告する判決の言渡あるまではすへての場合を通して請求の取下を許し、従つて從來請求を取下くかくの如き方法の認めらるることなかりし犯罪構成事實にあつても請求の取下を許すこととしたり（本草案第六十七條第九十四號の法文に於ける刑事訴訟法第五十七條i）。之に依つて申立の取下け得べきものなるを特に規定せる舊法の規定は一切無用となるに至りたるを以て（例へは海員法第九十三條第四項第二段、第九十六條第四項第三段、不正競争取締法第二十二條第二項、特許法第三十六條第二項第二段參照）、本草案は第五十五條



第二項を以て此の種の規定を廢止し、敢て代りの規定を設くることなきを得たり。

從來の法律上に於ける親告罪につきて特殊の原因に基き將來に於ても刑事訴追を目的とする権利者の意思表示の取下を許さざるを以て必要と認めしむる場合に於ては、本草案は特別的適應の方法に於て從來の親告罪を新法上の同意犯 *Zustimmungsdelikt* に變更する方法に於て是か處置を爲す（第六十七條第九十四號第五十七條第二項の理由参照）。是は例へは性病撲滅法第五條第二項第一段の場合に於て行はるる所なりとす（本草案第四百十三條第一號参照）。

#### 第五十六條、第五十七條

本草案は第十二條に於て刑事罰についての「拘留」及び「罰金」の名稱を用ふることを許すことに依つて、將來刑事罰と非刑事罰との間に名稱上の明確なる區別を來さんことを期するものなれども、第五十六條及び第五十七條に於ては既に存在せる國法及び邦法の規定についてもかくの如き名稱上の區別の明確を實現せんとするものにして、即ち第五十六條に依れば一定の金額の納付を言渡す刑事罰を表示するに罰金以外の名稱を以てする一切の規定に於ては、從來使用したる名稱に代ふるに「罰金」の名稱を以てす。然も刑事拘留については之に相當する規定を必要とせず。蓋し之については現行法は既に絶對的に拘留の名稱を使用すること爲したるを以てなり。

是と反對に第五十七條に於ては本草案は「拘留」の語か現行法の規定中に於て非刑事的の自由刑について使用せらるる場合に於ては、常に「拘留」の語に代ふるに「秩序罰」*Ordnungshaft* の語を以てし從來の「罰金」の語か非刑事的の財産刑を表示する場合には、之に代ふるに「金錢」に於てする秩序罰 *Ordnungsstrafe in Geld* の名稱を以てす。然も非刑事罰につき在來の法規中に於て既に拘留又は罰金以外の名稱を行使することとせる限りは（例へは國保險法第三十一條、第三百十八條 a、第四百四十五條、第六百五十六條、第八百條、第八百八十九條、第九百九十六條、第一千四百十四條、第一千四百三十八條、第一千四百五十七條、第一千四百六十六條、第一千四百六十七條の諸條に於ける金錢に於てする強制罰 *Nwangstrafe in Geld* の名稱参照）、本草案は別に之に對して干渉する所なし。かくの如くにして本草案は非刑事罰と所謂強制罰との間のあらゆる形式的の區別を拋棄したるものなり。蓋し所謂強制罰なるものは名稱以外に刑事罰及び非刑事罰と共通點を有することなく、其の本質上國家の履行強制の手段として行政法上に屬する所のものなるを以てなり。

#### 第五十八條乃至第六十二條

第五十八條乃至第六十二條に於ては本草案は刑事上の委任刑罰 *Ermächtigungstrafrohung* につき、非刑事罰につきて、及び非刑事罰の規定及び確定の委任につきて一般的なる刑の範圍を定むるものにして、此の刑



の範圍は本草案第二十七條の定むる所に従つて、現行法に將來の國法及び邦法を羈束するものなり。其の際本草案は事の本質上大體に於て財産刑及び償金に關する一九二四年二月六日の命令第二條第二項乃至第四項、第三條の規定を踏襲したり。兎に角財産刑及び償金に關する命令の根本精神が新刑法中に輸入せられたる上からは、刑法全般上に徹底的の新組織の行はれたるものなるの事實に顧み、ここに問題たる所の如き刑の範圍に關する統一的なる重要な規律を命令中に存留せしむるは適當ならざるものと認むべし。蓋し此の命令たるや其の沿革の上より見て多少にまれ一時的の應急的處置の性質を帶ふるものたり。恰も刑法の改正に依つて其の本來の意義の大部分を喪失せる次第なるを以てなり。

本草案が第五十八條乃至六十二條に於て爲す規定は若干の點に於て、財産刑及び償金に關する命令の規定と異なるものあり。即ち本草案は刑事上の委任刑 *Ermächtigungstrafe* については第五十八條に於て、罰金の規定に關する委任についての刑の範圍を確定するに止め、然も財産刑及び償金に關する命令第三條に於けることは異りて此の刑の範圍の多額を罰金の確定の委任についても規定することを斷念す。財産刑及び償金に關する命令の制定當時にあつては、罰金の確定の委任の場合にあつても多額を統一することを是認し得たりしならんも、貨幣本位の關係の秩序の整調を期待することを得べく、また違警罪罰金の上方の率か本草案に依つて新刑法典の模範に従つて五百馬克以上に引上げられ、其の間例外を認めらるることなき今日の時世に於ては、本草案にとつては此の方向に向つて強制を爲すべき理由はもはや全然之を存するとなし。されは刑事上の罰金を確定するの權限を下級官廳に委任することを必要と認めしむるか、又は適當と思料せしむる場合にあつては、法定の制裁の最高限に於て委任を爲すことを爲さずして、罰金の規定の最高額の範圍内に留まるべき額以下についてのみ委任を爲すこと邦法の自由に一任せらるる所なりとす（之については例へは違警罪に基く警察罰處分に關する一八八三年四月二十三日プロシヤ法第一條第三項、又は一八九八年七月四日の法律の法文に於ける一八七九年八月十二日のウエルテムベルグ警察罰處分法第十一條第一項の規定参照。何れも財産刑及び償金に關する命令以前に效力を有したる字句に於てす）。

本草案は財産刑及び償金に關する命令第二十三條第二項に於けるとは異りて、第五十八條に於ては刑事上の委任刑につきてもはや倍加額の規定を許さざることとせるは、本草案が其の第三十四條に於て貫徹せる倍加罰金刑の廣汎なる範圍に互つての廢止と相牽聯するものなりとす。

現行法に比較して更に別段なる改正と目すべきものは實に本草案が金錢を以てする非刑事罰につき、財産刑及び償金に關する命令第二條第二項及び第三條第一項に於けるとは異りて、多額一千馬克未満の罰金の規定又はかくの如き罰金の規定若は確定の委任をも許したる點に在り（本草案第六十一條第一項及び第二項）。かくの如き比較的の低額の罰金を科するの必要なること分明なる場合相當多きに上るなり（例へは一九二八年十一月十四日の傷害保險に於ける病人の治療及び職業上の保護に關する命令第三十五條參照）。



本草案か一切の法規のあらゆる範圍に亙つて宣誓の制限を貫徹せるの一事は極めて重大なる意義を有する所なるか、本草案か此の精神を達成する方法としては原則として從來の法規に認めらるることなかりし、眞實開示の義務を引合として口頭を以て自己の報告の正確完全を保證すると云ふ誓言方式を借り來つて、之を以て從來規定せられたる證人の供述及び鑑定人の鑑定に代ふることとし、將來は宣誓は證人についてのみ之を認め、然も證人にあつても嚴格なる條件の下に於てのみ之を認むるの方針を執るもの概ね是なり。

新法の支配の下にあつても例外として證人の供述の宣誓を許すにつき存在することを必要とする最低要件に關しては、之につき第一に問題となる三個の法律たる刑事訴訟法、民事訴訟法及び非訟事件手續法に依つて本草案の劃定する所自ら區別あり。只其の間類似の方法の一貫するものなからず（刑事訴訟法第六十四條<sup>a</sup>、民事訴訟法第三百九十三條<sup>b</sup>、及び非訟事件手續法第十五條第一項、何れも本草案の法文に於てす）。而して本草案は少くとも最も重要な爾他の國法中に於ける從來の宣誓規定を、個別的改正の方法に於て以上三個の基本法中に正確完全の保證と證人の供述の宣誓につき、及び鑑定人の鑑定に保證につき規定せらるる規定に適應せしむるなり（例へば國公課法第七十七條、第二百九條第二項、第四百

六條第四項、國保險法第五百七十一條、第一千五百七十四條、第一千五百七十七條、第一千六百十三條、第一千六百二十八條、第一千六百五十二條、勞働裁判所法第五十八條第二項、何れも本草案の法文に於てす）。

更に其の以上に亙つて本草案は其の欲する宣誓の排斥を將來は本草案の特別的適應に捕捉せらるることなき國法の部分、竝に一切の邦法に於ても實現するに注意を拂はさるへからず。本草案は第六十三條第一項及び第二項に依つて、證人の供述又は鑑定人の鑑定に關して規定を爲す國法及び邦法の一切の規定に於て、從來の宣誓に代ふるに爾今は上掲三個の基本的手續法中に於て確定したる規律を以てするの法に依つて之を達成するなり。

其の際第六十三條第一項及び第二項に依つて改正せられたる規定中に取扱はるる場合に於ては、結局尙ほ宣誓を行ふことを得るものなりや否や、もし之を行ふことを得るものなりとせば如何なる條件の下に然るや問題を特に規律するの必要あり。而して此の場合には本草案は三個の主なる手續法中に於て例外としての證人の宣誓の認許の受けたる三様の形態に倚據するものにして、従つて本草案は第六十三條第一項第二段に於て將來は第六十三條第一項第一段の場合に於ける證人の宣誓の認許につきは、事か刑事事件若は懲戒罰事件に關するものなりや、非訟事件に關するものなりや、又は其の他の事件に關するものなりやに應じてそれ／＼、證人の供述の宣誓につき設けたる刑事訴訟法、非訟事件手續法又は民事訴訟法の條件か標準となるものなる旨を規定す（之については例へば國官吏法第九十四條第一項第三段、裁判官以外



の官吏の職務上の輕罪に關する一八五二年七月二十一日のプロシヤ法第三十二條第一項、土地の收用に關する一八七四年七月十一日のプロシヤ法第二十八條、一般地方行政に關する一八八三年七月三十日のプロシヤ法第七十六條に於ける從來の宣誓規定參照)。

證人の宣誓を更に著しく制限する旨を規定し、又は全然之を禁止することとせる規定は其の效力を妨げらるるものにあらざること、本草案の第六十三條第一項第三段に於て明示的に規定する所なり(例へば從來の法文に於ける海員法第二百二十三條第一項第二段參照)。證人の供述か苟も宣誓せられたる限りはすへて其文句の儘を録取するを要するの原則(刑事訴訟法第六十四條第二段及び非訟事件手續法第十五條第一項第四段、何れも本草案の法文に於てす。民事訴訟法第六十條第二項第三號、本草案の法文に於ける民事訴訟法第六十一條第二項參照)は、第六十三條第一項中に規律せらるる宣誓の場合についても本草案の亦踏襲する所なり(第六十三條第一項第四段)。本草案はまた二の主なる手續法の模範に従ひ(刑事訴訟法第七十九條第三段、民事訴訟法第四百十條第二項第二段、非訟事件手續法第十五條第一項、何れも本草案の法文に於てす)、こゝに問題たる場合については鑑定人の鑑定を全然除外することとせり(第六十三條第二項第二段)。

一度だけ爲したる鑑定人の宣誓を援用することは、委員會の決議の法文に於ける刑法草案のものはや認めざる所にして、従つて鑑定人は眞實開示の義務を引合として法律中に規定したる保證を爲す場合に限り刑

罰の強制の下に立つ次第なりとす。されは鑑定人の一般的なる宣誓は將來にあつては官吏の服務上の宣誓に於けると相似て、鑑定人としての公式の選任の儀式的の表現の意義を有するに止まるへし。されは本草案は各種の訴訟法中に於て一般的に爲したる宣誓の援用に關する規定を廢止することしたり(刑事訴訟法第七十九條、民事訴訟法第四百十條、非訟事件手續法第十五條、何れも本草案の法文に於てす)。尙ほ其の場合にあつても刑法典及び刑事訴訟法の新法文は一般的に爲したる宣誓にもせよ、特殊の手續に於て爲したる宣誓にもせよ、兎に角前に爲したる宣誓を認めず(現行刑法典第一百五十五條第二號、刑事訴訟法第六十七條及び民事訴訟法第三百九十八條第三項、何れも現行の法文に於てす)また例へばプロシヤ山林竊盜法第二十三條乃至第二十五條、又はウユルテムベルグ山林刑法第二十八條乃至第三十條の掲ぐる所の如き邦法の同種の規定についても存立の餘地を剩すことなし。例へば山林保護受任者として證人又は鑑定人の一般的に爲したる宣誓の援用のみの行はるるに止まる證人又は鑑定人の供述は、宣誓犯罪に關する國議會の委員會の決議に依れば刑法上の保護を受くることなかるへし。

宣誓の適用範圍の制限に關する本草案の更に別段なる革新は、本草案が公示宣誓 *offenbare Versicherung* なる制度を其の從來の一切の現象形式に於て廢止し、絶對的に之に代ふるに眞實開示の義務を引合とする保證の幾分緩和したる誓言方式を以てするの點に存す。此の革新も亦本草案は大多數の國法につき特別的適應の方法に於て、之に相當なる變更を加ふるの處置に於て是か實施を爲す(例へば民法第二百五十九條乃至第



二百六十一條、第二千六條、第二千二十八條、第二千五十七條、民事訴訟法第八百七條、第八百八十三條、破産法第二百二十五條、非訟事件手続法第七十九條、第八十三條、第六十三條、それ／＼本草案の法文に於てす。其の外公示宣誓に近似せる民事訴訟法第四百二十六條の提示宣誓 *Editionsamt* の本草案に依つて受けたる改正参照)。爾他の國法及び邦法については本草案第六十三條第三項に依り、現行法中に於て公示宣誓に關して規定を爲したる場合に於ては常に從來の宣誓に代ふるに、眞實開示の義務を引合として行ふ陳述又は報告の正確完全の保證を以てすることとし、其の際實體法上の規定に關するものなりや、はたまた手續法上の規定に關するものなりやは問はざることを爲すことに依つて同し改造を達成すなり。(例へはプロシヤ非訟事件手続法第十七條第二項参照)。

獨逸普通刑法典第八十三條乃至第九十一條に關する刑法委員會の決議に依れば、宣誓に代る保證 *Versicherung an Eides Statt* は從來の法規中に於ては宣誓に比較して幾分緩和したる、刑法上の保護を受くる誓言方式として形成せられ、主として眞相究明の手段として使用せらるる所なれども、將來は廢止せらるるものとす。此決議の基礎となれる一般の見解に依れば、宣誓に代る保證は新法上に於ける眞實開示の義務を引合とする保證中に吸收せらるべきものにして、且又此の新法上に於ける眞實開示の義務を引合とする保證は、從來の宣誓の大部分に代るべきものなること既に述べたる所の如し。此の所謂「虚偽の保證」については刑法草案は口頭の保證と書面を以てする保證との間に區別を爲し、書面に依る保證につ

いては比較的輕き刑を規定し、主として從來の宣誓に代る保證の代用たらしめんことを考案したるものなりとす。

以上述べたる所の如くなるか故に、本草案は第六十三條第四項に於ては、原則として從來の宣誓に代る保證に代ふるに眞實開示の義務を引合とする書面に依る保證を以てすべき旨を提案したり。然もここに述べたる所の例外として特別なる適應の必要明かなるときは、個別的改正の方法に於て適應を行ふ(例へは刑事訴訟法第五十六條第二項、民事訴訟法第四十四條、第二百九十四條、第四百六條、第五百一十一條<sup>a</sup>、第五百四十六條、第九百五十二條、第九百八十六條、第七千七條、非訟事件手続法第十五條第二項参照。それぞれ本草案の法文に於てす)而して第六十三條第四項に於ては明示的に現行法中に時あつてか存在する附帶的形式たる宣誓に代る意思表示 *eidesstattliche Erklärung* 又は、宣誓に代る保證と同視することとせり(例へは國保險法第千二百六十五條、第七千七百五十四條、第七千七百六十七條参照)。

#### 第六十四條

宣誓に關する法規の形式の更新よりして外國との法律上の交渉にとつての不利益を來すか如きことあるへからず。獨逸以外の諸國、特にアングロサクソン系の法律に依れば、外國官廳に依る訴訟事件の處理は宣誓に因る意思表示又は宣誓に代る意思表示の提出せらるるや否やに繫ること多し。然も是等意思表示の



提供は決定又は外國官廳の囑託に依つて仲介せらるることなくして、寧ろ當事者自身の負擔とせらるること往々にして見る所なり（之についてはかくの如き外國の利益の保護の爲に制定したる一九二一年二月五日の法律參照）。此の種の場合に於て將來にあつても新法の制限以上に逸脱する宣誓及び例外として必要となる宣誓に代る保證の實施を可能ならしめんか爲に、本草案は第六十四條に於て獨逸の官廳に於ける同種の手續についての相當の規定の如何に關係なく、此の種の行爲を認許する旨を規定し、而して一九二一年二月五日の法律の場合に於て爲すべき宣誓に代る保證をして刑法上の保護に浴せしめんか爲に、是は眞實開示の義務を引合としての書面に依る保證と同視すべき旨を規定せり。

## 第六十五條

各種の税法は刑事訴訟法第五條第一項に依り搜索を命ずるの權限を有する者の狹隘に限定せられたる範圍を擴張し、關稅官廳に對しても搜索の權利を與へんとするの努力を示すこと一再ならず。本草案は此の點に根本的の變革を來さしめんとするものにして、先づ第一に税法中に規定したる搜索の命令を財務署の權限に屬せしめ、其の際遵守すべき手續を規律する國公課法第四百二條の制限規定を廢止し（本草案第百五十三條第三十三號）、更に歩を進めて其の第六十五條の一般的規定を以てして苟も規定か刑事訴訟手續に於ける搜索の權利を檢事、檢事の補助官又は警察官以外の行政官廳に與ふる限りはすへて之を廢止す

ることとす。此の原則の適用を受くるは第一に税法上の種々なる特別規定にして、即ち例へば砂糖税法第十五條、麥酒税法第十九條、可燃物法第十二條、骨牌税法第九條、照明物税法第十三條の如き是なり。之に反し第六十五條に規定したる廢止は明示的の法律の規定を以て特定の行政官廳に與へたる統制權及び監督權にして、條件及び效力上刑事訴訟法中に規律したる刑事訴訟手續に於ける搜索の權利と相牽聯する所なきものには及はず。されば本草案第六十五條は就中財務官廳の權限に屬する納稅の監督並に検査の權限の效力を妨ぐる所なく、また例へば食料品法第七條、葡萄酒法第二十二條又はマルガリン法第八條に於ては獨り警察官廳についてのみに止まらず。官廳の命したる特定の鑑定人についても亦規定せらるる監督權を妨ぐる所あらざるなり。

## 第二章 裁判所の構成及び刑事訴訟手續に關する國法の改正

獨逸普通刑法典及び行刑法に對する國法の個別的適應を實施する本草案の部分は、實に本節を以て始まるものなること既に曩に述べたる所の如し。而してかくの如き目的を有する十一章の中にて第二章は單に其の範圍に於て最も廣汎なるものあるに止まらず——第二節は僅々八條の條文を包容するのみに過ぎざるに拘らず、殆ど本草案の半を占むるなり——其の實質上に於ても最も重要なるものに屬す。然り而して本



節の範圍の爾く大なるものあるは主として刑事訴訟法第六十七條の二百四十二號に於て受けたる幾多の改正に歸着せしむべきものにして、而してかくの如く刑事訴訟法の改正の數多に上れるは先づ第一に寧ろ技術的の種類に屬する多くの適應に依つて刑事訴訟法を新刑法典の用語に同化せしめ、從來刑法典中に掲載せられたりし刑事訴訟法の性質を有する多くの規定をすへて刑事訴訟法中に編入し、新しき手續規定を以てして刑法典の種々なる原則上の革新の作用を發揮せしむるの必要に基くものなること、本理由書の冒頭に説明したる所の如し。然も其の外に尙ほ實質上重要な革新の多くの提案を伴ふものにして、是等の提案は必ずしも必然的に刑法の改正より生ずる論結にあらざるも、其の精神には適合し、其の然るか故に刑法の改正と同時に紹介するを以て適當とするなり。而して是と類似の問題は假令其の範圍に於てこそ劣れ裁判所構成法、少年裁判所法及び處刑標記抹消法についても亦解決するを要する所に屬せり。

以上述べたる所に依り特に刑事訴訟法中に於て行ふことを必要とする幾多の改正は、久しき以前より輿論の間に唱導せられたる刑事訴訟手續及び刑事裁判所の構成の根本的改造を要求する欲求と相牽聯して、本草案第六十七條の掲ぐる所の如き爾く廣汎なる範圍に亙る刑事訴訟法改正法に代ふるに、寧ろ全然新規なる刑事訴訟法案を以てし、之に附隨して刑事裁判所の構成に深刻なる改造を加ふるを以て遂に優れりとするこゝなきや否やの考案を生起せしめられたれども、然も本草案は此の方法を以て實現し得へからざるものと思料したり。蓋しかくの如き計畫の實施は邦司法行政部と相協調する周到なる準備作業を必要とすへ

く、然も此の準備作業たるや長日月、恐らくは數年の日子を要すべくして、其の驅使せらるる人員が刑法の改正に依つてさなきたに重大なる負擔に喘きつつあるものなるの事實に顧みるときは、かくの如き準備作業は實際上殆ど行ふへからざる所のものに屬すへし。加之施行法の起草と、また實際に於て起草の勞に劣る所なき其の議會の通過の困難とは是か爲に遷延せられて、其の成を告ぐるの日の何時なりやを豫測し難く、かくて刑法改正の事業の實現は獨り危殆ならしめらるるのみに止まらず、一時不可能たらしめらるることさへあるへし。他の見解はそれ自體としては如何に正當なりとするも、刑法改正の大眼目をして爲し得る限り迅速に實現せしめんとするの目的に對しては、如何なる事情の下にあつても三舍を避けしむることを必要とす。然も此の目的は裁判所の構成と刑事訴訟手續とか其の主要なる骨子を維持せしめられ、而して施行法は現存せる構成内に於て別に多大の煩累を來すことなくして、特に多大の日月を費すことなくして組織的に融合せしめ得べき程度の現行狀態の簡易化と改善とを招來するを以て足れりとする場合に限り、能く之を達成することを得へけんなり。加之之を實際上の原因より見るも全然新規なる實體刑法と全然新規なる裁判所構成法及び手續法と同時に施行せらるるは、恐らく事の宜きに適せるものと爲すへからざるへし。寧ろ先づ從來の刑事訴訟手續と、從來の刑事裁判所の構成の支配の下に新刑法を施行することとし、此の目的にして達成せられて更に刑事訴訟手續と刑事裁判所の構成との改造を求むる需要の顯著なるものあるに及んで、其の曉に初めて獨立に是亦極めて重要にして包括する範圍の大なるものある此の



第二の立法事業に着手するを以て適當と認むべし。況や裁判所の構成と刑事訴訟手續の全般に互る改正をして如何なる方向を辿らしむることを必要とすべきやの點に關する意見は、現在の學者、實際家、政治家の間に殆ど充分に闡明せられたるものと看做すことを得べからず。且また將來の刑事訴訟の改正に依つて解決すべき多くの問題中の最も争ある所のもの一たる陪審裁判所の問題については、假すに幾分長期に互る日月を以てして一九二四年の改正法に依つて行はれたる革新に關する實際上の經驗の、漸く集積せらるるに至るまでの間猶豫するを以て望ましとするの事情を存するに於ておや。

以上述べたる所に依り本草案が裁判所の構成と刑事訴訟手續との法域に於て、自ら足れりと爲すことを必要とする制限せられたる任務の範圍内に於ては、例へば裁判所の構成及び刑事裁判に關する一九二四年一月四日の命令が、全然節約と云ふ理由のみよりして採用したる革新は、一般の事情の變動したる今日如何なる程度まで再び之を廢止することを得べきやの審査を爲すの余地を剩せり。

裁判所構成法、刑事訴訟法及び第二章中に規律したる其の他の法律に對するかくの如き根本的の調節より生ずる個々の論結に關しては、各本條のそれぞれ理由につき述ふる所の参照を求めざるべからず。

#### 第六十六條（裁判所構成法の改正）

第二章に於て豫期せらるる法律の改正の範圍に關する以上に説明したる原則は、裁判所構成法にとつて

は左の如き結果を來すものなり。

特に前司法長官シッフエル氏〔原註一〕の唱導する所にして、世間に於て多く論議せらるる所ありたりし、裁判所の構成を根本的に改造せんことを求むる要求は本草案の聽從する能はざる所なり。惟ふにシッフエル氏の要求は獨り刑事訴訟の範圍に於て然りとするのみに止まらず、遙に其の以外に互つて殆どすべての法域、特に民事訴訟法及び非訟事件手續法の法域にまでも其の作用を及ぼすものにして、民事訴訟、刑事訴訟並に非訟事件手續法の法域に於ける一切の立法が、根本的に改正せらるる場合に限り實施することを得べきものなり。然もかくの如き根本的の改造は其の必要とする準備的作業と議會の通過に長日月を要するの故を以て、刑法改正の大眼目の成立に容易ならぬ危險を及ぼすに至るべきこと既に説明したる所の如し。

〔原註一〕特に同氏の「獨逸司法制度論」(Schiffner, Die deutsche Justiz) 及び「獨逸法制の新組織に關する法律案並に理由書」(Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des deutschen Rechtswesens nebst Begründung) 参照。

また他の一面に於てはツォー・ドーナ伯〔原註二〕は、全然刑事裁判所の構成のみに關係する改正を提案したるか、此の提案は第一審の刑事裁判の重點を再び地方裁判所（大參審裁判所）に移さんことを目的とするものなり。惟ふに此の提案は大參審裁判所の管轄に屬する事件につき控訴の可能を失はしむるの結果



を來すへし。本草案は一九二四年一月四日の裁判所の構成及び刑事裁判に關する命令に依つて初めて十余年に亙る國民多數の要望を充足して、従前刑事部の管轄に屬したる事件に對しても認むること爲したる刑事事件に於ける控訴を再び制限し、又は更に一步を進めて全然之を廢止するを然るへしと思料せざるなり。

〔原註二〕特にザルツブルグに於ける第三十五回獨逸法律家大會に關する氏の意見書 (Verhandlung Gen. 1. Band S. 129 ff.) 參照。

刑事裁判所の構成に關する第三の要求は、裁判所の構成及び刑事裁判に關する命令の與ふる所に係る今日の如き形式に於ける陪審裁判所を廢止して、此の命令以前に存在したる昔乍らの陪審裁判所を復活せしめんことを要求するものなるか、此の要求も亦本草案の聽從する能はざりし所とす。本草案の見解に依れば新陪審裁判所の成績に關する終局的の判断は、未だ容易に下す能はざるものなること既に述べたる所の如し。惟ふに新陪審裁判所の成績に關しては人々の見解著しく岐れ、之を否定する判断を下す者少からざると共に今日の新形式を以て従前の状態に比較して、著大なる改善と目する卓越せる専門家の有利なる判断も決して是と相對峙して下らざるなり。而して陪審裁判所の舊來の形式に復歸することは、新刑法の效力の下に於てはさなくとも殆ど不可能たるへし。即ち新刑法は犯人の人格に對して從來よりも一層大なる斟酌を拂ふと云ふ其の最も高貴なる目的に應じて、刑の量定の問題を重大視すること現行法に於けるより

も遙に超え、従つて刑の範圍は多くは著しく廣汎に劃せられ、常に減輕事情を認むることを許し、特に輕き場合及び特に重き場合は廣汎なる範圍に亙つて之を斟酌することを許す。其の他の點についても判事は例へば矯正及び保安の處分を言渡すことを得るに依つて今日よりも遙に大なる權限を有するものなるか故に、かくの如き事情の下に於ては舊來の陪審裁判所について實際に見たる所とは異りて、陪審員が刑の量定問題の裁判より除外せらるるか如きは、今日の陪審裁判所に對する反對論者の意味に於ては現行の状態に比較して一個の退歩を意味するものなること疑を容れざるへし。以上述べたる所の如くなるか故に本草案は原則として現行の裁判所の構成を墨守して、裁判所の原則的構成には觸るる所なきか、又は少くとも極めて輕微なる範圍に於て之に觸るるに止まる若干の個別的改正を爲すに止めたるか、本草案の提案したる改正か新しき實體的刑法及び刑事訴訟法の改正への適應の爲にせらるるの限に於ては、主として文章上の性質に屬する改正に止まる (例へば第二十四條、第三十二條、第二百十條第一項、第二百二十七條第一項、第七十五條第一項、第八十八條に關する提案參照)。適應と云ふ理由よりするときは、法律の實體的改正は只極めて輕微なる範圍に於て之を必要とするのみに過ぎざるなり。即ち公判に於ける公行の停止に關する二個の規定 (第七十一條、第七十四條) を除外すれば、ここに問題たるは現行刑法典第三百三十八條に相當する規定を獨逸普通刑法典草案に收容することを爲さざりしに原因して必要となりたる、裁判所構成法第五十六條第一項の改正に過ぎざるなり。



一九二四年一月四日の命令に依つて輸入せられたる節約上の處置を再び審査するに當つては、先づ單獨判事の管轄の問題（第二十五條及び第二十六條）に對して態度を決するを必要としたり。世上單獨判事の管轄を以て廣汎に過ぐるものと爲す者多く、特に單獨判事か懲役刑をすら言渡すことを得るに異論を唱ふる者尠少ならざるなり。本草案は此の異論の正當なるに耳目を閉すこと能はずして、其の然るか故に單獨判事の管轄を著しく制限するの提案を爲したるなり（第三號參照）。

更に本草案は全然節約上の理由に基きて控訴院の部の判事の員數を五人より三人に、大審院の部の判事の員數を七人より五人に減少したるの處置を以て、將來持續せしむることを得へからざるものと認む。上級裁判所の構成を爾く寡弱にし特に控訴院の部をして僅々三人の判事を以て組立つるに止めしむるか如きは、其の久しきに亙るに於ては裁判の長所と統一とに重大なる危険を及ぼす所以たらすんはあらざるべし、此の危険は當時に於ても決して看過せられたる次第にはあらずして、只當時に於ける重大なる財政上の困難に余儀なくせられて、止むを得ず判事の數を減少せしめたるのみ、然も裁判所か特に刑法の改正に依つて直面せしめらるるに至りたる任務は、極めて重大に、極めて重要にして、他の一切の配慮は最高の要求に處して正鵠を謬らざるを得へき裁判所の構成の配慮の前には三舍を避くることを必要ならしむ。されば本草案は世間一般の唱導する所に係る要求に従つて、控訴院及び大審院に於ける判決裁判官の員數を再び五人及び七人に増員するの提案を爲したるなり（第二百二十二條及び第三百三十九條第一項）。

最後に本草案は地方裁判所の判事も小刑事部 *Kleine Strafammer* に於て裁判長たることを得る旨の、第六十二條第一項第二段の規定は久しきに亙つて存置することを得へからざる所のもと認め、従つて此の規定の廢止を規定せり。（第十一號）。

一九二四年一月四日の命令に依つて輸入せられたる革新に關する別段の改正は、參審裁判所擴張參審裁判所に於ける第二の區裁判所判事の關與——第二十九條第二項、尙ほ本草案の法文に於ける刑事訴訟法第二百七十條をも參照——及び第一審に於て單獨判事の面前に於て辯論を爲したる事件に於ける大刑事部の管轄（第七十六條第三項）に關するものとす。最後に實體刑法及び刑事訴訟法の改正と獨立し、また一九二四年一月四日の命令に依つて輸入せられたる改正と獨立して提案せらるる改正は、法律の統一の保障を一層大ならしめ（第二百二十二條a）且手續の公行に關する從來の規定より生じたる弊害を除去せんことを目的とするなり（第二十八號乃至第二十一號參照）。

是等の問題に關する詳細なる説明は、本條の各號の下に於てすへし。

#### 第一號について（第十八條及び第十九條）

治外法權の問題は從來裁判所構成法中には遺漏なく規律せられたるにあらずして、寧ろ通説に依れば、



治外法權に關する一般的に承認せらるる國際法上の原則は法律に依つて其の效力を妨げらるることなかるべきものとす。尙ほ外國との條約に於て特定人に治外法權を與ふるの可能か、國の權限に屬するものなるの點についても全然爭ありたるを見ず。第十八條の新法文は單に此の既に現に行はれつつある法律狀態を法律上に確定せんことを欲するものに外ならずして、是と共に特に外國元首の治外法權も亦疑問の外に置かるる次第なりとす。

第十九條に於ては獨逸國に於て接受したる外交使節及び隨員の事務員、家族及び獨逸國民にあらざる備人は、國法律公報中に公示したる國政府の告示に依り、相互主義の保障せらるる限りに於てのみ治外法權を享有すべきの程度に於て從來の規定を制限したるものにして、實際上此の種の人物の治外法權の問題の規律は外國に於て極めて區々たるものあること明かとなりたるか故に、補正の爲かくの如き制限を必要と認めらるるなり。

第二號乃至第十號について（第三章區裁判所、第四章參審裁判所、

第一式二國第一四四第二十二條乃至第五十八條）

區裁判所及び參審裁判所に關する規定は從來は二章に區分せられたりしか、然も此の區分は明確に實施せらるることなくして、寧ろ此の兩章中には單獨判事に關係もすれば參審裁判所に關係もする規定を存せり。されば本草案は第四號に於て「參審裁判所」なる特別の一章を廢止して、此の區別を撤廢したるな

り。同時に本草案は從來單に孤立的に、例へば裁判所構成法第二十四條中に存する所の如き用語法を、裁判所構成法及び刑事訴訟法につきて嚴格に實施し、「區裁判所」と云ふ語は常に區裁判所の二種の現象形式たる單獨判事及び參審裁判所を指稱することとす。

第二號乃至第十號につきて具體的に注意すべきもの左の如し。

#### 第二號について（第二十四條）

第二十四條は刑事事件に於ける區裁判所の管轄を規律すること大體に於て舊の如しとす。

偽誓の重罪を判決するは陪審裁判所の管轄に屬する旨を規定する、現行法文第三號に於ける例外は、刑法草案に關する國議會の委員會の決議に依つて宣誓犯罪に與へられたる構成に顧み、また本草案中に於て訴訟法につきて規定したる、特定の範圍内に於ては宣誓に代ふるに眞實開示の義務を引合とする保證を以てするの規律を考慮するときは、將來はもはや之を維持することを得へからず。即ち虚偽の保證（委員會の決議の法文に於ける刑法草案第百八十三條）と偽誓とは此の改正に依るときは、其の司法にとつての危險性の點に於て殆ど互に相異なる所のものにあらず。其の刑罰としての制裁の如きも其の加重及び減輕の範圍を考慮するときは、互に相近似せり。事情かくの如くなるに當つては此の兩個の犯罪につき、異なる管轄を樹立するは然るへからざるものと認むべし。然も虚偽の保證は第二號に依れば輕罪として區裁判



所の管轄に屬し、之を陪審裁判所に附託するは全然系統を紊るものとすへし。加之偽誓についての原則的の最重刑は五年の懲役に遞減せられ、即ち第三號<sup>a</sup>に於て管轄につき標準となる十年の懲役の最高限の及はざる所となりたるか故を以て見るも、第二十四條の第三號<sup>a</sup>に於て偽誓の罪につき例外を設くることはもはや適當と認め難し。

第三號<sup>b</sup>に於ては現行の法文中に列擧したる重罪中の若干者はもはや之を列擧するを要せざるることとなりたり。蓋し是等の重罪にあつては刑の範圍は獨逸普通刑法典草案中に於て著しく遞下せしめられ、從つて是等の犯罪については第三號<sup>a</sup>の一般原則上既に區裁判所の管轄の樹立せらるるを見る次第なるを以てなり。其の外の點に於ては新法文は、獨逸普通刑法典草案中に於ける犯罪構成事實と條文の名稱に變更を表したるに因つて由來せしめらるるものなり。

また刑の一般的減輕原因、特に重き場合及び常習的犯罪人に對する加重の制度の採用せられたるの事實に顧み（獨逸普通刑法典草案第七十三條、第七十四條、第七十七條及び第七十八條）第三號<sup>a</sup>に於ては管轄の規律の條件となる刑の規定については通常の刑、換言すれば原則たる場合につきて規定せられたる刑を以て標準とすること、從來既に減輕事情の存在する場合に實際に見たる所たり、陸海軍刑法第五十三條の加重については特別に規定せらるる所の如くなるものあるの主旨を明示的に確定したるなり。

第三號について（第二十五條及び第二十六條）

本草案は既に述べたる原因に基きて重罪の場合に於ける單獨判事の從來の管轄（從來の法文に於ける第二十六條）を全然廢止し、輕罪については將來も亦單獨判事の管轄に屬する私的起訴の場合を除外すれば、單獨判事の管轄は檢事の申立のみに依つて設定せらるゝを得べきものとしたり。此の檢事の申立は起訴狀を提出するに際し、又は口頭を以て起訴を爲すに當つて之を提出するを要する旨の從來の規定は、大審院（大審院刑事判決集第五十九卷第五十七頁）の第二十九條に與へたる解釋に従つて之を改正して、此申立は將來は公判の命令あるまでは提出することを得べく、かくの如き公判の命令の行はれざる場合にあつては公判の開始あるまでは之を提出することを得るものとしたり。而して此の申立につきて適用ある從來の第二十五條第二項の準則は、之を改正して檢事は事件が單純にして何等特殊の意義を有するにあらざるべき、及び其の外六箇月（從來は一年）よりも重き自由刑の言渡あることなく、また公職就任資格又は選舉權若は表決權の喪失又は療養院若は養育院、若は酒精濫用者療養所若は節制院、勞働所への收容、又は保安監置の言渡あることなきを豫期すべきことに限り、單獨判事に依る裁判を求むる申立を爲すべきものと制限することとしたり。されは區裁判所判事は將來は單獨判事としては違警罪、私的起訴及び輕罪の比較的輕き場合についてのみ裁判を爲すことを得へしとす。尙ほ單獨判事か言渡すことを得ざる刑に關して



は、本草案第六十七條第四百四號の法文に於ける刑事訴訟法第二百七十條を参照すべきなり。

第四號について（第四章）

第二號乃至第十號の緒言に述べたる所を参照すへし。

第五號について（第二十九條）

第二の區裁判所判事の參與（擴張參審裁判所）に關する規定は大體に於て能く其の成績を擧げたるものと爲すべく、特に擴張參審裁判所を煩はすこと過少にして之に因つて上告審に於ける大審院の管轄は過當に制限せられ、爲に裁判の統一を危殆ならしむることあるへしと云ふ懸念は竟に實證せらるることなくして止みたり。然れども本草案は實體刑法の改正と共に新に極めて夥しき法律問題の發生を見つつあるに顧み、擴張參審裁判所の管轄、従つてまた上告審としての大審院の管轄を充分に保障し置くことを以て必要たるものとの見解を奉ずるものなるか、第二十九條第二項第二段の從來の法文は「に限り」の字句を存するの故を以て、恰も第二の區裁判所判事の參與を求むる申立はそこに記載せられたる條件の下に於てのみ之を爲すことを得べくして、決して之を爲すことを必要とするにはあらざるかの如く解釋せらるることあるなり。本草案はかくの如き解釋を以て狹隘に過ぐるものと思料し、「に限り」の字句を削除してかくの

如き解釋の行はるるを豫防せんとするものにして、即ち若し其の條件にして具はらんか、申立は原則として亦之を提出することを必要とす。而して其の意義重大にして第二の判事を參與せしむることを必要とする事件の例としては、本草案は豫め療養院若は養育院への收容又は酒精濫用者療養所若は節制院への拘置又は保安監置を言渡すべき場合を列挙したり（尙ほ本草案第六十七條第四百四號の法文に於ける刑事訴訟法第二百七十條をも参照すへし）。

此の檢事の申立は公判の命令又は開始に至るまでは之を爲すを得べきものなること第二十六條（第三號參照）の場合に於けると同し、かくの如くにして裁判所は起訴後自ら進んでも亦第二の區裁判所判事の參與を求むる申立を爲さんことを檢事に促すの道を存する次第なりとす。

第五號についての提案は第三號の提案の然らしむる所たるなり。

第六號について（第三十二條）

從來の規定に依れば刑事裁判所の有罪の言渡に因り參審員たるの資格を喪失したる者、公權又は公職就任の資格の褫奪の結果を伴ふことあるべき重罪又は輕罪に基き公判の開始を受けたる者、又は裁判所の命令に依つて自己の財産に關する處分を制限せられたる者（破産債務者、禁治産者）はすへて、參審員たるの資格を有せざるに反し、禁治産者にあらざる精神病者は其の社會上危險なるの故を以て施設内に收容せ



られたる場合にあつても尙ほ参審員たるの資格を失ふことなく、只第六十六條第四號に依り参審員として之を招集すへからざるのみ。既決の囚人の如きも亦其の有罪の言渡に因つて此の資格を喪失したるにあらざる限りは、参審員たるの資格を喪失するものにあらず。従つてかくの如き人物の參與したる判決も亦無効にあらざるなり。かくの如き規律は適正なる裁判の要求に適合することなきが故に、本草案は参審員としての資格を有せざる者の範圍を擴張せんことを提案し、第三十二條第一號に於て一般的に、官廳の命令に基き施設内に監置せられたる者はすへて参審員たるの資格を有すへからすと規定し、かくの如くにして一切の既決囚及び未決囚其の他の外、獨逸普通刑法典第五十六條乃至第五十九條に依り療養院若は養育院酒精濫用者療養所若は節制院勞働所若は保安監置に拘置せられたる者、並に行政官廳に於て保護の爲檢束中なる者、又は社會上危險なるの故を以て療養院若は養育院に收容中なる者をすへて参審員としての就任より除外することとしたり。然り而して此の種の人物にあつては資格の喪失は其の監置の期間中にのみ限らるるものにして、資格の有無及び之に左右せらるる判決の有効性につき標準となるは、大審院の從來の裁判と歩調を合せて参審員たる職務を實際に執行すへき時期とし、名簿作成の時期にあらずとす。

第二號及び第三號は從來の第一號及び第二號に相當するものにして、公權の褫奪の廢止及び問題たる附加刑及び附帶的結果の改造に因つて由來せしめらるる改正を伴ふに止まる。

第四號に依れば刑の條件付免除を允許せられたる有罪被告人、又は療養院若は養育院、酒精濫用者療養院

若は節制院若は勞働所への收容を條件を付して猶豫せられたる者、又は考試付にてかくの如き監置より放免せられたる者の附せらるることあるへき保護監督 *Shutzaufsicht* も亦、参審員たるの喪失の因となるものとす（獨逸普通刑法典草案第四十三條及び第六十一條、行刑法草案第七十八條、第二百三十一條、第二百八十七條參照）。かくの如き保護監督を必要とする者の参審員として就任することを許すは、参審員の職務の品位と相容るる能はざる所なるを以てなり。

第三號は從來の第三號の規定を文字の儘に再録したるなり。

第七號について（第四十九條）

年度名簿の順序に従つて豫備参審員を招集するときは公判の延期、又は其の開始の著しき遅延を必要ならしむへき場合については、從來裁判所の所在地に居住せざる豫備参審員を省くことを許したりしか、同一の土地に居住する豫備参審員の場合にあつても其の多數を招致するに於ては、同様の遷延を來すことあり得へく、特に大都會に於て然りとするか故に、今後は全然一般的に多大の時日を費すにあらずしては招致することを得へからざる豫備参審員は之を省くことを得へきものと爲さんとするなり。

第八號について（第五十一條）



第五十一條の新法文は非宗教上の宣誓に關する國憲法第七十七條〔譯者註〕の規定を斟酌したるものなり。

〔譯者註〕 國憲法第七十七條の規定左の如し。

現行の法規中に於て宗教上の宣誓形式を利用しての宣誓を規定せる場合に於ては、宣誓者か宗教上の宣誓形式を省略して「余は……を誓ふ」と表示する方法に於ても亦、法律上有効に宣誓を行ふことを得其の外法規中に規定したる宣誓の内容の效力を妨ぐることなし。

#### 第九號について（第五十六條）

從來の刑法典第三百十八條に相當する、虚偽の辯解事由を口實とせるに基く證人、鑑定人、陪審員及び參審員の刑事上の制裁に關する規定は、獨逸普通刑法典中には收容せらるることなし。本草案は本草案の法文に於ける刑事訴訟法第五十一條及び第七十七條並に同じく民事訴訟法第三百八十條及び第四百九條に於て證人及び鑑定人について行へるか如く、參審員の場合（而して是と共に第八十四條に依り陪審員の場合にあつても）に於ける犯罪構成事實を裁判所構成法中に於て秩序罰の制裁の下に置くことに依つて、かくの如くにして發生したる欠缺を填充することとす。而して本草案は從來刑法典第三百十八條の適用を受けるにあらざるも、參審員及び陪審員と同一の秩序罰を受けつつありたる委員會の信任委員に對しても、

其の虚偽の辯解事由を口實とせる場合につき秩序罰を規定す。蓋し是等委員會の信任委員にあつても參審員及び陪審員に於けると同一の事由のかくの如き處置を是認せしむるものを存すればなり。

然り而して從來刑事上の制裁を受けたりし虚偽の辯解事由を口實とする犯罪構成事實を本條中に併せ包含せしめたるの事情に顧み、金錢に於てする秩序罰（第六十一條參照）の外に三箇月以下の秩序罰拘留を選択せしむることとし、また金錢に於てする秩序罰の徴收し得へからざる場合に之を秩序罰拘留に換刑するの可能を規定したり。かくの如きは從來認められざりし所たりしなり（第六十二條參照）。

#### 第十號について（第五十八條）

第五十八條を改正することに依つて〔裁判〕*Entscheidung*の語に代ふるに〔處理〕*Bearbeitung*の語を以てす、此の規定は數個の區裁判所の管轄區域に互る刑事事件の公判及び裁判のみを一の區裁判所に委任するに止まるものにあらずして、刑事事件全般、又は特殊の刑事事件、例へば拘留事件の處理をも一個の區裁判所に委任するものなるの主旨を從來よりも遙に明確に表明せんとするものなり。而して今や「區裁判所」と題する節中に此の規定を存することに依つて（第二號乃至第十號の緒言參照）、此の規定が參審裁判所事件についても、はたまた單獨刑事事件についても關係を及ぼすものなることは、亦疑問を容れざるまでに明瞭に表明せらるる次第なりとす。



第十一號について（第六十二條）

本草案はここには小刑事部に於ける通常の上席は必ずしも部長に於て之を占むるを必要とする事なく、地方裁判所の判事にも之を委任することを得べき旨の規定を廢止したり。此の規定は一九二四年一月四日の命令中に於て、全然經費節約の原因のみよりして制定せられたる所に屬し、然も刑事の控訴部の部長に對して課することを必要とする要求とは、久しきに亙つて相調和することを得へからざる規定に屬すればなり。

第十二號について（第七十三條及び第七十四條）

單獨判事と參審裁判所とを「區裁判所」の觀念の下に總括するは、本草案に依つてもはや一般的に實施せらるるに至りたる用語法と一致する所以なりとす（第二號乃至第十號の緒言參照）。

第十三號について（第七十六條）

單獨判事の裁判したる事件に於て、手續の經過中に、恐らくは控訴理由に基きて初めて其の困難なる事件、又は特に重要な事件に關するものなることの判明したる場合にあつても尙ほ常に、小刑事部が控訴

に關する裁判を爲すの權限を有するの一事は、現行法の一缺點として痛感せらるること屢々なりしものにして、本草案はかくの如き場合につき控訴審に於ては公判の期日の指定あるまでは、大刑事部に於ける審理を求むる申立を爲すの道を檢事の爲に開くことに依つて此の缺點を補正せんとするものなり。而して私的起訴事件についてはかくの如き可能を規定することを得へからず。蓋し此の場合にあつてはかくの如き申立を爲すに適したる機關を缺如せるを以てなり。

第十四號について（第九十一條）

本草案は將來陪審裁判所の法廷は陪審裁判所の管轄區域内に存するにあらざる地に於ても開廷することを得べき旨を規定す。かくの如きは陪審裁判事件に於ては合宜上の原因又は節約上の理由に基きて辯論の場所を自由に選定するを得しめんとする實際上の需要に適當する次第と謂はさるへからず。例へば裁判所及び證人に依る土地の檢證が必要とするとき、又は極めて多數の證人を召喚したる爲當該管轄區域内には之を收容するに充分なる丈の場屋を存することなく、然もつい近隣の管轄區域の境界に密邇せる都會にはかくの如き場屋を存する場合の如し。

第十五號、第十九號、第二十號について（第百  
第二十條、第百二十七條、第百三十四條）



第二百十條、第二百二十七條及び第三百三十五條の改正は全然公判開始決定の廢止に因つて必要となるに至りたるものなり。第三百三十四條に於て檢事總長の申立をもはや起訴狀中に於て爲すことを必要とせざるは、第二十六條及び第二十九條の改正に適應するものなり（第三號及び第五號參照）。

第十六號について（第二百一十一條）

第十三號に於て爲したる第七十六條の改正の結果として第二百一十一條第一號は、控訴院は第一審に於て單獨判事か判決を爲したる場合にあつても、大刑事部の判決に對する上告につき管轄權を有するものと改正するを必要とするに至りたるなり。

第十七號について（第二百二十二條）

第十七號は既に第六十六條に關する緒論中に於て是認したる、控訴院の部に於ける判決裁判官の員數を再び五人に増員するの提案を包含するものなり。

第十八號について（第二百二十二條a）

刑事事件に於ける上告裁判所としての控訴院は其の裁判に際して、他の控訴院の裁判に羈束せらるること

ともなければ、大審院の裁判に羈束せらるることなきものなるか故に、控訴院か上告審として裁判を爲すことを必要とする限りに於ては、裁判の統一は必ずしも絶對的に保障せらるるものと爲す能はず。控訴院か大審院又は他の控訴院の法律上の見解に違ふ場合も、決して稀有なる例外に屬するものにあらず。控訴院か上告裁判所として其の權限を擴張することに依つて、刑事事件に於ける控訴院の裁判の獲得するに至りたる意義の重大なるに顧みるときは、かくの如き状態は持續することを得へからず。新刑法典の施行と共に其の解釋の統一に特に重きを置くことを必要とするものあるに於て益々以て然りとす。されは新なる第二百二十二條aは既に一九二〇年の裁判所構成法改正草案（第二百二十三條b）中に於て提案せられたる所に係る規律に著しく倚據して、控訴院か國法の罰則的規定の解釋を爲すに當つて大審院又は他の控訴院の裁判に異なる解釋を爲さんとするときは、自己の法律上の見解に理由を附して檢事局を通して上告を大審院に提出するを要する旨を規定し、更に根本的の重大なる意義を有する國法上の法律問題につき控訴院か一時、後に至つて大審院の是認する所たる能はざるべき法律上の見解を主張するを豫防せんか爲に、かくの如き根本的の法律問題を裁判するを必要とする場合に於ても上告を大審院に提出するを要する旨を規定す。此の二の場合に於ては大審院は上告に關して自ら裁判を爲すを要するものにして、此の規定に依つて刑事事件に於ける國法の解釋の統一を保全する最後の處置を爲したるものに外ならざるなり。



第十九號、第二十號について（第二百二十七條、第二百三十四條）

之については第十五號につき述べたる所を参照すへし。

第二十一號について（第三百二十九條）

ここに提案したる大審院の部の構成を判事七人を以てする組立に復歸するの案については、既に第六十六條の緒論中に述ふる所ありたりしなり。

第二十二號について（第四百十一條）

第五十八條の規定に依つて區裁判所か結局何れの刑事事件をも處理するを要せざるの道を開きたるに依り、各裁判所に検事局を附置すべき旨の規定は、刑事事件の處理に従事する裁判所についてのみ適用あるものと制限を爲すことを必要とするに至りたるなり。

第二十三號について（第五百五十五號）

法律上當然に執達吏を其の職務の執行より除斥するの件に關する規定は、本草案の法文に於ける刑事訴訟法第二十二條及び民事訴訟法第四十一條の、判事の職務執行の除斥に關する規定に應じて之に適應せしむることを必要とす（第六十七條第八號、第七十六條第一號參照）。除斥の事由は新法上に於ては執達吏か當事者並に被疑者若は被害者と婚約の間柄たり、又は育子關係 *Pflegekindschaffe* に因つて結合せらるるとき、また民事訴訟に於て執達吏か當事者たるか、又は當事者の一方の法定代理人たるるとき、刑事事件に於ては執達吏か刑事訴追の請求を爲し、又は之についての同意を與へたるるとき及び執達吏か被疑者若は被害者の後見人たり、若は後見人たりしときにあつても、除斥の行はるるの程度に於て現行法に比較して擴張せらるるを見るなり。

第二十四號、第二十五號について（第六百六十二條乃至第六百六十四條）

刑の執行並に刑の執行の際に於ける司法上の共助の費用は、今後は行刑法草案中に規律せらるるものにして、第六百六十二條及び第六百六十三條の内容並に引渡及び刑の執行に關する第六百六十四條第一項の内容は、右の草案第四十六條、第十六條、第十七條中に規律せらるるか故に、裁判所構成法の之に相當する規定は無用に歸したる次第とす。尙ほ第六百六十四條の新法文は單に體裁上の意義を有するに過ぎざるな







て此の私の利益に優先せしむるの方針を墨守するに於て舊の如しと雖、然も現行法に於けるとは異りて公の利益と相關する所なき私生活上、又は家庭生活上の事項の辯論せらるる場合には公行を停むるの権限を裁判所に與へんとするものなり。

更に本草案は一般の福祉の原因に基きて公行を停止することを許す規定か、公の秩序に對する危害の場合を除外すれば、只善良の風俗に對する危害の場合に限りて、公行の停止を認むることとせるの程度に於て、狹隘に過ぐるものなりとの見解を懷く。即ちそれ自體としては善良の風俗に危害を及ぼすにあらざるも、其の然るに拘らず公然究明することと爲すに於ては、性的發育の道途に在る少年に對して著しく不利益なる影響を及ぼすに適したる事項を、裁判所の辯論中に於て究明することを必要とする場合の、近時に至つて特に頻繁なるものあるの事情は顧慮せらるることなきなり。ここに於てか本草案は辯論に於て究明すべき事項の世間に知れ渡ることによつて、少年の性的感情を刺戟し、又は之を邪徑に導く懸念ある場合にあつても、公行の停止を許すことに依つて此の方面に於ける少年の保護を鞏固ならしめんとする新立法中に一般に顯著なるものある傾向に斟酌を拂へり(獨逸普通刑法典草案第三百條並に理由書參照)。

新しき第七十四條は從來の第七十四條第一項に、第七十一條<sup>a</sup>を挿入し、第七十二條及び第七十三條に改正を加へたるに因つて促されたる改正を施して之を再録したるに止まる。從來の第二項に關しては第三十一號の理由を參照すべきなり。

第三十一號について(第七十四條<sup>a</sup>、第七十四條<sup>b</sup>)、

獨逸普通刑法典草案第六十八條(是か理由書參照)中には裁判所の辯論に關する報知及び裁判記録に基く報告の禁止に反する刑罰を統一的に總括し、其の際裁判所構成法中に於ける規定に依つて如何なる條件の下にかくの如き報知を禁止すべきやを明確ならしむべきを以て規律の起點と爲したり。而して此の點を明確ならしむるは新しき第七十四條<sup>a</sup>にして、同條は從來の第七十四條第二項並に公開を停めて行ふ裁判所の辯論に關する一八八八年四月五日法律第三條、及び其の報告の禁止を包含するの程度に於て刑法典第八十四條<sup>b</sup>の規定を要約したるものに外ならざるなり。

第七十四條<sup>a</sup> 第一項は國家の安寧を危殆ならしむることを理由とする公行の停止の場合にあつては從來に於けるか如く新聞に依る公告のみを禁止するに止まることなく、苟も事の公の告知に關する場合にあつては其の新聞に依ると、無電の放送に依ると、集會の席上に於てすると爾他の方法に於てすることを問はずして之を禁止することとせるの程度に於て、現行法(一八八八年四月五日の法律第三條)に比較して擴張を齎らすものなり。然も他の一面に於ては本草案は必ずしも辯論に關するすべての報告を禁止するものにあらす。即ち例へば證人か出頭することなかりし事實の報知をも禁止するものにあらすして、寧ろ辯



論の内容に關する報知のみに限りて之を禁止するに止まるものとす。蓋し黙秘を爲すの利益を存するに只此の程度に限らるゝものなるを以てなり。之に相當する制限は書類の公表の禁止に關して本草案の包含する所なるか、本草案は此の禁止を事件に關係する書類に制限せり。而して第七十四條に依つて無用となりたる一八八八年の法律第三條の廢止に關しては、第七十三條を參照すへきなり。

第七十四條 a 第二項は第一段に於て國家の安寧に對する危害以外の原因に基きて公行を停止したる場合にあつても尙ほ、辯論を公表することの禁止を命ずることを得ると云ふ、從來缺如たりし可能を裁判所に與へたるか、かくの如きは公行停止の命令の必要なる補完なりとす。蓋し然らざるに於てはかくの如き處分は無意義に歸着し易きを以てなり。新聞其他に依つての公表の中にこそ恰も裁判所の辯論の公行と云ふことの本質を存するなり。而して第二項は第二段に於て黙秘の命令を爲したるにあらざる場合にあつても、世間の感情を刺戟するか如き方法に於て公に報導を爲すことを概括的に禁止すること善良の風俗に對する危害の故を以て公行を停止する場合に刑法第八十四條 b か從來規定せる所と同じ。

第七十四條 a 第三項は第七十四條第二項の從來の第二段及び第三段に對し、實質上に於て何等手を加ふることなく、其儘之を再録したるなり。

第七十四條 b は豫審判事、準備手續に於ける區裁判所判事、受命及び受託の判事に向つて、黙秘の命令を發するの道を開きたるものにして、能く實際上の需要に適合するものと謂はざるへからず。蓋し然

らざるに於ては危害を被りたる利益を有效完全に保護すること不可能なるを以てなり。

第三十二號について (第七十五條)

此の改正は全然獨逸普通刑法典草案か公權褫奪の附加刑を廢止したるに因り必要とせられたるものなり。

第三十三號について (第七十七條、第七十八條、第八十二條)

是等の改正は本草案第五十七條の原則を實施したるものに外ならず。

第三十四號について (第八十八條)

此の改正は證人、鑑定人其他につきて眞實開示の義務を引合として保證の方法を採用することとせるに依つて必要とせらるるに至りたるものなり (第六十七條第二十六號の理由につき述へたる所を參照すへし)。

第三十五號、第三十六號について (第八十九條、第九十條)



通事は將來は鑑定人に關する規定に準してもはや之を宣誓せしむへからずして、寧ろ裁判所の要求ありたる場合、又は關係人の申立ありたる場合に限り、眞實開示の義務を引合としての保證を爲さしむべきものとす。而して通事は鑑定人に於けるとは異りて其の一切の通譯行爲、即ち判決の通譯をも保證の包括する所たらしめんか爲に、是か訊問の開始に先たちて保證を爲さしむるを要するなり。

#### 第六十七條（刑事訴訟法の改正）

本草案は第二章の緒論中に既に述ふる所ありたるか如き理由に基きて、其の刑事訴訟法の改正案を提案するに當つて當初より或る程度の制限を守ることが必要としたり。前に刑事訴訟法の全般に互る改正を試みて嘗めたる經驗は、刑事訴訟手續の根本的改造か多大の困難に遭逢するものなるを教ふるものにして、即ち一九〇九年議會に提出ありたる一九〇八年の裁判所構成法及び刑事訴訟法改正法案は、國議會の委員會に於て前後二回の讀會を経て周到に審議せられたりし後、本會議に於てはもはや研究せらるることなくして止みたり。蓋し此の提案にとつて所要の多數票を獲得するの見込を存せざりしを以てなり。また一九二〇年の刑事事件に於ける審級順序に關する法律案は既に參議院の阻止する所となりたりしなり。是等の經驗に依るときは刑法改正と同時に包括的なる刑事訴訟法の改正を行はんとし、此の兩者をして兩々手を携えて其の進程を辿らしめんとするか如き試圖は、特に緊切なるものある刑法の改正を著しく困難ならし

め、其の成立を危殆ならしめ、又は少くとも之を著しく遷延せしむるものと謂はさるへかざるへし。本草案は此の理由に基きて手續の根本的改造又は手續の主要なる部分の改造を目的とする一切の要求を峻拒したり。されは職權主義に代ふるに當事者主義を以てすることイギリスの模範の如くならしめんとするの問題とか、又は豫審の廢止の問題とか、其の他に之に類似の根本的の改正の問題に至つては將來の包括的なる刑事訴訟の改正に留保することを必要とす。本草案は實體法の改正に因つて絶對的に必要となれる改正のみを提案するに止め、其の程度以上に互つては現行の手續の骨子を維持し乍ら、其の顯著なる缺點を除去し、又は改正を招來するに適したる草案のみを提案することとしたり。

かくの如く根本的に自己制限を加へたるに拘はらず、本草案の刑事訴訟法に關して提案する改正は極めて多數に上れること、以下の簡單なる概觀の示す所の如し。

本草案は先づ第一に從來刑法典中に掲載せられたりし訴訟法的性質を有する規定をば、にはオーストリーとの法制の同化を容易ならしむる爲、また一には法規の組織的の構成を改善する爲に獨逸普通刑法典草案中には收容することなく、其の然るの故を以て今後刑事訴訟法中に編入するを必要とすることに依つて、説明せらるべき若干の改正を提案せるか、逆に從來は刑事訴訟法中に存したりし規定にして、今日は他の法律、特に行刑法中に收容せられ従つて刑事訴訟法より削除せらるる規定も尠からざるなり。

此の理由に基きて新に刑事訴訟法中に收容すべきは、特に外國犯罪の訴追に關する規定（現行刑法典第



四條乃至第六條、第三十七條)告訴に關する規定(前掲第六十一條乃至第六十五條)、大逆罪及び背叛罪の犯人の財産の差押に關する規定(前掲第九十三條)及び誣告及び侮辱の場合に於ける手續の延期に關する規定(前掲第六十四條第二項、第九十一條)なり。

本草案は外國犯罪の訴追を合法主義及び便宜主義に關する規定と相牽聯して、第五十四條。乃至gに於て規律したり(第二百六十七條)をも参照)。而して從來現行刑法典第六十一條乃至第六十五條に掲げたる告訴に關する規定の代りを爲すものは、第五十七條b乃至第五十七條mなり。而して財産の差押及び誣告若は侮辱に基く手續の延期に關する規定は、本草案の第四百三十一條及び第六十二條a中に之を存する次第とす。

被害者に對する償金の承認に關する規定は現行刑法典(第八十八條、第二百三十一條)中よりして、本草案に繼受することなかりし所のものなり。蓋し本草案が第四百三條以下に於て被害者をして刑事訴訟手續中に於て損害賠償請求權を主張するを得しむべき旨を一般的に規定せる規律に顧みるときは、もはやかくの如き特別規定を存續せしむるの必要を存することなきを以てなり。

他の法規中に編入せられ、其然るの故を以て刑事訴訟法中より削除することを必要とすべき規定は、特に行刑法草案中に移されたる刑の執行に關する規定(第七編第一章第四百四十九條乃至第四百六十三條)、及び公課並に租税の徴收に關する規定に對する違反行爲の場合に於ける手續に關する規定(第六編第三章

第四百十九條乃至四百二十九條)にして、國公課法の制定ありたる今日に於ては其の適用範圍は極めて狭小たり、特に本草案の法文(第一百五十三條)に於ける國公課法第一條第二項に依れば、從來第四百十九條以下の規定の適用ありたる程度に於ても國公課法の規定の適用せらるべき今日となつては、もはや全然無用たるもの等なり。

第二の、然も最も重要な改正の提案は實體刑法の改正を顧慮して必要となりたる刑事訴訟手續の改正に關するものにして、此の種類に屬するは先づ第一に新刑法が刑の量定に際し、また矯正及び保安の處分の命令若は認許に際して、裁判所をしてあらゆる具體の場合に犯人の個人的人格にとつて正當なる裁判を爲すを得しめんか爲に規定したる、判事の裁量の自由の擴張の訴訟法上の效果なりとす。

手續法は判事の權限のかくの如き擴張に對し、種々なる見地の下に意見を定めざるへからず。手續法は先づ極力裁判所をして犯人の人格を判斷する上に必要な基礎を確得し、其の裁判を爲すに當つて現實にも亦實體法の新しき根本思想の精神に於て之を評價するを得しむるの道を確保する規定を設けざるへからず。其の外裁判所は將來は事情に依つては社會と云ふ人間の共同團體より、終身間犯人を排斥すべき旨を言渡すことさへあり得るものなるか故に、裁判所の權限の擴張に應じて裁判所の或は行はるることあるべき過誤に對して公判被告人の保護を鞏固ならしむることを必要とす。即ち公判被告人は獨り犯罪の嫌疑に對して自己を防禦することを得るのみに止まらず、刑の量定に關するあらゆる問題に於ても亦、適當に其



の防禦を準備することを得べく、従つてまた之につき考慮せらるべき事實に關して適時に通知を受くることを必要とするなり。(第二百條參照)。

かくの如き見地の下に本草案の齎らす改正は、刑事訴訟法の殆どすへての章に互るものにして、刑の量定に關する裁判をして充分準備するを得しめんか爲には、爲し得る限り詳密に犯人の人格を探究せざるべからず(第六十條及び第九十條、第八十條參照)。而して經驗上犯人の人格の判断か特に困難たる場合に於ては、原則として豫審を行ふことを必要とするなり(第七十八條第三項)。

或る種の附加刑の宣告又は矯正及び保安の處分の命令か公判被告人にとつて有すべき廣汎なる結果は、裁判所の管轄を規律するに當つて相當に考慮する所ありたり。即ち或る種の附加刑及び矯正及び保安の處分は決して單獨判事に於て之を言渡すことを得べからず、最も重き處分は擴張參審裁判所 *Collegium of Jurists Schöffengericht* に限り之を言渡すことを得るに止まる、(第二百七十條。尙ほ本草案第六十六條の法文に於ける裁判所構成法第二十六條第二項、第二十九條第二項をも參照すべし)。是等の處分の一の必要なることか公判に入るに及んで初めて判明したる場合については、過早の判決に對して公判被告人に保護を與ふべき處置を規定したり(第二百六十四條第二項)。不在の公判被告人に對する手續についても、また處罰命令手續に於ても、公判被告人の爲に類似の保護規定を設けたり(第二百三十四條、第四百七條第三項參照)。

療養院若は養育院又は酒精濫用者療養所若は節制院に收容せらるべき公判被告人に對しては特別な保護を必要とす。第二百二十四條第二項第二段はかくの如き收容は公判に於て鑑定人の意見を聞きたる後に限り、之を命ずることを得べき旨を規定せり。

實體法か刑の量定につきて樹てたる新しき見解は、此の問題に對して裁判所の新しき着眼點を必要とするに至ることは素より當然の事理なるか、法律の規定を以てして結局行ひ得る限りは裁判所をして嚴密に此の見解を遵奉せしむるやう羈束せんか爲に、本草案は現行法に於けるよりも遙に判決理由を詳細にせんことを要求したり(第二百六十七條)。

被疑者をして罪責問題又は刑の量定の問題につき重要なることあるべきすへての事實に關する其の防禦を適時に準備することを得しめんか爲に、起訴狀の内容に關する規定を著しく擴張したるか(第二百條)、其の外本草案は防禦の問題に特に重きを置くものにして、犯罪構成事實の認定の場合に於ける關與の外、將來に於ては犯人の人格を正當に判断する上に於て重要な事情を裁判所に知らしむるは、辯護人の重要な任務たるに至るべし。従つて本草案は被疑者に依る辯護人の聘用を庇護すること現行法よりも遙に超え、懲役の言渡か問題たる場合にあつては將來はすへて被疑者は、裁判所をして辯護人一人を選任することを得しめらるるものとす(第四百十條第三項)。かくの如くにして本草案は獨り強制辯護の場合を擴張するのみに止まらず、其の他の場合にあつても其の必要と認めらるる場合にはすへて、適當なる防禦の保



障せらるるに一段と注意を拂へるものなり（第四百十一條第二段）。

更に別段なる種類に屬する刑事訴訟法の改正を齎らすものは、刑法草案中に於て新に設けたる矯正及び保安の處分並に附加刑及び附帶的結果の新規律に因つて、必要となるに至りたる提案にして、此の種の提案に屬するは責任無能力者として療養院若は養育院に附託せらるるものと豫期せらるる被疑者につき、其の科することを得ざる未決勾留に代へて假に之を前記の施設に收容することを許すの處置（第二百五條、第二百六十七條d）、並にかくの如き被疑者に對する、其の性質に斟酌を拂へる公判に關する特殊の規定なり（第六十六條の法文に於ける裁判所構成法第二百七十五條a並に第七十一條a參照）。

保安監置 *Sicherungsverwahrung* の制度の新設は外國に於て有罪の言渡を受けたる常習的犯人を、爾後に至つて國內に於て保安監置に致すことを得しむべき道を開くべき特殊の規定を必要とするに至りたり（第一百五十四條g）。また刑法草案上沒收の意義の増大したるに應じて本草案は、沒收利害關係人の地位（即ち所有者の地位、然れども例へば用益權者又は質權者の地位も亦）を斟酌すること遙に大に、沒收利害關係人は原則として公判に呼出さるるものなること（第四百三十條第一項）、及び獨立して公判被告人に於けると同一の權利を有すべきこと第四百三十條aを規定す。同様にして本草案はまた有罪の言渡の公告を申立つることを得べき者の地位の向上を考慮し、是等の者に對しても公判期日を通知すべきものとして、其の權利を主張するの機會を失はさらしめんとせり（第二百二十五條a第二項、第三項）。

實體法の改正に伴つて必要となるに至りたる改正の第三の種類は、實體法に於ける想像上の競合と實質上の競合との間の從來の區別の撤廢に關するものなり。今手續法中に於ても亦實質上の競合と想像上の競合と、此の二種の競合形式を爲し得る限り廣汎なる範圍に互つて一致せしむるの道を講せざるに於ては、此の二種の競合形式を同視することに依つて達成せんとする主たる目的の一たる、裁判に際し兩者の間に區別を立つるに當つて生ずる無用なる困難を回避せんとするの主旨（獨逸普通刑法典草案理由書參照）は、達成せらるることなくして止むべし。従つて本草案は數個の法律違反の競合を規律せる刑事訴訟法の規定を改造して同一の規定をば想像上の競合と實質上の競合の何れにも適用することを得るものと爲さんとするものなるか、是か結果として先づ第一着に生ずるは公判に至つて初めて法律違反の競合の判明するに至りたる場合に、想像上の競合と實質上の競合とに依つて案件を別様に取扱ふやう規律せる第二百六十五條及び第二百六十六條の改正にして、其の外上訴に關する規定並に手續の再審に關する規定も亦此の見地の下に改正せられざるべからず。蓋し判決か其の中に於て判斷せられたる法律違反の一部分に關して、之に對し不服を申立て又は之に變更を加ふる場合については、特別なる規律を必要とする次第なるを以てなり。本草案は第三百十八條第一項及び第三百二十八條第一項（控訴につき）、第三百五十三條第一項及び第三百五十八條第一項（上告につき）、第三百七十二條a及び第三百七十三條第一項（手續の再審につき）に於て相當の規定を掲げ、而して之に相當する規律は第四百十條a及び第四百十一條第三項に於ける處罰



命令に對する異議の場合にも規定する所ありたりしなり。

第二條及び第十三條の改正も亦此の關係に屬す。

刑事訴訟法の改正の第四の種類に屬するものは、部分的には實體法の改正に依つても亦必要となりたるもの、即ち宣誓の制限に屬し、他の箇所にて證據調に關する規定の改正と相牽聯して論述するを必要とすべし。

實體法の改造に因つて必要となりたる是等の改正の外に本草案は、上記の制限の範圍内に於て手續法の或る程度の改正を達成せんとする幾多の提案を包含するものなるか、是等の提案中の一部は將來の包括的なる改正の主流に合流し、之を準備し、狹隘に限定したる範圍上に於て實際上に於ける試験の機會を與へんとするものにして、其の先づ第一にかくの如き目的の爲に供せらるるは、調査手續を自己の手中に掌握し、特に從來よりも廣汎なる範圍に互つて自身親しく報告者 *Ankumfisperson* を訊問する檢事の權限の擴張、従つてまた其の義務の擴張なりとす。此の目的の爲第七十條 a 及び第七十條 b は檢事の面前に出頭して供述を爲すべき證人の義務を設けたり。而して區裁判所の訊問の申立を爲すべき檢事の權限の制限（第六十二條一項第二段）、檢屍及び死體解剖の實施の檢事に對する委任（第八十七條、第九十一條）、及び最後に公判に於ける交叉訊問に關する規定の或る種の擴張（第二百三十九條第一項）の如きも亦同じ目的の爲に供せらるるものに外ならざるなり。

久しき以前より要求せられたる特殊の公判開始決定の廢止の如きも亦此の種に屬す。即ち本草案は一九〇八年の刑事訴訟法理由書中に主張せらるる見解と歩調を一にして、現在本手續の開始、及び是と相牽聯する處置を實施する手續を以て徒らに時日を遷延せしむるものたり。頗る煩瑣なるものたり、而してまた同時に被告人又は公訴の利益を充分に保護するに適當せざる形式なりと思料し、其の然るか故に本草案は公判開始決定に代ふるに、判事の人員を節約する簡單なる手續を以てしたり（第九九條以下）而して公判開始決定の廢止は必然的に刑事訴訟法の爾他の幾多の改正をも由來すること素より言を俟たざるも、是等の改正は大體に於て單に體裁上の意義を有するに止まる次第なりとす。（例へば第十六條、第十八條、第二十五條、第四十條第四項、第四十八條第二項、第五十六條、第二百八條、第二百九條、乃至第二百十二條、第二百十五條、第二百十七條第二項、第二百四十三條、第二百五十一條第二項、第二百七十條第二項、第三百八十三條、第四百十六條第一項、第四百四十一條第一項、第四百六十九條第二項参照）。而して本草案提案する所の幾多の提案中にて其の最も重要なるは、證據調に關する所のものなり。而して其の一般的の種類に屬する革新としてここに擧ぐるに値ひするは、證據の申立の却下を是認せしむることを得べき事由の剩す所なき規律にして、かくの如きは實に法律的安寧の増大を保證すべき革新なりとす（第二百四十四條第三項）。然れども其の最も重要なる規定は刑事訴訟に於て宣誓の著しき減却を來さんことを目的とする提案にして、是は實に國議會の刑法委員會に於て刑法草案各論の部第十一章偽誓及び



虚偽の供述を審議するに當つて一般の共鳴する所となり、實體刑法に關する委員會の決議中に既に其の立法的結晶を見出したりし精神の實施に外ならざるなり。宣誓は鑑定人にあつては常に、また證人にあつては原則として、刑罰の制裁に依つて保護せらるる眞實開示の義務を引合としての保證を以てして之に代らしむることとす。其の外刑法上保護せらるる供述の宣誓を全然除外するを要する場合、又は之を除外することを得べき場合は著しく増加したり。而して此の問題に關する詳細は刑事訴訟法第一編第六章に關する理由(第二十六號)中に論述する所ありたり。

本草案は上訴に關する規定につき更に別段なる改正を提案す。即ち第三百五條の規定は現行の組織に對する根本的の例外を掲ぐるものにして、之に依れば區裁判所、地方裁判所及び陪審裁判所の判決に對する不服申立は、或る種の場合に於ては爾他の場合に許さるる通常の上訴方法に於てすることなく、寧ろ即時抗告を以てして之を行ふものとす。先づ區裁判所の判決に對する上訴に關する規定は、或る種の改造を受くるものにして、本草案は此の場合に區裁判所の判決に對し原則として控訴の方法も、上告の方法も存することよりして生ずる問題を瞭然に、明確に解決するに努むるものなり。而して本草案は不服申立人かかくの如き判決に對して不服を申立つべき場合に於ては、先づ判決に對して不服を申立つべき旨の意思表示を要求し、爾後判決の送達あるまでは其の執り得べき控訴と即時抗告との二種の上訴方法の間に選擇を爲すを得しむ(第六十二號乃至第六十五號)。

本草案の他の改正案は上告についての規定に關するものなり。惟ふに現行法か上告趣意書の提出につき規定する一週間の窮屈なる期間は、短きに過ぐるものとして感せらるること多く、特に公判か數週間又は數箇月間に互りて繼續せる訴訟に關する場合に然りとす所なり。本草案は事情に依つては裁判所に與ふるに上告趣意書提出の期間を一箇月以下に伸長するの權限を以てすることに依つて此の場合に救済の方法を講じたり(第八十四號)。而して明白に理由なき上告をは決定を以てして不適法として棄却する上告裁判所の權限は、從來は一に大審院のみの權限に屬する所なりしか、今後はすへての上告裁判所にも附與することとなしたり(第八十七號)。

上告に關する規定と密接なる關係を有するものに更に二の重要な改正案のあるあつて、上告の基礎を擴張せんとするの點に其の意義を有せり。即ち調書の更正に關する新規定(第四十六號)と、其の錄取に際し既に關係人か調書の内容に一定の作用を及ぼすべき旨を規定せる第二百七十三條第一項第二段の規定(第四十四號a)なり。

手續の再審に關する規定については本草案は從來の規律を以て、あまりに狹量に過ぐるものと、爲す見解に廣く承順し、本來の刑事訴訟手續に參與したりし判事をは、再審手續の經過中に爲すべき一切の裁判よりして、法律上當然に除外することに依つて現行法の最も非難せられたる缺點の一を廢止したり(第二十三條第二項)。而して判決か偽誓又は他の有罪行為に基くことを理由とする再審は、もはや此の有罪行



爲に基く既判力ある有罪の言渡の行はれたることを條件とすることなく（第九十一號）、區裁判所の判決に對する再審を制限する第三百五十九條第五號第二段の規定は廢止し、而して最後に第三百五十九條第一號及び第二號に於ては有罪被告人の爲に再審についての若干の新しき理由を與へ、第九十八號に於ては既に死亡したる有罪被告人の爲にする再審と、尙ほ生存せる有罪被告人の爲にする再審との間のあらゆる區別を廢止したり。

かくの如く本草案か有罪被告人の爲にする再審を少からず輕易ならしむるに反し、本草案は公判被告人の不利益に於てする再審に關する規定には原則として觸るる所なく、此の方面に於てはオーストリーの模範に従ひ只一點に於て再審の可能を擴張するのみ。即ち第三百六十二條第三項に依れば處罰命令に依つて有罪の言渡を受けたる者の不利益に於てする再審は、違警罪として判決せられたる犯罪行爲か重罪若は輕罪たること、又は輕罪として判決せられたる犯罪行爲か重罪にして、之に基きて期待すべき刑か言渡ありたる刑と全然不權衡なる關係に在ることを明にすべき新しき事實の知れたる場合に之を許す。處罰命令か其の作用に於て全然判決と同視せられ（第二百十三號參照）、是と共に處罰命令に依つて判決せられたる犯罪行爲に基きては更に新しき公訴を提起するの從來存したりし可能の消滅するに至りたる今日にあつては、かくの如き擴張は缺くべからざる次第なりとす。

上來述へ來りたる所よりして既に明白なるものなるか如く、本草案の最も高尚なる目的の一は被疑者の

法律上の地位を爲し得る限り確保せんとするに在り。而してかくの如き着眼點を奉するに於ては本草案か刑事訴訟手續に於て法規の認むる最も重き干涉に對し、また未決勾留の命令中に存する自由の剝奪に對して被疑者を保護するに特別の注意を拂はざるべからざるものなることは、素より自明の事項たるものと謂はざるべからず。而して本草案は之を實施するに二の見地の下に於てす。先づ第一に本草案は避くべからざるの必要たる場合に限り未決勾留の方法を行使することなきしめんか爲に、現行法に比較して遙に未決勾留の命令についての條件を制限す（第六十號以下）次に本草案は未決勾留の執行に關して詳細なる規定を設け、之に依つて被勾留者の法律上の地位にとつて鞏固なる基礎を與ふることとす。（第三百二十二條乃至第三百二十二條w）。然り而して一時的の被檢束者は「遲滞なく」之を區裁判所判事の許に引致するを要する旨の第二百二十八條の規定の解釋に因り、現行法中に發生したる弊害を豫防せんか爲に、本草案は第二百二十八條を改正して被檢束者は遅くも檢束の翌日には之を區裁判所判事の許に引致することを必要とすることとしたり。然もかくの如き規律を爲すときは困難を生ずることあり得るものなるは亦誤認すべくもあらず。即ちかくの如き短時間の間に未決勾留の命令に關する裁判につき必要なる基礎資料を蒐集するは、必ずしも常に能くし得べき所たる能はず。然も其の然るに拘らず本人を服罪せしむる爲に必要な資料は極めて短期間に尙ほ蒐集し得るものなるの故と、再び自由の身分に置かれたる被疑者か直ちに逃亡を企つべきか故を以て、被檢束者の監置の續行を緊切に必要なりとすること往々にしてあり。かくの如き場合に



於ては本草案は判事に許するに犯罪行為の充分なる嫌疑を存する限りは、被検束者に對して監置命令 *Verwahrungsbefehl* を發することを以てしたり。此の監置命令に基くときは被疑者は三日間、極端の場合には五日間監置することを得る次第たるなり（第二百二十九條、第三百十條）。

被疑者の地位の確保に資せらるる本草案の爾他の提案につき注意すべきもの左の如しとす。

現行法上或る種の訴訟上重要な被告人の意思表示を、本手續の開始に關する決定の讀上の開始に先たして *vor Beginn der Verhandlung* 爲すことを必要とする場合に於ては、此の意思表示期間は本案についての公判被告人の訊問の着手まで伸長せらるること多し（第十六條、第二十五條、第二百十七條）。特に裁判所の手續に通せざる公判被告人又は初めて裁判所に出頭する公判被告人にとつては、此の點に於て重大なる改正を存する次第なり。即ち是等の公判被告人は事件の呼上の直後恐らくは尙ほ周章狼狽の精神状態に在るか、又は不安心の氣分にあるかの時期に重要な意思表示を爲すを要することなく、寧ろ自己の申出を熟考し、或る程度まで法廷内の雰圍氣に慣れたる後に至つて初めて、此の意思表示を爲すの餘裕を與へらるる次第たるなり。

更に別段なる改正を包含するは第三十三條第二項の規定にして、之に依れば將來は公判外に於て爲す裁判の以前にも、遅延に因つて本案についての不利益を生ずるにあらざる限りは、被疑者の意見を徴するを要するものとす。また公判被告人の前科の刑は將來は公判に於ては、そが裁判につき意義を有するの程度

に於てのみ之を確定することを得へし。而して判決の言渡に際し在廷したる公判被告人に對する上訴の提起に關する教示を規定せる、法律に通せざる被告人の保護を目的とする現行刑事訴訟法第二百六十八條第三項の規定は、第三十五條第四項の新規定に依つて著しく擴張せられたりしなり。

然れども本草案は獨り被疑者の法律上の地位を鞏固ならしめんことを欲するのみに止まらず、寧ろ反對に被害者か手續につき有する明白なる利益にも、現行法に於けるよりは遙に迎合する所あらんとするものにして、其の然るか故に本草案は先に第二百二十五條第一項に於て犯罪行為に因つて害を被りたる者に對し、公判期日の通知を爲すを要する旨を規定したり。而して此の方向に向つて特に重大なる意義を有するは第五編第三章（第四百三條以下）にして、是は實際上可成に無意義なりし從來の償金手續現行の法文に於ける刑事訴訟法第四百三條乃至第四百六條に代ふるに、所謂附帶訴訟 *Adhäsionsprozess* を以てするものなり。本草案は原則として有罪行為の被害者たる各人に對し刑事訴訟手續自體中に於て、其の損害賠償請求權、又は物の返還を求むる請求權を主張し、かくの如くして特殊の民事訴訟を起すことを必要とすることなくして、自己の請求權に關する執行力ある名義を獲得するの可能を與へんとするものにして、本草案の目的とする所は債權者の迅速なる満足、避くることを得べき民事訴訟の省略、及び同時に判事の人員の節約に在るなり。

其の外被害者の請求權の確保に供せらるる所のもは、第九十四條第一項の規定の擴張にして、之に依



れは將來は被疑者か有罪行爲に因つて獲得したる物件若は財産價值、又はかくの如き物件若は財産價值の對價として受領したる物件若は財産價值をも保管することを得へく、又は他の方法に於て之を保全することを得へくして、差押の一般條件を具備すると否とを問はざるなり。

本草案の掲ぐる改正の提案は其の外頗る多しと雖、ここには只左の諸項を指示するに止むへし。

現行の法文に於ける刑事訴訟法第二編第七章は、不在者に對する手續に關する規定を總括するものにして實際には成績を擧ぐるることなくして止みたりし所なり。惟ふに此の章は三の異なる資料を包含す。即ち其の第一部(第二百七十六條乃至第二百八十四條)に於ては一種の闕席手續に關する規定を、第二部(第二百八十五條乃至第二百九十四條)に於ては證據保全手續及ひ闕席手續か不適法なる場合に行はるる財産差押の認許を包含し、最後に第二百九十五條は、安全の護照 *For sursure Ordit* の提供に關する規定を包含す。而して第一部の規定の缺席公判被告人又は公判に於ける出頭を免除せられたる公判被告人に對する手續に關する規定第二百三十二條以下との關係は、明瞭ならず。要するに此の兩者の處遇を異にすへき實際上の必要を存することなきなり。されは本草案は此の二の場合を統一的に規律し(第二百三十條第一項、第二百三十二條乃至第二百三十四條a)、不在者にとつて特別の規定を必要とする限りに於てのみ、此の規定をそれと關係する手續の部分に關する規定の許に列したり。(第三百三十七條第三項、第五百四十四條h、第九百九十七條a第二項、第二百十六條第三項、第二百九十七條第二項參照)。證據保全に關する第二

規定は第五百四十四條h第二項中に、財産の差押に關する規定は第六編第四章中に(第四百三十二條以下)、安全の護照の提供に關する規定は未決勾留に關する規定(第二百二十二條b)中にそれぞれ之を收めたり。

本草案の齎らす更に別段なる改正の指示すへきものは個々の邦に於て既に採用せられたる、警察上の處罰處分を發する場合に於ける略式手續に向つて國法上の基礎を與ふる第四百十八條aの規定たるへし。而して最後に尙ほ擧ぐるを要するは幾度となく反覆して言明せられたる利害關係方面の希望に應じて、第三百七十四條第八號の規定を削除せるの一事なり。此の削除は實に輕罪として處罰せらるへき文學上、藝術上及び營業上の著作権の侵害か、もはや私的起訴の方法に於て之を訴追することを得へからざるの結果を伴ふ。

刑事訴訟法か本草案に依つて受くへき改正の頗る多きの事實に顧み、且は新しき提案に關する概觀を容易ならしめんか爲に、本草案の可決後に形成せらるへき刑事訴訟法の條文を、現行法とを附録中(第一表)に對比することとしたり。

然り而して第六十七條の各號につき注意すへきもの左の如しとす。

#### 第一號について(第二條)



第二條の改正は實體法に於て實質上の競合の處遇を改正せるに基くものなり。從來は實質上の競合の場合に於てはそれぞれの犯罪行為につき特別の刑を確定することを必要としたりしか故に（現行刑法典第七十四條）實質的に競合する數個の犯罪行為が同時に判決せられたりしや、はたまた前後して判決せられたりしやは、本來可成に問ふに足らざる問題たり、併合刑（*Teambande*）の形成は各個の犯罪行為につきて指定せらるる刑法第七十四條第一項に依るか、又は刑事訴訟法第四百六十條に依る加入刑（*Fürsitzstrafe*）に基きて面倒なく、之を行ふことを得へし。然も獨逸普通刑法典第六十五條に依れば、此の事は將來は著しく異りて、實質上の競合の場合にあつても一個の統一的の刑に限りて言渡すことを得るものとし、獨立せる犯罪行為のそれぞれにつきて加入刑を確定することなきなり。されは假令行刑法草案第九條には從來の刑事訴訟法第四百六十條に相當する規定を規定せらるるも、實質上の競合の新しき處遇に當つては統一刑の事後に於ける確定に從來よりも遙に多大なる困難を來すべきを、少くとも誤認すべからず。蓋し執行裁判所はもはや各個の犯罪行為につきて指定せらるる、統一刑を基礎と爲すこと能はざるを以てなり。されは將來は要するに一人の犯人の所犯に係る犯罪行為か、すべて同時に判決せらるるに重きを置かざるべからず。第二條の改正案は實に此の點を達成せんとするものに外ならずして、而して之に依つて達成せられたる結果は、刑法改正の全般を通しての最も重要な目的の一たる、犯人の人格に對する法の適應と云ふ事項に一致するものなり。惟ふにすべての犯罪行為が結合的に判決せらるる場合には、一個の行為のみ

か個別的に判決せられて、執行裁判所か後に至つて現存せる數個の判決に基きて、犯人の人格に關する綜合的の觀念を形成すべき場合に於けるよりも、遙に犯人の人格に適切なる判斷を爲すことを得るものなるは明白なり。然れども他の一面に於ては種々なる犯罪行為を同時に判決することか、免除するに難き困難に際會する場合、又は各個の犯罪行為を即時に判決することにつきて存する利益か重きを爲す場合も、常に之を想像することを得へし。かくの如き理由に基きて本草案は強行的の規定を提案することを斷念し、當爲規定 *Colvorschrift* を以て足れりとするを必要とせり。

#### 第二號及び第三號について（第八條<sup>a</sup>、第九條）

ここに提案したる第八條<sup>a</sup>の規定は裁判所の土地の管轄に關する規定の専ら實際上の需要に由來せる補完を掲ぐるものなり。今第八條<sup>a</sup>に依れば裁判籍（*Gerihtsstand*）なるものは、被告人か起訴の當時未決拘留、若は刑事拘留中なるか、又は其の他裁判所の命令に基きて施設内に監置せらるる地を管轄する裁判所にも樹立せらるべきものとす。此の規定は判決の爲公判被告人を遙に隔絶したる地に輸送するを避くるを得しむるものと謂はざるべからず。蓋しかくの如き輸送は公判被告人の安全なる監置にとつての危険を伴ひ、同時に公安にとつての危険をも伴ふこと稀ならざるを以てなり。而して保護教育に收容中の者も亦裁判所の命令に基きて施設内に監置せらるる者に屬すべく、將來は其の外に療養院若は養育院、酒精濫用者療



養所若は節制院、勞働所若は教育施設若は保安監置への收容（獨逸普通刑法典草案第五十五條以下、草案第六十八條の法文に於ける少年裁判所法第十二條a第五項）を裁判所に於て命したる者も亦之に屬す。同時に新规定は公判被告人が刑事訴訟法第二百三十三條に依り、公判への出頭を免除せらるる場合の數を減少せしむることを得るなり。

第九條につきて提案したる改正は、第八條を挿入したるより生ずる所の結果に外ならざるなり。

#### 第四號について（第十條）

近年航空が著大なる發達を遂げ、將來に於ては一層著しき飛躍を爲すべきこと火を賭るよりも明白なるものあるに顧みるときは、刑事訴訟法手續に於ても從來既に航海につきて行はるる所と同様に、航空を斟酌することを必要ならしむるものと謂はざるへからず。蓋し此の兩者の間には其の關係相類似せるものありて存するを以てなり。第十條につきて提案せる改正は這般の事情に斟酌を拂へるものに外ならずとす。而して航海と航空との間に存する取扱上の相違は、船舶は船籍港 *Heimathafen* を有するも航空機はかくの如きものを有することなきの事實より生ずるに過ぎざるなり。

#### 第五號について（第十三條）

第一號につきて述べたる本草案の提案を是認せしむると同一の理由は、第十三條第二項に於て新に挿入

すべき「第二條第一項第二段を準用す」る旨の第二段を以てして、同一人に指向せらるる數個の刑事事件にして數個の裁判所に繫屬したるものは、檢事の申立ありたるときは其の全部、又は一部を數個の裁判所の合意に因つて統一的の辯論及び判決の爲に其の中の一の裁判所に結合すべき旨を規定するの提案を導くに至りたるなり。

#### 第六號について（第十六條）

現行刑事訴訟法は公判被告人は、公判に於て本手續の開始に關する決定の讀上あるまでに、訴訟上重要な或る種の意味表示を爲すを旨を規定す。管轄違の抗辯（第十六條）、偏頗の懸念に基く判事の忌避（第二十五條）及び召喚期間の遵守せられざりしことを理由とする公判延期の請求（第二百十七條）の如きは之に屬す。本草案は此の意味表示期間を伸長せんとするものにして、公判被告人をして本案に關する其の訊問の開始までは、此の意味表示を爲すの時間を有せしめんとするなり。而して本案についての公判被告人の訊問は現行法上は公判開始決定の讀上に續くものなるも、將來は公判開始決定の讀上に代る起訴狀の讀上に續くものなり（第一百十二號及び第一百三十三號參照）。かくの如くにして公判被告人の地位を改善せんことを目的とするものなること、本草案の爾他の提案に於けるか如しとす。

#### 第七號について（第十八條）



本號の改正は本草案の提案せる公判開始決定の廢止に由來するものなり。(第百十二號參照)

一五〇

第八號について(第二十二條)

第二十二條第一號は判事を法律上當然に判事の職務の執行より除外すべき原因を列擧するに當つて、判事か現行刑法典第六十一條に所謂申立權者として、刑事訴追を求むる申立を爲したる場合を不問に附す。法律は申立權者たる判事か自身被害者たるか、又は少くとも被害者に對して法律上當然に判事を爲して其の職務の執行より除外せしむべき關係に立つものと假定するものなれども、此の假定は必ずしも常に該當するものにあらず。即ち例へば判事か侮辱に因つて害を被りたる官吏の上官として、刑事訴追の申立を爲したるときにあつては右の假定は該當せず(刑法典第九十六條、刑法草案第三百二十二條第二項)。ここに於てか本草案は第一號につき提案したる法文に依つて現行法中に存する欠缺を補正せんとするものにして、之に依れば判事か自身當該の犯罪行爲に因つて害を被りたるか、又は判事か刑事訴追の申立を爲したるか、若は之についての同意を與へたるかにかつては、判事は判事としての職務の執行より除外せらるべきものとす。而して「刑事訴追の請求」及び「刑事訴追についての同意」の用語は、刑法草案の新用語法に一致するものなり(第九十四號參照)。

ここに提案したる第二十二條の第二號及び第三號の新法文及び第二項として挿入したる刑事訴訟法につ

きて一般的に適用ある定義は、専ら體裁上の種類に屬するに過ぎざれども、只刑法草案第十條に適應して婚約者を挿入することに依つて、親屬の範圍を擴張したることだけは新規の規定なり。現行法に依れば婚約關係は除外原因たるものにあらずと雖、其の然るに拘らず判事か婚約關係の故を以て偏頗たるの懸念を理由あらしむることあり得べく、其の忌避を是認せしむるに足ることもあり得べきなり(刑事訴訟法第二十四條第一項、第二項)。之に對して本草案は被疑者又は被害者と婚約の關係に在る判事は、法律上當然に其の判事としての職務の執行より除外することを必要と史料したり。蓋し婚約關係の伴ふ束縛は、少くとも二等親に於ける姻族關係に劣らざる力を有するものなるを以てなり。

第九號について(第二十三條)

本草案は既判力ある判決に依つて終結したる手續の再審に關する規定の改正か、學說及び實際の要求すること年久しきものありて、事實上また必要たるものなることを承認するものにして、其のかくの如き要求を斟酌せる現行法の廣汎なる改造に關する提案については、以下に(第百九十一號乃至第百二十一號)其の理由を説明する所ありたり。其の重大なる懸念は特に刑事訴訟法第三百六十七條の規定に對して唱導せられたる所にして、此の規定に依れば手續の再審を求むる申立の認否に關して裁判を爲すは、不服申立ありたる裁判を爲したる裁判所なり。本草案は此の規定を存續せしむと雖、然も其の内容は第二十三條に第



二項として挿入すべき規定に依つて著しく之を變更したり。此の新に挿入すべき規定は一九二三年七月十三日の暴利裁判所令第二十一條第四項及び特別裁判所に於ける同種類の規定を其の模範とするものにして之に依れば手續の再審を求むる申立に依つて不服を申立てられたる裁判、又は此の犯罪行為に關する下級審の判決に參與したる判事は、將來は法律上當然に再審手續に於ける裁判への參與より除外せらるるものとす。かくの如くして公平なる再審を從來よりも遙によく保障せんとするなり。

第十號について（第二十五條）

之については第六號について述べたる所を参照すへし。

第十一號について（第二十六條）

ここに提案したる改正は、宣誓に關する規定の改正の結果に外ならざるなり（第二十六號につき述ふる所を参照すへし）。

第十二號について（第三十三條）

刑事訴訟法第三十三條の從來の法文は、此の規定が決定裁判所の裁判、及び豫審裁判所の裁判、及び準

備手續に於ける區裁判所判事の裁判にも適用あるものなりや否やの疑念を喚起したり。本草案が其の提案中に於て第三十三條の新法文につきて企圖しつつある「公判の經過中に行はるる裁判」（第一項）と、「爾他の裁判」（第二項）との兩者の明確なる區別は此の疑念を一掃するものと謂ふへし。

本草案はまた將來は公判外に爲す判事の裁判に先たちても、獨り檢事のみには止まらず、其の外手續に關係を有する者を審訊することを必要とするの程度に於て、現行法に比較して實質上の改正を包含するものなり。勿論此の規定は常に其の意見を徴することを必要とすべき檢事を除外して、他の關係人は之に因つて何等事件にとつての不利益を伴ふ遅延を生ずることなき場合に限り、意思表示の催告を受くべきものなるの意味に於ての制限を受くるものとす。

本草案の提案の規定する關係人の觀念の限界は全然體裁上の意義を有するに過ぎずして、只法律中に於ける幾多の場合に關係人を一々列擧するの煩を避くることを得しむるに止まるなり。

第十三號について（第三十五條）

一九二六年十二月二十七日の法律は刑事訴訟法第二百六十八條に第三項を追加し、此の第三項は公判被告人が判決の言渡に際して在廷し、且此の判決に對して上訴を許すべきときは、上訴の提起に關して公判被告人に教示を爲すべき旨の規定を包含するものなるか、此の規定は保護規定の性質を有し、不知又は無



經驗に因つて惹起せられたる權利の喪失に對して、公判被告人を保護せんとするものに外ならざる次第なれど、本草案は一九二六年十二月二十七日の法律の辿りたる此の道程上に於て、百尺竿頭更に一步を進め、其の提案する所に依れば此の保護規定を一層擴張して、獨り之を判決の取消適性を有する場合のみに制限することなく、判決を受くる本人の教示は特定の期間内に裁判に對して不服申立を爲すことを得べき一切の場合に之を行はんとし、更に判決言渡の場合に於ける本人の在廷はもはや教示についての條件たるへからずして、一定の期間内に不服申立を爲すことを得べき裁判の告知の行はるる場合に於ては、其の告知か言渡に依つて行はれたると(刑事訴訟法第三十五條第一項)、本人の不在中に判決の行はれたる場合に於ては其の送達に依つて告知の行はれたると(刑事訴訟法第三十五條第二項)を問はず、一切教示を爲すことを必要とするものとなさんとするものにして、即ち法律か裁判を受くべき者に向つて特定の期間内に之に對して不服を申立つる權利を與へたる場合に於ては、將來はすへて本草案の提案上現行刑事訴訟法第二百六十八條第三項の當爲規定に於けるとは異りて、強行的に規定せらるる教示は不服申立の權利の喪失に對して本人を保護する所あるべきなり。此の場合に於ける不服申立を廣義に解釋すべく、即ち此の規定は獨り特定の期間内に上訴方法(控訴、上告、抗告)を行使することを得べき場合のみに止まらず、例へば決定を以て上告を不適法として棄却せられたる不服申立人か、該決定の送達後に於ける一週間の期間に羈束せしめらるる上告裁判所の裁判を求むる申立を爲すことを得べき、刑事訴訟法第三百四十六

條第二項の場合をも併せ規律するものなり。教示は獨り不服申立の可能を一般的に指示するのみに止むべからずして、如何なる上訴方法を與へらるるものなりやの點、及び何れの裁判所に、如何なる形式に於て、及び如何なる期間内に之を提起するを要すべきやの點にも及はざるべからざるなり。

現行刑事訴訟法第二百六十八條第三項は、第三十五條第四項の新しき一般的規定に依つて無用となりたるか故に、第四百十三號を以て之を廢止したり。之に反し第三十五條第四項の規定は、區裁判所判事の處罰命令は被疑者か送達後一週間に區裁判所に書面を以て、又は當該官署の認證官吏の調書を以てして異議を申立つることなかりし場合に限り、執行力を有するに至るべき旨の開示をも包含することを必要とする旨の、刑事訴訟法第四百九條の規定を無用たらしむるものにあらず。蓋し此の場合は通常の刑事訴訟手續に於て判決せられんことを求むる被疑者の請求に關するものにあらずるを以てなり。

#### 第十四號について(第三十八條)

此の提案は單に體裁上の意義を有するものに過ぎず。「刑事訴訟手續に關與したる」の字句を抹消したるは、第三十三條第三項の定義(第十二號參照)に依つて「關係人」の語に與へられたる技術上の意義の變動に顧み、適當とすべき所なり。

#### 第十五號について(第三十九條)



現行刑事訴訟法第三十九條に依れば、公訴を準備する手續豫審及び刑の執行の場合に於ける手續につき邦司法行政部の命令を以て、送達の證明につき現行刑事訴訟法第三十七條上必要とする所よりも遙に單簡なる形式を認むることを得る次第なるか、本草案は此の規定を二様に改正したり。先づ第一に刑の執行の場合に於ける手續はもはや之を第三十九條中に規定することを得へからず。蓋し刑の執行は將來はもはや刑事訴訟法中に規律せらるることなくして、行刑法中に於て規律せらるる次第なるを以てなり。加之行刑法草案第十八條第一項には刑事訴訟法第三十九條に相當する規定を、刑の執行につき設くるものと豫期せらるるなり。更に本草案は第三十九條中には公訴を準備する手續及び豫審と相並んで、秩序罰及び強制罰の執行の場合に於ける手續(第五十七條参照)を規定せんとしたり。而して是か理由として主張せらるる所は是等の罰を執行する場合に於ける手續は、刑の執行の場合に於ける手續と相類似する手續にして、其の然るか故に送達の證明の形式を同様に簡略とするを正當ならしむと云ふにあるなり。

#### 第十六號について(第四十條)

公告の方法を以てする被疑者に對する送達は、現行刑事訴訟法第四十條中には、被疑者に對し公判への召喚狀の送達行はれざるや(第一項)、又はかくの如き送達既に行はれたりしや(第二項)に従つて、其の取扱を異にし、其の前なる場合に於ては公示送達の條件は、送達か規定の方法に於ては獨逸國內にて

行ふ能はさること、及び更に外國に於ける送達につきて現存する規定の遵守も實行不可能たり、又は無効に終るものと豫見せらるるに在り。其の後なる場合にあつては公告は單に此の二の條件中の前者に結合せらるるのみに止まりて、第一項中に要求せられたる第二の條件をも具備したることを重要視することなし。裁判所の構成及び刑事裁判に關する一九二四年一月四日の命令の制定以前にあつては、前なる場合に於ける公示送達(第一項)は一に送達すべき書類の内容を獨逸若は外國の新聞紙を通して公告することに依つてのみ、實現することを得たるに止まりたりしか、此の命令第二十二條は第一項中に其の外第二項中に規定したる方法も亦選擇することを得る旨の規定を挿入し、即ち公示送達は送達すべき書類を二週間第一審の裁判所の掲示板に貼付することに依つても之を實現するを得ることとなりたり。

此の先例に依れば本草案は、被疑者に對し公判への召喚狀の尙ほ未だ送達せられざる場合と、かくの如き送達の既に行はれたりした場合との差別的處遇を全然廢止し、此の二の場合に通して第一項の規律を適用せしむるを以て事の宜きに適するものと思料するものなり。勿論かくの如く爲すときは是と共に將來は、從來第二項中に規律せられたりした場合に於ても、公示送達を行ふべき場合にあつては第一項に要求せられたる二の條件の雙方を具備することを必要とし、獨り從來の第二項規定する所の一の條件の具備せらるるのみを以ては足らざるに至ること、亦誤認することを得へからざるなり。



## 第十七號について（第四十一條）

第四十一條に於て正本を提出することに依つても檢事に對する書類の送達を行ふことを得べき旨を認めんとする本草案の提案は、手續の簡易促進の方法を與へんとするものに外ならざるなり。

## 第十八號について（第四十二條、第四十三條）

現行刑事訴訟法第四十二條及び第四十三條第一項の期間に關する規定は、其の内容上民法第八十六條以下の期間に關する規定と一致するものにして、之に代ふるに民法の規定の指示を以てするを適當とすべし。之に反し末日か日曜又は一般の祭日に當る期間の經過に關する刑事訴訟法第四十三條第二項の規定は之を廢止することを得へからず。蓋し民法は意思表示又は給付に關する場合についてのみに之に相當する規定を與ふるに止まるを以てなり（民法第九十三條）。

本草案が刑事訴訟法につきて提案する所と同一の改正は、民事訴訟法は文字章句の末に至るまで刑事訴訟法第四十二條及び第四十三條と一致せる、期間の算定に關する規定（第九十九條及び第二百條）を有するものなるか、本草案の刑事訴訟法につきて提案する所と同一の改正は民事訴訟法については、既に一九八年五月十七日の民事訴訟法改正に依つて行はれたりし所に屬せり（民事訴訟法第二百二十二條參照）

而して刑法典及び行刑法に於ける期間の算定に關しては、第五條及び之につきて述べたる所を參照すべきなり。

## 第十九號について（第五十條）

刑事訴訟法第五十條の現行法文は新しき國法上の關係を斟酌するものにして、一九二四年三月二十二日の裁判所構成法及び刑事訴訟法の條文の告示を基礎とし、而して國司法長官に向つて此の告示の權限を與ふるものは、一九二四年一月四日の裁判所の構成及び刑事裁判に關する命令なり。而して本草案の提案したる第五十條の改正は、國議會、參議院又は國經濟協議會又は邦議會若は邦の參議院に於て、其の事務章程に従つて設置したる委員會の委員は是等の團體が開會中にあらずして、委員會のみ開會せる場合に於ては、是等の團體の構成員と同視す。かくの如く兩者を同視するは實際上の需要に應ずる所以なり。參議院又は聯邦中の一邦の邦參議院の議員は其の參議院又は邦參議院の所在地に滞在中は此の所在地に於て訊問すべく、而して國議會、國經濟協議會又は邦議會の議員は其の開會中及び其の開會地に滞在中は此の地に於て訊問すべき旨の規定に例外としての處置を爲さんとする場合には、此の證人が構成員として所屬する團體の承諾を必要とするか如く、全然委員會のみの開會ある場合に於ては其の議員の一人を證人として訊問し、且第二項第二段の提案したる規定に異なる處置を爲さんとするときには、委員會の承諾を必要とす



第二十號乃至三十號について（第六章證人第四  
十八條乃至第七十一條）

刑事訴訟法第一編第六章についての本草案の提案は、他の種類に屬する若干の必要なる適應を除外すれば、刑事訴訟法に於ける宣誓を爲し得る限り制限するの目的に供せらるるものなり。

刑法草案の國議會提出案は既に虚偽の無宣誓供述に對する制裁を新に設けることに依つて、宣誓の減却を招來するの目的を追求したりしか、かくの如きは即ち國議會提出案か宣誓の過度なるを愁訴し、偽誓及び其の他の宣誓違反に基く有罪の言渡の増加を指摘する聲に斟酌を拂ひたるものに外ならざるなり。目下の國議會の刑法委員會も、最近の國議會の刑法委員會も何れも特に熱心に、如何にすれば宣誓の適用範圍を爲し得る限り減少せしむることを得べきやの問題を研究し、此の點に指向せらるる努力は、最近の國議會の刑法委員會に於てすへての種類の手續につき、特に刑事訴訟及び民事訴訟の範圍内に於て宣誓の著しき制限を來さんことを國政府に建議する決議をば、衆口一致を以て可決するに至りたり。宣誓の制限の問題に關する今日の刑法委員會の立入つての討論も亦同一の方向に於てするものなるか、其の際宣誓を全然廢止し、徹頭徹尾比較的薄弱なる誓言方式を以て之に代らしめんとするか如き提案は、國民の多數者か宣

誓を全廢するを承諾せずして其の主旨を誤解すへき着眼を爲せるに顧み、且また宣誓廢止の時期を以て尙ほ未だ到來せざるものと看做せる邦政府の態度に際會しては多數の賛成する所とならずして止みたるに反し、宣誓を制限し、廣汎なる範圍に互つて幾分嚴肅の程度を軽くせる誓言の方式を以てして之に代らしめんとするの點に關しては、全然其の意見を一にせり。同様にして從來現行中の規定が宣誓を規定せる幾多の場合、例へは特定の良心の矛盾せる場合供述の重要ならざる場合及び些末事件に於ては、將來は刑罰の制裁の下に置かるる誓言なるものを全然爲さるか、又は少くとも之を爲さることを得べき道を開き置かんとするの點に關しても、廣く一致を見たりしなり。

本草案は刑事訴訟法第一編第六章に關する提案に依つて刑法委員會の如上の意思表示、及び其の之を基礎とする獨逸普通刑法典第八十三條乃至第九十一條に關する決議に斟酌を拂ひ、従つて證人の宣誓は只例外としてのみ、即ち裁判所か供述に判決の發見についての決定的意義を附し、狀況を評價するに當つて宣誓を以て眞實探究の最後的手段として缺くことを得へからざるものと認むる場合に限りて、之を許すこととし、普通の場合については本草案は原則として從來の手續法上の規定に代ふるに、證人は眞實開示の義務を引合として自己の供述の正確完全を保證するを要するの制度を以てしたり。同時に本草案は證人をして眞實開示の義務と是か違反の結果を力強く意識せしめ、且また爲し得る限り虚偽の供述を妨げんか爲に、供述義務者に對しては其の訊問の以前にも、其の保證を爲すに先たちても明示的に虚偽の保證



の有罪なるを指示するを要するものと規定し、更に一步を進めて本草案は新なる保證の適用範圍を制限し、是と共に從來の規定上宣誓を爲すことを得べき場合に幾度か保證を爲すことを許さざるものとして宣告し、其の外更に別段なる現行法の宣誓を規定せる數多くの場合に於て、宣誓を爲すを裁判所の裁量に任ずることに依つて眞實開示の義務の有罪違反の可能性を、現行の宣誓關係法規に比して更に著しく制限せるなり。

本草案かかくの如くにして刑事訴訟法の從來の宣誓法規につきて行ふ根本的の改造は、必然的に刑事訴訟法外の一の手續法にとつての反動作用を伴ふに至るものなるか故に、本草案は最も重要な手續法、即ち就中民事訴訟法、非訟事件手續法、勞働裁判所法、國公課法及び社會保險法を、個別的改正の方法に於て刑事訴訟法の新规定に適應せしめ、國法及び邦法の全範圍につきて效力を有する其の第六十三條の一般的適應規定を以て、此の個別的適應を補完することとす。

其の個々の點に於て第二十號乃至第三十號につきて注意すべきもの左の如し。

#### 第二十號について（第五十一條）

證人が裁判所に對し虚偽の申立を以て其の闕席を辯解することに依つて、證言の義務を免れんと試むる場合は、從來は刑法第三百三十八條中に於て刑事罰を以て處罰せられたるものなるか、獨逸普通刑法典草案

はもはやかくの如き罰則を認むることなきか故に、今後はかくの如き犯罪構成事實は第五十一條に於て辯解せられざる闕席の場合に於けると同様秩序罰を科せらるべきものとす。然りと雖第五十一條か從來専ら規定せるか如き金錢に於てする秩序罰の制裁は、從來刑事上の輕罪として評價せられたりしかくの如き犯罪構成事實については充分なりと爲す能はざるべく、然も辯解せざる闕席の多くの場合についても亦、例へば證人の闕席か惡意にのみ基けるとき、又は特に重き結果若は恐らくは賠償を要求する能はざるべき程の多額の費用を惹起したるときには不充分たるものなること判明したり。されは此の二の場合については金錢に於てする秩序罰の外、是と選擇的に三箇月以下の秩序罰拘留の罰をも科することしたり。而して此の場合の自由刑を秩序罰拘留と稱するは、本草案第五十七條の規定に従ふものに外ならざるなり。

#### 第二十一號乃至第二十五號について（第五十二

條、第五十三條、第五十三條、第五十五條、

第五十六條）

第二十二條第二項に於て親屬の觀念を一般的に採用することに依つて、第五十二條及び第五十五條の構成を形式的に更新することを必要とするに至れるか、此の規定に基きて證言を拒絶するの權利を有する者の範圍を實質的に變更するの提案は、今後は育親及び育子をも併せ包含することと爲したるの程度に於て



するに止まれり。然も此の如き處置は是等の者の間にも養親と養子との間に於けると類似の、親近なる人的關係を存し、而して養親、養子の間の關係は既に從來證言の拒絶を正當ならしむるものありたるに因つて、是認せしめらるるものと認むべきなり。

第五十三條第二號及び第三號に於ては、獨逸普通刑法典草案第三百二十五條に依り私の秘密を保護するの義務を負ふこと、部分的には既に一九一〇年の國議會の委員會の決議中に規定せられたりし所の如き一切の者に對し、職業上の秘密に基く證言拒絶の權利を與へたり。従つて從來は獨り被疑者の辯護人、辯護士及び醫師についてのみ存立したりし證言拒絶の權利は、藥劑師、國家試験に合格したる醫療關係者（看護人、產婆）、公證人及び法律上當然に若は司法行政部の命令に依つて裁判所に於ける口頭辯論を許されたる者、並に是等の者の職業上の助手及び職業の修習の爲に是等の者の職業上の行爲に參與せる者にも擴張せらるることとなりたり。助手及び職業修習の勤勞に従業中の者をも併せ包含せしむることは、然らざるに於ては、是か訊問に依つて容易に職業上の秘密の保護を回避することを得べきか故に必要なりとす。最後に判例の結果に應じて是等の者の證言拒絶の權利は、獨り其の職業上自己の開示を受けたりし所の事項のみに止まらず、其の職業に依つて知悉するに至りたる所の事項にも及ぶものなることを明確にしたるか、其の際證人が黙秘の義務を解除せられざる場合に、供述を爲さんと欲するや否やは證人の職責としての裁量に一任せらるること從來に於けるか如し。而して第五十三條第二項の改正は是等の者の他の原因に

基く證言拒絶の權利は、黙秘の義務の解除に依つて其の效力を妨げらるることなきの主旨を明確にせんと欲するものに外ならず。而して僧侶及び新聞關係者の證言拒絶權の從來の規律（第五十三條第一號、第四號）は從來の儘にして改正する所なしとす。

第五十三條に於ては本草案は國憲法第二百五條〔譯者註〕に依り選舉の秘密を保護し、公の事項に於ける法律に基く秘密の選舉若は表決に際し、自己の投票に關する供述を爲すべき證人の義務を免除せんとしたるものなり。

〔譯者註〕 國憲法第二百五條の規定左の如し。

選舉の自由及び選舉の秘密を保障す。是か細則は選舉法を以て之を定む。

第二十六號、第二十七號について（第五十七條

乃至第六十四條、第六十六條、第六十七條）

第二十六號は刑事訴訟の法域に於ける宣誓制度の新構成に關する最も重要な提案を包含するものなり。

第五十七條はすべての證人が其の訊問に先たち其の眞實の開示と保證又は宣誓を以て其の供述を確言するの義務に此の義務に對する違反の結果の指示を受くべきを保證す。此の指示は公判に於てすべての證



人につき共通的に行ふことを得る次第なれども、今此の指示にして印象的に、嚴肅に行はれんには、虚偽の供述の妨止に寄與する所大なるものあるべきなり。

第五十八條は從來の刑事訴訟法第五十九條第一項に相當するものなり。

第五十九條に於ては法律に別段の規定を存するにあらざる限りは、證人はすへて眞實開示の義務を引合として其の供述の正確完全を保證するを要するものとし、特に從來規定せられたる訊問前の宣誓 *Oath* とは異りて、訊問後に保證を爲すを要するものと爲すの原則を樹てたり。かくの如くにして民事訴訟法に先鞭を附せられたる、訊問前の宣誓の廢止の多年に互る要求に斟酌を拂ひたるなり。然り而して此の點につき決定的の意義を有するは、訊問の終結後に至つて初めて保證を爲さしむることを不適法なりと認めしめ、又は不相當と認めしむべき原因、又は證人に對して保證を拒絶するの權利を與ふべき原因を存するや否やを完全に見極むるを得ること往々にして見る所なること、及び既に宣誓を爲し、保證を行ひたる證人は供述の更正を以て眞實開示の義務の有罪違反の自白に外ならざるものとし、其の然るの故を以て供述を更正するを嫌惡すること多きこと等の事實なりとす。

第六十條は保證の形式を規律するものにして、從來既に民事訴訟に於て行はるる形式に従ひ、長々しき文句の機械的復唱に代ふるに簡單明瞭なる文句を以てすることに依つて、從來の宣誓方式よりも簡單にして印象的なる宣誓方式を構成せしめんとするものなり。第二項の規定は從來の第六十四條第二項及び第三項に相當するものなるか、第三項は從來第五十八條第二項に於けるか如く獨り第五十二條に依り完全なる證言拒絶の權利を有する者のみに對して保證を拒絶するの權利を與ふるに止めずして、第五十五條に依り部分的に證言を拒絶するの權利を有する者にも此の權限を與ふることとす。此の場合に於てもかくの如くして證人の良心の葛藤に斟酌を拂ふことを適當と認めらるる次第なるか、此の場合にあつては保證を爲すことを拒絶するの權利は、第五十五條の該當する間に對する回答を包含する供述の部分にのみ及ぶものなることは素より言を俟たざる所なりとす。

第六十一條は保證を爲さしむることを不適法とする場合を列擧するものにして、其の第一號及び第二號は現行法に一致すると雖、第二號に於ては唯一の犯人として嫌疑を受くる證人も亦此の規定の適用を受くるものなることを、明確にしたり。第三號は民事訴訟に於て從來既に認められたる保證の拋棄を新に輸入することとなしたるものなれど、民事訴訟法第三百九十一條に於けるとは異りて、關係人側の拋棄の外に裁判所側の拋棄をも存することを必要とす。第四號の規定も亦新規のものにして、之に依れば裁判所のすへての判事か供述を重要ならず、また證人は重要な事實を證言する能はずとの心證を得たるときは、保證を爲さしめざるを要するものとす。此の最後の制限に依つて證人が自己の供述の確言を免るる爲に、重要ならざる供述のみを爲すを防止せんとするものなり。第三號及び第四號の場合に於ては從來は宣誓の強制を無用と認められたりしか、是等の場合は保證の著しき制限を招來することを得たりし所に屬せり。



第六十二條及び第六十三條は保證を裁判所の裁量に一任する場合を規律するものにして、違警罪に基く手續に於ては保證を裁判所の裁量に一任すること全然一般的に行はるる所とす。蓋し些末事件に於ては嚴肅なる保證を爲さしむるは、事件の意義にふさはしからざるべきと往々にして然りとす所なるを以てなり。爾他の手續に於ては裁判所は、裁判所のすへての判事の心證上供述か明白に信憑に値ひせざるべきは、保證を行はざることを得へし。是と共に從來往々にして露呈せられたる、裁判所かかくの如き供述を宣誓せしめて、因つて以て間接に宣誓違反の所犯を助長促進したるの弊害を匡濟せんとするなり。而して軍法會議法第二百九十九條第四項は從來既に實務上に於て絶対に成績を擧げたる同一の規定を掲げたり。勿論裁判所は自己の見解上保證の壓迫の下に於ても、證人よりして眞實に適したる供述を期待すへからざる場合に限り、其の權限を適當に行使すべきなり。

第六十三條に列擧したる場合の中にて、從來の法律と一致するは第二號のみなり（第五十八條第一項）。

第一號及び第三號は有罪行爲に因つて害を被りたる者、及び是と第五十二條に記載したる種類の關係に在る者か往々にして其の供述に際し、被疑者に對して或る種の先入の見に指導せらるることあるべきの懸念に斟酌を拂ひたるものにして、其の然るか故に此の規定は裁判所を羈束して保證か適當なりや否やの問題を特に審査せしむるものたり、其の運用宜きを得るに於ては是亦虚偽の有罪供述を減少せしむるに寄與

する所あるべきなり。

第四號は裁判所をして十六歳を超ゆるも、未だ十八歳に満たざる少年の精神上の發育の程度を斟酌するを得しむること爲したるなり。

第五號は證人か偽誓又は虚偽の保證に基く前科の刑を有する場合に關するものにして、獨逸普通刑法典草案かもはや宣誓資格の褫奪を認むることなきが故に、從來第五十七條第二號に存したりし規定を削除することを必要としたるなり（第八十四條第二項をも參照）。新規定は最近十年の經過中に行はれたる有罪の言渡、又は刑の服役丈けを考慮すべきこと、及び保證を爲さしむべきや否やの問題の裁判は、案外の狀況と證人の人物とに充分なる考慮を費すことを得しめんか爲、之を裁判所の裁量に一任するを要するものなること等を其の規律の出發點と爲すなり。

第六號に於ては證人自身又は證人と第五十二條に記載したる種類の關係に在る者に、刑事裁判上の訴追の危險を招來し、又は其の不名譽に歸着することあるべき問題についての證人の報告に關して、保證を徵すべきや否やを裁判所の裁量に一任することしたり。之に反し證人自身に對して其の第六十條第三項に依り刑事裁判上の訴追の切迫せる場合に有する、證言（民事訴訟に於けると同様）及び保證を拒絶するの權利を、證人の不名譽に歸着すべき事實に關する場合に於ても與ふことは斷念したり。蓋し刑事訴訟手續に於ては私人の利益は民事訴訟に於けるよりも遙に公の利益に對して讓る所あるを必要とすべきを以て



なり。而して第六十九條第一項は爲し得る限り證人の良心の葛藤を保護せんか爲に、其の缺くへからざる場合に限りてかくの如き問を許すこととしたり。

保證は第六十四條に依れば從來宣誓か然りとしたりし如く、原則として公判に至つて初めて之を行ふものにして、第二百二十三條の例外は現行法（從來は第六十六條）と一致す。第百五十四條ハ第二項の例外も亦然り。また第三百六十九條第二項の場合も亦舊の儘に差置くものとす。而して第六十四條第二項に於ては準備手續及び豫審に於ける保證に關する規定（從來は第六十六條第二項乃至第四項）をば、實際上の需要に應じて統一的に規律することとしたり。蓋し從來の如く兩者の間に差別待遇を爲すへき深刻なる原因は之を存することなきを以てなり。而して豫審判事の囑託に基きて行ふ證人の訊問にあつては、供述の重要ならざるの故を以て宣誓を行ふへからざるや否や、若は供述の信憑に値ひせざるの故を以て宣誓を行ふへからざるや否や、又は其の他裁判所の裁量に一任せられたる場合に於て宣誓を行ふへからざるや否やを裁判するを要するは、豫審判事の任にして、受託判事の任とする所にあらざる旨を明示的に規定したり。蓋し狀況の全般を概観することを得るは豫審判事のみに限られ、受託判事は然らざるを以てなり。

第六十四條ハ乃至第六十四條ハは宣誓に關する規律を爲す。其の將來の制限せられたる適用範圍に關しては、曩に既に必要なる事項を述べたり。而して第六十四條ハ第二項は證人に對しては宣誓に先たち再度、明示的に宣誓の意義を指示するを要する旨を規定す。然り而して宣誓は現實に重要な點のみに及ぶ

へきものなるか故に、宣誓も亦供述の一部についてのみ之を命ずることを得へし。また宣誓供述の内容に關するあらゆる疑念を一掃せんか爲に、宣誓供述を其の文句の儘調書中に録取すへき旨を規定したり。而して此の事は特に後に至つて其の或は偽誓手續を必要としたる場合に重大なる意義を有するものとし、從來はかくの如き申分のなき基礎は多くの場合に於て缺如たりしなり。

宣誓の形式については保證の場合に於けると類似の規律を爲したり。而して非宗教的宣誓に關する第六十四條ハ第二項の規定は國憲法第七十七條の規定と照應するものにして、變更を加ふることなかりし第六十五條に於ては、特殊の誓言方式を行使するを許すこと前の如し。其の外第六十四條ハの法文に依つて宣誓は、保證を徵するについての條件を具備する場合に限り、之を徵することを許す旨を表明したり。また第六十四條ハに於ては第六十條第三項を指示することに依つて、何人と雖保證を爲すことを拒絶するを得る者は、宣誓を拒絶する権利をも有することを明確にしたり。宣誓は本手續に於てのみ之を命ずることを得へく、また裁判所に於てのみ之を命ずることを得へく、而して第二百二十三條第一項の場合の例外を除けば、裁判所の面前に於てのみ之を行ふことを得へし。然り而して削除したる第六十六條に相當する規定は、今は第六十四條及び第六十四條ハ中に之を存するなり。

從來の第六十七條の規定に依れば、證人は同一の豫審手續又は本手續に於て再度宣誓を爲す代りに、前に爲したる宣誓を援用して自己の供述の眞實なるを保證するを得るものなれども、かくの如き規定は今後



は今後は無用たるものとす。蓋し豫審手續に於ける宣誓なるものはもはや全然之を存することなく、公判に於ては宣誓は判決の發見にとつて決定的の意義を有する所のものか、何なりやを概観することを得る場合に限りて初めて行はるるものなるを以てなり。加之控訴の辯論に於ても宣誓を徴すべきことの決定せられたる場合に於ては、形式上更めて宣誓を爲すことは例外的現象としての今後の宣誓の意義に適應するものと謂はざるべからず。況や宣誓は其の文句の儘を調書に録取すべき特定の供述に關するものなるに於てをや。されば本草案にあつては保證についても第六十七條に相當する規定を設けることを斷念したり。新に保證を爲さしむる方か遙に簡單にして明確なるを以てなり。刑法草案各論篇第十一章に關する國議會の委員會の決議に際し、既に前に爲したる宣誓又は保證の援用をまはや許すべからすと云ふ方針を以て、規律の出發點と爲したりしなり。

第二十八號、第二十九號について（第六十九條

α、第六十九條β、第七十條）

第六十九條αは證人をして其の供述を豫備する爲に、之に對し其の帳簿若は其の他の記録を手にして研究及び審査を爲し、又は物件若は土地の見分を行ふの義務を課することを得べき旨を規定す。實務上に於ては從來既に適當なる場合にかくの如き處置を爲し、然も其の結果特別の困難を導くことなかりしか、少

くとも證人に對しかくの如き強制を加ふることは從來は不可能とし、只一部の場合に於て證據方法としての記録若は物件を差押ふることに依つて救済を致すことを得たりしのみ。従つてかくの如き規定を設くることは適當なりと認むべし。第七十條の規定は相當に補完せらるる所ありたれど、今此の規定に依れば義務の履行を強制することを得べく、證人にして此の義務に違反せるときは、其の違反の結果として宣誓若は保證の下に不實若は不完全の陳述を爲したる限りは、證人は其の外獨逸普通刑法典第百八十六條αに依り有罪たるに至るものとす。而して事件の意義と相矛盾する程度に於て證人を煩はすか如きことあるべからすと云ふ點に於て、かくの如き義務を課することの可能を制限するは、其の自明の事項に屬するの故を以て無用たるものと認むべし。何れにせよ證人に對して課せらるる要求は從來既に著しく大なるものありたりしも（遠方への出張、期日に於ける終日間の在廷）、此の規定に於てはかくの如き要求を著しく擴張せるものと認むべからず。而して召喚狀若は調書中に於て此の義務を書面上に確定し置くことは、其の或は必要となるべき秩序罰若は獨逸普通刑法典第百八十六條αに依る處罰に、申分なき基礎を與へんか爲に必要とする所とす。

第六十九條βは既に論述する所ありたる、不名譽に歸着すべき事實に對する問の制限の外に、保證若は宣誓の認否に關する裁判を爲す爲に前科の刑を確定することを必要とする場合に限り、證人に對して前科の刑を問ふことを得べき旨の規定を設く。かくの如くにして證人か公民としての義務を履行して裁判所に



出頭したる場合に、法廷に於て公衆の面前にて本案と関係なき自己の前科の刑を審訊せらるることに依つて面皮を剝かれ、かくの如くにして眞實開示の義務に違反するやう仕向けらるるか如き弊害を豫防せんすするなり。

第三十號について（第七十條 a、第七十條 b）

第六十二條第一項第二段は檢事に課するに、特定の場合を除外すれば自身證人及び鑑定人の訊問を爲すの義務を以てしたるか、之に應じて今後は證人及び鑑定人も亦檢事の召喚に應ずると云ふ、從來は存することなかりし義務を課せらるることなかるへからず、また檢事は必要の場合には其の出頭を強制することを得ざるへからず。されは裁判所に依る證人の訊問に關する規定は、裁判所のみ権限に屬する保證及び宣誓を徴するの點に關するものを除き、すべて其の適用あるものと宣告したり。然れども秩序罰及び強制處分を科するは、檢事の申立ありたる場合に裁判所のみ限りて之を能くすることを得るものとす。而して第五十一條に於けるとは異りて此の場合にあつては金錢に於てする秩序罰の外に秩序罰拘留を選択せしめらるることなし。

第三十一號について（第七十四條）

第七十四條第三項に於ては、從來既に宣誓について然りとせるか如く、鑑定人の忌避の原因を疏明する

爲の手段として、眞實開示の義務を引合とする保證を認めざる旨を規定したるなり。

第三十二號について（第七十七條）

第七十七條に於ては證人につきて爲したる新しき規律に應じて鑑定人の虚偽の辯解、竝に鑑定人に對して特別に負課したる義務の不履行を秩序罰の下に置きたり。

第三十三號について（第七十九條）

鑑定人宣誓 *Sachverständigeneid* は第七十九條を以て全然廢止することとしたり。蓋し鑑定人については本草案の根本精神上宣誓なる制度の今後示す所の如き嚴肅なる宣言を爲さしむるの必要はもはや之を存することなきを以てなり。將來は鑑定人は證人に於けると同様、眞實開示の義務を引合としての保證を爲すべく、而して鑑定人が公平に、且良知良心に従つて自己の鑑定を爲したりと云ふ保證の内容は從來に於けると同し。證人に於けると同様鑑定人も亦原則として其の鑑定を爲したる後に至つて保證を爲すを要するものなるも、然も是は裁判所か之を要求し又は關係人か其の申立を爲したる場合に限るものとす。然り而して原則としては鑑定人の人物は既に公平なる鑑定についての充分なる保證を與ふるものなるか故に、此の分野上に於ても特別な保證を爲すことを必要とすへき場合の著しく減少するを期待すへし。然り而し



て鑑定人の宣誓訊問は結局もはや行はるることなきか故に、從來の第七十九條第二項の規定（概括的に爲したる宣誓の援用）も亦之を廢止することを必要とす。蓋し此の種の鑑定人を一般的の規律より除外し、之に依つて是等の鑑定人を偽誓の重き刑を以て處罰するは不可能と認むべきを以てなり。（第二十六號及び第二十七號につき述べたる所の末段をも參照）。

第三十四號、第三十五號について（第八十條<sup>a</sup>、

第八十一條）

獨逸普通刑法典草案第五十五條中に新に規定したる療養院若は養育院、酒精濫用者療養所若は節制院に於ける收容の深刻なる處分は、此の種の場合に於て裁判所の裁判にとつて多くは決定的の意義を有すべき鑑定を爲す鑑定人に對し、既に準備手續中に於て其の後に於ける鑑定を準備する機會を與ふることを必要とする旨の、第八十條<sup>a</sup>の規定を挿入する理由を與ふるものにして、鑑定の精透と完璧とに對する保障は之に因つて増大せしめらるる次第なりとす。

其の外第八十一條を改正することに依つて、被疑者の精神状態に關する鑑定を準備する爲に、今後は獨り豫審中のみに止まらず、調査手續の經過中にも既に被疑者を療養院若は養育院に收容するを許すことと

したり。此の改正は被疑者の精神状態の鑑定は必要と認めらるるも、責任無能力は存在せざるものを豫期すべき場合（假病人）に、主として實際上の意義を有する次第なり。蓋し公安の利益に於て責任無能力又は限定責任能力の故を以て、被疑者を療養院若は養育院へ收容すべき旨を命せらるるものと期待すべきときは、檢事は本條第三百三號の法文に於ける第七十八條第三項に依り豫審を求むる申立を爲すべきものなるを以てなり。鑑定人に於てのみ爲すべき申立に關して裁判を爲すの權限を有するは裁判所なること從來に於けるか如く、特に調査手續中にあつては公判の命令に關して裁判を爲すことを必要とすへかりし裁判所なりとす。

第三十六號について（第八十一條<sup>a</sup>乃至第八十

一條<sup>c</sup>）

第八十一條<sup>a</sup>及び第八十一條<sup>b</sup>に於ては被疑者及び其の他の者の身體の検査に關する規定を設けて、從來かくの如き處置に對して存したる疑念を一掃せんとしたるものにして、其際證據方法として役立つべき物件、若は沒收を受くることあるべき物件の發見を目的とする被疑者の身體及び被服の搜索は、刑事訴訟法第百二條中に規律せらるるに反し、嫌疑あるにあらざる者の身體及び被服の搜索に對しては、大審院の從來の判例に従つて刑事訴訟法第百三條を適用するを要すると云ふ主旨を以て其の規律の出發點と爲すも



のどす。稱して身體の搜索と謂ふは身體の外面の搜索を指すものと解すべく、毛髮、腋下及び足趾も亦之に數ふべきも、之に反し身體の検査は身體に關する判事の検査の場合を除外すれば、身體の状態よりして有罪行為の犯行を推論し得べきや否やを認定することを目的とする身體の検査に關する場合に之を存す。其の外證據方法若は沒收物件として問題たる物件の發見を目的とする身體の開孔（口腔、鼻孔、耳腔、陰部等の如き）を包含する身體の内部の検査を必要とすべき場合も亦「検査」の觀念の下に屬するなり。

被疑者にあつても其の他の者にあつてもかくの如き検査を爲すべき旨の命令を爲すの權限は判事に屬するものとし、遅延するに於ては危険なる場合に於ては檢事及び其の補助官にも屬す。被疑者については手續につき重大なる意義を有する事實を認定する爲に、此の検査を命ずることを得べきも、爾他の者については其の身體につき有罪行為の特定の痕跡又は結果の存するや否やを認定する爲に缺くへからざる場合に限りて、其の承諾を得ることなくして之を行ふことを得へし。其の際本草案は大審院の判例に倚據して、刑事司法の利益の爲無嫌疑者に對してもかくの如き處置を命ずるの可能を拋棄するを得ざること、然も個人の權利に對するかくの如き干渉は其の絶對的に必要なる程度に於てのみ許さるべきものなることに於ては危険を存する場合に限り、検査を別の婦女に委任することを得へし。而して検査人は往々にして若干の助力者を必要とすべく、又は容疑者に對して自己を防衛すべき理由を有することあるべきか故に、

之に對し一般的に別の醫師一人又は婦女一人を立合はしむるの權限を與ふることとしたり。而して他の婦女若は親屬一人の立會あるときは、婦女は比較的容易に検査を受くるを肯すること多きこと、又は婦女の法定代理人か信任者の立會を望まじと思料することあり得べきことを考慮するに於ては、被疑者又は其の法定代理人のかくの如き要求は之を聽許せざるへからずと雖、爾他の者は原則として検査に立會ふことを得へからず。其の男子の場合にあつては検査行為の實施は一般の規定に従つて定まるものにして、之を鑑定人に委任すべきや否やの點に關する裁判は、之を命令したる者に一任せらるるなり。

第八十一條。は犯罪の鎮壓につき根本的の意義を有するに至りたる識認上の用務 *Erkennungsdienst* の爲にする被疑者の處遇に對して、此の場合にも亦かくの如き重大なる處置の認否についてのあらゆる疑念を一掃せんか爲に、明示的なる法律上の基礎を與ふることと爲したるなり。

第三十七號乃至第三十九號について（第八十七

條、第八十八條、第九十一條）

検屍及び屍體解剖は從來の法律上は判事に留保せられたりしか、事實關係の究明の爲に必要な調査は檢事自身に於て行ふことを必要とするの原則（第六十二條）の嚴格なる實施に従ひ、且は爲し得る限り判事の負擔を輕減せしむるの目的を以て、第八十七條は検屍及び屍體の解剖はもはや判事に於て之を行ふ



ことを必要とせず、寧ろ原則として検事に於て之を行ふを要するものと規定したり。然れども之に依つて検事が第六十二條第二項の條件の下に、判事に依る實施の申立を爲すことを禁ずるものにはあらず。而して屍體解剖に先立ち識認の爲屍體を被疑者に示すことを必要とする旨の規定は、能爲規定 *Kannvorschrift* なるに至りたり。蓋し此の規定は被疑者にとつて不必要なる苛酷を意味するか、又は事實上之を無用と爲すを得へきこと多きを以てなり。毒殺の嫌疑の場合に屍體内に存在する物質の化學的検査に際し醫師の參與を命ずるの件（第九十一條第二項）に關しても、第八十七條の下に列擧したる原因に基きて今後は検事に於て是か管轄權を有するものとす。

#### 第四十號について（第九十二條）

第九十二條の新法文に依れば通貨に關する重罪及び輕罪の場合にあつては、貨幣若し紙幣は其の必要な場合には國司法長官に於て、國大藏長官と協調して指定すべき管轄官廳の鑑定に提出するを要するものなるか、此の規定は此の種の貨幣若し紙幣は常に此の種の真正の通貨を流通せしむる官廳に提出するを要するものとせる、現行法の窮屈なる規定に比較して遙に事の宜きに叶へるものと認むべし。蓋し此の規定は恰も問題たる偽造の分野に於て特殊の専門上の知識を有する官廳を、招致するの道を拓くものに外ならざるを以てなり。従つて此の規定は往々にして大縣の縣界外又は數邦の域外に互る通貨偽造を統一的に鎮

壓することを容易ならしむるものなりとす。

#### 第四十一號乃至第五十八號について（第八章差

#### 押及び搜索、第九十四條乃至第一百一條）

ここに規定したる改正は主として獨逸普通刑法典草案の規定に對する適應に供せらるるものにして、只僅少の點に於て實質上の革新を齎らす次第なりとす。而して差押は只有體物についてのみ該當することを得るに止まるものなるか故に、刑事訴訟法第九十四條、第九十五條、第三百三條、第三百六條、第三百七條、第三百八條、第三百九條及び第一百一條（第四十一號、第四十二號、第五十一號、第五十四號、第五十五號及び第五十八號）に於ては、「物體」*“Gegenstände”* の觀念に代ふるに民法の用語法に従つて「物件」*“Sachen”* と云ふ觀念を以てしたり。

また第四十三號及び第五十六號を以て第九十六條及び第一百十條に於て、獨逸普通刑法典草案の用語法に従つて「官公吏」*“Beamter”* の觀念に代ふるに「公務員」*“Amtenbürger”* の觀念を以てしたり。個々の點に於て尙ほ注意すべきもの左の如し。

#### 第四十一號乃至第四十五號について（第九十四

#### 條乃至第九十八條）



獨逸普通刑法典草案第五十二條中に於て物件以外の財産價值にも沒收を擴張したるに應じて、擔保及び差押に關する刑事訴訟法の規定をも改正することを必要とせるか、獨逸普通刑法典か沒收及び廢棄處分のみを認むるに止まれるに反し、ここには刑法的附帶法規中に規定したる官沒の宣告及び滅却をも併せ斟酌することを必要とす(第二十一條參照)。被疑者か有罪行爲に因つて獲得したる物件及び其の他の財産價值、又はかくの如き物件若は財産價值の對價として受領したる物件及び其の他の財産價值を確保することを得べき旨の提案は新規なり。即ちかくの如くすることに依つて財物を回復することにつきて有する被害者の利益、又は被害者に歸屬する損害賠償請求權に對して從來よりも遙に大なる斟酌を拂はんとするものなり。此の場合に若し刑事訴訟官廳か適時に干涉を爲すことなからんには、被害者は往々にして何の得る所もなきこと多かるへし。然も從來はかくの如き干涉は法律上は物件についてのみ可能とする所たり、且また此の物件か證據方法若は沒收物件として問題たる場合に限りて可能としたるなり。而して保管若は確保を如何に行ふべきやは、警察官、檢事若は裁判所の裁量に留保せらるること依然として舊の如し。物件の差押の實施に關しては、從來の規定を其儘とす。

第九十五條第二項に於て引用したる第七十條は、其の新法文に於ては秩序罰及び強制罰拘留を規定せるか故に、強制方法と云ふ代りに處分と云ふことを正當とすへし。

第九十七條第二段は被疑者と、第五十二條及び第五十三條に依り證言を拒絶するの權利を有する者との

間の通信書の差押に關する從來の規定を、第五十三條第一項第二號及び第三號に記載したる者(醫療關係人、辯護士、辯護人、公證人その他)か、其の職業を執行するに當つて作成したる記録(特に病床日誌、手記等)に擴張したるも、是等の者か其の内容に關して證言を拒絶するの權利を有する場合に限る。かくの如くにして從來存したる係争問題を法律を以て決定したるなり。

第九十八條に於ては此の場合に第二十二條に於ける定義よりも廣汎なる意義を有する「親屬」なる字句に代ふるに、「成年者たる家族の一員」の觀念を以てしたり。而して第三項の改正は全然從來の條文の用語上の改正に止まるなり。

#### 第四十六號乃至第四十八號について(第九十九

#### 條、第百條、第百一條)

電信及び電話の秘密を無線電信にも擴張することと爲したる、一九二八年一月十四日の告示の法文に於ける電信電話の施設に關する法律は、電信電話の差押及び電信電話の交通に關して報告を爲すべき郵便官廳の義務に關する新しき規定にして、從來の法文に於ける刑事訴訟法第九十九條乃至第百一條の規定と著しく異なる規定を掲ぐ(電信電話の施設に關する法律第十二條及び第十三條)。此の改正は電信電話の交通に關する郵便行政の報告義務の法律を以て設定せられたること(第十二條)、及び差押の問題につい



ては獨逸國の郵便行政には屬せざるも、獨逸國郵便行政と交互計算上の交渉を有する電信施設の保管中なる電信は、獨逸國郵便行政自身の保管中なる電信と同視することの點に存するものなるか、ここに所謂電信施設とは私人の所有に屬する海外通信の爲の大無線電信所並に私設の船舶及び沿岸の電信所を考慮したるものなり。而して本草案は重要な訴訟上の規定を包含する是等の規定を刑事訴訟法中に移したるものにして（第九十九條第二項及び第三項）、此の場合に本草案は報告を爲すの義務に關しては、すへて他の郵便物を電信電話と同視したり。蓋し此の場合に兩者の間に取扱を異にするを是認する能はざるを以てなり。

第九十九條乃至第一百一條につきて提案したる爾他の改正は、單に體裁上の種類に屬するに止まる。第百條第一項第二段は報告の要求についての管轄の規律を包含するなり。

#### 第四十九號について（第一百一條a）

第一百一條aの新規定を以てして、請求に基きてのみ又は同意ありたる場合に限り訴追せらるる犯罪行為に基く刑事訴訟手續（第五十七條以下）に於ては、請求の提出あり又は同意の行はるる以前にあつても、差押を許す旨を明示的に確定したり。かくの如き規律は證據保全の爲に絶對的に必要とする所とするものなれども、然も差押を受くる者の利益に於て請求を爲し、同意を與ふるの權利を有する者に對しては

直ちに差押について通知を爲すべきこと、及び權利者か二週間内に請求を爲し、又は同意を與へざるべきは、差押を廢止するを要することを規定したり。

#### 第五十號乃至第五十八號について（第一百二條乃

#### 至第一百一條）

第一百二條に於ては作法上の理由に基きて、婦女の身體及び其の一身に纏へる被服の搜索は、本人の承諾あるにあらざれば、只別の婦女に於てのみ之を行ふことを得るものと規定したり。

第一百三條、第一百四條第二項及び第一百五條第三項に於ては、獨逸普通刑法典中に於て警察監視を廢止したるの結果として、此の點に關する規定を削除し、第一百四條第二項に於ては實際上の需要に應じて、賭博者及び常習的に淫行を營むを以て業とする者の隠れ家の外に、常習的に麻酔毒を攝取する者の隠れ家として警察に知られたる場所をも、一般的に夜間の搜索を許す場屋中に加ふることをしたり。所謂「阿片窟」に於ても警察に關係ある交通は主として夜間に行はるるを常とするなり。而して本草案は此の場合に「麻酔毒」について云々すること能はず。蓋し果して然るに於ては酒精分を含有する飲料を供給する一切の飲食店をも規律の中に包括せしむることなるへければなり。ここに於てか本草案は聊か無器用乍ら其の取締らんと欲する者の範圍を精密に劃定せんか爲に、一九二〇年十二月三十日の法律を援用するの止むを得ざ



るに至りたり。

第六條第一項に於ては「親屬」なる觀念の新しき意義を有するに至りたるの結果として（第二十二條第二項）、第九十八條第二項に於ては之に代ふるに「成年者たる家族の一員」の觀念を以てすることとしたり。

新に挿入したる第一百十條の新規定は、沒收若は官沒の宣告を保全する爲に擔保とし、又は差押へたる物件にして、腐敗の虞あるものの拂下を規律す。此の問題は從來は單に所謂戰時命令についてのみ、法律の效力を以て制定せられたる、戰時命令を補完する沒收に關する若干の規定、及び差押へたる物體の拂下に關する若干の規定に關する一九一七年三月二十二日の命令第二條の規定に依り、及び此の命令の適用範圍を擴張する爾他の若干の命令及び法律（一九二〇年二月十二日の命令、一九二一年二月六日の法律、參照）に依つて法律を以て規律せられたるに止まりたりしものなり。其の外差押へたる腐敗し易き物件の假の換價は如何なる程度まで許さるものなりやの點に關しては爭あり（大審院刑事判決集第五十一卷第三百二十二頁參照）。本草案は刑事訴訟法第一百十條に於て一般的に此の問題を規律し、特に一九一七年の命令に倚據する所最も大なり。されは此の命令及び此の命令を以て他の方面にも適用あるものと宣告する爾他の規定は、すべて之を廢止することを得べきなり。（第七十八條第三號參照）。

第一百十一條に於ては、「關係人」なる語が第三十三條第三項に於て全然特定せる意義を與へらるるに至

りたるに顧み、之に代ふるに「處分を受けたる者」の語を以てすることを必要とせり。

其の外第五十號乃至第五十八號については、尙ほ第四十一號乃至第五十八號の緒言として述べたる所を參照すへし。

第五十九號乃至第七十七號について（第九章被

疑者の自由の制限、從來は勾留及び檢束、第百

十二條乃至第三百三十一條）

第一編第九章に於て行ひたる改正は實體法の改正に因つて由來せしめられたるものにあらずして、寧ろ一九二六年十二月二十七日の刑事訴訟法改正法を以て辿りたる、避くへからざる必要の場合に限り未決勾留を應用すへしとするの道程上に於ける進一步を意味するものに外ならず。されは本草案は湮滅の危険 Verdunkelungsgefahr に基く未決勾留の認許を、現行法に比較して著しく制限し、其の逃亡の危険 Entzug der Freiheit の場合にあつても之を科するには比較的重き條件を必要とすることしたり。また勾留狀の執行を爲さるることを得るの道を擴張し、檢束に關する規定を改正することに依つて今後は檢束後遅くも二日を経過したるときは、判事に於て裁判を爲すを要するの保障を與へ、而して此の短時日内には勾留狀を發する爲に必要な條件を立證すること能はさるも、然も近く其の必要な基礎を供給するの見込ある場



合については、時日の上に於て狹隘に限定せられたる判事の監置命令 *Verwahrungsbefehl* を發すべき旨を規定したり。而して保全の護照 *das sichere Geleit* に關する規定は從來は第二編第七章(第二百九十五條)中に之を存したりしか、本草案にあつては此の第七章の全部を削除したるか故に、之を第九章に引繼ぐこととなりたり。而して改正法を以てして新に設けたる勾留審査手續 *Hafprüfungverfahren* は、大體に於て成績を擧げたるか故に、只一點に於て之を改正するに止めたり。其の外本草案は被疑者か責任無能力なるの故を以て未決勾留を命ずることを得ざる場合につき、一種の新しき官廳の監置方法を設けたり。「假拘置」*„einstweilige Unterbringung“* 是なり。

新規定は此の點に於て一九〇八年の刑事訴訟法草案及び刑事事件に於ける訴訟の手續に關する法律案の模範に従つて、調査手續に於て(從來の如く豫審に於てにあらすして)未決勾留の科せらるるを正常の場合として是より出發し、其の然るか故に第六十二號、第六十四號、第六十七號、第六十九號は「被告人」*Angeschuldigter* の觀念に代ふるに、「被疑者」*Beschuldigter* の觀念を以てしたり。而して本章の範圍に擴張を來したるの結果として、之に「被疑者の自由の制限」と云ふ新しき表題を與ふることしたり。(第五十九條)。

未決勾留の執行に關して詳細なる規定を存することなかりしは、從來往々にして痛切なる注意を惹きたる所なるか故に、新しき第九章aに於ては之を詳細に規律したり(第七十八號について述べたる所を参照すへし)。

個々の點に於て第六十號乃至第七十七號につきて注意すべきもの左の如しとす。

第六十號、第六十一號について(第一百十二條乃

至第一百十四條)

第一百十二條は勾留は判事の勾留狀に基きてのみ之を行ふを得るものとせる第一百十四條第一項の從來の規定を根本原則として劈頭第一に置く。

第一百十二條aは未決勾留の命令についての一般的條件を定む。犯罪行為の有力なる嫌疑の要件は其の儘之を存置したり。即ち此の如き犯罪行為を存するときは、湮滅の危険の伴ふものあると同時に(第一百十二條a第三號)、原則として未決勾留の命令を許すこと現行法に於けると同じ(然れども第一百十二條第一項をも参照)。本草案は此の場合に湮滅の危険の觀念のみを現行法に於けるよりも明確に劃定するに努むるに過ぎずして(一九〇八年の刑事訴訟法草案第一百十條、刑事事件に於ける訴訟の手續に關する法律案第一百三十條をも参照)、之に反し、勾留狀を發するについての第二の條件としてはもはや從來の如く逃亡の嫌疑それ自體を以て足れりとせざるなり。此の場合に於ける條件は原則として被疑者か逃亡したること、又は潜伏せることに在り(第一百十二條a第一號)。此の條件にして存することなきときは、本草案は判事