

14.5

14.5-54



1200501213182

4



始



14.5  
54

# 料資法司

號十三百二第

獨逸刑事判決の作成

〔禁轉載〕（昭和十二年六月）

司法省調査課

14.5  
54

本號收載に係るは Dr. Th. Kroschel 著はすゝころの Die Abfassung der Urteile in Strafsachen の邦譯である。今これを獨逸刑事判決の作成と題することとした。翻譯は東京刑事地方裁判所判事下山四郎氏、同民事地方裁判所判事小木貞一氏の共力に成るものである。



同省同課 寄贈本

司法大臣官房調査課



## 第一版への緒言

本稿を起すに至つた動機は、ダウベンシユベック (Daubenspeck) の、かの有名な著書 „Referat, Votum und Urteil“ に由るものである。判決の作成に當つて、同書が民事訴訟について注意すべき眼目が何であるかを高調して居ると同様に、本書は刑事訴訟について注意すべき眼目が何であるかを高調せんとした——刑事事件に對しては、報告 (Referat) 及意見 (Votum) の制度は一八七九年十月一日より廢止せられた。本書に於て、余は、余がプロシヤ二州の區並地方裁判所の現職にあつた間、種々な職務上の行爲に従事した際に蒐集した經驗を利用して、司法官試補の實務修習のために裨益せんことに努力した。實體上は正しい判決が、大審院に於て、年々歳々、事實上の確定に瑕疵があるとの理由によつて、多數破棄せられてゐるところを見ると、刑事事件の修習に於て、若き法曹が、必ずしも正當にして十分な方法を以て指導せられて居らない、との考が起るが、それは、あながち無理とはいへない。従つて本書の目的は、實際的なものであり、又従つて、獨逸刑事訴訟の判決に關するメーベス (Meves) の論文 (GoldArch. 36.) に於けるものとは異なる。更に又、メーベスの „Bemerkungen über die Fassung der Strafurtheile (Berlin)“ に於けるやうに、單に箇々の、殊に重要な點を特説するに止まらないで、本書の目的が要求する限り、問題となるべき、あらゆる點を論述するであらう。かくて、余は、疑問な點は棄て、むしろ、自明な點を述

べることゝした。文獻よりも最高裁判所の裁判の方が多く顧みられて居ると共に、多くの争のある問題に對する余の意見が唯簡短に説明せられて居るに過ぎない。これは本書の使命に因るものである。尙ほ二、三の設例を掲げて、理論的説明を明かにせんことを試みた。

この小著が、司法官試補の養成のために裨益するところがあると同時に、年長の實務家に對しても多くの刺戟を與へるところとなるならば、望外の幸である。

ルドルスタット、一八九五年七月

ドクトク、クロイシエル。

## 第二版への緒言

この新版の改正に當つては、余は、出來得る限り、クロイシエルの舊稿を變更しないことに努めた。唯、新立法及裁判竝最近六年間の著書から生じた變更のみは採用した。この改版當時には、大審院裁判は第五十九卷第三號まで出て居た。少年裁判法施行のため、特に多數の附説を必要とした。尙ほ、余は、この改訂に當つては、司法官試補に對する刑事法の繼續演習の指導官としての三年間の經驗を利用することを得た。

エルベルフェルト地方裁判所部長ドルトル、ベルグマンが、長年に亙る刑事裁判官としての經驗を利用して得た、*„Merkblatt für den Protokollführer in Strafsachen.“* (刑事記録者に對する注意書)を本書に附加したのは、合目的であると信ずる。蓋し、司法官試補は、刑事判決を作成すべきは勿論であるが、同時に、記録作成者として立會ひ、而かもその場合、修習不十分を暴露することが、しばしばあるからである。

エルベルフェルト、一九二五年十月

ウオルテリンク。

## 第十一版への緒言

四

一九三〇年三月に発行した第十版に於けると同様に、最近の裁判及著書を参照した。尚ほ概観をよくするため、細字刷を廣範圍に使用した。

本版に於ても附加し且訂正した „Merkblatt für den Protokollführer in Strafsachen“ は、亦、別刷とした。

東プロシヤ、ブラウンスベルグ、一九三二年

ウォルテリンク。

## 目次

A 前文	一
I. 意義	一
II. 構成部分	三
1. 被告人の表示	三
2. 犯罪行為の表示	五
3. 裁判所等の表示	五
4. 公判の表示	五
B 判決主文	七
I. 一般	七
1. 判決主文の語の意義	七
2. 重要性	七
3. 簡短	九
4. 明瞭	一

II. 構成部分

- 1. 訴訟法の立場一般.....一三
- 2. 主文に包含すべき事項.....一五
  - (a) 犯罪行為の表示.....一五
  - (b) 刑の表示.....三三
  - (c) 費用の裁判.....三三
- 3. 主文に属せざる事項.....三七
- 4. 無罪判決の特異性.....三六
- 5. 少年事件の判決の特異性.....三九
- 6. 私訴事件の判決の特異性.....四一
- 7. 控訴並上告判決の特異性.....四二
- (a) 主文の表現.....四三
- (b) 費用.....四六
- 8. 結語.....四九
- C 理由.....五〇

I. 一般

- 1. 交付期間.....五一
- 2. 方式.....五三
- 3. 文體.....五三
- 4. 説明方法.....五六
  - (a) 秩序立つて居ること.....五六
  - (b) 矛盾のないこと.....六〇
  - (c) 實體的なこと.....六三
  - (d) 多数決によること.....六五
  - (e) 裁判の簡潔的説明.....六七
  - (f) 引用.....六八
- 5. 理由の変更.....七二
- II. 理由に属せざる事項.....七二
  - 1. 冒頭語及結語.....七二
  - 2. 要約的確定.....七三

	3. 構成要件類似のもの及手続上の記載	七六
	理由の構成部分	八〇
	1. 有罪判決の場合	八〇
	(a) 事実上の確定	八二
	a. その本質並目的	八二
	b. 目撃証人としての判決作成者	八五
	r. 構成要件の目安の確定	八六
	d. 法律語の記載?	八八
	e. 構成要件の目安の明記	九四
	c. 證據の價值判斷及被告人の陳述	一〇三
	r. 間接證據	一一〇
	d. 公判開始決定の説明及公訴の變更	一一一
	c. 省略せられた構成要件	一一四
	x. 選擇的確定	一二六
	λ. 內的(主觀的)構成要件の目安	一二〇
	(b) 刑事訴訟法第二百六十七條第二項の特別規定	一二九
	a. その意義	一二九
	β. 特別事情とは何か	一三一
	r. その主張さるべき時期	一三四
	d. その確定さるべき方法	一三五
	(c) 法律上の説明及擬律	一三六
	a. 法律上の説明	一三六
	β. 擬律	一三九
	(d) 刑の量定理由	一四一
	(e) 減輕事情	一五三
	(f) 費用	一五三
	(g) 省略判決(刑事訴訟法第二六七條第四項による)	一五四
	2. 無罪判決	一五五
	(a) 理由の範圍	一五六
	(b) 公判開始決定の説明	一五九



(c) 公訴の變更	一六〇
3. 刑の免除の判決	一六二
4. 少年事件の判決	一六二
(a) 犯罪行為の確定	一六二
(b) 少年の年齢の確定	一六三
(c) 教育處分を必要とするか否かの確定	一六三
(d) 辨識力の存否の確定	一六五
(e) 教育處分を以て十分とするか否かの確定	一六六
(f) 刑の量定	一六六
(g) 刑の執行猶豫	一六六
(h) その他の構成部分	一六六
(i) 省略判決の不許	一六六
5. 沒收の判決	一六九
6. 中止その他の判決	一七〇
7. 控訴判決及上告判決	一七三

D 設

例

1. 參審裁判所の判決	一八〇
2. 區裁判所の判決	一八三
3. 刑事部の控訴判決	一八六
4. 同(正當防衛)	一八九
5. 大刑事部の判決(暴動)	一九一
6. 參審裁判所の判決(欺詐)	一九四
7. 區裁判所の判決(過失及未必の故意)	一九八
8. 參審裁判所の判決(狀況證據)	二〇一
9. 無罪判決	二〇四

附

録

一 刑事記録者に対する注意書	二〇七
二 關係條文	二七三

司法資料 第二百三十號 獨逸刑事判決の作成

刑事訴訟法は主として第二百六十條、第二百六十七條及第二百七十五條中に判決の内容を取扱つて居る。但第二百六十七條は理由についての規定を包含して居り、第二百六十條及第二百七十五條第三項は判決のその他の内容に付ての規定を包含して居る。これ等成法上の規定は必ずしも十分とは云へない。寧ろ多くの點に於て、確立せる裁判上の取扱に依つて補充せられて居る。

判決は前文、主文及理由から成る。

プロシヤに於ては、一九二〇年一月三〇日のプロシヤ自由國憲法第八條第二項に基いて、「國民ノ名ニ於テ」と云ふ言葉が前文の前に掲げられることになつて居る(註一)。

註一 一九二〇年一月二日附司法大臣執行命令・司法大臣公報七二二頁參照。

△ 前 文 (Der Eingang)

I 意 義

前文とは主文に先き立つ

「某所某參審裁判所ハ、某々關與ノ上某日ノ公判ニ於テ、何罪ニ依ル何某ニ對スル刑事事件ニ付適法ニ判決ス」

といふ判決の部分のことをいふのである。

前文に關する法律の規定は不完全である。然し乍ら、前文が判決の必要な構成部分であることは、第二百七十五條第三項の

公判ノ日時及公判ニ關與シタル判事、陪審員、參審員、檢事局ノ官吏及書記課ノ記録官ノ氏名ヲ判決ニ記載スベシ

といふ規定から明確となる。従つて、たとひ、多くの區裁判所が、前文を省略して、完結した公判調書中に記載せる主文に、直接理由を附加して居るとはいへ、それは法律違背である。かやうな手續は、場合によつては、上告の理由となる(大審院判決第一九卷二三三頁)。第二百七十二條第一號及第二號の規定に基き、第二百七十五條第三項所定の事項が公判調書に常に記載されてあるといふことは、「判決ニ記載スベシ」といふ法律の精神上、前文にその事項を記載したことにほならない。判決はそれ自體明瞭な全體を成すべきものであつて、調書に依る補充を許さない。このことは、プロシヤに於けるが如く、記録が五年乃至十年後に廢棄せられて、判決のみがそれより永く保存される場合に於ては、特に意義がある。法律は理由を附した判決が完全に調書に記載されたときに限つて、例外を認めて居り(第二七五條)、それ

は餘り重要でない型決まりの事案(森林又は乞巧事件、被告人不出頭による控訴棄却等)に殆んど限られて居る。然しその場合、調書には、主文のみでなく理由も記載せねばならない。即ち理由(判事の署名ある)の末尾には、裁判長及調書作成者の署名がなくはならない(註二)(大審院判決第六卷四卷二一四頁)。

(註一) 大審院判決は RGE (大審院判決) と、大審院裁判は RGR (大審院裁判) と、常に省略する。この省略はレーヴェローゼンベルグの刑事訴訟法註釋書第一八版後並オルスハウゼンの刑法註釋書第一一版後に於ても引用されて居る。その他は普通一般の省略によつて居る。

(註二) ルーカス・デュール (Lucas-Dür) の刑事實務手引 (Anleitung zur strafrechtlichen Praxis) 第一版第五版二五〇頁の註一。

## II 構成部分

1. 役所の型の印刷用紙によれば、前文は、「誰々ニ對スル刑事事件ニ付等」なる被告人の表示を以て始まつて居る。法律は明文上、被告人の名を判決の構成部分として居らないが、被告人の名が判決の構成部分に屬することは自明である。而して被告人の名は、主文を簡潔にし且その明瞭を期するため、これを主文中に記載することなく、寧ろ前文中に記載するを以て便宜とする(プロシヤに付ては一八八八年一月一日附)。被告人の詳細な表示として、次の事項を記載すべきである。即ち

(a) 全體の名、略名(又は綽名)、妻又は寡婦にあつてはその父の名

(b) 身分又は職業

(c) 區劃上比較的小なる場所に於ける住所又は居所

(d) 出生地、生年月日(註一)

かやうな被告人の詳細な表示は、プロシヤのやうに、これを法律に規定して居らない場合に於ても(註二)望ましいことなのである。何となれば、記録の送付を受けずに單に主文のみの報告を受ける諸官廳は、これによつて被告人の同一性を確定し得て、而かもその確定は、かくて記録の廢棄後に於ても殘存し得るからである。そのためには、ライブチツヒ生れ職工オットー・シユルツェと被告人を表示するを以ては、勿論不十分である。

被告人の前科の表示は、前文中に記載すべきではなく、理由中に記載すべきである。その表示は判決が公にされる場合に、被告人を必要以上に苦しめることとなるであらう(プロシヤ司法大臣公報)。従つて前科があるといふ表示は、前文中には之を避くべきである。

被告人が多數起訴されて居る場合には、それ等の被告人を勝手な順序に記載すべきでなく、公判開始決定の順序に記載し、而かも必ず、記録に表示された(A及相被告人)最初の被告人を先づ記載すべきである。若しAに對して既に判決の言渡があつた後、初めてその共犯者B及Cに對して判決するやうな場合には、後の判決に於ける事案の概觀を容易にするため、單純にB及Cと記載することなく、「A及相被告人ニ對スル

刑事事件ニ付茲ニB及Cニ對シ」と記載するのが適當である。

2. 次に、型の印刷用紙によれば、「竊盜詐欺等ニ付」といふ犯罪行爲の表示がある。法律は犯罪行爲の表示を規定して居らず、又その表示は必ずしも必要ではない。蓋し、犯罪行爲は直ぐ次に述べる主文中に表示してあるのが通常であり、又その判決が當該刑事事件の判決であるか否かは、その記録上の事件と主文と文字上一致すること竝記録の記號から十分に判明するからである。然し乍ら、犯罪行爲の表示は、容易に事件の概觀を得しめるし、被告人の種々な犯罪行爲が取扱はれて居る多くの記録が存在して居る場合に於ては、特に然りである。

3. 次いで、當該部(刑事第一部又は參審裁判所第三部)を摘示し、且判事、參審員、陪審員、檢事局の官吏(公訴參加人)、書記課の記録官(通譯人を含まず)の氏名を擧示した判決裁判所の表示がある。これ等の者の官職、參審員竝陪審員の身分又は職業を附記すべきことは、實務上議論のないところであり、法律も暗にこれを豫定して居る(註三)。私訴事件に於ては民事訴訟と同様に

「私訴原告某ヨリ被告人某ニ對スル私訴事件ニ付」といふ前文が採用されるのを常とする。

私訴原告の地位が檢事の地位と類似して居るため、かやうにすることは異論のないところである。

4. 公判日の表示は、公判が數日に互るとか又は判決の告知が延期となつた場合には、疑義を生ずる虞

がある。それゆゑ多くの裁判所は、總ての公判日を前文に記載するが、裁判所によつては、判決の告知日のみを記載するところもある。然し乍ら、結局、告知の日が標準となる(註四)。検事局の多數の官吏又は書記課の多數の記録官が入れ代つて立會つたやうな場合に、その立會つた者を全部記載することは、同様に正當ではなく、寧ろ判決の告知當時に立會つた者を記載すべきである。

以上の外は前文に屬しない。従つて法廷が公開されたか否の記載は勿論、辯護人、私訴原告の輔佐人又は代理人の氏名は固より前文に屬しない。

前文を主文に移動させるには、「適法ニ判決ス」と云ふ言葉を以て前後の連絡を取る。

(註一) 一九一九年八月二日の憲法實施以來、第一三六條第三項によつて、判決の前文に於ける宗教の記載は廢止された。一九二三年七月二三日附プロシヤ司法大臣執行命令司法大臣公報四六〇頁によつて、判決の裁定部分に被監護少年を表示することは停止された。

(註二) 一八八一年七月七日附司法大臣訓令——司法大臣公報一五二頁——並一八八八年一月一日附司法大臣訓令——司法大臣公報一〇頁——は、全く重罪及輕罪による有罪の言渡のみについてのことであるが、無罪の言渡並違警罪による有罪の言渡の場合に於ても、詳細な表示が望ましい。

(註三) Meves, Das Urteil im deutschen Strafverfahren in GoldArch. 36, 114.

(註四) 同様——Luas 246.

## B 判決主文 (Die Urteilsformel)

### I 一般

1. 判決主文 (Urteilsformel) と云ふのは、判決の裁定部分即ち Tenor (註一) のことである。刑事訴訟法も亦第二百六十八條(判決ノ言渡ハ判決主文ノ朗讀等ニ依リテ之ヲ爲ス) 並第二百七十三條(調書ニハ判決主文ヲ記載スヘシ) (註二) に於て Urteilsformel なる言葉を用ひて居る。これに反して、第五百四十一條(刑ノ執行ハ……認證アル判決主文ニ於テハ、Urteilsformel なる言葉を前文及主文を含めた廣義に用ひて居るやうである。何となれば、執行官廳が主文のみで執行することの出来ないのは自明であるからである。以下に於ては、この言葉 (Urteilsformel) を常に一般に用ひられて居る狹義に使用する。

2. 主文は判決の最も重要な部分である。主文には、被告人の有罪、無罪及刑の範圍についての裁判所の重要な宣言が、簡短な言葉を以て要約される。法律が主文を如何に重要視して居るかは、判決の言渡は書面に確定された主文に基いてのみ爲さるべきことを例外なしに規定して居ることに照して、自から明瞭である。主文を正確に構成することは、單にその實體上の意義のためばかりではなく、刑事訴訟に於ては、民事訴訟に於て許されて居る判決の補正といふものが認められてゐないと共に(大審院判決、第五卷一七三頁、第二八卷二四七頁、第

六一卷三) 更正は、明白な書損と表現上の錯誤に關する場合に限つて許されて居るから、特に重要である八八頁) 大審院判決、第一三卷二六七頁、第一五卷二七二頁、第二八卷二四七頁、) 明白な意思に對する明白な表現上の瑕疵のみ(大審院判決、第一三卷二六七頁、第一五卷二七二頁、第二八卷二四七頁、) 明白な意思に對する明白な表現上の瑕疵のみ(第五一卷二七頁及 Deutsche Richter Zeitsung 一九二九年一〇二〇號) 明白な意思に對する明白な表現上の瑕疵のみが、追加決定によつて更正せらるべきである。

大審院判決第六十一卷第三百九十二頁によれば、この點に付て表現上の明白な瑕疵を要求して居る。而してその瑕疵は、書損又は言ひ現はし方の誤りに根據を有し、且決定された判斷が主文に不完全に表現されたやうな場合に生じ得る。若し誤つて、被告人が理由に於て無罪となつて居る輕罪について主文に於て併合處罰されて居るとか、主文に含まれて居らない宣言が併せて評決され、且理由の口頭開示の際に於ても告知されたとかの場合には、更正が許される。新規の獨立の判斷と別異の思考に基く判決の實體的變更とは、更正手續の方法に依ることを得ない(大審院判決、第五六卷三三三頁)。大審院は、法律上一般的に規定されてゐない更正手續を餘り廣く認めることは避くべきであると宣言して居る。更正されない元の判決が誤つて刑の執行の基本となる危険が、判決原本と更正決定と場所的に離れて居ることによつて排除されないから、尙ほ更らることである。大審院は、その判決第五十四卷第二百五頁に於て、主文の補充は理由に根據のある場合に許されると宣言して居る。尤も公訴が漏れなく説明し盡くされて居ることを要件として居るのである。その判決に於て問題となつて居る事案は、多數の行爲の場合であつて、隱私罪による有罪の言渡は主文に記載されてゐなかつたが、理由には記載されて居つた。然し乍ら、その判決の成立は、これがために

害されてゐない。蓋し隱私罪について確定された箇別刑は、併合刑中に包含されて居り、而かもその併合刑は主文中に又主文と共に告知されて居り、従つて判決の告知に於ても隱私罪による有罪の言渡は表示されて居るからである。大審院は、かやうな主文を法律の規定に適合して居ないものといふ理由のみによつて、補足し且明瞭にして居る。然るにドイツエリヒターツァイトング (DRZ) 一九二九年三〇四號に於て大審院は、文字及意義の上に於て明瞭であるが、實體的には或は不完全であるかも知れないやうな主文は、たとひ、その主文が確定的の内容を有せず、又はその瑕疵のある宣言が欲せられなかつたことの判明な場合であつても、理由に基いて補足され得るものではないと宣言して居る。

3. 主文の最も本質的な要求は、簡短と明瞭である。主文が簡短であるべきことは、その使命から生ずることであると共に、「主文」といふ文字によつて既に暗示されて居るところである。冗長な表現方法、特に不必要な言葉は、これを避け、理由に屬する事項は、總べてこれを除外すべきである。主文は多くの場合、傍聽人に對しては朗讀によつて、或は公にされる場合に於ては印刷によつて、それぞれ文字通りに知らされる唯一のものである。従つて立派に表現することは最も必要なことである。箇々の場合の主文の作成様式は、裁判所によつて可なり多種多様である。例へば、多くの裁判所は

被告人ハ窃盜ノ責アルニヨリ……ニ處ス

と判決して居るが、他の裁判所は

被告人ヲ窃盜ニ付……ニ處ス  
と判決して居る。

若し後者の様式が簡短であるため採用すべきものであるならば、前者の様式は寧ろ過剰なものを含んで居る。然るにルーカスは、刑事實務手引 (Anleitung zur strafrechtlichen Praxis) 第二五一頁に於て「……ニ付責アリ」との様式を採用して居り、帝國書式百十號は「……ニ付責アリト認ム」として居る。

刑の免除の宣告 (刑法第一九九條 第三三條) は、有罪の宣言を前提とすべきは勿論である。即ち、

被告人ハ誹毀ノ責アルモ刑ヲ免除ス、と。他方に於て、故意過失を要件とせず結果のみを要件とする犯罪行為の場合にあつては、主文に有責の宣言をすることは避くべきである。

罰金刑と共に代償自由刑が科せられる場合には、主文は多種多様に表現される。

言葉上全然異論がない譯ではないが、

被告人ヲ傷害ニ依リ二十マルクノ罰金ニ處ス、若シ支拂不能ノ場合ニ於テハ (im Unvermögensfalle) (註

三) 禁錮五日に處ス

との形式が簡明である。

多くの裁判所は、「支拂不能ノ場合 (im Unvermögensfall)」と云ふ言葉を固より正確でないと思へて居る。蓋し自由刑の代償を命ずるのは、支拂不能自體ではなく、強制執行の目的を達成し得なかつたことに

よつて確定された支拂不能 (刑法第二八條 a 第二九條) の場合に生ずるものだからである。従つてこれ等の裁判所は

徴收不能ノ場合ニ於テハ (im Unbeibringlichkeitsfall) と云ふ言葉又は罰金取立不能ノ場合ニ之ニ代ヘテ

(an deren Stelle, falls sie nicht beigetrieben werden kann) 禁錮……ニ處ス

との表現を選んで居る。かくて多くは (法律も亦例へば營業法第百四十六條以下に於て採用して居る) 前者の表現に従つて居る。如何なる場合に於ても、多くの裁判所が好んで使用する「又ハ (eventuell)」との表現は、餘りにも不正確であるから、これを避くべきである。

4. 主文は又明瞭であると共に理解し易いものでなくてはならない。主文の意義を會得するために、聴き返へし讀み返へしせねばならぬやうな表現をすべきではない。従つて、現今始んど一般に慣用されて居る直接話法を採用して然るべきである。主文は斯くて同時に命令力を得て來る。

複雑して居る事件の主文の順序については、一般的法則といふものはない。先づ有罪の言渡をなし、無罪の言渡と費用の裁判とは後に置くのが適當であらう。被告人が多數ある場合に於ては、その名を繰り返へし、1、2などの番號を以て表はさない方が適當である。又被告人毎にその刑を宣告し、費用に關する宣言のみは、これを最後に纏めるのが適當である。従つて凡そ次の如く、即ち

被告人 A・B 竝 C ハ各二箇ノ累犯ニ於ケル重窃盜、A ハ此ノ外一箇ノ重文書偽造ノ夫夫責アリ、仍テ

A ヲ懲役四年及公權剝奪五年ノ併合刑ニ、B 及 C ヲ各懲役三年及公權剝奪五年ノ併合刑ニ夫夫處シ、

費用ハ被告人等ノ負擔トス

被告人等ニ對スル警察監視ヲ許可ス

尙國庫ノ費用ノ負擔ニ付被告人等ヲ免除ス

と表現すべきである。

尙ほ「被告人ヲ刑法ニ從ヒ處罰ス」と表現するか、又は「被告人ニ對シ刑事訴訟法(第二六)ニ則リ有罪ノ言渡ヲ爲ス」と表現するかは、問題ではない。

(註一) 刑法第二〇〇條第二項には「判決ノ命令部分」、刑事訴訟法第四〇條第二項には「判決ノ裁定部分」、大審院判決第五六卷二二三頁には「判決文 (Urteilssatz)」と稱してある。

(註二) 第二七三條に照すときは、調書に單に後記の判決を指示すること、即ち「次ノ判決ヲ言渡ス」とすることは許されない。

(大審院裁判第一卷四九六頁及八二六頁、第五卷四五二頁) 同様に又判決に調書の主文を引用して記載することも許されない。

(註三) ルーカス (Lucas) は二五五頁に、實務上非常に多く用ひられて居るこの用語を餘り正確なものと考えないで、「徴收不能ノ場合ニ於テ (im Falle der Uneinbringlichkeit)」なる言葉を刑法第二九條の文字に適合するものとして採用して居る。

## Ⅱ 構成部分

1. 主文が何を含むべきかに付ては、主文に關する規定が一般に詳細でないと同様に、法律は何等明確な規定を設けて居らない。ともあれ、法律が特に理由と區別された主文の存在を前提として居ることだけ

は明確である。「判決中に」宣言された「處斷上の」刑及效果について規定して居る刑法典の多くの場合は(刑法第三三條乃至第三八條、第四〇條、)を除外しても、就中、「判決の處分命令部分」に關して規定して居る刑法第二百條第二項、尙ほ刑事訴訟法第二百六十條、第二百六十八條、第二百七十三條、第二百七十五條、第四百五十一條を以てしても明確である。然し、主文に記載しないために、上告理由となるが如き事項が存在するか否かは法律上明瞭でない。従つて本來主文に屬する宣言が理由中又は前文中にありとしても、それは法律上重要でないといふことは、多くの人によつて認められて居る處である。蓋し、前文、主文、理由の三部分は全體として理解されるべきものだからである(註一)。されば、何が主文に屬するかの問題は、何等法律問題ではなく、寧ろ妥當と便宜の問題である。然し乍ら、かやうな見解を探るとしても、それがために其の重要性を失ふものではない。何となれば、簡短にして完全な判決を作成することは、如何なる場合に於ても、裁判所の本質的の任務だからである。吾々は尙ほ進んで、大審院判決第二十七卷第八十六頁所載の判決と共に、裁定的宣言は總べて主文に包含されなくてはならないし、然らざる場合に於ては上告理由となるといふことを、承認せねばならない。このことは刑事訴訟法第二百七十三條、第四百五十一條並第二百六十八條から生ずる結論である。第二百七十三條によれば、調書には主文即ち總ての裁定的宣言を記載しなければならぬ。従つて、若し少くとも調書に主文と同時に理由が記載されて居らない場合には、理由又は前文によつて主文を補足することは不適法である。尙ほ第四百五十一條によれば、刑



の執行は認證ある主文の謄本に基いて爲される。従つて主文は執行に適する宣言部分の報告を與へるものでなくてはならない。然し理由はさうではない。最後に第二百六十八條によれば、判決の告知は、辯論の終結に當り又は辯論の終結後一週間に主文の朗讀によつて爲される。従つて判決の裁定部分は書面に確定されて朗讀されねばならない。このことは理由による補足を除外する。

主文に屬すべき宣言如何といふに、實務の取扱上に於ては、刑事訴訟法の施行に拘らず尙ほ維持されて居る歴史的沿革に基くと共に、簡短に要約された裁定的宣言としての主文の本質に照して、殆んど疑問の存しないところである。固より法律自體に於ては、唯、第四百五十一條を援用し得るに過ぎない。而して同條から推せば、執行に適する判決の部分は主文に包含されねばならないと結論することが出来る。即ち刑及廣義の附加刑並費用は執行に適するものである。又罪名を記載しなくてはならぬか否かは、法律にその根拠を求めざるを得ないが、少くとも刑に關する判斷のために、その必要なことは勿論である。

略式命令が發せられ、これに對して適法の期間内に異議の申立があつた後に判決を言渡す場合には、裁判所は、その略式命令の廢棄又は維持に付て何等判斷を爲すべきでなく、却つて、かやうな略式命令が全然發せられなかつたと同様に見て判決すべきである。略式命令は、裁判所が本案に付ての辯論を開始すると共に終局的に效力を失ふものである。略式命令は判決の主文にも理由にも全然記載されないものである。  
(レーヴェ、第四  
一〇條註一〇)

(註一) 同説 Glaser, *Hanbuch des Strafrechts* 二卷五七九頁、大審院判決第四卷第一七九頁、本書第一版。尙 Kochel は、この現在の見解の理由を *Gerichtssaal* 第五二卷三八六頁に詳細に述べて居る。

2. 各箇の點に付ていふならば、次のことを注意すべきである。即ち

(a) 有罪の言渡しを爲す犯罪行爲の表示

a. 理由には詳細な事情が記載されるから、主文には、例へば「窃盜ニ付」といふが如き簡短な犯罪行爲の記載のみを爲すべきである。グラーツ (Glaser) の説くが如く (*Hanbuch des Strafrechts* 2, 579)、「何時、何所ニ於テ、被害者何某ニ對シテ犯サレタル窃盜(註一)ニ付」と記載すべきではなす。

β. 犯罪行爲について一般に理解し易い表示がある場合、又は刑法典に於て或る表示を附與して居る場合 (誹毀、詐欺、横領、背任、猥褻、姦淫等) には、正條を摘示する代りに (註二)、これ等の表示を使用するを可とする。かくて、主文は被告人に對しても傍聽人に對しても一層理解し易くなる。蓋し、被告人又は傍聽人にとつては、正條は多くは死せる文字に過ぎないからである。刑法第六十四條第八十五條所定の犯罪者に對して有罪の言渡を爲した判決が、第六十五條及第二百條によつて公告された場合を想起されたい。かやうに正條のみが列擧された場合に、讀者は殆んど何物をも理解し得ないであらう。

γ. 一般通用の表示がない犯罪行爲が問題となつた場合には、法典の正條を引用すべきであり、しばしば見つけられる「被告人ヲ國保險法違反ニ付處罰ス」といふが如き一般的表現を爲すべきではない。勿

論、かやうな不明確は何等訴訟手續違背となるものではない(一九〇九年六月一日大審院裁判)。

d. 若し刑の加重事情について一般的に通用する表示がある場合には、その行爲の特別の表示(重竊盜、危険傷害)を爲すべきである。然し、上述の如く不正確な表示を理由から補足することは適法である(大審院第二卷三七八頁)。

e. 被告人が多くの獨立した犯罪行爲によつて起訴された場合に於ては(行爲の多數、刑法第七四條)、主文は公判開始決定に記載された總ての事件に互らなくてはならないと共に、その數を記載しなくてはならない。即ち、

被告人ヲ三箇ノ重竊盜及一箇ノ詐欺ニ付……ノ併合刑ニ處ス、と。

若しこの場合

被告人ヲ重竊盜及詐欺ニ付……併合刑ニ處ス

とか、或は——ルーカス(Lukas)はその二百五十三頁に正しく摘示して居る——

被告人ヲ反覆スル重竊盜ニ付……ニ處ス

とか表示するのは妥當でないであらう。

然し、箇々の犯罪行爲を主文に一々詳しく區別して記載する必要はない。若し多くの裁判所が

被告人ヲXニ於ケル商人「ミユラー」ヲ被害者トスル二箇ノ輕竊盜及Yニ於ケル資本家「マイヤー」、工場主「シュミット」、職工長「シュルツェ」ヲ各被害者トスル各一箇ノ重竊盜ニ付……ニ處ス公訴

中Zニ於ケル踏切番「シュナイデル」ヲ被害者トスル一箇ノ重竊盜ハ無罪

と判決するならば、明瞭とならずに、寧ろくどくどしくなる。却つて

被告人ヲ二箇ノ輕竊盜及三箇ノ重竊盜ニ付……ニ處ス

其ノ餘ハ無罪(註三)

と記載するを可とする。

その餘は理由に屬する。唯、被害者に主文の公告權を附與する場合に於てのみ、被害者の名を記載すべきである。公告の目的のために、その記載を必要とするのである(一八八八年一月一〇日附(テロシヤ司法大臣指令)(註四))。

被告人が二箇の獨立した行爲、例へば傷害及抗拒に付起訴され、裁判所がその全事件を單に抗拒と認定した場合に於ては、以下と及々に於て説明する理由によつて、傷害に付無罪を言渡すことなく、單に抗拒の有罪の言渡のみを爲すべきである。

被告人に對し二箇の實體的俱發の犯罪行爲 (Sachlich zusammenstreichenden Straftaten) について公訴が提起され(刑法第七四條)、その一箇の犯罪行爲が否定された場合に於ては、その一箇の犯罪行爲の範圍に於て無罪を言渡すべきである。たとひ、他の一箇の犯罪行爲が認定されたとしても、單一的俱發 (einheitliches Zusammenstreffen) の存在を理由として、無罪を省略することは不適法である(一九一五年第一四五五號 Das

Jurisprudenz 所載の一九一五年三月二九日大審院裁判、尙次の第三の事案を見られたし)。

く、行爲の單一の場合に於ては(三刑法七)主文は總べての俱發の犯罪行爲についての有罪の言渡を包含せねばならない(大審院判決、第二七卷八六頁、之よ)。行爲の多數に關せず行爲の單一に關することは、必ずしも主文自體に於て判明させる必要はない。然し、これは望ましいことであり又一般の取扱もこれを明瞭にして居る。従つて

被告人ヲ詐欺及文書偽造ニ付……ニ處ス  
と爲さずニ寧ろ

被告人ヲ文書偽造ト結合スル (in Verbindung) 又ハ單一的俱發ニ於ケル (in einheitlichem Zusammen-treffen) 或ハ行爲ノ單一ニ於ケル (in Tateinheit) 詐欺ニ付……  
とか又はルーカス (Lucas, 254) 及オルスハウゼン (Olshausen, Ann. 250b) の採用せる

被告人ヲ詐欺ト共ニ文書偽造ニ付……

とするのが通例である。若し、裁判所が詐欺のみを認め文書偽造を否定する場合に於ては、文書偽造の公訴については何等無罪を言渡すべきでない。寧ろ單に

被告人ヲ詐欺ニ付……ニ處ス

と爲すべきである。何となれば、公判開始決定に於ける法律上の意見と異なつた唯一つの犯罪行爲に關するものであり、而かも同一行爲について同時に有罪と無罪の言渡を爲すことは出来ないからである(大審院裁

判、第五卷六〇四頁、大審院判決、第三六卷二七九頁及第五七卷三〇三頁)。

大審院判決第六十六卷五十一頁によれば、公訴の基礎を爲す單一行爲に關する二箇の法律上の見解のうち、その一つが證明なく他の一つが時效のため訴追し得ない場合に於ては、無罪を言渡すべきである。被告人が、公訴を待つてのみ訴追し得る犯罪行爲について他の犯罪行爲と行爲の單一的俱發關係に於て責任を負ふ場合に、後者に證明なく前者に有效なる告訴を缺き又は告訴の取下ありて訴追を許さないときは、訴訟手續は(親告罪)全體に互つて停止さるべきである(この點に付一一頁「譯者註、これは原書の頁を」指示せるもの、本譯書に付て云へばC 116)參照)。

カ、裁判所が公判開始決定に摘示せる正條と異なる條文、例へば、背任ではなく横領について有罪を言渡す場合に於ては、背任について無罪を言渡すべきではない(大審院判決、第三卷四三頁)。——蓋し、公訴の目的たる行爲は、たとひ他の法律上の見解により罪せらるべき行爲であるとするも、箇々の法律上の見解による無罪の言渡は、法律の認めないところだからである——従つて被告人に對し、背任については何等の説明を爲さずして横領について有罪の言渡を爲すこととなる。このことは、輕罪の犯行でなく重罪の犯行が認められる場合、例へば重竊盜でなく Mundraub (即時消費の爲にする少量の飲食物又は嗜好品の竊盜) が認められる場合に於ても、同様である。通常採用されて居る

被告人ヲ重竊盜ニ依ラズ Mundraub ニ付……ニ處ス

との表現は、主文に不必要なものを取り上げて居ることとなる。

公判の審理の結果、公判開始決定と異なり、重窃盗ではなく Mischief の存在が明白となり、而もこの點について告訴がない場合に於ては、無罪を言渡すべきではなく、手續の廢止を宣言すべきである（譯者註、これは原書の頁を指示して、居る、本譯書C III に該當する）。

め 裁判所が連續犯を認める場合に於ては、主文にこれを表現しない。従つて例へば、單に「窃盗ニ付……ニ處ス」と言渡して「連續窃盗ニ付……ニ處ス」と言渡さない。然し、判決と公判開始決定と一致しない場合に於ては、疑問が生ずる。この場合の主文の作成は、主文に一部無罪が明記されて居れば、被告人が確定されない公訴材料によつて再訴追されることを防ぎ得るがために、意義があると共に特に費用の點について意義がある。何となれば、「窃盗ニ付……」との主文によつて有罪の言渡しを受けた被告人は、費用の全部を負担しなくてはならないが（大審院判決、第二九卷一〇六頁）、「一箇ノ窃盗ニ付……ニ處ス、其ノ餘ハ無罪」と言渡された場合には、有罪部分の費用のみが被告人の負擔となるからである。

この疑問は、公判開始決定は判決によつて終決し盡くされねばならぬといふ見解によつて、解決さるべきである（註五）。然し乍ら、この場合、次のことを注意すべきである。即ち、審判の對照、従つて主文の對照は、刑事訴訟法第二百六十四條によれば、公判の取調の結果によつて現はれた行爲であり、公判開始決定に示された行爲ではないといふこと、竝既に及りに於て舉示した判決によれば、公判開始決定と異なる法律上の行爲の價值判斷は判決中に無罪を以て表現すべきでないといふことである。

かくて、通常起つて來る主な場合は、次の三つの場合であつて、以下の如く判決された。即ち

第一、公判開始決定は、五つの窃盗が一箇の單一的の連續關係に於て爲されたものと認めた。判決は、そのうち三つの窃盗を認定し、而かも同時にこれを一箇の連續犯と認定した。この場合、「窃盗ニ付」との言渡を受けて一部無罪は爲されなかつた。何となれば、公判開始決定と判決とは、たとひ範圍に於て一致してゐないといへ、兩者共に一箇の行爲の存在を認めて居るからである。同一の行爲について同時に有罪と無罪とを言渡すことを得ない（大審院判決、第三九卷一四六頁）。従つて、被告人は費用の全部を負担しなければならぬ。検事は認定されなかつた殘餘の行爲について上訴することを得ない。

第二、公判開始決定は、第一と同様に、五つの窃盗を連續犯と認めたが判決はそのうち三つを認定し、而かも夫れ夫れ獨立の行爲として確定した。この場合、殘餘の二つの行爲については無罪を言渡さねばならぬ（DRZ. 一九一一年七月九六號）何となれば、連續犯を認定しなかつた判決裁判所の確定は、公判開始決定がその五つの犯罪行爲に結び付けた結び目を切斷し、従つて夫れ夫れ獨立した行爲が殘存することとなつたからである。連續關係は、犯罪行爲の本質を變更するものではなく、寧ろ總べての徵表を夫れ自體に備へて居る各箇の行爲を前提とすることが明かであるに過ぎないものである。

第三、公判開始決定は五つの窃盗を夫れ夫れ獨立の行爲と認めたが、判決はそのうち三つのみを而かも連續犯と認定した。この場合、殘餘の二つについては、國金庫の費用に關して負擔の責なきことを言渡さ

なくてはならない。蓋し、その二つの行為は、公判開始決定に於ける夫れ夫れ獨立した行為として、判決に於てその終末が明言されねばならぬからである (DRZ. 一九二一年五〇二號)。

公判開始決定によると、一箇の窃盜によつて穀物五袋が盜まれて居り、判決に於て三袋の窃取のみが確定された場合には、殘餘の二袋について無罪を言渡すべきではない (Löwe, Anm. zu § 260 StP.O.)。

(註一) 然し、グララセル (Glarau) が、行為の詳細な表示を主文に記載し尙ほ犯罪簿にも記載すべきものと説明して居るところは、固より多くの便宜上の理由がある。多くの必要な又は大部の記録を取り寄せるまでもなく、犯罪簿の拔萃を利用することによつて、併合刑の構成要件又は累犯の要件の存否、若くは同一犯罪についての言渡の有無を、容易に確定し得るであらう。かくて刑事訴追並刑の執行に頗る必要なこの確定は、非常に簡單に早くその目的を達し得る。この實務上の利益は、主文をいくらか廣く且詳細にするのを確かに正當化するであらう。少くとも主文に犯罪の日時を記載すべき旨の訓示は、裁判所に與へられて然るべきである。

(註二) 犯罪前の約束による竊盜の庇護について有罪の言渡を爲す場合に於ては (刑法第三五項)、主文に竊盜の從犯による處罰が記載されねばならない (大審院判決、第一五五卷一二七頁)。

(註三) Vgl. hierzu jedoch S. 18 Anm. 1

(註四) Vgl. Beispiel 2 S. 118.

(註五) Vgl. die Ausführung Kroschels im Recht 1918 S. 26 und von Golzen in DRZ. 1931 S. 51.

(b) 刑の種類並程度の表示

a. 主 刑

a. a. マルクを以てのみ處斷せらるる罰金刑 (DRZ. 一九二九年五三五號) の場合には、これに代へて科せられる自由刑を主文に宣言すべきである。理由中に宣言するを以ては十分ではなく、若し主文中にその宣言を遺脱したならば、刑事訴訟法第四百五十九條による特別の決定を必要とする。

週又は月を以て定める換刑の量定は適法である (大審院判決、第一卷二七二頁)。然し、刑を執行する場合の疑點を防ぐためには、日を以て量定するを可とする。若し罰金刑の一部に未決勾留の算入が宣言されて居るならば、その罰金の全額についてではなく、殘餘の罰金について自由刑の換刑を言渡すべきである (大審院判決、第一卷三三三頁)。尙ほ罰金刑の言渡に當つては、今や刑法第二十七條乃至第二十九條の新規定に留意すべきである。蓋し、これ等の條文は、帝國公報第一第四十四頁、一九二四年二月六日の財産刑及償金に關する律令第一條によつて、新しく制定され且補充されたからである。

輕罪又は違警罪について、刑法第二十七條に基いて處斷した三月未滿の自由刑に代へて罰金刑を言渡す場合には、以下のことを注意しなくてはならない。即ち、この場合、レーツェ (Löwe) が刑法第二十七條の註に説明して居る如く、處斷した自由刑そのものを主文に宣言すべきである。ところで、それは、純然たる罰金刑に關するものなのである。かやうな代刑の罰金刑は、何等併合刑を形成するものではない (大審院判決、第一卷一八五頁。Recht 一九一八年二四八及三五九號。Frank, Anm. II zu § 27b und Anm. zu § 78)。

この處斷上の自由刑は、刑法第二十九條第四項に則り刑法第二十七條bによつて罰金刑の多數に對して言渡される場合に於ても、更に併合刑として言渡すことを得ない（大審院判決、第五九卷二頁）。控訴院刑事部がユリス・テイシエウオツヘンシュリフト（J.W.）一九二二年第一三卷一〇四九頁に於て説述する如く、主文にはこの自由刑の詳細な表示が必要である。この處斷上の自由刑は、適用に當つて、自由刑の時間的單位によつて罰金刑を分割残りのないやうにするため、月によらず週又は日によつて量定するのが便宜である。言渡した罰金刑を自由刑に再轉換する場合の基準を定めることは、法典自體にその適用基準を規定して居るから、この種の判決に於ては本來不用である。言渡された代刑の罰金刑の額を示す數を處斷上の自由刑を示す日數によつて割つたものが、罰金取立不能の場合に於ける自由刑の一日に代はる金額となる。従つてこの代刑の罰金刑も亦任意の金額によらずして、上述の自由刑一日に代はる金額の倍數を以て量定するのが妥當である。例へば

被告人ヲ窃盜ニ付處斷上ノ八十日ノ禁錮刑ニ代ヘテ三百二十マルクノ罰金刑ニ處シ且訴訟費用ノ負擔ヲ命ズ

罰金ヲ取立ツルコト能ハザルトキハ四マルクニ付一日ノ禁錮ニ代フ、と。

前述の控訴院刑事部の見解に於ても認めて居るが如く、主文にこの最後の文言を附加することは、被告人の訴訟上の地位を明確にすると共に、罰金の一部支拂後その殘額を取立て得ない場合に於ても、罰金全

額に付處斷上の自由刑が換刑せられるといふ觀念を除外するために適當である。

多數の罰金刑を換刑するに當つては、その代刑の自由刑を刑法第七十四條によつて一箇の併合刑とすることを得ない（大審院裁判、第五卷三三五頁）。又罰金の合算額によつて自由刑を量定することを得ない。寧ろ、代刑の自由刑は各罰金刑について定むべきである。若し、左様にして置かないと、多數の言渡刑のうち、その一箇が上告審に於て破毀せられるやうな場合には、その殘餘の罰金刑に付換刑の基準を失ふに至るから、このことは、特に重要である（大審院裁判、第九卷四六六頁）。従つて、被告人が誹毀に付三十マルク及粗暴舉動に付十五マルクを言渡された場合には、四十五マルクに對して九日の拘留刑を換刑してはならない。寧ろ

被告人ハ誹毀及粗暴舉動ノ責アルヲ以テ合算シタル四十五マルクノ罰金刑ニ處ス

支拂不能ノ場合ハ三十マルクニ對シ六日ノ拘留刑、十五マルクニ對シ三日ノ拘留刑ニ處ス

費用ノ負擔ヲ命ズ

とするか又は

支拂不能ノ場合ハ五マルクニ付一日ノ拘留刑ニ處ス

とすべきである。

徴收不能の罰金刑が、如何なる場合に懲役に換刑せられるかの問題について大審院は、その判決第六十二卷第二百五頁に

一箇の同一の行爲に付懲役及罰金刑の言渡があつた場合に限り、徴收不能の罰金刑に對して懲役が代償刑となる。禁錮刑と共に言渡された罰金刑に對しては、全然懲役への代償刑は生じない。従つて、罰金刑と共に言渡された禁錮刑が、刑法第七十四條第二項による併合刑の形成に於て、一箇の實體的俱發の犯罪によつて科せられた懲役刑に含まれて居る場合に於ても、その罰金刑は懲役への代償刑と爲ることを得ない。このことは、單に一箇の獨立した輕罪に付科せられた罰金刑に對しても全く同様である。刑法第二十九條の現在の文言があるに拘らず、從來の大審院裁判の示すところのこの原則は——大審院判決第五十四卷第九十六頁參照——これを維持すべきであると、述べて居る。

國金庫、例へば各邦の裁判所が第一審として言渡した各邦の金庫に支拂ふべき罰金刑に非ずして、他の金庫(地方團體金庫及救貧金庫)又は犯罪行爲による被害者の如き一定の人(一八七八年四月十五日のプロシヤ山林竊盜取締法第三四條)に支拂ふべき罰金問題となる場合には、たとひ、その金庫又は人の表示を主文又は理由に遺脱したことが法律違背とならないとしても(大審院判決、第六〇卷一六頁)これ等の表示を主文に掲げることが妥當である(プロシヤ司法大臣訓令——司法照參、大臣公報一八五一年七四頁)

刑法第二十八條の場合には、罰金刑の支拂を猶豫した期間及罰金刑の分割拂の額を主文に記載すべきである(大審院判決、第六〇卷一六頁)。この場合に期間を一定の曆日によつて確定することは便宜である。

然し乍ら、分割額を所定の時期に支拂はなかつた場合に於ける分割拂の取消を、主文に宣言することは許されない。蓋し、かかる場合には取消の宣言をする以前に被告人の全經濟上の事情、即ちその期間の遵守が被告人の責に歸すべきものか否かに付て、更に審査を要するからである(GoldArch. 第七四卷二一三頁。所載のベルリン控訴院裁判)。

ββ. 自由刑に付て禁錮刑を月の分數(per Month)によつて量定することは、許されないといふことを注意すべきである。何となれば、月は何等不動の時の長さを示すものでないからである(大審院判決、第四三卷三二〇頁)。この理由は年の分數に付ては當らない。従つて、懲役一年二分の一(1/2 Jahr)に處するとの言渡は許される(GoldArch. 第五一卷三五五頁)

行爲の多數の場合には、各箇の刑に獨立の意義を存し乍ら、主文にはその併合刑のみを記載しなければならぬ(大審院判決、第二二卷二九七頁)。このことは、刑法第七十四條の「……併合刑ニ處ス」との文言によつて自ら明かである(Olshausen, (註1))。

この併合刑が刑法第七十九條によつて事後に確定せられるならば

被告人ヲ重竊盜ニ依リ、當參審裁判所ガ千九百二十五年三月十一日被告人ニ言渡シタル懲役二年ノ刑ニ追加シテ、尙ホ懲役六月ニ處ス

との追加刑の形式を採るのが通例である。

然し乍ら、大審院によつて是認せられたこの表現方法(大審院判決、第四四卷三〇二頁)は、若し後の刑が種類又は期間に於

て前の刑より重い場合には、適當でなし(大審院判決第二卷一九八頁(Oshansen Ann. 126 d. zu § 71))。それ故

被告人ヲ重窃盜ニ付、千九百二十五年四月六日當參審裁判所ノ判決ニ依リテ被告人ニ言渡シタル禁錮  
二月ノ刑ヲ廢シ(又ハ算入シ)、懲役二年ノ併合刑ニ處ス  
と表示すべきである。

この場合に、若し被告人が既に前の判決に基いて刑の一部の執行を受けて居るとしても、判決に尙ほ如何なる期間の刑の執行を受くべきかといふことを算出することは、固より適法ではあるが(大審院判決、第一、必要ではない(大審院判決、第三六卷九七頁(上部及第四四卷三〇四頁))。寧ろ、それは刑の執行官廳に任せ得るところである。同様に又一般的に

被告人ヲ本判決確定迄ニ既ニ執行ヲ了シ刑法第二十一條ニ依リ懲役ニ換刑セラルベキ禁錮刑ヲ本刑ニ  
算入シテ……ニ處ス

との附言を必要としない(Social 一九一六年度年報、刑法第七九)條に於けるは、所載の大審院裁判

有期以外の自由刑が俱發して居る場合には、全刑を、即ち

被告人ハ二箇ノ殺人及一箇ノ放火ノ責アルヲ以テ、死刑二回及懲役五年……ニ處ス

と言渡すべきである(Oshansen, Ann. 4)。

(註一) 然し各箇の刑が主文に記載せられないことによつて、被告人が夥多の言渡に係る刑のうち、その一箇のみに付上訴を申立て

たとき、刑の執行に困難を生ぜしめる。この場合、レーヴェ(Löwe, Ann. 6)の説くところによれば、不服の申立なき餘餘の刑の

執行のみが可能である。果して然らば、主文には各箇の刑もこれを記載しなければならない。蓋し判決理由は執行せらるべきものでないからである。

又事後に於ける併合刑の構成のためにも(Vol. 5, 18, Ann. 1「本譯書前掲」)各箇の刑のうち一箇が大赦となるときのためにも、既に主文に各箇の刑が記載せられてあることは便宜である。例へば

被告人ヲ暴行ニ依ル誹毀ニ付禁錮三月、危害ヲ及ボスベキ身體傷害ニ依リ禁錮二月、結局禁錮四月及二週間ノ併合刑ニ處ス  
費用ノ負擔ヲ命ズ

と。

### β. 附加刑

主文には、主刑の外に、宣告に係る附加刑をも記載する(公権の喪失(註一)、官職に就く)能力の喪失、警察監視の許可)。但し公権を剝奪するとか、警察監視に付するとかといふ任意の類似語を用ひず、法律上の言葉を使用すべきである。

尙ほ、附加刑類似の處分的内容の宣言、即ち償金の認可(Guidard, 47)の償金の認可は主文中に於て、物件の沒收

(例へば刑法第四〇條第一五二條第(註二))、印刷物等の一部を使用不能となす命令(刑法第一四一條)地方警察官署への引渡(刑

法二九五條以下第三二五條に依る)證人又は鑑定人として宣誓の上訊問せらるべき繼續的無能力の宣言(刑法第一六一條)被告人の費用を以て

判決を公告すべき権限の宣言(刑法第一六五條)の如きものは、主文上明かとならなければならぬ。判決の公告に關する宣言に於て、公告を爲すべき期間を判決の確定に置くことは不適當である(判決の確定後三週



間といふ)。蓋し、かやうにするときは、往々にして期間に間に合ふ公告が不能となるからである。寧ろ、判決正本が被害者に送達せられた日から期間を量定すべきである(註三)。新聞又は雑誌による誹毀に付有罪の言渡を爲す場合に於ても(刑法第二〇)、大審院判決第十四卷百五十四頁によれば、その他の場合と同様に、被害者のため公告の権限を宣言しなければならぬ。若しその宣言をしなければ、被害者は刑罰の執行を實現すべき権限を立證し得ないからである。被告人に公告権に關する宣言を伴ふ輕罪と同時に他の輕罪に付て責任がある場合には、通常、併合刑を言渡すを例とし、而して判決の裁定部分は、この形式に於て公告せられる(大審院判決、第三卷三二五)。若し裁判所が公告を誹毀の刑に付てのみに局限しやうとするならば

被告人ハ誹毀、脅迫、身體傷害ノ責アルヲ以テ禁錮三月ノ併合刑ニ處シ且費用ノ負擔ヲ命ズ  
 被害者某ニ對シ誹毀ニ依ル被告人ノ此ノ有罪判決(註四)ヲ、判決正本送達後三週間内ニ被告人ノ費用ヲ以テ「ナウムブルゲル」地方版ニ一回公告スベキ権限ヲ付與ス  
 との形式を採るを例とする。

(註一) 大審院の言によれば(In D.N. 29 Rechtspr.) 併合刑が形成せられるとき公權の喪失は、各箇の刑に付て宣言せられるのではなく、只一回その併合刑に於て宣言せらるべきである(大審院判決、第三卷八八頁)。而してこのことは、併合刑を形成する必要が、刑法第七十四條によつて生ずると刑法第七十九條によつて生ずるとによつて差別はない。唯、刑法第七十九條の場合に於て、判決の效力の存續中事後に形成した併合刑を言渡すに當つて、これと共に宣言せられる公權の剝奪は、前の判決中に科せられた刑に定めてある期

間よりも短い期間を以て量定してはならない。

(註二) 大審院はユリスステンツァイトング(Deutschen Juristenzeitung) に於て、理由中に於てのみ命じた沒收は、無効であると言つて居る。

ただし、主文が一般の表現、例へば「押收ノ竊盜用具」又は「武器」といふ表現に於て、目的物を表示して居るならば十分である。尤も理由に於て如何なる物件が沒收せらるるかといふことは、これを明瞭にせねばならぬ(Löwe, Anm. 12)。判決の執行に當つて疑義を存しない程度に、沒收物件が主文に詳細に表示せられて居ることを以て正しとする。

(註三) 一八九六年七月一日プロシヤ司法大臣訓令(ミユラー出版、プロシヤ司法) 行政一九一〇年一七六七頁。これらの事件に於て被害者の名は主文に指示せられねばならない。若し然らざるときは、公告の目的は達せられない(一九二五年四月三〇日

司法大臣) 執行命令。 (註四) 有罪判決なる表示が用ひられた場合には、特別の事情なき限り、理由を公告する権限も包含する(Oshausen, Anm.)。従つて、裁判所が主文のみを公告せしめようとするならば(これは全く裁判所)、その制限を表現しなければならぬ。

未 決 勾 留

刑法第六十條、刑事訴訟法第四百四十五條第二項による未決勾留の算入に關する裁定も、主文に屬する。單に、被告人の受けた未決勾留を本刑に算入すると宣言するを以て可とする。各箇の未決勾留期間の計算は、その後の刑の執行官廳の司るところである。

(c) 訴訟費用に關する裁定

この點に付ては、次のことを注意すべきである。即ち

1. 被告人は、有罪の言渡しを受けたる場合には、刑事訴訟法第四百六十五條により費用、而かも全費用を負擔する。被告人が起訴せられた罰條よりも軽い罰條、例へば重竊盜でなく *Mundraub* (即時費消せんが嗜好品を盗む罪) によつて有罪の言渡しを受けたといふ理由を以ては、費用の一部の負擔の免除を受けることを得ない (大審院裁判、第一〇卷六九頁及 *Goldarch*、第四二卷二八四頁)。

第三者がその責によつて負擔すべき費用の一部、例へば證人、鑑定人又は辯護人が刑事訴訟法第五十一條第七十條第七十七條第四百四十五條によつて負擔すべき費用に付ては、主文に特にこれを裁定する必要はない (大審院裁判、第二四卷九七頁)。

同一の行爲によつて有罪の言渡しを受けた共同被告人は、その立替金に付て、連帶債務者としての責任を負ふことを判決に説明する要はない (大審院判決、第一卷九三頁)。

2. 被告人が無罪の言渡しを受けた場合に於ては、費用は國金庫の負擔となる。たゞし、明示の裁定によることを要する (*Laws, Ann. 5*)。従つて、その裁定は

被告人ハ國金庫ノ費用ニ付負擔ノ責ナシ

とすべきであつて

被告人ハ無罪且費用負擔ノ責ナシ (又ハ無費用)

とすべきではない。

被告人は、その責に歸すべき懈怠によつて生じたやうな費用のみに付ては (悪意の證據申出又はその他の過失によつて生じたもの如きではない)、たとひ、無罪の言渡しを受けた場合に於ても、刑事訴訟法第四百六十七條によつてこれを負擔しなくてはならない。而かも、その費用は、判決の宣言によつて被告人の負擔に歸せられることを要する (大審院判決、第二〇卷一八頁)。

3. 被告人が一部に付て有罪の言渡しを一部に付て無罪の言渡しを受けた場合には、刑事訴訟法第四百六十六條第一項によつて、無罪の言渡しを以て終了した事件に關して生じた費用の負擔から免除せられる。この費用は、その判決に於て確定せられないで、費用の計算に於て確定せられ、必要な場合には、刑事訴訟法第四百六十四條第二項の手續きに於て確定せられる (大審院判決、第二四卷三八四頁)。その判決は

費用ハ有罪ノ言渡ヲ受ケタル限度ニ於テ被告人ノ負擔トシ、其ノ他ハ國金庫ノ負擔トス

との宣言に制約せられねばならない。

裁判所が、無罪を以て言渡しした部分に何等の特別の費用を生じなかつたことを確定した場合には、刑事訴訟法第四百六十六條の規定に拘らず、被告人に全費用を負擔させることが出来る (Recht一九一七年一二〇、同判決第三三卷八三頁、頁は結論を異にする)。

費用を分數に分割することは許されぬところであらう。何となれば、法律は無罪に付「特別費用」の負

擔の免除のみを許容して居るからである(大審院判決、第三三卷八三頁)。

刑事訴訟法第四百六十六條は、行爲の單一の場合に關しないて、行爲の多數の場合のみに關することを注意すべきである。例へば、被告人が行爲の單一に於て詐欺と文書偽造とによつて起訴せられ、詐欺に付てのみ罪責を認められた場合には、被告人は文書偽造に付訊問せられた證人等の費用もこれを負擔しなればならない。蓋し、被告人は、兎もあれ、有罪の言渡を受けたからである(刑事訴訟法第四六五條及大審院判決第一二卷八七頁、同第一五卷一〇五頁)。

公判開始決定に包含せられて居る連續行爲より成る多數の各箇の行爲のうち、その二、三の各箇行爲のみが、數箇の獨立行爲として又は一箇の獨立行爲として、罰せられるならば、その除外の事件に關する無罪と、従つて又その無罪を以て言渡す事件を審理したことによつて生じた特別費用の負擔の免除とを宣言することを要する(DRY, 一九二九年七九。六號所載の大審院裁判)。

4. 無罪の宣告の場合に、被告人に對して費用並支出の全部又は一部の負擔を言渡し得ることは、私訴手續に於ても公訴手續に於ても、その適用がある。然し、これを適用することは必要ではない(刑事訴訟法第Lowe, Ann. 5。 zu § 471)。

5. 被告人が有罪又は無罪の言渡を受けた場合には、公訴參加人の必要なりし支出金に付て特別の宣言を要しない。有罪の場合には、費用負擔の言渡中に公訴參加人に對する償還義務も包含して居り(大審院判

○卷一)、無罪の場合には、公訴參加人はその支出金を自から負擔し、その他の總べての費用は國金庫の負擔となることは自明である(大審院判決、第一五卷一九〇頁)。

然し乍ら、被告人が無罪の宣言を受けた場合に於ては、公訴參加人の現金支出を別に裁定しなければならぬ。何となれば、刑事訴訟法第四百七十一條第一項第三百九十七條は、その必要費用に關する規定ではなく、寧ろ、第四百七十一條第三項の裁判所の自由な配分權によらねばならないからである。

公訴參加人の償金認可の申立が却下せられた場合には、同様に、第四百七十一條第三項が準用せられなくてはならない。大審院判決第三十一卷第二百三十頁の大審院のこれと異つた見解は、正當でない。又その見解は、第四十四卷第三百四十四頁に於て暗黙の裡に廢棄せられた。

6. 私訴の場合には、費用の裁定中に第四百七十一條第一、二項より生ずる支出金は、これを記載しな(大審院判決、第一五卷一九〇頁)。

私訴が一部のみ認められた場合には、費用を適當に分擔させることが出来る(分數によつて又は支出を考慮し)。然し、又、その全部を被告人に負擔させることも出来る。

私訴の取下の場合に於ける費用に關しては、次の9.を參照のこと。

7. 反訴の費用に關しては、刑事訴訟法に何等規定するところがない。私訴に付ても反訴に付ても、共に有罪の言渡があるならば、往々にして

私訴費用ハ被告人ノ負擔トシ、反訴費用ハ私訴人ノ負擔トス  
と宣言せられる。

然し乍ら、反訴に付ては何等裁判費用が定められてゐないから(裁判費用法第  
七〇條第四項)、全手續費用を裁量によつて分擔させること、従つて、恐らくは、裁判費用を各當事者に折半して負擔させ、裁判外の費用を相殺させることを以て、公平且正當とする(註一)。

私訴と反訴が共に無罪の場合に於ても、同様である。私訴と反訴に付、一方が有罪の言渡を受け他方が無罪の言渡を受けた場合には、有罪の言渡を受けた者は總費用を負擔する。

8. 刑事訴訟法第四百六十七條第二項の權限を適用する場合には(註二)、主文に

被告人ニ生ジタル必要ナリシ支出ヲ包含スル費用ハ國金庫ノ負擔トス  
と表示しなければならぬ。

裁判所が第四百六十七條第二項に基く申立を排斥する場合には、主文に、これに關する宣言を爲さないし、又特別の決定をも爲さない。主文には、單に、「費用ハ國金庫ノ負擔トス」と表現し、その詳細は理由に譲る。

如何なる支出を必要なりしものと見るか、例へば辯護費用がそれに屬するかは、主文にこれを宣言しないで、第四百六十四條第二項によつて決定を以て特別の裁定をする(プロシヤに付ては一八九二年三月十五日)  
執行命令、司法大臣公報一〇九頁參照。勿

論、償還義務を判決に於て一定の支出のみに制限することは許されない(大審院判決、第  
一〇卷三三三頁)。

9. 告訴の取下によつて手續が停止せられるならば、たとひ告訴人と被告人との間に、告訴人に於て告訴を取下げ被告人に於て費用を負擔する協定が裁判上に於て爲されやうとも、費用は告訴人の負擔となる(大審院判決、第  
二三卷一九七頁)。費用の協定は、單に當事者間に於てのみ效力を有する(Recht、一九一六年三六九)。裁判費用法第八十六條の規定によれば、既に生じた費用又は支出の債務者は、裁判所に於て又は裁判所に對して爲された意思表示によつて、その負擔を引受けた者であるが、この規定は刑事事件には適用がない(大審院判  
決第二三  
卷一九  
九頁)。

私訴の取下によつて手續が停止となつた場合も、同様でなくてはならない。然し乍ら、實際の取扱は區別である(Lowe, Ann. 9a zu § 471)。

10. 上訴の費用に關しては第三十七頁を見よ。

(註一) Lowe, Ann. 9a zu § 471; a.M. Bayr. O. J. G. bei Sörgel, Jahrb. 1914, Ann. 1 zu 503.

(註二) 裁判所がこの權限を適用するか否かを決するについて、職權による調査を爲すの要はない(Lowe, Ann. 9a zu § 467)。申立を看過すれば上告の理由となる(M. 第二〇卷五二頁)。  
(所載の大審院裁判)

3. 主文に屬せざる事項

裁判所が、檢事の公權剝奪、地方警察官署への引渡等の申立、又は公訴參加人の償金認可の申立、或は

辯護費用を國金庫の負擔とすべき被告人の申立を認容することを適當と認めずして、被告人に有罪の言渡を爲す場合には、その申立の却下を主文に宣言すべきでなく、主文はその申立を黙過すべきである。何となれば、判決は被告人の行爲に付判断を興へ(刑事訴訟法、第二六四條)、これらの申立に關し、判断を興ふべきものでないからである(註一)。従つて、勾留の取消も主文に屬しないで、却つて記録に添綴すべき決定に屬する。

刑事訴訟法第二百六十七條第三項による減輕事由の認容は、主文に屬せずして理由に屬する(大審院判決、第六卷四三二頁)。同様に、附加刑及費用の裁判の根據となる條文は、多くの中部獨逸の裁判所の好んで引用するところではあるが、主文に引用すべきでなく理由中に引用すべきである。何となれば、若し左様にしないと、主文は不必要な條文の數字で煩はしくなるからである。

裁定的なものに非らざる判断、従つて、例へば供託の存續(大審院判決、第五卷二七四頁)、又は押收の取消(大審院判決、第五卷四一六頁)を命ずるが如きものは、主文に屬しない。

刑の執行は本來検事局に屬する事項であるから、判決にその宣言を包含しないことは勿論である。

(註一) この種の申立は理由中に讓るべきである。

4. 無罪判決の特異性(註一)

無罪判決には、無罪を言渡される被告人の犯罪行爲を主文に記載することを要しない。蓋し、無罪の言渡は、罪責に問はれた行爲に付公訴の見地からも又如何なる裁判上の見地からも、被告人の可罰性が否定

せられたことを意味して居るからである。従つて

被告人ハ無罪

と言渡し、而かも、公訴の條文は固より裁判状態に照して考慮せられる他の條文も、これを引用する必要はないとせられて居る。「Aハ公訴ニ付無罪」と宣言するが如きは自明のこととして、その表現を要しない。若し、判決が一部は有罪であり一部は無罪であるときは、無罪に當る行爲を摘示するか又は

其ノ餘ノ點ニ付被告人ハ無罪

と表示することを要する。

償金認可の申立は、これを却下するの要はない。寧ろ、無罪の言渡によつて完結したものと看做される

(刑事訴訟法第四〇四條第三項)

(註一) 手續停止の判決に付主文を如何に作成すべきかは、問題である。簡單にするため、理由と共に記載すべきである。

5. 少年事件の判決の特異性

少年即ち十四歳以上十八歳未満の者が犯罪行爲の責を負ふならば、その主文の作成に當つては、千九百二十三年二月十六日の少年裁判法(國法律公報第一卷一三五頁)の規定によつて、次のことを注意しなければならぬ。

裁判所が少年裁判法第五條第二項によつて教育處分を命ずる場合には、法律が教育處分に付命令と執行に區別を設けて居ることに注意を要する。例へば、主文に

被告人ヲ訓戒ス

と表示することなく

被告人ニ對シ訓戒ヲ命ズ(vgl. Kiszow, Ann. 7)  
(zu § 5 JGG.)

と表示すべきである。

教育處分の選擇と命令とを後見裁判所に付託する場合には、この宣言も亦主文に屬する。教育處分の命令に、「刑ヲ言渡ス」との言葉は、これを避けねばならない。蓋し、その命令は刑に關するものでないからである。

少年裁判法第六條の場合には、主文に

被告人ハ窃盜ノ責アルトコロ刑ヲ避ケ之ニ對シ訓戒ヲ命ズ

と表示するか、又は

被告人ハ窃盜ノ責アルトコロ刑ヲ避ケ之ニ對シ教育處分ヲ必要トス、其ノ選擇竝命令ヲ後見裁判所に

付託ス

と表示すべきである。

教育處分を不適當とする判断は、主文に表現しないで理由中に表現する。

少年裁判法第九條第四項の場合には、主文は、例へば

被告人ハ動産横領ノ責アルトコロ其ノ刑ヲ避ケ

との表示を採る。

裁判所が裁判前に教育竝監護の假處分を命じた場合には、判決に於て少年裁判法第八條第二項により假處分命令を取消すべきか、又は教育處分の命令に關する終局的判断あるまでこれを維持すべきか、を主文に宣言することを要する。

刑の執行の中止は、少年裁判法第十條第一項によつて、主文に宣言せられなくてはならない。

試験期間中に新たに有罪の言渡があれば、主文には、少年裁判法第十三條の規定によつて、前の刑の執行に關する指定を爲すべきである。

少年裁判法第四十一條による支出の負擔の言渡は、主文にその記載を要する。

6. 私訴事件の判決の特異性

私訴事件の無罪の言渡は、往々にして

私訴(又ハ反訴)ハ之ヲ却下ス

との表現を採る。

この表現は、民事訴訟の表現方法であつて刑事訴訟の表現方法ではない。勿論、それは

被告人ノ陳述アリタル後又ハ其ノ期間經過後、裁判所ハ公判ヲ開クベキヤ又ハ訴ヲ却下スベキヤヲ判

断ス

との第三百八十三條の外形的理由を、その根據とするものである。然し乍ら、これは

爾後ノ手續ハ公訴手續ニ關スル規定ニ從フ

との第三百八十四條の規定を看過したものである。茲に「規定ニ從フ」との規定には

判決ハ無罪、有罪、手續停止ノミニ付言渡ヲ爲ス(第二六〇條)

との規定をも包含して居る。従つて

被告人ハ無罪

と爲すべきである。

#### 7. 控訴並上告判決の特異性

##### (a) 主文の表現

これに付ては、法律は第三百二十六條第三百二十八條第三百四十九條第三百五十三條以下に詳細な規定を設けて居る。以下のことは、特に注意すべきである。

民事訴訟法に於ては、「上訴ヲ不適法トシテ却下ス」と「上訴ヲ理由ナキモノトシテ棄却ス」との間に區別を設けて居るが、この區別は、刑事訴訟に於ては存しない。従つて、この區別を爲すの要はない。大審院刑事部もこの區別を爲さずして、一律に

上告ヲ棄却ス

と言渡して居る。「第一審判決ハ之ヲ認可ス」との表現は、法律の認めざるところであるから避くべきである。

控訴事件に於て、普通の書式によれば、前文に不服申立に係る判決及不服申立者の表示を爲すのを常として居る。即ち

……日附……參審裁判所ノ判決ニ對シ……ヨリ提起セラレタル控訴ニ付……と。

この場合、主文に不服申立に係る判決を更らに記載することは冗長である。寧ろ

本件控訴ヲ被告人ノ費用負擔ニ於テ棄却ス

と表現すべきである。

#### 第三百二十八條は

控訴裁判所ハ控訴ヲ理由アリト認ムルトキニ限り判決ヲ「廢棄シテ」事件ニ付自ラ判決ス

と規定するを以て、控訴が一部理由ある場合には、主文は

原判決ヲ次ノ如ク變更ス

と表現せずして、寧ろ

原判決ヲ地方警察官署ニ被告人ノ引渡ヲ宣言シタル部分ニ限り廢棄ス

と表現するか、又は

本件控訴ハ原判決ニ於ケル地方警察官署ニ對スル被告人ノ引渡ヲ廢棄シテ之ヲ棄却ス  
と表現すべきことは自ら明かである。

被告人が第一審に於て一箇の併合刑、例へば窃盜と詐欺に付有罪の言渡を受け、第二審に於て詐欺の認  
定がなかつた場合に

原判決ヲ……ノ範圍ニ於テ廢棄ス

と表現するのは妥當でない。寧ろ、判決全部を廢棄して

參審裁判所ノ判決ヲ廢棄ス

被告人ヲ窃盜ニ付禁錮一週間ニ處ス

其ノ餘ハ無罪

と表現すべきである。

尙ほ二、三の例を示すならば

區裁判所ノ判決ヲ私訴人ニ刑ト費用ノ負擔トヲ言渡シタル範圍ニ於テ廢棄ス

私訴人ハ無罪

手續ノ全費用ハ被告人ノ負擔トス

又は

區裁判所ノ判決ヲ被告人Aニ關スル部分ニ限り廢棄ス

被告人Aヲ身體傷害ニ付禁錮三日ノ處斷刑ニ代ヘ罰金十五マルクニ處シ費用ノ負擔ヲ命ズ

被告人Bノ控訴ハ其ノ費用ノ負擔ニ付テ之ヲ棄却ス

或は

檢事ノ控訴ハ國金庫ノ費用ニ於テ又被告人ノ控訴ハ其ノ費用ノ負擔ニ於テ各之ヲ棄却ス

若くは

參審裁判所ノ判決ヲ刑ノ量定部分ニ限り廢棄ス

被告人ヲ禁錮四月ニ處シ費用ノ負擔ヲ命ズ

と爲すが如きである。

上告審に於て判決が廢棄せられ、事件が差戻される場合には

原判決ヲ其ノ基礎ト爲リタル確定事項ト共ニ廢棄シ、事件ニ付尙ホ審判スル爲控訴裁判所ニ差戻ス

(註一)

との表現を採る。

被告人が不當に無罪の言渡を受けた場合には、その判決の基礎となつた確定事項も廢棄せられる



(Lucas)

(343)

上告が一部理由ありと認められた場合には、原判決は、それが詐欺に關係ある限り、その確定事項と共に廢棄せられる。

(註一) 原審の判事が新辯論に基き従前の結果と同一結果に達した場合には、舊判決を繰り返すことを要すると共に「……日附ノ判決ハ之ヲ維持ス」といふ形式を採つてはならない。何となれば、その判決は廢棄せられて居るからである (Goldfarb, 第五卷三三三頁所載の大審院判裁)。

## (b) 控訴並上告の費用

1. 上訴が全部理由なきに歸した場合には、その費用は上訴を提起した者の負擔となる。

検事が上訴を提起したもものときは、その費用は、検事の負擔とならずして國金庫の負擔となる。

法定代理人又は夫が刑事訴訟法第二百九十八條により、その獨立の權限に基いて、従つて、自己の名に於て上訴を提起し、又は代理權なくして被告人の名に於て上訴を提起した場合には (Löwe, Ann. 2 b) これらの者に於てのみその費用を負擔し、被告人に負擔させることを得ない。

權限ある辯護人が提起した上訴の費用は、その辯護人の負擔とならずして被告人の負擔となる。若し辯護人が權限を有して居らないならば、その費用はその辯護人の負擔となる (大審院判決、第一。〇卷一二七七頁)。

第二百八十条第二百八十二條によつて許可せられた被告人の家族が代理人として提起した上訴に付て

も同様である (大審院判決、第一。七卷一六三頁)。

公訴參加人が上訴を提起したものであるならば、被告人の必要なりし支出を含めて上訴審の費用は、公

訴參加人の負擔となる (大審院判決、第一。六卷一九七頁)。

検事と被告人の上訴が共に理由なきに歸した場合には、検事の上訴費用は國金庫の負擔となり、被告人の上訴費用は被告人の負擔となる。

検事と公訴參加人の上訴が共に理由なきに歸したときは、検事の上訴費用は國金庫の負擔となり、公訴參加人の上訴費用は公訴參加人の負擔となる。

2. 上訴が一部理由あるときは、裁判所は第四百七十三條第一項第三段によつて手数料を減額し、且生じた支出を適當に分擔させることを得る。従つて、被告人が第一審に於て禁錮一月に處せられ、この判決に對して検事はその刑を輕きに失するものと見て、又被告人は無罪となるべきものとして、共に控訴を提起した場合に、検事の控訴は棄却となり、被告人の控訴に付て二週間に刑が減せられたとき、控訴裁判所が第四百七十三條第一項第三段の權限を適用せんとするならば、費用の裁判は

検事ノ控訴費用は國金庫ノ負擔トシ、被告人ニ對スル有罪ノ言渡ニ因リテ生ジタル費用中手数料ニ付テハ控訴審ノ分ヲ被告人ノ負擔トシ、支出ニ付テハ被告人ト國金庫ノ平等負擔トス (W. 314) (S. 202)

と爲すべきである。

上訴が數箇の犯罪行為中一箇に付てのみ提起せられ、而かもその上訴が目的を達したとき、即ち一般的に言ふならば、判決(附加刑、行爲の單一)の一部のみに付上訴が提起せられ、而かもその上訴が達せられたときは、一部理由あるものにあらざして全部理由あるものである。大審院判決第四十五卷第二百六十八頁は、支拂不能の場合に於ける罰金刑に代はる自由刑が不當に科せられて居る事案に於て、前述の如く判示して居る。

3. 上訴が全部理由あるときは、その費用は相手方の負擔となる(大審院判決、第四五卷、二六八頁、二七〇頁)。

檢事が被告人の利益のため上訴を申立てた場合には、その費用は被告人の負擔にあらずして國金庫の負擔である。蓋し、被告人は檢事の上訴が達せられなかつた場合より、より以上に不利益な地位に置かるべきでないからである(大審院判決、第三卷、三一頁)。

檢事、私訴人又は公訴參加人より被告人の不利益に上訴が申立てられ、原判決が被告人の利益に変更せられた場合には、上訴は理由ありしものではあるが、これら上訴申立人は斯かる結果を欲しなかつたものであるから、その費用は上訴申立人の負擔とならなくてはならない。大審院判決第三十卷第二百二十八頁はこの見解を採用して居るが、固より正當である。大審院判決第四十一卷第三百五十二頁はこれと反對の見解を採つて居るが、それは正當ではなし(Lowe, Ann. 1 a A. E. zu 473)。

4. 第一審判決が廢棄せられて事件が審理のため第一審裁判所に差戻された場合には、未だ事件の結末

を見て居らない。従つて、上訴審は費用の裁判を爲すべきではなく、終局判決に於てその判断が爲さるべきである(大審院判決第三九卷一一二頁、八頁、四五卷二六九頁)。

#### 8. 結 語

裁判所の古い慣例によつて、「法律ニ依リ (Von Rechts wegen)」と云ふ言葉、或は一世紀前以來その言葉の略稱となつて居る「VRW」(註一)と云ふ言葉が、主文の結語となつて居る。たとひ、その言葉の形式が法律上規定せられて居らないとしても、又その言葉の意義が本來の意義(註二)と離れて居るとしても、尙ほその言葉の形式は棄てられない。何となれば、その言葉の形式は、主文にその意義に適應した一箇の形式的の結びを與へるからである。既にマグデブルグ參審裁判所、次いで第十四世紀乃至第十六世紀のライプツヒその他の參審裁判所に於ても、その言葉(von Rechts wegen)の形式を用ひ來つて居る。大審院はその事務章程に基いて、民事並刑事事件に於て、その言葉の形式を使用して居る。

(註一) グリム兄弟(Die Gebrüder Grimm)の獨逸語辭典八卷三二八頁。「Von Rechts wegen」及「von Rechts Wegen」の書き方は共に古くから用ひられて居るが「Von Rechts wegen」の書き方が正し。

(註二) その言葉は行政上の命令ではなく裁判上の宣言として存することを明瞭にすべきである(Stölzel, Brantjenburg = Preussens)。 往時は裁判と行政とが多く同一の官廳に屬して居つたから、かゝる言葉を使用することは意義のあつたことである。

C 理 由 (Die Urteilsgründe)<sup>(註1)</sup>

主文が最も重要であると同様に、理由も亦判決の最も重要な部分である。理由に重要な總べてのものを盡くし、それ以外のものを記載しないといふことは容易なことではなく、又少くとも良い民事判決の作成と同様の勞力を要する。判決作成者たるものが、審理のみによく注意を傾け、審理によつて得たものは無秩序に紙面に記載して足りると爲す考ほど、誤つた考はない。かやうな判決はよく見受けられるところではあるが、それは犯罪小説の如き興味をもつて讀まれやうとも、多くの上告理由を提供するものである。

完全無缺の判決を作成せんとするものは、先づ、刑事訴訟法第二百六十七條が理由に付て如何なる要件を規定して居るか、を明確にすることを要する。次に、有罪又は無罪の根據となる刑法の明文を適確に理解することを要する。茲には、前者の要件に付てのみ以下に述べる。多くの判決の陥る刑事訴訟法第二百六十七條違背の責問は、何を意味して居るか、又その責問を避けるためには如何にすべきか、といふことを説明しなければならぬ。この點に付ては理由の重要な成分を論じて居る第三章に於て特に研究し、それに先き立つ第二章に於ては、多くの判決に付て存する冗漫な記載の二、三を論じ、尙ほ、その前に第一章に於て各判決に付て注意すべき事項を説明するであらう(註二)。

(註一) 民事訴訟の「Facts-herleitung (理由)」といふ言葉は刑事訴訟法に於ては例外的にのみ使用せられて居る(第三三八條第七號を見よ)。

刑事訴訟法は「Urteilsgriinde」(第二六七條)といふ言葉と共に「Gründe」(第二七)といふ言葉を通例使用して居る。

(註二) 従つて第二章は第三章の後に説明すべきであるが、便宜上その前に説明することとした。

## I 一 般

1. 法律(第二七五條)は判決の交付に付て非常に短い期間を規定して居る。即ち、若し判決が調書中に全部記載せられて居らない場合には、理由を附した判決は、告知後一週間にこれを記録に添附しなければならぬと規定して居る。この一週間の期間は、判決の告知が延期せられた場合にも、同様にその適用を見る(第二六)。(註二) 然し、たとひ、第二百七十五條の期間が経過し、而かもその経過が非常に著しい場合であつて

(大審院判決、第一六二卷一八二頁) それが上告理由とならぬにせよ(大審院判決、第二卷三七) (註一)、更に又特別の重大事件に於て

この期間の遵守が不可能であり、或は小事件に於ても不慣れの司法官試補にとつてこの期間を守ることが容易でないにせよ、司法官試補は、事件のため又自己のため、審理終結後なるべく早く、欲を言へば二十四時間内に、判決を書き上げるやうに、日頃からの訓練を必要とする。かやうにするときは、審理の経過は尙ほ鮮やかに記憶に残り、殊に簡単な注意書を作るならば、記録を讀むの要もなく、又さして苦勞もなく、審理の實相に即した而かも完全な判決を提供し得るであらう。これに反して、或は控訴又は上告が提起せられるか否かを待つため、最初、時間を空費させて仕舞ふならば、判決の作成は、段々と勞苦を増し、段々と實績が擧らなくなる。尙ほ、その間、他の審理に時間を要するやうな場合には、殊に然りであ

る。

(註一) 第二百六十八條第二項は「判決ノ告知ヲ延期シタルトキハ理由ハ其ノ告知前書面ヲ以テ豫メ確定スベシ」と規定して居る。従つて、この場合に記録添附の期間を徒過するときは上告の理由となる(大審院判決第三一巻一四〇頁)。(第二七卷一一六頁参照) 第二百六十八條第二項の要件は、判決が完全に作成せられ且判決の作成者の署名があるのみにては十分でなく、全關與判事の署名を必要とする。第二百六十八條第二項の違背は判決が以上の要件に反する限り上告理由となる。而して告知前に評決せられ、告知後に變更せられることとなくして、他の關與判事によつて署名せられたとしても、それは後者の要件を缺くものである(大審院判決、第五四卷二五六頁)。

2. 判決は方式に於て又構成に於て、全く公文書と同一の外形を有しなくてはならない。司法官試補は、読み易い書體で書くやうに、餘り窮屈に書かないやうに、餘白を十分に存するやうに、熟して居らない略語を用ひないやうに、訂正をなるべく避けるやうに、これらの點に努力しなくてはならない。若し、判事が判決に變更を止むなく加へるに至つた場合及判決の書き直しのため司法官試補に判決を戻す必要を認めない場合には(それは最上の)、許される限り記録係りの手で判決を淨書さすべきである。かやうにするときは、當該裁判所の構成員も、上級審の判事も、或は後日その判決を讀む訴訟上の立場にある判事も、加入と訂正の混雜せる判決を苦心して讀破する必要を見なくなる。

3. 判決文體は、たとひ、過去十年間に於て非常に改良せられたとはいへ、しばしば判決の持つ弱點となつて居る。一般に多くの裁判官に付、學校は、彼等の言葉に對する感覺を硬化させ、理解し易くして達意の表現方法を彼等に教授することを怠つた、といふことを痛感せしめられる。判決の良い文體は、彼等にとつては第二の天性となつて居らない。むしろ、彼等にとつては非常に勞苦を要する事柄であり、従つて、職務上の重荷のため、これを顧みる餘裕を存しない事柄である。

文體の第一の要件は明瞭である。明瞭に思考する者のみが明瞭に書き得ることは、言を俟たないところであり、一般の人が裁判官に正に豫定すべき一つの特性である。良い文體は明瞭な思考の徵標である。冗漫にして錯雜な表現の裡には、一般に思考の不明瞭が潜んで居る。

明瞭は簡潔と密接な關係に立つ。裁判官は結末のないシセラ流の文章とか、ラテン語の挿入句文章とかの如き文章を書くべきでなく、簡短で理解し易い、而かも、獨逸語の本質に適した文章を書くべきである。幸ひに、獨逸語らしくない分別臭い文體は、段々と影を亡くして居る。

尙ほ、表現方法は平明にして且品格を有しなくてはならない。虚飾、誇張、調子づいた贅言、野卑にして方言的な表現、冗談めいた語法、流行語は避くべきである。蓋し、判事が判決を下すは國家の大權を行つて居るがためである。曖昧な言葉又は態とらしき言葉、即ち „vorwürfige Fragen”, „desfallsige Behauptungen”, „andere gelagerte Fälle”, „fehlende Entscheidungen”, „Beruhigungsfasson”, „getätigter Vertrag”, „zur Inhaftnahme bringen”, „die Strafe in Wegfall bringen” としき如き言葉を避くべきであり、又 „er” 或は „welder” としき言葉に代へて „derselbe” 或は „er seinerzeit” としき言葉を用ひたり、 „order” としき言葉の代りに „bezüglich beziehungsweise” としき言葉を使用することも、避けなくてはな

らない。

これらの語法は、大部分は簡單と平明よりも調子を好むところに基いて居り、それ故、一般に、  
 „noch“, „aus“, „von“ といふ簡短な前置詞を嫌つて、長々しく調子の張つた、例へば „wie ausweislich“,  
 „im Wege“, „sichens“ といふ前置詞を用ひる傾向がある。又受働法を不思議に偏愛して、  
 „der Angeklagte hat behauptet“ (被告人が) と言へば調子が素朴すぎるといつて、  
 „Sichens des Angeklagten ist behauptet worden“ (被告人に依つて) と言つたり、動詞の代りに „im“ を附けた單語を偏愛して „es wird verlesen“ とせずして „das Schriftstück kommt zur Verlesung“ とすることも、同じ原因に基いて居る。  
 „erfolgt“ といふ言葉の濫用も避けなくてはならない。この言葉を用ゆると無味となり、軽快な言ひ廻はしに應ずる動詞を必要とする場合に、主語の重複を來す結果となる。餘りに正確を期しやうとすると „welch Letzterer“, „der gelachte“, „der mehrwähnte“, „der hergete“, „der diesbezügliche“ といふやうな忌むべき言葉が現はれて來る。尙ほ、若し、  
 „und“ の後に商人文體から生ずる間違つた疑問體を用ひたり、又は證人の供述に付て一般に用ひられて居る „die Aussage des Zeugen ist glaubwürdig“ といふ文體を採用するならば  
(茲に何等區別が問題になつて居らないと云ふ理由で) しばしば、判決に見受けられるやうに、醜惡と誤謬の集積となる。  
 „nicht“ といふ言葉を出來る限り後に用ふるといふことは、常に醜惡な方法である。かやうにすると、

多くの場合、文義の難澁を來たす。„als“ と „wie“ とは、往々にして、誤用せられて居る。„als“ といふ言葉は差異を表はし、  
 „wie“ といふ言葉は同一を表はす。物を比較する場合には常に „als“ を用ひなければならぬ。同様に、例へば、  
 「何々と異なる」といふべき場合には „anders als“ と爲すべきであつて、  
 „anders wie“ と爲すべきではない。„scheinbar“ と „anscheinend“ とを混同してはならない。證人が „scheinbar“ に眞實を供述したといふことは、證人が眞實を供述しなかつたことを意味して居る。證人が先づ大體に眞實を述べたといふことを表明する場合には、證人は „anscheinend“ に眞實を述べたと爲すべきである。  
 „derselbe“ といふ言葉は、なるべく „er“ といふ言葉に代へなくてはならぬ。又同一を意味する „derselbe“ といふ言葉は „der gleich“ といふ言葉に代へねばならぬ。„der Vater desselben“ といふやうに „sein Vater“ としなくてはならない。

尙ほ、判決が文法上の誤謬を犯してはならぬことは自明である。刑法第二百六十三條ですら著しい誤りを犯して居る。吾々は詐りの事實を虚構することは出來ない、眞の事實を虚構(鏡に表はす)し得るに過ぎない。蓋し、詐りの事實なるものは存在しないであらう。むしろ、詐つた主張が存在するに過ぎないからである。眞の事實は白い白馬といふことと同一段階にある。かやうな表現は、悲しむべきことには、詐欺の場合にしばしば用ひられて居り、これがため、多くの人はこの表現の誤りなることを殆んど氣付かず、又後に掲げる設例 6 の事實の確定を一見不完全と思ふ程である。更に、第何條の違反といふべき場合に „des §…

：“とせず *„gegen das …“*”として居る判決が何といふ多いことである(註一)。又被告人でなく恰も控訴が費用義務を負担するかの如く *„Die Berufung wird kostenpflichtig verworfen“*との表現も、しばしば用ひられて居るところである。然し、動詞の時の用方に付ては特に誤りが多い。接續法(Möglichkeitsform)が用ひられないで、直接法(Wirklichkeitsform)が壓倒的に用ひられて居る。然し乍ら、事實のみが直接法で記述せらるべきであり、意見、主張、少くとも一般に虚偽だと考へられて居る事柄は、接續法を以て表現しなくてはならない。従つて

Das Gericht hat dem Angeklagten nicht geglaubt, dass er die Uhr gefunden hat,

der Zeuge weist nichts davon, dass der Angeklagte zu jener Zeit zu Haus gewesen ist,

hiernach ist nicht für erwiesen erachtet, dass der Angeklagte eine Fremde bewegliche Sache weggenommen

hat.

との用法は正確ではなし。

かやうな事實關係は、半過去法(Imperfekt)を以て敘述すべきである。即ち、この場合には、吾々は目撃者として、その事實を述べる者の地位に立つからである。證明せられた事實は大過去法(Vorvergangenheit)を以て記述すべきである。證人の供述その他公判審理の事項は、現在法(Vergangenheitsform)又は過去法(Vergangenheitsform)を以て *„der Augenschein hat ergeben, der Angeklagte leugnet oder hat geleugnet,*

*der Zeuge bekundet oder hat bekundet.“*と云ふやうに敘述し、法律上の陳述は現在法にて記述すべきである。

最後に、外來語使用癖。過去十又は二十年來の判決は、その以前のものよりも外來語を餘り使用しなくなつたが、それは正しいことである。この古い獨逸の惡遺産は、容易に根絶せられなかつた。獨逸言語協會によつて永く續けられて來た不必要な外來語排斥の闘争は、最近に至つて Ed. Engels の「獨逸語で語れ(Sprich Deutsch)」と云ふ警世的の著書及同氏の「外來語排斥(Entwelschung)」と云ふ獨逸語同化辭典に於て、價值ある支持を得た。被告人に付て *„exceptio rei iudicatae (確定判決の抗辯)“*とか *„ne bis in idem (一事不再理)“*とか *„argume tum e contrio (反對推理)“*とかの如き言葉を使用してならないことは、自明である。*„Instanz“*と云ふ言葉は *„Rechtsgang“*と云ふ言葉によつて、*„Dolus“*と云ふ言葉は *„Vorsatz“*と云ふ言葉によつて、*„dolus eventualis“*と云ふ言葉は *„bedingter Vorsatz“*と云ふ言葉によつて、*„Kausalität“*と云ふ言葉は *„Ursachlichkeit“*と云ふ言葉によつて、*„Realaud Ideal Konkurrenz“*と云ふ言葉は *„Tatinheit und Tatmehrheit“*と云ふ言葉によつて、*„alternative Feststellung“*と云ふ言葉は *„Wahlfeststellung“*と云ふ言葉によつて、*„Delikt“*と云ふ言葉は *„Straftat“*と云ふ言葉によつて、*„Tenor“*と云ふ言葉は *„Urteilsformel“*と云ふ言葉によつて、*„Indizien“*と云ふ言葉は *„Beweisstatsachen“*と云ふ言葉によつて、容易に獨逸語に代へることが出来る。

然し専門語を避けることのみでは十分でない。獨逸語は無限の表現能力を有して居り、外來語の片言隻語を以て増加を必要としない。獨逸人は、外來語を使用して獨逸語を侮辱することを、何とも思つてゐない。古くから同化されて居る "Kirche" とか "Schule" とか "Feier" とか "Weste" とかの如き外來語の廢棄を考へる者は、固より一人としてなく、又二、三の外來語が今尚ほ缺くことを得ないのは勿論であるが、獨逸人が少くとも三千の外來語——その派生語を加へず——を使用し、而かも日常、新しい外來語を見出すといふことは寔に恥づべきである。判決の作成者は、言語の點に於て(たとひ最も有名な法律學教授、の言葉が左様であらうとも) 外來語の知識を利用する理由は毫も存しない。

(註1) "Blatt 5 verso" なる言葉は、思むべき而かも一般に普及して居る言葉であるが、これに屬する。"Bl. 5 R." とするのが正し。

#### 4. 説明方法

(a) 理由は、熟慮せる考案に基き、秩序を立て、而かも明確に展開し構成して、これを作成せねばならない。習熟した判決作成者は、困難な事件に付てのみ豫め草案を作る必要があるであらうが、初心者は、簡単な事件に付ても豫め草案を作らねばならない。事件の特異性によつて差異はあらうとも、訴訟資料の整序に關する法則は、民事訴訟に於けるよりも容易である。

訴訟資料は二大グループ、即ち證明せられた事實の説明(事實上) 及その事實關係に何が故に刑法が適用

せられ又適用せられざるかの説明(法律上) に分類せられる。事實上の確定は更に分れて、基礎となる事實の摘示と證據の判断の二つとなる。以上のグループは、嚴密に區別せらるべきである。

有罪判決、即ち刑事訴訟法第二百六十七條第三項の意義に於ける判決には

1. 事實上の確定
2. 證據の判断
3. 刑法の適用に關する法律上の説明
4. 輕減事情の問題を掲記した刑の量定
5. 費用の裁判理由

が順次に記載せられる。

無罪の判決には、裁判所が證明せられたものとする又證明せられざるものとする構成要件の目安

(Tatbestandsmerkmal) の表示に適合する公判開始決定の内容を記載し、次に、必要な範圍に於て法律上の説明を加へる。

被告人が多數の加罰行為に付て責任を問はれ、又は多數の被告人が多數の犯罪行為に付て公訴を受けて居る場合には、民事訴訟の主觀的客觀的併合訴訟と同じ様に取扱ふことを得策とする。従つて、それぞれ番號を付して、主犯者及共犯者に關する刑の量定理由を含めて、各犯罪事實を掲記し、最後に併合刑の量

定に費用の裁判理由を記載するを便宜とする。若し犯罪行為が少数であれば、後に掲記する設例7.の如く取扱へばよい。特に膨大な事件に於ける理由を適法に短縮し得ることに付ては、本書第五〇頁〔本譯書〕を参照。

(b) 矛盾は特に注意して避けねばならない。判決理由が、鶴的であり、不明確であり、矛盾して居るため、多くの判決が大審院に於て破毀せられて居る。かやうな缺點がなければ、通常、攻撃論點が見出されない様な事件に付ても、辯護士は蠱眼鏡的に矛盾を探し出すのが常である。例へば

犯人ハ其ノ物件ガ犯罪ニヨリテ得ラレタルモノナルノ情ヲ知り、而カモ其ノ狀況ニヨリ犯罪ヲ以テ得ラレタルモノナルノ情ヲ知ルベカリシモノナリ

との事実上の確定は、矛盾を有して居る。蓋し、刑法第二百五十九条によれば、前者と後者とは各別に可能の犯罪だからである(大審院判決第五(一卷一八〇頁))。尙ほ、公判調書によれば、裁判所が主張せられた事實を措信するの故を以て證據の申出を却下して居り乍ら、判決理由に於て、その事實を確定せざるものとして居る場合、又は調書によれば、共犯の疑ありとして宣誓を爲さしめなかつた證人であり乍ら、判決理由に於て、その證人の供述を宣誓の上爲されたものとして取扱つて居る場合も、等しく矛盾を有して居る(St. 1922)。思考の誤謬を犯して居る場合に於ても、判決破毀の理由となる(JW. 1922 S. 1907; DRZ. 1932 Nr. 291)。(註一)。

以上に關聯して、表現方法の正確なことが必要となつて來る。疑はしい文章竝不明確を生ぜしめる語法

はこれを避けなくてはならない(註二)。即ち、例へば

„das Gericht hat geglaubt, dem Angeklagten mildernde Umstände versagen zu müssen; es dürfte anzunehmen sein, dass die Ehefrau unter dem Einfluss ihres Mannes falsch ausgesagt hat.“ (當裁判所は被告人に對し輕減事情を拒否しなくてはならぬと信じた。何となれば、その妻が夫の威力に押されて虚偽の供述を爲したと見て差支なかつたからである)。

と表現して正確にする。„das Gericht hat die Strafe für angemessen erachtet.“ (當裁判所は右刑を相當と思料した)。”といふ表現は、しばしば用ひられるところであるが、むしろ „die Strafe ist angemessen.“ (右刑を相當とする)。”といふに如くはなす。

„der Angeklagte hat sehen müssen, hat wissen müssen.“ (被告人は見たに相違ない、知つてゐたに相違ない)。”

との事実上の確定は、若しそれが、裁判所の見解によれば、被告人は知つて居つた又は見て居つたといふことを表現しやうとするのであるならば、不十分なことは勿論である。かやうな事実上の確定は、被告人に於て、然るべき注意を用ひたらんには、それを見たに相違ない、との意義に誤讀され易いからである。大審院が(第三卷一九四頁(四節の裁判に於て)) „der Angeklagte habe seine Zahlungsfähigkeit kennen müssen.“ (被告人はその支拂不能を知つてゐたに相違ない)。”との事実上の確定を、不十分と宣言したのは、尤もなことである。同



様に、大審院は(第二五卷二八六) „er durfte glauben. (被告人は信じた筈である)“との事実上の確定をも、不十分とした(尙ほ大審院判決第二)。尙ほ

„der Angeklagte konnte kaum darüber im Zweifel sein“ (被告人はこの點に付て疑を懐き得なかつたものである)。

との表現は、若しそれが、被告人は疑はなかつたものである、といふことを言はんとするものであるならば、一層誤つて居る(註三)。

凡そ重要な事實に付て理由不備であり、従つて、その判決が半ば理由を缺くとの非難を避けるために、„selbstverständlich (自明)“といふ表現を用ふるに當つては、慎重を期さねばならない(註四)。

有罪の言渡は推定に依據してはならない。墮胎に付起訴せられた懷胎の婦女が、緊急状態に於て爲したと主張した場合に、被告人は、恐らく (vielleicht) 墮胎以外の方法を探り得たであらう、との事実上の確定を爲したとしても、かやうな確定を以て、その主張を排斥することを得ない(註五)。

(註一) この點に付ては Alsterg und Weiler の論文 (DRZ. 一九二九年) を参照。

(註二) Stölzel, Schlang. Bd. I, 117.

(註三) 誤想防衛 (Putativwehr) を排斥するためには、„der Angeklagte lernt sich weder in Notwehr, noch konnte er dies

rechtfertigend annehmen. (被告人は正當防衛の状態に在らず、又これが權能ありとも考へなかつた)“との確定を以ては十分でない。むしろ „noch hat er einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff als vorliegenden annehmen. (被告人は現在の違法な攻撃が

存在するものとも考へなかつた)“と表現しなければならない。蓋し、錯誤の免責は重要でないからである(Recht. 一九〇九年三)。

(註四) 被告人を表示するに單に氏名を以てせず、常に「被告人……」と表示するならば、事實の理解に非常に役立つ。若し左様にしない場合に於ては、特に多數の氏名が表はれて居る判決にあつては、その氏名が證人に當るものか又は被告人に當るものかを、常に考慮して見なければならぬからである。又 „Ickunden (證言する)“ 及 „ausagen (供述する)“ といふ語は、證人の言葉のみに付て使用し、被告人の言葉に付て使用すべきでない。

(註五) 理由は穩かに且實體的に敘述しなければならない。判決作成者は、被告人の行爲を憎むとも、理由に於ては平明に敘述し、而かも判決が冷靜な考慮から爲されずして、恰も一時の感情から爲されたものであるかの如き外觀を避けねばならぬ(註一)。

Dr. Boetike が一九二七年ドイチェリヒターツァトング (DRZ.) 第三五四頁に於て説明して居る様に、判決には、被告人が問題として居る事柄を傷付けるやうなことを、従つて、裁判官が不公平に裁判したといふ考を起させるやうなことは、總べてこれを避けなくてはならない。例へば、被告人の或る主張が適切でないといふことを判決に表現せんとする場合に、„Die Belaufung des Angeklagten ist durchaus unzutreffend. (被告人の主張は全く不適切である)“ といふやうな用語は避くべきである。主張が適當でなるといふことは、必ずしも誤りであるといふことにはならない。不必要な極言は害があつて益がなす。又 „Der Einwand ist (völlig) abwegig (その辯疏は (全然) 失當である)“ とか „verfällt ist der Versuch……“ (云々の主張は誤りである)“ とかの用語は、これを避くべきである。特に „angeblich (外觀上)“ といふ言葉

を使用すると、しばしば、誤つた處理に陥る。この言葉は外觀を有する正當性に疑點を包含せしめる。従つて „Die angebliche Krankheit ist keine Entschuldigung für die Fristversäumung.“ (外觀上の病氣は期日の懈怠の責を免れしめるものでない)”と言ふべきではなく、むしろ „Die Krankheit ist…… (その病氣は……である)”とか、又は „Die von dem…… behauptete Krankheit ist…… (……の主張する病氣は……)”と言ふべきである。尙ほ „unbeachtlich (一顧の價値がなす)”と云ふ言葉は、しばしば „unerheblich (重要でない)”との言葉の意味に用ひられるところではあるが、„unbeachtlich”と云ふ言葉は „nicht beachtenswert (考慮の價値がなす)”と云ふことを意味し、従つて被告人が問題として居る事柄を害する結果となることを看過するものである。裁判官は、あらゆる陳述を「考慮 (beachten)」しなければならぬが、又あらゆる陳述を「重要 (erheblich)」なものとするの要はなす。

尙ほ、第二審の判決は、前審判事を傷付けるやうな傾向のある事柄は、總べてこれを避けなくてはならない。前審判事の反對見解は、たとひ、それが維持すべからざるものであるにせよ、實體的に批判し且反駁すべきであつて、侮蔑的な方法又は高慢な語調で批判し且反駁すべきではない。蓋し、上級審の裁判官は、下級審に對して上官ではなく、むしろ、單に事案を更に審査するものに過ぎないからである。地方住民は、不注意に作成せられた控訴裁判所の判決が、如何に小氣味よく一般に讀まれ且喧傳せられ、而かもそのため、如何に下級裁判所の品位が危くされて居るかを知つて居る。

(註一) 行爲の評價に付ては、刑の量定理由のところを見よ。

(d) 判決の大多數は合議裁判所に於て爲される。従つて、判決作成者は、自己の意見を理由に發表すべきでなく、むしろ、判決裁判所の意見を理由に發表すべきである。然し乍ら、このことは、なかなか容易なことではない。何となれば、事件の負擔の重い裁判所にあつては、評議は常に必ずしも詳細に行き互るを得ないからである。かやうな裁判所に於ては、多くは、單に、責任に關する問題が合議評決せられ、箇々の證言の措信すべきか否かが談議せられ、輕減事情の問題が考慮せられ、刑が量定せられるに過ぎないからである。而して、箇々の構成要件の目安 (Tatbestandsmerkmal) を含む事實關係が、如何なる方法に於て證明せられたものと爲すべきかに付ては、殆んど談議せられず、その點は法律上の説明と同様に、判決作成者に任せられて居る。かやうな場合には、判決起案者は、裁判長の口頭による説明を考慮して、自己に於て證明せられたと思料する様に説明し且最善の考慮を盡して判斷を理由付ける外はない。爾餘の構成員は、その疑問とするところは署名前にこれを開陳しなければならぬ。

控訴院判事ザクセ (Zakse) は (GoldArch. 第七〇卷) (一六一頁以下に於て) この點に關して生ずべき問題(註一)を廣汎に論述し、次のことを適切なものとして論結した。即ち

a 若し裁判長と判決作成者との間に、争點に關する合議に於て、或る事項が決定されることに意見の一致を見、唯、その決定の内容に争がある場合、大刑事部並陪審裁判所に於ては、裁判官たる構成員

の多数決によつてその争が決められる。

擴張參審裁判所(註二)に於ては、その意見の争は裁判長によつて決められないで、むしろ、その決定の内容に関する争は、判決中にこれを説明すべきである。

(註一) 上の點に付して、尙ほ Sachs (in DRZ. 1925), Knuth (S. 333), Goffelert (DRZ. 1926), Löwe-Rosenberg (Anm. 5 zu §) を参照。

(註二) 一九三二年一月七日以後は一九三二年六月一四日の緊急命令(§ 1 Art. 1 Kapitel I des Ersten Teils RGBl. I S. 285)によつて廢止せられた。

b 若し裁判長と判決作成者との間に、争點に付て何等の事項が決定されないことに(たとひ默示意見の一致があれば、決定の欠缺を補充するといふことは生じ得ない。何となれば、補充に參審員又は陪審員の關與が必要であるとしても、それは許されないからである。

このことは、決定せられた理由の訂正に付ても同様である。

c 若し裁判長と判決作成者との間に、争點に付て或る事項が決定せられたか又は決定せられないかに付て争がある場合には、大刑事部並陪審裁判所に於ては、先づ裁判官たる構成員の多数決によつてその争が決められる。而して問題が肯定せられたならば、その決定の内容は裁判官たる構成員の多数決によつて確定せられる。問題が否定せられたならば、決定の欠缺は補充を許さない。判決作成者が判決中に採用した理由は削除せらるべきである。

擴張參審裁判所に於ては、裁判長の意見によつて決めらるべきでなく、意見の争は判決中にこれを説明すべきである、と。

判決作成者が、自分としては誤りであると思料する判決を理由付けなくてはならない場合には、多数決の思考經過に一致させる様に努力せねばならない。判決作成者が自己を他の反対意見に導いた疑念を表現するには、同時に、その疑念を論駁することなくして、これを敢てしてはならぬ。多数決によつた參審裁判所判事が、理由中に公然と、その判決は誤りだと思料したが、多数意見によつたものであると説明することは頗る當を得ない。參審事件に於ても、判決は、區裁判所判事の意見を表はすものではなく、參審裁判所の多数の意見を表はすものである。參審員の理據が不明の場合には、詳細な理由の記載はこれを拋棄し得る(註一)。

(註一) 上の點に付して RA. Alsterg (in JW. 1926) 及 OLGR. Sachse (in DRZ. 1928) の各論説参照。

(e) 多くの判決作成者が、好んでなすところの前提判断に對する博引傍證は、一つの惡習である。實際疑問のある事案の場合とか、或は下級審判事の法律見解を論駁する場合とかに於ては、大審院の種々の裁判又は法學教授若しくは法律解釋家の意見を引證することは適當であらうが、そのため、判決作成者が博學を銜ふ外觀に陥ることのない様に、贅言を避けなくてはならない。判決作成者がその判決を如何に理由付けたかによつて、博引傍證を爲さずとも、その事案に對する判断として徹底して居るか否かが自ら明か

となる。この徹底の必要なことは勿論であり、判決作成者は、困難な事案に於ては、判決の作成に着手する以前に、大審院の判例及問題となる法律章句の解釋に關する註釋を研究しなければならないのは固より當然の事柄である。

(f) 引用は、ただ、條件的にのみ許容せられて居る。民事訴訟法に於ては、何人も知る如く、可なり廣範圍に引用を許容して居るが、刑事訴訟法に於ては、引用に關して何等規定するところがない。大審院は、刑事訴訟法に何等の規定がないため、引用は一般的には許容すべきでない<sup>(1)</sup>と結論して居る。茲に於て、大審院判決第四卷一三七條は、公訴狀の引用を不適法とした——それは、前審裁判所が、事案が公訴狀記載通りに證明せられたと表現した場合のことである。同様に、大審院は、大審院判決第四卷第三八二頁及第二三卷第三〇〇頁に於て公判開始決定の引用を、大審院判決第一卷第五八頁に於て調書の引用を、大審院判決第三〇卷第一四三頁に於て民事判決の理由の引用を、ユリステイシエ・ウオツヘンシュユリフト (JW.) 一九〇四年第八號第二四〇頁に於て再審手續に於て廢棄せられた判決の事實上の確定の引用を、ドイチエ・ユリステンツァイトング (DIZ.) 一九〇四年第六一號第九九五頁及レヒト (Das Recht, Rundschau Juristenstand) 一九一六年第三五二一號に於て被告人に不利益に大審院によつて廢棄せられた判決の引用 (註一) を、それぞれ不適法と宣言して居る。

(註一) これに反して、下級審の判決が廢棄せられる場合に、その事實上の確定が大審院によつて維持せられたとき、新判決に於て

は當該事實上の確定を繰り返へすことを要しない (一九一二年レヒト三三七) 一號所載の大審院裁判。

大審院判決第四卷第三六七頁は、教唆者の處罰が問題となつて居り、而して、教唆者の犯罪行為に付前に爲された判決が引用せられて居る場合に、この引用を不適法と宣言し且公判調書の引用も同様であると注意を促した。その理由として、「判決はそれ自體に於て、構成要件 (Tatbestand) の法律上の目安 (Stapel-liches Merkmal) と、この法律上の目安の包含せられる事實 (Tatsache) とを摘示しなくてはならない (刑事法第二) 判決はそれ自體に於て、その説明と完全な理由とを備へて居らなくてはならないし、又上述の規定の遵守が、以下の事由によつて要求せられる。即ち、この規定が遵守せられてこそ初めて、各審級の判事が自己固有の獨立審査に基いて、構成要件の存在に關する確信を得たことの保證が與へられたものと爲し得るがためである」(註一)と論證して居る。

(註一) 同說——JW. 一九二三年三九五頁所載の大審院裁判。

この大審院の原則は、通常の場合に於ては、全く是認せらるべきものである。然し乍ら、實際上の理由からして、その例外が生じ得る。例へば、犯罪行為が廣大な出版及印刷物によつて爲された場合、若し判事が、誹謗信書、官廳に對する侮辱的請願書、偽造文書、剽竊を含む書籍、猥褻文書を、それらのものが存在して居る一件書類の章句を指示し且各箇の章句を文字通りに又は頁數によつて理由中に摘記することなく、それらのものの全部を判決に記載しなければならぬとするならば、それは不必要な記載勞働となる

であらう。それ故、一般に、特に現在に於ては、大審院の明示的是認(註一)に従つて處理して居る。然しこの場合、判決がそれ自體から十分に理解せらるべきことを條件とする。従つて、詳細な記載を爲すことなく、單に當該文書を附録として添附すること、例へば寫本を貼付することを以てしては、十分ではない(大審院判決、第一四一巻一九頁)。むしろ、當該文書の内容を、文字又は文字の實質的内容に従つて描寫し(大審院判決、第一四三巻二一六頁)、その作成方法、内容上の關係、作成者の企圖を一般的に説明しなければならぬし、又そのほか、刑法的價值判斷に對して特に問題となる章句は、これを詳細に描寫しなければならぬ。例へば、記載事項の處罰を受くべき内容は、特に赤鉛筆を以て印した章句によつて明かであるとの注意を以てしては、刑事訴訟法第二百六十七條第二項の規定に添うものではない(大審院判決、第三九巻一九六頁、參照—M. 一九二九年、第五九號一〇五一頁並—、一九二六年第九號二二二頁)。

尙ほ、引用の方法によつて理由付けを省略することは、特に大なる主觀的客觀的併合事件に於て各箇の事件が全く又は殆んど同様である場合には、不必要な記載勞働を節約し得ることとなる。かくて大審院は一九〇八年一〇月九日の判決(Sorgels, I. R. 1.)に於て、前審刑事部が、同種類ではあるが屬性の箇々の點を異にして居る三千の詐欺事件の説明に付て、その各箇の事件に對して事實上の確定を爲すことなく、それ等すべての事件に共通であり、而かも刑事上の意義を有する事項に對してのみ説明を興へたことを、是認した。又同じ様に、大審院は一九一二年二月二十八日の判決(Recht 17)に於て、同様な八十二の詐欺事件より成る主觀的客觀的併合事件に付て、そのうち二、三の事件を詳細に説明し且公判開始決定第何號迄に

記載の爾餘の事件は全部に互つて認定せられ又實體的にも確定せられたとの注意的記載を爲して居るものを、適法と宣言した(尙<sup>註</sup>RG, vom 19. Februar 1915 in Sorgels)。を、適法と宣言した(Jahrb. 1915, Ann. 3 zu § 266 StPO. 參照)。

第一審判決に於ける構成要件の引用に付ては本書第一一三頁〔本譯書〕を、又省略せられた判決理由に付ては本書第一〇〇頁〔本譯書〕を參照。

(註一) Ur. des I. Sen. vom 15 Januar 1907 in GoldArch. 54, 290.

#### 5. 理由の變更

理由の變更は、判決に關與した全部の判事が判決に署名した場合に於ても、理由の確定が裁判所の内部的處理であり且判決が未だ裁判所の外部的關係に在る者に認識せられる程度に確定せられて居らない限り、適法である。この時點は、判決が關係者に於て閱覽し得るために記録課に豫め交付せられて居らない場合には、刑事訴訟法第三十六條又は同法第四十一條によつて裁判長が檢事に交付を命ずる處理を爲した時を以て標準とする(大審院判決第五四巻二二頁及)。GoldArch. Bd. 71 S. 92。

## II 理由に屬せざる事項

1. 冒頭語及結語 多くの判事は、„Das Gericht hat nach seiner freien, aus dem Inbegriffe der Verhandlung geschöpften Überzeugung folgendes für erwiesen erachtet (當裁判所は審理の全體より得たる自由なる確信

に基き、以下の事實を證明せられたるものと思料す」とか、*„die mündliche Verhandlung hat folgendes ergeben* (口頭審理の結果以下の事實が明かとなりたり)」。とかの言葉又はこれに類する言葉を以て、理由を始める。然し、これは誤りではないが無益である。何はともあれ、裁判所は口頭による審理に基いてのみ且證據調の結果による自由な確信に基いてのみ裁判を爲すべきは勿論のことである(刑事訴訟法<sup>第二六一條</sup>)。然るに、何が故に、この法律の規定が充足せられて居るといふことを特記するのであらうか。假に、裁判所が公判審理の対象となつて居らない事物、例へば朗讀せられない書類に基いて確信を得るに至つたことが明瞭であるとせよ。この場合、その判決は、冒頭語の如何に拘らず、上告に服するであらう。従つて、冒頭語なくして直ちに事實關係の説明を爲し得るのである(註一)。

(註一) 多くの判事は、原則的に、判決を書き出すに當つて公判開始決定を記載するが、これも是認すべきではない。それは、無罪の言渡に於ては、往々、合目的であるが、その他の場合に於ては全然無用である。

又 *„hiernach war wie geschehen zu erkennen* (仍て以上の如く判決す)」。とか、*„nach alledem war der Revision der Erfolg zu versagen* (かくて上告は許されず)」。とかの結語は、好んで用ひられるところではあるが、避くべきである。これ等の結語には實體的の意義は存しない。判決も普通の獨逸文章と同様に結語を必要としな(Summ in H. Gross, Archiv 45, 50)。

2. 要約的確定 (Schlussfeststellung) 殆んど總てのプロシヤ並多くの他の裁判所は、要約的確定を爲し

て事實の説明を結んで居る。これも亦事實上の確定と呼ばれて居る(註一)。例へば、それは

之ヲ要スルニ、被告は一九一八年一月五日グラウデンツニ於テ、自己ニ不法ナル財産上ノ利益ヲ得ル目的ヲ以テ、虚偽ノ事實ヲ構ヘ以テ錯誤ヲ生ゼシメ、因テ他人ノ財産ニ損害ヲ加ヘタルモノナルコトガ事實上確定セラレタルモノト思料ス

との方法に於て爲される。

多くの裁判所は、尙ほ、例へば上述の事案に於て、それに

斯クテ被告人ハ、自己ハ裕福ニシテ土地ヲ有シ定住セルモノトノ不實ノ説明ヲ申向ケ、因テAヲシテ五百マルクノ貸付ヲ自己ニ爲サシメタルモノトス

と續けて、歴史的事實を簡短に附加して居る。

無罪の判決に於てすら

要スルニ、被告人カ一九一三年一月五日Nニ於テ、自己ニ不法ニ領得スル目的ヲ以テ他人ノ動産ヲ他人ヨリ奪取シタルモノナルコトハ、事實上確定セラレタルモノト思料スルヲ得ズ

との要約的確定が爲される。

この要約的確定は、多くの人の見るところによれば、明かに合法的な刑事判決の本來の徵標となつて居る。又非常に不十分に理由付けられてある判決に於て、この要約的確定は殆んど洩れなく存するところ

あり、簡単な事件に於て、往々にして、判決の大半以上がこの要約的確定によつて占められて居る。然るに、法律は、かやうな要約的確定に付て何等規定するところがない。むしろ、それは昔のプロシヤ刑事訴訟の遺物たるに過ぎない。昔のプロシヤの刑事訴訟に於ては、一八五二年五月三日の法律第三十一條第一條によつて、この要約的確定が實施せられ、而かも、司法大臣が一八五三年三月二九日の一般訓令 (JMBL. 134, vgl. auch 154) を以て裁判所に對し特にその必要性を嚴命したものである。

(註一) この名稱は不正確である (S. Löwe Ann. 49. zu § 267 StPO.) むしろ、それは法律上の確定といふべきである。事實上の確定を如何に理解するを正しとするかに付ては後述 III a. を見よ。

結語を維持する主たる理由として、次のことが論せられる(註一)。即ち

- i 結語は、法律上の目安を要約することによつて、裁判官をして、法律上の構成要件の總べての事情を考慮して證明せられたものと認めた事實の、法律上の意義を會得せしめる、と。
- 然し乍ら、この目的は本書第八十九頁〔本譯書一三六頁〕に於て述べるが如く、法律上の説明が爲されることによつて、むしろ、一層確實に達せられる。そこに掲げた設例は、あらゆる構成要件の目安が、確定せられた事實關係に適用せられて審査せられることを、實際に要求して居る。然るに、要約的確定の論者にあつては、人も知る如く、往々にして、法律上の説明に憧れ、従つて結語を全く外形的に附加して居る様な事實上の説明を爲して居る。
- ii 更に、若し事實上の説明中に構成要件の目安が確定せられて居らない場合に、これを結語によつて

補ふことが出来るといふ理由によつて、結語は上告に對し判決を保障するに役立つといふことを以て、その長所と主張せられる。

然し、この主張は、争のない單純な目安が問題となつて居る場合に於てのみ正當であるに過ぎない。このことに付ては、本書第五九頁〔本譯書八五頁以下〕に於て説明するであらう。一般に要約的確定が判決を保障するに役立つものでないといふことは、大審院の次の説明に照して明かである。即ち、曰く

勿論、法律ノ文言ニ書キ加ヘラレタル結語ノ中ニ「共同行爲」ナル文字ハ記載セラレ居リタリ。サレド、刑法第四十七條ガ適用セラルベキモノナリヤ否ヤノ疑ハ、依然トシテ殘ル。蓋シ、證明セラレタルモノト認メラレタル事實ノ本文ニ於ケル確定ハ、行爲ノ共同ノ問題ニ付テ何等觸ルルトコロナク、又コノ構成要件ノ目安ヲ含ム事實ヲ毫モ記述セルモノニ非ザレバナリ (大審院判決、第三二卷三五二頁。全然同趣旨。同判決、第三七卷六頁上部第三九卷三〇八頁、第四一卷八四頁上部。同。)

従つて、一般に、法律上の説明は、要約的確定のために省略さるべきものとはならない。

iii 最後に、要約的確定が事實の長い説明から重要な事實を簡短に要約することによつて、事案の概観を得ることを容易ならしめる場合には、これを採用して然るべきである、と。

このことたるや、長い錯雜せる事案の場合には適當である。従つて、判決作成者は、かやうな事件に於ては、任意、要約的確定を維持するも差支はない。然し、單純な事件に於ては、要約的確定は蛇足である。被



告人は時計を窃取したと自白し且累犯者である、といふが如き事實關係は、二、三行を以て説明し盡される。かくの如き場合に、事實關係の要約は、何のために役立つものであらうか。勿論、その要約は、判決理由に代はることを得ない。即ち、大審院は、理由を要約的確定のみに局限して居る判決を、常に法律に適合してゐないものと見て居る（例へば大審院判決。第一卷四一五頁）。同様に、無罪の言渡に付ても、要約的確定に意義を置くことを得ない。

（註一） Löwe, Ann. 4a zu § 267; Stengelin, Ann. 3 g zu § 236. Lucas 276 ff. 簡単な事件に於ても要約的確定を維持することを欲し居る。

3. 判決作成者は、往々にして、民事判決と刑事判決との差異に付て明確を缺いて居る（註一）。民事判決の基礎を爲すものは、當事者の口頭による陳述であつて、その陳述は、刑事訴訟に於けるものとは、全く異なつた他の意義を有して居る。何となれば、民事訴訟に於ては——同法第六編に規定せられた婚姻事件等は姑く措き——當事者の處分に服する私権のみが争はれて居るに過ぎないからである。而して、裁判所に於て陳述すべき事柄に付ては、當事者は自由な支配権を有して居ると共に、陳述せられない事柄は存在しないものと看做される。當事者の陳述の一致する事項は、たとひ、反對の事實の確證があるとしても、眞實と看做される。書面は單に準備的性質を有するに過ぎず、その陳述なき限り何等の意義を有しない。従つて、民事訴訟法は、判決は當事者の陳述を特別な構成要件に要約せらるべきであることを規定して居る。

刑事訴訟に於ては、全くこれと異なつて居る。刑事訴訟にあつては、訴訟關係人の處分に服しない公権が問題となつて居る。裁判官は職権を以て眞實を發見しなければならない。被告人の自白並檢事の陳述は、孰れも裁判官の證據の價值判斷を拘束しない。裁判官の判斷を受くべき行爲は、公判開始決定及公訴狀に詳しく記載せられて居る。訴訟關係人の申立及陳述を再現すべき構成要件は何であるかに付て、訴訟の經過を説明することは、何の役に立つべきであらうか。民事判決の構成要件に要約せらるべき事柄は、すべて一般に、刑事判決には妥當しない。刑事判決の理由は

公判開始決定に記載せられた行爲が證明せられたか否か、その行爲が加罰行爲であるか否か

を、記載すべきものたるに過ぎない。換言すれば、判決作成者は、問題となつて居る窃盜、詐欺等を説明すればよいのであつて、公訴の方法並手續の經過を説明すべきではない。

それ故、被告人に對し云々の犯罪行爲に付て公判手續が開始せられたとか、公判が二回の證據の申立によつて延期せられたとか、證人A乃至Bの訊問及しかじかの記録の提出によつて立證せられたとか、證人はかくかくの供述を爲したとか、證人Gの喚問は抛棄せられたとか、公判廷外に於て訊問せられた證人H及Jの供述書が朗讀せられたとか、といふやうな事柄を以て、判決を書き始めることは正當でない。同様に、或る刑事部が被告人に對し誣告に付て有罪の言渡を爲し、大審院が該判決を云々の理由によつて破毀



し、大審院の指示した法律論を考慮して新たに爲した審理に於て、次の事實を證明せられたものと思料す、といふが如き説明を爲すことは正當でなす(註II)。

(註I) プロシヤに於ける試験委員長の記述(MHJ. 1899) 参照。

(註II) 公判審理に於ける事項が、稀には、實體的な意義を有する場合があるが、かやうな場合には、勿論、該事項はこれを説明しなければならぬ。裁判所が公判開始決定の法律上の解釋と異なる解釋を爲さんとする場合、又は行爲の同一性に對し疑を持つて居る場合には、公判開始決定及必要な場合には公訴に付ても説明しなければならぬ。又訴訟手續の進行中時効が完成したとの異議の申立があつた場合には、その時効を中斷した裁判所の處分を説明しなければならぬ。

判決を爲した表決の割合の説明は、本書第百三頁〔本譯書〕の3に於て説明する場合を除き、通常、有罪の言渡の場合にも無罪の言渡の場合にも、判決中にこれを爲すべきではなす(大審院判決、第二卷七〇頁、Stenglein, Ann. zu § 362 StPO.)。

然し、職業的裁判官 (Berufsrichter) にも素人裁判官 (Laienrichter) にも、同様に適用せられた黙秘義務(裁判所構成法 第一九八條)は、大審院判決第六十卷第二百九十五頁によれば、特別の事情あるとき、理由中に表決の結果を記載することを阻止しない。この黙秘義務は、違法な手續を是正するため、違法な手續を公にすべき高次の義務に制約せられる。上告裁判所の法律上の審査を可能ならしめるため、表決の方法並順序を理由中に説明することが許容され得ると同様に、それと同一目的のため、評議に於ける表決の割合を理由中に説明することも亦許容され得る。大審院は、曾て表決の適法性が問題となつた事案に於ても、表決の割合を表示したものを、不適法として反對しなかつた(本譯書第〔本譯書〕3に示した。一〇三頁〔本譯書〕一五八頁〔裁判を参照〕。一九二四年一〇月二

七日のバイエル控訴院判決(GoldArch. Bd. 73 S. 130)によれば、個々の裁判官がその終局的判断に到達した理由を裁判所の判決の理由付けに説明することは、各個の事件の特別の事情によつては、又許容せられねばならぬ。何となれば、例へば、責任の問題を „weil er einen Familienvater wegen 20 Pf. nicht ins Zuchthaus bringe (彼は二十ペニヒのために家父を懲役に送らないであらう)“との理由を以て、裁判官が否定したやうな特殊の事情の存する場合には、個々の裁判官の理由も、上告裁判所の審査並判断にとつて重要なものとなり得るからである、と。

訴訟條件(管轄、告訴、時効、既判力ある判決)に付ては、本書第八六頁〔本譯書〕を参照。

證據の申立の却下も判決に記載すべき事項でなく、それは、むしろ、調書に記載すべき事項である(註I)。蓋し、これらの事項は、たとひ重要であるとしても、判決を理由付け又は判決を一層よく理解させるため役立つものではなく、又裁判所はこれらの事項から、その確信を得るものでないからである。刑事訴訟に於ける判決の本體を現實に把握して居るものは、不要の „Ballast (下積の船荷)“を以て理由の負擔を重からしめるやうな試みを敢て爲さないであらう。

(註I) 證據の申立が公判に於て爲されたことは、調書のみによつてこれを證明すべく、理由によつて證明せらるべきものではない(大審院判決、第三卷六一頁)。證據の申立却下の理由は、原則として判決中に補充され得ないから(Laods 212) 益々然りと謂はなければならぬ。二次的な證據の申立(被告人が無罪を主張し、副位的に證人の喚問を申立てた場合)を却下する決定は、理由を必要としない。むしろ、その理由

は判決中に自から表はれ得る（大審院判決、第二九卷四三八頁）。蓋し、この場合には、被告人は判決と同時に評決が爲されることを期待して居るところから、更にその言明を期待し得ないがためである。これに反して、一次的の證據の申立を却下する場合には、被告人が直ちに方策を講じ得るやうに、決定自體に完全な理由を付しなくてはならない（*Pr. Weid.* 一九一六年第二號一〇二六五卷一四）二頁下部）。

### III 理由の構成部分

#### 1. 有罪判決の場合

刑事訴訟法第二百六十七條は最初の三項（註一）に於て

被告人が有罪ノ判決ヲ受クル場合ニハ、理由ニハ、證明セラレタルモノト認めラレ且罰セラルベキ行爲ノ法律上ノ目安ヲ包含スル事實ヲ表示スベキモノトス、他ノ事實ヨリ證據ノ導キ出サレタル場合ニハ、コノ事實ヲモ説明スベシ

審理ニ於テ刑法上特ニ規定セラレタル加罰法ノ排除、減刑、加重ノ事由ノ主張セラレタル場合ニハ、理由ニ於テ、ソノ事由ヲ確認スルヤ又ハ確認セザルヤヲ明示スベシ

有罪判決ノ理由ニハ、適用シタル刑罰法規ヲ示シ且刑ノ量定ノ標準ト爲リタル事由ヲ掲グベシ、刑罰法規ガ輕キ刑ノ適用ヲ、一般ニ輕減事情ノ存在ニ係ラシムルトキハ、理由ニ之ニ付キ爲シタル判斷ヲ掲

グベシ、但斯カル事情ノ存在ガ認めラレズ又ハ審理ニ於テ爲サレタル申立ニ反シテ其ノ事情ノ存在ガ否定セラレザル場合ハ此ノ限ニアラズと規定して居る。

従つて理由には

1. 證明せられた事實
  2. 本條第二項の特別事由に關する明示
  3. 刑罰法規
  4. 輕減事情に關する判斷
    - (a) その存在が認められた場合
    - (b) 輕減事情認容の申立が排斥せられた場合
- を必ず記載しなければならぬ（*müssen*）。更に、次のこと、即ち、
5. 狀況證據に於ける證據を導き出した事實の證明
  6. 刑の量定事由
- を記載すべきである（*sollen*）。

特に説明するまでもなく、刑事訴訟法の用語によれば、“*nützen*”なる文字を以て強行法規を表はし、“*schleier*”なる文字を以て非強行法規を表はして居る。前記1乃至4の點に於ける欠缺は、如何なる事情の下に於ても、上告理由となり——大審院は、このことを、各箇の點に付て多數の判決に於て宣言して居る——これに反して、5.及6.の瑕疵は法律違背とはならぬ(Prinz, 1924 S. 134)。然し、1.乃至6.に掲げた總ての要件は、通常の判決に所屬するものであり、後に説明する如く、尙ほ、その他多くの要件が存在する。

(註1) 上訴によつて不服を申立て得る裁判、従つて又判決にも理由を付すべしとの刑事訴訟法第三十四條の一般的規定は、判決にとつては無意義である。何となれば、理由に記載せらるべきもの何たるかは、同條に規定せられず、むしろ、刑事訴訟法第二百六十七條に規定せられるからである。又他面に於て、刑事訴訟法第三百五十六條から結論せられる如く、上告裁判所の判決に付ても、これに對して不服を申立て得られざるに拘らず、理由を付しななければならないからである。

(a) 事実上の確定

a. その本質並目的 證明せられたものと認められ且罰せらるべき行為の法律上の目安を含む事實の表示が、法律上最も重要なものとして、先づ第一に規定せられて居る。これが一般に、或は歴史的敘述、或は事實關係の説明、或は事實上の確定と稱せられて居るところのものである。而して、これは有罪判決の本來的特異性を成すものであり、證據調の結果に對する裁判所の判断を含んで居る(刑事訴訟法第二六一條)。即ち、裁判所に於て證明せられたと認むる事實を説明するものなのである。然しこの説明は、それ自體獨自の目的をもつものではなく、むしろ、その説明せられた事實關係に於て、罰せらるべき行為の目安が存在するか否かを表示するものである。

被告人に付て、何が證明せられねばならないか、を明瞭に認識して居るもののみが、完全な事實上の確定を爲し得る(註1)。被告人に付ては、罰せらるべき行為の客觀的並主觀的要件の存在が證明せられねばならぬ。前者は犯罪行為の客觀的目安を包括し、後者は被告人の行為者たる資格に關する次の二重の觀點に於ける目安の問題、即ち

1. 被告人は行為者であるか
2. その行為が意識せられ且意欲せられ、而かも犯罪阻却原因が存しないから、被告人にその行為を歸せしめ得るか

の問題である。

例をあげて説明するならば

Aが乞食の際に巡查Bに出會はした。BがAを逮捕しようとしたとき、AがBのポケットに金銭を入れた。BはAをそのまま見逃がした。Bは刑法第三百三十二條——官吏其ノ職務上ノ義務又ハ勤務上ノ義務ニ違背スル行為ノ爲贈物其ノ他ノ利益ヲ收受シ、又ハ要求シ、若クハ約諾セシメタルトキハ、賄賂ノ罪ニヨリ云々——の犯罪によつて起訴せられた。

この場合、次の事柄、即ち

- a. Bは刑法第三百五十九條に所謂官吏であつたか
- b. AがBに與へた金銭は贈物であつたか
- c. AはBに對して或る行爲を豫定して居つたか、不作爲も行爲と解し得るか
- d. その行爲が職務上の義務違背を含んで居るか
- e. Bはその贈物を收受したか

を審査すべきである。これらの總べての問題が肯定せられたとき、刑法第三百三十二條の客觀的構成要件が存在することとなる。而して、更に主觀的構成要件を確定するため

- a. BはAより金銭を受けたところのその巡査であつたか
- b. Bは、自己が官吏であること及Aが金銭の交付によつてBの職務違背行爲を豫定して居つたこと、を意識して居つたか、又Bはその金銭をAを見逃がす對價として受取つたか、Bは歸責能力者であつたか(註二)

が問題となる。

判決する裁判官が、これら總べての問題を肯定した場合に於てのみ、Bに對して有罪判決をすることが出来る。これらの問題に付ては、多數の法律問題がある。その取扱に付ては本書第八九頁〔本譯書〕に

於て述べるであらう。

事實上の觀點に於ける(然しそれは法律上の判斷に向けられて居る)審理の結果が、事實上の確定を形成する。事實上の確定は、裁判所が如何なる事實關係を證明せられたものと思料するかの問題に答へるものである。

(註一) 立證責任に付ては本書第七三頁〔本譯書〕参照。

(註二) 理由に主觀的構成要件全部を記載する必要のないことに付ては、後に説明するであらう。

β. さて、然らば事實關係は如何に説明せらるべきであるか。これに付ては、簡單で而かも明確な原則がある。即ち

被告人の犯罪行爲は、恰も裁判官が共に經驗し且目撃證人として、これを物語るかの如くに説明せらるべきである、と。

勿論、問題の要點を知つて居る目撃證人としてであり、又法律上の構成要件又は刑の量定に關係を有するものが何であるかといふことのみを報告するものである。

以上のことから、一面に於て、判決作成者は、精密を期するため、判斷に何等の關係のない第二位的な事項を判決に記載する誤りに陥ることなく、むしろ、報告せられた事實が、判斷を明確にするに役立つものか否かを吟味しなくてはならない、といふことが結論せられる。

尚ほ、大審院事務章程第十八條には「理由ハ……判斷ノ對象ニ嚴格ニ制限シテ、的確且簡潔ニ作成スベ

シ」とあり、又一九〇二年第二十五回試験報告に「判決理由ハ總ベテ蛇足ヲ避ケ常ニ判斷ヲ考慮シ而カモ其ノ判斷ヲ理由付ケルコトヲ以テ使命トス。不必要ナ理由付ケハ曲事ナリ」とある。若し判決作成者が、自己の記載する各命題に於て、それが構成要件の目安の報告に、如何なる程度に役立つものであるかの問題を眼中に置くならば、あらゆる非本質的なものを含まない、而かも構成要件の目安を明瞭ならしめる判決を作成し得る。

然し他面に於て、理由がただ骨と皮とから成り、而かも事實關係を皮相的な輪廓に於て、例へば、公判開始決定の文體に於て再現するに止めることも、固より十分ではない。むしろ事實は、法律上の構成要件又は刑の量定に重要なあらゆる箇々の點に於て、關係的に且詳細に説明せられねばならない。簡短ばかりが能ではない、むしろ報告文書に於て一八一七年一〇月二三日プロシヤ政府訓令第三十三條が「報告文書ハ、本質的、明確、決定的ニシテ遺漏ナク、而カモ能フ限り簡短ニ要約シ、不必要ナ多岐、冗漫ハ之ヲ避ケテ作成スベシ」と要求して居ることは、判決にも妥當する(註一)。

(註一) 特に大なる主觀的客觀的併合事件に於ては、例外的に簡略せられる。この點に於ては本書第五〇頁(本譯書)六九頁を参照。

7. 事實上の確定は、被告人が有罪判決を受くべき犯罪行為の總べての構成要件の目安、即ち主觀的並客觀的の構成要件の目安を包攝しなければならぬ(註一)。ただ、その一箇の目安が存在しない場合にも、被告人に對し有罪判決を言渡すことを得ない。構成要件の目安は、それぞれ重要であるから、いづれも同

様に説明せねばならない。かくて理由の本質及目的は、被告人又は検事が争ふ事項の説明にその重點があり、その餘の事項はただ簡短に觸れて置けばよいといふ結論を齎らす。例へば茲に

Aが強制執行を爲されやうとした際、債權者の辨済に效果を得ざらしめる目的を以て、自己の財産を讓渡した(刑法第二二八條第二)として公訴せられ、Aは自己に爲されんとする強制執行にも拘らず、その財産を賣却したことを認めしたが、債權者の辨済に效果を得ざらしめんとする目的があつたことを争つた、とする。この場合、判決は、Aが處罰せらるべき意思に關する事實は、これを細目に互つて説明せねばならないが、その餘の目安は、ただ簡短に觸れることを要するに過ぎない。これに反して、Aが賣却の當時債權者に對し債務を負担して居つたことを争ふのであれば、特にその點の説明を必要とする。

被告人又は検事から争はれた事項は、特に詳細に記述せられねばならぬ

との原則は、判決作成者にとつて主要な原則である。この原則は、單に事實關係の確定に妥當するばかりでなく、法律上の説明に對しても妥當する。

あらゆる構成要件の目安は確定せらるべきであるとの規定は、しばしば違背せられるところである。而して、大審院によつて破毀せられる判決は、誤つた法律の解釋點よりも、この規定に坐礁することの方が遙かに多い。従つて判決作成者が、被告人の争ふ事項のみを特に説明せんとするの餘り、他の構成要件の目安の確定を看過して居ることが首肯し得られる。判決作成者は、自から自明と見、又被告人も辯護人

もその他何人も疑問としなかつたやうな事項の確定に、瑕疵があつたとの理由によつて上告が立つた場合に、ことのほか驚くであらう。茲に於て、判決作成者は、次のことを心しなければならない。即ち、刑事訴訟にあつては、當事者の主張のみを審査する民事訴訟と異なつて、裁判所は被告人の行爲をあらゆる法律上の目安に付て職権によつて審査を爲し、これを理由に表現すべき義務を有して居り(理由に審査の記載がなかつたものと、且被告人の黙示的の自白は、理由付けを詳細にするか否かを決するの標準となるに止まり、看做される)。且被告人の黙示的の自白は、理由付けを詳細にするか否かを決するの標準となるに止まり、全般的の審査は、訴訟關係人が訴訟資料に對して處分権を持たないから、必要にして不可缺のものである、といふことを心しなければならない。

(註一) 唯一の例外に付ては、並一bを参照。

d. 構成要件の目安は如何に確定すべきものであるか。或る確定は、一面に於て法律上の用語を以てすることは法律の命ずるところではなく、他面に於て、それを以ては不十分であるとの原則がこの場合に妥當する。法律上の用語を以てする確定は法律の命じないところであるが(註一)、一般的に非常に便宜である。勿論レーヴェ(Löwe)は第二百六十七條の註釋A・4a(Kintelen, Strafprozess, 377, § 48, 同様)に於て、理由は行爲のあらゆる法律上の目安を法律上の用語を以て確定しなければならない。但その表示せられた對象等が、當該目安を表現することに於て完全に自明である場合には、法律上の用語(抽象的な)を使用しなくてもよい。即ち、その場合といふのは、例へば „Parzon (人)“なる法律上の用語は當該の人名を以て、又 „bewegliche

„Sache (動産)“なる法律上の用語は當該物件の表示を以て代へ得る場合(註二)の如きである。然し、判決の理由に關する規定と公訴狀(刑事訴訟法 第二〇〇條)及公判開始決定(同第二〇七條)との間には、次の如き差異がある。即ち、後者にあつては行爲は常に「その法律上の目安を摘示し」て「法律上の目安によつて」記載せらるべきであるが、刑事訴訟法第二百六十七條は「理由には證明せられたと認められ且罰せらるべき行爲の法律上の目安を含む事實を表示す」べきことを規定して居るに過ぎない。換言するならば、當該刑罰法規の法條の構成要件を具現する事實の記述を命じて居るが、當該刑罰法規の用語を使用すべきことは命じて居らな(註三)。レーヴェ(Löwe)及リントレン(Kintelen)が引用する大審院の判決(第一卷一頁)は

„nach Zugeständnis und Zeugen Aussagen die Angeklagten dem Wirt X. ein Fäszchen Bier gemeinschaftlich entwendet. (被告人の自白と證人の供述によれば、飲食店主Xからビール一樽を共同して奪取した)“と理由説明を爲して刑法第二百四十二條を適用した判決を破毀したものである。大審院は、„entwenden (奪取)“なる言葉は不法領得の意思を以てする奪取(Wegnahme)を認定するには不十分であると言ふのである。然し、そんなに缺點のある事実上の確定とは斷言し得ないであらう。若しこの場合

„die mittellosen Angeklagten sahen bei einer zufälligen Anwesenheit in der Wirtshaft des X. ein dieseun gehöriges Fäszchen Bier auf dem Hofe liegen, A. sagte zu B. wir wollen es wegholen und uns einen vergnügten Tag machen, X. ist reich und wir sind arm; B. war damit einverstanden; als sie sich unbeobachtet

glaubten, entwenden sie das Fiszchen, rollen es auf einen Karren und führen es nach Haus. (その無一文の被告人等は、Xの飲食店に偶々行つて居つた際、中庭にX所有の一樽のビールのあるのを見た、AはBに、自分等はあれを取つて楽しい一日を送らうではないか、Xは金持ちであるし自分等は貧乏人であると言つた、Bはそれに同意した、兩名は隙を窺つてその樽を奪取して車に積んで家に運んだ)と記述したのであれば、この確定は、たとひ刑法第二百四十二條の用語を用ひないとしても、上告を理由なからしめたであらう。法律は、事實關係を法條に當て嵌めることに、何等の無理が生じない様に説明することを以て足りるとして居る。

而して、大審院も、一九〇六年四月三日の判決に於て、この見地に立つこととなつた (GoldArch.)。即ち、郵便官吏が刑法第三百五十四條によつて有罪の判決を受けた。而して原判決には、彼が in anderen als in den im Gesetz vorgesehenern Fällen (法律に規定せられた場合以外に) 信書を隠匿したと記述せられて居らなかつたのである。大審院は、これに對して

但これは特別の確定を必要とするが (大審院判決第三二、二卷三九六頁)、法律上の言葉を以て爲されることを必要としな  
い。むしろ、法律の認めた例外の場合に當らないことが、判決の説明から疑點なく表はれて居れば十分である

と言つた。

他面に於て、法律語のみを以てする確定では十分でない。

このことは、理由に事案の説明を怠り、單に法律上の言葉を以て

審理の結果によれば、被告人は一九一八年七月一日エルフルトの酒舗に於て、主人から退去を催促せられたに拘らず、警察署が定めた制限時間以後尙ほ滞留して刑法第三百六十五條(註四)に違反したと記述したやうな場合に、直ちに明瞭となるであらう。

然し又、事案を一般的に説明し、箇々の構成要件の目安に付ては單に法律上の言葉を以て又は類義の言葉を以て確定することも十分ではない。例へば

破産に陥つた被告人が商業帳簿を、財産状態を知ることが得ない程、非常に不整然に記載して居るとの確定は、それ自體刑事訴訟法第二百六十七條第一項の要件に適合して居る様に見える。然し實際に於ては、かやうな確定は不十分である。何となれば、その確定は判断を含んで居るが、事實といふものを含んで居らないからである。この場合、例へば

臺帳にはしかじかの貸金の記載がなく、又は現金帳には云々の日に於ける支拂の記載がなく、或は虚偽の記載がある (Recht. 八卷一四五頁) (所載の大審院裁判)

といふ如く、その不整然な記載を箇別的に説明しなければならぬ。

例へば、有限責任會社團體法第六十四條の意義に於ける „Überschuldung (債務超過)“ なる法律概念も

同様に、大審院の法律上の審査を可能ならしめるため、事實によつてカバーされねばならない。單に、債務超過が存在するとの宣言では不十分である。むしろ、積極財産及債務を箇別的に摘示しなければならぬ(大審院判決第六)。(大審院判決第六) 同様に又、刑法第三百六十七條第十號による有罪判決に於て

„der Angeklagte ist schuldhafterweise in die Schlichterei hineingezogen worden (被告人は過失によつて殴り合ひをするに至つた)“

との記述は、それ自體自明の確定と見ることを得ない(Colld. Arch. 五九卷三一) 又刑法第三百三十七條の場合に、靴が „ordnungsmässig gepfindet seien (適法に差押へられてあつた)“ といふ確定は適當でなく、むしろ、執達吏が靴の占有を得たこと並如何なる方法によつて差押が表示されたかといふことを、具體的に説明しなければならぬ(大審院判決。第三六卷一五三頁) 何となれば、構成要件の目安の一部が單に法律語のみを以て再現せられ、而かも事實によつて説明せられて居らない場合には、その確定中に、大審院がその識別を爲すことを得ないやうな、法律の錯誤が隠され得ることもあるからである(註五)。

刑事訴訟法第二百六十七條第一項によれば、判決刑事裁判所は、しかじかの違反行爲の構成要件を含む事實を表示し、従つて明確にして特定して居る言葉を以て、違反行爲の構成要件それ自體に含む各箇の行爲状態を摘示し且證明せられたものとして記述しなければならぬ(大審院判決第二。七卷一八四頁) この場合、判断を爲すに意義を持つ各箇の事實は詳細に記載し、又特別の場合には、この各箇の事實の記載に附加して、裁判官

の法律上の見解を説明すべきであつて、單に有責又は無責と同意義な、法律概念の一般的肯定又は否定を表示すべきではない(大審院判決第。四二卷二三頁)。

審理に於てその存在が争はれない極く簡単な目安のみは、法律語の單純な再現で十分である。従つて例へば、森林に於て山漁りをして居る最中に取り押へられた被告人が、森林に於て狩獵する權限を有して居らなかつたといふ記載は、被告人が何等かの狩獵權を有することを主張しなかつた場合には、それで十分である。同様に、抗拒を受けた警官が法律上執行の權限を有した官吏であつたとの確定も十分である。この點は常に慎重を要する。

その他に付ては、法律説明の章(III. c. a.)を參照せよ。

(註一) 往時のプロシヤの訴訟法に於ては、適用せられる刑罰法規の法律語を使用することを必要として居つた(一八四一年七月六日臣公報二) 而して理由の最後に結語を使用することは、これに基くものである。

(註二) 法律上の目安(Gesetzliche Merkmale)といふのは、法律即ち當該法條の定義上の處罰行爲が持つところの目安のことである。例へば、窃盜に付ていへば、行爲者が他人の動産を自己に不法に領得する意思を以て奪取することである。法律上の目安に對立するものは判断さるべき行爲の事情である。而してこの事情によつて法律上の構成要件は肉と血を得るのである。例へば、AはBより窃盜の意思を以て一袋の穀物を奪取した、といふが如きである。ところで、行爲の説明のほかに、法律語を使用すべきか否か、従つて „fremde bewegliche Sache (他人の動産)“ „Absicht, sie sich rechtswirrig zuzueignen (自己に不法に領得する意思)“ といふ言葉を判決に表示すべきか否かに付ては、今尙ほ議論がある。



(註三) *Beinig* (*bei List*) *Dauenspeck* 並 (*Vorbereitungsdienst*) は同説。

(註四) 大審院裁判第五卷四七頁、大審院判決第二卷四一九頁參照。

(註五) 大審院裁判第二卷九〇頁及大審院判決第三卷三五二頁。この命題は多くの最高裁判所の判決に於て繰り返へされて居るところである。而してこの命題に付ては、刑事訴訟法第二六七條第二項の特別事情を論ずるとき並無罪判決の理由付けを論ずるとき、再び述べるであらう。かくて大審院は、刑事判決には詳細な理由を附すべきことを強要した。これは大なる功績である。同様にケラーゼル (*Keller*) も、他の言葉を以て單に同一主張を繰り返へし、六ヶしい問題を回避し、現存する疑問を一般的な表現によつて、殊に法律上の概念が具體化された事實を摘示することが問題となつて居る場合に法律上の用語を使用することによつて、胡亂化しをすることは、誠實に理由を付したものと見ることが出来ない、と言つて居る。

e. 單に法律語を使用することなく、法律語が具體化された事實を手際よく摘示して、法律上の目安を明確に掲記することは、判決作成の特別な技術である。刑罰法規の言葉を熟知して居る者は、判決を讀むに當つて、此の記載によつて此の法律上の目安が、又彼の記載によつて彼の法律上の目安が、それぞれ確定せられて居るか否かを直ちに注意しなければならぬ。而して判決を讀む者が、その確定から容易にあらゆる法律上の目安を發見し、殆んど讀みこなし得る場合には、その判決は成功して居る。然し、往々にして、裁判所が當該條文を如何にして適用し得たかを理解することが出来ないやうな、非常に曖昧な説明が見受けられる。今、吾々は次のやうな、即ち

被告人ハ千九百十八年十二月三日ノ夜、N市ニ於ケル「ミュラー」經營ノ料理店ニ行キ、食事竝數杯ノ「ビール」ヲ注文シ其ノ勘定ニ・四「マルク」トナリタルトコロ、主人ガ地下室ニ這入ルヤ否ヤ其ノ

料理店ノ部屋ヨリ竊ニ逃ゲ、今以テ其ノ二・四「マルク」ノ支拂ヲ爲サザルモノナルヲ以テ、刑法第二百六十三條ニヨル詐欺罪ガ存スルモノトス

との確定を想定して見る。

この場合にも法律上の目安は十分に確定せられて居らない。不法に自己に財産上の利益を得んとする被告人の意思は、何處から結論せられるであらうか。彼が竊に逃げたといふことから結論せられるのであらうか。それによつては、恐らく、彼を處罰する理由となし得ないであらう。この場合、少くとも、より詳細な説明を必要とする。即ち、料理店主の財産上の損害は何から生ずるのであらうか。被告人が支拂を爲さなかつたことから生ずるのであるか。然し店主は被告人に對してその飲食の代價として二・四マルクの債権を取得した。然らばその債権の無價值なことを説明すべきであらう。最後に、店主を錯誤に陥れた事實の虚構又は變改或は隱蔽は、何處に存するのであらうか。この點に付ては何等の手がかりがない。隱蔽は被告人が無資産で、而かも豫め支拂はない意思を有して居る場合に存し得るのであるが、その意思に付ては黙して記述されて居らない。以上の點が確定せられて居らないから、如何なる方法に於ても刑法第二百六十三條を適用する理由は存しない。更に、吾々は

被告人ハAノZニ對スル私訴事件ニ於ケル證人トシテ、自己ハ千九百十七年一月二十四日「シエルロダ」所在ノ某旅館ニ於テ、ZガAヲ憐レナル詐欺漢ト言ヒタルコトヲ聞キタリト證言セリ。コノ證言ハ

虚偽ナリ。蓋シ本日ノ審理ニ依レバ、當該事實ハ二十四日ニ非ズシテ二十八日ニ生ジタルモノナルコトガ明瞭トナリタルヲ以テナリ。而シテ日時ハ問題ニ非ズトノ故ヲ以テ被告人ガ故意ニ虚偽ナル證言ヲ爲シタリト認メ得ズトスルモ、被告人ハ尙少クトモ過失ニヨリ虚偽ノ證言ヲ爲シタルモノナルヲ以テ、刑法第六十三條第五十四條ニヨリ處罰スベキモノトスとの確定を考へて見る。

この確定も亦不十分である。何となれば、被告人の過失が何處にあるかの理由が附せられて居らないからである。殊に凡庸な記憶力しか持たない場合には、注意深い證人ですら日時に付ては錯誤を起し易い。従つて日時を思ひ起すべき一定の原由を持ち乍ら、而かもその事情を記憶に呼び起すことを怠つた場合に於て、始めてその錯誤は過失あるものとなるのである。

過失行爲の場合にあつては、あらゆる場合に於て、行爲者が必要な注意を用ひたならば、その——恐らくは制限的であるが——判斷力によつて、處罰せらるべき結果を豫見し得たものであつたか否かを審査すべきであり、従つて如何なる點に注意の欠缺があつたかを詳細に理由付けなくてはならない。最後に、結果が正に被告人の過失によつて發生し、而かもこの過失がなかつたならば、その結果は發生しなかつたであらう(設例)、といふことを確定すべきである。而してこの場合、因果關係の確定に付ては、大審院がしばしば宣言して居るやうに(一九二七年 Dr. v. ... 九、頁三二八號の裁判参照)、確實性と境を接する蓋然性の證明を以て足りる。一九

二三年一〇月二五日の大審院判決によれば(一九二六年 ... 三〇七頁三號)、過失の審査は、各場合に處して、命せられた注意義務の違反が警察法規の不遵守の中に認められるか否かの點まで及ばなくてはならない。公判開始決定中に、かやうな警察法規が明示的に引用せられてある場合には、殊に然りである。従つて警察法規の不遵守があるに拘らず、過失が何故に否定せられるかは、常に判決の理由から明かとならなければならぬ。更に又、吾々は

森林管理者「グライナー」ハ一九一八年二月二四日「ブルツバッツヘル」森林ニ於テ、野獸ニ飼料ヲ與フル爲、歩行シテ飼料給與所ナル「フイール」ニ來リタル時、被告人A及Bガ野獸ノ方ニ顔ヲ向ケ縦ニナリテ雪中ニ横ハレルヲ見タリ。而シテAハ鐵砲ヲ所持シ居リタリ。依テ森林管理者ハ、被告人等ガ野獸ヲ捕ヘントセルモノナルコトヲ疑ハザリシ爲、被告人等ニ對シ聲ヲ掛ケタルトコロ、被告人等兩名ハ起キ上リテ逃走シタリ。而シテ右森林管理者ガ被告人等ニ追ヒ付キタル時、既ニ被告人等ハ鐵砲ヲ所持セザリシナリ。被告人等ハ現在ニ於テモ鐵砲ヲ所持シタルコトヲ否認セリ。然シ「グライナー」ハAノ手ニ鐵砲ノ在リシコトヲ明瞭ニ見タリ。仍テ被告人等ハ刑法第二百九十二條第二百九十三條ニヨリ共同狩獵輕罪ヲ以テ處罰セラルベキモノトス

との確定を擧げて見る。

この場合は、被告人等が野獸を捕へんとして居つたといふ確定を缺いて居る。何となれば、「グライナー

「」に於てこの點を疑はなかつたといふことは、裁判所の確定に代はり得ないからである(註一)。尙ほ、被告人等が「ブルツバツヘル」森林に於て、狩獵を爲し得る權限を有しなかつたといふことは記載せられて居らない。次には、行爲の共同性の理由が附せられて居らない。即ちBに付いては、單に彼が雪中に横つて居つて、そして逃走したといふことを知り得るに過ぎない。彼の意思が被告人Aと共同事項を爲さんとするにあつたことは明瞭でない。この行爲の共同性はBの行爲に付て存し得るのであるが、そのためには理由を附しなくてはならない(註二)。尙ほ、更に吾々は

被告人ハ一九一五年五月中風俗取締規則ノ適用アル少女A及Bニ對シ各一室ヲ一ヶ月二〇「マルク」ニテ賃貸シタリ。而シテ此ノ二人ノ少女ハ、其ノ各室ニ於テ屢々男子ト同衾シ、毎回三「マルク」乃至五「マルク」ノ支拂ヲ受ケ、其ノ收入ニヨリテ生活ヲ爲シ居リタルモノニシテ、被告人ハ其ノ賃貸ヲ爭フモノトス。仍テ被告人ハ一九一五年五月中、常習トシテ又ハ自己ノ利益ヲ圖ル目的ヲ以テ、右淫行ノ機會ヲ與ヘ、以テ之ヲ幫助シタルモノナリ

との確定を假定して見る。

何といふ不十分な確定であらう。就中、被告人が、A及Bに付て風俗取締規則の適用があること並その部屋に於てA及Bが男子と性取引をして居つたことを知つて居つたといふ記載がない。次には、結語に常習又は自己の利益を圖る目的を以てと記載すべきではなかつたであらう。むしろ、この二箇の目安が存在

したか又はそのうち何れの目安が存在したかを、確定的に記載すべきであつたであらう。尙ほ、常習に付ても自己の利益を圖る目的に付ても適當に理由が附せられて居らない。常習は、被告人が、單に一回ではなく反覆して娼婦がその部屋に於て男子と性取引を爲したことを認識して居つた場合に存在する。即ち被告人が繼續的媒合習癖を有して居るものと認められる場合に存在する。自己の利益を圖るとは、被告人がその行爲から利益を圖り又は利益を目的とする場合に存在する。而して、これらの事柄は詳細に記載せられなくてはならない。

(註一) この誤りはしばしば行はれるところである。即ち、被告人はしかじかのことを爲したことを否認しなかつたとか、被告人がかくかくのことを爲したと證人は供述するとかの言葉を以て、事實上の確定を爲すことは、不十分である。何となれば、この場合、裁判所が何を證明せられたものと認められたかが疑はしいからである。むしろ、被告人は何々を爲したと簡明に記述すべきである。

(註二) 以上の三箇の設例に於て、若し要約的確定が爲されて居つたならば、而して辯護人が未熟であり單に刑罰法規(刑法第二六九二條、第二九三條)の違背のみを責問したのであつたならば、その判決は辛ふじて上告を斥け得るに過ぎなかつたであらう。然し、若し刑事訴訟法第二百六十七條第一項の違背を論點とせられたならば、これらの判決の運命の歸趨は、蓋し疑ひのないところである(大審院判決第二七卷、一八四頁以下参照)。

共同正犯、教唆、幫助の確定は、司法官試補にとつては、往々にして、困難な事柄である。大審院の裁判に従へば、次のことを注意すべきである。即ち

Ⅰ 共同正犯 共同正犯の場合には、各被告人が爲した事柄を説明するのみでは十分でない。例へば、

前述の事案に於て、被告人等の各々がその責に歸すべき狩獵輕罪を犯したとの確定では十分でない。むしろ、以下の如く、即ち

A 客觀的 (suzerlich od. objektiv) には、行爲に於ける各自の共同加功（この場合、行爲者の各自が全構成要件の目安又は一般構成要件の目安を實現したといふことは必要でない。むしろ、たとひ準備行爲のみによつた場合であつても、或る種の方法に於て、行爲の實行に共同加功せられたといふことのみを必要とする）

B 主觀的 (innerlich or. subjektiv) には

1. 各共犯者の故意が、全犯罪行爲に及んで居ること
2. このほか、全共犯者の各自が、他方の行爲を自己の行爲として意欲する（註一）といふ程度に、行爲の實行を意識し又は意欲して、共同加功を爲したこと（この共同加功は、明示の合意によつても黙示の合意によつても差支へはない）を確定しなくてはならない。

## II 教 唆 教唆の場合には

1. 主犯が、加罰行爲（註二）の客觀的並主觀的構成要件を充足したること
2. 教唆者が全主觀的並客觀的構成要件の目安を具備する1.の行爲を認識して居つたこと、然しその

實行行爲の時、場所、方法といふやうな各箇の事情の認識を必要としない

3. 教唆者が、主觀的構成要件に屬する特別な目的をも含めた故意を以て、主犯による行爲の實現を誘起せしめんことを欲し、且刑法第四十八條掲記の方法によつて、主犯をして行爲の既遂又は未遂に至らしめたこと

を確定せねばならない。

これに反して、誘起せられた行爲の故意は、教唆者の故意に屬しない、特に、教唆者が實行行爲の構成要件に屬する目的を有することを必要としない。教唆者のこの目的は、ただ、刑の量定に付てのみ考慮せられるに過ぎない（大審院判決第五（五卷一七一頁））

## III 幫 助（註三） 幫助の場合には

1. 主犯が、重罪又は輕罪として罰せらるべき故意（大審院判決第一（六卷二七七頁））ある行爲の客觀的並主觀的構成要件を全部充足したこと
2. 幫助者が、主犯の實行に於ける附屬的事情の全部及その細目を認識しないまでも、主犯の行爲の本質的概念の目安を認識して居つたこと
3. 幫助者が、故意を以て、行爲の前（大審院判決第一六卷三五〇頁、第二八卷二八七頁）又は行爲の際——行爲の後ではなく——言行によつて主犯を支持せんことを欲し、且、たとひ効果のない幫助であるにせよ、主犯を事實

上幫助したことを

を確定せねばならない。

尙ほ、このほか、幫助が未遂として罰せられるがためには、幫助者に於て犯罪行為の既遂を意欲して幫助したことを確定することを要し（大審院判決第九卷七二四頁至二五）、未遂を意欲したのでは十分でない。

従つて、判決作成者が各箇の法律上の目安に付て、明確な認識をもつて居るといふことが、判決上瞭然として居る場合に於て始めて、判決作成者はその使命を果すものといふべきである。それ故、法律が多数の目安を同価値にあるものとして列記して居る場合（暴行又は脅迫、事實の虚構又は事實の隠蔽）に、裁判所が如何なる目安が存在して居るものと認めるかは、これを不明瞭にすることなく、明確に表現すべきである。その詳細、殊にその順序に付ては、後の第三章。d. „Rechtsausführungen (法律上の説明)“ に於て述べてある。

(註一) 例へば共犯の家宅侵入に於て、「被告人兩名は権利者の要求あるにも拘らず住居より退去せず」との説明では十分でない。何となれば、被告人等の同時的退去は、純然たる客觀的偶發的のものであつてはならず、被告人等各自が自己の退去によつて相被告人の不退去を支持したことを確定しなければならないからである（大審院判決第二二）。

(註二) 加罰行為の何たるかに付ては、Olshausen, Teil I, Abschn. 3, Anm. 6 を参照。

(註三) 意向の差異が、幫助と共同正犯の唯一の區別である。共同正犯は自己の共同加功によつて實行せられる犯罪行為を自己の行為として完了させることを欲するものであり、幫助者は他人の犯罪行為を促進させることを欲するに過ぎないのである（大審院判決第三七）。

卷五。  
八頁。

こ。法律は、事實上の確定のみを規定し、その確定が何に基くかは規定して居らない。即ち、事實上の確定は、刑事訴訟法によれば、何等の理由付けを要しない。従つて、證據方法並裁判官の確信の依據する理由は、必然的に説明することを要しない。裁判所に於て確定した事實關係がその説明の如く發生したものであるとの證明は、被告人の信用すべき自白から得られたか、又は證人並鑑定人の報告によつて得られたかといふこと、或は裁判上の顯著(註一)に基くものであるといふことの如きは、判決上に表現する必要はない。

(註一) ユリスティンエ・ウォツヘンシュユリフト (JW.) 一九三二年二七二九頁所載の大審院裁判によれば、裁判上の顯著の概念として、當該事實が裁判所の各構成員に職務上明かであることを要求して居り、素人裁判官の關與する場合に裁判上顯著を採用するには、詳細な根據を必要とする。

一般に顯著な事實といふのは、一般に知られて居る事實のことである。一般に顯著な事實は、裁判上の顯著な事實と同様に、證據を必要としないし、又公判に於て陳べられて居らない場合に於ても、判決にこれを利用することが出来る（大審院判決第三一巻一八三頁及一八四頁）。

二年一〇）。

尙ほ、證人の供述が非常に矛盾して居るとしても、證據の價値判断は理由にこれを記載する必要はない。免責證據が有罪證據を非常に動搖せしめる場合であつても、裁判官は何等その説明を爲すことを要しない（大審院判決第八卷五九八頁）。

一般に證人が訊問せられたか否かは、理由中に明瞭となることを少しも必要としない（大審院判決第三卷二〇一頁）。

しなす (PRZ. 一九二五年八〇)。  
(頁所載の大審院裁判)

刑事訴訟法はこの規定(七條)を有するに過ぎない。この規定は、舊手續法の原則を破壊するものでないと共に(プロシヤに付ては一八〇五年二月)、民事訴訟、軍刑事訴訟、行政訴訟の原則と對蹠を爲して居る。従つて、刑事判決は舊陪審員の宣言と餘り離れて居らない。蓋し、裁判官は、事件はしかじかに生起したものであるといふことをのみ宣言するを要し、如何にしてその確信に達したかは宣言するを要しないからである(註1)。

然し、かやうな判決が刑事訴訟法の字句に適合するものであるにせよ、裁判の實際に於ては、幸ひなことには、例外が原則となつて居る。全く簡單な事件は兎も角として、證據理由の説明と詳細な證據の價値判断は、極めて望ましいことである。而かもそれは、次の三箇の理由(註二)から望ましい。即ち

第一 再審手續の可能に對する考慮 何となれば、若し各箇の確定に對する證明が何に基いたかを理由中に説明して置かないと、後に至つて

I 被告人に對する無罪又は軽い刑罰法規の適用に於て、軽い處罰を理由あらしめるに適した新事實又は新證據方法が、主張せられて居るか否か(刑事訴訟法第三五九條五號)

II 事案の狀況によつて、宣誓違反又は偽造文書が裁判に影響を及ぼして居るといふ認定が、排斥せられるものであるか否か(刑事訴訟法第三七〇條)

を判断することが出来ないからである。

第二 控訴の可能に對する考慮 この點に付ては、綿密な證據の價値判断は誤謬のない事實上の確定よりも一層重要である。蓋し、控訴審の裁判官は、前者によつて事實上疑があり且特別な事後審査を必要とする點を、最も確實に明瞭にせられるからである。

第三 訴訟關係人、殊に被告人に對する考慮(これは主要な點である) 若し被告人が免責證據を提出して有罪證明の信憑力を攻撃し又は鑑定人の鑑定を箇々に咎め立てたやうな場合に、判決がこれら總べてを默過し且公訴狀に従つた空文字を以て行爲を確定したとすれば、被告人は、裁判所は專恣と輕卒とを以て手續を遂行し、而かも自己の辯護の主要な支持の存する事情を全然審査しなかつたといふ疑念を、容易に懷くこととなる。メーベス (Meves, S. 132 f.) は、この點に付て

法律上必要な要件、即ちその瑕疵があれば判決が廢棄せられるやうな所謂判決の要素のほかは、或は被告人の利益、或は正義並法律上の常識に對する裁判官の感情を判決に記載することも要求せられるところである。免責證據に説明を與へることもこの要求に屬する

と適切に言つて居る。

従つて判決作成者は、全く簡單といふ事件のほかは、事實上の確定を以て満足せず、むしろ

i 事實上の確定は何に基いたか

- ii 何故に證人A及Bの證言を措信し、證人C及Dの證言を措信しなかつたか
  - iii 何故に被告人の不在證明は結果を得なかつたか
  - iv 何故に鑑定人の鑑定に對する被告人の攻撃が排斥せられたかを簡短に説明することを以て、當を得たものとするであらう。要約すれば、判決作成者は、民事訴訟(註三)に於けると同様に、證據の價值判斷を爲すべきであらう。而して極めて簡単な事件に於ても、被告人が自白して居るか否かを説明すべきであらう。
- ルーカス (Lucas) は

裁判官は、その結果が自己に正に確信を興へる綿密な證據の價值判斷を爲さねばならない。證據方法の判斷並評價は裁判官の自由とするところである。即ち裁判官は、宣誓しない證人の證言を措信する<sup>7</sup>とも出来るし、宣誓した證人の證言を措信しないことも出来る。又或る自白を眞實と見ることが出来るし、他の自白を眞實と見ないことも出来る。又鑑定人の鑑定を排斥して自己の意見に依據することも出来る(註四)。然し、これらは、固より、十分な事由から生ずるといふ自明的にして且默示的な制約の下に於て爲さるべきである

と述べて居る (Lucas)。<sup>7</sup>而して、これらの原由は説明せらるべきである。

然し、この場合、行爲の確定が主要事であつて、證據方法並被告人の陳述は單なる附屬事であること、

従つて、この附屬事のために事實上の確定を忘却することは、重大な誤りであることを眼中に置かなければならぬ。

理由書によると

多くの判決に於て、書きなぐられてある理由は實に細密であるが、それは、證人の供述の内容又はその他の證據調の結果に關する單なる報告に過ぎない

とある(理由書一五九頁)。かやうな判決理由は、今日に於ても、しばしば見受けられるところである。即ち

被告人ハ猥褻媒合ニヨリテ起訴セラレタルモノナルトコロ之ヲ否認シ、證人A乃至Bハ斯ク斯クノ有罪證言ヲ爲シ、證人D乃至Fハ斯ク斯クノ免責證言ヲ爲シタリ

といふやうな記述を爲し、而かもこれに續けて、突如として要約的確定が記載せられて居るが如き判決である。かやうな判決は、事實上の確定を缺いて居る。何となれば、本案の事實、即ち裁判所が證人の供述によつて如何なる事實を證明せられたものと認めたかを知ることが出来ないからである。

勿論、證據調の結果は、これを確かめ、判斷に意義のある範圍に於て説明しなければならぬ。特に大事件にあつては、しばしば、訴訟關係人の間に激しい論争となつた事項であつて、而かも裁判に結局無關係であるといふ、多數の事項が證據調の際に現はれて来る。例へば、檢事に於て犯罪行爲前に存在した事情を、證據の支持のため陳述した場合に、裁判所に於てその事情がなくとも、裁判所の心證によつて有罪

證言を措信するやうな場合には、かやうな事情はこれを説明する事を要しない。蓋しその説明を爲すには、恐らくは、特別な勞力を必要とし、而かもその説明は却つて疑問を残すやうなことになるからである。

(註一) 理由書はその第一九三頁に於て、餘り喜ばしくないこの規定の理由として、次のことを述べて居る。曰く、自由心證の原則に従ふときは、被告人の罪責に付ての確信が甲の判事に於けると乙の判事に於けるとによつて、異なつた理由に基くことがあり得る、と。國議會委員會は、自己批判の一種であるところのこの無制限な裁判官の裁量を克服することを適當とした様ではあるが、然し、間接證據に關してのみ項目を附加したことに於て、中途半端にあるものと言はなくてはならない。

(註二) 勿論、口頭辯論の對象となつたやうな證據方法のみが説明せらるべきであつて、その他の證據、例へば提出せられなかつた記録、を利用すれば上告理由となる。(大審院判決第一卷八頁、第二卷七六頁)。

(註三) これに反して、多くの裁判官は、先づ證人の供述を多かれ少かれ言葉通りに報告し、これに對して證據の價值判斷を與へるのを例とするが、これは必要なことでもないし又適當なことでもない。(本書〔本譯書〕五四頁〔六七頁〕)。

(註四) 大審院判決第六十一卷第二百七十三頁によれば、然し、裁判官は、生活經驗によつて十分な事物の知識をも有するものでなくてはならない。殊に素人裁判官が關與して居る場合には、このことは説明するまでもないことである。

茲に於て立證責任に關する注意を爲すことは、その所を得て居るやうである。

被告人ハ行爲場所ニ不在ナリシ證明ヲ爲シ得ザリシモノナリ

とか、或は

被告人ハ當時無意識状態ニ酩酊セシ證據ヲ提出シ得ザリシモノナリ

とかの語句は、理由中にしばしば見受けられるところである。このやうな表現方法は正確ではない。

出版法第二十條第二十一條、法人關稅法第四百六十六條、刑法第三百六十一條第八號、プロシヤ森林竊盜法第十一條の如く、被告人に免責證據の立證責任を課して居る法律上の僅かの有罪推定の場合を除いては、被告人は立證の義務を負ふものではない。従つて、被告人は、公訴手續に於ても私訴手續に於ても、或る方面の法律上の構成要件が存在しないとか、責任阻却事由又は刑の阻却事由が存在する(註一)とか、いふことを證明するを要しない。

刑法第五十一條以下は、立證責任を規定せんとする目的を有するものではなく、又責任の推定を規定せんとするものでもない(大審院判決第二卷一三三頁)。被告人がある證據を申出でたとしても、これによつて、この原則は毫も變更せられるものではない。従つて

證人A及Bノ證言ハ被告人ガ七月七日行爲場所ニ居リタリトノ裁判所ノ確信ヲ動カスニ足ラズ

と説明するのが正當である。

上述の不在證明が結果を得なかつた場合の注意は、この意味に於て理解すべきであり、今述べた理由中の語句は容易に理解せられるところである。これに反して、裁判所が、實際、立證責任の誤解から出發して居ること、例へば、被告人の歸責能力に疑を懷き乍ら被告人に有罪の言渡を爲したといふことが、判決理由から認め得られる場合には、その判決は破毀せられるであらう(大審院判決第二卷一三三頁)。



形式的順序に付ては、通常、證據の價值判斷は事實上の確定の後にこれを爲し、彼此混同してはならないといふことを注意すべきである。判決は、如何なる事實が證明せられたものと爲されて居るかを、證據の價值判斷及法律上の説明から漸くのことで窺ひ得るやうなものでなく、直ちに看取し得るやうに作成せられなくてはならない。従つて事實上の確定の後に

本件ノ事實ハ措信スベキ被告人ノ自白ニ依ル  
とか、又は

被告人ハ事實ヲ否認シ斯ク斯クノ辯疏ヲ爲シタルモ、證人A及Bノ供述ニヨリ本件事實ヲ自口シタリと説明すべきであらう(後に掲げる。設例参照)。

(註1) このことは、誹毀の場合の事實證明に付ても妥當する。刑法第八十六條は「其ノ事實ヲ證明スルコト能ハザルトキハ……」と規定して居るが、これがため被告人に事實證明の責任を課して居るのではない(Olshausen, Ann.)。(10 zu § 186)

7. 證據の特別な一種、即ち間接證據 (Verdachtsbeweis od. Indizienbeweis) に付ては、法律は、その證據理由を説明すべきことを規定して居る。即ち

證據ガ他ノ事實ニ依リ結論セラルル場合ニ於テハ其ノ事實ヲモ説明スベシ

と。茲に「他ノ」事實といふのは、證據事實のことである。その責任證據 (Schuldbeweis) は、目撃證言又は自白によつて證明せられないで、却つて、その綜合に於て、被告人の責任を證明する事情の連鎖によ

つて證明せられるものである。裁判所が、例へば被告人が否認して居るにも拘らず、放火の證明ありと認めたとする。この場合、證人が行爲當時被告人を目撃しなかつたとするも、裁判所は「他ノ事實ニ依リ」、例へば、被告人が

- i 火災前に多量の石油を購入したこと
  - ii 火災の際、石油の臭ひがしたこと
  - iii 保険に付して居らない動産を、疑はしい方法に於て火災前豫め持ち出して居つたこと
  - iv 火災の晩、不可解な話をして居つたこと
- などから、證據を結論し得たのである。

形式的順序に付ては、後に掲げる設例8を参照せられたい。

6. 公判開始決定は、判決の事實上の確定によつて説明し盡くされねばならない。即ち、判決理由は、公判が開始せられた全行爲に互つて説明されなくてはならない(註1)。

判決理由が主文に包含せられた裁判を理由付けるだけでは十分でない。

(註1) Löwe, Ann. 2 Abs. 2 zu 207. (1)のことは、刑事訴訟法第二百六十七條からも、刑事訴訟法第二百六十四條からも生ずるものではない。

公判開始決定が被告人に對し詐欺及文書偽造を行爲の單一に於て問擬し、裁判所が文書偽造を否認した

場合には、文書偽造に付て無罪の言渡は爲されないので、單純に、詐欺による有罪の言渡が爲されるのである。このことは、既に本書第二二頁〔本譯書〕に於て説明したところである。然し乍ら、この場合には、判決理由は、文書偽造が何故に存在しないかといふことを説明しなければならない。公判に於て、當該犯罪行爲が、公判開始決定に記載せられた刑罰法規のみならず他の刑罰法規に違反するものであると主張せられた場合にも、同様のことが言へる。

行爲の單一が認められる場合には、事實の説明は、行爲の多數の場合と同様に、各箇の犯罪行爲の總べての存在を明瞭にしなければならぬことは自明である。何となれば、單一的行爲の俱發は主文にも表現せられるからである。

更に、被告人に對し、公判開始決定に摘示せられた刑罰法規又は公判に於て檢事の論述した(公訴の變更)刑罰法規と異なつた他の刑罰法規によつて、有罪の言渡を爲す場合には、單に後者の條文が適用せらるべき理由を示すのみでは十分でなく、何故に前者の條文が適用せらるべきでないかといふことを、説明しなければならぬ。例へば被告人が、損壞竊盜について公訴の提起を受けたにも拘らず、單純竊盜によつて有罪の言渡を受ける場合には、單純竊盜の構成要件が確定せられなくてはならないことは勿論、そのほか、重竊盜の如何なる目安が證明せられないものと爲されたかの説明をも爲されなくてはならない(大審院三〇頁)(註一)。

(註一) 裁判所が、如何なる範圍に於て、公判開始決定に摘示せられた條文と異なつた他の條文から起訴せられた行爲を審査すべき義務を有して居るかは、無罪の章(III 2c)に於て關係的に論及するであらう。

大審院は(その判決第六〇)、この點に付て

法律上の見地の變更の場合には、裁判所は公判開始決定に記載せられた公訴を完全に説明し盡さなくてはならない、即ち判決理由に於て、公判開始決定に示された構成要件の目安の存否を明示的に説明しなければならぬとの原則は、公判開始決定と一致する法律上の判断に達した判決に於て、裁判所は、公判に於て他の法律上の判断の可能性の指示が指摘せられたことによつて、刑事訴訟法第二百六十五條の指示の場合に起り得る他の法律上の見地の不存在に付いても明示的に説明する義務を負ふ、といふところまで擴張せられることを許さないと説示して居る。

連續犯の場合に於ても同様である。公判開始決定が十箇の獨立した竊盜を認め、判決裁判所が單一箇の連續犯を認定した場合には、理由に於て十箇の行爲の各に關する構成要件を詳細に確定し且繼續意思に基くものであることを説明しなければならない(註一)。更に、Aの十箇の詐欺が連續行爲として公訴の目的を成して居るとき、裁判所がそのうち六箇を證明あるものとし四箇を證明なきものとする場合には、その四箇に付て有罪の言渡は勿論、無罪の言渡がなされないとしても、理由にはその四箇に付ての説明を必要

とする。

連續行爲の判決理由は、一般に

法規違反ノ多數ノ行爲が存在シ、當裁判所ハ、コレ等總ベテノ行爲ガ單一且豫定ノ全結果ノ實現ニ向ケラレタル (*W. 26*) 犯意(註二)ニ歸シ得ベキコト及同一ノ法益ガ侵害セラレ、而カモ同一方法ニ於テ同種且繼續的ニ實行セラレタル行爲ガ一箇ノ犯罪行爲ノ非獨立の段階トシテ現ハレ居ルコトヲ考慮シテ、連續行爲ノ存在ヲ是認シタリ

とか、或は

被告人ハ、一箇ノ行爲トシテ豫定セラレタル自己ノ子ノ身體傷害ヲ實行スル故意ヲ、其ノ行動方法ニヨリ實現シタルヲ以テ、連續行爲アルモノトス (大審院判決第六卷五) (一頁及二三八頁參照)

と説明せられる。

(註一) ゼルゲル年鑑一九〇七年二四五頁所載の一九〇七年四月二日大審院裁判

(註二) 決意 (Entschluß) といはれり。Olshausen, Ann. 8 a zu § 73 StGB. 參照。

公判開始決定を説明し盡くす義務は、ただ、刑事訴訟法第二百七條による決定の重要な内容を成すものみに及び、刑罰の輕減事由の如き、任意的に記載せられた事情には及ばない (大審院判決第三) (〇卷二〇九頁)

刑法は省略的 (補充を必) 構成要件を規定して居る。即ち科刑を擧げて居る條文が、犯罪行爲の全部

の目安を規定しないで、明示的又は默示的に他の條文を引用して居るやうな場合である。前の條文に含まれて居る犯罪行爲の概念決定を前提として居る場合が、默示的である。

従つて、暴動 (刑法第一一五條) の場合には、刑法第一百三條第一百四條が默示的に引用せられて居り、宣誓違反誘導の企圖 (刑法第一五九條) の場合には、默示的に刑法第一百五三條以下が引用せられて居り、過失宣誓違反 (刑法第一六三條) の場合には、刑法第一百五三條乃至第五十六條が明示的に引用せられて居り、刑法第二百二十三條乃至第二百二十六條の身體傷害の場合には、默示的に刑法第二百二十三條が引用せられて居り、重文書偽造 (刑法第二六八條) の場合には、刑法第二百六十七條が默示的に引用せられて居る。

これら總べての場合、科刑を掲げて居る條文と引用せられて居る條文との雙方の條文の構成要件は、全範圍に互つて確定せられなければならない。

隠私罪は獨立な關係に立つ。蓋し、刑法第二百五十九條は、物件が、如何なる犯罪行爲によるにせよ、ある犯罪行爲によつて領得せられたものであることを、全く一般的に要求して居る。従つて物件が竊盜又は横領によつて所有者から失はれたものであるとの不特定の確定はこの場合十分である (Olshausen, Ann.) との結論が生じて來る。更に、裁判の實際に於ては、例へば、竊盜の如き先行的犯罪は、必ずしも刑事訴訟法第二百六十七條に要求する方法によつて確定せられることを要せずして、むしろ、當該物件が、詳細な事情は判明せずとも兎に角、未知の者の犯罪行爲によつて所有者の所持から奪取せられ居り、而かも被

告人がこの事情を認識して該物件を領得したとの説明を以て十分であるとして居る(註一)。然し乍ら、この先行的犯罪行為は、常に當該判決自體に於て確定せられなくてはならない。竊盜犯人に對して既判力ある判決が存在するといふ事由を以て、當該判決に於て確定せられたと同一に取扱ふことは許されない。何となれば、既判力の効果は、竊盜犯人が同一の行為のため更に訴追を受け得ないといふところのみ存して居つて、或る他の被告人に對する刑事手續にまで擴張せられるものでないからである(大審院判決第三三三三頁)。

主犯者が死亡し又は既に有罪の言渡を受けて居る場合に、その共犯者の處罰が問題となつて居るとき、その事體は同様である。この場合に於ても、主犯の行為は新たに確定せられなければならず、既になされた判決を援用することを得ない。

(註一) Oshausen, Anm. 7 zu § 290 StGB. (大審院判決第一) 參照。刑法第二百四十四條の「犯罪ヲ企ツルニ當リ」の構成要件の目安に付ても同様である。

ニ 選擇的確定(又は不特定の確定)は、以下の條件に於てのみ適法である(註一)。

第一 多數の事實が、一箇の犯罪行為の同一の法律上の目安を同一の方法に於て充足し、而かも、そのうち孰れが存在するか不明であること。

拳闘指環は鍵と同様に刑法第二百二十三條の意味に於ける兇器である。従つて、若し證據調の結果、この兩者のうち一つが供用せられたことは明瞭であるが、その何れが供用せられたかの證明がない場合には

A ハズノ頭部ヲ拳闘指環又ハ鍵ヲ以テ毆打シタルモノナリ

と確定するを以て足りる。更に若し、行為の時が不明である場合には

該行為ハ七月二日又ハ三日ニ爲サレタリ

と確定するも差支はない。尤も、それは、同一行為に關するものであることを條件とする。若しさうでない、例へば、被告人の二箇の宣誓のうち、その一つが過失による宣誓違反であることは確定するが、その何れが宣誓違反であるかが確定し得ない場合には、選擇的確定は不適法であつて無罪を言渡すべきである(大審院判決第二二二二頁)。

第二、刑法が一箇の條文中に、異なつた數箇の構成要件を規定せず、むしろ類似の相互に移行し得べき概念を用ひ、而かもその多數の構成要件が同一の價値あるものとして規定せられて居ること。

刑法第五十三條は、狼狽、恐怖又は恐懼を規定し、刑法第七十六條は、意思喪失又は知覺喪失の状態を規定し、刑法第三百八條は、農産物、材木又は燃料の貯藏を規定し(大審院判決第三三三三頁)、刑法第三百六十六條第七號は、石塊又はその他の堅硬物を規定し、刑法第二百四十三條第三號は、鍵又はその他の入口を開くに適當な器具(註二)を規定し、刑法第二百六十三條は、自己又は第三者を規定し、刑法第二百四十四條は、實行の妨害を除去し又は現行犯の逮捕を免がれるため(GoldAcht)の故殺を規定して居るから、この場合に屬する。又刑法第四十九條は、助言又は行為によつてと規定し、刑法第四十八條は、人をして贈與、結

約、脅迫、威見或は権力の濫用、錯誤の誘起或は促進又はその他の方法によつて故意に犯罪行為を實行せしめた者は、教唆者としてこれを罰す、と規定して居るから、孰れもこの場合に屬する。

これらの場合は、本質上異つた多數の構成要件が一箇の條文中に規定せられて居るのではなく、むしろ、實行上の故意の種類が例示せられて居るのである。従つて

被告人ハ贈與、結約、脅迫、威見或ハ權力ノ濫用又ハ其ノ他ノ方法ニ依リ、教唆ヲ爲シタルモノナリとの確定も違法ではない。大審院の判決(第五九卷 二三九頁)によれば、如何なる方法が教唆者によつて使用せられ又如何なる方法が主犯者をして犯罪行為の實行に至らしめたかは、各別に明確にし又事實によつて證明せられる必要がない。選擇的確定も適法であり且十分である。「脅迫」、「威見の濫用」、「實行せしむ」の概念の解釋は命せられて居らない。

隱私罪(刑法第二二五條)に於て

被告人ハ其ノ買受ニ係ル物件ガ盗品ナルコトヲ知リ又ハ事實上之ヲ知ラザル可カラザリシモノナリとの確定も、以上と同様の關係に立つて居る(大審院判決第五五卷二〇八頁)。

庇護罪の場合には、先行行為が重罪又は輕罪であることを摘示すれば足り、従つて、先行行為の種類を詳細に説明することは法律の命ずるところではなく、この點に關する庇護犯人の誤解は法律上無意義である(大審院判決第五五卷二九〇頁)。

第三、非常に狭い範圍ではあるが、選擇的確定が異なつた條文に交渉して居ること。この場合、全然同價値の構成要件に關することを要件とすることは勿論である。

刑法第二百七十條によれば、偽造又は變造文書たるの情を知り乍ら、詐欺の目的を以て使用した場合に、文書偽造罪を以て論せられる。従つて

行爲者ハ自ラ文書ヲ偽造シ又ハ偽造ノ文書ヲ詐欺ノ目的ヲ以テ使用シタルモノナリ

といふやうに、刑法第二百六十七條と同法第二百七十條との不特定の確定も適法である(大審院判決第三五卷二九九頁)。

同様に、單獨正犯と共同正犯との選擇的確定も適法である(大審院判決第三六卷一八頁)。蓋し、この場合に於ては、異種の構成要件が問題となつて居るのではなく、むしろ、同一犯罪の實行の方法が問題となつて居るからである。従つて被告人が、自ら行爲を爲したか、他人と共同して行爲を爲したか、直接正犯者として行爲を爲したか、間接正犯者として行爲を爲したか、幫助によつて行爲を實現したか又は幫助なくして行爲を實現したか、といふことは無關係である(Recht. 一九一六年一八二頁)。(一號所載の大審院裁判)

(註一) Lowe, Ann. 4b zu § 297; Barmbeck-Belting, Lehrbuch 280 ff., 並 die Aufsätze von Zeiler in der Z. f. d. ges. Str. 42, 665; 43, 596; 44, 440. 參照。

(註二) 大審院は、破壊に依る窃盜と合鍵に依る窃盜との選擇的確定をも正當であると宣言して居る(大審院判決第五五卷二二八頁)。

これらの場合を除いては、不特定の確定は、それが異種の條文に關する場合には、許さるべきでないといふことが原則として確立せらるべきである。従つて、例へば、教唆と幫助、又は教唆と正犯とは、いづれも選擇的に確定されることを得ない。そのみならず、刑法が、多數の目安の共通といふ理由を以て簡約を期するため、獨立な、即ち全く異なつた構成要件を一箇の條文中に集約して居る場合には、同一の條文に於てすら、不特定の確定は許されない。従つて、刑法典に所謂多數の混淆構成要件の場合には、不特定の確定は許されない(刑法第八一條、第九〇條、(註一)第九二條、第二三四條等)。

一般的に言ふならば、被告人に法律上の見地の變更を指示しなければならない場合には、不特定の確定は許さるべきでない。然し乍ら、例へば刑法第二百六十七條又は刑法第二百七十條の確定の場合には、指しを必要としないから、このことは妥當しない(大審院判決第三六卷二三頁)。

(註一) 不特定の確定を制限することは、事實上の確定の眞實性に對する一つの斷崖を成すものであるとは、文献に於てしばしば訴へられて居るところであるが、それは宜なりといふべきである。被告人が、主犯者であるか幫助者であるか、窃盜犯人であるか私犯人であるか、窃盜犯人が踰越したものであるか忍び入つたものであるか、の確定を不明瞭にして居るものを往々にして見受けらる。恐らくは、無罪の言渡を爲すことを以て法的感情に反するものとして、評決が爲されたものであらうが、必ずしも人をして納得せしめるものではない。法律が裁判官をこの窮狀から解放することは望ましいことであらう。

2. 特に内的(主觀的)目安——故意、過失、違法性の認識、知情(註一)——の何たるかは、既に本書第五八頁(本譯書八二頁)に於て指摘したところである。即ち、裁判官は、有罪の言渡を爲さんとする場合には、こ

れらの目安を各に付て内的に總べて確定することを要し、犯罪行爲の一般的及特異的の構成要件全部が存在する場合に於てのみ有罪判決を爲し得るのである。更に、 $\gamma$ に於て説明した構成要件の目安は、總べて確定せらるべきであるとの原則から、判決には、單に外的目安のみならず内的目安——一般的構成要件——も共に明示的に確定せられなければならないといふ結論が生じて來るであらう。然るに、裁判の實際に於ては(註二)、當該犯罪行爲の概念決定に付て特に規定せられて居る内的目安のみが常に明示的に確定せられ、これに反して、特に規定せられて居らない内的目安は、ただ、被告人又は檢事に於てこれを争ふ場合に於てのみ、明示的に確定せらるべきであるとの重要な例外を認めて居る。

(註一) 従つて犯罪行爲の一般的目安。これに反して、共同正犯又は幫助、未遂又は既遂、犯罪の單一又は複數等の行爲の現象形式は、刑事訴訟法第二百六十七條第一項の意義に於ける「處罰行爲ノ法律上ノ目安」に屬する。それ故、これらの目安は例外なく由中に明示的に確定せられなくてはならぬ。(Benneke-Beling, Lehrbuch, § 96 Anm. 8)

(註二) Vgl. RGE. 1, 17 und 209; 2, 376; 8, 46; 27, 179 unten; 51, 204 Mitte; R. 1, 16 u. 134; Meves 135; Stenglein, Anm. 3 a zu § 266 StPO.; Rüdorff-Stenglein, Anm. 2 zu § 59 StGB.; Olshausen, Anm. 4 a, 22, 30 zu § 59 StGB.

従つて多くの犯罪行爲に付ては、故意は規定せられて居らない。ただ各箇の犯罪行爲、例へば謀殺、身體傷害、監禁等に付ては、特に故意が規定せられて居る。同様に、違法の目的は、例へば文書偽造の如き少數の場合に於てのみ、法律上の目安として規定せられ、その他の場合に於ては全然規定せられて居らない。然し、法律は、例へば詐欺、恐喝、住居侵入の如き他の場合に、なほ違法性(Widerrechtlichkeit)を規定

して居るが、それによつて外的違法性のみを要求して居るのか又は行爲者の違法性の認識をも要求して居るかに付ては言及して居らない。

これらの場合に於ては、故意は、ただ、謀殺の場合に於けるが如く、法律が明示的に規定して居るか又は争はれて居る場合に於てのみ確定することを要する。更に、詐欺、恐喝等の場合に於ては、財産上の利得の外的違法性は常に確定せられなければならない。これに反して、違法性の認識の確定は、行爲者がその存在を争つた場合に於てのみ、これを必要とするに過ぎない。而して誹毀罪の場合には、ただ、自己の行動が誹毀的性質を有するものなることの認識をもつて居る者のみが處罰せられるのであるが、この點に付ては、たゞ、被告人がその認識を争つた場合に於てのみ説示を要するに過ぎない。蓋し、刑法第八十五條は、違法性の認識に付て何等規定するところがないからである(註一)。

この被告人の抗争は明示的であることを要しない。被告人の行動の意義によつて、被告人に於て内的目安を争はんとする意思が現はれて居ることを以て足りる。例へば、被告人はAを市街地に於て強盜と呼んだ、然るに公判に於て、被告人はAを誹毀する意思はなかつた、と辯解したとする。この辯解の中には、被告人はその行動に誹毀的性質の存在する認識を有しなかつたといふ主張が含まれて居る。又被告人が、その強盜といふ言葉は全く低聲で言つたと辯解するのであれば、それは公然性の認識を争ふものである。従つて、斯様な場合には

被告人ハAヲ強盜ト呼ビテAノ名譽ヲ毀損シタリ。被告人ハ、其ノ教育程度低シト雖モ、裁判所ノ確信ニ依レバ、其ノ行動ガ誹毀的性質ヲ有スルモノナルコトノ認識ヲ有シタリ。而シテ其ノ誹毀ハ公然爲サレタルモノナリ。蓋シ、其ノ言葉ハ繁華ノ市街ニ於テ、通行ノ第三者ノ何人ニモ聞キ取り得ルモノナリシガ故ナリ。而カモ其ノ公然性ニ付テハ、被告人ガ繁華ノ市街ニ於テAニ對シ約十歩ノ面前ニ於テ其ノ惡口ヲ發シタルモノナルヲ以テ、之ガ認識ヲ有シタルモノナリと確定すべきであらう。

この事實關係に於て、多くの裁判官は、内的構成要件が争はれて居ると否とに拘らず、原則としてこれを確定するのを通例として居るが、それは全く當を得たものである。

(註一) 被告人の刑罰年齢に付ては、後述本書一〇五頁(本譯書)以下を参照。

大審院は、同判決第五十七卷第七十二頁に於て、刑法第四十九條<sup>a</sup>に關して

刑法第四十九條<sup>a</sup>の意義に於ける「挑發 (Auforderung)」の事實が確定せられて居る場合には、この確定は、又、挑發の眞面目性及結果の期待を含むものであることは勿論である。被挑發者が行爲を實行するものではないであらう、又は、被挑發者が行爲を實行し得ないであらう、との確信が挑發者に存在する場合に於てのみ、同條の意義に於ける挑發は問題となり得ない。然し、この點に付ては、通常、特別の確定を要するものでなく、むしろ、確定を要する明示的な辯疏が爲されたとき(刑法第五九條、刑事訴訟法第二六七條第二項)

又は事態によつて疑ひを排除すべきものであると思料せられたときに限つて、特別の確定を必要とする。

と説示して居る。

内的目安を如何に確定すべきかの方法に付ては、 $\delta$ に於て述べたところが、この場合にも妥當する。即ち、例へば過失の存立する事實説明が記述せられて居らない場合に、法律語を以てする確定では不十分である。他面、事實説明がその目安の存在を明白にして居る場合には、法律語を以てする確定は不必要である。従つて、例へば

Aハ某料理店ニ於テBト爭論ヲ爲シタル際、憤激ノ餘リ、コツブヲ掴ミ、「ヨシ、ヤルナラヤレ」ト言ヒ乍ラ、其ノコツブヲ以テBノ頭部ヲ殴リ、之ガ爲Bハ血ニ塗レテ打チ倒レタルモノナリ

との確定であるならば、故意の説明は十分である。

故意の確定に付ても、亦、刑事訴訟法第二百六十一條が妥當する。例へば、公判に於ける被告人の防禦の態様から、犯罪行爲當時に於ける刑事法上の故意を斷定することも出来る。大審院は、同判決第五十九卷第六十一頁に於て、この點に付て

被告人の態度、殊にその防禦の態様も亦辯論に屬する。その態様から裁判所が得た印象は、それが事實關係の解明に役立つ場合には、決して無視されてはならない。このことは、被告人の内的事象の解明

に付ても、亦内的事象から始めて理解し得られる外的事情の説明に付ても、同様に妥當する。蓋し、責任問題の解決に付て標準となるべき總べての要件は、裁判所によつて獨立して審査せられなくてはならないと共に、自由心證によつて確定せられなければならないからである。従つて、就中、自白の評価及自白の撤回の評価は、被告人の精神的狀態並動勢に於ける感情移入に負ふところが極めて大である。而して頑迷な否認の評価、殊にその否認が單純な抗爭でなく、明瞭となつて居る事實の牽強附會に依存して居ることが明かであるやうな場合の否認の評価は、事體を正に逆行せしめるものである。これら兩者の場合に於て、被告人の現在の態度から行爲當時の精神狀態を斷定することは、往々にして拒否し難いところである。この斷定が常に強制的なものであるか否か、又は、例へば、刑事訴訟手續の作用及公判に於ける印象の如き中間的存在の事情が防禦方法に影響し得るか否か、といふことは判決裁判所の當然の裁量上の判斷に俟つものである。殊に、裁判所が隠私の嫌疑を受けて居る被告人の善意性の問題を確定しなければならぬ場合に、而かも、その際、裁判所が盗品の取得に關する被告人の不眞實な主張から、被告人に於て事實を故ら隱蔽するものであるとの印象を得たのであるならば、同様な生來的の胡魔化しは被告人の行動方法の基礎を爲すものであり、従つてその物品を取得した當時既に善意であり得なかつたと推定することは、被告人の場合、これを妨げるものではない。この推定が、更に他の援用の證據原因と相俟つとき、その物品の盗品なる由來に關する知情の積極的の確定を的確とする。法律に毫も



反しないこの證據の價值判斷が、被告人の認識上の事象に事實上適當するものであるか否かは、大審院に於て事後審査を爲し得るものではないと説示して居る。

隠私罪又は裁判の實際にとつて、非常に重要な犯罪行爲の場合に於ける故意の確定に付ても、實にしばしば缺くところがある。従つて、この點に關して非常に明確な説示を爲して居る千九百二十一年一月八日の大審院の判決(大審院判決第五卷二四頁)を文字通りに表現すれば

刑事訴訟法第二百六十七條違背の責問は理由がある。不服を申立てられた判決には、隠私罪によつて有罪の言渡を受けた不服申立人は、その買取りに於て隠私を認められた脂肪が犯罪行爲によつて得られたものであることを知り又は事情上これを知らなければならなかつたとの結語のみは、これを記述してある。然るに、地方裁判所は、隠私の故意に關し如何なる事情を證明せられたものと認め、又如何なる事情がその確信の基礎を爲したかを摘示して居らない。若しこの場合、單に知情の構成要件の目安、即ち犯罪行爲による先行の取得に付ての現實にして直接な認識の構成要件の目安が、考慮に入れられて居るに過ぎないとしても、その瑕疵は判決の存立を問題たらしめないであらう。蓋し、知情に關しては、判決理由が、如何なる事實からこの構成要件の目安の證明が結論せられたかを明かにして居らないといふことのみが、問題となつて居るからである。判決理由には、かやうな證據事實をも示すべきであるこ

とは勿論である(刑事訴訟法第二六七條第一項第二段)。然し乍ら、これは強行的の規定でないから、この規定の不遵守は判決の廢棄の理由とはならない。

原判決は、不服申立人に於て、その脂肪が犯罪行爲によつて得られたものであることを現實に知つて居つたか否か、或は事情上これを知らなければならなかつたか否か、といふことを未確定のままにして居る。即ち原判決は、單に知らなければならなかつた (ein bloßes Annehmenmüssen) といふことを以て、隠私罪の故意と爲すに十分なものとして、その判決を基礎付けて居る。然しこの場合、判決理由は、單に不服申立人が犯罪による先行取得を知らなければならなかつたとの確定のみに制限することを許さない。むしろ、このほか、不服申立人にその認識を要求した事情を摘示しなければならぬ。蓋し、この事情は、刑事訴訟法第二百六十七條第一項第二段の意義に於ける單純なる證據事實に關するものではない。即ち、裁判所に於て、犯人が犯罪行爲による先行取得を知らなかつたには相違ないが、知らなければならなかつたとの確信を得た事情が證明せられて居るといふことを以ては十分でない。單純な過失は隠私罪の構成要件を充たすものではない。むしろ、刑法第二百五十九條は、知らなければならぬ (Annehmenmüssen) といふことに對して、犯人をして犯罪行爲による先行取得の認識に至らしめることを當然に要求し且犯罪行爲による先行取得の確信を餘儀なからしめたものと證明せられ且犯人に於て知得した事情の特質を要求して居る(大審院判決第二五卷二頁、第三九卷六頁)。この要件及特質の下に於てのみ、刑法第二百

五十九條の知らなければならぬ (Annehmenmüssen) といふことが、犯罪行為による先行取得の現實の認識と同列に置かれる。犯人がこの種の事情を認識して居ることの確定を缺くときは、刑法第二百五十九條に於てこの事情に對して結び付けて居る現實の認識の法律上の推定は、事實的の基礎を缺如するに至るものである。従つて、かやうな性質を有する「事情 (Umstände)」は、刑法第二百五十九條の構成要件の目安を爲すものであり、この事情の摘示は、判決理由に缺くことを得ないものである (刑事訴訟法第一項)。

以上の理由によつて、不服申立人の隱私罪に於ける故意の確定は不十分であるから、不服を申立てられた判決は、廢棄せられなければならないとある。

條件的故意 (未必の故意 — Eventualdolus) を確定するためには、行為者が一定の結果の危険を冒して行動したとの摘示を以ては十分でない。何となれば、かやうな摘示には、必然的に結果の承認を含むものではないからである。むしろ、行為者が

- i その行為を、當該の場合に對しても、意欲して居つたこと
- ii その行為が、この結果を惹き起すかも知れないこと
- iii 従つて、その結果を豫め是認し且その意思中に受け入れて居つたこと

を確定しなければならぬ (大審院判決第 三三三卷四頁)

この主觀的構成要件の一部は、刑事訴訟法第二百六十七條第二項の特別原則に従ふものであつて、職權によつて判決中に確定することを要しない。

(b) 刑事訴訟法第二百六十七條第二項の特別規定(註一)。即ち

公判審理中ニ可罰性ヲ阻却、減輕又ハ加重スル刑罰法規ノ特ニ規定シタル事情ノ主張セラレタルトキハ、判決理由ハ此ノ事情ヲ確定セルモノト認ムルヤ又ハ確定セザルモノト認ムルヤニ付意見ヲ述ブルコトヲ要ス

との規定。

(註一) この規定は、事實上の確定に關するものではあるが(本書第八五頁註一)、法典の規定の順序にも拘らず、その順序を超越して論議すべきである。この規定は、有罪判決に關する規定であると共に無罪判決にも關する規定であるが、然し、これを綜合的に論述すべきである。——無罪の言渡の場合、その言渡の基礎なる刑罰阻却事由は、單にそれが主張せられたときのみならず、職權調査によるときにも、確定せられなければならないといふ特殊性に付ては、本書第一〇一頁(本譯書一五五頁)以下を參照。

a. その意義

刑事訴訟法第二百四十六條によれば、審判の對象は、公訴中に示された行為であつて、而かも、審理の結果によつて表はれた行為である。裁判所は、行為を、公判に表はれた總べての事情によつて、而かも職權を以て、審査すべき權利を有すると共に、その義務を負擔して居る。被告人に付ては、客觀的並主觀的

の構成要件の存在が證明せられなければならないし、判決理由には、この審査が爲されたことを説明すべきであるとするならば、判決自體に於て、責任阻却原因又は犯罪阻却原因が存在しないこと及被告人に對して正當防衛又は緊急状態がなかつたこと並無意識でも精神障礙でもなかつたこと等が、確定せられなければならないこととなる。然し、それは多くの場合、殆んど合目的ではなく且判決に不必要な負擔をかけるものとなるであらう。従つて、刑事訴訟法は、責任阻却原因等を必ず確定しなければならない場合を限定して居る。即ち、公判に於て、それらの事實の存在が主張せられた場合に限つて居る。蓋し、これは、被告人に於て、若し被告人が正當防衛の状態にあり又は不可抗的強制状態に於て行動したやうな場合には、それを主張し、又他面、檢事も、刑を加重すべき事情は、これを主張するものであるとの經驗上の事實から、發して居るものである(註一)。

従つて、刑事訴訟法第二百六十七條第二項は、判決理由の負擔を軽減するものではあるが、裁判所の調査義務を減少するものではない。證據調の結果、被告人が、正當防衛の状態又は自己に權利ありとの認識の下に或は不可抗力の下に行動した、との可能性が表はれた場合には、裁判所は、何等の申立がなくとも、合議に當つて、この點を明かにせねばならない(大審院判決第四卷三七頁及第七卷二九頁)。然し、若し裁判所が正當防衛等の存在を認めなかつた場合には、これを理由中に説明することは合目的ではあるが、それは法律の規定するところではなく、又被告人が明示的に正當防衛を主張したにも拘らず、裁判所が被告人に對して有罪の

言渡を爲したものでない限り、上告適法の理由とはならない(大審院判決第二卷一五頁及第一卷一六頁)。刑法第五十九條に違背することを以て爲される上告は、しばしば、見受けられるところである。即ち、被告人が、その姦淫した子供が十四歳に達して居らなかつたこと(刑法第一七六條第三號)、又はその破壊した物件が公用に供せられて居つたこと(同第三)、或はその抗拒の相手が官吏であつたこと(同第一)を認識して居つた、といふことの確定を以て不十分であるとするものである。然し、これらの上告は、若し公判に於てその認識が明示的に主張せられて居らなかつた場合には、刑事訴訟法第二百六十七條第二項によつて、その理由がないこととなる(大審院判決第一卷三四頁及第八卷四六頁)。

(註一) 刑事訴訟法第二百六十七條第二項の同條第一項に對する關係は、第二項に規定せられた責任事情は第一項に規定せられた行為の目安と本質上は異ならない。この行為の目安は、責任事情と同様に、責任の概念に屬する。即ち、精神病の被告人は、故意なくして行動した精神健全の被告人と同様に、責任を負はない。法律は、たゞ、合目的の理由から、主觀的構成要件の一部を手續上の特別な取扱ひに委ねて居る。従つて、第二項と第一項との關係を次の如く約説することが出来る。即ち、犯罪行為の一般的並特別構成要件は、可罰性を阻却し又は減輕し或は加重する目安に關せざる限り、總べて第一項によつて確定せられることを要し、この可罰性を阻却、減輕、加重する目安は第二項によつて確定せられる、と(詳細な理由は Kroschel, Gerichtsamt)。

### β. 特別事情とは何か

1. 可罰性の阻却事情といふのは、無意識(例へば感覺を失つた酩酊による)、精神障礙、強制、正當防衛、緊急状態、各箇の構成要件の目安に對する認識の欠缺(刑法第五九條)の如き、一般的責任阻却事由と聲啞、任意中止、自己

に権利ありとの認識、刑法第百八十六條の場合に於ける主張事實の證明 (GoldArch. 62, 143)、誹毀又は輕微なる身體傷害の即時返報、出版法第二十條第二項並刑法第百六十三條第二項第三百十條の特別な事情の如き、犯罪阻却事由とを指すのである。

刑罰年齢に現在適用ある少年法の規定によれば、キーンズ (Kew) がその著少年裁判法の第二條「註一」及第三條「註二」に適切に説明して居るやうに、刑事無責任年齢又は少年法第三條の意義に於ける辨識力欠缺の場合には、人的犯罪阻却事由が存在するのではなく、むしろ、歸責無能力、従つて責任阻却事由が存在するのである (GoldArch. 74, 214參照)。

少年事件の判決理由の詳細に付ては、本書第一〇五頁〔本譯書〕Iを見られ度し。

これに反して、告訴、管轄、時効、確定判決の如き訴訟事件は、刑事訴訟法第二百六十七條の第一項にも第二項にも當らない(註一)。告訴並時効が、犯罪阻却事由と減輕事由とを包む刑法典の章に規定せられてあることは、勿論であるが、刑事訴訟法理由書(第一頁)によれば、同法二百六十七條が、ただ「責任の刑法上の意義と概念上極めて密接な關係に立つ」ところの阻却事由並減輕事由のみを指して居るものであることは、自から明瞭である。

従つて、判決中に訴訟條件の存在に關する宣言を爲すと否とは、裁判所の裁量に存するところである。公判に於て、例へば告訴の必要性又は有効性が争はれ、又は告訴の確定の申立が爲された場合の如く、

この點に付て疑を生じたやうな場合には、訴訟條件の存在に付ての宣言を必要とする (Kohl. 1914年三〇七〇號及一九一六年一八

二二號所載の(註二)。  
大審院裁判

手續が大赦によつて廢棄せられたとの主張も亦訴訟障礙の主張である。従つて、この主張の正當性に付ての宣言が判決上に爲されないとしても、それは刑事訴訟法第二百六十七條の違背とはならない (大審院判決第五三

卷五九頁、第五)。  
五卷二二二頁

(註一) 告訴に付ては大審院の認むるところである (大審院判決第三八卷二七二頁)。

(註二) 訴訟手續の中止並訴訟條件欠缺の場合に於ける中止の理由に付ては、本書第一一〇頁〔本譯書〕のIを參照。

2. 減刑事情は、裁判所が是認すると否とを全くその裁量に任せられてある輕減事情と同意義を有するものではなく、むしろ、「刑法により特に規定せられて居る」ところの事情である。従つて、一定の輕い事案に輕い處罰が法律上規定せられてある場合である。僞誓の場合に於ける刑法第百五十七條第百五十八條の輕減、刑法第二百十三條(故殺者)の輕減、刑法第二百十六條(被殺者の要求)の輕減、その他、例へば竊盜の輕い事案である Muntraub (即時費消の爲にする少額又は少量の飲食物又は嗜好品の竊盜) の如く、刑法が犯罪行為の輕い一種を規定して居るやうな多數の場合が減刑事情である。

3. 同様に、刑の加重原因とは、行為者自身又は行為の實行方法のうち存する一般的加重原因のことをいふのではなく、刑法中に規定せられて居る加重事情のことをいふのである。即ち、常習性、職業性、

損壊、踰越、累犯等のことである。

7. これらの事情は、公判に於て主張せられなければならない。公判前の手續に於ける主張を以てしては、裁判所をして理由中にその説明を爲さしめるに不十分である(註一)。而して、その主張は必ずしも明示的であることを要しないし、法律上の用語を以てする必要もない。むしろ、被告人に於て犯罰阻却原因を主張して居るといふことが表明せられる陳述であれば、如何なる陳述であつても十分である。例へば、被告人がAのベルンハルト犬を殺害したといふ物件破壊によつて起訴せられたとする。被告人は事實關係を認めて

その犬が私に飛びかかつて来て、私に噛み付かうとしたのである

と辯疏したとすれば、この陳述を以て、被告人は正當防衛又は緊急避難を主張したものだといはなくてはならない。

犯罪阻却原因が主張せられて居ることは、判決理由に於ける説明はともかくとして、公判調書のみによつて證明せられなくてはならない(大審院判決第一(七卷三四六頁))。犯罪阻却原因又は輕減事由の主張は、單に被告人によつて主張せられた場合に限らず、檢事によつて被告人の利益のために主張せられた場合に於ても、重要であることは明白である。

(註一) マーベス (Maves) は(その著書、公判開始決定に於て斯かる主張を爲すも十分であると述べて居るが、それは、こ

の場合、この特別事情に付ての理由が説明せられねばならないといふ意味に於ては正當である。然し、このことは、刑事訴訟法第二百六十七條第二項から生ずるものではなく、むしろ、公判開始決定を説明し盡すべき(本書第本譯書に於て既に述) 刑事訴訟法第二百六十四條による裁判所の義務から生ずるものである。

6. これらの事情は、如何にして確定しなくてはならないか。

刑事訴訟法の文言によれば、これらの事情を確定したものと認められたか又は確定せざるものと認められたかを判決理由に於て宣言して居れば十分である。刑法は、この宣言に理由を附することを規定しては居らな

い。然し

被告人ハ正當防衛ノ状態ニ在ラザリシモノナリ

とか、又は

被告人ハ累犯ナリシモノナリ

とかの摘示は、決して適法な理由を附したものだといへない。むしろ、例へば、被告人は何等現在の違法な攻撃に對して居つたものとは認められないとか、又は正當防衛の限度を超えて居つたとかを詳細に説明し、又累犯の根據を爲す判決及刑を終了したことを簡別的に摘示すべきであることは、明かである(註一)。

責任阻却原因の不存在は、裁判所に於て被告人に對して證明しなければならぬこと並例へば、正當防衛の存否に疑がある場合には、無罪の言渡を爲すべきであることに付ては、既に本書第七三頁(本譯書)に

於て説述したところである (DRZ. 35)。刑事訴訟法第二百六十七條第二項の文言によれば、責任阻却原因が「確定セザル」ものと認められた場合に於ても、有罪判決を爲すに十分であるやうに見えるため、一見、今述べたところと矛盾するが如き観がないではないが、立法者は、ルーカス (Lucas) も極めて適切に述べて居るやうに (二六頁)、刑事訴訟法第二百六十七條第二項に於て、正當防衛の主張が理由があるか否か不明確な場合を、一般的に考慮したのではない。むしろ、立法者は、裁判官に於て問題となつて居る犯罪阻却原因の不存在に於て確信を得て居る場合を眼中に置き、ただ問題となつて居る事情を確定しないものと認めたとを理由中に宣言し、以てこの確信を表現することを許したに過ぎないのである。即ち、立法者は、責任阻却原因に關する同條第二項の最後の文言 “für nicht festgestellt (確定せざる)” を “widerlegt (否定する)” の意味に用ひたのである。

特別事情の記載順序に關しては、設例3にその詳細を示す。

(註一) 大審院は、斯様な理由を附して居らないものは、上告理由となるものと見て居る (大審院判決第六卷一四〇頁。累犯に付)。は同三三卷三一頁及 DRZ. 31.5.631)

#### (c) 法律上の説明及擬律

##### a. 法律上の説明

本書第四四頁〔本譯書〕に於て既に説明したやうに、判決理由は、事實上の確定と法律上の説明との二つの

グループ (Gruppen) から成り立つて居る。法律上の説明は、民事訴訟の判決理由に包むものを記述すべきである。ところで、刑事訴訟に於ては、法律上の説明は、その重要性に於て、確かに事實上の説明より劣つて居る。蓋し、法律上の説明は、無罪の言渡を爲す場合に於てのみ一般にこれを明言すべきことを法律が要求して居るに過ぎないからである。而して通常、單純な竊盜事件に於ては、多くは蛇足であることは明かである (設例8。参照)。然し法律は、通常の場合には、法律上の説明が要求せられて居るといふことを、基準として居ることは明かである。何となれば、若し刑事訴訟法第二百六十七條第一項によつて、判決理由は、確定せられた如何なる事實が犯罪行為の法律上の目安を充足して居るかを明かにすべきものであるとするならば、その明かにせられたところを以て、裁判所が、果してあらゆる構成要件の目安を具體化して居るか否か、而かも證明せられた事實が間違ひもなく各箇の構成要件の目安に包攝せられて居るか否か、の法律上の事後審査を可能ならしめなくてはならないからである。而して、多くの場合、そのことは、ただ、特別な法律上の説明によつてのみ達し得るところである。詐欺、文書偽造、戦時暴利、質物損壞、その他多くの犯罪の構成要件は、殆んど常に法律上の説明を必要とするであらう。

如何なる場合及如何なる程度に於て法律上の説明を必要とするかを發見することは、各箇の場合に於ける法律技術と實務に屬する事柄である。判決作成者は、當該事案の法律上の疑點を領知し、争點又は公判開始決定と異なつた點を特に考察し、然る後に、その理由を組み立てなければならぬ。

多くの場合、法律上の説明は、項を更めて事実上の確定と證據説明との後に爲すことを以て適當とする(設例)。判決作成者は、條文に付て事実上の説述から法律上の目安を見出し、且事實關係の如何なる部分に於て各箇の法律上の目安が見出さるべきかを説明しなければならぬ。例へば、判決作成者が暴動の構成要件を確定すべき場合に於ては、法律の解釋を用意し、且、公然の徒黨の何たるかを明かにし、*„mit vereinten Kräften (共同して)“* とは何をいふか、徒黨に與みすといふことは如何なる場合に存在するかを、明かにせねばならぬ。然る後に、設例5の方法に従つて、如何なる事實に各箇の法律上の目安が具體化されたかを精密に説明しなければならぬ。

單純な構成要件の場合には、少くとも、目安の存在が事実上の説明から必ずしも明白でないやうなものに付ては、その目安を説明しなければならぬ。

竊盜の場合は事案は多く極めて單純であるが、左様な極めて單純な事案にあつては、法律上の説明を全然爲さないで、又は特別の段を設けて法律上の説明を爲さないで、設例8に示して居るやうに、事實關係に二、三の法律上の注意を附加することが出来るであらう。

この法律上の注意の附加は、事実上の説明に單純な要約的確定を附加すること(それは、通常、一般には不十分三三五頁)よりも、遙かに優つて居り、而かも、要約的確定を附加することを要しないものとすると共に、結語を依然として維持しやうとする者にとつても、これを適當とするに足る。又この法律上の注意の附加は、

判決作成者をして、その爲した事實の確定の法律的意義を十分に明瞭とならしめ、又上級裁判所をして、前審判事の爲した法律上の解釋を判然と窺ひ知らしめる。更に、この法律上の注意の附加は、本書第五九頁(本譯書八五頁以下)に於て必要を論述したところの各箇の構成要件の目安の説明が、事実上の確定に洩れて居る場合に、その説明を補足し、尙ほ、あらゆる法律上の説明を爲す負擔を軽減し且事實關係を歴史的事象の説明に制限することによつて、事実上の確定を全く簡單とすると同時に明瞭にする。

### β. 擬 律

理由には、適用せられた刑罰法規を示さなくてはならない(註一)。而かも、それは、横領、單純竊盜といふが如き一般的の表示を以て爲すべきではなく、刑罰法規の條文によつて示すべきである。刑罰法規の條文の條數は、判決に當該刑罰法規の條文を文字通りに移記するならば、これを省略することが出来る

(大審院判決第(五)卷三三頁) 根源的の科刑を含む刑罰法規(例へば刑法二四條第二四六條)を記載するを以ては十分ではなく、確定せられた行爲並その實行方法(例へば共犯、未遂)の概念決定條文及科刑條文を含めた總べての條文を記載しなくてはならない。従つて、刑法第二百二十三條aの場合には、同條のほかは同法第二百二十三條を、同法第二百六十八條の場合には、同條のほかは同法第二百六十七條を、常に記載しなければならぬ(上述本書(本譯書)七六頁(一一五頁))。同様に、行爲の多數の場合に於ても行爲の單一の場合に於ても、行爲者が犯した總べての條文を記載しなくてはならぬ(註二)。

然し乍ら、行爲の單一の場合に、刑法第七十四條を判決に記載しないことは、刑事訴訟法第二百六十七

條第三項に違背するものではない。大審院がその判決第五十四卷第二百四頁に於て説明する如く、刑事訴訟法第二百六十七條第三項の意義に於ける「適用シタル刑罰法規」とは、大審院の定立した裁判的宣言によれば、裁判の法律上の前提に屬する總べての刑罰法規を意味するものではなく、むしろ、單に裁判官の意見に従ひ、被告人の行爲方法によつて實現せられたと認められる犯罪行爲の概念的目安を規定する條文のみを意味するものと解すべきである（大審院判決第（五卷一七五頁））。大審院は、このほか、尙ほ、共犯（刑法第四（註三））に關する規定も亦これに屬するものと考へて居り（大審院判決第一九卷二二（三頁、第三二卷三五二頁））、未遂の場合には、刑法第四十三條もこれに屬するものと考へて居る（（註四）一八九二年二〇號二二七頁所（註四））。これに反して、刑法第七十四條は刑事訴訟法第二百六十七條第三項に所謂「適用シタル刑罰法規」に屬するものではない。即ち、刑法第七十四條は、獨立した行爲とは何をいふか、かやうな行爲の多數の概念的目安は何であるか、を規定するものではなく、むしろ、獨立した多數の行爲が存在する場合には、その刑を如何にすべきかを規定するに過ぎない（大審院判決第二五（卷二九七頁參照））。

刑法第二百五十七條第三項によつて有罪の言渡を爲す場合には、この條文を記載するだけでは十分でない。蓋し、刑法第二百五十七條第三項の指示は、ただ同條に宣言せられた原則の指示を含むに過ぎないものであつて、その結果、如何なる法律上の地位が引き入れられることとなつたかを明かにするものではないからである。そのことは、刑事訴訟法第二百六十七條第三項によれば、判決に正に明かとなつて居らなければならぬことなのである。従つて、竊盜の犯行前に約束せられた庇護罪によつて有罪の言渡を爲す場合には、刑法第四十九條第二百四十二條の條文も引用せられなければならない（大審院判決第五（五卷一二七頁））。

尙ほ、償金を言渡した根據を爲す條文も記載せられなくてはならない。

更に、禁錮を懲役刑に轉換し（（刑法第（二二條））、罰金を自由刑に轉換する（（刑法第（二九條））基礎を爲す條文、又はその他出版法第二十條第二項の如く、裁判を爲すに當つて適用せられる條文を記載することは合目的である。然

し、これを記載しなくとも上告理由とはならない（（Hof. 一九一〇年）一九三頁及五四五頁）。

（註一） 無罪の言渡の場合、これと異なる。本書第一〇一頁（（本譯書）參照）。

（註二） 行爲の多數の場合には、確定せられた各箇の刑の範圍を記載すべきであり（（大審院判決第（二卷二三五頁））、行爲の單一の場合には、何れの刑が最も重いものとして適用せられるかを示さなくてはならない。連続犯の場合に、刑法第七十三條を適用することは正當でない。何となれば、刑法第七十三條は、自然的意義に於ける同一行爲によつて多數の犯罪行爲が實現せられた場合に關するに過ぎないものであつて、同一の犯罪行爲が獨立せざる多數の行爲によつて實現せられた場合に關するものでないからである（（Recht. 一九七八號及 DRZ. 九五號））。二七頁所載の大審院裁判）。

（註三） この條文を記載しないときは上告理由となる（（大審院判決第一九卷二一（三頁、第三二卷三五二頁））。

（註四） 刑法第四十三條の條文及刑法第四十四條の條文を記載しなくとも上告理由とはならない（（大審院判決第二（五卷四一八頁））。

(d) 刑の量定理由（註一）

理由には、刑及償金の量定の標準となつた事情を記載すべき（（sollan））である。刑の量定は、一般に、被



告人にとつて、判決の最も重要な部分である。殊に被告人に於て自から刑事責任を感じて居る場合には、法律上の判断の如きは關心事ではない。刑の程度の問題は、合議の際、特に詳細に考慮せられるを常とする。然るに、實際に於ては、理由に、茲に言渡す刑は „nach der Sachlage (事案の状態により)“ とか

„bei der Persönlichkeit des Angeklagten (被告人の人格により)“ 相當であるといふやうな、一般的な表現方法を用ひて居る。若し、これが陪審裁判所の判決に對して、例へば恩惠審に於ける事案の審理を困難ならしめるやうな不十分な理由であるとするならば、それは、單獨裁判所及參審裁判所の判決にあつては、控訴裁判所の裁判官に對して、前審裁判官の刑の量定理由を窺はせるために、全く不十分なものである。又、それは、被告人が特に免責事情を主張した場合には、少くとも被告人のため適當なものではなく、同様に、刑の加重事由を主張した検事に對しても適當なものではない。

(註一) この點に付ては、一九二六年三月八日のプロシヤ司法大臣執行命令——司法大臣公報九八頁及一九三二年刊行のザックス

(Sachs) S. „Beweiswürdigung und Strafzumessung entwickelt an praktischen Strafrechtsfällen“ 並ハ N. N. (Jung) S. 論文 „Betrachtung zur Straffrage“ (S. 16) を參照。

刑の量定に付ては、先づ行爲自體が問題であり、次に行爲者の人柄が問題である。

刑罰は、國民感情と調和し且被害の重要性を顧慮した行爲に對する正當且適當な贖罪を表現するものでなくてはならない。従つて、刑事裁判の眼目を成すものは、行爲の危険性、行爲によつて生じた損害、行

爲の動機、行爲の實行方法、犯行態度の時間的繼續等である。然し乍ら、犯罪行爲の構成要件自體の構成に役立ち、従つて法律上の刑罰手續を採るに當つて既に考慮せられた構成要件の目安は、刑の量定の場合に、刑を重くする原因としてこれを採用することは不適法である。大審院判決第五十九卷第四百二十六頁によれば、例へば、墮胎による有罪の言渡の場合に、被告人の行爲は國民の風俗並勢力を悪化させ社會的危険があるとの理由を以て、その行爲を被告人に不利益に評價してはならない。何となれば、この刑の量定理由は、あらゆる墮胎行爲に同等に妥當するものであつて、各箇の墮胎行爲に於て刑を重くすべき正當性を有し得べき特別の目安を成すものと見ることを得ないからである。若し、例へば、被告人が刑法第二百二十二條によつて過失致死として有罪の言渡を受ける場合に

被告人ハ過失ニヨリ人命ヲ絶チタルモノナレバ、此ノ點ヲ考慮シテ刑ヲ重クシタルモノナリ

との理由を附するならば、この判決に於ける刑の量定は廢棄せられることとなる。蓋し、死亡の結果は、法律上の刑罰手續を採るに當つて既に考慮せられて居るものであるがためである(大審院判決第五十九卷三九七頁)。刑法第五十九條の場合に於て、被告人が誘惑しやうとした行爲は懲役に處せられるものであるとの事由を、刑を重くする原因とすることは不適法である (GoldArch.)。又刑法第三百五十條に於て、被告人は官吏として特に國家に對して高度の忠勤を果すべき義務を負ふものであるとのこと (D. N. 103) 及刑法第五百十三條第五百十四條に於て、司法裁判は裁判所に於て宣誓した證人の供述が眞實であるか否かに繫つて居るとのこと

(DRZ. 26 Nr. 1003; vgl. auch DRZ.) を、刑を重くする事由となすことは不適法である。同様に、未遂行為の場合に、損害が生じなかつたこと、及、困窮竊盜の場合に、被告人は困窮の餘り竊盜を爲したことを、刑を軽くする事由と見ることも許されない。

尙ほ、行為者の人柄は、事案の状態によつて、贖罪又は威嚇の一般的見地が重きを爲すものでない限り、刑の量定に付て主として評價せらるべきものである。行為者の職業關係、家族關係、財産關係は、行為者の前科と共に考慮せらるべきものであつて、その場合、當該行為と同種の前科は特に重要視せられなくてはならない。犯罪名簿に抹消せられて居る前刑又は單に制限的報告のみが存するに過ぎないやうな前刑も、刑の量定に當つてこれを斟酌することが出来る (大審院判決第六〇卷一八八頁。尙ほ)。

若し前科が、累犯行為の理由として既にその適用を見て居る場合には、その前科は、累犯行為の刑罰手續の範圍内に於ては、更にこれを刑を重くする事由として援用することは許されない。

尙ほ、例へば戦争に参加したといふやうな、特別な功績も亦一般の利益に於て、刑を軽くする事由として評價され得る。

被告人が曾て嫌疑を受けたが無罪となつたといふことは、これを以て刑を重くする事由と爲し得ないことは自明である (大審院判決第三卷九一頁)。他の犯罪行為の嫌疑も亦刑を重くする事由としてこれを利用することを得ない (JW. 1923, 394; DRZ. 27 Nr. 171)。

被告人が、同様な事件に關して、先きの訴訟手續に於て無罪の言渡を受けたやうな場合に、單にかやうな訴訟手續が繫屬したといふ單純な事實は、これを以て刑を重くする事由と見ることが出来ないが、その明るみに出されて詳細に説明せられた事實は、これを刑を重くする事由として評價することが出来る (DRZ. 1919, 168; 所載の大審院裁判)。例へば、墮胎の婦女が、先きに無罪を言渡されて終結した訴訟手續に於て、墮胎の可罰性に付て特に強く指彈せられ、従つて、それによつて既に「警告」せられて居るといふ理由を以て、その行為方法は特に十分に處罰するに價ひするものと宣言することが出来る (GoldArch.)。

通常人にあつては、犯罪行為を差し控えしめられるやうな障礙を、行為者が特に全面的に甘受したか否か、例へば、精神的劣等又は意識混濁を呈して居つたか否か、といふやうな行為者の行為の前又は後の状態も亦刑の量定に對して意義がある。行為者の酩酊は、例へば行為者に於て、單に、豫め熟慮した犯罪行為を實行する勇氣を得るために酩酊したに過ぎないやうな場合、又は職業上白面であらねばならない特別の義務を負つて居る場合には、これを以て刑を重くする原因となすことが出来る。その他の場合に於ては、酩酊は刑を軽くする原因として問題となる。何となれば、酩酊は行為の制止を排斥するを常とするからである。行為後の態度、殊に辨償、悔悛の自白に關する態度も亦重要である。

被告人の鐵面皮な否認は、刑を重くする事由となすことが出来る (何となれば、被告人は告訴に對する陳述を拒否して居らないからである—Recht. 1906, 947; 所載の大審院判決)。勿論、それは、被告人が事實を知悉して居るにも拘らず、虚言を爲して

居ることが明かである場合に限る（大審院判決第三）（八卷二〇七頁）。被告人が、訴訟手續に於て、犯罪行為によつて取得した財貨の所在を明白にしなかつたといふ事情も亦刑を重くする事由として評價するも差支へな（HR. 29）<sup>（Nr. 1709）</sup>。又、既に判決を又けた犯行に引續いて爲された犯罪事實は、被告人の犯罪的傾向の存在又は根據として、これを評價し得る（IV. 28 S. 290）<sup>（Nr. 2）</sup>。引き續く犯罪行為は、それが、訴訟手續法上、責任の判断に關係し得る限り（例へば、連續的行為又は慣行的行）、刑の量定に當つて被告人の不利にこれを評價するも不當ではない。然し、この場合、同一の犯罪行為に於て被告人が二重的に處罰せられるやうなこととなつてはならない（DRZ. 28 Nr. 661）<sup>（und 32 Nr. 47）</sup>。

被告人が未決勾留算入の申立を爲し、これを許容しない場合には、その理由を附すべきである。然し、これを怠るも、それは、恰も刑の量定理由の説明が爲されてゐない場合又はその説明が十分に爲されてゐない場合と同様に、上告理由とならないことは勿論である（大審院判決第三）（五卷二三四頁）。

併合刑を言渡す場合の理由には、解消せられる箇々の刑を記載しなければならぬ（大審院判決第）（二卷二三五頁）。ただし、それは、残存する刑を特記して記載するのである。

（註一）「第一乃至第二ニ付科スベキ刑ハ懲役五年ノ併合刑ヲ以テ處斷ス」との表現方法は、しばしば使用せられるところである。然し、それは、刑法第七十四條に添うものではない。勿論、残存する刑が加重せられるか又は解消せられた箇々の刑の總額が残存する刑の額を超えた限度に還元せられるかは、結果に於て同じである（Oltmann, Ann. 11 Abs. 3 zu § 74 StGB. 残存する刑が多數の同一額のもので

ある場合には、そのうち一つが加重せられる（大審院判決第四）（卷三〇二頁下部）。

併合刑が刑法第七十四條第二項によつて、禁錮刑と懲役刑とからなる場合に於ては、必要的ではないが、通常、禁錮刑が何月又は何年の懲役刑に轉換せらるかを記載すべきである（大審院判決第）（三六卷八九頁）。

未遂罪の場合には、一般に、若し犯罪行為が既遂となつたならば裁判所が如何なる刑を言渡し、而かもその刑が輕減せられるものであるかを考慮すべきではなく、むしろ、所定刑から出發して、而かも直接に適當な刑の限度を發見すべきである（大審院判決第三）（五卷二八二頁）。さり乍ら、未遂刑の量定に於て、先づその行為が既遂である場合に適當とする刑の限度から出發することを以て、あながち不合法とするものではない。

従つて、實行未遂の刑の量定の場合には、意欲した結果に從つてその未遂を評價し、既遂行為に適當な刑を觀念して、刑法第四十四條を考慮するのが、蓋し適切であり且法律の命ずるところであらう（DRZ. 29）<sup>（Nr. 286）</sup>。若し、既遂行為に於て懲役刑のみが規定せられて居る場合、その未遂刑を量定するに當つては、裁判所は、先づ懲役刑が如何なる限度に於て適當であるかを審査しなければならない。この懲役刑は常に月の満月によつて量定すべきであつて、而かも、若し一年以下の場合には、刑法第二十一條の轉換標準によつて禁錮刑に轉換せらるべきである（DRZ. 27）<sup>（Nr. 216）</sup>。例へば、三箇の墮胎未遂の幫助が問題となつて居る場合には、大審院が刑法第二百十八條（舊法）に對する同判決第五十五卷第九十七頁に於て説明して居る處理のやうに、刑法第七十四條の併合刑を形成する以前に、各箇の事案に於て残存する刑を確定しなければならない。この目

的のために、刑法第二百十八條(舊法)の刑の範圍は、刑法第四十四條第四十九條によつて二回輕減せらるべきである。この制限の刑の範圍内に於て一年以下の懲役刑を以て處斷する場合、例へば、各箇の事案に於て六月の懲役刑が適當であると思料せらるる場合には、その刑は、先づ刑法第四十四條第四項第二段に基き刑法第二十一條によつて禁錮刑に轉換せられなければならない。一年以下の箇々の懲役刑から直ちに併合懲役刑を形成してはならない。箇々の懲役刑を禁錮刑に轉換した後に於て殘存する刑が初めて併合刑の形成に用ひられる。従つて、上述の場合に於ては、前記六月の懲役刑は九月の禁錮刑に轉換せられ、かくして形成せられた併合刑は、禁錮刑のみの表現となり懲役刑の表現とはならない。

刑法第五十七條及第五十八條の場合に於ては、大審院判決第五十九卷第二百二十八頁及第六十卷第二百八十九頁を參照。

大審院判事ドクトル・テイテル(Dr. Teitel)がその論文“Urteilsänderung”(DRZ. 36)に於て説明する如く、刑法第二十七條の違背は、驚くほどしばしば表はれるところであり、而かも、それは、通常、殆んど判決の廢棄の理由となる。この規定の條件が存在する場合には、判決理由は、その刑の目的が罰金刑によつて達せられ得るものか否かの問題を、審査して居ることを示さなくてはならない(DRZ. 36)。

刑罰法規が自由刑又は罰金刑を規定して居る場合、例へば刑法第二百二十三條によつて處罰すべき場合には、刑法第二十七條の適用を見ない。輕減事情が存在するため罰金刑のみが言渡される場合には、裁判

所は、テイテルの説明する如く、被告人に對し輕減事情を是認したか拒絶したかを明示しなくてはならない。輕減事情を是認した場合には、たとひ刑期三月以下であつても、その自由刑の宣告に刑法第二十七條の意義に於ける理由を附するを要しない。然し乍ら、輕減事情を拒絶して三月未滿の自由刑を言渡す場合には、刑法第二十七條の適用に於ての説明を理由中に爲さなければならぬ。大審院は(DRZ. 36 Nr. 1)例へば、單に人の死亡が過失によつて生じたといふ事由を以ては、刑法第二十七條の適用を排除し得ないと説明して居る。これは、刑の目的の法律概念及刑の目的の到達に於て、餘りに狭い解釋を示すものである。「刑の目的」とは何を意味するか、これに於ては法律に於ても又刑法理由書に於ても説明せられて居らない。然し、立法者は、「刑の目的」は應報であるとの見地から出發して居ることは明白である。この應報の刑の目的は、罰金刑が害惡として感ぜられ、殊にその害惡が行爲者自身にとつて又國民の判斷に於て、不正に對する當然な贖罪として現はれるところの害惡として感ぜられる場合に於てのみ、達せられるものである。これと共に、刑は、受刑者を改善させ且他の同様な犯罪行爲を威嚇する(大審院判決第六卷四一七頁)に従つて、事實承審官は、箇々の事案のあらゆる事情を斟酌して、刑の目的の到達性の問題を、罰金刑がその事情の下に於て言渡を受ける者に對して次の如き効果を有するか否か、即ち、罰金刑によつてもその者に對して刑の目的を達し得られるか否か、といふ意義に於て審査しなければならない。大審院判決第五十九卷第五十一頁によれば、刑の目的は刑の執行の目的と同意義ではない。科刑の効果は刑の執行前に考慮せら

るべきである。従つて、裁判官は、刑の執行條件付停止を命ずるとしても、罰金刑による刑の目的の到達性を否定して何等妨ぐるところはない(註一)。

(註一) 例へば、事情によつて、被告人に於て又は被告人の父に於て或は當事者に於て、罰金刑を負担し得るか否かに疑問のある場合(大審院判決第(六五卷三〇頁))。罰金刑が被告人の經濟上負擔し切れない程高額であるが故に、罰金刑の言渡を爲すべきでないといふことは許されぬ(DRZ. 310. Nr. 348.)

刑法第二十七條。及刑法第二十八條の規定も亦、刑の量定理由を附する際に考慮せられなければならない。罰金刑を言渡す場合には、刑の量定に當つて刑法第二十七條。第一項により行爲者の經濟關係が顧慮せられたことを、判決理由に明かにせねばならない。刑法第二十七條。第二項によれば、罰金刑は、なほ、行爲者がその行爲に付て得た對價及行爲者がその行爲によつて得た利得——判決當時までに行爲者に殘存して居る利得は問題でない——を超過すべきである。然し、この後者の訓示規定を顧慮しないことは、刑法第二十七條。第一項の規定違背とはならぬ(Caldarh.)。刑法第二十七條。及刑法第二十八條の規定は、罰せらるべき者は、行爲ではなく、人的關係の顧慮せられる行爲者である、との法律思想から出發して居る。従つて、刑は、決して行爲、例へば横領物の價值にのみ科せられるものではなく(DRZ. 274.)。刑法第二十八條によれば、受刑者に付て、その經濟事情に従つて罰金を即時に支拂ふことを期待し得られるか否かを、職權を以て審査しなくてはならない。即時の支拂を期待することを得ない場合には、期間の猶豫を

許可するか又は罰金を一定の分割額に於て支拂ふことを許容しなくてはならない。若し言渡す罰金刑の額に付て、この點の説明が命ぜられて居るものとすれば、判決理由に常にこの規定を顧慮したことを明かにしなくてはならない。

刑の量定理由として、少年裁判法第九條第四號の「特に輕き」場合、刑法第九十條の「輕き加重」の場合、刑法第九十四條及第九十六條(その間に於ける對象の消滅)の「輕き加重」の場合も亦これを顧慮すべきである。大審院がその判決第五十九卷第二百三十八條に於て説明する如く、刑法の沿革によれば、「輕き加重の場合」のうちには實體上(客觀的)餘り意義のない場合が想定せられて居るが、「輕減事情」を採用する條件を審査する場合には、犯罪行爲の評價を、そのあらゆる關係に於て、従つてその内的(主觀的)方面に於ても爲すべきである。

一九二三年八月一日附プロシヤ司法行政の拘置場に對する職務並執務規則第五十三條第四號によれば、判決中に言明せられた確定によつて、若し行爲者が、その道徳的、政治的又は宗教的の確信に基いて、その義務と感じたことが行爲の決定的な動機となつて居る場合には、その刑の執行に於て特典を問題とし得ることになつて居る。自由刑に付て確信行爲者としての行爲が問題となつて居る場合には、判決は、この點に付ても明言しなくてはならない(一九二七年一月一九日附プロシヤ司法大臣執行命令——司。法大臣公報——六頁 Schwanz, Ann. 2 B zu § 207 StPO.)

被告人を地方警察官署の監視に附する場合、裁判所が特にその理由を附することは、必ずしも必要では

ない(註一)。(Arch. 四八七號二頁。)然し乍ら、償金又は沒收の言渡に於て、たとひ、その理由を附しないことが何等法律上の不利益を來たさないとしても、それ等の場合に於けると同様に、その理由を附することは望ましくないことである。(Bemerk. Beil. 5, Leinlich, § 96 hinter Ann. 14)

(e) 輕減事情

輕減事情は刑事訴訟法第二百六十七條第二項の特別事情と恰も同様の關係に在る。裁判官は、如何なる輕減事情が存在するか否かを、常に職權を以て審査しなければならない。(刑事訴訟法 第二六四條)而して、この審査を判決理由中に明示することを要するのは、ただ、二箇の場合に過ぎない。即ち、その一つの場合は、被告人に對して輕減事情が認められた場合であり、他の一つの場合は、公判に於て申立があつたにも拘らず輕減事情を認めなかつた場合である(註一)。従つて、これらの場合、判決理由には、輕減事情に關する宣言を示さねばならない。これを示さない場合には、上告理由となるであらう。(大審院判決第四) (三卷二九七頁)而して、言渡された刑からこの點に關する判斷が間接に明かであるといふことを以ては、足りないであらう。(一九二四年四月三日大審院判決。 DRZ. 1924, S. 206)

如何なる事情を以て輕減事情と爲したか又は如何なる理由を以て輕減事情と爲さなかつたかは、刑の量定理由と關聯して、而かも、出來得る限り箇別的に説示するを以て最上とする。何となれば、刑の量定、従つて輕減事情の採否も亦刑事訴訟法上、詳細にこれが理由を附しなければならぬからである(註二)。

(註一) 輕減事情が是認せられる場合に於てのみ、訴訟關係人に對して許される刑の申出があつた場合も亦、かやうな申立と見なされる。而して、辯護人に付ては大審院判決第二十九卷第二百七十六頁に於て、被告人に付てはレヒト(Recht)第九十九號第六頁所載の大審院裁判に於て、檢事に付ては大審院判決第四十五卷第三百三十一頁に於て、同様のことを認めて居る。檢事が輕減事情を申出たに拘らず裁判所がその判斷を遺脱した場合には、被在人も亦異議權を有する。これに反して、「より輕き」又は「最も輕き」自由刑を科すべき申出は、ユリスティッシュェ・ウオツ(Justizrat)第七百五十九號第六頁所載の大審院裁判によれば、輕減事情の申立と同等のものではない。(Vgl. auch Golda, Arch. 75 S. 65)

(註二) 裁判所が輕減事情あるものと認めた事實を詳細に記述しない場合には、上告理由となるであらう、といふことに付ては、刑事訴訟法第二百六十七條は、その根據とはならない。

(f) 費用

判決に於て費用の裁判を爲すべきことは、刑事訴訟法第四百六十四條の規定するところである。費用の裁判を爲すに付て條文を引用することは、訴訟法上必要ではなく(註一)、多くの裁判所、殊に大審院に於ても、簡単な事件に付ては、費用の裁判の條文を引用することは不必要であるとして、これを省略して居る。然し、刑事訴訟法第四百六十六條第四百六十七條第四百七十一條第三項第二百十條第三項の場合の如く、必ずしも自明的でない事案に於ては、條文を引用することは適當であり、而かも、費用の裁判が明示的に爲された申立の對象となつて居る場合には、條文を引用することを必要とする。被告人がその生じた必要なりし支出を國金庫の負擔とすべき申立を爲し、裁判所がこれを許容しなかつた場合も同様に、條文の引

用を必要とする(本書三二(本譯書)頁上三(三五頁))。刑事訴訟法第四百六十七條第二項を適用しない場合には、詳細な理由を附することを要しない。蓋し、同條項を適用すると否とは、全く裁判所の裁量に屬して居るからである(Arch. <sup>1910</sup>所載の)大審院裁判)。

尙ほ、注意すべきことは、刑事訴訟法第四百六十九條によれば、良心に反して爲した告訴又は重大な過失に基いて爲した告訴によつて生じた費用に關する裁判は、判決主文に於ても判決理由に於ても、これを爲すべきでなく、特別な決定を以てこれを爲すべきである(大審院判決第五(四卷三三〇頁))。

(註一) 一九〇二年七月五日大審院裁判 (im Reith)。

(g) 省略判決(刑事訴訟法第二百六十七條第四項による)

一九二一年三月十一日の法律第三條第四號(帝國法律公報二三一頁)によつて、現行刑事訴訟法第二百六十七條第四項が追加せられたため、特別な場合に於て、刑事判決の理由を省略することが認められるに至つた。省略判決は總ての不服權利者が上訴を明示的に拋棄したことを條件とする。従つて、不服權利者が當該判決に満足して上訴期間を徒過させたことを以ては不十分である(註一)。この拋棄は、勿論、公判に於て表示せられることを必要としない。事後の拋棄も十分である。省略判決が許容せられる場合には、先づ第一に、刑事訴訟法第二百六十七條第一項第二段の非強行規定は適用せられない。従つて、所謂證據事實、即ち "Indizien (狀況證據)" はこれを摘示するを要しない。次に、刑事訴訟法第二百六十七條第二項の強行

規定は適用せられない。例へば、意識を失ふ酩酊又は正當防衛の辯疏があつた場合に於ても、この事情を、確定せられたものと思料するか否か又如何なる事由によつて確定せられざるものと思料するか否か、を判決理由に宣言することを要しない。最後に、刑事訴訟法第二百六十七條第三項第二段に於ける輕減事情の存在に關する判斷を記載する強行規定及同條第三項第一段に於ける刑の量定理由を記載する非強行規定は適用せられない。

むしろ、省略判決には、犯罪行為の法律上の目安が見出される、即ち證明せられたと思料せられる事實と適用せられた刑罰法規とを記載すればよいのである。従つて、この場合には、公判開始決定を引用することが出来る。尤も、それは、公判開始決定に必要な事實が記載せられてある場合に限る。公判開始決定を引用する場合には、その他、なほ、刑の量定理由は常にこれを記載しなければならない(註二)。

少年事件に付ては、斯る省略判決は許されない(後述<sup>4</sup>本書一〇五頁(本譯書一六二頁)を参照)。

(註一) 同說 Schwarz, Ann. 3 zu § 367 StPO. 反對說 Löwe, Ann. 8 b zu § 267 StPO.

(註二) この場合に於ても、公判開始決定を引用するに當つて判決理由中に、行為の時、場所、方法に關する事項を摘記して置かない。記録が廢棄せられる場合、引用せられた公判開始決定は判決よりも長く保存せられるものでないから、判決のみを以ては、異犯の確定等に對して不十分であるといふ危険がある。

## 2. 無罪判決

(a) 無罪判決に付ては、刑事訴訟法第二百六十七條第五項に於て、理由を附する範圍に關して

被告人ニ無罪ノ言渡ヲ爲ス場合ニハ、判決理由ニ、被告人ニ付犯罪ノ證明ナキコト又ハ證明アリト認メラレタル行爲ニ付處罰スベカラザルコト及如何ナル理由ニ依リ處罰スベカラザルカヲ明示スルヲ要スと規定して居る。

従つて無罪判決は、種々の理由に基いて爲される。即ち

1. 或は、被告人の責任に付て、裁判所にその確信を生ぜしめる證據の不十分に基く場合がある。裁判所が、ある竊盜の爲されたことを認め乍ら、而かも、被告人がその行爲者であることの證明を得ない場合も、この場合である。

この場合には、外形的の事實關係を簡短に記載して、被告人が受けた嫌疑理由を説明するのである。而して、細目に互つて嫌疑理由を説明すること、例へば證明を得なかつた嫌疑證據がある場合に、あらゆる嫌疑理由を説明することは、命ぜられて居らない。然し乍ら

被告人ガ……シタリ(公判開始決定の内容)トノ事實ハ之ヲ確定シ得ズ

といふ一般的の説明では、不十分であらう。何となれば、かやうな説明では、事案が證明を得なかつたことを明瞭にするものでないからである。

2. 或は、被告人が行爲を爲したものであることは確定せられたが、犯罪行爲の構成要件の目安が缺

て居り、又は責任阻却原因乃至刑罰阻却原因が存在して居ることに基く場合がある。

この場合には、判決理由は、證明あるものと認められた行爲が、如何なる理由によつて處罰すべきものでないと思料せられたかを、説明しなくてはならない。

刑事訴訟法は「證明アリト認メラレタル行爲」と規定して居るが、それは、外形的事實關係が詳細に、而かも有罪判決に適用せられる法規によつて確定せられ且評價せられなくてはならない、といふことを意味するものではない(大審院判決第四七卷四一七頁、第四三卷三九七頁三九九頁)。殊に、ただ、箇々の構成要件の目安が否定せられる場合には、例へば、詐欺に付て違法の意思が否定せられる場合には、その他の目安を確定することを要しない

(大審院判決第四卷三六二頁、第五卷二二五頁)。然し、これらすべての場合に於て、事實關係は、無罪の言渡を擔ふ理由、即ち正常防衛とか主觀的構成要件の欠缺又は客觀的構成要件の目安の欠缺とかが明瞭となつて、上告裁判所の事後審査が爲され得る程度に、敘述せられなくてはならない。而して、無罪判決のこの理由は、事實上の關係に於て又必要な限り法律上の關係に於て、詳細に説明せられなくてはならない。例へば、正常防衛の存在の如きは、詳細に理由を附しなくてはならない。このことは、裁判所が公判に於て主張せられた刑の加重事情が否定せられた場合にも、同様に妥當する(大審院判決第六卷一四一頁)。

大審院は、無罪の判決理由に付て

少くとも、一面に、事實上並法律上の見解を明確に區別し、他面に、事實上の關係に付て判決裁判所



が證明なきものと認められた行爲状態を明瞭に記述し且法律上の關係に付てその判断の決定的根據となつた理由を特記すること

を要求して居る（大審院判決第五卷二二）  
（六頁、第四一巻一九頁）

この場合、如何なる程度に、箇々の點に付て論及すべきかは、各箇の事案の状態によつて決まる。若し、例へば、被告人に對し精神病のため無罪の言渡を爲す場合には、公判開始決定の内容を摘示し、然る後、鑑定人の鑑定の結果、被告人が犯罪行爲當時、精神病でなかつたことに付て、裁判所が疑を懐くに至らなかつたこと、を説明するを以て十分とする。

法律上の構成要件の状態に付て被告人に錯誤があつた場合（刑法第（五九條）に於ても、同様である（*Law* 一九一七年五五—五頁所載大審院裁判）。

3. 刑事訴訟法の理由書は、その第九十四頁に於て、裁判所を構成する判事の一部は、被告人に付て犯罪の證明がないものと思料し、他の一部は、被告人に付て刑罰阻却原因があるものと思料し、従つて、無罪の理由に付て意見の一致を見ることが出来ない場合を説明して居る。例へば、五人の判事を以て構成して居る刑事部に於て、一人は、被告人が行爲を爲したことに付て證明がないものと思料し、一人は、正當防衛を認め、他の三人は、有罪の言渡を欲した、と假定して見る。この場合には、無罪を言渡さなくてはならない（大審院判決第二卷三七）  
（九頁、第八卷二一八頁）  
而して、この場合の判決理由は、刑事訴訟法の理由書が認めて居るやう

に、被告人の責任に付て裁判所がその確信を得るに至らなかつたといふことに、これを制限すべきではなく、むしろ、事實關係を簡短に説明して表決の結果を明かにし且被告人は、刑事訴訟法第二百六十三條に規定する必要的三分の二の多數決が得られなかつたため、無罪とならなければならなかつたといふことを説明しなくてはならない。このことは、*レーヴェ (Lowe)* が刑事訴訟法第二百六十七條の註釋Aの9.に於て説明して居るやうに、採用の價值があるといふばかりではなく、むしろ、上述2.に引用した大審院判決によれば、正に命ぜられて居るところである。何となれば、若し、さやうにしなければ、無罪の言渡の理由が不明瞭となるからである。

法律の規定して居る構成要件が否定せられた場合には、有罪の言渡の場合とは異なつて、その法律を指示する必要はない。

(b) 無罪の言渡の場合に於ても、公判開始決定は説明し盡くされねばならない。従つて、判決理由は、公判の對象となつた全事案が、法律上重要なあらゆる方面から審査せられたことを明かにしなければならぬ。例へば、大審院判決第二卷第三百六十頁に於て取扱はれて居る事案の原審判決理由は、この審査が爲されたことを明かにして居らない。何となれば、その事案に於ては、刑事部は、公訴に特に掲げられた見解、即ち、繪畫がその中にある文字と結合して猥褻となるものではないか、といふ見解を審査することなくして、その繪畫の猥褻性を否定したからである。同様に、猥褻媒合の公訴に付て、若し、單に、自己

に利益を得るためといふ目安のみを審査して、常習の目安を審査せずして、無罪の言渡を爲すならば、上告理由となるであらう。同一の理由からして、誹毀或は瀆神の如く、可罰性の意識を以て足りる場合の輕罪に付て、被告人に對し誹毀或は瀆神の目的が證明せられなかつたとの理由を以ては、無罪の言渡を爲すことを得ない。むしろ、被告人がその行動に對する加罰性を意識して居つたか否かを審査しなければならぬ。又、被告人がその行爲を自己の性欲の誘發のために爲したものでなかつたとの理由を以て、刑法第百七十六條第三號の犯罪の成立を否定するならば、それは不十分である。むしろ、進んで、なほ、幼者の性欲を誘發することを目的として居つたか否かを説明しなければならない。

(c) 公訴の變更、刑事訴訟法第二百六十四條によれば、裁判所は、單に公訴の條文のみによつて審査すべき義務を有して居るばかりでなく、考慮し得べきあらゆる法律上の見地によつて審査すべき義務を有して居る(大審院判決第一卷七九八頁)。従つて、無罪判決の理由は、これら總べての法律上の見地に付て意見を表明しなければならぬと考へる人があるかも知れない。然し、かやうな明かに行き過ぎた結論は、裁判の實際に於ては、拒絶せられて居るところであり、而かも、裁判所が、無罪判決の理由に、公判開始決定中に記述せられてある條文と異なつた條文を引用しなければならぬ義務は、次の三つの場合に制限せられて居る。即ち

第一は、判決に確定せられた事實が、當然、公判開始決定に記載せられて居らない條文を適用すべき結

果を生ぜしめた場合である。假りに、被告人が、自己を逮捕せんとした巡査の頭部をステッキを以て毆打したといふ理由によつて、國家權力に對する抗拒の責任を問はれたとする。而して、この場合、裁判所が、巡査はその職權による適法な行使を爲したものでない、といふ理由を以て、被告人に無罪を言渡したとする。かやうな事案に於ては、裁判所は、職權によつて、刑法第二百二十三條aの適用性に付ても論及しなくてはならない。而かも正當防衛が存在しなかつた場合には、有罪の言渡をしなければならぬ(大審院判決第二卷八〇七頁、第七卷五二四頁)。

第二は、無罪の言渡を受けた被告人が、裁判所から法律上の見解の變更を指示せられた場合である。この場合には、判決理由は、公判開始決定の條文も指示せられた條文も、何故に結果を得なかつたかといふ理由を明かにしなければならぬ(大審院判決第一卷七九〇頁)。

第三は、公判調書上、検事が公判に於て、恐らくは、終局陳述に於て、當該行爲を他の變更せられた方向、例へば、故意に代へて過失の存否に付て審査せらるべき旨の申立を、單に豫備的に爲した場合である(大審院判決第一卷七九八頁、第三卷八〇七頁、第七卷五二四頁、大審院判決第二卷一五頁及三〇頁、第一卷六一頁)。

この三つの場合を除いては、刑事訴訟法第二百六十四條よりして、裁判所は、その確定せられた事實の範圍外に互つて、ありとあらゆる條文を引用してその消極的の説明を爲すべき義務を負ふものではない(大審院判決第一卷四二五頁)。

## 3. 刑の免除の判決

刑事判決は、二つのグループ (Gruppen) に分たれる。刑事判決に於て、有罪の言渡又は無罪の言渡を爲す場合は、その判決は、國家の刑罰請求權を實體的に解決するものである。これに反して、後述に於て説明する停止の場合は、責任に關する宣言は爲されない。何となれば、その場合は、手續上、訴訟條件を缺如するからである。沒收を宣言し又は拒絶する判決は、第一のグループに屬する。

刑法第九十九條によれば、裁判所は、誹毀者の一方又は雙方に對して「刑ノ免除ノ宣告」を爲すことが出来る。かやうな判決の理由は、有罪の言渡を爲す判決と全然同様であり、而かもこの場合には、誹毀行爲が即座に爲し返へされたこと及刑法第九十九條の裁判所の權限が如何なる理由によつて適用せられたかの事由を、附加説明するを以て足りる。なほ、刑法第二百三十三條の場合に於ても、同様である。

## 4. 少年事件の判決

一九二三年二月一六日の少年裁判法 (帝國法律公報一五頁) は、刑法第五十五條乃至第五十七條を廢して、これに代はる新しい規定を設けた。而してその少年裁判法は、少年事件の判決理由に付ても多數の特別規定を設けた。その一部に付ては、少年事件の判決主文の特異性に關して説明した場合、既に本書第三十三頁〔本譯書〕に於て論述したところである。

(a) 少年、即ち十四歳以上十八歳未満の者 (少年裁判法第一條) の犯罪行爲が問題となつて居る場合には、裁判所

は、先づ、犯罪行爲の客觀的構成要件及——辨識力 (同法第三條) は別として——主觀的構成要件の存否を審査しなくてはならぬ (Kiesow, Jugendgerichtsgesetz, Anm. I vor §§ 5—16)。裁判所が、若しこの問題を否定する場合には、少年に對して直ちに無罪を言渡さなくてはならない。若しこの問題が肯定せられる場合には、判決理由は、先づ以て辨識力に論及することなく、C. III. 1. に於て説明した原則によつて、これを作成しなくてはならない。

(b) 次に先づ、少年裁判法第一條の意義に於ける少年に關するものなるか否かを、確定しなければならぬ。

(c) その次に、少年裁判法第五條によつて、教育處分を必要とするか否かの審査の結果を、記載しなくてはならぬ。

この問題の判斷に當つて考慮すべき見地に關して、少年裁判法理由書は

如何なる場合に、教育處分が必要であるかの原則は、これを立てることは出来ない。裁判所は、行爲者の動機を洞察してこれを評價すべきである。この場合、少年の教育が、以前に別に爲された教育處分によつて十分に保證せられ又は國家の干涉なくして十分に保證せられて居るか否か、を考慮しなくてはならない。又行爲者が、その性向又は年齢からして、一般に、尙ほ教育的感化を收め得るものであるか否かの見地も、これを等閑に附してはならないと注意して居る。

キーゾー (Kiesow) がその少年裁判法第五條の註7.に於て述べて居るやうに、少年裁判法は、判決理由に關する規定を設けて居らない。然し、兎も角、裁判所が教育處分の必要を是認し又は否定した考量及裁判所をして教育處分を選択するに至らしめた指導的の考量は、少年のその他の處置並教育處分の實行に付て、極めて大なる意義をもつものであるから、正にこれを判決理由中に記載して然るべきである。勿論、この場合、論理的な證明を爲すことを得ない問題が多く取扱はれるのであるから、判決理由にかやうな考量を記載することについて、餘り多くの要求を爲すことは出来ないであらう。

教育處分が必要であるか否かの判定は、如何なる場合に於ても、然り又は然らずとして、判決中にこれが回答を爲さなければならぬ。従つて裁判所は、如何なる場合にも、この問題を放任することは許されぬ。

若し裁判所が、少年裁判法第七條第一號乃至第五號に列舉せられた教育處分を不十分として、むしろ、保護教化を必要と認めた場合には、同法第五條第二項第三段の條件が存在する場合に限つて、その命令を爲すことが出来る。然らざる場合には、判決主文は

教育處分ヲ必要トス

其ノ選擇並命令ハ後見裁判所ニ之ヲ委任ス

との宣言に、これを制限しなくてはならない。而して、保護教化を命じた判決理由は、保護教化を必要と

すること並保護教化を必要とするため同法第七條第一號乃至第五號に列舉する處分命令を除外することを説明しなければならぬ (大審院判決第 六〇卷四七頁)。

(d) 茲に於て初めて、少年法第三條の意義に於ける辨識力の存否の確定に移るべきである。この確定は、教育處分が必要であると思料せられた場合と不必要であると思料せられた場合とを問はず、如何なる場合に於ても、爲されなくてはならない。又、少年を或る犯罪行為に付て責任あるものと宣言する判決に於ては、この辨識力の存在を明示的宣言によつて確定しなければならぬ (Kiesow, Jugendgerichtsgesetz, Anm. 6 zu § 3; Löwe, Anm. 2 zu § 387)。行為の單一又は行為の多數の場合に於ては、辨識力の問題は各箇の犯罪行為に付て特に審査せられなくてはならぬ。

辨識力の検討に當つて、裁判官が、何を審査し又何を確定すべきかの問題に付ては、キーゾー (Kiesow) の少年裁判法第三條の註6.によれば、以下のこと、即ち

辨識力の重要な目安は、知力と意力とである。裁判官に於て、被告人が行爲當時これらの能力を有してゐたとの結論に達した場合には、行爲當時までの少年の發育状態を、尙ほ進んで説明することを要しない。むしろ、辨識力の存在を肯定すべきである。裁判官に於て、知力又は意力、或はこれらの兩者の能力を否定する場合に於てのみ、少年の發育状態に論及しなければならぬ。而して、知力のみが欠缺して居る場合も意力のみが欠缺して居る場合も、共に同様に歸責能力は否定せられなくてはならないの

であるが、これら兩者の場合に於て、その能力の欠缺が、正に少年の精神的又は倫理的の發育に基いて  
 居るときに、初めて、その否定が許される

とことが考慮せられなくてはならない。

従つて、少年にあつては、行爲當時に於ける辨識力の存在が否定せられるならば、責任なきものと宣言  
 せられ且無罪の言渡がなされなければならない。かくて、全く、教育處分の判断のみが残る。而して、若  
 し教育處分が必要でないと思料せられるならば、單に無罪の言渡のみを爲すべきである。然らざる場合に  
 は、無罪の言渡と同時に、その判決中に、少年法第五條第二項による處分が命せられなくてはならない。

(c) 若し、辨識力の存在が肯定せられるならば、教育處分を必要と思料せられるか否かを區別しなけれ  
 ばならない。

若し教育處分を必要としない場合には、少年に對して責任を宣言して且刑の言渡を爲さなければならな  
 い。尤も、裁判官は、輕罪及違警罪の場合に於ては、特に輕微な事案に限つて、刑の言渡を爲さざること  
 を得る(少年裁判  
 法第九條)。

辨識力が肯定せられ且教育處分を必要と思料せられる場合には、少年裁判法第六條によつて、教育處分  
 を以て足るか否かの問題を説明しなければならぬ(Love, Armitage (註1))。而してこの場合、少年裁判法第五  
 條及第六條の理由書によれば、次のこと、即ち

この問題の解決に當つては、先づ第一に、行爲者の人格と、教育處分の命令並施行が行爲者に及ぼす  
 豫見的の影響性とを顧慮しなければならぬ。然し、刑の量定の場合と同様に、この顧慮のみが決定的  
 のものであることを得ないであらう。刑の言渡を爲さざること並刑に代はる教育處分が一般に及ぼす影  
 響性をも顧慮すべきである。尙ほ、被害者の賠償請求權に對しても、裁判所は考慮を拂はなくてはなら  
 ない

とことが考慮せられねばならない。

この場合の判決理由に付ては、教育處分が必要であるか否かの確定の場合。に於て述べたところが、妥  
 當しなくてはならない。

教育處分を以て十分と認められた場合には、少年裁判法第六條によつて、刑の言渡を爲すことを得ない。  
 而して、この場合に爲し得る判定は、既にB. II. 5. に於て判決主文に付て論じた際に説明したところである。  
 教育處分を以て不十分と認められた場合には、その判定は判決理由中に於てのみ表現せられる。

(註一) 被告人に有罪の言渡を爲す場合に、この規定の顧慮せられたことが、判決の裁定部分から直接明かでないときには、裁判所  
 は、この必要な考慮を爲したことを判決理由中に於て明かにしなければならぬ。裁判所が刑の言渡を爲したといふ事實のみから  
 直ちに、裁判所が教育處分を以て足るか又は刑と共に教育處分を必要とするかの問題を審査した、との結論に達することを得ない

(大審院判決第五。  
 九卷三七四頁)

(f) 刑の量定の問題に付ては、少年裁判法第九條の規定が考慮せられなければならない。少年裁判法第九條の刑の輕減が、その他の輕減事由と俱發する場合には、それら總べての輕減事由が考慮せらるべきであり、而かも、少年裁判法第九條の輕減が、最後に考慮せられなくてはならない。刑罰法規に有期の懲役刑が規定せられてある場合には、少年に對しては、法定刑種ではなく處斷刑種の最短期と同一の最短期(大審院判決第五(九卷一四一頁)、即ち禁錮一日以上、法定の最高懲役刑の二分の一の限度に於ける最高禁錮以下に於て言渡を爲すべきである(DRZ. 25。Nr. 223))。

(g) 尙ほ少年裁判法第十條第二項は、判決理由にとつて、重要な規定を含んでゐる。即ち

刑ノ執行ヲ猶豫セザル場合ニハ、判決ノ理由ニ於テ刑ヲ執行スル旨又ハ刑ノ執行ヲ猶豫スル裁定ヲ猶豫スベキモノナル旨ヲ表示スルヲ要ス

と。

この規定は強行的である。従つて判決の必要的部分を確定するものである(DRZ. 25。Nr. 140)。

(h) 更に、少年裁判法第十三條並第四十一條によつて爲された判斷の理由を附しなくてはならない(vgl. R. I. 5。)

(i) 少年事件に於ては、刑事訴訟法第二百六十七條第四項の省略判決は許されない(少年裁判法第(四七條第一項))。少年裁判法理由は、この規定を次の如く、即ち

裁判所が刑の言渡又は教育處分の確定を爲すに當つて運らした考慮は、事情によつては、その命せられた處分を正當に實施するに付て、極めて價值があるものである。この場合、特に必要な裁判所の自己省察の利益に於ても、少年事件に於ては、判決の理由を詳細に付する原則を遵守することが命せられて居るものと見るべきであると説明して、正當化して居る。

5. 沒收の判決

沒收の判決(刑法第一五二條第四二條刑(訴訟法第四三〇條以下))は、その性質によれば、有罪判決であり、刑事法上の理由から沒收が拒絶せられる場合には、無罪判決と同様である。而かも沒收の判決は、有罪判決並無罪判決と同じく實體的の説明を必要とする。従つて、刑事訴訟法第二百六十七條は、沒收の判決に適用せられる(大審院判決九頁、第一六卷二六八)。多くの場合、事案が極めて簡單であるところから、その理由は短いのを例とする。例へば

記録ノ前部ノ包裝ニ在ル一九一〇年貨幣番號Aナル獨貨ニマルクハ之ヲ沒收ス  
費用ハ國庫ノ負擔トス

理由

商人マイエルハ、一九一四年五月六日ベルリンニ於テ賣溜金ノ現金勘定ヲ爲シタル際、判決主文ニ掲

記シタルニマルク貨幣ヲ發見シタリ。彼ハ、何人ヨリ之ヲ受取リタルカヲ知ラザリシモ、其ノ貨幣ノ不眞正ナルコトヲ感ジタルヲ以テ、之ヲ警察署ニ持參シタリ。ベルリンノ造幣局ノ鑑定ニ依レバ、其ノ貨幣ハ鉛ト錫トノ混合ヨリ成リ、從テ偽造ノモノナリ(刑法第一四)六條以下。

仍テ刑法第五十二條ノ條件ヲ存スルヲ以テ該ニマルク貨幣ハ之ヲ沒收スルノ言渡ヲ爲スといふが如きである。

既に本書第二八頁(本譯書三頁註二)註一に於て説明したやうに、沒收は、判決主文中にこれを宣言し且沒收の目的物を詳細に表示して宣言しなければならぬ。もし、この詳細な表示が判決主文に爲されなかつた場合には、判決理由に爲されなくてはならない。判決理由に於ては、例へば、沒收が刑法第四十條によつて言渡される場合には、その詳細に表示せられる目的物が、故意の重罪又は輕罪によつて如何にして生じたか、又は、重罪もしくは輕罪を犯さんが爲に如何なる程度に於て使用せられたか、を説明すると共に、犯人又は共犯者に屬するものであるか否か、を説明しなければならぬ(Dr. 347)。

#### 6. 中止その他の判決

手續の中止を宣言する判決(刑事訴訟法第二六〇條二項)の理由に付ては、法律は何等の規定を設けて居らない。この場合、有罪判決及無罪判決のみを取扱つて居る刑事訴訟法第二百六十七條は、直接に適用せられないと同時に準用もせられない。蓋し、上述に於て説明したやうに、この中止の判決は、單に訴訟條件を否定する

に止まり、從つて現在の訴訟手續を不合法と宣言し、被告人が有罪であるか無罪であるか(刑事訴訟法第二六七條第五項)には何等の關係を有しないといふ點に於て、その他の判決と區別せられるからである。中止の判決のこの本質からして、その理由の内容及範圍が自から明白となつて来る。即ち、判決理由は、事實狀態を簡短に説明し、事實上の確定を爲すことなく、ただ、當該訴訟條件のみを論ずべきである。各箇の場合に於て注意すべきことは

(a) 告訴を待つてのみ訴追すべき犯罪行為に付て、必要な告訴の存在しないことが明白となつた場合、又は告訴が適法な時期に取下げられた場合には、手續の中止を宣言することを要する(刑事訴訟法第二六〇條第二項)。この場合、判決作成者は、たとひ、證據調が爲され、そして、例へば身體傷害の構成要件が證明せられたとしても、告訴の欠缺が認められたときには、犯罪行為を確定することなく、むしろ、簡単に

被告人ハ……十六歳ノエルンストブロックノ頭部ヲ拳固ヲ以テ毆打シタルモノトシテ罪ヲ問ハレタリ。而シテ刑法第二百三十二條ニ依ル必要ナル告訴トシテ適法ナル時期ニ告訴ヲ爲シタルハ、被害者ノ母ナリ。然ルニ告訴權者ハ……ノ理由ニ依リ其ノ父ノミナリトス……

と説明すべきである。

このことは、告訴の取下があつた場合、その取下が證據調の前なると後なるとに拘らず、同様に妥當する。

公判開始決定が危険身體傷害を認めたと反して、裁判所が單純身體傷害を認定し、而かもこの場合、もし告訴が存在しないならば、裁判所は、危険身體傷害につき無罪を言渡すべきではなく、むしろ、中止を言渡さなくてはならない。何となれば、公判の結果に於て現はれた行爲は——刑事訴訟法第二百六十四條——單純身體傷害罪だからである。然しこの場合、事實關係は、上級裁判所の事後審査を可能ならしめるため、詳細に説明されなくてはならない。

(b) 告訴のほか、尙ほ多數の訴訟條件が存在する。時効、確定判決、裁判權又は事物もしくは土地の管轄の欠缺、訴追に對する國議會の承認の欠缺等が即ちそれである。これらの場合、如何に判決すべきかに付ては、法律の明言しないところである。然し乍ら、これら訴訟條件は、刑事訴訟法第二百六十條第二項の場合と全く同様の關係に立つものであるから、これらの場合、手續の中止を言渡すことは、單に適法といふのみでなく、むしろ、相當である。いづれにしても、當該刑事訴追を不適法と宣言することは許されないものではない(註一)。又これらの場合、無罪を言渡すことは、如何なる關係に於ても許されない。而して、これらの判決に於ては、事實上の確定は一般にこれを避くべきであつて——ただし、既判力の抗辯が提出せられた場合には事實上の確定を必要とすることがある——ただ訴訟條件のみを詳細に説明しなくてはならない。

(註一) 刑事訴訟法第二百六十條によれば、判決は、ただ無罪又は有罪或は中止を言渡し得るに過ぎないのであるから、これらの場

合には中止を言渡さなくてはならない、との大審院の説示(大審院判決第四一巻)に對しては承服し難い。同條は、その他の判決を排除せんとするものではなく(上述第三)、むしろ、單に「審級の離脱」を禁止せんとするものたるに過ぎない。

(c) 以上に説明した場合と全然異なつた中止の場合が、刑事訴訟法第三百八十九條に規定せられて居る。即ち

裁判所が、公判審理ノ結果、證明セラレタリト思料スル事實ニシテ本章ニ規定スル手續ノ適用ヲ受ケザル犯罪行爲ヲ成スモノト認メタルトキハ、其ノ事實ヲ明白ナラシムル判決ヲ以テ手續ノ中止ヲ言渡スコトヲ要ス

との規定である。この場合には、法律自身が理由を規定して居り、それに付ては、既に事實上の確定に關して説明したところが總べて妥當する。

#### 7. 控訴判決及上告判決

(a) 控訴判決 上訴の適法性に付ては、判決は、單にこの點に疑が生じた場合に限つて、これを宣言するを以て足りる。上訴を不適法として却下する場合には、理由は、ただ、上訴が時期に後れて居るとか又は上訴が適法な方式を以て提起せられなかつたとかを説明すればよいのである。従つて、事實の本體に論及することは排除せられる。控訴判決は、その本質によれば、被告人の責に歸すべき判斷を含むと同時に第一審判決の事後審査を含む點に於て、第一審判決と區別せられる。第一審判決が變更せられると否とに



拘らず、常に前審の判決理由を評價することが、上級裁判所の任務とするところである。従つて、控訴を棄却する場合に、控訴裁判所が前審判決の意見を單に賛成的に引用することは相當でないであらうし、又攻撃せられた前審判決を廢棄する場合に、前審裁判官が理由中に現はして居る意見を無視することは正常でないであらう。

箇々の場合に於て、事實上の確定、刑罰法規並その刑事訴訟法第二百六十七條の要件の記載に關しては、第一審の判決に於けると同様のことが妥當する(刑事訴訟法第三三二條)。刑事訴訟法は特別な要件を規定して居らない。ただ、通常、理解を容易ならしめるため、判決理由の冒頭に、第一審に於て如何なる事實が確定せられ又被告人が如何なる範圍に於てその判決を攻撃して居るかを摘示して居る。次に、事實上の確定を、控訴裁判所が如何なる事實を證明あるものと認めたかに付て完全に記述しなければならぬ。而してこの場合、第一審の確定を繰り返すことは、一般に合目的ではない。又、證人A及Bの供述が朗讀せられ、證人C及Dが新たに喚問せられたとの摘示も無用であり(本書五(本譯書)四頁(七七頁))、同様に控訴理由書を移記することも無用である。他面、控訴理由書に記載せられてある不服の點に對して意見を述べなくてはならないことは、固より當然であり、同様に又、第一審判決の確定と異なつた點を特に明記することを相當とする。

事案が第一審判決と全く同様に證明せられた場合には、控訴判決に第一審判決の事實上の確定を引用することは、しばしば行はれて居るところである。この場合、控訴判決には、法律上の見解と被告人の辯解

を措信しない理由とが説明せられて居るのみである。この手續が大審院によつて是認せられて居るのは、蓋し當然のことである(大審院判決第五九卷七八頁)及(四二七頁第六六卷八頁)。この場合、第一審判決が上訴裁判所及被告人に判明となつて居る點に於て、本書第四九頁(本譯書)に説明した場合と、事柄が稍々異なつて居る。即ちこの場合、これがため訴訟關係人に對して何等の疑義を生ぜしめることなくして、二重の記載勞働を省くことが出来る。然し、これは、第一審と第二審との確定が全く一致して居るか又はその兩者の差異が明確に特定の記載せられてあることが、その必要的な要件である。事實上の確定が *in der Hauptsache* (大體に於て) 又は *im wesentlichen* (主要な點に於て) 參審裁判所の確定したところと同様である、といふやうな表現は不適法である(註1)。

(註1) ベルリン控訴院は (GoldArch. 74, 334 に於て) 兩者の判決の證據の基礎が同一であることを條件としてのみ、かやうな引用を適法なものとして居る。

控訴が單に刑の量定に關してのみの理由によつて提起せられた場合には、刑の範圍が事後審査の唯一の對象となり(刑事訴訟法第三二七條) 従つて、理由を附する唯一の對象となる。責任の問題に付ての第一審判決の宣言は、既判力を生じて居る故、事實上の確定に觸れることは、無用である許りでなく却つて誤りであるであらう (GoldArch. 56, 133 所載の)。この場合、控訴が豫め刑の量定に制限せられて居つたか、又は公判の審理中に初めて刑の量定に制限せられることになつたかは、問ふところではない。従つて、事實關係は、第一審

判決からそれ自體が讀者に理解せられる程度に報告されて居るのが一般である。例へば

被告人ハ、Aヲ一八九九年六月二日附ノ郵便葉書ヲ以テ、「此ノ哀レナ高利貸」、「此ノ哀レナ吸血漢」ト呼ビタルモノナリトノ確定ノ下ニ參審裁判所ニ於テ、誹毀罪ニ依リ禁錮三月ニ處セラレタリ。此ノ判決ニ對シ被告人ハ刑ノ量定ニ關スル範圍ニ於テ控訴ノ申立ヲ爲シタリ。控訴ハ理由アリ。被告人ハ未ダ曾テ刑罰ヲ受ケタルコトナシ、更ニ被告人ハ、Aガ被告人ニ殘存債權ヲ嚴シク取立テタル爲、經濟的ニ破滅シタリ。而シテ被告人ハ、Aノ取立ニ依リ自己ノ全財産ガ強制競賣ニ付セラレタル日、其ノ葉書ヲ認メタルモノナリ。從テ……ノ罰金刑ヲ以テ相當トス

と記述するのが一般である。

檢事が、刑を加重すべき理由を以て、控訴を爲した場合には、刑事訴訟法第三百一條は適用せられない。尤も、控訴裁判所は、この場合、刑を輕減することは出来るが被告人に無罪を言渡すことは出来ない

(刑の量定所)。從つて、この場合に於ても亦、刑の量定のみにて理由を附しなければならぬ。

第二審の無罪判決に付ては、ただ、第一審の確定を簡短に引用するほか、第一審の無罪判決に對すると同一のことが妥當する。例へば

被告人ハ、一九一七年十一月三日ラウカノ大工ベツテルノ手斧ヲ其ノ住居ヨリ奪取シタリトノ確定ノ下ニ、參審裁判所ニ於テ、竊盜罪ニ依リ處斷上ノ禁錮三日ニ代ヘ十五マルクノ罰金刑ニ處セラレタリ。

被告人ノ控訴ハ理由アリ。蓋シ、證人バウムノ妻ノ疑フ餘地ナキ證言ニ依レバ、同女ガ被告人ニ對シ、手斧ノ修繕方ヲ請負ヒタルベツテルヨリ同女所有ノ手斧ヲ取り來ルベキコトヲ命ジタルモノナルコトガ判明シタルヲ以テナリ。斯クテ被告人ハベツテルノ住居ニ到リタルトコロ何人ニモ會フコトヲ得ザリシニヨリ、誤リテ間違ヒノ手斧ヲ持チ歸リタリ。之等ノ事情ニ依レバ、不法領得ノ意思ヲ斷ズルヲ得ズ、從テ被告人は無罪トス

と説明すべきである。

第一審判決が、刑事訴訟法第三百二十八條によつて、手續の瑕疵のため廢棄せられる場合には、事實上の確定は不要であり、むしろ、その瑕疵が理解せられる程度に事實關係を説明して、その瑕疵を詳細に説明するのが通常である。

第一審裁判所が、不當に管轄權を認めたことによつて (刑事訴訟法第三二八條第三項)、その判決が廢棄せられる場合には、攻撃せられた判決の事實上の確定は簡短に移記せられなくてはならない。何となれば、さやうにすることによつてのみ、管轄權のなかつたといふ説明が理解され得るからである。

刑事訴訟法第三百二十九條第一項による判決の場合には、判決理由は、同條に定むる條件の存在を證明しなければならぬ。而かも、その場合、被告人のため免責事由が主張せられて居るならば、その内容及裁判所に於てそれを不十分と思料する考量を記述することが必要である。

## (b) 上告判決

上告判決に付ては、刑事訴訟法は何等特別の規定を設けて居らない。上告判決にも理由を附しなればならないことは、刑事訴訟法第三百五十六條から結論せられる。刑事訴訟法第二百六十七條の規定は、上告判決には適用せられない。蓋し、上告裁判所は、事實上の確定を爲すことを得ない地位に在るからである。何が上告判決に屬すべきかは、合目的及理性の問題である。上告が不合法として却下せられる場合には、攻撃せられた判決の内容に論及すべきでなく、むしろ、その不合法なることの理由を附すべきであることは、多くを言はずして先づ明かである。同様に、上告が、刑事訴訟法第三百四十條に反して、單に手續規定に違背して居ることのみを理由として居る場合には、ただ、その攻撃の不合法なことが説明せられればよいのである。

然し又、實體的の責問が取扱はれて居る場合にも、構成要件類似の事實上の説明を爲すべきではない。それは、被告人が第一審及第二審に於て如何やうに刑罰を受けたか、又は第一審及第二審の刑事部が如何なる事實をその證明あるものと思料したか、を説明するのが目的でもなく、被告人が適式な上告を適法の期間内に提起したかを説明するのが目的でもないからである。

上告判決も、上告以前の判決と同様に、判決それ自體から分明であることを要するのは勿論である。各箇の上告論點を批判する場合に、攻撃を受けた判決を爲した刑事部の事實上の認定は、事案を明瞭とする

ために必要である限り、簡単に説明すること以外に、何等これを説明するの要を見ない(註一)。従つて事實説明は全く無用である。民事判決の方法に従ふ訴訟上の経過の説明は、上告判決に於ても、前審判決と同様に、これを爲すべきでない。又、判決が、完全明瞭にして、而かも無用な附言を總べて避け、判斷を分明に理由付けなくてはならぬとの原則は、上告判決にも妥當する。刑事訴訟法第三百五十二條によれば、判斷の對象は上告申立書に記載せられた事項である。従つて大審院は、その判決を直ちに上告理由から書き始め、次に法律説明を以て結ぶのである。

されば、多數の各箇の上告理由が提出せられて居る場合には、凡そ次の如く、即ち

本件上告ハ理由ナシ

上告申立人ハ

第一點、原審裁判所ガ兇器ノ概念ヲ誤解シタルモノナルコトヲ主張ス。然レドモ云々……。

第二點、故意ガ十分ニ確定セラレザルコトヲ主張ス。然レドモ云々……之ヲ排斥ス

と理由を附するのが通例である。

多數の上告論點が提出せられないで、例へば、刑法第二百二十三條の違反が一般的に責問せられて居る場合には、原審刑事部の確定を簡単に記載し、次いで、當該法規が該事件に適用せられることを正當とするか否かを説明すれば十分である。即ち

原審刑事部ハ、被告人ガBヲ不意ニ後方ヨリ濠ノ中ニ突キ落シ、之ガ爲Bノ右膝ヲ捻挫セシメタルモノナルコトヲ證明アリト認メ、該事實ヲ以テ偽計ヲ用ヒテ襲撃シタル身體傷害ト爲シタリ。本件ニ付刑法第二百二十三條aヲ適用スベキハ、法律上、寸毫ノ疑ヲ挾ム餘地ナキ所ナリ云々……と。

(註1) 同説 Lucas (340) Däubenspeck (Vorberetungss-)

### D 設 例 (註一)

(註一) 紙面を節約するため、設例は、總べて、簡単な證據判斷及簡単な法律上の説明を爲して居るものを選んだ。司法官試補が、判決を修習するため、これに付て模範とすることを、その眼目とした。而して設例には、(a)に於て事實上の確定、(b)に於て據證判斷及被告人の陳述、(c)に於て法律上の説明、(d)に於て刑の量定が爲されて居る。然しこの四つの段を(a)(b)(c)(d)の文字を以て記載したのは、初心者に確實を期するためのものであつて、固より判決の草案に、かやうな表示をなすべきではない。要約的確定を爲さんとするものは、(d)の前に爲すべきである。

#### 1. 參審裁判所の判決

判 決

被告人ヲ營利狩獵ニ依リ禁錮一年ニ處ス

訴訟費用ハ被告人ノ負擔トス

押收ニ係ル銃一挺、實包二十箇及藥莢一箇ハ之ヲ沒收ス

V.R.W. (法律ニ依リ)

### 理 由

(a) 最近二、三年間、「リーベンタール」並「タルゲン」平原ノ狩獵權者等ハ密獵ノ行ハレ居ルコトニ氣付キ居リ、屢々銃聲ヲ聞キ、夥多ノ射創ヲ負ヒ又ハ憔悴セル野獵ヲ發見シタリ。「リーベンタール」ノ驛長ハ「リュックサクク」及長キ包ヲ所持シテ其ノ地方ヲ漫歩セル太短イ男ヲ目撃シタルコトアリ。一九一六年十月三十日ニ於テモ右驛長ハ再ビ此ノ男ヲ見タリ。茲ニ於テ該驛長ハ電話ヲ以テ「マリエンウエーデ」ノ警部補「フオーゲル」ニ對シテ其ノ由ヲ通知シ、同警部補ハ田舎街道ニ於テ長キ箱ヲ小脇ニ抱ヘタル此ノ男——ソレハ被告人ナリシナリ——ニ出會ヒタリ。而シテ被告人ハ、同警部補ノ訊問ニ對シ、此ノ箱ニハ蕪ヲ入レ居ルモノナリト答ヘタリ。然シ「フオーゲル」ハ、其ノ箱ノ中ニ嫌疑ト爲ルベキ或ル軟キモノノ存在スルコトヲ感シタルヲ以テ、被告人ヲ交番ニ同行シタリ。交番ニ於テハ、其ノ箱ノ中ニ蕪ノ外、射チ立テノ野兔一匹及分解シタル獵銃一挺ガ發見セラレ、又被告人ノポケットノ中ニ實包二十箇及藥莢一箇ガ發見セラレタリ。

其ノ後、被告人ノ家宅搜查ノ結果、新鮮ナル肉ノ現ニ附着セル野兔ノ骨及新鮮ナル野兔ノ焼肉ガ發見セラレタリ。被告人ハ、當初否認シタルモ、後十月二十三日ニ至リ野兔ヲ撃チ取りタル旨ヲ自白シタリ。警察ハ、被告人ハ、其ノ隣人ノ供述ニ依リ、常ニ住家ニ多數ノ野獸ヲ有シ、一九一五年及一九一六年ニハ、「ブヘッケル」ノ妻ニ野兔二匹ヲ賣却シ、商人「ホフマン」ニ小鹿一匹ヲ賣却シ、獸肉商「グルンベル