

77

252

刑法ノ真使命

91-252

花井法學博士序
天野德也著

刑法

ノ真使命

東京 平和書院發行

48.9.15
丙亥

序

刑法運用の至難なる、人皆之を認む。蓋し刑の裁量自由に
して準繩の以て示すべきものなければなり。學者實際家
各見る所を異にし、甲是乙否、議論紛々歸著する所を知らず、
朝野の法曹、五里霧中に彷徨し、茫然自失手を下すに道なき
に似たり。新法實施の後、判決其當を失し、世の非難を免か
れさりしもの誠に故あるなり。此の如くにして、國家の秩
序、公共の安寧を保全し、個人の權利自由を護り、世道人心の
頹廢を救はんと欲す、抑又難矣哉。是れ經世に志ある者の
痛嘆憂慮措くこと能はざる所以なり。

惟ふに、刑法上、裁判官に授くるに自由裁量の權を以てし、其

輕重用舎を一任したる所以のものは、國家が裁判官を信し、其責務を負はしたるに外ならず。是を以て量刑の標準如何の問題は、裁判官の事に當る前、必ず第一著に研究せざるへからざる緊急事項たり。若し夫れ此標準に關する研究にして、苟も盡さる所あらんか、如何に赤誠を致すと雖も、正當なる裁判を得る能はさるや言を俟たず。故に余は敢て斷言せんとす。曰く凡そ何人たるを問はず、量刑の標準に付て明確の見解を得るまでは、決して法官と爲ること勿れ。既に其職を奉ずる者は、宜しく其冠を掛け其服を脱し、以て布衣の列に下るへし。然らざれば尸位素餐の譏を免かれざるへしと。

中央大學法學士天野徳也君、茲に見る所あり、刑法の眞使命を著はす。就て之を見るに、先づ刑法竝に刑罰に關する大原則を明にし、論して量刑の標準に及ぶ、立言正大、快刀亂麻を斷つ概あり。正義と仁愛の調和者として、ヘーゲル派の唯心論を捨てざると共に、犯罪の個人的及び社會的觀察を怠らす。近世自然科學の長を認むと雖も、千古に貫通する正義應報の觀念を排けず。能く折衷學派の爲めに萬丈の氣焰を吐けり。而して伊佛學派の極端なる唯物論、純粹なる人格論を擊破して意氣天を衝けり。余は悉く著者の説に賛成するものにあらず、然れども、斯書一出、刑法の運用上、難易其所を換へ、世に鴻益あるは多言を待たざる所なり。

著者、往年中央大學に學ひ、其名夙に同學の間に聞ふ。卒業の後、塵事多端志を研究に専らにすること能はずと雖も、其篤學なる一日も讀書を懈らす、好んで目を刑法の書に曝らし、造詣特に邃し。乃ち一言を序して書と人とを紹介し、刑法學界の爲めに其貢獻の徳を頌せんとす。

明治四十三年八月望 備後三原客次

法學博士 花井卓藏識

自序

方今、我刑法の學界に於ける論戰は、漸く酣ならんとす。是れ實に學術進歩の上より見て、大に喜ふべきの現象ならずや。

牧野(英一)氏は、夙に伊佛學者の流を汲み、悪性論を唱道し。天稟の才氣に依り、多年官私の大學に於て、其所信の講述に努めたる結果。都下數千の法學學生をして、所謂悪性を口にせざる者、一時殆んと之なきに至らしめ、漸く我司法の實際をも動かさんとす。其勢力實に盛なりと謂ふへし。余や資性暗劣、何そ高妙深遠なる法理を云爲するに足らん。然れとも竊に以爲らく、氏の所説は、所謂英雄人を欺くもの

なりと。仍て左に數箇の疑問を掲げて之を世に問ふも必ずしも無用の業にあらざるへし。

一 氏は、我刑法の精神は罪と刑とを法律にて定むるの主義を排斥するに在りと論ず。是れ果して我國法上是認せらるへき所乎。

二 氏は、刑罰の目的は犯人の改善に在りて、普ねく世人を鑑戒するの旨意に出つへきものにあらずと論ず。是れ果して刑罰の眞髓を傳ふるもの乎。

三 氏は、刑法の解釋は嚴正なるへしとの從來の通説に反對し。直接の明文なきも比附援引して解釋すへしと論ず。是れ果して認容するを得へき所乎。

四 氏は、罪の疑はしきは之を重くせよ。其人を憎て其罪を憎ますと説く。是れ果して正當なる見解と謂ひ得へき乎。

五 氏は、刑法は正義の觀念若くは應報の思想を基礎と爲すへきものにあらずと主張す。是れ果して誤謬なき説と謂ひ得へき乎。

余を以て之を見れば、氏の所説は理論上根本的に誤れるのみならず。之を實地に施さは、刑法を危地に陥れ、人權の保護を絶無たらしむるもの、其弊たるや、實に豫測すへからざるものあらんとす。

惟ふに、學術は異見相闘ふに進み、附和雷同に退く。是れ余

の本書に於て氏と論戦を試みたる所以なり。
余や極めて淺學菲才、加ふるに不文を以てし、敢て先進の高
論に對し漫りに妄評を下す。其罪誠に淺からず。然りと
雖も若し斯舉にして、學説を催進するの一端ともなり。又
涓滴の微と雖も、國家刑政の上に裨益あることを得は、榮何
そ之に加ん。

明治四十三年八月一日

天野德也識

刑法ノ眞使命目次

第一章	刑法ノ目的	一
第二章	刑罰ノ主旨	三〇
第三章	科刑ノ基礎	七五
第四章	憲法ト罪刑法定主義	九九
第五章	刑法ト罪刑法定主義	一一〇
第六章	刑法ノ解釋	一一七
第七章	量刑ノ標準	一三〇
第八章	處罰ト犯人	一七〇

刑法ノ眞使命

東京 天野 徳也

第一章 刑法ノ目的

○目的ノ在所ハ法律ニ因テ生スル所○刑法ノ目的ハ共同生活ノ利益ヲ保護スルニ在
 リ○是レ今日議論ノ存セサル所○目的思想ニ伴フ結果○刑法ハ人ノ消極的準則ヲ規定
 ス○之ヲ以テ刑法ノ大眼目トス○刑法ヲ刑罰法ナリト解スルハ本末轉倒○刑法ノ明文
 ニ就テ之ヲ論ス○プリンス博士ノ異説——其批評○刑法ノ内容○犯罪ノ意識——江木
 博士ノ説明ハ頗ル優秀——牧野氏ノ説明ハ難解——石渡博士ノ説正シ○刑法ト他ノ法
 律及道德、風俗、習慣トノ關係

目的ノ在所
ハ法律ニ因テ
生スル所

碩學イエリング氏言ヘルコトアリ曰ク『目的ハ總テノ法律ノ創造者ナリ』
ト知言ト謂ツヘシ凡ソ法律ハ其公法タルト私法タルト又實體法タルト手

刑法ノ目的

刑法の目的
は公共生活
の利益を
保護する
に在り

續法タルトヲ問ハス必ス之ニ依テ以テ達セントスル所ノ目的ナキコトヲ
得ス目的ノ存スル所ハ則チ法律ノ因テ生スル所ナリ今刑法ヲ觀ルニ亦一
定ノ目的アリ其目的ハ社會ニ於ケル公私ノ利益ヲ保護シ以テ共同生活ノ
進歩安全ヲ期スルニ在リ即チ刑法カ豫メ一定ノ準則ヲ規定シ之ニ違反ス
ル者ニ對シ制裁トシテ刑罰ヲ科シ其準則ハ強行ヲ圖ル蓋シ共同生活ノ利
益ヲ完ウセントスルハ目的ニ出ツルナリ勝本博士曰ク吾人人類モ亦他ノ
動物ト同シク慾性ノ動物ニシテ其稟性ハ終始利己のナラサルナシ原始時
代未タ國家ナルモノ、存在セサルニ當テヤ各人ハ互ニ其慾性ヲ肆ニシ他
人ニ屬スル物ト雖モ若シ之ヲ得ント欲スルトキハ暴力ニ訴フルモ尙ホ之
ヲ奪取シ對手者亦腕力ヲ以テ之ヲ防禦シ之ヲ反擊セリ隨テ此時代ニ於テ
ハ各人ノ腕力ハ即チ其慾性實行ノ範圍ニシテ所謂弱ノ肉ハ強ノ食タリ吾
人人類ノ生活漸ク進歩シ茲ニ團體的國家生活ヲ營ムニ迄ンテヤ右ノ如ク
各人ヲシテ其慾性ヲ肆ニセシメンカ團體ノ秩序ハ之ニ依テ攪亂セラレ共
同ノ生存ニ依リ有無相通シ強弱相扶ケ以テ各人ヲシテ最モ幸福ナル生活

是レ今日
之論ニ存
セサル所

ヲ全ウセシメントノ目的ハ遂ニ之ヲ達スルコト能ハサルニ至ルヘシ茲ニ
於テヤ國家ハ先ツ法規ヲ定メ各人ニ屬スル權利及ヒ其境界ヲ明ニシ以テ
之ヲ保護シ若シ違フテ之ヲ蹂躪シタル者アルトキハ直接ノ履行又ハ損害
賠償ヲ強要シ尙ホ且ツ十分ナラサルトキハ其行爲ヲ名ケテ犯罪トシ刑罰
ト稱スル嚴重ナル制裁ヲ附シ以テ權利保護ヲ目的トスル法律ノ確立ヲ保
障ス茲ニ於テカ刑法生ス焉（刑一頁參照）ト簡ニシテ能ク其要ヲ得タリ而シ
テ斯ノ如キハ今日何人モ疑ヲ容レサル所ナリト信ス刑法學上今ヤ中歐ノ
天地ニ於テハ正統刑法學派ト社會刑法學派トノ論戰極メテ盛ニシテ甲論
乙駁互ニ相下ラスト雖モ其兩學派ノ中孰レニ屬スル者タルヲ問ハス刑法
ノ此目的ヲ無視スル者ハ畧ト之アルコトナシ大場ドクトルハ左ノ如ク言
ヘリ

『法律ノ目的ハ人類利益ノ保護ニ在リ特ニ刑法ノ目的ハ人類ノ利益中特
別ニ保護ノ價值アリ且ツ特別ニ保護スルヲ必要トスル利益ノ保護ニ在
リ人類ノ利益ヲ保護シ社會ノ秩序ヲ維持スルハ法律ノ目的ナルト同時

ニ刑法ノ目的ナリ此點ニ於テハ應報刑ヲ主張スル正統刑法學派及ヒ保護刑若クハ目的刑ヲ主張スル社會刑法學派モ俱ニ一ニ歸シ敢テ睨雖スル所ナシ

正統刑法學派ハ刑法ノ目的タル利益保護ノ最良ノ手段ハ應報刑ニ在リトスル者ナリ即チ應報刑ニ基キタル刑法ニシテ始テ總般的及特別的防歴ノ效力ヲ奏シ得ヘク從テ最モ能ク人類ノ利益ヲ保護スルコトヲ得ルモノナリト云フニ在リ之ニ反シテ社會刑法學派ハ總般的防歴ヨリハ寧ロ特別的防歴ニ重キヲ置キ刑罰ノ任務ハ犯罪者ニ存スル危險ナル原素ヲ鎮滅若クハ減少シ以テ人類ノ利益ヲ保護スルニ在リト論スル者ナリ即チ刑罰ハ犯罪ニ對シ施スヘキモノニアラスシテ犯罪者ノ非社會的性格犯罪的特質ニ對シ用ユヘキモノナリト主張ス之ヲ要スルニ刑法ノ目的ハ人類ノ利益ノ保護ニ在リトノ點ハ兩派ノ相一致スル所ナリト雖モ此目的ヲ達スル手段タル刑罰ハ如何ニ之ヲ定ムヘキヤニ至テハ各見ル所ヲ異ニシ其意見ノ合致ノ如キハ到底之ヲ望ムヘカラサルカ如シ(最近

政策根本問題(三) 乃至八頁參照

- (註) 此點ニ付テハ左ノ諸書ヲ參照セサルヘカラス
- リスト氏 刑法教科書第十七版六五頁
- イエリシグ氏 法律ノ目的第三版第一卷四八五頁
- ワツハ氏 自由刑ノ改正六五頁
- フインガー氏 獨逸刑法教科書四四頁
- ビルクマイヤー氏 保護刑及報應刑 *Gerichtssaal* 第六七卷四〇二及四〇七頁
- フランク氏 應報刑及保護刑一頁
- ベリンケ氏 應報的思想及民法ニ對スル觀念一頁
- 江木氏 現行刑法原論卷之一ノ三五乃至三八頁
- 勝本氏 刑法總論講義一頁
- 岡田氏 刑法講義九頁
- 泉二氏 改正日本刑法論二〇乃至二六頁
- 牧野氏 刑事學ノ新思潮ト新刑法三六乃至三八頁

目的思想
ニ伴フ
結果

去レハ若シ今日應報刑論者ヲ目スルニ何等目的ナキ刑法論ヲ爲ス者ナリトスル人アリトセハ誤解ノ甚シキモノト謂ハサルヘカラサルナリ
以上述フルカ如ク利益保護ハ刑法ノ目的ニシテ刑罰ハ其目的ヲ達スル一種ノ手段ナリ故ニ刑罰ニ依ラスシテ此目的ヲ達スルコトヲ可トスルト

刑法ノ目的

キハ初メヨリ刑罰ヲ用キス又刑罰ヲ用ユルモ既ニ目的ヲ達シタルトキハ
之カ執行ヲ廢止スル如キハ孰レハ學派モ共ニ是認スル所ナリ是レ目的思
想ニ伴フ當然ノ結果ナリトス

二

凡ソ社會生活ノ利益ヲ保護シ各人行動ノ準則ヲ成ス所以ノモノタルコ
トハ既ニ一言シタル所ノ如シ而シテ刑法ハ社會生活ノ利益ノ中最大必要
ノモノニシテ之ヲ侵害スレハ以テ共同生活ノ安全ト進歩トハ一日モ之ヲ
保ツコト能ハサルモノヲ確實ニ保護シ之ヲ侵害スルコトナカラシムルモ
ノトス凡ソ人ノ斯世ニ處スル進テ善行ヲ爲スヘク止テ惡事ヲ爲スヘカラ
サルヲ根本準則トス善行ヲ爲スヘキコトハ之ヲ積極的準則ト云フヘク惡
事ヲ爲サルヘキコトハ之ヲ消極的準則ト云フヘシ(註一)刑法ハ唯人ノ斯
世ニ處シテ決シテ爲スヘカラサル所ノ行爲ヲ規定シ以テ各人日常生活
ニ於テ依ルヘク則ルヘキ所ヲ知ラシムルニ止リ進テ善行ヲ爲スヘキコト
ヲ命スルモノニアラス故ニ刑法ハ消極的準則ヲ規定スルモノナリ之ニ依

テ人益、惡行ヲ爲サス從テ公共ノ安寧秩序ヲ保チ各人其堵ニ安シテ以テ生
業ヲ營ムコトヲ得ヘキナリ
其レ然リ然リト雖モ人若シ此準則ニ違反スルニモ拘ラス之ヲ其儘ニ放
任セシカ準則ハ遂ニ其拘束力ヲ失ハントス是ニ於テカ違反者ニ對スル制
裁ヲ必要トス制裁ハ即チ違反者ニ對スル痛苦ナリ之アルトキハ人準則ノ
違反ニ躊躇スルコト明ナリ故ニ刑法ハ之カ制裁トシテ刑罰ヲ規定セリ刑
罰ハ刑法定ムル所ノ消極的準則ヲ強行スルノ手段タルモノナリ多數ノ學
者ハ刑法ヲ解シテ刑罰法ナリトス(註二)蓋シテ末ニ拘リテ本ヲ遺ルハノ譏ヲ
免レサル者ナリ刑罰ハ準則違反ニ對スル制裁ノミ準則強制ノ手段ノミ刑
法ノ法トシテ存在スル所以ノモノ豈ニ刑罰ノ爲メナランヤ消極的準則ヲ
明示シテ各人ノ當ニ爲スヘカラサル所ヲ命スルヲ以テ其大眼目トス

(註一) 余ノ積極的準則トイフハ通俗ノ語ヲ以テスレハ勸善ノ道ナリ消極的準則トイフハ
懲惡ノ道ナリ然ルニ古來惡ナキハ則チ善ナリトノ說ナキニアラス例ヘハ朱子學ニ於テ
「消一分人欲則長一分天理」諸摩鏡除二分醫則得二分明除二分醫則得二分明故其無
一毫人欲之私則必有以極天理之公ト論スル如キ是ナリ然レトモ此說ハ誤レリ(元良文)

學博士著心理學十回講義一八七及一八八頁參照)伊藤東涯ハ嘗テ善惡論ヲ著ハシテ曰ク「聖人之於人也。不唯取其無過。而必取其有功。不唯取其無惡。而必取其有善。夫善者惡之反也。苟其無善。則可以謂之善乎。蓋不然也。無善則無惡而止。至於所謂善者。豈止於無惡也哉。其必有善狀之可言。善行之可驗。而後可以謂之善。止無不孝之事者。不可謂之孝子。孔子願見善人。天下之人。豈皆惡人哉。夫欲其不可欲。為其不可為。謂之人欲之私。然與舜之所以為人倫之至者。豈唯無一毫人欲之私而止哉。光被四表。格于上下。五典克從。百揆時叙。然後謂之聖人之至云々。善惡是事之二端。不徒無善則無惡之善也。所以曰道二。仁與不仁而已矣。故聖人之教務。仁而遠不仁。遷善而改惡。」經史博論卷之四ノ二十六及二十七枚余ハ後説ニ贊成スルト同時ニ刑法ノ準則ヲ以テ唯惡ヲ禁絶スルノ道ト爲シ之ヲ消極的準則ト言ヘルナリ

(註二) 小嶋氏著新刑法論總則ニ其刑法ハ犯罪ト刑罰トノ關係ヲ規定スルカ故ニ客觀的ニ之ヲ觀察スレハ刑法ハ刑罰法 Peinliches Recht 又ハ犯罪法 Kriminalrecht ト稱スルコトヲ得ヘキナリ又主觀的ニ之ヲ觀察スレハ刑法ハ處罰ニ關スル法規 Jus Punitivum ト云フコトヲ意味ス即チ國家ノ無限ナル刑罰權ノ實行ニ關スル特定ノ條件ト內容即チ犯罪ト刑罰トヲ規定スルモノナリ云々之ヲ現時ノ通説トス(リス)ト獨逸刑法論第一章(壹)ノ註一(同説)

刑法ノ明
之ヲ論ス

左ニ刑法所定ノ準則一、二ヲ例示セシ

第七十七條ニ曰ク政府ヲ顛覆シ又ハ邦土ヲ潛竊シ其他朝憲ヲ紊亂スルコトヲ目的トシテ暴動ヲ爲シタル者ハ内亂ノ罪ト爲シ左ノ區別ニ從フテ處斷ス云々ト是レ人ニ内亂ヲ爲スヘカラサルコトヲ命スルモノナリ第四百四

プリン
博士ノ異
說

十八條ニ行使ノ目的ヲ以テ通用ノ貨幣、紙幣又ハ銀行券ヲ偽造又ハ變造シタル者ハ無期又ハ三年以上ノ懲役ニ處ス云々トアリ是レ此等ノモノヲ行使ノ目的ヲ以テ偽造又ハ變造スヘカラサルコトヲ命スルモノナリ第九十九條ニ曰ク人ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ニ處スト是レ人ニ他人ヲ殺スヘカラサルコトヲ命スルモノナリ第二百四十六條ニ人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ストアリ是レ人ニ他人ノ財物ヲ詐取スヘカラサルコトヲ命スルモノナリ其他刑法各本條ノ定ムル所云々ハ行為アリタル者ハ云々ノ刑罰ニ處ストアルハ皆人ニ一定ノ消極的準則ヲ命スルモノニ外ナラス、惟フニ刑法中最モ重シクヘク尊ムヘキ所ハ此點ニ在リ是レ實ニ刑法ノ利益保護ヲ目的トスル所以ノモノニシテ其精神ノ存スル所ナリ

然ルニプリンユクセル[大學教授]プリン博士ハ左ノ如ク論セリ

『凡テ刑事法律ニハ左ノ二要素ヲ包含ス

一 ハ命令的要素 le dispositif ニシテ立法者ハ之ニ依テ不法行為ノ存立上

ノ要件ヲ定ムルモノナリ

二 ハ制裁的要素 la sanction ニシテ立法者ハ之ニ依テ法定要件ノ作爲者

若クハ不作爲者ニ蒙ラシムル刑罰ヲ定ムルモノナリ

獨逸ノピンツング氏カ其著書法規及法規ノ違犯論ヲイフニ於テ始メテ明

ニシタル一事實アリ即チ刑法ハ刑罪ヲ創造スルモノニアラサルコト是

ナリ此事タルヤ刑法ニ於テ明文ヲ以テ刑罪ノ存立ヲ認ムルモ犯罪其モ

ハハ法文ノ規定以上且ツ以外ノ大原則ノ違犯ニ外ナラスシテ刑法ノ明

文ハ此犯罪ト密接ノ關係アルニ過キス

爰ニ法律違反ノ行爲アリ竊盜殺人詐欺等ノ如シ刑法ハ單ニ此等ノ犯罪

行爲ニ付キ刑罰ヲ科スルヲ得ヘシ而シテ「法ナケレハ刑ナシ」 nulla poena

sine lege トノ格言ハ刑罰ナケレハ不法行爲存在セサルモノナリトノ意味

ニアラス單ニ立法者カ刑罰ヲ科セサルトキハ犯罪ト云フヘキモノニア

ラストノ意味ニ過キス

刑法法典ハ一般原則ノ存在ヲ豫想スルモノニシテ此原則ナクンハ其刑

法タルヤ理由ナキコトタルヘシ

故ニ刑法ニ人ヲ殺シタル者ハ故殺罪トシ有期徒刑ニ處ス「ト云ヘル法文

アレハ人ヲ殺スヲ禁ストノ大原則ノ豫メ存スルコトヲ意味スルナリ

刑法ニテ故意ニ犯人ノ物ヲ竊取シタル者ハ竊盜罪トス「トアレハ其法文

中自ラ人ノ財物ヲ竊取スルヲ禁ストノ大原則ノ豫メ存スルコトヲ想像

スヘキナリ（刑學及現行法第一卷第一章六五、六六、六七）

余ハ固ヨリ此説明ニハ大體ニ於テ贊成セサルコトヲ得ス殊ニ刑法ハ違犯

セラルヘキ大原則ノ存在ヲ前提トストノ點ニ於テハ全然同意見ナリ然レ

トモ此大原則ヲ刑法ノ規定以上ニ又以外ニ求ムルハ一點ニ至テハ余ハ斷

乎トシテ之ニ反對スルコトヲ懼ラサル者ナリ惟フニ刑法カ刑罰ノ外犯罪

ヲ規定スルコトハ衆説ノ一致スル所トス然ルニ犯罪ハ準則ニ違反スル行

爲ナリ故ニ犯罪ヲ規定スルニハ其前提タル準則其ノモノヲ先ツ規定セサ

ルヘカラス所謂法規ナケレハ刑罰ナシトイフ格言ハ此間ノ消息ヲ明白ナ

ラシムルモノトスプリンス氏ハ此格言ヲ解シテ立法者カ刑罰ヲ科セサル

トキハ犯罪トイフヘキモノニアラストノ意ナリト言ヘトモ苦シキ解釋ト云フノ外ナシ此格言ハ刑法上準則ノ前提ナケレハ違反サルヘキモノナケレハ犯罪ナク從テ刑罰ノ適用ナシトノ意ニ解セサルヘカラス蓋シ此ノ如クセサレハ一般人民ハ殆ト其適從スル所ニ惑フヘケレハナリ惟フニ刑法以外ノ一般法令カ定ムル所若クハ公ノ秩序善良ノ風俗等即チ之ヲ概括シテ言ヘハプリンス氏ノ所謂刑法以上及以外ノ大原則ノ違反ハ直ニ犯罪タルモノニアラサルハ言ヲ竣タス國家ハ廣キ意味ニ於ケル大原則ノ中ニ就キ刑罰ヲ科シテ保護スルノ必要アルモノト然ラサルモノトヲ取捨選擇シ唯其必要アルモノヲ採テ之ニ刑ヲ科ス其意蓋シ所謂大原則ヲ以テ刑法上ノ準則トスルニ在ルコト明ナリ若シ此ノ如ク解セサルトキハ或ハ私法上ノ義務違反ニ對シテ直ニ刑罰ノ制裁ヲ科シ或ハ善良ノ風俗若クハ道德上ノ法則違反ニ對シテ直ニ刑罰ノ制裁ヲ科スルコトナリテ道德法律ノ分化若クハ公法私法ハ區別ヲ曖昧タラシムルモノト爲ルヘシ抑モ人カ斯世ニ處シテ或事ヲ爲シ又ハ爲サラントスルニ際シ第一ニ注意スル所ハ該行

爲テ禁制シ命令スル所ノ法規アルヤ否ヤニ在リ故ニ罪刑ノ法定ヲ國法上必要ノモノトセハ罪ノ前提タルヘキ準則ノ規定ハ必要中ノ必要ニ繋ルモノニアラスヤ又余ノ見解ヨリスレハ民法商法其他ノ法令ニ改廢アリ道德習慣等ニ變遷アルモ刑法ハ直ニ之ニ伴フテ改廢變遷スルモノニアラス是レ他ノ大原則ヲ採テ刑法化シタル當然ノ結果ナリ然ルニ反對説ニ依レハ例ヘハ民法ノ不法行為及ヒ債權不履行等ニ關スル法律カ一旦廢止セラレハトセハ生命身體自由其他財產權ニ關スル刑法ノ適用ニ變更ヲ來スコトハナラン此ノ如キハ成法ノ解釋トシテ果シテ其當ヲ得タルモノト言ヒ得ヘキカ余ハ疑ナキコト能ハス

- 一 準則的要素 是レ人ノ法律上當ニ爲スヘカラサルコトヲ示スモノナリ余ハ之ヲ刑法上ノ準則ト稱スヘシ
- 二 制裁的要素 是レ人ノ義務違反ニ對スル刑罰ヲ定ムルモノナリ之ニニアリ

甲 犯罪の要素 是レ刑罰ヲ科スル行為ノ要件ヲ定ムルモノナリ

乙 刑罰の要素 是レ犯罪ニ對スル制裁其ノモノヲ定ムルモノナリ

(註) 石波博士モ刑法ニハ必ス禁令命令ヲ包含スルコトヲ論セリ三四年度日本大學講義録刑法總論五頁

三

是ニ於テ乎余ハ犯罪ノ定義形式上ノヲ論定セント欲ス曰ク犯罪トハ刑
法ノ禁制命令ニ違反スル有責ノ行為ナリト此定義ハ犯罪ノ存在スル原因
ヨリ論定シタルモノニシテ夫ハ犯罪トハ特ニ刑法ニ於テ刑ト稱セラルハ
モハヲ制裁トスル所ノ所爲ナリトイヒ犯罪トハ刑ヲ科シタル不法行為ヲ
謂フト説クカ如ク行為ニ伴フ結果ノ方面ヨリ觀察シテ定義スルモノト大
ニ其撰ヲ異ニスル所ナリ但シ一般ノ學者ハ犯罪ヲ定義スルニ當リテ刑罰
ノ方面ヨリ立言スルモノ、如シ然ルニ江木博士ハ殆ント余ト同説ナルニ
似タリ余ノ前述シタル所ト相竣テ刑法ノ内容及ヒ犯罪ノ意義ヲ明確タラ
シムルモノアルヲ以テ左ニ之ヲ掲ケン

「罪トハ法律ニ於テ罰スヘキ所爲ヲ謂フトハ往々學者ノ下シタル犯罪ノ定義ニシテ亦我刑

犯罪ノ意

江木博士ノ説明ハ頗ル優秀

法草案ノ採用セル所ナレトモ予ヲ以テ之ヲ見レハ此定義ハ定義タルノ要件ヲ缺キ仍ホ且
少無用ノ妄誕タルヲ免レヌ

「第一」此定義ニ從ヘハ法律ニ於テ罰スルモノニアラサレハ犯罪ニアラストスルモノナレ
トモ法律ニ於テ犯罪ト認ムルノ所爲ハ法律ニ於テ之ヲ罰セサルモ亦犯罪ナリ罰ヲ以テ犯
罪ノ一性質トセルハ必要ナラサル性質ヲ以テ定義中ニ加ヘタルモノト謂ハサルヲ得ヌ抑
モ法律ニ於テ罪ト認メサレハ法律上ノ罪ナキハ明ニシテ「法律ナクンハ犯罪ナシ(Nulum Cri
men sine lege)」ト云ヘル格言ハ其正鵠ヲ失ハヌ又法律ニ於テ罰スヘキモノト定メサル所爲ハ
之ヲ罰スルコトヲ得サルモ亦明ニシテ「法律ナクンハ刑罰ナシ」(Nullum poena sine lege)ト云
ル格言モ亦確實ニシテ共ニ非難スヘキノ點アルヲ見ス然レトモ此二原則ヲ根據トシテ法
律ニ於テ罰スルモノニアラサレハ犯罪タルコトヲ得ストスルノ論局ヲ得ントスルハ論理
ヲ誤リタルモノト云ハサルヲ得ヌ予ハ嘗テ「刑罰ナクンハ犯罪ナシ」トノ格言原則アルヲ聞
カサルナリ苟モ法律ニ於テ或所爲ヲ以テ犯罪ナリト認ムレハ即チ其所爲ハ犯罪ナレトモ
法律ニ於テ同時ニ之ヲ罰スルコトヲ定メサレハ之ヲ犯罪ニアラスト云フコトヲ得ヌ(設令
期滿免除ヲ得タル犯罪親屬間ニ於ケル盜罪)云々抑モ法律ハ主權者ノ制定スル所ニシテ法
律ハ萬能ナリ何故ニ法律ハ或ル所爲ヲ犯罪ナリト定メ乍ラ同時ニ之ヲ罰セサルコトヲ定
メ得サルヤ云々

「第二」犯罪アリテ而シテ後法律ノ之ヲ罰スルコトアルヘキハ當然ナレトモ此定義ハ「罰ス
ヘキ所爲ヲ罪ト爲スト云ヒ犯罪ノ制裁タル刑罰ヲ以テ犯罪自身ヲ解説セントスルモノナ

刑法ノ目的

ルカ故ニ如何ナル所爲ハ果シテ罰スヘキモノニシテ罪トナルヘキモノナルヤ否ヤナ明ニ
スルニ足ラサルナリ云々論理學上之ヲ以て問爲答ノ誤謬ト云ヒ問題ニ向テ尋末ノ答辯ヲ與
ヘタルモノニアラス云々

然レトモ上來論述セル所ノ批難ヲ容ル、コト能ハサル犯罪ノ定義ヲ下サント欲セハ事自
ラ立法論ニ涉ラサルヲ得ス云々若シ立法上ノ議論ヲ捨テ單ニ現行法律ニ就キ犯罪ノ何物
タルヲ問フ者アラハ予ハ我刑法全篇ノ定ムル所ノ所爲ハ即チ犯罪ナリト答ヘンノミ若シ
又強テ其定義ヲ下サント欲セハ刑法ノ規定ニ違反スル所爲ヲ罪ト云フトカ又ハ犯罪トハ
法律ニ於テ犯罪ト認ムル所爲ヲ謂フト云フカ如キ無用ノ定義タルニ過キサルニ至レハナ
リ故ニ犯罪ノ定義ハ之ヲ立法上ヨリスルノ外ナシ云々然レトモ此ノ如キハ立法ノ作用上
如何ナル所爲ヲ犯罪トスヘキカナ定ムルノ標準タルニ過キス故ニ此定義ニ該當セサル所
爲ヲ以テ犯罪ト定ムルモ既成ノ法律上ニ於テハ仍ホ之ヲ犯罪トセサルヲ得サルナリ」(現
行刑法原論卷之二ノ一乃至七頁)

余ハ此見解ヲ以テ妥當ナリト信セサルコトヲ得ス

是ヨリ乞フ余ヲシテ少シク牧野氏ノ説明ヲ批評セシメヨ間接ニ余ノ見
解ヲ明確タラシムルモノアラン氏ハ犯罪ハ刑罰法令ニ列舉セラレタル責
任能力者ノ行爲ニシテ犯意又ハ過失ヲ伴フ責任能力者ノ違法行爲ナリト
言ヘリ此說ニ依レハ犯罪ハ第一刑罰法令(此用語ノ失當ナルコトハ前既ニ

牧野氏ノ
說ハ難解ノ

之ヲ說ケリ)即チ刑法ニ列舉セラレタルモノニ限ルコト第二違法行爲ナル
コトヲ示スニ足ルヘシ故ニ第一點ノ中ニ當然行爲ノ準則タル禁令命令ヲ
包含スルモノト解シ第二點ニ所謂違法行爲トハ其禁令命令ニ違反スル行
爲ナリト解シ得ヘク結局余カ前述シタル主旨ト大差ナキモノ、如ク思ハ
ル、ナリ然ルニ氏ハ更ニ進テ之ヲ分析シテ説明スルニ當リ左ノ如ク言ヘ
リ

「犯罪ハ一定ノ法益ヲ侵害スルノ行爲ナリ法益トハ法律ニ因リテ保護セ
ラル、利益ナリ云々各種ノ犯罪ノ成立ニ必要ナル法益侵害ハ刑罰法令
ノ各本條ニ規定セラル

一定ノ法益侵害ハ違法ナルコトニ因リテ初メテ犯罪トナル違法トハ法
益ノ侵害カ社會ノ常規ヲ逸脱スルコトヲ意味ス社會ノ常規ヲ逸脱シテ
法益ヲ侵害スルニ至リ茲ニ行爲ハ反社會性ヲ帶フナリ蓋社會ノ現象ハ
生存競争ヲ以テ終始スルモノナルカ故ニ一人ノ行爲カ他人ノ利益ヲ害
スルコトハ常ニ免レサル所ナリトス而モ此現象ハ自然界ノ大事實ナル

カ故ニ人カヲ以テ奈何トモスル能ハサル所ノモノナリ唯法ハ此生存競争ニ秩序ヲ與ヘ人ノ行爲ニ一定ノ限界ヲ定メテ以テ安寧ノ間、和樂ノ中ニ宇宙ノ此大則ヲシテ運行セシメントス茲ニ於テ善良ノ風俗、公ノ秩序ナル觀念ヲ生シ或種ノ行爲ハ他人ヲ害スルモ尙ホ之ヲ正當トシテ保護シ又或種ノ行爲ハ之ヲ禁シテ他人ノ利益ヲ尊重セサルヘカラスト爲ス畢竟社會ノ常規トハ公ノ秩序、善良ノ風俗(民第九〇條乃至九二條參照)ヲ意味スルニ外ナラサルナリ此意味ニ於テ法ハ刑罰法令ニ列舉セラレタル行爲ト雖モ權利ノ執行、緊急ナル狀態ニ基ク行爲、法律上許サレタル行爲ハ罪トナラストスルナリ(刑法通義八六及八七頁)

余ヲ以テ之ヲ見レハ此説明ハ第一論理ノ一貫ヲ欠クノミナラス第二思想ノ明確ヲ缺キ吾人ヲシテ益、其惑ヲ深カラシムルモノ、如シ固ヨリ此説明ノ第一段ハ余ノ見解ト衝突スルコトナキ様解釋シ得レトモ第二段アルカ爲メニ余ハ氏ノ説明ノ全體ニ付キ非難スヘキ缺點ヲ見出スコト頗ル多シ(一)氏ハ先ツ「法益侵害ハ違法ナルコトニ因テ初メテ犯罪トナル」第一段ノ説

明ニ於テハ犯罪ハ一定ノ法益ヲ侵害スルノ行爲ナリトスルニモ拘ラスト言ヘリ是レ果シテ何ヲ意味スル乎常識ノ到底解シ得サル所トス夫レ法益トハ氏モ説明ノ第一段ニ於テ言フカ如ク法律ノ保護スル利益ナリ故ニ之ヲ侵害スルハ其レ自身既ニ違法ナルニアラスヤ若シ法益ノ侵害ハ則チ違法ナリトセハ所謂「法益侵害ハ違法ナルコトニ因テ初メテ犯罪トナル」トハ「法益侵害即チ違法ノ行爲ハ違法ナルコトニ因テ初メテ犯罪トナル」トイフニ均シク何等ノ意味ヲ爲サ、ルモノナリ之ヲ意味アルモノト爲サンニハ「違法ナルコトニ因テ」ノ文字ハ之ヲ無用ノモノトシテ除外セサルヘカラス(二)然ラサレハ「法益ノ法ト違法ノ法トハ相異ナル者トセサルヘカラス而シテ若シ(A)法益ノ法ヲ刑法ヲ指ス者トシ違法ノ法ヲ他ノ一切ノ法トセハ如何該文句ハ「刑法ノ保護スル利益ヲ侵害スル行爲ハ他ノ法ニ違フコトニ依リ始メテ犯罪ト爲ル」トイフコト、ナリテ無意味トナルヘシ何トナレハ苟モ刑法ノ保護スル利益ヲ侵害スレハ縱令他ノ法ナシト雖モ猶ホ犯罪トナルヘケレハナリ(例イ)社會ノ公安ニ對スル罪(ロ)公共ニ危險ノ罪(ハ)交通取引

ニ於ケル誠實及ヒ信用ニ對スル罪(三)社會ノ風俗ニ對スル罪等ヲ見ヨ特定ノ被害者即チ權利ヲ侵害セラル、者ナキニモ拘ラス此等ノ行爲ハ犯罪トナルニハアラスヤ若シ(B)法益ノ法ヲ他ノ法トシ違法ノ法ヲ刑法トセハ如何該文句ハ他ノ法ニ依リ保護セラル、利益ヲ侵害スル行爲ハ刑法ニ違フコトニ依リ初メテ犯罪トナルトイフコト、ナリ茲ニ始メテ正當ナル解釋ニ到達スルコトヲ得ルナリ(三)然ラハ氏ハ果シテ此(B)ノ見解ヲ有スル者ナルヤ説明ノ第一段ニ於テ氏カ各種ノ犯罪ノ成立ニ必要ナル法益侵害ハ刑罰法令ノ各本條ニ規定セラルト言ヒタルニ對照スレハ氏ハ此(B)ノ見解ヲ有スル者ナリト謂ハサルヘカラス(四)然ルニ何事ソ氏ハ自ラ違法ノ意義ヲ解シテ(B)ノ見解ヲ排斥セリ曰ク違法トハ法益ノ侵害カ社會ノ常規ヲ逸脱スルコトヲ意味ス社會ノ常規ヲ逸脱シテ法益ヲ侵害スルニ至リ茲ニ行爲ハ反社會性ヲ帶フナリト故ニ氏ハ違法ノ法ヲ刑法ノ意ニ用キサルコト明ナリ而シテ氏ハ之ヲ以テ社會ノ常規ナリトス然ラハ所謂社會ノ常規トハ何ソヤ氏ハ説明ノ第二段ノ蓋云々以下ニ於テ之ヲ詳ニシ結テ言ヘリ曰ク

畢竟社會ノ常規トハ公ノ秩序、善良ノ風俗(民第九〇條乃至九二條參照)ヲ意味スト去レハ氏ノ所謂違法トハ法益ノ侵害カ公ノ秩序、善良ノ風俗ヲ逸脱スルコトヲ意味スルヤ疑ナシ故ニ氏ハ法益ノ侵害アリト雖モソレカ苟モ公ノ秩序、善良ノ風俗ヲ逸脱セスンハ犯罪ニアラストスル者ナリ(茲ニ所謂法益ノ法ハ刑法ヲ指スモノナラン)然ラハ余ハ氏ニ反問セン法律ノ保護スル利益ヲ侵害スル行爲ニシテ公ノ秩序、善良ノ風俗ヲ逸脱セサルモノアル乎ト氏ノ之ニ對スル解答ハ説明ノ第二段最終ニ存スル一句ナルニ似タリ曰ク此意味ニ於テ法ハ刑罰法令ニ列舉セラレタル行爲ト雖モ權利ノ執行、緊急ナル状態ニ基ク行爲、法律上許サレタル行爲ハ罪トナラストスルナリト而シテ氏カ茲ニ列舉スルモノハ學者ノ所謂違法沮却ノ原因ナリ然レトモ違法沮却ノ原因タル行爲ハ刑法ノ禁制セサル所ニシテ其行爲ノ對抗ヲ受クル利益ハ決シテ刑法ノ保護スル所ノモノニアラサルナリ故ニ違法沮却ノ原因タル行爲ヲ目スルニ法益ノ侵害ヲ以テスルハ正確ニアラス惟フニ違法沮却ノ原因タル行爲ハ元來犯罪タルヘキ素質ヲ有スルモノナレ

トモ社會生活ノ實際ノ必要ニ應スル爲メ法律カ特ニ其犯罪性ヲ否認シテ之ヲ罰セサルニ止マル故ニ該行爲ハ已ムヲ得サルノ例外規定ナレハ極メテ狭ク解セサルヘカラス從テ余ハ氏ト正反對ニ「法益侵害行爲ハ犯罪ナリ唯其行爲カ他ノ規定ニ依リ適法トセラル、場合ニ限リ犯罪タルコトヲ免カル」ト斷定スル者ナリ

余ハ所謂違法トハ刑法ノ禁令、命令ニ背反スルノ行爲ナリト解スルヲ以テ足レリト信ス而シテ所謂違法除却ノ原因タル行爲ニ對シテハ刑法自身カ刑法ノ禁令、命令ノ拘束力ヲ解除スルモノナレハ「刑法ノ禁令、命令ニ背反ス」トイフ語ノ中ニハ當然原則ト例外トヲ包含スルモノナリ之ヲ要スルニ余ハ所謂法益ノ法モ又違法行爲ノ法モ將タ違法阻却ノ法モ皆一ニ刑法ヲ謂フモノニシテ其或モノハ刑法ヲ指シ或モノハ公ノ秩序、善良ノ風俗又ハ刑法以外ノ法律ヲ意味スルモノト爲スハ失當ナリト斷定ス然レトモ眞理ハ奈邊ニ存スルカ未タ知ルヘカラス或ハ牧野氏ノ言ハント欲スル所ト余ノ見解ト同一ナルヤモ亦知ルヘカラス偏ニ讀者ノ公平ナル判斷ヲ俟ツノミ

(五)其他氏ハ説明ノ第二段中「社會ノ現象ハ生存競争ヲ以テ始終ス」ト言ヘトモ是レ固ヨリ誤レリ社會ノ現象ハ各人ノ利益ノ調和ト衝突ノ二者ヲ以テ始終スルモノニシテ利益ノ調和ハ社會ノ發生スル所以タリ其衝突ハ所謂生存競争ノ生スル所ニシテ共存ノ準則ヲ必要ナラシムル所以ナリ故ニ社會ノ現象ヲ以テ單ニ生存競争ヲ以テ始終ストイフノ誤ナルコト疑ヲ容レス(ロ)氏ハ「法(刑法カ一般法カ不明ナリ)ハ此生存競争ニ秩序ヲ與ヘ人ノ行爲ニ一定ノ限界ヲ定メテ以テ安寧ノ間、和樂ノ中ニ宇宙ノ此大則(生存競争)ヲシテ運行セシメントス茲ニ於テ善良ノ風俗、公ノ秩序ナル觀念ヲ生ス云々」ト言ヘリ是ニ由テ之ヲ觀レハ氏ハ法ハ善良ノ風俗、公ノ秩序ノ觀念ニ先ツモノトスルコト明ナリ(又此言ニ依テ之ヲ解スレハ氏ノ所謂公ノ秩序ノ中ニハ法ヲ含マサルコト明ナリ)然レトモ此ノ如キハ顯著ナル謬見ト謂ハサルコトヲ得ス蓋シ人類ノ集合シテ生活スルヤ其間必ス利益ノ調和スル者アリ衝突スル者アリ其調和ハ直ニ各人ノ共同生活ヲ發生セシムト雖モ其衝突ハ既成ノ共同生活ノ状態ヲモ破ルニ至ルカアルモノナリ去レハ共

同生活ヲ完成センニハ利益ノ衝突ハ成ルヘク之ヲ避ケシムヘク若シ已ム
 ヲ得スシテ衝突スルニ於テハ又成ルヘク擾亂ニ至ラス秩序的ニ之ヲ遂ケ
 シメサルヘカラス是レ社會ニ必要上自ラ公ノ秩序善良ノ風俗等カ發生シ
 來ル所以ナリ然ルニ公ノ秩序善良ノ風俗等ノ力ニテハ未タ社會生存ノ需
 要ヲ充タスニ足ラス是ニ於テ乎吾人ハ自覺的ニ法ヲ制定シテ一方ニ於テ
 ハ既存ノ公ノ秩序善良ノ風俗等ヲ維持シ他方ニ於テハ益行為ノ準則ヲ作
 製シ以テ共同生活ノ進歩發達ヲ企圖スルナリ故ニ公ノ秩序善良ノ風俗ハ
 寧ロ法ノ存スル以前ニ既ニ生セルモノタルコト明ナリ慣習法ノ成文法ニ
 先テ發達シタルコトヲ觀ハ思半ニ過キン(ハ)其他難解ノ文字數多アレトモ
 今一々論及セス
 然レトモ牧野氏ノ前示説明中第二段ハ之ヲ善意ヲ以テスレハ刑法カ所謂
 違法沮却ノ原因トシテ第三十五條乃至第三十七條ヲ規定シタル立法上ノ
 理由ヲ釋明シタルモノト解セラレサルニアラス即チ氏ハ刑法カ違法沮却
 ノ原因トシテ規定シタル行為ハ該行為カ善良ノ風俗公ノ秩序ニ違背セサ

ルニ因ルト爲スモハ、如クニモ解セラレ故ニ以下此意義ニ於テ試ミニ批
 評ヲ加ヘンニ第三十五條乃至第三十七條ヲ一括シテ此等ノ行為ハ善良ノ
 風俗公ノ秩序ニ反セストスルハ誤レルニ似タリ(一)縱令急迫不正ノ侵害ニ
 對シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得ストハ云ヘ刑法列
 舉ノ行為ヲ敢テスル如キハ決シテ善良ノ風俗公ノ秩序ヲ逸脱セスト云フ
 コトヲ得ス斯ル場合ヲ善俗公秩ノ維持上ヨリ論スレハ被害者ノ利益ヲ犧
 牲ニ供シテ私力ノ鬭爭ヲ成ルヘク制限シ國權ノ保護ヲ待タシムヘク從テ
 第一ニ被害者ノ逃避ヲ必要トセサルヘカラサルナリ然ルニ刑法ハ決シテ
 被害者ノ逃避ヲ要求セス是ニ由テ之ヲ觀レハ刑法ハ善俗公秩ニ反セサル
 ノ故ヲ以テ正當防衛ヲ認メタルニアラサルコト明ナリ余ノ見ル所ニ依レ
 ハ正當防衛ハ個人ノ利益ヲ尊重センカ爲メニ特ニ善俗公秩ヲ多少犧牲ニ
 供スルモノナリ蓋シ國權ハ事ノ急迫ナルニ當テハ到底保護ノ實ヲ舉クル
 コト能ハサル場合アルヘク斯ル場合ニ若シ善俗公秩ノ維持ヲ理由トシテ
 個人ニ對シ國權ノ保護ヲ待タシメン乎國家ノ爲メニ全然個人ノ利益ヲ犧

牲ニ供スルニ至ル是レ團體ト個人ノ利益ノ調和ヲ目的トスル所ノ法律ニ於テ認ムルコト能ハサル所タリ是ニ於テ乎刑法ハ個人ノ利益ヲ保存スルト共ニ善俗、公秩ノ犠牲ヲ成ルヘク少ナカラシメントシ正當防衛ニ出ツル行爲ヲ無罪トスルト同時ニ嚴ニ正當防衛ノ要件ヲ規定シ其濫ニ至ルノ弊ヲ防キタリ(二)夫ノ緊急危難ニ出ツル行爲ニ至テハ益、其然ルヲ見ルナリ縱令現在ノ危難ヲ避クル爲メ已ムコトヲ得サル行爲ナリトハ云ヘ之ニ因テ他人ニ損害ヲ及ホス如キハ決シテ善良ノ風俗、公ノ秩序ニ反セサルモノニハアラサルナリ若シ善俗、公秩ノ方面ヨリスレハ自己ノ被ムル危難ハ之ヲ天災トシテ甘受スヘク他人ニ轉嫁セシムヘカラサルヘキ理ナリ然ルニ刑法ハ却テ之ヲ犯罪トセス其理由如何亦夫ノ個人ノ利益尊重ニ在ルノミ唯之カ爲メニ甚シク他人ノ利益ト善俗、公秩ヲ犠牲ニ供スヘキニアラサルカ故ニ該行爲ノ罪ト爲ラサルコトヲ規定スルト共ニ其要件ヲ規定スルコト正當防衛ニ比シテ一層嚴重ナリ(三)唯第三十五條ニ至テハ牧野氏ノ説ニ從テ之ヲ説明シ得ルヤニ思ハルレトモ是レモ多少疑ノ餘地アル場合ナキニ

ハアラス先ツ(イ)法令ニ因リ爲シタル行爲ヲ罰セサル理由ヲ按スルニ刑法モ其他ノ法令モ共ニ是レ單一ナル國家權力ノ發動ニシテ其相互ノ間ニ牴觸アルコトヲ許サ、ルニ因ルモノトス次ニ(ロ)正當ノ業務ニ因リ爲シタル行爲ヲ罰セサル理由ヲ考フルニ(甲)法令ノ認ムル業務例、免許醫ニ因リ爲シタル行爲ヲ罪トセサルハ(イ)ト全ク同一理由ナリ(乙)法令ノ認ムルモノニハアラサレトモ吾人ノ風俗、習慣上ヨリ觀テ正當ナリトスル業務例、角力、柔道等ニ因ル行爲ヲ罪トセサルハ若シ之ヲ罪トスレハ刑法ヲ以テ社會ノ正業ノ發展ヲ沮止スルニ至ランコトヲ恐ルレハナリ(丙)法令ノ敢テ禁スル所ニハアラサレトモ吾人ノ風俗、習慣カ決シテ之ヲ以テ正當ノ業務ナリト認ムルニ至ラサルモノニ因リ爲シタル行爲カ刑法各本條ニ該當スルトキハ(固ヨリ法令カ禁止スル所ノ業務ニ因ル行爲ニハアラサレトモ)當然犯罪ト爲ルモノナリ第三十五條ハ決シテ此場合マテモ包含セシムルノ旨趣ニアラス以上ノ理由ヲ以テ余ハ牧野氏カ善良ノ風俗、公ノ秩序トイフカ如キ空漠タル觀念ヲ以テ刑法第三十五條乃至第三十七條ノ立法上ノ理由ヲ説明ス

ルコトニモ反對スル者ナリ

以上ノ如クナレハ余ハ氏ノ説明ノ第二段ハ全ク有害且無益ナリト思料ス
之ニ反シテ石渡博士カ嘗テ『刑法ハ一定ノ利益保護ノ爲メニ立法者ノ發ス
ル禁令命令ナリ云々此禁令命令ニ違背スルハ則チ不法ナリ然ルニ以上ノ
如キ禁令命令ハ明文上存在セサルヲ以テ刑法中禁令命令ナキモノト解釋
シ法律ニ違背ノ所爲ヲ爲スモ不法ニアラスト論スル者アルモ是レ禁令命
令ノ何タルヲ知ラサル誤ナリ』三四年度日本大學講義ト論シタルハ余ノ以
テ正當ト信スル所ナリ

四

尙○ホ○茲○ニ○注○意○ヲ○要○ス○ル○コ○ト○ア○リ○刑○法○ハ○共○同○生○活○ノ○利○益○保○護○ヲ○目○的○ト○ス
ル○ヲ○以○テ○他○ノ○共○同○生○活○ノ○準○則○ト○ス○一○切○ノ○法○律○及○ヒ○道○德○風○俗○習○慣○等○ト○必○ス
調○和○セ○サ○ル○ヘ○カ○ラ○サ○ル○コ○ト○是○ナ○リ○若○シ○刑○法○ニ○シ○テ○如○何○ニ○進○步○シ○タ○ル○理○論
ヲ○採○ル○ト○モ○又○如○何○ニ○理○想○ニ○近○キ○モ○ノ○タ○ラシムルモ現代ノ共同生活上必要
ナル公法上若クハ私法上ノ規則及ヒ道徳風俗ノ概念ト背馳スルモノナラ

ンニハ其刑法ヤ三文ノ價值タモ之ナキモノト謂フヘキナリ而シテ刑法ハ
之ヲ他ノ共存ノ法則ノミニ委シテハ保護ノ實ヲ完ウスルコト能ハス刑罰
ノ制裁ヲ附スルニアラサレハ到底維持スルコト難キモノヲ選擇シ之ヲ刑
法上ノ準則トスルモノナルカ故ニ刑政ノ一張一弛ハ直ニ他ノ法律若クハ
道徳又ハ風俗ノ上ニ甚大ノ影響ヲ及ホスコト明ナリ然リ而シテ吾人ノ共
同生活ハ決シテ法律ノミヲ以テ之ヲ進歩發達セシムルコト能ハス否ナ人
生ノ全般ヨリシテ之ヲ大觀スレハ法律ノ吾人日常生活ニ影響スル所ハ
意外ニ少ナクシテ一般ノ風俗習慣等ノ却テ吾人ノ行爲ヲ紀律スルコト一
層深且ツ大ナルモノアリ去レハ刑法ヲ制定シ若クハ之ヲ解釋適用スル者
ハ他ノ法律ニ於テ國家ノ秩序公共ノ安寧若クハ個人ノ權利自由カ如何ニ
保護セララル、ヤヲ觀察スルニ止マラス大ニ社會ノ風俗習慣等ノ勢力カ如
何ニ共存ノ利益ヲ保護セルカ或ハ道徳宗教ノ教訓カ如何ニ吾人ノ利益ヲ
保護セルカヲ洞察シテ出來得ル限り此等一切ノ法則ト調和ヲ圖ラサルヘ
カラス

抑モ法律ト道德宗教其他一切ノ共同生活ノ準則トハ固ヨリ同一ノ物ニア
 ラスト雖モ其違セントスル所ノ目的ハ共ニ人生ノ完成ニ在リテ彼是徑庭
 アル所ナシ故ニ學者ハ須ラク此等一切ノ準則ノ分化ニ注意スルト同時ニ
 大ニ之カ綜合ニ努メ分析ト統一トハ之ヲ並ヒ行ヒ分業ノ畢竟合力ニ外ナ
 ラサルコトヲ忘ルヘカラサルナリ刑法ニ於テモ亦此心ヲ以テ事ニ當ラサ
 ルヘカラス果シテ然ラハ若シ夫ノ正義ノ觀念ノ如キ道德宗教ノ一要素タ
 リ一般ノ人情風俗ニ於テ之ヲ尊重スル所ナリトセハ立法上乃至成法ノ解
 釋上之ヲ尊重セサルヘカラサルコト明ナリ故ニ正義ノ觀念ハ道德上ノモ
 ノナルカ故ニ法律上之ヲ採用スルニ由ナシト言フ如キ說ハ絶對ノ謬見ト
 謂ハサルコトヲ得ス(第二章後半參照)

(註) 上杉氏憲法講義(中央大學四三年度講義錄)一二七頁以下必參照

第二章 刑罰ノ主旨

○刑罰ノ因テ生スル所○刑罰ノ效用○勝本博士ノ意見○一般豫防ノ蔑視ハ主觀說ノ根

本的誤認○刑罰ト制裁——懲戒ト官規——佐々木氏ノ意見——美濃部博士ノ說○事
 實上ヨリ一般豫防ノ必要ヲ論ス——大場、ドクトルレノ犯罪明暗論——國家ハ消極的政
 務ノミニ全力ヲ注クコト能ハス——櫻積博士ノ犯罪模倣性論——此故ニ一般豫防ノ尊
 キチ知ル○特別豫防トシテノ刑罰ノ眞價——是レ唯懲戒ノ效用ノミ○入爲淘汰又ハ無
 害處分ニ付キ一言ス——岡田博士ノ說——江木博士ノ說○牧野氏ノ特別豫防論ニ對ス
 ル駁論

○刑罰ノ實質——現實ニ痛苦ヲサレハカラス——岡田博士ノ異說採ルニ足ラス——
 反對論者ハ特ニ宋濂ノ仁ノミ○犯罪必罰ト刑罰ノ分量——正義ノ觀念——正義ノ必要
 ——道德上ノ正義ト法律上ノ正義——刑罰ハ法律上ノ正義ナリ——刑罰ハ必ス犯罪ト
 伴ヒ又其價值ニ於テ相應セサルヘカラス——牧野氏ノ正義否定論——之ニ對スル短評
 ○折衷說——余ハ之ニ屬ス——折衷說ノ眞面目——江木博士ノ卓說——敬服ノ至ナリ
 ○大場、ドクトルレノ意見○參考書

刑、法、ノ、目、的、ヲ、達、ス、ル、ハ、所、定、ノ、準、則、ヲ、強、制、ス、ル、ハ、手、段、ナ、カ、ル、ヘ、カ、ラ、ス、
 其、手、段、ハ、刑、罰、ノ、制、裁、ヲ、用、ユ、ル、ニ、在、リ、刑、罰、ハ、違、犯、者、ノ、當、然、受、ク、ヘ、キ、所、ノ、痛
 苦、ナ、リ、凡、ソ、刑、法、命、ス、ル、所、ノ、準、則、ニ、從、ハ、ス、シ、テ、犯、行、ヲ、敢、テ、ス、ル、者、ハ、當、時、必
 ス、違、セ、ン、ト、ス、ル、目、的、ア、リ、充、サ、ン、ト、ス、ル、欲、望、ア、ル、ニ、由、ラ、ス、ン、ハ、ア、ラ、ス、然、レ
 ト、モ、人、ハ、必、ス、利、ニ、就、テ、害、ヲ、去、ル、ノ、情、ヲ、有、ス、ル、モ、ナ、レ、ハ、犯、行、ニ、依、テ、或、ル
 目、的、ヲ、達、シ、又、ハ、欲、望、ヲ、充、ス、ト、モ、之、ニ、因、テ、又、當、然、ニ、痛、苦、ノ、隨、伴、ス、ル、ニ、於、テ

刑罰ノ因
 テ生スル

ハ結局自己ノ利スル所ナキニ至ルヲ以テ犯行ヲ沮絶スルヲ得ヘキナリ是ニ於テ乎刑法ハ一面準則ヲ示スト共ニ其違反者ニ當然科スル所ノ痛苦ヲ明示シ犯行ニ出テントスル者ノ去害就利ノ情ニ訴ヘ以テ之ヲ果スコトナカラシム是レ刑罰制定其モノヨリ生スル効力ニシテ一般的ニ犯罪ノ發生ヲ豫防スル作用ヲ爲スモノトス刑罰ノ制定ハ即チ刑法上ノ準則ヲ強制スル第一手段ナリ之ナクンハ刑法ハ完全ニ行ハレサルニ至ルコト明ナリ然リト雖モ刑罰ノ制定ノミニテハ未タ充分ナラス若シ違反者アルトキハ必ス當該規定ヲ之ニ適用シテ現實ニ痛苦ヲ科セサルヘカラス之ヲ刑罰ノ執行ト云フ若シ刑罰ノ執行ナカラシ乎刑罰ノ制定ハ空文トナリ虚喝タルニ止マリテ一般豫防ノ效用ヲ失墜スヘシ故ニ違反者アルトキニハ必ス刑罰ヲ執行セサルヘカラスコト判然知ルヘキナリ加之刑罰ノ執行ハ犯人ニ痛苦ヲ加フルモノナレハ以テ懲戒ノ效ヲ奏スルコト疑ヲ容レズ是ニ於テカ余ハ刑罰ノ效用ヲ左表ノ如ク解釋ス

刑罰ノ效用

刑罰制定ノ效用 (一) 準則ノ一般的強制即チ一般豫防ノ效用ノ發生
 刑罰執行ノ效用 (二) 刑罰制定ノ效用即チ一般豫防ノ效用ノ確保
 (三) 犯人懲戒ノ效用即チ準則ノ特別的強制又ハ特別豫防ノ效用ノ隨伴

刑罰ニ此效用アルハ刑罰ノ痛苦タルカ爲メト人ニ去害就利ノ情アルトニ基クモノナリ而シテ刑罰カ刑法ノ強制手段トシテ使用セラル、所以ノモノハ刑罰ニ前記ノ效用アルカ爲メナリ刑罰ハ右ノ如ク一般豫防及ヒ特別豫防ノ效用ヲ有スルカ爲メ準則強制ノ方法トシテ最モ適當ノモノタルナリ
 刑法定ムル所ノ準則ハ其一般ニ行ハルハコトヲ以テ最モ尊シト爲ス從フテ刑罰ノ效用モ亦一般豫防ノ效用ヲ以テ重シトセサルヘカラス即チ刑罰制定ニ因ル一般豫防ノ效用ノ發生ト刑罰執行ニ因ル一般豫防ノ效用ノ確保トヲ以テ最モ尊重スヘキ所トセサルヘカラス然レトモ一般的效用ヲ害セサル範圍内ニ於テハ刑罰執行ニ因リ犯人懲戒ノ效用即チ特別豫防ノ效用ヲ盡サルヘカラス故ニ其效用ノ隨伴スルコトハ最モ希望スヘキ事柄

刑罰ノ主旨

ニ屬ス唯特別豫防ノ爲メニ一般豫防ノ效用ヲ毀損シ刑法ノ一般的強行方ヲ傷ケサルコトヲ要スルノミ故ニ余ハ一般豫防ヲ主要ナル效用トシ特別豫防ヲ從屬的ノ效用トシ刑罰ニテ足ラサル所ノ特別豫防ノ效果ハ行政上ノ處分ヲ實行シテ收得スヘキモノト解ス古語ニ所謂刑期于無刑(書經大禹謨)ノ如キ制刑而無刑(淮南子)ノ如キ又以有刑至無刑者(管子)ノ如キハ刑ハ其制定及ヒ執行ニ因リ能ク犯罪ノ一般的及ヒ特別的豫防ノ效ヲ收メ終ニ刑ノ用ナキニ至ランコトヲ期スルニ在ルコトヲ意味スルモノニシテ遺憾ナク刑罰ノ效用ヲ言ヒ表ハシタルモノト謂フヘシ

勝本博士ノ意見

(註) 勝本博士曰ク「一般豫防ト云フコトニ付キマシテ昔ハ一般豫防テアリマシタカ後世ハ特別豫防ニ段々傾イテ來ルソレテ現今人ニ依リマシテ一般豫防ハ根據ヲ失テ特別豫防ニ行クヤウニ申シテ居ル現ニリストノ如キハ一般ノ趨勢カ特別豫防ニ傾イテ居ル此方ニ行クヘキモノテアルト云フヤウニ論シテ居リマスケレトモソレハ私ハ少シ早計テアルマイカト思フソコト段々傾イテ居ルコトハ事實テアリマスケレトモ終局ニ行キマシタラハ特別豫防ハカリニナルト云フコトハ私ハ言ヒ兼ネルト思フ私ハ是ハ並行シテ行クノテハアルマイカ其並行ノ仕方ヲ御話シタイト思フ
即チ能ク特別豫防、一般豫防ト云フコトノ傾向ニ付イテソレハ兩方ナカラ同シ效果ヲ持ツノタカラソレトツチモ棄テルコトハ出來ヌト云フ人カアルゾレハ正シイケレトモ

此間ニ區別ヲ設ケテ説明ヲ要スルト思フ即チ一般豫防ト云フコトハ詰リ原因結果ノ上カラシテ個人ヲ見ナイト云フコトテアツテ一般ノ人ヲ見ルト云フコトテアリマスカラ其本質カ具體的ノモノテナクシテ抽象的ニ行クヘキ答ノモノテアルゾレ故トウシテモ刑罰法ニ屬スヘキ性質ノモノテアルサウ云フト少シ御分リニナリマセヌカ刑罰法ニ付キマシテ所謂法ニ屬スルモノ其事項ニ屬スル部分即チ刑罰法ノ目的法ノ働ク有様ソレト刑罰ソノモノ、目的刑罰ノ働ク有様斯ウ二段ニシナケレハナラヌ刑罰法ノ働ク有様ハ一般的テアル個人ノテナイ而シテ刑罰ノ働ク有様ハ寧ろ個人的テアルゾレテアリマスカラ刑罰法ニ向ツテハ一般ノ働キテ個人的テハナイ抽象的テナケレハナラヌ、テアリマスカラ是ハ主トシテ一般の傾向、即チ人殺シト云ヒマシテモ色々處分ノ仕方カアリマシテ或ハ實際ハ三年位ノ懲役ニ處スヘキヤウナ輕イモノモアリマスカ重ク死刑ニ處スヘキモノモアリマスカラ死刑……三年以上ノ懲役ト云フカ如キ廣キ刑罰ヲ揭示スルサウスルト大變怖ラシイ着板カ掲ケテアル譯テアリマスカラ十分一般豫防ト云フコトノ目的ヲ達スル輕イ所モアルケレトモ或ハ重イ所ニ依ラル、カモ知レヌト云フノテ初カラ強イ刑ハカリ科シテアル法典ニ較ヘテ見レハ威嚇力ハ多少微弱テアリマスケレトモ併ナカラ高イ刑カ盛ツテアリマスレハ假令低イ刑カ盛ツテアリシテモ一般豫防トシテ多少ノ效果ハアル譯而シテ更ニ刑罰其物ノ働即チ執行ト云フコトニナリマスト一般のヨリハ寧ろ特別豫防的ニ行ハル、ノテアル即チ現在其人ノ如何ニ依ツテ刑ヲ科スルコトニナル即チ固ヨリ此點ニ付キマシテモ特別豫防ト云フコトノ兩方ニ影響ヲ持チマスケレトモ其働ク有様ハ主トシテ特別豫防テアル即チ同シ人殺シテアツテモ情狀ノ憐ムヘキモノカアレハ輕イ刑ヲ科シテ行クソレテ右ニ御話シマシタト同シク一般豫防ニ對シテハ幾ラカリキ目カ薄イカモ知レマセヌ(強イ刑ヲ掲ケテ置キマシテ實際強イ刑ヲ科スト云フ場合ニ較ヘマスト豈ラカ弱イコトカアリマス、ケレトモ是ハ一般

豫防、特別豫防兩方ノ目的ヲ達セントスル必要上已チ得サル結果デアリマス、デアリマス
 カラ兩方並行シテ働クトハ云フモノ、場所ニ依リ其働キカ違フノデアリマス、カハラ、後ハ
 注意スヘキ點テアラウト思フノデアリマス、一概ニ特別豫防ニ向イテ行クト云フノテ法
 律マテモサウ云フ風ニ觀察スルト云フト私ハ反對ノ弊害ニ際ツテ仕舞フノデアラウト
 思フ、ソレテ法ノ働ハ一般的テアル、此點ハ昔モ今モ同シコトテアル、唯刑罰ノ範圍カ廣ク
 ナツタト云フタケテアル、併シコ、カ昔時餘リ願ミラレナカツタ特別豫防ニ重キヲ置カ
 レタ點テ此點ハ先ツ第一ニ司法制度ニ大ナル影響ヲ持ツテ居ルノテアル即チ昔ハ一般
 豫防タケテ事カ足ツタノテアルカ、今度ハ特別豫防ト云フコトノ爲メ立法者カ其權力ノ
 半ハチ裁判官ニ分與スルコトニナツタノテアル『法學志林第一卷第三號三二乃至四三頁』
 尙ホ泉二氏著改正日本刑法論二二頁參照

然ルニ茲ニ異説アリ(一)ハ刑罰ノ特別豫防ヲ主トシ一般豫防ヲ從トスルモ
 ノ(リスト氏)(二)ハ一般豫防ヲ全然刑罰ノ效用中ヨリ排除シ之ヲ行政處分ニ
 依ラシメントスルモノ(牧野氏)是ナリ

余ハ此點ヲ以テ主觀論ノ根本的誤謬ナリトシ之アルカ爲メニ余ハ之ニ贊
 同スルコト能ハサルナリ社會刑法學派ニ屬スルフランク氏サヘモ之ヲ以
 テ *Der Fehler des modernen Individualismus* ナリトシ主觀主義ヲ極端ニ貫徹セ
 ントスルトキハ保護ノ目的ヲ達スル能ハサルニ至ルヘキコト一點ノ爭ナ

一般豫防
 主觀論
 誤謬
 本的誤謬

刑罰ノ制
 裁

シト言ヘリ (Frank's S. 21)

余ヲ以テ之ヲ見ルニ一般豫防ノ效用ハ刑罰カ準則違反者ニ對スル制裁
 ニシテ之ヲ以テ法規ノ一般的遵守ヲ強制セントスルヨリ當然生スヘキモ
 ノナリ一般豫防ノ效用ヲ無視スレハ即チ準則ノ一般強制ノ方法トシテノ
 制裁ヲ無視セサルコトヲ得サルヘシ從テ刑法ノ拘束力ヲ微弱ナラシムル
 ニ至ランコト何ソ多言ヲ要セン凡ソ法律強制ノ方法トシテ制裁ノ必要ナ
 ルコトハ獨リ刑法ノミニアラス一般ノ法律上最モ所要ナル手段ナリ公法
 私法ヲ通シテ義務違反者ニ對スル制裁ヲ規定スルモノ頗ル多シ刑罰ハ刑
 法上ノ制裁ナリ他ノ法律ニハ各特種ノ制裁アリ制裁トシテ用キラル、方
 法及ヒ形式ニハ種々ノ體様アランモ其義務違反ニ當然隨伴スル所ノ惡結
 果タルハ則チ制裁ノ制裁タル所以ニシテ之ナクンハ法規ノ一般拘束力ヲ
 維持スルニ足ラス而シテ違反者ニ對シテ制裁ヲ科スルコト之ヲ純理ヨリ
 論スレハ既往ヲ咎ムルモノニシテ頗ル兒戲ニ類スル處置ノ如クナレトモ
 其一般社會ニ及ホス效果ヲ願ミルトキハ誠ニ已ムヲ得サルノ制度タルコ

トヲ知ルニ足ラン即チ違反者ニ制裁ヲ加ヘサレハ以テ法ノ一般遵守力ヲ毀損セサルヲ得ス之ヲ加フルニ依リ始テ能ク法ノ一般遵守力ヲ維持スルコトヲ得ヘキナリ是レ今日法ノ如何ナル種類タルヲ問ハス窮餘ノ拙策トシテ制裁ノ規定ヲ存スル所以ナリ而シテ諸種ノ制裁ノ中刑罰ハ最モ其效用ノ峻烈ニシテ一般強制ノ作用偉大ナルモノトス是レ刑罰ノ廢シ難キ所以ナリ又之ヲ特別豫防ノ方面ヨリ論センニ既ニ犯行アリタル後ニ於テ人ニ刑罰ヲ科スルモ法益侵害ノ事實ヲ原狀ニ回復スルニ由ナカルヘシ又犯行後處刑前既ニ過改遷善シタル者ニ苦痛ヲ加フル如キハ懲戒トシテ無益ノ業タルヘシ故ニ犯人懲戒トシテ刑罰ヲ加フルノ理由アルハ唯犯人カ尙ホ改過遷善セサル場合ノミナルヘシ然ルニ刑法ノ規定ニ依レハ過改遷善ノ如何ニ拘ラス刑罰ヲ犯人ニ科ス是レ何ノ故ソ刑罰ノ一般世人ニ及ホス影響ヲ見テ規定シタルモノタルコト明ナリ若シ事後ニ改心スレハ以テ刑罰ノ痛苦ヲ受クルコトナシトセハ何人モ一度ハ罪ヲ犯シ得ルコト、ナリテ刑法ノ準則ハ遂ニ行ハレサルニ至ルヘシ

懲戒罰ト
官紀モ
佐々木氏
ノ意見

美濃部博
士ノ説

事實上
防ノ必要
ヲ論ス

大場ド
クトルド
ノ犯罪明
暗論

(註) 凡ソ制裁ニハ一般豫防ノ觀念ノ必然件フヘキコトヲ明ニスル爲メ佐々木氏ノ懲戒罰ニ關スル説明ヲ示サン氏曰ク「懲戒罰ハ官紀ヲ維持スルカ爲メニ科セラル是レ懲戒罰ノ目的ヲ示スモノナリ官紀トハ勤務關係全般ノ秩序ヲ謂フ國家ト或特定ノ官吏トノ勤務關係ノミノ秩序ヲ謂フニアラス懲戒罰ハ勤務要求權ノ侵害ニシテ此侵害アルトキハ官ニ其官吏ト國家トノ勤務關係ノ秩序ヲ紊ルノミナラス一般ニ官紀ヲ紊ルモノナリ故ニ國家ハ之ヲ維持スル手段ヲ取ラサルヲ得ス懲戒罰ハ即チ此官紀維持ノ爲メニ科セラルモノトス從テ官吏ノ懲戒罰アルトキ國家カ之ニ對シテ懲戒罰ヲ科スルハ管ニ其官吏ニ對スルノ勤務關係ヲ救治スルカ爲メニアラス之ニ依リテ以テ全般ノ官吏關係ヲ救治スルカ爲メナリ然レハ懲戒罰ハ必スシモ其官吏トノ官吏關係ヲ存續セシムルコトヲ要セス其官吏チ一般官吏關係ヨリ除外スルニ依テモ亦其目的ヲ達スルコトヲ得云々此點ハ特ニ注意ヲ要スル所ニシテ而モ從來多ク顧ミラレサリシ所ナリ云々日本行政法原論六四八乃至六五一頁ト

美濃部博士曰ク「懲戒罰トハ官吏關係ノ秩序ヲ維持スルカ爲メニ云々科スル所ノ處罰ナリ」四〇年度中央大學行政法講義一三〇頁ト

以上ハ理論上ヨリ一般豫防ノ刑罰ノ精神ハ存スル所タルコトヲ論究シタリ以下更ニ之ヲ實際上ヨリ言ハン請フ姑ク吾人ヲシテ大場ドクトルノ言ヲ聞カシメヨ

「凡ソ犯罪ナルモノハ悉ク管轄官應ニ知ラル、モノニアラスシテ管轄官應ニ知ラル、ハ犯罪中ノ一部分ニ過キス而シテ其管轄官應ニ知レタル

犯罪中ニ在テモ其現ニ罪ヲ犯シタル犯罪者カ何人ナルヤカ管轄官廳ニ知レサルコト少ナカラサルヲ以テ國家カ犯罪者ノ多數ヲ處罰スル能ハサル場合多キニ因ル管轄官廳ニ知レサル犯罪ノ正確ナル數ハ之ヲ統計ニ依リ證明スル能ハス何トナレハ斯ノ如キ事項ヲ明確ニスヘキ機關ノ存スルモノナケレハナリ之ニ反シテ犯罪ハ管轄官廳ニ知レタルモ其之ヲ犯シタル犯罪者カ知レサル爲メ之ヲ訴追處罰スル能ハサルノ數ハ略之ヲ知ルヲ得ヘシ然レトモ各國ノ統計ニ依リ之ヲ精確ニ明示スル能ハス何トナレハ多數ノ邦國中此種ノ事項ヲ秘密事項トシテ之ヲ公ニスルヲ許サ、モノアレハナリ然レトモ余ハ苟モ此等事項ニ關係アル實務ニ付キ經驗ヲ有スル者ハ凡ソ管轄官廳ニ知レタル犯罪中、犯罪者カ其犯シタル犯罪ノ爲メ實際訴追ヲ受クルノ數ハ百分ノ三十乃至五十ヲ出テサルコトヲ認ムルナルヘキヲ確信スル者ナリ從テ其餘ノ百分ノ五十乃至七十ハ訴追ヲ受クルコトナクシテ終ルヘキコトヲ認メサルヲ得ス統計學者ハ斯ノ如ク判然世ニ顯レスシテ不明瞭ノ状態ニ止ルノ數ヲ指稱シ

テ暗數 (Dunkelziffer od. dark number) ト謂ヒ之ニ反スルノ數ヲ明數 (Lichtziffer od. light number) ト謂ヘリ

前述二箇ノ暗數即チ第一、犯罪カ知レサルカ爲メ第二、犯罪カ知レタルモ犯罪者カ知レサル爲メ犯罪者カ訴追ヲ受クルコトナクシテ終ルヘキ犯罪ノ暗數中最モ多數ヲ占ムルモノハ人知レス秘密ニ犯サル、犯罪例ヘハ竊盜罪、贓物罪及ヒ貨幣偽造罪ノ如キモノナルコトハ當然推定シ得ヘキノミナラス實際家ノ一般ニ認ムル所ナリ實際罪ヲ犯シタル犯罪者ニシテ之ニ對スル刑罰ヲ免ルヘキ以上二大暗數ノ外尙ホ證據不充分ノ爲メ無罪ヲ言渡サレ若クハ其他種々ノ理由ニ因リ刑罰ヲ免ルヘキ多數ノ犯罪者アルコトヲ眼中ニ置カサルヘカラス此多數ノ犯罪者ノ數ハ何人モ之ヲ精確ニ知ル能ハサルハ是レ亦一種ノ暗數ナリ以上三箇ノ暗數ノ合計カ全犯罪中最大部分ヲ占ムルコトハ何人モ之ヲ了解スルニ難カラス又以上三箇ノ暗數ハ合計カ犯罪中ノ最大部分ヲ占ムルハ一事ハ全犯罪中最大部分ハ實際罰セラレヌシテ終ルヘキ事ヲ證明スルモハトス

註 尙ホ法學新報第十八卷第六號大場ドクトル「我邦犯罪ノ現狀參照

去レハ犯罪ノ檢舉ハ之ヲ充分ニ爲サ、ルヘカラス勝本博士曰ク「警察ハ社
會ノ耳目タリ監視者タリ又警察ノ機關ニシテ欠缺若クハ完備セサランカ
如何ニ完全ナル刑法モ反古紙同様タルヘシ蓋シ人ノ罪ヲ犯スヤ刑ノ寛ナ
ルカ爲メニアラス苟モ免レ得ヘキヲ期スルニ因レハナリ隨テ假令刑法ノ
規定ハ不完全ナルモ一度罪ヲ犯セハ到底發覺セシテ止ムコトナキコト
ヲ明ニセンカ多クノ犯罪ハ之ヲ絶滅セシムルヲ得ヘシ茲ニ於テカ余ハ他
ノ刑事政策ノ要求ト共ニ出來得ヘキ丈ケ警察ノ機關ヲ完備スルコトニ意
ヲ用キンコトヲ欲ス」法學新報第二〇卷第五號一二頁ト眞ニ然リト雖モ如何ニ檢舉ヲ
充分ニ行フトモ實際ノ犯罪ヲ悉ク檢舉スルコト能ハサルハ勿論恐ラクハ
之カ半数ヲモ羅織スルコト能ハサルヘキカ何トナレハ犯人ハ必死トナリ
テ罪跡ノ隱匿ヲ計ルニ反シテ國家ハ到底犯罪鎮壓トイフ如キ消極的政務
ハ、ミニ全カヲ傾注スルコト能ハサルハナリ加之法律運用ノ術ヨリ之ヲ論

國家ハ
極的政務
ニシテ
力ヲ注
スルコ
ト能ハク

種積博
士
ノ
犯罪
論
模

スレハ微罪不檢舉ノコトヲモ眼中ニ置カサルヘカラス
犯罪檢舉ノ實狀ニシテ果シテ右ノ如クナリトセハ茲ニ著シキ惡現象ヲ來
タサルヲ得ス即チ人罪ヲ犯スモ處罰セラレシテ已ムコト多キヲ知ルト
キハ犯罪ノ模倣者ヲ生スルコト漸ク多キヲ加ヘントスルコト是ナリ是レ
大ニ警戒スヘキ現象ニアラスヤ
尙ホ茲ニ吾人ハ大ニ注意ヲ要スル點ハ人ノ模倣性カ犯罪ニ對スル關係ナ
リトス余ハ此點ニ付キ穂積陳博士ノ名說ノ大要ヲ左ニ掲載スヘシ

「斯ノ如ク人間萬事模倣ニ因ルモノ多キヲ占メ純然タル創意ニ出ツルモノハ極メテ稀ナレ
ハ一見新事物ノ如キモノモ之ヲ精査スレハ詰リ舊事物ヲ組合セタルモノノ其多キニ居ル而
シテ模倣ニハ善模倣ト惡模倣ノ二種アリ惡模倣ノ最モ大ナルモノハ犯罪ノ種類及ヒ方法
ヲ模倣スルモノナリ犯罪ハ全ク自由意思ヨリ出ツルモノナリトノ說ハ近年自然科學ノ進
ムニ隨ヒ勢力ヲ失ヒ罪人ハ罪ヲ犯シ易キ資性ヲ固有シ居ルモノナリトノ說カ追々行ハル
ルニ至レリ此犯罪ノ資性トハ意思ノ弱キトカ徳義心ノ薄キトカ怒リ易キトカ甚シク色ヲ
好ミ財ヲ愛ストカ云フカ如キ性質ノ者ニシテ是非ノ辨別心ナキカ又ハ情欲ニ對スル抵抗
力弱キ等ノ爲メニ非行ヲ爲スニ至ルモノニシテ即チ惡模倣ノ感受性ニ富ミタル者ナリ斯
ノ如キ犯罪資性ヲ具フル者ハ他ニ模範ナキトキハ良民タルモ泥棒ノ語ヲ聞キ人殺ノ新聞

ヲ讀ム等ノ事アルトキ容易ク同様ノ方法ニ依リテ己ノ慾望ヲ遂ケントノ決意ヲ爲スニ至ルモノナリ犯罪ノ方法等ニ至リテ殊ニ然リトス云々

前ニ述ヘタルカ如ク犯罪ハ其種類ノ如何ヲ問ハス模倣ニ因ルモノ多キニ居ルト雖モ模倣ハ素ト模範事實カ模倣者ノ感受性ニ及ホス結果ナルヲ以テ特ニ著シク模倣ニ因リテ生スル犯罪ハ其模範事實カ人ノ感覺ヲ刺激スル力ノ強大ナルモノニ屬ス例ヘハ犯罪者又ハ被害者ノ有名ナルコト犯罪事實ノ新奇ナルコト犯罪手段ノ巧妙ナルコト又ハ強暴慘酷ニシテ激シク人ノ神經ヲ刺激スルコト等ハ模倣犯罪ヲ生スル原因ナリ故ニ特ニ模倣的犯罪トモ稱スヘキモノハ政治的犯罪殺人毒殺決闘強盜放火等ノ如キ激烈ナル行爲ニ屬シコソコソ泥棒ノ如キ神經ヲ刺激スルコト比較的少ナキモノハ模倣ニ因ルハ勿論ナレトモ特ニ模倣的犯罪ト稱スヘキモノニアラス其他詐欺罪ニ關シテハ詐欺賭博ノ如キ手段ノ新奇又ハ巧妙ナルカ爲メニ模倣犯罪ヲ生スルモノナリ云々要スルニ模倣犯罪ノ種類ハ模範的事實ノ感受性ニ對スル刺激ノ有無ニ依テ定マリ模倣犯罪ノ多少ハ其刺激ノ大小ニ比例スルヲ常トスルモノナルカ故ニ甚シク人ノ神經ヲ刺激シ世間ノ評判ト爲リタル一ノ犯罪アリタルトキハ多クハ之ニ類似シタル犯罪ノ續出スルコトヲ豫期シ得ヘキモノナリ

尙ホ序ニ陳ヘ置クヘキコトハ模倣ハ縱ト横ト行ハルト云フ事ナリ其縱ニ行ハルハモノハ過去模倣又ハ慣習模倣ト稱シ古人ノ經驗ヲ眞似テ生活ノ方法手段トスル類ハ皆之ニ屬スルモノトス故ニ若シ現在ハ過去ノ果ニシテ現在ハ將來ノ因ナラハ現在ノ文明ハ過去模倣ノ結果ナリト云ヒ得ヘシスベンサー氏ハ法律ハ死去シタル人カ生活シ居ル人ニ命令シ居

ルモノナリト言ヒシカ或意味ニ於テハ其通りニシテ言ハ、吾人ハ死者ニ支配サレ居ル如キモノナリ又模倣カ横ニ行ハルトハ即チ同時代ノ人カ相互ニ眞似ナスルト云フコトニシテ之ヲ現在模倣又ハ流行模倣ト稱シ又模倣ニハ「模倣中心」又ハ「模範事實」ナルモノアルヲ以テ社會ニ大勢力ヲ有スル人カ新奇ナル事ヲ始ムルレハ他ハ其良否ニ拘ラス爭フテ之ヲ模倣スルニ至ルモノナリ云々

是ヨリ更ニ模倣性ト犯罪豫防トノ關係ヲ明瞭タラシメンカ爲メニ模倣ノ主體客體及ヒ媒介物ノ區別ヲ説明スヘシ予ノ所謂模倣ノ主體トハ眞似チスル人模倣ノ客體トハ模範即チ手本トナルモノ、媒介物トハ其仲立トナルモノナルカ説明及ヒ理解ノ便利ノ爲メ先ツ模倣ノ客體ヨリ説明スヘシ模倣ハ「エキザンブル」センター「即チ模倣中心」ヨリ傳播スルモノナルカ故ニ犯罪ヲ豫防セントナラハ第一ニ如何ナル事實カ模倣中心ト爲ルカヲ察知セサルヘカラスダルト氏ハ模倣ノ法則トシテ「故障」ナキトキハ模倣ハ等比級數ニ依テ進ムモノナリト云ヒシカ模倣ハ所謂鼠算ニ依リテ傳播スルカ故ニ例ヘハ茲ニ一人悪行ニ依リテ利ヲ得ル者アレハ模倣中心カ一ツアル譯トナリ更ニ今一人仲間ヲ生スレハ中心ハ二ツトナリ若シクハ其レチ又眞似ル者カ一人宛アリトスレハ四人トナリ又八人トナルヲ以テ豫防警察ハ常ニ如何ナルモノカ此模倣ノ中心タルヘキカヲ察知シ速ニ惡模倣ノ中心ヲ滅スルコトヲ其作用ノ第一要件トナサ、ルヘカラス故ニ犯罪豫防ノ第二則ハ「豫防ノ難易及ヒ其效果ハ等比級數ニ依テ豫防作用ノ遲速ニ準スト」云フコトナリ模倣中心カ唯一アル際ニ防クハ其中心カ二トナリタルトキニ防クニ比シ其容易ナルコトモ效果アルコトモ二倍トナ

リ又四ノトキニ防クハ二ノトキヨリモ其困難ナルコトモ其效果ノ少ナキコトモ二倍トナ
 ル譯ナリ去レハ其苗ノ長セサランコトヲ欲スレハ之ヲ其未タ秀テサルニ拔クニ如カスニ
 藥ノ時ニ拔カサレハ斧ヲ用フル海アラム又其第三則ハ「豫防必要ノ程度ハ模倣中心ノ傳播
 力ノ強弱ニ比準ス」ト云フコトナリ故ニ第一ニ位高キ者カ中心トナリタルトキ第二ニハ富
 豪カ中心トナリタルトキ第三ニハ團體ノ首領親方教師政黨ノ有力者一地方ノ有力者等カ
 中心トナリタルトキ第四ニハ新奇ナル事柄カ中心トナリタルトキハ之ニ對シ特別ノ注意
 チ拂ハサルヘカラス予カ斯ク言ヘルハ此等ハ要スルニ上カラ下ニ降ル勢ヲ以テ惡模倣ノ
 中心トナル位地ヲ占ムルニ依ル而シテ第五ニハ「同情アル非行ハ強力ナル傳播性アリ」ト云
 フコト第六ニハ「名義又ハ名稱ノ美ナルモノモ比較的強大ナル傳播力ヲ有ス」ト云フコトヲ
 記憶スルヲ要ス云々媒介物トハ模倣ノ主體即チ眞似チスル人ト模倣ノ客體即チ手本ト爲
 ル事物トノ間ニ立テ模範ヲ客體ニ紹介スルモノヲ總稱ス書籍新聞雜誌演說廣告芝居觀世
 物講談落語俚諺碑書信ノ如キハ最も普通ナル媒介物ナリ模倣ハ此等ノ媒介物ニ依リ風蒸
 汽電氣ニ伴フテ陸ヲ走り海ヲ渡ルモノニシテ一國ニ於テ生シタル事柄モ速ニ他國ニ傳播
 ス云々『東京日日新聞』二四二乃至一二四六號犯罪ト模倣性』

此般此
 故ニ一
 豫防ノ
 知

嗚呼甚哉模倣性ノ犯罪ニ關スルコトハ大ナルヤ
 余ハ以上ノ材料ニ依リ刑法上左ノ斷定ヲ下スコトヲ得ヘシト信ス(一)若シ
 刑罰ノ效用ヲシテ單ニ特別豫防ノミナラシメハ是レ警察署カ之ヲ捕ヘ裁

特別豫防
 トシテノ
 刑罰ノ眞
 實ニ依リ
 是レ唯懲
 戒ノ效用
 ノミ

判所カ之ヲ罰スル所ノ全犯人中ノ極少部分ニ對スル效用ノミヲ以テ刑罰
 ノ事全シトスル者ニシテ其捕罰セラレサル大部分ノ犯罪者ニ對シテハ考
 慮ノ及ハサルモノナリ況ンヤ未タ犯行ヲ敢テセサル一般世人ヲヤ偏狹ノ
 見ト謂ハサルヘカラス國家カ刑罰ヲ制定スル何ソ此ノ如ク偏狹ノ見地ニ
 於テセンヤ(二)國家ハ事情ノ許ス限リ犯罪ノ檢舉ニ力ヲ盡シ罪ヲ犯シテ苟
 モ免カルハ如キコトナキコトヲ一般世人ニ知ラシメ又夫ノ惡模倣ノ感
 受性ノ活動ヲ沮絶シ以テ犯罪ノ發生ヲ防止セサルヘカラス
 是レ刑罰ノ制定ニ因リ既ニ生セル一般豫防ノ效用ヲ刑罰ノ執行ニ依リテ
 更ニ確保スル所以ニ外ナラス
 其レ然リ然リト雖モ一般豫防即チ鑑戒ノ效用ヲ害セサル範圍ニ於テハ犯
 人ノ懲戒及感化教育保護誘導等ノ效果ヲ收得シテ彼等ヲ今日ノ社會生活
 ニ適合セシムヘキコトハ是レ何ソ喋々ノ辯ヲ要センヤ然レトモ此等ノ事
 ハ刑罰ノミヲ以テハ到底其效ヲ收ムルコト能ハス余ハ一般豫防ノ效用ヲ
 害セサル範圍ニ於ケル刑罰ノ特別豫防的效果トシテハ僅ニ懲戒ノ效ヲ奏

刑罰ノ主旨

人為淘汰
又ハ無害
處分ニ付
キ一言ス

シ得ルニ過キスト信ス此點ニ付テハ第八章ニ至リ詳論スヘシ
尙ホ茲ニ數言ヲ要スルモノアリ改悛遷善ノ不能ナル犯人ニ對シテハ再
ヒ罪ヲ犯サ、ラシムル爲メ一定ノ期間又ハ永久ニ之ヲ社會ヨリ分離スル
コトヲ以テ刑罰ノ目的ノ一ニ加フルヲ以テ通説トシ死刑及ヒ無期刑ヲ以
テ單純ニ離隔ノ目的ノミヲ有スル刑罰トシ自由刑ハ他ノ目的ト共ニ此目
的ヲモ包含スルモノト解スル者多シ學者此作用ヲ稱シテ人為的淘汰又ハ
無害處分ト云フ此作用ハ之ヲ刑罰トシテ認ムヘキモノニアラスト論スル
者亦決シテ少ナシトセス大場ドクトルハ(一)世ニ改善不能者ナルモノアル
コトナシ(但シ其者ハ病者ニアラサル以上)從テ改善不能者ノ無害處分ハ
理論上根據ナキモノトシ(二)改善不能者ノ無害處分ハ不合理ニシテ机上ノ
空論ニ過キヌ加之無害處分ハ之ヲ實施スルモ社會刑法學派ノ說クカ如キ
效果ヲ收ムルコト能ハサルモノトシ刑事政策大綱第二編六十五乃至百十
二頁ニ涉リ詳論セリ余ハ今深ク此問題ヲ論究セサルヘシト雖モ此問題タ
ル實ニ刑罰組織上緊要ノモノト信ス讀者ノ奮テ研究セラレンコトヲ切望

岡田博士
說

ス余モ他日ヲ期シテ必ス之ヲ詳論スヘシ
茲ニハ唯之ヲ一言スルニ止メントス曰ク「單ニ改善不能ノ者ト推定セラ
ルハ故ヲ以テ之ヲ一時的又ハ永久のニ社會ヨリ離隔スルコトハ之ヲ刑罰
ノ執行ト謂フヘカラス何トナレハ是レ刑罰ハ惡行ニ對スル制裁タルコト
ヲ無視シテ立論スルヲ以テナリ故ニ改善不能ノ故ヲ以テ之ヲ社會ヨリ除
斥スルハ刑罰トシテ之ヲ認ムヘカラス余ハ死刑無期刑ノ如キモノハ極惡
大罪ニ對スル制裁タルノ故ヲ以テ今日尙ホ是認セラル、ハ制度ニ過キヌ
シテ決シテ改善不能ナル犯人ナリトノ理由ニテ之ニ此種ノ刑罰ヲ科スル
モノニアラサルナリ」(第六章參照)

(註) 岡田博士ハ次ノ如ク論セリ曰ク余ハ潛ニ其利害ヲ考フルニ死刑ノ性質ハ一方ニ於テ
本人ノ生命ヲ奪フニ因テ再ヒ罪ヲ行ハシメサル最モ正確ナル方法ナルト他ノ一方ニ於
テ生命ヲ斷ツト云フ極メテ極端ナル制裁ナルトノ二箇ノ特色アルヨリ推究シテ如何ナ
ル場合ニ其適用ヲ試ムヘキカヲ論スルトキハ第一國家的制度ヲ以テハ到底改心セシム
ル方法ナキ犯人タルコト第二其犯人ハ社會ニ重大ナル害惡ヲ與フル者タルコトノ二條
件略言スレハ大惡不治ノ犯人ハ死刑ヲ適用シテ何等ノ差闕アルヲ見ス唯今日ノ學理及
ヒ技術ニ於テハ如何ナル種類ノ犯人カ不治ノモノナルカヲ確知スル能ハス隨テ此論ノ
適用ヲ極メテ慎マサルヘカラスト雖モ死刑ノ存在スヘキ理由トシテハ多ク疑ヲ容レンス

ト信ス蓋シ犯人モ亦社會ノ一員ナリ之ヲ除クハ社會ノ一部ヲ除クモノナリト雖モ彼ノ
 醫家ノ施術ヲ視ヨ危險ナル疾病若クハ創傷ニシテ尙ホ全快ノ見込ナケレハ其局所ヲ切
 斷スルコトアルニアラスヤ死刑ハ國家ノ外科的施術ナリ而シテ又最モ極端ナル人工的
 淘汰ニシテ刑罰ノ二大方法ノ一ヲ占ムルモノト云ハサルヘカラス云々若シ死刑ヲ大惡
 不治ノ犯人ニ對スル淘汰方法トスレハ無期刑ハ中惡ニシテ不治ノ犯人ヲ淘汰スル方法
 即チ抑壓スル方法トシテ最モ適當ナリト信ス云々「刑法講義」二〇五乃至二〇九頁ト
 江木博士ハ次ノ如ク論セリ曰ク「學理上ヨリ死刑ノ性質ヲ考察スレハ前既ニ述ヘタル其
 刑ノ條件ハ過半之ヲ缺クモノタルヲ疑テ容レヌ就中刑罰ノ目的ハ犯人ヲ改良スルニ在
 リトスルノ主義ニ於テハ決シテ用ユヘキノ刑ニアラストセリ然レトモ今茲ニ死刑存廢
 ノ當否ヲ論セントナレハ能ク一大冊ヲ成スモ足レリトスヘカラサルノミナラス現ニ我
 刑法ニ於テハ此刑ヲ設ケタルヲ以テ今更之ヲ詳論スルノ要ナシト雖モ死刑ヲ存スルノ
 必要ヲ主張スルニハ刑罰ノ反坐タル性質上ヨリシテ或ル極惡ノ犯罪ハ死刑ヲ以テ之ニ
 報スルニアラサレハ國家ノ正義ヲ維持スルニ足ラサル所以ヲ證明スルノ外他ニ其方法
 ナシ彼ノ死刑論者カ死刑ヲ以テ良民ヲ恐嚇シテ犯罪ヲ豫防スルニ缺クヘカラサルモノ
 トスルカ如キハ犯者ヲ以テ他ノ目的ヲ達スルノ手段トスルモノ、人生平等ノ原理ニ反ス
 ル明白ナリ唯國家ノ正義ヲ維持セントスルノ一點ニ於テノミ各人相互ノ間ニ於ケル人
 生平等ノ原理モ亦始メテ之ヲ打破シ得ヘキナリ「現行刑法原論」卷之二ノ二六頁ト
 余ハ後説ノ至當ナルニ敬服スルト同時ニ其論旨ヲ以テ直ニ無期刑ヲモ説明セントスル
 者ナリ而シテ前説ノ如キハ一顧ノ價值タモ之ナキコト疑テ容レヌ

乞フ余ヲシテ以下故野氏ノ所説ヲ批評セシメヨ氏ハ左ノ如ク言ヘリ

「國家カ刑罰ヲ科スルノ目的ヲ論スルニ威嚇主義アリ匡正主義アリ排除

主義アリ賠償主義アリ

社會ニ對スル關係ヨリ刑罰ヲ論スル者ハ刑罰ハ威嚇ニ依ル一般的豫防
 ヲ目的トスルモノナリト爲ス(一般的威嚇主義)犯人ニ對スル關係ヨリ之
 ヲ論スル者ハ或ハ犯人ヲ威嚇スルニ在リトシ(特別的威嚇主義)或ハ之ヲ
 匡正スルニ在リトシ(匡正主義)或ハ之ヲ社會ヨリ排除離隔スルモノナリ
 ト爲ス(排除主義)而シテ其被害者ニ對スル關係ヨリ之ヲ論スル者ハ不法
 ノ侵害カ觀過セラレザリシトノ満足ヲ與フルヲ以テ刑罰ノ目的ナリト
 爲ス(賠償主義)以上三種ノ關係ヲ併セテ刑罰ノ目的ナリト爲ス者多シ然
 レトモ一般的豫防ノ手段ハ寧ロ之ヲ豫防警察ニ讓ルヘシ犯人ノ匡正ニ
 必要ナル程度ヲ越エテ單ニ社會ヲ威嚇スルカ爲メニ犯人ニ苦痛ヲ科ス
 ルカ如キハ刑罰ノ目的トシテ果シテ許容スヘキモノナリヤ又賠償ノ方
 法ハ宜シク之ヲ民事上ノ制度ニ求ムヘシ犯人ノ改善ニ必要ナル範圍ヲ
 出テ、單ニ被害者ニ満足ヲ與フルカ爲メニ犯人ノ法益ヲ剝奪スルハ刑
 罰ノ主旨トシテ果シテ首肯スヘキモノナリヤ

余輩ハ犯人ノ匡正ヲ以テ刑罰ノ目的ナリト解ス匡正ノ不能ナル場合ニ於テ初メテ唯排除ノ手段アルノミ一般の威嚇若クハ賠償ヲ以テ刑罰ノ手段ト爲スハ刑法ノ沿革ニ於ケル古代ノ遺跡ヲ存スルモノニシテ現代ノ思想トシテハ許容スヘキモノニアラサルナリ(刑事學ノ新思潮ト新刑罰學ノ四乃至二〇五頁)

余之ヲ思フニ第一氏ノ刑罰ノ目的ニ關スル學說若クハ主義ヲ列擧スルハ甚タ不充分ナリ威嚇主義即チ警戒主義又ハ豫防主義匡正主義及ヒ排除主義賠償主義ノ四者ノミニテハ一般ノ學說若クハ主義ヲ列擧シタルモノト謂フヘカラス故ニ之ヲ補足シツ、批評ヲ加フヘシ夫レ此點ニ關スル議論タル古來最モ見解ノ岐レタル所ニシテ前四主義ノ外尙ホ(一)復舊主義(二)反坐(三)脅嚇主義(四)防衛主義等アリ(江木博士現行刑法原論卷之五乃至三五頁參照之)

(一)復舊主義ハ主トシテ既ニ行ハレタル犯罪ヲ舊體ニ復シテ犯罪ナキニ至ラシムルヲ目的トセヨトスルモノナレトモ過去ノ犯罪事實ハ到底之ヲ復舊スルコト能ハサレハ此主義ハ宜シカラス(二)賠償主義ハ凡テ損害ヲ受ケタルモノハ裁判所ニ於テ其賠償ヲ得ルト同シク刑罰ハ犯罪ヲ賠償スヘク

唯民事ハ實物上ノ賠償ナルト刑事ニ於テハ無形の(感情)ノ賠償ナルトノ差異アルノミナリトスルモノナリ若シ之ヲ以テ刑罰ノ基礎若クハ主旨ナリトスレハ國家カ被害者ニ代リテ復讐ヲ爲スヲ以テ刑罰ノ本體ナリト解セサルヘカラスシテ到底今日之ヲ採用スルコト能ハス然レトモ民事上ノ賠償ハ時ニ被害者ヲ満足セシムルニ足ラス又ハ全ク満足セシムル能ハサルコトアリ(犯人ノ無資力其他ノ場合ヲ見ヨ)故ニ被害者ニ民事上ノ救済ヲ與フルト同時ニ人ノ正義心ノ要求ヲ満足セシムル爲メ刑罰ニ無形の賠償ノ隨伴スヘキコトハ決シテ之ヲ排斥スヘキモノニアラス牧野氏ハ此點ヲ認ムルヤ否ヤ不明ナリ(三)脅嚇主義ハ犯人ヲ罰シテ他ノ一般人民ヲ恐怖シ以テ犯罪ヲ行フコトヲ避ケシメントスルモノニシテ其主眼トスル所ハ刑罰ヲ公行シ嚴刑ヲ施スニ在リ此主義ノ目的トスル所ハ決シテ誤レルニハアラサレトモ其手段トシテ嚴刑ヲ公衆ニ示ス點ニ於テ謬リタルモノト評セサルコトヲ得ス此ノ如キハ單ニ犯人ヲ以テ一般ノ利益ニ供スヘキ器械ト爲スノミナラス世人ノ殘忍ノ性ヲ養フニ至ラントス斷然排斥スヘキモノ

タルコト明ナリ(四)是ニ於テ乎警戒主義若クハ豫防主義牧野氏ノ所謂威嚇主義ニ當ランヲ生セリ此主義ハ刑罰ノ制定ト執行ニ依リ一般世人及ヒ犯人ヲ警戒シ以テ犯罪ノ發生ヲ豫防セントスルニ在リ而シテ其主トシテ社會ニ對スル關係ヲ論スル者ハ一般の豫防論者ナリ又其主トシテ犯人ニ對スル關係ヲ論スル者ハ特別の豫防論者又ハ匡正主義論者ナリトス之ヲ現時ノ學說ノ大要トス即チ今日ハ單ニ一般豫防ノミヲ以テ刑罰ノ效用トシ又ハ單ニ特別豫防ノミヲ以テ刑罰ノ效用ナリトスル者ハ殆ント之アルナシ故ニ牧野氏カ單ニ社會ニ對スル關係ヲ論スルモノヲ一般の威嚇豫防又ハ警戒(主)主義ナリトシ犯人ニ對スル關係ヲ論スル者ヲ特別の威嚇又ハ匡正主義ナリト述ヘラレタルハ學說ノ記述トシテ其當ヲ失スルモノト謂フヘシ(五)防衛主義ハ刑罰權ヲ以テ國家ノ正當防衛權ナリトスルモノナレトモ正當防衛ノ權タル之ヲ未タ犯罪ノ實行セラサルノ前ニ用ユヘキモノナリ但シ此主義ニ於テ達セント欲スル所ハ夫ノ豫防若クハ警戒主義ニ依リテ全ウスルコトヲ得ヘシ(六)反坐主義ハ一ニ之ヲ純正主義又ハ應報主義ト

稱セララル、モノニシテ其最モ發達シタル思想ハ善ニ報スルニ善ヲ以テシ惡ニ報スルニ惡ヲ以テスルハ人類天賦ノ本性ナリトシ國家ハ此人類天賦ノ本性ヲ基本トシ之ヲ實現スル爲メニ國家ハ其權力ヲ以テ刑罰ヲ制定シ犯罪ニ報ユルナリ刑罰ハ即チ國家カ正義ヲ實行スル所以ナリト云フニ在リ牧野氏ハ此點ニ付キ茲ニ一言ヲモ費サ、ルハ何ソヤ遺憾ノ至リナリ尤モ此主義ニ付テハ後ニ至リ詳論セン

氏ハ一般の豫防ノ手段ハ寧ロ之ヲ豫防警察ニ讓ルヘシト論ス是レ刑罰ハ刑法上ノ準則強制ノ一般手段タルコトヲ忘却スルモノニシテ其誤リナルコトハ余ノ既ニ縷述セシ所ナリ宜ナル哉世界知名ノ學者ニシテ此ノ如キ極端ナル議論ヲ爲ス者ハ一人モ之アルコトナキナリ是レ余カ私言ニアラス乞フ東西ノ鴻儒碩學ノ著書論文ヲ緝ケ此間ノ消息ヲ知ルニ足ラン氏ハ匡正ハ不能ナル場合ニハ唯排除ノ手段アルハミト論ス其不可ナルハ余又既ニ之ヲ論述セリ今一例ヲ示サン茲ニ道路ニ放尿スルヲ以テ其常習トシ其匡正不能ナル者アリトセヨ之ニ無期刑ヲ科スルハ果シテ正當ナリ

ヤ余ハ常識アル者ノ公平ナル判断ヲ俟タンノミ
 氏ハ又「一般的威嚇豫防ノ意」若クハ賠償ヲ以テ刑罰ノ手段目的又ハ效用
 ノ意ト爲スハ刑法ノ沿革ニ於ケル古代ノ遺跡ヲ存スルモノニシテ現代
 ノ思想トシテハ許容スヘキモノニアラスト論スレトモ東西ノ學者カ現今
 一般ニ必要トシテ認ムル一般豫防ノ效用ヲ以テ果シテ古代ノ遺跡ヲ存ス
 ルモノト言フコトヲ得ルヤ余ハ之ヲ以テ直ニ現代ノ必要ナリト解スル者
 ナリ而シテ被害者ニ刑ノ執行ニ依リ正義心ノ要求ヲ満足セシムルニ至ル
 コトノ如キモ之ヲ排斥スルニ及ハサルコトハ亦既ニ一言セシ所ナルノミ
 ナラス刑ノ執行ニハ自ラ此效用ヲ隨伴スルモノニシテ決シテ之ヲ大古ノ
 遺跡ナリト稱スヘカラス

以上余ノ牧野氏ニ對スル駁論ハ又直ニ夫ノリスト一派ノ「刑罰ハ威嚇改
 善犯行不能ノ狀況(離隔ヲ謂フ)ニ於ケル三箇ノ目的ヲ併セタル一ノ合成的
 相對主義ナラサルヘカラス」(獨逸刑法論總論)トノ說ニ對シテモ充分ノ感應ア
 ルモノナリ

二

刑罰ノ實

現實ニ痛
苦ヲササ
ヘカラス

岡田博士
異說探
スルニ足
ラ

上來詳論セシ所ニ由テ之ヲ觀レハ刑罰ハ刑法ノ強制手段ニシテ犯罪ノ
 一般的及ヒ特別的豫防ノ效用ヲ有スルモノタルコト明白ナリ而シテ刑罰
 カ○刑○法○ノ○強○制○手○段○ト○シ○テ○使○用○サ○レ○一○般○的○及○ヒ○特○別○的○豫○防○ノ○效○用○ア○ル○ハ○刑
 罰○カ○痛○苦○ナ○ル○カ○爲○メ○ナ○リ○故○ニ○刑○罰○ヲ○シ○テ○其○使○命○ヲ○益○發○揮○セ○シ○メ○ン○ト○欲○セ
 ハ○其○痛○苦○ヲ○シ○テ○現○實○ニ○世○人○及○ヒ○犯○人○ニ○感○應○ヲ○與○フ○ル○モ○ハ○タ○ラ○シ○メ○サ○ル○ハ
 カ○ラ○ス○刑○罰○ニ○シ○テ○世○人○及○ヒ○犯○人○ニ○對○シ○テ○何○等○ノ○感○應○ヲ○與○ヘ○サ○ル○モ○ハ○タ
 シ○メ○ハ○刑○罰○ノ○制○定○ハ○終○ニ○空○文○ト○爲○リ○了○ル○ヘ○ク○又○其○執○行○ハ○無○效○ハ○暴○虐○タ
 ニ○了○ラ○ン○ハ○ミ

然ルニ岡田博士ハ余ト全ク相容レサル見解ヲ有ス其言ニ曰ク

「刑罰トハ國家カ犯罪ノ制裁トシテ一私人ノ利益ヲ剝奪スルヲ謂フ從來
 刑罰ノ定義ヲ與フル者ハ多クハ國家カ犯罪ノ制裁トシテ一私人ニ與フ
 ル所ノ苦痛ヲ謂フト述ヘタリ余モ亦嘗テ此定義ヲ採用シタルコトアリ
 タリト雖モ其語ノ甚タ穩當ナラサルモノアルヲ以テ今ハ之ヲ避ケタリ

蓋シ今日ノ刑罰制度ノ趣旨ハ必スシモ囚人ニ對シテ痛苦ヲ與フルコトヲ目的トセス主トシテ改過遷善ヲ促スノ方法ト爲ス隨テ已ムナクンハ苦痛ヲ與フルト雖モ必要ナル場合ニハ快樂ヲ與フルモ妨ケサルナリ故ニ刑罰制度ノ上ヨリ觀察スレハ苦痛ナル語ハ之ヲ避クルモ不可ナキノミナラス之ヲ避クルノ勝レルニ近シ更ニ又觀察ノ方面ヲ轉シテ生命身體自由名譽又ハ財産ノ一ヲ奪フコトヲ概括的ニ名ケテ單ニ苦痛ト稱スルコトヲ得ルヤト云フニ元來苦痛トハ或事物ニ遭遇シタル人ノ感情ヲ言現ハシタル語ナリ然ルニ囚人ノ實際ヲ顧ミレハ刑罰ヲ受クル者ハ毫モ苦痛ヲ感セサル者アリ而モ之ニ對スル執行ハ刑罰ニアラスト云フヲ得ス故ニ受刑者ノ感覺ノ上ヨリ見ルモ苦痛ト云フコトヲ刑罰ノ要素ニ數フルノ必要アルヲ見出サス果シテ苦痛ナル語ヲ置クヘカラス若クハ置クノ必要ナシトセハ如何ニ其定義ヲ下スヘキカ法律ノ保護スル所ノ利益ヲ犯罪ノ制裁トシテ奪フ以上ハ直ニ其一事ヲ以テ刑罰ト云ハサルヘカラス尙ホ以上ノ餘論トシテ茲ニ聊カ一言スレハ世ニ刑罰制度ノ何

タルヲ知ラサル者ハ動モスレハ囚人ノ待遇カ下級貧民ノ生活ヨリ優ニ優レリト唱ヘテ之ヲ批難スト雖モ是レ刑罰ヲ以テ苦痛ヲ與フルニ在ルカ如ク誤信シタル結果ナリ而シテ近來ノ監獄制度ニ於テハ二ノ目的アリ(一)犯人ノ如何ニシテモ改悛セサル者ハ他ノ良民ノ爲メ之ヲ隔離スルノ必要アリ從テ其者ヲ一定ノ場所ニ拘禁セサルヘカラス(二)其他ノ者ニ對シテハ改過遷善ノ途ヲ採ルニ在リ從テ其手段トシテハ場合ニ依リテ快樂ヲ與フルコトヲ妨ケス是レ進歩シタル現今ノ社會ニ於テ國家ノ當ニ爲スヘキ事務ニシテ其監獄制度トシテ現ハレ來リタル所ハ古ノ如ク犯人ニ苦痛ヲ與フルヲ目的トスルモノニアラサルコト疑ヲ容レス現今ノ法制既ニ此ノ如シ從テ現ニ或ル國ノ如ク囚人ニ對シテ改過遷善ノ手段トシテ幼年ノ者ニ茶番狂言又ハ音樂ヲ許シ或ハ喫煙或ハ其國ノ風習ニ基キ葡萄酒ヲ呑ムコトヲ許セルモ尠ナカラス(刑法講義一九二)ト主觀論者若シ右ノ言ヲ聞カハ恐ラクハ隨喜ハ泣ニ咽フナラン然レトモ法律的常識ヲ有スル者ハ誰ハ能ク之ニ服センヤ余ハ此說ヲ以テ愚論採ル

ニ足ラストスルコト久シ請フ余ヲシテ之ヲ批評セシメヨ
 第一博士ハ刑罰ハ苦痛ニアラスシテ利益ノ剝奪ナリト言ヘトモ是レ實ニ
 五十歩百歩ノ差異ノミ制裁トシテ人ノ利益ヲ剝奪スルハ抑モ何ノ故ソ其
 趣旨トスル所犯人ヲ懲戒セントスルニ在ラン刑罰ノ感化、教育等ト異ナル
 ハ之ニ苦痛ヲ與ヘテ人ヲ正サントスルニ在リ之ニ利益ヲ與ヘ快樂ヲ享ケ
 シメテ人ヲ善ニ進ムル如キハ決シテ刑罰ノ制裁タル意義ト相容レサルモ
 ノト謂フヘシ果シテ然ラハ刑罰ヲ解シテ單ニ利益ノ剝奪ナリト言フ如キ
 ハ刑罰ノ主旨ヨリ觀テ未タ至ラサルモノト謂フヘク刑罰ヲシテ無益ノ形
 式タルニ過キサラシムルモノナリ第二博士ハ必要アレハ犯人ニ快樂ヲ與
 フルモ妨ケスト論ス余モ亦刑事政策上其必要ヲ認ムル者ナリ然レトモ此
 ノ如キハ刑罰其ノモノ、實質ニハアラス唯刑罰ノ執行ト相竝ヒ若クハ後
 レテ施スヘキ一ノ行政處分ノミ第三博士カ餘論(一)トシテ論スル所ハ余
 ハ既ニ説明シタル所ナレハ茲ニ贅セス第四博士ノ餘論(二)トシテ言フ所ハ
 亦刑罰ノ執行ト行政處分ヲ混同シテ觀察スル謬見ニ過キササルナリ

反對論者
 ハ特ニ宋
 襄ノ仁ノ

惟フニ近世所謂主義主義ノ勢力ヲ得テヨリ監獄ハ大ニ改良セラレタリ(刑
 學ノ新思潮ト新刑罰法而シテ其改良ノ方針ハ前記岡田博士所說中餘論(一)
 三ノ乃至三頁參照)而シテ其結果ハ如何累犯者ノ増加ヲ來シ各國共之
 及ヒ(二)ノ如キモノナリシナリ其結果ハ如何累犯者ノ増加ハ刑罰ノ執行
 カ弊害ニ勝ヘサルニ至レリ余ヲ以テ之ヲ見レハ累犯ノ増加ハ刑罰ノ執行
 其宜シキヲ得ス現實ノ痛苦ヲ犯人ニ與ヘ監獄ノ決シテ再ヒ入ルヘキ所ニ
 アラサルコトヲ犯人ノ精神ニ深く印象セシメサルニ因ルモノナリ是ニ於
 テ乎余ハ反對論者ノ說ヲ以テ宋襄ノ仁ナリト言フニ躊躇セス

(註) 大場ドクトル曰ク刑ノ言渡ヲ受クル者ノ中累犯者其大半ヲ占ム然モ其統計數年々増
 加スルハ今日ノ刑罰ハ多數ノ處刑者ニ對シテ手嚴シキ痛苦ニアラサルコトヲ示スモノナ
 リ斯ノ如ク今日ノ刑罰カ手嚴シキ痛苦タル元素テ缺ク所アルニ拘ラス初犯者ノ數ハ比
 較的ニ増加セス是レ主トシテ今日ノ刑罰カ個人ノ榮譽ヲ喪失スルモノアル所以ニ因ラ
 サルハナシ(刑事政策大綱一七七八頁)ト尙ホ刑事政策大綱第二十章及ヒ第三章ニ於ケル統計
 表必參照

右ノ如ク夫レ刑罰ハ現實ニ痛苦ナリ故ニ能ク犯罪ノ一般的及ヒ特別的豫
 防ノ效用ヲ完ウシ以テ刑法ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘキナリ何カ故ニ痛
 苦ノ制裁アレハ此ノ如キ顯著ナル結果ヲ生スルカトイヘハ是レ人類ニハ

自己保存ノ必要上害ヲ去リ利ニ就クノ本能アルニ因ラスンハアラス是レ
本章ノ首ニ於テ余ノ既ニ一言シタル所ナリ

三

犯罪必罰
ト刑罰ノ
分量

正義ノ観
念

正義ノ必
要

然ラハ犯罪アレハ必ス之ヲ罰セサルヘカラサル乎又刑ヲ科スルニハ如
何ナル分量ヲ以テスヘキ乎請フ大ニ之ヲ論セン
余ハ人ヲシテ善行ヲ爲サシメ惡行ヲ避ケシムルニハ善行アレハ善之ニ報
ヒ惡行アレハ惡之ニ伴フヘキ必然的規範ヲ制定シ之ヲ實行スルニ在リト
信ス善因善果惡因惡果因果應報各類ヲ以テ來ルノ觀念之ヲ古來名ツケテ
正義ト稱ス惟フニ正義ノ實現アルニアラサレハ人誰レカ善ニ進ミ惡ヲ去
ルコトヲ勉メンヤ善ヲ爲スモ利スル所ナキカ或ハ害之ニ伴ハ、人誰レカ
善ニ進マンヤ惡ヲ爲スモ害ヲ被ムル所ナキカ或ハ却テ利之ニ從フモノト
セハ人誰レカ惡ヲ去ランヤ此ノ如クシテ社會生活ノ進歩發達ヲ圖ルハ泰
山ヲ挾ンテ東海ヲ涉ルヨリモ難シ去レハ正義ノ實現カ人ハ生存繁榮ニ一
日モ缺クヘカラサルコト明ナリ此故ニ人ハ正義ノ實現ヲ望ムコト生慾ヨ

道徳上ノ
正義ノ法
律

リモ急ナリ是ヲ以テ古來聖賢ハ正義ヲ説クコト頗ル厚ク道徳ハ之ヲ重要
ノ思想トセリ是レ蓋シ正義ノ觀念カ人ノ共同生活上一日モ離ルヘカラサ
ル所ノ準則ナレハナリ然ラハ共同生活ノ規範ノ一タル法律ニ於テ此觀念
ハ實現ニ努メサルヘカラサルコト何ソ多言ヲ要センヤ
法律ト道徳トハ固ヨリ同一ニアラス故ニ正義ノ觀念ハ道徳上ノ準則ナ
ルカ故ニ法律上之ヲ採用セサルヘカラスト云フノ誤ナルヤ明ナリ然レト
モ法律ト道徳トハ共ニ吾人共存ノ規範タル點ニ於テハ全然同一ナレハ法
律ハ道徳上ノ原理ナルカ故ニ之ヲ採用セスト爲スヘキニアラサルノミナ
ラス吾人ハ進テ此二者ノ調和ニ努力セサルヘカラス(第一章參照)加之苟モ
其必要アラハ吾人ハ道徳上ノ原理ナリトモ之ヲ採テ以テ法律化セシメス
ンハアルヘカラサルナリ而シテ正義ノ觀念カ吾人ノ共存ニ必要ナルコト
ハ前段説述スル所ノ如クナリトセハ吾人ハ明ニ正義ノ觀念ヲ法律上採用
スルノ必要アリト謂ハサルヘカラス
今姑ク法律ハ見地ヲ離レテ社會生存ノ實況ヲ觀察セヨ道徳宗教風俗及

ハ慣習等ノ勢力アルニ拘ラス善人ニシテ奇禍ニ遇ヒ惡人ニシテ僥倖ナル者枚擧ニ違アラス昔ハ司馬遷悲憤慷慨伯夷傳ヲ草ス其中ニ左ノ言アリ

「或曰天道無親常與善人若伯夷叔齊可謂善人者非邪積德潔行如此而餓死且七十子之徒仲尼獨薦顏淵爲好學然回也屢空糶糠不厭而卒蚤夭天之報施善人其何如哉盜跖日殺不辜肝人之肉暴戾恣睢聚黨數千人橫行天下竟以壽終是遵何德哉此其尤大彰明較著者也若至近世操行不軌專犯忌諱而終身逸樂富厚累世不絕或擇地而蹈之時然後出言行不由徑非公正不發憤而遇禍災者不可勝數也余甚惑焉儻所謂天道是邪非邪」

此故ニ人道ノ建設ヲ必要トスルナリ天道ト雖モ永久ノ大眼光ヨリ之ヲ觀レハ其間ニ必ス正義ノ流行アルヤ疑ヲ容レスト雖モ人類ノ短キ現世ヨリ之ヲ觀レハ天道ノ必スシモ善人ニ與ミセサルコトアリ人道ヲ建設シテ之ヲ補ハスンハ吾人ノ共同生活上ニ正義ノ實現ヲ期スルコト能ハサルヘシ(王安石禮論參照)人道ハ中道徳ハ國家ハ權力ハ之ヲ強制スルモノナキカ故ニ兇惡ナル者ニ對シテハ其効力ナシ是ニ於テ乎國家ハ之ヲ單純ナル道徳

刑罰ノ法
義上ノ正
律ナリ

刑罰ハ必
ス其ト
ス又於
價値ニ
サテ相
ラサル
ヘカ

牧野氏ノ
正義論
否定

ニ放任セス之ヲ探テ以テ法律化シ(人定法)イニリング權利闘爭論參照)權力以テ之ヲ強行シ善因善果惡因惡果因果應報ノ觀念ノ實現流行ヲ企圖セサルヘカラス是レ國家カ一方ニ於テハ榮典ノ法褒賞ノ制ヲ立ツルト同時ニ他方ニ於テ刑典ノ定懲罰ノ事ヲ作ス所以ナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ刑罰ノ正義ニ依ラサルヘカラスルコト豈ニ明白ナラスヤ果シテ然ラハ犯罪ノ必ス罰スヘク刑罰ノ犯罪ト比例セサルヘカラスヤ果シテ然ラハ犯罪ノ必ス報ノ思想ハ因ト果トノ當然連絡スヘク又其兩者間ニ均衡ヲ保ツヘキコトヲ包含スレハナリ故ニ余ハ犯罪必罰トヘーゲルノ犯罪ハ法ノ否定ニシテ刑罰ハ法ノ否定ノ否定ナルカ故ニ犯罪ト刑罰トハ其價值ニ於テハ互ニ相應スルヲ要スルモノナリトノ言ハ(Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, S. 82)千載不磨ノ原理ナリト確信スル者ナリ

牧野氏ハ正義ノ觀念ヲ排斥スル者ナリ其言ニ曰ク
「私共カ報復主義ヲ捨テタノハ其主義カ正義トイフコトヲ基礎トスルカラテアリマス正義トイフコトハ其觀念ノ如何ニ依リマシテハ私共ノ所

之ニ對スル短評

謂社會ノ利益トイフコト、差別カナイヤウテアリマスケレトモ少クトモ從來一般ニ信セラレタル所ニ從フテ正義トイフコトヲ解スルトキニハ社會ノ利益トイフコト、ハ多少意味カ違フノテアリマス而シテ私共ハ法律ノ基礎觀念トシテハ社會ノ利益トイフコトヲ根本トシ唯社會ノ利益トイフコトカ正義トイコト、多クノ場合ニ一致スルトイフ事實ヲ見テ満足スルノテアリマス云々(刑法學ノ新思潮下新)

余以爲ラク此說ハ誤レリト何トナレハ氏ノ言ニ從ヒテ刑罰ヨリ正義ノ觀念ヲ除ケハ第一犯罪アルモ刑罰ノ之ニ伴フコトヲ要セサルニ至ルヘク第二罪ト刑トハ其權衡ヲ保ツニ及ハサルニ至ルヘシ而シテ氏ハ社會ノ利益ニ依リテ刑罰ヲ用キントスルカ故ニ其結果ハ第一理論トシテハ犯罪ナキモ之ヲ犯スノ危險アル者ニハ社會ノ利益ノ爲メニ刑ヲ科セサルヘカサルコト、ナルヘク第二社會ノ利益ノ爲メニハ或ハ小罪ニ對シテ大刑ヲ科シ又大罪ニ對シテ小刑ヲ科スヘキコト、ナラサルヲ得ス然レトモ此ノ如クニシテ果シテ能ク夫ノ刑罰ノ一般豫防ノ效用ヲ全ウシ得ヘキ乎又果シテ

折衷說

能ク個人ノ權利自由ヲ保ツコトヲ得ヘキ乎其不能ナルヤ智者ヲ待テ後知ルヘキニアラサルナリ抑モ國家的生活ハ團體ト個人トノ利益調和ヲ目的トス此目的ハ正義ヲ實現スルニ依リ之ヲ達スルコトヲ得ルナリ即チ團體ノ利益ハ犯罪必罰ノ原理ニ依リ保存セラレ個人ノ利益ハ罪刑權衡ノ原理ニ依テ維持セラル、ナリ故ニ正義ヲ離レテ刑罰ヲ論スル者ハ國家的生活ノ目的ヲ忘却スル者ト謂フヘク斷シテ誤リナリ加之彼カ如キ議論ハ刑政ノ道德宗教風俗習慣ト緊密ノ關係アリテ離ルヘカラス結局此等ト調和セサルヘカラスナルコトヲ看過セルモノト謂フヘシ余ハ實ニ氏ト正反對ノ見解ヲ有スル者ニシテ刑罰ハ正義ヲ基礎トス但シ正義ヲ傷ケサル範圍ニ於テハ社會ノ他ノ利益ヲ考ヘテ正義ノ嚴格ヲ緩和スヘシト言フ者ナリ

江木博士ハ夙ニ論シテ曰ク『絕對主義カ國家自存ノ目的アリ刑罰ハ刑罰自身ノ目的アリトスルノ說ハ一理ナキニアラス蓋シ國家ノ正義ハ單ニ利益ノ奴隸ニアラサレハ刑罰ヲシテ正理ニ適ハシムルハ正義ノ然ラシムル所ニシテ利益ノ然ラシムル所ニアラス然レトモ又國家及ヒ法律ノ二者ハ

人類ノ爲メニ存スヘキモノニシテ國家及ヒ法律ノ爲メニ人類ノ存スルモノニアラス於是乎折衷主義ナルモノ起テ正義ト社會ノ利益トヲ協合シ共ニ之ヲ刑罰ノ目的ト爲サンコトヲ企テタリ而シテ此二者配合ノ度ニ從ヒ折衷主義モ亦分レテ三說トナリ第一說ハ正義即チ利益ナリト説キ第二說ハ正義ノ許容スル區域内ニ於テ社會ノ利益ヲ保全スト云ヒ第三說ハ社會ノ利益ノ許ス限リニ於テ正義ヲ保全スト主唱セリ云々次ニ近世學者ノ認メタル折衷主義ノ原理ヲ論述セム刑罰ハ正義ヲ回復シ不正不義ヲ消滅セシムルモノタルヲ以テ刑罰ハ正義ノ一種ナリ語ヲ換ヘテ之ヲ言ハ、刑罰ハ犯罪ノ應報ニシテ刑罰ノ基本ハ反坐ニ在リ故ニ折衷主義ノ目的タル社會ノ利益若クハ改良、脅嚇等ハ正義ノ範圍内ニ於テ之ヲ計畫セサルヲ得ス是レ近世折衷主義ノ真相ナリ云々（現行刑法原論三）ト余ハ則チ此主義ニ屬スル者ナリ

從來此正義ノ思想ニ依ル刑罰論ハ大ニ學者ノ非難ヲ招キタリ其非難ハ次ノ如シ曰ク此主義ニ依ルトキハ罪ヲ犯シタル者ハ悉ク之ヲ責罰セサル

余ハ之ニ屬ス

折衷説ノ眞面目

ヘカラサルモノニシテ之ヲ宥スハ正義ニ反シ其レ自身不正ナルカ故ニ如何ナル場合ト雖モ必ス刑罰ヲ科セサルヘカラサルノ結果場合ニ依リテハ刑罰ハ何等ノ必要ナクシテ科セラル、ニ至リ治國ノ要具タルヘキ刑罰ハ反テ國家ヲ賊フノ結果ヲ生スヘシト是レ實ニ尤モナル疑問ナリトス故ニ吾人ハ純正正義説ハ刑法ノ趣旨ト相容レスト信シ社會必要説殊ニ進化説（勝本博士刑法總論）ヲ加味シテ折衷説ヲ爲ス者ナリ吾人ノ見地ヨリ之ヲ論スレハ第一刑罰ハ社會生活ノ利益保全ニ必要ナルカ爲メニ存在スルモノナレハ其必要ナクハ刑罰ヲ科セス第二其必要アルニ於テハ正義ヲ實行シテ公平ナル刑罰ヲ科スヘク第三正義ハ實行ヲ防ケサル範圍ニ於テハ社會ノ他ノ利益ヲモ參酌スヘキコト言フ埃タス是レ我折衷説ノ當然要求スル所ナリ

尙ホ折衷説ニ對シテハ純正正義ノ説ヲ加味シ刑罰責任ハ不正行爲タル犯罪ヨリ生スルモノニシテ刑罰ノ輕重ハ犯罪ノ大小ニ對應セスンハ正義ニ反ストスルヨリ罪ヲ犯シタル犯罪人ノ誰タルヲ願ミス單ニ犯罪事實ト

刑罰トノ權衡ヲ保タシメンコトヲ務ムルノ結果此主義ニ依リテ立法セラレタル法律ノ下ニ於テハ頻年犯罪ノ増加スルヲ見ルノミニシテ犯罪人ニ對スル刑法ノ效力甚タ微弱ナリキトノ非難アリ然レトモ吾人ハ正義ノ許ス範圍ニ於テハ社會ノ必要ヲ當然參酌スルヲ以テ犯人ノ性格如何ハ充分ニ之ヲ顧慮スルノミナラス近年犯罪ノ増加ノ如キハ此說其モノ、罪ニアラス之ヲ利用スル者ノ過ナルト同時ニ犯罪ノ増加ノ如キハ近年經濟上ノ狀態日ニ非ニシテ生存競争ノ激甚ナルハ爲メニ外ナラサルニ似タリ

尙ホ余カ茲ニ一言注意ヲ請ヒ度キコトアリ折衷說ノ第一說即チ正義ハ即チ利益ナリトスル說ハ決シテ誤レルモノニハアラサルナリ正義ヲ實現スルコトハ吾人ノ共同生活上必要ナルコトハ余ノ既ニ述ヘタルカ如クナレハ正義ハ畢竟社會ニ缺クヘカラサル莫大ノ利益ヲ與フルコト明ナレハ此點ヨリ觀レハ正義ノ實行ハ同時ニ社會ノ目的タル利益ヲ保全スト謂フヘク正義即チ利益ナリトスル說アツベツグ氏ハ如何ニシテモ之ヲ破ルコト能ハサルモノナリ然ラハ第二說及ヒ第三說ニ於テ正義ト利益トヲ對照

スルハ誤レルカトイフニ是レ亦決シテ誤レルニハアラス正義ハ固ヨリ利益ナレトモ正義ニ依リ發生スル利益ト其以外ノ一切ノ利益トヲ對照シ彼レト是レトノ關係ヲ論スル便宜上斯ク類別セシモノト解セハ何等ノ都合ナカルヘシ要スルニ正義ヨリ生スル利益ヲ主トシテ刑罰ヲ論スルカ其他ノ利益ヲ主トシテ刑罰ヲ論スルカニ依リテ第二、第三ノ兩說ヲ生スルモノナリ第一說ハ所謂利益ヲ廣ク解シ第二、第三說ハ之ヲ狭ク解シタルノ差アルノミ而シテ此三說ハ正義ト利益ノ折衷說ナリトイフト雖モ所謂利益ヲ廣ク解スルトキハ此三說ハ其ニ廣義ノ利益說(利益ノ中ニ正義アリ正義ハ中ニ利益アリ)ニ外ナラス唯吾人カ正義ト利益トヲ對立セシムルハ議論ノ精確ヲ期スル爲メノミ學者須ラク沈思默考誤解ヲ招クコト勿レ然ラハ社會ノ利益ヲ參酌スルコト、正義ノ實行トハ果シテ兩立シ得ヘキ乎是レ大ナル疑問ナルカ如シト雖モ實ハ然ラス江木博士ハ十數年ハ昔既ニ之ヲ論明シテ又遺憾ナシ困テ煩ヲ厭ハス之ヲ揭ケテ本章ノ結末ト爲サン(現行刑法原論卷之一頁參照)

「凡ソ有形物ノ性質上ノ存在ニシテ一定ノ分量ニ關係スルトキニ當リ若シ其定量ニ過不及アルトキハ全ク其有形物質上ノ存在ナキニ至ルカ否ラサレハ全ク他ノ性質ヲ備ヘタル有形物ニ變化スヘシ設例ヘハ水ノ性質上ノ存在ハ温度ノ分量ニ關係スルヲ以テ若シ其分量ヲ變スルトキハ從テ其流動性ヲ變シ氷若クハ蒸氣ニ變化スヘキハヘーゲル氏カ論定スル所ナリ此理ヲ推シテ無形の性質上ノ存在ニ及ホスモ亦然リ道德上ノ美德タル寛大ナルモノモ消費スル金額ノ多キニ過クレハ放肆ニ變シ節儉ナルモノモ其少ナキニ過クレハ吝嗇ニ化シ勇氣ナルモノモ其度ヲ超ユレハ狂妄トナリ遠慮ナルモノモ其度ヲ失スレハ卑怯トナル故ニ正義モ亦其定量ヲ有シ刑罰ヲシテ正當ナル反坐ノ性質ヲ保全セシメント欲セハ刑罰ノ苦痛上一定ノ分量ナルヘカラス反坐ノ正義ハ刑罰ノ性質ナリ苦痛ハ刑罰ノ分量ナリ其量ニシテ過多ナランカ刑罰ハ變シテ復讎トナルヘク其量ニシテ輕少ナランカ刑罰ハ化シテ狗^{コニシス}糞トナルヘシ共ニ正義ニ適フモノニアラス

斯ク一物ノ存在ハ有形タルト無形タルトヲ問ハス苟モ其定量ヲ變セサル以上ハ決シテ其性質ヲ變セサルモノタルヲ以テ其定量中ニ於テハ自ラ自由ノ加減ヲ爲スヘキ範圍アリ即チ華氏ノ零度ヨリ三十二度ノ間ニ於テハ氷ハ依然タル氷タルヘク三十二度ヨリ二百十二度ニ至ルノ間ハ水ハ依然タル水ニシテ此範圍内ニ於ケル温度即チ分量ノ多少ハ毫モ其物質ノ性質ヲ變スルモノニアラス又幾分ノ金額ヲ消費スルヲ以テ寛大ヲ超ヘテ放肆ニ變シ幾多ノ金額ヲ拂ハサルヲ以テ節儉ヲ下リテ吝嗇ニ陷ルヘキカ敢テ確定ノ金額ヲ指示スルコト能ハスト雖モ人間普通ノ良心ニ於テ其間自ラ制限ト範圍ノ存スルモノアルコト明ナリ故ニ正義ニ依リテ刑罰ヲ以テ犯罪ニ反坐シ苦痛ノ分量ヲシテ刑罰ノ性質ヲ失フコトナカラシムルニ於テモ亦之ト同一理由ニ基キ刑罰ノ性質ハ他クマテ反坐タラサルヘカラサルモ刑罰ノ分量ニ至リテハ必ス其範圍アリ最長點ト最下點トノ間ニ於テ自ラ自由ノ活動ヲ爲スヘキ餘地ヲ存ス故ニ折衷主義ニ基キタル刑法ニ於テハ立法官ハ必ス刑ノ最長期ト最短

期トヲ定メ以テ反坐ノ性質ヲ明示シ而シテ此期間ノ範圍内ニ於テ法官ハ或ル犯罪ノ社會ノ利益ヲ害シタルノ程度ヲ斟酌シテ現ニ犯人ニ對スヘキ刑ヲ定メ行政官ハ特赦、假出獄等ノ制度ニ依リテ現ニ犯人ニ科シテ實行スヘキ刑期ヲ確定ス云々然レトモ其ニ刑ノ本性即チ反坐ノ性質ニ於テ欠ケル所ナキカ如シ

斯ク刑罰ノ分量ハ必ス其範圍アルヘキモノタルヲ以テ改良、脅嚇等其他社會ノ利益等ハ此範圍ニ於テ其影響ヲ刑罰ノ分量上ニ及ホシ仍ホ刑罰ノ正義タル反坐ノ性質ヲ變スルコトナカラシムルコトヲ得

然レトモ社會ノ利益ハ反坐ノ性質ヲ害セサル限りニ於テ之ヲ計畫セサルヘカラサルカ故ニ範圍ヲ許サ、ル性質ノ刑ニ至リテハ單ニ反坐ヲ以テ其主義トセサルヘカラス死刑、無期刑ノ如キ即チ是ナリ』
嗚呼何ソ其説ノ穩健妥當ナルヤ余之ヲ讀テ殆ント手ノ舞ヒ足ノ踏ムヲ知ラサルナリ

敬服ノ至
リナリ
大場「ド
クトル」
ノ意見

(註) 大場「ドクトル」ハ正義ノ觀念ヲ基礎トシテ其上ニ建設セラレタル刑法ニシテ始メテ犯

參考書

罪ノ一般豫防及ヒ特別豫防ノ實際上ノ效果ヲ奏シ得ヘシト爲ス其意蓋シ應報的性
向ハ人ノ自然ノ性質中ニ於テ最モ深キ根柢ト最モ鞏キ基礎トナ有スルモノニシテ此性
向ハ獨リ應報罪責ニ相當スル刑罰ノミヲ以テ正當ナリト認ムルモノナレハナリト云
フニ在リ而シテ「ドクトル」ハ應報的觀念ハ多數ノ場合ニ於テ正義ノ觀念ト全然同一ナリ
ト認メ其説ヲ明ニスルニ當リ第一ニ刑罰ノ觀念ニ關スル日本刑法及ヒ歐洲刑法ヲ沿革
的ニ對照研究シ第二ニ實際ニ於ケル人ノ行爲ヲ解釋思索セリ余ハ之ヲ以テ卓然眞ヲ傳
フルモノト確信ス
本章ノ説明ニ付テハ左ノ著書及ヒ論文ヲ參照セサルヘカラス
江本博士著現行刑法原論卷之一全體
大場「ドクトル」著刑事政策根本問題一乃至九四頁
同上 刑事政策大綱一三乃至一八一頁
鷗澤博士論文應報刑論(刑事法評林第一卷一乃至三號)
同上 復讐刑論(同上)
勝本博士著刑法總論講義八乃至一二頁
岡田博士著刑法講義四乃至一二頁

第三章 科刑ノ基礎

○大ナル疑團——惡行説——惡性説○牧野氏ノ意見——○刑法ノ規定——各本條——
執行猶豫——假出獄——酌量減刑——微罪不檢舉○犯罪必罰——是レ惡行説ナリ○制
裁ト惡行説○刑法カ犯罪行爲ヲ待テ入シ刑スルハ何故ソ○解決難シ——惡行説ヲ採テ

サルコトナ得ス○遷行説ハ客觀論ニアラス○意思ト責任○牧野氏ノ責任ニ關スル一奇
言

大ナル疑
關

惡行説

惡性説

牧野氏ノ
意見

國家ハ何ニ基テ人ニ刑ヲ科スルヤ是レ一見明白ナルカ如クナレトモ實
ハ頗ル疑義ノ存スル所ナリ或ハ犯罪アリタルカ爲メナリトシ或ハ人ニ反
社會的性格又ハ非社會的性質アルカ爲メナリトス余ハ前者ヲ惡行説ト稱
シ後者ヲ惡性説ト稱スヘシ余先輩畏友ノ之ニ關スル意見ヲ聞テ益々疑ヲ増
スノミ蓋主觀論者新派社會刑法學派ニ屬スル者ハ惡性説ヲ採リ然ラサル
者ハ惡行説ニ依ルヲ常トシ兩者ノ間激甚ナル爭論ノ存スル所ナレハナリ
乞フ牧野氏ノ意見ヲ見ン氏曰ク

「刑法ノ伊太利學派ニ屬スル學者カ屢使用スル所ノ語テミビリタ」*Tembi-*
rité ヲ邦語ニ翻シテ茲ニ假リニ惡性ト爲ス佛國ノ學者ハ屢「テミビリテ」
Tembilité ノ語ノ外又「ノキユイテ」*Noémie* 或ハ「ノシヅイテ」*Noisive* ノ語ヲ使
用ス要スルニ其意義ニ於テ異ナル所ナシ獨逸ノ學者ハ多ク此語ヲ使用
セサルカ如シ然レトモ其所謂反社會的性格 *antisozialer Charakter* 又ハ社

會的危險性 *Gemeingefährlichkeit* 等ノ語ヲ以テ犯罪及ヒ犯人ヲ論スル所ハ畢竟

スルニ同趣旨ニ出ツルモノナリ…… 刑事責任ノ基礎ハ犯人ノ惡性ニ在

リ是レ今日ニ於テハ必スシモ特ニ説明ヲ要スルノ提案ニアラスト雖モ

事近ク伊太利學派ノ新主張ニ係ル…… (刑事學ノ新思潮ト)

犯罪ヲ犯スニ至ルノ犯人ノ性情ヲ學者ハ惡性 *Tembilité* ト申シマス之ハ

伊太利學派即チロムプロソト一派ノ使用シ初メテ語テアリマスカ

今ハ廣ク新派ノ學者ニ依リテ認メラレテ居リマス而シテ其惡性ニ從テ

犯人各自ニ特別ナル刑ヲ科スヘシトノ理論ヲ刑罰個別論 *Individualisation*

de la peine ト稱スルノテアリマス (同上四)

犯人カ習慣的テアルカ偶發的テアルカ感情的テアルカ病理的テアルカ

先天的テアルカニ從フテ刑罰ノ方法ヲ變シナケレハナラナイノテ刑罰

ハ犯罪ノ事實ヨリモ犯人ノ性情ニ重キヲ置カナケレハナラナイコトニ

ナルノテアリマス犯人ノ性情ニ從テ之ニソレソレノ治療方法トシテソ

レソレ特異ノ刑罰ヲ科シ以テ犯人ヲ社會生活ニ適合セシメ適者トシテ

ノ生存ヲ爲ス事ヲ得セシムルヤウニセネハナラナイトイフコトニナル
 ノテアリマス(同上四四五乃至四六頁)
 量刑ノ基礎カ最早單ニ犯罪ニ因テ生シタル實害テナイトイフコトハ改
 メテ申ス迄モアリマスマイ此點ニ付テハ世上ニ最早誤解カ無カラウト
 思ヒマス蓋シ人ハ時トシテ科刑ノ基礎トイフコト、量刑ノ標準トイフ
 コト、ヲ混同スルヤウテアリマス(氏ハ量刑ノ標準ハ刑罰適應)科刑ノ基
 礎ハ惡性テアルト申シテ宜シイテシヤウ惡性トイフ語ハ道德的觀念ヲ
 聯想セシムルモノテ或ハ妥當ヲ缺イテ居ルカモ知レマセスカ私共ノ意
 味テ申セハ犯罪事實即チ一定ノ利益侵害ヲ敢テスル所ノ性格テアリマ
 ス即チ刑罰ヲ科スルノハ犯人ニ於テ法律ノ好マサル一定ノ侵害的行爲
 ヲ敢テスルノ性格ヲ有スルカラテアリマス併シ乍ラ量刑ノ標準トイフ
 コトハ全ク別箇ノ問題テアツテ之ハ刑罰ノ效能ノ方カラ見ナケレハナ
 リマセヌ云々(同上五七五乃至五七六頁)
 以上ノ言ニ依リテ之ヲ解釋スルトキハ氏ハ科刑ノ基礎ハ犯人ノ惡性ニ在

刑法ノ規
 定
 各本條

リトスルコト明ナリ
 然ルニ應報刑論ヲ採ル者ハ一般ニ惡性說ヲ非トシ惡行說ヲ是トスルコト
 明ナリ

是ニ於テカ姑ク吾人ヲシテ刑法ノ規定如何ヲ觀察セシメヨ余ヲ以テ之
 ヲ見ルニ刑法ハ犯罪必罰ノ原則ヲ採用スルモノナリ犯行ナケレハ人ヲ刑
 セス犯行アレハ罰必ス之ニ伴フ之ヲ刑法ノ規定トス今一ノ例ヲ示サンニ
 人ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ニ處スト云フ是レ
 殺人行爲ナケレハ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ニ處セラル、コト
 ナキモ苟モ之アルトキハ此刑ニ處セラルヘキコトヲ明ニスルモノナリ各
 本條ノ規定皆然ラサルハナシ此點ニ付テハ一ノ例外アルヲ見ス而シテ夫
 ハ總則規定中ニ存スル(一)刑ノ執行猶豫(二)假出獄(三)酌量減輕等ノ制度ハ決
 シテ犯罪必罰ノ原則ニ對スル例外ニハアラサルナリ今便宜ノ爲メ此等ノ
 規定ヲ左ニ掲クヘシ

執行猶豫

● 刑ノ執行猶豫
 科刑ノ基礎

第二十五條 左ニ記載シタル者二年以下ノ懲役又ハ禁錮ノ言渡ヲ受ケタルトキハ情狀ニ因リ裁判確定ノ日ヨリ一年以上五年以下ノ期間内其執行ヲ猶豫スルコトヲ得

一 前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキ者

二 前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトアルモ其執行ヲ終リ又ハ其執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ七年以内ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキ者

第二十六條 左ニ記載シタル場合ニ於テハ刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ取消スヘシ

一 猶豫ノ期間内更ニ罪ヲ犯シ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルトキ

二 猶豫ノ言渡前ニ犯シタル他ノ罪ニ付キ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルトキ

三 前條第二號ニ記載シタル者ヲ除ク外猶豫ノ言渡前他ノ罪ニ付キ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコト發覺シタルトキ

第二十七條 刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ取消サル、コトナクシテ猶豫ノ期間ヲ經過シタルトキハ刑ノ言渡ハ其效力ヲ失フ

假出獄

○假出獄

第二十八條 懲役又ハ禁錮ニ處セラレタル者改悛ノ狀アルトキハ有期刑ニ付テハ其刑期三分ノ一無期刑ニ付テハ十年ヲ經過シタル後行政官廳ノ處分ヲ以テ假ニ出獄ヲ許スコトヲ得

第二十九條 左ニ記載シタル場合ニ於テハ假出獄ノ處分ヲ取消スコトヲ得
一 假出獄中更ニ罪ヲ犯シ罰金以上ノ刑ニ處セラレタルトキ

二 假出獄前ニ犯シタル他ノ罪ニ付キ罰金以上ノ刑ニ處セラレタルトキ

三 假出獄前他ノ罪ニ付キ罰金以上ノ刑ニ處セラレタル者ニシテ其刑ノ執行ヲ爲スコトナキ

四 假出獄取締規則ニ違背シタルトキ

假出獄ノ處分ヲ取消シタルトキハ出獄中ノ日數ハ刑期ニ算入セス

第三十條 拘留ニ處セラレタル者ハ情狀ニ因リ何時ニテモ行政官廳ノ處分ヲ以テ假ニ出獄ヲ許スコトヲ得罰金又ハ科料ヲ完納スルコト能ハサルニ因リ留置セラレタル者亦同

酌量減刑

○酌量減輕

第六十六條 犯罪ノ情狀憫諒ス可キモノハ酌量シテ其刑ヲ減輕スルコトヲ得

第六十七條 法律ニ依リ刑ヲ加重又ハ減輕スル場合ト雖モ仍ホ酌量減輕ヲ爲スコトヲ得

右ノ規定中酌量減刑ハ罪責ヲ精確ニ量定セントスルモノニシテ其犯罪必罰ニ對スル例外ニアラサルコト明ナリ假出獄ノ規定ハ既ニ執行シタル刑罰ニテ鑑戒ト懲戒ノ目的ヲ達シタルモノト認メラル、カ爲メニ生シタルモノニシテ犯罪必罰ノ例外ニアラサルコト明ナリ執行猶豫ノ如キハ刑罰ノ執行ヲ爲サストモ之カ宣告ノミニテ既ニ鑑戒ト懲戒ノ效果ヲ收メ得ル

八二

場合ニ施スヘキモノニシテ犯罪ニ對スル刑責ヨリ全然免脱セラレハ、モハ
 ニハアラサルナリ
 尙ホ茲ニ一言ヲ要スルハ夫ノ微罪不檢擧ノ事ナリ此處分ニシテ眞ニ理論
 上實體上採用セラレヘキモノトセハ是レ實ニ犯罪必罰ノ原則ニ對スル唯
 一ノ例外タリ然レトモ微罪不檢擧ノコトハ何等法律上ニ根據アルモノニ
 アラス全ク司法當局者ノ法規運用上ノ祕術タルヘキノミ所謂狗盜鼠賊ハ
 網セラレテ吞舟ノ魚ハ則チ漏ル、ノ惡弊ナカラシムコトヲ期スルノ法律ノ
 ミ（刑事法評林第二卷第一號石山辯護士小林裁判事正微罪不檢擧主義日本辯護士協會總則
 第一法評林第一號石山辯護士小林裁判事正微罪不檢擧主義日本辯護士協會總則
 一九〇九年參照至二）
 之ヲ純乎タル法理上ヨリ嚴格ニ解スルトキハ其觀念ノ到底是認スヘカラ
 サルモノタルヤ言ヲ竣タス余嘗テ拙論檢事制度改正私議（刑事法評林第一卷所載）ニ於
 テ之ヲ論シテ曰ク
 『所謂微罪不檢擧ハ實際行ハル、所ナレトモ刑事法上何等ノ根據ナキ處
 置ナリトス蓋微罪ノ不檢擧ハ（一）小罪制定ノ精神ト相容レス（二）立法權ト

司法權ノ衝突ヲ來シ天皇ノ大權ヲ侵犯シ（三）國家刑罰權ノ行用ニ公平ヲ
 失シ（四）刑事司法官ヲシテ其職責ヲ盡ス能ハサラシムルニ至ルモノナリ』
 ト余ハ今日モ尙ホ法理上ハ微罪不檢擧ノ理由ナキコトヲ確信スル者ナリ
 以上ノ考案ニ依レハ刑法ハ犯罪必罰ノ原則ヲ採用セルコト一點ノ疑ヲ容
 レス
 刑法ハ犯罪ナケレハ之ヲ罰セス之アレハ刑之ニ及フハ原則ヲ認メタルコ
 ト右ノ如シトセハ刑法カ科刑ノ基礎トシテ惡行說ニ依リタルコトハ言ヲ
 竣タサル所ナリ
 然ラハ刑法ハ何故ニ惡行說ニ依リタルカ蓋シ亦夫ノ刑罰ノ犯行ニ對ス
 ル制裁タルノ本質ヨリ之ヲ演繹セルノミ刑罰ハ制裁タルカ故ニ犯行ナケ
 レハ人ヲ刑スル能ハサルナリ刑罰ハ制裁タルカ故ニ犯行アル者ハ之ヲ罰
 セサルヘカラス是レ豈ニ刑罰ノ刑罰タル所以ニアラスヤ學者ハ一齊ニ刑
 罰ハ犯罪ノ制裁トシテ科スル所ノモノ即チ犯罪ヲ原因トシ其結果トシテ
 科セラル、モノ更ニ換言スレハ過去ニ存スル犯罪ト云フ不法行爲ニ連結

シ之カ爲メニ科セラル、モノトシ未タ發生セサル事實ニ對シテ科セラルルモノ例ヘハ強制的感化教育ノ如キハ刑罰ニアラス又專ラ將來ノ保安ノ爲メニ行ハル、集會ノ解散、社團ノ閉鎖、豫戒命令、安寧秩序ヲ妨害シ又ハ風俗ヲ壞亂スル文書圖書ノ發賣禁止等ノ如キハ刑罰ニアラス』ト説明ス(博士本一〇三頁參照)是レ解釋ノ正當ナルモノナリ余ハ此ノ故ニ刑法ハ科刑ノ基礎トシテ惡行說ヲ採用セリト斷定スルヲ憚ラス或ハ刑罰ノ不法行爲ニ對スルコトヲ認メナカラ科刑ノ基礎ハ犯人ノ惡性ニ在リト論スル者アレトモ此ノ如キハ矛盾ノ甚シキモノニシテ何故ニ刑法カ犯罪行爲アルヲ待テ人ヲ刑スルヤヲ解スルコト能ハサルヘシ或ハ之ヲ解シテ惡性又ハ反社會的ノ性格ノ證據ナリトシ或ハ刑罰濫用ノ弊ヲ防クニ在リトスレトモ物足ラヌ説明ナリ前說ヲ採ル者ハ先ツ犯罪ニ依テ證明セラレタル惡性ハ犯人ノ過去ノモノニシテ之ニ依テ直ニ其將來ヲ推スハ誤レルコトヲ忘ルヘカラス後說ヲ採ル者ハ行爲ハ意思ト共ニ犯罪ノ構成要件ニシテ之ナクハ犯罪ノ全然成立スルモノニアラサルコトヲ忘ルヘカラス此點ニ付テハ余嘗テ

刑法カ犯罪
行爲アルヲ
待テ人ヲ
刑スルハ
何故ソ

卑見ヲ刑事法評林第二卷第六號ニ公ニセシコトアリ(牧野學士ノ惡性ニ依ル犯罪ノ分類ヲ讀ム五九乃至六三頁)左ニ之ヲ掲ケン

『第四段ニ於テ氏ハ言ヘリ』刑法ノ社會的作用ハ之ヲ二面ヨリ觀察スルコトヲ要ス即チ刑法ハ其一面ニ於テ犯人ニ對シ社會ヲ防衛スルノ制度ナリ而シテ同時ニ刑法ハ他ノ一面ニ於テ裁判官ニ對シ被告人ヲ保護スルノ方法ナリ』ト余ハ刑法ノ本質ヨリ之ヲ觀テ又夫ノ罪刑法定主義ノ發生シタル沿革ニ顧ミテ氏ノ此見解ノ極メテ正當ナルコトヲ信スル者ナリ』氏ハ更ニ自ラ疑テ曰ク『何カ故ニ國家ハ一定ノ犯罪行爲ヲ待テ然ル後ニ犯人ヲ處罰スルカ』ト而シテ氏ハ之ニ答ヘテ曰ク『此點ニ關スル客觀說ハ社會防衛ヲ忘レ主觀說ハ個人保護ヲ遺シ孰レモ極端ノ解釋タルヲ免レス凡ソ刑法ハ一方ニ於テ犯人ニ對シテ社會ヲ防衛スルモノナルト同時ニ他方ニ於テ裁判官ニ對シテ被告人ヲ防衛スルモノナリ故ニ余ハ折衷說ヲ採ラントス思フニ刑罰カ人ノ惡性ニ基テ科セラルヘキモノナルハ疑ナケレトモ惡性ノ存在ハ一定ノ證左ニ依リテ之ヲ認メサルヘカラス

固ヨリ惡性ノ標識ハ一定ノ形式アル所爲ニ限ラルヘキモノニアラサレトモ豫メ之ヲ一定セサレハ裁判官ハ任意ニ犯人ノ惡性ヲ認定シテ裁判ノ錯誤專斷ヲ免レサルニ至ラン去レハ刑法ヲ以テ豫メ罪トナルヘキ一定ノ行爲ヲ定メ此標準ヲ越エテ犯人ノ惡性ヲ探究スヘカラスト爲スヘキナリト由是觀之氏ハ國家カ一定ノ犯罪行爲ヲ待テ然ル後ニ犯人ヲ處罰スルハ裁判官ノ擅斷ニ對シテ個人ヲ保護スルカ爲メニ惡性發見ノ證據方法ヲ一定スル意味ニ於テ然カスルモノナリト爲スコト明ナリ而シテ氏又之ニ附言シテ曰ク折衷主義ハ此點ニ於テ刑法ノ眞使命ヲ明白ナラシムルモノナリ刑法ハ其一面ニ於テ社會防衛ノ必要ヲ其最大限度ニ伸張セシメサルヘカラサルト同時ニ其他面ニ於テハ個人法益ノ剝奪ヲ最小限度ニ止メサルヘカラス社會ト個人トノ調和ハ是レ社會活力ノ經濟ニシテ又同時ニ法ノ本義ナリ從テ實ニ刑法ノ眞使命ナリトスト然リ眞ニ然リ折衷說ハ刑法ノ眞使命ナリ此點ニ於テハ余ハ雙手ヲ舉ケテ氏ハ見解ニ贊成スルヲ憚ラサル者ナリ然レトモ唯一事ノ以テ大ニ怪ムヘ

キモノアリ其ハ氏カ其根本ニ於テ主觀說人格主義ヲ採用シテ極力客觀說罪刑法定主義ヲ排斥セントスル者ナルニ拘ラス此ニ至リテ論旨一轉俄然トシテ自家ノ主張ト氷炭相容レサル客觀說罪刑法定主義ヲ加味スルニ至リタルコト是ナリ其ハ兎ニ角余ハ氏ノ折衷說ヲ採用スルニ至リタルコトヲ悦フ者ナリ然レトモ余ハ氏ノ折衷說ハ未ダ完全ノ域ニ進マサレハ尙ホ一段ノ進歩ヲ希望セスムハアラス氏ノ折衷說ナルモノハ犯人ノ惡性ニ重キヲ置キテ行爲ハ之ヲ輕視スルモノナリ何トナレハ氏ノ見解ニ依レハ國家カ犯罪行爲ヲ罰スルハ個人ノ利益保護ノ爲メニ惡性發見ノ證據方法ヲ限定シタルモノニ外ナラスト爲セハナリ然リト雖モ氏ノ見解ハ甚ダ薄弱ナルモハト謂ハサルヘカラス(一)犯人ノ惡性ヲ發見スルカ爲メニハ何カ故ニ犯罪行爲ヲ其證據方法ト爲サ、ルヘカラサルカ此點未タ明白ナラサルニアラスヤ惟フニ此目的ヲ達スルカ爲メニハ其他ノ一切ノ便益ナル方法ヲ利用スルコトヲ許スモ苟モ一定ノ法規ヲ制定シ之ニ從テ其立證

ヲ爲サシムルニ於テハ決シテ個人ノ利益ヲ侵害スルニ至ルコトナカル
 ヘシ又(二)行爲ヲ以テ惡性ヲ發見スル方法ト爲ストキハ往々ニシテ事ノ
 真相ヲ誤マルコトヲ免レス同一ノ行爲ハ或場合ニハ惡心ノ表顯タルヘ
 ク或場合ニハ善心ノ表顯タルヘク行爲ニ依リテ心性ヲ發見セントスル
 ハ結果ニ由リテ原因ヲ斷セントスルモノニシテ到底正當ナル方法ト謂
 フヘカラス余之ヲ思フニ獨リ我新刑法ノミナラス諸國ノ刑法ニ於テ國
 家カ犯人ノ行爲ヲ待テ之ヲ處罰スルハ此ノ如キ輕キ意味ニ於テスルモ
 ハニハアラスシテ犯罪ノ成立上心的要素ノ外物的要素ヲ加ヘ物心兩界
 ヨリ併セ觀テ犯人ノ罪責ヲ正當ニ評價シ以テ之ニ相應スル刑罰ヲ科セ
 ムトスルモノニハアラサル乎余ハ物心兩要素ノ間ニ輕重ノ別主從ノ差
 ヲ立ツルハ刑法ノ精神ニアラスト信ス氏ノ未タ此點ニ想到セラレサル
 ハ眞ニ惜ムヘキナリ

其他尙ホ氏ハ次ノ如キコトヲ言ヘリ「刑法カ犯人ニ對シテ社會ヲ防衛ス
 ルノ作用ハ之ヲ以テ刑法ノ內面的作用ト稱シ刑法カ社會(裁判官)ニ對シ

個人(良民)ヲ保護スルノ作用ハ之ヲ以テ刑法ノ外面的作用ト稱スルコト
 ヲ得ント而シテ之ヲ氏カ先キ「國家カ犯罪行爲ヲ待テ人ヲ處罰スルハ
 個人ノ利益保護ヲ目的トス」ト言ヒタルニ比照スレハ氏ノ見解ハ國家カ
 犯人ノ行爲ヲ待テ之ヲ處罰スルハ刑法ノ外面的作用ニ外ナラスト爲ス
 ニ在ルモノ、如シ然レトモ刑法カ物的要素ヲ犯罪ノ成立要件トスル所
 以ハモノハ豈ニ獨リ刑法ノ外面的作用ニハ基因スルモノナラムヤ是
 レ他ノ一面ニ於テ罪責ノ輕重大小ヲ發見量定シ以テ之ニ適應スル刑罰
 ヲ科シ以テ社會防衛ノ目的ヲ達セムトスルニ在ルコトヲ知ラサルヘカ
 ラサルナリ」

然ラハ吾人カ所謂罪責ノ責トハ何ソヤ是レ後ニ一言スル所ノ責任ノ責ヲ
 謂フニハアラサルナリ責任ハ主觀方面ノミニ關スレトモ罪責ハ客觀方面
 ニモ關シ犯人ノ爲シタル行爲ノ惡シサ即チ惡ノ質ト量トヲ謂フモノナリ

二

惟フニ人一度惡事ヲ爲スト雖モ前非ヲ悔ヒ既ニ遷善改過シタル者ニ對

シテ刑罰ヲ加フルハ洵ニ理由ナキコト明ナラン去レハ國家ハ犯人ニ惡行アリシカ爲メニ之ヲ刑ストイハ、余ハ之ヲ支持スルノ理由ヲ知ルニ苦マサルコトヲ得ス然ラハ之ヲ違反者ノ惡性ニ基クモノト解センカ現行刑法上國家ハ苟モ犯行アリタルトキハ既ニ遷善改過スルモ之ヲ處刑スルコト前述ノ如キヲ如何セン且ツ夫レ凡ソ法律ハ人ノ行爲ヲ規律スルモノニシテ心意ノ是非善惡ハ法力ノ得テ及フ所ニアラサルナリ故ニ國家ハ犯人ニ惡性アルニ由リ之ニ刑ヲ科スト云ハ、余ハ之ヲ支持スルノ理由ヲ知ルニ苦マサルコトヲ得ス夫レ然リ然リト雖モ若シ惡行アリシ者ヲ其既ニ遷善改過シタルノ理由ニ依リ之ヲ處罰セザレハ刑法ノ一般威嚇力減セシムルニ必セリ是レ誠ニ恐ルヘキノ現象ニアラヤ若シ又惡性アルノ故ヲ以テ惡行ナキニ拘ラス人ヲ刑センカ嚴ハ則チ嚴ナリト雖モ畢竟社會ニ利益ヲ與フルモノニアラサレハ蓋シ内ニ惡性アリト雖モ苟モ之ヲ行爲ノ上ニ表現セザルニ於テハ社會ニ何等ノ害毒ヲモ及ホスモノニアラサレハ之ヲ處罰スルハ無用ノ業

探行説ヲ得
探行説ヲ得
探行説ヲ得

タレハナリ加之ニ因テ犯罪ヲ未發ニ豫防スルコトハ或ハ之ヲ期シ得ヘケンモ此利益ハ夫ノ無形ナル心意ノ是非善惡ヲ認定スルコトノ非常ニ困難ニシテ無辜ヲ罰シ冤枉ヲ良民ニ被ラシムル大非道ヲ敢テスル如キ危險ニ比較スレハ其害ノ利ニ若カサルコトヲ信セサルヲ得サルナリ故ニ余ハ現行刑法ノ規定ニ賛成スル者ナリ所謂罪ヲ憎ミテ其人ヲ憎マストノ格言ハ能ク科刑ノ基礎ヲ言明シテ遺憾ナキモノト謂フヘシ

惡行トハ何ソヤ刑法ノ保護スル一定ノ利益ヲ侵犯スル所ノ意思發動ヲ指稱スルモノ外ナラサルナリ而シテ意思發動ハ故意若クハ過失ニ基因スル身體ノ動靜ナリ故ニ惡行ハ中ニハ心的要素ト物的要素ノ二者アルコト明ナリ心的要素ハ身體ノ動靜ヲ惹起スル意思ヲ謂ヒ物的要素ハ該意思ニ基ク身體ノ動靜ニ外ナラ去レハ惡行カ刑ノ基礎ナリト言フハ意思ニ基キテ法益ヲ侵害スル身體ノ動靜アリタルカ爲メニ刑罰ヲ科スト言フニ異ナラス此故ニ惡行説ハ決シテ客觀説ニアラサルナリ牧野氏ハ舊派ノ理

科刑ノ基礎

論ヲ概言シマスト結局客觀主義及ヒ報復主義ト云フコトニ歸著スルモノ
 テアリマス(刑事學ノ新思潮)ト論斷シリスト氏ハ賠償正義派ノ論者ハ各人
 ハ其行爲ニ應シテ苦痛ヲ受クヘシ刑罰ノ限度ハ之ヲ受クヘキ者ニ存スル
 責任ノ輕重ト相應スヘキコトヲ要ストノコトヲ主張ス故ニ畢竟犯罪ノ輕
 重ヲ定ムヘキ標準ヲ理會スルコトニ關スルモノナリ賠償正義派ノ論者ハ
 此標準ヲ特定ノ場合ニ於テ裁判官ノ前ニ現ハレタル各箇ノ所爲ニ求メン
 トス而シテ又此所爲ノ輕重ヲ定ムルニハ主トシテ犯罪ニ因リテ侵害セラ
 レタル法益カ法律秩序ニ於テ有スル價值ヲ以テ標準トスト説ケトモ此論
 ニ對シテ余ハ何等ノ痛痒ヲ感スル者ニアラサルナリ吾人ハ客觀的要素タ
 ル身體ノ動靜ノ外心的要素タル意思ヲ觀察ス然ルニ意思ハ社會的原因個
 人的原因ニ依リテ變化スルモノナレハ意思ノ研究ハ直ニ犯罪原因ノ研究
 ニ接著セサルコトヲ得ス又意思ニ付テハ故意ト過失トニ依リテ區別ア
 ルヘク過失ノ中ニテモ重過失ト輕過失トニ依リ相違アルヘキ筈ナリ加之
 輕過失トニ依リ相違アルヘキ筈ナリ加之

任意ト責

犯人ノ動機如何ハ情狀ヲ知ル上ニ於テ最モ之ヲ精探熟慮セサルヘカラサ
 ル所ナリトス而シテ舉動ノ刑罰的價值ハ其カ法益ニ及ホス影響即チ結果
 ノ社會的價值ニ依リテ評價セサルヘカラス此故ニ責任ト因果ハ科刑ノ基
 礎タル犯行ノ兩翼ヲ成スモノニシテ一ヲモ棄ツルコト能ハサルナリ
 然ラハ何故ニ意思ヲ以テ責任即チ物心兩界ノ連絡又ハ歸責事由ト爲スヤ
 曰ク他ナシ哲學上意思カ自由ナルモ將タ不自由ナルモ其ハ何レニセヨ吾
 人ハ關スル所ニアラス意思ニ基ク舉動ニシテ始メテ之ヲ其人ハ行爲ト認
 め得ヘク人類社會ハ規範即チ所謂人定法ハ畢竟之ヲ以テ必要且ツ充分ト
 スレハナリ余嘗テ岡田博士ノ刑法講義ヲ讀ム博士國家刑罰權ノ根據ヲ論
 シテ曰ク夫レ六合ハ有無ノ界ヲ出テ人事ニ善惡ノ二道アリ爲不爲ノ必
 然的關係ニ外ナラス而モ宗教ト道德ト國法トノ分派ニ於テ其一派ヲ統フ
 ル原理ナカラシヤ正邪善惡ノ觀念ハ僞トシテ之ヲ排スヘキニアラス止タ
 國法ハ基礎ヲ解スルニ方リテハ社會的生存ノ實利害害以上ニ遡ル必要ナ
 キヲ信セントスト何等ノ快語ソ余ノ意思ト責任ヲ論スルハ之ヲ援引利用

スルモノニ外ナラス此見地ヨリシテ余ハ夫ノリスト氏ノ常態的意思 (Not-male Willensbestimmung) 説若クハ多數學者ノ採用スル相對的自由意思論ヲ以テ満足セントスル者ナリ尤モ此點ハ他日詳論ノ機會アルヘシ(註二)

(註二) 江木博士ハ管テ改良主義(モラルコレクショ)ヲ批評シテ曰ク「改良主義ハ刑罰ヲ以テ犯者自身ヲ改良シ罪惡ノ心ヲ消失セシメ再犯ニ陥ルコトナキヲ期スルニ在レトモ此主義ニ依ルトキハ到底改良スルコト能ハサル惡漢ニ對シテ刑罰ヲ施スノ必要ナカレヘク又犯者ノ歸善ハ人々ニ於テ各々其迅速アルヘキヲ以テ此主義ニ依リテ刑法ヲ制定セントスル立法官ハ豫メ罪罰二者ノ權衡ヲ規定スルコト能ハサルヘシ」又豫防主義(アリベシヨ)ヲ批評シテ曰ク「此見解ハ犯罪ハ現ニ法律ニ反對スル不法ノ所爲タルノミナラス仍ホ再犯ノ恐レアルヘキモノニシテ刑罰ハ又此恐レヲ除去スルノ要具タラサルヘカヲサルモノトナセトモ未來ノ犯罪ヲ豫防スルノ方策ハ已ニ行ハレタル犯罪ノ刑罰タルコトヲ得サルヘシ若シ夫レ果シテ然リトセンカ或ル特種ノ情況ニ依リ決シテ再犯ノ恐レナキ場合ニ於テハ現ニ行ハレタル犯罪ト雖モ之ヲ不問ニ付セサルヲ得サルノ不都合ヲ生スヘシ」現行刑法原論卷之一ノ三〇乃至三五頁參照ト

大場下ク「ト」ハ惡性説ヲ批評シテ曰ク「此説ニ據ルトキハ刑罰ハ犯罪ニ對スル應報ニアラスシテ人ノ性格特質ヲ認識スヘキ一種ノ證據タルニ過キス從テ犯罪行為ナキモ他ノ證據ニ基キ此性格特質ヲ認識シ得ヘキトキハ之ニ對シ同一ノ處分ヲ爲サ、ルヲ得サルヘシ又重大ナル犯罪例ヘハ殺人ノ犯罪アルモ犯人ニシテ非社會的の性格犯罪の特質ヲ有セス又ハ有セサルニ至リタルトキハ直ニ放免セサルヲ得サルヘシ云々」刑事政策根本問題一三及一四頁必參照ト

(註二) 意思ト責任ノ關係ニ付キ勝本博士ハ「完全ニ發育シ且ツ健全ナル精神狀態ヲ有スル者ノ意思ハソレ自身自由固ヨリ相對的ノ自由ナルヘシ」タリ何等外物ノ之ヲ障礙スルモノナクシテ人ハ其人之ニ依テ生シタル凡テノ結果ニ付キ責任ヲ負フヘキモノニシテ其意思ハ故意又ハ過失ナリトス」(刑法總論講)ト言ヘリリスト氏ハ「不定業派ノ所謂自由意思ノ説即チ人ハ自己ニ對スル外來ノ刺激ニ對シ行為ノ動機タル力ヲ與フルト之ヲ拒ムトハ全ク隨意ニシテ決シテ因果ノ法則ノ爲メニ左右セラル、所ナシトノコトハ吾人ノ思想ノ法則ニ反セリ故ニ此説ハ到底刑法ノ動カスヘカラサル基礎ト爲スニ足ラス然レトモカ、ル基礎モ亦全ク不必要ナリ唯人間定業動機ニ依リテ左右シ得ヘキコト」ノ一事能ク刑罰ヲシテ其效果ヲ全クセシムルニ足ル此主張カ正當ナリトノ最良ノ證據ハ賄賂刑ノ著名ナル學者カ意思ノ自由ノ否定者ナリトノコト是ナリ云々故ニ意思ノ自由テウコトニ關スル論争ハ刑法上ニハ利益ナキモノナリトノコト漸次認メラル、ニ至ル云々抑モ刑罰ノ正當ナル所以ハ實ニ法律秩序ヲ維持シ從テ國家ヲ維持スルニ必要且便宜ナルコトニ存ス云々刑罰ニ關スル此見解ハ因果ノ法則ニ支配セラレサル意思ノ自由ヲ認ムルコトニ金ク相一致ス然レトモ斯ク認ムルコトノ當否トハ全然關係無ク別箇ノ問題ニ屬ス上述ノ見解ハ被刑者ニ於テ自己ニ科セラレタル苦痛ヲ感スル程度カ總テノ他人カ之ヲ感スルト同一ニシテ被刑者ノ刑罰ノ豫定及ヒ其執行ニ依リテ抱クヘキ諸觀念モ亦總テノ他人ト同一ナルヲ得ヘキコトヲ前提トセルモノニ外ナラス結果ニ對シテ事實上頁ハサルヘキ答責即チ刑法上ノ責任ノ條件ハ專ラ精神ノ成熟シ且ツ精神ノ健全ナル各人ノ固有スル所ナル一般ニイヘハ觀念ニ依テ作ラレ特別ニイヘハ吾人ノ行為ノ全體ヲ規律スル宗教風習、法律學問ノ普通ノ諸觀念ヨリ作ラル、決意力是ナリ」獨逸刑法論緒論之貳第十六章(四)及第十三章(四)

加藤弘之博士ハ有名ナル自由意思否定論者ナリ然ルニモ拘ラス社會ニ賞罰ノ必要ナル

コトヲ説明セリ今其罰ノ方面丈ケナ摘録セン博士曰ク罰ノ方モ矢張り同様テアル不忠不孝ヲシテ罰サレタ人カ罰ハ恐ロシイモノテアル不忠不孝ハ再ヒスヘキモノテナイト感シテ來ルト必然ソレカ強大ナル原因トナツテ最早決シテ左様ナコトサスマイト云フ意思カ自然起ツテ來ルノテアルノミナラス、ソレカ又他人ニモ影響シテ他人ニモ同様ナ意思カ自然起ルヤウニナルノテアル左様ナ譯テアルカラ賞罰トイフモノハ善意思、善行爲ヲ獎勵シ惡意思、惡行爲ヲ懲戒スル爲メノ必然的一大原因トナルノテアル是レカ即チ人間ニ自由意思カナクテモ必ス賞罰トイフモノカナケレハナラヌ道理テアル（自然界ノ矛盾ト進

牧野氏ノ
責任ニ
奇關
音スル

尙ホ責任ニ付キ少シク言フ所アラン牧野氏ハ責任ニ付キ左ノ如ク論セリ
「私共ハ刑罰ハ責任解除ノ方法テナクシテ惡性矯正ノ藥劑テアル藥劑ハ之ヲ投シテ其效果アルヘキ者ニ投スヘキテアルト信スルノテアリマスカラ責任能力トイフコトハ刑罰ヲ科スルコトニ因テ刑罰ノ效果ヲ達シ得ル犯人ノ性格ト謂ヒタイト思フノテアリマス不良少年ニ對シテ刑罰ノ無益有害テアルコトハ今日ハ何人モ認メマス、ソレテ刑罰ヲ科セスシテ感化トイフ方法ニ據ルノテアリマス犯罪狂ニ關シテモ同様テ昨今獨逸ナトテハ犯罪狂ニ對スル特別ノ病院ナトカ出來テ來タヤウテアリマスカ我邦テモ感化、免囚保護等ノ問題ニ次キテハ此事カ問題ニ上ホラナ

ケレハナラナイノテアリマス果シテ然ラハ責任トイフコトハ犯人ノ刑罰適應性テアルト申シタラ宜カラウト思フノテアリマス（刑學ノ新思潮ト新刑法六頁七）

歸責又ハ物心兩界ノ連絡ナル觀念即チ所謂 *Imputabilité, Zurechnung* ナル事項ヲ以テ刑事責任ノ基礎ナリトスルコトハ佛獨ニ於ケル多數説ト見得ルテアラウト思フ而シテ此ノ思想ハ我邦ニ於ケル刑法學者間ニ於テモ通説ト見ルコトカ出來ル自分ハ此ノ觀念ヲ採ラナイノテ假令責任 *Responsabilité, Verantworlichkeit* ナル語ヲ使用スル場合ニ於テモ其内容トシテ歸責ナル觀念ヲ避ケルノテアル或學者ハ斯ノ如キ態度ヲ以テ責任トイフ語ヲ存シテ而モ其實ヲ採ラサル者ト稱シテ居ルカ實ハ其通りナノテ此點カラ謂ヘハ責任トイフ語其者ヲ使用セサルコトカ誤解ヲ避ケル途カモ知レナイ（同上六頁一〇一頁參照）

是ニ由テ之ヲ觀レハ氏ハ歸責又ハ物心兩界ノ連絡ノ意味ニ於ケル責任ナル語ヲ使用セスシテ刑罰適應性ノ意味ニ於テ之ヲ使用スルコト明ナリ是

レ蓋シ氏カ根本ニ於テ刑罰ノ一般豫防ノ效用ヲ排斥シ單ニ特別豫防ノ方面殊ニ犯人改善ヲ以テ刑罰ノ效用ト爲スヲ以テ刑罰ハ犯人ノ將來ニノミ對スル處分ナリト解セサルヘカラス從テ責任ナルモノハ既往ノ行爲ニ關スルモノニアラスト是レ刑罰適應性ナル新主張ノ生スル所以ナリ氏ノ如ク特別豫防ノミヲ以テ刑罰ノ效用ナリトスレハ責任ヲ解スルコト當ニスノ如クナラサルヘカラス然ラサレハ論理一貫セサルコト、ナルヘシ故ニ此點ニ於テハ氏ハ能ク論理ヲ貫徹シ秩序洵ニ井然タルモノアリ嘆服スヘキナリ然リト雖モ之ト同時ニ氏ハ歸責又ハ物心兩界ノ連絡ナル觀念ヲ世界ノ一切ノ學者ニ反對シテ否定スル者ナルコトヲ知ラサルヘカラス抑モ責任ナル語ハ獨リ刑法上ノ觀念ナルノミナラス其他ノ一切ノ公法私法ニ通スル一般法理上ノ一大通念ナリ而シテ余ハ未タ東西ノ鴻儒碩學ニシテ責任ヲ解シテ牧野氏ノ如クセシモノアルヲ聞カス是ニ於テ乎余ハ牧野氏ノ責任論タルヤ一種ノ奇言ナリト評セサルコトヲ得ス夫レ刑罰ハ過去ノ犯行ヲ基礎トシテ犯人ニ科スルモノナリ犯人ノ刑罰ニ依リ匡正サレ得

ル性格又ハ犯人ノ將來ニ於ケル惡性ヲ基礎トシテ科スルモノニアラサルコト前既ニ詳論シタル所ノ如シトセハ氏ノ奇言ノ採ルコト能ハサルヤ明ナリ

第四章 憲法ト罪刑法定主義

○舊刑法第二條ト新刑法及憲法——舊刑法第二條及憲法第二十三條ノ起原○憲法第二十三條ノ解釋——伊藤公ノ意見——清水博士ノ解説——舊刑法第二條ト憲法第二十三條トハ立法ノ精神ヲ同クス○新刑法ニ之ヲ規定セサル理由——憲法第二十三條ハ依然トシテ罪刑法定主義ヲ示ス○牧野氏ノ異說○罪刑法定主義ハ社會ト個人ノ利益ヲ調和ス○罪刑法定主義ハ常ニ必要ナリ○罪刑法定主義ノ實質——客觀主義——主觀主義——折衷主義——折衷主義ノ三體標○合理的制度ハ主觀及客觀ヲ平等ニ取扱フニ在リ

舊刑法第二條ハ規定シテ曰ク「法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス」ト然ルニ現行刑法ニハ之ニ對應スル規定ヲ缺ク是ニ於テ乎刑法註釋家ノ間ニ現行刑法カ何故ニ舊法第二條ノ如キ規定ヲ設ケサリシヤニ付キ争フ生セリ

甲者曰ク 是レ明文ヲ竣タスシテ明ナレハナリト

舊刑法第二條及新刑法

乙者曰ク 現代ノ刑法上之ヲ認ムヘキモノニアラサレハナリト
余ハ甲者ニ左袒セントス蓋シ其理由トスル所ハ憲法ノ規定ニ存ス
惟フニ憲法ハ國家ノ根本法ナルカ故ニ刑法ヲ解釋スルニ當リテモ常ニ之
ヲ顧念スル所ナカルヘカラス大日本帝國憲法ハ所謂三權分立ノ制ヲ採用
シ且ツ刑事司法ニ關係ヲ有スル左ノ規定ヲ置ケリ

第二十三條

日本臣民ハ法律ニ依ルニ非シテ逮捕監禁審問處罰ヲ受クルコトナシ

第二十四條

日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルコトナシ

第二十五條

日本臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ除ク外其ノ許諾ナクシテ住所ニ侵入セラ
レ及搜索セラルコトナシ

第五十七條

司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ

第五十八條

裁判官ハ法律ニ定メタル資格ヲ具フル者ヲ以テ之ニ任ス

裁判官ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルノ外其ノ職ヲ免セラルコトナシ

懲戒ノ條規ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム

第五十九條

裁判ノ對審判決ハ之ヲ公開ス但シ安寧秩序又ハ風俗ヲ害スルノ虞アルトキ
ハ法律ニ依リ又ハ裁判所ノ決議ヲ以テ對審ノ公開ヲ停ムルコトヲ得

右ノ諸規定ヲ通讀スルトキハ如何ニ憲法カ刑事司法ニ關シテ個人ノ自由

憲法第二十三條及第二十四條ノ起原

憲法第二十三條及第二十四條ノ起原

フ保障スルニ厚キカヲ知ルニ足ラシテ余ハ茲ニ右諸規定中ノ刑法ト
最モ大ナル關係アル所ノ第二十三條ヲ説明スルニ止ムヘシ
回顧スルニ第十七世紀ノ頃歐洲ニ於テハ罪刑擅斷ノ主義行ハレタリシ
カ其結果ハ裁判官ノ專恣横暴トナリ個人ノ自由ハ累卵ノ危ニ居リ民命ハ
朝夕ヲ保チ難クシテ一七八九年佛蘭西ハ大革命ハ Bastille ノ牢獄破壊ヲ以
テ開始セラルニ至レリ而シテ當時制定ノ人權宣言第八條ハ將來何人モ
犯罪ニ先立テ制定公布セラレ且ツ適用セラレタル法律ニ依ルニアラサレ
ハ處罰セラルコトナシト規定シタリ是レソ我舊刑法第二條及ヒ憲法第
二十三條ノ由テ來ル所ノ源泉ニ外ナラサルナリ

故伊藤公ハ憲法第二十三條立法ノ根本精神ヲ述ヘテ曰ク

『本條ハ人身ノ自由ヲ保明ス逮捕監禁審問ハ法律ニ載スル所ノ場合ニ限
リ其載スル所ノ規程ニ從ヒ之ヲ行フコトヲ得ヘク而シテ又法律ノ正條
ニ依ルニアラスシテ何等ノ所爲ニ對シテモ處罰スルコトヲ得ス必是ノ
如クニシテ然後ニ人身ノ自由始メテ安全ナルコトヲ得ヘキナリ蓋シ人

身ノ自由ハ警察及治罪ノ處分ト密切ノ關係ヲ有シ其間分毫ノ餘地ヲ容ル、コト能ハス一方ニ於テハ治安ヲ保持シ罪惡ヲ防制シ及檢探糾治スルノ必要ナル處分ヲシテ敏捷強勁ナラシムルニ拘ラス他ノ一方ニ於テハ各人ノ自由ヲ尊重シテ其界限ヲ峻嚴ニシ威權ノ蹂躪スル所タラシメサルハ立憲ノ制ニ於テ尤至重ノ要件トスル所ナリ云々〔帝國憲法〕ト以テ立法ノ旨意ヲ窺フニ足ラン

清水博士ノ解説

而シテ本條ニ所謂逮捕、監禁及ヒ審問ハ事手續法ニ關スルヲ以テ以下之カ解説ヲ省畧シ余ハ唯所謂處罰ニ付テ詳述セント欲ス處罰ノ範圍如何ハ學者間議論ノ存スル所ナレトモ余ハ清水博士ノ所說ヲ以テ最モ穩當ナリト信スルニ依リ左ニ之ヲ掲クヘシ

『通常罰ナル文字ヲ附シタルモノハ刑罰、警察罰、懲戒罰及行政執行罰若クハ強制罰ニシテ處罰ノ範圍ヲ廣ク解スル者ハ此文字中ニハ總テ四箇ノ罰ヲ合ムモノナリト爲ス然レトモ此四者中刑罰、警察罰ト懲戒罰、行政執行罰トハ大ニ其性質ヲ異ニスルコトヲ注意セサルヘカラス刑罰ト警察

罰トハ其間輕重ノ別アリト雖モ共ニ刑事上ノ制裁、法規違反ニ對スル惡報トシテ之ヲ科スルモノニシテ廣キ意義ニ於ケル刑罰ナリ然ルニ懲戒罰ト行政執行罰トハ制裁トシテ之ヲ科スルモノニアラスシテ一ハ官吏ノ義務ヲ履行セシムルカ爲メニ之ヲ科シ他ハ行政命令ノ執行ヲ目的トシテ之ヲ科シ共ニ義務違反ノ繼續ヲ妨クルノ目的ヲ遂行スルヲ期スルモノナリ云々

此ノ如ク刑罰、警察罰ト懲戒罰、行政執行罰トハ各其性質ヲ異ニスルニ由リ之ヲ混同シテ均シク憲法第二十三條ノ處罰中ニ包含セシムルモノト爲スハ解釋ノ妥當ナルモノニアラサルナリ尙ホ憲法第二十三條ノ沿革ニ遡リテ之ヲ考フルモ本條ノ處罰トハ其刑事上ノ罰ノミヲ指稱スルモノナルコトヲ明ニスルコトヲ得ヘキニ由リ余輩ハ憲法第二十三條ノ處罰ノ範圍ニ屬スルモノハ刑罰及ヒ警察罰ノ二ナリト斷言セント欲ス是レ文官懲戒法ノ法律ヲ以テ定メラレサル所以ナリ〔憲法第一五九頁〕余ハ此解釋ニ贊成スル者ナリ而シテ憲法ハ刑罰及ヒ警察罰ハ法律ヲ以テ

舊刑法第二條ニ所謂法律ハ憲法ニ所謂法律ヨリモ其範圍廣ク猶ホ法規ト言フト異ナラサルヘシト雖モ個人ノ自由ヲ保障スル所以ノ規定タルニ至テハ二者同一ナリト謂ハサルヘカラス

新刑法ニ由セサル理定ニ

憲法第三條ニ依テ然リテ示ス

牧野氏ノ異説

之ヲ定ムヘキコトヲ保明ス固ヨリ舊刑法第二條ニ所謂法律ハ憲法ニ所謂法律ヨリモ其範圍廣ク猶ホ法規ト言フト異ナラサルヘシト雖モ個人ノ自由ヲ保障スル所以ノ規定タルニ至テハ二者同一ナリト謂ハサルヘカラス。舊刑法ハ明治十三年ノ制定ニ係リ憲法ハ同二十三年ニ至リ漸ク成立シタルモノナルカ故ニ處罰ニ關スル自由ノ保障ハ兩法典ニ並存スルニ至リシモノナラン然レトモ憲法ニ既ニ夫ノ明文アル今日ニ於テハ更ニ之ヲ刑法典ニ於テ申明スルハ實ニ蛇足ナリト謂ハサルヘカラス是レ現行刑法カ舊法第二條ノ如キ規定ヲ除外シタル所以ナリ縱令刑法典ヨリ該規定ノ除外セラレタルニモセヨ憲法第二十三條ハ照トシテ罪刑法定主義ヲ明ニシテ餘アルナリ

註本博士同説(刑法總論講義一三頁) 小崎氏同説但憲法ニ論及スルコトヲ爲サス(新刑法論總則三五頁參照)

然ルニ茲ニ乙説ヲ唱フル者アリ其言ニ曰ク

〔此ノ原則—罪刑法定主義—カ舊刑法ノ條文ニ載セラレタコトハ

深イ因縁ノアルコトテアリ又之カ新刑法ノ條文カラ削除サレタコトイフコトハ單ニ蛇足テアルトイフヤウナ單純ナ理由ニ因ツタモノテハナイノテアリマス云々佛蘭西大革命ハ罪刑法定主義ヲ其ノ憲法—一七八九年ノ人權宣言第八條ニ加ヘテ以テ裁判官ノ專横ヲ防クコトニシタノテアリマス今日テコソ此ノ原則ハ刑法法典ノ一條文テアレ佛蘭西大革命當時ニ於テハ之カ憲法中ニ掲ケラレ以テ政治上ノ大原則トサレタコトアルトイフコトハ大ニ注意ヲ要スル事項テアリマシテ之ニ依リ當時ノ社會ハ官吏ノ專横ニ對シ一般人民ヲ救濟セントシタノテアリマス斯様な譯テ裁判官ニ對シテ被告人ヲ保護ストイフコトカ當時ノ刑法ノ趣意テアリマシタ之カ所謂法治國ノ制度即チ國權ノ作用ハ豫メ法律ニ依テ定メラレタル一定ノ制限ニ從フトノ制度ノ精神テアツタノテアリマス併シ乍ラ刑法ヲ以テ裁判官ノ行動ヲ制限スルモノト見ルトイフコトハ今日ノ思想テハ儘カニ本末顛倒テアルト謂ハネハナリマセヌ刑法ハ社會ノ爲メニ犯人ヲ處罰スルコトヲ規定シタモノテアル刑法ニ依テ行動

罪刑法定主義
社會主義
個人利益
調和主義

ノ制限ヲ受クル者ハ裁判官ヲナクシテ犯人ヲナケレハナラヌ之ハ謂フ迄モナイコトテアル而シテ今日ノ時勢ハ佛蘭西大革命ヲ距ル既ニ百年以上最早中世ノ亂暴ヲ擅斷主義ハ單ニ沿革トシテ幽カニ社會ノ記憶ニ殘ルニ過キナイノテアリマスカラ今日ノ新ラシイ法典ニ於テ舊刑法第二條ノ如キ明文ヲ置クトイフコトハ最早其ノ謂レナキコト、謂ハネハナラヌノテアリマス之カ即チ新刑法ニ於テ罪刑法定主義ニ關スル規定ヲ削除シタ理由ナノテアリマス(刑法學ノ新思潮ト新刑法學三乃至一四頁ト)余ハ不幸ニシテ此說ニ推服スルコト能ハス論者ノ言ノ如ク刑法ヲ以テ裁判官ヲ拘束スルコトニ至テハ議スヘキノ點固ヨリ少ナカラサルヘシト雖モ前既ニ説明セシ通り刑法ヨリ罪刑法定主義ノ明文ヲ徹去セシニ拘ラス別ニ憲法第二十三條ノ存スルヲ如何セン尙ホ一言スヘキハ右論者ハ罪刑法定主義ヲ以テ裁判官ニ對シテ被告人ヲ保護スルヲ以テ其趣旨トスト論スレトモ余ヲ以テ之ヲ見レハ是レ實ニ誤解ノ甚シキモノナリ若シ夫レ刑法ヲシテ被告人ノ保護ヲ趣旨トスルモノ

罪刑法定主義
個人利益
必要主義

タラシメハ何ソ之ヲ制定スルハ愚ヲ敢テセンヤ初ヨリ人ヲ刑セサルニ若カサルナリ抑モ罪刑ノ法定ハ(一)社會ヲ保護スル爲メ準則ニ違反スル者ヲ處罰スルコトヲ必要トシ(二)且ツ良民ニ冤枉ナカラシメントスルニ由リ發シテ來ルモノナリ個人ノ利益ト公共ノ利益トノ調節ヲ計ラントスレハコソ罪刑法定主義ハ存スルナレ以上ノ如クナレハ余ハ罪刑法定主義ニ對シテハ結局左ノ見解ヲ持スル者ナリ

第一 罪刑法定主義ハ我憲法第二十三條ノ保明スル所ナリ

第二 罪刑法定主義ハ左記二箇ノ利益ノ調和ヲ計リ以テ共同生活ノ進

步發達ヲ企圖スルモノナリ

一 公共ノ利益

二 個人ノ利益

又論者ハ今日ノ時勢ハ佛蘭西大革命ヲ離ル既ニ百年以上最早中世ノ亂暴ヲ擅斷主義ハ單ニ沿革トシテ幽カニ社會ノ記憶ニ殘ルニ過キナイノテア

リ、マスカラ云々ト言ヘトモ是レ餘リニ現今及ヒ將來ノ執法官ヲ信用シ過クハモハニハアヲサル乎余ハ神ナラヌ人間ノ常トシテ過チ易キハ人ノ永久ニ有スル弱點ナリト信ス故ニ此弱點ニ陥ルコト能ハサル様豫メ規矩準繩ヲ定メ置クコトハ是レ亦永久ノ必要ト謂ハサルヘカラス若シ夫レ罪刑法定主義ヲ否認センカ「吾人ノ生命財産ハ裁判官ノ愛憎好惡ニ左右セラルルノ危険アルノミナラス縱令凡テノ裁判官ヲシテ公平無私ノ人タラシムルモ裁判官即チ立法者タルカ故ニ其守持スル所ノ主義如何ニ依リ甲ノ無罪ナリトスルモノ乙ハ之ヲ有罪ナリトスルノ結果ヲ生スルコトナシト云フヘカラサルカ故ニ裁判ハ到底公平ヲ保ツコトヲ得サルト同時ニ豫メ法律ヲ以テ如何ナル行爲カ罪トナリ如何ナル刑罰カ科セラル、ヤヲ告知セラル、ニアラスンハ吾人ハ行不行ノ標準ヲ知ルコトヲ得サルカ故ニ安シテ事ニ從フコトヲ得サルニ至ルヘシ」(勝本博士刑法總論一三頁)而シテ此ノ如キハ佛國革命當時ノミナラス現在ト雖モ又將來ト雖モ恐ラクハ替ルコトナキ現象ナルヘシ刑法第二十五章ニ瀆職罪ノ規定アルヲ見ハ思ヒ半ニ過クル

罪刑法定主義ノ實質

客觀主義
主觀主義
折衷主義
ノ三體様

モノアラン余ハ論者ノ如ク一般ノ執法官ヲ信用スルコト能ハサルモノナリ
果シテ然ラハ罪刑法定主義ハ我法理上最モ重要ナル原則ノ一ナルコトヲ知ルニ難カラサルヘシ
次ニ罪刑法定主義ノ實質如何ヲ研究センニ之ニ關シテハ三箇ノ方法アルコトヲ想像スルヲ得ヘシ

第一 客觀主義

第二 主觀主義

第三 折衷主義

客觀主義ハ刑罰ヲ規定スルニ當リ行爲及ヒ結果ノ價值ヲ標準トスルモノ
主觀主義ハ犯人ノ心意及ヒ性格ヲ標準トスルモノナリ第三ノ主義ハ以上
ノ二者ヲ折衷スルモノニシテ之ニ又三種ノ折衷方法アリ(一)ハ客觀ニ重キ
ヲ置クモノ(二)ハ主觀ニ重キヲ置クモノ(三)ハ主觀客觀ノ何レヲモ平等ニ取
扱ヒ兩者ノ間ニ輕重ノ別ヲ置カサルモノナリ惟フニ如何ニ古代ノ刑法ト

合理的
主觀制
度ハ主
客觀ヲ
及ニテ
平等ニ
取テ

雖モ純粹ノ客觀主義ニ依リ刑ヲ科シタルモノハ之ナカルヘク多少ハ犯人ノ情狀ヲモ顧ミタルト共ニ如何ニ近世ノ刑法ト雖モ純粹ノ主觀主義ニ依リ刑ヲ科スルモノナク所爲ノ價值ヲモ計量スルモノナリ故ニ刑法ノ大勢ハ折衷說ニ在リト謂ハサルヘカラス唯舊時ノ刑法ハ客觀ニ重キヲ置キ主觀ヲ輕ンシタル傾キアリ最近ノ理論ハ主觀ニ重キヲ置キ客觀ヲ輕ンスルモノナリ然レトモ共ニ折衷主義タルヲ失ハス而シテ余ハ以テ唯一ハ合理的制度ナリト信スルモノハ主觀客觀ヲ平等視スルハ主義ナリトス

第五章 刑法ト罪刑法定主義

○舊刑法ノ罪刑法定主義○新刑法ノ罪刑法定主義○嚴密ナル罪刑法定主義——寬大ナル罪刑法定主義○新法適用ノ困難——所謂人權問題——ガルトン教授ノ疑懼——ラッセル教授ノ絶叫○再ヒ合理的制度ニ付テ——現行刑法ノ構成○刑法ノ眞使命

舊刑法ノ
主觀主義

舊刑法ノ法文ヲ讀テ何人モ驚カサルナキ點ハ行爲及ヒ結果ノ價值ノ異ナルニ從テ嚴ニ刑罰ノ輕重大小ヲ劃定シ其間ニ裁判官ノ自由裁量ノ餘地ヲ留ムルコト極メテ少ナキ所ナリ然レトモ犯人ノ心理狀態及ヒ犯罪ノ原

新刑法ノ
主觀主義

因手段及ヒ結果ハ千態萬狀ニシテ此ノ如キ狹隘ナル範圍ニ於ケル刑ノ伸縮ハ以テ罪狀ニ適應シテ能ク處刑ノ目的ヲ達シ得ヘキモノニアラサルノミナラス精靈ヲ有スル判官ヲ木偶視シ機械視スルコト甚シキモノト謂ハサルヘカラス是レ即チ舊刑法ニ對スル非難ノ焦點タリシ所刑法改正ノ議ハ主トシテ茲ニ其原ヲ發シタルモノトス是レ多言ヲ要セサル所ナリ
然ルニ現行刑法ハ如上ノ點ニ付キ一大修正ヲ加ヘ裁判官ノ刑罰裁量ノ範圍ヲ大ニ擴張シタリ新刑法ニ依レハ裁判官ハ其自由活動ノ餘地綽々タルモノアリ能ク千態萬狀ノ情況ニ適應シテ處刑ノ目的ヲ完ウシ且ツ裁判官ハ其良知良能ヲ發揮シテ法規ヲ社會ノ利益ニ合致セシムルコトヲ得ヘキナリ是レ即チ新刑法ニ對シテ讚美ノ聲絶エサル所以ナリ
新法ハ刑罰裁量ノ範圍ヲ著シク擴張セリ然レトモ最高最底ハ二限界ハ總テハ場合ニ之ヲ存シ無限ニ裁量ハ範圍ヲ擴張シタルモノハニアラス既ニ法律上裁量ニ最高最底ハ二限界アリ之ヲ罪刑法定主義ト言ハスシテ將タ何トカ言ハンヤ或人曰ク犯罪ノ形式的要件ヲ簡約ニシ刑罰裁量ノ範圍ヲ擴

大シテ裁判官ノ權限ヲ無上ニ廣濶ナラシムルコトハ其精神ニ於テ既ニ罪
刑法定主義ヲ排斥シタルモノニアラスヤ」ト余ハ其論旨ノ在ル所ヲ知ルニ
困ム者ナリ

嚴密ナル
罪刑法定
主義
寛大ナル
罪刑法定
主義
新法運用
ノ困難

余ハ舊法ノ規定ヲ嚴密ナル罪刑法定主義ト呼ビ新法ヲ寛大ナル罪刑法
定主義ト稱セント欲ス此寛大ナル罪刑法定主義ハ固ヨリ理論ハ上ニ於テ
ハ間然スル所ナカルヘキモ之ヲ運用上ヨリ觀察センカ余ハ實ニ疑懼ノ念
ヲ禁スルコト能ハサル者ナリ茲ニ一人ノ盜兒アリテ今一本ノ洋傘ヲ竊取
セリト假定セヨ之ヲ一月ノ懲役ニ處センカ五月ノ懲役ニ處センカ將タ又
五年ニセンカ十年ニセンカ是レ固ヨリ裁判官ノ自由裁量ニ屬スト雖モ甲
者ハ之ヲ一月トシ乙者ハ之ヲ五月トシ丙者ハ五年丁者ハ十年ト決定スル
コトアラントス加之一月以上十年以下區々ノ判決アルヤ必セリ且ツ夫レ
同一判官ト雖モ今日ハ之ヲ一月ニ處シ明日ハ之ヲ五月ニ處シ明年ハ之ヲ
五年ニ明後年ハ十年ニ處スルコトアラントス加之一月以上十年以下區々
ノ判決アルヤ必セリ此ノ如ク時ト人トニ依リ一盜兒ニ對スル量刑ニ差異

所謂人權
問題

ガロン
教授ノ
疑

ヲ生スヘキコト明ナリ然レトモ斯ク刑法ノ適用區々ニ涉ルトキハ國家刑
罰權ノ威ト信トハ何ニ由テ之ヲ保ツコトヲ得ン豈ニ懼レサルヘケンヤ新
刑法行ハレテ未タ數年ナラサルニ既ニ司法ノ實際ニ於テハ所謂人權問題
ノ發生シタルヲ見ルニアラスヤ所謂人權問題ハ事稍ヤ誇張的ノ氣味ナキ
ニアラスト雖モ火ナキ所ニ煙ナキノ例ニ依リ余ハ人權問題ノ發生ニ付キ
之カ素因タルモノアルヲ信スル者ナリ人權問題ハ新法適用ノ困難問題ニ
外ナラス(刑事法評林第二卷第一號)
聞ク一九一〇年白耳義ブリュクセルニ於テ萬國刑事協會ノ國際大會開催セ
ラレ其議題ノ中ニハ「法定ノ如何ナル場合ニ犯人ノ危險性ナル觀念ヲ以テ
訴追セラルヘキ犯罪行為ト云フ觀念ニ代フヘキヤ而シテ法定ノ如何ナル
條件ニ於テ此觀念ハ社會防衛ノ見解上個人ノ保障ト調和スヘキヤ」ノ一項
アリト而シテ之カ出題者タル巴里大學 Garçon 教授ハ言ヘルコトアリ曰ク
「擅斷主義ヲ復興シテ新主義ヲ重ンスルコトハ進歩ヲ購フニ餘リニ不廉ナ
リ」(法學志林第一二卷第六號四八乃至五一頁參照)ト亦以テ所謂新主義ノ實用上一大困難ニ遭遇セ

ラノル
ト教授ノ
絶叫

再ヒ合理
的制度ニ
付テ

規行刑
法ノ構成

サルコトヲ得サルヲ知ルニ足ラン又嘗テ一九〇二年ノ聖彼得堡ニ於ケル
萬國刑事協會ニ於テLernande 教授カ犯人ノ主觀ニ重キヲ置クコトハ國法
ノ根本思想ト相容レサルモノナリト絶叫シタルハ能ク新主義ノ急所ヲ衝
キタルノ苦言ト謂ハサルヘカラス

牧野氏ハ今日ノ刑法カ主觀主義テアルカラニハ其罪刑法定主義モ主觀
主義ニ依ツタモノナケレハナラヌト論スレトモ全ク根據ナキニ似タリ
余ハ茲ニ舊主義ノ如何新主義ノ如何ヲ辯護シテ樂トスル者ニアラス唯一
ノ合理的制度ヲ認メントスルニ在ルナリ余ノ見ル所ニ依レハ主觀ノミニ
依リテ客觀ヲ顧ミサルハ不可ナリ而モ十九世紀ニ於ケル科學ノ進歩ヲ無
視スルモ不可ナリ其最モ可ナルハ二者ノ折衷ニ在リ
折衷主義ハ此ノ如クシテ犯罪現象ヲ内外兩方面ヨリ併セ觀テ其真相ヲ觀
破シ之ニ適當ナル刑罰ヲ量定シ適用スルニ在リ而シテ現行刑法ハ大體ニ
於テ此制度ニ則リタルモノナリ現行刑法ノ規定タルヤ固ヨリ尙ホ改善ヲ
要スヘキ點ナキニアラサルヘシト雖モ此根本原則ヲ採テ夫ハ空漠タル主

觀主義ヲ用ヒサリシコトヲ多トセサルヲ得ス今左ニ刑法ノ規定ニ基キ此
合理的折衷主義ノ採用セラレタル所以ノモノヲ明ニセシ
刑法第二編其包含スル所ノ前後四十章ヲ通觀スルニ(一)法益ノ種類ヲ異ニ
スルニ依リテ刑罰ノ種類又ハ分量ヲ異ニシ(二)所爲ノ體様ニ依リテ刑罰ヲ
異ニシ(三)犯罪行為アルヲ竣テ而ル後刑罰ヲ適用シ而シテ第一編總則ノ規
定ヲ觀ルニ未遂罪ノ規定アリ是レ豈ニ犯罪ノ客觀的條件ニ關スルモノニ
アラスヤ又總則中ノ(一)刑ノ執行猶豫(二)假出獄(三)犯罪ノ不成立及ヒ刑ノ減
免(四)酌量減輕等ノ規定ヲ觀ヨ犯罪ノ主觀的條件ニ關スルモノ頗ル多キニ
アラスヤ而シテ夫ノ累犯ニ至テハ之ヲ主觀的ニ論スルモ將タ客觀的ニ論
スルモ共ニ之ヲ嚴重ニ處分スルノ必要アルモノトス之ヲ要スルニ責任ノ
輕重大小ト因果ノ輕重大小ハ相合シテ以テ刑罰ノ輕重大小ヲ確定スルノ
標準タルナリ刑法ハ主觀ト客觀トヲ平等視シ一ヲ輕ンシテ他ヲ重ンスル
カ如キコト之ナキナリ之カ詳細ハ茲ニ論述スルノ限ニ在ラス

(註) 小野氏大同小異ノ說明新刑法論總則二八乃至三三頁必參照

勝本博士ハ次ノ如ク論セリ「折衷派 亦伊國 Alimena 及ヒ Carnevale 等ノ主張スル所ニシテ此說ハ(1)新學派ト同シク人ノ意思ハ内外ノ事情ニ依テ確定セラル、モノナリト云フ確定意思ヲ認ムルモ新學派ノ如ク形體的生理的ニ常人ト異リタル犯罪的變狀即チ犯罪象格ナルモノアルコトヲ認メス(2)唯極メテ稀有ナル例外トシテ心理的宿命ノ犯罪人アルヲ認ムルモ大體ニ於テハ舊派ノ如ク人ハ或ル程度マテハ一般普通ノ知覺者クハ意識ヲ有スルモノタルコトヲ認メ(3)犯罪人ノ殆ント全數ハ皆社會力養成スルモノナルカ故ニ刑事政策ハ犯罪人其人ノ性格ノ研究ヨリモ寧ロ犯罪人ヲ圍繞スル外界ノ事情即チ犯罪徵苗養成ノ根源タル社會的事情ヲ消滅セシムルコトヲ研究スルニ在リト主張ス此說ハ極メテ穩當ナルモノニシテ夫ノ萬國刑法協會ヲ創立シタル自耳義ノ P. H. 獨逸ノ Von Liszt 和蘭ノ Van Hamel ノ三氏及ヒ此等諸大家ト共ニ有名ナル佛蘭西ノ Garraud 氏等モ亦大體ニ於テハ此折衷說ニ屬スルモノ、如ク近時刑法ヲ立法スル者ハ大概之ニ依ルヲ例トス

此學說ニ依レハ裁判官ハ單ニ犯罪ノ大小輕重ノミニ依ラス更ニ犯罪人其人及ヒ外界ノ原因等諸般ノ事情ヲ斟酌シ各場合ニ適當シタル處分ヲ言渡スコトヲ要スルカ故ニ此學說ニ基キテ立法スルトキハ法律ハ昔時ト異ナリ各犯罪ニ對スル處分ニ關スル規定ノ範圍ヲ廣大ニシテ裁判官ヲ十分ナル自由ヲ得セシメサルヘカラス今刑法ノ規定ヲ案スルニ舊刑法ト異ナリ一般ニ其規定ノ範圍ヲ廣大ニシ著シキモノトシテハ第五十七條第六十八條第八條第九十九條第二百四條第二百五條等アルニ依リテ之ヲ見レハ此學說ヲ斟酌セラレタルコト蓋シ明白ナルカ如シ(刑法總論講義七及八頁)

果シテ然ラハ牧野氏カ「刑法理論ノ新趨勢ハ人格主義ニ在リ犯人ノ人格ヲ基礎トシテ刑事上ノ組織ヲ定メントスルモノ是ナリ而シテ新刑法ノ基礎

刑法ノ眞使命

亦一ニ人格主義ニ在ルコト深ク論スルノ要ナシ(七法學協會雜誌第二五頁)ト説キタルハ明白ナル謬見ニアラスヤ
又此折衷制度ニ依レハ客觀主義ノ流弊ハ主觀主義ニ依リテ是正セラレ主觀主義ノ缺陷ハ客觀主義ニ依リテ救済セラルヘキナリ是ニ於テ乎余ハ言ハントス折衷制度ハ刑法ノ眞使命ナリト

第六章 刑法ノ解釋

○刑法ノ嚴格解釋ニ對スル異議——牧野氏ノ意見——之ニ關スル短評○富井博士民法ノ類推解釋論——泉二氏ノ意見○磯積博士ノ意見——牧野氏ノ之ニ對スル短評ハ當ラヌ○嚴格解釋ノ意義

刑法ノ解釋ニ付テハ從來嚴格ナラサルヘカラストイフ原則ノ一般ニ是認セラレタルコトハ何人モ能ク知ル所ナリ然ルニ近時主觀論ノ勢力アリシヨリ此原則ニ對シテ異論ヲ試ムル者多ク刑法ト雖モ私法ト同様類推解釋ヲ認メサルヘカラス然ラサルハ法規ヲ社會ノ必要ニ適應セシムルコト

刑法ノ嚴格解釋ニ對スル異議

刑法ノ解釋

牧野氏ノ
意見

能ハスト爲ス

牧野氏ハ次ノ如ク論セリ

「刑法解釋カ嚴正テナケレハナラヌトイフ意味ハ通常刑法ノ規定ハ常ニ
狹義ニ解セナケレハナラヌト云フコトニナツテ居ルノテアリマス併シ
ナカラ竊ニ考ヘマスニ民法ノ方ハ其解釋カ嚴正テナクテモ宜シク刑法
ノ方ハ嚴正テナケネハナラヌトイフコトハ甚ク權衡ヲ失シク議論ト謂
ハナケレハナリマセヌ一般ニ民法ハ比附援引シテ解釋シ常ニ類推論法
ヲ以テ之ニ臨ムヘシト主張サレマスケレトモ法律ノ解釋トイフモノハ
論理ノ適當ナル推度ヲ離レルコトヲ許スヘキモノテハアリマセヌ類推
解釋トイフモノハ論理ノ適當ナル範圍内ニ於テノミ適法ナモノテアリ
マシテ刑法ニ於テモ論理カ許ス範圍内ナラハ比附援引モ差支ナイト謂
ハナケレハナリマセヌ唯此點ニ關シ世人一般ノ議論ヲ聞キマスト刑法
ハ一定ノ行爲ヲ犯罪トシテ之ヲ民衆ニ禁シタモノテアリ從テ其規定以
外ノ行爲ハ法律上許サレタ行爲ニ相違ナイ然ルニ若シ裁判官カ比附援

引シテ刑法ヲ解釋スルコトニナルト民衆自身ニ於テハ許サレタ行爲ト
思ツテ居ルモノモ裁判官ノ意思丈テ犯罪トナルコトニナツテ社會ハ一
日モ其堵ニ安ンスルコトカ出來ナイコトニナルノテアル故ニ刑法ノ解
釋ハ飽迄モ嚴正テナケレハナラヌコトニナル民法ニ於テハ當事者ノ間
ニ公平ニ事件ヲ判斷シナケレハナラヌカラ從テ法規ヲ類推的ニ解釋ス
ルコトヲ認メナケレハナラヌト謂フノテアリマス併シナカラ若シ民法
ノ關係ニ於テ事件ヲ當事者ノ雙方ニ公平ニ判定シナケレハナラヌト謂
フナラハ刑法ノ關係ニ於テモ亦同様ニ之ヲ論シナケレハナラナイト思
ヒマス刑法ハ社會ト犯人トヲ其當事者トシテ以テ其關係ヲ定ムルモノ
テアリマス民法カ債權者ト債務者トヲ平等ニ取扱フトイフナラハ刑法
ニ於テモ社會ト犯人トヲ公平ニ觀察シナケレハナリマスマイ從テ刑法
制定ノ大精神カラ推度シ場合ニ依リテハ法規ヲ類推的ニ解シテ以テ其
適用ヲ爲ストイフ必要カアルニ違イナイ此點ニ於テ民法ト刑法トノ間
ニ差異ヲ認メルトイフコトハ到底論理ノ貫徹シナイコト、謂ハネハナ

刑法ノ解釋

リマセヌ云々

今ヤ法定主義ハ刑法ノ正文カラ除カレマシタ從テ私ハ刑法解釋ニ關スル從來ノ原則モ亦拋棄サレナケレハナラヌト信スルノテアリマス然ラハ新刑法ノ下ニ於ケル吾人ハ如何ナル原則ニ基イテ刑法ヲ解釋シナケレハナラナイテアリマセウカ

私ハ簡單ニ之ニ答ヘタイト思ヒマス曰ク社會ノ必要是テアリマス之カ解釋ノ標準ニナルノテアリマス云々固ヨリ私共ノ見解ハ論理ヲ度外視スルノテハアリマセヌ論理ヲ離レテ法律ノ解釋ノ許サルヘキテナイコトハ當然テアリマスカ唯從來ノ考ハ三段論法ノ前提ヲ悉ク法律ノ成文中ニ求メルノニ反シテ私共ノ考テハ前提ノ一ヲ法ノ成條ニ置クト同時ニ他ノ前提ヲ社會ノ實情ニ求メルトイフノテアリマス換言スレハ私ノ考ハ刑法ノ解釋ト社會ノ要求トハ常ニ調和サレネハナラヌトイフコトニ歸著スルノテアリマス(刑事學ノ新思潮ト頁新)

之ニ對スル短評

余ハ論者ノ所謂類推解釋及ヒ比附援引ノ意義如何ヲ知ラヌト雖モ若シ之

ヲ通常學者ノ使用スル所ノ Analogie ト同義ナリトセハ余ハ斷然氏ノ所說ニ反對セサルヲ得ス若シ又之ヲ擴張解釋即 Extensive interpretation ト同義ナリトセハ余ハ全然氏ノ所說ニ從ハントス然レトモ全體ノ文意ヲ推スニ氏ノ見ル所ハ單ニ Extensive interpretation ニ止マラスシテ夫ノ Analogie ヲモ許サントスルモノ、如シ是レ余ノ氏ト爭ハントスル所ナリ抑モ刑法ハ舊法第二條ニ相當ス明文ヲ置カスト雖モ憲法ハ依然トシテ罪刑法定義ヲ保障スルコトハ前述ノ如シ故ニ刑法ニ該明文ナキノ故ヲ以テ直ニ類推解釋比附援引ヲ許スヘシト言フニ至テハ余ハ其可ナル所以ヲ知ラサルナリ加之余ノ見ル所ニ依レハ刑法ノ解釋ト私法ノ解釋トハ必スシモ同一轍ニ出ツルコトヲ要セス否ナ必スヤ其間ニ多少ノ區別アルヲ要スルモノナリ蓋シ私法ニハ聽任法多クシテ強行法少ナキニ反シ刑法ハ大部分殊ニ刑ノ科セラルヘキ行爲ニ關スル規定ノ全部ハ強行法ニ屬スルモノナリ刑法ハ事人ノ刑事責任ニ關スルモノニシテ人ノ自由及名譽ヲ毀損スルコト著シク大ナレハ以テ生命ニモ影響スルコトアリ小ナレハ以テ財產

ニ損失ヲ加フルニ至ル凡ソ人ノ利害榮辱ニ關スル刑罰ヨリ大ナルハナシ
 刑罰カ其本質ニ於テ罪惡ノ性質ヲ有シ例ヘハ劇烈ナル毒藥ノ如キ作用ア
 ルコト此ノ如シ人ヲ治ムルノ任ニ當ル國家ニシテ刑罰ヲ用ユルニ際シ確
 然據ル所ナクシテ此非常手段ヲ敢テセン乎其適從スル所ヲ知ラス他日人
 心乖離ノ端ヲ開クニ至ルヘシ如上ノ見解ニ基キ余ハ夫ノ類推解釋ト比附
 援引トヲ排斥スル者ナリ既ニ刑罰ハ裁判官ニ自由裁量ノ餘地ヲ與ヘタル
 コト極メテ大ナリ此上更ニAnalogieヲモ許サンニハ其流弊ノ生スル所將ニ
 測ラレサラントス豈ニ懼レサルヘケンヤ

富井博士
 民法ノ類
 推解論

(註) 私法ト雖モ類推解釋ノ容認セラルハ海ニ已ムヲ得サル場合ニ限ルモハト思ハル富
 井博士曰ク『法典編制ノ方法如何ニ依リテハ此解釋手段類推解釋ヲ指スヲ用非サルコト
 ナ得サル場合多シト雖モ我新民法ノ如キ主トシテ一般ノ原則ヲ揭クルニ止メ各種ノ適
 用ニ涉ラサルモノニ在リテハ其必要甚少シトス殊ニ他ノ類似セル場合ニ關スル規定ヲ
 準用スヘキトキハ特ニ其旨ヲ明言スルコトヲ例トセルカ故ニ類推論法ハ單ニ事情ノ類
 似スル場合ハ勿論更ニ強力ナル理由アリト認ムヘキ場合(Analogie)ニ於テモ濫ニ之ヲ用
 ヲルコトヲ許サス唯其規定ニシテ寧疑購ヲ防止スル爲メニ置カレ類推ノ結果一般ノ原
 則ヲ適用スルコト、爲ルヘキ場合ニ於テノミ之ヲ用ユルコトヲ得ヘシ』(民法原論上第

泉二氏ノ
 意見

頁九〇

泉二氏ハ次ノ如ク論セリ『刑罰ニ付テハ類推解釋ヲ用ユルノ餘地ナキナリ然レトモ違ハ
 果シテ刑罰ニ特別ノ解釋方法ナルカ抑モ裁判官ハ法律ニ規定ナキ事項ニ關シテハ條理及ヒ他ノ類似ノ法律規定
 拒ムコトヲ得サルカ故ニ法律ニ規定ナキ事項ニ關シテハ條理及ヒ他ノ類似ノ法律規定
 ヲリ演繹シタル法律概念ヲ應用シテ之ヲ解釋セサルヘカラス刑罰ニ付テハ則チ例外
 タルノミトハ一般ノ學者カ異口同音ニ唱道スル所ニシテ未タ曾テ之ニ對スル異論ヲ耳
 ニセスト雖モ余置ハ之ニ對シテ少シク疑ヲ存スル者ナリ蓋シ成文法ノ發達セサル國及
 ヒ時代ニ於テハ裁判官ハ慣習條理及ヒ類例ニ據ラサルヲ得サルコト當然ニシテ成文法
 ノ規定ナシトノ理由ヲ以テ常ニ原告ノ請求ヲ棄却シ被告ニハ原告ノ請求ニ應スル義務
 ナシト爲サハ即チ裁判ノ拒絕タルニ外ナラズト雖モ成文法ノ發達シタル時代及ヒ國ニ
 於テハ刑罰ニテ正條ナケレハ犯罪ナシト云フコトヲ得ルカ如ク民事ニ付テモ成文法令
 ノ規定若クハ其認ムル慣習法ナケレハ權利義務ノ關係ナシト云フコトヲ得ヘク從テ裁
 判官ハ開條ナケレハ常ニ無罪ノ裁判ヲ爲スヘキモノナルト等シク權利義務ノ關係ヲ認
 メタル法規ノ存セサルニ於テハ常ニ被告ニ義務ナシトシテ原告ノ請求ヲ棄却スルノ裁
 判ヲ爲スヘキモノナルヘシ果シテ然リトセハ裁判官ハ必ス裁判ヲ爲スノ義務アリト云
 フノ前提ハ必スシモ法律ニ規定ナケレハ類似解釋ヲ用フヘシトノ論辯ヲ生スルモノト
 爲スヘカラスハ昔チ候々ナルナリ或ハ曰ク子ノ言奇矯ナラズンハ則チ愚昧タルヲ免
 レス夫レ社會的生活關係ハ日進月歩ニシテ法律概念亦之ト共ニ遷移スルニ拘ラス成文
 法令ハ一朝一夕ニシテ之ヲ改メ難キカ故ニ法律ニテ社會ノ進歩ニ適應セシメント欲セ
 ハ類似解釋ノ必要ナルハ事理明白ナラスヤト然リ立法者ハ全智ニアラス變遷極ル所ナ
 キ社會生活關係ヲ悉ク豫見シテ法令ヲ制定スルハ實ニ不能ナリ然レトモ近世ノ立法者
 ハ此事ヲ覺知シテ彈力性ニ富ミタル法文ヲ設ケ之ニ依リテ其豫想シ得ル總テノ關係ニ

刑罰ノ解釋

法文的基礎ヲ與ヘンコトナカメツ、アリ而シテ法文ノ擴張解釋ニ依リテ解決スルコトヲ得サル事實ニ付テハ常ニ新ナル立法ヲ爲シツ、アルカ故ニ成文法ノ發達シタル時、所ニ於テハ法文ノ規定セサル事項ヲ法文ノ規定スル類似ノ事項ト同一ニ決スルハ寧ロ立法者ノ否認スル所ナリト言ハサルヘカラサルカ如シ例之所謂内縁ノ夫婦ナルモノハ法律ノ認メタル夫婦ニアラサルカ故ニ民法ニ於ケル夫婦財產制ノ規定ヲ其間ニ適用スルコト能ハサルハ勿論又類似解釋ニ依リ其間ニ於ケル財產關係ヲ夫婦間ニ於ケルト同様に決スルコト能ハサルヘシ且ツ立法者ニシテ隨意ノ類似解釋ヲ許ス趣意ナラハ民法其他ノ法令ニ於テ或條文ヲ以テ他ノ條文ヲ或法律關係ニ準用ストノ規定ヲ設ケル如キハ徒勞ニ屬スルモノト云ハサルヘカラス反之立法者ハ此ノ如ク徒勞ヲ爲ス者ニアラストスルナラハ隨意ノ類似解釋ハ計サレサルモノト認ムルコト正當ナラサルカ要スルニ余輩ハ所謂類似解釋ヲ以テ成文法ノ不發達ニ基クモノトシ成文法ノ發達シタル時、所ニ在リテハ一般ノ法令ニ關シテ刑法ニ於ケルト同シク類似解釋ヲ許サスト云フ原則ノ學說上ニ於テ早晚樹立セラルヘキモノナルコトヲ信シツ、アルナリ『改正日本刑法論附錄三八五乃至三八七頁余ハ之ヲ以テ頗ル參考ニ價スル説ナリト信ス』

是ニ於テ乎余ハ往年電氣竊盜事件ニ對シ穂積(陳)博士カ

穂積博士ノ意見

『法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ行爲ト雖モ罰スルコトヲ得サルヲ以テ其行爲カ假令如何程道徳上ニ惡ムヘキモノナリトモ縱令如何ニ社會ニ害毒ヲ及ホスモノナリトモ刑法ニ之ヲ罰スヘキ明文ナクンハ之ヲ救フハ立法問題ニシテ司法問題ニアラサルナリ加之法規無ケレハ刑罰ナシトノ

牧野氏ノ之ニ對ス

格言ノ實用ハ刑法ノ類推適用ヲ禁スルニ在レハ有體物ニアラサル電氣ノ竊用ヲ以テ有體物ヲ要素トスル竊盜罪ニ擬スルハ刑法類推ノ危險ヲ免レスシテ目前ノ利害ニ拘泥シ之ヲ一時ニ彌縫スル姑息手段ヲ採ラントスルモノナリデルンブルヒノ如キ大法律家ニシテ反對論者ヲ詰リ若シ之ヲ盜罪トセスンハ其結果如何トノ問ヲ發シ之ヲ以テ有罪論ノ理由ノ一トセラレタルハ竊ニ氏ノ爲メニ惜マサルヲ得サル所ナリ云々獨逸帝國裁判所ハ前後兩回ノ判決ニ於テ無罪說ヲ採リ明ニ此新需要ニ應スルハ司法府ノ職權外ナルヲ示セリ〔法學協會雜誌第二一卷(第二號)及第四號「電氣ト法律」參照〕ト論セラレタルハ余ハ今ニ至ルマテ其至當ノ言タルヲ信スル者ナリ固ヨリ論者ノ言ノ如ク社會ト個人ノ利益ハ平等ニ保護セサルヘカラサルハ勿論ナリト雖モ刑法ノ比附援引類推解釋ニ依リテ之カ目的ヲ達セントスルハ所謂目前ノ利害ニ拘泥シ之ヲ一時ニ彌縫スル姑息手段タルト同時ニ司法ト立法トノ分際ヲ亂ルモノト謂フヘシ

然ルニ學者或ハ右博士ノ所論ニ對シテ酷評ヲ下シ大審院判例ヲ贊成シテ

曰ク

一 寧ロ學者ハ書齋ノ裡ニ閉籠ツテ抽象的理論ヲ玩フニ對シ裁判所ハ社會實際ノ必要ニ基イテ議論ヲ立テルノテアルカラ裁判例ノ方カ實際ニ適切ナ理屈ヲ主張シタルコトカ隨分多イト思フ(刑事學ノ新思潮ト新刑法ニ六頁)

ト余ハ之ニ對シ批評ヲ試ムルコトヲ欲セス莫遮現行刑法ハ其第二百四十五條ニ於テ電氣ニ關スル竊盜ノ法條ヲ明定セリ是レ余ノ以テ大ニ快トスル所ナリ

二

余ハ上叙ノ理由ヲ以テ刑法ノ類推解釋及ヒ比附援引ハ之ヲ斷乎トシテ排斥シ所謂刑法ノ嚴格解釋ヲ正當ナリトスル者ナリ然ラハ嚴格解釋應用ノ區域如何以下之ヲ詳論スヘシ

一 往時一七六〇四年代伊太利ノチエザーレ、ベツカリヤ氏ハ當時裁判ノ專擅ニ流レタル弊風ヲ矯正セントシテ論理ノ方法ニ係ル解釋ヲ排斥シテ曰ク人ノ見ル所ハ其面ノ異ナルニ從テ同シカラス故ニ若シ論理解釋

ヲ許サンカ法律ノ眞意ハ畢竟裁判官ノ意思ニ左右セラレ罪ノ有無輕重モ各裁判官ノ專斷ニ出ツヘキカ故ニ裁判ノ公平ヲ保ツヘカラス法律ノ精神ヲ究メス單ニ文字上ノミヨリ解釋スレハ往々ニシテ失錯ナキヲ得サルヘシト雖モ理論解釋ノ流弊ニ比スレハ顧慮スルニ足ラスト然レトモ此說ハ嚴ニ過クルモノニシテ今日之ヲ唱道スル者ハ一人モ之ナカルヘシ

二 惟フニ刑法ノ解釋ハ立法ノ趣意ヲ探究スルコトヲ目的トスルモノナリ而シテ此目的ヲ達スルカ爲メニハ文理解釋ノ外論理解釋ヲ用キサルヘカラス是レ現今ニ於テハ特ニ說明ヲ要スヘキ事柄ニアラサルナリ既ニ論理解釋ヲ用ユルハ要アリ且ツ其事ノ認メラルハ以上ハ推理ノ法則カ許ス範圍ニ於テ文意ヲ擴張シテ解釋スルコトハ當然ハ結果ナリト斷セサルコトヲ得ス(米國合衆國加洲刑法第四條ハ「成文刑法ハ嚴格ニ解釋セサルヘカラストイフ普通法上ノ解釋規則ハ之ヲ本法ニ適用セス凡テ本法ノ規定ハ公正ナル主旨(The fair import)ニ從ヒ本法ノ目的ヲ達シ且ツ

正義 (Justice) を發展スルノ目的ニ適スル様解釋スヘシト規定セリ優ニ吾人ノ參考ニ値ス)

三 尙ホ嚴格解釋ノ原則ニ依リ當然禁止セラルヘキ類推ハ罪ヲ定メ刑ヲ科スル場合ニ限ルコト明ナリ從テ其他ノ關係ニ於テハ一般ノ法理ニ依リテ之ヲ決セサルヘカラス普通ノ學說ニ從フトキハ一般法理トシテ類推解釋ヲ絕對ニ排斥セサルカ故ニ刑法ニ於テモ之ニ應シテ手續ニ關スル事項ハ勿論實體的法律關係ニテモ或行為カ刑罰ヲ科セラレタル行為ナリヤ否ヤヲ決スル場合ノ外ハ(不論罪及減輕原因又ハ加重原因等類推解釋ヲ用エルコトヲ得ヘキ道理ナリ

(註) 同說泉二氏同說小崎氏(新刑法論總則三六乃至三八頁參照尤モ氏ハ別ニ「刑法ノ規定中縱令犯罪タルヘキ事實竝ニ刑罰ヲ制定スルコトニ關セサルモノナリト雖モ其規定ノ趣旨ニ於テ類似解釋ヲ許サ、ルモノアルコトヲ注意スヘキナリ例ヘハ刑法第二十五條ニ規定スル二年以下ノ懲役又ハ禁錮ノ旨渡テ受ケタル者ニ對スル刑ノ執行猶豫ニ關スル法條ハ罰金拘留科料ノ旨渡テ受ケタル者ニ適用スルコトヲ得サル如シ故ニ上叙ノ範圍ニ於テモ類似解釋ヲ許スヤ否ヤハ各條規定ノ趣旨ニ鑑ミテ之ヲ判定スヘキナリ」ト附言セリ泉二氏亦同斷改正日本刑法論八八頁)

四 然レトモ所謂勿論解釋ニ付テハ議論アリ勝本博士曰ク「夫ノ通常學者

カ尙更解釋又ハ勿論解釋ト名ツクルモノ例ヘハ道路修繕中人力車通行ヲ禁ストノ制止ハ人力車ヨリモ一層修繕ノ妨ケヲ爲スヘキ馬車ヲ包含ストノ解釋即チ禁止ノ明文ニ記載シタルモノヨリモ尙ホ一層之ヲ禁止セサルヘカラサル重キ理由ヲ有スルモノハ勿論トシテ禁止ノ明文中ニ包含セラル、モノナリトスルノ解釋ハ明文ソノモノヲ解釋スルモノニシテ類似解釋ヲ試ムルモノニアラサルカ故ニ不法ノ解釋ニアラサルモノトス(刑法總論講)ト然ルニ泉二氏ハ曰ク「所謂勿論解釋又ハ推上論斷モ亦類推論斷ノ一種ナルカ故ニ科刑ニ付テハ此論斷ヲ許スヘカラス(改正日本刑法論)ト余ハ姑ク前說ニ從ハン

以上説明シタル所ニ依リテ刑法ノ類推擴張及勿論解釋ヲ爲ス場合ニモ吾人ハ刑法ハ罪刑法定主義ニ則ルモノナルコトヲ常ニ念頭ニ置カサルヘカラス若シ之ヲ忘レテ自由ニ解釋ノ步武ヲ進メンカ必ス其止マル所ヲ知ラサルニ至ラントス思ハサルヘケシヤ

〔註〕民事ニ關シテハ明治八年第百三號布告裁判事務心得第三條ニ成文アルモノハ成文ニ依リ成文ナキモノハ慣習ニ依リ慣習ナキモノハ條理ニ依ルトアリ瑞西民法第一條ニハ「適用スヘキ成文ナキトキハ裁判官ハ慣習ニ依テ裁判シ若シ慣習ナキトキハ裁判官ハ自己カ若シ立法者ナリセハ制定シタリシナルヘキ規則ニ依テ裁判スヘシト」ノ規定アリ是レハ共ニ民事ニ關スルモノナルコトヲ忘ルヘカラス

明治三年ノ新律綱領ニハ「凡律令ニ正條ナシト雖モ情理ニ於テ爲スチ得ヘカラサルノ事ヲ爲ス者ハ笞三十理重キ者ハ杖七十」トアリ之ヲ不應爲律ト稱ス此規定ハ既ニ廢止セラレタリ

而シテ帝國憲法第二十三條ハ規定シテ曰ク「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問處罰ヲ受クルコトナシト」

知ラス刑法ノ解釋ハ果シテ執レテ可トスヘキ乎

第七章 量刑ノ標準

○裁判官ノ苦境 ○量刑ノ標準ノ必要 ○量刑標準ノ效用 ○量刑ノ標準ノ種類 ○成文上ノ量刑ノ標準 ○裁判上ノ量刑ノ標準 ○勝本博士ノ意見 —— 泉二氏ノ意見 ○立法論 —— 大場「ドクトル」ノ意見 —— 埃瑞爾刑法案 ○解釋論 —— 刑法解釋論トノ關係 —— 其結果 —— 立法論ト解釋論トノ合致竝ニ注意 ○牧野氏ノ意見 —— 惡性ト刑罰適應性論 ○大場「ドクトル」ノ意見 —— 罪責ト刑罰ノ感應力論 ○批評 —— 小崎氏ノ説大ニ不可ナリ ○リ「ドクトル」ノ説味フヘシ ○泉二氏ノ説ハ穩當 —— 但白壁ノ微瑕アリ可憐可憐 ○罪疑惟輕 —— 刑罰ノ效用ト罪責以下ノ裁量 ○正義ト利益ノ調和 ○折衷説ノ眞使命 —— 裁判官ノ重

任 ○量刑ノ標準ト拘束力 —— 勝本博士ノ意見

一

裁判官ノ苦境

刑法ハ各犯罪ニ對スル刑罰ノ最高限ト最低限トヲ法定シ其間ニ於テ裁判官ノ自由裁量ノ範圍ヲ擴張シタリ然ラハ其自由範圍ニ於テ裁判官ハ何ヲ標準トシテ刑罰ヲ量定スヘキ乎是レ疑モナク刑法運用上ノ一大困難問題ナリ令名高キ今村(恭)判事ハ裁判官ノ苦境トシテ左ノ如ク語レリ

『新刑法カ實施セラレテ裁判官ノ裁量ノ範圍ハ非常ニ擴張セラレ而モ犯罪ノ種類ヲ綜合シテ同一ノ條文ニ收メ刑罰法定制ハ減縮シ自由裁量ノ範圍ハ頗ル増大ヲ極メタルモノニテ犯罪ノ動機、犯情、手段、犯罪ノ結果等ニ依ツテ情狀ノ輕重ヲ斟酌シ犯罪ノ事前ノ原因、事後ノ一般影響ヲモ攻究シ其裁量ヲ一ニ裁判官ニ任セラレタルハ裁判官ヲシテ少ナカラサル困難ヲ感セシムル次第テアル其明文ハ寧ロ簡單ナルモ不文ノ間ニ考量ヲ要スヘキ區域ハ頗ル廣ク而モ複雑ナル原因ニ依リ伸縮輕重ヲ爲サネハナラス是ニハ一定ノ標準ナク其困難ハ頗ル大ナル所テアル』(刑事法評

量刑ノ標準

量刑ノ標
準ノ必要

(註) 尙日本辯護士協會錄事第一四三號一頁以下石山辯護士刑事裁判ノ失當ニ就テ參照
是レ眞ニ現今裁判官ノ一般ニ言ハント欲スル所ナルヘシ惟フニ廣大ナル
範圍ニ於テ自由ニ刑罰ヲ量定スルニ於テハ裁判官ノ見ル所如何ニ依リ結
果ヲ異ニスルハ已ムヲ得サル所ナルヘク同一判官ト雖モ時ノ異ナルニ依
リ解決ニ相違ヲ來スヘキハ明ナリ是ニ於テ乎全國ノ裁判ニ不統一ヲ招ク
ハ疑ナキ事項トス此故ニ裁判官カ實地ニ處シ刑罰ヲ量定スルニ當リテ則
ルヘク據ルヘキノ標準ヲ發見スルコトハ極メテ肝要ナリ此標準ヲ茲ニ量
刑ノ標準ト云フ

量刑ノ標
準ノ效用

量刑ノ標準ハ二箇ノ作用アリ一ハ犯人ニ對シテ如何ナル刑ヲ科スヘキ
カヲ示スニ在リ即チ刑罰ノ種類ヲ特定スル作用是ナリ二ハ既ニ科スヘキ
刑種ノ定マリタル上其刑罰ノ分量(長サ幅サ)ヲ限定スル作用ナリ
量刑ノ標準ヲ廣ク解スレハ之ヲ二種ニ大別スルコトヲ得ヘシ其一ハ成
法上ノ量刑ノ標準ニシテ其二ハ裁判上ノ量刑ノ標準ナリ前者ハ立法者カ

量刑ノ標
準ノ種類

刑法ニ於テ裁判官ノ適用スヘキ刑罰ノ種類ト分量トヲ定ムル所ノモノヲ
云ヒ後者ハ裁判官ノ自由裁量ニ委セラレタル範圍内ニ存在スヘキモノニ
シテ學者或ハ之ヲ呼テ不文法上ノ量刑ノ標準ト云フ茲ニ余ノ論セントス
ル所ハ主トシテ裁判上ノ量刑ノ標準ナレトモ余ノ見ル所ニ依レハ是レハ
成法上ノ量刑ノ標準ニ依リテ影響セララルヘキモノト信スルニ依リ必要ノ
範圍内ニ於テ之ヲモ併セ論スヘシ

(註) 法學新報第一八卷第九號四三頁以下大場ドクトル「量刑ノ標準ト刑期ノ量定參照

二

成文上ノ
量刑ノ標
準

第一 成文上ノ量刑ノ標準

抑モ立法者カ刑罰ヲ規定シ其種類ト分量トヲ明文ニ掲クルニ當テハ何
ヲ標準ト爲シタルモノナルヤ必ス其據リタル所ノ標準アルヘシ其標準如
何余ハ之ヲ知ルニハ刑罰ノ犯行ニ對スル制裁タル本質ヨリ演繹セサルヘ
カラスト信ス刑罰ハ犯行ニ對スル制裁タリ故ニ刑罰ハ罪責ニ比例セサル
ヘカラス罪責ハ犯罪ノ心的要素ト物的要素トノ二者ニ依リ確定セラル是

量刑ノ標準

ニ於テ乎立法者ハ犯罪ノ心的要素ト物的要素ノ社會的價値ヲ考量シ之ヲ標準トシテ刑罰ノ種類及分量ヲ法定セルモノタルコトヲ知ルニ足ラン心的要素ノ社會的價値ヲ標準トシタルコトハ刑法中ニ故意過失及ヒ動機其他情狀ニ關スル規定アルニ依リ之ヲ推スヘク被害法益ノ異ナルニ從ヒ刑罰ノ種類分量ヲ異ニスル規定ト犯罪手段ノ異ナルニ從ヒ刑罰ノ種類分量ヲ異ニスル規定トノ存在ハ以テ物的要素ノ社會的價値ヲ標準トシタルコトヲ推スニ足ルヘシ是レ明白ナル事實ナレハ余ハ敢テ茲ニ刑法各本條ヲ引テ例證セサルヘシ(第四章及第五章參照)

第二 裁判上ノ量刑ノ標準

法定刑ノ最上限ト最下限トノ間ニ裁判官カ其自由裁量ヲ爲スニ當リテハ何等カ據ルヘキノ標準アリヤ之ニ關スル明文ナキヲ以テ之ナシト言フモ不可ナキ乎勝本博士ハ左ノ如ク言ヘリ

『現ニ刑法ハ改正ニナリマシテ刑罰ノ範圍ハ大變廣クナリマシタ此點カ改正刑法ノ重ナル點否殆ト改正ノ全部ト云フテ宜イカモ知レマセヌ之

裁判上ノ
量刑ノ標準

勝本博士
ノ意見

ニ付キマシテ今日ノ學者實際家ハ何レモ皆犯罪(物)ト人ト云フ點ニ大變重キヲ置キタル規定テアルカラ竟ニ犯罪ノミナラス更ニ其人ヲモ亦能ク之ヲ見テ刑ヲ盛ラナケレハナラヌト云ヒマスカ併シナカラ是レハ唯學說ヤ沿革ノ上カラサウ云フコトカ言ヘルタケノコトテ法律ノ上テハ何モサウ云フコトハ認メラレナイ單ニ刑カ廣クナツテ居ルト云フ丈ケテアル刑カ廣クナツタカラ人ヲ見ヨナト、云フコトハナイ、テアリマスカラ舊法ヲ適用スルト同シヤウニヤツテチツトモ差支ナイ犯罪ニ依リ刑ヲ科ス人ナソハチツトモ見ルニ及ハヌ見ルト云フテモ法律ニ歌テアル場合タケ見レハソレテ違法テアルトハ云ハヌ名判官ト云フコトハ出來ナイカモ知レヌカ決シテ違法テナイソレテ私ハ法律ハ變ツテ居ルケレトモ法律ニ伴フ所ノ設備ハ出來テ居ラヌハテハアルマ、イカ何レカ裁判官ニ法律適用ニ關シ一般ノ注意ヲ示シタル法規ハ入用テアルマ、イカト考ヘル(法學志林第一卷第一三號四二乃至四三頁)

泉二氏ハ左ノ如ク言ヘリ

量刑ノ標準

泉二氏ノ
意見

『埃瑞二刑法案カ刑ノ量定ニ關スル規定ヲ設ケタルコトハ頗ル注意スヘキ點ナリ元來刑ノ量定ヲシテ個別的ニ其犯罪及ヒ犯人ニ適合セシムルニハ些末ナル規定ヲ設ケテ裁判官ヲ拘束スルノ策ニ出ツヘカラサルハ勿論ナリト雖モ極メテ概括的ニ標準的ノ指針ヲ定示スルハ寧ロ穩當ナル立定方針ナリト謂ハサルヘカラス我新刑法ノ適用ニ付キ多數ノ裁判官カ刑ノ量定ニ關シ殆ト五里霧中ノ感ヲ免レサルハ上叙ノ指針ナキニ因ルコト勿論ナリ』（法學志林第一二卷）

然ラハ右ノ如キ明文ヲ創設スルニハ如何ニ之ヲ定ムヘキ乎又其明文ヲ見ルニ至ルマテハ如何ニ刑罰ヲ量定スヘキ乎此二問題ハ結局同一解答ニ到達スルモノナレトモ混雜ヲ避クル爲メ各別ニ之ヲ論究スヘシ

甲 裁判上ノ量刑ノ標準ヲ明文トスルニハ之ヲ如何ニ定ムヘキ乎

此問題ニ對スル解答ハ客觀論者ト主觀論者ト折衷論者トニ依リ各相異ナラサルヲ得ス之ヲ純乎タル客觀論者ニ問ヘハ犯罪ノ手段又ハ結果ノ社會的價值ヲ以テ之ヲ標準ト爲スヘシト答ヘン又純乎タル主觀論者ニ問ヘ

立法論

ハ犯罪ノ動機、故意、過失其他犯人ノ性格ヲ標準トスヘシト答フヘシ而シテ余ハ折衷論者ノ地位トシテ犯罪ノ心的要素及物的要素ヲ均シク之カ標準ニ取り物心兩界ヨリ犯人ノ罪責惡ノ質ト量ヲ併セ觀テ之ニ適應スル刑罰即チ制裁ヲ科シ以テ鑑戒ト懲戒ノ兩效果ヲ收得セント答フル者ナリ客觀ニ偏スル者ハ責任ノ方面ヲ忘ル、モノ、主觀ニ偏スル者ハ因果ノ關係ヲ無ミスルモノ共ニ狹隘ノ見ニシテ斷シテ排斥スヘキモノナリ

大場コトノ見

大場コトノ見

『右ニ付キ私ハ未タ確乎タル考案ヲ持チマセンカ先ツ次ノ様ニシタナラハトウタラウカト思ヒマス刑法ニ於テ定メタル刑期範圍内ニ於ケル刑期量定ノ標準ヲ法律ニテ明定シテハトウテアラウカト思ヒマス此標準ハ二箇ノ方面ヨリ規定スルコトカ肝要ト存シマス即チ一方ニハ犯罪ニ因リ生シタル被害ト犯人カ爲シタル行爲ニ依リ量刑ノ標準ヲ規定シ又他ノ一方ニ於テ犯人ノ性質、人格如何ニ依リ量刑ノ標準ヲ規定シタラハトウテアラウカト思ヒマス尙ホ之ト同時ニ一定ノ犯罪中最モ普通ノ犯

罪即チ犯罪ニ因ル被害及ヒ犯罪行為並ニ犯人ノ性質人格ニ付キ特別ノ注意ヲ拂フ價ナキ普通ノ犯罪ニ付キ一定ノ刑罰ヲ定ムルコトモ亦一策テアロウト思ヒマス〔法學新報第一八卷第九號六六頁〕

埃瑞兩刑法案

乞フ埃瑞兩刑法案ニ於ケル量刑ノ規定ヲ觀察セン

○埃國刑法草案

第四十三條 刑罰ハ責任 (Versulden)ノ程度及ヒ犯人ノ危險性ノ程度ニ從ヒ之ヲ量定スヘシ行為ノ性質犯人ノ性格及ヒ資力ハ刑ノ量定ニ付キ之ヲ斟酌シ殊ニ金錢刑ノ量定ニ付テハ犯人ノ收入額ヲモ斟酌スルコトヲ要ス
數箇ノ主刑中其一箇ヲ科スヘキトキハ犯人ハ累次犯罪ヲ犯シ又ハ犯人カ特別ノ粗暴甚シキ貪慾被廉恥若クハ勞働難避ニ因リ犯罪ヲ犯シタル場合ニ於テ其最モ重キ刑ヲ科スルヲ例トス

(第三項略)

- 第四十四條 特ニ左ノ事由ヲ以テ減輕情狀トス
 - 一 素行上批難スヘキ點ナキコト
 - 二 智能及ヒ意思ノ薄弱十八歳以上二十歳未満ノ幼齡老齡
 - 三 緊窮狀況挑發其他致唆若クハ著シキ便宜ト爲ルヘキ事情ニ因ル犯罪
 - 四 犯罪ニ對スル輕微ナル加擔

- 五 中止及ヒ實害危害ノ輕微ナルモノニシテ責任ノ輕微ニ歸スヘキモノ
- 六 悔悟眞正ナル自白損害排除若クハ損害賠償ノ努力犯後時效ノ完成ニ近キ期間ニ於ケル品行ノ方正

第四十五條 特ニ左ノ事由ヲ以テ加重情狀トス

- 一 浮浪、勤勞嫌厭、前科
- 二 犯罪ノ豫謀、教唆、數人共同實行、強欲其他特ニ非難スヘキ動機、行為ニ表示サンタル破廉性若クハ特別ノ粗暴、特別義務ノ違反、公務執行ノ機會ニ於ケル犯罪
- 三 無能力者ヲ介シテノ犯罪、幼年者ニ對スル教唆、幼年者ヲ補助シテ利用スルコト
- 四 責任重大ニシテ且ツ實害又ハ危害ノ大ナルコト
- 五 被害者ノ最モ痛痒ヲ感スヘキ事情アルコトヲ知リテ爲シタル加害

○瑞國刑法草案

第四十九條 裁判官ハ犯人ニ對シ其責任 (Versulden)ニ應シテ刑ヲ量定スヘシ
犯罪ノ動機、犯人ノ經歷及ヒ身上關係ハ刑ノ量定ニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ要ス

第五十條 (埃國刑法草案第四十四條ト大同小異)

第五十三條 法律ノ明文ニ依リ自由裁量ヲ以テ刑ヲ減輕スルノ職權ヲ認メラレタル場合

ニ於テ裁判官ハ法定ノ刑種及ヒ刑量ニ拘束セラル、コトナシ

第五十四條 一罪ニ付キ懲役又ハ禁錮ノ一ヲ科スヘキ場合ニ於テ其犯罪カ犯人ノ一般的思考若クハ惡癖ニ基クモノナルトキハ懲役ノ刑ヲ言渡スヘシ

右二者ハ立法上大ニ參考ノ價アルモノナリ之ヲ我現行法ノ各條ト調和セシメテ能ク精鍊セハ如何必ス美玉ヲ成スニ至ラン

上敍余ノ以テ可ナリト信スル所ハ又能ク成文上ノ量刑ノ標準ニ適合スルモノナリ(第一ノ部參照)而シテ余ヲ以テ之ヲ見レハ裁判上ノ量刑ノ標準ハ當然ニ成文上ノ量刑ノ標準ニ從ハサルヘカラサルモノハ如何トナレハ法律カ自由裁量ノ範圍ヲ擴張シタルハ法官カ法律上ノ標準ニ適フヘキコトヲ信用シテ立法權ハ一部ヲ司法官ニ讓リタルモノハ外ナラサレハナリ尙ホ上敍ノ標準ハ之ヲ刑法ノ目的刑罰ノ主旨科刑ノ基礎等ニ關スル根本的思想ト能ク調和セルコトハ多言ヲ竣タサル所ナリ又此標準ニ付テハ大ニ研究ヲ要スヘキ多數ノ問題アレトモ次ノ乙ノ部ニ之ヲ讓ルヘシ

乙 量刑ノ標準ニ關スル明文ナケレハ之ヲ如何ニ解釋スヘキ乎

余ハ此點ニ於テ第一ニ考慮スヘキハ夫ノ刑法ノ解釋論ナリト思料ス而シテ余ハ先キニ刑法ノ解釋ハ一般法律ノ解釋ト異ナラサルヲ例外トシ科罰行爲ニ付テハ斷シテ類推解釋ヲ許サス之ヲ以テ其原則トスル旨斷定シ

解釋論
刑法解釋
トノ關係

其結果

タリ然ラハ量刑ノ標準ニ關スル事項ハ此解釋法ノ原則ニ屬スヘキヤ將タ其例外ニ屬スヘキヤト云フニ茲ニ所謂量刑ノ標準ハ法定刑ノ範圍内ニ於ケル自由裁量ノ標準ニ關スルモノニシテ刑罰ノ科セラル、所ノ行爲如何ノ問題ニハ何等ノ關係ナキモノナレハ明ニ其例外ノ方面ニ屬スルコト明ナリ即チ量刑ノ標準如何ヲ解釋スルニハ一般普通ノ法律解釋ト些ノ徑庭アルヲ見ス故ニ余ハ學者カ「裁判官ノ自由裁量トハ申シナカラ其自由裁量ノ間ニハ自ラ一定ノ量刑ノ標準カナケレハナラス若シ其量刑ノ標準カナカツタナラハ其定ムル所ノ刑ト云フモノハ氣儘テアツテ詰リ各人カ相互ニ自分ノ思フ存分ニヤルヤウナコトニナツテ十人十色何トモ致方ナイコトニ相成リマス從テ裁判ノ神聖ト云フモノハ夢ニモ保ツコトノ出來ナイヤウニナリマス故ニ不成文刑法ノ行ハル、邦國ニ在リテモ裁判官カ刑罰ノ種類ヲ定ムルニハ自ラ一定ノ不文ノ法規カアリ又定マリタル刑罰ノ刑期ヲ量定スルニ於テモ自ラ刑期量定ノ標準カナケレハナラナイ譯テアリマス(法學新報第一八卷第(九號四五乃至四六頁)ト論シタルハ至當ノ言ナリト信ス

量刑ノ標準

余ハ甲ノ部ニ於テ述ヘタル立法論ハ直ニ移シテ以テ茲ニ量刑標準ノ解釋論ニ採用スルコトヲ得ヘシト思料ス尤モ量刑標準ノ解釋ヲ爲スニ付キ常ニ其指針ト爲ルモノハ刑法ノ目的、刑罰ノ效用、科刑ノ基礎ニ關スル根本觀念及ヒ成文上ノ量刑ノ標準ナリトス之ヲ顧ミスシテ徒ニ自由ノ解釋ヲ試ミルハ猶ホ磁石ナクシテ舟ヲ大洋ニ行ルカ如シ必ス危カラシ

牧野氏ハ左ノ如ク論セリ

「量刑ノ標準如何私ハ之ヲ犯人ノ刑罰適應性テアルト申スハテアリマス刑罰適應性トイフハハ刑罰ニ對スル犯人ノ反應カテアリマス犯人ノ性情如何ニ依リテハ重イ刑罰ヲ科セナケレハ刑罰ノ反應ヲ生シナイモノカアリマシヤウ併シ之ハ犯人ノ惡性カ大テアルトイフコト、ハ意味カ違フノテアリマス反對ニ惡性ハ大テアツテモ刑罰ニ對スル反應ノ鋭敏ナモノカアル其場合ニハ刑ハ輕クテモ宜シイト謂ハナケレハナリマセヌ惡性ノ大小ハ其犯罪ニ因リテ生スヘキ實害ノ大小ト犯行反覆ノ虞ノ大小トニ依リテ定マルモノテアリマスカラ惡性ノ大小ハ當然量刑ノ標

準トナルモノテハアリマセヌ唯吾人ハ經驗上大體ニ於テ惡性ノ大小ト刑罰適應性ノ大小トノ正比例スルモノナルコトヲ知ルノテ從テ此兩者ノ間ニ密接ナル關係アルコトヲ認ムルノテアリマス、ケレトモ各箇ノ場合ニ付テ論スルトキハ必スシモ常ニ然リト斷言スルコトヲ得ルモノテハアリマセヌ

然ラハ刑罰適應性ハ如何ナル方法ニ依テ之ヲ知ルカ之ハ困難ナ問題テアリマス之ハ論理ヲ割リ出セルコトモナク又犯人ノ素行丈テ定メ得ルコトモナイ實ハ刑罰ヲ科シテ後初メテ解カルコトテアリマス例ヘハ藥物カ人ノ身體ニ及ホス反應ニ付テモ同様テアル之ハ藥物ヲ使用シテ見テ初テ解スルコト、謂ハナケレハナラナイノテアルカ如ク刑罰ノ效果モ之ヲ豫メ確定スルコトハ出來ナイノテアリマス而シテ醫者ハ其經驗カラ歸納シテ一定ノ藥劑ヲ患者ニ投スルカ如ク裁判官モ亦經驗ヲ重ネテ刑罰ノ分量ヲ會得スルヨリ外ハナイノテアリマス唯新刑法ノ實施當初ニ於テ裁判當局者ハ持スヘキ態度如何ト謂フナラハ私ハ寧ロ重

キ刑ヲ宣告シテ其效果ヲ監視シ假出獄ノ規定ヲ利用シテ調節ヲ計ルト
イフコトカ最モ適切テアルト思フナテアリマス(刑事學ノ新思潮ト新
刑法五七乃至五九頁)
惟フニ氏ハ刑罰ヲ以テ犯人改善ノ方法ナリト爲ス者ナリ而シテ一般豫防
ハ之ヲ行政ニ委セントスル者ナリ此根本思想ヨリスレハ當然如上ノ結論
ニ到達セサルヲ得ス故ニ量刑ノ標準ニ關スル氏ノ意見ハ其宗旨ヨリスレ
ハ誠ニ巧妙ノ議論ト謂ハサルヘカラス
大場博士トクハ左ノ如ク論セリ

「クラシシエ學派ハ罪責ニ相當スル刑罰(應報刑)ヲ要求スルモノナリ正當
ナル應報ヲ要求スルモノニシテ即チ犯罪者カ罪ヲ犯シタルニ因リ自ラ
招キタル罪責ニ精密ニ適合スル刑罰ヲ科スルヲ以テ本旨トス即チ正當
ナル應報ヲ要求スルモノナルカ故ニ罪責ニ比シ少シニテモ重キ若クハ
輕キ刑罰ヲ科スル如キハ俱ニ不當ノ事ニ屬シ應報刑ノ是認スヘキ所ニ
アラス罪責ハ犯罪行爲ノ外形上ノ結果(物的要素)ト犯罪者ノ心意(心的要
素)トニ依リ成立スルモノナルカ故ニ罪責ノ輕重大小ハ犯罪行爲ノ外形

上ノ結果ト犯罪者カ罪ヲ犯スニ至リタル心意トヲ併セ審査シタル後之
ヲ量定セサルヘカラス斯ノ如クシテ量定シタル罪責ノ輕重大小ニ應シ
其科スヘキ刑罰ノ輕重大小ヲ定ムヘキナリ齒ニ對スル齒目ニ對スル目
ヲ以テスル昔時ノ反坐ノ制ハ刑法沿革史上ノ事蹟ニ屬ス今日クラシシ
エ學派ノ主張スル應報刑ヲ以テ獨リ犯罪者ノ外形上ノ行爲ノ結果ノミ
ヲ見テ犯罪者ノ心意ノ如何ハ全然之ヲ顧ミサルモノナリト云フカ如キ
ハ決シテ正當ナルモノニアラス
余ハ應報刑ノ刑期量定ニ關スル重要ナル資料トシテ必ス考慮セサルヘ
カラサル一種ノ條件ヲ新ニ提出シ以テ應報刑カ要求スル正當ナル應報
ヲシテ實際ニ施シテ適切ナラシムト欲スル者ナリ即チ刑罰ノ輕重大
小ハ獨リ犯罪事實及犯罪者カ罪ヲ犯スニ至リタル心意罪責ノミナラス
犯罪者カ刑罰ニ依リ受クヘキ苦痛ノ程度即チ感應力(Empfindlichkeit)ヲ考
量シ之ヲ定ムルコト是ナリ元來同一刑期ノ刑罰例ヘハ百圓ノ罰金又ハ
一年ノ懲役モ其言渡ヲ受ケタル者ノ貧富又ハ從來ノ生活若クハ社會上

ノ地位如何ニ應シ刑罰ニ因リ感受スル苦痛ノ程度即チ感應力ハ千差萬別ニシテ決シテ同一ナルモノニアラス百圓ノ罰金ハ鉅萬ノ富ヲ有スル富豪ニ對シテハ齒牙ニ介スルニ足ラサル小額ニシテ感應力絶無ト云フモ大過ナシ然レトモ僅ニ二三百圓ノ家屋ヲ有スル村落ノ住民ニ對スル同額ノ罰金ハ一家ノ浮沈ヲ惹起セシムヘキ巨額ニシテ之ニ因リ受クル苦痛ノ程度殆ト窺知スヘカラサルモノアリ之ト同シク普通良民ニ對スル一年ノ懲役殆ト死ニ勝ル然ルニ屢各所ノ監獄ニ往來シタル前科者ニシテ已ニ監獄ノ生活ニ慣レ監獄ヲ以テ一種ノ規律アル旅舎ノ如ク心得居ル者ニ對スル一年ノ懲役ハ巨萬ノ富豪ニ對スル百圓ノ罰金ト同シク感應力絶無ト謂フモ可ナリ凡ソ刑罰ハ之ヲ犯人ニ加ヘテ其效果ヲ奏セシムルヲ以テ其本旨ト爲ス故ニ刑罰ノ感應力ノ如何ハ刑期量定ニ關スル重大ナル問題ナリ特ニ「クラシシエ」學派ノ如ク罰責ニ相當スル刑罰ヲ科セントスル精神ヲ貫徹セント欲セハ刑罰カ有スル感應力ノ如何ハ必ス之ヲ考慮セサルヘカラサル重要ノ條件ナリ而シテ刑

罰ノ感應力ヲ考ヘ適當ノ刑ヲ定ムヘシトハ獨リ立法上及裁判上ノ刑期量定ノ問題ニ對シ必要ナルノミナラス刑ノ執行ヲ管掌スル監獄ノ重要問題ナリ（最近刑事政策根本問題三〇乃至三三頁）

惟フニ右ノ見解ハ刑罰ヲ以テ刑法ノ目的ヲ達スル手段トシ特別豫防ノ外大ニ一般豫防ノ效用ヲ重スルト同時ニ刑罰ハ犯罪ニ對スル應報ナリトスル根本思想ヨリ當然到著スヘキ所ナリ而シテ刑罰ノ量定ニ付キ刑罰ノ痛苦カ現實ニ犯人ニ感應スルヤ否ヤヲ顧ミルヘキモノトスル點ハ應報刑ノ適用ヲ明ニシテ又餘蘊ナキモノト謂フヘシ（罪責ノ意義ハ第三章ニ明ナリ）余ハ牧野氏ノ量刑論ヲ名ケテ適應性論トイヒ大場氏ノ量刑論ヲ呼ンテ感能力論トイフヘシ此二論ハ孰レモ人類ノ健全ナル思想ノ頂點ニ達セルモノト評スヘク唯二氏ハ其出立點ヲ異ニシ又到達地ヲ同ウセスト云フヘキノミ牧野氏ノ適應性論ハ氏カ主觀論ニ於テ其到達スヘキ所ニ到達セルモノ、大場氏ノ感能力論ハ應報刑論ニ於テ成功セルコトヲ證スルモノト謂フヘキナリ故ニ若シ余ニシテ主觀論ニ左袒スルモノトセハ勢ヒ雙手ヲ舉

ケテ適應性論ニ賛成セサルコトヲ得ス然レトモ余ハ刑罰ノ制裁タル本質ヲ無視スルコト能ハサルト共ニ犯人ノ懲戒ノ外世人ニ對スル鑑戒タルヲ以テ刑罰ノ刑罰タル所以ナリト信スルニ依リ此說ニ依ルコト能ハス試ニ適應性論ハ缺點ヲ擧示センニ(一)行使ノ目的ヲ以テ通用ノ一錢銅貨一箇ヲ偽造シタル者ニ對シテ適應性ノ微少ナルノ故ヲ以テ之ヲ改善ノ容易ナラサル者トシ無期ノ懲役又ハ十五年ノ懲役ニ處セハ如何又半錢ノ利害ノ爲メニ山海モ管ナラサル鴻恩アル人ヲ殺シタル者ニ對シテ適應性ノ強大ナルノ故ヲ以テ之ヲ匡正ノ困難ナラサル者トシ三年ノ懲役(法定刑ノ最底限)ニ處セハ如何又之ト同一ノ理由ニ依リ人ヲ恐喝シテ一億萬圓ノ財物ヲ交付セシメタル者ヲ一月ノ懲役(法定刑ノ最底限)ニ處セハ如何是レ豈ニ吾人ハ法律的常識ニ適合スルモノナランヤ第一ノ場合ニハ人其峻酷ヲ怒ラン第二第三ノ場合ニハ人其寬大ニ驚カン是ニ於テ乎第一ノ場合ニハ犯人ハ反抗心ヲ起シ世人ハ國權ノ無情ヲ見テ之ニ親賴スルノ念ヲ失フニ至ルヘク第二第三ノ場合ニハ犯罪ニ因テ生スル所ノ利ハ受ル所ノ害ニ優サレ

ヲ知リ危險ヲ睹シテ罪ヲ犯ス者必ス其跡ヲ接セン然ラサレハ良民ハ國權ヲ蔑視スヘシ此ハ如クニシテ刑罰ノ效用ヲ盡シタルモノト謂ヒ得ヘキ乎余ハ之ヲ否定セサルヲ得サルナリ此說ハ全然刑罰ノ一般豫防ノ效用ヲ無視スルヨリ生スル當然ノ結果ニシテ刑法上斷乎トシテ排斥スヘキモノナリ往年江木博士カ『苦痛ハ刑罰ノ分量ナリ其量ニシテ過多ナランカ刑罰ハ變シテ復讐トナルヘク其量ニシテ輕少ナランカ刑罰ハ化シテ狗糞トナルヘシ共ニ正義ニ適フモノニアラス』(現行刑法原論卷之三及三九頁)ト言ヒタルハ今日モ決シテ其正當ナルヲ失ハス(二)惡性又ハ適應性ノ大小ノ確認シ難キコトハ氏自身モ前顯說明中ニ於テ充分自認セラレ、所ナリ故ニ此說ハ誤判ヲ免レ能ハサルモノト評スルモ之ヲ辯解スルニ辭ナカラシ(三)是ニ於テ氏ハ已ムコトヲ得スシテ先ツ重キ刑ヲ宣告シテ其效果ヲ監視シ假出獄ノ規定ヲ利用シテ調節ヲ計ルヘシト言ヘリ然レトモ此說ハ刑罰ノ宣告ニ因リテ失ハルヘキ人名譽如何ヲ少シモ考量セサルモノナリ然ルニ名譽ハ人ノ社會生活上生命トモ匹適スル程ノ重大ナル法益ニシテ人カ往々名譽ノ爲

メニハ生命ヲモ拋棄スルヲ辭セサル如キハ吾人ノ常ニ目撃スル所ニアラ
スヤ此ノ如ク重大ナル法益ヲ顧ミシテ試ニ重刑ヲ宣告セント言フ
謬見ノ極ト謂フヘシ且ツ犯人ノ名譽ニシテ既ニ宣告ニ依リ著シク毀損セ
ラレ居ランニハ彼カ出獄後他ノ良民ト齒シテ生業ニ就ク場合ニ一層ノ困
難ヲ感スルニ至ルヘシ刑罰宣告ニ依ル名譽ノ毀損ハ決シテ假出獄ノ爲メ
ニ救濟セラレサルナリ加之獄内ニ在ル間ニ於テ犯人カ既ニ改善セラレタ
ルヤ否ヤヲ確知セントスルハ是レ裁判當時ニ於テ犯人ノ惡性又ハ適應性
ヲ知リ能ハサルト大差アルコトナシ犯人ノ改善セラレタルヤ否ヤハ實ハ
出獄後ノ生活状態ヲ觀テ漸ク之ヲ認メ得ヘキモノトス蓋シ深謀遠慮アル
兇漢ナレハナル程虚戲ヲ以テ獄則ヲ嚴守シ獄吏ニ從順ニシテ一日モ早ク
假出獄ノ恩典ニ浴センコトヲ企圖スヘク又獄中ノ生活ト社會ノ生活トノ
間ニハ犯人ノ心裡ニ及ホス影響ノ異ナルモノアリテ獄中ニ在ルトキハ眞
ニ改悛ノ決心確カリシモ浮世ノ風ニ激セラレトキハ心ナラスモ復タ罪
ヲ犯ス者アルヘシ獄内生活ニ依リテ犯人ノ全生涯ヲ推スハ猶ホ夫ノ賣卜

ノ如シ決シテ確實ト謂フ能ハサルナリ
余ハ感應力論ニ贊成セサルコトヲ得ス蓋シ此說ニ從フトキハ刑罰ヲシ
テ最モ能ク其效用ヲ發揮セシムルコトヲ得ヘシ罪責ニ適應シテ犯人ニ效
驗アル刑罰ヲ科スルトキハ之ニ依テ(一)不當ニ犯人ノ利益ヲ剝奪シテ嚴刑
酷罰ニ流ルノノ惧ナキト同時ニ(二)刑罰ノ一般的及特別豫防ノ效果ヲ收
メ(三)以テ刑法ノ公共利益保護ノ職能ヲ完ウスルニ足ルナリ何ヲ以テ之ヲ
言フ乎此點稍詳説ノ必要アルニ似タリ學者中量刑ノ標準ニ付キ裁判官ハ
法定刑ノ範圍内ニ於テ犯人ニ科スヘキ刑ヲ量定スルニ付テハ今日猶ホ之
カ法律上ノ標準ヲ有セスト雖モ刑罰ノ目的ヨリ推究スルトキハ刑ノ量定
モ亦刑罰ノ目的即チ特別豫防ノ觀念ト一般豫防ノ觀念トニ著目シテ之カ
標準ト爲スヘキナリ而シテ彼ノ絶對主義ノ論者カ鼓吹スル責任ト刑罰ノ
均一ト云フコトハ刑ノ量定ニ付キ裁判官ヲシテ全ク五里霧中ニ彷徨セシ
ムルモノト云ハサルヘカラス(總小晴七新六頁法論)ト論スルモノアリ此論旨ハ
後段即チ絶對主義論者ニ對スル非難ノ如キハ全ク其應報刑ノ精神ヲ了解

二者ナレハナリ云々責任ノ觀念ヲ深ク研究スルトキハ目的思想ト賠償主義トノ調和ヲ見出スコトヲ得ヘシ云々『獨逸刑法論緒論之貳第十六章一四八乃至一五一頁』ト以テ能ク味フヘキナリ但シ責任ノ文字當ラサルニ似タリ吾人ハ之ヲ罪責トイフ責任トイハハ故意過失ト混同スレハナリ罪責ノ意義ハ第三章ヲ參照スレハ自ラ明ナラン

泉二氏ノ説ハ穩當

尙ホ茲ニ一説アリ『刑罰ノ程度ハ犯人ノ非社會性ノ大小深淺ニ因リテ之ヲ決定セサルヘカラス非社會性ノ大小ハ犯人ノ意思責任ノ大小及ヒ犯人ノ侵害スル法益ノ社會秩序上ニ於ケル價值ノ大小ニ因リテ定マルヘキモノトス蓋シ其當時ニ於ケル社會秩序上最重要ナル地位ヲ有スル法益ヲ侵害スル者ハ之ニ比シ劣等ナル法益ヲ侵害スル者ヨリモ而シテ故意ノ侵害ハ過失ニ因ル侵害ヨリモ社會秩序ヲ攪亂スル傾向即チ非社會性ノ大ナルコト明白ナリ』ト論スル者アリ(泉二氏改正日本刑論三頁參照)余ハ此説ヲ正當ナリト信ス然レトモ茲ニ所謂非社會性ハ犯罪當時ノ犯人ノ性情又ハ心意ヲ謂フヘキモノニシテ若シ之ヲ犯罪以後ノ犯人ノ性情又ハ心意ヲ謂フモノトスレハ誤解ナリト斷セサルヘカラス何トナレハ過去ヲ以テ當然ニ未來ヲ推スハ謬レルヲ以テナリ而シテ之ヲ犯罪當時ノ非社會性ナリト解スレハ吾人

但白璧ノ微瑕アリノ可惜可憐

ハ所謂罪責固ヨリ其全體ニアラスト異ナル所ナキナリ(但シ性ノ字ヲ用ユルモ存ノ意味アリテ時々變化アリ)然ルニ前記論者ハ之ニ語ヲ次テ言ヘリ曰ク故ニ之ニ從テ刑罰ノ程度モ大ナルニアラサレハ其非社會性ヲ抑壓シテ將來ノ犯罪ヲ豫防スルハ目的ヲ達スル能ハサルヘシ』ト去レハ論者ノ所謂非社會性ハ將來ノモノヲ指スコト明ナリ是レ過去ヲ以テ未來ヲ推スモノニシテ推理上ノ誤ニ座スルノミナラス刑罰カ過去ノ犯行ニ對スル制裁ニシテ犯人懲戒ノ外世人鑑戒ノ效用ヲ收メントスルモノタル原理ト相容レサルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ此點ハ唯論者ニ於ケル白璧ノ微瑕ニ過キス夫ノ刑罰適應性説及ヒ刑罰目的説ニ於ケルカ如キ害毒ヲ社會ニ及ホスモノニハアラサルナリ何トナレハ論者自身ハ之ヲ犯人ノ將來ニ於ケル非社會性ナルカ如ク解スルニ似タレトモ其趣旨其モノハ吾人ノ所謂罪責ト何等異ナル所ナケレハナリ

又獨逸ニ在リテハ社會刑法學派ノ論者ハ一般ニ刑罰ハ犯罪者ノ非社會的性格又ハ犯罪的特質ニ依リ之ヲ定メントシ非社會的性格又ハ犯罪的特

質ノ深甚ナルモノニ在リテハ縱令犯シタル罪ハ微小ナルモ重大ノ刑ヲ科スヘシト爲スモノ、如シ然レトモ此說ハ固ヨリ刑罰ノ犯罪ニ伴フ制裁タルコト、相容レサルノミナラス所謂非社會的の性格又ハ犯罪的特質ナルモノハ頗ル空漠タルモノニシテ學理上立法上及ヒ裁判上之ヲ使用シ得ヘキ確定ノ標準ヲ得ルコト難ク甚シキハ單ニ臆測ヲ以テ之ヲ推度スルノ外ナキ場合アリ此點ハ大場ドクトルノ證明スル所刑六及三七頁參照ナルノミナラス牧野氏モ量刑ノ標準トシテ此說ハ之ヲ採用セサル所刑五參照ナレハ今深ク評論スルノ必要ナシ

余ハ既ニ吾人ハ決シテ客觀論者ニアラス主觀論ヲ大ニ試ムルモノナルコトヲ詳述セリ第三章其中ニ犯人ノ動機ヲ願ミサルヘカラサルコトヲ一言シタリ此點ハ前現現國刑法草案中ニモ自ラ包含セラル、ノミナラス瑞國刑法草案ニハ之ヲ明言シアリ其他内外多數學者ノ是認スル所ナリ然ルニ牧野氏ハ獨リ之ニ反對ス是レ實ニ許スヘカラサル缺點ナリ氏ハ左ノ如ク言ヘリ

牧野氏ノ
動機排斥
論ハ誤認

「唯問題ニナルノハ動機ヲ以テ量刑ノ基礎トスルコトテアリマス之ハ行為ノ動機ノ道德的價值ヲ論シ之ニ依テ刑ノ大小ヲ定メントスルモノテアリマシテ公益ヲ計リテ犯罪ヲ爲シタ者ニハ輕ク私慾ノ爲メニ出テタルモノニハ重イトイフノ類テアリマス」之ハ今日歐洲テモ有力ナル學者ノ主張シテ居ル所テアリマス即チ從來ノ客觀主義、報復主義ヲ捨テ、刑罰個別主義ヲ採用スル學者ニ在リマシテモ尙ホ其惡性ハ行為ノ動機ニ依テ定マリ惡性ノ大小ハ其動機ノ道德的又ハ社會的價值ニ從テ定マリ而シテ量刑ハ其惡性ノ大小ニ基クヘキモノテアルト謂フノテアリマス併シナカラ之ハ舊派ト新派トノ間ニ彷徨スル說テ私共ハ贊成シナイノテアリマス私共カ報復主義ヲ捨テタノハ其主義カ正義トイフコトヲ基礎トスルカラテアリマス云々刑五學一乃至五三頁新

惟フニ氏ハ刑罰ヲ唯犯人ノ惡性ヲ治療スル良藥ナリトシ其良藥ノ分量ハ犯人カ良藥ニ感スル力ノ如何ニ依リテ定ムルモノナリトスルカ故ニ動機ヲ顧ミルノ必要ナカルヘシ然レトモ刑罰ハ犯人ノ既ニ犯シタル罪ニ據リ

彼ニ制裁ヲ加ヘ以テ特別豫防ノ外一般豫防ノ效果ヲ收メントスルニ在ル
 カ故ニ氏ノ説ハ之ヲ維持スル根底ナキモノト謂ハサルヘカラス又刑罰ノ
 基礎トシテ正義ノ觀念ヲ用キサルヘカラサルコトハ既ニ之ヲ詳述セリ此
 見地ヨリスレハ動機ノ道德的又ハ社會的價值カ罪責ノ輕重ニ影響スルコ
 トノ大ナルヘキコト一點ノ疑ヲ容レズ是レ實ニ刑法第六十六條ニ「犯罪ノ
 情狀憫諒ス可キモノハ酌量シテ其刑ヲ減輕スルコトヲ得」トノ規定アル所
 以ナリ固ヨリ余モ情狀ハ悉ク動機ナリトハ謂ハスト雖モ其過半ハ動機ヲ
 謂フモノナルヤ明ナリ抑モ刑法ノ禁令命令ニ違反スルハ均シク是レ犯罪
 タリト雖モ其何カ故ニ事茲ニ至リシカヲ考フルニ或ハ不正ノ慾ヲ充タサ
 ント欲スルニ出ツルアリ或ハ單ニ人ヲ害セントスルニ出ツルアリ或ハ私
 怨ヲ報キントスルニ出ツルアリ或ハ窮乏ヲ充タシ又ハ窮厄若クハ羞恥ヲ
 免レント欲スルニ出ツルアリ又恩義愛情等ヲ全ウシ若クハ公憤ヲ實現セ
 ントシ友誼ヲ全ウセントスルニ出ツルモノモアリテ其罪ヲ犯スニ至リタ
 ル動機ハ千差萬別ナリ(八四頁以下必參照)之ヲ大別スルトキハ廉恥ヲ破ル

モノト然ラサルモノトノ二アリ廉恥ヲ破ルモノハ惡中ノ惡ニシテ之ニモ
 甚シキモノト然ラサルモノトアリ廉恥ヲ破ルニ至ラサルモノ(例君父ノ爲
 メニ復讐ヲ爲スモノ、公共ノ爲メ若クハ國家ノ爲メ餘憤ノ横溢セルモノ)ハ
 惡中ノ善ニシテ之ニモ自ラ程度ノ差別アリ惟フニ惡中ノ惡ニ屬スルモノ
 如キハ實ニ吾人共存ノ利益ト大反對スルモノナリト雖モ惡中ノ善ナル
 モノニ至テハ之ト小反對スルモノニシテ一部分ハ調和スル傾向ナキニア
 ラス之ヲ是レ思ハスシテ一切同様ノ刑ヲ裁量セントス洵ニ一驚ノ外ナキ
 ナリ無辜ニ對シテ有罪ノ刑ヲ科スルト惡中ノ善ニ對シテ惡中ノ惡ノ刑ヲ
 科スルト其非理ナル點ニ於テ何等徑庭アルヲ見サルニアラスヤ

罪疑惟輕

吾人ハ上來論述シタル所ニ依テ明ナルカ如ク罪責ニ適應シ而モ犯人ニ現
 實ノ痛苦ヲ與フルニ足ルヘキ刑罰ヲ量定セサルヘカラサルナリ然レトモ
 罪責ノ輕重大小ニ付キ疑ハ存スル場合ナキニアラス此場合ニハ之ヲ如何
 ニ決スヘキカ輕キニ從ハン乎將タ重キニ從ハン乎余ハ理論上當然ノ結果
 トシテ輕キニ從ハンコトヲ斷言スル者ナリ何トナレハ疑ハシキ場合ニ於

テ重キニ從ハ、或ハ罪責以上ノ刑ヲ科シテ正義ニ反スルノ過アルニ反シ
輕キニ從ハ、刑罰ハ常ニ罪責ノ範圍内ニ留マリ猶ホ應報ノ觀念ト違フモ
ノニアラサルカ故ナリ且ツ經世ノ術トシテモ誤テ嚴刑ニ陥リ民ノ怨ヲ買
ハンヨリハ寬ニ失シテ一時ノ不利ヲ忍フニ若カサルヘシ故ニ余ハ此場合
ニハ秋官タル者ハ常ニ左ノ古來ノ格言ヲ守ルヘキモノト信ス

一 In dubio pro reo

二 In dubio mitius

三 罪疑惟輕

四 與其殺不辜寧失不經

〔註〕 嘗經大禹謨ノ中ニ「皋陶曰。帝德罔愆。臨下以簡。御衆以寬。云々。罪疑惟輕。功疑惟重。與其殺不辜。寧失不經。好生之德。洽于民心。茲用不犯于有司。云々。語アリ之ヲ解スル者曰。懲過也。罰者不煩之謂。上煩密則下無所容。御者急促則衆擾亂。云々。罪已定矣。而於法之中。有疑其可重可輕者。則從輕以罰之。功已定矣。而於法之中。有疑其可輕可重者。則從重以賞之。辜罪經常也。罰法可以殺可以無殺。殺之則恐陷於非辜。不殺之恐失於輕縱。一者皆非聖人至公至平之意。而殺不辜者。尤聖人之所不忍也。故與其殺之而害彼之生。寧姑全之而自受失刑之責。此其仁愛忠厚之至。皆所謂好生之德也。蓋聖人之法。有盡而心則無窮。故其用刑。行賞。或有所疑。則常風法以申慰。而不

使執法之意。有以勝其好生之德。此其本心所以無所塗逆。而得行於常法之外。及其流衍洋溢。漸涵浸漬。有以入于民心。則天下之人。無不受感。感與起於善。而自不犯于有司也。云々。下條ニ吾人ノ參考ニ値ス

去レハ夫ノ疑ハシキトキハ寧ロ重クセヨトノ新説ハ決シテ之ヲ採用スヘ
カラス此新説タル固ヨリ刑罰ノ效用ヲ特別豫防ニノミ限定シ且ツ科刑ノ
基礎ヲ犯人ノ惡性ニ置ク主義ヨリ觀レハ一理ナキニアラサルニ似タレト
モ該主義ノ採用スヘカラサルコト第二章及ヒ第三章ニ於テ詳論シタル所
ノ如シトセハ此新説モ亦到底之ヲ排斥セサルヘカラス

次ニ尙ホ吾人ノ必ス注意セサルヘカラサルコトアリ刑罰ハ一般豫防又
ハ特別豫防ノ效用ヲ願ミテ之カ必要ナキコト明白ナル場合ニハ罪責以下
ハ刑罰ヲ裁量スヘキモノタルコト是ナリ蓋シ刑罰ハ刑法所定ノ準則強制
ノ手段トシテ之ヲ使用スルモノナレハ必要ナキ程度マテ之ヲ科スルハ畢
竟國家ノ貴重ナル勢力ヲ濫費スルモノナレハ必スヤ之ヲ避ケサルヘカラ
ス抑モ刑罰ハ凶器ナリ其之ヲ用ユルヤ固已ムヲ得サルニ出ツ之カ適用豈
ニ慎マサルヘケンヤ又特別豫防トシテ刑罰ヲ科スルノ必要ナキカ又ハ少

刑罰ノ罪責
以下ノ裁量

ナキ場合例へハ犯人ノ既ニ遷善改過シタルトキ若クハ既ニ犯人ノ危険性減少セルカ消滅シタルトキ等ニハ一般豫防トシテ必スシモ罪責ニ適應スル刑罰ヲ裁量スルニ及ハス其以下ニテモ足ルコトアラシク此點ニ付テハ小崎氏ノ説ハ參考ニ値ス斯ル場合ニハ一般ノ民情ハ寛大ノ處置ヲ希望スルモノ、如シ加之之ニ因テ犯人ノ歸善心ヲ獎勵スルコトヲ得ヘキナリ其他一般豫防ト特別豫防トハ其間ニ調和ノ關係存スルコトアリ即チ一般豫防トシテモ將タ特別豫防トシテモ均シク重ク罰スルカ又均シク輕ク罰スルノ必要アルコトアリ又之ニ反シテ其兩者ノ間ニ相反撥スル關係即チ一般豫防トシテハ重クセサルヘカラサルニ特別豫防トシテ輕クスヘク若クハ一般豫防トシテハ輕クシテ可ナルニ特別豫防トシテハ重クスルノ要アル場合アルコトアリ是レ犯罪ノ種類、其實行ノ方法、犯人ノ地位及ヒ性格、社會ノ状態、一般ノ風俗習慣等ニ依リテ影響セラル、所トス要之如何ニ正義ノ要求トハ言ヘ社會ノ必要以上ニ刑罰ヲ裁量スルノ愚ヲ敢テセザラシムコトヲ要ス請フ刑罰執行ノ必要以上ニ於テハ仁愛ヲ以テ正義ヲ和ケ民心乖離

正義
調和
利益

ノ端ヲ絶チ以テ社會ノ顯在的統一ト潜在的統一ノ調和ヲ計リ吾人ノ社會的快樂ヲ増進セン尙ホ吾人ヲシテ暫ク文學博士元良勇次郎氏ノ言ヲ聞カシメヨ

『産ノ社會的情誼トハ社會未タ發達セス家族制スラ尙ホ成立セサリシトキ已ニ親子相集マリテ團結セル時代ノ情誼ニシテ愛情同情ハ其重ナルモノトス而シテ之ニ次テ發達シ來リシハ正義ノ觀念ナリ正義ノ觀念ハ世界ノ歴史ニ於テ最モ早ク發達シ來レル道德觀念ト謂フヲ得ヘシ故ニ古代ノ人ハ最モ重キヲ正義ニ置ケリ西洋ニアリテモ古代ハ正義ヲ以テ最モ重要トシ支那ニ於テモ孟子ハ仁ト義トハ優劣ナシト論シテ義ヲ貴ヘリ然ラハ正義ノ觀念トハ何ソヤ古代猶太國ノ法律ニ目ニテ目ヲ賠ヒ齒ニテ齒ヲ賠フト云フコトアリ是レ他人ノ目ヲ傷ケシ者ハ己モ亦齒ヲ折リテ之ヲ賠ハサルヘカラストノ謂ヒナリ正義ノ觀念トハ此ノ如ク兩者得失ナカラシムルヲ云フ故ニ正義ノ觀念ニシテ若シ其作用ヲ誤ルトキハ往々弊害ヲ生シ假令過失ノ爲メニ他人ニ負傷セシムルモ必ス其報

復ヲ甘受セサルヘカラス故ニ正義ノ觀念ノミニテハ往々人ヲ殘酷ニ陥ラシムルノ處アリ我國ノ如キモ古來義俠心ヲ貴ヘルハ固ヨリ美風タルニ相違ナキモ是レノミニテハ社會ノ圓滑ナル發達ヲ望ムコト能ハス故ニ正義ノ觀念ノ外人類的情誼ノ之ヲ幫助センコトヲ要ス

人類的情誼トハ之ヲ我在來ノ用語ニ當ツレハ仁或ハ博愛心等最モ之ニ近シ博愛ノ心ノ漸々發達シ來リシハ正義ノ觀念ヨリモ後ノコトナリ今其例ヲ印度ノ婆羅門教ニ採ラン婆羅門教ハ概シテ之ヲ云ヘハ正義ヲ本トシ賞罰の觀念ニ基ケル教ニシテ若シ人ノ罪ヲ犯セハ自ラ其身ヲ苦シメ之ヲ賅ハサルヘカラストセリ故ニ印度ニハ種々ノ酷薄ナル風習ヲ存セシナリ釋迦出テ、假令ヒ一タヒ罪ヲ犯セリトモ阿彌陀ニ依リテ救ハルヘシト説キ慈悲ヲ主トシ正義ニ對スル人類的情誼ヲ教義ノ大本ト爲シ、ハ實ニ人類發達上ノ一大進歩ニシテ較著ナル出來事ト謂フヘシ又例ヲ猶太教ニ取ラン猶太教モ亦正義ヲ本トセル教旨ナレハ彼ノ十戒中ニモ我道ニ背キシモノハ其罪子孫三四世ニ及フト云ヒ又「はば」ノ神ハ

妬ミノ神ナリト云ヘリ此點ヨリ云ヘハ「はば」ハ怖ルヘキ神ノ如シ基督教ハ之ニ反シ「はば」ヲ以テ博愛ノ神ト爲シ若シ基督ヲ信スレハ如何ナル罪アリトモ皆滅ホサルヘシト云ヘリ是レ亦正義ヲ主トセル宗教カ博愛的ノ宗教トナリシモノニシテ前者ト殆ント其徹ヲ同シクセリ更ニ例ヲ歐羅巴ニ於ケル罪人ニ對スル感情ニ取ラン夫レ罪人ノ憎ムヘキハ自然ニ人心ニ發スヘキ感情ナリ故ニ之ヲ牢獄ニ拘禁シ且ツ之ヲ懲罰スルコトハ古來變スルコトナシ唯古代ニアリテハ概シテ罪人ノ待遇頗ル殘酷ヲ極メ法律ノ如キモ頗ル其制裁ヲ重クセリ然ルニ漸々人類的情誼ノ發達シ來ルニ從ヒ罪人ニ對スル感情爲メニ一變シ人類的情誼ヲ以テ寛大ニ之ヲ待遇スルノ觀念ヲ生セリ（心理學十回講義二〇乃至二一三頁）

吾人ハ是ニ由テ正義ハ仁愛ニ依テ緩和セラレサルヘカラサルコトヲ知レリ昔ハ伊藤仁齋先生聖人ノ道ヲ解シテ曰ク「君子之於天下也仁而已矣而有義自存于其中。何者愛欲其周。而分則必有差等。愛欲其周者仁也。必有差等者義也。故君子言仁自有義在。言義自有仁在。有仁而無義非道也。有義而無仁非德也。」

折衷說ノ
眞使命

若楊墨之徒是已孟子三古義七ト今夫レ共同生活ノ利益保護ノ爲メ刑法ヲ定
 メ先ツ人ノ從フヘキ準則ヲ立テ之ニ違フ者ニ刑ヲ科ス是レ仁ノ中自ラ義
 ハ存スルモノニアラスヤ而シテ犯罪アレハ必ス之ヲ罰スト雖モ疑アルカ
 又ハ必要ナキトキハ重キヲ棄テ、輕キニ從フ是レ義ノ中自ラ仁ハ存スル
 モハニアラスヤ蓋シ此ノ如クナラサレハ刑政ノ精神ヲ發揮シタルモノト
 謂フコトヲ得サルナリ何トナレハ刑罰ハ社會ノ利益ノ爲メニ正義ヲ實現
 スルモノニ外ナラサレハ社會ノ利益ハ正義ニ依テ維持セラルハト同時ニ
 正義ノ實現ハ利益ノ限度ニ限キラルヘキコト當然ナレハナリ之ヲ我正義
 的利益主義ノ眞使命ト爲ス(第二章參照)

上來論シタル所ハ主トシテ刑罰ノ分量(刑期、罰金額等)ニ關スルモノナレ
 トモ直ニ刑罰ノ種類ノ選擇例ヘハ云々ノ懲役又ハ云々ノ禁錮ニ處ス云々
 トイフ如キ規定ノ適用ニ關シテモ準用セラル、モノナリ
 以上ノ所論ニ依リ現時裁判官ノ採ルヘキ標準如何ハ自ラ明瞭ナリト信ス
 之ヲ概括スレハ左ノ如クナルヘシ

裁判官ノ
重任

量刑ノ標
準ト拘束
力

第一標準 主觀的及客觀的ニ檢定シタル罪責
 第二標準 刑罰ノ效用

其主タルモノ 一般豫防
 其從タルモノ 特別豫防

是ナリ惟フニ今日ノ裁判官ハ廣大ナル自由裁量ノ權限ヲ有スル者ニシテ
 其範圍内ニ於テハ Justice 及 Humanity ノ調和ヲ圖ラサルヘカラス抑モ刑事裁
 判ノ理想ハ所謂刑政雖峻而無怨者ニ在リ(諸參照)其任ヤ洵ニ重ク且ツ遠
 シト謂フヘシ能ク人情ニ通シ世故ニ長ケ常識ニ富ム者ニアラサレハ誰レ
 カ此大任ヲ完ウシ刑法ノ適用ニ於テ其妙ヲ得ルコトヲ得ンヤ
 然ラハ上敘ノ標準ハ果シテ裁判官ヲ拘束スルノ力アルモノナルヤ余ハ竊
 ニ其力アルモノト解スル者ナリ蓋シ法律カ裁判官ニ自由裁量ノ餘地ヲ與
 ヘタルハ裁判官カ立法者ノ豫期ニ適合シテ刑罰ノ量定ヲ爲シ得ヘキコト
 ヲ信用シタルコトハ前ニモ一言セシ所ナリ然ルニ裁判官カ刑罰ノ量定ヲ
 爲スニ當リ此信任ニ負キテ立法者ノ豫期如何ヲ顧ミス專ラ自家ノ臆測ニ

從ヒテ判決ヲ下サン乎立法ノ精神ニ背馳スルコト大ナリト謂ハサルヘカ
 ラス故ニ裁判官ハ能ク刑法ノ全體ヲ觀察シテ刑罰ノ輕重大小ヲ法定スル
 ニ當テ採用セラレタル標準ヲ發見シ之ニ從テ各箇ノ場合ヲ處理スヘキナ
 リ換言スレハ裁判官ハ若シ自己カ立法者ニシテ裁判官ヲ信用セス詳密ナ
 ル刑罰ヲ規定セシナランニハ刑法上當然採ルヘカリシ標準ナリト思惟ス
 ル所ニ從テ事件ノ判定ヲ爲サルヘカラス然リ而シテ斯ル標準ハ刑法全
 體ノ規定ヲ綜合分析シ之ヨリ歸納シテ其間ニ一貫スル所ノモノヲ明察ス
 ヘキナリ此ノ如クシテ得ル所ハ既ニ縷述シタル量刑ノ標準ニ外ナラス此
 標準ハ刑法全體ノ規定ヲ綜合分析シテ之ヨリ歸納シタルモノナルカ故ニ
 之ヲ刑罰裁量ノ成文的標準ノ一ナリト云フモ過言ニアラサルヘキ歟然レ
 トモ是レ唯他ノ規定ヨリ推度スルニ過キスシテ直接ノ明文アルモノニハ
 アラサルカ故ニ之ヲ不成文的標準ト云フモ亦不可ナカラン其孰レニセヨ
 裁判官ハ之ヲ標準トシテ刑罰ヲ量定セサルヘカラス若シ然ラスシテ全然
 自家ノ隨意氣儘ニ刑罰ノ量定ヲ爲サン乎余ハ此ノ如クシテ與ヘラレタル

判決ハ直ニ不法ノ判決ナリト言フヲ憚ラサル者ナリ何トナレハ裁判官ハ
 法律カ與ヘタル信任ニ負キ量刑ノ標準ヲ無視スルヲ以テナリ

若シ夫レ此見解ニシテ是認セラレンカ主觀的又ハ客觀的ニ罪責第二審カ
 事實上ノ存在ヲ認メタルモノニ相當セサル刑罰ノ宣告アリタルトキハ或
 ハ檢事ヨリ或ハ被告ヨリ上告ヲ爲スコトヲ得ルコト、爲ルヘシ而シテ此
 點ハ自由活動ヲ主旨トスル行政官ノ自由裁量ト法規ノ解釋適用ノミヲ事
 トスル所ノ裁判官ノ自由裁量ト同シカラサル所以ナリ尤モ此見解ハ勝本
 博士ノ是認セサル所トス(法學志林第四三頁)尙ホ博士ハ言ヘリ「私ノ見ル所テ
 ハ成程法ハ變タカ立法者ヨリ權力ノ半ヲ與ヘラレタ裁判官ノ制度ハ之ニ
 伴ツテハ居ラナイ即チ手短ニ申スト今ノ大審院ノ力ハ非常ニ強イ併シ其
 仕事ハ一般豫防ノ點ニ限ラレテ居ル昔ハソレテ宜イ譯テアルカ是カラハ
 私ハ特別豫防ノ大審院カ出來ナケレハナラヌト考ヘル詰リ千態萬狀ナル
 個人ニ向ツテ刑ヲ裁量スル大審院カ必要テアル今ノ司法制度ハ詰リ唯昔
 ノ儘テアル裁判官如何ニ自由カアリマシテモ事實ノ問題テハ控訴院限リ

テ大審院テハ審査セナイ是テハ今日ノ刑法ニ伴ツタモノトハ云ヘナイ今日ノ如ク立法ノ思想カ變ツテ來テ此ノ如キ立派ナ刑法カ出來テ言ハ、立法權ノ半ヲ裁判官ニ委シタ以上ハ之ニ伴フ司法機關カ出來テ來ナケレハナラヌ、テ甚タ極端ナ言ヒ草テアルカ私ハ事實ノ問題ヲ決スル大審院カ出來ナケレハナラヌト絶叫スル（法學志林第一卷第四頁）ト若シ前述、舉見ニシテ採用スル能ハストセハ此提案ハ一日モ早ク之ヲ實現セシメサルヘカラス然ラサレハ量刑ノ標準ヲ明文ヲ以テ確定セサルヘカラサルナリ

第八章 處罰ト犯人

○刑罰ニ依ル犯人改善ノ企圖○刑罰ヲ以テ犯人ヲ社會生活ニ適應セシメントスルハ空想ノミ○刑罰ハ消極的手段ナリ○感化教育保護誘導ハ積極的手段ナリ○刑罰ノ執行ト特別豫防○今村判事ノ言○余ハ刑罰ニ多ク希望マス○主觀論者ノ活動スヘキ天地○極極的手段ノ大要○刑罰ノ實質ト分是ノ反比例

犯人ヲ處罰スレハ之ヲ改善シテ現今ノ社會的生活ニ適合セシムルコトヲ得ルヤ余ヲ以テ之ヲ見レハ處罰ハ唯僅ニ懲戒ノ效ヲ收メ得ルニ過キス

刑罰ニ依
ル犯人改
善ノ企圖

シテ其餘ハ之ヲ他ノ刑事政策ニ竣タサルヘカラサルカ如シ請フ余ヲシテ之ヲ論セシメヨ

主觀論者ハ刑罰ノ特別豫防ノ效用ヲ重スルコト甚クシテ一般豫防ノ效用ハ之ヲ輕視スルカ然ラサレハ之ヲ無視スルコト余ノ既ニ説述シタル所ナリ論者カ特別豫防ヲ重要視スル所以ノモノハ他ナシ刑罰ヲ以テ犯人改善ノ方策ナリト解スルニ由ルナリ
牧野氏ハ左ノ如ク言ヘリ

「今羅馬大學ノ教授タルフエリ氏ノ謂ヒ出サレタ所テアリマスカ犯罪ノ原因ハ之ヲ社會的ノモノト個人的ノモノトニ別ツノテス而シテ社會的原因ニ基ク犯罪人ヲ偶發的犯罪人ト習慣的犯罪人トシ個人的原因ニ基ク犯罪人ヲ感情的犯罪人、先天的犯罪人及ヒ病理的犯罪人トイフコトニスルノテアリマス

斯様ニ犯罪人ヲ分類シテ來マスト犯人ニ刑罰ヲ科スルニ方ツテノ私共ノ態度カ明白ニナリ得ルコト、思ヒマス即チ犯人カ習慣的テアルカ偶

發的テアルカ感情的テアルカ病理的テアルカニ從ツテ刑罰ノ方法ヲ變
 シナケレハナラナイノテ刑罰ハ犯罪ノ事實ヨリモ犯人ノ性情ニ重キヲ
 置カナケレハナラナイコトニナルノテアリマス犯人ノ性情ニ從テ之ニ
 ソレソレノ治療方法トシテソレソレ特異ノ刑罰ヲ科シ以テ犯人ヲ社會
 生活ニ適合セシメ適者トシテノ生存ヲ爲スコトヲ得セシムルヤウニセ
 ネハナラナイトイフコトニナルノテアリマス(刑法學ノ新思潮四六頁)
 量刑ハ刑罰カ其效ヲ奏シテ犯人ノ惡性ヲ匡正スルヤウニ定メナケレハ
 ナリマセヌ(同上五)

余輩ハ犯人ノ匡正ヲ以テ刑罰ノ目的ナリト解ス云々(同上二)
 刑法新派ノ學說ニ從ヘハ刑罰ノ目的トスル所ハ一ニ犯人ノ隔離及匡正
 ニ在リ犯人ハ社會ノ利益ヲ侵害スル者ナルカ故ニ之ヲ隔離シテ其侵害
 行爲ヲ不能ナラシムル必要アリ而シテ其隔離ヲ計ルト同時ニ之ヲ匡正
 シテ社會的生活ニ入ルノ資性ヲ養ハシムル必要アリ或種ノ刑ハ單ニ離
 隔ヲ目的トスルコトアリ死刑無期刑ノ如シ或種ノ刑ハ單ニ匡正ヲ目的

刑罰ヲ以テ犯人ヲ改善セントスル者タルコト明
 ナリ一般ニ主觀論者ハ刑罰ニ對シテ斯ル望ヲ屬セトモ之ニ依リテ果シテ
 此目的ヲ達シ得ルヤ否ヤ若シ達シ得ルモノトセハ余又何ヲカ言ハン然レ
 トモ刑罰ヲ以テ人ヲ改善セントスルハ猶ホ木ニ縁リテ魚ヲ求ムルカ如シ
 何ヲ以テ之ヲ言フヤ蓋シ亦刑罰ノ實質ヨリ之ヲ演繹スルノミ
 惟フニ刑罰ハ其實質ニ於テ人ニ對スル痛苦ナリ此點ハ刑罰ハ如何ナル
 種類ニ付テモ同様ナリ此ハ如キ實質ヲ有スルモノヲ以テ人ヲ善ニ導カン

刑罰ノ手段
 ナリ

トスルコトアリ財產刑ノ如シ而シテ刑罰ノ最モ普通ノ態様タル自由刑
 ハ此兩者ノ目的ヲ具備スルモノト云フコトヲ得ヘシ故ニ自由刑ノ刑期
 ヲ定ムルニ方ツテハ裁判官ハ宜ク犯人ノ性格ニ顧ミテ獄内ニ於ケル懲
 戒及ヒ教育カ犯人ノ性格ヲ改善シテ社會ノ良民ニ伍スルヲ得セシムル
 ニ足ルヘキ期間ヲ選ハサルヘカラス此點ヨリシテ短期自由刑カ刑罰ノ
 目的ヲ達スルニ極メテ不適當ナルコトハ近來一般ニ認メラル、所ナリ
 トス(刑法通義四三)

處罰ト犯人

ト、何ノ感ヘルノ甚シキヤ夫レ刑法カ人ノ斯世ニ處シテ當ニ爲スヘカラ
サル所ノ準則即チ消極的準則ヲ規定シ之ヲ強制スル爲メニ刑罰ヲ科スル
所以ノモノハ唯人ノ該準則ヲ破ラサランコトヲ期スルニ在ルノミ唯惡事
ヲ爲サ、ラシムルカ爲メノミ而シテ其實質ハ快樂ヲ與フルニアラスシテ
痛苦ヲ與フルモノナルカ故ニ刑罰ハ消極的的手段タルニ過キサルナリ消極
的準則ノ確守ヲ計ルニハ又別ニ積極的ニ人ヲ善道ニ誘フノ方法アリ之ヲ
其積極的手段ト爲ス感化是ナリ教育是ナリ保護是ナリ誘導是ナリ苟モ人
ノ犯行ナカラシムコトヲ望マハ此積極消極ノ兩手段ヲ用ユルコトヲ要ス是
レ言フ埃タサル所ナリ今論者ノ言ヲ見ルニ刑罰ヲ以テ人ヲ改善セントス
是レ消極的的手段ヲ以テ積極的的手段ニ因ル效果ヲ收メントスルモノナリ是
レ先ツ忠信孝悌ノ教ヲ布カスシテ之ニ鞭チテ其之ヲ知ラサル者ヲ叱責ス
ルモノナリ此ノ如キハ其方法ヲ誤ルモノニシテ之カ目的ヲ達スルコト能
ハサルヤ章々乎トシテ明ナリ刑罰ノ犯人ニ對スル效果ハ唯之カ痛苦ニ忍
ビスシテ惡ヲ爲スノ利ハ其之ニ因テ受クル所ノ害ニ若カサルコトヲ覺リ

將來再ヒ惡事ヲ爲サルヘキノ決心ヲ生セシメ得レハ則チ足レリ此效果
ハ所謂懲戒ノ效果ニシテ其性質ヨリ言ヘハ消極的効果ニ外ナラス而シテ
犯人ヲ改善シテ社會的生存ニ適合セシムルカ如キコトハ必スヤ之ヲ夫ノ
積極的的手段タル感化教育又ハ保護誘導ノ力ニ埃タスルハアルヘカラス刑
罰ハ制裁ノミ制裁ハ豈ニ人ノ徳性若クハ生活能力ヲ涵養スルモノナラン
ヤ、然リト雖モ余ハ監獄ニ於テ刑罰執行ノ傍ラ積極的的手段ヲ混ヘ行フコト
ヲ以テ不可トスルモノニアラス否余ハ能フヘクハ充分ニ之ヲ併用セ
ンコトヲ希望スル者ナリ然レトモ之カ爲メニ刑罰ノ實質ヲ毀損スルニ至
ルハ甚タ有害ナルコトヲ斷言スル者ナリ
刑罰其レ自身トシテハアクマテモ痛苦タラサルヘカラス然ラサレハ刑罰
ノ特別豫防ノ效用タル犯人懲戒ノ實ヲ舉クルコト能ハサルヘシ夫ノ刑罰
ヲ解シテ利益ノ剝奪ナリトシテ其痛苦タルコトヲ認メサル論者(第二章參
照ノ如キハ全ク誤レルモノナリ論者ノ方針ヲ以テ監獄ヲ改良スルノ結果

刑罰ノ執行ト特別豫防

ハ如何累犯ノ増加ヲ來セルニアラスヤ(尙ホ大場ドル)刑事政策大綱八〇頁判事ガレットトノ刑罰執行ノ實況ニ關スル説明必ス參照ノ事故ニ余ハ先ツ第一ニ刑罰ノ執行ハ犯人ニ感應アル痛苦ヲ與ヘ以テ如何ニシテモ監獄ノ再ヒ入ルヘキ地ニアラサルコトヲ深ク心裡ニ印象セシムルコトヲ以テ其主旨トセサルヘカラスト信ス

然リト雖モ茲ニ注意スヘキコトハ今日ハ刑事政策ノ要求ニ從ヒ刑罰ハ之ヲ公行セス故ニ刑罰ノ一般豫防ノ效用ハ犯罪ノ檢舉ト刑罰ノ宣告及ヒ囚人ノ監獄ヘハ送致ヲ以テ確保セラル、モノニシテ獄内ニ於ケル刑ノ執行ハ主トシテ犯人懲戒ノ效果如何ニ著眼シ之カ寬嚴ノ度ヲ制スヘキモノナリ例ヘハ偶發的犯罪人ニハ寬ニシテ習慣的犯罪人ニハ嚴ニ又既ニ歸善セシ者又ハ歸善ノ徵候アル者ニハ寬ニ然ラサル者ニハ嚴ニスルノ類ナリ(尤モ之カ寬嚴ハ全ク宣告刑ノ範圍内ニ於テスヘキコト固ヨリ言フタタサルナリ)故ニ勝本博士カ『刑罰其物ノ働即チ執行ト云フコトニナリマスト一般のヨリハ寧ロ特別豫防的ニ行ハル、ノテアル』(法學志林第一卷一號)ト言

今村判事ノ言

余ハ刑罰ニ多クシテ望マヌ

ヒタルハ能ク刑罰ノ執行ニ依ル效用ヲ解釋シタルモノト謂ハサルヘカラ

其レ然リ然リト雖モ刑罰ハ前既ニ説明シタルカ如ク犯罪豫防ノ消極的手段ニ過キサルコトヲ忘ルヘキニアラサルナリ

今村判事曰ク

「獨リ刑法自體カ然カルノミナラス近時刑政ノ趨勢ハ刑事政策ノ要求甚タ急ニシテ未タ之ニ關スル各種ノ設備研究ノ充分ナラサルニ此刑事政策上ノ要求ヲ一ニ裁判ノ結果ニ埃タントスル傾向カアル刑政ノ事ハ必スシモ裁判ノミニ依リ解決スヘキ問題テハナイ犯罪ノ事前ノ研究事後ノ措置カ裁判ト相埃テ初メテ刑政ノ全キヲ期スヘキ筈テアル然ルニ獨リ裁判ノ結果ノミニ依リ刑事政策上ノ多キ要求ヲ滿タサントスル現代ノ趨勢ハ裁判官ノ困難ヲ一層加重スル所以テアル」(刑事法評論林第二卷第五號七頁)

ト裁判官ノ苦境洵ニ察スルニ餘アリ余ハ獨リ裁判ノ結果ノミニ依リ刑事政策上ノ多キ要求ヲ滿タサントスル現代ノ趨勢ヲ以テ一方ニ於テハ正當

處罰ト犯人

主觀論者
ノ活動ス
ヘキ天地

ナル刑法ノ解釋ヲ攪亂シ他方ニ於テハ活潑ナル刑事政策ノ發展ヲ阻害ス
ルモノト信ス願ハクハ主觀論者ヨ窮屈ナル刑法ノ範圍ヲ脱シテ其抱負ヲ
或ハ警察行政ノ上ニ或ハ助長行政ノ上ニ實現セヨ孔子曰道之以政齊之以
刑民免而無恥道之以德齊之以禮有恥且格又曰子聽訟猶人也必也使無訟乎
ト刑事政策上ノ積極的手段タル感化教育保護誘導是レ豈ニ諸君カ自由ノ
天地ニ於テ當ニ努力スヘキ所ニアラスヤ

積極的手
段ノ大要

然ラハ積極的政策如何之ハ先ツ一般的ノモノト特別的ノモノトニ區別
セサルヘカラス第一ニ一般的的政策ヲ述ヘンニ之ニモ二ノ區別アリ其一ハ
一般ニ知識的及ヒ道德的教育ノ普及發達ヲ企圖シ人ノ精神界ヲ社會生活
ニ適合スル様涵養スルコトナリ其二ハ一般ニ經濟狀態ノ改善ヲ實行シ所
謂社會政策ヲ畫策シテ人ノ物質界ヲ社會生活ニ適合スル様努力スルコト
ナリ第二ニ特別的政策ヲ述ヘンニ余ハ之ヲ三分テ説明スルヲ便トス其
一ハ人ノ犯行アル前ニ於テ特ニ犯行ヲ敢テシ易キ個人的及ヒ社會的狀況
ニ在ル者ヲ豫メ保護シ之カ知識的道德的及經濟的境遇ヲ改良シ之ヲ善ニ

導クニ在リ夫ノ不良少年ノ強制教育乞丐及ヒ浮浪ノ取締悖則者ノ留置ノ
如キ之ニ屬ス其二ハ既ニ犯行ヲ遂ケタルモ責任無能力者ノ故ヲ以テ刑罰
ニ處セラレサル者ニ對スル政策ニシテ未成年犯罪者ノ感化教育事業ノ如
キ瘖啞者ノ保護又ハ心神喪失者ノ離隔等之ニ屬ス其三ハ所謂免囚保護事
業ニシテ出獄後積極的ノ方法ニ依リ之ヲ或ハ感化教育シ或ハ保護誘導シ
テ彼等ヲシテ社會生活ニ同化セシメントスルモノ是ナリ尤モ免囚中所謂
改善不能ノ者アリト假定セハ其者ハ之ヲ社會ヨリ離隔セサルヘカラス以
上ハ固ヨリ積極的政策ノ概目ニ過キス其他種々ノ方法アルコト言ヲ竣タ
ス而シテ此等ノ點ニ付キ詳細ニ論述スルコトハ本書ノ目的ニアラスト雖
モ一言スルノ要アルハ此等積極的政策ニ一貫スヘキ特質ナリ余ハ其特質
ハ快樂ヲ感受セシメテ其社會生存ノ能力ヲ發達セシムルニ在リト信ス是
レ正ニ夫ノ刑罰ノ痛苦ナルト相反スル所ナリ故ニ此等積極的政策ヲ行フ
ニハ決シテ不快ノ感ヲ抱カシメサル様注意セサルヘカラサルナリ尤モ夫
ノ悖則者又ハ心神喪失者及ヒ改善不能ノ者等ヲ社會ヲ保護スル爲メニ離

隔スル場合ニハ離隔其レ自身一ノ痛苦タルヤモ知レスト雖モ是レ實ニ已ムヲ得サル所ト謂フヘク唯離隔處分ノ實行中ニ於テハ出來得ヘキ丈ケ快樂ヲ與フル様努メサルヘカラス

刑罰ノ實
比
分
例

最後ニ一言ヲ要スルハ刑罰ノ效用ハ前既ニ述ヘタル如ク犯人ノ歸善ヲ圖ル上ヨリ觀テ多大ノ力アルモノニアラストセハ茲ニ自由刑ノ刑期量定ニ關シテ大ニ注意ヲ要スルコトアルナリ即チ鑑戒ト懲戒トノ效用ヲ害セサル範圍内ニ於テハ成ルヘク速ニ犯人ヲ獄裡ヨリ出シ白日ノ下光明ノ天地ニ於テ之ニ快樂ヲ與ヘツ、積極的政策ヲ施スコトヲ理想トスヘキコト是ナリ余ハ刑罰ノ現實ニ痛苦タラサルヘカラサルコトヲ望ム但シ是レハ能フ丈ケ短期間ニ於テスヘシト絶叫スル者ナリ而シテ余ハ之ヲ以テ積極手段ト消極手段ノ調節ヲ企圖シ得ヘシト信ス之カ詳細ノ論證ニ至テハ余之ヲ他日ニ期ス

尙ホ夫ノ改善ノ不能ナルノ故ヲ以テ之ヲ社會ヨリ離隔スルコトハ刑罰ノ執行トイフヘカラサルコトハ第二章ニ於テ余カ既ニ一言シタル所ナル

ヲ以テ茲ニ贅セス

刑法ノ眞使命終

明治四十三年九月十一日印刷
明治四十三年九月十四日發行

刑法の眞使命

定價金五拾錢



著者
發行者
印刷人
印刷所

天野德也
東京市牛込區新小川町二丁目九番地
來馬琢道
東京市淺草區新谷町拾番地
松澤玨三
東京市麴町區下六番町十七番地
同勞舍
東京市麴町區下六番町十七番地

發行所
發賣所
大賣捌所

東京市淺草區新谷町十番
振替東京八二一六番
電話下谷二二六三番
東京市芝罘月町一八番
振替東京二九七九番
電話芝二〇二七番

●巖松堂●有

平和書院
鴻盟社
斐閣●清水屋

司法省參事官 大場茂馬先生著 (大訂正再版明治四十三年九月發行)

個人識別法

製本總クロー
金字入頗る美本
定價金壹圓五拾錢
小包料金 八錢

指紋を用ひて個人を識別することは今や洋の東西を問はず刑事社會に於て
必修の學となれり本書は此法に於て我國のオーソリチティーなる大場先生が多
年の研磨と幾多の實驗とよりして本邦の事情に適用すべく叮嚀切實に記述
せられたるもの本邦唯一の寶典なり
文學士 木山熊次郎先生著

社會主義運動史

假綴金文字入
小包料金五拾錢

社會主義の研究は我國現下の最大問題にして法律教育等其他百般の方面に
一日も忽にすべからざるは言を俟たず然るに從來此問題に關する書籍尠な
からずと雖も其多くは一派の主張を叙したるに過ぎず本書は著者が門外の
立場より犀利なる眼光と獨特の健筆とを以て世界及日本に於ける社會主義
運動の狀態を述べたるものにして此主義を研究するもの、好指針なり

發行所 東京市淺草 新谷町一〇 平和書院

91
252