

方の刑は全然免除せらるるなり。尙ほまた被告人の一方につき報復の問題を肯定し、他方につきて之を否定するも決して矛盾を包含するものにあらず。蓋し報復は相手方に依つて、又は相手方にとつて起訴せられたる侮辱として行はるることあり得べきを以てなり。

されは報復問題の特徴とする所は、

- (一) そか刑罰阻却原因に指向せらるることあり得るものなること、
 - (二) 此の問は決して主問を以てして之に代らしむるを得ざるものなること、
 - (三) 刑法第二百三十三條の場合に於ては報復の問題の特徴か被報復者にとつて刑罰消滅原因又は減輕原因に關する問題たり、報復者にとつて刑罰阻却原因又は減輕原因の事實か不明瞭なること、
- なりとす。

第二十五款 辨別力傍問〔註一〕

現行刑法典は第五十六條〔譯者註一〕及び第五十八條〔譯者註二〕に於て少年及び瘖啞者たる被告人に對する有罪の言渡については、是等の被告人か有罪行為の所犯に際して當該行為の有罪性を識認する必要なる辨別力 *die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht* を有したることを必要とす。判事にして若し此の心證を得ざりしときは、被告人を放免せざるへからず。

〔註一〕 Oetker, Die prozessualen Konsequenzen des Einsichtserfordernisses, Arch. f. Strafrecht Bd. 47 S. 321 f.

〔譯者註一〕 ここに引用ありたる刑法の規定左の如し。

第五十六條、被告人十二歳以上なるも十八歳未満なる時期に有罪行為を犯したる場合に於て、當該行為の所犯に際し其の有罪性を識認するに必要な辨別力を有せざりしときは之を放免すへし。第二項) 被告人を其の家庭に附託すべきや又は之を感化施設若は矯正施設に收容すへきやを判決中に於て指定すへし。被告人は此の施設の上級行政官廳の必要と認むる間施設内に留置するを要するも滿二十歳以上に互るへからず。

第五十八條、瘖啞者自己の犯したる行為の有罪性を識認するに必要な辨別力を有せざるとおは、之を放免するを要す。

此の規定は外見上之を二様に豫釋することを得へし。

- (1) 其の一は辨別力の要件は責任能力の一般條件なるも〔註二〕、少年及び瘖啞者についてはあらゆる有罪判決の場合を通して特別な認定を必要とするものと爲す解釋にして、訴訟上の特權主義 Theorie

des prozessualen Privilegium 是なり。

〔註二〕 同説 Binding, Normen II S. 80 f, Berner, Halschner, Merkel u. A. jetzt auch Liszt, Lehrbuch

15. Aufl. § 38 亦然り。

(2) 他は辨別方の要件は少年及び瘖啞者にとつては責任能力の外にあつて是と並ひ存するものにして
 「註三」、少年及び瘖啞者にとつては更に別段なる責任條件 *Schuldvorsetzung* を成すものたり。其の
 然るか故に特別なる認定を必要とするものと解釋するものにして、實體上の特權主義 *Theorie des mater-*
ialen Privilegium 是なり。

〔註三〕 同説 *Appellus, Behandlung jugendlicher Verbrecher S. 7; Franck, Komm. zu § 56 Bem. 3*
u. A.

此の二の見解の何れを執るべきや少年及び瘖啞者につき高程度の辨別力を要求すること、満十八歳に
 に達すると共に此の要件を消滅せしむることは全然不合理なりと云ふ考慮に依つて決定せらるる所とす。
 惟ふに立法者は少年其の他につきて問題たる辨別力を認定する上に特に重大なる價值を置くべき充分なる
 理由を有するを得べきなるも、然も是等の者の爲に成年者については無用たるべき精神的性質を要求する
 の理由を有すること能はず〔註四〕。行爲か法規に違反するものなるを識認するは各個の場合に於ける歸
 責能力、即ち具體的責任能力 *konkrete Zurechnungsfähigkeit* に屬するものなれど、法規に對する違反を
 識認するの能力は抽象的責任能力 *abstrakte Zurechnungsfähigkeit* の一面たるものにして〔註五〕、換言
 すれば各個の行爲に關して犯人に責任能力を發生せしむるの基礎となる持續的の精神上的の資格、之を客觀

的に云へば各個の行爲に歸責性 *Zurechenbarkeit* を與ふるの基礎となる持續的の精神上的の資格の一面た
 るものなり。而して立法者か「有罪性」を識認する爲に必要とする辨別力に關して規定する所ありたるは
 誤れる證明 *falsa demonstratio* たるものなり。蓋し有罪性の標準は刑罰法規の以外には之を存することな
 くして、従つて有罪性の識認を仲介する特別なる精神上的の素質なるものは之を想像することを得へからず
 〔註六〕。法律の念頭に置く所は行爲を以て法律上是認すへからざるものとし、法規違反なるものとして
 認めしむるに必要とする辨別力たるものなれども、然も單に有罪なるものとして宣言せられたる行爲のみ
 に限りて之を考慮するものなるか故に、無雜作に法律上有罪なる行爲の「法規違反」に代ふるに「有罪性」
 を以てしたるなり。

〔註四〕 ロシヤの新刑法典は第四十一條第一項に於て第三十九條第一項か責任能力を規定するに當つ
 て使用したると、精密に同一なる字句を以てして少年の爲に必要とする辨別力を表明したり。

〔註五〕 フキンガア (*Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts I S. 234*) は此の抽象的責任能力を
 以て、「責任能力」 *Zurechnungsfähigkeit* (即ち本文の意味に於ての具體的責任能力) に對し
 て、「犯罪能力」 *Deliktfähigkeit* を稱したり。

〔註六〕 處罰價値 *Strafwürdigkeit* の假定は主觀的に價値判斷たるべく、されは之を識認する爲の能
 力は全然問題たる能はざるなり。

以上刑法の一枝葉に立入つて簡単に論述する所ありたれども、かくの如き論述を以て刑事訴訟法第二百九十八條の所謂「被告人か行爲の當時十八歳に満たざるときは、本人か行爲の所犯に際して其の有罪性を識認する爲に必要とする辨別力を有し居たりしや否やの點につき傍問を發することを必要とす。被告人か瘖啞者たるべき亦同し」〔註七〕と云ふ、辨別力傍問の理解を助くるものなり。由來此の規定は辨別力と責任能力との間に存する關係についての明確なる知識を具備するに於てのみ、是か適用の正確を確保することを得へし。辨別力を責任能力の觀念中に包含せしむる單なる訴訟上の特權説は責任能力の外に尙ほ精神上の能力なる要件を設くることに依つて、實體上の特權を認めたるは全然異なる訴訟上の歸結を導くに至るへし。

〔註七〕 具體的の行爲の法規違反を知ることか責任條件なる時は、尙ほ其の外に特別に此の識認の爲めの能力を認定すべきものとするは無用と爲すべきか如し。其の獲得したる認識よりして此の識認を得るの能力を推論し得るにはあらざるか。立法者を指導したる所のものか法規違反の無理解なる純然たる機械的の知識（例へは精神病、甚だしき精神耗弱其の他の状態にも拘らず存在することあり得べき所の如き）を排斥せんとするの意圖たるものなることは明瞭なり。寧ろかくの如き知識は法律の規定の意義と羈束力との點に於て辨別方に依つて支持せらるゝことを必要とすへし。勿論——此の事は事實上必要とせらるゝ所なるか（此の點につきビンディング

〔Binding, Normen II F. 72, 73〕の説く所極めて精妙なり——右に記載したる所の如き種類の知識は既に罪責の爲に必要とするものなりとせば、罪責問題の外に更に特別なる辨別力問題を發すること能はざるは素より言を俟たず。立法者は「辨別力」の審査か罪責に關する評決を左右するものにして、かくの如き審査か罪責に關する評決に追從する能はざるものなることを誤認したるなり。

比較的簡單なる場合としての瘖啞についての辨別力傍問を最初に論究するを適當とす。

(一) 瘖啞の場合に於ける辨別力問題。

(1) 一個の評決に於て判事の三分の二以上か罪責問題を全體として肯定したるとき、被告人の所犯、責任能力（即ち辨別力をも包含す）及び意思責任 *Willensfreiheit* を認めたる場合に限り、判事の評議は瘖啞者に對し有罪の判決を爲すことを得へし。罪責問題の一部として辨別力に關して特別に評決を爲すか如きは、統一的のみ答申すへき此の罪責問題を聊かにも分割する場合に於けると同様不合理たるへし。

被告人の瘖啞か曖昧たるへしとするも、罪責問題に先たちて之に關して先づ評決を行ふは無意味たるへし。蓋し辨別力は瘖啞者にとつても瘖啞者たらざる者にとつても、一般的罪責要件と全然同一なる意義を有するものなるを以てなり。

瘖啞者の辨別力は刑法第五十八條に依り有罪判決の理由中に於て明示的に之を確定するを要す。されは瘖啞の問題か判決理由にとつて決定的なるときは、之に關する疑問は罪責問題を肯定したる後、特別なる評決を以てして之を解決するを要す。此の場合には單純なる多數決を以てして決定を爲すなり。

之に反し「辨別力」を以て瘖啞者（及び少年）にとつてのみ存在する、責任能力の併せ包括する所にあらざる罪責要件と認むへしとせば、瘖啞の點に關する疑問は第一着に之を決定することを必要とすへし。蓋しそれに應じて罪責問題は實質上種々なる形式を執るに至るべきを以てなり。然り而して瘖啞を否定するに於ては被告人にとつて實體上の特權を消滅するに至らしむる次第にして、被告人の不利益に於て罪責問題を左右するものなるか故に、瘖啞の問題を否定するには三分の二の多數意見を必要とすへし。

(2) 陪審手續に於ては辨別力傍問は強行的たるものにして（刑事訴訟法第二百九十八條）、此の意味に於て罪責問題の一部は主問より傍問に移さるゝものと謂ふべく、辨別力に關する點を除いて罪責に關して逐次に評決を爲し、辨別力に關しては特別に評決を爲すなり。

かくの如きは極めて誤れる發問方法たるものと謂ふべく、辨別力の點を除外しての責任能力の審査は純然たる擬制に歸着すべくして、其の有機的關係は機械的に寸斷せらるゝことゝなるへし。加之責任問題の成分に關して各別に評決を爲すを餘儀なからしむるは被告人にとつて難有迷惑の特權 *privilegium otiosum* としての作用を及ぼすことあり得へし。今陪審員四人か犯行を否定し、四人か辨別力を否定し殘餘

の四人か完全に罪責を肯定したるものとせよ。最初の四人は主問につき多數決を以て敗れたる後にあつては辨別力問題を肯定すること恐らく極めてあり得へき所とす。蓋し彼等は自己の犯人と認めざる被告人の精神作用の爾く活潑なるを知れるものから之を以て辨別力を有せざるものと宣言せざる必要たらしめらるゝことなきを以てなり。されは結局陪審員の僅々三分の一か罪責を認めたるに止まるに拘らず、有罪の言渡を受くるに至る次第なりとす〔註八〕。

〔註八〕 ルーストラット (*Ruhstrat in Goldt. Arch. Bd. 29 S. 60 f.*) の所説は頗る剴切なるものあり。然れども氏の辨別力の有無に關する要件は之を主問中に收容するを要す（被告人は有罪性を識認するに必要な辨別力を以て……奪取したるにつき罪責ありや）と云ふ氏の提案する所に係る見解は之を是認することを得へからず。かくの如くんは即ち一般的犯罪構成事實の一部は特別的犯罪構成事實の一分に變形するに至るへし。辨別力は罪責にあらずして罪責の條件たるものなり。辨別力傍問は主問の「罪責」を補完するも、被告人か責を負ひたるへき行爲の陳述を補完するものにあらざるなり。

立法者は傍問を要求することに依つて辨別力の審査、即ち陪審員の義務の履行を強制せんことを欲したるものに外ならずして、此の間は審査の必要缺くへからざるものなるを表明すべく、即ち法律上の説示の權限内に屬する所の事項を致すへし。かくの如く強制を課するは陪審員に對して不信任の意の表明せらる

もの外ならざる次第なるも、然も實體的法律状況を誤認し、被告人に對する重大なる加害の危険を賭するものなり。

瘖啞に關する準備的傍問 *die vorbereitende Nebenfrage* は之を發することを得ず。蓋し主問よりして辨別力に關する要素を分別したる後にあつては、かくの如き傍問の否定、従つてまた辨別力傍問の消滅は重要な責任要件 *Schuldenfordernis* を遺脱して罪責を認定すると云ふ實質上不完全なる評決を來すに至るへし〔註九〕。然れども準備的傍問に對して如何なる答申の與へらるへしとするも、辨別力問題はあらゆる場合を通して解決するを要すべきものなりとせば、準備的傍問なるものは畢竟無用たるものと認めらるゝに至るべく、主問よりして辨別力を除外するは陪審員か瘖啞を否定せる場合にあつては違法たるものとして認めらるゝことなるへし。

〔註九〕 此の點は *R.G. 4. Str.-S. E. Bl. 31 S. 283* (少年の先決問題に關して) の誤認する所なり。寧ろ瘖啞の先決問題は裁判所の裁判に屬する所にして、辨別力傍問の訴訟上の特權は判事の多數か、其の條件たる瘖啞の存在を認めたる場合に限り被告人に歸屬するなり。

辨別力に指向せらるゝ問を發せんことを求むる申立は、決して法律上の原因のみに基きて(刑事訴訟法第二百九十六條)却下すへからずして、裁判所は寧ろ同時に傍問の發問につき裁判を爲すを得んか爲に、瘖啞の事實に關して判斷を爲すを必要とするなり。

法律上の説示を除外して形式的にも辨別力傍問の理由を疑問の外に置かんか爲に、刑法第五十八條の援用を括弧の形を以て此の傍問中に挿入するを得へし。

實體上の特權の見地よりするときは準備的傍問を認むるを必要とすへし。只瘖啞者については主問中に於て問いたる罪責の外に、辨別力を必要とし、即ち評決は準備的傍問を否定することに依つて實質上不完全なることなし。然り而して瘖啞は責任要件に影響を及ぼすものなるか故に、先決的要素につきて疑ある場合には是か決定は罪責問題の裁判官に歸屬す。此の場合にあつては陪審員は三分の二の多數意見を以てしてのみ瘖啞を否定するを得るものと認むるを以て合理的となさるへからず。かくの如きは獨特の結果にして、實體上の根本觀念の正否に關して有力なる疑問を喚起せしめずんばあらず。然り而して瘖啞其他に關する疑問か陪審員の間に考慮せらるゝものなりや否や、従つてまた準備的發問を爲すことを必要とすへきものなりや否やは、裁判所に於て單純なる多數決を以てして決定するを要する所たるへし。

(二) 少年の場合に於ける辨別力問題

少年 *Jugend* はそか犯人に對して刑罰減輕の作用を及ぼし(刑法第五十七條)〔譯者註二〕、即ち辨別力の認定と云ふ訴訟上の特權と刑罰上の特權 *Strafprivilegium* とを相結合するの點に於て、また辨別力を缺くの故を以てする放免は裁判所をして強制教育 *Zwangserziehung* 其他の問題に直面せしむるの程度に於て(刑法第五十六條第二項)瘖啞に比較して特殊の刑法上の意義を有するものなりとす。されば單

に責任能力を定むる上に於てのみに止まらず、如上の理由に基き、如上の方向に向つても亦判事の判決と陪審員の評決とを具備するを要する認定の必要を存するなり。

〔譯者註二〕 刑法第五十七條の規定左の如し、被告人満十二歳以上なるも十八歳に満たざる時期に於て有罪行爲を犯したる場合に於て、行爲の所犯に際して其の有罪性を認識するに必要な辨別力を有したりし時は之に對し左の規定を適用す。(1) 行爲か死刑又は終身間の懲役を規定したるものなる時、三年以上十五年以下の禁錮に處すへし。(2) 行爲か終身間の要塞禁錮を規定したるものなる時は、三年以上十五年以下の要塞禁錮に處すへし。(3) 行爲か懲役又は他の刑種を規定したるものなる時は、刑は規定したる刑種の法定最低限と規定したる刑の最高限の半との間に之を定むへし。(3)の第二項)かくの如くにして定まりたる刑か懲役なる時は之に代ふるに同一刑期の禁錮を以てす。(4) 行爲か輕罪又は違警罪なる場合に於て、特に輕微なる時は譴責に處することを得。(5) 公權全般又は個々の公權の剝奪竝に警察監視を言渡すへからす。(第二項) 自由刑は少年の刑の服役の爲に特定したる施設又は監房に於て之を執行すへし。

(1) 判事は其の評議を爲すに當つて分割を爲すことなくして罪責問題に關して評決を行ひ、辨別力を以て責任能力の除外すへからざる成分として處遇するものにして、其の然るか故に強制教育其の他の處分に顧みて罪責を否定するには、「辨別力の欠缺は罪責を否定するの原因たるものなりや」と云ふ別段なる認定を必要とす。而して此の問題に關する特別なる評決は判事の評議の際に於ける意見の交換か既に判事相互間の一致の結果を生したるにあらざる場合に限り、之を必要とするものなること素より言を俟たざるへし。然り而して辨別力の欠缺を認定する爲には單純の多數を以て足れりとするなり。

年齢の問題につき疑ありとするも、罪責問題につき評決を爲すに先立ちて、之に關して評決を爲すへからず。蓋し年齢の問題は少年の被告人と成年の被告人とにとつて全然同一の意義を有するものなるを以てなり。

罪責を否定したる後にあつては裁判所にとつては罪責問題否定の原因たり、また強制教育其の他の處置の條件としての少年の辨別力の欠缺に關して判斷を爲すへき別段なる任務を生ずるに至るものなるか故に、もはや此の箇所にて年齢に關する疑問を豫め解決し置くこと必要なり。而して少年を否定する爲には單純なる多數を以て足れりとする。

然れども罪責を肯定するにも裁判所は年齢に關して一定の裁判を爲すことを必要たらしめらるゝものとす。蓋し少年の辨別力は刑法第五十六條に依り判決理由中に於て之を確認するを要すること、刑法第五十八條に依り判決理由中に於て瘖啞者の辨別力を確認するを必要とするか如きものあり。其の外少年は第五十七條の刑罰上の特權を有す。刑罰減輕原因としての少年は刑事訴訟法第二百六十二條の規定の併せ包括する所たり。其の然るか故に之を否定するには三分の二の多數意見を必要とするなり。

かくの如くにして年齢の問題については先に先たつて罪責を肯定するや、否定するやに従つてそれ／＼多数決の要件の構成を異にするものにして、最初に年齢につき評決を爲し、次に罪責に關して評決を爲す能はざるものなることは充分明確なるものありと謂ふべし。然り而して辨別力に關する實體法上の説に依つて更にまた別段なる間の順序を由來するに至る。年齢に關する疑問は先づ第一に評決を以てして之を一掃せざるべからず。蓋し然らざるに於ては年齢に關する疑問は罪責問題の内容を曖昧たらしむるに至るべきを以てなり。而して少年は更に別段なる責任要件を伴ふものにして、且同時に刑罰減輕原因たるものなるか故に、少年問題は三分の二の多数決を以てしてのみ之を否定することを得べし。而して少年の點について肯定あり、次に其の罪責についても肯定行はれたるときは、辨別力をも判決理由中に於て確認することを必要とするものにして、犯人は少年の輕き刑に該るときは、*Freispruchungsgrund* としての辨別力の欠缺、并に場合に依つては強制教育其の他の處分に關して裁判を爲すを要するなり。

(2) 陪審手續上の強制的なる辨別力傍問は、瘖啞の場合につき行はれたると同一の異論を免るゝ能はざるものとす〔註十〕。惟ふに罪責問題を斷片的に處理するは實體法上及び訴訟法上正當たるものと謂ふべからずと雖、其の然るに拘らず立法者は此の場合にかくの如き精神に於て規定を爲すの止むを得ざるに至

りたり。蓋し然らざるに於ては評決の理由を缺くる結果として、少年が辨別力を具備せざるの故を以て放免せられたる場合に限り適當とする(刑法第五十六條第二項)強制教育に關する裁判を裁判所にとつて不可能たらしむるに至るべきを以てなり。かくの如くにして此の場合にあつては唯一の點につき陪審裁判所の訴訟手續を改造して理由を附したる評決を達成するの避くべからざる必要を存するを見るなり。

〔註十〕 辨別力傍問を必要たるものとせるは、其の外一八四八年のヘッセン・ダルムスタット陪審法第六十九條及び一八六五年の刑事訴訟法第三百六十五條、一八五二年のプロシヤ陪審法第八十三條及び一八六七年の刑事訴訟法三百二十條一八五六年のフランクフルト・アム・マイン刑事訴訟法第二百三十七條、一八五七年のオルデンブルグ刑事訴訟法第三百二十七條第二項、一八七〇年のブレーメン刑事訴訟法第四百八十九條等なり。

之につきて決定的なるはフランス刑法典第六十六條と相牽聯するフランス刑事訴訟法第三百四十條 (*L'accusé a-t-il agi avec discernement?*) 「被告人は辨別力を具備して行爲を爲したるものなりや」なりとす。

準備的年齡傍問 *die vorbereitende Altersanfrage* は之を認めす〔註十一〕。蓋し兎に角辨別力問題はあらゆる場合を通して答申するの必要ある所なるを以てなり。此の點に於ては瘖啞に關する先決問題 *Vorfrage* の場合に於けると異なる所なし。然り而して少年たる事實の刑罰を減輕する作用は、年齢に關す

る裁判を陪審員の手に委するの精神を生せしめ易きこと勿論なりと雖、然もかくの如き發問は訴訟法上實現すべからざる所なりとなす〔註十一〕。

〔註十一〕 反對フォン・バーン (v. Bar, *Recht und Beweis* usw. S. 234, 235) ハーウェーヘルツェ

ル (Löwe-Hollweg zu § 298 Bem. 4) ヴンネンタール・リンツ (Bennecke-Baling S. 558)

オルスハウゼン・ツワイゲルト (Olshausen-Zweigert zu § 56 Bem. 15) 等。

フランス破毀法院の判例に依るも陪審員は年齢に關する先決問題に關係す。Sirey et Male-

payre zu art. 310; Chauveau et Hélie, *Théor. du code pén.* 1 p. 183 参照。

〔註十二〕 年齢傍問を發するは本文に述べたる所の如き理由に因り不可能とする所なり。

フォン・クリース (v. Kries, *Lehrbuch* S. 610) は主問と補問とを以てして (被告人は滿

十八歳に達したる時期に於て罪責するものなりや等。被告人は滿十二歳以上なるも十八歳に滿

たざる時期に於て罪責あるものなりや等) 此の場合に救済を致さんと欲するも、犯罪觀念にと

つて重要ならざる具體的の行爲要素に關する疑問は補問の理由たる能はず。補問は被告人の責

任とせられたる行爲に對する公判開始決定とは異なる判断を生せざるべからざるなり (刑事訴

訟法第二百九十四條)。

クリースの援用したる所の如く、行爲が國內に於ける所犯に係るや、はたまた外國に於ける

所犯に係るや、舊來の罰則の支配の下に於ける所犯たるものなりや、はたまた新刑罰法規の支配の下に於ける所犯たるものなりやの疑問との類似は、之を存することなし。蓋し此の場合に於ては陪審員にとつて擇一關係の各項につき異なる包括の問題を生ずるに反し、一方年齢の問題は適用すべき罰則に觸るゝ所なき次第なるを以てなり。

寧ろ裁判所は罪責問題を發するに先たちて疑ある年齢に關して評決を爲すことを必要とす〔註十三〕。

蓋し少年に限り特に辨別力を問ふことを必要とするものなるを以てなり。然り而して少年なる事實の否定は刑罰減輕の作用を及ぼすものなるか故に、是は三分の二の多數決を條件とするなり (三人の判事を以て構成せらるゝ裁判所の場合にあつては事實上無意義なること素よりの事なれども)。

〔註十三〕 同説ダルク (Darlke, *Fragestellung* S. 99, 100) ムーハ (John, *Komm.* Bd. II S. 367)。

辨別力問題の否定は強制教育其他に關する裁決を導き、其の肯定は被告人に輕き刑を保證するものとす。

裁判所は年齢の先決問題に關して裁判を爲すものなるか故に、辨別力問題に指向せらるゝ問を發せんことを求むる申立は、事實上の點に於ても亦裁判所の審査に屬するものにして、單に法律上の原因に基きてのみ (刑事訴訟法第二百九十六條) 之を却下し得るにあらざるなり。

辨別力問題と相牽聯して、刑法第五十六條を指示する所なかるべからず。

實體法上の學說に依るときは陪審員に向つて準備的傍問を發するに於て懸念する所なきものゝ如し。被告人の少年たるの事實は被告人にとつて罪責問題に別段の内容を與ふるものにして、即ち陪審員の間此の點に關する疑問を豫期すべきときは、罪責の判定者たる陪審員は此の問題にも携はるを以て適當と認むべく、此の場合にあつては陪審員の行ふ少年の否定は三分の二の多數意見を必要とす。蓋し此の裁決は被告人の不利益に於て罪責問題に觸接するものにして、被告人よりして刑法第五十七條の刑罰上の特權 *Strafprivilegium* を剝奪する所以なるを以てなり。辨別力問題に指向せらるゝ問の發問ありたるときは、(當事者又は被告人の)申立に基きて年齢に關する先決問題をも發せざるへからず。此の後なる傍問そのものについては刑事訴訟法第二百九十六條の類推解釋(法律上の原因を存する場合に限り却下し得る)を適用す。之に反し辨別力問題に指向せらるゝ問を發すへきや否やは、全然裁判所の裁決に屬せしめらるゝものにして、是か申立は事實上の原因に基きても亦之を棄却するを得へし。被告人の年齢の大なるとか裁判所にとつて疑を容れざるものと認めらるゝ場合の如し。裁判所を強要して六十歳其の他の者の辨別力の有無に關する問を發せしむるを得ざるの明白なるか如し。而して年齢に關する先決問題の發せらるゝとなくして辨別力問題の發問ありたる時は、刑法第五十六條を挿入句として援用するを適當とすべし。

三 刑罰傍問 *Strafuebenfrage*

刑罰傍問は法律の規定する所に依れば二種に分たるゝものにして、其の一は刑罰消滅原因を問ふ傍問に依つて形成せらるゝものなり(刑事訴訟法第二百九十五條第二項)、他は即ち減輕事情を問ふ問のみに依つて形成せらるゝものとす(刑事訴訟法第二百九十七條)。然れども法律の規定を補充して尙ほ其の外に報復の刑罰阻却原因に指向せらるゝ傍問をも附加せざるへからず。

第二十六款 刑罰消滅原因に指向せらるゝ傍問

法律か各個の犯罪につき列舉せる刑罰消滅原因、即ち過失に因る偽誓の場合に於ける取消(刑法第一百六十三條第二項〔譯者註一〕)、決闘の自發的拋棄(刑法第二百四條〔譯者註二〕)、決闘を防止する爲にする仲介人の眞摯なる努力(刑法第二百九條〔譯者註三〕)、自己の放火したる火事の消防(刑法第三百十條〔譯者註四〕)、關係者の行ふ陰謀の適時の申告(間諜法第五條第三項)を問ふ問を以て刑罰消滅原因を問ふ傍問たるものとし、然も中止犯(刑法第四十六條〔譯者註五〕)を問ふ問は刑罰消滅原因を問ふ傍問たるものにあらず。蓋し中止なる原因に依つては尙ほ未だ確定的に有罪たるにあらざる行爲か確定的に無罪となるに至るものなるを以てなり。刑法第二百九條については仲介人が挑戰狀を傳達するに先立ちて既に其の委任者を諫止することに依つて決闘の防止の爲に努力したりし場合につき、此の場合にあつては仲介人は當初よりして無罪たるにはあらざるかの疑を生ずることあり得へし。然れども仲介人は仲介人

として委任を執行することに依つて始めて、且即坐に有罪となるに至るものたり。爾後に於ける努力を以てしてのみ無罪を致すことを得るなり〔註一〕。

〔註一〕 RG 2. Str.-S. E. Bd. 17 S. 243 f., 3. Str.-S. E. Bd. 22 S. 218 f.

〔譯者註一〕 刑法第六十三條の規定左の如し。過失に因り第五十三條乃至第五十六條（偽誓及

ひ宣誓に代る虚偽の保證）に記載したる行為の一を犯したるときは、一年以下の禁錮とす。

（第二項）犯人か自己に對する告發の行はるゝに先たちて、又は自己に對する審理の開始せら

るゝに先たちて、且虚偽の供述よりして他人にとつての法律上の不利益の發生する以前に、自

己か虚偽の供述を爲したる官廳につきて、此の供述を取消したるときは無罪とす。〔譯者註二〕

刑法第二百四條の規定左の如し。當事者か決闘の開始に先たちて自發的に決闘を抛棄したるこ

きは、決闘の申込及び是か應諾の刑並に仲介人の刑は消滅す。

〔譯者註三〕 刑法第二百九條の規定左の如し。仲介人決闘を防止する爲に眞摯なる努力を爲したると

並に介添人、決闘に立會ひたる證人、醫師、及び外科醫は無罪とす。

〔譯者註四〕 刑法第三百十條の規定左の如し。犯人か火事の發覺するに先たち、且單純なる燒燬に因

りて生じたる損害より以外の損害の發生する以前に火事を消防したるときは無罪とす。

〔譯者註五〕 刑法第四十六條の規定左の如し。左の各號の一に該當するときは未遂それ自體を無罪と

す。(1) 犯人か自己の意思と無關係なる事情に依つて實行を阻碍せらるゝにあらずして、其の

意圖したる行為の實行を抛棄したるとき。(2) 犯人か行為の尙ほ未だ發覺せざりし時期に、重

罪若は輕罪の既遂に屬する結果の發生を自己の動作を以てして防止したるとき。

(一) 刑罰消滅原因は或は單に刑罰を絶滅すべき動作を爲したる者の一身にのみ作用を及ぼすことあり。

或はまた他の關係者にも作用を及ぼすことあり。

決闘の仲介人の努力か本人にのみ歸屬するものなることは自ら理解せらるゝ所なり。

故意に放火したる火事の消防も亦連累者 Kompliz にとつて有效たらざるも、然も教唆も亦刑罰を免除

せしむるの效力を以てして連累者の爲に行為を爲すことを得べく、從犯に於ても亦然りとす〔註一〕。

〔註一〕 Binding, Lehrbuch II 2 S. 20; Olschansky-Zweigert zu § 310 Bem. 6.

偽誓の過失に因る無形の正犯 der fahrlässige intellektuelle Urheber 即ち間接正犯 der mittelbare Täter

は過失に因る直接正犯 der fahrlässige unmittelbare Täter をして取消の決意を爲すに至らしめたるこ

に、其の刑を免除せらるゝものとす〔註二〕。

〔註二〕 本文の主張は第五十八條の刑の減輕は教唆か取消の因を爲したるものなるときは、教唆其

の人に歸屬するものなるの事實の論結とする所なり（同説、Binding, Lehrbuch II 2 S. 162）

放火の過失に因る無形の正犯は適時に火事を消防したるときは無罪となるに至るも、過失に因る直接正

犯か適時に火事を消防することに依つて無罪となることなし〔註四〕。而して其の逆も亦然りとす。

〔註四〕 間接正犯も亦第三百十條に所謂「正犯」たるものなりとす。

決闘の開始せらるゝに先たちて決闘の自發的拋棄ありたるときは、決闘の仲介人も亦無罪に浴するに至る（刑法第二百四條）。

單に個人的の作用を有するに止まる刑罰消滅原因は、之を解決する上に於て困難を來すこと多からずして、之を認むるの結果として特定の被告人にとつて主問の否定又は傍問の肯定を來す。而して數人の被告人にとつて同一の刑罰消滅原因が問題たり得るときは（例へば放火の共同的消防の如し）、多數の傍問を發するも敢て懸念すへき限りにあらざるなり。

客觀的作用を有する刑罰消滅原因、例へば決闘の開始に先たち當事者の行ふ其の自發的の拋棄の如き場合にあつては、事情は異なるものありて存し、數人の關係者が同時に起訴せられたるときは、民事訴訟的に云へば受働的共同訴訟 *die passive Streitgenossenschaft* は刑罰の消滅を來す事實か、すべての被告人に對して統一的にのみ確定し得らるゝものなるの程度に於て特別なる資格を與へらるゝものとす。關係者の一人、例へば當事者の一方につき決闘の拋棄を肯定すべく、他人、例へば仲介人については之を否定すると云ふか如きは全然矛盾撞着たるへし。問の様式は其の之に對する答申か如何なる内容を有するにもせよ、互に相調和するやう組織するの必要あり。而して數個の互に獨立せる傍問を刑罰消滅原因に指

向することを得へからず。蓋し然らざるに於ては肯定及び否定其の他の可能同時に發生することあり得べきを以てなり。寧ろ第一の主問に關するのみの傍問は單に罪責の肯定の場合に對して發せらるゝものなるに反し、以下の被告人については傍問は前者 *Vornann* の罪責か否定せられたる等の場合に限り考慮せらるゝものとす。被告人一人に對する傍問の肯定は必然的に爾他の共同被告人に關する爾後の罪責問題を否定するに至らしむ。蓋し之に對する刑罰消滅原因の存立は豫め確定せる所なるを以てなり。

過失に因る僞誓の間接正犯にとつては直接正犯の行へる單純なる取消は其の效を爲さずして、寧ろ間接正犯其の人の招來したる取消に限り效力を有するなり、然れども此の後なる犯罪構成事實に關しては傍問を發することを得ざるものと認むへきか如し。蓋し刑法（第六十三條第二項）自體はかくの如き犯罪構成事實を表明することなきを以てなり。此の場合にあつては陪審員に向つて——類似の構成を有する——刑罰消滅原因を認むるに於ては否定を爲すを要すへき旨を説示して、主問を其の儘に差置かざるへからず。然れども傍問を發せんことを求むる訴訟關係人の權利は此の關係に於ても之を承認せざるへからずして、刑罰消滅原因の該當せる評價並に之に關する各別の評決は傍問を發することに依つてのみ之を確保せらるゝこと往々にして然りとす所なり。されは法律を準用し、「結果の招來」 *Veranlassung haben* を問の文句の中に加ふることとしてかくの如き傍問を認むることを必要とするなり。

(二) 刑罰傍問は刑罰を消滅せしむる事實に指向せらるゝものにして、事實に依る刑罰の消滅に指向せら

るるものにはあらず。此の場合に陪審員が、罪責に關して裁判を爲すと云ふ立法者の自己欺瞞は、問の構成の方法に依つて之を曝露することを得へからずして、寧ろ法律上の見解は其の如何に誤れる場合にあつても之につき決定を與ふるものと云はざるへからず。勿論法律中に於ける厭ふべき矛盾を真正直に隠蔽するは、發問裁判所 *das fragende Gericht* に對する有力なる要求たるなり。

且又問は決して所謂赤裸々なる事實 *die nackte Tatsache* に指向することを得へからず。蓋し陪審員は法定の刑罰消滅原因の下に包括を爲すを要するものにして、陪審員が此の法定の刑罰消滅原因の效力を此の被告人につき存せざるものと認めたるときは、問を否定せざるへからざるなり。

傍問中には消滅原因を特別に考慮し、之につき各別に評決を爲すの強制を存するものにして、かくの如くにして陪審員は罪責問題と刑罰消滅問題とを一個の評決中に於て處理することを妨げらるゝなり〔註五〕。其の然るに拘らす例へは恐らくは極めて曖昧なる刑罰消滅原因を特に指示することに依つて、犯人の受くるに値ひせざる放免を來す陪審員の傾向に一個の端緒を與ふるか如き場合にあつては、事情上傍問を發せざるを以て適當とすることあり得べきなり。

〔註五〕 *Dalke* zu § 295 *Bem.* 6) 及び *Puchelt* § 295 *Bem.* 6) の所說中には陪審員は特別なる發問ありたる場合に限り刑罰消滅原因につき審理を爲すを要するものにして、即ち其の然るか故を以て主問を否定するを得へしとなすの謬見を存せり。

是か反對說としては *Benneke-Beiling* S. 574 *Anm.* 15) をも参照すべし。

然れども傍問の發せられたると否とを問はず、すへての場合を通して審理を陪審員に附託することに依つて刑罰問題は分裂せしめらるゝものと謂はざるへからず。而して正しくは罪責の肯定ありたる後に一個の評決に於て刑罰請求權を存するや否や、又は何等かの刑罰阻却原因若は刑罰消滅原因に依つて刑罰請求權の除却を來したるや否やを裁定するを必要とすへきに反し、裁判所にとつては陪審員に於て尙ほ未だ處理せらるゝことなかりし刑罰問題の一部のみを殘存するに止まるなり。

判事評議を爲すに當つて其の多數か或は判事訴追の时效に罹れるの故を以て、或は現實の悔悟ありたるの故を以て有罪性を否定したるときは、放免を必要とすれども、陪審手續に於てはすへての判事が無罪を認めたるに拘らず、一の刑罰消滅原因か其の審理より奪はれたるの故を以て有罪の言渡を受くることあり得るものとす。

報復の任意的刑罰消滅原因（及び刑罰阻却原因）を陪審員に附託するは、是亦誤謬たるを免れずと雖、同一の程度に於て不合理なるものにあらず。蓋し裁判所も亦其の然るの故を以て法定の有罪性を否定することを得ざるへくして、寧ろ是か肯定ありたる後に至つて初めて被告人に對し刑の減輕を認むるの必要ありや否やの裁量上の裁決に入るを必要とするものなること自ら理解せらるゝ次第なるを以てなり。然れども此の點につき決定的の意義を有する報復の條件に關する豫先評決 *Vorabstimmung* も亦、裁判所に一

任せらるべきものとするを適當とすへし。

公判に依れば刑罰消滅原因が問題たることあり得るに當つて傍問の發問なきときは、陪審員は最初に先づ本來の罪責問題につき答申を爲し、然る後に初めて消滅原因に關して評決を爲すを要するものなるの點につき充分に力を込めて教示を爲すことを必要とす。

刑罰消滅原因に對する態度は傍問の追加せられたるものあるにもせよなきにもせよ、如何なる場合にも彼等の此の投票に依つて罪責を否定する少數意見に接合せしめらるることなし〔註六〕。例へば陪審員中四人は被告人以外の者が放火を爲して適時に消防を行へりとの心證を有したるものとせよ、是等の陪審員は刑罰消滅原因を肯定すへし。之に反し陪審員か其の心證上放火犯人たる他人を以て結局火事の消防を爲さず、又は消防したるも時期に後れたるものと認むるに於ては、陪審員は消防を否定することを必要とすへし。

〔註六〕 反對 *Lowe-Hellweg § 295 Bem. 9 b.*

傍問を拋棄したる場合にあつては多くの人士の考るか如く刑罰消滅原因を主問中に收容することを得ず〔註七〕。寧ろ全然之を舉示することを爲さざるなり。無造作に肯定するに於ては被告人の放免を由來するに至るべき問を如何にして別段の困難なく罪責問題たるものと解することを得べきか。之に反し刑罰消滅原因を傍問中に於て擧げたるときは、是と共に主問の肯定を罪責の判斷として認めしむべき留保の表

明ありたる次第にして、即ち矛盾を避け得らるる次第なりとす。

〔註七〕 *ローウエーヘルウエグ (Lowe-Hellweg § 295 Bem. 9 b.)*、*ステングライン (Stanglein das*

Bem. 1)、*ウニマン (Ullmann S. 520)* の所説正當なり。

クリース (Kries S. 612) は單に之を主問中に收容するを制止するに止まるなり。

(三) 傍問の肯定は訴を否定するの作用を來せとも、訴を訂正するの作用は及ぼすことなし。當事者竝に陪審員は法律上の原因の反對なるものを存せざる限りは、傍問の提出を強制することを得へし(刑事訴訟法第二百九十六條)。公判の結果刑罰消滅原因にとつての充分なる端緒の供給ありたるときは裁判所は、「適當の場合に」(刑事訴訟法第二百九十五條第一項)職權を以て *ex officio* 此の問を發す。即ち此の場合にあつても亦事實それ自體の暗示ありたるものと認めらるるや否や、及び場合に依つては此の點に指向せらるる特別なる發問を適當とせざるや否やの二重の裁量上の決定を存する次第なりとす。

(四) 種々なる形式に於てする現實の悔悟 *dis tilige Reue* (消防、取消等の如き)の競合及び其の程度に於て刑事訴訟法第二百九十五條の意味に於ての刑罰消滅原因の同一犯罪構成事實の許に於ける競合は、實體法の狀況上不可能とする所にして、原則としては其の何れの消滅原因の擇一も問題たる能はざるを以て常とす。然れども決闘の仲介人に對する起訴については、決闘の開始に先たちて當事者か自發的に決闘を拋棄したりしや否や、又は決闘の仲介人のみか之を防止せんとして眞摯なる努力を爲したるに止まるや

否やの點に關する疑問を禁すへからす〔註八〕。中止を以て刑罰消滅原因に數ふることを必要とするに於ては、かくの如き擇一關係の發生すること往々にしてあり得べきなり（中止か現實の悔悟かの擇一）。

〔註八〕 刑法第二百九條は決闘の行はれたることを條件とするにあらざるなり。

かくの如くにして裁判所にとつて進退兩難の窮境を發生するものと認めらるゝこと往々にしてあり得へし。即ち數個の刑罰消滅原因を各別に問ひ、之に依つて陪審員の三分の一以上又は更に一步を進めて其の多數者か何れか一の消滅原因を認めたるに拘らず、恐らくは其のすへての否定を來すか、又は特別の問を發することを怠りて、主問の評決に際し罪責及び刑罰を否定する意見の追加せらるゝ危険を賭するかの進退兩難に陥るなり。

然れども特別な發問を爲すを適當又は必要と認めらるゝ場合には、前なる弊害は數個の消滅原因を同一の問に擇一的に結合することに依つて之を避くることを得べく、而して此の擇一關係は別に懸念すべき所なし。蓋し問の各項の肯定は特定の罰則の不適用と云ふ同一の法律上の作用を有するものなるを以てなり。

決闘の仲介人が爾他の關係人、當事者其他と同時に起訴せられたる場合にあつても、以上の擇一問題か仲介人にとつて問題たることあり得へし。勿論刑法第二百四條の消滅原因はすへての被告人に對して統一的にのみ之を認定することを得べく、即ち其の中の一人については無造作に認定し得べく、他人にとつ

ては擇一的にのみ之を認定することを得る次第にはあらざるなり。然れども後者 *Nachmann* に對する傍問、此の場合にあつては擇一的の傍問は、前者（數人の前者）に關する罪責問題の否定あり、即ち前者についての傍問（單純傍問）は答申せられざるか、又は先行の主問の肯定あり、先行の傍問の否定ありたることを條件とすへし。前者（當事者）についての單純傍問（決闘の拋棄に關する）の否定は、後者（決闘の仲介人）についての擇一的傍問（決闘の拋棄又は防止の努力に關する）の肯定と相矛盾することなかるへし。

(五) 偽誓の場合にあつては現實の悔悟は單に部分的に刑罰の消滅の結果を來すに止まる（刑法第二百五十八條）。かくの如き部分的刑罰消滅原因 *Tilstraffungsbegründung* は陪審手續に於ては法定減輕原因と同様に處遇せらるゝものにして、其の然るか故に明示的に陪審員に此の點を問ふことを必要とす。此の明示的の發問は或は傍問に於てすることを得べく、或はまた事情を主問中に收容することに依つて之を行ふことを得へし（例へば被告人は……偽誓を爲したれども……然も供述を取消したるにつき罪責ありやと云ふか如き形式に於てす）。此の場合にあつては或る程度まで以上の方法に於て相當なる法定減輕犯の擬制あるなり。されはこそ——擬制を發生せしむるの故を以て——此の最後に擧げたる様式を排斥するは不可能なり。蓋し刑事訴訟法第二百九十五條に於ては選擇を爲すの權利を裁判所の自由に放任するを以てなり。不真正なる法定減輕原因か刑法第五十七條の真正なる法定減輕原因のひと競合したるときは、重複し

て刑の減輕を行ふこと不可能なるも、二の方向に於て發問を爲すを必要とす。蓋し競合の事實は刑の量定につき重要にして、且また兩個の原因中の何れか一を認定せんことを欲するや、若は其の双方を認定せんことを欲するやは陪審員の任務たる事項に屬する次第なるを以てなり。

惟ふに擇一的發問は不合法たるへし。蓋しかくの如き發問方法は真正なる法定減輕原因と不真正なる法定減輕原因とを結合するものにして、即ち罪責問題の成分と刑罰問題の成分とを同等の地位に置く次第なるを以てなり。

第二十七款 減輕事情に指向せらるゝ傍問

刑事訴訟法第二百九十七條〔註一〕中に於て此の間を陪審員の評決に附託することとせるは實質上不合理にして、多くの形式上の煩累の因を成すものなりとす。〔註二〕。

〔註一〕一八五二年のプロシヤ陪審法第八十四條、一八六七年の同邦刑事訴訟法第三百二十一條、一八五七年のオルデンブルグ刑事訴訟法第三百二十七條第一項、一八五五年五月十五日のワルデック邦法第二十條（オルデンブルグ及びワルデックの兩邦は一八五二年四月十四日のプロシヤ刑法典を採用し、同時にフランス刑法に於ける減輕事情の制度を輸入したるなり）。

フランス刑事訴訟法第三百四十一條は裁決を陪審員の任に屬せしむるも、特別なる問に對す

る答申の形式に於てすることなく、主問の肯定に對する追加の形式に於てす。裁判長は單純なる多數を以て減輕事情を認定する陪審員の權利に關して説示を爲すを要す。評決の結果重罪として加重したる行爲を輕罪に減輕するときは、減輕事情に關する決定は裁判所に移る。尙ほ Gauraud, Précis n. 246; Sirey et Malepeyre zu art. 341 Bea. 27 f. 只出版に關する輕罪の場合に限り此の權限は陪審員に殘留す。 Fubregnettes, Traité des infractions de la parole Bd. 1 S. 498.

〔註二〕尙ほ Peterson in Gotkl. Arch. Bd. 28 S. 409 f.

(一) 陪審員の爲す減輕事情の認定は裁判所に向つて如何なる具體的の行爲要素に於て減輕事情を存するものなりやの點に關して何等の説明をも與ふるものにあらず。陪審員自身か此の點に關して辯明を與ふることなく、全然錯雜せる全般の印象に従つて裁判を爲すこと極めて有り得べき所なり。而して裁判所は陪審員か如何なる事情を想像したるものなるべきかを推測するに努めざるへからざるか、また刑の量定を爲すに當つて此の要素の輕重如何を評價するを要するか。かくの如きは到底履行すへからざるの要求たるべく、剩す所は只裁判所か減輕事情を認むることに依つて定まる刑の範圍内に於て獨立して刑を量定するの一途のみ。然り而して此の場合に陪審員の減輕的なるものと認むる事情を裁判所か減輕原因として認めず、却つて反對に之を刑の加重原因として認むるか如きこともあり得へし。かくの如くそれ自體の中に矛盾

盾を含める判決は到底正當なるものと爲し難き所なり。

陪審員が減輕事情を否定したるに當つて、裁判所は之を肯定したりしときは、刑は通常の最低限に接近すへし。即ち陪審員の立場より見るときは輕きに過ぎ、裁判所の實質上の心證に依れば既に苛酷に過ぐるものと認めらるへし。されば此の場合にも亦兎に角表裏ある不當の判決なるものなりとす。

法律に對する如上の抗議は極めて一目瞭然たるものありて、之を看過するか如きは殆ど解し得ざる所なり。甲の裁判所よりして刑の量定原因の存否に關する抽象的の言明を要求し、乙の裁判所に對して具體的の刑の量定を委任するか如き擧は如何にして可能たりし所なるか。

(二) 陪審員の携はるは減輕事情に關する裁決に限るものにして、是と類似の刑の量定問題たる「情狀重からざる」場合 „minder schwere“ Falle、「特に輕微なる」場合 „besonders leichte“ Falle の認定には携はることなし(刑法第九十四條、「譯者註一」第九十六條「譯者註一」第五十七條第四號「註三」)。

〔註三〕 ダルケ (Dalke, Fragestellung, S. 55) の所説は正當ならず。

舊來の諸法にあつては「特に輕微なる」場合、「情狀重からざる」場合の判斷は、明示的に陪審員の權限より除外せらるゝこと往々にして然りとせり。一八五〇年のハノーファー陪審法第八十八條第九項、一八五九年の同邦陪審法第九十四條第九項、一八六九年のハムブルグ刑事訴訟法第二百一十一條第六項等。

〔譯者註一〕 こゝに引用したる刑法の規定左の如し。

第九十四條、皇帝又は自己の邦主に對する暴行又は自己が聯邦中の一邦に居住中其の邦の邦主に對する暴行につき有罪となりたる者は、終身間の懲役又は終身間の要塞禁錮を以て罰し、情狀重からざる場合に於ては五年を下らざる懲役、又は同一刑期の要塞禁錮を以て罰す。要塞禁錮に併せて現に在任中なる公職並に選舉に由來する權利の剝奪に處することを得。(第二項) 減輕事情を存するときは、五年を下らざる要塞禁錮とす。

第九十六條、自己の所屬邦の邦主の家族若は攝政に對する暴行又は自己の聯邦中の一邦に居住中其の邦の邦主の家族若は攝政に對する暴行の罪を犯したる者は、五年を下らざる懲役又は同一刑期の要塞禁錮を以て罰するものとし、情狀重からざるときは五年以下の懲役又は同一刑期の要塞禁錮を以て罰す。(第二項) 減輕事情を存するときは五年以下の要塞禁錮とす。

(三) 法律が減輕事情を顧慮せる限りは、檢事、辯護人若は被告人の請求ありたるときは之を問ふ傍問を發することを必要とし、また職權を以て *ex officio* かくの如き傍問を發することを得へし(刑事訴訟法第二百九十七條)。而して陪審員は是か申立の權利を有せざるなり。

此の傍問を發するの條件は主問の一部否定ありたることに限つて減輕事情の斟酌せらるゝ場合にあつても尙ほ之を存するものにして、此の場合には減輕事情を認むる犯罪を殘存するなり。是は二の場合に於て

然りとするを見る。即ち單純なる減輕事情の認めらるゝに當つて主問か法定加重犯に指向せらるゝとき、竝に情況の否定あるに當つては減輕事情を承認する同等の地位に在る犯罪構成事實を生ずるに至る（謀殺——故殺）犯罪に主問の指向せらるゝ時なり。主問は肯定せらるゝも、當位の行爲部分（法定加重資格、實行の際に於ける豫謀）は否定せらるゝべき場合にあつては、傍問を發することを必要とするなり。

法定加重犯に指向せらるゝ主問を發することをなすして、之を普通犯に指向することとし、之に法定加重原因に指向せらるゝ傍問を添付することを得へし。此の場合にあつては減輕事情に指向せらるゝ問は第一の問の肯定、第二の問の否定に因て左右せらるゝものなりとす。檢事、辯護人及び被告人はかくの如き問の様式を強制することを得へし（刑事訴訟法第二百九十六條）。然れども減輕事情を問ふ問を求むる是等の者の權利は、是等の者が同時に法定加重資格を傍問中に移さんことを要求したるの事實に依つて左右せらるゝものにはあらざるなり。

當事者はまた減輕事情を問ふに必要とする條件（一部肯定、一部否定等の如き）をも自ら構成すること必要とせず。申立ありたる問の認否は常に判事の職權審査に屬する所なり。然れども當事者は其の申立を數個の未必關係の中の一に制限するを得るものなるは素より言を俟たざる次第なりとす。

(四) 普通犯につき減輕事情を認むるも未だ必ずしも法定加重犯に對しても亦同じ減輕事情を認むる次第にはあらず。法定加重犯に對する肯定は同時に普通犯に對する肯定たるものにあらず。法定加重の強盜に

對して減輕事情を是認し、其の中に存在する普通強盜に對しては減輕事情を是認することをなさざるは決して矛盾を意味するものにあらず。其の逆も亦然り。只刑法第二百四十九條〔譯者註二〕及び第二百五十條其他に於て減輕事情を認めたる法定加重強盜は決して減輕事情を除外しての普通強盜より軽く處罰することを得ざるものとせる刑の限界の劃定の不合理なるは極めて憾むべきものたること勿論なりとす。

〔譯者註二〕 刑法第二百四十九條の規定左の如し。人身に對する暴力を以て、又は身體若は生命に對する現在の危険を以てする脅迫を施用して、違法に獲得するの意圖に於て他人より其の動産を奪取したる者は、強盜の故を以て懲役を以て罰す。（第二項） 減輕事情を存するときは六月を下らざる禁錮とす。

以上述べたる所に依り普通犯と法定加重犯との二個の犯罪につき減輕事情を認めたるときは、双方の場合に對して——法定加重犯又は普通犯の認定——又は此等の二の場合の何れか一のみについて問を發することを得へし。

主問か法定加重を包含する場合に於て、双方の關係に於て減輕事情を問ふべきときは、一個の傍問を以て足れりとし、此の傍問は主問の全部肯定の場合に於ても、はたまた法定加重を除外しての肯定の場合に於ても答申を必要とするなり。

傍問中に於て法定加重資格を別除したるときは、主問と法定加重の傍問との肯定ありたる場合につき、

又は其の前者のみの肯定の場合について同し條件の下に減輕事情を問ふことを必要とす。法定加重の傍問の答申か如何なるにもせよ認定の行はるることを必要とすへきに拘らず、一に主問の肯定の場合についてのみ減輕事情を問ふは誤解たるへし。蓋し法定加重資格の認定ありたるにも拘らず普通犯につきて減輕事情を肯定することを得へからざるを以てなり。

法定加重資格を併せ包括する主問に對して發問を一個の未必關係——普通犯又は法定加重犯の確認——に制限するを要するときは、此の前提條件を明瞭に識認せしむへし。

如何なる事情の下にあつても問は罪責傍問に追隨することを必要とするなり。

(五) 共犯の場合にあつては決して必然的にすべての被告人につきて問を發するを要するものにあらず〔註四〕。減輕事情は加擔者の一人についてのみ之を存し、他の加擔者には之を存せざることあり得へきを以てなり。

〔註四〕 Löwe-Hellweg § 297 Bem. 3 を參照すへし。

主問と補問との競合する場合にあつても双方の犯罪構成事實か減輕事情を認むるときは、それぞれの犯罪につきて之を問ふことを必要とせず〔註五〕。かくの如き競合行はれたるときは、主問又は補問の肯定ありたる場合につきて答申すへき一個の傍問を以て足れりとす。

〔註五〕 RG 3. Str.-S. R. VII S. 471.

(六) 法律上問は減輕事情に對してのみ無條件的に指向することを得へく、特定の刑罰量定原因には指向することを得ざるなり。

(七) 想像的併合罪は數罪 Verbrechenmehrheit なり。されは同種の想像的併合罪及び異種の想像的併合罪につきて、想像上に競合せるそれぞれの犯罪に向つて、法律上斟酌を受くることを條件として減輕事情に指向せらるる問を各別に發することを必要とす〔註六〕。問は甲の犯罪については暗示的なることあるへく、乙の犯罪については然らざること極めて往々にしてあり得へし。裁判所は當事者か一個の犯罪のみについて發問を申立てたる場合に、職權を以てして ex officio 他の犯罪についても問を發するを強制せらるることなく、陪審員は甲の犯罪については問を肯定し、乙の犯罪については之を否定することを得へきなり。

減輕事情は (一) (a) の問、(一) (b) の問其他の肯定ありたる場合につき問はるるものなりとす。

〔註六〕 ヒュッキング (Hücking in Goldt. Arch. Bd. 31 S. 232) キョエーラア (Köhler, Grenz-

linien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz S. 163 f.) の所説正當なり。

然れども人或は異論を唱えて云はん。法律は想像的併合罪の場合には一個の行爲のみを認むるものにして、想像的併合罪を一罪 Politsainheit に制限し、また反對に想像上に競合せる一個の犯罪丈け犯罪構成事實を擴張するも之を以て訴の變更と認むることなし。然も一個の行爲については減輕事情は存する

か、存せざるかの二途の何れか一あり得べきのみにして、部分的に存在することは得へからず。されはすへての犯罪につきて問を許さるときは此のすへての犯罪につきて問を發することを必要とし、特に全體として問を發せざるへからずして、從つて肯定又は否定は統一的にのみ行ひ得べき所とす。此の見地よりするときは甲の犯罪につき減輕事情を肯定し、乙の犯罪につきて之を否定する評決は矛盾撞着を包含するものとすへく〔註七〕、否、一個の犯罪についてのみ減輕事情の認めらるる場合に於ても問はすへての犯罪につき統一的に之を發することを必要とすへしと〔註八〕。

〔註七〕 即ち大審院刑事第二部及び第四部の判例 (RG 2. Str.-S. E. Pl. 5 S. 155 u. Pl. 14 S. 8 f. 4. Str.-S. R. X S. 158) の所説かくの如し。兎に角是等のすへての場合を通して法律の競合を存し、而して裁判は此の見地の下に正當なり也。

ローウェー・ヘルウェヒ (Löwe-Hellweg § 297 Bem. 4e.)、ダルク (Dalko, S. 104)、ステングライン (Stenglin § 292 Bem. 6) 等も亦大審院の裁判に同じとす。

〔註八〕 即ち RG 14 S. II の所説かくの如し。之に反し 4. Str.-S. bei Gold. Pl. 40 S. 148 正當なり。

然れども此の異論の論結の中に既に此の異論そのものに對する適切なる反駁を存するものと謂はざるへからず。刑法中に於ける想像的併合罪の盧遇は謬れりと雖、必要止むを得ざるの理由あるにあらずして

此の誤れる處遇よりして、本來不當なる別段なる推論を演繹することを許さず。寧ろ理論と實際とは其の現行法の規定に違反することなくして可能とする限りに於て常に正當なる見解を貫徹せざるへからざるなり。

尙ほまた裁判所はそか職權を以て一個の犯罪についてののみ問を發する場合にあつては、之に依つて吸收主義 Absorptionsprinzip の原則に従つて刑を言渡すことを必要とすへき犯罪を識認し得へからしむるの程度に於ては、決して刑罰問題の解決を豫決するものにあらざるなり。

蓋し問は他の犯罪についても同様に之を發することを得へく、裁判所はあらゆる犯罪を肯定する場合にあつても、減輕事情に關する認定は如何に行はるるにもせよ、吸收の問題を判斷するの點に於て全然自由なる裁量を爲すの餘地を與へらるるなり。

(八) 法條競合の場合にあつては減輕事情は別様の判斷を受くるものなり。

同等の地位に在る法條の競合の場合にあつては複問 Mehrheitsfrage を發することなく、寧ろ綜合單問 kombinierte Einzelisfrage を發するものなるか故に、競合せる法條中の一のみか減輕事情を認むるに止まる場合にあつても、傍問は陪審員に向つて常に統一的にのみ之を發することを得へし〔註九〕。即ち第三百六條〔譯者註三〕に依る放火(減輕事情を認めず)と保險詐欺(減輕事情を承認す)との競合の場合の如し。統一的の行爲に對しては統一的にのみ問を發することを得へく、また統一的にのみ之に對し答申

を與ふることを得へし。蓋し行爲の全般の事情上減輕原因を存するや否やの點に限り審査を指向することを得べきを以てなり。然れども陪審員か主問の一部否定に依つて減輕事情を認むる唯一の法定犯罪構成事實を排斥する場合にあつては問は消滅す。此の場合については傍問に答ふることは無用たるべく（然れども先行の問と相矛盾することなし）、主問か全體として、又は少くとも相當の犯罪構成事實の標識に従つて肯定せらるる場合に其の意義を有するに止まるなり。

〔註九〕 反對 Bischoff in Goltd. Arch. Bd. 42 S. 363.

〔譯者註三〕 刑法第三百六條の規定左の如し。左の各號の一に該當する物件を故意に燒燬したる者は、放火の故を以て懲役を以て之を罰す。(1) 禮拜上の集會の爲に特定したる建築物、(2) 建築物、船舶又は人の居住の爲にせらるる小舎、又は、(3) 一時的に人の滞留の爲に使用せらるる場屋、特に人か其の内部に滞留するを常とする時期に於て。

かくの如き競合の別段なる一例は妻、子其他に對する陰險なる策略を施用しての淫行媒合（刑法第八十一條第一號及び第二號〔譯者註四〕）にして、其の際減輕事情は第一の點に於てのみ承認せらるるものとす。刑法第八十一條の規定の起點とせる常習的にあらず、また利己的にあらざる淫行媒合は本條第一號又は第二號の要素の添加せらるる場合に有罪たるものにして、是か競合は同等の地位に在る法條の競合を生ずるなり。

〔譯者註四〕 刑法第八十一條の規定左の如し。淫行媒合は其の常習的に行はれたるにあらず、また利己心に基きて行はれたるにあらざるに於ても、左の各號の一に該當するときは五年以下の懲役を以て罰すへし。(1) 淫行を助成する爲に陰險なる策略を施用したるとき、(2) 責任者か媒合の客體たる人物と夫の妻に對し、親の子に對し、後見人の被後見人に對し、僧侶、教師又は教育者の是よりして授業又は教育を受くる者に對する關係に在るとき。(第二項) 懲役に併せて公權の剝奪を宣告すへし。尙ほ同時に百五十馬克以上六千馬克以下の罰金並に警察監視に處することを得。(第三項) 第一項第二號の場合に於て減輕事情を存るときは禁錮とし併せて三千馬克以下の罰金に處することを得。

減輕事情の確認は裁判所か之を認むる法律に従つて刑を定めたる限りに於ては、減輕事情の確認たるものとして效力を有するものなれども、減輕事情を認めざる相競合せる法條の適用せらるる場合にあつても、之を認むるは刑罰量定の要素として重要なり〔註十〕。然も減輕事情の承認は之を阻却する行爲の構成 Tatgeschehnung を同時に存するの故を以て水泡に歸すへしと異論を唱ふる能はず。蓋し甲乙何れの法條か重きを爲すものなりやは、其の後に至つて初めて裁判所の決定するを要する所なるを以てなり。然り而して減輕事情は陪審員の領分に屬するものなるか故に、陪審員か減輕事情を認むる法條の適用し得べきを條件として此の點に關して宣告を爲すは極めて當然の事理にして、此の場合にあつては別段の行爲要素を

併せ斟酌するを要するも、然も其の法條の見地の下に行爲の態様として觀察せらるるに止まるなり。

〔註十〕 反對 Bischoff a. a. O. S. 357. 曰く、裁判所は陪審員の當該の判斷を全然看過するを要するも、然も減輕事情を認むる法條の見地の下に統一的の行爲に對し裁判所の間に基きて、減輕事情の承認せらるるの事實に無頓着なる能はず。只刑罰量定の要素に對して特定的作用を附すること能はざるは素より言を俟たずとす。

法條競合は同一基本犯の數個の法定加重資格中にも存することあり。かくの如き場合に於ては減輕事情はあらゆる法定加重資格の後に至つて初めて之を問ふを要するものとし、此の減輕事情か其の中の一のみについて問題たるへき場合にあつても尙ほ且然りとす。蓋し別段なる法定加重資格の存在は減輕事情を認むる法條の立場よりも亦行爲の觀念の上に影響を及ぼし、其の然るか故に審査に當つて著しく併せ重きを爲すものなるを以てなり。あらゆる法定加重資格につき問を發することを許さるる場合にあつても、問は只一度だけ發すへきものとすること絶對的に必要なりとす。

例へは官吏其の職務を執行するに當つて故意に兇器を以てする傷害罪を犯したるときは、刑法第二百二十三條^a及び第三百四十條第一項〔譯者註五〕に依り法定加重資格の根據を與ふるに至り、而して此の双方の法定加重資格につき何れも減輕事情を認めらるるなり。之に反し人を拷責したる持兇器強盜は前なる點に於てのみ減輕事情を認めらるるに止まれども、第二百五十一條に依る刑の量定については、持兇器強

盜それ自體につきて減輕事情を承認するを要すへきや否やを併せ重要なりとす。

〔譯者註五〕 第三百四十條の規定左の如し。官吏其の職務の執行中又は其の職務の執行の機會に於て故意に傷害罪を犯し、又は犯さしめたるときは、三月を下らざる禁錮を以て罰す。減輕事情を存するときは刑は一日以上の禁錮に減輕し又は九百馬克以下の罰金に處することを得。(第二項) 傷害重きときは二年を下らざる禁錮に處すへし。減輕事情を存するときは三月を下らざる禁錮とす。

裁判所は陪審員の手よりして競合せる法條中に規定したる犯罪構成事實を受領し、當事者の申立又は官憲の裁量かかくの如き補完を導きたるときは、減輕事情に關する判斷と併せて之を受領し、此の基礎の上に刑罰の確定を行ふなり。而して判決の評議を爲すに當つて減輕事情の重要なことか判明するに至りたりとするも、裁判所は爾後に至つて減輕事情につき陪審員に向つて發問を爲すこと能はざるへし。

(九) 實質的に競合せる各犯罪については減輕事情に指向せらるる問を各別に發することを必要とするものなることは、殆ど特に記載するの必要なかるへし〔註十一〕。

〔註十一〕 RG. Far. S. E. Bd. 2 S. 227. をも参照すへし。
之に反し連續犯の一罪 die Deliktsinheit des fortgesetzten Verbrechen^s 又假想的一罪 die künstliche Verbrechenseinheit の兩者か同種の犯罪行爲に於て表明せらるる限りに於ては、全體としての行爲と個

々の行爲のすへてとに關係する一般的の傍問は能く之に適合するものと謂はるへからず〔註十二〕。不同種の（異なる法律の規定の下に包括すべき）個々の行爲が部分的にのみ減輕事情を認めらるるときは、傍問は全體としての主問の肯定又は少くとも相當せる各個の行爲に依る主問の肯定を條件とするなり。

〔註十二〕 RG 4. Str.-S. E. Bd. 34 S. 241 を参照すべし。

(十) 法律中には除外例の設けなきか故に、減輕事情に關する裁決は事か累犯に關する場合にあつても、累犯の條件は裁判所に於て審理を爲すことを必要とするものなるに拘らず、尙ほ之を陪審員に附託することを必要とす。此の如き事件の取扱ひ方は累犯に依つて法定加重せられたる犯罪についてのみ減輕事情を認められたるにもせよ、又は普通犯についても減輕事情の認められたるにもせよ平等一律に不合理なり。まつ其の後なる場合につきて考察せん。

(1) 普通犯についての減輕事情の否定、例へば刑法第二百六十三條第二項〔譯者註六〕に依る詐欺は、決して累犯罪たる刑法第二百六十四條第二項〔譯者註七〕の場合についての減輕事情の否定を其の必然的結果とするものにあらず。蓋し前記の犯罪 *Vordelik* の輕微なること其の他の中に特殊の減輕原因を認むることを得べきを以てなり。而して普通犯の場合に於ける肯定か法定加重犯についての同し認定を包含するものにあらざることは極めて確實なり。減輕事情の下に累犯罪を犯したりしや否やの問題は、累犯の抽象の下に之を答ふることを得へからず。従つて單純なる詐欺についての陪審員の減輕事情の肯定

は、決して裁判所を強制して累犯の認定の下に於ても亦被告人に對して減輕事情を認めしむるものにあらず、否、其の權利をすら與ふることなかるべし。寧ろ傍問か累犯罪にとつて重要たるべき場合にあつては、此の點を明示的に援用するに於てのみ傍問を發することを得べし。即ち主問の肯定ありたる場合に於て且又被告人は國內に於て詐欺の故を以て既に一度處罰せられ、爾後に犯したる詐欺の故を以て再度處罰せられたること（刑法第二百六十四條）其の他を裁判所か認むるを要するの別段なる條件の下に、減輕事情を問ふべきものとす〔註十三〕。而して普通犯の減輕事情については未必的に特に陪審員に問はるべからず（主問の肯定ありたる場合につきて）。此の場合にあつては此の傍問を先頭に置くことを必要とすべく、第一の傍問の肯定あり、第二の傍問の否定あるもそれは決して矛盾たるものにあらず。正當なる見解に依れば第一の傍問の否定あり、第二の傍問の肯定ある場合も亦矛盾たるものにあらずとす。然り而して普通犯若は法定加重犯の何れか一方の場合に傍問を制限することも亦全然可能とする所なりと爲す。

〔註十三〕 ヒュッキングの所説 (*Hicking in Goltd. Arch. Bd. 34 S. 241*) は正當なり。

〔譯者註六〕 刑法第二百六十三條の規定左の如し。自己又は第三者に違法の財産上の利益を致すの意圖に於て虚偽の事實を衒示し、又は眞實の事實を曲説若は雍蔽して錯誤を喚起し又は錯誤を維持することに依つて、他人の財産に損害を加へたる者は詐欺の故を以て禁錮を以て罰するものとし、併せて三千馬克以下の罰金並に公權の剝奪に處することを得。（第二項）減輕事情を存

するときは罰金のみに處することを得。(第三項) 未遂を罰す。(第四項) 親屬、後見人又は教育者に對して詐欺を犯したるときは、告訴ありたる場合に限り之を訴追すべし。告訴の取下を許す。

〔譯者註七〕 刑法第二百六十四條の規定左の如し。國內に於て詐欺の故を以て一度處罰せられ、爾後に犯したる詐欺の故を以て再度處罰せられたる者は、再應犯したる詐欺の故を以て十年以下の懲役を以て罰し、同時に百五十馬克以上六千馬克以下の罰金を以て罰す。(第二項) 減輕事情を存するときは三箇月を下らざる禁錮とし、併せて同時に三千馬克以下の罰金に處することを得。(第三項) 第二百四十五條に掲載したる規定は本條の場合にも之を適用す。

かくの如き二重の發問とかくの如き第二の傍問の條件付形式を懸念すべきものと認むる者は、累犯についての減輕事情の確認を裁判所に一任することを必要とするも〔註十四〕、然も刑事訴訟法第二百九十七條は此の點に關する裁決を一般的に陪審員に指定するなり。

〔註十四〕 *メーウエ* (*Meyes in Gold. Arch. Bd. 44 S. 61*)、*ダルク* (*Dalcke, Fragestellung S. 106*)の論する所亦かくの如し。

(2) 普通犯についての減輕事情の肯定か累犯犯罪についても亦作用を及ぼすものと爲すの假定は後なる減輕事情のみの認めらるる場合に於ては其の用を爲さざること自然の數なり。此の場合に於ては一個

の、特に二重に條件を伴ふ傍問(主問の肯定ありたることを裁判所が累犯を確認したることとの二個の條件を伴ふ)のみか問題たることを得るに止まる。

主問の肯定ありたる場合のみにつき陪審員に減輕事情を問ひ(註十五)、問は累犯の條件の下に發せらるるものなるを法律上の説示中に於て陪審員に開示するの誤れることは疑を容れざるべく、かくの如き形式に於て減輕事情を認定する評決は、刑事訴訟法第三百九條〔譯者註八〕に依り之を更正することを必要とすべし。蓋し此の場合に陪審員が累犯犯罪、例へば刑法第二百四十四條〔譯者註九〕に依る窃盜を眼中に置きたりとせば、此の事案に於ける評決は不明確たるべく、之に反し、陪審員が普通犯例へば刑法第二百四十二條〔譯者註十〕に依る窃盜を考慮したるものなりとせば、其の評決は矛盾を包藏することとなるべし。蓋し法律は此の犯罪構成事實につきて減輕事情を認むることなきを以てなり。

〔註十五〕 *ローウエ＝ヘルウエ* (*Löwe-Hellweg § 297 Bem. 5*)、*ベンネッケ＝ペーリン* (*Bennecke-Beling § 125 Anm. 25*) の所説亦かくの如し。 *RG Str.-S. bei Gold. Bd. 41 S. 60 f.*

も亦此の意味に於てせり。

〔譯者註八〕 刑事訴訟法第三百九條の規定左の如し。裁判所か評決を以て形式の點に於て法律の規定に適せず、又は事件に於て不明瞭、不完全若は相互に相矛盾するものと認めたるときは、裁判長は其の責問ありたる瑕疵を補正する爲に、評議室に退かんことを陪審員に勸告す。〔第二項〕

裁判所が評決に基きて判決を言渡さざる間は本條の指圖を許す。

〔譯者註九〕 刑法第二百四十四條の規定左の如し。國內に於て窃盜、強盜として、若は強盜と同様に、又は賊物授受者として處罰せられたる者爾後に再度是等の行爲の一を犯し、其の行爲の故を以て處罰せられたる場合に於て、犯人が普通窃盜（第二百四十二條）を犯したるときは十年以下の懲役を以て罰し、重窃盜（第二百四十三條）を犯したるときは二年を下らざる懲役を以て罰す。（第二項） 減輕事情を存するときは普通窃盜については三箇月を下らざる禁錮、重窃盜については一年を下らざる禁錮とす。〔譯者註十〕 刑法第二百四十二條の規定左の如し。違法に獲得するの意圖に於て他人より其の動産を奪取したる者は、窃盜の故を以て禁錮を以て罰す。

(1) 及び(2) について。累犯犯罪についての傍問は職權を以て適當と認めたる時、又は當事者の一方の申立ありたる時は刑事訴訟法第二百九十七條に依り之を發するを要す。然れども此の間か唯一に重要たることあり得べき條件は裁判所に依る累犯の認定なり。事件の状況上累犯の條件を存せざるべきことを疑を容れざる場合にあつても、犯罪か累犯に於ては減輕事情を認めたる上にて法定加重せらるると云ふ理由のみにより當事者の請求に基きて問を發せざるへからすと云ふ裁判所の義務なるものは之を想像することを得へからざるへし。裁判所は公判の經過中に事實上若は法律上の原因に基きて累犯の條件か曖昧たるに至

りたる場合にあつても、公判開始決定中に於て累犯を認めたりしときは、——原則として——問を許すを以て常とすへし。之に反し普通犯の故を以て公判開始の決定ありたる場合にあつては、裁判所は刑事訴訟法第二百六十四條に依る指示を是と結合するにあらずして、且被告人の申立ありたる時は本手續を猶豫することを必要とすへきの論結を以てするにあらずしては傍問を發することを得へからざるへし（刑事訴訟法第二百六十四條第三項）。然れども裁判所は刑事訴訟法第二百六十四條の處分を爲すの義務を負へると共に、累犯を生ずることあるべき相當の事情、即ち裁判所の義務としての審査に服すべき條件の判明したる場合に限り是か權利を有するものなりとす。かくの如き事情を存せざる時は、其の申立ありたる傍問を却下するを要す。被告人其他にかくの如き傍問を發せんことを求むる絶對的の權利を與ふるは、同時に陪審員の面前に於ける普通窃盜に基くあらゆる起訴の場合に、是等の者に對し無條件の延期の權利を與ふるものに外ならずと謂ふべきなり（刑事訴訟法第二百六十四條第三項）。

陪審手續に於て裁判所が爾後に至つて累犯を認定し、又は之を否定するは、裁判所にのみ歸屬して、陪審員には歸屬することなき訴の訂正の唯一の場合なりとす。されはかくの如き例外たる獨特の訴の訂正權を存すればこそ公判開始決定か累犯を認めたりとするも裁判所も亦發問に際しかくの如き認定を維持し、累犯犯罪について減輕事情に關して發せんことを求むる申立ありたる傍問を許すの義務を負ふものにあらざるなり。

裁判所か條件を存せざるの故を以て傍問を却下したりし後に至つて、判決の評議に際し更に累犯を認むるの結果に到達することは、餘り有り得べきこととも思考せられざるも、強ち不可能の次第にはあらず。此の場合にあつては獨特の訴訟上の状態を生ずるを見るなり。公判開始決定か累犯を認めたるときは、其の然るか故を以て刑事訴訟法第二百六十四條第三項に基く被告人の延期請求權は之を存することなきも、第二項の準用あるものとす。蓋し傍問の却下ありたる後にあつては被告人は、累犯の法定加重資格に對して自己を防衛するの機會を有せざるを以てなり。然も此の機會は此の期に及んでも尙ほ被告人に對して之を與へざるへからず。同様にして檢事は累犯を主張するの精神を防衛するの權利を有せざるへからず。されは當事者双方は公判を再開して當事者双方に對して累犯問題につき演述を爲すことを得しめざるへからざるなり。其の申立の可否は、公判開始決定か普通犯に關するものなりしときは、全然刑事訴訟法第二百六十四條に従つて處置を爲すべく、即ち被告人の申立ありたるときは公判の延期をも許可すべく、而して是か期間は判事の裁量に屬せしめらるるなり。減輕事情に關して傍問を發せんことを求むる權利は重要な防禦の手段なり。されは當事者の何れか一方の申立てて、前に却下ありたる傍問は今となつては之を發せざるへからず。蓋し當事者の請求に基きて傍問を發するの義務を成立せしむべき、裁判所か累犯を認めたりと云ふ條件か、今となつては具備せらるるに至りたる次第なるを以てなり。

同様にして此の場合に至つても尙ほ當事者の申立を新に許すことを必要とすべく、問は職權を以てしても尙ほ之を發することを得へかるへし。勿論原則としては更正の必要な評決の公示ありたるときは、爾後に於ける陪審員に對する發問を禁止せらるること素より言を俟たざる所なれども、刑事訴訟法第二百九十七條に依る別段なる問の條件か後に至つて初めて發生したる此の場合に於ては、必然的に一個の例外を生ずるなり。

かくの如くにして累犯犯罪についての減輕事情の場合に限り、發問、責任問題についての辯論（換言すれば減輕事情を存するや否やの問題に關する辯論）法律上の説示、評決、評決の審査及び刑罰問題についての辯論か更新せらるると云ふ奇異なる結果も之を甘受せざるへからず。刑事訴訟法第二百九十七條の根本的に不合理なる罪責勘定 *Sanktion* は從來看過せられたる此の論結に依つて一層豊富ならしめらるる次第なりとす。

號數	年	月	司法資料表題
第一號	大正一〇、一	二	定型アル犯罪ノ調査(賭博編)
第二號	一〇、二	二	第二回國際少年保護會議議事錄
第三號	一一、一	一	國際刑事協會獨逸支部ニ於ケル保護視察制度創設ニ關スル會議議事錄
第四號	一一、二	二	米國ノ家庭裁判所
第五號	一一、三	三	獨逸ニ於ケル檢事局及司法警察
第六號	一一、四	四	米國ニ於ケル少年裁判所ト社會
第七號	一一、五	五	第二回國際少年保護會議提出報告書第一集
第八號	一一、六	六	英蘭及うえーるすノ警察
第九號	一一、七	七	復權ニ關スル佛國法令
第一〇號	一一、八	八	獨逸ニ於ケル調停手續ニ關スル規程佛國戰時家賃法伊國小作契約法
第一一號	一一、九	九	英國ノ判事及ますたー論

第一二號	大正二一、一〇	英佛ノ辯護士法制
第一三號	一一、一一	獨逸ノ辯護士法制
第一四號	一一、一二	獨逸ニ於ケル監獄作業ノ經營竝ニ管理ニ關スル調査報告
第一五號	一二、一	辯護士倫理
第一六號	一二、二	獨逸國調停法草案及同理由書
第一七號	一二、三	英國監獄制度
第一八號	一二、四	獨逸國少年福利法草案同理由書及確定法文
第一九號	一二、四	獨逸國少年裁判所法草案及同理由書
第二〇號	一二、五	市加古少年裁判所ノ研究
第二一號	一二、五	勞働裁判法ニ關スル獨逸國裁判官會議議事錄及評論
第二二號	一二、六	(附) 統一の勞働法編纂委員會起草勞働裁判法私案
第二三號	一二、六	獨逸國ニ於ケル暴利取締法及活動ノ實況
		戰前ニ於ケル獨逸國ノ社會的立法(附) 丁抹ノ社會政策的立法概觀

第二四號	大正二二、七	獨逸國經營協議會法及關係法令集
第二五號	一二、七	獨逸國ニ於ケル賃率契約、勞働者及使用人委員會竝ニ勞働爭議ノ調停ニ關スル法制(附) 調停制度概觀
第二六號	一二、八	獨逸國ニ於ケル住宅及移住制度(附) 英國ニ於ケル農業小作紛議仲裁ノ實況
第二七號	一二、八	短期自由刑論
第二八號	一二、九	西班牙國假釋放ニ關スル法令集
第二九號	一二、九	獨佛英ニ於ケル商工業者ニ關スル特別裁判法制
第三〇號	一二、一〇	獨逸國勞働裁判所法草案及理由書
第三一號	一二、一〇	獨逸國少年裁判所法
第三二號	一二、一一	司法制度改良論
第三三號	一二、一一	獨逸新經濟法
第三四號	一二、一二	職業組合、仲裁及仲裁裁判竝ニ賃率契約ニ關スル立法例
第三五號	一二、一二	職業組合、仲裁及仲裁裁判竝ニ賃率契約ニ關スル立法例

(佛、伊、白、蘭國之部)
(奧國及瑞西部)

第三六號	大正一三、一	職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ貸率契約ニ關スル立法例 <small>(丁抹、瑞典、諾威之部)</small>
第三七號	一三、一	英國ニ於ケル略式刑事手續及すこつとらんどニ於ケル刑事手續
第三八號	一三、二	佛國借家借地法
第三九號	一三、二	職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ貸率契約ニ關スル立法例 <small>(英國、加奈陀之部)</small>
第四〇號	一三、三	佛國監獄制度及同職員令
第四一號	一三、三	職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ貸率契約ニ關スル立法例 <small>(南亞之部)</small>
第四二號	一三、四	職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ貸率契約ニ關スル立法例 <small>(濠洲之部)</small>
第四三號	一三、四	職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ貸率契約ニ關スル立法例 <small>(米國之部)</small>
第四四號	一三、五	英國法律生活概要及同國ノ刑事控訴制度
第四五號	一三、五	英國裁判所構成論(一、英國裁判官ノ地位 <small>附司法行政機關</small>)
第四六號	一三、六	英國裁判所構成論(二、英國ニ於ケル起訴官廳及辯護士ノ地位)
第四七號	一三、六	瑞西國辯護士法

第四八號	大正一三、七	露西亞事情
第四九號	一三、七	米國ノ刑罰制度
第五〇號	一三、八	獨逸國民事訴訟改正律令
第五一號	一三、八	英國裁判所構成論(三、下級裁判所ノ部 其一、治安裁判所)
第五二號	一三、九	英國裁判所構成論(四、下級裁判所ノ部 其二、州裁判所及檢屍官裁判所ノ組織)
第五三號	一三、九	英國裁判所構成論(五、中央審トシテノ英國高等法院ノ組織及權限)
第五四號	一三、一〇	佛國商事裁判制度
第五五號	一三、一〇	獨逸國ニ於ケル裁判所ノ組織及ヒ刑事手續ニ關スル法令
第五六號	一三、一一	英國裁判所構成論(六、地方審トシテノ英國高等法院及其他ノ上級裁判所ノ組織)
第五七號	一三、一一	獨逸國勞務契約法草案及評論(附)佛國勞働法正文

第五八號	大正一三、一二	米國少年裁判法
第五九號	" 一三、一二	英國裁判所構成論(七、英國ニ於ケル非訟事件裁判所、特種裁判所及仲裁裁判所ノ組織(附)裁判所相互ノ關係)
第六〇號	" 一四、一	不定期刑ノ言渡制度
第六一號	" 一四、一	改善不能性犯人ノ處遇
第六二號	" 一四、二	英蘭刑事訴訟法概觀及巡回裁判所ニ於ケル訴訟記錄
第六三號	" 一四、二	北米合衆國裁判制度(一、聯邦司法省ノ組織、職制及裁判制度)
第六四號	" 一四、三	獨逸國後見制度(前編)
第六五號	" 一四、三	獨逸國後見制度(後編)
第六六號	" 一四、四	刑ノ執行猶豫制度
第六七號	" 一四、四	假釋放
第六八號	" 一四、五	國際刑事學協會獨逸支部ニ於ケル行刑上ノ累進制度、宣

第六九號	大正一四、五	諸國刑法草案
第七〇號	" 一四、六	英國司法警察論
第七一號	" 一四、六	英國ニ於ケル少年犯罪者ニ對スル刑法上ノ處遇
第七二號	" 一四、七	司法行政上ヨリ見タル普國區裁判所ノ實務(第一編)
第七三號	" 一四、七	英國陪審ノ組織資格選定召集等ニ關スル省取調委員會報告書
第七四號	" 一四、八	漢堡ニ於ケル常設仲裁裁判所
第七五號	" 一四、八	司法行政上ヨリ見タル普國區裁判所ノ實務(第二編)
第七六號	" 一四、九	獨逸國陪審裁判所記錄附 秋山檢事鈴木判事視察報告書
第七七號	" 一四、九	刑罰ニ關スル制度(其一)
第七八號	" 一四、一〇	佛蘭西の政治組織(現代佛蘭西の政治、行政及司法制度の概觀)

第七九號	大正一四、一一	一九二五年獨逸刑法草案並ニ理由書(總則篇)
第八〇號	" 一四、一二	刑罰に關する制度(其二)
第八一號	" 一五、一	北米合衆國の刑事裁判(其一)
第八二號	" 一五、二	北米合衆國裁判制度(二、カリホルニヤ州の裁判制度)
第八三號	" 一五、三	北米合衆國の刑事裁判(其二)
第八四號	" 一五、四	一九二五年獨逸刑法草案並ニ理由書(各論篇)
第八五號	" 一五、五	陪審制度視察報告書集(附)ガルソン教授述陪審制度論
第八六號	" 一五、五	刑罰に關する制度(其三)
第八七號	" 一五、六	正義と貧民(其一)
第八八號	" 一五、七	正義と貧民(其二)
第八九號	" 一五、七	刑罰に關する制度(其四)
第九〇號	" 一五、八	刑罰に關する制度(其五)
第九一號	" 一五、八	英國に於ける警察裁判所
第九二號	" 一五、九	司法行政上より見たる普國區裁判所の實務(第三篇)

第九三號	大正一五、九	刑罰に關する制度(其六)
第九四號	" 一五、一〇	英國陪審の組織資格選定召集等に關する省取調委員會報告書 第二卷(其一)
第九五號	" 一五、一〇	諸外國に於ける辯護士制度概観
第九六號	" 一五、一一	歐洲諸國に於ける上訴制度
第九七號	" 一五、一一	佛國裁判制度(其一)
第九八號	" 一五、一二	佛國裁判制度(地方裁判所、控訴院、大審院の組織及權限)
第九九號	" 一五、一二	國際行刑會議報告書集(一)
第一〇〇號	昭和 二、一	國際行刑會議報告書集(二)
第一〇一號	" 二、一	公の秩序に對する犯罪に關する比較法論(其一)
第一〇二號	" 二、二	公の秩序に對する犯罪に關する比較法論(其二)
第一〇三號	" 二、二	英國陪審の組織資格選定召集等に關する省取調委員會報告書 第二卷(其二)

第一〇四號	昭和	二、三	司法に關する法制
第一〇五號	"	二、三	司法行政上より見たる普國區裁判所の實務(第四篇)
第一〇六號	"	二、四	司法行政上より見たる普國區裁判所の實務(第五篇)
第一〇七號	"	二、四	保安處分
第一〇八號	"	二、五	陪審裁判所に於ける發問(總則篇)
第一〇九號	"	二、五	陪審裁判所に於ける發問(各論篇)
第一一〇號	"	二、六	ケート・ウエブスター事件の陪審公判(英國著名裁判 其一)
第一一一號	"	二、六	單獨判官と司法官制
第一一二號	"	二、七	國際行刑會議報告書集(三)
第一一三號	"	二、七	國際行刑會議報告書集(四)
第一一四號	"	二、八	佛國刑事裁判所の組織及び司法警察
第一一五號	"	二、八	チエツコ・スロウアキア共和國の刑法典草案及同理由書 (總則篇)

第一一六號	昭和	二、九	米國の勞働法制(上)
第一一七號	"	二、九	米國の勞働法制(下)
第一一八號	"	二、一〇	刑法草案集(端西一九一八年案、埃一九二二年案、伊一九二一年案)
第一一九號	"	二、一〇	チエツコ・スロウアキア共和國の刑法典草案及同理由書 (各論篇)
第一二〇號	"	二、一一	佛國陪審に於ける發問の方式とその判例
第一二一號	"	二、一一	賭博に關する調査
第一二二號	"	二、一二	佛國の檢察制度
第一二三號	"	二、一二	フレデリック・バイウォータース及エデイス・トムソン 事件の陪審公判
第一二四號	"	三、一	一九二七年獨逸刑法草案竝に理由書(總則篇)
第一二五號	"	三、二	大逆罪に關する比較法制資料
第一二六號	"	三、三	一九二七年獨逸刑法草案竝に理由書(各論篇)

第一二七號	昭和 三、四	刑法改正に關する比較法制資料(前篇)
第一二八號	" 三、五	刑法改正に關する比較法制資料(後篇)
第一二九號	" 三、六	佛國裁判所の構成に關する法令
第一三〇號	" 三、七	米國裁判所の組織及び訴訟手續
第一三一號	" 三、九	ソヴィエット露西亞の法制(前篇)
第一三二號	" 三、一〇	ソヴィエット露西亞の法制(後篇)
第一三三號	" 三、一一	限定責任能力者社會上危險なる精神病者及犯罪的常習 飲酒者に對する處遇
第一三四號	" 三、一二	一九二七年伊太利刑法豫備草案
第一三五號	" 三、一二	治安判事論
第一三六號	" 四、一	各國政府の報告に據る私生子の地位に關する研究
第一三七號	" 四、二	刑の量定(前篇)
第一三八號	" 四、三	刑の量定(後篇)
第一三九號	" 四、四	佛に於ける家族制の變遷

第一四〇號	昭和 四、五	陪審裁判手續に關する問(前篇)
-------	--------	-----------------

14.5
54

終