

14.5-54
1200501213186
4

14.5

4



始



14.5

54

司法資料

第二三四四號

將來の獨逸刑法(總則)

— 刑法委員會事業報告 —

〔禁轉載〕(昭和十二年十月)

司法部調查部

14.5
54



本號には、國司法大臣 Dr. Franz Gürtner に依りて公にせられた Das kommende deutsche Strafrecht (Allgemeiner Teil) — Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission. 1935. の邦譯を收載した。譯者は法學士篠塚春世氏である。我國の刑法改正事業に對しても、示唆と爲るところ多かるべきを信じ、茲に筆寫に代へて排印する次第である。

昭和十一年十月

同
却寄贈本

司法省調査部



司法資料 第三四號 將來の獨逸刑法(總則)——刑法委員會事業報告——

目次

序——刑法改正事業の經過と現狀……………一

一、意思刑法——未遂と既遂
 國司法省書記官ドクトル・フライスラア(國司法省)……………九

二、責任理論(責任能力、限定責任能力、故意及び過失、錯誤)
 國司法省局長エルンスト・シェーファー(國司法省)……………七〇

三、辯解事由と免責事由
 控訴院部長、教授ドクトル・クレエ……………一〇七

四、正犯と共犯
 司法省參事官ドクトル・フォン・ドーナニイ(國司法省)……………一四六

五、刑と保安、矯正及び治療の處分……………一



司
法
資
料

司法省參事官リーチエ(國司法省)……………一七六

六、刑の量定
 參與ドクトル・レオボルド・シェーファー(國司法省)……………二四七

七、刑を留保しての訓戒
 控訴院部長グラウ(國司法省)……………二七九

八、Nullum crimen sine poena
 (科刑の基礎としての法、刑罰法規の時に關する效力)
 控訴院判事ドクトル・カール・シェーファー(國司法省)……………三〇四

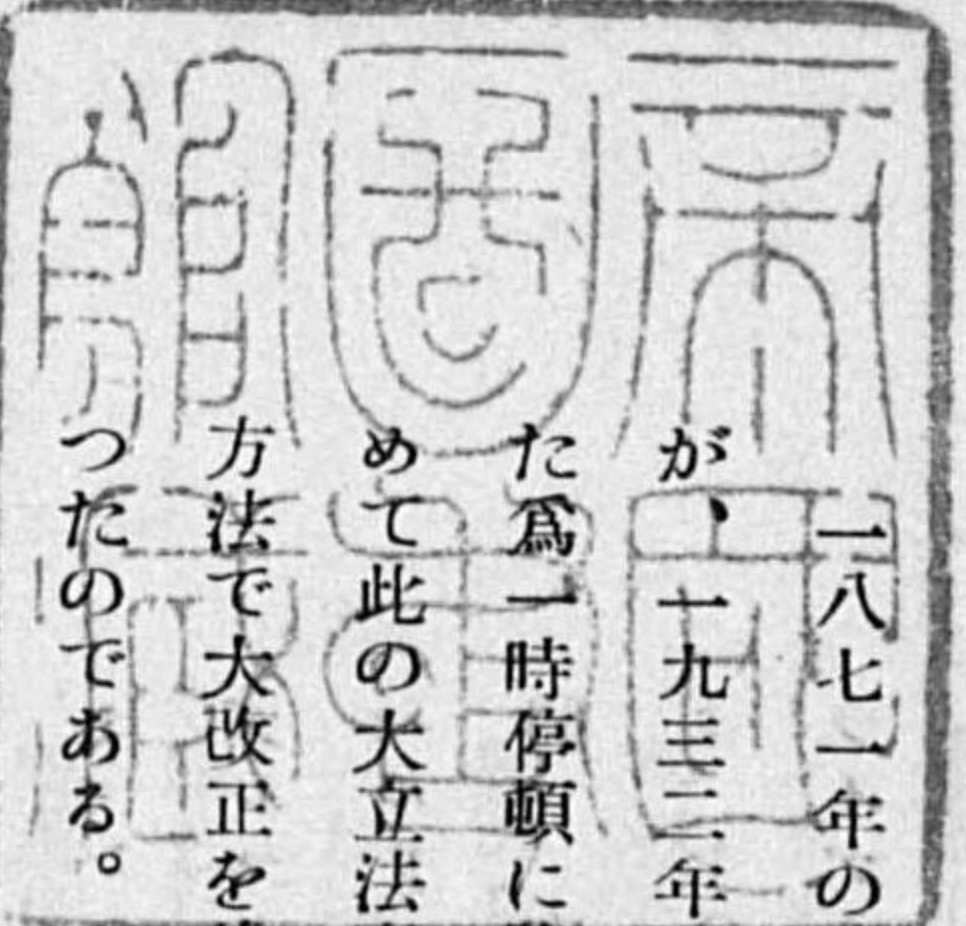
九、刑罰法規の人及び土地に關する效力
 地方裁判所檢事正ドクトル・ライマア……………三三三

十、一罪數罪
 控訴院部長グラウ(國司法省)……………三四三

十一、時 效
 地方裁判所檢事正ドクトル・ライマア……………三七四

第一版の序

刑法改正事業の經過と現状



一八七一年の獨逸刑法典を全般に互つて改正するの事業は既に三十年以上も前から着手された所であつたが、一九三二年の春に至つて、當時内政上の狀況と特に議會關係の紛亂とが改正事業の完結を不可能ならした爲一時停頓に陥つた。然るに其の後幾何もなくして民族的勃興あり、且又現在の國政府の組織あるや、更めて此の大立法事業に着手する爲の基礎は造られ、遷延を許さない極めて緊要な刑法上の問題は一部改正の方法で大改正を俟たずに規律したけれども、是と同時に獨逸刑法の全面的改正の仕事も再び開始されるに至つたのである。一九三三年秋には本職は總理大臣の命を受けて刑法委員會を組織し、新國家の見解と需要とにふさはしい刑法典の草案を編成するを以て其の任務とし、委員長には本職みづから當り、副委員長にはプロイセン司法大臣ケルとバイエルン司法大臣ドクトル・フランを以て之に任じ、後者は參事官ジュラウトを以て常任代理官とした。刑法委員會の委員は

國司法書記官兼プロイセン司法書記官 ドクトル・シュレーゲルベルゲル

- 同 右
- キール大學教授
- ベルリン大學教授
- 同 右
- ミュンヘン大學教授
- ブレスラウ大學教授
- ベルリン控訴院部長
- 同 右
- ミュンヘン地方裁判所部長
- ライプチヒ 同 右
- ベルリン地方裁判所檢事正
- ドクトル・フライスラア
- ダーム
- グラーフ・グライバッハ
- コールラウシュ
- メツガア
- ナーグラア
- グラウ
- ドクトル・クレエ
- ライマア
- ドクトル・ローレンツ
- ドクトル・ライマア

尙ほ國司法省及び邦司法省の關係局課長並にバイエルン及びザクセン兩邦の司法省の代表委員各一人が之に参加した。

此の委員會が仕事に着手したのは一九三三年十一月三日のことで、其の年の冬には早くも總則篇の第一

讀會としての審議を終了し、之を假草案に纏め上げた。其の二々の日程を示すと、

- (1) 一九三三年十一月二十七日乃至十二月二日の一週間には、
nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege (法律なければ犯罪なく、法律なければ刑罰なし) の原則について (報告委員教授ドクトル・ダーム並に部長教授ドクトル・クレエ)
脅威刑法 Gefährdungsstrafrecht か實害刑法 Verletzungsstrafrecht かの問題 (報告委員司法書記官ドクトル・フライスラア並に教授ドクトル・ナアグラア)
- (2) 一九三三年十二月十八日乃至二十日の三日間には、
實行正犯の形式 (報告委員教授ドクトル・メツガア並に控訴院部長グラウ)
刑の量定 (報告委員教授ドクトル・コールラウシュ並に地方裁判所部長ライマア)
- (3) 一九三四年一月二十二日乃至二十七日の一週間には、
責任理論 (報告委員教授ドクトル・グライスバッハ、部長教授ドクトル・クレエ)
辯解事由、免責事由及び其の他の刑罰阻却事由 (報告委員教授ドクトル・ダーム及び地方裁判所部長ライマア)

犯罪地及び犯罪時、刑罰法規の土地に關する適用範圍（報告委員教授ドクトル・メツガア竝に檢事正ドクトル・ライマア）

不作爲犯及び豫備行爲（報告委員教授ドクトル・メツガア竝に控訴院部長グラウ）

(4) 一九三四年三月一日乃至三日の間には、

刑、附加刑及び附帶的結果竝に保安及び矯正の處分（報告委員司法書記官ドクトル・フライスラア並に教授ドクトル・コールラウシュ）

實體的競合と想像的競合。時効（報告委員教授ドクトル・ナアグラア竝に地方裁判所部長ドクトル・ローレンツ）

以上の審議の結果一九三四年の復活祭には、刑法總則の假草案が出来上つた。

審議の基礎にとつたのは——從來の諸草案、議事録竝に幾多の文献を除けば——一九二七年の國議會提出案に基いて一九三三年夏國司法省に於て作成した報告草案と、一九三三年秋に公表されたプロイセン司法大臣の覺書である「ナチスの刑法」である。併し獨逸法學士院 Akademie für Deutsches Recht の刑法改正についての業績は刑法改正委員會の審議には利用することは出来なかつた。と云ふのは此の學士院の刑法委員會の審議は、當刑法委員會の相當する會議よりも遅れて行はれたからである。併し幸なことには司法書記官ドクトル・フライスラアは當刑法委員會の委員であつて、同時に獨逸法學士院の刑法委員會の委員長を兼

て居るので、獨逸法學士院の刑法委員會の審議に際して、其の前に行はれた當刑法委員會の審議の結果を紹介することが出来た。而して一九三四年六月に公表された獨逸法學士院の覺書に明白であるやうに、獨逸法學士院の委員會が當刑法委員會の假草案に掲げてある提案と殆ど全然同一の提案をして居るのを確認することの出来るのは、本職の特に欣快とする所である。

當刑法委員會は其後一九三四年の四月、五月及び六月に互つて刑法典各則篇の大部分の審議を了した。一九三四年九月の第一讀會で此の審議を完結する見込である。其の曉に覺書と共に直ちに刑法典の假草案を公表することが出来るものであるかどうかは目下の所未定であるが、本職の協力者たる若干の人々の以下に掲ぐる論文は、當刑法委員會の從來の仕事の少くとも大體の輪郭丈でも、成る丈早く世間の人に知らせやうと云ふ目的の爲には役立つであらうと考へる。

一九三四年七月十二日伯林に於て

國司法大臣ドクトル・フランツ・ギェルトナア

第二版の序

六

各則篇の第一讀會については本書の「各則篇」の報告する所であるが、此の各則篇の第一讀會の完結後刑法委員會は總則篇の第二讀會を行つた。審議の細目は左の通りである。

- (1) 一九三五年三月二十二日乃至三十日の間には、
處罰の基礎としての刑法、刑罰法規の時に關する效力（報告委員司法次官ドクトル・フライスラア及び教授ドクトル・ダーム）
土地に關する效力、用語例（報告委員教授ドクトル・メツガア及び地方裁判所検事正ドクトル・ライマア）
犯罪行爲（報告委員大審院次長ドクトル・チーラック、教授ドクトル・ナグラーア及び控訴院部長グラウ）
責任（報告委員教授ドクトル・グラーフ・グライスバッハ及び控訴院部長教授ドクトル・クレエ）
不法と責任の阻却（報告委員教授ドクトル・ダーム及び地方裁判所長ライマア）
時効（報告委員教授ドクトル・ナグラーア及び地方裁判所長ドクトル・ローレンツ）

- (2) 一九三五年五月二日乃至十一日までの間に、
犯罪行爲、不法と責任の阻却（討論の續行）

法人の機關若は使用人の犯罪行爲（報告委員教授ドクトル・メツガア及び控訴院部長グラウ）
刑（報告委員司法書記官ドクトル・フライスラア及び教授ドクトル・コールラウシュ）
刑の量定一般（報告委員教授ドクトル・コールラウシュ及び地方裁判所長ライマア）
一罪數罪、連續犯の場合に於ける刑の量定（報告委員教授ドクトル・ナグラーア及び地方裁判所長ドクトル・ローレンツ）

- (3) 一九三五年六月二十日乃至七月三日までの間に、
一罪數罪、連續の場合に於ける刑の量定（討論の續行）
刑を留保しての訓戒（報告委員ドクトル・メツガア及び控訴院部長グラウ）
保安及び矯正の處分（報告委員大審院判事ドクトル・ニートハムメル及び教授ドクトル・コールラウシュ）

などである。

資料の全般に互つて審査を仕直したが、同時に其の間に公刊された參考の文献を評價するの機會を與へることゝもなれば、また幾多の細目に互つて從來の思想の形成を深遠に若は擴大もすることゝもなり、ま

七

た細目の點では從來の著想を全然一變せしめるに至つた點もある。されば世間の關係を有する向きに委員會の作業の其の後の結果をも知らせる必要がある譯である。従つて以下に於ては本書の第一版で公にした論文を、第二讀會の結果に依つて補充して、更めて之を大方の前に呈示する次第である。

一九三五年八月十二日ベルリンに於て

國司法大臣ドクトル・フランツ・ギュルトナア

一、意思刑法、未遂と既遂

邦司法
書記官
ドクトル・フライスラア(國司法省)

獨逸の民族精神の奥底に根ざす新しい世界觀が民族指導の地位を贏ち得て、最近まで獨逸の國權を掌握して居た組織體を滅却してしまひ、其の代りに獨逸民族の民族的國家 Volkstaat を建立してしまつた今日、新しい刑法を創造すると云ふことは、ブルヂョアの自由主義全盛の時代に發生した基本的の法律であつてブルヂョアの自由主義とプロレタリア的似而非共產主義とが雜然紛然相並び存した時代の判例や文献に依つて育成されたものに代ふるに新機軸を以てするのに必要な勇氣を自信し、力を自信し、而してまた深邃な認識を自信することを前提とする。稱して新機軸と云ふのは、新しい國家社會主義的世界觀や此の世界觀から生じて來る所の民族各自の思索や行爲に對する要求からして、直接に其の内容と其の根據とを取つて來る新しい事項の謂に外ならない。

かくの如き刑法は決して過去に於て在つた所のものを、只それが過去に於て在つた所のものであると云ふ理由を以て一切抛却してしまふとするものではないが、實際また過去に於てあつた所のものを一切抛却してしまふと云ふやうなことがあつてはならない。かくの如き刑法は實に鋭敏な良心を持合せて居る判例や非常に

精緻な研究を積んだ學說の最近數十年の間に集積した經驗を斟酌せず置きもしないであらうし、また斟酌しないで置くべき筈のものでもないのである。然もかくの如き刑法は——われ／＼の精神の法律であり、同時にまたわれ／＼の子孫の精神の法律でもあるべきものであるのだから——ひたすらに、そしてまたはつきりと識認することの出来る獨逸的國家社會主義的世界觀の鏡に映る姿たらざるを得ない。即ちかくの如き刑法はわれ／＼の外貌を示さなければならぬ。何となればかくの如き刑法はわれ／＼の資質に依つて生命を吹込まれることを必要とするものだからである。若しさもないとすれば此の刑法は、現世の光明に浴するに先だつて死滅して了ふであらう。

かやうな次第であるから此の新しい刑法の制定に協力する者の責任たるや頗る大なるものがあるのであつて、われ／＼以前に數十年に亙つて「刑法改正の事業」に盡瘁し、是が爲に勞苦を重ねた人々の責任よりも幾層倍も大なるものがあるのである。即ち是等の人々にとつては仕事は一つの型から法規を作り上げると云ふことではなかつた。獨特の性質を持つと云つたやうな、實在的と云つたやうな、例へて見れば獨逸法制の發達の途上に於ける境界石を設けると云つたやうな仕事ではあり得なかつた。それとは全然違つた立場から出發し、それとは全然違つた目的の爲に刑法を形造り、それとは全然違つた手段を以て、全然違つた目的を追求しつゝ、然も常に兎に角何ものかを成立せしめんが爲に覺束ない妥協を求めることを餘儀なくされると云ふのが、過去數十年の間徒らにみづからを虐げて來た人達の果しもない苦役であつたのである。然も是等の

人達の責任と云ふものは民主主義と云ふ數の神秘に依つて彼等から取上げられて了つて居るのであるが、此の神秘はそれ自體無責任なのであるから其の性質上仕事の成就を妨げざるを得ないのであり、また實際之を妨げたものである。今指導者ヒットラーが親しく直接に獨逸國に於ける法律制度の指揮を委ね、従つてまた刑法改正の任務をも委ねた國家社會主義の國家に於ける一人、即ち國司法大臣の統一的決定的の指揮の下に同じ刑法改正の事業にいそしみつゝある者は、此の仕事の爲にみづからを虐げるものでは決してない。蓋し是等の人達は自身事物を一切同一の立場から見、一切同一の目標に向つて邁進しつゝあるものであるからである。彼等は「數」と云ふ暴君の彼等の仕事を弱め、彼等の仕事の結果を妨げる前に屈服するものではない。彼等は實に審議の歸結を決定する指揮者の責任ある助言者である。彼等は一つの仕事を成し遂げることが出来るのである。またどうしても一つの仕事を成し遂げざるを得ないのである。何等の歸結をも獲得しないと云ふ非難は從來の刑法改正委員に對しては之を加へる譯には行かないが、現在の改正委員に對しては、若し非難すべき廉があるとするなら、當然にかゝる非難を加へていゝのである。

かやうな次第で司法大臣の任命に係る刑法改正委員は獨逸普通刑法の諸原則——傳來的の言葉で云ふならば刑法典の總則篇——の第一讀會を終つた。即ち基本的決定の大多數は既に行はれた次第である。即ち之を彫刻に例へて云ふならば、彫像の形態と特色とは既に石の上に刻み出された譯なのである。

所で立法者、裁判官、法律學教授、辯護士又は其他法律生活に關與する者が此の出來上りつゝある彫像

の粗彫を眺めるに當つては、其の批評は或は此の學問の傳來的の方法を利用するかも知れず、また其の裁判官なり辯護士なりとしての從來の經驗に立脚するかも知れない。若し將に出來上りつゝある製作物がかゝる批評を怖ぢ恐れるものとするならば、そんな製作物は完成する丈の價値のないものであると云ふの外はあるまい。然し一方批評家の側に於ても亦、從來の刑法にまつはる學說や見解の争は改正事業の出發點にはならないことになつて居るし是が裁定は改正事業の目標とはならないことになつて居ると云ふこと、新しい製作物は講壇上の争に基いて判斷されることなく寧ろ事柄それ自體に基いて判斷されんことを要求するものであること、將に出來上りつゝある製作物は民族を指導すると云ふ國家社會主義の目標の點について測るの必要があり、またかゝる目標を念頭に置くに熱心なるの餘り此の目標に到達する迄の道程の隨分と遠いのを忘れてまた餘りの大飛躍は目的の成就を危殆ならしめる虞のあるのを忘れて居りはせぬかどうかと云ふ點について測るの必要があること、數十年に亙つて反覆された日常の仕事の經驗は人的因子に左右されるものであるがナチスは人間の改造に努めつゝあるものであるが爲に從來の經驗は無價値ではないけれども條件付にしか評價する譯には行かないものであること、最後にもともと將に出來上りつゝある製作物なのであつてほんの粗彫の儘の姿であるのだから、以下の小論文を通しては恰も曇り硝子を通して物を見るやうなものであつて、其の本體をはつきりと見分けられるやうにするのは不可能であることなどを、よく／＼念頭に置いて欲しいと思ふ。

刑法委員會の審議と努力の歸結を論述すべくわたしに割宛てられたテーマについては、以上に述べたことの悉くが特に著しくあてはまる。蓋し此の場合に下される決斷は著しく信條の色彩を帯び、全く直接われわれの世界觀に根ざす次第なのであつて、獨り外面的技術的形式に多大の影響を及ぼすのみに止まらず、就中刑法全般の方針を定め其の内容を與へる上に重大の作用を及ぼすものであり、其の特色を決定する次第だからである。

わたしのテーマに於ては刑法の基本問題を決定してかゝる必要がある。わたしのテーマでは國家は刑法に由り竝に之を、原則として既に發生した不法に適用することに由つて、即ち人が大抵の場合既に實現させて了つた民族的平和や民族的生活に於て保護される法益 (Legal Interest) の加害、侵害冒瀆に對して刑法を適用することに由つて要望に答へやうとするのであるか
それともまた民族は刑法竝に之を適用することに由つて或る程度まで持續的に作用をする民族の身體の自淨裝置を造らうとするのであるかと云ふ問題を生ずる。

だからこゝで論ずべき問題に答へるの道は、刑法の目的を決定した上でなければ通れない道なのである。所がやかましく云ふと此の刑法の目的の決定と云ふことがまた一般に處罰なるものが爲し得らるべきこと

なのであるかどうかと云ふ問題に對して態度を決定しないことには到底不可能なのであるが、只此の後なる問題は刑法委員會に於ては些も疑義あるものと認めることは出来なかつた所である。何となれば刑法委員會も其の委員も人の容貌の示して居る所のもの一切が平等の價値を有するのであると云ふ思想や、善と惡、正と邪、社會主義的と無政府主義的と云ふやうな概念を、「別様に」"anders"と云ふ概念に依つて補充せしめると云ふ思想の爲に氣力を失はせられはしなかつたからである。

けれども刑法の目的については、決定を爲すことの必要であるのは云ふまでもない。

刑法の任務として認むべきは専ら獨逸民族を、其の存立を、其の勢力を、其の生活上の平和を、即ち就中其の増殖力を、出産力並に勞働上の平和を内面からの攻撃に對して確保することである。

即ち刑法は著しく鬭争法 Kampfrecht たるの特色を有するものであつて、其の克服しやうとして居る敵は民族の存立を、其の勢力を、其の平和を内面から脅威する所のものである。かくの如き刑法の敵たるものは獨り實生活上の具體的の場合に平和を害する者のみに止まらず、實際的に云へば反社會的の、無政府主義的の、不法の、惡の主義原則を其の生活の上に實現しやうとする者である。かくの如き者はそれに依つておのづから平和の妨害者とまで増長するものだからである。

刑法の目的をかやうに定める段になると、刑は人の招來した不法、加へた害に對する反動作用たらんとするに止まるものなのであるか、それともまた民族團體の持續的な自淨的施設たらんことを期するものである

かと云ふ問題に對する答は、後なる意味に決定せざるを得ないこととなる。

自分の敵と見る所のものは獨り之を克服するのみに止まらず、之を絶滅させて了ふのが目的であると云ふことも、刑法を鬭争法と認めることからして自明的に生ずる論結である。苟も鬭争と云ふ以上は其の目的とする所は勝利であり、鬭争それ自體の内に満足を見出す次第のものではないからである。

即ち刑法は平和の妨害者の平和の妨害者たるの資格を永久に失はしめることに由つて、獨り平和の妨害者を、特に具體的の場合の實際の平和妨害者のみに止まらず民族の間に於ける平和妨害者の典型や民族の間で反社會的の主義主張を爲す者を、絶滅するのに努力しなければならない。

獨逸民族は其の對外的の存立の爲に極度の惡戰苦闘を續けることに因つて、鬭争と云ふものは中途半端にして徹底させることをしないとき、現に存在するあらゆる鬭争の手段や得物やを充分に利用することをしないときには、どんな結果になるものであるかと云ふことについて随分苦い經驗を嘗めた。此の經驗は刑法をも利用せざるを得ざらしめる。換言すれば苟も刑法が勝利を期しての鬭争を行ふ機會は、どんな機會でも逃さないやうにすることが必要なのである。獨り無政府主義的な、不法な、邪惡な行爲の主體を取締るのみに止まらず、同時に無政府主義的の主義主張を爲す者の典型、即ち同じやうな犯罪を爲すの心構へをして居るすべての者を罰する爲には、實際に發生する具體的の場合の何れをも利用する必要があるのである。また事實上發生する平和の妨害のどの場合をも、利用することの出来る適當な、換言すれば事の宜きに適した一切

の防禦手段を以て、撃破することが必要である。

以上に述べたことの一切が方針として認められたならば、民族的平和の爲の闘争と云ふ見地からは、敵は那邊に在つて何人なのであるかと云ふ問題に答へるのは無用であると云ふの外はない。

ナチスに特有であるやうに、人生に對し、自分の任務に對し、現象に對して英雄的態度を執る以上は、意思の自由の問題は存在するものではない。ナチスは、「わたしには他にやりやうが無い」と云ふ言譯に耳を假さない。ナチスは人生のあらゆる状態に於て、わたしは當然かく爲すべきである。わたしはかく爲すことを欲求する。わたしはかく爲すことが出来ると叫ぶのである。ナチスにとつては世界を動かすものは意思である。善にせよ、惡にせよ、正にせよ、邪にせよ、社會主義にせよ、無政府主義にせよ、一として意思ならぬものはない。意思の無い何ものかは即ち邪魔物に外ならないのであつて、それが妨害をする場合には須らく除却すべき所のものである。敵と云ひ味方と云ふも、も是れ意思でしかあり得ない。即ち平和妨害者の意思は具體的の場合に於ける事實上のそれも、民族の間に於ける反社會的な主義主張をする者の典型のそれも、何れも共に刑法の常に眼を離さないで居ることを必要とする所の仇であり、刑法が闘争を以てして絶滅しやうとしつゝある所の敵である。

かやうに民族の保安と云ふ目的からして、闘争と云ふ任務を刑法の任務として識認することからして、敵を敵として正確に呼び掛けることからして、刑法委員會にとつては

意思刑法！

と云ふ標語を生ずるに至つた。

只此の際念の爲に一言して置かなければならないのは、意思刑法 *Willensstrafrecht* を云々することの出来るのは只意識的に行はれる平和の妨害のみに限られることであつて、不注意とか粗漏とかを基礎とする平和の妨害の範圍内に於ては、意思刑法を云々することは出来ないと云ふことである。

けれども刑法にはまた他にもう一つの意義があるのであつて、それは即ち贖罪 *Sühne* と云ふ精神であると云ふことを看過しやうとするならば、民族の間に於ける一切の不合理な價值と勢力とを不問に附し、刑法の形成についての獨裁權を實際的、司法政策的の目的のみに委任するものに外ならないことゝなるであらう。凡そ責任は贖罪を要求する。殺された人間は獨逸流の見解に依れば其の傷口から迸り出る血潮を通じて、自分に手を下した犯人を弾劾するものである。何となれば被害者は報復を絶叫するものだからである。そして報復と云ふことの内面的の正しさは贖罪への絶叫の中に存する。あのエヂプスの責任、あのニイベルンゲンの責任、其の他ありとあらゆる責任の要求する贖罪への絶叫の中に存するのである。

こゝでかう云つても報復を刑法の精神であると認めて居るかの如く誤解される危険はない。何となれば贖罪に根ざして居る所のは、報復の正しい核心のみに限られることだからである。此の贖罪への絶叫はわ

れわれ獨逸人にとつては我が獨逸民族に於けると同様に古いものではあるけれども、さればと云つて隔世遺傳的の遺物たるものではなく、寧ろ生きた一つの力である。蓋し此の贖罪への呼び掛けは、苟も我が獨逸民族にして存在を絶たない限りは、將來も共に永く響き渡ることであらうからである。責任を贖罪とはわれわれにとつては常に相關的のものであり、互に相制約する所のものである。之を主知的に論證するのは恐らく不可能であらう。また之を哲學的に論證する必要はない。蓋し贖罪への要求はわれわれの心の奥底に生きて居るのであつて、またそれで充分とする次第のものだからである。

刑法も亦、潔白と正義とに對する深刻な需要に由來するものと云ひ得らるべき此の贖罪の要求に役立つものである。

所が贖罪の要求からして時にまた——だが必ずしも常にさうであると云ふ譯でないのは確かである——贖罪の程度を犯人の加へた害惡に釣合ふやうな關係に置かうと云ふ需要を生ずることもあり得るのであつて、是は民族がそれ／＼發生した結果に應じて其の刑罰法規に依つて或は全然責任を負はないで了ふこともあるし、また或る場合には非常に重い責任を負はなければならないこともある場合に特に明瞭なるものがある。例へば交通上に於ける過失に因る行狀は過失が人命を損つたかそれとも何事も起らなかったかに従つて、非常に重くも罰せられ、ば全然責任を負はないで済むこともあるのである。けれども是があるが爲に、此の點は本質的の事柄ではなくて、恐らく一種の醇化された報復の需要に關するものであると云ふ真相を看破する眼識

を曇らせられることがあつてはならない。究極に於ては贖罪は絶対に責任に結び付くのであつて、そして——贖罪の程度を度外視するに於ては——責任のない所爲に對する應報は、全然贖罪としてはわれわれ／＼には考へ得られない。責任と贖罪とは古代のアリアン人種の民族的同胞たるギリシヤ人の意識の一部を成して居た所である。更に別のアリアン人種に屬する同種族から成る民族中の詩人は責任と贖罪について、犯罪はわれわれの父祖の間で贖罪を必要とした所であつて、贖罪を済ませば犯罪は治安の權利を褫奪されはしなかつたと歌つて居る。連鎖は所爲と贖罪との間にも存在しなければ、況んやまた所爲の結果と贖罪との間にも存在しないで、寧ろ責任と贖罪との間に存在する。只われわれの道義的感情にとつてはそれが實現することに依つてのみ完成したものと見ることの出来る解決は、此の連鎖からは生じないのである。

けれども責任は不注意の場合を度外視すれば、其の之を由來せしめた意思に歸せしめられる。即ち刑法の満足を與へやうとする贖罪の需要も亦、意思刑法に向つて呼びかけるのである。

刑法なるものは獨り民族の間に於ける反社會的の勢力に對抗する爲の得物たらんとするのみに止まるものではないこと、其の目的とする所も單に有責の不法に對する民族の贖罪の需要を満足させると云ふ丈に盡きるものではないこと、寧ろその以上に互つて民族の間に於ける健全な、社會主義的な、不法を爲すの心構へをして居ない勢力に對して作用を及ぼさせるやうにすべきであることなどを忘却するのは、一方に偏した見

方でもあれば従つてまた謬つた見方でもあると謂はなければなるまい。民族のわれと我が身を律する権力的秩序 *Machordnung* は民族協同體の社會主義的要求を充すものであり、其の上に立脚するものであり、之を實生活上に實現しやうとして努めつゝあるものであることを民族的生活を支配し決定する民族内に於ける思想の主體自體がみづから識認して居ることが必要である。所謂憲法、根本法、政綱などが一九一八年乃至一九三二年の間の發展に依つて全然民族の信望を失つて了つた今日では、鬭争的態度と確實な勝利とを維持する上に緊切に必要な所の内面的の確實性を民族中の健全な分子に仲介してやるのに一番適するものは、恐らく三つの法律秩序、即ち土地法就中農民法と勞働法と刑法との三者である。此の三者の中の前なる二つの法域が、民族國家的法律秩序の社會主義的協同秩序たるものであることの確實性を與へるに適するものであるとすれば、刑法は民族中の健全なる分子にとつては民族の間に生きて居る道義的秩序の鏡に映る消極的な姿たるものである。法と道義律との間の關係如何と云ふことについては議論が多いが、此の間表明されて居るいろ／＼の見解について詳論するのは本稿の任とする所ではない。只ナチスにとつては一事の自明的なるものがある。即ち民族の間に承認されて居る道義律や其の要求と矛盾しては法律秩序は存立することを得ないと云ふことである。其の結果として國家の使用することの出来る一番嚴酷な形式に於てする禁止違反者に對する低價の評価、否、之に對する非認を意味する禁止規範、即ち刑法にとつては、刑法は——假令餘り高からぬ水準の上に投影された映像であるとは云へ——道德律の鏡に映る姿たらざるべからざるものである

と云ふ論結を生ずる。

道義律は人の意思を呼んで決闘の場に上らしめる。道義律は人の意思をして人の不俱戴天の敵である永劫の自我と永久的の鬭争を行はしめる。道義律は此の鬭争が思想の領域上で既に行はれることを要求する。

だから民族的道義律の消極的映像である刑法も亦其の社會主義的見解を有する民族中の健全な核子に、國家政府は道義律の擁護されるのを監督して居るものであると云ふ確信を與へやうと云ふ遠大な目的を果さうとする以上は、意思に向つて呼び掛け、之に向つて心を傾け、之に向つて作用を及ぼし、之を——それが平和的秩序の命ずる所を敵視する場合には——克服するに努め、其の全幅の注意を意思に向つて傾注する必要があることは明白である。

即ち刑法の三大目的である

平和を妨害する勢力を滅却して了ふこと、

責任のある不法に對して贖罪を爲さしめること、

民族中の健全な分子の鬭争の用意に精神的の支援を與へること、

のそれ／＼は、妨害を爲さうとする意思に對する鬭争手段としての刑法が此の意味に於て、即ち意思刑法として構築されてあることを要求するのである。

以上述べたやうな次第であるから罰せられるのは犯人の意思であつて、犯罪ではない。併し乍らかやうに云ふのは決して何等の所爲にも現はれて來ない意思をば犯罪に對する處罰が意味するやうに處罰することや、意思を決定する人の行狀とは無關係な出來事が處罰されることやを意味するものではない。刑法委員會が將來の刑法の基礎にとつたやうな意思刑法は、それ自體丈ではまだ處罰の可能若は處罰の必要の擴張をすら意味するものではない。意思刑法が處罰の可能若は處罰の必要の擴張を伴ふものであるかどうかと云ふことは、寧ろ専ら將來の刑法に於ける其の他の多くの點をどう云ふ風に形成するかに依つて左右されることである。即ち特に將來の刑法が何等かの意思活動 *Willensbetätigung* を要求する程度に依つて左右され、若はまた——別の言葉で云へば——どう云ふ章句で將來の刑法が思想から所爲までの道程上で犯人に對して刑を法定して居るか云ふことに依つて左右されるのである。所が意思刑法に對する非難を見るのに、何れも意思刑法と云つたやうなものは法定刑の網を忍ぶべからざる程度にまで擴張し、健全な活動慾 *Betätigungsdrang* を忍ぶべからざる程度に制限するものであるから、刑法が全然健全な活動慾に逆らふものではないと云ふ理由から見れば既に此の非難は不當である計りでなく、此の非難は實際に於ては本稿に所謂意思刑法に對するものではないと云ふ理由から云つても謬つて居るものである。かくの如き非難は寧ろ意識的若は無意識的に恰も此の意思刑法が意思の表示若は——誇張して云へば——決意の基礎となつて居る心情

Gesinnung の表示を此の意思若は心情を證明するの目的の爲にのみ必要とする心情刑法 *Gesinnungsstrafrecht*、けれども其の實は意思若は心情を處罰することを欲する心情刑法に接近することでも意味するかのやうな想像に支配されて居るのであるやうにわたくしには見受けられる。併し實際上には將來の刑法は、かくの如き思想とは殊更に遠ざかるやうに心掛けて居るものである。

元來意思刑法なるものはもと／＼決して可罰性の擴張を意味するものではなくて、寧ろ刑法の進路の調節を意味するものである。即ち意思刑法は將來の刑法の立案者や其の既に制定法となつて了つた曉に、此の制定法に基いて裁判する者に、是等の者が仕事に従事するに當つて決して忘却してはならない方針を示してくれる道しるべを與へるものである。そして法律學者や法律學を學ぶ學生に對しては此の刑法の制定された根本精神、従つてまた此の刑法を解釋する上に於ての、そしてまた此の刑法を適用する上に於ての根本精神を與へるものである。

之に反して國家は法律秩序に對する如何なる侵害に對して、刑罰の制裁を以て力強いものにしてある非認を以て答ふべきであるかと云ふ問題に支配されるやうな刑法は、刑法の三大目的の何れにも合致しないであらう。かくの如き刑法は法律秩序に對する侵害や、既に行はれ済の既遂となつて横はつて居る外面的出來事と關係を結ぶであらう。かくの如き刑法も確に犯人の意思に或る程度の意義は認めはするのであるが、かくの

如き刑法の出発點は犯罪である。犯罪は實にかくの如き刑法の出発點であつて、單に聯接點たるのみに止まるものではない。だが刑法の方針も是で定まれば、其の精神も是で定まる。然も刑法委員會の見解に依れば、間違つて定められるものである。

かくの如き刑法は純然たる保安の控へ目な範圍内に於てすらも、刑法の保安の目的を果すことは出來ない。即ちかくの如き刑法は法律秩序に對する侵害の行はれるまで、換言すれば法律秩序に對する侵害の有効に行はれるまで手を拱いて俟たなければならぬ。反對的勢力の有効な侵害に因つて脅威される者の保安の爲には、かうなつては餘地は全然ない。だが考へて見るのに保安してやることの出来るのは只脅威される所のものみに限られることであつて、侵害の有効に施行された場合にあつては脅威は既に止んで了つて其の代りに滅却が発生するのである。即ち遂行されて了つた犯罪的所爲に對する反動作用を以ては、刑罰と云ふ觀念に依つて將來犯人たるべき者又は其の他の者に威嚇の作用を及ぼすの程度に於てのみ、保安が行はれるに過ぎない。

かくの如き刑法は純然たる防禦にのみ制限せられるものである。攻撃が一番確實な防禦の手段たるものであると云ふことは、かくの如き刑法の念頭にない所なのである。

加之かくの如き刑法は、自分の敵を正しく識認して居ないものである。かくの如き刑法は民族の間に於ける反社會性を有する者の意思活動の成果を取締るものである。かくの如き刑法は此の成果が敵たるものではな

いことを悟らないのである。こんな成果は反社會性を有する者の手から叩き落とす丈けの價值のある反社會的性格者の手段であり得物ですらないと云ふことに氣が付かないのである。寧ろこんな成果は單に一個の成果たるのみに止まるものであり、出來事の展開は自然律、即ち因果律に基くものであることをかくの如き刑法は認めないのである。此の場合に恐らく尙ほ原狀回復を爲し得るものであること、けれどもそれは刑法の任とする所ではないこと、加之かくの如きことは全然刑法の爲し得る所でもないこと、此の場合には——案件の事情に應じて——醫師若は民事裁判官と執達吏とを與らしめることを必要とするものであることを、かくの如き刑法は看過して居るのである。此の刑法は戦線と繃帶所とを混同するものである。此の刑法は園丁が相手として闘争して居る敵は芽ぐみ萌え出でつゝある雑草の根が既にそれなのであつて、雑草が充分生ひ立ちきつてもはや種子を散布して了つた上で初めて園丁の敵となるに至るものではないことを忘却するものである。既遂の犯罪を基本として其の上に構築した刑法は、以上に述べたやうな理由のすべてに基いて、最も本來的な形式に於ける保安にすらも役立つことは出來ない。民族を永久的に淨化すると云ふ高い意味に於ての保安の作用には、全然想到することは出來ないのである。

意思刑法と雖、只それ自體丈では此の永久的の淨化の過程を有効に遂行することの出來ないのを看過してはならないものであることは云ふまでもない。ナチスの教育作業、社會化作業を以てして反社會的意識培養の温床を除去して了ふ必要は確にあるのである。併し乍ら意思刑法は此の仕事を助けることが出来るが、犯

罪刑法は全然それを助けることは出来ない。

刑法に於ては、彼我の體勢を明確にして置くことが必要である。即ち、

一方は——ナチスの國家に於て具象化されて居る社會主義的勢力であり、

一方は——邪惡、不法、反社會的、無政府主義的の犯罪の心構へをして居る者に於て具象化されて居る反社會的勢力、

である。

苟も國家にして民族的平和に對する内面よりする永久的の脅威である害惡を根本的に除いて了ふ丈の自分の力を信する以上は、此の體勢を識認し、刑法上に於て之を表明し、刑法を意思刑法に形成するであらう。

かくの如き刑法は云ふ迄もなく如何なる場合に且如何なる範圍に於て、自分の相手である法律違反の心構へをして居る意思を攻撃すべきであるかの問題に直面せざるを得ない。

凡そ反社會的勢力の通過する道筋は、次の各驛を経由するものである。曰く、誘惑、決意、豫備、着手、結果を招來するに至るまでの實行、結果の確保である。

是等の段階の全部を通過するのに要する時間は、非常に區々たるものがある。また犯人が各段階で滞留して居る時間も亦まち／＼であらうと考へる。犯人自身も是等の道程のそれ／＼を一々意識しては居ないであ

らう。だがそれ等の事由は、意識的の行爲に因つて完結された犯行に關する場合にあつては、是等の階段のすべてが通過されるものであると云ふ事實をば、寸毫だも左右するものではないのである。

刑法は是等の道程上の何れの箇所、刑を法定して取締りにかゝるべきであるかと云ふ技術上の問題の解答を諤るか、諤らないかは、反社會的勢力の部分的勝利が數多く民族的生活の間に生じて、反社會的性格者の全般的勝利、即ち混沌を招來するに至るか、但しはまた社會的勢力の全般的勝利、換言すれば一切の無政府主義的勢力の一掃に成功するか、或はまた二つの相對立する勢力の或る程度の均衡が得られるかを決定するのに與つて力あるものである。

從來の刑法は此の問題に對して大體左のやうな解答を與へて居るのである。

從來の刑法は原則として各個の犯罪意思が其の努力の結果に至るまで透徹して居た場合に初めて干渉を行ふものである。それよりも以前に干渉を行ふのは、假令刑法第四十三條の一般的條項に依つて平和的秩序に對する極めて重い違反については實際上原則とされた場合にあつても、原理上例外を成すものである。餘り重くない犯罪、即ち刑事上普通に見る重要な出來事の部類については、少くとも犯罪的所爲それ自體の實行の開始された場合、竝に法律が此の早期の刑法的干渉を明示的に規定して居る場合に限り、刑法は犯行の既遂に先だつて干渉を加へるものである。更に法律は其の以上に互つて純然たる豫備行爲については、是等の豫

備行爲が法律自體中に於て明示的に特殊の犯罪として形成された場合に限り、極めて稀にのみ干渉を行つて居るのである。

此の點について二つの制限がある。之を稱して犯罪人のマグナ・カルタと云つてもよからう。曰く、

1. 法律上に確定されて居る既遂若は未遂の犯行の構成要件上の標識、即ち特殊の犯罪に形成された豫備行爲の存在の確認することの出来る場合でなければ、處罰を行ふことを得ない旨の原則、竝に、
2. 犯人が既遂にまでは到達しないで——其の如何なる事由に基くのであるかは問はず——未遂の境地に留まつて居た場合にあつては、如何なる事情の下にあつても既遂の犯罪について相當と認めらるゝ所よりも軽い贖罪竝に保安手段を選ぶべき旨の裁判官に對する強制的命令、

であらう。

後者は只理論上の意義を有するのみに止まるものであると云ふことは出来ない。何となれば法律上に定めたる刑量の範圍内に於て、既遂の犯罪について相當なるものと考へられるであらう刑に殆ど接近するまでの刑を盛ることは、裁判官の自由に屬する所だからである。根本的の著眼から生ずる規律は法律適用の精神を決定するものであるから、決して單に理論上の意義を有するのみに止まるものではない。

軍人としての著眼を有する者、竝に意思を以て人生竝に歴史の上に於ける動力であると認める者は、攻撃

の最も宜きを得た時期は如何、選定すべき攻撃力は如何と云ふ戰術上の問題に答へて、成るべく早期に、そして自分の全力を擧げて、と云はざるを得ない。

今かくの如き著眼からして、犯罪的攻撃の迫つて居る道程に應じて、刑法的反動作用の發動することを必要とする時期を選定するのは決して困難ではない。即ち

思想上の遊戯や將來の犯人に對する誘惑を高唱するのやは、未だ以て刑法上の干渉を導くには足りない。誘惑は如何なる人間にも及ぶことが出来るし、誘惑を感受する素質は何人にも存するのであつて、只此の誘惑に打負けた者が初めて民族的秩序の敵となるに至る丈である。誘惑の力を打破するのは生活の社會主義的形成と民族教育との任とする所であつて、刑法の爲すべき限りではない。法は其の場合に、人の思想をも捕捉することがあらうとも、刑法は其の程度に於て道德の世俗的の劍たるものではない。だが刑法が道德の世俗的の劍でないことと云ふことは道義律が押しなべての法の基礎であるのと同じやうに、刑法の基礎でもあるものであることを毫も妨げるものではない。刑法は誘惑を罰するものでもなければ、また心情を罰するものでもなく、寧ろ誘惑に對する行狀 *Verhalten* のあるあつて初めて之を罰する次第なのである。

誘惑に對するかくの如き各個の意思の主體的行狀は、誘惑との闘争が民族的な生活秩序の是認しない、觀念された所である犯罪を爲すと云ふ所までになつた曉に初めて反社會的色彩を鮮明ならしめるに至るもので

ある。けれども分別のある刑法は此の瞬間に既に法定刑を以て臨むと云ふやうなことには想ひ及ばぬであらう。忌はしい決意を爲した者が此の決意を毫も表面に表はすことをしなかつたとすれば、處罰は獨り原則として其の立證の困難である爲に問題となり得ないのみに止まらず、此の決意を爲した者は其の決意の全範圍に互つて依然として尙ほ支配者たるものであり、何時たりとも再び自分の決意を取消すことを得る次第であつて、民族的生活の経過に何等かの障礙を與へると云ふことは全然ないのである點から云つても、到底問題とはなり得ないのである。正當に觀察すれば禁止されて居る行爲を爲すの決意を爲した者は、未だ以て民族の生活秩序の敵たる者ではないのであつて、只其の敵となるの心構へをしたと云ふ丈の者に過ぎない。

以上に述べた所は犯人が犯罪の用意をした場合、即ちそれ自體としてはまだ中立であつて、どう考へて見ても——其の爲した決意との關係に於て觀察して見ても——まだ禁止に係る犯罪の實行の階段に踏み込んだものとは認められないけれども、其の爲した決意との關係に於ては犯罪の豫備を意味する所の行爲を爲したのである場合にあつても、結局之を認めざるを得ないものである。行爲の用意を爲したに止まる者は未だ以て敵たるものではなく、従つて原則としては刑法は未だ以て之を捕捉することは出来ない。勿論此の或る犯罪の豫備をすると云ふことが既に民族に於て其の刑法の助けを得て或る程度まで豫防の爲の闘争を行ひ、既に犯罪の決意を爲した者に對する法定刑を以てして此の豫備を爲す反社會的の意思の主體に臨むことを必要とする程度の民族的平和の脅威を意味する場合もあれば、實行された犯罪が初めて民族的全體に對するかくの如

き危険を伴ふ場合もあるであらう。特に豫備行爲の最後の目標が民族の根本的秩序の破壊である場合、即ち其の犯罪の成功した後にあつては犯罪の成功が實際上此の犯罪の合法化を意味するの故を以て之に對して制裁を加へることがもはや不可能である場合に於ては、此の犯罪を豫備する者に對して既に刑法上の干渉を加へるの必要を存するものと謂はなければならぬ。けれども是等の場合は刑法が明示的の特別の規範を以てして公正に取扱ふことを得べき特殊の具體の場合である。即ち其の程度に於ては從來の刑法の組織を維持して差支あるまい。それにも拘らずナチスの國家が世界觀に於て中立的な、其の特色に於て曖昧模稜な從來の國家よりも遙に大多數の場合につきかくの如き需要を承認すると云ふことは、ナチスの國家の本質に其の根據を有する次第であつて、それはナチスの見解上民族的全體に對する攻撃が從來の國家に於けるよりも重く評價されるが爲に外ならない。蓋しナチスは民族なるものを以て國民各個の生存上の地盤であり、目標であるものと見、即ち民族的平和と民族的勢力とを保護することを以て指導者たるもの、一番根本的な、そしてまた一番重要な任務の一つであると見て居る次第だからである。

けれども犯罪を決意した意思の主體が犯罪それ自體の實行に著手した場合にあつては、かくの如き意思の主體はもはや單に危険たるのみに止まるものではない。何となればかくの如き意思の主體は犯罪の決意を爲したものであるからである。若はまたそれ以上に互つて今にも犯罪に出得る丈の豫備を爲したものであるからである。即ちかくの如き意思の主體は民族並に其の生存上の規律の積極的の仇敵たるものである。かく

の如き意思の主體にして一度戦闘を開始するに於ては、法のあらゆる手段を用ひて之に對抗することは、獨り民族の失ふことの出来ない權利たるのみに止まらず、寧ろその自明的の義務たるものである。即ち犯人は實行の著手と同時に、刑法竝に其の法定刑と對向することを餘儀なくされるものである。

從來はかうではなかつた。だが從來の刑法の「結果」は、それが一つの失策であつたことを示して居るのである。

人或はかくの如き見解を奉ずる者に對して、ナチスの國家のやうな有力な國家こそ却つて、此の如き犯罪の階段に於て既に刑法の劍沙汰に及ぶ必要がないのではないかと論駁する者が少くない。だがわたしは反問して聞いて見たい。強國の將軍にして弱敵の攻撃して來るのに際會して、元首に向つて自分の國が充分に強く後になつてもまだ敵を撃破して下ふことが出来るのを理由として、戦はずして邊境の諸州を敵の手に委ねるの策を進言した者が未だ曾てあつたらうか。そして此の問題を提出することが同時に既に此の問題に解答する所以なのではあるまいかと。

將來の刑法が此の點で進撃して來る民族の敵の犯罪意思に對する主攻撃を行ふものとするならば、云ふ迄もなく從來の刑法とは著しく趣を異にすることとなる。蓋し從來の刑法がかゝる舉に出でるのは、極めて稀なる例外にのみ限られることだからである。

かう云ふ風にすると可罰性の範圍が擴張される結果を招來することになるのは云ふ迄もないが、併し此の

擴張は從來の不健全な制限に比較しての擴張でしかない。

此の事實からして將來の刑法がどんな脅威的行狀をも一律に處罰しようとするのであるかの如く論結するのは、全然不當であらう。かくの如きは、(1) プロイセン國司法大臣の刑法覺書の使用した脅威刑法 *Gefährdungstrafrecht* の概念を誤認するものである。(2) 脅威刑法の意思刑法に對する關係を誤認するものである。(3) 刑法委員會が將來の刑法を立案する上に基本として執つた意思刑法の概念を誤認するものである。

かうは云つても、各個の場合に可罰性の限界を廣汎に定めることを禁ずるものでないのは云ふ迄もない。將來の獨逸の普通刑法は違警罪は包含しないであらう。假に違警罪が普通刑法中に包含されるとするならば、それは確に犯罪の實行の著手について既に可罰性の範圍の限界を劃定することの出来ない場合であらう。何となれば燕雀を射るのに巨礫を以てする者はあるまいからである。

けれども違警罪の範圍以外に互つても、犯罪の實行の著手を既遂の犯罪と同視するのが不相當であらうと思はれることの明白となる場合がある。例へば單純傷害、單純侮辱、姦通竝に之に類似の場合である。かくの如き場合に於ては將來の刑法は、實行の完了に因つて初めて可罰性を生ずるに至るものであることを、明示的に宣言することになつて居る。

だから秩序を否定し、之を脅威する分子に對する國家の積極的防禦線を何れの地點に構築すべきやの問題

は解決されたとすれば、法律上に此の立法者の決意をどう表明すべきであるかと云ふことは單なる技術上の合宜性の問題でしかない。是は或は一九三三年のプロイセン邦司法大臣の覺書が提案して居るやうな方法でやつてのけることも出来る。即ち犯罪の企圖 *Untersuchen* と云ふ一般概念を樹立し、此の企圖に刑法的の結果を結び付けると云ふやり方である。またさうでなく別の處置をとることも出来る。そしてプロイセン邦司法大臣の覺書の技術的方法を選ぶにしても、それ丈では刑法の各則篇の個々の構成要件を企圖の概念の上に構築すべきものであるか、又は刑法典の原則篇 *Grundsätzlicher Teil* 中で一般的條項を以てして各個の構成要件の擴張を行ふ爲、可罰性の範圍の限界を以て法律秩序に對する既遂の侵害の點に存するか、の如く構成するの道を選ぶべきであるかについては、まだ何等言明はされては居ないのである。此の純然たる合宜性の問題を決定する上には、いろいろの考慮が與つて力がある。即ち構成要件の形成を如何にすべきか、どうすれば法文の平易明解に寄與する所が多いかなどの點である。

技術的にはどう云ふ風に處置するにしても、其の内容上から云へば將來の獨逸刑法上の犯罪は、原則として從來未遂の存在して居た點に存在することゝなるであらう。即ち將來は未遂と既遂との間に區別を立てる意義は全然なくなつて了つて、企圖と豫備との間の區別が之に代ることゝなる。

是は將來の刑法が今後も共に、犯人は實行の著手に際して既に刑法の一切の得物、即ち刑罰、保安處分、

醫療處分があらゆる鋭さを盡して自分に向けられてあるのを悟らしめらるべきであると云ふ原則を信奉する場合に限られることであるのは云ふ迄もない。此の點も亦刑法委員會の審議の結果上認むべきである。

かくの如き意思刑法、竝に之に伴つて可罰性の限界を以上のやうに確定すると云ふことは、決して達成せんことを期する犯罪の目標の成就、不成就にとつて標準となるべき意思の強弱を斟酌することの不可能、

意思活動の方法、殘虐、不信心若は類似の精神状態を斟酌することの不可能、

犯人に對して働きかけた刺戟の強弱を斟酌することの不可能、

犯人の衷心に於ける内的鬭争の強弱、其の内面的抵抗の程度を斟酌することの不可能、

犯人の犯罪後に於ける行狀、其の原狀回復の努力又は最初に達成せんことを期した結果の發生を

さへ防止しやうとした努力を斟酌することの不可能

を意味するものではない。

かくの如き意思刑法は、可罰性の範圍をかやうに界限すると相俟つて、是等の契機の一切竝に他の契機中の若干者を擧げて之を裁判官に附託し、裁判官をして刑を量定するに當つて是等の契機を斟酌せしめやうとする丈のことをしか意味するものではない。だから其の程度に於てはゲムミンゲン (v. Gemmingen JW.)

1933 S. 2373) が意思の強調と云ふことは意思が組織を決定する典型となつて居るの事實から成立つて居る組織上の分類の變更に於て表明されるのに反し、危険性(けれども其の外他の多くのもの、何れも今述べた計り〔原著者〕は刑の量定に於て初めて意義を獲得するものであると述べて居るのは誠に正しい。云ふ迄もなく刑の量定に於ては、裁判官は是等の一切を斟酌しなければならぬ。蓋し「刑の量定についての裁判は犯人の人格に關する適切な判決を表明しなければならない」のだからである(Dahm, Deutsches Strafrecht 1934 S. 95)。

かくの如き裁判官の仕事は、民族的生活の間で刑法の作用を事實上に果す上に決定的のものである點に於て、從來の比ではないであらう。刑を量定する裁判官が犯人の人物を正當に判斷することの特に必要であるのは、意思刑法に如くものはない。従つて將來の刑法は、犯人の人物を判斷する上に於ての廣汎な自由を裁判官に與へるであらう。刑の範圍を廣汎にし、個々の構成要件を寛裕にし、共犯のいろ／＼な種類を或は平等に取扱ひ、或は差別的に待遇するの道を開き、類推適用を許してあるなどは、何れも判決の自由を擴張するものであつて、従つてまた同時に裁判官の責任を増大するの結果を招來するであらう。かやうな次第であるから要するに特に結果から觀察するに於て意思刑法並に規定に係る可罰性の範圍の限界は、同時に立法者が賢くも自分丈しかそれを爲すの能力を持つて居ない事柄を規律するにみづからを制限し、裁判官をして立法者に代らしめるの謬りを犯さないことを意味するものである。

即ち以上に述べたことはすべて裁判官の刑の量定の考慮の範圍内に於て犯人を評價したり、具體の場合に必要な防衛並に贖罪の程度を定めたりするのに重大な意義を持つてあらう。けれども以上に述べたことはすべて、かやうにして現象となつて現はれた犯人の意思は普通果して國家の刑法上の防禦線の逆茂木の中に搦み捕はれるものであるかどうか、若し搦み捕はれるものとすれば如何なる程度に於て然るものであるかと云ふ、立法者に於て答ふべき間にとつては重要なものではない。

だがかくの如く犯罪の實行に著手しつゝある意思のみを念頭に置くことと云ふことを目して、個人主義的考察方法の發露を意味するものであつて、立法者の特徴を發揮する上にも、はたまた將來の刑法の立法者の期待して居る裁判官の行動を判斷する上にも、決して該當するものではないと斷じ去つてはならない。寧ろ反社會的な個人の意思の活動を滅却し、若は少くとも之を防止することこそ、刑法の主眼を犯人の意思の上に置く精神に外ならない。將來の刑法は民族全體に對抗し、また民族全體の利益に反して活動するの自由を個人の意思に保障する爲にかくの如き個人の意思に著眼する次第ではないのであつて、寧ろ之を有効に制限内に押込め、民族の生活上の法則に對する尊重の念を之に強ひることを得んが爲に個人の意思に著眼するのである。また刑の量定に關する考慮の範圍内に於て犯人の人物についての適切な觀念を擷み、豫防上の處置並に贖罪上の處置の正しい種類や正しい量を定める爲に之を述べると云ふ裁判官に配當されて居る任務も、苟も犯人の利益に歸著せしめることを得べきものは何一つとして看過しないやうにする爲に、犯人の人物だとか、

其の弱點だとか、其の内面的の不充分な點だとか、其の外部からの影響に因つて左右せられ易い性質だとか云つたやうなものに對して理解に充ち満ちた、否、寧ろ愛に充ち溢れた觀察を傾注するのが此の場合に當然爲すべき義務で、もあるかのやうな精神に於て理解してはならないのである。本當に自分に缺けた所がある爲に、若は自分に缺けた所があるのを口實にして免責の試みをしやうとする犯人に對して、「汝は當然それを爲すべきものであるが故に、汝はそれを爲し能ふ」と答へる刑法は、個人に缺けて居る所を以て嚴格な自己鍛鍊の督勵とこそ見るけれども、民族的平和や其の秩序にとつての規律無視の行狀に對する免責としては見ることはしないのである。將來の刑法が犯人の主張することあるべき免責の理由に對して執るであらう所の態度や方法は、裁判官に提供せらるべき廣汎な判斷の自由が刑法を一變してかのつい最近までの頽廢時代に聲高く宣傳もされ、また實際上にも從來の刑法の地盤の上で實證もされたやうな犯人刑法 Täterstrafrecht となるに至らしめるのを防止する。こゝに所謂犯人刑法とはあの常に犯人を素質と環境の犠牲者たるものと理解するに努め、かくして一切を理解すると共に一切を容恕する Alles-Verstehen und Alles-verzeihen の過誤に陥る犯人刑法のことである。即ち立法、司法そして行刑の領域上で刑法の刑法たる所以の使命を往々にしてみづからも忘却し、また被罰者其の人をして忘却せしめる所のあの刑法の謂である。かくの如き——云ふ迄もなく純然たる個人主義的著眼の——犯人刑法は將來の刑法を生せしむべき意思刑法の正反對の刑罰たるものであらう。

意思刑法と其の規定する可罰性の範圍を界限する方法とは——別の關係に於て既に述べたやうに——個人の犯罪的意思が其の決意に係る行爲の實行に著手した瞬間には常に如何なる場合にも、之に對して國家が干渉を加へることを必要とするのを意味するものではない。此の場合には論理の一貫の明確な線は放棄されて了ふのであると冷靜に説明して差支ない。問題は忠實に貫徹することを得べき原則に關するものではなくて曩に殊更明確に高調して置いたやうに一つの戰術上の問題たるに止まるものである。其の解答が世界觀に依つて制約されるのは云ふ迄もないが（積極主義者は戰術上の問題を常に積極的、攻撃的の意味に於て解答するに傾いて居るのである）、併しものと——一つの合宜上の問題たるに過ぎないのである。従つて此の場合には或る原則を論理的に、そして只其の論理の爲に貫徹することが肝要ではない。論理は決してそれ自體が目的である次第ではなく、寧ろ認識の手段たるのみである。さればこそ合宜性の問題については、極端な論結に至る迄或る決定を徹底的に貫徹すると、事宜に適しない結果を招來することがあり得るのである。ナチスは事物竝に是から生ずる必要を抽象的には考察しないで、寧ろ之を實生活に即して考察することであるから、事苟も戰術上の事項に關する限りに於ては、論理の一貫を缺くと云ふ非難は的外れて居る。蓋し此の場合に重きを爲し得るのは、事宜に適しないと云ふ非難丈に限られるからである。

例へば健康に對する加害若は傷害若は名譽毀損の罪となる企圖、姦通の罪となる企圖と云ふやうなものは想像する譯にはいかないやうに考へられることは、既に述べた通りである。けれども其の他の場合にあつて

も、具體的の場合に犯罪の實行に着手はしたけれども、然も——何等かの理由に因り——既遂にまで突き進むことの出来なかつた者に對する干渉が適當でないやうに認められることもあり得る。かくの如き干渉が贖罪の必要からも、はたまた保安上の理由からも要求されないことが具體的の場合にはあるのであつて、將來の刑法はかくの如き場合にも配慮することを必要とするであらう。何となれば積極的の刑法たるの實を擧げやうとすること益々大なるに従つて、過度の緊張に對してみづからを戒めるのを必要とすること益々切なるものがあるであらうからである。即ち過度の緊張は偶々以て積極主義的刑法自體を不信用ならしめる所以に外ならない。されば検事は犯罪の行はれたことを知つた場合には、原則として刑事訴訟手續を開始せしめる義務を負ふものであると云ふ原則を更に寛裕ならしめるのが、恐らく過度の緊張を豫防する所以の手段たるであらう。何れにしても具體的の場合に普遍的の規律と異なる例外を設ける必要のあるのは如何なる場合であるかの決定を下すことを得る者は立法者ではなくて、此の具體的の案件の取扱に従事する官署のみの爲し得る所なのである。

兎に角一つのこととはもう一度だけ特筆して置きたい。即ち干渉を行ふことが必要である場合——是は原則として犯罪が實行の着手の埒を超えた場合に見る所である——にあつては、國家は其の刑法に依つて斷乎として力強く之を制止する必要があると云ふことである。

また別の半面から云へば今將來法律となるものと豫期されつゝある規律は、何等かの種類に屬する特別の

加害行爲の發生するに當つて甚しい贖罪の必要が非常に力強く表面に現はれ、従つて刑を量定するに當つて企圖に係る犯罪 *Unternehmenstat* についての法定刑の範圍内では此の需要を相當に斟酌することが不可能であるときに、立法者がかくの如き特殊の加害の發生する場合について法律上裁判官に重い刑の範圍を使用せしめることを妨げるものではない。成る程 *Klee, Deutsches Strafrecht 1934 S. 116* は「立法論としては所謂加重的結果犯 *qualifiziertes Erfolgsdelikt* はもはや正當な根據を有さないものである」と述べ、獨逸法學士院の刑法委員會も亦偶然な結果の發生が犯罪を評價する上に標準となることは許さるべきではないと云ふ理由を以て、加重的結果犯なるものを廢止せしめやうとして居るのであるけれども、此の見解を維持することの出来るのはかくの如き場合を基本犯 *Grunddelikt* の結果に因る加重とは見ず、寧ろ之を特殊の犯罪たるものと見る場合に限られることであらう。そして此の論者は此の場合民族の感情に於ける特別の贖罪の要求は犯罪の特に重い結果に結び付いて居るのであると云ふ見地から云つても恐らく適當とする所であらう。併し乍らそれはどうであるにしても、特別に重い結果を生じた場合に健全な贖罪の需要が國家の峻嚴な刑罰的反動作用を要求し、従つて正當に測定した基本犯についての刑の範圍内では之に相當の斟酌を拂ふことの出来ない場合にあつては、戰術上の問題に關して下した決定の合理的貫徹と云ふ理由に基いて所謂加重的結果犯を設けるのを否認するのは謬りであらう。かくの如きは生活上の需要を壓迫することを意味し従つてまた重大なる過誤を意味することゝなるであらう。かくの如き擴張は畢竟意思刑法の原則の擴張でも

あるのであるが、かくの如き擴張が果して必要であるかどうか、若し必要であるとすれば如何なる程度に於て然るものであるかと云ふことは、刑法各則の立案の完了した場合に至つて初めて判明するであらうことは云ふ迄もあるまい。何れにしても——過失犯の場合を全然除外すれば——背叛罪竝に大逆内亂罪の領域に於てかくの如き需要を生ずるであらうことは、今日から既に之を斷言することが出来る。

更に意思刑法の原則と規定に係る可罰性の範圍の界限とは、決して刑法全般を意思に重きを置くと云ふ指導精神の下に隸屬せしめんことを要求するものではない。

實行の著手と犯人の欲求した所である犯罪の完了とが表示犯 *Ausserung* に於て一致する表示犯 *Ausserungsdelikt* を全然除外すれば、怠慢に因る處罰 *Nachlässigkeitsbestrafung* はもと／＼既に犯人の意思に結び付けることは出来ない。蓋し否認されて居る方法で行爲を爲す犯人の決意の存在して居ない場合を思想上故意に因る犯罪の場合に於ける行爲の決意と同視し、かくの如くにして意思刑法の構成の爲の一路又はもつと正しく云へば怠慢に因る處罰に於ける意思刑法の擬制の爲の一路を開放すべく努めるのは、實生活に疎い構成のみの能くする所だからである。従つて此の場合にあつては刑法は實害、即ち發生した結果に結び付いて差支ない。或はまた二三の場合に於ては無意識的の脅威を特別犯として宣言しても構はない。意思刑法についての批評の大部分は事實に於ては、餘りに極端に走つた脅威刑法 *Gefährdungstrafrecht* に對して指向されて居るのである。かくの如き脅威刑法が積極的活動の精神を束縛するの結果を招來する虞のあるのは勿

論であつて、然も英雄的に「危險に生れよ」*„Lebe gefährlich!“* なる原則を信奉しつゝある今日のやうな時世には、かくの如き積極的活動の精神を束縛するのが甚だふさはしからぬ所であるのは言ふまでもない。更に意思刑法は決して刑法の内容の規定が一に此の原則にのみ従つて行はれることを要求するものではない。是は故意に因る處罰 *Vorsatzbestrafung* の領域に於ても然りとする所である。若し刑法の内容の規定が一に此の原則にのみ従つて行はれることを欲するのであるとするならば、それは究極する所誤解された意思刑法に到達せざるを得ないこととなるであらう。かくの如きはプロイセン邦司法大臣の覺書の念とした所もなければ、刑法委員會の決議した所でもないのである。所謂意思刑法は只國家の刑法的干涉については主として犯人若し犯罪の心構へをして居る者の犯罪的意思のみを標準とすべく、此の意思の活動に因つて招來された結果は標準とはすまいと云ふことを云つて居る丈のことである。即ち既にメツガー (Mezger, *DJZ.* 1931 S. 104) がプロイセン邦司法大臣の覺書に基つて述べて居るやうに、「意思刑法なるものは單なる内面的、精神的の態度の理論一點張りの適用や誇張に關するものではあり得ない。全體的國家に於ても刑法や刑事司法の混亂は手強く豫防しなければならないのである」。かくの如き混亂は、意思刑法を以て刑法を脅威の構成要件 *Gefährdungstatbestand* に分解すること、又は客觀的構成要件を遺却することに由つて刑法を分解することを意味するものであると謬り信じて居る者のみの懸念し得る所である。かゝる意味に於ての意思刑法は何れの方面の要求する所でもなく、また何れの方面の達成しやうとする所でもないやうに、將

來の刑法も亦決してかゝる意思刑法を招来しやうとするものではなく、従つてまた意思刑法の成立と共に刑法の混亂が招来せられる虞れがあるものと懸念するが如きは、全然根據のない杞憂に過ぎない。けれども「客觀的に實現されて居る構成要件はもはやすべての刑法的認定の動かすべからざる出發點たるものではないのであつて、一切は主觀的半面に移つたのである。併し乍ら意思刑法の脊椎を成すものも特定の法定構成要件を實現しやうとする欲求である」(Mezger DJZ. 1934 S. 100)。即ち將來の刑法に於ては結果の招来若は決心した犯罪の完了を目的とする意思活動が一切の可罰性の要素に代るものではなくて、寧ろ此の意思活動に因つて招来された結果又は意思活動の完了に代るものに過ぎない。客觀的の法定構成要件の中には——假令それが從來の組織に比較して寛裕であり、また實際上類推適用を許すことに由つて擴張し得るやうに形成されてあるとは云へ——獨り客觀的の保障を存するのみに止まらず、寧ろ意思刑法を可能ならしめる所以の契機を存するものである。

將來の刑法を構成するに當つて意思に對する反動作用 Willensreaktion の著眼のみを尊重しやうとするならば、單なる抽象的の思惟の結果たるべき刑法を作ることゝなるであらう。けれどもかくの如きはナチスの刑法の期する所ではあり得ないのであつて、ナチスの刑法は寧ろ實生活それ自體の中に根ざし、其の領域上に於て民族の良心の代辯者たらんことを欲するものである。従つて「刑法を心理的のものにする程度が大であればある丈、同時にまた實生活の具體的な實現から乖離すること甚しいものがあることゝなるであらう」

と爲すのも間違つて居る(Mezger a. a. O. S. 102)。それ所ではない。意思刑法は刑法が民族道德 Volksmoral に根ざして居ると云ふ認識から出て居るものである。併し刑法が民族道德に根ざすと云つたからとて、何も刑法の非認して居る態度の逆が我が獨逸國の道義律の積極的要求の内容を充足しなければならぬものであり、又は之を充足することが出来るものであると想像してはならない。即ち刑法は或る程度まで我が民族の道義律を消極的に把握したものであると想像してはならない。此の刑法の根柢の認識は決して實生活の現實に迂遠な抽象的な思惟に由つて得られたものではなく、民族の社會主義的全般的な生活と之を支配する法則の深底に反省の眼を注ぎ、意識的に内面に沈潜することに因つて初めて得られた所なのである。意思は須らく民族道德に根ざす、すべての刑罰の最も根本的の根據として(v. Gemmingen JW. 1933 S. 2372) 理解せらるべきものである。

刑法委員會は意思刑法に對するまだ——其の他の異論と論議を聞はすことを餘儀なくされた。即ち意思刑法は充分扱ひこなすことの困難な得物を裁判官に手渡しするものであると云ふ意見がある。メツガー(a. a. O. S. 102)は意思刑法について、「意思刑法は工學的に精巧などの道具にも見るやうに、其の實際的の運用に於て幾多の障礙に妨げられ勝である」と述べて居るのであるが、氏は精巧と云ふことゝ複雑と云ふことゝを混同して居るのであるやうにわたしには考へられる。障礙の淵源は複雑の中には存するけれども、精巧の中には存するものではない。意思刑法は簡單と云ふ意味に於て精巧なのであつて、それは意思刑法なるもの

が刑法並に其の適用にとつて一つの統一的な進路を與へて居るのを見ても明白なのであり、また例へば意思刑法と相關聯して可罰性の範圍が界限される所から從來「未遂」として稱せられて居た問題を規律する上に生ずる論結に見ても明白である次第なのである。

意思刑法からして裁判所の實務の上での立證の困難と云ふことも、生ずることはあるまいと思ふ。只意思刑法がまだ活動しない意思を處罰することとしてもする場合に限り、立證の困難の結果を生ずることゝなるのであらう。だがそう云ふ次第であるから大體に於て從來の未遂と豫備との相境する線上で可罰性の範圍を界限しやうと云ふ丈のことであるのに、從來の刑法の未遂に比較して證明の困難がそんな程度にまで増大するものとは到底見込むことは出来ない。兎に角苟も法律たるものの運用は確に出来る丈簡單に形成すべきものではあるが、然も法律の必然的の内容が法律適用の必要に従つて定まるものではなくて、寧ろ法律の適用が此の法律の奉仕すべき民族の需要、即ち法律の必然的の内容を満足させることを必要とするものである。

最後に意思刑法並に之に伴ふ從來の刑法と根本的に趣を異にする可罰性の範圍の限界は現行法に比較して精々量の上の相違を來すに過ぎないのであつて、此の相違は——若し其の志さへあるならば——何もかやうな根本的の變革を刑法に加へることをしないで、樂に之を達成することが出来るのであると攻撃する者があつた所で、こんな非難をも辯駁するのはいとやすいことである。即ち、

先づ第一に、論者の言ふ所が實際かくの如くなのであるとするならば、之に對して答へて云はう。新機軸

を出さんが爲に新機軸を出すのは新刑法の任務とする所ではない。だから實際上の結果に於て單に量的の相違であるに止まるにしても、それは決して將來の規律に對する論難にはなるまい。

第二に、假にそれが將來の規律に對する論難となるものであるとしても「苟も國家たるもの、處分について一番大切なのは、法律なり命令なりを貫いて居る所の精神である。此の精神のあるあつて初めて文字章句が本當の内容を持つやうになるのである。法の本質こそは執行者——此の場合にあつては裁判官——をして民族の感情と生きた聯絡を保ちつゝ、其の職務を執行することを得しめる所以である」(Eibert, DJ. 1934 S. 480)。將來の規律の實際上の意義はよし些少なものであらうとも、將來の規律の根本的意義は標準となるではないか。然も此の根本的意義は、民族の間に於ける平和を妨害する勢力の所在である犯罪人の意思が國家の處罰行為の最終の原因たるものとして承認され、國家の處罰處分の目標として選定され、處分は秩序を否認する此の勢力の中心に對する其の作用に従つて選定され、測定される點に存するのである。

意思刑法が怠慢に因る處罰を包含しない程度に於ては、將來の刑法全般の特色を決定するものは意思刑法であること、並に可罰性の範圍を界限するのも將來の刑法にとつて深刻な意義を有する次第であることは、既に述べた所である。

從來の刑法や其の参考文献や其の判例やに於て廣汎な地域を占めて居た或る種の問題にとつては、此の將

來の刑法の特色は正に運命的のものである。わけても從來「未遂」と云ふ語にまつて居た一切の問題にとつては、此の將來の刑法の特色は運命を決する所以である。

其の形式の如何を問はず將來の刑法の構成要件が曩に略叙した企圖の概念の上に構築せられるものとするならば、即ち將來の刑法の構成要件が大體に於て從來の概念上での既遂の犯罪と未遂とを包括するものとするならば、更に「未遂」と「既遂の犯罪」との差別的取扱が裁判官の刑の量定の領域以外に於てはもはや行はれないやうになるものとするならば、最後に裁判官は刑を量定するに當つて行爲が未遂の領域以外には出て居ないと云ふ事實に意義を認めることを法律上強制されるものでないとするならば、未遂と既遂とを界限するの必要もなくなるであらうし、未遂の概念やそれについての非常に争のある内容上、界限上の疑義も全然消滅することとなるであらう。蓋し未遂の從來と異つた界限方法——其の豫備行爲との界限方法——は將來の刑法に於てはもはや未遂の界限と云ふ見地の下に考察することを必要としないで、罪となる行爲としての企圖の界限と云ふ見地の下に考察することを必要とするであらうからである。

只將來立法者の裁判官に提供する犯罪の企圖についての廣汎な刑の範圍丈が、嘗ては未遂の問題について非常に激烈な論争のあつたものであることを想起せしめるに過ぎないであらう。此の廣汎な刑の範圍は特に裁判官をして犯罪を「未遂」に止まるに至らしめた犯罪意思の強弱を相當に斟酌することを得しめるやうになつて居る所から、嘗ては未遂の問題について激烈な論争のあつたことを想起せしめることであらう。けれ

ども決して誤解してはならない。刑の範圍のかやうに廣汎であることも主としては、本稿の範圍内では論及することの出来ない別個の事由に由つて、將來の刑法の一特色を成すものなのである。刑の範圍の廣汎であることが今こゝに述べた他日或は生すべき需要をも斟酌するのは、只附帶的のことたるに止まるものである。かやうな次第であるから立法者にとつて剩されて居るのは未遂をどう界限するかの問題ではなく、從來「未遂」として標示してある領域の内容をどう充足するか、此の内容の規律をどうするかと云ふ問題の解決をどう云ふ風に考へるかと云ふことである。將來の刑法は不能の手段を以てする、又は不能の客體に對して行ふ或る犯罪の企圖の規律をどう考へて居るのであるか。

惟ふに苟も犯人の意思を以て出發點ともすればまた作用の及ぶ目的點ともして居る刑法ともあるものが、偶々犯人の意思が能の手段を使用したとか又は不能の客體を犠牲として選んだとか云ふ廉を以て、犯人の意思に對する自分の態度を二三にする譯にはいかなないのは勿論であつて、犯人は民族の法律秩序が罪となるものと宣言して居る犯罪の實行に著手することに因つて、民族の平和的秩序の敵となるに至つたものなのであるから、従つてまた此の平和的秩序の擁護者としての刑法を向ふに廻して闘はざるを得ないこととなるのは云ふ迄もない。そして此のことは具體の場合に不能の手段と不能の客體とが或る一つの犯罪に於て會合しやうとも、決してそれに依つて左右される譯のものではないのである。ナチスの立法者はまた自分の根本的見解に合致して居る此の規律を以てして同時に、大審院が數十年來學說の殆ど全部を擧げての非難攻撃

に對抗してひたすら犯人の意思のみを刑法の攻撃の目標とする判例を樹立し、之を育成して來たことに對して感謝の意を表することの出来るのを喜ぶものである。

不能の手段を以て不能の客體に對して爲す犯行の企圖を罰するのは、將來の刑法の根本觀念からして直に推論される所なのであるから、此の論結を法律の上に明示的に掲げるのは無用の業であつて、只企圖の構成要件を具體的の法益の上に樹立するのが、恐らく將來の刑法の根本觀念から生ずる此の論結を明示して疑義を生ずることなからしめるのに適する所以と認めることが出来る。

施用した手段が馬鹿馬鹿しい程絶對的に不能であるとき、即ち施用した手段が自然律に因り全然其の追求した目的に到達することの出来ないことが汎く一般に民族の間に知れ互つて居るときにあつては、かくの如き手段を以てするも尙ほ且目的を達成することが出来るものと信じてかくの如き手段を施用した者に對する同情的な憫笑の感じは、かくの如き手段を施用した者が民族の平和的秩序の敵となるに至ると云ふ感じを抑制することが出来る。果して然らば場合に依つては處罰の需要が全然蔭をひそめることもあり得る。けれども犯人の意思が非常に強力であつて従つて犯人がそれまで施用した手段の不適當であることを識認した上は、適當な手段を執るに至るべきを確實に若は多大の見込を以て豫期しなければならぬことも想像し得られるのは言ふまでもない。かやうな場合には處罰も必要であらう。自然律の上で全然不適當な手段を施用した場合にどの程度まで處罰を見合はすことが出来るものであるか、又は刑はどの程度まで減輕することが出来る

のであるかを判断するのは、裁判官が具體的の場合の事情を審檢するに於てのみ初めて爲し得られる所なのである。従つて將來の刑法は裁判官に、必要な丈の行動の自由を與へなければなるまい。

從來普通に行はれて居る組織の上ではさうなつては居ないけれども、然も其の間に親近な關係を存するの結果として、犯人が法律の罰則に違反した行爲を爲すものであると云ふ謬つた意識に於て行爲を爲したと云ふ意味に於ての誤想犯 *Wahnverbrechen* にも、此の序に言及しなければならぬ。此の誤想犯の場合に當つては罪を犯すと云ふ意思、又は少くとも罪を犯すと云ふ意識は存在するのである。けれども此の「未遂」(此の場合にあつては「未遂」の語が、從來使用された専門的の意味につかはれて居るのでないことは云ふ迄もない)は、當該の所爲が全然刑法の非認する所でないのであると云ふ一事に因つて、未遂の未遂たる所以を失はざるを得ない。かくの如き行爲に因つて處罰を行ふことは不可能である。即ち此の場合の犯人は民族の定めた平和的秩序の敵たるものでは全然なくて、本人自身が錯誤に因つて民族の承認する平和的秩序たるものであると考へた、平和的秩序の敵たるに過ぎない。だが刑法の任務とする所が現實の平和的秩序を擁護するに在つて、想像上の平和的秩序を擁護するに在るのではないのは云ふまでもない。

從來の刑法はまた犯人が未遂を中止したいろ／＼の場合を論じて居るのであるが、未遂と既遂とを區別して取扱ふのを止めると同時に中止犯も積極的の悔悟 *fäufige Reue* と合流することゝなつた。抑も心理狀態としての悔悟が立法者と關係を有するのは、立法者が裁判官をして刑を量定するに當つて悔悟を犯人の犯罪的

意思の餘り有力でない徴證として、又は犯人の内部心理に於ける善玉が其の惡玉に打克つに至つた徴證とさへして評價するを得しめることを必要とするの程度に於てのみに限られる。けれども悔悟の心理状態が犯人の積極的の行爲を導き、此の積極的行爲が犯罪の結果の發生を防止した場合にあつては、刑罰と云つたやうなものも民族的平和を保全する爲にも、はたまた贖罪の爲としても必要でないことが多いであらう。犯人が其の悔悟の行動に於て極力犯罪の結果の發生を防止するのに盡力した場合、犯罪の結果は發生しなかつたけれどもそれは犯人の努力の然らしめる所ではなくて、他の力に歸著せしむべき場合などについても同じことが云ひ得られる。積極的悔悟の是等の場合については、刑を減輕し若は處罰を見合はせるの道を裁判官に與へる必要があるであらう。だがさればと云つて減輕若は無罪の要求を爲すの權利を法文の上に確定すべきものではあるまいと思ふ。かくの如きはナチスの考へて居るやうな個人の民族に對する地位と相容れないものがあるし、また須らく積極的悔悟の刺戟を與ふべきであると云ふ純理的な、實生活に疎い議論を以てしても以て其の辯明とするには足りないであらうからである。

だが積極的の悔悟の領域に屬する是れ以上のことは、すべて之を刑の量定に委ねざるを得ない。即ち——犯罪の既遂の後に於ける原狀回復の場合は全然度外視するにしても——特に悔悟した犯人が犯罪の結果の發生するのを防止するのに眞面目に骨を折つたけれども、例へば自分の如何ともすることの出來ない勢力の介入することに因つて成功に恵まれることが出來なかつた場合などがそれである。凡そ人は自分の行爲につい

ての責任を負はなければならない。即ち行爲自體について、此の行爲の効果が無窮裡に消え去るものでないことを意識しなければならない。されば悔悟の行爲の成否の危険は民族の負擔たらしめてはならない。之を犯人の負擔に屬せしめなければならない。若し法律にして然らざる方針に従はんか、意思刑法は個人主義的の立場から考察されることになるであらう。即ち此の幾分か陳腐となつた刑法上の特別の問題は、將來の刑法が果して其の根本的見解に忠實たるものであるかどうか示す試金石と認められるものである。

補遺

其の後の司法政策關係の作業は、以上の考察に次のやうな加補を施すことを必要ならしめる。

本書の第一版に於ける意思刑法、未遂竝に既遂に關する拙稿中でわたしは、此のテーマについて司法委員會が第一讀會で下した斷案は一個の信條たるの形を具ふこと顯著なるものがあつて直接われ／＼の世界觀に立脚し、獨り刑法全般の外面的、技術的形成のみには止まらずわけても其の方針を決し内容を定める上に多大の影響を及ぼす次第であり、實に刑法全般の性質を決定する所以のものであると云ふことを指摘した。

其の後第二讀會に於ては、此のテーマに屬する問題の範圍が全般に互つて更めて周匝に論議され、わが國の司法政策家や法律學者は刑法委員會の作業外に於ても此の將來の刑法の基本的の問題に精到な研究を加へ殊に最近刑法の改正に關して公刊された國家社會主義獨逸労働黨の國法部の覺書も亦、刑法の基礎に對する

見解の輪郭を簡単に表明した。

かくて其の歸結はと云へば、此の問題について本報告の第一版中で述べた議論の一句たりとも變改すべき理由を見出さないと云ふに歸著する。特に國家社會主義獨逸労働黨の國法部の覺書も、意思刑法の原則や「未遂と既遂」の問題の解決並に形成の爲に意思刑法から抽出すべき結論をば、其の全範圍に互つて信奉して居る。そして此の補遺の末項で國家社會主義獨逸労働黨の國法部の覺書の若干の見解について補充的の、部分的には異説である見解を披瀝しては居ても、意思刑法としての刑法の性質に關する根本的の一致には毫も相觸れる所はないのである。

けれどもかくの如くプロイセン邦司法大臣の覺書、將來の刑法についての報告書、獨逸法學士院の覺書、國家社會主義獨逸労働黨國法部の覺書などや、此のテーマについてのナチスの司法政策家の學者としての獨立した作業の間に根本觀念が完全に一致して居る以上は、或る程度まで將來の刑法の根本的著想の問題の解決の正否を驗する實驗たるものとしてそれを評價することが恐らく許されるであらう。蓋し或る法律案の第二讀會の多大の意義と重要性とを有するものであるの事實に顧みるときは、假に將來の刑法の基礎を變更するの必要であることが立證されでもしたら、それは實に根本的態度の薄弱であるのを指摘されたことを意味する次第であつて、獨り再應の精到な審査を必要とするに至るのみに止まらず、刑法の組織を全然一變させる理由となるであらうからである。

然るに右のやうな次第で、重大な責任を荷つて二年有半の間苦心經營して築き上げた所のものは、あらゆる點に互つて其の根本的の輪郭を盡く保持されることになつて居る。

従つてまたわたしの今日の任務は、大體草案の第一讀會の後に行つた報告中で其の必要であることを留保して置いた或る程度の仕上げに制限され、然も主として技術的の領域に存するのである。

技術上の領域に於ても、議論の種子を與へるのは左の二點に限られる。

- (1) 刑法上未だ以て重要でない豫備行爲と犯罪の犯行とを區別する方法、
- (2) 刑を量定するに當つて具體的の場合の特別の事情中で犯行が完全には實行されなかつたと云ふ事實をも場合に依つては斟酌する裁判官の行爲の自由を保全する技術的方法、

先づ第一の點について云へば、前の報告中でわたしはナチスの刑法の具備しなければならぬ軍人的、戰士的性質 *soldatischer, kämpferischer Charakter* に基き、またそれから必然的に生ずる此の刑法の積極的性質からして、犯人は其の犯罪の實行に著手すると直ちに刑法並に其の法定刑のあらゆる制裁を甘受することを餘儀なくされるものであると云ふ結論を抽出したのであるが、此の點についても今日の所では寸毫たりとも變改する必要はない。之に反して裁判官に必要な行動の自由を與へると云ふ此の立法者の決意を、どら云ふ風に法律の上に表明したらよいかと云ふ問題の終局的解決は技術上の合宜觀に留保した所であつて、

刑法委員會は第二讀會に於ては此の問題に特別の注意を拂ふことを餘儀なくされた。其の際二つの先決問題が提出され、先づ是からして解決してかゝることを必要としたのは至極見易いことである。

(a) 立法者が豫備と實行との間に法律の上で明確な區別をつけて置くのがいゝか、それとも判例の手に依つて行はれる發達に自由な餘地を與へて置くのが合宜的であるかの問題が其の一である。だが立法者は其の必ず規律しなければならぬ所のもの丈を規律すべく、決して其の規律し得る所のもの一切を規律すべきでないといふのは疑もなく正しい。此の後者こそ實にナチス前の立法の主なる缺點の一つであつた。けれども處罰價值と可罰性の限界の始まるのは何處であるかと云ふ重大な問題については、將來の刑法も實際何等規律する所なくして済ますことは出来ない。蓋し此の場合は法を適用する上に於て、根本的の重大な意義を持つ問題たるものだからである。されば此の問題は積極的に解答しなければならなかつた。

(b) 此の兩者の區別を主觀的にしなければならぬか、それとも客觀的にする必要があるか。區別は犯人の意思に關して行はるべきであるか、それとも外面的、客觀的に所爲の既遂の境地への親疎遠近に關して行はるべきであるか。且又區別は説明的 *beschreibend* にするのが適當であるか、それとも填充の必要あるやうに *ausfüllungsbedürftig* 行ふべきであるかの問題が第二の問題である。法律違反の意思 *der Wille zum Rechtsbruch* は云ふ迄もなく刑事司法の發動するに至る機縁であり、基

礎であり、また其の作用の目標である。けれども法律違反の意思がさうなのではないことは意思刑法と心情刑法とを明確に區別した上からはもう一度説明する必要はない。苟も刑法にして犯罪意思 *rechtsbrecherischer Wille* に關心を持つことになる以上は、右に述べたやうな法律違反の意思による行爲は是非とも存在する必要がある。そしてかくの如き行爲は犯人の眞面目な犯罪實行の意思 *Tatführungswille* に依つて支持されてあることを必要とする。行爲は此の犯罪實行の意思に關して司法上恐らく此の意思の唯一の認識の淵源たる意義を有するものではないけれども、然も一つの缺くべからざる認識の淵源としての意義を有するものである。けれども意思に依つて支持されて居る行爲は、客觀的にも決意の實證 *die Betätigung des Willensentschlusses* たるの性質を有することを必要とする。こゝに於てか客觀的の要素を加味した主觀的の區別が必要であると云ふ結果を生ずる。此の認識の後に殘留する問題は、實現された犯罪の部分の實行の境地への接近若はそれよりも更に歩を進めて既遂の境地への接近の特定の程度を加味することの點に存する。此の方針を執るときは、いろ／＼の方法で區別を試みる事が出來やう。例へば結果に對して一定の程度まで接近してあることを要求することが出来る。けれどもかくの如きは意思刑法の基礎との矛盾を意味する虞があるのであつて、従つて當然否決されて了つた。或はまた實現された行爲の部分の一定の程度の危険性を要求することも出来る。此の場合にあつては一定の法益を斟酌して、要求された危険性

を認定するの道も存する。けれども法益の侵害と云ふ見地の下に刑法を考察すると云ふことはもはや全然時世後れのことゝなつて了つた事實に顧みるときは、かくの如きはナチスの刑法にとつては到底問題となるものではない。だがまた問題たる罰則の保護して居る目的に關して民族共同体にとつての著しい危険が存するか若は接近した危険が存するか若は直前に迫つた危険が存する——是亦程度の問題であるが——のを考へ合せて見るに於て、實現された所のものが犯罪の實行に對して一定の程度に近接して居るかどうかと云ふ點について此の要求されて居る危険性を認定することも出来る。原則としては主觀的に爲すべき豫備と犯行との間の區劃に客觀的の要素を加味する此の方法に對しては、意思刑法の立場からは根本的の懸念を挿むことは出来ない。けれども此の區劃方法が餘りに抽象的に過ぎるものではないかどうかは問題であつた。かくの如くにしてわれ／＼は此の先決問題の第二の部分、即ち區劃は其の客觀的の要素に關しても寧ろ説明的方法で行ふべきか、それともまた填充を必要とする方法で行ふべきかと云ふ點に到達するものである。だが恐らく刑法のあらゆる領域に亘つて實生活が暴露するであらう場合の到底豫測することの出来ない程多岐であり多端であるのに顧みるときは、法律中に於て客觀的要素を加味するに當つて二つ以上の準則を與へると云ふことは事實上不可能であるやうにわたしには思へる。それで此の準則の填充を具體的の案件の觀察中に置き、即ち其の程度に於ては、原則として主觀的に規整されてある區劃の範圍内に於

ての填充を必要とする客觀的の要素を以て満足するのが恐らく適當であらう。此の場合裁判官に或る程度の行動の餘地を與へ、以て司法の安定を期するのに抽象的若は普遍的な固定した窮屈な線を以てしないで、法律を以て方針を定めた理性的な裁判官の考察方法に訴へるの手段に依ることが必要である。此の點を斟酌して第二讀會では「著手」 *Beginnen* と云ふ語辭中に、填充を必要とする客觀的の要素を置かうと云ふ提案が反覆され、其の結果として「犯罪を完了するの意思を以て犯罪に著手したる者は、既に此の犯罪を犯したるものとす」と云ふ法文が提案された。此の法文に依ると「著手」と云ふ語辭は先づ第一に、然も特に完了の意思 *Vollendungswille* と結合するに於て主觀的の意義をも有するものであるけれども、然も其の外に勿論法律中には只方針を與へる輪郭を定めてある丈で立入つて説明してない是亦必要な客觀的の要素をも成すものである。こゝに於てか更に之をも超越して出て行くべきであるかどうかの問題を生ずる。第二讀會の評議の假の提案は、それが著手自體を定義しやうと試みて居るに於てかくの如き進一步を規定するものである。曰く「假令犯人が事實關係について懷く觀念に従つてのみたりとも直接實行に指向せらるゝ行爲は何れも犯罪の著手たるものと看做すべし」と。併し乍ら終局的の法文は、かやうな著手の定義は時あつてか不必要であり、また時あつてか危険たるものでありはしないかどうかと云ふ方向に於て、恐らく豫めもう一度熟考することが必要であらう。勿論現在提案されて居るが儘であつても、主觀的の

根本的區別をもう一度高調することを意味するには違ひないが、此の法文は決して害ではあり得ない。蓋し是はどつちも欲求されて居る所のものに外ならないからである。勿論此の法文は第一讀會の提案からして既に明白になつて來るものとわたしは考へる。だから其の程度に於ては此の「著手」の概念を定義するのは、不必要であると云つて差支あるまい。けれども是と共に「著手」と云ふ語辭は全然客觀的の半面は持たないのであるかの如く、第二讀會の提案の意味を解される可能と危険とが成立するのであつて、かくの如きは曩に論じた通り懸念すべきことであらう。最後に「著手」の概念を「直接實行」に指向された所のものに及ぼし、之に制限することに依つて「著手」の概念を遙に具體的に劃定しやうと云ふ一派の論者の希望は達成されない。直接と云ふ要件を編み込むことは只外觀上かくの如き比較的不動の劃定を成す所以に止まるのであつて、殊に直接と云ふことを認定する上に於ての標準は與へてもなければ、實際また之を與へることは出來ないのである。直接と云ふことは具體的の案件の形成の如何に従つて時には時間的の隔りがあると云ふ理由から、時にはまた場所の上の隔りがあると云ふ理由から、時にはまた別個の出來事か同一の犯人の別個の行爲の介入乃至はまた同一の犯人が可能若は蓋然的たるものと思惟し若は期待すらした他人の行爲の介入が近接し若はかゝる介入が蓋然的であると云ふ理由から、肯定し得ることもあれば否定し得ることもあり、また必然的に肯定せざるを得ないこともあれば否定せざるを得ないこともあるであらう。

う。だから此の定義は普遍的の確定を意味するものではなく、従つてまた著手を定義するの試みを終局的に拋棄すべきでないかどうかを審査することを必要とするであらう。わたし自身としては殆ど、是れ以上法律を以て規律しやうと試みるときは立法者はもはや立法者の規律が必要でなく従つてまた當然規律が爲されないであるべき筈の地域内につれ込まれるやうになることを立法者に於て識認して然るべき筈の地點こそ正にこゝなのであると考へたいと思ふ。最後に犯行が著手に因つて完了されるものと稱するのは用語上の不同を意味するものであると云ふことが指摘されるならば、此の異議に理由を認めることは出來ないとわたしは考へる。蓋しそれは何も用語上平等的に取扱ふと云ふのではなくて、或る行爲の所犯の概念を法律的に界限しやうと云ふのに外ならないからである。

次は第二の點、換言すれば刑を量定するに當つて具體的の案件の特別な事情の下に、場合に依つては犯罪が完全に實行されなかつたと云ふ事實をも斟酌する裁判官の行動の自由を確保する、技術的方法の問題に關してである。抑も犯罪が實行の著手の域に止まつて居ると云ふこと若は犯罪が實行の著手の直後に止まつて居ると云ふことは、時には犯人の處罰價値の程度にとつて重大な意義を持つことがあるものであるが併し必ずしも常に重大な意義を有するものではないと云ふ點については、委員會の審議に於て委員の意見の當初から一致した所だつたのであつて、従つて裁判官にも犯罪が實行又は其の著手の領域に止まつて居るの事實

を斟酌するの道を常に開放して置かうと云ふことになつた。だが之をどう云ふ方法でやるかと云ふことは、未遂の問題に對する根本的の著想の問題ではなくて、刑法に於ける刑の範圍をどうするかと云ふ技術上の問題に外ならない。即ち法律が下方に向つて廣く擴張された刑の範圍を原則として規定するに於ては、裁判官は法定の刑の範圍内で必要な裁量の自由を見出して之を實行することが出来る。けれども立法者にして法の下方の限界を或る程度の高さに保つ要求を持つ場合に於ては、刑の限界を下方に向つて打破するの權限が裁判官に與へられて居ない以上は、裁判官は必要な行動の自由を有することが出来ない譯である。此の刑の範圍をどう定めるかの技術に關する問題は第一讀會の審議中常に、最初の法律案が實際に存在するやうになり其の結果として具體的に規定されて居る刑の範圍が刑法全般の形成と關聯して最近十數年の時代に見られやうな種類の刑事司法の脱線を防止しやうとする刑法政策を保全するのに果して適當するかどうかを審定することが出来るに至る時まで留保されて來たもので、かやうな處置を執つたのは誠に正しいことであつた。かくて此の點について審査を行つた結果、刑の下方の限界は一定の程度に止めるの必要を存するものであることが判明し、是と共に犯罪が實行の領域内に又は其の著手の直後に止まつて居る場合については、裁判所に酌量減輕の道を與へることが必要となつた。

わたしのテーマの範圍内で第二讀會の結果補遺を必要とするに至つた技術上の種類に屬する二つの補説は以上を以て盡きるのであるが、わたしは此の機會を利用して、わたしの報告中に於ける議論の缺陷で誤解の

淵源ともなる虞のあるものを自分で塞いで了ふことにしたいと思ふ。意思の自由を承認すると云ふことはナチスにとつては自明的の事柄なのであるが、わたしは曩に意思の自由を承認するに當つて「汝は當然それを爲すべきものであるが故に汝はそれを爲し能ふ」と云ふ標語を應用した。此の標語は意思の自由を承認するの意味に於て其の意義を有するのであつて、其の程度に於てはわたしの報告の議論と關聯して、此の標語に變改を加ふべき理由は全然無い。けれども此の標語は、刑法上に於て限定歸責能力を承認する問題に對する態度としても、之を應用することが出来る。實際また此の標語は此の點についての最近二ケ年間の刑法上の論議に於ても應用されて來たのである。さればわたしは此の機會を捉へて、わたしの報告中で此の標語を利用して居るのは、意思の自由についての信條と關聯してのみ理解せらるべきものであることを指摘するものである。

曩に既に他の關係に於て一言して置いた通り、本年（譯者曰、一九三五年）になつて國家社會主義獨逸労働黨の國法部の刊行に係る「新獨逸刑法についてのナチスの綱要」の第一部が公にされた。ナチスの刑法改正運動が何れもそうであるやうに、此の綱要も亦法は當然民族的道義律に其の根柢を有すべき筈のものであることを説明するものである。此の主旨は屢次綱要中に非常に明確に表明されて居るのであつて、即ち綱要第一には、「新獨逸刑法は民族法 Volkrecht であることを必要とし、民族の爲に且民族の精神から汲み出されたものであることを必要とする」とあり、綱要第三の第三項には、「獨逸的思惟にとつては道德的評價、

義務精神並に法律的感情の間に調和が成立する」とあり、更に綱要第九には、「ナチスの刑法に於ては、形式的の法とか、不法とか云ふものは存在しないのであつて、存在する所のみは只實體的正義の思想あるのみである」とある。國法部の綱要が一般に原則から生ずる各般の論結に擴張される以上は、如上の著想から相當な論結も抽出される。其の例を二つ文擧げると、綱要第十五は刑法委員會の草案に於けると同様、從來の道徳的に中立的な故意の概念を道徳的に特定した故意の概念に變換せんことを提案し、綱要第十八は例へば一九三五年のギェルトナア改正法並に救援の義務に關する其の規定に於て行はれて居るやうに、道義的の著眼に基いて不作爲の可罰性を決定しやうして居るのである。即ち其の程度に於ては完全なる一致を存する次第であつて、國法部の覺書は殆ど常に刑法委員會の原則を承認して居るのである。

けれども國法部の覺書は、刑法の基礎としての民族的道義律をば同分母としての道義的基本價值の上に置く必要があるものと思惟して居るのであつて、かくの如くにして將來の刑法を非常に狹隘な基礎の上に置いて居る。是は綱要が民族的道義律並に其の道義的基本價值を其の自然の儘の全體に於てははなく、寧ろ基本價值の一つである忠誠の基本價值に歸著させて觀察することに依つて行はれて居る。そこで綱要第三の第一項には「ナチスの刑法は民族的忠誠の義務の上に構築されてあることを必要とする」とあり、そして綱要第四には「民族協同體の高貴な價值は忠誠の義務が絶對的に恪守されることを要求するのであつて、特に民族協同體自體に對しても、はたまた民族協同體が過去に關聯して未來の爲に創造する民族協同體のあらゆる形

成物若は其の創造したあらゆる形成物に對しても然りとするのである。民族的地盤、民族的運命並に血統は、犯罪人の一つ一つの攻撃に由つて脅威されるのである」とある。凡そ民族協同體に對する獨逸民族各般の基本的義務としての忠誠の義務は、素より寸毫たりとも疑念を容れる餘地のないものであり、民族全體に對する民族各般の關係の基礎を成す或ものであることは云ふ迄もないが、併し國法部の綱要が忠誠の道義的基本價值の侵害の點に刑法全般の內面的理由と根據とを認めるものであるとすると、かくの如く刑法の基礎を制限するのが果して刑法の需要と兩立する所以であるかどうか、かくの如く刑法の基礎を制限するのが果して合宜的であり、必要的であるのかどうかは問題である。先づ第一に忠誠と名譽とについての獨逸の道義的觀念は互に密接に結び付いて居て、忠誠を侵害するのは即ち是れ破廉恥なことであると云ふ風になつて居るのであるのを指摘したい。こゝに於てか刑法全般が原則として忠誠の侵害と云ふ見地の下に觀察されるものであると云ふ論結に到達せざるを得ない。事實上國法部の覺書はかやうに推論もして居るのである。蓋し綱要第二十七には、「苟も刑事上の不法たらん程のものは原則として破廉恥たるものであつて、一體にして不可分な男子の名譽に關するものである」とあるからである。綱要は恰も此の點を以て刑事上の不法と秩序上の不法との差違であるとし、兩者の區別は實に此の點に存するものと爲すのである。此のことは綱要の理由書に論じてある所からしておのづから判明する。曰く「秩序違反と所謂刑事上の不法との區別は、特に秩序

違反の場合にあつては其の明かとなつた犯人の不従順に基いて名譽の喪失を生ずることのないのに反し、刑事上の犯罪は名譽の侵害を結果とする點にも其の特殊の理由を有する」と。今日下の關係に於ては、終身間の懲役刑にあつても尙ほ其の外に破廉恥を特に表明する方法を可能規定 *Kannvorschrift* として規定することにしやうと云ふ提案の提出されたと云ふ事實こそ、忠誠の侵害と破廉恥との不可分な結合がどんなに誤解されて居るかを明示するものであると云ふ、綱要の別段の論結に是れ以上深入りして論じやうとは思はない。草案を仔細に觀察して見ると、是が理由は全然別個の點に存するものであることははつきりと判ることである。けれども右に援用した標語の特に高調されてあることは是非指摘しなければならぬ所であつて、理由書が、「ナチスの刑法にとつては、苟も刑事上の不法たらん程のものは原則として破廉恥たるものであつて、一體にして不可分な男子の名譽に關するものであると云ふこと丈しか認めることは出来ない」と論じて居るのは、理由書が標語の高調を再録するものに外ならない。かやうにして理由書は最初一見した所で綱要に對して與へて居るやうに見受けられる制限を特に力強く再び取消して居るのである。けれども——是は誰でも承認しなければならぬ所なのであるが——犯罪を忠誠の侵害たるものとして觀察することからして論理的に生ずる所の此の論結をば、民族的同胞 *Volksgenosse* 中の一生涯に一度丈け刑事上の不法に捲き込まれた連中につき、また一切の若は大抵の刑法上の犯罪の範圍について抽出すると云ふのは出来ないこと、やうに考へられる。加之わたしは民族的賓客若は民族の保護上の同胞 *Volksgast oder Schutzgenosse des*

Volkes にして、それについては忠誠の義務と云つたやうなものを云々することの殆ど不可能であり、寧ろ自然の感情と自然の用語法とが賓客としての地位なり賓客としての義務なりについて云々するに止まる者の犯罪についてすらまた考へては居ないのである。併しわたしはそれ自體非常な無理をしないことには忠誠義務の侵害であるとして解することの出来ない過失犯については悉く想到して居るのである。且又國法部の綱要が全然刑法外——そして此の點は委員會の草案と一致して居る所であるが——に置かうとして居る場合の極く近傍に在る無限に多數の場合を考慮したい。即ち「必ずしもすべての攻撃が平等に重く民族協同體に打撃を與へるものではないのであつて、偶々民族協同體の或る種の機能的な生命の表現の状態の圓滑を妨げるに過ぎない違反は、必ずしも常に刑罰の制裁を具へることを必要とするものではない。かくの如き違反の制裁は、獨立的に構成すべき特有の秩序刑法に於て規律することを必要とするのである」。是等の場合の間には——そして是は背叛罪 *Landesverrat*、指導者に對する背叛行為 *Führerverrat*、若は大逆内亂行為 *Hochverrat* の形に於ける本來の民族的背叛行為 *Volksverrat* についての話であるが——非常に多くの中間的の場合を存するのであつて、決して此の二つの極が其の間に中間的介在物を存することなしに相對立して居る譯ではない。加之われわれは、犯罪を爲す者が罪を犯すことに因つて其の「一體としての不可分な男子の名譽」を喪失すると云ふ論結を抜き出さうとは何人も思はない、刑法上の犯罪の非常に多くを列擧することが出来るであらう。併し乍らそれ以上に互つても生涯に一度丈け罪を犯すに至つた多くの民族的同胞のすべてを、此

の犯行に因つて直ちに破廉耻となるに至つたものと見るのは、わたしの考を以てすれば公正な判断たるものではあるまい。此の點についても是れ以上議論をする必要は殆どあるまいと思ふ。だからどの刑事上の不法をも忠誠の義務の侵害として觀察することの論理的に必然的な結果の實際上の不可能は、國法部の綱要中に於て行はれて居るやうに刑法の道義的基礎を實際に忠誠の義務の侵害に制限することが出来るものであるのか、そしてそれは、畢竟相當であるのかと云ふ問題を生せしめる。それにも拘らず此の問題の審査はどの刑事上の不法をも忠誠の義務に對する侵害の公分母の上に立たせ之に依つて規整することをしない——是は哲學的には出來得ることのやうに見受けられるのであるけれども——で、寧ろ個々の犯罪的不法、個々の犯罪典型、若はもつと正しく云へば個々の犯罪人定型を自然的態度で觀察するとき、活氣もあれば従つてまた合宜的でもあると云ふ論結に恐らく到達することであらう。之に因つて何れの刑法にも必然的に伴ふ分化(Differenzierung)、例へば裁判官の何れの量刑上の動作や何れの具體の場合にも表明されるやうな分化が刑法にとつて利用し得られることとなるのである。否、具體の場合には自然的の感情に極めて接近するものと認められる多くの不法の價值、例へば服従の義務、眞實開示の義務、私益の限界を遵守し公益を優先せしめる義務、法律上若は自然的の保護の義務、崇敬の義務、性的律義の義務などの如き侵害の多くの不法の價值が存在するのであつて、従つて哲學的には之を統一的に觀察することが出來やうとも、實生活上のいろいろの場合

を評價するに當つては、哲學的に可能な總括の基礎の上に初めて此のすべてを論ずることを得べく、當初眼に映する道義的無價値の平面上に既に之を取扱ふのは、少くとも民族にとつて恐らく知的に過當に尖鋭化するの嫌あるものと考へられる。けれども忠誠の侵害の道義的無價値が或る犯罪典型を形成する上に自然の思惟の上からも當然に決定的の作用を及ぼすべき筈の場合、例へば民族に對する背叛行爲の場合については、忠誠の侵害と云ふ思想は既に前々から用ひ古された所なのであるから、此の思想は其の有用である性質を失つて了つて即ち司法政策上無價値となるであらう。「背任とか、背叛行爲とか云つたやうな概念は只一つの或る擴張をしか許すものではない。其の威嚴、其の内容は其の陳腐となることに依つて破壊される」(Dahm, Verrat und Verbrechen i. d. Zeitschr. f. d. gesamte Staatswissenschaft, 95. Bd. 1935, S. 297) のやうである。以上述べ來つた所に依ると、要するに委員會の草案にもはたまたまた從來のすべての覺書にも一様に表明せられ、例へば國法部の覺書中では綱要第一、第三の第三項、第九項などに表明されて居るやうに、道義的評價と義務精神と法律的感情との間の調和から出發すると云ふ認識と原則は固執するけれども、その他の點に於てはどの犯罪種別を司法政策的に取扱ふに當つても、普遍化され従つてまた水平化された統一的の不法の價值に從つて意思刑法を規整することをしないで、各個の犯罪種別に典型的な道義的不法の内容に從つて之を規整するのが正しいのであつたとわたしには思へるのである。

二、責任理論

(責任能力、限定責任能力、故意及び過失、錯誤)

國司法省 局長 エルンスト・シェーファー(國司法省)

A. 第一讀會の結果の報告

(一) 根本原則

ナチスの國家の刑法は犯罪意思の彈壓を専ら念頭に置く意思刑法として、責任なければ刑罰なしの原則を墨守する。所が犯人の有責なる行狀の前提たるものは犯罪の當時に於ける其の責任能力(歸責能力)なのであるから、犯罪の當時責任能力を持たない(歸責能力を持たない)者は罰しない。けれども民族協同體は其の生存上の平和や勞働上の平和に對する責任のない侵害に對して無防護の儘である譯にはいかないのであつて、即ち新刑法の目的とする所は民族協同體を絶對的に保護することであり、個

人の利益の如きは此の刑法の任務の前には屏息せざるを得ないのである。そこで責任のない爲に刑罰を加へるの餘地を剩さない場合にあつては、民族協同體の保護は別段の方法で確保せざるを得ない。かくの如き考慮に基いて新刑法は、客觀的に刑事的な不法に對して二元的の反動作用を加へるの餘儀なきに至つた。即ち刑罰組織を補充するに保安及び矯正の處分を以てするやり方であつて、之については別に論せられることになつて居る。刑法が民族にとつて馴染みの深い判り易い刑法であるが爲には當初から其の目的を明確にして、開卷第一に刑罰とその他の處分との前掲したやうな二元主義を奉じて居ることを公言するのに重きを置かなければならない。法律が責任無能力者を罰しない旨を言明して居る箇所では極力誤解を豫防してすべての民族的同胞をして、それは決して歸責無能力者に特許狀を與へると云ふ譯のものではなく、また決して責任無能力者に「狩獵免狀」を與へる次第のものではないことを確信させる爲に、責任無能力者たる犯人は責任を缺くので刑罰は科せられないけれども、民族協同體を有効に保護する其の他の處分は科せられるものであることを明示的に宣明しなければならない。

そこで委員會は責任能力(歸責能力)を取扱つて居る章の劈頭の規定として、次のやうな規定を提案するものである。

「犯罪の當時歸責能力^(註)を有せざる者は罰せらるゝことなきも、民族協同體を保護する爲に法律の規定したる特別の處分を受く」。

(註一) 委員會は第一讀會に於ては「歸責能力ある」zurechnungsfähig、「歸責無能力の」zurechnungsunfähig、「歸責能力」Zurechnungsfähigkeit、「歸責無能力」Zurechnungsunfähigkeitの諸概念を執るに決したのであるが、第二讀會に於ては是等の概念は「責任能力ある」schuldhaftig、「責任無能力の」schuldunfähig、「責任能力」Schuldhaftigkeit、「責任無能力」Schuldunfähigkeitの概念を以て代へることにした。

此の法文に依つて、責任能力(歸責能力)の欠缺は其の作用に於て責任無能力者の一身に制限された責任阻却事由 Schuld ausschliessungsgrundとして、認められるものであることが表明される次第なのである。

(二) 責任無能力

犯人の責任ある行状の前提條件は、犯罪の當時責任能力を存すると云ふことである。刑事司法の實際上の必要を念頭に置く刑法典にとつては、責任能力を積極的に定義するの必要はない。特にかくの如き刑法典は意思の自由とか意思必至論や自由意思論とか云つたやうな基本的な大問題に對しては態度を示すことを必要としないのであつて、其の程度に於ては簡單に、精神上健全な成年の民族的同胞は何れも刑法上責任を負ふものであつて、只民族的同胞の平均的典型に屬する者の觀察が基本となると云ふ所から出發することが出来るのである。實際的な立法者は責任能力を常態的のものと思ざるを得ないのであつて、只責任無能力を定義することを必要とするに過ぎない。

責任無能力の條件を定めるのに三通の方法がある。第一は所謂生物學的、原因論的方法であつて、是は精神上の異常の若干の事情を列擧して常に責任無能力の根據たらしめるものである。次は所謂心理學的方法であつて、特定の事情を列擧することを斷念して其の如何なる原因に由るを問はず、専ら意思が自由でないかどうかのみを念頭に置くものである。最後は所謂生物學的心理學的方法又は折衷的方法であつて、只特定の事情のみに限り斟酌することを得るものとし、然も此の特定の事情も具體の場合に事實上一定の限界を劃した効果を犯人の精神状態に及ぼした場合に限り斟酌するものとする方法である。委員會は現行法並に從來のすべての草案の執つた見解に同じて此の折衷的方法を執るに決し、一面に於て裁判官の判決を作成するのに充分左右する丈の勢力を精神病學者に與へると共に、他の半面に於て裁判官は精神病學者の鑑定に餘りに甚しく束縛されることのないのが此の折衷的方法の特色なであると認めた。

凡そ刑法上の責任には二つの能力が必要である。所爲の不法なるを辨別するの能力と此の辨別力に従つて意思を指導する能力とである。従つて責任無能力と云ふ概念にとつては、此の二つの能力中の何れか一方が阻却されて居るかどうかと云ふことが決定的に大切なのである。即ち辨別の能力か若は制止する能力かの何れか一方に缺ける所がある爲に悟性か意思かの何れかの一方が不足して居はしないかどうかと云ふことが大切なのである。辨別力が不足して居りはしないかどうかと云ふ問題については委員會は——「不法」das Ungesetzliche の認識と云ふことを念頭に置いて居る現行の少年裁判所法と異り、また「不條理」das Unerlaubte の辨別と云ふことを云々して居る一九三三年十一月二十四日の改正法とも異つて——犯人が所

爲の「不當」das Unrecht であるのを辨別するの能力を持たなかつたかどうかと云ふことが、標準となるものであると認められた。稱して所爲の不當であるのを辨別する能力と云ふのは形式的の違法性を辨別するの能力を指すものとみ解すべきではない。かやうに解するのは將來は明示的に成文になつて居る法と、類推に由つて展開される刑法條理 Strafrechtssatz とが兩々相俟つて行はれることになる理由から云つても、既に狭きに失するものと謂はなければなるまい。委員會の意見では寧ろ此の種の行狀が民族協同體の福祉や民族的協同生活にとつて缺くべからざるものである規範と相容れないものがあつて、従つて不當であるのを辨別するの能力を以て充分としようとするのである。之に反して道義上の不條理を辨別するの能力を以て既に充分たらしめるのは、其の何れの場合たるを問はず餘りに行き過ぎたものと爲すべきであらう。

悟性や意思の欠缺を由來することあるべき事情としては、精神作用の病的障礙又は意識の障礙が考慮に上る。精神作用の病的障礙とは獨り本來の精神病を指すのみに止まらず、精神的變質狀態並に精神上の障礙を伴ふ身體の病的狀態並に高熱に由る精神錯亂などを指すものである。所謂心神耗弱を特に擧げる必要はない。蓋し今日の醫學は特殊の専門的概念として心神耗弱なるものをもはや認めることなく、精神作用の病的障礙の一亞種として之を認めて居るに止まる次第だからである。民法典が第百十四條に於て現在心神耗弱の概念を別個の意味に使用し、之を精神病と區別して居ることは刑法にとつては標準となるものではない。民法の定義について如何なる論結を抽出すべきであるかを審定するのは、施行法の任とする所である。「意識

障礙 Bewusstseinsstörung] と云ふ概念は、今日既に意識の甚しい障礙であればどんな障礙をも指すものとして判例に依つて廣義に解釋されて居る現行刑法典第五十一條の使用する所である。「意識喪失」 Bewusstlosigkeit の概念に比較すれば、遙に明瞭である。

少年竝に瘖啞者の責任無能力も亦、所爲の當時に於ける本人の精神及び徳性の^(註一)發育上所爲の不當なるを辨別し、又は此の辨別に従つて行爲を爲すの能力を持たなかつたかどうかに従つて定むべきである。

(註一) 第一讀會の法文は瘖啞者について只「精神一の發育の不充分のみを斟酌して居るに過ぎないのに反し、第二讀會の法文は明示的に「徳性一の發育をも擧げて居るのである。

(三) 限定責任能力

限定責任能力の刑法上の取扱の問題も、責任無能力の問題と相俟つて特に困難とする所である。此の概念は一九三三年十一月二十四日の改正法に至る迄は我が國從來の刑法典には認められて居なかつたものであるが、最近十數年時に刑法上の論議の中心を成し、強制的の若は少くとも任意的の刑罰減輕事由 Strafmilderungsgrund の意味に於て之を斟酌せんことの要求が殆ど一種の流行物とさへなつて了つて、刑法の改正に關する議論中で此の要求を斟酌して居る程度の大小が、進歩的の改正であるかそれとも反動的の方向に於ての改正であるかを測定する殆ど一種の測度計とさへなるに至つた程で、其のかやうな見方が漸く動搖するや

うになつたのは最近になつて初めてのことであり、特にハイデルベルヒの精神病學者ウキルマンの有名な著書 (Wilmann, Die sog. verminderte Zurechnungsfähigkeit, 1927) の影響を受けてのことである。

過去の刑法組織や従來の諸草案の刑法組織は寧ろ個人主義的傾向を追求し、犯人の人格に重きを置くに努めたことであるから、是等の刑法組織にとつては普遍的の刑罰減輕事由として限定歸責能力の概念を採用せんことを要求し、此の要求をば責任主義 Schuldprinzip に立脚する刑法の必要的歸結たるものとして主張し、軽い處罰に對する必要な補償を専ら保安及び矯正の補充的處分に求めるのも素より無理からぬことであつた。之に反してナチスの國家の限定責任能力者に對する見方は、是とは全然趣を異にせざるを得ない。新刑法は各個の個人の利益よりも寧ろ民族協同體の利益に重きを置くものである。従つて其の辨別力と其の制止の能力の缺けて居る爲に民族的同胞にとつて大なる危険を意味する者に向つては、民族協同體は本人が非常な努力を以て埋合せを爲さんことを要求せざるを得ない。本人が此の埋合せを爲さず、且其の低格な素質に従つて罪を犯すに至つた場合にあつては、本人は其の限定責任能力を免責事由 Entschuldigungsgrund として持出すことは出來ないのであつて、寧ろ民族協同體に對して充分の責任を負はなければならない。

委員會は以上のやうな根本的見解に基き、従來の草案とは悉く趣を異にして限定責任能力者を二つの部類に區分するに至つた。

(ii) 漫性的若は習慣的低格者であつて、其の辨別能力又は制止の能力が素質上常態の典型と趣を異にして居るもの。特に精神病者の大部分は此の部類に屬するのであるが、此の部類には右に述べた所が全部あてはまる。是等の者は民族協同體の一員として平均的の要求をすら充すものではないのであるから、法律秩序は「汝は當然それを爲すべきものであるから、汝はそれを爲し能ふ」と云ふ一般的の規範に従つて、犯罪的傾向に對する一層有力な抵抗を要求せざるを得ない。従つて委員會は第一讀會では此の種の者に對して一般的の減輕事由を全然相當と認めず、それが強制的の減輕事由であると、任意的の減輕事由であるとを問はないことにした。否、更に一步を進めて通常の刑の範圍内に於て限定責任能力を一つの刑罰減輕事由として斟酌するのを、明示的に裁判官に禁止することすら考慮した。けれどもそれは見合はせることにした。何となればかやうなことにすると正常なる中庸の範疇を超えて、裁判官を不必要に束縛することゝなるであらうからである。また民族協同體を保護する爲から云つても、かくの如き規定は必要ではない。何となれば民族協同體は刑に併科することを認められた保安及び矯正の處分に依つて、補充的な有效な保護を與へられる次第だからである。法律の正條中で此の國家の二元的な反動作用を指示するのは、限定責任能力者を威嚇する爲から云つてもまた保護を受けて居る民族的同胞を安心せしめる爲から云つても乃至はまた裁判官にとつての教示としても、責任無能力の場合に於けると同様限定責任能力の場合についても適當とする所なのである。

(b) 急性の状態 (病氣若は過勞又は妊娠其他之に類似の故障の後に於ける疲勞状態) の結果として一時

的に限定せられた責任能力者。

此の部類にあつては——限定責任能力が自分の責任に因る酩酊 *selbstverschuldeter Rausch* に基づく場合
(四)(3)を参照)を除き——其の民族協同體にとつての危険性の弱小であるのに應じて委員會は第一讀會に於て既に軽い見解を以て之に臨むこととし、是等の者並に瘖啞者については苛酷を避ける爲に、任意的普遍的な刑罰減輕事由を提案したのである。

限定責任能力の概念については以上の説明は必要でないのであつて、責任無能力者に設けた定義と附縁して所爲の不當であるのを辨別し、又は此の辨別に従つて行爲を爲す犯人の能力が所爲の當時精神作用の病的障礙の故を以て、又は意識の障礙の故を以て、又は瘖啞者については精神若は徳性の發育後れたるの故を以て、著しく限定されて居るものと定義するを要する丈のことである。

(四) 酩 酊

酩酊 *Trunkenheit* 並に類似の麻酔状態は、責任無能力の範囲内で特殊の規律を必要とする所である。酩酊行爲については四つの異つた種類を區別することが出来る。

(1) 所謂原因に於て自由な行爲 *actio libera in causa*.

此の部類にあつては犯人は、酩酊状態に於て犯行を爲す爲に責任無能力の根據となる麻酔状態に身を置いたものである。此の場合に故意に因る犯行に基いて處罰を行ふことを必要とするものは、明示的の規定はなくとも今日では既に一般に認められて居る法理である。委員會は第一讀會に於ては故意に因る *actio libera in causa* の場合については之を明示的に法律中に言明せんことを提案したのであるが、それは民族に馴染の深い、一般に判り易い刑法典は民族的同胞に關係のある是等の場合についての明確な報告を與へて置くのが當然であると云ふ考から出たことである。過失に因る *actio libera in causa* を規律中に包括せしめる提案は、殊更に之を見合はせることにした。蓋し其の程度に於ては刑罰を以てする保護の必要は、(2)の下に掲げてある規定を以て充分充すことが出来るものと考へられるからである。

(2) *actio libera in causa* と區別しなければならないのは、犯人が故意又は過失に因り責任無能力の根據となる麻酔状態に身を置き、此の状態に於て本人が當初から全然念頭に置かなかつたか、又は本人が當初から念頭には置かなかつたに違ひない客觀的に罪となる行爲を犯した場合である。此の實際上重要な部類に屬する場合を取扱ふのに、三つの方法がある。

(a) 刑法典はイタリー刑法典の模範に倣つて、此の場合に犯人が責任能力の状態に於て犯行を爲したのであるかの如く看做すべき旨を嚴格に定めることも出来やう。併し是は法律上の擬制と云ふの外はないのであつて、意思刑法とは兩立し難く、また自分に責任のある責任無能力の状態に於て人殺しをした者を罪ありとこそは認めもするが、之を謀殺犯人若は故殺犯人とは見て居ない公平な民族の觀念とも相容れないであら

う。
 (b) 過失に因つて爲した犯罪に基いて處罰する方法、
 是は眞正の擬制ではあるまい。然しかくの如き規律も事實上の状態を或る程度まで歪める嫌を全然免れる譯にはいかないのであつて、且又刑法典が過失犯を認めて居ない場合には常に重大な欠缺を遣し、補充を必要とすることであらう。

(c) 最後に客觀的犯罪に由つて加重された泥酔 Vollrausch なる一つの特別犯を創定する方法である。此の規律は一種の結果責任を意味する次第であるけれども、同じく責任主義の原則を打破するのでも此のやり方は我慢することが出来る。それは此の犯罪を生せしめる麻酔は有責に招來された所だからである。此の解決法は一九三三年十一月二十四日の改正法の既に決定した所なのであつて、委員會は之に附随したものに外ならない。勿論刑の範圍は著しく重くするし、此の特別犯は各則篇中には置かないで、總則篇中に於て酩酊についての他の規律と關聯させる方法に於てするのであることは云ふまでもない。

(3) 實際の上で特に重要なのは犯人が自己の責任に因る酩酊に基いて自分を甚しい限定歸責能力の状態に置き、此の状態に於て刑を法定してある行爲を犯した場合である。委員會は此の場合民族協同體を力強く保護する爲の利益上峻嚴な見解を執るに決し、他の場合に甚しい限定歸責能力について提案してある一般的の減輕は、此の場合には適用することを許さない旨を明示的に規定することを提案した。此の場合それ以上に

互つて通常の刑の範圍内に於て減輕を明示的に禁止する旨を法律中で言明すべきであるかどうかは、尙ほ審査するの必要がある。

(4) 最後に自分の責任を以て自分を麻酔状態に置いて此の状態に於て服務上の行爲若は職業上の行爲を爲し、かくの如くにして民族的同胞を危険に陥れ乍ら然も客觀的に罪となる行爲の構成要件を充足しなかつた場合がある。(例へば、酩酊した機關車、電車、自動車の運轉手が幸に事故を起さずに運轉をやつてのけた場合)。是等の場合について刑事罰を科する必要が存する以上は、各則篇中に特殊の脅威犯 Gefährdungsdelikt を創設することに依つて、之を斟酌することを必要とするであらう。

(五) 責任無能力及び限定責任能力に關する規定の技術的構成

民衆的な刑法典は各章の組織が明確で要領を得易くなつて居ることを要求する。蓋し公平なる讀者が此の關係に於て解答を期待して居る一切の問題に對して、成るべく相關聯する答解を與へんが爲である。此の要求を充さんが爲には兒童及び少年の責任能力をも——少年裁判所法中に於ける特別の規律は妨げない——ここに併せ掲げ、責任無能力のいろいろの場合を年齢、精神上の缺陷並に肉體上の缺陷の影響の自然の等級順序に於て一纏めに纏め上げ、次に限定責任能力のいろいろの場合を相當に概括し、最後に麻酔状態の責任能力に及ぼす影響を總括して末尾に置くのが適當である。

従つて委員會は次のやうな提案に到達した。

歸責無能力^(註三)、限定歸責能力^(註三)、

第a條 犯罪の當時歸責能力を有せざりし者は罰せらるゝことなきも、民族協同體を保護する爲に法律の規定したる特別の處分を受く。

第b條 兒童 Kind は歸責能力を有せず。

少年 Jugendlicher は所爲の當時其の精神若は徳性の發育より見て所爲の不法なるを辨別し、又は此の辨別に従つて行爲を爲すの能力を有せざりし場合にあつては、歸責能力を有せず。

第c條 所爲の當時精神作用の病的障礙に因り、又は意識の障礙に因つて所爲の不當なるを辨別し、又は此の辨別に従つて行爲を爲すの能力を有せざる者は歸責能力を有せず。

第d條 瘖啞者は其の精神上の發育が後れ、其の然るが故に所爲の不當なるを辨別し、又は此の辨別に従つて行爲を爲すの能力を有せざる場合にあつては歸責能力を有せず。

第e條 所爲の當時限定的に歸責能力を有したる者は罰せらるゝものとし、其の外民族協同體を保護する爲に法律の規定したる特別の處分を受く。

所爲の不當なるを辨別し又は此の辨別に従つて行爲を爲す犯人の能力が所爲の當時精神作用の病的障礙に因り、又は意識の障礙に因り、又は其の瘖啞たる場合にあつては精神上の發育の後れたる

の故を以て著しく限定せられありたるときは、犯人は限定歸責能力者たるものとす。

限定歸責能力が單に一時的の状態に基くものなるとき、又は犯人が瘖啞者なるときにあつては、刑を減輕することを得(第七十三條)。

第f條 酩 酊

歸責無能力の状態に於て罪を犯したる者にして此の罪を犯す爲に酒精分含有飲料を飲用することに因つて、又は其の他麻酔劑を攝取することに因つて此の状態に身を置きたるときは、故意に因る犯行の廉を以て之を罰す。

故意若は過失に因り酒精分含有飲料を飲用することに因り、又は其の他の麻酔劑を攝取することに因つて歸責能力を阻却する麻酔狀態に身を置きたる者は、此の状態に於て刑を法定しある行爲を爲したるときは輕懲役若は罰金に處す。然れども此の刑は刑種及び刑量上當該の行爲の故意に因る犯行につき法定したる刑よりも重かることを得ず。所犯の行爲が請求に由つてのみ又は被害者の承諾ありたる場合に限り訴追せらるゝときにあつては、訴追は請求に由つてのみ又は被害者の承諾ありたる場合に限り之を行ふ。

限定歸責能力が本人の責任に因る麻酔狀態に基くときは、此の限定歸責能力に由つては刑を減輕することを得ず。

(註三) 註一を参照せられたい。

(六) 故意、過失

(1) 根本原則——結果に因つて加重された犯罪、

苟も責任主義の原則に立脚する刑法にとつては、罰せられるのは只故意又は過失に因つて行爲した者のみに限られるものであるのは、素より自明の理である。更に將來の刑法は普通處罰の爲には故意に因る行爲が必要なのであつて、過失に因る行爲は法律が明示的に刑を法定して居る場合に限り罰するの原則を墨守するであらう。さもなければ刑罰權が不必要に擴張されるの虞があるからである。是等の原則は現行法と一致するものである。只從來の刑法中には此のことは明示的に言明してはなかつたのだけれども、是等の原則について素人の間にも疑義の發生するのを豫防せんが爲には、從來の草案の例に倣つて之を刑法中で明示的に言明するのが適當である。

特別な結果が発生したか否かに従つて重い刑量を適用すること現行法が往々にして純然たる結果責任の精神に於てやつて居るやうな處置は、意思刑法や責任主義の原則とは兩立し難い。例へば大審院の判例に依ると、行爲が重い結果 *Qualifikationserfolg* にとつて不可缺の條件 *conditio sine qua non* である丈で充分であると云ふことになつて居るのであるが、將來の刑法がかくの如き結果に因つて加重される犯罪を全然拋棄

することが出来るものであるかどうかと云ふことは、刑罰の範圍をどう定めるかに依つて左右されることであつて、刑罰の範圍をして重い結果——例へば強姦の場合に於ける殺人の結果の如き——をも併せ包含せしめやうとすれば、それを可なり廣汎に定めなければならぬのは勿論のことである。將來の刑法が通常の刑の範圍を餘りに廣汎ならしめないやうにする爲、結果に因つて加重された若干の犯罪を存置するに決定するにしても、將來の刑法の特に高調して居る責任主義の原則の爲からは、所爲の特別の結果に結び付けられた重い刑は犯人が少くとも過失に因つて此の結果を招來した場合に限り之を科することにすると云ふ制限は、是非一般的に確定しなければなるまい。かやうな制限を設けることにすれば、重い結果の發生が同時に所爲の危険性の甚しく大であり、犯人の犯罪意思の非常に強いことの徴表である場合を全然除外すれば、變態的結果は責任主義の原則と兩立することが出来る。従つて委員會は總則篇に相當な規定を設けることを提案し、只各則篇の形成に因つて其の無用であることが判明したかどうかを篤と精査せんことを留保した。尙ほ又附屬刑法の廣大な領域に及ぼす影響をも、念頭から去らしめる譯にはいくまい。

(2) 責任形態 *Schuldform* は法律の正條中に定義して置くべきであるか。

更に新刑法は故意に過失と云ふ二つの責任形態 *Schuldform* の爲に法律の正條中に特殊の定義を設くべきであるかどうかと云ふ問題がある。現行法はかくの如き定義を掲げては居ないのであるが、草案は掲げる掲げないの間を彷徨し、參議院提出案には此の定義は全然ないのに反し、國議會提出案は之を掲げて居る。法

律の正條中に此の定義を掲げて置くのを是なりとする考察は、先づ第一に責任形態なるものは全く刑法組織の中心に位する次第なのであるから、刑法典自體からして此の責任形態についての知識を得ることが出來て教科書や註釋書にたよらないで済むやうになつて居ることは、苟も公平なる立場に在る者の何人も當然期待する所であると云ふのである。加之「故意 Vorsatz」とか「故意に因り vorsätzlich」とか云ふ語は決してそれ自體として既に一般的に判り易い次第ではないのであつて、素人はやゝもすれば之を「意圖 Absicht」並に「其の意圖を以てして absichtlich」の語と同視する傾があり、従つて立法者は明確な定義を設けることに由つてかくの如き誤解を豫防する丈の充分な理由を有するものである。更に考慮すべきことは、實際上特に重要な所謂條件付の故意、即ち未必的故意 *dolus eventualis* を法律上どう取扱ふかと云ふ問題、之を故意の規律の下に置くべきであるか、それとも過失（意識的の）の規律の適用を受けしむべきであるかの問題は、少くとも法律家以外の者にとつては決して自明的のものではないのであつて、一般の人に判り易いことを自任する刑法典中に於てはそれが規律されてある必要があると云ふことである。かくの如き規律は故意と過失の根本概念をも刑法中で確定することなしには、不可能とする所である。錯誤並に違法性の意識の問題についても事情は相似たるものがあるのであるが、此の場合判例の辿つて居る道は激しく攻撃されて居る所であり、民衆的の司法に對する需要を相兩立し難いものがあると云ふ點から云つても、新刑法は此の問題に對して明確に態度を決して置かなければならない。だが此の態度の決定も同時に責任の基本形態を同時に確定しない

では、殆ど不可能とする所である。此の責任形態の定義を法律の正條中に收容するのに賛成するいろいろの事由は委員會の非常に重要と認めた所であつて、従つて委員會は是等の事由に較べれば、かくの如き定義を法律の正條中に收容すると此のまだ未解決の状態に在る問題が時機のまだ至らないのに窮屈に確定されて了ふことゝなるであらうと云ふ、收容に反對する懸念は到底重きを爲すには足らないものであると認めたのである。本當の所是等の概念は學說や實際に依つておしなべて既に闡明され盡した所であつて、既に法律を以て確定するのに熟して居るのである。立法者が二三の疑義の剩されて居て其の完全な解決が殆ど不可能であることを斟酌して、法律中に是等の概念を收容するのを斷念しやうとするなら、立法者が類似の斷念を餘儀なくされる箇所は法律中にまだ一數多く見出されることであらう。何となれば大抵の場合概念に何等かの疑義を剩さないと云ふことは恐らくあるまいからである。

(3) 故意

故意の定義を下すに當つては實際上の需要を念頭に置く立法者は「欲求主義」Willentheorieと「認識主義」Vorstellungstheorieの主義上の争に關しては態度を決することを必要としないのであつて、實際上の目的の爲、民族的同胞をして刑法上の歸趨を知らしめる爲には、「認識と欲求を以て mit Wissen und Willen 罪を犯したる者は故意に因り行爲を爲したるものとす」と云ふ、成形的の一般に判り易い法文を以て充分としなければならぬ。此の法文の言明して居る所は、學說上で大抵使用されて居る「罪となる行爲の構成要

件の意識的實現」と云ふ字句の外には出でないのであるけれども、此の後なる文句は寧ろ學究的で紙上の空文たるの嫌があることであるから、之に比較すれば最初に擧げた法文の方が其の明快である點から云つてもまた其の民衆的である點から云つても、遙に優つて居る。結果の爲の目的行爲 *Zweckhandlung um des Erfolges willen* と云ふ意味に於ての「意圖」、並に以下に於て尙ほ論すべき條件付の故意を除外した直接故意 *dolus directus* の意味に於ての「認識と欲求の併存」 *Wissentlichkeit* の二つの亞種に對して、此の故意の概念を界限するには格別の困難はない。故意の定義を下すの外、總則篇中に意圖並に認識と欲求の併存する場合に關するかやうな定義を收容するの必要であるかどうかと云ふことは、一に故意の此の特別の亞種をより大なる範圍に互つて使用して居るのは各則篇であるか、それとも附屬刑法であるかに依つて定まることである。其の肯定される場合にあつては各則篇に收容するのが相當であつて、此の意味に於て委員會の一時挿入した所である。

(4) 條件付の故意

之に反して錯誤の場合を差當つての所度外視することになると、遙に困難なるもの、あるのは條件付故意、即ち所謂未必的故意 *dolus eventualis* の取扱である。是は「認識と欲求とを以てする行爲」を存するのは犯人が情況「*Tatbestand*」を「確實に」存在するものと、若は情況を「確實に」發生するものと想像した場合に限られるのであるか、それとも犯人が單に情況を起り得るものとしてのみ、即ち場合に依つては存在し若は

發生することのあるものと想像し、それにも拘らず行爲を爲した場合にあつてもかくの如き行爲を存するものであるかと云ふ問題に外ならない。所謂認識蓋然性説 *Wahrscheinlichkeitstheorie* は犯人が當該の事情の存在若は發生する蓋然性があるものと認めた場合に、そしてかくの如き場合に限り故意を認めると云ふ方法で此の問題を解決して居るのであるか、此の解釋は餘りに形式的に失するの觀があり、且故意として特示される責任形態の範圍を餘りに狹隘に劃するの嫌がある。即ち此の説は犯人の内面的著眼と云ふものを斟酌することをしないし、重い責任形態の深刻な核子、即ち法律に對する叛逆とか反抗的氣分とか、民族協同體や民族的同胞の利益に較べて自分自身の利益を意識的に重く評價するとか云ふことは犯人が情況の存在並に發生を蓋然的であるとは認めないけれども少くとも其の見込ありと想像し、それにも拘らず情況の發生する危険を賭しても行爲を爲す場合に於ても之を存するものであることを看過して居るのである。學說並に裁判に於て普通に行はれて居る、一九二七年の草案に依つて認められた所謂認諾説 *Einwilligungstheorie* は、犯人が情況實現の見込ありと思惟し、實現の場合については之を認諾した場合に故意を認めることに依つて、大體に於て上述の見込を正當に取扱つて居る。而して委員會も亦大體に於て此の見解に賛同したけれども、只此の見解が「認諾」 *Einverständnis* の幾分窮屈な概念を使用して居るのは餘りに形式的に過ぎるものであると共に、また他の半面に於ては犯人が構成要件實現の見込あるものと想像したにも拘らず、結果を是認した譯ではないけれども只輕々に冷淡の態度を執つて一概に結果を無頓著視し、又は合理的な經驗上の基礎

には全然反して輕々に若はひたすら迷信の上から構成要件實現の虞れがないのをあてにして居た場合を併せ包含しない程度に於て、餘りに狹隘に過ぎるものである。かやうな考へ方や決意は非常に重きを爲す次第であつて、従つて恰も今日の國家のやうに公益を私益に優先せしめる立場から見るときは、之を重き責任形態たる故意に數へざるを得ない。此の主旨を表明せんが爲に委員會は「認諾」の代りに「容忍する」*in-tolieren* = *Kauf=nehmen* を以て充分たるものと宣言した。其の際委員會は此のことが従來行はれて居る見解に比較して或る程度まで未必的故意を擴張し、所謂意識的の過失の負擔に於て其の境界を移動する——必ずしも大きな移動ではないけれども——ことを意味するのであつて、かくの如くにして所謂意識的過失の特に極端な境界の場合を條件付の故意に配屬せしめることを自覺するものである。

(5) 過失

かくの如くにして同時に過失の定義の基礎も與へられた次第である。過失を定義するのは其の所謂無意識的の過失なる常態の場合に關する限りに於ては、格別の困難を生せしめるものではない。所謂無意識的の過失は犯人が事情上注意の義務を負ひ且其の個人的關係上注意を爲すの能力を有し乍ら、自分が罪となる行爲の構成要件を實現することのあるのを豫見しなかつた場合に之を存するものである。之に反して「意識的の」過失は曩に見出した未必的故意に對する限界を斟酌するときは、犯人が構成要件の實現の見込があるとは認められども何事も起らないであらうことを待みとした場合であつて、「結果の容忍」と稱すべき全然

無責任な輕卒な行爲の場合の一を存しないときに之を存する。意識的の過失と無意識的の過失との二つの場合は相合して統一的な一つの過失の概念を形成するのであつて、此の二つの種類の間に刑法上の區別を立つべき理由は全然存在しない。されば委員會は此の二つの種類を二つ乍ら定義中に表明すべきであるか、それとも其の代りに過失を統一的に定義して「事情上自己の負ふ注意にして自己の個人的關係上拂ふことを得べきものを缺きたるに由り罪を犯したる者は、過失に因り行爲を爲したるものとす」とでも云ふべきであるかの決定はまだ留保することにしたのである。

(七) 錯誤

責任形態についての以上の論議丈では、責任概念の範囲内では錯誤はどれ丈の勢力を有するものであるかと云ふ問題は未解決の儘である。成る程犯罪の構成要件に屬する事情に關する所謂事實に關する錯誤 *Tatsachenirrtum* の場合は、故意過失を定義することに依つて既に解決済であるものと認めることが出来る。蓋し犯人の知つて居たこと又は知つて居なければならなかつたことが構成要件の全部を包括して居ない場合にあつては、故意過失は否認しなければならないからである。辯解事由 *Rechtfertigungsgrund*、免責事由 *Entschuldigungsgrund* 又は其の他の刑罰阻却事由 *Strausschliessungsgrund* の構成要件に關する之に類似の事實の錯誤の場合も、規律は別にむづかしいことはない。之に反し法律に關する錯誤 *Rechtsirrtum* の問題

は、それが所謂複合概念 *Komplex-Begriffe* に関する錯誤であるにせよ、所謂包攝に関する錯誤 *Subsumtionsirrtum* であるにせよ、或はまた所爲の違法性に關する錯誤であるにせよ、刑法上の最も困難な問題に屬する。現行刑法典は此の問題に對して何等の態度をも示して居ないし、學説は統一的な満足な結果には全然到達して居ない。そして大審院の此の問題についての判例は非常に激しく争はれて居る。特に大審院が發達せしめ不斷の判例に於て堅持されて來て居る、刑法の錯誤と刑法以外の法令の錯誤との間に區別を立てるやり方は、熾んな批評を呼び起し、此の領域上で下された裁判中の若干者は世情に疎いと云ふ批難を特に甚しく大審院に負はせ、法律的不安定の感じを生せしめるに至つた。事態かくの如くなるものある以上は新刑法典は、現行法のやうに法律に關する錯誤の問題を默看過することは到底出來ないのであつて、寧ろ公正にして成るべく簡單に、そして一般に判り易い解決を希求する必要があるのである。

此の規律の根本方針は新刑法の一般的の根本著眼の新刑法典に指示する所である。惟ふに新刑法は意思刑法として犯人の犯罪意思、犯人の反抗意思、犯人の法律秩序に對する反抗に戰を宣するものである。併し此の力強い宣戰は——外部の情況を知つて居たこと又は知つて居なければならぬ筈であつたこととしての——寧ろ形式的に行はれた決意には向けられないで、獨り形式的違法の意味に於ての不法のみに止まらず民族協同體の福祉や民族的共同生活にとつて缺くべからざる規範（本稿の(二)に論じてある所を見よ）に對する違反と云ふ意味に於ての不法を爲す意識に依つて支持されて居る意思に向けられてある場合に初めて、其

の完全な内面的な辯解を與へられるのである。此の意味に於て不法を爲すの意識が最も重い責任形態である故意の要件とされて居るのは、ナチスの國家の諸般の原則と非常によく相調和するものと謂はなければならぬ。蓋し此の如く實體的の不法の觀念の意味に於て責任の概念を形成するのは、同時に刑法が道義的に深邃になり、責任と贖罪の思想が有力に貫徹されることを意味するからである。

以上のやうな思想の徑路は責任形態を左の通り概括するに至らしめる。認識と欲求を以て罪を犯した者が既に故意に因り行爲を爲した次第ではなくて、其の外に所爲の當時不法を爲し又は法令に違反することを意識し、又は之を容忍する者でなければ故意に因り行爲を爲したものである。同様にして注意を欠缺するに因り自分が不法を爲すものであること又は法令に違反するものであることを認識しなかつたと云ふ彈劾に該當する者でなければ、過失に因つて行爲を爲した者ではない。法令に對する形式的違反を不法の外に特に掲げるのは、普遍的の不法の意識丈では恐らく適當な標準を與へることは出來ないであらう所の、附屬刑法の或る種の領域（税法及び經濟法其他）を斟酌するに於て適當である。其の他の點に於ては故意に因り行爲を爲す者につき不法を爲すの意識又は不當を爲すことを容忍するの念が缺けて居る場合に於ては、故意は結局全然缺けてゐるのであつて故意に因る犯行に基く處罰は行ふことを得ず、其の不當の意識の欠缺が過失に基いて居ると且過失に因る犯行が罰せられることになつて居るのを條件として、過失に因る犯行に基いてのみ處罰を爲すことを得るに止まるのである。此の場合に不當の意識に關して立證の困難なるものがあ

るに當つて不満足として感せられる無罪の結果を導く虞のあると云ふ欠缺を生ずることなからしめんが爲に、委員會は過失に因つて不當を認識しなかつた場合即ち所謂法律に關する過失 *Rechtshilflosigkeit* につき特別な補充的の法定刑を規定したのである。

故意は不當を爲すの意識が必要であり、過失には義務に反して不當の性質を認識しないことが必要である。と云ふ意味に於て二つの責任形態の定義を以上のやうに形成するときは、同時に錯誤に關する問題の全般に互つて極めて簡單にして且満足な解決が招來されることとなる。即ち事實に關する錯誤と法律に關する錯誤との間、複合的の概念に關する錯誤と包攝に關する錯誤との間、刑法上の錯誤と刑法外の法令の錯誤との間に區別を立てる必要はもはやない。是等の錯誤の場合はずべて二つの責任形態の成分となつて了つた不當を爲す意識又は不當を爲す意識の可能についての法文を以てして解決し得られる。法定構成要件又は辯解事由、免責事由若は其の他の刑罰阻却事由の情況についての事實に關する錯誤が存するときは（委員會は第m條第一項に此の後なる錯誤を特に擧げて居る。けれども此の規定は無用なものと認めて差支あるまい）、不當を爲すの意識は犯人には缺けて居るのである。犯人が複合概念に關して錯誤したとき、又は犯人が包攝を認つたとき、又は錯誤が刑法に關するにせよ、はたまた其の他の法域に關するにせよ、兎に角何等かの種類の法律に關する錯誤に於て犯人が行爲を爲した場合にあつては、裁判官は犯人が錯誤のあつたにも拘らず不當（曩に述べたやうな廣汎な意義に於ての）を爲すの意識を持つて居たか、それとも少くとも不當を爲すことを容

忍したと云ふやうな種類の錯誤であつたかどうかの點にのみ裁判を指向することを必要とするのであつて、裁判官が此の問題を肯定したとすれば錯誤は斟酌するに足らないのであるし、之に反して裁判官が此の問題を否定したとすれば錯誤が注意の欠缺に基くとき、即ち錯誤が免責することの出來ないものであるときは、場合に依つては——普通の刑の範圍上からにもせよ、補充的の特殊の刑の範圍上からにもせよ——過失に因る犯行に基く處罰が問題となることがあるし、錯誤が免責し得られるのであるときは、犯人は無罪である。不當を爲すの意識が存在しなかつたかどうかについての裁判は、裁判官の本分に從つての裁量に一任される所であり、將來もまた一任されてあることを必要とするのである。委員會は民族一般の信念と相背馳する虞のある裁判官の誤判を豫防する爲に裁判官にとつての準則として「當不當に關する民族の健全なる觀念と相容れざる犯人の著眼に立脚する錯誤は之を斟酌せず」と云ふことを明示的に言明する規定を附け加へたのである。以上述べた所に依れば特別の考察を必要とするのは、犯人が錯誤に因つて法令の軽い刑を結び付けて居る事情を認めた錯誤の場合のみに限られる。其の際同一の侵害方向を辿つて居る場合のみを念頭に置くべきである。即ち事實上存在する事實關係が認識した所に比較してマイナスを意味する場合、又は之に對して補助的構成要件 *Hilfsbestand* と基本的構成要件 *Grundbestand* の關係に在る場合のみを念頭に置くことを必要とするのである。（例へば母が分娩に際し自分の嫡出の子を私生の子であると信じて之を殺したやうな場合）。此の如き場合にあつては、客觀的にはかくの如き構成要件は存在しないに拘らず、故意に從つて輕

い犯罪に基いて刑を言渡すことを必要とする。所がかくの如き結果は一般の見地からして既に明白となるものであるかどうかは疑はしいものであるから、委員会は第一讀會に於ては無用として削除し得るかどうかの審査は留保して、相當な明示的の規定を其の提案中に加へることとしたのである。従つて委員會は第一讀會に於ては責任形態並に錯誤に關して左の提案に到達したのである。

故意、過失、

第g條 故意又は過失に因つて行爲を爲したる者にあらざれば罰せず。

法令に別段の規定を存せざる以上は、故意に因る行爲にあらざれば罰せず。

過失に因る行爲は法令が明示的に刑を決定するにあらざれば罰せず。

第h條 認識と欲求を以て mit Wissen und Willen 罪を犯し、其の際不當を爲すこと又は法令に違反することを意識したるか又は敢て之を容認したる者は、故意に因り行爲を爲したるものとす。

犯人が構成要件實現の見込ありと思惟したるに止まるも然も敢へて之を容認したる場合にあつては、認識と欲求を以てする犯行に同じ。

當不當に關する民族の健全なる觀念と相容れざる犯人の著眼に基く錯誤は斟酌せず。

第i條 法令が認識と欲求を以てする行爲を必要とするときは、犯人が構成要件實現の見込ありと思惟し敢へて之を容認したるに止まるは處罰するに充分ならずとす。

犯人が法令中に特示したる結果を招來するを主眼とせるときは、犯人は其の意圖を以て dolus directus 行爲を爲したるものとす。

第k條 (意識的の過失と無意識的の過失とを區別しない最初の法文)、

事情上自己の負ふ注意にして自己の個人的關係上拂ふことを得べきものを缺きたるに因り罪を犯したる者は過失に因り行爲を爲したるものとす。

前項の事由に因り自己が不當を爲し又法令に違反するを認識せざる者も亦過失に因り行爲を爲したるものとす。

本條第二項の場合に於て過失に因る犯行に刑を法定しあらざるときは、犯人は輕懲役又は罰金に處す。然れども刑は刑種及び刑量上故意に因る犯行につき法定したる刑よりも重かることを得ず。

故意に因る所犯が告訴に因つてのみ又は被害者の承諾することに於てのみ訴追せらるゝ場合にあつては、訴追は告訴に因つてのみ又は被害者の承諾ありたる場合に限り之を行ふ。

第l條 (意識的の過失と無意識的の過失とを區別する第二の法文)、

事情上自己の負ふ注意にして自己の個人的關係上拂ふことを得べきものを缺きたるに因り自己が罪となる行爲の構成要件を實現することあるを豫見せざるか、又は實現の見込ありと思惟したるに拘らず其の生ぜざるべきを好みとしたる者は過失に因つて行爲を爲したるものとす。

第二項及び第三項は第k條第二項及び第三項に同じ。

第m條 犯罪の特別なる結果に對する負責 Hafung.

犯罪の特殊の結果に聯繫せしめられたる重き刑は、犯人が少くとも過失に因つて此の結果を招來したるときに限り犯人に該當す。

第n條 刑罰を阻却し又は之を減輕する事情を錯誤に因つて認むること、

犯人が錯誤に因り法律上無罪の根據となる事情を存在せりと認めたるときは、犯人は故意に因り當該の犯罪を爲したるものにあらずとす。

犯人が錯誤に因り法律の輕き刑を科することゝしたる事情を認めたるときは、輕き法定刑を適用すべし。

B. 第二讀會の結果

(一) 第二讀會に於ては委員會は比較的重大な實質上の意義を有する一點丈を除いて、第一讀會に於て責任理論について提案された解決を實質上全部固執した。即ち委員會は限定責任能力者の刑法上の取扱について第一讀會に於て考量し、提案した漫性的若は習慣的の低格者と急性的の状態の結果として一時的に能力を限

定された責任能力者との間の區別を拋棄し、此の二つの部類について平等に普遍的任意的な減輕を認めることにしたのである。かやうな處置を執るに至つたについて先づ標準となつたのは、實際の經驗や精神病醫の發表などに依ると、習慣的の素質と急性な状態とが競合し協力して居る限定責任能力の場合、又は一時的の狀態が習慣的精神病的素質に其の深い原因を有して居る限定責任能力の場合は随分數多く生ずることであるから、此の二つの部類の間に明確な區別を立てることは困難であると云ふ考慮であつた。其の外委員會は恰も最近に至つて精神病學者の高調した、現に存在する限定責任能力の漫性的若は急性的性質は決して或る人物の危險性の大小にとつての確實な特徴や區別の標識たるものではないと云ふ、經驗上の事實を默看過するとは出來ないものであると考へた。従つて委員會は第一讀會で漫性的に低格なる者に關して高調した「汝は當然それを爲すべきものであるが故に、汝はそれを爲し能ふ」と云ふ標語を、限定責任能力者の刑法上の取扱についての貴重な準則として墨守はしたけれども、此の標語に基いて普遍的に此の二つの部類を根本的に別様に取扱ふこととし、漫性的低格者を輕い處罰の可能から無雜作に除外するのは實際餘りに極端に走るものであると云ふことに決定したのである。従つて委員會が今や二つの部類について普遍的任意的な刑の減輕を提案した以上は、他の半面に於てはそれ丈にまた一層委員會は法律の正條中に於ける此の減輕事由の確認と直接相關聯して保安、治療及び矯正の補充的處分の指示が行はれることに重きを置き、同時にまた將來の手續法中で限定責任能力に基いて減輕の權限の行使せらるべき一切の場合を通じて、民族協同體を擁護する

爲に保安、治療若は矯正の補充的處分を命ずる必要があるかどうかについて特に審査を行ひ、此の點につき判決中で意見を述べるのを裁判官の義務とすることを企てたのである。

(二) 尙ほまた委員會は第一讀會の實質上の結果の主要な點は一切墨守したけれども、責任に関する理論を取扱つて居る二條の外貌や構成を新に形成し、各本條の字句に多少の修正を加へた。

(1) 第一讀會に於ては此の兩條の表題は、「歸責能力」と「責任形態」と云ふことになつて居り、此の順序に於て第二章「責任」に總括されて居たのであるが、委員會は前者の表題を「責任の種類」、後者の表題を「責任無能力」と改めた。責任形態を責任能力の前に置くのについては、責任能力に関する條文中に於ては外見上責任無能力の事由のみが外部に現はれるのであつて、即ち原則的狀態の例外のみを示す狀態しか外部には現はれないものであると云ふ著眼が、決定の契機となつたものである。

(2) 責任狀態を取扱ふに當つては故意過失と云ふ二つの狀態が明確に相區別され、先づ故意が最も重要なそして一番意思刑法の特徴を發揮させる責任形態として抽出された。故意の各個の形態の定義、即ち本來の故意、條件付の故意、認識と欲求の併存する場合 *Wissentlichkeit*、意圖 *Absicht* などの定義については實質上變改を加へた點はない。只體裁上二三の修正を施した丈である。委員會は特に再應賛否を根本的に論議した上、責任の概念を實體的不法の概念に適應せしめることや、不當を爲すの意識や又は或る法令に違反するの認識などを實體的な責任概念の意味に於ての故意の主要な成分として固執した。

過失の規律についても同じことが云ひ得られる。即ち過失については、委員會は第二讀會では曩に報告した第一讀會で何れか一方を選択することになつて居た第二の定義を採用するに決定し、即ち無意識の過失と意識的の過失とを區別して此の兩者を并立させることに決した。特に委員會は再應根本的に討議した上、第一讀會で發見された錯誤の問題の解決方法や所謂法律についての過失 *Rechtsfahrlässigkeit* に関する特別の規定を墨守して、其の間生ずる危険、即ち錯誤の免責され得べからざるとき及び特別の過失犯を缺くときにあつては事實に關する錯誤と法律に關する錯誤との間に存する舊來の區別は、案件中の稀に見る場合には恐らく將來も或る程度の實際上の意義を保有することがあるかも知れないと云ふ危険は敢て意としないことにした。錯誤に因つて刑罰を阻却し又は之を減輕する事情が存在するものと信じた場合についての特別の規定は、委員會は無用のものとして再び削除して了つた。第一讀會に於て此の規定の爲に提案された明示的の解決は、別段の細工は施さずとも從來既に行はれて居た普通の見解と關聯して、實際上に貫徹されるであらうと信賴してのことである。

(3) 責任能力を取扱つて居る條に於ては、委員會は「歸責能力」と「歸責無能力」の語に代ふるに、用語上遙に正當でもあれば實質上一層適切でもある「責任能力」と「責任無能力」の語を以てすることにした。併し其の内容に至つては委員會は第二讀會に於ても、責任無能力の定義について所謂生物學的、心理學的方式を固執し、また二三の批評家は「精神作用の病的障礙」 *Krankhafte Störung der Geistestätigkeit* と平行的に

「精神薄弱者」Geisteschwacheの語を再び追加することを辯護したけれども、委員会は此の意見には聽従することをしなかつた。蓋し委員会は精神薄弱者を擧げることが實質上無用であるとし、近代の精神病學の表現方法と相容れないものであるとし、従つて迷妄と錯綜を來さしめるに適當するものとして見たからである。

(4) 第二讀會で特に詳細に論議されたのは、又もや酩酊の刑法的取扱の問題で、第一讀會で提案された第一條(前出参照)は次のやうな理由で結局この場所では全然削除されて了つた。

此の所謂 *actio libera in causa* を取扱つて居る條文の第一項が、條件付の故意と過失との二つの場合を併せ掲げることをしなかつた程度に於ては、第一讀會案は殊更に不完全に形成されて居たものである。委員會が第一讀會で此の不完全に満足するの決意をしたのは、さもないと法文が必然的に非常に複雑なものとなり煩瑣なものと化して、それが爲に一般に判り易いと云ふ性質を妨げられることゝなるであらうからであつた。然るに再應審査するに當つて委員會は、此の不完全は誤解を招いて其の結果實際家は謬つた決定に到達する危険を包蔵するものであると云ふ懸念を禁ずることが出來ないやうになつた。かやうな事情で委員會は、寧ろ法律の條文中で *actio libera in causa* の明示的な規律をすることを全然斷念する方法を選び、*actio libera in causa* の起る場合の實際上稀であり、また法律に明示的の規定なくとも從來同様満足な解決を見出し得られるであらうことを恃みとすることにした。

泥酔 *Volltrunkenheit* の特別犯を規律して居る第二項は、單に事の明確を期する爲の些細な改正を除けば

第二讀會に於ても引續き維持されたけれども、既に第一讀會に於て留保された通り今後は各則篇の「公共に危険な行爲」の章に移されることになつた。従つて總則篇に残されて居る第三項は、實質上其の儘限定責任能力を取扱つて居る條の第三項として編入されることになつた。

かやうな次第で委員會は第二讀會では責任理論を取扱つて居る章の形成について、次のやうな提案に到達することになつた。

第三章 責任

第一節 責任の種類

第a條 故意

故意に因り行爲を爲したる者は有責に行爲を爲したるものとす。法令が別段の規定を爲さざるときは、故意に因る行爲にあらざれば罰せず。

認識と欲求を以て *mit Wissen und Willen* 罪を犯し、且其の不當を爲すものなること若は法令に對して違反するものなるを意識せる者は、故意に因り行爲を爲したるものとす。

自己が結果を招來し且かくの如くにして不當を爲し又は法令に對して違反することあり得べきを思惟したるに止まるも敢て之を容忍したる者は、亦故意に因り行爲を爲したるものとす。

犯人が錯誤に因り自己の所爲は法令に違反せず、自己は不當を爲すものにあらずと思惟したる場合に於ては、錯誤が當不當に關する健全なる民族的觀念と相容れざる著想に立脚するときは、此の錯誤は斟酌せず。

第b條 認識と欲求の併存する場合 *Wissenlichkeit* 意圖 *Absicht*.

法令が認識と欲求を以てする行爲 *wissentliches Handeln* を處罰すること、せるときは、犯人が所爲の完了を單に可能なりと思惟して敢て之を容忍したるに止まるは處罰の爲に充分ならずとす。

法令中に記載しある結果を招來することが犯人にとつて主眼とする所なるときは、犯人は其の意圖を以て行爲を爲し *absichtlich handeln* たるものとす。

第c條 過失

過失に因り行爲を爲したる者も亦、有責に行爲を爲したるものとす。過失に因る行爲は法令が明示的に之を處罰すること、せる場合にあらざれば之を罰せず。

自己の本分に叶ふ注意を缺きたる爲自己が結果を招來するを豫見せざるか、又は結果發生の可能性ありと思惟したるも結果の發生することなきを待みとしたる者は、過失に因り行爲を爲したるものとす。

前項に記載したると同一の理由に因り、自己が不當を爲すものなること又は法令に對して違反するものなることを認識せざる者も過失に因り行爲を爲したるものとす。過失に因る行爲が處罰せられざるときは、

犯人は二年以下の輕懲役又は拘留に處す。然れども刑は刑種及び刑量上當該の犯罪の故意に因る犯行につき法定しある刑よりも重かることを得ず。故意に因り犯したる犯罪の訴追についての特別の規定は、此の場合にも之を適用す。

第d條 輕忽

特別の輕卒又は特別の無頓着に由り過失に因つて行爲を爲したる者は、輕忽に行爲を爲したる者とす。

第e條 犯罪の特別なる結果に對する負責

犯罪の特別なる結果に聯繫せられたる重き刑は、犯人が少くとも過失に因つて此の結果を招來したるときにあらざれば犯人には該當せず。

第二節 責任無能力

第f條 犯罪の當時責任能力を有せざりし者は罰せらるゝことなきも、民族協同體を保護する爲に法令中に規定したる特別の處分を受く。

第g條 所爲の當時精神作用の病的障礙の故を以て、又は意識障礙の故を以て所爲の不當なるを辨別し、若は此の辨別に従つて行爲を爲すの能力を有せざる者は、責任能力を有せず。

第h條 十四歳未滿の者は責任能力を有せず。

滿十四歳に達したるも、十八歳に滿たざる者は、所爲の當時其の精神若は徳性の發育より見て所爲の不

當なるを辨別し、又は此の辨別に従つて行爲を爲すの能力を有せざる時は、責任能力を有せず。

第i條 瘖啞者は精神若は徳性の發育に於て後れ、其の然るが故に所爲の不當なるを辨別し、又は此の辨別に従つて行爲を爲すの能力を有せざるときは、責任能力を有せず。

第k條 限定責任能力

所爲の當時限定的に責任能力を有する者は罰せらるゝものとし、其の外に民族協同體を保護する爲に法令の規定したる特別の處分を受く。刑は減輕することを得(第四百十三條)。

所爲の不當なるを辨別し、又は此の辨別に従つて行爲を爲すの能力が所爲の當時精神作用の病的障礙に因り、又は意識障礙の故を以て、又は本人の瘖啞者なる場合に於ては精神若は徳性の發育が後れたるの故を以て著しく限定せらるゝときは、犯人は限定責任能力者とする。

本人の責任に因る癡醉に基く限定責任能力の故を以ては、刑を減輕することを得ず。

三、辯解事由と免責事由 (註一)

控訴院部長
教授 ドクトル・クレエ

A、第一讀會の結果

可罰性の條件としての違法性

構成要件該當の行爲、換言すれば特定の構成要件の標識を充足する行爲は之を罰することを得んが爲には違法であることを必要とするものであることは、從來未だ曾て争のなかつた所であるし、また實際争ふ譯にはいかないのである。蓋し法律秩序は不可分の統一體であるのだから、法律秩序が明示的にせよ、默示的にせよ行爲を爲すの權限を與へて居る以上は、刑法は法律秩序の他の部分に對して自家撞着に陥る譯には行かないからである。刑法にして苟も道理に叶つた目的を達成しやうとする以上は、みづから不法を阻却する事由を擧示するのを遲疑する譯にはいかない。

(註一) 此の表題は第二讀會に於ける審議の狀況に照應して「可罰性の阻却」と稱さなければなるまい。尙ほ補遺をも参照せられたる。

辯解事由 Rechtfertigungsgrund を以て偶々違法でない行為の例外たる場合であると見、自由主義の時代の見解がそうであつたやうに、人の何等かの特權に根據を有する除外例であると解するのは恐らく正當ではあるまい。寧ろ行為はかくの如き「不法阻却事由」 Unrechtsausschlussungsgrund に基いて民族協同體の目的と合致すると云ふ見地の下に、即ち此の意味に於て「國家の目的に叶ふもの」 Staatsgemässheit と云ふ見地の下に一切の他の適法な人間の行狀中に組込まれるのである。法が民族協同體の生活に役立つやうに^(註二)、違法の行為は全體の生活上の利益と相矛盾する行為である。各個の刑法上の構成要件は只、全體の目的を否定するかくの如き行為の存在することの徵表を成すに過ぎない。即ち何時たりとも社會に適應した行為を證明することに因つて、具體の場合に除外されることの出来る徵表である。正當防衛に於て他人の法益を侵害した者は、國家が此の場合に例外として個人に讓歩をする爲に、即ち結局に於て社會契約 *contrat social* から演繹される「國家の干渉を許さぬ領域」上での人權の爲に適法に行爲をしたこと、なる次第ではないのであつて、寧ろ全體の生活條件に對する侵害は、國家の保護の存在しない場合にあつては此の生活條件の各部の主體に於て之を排斥するのが、超個人的の全體を保存するのに役立つ所以であるからなのである^(註三)。正當防衛の資料、否、すべての辯解事由全般の資料の合理的な立法的規律は、かくの如き見解の基礎の上にのみ想像し得られる所なのである。かくの如き見解が辯解事由を形成する上にどんな作用を及ぼすものであるかは、以下説く所に依つて明白となるであらう。

(註二) Nicolai, *Rassenges. Rechtslehre*. 2. A. 1933 S. 33

(註三) 此の思想は區裁判所判事ゲルベルトの非常に注目すべき論文「新國家の刑法に於ける違法性と適法性」(Gellert, *Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung im Strafrecht des Neuen Reichs*, *Deutsches Recht vom 25. 6. 1934* S. 275) に詳細に論じつゝある。

違法性 *Rechtswidrigkeit* とは法令違反 *Gesetzeswidrigkeit* の謂たるものではない。

従來の草案(特に一九二七年の草案第二十三條を参照)は、「公權若は私權に由つて所爲の違法性の阻却せらるる場合には、罪となる行為を存せず」と云ふ章句を掲げて居た。けれどもかう云ふことは自明的の事柄なのであるから、將來の刑法典中に於てはかやうな章句はもはや出て來ることはない。此の場合委員會は違法性なるものは法令の規定に對する形式的の違反に盡きるものではなく、寧ろ其の本質上民族協同體の生活條件に對する侵害を意味する所の實體的の違法性が其の上位に位するものであることを意識して居るのであつて、他の箇所、例へば法律の前文中などで此の點について一言し、以て法律の解釋に一般的の準則を與へることを引續き留保するものである。

不法阻却事由を類推に由つて創設するのを許さないこと

だがこゝに一つの困難の避けなければならぬと考へられるものを存する。即ち實定法が不法阻却事由の資料を遺漏なく規律する意思であつたことを明白に認識せしめて居る以上は、類推の方法で新しい不法阻却

事由を創設することは裁判官にとつて許されない所である。大審院は其の屢次論議された一九二七年三月十日の判例 (Bd. 61 S. 212) 中で超法律的の緊急状態を認めたのであるが緊急状態に關する資料を民法の當該の規定や刑法の第五十四條中で遺漏なく規伴すると云ふ建前から云ふと、かくの如きは法に反しはしないまでも其の精神には背くものである。併し此の判決は妊娠中絶の領域上で成文の緊急状態に關する規定の窮屈な束縛を打破して了つた慣習法の結晶として支持することが出来る。否、寧ろ善行として歓迎されたのであるが、是は誠に至當なことである。此の超法律的の緊急状態が將來成文法上の緊急状態となり得るものであるかどうか、若しなり得るものとすれば其の程度は如何と云ふ點については、尙ほ以下に於て論ずる所があるであらう。

委員會は各則の各個の構成要件中に「違法に」と云ふ言葉を附け加へるのを好まない。此の標識は現行法上では誠に氣まぐれに或は用ひられたり用ひられなかつたりして居るのであるが、此の標識が法律に關する錯誤の理論に醸し出した困難と紛糾とはかくの如き標識を使用するのを警戒させるのである。

正當防衛

あらゆる不法阻却の事由の中で實際上に一番重要なのは正當防衛であつて、此の權利の濫用に關する問題は委員會の評議の中心を成した。或る種の違法の攻撃は防禦するのを許さないと云ふ意味に於ても、はた

た本來は適法な正當防衛の限界の超越と云ふ意味に於ても、(註四)

(註四) 第二讀會に於ては正當防衛權の「濫用」の概念は、形式的には正當防衛權を存するけれども健全なる民族的感情上は正當防衛を存しない場合に制限された過剰防衛は正當防衛權の「濫用」ではない。

均衡の原則の排斥

第一の問題、即ち不適法な正當防衛を行ふことに由る正當防衛の權利の濫用の問題については、緊急状態を支配して居る法益の比較考量と云ふ思想を此の場合にも利用しやうと云ふ考案が有力であつた。即ち防衛から期待することを餘儀なくされる損害が、攻撃に因つて脅威される損害と權衡を保つて居ることを要求しやうと云ふ考案である (一九二七年の草案第二十四條)。併し乍ら委員會はかくの如き方法を執ることを拒んだ。其の之を拒んだのは誠に尤もなことであつて、若し此の方法を推し進めるに於ては財産に對する重大な攻撃、特に職業的犯罪人の爲す財産に對する重大な攻撃は充分な力を以て之をはね返すことが出来ない次第となつて、法益を有効に保護することが著しく妨げられるに至るであらう。寧ろ今後も從前の通り強盜や侵入盜は、他の防衛の手段の役に立たない虞のある場合にあつては之を射斃することが許されなければならぬ。

正當防衛が例外として不適法である場合

けれども原則の上に於ては攻撃の強弱が防衛の種類及び程度にとつて標準となるにしても、此の著眼點は餘り誇張することを許されない。従つて委員會は些細の價値をしか持たない財産物件を保護する爲に、人命を滅却するのを許すことを相當とは認めなかつた。高價な犬が大して價値のない一片の肉を銜へて逃げるのは殺してはならないけれども（民法第二百二十八條）、人がかくの如き無價値な物を持つて逃げる場合に他の方法で之を防止することが出来ないときは之を殺しても構はないと云ふことでは、民族の健全な法律的感情は傷けられざるを得ないであらう。現行法の上から云つても既に合理的に解釋するに於ては、かやうな場合には正當防衛に因つて「必要となつた」行爲は存在しないことについて學者の意見が一致して居た。加之委員會の意見では攻撃の主體が精神病患者であり、兒童である場合には、攻撃がよしどんなに強くとも「當は不當の前に決して三舍を避ける必要はない」と云ふ格言に更に制限を設ける必要がある。攻撃の主體が婦女である場合にあつてもそうである。極端な手段を施用するのは、此の場合民族の健全な觀念上例外として承認すべき正當防衛の補充性の禁止する所である。一般的には何人も攻撃者の前に逃避しなければならぬと云ふことはないにしても——攻撃者の前に逃避しなければならぬと云ふことを要求するのは、男子としての面目と相容れないものがあるであらう——少くとも前記の種類の場合に於ては逃避を要求することが出来る。蓋し被害者の面目に關するやうな逃避は此の場合問題となるものではないからである。かやうな「相手」の前に逃避するのは自然の災禍の前に逃避するのと同様なのである。此の場合に自分の正當防衛の「權利」を

主張する者は、民族の間に理解を見出すことは出来ないであらう。蓋し曩に述べた行爲の適法性竝に違法性に關する見解に照應して、個人が自分の主觀的の權利を貫徹すると云ふことは主眼とする所ではなく、寧ろ正當防衛の状態に於ても全體の利益が打破されることのないやうに行爲を爲すことが大切なのである。かくの如き見地からするときは、被攻撃者自體が其の意圖を以てして又は惡意に因つて挑發した攻撃の防禦も、之を是認する譯にはいくまいと思ふ。

正當防衛の限界の超越

本來は適法である防衛行爲の限界を超越することに因つて行はれた正當防衛の濫用を論ずるに當つては、一面被攻撃者の狼狽、畏怖、驚愕のみが「過剰行爲」*Excess*の原因として斟酌されて居り、然も他の半面から云へば是等の事由の一つが正當防衛の限界を超越するに至らしめた場合に於ては、常に之を無罪とするのは現行法の弊害として認められた所である。攻撃者の重大な侮辱に因つて防衛行爲に於て過剰に互るの刺戟を受けた者は、是亦減輕を受けることが出来る。けれども他の半面に於ては臆病者又は驚き易い者に全然過剰行爲を寛容してやることにするのは、全然不相當であることがあり得る。惟ふに正當防衛の限界の超越は原則として免責力は持たない。應報の外貌を伴つて居る所のものは一切、防衛の權利とは全然相交渉する所はないのである。されば委員會は刑を減輕することを得るものとのみ規定するに止め、特別の例外たる場合

には處罰を見合はせることを得るものと規定した。此の規律は實際の経験と非常によく相調和するものである。裁判所が處罰の見合せを強制して居る刑法第五十三條第三項を適用するのは極めて稀なことであり、然もそれを適用するに當つては非常に小心翼翼たるものがあるからである。

従つて委員會は先づ次のやうな正當防衛の條文を考案した。

「自己又は他人よりして現在の違法の攻撃を斥くる爲に必要な防衛を正當防衛とす。

正當防衛に因つて必要とせられたる行爲は違法にあらずとす。

犯人が民族の健全なる觀念上正當防衛に劃せらるる限界を超越したるときは、刑を減輕することを得。特殊の例外たる場合には裁判官は科刑を見合はすことを得。」

正常なる正當防衛の標準としての民族の健全なる觀念

委員會が正當防衛の適否の問題については其の論議に於て民族の健全な觀念を標準として居るに拘らず、曩に掲げた規定の第二項に於ては此の標準を掲げることをして居ないのに反して第三項に於ては正當防衛の過剰を定義するに當つて「民族の健全な觀念上正當防衛に劃せらるる限界」と云ふ字句を使用して居るのは讀者に異様に感ぜられる所であるに相違ない。即ち第二項に於ては寧ろ現行刑法第五十三條に於けるが如く正當防衛に因つて「必要とされた」防衛行爲について云々して居るに過ぎないのである。防衛行爲に對して

不偏不黨であり冷淡であるやうに見える、防衛行爲は「事情上相當」であることを必要とすると云ふ一九二五年の參議院提出案第二十一條の文句は、委員會は踏襲しなかつた。委員會の精神に於ては、防衛行爲が「必要である」Gebotensein と云ふ字句は、民族の健全な觀念と云ふ標準を認識することを意味するものである。蓋し裁判官が防衛行爲の「必要である」と云ふことの規範的標識を解釋するに當つて民族の健全な觀念の要件に遡及するのであらうことは、委員會にとつては自明的の事柄に屬するからである。けれども民族の健全な觀念を何故此の箇所て明白としないのであるかは極めて解し難い。何故と云つたつて他の場合に於ても委員會が明示的に *expressis verbis* 民族の健全なる觀念に目安を置いて居る場合、例へば行爲の義務が存在して居たかどうかの問題に於ける不真正の不作爲犯の如き、又は法律に關する錯誤を斟酌する限界の問題の如き、果して標準の適用が自明的であると云ふことが出来やうか。然も就中認識することの出来ないのは委員會が適法な正當防衛の限界に關する規定であり、また其の超越の刑法上の結果に關する規定でもある第三項に於て民族の健全な觀念を標準として擧げて居るのに、第二項に於ても亦同じ處置を執らないのは何故であるかと云ふ理由である。否、仔細に觀察して見ると第三項で民族の健全な觀念を歌ふよりも、第二項で之を歌つて置く方が遙に正しいやうに考へられる。蓋し第三項は場合場合に依つて裁判すべき冷靜な、寧ろ技術的な、純然たる量的の問題に關するもので、是が解答については裁判官は明示的に補助手段としての民族の健全な觀念に倚賴することを必要としないからである。具體の場合に攻撃を斥ける爲に銃を

用ひるのが相當であつたか、短刀を用ひるのが相當であつたか、それとも杖を使用するに止めるのが相當であつたのであるかと云ふことは、全然經驗的に格別の困難なく判断することが出来る。之に反し第二項に於ける「必要な防衛行爲」の概念并に之に左右される正當防衛の適否は質的の概念に關し、また裁判官の評價を必要とする規範的の概念に關する。そして裁判官が評價を爲すに當つては民族の健全な觀念と云ふ概念は、評價に指導を與へるのに極めて適するものである。例へば婦女に對しても所爲者に正當防衛の權利が歸屬するものであるかどうか(カロリナ法典第四百四條は「癡猛な」婦女に對して「軟弱な」男子に此の權利を與へて居る)と云ふことは、算術の例題でも解くやうな調子に判断する譯にはいかないのであつて、寧ろ問題たる人民層の觀念が裁判官自身にとつて健全であると認められる以上は、此の觀念が基準たらしめられるものである。されば之を「民族の健全なる觀念に従ひ」と云ふ字句を削除しても別に差支を生ずることのない第三項に置く代りに、之を第二項に組入れるのが適當であらうと考へる^(註五)。先づ直に正當防衛に因つて必要とされる防衛行爲は違法たるものではない旨を言明し、只是と關聯してプロイセン邦司法大臣の覺書(百三十七頁)と共に明示的に、民族の健全な觀念上正當防衛の濫用を包含する防衛行爲の違法性を確定するのが、もつと正しく、もつと伸展性に富んで居るやうに見えるであらう。

(註五) 是は第二讀會で行はれた所である。

物竝に動物の攻撃に對する防衛

本來の正當防衛の概念を動物の攻撃に對する防衛に擴張し、即ち此の種の防衛をば人の攻撃に對する正當防衛と同視し、従つて民法第二百二十八條から之を除外する案は容れられなかつた。動物を以て法律上單なる物に外ならないものと見るのは甚だ獨逸流の見解と矛盾する次第であるけれども、正當防衛の問題を其の程度に於てもとの儘にして置く決意をするのに標準となつたのは、刑法第二百二十八條に於ける物に關する防衛について規定されて居るやうに、動物の攻撃に對する防衛を物の本質に立脚する狹隘な條件から分離するのは實際上の理由から全然無意味であらうと云ふ考察である。想ひ見よ、危険なる動物に對して防衛を爲すのは脅威を及ぼす筈に對しての防衛の場合に於けると同様、人の攻撃に對する本來の正當防衛について見るやうに不當に對して當を貫徹することを必要とすると云ふ法律思想に關するものではなくて、どちらがより少い害悪であるかと云ふ問題に關するものではないか。そこで此の本質的な相違を斟酌して委員會は當初企てられたやうに物并に動物に對する防衛を本來の正當防衛(人の攻撃に對する)と密接に附縁せしめて同一の法條中で取扱ふことを見合はせ、寧ろ物に對する正當防衛の爲には特別の一規定を設けることにした。此の規定は内容上民法第二百二十八條に相當するのであつて、左の法文を有する。

「或る者が物の脅威する危険を自己又は他人よりして轉向する爲に他人の物を毀損若は破壊したるときは、毀損若は破壊が危険を、轉向するに必要にして損害が危険と不權衡なる關係に在らざるときは、之を正當防衛と同視す。他人の動物の脅威する危険を轉向する爲に之を傷害し若は屠殺したるとき亦同

じ。

民法第九百四條中に規律してある中立の物に緊急的の干渉 *Nothwehr* を及ぼすのを物に對する防衛に關する規定中に收めることは、正當防衛を云々することの出来るのは危険を脅威する物又は危険を脅威する動物に對して丈に限られると云ふ理由から、委員會にとつては問題とはならないで了つた。けれども究極に於て單に用語上の理由しかあるに過ぎない中立の物に對する緊急の干渉と、危険を脅威する物に對する緊急の干渉とを區別する丈の必要が、刑法上果して現實に存在するものであるかどうかは篤と考慮して見なければならぬ所であらう。惟ふに物（動物）の攻撃は實際に於て攻撃たるものではなくて寧ろ自然現象に外ならないものであるから、刑法上別に實際上の損害なくして物（動物）の攻撃に對する反動を民法第九百四條の場合に於けると同様の規律に服せしめ得ることが判明するならば、そして第九百四條を緊急状態に關する新規定中に包含せしめることが出来るものならば、委員會の企てたやうな物に對する防衛に關する獨立の規定を抛棄して了つて、是をも緊急状態に關する普通の規定中に吸収せしめるのを妨げる事由は全然存在すまいと思ふ。（註）

（註六） 第二讀會では物はかやうに規律された（尙ほ補遺をも參照せられたい）。

緊急状態

實際の話委員會の提案に係る新しい緊急状態に關する規定の立案に當つて、之に方針を與へたものは從來

の緊急状態に關する規定を推擴しやうと云ふ思想であつた。即ち左の如し。

「民族の健全なる觀念上自己又は危険の脅威を受ける者に向つて損害を忍容せんことを期待し若は要求すべからざるときに、他の方法にては轉向することを得べからざる重大なる損害を伴ふ現在の危険を自己又は他人よりして轉向する爲に刑を法定しある行爲を犯す者は緊急状態に於て行爲を爲すものとす。所業に因つて侵害されたる法益と比較して脅威せられたる法益が不權衡に貴重なるときは、犯人は違法に行爲したるものにあらず。然らざるときは犯人は違法に行爲したる者なるも、免責せらるゝものとす。

身體、生命若は名譽に對する重大なる所業は身體、生命若は名譽を保護する爲又は共同の危険を轉向する爲に行はれたるときにあらざれば適法ならず、若は免責力を有せず。

犯人が緊急状態の限界を超越したるときは刑を減輕することを得べく、特別の例外の場合に於ては裁判官は科刑を見合ふことを得」。

即ち一見して明瞭なのは法益の比較考量の原則が規律の中心になつて居ることである。其の完全に表明されたかどうかは、次に審査することを必要とする所であらう。此の原則の根本的の意義に對して強調される懸念は、終局の結果に於て委員會の左袒しなかつた所である。此の懸念は、刑罰法規に依つて保護されて居る法益の種々雑多な價値を測る確實な標準は見出すことが出来ない。特に法定刑の輕重極めて區々たるものあ

るに於て然りとする。蓋し法定刑は他の要素、特に犯罪の實行の種類及び方法並に犯人の性質などに依つて左右されるものだからであると云ふのである。成る程法定刑の輕重が少しも確實な標準を與へるものでないと云ふのは正當である。けれども此の標準は此の點についての斟酌はなくとも、典型的な緊急状態の場合に對する自然的な價値の考察に基いて獲得するのに困難はない。生命、健康及び自由は法益の段階に於て財産以上に位するものであること、胎兒の生命は社會公共にとつては母體の生命に於ける丈の價値を有するものでないこと位は、誰にも合點のいくことであらう。従つて法益の價値考量の原則は普通且平均的には信憑することの出来る標準と見て差支あるまい。

現行刑法典第五十四條は緊急状態を身體若は生命にとつての危険から免れることに制限して居るが、委員會は此の制限は捨てて緊急状態の適用を受け得べき法益の範圍を一切の法益に擴張した。其の外緊急状態行爲は將來は獨り自身緊急状態の渦中に在る者及び其の親屬の利益に於てのみに止まらず、他のすべての者にも無差別に許されることになつて居る。かくの如くにして大審院が判決録 Bd. 61 S. 242 中で承認した超法律的の緊急状態も斟酌される譯であるが、只大審院の裁判を招來する機會を與へた妊娠中絶の場合は勿論除外するのである。蓋し此の場合には委員會の意圖上から云ふと全然 Bd. 62 S. 137 の制限的の裁判の精神に添ふ、次のやうな特別の規律を受けるべき筈のものだからである。

「醫術の法則上他の方法を以ては轉向し得べからざる母體の生命若は健康にとつての重大なる危険を轉

向する爲に必要なるの故を以て、醫師が妊婦の承諾を得て妊娠を中絶する場合には墮胎を存せず。

然れども醫師に非ざる者がかくの如き場合に緊急状態を援用するは絶対に禁止す」註。

(註七) 此の規律は穿孔手術の場合の爲に企てられた所である。其の後優生學上の症候も或る範圍内で法律上に承認された補遺を参照せられたい。

重い利益(價値の重い法益) 尊重の原則

委員會の提案する所である緊急状態に關する規定は妊娠中絶の場合を除くれば、大審院の超法律的の緊急状態の場合を併せ包含するものである旨を右に述べたけれども、それは委員會が緊急状態を定義するに當つて大審院の重い利益尊重の方式に依つて居るかのやうな意味に解釋すべきではない。緊急状態を定義する新條文の第一項に於ては此の點を明示的に規律してはなく、寧ろ以下に於て尙ほ詳細に審査すべき、所爲を適法ならしめる緊急状態と單に之を免責するに止まる緊急状態との間に限界を劃さうとして居る第二項の規定中で、之に規律を及ぼして居るに過ぎない。けれども第一項に於ては斟酌される緊急状態の存否が、健全なる民族の觀念上犯人若は危害の脅威を受ける者に向つて脅威する損害を忍容せんことを期待し、又は要求すべからざることを條件に繋らしめられて居る以上は、脅威を受ける法益が緊急状態行爲に因つて侵害すべき法益に比較して大なる價値を有する場合には、緊急状態に由る侵害を許すの論結を生ずる。蓋し民族の健全な觀念上價値の大きい法益を拋棄することを期待し、若は要求することは出来ないからである。即ち第

一項は緊急状態の場合としての積極的の評價の意味に於ての超法律的の緊急状態の場合を包有するものと、全然一般的に斷言することが出来るのである。

更に第二項が緊急状態の所業に因つて侵害された法益に比較して脅威された法益が不權衡に貴重なるものある場合については緊急状態行爲の違法性を否定するけれども、そうでない場合には違法性を肯定して單に免責事由を認めやうとして居るのは、單一説 Einheitstheorie と分解説 Differenzierungstheorie との間の争に對して是で態度を表明しやうと云ふのでは恐らくあるまい。寧ろ緊急状態の所業に因つて害を被つた者は如何なる條件の下に此の所業を甘受することを餘儀なくされるのであるか、如何なる場合に之に對して抗拒を行ふことを許されるのであるかを識認せしめる丈の、實際上の目標を追求する心算なのであらうと思ふ。わたしは此の場合殊更にかう云ふ一般的の字句を使用し、此の關係に於ては獨り正當防衛について云々するのみには止めない。正當防衛は委員會の單に免責されるに止まるものとしか認めて居ない緊急状態の所業に對してのみ與へられるものであることは、素より明白である。けれども緊急状態行爲に因つて害を被つた者の防禦の權利は是丈で盡きるものではないのであつて、寧ろ緊急状態に因つて害を被つた者が緊急状態に基いて攻撃を行ふ者に對して防禦を爲す場合には、自分自身處罰を免れる緊急状態に於て行爲を爲すものであるかどうかは問題である。實際に果して處罰を免れる緊急状態に於て行爲を爲すのであるかどうかと云ふことは、第一項に規定してあるやうに、民族の健全な觀念上本人に向つて緊急状態に因る所業を忍容せんことを要求し得るものであるかどうかに繋ることである。そして緊急状態に因る所業を忍容せんことを要求し得るのは、緊急状態に基く攻撃者の擁護する法益が緊急状態に基く攻撃に因つて脅威される法益に比較して、不權衡に貴重である場合に限られることであらう。例へば生命に對する生命のやうに同等の價值を有する法益の相對立する場合にあつては、第一項に由る忍容の義務は成立しないであらう。即ちわれ／＼は第二項の正當防衛の標準を施用する場合に於けると全然同一の結論に到達するものである。かやうな次第であるから恰も教科書めいて學者の興味を惹くやうな第二項は削除してはうと云ふ案は、是認して差支あるまい。(註)

緊急状態に因る所爲者に向つて道義上の立場から英雄的の態度を強ひることの出来る場合、即ち緊急状態に因る行爲が只法律上の見地からのみ免責することの出来る場合を他の場合から區別することが果して實際に殘る限なく爲し得られるものであるかどうかは、暫く措いて問はないでいゝ。法律秩序にとつて大切なのは常に、行爲が當初の考案の意味に於て國家若は民族に順應するものであるかどうかと云ふことである。而して道義的の立場からは是認することの出来ない行爲であつても、少くとも免責することの出来る場合にあつては、「適法なる」行爲の要件は充すものである。併し乍らわれ／＼にとつて重きを成すのは、立法者が第二項に於て適法性は單なる免責性の問題に對して態度を決することは實際上無用であると云ふ著眼である。即ち第二項の實際上に達成しやうとする所のはすべて、既に第一項中に掲げられてあることである。われ／＼は緊急状態の所業に因つて脅威を受けた者はそれ自身亦緊急状態に在るものであること丈を念頭に

置けば事は足りる。第二項を以て緊急状態に因る所爲者に其の利益の重きを爲す場合に正當防衛の権利を與ふべきであるか、又は第一項に基いて本人に緊急状態の権利を與ふべきであるかは兎に角一つの區別を意味するものであることには、或は異論の餘地があらう。蓋し正當防衛の権利は補充的のものではなく、従つてまた是が執行は危険が他の方法を以てして轉向することが出来たかどうかによつて左右されるものではないのであるから、此の意味に於て補充的な緊急状態の権利よりも廣汎であるからである。だが此の異論は適切ではあるまい。先づ第一に實際上から云へば、他の方法を以てしては轉向することが出来ないと言ふ條件は、具はつて居るのが極めて普通である。また他の半面に於ては正當防衛は、事情に依つては補充性の調整的な原則の下に立つこと曩に述べた通りである。精々の所第二項の思想は第一項にも合體させることが出来はしないかどうかを問題とし得る丈であらう。事實上第一項は此の條件文章が末尾に於て、

「……民族の健全なる觀念上、特に所業に因つて侵害されたる法益が脅威を受くる法益に比較して不權衡に貴重なるの故を以て本人若は危害の脅威を受くる者に向つて損害を忍容することを期待し又は要求すべからざるときは……」註九

と云ふ文言であると活潑な作用を及ぼすであらう。此の場合に念頭に置かなければならないのは、緊急状態に基く攻撃に因つて害を被る者の立場から云へば「所業に因つて侵害された法益」は緊急状態に基く攻撃を以てして擁護した法益なのであり、また此の見地から云へば「脅威された」法益は緊急状態に基く攻撃の害

を受けた者の法益であることである。「特に」と云ふ用語は使用する必要がある。蓋し健全な民族の感情上から云へば忍容の義務にとつては尙ほ別段の事由が想像し得られるからである。例へば山岳案内人、船員、消防手などの場合に見るやうに危険に屈せぬ丈の職業上設定されて居る義務の場合を想像すれば想ひ半に過ぐるものがあるであらう。

（註八）此の削除は第二讀會で行はれた（補遺をも参照）。

（註九）「特に」から「故を以て」までの字句を收容することは第二讀會では斷念された（補遺を参照せられたい）。

委員會が、健全な民族の觀念上緊急状態に在る者に向つて忍容を期待し又は要求しなければならぬものであるかどうかの點を目安として居るのは、期待可能性 *Zurechnbarkeit* の個人主義的觀念が責任に關する理論に及ぼした影響の手におへないものがあつたのに顧み、此の法文を以てして期待可能性の個人主義的觀念を明示的に一掃しやうとしたのである。こゝに於てか法の斟酌すべき犯人の強制状態を規律するに當つては犯人の個々の利益には重きを置かず、寧ろ法律秩序の保護の目的を成るべく貫徹することに重きを置かうと云ふ思想が再び勢を得るやうになる。委員會が期待可能性を客觀的なものとするに因つて、期待可能性が無害のものとなつたことは認めて差支あるまい。「重大な」損害の危険と云ふ要件も、緊急の状態を餘りに過當に斟酌するのを阻却するものであることを考へ合せるに於て特に然りとするものである。自分が雨を避ける爲に他人の家宅不可侵權 *Hausrecht* を侵害することは許されないし——此の例は *Coenders R.G.*

Praxis Bd. V. S. 290. に由来するものである——、また偶々俄雨に襲はれて自分が奇麗な著作物を著て居るかと云つて、労働者の傘を奪ふ譯にはいかないのである。

委員會は第三項に於て、財産を保護する爲により大なる價值を有する法益に重大な侵害を及ぼすのを許さないことゝすることに由つて、重きを爲す利益と云ふ支配的の著想の下に緊急状態の權限を更に制限した。こゝで名譽が問題となる限りに於ては、此の規定が名譽毀損に由る正當な利益の擁護に關する規定に對して、どう云ふ關係に立つものであるかは明白でない。だが此の規定は全然無用たるものであると云つて差支あるまいと思ふ。蓋し此の規定は、身體、生命、名譽に對する重大な侵害を以てするにあらざれば轉向させることが出来ないであらう所の單なる財産上の損害——第一項は實に之を指して居るのである——が民族の健全な觀念上疑もなく忍容しなければならぬものである程度に於ては、第一項の適用の一つの場合に外ならないからである^(註)。

(註十) 第二讀會では第三項が削除された(補遺を参照)。

民法上の緊急權 *bürgerlich-rechtliches Nothrecht* を包含せしめること

けれども委員會の立案した緊急状態に關する規定は、獨り重い利益尊重の原則に依つて支配される超法律的緊急状態の場合のみに止まらず、同一の原則に依つて支配される民法第九百四條をも包含するものであ

る。だがわたしは民法第二百二十八條の物(動物)に對する防衛も、それが委員會に依つて本來の正當防衛に關する追加條項中で刑法的に規律されて居るやうに、緊急状態の全面的規律の中に吸収して了ふことが出来るものであるかと云ふ、曩に持出された問題を肯定するのを躊躇するものではない^(註十一)。事實上此の物に對する正當防衛の條文中で防衛行爲の適法である爲に設けられてある、物の毀損若は破壊(動物の傷害若は殺戮)に因つて生じた損害が危険と甚しい不權衡の關係にないことゝ云ふ要件は、委員會の提案した所に係る一般的な緊急状態に關する條文の第一項の法文も包含するであらう。況んや第一項に追加して曩にわたしが詳細な例示的説明の爲に發案した追加條項を附するに於ておや。けれども此の要件は、此の條項を其の儘にして置かうとするならば、第一項との連絡に於て緊急状態に關する條文の第二項をしても内容上包有せしめることが出来るであらう。攻撃者に對して指向される正當防衛行爲が無關係の第三者の法益を侵害するのを是認することの出来るのは如何なる條件を存する場合であるかと云ふ屢々争のあつた問題も、各場合について第三者が民族の健全な觀念上忍容の義務を有したかどうか標準になると云ふ、委員會の提案に係る緊急状態に關する規定の第一項に依つて格別の骨折もなしに規律することが出来る。かやうにする^(註十一)と正當防衛と緊急状態の立法的取扱は著しく簡略になるのである。

(註十一) 第二讀會では此の規律が認められた。

國家的正當防衛

國家的正當防衛 *Staatsnotwehr* 並に國家的緊急狀態 *Staatsnotstand* に関する規定を收容しない旨の委員會の決議も簡略と云ふ方針に基くものである。只此の簡略は現行法に比較して明瞭と云ふ譯ではなく、近頃裁判に依つて醸し出された錯綜した事態に關してのみの話である。此の決議たるや國家をば直ちに正當防衛並に緊急狀態を取扱ふ規定の意味に於ての緊急救助の利益に浴することを得べきすべての「他人」と同視しやうと云ふやうなことを意味するものではないのであつて、寧ろ反對に國家の爲にする正當防衛若は緊急狀態の行爲の法律的構成は必ずしも一概には承諾すべからざるものであるのを意味するものである。權威的の指導者國家では其の權限を有しない私人が民族並に國家の存立に對する攻撃に對して保護を行ふことに於て、國家權力を代表せしめる餘地は全然ない。勿論曩に冒頭で精細に説明した國家的正當防衛の見地からするときは、全體を構成する一員の他の一員に對する攻撃が防禦される場合にあつては個人が國家に代るものに外ならないのであつて、即ち此の防禦は法律上當然に國家の擔當する所なのであり、従つて國家自身が事實上秩序を維持することを妨げられる場合にあつては個人が國家に代つて防禦を行ふのは偶々以て國家の精神に添ふ所以なのであるけれども、攻撃を受ける法益の主體と此の法益の保護者とが國家に於て合致して居る場合にあつては、かくの如き代理は原則として問題たり得るものではなく、國家は自分で自分自身を守るのである。委員會が否定的態度を執るに至つたについては、國家の利益を擁護すると云ふ假面の下に濫用の危険を存すると云ふ實際の見地も與つて大に力がある。と同時に他の半面に於ては委員會は此の意味に於

ての國家的正當防衛と國家的緊急狀態を明示的に法律中に於て除外する必要があるとは思惟しなかつた。委員會がかくの如き見地に到達したのは、著しく別様の見解を奉じて居た時世に由來する大審院の判例中に於ける國家的正當防衛並に國家的緊急狀態を識認するの萌芽は、其の國家政策的前提の引續き存立するものがない以上は、將來發展することはないであらうと云ふ期待に出づるものである。

(註十二) 民族及び國家の存立にとつての急迫な危険の場合に國家機關自身の爲す、一九三四年七月三日の國家的正當防衛の處置に關する國法の意味に於ての「國家的正當防衛」は之に因つて妨げられるものではない。

其の他の辯解事由

緊急狀態の資料の全般に互つて普遍的な形態で其の規律を更新するのは、其の外また争のある他の辯解事由の數多くのものをば別に無理をしないで之に附け加へて、かくの如くにして之を獨立の問題として解決することが出來ると云ふ特長を持つものである。こゝでは主として義務の衝突と被害者の利益に於てする行爲について述べたい。

其の他の辯解事由に關しては、刑法はそれらのものを規律すべき法律でないの之についての規律は大部分刑法から除外される。命令に因る行爲の適法であることは行政法中で規律すべきであるし、犯人の權力に服する者(自分の子、生徒、徒弟)に對する懲戒の權限は民法中で、營業條例中で、乃至はまた其の他關係の私法若は公法の法令中で規律すべきである。職權並に職業上の權利を承認すべき場合にあつては、是等の

ものについても同じことが云ひ得られる。

他人の子の懲戒

委員會は他人の不行儀な子に對する懲戒の權限は、特に規律するの必要がないものと認めた。それは委員會の見解に依れば此の權限はもつと包括的な見地中に吸收される次第だからである。即ち委員會は傷害に關する章中に、次のやうな内容を有する一般的の規定を設け、身體の虐待の客體としては成年と少年との間に區別を立てないことにして

犯人が犯行の直前に於ける被害者の態度に關する正當な憤激に因つて逆上して罪を犯したるときは、之を罰せず。

と規定することにして居るのである。それ以上廣汎な範圍に互つて犯人の權力に服しない他人の子を懲戒する權利を許すと云ふことは、よしんば教育的の作用を及ぼすの意圖に於てするにもせよ之を認める譯にはいかなかつた。

承諾

論すべく剩されて居る辯解事由は、あとには只一つしかない。此の辯解事由は本來刑法中で規律することが出来るのであるし、また規律しなければならぬのもあると考へるが、委員會は之を一般的に規律する

の必要ありとは思惟しなかつた。蓋し此の辯解事由は個々の罪となる行爲、本來は傷害についてのみ重大な意義を有するに止まるものだからである。それは承諾 *Einwilligung* と云ふ辯解事由である。承諾と云ふ問題の生ずることのあり得るのは、構成要件の直接の保護の客體が個人であり、其の個人のみに限られるものであることが明白である場合に限られる。例へば他人をして自分について誣告を爲すことを得しめる承諾は有効ではあり得ない。蓋し誣告と云ふやうな犯罪は、個人に對するよりも寧ろ司法それ自體に對するものだからである。何の誰と云ふ署名は、取引上に於ける欺罔の危険が問題となる場合に於ては、其の本人に於て是が使用を有効に承諾することは出来ない。蓋し文書偽造に關する罰則は、取引上に於ける欺罔の危険を取縮るものに外ならないからである。けれども個人が犯罪の唯一の直接な侵害の客體である場合に於ては、普通加害に、純然たる個人主義的の見地からは *volenti non fit iniuria* (被害者の承諾せる場合に於ては、普通加害者をして損害賠償の義務を負擔せしむべき行爲を存せず) の原則の效力を認めざるを得ない。蓋し本人の承諾した場合にあつては個人に對する犯罪の核子と本質とを成す、他人の意思の否定と云ふ要素が缺けて居るからである。かやうな次第であるから被害者が承諾した場合にあつては傷害、殺人(此の場合にあつては刑事政策上の理由からして既に、現行法は論旨を極端に徹底させることをしなかつた)、侮辱などは本來適法たらざるを得ないであらう。だが併し民族協同體の思想の上に構築されて居る今日の國家の立場から觀察するときには、かやうな論斷をする譯にはいかない。すべての場合を通じて協同體の一員が侵害され、ば、民族全

體が侵害されたものと看做さざるを得ないのであつて、被害者の承諾は毫も此の點を左右するものではないのである。かやうな次第で委員會は承諾者（要求者）の殺害をばもはや特別構成要件として認めしめることを欲せず、寧ろ之を普通の殺人中に吸収させて、只刑を量定するに當つて汎く之に寛典を認めしめることを得しめるに止めた。蓋し此の場合は故殺として、換言すれば憎悪するに足りない動機に因る殺人として認めることが出来るのであつて、之については委員會も例外として重懲役の代りに輕懲役を認めて居るからである。此の請求に因る殺人は他人の意思の範圍に對する侵害を缺くのであるから、實際の所普通の殺人に比較して著しく別個の態様を有する犯罪を意味する次第であるが、請求に因る殺人を以上に述べたやうに取扱ふのは、各個の民族的同胞の法益と民族全體の法益とを同一視する思想を過當に高調するものでありはしないかどうかは、篤と審査することを必要とする所であらう。就中請求に因る殺人の特殊の場合としての安樂往生法 *Seitshilfe* は、若しわれ／＼にして委員會と共にこゝで現在既にかくの如き博愛的の仕事をば刑事訴訟の干渉に對して擁護して居る慣習法の效力に一切を任すこと、しない以上は、例外的の取扱を必要とするものと認めしめるのであつて、此の事情は恐らく如上の規律方針に反對をすることであらう。

承諾者に對する傷害

承諾者に對する傷害の取扱については公の利益の關與と云ふ思想は、既に現行法上に於てさうであるや

うに（刑法第二百二十六條 a）承諾のあつたにも拘らず所爲が善良の風俗に反する場合に限り、所爲は違法たるものであるとなつて居ることに因つて表明されて居る。だが此の法文の措辭が此の思想に相當するものであるかどうかは疑がある。性的の過誤——一九三三年七月十四日の法律に依つて斷種と去勢とが承諾の標準的勢力を奪はれて了つて以後は、大體に於て性的の過誤が主眼となつて居るのである——は必要なしに公に暴露すべきではあるまい。承諾をした被害者が傷害に因つて民族協同體に對する自分の義務を履行することを妨げられるかどうかを法律が標準とすることにすれば、思想の完全な表現たるものと云ひ得られやう。

殺人の場合については承諾を斟酌しないと云ふことは、委員會が構成要件を形成するに當つて其の他の場合に於て當然承諾に認めて居る重大な意義と或る程度まで相容れないものがある（註三）。即ち既に他の關係に於て述べた醫學上の症候に基いて行はれる妊娠の中絶は、妊婦が手術を承諾した場合に限り適法であると云ふことになつて居るし、更に手術をする醫者は、患者が承諾しなかつた場合に於ては、手術若は治療が良心に従ふ醫師の慣行に合致し従つて全然傷害行爲たるものではないことを主張する譯にはいかないと云ふことになつて居る。只醫者が、

妊婦及び患者の生命若は健康に重大な脅威を及ぼすことなくしては、事情上適時に妊婦及び患者の承諾を求むること不可能なりし

ときは、醫者は承諾の要件から解放される。さもない以上は委員會の意見では妊娠の中絶は罪となる墮胎を成すに至るのであり、其の他の醫者の手術は傷害とこそはならないけれども、少くとも罪となる「専斷的の治療行為 *eigenmächtige Heilbehandlung*」、即ち人身の自由に對する犯罪を成すに至るものである。二つの場合を通じて承諾を伴はない手術をも傷害と認めるか、又は妊婦を救済する爲に其の承諾なくして行つた手術をも専斷的治療行為の概念に屬せしめるの方法で、二つの場合に於ける承諾の欠缺の結果を互に調和させる必要があるはしないか考量する必要があるであらう。

(註十三) 委員會は第二讀會ではまだ態度を決しなかつた。

B. 第二讀會の結果

第二讀會は正當防衛と緊急状態の資料を規律する上に著しい變更を齎した。是等の規定は現在では左の通りの字句である。

可罰性の阻却

第a條 正當防衛

正當防衛を爲したる者は正當に行爲を爲したるものとす。

正當防衛は健全なる民族的感情上必要にして且自己又は他人より現在の違法なる攻撃を轉向せしめんが爲に行はるる防衛なりとす。

正當防衛の行爲に割せられたる限界を超越したる者は罰す。然れども刑は減輕することを得(第…條)。特別の例外の場合には裁判所は處罰を見合はすことを得。

第b條 緊急状態

緊急状態に於て行爲を爲したる者は罰せず。

他の方法を以てしては轉向すべからざる重大なる損害の現在の危険を自己又は他人よりして轉向せんが爲に刑を法定しある行爲を犯したる者は、健全なる民族的觀念上本人又は此の他人よりして損害を忍容せんことを期待すべからざる時は、緊急状態に於て行爲を爲したるものとす。

緊急状態の行爲に割せられたる限界を超えたる者は罰す。然れども刑は減輕することを得(第…條)。特別の例外の場合には裁判所は處罰を見合はすことを得。

全然外見の上から觀察すると、條文の数は三條から二條に減り、緊急状態に關する第b條に於ては第二項及び第三項を削除して了つて居る。是は頭から著しい簡約を示すものである。此の簡約は緊急状態の思想を

普遍的のものとするに依つて達成されたのである。

正當防衛及び緊急状態の所爲者を罰しない理由

先づ第一に正當防衛や緊急状態を包含する條文の表題が周匝に論議された。第一讀會に於ては此の表題はまだ「不法と責任の阻却」とされて居たのであつたが、第二讀會に於ては當初「責任阻却事由」と云ふ表題が企てられた。此の表題は責任と違法性とは一體を成すものであつて、其の内部に於ては責任は主たる要素を成して居るのであり、換言すれば専ら意思責任 *Willensschuld* の彈壓を目的とする刑法の考察方法にとつては、違法性は責任の中に吸収されるものであると云ふ著眼の下に選定されたのである。即ち刑法は違法の行爲が有責であると云ふこと、且又違法を阻却する事情はそれが犯人の責任をも消滅せしめる程度に於てのみ重要たるものであると云ふことの視角の下にのみ、違法の行爲につき關心を有するものである。此の全然主觀的な考察方法は恰も意思刑法の範圍内で相對的に正しいものであるのを充分識認するに拘らず、また構成要件の中の若干者中に包含されて居る主觀的な不法の要素の存在の否認すべからざるものあるのを充分認めるに拘らず、委員會は或る人間の行爲が法律秩序の非認する所とならなかつたとき、即ち或る人間の行爲が「違法」でなかつたときにあつては、責任の問題は全然生じ得るものではないのを看過することは出来なかつた。けれども責任と違法性が一體を成すと云ふ思想を排撃する者に對して、かくの如き場合には恐らく

犯人を無責任であると稱することが出来るのだと云ふ別段の讓歩をしやうとする場合にあつても、少くともとりわけ實際上の立場からして正當防衛に關する法律の規定の法文、従つてまた表題の體裁も、正當防衛に於て行爲を爲した者は只有責に行爲を爲したのではないと云ふ丈のことで従つて正當防衛に對しては正當防衛を許すことが出来るのであると云ふやうな思想の發生する餘地のないものを選ばなければならなかつた。そこで委員會は「刑を阻却する事由……」と云ふ現行法の規定と一致する、「可罰性の阻却」と云ふどつちつかずの表題を選ぶことに決した。けれども現行法は正當防衛についてもはたまたまた緊急状態についても、「罪となる行爲を存せず」(第五十三條、第五十四條)と云ふ無色中立的の斷定を以て満足して居るのに反し此の點につき一九三五年の草案は、緊急状態に於て行爲を爲した者に向つては單に「之を罰せず」とのみ規定して居る丈に過ぎないけれども、正當防衛に於て行爲を爲した者に向つては「正當に行爲を爲」したものであることを斷言すると云ふやり方で、一新生面を開いて居る。一九三四年の草案は民法第二百二十七條と關聯して、正當防衛に因つて必要とされた行爲は違法でない旨を言明したけれども、之に反し緊急状態の場合については犯人が違法には行爲をしなかつた場合と、違法に行爲はしたけれども免責される場合とに區別して規定した。委員會は第二讀會に於て一面には、正當防衛を爲す者は或る意味に於て全體の法の擁護者たるものであつて、即ちその行はれることについて民族協同體が最も多大の關心を持つ作用を行ふものに外ならないことを表明しなければならぬものと考へた(第一讀會の報告參照)。委員會は「正當に行爲する」

とは決して従来の「違法には行爲せぬ」と同一ではないこと、寧ろ正當防衛の本質並に作用から生ずる幾分積極的のものであると云ふ見解から出發した。「正當に」行爲する "recht" handeln と云ふ字句を選んだについて決定の契機となつたのは、此の字句が獨り正當防衛の本質を示すのに妥當である計りでなく、寧ろまた獨逸民族にふさはしくもあり、實際上にも正當防衛に對する正當防衛を阻却するに足りると云ふことであつた。

既に第一讀會についての報告中で第一讀會案に於ける緊急状態の場合の區別に對して、具體の場合に緊急状態の所爲者に向つて道義的の見地から緊急状態の状況を英雄的に忍受せんことを強ひることが果して出来るものであるかどうか、即ちそれにも拘らず行はれた緊急状態行爲は法律上單に免責し得るに止まるものであるか、それともまた緊急状態行爲は積極的に是認することの出来るものであるかを決定するのは困難なことが多いのを指摘し、さればこそ一體説 Einheitstheorie を執つたものであることを述べた。委員會に於ては區別説 Differenzierungstheorie は第二讀會で二つの種類の場合の區別が困難であると云ふ此の實際的の見地から其の基礎を失つて了つたばかりではなく、第一草案に於ける緊急状態の場合の區別は、違法性と責任の概念は違法性の缺けて居る緊急状態の場合と只責任を缺いて居るに過ぎない緊急状態の場合とを區別するのを是認し得られるまでに明確に區別することは出来ないものであると云ふ主なる理由から、單に見せかけ丈の區別に止まるものであると言明された。最後に緊急状態の場合の區別は究極に於て唯物論的な法益

考量説 Güterabwägungstheorie、即ち緊急状態に際して互に相對立する法益の價值が平等でないことの考から出發した説に歸著するものであるが、此の價值の不平等と云ふ考は、決してすべての生活状態に道義的に公正な遺漏する所のない尺度を提供する所ではないのであることを委員會は勘考した。

けれどもまた他の一面に於ては、一切の緊急状態の場合を「正當な行爲」又は「無責の行爲」と稱することにする決斷もし兼た。「正當な行爲」は非道義的の立場から當然自分自身を犠牲にすべき筈の緊急状態所爲者にとつて、決して證明することの出来るものではなからう。「無責の行爲」と云ふ客語は此の關係に於ては民衆的でなく、否、寧ろ理解し難い所であり、民法(民法第二百二十八條、第九百四條)が所爲者に緊急權 Nothrecht を與へて居る場合に關しては、實質上適當でもないのである。かう云ふやうな意見で結局「緊急状態に於て行爲を爲したる者は罰せず」と云ふどつちつかすの法文があらゆる方面の推稱する所となつたのである。當該の行爲が何故罪とならないのであるかと云ふ問題を學說や實際の決定する所に委ねるのは懸念すべきことであるとする意見は、具體の場合に緊急状態所爲者が違法に行爲をしたかどうかと云ふ問題は、此の緊急状態所爲者に對して正當防衛を對抗することが出来るかどうかと云ふ別段の問題にとつてのみ重大な意義を有するものであること、けれども此の別段の問題は健全なる民族的觀念上緊急状態行爲の被害者に向つて緊急状態に因る侵害を忍容せんことを要求することの出来ない場合に於ては、すべての場合を通じて第二草案第b條の第二項の條件の下に緊急状態行爲に因つて害を被つた者に緊急状態の權限が歸屬

するの故を以て、殆ど實際上の意義を持つものではないことを指示して鎮靜させることが出来た。此の「罰せず」と云ふ字句が、民法上緊急状態所爲者に積極的の権利の與へられる場合をも包含することは、恰も此の字句が緊急状態行爲の権利の或る程度まで中立的に對立して居る場合を包含して居るのと同様であるのは、誰も明知した所であつた。此の考慮は、緊急状態所爲者を「不當を爲すものにあらず」と云ふ風に特示しやうと云ふ提案を生ずるに至つたのであるが、此の提案は委員會の認める所とならずして終つた。積極的の緊急権も存在するのであると云ふ觀點から見て「不當を爲すものにあらず」と云ふ措辭は、緊急状態に關する資料全般の上からは用ひることは出来ないのである。

正當防衛の定義、正當な正當防衛の尺度としての民族的感情

第一讀會に關する報告中で述べた見解と一致して委員會は、第a條第二項中に於ける防衛の必要を明示的に健全な民族的觀念と云ふ尺度、又は一九三五年六月二十八日の刑法改正法以來の用語で云へば健全な民族的感情と云ふ尺度に聯繫させるのに決し、之に反して過剰防衛 *Notwehr* を取扱つて居る第三項中此の著想を特に標榜することは斷念した。尙ほ第a條の第二項がとりわけ正當防衛の濫用の場合、即ち形式上は正當防衛の状態を存するけれども健全にして眞摯な考を持つ人間は誰も緊急状態権を要求しないであらう場合を包含するであらうことは、委員の一致した所であつた。是等の場合に於ては所爲者は全然正當防衛

を援用することは出来ないのであつて、従つて所爲者は故意に因る犯人として處罰されること、なる。所爲者が健全なる民族的感情と矛盾して兎に角自分は緊急状態の権利を有するものであると信じて居るとしても此の錯誤は斟酌するには足りないであらう。(責任に關する論を参照)。かくの如き場合にも過剰防衛の輕い取扱を認めやうと云ふ提案は、聽容されなかつた。正當防衛権の存否の問題に關する正當防衛の濫用(第二項)も亦第三項の下に屬するものであると云ふ意見の發生しないやうにする爲に、本來存在して居る正當防衛権を行使する方法に關する箇所に於ては正當防衛権の濫用について云々することなく、寧ろ第一讀會案に於けるが如く、緊急状態の限界超越(第b條第三項)に關する規定と一致して、正當防衛に劃した限界の超越を目安としたのである。

防衛の意思

尙ほまた正當防衛の定義中には第一讀會案に於けるとは異り意思の要素を附け加へ、正當防衛は防衛行爲が現在の違法な攻撃を意識的に防禦することに因つて行はれる場合に限り之を存すること、した。意思刑法の立場からするときは、現行法上の係争問題を別様に解決することは出来なかつた。所で防衛の意思は防衛の必要と結び付けられるのであるから、委員會の意見では第二項の定義が誤想防衛 *Putativnotwehr* にも關係するのであるかの如き謬つた見解を生ずることはあり得ない。假令一面から眞正の正當防衛と誤想の正當

防衛とを同視するのに對し主として主觀的方針を執る刑法の立場からして原則的に異議が唱へられなかつたけれども、誤想の正當防衛の場合にあつては民族協同體の爲に法を擁護する云々は主張することは出来ないのであるから、誤想の正當防衛は眞正の正當防衛と同一の階段の上に立つものではなく、且又單なる誤想の正當防衛に對して正當防衛を認めないのは忍ぶことは出来ない。然も眞正の正當防衛と誤想の正當防衛との兩者が平等の順位を有する Gleichrangigkeit ものであるのを認める以上は、誤想の正當防衛に對して正當防衛を認めることの出来ないのは避くべからざる結果であると云ふ點については、人々の間に意見が一致したのである。

緊急状態の普遍化

委員會は第二讀會に於ては緊急状態の思想を更に一層普遍的なものにすることになつた。特に第一讀會の報告の提案に従ひ、民法中（民法第二百二十八條、第九百四條）で規律されて居た緊急状態の領域、並に大審院の展開させた超法律的の緊急状態權を、第b條中に併せ包含せると云ふ方法に於てある。委員會の委員の中には、刑法上の緊急状態は今後も従來と同様、現行刑法典第五十四條の緊急状態の場合にのみ適用すべきものであると云ふ考を主張した者も二三あつたけれども、此の考に共鳴する者は全くなかつた。すべての法益は緊急状態の適用を受け得べきものであること、従つて生命の緊急状態の場合と身體の緊急状態の

場合とは恣意を以てしなければ分裂させることは出来ないのと云ふ思想が、決定の契機たるものである。人々はまた民法に於ては決して一切の緊急状態の場合が規律されて居る譯ではないのであつて、従つて刑法も抛棄をして差支ないものであると云ふ考から出發した。即ち例へば貴重な財産を救済する爲に無關係者の身體に對して侵害を加へるのは、民法（特に民法第九百四條）の規律する所ではないこと、けれども此の場合には委員會が第二讀會に於て新に提案した第b條中に自然に組入れられるものであることが指摘された。健全な民族的感情上所爲者又は被脅威者に向つて損害を忍容せんことを期待せざるを得ない場合の一小區分として、緊急状態の所業に因つて侵害された法益が脅威された法益に比較して割合に貴重であつた場合を擧げやうと云ふ提案（第一讀會の報告參照）は、聽容されなかつた。委員會は緊急状態の所業に因つて侵害された法益が脅威された法益に比較して低價值であることは、緊急状態行爲の適否を測る尺度としての健全な民族的感情に役立つことが非常に多いこと、然も此の著眼點は遺漏のないものではなく、健全な民族的感情は法益の價值關係とは全然無關係に、所爲者はかく／＼の處置を爲して差支なく、他人は之を甘受しなければならぬと云ふ判決に到達することが出来るものと考量したのである。此の見地からして委員會も第一讀會の報告の提案に従つて身體、生命若は名譽に對する重大な侵害（名譽に關する緊急状態 Ehren-notstand は侮辱の所で特に規律してある）は身體、生命若は名譽を保護する爲、又は一般危險を豫防する爲に行はれた場合でなければ認めることを欲しなかつた前の緊急状態に關する規定の第三項を削除したので

ある。

國家的正當防衛

國家的正當防衛 *Staatsnotwehr* 又は國家的緊急狀態の問題に對する委員會の態度は、第一讀會に於けると同一であつた。そこで個人、特に黨は國家が危險の狀態に在る場合にあつては、直ちに其の全身を挺して之に當るの義務を負ふものであることは認められたけれども、併し是は如何なる場合に全人格を投没することを必要とするかを決定するの任を有するのは指導者であり、また指導者のみに、限られると云ふ標準を以てのみ認められることである。所が個人、特に黨の機關が指導者と接觸を保つまでの餘裕を存することなくして、民族全體の焦眉の危險を轉向する必要のある場合があり得る。例へば外國の間諜が我が國の國家的機密を携へて國境の外に走りつゝ、あるのを目撃した者は之を射斃して差支ないけれども、此の場合行爲者は自分自身の危險を賭するのであつて、行爲者が人違ひをして斃したのは全然間諜ではなかつた場合にあつては、行爲者は此の行爲の責に任ずることを餘儀なくされるのである。誤想防衛や誤想的緊急狀態の原則は、此の場合には適用されない。蓋し民族的同胞の誰でもが誤想防衛若は誤想的緊急狀態を援用することを得るものとすれば、そしてまた國家を救済しやうと云ふ意圖丈で既に、あらゆる刑を免れ得るものであるとするならば、一體どこまで行つたらきりになるか果しがなからうからである。かやうな次第で意思刑法に於ても、結果が決

定的の意義を有することがあり得ると云ふことになる。加之ナチスの指導者主義の見地から云つても、或る危險に際して民族全體に呼びかけるのは指導者のみの任とする所であること、危險の狀態を存するか否かは指導者のみに於て判斷するを要するのであること、或る人間を語辭の一番本當の意味での事務管理人 *negotiorum gestor* として認めるか否かについて標準となるのは、指導者の意思のみに限られることであるとする方針は墨守しなければならない。即ち國家の正當防衛を支配する者は指導者なのである。

承 諾

承諾は其の後に一九三五年六月二十六日の遺傳病の子孫豫防法改正法の施行に依つて實施されるやうになつた。妊娠中絶の優生學的症候についても重大な意義を有するものである。新に追加された此の法律第十條 a に曰く、

「遺傳病裁判所 *Erbgesundheitsgericht* が生殖不能處分 *Unfruchtbarmachung* の施行の當時妊娠中なる婦女の生殖不能處分を確定的に言渡したるときは、妊婦の承諾を得て妊娠を中絶することを得るも、胎兒が既に生存に堪ふるか、又は妊娠の中絶が當該の婦女の生命若は健康にとつて重大なる危険を伴ふ虞あるときは此の限にあらずとす」。

と。
(一九三五年六月二十六日の法律の法文に於ける一九三三年七月十四日の法律第十四條を参照)。

四、正犯と共犯

司法省 参事官 ドクトル・フォン・ドーナニイ(國司法省)

A. 第一讀會の結果

かのスコラ哲學一派の詭辯にも似たやり方で行はれた正犯と共犯についての學說上の論争は、近年に至つて、現行法の見地からすると現行法の共犯に關する規定は果して刑罰擴張事由 Strafschuldungsgrund と見るべきものであるか、それともまた刑罰制限事由 Strafschrankungsgrund と認むべきである

所謂「制限的正犯概念」restriktiver Täterbegriff の説は長らく的確な理論として認められた所である。正犯の典型は實にみづから手を下して犯行を爲すと云ふことであつた。かくの如くにして共犯と正犯との間の區別についての理論は此の地盤の上に鬱蒼たる枝葉を繁らせはしたけれども、例へば單獨正犯と間接正犯、共同正犯と従犯、間接正犯と教唆、教唆と智能的従犯の區別の問題に至つては、或る程度までの満足な意味に於てすら解明を遂げることが出来なかつたので、結局共犯に關する理論は理論刑法學中の「絶望的な章」に

屬するものであつて、客觀的若は主觀的の一定の標識に従つて正犯と共犯とを區別しなければならぬと云ふことの動かすべからざる證據は、法律の明文がない以上は絶対に擧げることが出来ないものである——かう述べた者がある——と云ふことを、諦めの念を以て確認するより外に剩された道はなかつた。

此の問題の學問的取扱は、共犯に關する法律の明文は兎に角必要なのであるかどうか、若し必要であるとすれば如何なる理由に因つてあるかと云ふ問題の提出されたことに由つて初めて、再び根本原理の領域に復歸するに至つたのである。

云ふ迄もなく此の問題は決して新しいものではなかつた。今から凡そ四十年の昔ノールウェーの刑法學者ゲッツは、共犯と云ふ概念を伴はない刑法も想像することは出来る。何となれば苟も構成要件を由來せしめる行状は、何れも本來之を正犯と解することが出来るからであると述べた。此のゲッツの思想は一九〇二年のノールウェー刑法典に於て實現されて居るのであつて、之に依ると何等かの方法で犯罪に加功した者は犯罪の惹起者 Verursacher des Verbrechens であり、然も直接の惹起者(正犯)である者もあれば、また間接の惹起者(教唆、従犯)である者もあると云ふのである。此の法律には加功 Mitwirkung の可罰性についての一般的规定は掲げてなく、寧ろ特殊の犯罪に關しては法定刑が一切の加功に該當するやうに個々の構成要件を構成するか、又は前記の特別の犯罪については本來の正犯を罰するやうに構成してある。法定刑はすべての加功者につき同一であつて、一切の加功者に關して一定の條件の下に通常の刑を減輕するの權限

が與へられてゐるのである。

かやうに「共犯を獨立させる」のは、共犯を目して一つの從屬的な責任形態 *akzessorische Schuldform* と解する見解を打破する次第なのであつて、此の點に其の理論的の意義を有するものである。即ち「共犯」は「犯行」*Begehung* となるに至るものである。

此のノールウェー刑法典の模範に倣ふものに一九三〇年十月十九日のイタリー刑法典がある。此の刑法典は加功 *Mitwirkung* の概念を信奉するのであつて、數人の者が同一の罪となる行爲に關與する場合にあつては、關與者の各自は關與者について定めてある刑の適用を受けると云ふ原則を樹て、居る。

我が獨逸國に於ても、共犯に關する規定の意義精神は或る一つの結末を招來するにつき因果の關係を有した人間の意思活動の一切が、認識論的に平等の價値を有することから生ずるものであるとする見解が、漸次に有力地歩を占めるやうになつて來た。構成要件該當の行爲を爲すとは——又は別の言葉で云へば正犯として行爲を爲すとは、構成要件の實現に寄與する者の謂である。或る犯罪に關與することそれ自體が、處罰の原因を與へるのである。同一の刑の範圍内のみに於て異つた處罰を爲すのを是認せしめるものは、具體的に異つて居る行爲の態様なのである。

プロイセン邦司法大臣の覺書の提案する所も亦、此の所謂「擴張的正犯概念」*extensiver Täterbegriff* の上に立脚するものであるが、此の「擴張的正犯概念」の見地からするときは、共犯に關する規定は刑罰制限事由と認められるものである。蓋し共犯に關する規定は可罰性の根據を與へるものではなくて寧ろ之を制限するものであり、可罰性は寧ろ結果に對して原因結果の關係に在る何れの行狀についても、當初からして既に存在して居る次第だからである。

之に對して「制限的正犯概念」は、必然的に反對の論結に到達せざるを得ないのであつて、此の概念にとつてはみづから手を下しての犯行以外の關與形態の可罰性を論證する爲には、刑罰を擴張する特別の規定が必要である。

立法者は此の二つの基礎の何れの上にも的確に、組織的體系を構築することが出来る。

刑法委員會は從來の幾多の草案とは趣を異にして、擴張的正犯概念を執ることに決した。

此の解決に當初から賛成したのは、正犯の概念を擴張すると云ふことは、刑法組織の意思刑法的構成に因つて由來された犯罪の概念の擴張の、必然的な相關概念であると云ふ考察である。かゝる考察は民族協同體に對する行動についての個人の責任の重んぜられるやうになつたことを表明するものに外ならないが、かやうに民族協同體に對する行動についての個人の責任の重んぜられるやうになつたのはナチスの世界觀に合致する所以であつて、其の程度に於ては犯人が犯罪を企圖した場合に既に犯人を可罰性の範圍内に置くこと、する意思刑法の原則と、同一の原則の上に立脚するものである。

かゝる根本原理上重大な意義を有する認識の外、委員會の態度にとつて取り分けて標準となつたのは、制

限的正犯概念を以てしてつぶさに嘗めた過去数十年間に互る實際上の経験は、此の概念の上に立脚する共犯の組織が如何にも無器用なものであるのを遺憾なく立證したと云ふ事情である。即ち單獨正犯、共同正犯、同時正犯 *Nebentäterschaft*、間接正犯、教唆及び從犯を區別するのは、獨り殆ど超克することの出来ない界限上の困難を導いたのみに止まらず、從犯を除いて法律上に記載してある罪となる行爲に對する關與、若は法律と相並んで判例に依つて展開された罪となる行爲に對する關與の一切の形式を正犯の刑の適用下に置くの程度に於ても亦、大體に於て無用な形式主義に外ならないものであることが判明した。

委員會に於ては刑事政策上の見地からして、制限的正犯概念は罪となる犯行形態 *strafbare Begehungsform* 並に罪となる共犯形態 *strafbare Teilnahmeform* を必然的に決疑的に構成する爲に、また共犯が從屬的に形成されてある爲に、加功の處罰價值ある一切の場合を捕捉する上に何等の保障をも與へて居ないことがとり分け指摘された。此の關係に於て最も論議された點は間接正犯の概念であるが、此の概念の承認は法律上の基礎のないのに無論無理な細工の上で——蓋しみづから犯行の手を下した者と云ふ意味に於ての正犯に、正犯の刑を制限するのは實際上不可能であつた——行はれ、かくの如くにして行はれた間接正犯の概念の承認に因つて學說實際は、既に擴張的正犯概念の理論の領域に一步を移したものである。そこで大審院も亦、先づ其の條件説を精神的因果關係の場合についても貫徹することに因つて此の方向上に歩みを續け、「有責の道具」*schuldhaftes Werkzeug* の概念はかくの如くにして生じた。輒近最高裁判所の裁判は故意に因る犯

罪に對する過失に因る共犯は無罪であると云ふ因果關係の中斷の理論に立脚すも見解を拋棄し、他人の故意に因る後續の行爲が結果の共同的原因を成して居た場合にあつても、過失に因る行爲の故を以て處罰を爲さしめることゝした。かやうな處置からして共犯を獨立の犯行形態として認めるまでは只一步の距離である。

最初委員會に提出された提案は、イタリー並にノールウェーの立法例に倚據して加功の概念を統一することから出發し、獨り狹義に於ての共犯のみに止まらずみづから手を下しての犯行をも包括するものとしやうとしたのである。けれども此の點が或る程度まで疑もなく粗漏であつて、人生の構成事實の範圍内に於ける種々相を公正に取扱つて居ない嫌ひがあることは、既にノールウェー刑法の組織に對して屢々指摘された通りである。純然たる用語上から云つても既に例へば致命の射撃を行つた者が「謀殺への加功」の故を以て、有罪を言渡され、逆に犯人に武器を交付した者が「謀殺」の故を以て有罪を言渡されざるを得ないと云ふやうなことは、民族の殆ど納得し兼ねる所であらう。判決主文中に犯人は如何なる犯罪の故を以て有罪の言渡を受けたのであるかについての言明を掲げることにするのは民衆的の司法と云ふ見地から見て望ましいことであると思ふのであるが、判決主文がかやうな言明を掲げることになるとすると法律の正條自體中で犯行を自體と犯罪に對する加功とを區別することが必要であると考へられる。

けれども犯行とは分離した加功と云ふ統一的の概念も亦、刑法の是非必要となる明瞭を缺くことゝなるで

あらう。抽象的の字句は法律の民衆的性質を危殆ならしめるものである。立法者は定義の方法を以ては或る種の生活事象を確實に界限するの目的を達成することは出来ないと言ふ理由で、或る種の生活事象の多岐多端であるのを閑却すると云ふやうな危険に屈伏することがあつてはならない。執一の見になづまない素人が加功の或る典型的の種類、例へば従犯や教唆のやうなものを其の處罰價值に關してこそ區別をしないが、其の外面的の表現形態に關しては區別して居るの事實は、到底葬り去ることは出来ないのである。

結果を招來する上に因果の關係を持つて居る一切の意思活動を法律上平等に取扱ふと云ふ擴張的正犯概念に内在する思想からは、此の加功形態 *Mitwirkungsform* の名稱を法律の用語から抽出しなければならぬと云ふ論結は決して出て來るものではない。加功の概念を構成するに當つて立法者が例示的方式を使用し、加功の個々の典型的の種類を法律の正條自體中で加功の一例として列擧するのを妨げるものは何ものもない。法律がかやうに明瞭な表現方法を執るに於ては裁判についての困難を懸念する必要はない。蓋し犯人形態 *Täterschaftsform* を法律上平等に取扱ふと云ふことは、大審院が別の機會に認めたやうに共同正犯を存するものであるか又は従犯を存するものであるかの問題は其の儘にして、裁判官をして選擇的認定を爲すことを得しめるものだからである。

かくの如くにして、「犯罪を爲し、之を教唆し、之を幫助し又は其の他の方法を以て之に加功したる者は罰す」るの根本原則を生ずるに至つた。

罪となる結果を由來する行爲が平等の價值を有すると云ふことは因果關係の立場から承認することが出来る所であるが、此の平等價值は、處罰價值の問題にとつて標準となる是等の行爲の法律的の平等價值を無理やりに推論することを許すものでない旨は、擴張的正犯概念の理論についての從來の論議中で既に指摘された所である。

此の考察は現行法が規定して居るやうに強制的であるにもせよ、乃至はまた任意的であるにもせよ従犯の場合につき刑の減輕が行はれるかどうかと云ふ問題にとつて、とり分け重大な意義を有するものである。

従犯については刑の強制的減輕が問題たり得るものでないことは、殆ど別段の論證を俟つ迄もない。未遂が既遂に對する關係に於てそうであるやうに、従犯の犯罪は主なる犯罪に對する關係に於て、一般に「輕微な不法」と稱する譯にはいかない。

けれども従犯の問題を取扱ふ場合の立法者は、確に特殊の立場に在るものである。蓋し従犯は他の關與の形態と——普通常に——二つの點に依つて相違して居るものだからである。即ち先づ第一に幫助行爲 *Unterstützungshandlung* は全然形式的に見て、犯罪の直接の實行自體に於けるが如く爾く重きを爲すものではなく——普通従犯の動作は豫備の行爲に盡きる。次に（そして是は意思刑法としての方針をとつて居る刑法組織の立場から見て決定的の契機である）幫助行爲に於ては比較的弱い程度の犯罪意思しか表明されるものではない。

従犯のかゝる特殊な性質は、通常の刑の範圍を直にすべての犯人形態について下方に向つて擴張し、従犯の極めて輕微の場合についても尙ほ是からして相當の刑を見出すことの出来るやうにすることに因つて、之を斟酌することが出来るであらう。けれどもかくの如き解決に對しては、刑法典は或る種の犯罪に對しては絶對的の刑を法定することを斷念する譯にはいかないと云ふ事情の反對するものを存する。加之刑の範圍をかやうに廣汎に定めると云ふことは、法定刑の一般豫防的作用を餘りに碍げ易く、結局刑の低下を導くこととなるであらう。

即ち立法者にとつては、従犯につき刑の任意的減輕を許すより以外に執るべき道は存しない。

けれどもかやうに従犯を待遇すると云ふことは、既に超克されて了つたものと考へられて居る従犯と他の犯罪形態との界限についての一切の係争問題を、立所に復活させるに至るの危険を包蔵するものである。此の好ましからぬ結果は、従犯の概念を法律上に確認することに因つてのみ避けることが出来る。或る與へられた場合に従犯を存するのか、又は其の他の加功形態を存するかの問題が、上告の因子となり得るものである以上は、益々以てかやうに従犯の概念を法律上に確定することが促されるものと謂はなければならぬ。

現行法上共犯についての主觀説と客觀説とが對立して居るのは誰も知つて居る通りであつて、立法者は此の二つの理論の何れか一方を執るか、それとも主觀説と客觀説とを并立させて人の選擇する所に任せるか、又は二つの契機を重疊させて、唯 *animus socii* (従犯の意思) のみを以て行爲を爲し自分の加功を單なる幫

助のみに制限する者丈を、従犯として取扱ふかの選擇權を有する次第である。

純然たる意思刑法の見地からするときは、一見主觀説の理論を執ることに決するのが一番手近な處置であるやうに思へるが、併し仔細に觀察して見るとかくの如き解決は少くとも困難を導く懸念のあることが判る。そこで委員會に於ては、犯人が只他人の爲に構成要件を全範圍に互つて實現すると云ふ丈の場合に於ても刑の減輕を認めるのは、意思刑法の理念を理論的に餘りに過當に尖鋭化し過ぎるの弊に陥るものであると云ふことがとり分け指摘され、そこで委員會は主觀説を客觀的に制限して、「單に他人の犯罪を幫助するの意思のみを有し、『且』此の他人に幫助を致したるに止まる者は、軽く處罰することを得」と云ふことにした。

此の制限は獨り犯人が認識と欲求を以て *wissenschaftlich* 幫助の動作の程度を超えた場合——即ち幫助の意思が正犯の意思の爲に引込まされた場合——に内面的に是認し得られるのみに止まらず、寧ろ(犯行の輕重に關して)犯人が其の従犯の性質を間違へてみづから犯罪を實行して了つた場合などにも、實質上之を是認することが出来る。前の場合にもはたまた後の場合にも、犯人には刑の全部が該當するものである。

形式的の責任要素が犯罪に關與した者についていろ／＼な形を執つて居る場合にあつても、刑の任意的減輕の見地の下に特別の觀察を行ふ必要がある。

擴張的正犯概念の本質からして本來生ずる所の論結は、苟も罪となる結果を招來するのに加功した者は其の責任の程度に應じて之を處罰すると云ふことである。けれども過失と云ふ見地に由來する處罰は——此の

一事は前以て注意して置かなければならないことであるが——法令が問題となる犯罪の過失に因る犯行をも處罰すること、して居る場合に限り、考慮されるものであることは云ふ迄もない。他人に向つて非常に誘惑的に猥褻行爲を叙述して其の結果此の他人が猥褻行爲を犯すに至つても、此の叙述者を猥褻行爲に對する過失に因る加功の廉を以て處罰することは出来ない。蓋し過失に因る犯行それ自體がもともと罪とはならないからである。

過失に因る所爲に對する故意に因る加功につき、擴張的正犯概念を基礎として刑の減輕を爲さしめることの出来ないのは、敢て詳細な論述に俟つまでもないことである。

けれども故意若は過失に因る行爲の爲にする過失に因る教唆の場合をも亦、委員會は軽く判斷すべき加功形式の範圍から除外した。意思刑法の原則を擴張的正犯概念と組合はせる結果として過失に因り他人をして（故意又は過失に因り）法益を脅威することを企てるに至らしめた者も既に正犯の刑に該ると云ふ事情（此の事實からして一見可罰性を餘りに廣汎に擴張し過ぎる推論の行はれる虞があるのであるが）は、只外見上過失に因る教唆を通常の刑の範圍内に屬する犯人形態の中に包含せしめるのに對して反對するのみに止まるものである。蓋し罪となる企圖なるものは概念上少くとも法律的平和を直接脅威することを前提とするものだからである。自分の行爲の然らしめる所としてかくの如き脅威に到達すべきを豫期せざるを得ない者は、脅威それ自體を招來する者と別様に取扱はれることは出来ない。

過失に因る從犯の場合にあつては、趣を異にする。元來此の場合にあつても處罰價値の存在することもある——例へば背叛罪に對する過失に因る從犯などを想像せられたい——のは疑を容れない所であるけれども、從犯についての刑の任意的減輕以上に互つて、過失に因る幫助の或る種の極端な形式について可罰性の除外例を設ける必要のあることは看過することは出来ない。是は特に不作爲犯の領域について認められる所である。單なる不作爲に因つて犯された些細な過失を處罰するのは、敏感な價値についての感情と相容れないものがある。Minima non curat praetor（秋官は些事を掌理せず）とはこのことを云つたものである。そこで委員會の決議に依ると、「輕微なる」過失に因る幫助は無罪たらしめることになつて居る。或る過失に因る幫助を「輕微なるもの」と看做することが出来るかどうかについての決定は、裁判官の權内に屬する所である。委員會は輕微と云ふことの概念的界限を、殊更に行はなかつた。

擴張的正犯概念の本質は、共犯形態 *Telhahmeform* を獨立せしめる點に存する。此の點からして必然的に判明するのは、加功をして從來共犯にまつはつて居た從屬性 *akzessorische Natur* を脱却せしめる必要があると云ふことである。

けれども是は從屬性の主觀的半面についてのみ云ひ得られることである。此のことは從犯については由來幫助なるものは或る罪となる行爲の外部的構成要件が少しも實現されなるときは概念上問題とはなり得ない

のであるからして、直に推論し得られる所である。

併し教唆の場合にあつては、從屬性の問題は必ずしも全然爾く簡單にはいかない。此の問題を判断するには、教唆と實行正犯とは其の處罰價值に關しても、原則として區別されるものではないと云ふことから出發しなければならぬ。本來から云へば「企圖された」教唆は「企圖された」犯罪と全然同様に取扱ひ、結果の實現を見ずして終つた教唆をも何等かの結果に到達した教唆と全然同様に取扱ひたい所であらう。此の解決は兎に角意思刑法の立場から見て合理的であるの特色は有するであらうが、併し不徹底を忍ぶ勇氣も亦立法者の是非具へなければならぬ徳の一つである。法は或る一つの體系の緻密を誇る爲に存在するものではない。法は需要の存在するのを識認することの出来ない規範を掲ぐべきではない。罪となる行爲を誑惑するどんな試みをも處罰するのは、偶々以て司法上に全然何等の利益をも存することのない可罰性の擴張を導くに至るのみであらう。結果の實現を見なかつた教唆を刑罰法規で捕捉するのは、其の教唆せらるべき犯罪の特に重大な意義を有する場合に於てのみ必要とされる所であると思ふ。教唆せらるべき犯罪が重大な意義を持つ場合にあつては原則として教唆者の意思の眞面目であることも想定することが出来るであらう。實際また冗談に重罪——現行法の意味に於ての——を教唆しやうとする筈もあるまいから。

現行刑法典も亦結果の實現されない教唆の構成要件を認めて居るのは周知の通りである。それは所謂デュシェーヌ條文(第四十九條a)に規律してあるのである。此の規定は二つの點に於て特色を示して居る。先

づ第一に此の規定は實現の手段を制限して居るのであつて、處罰されるのは原則として重罪の犯行又は重罪に對する共犯の書面を以てする勸誘のみに限られ、單に口頭を以て表現した勸誘は、それが何等かの種類の利益の提供に關聯して居る場合に限り處罰されるのである。次に現行法は結果の實現を見なかつた教唆を獨立の犯罪 *delictum sui generis* に形成し、之を主たる犯罪に對して直接の關係には置いて居ないのである。

委員會の決議した規律は、兎に角重罪の教唆のみに限つて處罰して居る點に於ては現行法と一致して居るけれども、二つの點に於て現行法と規律を異にして居る。先づ犯人が重罪の犯行の爲に(又は重罪に對する加功の爲に)他人を誑惑するのにどんな手段を使用するかは全然問ふ所ではなく、また刑量は犯罪自體について法定してある刑からして推知することが出来ることになつて居る。更に犯人は犯罪に加功した場合に於けるが如く處罰され、通常の刑の範圍を以てするに於ては狭きに失するの虞のある輕微な場合も想像することが出来る。と云ふ事情は、刑の任意的減輕の制度を設けることに依つて斟酌してある。此の規律は輕罪(現行法の意味に於ての)に對する教唆の或る種の場合には——之について處罰の必要を存する程度に於ては——各則篇中で明示的に之を處罰すること、すべきであるかどうかの問題を豫決するものではない。

けれども重罪の爲にする教唆の場合を除外すれば、「何れの加功者の可罰性も他の加功者の可罰性に依存することなし」と云ふ、制限的從屬性の原則の適用がある。

此の規定の意義は、加功の可罰性が少くとも或る罪となる行爲の外部的構成要件の實現を條件とする點に

存する。即ち或る犯罪に關與した者の可罰性にとつては、他の加功者について其の歸責能力を阻却し若は減少し、又は所爲を免責する事情、又は個人的刑罰阻却事由を成す事情を存するや否やは重要たるものではない。だから他の加功者の可罰性についての一加功者の錯誤は——例へば刑の量定などについての外は——重要たるものではない。

主觀的の點に於て從屬性を廢除すると云ふことは、間接正犯の問題について特別の意義を有する。通説たる見解に依れば主觀的の要素こそは最も普通に、間接正犯と今日の意味に於ての「共犯」とを區別する所以たるものだからである。間接正犯の例として講壇上によく持ち出されるのは、歸責無能力者の助力を假りて罪を犯す場合であるが、主觀的從屬性の消滅は正犯並に「共犯」を或る範圍内に於て加功の廣汎な概念内に吸収せしめるので、從つて間接正犯の概念は無用となつて了つたのである。

直接の關係者が主觀的原因から道具たるものではないが、客觀的原因に因つて道具たるものである場合についても、以上に述べたやうなことを云ひ得られるものであるかどうかは、疑はしいことがあり得る。此の疑義は就中行爲者が發意者 *Urheber* の盲目的な道具である場合、行爲者が自分は自分の行爲に因つて一體どう云ふことを仕出かすのであるかを全然悟ることを得ざらしめる錯誤に陥つて居る場合、一言にして盡せば行爲者が自分は一體何を爲すのであるかを全然知つて居ない場合にも互るものである。是等の場合に於て行爲が客觀的に違法の構成要件の實現である——そして構成要件の實現は大抵の場合存在するのを常と

する——以上は、加功の概念を以て法律論を構成して行くのに懸念する所はあるまい。

一面から云へば客觀的に違法な或る行爲の外部的構成要件の實現があれば、それで充分とする次第であるけれども、また他の一面から云へば此の外部的構成要件の實現は必要でもある。此の確認の實際上の意義は少くとも無罪の自傷行爲に關する加功の或る種の場合については、各則篇中に明確な規定を設けることに依つて、處罰の需要を斟酌する必要のあるのを認識する點に存する。

最後に根本的の意義を有するのは、特別犯に對する加功の問題である。

此の問題に關しては、擴張的正犯概念からして既に直接に局外者の可罰性——即ち例へば官吏の犯罪に加功した官吏でない者の可罰性——を推論し得るものであるかどうか、疑義ありと認められることがあり得る。立法者は此の場合にあつては加功者が此の特殊の人の範圍に屬して居ることを要求するか、又は加功者の一人（又は正犯）のみが特別の性質を有して居る丈で充分と認むべきであるか、兩者の何れか一途を選択するの岐路に立たしめられる。

委員會は局内者 *Intraneus* の犯罪に對する局外者 *Extraneus* の加功の可罰性に關して疑義を生せしめないうやうにする爲に、此の二つの方途中第二のものを選ぶに決した。局外者は局外者の特別の義務を負擔するものではないことを斟酌すると局外者の爲に刑の任意的減輕を規定する必要があると云ふ理由丈でも既に、特別の規定を設けることを必要ならしめるものと謂はなければならない。

最後に以上に述べた所を要約して、「正犯及び共犯」の章に屬する法條で委員會の議決した所のものを再録しやう。

第a條 犯罪を爲し、之を教唆し、之を幫助し、又は其の他の方法に於て之に加功したる者は罰す。
只他人の犯罪を支援せんと欲するに止まり、且單に此の他人を幫助したるに止まる者は、軽く處罰することを得。過失に因る輕微なる幫助は無罪とす。

何れの加功者の可罰性も他の加功者の可罰性に依存することなし。

第b條 犯罪の可罰性が特別の資格又は關係に根據を有するときは、加功者の一人のみにつき此の資格又は關係を存するときは、以て加功者の全員を處罰するに充分とす。此の資格又は關係を存せざる者の刑は減輕することを得。

法律が特別の資格若は關係は刑を加重、減輕若は阻却する旨を定むるときは、此の規定はかくの如き資格若は關係を存する加功者についてのみ之を適用す。

第c條 人を誑惑して犯罪を爲さしめんとしたる者又は犯罪を爲すべき旨の他人の申出を受け容れたる者は、當該の所爲に加功したると同様に處罰するも、刑は減輕することを得。

犯罪の爲に自己を提供したる者、又は犯罪を爲すべしとの他人の要求に應ずる旨を表明したる者

の罰亦前項に同じ。

(第三項及び第四項は中止犯に關するものである)

B. 第二讀會の結果

以上に掲げた第一讀會の決議は、第二讀會に於ては周匝な審議の上いろ／＼の點に於て修正された。此の評議が共犯の問題についての新しい著想を表明して居る限りに於て、今こゝで其の審議を報告することにす。

刑法委員會が第一讀會に於て擴張的正犯概念に賛同する決議をしようとしたことは疑を容れないが、併し刑法委員會が此の目標を達成したものであつたかどうかは疑問であつた。委員會の評議に於て表明された、第一讀會の結果は擴張的正犯概念と一致するものであると云ふ見解を、反對事實の抗辯 *protestatio facto contraria* (グラーフ・ツォー・ドーナ)だと稱する批評家が出て來た。

實際の新刑法委員會の提案に係る規定の法文が、直接實行した者でなければ當該の罪を「犯し」たのではないと云ふ舊來の觀念に、無意識的にまだ支配されて居たものであることは到底否定することは出来ない所であつた。蓋し法文には「……………の者は正犯とす」とはしてなくて(廣汎な正犯概念の基礎を與へるのに、しかし規定しない譯にはいかなかつたのであらうのに)、寧ろ「……………の者は罰す」としてあつたか

らである。論者が此の點を指摘したのは當然のことである。けれども委員會はかう云ふ風にすることに依つて「犯行」*Begehung* と云ふ概念と「加功」*Mitwirkung* と云ふ概念に、イコールの符號をつけた次第ではないのであつて（若しそうしたのだとすると唯單に加功丈で正犯と稱することが出来ることゝなるであらう）、寧ろ只或る犯行に關與した者の刑の範圍を定めた丈のことである。此の廣汎な正犯概念の立場からして懸念すべき犯行と加功との區別は、就中加功が犯行の概念の定義中に包含されて居なかつた點にも現はれて居たのである。

所が第二讀會の準備を爲しつゝあるに當つて既に、第一讀會に於て提案された規律に對して更に別段の重きを爲す懸念が生じた。此の懸念は委員會が本年五月の會合に於て其の全範圍に互つて自覺するに至つた所であつて、主として

從・屬性の問題

に關するものである。

第一讀會に於て決議された法文に依れば、加功の可罰性は少くとも或る一つの罪となる——又は（當時尙ほ争のないものと認められて居た所のやうに）客觀的に違法な——行爲を前提とするものであることは、全然疑を容れることの出来ない所であつた。

此の點が共犯問題の眼目たるものである。

第 a 條第一項の一般的條項（「又は他の方法に於て之に加功したる者」と關聯する制限的從屬性の原則は、必然的に現行法以上に互る可罰性の制限を結果として招來せざるを得なかつた。蓋し加功の概念は委員會の意思に依れば獨り本來の共犯形態のみに止まらず、罪となる行爲に對するどんな關與をも直ちに包括することになつて居たからである。即ち加功の概念は共同正犯、同時正犯 *Mehrentäterschaft* 及び間接正犯にも及んだのである。是等の犯人形態の從屬的性質と云つたやうなものが到底支持すべからざる結果を意味するであらうし、且また委員會に於てもそれを欲求すると云ふことのあり得ないことは、特に別段の説明を俟つまでもない次第である。何故と云ふのに間接正犯と云ふ法律的形象は、さもなければ處罰することの不可能であらう所の處罰價值ある場合を捕捉することを得んが爲に、判例が全く意識的に從屬性の原則を打破して展開させた所なのだから。

けれども狹義に於ての複數實行正犯 *Mehrtäterschaft* を從屬性の包括から解放する丈で充分であらうか。假令單に制限的のみにもせよ、從屬性を承認すると云ふことが畢竟廣汎な正犯概念と兩立しなかつたのではないのか。

擴張的正犯概念の説が、構成要件該當の結果にとつての或る條件を（有責に）充すのはそれがどんな條件であつても既に正犯を意味するものである——刑法委員會の審議は此の概念それ自體がまだ完全には解明されて居ないことを示したけれども——と言明して居るけれども、構成要件該當の結果を招來する上に原因

力を有する——又は少くとも潜勢力としての原因力を有する——いろ／＼な活動の間に、一方が他方なくしては可罰行為の範囲内に屬することの出来ない程の依存關係を構成するのは、實際論理的に不可能である。

だから委員會は擴張的正犯概念に通ずる道を發見したものと信じたのだけれども、事の實際に於ては制限的正犯概念の岸に上陸した丈のことだったのであることが、以上の考察からも明白となつたのである。

委員會はかやうな運命を以て満足すべきであらうか。それともまた本來追求しつゝある目標に通ずる道を探索するのに努力一番すべきであらうか。

此の問題を解決する爲の前提條件は、共犯問題についての

根本的態度

を更めて吟味することであつた。

此の點についての論議は委員會の審議に於て多大の時間を潰した所であつて、本報告のやうな簡単な報告の範囲内に於ては其の枝の枝まで論じ及ぶことは到底出来ない。

只最も力強く主張されたのは、本人の作爲についての責任を他人の作爲に依存せしめやうとするのは、意思刑法のあらゆる原則と相容れないであらうと云ふことであつた。即ち論者の説に依ると、かくの如きは犯罪意思の有責な活動の可罰性を偶然の左右する所に委ね、刑事訴訟を——或る人の云つた言葉を借りて云へば——一つの「富籤買ひ」とまで成り下らせるものに外ならない。各人が其の責任に従つて處罰される(各

人が其の犯罪的意思を外面的現實の世界に於てのみ働かせた限りに於て)と云ふことは、刑法の未だ曾て脱却することの出来ない根本的信條たるものである。然も此の信條は從屬性をかなぐり捨てることを意味するものに外ならないのであつて、従つて必然的に廣汎な正犯概念を導くに至るものであると云ふのである。

かやうな議論に對して、意思刑法こそいろ／＼な共犯形態を區別すること(主觀的の著眼の下に)を暗示するものであると論駁することは出来なかつた。蓋し此の疑もなく正しい——就中從犯にとつて適切である——言説の實質上の意義は、概念構成の領域、換言すれば「共犯」に「正犯」としての法律的資格を附與すること rechtliche Qualifikation の領域よりも、寧ろ法定刑の領域上に存するからであつて、此の法定刑は主觀的構成要件の範囲内に於ける差等に公正な處置を與へんが爲には、充分な餘地を存せざるべからざるものなのである。

共犯の問題にとつて意思刑法の理論から抽出される前述の論結に對する主なる異論は、事物の本質に關する分析的考察から生じたものである。此の思想たるや、こゝでは只表面的に丈しか言及することは出来ない。

意思刑法の立場からは、正犯と共犯との評價を根本的に異にさせると云ふことの不可能であるのは屢次言明した所であるが、此の見解は構成要件該當の結果を招來する上に原因力を有する一切の意思活動が原則として平等の價値を有するものであることの中に、其の内面的の理由を有するものである。行為は犯人の意思

と無關係な因果關係の連鎖に因つて中斷された結果として結果が全然生じなかつたか、又は少くとも犯人の想像した結果が発生しなかつたことに因つて此の價値を失ふものでは決してない。

立法者にとつては此の考察方法は、何等役に立つ出發點を與へてくれるものではない。立法者は人の意思活動を抽象的な因果關係の潜勢力として評價するものではないのであつて、寧ろ生活の現實の表現形態として評價するのである。立法者にとつては「典型的の場合が正當に裁判される」(コールラウシュ)ことが肝要なのである。法律の定義は此の標準に依つて方針を定めなければならなかつた。法律にして若し飽く迄民族的ならんとすれば、其の價値の平等の爲に本質的に異つたものを概念的に平等に取扱ふのを戒めなければならぬ。更にまた是と區別しなければならぬのは、原因力を有する價値の平等からして法律上の價値の平等を論結し、従つてまた刑量を論結し得るものであるかどうか、若し論結し得るものであるとすれば如何なる論結を爲し得るのであるかと云ふ、第一讀會に於て既に取扱はれた問題である。

此の根本的の著眼からするときは、正犯と共犯とは處罰價値の立場からは價値を平等ならしめることが相當と見えやうとも、性質を平等ならしめることは出來ないのである。

けれども是等の考察は除外しても、重きを爲す所の

純粹の形態に於ける擴張的正犯概念の貫徹に對する懸念

を生ずる。此の懸念の中で審議の資料は多々あるけれども、今こゝでは以下のものを摘示しやうと思ふ。

先づ現行法に比較して二點に於て正犯概念を擴張して居る爲に、可罰性の制限の結果が生ずることが判る。現行法に依れば從犯は自分の動作に由つて原因力を以て、はた主たる犯罪の結果に加功し、之を助成し又は之を容易ならしめることを必要とするのに反し(大審院の判例は全然之に統一されて居る譯ではないけれども、先づ以てかやうである。RGSt. 58, 113 參照)、擴張的正犯概念を基礎に執るときは、普通從犯と主たる犯罪との間に因果關係を存することを必要とするであらう。蓋し從犯は「正犯」なのであるが故に、其の可罰性については本來の正犯の可罰性についてと同様の條件を適用しなければならぬからである。更にもつと重大な意義を有するのは、主觀的に特別な資格を與へられて居る犯罪に對する共犯 *Teilnahme an subjektiv qualifizierten Delikten* の場合に於ける可罰性の制限である。蓋し法律が其の意圖を以てする行爲 *absichtliches Handeln*、若し惡意を以てする行爲 *böswilliges Handeln*、利己心による行爲 *Handeln aus Eigennutz* 等を要求して居る場合にあつては、正犯と共犯とが平等の地位を有するものであるとすると、教唆や從犯は、是亦犯罪の主觀的半面の特別な要件を充す場合に限り之を罰することを得るに止まることとなるであらう。然るに現行法に依ると、共犯については只故意の存することを必要とする丈で、特別資格たる責任要件は只主たる犯人についてののみ之を存することを必要とするに止まるのであるからである。また他の半面に於ては擴張的正犯概念は、實體的正義のあらゆる原則と相容れない、可罰性の擴張を導くものである。

是は特に未遂の共犯の可罰性について云ひ得られることであり、共犯の中でも特に從犯の未遂について云ひ得られることである。

廣汎な正犯概念の貫徹に必然的に伴ふ從屬性の消滅は、眞正の共犯が狹義の正犯と同一の範圍に於て處罰されると云ふ結果を來す。教唆と從犯は其の犯罪に對する寄與の故を以て、獨り主たる犯罪が——假令其の著手たりとも——行はれたかどうかと云ふことには關係なく罰せられるのみに止まらず、教唆及び從犯が其の犯罪に著手したるに止まる場合、換言すれば其の獨自の動作のまだ完結しなかつた場合にあつても既に、可罰性の範圍内に屬するものである。

此の結果は從犯の範圍について獨特の論結に到達せしめる。構成要件該當の結果から觀察すると、從犯の動作は豫備行爲に盡きるのであることは、既に第一讀會の評議についての報告の機會に述べた通りである。そこでかくの如き豫備行爲が結果を招來する迄に至つた場合にあつては、之を處罰するに於て何の懸念も存するものではないが、之に反し或る行爲を本人自身の爲にする豫備行爲 *Eigenvorberetungshandlung* としては無罪とするの外はないのに、他人の爲にする豫備行爲 *Fremdvorbereitungshandlung* としては處罰すると云ふのは、實體的正義の要求と絶對に相容れることは出来ないやうに思はれる。だが是は從屬性を認めない必然的結果であらう。今甲と乙とが共同の竊盜を談合し、乙は當該の犯罪を實行する機會を甲に報告する手紙を書いたが、外部の出來事に妨げられて此の手紙を發送することを果さなかつたとする。甲乙共

に無罪である。だが乙が共同正犯として行爲をせず、從犯として行爲をした場合にあつては、竊盜に關する從犯の未遂の廉を以て——又は廣汎な正犯概念の用語法に於ては竊盜の未遂の廉を以て——處罰される一方、甲は乙に竊盜の機會を報告させるやうにした場合にあつては、——普通ならば無罪である所であるのに——未遂の從犯に對する教唆の故を以て（即ち此の場合にあつてもまた竊盜未遂の故を以て！）處罰されなければならないこととなるであらう。かくの如きは全く不可能な結果である。

委員會は周匝な評議の上で、かくの如き自家撞著は到底法律中に取入れる譯にいくものではないと云ふことを悟つた。然らば之を避けるのにどんな方法があるか。

委員會は既に未遂の問題についての論議の機會に立入つて究明された（そして充分熟慮に熟慮を重ねた理由から否決された）、可罰性を直ちに豫備行爲に擴張する考案を更に追求することは此の關係に於てもしなかつた。（それが本人自身の爲にする豫備行爲の特に重い場合を獨立の犯罪 *delictum sui generis* として處罰するより以上には互らぬであらう——例へば通貨に關する犯罪の場合に見るやうに——ことは、更めて論證するまでもないことである。蓋しかくの如き規律は、立法者がかくの如き特殊の構成要件を樹立するの決意を爲し得ないであらう範圍内に於てのみ、正犯の刑と從犯の刑との間の矛盾を除去することが出来るであらうし、また本人自身の爲にする豫備行爲が完全な犯罪刑 *Tatstrafe* を以て罰せられて居る場合についてののみ、正犯の刑と從犯の刑との矛盾を除去することが出来るであらうからである。委員會はまた訴訟上の方

法で——例へば失敗に終つた教唆と従犯の場合について合法主義の原則を制限することに由つて——解決を求めざるを得ない。

従犯を共犯の概念から除外して之を各則篇中で獨立させると云ふ案も考量された。是はノールウェー刑法典の思想の流れを汲む規律である。併し此の案も亦委員會では貫徹しなかつた。ノールウェーに於ける法曹の實際を一瞥しよれば、此の國では加功の概念を適用するに當つて裁判所が常にどんな困難に打克つて行かなければならないのであるか、すぐ判るのである。否、ノールウェーに於ける今日の見解に依ると、廣汎な正犯概念については、もはや議論はあり得ないと云ひ得やう。加之共犯の概念から従犯を離脱させると云ふのは、非常に小細工を弄することであるやうに思はれる。何れにしてもかやうな處置は普通の場合を取扱ふ上に正鵠を失せぬ所以ではなく、従つてまた他人の犯罪に對する加功に於て成立する従犯の本質に適合した措置であるとは云へないであらう。

第二讀會の結果

是等根本的、法律的考慮の一切を盡して了つた上からは、第一讀會の結果を墨守するより外に方策はない。換言すれば、制限的從屬性の原則を存置する以外に執るべき方法は全然ないのである。

所が此の場合に、制限的從屬性は單に抽象的な構成要件の實現を豫定するものであるか（所謂最小從屬形

態 *minimal-akzessorische Form*）、それともまた外面的な法定構成要件の違法の實現は少しも存在することを必要としないものであるかと云ふ問題が生じた。此の問題は新しい問題であつた。けれども此の問題は辯解事由 *Rechtfertigungsgrund* と免責事由 *Entschuldigungsgrund* とに關する委員會の論議（クレエの論文を参照）が、從來争のなかつた違法性と責任の關係を問題とした所からして必然的に生じたのであつた。責任と違法性とは一體として看做すべきものであると云ふ委員會に於て主張された見解は、適法な構成要件の實現（正當防衛の教唆！）をも法律の下に置くと云ふ結果を以て、最小從屬形態に到達せざるを得なかつたのは明白なことであつた。

此の刑法組織の基本問題に觸れる問題が、究極に於て立法者に於て解決しなければならぬ所であるかどうかは、疑問であるかも知れない。何れにしても尙ほ更に別段の精察が必要である。委員會は既に第一讀會に於てそうであつたやうに、違法でない構成要件の實現の或る種の場合（自殺の教唆）に關して、共犯の最小從屬形態を承認する以外の方法を以ても、即ち各則篇に於て罰則を設けることに依つても、處罰の必要を斟酌することが出来るのを意識したのである。

従犯の失敗に終つた場合に關しては、委員會は第一讀會に於ける其の態度とは異り、此の場合にあつては處罰の必要は——假令制限的の範圍内に於て——あるとは云へ——全然拒むと云ふ譯にはいかないものであると云ふ思想に對して耳を塞ぐ譯にはいかなかつた。此の需要は刑罰擴張事由を設けることに因つて充すこと

が出来た。併し此の場合には二つの方法があつた。先づ例へば墮胎劑の營業的供給と云つたやうな特殊の構成要件を設けることに因つて、從犯の失敗に終つた場合を捕捉することが出来るやうに思はれる。けれどもそれよりもつと手近なのは、教唆の失敗に終つた場合につき第c條中に設けてあり第二讀會に於て懸念なきものとして踏襲された解決に附縁して、總則篇中で普遍的に規律すると云ふ方法である。

此の思想が結局勝を制することゝなつた。

委員會の修正された見解に依ると、輕微な過失に因る從犯（第a條第二項第二段參照）を特に掲げる必要はないのであつて、かやうな舉示は獨り無用であるのみに止まらず、寧ろ有害たるものである。蓋しかやうな舉示は（擴張的正犯概念には適當するけれども、制限的正犯概念には適當しない）過失に因る正犯それ自體が可罰性の範圍内に屬しない場合にあつても、過失に因る共犯は處罰されるのであるかの如き謬つた判斷を導き易いからである。大審院の判例に依つて過失に因る所爲への寄與を過失犯として評價する道が保證されて居る以上、益々以て本來の共犯形態を故意に因る犯行に制限するのは可罰性を狹隘ならしめるの危険を包蔵するものではない。

第二讀會に於て獲得された結果を法文に盛る方法についての論議を爲すに當つて、正犯と共犯とが平等の價值を有することは各方面の承認した所であるのに顧み、すべての關與形態についての統一的の言明を法律中に含有せしむべきではないかどうかと云ふ問題を生じた。此の問題は本來既に第一讀會に於て肯定された

所であつて、其の程度に於ては委員會は第一讀會の結果を固執したのである。かくの如き統一的の言明中に表示されて居る價值の平等は、法律の制裁は普通正犯と共犯の兩者につき同一の方法で行はなければならぬと云ふ原則に對する信條に於てしか成立することは出来なかつた。此の點とは無關係に第一讀會に於て考量されたやうな事由から、從犯について任意的の減輕を規定することを必要とした。

委員會が第二讀會に於て提案した、曩に掲載した第一讀會の第a條乃至第b條の法文は左の通りである。

第a條 正犯及び共犯

法律の法定刑は、自己に於て又は他人を通じて有責に犯罪を實行したる者、又は故意に因り犯罪を教唆したる者、又は幫助を致したる者に對して之を適用す。

從犯は輕く處罰することを得。

第b條 關係者の可罰性の獨立、特別の資格又は關係

數人が一個の犯罪に關與したるときは、各自は他の關係者の責任に關係なく各自の責任に從つて罰す。

法令が特別の資格若は關係は刑を加重、減輕若は阻却する旨を規定せるときは、是等の資格若は關係を存する關係者についてのみ加重、減輕若は阻却を認む。

所爲の可罰性が特別の資格若は關係に根據を有する場合にあつては、數人の關係者中の一人に此の資格若は關係を存するときは、すべての關係者を處罰するに充分とす。是等の資格又は關係を存せざる者の刑は減輕することを得。

第c條 共犯の著手

教唆が結果を生ぜざる場合に於て、其の欲求したる犯罪が死刑又は重懲役を法定せられあるときは、教唆者は正犯と同様に處罰するものとし、此の刑は減輕することを得。

從犯が結果を生ぜざる場合に於て、犯罪が死刑又は重懲役を法定せられあるときは從犯を罰するも、裁判所は自由なる裁量に従つて刑を減輕し又は處罰を見合はすことを得。

第d條 犯罪の申出

他人に對して死刑又は重懲役を法定せられある犯罪を爲すべきを申出で、又は他人のかくの如き要求に對して之を應諾する旨を表示したる者、又は他人のかくの如き犯罪の申出を受諾したる者は、當人が此の犯罪に關與したる場合に於けると同様處罰するも、刑は減輕することを得。

(第二項は中止犯の問題に關する)。

第e條 犯罪の談合

死刑又は重懲役を法定せられある犯罪を他人と談合し、又はかくの如き犯罪を犯す爲の眞摯なる

意思を識認せしむる商議を他人と爲したる者は、此の犯罪に關係したる場合に於けると同様罰するも、刑は減輕することを得。

(第二項は中止犯の問題に關する)。

五、刑と保安、矯正及び治療の處分^(註一)

司法省參事官　リ　　一　　チ　ユ(國司法省)

A. 刑

將來の刑法典の刑罰組織は、此の法律の帯びて居る任務に依つて定められる。犯罪人の爲のマグナ・カルタたらんとするが如きは新刑法典の思ひもかけないことなのであつて、其の規範の出發點は寧ろ民族協同體の利益にある。實に「ナチスの國家に於ける刑法の目的は、法令に服従することをしない分子に對して民族協同體を擁護するに在る」のである(プロイセン邦司法大臣の覺書百三十八頁)。だがそう云ふ風に云つた所でも敢て刑法が犯罪に對する防禦の作用丈しか持たないと云ふ趣意を言明しやうとするものではない。偏頗な一般豫防が刑事立法の目標として宣言されて居た時代に逆戻りをしやうとするが如きは今日にあつては思ひも寄らぬことなのであつて、寧ろ前掲の命題は違法の行狀に對する刑法の反動作用は、民族協同體が自分を保全し維持して行く利益上法律秩序の妨害を是認しないことを表明するのを使命とするものであると、言明しやうとするものに外ならない。民族協同體は刑事裁判官の判決中で、民族協同體は法律秩序の妨害者

の所爲に有罪を言渡すことに因つて法律秩序の妨害者を全然若は一時的に民族協同體中から排斥するものであること、此の排斥をかくくゝの程度の嚴格さを以て實行しやうとするものであること、及び民族協同體は犯人の名譽、財産若は其の他の法益を削減することに因つて其の無價値の判斷を言渡さうとするものであることを決定するものである。こゝに於てか將來の刑法典が民族協同體の價値の判斷を表明するのに適する刑は、すべて之を存置するであらうことは云はずしておのづから明白である。即ち生命刑、自由刑、名譽刑、財産刑がそれであるが、併し將來の刑法典は決して是等の刑を設ける丈を以て能事終れりとする譯にはいかない。民族協同體を有効に保護せんが爲には罪となる違法の行狀に關する無價値の判斷を言渡し、責任の程度に従つて刑を量定する手段を刑事裁判官に與へる丈では充分とすることは出来ないであつて、寧ろ責任の如何には關係なくまた個性の何たるを問はず、只協同體の利益の爲に犯人に干渉を及ぼすの道をも開かなければならない。されば將來の刑法典は若干の保安及び矯正の處分を刑罰に結合する必要がある。是等の處分についてはBの下に述べる。

(註一)「刑」の章は本報告の第一版の完結後刑法委員會に於て、一部は各則篇の第一讀會の末期と第一讀會の完結後に新設された編纂委員會で、一部は總則篇の第二讀會で反覆して審査された。此の機會に行はれた改正や加補は極めて多々ある。之を別々に説述するのは偶々以下の報告をして極めて要領を得にくからしめるに過ぎないであらう。されば本稿は審議の現狀に従つて更めて之を改修することにした。

人　權　褫　奪

將來の刑法の一番重い刑として委員會は人権褫奪 *Achtung* を提案して居る。第一讀會に於ては委員會は一番重い犯行に對する特殊の名譽刑として人権褫奪を設けることを企てたのであつたが、此の人権褫奪は人権を享有する法律的地位への復歸を妨げることを目的とするのであつて、即ち名譽上の死 *Ehrentod* を意味することになつて居た。其の内容は人権を褫奪された者が永久的に民族協同體から除外されるのであつて、即ち人権を褫奪された者はもはや民族若は國家の一員ではないこととなる點に在る。だから人権を褫奪された者は國籍も失へば公職就任資格も失ひ、選舉權及び表決權其の他一切の公權を喪失し、行刑上に於ても他の囚人から隔離されるのである。人権褫奪は最初は死刑及び五年以上の重懲役にしか併科することは出来ないことになつて居たのであるが、第一讀會の其の後の経過に於て死刑と終身間の重懲役にしか併科することを許さぬものと決議された。所が第二讀會に於ては更めて審査を行つた結果人権剝奪を單なる名譽刑として取扱ふ案を拋棄しなければならぬことになつた。本稿の冒頭で既に述べた通り苟も刑たるものが犯罪と犯人とに關する價值判斷、若はもつと適切に云へば其の犯罪を機縁としての犯人に關する價值判斷たるものであるとすれば、犯人を非認する最も重い形式を、犯人は重い形式で民族協同體に對して罪を犯したものであつて、犯人は之に因つてみづから永久的に協同體から除外されるに至つたものであると云ふ認定の中に存せしめるのが合理的である。人権褫奪の使命は恰も此の言明を意味するに在る。されば人権褫奪を言渡すことは、犯罪の重いのに顧みるときは犯人が民族協同體内に留められるのにふさはしからぬ行狀を示したか

どうかを審査する餘地はない。假定の場合に設權的の效力を以て *mit konstitutiver Wirkung* 民族協同體から放逐する餘地もない。寧ろ單に犯人が自身民族協同體から排斥されたことを宣言的に確認せざるを得ない旨を言明するものである。けれどもかくの如き言明は獨り犯罪人との如何なる交通も除外されることになつて居る場合のみに止まらず、其の民族協同體への復歸が長期の重懲役刑の服役終了後にあつてもはや不可能であると認められるとき、即ち犯人が肉體的にも死刑に因つて民族協同體から脱退せしめられなければならない場合に限り適當とするのである。されば人権褫奪には完全な名譽上の死亡の結果として法律上當然に死刑を結び付けない譯にはいかない。此の一番重い無價値の判斷を生せしめることあるべき犯罪は各則篇の舉示する所であるが、問題となるのは直接協同體に指向された一番重い犯罪、即ち從來の大逆内亂罪並に背叛罪の範圍に屬する民族協同體に對する背叛行爲の最も重い場合や、恐らく公共に危険な犯罪の最も重い場合などである。此の刑を獨逸國民に丈しか科する譯にはいかないことは、人権褫奪なる制度の本質からして推論される所である。民族協同體に屬しない者は民族協同體から排斥しやうがないからである。

人権褫奪の結果は國籍の喪失がそれであるし、また一番重い名譽刑である破廉耻の宣言 *Ehrlosklärung* (之については以下に述べる所を参照ありたい) に伴ふ一切の公權や公職就任資格の喪失がそれである。そこで人権褫奪の言渡を受けた者は政治的には死亡して丁ふ譯であつて、民族的な生活や民族的指導にはもはや關與することは出来ないのである。併し私法上の領域に於ては權利能力の完全なる喪失は見ないことになつ

て居る。かやうに民法の領域にまで互つての廣汎な権利の滅殺、即ち民事死亡「bürgerlicher Tod」の痕跡はわれわれに比較的知れて居る立法にはもはや全然見られない。かくの如き制度は合宜的でない。蓋し此の如き制度は純然たる擬制たるに止まるであらうからである。また人権褫奪の言渡しを受けた者も常に罪となる行為の客體たり得る。かの中世の人格剝奪「Friedloslegung」の制度のやうなものを復活するが如きは、云ふ迄もなく問題とはならない。けれども人権褫奪の言渡しを受けた者が法律關係に關與するのを妨げることは出来ない。蓋し人権褫奪は不在手續「Abwesenheitsverfahren」に於ても言渡すことが出来るのであるから、人権褫奪の言渡しを受けた者が外國で生活し、外國で職業を營んで居ると云ふことは恐らくあり得ることだからである。かやうな場合には權利無能力の制度を設けることの結果は、偶々以て此の人権褫奪の言渡しを受けた者の人権褫奪の言渡しを受けた事實は全然知らないで、外國よりするかくの如き者の法律行為的交渉に應じて是と法律關係を結んだ獨逸國民の不利益に歸着するに過ぎないであらう。だから人権褫奪の言渡しを受けた者が行為無能力を宣言される丈にして置かなければならない。それ以上に互つては本人が犯罪後に爲した終意處分は、之を無効たるものと宣言すべきである。かやうな規律を執ることにすると權利能力の褫奪に伴ふことあるべき困難は生じないし、また民法典の規律にも適合する所以である。即ち民法上では肉體や精神の缺陷が行為無能力を招來するやうに、刑法上では道義上の缺陷が行為無能力を導くと云ふ譯である。人権褫奪には同時に之に併科して財産の沒收「Vermögensziehung」を言渡すことを許す旨が一般的に宣言されることになつて居るのであるが、人権褫奪の言渡しと同時に之に併科して財産の沒收の言渡されない場合にあつては、人権褫奪の言渡しを受けた者の財産を管理する爲に財産管理人「Güterpfleger」を任設することが出来る。従つて人権褫奪に關する罰則は次のやうな法文にすることになつて居る。

獨逸國の國籍を有する犯罪人が其の犯罪に因つて永久的に民族協同體より排斥せられたるときは、法律の認めたる場合には之に人権褫奪を言渡しすべし。人権褫奪は死刑に聯繫せしめらるゝものとす。

人権褫奪の言渡しを受けたる者は破廉耻たるものとして宣言せられ、それ以上に互つて其の一身につき獨逸國の國籍並に死因處分を爲すの能力を包含する行為能力を喪失す。犯罪後に爲したる死因處分は無効とす。人権褫奪の言渡しには受刑者の財産の沒收を聯繫せしむることを得。

人権褫奪の言渡しは判決の確定と同時に效力を生ず。人権褫奪の言渡しは之を公示すべし。

死 刑

從來刑罰組織の先頭第一に置かれたのは、個人に關する全體の絶對的の支配權が最も完全に最も嚴肅に表明されて居る刑としての死刑であつた。死刑を存置する必要のあることは、ナチスの國家に於ては特に喩々の辯を要しないことなのであつて、若し是れなくば民族協同體の平和を侵害する重大な犯行に對して民族協

同體を有効に擁護することは不可能である。此の刑の効力は最近に至つて最も適切に證明されたのであつて、即ち法律的平和の保障に關する一九三三年十月十三日の法律が、警察官、親衛隊員及び突撃隊員並に軍人に對する殺人の企圖を死刑を以て罰することとして以來は、かくの如き侵害は殆ど全然其の跡を絶つに至つた。併し乍ら將來の刑法典は死刑を刑罰として規定する丈に制限する譯にはいかないものであつて、之をどう執行するかをも決定しなければならぬ。外國の刑法典も此の點について決定をして居るのであつて、イタリアは銃殺を、ポーランドは絞首を、一九三二年のフランスの草案は斬首を規定して居る。惟ふに死刑の執行に區別を立てるのは古來からの獨逸の法律觀念に合致する所以であらう。古代ゲルマンの法律觀念は死刑を執行する方法に依つて、犯罪並に犯人に關する判決を或る方法で反映させるのに努めたものであるが、今日でも死刑に對する感情上の著眼は刑が斬首、絞首、銃殺又は其の他の方法に依つて行はれるに従つて區々たるものがある。獨逸人の感じから云へば絞首は死刑執行の形式の特に恥辱的なものと認められるのであつて、犯罪が公安に對して指向された場合には政府は絞首に依る死刑の執行を命ずることを得る旨の、一九三三年三月二十九日の法律も亦實に此の事實に立脚するものである。そうすると云ふと特に恥辱の場合については絞首、比較的名譽である場合については銃殺、普通は斬首と云ふやうな對立關係を生ずることとなる譯であるが、併し乍ら此の區別を貫徹するのは殆ど適當でない。先づ第一に此の區別は犯人に作用を及ぼすことは出来ない。犯人が結局死刑への内面的著眼を獲得するにしても、犯人は死刑を贖罪としてしか見ない

であらう。更に同時代の社會の感情上に作用を及ぼさうとすれば、死刑を公行することを餘儀なくされるであらう。けれども之に對して反對する理由はいろ／＼手近に在る。嘗ては死刑の公行を認めた國も是等の理由に因つて全然圍牆を廻らした場内に於て死刑を執行するに移つて了つた。だから死刑に區別を設けるのは斷念して、執行の普通の形式として只一つの形式を規定するの外はあるまい。

イタリアの模範に倣つて銃殺を死刑執行の普通の形式に選ぶのは適當でない。戰時に敵國の攻撃に對する祖國防衛の聖戰に於て飛彈の爲に生命を致すのが國民としての最高の義務の履行である以上は、是と同じ方法を死刑執行の通常形式たらしめることは不可能である。されば銃殺は陸海軍刑法、戰時法及び例外法に留保して、通常の形式としては現行法に於けると同様斬首を規定するの外はあるまい。而して斬首に手斧を以てするか又は落下斧を以てするかは、寧ろ實際上の問題である。何れの場合に於ても死刑を執行するに當つては此の刑の重大であること、此の刑は國家の優越と協同體の威嚴の徵表であることを表明することを必要とするであらう。

死刑の言渡を受けたものをして毒盃を仰がしめることに依つて（例外たる場合に於ては銃器を準備することに依つて）われから刑を執行するの機會を與へるべきであるかどうかの問題に至つては、考慮するの價値がある。是が條件となるのは、敏速に苦痛なしに且確實に效を奏する毒を發見することであらう。受刑者にかくの如き毒を提供するときは最後の任意的意思決定を爲す道が受刑者に與へられることとなる譯である。

かくの如きは死刑の言渡を受けた者に最後の一つの希望を叶へてやると云ふ、昔の思想を論理的に一貫させる所以であらう。人命を滅却させて了ふ國家的必要が受刑者に於てわれとわが身に刑を執行し、かくの如くにしてわれから免るべからざるの數に身を委ねることに因つて満足せしめられ得る場合も確にある。と、かう云へば既に此の種の執行は決してどの受刑者にも許すことの出来るものでないことが言明される次第であつて、具體の場合に此の執行方法を許すべきや否やの點についての裁判は、之を裁判官に一任する譯にはいなくまいと思ふ。此の裁判は往々にして政策的の裁判たるものであるから、従つて是は政治的官署の手に任ずることにするのが一番いゝと思ふ。

禁 錮

現行法は自由刑の間に重懲役 *Zuchthaus*、輕懲役 *Gefängnis*、禁錮 *Festungshaft* 及び拘留 *Haft* の四者を區別して居るが、將來の刑法典中に於ては殆どもはや禁錮を認める餘地はあるまいと思ふ。此の刑の實際上の意義は近年著しく低下し、一九三三年五月二十六日の改正法の法文に於ける刑法第二十條に依れば、禁錮は犯罪が民族の福祉に指向されず、犯人が専ら名譽的な動機に基いて行爲を爲した場合に限り之を言渡すを要することになつて居る。従つて現行法上既に禁錮の適用は殆ど問題とはならないで、専ら政治上の信念犯人 *Überzeugungstäter* の刑となつて了つたのである。けれどもナチスの刑法はもはや信念犯人に特別の取扱を

殆ど與へない。中立の國家は國家の基礎を震撼させるやうな試みの罪を犯した者にも名譽禁錮を與へるかも知れないが、今日の國家はもはやかくの見地を奉ずることは出来ない。更に一九三三年五月二十六日の改正法は背叛罪についても禁錮を廢止して了つて居る。惟ふに背叛罪は普通の背信罪であつて、苟も祖國に對して信義を破る者は、凡そ想像し得られる一番重い犯罪を犯す者に外ならないのであつて、到底不名譽ならぬ刑を科する譯にはいかないのである。また背叛罪を犯す外國人に對しても、一番峻烈な手段を以てして之を防禦せざるを得ない。かのビスマルクの云つた「絞架に上るフランスの不正規兵の前に脱帽して敬意を表せよ。然も斷じて刑を枉げることなからしめよ」と云ふ言葉は今日でも認めざるを得ない。苟も外國人として我が獨逸國に渡來する者が獨逸國の機密を探知する以上は、全然自分の爲に特權を要求することは出来ないのである。また背叛罪犯人に對すると同様、全體的國家に於ては大逆内亂罪の犯人に對して名譽禁錮の特典を提供する譯にはいかない。大逆内亂罪は全體的國家に於ては常に民族の福祉に對して指向されるものである。かくの如き犯人について名譽を尊重するに足る動機を想像することは不可能である。従つて一九三四年四月二十三日の法律も、大逆内亂罪について禁錮を言渡すの道を廢止して了つたのである。昔の中立的の國家は大逆内亂罪の犯人をば寛大に取扱ふの義務があると考へたかも知れないが、民族と國家との融合同化を理念上遺漏する所なくやつてのけ、また此の融合同化の實現に絶えず努力しつゝある國家は、此の融合同化を妨害する者を名譽ある動機に由つて取扱ふのを認める譯にはいかない。全體的國家の規範は何人にとつて

も羈束力を有するのであつて、國家は何れの民族的同胞もが内面的にも自分自身にとつて羈束力を有するものとして規範を承認することを要求せざるを得ない。何人も國家の規範に違反するのを權利だと考へるやうなことがあつてはならない。「正當な犯罪人」*ansündiger Verbrecher* など、云ふやうな者はありはしない。同一の原則は決闘罪についても之を適用することを必要とするであらう。將來の獨逸刑法は決闘を以て男子間の争を解決する爲のふさはしい形式として認める心算なのであるかどうかを決定しなければなるまい。若し此の點を肯定するならば、規則に違反しての決闘の場合、竝に輕忽にする決闘の挑發の場合のみが處罰の價値があり、是は全然名譽監置 *Ehrenhaft* を以て處罰することを必要としないと云ふことになる。若しまた刑法が決闘を否認するならば禁錮を以てする處罰が問題たり得る。けれども此の場合にあつては刑法典以外、例へば普通の名譽規則の範圍内で決闘を規律するの道を選ぶべきであらう。だから現行法の武士的の刑 *Kavalierstrafe* は消滅するものと豫見される。

自由刑

之に反し重懲役刑と輕懲役刑とは墨守することを必要とするであらう。最近十數年間に重懲役と輕懲役との區別を拋棄する傾向が往々にして顯著なるものあるやうになつた。學者或は専ら教育的の見地に從つて行刑の方針を定めやうとする努力の上から見ると、此の區別は無價値たるものとして拋棄すべきであると考

へる者があつた。然もかくの如き思想は拒否しなければならない。ゲルマン刑法は古來犯人を協同體内に於て其の一員——少くとも一時的に——たることを不可能ならしめ、其の一員たるにふさはしからぬものと認めしめる犯罪と、あまり重大でなく恐らくは私人間の妥協交譲に因つて解決することを得べき犯罪との間に區別をして來た。こゝに將來の刑法が自由刑の區分を審査するの出發點としなければならない點を存するのである。即ち相當する刑を選択する上に標準たらざるを得ないのは犯罪の典型であり、又は恐らくもつと適切に云へば犯人である。即ち犯罪の典型又は犯人は其の上に犯罪組織を構築すべき基礎地盤たるものである。古來犯罪の中について三つの種類が區別されて來た。犯人を破廉恥たるものとして民族協同體の敵として認めしめる極く重い犯罪、名譽に關するものではないけれども少くとも何等かの懲罰を必要とする最も軽い犯罪、重大な過誤は成すけれど刑に依つて贖ふことの出来る中等の犯罪の三者がそれである。(註二)

(註二) 之については本報告第二卷のフライスラア案原則第十條の條文を参照せられたい。

拘留

以上述べた所に因つて生ずる刑種については、重懲役、輕懲役及び拘留の從來の名稱を存置することが出来るけれども、刑の性質はいろいろの點で變更することを必要とするであらう。わけても拘留の性質は是非改造しなければならない所であらう。現行法上にあつては拘留は一種の窮餘の刑 *Verlegenheitsstrafe* で

あつて、乞丐や放浪者についてはそれよりもよい處置が知れなかつたが爲に是等の者について規定されてある次第であり、其の爲に例へば軽い侮辱については不評判になつて了つたのである。所が將來の刑法典は從來の刑法典の違警罪の領域を全然除外して了はうと云ふのであるから、拘留は從來輕罪として取扱はれた場合について使用されることとなる。かくの如くにして從來の刑法の不當に閑却して來た根本的區別を、輕罪の領域内に於て貫徹するの道が與へられる。即ち拘留は今後は、別に犯人の名譽を失はしめる犯罪ではない爲に輕懲役に値ひする場合と同視することを必要としない犯罪に對する反動作用たり得る。従つて拘留は就中過失に因つて犯した犯罪の大多數について、之を規定することを必要とするであらう。犯人が意識的に民族協同體の共同生活の法則に違反したのであるか、それとも單に過失に因つて罪を犯すに至つたに止まるのであるかは非常な相違である。勿論すべての過失に因る犯罪が拘留を以て贖ふことの出来るものでないのは云ふ迄もない次第であつて、殆ど故意の限界にも接近して居る人命に對する脅威、即ち業務上の過失などの如きは今後も依然として輕懲役を法定して置かなければなるまい。更に拘留にとつて問題となるのは形式犯、竝に贖罪を必要とするけれども受刑者の生活上及職業上の地位にとつて後々まで影響を及ぼすことは避け得られるしまた避けなければならぬ其の他の犯罪(例へば軽い故意に因る輕罪)である。最後に拘留は違警罪について、竝に代科刑としては罰金の徴收不可能である場合について全然缺いて了ふ譯にはいき兼ねるであらう。されば拘留は名譽と云ふ立場からは中立的の自由刑を成すであらう。けれどもかう云つたからとて

拘留が今後は從來の禁錮に代つて武士的の刑となるものであり、拘留は犯人が其の名譽を保持して居るものであることを證明するのを目的とするものであると言明しやうとするのでは決してない。寧ろ拘留は或る行狀が名譽上の立場からは論ずる限りではないけれども、それにも拘らず處罰價值ありとして表示しなければならぬ場合に常に、そしてかゝる場合に限り之を科することになつて居るのである。さればその刑期の如きも現行法に於けるよりも著しく廣汎な範圍に及ばざるを得ないであらう。蓋し拘留は將來は例へば比較的長期間の贖罪を必要とする過失に因る殺人の場合についても、問題となることがあるからである。従つて其の長期の如きも二年と定むべく、單一刑については之を五年と定める必要があると思ふ。其の長期が重懲役や輕懲役の長期よりも遙に下位に在るのは懸念しないでいゝ。何となれば是よりもつと長期の自由刑を必要とするやうな犯罪は、もはや不名譽ならぬ刑を以てしては贖はしめることが出来ないからである。拘留の短期としては三日を規定することを必要とするであらう。それよりもつと短い監禁は相當でない。(註三)

(註三) 第一讀會では拘留の短期として一週間を提案してあつた。

以上に述べたやうに拘留の性質が全然從來の刑法と異つて來て居る事實に顧みるときは、之に新しい名稱を附するのが望ましいことかも知れないが、そう云ふ新しい名稱は之を見出すことが困難であらう。蓋し *Einschliessung* は從來の草案に依つて禁錮の代名とされて了つたし、*Arrest* は軍刑法上の用語となつて居るからである。