

## 重懲役と輕懲役

拘留に於けると同様、重懲役や輕懲役も將來の刑法に於ては著しく改造されなければなるまい。最近顯著となつて來た改造の希望は、特に此の二つの刑種の嚴格な執行と兩者の明確な區別とを目標とするものである。

執行を嚴格にすることの希望は、行刑が次第に眞面目さを失つて餘りに甚しく、寛大となつて來た時世に對する反動作用である。此の希望が正しいものであることは疑を容れない。そこで邦司法行政部は既に行政上の方法で、若は邦法の立法に依つて此の希望の一部を斟酌したのであるが（プロイセン邦については一九三三年八月一日のプロイセン邦行刑及び恩赦法を參照）、其の特に重要たるものと認められたのは、短期自由刑の執行を従來よりも嚴格にすることである。恰も此の短期の自由刑こそは經驗上從來餘り效力を發揮しなかつたものである。即ち受刑者の中には短期の自由刑を以て刑罰よりも寧ろ休養であると見る者が少くなつた。惟ふに短期自由刑の缺點は、それが囚人を單に監置する丈に止める——それは刑務所内で往々にして見る作業の機會の缺乏の爲でもあつた——點に存する。かくの如き刑の無意義であることを信じた實際家は、最初から刑の執行猶豫を認めることに因つて短期自由刑の執行を見合せるやうになつたのであるが、此の處置はナチスの政權獲得以前の十數年間に見られたやうに、條件付の執行猶豫が不健全に累積するのに少からず

寄與する所があつたらしい。されば短期自由刑の執行は全然改造する必要がある。そこで委員會の草案は短期の自由刑は——こゝに短期の自由刑と云ふのは三ヶ月以下の輕懲役のことである——原則として従來よりも遙に重く執行すべき旨を規定した。其の詳細は行刑法中で規律されることになつて居るのであるが、行刑法は特に非常に怖れられて居る獨居拘禁に於ける行刑（雜居就役と教育を除外する）、作業賞與金の廢止、接見の極度の制限、信書の發受の極度の制限を規定することを必要とするであらう。かくの如くにして受刑者を外界から嚴重に隔離することが出来るならば、短期の輕懲役刑も受刑者に力強い印銘を與へることが出来るであらう。果して然らば受刑者が刑務所の門を出づるに當つて、刑と云ふものはもつとすつと辛いものだと思像して居たのに事實は案外樂だつたと述懐するやうなことはもはや起らないであらう。

同様にして重懲役刑や三ヶ月以上の輕懲役刑の初期の行刑 *Anfangsvollzug* も亦従來よりも遙に嚴肅に形成することを必要とするであらう。其の細目は此の點についても行刑法に屬することであるが、刑法典の草案も既に重懲役刑は最初の六ヶ月間、三ヶ月を超える輕懲役は最初の三ヶ月間は従來よりも遙に嚴肅に執行せらるべき旨を表明することになつて居る。短期の輕懲役刑について企てられて居る生活基準の同一の制限が考慮されて居るのである。

重懲役刑と輕懲役刑の領域上に於ける曩に述べた第二の改革の希望は、重懲役刑と輕懲役刑との間に遙に明確な差等を設けることを目的とするものである。此の希望は重懲役刑と輕懲役刑との兩種の刑の間の相違



が過去の時代に於て實際上に著しく紛淆され、また受刑者の意識に於ても兩者の區別が消失して了つて居ることさへ稀でないと言ふ經驗に合致するものである。這般の關係の特色をよく示すものは、輕懲役囚にして重懲役は輕懲役と行刑の方法は全然同一であるのに其の給養に至つては遙に輕懲役よりもよいと云ふ理由から、輕懲役監から重懲役監へ移されんことを願ひ出た者が少くなかつたと云ふ事實である。行刑法は此の點にも干渉する所がなければなるまい。就中重懲役囚の作業時間は伸長し、作業の報酬は少くし、自己の爲にする就業は——自由時間に於けるの外は——禁止することを必要とするであらう。接見や信書の發受は重懲役監に於ては輕懲役監に於けるよりもつと著しく制限し、着衣に區別を立てる。輕懲役、特に長期の輕懲役の場合に與へることの出来る特典は重懲役については制限するか又は全然之を禁止しなければなるまい。重懲役囚は特別の名稱(囚徒 *Sträfling* と云ふ)に依つても之を明白ならしめることが出来る。是等の手段の一切を以てして初めて重懲役刑が輕懲役刑よりも受刑者にとつて遙に重く感ぜられるやうにすることが出来るのである。

けれども生活の基準の形成にかやうな區別を立てるときは、兩種の刑務所の種別を舊來の儘ならしめる譯にはいかない。外面的の區別は單に刑法典に於て表明することを必要とする内面的區別の表現たり得るに止まるものである。即ち犯人の該當する不名譽の程度に従ふ區別の表現たるに過ぎないのである。此の兩種の刑種は立法者に犯行を機縁としての犯人の道義的評價についての判斷を區別することを得しめるであらうし、

立法者が兩種の刑種を選択させて居る以上は、裁判官をして此の判斷を區別することを得しめるであらう。即ち重懲役刑を言渡すのは、犯人が著しく破廉恥であつて其の民族協同體に復歸した後にあつても尙ほ、其の名譽上の地位を削減されなければならないものであるのを表明することを目的とするものであり、輕懲役を言渡すのは犯人が是亦——假令甚しく重くないとは云つても——何等かの名譽に關する犯罪を犯したことを表明すると共に、犯人にして此の犯罪を贖ふに於て初めて再び民族協同體内に收容せられ得るものであるのを表明することを目的とするものである。評價の相違は名譽上の結果の相違に於ても表明されるであらう。此の點については名譽刑の所で尙ほ詳細に論ずる必要がある。

## 刑の加嚴

意思責任 *Willensschuld* の評價を極力精緻なものとするのは、意思刑法の思想に合致する所以である。されば草案は判決に等級を設ける爲に重懲役、輕懲役及び拘留の三つの刑種を提供するを以て満足することが出来ないで、それ以上に更に區別を附ける爲に重懲役及び輕懲役について、各個の場合に尙ほ特別な刑の加嚴 *Strafschärfung* を命ずるの道を裁判官に與へることを必要とする。即ち此の刑の加嚴はすべての受刑者に平等に該當させることを目的とするのではなくて、犯罪竝に犯罪に關する非認の判決、即ち贖罪を責任の分量や犯罪意思の程度に一層よく適合することを得しめるのを目的とするものである。此の目的の爲に草案は



犯罪が亂暴、害心、殘忍若は敗徳の特に甚しいものであるのを示し居る場合には、判決中で重懲役若は輕懲役の特別な加嚴を命ずることを裁判官に許して居るのである。裁所官が犯人の人格を審査した上で、通常の行刑方法は犯人の上に到底必要な作用を及ぼすことが出来ないと言ふ印象を得たときも、裁判官に同一の權限が與へられることになつて居る。此の二つの條件は一致することが稀でないが、併し判決せらるべき犯罪は特に重大な意思責任を識認せしめはしないけれども、犯人の閱歴や性格や犯人に特に重い影響を與へるものとして認めることの出来る場合もあり得るであらう。普通の行刑の不十分たるものと豫見されると言ふ理由から刑を加嚴する必要の、尙ほ存在すると云ふことがあり得るものであるかどうかは疑問とされた所であつた。其の理由は行刑はナチス革命以來從來の過當に人道主義的な、従つてまた往々にして効果のない方式から離れて形成されて居るし、更に改正刑法の施行に際して一層改善せられるであらうから結局可也重大な害惡であつて、新しい犯罪の誘惑に對する充分な制止作用たるに足らざるであらうと云ふに在る。けれども懸念しなければならぬのは、特に大都會に於けるギャングの中には、重い行刑の方法を以てしても到底力強い印銘を與へるの目的を達成することの出来ないやうな人物もあると云ふことである。將來の刑法は是等の徒をも充分に罰するの道を持たなければならぬ。

犯人の意思責任の評価に精緻な區別を爲すことを得しめると云ふ刑の加嚴の任務は、加嚴を命ずべきや否やについての裁判が裁判官に一任されることを必要とし、之を行刑官廳に委ねる譯にはいかなうことを明白

ならしめる。若し行刑官廳が加嚴を命ずることとするに於ては、所爲の評価と云ふことは全く違つた見地、即ち例へば刑務所内に於ける受刑者の行狀とか刑の受刑者に及ぼす印銘とか云つたやうなものが、加嚴の命令を左右することとなるであらう。是と共に加嚴は純然たる目的上の處置となつて了つて、意思責任の評価と云ふ役には立ち兼ねることとなるであらう。假令特別豫防の作用は徹頭徹尾尊重するにしても、少くとも刑の加嚴の評価にとつてはそれのみを標準たらしむべきではないのである。

加嚴の手段として具體的に問題となるのは糧食を水と麵麩に制限すること、夜間照明を許さないこと、堅硬な寢臺に臥せしめることなどである。是等の處置は毎月一定の日數を限つて反覆せしめることとし、重懲役に於ては輕懲役に於けるよりも頻繁にする。かくの如き刑の加嚴は既に早くから獨逸各邦の邦刑法典中で許す旨が宣言されて居た所である（一九〇九年の獨逸刑法典豫備草案の理由書中に於ける列擧を参照）。一八七一年の刑法典は加嚴を規定することは見合はせて居るけれども、帝國政府は既に一八九二年當時一法律案を帝國議會に提出して、第十六條aを從來の刑法典に挿入することに由つて特定の犯罪につき犯罪が特に亂暴、害心若は破廉恥な心情の生せしめた所である場合にあつては、最初の六週間刑の加嚴を許さうとしたのである。併し議會は此の問題を刑法の全面的改正の時に留保しやうとしたので、竟に此の法律案は可決されないで了つた。此の案と一致して一九〇八年の豫備草案（第十八條）は、一定の條件を具備する場合には裁判所は判決中で刑の加嚴（糧食の減量、寢臺の堅硬）を命ずることを許す旨を規定し、加嚴の期間は四週



間を超えることを得ず、三ヶ月未満の刑の場合にあつては一回だけ、六ヶ月未満の刑の場合にあつては二回だけ、それ以上の刑の場合にあつては毎年三回以下だけしか命ずることは出来ないとし、一九一三年の草案（第五十四條）も類似の規定を掲げて居るのであるが、以下の諸草案は戦後に生じた行刑の緩和の傾向と相俟つて、刑の加嚴を規定することをしなかつた。外國に於ても刑の加嚴は認められて居るのであつて、即ちスウェーデン刑法には二年未満の重懲役並に亂暴の犯罪の場合に於ける輕懲役について寢臺の堅硬と暗室屏禁の規定があり、ノールウェーの刑法には輕懲役について二十日未満の水と麵麩、三十日未満の寢臺の堅硬の規定があり、イギリス刑法には笞刑と受刑者が最初の十四日間獨房に於て作業に従事せしめられる嚴課作業を伴ふ輕懲役の規定があり、此の場合には同時に敷布団が取上げられることになつて居る。オーストリー刑法も絶食、堅硬寢臺、獨居拘禁、暗室屏禁などに由る加嚴を認め、一九二六年のチェッコスロヴァキヤの豫備草案も六週間以下の絶食並に堅硬寢臺に依る刑の加嚴を規定して居る。此の處分は毎週三回以下それぞれの日に行ふことになつて居るのである。我が獨逸刑法も亦かくの如き法制の發達には歩調を合はせて行かない譯にはいかないであらう。

執行技術上の懸念は別に障礙を成すものではない。云ふ迄もなく斟酌しなければならないのは、法定の加嚴を形成するに當つて、刑務所内に於ける秩序違反を豫防する爲の充分な監内罰の餘地を存して置かなければならないと云ふことである。けれども裁判官に依る加嚴の制度を施行する場合にあつても、充分監内での懲戒方法の餘地は剩すことが出来るであらう。蓋し懲戒の方法は從來未だ決して盡きて了つて居る譯のものではないからである。即ち極く重い獨居拘禁の場合にあつては同時に書籍の看讀を禁じて暗室に屏禁し又は作業を褫奪するの制度を設けることが出来る。此の兩者は二つ乍ら冥想と内省を導くに適した手段たるものなのである。加之刑の加嚴の手段たる方法を監内罰としても使用するのに敢て懸念を挿むべき點はない。併し行刑法は加嚴の餘りに甚しく重疊するのは豫防しなければなるまい。其の他の場合にあつても例へば受刑者の罹患などの場合に、刑の加嚴に因つて生ずることあるべき嚴酷を除くことを必要とするであらう通りに。

第一讀會では刑の加嚴のいろ／＼な方法を裁判官に提供して、裁判官が犯人のそれ／＼の性質に適應して或は其の全部を同時に科し、或は其の間について選擇を爲し、或はまた必要に應じて之を組合はせることが出来るやうにすることを決議したのであつたが、此の規律は刑を具體の場合に適用するに當つて成るべく裁判官に自由を與へやうと云ふ將來の立法の一般的傾向に適合する所以であらう。尙ほ後に至つて執行中に從來命せられなかつた加嚴を必要に應じて命じ、又は一つの加嚴から他の加嚴に移つて行くことの出来るやうな方法を講じて置かなければなるまい。そして此の場合には之を命ずるの權をも裁判官に委任すべきであるかどうかを審査しなければなるまいが、第二讀會に於ては是等の問題は行刑法の成案の成るまで除け物とされることになつた。



刑の加嚴の制度を認めるときは同時に、往々にして刑期を短縮することが出来ること云ふ利益が與へられる。行刑が峻嚴の度を増せば、從來比較的長い刑期を以てするに於てのみ達成することの出来た効果を達成することが出来るのは當然のことであらう。加嚴は獨り重懲役刑についてのみにならず、輕懲役刑についても規定することを必要とするであらう。輕懲役刑を加嚴し得るときは裁判官が加嚴した輕懲役刑を以て充分とするこの出来る場合に、裁判官をして重懲役刑を見合はすことを得しめることとなる。されば加嚴は此の二つの刑種の分化を容易ならしめる。立法者も亦刑の加嚴の制度を認めることに因つて二種の刑種を相互に界限することを容易ならしめられるものである。即ち若し刑の加嚴の方法で六ヶ月の輕懲役を言渡された亂暴な動物虐待者を、横領の初犯人とは比較にならぬ程重く取扱ふことが出来るものならば、刑法は何も動物虐待罪について重懲役をも許すこととする必要はないのであつて、輕懲役を以て充分とすることが出来るのである。されば法律は刑の加嚴の適當に適用されるのを信頼して重懲役を法定するのを控へ目にして、之に因つて重懲役のみを以て罰せられる犯罪を特に目立たしめることが出来る。其の例は、*Turn* とか *Kerker* とか別の名稱 (*Turn* とか *Kerker* とか) を付けやうかと云ふことを考慮した。此の刑種には一般に國籍の喪失を包含する極めて重い名譽上の結果を伴はしめることになつて居たが、其の他の區別は執行上に於て、及び許されて居る懲戒上の手段に於て見出すことが出来ることになつて居た。それから此の新しい刑種は受刑者

が永久的に民族協同體から排斥され、破廉耻な者として宣言される旨を表明することになつて居た。そう云ふことであつて見ると重懲役の言渡は是亦同じやうに名譽上の結果を生せしめるけれども、其の犯罪の贖罪を了した後にあつては更めて民族協同體内に一つの地位を獲得する道を受刑者に開放することとなつて居た譯である。けれどもかやうな新しい刑種を認めると云ふことは、恐らく骨折甲斐のないことであらうと思ふ。餘りに甚しく精緻な區別は行刑の上では實際あまりに紛淆せられ易い。加之重懲役にとつて問題となる犯罪の範疇と *Kerker* の刑にとつて問題となる他の犯罪の範疇とは、殆ど區別することは出来ないのである。

### 長期の刑

重懲役の長期は從來は十五年であり、現行法は其の外に終身間の重懲役刑を規定して居るのであるが、長期の自由刑に對しては、それが目的を達成し得ないと云ふことを非難する者があつた。蓋し受刑者にとつて刑務所内に於ける生活の形式が習慣となり、受刑者は刑に對して不感症となるからであること云ふのである。終身間の重懲役に對しては尙ほ其の外に、此の刑に對しては大抵何れかの時期に恩赦の恵が與へられることであるから、此の刑は普通あまり眞面目には考へられないと云ふことも主張されて居る。そこで人或は終身間の刑は全然拋棄して了つて、重懲役と輕懲役の長期を十年に定め、其の代り保安監置を以て其の足りない所を補はうと云ふことを提案した者がある。曰く、保安監置は一九三四年四月二十四日の改正法の法文に於け



る刑法第九十三條上既に然るが如く、刑法第二十條 a、第四十二條 e の制限を廢止して、終身間民族協同體から排斥するのを適當とする或る種の犯行について一般的に、重懲役と平行的に之を科することが出来る。果してかくの如くんば最も重い場合については死刑竝に終身間の保安監置を選択することを得べく、刑又は保安の必要の何れが重きを爲すかに應じて其の何れか一方を科することが出来るであらうと。かくの如き思想は社會保護の處置の爲に十年の長期を定めて居るロシア刑法典などに於て貫徹されて居る所であるが、保安監置は十年以上の刑を補充することは出来ない。刑と監置とを執行上眞面目に區別しやうとすればこそ、十年の重懲役と死刑との間に中間等級を必要とするのである。所爲を峻烈に非認するの意を表明する爲には非常に重い刑を科する必要があることが明白であるけれども、然もそれにも拘らず保安の必要は存しない場合は常に存在するであらう。けれども重い犯罪に對する國家の反動作用を倫理的に無色な保安處分に制限する譯にはいかない。加之自由刑の長期を現行法の長期よりも低下させるのは、紛淆を來すの虞があつて、自由主義的政治思想の旺盛な時代に刑事司法の陥つて居た無力な寛裕の風を打破する爲のわれ／＼の努力は、之に因つて大打撃を被らざるを得ないであらう。加之死刑と十年間の重懲役との間の大きな空白は、其の相當でない場合にあつても死刑の言渡される危険を生せしめる虞がある。最後に恩赦の權利の主體に對して死刑の執行を見合はせやうとする場合にあつては、終身間の重懲役が必要であらう。從來既にさうであつたやうに將來も亦死刑を言渡す判決が全部が全部とも執行されるものではないのであるが、死刑を十年の重懲役に

變更するのは保安の必要を充す所以でなく、十年の重懲役と保安監置に變更するのは其の重い犯罪意思を示す必要を充す所以ではあるまいと思ふ。けれども恩赦の權利の主體の爲に是非とも死刑を終身間の重懲役に換刑する道を開いて置く必要があると云ふのならば、不必要にして且恐らくは望ましからぬ恩赦行爲を避ける爲にも最初から終身間の重懲役を言渡す道を裁判官の爲に開いて置く必要があるのである。

有期重懲役の長期は現行法に於けると同様十五年に定むべく、之に反して輕懲役刑の長期は現行法（第六條、第七十四條）に比較して十年に、統一刑については十五年に之を擴張することを必要とするであらう。現行法には比較的長期の刑を科することが出来るやうにする爲の理由から重懲役を言渡すことを餘儀なくさせて居る場合があるのであるが、現行法のかゝる過誤は決して之を再びしてはならぬ。刑期を伸長し又は犯罪の輕重に従つて刑種を區別する必要は區々であつて、兩者共に之を斟酌しないで置く譯にはいかない。

### 自由刑の短期

自由刑の短期は重懲役については從來に於けると同様一年とすることが出来るであらう。輕懲役刑の短期を定めるのは非常に困難な問題であつて、委員會の反覆して周匝に考察を廻らした所である。第一讀會に於ては結局一ヶ月の刑期を短期とすることが企てられたのであるが、拘留竝に罰金の刑に對して極力輕懲役刑を目立たせ、之に特別の意義を認めやうと云ふ希望は、此の短期を以てすれば完全に斟酌することが出来る



と考へられたのであつた。所が第二讀會で再應審査するに及んでかやうに短期を引上げるのに對しては、非常に重大な懸念を存するものであることが判明した。罰金又は刑罰の留保付の訓戒を以てしては贖罪を爲さしめるのに足りないで、寧ろ之を拘禁するの必要のある犯罪で然も之に科するに一ヶ月の拘禁を以てするのは、餘りに苛酷に過ぎるやうに認められるものが幾つとなく指摘されたのであるが、此の種の犯罪に屬するものは、比較的小規模ではあつても決して全然輕いものと稱する譯にはいかなない竊盜、詐欺、傷害、國權に對する抗拒の場合等である。今若し輕懲役の短期として一ヶ月の刑期を固執しやうと云ふ段になると、是等の場合はすべて拘留に移すことを餘儀なくされるであらう。然もかくの如きは全然不適當な寛裕に墮するものであつて、將來の刑法をして現行法に比較して著しく軟化せしめることを意味するであらう。加之法律は數多くの犯罪について輕懲役と拘留とを選擇せしめることを必要とするの結果を來すであらう。然も裁判官が選擇を行ふ上に於ての準則なるものは殆ど與へることは出來ないのであつて、其の結果は往年罰金についてそうであつたと同じやうな風にして拘留が餘りに頻繁に適用されることになり、竟には濫用に墮するの虞が充分見込まれるであらう。然も執行がどう云ふ風に形成されてあるかを念頭に浮べるとき、困難は特にはつきりとして來る。即ち拘留は雜居拘禁の形式以外の形式では殆ど執行することは出來ないのであるが、今こゝに問題となつて居るやうな犯人を雜居拘禁に於て結集するときは、第一に相互に不利益な作用を及ぼし合ふ危険や反社會的見解の感染する危険、即ち行刑上絶対に避けなければならぬ危険が生ずる。加之雜

居拘禁の方法に依る執行の下にする拘留に相當する拘禁刑は、被拘禁者に痛烈な印銘を與へることは殆どあるまい。かくの如くにして刑務所に對する畏怖の念は消滅し、免囚は刑と云ふものは大して辛いものではないと云ふ印象を以て刑務所を辭し、従つてまた自分の名譽を尊重するの念は鈍らしめられるであらう。之に反して輕懲役刑の執行は其の短期である場合にあつても非常に印象深く形成することが出来るのであつて、輕懲役にして曩に述べたやうに受刑者の恐れる獨居拘禁の形式で執行され、信書の發受や接見を禁せられるに於ては偶發犯人の上には力強い威嚇的、特別豫防的作用を及ぼすことが出来るであらう。けれども一ヶ月以下の自由刑を拘留の形で執行するときは短期の自由刑を有力な懲罰に形成する道は奪はれて了つて、其の代りに不合理的な雜居執行の一切の危険が生ずる。即ち二三十年前短期の自由刑を一般的に排撃するに至らしめたあの一切の危険が生ずる譯である。加之曩に明かにしたやうな輕懲役と拘留との間の評價の相違も紛淆されることになる。そこで一ヶ月以下の自由刑をすべて拘留に附託することになると、拘留に處せられる者のほゞ八〇パーセントまでは小泥棒や小詐欺師であると云ふこととなり、過失に因る犯行に基く受刑者は精々其の二〇パーセントを占めるに過ぎないであらう。加之拘留はそれが全然其の所を認つて居る場合にあつては、前科を有する者に對しても好かれ悪しかれ之を適用しなければならぬであらう。此の場合にあつては拘留はもはや名譽と云ふ立場から見て、中立的な刑罰手段たるものと看做す譯にはいかなないであらう。何となれば三週間若は四週間の拘禁を以て贖はなければならぬ竊盜や若は詐欺は、民族の通念に於て名譽に



觸れないでは置かないし、且又刑事政策上から云つても此の民族的通念を是正して、だらしのない寛仁大度を辯護しやうとするが如きは間違つたことであらうからである。かう云つたからとて何もかの資本主義組織の國家に於て特有であるのを常としたやうに、所有權や財産を過當に評價するの主旨を表明しやうとするものでは決してないのであつて、將來の刑法はわれ／＼が今日資本主義的の組織を有する經濟の國家とは異つて特に軽く見て居る案件は、微量飲食物竊盜、困窮竊盜、困窮詐欺など即ち拘留が至極適當して居る瑣末犯罪 Bagatelldelikt の從來の領域を適當に擴張することによつて、竝にまた刑の留保付の訓戒の制度によつて除外するの道を解するであらう。けれども此の範圍を超える所有權に關する犯罪竝に財産に關する犯罪は、民族協同體內に於ける共同生活の條件として受取られる眞面目な律義な根本的態度が犯人に不足して居ること、竝に犯人が民族協同體に負ふて居る忠誠を少からず侵害したことを示すものである。犯人はかくの如き犯罪に因つてみづから名譽を傷けたものであるから従つて輕懲役に該るものであると云ふ判決は、此の場合無しに濟ます譯にはいかなないのである。

かやうな理由に因り輕懲役刑の短期は一ヶ月未滿に定めなければならない。委員會は之を二週間とすることにした。此の短期も輕懲役を適當に目立たしめるものであつて、其のだらしのない寛仁大度に墮するのを妨げるものである。けれども此の短期は拘留と輕懲役との間に必要な廣汎な間隔を設け、名譽上の見地からして無差別な従つてまた眞正の瑣末犯罪や過失犯や違警罪や、罰金の徴收することの出来ない場合に保留される刑としての拘留の性質を確保すると共に、短期の輕懲役刑を累犯に對する力強い制止の作用を介在せしめる、眞面目な印銘の深い經驗に形成することを許すものである。然も輕懲役と拘留との間について選擇を爲す上に於ての必要な指針も、是で裁判官に與へられるのである。

### 強制勞役(苦役)

更に委員會は第一讀會に於て別に一つの自由刑を設け、此の自由刑にあつては一番重い害惡は拘禁よりも寧ろ勞役に在るやうにし、即ち勞役を特に徹底的に(強制勞役 Zwangsarbeit) 甚しく重い負擔として形成するの考慮をした。かくの如き刑は外國でも認めて居る所であつて、大抵徒刑 Deportation を伴はしめることにして居る。我が獨逸國にとつては徒刑の方法は成立しないのであるが、何れにしても強制勞役の制度を設ける考慮はしても差支はあるまい。強制勞役は勞働を蔑視して例へば詐欺師とか浮浪者とか云つたやうな勞働嫌忌に立脚する行動の上に自分の生活を築き上げて居る人間達について問題となる所である。かくの如き刑は之を稱して苦役 *苦役* と云つて差支あるまいが、かゝる刑が刑事政策上果して事の宜きに叶ふものであるかどうかと云ふ段になると、寧ろ之を否定せざるを得ない。乞丐や浮浪癖の弊風は勞働留置の制度を以て打破するのが適當であり、また放縱とか勞働嫌忌とかに立脚する其の他の犯罪(例へば淫行助成、贓物授受、詐欺乃至はまた竊盜)を爲す者も、引續き重懲役若は加嚴重懲役を以て罰するのが適當であると思ふ。非



常に骨の折れる苛責を意味するやうな全然刺戟の缺けて居る勞役を設けることに依つて、苦役を執行しやうとするが如きは目的と相容れないものがあるであらう。苟も受刑者に勞働についての興味を興へやうとするなら、國民經濟上の價値を有する作業を受刑者に與へてやる必要がある。

獨り閉鎖された施設内での從來の形式で重懲役の執行を許すのみに止まらず、宿舍を設置して監外で勞役を爲さしめると云ふ形式でも強制勞役の思想を實現することが出来るものであるかどうかは別問題である。プロイセン邦司法行政部は一九三三年度に於て卑濕地開拓の作業を認めることに由つて後なる方法を選んだ、こゝに幾多のいゝ經驗を得た。所が囚人を宿舍内に集結して監外で肉體的に激しい開拓作業に従事せしめるのであるから、かゝる形式で監外作業に従事する重懲役囚に對する刑の加嚴が、閉鎖された施設内に在る間とは別様に執行することを餘儀なくされるのは明白である。併し監外作業の執行形態中にあつても加嚴を實施することが出来る。何となれば開拓の作業も其の種類竝に輕重上極めて區々であつて、従つてまた重懲役を加嚴すべき受刑者に對して極く重い作業を配當することも全然可能であるからである。かやうな次第であるから、重懲役刑を執行する一形態として監外強制勞役を觀察し之を執行の一形態として存置するのが適當であると思ふ。

## 名 譽 刑

今日の刑法觀の立場からするときは殆どすべての刑が名譽刑である。蓋し何れの刑も犯人についての價値判斷を包含しないものはないからである。即ち刑は協同體にとつての價値若は無價値を判斷するものである。従つて何れの刑種中にも一片の名譽刑の是と一體に融合同化して居るものを存するのである。委員會は組織的に此の思想を追求して何れの刑種にも之に典型的な名譽上の結果を伴はしめることにした。其の中人權褫奪 Achtung は一番重い無價値の判斷を包含するものであるが、之については曩に既に其の項下で詳細に論じた。重懲役刑は現行法（刑法第三十一條）に於けると同じやうに兵役資格の喪失、公職に就任し若は公の事項に於て表決を爲す能力の永久的喪失、さてはまた受刑者の現に有しつゝある公職の喪失を法律上當然に結果とすることになつて居る。死刑の場合にあつては現行法と一致して特別な名譽に關する結果を擧げるのを見合はせるのが恐らく適當であるであらう。死刑について名譽に關する結果を擧げるのは（此の結果は實際上に於て重懲役の場合に於けると同一なるものがあるであらう）、立法者は最初から恩赦を豫期して居るのであるかの如き斷案を導く虞がある。かやうな次第で重懲役の場合については其の名譽上の結果は、死刑が恩赦の方法で重懲役に換刑された場合に於ても生ずるものであることを規定するを以て充分とすであらう。重懲役に於けるとは異り輕懲役には名譽上の結果は普通伴はしめられるものではなくて、寧ろ輕懲役に名譽刑を聯繫せしむべきや否やは裁判官の裁量に一任される所である。かくの如きは重懲役と輕懲役との間の區別を明確ならしめると共に、前者の重い名譽刑としての性質を特示するのに役立つ所以である。只輕懲役（故意に因る犯罪に由來する）が一年以上であるか、又は故意に因る大逆内亂罪若は背叛罪に關する



行爲（現行刑法第八十四條、第九十條c、第九十二條b、第二項、第九十二條dを參照）に基いて言渡された場合に限り法律上當然に受刑者の現に在つた公職の喪失を來すことになつて居る。重懲役及び輕懲役に於けるとは異り拘留の刑（竝に禁錮も亦そうであることは勿論である）は、常に名譽には觸れるものではないと云ふことになつて居るのである。

人權褫奪竝に不名譽な自由刑の外委員會は更に別段の名譽刑を設けんことを提案して居る。恰も名譽刑こそは將來の刑法に於て特別の意義を有するに至るものである。ナチスをして名譽刑を以て其の刑法の根本態度を決定するものと觀察せざるを得ざるに至らしめる根本的著想は、*ダーム*（註四）竝に*シアーフスタイン*（註五）の兩氏の苦心して闡明した所であつて、此の點について兩氏の重要な研究の參照を求めて置く。所が刑は犯人についての民族協同體の價值判斷を包含するものであるから、名譽刑は此の價值判斷に等級を附けるのに最も適するものと謂はなければならない。従つて名譽刑を改善するのは同時に新しい意思刑法、犯人刑法を貫徹するのに貢献する所以に外ならない。されば委員會は名譽刑の構成には特別の注意を拂つたのである。

（註四） *Dahn, Deutsche Juristenzeitung 1934, S. 821 ff.*

（註五） *Schafstein, Deutsches Strafrecht 1934, S. 278 ff. und Deutsches Recht 1935, S. 296 ff.*

名譽刑の中で一番重いものは「破廉耻の宣言」*Ehrlosklärung* と稱せられることになつて居る。此の名

譽刑は人權褫奪に於けるとは異り原則としては終身間ではない。即ち破廉耻者 *der Ehrlose* が有期重懲役の服役を了して自由な身分に復歸するときは、數年間の非難を容れない行狀に因つて其の一度失つた名譽上の地位を回復することが出来ることになつて居る。細かく云へば破廉耻なりとして宣言された者は法律上當然に重懲役に伴はしめられてある名譽上の效果以上に互つて其の獲得した位階、稱號、勳章竝に徽章、國家社會主義獨逸労働黨や其の支團體竝に之に附隨する團體の一員としての資格、營業經營の免許、特許、認可若は許可に因る權利を喪失するのである。是等の法律上の地位の喪失は云ふ迄もなく受刑者がそれを有して居る程度に於てのみ行ひ得る所である。而して受刑者が民族協同體に復歸した場合に長期間の考試に合格すれば、是等の資格を再取得するのを全然認めないものではないが、之に反して證人として宣誓の上訊問を受け又は鑑定人として訊問せらるべき能力は終身間失はれることになつて居るのである。

其の外破廉耻者は本來何人にも屬して居る若干の資格を失ふ。即ち位階、稱號、勳章若は徽章を獲得し、仲裁人、教師、教育者、經營に於ける指導者若は信任者又は農夫 *Bauer* となる資格である。また帽章 *Ko-Karte* を著け、國若は邦の旗章を掲げること許されず、加之破廉耻者はまた親權を行使し、親族法上の職務に就任し、證人 *Urkundzeuge* となる等のことに不適格であることになつて居る。是等の資格の喪失は死刑若は終身間の重懲役と併科された場合には永久的に行はれるのであり、有期重懲役に併科された場合にあつては判決中で定める所に従つて二年乃至十年間行はれる。かやうに期間を指定する代りに復權



手續 *Rehabilitationsverfahren* の制度を設けて、特定の期間を以てする保安監置の場合に於けると同じやうに前記の資格の喪失を取消することが出来るかどうかを、審査することにするやり方も恐らく考慮に値ひすることであらう。

學說中には、是等の廣汎な結果のすべてをどの重懲役刑とも結合することを許すやり方を推稱するものもあつた。けれどもかくの如きは重懲役刑に附加することを得べき一種特別の名譽刑の形成を斷念することを意味するであらう。特別の名譽刑を形成する必要を是認せしめる曩に報告した原則的の考察は全然度外視して問はないにしても、例へば若い時に強姦を犯して其の爲に重懲役を言渡された農村の若い者が後に行狀を慎み此犯罪の贖罪を了したのに、如何なる場合にも之に對して親權を否認しなければならぬと云ふのは辯明し兼ねる所であると云ふ考察が論者の提案に反對する。更に問題たるいろいろの資格の喪失についてはいろいろな種類の階級裁判所 *Standesgericht* や懲戒裁判所 *Disziplinargericht* が裁判するのであると云ふことも斟酌しなければならぬ。是等の裁判所の權限を侵し、其の裁判の先廻りをすると云ふやうなことは、事の極めて重大である場合に限り是認し得られる所である。苟も此の限界を越えるときはいろいろの抵抗を生ずる嫌があるのである。加之學說の推稱して居るやうに破廉耻の結果をどの終身間の重懲役とも結び付けることには、委員會は決意することは出来なかつた。終身間の重懲役は特に外國人が軍機の探知に従事した場合に關して存置された所である。かくの如き場合に無選擇に最も重い名譽上の結果を規定することは不可能で

ある。かやうな次第で破廉耻の宣言 *Ehloscheltung* は委員會の決議に依り死刑並に重懲役丈に結び付けることが出来ることになり、輕懲役には結び付けられないことになつた。名譽の半面に關する二種の自由刑の區別はかやうにして深刻ならしめられる。加之破廉耻の宣言の効果は現行法に於ける「公權の褫奪」*Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte* の効果よりも遙に重いものがあるのであつて、従つて具體的の案件を審査して最も重い自由刑でなくては併科することを許さず、最も重い自由刑にあつても裁判官に於て選定すべき場合に於てのみ之を科することが出来るのである。

輕懲役と併科して言渡すことを得べき名譽刑としては委員會は、公職の褫奪並に公職就任資格の喪失を規定した。前者は故意に因つて犯した犯罪に基く一年若はそれ以上の輕懲役の言渡の際、又は故意に因る大逆内亂罪若は背叛罪の行爲に基く有罪の言渡の際に法律上當然に發生することになつて居る。之に反して公職就任資格の喪失は、故意に因つて犯した犯罪に基いて言渡された三ヶ月以上の輕懲役刑と併科して言渡すことが出来ることになつて居る。是は受刑者の現に在る公職の喪失並に公の事項に於て表決する資格の喪失を伴ふ。公職就任資格の喪失の期間は二年以上十年以下と云ふことになつて居る。

「刑」の章中で公職 *öffentliche Ämter* について云々して居る場合に於ては、すべて國軍に於ける現役の服役、公の選舉に由來する權利、教會の職務、辯護士並に其の他官公署の面前に於て他人の權利を擁護することを許された者の職業、及び編輯人としての地位は一切包含されるものと看做すことになつて居る。



別段の名譽刑としては管刑を問題とすることが出来やう。併し委員會は管刑を認めるのを見合はせることを可とした。管刑は自由刑と關係を持たしめることは出来ないものであるから、管刑は主刑たるには適しない。然も道義上の理由から云へば管刑は拘留や禁錮よりは著しく重い作用を及ぼすであらう。所がかくして生ずる適用範圍については、極めて短期でしかない刑は到底忍ぶことは出来ない。追加刑 Zusatzstrafeとしては管刑は現在尙ほイギリスに於て認められて居る所であつて、甚しい程度の道義上の粗暴を示して居る特定の犯行については、自由刑と併科することが出来ることになつて居る。けれども是が適用はイギリスに於ても逐年殆ど稀となつて行きつゝある。デンマーク竝にハンガリーも亦一時管刑を認めただけれども、極めて稀にしか適用されなかつたので、數年ならずして再び之を廢止して了つた。かやうな次第で外國での經驗は管刑には反對である。然らば管刑は監内罰 Hausstrafe として適用せらるべきものであるかどうかと云ふ點に至つては、刑法典中で之を決定することを必要とするものではない。プロイセン邦では行刑上でも管刑を使用することをして居ないし、從來監内罰として管刑を認めるについての必要は認定されなかつた。

#### 公 示 öffentliche Bekanntmachung

梟刑 Pranger を現代に適應した形態で再び施行しやうと云ふ要求を出した者が大分ある。委員會はかゝる要求をどう斟酌することが出来るかを百方考察して見た。梟刑を施行する理由として恐らく擧げることの

出来るのは、民族の法律的感情の特に甚しく侵害された場合に於ては、當該の犯罪に對する國家の反動作用を公々然親しく體驗しやうと云ふ民族の要求に斟酌を拂ふのが望ましいと云ふに在る。けれども受刑者を見物する機會を利用するやうな者にあつては、正義への渴望の充されるのをまのあたり目睹すると云ふ願望よりも寧ろ他人の苦痛を樂み、好奇心、煽情的刺戟、其他低級な本能の満足を喜ぶ念の方が強いのを否定することは殆ど不可能である。加之司法行政當局にとつては被梟者に對して暴行の加へられるのを阻止すると云ふ、頗る厄介な任務も生ずるであらう。最後にかやうな梟刑を技術上どう施行するかと云ふ點にも多大の困難を伴ふ。されば委員會は梟刑の制度を再び施行するのを推稱することをしなかつた。

之に反して公示 öffentliche Bekanntmachung は——云はゞ象徴的の梟刑として——利用することが出来るであらう。現行法は二三の犯罪（刑法第六十五條、第二百條及び附屬法參照）についてののみ之を認めて居るに過ぎないのであるが、將來は汎く裁判官に公示の權限を與へることを必要とするであらう。蓋し公示の需要は各個の犯罪について生じ得るに止まるからである。公示は公の利益の必要とする場合に之を認めると共に、被害者を慰藉するの必要があつて公示を要求することを被害者に許すのが相當と考へられる場合にあつても、之を認めることを必要とするであらう。後なる場合については左の點を一言しなければならぬ。凡そ被害者の名譽を個人の爲に保護しないで民族協同體の爲に保護する刑法は、公示を請求する權利を被害者に與へることは出来ないであつて、裁判所は寧ろ職權を以て被害者の慰藉の必要は果して受刑者の



費用を以て公示を許すことを是認せしめるかどうかを判断しなければならない。そして公示を命ずるの権は裁判所以外のものには屬せしめことは出来ない。云ふ迄もなく公示を被害者に強制する理由はない。被害者は事件が再び蒸し返されないことにつき重大な利益を有することがある。従つて公示——判決中で之を許した——を命ずるの権を執行せられんことを申立てる心算なのかどうかは、被害者に一任することを必要とするであらう。公示は必ずしも新聞紙上で行はれることを必要とするものではなく、裁判所の定める所に従ひ街路の廣告柱に貼付することに依つて、乃至はまた放送無線電話で放送することに依つて之を爲すことが出来るのである。

## 財 産 刑

財産刑として問題になるのは、財産の没收到罰金に收公の宣言 *Verfallerklärung* である。

### 財産の没收

最初の財産刑として先づ財産全部の没收を規定する必要があると思ふ。没收は多額の罰金に依つて無用たらしめられるものではない。蓋し罰金の量定は犯人の經濟上の狀況に適應することを必要とするのであつて、即ち犯人の生活費を支辨するに必要な額だけは常に殘留せしめる必要があるからである。加之長期の自由刑に併科して罰金を科することが正常な効果を齎さない重い犯罪が隨分ある。例へば大逆内亂罪や背叛罪など

がそれであるが、一方財産の没收は是等の犯罪の場合にあつては犯人が其の資財を以てして同種の犯行を反覆するのを豫防する保證をも同時に提供する次第なのであるから、財産の没收は是等の犯罪にこそ適當とする處分なのである。更に多額の罰金は大抵破産を導き、従つてまた大抵の場合財産の將來存續すると否とに依つて失はれもすれば存在もする作業の場所 *Arbeitsplatz* の滅却を導くものであるに反し、財産の没收は財産を一時國家の管理の下に置くのであるから之を總括的に利用することが出来るのであつて、従つて作業の場所は財産が没收されても維持されると云ふ利益があるのである。此の著想は刑法典中に於ても特に明記するに値ひするものである。かくの如くにして同時に財産の没收が無辜の者にまでも累を及ぼすの懸念を一掃することが出来るからである。従つて刑法中で無關係な第三者、特に犯人の親屬若は經濟的に犯人に依存する者の正当な利益は擁護する旨を言明する必要があるであらう。其の詳細は行刑法の定める所に一任することが出来る。財産没收の刑の適用されるのは恐らく稀であらうけれども、其の科せられる場合にあつては、其の社會に及ぼす印象は決して鮮少ではないであらう。財産没收の刑は大逆内亂罪と背叛罪との場合に於ては、特に逃亡犯人にして其の不在中にあつても之を科することを許さるべき者に對して實際上の問題となることであらう。

## 罰 金

更に別段の財産刑として罰金を規律することを必要とするであらう。罰金が近年全刑罰體系の中心を占め



るやうになつたのは誠に遺憾に堪へない所であつて、かゝる發達の傾向は將來の刑法典を以てして是非打破しなければならぬ。罰金は今日われわれの眼から見ると、同感することも出来なければまた尊重することも出来ない只臨時間に合はせの一刑罰手段たるのみに止まるのであつて、將來は從來よりも遙に之を法定し適用するのを慎む必要があらうと思ふ。其のかくの如き刑を引續き必要とするのは軽い犯罪、例へば侮辱とか軽い傷害とかであるが、其の外其の種類上執行を加嚴するに値ひしない犯罪につき短期の自由刑を避ける爲に必要であり、最後に射利心に由る犯罪の場合に附加刑として必要である。併し此の適用範圍内に於ては罰金は何よりも先づ全然金權政治的性質をなくさせる必要がある。即ち富める者にも貧しき者にも苦痛が平等であるの原則は、是非とも徹底させなければならぬ。貧しき者が重い犠牲を拂つてゐなければ贖ふことの出来ない場合にあつては、富める者も亦多大の犠牲を拂ふことなくして免れることがあつてはならぬ。されば罰金は犯人の給付能力と釣合はしめる必要があるのであつて、此の目的を達成せんが爲には、裁判官をして犯人の給付能力を詳細に審査せざるを得ざらしめる標準に依る罰金の量定を規定することが適當である。刑が本人にとつてどれ丈の心痛さを持つものであるかは細心に考量するやうにしなければならぬ。かくの如き標準としては草案は日定償金 *Tagesjuss* を規定した。即ち罰金は此の日定償金の一倍若は若干倍の額に於て成立するものとしやうと云ふのである。此の日定償金は犯人が自分の一切の關係に相當する最低生活費 *Existenzminimum* 丈を残して毎日の所得の額として給付すべき金額を成すものである。日

定償金を認定する爲には裁判官は犯人の人的經濟的の一切の關係、其の平均の毎日の所得、其の財産の收益、其の扶養の義務や其の生活基準やに立入らなければならぬ。此の生活基準を斟酌することにするときは、財産家の妻や子であつてみづからは何の所得をも有することなき者についても相當の日定償金を定めることが出来ることゝなるであらう。日定償金の意義は例について考へて見ると最もよく判る。人の使用人である甲と乙とが丙を殴打したとせよ。裁判官は罰金（拘留に代へてのことである。尙ほ以下説く所を見よ）を以て充分たるものと認め、先づ刑は犯人の責任に相當すべきものであると云ふ量刑の一般原則に基いて幾何の日定償金を相當とするかを裁判するのである。甲乙兩人の共同正犯としての意思責任は同一なるの故を以て、裁判官は甲乙兩人に對して二十日分の日定償金を言渡したとせよ。今甲乙兩人の毎月の所得額は三百ライヒスマルクの同額で兩人共に別々に財産は有して居ないとすると、平均毎日の所得額は十ライヒスマルクと云ふことになる譯であるが、甲が例へば四人の子持であり、乙は之に反して一人しか子供がないとすると、此の十ライヒスマルクの甲乙兩人にとつての價値は決して同一でない。そこで裁判官は諸般の關係のすべてを審査した上で日定償金は甲については一・五ライヒスマルク、乙については四ライヒスマルクと見積るべしと云ふに決着するであらう。従つて判決は、甲並に乙は共同の傷害罪の廉を以て各二十日の日定償金の罰金に處す。日定償金の總額は甲に對しては三十ライヒスマルク、乙に對しては八十ライヒスマルクとすと云ふことになるであらう。即ち刑を量定する際に於ける裁判官の思索は、意思責任の評価と犯人の給付能力の評価



の二つの部分に分たれることとなる。此の第一の方の審査は自由刑の場合に於けると同様であつて、自由刑の場合に拘禁せらるべき日數(週、月)が意思責任の程度に従つて量定されるのと同じやうに、罰金の場合にあつては日定償金の數が意思責任の程度に従つて定まるのである。第二の方の考察は罰金に特有な考察であつて、個人の状況の斟酌であるとか、貧富に依つて差等のない苦痛の平等であることの保證であるとかに關係するものである。かやうな次第で日定償金なるものは裁判官が個人のいろ／＼な經濟上の事情を割出す公分母たるものである。従つて日定償金の制度は特に著しく獨逸の社會主義の理念に合致する次第であつて、實に刑法のどの箇所にも於ても今こゝで見ると到底果すことの出来ないやうな仕事に合致する點はないのである。かう云ふやうなことにすると實際家にとつて到底果すことの出来ないやうな仕事を負擔を負はしめることとなるであらうと云ふ懸念は、根據のない懸念である。現行法(刑法第二十七條c)に依るも罰金を量定するに當つては犯人の經濟的關係を斟酌することを必要とすることになつて居て、即ち今日でも既に日定償金の制度の必要として居るやうな考察を行はなければならぬのである。けれども經驗の教へる所に依れば、實際家は刑法第二十七條cに基いて未だ必ずしも常に個人的に公正な刑の量定に到達しては居ないのであつて、即ち刑罰の害悪の萬人に平等であることを確保する爲には有力な強制を必要とするのである。尙ほ餘りに甚しく規矩準繩に拘泥して杓子定規に墮するのを豫防する爲、法文には犯人の事情を斟酌するのを「自由」たるものと特示してある。

罰金の量定を日定償金の制度の上に移すと云ふことになると、將來は犯罪の輕重や犯人の責任の程度についての判決は從來よりも遙に罰金の終局額 *Endbetrag* からは看取することが困難となるであらう。寧ろ此の判決は日定償金の數について讀み取るの外はないのであつて、従つて日定償金の數は處刑名簿中に記載すべくまた素行證明書中にも反覆することを必要とするであらう。代科刑の量についても同じことが云ひ得られる。蓋し是亦犯罪の輕重に對する關係の由來せしめる所だからである。執行審 *Vollstreckungsinstanz* に於ては日定償金の制度を前記のやうに形成することからして困難の生ずるのを期待するを必要としない。蓋し罰金の總額は判決主文からして明白となる次第だからである。

罰金の寡額を成すものは一日定償金である。妻とか子とか云ふやうな者が受刑者である場合をも配慮する爲に絶對的の寡額をも定めることになつて居る。特に極く貧乏な者にも公正を失はないやうに其の額を一ライヒスマルクとした。多額を定める必要はない。罰金を犯人の經濟的關係に適應せしめるの掟からして、限界はおのづから判明するのである。此の點に罰金と財産の沒收との間の相違があるのである。——從來さうであつたやうに將來も罰金を賦額納付の方法で償却することが出来なければならぬ。同時に納付期間を與へてやることも出来るやうになつて居る必要がある。

罰金刑の適用をば之を科することの適當である場合に制限すると云ふ問題は、罰金を一次的の刑としては裁判官が三ヶ月以下の拘留を言渡すことが出来るしまた言渡さうとする場合に限り規定することに由つて、



草案の解決した所である。従つて裁判官は罰則が拘留のみを法定して居る場合に於ては、自分が三ヶ月を超えない拘留を科さうとする者には常に罰金を科することが出来る。また罰則が拘留と輕懲役とを選擇させるやうに法定してある場合には、曩に拘留の項下で開陳した著想に依り裁判官が當該の犯罪は拘留を以て贖罪することが出来るものと判断した場合に限り罰金を言渡すことが出来るのである。準則として認められるのは犯人の示した犯罪的心情が自由刑を科することを相當と認めしめる種類のものである場合には罰金を見合はすべき旨の原則である。即ち現行刑法典第二十七條の原則は或る程度に於て逆となるのである。其の外罰金は犯人が利得の意圖で行爲をした場合に於ては、常に自由刑に併科するのを許す旨を宣言することになつて居る。従つて各則篇では——一切の刑罰手段を提供することを必要とする大逆内亂罪及び背叛罪の場合を除けば（今日既に一九三四年四月二十四日の改正法の法文に於ける刑法第八十六條及び第九十三條を参照）——罰金を法定することは見合はせることが出来る。

#### 徴收することの出来ない罰金

受刑者の責任にあらずして罰金を全額一度に納付することも出来なければ、また賦額に於て之を納付することも不可能であると云ふやうな場合には、どう之を處置すべきかの問題は獨立の問題である。罰金が重懲役若は輕懲役と併科的に言渡された場合に於ては、主刑に附縁して代科自由刑に服役すべき旨を命ずるに於て別に懸念は存しない。不法に獲得した財貨を直ちにまた蕩盡して了つた者は、罰金を納付することが出

来ないからと云つて別に特にいたはつて貰ふやうな斟酌を期待する譯にはいかないのであるが、最初から拘留の代りに罰金を言渡された場合に於ては趣は異なるものがあり、此の場合に受刑者が罰金を支拂ふことが出来ないと言つて直ちに代科自由刑の執行に移る譯にはいかないのである。こゝぞ罰金の金權政治的性質 *plutokratischer Charakter* の最も忌はしく露呈する箇所なのである。されば刑法は貧富の何れにとつても刑罰の害惡の平等一律を實現する爲の方策をこゝで考へ出さなければならぬ。先づ第一に再應審査しなければならぬのは納付期間を認めてやることに依つて、若は賦額に於てする納付を認めてやることに依つて救済を致すことが出来るかどうかと云ふことであらう。此の執行官廳の擔任に屬する審査は、此の點についての裁判所の裁判をも事後に変更することが出来なければならぬ。かやうにしても尙ほ且罰金を徴收することが出来ないときは、普通自由勞役に由つて罰金を償却することを得しむべきである。適當な勞役を見出すことの困難は此の思想の貫徹を抑制することは出来ない。罰を受けない者から仕事を取上げて了ふやうな、若は其の他罰を受けない者に不利益を與へる虞のあるやうな勞役を念頭に上すことの出来ないのは云ふ迄もないことであつて、此の理由からして私人としての傭主の爲にする勞役は最初から除外されることとなるけれども、社會公共が利益に浴することであつて然も國や地方團體に於ける豫算の缺乏から行はれないである仕事も見出すことが出来る。代科自由刑の執行を避ける爲にはかくの如き仕事を受刑者に配當してやることを必要とするであらう。此の勞役の期間は確定された日定賃金の數からして直ちに判明する所である。受刑



者にかくの如き勞役が提供されたにも拘らず、免責すべき理由のないのに受刑者が出頭しないときは、受刑者は自由人たるにふさはしい形式で刑を贖ふことを諾しないものであることを示すものに外ならないのであつて、かゝる場合には受刑者は——同時に其の不服従に由つて——輕懲役に該當し、常に拘留のみに止まるものではない。かくの如き場合に於ては事情に依つては非常に短期の輕懲役刑をも執行せざるを得ないことは、忍ばなければならない所であらう。

けれども法律は自由勞役を以てしては罰金を償却することの出来ない場合の爲にも配慮する必要がある。罰金の徴收出来ないことが受刑者自身の責に歸着する場合、即ち例へば受刑者が恣に其の作業所を去ることに因つて、又は自分の財産を移動することに因つてわれからに罰金の納付を不可能ならしめたとき、又は受刑者が其の後直ちに累犯となつたとき、又は其の前科の故を以て特遇を受けるのにふさはしからぬときなどは別段の困難を生せしめるものではない。是等の場合はすべて國政府の施行規則に依つて詳細に劃定せらるべき所であらうが、是等の場合に於てはすべて自由勞役を提供するのは適當ではあるまい。此の場合にあつては直ちに代科自由刑としての代科拘留 *Ersatzhaft* を執行しなければならない。之に反して適當な勞役を供給することの出来ない場合にあつては事態は遂に困難なるものがある。勞働市場の困難であるのに顧みるときはかゝる場合の絶對に無いことを保し難い。尙ほまた受刑者が身體上の原因から裁判所側の提供し得らる種類の勞役は給付することの出来ない場合も考へなければならぬ。此の兩種の場合に共通であるのは受

刑者はまつたく勞役に依つて罰金を償却する意思があるのであるが、受刑者に對して彈劾する譯には全然いかな原因に由つてその志を遂げることが出来ないこと云ふことである。此の場合には受刑者の状態に改善を來すのを待つ爲に罰金の執行猶豫を許すと云ふことが問題となり得る。考試期間附で罰金の執行を猶豫する方法で間に合はせることも出来る。最後に代科自由刑の執行が不當な苛酷である虞のある場合には、執行官應は代科自由刑の執行を行はない旨を命ずるの權を有することになつて居る。

### 收公の宣言

第三種の財産刑と看做すべきは收公の宣言 *Verfallerklärung* である。是は犯罪に由つて不當に獲得した物件若は相當の價額を國の利益に於て收公する旨の宣言をする點に存する(現行刑法典第三百三十五條參照)。收公の宣言は一種の絶對的の刑を成すものであつて、犯罪に因つて得た利益、特に犯罪に對して提供された報償の犯人の手に殘存するのを阻止することを目的とするものである。此の刑は將來重大な意義を有することとなるであらう。蓋し罰金が日定償金制度に立脚するやうになる結果として、犯罪に由る利得は(現行刑法第二十七條。第二項に依る場合とは異り)もはや罰金にとつての標準たるものではないからである。犯人の追求した利益の額は意思責任の程度にとつては重大な意義を有する次第であつて、従つて其の科すべき日定償金の數を定める上に重大なる意義を有するであらうが、併し罰金は數上犯罪に由來する利得を超過せざる



べからざるものであるとする規定は、曩に述べた意思刑法の著眼点とは兩立し難い。犯罪に由る利得を犯人から取上げる必要があるとすれば、それは將來は收公の宣言の方法で行はれるであらう。收公する旨を宣言された物件を確めることの出来ない、そして價額に相當する金額を取立てることの出来ない場合には、代料自由刑を科せざるを得ないのである。

罰金並に收公の宣言に關する規定をもつと明確ならしめる爲に、以下に委員會の企てて居る規定の法文を報告することにする。

第a條 利得の意圖に由來する犯罪の場合に於ける罰金、

犯人がみづから利得するの意圖に於て行爲を爲したるときは、自由刑に併科して罰金を言渡すことを得。此の罰金の多額は無制限とす。

第b條 拘留に代る罰金、

法律が拘留のみを法定せるとき、又は輕懲役と選擇的に拘留を法定せるときは、三ヶ月を超えざる拘留の代りに一日乃至九十日の日定償金の罰金を言渡すことを得。犯人の證明したる犯罪的心情が自由刑を言渡すことを必要ならしむるときは、此の罰金を見合はすべし。

第c條 罰金の金額、

罰金は一日定償金の一倍若は數倍の金額とす。

日定償金は犯人の人的及び經濟的關係を自由に斟酌して量定すべし。

言渡したる日定償金の總額は判決中に於てライヒスマルクを以て指定すべし。罰金の寡額は法律に別段の寡額を規定せざる以上はライヒスマルクとす。

罰金は納付期間を認め若は賦額を以てする納付を許しても之を科することを得。

第d條 自由勞役を以てする罰金の償却、

受刑者が拘留の代りに言渡したる罰金を納付すること能はざるときは、行刑官廳は追加的に納付期間若は賦額納付を許し又は裁判所の此の點についての裁判を受刑者の利益の爲に變更することを得。

前項の處置にも拘らず罰金を徴收する能はざるときは、普通自由勞役を以て罰金を償却すべし。

勞役日數は日定償金の日數に相當す。細目は國政府に於て之を定む。

第e條 自由勞役を以てする罰金の償却に代る代料自由刑、

受刑者が罰金を償却する爲に自己に配當せられたる勞役を果すことを得べきに拘らず充分なる理由なくして其の配當せられたる勞役に從事せざるときは、輕懲役を以て罰金に代ふるものとし、其の刑期は從事せざる勞役日數に相當す。

受刑者に自由勞役を指定することを得ず、また刑の猶豫を認むるも受刑者をして罰金を納付する



を得しむべきを期待すること能はざるときは、罰金の代りに拘留を科するものとし、其の刑期は言渡ありたる日定償金の數に相當す。受刑者が専ら自己の一身に存する原因に由り自己の責任に非ずして罰金の償却を目的とする自由勞役に従事すること能はざるか、又は他の理由に因り代科自由刑の執行が不當なる苛酷たるべきときは、行刑官廳は代科自由刑の執行を行はざる旨を命ずることを得。

第f條 自由刑に併科して言渡したる罰金の代科自由刑、

自由刑に併科して言渡したる罰金を徴收する能はざるときは、之に代ふるに罰金の附隨せしめられたると同種の自由刑を以てす。

此の代科自由刑は判決中に於て之を確定すべし。此の代科自由刑は一日以上二年以下とし、全一日を以て計算すべし。

第g條 收公の宣言、

如何なる場合に物件の收公の宣言 *Verfallerklärung* を命じ若は許すものなりやは、法律の特に定むる所とす。

收公を宣言せられたる物の所在を確むる能はず且其の價額に相當する金額を徴收すること不可能なるときは、收公の宣言を實行する代りに收公の宣言を附隨せしめたと同種の自由刑を執行すべし。

收公の宣言が罰金に附隨せしめられたる場合にあつては拘留を執行すべし。

第f條第三項を準用す。

## B. 保安、矯正及び治療の處分

刑法は意思責任に對して反動作用を及ぼすと云ふ次に制限することは出来ないであつて、寧ろ民族協同體を有効に保護する利益上、保安の處分や或は更に一步を進めて矯正の處分をすら包含することを必要とするものであることは、今日ではもはや全然争はあり得ない。治療の處分についても同じことが云ひ得られる。とは云ふものゝどの處分も大抵は數多くの目的を追求する次第なのであるから、此の三つの部類に従つて個々の處分を區別することは適當でない。例へば保安監置 *Sicherungsverwahrung* の處分は保安の外に矯正の目的をも追求するものであることは、本人を保安監置に留めることの必要の有無を時々審査すると云ふ點に表明されて居る通りであるし、療養所や養育院 *Heil- und Pflegeanstalt* への收容は保安的治療的作用を目的とし、勞働留置所への收容は初回の際には寧ろ矯正的作用を目的とするものであるが、其の反覆される場合には寧ろ保安的作用を期するものである等である。けれども處分の名稱を表示する上に於ては保安及矯正を目的とする處分の外に、治療を目的とする處分をも擧げるのが適當である。



處分を具體的に形成するに當つては委員會は一九三三年十一月二十四日の法律に立脚し、一九三四年三月二十三日の國外追放に關する法律と一九三五年七月二十八日の法律に依る改正を斟酌して構築することが出來た。けれども委員會は第二讀會に於ては各個の問題を再應周匝に審査した結果、若干の相當重要な改正と加補と行ふに至つたのである。

一九三三年十一月二十四日の法律は、所謂「二元主義」Zweispurigkeitを執つて居たのであるが、之を止めて「一元主義」Einspurigkeitを奉ずる必要は委員會の認めなかつた所である。惟ふに二元主義は徹頭徹尾意思刑法に合致する所以である。蓋し刑は責任ある意思を罰するのであるし、保安、矯正若は治療の處分は責任ある意思の存否や其の大小とは關係なく、専ら民族協同體を保安する理由からのみ科せられるものであるからである。此の兩者を合一する所謂保安刑 Sicherungsstrafe は二種の反動作用の機能を果すことは到底出來ない。苟も刑は責任に相當しなければならぬのであつて、意思責任の程度上例へば一年以上二年以下の自由刑を受けるに値ひする犯罪について、保安の理由から八年若は十年乃至は十五年すらもの自由刑を科すると云ふが如きは、どんな裁判官でも敢てすることを拒むであらう。否、裁判官は寧ろ之を不當なりとして拒絶するであらう。犯人が限定歸責能力者である場合を想定すれば、此のことは特に一層はつきりとするのである。されば正義の思想は斷然二元主義に賛成するものと云はなければならぬ。單一刑 Einheitsstrafe を唱道する論者の主たる論據は拘禁を伴ふ保安處分の執行は、實際上殆ど刑の執行と區別することは出來な

い旨を指摘するに在る。けれども此の論據は行刑の改正の實施された後にあつては著しく其の貫徹力を失ふであらう。所が保安施設内では特に特別豫防的目的を追求する刑務所の設備は著しく、控へ目にされるであらうから、將來は刑務所は保安監置や勞働留置とは極めて著しく區別されることとなるであらう。かくの如くにして保安監置施設に於ける刑の加嚴は消滅する。此の區別の結果は例へば勞働留置所への附託の基礎を成すであらう犯罪について特に顯著なるものがあるであらう。此の犯罪は將來はもはや拘留のみを以て罰せられるものではなくて、輕懲役を以ても處罰されるのであるから、特に累犯者については曩に言及した短期輕懲役刑の峻嚴な執行が適當するであらう。此の行刑の勞働留置との相違は本人は確に感知するであらう。(保安處分を適當な植民地で執行することの出來る國々では、刑と保安處分との間の相違は一層顯著なるものがあるのである)。委員會はかやうな次第で二元主義を墨守したのである。

只最初に先づ刑を執行して然る後に處分を執行すべしとする原則を窮屈に固執するのは、必ずしもすべての場合を通じて適當ではないと云ふ論旨の點に於ては、單一刑の論者に左袒することが出来る。即ち治療處分については先づ治療を行つて然る後に刑を執行するの道を選ぶ必要のあることが少くない。従つて從來既に此のことを許して居る刑事訴訟法第四百五十六條b第二段は當然之を存置して刑法典中に繼承すべきである。其の外先づ刑を執行した後治療處分の必要なしと認められるとき、例へば刑務所が節制治療を實施して其の効果を擧げたときなどにあつては、治療處分の執行を見合はせるの權を行刑官廳に與へることによ



るのが適當であらう。

處分は裁判所が判決の言渡に際して命すべきものとして居る點に於ても、委員會は常習的犯罪人取締法の先蹤を追ふものである。近頃刑の効果は刑期の満了するときに及んで初めて刑期中に集積した觀察に基いてのみ見通すことが出来るのであつて、従つて公安が尙ほ保安處分を必要とするものであるかどうかの問題は、往々刑期の満了する頃に至つて初めて決定することが出来るのであると云ふ理由を以て、保安處分についての決定を刑期の満了するまで延期するのを可なりとする運動を生ずるに至つた。けれども委員會は此の思想には與しなかつた。若し保安處分に関する裁判を猶豫することが出来るものとするなら、裁判所は恐らく屢々此の方法を執るに至ることであらう。かくの如くにして刑期——恐らくは長期に亙る——の満了する頃になつて初めて保安處分について裁判をすることゝなるとしたら、犯罪と保安處分との關係は普通失はれて了ふであらう。従つて刑務所内に於ける犯人の行狀が保安處分についての裁判の基礎となる譯である。併し乍ら刑務所内に於ける犯人の行狀は、犯人の危険性や犯人の犯行反覆の危険についての判断を推斷するを得しめなことが少くない。極く危険な犯人に限つて刑務所内では浴し得られる丈の寛典には浴し得んが爲に、そしてまた自分の刑務所内での生活を出來得る限り安易ならしめんが爲に、非常に從順の態を示すことがよくあるのである。従つて裁判を猶豫するのはそれこそ失策を助長する虞がある。行刑上に於て刑が犯罪人に非常に著しい作用を及ぼし、従つて犯罪人を目して危険なりとする必要がもはやなくなつたことの判明した場合に

あつては、保安監置を開始するに當つて直ちに引續き保安監置を実施する必要があるかどうかを審査するの道は、敢て改正刑法を俟つまでもなく今日既に成立して居るのである。成る程犯罪人の状態は年月の経過するにつれて變動することがあるものであるから、判決を言渡す當時選定した處分が保安にとつて問題となる時期に民族協同體の保護を最もよく保證するものであるかどうかと云ふことは、必ずしも常に見通すことは出来ないとする考は確に正當であり、此の理由からして保安監置と治療所との更代を可能ならしめるのが望ましいことが判つた。即ち例へば囚人が監房神經衰弱 *Zuchtrausknall* に罹つたとき、又は逆に歸責無能力者若は限定歸責能力者が其の精神の疾患からは癒えたけれども社會的には危険たることを失はなるときなどである。されば委員會はかくの如き場合については此の二つの保安處分の間に代換 *Vikariieren* を爲すことを得しめることゝした。保安監置の経過中に必要となつた審査の結果、被監置者は治療所に移す方が適當であるとき、又は其の逆の場合には別の形式の拘置を施すべき形式上實質上の條件が具つて居るとき、即ち保安監置の場合にあつては普通前科三犯の條件が具はつて居るときは、相當の移送を許すことになつて居るかやうな方法で保安監置と療養留置との間の選擇に関する裁判であつて、後に至つて不適當であることの判明したものも事情に依つては變更することが出来る。例へば或る者を療養所へ收容した所がそこで實際は假病人であることの化の皮が剥がれたけれども社會的に危険な人間である場合などがそれである。是は望ましいことであると云ひ得られやう。蓋し裁判所は必ずしも常に確實に疑はしい場合を發見することは出来ない



のであつて、二つの處分を同時に言渡して其の選擇は行刑當局に一任する——RGSt. Bd. 69 S. 129 (131)を参照——の逃げ道は必ずしも常に利用されるものではないからである。

具體的の點については常習的犯罪人取締法に次のやうな修正を加へることが企てられた。先づ一番重い處分として保安監置から始めるべきであらう。委員會は學說が往々にして保安監置の條件を危険な常習的犯罪人に對する加嚴刑 *Strafscharfung* から解離するのを推稱して居るけれども（刑法第二十條 a を参照）、それは果して實施することの出来るものであるかどうかを審査して見た。其の結果從來數個の罪となる單行の行爲は存するけれども營業犯若は常習犯又は連續的の行爲として認められる所から、是等の數個の罪となる單行の行爲が法律上は一體たるものとして評價される場合にあつては、保安監置に拘置するところが不可能であるのが妨害の作用を及ぼすものであることが判明した。併し本報告の刑の量定に關する論稿中には、是等の困難には危険なる常習的犯罪人に對する罰則の法文を更新するに當つて、充分對應の處置を講ずることになつて居る旨が論せられて居る。かやうにして常習的犯罪人に對する保安監置の條件と加嚴刑の條件との間の關係を弛めることの主たる論據は斟酌された譯である。委員會は其の外背叛罪の場合（刑法第九十三條參照）と相並んで一つの犯罪に基いて既に保安監置を許す必要を承認することの出来る尙ほ他の場合を認めることに決した。即ち風俗に關する犯罪の範圍内で、犯人が刑は未だ以て累犯を防止する爲の必要な制止作用たることが出来ないといふ斷案を、是認せしめるに足りる徳性上の缺陷や變質を示して居る場合に

は保安監置を許す必要を存するのである。是は特に限定歸責能力者について實際となり得る所であるが、併し完全な歸責能力者についても亦然りとする。蓋し精神病者は往々にして完全な歸責能力者と看做さるゝを得ないからである。されば或る犯罪に基く保安監置は、犯罪が強姦、凌辱、姦淫行爲の強要、兒童との姦淫行爲若は男子間の重い姦淫行爲であつて犯人の變質に基き且犯人の人格上風俗に對する同種の侵害の反覆を懸念せざるを得ない場合にあつては、既に之を許すことになつて居る。只是等の場合は飽くまでも特別の例外でなければならぬのであつて、従つて此の規定は充分な注意を以てしなければ行使してならないのは明白である。

之に反して委員會は、前科三犯を條件とする通常の場合に於ては少くとも一度は重い自由刑に服役して居ることを必要とするといふ要求には聽従することを拒んだ。初めて判決を受ける犯罪人であり乍ら既に非常に數多くの犯行を遂げ、然も長い年月の間巧みに法網を免れて居たと云ふやうな者は決して稀ではないことは經驗の示す通りである。かやうな場合については最初の判決で既に保安監置を言渡すことが出来るやうになつて居る必要がある。

委員會は勞働留置の制度は存置する心算である。之を廢止して勞働留置所に收容されて居る者は之を保安監置に移さうと云ふ提案は容れなかつた。蓋し其の犯行上勞働留置にとつて問題となる志操の不安定な反社會的性格者は勞働留置所に收容するのが極めて適當なのであり、また之を保安監置に留置するよりも遙に經



費を費さないで済むからである。労働留置の制度が効果を擧げるや否やは同種の人間が之に附託されるや否やに繋るのであるから、労働留置の適用範囲を是れ以上擴張することは見合はせた。只扶養義務違反の場合又は労働留置所への附託の從來の場合以外に將來も斟酌することになつて居る。蓋し是等の場合については從來既に行政上の方法で類似の施設への收容を規定することが出来たからである。(一九二四年二月十三日の保護義務令第二十條参照)。

酒癡矯正所 *Trinkerheilanstalt* 竝に節制所 *Entziehungsanstalt* は存置しなければならぬ。現行法上では此の點に關して犯人が歸責無能力なるの故を以て處罰することも出来ず、さりとてまた犯人は社會的に危険でなく只治療を必要とするに止まる丈である爲に療養所に附託することも出来ない場合には、處分が許されないことになつて居る程度に於て缺陷を存するものである。かやうな次第で歸責無能力の状態に於て酩酊する者は捕捉することは出来ないのであるが、然も癲癇病者にあつては往々にして其の發作の直後に癡醉毒を欲求する念の熾烈なるものがあるので、以上に述べた所は特に此の種の癲癇病者に該當する次第である。此の種の人間は決して精神病者たるものではなく、然も節制治療は必要とするのである。されば此の種の人間については酒癡矯正所若は節制所への收容を規定する必要があるのである。

療養所及び養育院についての規定は別に修正する必要はない。治療處分については以下の特則の適用がある。裁判所が受刑者は將來みづから犯行より遠ざかる丈の力を

有するものと期待する場合には、裁判所は判決中で考試期間の間酒癡矯正所若は節制所への收容、労働留置所への初回の收容を猶豫し、限定責任能力者にあつては療養所竝に養育院への收容をも猶豫するの權限を有することになつて居る。此の考試期間中は受刑者に特別の義務を課することが出来る。後に至つて收容の必要であることの判明した場合には猶豫は取消される。所が精神病者の多くは嚴しい處遇を威嚇するときは徹底的に善導することが出来るものなのであるから、此の考試期間付の猶豫は少からず拘置の實施の勞を省き得るの見込むことが出来る。けれども此の處分を他の場合、特に保安監置の場合に擴張するのは委員會の受け容れなかつた所である。苟も或る人間にして社會的に危険な犯罪人として認められたとすれば、其の拘置を猶豫するのは此の認定と相容れない納得の出来ない矛盾ではあるまいか。労働留置所への二度目の收容についても同じことが云ひ得られる。保安監置を猶豫するの基礎として保護監督 *Schutzaufsicht* の制度を設けることも認められなかつた所である。保安監置一般の猶豫に對する前記の懸念を除外するにしても、保護監督は本人の民族協同體への再編入を妨げ、甚しきに至つては全然それを阻止する傾があるので小都會に於ては此の制度は有益よりも寧ろ有害であるし、大都會に於ては寧ろ其の効果を擧げることには出来ないと云ふ反對の論據を存する。此の場合には此の制度は實際の上から見て、普通收容を命ずるについての條件とされて居る前科の刑若は前犯の犯罪が、一つ丈け増加されることを意味することゝならう。

收容の期間竝に其の審査についての規定は、大體に於て從來のものと同じであるが、釋放について



の決定は行刑官廳の權に屬せしめる心算である。是は將來公訴の提起までの公判前の手續は檢事に、判決までの公判手續は裁判所に、そしてまた判決後の手續は行刑官廳にそれ／＼主宰させて、此の三者を決定的な責任ある機關に形成しやうと云ふ計畫に合致する所以である。釋放は從來通り常に取消の留保付で行はれるのであるが、併し釋放以來十年を経過し其の間に被釋放者が更めて罪を犯すことをしなかつたときは、もはや釋放を取消す譯にはいかないことになつて居る。かやうにして被收容者にも釋放後の非難を容れない行狀に由つて、完全に民族協同體に再編入される道を開かうとするのである。

恩赦法の範圍内で手續が中止されたとか、又は被告人が犯罪後に精神病となつたとか云ふやうな理由で、被告人に對する刑事訴訟手續を実施することの出来ない場合には、獨立して收容を命ずるのを許すことになつて居る。

去勢 *Entmannung* に關しては次のやうな修正を企てた。去勢を正當とすべき犯罪の範圍を、暴力を施用して又は十五歳未満の少年に對して又は抗拒不能者に對して同性間の性的衝動を満足せしめた場合に擴張した。同性間の性的交渉の其他の場合をも尙ほ包含せしむべきものであるかどうかは、まだ解決しなかつた。犯人の年齢の限界を二十五歳に引上げるのは委員會の認めなかつた所である。蓋し二十一歳乃至二十五歳の間の者であつて去勢を施すことが絶對に必要であると認められた場合も、實際上屢々あつたからである。けれども犯罪の當時滿二十一歳であつたことは前提とされて居る。去勢を強行的に規定するのは委員會

の適當と認めなかつた所である。他の保安手段にあつては結果は明白に確定するのに反し、去勢の場合にあつては其のことがないのであつて、只追求した結果の發生する蓋然性が多いと云ふ丈のことである。そこで裁判所は危険の大小と結果の發生する蓋然性の程度とを、相互に比較考量することが出来なければならぬ。其の間疑の存するものあるときは裁判所は去勢を以てして追求する目的は他の方法、即ち拘置などによつても達成することが出来ないものであるかどうかを考慮するを要する。さればかくの如き場合については去勢と拘置との間の選擇は裁判官に留保されなければならない。之に反して去勢を責任能力者に制限するのはよすのが至當である。蓋し此の處分を責任無能力者についても許すのは、保安處分としての其の性質に適合する所以だからである。去勢は性慾を消滅せしめ若は制限し、従つてまた風俗に關する犯罪の傾向を有効に阻止するに適するからである。

職業の執行の禁止は存置することにした。此の處分は階級的刑法に屬するものであつて、従つて之を階級裁判所 *Standesgericht* の裁判に留保する必要があると云ふことが主張されたのであるが、委員會はかくの如き見解に同することをせずして、寧ろ其の極めて甚しい場合には刑事裁判所に依る干渉を規定するの必要ありと認めた。惟ふに階級刑法の普通刑法に對する關係は、懲戒刑法の普通刑法に對する關係と同じやうに形成することを必要とするであらう。懲戒刑法の領域に於てもこまかい場合は懲戒裁判所の判決に留保されるのに反し、甚しい場合は普通の刑事裁判所で懲戒上の點に關しても職務の褫奪を宣告することに由つて完



結されるのであるが、職業の禁止の領域にあつても重い場合には同じやうに民族全體の刑法に優先的地位が與へられざるを得ない。特に危険な義務違反の場合にあつては終身間に互る職業の執行の禁止をも許すことになつて居る。禁止を即座に施行することが受刑者又は其の親屬にとつて甚しい苛酷を意味する虞のある場合（刑事訴訟法第四百五十六條d）については、職業の執行の禁止を猶豫するの道が存置してある。法人に向つて營業を執行し法律行爲を締結するのを禁止するの制度を設けることは見合はせることにした。蓋しかくの如き處分は責任のない被傭者の職場を奪ひ、無關係の授信者に損害を加へることゝなるの大なる危険を成立せしめるであらうからである。營業の經營の執行の禁止の違反に對する罰則は其の代りとして充分である。職業の執行を禁止された從來の理事若は使用人を引續き其の地位に留めて置く法人の機關は、使用人に依る不適法な職業の執行の教唆若は従犯の罪を犯すことゝなるであらう。

### 沒 收

從來の刑法中に既に成立して居る保安の處分の外に、將來は別段の處分として沒收を認めることになつて居る。現行法については通説は當該の物が犯人若は共犯に屬する場合には沒收を附加刑 *Nebenstrafe* として觀察し、物が第三者に屬する場合に限り之を保安處分として觀察することにして居る。併し將來は統一的に沒收を保安處分として形成するのが適當である。附加刑としての效果は例へば傷害の犯行に使用された道具の

沒收は瑣々たるものである。物が或る犯行と關係を持つて居る場合、即ち物が或る犯罪を犯す爲に若は或る犯罪を豫備する爲に使用されるの用途を有するか、現に使用されたか又は犯罪に因つて造り出された場合にあつては、危険な物を取引から取上げる任務は裁判所に歸屬する。凡そ物は其の種類上危険であるか、又は犯行に關與した者の手中に在るに於て危険であることの判明した場合に、社會公共にとつて危険たるものである。此の範圍に於ての保安處分としての物の沒收を命ずるの權を裁判所に委任するのは、民族協同體にとつての危険を生せしめる人に對する保安處分を命ずるの權を裁判所に委任するのに相當する所以である。

沒收の授權が曩に其の大略を述べたやうに廣汎に形成されると、それは沒收を無關係の第三者の所有に屬する物又は過失に因り犯した犯罪に擴張する旨を規定して居る各則篇の一切の規定を無用たらしめると云ふ長所を有することゝなる。此の場合に引續き必要であるのは沒收を強制的に規定するか又は犯罪の所産たる物 *producta sceleris* でもなければ若は犯罪行爲を爲す爲の道具たる物 *instrumenta sceleris* でない物の沒收を規定する特別の規定のみに過ぎない。今沒收の可能をかやうに廣汎に擴張するときは、沒收を見合すことの出来る場合についての準則を必要とすることゝなる。沒收を見合はせることの出来る場合として擧ぐべきは過失に因る犯罪の外、物が權利者の責任に非ずして犯罪の爲に使用されるの用途を有することゝなり、又は現實に使用された場合である。最後に例へば自動車を以てする故意に因る軽い交通犯罪の犯された場合に、沒收を科さずして済むやうにする爲に過酷匡正の條項 *Härteklausel* を挿入することを必要とするであ



らう。

現行法は只物の没収を認めて居るに過ぎないが、盜賊の團體、賭博の俱樂部、禁止の團體などが犯行の豫備に宛て、居る金銭も亦、現金で共同正犯の手中に在つた場合は勿論、賭金 *Guthaben* として臺上にある場合にあつても没収することが出来なければならない。だから故意に因る罪となる行爲に因つて生じた権利又は其の犯行若は豫備の爲に行使し若は行使するの用途を有する権利をも没収することが出来なければならない。之に反し罪となる行爲に因つて生じはしなかつたけれども獲得はされた物（例へば偽造通貨を以て買ひ入れた有價物）にも没収を擴張するのは適當でない。此の場合にも没収を許すべしとする考案は、若干の場合には同情的であるかも知れないけれども、併し竊盜の場合にあつては困難にぶつからざるを得ない。蓋し竊盜に因つて獲得された物を没収するのは、假令竊盜の被害者に此の物を還付する爲にのみする場合にあつても、不適當であることを免れないからである。かやうに没収を擴張するのは保安の根本思想からも乖離することゝなるであらう。蓋しかやうにして獲得した物は、普通犯人の手中にあつても危険を形成するものではあるまいからである。犯罪に因つて獲得した物 *scelere quaesita* をも關係者から取上げる必要が成立して居る以上は、將來は曩に既に論述した收公の宣言 *Verfallerklärung* の刑が科せられるものである。

現行法と一致して文書、圖畫若は其の他の製作物につき汎く没収の道を規定しなければならない。問題となるのは特に大逆内亂罪の文書や、猥褻の文書である。此の場合には往々にして文書を編輯した者に對して、本人が内容を知り且理解したことを證明し得られないことが往々ある。かくの如き場合に於ても此の文書を取引上から除外することを得んが爲には、其の内容上全然頒布が罪となる場合に既に之を没収するの道を開いて置く必要がある。頒布が特殊の事情の下にのみ罪となるとき、例へば少年の間に頒布するの文が罪となるときにあつては、かくの如き事情の下にする頒布を阻止すべきである。かやうな場合に於ては廢棄處分を沒収に伴はしめる必要がある。

没収の効果は判決の確定と同時に所有權なり若は其の他の權利なりが國に移轉する點に存する。没収は特定人を訴追し若は特定人に有罪の判決を言渡すことの出来ない場合にあつても、客觀的の手續に於ても之を爲し得なければならない。是が條件としては罪となる行爲の外面的構成要件が存在したことを以て充分とせざるを得ない。内面的の構成要件をも前提として、訴訟上の原因に因つて處罰を行ふことの出来ない場合に限り客觀的の手續を許さうとする現行法上代表的の見解は、餘りに甚しく没収を制限するものである。かくの如き場合を警察に一任するのは充分でない。蓋し警察は權利を國に移轉せしめるの効果を以て差押を行ふことは出来ないからである。——最後に尙ほ何人がが目的物の破壊、毀損、讓渡若は其の他の轉匿に因つて適法若は必要な没収を阻碍しやうとした場合を考慮しなければならない。是は人に對して命じた保安、矯正若は治療の處分の實施を阻碍するのに相當する各則篇の罰則を以て罰すべきである。以上述べたやうな次第なので没収に關する規定の法文は、ほゞ次のやうなものとなる。



## 没収及び廢棄處分

第a條 裁判所は刑の外犯罪を犯す爲若は犯罪を豫備する爲の用途を有する物若は權利、又は犯罪を犯す爲若は犯罪を豫備する爲に行使せられたる物若は權利、又は犯罪に因つて生じたる物若は權利が其の種類上危険なるか又は犯罪に關與せる者の手中に在つては危険なること判明したるときは、其の全部若は一分を沒收する旨を命ず。

犯罪が過失に因つて犯されたる時、又は物件が權利者の責任にあらずして犯罪の爲の用途を有することとなり、又は犯罪の爲に行使せられたるとき、又は沒收が沒收を受くる本人にとつて不當の過酷を意味する虞あるときは、沒收を見合はすことを得。

第b條 文書、圖畫若は其の他の製作物の内容が全然頒布を罪となるものたらしむべき性質のものなるときは、裁判所は其の内容を以て犯したる犯罪についての判決中に於て、頒布の爲に特定したるか又は公に展示し若は提供したる個體を沒收する旨、及び其の製作の爲の用途を有するか若は製作の爲に行使したる版及び型を廢棄すべき旨を命ず。

頒布が特殊の事情の下に於てのみ罪となるときは、裁判所は第一項中に記載したる處分がかくの如き頒布を阻止する爲に必要な以上は、かくの如き處分を命ず。

内容中の除去することを得べき部分のみが第一項若は第二項に依る沒收及び廢棄處分の根據となるものなるときは、命令は此の部分に限定す。

第c條 沒收の言渡ありたる時は、判決の確定と同時に所有權若は其の他の權利は國に移轉す。

第d條 特定人を訴追し若は特定人に有罪を言渡すことを得ざるときは、獨立して沒收及び廢棄處分を命ずることを得。

## 警察監視

現行法の警察監視の制度は全然改造する必要がある。國刑法典第三十九條に記載してある警察監視の効果の中で同條第二號に掲げてあるものは、現在では一九三四年三月二十三日の國外追放に關する國法に依つて規律されて居るし、第三號に規定してある家宅搜索の制限は、將來の刑事訴訟法上はもはや全然意義は有さないであらう。第一號の居住の制限は地方に於ては效力を有するかも知れないけれども、都會地に於ては實施するに甚だ困難で、生活上に再び確乎たる地歩を占めやうとする受刑者の眞面目な努力にとつて、極めて不利益なものであることが明白となつた。即ち從來の形成に於ては警察監視なる制度は無用である。けれどももまだ常習的犯罪人でこそないが常習的犯罪人となる危険に通ずるあぶない道にそれた人間に對する警察上の處分は確に必要である。かくの如き者には警察は自由の制限を命ずることが出来なければならぬ。是はプロイセン邦に於ては一九三三年一月二十八日の命令に基いて、一九三四年二月十日の布告（其の内容は



シュナイダアに依つて報告されて居る。Schneider, Deutsche Justiz 1934 S. 741)に依つて規定されて居る。之に依ると現行刑法第二十條a、第四十二條kの條件と一致する一定の前科の刑を有する者は、邦司法警察官署の處分に依つて警察の許可なくして住居を去り、夜間警察に届出でた住居外若は一般に公の場所に滞留し、自動車を運轉し、或る種の廣告を掲載することなどを禁せられることがある。命せられた負擔に反するときは保護拘禁 Schutzhaft が行はれる。前科者の自由を制限する警察の權限は將來は法律を以て類似方法で規律されるものと期待することが出来る。委員會は從來プロイセン邦に於けると同じやうな制限が上級警察官署の命に基いて行はれると云ふ條件の下に、各則篇中に一規定を設けて主管警察官署に於て將來の犯行を豫防する爲に本人に課した義務に違反した者を輕懲役に處することゝするのを推稱した。是等の違反行爲のすべてを公正に判斷することを得しめる爲には、別に一つの刑の範圍を設けることが必要である。其の極めて輕微な場合は刑事訴訟法第五十三條に依つて處理すればよからう。違反行爲に於て重大な種類の犯罪の傾向が露呈した場合には、此の罰則に依る有罪の言渡は危險なる常習的犯罪人に對する罰則の意味に於ての前犯の犯罪 Vorlat として評價することが出来るであらう。従つてまた保安監置の條件たることも得るであらう。

## 六、刑の量定

參與 ドクトル・レオポルド・シェーファー(國司法省)

### A. 第一讀會の結果

#### (一) 刑の量定に關する通則

刑事裁判官の仕事は三つの事柄を包括する。犯行を解明することが其の第一である。認定された事實關係が果して罪となるものであるかどうか、若し罪となるものであるとすれば何れの規定に依つて然るものであるかを審査するのが第二である。そして最後は正當な刑や又は其の他の處分を確定することである。法律學者の中には此の三つの仕事の中初めの二つ丈を極く重要なものであると現に見て居る者があり、若は少くともあまり遠くない往年迄はそう云ふ風に見て居た法律學者が随分あつたものである。併し本當の裁判官や間違つた教育を受けなかつた一般の民族的同胞にとつては、一番大切なのは刑の量定と云ふことである。ましてや犯人にとつて一番大切なのが刑の量定であるのは云ふ迄もないのであつて、民族的同胞は只刑種、刑量、竝に若し同時に其の他の處分が命せられたのだとすれば此の命せられた處分に基いてのみ、犯罪をどう判斷す



べきかの斷案を下すことが出来るに過ぎないのである。刑の量定を正しく運用することは、獨り犯人の運命を決するのみに止まらず、また犯人の生存の全部を決定することが稀でない計りでなく、就中同時に犯罪に對して民族協同體を保護する所以の程度をも定めるものである。されば刑の量定こそは新刑法が特別の用意を以て規律しなければならぬ所であつて、新刑法が實際上に果して役に立つか立たないかは、一に此の立法上の任務の成否如何に繋るものである。

けれども刑の量定や其の規律は、別の原因から云つても刑法の爾他の内容以上に卓絶した意義を有するものである。蓋し刑法の精神は他の章中に於けるよりも遙に立優つて、刑の量定竝に其の規律に於て反映するからである。刑法典が自由主義的であるか、それとも權威的であるか、個人主義的であるか、それとも社會主義的であるかは、刑の量定に對する其の著眼の點に特に著しく表明されて居るのである。這般の關係は從來の自由主義的刑法草案を立案した人々の既に識認した所なのであつて、従つて是等立案者は刑の量定について個人主義的考察方法を指示し、同時にまた其の根本觀念上極めて重要な刑罰の目的である特別豫防を、刑の量定に關する章の劈頭第一の規定中に表明したのである。

今度の新刑法も亦以上に述べたやうな理由から、刑の量定に關する通則を抛棄することをしないであらう。否、新刑法は此の大原則の特に重大な意義を有するのに顧み、法律に先行する前文 *Vorspruch* 中に此の大原則を掲げるものと豫見される次第であるが、新法の刑の量定に關する通則は前にも既に一寸述べた通

り、從來の草案の規律とは内容上非常に著しく區別されるものである。從來の草案は刑を量定するに當つて、當該の犯罪ほどの程度まで犯人の憎惡すべき心情 *Gesinnung* 又は意向 *Willensrichtung* に立脚するものであるか、どの程度まで犯人に對して彈劾する譯にはいかな原因に基くものであるかを考量するのを以て、裁判所の主たる任務たるものであると宣言して居る。其の際裁判所は特に動機、犯罪への刺戟、犯人の追求した目的、犯罪に施用した意思の強弱、其の使用した手段、犯人の辨別力の程度、犯人の意思に及ぼす病的若は類似の障礙の影響、犯人の經歷、犯罪の當時竝に判決言渡の當時に於ける犯人の人的、經濟的關係、犯人の責任たる犯罪の結果及び犯罪後に於ける犯人の行狀、特に犯人は犯罪に因つて生じた損害を回復しやうとして努力したかどうかなどを斟酌することを必要とすることになつて居た。是等の著眼點の大抵のものは確に刑を量定するに當つて斟酌しなければならない所なのであつて、新國家に於ても決して之を閑却してはいとするものではないのであるが、併し是等の著眼點は從來の草案に規定されて居たやうに主たる役割を演ずることは新國家に於ては許されないのであつて、是等のものは民族全體の意義の前には屏息せざるを得ない。今新刑法の根柢を成して居る觀念に依れば、刑は刑種及び刑量上就中犯人が全體に對して罪を犯したものであつて全體に對して自分の行爲の責任を負ひ之を贖ふことを餘儀なくされるものであることを表明しなければならぬ。新刑法の刑は犯人自身は勿論他の何れの者にも、各個人は全體に對して自分の行爲についての責任を負はざるを得ないのであり、民族協同體内に於ける生活についてはカント派哲學者シラアの「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」 Du kannst, denn du sollst. の金言があてはまるものであることの意識を喚起し、之を鞏固ならしめることを必要とするものである。此の意味に於ては刑罰なるものは、民族協同體の擁護の必要に適合しなければならない。即ち犯罪が民族の生活條件を侵害すること愈々大なれば、刑は益々重からざるを得ないものである。各個の犯人の人格は此の社會主義的根柢の上に初めて觀察することが出来るのである。其の程度に於ては既に別の關係に於て説明したやうに、新刑法を支配することになつて居る意思刑法の諸原則は、此の場合に於ても基準を與へざるを得ないのである。従つて犯人の犯罪的意思は充分注意しなければならない。此の犯罪意思を認識する爲の淵源として必然的に役立つのは、民族の生活力と平和の秩序に對する侵害の方法であり、犯人の責任に歸著する犯罪の結果であり、また或る程度までは犯罪後に於ける犯人の行狀でもあるのである。

それ以上細目に互つて刑の量定事由 Strafzumessungsgrund を列擧するのは、新刑法としては避けるのが適當であると思ふ。また從來の草案に見るやうにいろ／＼な著眼點を單に列擧するに止めるやうなやり方も、しない方がいゝと思ふ。法律は少くとも一つ／＼の著眼點が刑を加重するの作用を及ぼすのであるか、それとも之を減輕する作用を致すのであるかを明確にする必要があらうが、そう云ふ風に構成した所で、列擧は必然的に欠缺を伴はざるを得ないであらう。加之此等の刑事裁判官にとつての規矩準繩たるものとして考案されてある標準が、それに對して上告を爲すことを得べき法條たらしめられることゝもなれば、是等の著眼點の

列擧は無用な上告を刺戟することゝなつて利益どころか寧ろ損害を來さないでは置かないであらう。刑の量定についての通則は確に裁判官に其の刑を量定するに當つての仕事の目標を示すものであらねばならぬが、併し此の規則は決して裁判官の裁判官としての裁量に餘りに甚しい制限を課するものであつてはならぬ。何となれば此の領域に於てこそ裁判官の裁量は絶對的に保障されてあることを必要とするものだからである。上告審を畏怖するの念に強制されて法定の刑の量定事由を機械的に認定するが如きは何人の奉仕にもならないことである。犯人其の人にとつてすら奉仕にはならない。況んや第一著に擁護しなければならない筈の社會公共の利益には毫も益する所はないのである。

法律が犯人の責任に歸著する犯罪の結果を擧げるのは、之に依つて同時に犯人の責任に歸著しない結果は刑を量定するに當つても斟酌する譯にはいかないことを表明するものである。だがかう云ふことは意思刑法の本質と相容れないものではあるまいか。各個の被害者に加へられた不法に對する贖ひについても、新刑法は別に規定する所はない。かくの如きは消極的半面に於ける個人主義であつて、犯人の利益を一方的に斟酌するのと同様現代の刑法には適合しないであらう。最後に新刑法に於ては從來のどの草案中でも過當に高調されて居た犯人の社會復歸の見地も擧げられないであらう。此の本來自然的に成立する民族の義務は、刑罰の結果を定めるに當つて既に之を果すことは出来ないのであつて、寧ろ行刑に於て初めて之を果すことが出来るに止まるのである。



以上に説明した刑の量定についての原則は故意に因る所爲にあてはめてある次第であるが、刑法は汎く過失に因つて犯した所爲をも處罰することゝして居るのであるから、立法者は過失についても據つて以つて刑を量定すべき基準となる原則をも定めて置くのが適當である。此の場合に標準となるのは、民族的同胞に對する犯人の輕卒と無頓著とがどれだけの大きさであつたかと云ふことであらねばならぬ。加之犯人の惹起した危険と損害をも斟酌する必要があるのである。

刑の量定に關する一般的原则は、刑事裁判官に與ふるに刑種を選択し、刑量を定める上に於ての指示を以つてするのであつて、裁判官は是等の原則に基いて附加刑（罰金、名譽刑）を科すべきであるかどうか、若し之を科すべきであるとするれば如何なる附加刑を如何なる程度に科すべきであるかについての斷案をも推論することを必要とするであらう。而して刑の量定に關する一般的原则は或る程度に於ては保安及び矯正の處分を適用し、竝に刑を留保しての訓戒 *Verwarnung mit Strafobehalt* などで事足るのではないかどうかについて決斷する上に於ての準則ともなり得るであらう。

罰金の量定についての原則に關しては「刑」に關する報告中に於ける論述の參照を求めることとする。（譯者曰、本報告の第一版には本版の代りに左の三版が載せてあつた。）

「罰金の量定に至つては、特別の追加的規律が必要である。由來罰金なるものが餘り役に立たない刑罰手段であることは、既に刑罰組織を論究するに當つて詳細に論じた通りなのであるから、立法者は刑の量定に關

する規定の範圍内に於ても、極力此の危険を豫防する必要がある。此の豫防は現行刑法典第二十七條c第一項を適當に改善した規定に依つて行はれて居るのであつて、之に依れば罰金は犯人の生計と經濟上の關係に適應することを必要とする。尙ほ此の場合には犯人の生計を念頭に置くべく、犯人の所得を念頭に置くべきではない。蓋しきもないと富裕な者の妻子は自分自身には何の所得もないに拘らず、夫なり、親なりの多額の所得の惠を享けて豊かな生活を營み乍ら、殆ど何の痛痒をも感じないやうな少額の罰金を科せられることがあり得るからである。

罰金の量定はもう一つ別な點に於ても補充的の規律を必要とするものである。即ち立法者は犯人が犯罪に因つて收受した利益の一部分のみを以て、特に犯罪に對して與へられた報償の一部分のみを以て罰金を納付し、其の犯罪的行爲に因つて尙ほ利益を收めつゝあると云ふやうなことのないやうに、注意しなければならぬ。此の弊害は、罰金は犯罪に因つて收受した利益、特に犯罪に對して提供された報償を超過すべき旨の、現行法（刑法第二十七條c第二項）から踏襲すべき規定の豫防して居る所である。其の際必要な場合には法定してある罰金の法定の多額を超えることを得る旨の刑法第二十七條c第三項の別段の規定は、一般に罰金の多額を無制限たらしめることを企て、ある以上は、之を削除して差支ない。

最後に更に特別の規律を必要とするのは、禁錮 *Festungshaft* と云ふ刑種が殘置され、重い自由刑（重懲役若は輕懲役）と選擇的に法定してある場合に、是が適用をどうするかと云ふ點である。此の場合にあつて



は特別な法文に依つて此の *custodia honesta* (名譽監置) は本當にかゝる斟酌を受けるに値ひするものと認められる犯人に限り科せられるのを保障する必要がある。果して然らば一九三三年五月二十六日の刑法改正法に依つて施行されるに至つた刑法第二十條の新法文を踏襲すべきであらうと思ふ。従つて法令が重懲役若は輕懲役と禁錮との間に選擇を行ふことを許して居る場合に於ては、犯罪が民族の福祉に對して指向されず、且犯人が専ら名譽的な動機のみによつて行爲を爲した場合に限り、禁錮を言渡すことを得るのである。」

## (二) 刑の量定の際に於ける裁判官の裁量の範圍

刑の量定に關するすべての規則、特に(一)の下に述べた刑の量定に關する通則の效力の及ぶ實際上の範圍は、刑を定めるに當つて法律はどの位の範圍内で裁判官の裁量に自由な餘地を與へたかと云ふことに依つて大體左右される。刑を量定するに當つて裁判官に自由を與ふべきであるかどうか、若し與ふべきであるとすれば如何なる程度に於てであるかの問題を審査するに當つては、二つの極端な方法は兎に角大多數の犯罪については全然除外する必要がある。此の二つの極端な方法の中一つは、立法者が當初から確定して居て變更することの出来ない精々恩赦の方法でしか減輕することの出来ない絶對的の刑を法定することに依つてみづから刑を確定する方法である。民族協同體の存立にとつて非常に危険では非とも強制的に死刑を以て罰することを必要とし、立法者が一般豫防の理由から裁判官に輕い刑種への何等かの逃げ道を開放してやることを妨

げられるものと見て居るやうな犯罪もあり得る。けれども是等の犯罪の數は極めて少數でしかないのであつて、然も是等の犯罪にあつても實生活の多岐多端であるのに顧み、極めて特別の態様を有する例外たる場合に民族の信念と調和しない死刑は、既に裁判官の判決中で之を見合はせるの道を開いて置くべきではないかどうかを、眞面目に考慮する必要がある。けれども極めて少數のかくの如き例外たる場合については、刑の必要な減輕を恩赦の方法に留保することも想像し得られる。

もう一つの極端な方法は、立法者がみづからは只禁止を命ずる丈に制限して裁判官に刑を發見するについての完全な自由を認め、従つて裁判官に刑罰手段の等級の全部と、一切の刑罰手段の法定の最少限度から其の法定の最大限度に至るまでとを自由に選擇せしめる點に存する。かくの如き規律は必然的に刑罰法規を適用する上に於ての不平等を導き、構成要件を定めることに依つて達成しやうとした法律的統一の大部分を再び無にせざるを得ないこととなるであらう。

されば立法者は刑の量定を規律するに當つては、是等の極端な方法をも避けなければならない。否、立法者は寧ろ具體の場合に正當な刑を發見するの任務を、自分と裁判官との間に分配することを必要とする。立法者は刑罰の結果を普遍的に規定し、裁判官をして具體の場合に刑を量定するに當つて、是等普遍的規定の目的思想に依つて方針を定めることを得しめるやうにする必要があるのである。裁判官には一面に於て公正にして適當な刑を定めるの餘地を與へると共に、他面に於ては全法域を通じて民族協同體に最大の利益



を約束する刑の量定を達成することの得られる丈の指示を與へなければならぬ。是は立法者の非常に困難な心理學的の仕事なのであつて、此の點に於ける失策はそれがどんな失策であつても實際上には數倍にされ、民族全體に有害な作用を及ぼすことゝなるのである。目標として立法者の念頭に浮ぶのは、如何なる場合にも民族全體を保護するの必要上必要な嚴肅味は保持しなければならないけれども、軽い違反には軽い刑を以て公正な取扱を爲し、共同の利益を保全する爲に必要でないと思つたとき、否、恐らくはまた不利益な影響を及ぼすの虞のあるときなどには、全然科刑を見合はせることをも裁判官に許す規律であらねばならぬ。此の目標は刑罰の範圍を成るべく廣汎に定め、加重規定や減輕規定の一體系を以てして之を補充する方法で達成することが出来る。刑の範圍を廣汎ならしめることが必要なのは、情狀の輕重千差萬別極めて區々たるものゝあるのは殆どすべての犯罪について見られる所だからである。是等輕重の極めて區々たる場合をば豫め刑の輕重に従つて區別することは、各個の構成要件を輕重幾多の部類に分つ場合に限り、爲し得る所なのであらう。だがしかしかやうな處置を執るに於ては刑法典は極めて要領の得難いものとなつて了ひ、それにも拘らずそれゝの場合が正當な制裁を宛てがはれるについての保障は、全然成立することはないのである。法條を適用すべき輕重種々の場合は、只一つの法條を以てして適切に捕捉することを得る丈に典型的になつて居るものではない。具體的の場合の事實關係が少くとも大體の輪廓に於て知れて居る場合に初めて、適當な刑の範圍を狹隘に界限することが出来るのである。だから刑法委員會は從來只暗示的に成立して居た

に過ぎない組織を施行することに因つて、巧みに是等の困難を處理して了はうと考慮した。此の案に依ると、裁判所は上方竝に下方に堅く界限された量刑管轄權 *Strafbann* を與へられることになつて居るのであつて、特に死刑に値ひする非常に重い犯罪を除けば、どの犯罪も二つ若は三つのいろゝな程度の量刑管轄權を有する裁判所の管轄に屬することになつて居る。かう云ふことになると公訴官廳の任務は是等の裁判所の一つに公訴を提起することに因つて、もとゝ廣汎な法定の刑の範圍をば受訴裁判所の量刑管轄權内に屬する、下方及び上方に向つて又は少くとも是等兩面の一つに向つて界限された刑の範圍に狹めるに在る譯であらう。惟ふに此の案を實施することが出来るか否かは、此の案を妨げること疑を容れない刑事訴訟の領域上に於ける困難に、果して能く打克つことが出来るかどうかに繋ることである。之についての終局的の決斷は、刑法委員會はまだ下さないで居る。

### (三) 刑の加重

從來の草案は其の個人主義的の立場からして、通常の刑を變更する場合の規定の先頭第一に減輕に關する規定を置いて居る。さなきだに現行刑法典の支配の下に刑事司法の軟化が其の度を過ぎて居る嫌のあるのに、以上のやうな處置の爲に軟化は一段と拍車のかけられる虞があるのである。將來の刑法典は此の趨勢に對抗しやうとするものであつて、従つて(一)の下に取扱つてある刑の量定に關する通則に、刑の加重に關する



規定を結び付け、最後に至つて初めて減輕に關する規定を持出さうとするものである。

刑の加重については從來の諸草案の規定して居るやうに、そしてまた既に現行法上に其の一部分の實現されて居るやうに、先づ第一に特に重い場合が問題となり、次に危険な常習的犯罪人に對する加重が問題となる。現行法に於ては特に重い場合は、二三の少數の犯罪について初めて規定されてあるに止まり、一番重要な場合は一九三三年五月二十六日並に一九三四年四月二十四日の兩度の刑法改正法に依つて初めて輸入されることとなつたのである。從來の草案は、總則篇は特に重い場合を認める條件のみを定むべきものであつて、特に重い場合に於ては通常の刑種並に刑量は果して變更せらるべきものであるかどうか、若し變更せらるべきものであるならば如何なる程度に於て然るかと云ふ問題は、問題となる構成要件について法律が一特に規律すべきものであると云ふ見解から出發して居るのであるが、刑法委員會に於ては此の規律を踏襲すべきであるか、それともまた特に重い場合は其の法律上の結果に於て全然若は少くとも大體に於て統一的に規律された一般的の刑罰加重事由に高めるべきであるかについての終局的裁斷を、各則篇の審議を終るまで未解決の儘に置くことにした。此の解決は双方乍ら充分の理由を伴ふものであつて、其の既に一致の得られたのは特に重い場合の條件に關してのみである。此の條件は終局的に規律されることにはなつて居ないが、特に重い場合の概念は一九三三年五月二十六日の刑法改正法が詐欺及び背任の特に重い場合について設けた規定に倚據して極く重要な例を指摘することに依つて法文上で解明し、かくの如くにして加重を適用

する上に於ての鞏固な手掛りを實際家に與へることになつて居る。例としては是亦前記の改正法の規定に倚據して、二つの場合を特に擧げることになつて居る。其の一は犯罪が民族の福祉を著しく侵害し又は脅威し、而して犯人は此の事を現實に豫期して居たか、又は當然豫期しなければならなかつた場合であり、他の一は犯人の特に憎惡すべき犯罪意思が犯行の方法に於て、又は他人にとつて重大な損害を故意に因り惹起した點に於て表明されて居る場合である。改正法の前記の規定に比較して此の例示を變更したのは、意思刑法のいろ／＼の原則を斟酌する所以である。

危険なる常習的犯罪人に對する刑の加重については、新法は一九三三年十一月二十四日の常習的犯罪人取締法に依つて初めて施行された、刑法第二十條aの規定を實質上其の儘踏襲して差支あるまい。

以上二つの刑罰加重に關する規定に附縁して、是非共規律しなければならぬと考へられる場合がまだ一つある。此の 경우는餘り頻繁に起る次第ではないけれども、國家の權威が著しく無視される場合なのであるから、適當な規律を缺く譯にはいかない。即ち終身重懲役若は保安監置に拘置される者の者は、現行法上に於てもはたまた從來の草案に依るも、只死刑に該當する重罪をさへ犯すことを避けるならば、別にどんなに重い犯罪を犯しても新に刑を言渡される危険は全然賭さないで済むことになつて居る。かやうな顯著な法の欠缺は、かくの如き場合につき普通の場合に該當する終身間の重懲役の代りに死刑を科するのを認める規定に依つて、之を補正する必要があるであらう。其の際犯人が犯罪の當時尙ほ重懲役若は保安監置に於て終身



間監置中であつたものであるか、それとも施設から逃走中であつたものであるか、或はまた考試付で釋放中の者であつたのであるかは、問ふ所ではないとしなければならぬ。標準となるのは只、これ丈の罪を犯しても尙ほ新に刑の言渡をしないで前の言渡に基いて終身間の監置に復歸させて差支ないものであるかどうかと云ふ一事丈でしかあり得ない。

#### (四) 刑の減輕

刑法委員會は刑の加重に關する規定を規律するに當つては、大體既に現行法に依つて創始され從來の諸草案の踏襲して來た規定に倚據することが出來たけれども、刑の減輕に關する規定を規律するに當つては大部分新しい道を辿ることを餘儀なくされた。既に現行法からして殆どすべての重罪と多數の輕罪とについて減輕情狀 *mildende Umstände* を規定したものであるが、其の結果は遺憾にも刑事司法が慈仁恩恵に顛落するの狀態を現出した。即ち實際上に於ては極めて大多數の場合に於て減輕情狀の認められた犯罪が少くなく、其の結果本來只例外たるに止まるべかりしものが却つて原則とまで増長して了つたのである。かくの如き發達は往々にして刑事司法の軟化の結果を來し、一般の人々が之に對して苦情を唱へたのも誠に無理からぬ所であるが、從來の草案は此の發達の趨勢を停止せしめることをしないで、却つて減輕情狀の組織をばどの犯罪についても例外なしに認められる一般的の制度たらしめやうとした。刑法委員會は此の點に於て全然組織

の變更を企てて居る。即ち將來は通常の刑の範圍はあらゆる通常の場合を通して必ず之を適用すべく、只一番輕い通常の刑もまだ一苛酷に過ぎるものと認められる稀有の特別な場合に限り、通常の刑よりも輕い刑を言渡すことになつて居るのである。此の規律は現に企てられて居るやうに、刑事裁判官に全然廣汎な通常の刑の範圍が、任せられることになつて居る以上は、全然懸念すべき節はない。然もかくの如き規律は必要である。蓋しかう云ふ規律がないと、少數の特に輕微な例外的の場合の爲に刑の範圍を下方に向つて非常に廣く擴げざるを得ないことになつて、實際上刑を量定するに當つて裁判官を全然自由な地位に立たしめるの結果を導くであらうからである。

是等の非常に輕い場合の外に新刑法は從來の諸草案竝に現行法に於けると同じやうに、更に若干の特別な法定減輕事由を規定する必要があるであらう。だが此の場合に刑の範圍の減寛は絶対に若は少くとも原則として強行的に規定すべきではなく、寧ろ單に之を許すものと規定するに止むべきであるのは云ふ迄もない。問題として考慮されるのは次の場合である。單に一時的の狀態に基くに止まり、然もまた本人の責任に因る酩酊に基くにあらざる限定歸責能力、瘡啞、正當防衛若は緊急狀態の程度の超越、單なる從犯の形式に於てする他人の犯罪への加功、犯罪の可罰性の根據となる特別の資格又は關係の具はらない犯人に依る特別犯の犯行、他人に對する誑惑の不成功に終つた場合、犯罪の爲にする自己の提供若は應諾の意思の表示、犯罪の談合、又は犯罪についての眞面目な商議、不作爲に因る犯行などである。犯罪の企圖の不成功に終つた場合



をもこゝに包含せしむべきものであるかどうかは、更に審査を必要とする所である。是等の場合のすべてを通じて刑法は統一的の減輕を規定することを必要とするであらう。此の減輕は通常の刑の範囲内に於て規定されて居る刑の短期寡額を廢止し、又は引下げ、又は重い刑種と平行的に軽い刑種を選択せしめるに在る。個々の場合について刑の減輕が強行的に規定されるものとするならば、更に刑の法定の長期多額の引下も問題となるであらう。とは云ふもの、刑法は刑を減輕する上に於て、從來の草案が規定して居るやうに爾く深入りする譯にはいかないであらう。有期重懲役の代りには、刑期六ヶ月よりも軽い輕懲役を許すべきではあるまい。また該當する自由刑の代りに罰金を認めるのも、もはや現行刑法典（第二十七條b）に於けるが如く三ヶ月未満の自由刑について、又は甚しきに至つては從來の草案に於けるが如く三ヶ月以下の自由刑について認むべきではなくて、寧ろ一ヶ月未満の自由刑についてのみ之を許すべきであらう。此の後なる規律に依つて罰金は一ヶ月若はそれ以上の最低刑を法定してある重い輕罪についてはもはや問題とはならないと云ふ制度を樹立することが出来るであらう。特別の刑罰減輕事由について規定してある刑罰減輕の限度は、曩に述べた非常に輕微な場合についても刑罰減輕の一番下の限界を成すべきものである。

### （五）廣義に於ける刑の量定

本稿（一）、（三）及び（四）の各項で論じた本來の刑の量定に關する規定の外、現行刑法典は廣義に於て刑の量定に

關する規定として評價すべき尙ほ幾多の規定を掲げて居る。此の種類に屬する規定は先づ第一に總則篇のいろいろの箇所に規定してある特別の法定の刑罰減輕事由であるが（四）の下に論じた所を参照）、素質上の限定歸責能力、又は本人の責任に因る酩酊状態の場合に刑の減輕を禁ずる規定、並に特別犯に關與した者の取扱に關する規定なども亦之に屬する。少年犯罪人の軽い處罰に關する規定も亦純然たる刑の量定に關する規定であつて、體系上から云へば本來普通刑法典中に收めらるべきものなのである。其の外此の關係に於ては、本稿（二）の項下で論じた裁判官の裁量の界限、特に刑の範圍の形成並に量刑管轄權 *Strafbann* を認めることに因る刑の範圍の減縮、並に刑罰組織、特に各個の刑種の法定の長短期多寡額の確定、納付期間を猶豫し又は賦額納付を許すことに因る罰金の制限、犯人の利得の意圖を有する場合に於ける罰金の言渡、重懲役及び輕懲役の場合に刑の加重を許すの件などを指摘しなければならない。裁判所に自由な刑罰減輕の權利又は更に一步を進めて科刑を見合はすの權利を裁判所に與へる特別の規定も、純然たる刑の量定に關する規定を成すものである。總則の規定中で此の種類に屬するものは絶對的に不能な未遂、積極的の悔悟、並に正當防衛若は緊急状態の限度を超越した特別の例外たる場合などであり、各則の規定中で此の種類に屬するものは積極的の悔悟の二三の特別の場合、例へば社會的に危険な犯罪に關する積極的の悔悟の場合、及び偽誓の場合に於ける取消などである。數個の法令違反の競合及び連續犯の場合に於ける刑の確定に關する規定も亦、刑の量定に關する規定に外ならない。刑を留保しての訓戒 *Verwarnung mit Strafvorbehalt* も亦、刑の量定と親近な



關係を示すものである。最後に各則篇の全篇に散在する幾多の加重的構成要件や特遇的構成要件も亦、基本構成要件についての刑の量定に關する規定として看做すことが出来るのである。

是等の問題はすべてこゝでは只簡單に之を指摘することが出来るに過ぎないのであつて、其の實際に在るが儘の關係に於て論究することを必要とするのである。

## B. 第一讀會の結果

第二讀會に於ける刑の量定に關する規定の審査の結果は、第一讀會に於てものにした法則を其の根柢に於て保有することが出来た。とは云ふものゝ重要な修正の行はれた點も少くない。

### (一) 刑の量定に關する通則

刑の量定に關する通則は、更に一層簡單なものにされた。從來先頭に置かれてあつた、刑は犯人が民族全體に對して罪を犯したるものなること、及び民族全體に對して自己の施爲の責任を負ひ之を贖ふことを必要とするものなるの主旨を表明すべきものとすと云ふ原則は、もはや法文中には收容されないことゝなつた。云ふ迄もなく其の内容は正當であるとして認められること今後も舊來と同様なるものがあるのであるけれども、此の原則は裁判官が具體の場合に刑を量定するに當つて如何なる態度を執るべきかを推知する基準と

なる刑を量定する上に於ての法則と云ふよりも、寧ろ刑の原因と目的とを示すものであり、寧ろ刑の最も重要な作用の特色を包含するものであることが正當に考量されたのである。此の削除された原則は前文 *Vor-spruch* 又は原則篇 *Grundsätzlicher Teil* 中に收容するのが適當であらう。

第一讀會案に於ては將來の刑法を特に著しく支配すべき筈の意思刑法の諸原則が刑の量定に關する通則中に掲げてはあつたけれども、それが充分に高調してなかつたのは刑の量定に關する通則の從來の法文の別段な缺陷として認められた所である。意思刑法の本旨上、刑は其の種類程度の上から見て當然犯人の責任に相當すべきものであると云ふ思想は、第二讀會の際に於ける刑法委員會にとつては刑の量定についての一重要な基本的法則であると考へられた。さればこそ此の法則は刑の量定に關する通則の先頭、従つてまた刑の量定に關する全章の先頭に置かれることになつて居る。此の原則は故意に因る所爲にもはたまた過失に因る所爲にも平等に適用があるのであつて、そこで第二項では、刑を量定するに當つては犯人の犯罪意思を斟酌すべく、過失に因る行爲の場合にあつては其の輕忽と無頓著の程度を斟酌するを要する旨を規定することに依つて、此の原則を二つの責任形態に分析することになつて居る。過失に因る所爲に關して無頓著の程度が云々されて居ても、之に依つて別様に定められてある未必的故意と過失との間の限界を動かさうとするものではないのは勿論である。第一讀會が企てたやうに犯人の犯罪的意思についての認識の淵源を詳細に劃定する必要は、第二讀會は認めなかつた。尙ほまた是が爲に從來主として規定されて居た「民族の生活力と平和的秩



序に對する侵害の方法」と云ふ字句は、刑を量定するに當つて具體的の場合に裁判官に役に立つ手掛りを與へる爲には、餘りに具體的でなき過ぎると云ふ委員會の意見でもあつた。委員會はまた刑法の法文中の字句としてよりも法律の理由書中で、講演中で、若はまた論文中で用ひられるのを適當とするやうな字句、特に日常生活の些細な犯罪に對して餘りに分不相應であるやうに見受けられる字句の使用されるの可ならずとした。そこで法律の前文中又は原則篇中で平和的秩序に對する侵害の見地を評價する方法が保留されたのである。

責任を故意竝に過失に因る所爲の場合に於ける刑の量定についての共通の最も重要な尺度として取扱ふことに依つて、同時に從來の法文の別段の缺點も避け得られる。從來の法文は過失に因る所爲の場合に於ける刑の量定についての特別の條文を掲げて居るけれども、然も此の點に於て過失に因る所爲について特に斟酌すべき只二つの點が擧げてあるに止まり、過失に因る所爲について同じやうに考慮される別段の著眼點、例へば民族協同體の保護の必要の斟酌とか所爲後に於ける犯人の行狀の斟酌と云つたやうなものは、故意に因る所爲の場合に於ける刑の量定に關する規定中にもみ包含されてあるに過ぎないと云ふ缺陷を持つて居るのである。從來の法文に於けるやうなやり方は、是等の著眼點が過失に因る所爲の場合には全然、又は故意の場合と同じ程度には斟酌されないのであるかの如き誤解を導く虞があるであらう。

此の故意竝に過失に因る所爲について共通に認められる犯人の責任を斟酌する上に於ての法則と關聯し

て、是亦故意竝に過失に因る所爲につき共通に標準となる、斟酌せらるべき他の刑の量定事由が掲げてある。民族的協同體の保護の必要、犯人の責任に由來する危険と損害、竝に犯罪後に於ける犯人の行狀などである。民族協同體の保護の必要は刑に特有の量定事由たるものではなくて、寧ろ同じやうに保安及び矯正の處分の適用について效力を要求するものである。第一讀會の決議に於けるが如く此の量定事由が餘りに甚しく目立たせられることになると、恰も特別豫防的の犯人刑法を造り出さうと云ふ心算でもあるかのやうな誤解を招き易い虞がある。民族協同體を保護する必要を斟酌すべき旨が獨立して規定してあるが、此の斟酌は犯人の直接の責任とは無關係な一般豫防の必要を刑の量定に際して併せ満足させる可能をも包含するものである。民族に親近な裁判は刑事判決のかやうな遠大な作用をも斷念する譯にはいかない。若し夫れ犯人の「責任に由來する」危険竝に損害が云々されてあるのは、之に依つて故意に因る犯罪の場合にあつても、はたまた過失に因る犯罪の場合にあつても、故意又は過失に因る責任である所爲の結果のみを斟酌すべきものであることが表明された譯である。けれども判決が當然民族の間に理解されなければならぬものであるとするならば、故意又は過失に因る責任である所爲の是等の結果は刑を量定するに當つて是非とも尊重する必要がある。犯罪後に於ける犯人の行狀は、犯罪の際に表明された犯罪意思の強弱を推すことを許す程度に於て、刑を量定する上に意義を有することがあり得るのであるが、併し犯罪後に於ける行動が犯罪の當時行爲を指導した犯罪意思の今尚ほ存續して居ることを識認せしめるとき、又は——別の方向に於て——行狀が犯罪意思に



反對する或る程度に於て逆行的の犯人の運動を示す場合にあつては、犯罪後に於ける犯人の行狀も亦斟酌する必要がある。かやうな次第で犯罪後に於ける犯人の行狀は刑罰加重の作用も及ぼすこともあれば、また刑罰減輕の作用を及ぼすこともある譯なのである。

以上述べた通りであるから刑の量定に關する通則は、すべての故意及び過失に因る犯罪につき統一的に左の規定に於て總括することが出来る。

### 第a條 刑罰量定の原則

刑は刑種及び刑量上犯人の責任に相當すべきものとす。

刑を量定するに當つては犯人の犯罪意思 *verbrecherischer Wille* を斟酌すべく、過失に因る行爲の場合にあつては犯人の輕忽竝に無頓著の大小を斟酌すべし。民族協同體の保護の必要、犯人の責任に由來したる危険及び損害、竝に犯罪後に於ける犯人の行狀をも顧慮すべし。

此の規定の第一項が當爲規定 *Sollbestimmung* を成して居るのに反し、第二項は現在規定 *Istbestimmung* を包含して居るけれども、それは上告裁判所に依つて行はれる刑の量定の審査上には特別な意義を有するものではなく、裁判所は當爲規定にも羈束される。刑事訴訟法中に設くべき規定に依ると判決理由は刑の量定にとつて標準となつた見地を示すことを必要とすることになつて居るのであるが、今本審裁判所が例へば責

任の概念を誤認したことが判決理由に由つて明白となつたときは、上告の根據が與へられるのである。他面此の當爲規定は、時間の乏しい爲丈でも裁判官が二言三言で刑の量定の埒をあげる事が出来るやうになつて居る必要のある瑣末事件 *Bagatellsache* に於て、事件を合理的に取扱ふことを容易ならしめる。絶対的上告事由を確定するのは、偶々以て判決中に於て「其の罪責に應じて刑を主文の如く量定す」と云ふ字句が、雛型の儘に反覆されるの結果を導くのみであらう。

第a條は主要な刑の量定事由の一切を網羅して居るけれども、他の著眼點、例へば判決言渡の當時に於ける犯人の人的關係で犯罪當時の責任に觸れる所のある關係と全然異つて居るもの、又は言渡すべき刑に對する犯人の感覺の多少、判決言渡の當時に於ける一般的の政治的若は經濟的状況、犯罪が民族の間に喚起した憤慨の念等、一言にして盡せばあらゆる種類の合宜上の考慮も斟酌されるものである。

### (二) 刑の量定の際に於ける裁判官の裁量の範圍

委員會は第二讀會に於ても別段の刑の範圍を定めることに依つて、竝にまた刑の加重規定と減輕規定の組織に依つて、公正なる刑を發見するについての必要なる餘地を裁判官に與へるの努力を固執した。成るべく少い刑の範圍を以て間に合せて行かうと云ふ第一讀會當時の目標も、原則として引續き追求した所である。とは云ふもの、第一讀會及び第二讀會に於ける各則篇の評議の際には、從來の刑の範圍の數の少い所から生ずるであらう所の刑法上の保護の力の殺がれるのを避ける爲に、元來規定された刑の範圍の數を若干丈け増



加するの必要であることが判明した。委員會は各則篇の第二讀會に於ける別段の審査を留保して、以下の刑の範圍を草案中で使用するに決した。

1. 人權褫奪、
2. 死 刑、
3. 死刑又は終身間の重懲役、
4. 死刑又は終身間の重懲役又は五年を下らざる重懲役、
5. 二年を下らざる重懲役、
6. 重懲役、
7. 六ヶ月を下らざる輕懲役、
8. 三ヶ月を下らざる輕懲役、
9. 輕懲役、
10. 二年未滿の輕懲役又は拘留、
11. 禁 錮、
12. 拘 留、

第一讀會に於て考慮された個々の裁判所についての所謂「量刑管轄權 Strafban」の制度の施行は、更め

て精詳な審査を爲すに及んで其の適當でないことが判明した。此の制度を行ふのに伴ふ訴訟法上の困難と不利益は極めて大なるものがあつて、本來此の制度に關して存在すること疑を容れない利益は、此の訴訟法上の困難と不利益に較べると到底物の數に加へることは出來ないであらうからである。かやうな次第で此の案は拋棄されて了つた。

### (三) 刑の加重

特に重い場合の組織竝に危險なる常習的犯罪人に對する刑の加重は、第二讀會に於ても存置された。

(1) 特に重い場合については、第二讀會に於ては、之を其の法定の結果上全然又は大體に於て統一的に規律されて居る一般的な刑の加重事由たらしめることなく、寧ろ第一讀會に於て假に決議された規律を存置することに終局的に決定した。此の規律に依ると、特に重い場合に於て通常の刑の刑種及び刑量が變更されるものであるかどうか、若し變更されるものであるとすればどう云ふ風にしてあるかは、個々の構成要件についてのみ規律せらるべきものである。尙ほ委員會は從來總則篇中に設けられてあつた特に重い場合を認めるについて條件を劃定することを目的として居た規定を拋棄した。即ち從來の決議に依ると犯罪が民族の福祉を甚しく害し、又は之を脅威したこと、及び犯人が之を豫期して居たこと又は當然豫期して居たに相違ないことを以て決定の契機とするか、或はまた犯人の特に憎惡すべき犯罪意思が犯行の方法に於て、又は重い損害を故意に惹起することに於て表明されて居ることを以て決定の契機とすることになつて居たのであ



るが、此の規律特に第一の場合は、特に重い場合を適用するについての本當に役に立つ手掛りを裁判官に提供する爲には、餘りに規定の内容が乏しいやうに再應審査するに當つて委員會には考へられた。此の規定は特に第二の場合に於ては、刑の量定に關する通則の實際的適用よりも甚しく多くのものを包含するものではない。そこで委員會にとつては、特に重い場合に於て加重刑の規定されてある個々の構成要件につき個々の構成要件を指摘してある適當な例に依つて、裁判官をして特に重い場合を認定するの決意を爲さしむべき著眼點を裁判官に暗示するやうにするのが正しいことであるやうに思はれた。此の例は全體として立法者が特に重い場合と云つて居るのは、一體何を念頭に置いて居るのであるかと云ふ點についての極めて明確な觀念を與へるものである。此の全體としての觀念はかくの如き例示の行はれて居ない構成要件についても、特に重い場合の適用についての役に立つ標準を提供することゝなるであらう。されば委員會は總則篇中に於ける特に重い場合に關する規定の全部を削除して了つた。實際の所是等の規定を存置するについての實質上の理由は存在しないのである。けれども特に重い場合のやうな重要な法律的形態 *Rechtsform* は、少くとも總則篇中で之を擧げて置くのが完全と明確と云ふ理由上からして適當でありはしないかどうかは問題である。或は刑法は普遍的の刑の加重は規定しては居ないこと、及び刑の加重に關する規定は之を各則篇中に求むべきものであることなどを、總則篇中で既に明白ならしめて置くのが適當であると見ることも出来るかも知れない。わたしの考へでは此の問題は、草案の終局的に完成した曉にもう一度審査して見る必要があるであらうと思ふ。

(2) 常習的犯罪人についての刑の加重に關する規定は、其の後實際上の適用についても大體に於て成績を擧げたのであるが、此の規定には極く少し丈しか修正を加へなかつた。特に専ら犯人の人格を指して居る普遍的の規定に依つて、形式的の條件を補充することは全然斷念した所である。かくの如き規律は一九三三年十一月二十四日の法律の施行の最初の時期に嘗めた經驗に依ると、餘りに頻繁に保安監置を科するの結果を導き易い虞れがあるのである。

現行法や第一讀會の決議と異り明示的に明かにされたのは、全體としての評價 *Gesamtwürdigung* は獨り犯人の所爲のみに止まらず、犯人の人格にも及ぶものであると云ふことである。所爲も亦人物を識認する爲の手段としてしか評價することは出来ない。其の外原則たる場合（刑法第二十條a第一項）については新しい犯罪に該る自由刑を重懲役又は輕懲役たることを必要とするのであつて、即ち拘留丈では充分たるものはないことを明かにした。

更にそれよりもつと大切なのは、一つの營業的若は常習的の犯罪又は連續的の犯罪中に少くとも三つ以上の故意に因る單行行爲 *Einzelakt* が包含されて居る場合は、どう取扱ふべきものであるかと云ふ問題である。かくの如き場合に於ても常習的犯罪人につき刑の加重を明示的に許すの方法が考慮された。けれども營業的及び常習的に行はれる同一の構成要件の反覆しての實現が問題たる限りに於ては、かくの如き場合は營



業的若は常習的の犯行あるに於て初めて可罰性の根據が與へられる場合は別として、將來は數罪 Tamneirheit の原則に従つて判斷されることになつて居る爲に、問題は直ちに解決することが出来る。常習的犯罪人の場合に於ける刑の加重に關する規定は其の外諸般の條件を具備する場合に、直ちに適用される。第二讀會に於ける審議の結果上結局同一の要件の反覆しての實現が事實上統一的の決意から<sup>註</sup>出て居る場合に其の適用範圍の制限されることになつて居る連續犯の場合をも併せ包括する爲、連續的行爲の場合には苟も構成要件の實現である以上はどんな實現であつても、此の規定の意味に於ての犯罪（前行の犯罪 Vortat）として認むべき旨が規定されてあるのである。

（註一）一罪數罪の章の九に記す所を参照。

言渡後既に多くの歳月を經過した有罪の判決、又は犯行後多くの歳月を經過した犯罪を斟酌しないこと、して居る規定（刑法第二十條 a 第三項第一段及び第二段）は、解釋上若干の困難を醸した所であるが、現在では第一段は直接第一項に、第二段は直接第二項に結合せしめられることに因つて遙に理解し易いものとなることになつて居る。且又言渡後既に多くの歳月を經過した有罪の判決又は犯行後多くの歳月を經過した犯罪を斟酌しないきまりは、もはや從來のやうに強行的には規定されないので寧ろ裁判官の本分に従つての裁量に屬せしめられる。裁判官は之に依つて古い有罪の言渡又は犯罪を斟酌しない爲に明白に常習的犯罪人である犯罪人に刑の加重に關する規定を適用することが妨げられるであらう特別の場合に、任意に古い有罪の

言渡若は犯罪を斟酌して犯人を常習的犯罪人として取扱ふことに因つて、實體的正義の勝を制するのに助力する道を與へられる次第である。

外國に於ける犯罪 Auslandsstat を内國に於ける犯罪と同視する制度は存置した。けれども獨逸國の裁判所は必ずしも絶對的に外國裁判所の判決の標準に従つて犯罪を評價することを餘儀なくされるものではなくて、裁判官は寧ろ獨立して犯人並に其の犯罪を全體的に評價するの見地の下に斟酌することを必要とするのであるし、また裁判官は此の外國に於ける犯罪自體を犯人の全人格にとつての徴表的な所爲たるものとして認める場合に限り、刑の加重を理由付けるのに之を援用することが出来るのである。

(3) 此の關係に於て序に擧げて置きたいのは、委員會は各則篇の第二讀會に際して、「職務執行の潔白に對する侵害」と題する章中に、犯人が職務の執行中に又は職務の執行に際して行爲を爲したと云ふことは、刑を量定するに當つて加重的意義を有すべき旨の一規定を收容した。單行のいろ／＼な構成要件についても犯人の職務上の地位を濫用して犯罪の行はれた場合は、重い刑を法定することに依つて目立つやうにしてあるのである。

(4) 終身間の重懲役監に於ける拘置、又は終身間の保安監置に於ける拘置を尙ほ將來に控へ乍ら、新なる犯行に因つて終身間の重懲役に該るに至つた犯罪人については、死刑を法定することにしやうと云ふことが第一讀會では企てられたのであつたが、草案は此の方針を踏襲することをしなかつた。現在の決議に依ると



終身間の重懲役は常に死刑と相並んで選擇的にのみ法定してある次第だから、更めて死刑を規定して置く必要はないのである。

#### (四) 刑の減輕

(1) 刑の減輕についての從來の決議は差當り固執することにした。第二讀會に於ても減輕情狀の制度を再び設けることは見合はせ、特別の法定減輕事由は引續き之を認め、非常に輕微な場合についての規定も——少くとも假に——存置されることになつた。とは云ふもの、此の後なる規定に對しては、有力な懸念を生じた。かのオーストリーに於て裁判所の非常減輕權 *ausserordentliches Strafmißderungsrecht* がわが國に於ける減輕情狀と同じやうに適用されて居るのと、類似な發達が行はれないかと懸念されるのである。其の結果は即ち一切の刑の最下限を弱めること、なるであらう。そこでまだ——幾分か増加することの出來べき輕い場合や比較的輕い場合に關する各則篇の規定だとか、刑の留保付の訓戒とか、合法主義に對する例外とか、また必要な場合には恩赦權の運用だとか云つたやうなものが充分な救済を爲すに足りるであらうと云ふ見解が主張された。然もまた他の半面に於ては此の規定を存置するときは、刑の範圍を下方に向つて確定するに當つて正常の場合のみを念頭に置けばいゝのであるし、かくの如くにして刑罰法規の一般豫防的效力を餘りに甚しく弱める、刑の下方の限界の低下を避けることが出来るやうになると云ふ主旨が充分な證據を以

て指摘された。非常に輕微な場合に關する規定を存置すべきや否やの問題は、各則篇の第二讀會の完結後に至つて初めて、終局的に解決されることになつて居る。

(2) 特殊の法定減輕事由は從來同様承認された。草案はどこにもかくの如き減輕を強行的に規定することはしないで、寧ろ單に之を許して居るに過ぎない。従つて規定の中では刑の上方の限界を低下させる必要は毫もなく、寧ろ單に下方に向つての刑の範圍を擴張させることを必要とする丈のことである。此の規定の適用範圍は第一讀會に比較すると、二つの重要な場合に因つて擴張されて居る。刑の減輕は將來は現行法に於けるが如く、限定歸責能力のあらゆる場合(獨り第一讀會の決議上そうであるやうに單に一時的の現象に過ぎない状態に基く歸責能力の限定のみに止まらず)を通じて認められ、ば、また單に著手された計りに過ぎない所爲についても認められるのである。

刑の減輕の範圍は、同時に非常に輕微な場合について刑の減輕の最下方の限界を成す次第であるが、死刑重懲役若は最低限に於て引上げられた輕懲役を法定してある犯罪が問題たる限りに於ては、刑の減輕の範圍は其の儘變更されないである。之に反して自由刑から罰金に移行することを得る旨の規定は、こゝではもはや規定されなかつた。拘留が單獨に又は輕懲役と相並んで選擇的に法定されて居る限りに於ては、かくの如き規定は直ちに無用たるものである。蓋しかくの如き場合に於ては一般の規定上も——三ヶ月を超えない拘留の代りに、罰金を言渡すことを得るからである。之に反して第二讀會の決議に依れば、輕懲役のみ(拘留を



伴ふことなく)の法定されてある場合に於ては従來は罰金に移行する道が缺けて居るのであるが、草案を審査するに當つては此の場合拘留への移行の道、從つてまた罰金への移行の道を第一讀會に於けると同様に開いて置くべきではないかどうか、篤と考量する必要があるであらう。

(3) 各則篇を審議するに當つて、刑の通常の範圍の外に餘り重からぬ場合、軽い場合又は比較的軽い場合の爲に、特に軽い法定刑を規定して置く必要が時々生じた。是は是亦往々にして生ずる餘り重要でない場合に相當した低い刑率を、基本刑の範圍中に包含せしめることの出来なかつた場合に見る所である。何となればさもないことには併合法定刑 *Gesamtstrafung* を生ずることゝなるべく、然もかやうな併合法定刑はもはや充分に一般豫防の作用は及ぼさないであらうからである。餘り重くない場合は例へば現行法に於けるが如く、餘り重からぬ場合について定めてある法定刑が、同時に非常に軽い場合についての規定の適用を當然除外することになつて居る。獨逸民族に對する背叛行爲の場合に規定される。軽い場合又は比較的軽い場合は、基本的構成要件については罰金を認めるのが懸念されるけれども、比較的軽い場合については罰金を認めることが必要と認められる場合を、其の主なる適用領域とするのである。

## 七、刑を留保しての訓戒

控訴院部長 グ      ラ      ウ(國司法省)

### A. 第一讀會の結果

(一) 國家の權力的地位は民族的同胞にとつては刑事司法に於て最も顯著に表明されるのであつて、權威的國家の刑事司法は民族の生活秩序や平和秩序に對する本當に處罰價值のある一切の違反を敏速に峻嚴に訴追し、其の刑事裁判所の言渡した刑を假借する所なく執行するに努め、只犯行の種類及び犯人の人格の然らしめる所として社會全體に對して贖罪を爲さしめるのを斷念することを得べく、民族協同體の擁護の必要も必ずしも絶對的に處罰を要求しない場合に、例外として此の原則に違背することを得るに止まるものである。十一月革命に因つて成立した自由主義的國家に於て刑事司法が軟弱極まるものとなり、其の結果として刑事司法が効果を擧げなかつた重なる原因は、餘りに多くの事件に於て裁判所の認定した國家の刑罰請求權が、恩赦の結果實現されないうつた事實に存することは疑を容れない。プロイセン邦司法省の統計の上で、プロイセン邦で自由刑の條件は猶豫を認められた者の數が



一九二〇年	四〇、四八九人
一九二一年	一二四、九六八人
一九二二年	七一、八六三人
一九二三年	八三、〇三三人
一九二四年	六七、九一六人
一九二五年	四二、三七一人
一九二六年	三五、八七四人
一九二七年	三五、六〇四人
一九二八年	三三、二七四人
一九二九年	三四、三九九人
一九三〇年	四四、一二五人
一九三一年	五二、一〇九人
一九三二年	六三、三四九人

であるのを見る者は、かやうな事實は協同體の福祉を無視して犯人の人格のみを一方的に過重視した結果に外ならないことを悟らざるを得ない。此の刑の執行猶豫がほゞ其の九〇パーセントまで單に六ヶ月未滿の短期

自由刑に關するに止まるの理由を以て、かやうな實際上の處置を辯護することは出来ない。蓋し國法に對する重罪及び輕罪の故を以て獨逸國で言渡されたすべての自由刑の中、例へば一九三〇年度に於ては六二・三パーセントが短期自由刑で、然も三ヶ月未滿のものだからである。こゝに於てかプロイセン邦に於ては結局言渡されたすべての自由刑の中で、兎に角差當り刑の執行されなかつた割合が非常に大なるものがあると云ふことが判る。加之プロイセン邦の實際は短期の自由刑を執行して見た所で本當に犯罪の贖ひをすることも出来なければ、之に因つて威嚇若は矯正の効果を擧げることも出来ないのだと云ふことを、辯明の種子とする譯にもいかない。蓋し短期の自由刑を執行するに當つてあらゆる種類の加嚴を行ふことに由つて、短期の自由刑が全然贖罪として評價されると感ぜられるやうに、また犯人並に他の民族的同胞を將來犯行から抑制するにも適したやうに、形成するの手だてがない譯では決してなく、然もそれは決して獨逸各邦政府の協定に係る「自由刑の執行に關する準則」に違反する次第でもなかつたからである。

惟ふに權威的の國家に於ける重大な過誤はすべて峻嚴に且敏速に之を訴追すると云ふ原則は誠に正しいが、實生活上には刑罰と云ふ處分を加へるの見合はせる必要のある場合もあることは看過してはならない所であつて、此の見方の適切であることは殆どあらゆる文明國の刑法が、かくの如き處分を認めて居ることからして既に明白なるものがあるのである。此の種の場合例へば從來素行に申分ない者が無經驗から、誘惑に掛つて、若は困窮に餘儀なくされて偶發的の犯罪を犯したとき、又は少年が生れて初めて、恐らくはよから



ぬ影響の感化を受けて正しい道に踏み迷つたときに之を存する。かくの如き場合に罰金が贖罪を爲すに不充分なるの故を以てどうしても自由刑を言渡さなければならぬときは、受刑者は其の仕事の圈内から引きずり出され、職業上の仲間の中に於ける其の信用は傷けられ、其の自負心は自分の上に存する汚辱に因つて破壊せられ、其の家族までもが刑罰の下に特に著しく惱まざるを得ないと云ふやうな結果を伴ふことが少くない。誠に短期の自由刑こそは刑罰以外に存する望ましくない、そして本來の刑罰の目的以外にまでも及ぶ結果を多分に有するものである。だから犯罪の種類と、從來素行に申分なかつた犯人の協同體にとつての價値とが刑事訴追や刑の執行を一時若は終局的に見合はせることを許す場合にあつては、成るべく短期の自由刑を科するのを避けるのが刑事政策上の必要である。是は決して軟弱でもなければ犯人の人格に對する不當な斟酌でもなくて、寧ろ古代獨逸の法律格言に「一度はものゝ數に入らず」*einmal ist keinmal* とするのを實現するものに外ならない。犯人が自分に過誤のあつたにも拘らず引續き民族協同體の價値ある一員であり、また價値ある一員となることを約束する場合にあつては、一度の蹉跌一度の迷ひは當然容赦してやるべきものであるし、また容赦してやつて差支ないのである。またかくの如き處分を以てナチスの意味に於ての刑事司法の一般的な目標、目的から乖離するものと見ることは出来ない。何となればかくの如き處分も亦殊に特別の義務を負担せしめる場合にあつては贖罪思想に適ふ所以であつて然も深遠な高尚な形式に於てする贖罪たるものであるからである。加之或は處分されるかも知れないと云ふ事實も亦、それ丈で既に威嚇の作用を及

ばすに充分である。況んや停止條件付の、恐らくは數年間を通じて存續するであらう處分の教育的作用は、往々にして短期の刑を言渡して即時に之を執行して了ふよりも遙に力強いものがあるに於ておや。

(二) 特殊の態様を有する例外的の場合に刑事訴追を見合せることのかやうな必要は、いろ／＼な方法で斟酌することが出来る。其の最も原始的で、最も單純な方法は合法主義の原則を打破して、手續を中止することとに因つて刑事訴追を行はないこと(刑事訴訟法第一百五十三條)、又は既に確定的に認定された國家の刑罰請求權をば、恩赦に因つて再び消滅せしめることである。けれどもそれよりも遙に犯人にも社會公共にも教育的的作用を及ぼすのは、かくの如き處分を直ちに結局的に言渡すことなく、之を考試期間中に於ける善行に繋らしめる處置である(註一)。蓋し成績を挙げれば無罪を贏ち得ることが出来るのであると云ふ見込は、善行にとつての有力な拍車となる次第だからである。かくの如き停止條件付の處分は公判に至るまでに行はれるものと思像することも出来れば、判決の階段に於て竝に判決言渡の後まで行はれるものと思像することも出来る。

(註一) 此の點竝に以下述べる所については、Hoefel, *Bewährungsfrist vor dem Urteil* 1931 及び Peters, *Kriminalpolitische Stellung des Strafrichters* 1932 S. 124 ff. を参照。

考試付で起訴を猶豫する制度はノールウェー刑法の認める所であるが、デンマーク刑法も少年犯人に對しては之を保護機關の監督の下に置くの條件の下に、考試付で起訴を見合はすことを認めて居り、オランダ刑法亦少年に對しては少年裁判官の承諾を得て、條件付に少年に對する手續を中止することを許して居る



のであるが、此の場合少年裁判官は手續の中止を少年裁判所の教育處分に關聯せしめることになつて居る。獨逸に於ては此の種の國法上の規律は從來未だ曾て存在しなかつた所であるが、併しザクセン邦に於ては既に一八九五年三月二十五日の司法省令に依つて、比較的輕微な案件、特に少年の刑事事件の刑事訴追の條件は猶豫を認め、一九一九年三月二十四日の命令を以て少年のすべての犯行につき、考試の方法を以てする刑事訴追の猶豫を新に規律した。此のザクセン邦の好模範に基き國法を以て刑事訴追の猶豫を規律せんことは各方面の人士の推稱する所となり、特に第五回獨逸少年裁判所會同の際に其の著しきものがあつた。刑法施行法案が第七十條第八十八號に於て、考試期間中に於ける被疑者の行狀に微罪の故を以てする手續の中止に關する裁判を爲すについての意義を認むべきときは、起訴に先だち取消を留保して微罪の故を以てする手續の中止に關する裁判を一年以下の期間猶豫することを得る旨を提案して居るのは、恐らく右に述べたやうな刺戟に基くものである。

ハンガリーの少年裁判所法は起訴後に於て考試的に手續を中止することを認めて居るのであるが、此の中止は責任を形式的に認定することが少年の精神的、道義的發育の利益上好ましからぬとき、裁判所に於て爲すことを得るのである。此の如き起訴後に於ける手續の條件付停止は、ノールウェー刑事訴訟法の亦認める所である。獨逸にあつても施行法案第七十條第八十八號中には、起訴後公判の開始に至るまでの間は微罪の故を以てする手續の中止に關する裁判所の裁判は、一年以下の期間猶豫することを得る旨を規定して居る。

是等の公判に至るまでの手續中に於てする停止條件付處分の外に、外國ではいろいろの形に於てする判決の條件付猶豫が認められて居るのであつて、即ちイギリスでは慣習法コモンローの外一九〇七年の制定に係り爾後屢次改正され補充された犯人考試法 Probation of Offenders Act が標準となるのであつて、之には二つの方法が規定されてある。即ち警察裁判官及び治安判事の面前に於ける即決手續に於てする判決全部の考試付猶豫と、極く重い犯罪についてのみ適用される陪審員の面前に於ける通常の手續に於てする責任の認定後の罪責判斷の考試付猶豫とである。北米合衆國並にカナダでも豫め責任を認定した上で刑の言渡を條件付に猶豫することが認められて居る。ハンガリーでは一九〇八年の刑法改正法に依つて、少年に對する手續中に刑の言渡の考試付猶豫の制度が施行された。最後にオーストリーでも一九二八年七月十八日の少年裁判所法第十三條に依つて、少年に對する手續に於ては判決を只罪責判斷のみに制限し、刑の確定は考試期間を認めて之を猶豫し得ることになつて居る。此の制度が特別の意義を有するのはわけても考試付の猶豫に依つて公訴又は公判そのものを行はないで済まして了ふことの出来ない場合である。特に事實問題が解明するに困難であるとき、又は證據方法滅失の危険を存する關係上先づ裁判官に於て責任を認定することが必要であるときがそれである。加之犯罪の影響の及ぶ範圍は往々にして即時に公判を行ふことを必要とするところがあるのである。此の英米法の系統に對して就中フランス及びベルギーに於て發達した條件付の有罪の言渡の組織がある。此の組織にあつては刑は直ちに被告人に對して確定されるのであるが、裁判官は法律の授權に依つて判決の



效力を考試期間の間猶豫することが出来るのであつて、此の考試期間中處罰されないで来たときは、有罪の言渡はよく引用される一八八八年五月三十一日のベルギー法の字句に依れば「全然無かつたものと」*comme non avenue* 看做されるのである。

此のベルギーフランス法の組織は随分と之を辯護する人は多かつたにも拘らず、獨逸へは純粹の形態では繼受されなかつた。獨逸では條件付の有罪の言渡は條件付の恩赦、即ち判決の言渡後に續く刑の執行の考試付猶豫の制度となつて了つた。是は特別の態様を有する場合について可能である停止條件付の處分の最後の種類たるものである。國法上から云へば獨逸に於ては法制としての條件付恩赦は只少年裁判所法第十條以下に於て規律されて居るに過ぎないのであつて、其他の場合にあつては條件付恩赦は我が國では邦法上の規律に基き、恩赦權の活動として行はれるものである。尙ほわれは此の停止條件付の處分に二種あるのを認めるものである。即ち條件付の刑の免除 *bedingter Strafflass* と條件付の刑の猶豫 *bedingte Strafaussetzung* とがそれである。一九二七年の草案第四十五條は條件付の刑の免除の形式を法律上の制度として認め、之を保安及び矯正の處分にも擴張しやうとして居るのである。<sup>(註二)</sup>

(註二) 施行法案第七十二條第九號は不定期刑の言渡を受けた少年の考試的釋放をも規定して居るのである。

(三) 以上の資料は刑法委員會が將來のナチスの刑法に於ても國家が即時に刑事訴追を行ひ贖罪を爲さしめるのにつき絶對的利益を有しない例外たる場合の爲に、考試期間中に於ける善行に因つて左右される停止

條件付の制度を設くべきであるかどうかを審査することを必要としたときに、刑法委員會に提出された所なのである。當初將來も亦此の種の處分についての刑事政策上の需要を存すること疑を容れないものがあるの點については人々の意見が一致したのであるが、只此の停止條件付の處分は一つの法律上の制度に形成し司法上の行爲としての是が運用を裁判官に委任することを條件としやうと云ふことになつて居た。是等の條件を充さうとするときは、是等の處分は只判決の階段にしか存する譯にはいかなかつた。蓋しかくの如き裁判上の處分を既に起訴と公判の開始との中間の時期に据えると云ふことは、他の理由は暫く措くにしても、考試期間の満了後に至つて初めて行はれる裁判所の事實の認定は證據方法の滅失の虞を伴ふの結果として遂行が極めて困難であるからして、不適當であるやうに考へられる。同様にして判決言渡後に初めて爲す處分は、行刑の領域上にしか存することは出来ないものであるから、問題たるものではない。蓋し確定的に言渡された國家の刑罰請求權を拋棄すると云ふことは司法の行爲たるものではなくて、行政の領域上に於ける國權の行使たるものだからである。

判決の階段に於ける停止條件付の處分にとつては、條件付の有罪の言渡と判決の猶豫とが問題となる。ベルギーフランス法系の條件付の有罪言渡の組織は除外せざるを得なかつた。蓋し此の場合にあつても判決の全體としての効果は條件付に猶豫せられるのではあるけれども、此の處分は實際上は少くとも主として刑の執行の領域上で表明される次第なのであつて、之に因つて實質上恩赦行爲たるの性質を與へられるものだ



からである。判決の猶豫は既に述べたやうに二つの形式で行はれるのであつて、即ち判決全體の猶豫としても行はれ、ばまた責任の認定の行はれた後に於ける刑の言渡の猶豫としても行はれる。此の二つの方式は何れも長所と短所とを併せ具へて居る。先づ第一に判決全體の猶豫の最大の利益は、被疑者が未だ以て有罪の判決の汚辱をすら被つて居ないと云ふ點に存する。刑の言渡丈の猶豫の場合にあつては、此の利益は失はれはするけれども、その代りに事實の認定は終局に完結して了つて、もはや證據方法の滅失を懸念する必要はない。判決全體の猶豫の場合にあつても裁判所は原則として最初の審問に於て既に事實問題を審査するのを常とし、従つて責任資料 *Belastungsmaterial* の滅失は餘り甚しく懸念する必要はないのであるが、罪責問題の確定しない間は犯人が爾後の審問に際し新しい證據方法を主張するのを拒むことは出来まい。加之刑の言渡のみを猶豫する場合にあつては、責任判断 *Schuldurteil* に對して上訴を爲すことを得るの大なる利益がある。併し責任判断と處罰判断 *Strafurteil* とを猶豫するときは、考試期間の満了後に至つて初めて行はれる上訴手續は、其の間に證據方法の滅失を來すことに因り實際上多大の利益をもはや持たないであらう。次に此の二つの形式に共通の不利益は、考試期間の満了後本人の行狀の不良である場合に、相當の刑を見出すことが困難であらうと云ふ點に存する。蓋し一つには後になつて行はれる公判は往々にしてもはや前に認定された犯行の現實に叶つた繪巻物を繰り展げることが出来ないうで、従つてまた刑の確定を困難ならしめることがあらうからである。次に考試期間中に於ける犯人の行狀は、當時既に犯人をどう考へるべきであつたので

あるかを識認せしむべきものであつて、決して考試期間中に行狀に對する處罰を生せしむべきではない。だが此の考試期間中に於ける行狀に對する處罰を生せしめる危険は犯人が考試期間中に更めて刑を科せられるやうになつた場合にあつては、多分存在するものではあるまい。蓋し此の場合にあつては考試期間の濫用は普通新手續に於て、加重的に斟酌されるのを常とするからである。けれども考試期間中に於ける其の他の刑を科せられるまでに至らないよからぬ行狀に因つて、後に至つて刑を確定される場合にあつては、此の危険は絶對的に存在するものである。けれどもわれ／＼の法律的感情に依れば、犯人が直ちに刑を言渡さるべき場合に於けるよりも、此の場合に犯人を不利益の立場に置くのは避けなければならぬ。されば考試期間の濫用は、犯人が其の約束された特別の恩典を受けるに値ひしないものと宣言されるの結果丈しか生せしめる譯にはいかない。考試期間の濫用が考試期間中に於ける行狀に基く刑の加重を導く因となることは許されないのである(註三)。

(註三) 異説はオーストリー少年裁判所法理由書。

刑法委員會は英米法の組織を踏襲するに決しはしたが、飽くまで中庸を持つことは忘れないで居る。刑法委員會は此の方法を稱して「刑を留保しての訓戒」 *Verwarnung mit Strafvorbehalt* と云つて居るのであつて、即ち裁判所は獨り責任問題についてのみに止まらず、同時に處罰問題についても判断することを必要とするのであるが、被告人は其の後責任判断を言渡した上で只訓戒される丈である。其の際該當はして居る



けれども言渡しはされなかつた刑の、確定を猶豫される考試期間が定められる。該當する刑の量定については判決中で理由を開示することになつて居る。此の中庸の大道は刑の追加的確定から生ずることあるべき純然たる英米法系の組織の困難を避けて、然も其の長所は保有するものである。即ち處罰の汚辱を回避して、まだ教育することの出来る犯人に有力な教育的作用を及ぼすと云ふことである。此の教育的作用は刑を留保しての訓戒の場合にあつては其の外、犯人は自分が若し考試期間中によからぬ行狀を爲すに於ては如何なる刑を科せられるの危険を存するのであるかを、判決理由に基いて明に知ることが出来ることに因つて尙ほ一層有力ならしめられるであらう。而して此のことは刑量が軟弱な酌量の餘地を示して居ない場合にあつては、刑量の不明確である場合に於けるよりも遙に教育的な作用を及ぼすものである。委員會は先づ該當する刑の指定は別に判決理由外に於て爲し、犯人に對しては之を秘密に附する方が正しくはないかどうかについて考慮したものであつたが、該當する刑を言渡さないで只確定した丈では犯人は負擔を感ずるものではなく、また他の半面に於ては處分の教育的作用は犯人が判決理由中に於て、將來よからぬ行狀の場合に如何なる處罰の危険が自分を脅威するものであるかを、明瞭に讀み取ることが出来ることに因つて著しく増大せられることであるから、此の理由からして以上に述べたやうな考慮は棄てた。其の外該當する刑の指定は最初の判決に於て終局的とすべきであるか、又は刑の長期多額は未決定にして置くべきであるかも考慮されたが、此の前なる解決に決したのは、既に論究したやうな理由に基くものである。蓋しさもなければ犯罪の處罰の危険は存し

ないで、寧ろ考試期間中に於ける不良の行狀の處罰の危険を存するからである。

(四) 細目の點に於ては刑の留保を伴ふ訓戒の新しい法制は、ほぼ以下に掲げるやうに形成すべきである。「此の特典を享受すべき犯人の圏は言ふまでもなく狭く形成する必要がある。犯人の所爲と人物とが全體に對する贖罪を抛棄することを得ざらしめるものがあり、且協同體の擁護の必要も亦犯人の處罰を必要とするときは、此の停止條件付の處分は問題となることは出来ない。犯人は其の人物上、其の經歷上及び其の犯罪後の行狀上將來適法な生活を送るべく眞面目に努力するであらうとの、期待を根據あらしめなければならぬ。犯人が犯行前五年内に重罪に因り、又は故意に基く輕罪に因り既に處罰された場合にあつては、この期待は普通成立することは出来ない。尙ほ犯行は只罰金又は六ヶ月以下の自由刑に該ることを得るのみに過ぎない。」

此の制度の濫用を防ぐ是等の一般的條件が存在するときは、裁判所は自由な裁量に従つて刑の留保を伴ふ訓戒の方法を執るべきや否やを決定することを必要とする。裁判所が此の決定を爲したときは、公判を遂行した上で判決は同時に犯人の責任を認定して訓戒を言渡す。後日に於ける刑の言渡しは判決中に於て犯人が一年乃至三年の考試期間中にどふ云ふ行狀をしたかと云ふことに繋らしめられる。裁判所は判決中で犯人に特別の義務をも負擔せしめることが出来る。特に懲罰償金 Geldbuße の納付とか損害の回復とかである。其の外犯人を保護監督 Schutzaufsicht に附することも出来る。判決理由書には犯罪について該當するものと



認められた刑を掲げるを要する。此の判決は他のどの有罪の判決とも同様な上訴を受けるものであるが、只此の上訴は該當するものと宣言された刑には關係することを得ない。蓋し此の刑はまだ言渡された譯では決していないからである。加之此の上訴は訓戒に附隨する命令には及ぶことは出来ない。例へば、考試期間の長短とか、特別の義務の負課とか、保護監督の命令とか云ふ點には及ぶものではない。蓋し執行裁判所は考試期間中は判決の確定したにも拘らず、是等の處分を擴張、變更若は廢止することを得るものだからである。加之今迄行はなかつた處置を追加的に命することが出来なければならない。判決の確定したときは犯人に成るべく口頭で考試期間と訓戒に附隨する命令の意義を説示することになつてゐる。

考試期間中に於ける成績は裁判所に於て審査しないで、執行官廳に於て審査することになつてゐる。裁判所は只審査の結果に基いて爲すべき裁判のみを言渡すことを必要とするに過ぎない。被訓戒者は考試期間の満了した後みづから其の善行を證明しなければならない。訓戒を言渡した判決裁判所は、追加的裁判をも管轄する。此の追加的裁判は決定を以て爲すことを必要とし、二つの方向に於て之を爲すことが出来る。即ち刑を定めるのを見合はせるか、又は被告人に其の該當する刑を言渡すかである。執行官廳が該當する刑の確定を請求するか、又は裁判所自身此の裁判を相當であると認めるときは、口頭審問に基いて裁判を行ふ。此の口頭審問については公行を停めることが出来る。手續が少年に對して指向される場合にあつては少年裁判所法第十三條に依り既に公行を許されないであらう。此の裁判所の裁判に對しては即時抗告を爲すことが

出来るのであるが、前に既に確定して了つた刑量に對しては即時抗告を爲すことは出来ない。被訓戒者は考試期間中に於ける悪行に關して、其の程度に於て上訴を失ふの不利を犠牲に供することを餘儀なくせしめられるものである。

刑を留保しての訓戒は、考試期間中に於ける監督の爲、其の標記を處刑名簿中に登録する必要がある。併し此の登録は當初から報告を制限すべく、少年の場合にあつては三年、其の他の者の場合にあつては五年の後は抹消されることになつて居る。其の該當する刑の追加的言渡の場合にあつては、完全な法定の期間を以てする無制限の報告が進行を開始する。

(五) 此の刑を留保しての訓戒の新しい法制を刑法中に列することを得しめんが爲には、此の制度の法律上の性質を明かにする必要がある。先づ第一に審査しなければならないのは此の制度は果して實體法に屬するものであるか、それとも訴訟法に屬するものであるかと云ふことである。國家の行刑請求權 *Strafvollstreckungsanspruch* は責任問題を肯定し刑を確定する所の判決から生ずるのであつて、此の行刑請求權に對する侵害は何れも刑事訴訟手續に觸れるものではなくて實體法に觸れるものである。所が刑を留保しての訓戒の場合にあつては、國家の行刑請求權に對して直接の侵害が行はれる譯ではない。蓋し國家の行刑請求權は、處分の當時はまだ全然發生して居なかつた次第だからである。けれどもそれにも拘らず責任問題は既に確定され、悪行の場合に科せられる刑も既に定つて居るのであるから、従つて此の處分も亦實體法上の



處分として評價せざるを得ない。<sup>(註四)</sup>されば刑を留保しての訓戒を規律すべき場所は刑法典である。其の外補充的規定が刑事訴訟法、行刑法及び處刑標記抹消法に屬するものであることは、序乍ら一言して置きたい。

(註四) Peters a. a. O. S. 160.

訓戒に關する規定を總則篇の何れの箇所に置くべきかは、訓戒を刑として評價するか、又は刑の量定上の處分として評價するか、それともまた恩典たるものとして評價するかに依つて定まることである。だが訓戒は刑ではない。何故と云ふのに訓戒は、犯人が考試期間中に善行を保つて居れば犯人は決して處罰されないと云ふ風な形に、殊更形成されてあるからである。そうかと云つて一種の刑の量定上の行爲たるものでもない。蓋し考試期間なるもの、目的は、期間中に於ける犯人の行狀を量刑上の基礎にとらうとするにあるのではないからである。犯人は寧ろ善行に因つて無罪を贏ち得ることになつて居るのであり、其の無罪を贏ち得ない場合にあつては、當初から既に確定して居る刑を受ける次第だからである。最後に訓戒は犯人を不起訴にするのでもなければ、既に發生した刑罰請求權を消滅させて了ふ譯でもないのであるから、決して恩典を意味するものでないことは明白である。觀じ來れば訓戒は是れ刑罰にも似れば矯正及び保安の處分にも似た一種特別の法制なのであつて、従つて此の二つの部類の中間に挿入するのが一番正しいと思ふ。

(六) 刑を留保しての訓戒の外に、尙ほ別段の類似的停止的處分を存続せしむべきか、乃至はまた新に設くべきであるかは、刑法委員會の從來まだ審議しなかつた所である。條件付の恩赦は比較的長期の自由刑の僅

か計りの殘餘に關する程度に於いてのみ、需要を存し得るに過ぎないであらう。其の外考慮に値ひするのは、刑事訴訟の條件付停止も施行法案第七十條第八十八號に従つて、將來の訴訟法中に收容すべきではないかどうかと云ふことである。此の點について問題となるのは就中、從來非難を容れない犯人の裁判上の自由に因つて、考試期間中に於ける證據方法の滅失の懸念の存在しない、比較的軽い場合である。かくの如き場合に於いては公判の遂行それ自體に因つて既に生ずる犯人の曝露をも避けることが出来るであらう。

最後にもう一度丈力強く高調して置きたいのは、刑を留保しての訓戒も刑事訴訟手續に於ける其の他の停止的處分も、理由のある例外的の場合にのみ適用することを得べきものなのであると云ふことである。若しかくの如き處置を原則たらしめ、甚しきに至つては本當の犯罪人をして自分も亦かくの如き處分の特典に浴することが出来るものと期待することを得せしめるやうにするならば、刑事司法は新國家が刑事司法に配當した其の任務、即ち民族協同體を目指しての攻撃に對する銳利で辛辣な武器たるの任務を果すことは出来ないのである。

## B. 第一讀會の結果

(七) 刑法委員會は第一讀會に於て、刑を留保しての訓戒と云ふ新設の制度は果して維持することが出来る



ものであるかどうか、特にナチスの刑事司法の目的や目標と相容れるものであるかどうかをもう一度審査して見た。いろ／＼の方法から此の訓戒の制度に對して根本的の懸念が提出せられはしたけれども、結局刑法委員會は此の二つの問題を肯定したのである。惟ふに只ひたすら民族協同體の福祉をのみ是れ念とする嚴正な刑事司法にとつても、該當する必ずしもすべての刑を直ちに執行しない必要を存するものであること、寧ろ普通には役に立つ一員である民族協同體の一員が、直ちに執行しない方がいゝ刑を科せられる場合の少くないことは、統計の明かに示して居る所である。即ち一九三四年の前半にプロイセン邦で一日以上六ヶ月未滿の自由刑の執行を、考試期間付で猶豫された件数は一萬一千八百七十七件に上つて居る。所が此の刑の猶豫は指令に羈束された執行官廳に依つて行はれたのであるから、此の數字に基いて此點にこそ舊來の自由主義的見解の殘骸が現はれて居るのだと云ふ風に、推論することは出来ない。否、此の提供された刑の猶豫こそ全然中央機關の見解から出たものであつて、此の種の處分に對する刑事政策上の需要が、新國家に於ても存在するものであることを痛切に示すものに外ならない。そこで委員會としては只、刑の執行の一時の見合はせを從來同様恩赦の一行爲を通じて命令することに依つて此の需要を充すのが正當であるか、それともまた其の代りに判決中に於て直ちに特殊の案件の事情上最もよく刑事司法の目的に合致する此の處分を命ずるの道を、裁判官の爲に開く獨立の法制を設くべきかの二途の何れか一に決することを必要とした丈のことであつた。委員會が此の後なる方法を執ることに決したのは、委員會はナチスの教育を受けた裁判官

が、此の新しい法律上の制度をば本當に是が爲に適當した場合に限り適用するであらうことを確實に期待するからである。此の要件をすべての場合に確保する爲に、訓戒の適用範圍をもう一度更に審査した。其の結果從來は六ヶ月未滿の自由刑と無制限の額の罰金とが問題となつたのに反し、第二讀會では訓戒は犯人が一ヶ月未滿の輕懲役若は拘留、又は三十日の日定價金 *Tagesstrafe* の額未滿の罰金の何れか一、又は其の併科の場合に限り之を許すものと宣言されることになつた。かくの如く其の適用の領域を著しく制限するのは實際上の需要にも叶ふ所以である。蓋し一九三四年の前半に行刑官廳が考試期間付で刑を猶豫した一萬一千八百七十七件の自由刑の言渡中で、八千三百三十二件は一ヶ月未滿の自由刑の場合に關するのみに反し、一ヶ月以上六ヶ月未滿の刑に該當する場合は僅々三千五百五件に過ぎないからである。之を以て之を見れば、刑の執行猶豫の制度の必要は一ヶ月未滿の最短期の自由刑について、特に著しいものゝあることが明白に判るのである。同時にまたかやうに訓戒の適用領域を著しく制限することに依つて、われ／＼の今日の刑事司法の目標とする所と相容れないやうな此の新制度の濫用は、全く防壓されることゝなると思ふ。けれどもまた他の一面から云ふと、其の適用の道を餘り甚しく制限するの結果として、此の制度が實際上の意義を失つて了ふやうなことにはならしめはしなかつた。否、此の新制度は寧ろ即時に刑を執行することなくとも尙ほ、新しい刑事司法の目標を達成することを得しめる所以の一つの重要な手段たるであらう。そして將來にあつては從來は單に恩赦の方法で追加的にしか達成することの出来なかつた所のものが、判決に依る命令に一任されるで



あらう。

(八) 委員會は第一讀會に於ては、刑を留保しての訓戒は行刑官廳に對する恩赦の權限の委任と、果して如何なる關係に立つものであるかと云ふことはまだ審査しなかつたのであるが、今や第二讀會に於ては此の審査が行はれた。委員會が此の場合に審査の起點としたのは、裁判所が訓戒の判決を拒んだ後を受けて今度は行刑官廳が、裁判所に於て其の執行を必要であると認めたと所刑に關して、條件付の猶豫を許すことが出来ること云ふやうな次第で、刑の執行を見合はせるの道が二つ并立すると云ふやうなことは、全然禁壓しなければならぬと云ふ考慮である。其の結果として一九三五年二月六日の國恩赦法第二十條の行つて居るやうな行刑官廳に對する恩赦の權限の委任は、一ヶ月未滿の自由刑及び三十日の勞役を以て償ひ得る額未滿の罰金に關しては、將來は制限しなけれはならないと云ふことになる。其の程度に於ては行刑官廳は、判決裁判所が刑の留保を伴ふ訓戒の問題を審査すべきでなかつたとき、又は判決の言渡後に至つて初めて即時の刑の執行を不可能と認めしむべき事實が知れたときに限り、刑の條件付猶豫を許すことが出来るであらう。此の規律に依つて二つの處分の無用な并立を防壓するの目的を達成することが出来ると共に、更にまた峻嚴と堅剛とを志す刑法が一つの猶豫的處分の代りに、ほゞ同一の結果を導くべき二つの并立的に適用される處分を規定して居ると云ふやうな不都合を避けることが出来るし、また即時に刑を執行することの不適當であるのが當初からして確定して居るすべての場合を通して、恩赦と云ふ追加的の處分に依つて初めて救濟を行ふこ

とはもはや必要ではなく、裁判所をして既に犯人の責任の程度と社會公共を保護するの必要とに適合した處分を、爲し得べき立場に在らしめると云ふ利益も達成することが出来るのである。

(九) 刑の留保を伴ふ訓戒の技術的形成は、とりわけ三つの點に於て批評的となつた。ローベ(註五)は從來規定されて居た判決中に於ける祕密の刑の確定に反對して、檢事は少くとも該當するものと認むべき一定の刑を公判中に於て辯明することを必要とするのであつて、此の刑が言渡されると、はたまた單に判決理由中で判示されるに止まるとは問ふ所ではない。加之該當したものと認められる刑を言渡されることに依つて犯人の受ける不利益は、適當に評價されて居る嫌がある。蓋し犯罪人たるの烙印は刑の確定に因つて初めて捺される次第ではなくて、寧ろ犯人の犯行に由つて既に捺されるものだからであること云ふことを主張した。此の反對論の後半は委員會にとつては斟酌しなければならぬことであるやうに見受けられる。即ち民族の健全な感性の上から云ふと、所犯の犯行が既に犯人たる者の名譽を地に墮ちしめるのであつて、其の後に行はれる刑の確定は、偶々以て民族の此の判決を一層裏背する所以に外ならない。加之犯人が非難を容れない行狀を續けない場合につき裁判所が公々然と一定の刑を定めて置くときは、其の教育出来る犯人に及ぼす作用は一層強いものとなるであらうことが期待出来る。犯人に刑の留保を以て訓戒を加へる判決は、先づ先づ次のやうな文面のものとなることであらう。

被告人は竊盜の罪を犯したるを以て之を訓戒す。被告人にして二年の考試期間内適法の行狀を續



けざる場合の爲に三週間の輕懲役刑の言渡を留保す。

(註五) Lohr, Gerichtssaal 1935 Heft 4 S. 300 ff.

ローベ(註五)とペーターアス(註六)とは更に、留保された刑の確定に關しても上訴を爲し得るの道を開いて置く必要があると要求した。即ち從來は被告人は責任の認定又は訓戒に伴ふ保安處分などに對して不服を申立てる程度に於てのみ、訓戒の判決に對して上訴を爲し得るやうに規定されてあつたのであるが、之に反して該當するものと認められる刑竝に訓戒に關聯する附帶的命令に關しては、不服を申立てる譯にはいかないことになつて居た。勿論附帶的命令に關しては、其の確定の相當と合宜とを目的とする程度に於てのみ上訴を爲し得ないことになつて居たのである。何となれば附帶的命令は訓戒と分離することは出來ないのであつて、且又責任の認定の適切である場合には、被告人は普通訓戒に因つて不利益を被ることはないからである。けれども附帶的命令の適法であるかどうか、疑問とされる場合にあつては、附帶的命令に關しても上訴を爲し得なければならぬのは云ふ迄もない。之に反し留保された刑に關して迄も上訴を許すことの不可能であるのは、今後も亦舊來に於けると同様であると委員會には考へられた。蓋し被告人が、自分の行狀の不良である場合に科せらるべき刑が重きに失すると云ふことを上訴の論旨とするが如きは、健全なる常識の忍び得る所ではないからである。自分の行狀を善良ならしめることに因つて自分の重きに失するものと考へる刑の決して自分に向つて言渡されることのないやうにすると否とは、被告人の心がけ一つでどうにでもなることなので

はないか。

(註六) A. a. O.

(註七) Peters, Deutsches Strafrecht 1934 S. 310 ff.

更にまたペーターアス(註七)は終局裁判が有罪を言渡す場合にあつては、此の終局裁判は判決を以て言渡し、すべての判決に對して控訴又は上告を以てする不服申立を爲し得るやうにしなければならぬと云ふことを要求したのであるが、是亦委員會の左袒し兼ねた所である。犯人の責任も該當した刑も、何れも共に終局裁判の際には既に確定して居る次第なのであるから、終局裁判なるものは只考試期間中に於ける犯人の行狀を認定し、是からして論結を抽出すると云ふ丈のことではかないのである。従つて更めて更に一つの判決を言渡すと云ふが如きは、決して此の裁判の意義に添ふ所以ではなく、寧ろ即時抗告を以て不服を申立てることの出來る決定こそ、事態に適當する所以なのである。

(註八) A. a. O. S. 317.

(十) 最後に委員會は、保安及び矯正の處分は果して訓戒と結合せしめ得るものであらうかどうか、もし結合せしめることが出來るものとすればその處分はどの處分なのであるかと云ふことをもう一度更めて審査して見た。第一讀會に於ては沒收、廢棄處分、及び保護監督などの處分が訓戒と相竝んで許されることになつて居たのであるが、今日では沒收と廢棄處分丈に限り訓戒と相竝んで言渡すことが出來ることになつて居る。



今日の訓戒の適用範囲が一月未満の自由刑に該當する場合に丈に制限された以上は、もはや保護監督の必要なければ他の保安處分特に療養所への收容の必要もないのである。

(十一) 刑法典に收容すべき規定としては、今では次の法文が豫定されてある。

### 刑を留保しての訓戒

第a條 犯人が一月未満の輕懲役(禁錮)若は一月未満の拘留又は三十日の日定償金の額未滿の罰金 Geldstrafe bis zu dreissig Tageshussen の何れか一又は其の併科に該當したるときは、裁判所は責任を認定して犯人を訓戒し、犯人が考試期間中適法なる行狀を爲さざる場合の爲に、該當したる刑の言渡を留保することを得。

考試期間は一年以上三年以下に定むべし。

訓戒に併せて沒收又は廢棄處分を言渡すことを得。其の外刑又は保安及び矯正の處分は訓戒と結合することを得ず。

第b條 刑を留保しての訓戒は、犯人が將來適法なる生活を送り、其の課せられたる義務を極力履行すべきの期待が根據あるときにあらざれば之を爲さず。該當する刑を即時に言渡し且之を執行するは公の福祉の必要とする所なるときは、訓戒を爲すことを得ず。

犯人が當該の犯行前最近五年内に自由刑を言渡されたりるとき、犯人が其の他重く罰せられたるとき、又は犯人が過去に於て既に一度刑を留保して訓戒せられたるときにあつては、普通訓戒を見合すべし。

第c條 裁判所は犯人に對して特に國庫又は公益的の施設に償金を納付する特別の義務を課することを得。犯罪の結果につき極力原狀を回復するの義務をも犯人に負擔せしむべし。

其の外刑事訴訟法や行刑法中に二三の補充的規定を規定したことであるが、是等の規定は就中訓戒を行つた後に於ける被告人に對する諭示、考試の成績の審査、追加裁判の際に於ける手續、並に追加的の附帶的命令を許すの件に關するものである。處罰標記抹消法 Straflöschungsgesetz については報告の制限についての特別規定が留保されることは舊來の通りであつて、訓戒に關する一切の標記 Vermerk は此の規定の適用を受けるし、また有罪の言渡の後來見合はされた場合には此の標記が期限前に抹消される件についての特別規定が留保されるのである。



## 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)

刑罰法規の時に關する效力範圍を界限する場合に規律を必要とする問題は、合宜上の理由に因つてかくかくに若はしかくゝに規律することを得べき技術上の問題ではなくて、寧ろ内面的の必要を以て特定の意味に於て決斷することを必要とする刑事立法上の根本問題に觸れるものであり、即ち立法者が民族の法律意識に於て適法若は不適法として認められて居る所のものに對する法や成文の法條の關係に關して懐き、またナチスの國家に於ける刑事裁判官の任務に關して懐いて居る觀念に基いて、特定の意味に於て決斷することを必要とする刑事立法の根本問題に關するものである。刑法委員會が Nullum crimen sine lege (法律なければ犯罪なし)の問題の討議を以て其の審議を始めたのは、此のテーマの重大な意義に叶ふ所以であると謂はなければならぬ (Sitzung v. 27. Nov. 1933)。

## A. 第一讀會に於ける論議の結果

委員會が第一讀會に於て問題となつた事柄に對して執つた見解は次の通りである。

(一) 此の論議の基礎となり、また出發點となるものは、今日の獨逸の刑事立法者は原則として其の實現のみが罪となる一定の構成要件を定めるの方法に於て、なくては刑法典を編纂することを欲するものでもなくまた編纂し得るものでもないことの確認である。ロシア刑法典第六條に見るやうな民族協同體の利益を侵害するすべての行爲を處罰する多少にせよ一定した普遍的の權限を刑事裁判官に與へ、特別の構成要件は只例示的に只事の明瞭を期する爲のみに設けてあるやうな刑法典などは、わが獨逸國の法律的感情には適當なものであらう。蓋しかくの如き刑法典にあつては實際上に於て刑事裁判官は何を適法と認め、何を不適法と認むべきやの點について判斷することを必要とする關係上、刑事裁判官は廣範圍に互つて立法者の役目を割宛てられることを意味するであらうからである。果してかくの如くんば刑事裁判官は國政指導上の一番重要で、一番高貴な任務を委任されることとなるであらう。果して然らば裁判官——立法者ではない——は民族的協同生活の基本的の問題、特に立法者が立法上に取扱ふにまだ熟して居ないものとして、規律しないで放つてあつた問題に關して裁判をすることを必要とするであらう。然し乍ら裁判官をしてかくの如き地位を有せしめるのは、權威的な指導者國家の本質とも相容れなければ、また裁判官を法律で羈束し、之を法律の



支配の下に置くことを要求する獨逸流の法律觀念に従ふ要求とも相容れるものではない。かくの如く裁判官の裁量を擴張する結果は殆ど想像することも出来ない程の法律的不安定であつて、其の最惡の弊害に至つては嚴格な判例尊重主義を以てしなければ到底之を除くことは出来ないであらう。されば刑法委員會の提案に依ると刑法典の冒頭で——將來の國憲法は此の規定を收むべき所ではない——ほどのやうな内容の規定を以て法治國主義を承認する旨を標榜することになつて居る。

「所爲は之を犯すに先だち法令中に明示的に罪となる旨を宣言しありたる場合にあらざれば、之を罰することを得ず」。

(二) 此の意味に於て *Nullum crimen sine lege* の原則は引續き存続するであらう。とは云ふものゝ其適用の範圍は刑法委員會の提案に依れば、現行法に比較して著しく制限されることになつて居る。

現行刑法典第二條の、「行爲は其の所犯に先だつて刑を法定しありたる場合にあらざれば、此の刑を以て罰することを得ず」と云ふ規定からして、犯人の不利益に於てする刑罰法規の準用、即ち可罰性を論證する爲にする刑罰法規の準用を不適法とする、特に公訴官廳並に刑事裁判所の實務の上で無制限に遵奉されて居る全然通説的な見解が推論された。刑法委員會は前掲の原則を承繼してみづからも亦類推の禁止を宣言しやうか、それとも前掲の原則を打破して處罰の基礎として類推を認めることを立法者に推稱しやうかと云ふ問題を、解答しなければならなかつた。結局刑法委員會は後なる意味に於て此の問題を解決したのである。

*Nullum crimen sine lege* と云ふ原則はラテン語で云ひ現はされて居るにも拘らず——隨分よく間違へられることであるが——ローマ法に由來する原則ではなくて、寧ろ啓蒙時代の産物である<sup>(註一)</sup>。即ち裁判官の恣意に對して人民を擁護しやうと云ふ運動から生れ出たものであつて、此の原則を刑法典中に取り入れるの結果を導いた十七世紀、十八世紀の刑法上の實際の慘刑酷罰がとうの昔に過去の夢と消えて了ふや、今度は此の原則は十九世紀の自由主義的法治國的思想の表現たるものとして存在を續けたのである。當時は人民の自由の範圍に對して國家の權力範圍、干渉の範圍を明確に界限することに非常に重きを置く結果、かくの如き規律の半面に存する不利益、即ち奸智に長けた人間が成文法の網の目をくゞり抜けて、立法者の意圖と相容れない行狀であるにも拘らず、また慣習や法律的感情の彈劾する行狀であるにも拘らず、成文刑法中に罪となるものとして宣言してある行狀の範圍は巧みに避けた行狀である爲に無罪たることを失はないやうに立廻ることの出来る可能性を犠牲にしても構はないと考へられたのである。そこで當時の人は此の如き結果を辯護して、法律的安定 *Rechtssicherheit* は實體的正義よりも遙に重要である。況んや實體的正義なるものは一つの理想に過ぎないのであつて、はつきり劃定された一定の形態を缺き、各個の民族的同胞の觀念上に區々の外貌を執つて居るに於ておやと論じた。かくて *Nullum crimen sine lege* の原則は隨分多く援用されて居る言葉に依れば、實に犯罪人のマグナ・カルタとなつたのである。

(註一) 此の原則の沿革に關しては Hankel, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat* (Hamburg 1934) S. 12, und Klee, *DZ.*



刑法の實際上の運用は大體に於て立法者の意思に屈して居た。特に電氣は刑法第二百四十二條の意味に於ての物でないといふ理由で、電氣竊盜を無罪であると宣告した大審院の有名な判例に想到すれば、思ひ半ばに過ぎるものがあるであらう。(RG St. 29 S. 111)。勿論實體的正義の勝を制するの力を致さうと云ふ努力からして、裁判當局は類推の禁止が刑事裁判官の裁量に課して居る制止の束縛から脱却しやうと試み、刑罰法規の擴張的解釋の方法に於て此の束縛を免れたことも稀ではなかつた。即ち大審院は郵便官吏が郵便に附せられた信書を妄りに開封するのを處罰する現行刑法典第三百五十四條に所謂「信書」*Eriefen* は、郵便葉書、郵便爲替等をも指稱するものと解し(vgl. Leipziger Kommentar zum StGB. [4] Anm. 3 zu § 351)。刑法第三百二十四條が取引に供することを禁止して居る「加毒物」*vergiftete Sache* は、其の本質に於て毒物 *Gift* から出来て居る物をも指稱するものと解して居るのである (RGSt. 67 S. 330)。

けれども擴張的解釋と、類推との間の限界は頗る曖昧であつて、かくの如き裁判の中には適法な解釋の限界を超えたものであるとの非難をば、多少にもせよ尤もであるとして甘受せざるを得ないものもある。何れにしても此の現象は、實體的正義を抛棄して僅に購ひ得た法律的確實 *Rechtsgewissheit* を無制限に保障することが立法者にとつて出来なかつたことを示すものに外ならない。加之民法の領域では類推は法律上の義務を論證する爲に無制限に認められて居る以上は、刑法上で類推を禁止するのは法律秩序の統一に於ける侵

害を意味するものである。此の一事が既に將來の刑法では引續き類推の禁止を存續せしむべきものであるかどうかの問題を持出す充分の理由たるものであらう。

だが *Nullum crimen sine lege* の原則の適用範圍が今日となつてかうも問題となるやうになつたのは一體何故であるかの理由に至つては、其の由つて來る所極めて深遠なるものがある。由來此の原則は既に述べた通り立法者は個人に向つて其の自由な裁量に従つて行動することを得べき國家の干渉の及ばぬ領域を保障することを必要とするものであること、及びかくの如き自由の領域は法定の制限が明確であつて各人にとつて直ちに見通すことが得られるやうに設けられてある場合に限り保障されるものであることの自由主義的法治主義的思想に立脚するものである。けれどもナチスが勝利を得て人民各個だとか、其の利益に對する斟酌だとか云つたやうなものが國家の關心の焦點を成すことを失つて、其の代りに民族協同體だとか、民族全體の維持とか保護とか云ふものがすべての國家的活動の客體たり、目標たるものとなつた瞬間と共に以上のやうな議論は其の立脚地を失つて了つた。新國家は個人の生活關係には出來る丈干渉を控へ、國家の領域内に於ける個人の平和で秩序的な協同生活が絶對的に必要とする場合に限り干渉するのを其の任務とは見ないで、寧ろ新國家は各個の民族的同胞に呼びかけて、全體の爲にすべての力を緊張させることを強制し、此の目的を達成する爲に必要である以上は個人の全人格をも併せ捕捉するのである。かくの如き目的を有する國家は各個人が其の力と能力を民族全體の損害の爲に濫用するのを忍容することは出來ない。法律的確實 *Rechtsgewiss-*



wisheit を造り出すと云ふことが立法上の根本原則であることは、新國家に於ても間違ひのないことであるが、法律的確實を斟酌するの餘法律の字句の不充分とか立法者が規範を形成するに當つて思ひ及ばなかつた可能性だとかが、刑罰法規の明白な意圖に違反し乍ら法文の字句を迂回することを心得て居る者を、處罰する障礙となる迄の極端に走ることがあつてはならない。自分のやるべきことが果して適法であるかどうか疑はしく思ふ者は、やらないで置くがよい。それでも尙ほやつてのける者は、自分自身の危険を賭して行爲を爲す者に外ならない。

別に一つの思想の是等の考察と相觸接するものがある。個人の自由の範圍はどんな代價を支拂つても法律的確實に依り、法定の禁止の精確な限界を明瞭ならしめることに依つて保障しやうと云ふ努力は、必然的に法律を適用する際に於ける刑事裁判官の裁量の自由——刑の量定は除外する——を成るべく狭い限度に制限するの結果を導かざるを得ない。かくの如くんば裁判官は包攝の機械 Subsumtionsmaschine に成り下つて了ふであらう。刑事裁判官の働きをかやうに觀念するのは、國家の意思を貫徹し執行するに當つて獨立の裁判を爲すの任を有する者——裁判官も亦此の種の者に屬する——に向つて、一切の國家的活動の目標の範圍内に於て、われから進んで責任の衝に當つて案件の特別の關係を公正に參酌する裁判を下すことを得んが爲に必要とする程度の行動の自由を與へやうと云ふ、新國家の努力と相容れないものである。曩に説明したやうに廣汎な範圍に互る授權の基礎の上に、立法者に代つて自由に法を制定すると云ふやうな任務を裁判官に

與へることは出来ないけれども、それでも人間の能力に限りがあるの然らしめる所として立法者が自分の意思を包括的に表現することが出來ず、また若し立法者にしてそれを認識し若はそれに考へ及んだものとしたら、構成要件の中に包含せしめたであらう所の幾多の可能を豫見することが出來なかつた場合に、立法者の明白な意思を貫徹する爲に充分廣汎な餘地を裁判官に與へる必要がある。かやうに裁判官の權限を擴張するのは、刑罰規範を形成するに當つて著しく廣汎な範圍に互つて一般的條項と廣義の字句とを使用し、説明的な構成要件の標識の代りに健全な民族的感情や類似の價値の尺度を援用する價値填充の必要のある構成要件を法律中に取入れることに依つて、法の適用に際し從來よりも遙かに自由な地位を裁判官に與へやうとする刑罰組織に於ては、只もう論理の一貫であると云ふの外はない。

刑法に於て類推を許すのを推稱する刑法委員會の決議にとつて、決斷の契機となつたのは實に以上のやうな考察であつたのである。是等の提案に依る刑法第二條は、

「所爲が明示的には罪となるものと宣言せられあざざるも、或る法條中にて類似の所爲に刑を法定しあるときは、此の法條の根柢を成せる法律思想並に健全なる民族觀念が處罰を必要とする以上は、此の法條を適用すべし。」

と云ふことになつて居た。

尙ほ補充的に注意すべきもの左の通りである。



此の刑法第二條の主旨に従へば類推を許すには三つの条件が必要である。

(1) 問題たる明示的には罪となるものとして宣言されて居ない所爲は、法令中に於て明示的に處罰することにしてある所爲と類似であることを必要とする。

(2) 明示的の規定の根柢を成して居る法律思想が問題たる所爲に該當して、是が處罰を要求して居ることを必要とする。法令が殊更に其の適用範圍を界限して、若干の類似の構成要件は其の下に屬しないこと、して居る場合にあつては、是が處罰を要求するものではない。此の如き場合にあつては此の捕捉されて居ない構成要件をば、其の捕捉されて居ないにも拘らず類推の方法で、刑罰法規の適用を受けさせるのは不可能であらう。即ち刑法典が男子間の反自然的姦淫行爲を處罰して居る場合にあつては、此の規定を女子間の反自然的姦淫行爲に準用することは出来ない。また法律が十六歳未満の素行端正の少女を誘惑するのを處罰して居る場合には、十七歳の少女を誘惑するのは、よしんば此の少女が精神及び肉體の發育上十五歳位の程度にか達して居なかつた場合にあつても、絶対に無罪たるものである。逆に十五歳の少女を誘惑するのは其の少女が其の成熟の程度に於て十八歳に相當する場合にあつても罪となることを免れない。蓋し一定の年齢を確定するのは、立法者が誘惑の被害者たる少女の具體の場合に於ける性的成熟並に發育の程度を除外するの意思を有するものであることを示すものに外ならないからである。さもなければ立法者は此の罰則を、未だ成熟せざる少女を誘惑したる者は罰すと云ふ風に構成するであらう。

(3) 最後に處罰は健全なる民族觀念に合致しなければならぬ。即ち裁判官は民族又は民族の問題たる一部が處罰價值に關して、事實上どう考へて居るかを認定するのを以て足れりとするとは出来ないであつて、寧ろ裁判官は問題たる行狀が民族的生活協同體の需要と相容れるものであるか、それともまた民族全體の非認する所となるものではないかを審査する必要がある。だから或る種のルーズな法律觀念が民族中の特定の社會の間で地歩を占めて居やうとも、之を決斷の契機たるものと看做すことは出来ない。けれどもまた他の半面に於ては、或る法律、例へば刑法附屬法のやうなものが全民族の間に於て宜きを得ないものであるとして認められるやうなことが起るとすれば、之を準用することは出来ない譯であらう。

其の外所爲が道義上憎惡すべきものであると云ふことは、プロイセン邦司法大臣の覺書「ナチスの刑法」(百二十七頁)の提案する所であるけれども、刑法委員會の推稱に係る法文には之を要求して居ない。蓋し一つには健全なる民族觀念に依れば法律的には非認されるけれども、道義的には憎惡すべきものでない所爲もあり得る(例へば警察上の秩序的規定が刑法典中に收容されるやうなことがあるとして、かくの如き秩序的規定に對する違反の如し)からである。また二つには法と道義が根本的に一致するのは新國家の法律的理想に合致する所以に外ならないのであるが、「健全な民族觀念」と「道義的に憎惡すべき性質」とを對立させることにすると、何等かの對立關係が原則的に若は少くとも頻繁に生ずるのであるかの如き印象を生ぜしめるやうになるからである。



前記の三つの条件を存するときは、類似の法令を其の全範圍に互つて——刑量の點に關しても——適用するを要する。類推の方法で或る一つの禁止的構成要件を獲得し、然も刑は精々の所一定の法令に倚據はする丈で其の範圍は自由に之を定めると云ふが如きことは不可能であると思ふ。

類推を認める場合に生ずる或る程度まで法の分裂を導く危険は、手續法上の處置に依つて防止することが出来るであらう。例へば類推の行はれたあらゆる場合を通じて上告を許し、此の裁判を高級若は最高級の裁判所に委任すると云ふやうな方法に於てある。

(三) 此の序に論究して置く必要のある第二の問題は、刑罰法規の遡及效の問題である。刑法委員會は從來以下のやうな提案をしたのであつた。

第a條 刑は犯罪の當時施行中なる法令に依つて定まる。

第b條 裁判の當時には犯罪の當時に於けるとは別個の法令が施行中なるときは、裁判が最終審に於て行はるる場合にあつても輕き法令を適用するを要す。

第c條 時限法 *Zeitgesetz* は其の施行期間中の所犯に係る犯罪には、當該の法令の廢止せられたる場合にあつても之を適用するを要す。

第d條 保安及び矯正の處分に關しては、裁判の當時施行中なる法令に従つて裁判するを要す。是等の提案について決斷の契機となつたのは、以下のやうな考慮である。

遡及效の問題は更に次の二つの問題に分たれる。

(a) 禁止規範 *Verbotnorm* の遡及效の問題、

從來無罪となつて居た行爲をば處罰を以て禁止する法令は、此の法令の制定以前の所犯に係る、所犯の當時には無罪であつた行爲をも包括せしむべきであるか。

(b) 法定刑の遡及力の問題、

從來既に罪となるものとなつて居た行爲について刑が加重される場合には、此の刑の範圍の變更は前に犯した犯罪についても適用すべきものであるか。

先づ第一に禁止規範の遡及力に關しては、プロイセン邦司法大臣の覺書(百二十七頁)は、犯罪が犯行の當時既に一般の信念上處罰の價値あり、また道義上憎惡すべきものであつた場合にあつては、新規定は遡及力を有せざるを得ないと云ふ見解を披瀝して居る。實際重い法令の遡及の禁止(現行刑法典第二條)が生ずるに至つた考慮、即ち犯人は或る程度まで所犯の當時施行中であつた法規に従つて取扱はれる既得權を有するものであると云ふ考慮は、今日ではもはや認められるのを要求する譯にはいかないものであること疑を容れない。また一般豫防の著眼、即ち法定刑は犯罪人の犯行を制止すべき精神的強制を犯罪人の上に及ぼすものであると云ふ考慮も、遡及の禁止を論證するには足りない。最後に看過することの出来ないのは、「覺書」の提案して居る解決に充分の理由を主張し得るものであることは、背任に對する刑に關する一九三一年十二



月一日のオーストリー聯邦法の理由書中に説明されて居る通りであることである。此の理由書に曰く、  
 「昔から長い間例外なしに遵守されて來た原則でも、仔細に之を審査して見ると根據のない偏見であることとの判明するものもある。刑罰法規は遡及してはならないものであるとする原則なども、矢張りかゝる偏見の一つであつて、法定刑と之に由つて制裁されて居る禁止とを混同する、今日ではとうの昔に超克されて了つた謬見や、禁止は刑を法定すると同時に初めて生れるものであり、前に罪とならなかつた行爲は前には禁止されても居なかつたものであると云ふ觀念に基くものである。成る程或る者が其の犯した當時にはまだ適法であつた行爲について處罰されるのは、確に甚しい不正義であらう。だが併し制裁と禁止との間の論者の云ふやうな結合は、事の實際に於ては極めて少數の刑罰法規についてののみ、主としては警察的性質を有する刑罰法規についてののみ成立するのである。他人の法益を侵害し又は之に具體的の脅威を及ぼす犯罪の場合にあつては、刑の法定されることに因つて初めて禁止が設けられる譯のものではない。故意若は過失の行爲に因つて他人に害を加へ、又は之に脅威を及ぼすのは私法上既に禁止されて居る所であつて、刑を法定するのは偶々以て從來の法規が有害の行爲に結び付けて居た不法の結果では不充分であることの認定を意味するものに外ならない……何人も自分が刑罰法規中にこそまだ規定されては居ないが、併しあらゆる道義上及び法律上の觀念に最も甚だしく背反するやり方で自分の同じ人民仲間を害するのを心得て居ることからして、未來永劫に無罪たるの權利を演繹する譯にはいかないのである」と。

併し乍らよく考へて見ると、プロイセン邦司法大臣の覺書の提案に對しては懸念の方が重きを成すものである。即ちプロイセン邦司法大臣の覺書に依れば、行爲が其の所犯の當時には一般の信念上處罰の價値を有して居た場合にあつては、其の當時まで認められて居なかつた構成要件を包含するなどの新しい刑罰法規と雖、其の施行以前の所犯に係る此の構成要件の下に屬する一切の行爲が時效に罹つて了ふまでは、是等の行爲を遡及的に捕捉し得ることゝなるであらう。果して然るに於ては裁判官はそれらの場合に時效の完成と此の法律の施行との間の期間中にかくの如き一般の信念が實際に存在したものであるかどうか、若し存在したものとすれば何れの時期からであるかを認定せざるを得ないことゝなるであらう。かくの如き認定の如何に困難であるかは多言を俟つ迄もなく明白である。かくの如き規定の効果は獨り甚しい法律的不安定であるのみに止まらず、數多くの告發を誘發するのを懸念しなければならぬ。さればかくの如き困難と不利益とを顧みるときは、原則的の遡及は遡及が緊切な需要を充す所以である場合に限り必要とするのだと認めるの外はあるまい。けれども遡及は決して緊切な需要を充す所以ではないのである。何となれば全體的な民族國家の法律的理想は法と道徳との一致であり、成文法と民族の信念に根ざして居る法律意識との合體であることだから、かくの如き國家に於ては政治的指導者は民族と國家との内面的結合に依り、一定の行狀が民族の間に一般的に民族を荼毒する憎惡すべきものとして認められる瞬間に、刑法的反動作用を發動せしめるものであると云ふことから議論の歩を進めざるを得ないからである。加之或る行狀が成文刑法の構成要件を充



すことなくして然も一般的に非認められる場合に於ては、曩に特示した現行中の罰則を準用する條件を存することが多いであらう。従つて刑法委員會は刑罰法規の遡及力を一般的に規定することを止めて、立法者が具體の場合にかくの如き遡及力を相當であると認めるときは、個々の刑罰法規に遡及力を保有することと爲さしむべきであると云ふ見解を奉じたのである。

もう一つの問題は、是亦プロイセン邦司法大臣の覺書の提案する所であるが、犯罪が従前から既に刑を法定されてあつた場合には、新に施行された加重刑に一般に遡及力を認めるのが適當ではないかと云ふ問題であつて、此の場合にあつても條件となるのは、「一般の信念」や「健全な民族觀念」が犯行の當時既にかくの如き刑を必要として居たことである。所が此の場合に處罰價値の程度に關して一定の時期に本當に一般的信念を存して居たかどうかと云ふことを認定するのは、一般の觀念が果して所爲の處罰を要求して居たかどうかと云ふことの認定よりも遙に困難なるものがある。蓋し民族觀念は或る所爲が果して處罰價値を有するものであるかどうかの點については思ひ廻らすけれども、之に如何なる刑量を適用すべきであるかの問題については、別に思ひ廻らす所はないからである。況んや加重刑を原則的に遡及せしめるのは、外國との犯人引渡の交渉の上で困難を導くの虞があるに於ておや。即ち外國は新しい構成要件と加重刑の遡及效を大抵知らず居る所から、裁判所が一定の刑量を超えないことを引渡の條件たらしめるの結果を來すこととなるであらう。かゝる困難を犠牲にするのは、根本的の意義を有する重大な問題に關係した場合でもなければ勞して

效はないであらう。然も今こゝに問題たる場合はそんな根本的の意義を有する重大な問題に關係したことではないのである。されば此の場合にあつても刑法委員會は加重刑の一般的遡及力を認めないのを以て正當であるとし、寧ろ例へば所謂レックス・ファン・デル・ルッペ(一九三四年三月二十九日の法律第一條)の場合に於けるが如く、具體的の場合に立法者が必要と認めるときに刑を規定するのを立法者に一任するを要するものと認めたのである。

刑量が犯行後に低下された場合にあつては犯罪は判決言渡の當時效力を有する軽い法律に従つて處罰することにしやうと云ふ提案は、刑量の事後に於ける低下は大抵の場合かくの如き犯罪の處罰價値が後になつて軽く判斷されるやうになつたことから生ずるものであること、及び事後に見解の變更のあつたにも拘らず是非共犯行の當時施行中である法規に従つて此の犯罪を處罰しなければならぬと云ふのは、公平上の見地から見て忍ぶべからざる論結であらうと云ふ考慮に基いて、是認し得られることであるやうに委員會には考へられた。犯行後に刑法が廢止された場合にあつては、無罪を規定して居る法律狀態が「軽い法律」である。尙ほ委員會の提案に依ると——大審院の判例とは違つて——法律の廢止がかくの如き犯罪の處罰價値についての立法者の見解の變動と合致するものであるか、又は法律の制定を導くに至つた事實上の條件が消滅したのであるかに従つて、區別を設けないことになつて居る。蓋しかくの如き區別は實際上餘りに大なる困難を導くと共に、此の區別を明確に維持することは不可能だからである。



尙ほまた稱して「軽い法律」と云ふのは、犯行の當時の法律状態に比較して犯人に有利ならゆる法律状態の變更を指すものと解すべく、刑法自身の改正されたと、罰則の關係する刑法以外の規定が犯人の利益に變更されたことに因つて改正の行はれたるとは問はないのである（例へば刑法が法律の規定上整備することを必要とする帳簿を整備することを懈つた者を罰して居る場合である。刑法外に施行されて居る規定上犯罪の當時帳簿を整備するの義務を負つて居た犯人が、此の規定の改正された結果として帳簿整備の義務を負ふ者の範圍から除外されるとする、此の改正は犯人にとつて利益に歸著するものと謂はなければならぬ）。

委員會の提案に依ると、何れの法律を適用すべきかを決定する上には最後の裁判の時期に於ける法律状態が標準となるのであつて、此の裁判が上告審に於て行はれた場合にあつても尙ほ且然るものであるのに反し、一九三五年九月一日迄まだ施行されて居た法律は——大審院の判例に依ると——最後の事實審に於ける判決の言渡の時期に於ける法律状態を念頭に置いて居るのであつて、従つて上告審に入るに及んで初めて生じた法律の改正は、上告裁判所の裁判にとつては原則として意義を有するものではないのである。

曩に報告した第b條の規定に依れば標準となるのは犯罪の當時施行中である刑罰法規に比較しての、裁判の當時施行中である刑罰法規の減罪である。所謂中間法、換言すれば犯罪後に行はれた減罪が判決言渡の當時には既に再び廢止されて了つた場合にあつては、犯人の利益には歸著せしむべきではない。かくの如き場

合に於ては公平は、犯罪の當時行はれて居る法律を適用すべきものとする原則の、例外を許すことを命ずるものではないのである。

## B. 第二讀會に於ける論議の結果

一九三五年三月二十二日及び二十三日の第二讀會に於て、資料が更めて論議されるに當つては、委員會は原則として第一讀會の結果を固執した。

### (一) 類 推

類推の問題を更めて審査するに當つては、將來の獨逸刑法に於ては實體的不法の觀念を以て形式的不法の觀念に代らしめる必要があるとする從來の見地を、實質的に變更する理由は全然生じなかつたけれども、委員會は第一讀會に於て推稱された類推の適法であることを宣言する規定中では、實體的不法の根本思想はまだゞ決して充分には表明されて居なかつたと云ふ論議に到達したのである。委員會の起點とした根本思想は左の通りであつた。法の淵源たり、基礎たるものは實に民族的な協同體の秩序の道義的法則 *Sittengesetz*



であつて、是が外觀的認識の淵源であり、また實際的に之を認識する爲の淵源であるのは普通法律である。従つて構成要件を抛棄し、又は個々の構成要件を普遍的構成要件の例示に制限するのは拒否せざるを得ない。けれども法律なるものは押しなべて人の細工の常として必然的に完全たるものではなく、従つてまた法の認識の淵源として唯一のものであることを得ないのである。かやうな次第であるから法を認識する爲の別の淵源として或る刑罰法規中に表明された法律思想 *Rechtsgedanke* を援用せざるを得ない。健全な民族觀念が處罰を要求して居る場合に於ては、法律思想は處罰の基礎である。かくの如く觀じれば第二の法の認識の淵源から法を獲得することの直接の法の適用に對する關係は、第一讀會の法文上其の外觀を擣むことが出來たやうに、例外の原則に對する關係に在るものではないのであつて、寧ろ此の二つの法の認識の淵源は價值に於て平等であり、順位に於て同順位である。此のことは刑罰法規の準用に依る法の創定 *Rechtsschöpfung* を許して居る規定の法文中に於て明確に表明して置く必要がある。此の法文は、ナチスの國家に於ては法律の明瞭な意思に反して行爲をした者は何人でも其の受けるに値ひする刑を科せられるのであつて、其の犯罪が法律の直接捕捉する所であらうと、或はまた人の力に限りのあるの結果として民族の健全な觀念には背き法の明白な意思には反し乍ら然も罰せられずに可罰性の境界線をうねりくねつて進んで行くことを希ふ者をも包攝するやうに構成要件を界限することが出來なかつたのであらうと、それは一切問ふ所ではないと云ふ主旨を表明しなければならない。

是等の點は除外しても、從來提案された問題たる規定の法文は、まだ三つの點にかけて不充分たるものである。

(a) 曩にAの(一)の下に報告した規定は、法律又は其の根據となつて居る法律思想でなければ處罰の基礎となり得るものではないことを當然表明すべき筈のものであるのに、實際は刑罰法規の時についての效力に關する規定であるに過ぎない(之を犯すに先だち)。

(b) 曩に報告した類推を許す旨の規定の法文に「……法律中に於て明示的に罪となるものと宣言せられありたる場合にあらざれば、刑を科することを得ず」とある爲に、裁判官は法律を解釋するのに法律的目的に従つて(目的論的に)行くべき筈のものであるのに、恰も裁判官は原則として規定の字句から出發して行くことを必要とするのであるかの如き印象を喚起する虞があつた。

(c) 更に最後の規定に於ては「類似の犯罪」の要件を削除することを必要とした。蓋し法律思想の類似と云ふ要件を既に特示してある以上は、「類似の犯罪」と云ふ要件を存置するのは、犯罪の外面的形態の類似と云ふことが決定的の要素たるものであるかの如き誤解を導く虞があらうからである。

最後に或る犯罪が數個の刑罰法條の法律思想上罪となるものと認められる場合についての規定がもう一つ必要であつた。例へば自動電話の濫用と云ふ衆知の(現在では刑法第二百六十五條aに於て明示的に規定されて居る)場合に於ては、何れの法條に由つて處罰を爲すべきであるか。詐欺、通貨偽造、電力の竊取の中何



れの法條を顧慮すべきであるか。若し特別法の存在するものなしとせば、電力の竊取は如何にして罪とすることが出来やうか。竊盜としてあるか、横領としてあるか、但しはまた詐欺としてあるか。委員會の見解に依ると、かくの如き場合には其の根本思想が最もよく當該の犯罪に該當して居る法條を、適用することを必要とするのである。

最後に委員會は、法律的類推 *Gesetzesanalogie* の外に法境的類推 *Rechtsanalogie* を認むべきであるかどうかの問題を、もう一度審査して見た結果、此の二つの類推形態の間には明確な分界線を劃することは不可能であると云ふ論結に到達した。裁判官はどんな範圍に於て或る刑罰法規の根本思想を推擴し、各個の場合に於ける其の特殊の形成を見合はせることが出来るのであるかと云ふ問題は、一般的には答へることは出来ない。此の場合には二つの著眼點を注意する必要がある。先づ第一に禁止の構成要件 *Verbotstatbestand* は常に一定の刑罰法規の根本精神からして擱んで來なければならぬ。之に依つて裁判官の觀察が極端に走るの餘規定の根本思想を推擴するに過ぎて、其の具體的の形態に於ける法定の構成要件との結合が全然弛解されて了ふのを防ぐことが出来る。更に裁判官は禁止規範 *Verbotnorm* を樹立するに當つて餘りに行き過ぎないやうにして法律の限界の超越を阻却しやうとする立法者の意思を構成要件の具體的形態からして推知することが出来ないかどうかを常に審査して見る必要がある (Aの(1)、(2)、(3)を参照)。

以上述べた通りの次第であるから、委員會は第一讀會に於て決議した最初の二條を、次のやうな内容の一

つの規定に概括しやうと云ふ提案に到達した。

「法律が罪となるものと宣言したる所爲、又は刑罰法規の根本精神上及び健全なる民族觀念上處罰を受けるに値ひする所爲を犯したる者は罰す。犯罪に對して一定の刑罰法規を直接適用すべからざるときは、其の根本精神の最もよく當該の犯罪に該當する法令に從つて處罰す」。

「民族的感情」の語を以て「民族觀念」の語に代へたと云ふ唯一の例外を除けば、委員會の提案は其の後此の形の儘で一九三五年六月二十八日の刑法改正法第一條に依つて法律とされた。

## (二) 解釋上の法則

更に委員會にとつては——最近の數個の立法例 (例へば一九三三年九月二十九日の國世襲農地法第五十六條、一九三四年十月十六日の租稅適應法第一條及び第二條、一九三五年三月二十七日の國狩獵法施行令第一條を參照) の模範に倣つて——刑法の解釋竝に運用についての普遍的法則を裁判官に與へるのが望ましいやうに考へられた。其の法文左の如し。

「裁判官は刑法の字句に拘泥すべからずして、寧ろ刑法の意義及び目的に從つて裁判することを必要とするものとし、此の刑法の意義及び目的は刑法の基本となる法律思想、健全なる民族觀念及び總統の布告に由つて發見するを要す」。



此の規定は實質の上から云ふと、現行法に比較して新機軸を出して居る點は全然ないのであつて、其の準則は現在既に一般的に取扱はれて居る所であり、特に刑法の目的並に其の内容を認識する爲の手段として總統の布告を援用する場合にも然りとするのである。(一九三五年六月十七日の大審院の判決の如き。Deutsche Justiz S. 1100 betr. Beamteneigenschaft der SA-Führer 参照)。此の規定の意義は此の規定が法律解釋の正しい方法についての裁判官の活眼を益々明快敏慧ならしめることを欲求する點に存する。尙ほ裁判官は此の規定に基いて當該の規定の法律思想は、立法者に於て欲求した限界を包含するものであるかどうかを審査するの義務をも負ふものであることは、特に指摘するに値ひする所である。

### (三) 刑法の時に關する效力

凡そ法の時に關する效力の問題(換言すれば法律並に法律思想の時に關する效力の問題)に於ては、委員會は輕い法律の遡及效を強行的に規定することなく、寧ろ輕い法律の適用を裁判所の裁量に屬せしむべきであると云ふ標準を以て、第一讀會に於て執つた著想を維持することにした。委員會は後に至つて減罪の行はれた場合にあつても、犯人が當時施行中であつて且犯人にとつて羈束力を有する法律上の命令に對して、反抗したと云ふ事實は存續するものであることを考量した。それにも拘らず犯人に輕い法律の適用を求める請求權を與へると云ふことは、減罪が必ずしも常に法律の道義的基礎の變更に立脚するものではなくて、寧ろ

純然たる合宜上の考慮に歸著せしめることが出来るのである以上は、到底不可能である。更に誤解を避ける爲に「時限法」の概念を明確に劃定しやうと云ふことが決議された。

此の程度に於ても委員會の提案は、其の後刑法第二條 a の規定(一九三五年六月二十八日の法律第一條の法文に於ける)に於て法律となつた。加之刑事訴訟法第三百五十四條 a の新しい法文(前掲法律第八條の法文に於ける)に依つて、上告審に於て初めて發生した法律狀態の輕減を斟酌する道が大審院に與へられた。

### (四) 選擇的意味を有する認定

第二讀會に於ては選擇的意味を有する認定の問題も、論議の範圍に加へられることゝなつた。大審院(RGSt. 68 S. 257)が其の從來の態度を拋棄して、竊盜か又は贓物授受に因る選擇的の有罪の言渡を適法なるものと宣言したのは衆知の通りの次第であるが、大審院は同時に一九三四年の法曹週報(JW. 1934 S. 294)で謬つて公表された判決案が適法と認めて居たやうに、廣汎な範圍に互つて選擇的認定を許すのは當時行はれて居る法規と相容れるものではないと言明した。けれども刑法に於て實體的正義の原則を完全に貫徹させやうとすれば、將來の刑法に於ては從來現行法の認めて居たよりは遙に廣汎な範圍に互つて、選擇的認定を許す規定を拋棄することは出来ない。委員會の提案は左の通りである。

「犯人が一個の所爲に依つて數個の刑罰法條の一に違反したること確定せるも、犯罪の認定Tatbest.



stellung は選擇的にのみ爲し得るときは、犯人は最も輕き法律に因つて處罰すべし。犯人が數個の法條の一に對して違反したること確定せるも、數個の行爲の何れに由つて刑罰法規の違反ありたるものなるやを認定する能はざるとき亦同じ」。

即ち委員會の提案に依ると、三種の場合を區別しなければならない。

(1) 一個の統一的の所爲——統一的とは實體法上の所爲の概念(刑法第七十三條、第七十四條)の意味に於ては、寧ろ歴史的事象の同一性と云ふ手續法上の意味に於てある(刑事訴訟法第二百六十四條)——が數個の刑罰法條の一に違反し、一個の明確な犯罪の認定が不可能であるときである。是は R.G.St. 68 S. 257 に取扱はれて居る。竊盜か贖物授受かの何れか一方の存在する場合である。更に竊盜||横領、竊盜||背任、謀殺に對する共犯と目前に迫つた謀殺の告發の懈怠等、等、等などが此の場合に考慮に上る。此の場合にあつては犯人は、最も輕い法律に由つて處罰するを要する。此の場合に犯人を最も輕い法律に由つて處罰するのは、正義に合致する次第と謂はなければならない。蓋し犯人が比較的重い刑の法定してある規定の構成要件を充足したことの確定しない間は、犯人を此の法律に由つて處罰する譯にはいかなないのであつて、即ち必然的に輕い法律に從つて處罰せざるを得ないのである。

委員會は、犯人の犯した所爲の故意犯も過失犯も何れも共に罰せられることになつて居るけれども、犯人が故意に因つて行爲を爲したものであるか、それとも過失に因つて行爲を爲したものであるかを明確に認定することの不可能である場合も、此の種の場合に屬するものであるかどうかの問題を論議した。

委員會は、是等の場合に於ては選擇的の意味を有する責任の認定を行ふ餘地は、原則として存在しないものであると云ふ見解であつた。蓋し裁判官が犯人に對して故意を立證することの出来ないことと云ふ論結に到達する場合にあつては、故意犯に因る有罪の言渡は直ちに除外されるからである。即ち選擇的にも故意犯に因る有罪の言渡を爲し得ないのである。此の場合にあつては裁判官は寧ろ、過失に因る犯行が問題となるものであるかどうかを更に審査しなければならない。けれども故意を立證することが出来ないからと云つて直ちに此の過失の問題を積極的に解答する譯にはいかないものであることは、殆ど特筆するまでもないことである。例へば宣誓が虚偽であつたことは確認出来たけれども、犯人が認識と欲求を以て *wissenschaftlich* 虚偽の宣誓をしたとは認定することの出来ないときは、犯人が其の供述の不實であることを識認することの出来る立場に在つたことの更に認定されるときでなければ、過失に因る虚偽の宣誓の故を以て之に有罪を言渡すことは出来ない。此の理由に因つても故意か過失かの選擇的認定は、普通問題となるものではないのである。是は事案の本質にも合致する所以である。蓋し犯人が竊盜なのであるか、それとも贖物授受者なのであるか、泥棒なのか、詐欺師なのかの問題が未解決の儘であるのは忍ぶことが出来るとしても、或る人間が偽誓者なのであるか、それとも輕卒な人間なのであるか、或はまた犯人が謀罪若は故殺の罪あるものなのであるか、それとも單に過失に因る殺人の罪があるに過ぎないものなのであるかの問題は、一般に未解決の儘で置く譯



にはいかない所だからである。

けれども例外として故意に因る犯行か又は過失に因る犯行かも選擇的に認定することの出来るやうになつて居る必要がある場合も想像することが出来る。例へば國家の機密を記載した文書が筆筒の中に納つてあつて筆筒には始終錠がおりて居る。筆筒の鍵は特定の人間が保管して居る。此の場合に第三者が此の文書の内容を知悉したことが確認されたとする。此の事案の状況上考慮に上る可能性は二つしかない譯である。即ち鍵の保管を命ぜられて居る者が故意に第三者に文書の閲覧を許し若は其の内容を報告したのか、或はまた此の人間が不注意に因つて鍵をどこぞに置き忘れ、爲に其の権限なき者をして筆筒の内容を知悉するを得しめたのであるかの何れか一つである。此の場合に於ては、それ以上事案を解明することが不可能である以上は、背叛罪と國家の機密の過失に因る漏洩（刑法第九十條e）との間に選擇的認定を爲すことが出来なければならぬ。此の場合にあつても一番軽い法律に由つてしか處罰することは出来ない。

(2) 或る人間が數個の行爲を犯し、數個の刑罰法條の一に違反したけれども、此の數個の行爲の何れが法律違反を成すものであるか認定することの出来ない場合である。例示すると、被告人が先づ宣誓に代る保證を爲し、後に別の關係に於て、宣誓に代る保證を以て保證した事實と正反對の事實を宣誓供述したので、保證が虚偽なのであるか、但しはまた宣誓が虚偽なのであるか認定することが出来ないとする。此の場合には選擇的認定を爲し、一番軽い法律に因つて犯人を處罰することが出来なければならぬ。また十九歳の未婚

の女子が第三者に向つて、自分は自分の父親と情交を通じたと言つたけれども、果して其の言が眞實であるかどうかを確認することは出来ないとする。此の場合にあつては此の女子は、其の第三者に語つた所が眞實であるとすれば近親相姦 *Blutschande* の罪を犯したのであるし、さもなければ父親に對する誣告の罪を犯したことになる。此の種の場合に於て二つの行爲の何れか一方の所犯の時期に犯人が歸責無能力であつたとすれば、選擇的認定は不可能であることは云ふ迄もない。

(3) 或る人間が數個の行爲の一つに因つて一つの特定の法條に違反したけれども、是等の行爲の何れに因つて法律違反が行はれたものであるかを認定することの出来ない場合である。例示すると、第一審と控訴審とで宣誓の上訊問された證人が、控訴審では第一審での宣誓供述と正反對の證言を宣誓供述したけれども、何れの宣誓が虚偽なのであるか認定することの出来ない場合である。此の場合にあつては委員會の意見では此の犯人は、偽誓の廉を以て處罰することが出来ることになつて居るのである。けれども此の場合を明示的に規律する必要はないやうに思はれた。法律の特別の規定なきも尙ほ、自明的に必要な有罪の言渡に到達することが出来やうと云ふのが、委員會の考案の出發點であつたのである。

此の點についても委員會の提案は、其の後一九三五年六月二十八日の法律の第二條に依つて法律とされたのである。



## 九、刑罰法規の人及び土地に關する效力

ベルリン地方裁判所  
 検事正 ドクトル・ライマア

刑法の土地に關する效力を客體とする法條は、内國に於ける内國人若は外國人の所犯に係る罪となる行爲のみを、内國の刑罰權に服せしむべきであるか、それともまた内國人若は外國人の外國に於ける犯行にも及ぶものとするべきであるか、若し然りとすれば如何なる範圍内に於てあるかの問題を規律するものである。一國が此の點に關して設けて居る規律は其の本質上本來の意味に於ての刑法たるものではなくて、正しく此の國獨特の世界觀に基き其の需要に依つて制約されるのであつて、此の國のみを羈束する法規適用法 *Rechtsanwendungsrecht* である。されば土地に關する效力についての刑罰法規の規定は全然國家的の性質を有するのであつて、是等の規則が往々にして不當にも「國際刑法」*Internationales Strafrecht* と云ふ名稱の下に總括される爲に必要となつて來る説明的規定に外ならない。

以下に於ては將來の刑罰法規の土地に關する效力を明かにしやうとするものであるが、只此の場合規定は單に其の輪廓丈しか劃することの出來ないのを指摘せざるを得ない。蓋し個々の犯罪の確定した場合、換言

すれば刑法典の各則篇についての審議の終結した場合でなければ、土地に關する效力の細目を決することは出來ない次第だからである。

現行の獨逸刑法は刑罰法規の土地に關する效力については、所謂「屬地主義」*Territorialitätsprinzip* の原則を劈頭に標榜し、第三條に其の積極的效果を掲げて居るのであつて、之に依ると犯罪が内國に於ける所犯に係る場合にあつては可罰性に關しては内外人は平等に取扱はれることになつて居る。之に反し屬地主義の消極的效果は第四條第一項の明かにして居る所で、即ち外國で犯した重罪及び輕罪に關しては原則として訴追は行はれないのである。かく屬地主義を原則として認めては居るもの、刑法第四條第二項に於ては幾多の例外を以て此の原則を打破して居る。此の場合重きを爲すのは普通「實質主義又は保護主義」*Real-oder Schutzprinzip* と稱せられて居る方針であつて、換言すれば外國の領土上で獨逸國の利益の侵害された場合にあつても、犯人の國籍の如何には關係なく獨逸國の利益の保護と云ふことが内國の刑法の適用の結び付く點であると云ふ思想である。此の保護主義を完全に貫徹すると云ふことは、外國に於ける内國の利益のすべてが保護されることを條件とするであらうが、かゝる保護主義の範圍は現行法上では云ふまでもなく著しく制限されて居るのであつて、保護の客體たるものは只大逆内亂の企圖に對する獨逸國の存立と外國に於ける獨逸國の官吏の職務執行の妨害の排除丈に過ぎない。更に「屬地主義」の原則に對する別段の例外を成すものは「屬人主義」*Personalprinzip* であつて、此の主義は犯人が内國の國籍を有するや否やを聯繫點とし、假



令所在は外國にあつても内國人と内國とを結合させて居る特別の忠誠關係 *Treuverhältnis* を根據とするのである。獨逸國民たる者が外國に在つても獨逸國に對して忠誠の義務を負ひ、背叛的行爲に因つて此の忠誠に背く場合には處罰されるのと同じやうに、他の半面に於ては外國に在る獨逸國民に對する獨逸國の信義の義務も成立する。國の此の信義の義務は、訴追若は處罰の爲に外國政府に對して獨逸國民を引渡すのを禁止して居る、現行刑法典第九條の表明して居る所である。此の原則の必要な半面は、獨逸國民が外國で犯した重罪若は輕罪は獨逸國自身に於て處罰を引受けると云ふ義務である。只一つの例外たる場合に於てのみ、即ち通貨に關する重罪若は輕罪についてのみ、獨逸法の適用に關して所謂「世界主義若は世界法主義」*Universal-oder Weltrichtsprinzip* が認められ、専ら犯行それ自體のみを目安として、犯罪地とかか犯人の國籍だとか乃至はまた侵害されたのが内國の貨幣制度なのかそれとも外國の貨幣制度なのかには關係なく、常に可罰性の根據ありとして居るのである。

是等屬地主義の例外のすべての場合を通じて一事の共通なるものがある。それは是等の例外が内國に於ける犯罪のやうに合法主義の原則の適用を受けるものではなく、換言すれば是等の犯罪は訴追することを餘儀なくされるものではなくて、其の訴追は檢事の裁量に屬せしめられて居ると云ふことである。

現行刑法の土地に關する效力についての規定を形成するに當つて、屬地主義の大原則を劈頭第一に掲げたのは、全く當時の思想の傾向に合致したものである。當時の人々はフランス刑法典の廻り道を辿つて、既に

プロイセン邦刑法典中に入り込んで來た自由主義思想から脱却することは出来なかつた。若は寧ろ脱却しやうとはしなかつた。そして此のプロイセン邦刑法典がまた、國刑法典の基礎となつたのである。

所がナチスの國家は民族協同體の思想の上に立脚する次第なのであるから、ナチスの國家に於ては全然別個の準繩が標準たらざるを得ない。曰く、國民が國內に在らうと國境外に在らうとは問はず、刑法が國民の何人をも羈束するのは民族協同體の精神の正に要求する所である。世界何れの地に在る何れの獨逸人も獨逸的思想の代表者として、獨逸文化の先驅者として、祖國に在るの日獨逸刑法に觸れないやうに進退坐臥しなければならぬのと全く同様に行動すると云ふことは、獨逸民族が世界の何れの地に在る何れの獨逸人に對しても課せざるを得ない道義的要求である。かくの如き根本思想から出發して行く段になると、將來の刑罰適用法にとつては屬人主義を眞つ向から振りかざして、刑罰法規の土地に關する效力を獨逸人が内國若は外國で犯したすべての犯罪に及ぼすことが必要であり、また外國で犯した所爲の處罰の適否は原則として、行爲地法上も亦此の所爲が處罰されることになつて居るかどうかに繫らしめる譯にはいかないと云ふ論結を生ずる。

われ／＼はかくの如くにして、各個の民族的同胞の國體に對する忠誠と服従の義務に重きを置くゲルマン式法律生活の原則に復歸する次第なのであつて、普通法の如きも尙ほ外國に出かけて行く獨逸人は、或る程度まで自國法を其の脊に負ふて出かけて行くものであると云ふ原則を展開した。所謂 *leges ossius inhae-*



rant (法は骨髄に固著してあり)とは此の謂である。後に封建の領主權鞏固となるに及んで初めて、人々はかかる原則から乖離し、之に代ふるに屬地主義のやうな形式主義的解決を以てするやうになつたのである。

所で獨逸國民の外國で犯した、獨逸刑法の適用下に屬する所爲と云へば、何でもかでも直に之を獨逸國の裁判に附さうとし、外國での可罰性は全然度外視することにしやうとするが如きは、屬人主義の原則を餘りに極端まで持つて行くものに外ならないのは明かである。凡そ外國で罪となる行爲を犯す獨逸國民は、普通是と同時に外國の刑罰法規にも違反するのを常とする。かくの如き場合に於ては屬人主義を貫徹するのに對して何等の困難も存しないのであるが、之に反して外國での所爲が行爲地では處罰されて居ない場合にあつては、右述べた所とは全然趣を異にするものがあるのであつて、此の場合にあつてはいろいろな可罰性を生ずる。即ち外國で重婚又は刑法第七十五條の輕罪を犯し又は外國で墮胎を行つた獨逸國民で、そして恐らくは専ら此の目的の爲に其の居所を一時外國に移した場合などは、行爲地法はかくの如き所爲を處罰して居ない場合にあつても、獨逸國民の健全な觀念上は罪となるものである。また他の半面に於ては其の土地の風俗習慣乃至は人種的地理的の相違が、獨逸法上は罪となる外國の所爲をば、獨逸の法律意識にとつても是認するに足りる所爲たらしめることがあり得る。例へば南洋のチャヴァでは土人は十一歳で既に性的に成熟して了ふのであるが、獨逸國民がかゝる土地で十三歳の土人の娘と性的交渉に入つたとすると、本來やかましく屬人主義の原則に執著するに於ては刑法第七十六條第三項に對する違反の重罪の廉を以て、十年以下

の重懲役に該ることゝなるであらう。併しかゝる場合に獨逸刑法の適用を要求するが如きは、それこそ不合理も甚しいものと謂はなければなるまい。また例へばスウエーデンのバーゼル州では營業的賭博を罰して居ないが、此の地で賭博を營業とした獨逸國民が獨逸國に歸國した後、刑法第二百八十五條に對する違反の輕罪の廉を以て罰せられることになつたら、是亦獨逸國の民族的感情には適合しないのである。

是等の例からして必然的に明白となるのは、屬人主義の原則は或る程度まで制限されざるを得ないものであると云ふことである。此の制限は以下の規定を設けることに由つて達成することが出来る。

「獨逸國民が内國若は外國に於て犯したる所爲には獨逸國の刑罰法規を適用す。

外國に於て犯したる所爲にして行爲地法上は罰せられざるものには、所爲が行爲地に於ける特殊の事情の然らしむる所として獨逸民族の健全なる感情上處罰價值ある不法にあらざるときは、獨逸國の刑罰法規を適用せず」。

所謂新國籍取得者 *Neubürger* については、以上に述べた規定の示す所よりも遙に歩を進めた屬人主義の制限を必要とするものである。即ち此の新國籍取得者が獨逸國の國籍を取得するに先だち罪を犯したときは所爲が行爲地に於ても罪となる場合でなければ、獨逸國の刑罰法規を適用しない。處罰をかゝる條件に繋らしめるのは、次のやうな考慮の然らしめる所である。即ち此の行爲時には犯人は外國人であつてまだ獨逸法の羈束は受けて居なかつたのであつて、従つて行爲時に内國で行はれて居た法律狀態に従つて之を判決す



るの不可能であらう。然も獨逸國の國籍を取得したことに因つて、適及的に獨逸の刑罰法規への羈束を生ぜしめることは出来ない。所爲が例へば刑法第七十五條に對する違反の輕罪であつて、行爲地では處罰されないことになつて居たときは、獨逸の國籍の取得後には處罰はもはや行ふことは出来ないのである。

若し夫れ外國人に對する刑罰法規の適用に關しては、先づ外國人の内國に於ける所爲には屬地主義を存置すべきことは素より自明の事柄である。

之に反し外國人の外國での所爲は、原則としては獨逸國の刑罰權に服するものではない。此のことは外國で或る行爲を犯す外國人に向つて、獨逸刑法に従つて行動を規整せんことを要求することは出来ないといふ單純な考慮に出でるものである。所が二つの範疇に屬する犯罪は以上の考慮から除外しなければならぬ。即ち獨逸國の基礎に對して指向された犯罪と、國際間の文化的利益を侵害し、従つて間接にのみ獨逸國の利益に關係を持つ犯罪とである。(例へば通貨偽造罪、婦女賣買罪、兒童賣買罪の如し)。外國人の所犯に係る外國犯罪にして前に擧げた範疇に屬するものに關しては、獨逸刑法を適用すべき範圍を定める上には、獨逸の民族協同體の生存の根本秩序は外國からの侵害に對して、最大の限度に於て保全しなければならぬといふ原則から出發するを要する。現今刑法第四條第二項第一號に具體化されてあり、且曩に述べたやうに只二つの場合をのみ念頭に置いて居るやうな「保護主義」の原則が著しく擴張する必要のあるものであることは既に一九〇九年以來いろ／＼な刑法草案を説明するに當つて屢次表明されて來た所である。特に保護主義は

外國で外國人の犯した背叛罪、獨逸國に對する誹毀、國大統領及び政府の構成員に對する加害、國軍若は國民力に對する侵害、獨逸國民を目的とする移住詐欺、獨逸國の官廳に繫屬して居る手續に於ける偽誓などの犯罪を、内國の裁判權に服せしめるの方向に向つて擴張する必要があるのである。

刑法の改正が現在のやうな状態に在る以上は、前記の列擧が網羅し盡して剩す所のないものであり得ないのは、事柄の本質上當然のことである。蓋し刑法典の各則は全然新しい犯罪種目の幾つかを設けるものと豫見されるのであるが、今問題たる列擧については刑法典の各則の形成が先決問題たるものだからである。どんな利益の侵害が内國で處罰されるのであるか、之を具體的にはどう評價すべきであるかが終局的に確定した場合に初めて、外國に於ける犯行をも處罰するの必要が果して存在するものであるかの問題に解答することも出来るのである。

是等の場合は大體に於て直接若は間接に國家の利益を侵害する場合なのであるが、是等の場合の外、行爲地法上も可罰性を存するの條件の下に獨逸の刑罰法規の適用を、外國人が外國で犯した所爲であつて獨逸國民若は獨逸國の法益に指向されるものにも及ぼす必要がある。此の論結はナチスの國家の見解に依ると各個人の國家に對する忠誠關係が從來よりも遙に力強く高調されて居る以上は、逆に國家も亦自分の國民が外國で侵害を受けた場合にも之を保護するの義務を負担せざるを得ない所から、必然的に生ずる所なのである。

唯一の例外たる場合に於ては、所爲がそれ自體としては何等獨逸國の利益に觸れる所はないけれども、刑



罰法規の土地に關する効力を擴張すべき絶對的の必要の存在する以上は、外國人の外國に於ける犯罪に對しても獨逸國の刑罰法規を適用する旨を宣言する必要がある。此の場合想像されるのは外國で獨逸國民でない者に對して重い罪を犯して獨逸國內に於て逮捕されたけれども、引渡の申出がなかつたか又は例へば通過國が被訴追者の通過を許さない爲に、具體的の場合に引渡を實行することの不可能であると云つたやうな、何等かの原因に由つて其の本國に引渡すことの不可能である外國人の場合である。現行刑法に依ればかくの如き所爲は内國に於ては贖罪せしめることは出來ないのである。且又かくの如き規定を刑法に收めることは、かくの如き缺陷の法律に存する爲特に戰後數年間の時期に屢々起つたやうに、當の犯人を獨逸國外に追放することも非常に困難である場合に生ずることのある、忍ぶべからざる弊害を指摘して論據とした一九二七年の草案の既に要求した所を充す所以に外ならない。

之に反して將來の刑法に收容してならないのは、内國に於ける犯罪の場合に通例行はれる合法主義の原則とは異り、外國に於ける所犯に係る犯罪の訴追については便宜主義が適用される旨の現行刑法典第四條第二項の掲げて居るやうな規定である。蓋しかくの如き規定は専ら訴追の適否に關して態度を決する規定であつて、刑事訴訟法第五十二條第二項に言明してある訴追の強制の例外を意味するものに外ならないので、従つてまたもとゞ訴訟法的の規定に過ぎないからである。されば如何なる條件を具備するに於ては外國での犯罪を内國で訴追するを要するのであるかと云ふ問題は、須らく之を刑事訴訟法中で規定すべきである。かくの

如き場合については本來便宜主義を存置しなければならないものであることは、國家は外國での犯罪を訴追するにつき事情に依つては極く些細の利益をしか有せず、且具體的の場合には國際的の斟酌が刑事訴追を恐らくは不可能とすら認めしめることがあると云ふ考慮から、必然的に生ずる所の論結なのである。

獨逸國民を刑事訴追の爲外國政府に引渡すべきでないか、それとも之を引渡すべきかについての規定も亦將來の刑法中には收むべきでない。獨逸國民を刑事訴追の爲外國政府に引渡すのは、現行刑法典第九條の明示的に禁止する所である。蓋し刑罰法規の土地に關する効力の問題、換言すれば國家は其の刑罰權をどの程度までそして何人に對して及ぼさうとするのであるかの問題は、原則として引渡とは全然交渉する所はないことだからである。國家が引渡を行ふのは國家が其の刑罰請求權を拋棄するのである。反對に國家が刑罰請求權を主張する場合には、國家は刑罰請求權を實現する爲に外國からの引渡を達成しやうとする。引渡に關する規定は常に國家間の條約若は具體的の場合の協定 *Vereinbarung ad hoc* に基いて行はれるのであつて、實體刑法中にはかゝる規定を收める餘地を剩さない。

第二讀會に於ける委員會の審議の際には、將來の刑法の人及び土地に關する効力についての規定を主要な點で改造する丈の理由を全然見出さなかつた。第一讀會案について行はれた修正は單に編纂上の性質を有するもののみであつて、専ら法文の體裁の整備を目的とするに止まるのである。即ち特に或る事情の下に屬人主義を制限する曩に掲げた規定は、本報告の第一段中で報告した法文よりもつと明瞭に、外國に於ける獨



逸國民たる犯人の獨逸刑法に對する羈束に關する問題の裁判は、「行爲地に於ける特殊の事情」を目安とすべき旨を表明することになつて居るのである。

# 十、一罪數罪

控訴院部長　グ　　ラ　　ウ(國司法省)

## A. 第一讀會の結果

(一) 一罪數罪の法律的取扱についての規律を更新するに當つて中心となる問題は、此の二つの競合形態は其の效果に於て果して之を統一して了ふべきものであるか、又は現行法に於て成立して居るやうな二つの形態が異つた結果を持つて居ると云ふやうな状態は、根本的の性質を有さない二三の變更を加へた丈で存置することが出来るかと云ふ問題である。即ち解決すべき問題は此の二つの競合形態の效果のみに及ぶものである。其の本質上の不平等それ自體を除かうとするやうな方法で統一するのは不可能でもあれば、またさう云ふことは現實を甚しく歪めることを意味するであらう。蓋し立法者には事實上の事象に眼を閉じて二つの異つた行爲を、一つの唯一の行爲と同一であると定める丈の權力は全く缺けて居るからである。立法者は只將來此の二つの本質的に異つて居る所犯種別の結果が、同一若は類似たるものとするにすることを命じ得る丈である。若し二つの本質的に異つた自然の事象を平等に取扱ふのが實體的正義に合致する所以であると假



定すれば、此の本質的に異つた二つの自然の事象を結果に於て平等に取扱ふことも、法律の規律を設ける場合に全然許されることであり、また可能でもあるのに疑を挿むことは出来ない。

現行刑法典に於て二つの競合形態を區別することの意義は、是亦刑の量定の點にのみ存する。一罪の場合にあつては所謂吸収主義 *Absorptionsprinzip*、換言すれば一番重い刑で個々の刑を吸収して丁ふ主義を執つて居るのに反し、數罪は制限加重主義 *Asperationsprinzip*、即ち原則として個々の適合刑 *Einsatzstrafe* を一つの併合刑 *Gesamtstrafe* に結合させるが、併し各個の適合刑の重疊よりは之を軽くする主義に従つて規律して居る。

二種の競合を成文の上に規律するのは、ナチスの刑法に於ても専ら法律技術上の問題である。所が素人が此の問題について普通正しい理解を示すことの出来ないのは、競合に關する理論が寧ろ法律技術的の意義を有するからこそであつて、即ち素人は恐らく自分には實生活に疎いやり方としか思はれない、一人の犯人に數回死刑を言渡し、又は終身間の自由刑に併せて有期自由刑を言渡すのを怪みはするが、併し其の他の點に於ては此の事柄に何等餘りに多大な關心を示しては居ない。それ丈にまた學説は此の問題をいろ／＼に取扱ひ、恰も此の領域に於て本來飛躍的な論理と概念の分裂とに益々拍車をかけたのである。けれども其の際看過してならないのは、學説の上こそ却つて二つの競合種別の處罰に差別を付けるのを止めにするのに賛成する有力な運動を存することである。大審院が極く最近に至るまで競合形態を全然明確に區別するの域にま

で到達することが出来なかつた爲に、裁判上の困難は随分大きなものとなつた。是は一見した所、可笑しなことに思はれるかも知れない。何故と云ふのに數個の自然の事象と一個の自然の事象との間に、區別を設けるよりやさしいことはない筈だからである。けれども實際上に於ては區別は決して爾く容易なものではなく其の困難になるのはわけても大審院が昔から、一罪の場合にあつては數個の構成要件を實現する爲の實行行為の全部若は一分が同一であつたことを必要とすると云ふ、適當でない形式的の標準に従つてのみ裁判をしたからである。また自然的に統一された一個の行為 *natürliche Handlungseinheit* でなくて、數個の有體的行爲から合成される一個の行為を判斷しなければならない場合にあつても、界限は困難となる。此の合成された一個の行為と數個の行為も従來は明確には區別されなかつたのである。其の結果大審院が競合の問題に關して本審裁判所と見る所を異にすると云ふ理由で、多數の判決が上告審で取消されることになる。所が競合の問題はどう云ふ風に決定されやうともそう云ふことには關係なく、實際上の結果はほゞ同一の處罰に到達することが稀ではないのであるから、かくの如く往々にして苦心慘憺の餘に成つた事實の認定に基いて言渡した、其の他の點に於ては充分理由のある判決を取消すと云ふことは、益々以て望ましからぬこと、謂はなければならぬ。けれどもそれにも拘らず判決の取消はどうしても行はざるを得ない。蓋し現行法上數罪は一罪並に法律的に統一された一個の行為 *juristische Handlungseinheit* よりも重い刑を以て處罰されることになつて居り、且其の結果として少くとも理論的にはかくの如き法律の錯誤は、刑を量定する上に影響を



及ぼすことがあり得るからである。何れにしても區別の曖昧な場合に超克することを餘儀なくされる困難は此の區別の實際上の價值と全然釣合のとれないことが随分ある。

以上に叙説したやうな法律上の困難を匡濟する道はいろ／＼あるであらう。即ち例へば一罪の場合について現行刑法典第七十三條に依る刑の最高限を、半丈け引上げると云ふやうな風に刑を加重する方法を規定することに因つて、二つの競合形態の間の實際上の區別を廢止したも同様な結果に置くやうにすることも出来やう。かやうにすると刑の範圍は既に一樣なものになつて来て、二つの競合形態の間の區別は云はゞ平均されたも同様と云ふことゝなるであらう。かくの如くんば即ち大審院のむつかしい界限もはや餘り大なる意義は有しないことゝなるであらう。蓋し被告人は此の點に於ける法律違背に由つては、普通もはや煩はされることはあるまいからである。否、實體法がかやうに變更された後にあつては恐らく更に一步を進めて、上告はもはや一罪若は數罪の著眼點が本審裁判所に依つて誤認されたことを、理由とすることは出来ない旨を規定することが出来るであらう。かくの如き規律の利益はかう云ふ風にすると双方の場合を、訴訟法上に於ても成るべく平等に取扱ふことが必要でなくなると云ふ點にとりわけ存するものと考へる。此の双方の場合を訴訟法上に於ても平等に取扱ふと云ふことは、少からぬ困難に際會すること周知の通りの次第だからである。

刑法委員會は此の方法を執らなかつた。委員會は寧ろ二つの競合形態を差別的に取扱ふのは實體的正義に合致する所以ではないと云ふ見解を奉じて居た。けれども現行の規律に法律上の困難を存し、且又此の規律が實體的にも公正でないと云ふ確信が世間の間に存するならば、此の點から論結を抜き出して、二つの競合形態を其の効果に於て獨り相接近せしめるのみに止めず、寧ろ全然之を同列に置くのが立法者の義務である。かやうにすれば新刑法の全般を通じて貫通させることになつて居る傾向、即ち背後に實質的の意義を擁さない單なる純理論上の争は、成るべく根據を失つて了ふやうに刑法を組立てやうと云ふ傾向をも、もつと著しく斟酌することが出来るであらう。

(二) 二つの競合種別に差別を付けることが刑の量定の理由上からは認ずることの出来るものであるか、それともまた是等の理由からして之を同一に形成するに努むべきであるかは争のある所である。今とり分け出現した所爲それ自體を仔細に觀察して見ると、想像的に競合した犯罪は唯一個の自然的事象のみに止まるものとして、數罪の場合に於けるよりも軽く處罰するのを正當と認めるの外はあるまい。尙ほ想像的競合を一罪として觀念するか、それともまた之を數罪たるものとして觀念するかは、別に差別を來すことはないであらう。蓋し實體的競合の場合に數個の事象を存するのに對して、想像的競合にあつては常に一個の自然的事象しか認めることは出来ないからである。けれども一度行爲を度外視して注意を犯人に内在して居る犯罪的意思に向けて見ると、所見は全然別個のものとなつて来る。所が新刑法は實に其の全般を通じて犯人の意向 *Willenshaltung* を標準とし、決定の契機としやうとするものであるから、犯人の意向を眼目とする考察方法



こそは此の問題についても執らなければならない所であり、かくの如くにしてまた競合についての理論は純然たる法律技術以上に、世界觀的に制約された根本的内容を與へられることゝなるのである。同種の想像的競合の場合にあつては犯人の犯罪的意思が實體的競合の場合に於けると同様に有力であり、同様に處罰價値を有するものであることが非常にはつきりと判る。例へば犯人が相重なつて立つて居る二人の敵を故意に因り一發の射撃で斃した場合に、相並んで立つて居る者を直に相連續する二發の射撃に因つて斃した場合よりも軽く處罰しなければならぬと云ふのは解せられない。また不同種の想像的競合の場合にあつては、獨り現行法の刑が餘りに軽きに過ぎるのみに止まらず、實體的競合について規定してある制限加重の方式も、未だ以て充分な贖罪を提供するには足りないことすらある場合もあると云ふ、誠に奇妙な確認に到達する。是は法定の想像的競合の場合に極くはつきりと現はれて來る所であつて、例へば竊盜と強要とが想像的に競合する場合にあつては、數罪について適用のある刑丈では決して充分とすることは出来ないであらう。されば立法者自身も強盜の構成要件を設けることに因つて、刑の範圍を數倍高めたのである。數個の犯罪の標識が一個の行爲に競合することに因つて犯人の責任の強度が著しく増大し、問題たる刑を重疊させても未だ以て相當の處罰たるに充分とすることの出来ない別の場合も、容易に想像することが出来る。其の外爾く刑を引上げる必要を存しない一罪の場合も隨分存在するものであるのは、疑ふことは出来ない。只常に確認しなければならぬのは、現行法の吸收主義は一番重い罰則をも超過する程度の責任は捕捉することが出来ない

から、頗る不充分であると云ふことである。されば想像的競合のすべての場合を通じて現在の刑の範圍は不満足なものであること、加之數罪の場合に於けると全然同様な處罰が絶対に相當である場合も存在すること、最後に各個刑 *Einselstrafe* の重疊以上に互る處罰すら公正と認めるの外はない場合も決して少くはないこと、などの論結に到達せざるを得ない。されば一罪に結合されて居る二つの法令違反を、二つの分離して居る犯罪よりも重く評價するのは、決して形式的な司法の假構と云つたやうなものではないのであつて、寧ろ犯人の意向を正當に評價するときは案件の多數に於て、事實上犯罪的意思が一罪に結合された數個の違反に因つて表明されるか、又は數罪に因つて表明されるかは全然同一なのである。一罪の場合に於けると同様數罪の場合にあつても犯人の精神的態度の全部が、刑の輕重を決定する契機であらねばならぬ。二つの競合種別の間には尙ほ存する處罰價値上の差別は、將來裁判官に宛がはるべき廣汎な刑の範圍内で刑の量定の方法で、相當に斟酌することの出来ないやうな種類のものでは絶対にない。以上述べた所に依れば獨り刑法典中で二つの競合種別を平等に取扱ふのに對し懸念は全然存し得ないのみに止まらず、かやうに平等に取扱ふと云ふことは實體的正義の立場からさへも望ましいものと稱せざるを得ない。されば刑法委員會は斷然此の方式を執ることに決心したのである。

(三) かゝる論結に到達すると次に生ずるのは、さて然らば普通平等である此の二つの競合形態の處罰價値を、どう云ふ風に法律の上に表明しやうかと云ふ問題である。現行法の併合刑 *Gesamtstrafe* を一罪にも及



ばすべきか、それとも統一刑 *Einheitsstrafe* を規定することに因つて、二つの競合を平等に取扱ふこと、すべきであるか。今此の問題を審査するに當つて先づ想像的競合から始めると、第一に確認しなければならぬのは、恰も併合刑を形成する際に必要とするやうに各個の法令違反について順次に相當刑 *Einsatzstrafe* を割宛てて行くのは、こゝでは全然不自然な事柄を意味するであらうと云ふことである。想像的競合の場合にあつては犯罪意思の處罰價値は、犯罪意思が一つの法令違反のみに制限されないで數個の法令違反に及ぶことに因つて昂揚される次第であるけれども、此の場合に自然的事象は只一個丈しか存在せずまた此の自然的事象は一度丈しか處罰することは出来ないことと云ふことの爲に、此の處罰價値の高程度にあるのを胡魔化されてはならない。競合に關する理論に於て非常に有名になつた事例について云へば、配偶者のある自分の娘を強姦した父が此の一度限りの事象に由つて三つの異つた刑、即ち強姦 *Nothzucht* に因る刑と近親相姦 *Blutschande* に因る刑とそしてまた姦通 *Ehebruch* に因る刑とを科せられると云ふのは、國民の簡單に理解し兼る所であらう。けれども此の犯人は他人である配偶者を持たない婦女に對して強姦を行つた場合に於けるよりも、遙に重く處罰する必要のあることは恐らく民族的同胞の能く理解する所であらう。かやうに近親相姦であり、また婚姻關係の侵害であるやり口の中に存する普通以上の責任は、特別の贖罪を必要とするものである。されば將來は想像的競合の刑の範圍は、法定してある最重刑の法定の最高限を超えることを必要とするであらう。一九二七年の草案は第六十六條に於て最高限としては半分丈け通常の刑を超えることを得

るものと規定して居る。けれども此の最高限は特に重い場合については不充分であること既に述べた通りである。もつと正しいのは刑期は法定してある刑の最高限の總和を超えることを得ないと云ふ風に、相對的の最高限を限定することであらう。かう云ふ風にすれば想像的競合のすべての場合を通じて、適當な刑の範圍を見出すことが出来るであらう。そして有期自由刑の場合にあつては、何れの場合にあつても決して長期十五年を超えることは許さないと云ふことにすれば、此の點に刑の範圍は其の絶對的の限界を有すること、なるであらう。

一罪の場合に唯一の事象に數個の刑を科するのが不自然であるやうに、數罪に關する現行の法律の規律も人爲的な拵へごとで無理がある。何となれば一人の人間を云はゞ數人の犯人に分析し、此の數個の犯人人格 *Täterpersönlichkeit* のそれ々々について各別の刑を定めると云ふやうなことは、素人にとつては不可解なことだからである。凡そ意思刑法は犯人の全人格を總括的に斟酌することを要求するものである。そして是は數個の犯行のあつた場合にあつても、只統一刑のみに由つて達成し得られる所なのである。かやうな處置を執ることにすると、事實を認定する際に於ける裁判官の配慮は一方ならず面倒なものになるであらうと云ふ異論は、理由のあるものではない。統一刑の場合にあつても裁判官は數個の法令違反を判斷するのに、先づ各個の所爲についての構成要件を判決中で認定することを必要とするであらう。蓋し數個の所爲は實際其の獨自の原因、獨自の目的、そしてまたそれ々々評價しなければならぬ獨自の結果を有する次第だからである。



裁判官が尙ほそれ以上に互つて各個の所爲につき各別の刑を割宛てることを強ひられるかどうかと云ふことは、事實の認定の精確とか各個の行爲の評価とか云つたものにとつては重大な意義を有するものではないのであつて、只犯人が常習的の犯罪人である場合にあつても、數罪にとつて統一刑が完全に充分なものであるかどうかを問題とすることが出来るに止まるであらう。此の點は疑問とされた所であつた。併し此の場合に考慮しなければならないのは統一刑の現實に實際的となるのは實に實體的競合の比較的軽い場合にのみ限られると云ふことである。重い場合については常習的犯罪人を彈壓する特別の規定に依つて、是等の分子に對してみづからを防衛する民族協同體の正しい要求のすべてを斟酌する特別な得物が與へられてある譯であるから、刑法委員會は二つの競合形態について統一刑の方式を執ることに決心し、一罪について規定した刑の範圍を數罪についても相當にして且充分たるものと認めることにした次第である。

(四) 實體法上で想像的競合と實體的競合とを平等に取扱ふ以上は、成るべくは訴訟法上でも實體法に續いて兩者を平等に取扱ふことを必要とするであらう。訴訟法上に於て兩者を平等に取扱ふに當つては、本來想像的競合も現行法の實體的競合に於けると同様に取扱ふことも考へられ、また此の逆に處置することも考へ得られやう。けれども後に至つて初めて發覺した判決前に存する實體的に競合する犯人の一切の行爲を既判力で捕捉せしめることは不可能なのであるから、逆の方法は排斥せざるを得ない。従つて剩す所は只一罪を取扱ふのに現行法が數罪についてやつて居るのと全然同様にするの方法しかない。此の場合に重大な困難に遭遇することのあるのは、刑法委員會の看過しなかつた所である。それにも拘らず一度實體的に平等に取扱ふ主義と統一刑の主義とを實質上正當たるものとして認めた以上は、此の原則を實現する上に拂はなければならぬ訴訟法上の犠牲は、毫も介意する所ではないと云ふに於て意見の一致を見た。何となれば訴訟法は實體法に奉仕する從僕の規律に外ならないからである。よしんば刑事訴訟に於て不人氣な結果が生じて來やうとも、實體法を民族にとつて親みの深いものとする爲にはそんなことは犠牲に供しなければならぬ。

訴訟法にあつては關係する所は訴訟繫屬ほどの程度まで及ぶのであるか、既判力の範圍はどれ丈とすべきであるか等の訴訟物の問題であり、また數個の法令違反が一個の行爲に競合する場合に、上訴は個々の法令違反に制限することが出来るものであるかどうかの上訴の制限の問題に關するものである。第一の問題に關しては犯人の一切の行爲と法令違反を一つの手續に於て判決するやうに、極力努力すると云ふ點からして出發して差支あるまいが、併し是は極くいろいろの理由からして必ずしも常に實行は爲し得られまい。訴訟繫屬の範圍の問題は比較的簡單に、公訴狀中に規定されて居ない法令違反は新しい犯行の發覺の場合に於けると同一の特定の條件の下にしか同じ公判に於て判決することを許さないと云ふ風に解決することが出来る。所が既判力の效果の問題となると是よりは遙にむつかしくある。一九二七年の草案は其の他の點では是亦二つの競合を平等に取扱ふと云ふ立場の上にも立つて居るけれども、それにも拘らず同草案は爾後に於ける統一刑の言渡を實體的競合の場合に於てのみ規定し、第六十八條で統一刑に關する規定は或者が刑の服役終了、



時効に因る消滅又は其の免除に先だつて行爲時上既に前の手續に於て判決されることを得べかりし他の所爲の故を以て有罪の言渡を受けた場合に限り、之を適用することを得べきものと宣言して居るのである。刑法委員會は其の程度に於ては論理一貫の處置を執ることとし、他の法令違反の廉を以て追加的に訴追の行はれた場合には既に統一刑の形成を爲し得べきものと宣言するに決した。かくの如き追加的の統一刑の形成は、想像的に競合する著眼の後に至つて明かとなつた場合にあつても訴訟法上可能であらねばならぬことは、大審院の現在の裁判の明瞭に判示して居る所である。此の點に於ては區裁判所の處罰命令 *antwärtlicher Strafbefehl* を存する場合に限り、かくの如き新しき見地に基く刑事訴追を許す旨が宣言されて居る。されば或る犯人が其の犯した謀殺の發覺しなかつた爲に發砲の禁止に對する違反の廉を以てのみ確定有罪判決を受け、そして其の曉には永久的の後に至つて謀殺罪の廉を以て起訴される虞れがないと云ふことがあり得ることとなる。此の場合にあつては謀殺罪は僅に五ライヒスマルクの罰金を以て「贖罪を了する」と云ふこととなるであらう。だから訴訟法は後に明かとなつた法令違反に基いても追加的に起訴を爲し得るの道を與へて置かなければならない。だがそう云ふことにすると例へばどの區裁判所判事も、新しい法律上の著眼の生ずる毎に既に陪審裁判所の判決を覆へることが出来るやうになる程度に於て、困難を生ずるものであることは看過する譯にはいかない。また區裁判所判事は刑量の點に於て全然自由であることだから、陪審裁判所の刑よりも遙に低位に在る統一刑を無雜作に言渡すことが出来るであらう。此の困難は追加的の起訴は無制限に

は許さず、新手續の結果が最初の刑と少からず異なるものと期待することの出来る場合に限り許すものとし、剩へ此の制限は二つの競合種別について效力を有するものとするに因つて救済することが出来るであらう。更に追加的に起訴を行ふに當つては適當な場合に従前の刑を存置して統一刑を見合はせることを裁判所に許す必要があるであらう。裁判所が統一刑を追加的に形成するに當つて全然自由無碍であることを避ける爲には、既に言渡された刑を統一刑の最低限たるものとして宣言してもよからう。更にまた最初の判決の確定する以前に既に追加的の統一刑を形成することが出来ることとすれば、懸念すべき状態を生ずることとなる。蓋し此の場合にあつては最初の判決に對する上訴の成功が新しい統一刑に依つて當初から除外され、被告人が同一の所爲に基いて二つの上訴を同時に遂行するの必要とすることがあり得るであらうからである。されば統一刑の追加的言渡は最初の判決の既判力に繋らしめる必要がないかどうかをも、考慮しなければならぬまい。

二つの競合種別を訴訟法上で平等に形成するについての第二の大切な要件は、將來は控訴及び上告は想像的に競合する個々の著眼にも制限することを得るの點に存する。果して然らば其の程度に於ても想像的競合を實體的競合と平等視するの實が貫徹されることとなるであらう。現行法上に於ては大審院は控訴をかくの如き見地に制限することも認めなければ、上告をかくの如く制限するのをも許して居ないことは實に周知の通りの次第であつて、其の結果は即ちかくの如く制限された控訴は自動的に判決の全般を捕捉することとな



り、またかやうに制限された上告に基いては事件は常に其の全範圍に亙つて差戻されることゝなるのである。かくの如き裁判は不都合な結果を導くに至ることが稀ではなく、また民族としてもかくの如き裁判は納得し兼ねる所なのである。さればこそ益々以て其の程度に於ても實體的競合と同様な形成を貫徹し、個々の法令違反に制限された上訴を許すのに賛成の根據が存在すると云つたものである。蓋し此のことは訴訟法上全然爲し得る所の處置だからである。かやうな制限的の控訴が理由のあつた場合には控訴裁判所は責任判斷を分割して、其の否認した法令違反に關しては被告人に無罪の言渡を爲し、其の他の點に於ては新に刑を定めることを必要とするであらう。かくの如き場合に上告裁判所がどう云ふ風に處置をすることを必要とするであらうかは疑のある所であるけれども、併し其の程度に於ても訴訟法的規律は確に見出すことが出来るのであると思ふ。

是等の主たる問題の外に、尙ほ別段の訴訟法上の困難を克服する必要のあることは、刑法委員會の決して看過しなかつた所である。併し乍ら訴訟法上の困難がすべて克服することの出来るものであること、並にまた二つの競合種別は訴訟法上に於てはほゞ平等に形成することが出来るのであつて、かくて實體法上に役にも立てば、また民族に親みの深い規律を設けることが出来るものであることには、委員會は此の疑をも挿むものでない。

## B. 第二讀會の結果

(五) 第二讀會に於ては數個の所爲と數個の法令違反の競合の問題は、再應周匝に審査された。かやうに更めて審査を爲すに當つては、第二讀會は數罪の取扱から出發した。先づ第一に此の二つの競合種別は實體的正義の理由から見ると、刑の量定の領域上に於て果して平等に取扱ふことを必要とするものであるかどうかは斟酌することをしないで、寧ろ先づ現在の數罪の法律上の取扱は果して新に造り出さるべきわれわれの意思刑法の基礎と兩立し得るものであるかどうかと云ふこと丈を審査したのであるが、結局此の問題は否定されることになつた。蓋し現行法を支配して居る犯罪處罰 Tatbestrafung の原則は數罪の現在の取扱からこそ明白となつて來る次第だからである。即ち現在では獨立したそれ〴〵の犯罪については特有の相當刑 Einsatzstrafe が要求されて居るのであつて、此の犯罪に對する唯一の著眼は更にどの相當刑も全然獨逸民族の普通のやり方に反して獨立の附加刑と結合することが出来るのであるし、また是非結合させなければならぬと云ふ迄の程度に及んで居るのである。後に至つて數個の相當刑からして一個の併合刑を形成すると云ふことは、犯罪處罰の原則に對する適切な考察にすら基かない例外たるものである。後になつて併合刑を形成するのは決して、後になつて個々の犯罪の評価以上に亙つて犯人の人格を判斷すると云ふやうなことを意味するものではない。蓋し一つには、犯罪を評價する唯一の形である相當刑の總和からしては、人格に對する



適切な評價などは決して生じ得るものではないのであるし、また一つには、併合刑は相當刑の總和に達することを許さない旨の規定こそは、一人の犯人が數個の犯罪を犯したのであると云ふ事實、竝に此の事實から生ずる協同體にとつての犯人の人物の危険性には、斟酌を拂はないことになつて居るのを明瞭に示すものに外ならないからである。成る程大審院は随分幾度となく、本審裁判所が相當刑を量定するに當つては同時に判決を言渡すべき同一犯人の別段の犯罪も亦併せ斟酌したのであると云ふ見込から出發はし、従つてまた或る犯罪に關する無罪の言渡に際しては新に刑を確定する爲に他の犯罪に關する相當刑をも取消した。此の同時に判決を言渡さるべき他の犯罪に著眼するやり方は實際上時々行はれた所であるが、然も此のやり方は法律の規定には適合しないのであつて、現在の法律の規律については實體的に不當な結果をも導くものである。蓋し各個の相當刑の範圍について他の犯罪をも併せ斟酌し、かくの如くにして相當刑を量定する上に犯人についての全觀念を標準たらしめやうとするときは、後來生ずる併合刑は餘りに重い相當刑に由つて形成せられ、従つてまた重きに過ぐるることゝなるであらう。加之同時に判決さるべき他の犯罪に著眼することの不適法であることは、問題たる犯罪が只二つ丈に限られ犯人が此の二つの犯罪の一つに因つて上訴裁判所に依つて無罪を言渡される場合に、非常にはつきりとする。此の場合にあつては殘存する不服を申立てられない相當刑は、犯人の全然犯さなかつた別段の犯罪に對する斟酌上餘りに重く量定されるのである。だから數罪に關する現行の規律は犯罪刑法の流露であり、従つて此の出發點を忘却するのは、犯人にとつて極めて不公平である結果に到達することゝならざるを得ない。

之に反して新しい意思刑法は犯人刑法であつて、犯罪はもはや刑法上の處置の目的とは認められることなく、目的となるのは犯人の人格であり、刑法上の處置は犯罪を實行した犯人の惡意に指向されるのである。犯罪は意思刑法にとつては刑法的干涉の機縁に外ならない。加之犯罪は犯罪意思の強弱と危険性とを認識せしめる爲の一つの重要な淵源である。犯罪を支持する意思を判斷する上に考慮に上るものには、犯罪の外に犯罪を導くに至つた事情、犯罪を以て追求した目的、竝に犯人の動機がある。けれども此の彈壓するに値ひする意思を正しく判斷する上に特に重要であるのは、以上のものゝ外に犯罪とは無關係に、犯人を義務付ける犯人の従來の教育、其の社會的地位、其の年齢、其の經歷、其の犯罪後に於ける行狀等に示されて居る犯人の意思も亦そうである。即ち意思刑法は犯人の人格全體を評價し、是からして其の惡意を論結し、此の惡意の強弱や社會公共にとつての危険性に従つて、刑の輕重を量定するのである。

或る犯罪の犯行に對して適用ある意思刑法の刑の量定に關する此の原則は、犯人が數個の犯罪を爲した場合にあつても、效力を持たなければならぬのは當然のことである。即ち此の場合にあつても犯人の表示した惡意が其の處罰にとつて標準となるものである。而して此の場合にあつても此の惡意は、犯人の人物を全體的に評價するに於てのみ認定することが出来るのである。けれども此の全體的判斷は、犯人の人格を分析することを必要とする相當刑の形成に由つては之を行ふことは出来ないものであつて、犯人の統一的人格が



統一的の刑を以てしても評價することの出来る場合でなければ、適切に行ふことは出来ないのである。

かやうな次第で刑法委員会は數罪について統一刑 *Einheitsstrafe* を科すること、して居るのであるが、然もそれは何等かの技術的原因に因つてではなくて、寧ろ意思刑法の核子と本質とに觸れる原因に因つてある。即ち數罪について統一刑を認めると云ふことは根本的種類の決定を意味するのであつて、是亦新刑法が本當に意思刑法であること、其の處分の目的としてはもはや犯罪を彈壓しやうと云ふのではなくして、寧ろ犯人の人格や犯罪となつて現はれた意思を彈壓しやうとするものであることなどの主旨に寄與する所以であるのである。

(六) 數罪の一切の場合を通じて、犯人の人格についての全體としての觀念を得ることが出来るものであるかどうかと云ふことが問題とされた。成る程其の本質上同種の犯罪に基いて犯人の人格についての全體としての觀念を、確定することが出来ない譯ではないことは誰でも認めた所であるけれども、全然本質を異にする犯罪、特に責任形態を異にして居る犯罪の場合にあつては、そう云ふことは不可能であると云ふのが論者の主張であつた。だが此の統一刑に對する異論は先づ第一に、犯人の全人格の評価は獨り犯罪のみからして行ふべきものではなくて、寧ろ此の判斷には其の外に尙ほ犯罪に關する考察とは無關係な、幾つもの事情を參照すべきものであるのを看過して居る。此の尙ほ追加せらるべき幾つかの事情こそ、犯罪丈からでは到底掴むことの出来ない統一的の觀念を往々にして完全ならしめるものであり、特に其の本質上から云へば全

然何ものをも相互に共通には持つて居ない犯罪についてすら、統一的の觀念を補完せしめるものなのである。加之統一刑の形成は全然餘蘊を剩さない究極の論結までも徹底的に貫徹しやうと云ふのではないのであつて、罰金は常に各別に之を言渡すことを得べく、拘留はすべて輕懲役と併科的に各別に言渡すことが出来るものと規定してある。罰金及び拘留こそは刑事刑法に於て、第一に過失犯について問題となる刑種たるものである。かくの如き過失犯につき輕懲役に値する犯罪が附加はり、且裁判官が責任形態に於ても異つて居る是等の犯罪、竝に其の他の事情からして犯人についての統一的の觀念を掴むことの出来ない場合にあつては、裁判官は例外として統一刑を形成することを斷念して、各別の刑を言渡すことが出来る。けれども將來の刑法では裁判官は只かうやり得ると云ふ丈のことであつて、是非かうやらなければならぬと云ふ譯のものではない。例へば關稅通脱の廉を以て追躡されて居る密輸入者が自動車で逃走する途中、歩行者を轢くことに因つて過失に因る傷害罪を犯したときにあつては、かくの如き場合には是等の犯罪の不同であるにも拘らず、また其の責任形態の同じくなくとも拘らず、犯人についての統一的の觀念を掴むことは極めて易々たるものであらう。けれども重懲役と平行的に各別に拘留を言渡すのは絶對的に不可能であると考へられた。蓋し最初に執行すべき重懲役刑の名譽を減少させる効果は其の服役後にあつても存續すべく、其の名譽に於て低減された犯人をして名譽の見地から見て中立的な拘留の刑に服役させるのは、望ましいことではないからである。尙ほ重懲役と併科的に各別に輕懲役を言渡すことを得しむべきではない。蓋し輕懲役及び重懲役を法定



してある數個の犯罪からしては、統一的の犯人の觀念を確定することの出来ない場合は、殆ど想像することは出来ないからである。

(七) 數罪の場合について正當にして必要たるものと認められた統一刑の法定の範圍に關しては、先づ現行法の批評からして出發しなければならなかつた。既に述べた通り現行法は相當刑を狹窄し、また或る範圍内に於て遞減を許すことに因つて、必ずしもすべての場合を通じて犯人の人格を公正に判斷することを得しめては居ない。蓋し三つの違つた犯罪を犯した犯人が、是等の犯罪の一つに關して此の一つの犯罪を犯した犯人よりも軽く處罰されると云ふのは一體何が故に然るのであるか、納得するに困難な次第だからである。否、寧ろ反對にかくの如き犯人を公正に判斷するに於ては、相當刑の總和を超える必要が往々にして成立せざるを得ないであらう。蓋し此の犯人は其の犯罪を累積することに因つて、其の社會公共にとつて特に危険な人物であることをわれから明かにした次第だからである。併合刑を形成するに當つて遞減を許すについての現行法の理由は、時間上區別された二つの、例へば各六ヶ月の刑に服役するのは、十二ヶ月の間間斷なく服役するのよりも犯人にとつて遙にらくであると云ふにあるけれども、此の見解は明かに不當である。何となれば一つには、服役の日子を経過すること大なるに従つて違つた環境と新しい生活條件との順應の程度が増大して來て、服役は受刑者にとつてつらいどころか寧ろ段々らくになるのであるし、また一つには犯人が二回まで其の生活上の基礎を奪はれ、二回まで新に其の生存を建設することを餘儀なくされる強制は、一回丈けの服

役の結果に比較すると遙に重い加重を意味することとなる。従つて統一刑についての刑の範圍を法定するに當つては、比較的長期で連續的に間斷のない場合にあつては刑期の遞減を許すと云ふ思想は、全然何等の意義をも有し得るものではない。寧ろ逆に犯罪の重疊する場合にあつては、特に重く且峻嚴な刑を以て之を處罰するの道を開いて置く必要がある。同様にしてまた數罪についての新しい統一刑は、個々の犯罪に因つて該當した刑の上に立脚せしめることは出来ない。所犯の各個の所爲の最も重いものについて規定されて居る刑の範圍以外には刑の量定の出發點たり得るものはないのである。けれどもかやうにして適用すべき刑の範圍の最上限は、裁判所の自由な裁量に従つて超越することが出来なければならない。更に考量されたのは犯罪の累積からして犯罪人の特殊の危険性の判明した場合にあつては、次に重い刑種、即ち例へば輕懲役を重懲役に轉換する道をも與へて置く必要があらうかどうかと云ふことである。委員會が之を差控へたのは、かくの如き場合について問題となる大抵の個別的構成要件に於ては、特に重い場合についてどつちみち輕懲役から重懲役への移行が規定されてあるからである。統一刑についての刑の範圍の相對的の最上限は、法定された最重刑の總和である。其の外に尙ほ絶對的の最上限を存するのであつて、此の最上限は拘留の場合にあつては五年、其の他の自由刑の場合にあつては十五年である。

(八) かくの如く刑の範圍を廣汎に定めることに因つて、數罪の一切の需要を斟酌したのである。けれども此の場合に看過することの出来ないのは、かやうな處置を執つても大抵の場合については、適用すべき最も



重い刑罰法條の刑の法定の範圍は實際上は全然超越されることのあるものではないと云ふことである。蓋し大抵の各個の刑の範圍は委員會の希望する所に依ると、法定してある刑種の法定の最上限を以て其の上方の限界とするであらうからである。此の最上限は重懲役にあつては丁度十五年、輕懲役にあつては十年である。只比較的小規模の犯罪についてのみ、二年未滿の輕懲役又は拘留の刑の範圍が規定してある丈であり、従つてまた數罪について設けてある刑の量定に關する法則は、此の場合についてのみ實際上充分な作用を及ぼすのである。

此の事實は同一の法定の刑の範圍を一罪の場合についても提供することを促すものであつて、委員會は第一讀會に於て此の點について爲された他の一切の考慮とは獨立して、一罪の場合についても同じ法定の刑の範圍を提供することに決した。

かやうな次第で委員會は、現在の相當刑を意思刑法と相容れないものとして否認する道を通り、統一刑のみが犯人の人格についての必要な評價を可能ならしめるものであると云ふ認識を經、また當初數罪についてのみ考慮された刑の範圍の形成を經て、二つの競合種別に適合する統一刑に到達した。此の結果たるや他の方法——假令爾く原則には制約されて居ないけれども——既に第一讀會に於て達成された所なのである。

(九) 競合の問題は同時に法律的に統一された一個の行爲 *juristische Handlungseinheit*、即ち連續犯や營業的常習的の犯罪の取扱を闡明にしないでは違漏のない規律は出來ない。蓋し此等の統一された一個の行爲を

數罪から區別することこそ、正に裁判にとつて特別の困難を醸す所以に外ならないからである。此の兩者は立法者自身が少くとも連續的行爲の定義を設けるに於て、初めて明確に區別することが出來るのである。此の統一された一個の行爲を客觀的の著眼に従つて定義することを希望する人もないではなかつたけれども、意思刑法としては是等の希望に反して大審院の區別に類似した區別丈しか問題とはなることは出來なかつた。統一された一個の行爲にとつて適當な區別の標準たり得るものは、只犯人の統一的の決意あるのみである。そこで委員會は連續的行爲の法定の定義として次のやうなものを選ぶことにした。

同一の構成要件を反覆して實現するは、統一的の決意に基いて行はるゝにあらざれば、刑法に所謂一個の犯罪を成さず。

だが連續的行爲をかやうに主觀的に定義することになると、全然統一的の決意に基くものではなかつた所から現實には數個の獨立な犯罪を成して居た場合をも、實際家が統一された一個の行爲として解釋することも少くないのは委員會の決して看過はしなかつた所である。同種の犯罪の前行の犯行の結果として新しい犯罪に對する犯人の内面的制止作用が益々少くなり、其の然るが故に益々以て新に爲した決意を認定するのが困難となるの故を以て、實際家は犯人の數個の獨立した決意を一個の統一的な決意と同視することが少くなかつた。そこで裁判當局に對しては連續的行爲の本當の場合には發生することが比較的稀であり、従つて是等の場合についてのみ唯一の犯罪に因る處罰の特遇が、立法者の欲求する所なのであることをよく教へ込ん



で置く必要がある。連続的行爲の定義は委員會の定義に依れば競合に關する規定に屬せしむべきでなく、寧ろ之を「犯罪」Straftatに關する章中に收むべきものである。蓋し此の定義は刑の量定についての特別の規定を包含するものではあるまいからである。何となればこゝで意圖されてあるやうに概念の適用を制限し、各個の構成要件の刑の範圍を上方に向つて廣濶なものとするに於ては、刑の量定についての特別の規定を欲求する需要は成立しないからである。けれども連続的行爲をする犯人については、構成要件の何れの實現をも危険なる常習的犯罪人に關する規定の意味に於ての犯罪と看做すべきものであつて、従つて適當の場合には此の連続的行爲をする犯人に對しても常習的犯罪人について適用のある重い刑を言渡すことが出来るのであるし、また必要の場合には保安監置をも言渡すことが出来るのである。

營業的及び常習的の犯罪の本質は、犯人が新しい犯罪についての新しい決意に對して次第に制止の作用を失つて行つて、此の事實からして協同體にとつて特別の脅威を生ずるに至るの點に存する。従つて營業的及び常習的に行はれる同一の構成要件の反覆しての實現は、普通數罪の原則に従つて判斷すべく、只此の種の犯行あるに於て初めて可罰性の根據の與へられる場合は此の限りではないのである。此の見解は判例の既に贊成する所であり、且營業性や常習性の概念も亦判例に依つて既に充分に闡明されてある所であるから、其の程度に於ては法律の規定を必要とするものではない。

(十) 統一刑に對する主な非難は、昔から統一刑に因つて生ずる訴訟法上の困難に及んで居た。此の場合に

學者は此の二種の競合の實體法上に於ける平等の取扱に續いて、訴訟法上にも之を全然平等に取扱はなければならぬと云ふ考から出發したのは勿論である。委員會も亦また其の第一讀會中に既に、訴訟法上に於ける平等の取扱を少くとも望ましいものとする程度に於て此の見解を主張した。こんな次第で委員會が、當時既に訴訟法上に於ける平等の取扱を統一刑の絶對的に必要な結果とは、看做すことの出来ないのを明瞭に知悉して居たのは云ふ迄もない。今日數罪の場合に於ける相當刑の廢止のみが原則的に制約されて居るものであること、また本質的に異つた競合種別の差別的取扱は兎に角統一刑に對する斟酌上全然變更することを必要とするものではないこと、現在既に認識されて了つた後にあつては、統一刑の訴訟法上の結果は専ら相當刑の將來に於ける廢止のみに制限することが出来るのである。特に判決主文及び判決理由中に於ては、從來同様法令違反が一個の所爲に由つて行はれたか、それともまた數個の所爲に由つて行はれたものであるかが區別されることになつて居る。其の外判決の確定は從來同様犯罪にのみ關せしむべく、法令違反には關せしめないことになつて居る。新に犯罪の判明するに於ては、現行法に於けるが如く追加公訴 Nachtragsanklageを提起することを得るのに反し、新に法令違反の判明した場合にあつては、場合に依つては再審の方法に於てのみ救済を爲し得ることになつて居る。

統一刑の追元的形成についての別段の實體法上の條件は、第二の犯罪を判決するに當つて第一の犯罪が既に確定して居たと云ふことである。蓋しさもなきは、二つの手續に於て上訴期間が同時に満了して了ふ



虞があり、また各裁判所は常に相互に其の刑の量定を妨害し合ふ虞があるからである。加之後に至つて統一刑を形成する場合にあつては、新しい統一刑は前に言渡された刑よりも軽くあることを許されない程度に於て、實際上の事由から第二の裁判官をして或る程度まで第一の刑の羈束を受けしめる旨が規定されて居る。最後に言渡された刑の全部若は一分の服役終了は、もはや爾後に於ける統一刑の形成を阻却しないことになつて居る。けれども行刑法には、既に服役済みの刑は裁判所の公平な裁量に従つて統一刑に通算することを必要とする旨が規定されてあるのである。

委員會は相當刑の廢止の訴訟上に及ばず影響を次のやうに想像して居る。

(1) 一つの犯罪のみに關して不服の申立のあつた場合にあつては、同時に判決された他の犯罪に關する責任の認定は確定する。其の程度に於て刑の執行の行はるべきときは、執行裁判所又は上訴裁判所の決定に依つて、統一刑ほどの程度に於て執行力を有するのであるかが確定される。此の場合に刑種を異にするときは、刑は確定した犯罪につき法律中に規定してある刑種に於てのみ執行することが出来る。是は決して假の執行力の宣言たるものではなくて、寧ろ終局的の一分執行力である。此の手續は、確定した相當刑を執行することになつて居る現在行はれて居る手續よりも遙に優つて居る。現在では相當刑が上訴手續に於て取消され、其の程度に於て被告人が無罪を言渡されると、其の間に行はれた確定相當刑の執行に因つて、餘計な刑に服役すると云ふ結果を生ずることがあり得る。蓋し不服申立のあつた相當刑の取消された後にあつては、既

に服役を了した相當刑の總和よりも遙に軽い、新しい併合刑を形成することを必要とするからである。

再審手續に於て一分不服を申立てられた統一刑の執行についても、亦同一の原則の適用がある。

(2) 控訴手續に於ては、控訴が棄却されない以上は常に新しい統一刑を形成する必要がある。けれどもさればと云つて此の點に於て、從來の手續に比較して負擔の増加を見ると云ふやうなことは普通ない。從來は只二つの犯罪の中の一つの犯罪に關する責任の認定に對して不服の申立られた場合に限り、此の一つの犯罪に關して無罪の言渡があると、他の犯罪に因つて言渡された相當刑は直に確定したものであつた。けれども是は相當刑を量定するに當つて、他の犯罪の犯行に關する斟酌の行はれた場合にあつては、どうしても不正な結果に歸著したのであつた。されば控訴審に於て新しい統一刑を形成することに因つて、從來の適合刑につき往々にして實際にそうであつたよりは、遙に公正な結果に到達する譯である。

(3) 上告裁判所が或る犯罪に關して無罪を言渡すときには、單純な態様を有する場合に於ては大審院は、不服を申立てられなかつた責任の認定を基礎として、みづから新しい統一刑を形成することが出来るであらう。大審院にとつてそれが不可能であるときは、今日併合刑の場合に於けると全く同じやうに、新しい統一刑を形成する目的の爲に差戻を行はなければならぬ。相當刑の不存在は此の場合にあつても普通受刑者にとつての負擔の増加を意味するものではない。現行の手續は二つの犯罪が判決を受けることになつて居て此の二つの犯罪の中の一に因り上告裁判所に於て無罪が言渡される場合に限り、將來の手續より簡單である。



此の場合に於ては現在では不服を申立てられない相当刑は、直に確定する。けれども是れが不公平を導くことの有り得るのは、既に控訴手續について述べた通りである。

(4) 既に確定した判決に基いて後から相当刑を形成するのは、それ／＼案件の意義に従つて受刑者を其面訊問した上で nach schriftlicher Anhörung des Verurteilten、又は受刑者を呼出した上での口頭審問に基いて爲すことになつて居る。

(5) 恩赦が一定の犯罪にのみ及び、法律自體はかくの如き犯罪を併せ包括する相当刑を如何なる範囲内に於て減輕すべきであるかの規律を規定して居ないときは、裁判所は自由な裁量に従つて統一刑の何れの部分を免除するかを定めることを必要とする。

(6) 除権期間 Sperfrist の到来が、特定の犯罪に因つて特定の刑量の有罪の言渡が行はれたことを条件とするときは、かくの如き犯罪が統一刑に包含されて居る以上は、此の場合にあつても裁判所は、除権期間の到来についての條件が存在するや否やについて、裁判を爲すことを必要とするであらう。

(十一) 競合問題をかやうに規律するに當つて、かやうな規律を以つてしては二種の競合の間の界限の困難の煩はしさを、除去すること全然出来ないであらうと云ふ異論は随分生じ兼ねない。之に對して委員會は、自然の儘の一罪と數罪との區別を審定すべき裁判官の義務を免除してやるのは立法者の任務たるものではないと云ふ見解を奉じ、只それを區別することが刑を量定する上に普通何等の意義をも有さないやうな二種の

競合の中間の限界の場合には、認定された競合種別の誤認のみを理由とする上訴は原則としてもはや判決の取消を導くことは出来ないものであるとする規律の下に屬せしめるのが望ましいと思惟した丈である。刑の範囲が同一であるにも拘らず競合の認定が別様であるときは、刑の量定も別様である見込は存することであるから、將來恐らく競合の認定の不當であると云ふことを上訴の理由たらしめることが出来やうとも、裁判官は今や少くともどちらの競合種別についてもほゞ同様に處罰價值のある、然も法律的には往々にして疑はしいもの、ある限界の場合を、無用の上訴に對して確保することが出来るのである。かやうな場合に於ては裁判官は、別の競合種別の認定された場合に於ても被告人は同一の刑を受けたであらうことを、判決中で明示的に言明することを必要とする丈である。

二つの競合種別の中間の限界の場合をかやうに實際的に片付けて了ふことは出来ないとしても、それにも拘らず委員會は發見された解決方法を固執するであらう。蓋し法律的技術的の困難を排除するのが主眼とする所ではなく、寧ろ新國家の世界觀と調和することの出来る刑法を造り出すのが、最も重要な目標たらしめるを得ないからである。かくて新しい法律上の思惟に基いて發見された解決の結果として、從來存在して居た無用の論争も消滅したのは誠に喜ばしいことだつた譯で、同時にまた其の辿つた道が實際上にも役に立つものであつたことを示したものに外ならない。けれどもかくの如き法律的技術的困難を除去しやうと云ふ希望が、決してわれ／＼の新しい意思刑法の全般的觀念を妨げる解決に導いてはならなかつたのである。



(十二) 刑法委員會の規定した所に係る一罪數罪に關する刑法の規定は左の通りである。

犯罪竝に法令違反の複數なる場合に於ける刑の量定

第a條 一 罪、

同一の犯罪に數個の刑罰法條を適用するとき、又は同一の犯罪に因つて數回同一の刑罰法條に違反したるときは、一個の刑を言渡すべし。

第b條 數 罪、

或る者が數個の獨立したる犯罪にして同時に判決せらるゝものを犯したるときは、一個の刑を言渡すべし。

## 刑の量定

第c條 刑は最も重き刑を法定せる法條、又は刑種同じからざるときは最も重き刑種を法定せる法條に従つて之を定むるも、他の刑罰法條上認めらるゝ刑よりも輕き刑、又は刑種上輕き刑を言渡すことを得ず。

適用すべき刑罰法條中に規定せらるゝ刑の最上限を越ゆることを得。然れども拘留の刑期は五年を越ゆることを得ず、其の他の有期自由刑の刑期は十五年を越ゆることを得ず。尙ほ法定せられある最も重き刑の總和を越ゆることを得ず。

第d條 何れの刑にも併科して罰金を言渡すことを得べく、また輕懲役に併科して(禁錮及び)拘留を言渡すことを得。此の場合に於ては數個の有期自由刑の總刑期は十五年を越ゆることを得ず。

第e條 名譽刑及び財産刑は、數個の法令違反の一に關してのみ其の規定せられ、若は認めらるゝ場合にあつても之を科することを必要とし、又は之を科することを得るものとし、保安、治療及び矯正の處分はかゝる場合にあつても之を命ずることを必要とし、又は之を命ずることを得るものとし。

第f條 統一刑の追完的形成、

第a條乃至第e條の規定は、或る者が確定的に言渡されたる刑の免除せられ又は期間の満了の故を以つてもはや執行することを得ざるに至るに先ち、其の犯行の時日上既に前の手續に於て判決することを得べかりし別の犯罪の故を以つて有罪を言渡さるゝの場合にあつても之を適用す。新しき刑は前に言渡したる刑よりも輕かることを得ず。



## 十一、時 效

三七四

ベルリン地方裁判所 検事 正 ドクトル・ライマア

ローマ法は共和政時代に於ては極めて稀なる例外的の場合にのみ刑法上の時効を認めて居たに止まり、  
ディオクレチアヌス帝時代に入るに及んで初めて公訴につき二十年の時効期間を設けたのであつた。獨逸  
普通法の學説は此のローマ法と一致してカルプツォフの主唱の下に、刑事訴追の時効を法律政策的に論證  
するに當つて民法上の請求權の時効と平行させることを主義とする思想から出發して、民法上時効の制度が  
私の利益を満足させると云ふ目的に役立つのであるやうに、刑法に於ても時効は公の利益を靜止せしめる手  
段たるものとして考察したものであつた。

啓蒙時代に入るに及んで獨逸ではかくの如き個人主義的思想からは全然離れて、社會公義と云ふ立場か  
ら時効の制度を批判するやうになつて來た。刑事訴追の時効を全然否認する者——一七八七年のヨゼフ・  
ナ法典並にプロイセン邦普通邦法など——は別として、時効を全然否認しない以上は（普通邦法は一定の例  
外的の場合に於てのみ、且或る條件の下にのみ恩赦を約束して居るのである）、刑事訴追の時効の制度を辯

護する者は大體に於て次のやうな思想から議論の歩を進めるものである。曰く、

或る期間の經過して了つた後にあつては被害者自身の應報の欲求が消えて了ふのであるとすれば、犯罪  
に因つて直接の害を受けない社會全體にあつては此の現象はもつと遙に著しいものがあると云へやう。時間  
と云ふものは犯罪についての記憶を次第に薄からしめるものなのであるから、犯罪に因つて最初破壊された  
法律生活の平衡も亦年と共に次第に回復されて行く。加之長年月の經過して了つた後にあつては犯人の人物  
や其の諸般の關係に著しい變動の生ずるのを常とし、即時に科するに於ては公正でもあればまた合宜的でも  
ある刑も、犯行後長い年月の間隔を隔てた後に至つて初めて言渡されるに於ては、場合に依つては社會的に  
有害な作用を及ぼすことすらあると云ふ事情もある。此の實體的原因の時効の制度の正しさを辯護するも  
のあるにか、加へて、更に刑事訴追の場合に時効の制度を認めることを止むを得ない必要たらしめる、訴  
訟法上の著眼を持出すことも出来る。即ち證據の散逸し易いことである。二十年若は三十年の後にあつては  
證人がよしんばまだ生存して居た所で案件の大多數に於て犯罪についての記憶が消滅して了つて居て、従つ  
て構成事實の再現が不可能である點は除外して問はないにしても、かやうな長年月の經過する間には負責證  
據 *Belastungsbeweis* と免責證據 *Entlastungsbeweis* との關係に變動を生ずるものであつて、其の結果何れ  
の證據が消滅しても負責若は免責の證據は被告人の利益若は不利益に其の相對的の證據力を増して、裁判所  
は正當な判決を發見することを全然不可能ならしめられるものであると。

三七五



時効制度の法律政策上の理由について擧げられる數多くの理論を、一々こゝで詳細に論評するのは餘りに行き過ぎることゝなるであらう。即ち時効の制度を存置するのを辯護するに足る個々の理由に關して學者がどんな態度を執らうとも、また是等の理由に對して重きを爲すどんな反對の理由を主張することが出來やうとも、民族協同體の理念から見ても或る期間の経過した後にあつては、事情に依つては特定の所爲を訴追するについての利益のものは全然成立しないこともあり得るのであるから、民族協同體の利益と云ふことを指導精神とする將來の刑法にとつても、永久的に刑事訴追を許すのが宜きに適したこともなければ、また望ましいことでもなく、況んや之を必要であるとして認めるが如きは到底出來ることではない。

云ふ迄もなく右に述べた所は一度發生した國家の刑罰請求權を時効に因つて消滅させやうと云ふことを言つて居るものではない。かやうなことは概念上既に排斥される所である。蓋し其の程度に於て基督教の世界觀と一致する獨逸民族の道義的觀念に依れば、一度所爲として現象界に置かれた所ものは原則として未だ會て消滅すると云ふことはあり得ず、従つて責任も亦消滅して丁ふことはあり得ないからである。民族協同體が永久的の存在であるやうに、此の協同體の法律的平和の侵害、換言すれば罪となる行爲から生じた結果も亦滅却して丁ふことはあり得ない。此の意味に於ては時間は責任を消滅させて丁ふ丈の救治的作用を持つことは不可能である。

此の責任の不滅 *Unvergänglichkeit der Schuld* と云ふ性質からして生ずる所の結果は、將來の刑法は時

効に關する規定を形成するに當つて、或る所爲の可罰性は期間の満了に因つて消滅するものではないと云ふ精神を、劈頭第一に標榜する必要があると云ふことである。

國家が、或る期間の満了した後にあつては事情に依つては刑事訴追を行ふについて利害關係を持たない旨を聲明すると云ふことは、以上に述べた原則と徹頭徹尾相容れ得ることである。とは云ふものゝ、此の場合に適用すべき手續については、刑事訴追の終了に關する現行法の規定を模範に執る譯にはいき兼ねる。是は次のやうな考察から生ずる結論である。

現行刑法典第六十七條に定めてある窮屈な時効期間は、先づ第一に之に依つて刑事訴追の終了が全然機械的なものにされると云ふ不利益を包蔵する。即ち此の規定に依ると、幾年かの経過した後にあつては自分で巧みに法網を脱れることに因つて、又は國家の訴追期間に目こぼしのあつたことに因つて、適時に判決を言渡されることを免れたものには何人にまれ刑を免れるの道が保障されて居て、其の際犯人が時効期間中遷善への内面的變化を辿りつゝあつたものであるか、それともまた其の從來の反社會的の行動を繼續しつゝあつたものであるかは、全然問ふことをして居ないのである。

また現行の規律は、犯行の中にはそれを訴追するについての民族協同體の利益が、現在法定してある期間の満了丈では消滅しないものがあると云ふ事情も、非常に想像し得られる所であると云ふ著眼を斟酌して居ない。それにも拘らず此の場合時効は是等の犯罪よりも恐らく民族協同體と關係することの遙に少ない、他



の多くの犯行と同一の時期に完成することになつて居る。蓋し時効期間を定める決定的の分母は、此の場合にあつては一定の犯行についての民族協同體の利害たるものでは全然なくて、此の犯罪を標示する所の刑の範圍こそ唯一無二の着眼點たるものだからである。

更に——そして是は特に實際上の立場からのことであるが——時効の靜止 *Reifen* 竝に中斷に關する澤山の技術的規定は、何時も餘り嬉しくない規律として感ぜられて來た所である。現行法は時効の中斷をば時効期間の満了を延期させる唯一の方法として提供して居るのであるから、檢事は時効を中斷させることが實質上必要である場合には、訴訟的内容上大抵實際上の必要のない裁判所の行爲の行はれることを裁判所に請求するの餘儀なきに至る。此の弊害は既に一九二五年及び一九二七年の兩度の草案中に在りの儘に特示されてあるのであつて、是等の草案の立案者は從來の規律に代へて「案件の特別の事情の必要とする場合」には、裁判所に相當の請求を爲すことに由つて時効期間を伸長するの道を公訴官廳に與へやうとしたのである。プロイセン邦司法大臣の覺書なども矢張り此の方法を提案して居るけれども、由來此の方法は國家の利益と犯人の利益との妥協交譲に外ならないのであつて、従つてまた押しなべて妥協交譲なるものがすべてであるやうに餘り芳しいものではなく、伸長不伸長の裁定を裁判所にさせるのからして既にナチスの考察方法に適合しないものである。「案件の特別の事情」が時効期間の伸長を必要とするかどうかと云ふこと、換言すれば國家の利益は正規の期間満了すると直ちに既に刑事訴追を拋棄することを許すものであるかどうか

と云ふこと、又はそれ以上に互つて合意上の理由若は必要上の理由が、刑事訴追を許す期間を伸長することを要求するものであるかどうかと云ふことを決定するのは、専ら檢事の任務の範圍に屬する問題である。何となれば檢事なる者は國家に於て具象化された民族協同體の刑事司法の領域上での執行期間たるものであつて、従つてまた第一に國家の利益を代表するの任を有する次第だからである。

以上に述べたやうな不利益をすべて避ける爲には、國家にとつて將來刑事訴追をするについての利益もはや存在しないやうになるのは何時、そして如何なる事情の下に於てあるかの表示を實體法に收むべきではなく、寧ろ之を刑事訴訟法に移し、この場合に適用すべき手續は合法主義に關する規定と關聯して規律するのが適當である。此の規律は次のやうな具合に構成すべきである。

原則として或る期間中は訴追の強制を存する。此の期間の満了後は訴追を爲し得る時期 *Periode der Verfolgungsmöglichkeit* が始まるのであつて、此の期間中は訴追は檢事の裁量に屬せしめられる。そして期間の最後の要石は訴追の禁止である。

此の組織の一つ一つの形成に關しては、以下の準則に従つて處置すべきである。各個の犯罪は其の處罰價値に關して差等のあることであるからして、それらの犯罪部類は訴追の強制から訴追の禁止に至るまでの累進的の經過に關しても、必然的に差別待遇を受けざるを得ない。例へば死刑に値ひする犯罪は常に訴追の強制に服することを餘儀なくされる。蓋し此の種の犯罪にあつては、民族の觀念



上之を訴追するについての國家の利益は決して消滅するものではなく、此の場合勘定も亦決して清算して下ふことが出来るものではない。重懲役に値ひする重罪の場合にあつては訴追強制の期間はほぼ五年と定むべく、それに續く訴追可能の期間には期間の制限を認むべきでない。蓋し是等の犯罪の場合にあつては、訴追についての國家の利益が果して何時消滅するものであるかは、當初から見通すことの出来ないことが少くないからである。所謂中等竝に輕微の犯罪の場合にあつては訴追の強制は約三年に制限し、之に續く訴追可能の期間を犯行後約十年とし、其の満了した後に終點として訴追の禁止を置くべきである。

かゝる組織は一見して要領が得易く且單純であるの特徴を有するのであつて、然も現行法や從來の草案の提案する所にはまだまづはり付いて居る決疑主義の弊を避けることが出来る。否、それ所ではない。かくの如き規律を設けるに於ては時効期間の靜止、中斷及び伸長に關する技術的の規定は一切無用となるに至るであらう。蓋し訴追可能の期間を設けてあることから、訴追強制の期間中に時効の中斷が生じたかどうかは全然問題とはならないからである。

確定判決上の刑はどれ丈の時間の経過して了つた後にはもはや執行することが出来ないやうになるものとするべきであるかと云ふ問題は、上來取扱つて來た刑事訴追の終了と云ふことは全然別個の問題である。訴追の時効の場合にあつては單に嫌疑の被疑者に關するに過ぎないのに反し、執行の時効の場合にあつては確

定判決を以て責任を確認された犯人が相手なのであつて、従つて訴追時効について重きを爲した理由、即ち證據の散逸し易いと云ふ理由はなくなるのである。執行の時効と云ふことは原則として全然考慮する必要のないものであることは、何人も何年かに亙つて自分の所爲に對する贖罪を免れるの術を解して居たと云ふ事實からして、自分の爲に利益を演繹することは出来ないことと云ふ考慮からして、直に明白となる所である。國家が刑を執行する意思を持つて居るかどうかと云ふことは、常に只國家丈の事柄である。そして國家が刑の執行を見合はせるの意思を表明するのは、恩惠的の決意に外ならない。

かやうな次第であるから此の根本思想に依ると、實體法中には執行の時効に關する規定などを收める餘地などはあり得ないので、寧ろ是が規律は行刑法中で爲すべく、其の際次の準則から出發することを必要とする。

先づ

(a) 死刑竝に重懲役に値ひする重罪、

(b) 所謂中等竝に輕微な犯罪、

の區別をする必要がある。

(a)の部類については執行についての國家の利益は全然消滅しないか、又は少くとも非常に後に至つて初めて消滅するものである。此の理由に基き一定の期間の満了した後には刑の執行を一般的に除外すると云ふや



うなことは、此の部類にあつては問題となることは出来ないであつて、寧ろ執行を見合はせて然るべきかどうかはそれ／＼各個の場合について審査するを要する所である。従つて此の裁決は確定の規範に羈束されることのない、恩赦審 Gnadeninstanz に一任すべきなのである。

第二の部類については、或る期間の満了した後は刑を執行するのは望ましいことではない。されば行刑法に於ては、判決の確定後執行を開始することなくして、又は執行を全範圍に亙つて實施されることなくして一定の期間を経過し、受刑者が此の期間中に行狀良好であつたときは、確定判決に依る刑は免除されたものと看做す旨の内容の規定を設くべきである。

第二讀會に於ける委員會の審議の際には、以上に略述した訴追並に執行の時効についての規律を、根本に於て何等か改造すべき必要は全然生じなかつた。只一つの點丈について第一讀會の決議に對して變更が加へられた。即ち委員會は當初社會公共は時効についての立法者の規定の、刑法典中に設けられてあることを期待するものであるから、少くとも曩に説明した時の経過の、或る罪となる行爲の可罰性や訴追適性に及ぼす効果についての組織的見解は刑法典中で表明すると共に、同時に如何なる期間を経過するに於ては或る罪となる行爲をばや訴追し得ないこと、なるかは、

刑事訴訟法の定める所である旨を指摘するのが適當であると云ふ考から出發したのであつた。同じやうな取扱は執行の時効についても規定されてあつた。此の場合にあつても刑法典中では、只確定判決上言渡された刑の執行力は時の経過に因つて消滅しない旨、並に其の外如何なる期間の経過するに於ては確定判決上言渡された刑はもはや執行されないこと、なるかは行刑法の定める所である旨が表明されるのみに止まることになつて居た。所が第二讀會に於ては委員會は普通刑法典にとつては、如何なる形式でも「時効」を表明するのは全然無用であると云ふ見解を奉することゝなつた。之について決定の契機となつたのは、第一讀會の決議に依つて規定されることゝなつたやうな規定は積極的内容を缺くものであること、更に時効を擧げることをして居ないと云ふ只それ丈の事實が既に、罪となる行爲の訴追適性に確定判決に依る刑の執行力に關しては、時の経過は原則として意義を有するものではないとする立法者の見解を、充分に表明するものと云ふの考慮である。



號數 年月 司法資料表題

第一號	大正二〇、二	定型アル犯罪ノ調査(賭博編)
第二號	一〇、三	第二回國際少年保護會議議事錄
第三號	二、一	國際刑事協會獨逸支部ニ於ケル保護視察制度創設ニ關スル會議議事錄
第四號	二、二	米國ノ家庭裁判所
第五號	二、三	獨逸ニ於ケル檢事局及司法警察
第六號	二、四	米國ニ於ケル少年裁判所ト社會
第七號	二、五	第二回國際少年保護會議提出報告書第一集
第八號	二、六	英國及うえしる才ノ警察
第九號	二、七	復權ニ關スル佛國法令
第一〇號	二、八	獨逸ニ於ケル調停手續ニ關スル規程
第一一號	二、九	英國ノ判事及ますた論
第一二號	二、一〇	英佛ノ辯護士法制
第一三號	二、一一	獨逸ノ辯護士法制
第一四號	二、一二	獨逸ニ於ケル監獄作業ノ經營並ニ管理ニ關スル調査報告
第一五號	二、一三	辯護士倫理
第一六號	二、一四	獨逸國調停法草案及同理由書
第一七號	二、一五	英國監獄制度
第一八號	二、一六	獨逸國少年福利法草案同理由書及確定法文

第一九號	大正三、四	獨逸國少年裁判所法草案及同理由書
第二〇號	三、五	市加古少年裁判所ノ研究
第二一號	三、五	勞働裁判法ニ關スル獨逸國裁判官會議議事錄及評論(附)統一の勞働法編纂委員會起草勞働裁判法私案
第二二號	三、六	獨逸國ニ於ケル暴利取締法及活動ノ實況
第二三號	三、六	戰前ニ於ケル獨逸國ノ社會的立法(附)丁抹ノ社會政策的の立法概観
第二四號	三、七	獨逸國經營協議會法及關係法令集
第二五號	三、七	獨逸國ニ於ケル貨率契約、勞働者及使用者委員會並ニ勞働爭議ノ調停ニ關スル法制(附)調停制度概観
第二六號	三、八	獨逸國ニ於ケル住宅及移住制度(附)英國ニ於ケル農業小作紛議仲裁ノ實況
第二七號	三、八	短期自由刑論
第二八號	三、九	西班牙國假釋放ニ關スル法令集
第二九號	三、九	獨逸國ニ於ケル商工業者ニ關スル特別裁判法制
第三〇號	三、一〇	獨逸國勞働裁判所法草案及理由書
第三一號	三、一〇	獨逸國少年裁判所法
第三二號	三、一一	司法制度改良論
第三三號	三、一一	獨逸新經濟法
第三四號	三、一二	職案組合、仲裁及仲裁裁判並ニ貨率契約ニ關スル立法例(佛伊白蘭國之部)



第三五號	大正三、三	職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率契約ニ關スル立法例(埃國及瑞西之部)	第四九號	大正三、七	米國ノ刑罰制度
第三六號	一三、一	職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率契約ニ關スル立法例(丁抹瑞典諾威之部)	第五〇號	一三、八	獨逸國民事訴訟改正律令
第三七號	一三、一	英國ニ於ケル略式刑事手續及寸つとらんとニ於ケル刑事手續	第五一號	一三、八	英國裁判所構成論(三、下級裁判所ノ部 其一、治安裁判所)
第三八號	一三、二	佛國借家借地法	第五二號	一三、九	英國裁判所構成論(四、下級裁判所ノ部 其二、州裁判所及檢屍官裁判所ノ組織)
第三九號	一三、二	職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率契約ニ關スル立法例(英國、加奈陀之部)	第五三號	一三、九	英國裁判所構成論(五、中央審トシテノ英國高等法院ノ組織及權限)
第四〇號	一三、三	佛國監獄制度及同職員令	第五四號	一三、一〇	佛國商事裁判制度
第四一號	一三、三	職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率契約ニ關スル立法例(南亞之部)	第五五號	一三、一〇	獨逸國ニ於ケル裁判所ノ組織及ヒ刑事手續ニ關スル法令
第四二號	一三、四	職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率契約ニ關スル立法例(澳洲之部)	第五六號	一三、一	英國裁判所構成論(六、地方審トシテノ英國高等法院及其他ノ上級裁判所ノ組織)
第四三號	一三、四	職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率契約ニ關スル立法例(米國之部)	第五七號	一三、二	獨逸國勞務契約法草案及評論(附)佛國勞働法正文
第四四號	一三、五	英國法律生活概要及同國ノ刑事控訴制度	第五八號	一三、二	米國少年裁判法
第四五號	一三、五	英國裁判所構成論(一、英國裁判官ノ地位(附)司法行政機關)	第五九號	一三、三	英國裁判所構成論(七、英國ニ於ケル非訟事件裁判所、特種裁判所及仲裁裁判所ノ組織(附)裁判所相互ノ關係)
第四六號	一三、六	英國裁判所構成論(二、英國ニ於ケル起訴官廳及辯護士ノ地位)	第六〇號	一四、一	不定期刑言渡ノ制度
第四七號	一三、六	瑞西辯護士法	六一號	一四、一	改善不能性犯人ノ處遇
第四八號	一三、七	露西亞事情	六二號	一四、二	英蘭刑事訴訟概観及巡回裁判所ニ於ケル訴訟記録

第六四號	大正四、三	獨逸國後見制度(前編)	第八〇號	大正四、三	刑罰ニ關スル制度(其二)
第六五號	一四、三	獨逸國後見制度(後編)	八一號	一五、一	北米合衆國の刑事裁判(其一)
第六六號	一四、四	刑ノ執行猶豫制度	八二號	一五、二	北米合衆國裁判制度(二、カリホルニヤ州ノ裁判制度)
第六七號	一四、四	假釋放	八三號	一五、三	北米合衆國の刑事裁判(其二)
第六八號	一四、五	國際刑事學協會獨逸支部ニ於ケル行刑上ノ累進制度、宣誓セザル證人ノ處罰及ヒ不定期刑制度ニ關スル會議議事録	八四號	一五、四	一九二五年獨逸刑法草案並ニ理由書(各論篇)
第六九號	一四、五	諸國ノ刑法草案	八五號	一五、五	陪審制度視察報告書集(附)がるそん教授述陪審制度論
第七〇號	一四、六	英國司法警察論	八六號	一五、五	刑罰に關する制度(其三)
第七一號	一四、六	英國ニ於ケル少年犯罪者ニ對スル刑法上ノ處遇	八七號	一五、六	正義と貧民(其一)
第七二號	一四、七	司法行政上ヨリ見たる普國區裁判所ノ實務(第一篇)	八八號	一五、七	正義と貧民(其二)
第七三號	一四、七	英國陪審ノ組織資格選定召集等ニ關スル省取調委員會報告書(附)金山檢事野判事視察報告書	八九號	一五、七	刑罰に關する制度(其四)
第七四號	一四、八	漢堡ニ於ケル常設仲裁裁判所	九〇號	一五、八	刑罰に關する制度(其五)
第七五號	一四、八	司法行政上ヨリ見たる普國區裁判所ノ實務(第二篇)	九一號	一五、八	英國に於ける警察裁判所
第七六號	一四、九	獨逸國陪審裁判所記録(附)秋山檢事命才判事視察報告書	九二號	一五、九	司法行政上ヨリ見たる普國區裁判所の實務(第三篇)
第七七號	一四、九	刑罰ニ關スル制度(其一)	九三號	一五、九	刑罰に關する制度(其六)完
第七八號	一四、一〇	佛蘭西の政治組織(現代佛蘭西の政治、行政及び司法制度の概観)	九四號	一五、一〇	英國陪審の組織資格選定召集等に關する省取調委員會報告書 第二卷(其一)
第七九號	一四、二	一九二五年獨逸刑法草案並ニ理由書(總則篇)	九五號	一五、一〇	諸外國に於ける辯護士制度概観
			九六號	一五、二	歐洲諸國に於ける上訴制度
			九七號	一五、二	佛國裁判制度 第一(治安裁判所の組織及權限)



第九八號 大正二五、三	佛國裁判制度(地方裁判所、控訴院、大審院の組織及權限)	第一一五號 昭和ニ、ハ	チエツコ・スロウアキア共和国の刑法草案及同理由書(總則篇)
第九九號 〇、一、三	國際行刑會議報告書集(一)	第一一六號 〇、九	米國の勞働法制(上)
第一〇〇號 昭和三、一	國際行刑會議報告書集(二)	第一一七號 〇、九	米國の勞働法制(下)
第一〇一號 〇、一	公の秩序に對する犯罪に關する比較法論(其一)	第一一八號 〇、一〇	刑法草案集(瑞西一九一八年案、埃一九二二年案、伊一九二一年案)
第一〇二號 〇、二	公の秩序に對する犯罪に關する比較法論(其二)	第一一九號 〇、一〇	チエツコ・スロウアキア共和国の刑法草案及同理由書(各論篇)
第一〇三號 〇、二	英國陪審の組織資格選定召集等に關する省取調委員會報告書 第二卷(其一)	第一二〇號 〇、二	佛國陪審に於ける發問の方式とその判例
第一〇四號 〇、三	司法ニ關スル法制	第一二一號 〇、二	賭博に關する調査
第一〇五號 〇、三	司法行政上より見たる普國區裁判所の實務(第四篇)	第一二二號 〇、三	佛國の檢察制度
第一〇六號 〇、四	司法行政上より見たる普國區裁判所の實務(第五篇)完	第一二三號 〇、三	フレデリック・バイウオータリス及エデイス・トムソン事件の陪審公判(英國著名裁判 其二)
第一〇七號 〇、四	保安處分	第一二四號 〇、一	一九二七年獨逸刑法草案並に理由書(總則篇)
第一〇八號 〇、五	陪審裁判所に於ける發問(總則篇)	第一二五號 〇、二	大逆罪に關する比較法制資料
第一〇九號 〇、五	陪審裁判所に於ける發問(各論篇)	第一二六號 〇、三	一九二七年獨逸刑法草案並に理由書(各論篇)
第一一〇號 〇、六	ケイト・ウエブスター事件の陪審公判(英國著名裁判 其一)	第一二七號 〇、四	刑法改正に關する比較法制資料(前篇)
第一一一號 〇、六	單獨判官と司法官制	第一二八號 〇、五	刑法改正に關する比較法制資料(中、後篇)
第一一二號 〇、七	國際行刑會議報告書集(三)	第一二九號 〇、六	佛國裁判所の構成ニ關スル法令
第一一三號 〇、七	國際行刑會議報告書集(四)	第一三〇號 〇、七	米國裁判所の組織及び訴訟手續
第一一四號 〇、八	佛國刑事裁判所の組織及び司法警察		

第一三一號 昭和ニ、九	ソヴィエット露西亞の法制(前篇)	第一五一號 〇、四	德川禁令考後聚(第二帙)
第一三二號 〇、〇	ソヴィエット露西亞の法制(後篇)	第一五二號 〇、五	佛國民商事裁判管轄
第一三三號 〇、二	限定責任能力者社會上危險なる精神病者及犯罪的常習飲酒者に對する處遇	第一五三號 〇、六	佛蘭西に於ける檢事の職務
第一三四號 〇、二	一九二七年伊太利刑法豫備草案	第一五四號 〇、七	獨逸刑法及び行刑法施行法草案
第一三五號 〇、三	治安判事論	第一五五號 〇、八	獨逸刑法及び行刑法施行法草案理由書
第一三六號 〇、一	各國政府の報告に據る私生子の地位に關する研究	第一五六號 〇、九	國際行刑會議報告書集 五
第一三七號 〇、二	刑の量定(前篇)	第一五七號 〇、〇	國際行刑會議報告書集 六
第一三八號 〇、三	刑の量定(後篇)	第一五八號 〇、二	國際行刑會議報告書集 七
第一三九號 〇、四	佛に於ける家族制の變遷	第一五九號 〇、三	德川禁令考後聚(第三帙)
第一四〇號 〇、五	陪審裁判手續に關する問(前篇)	第一六〇號 〇、六	少年保護司指針
第一四一號 〇、六	陪審裁判手續に關する問(後篇)	第一六一號 〇、六	米國イリノイ州に於ける不定期刑言渡並に假釋放に關する調査
第一四二號 〇、七	德川禁令考後聚(第一帙)	第一六二號 〇、五	一九二九年末現行カリホルニヤ州刑法(前篇)
第一四三號 〇、八	獨逸司法制度(前篇)	第一六三號 〇、六	一九二九年末現行カリホルニヤ州刑法(後篇)
第一四四號 〇、九	獨逸司法制度(後篇)	第一六四號 〇、六	佛國司法制度(前篇)
第一四五號 〇、〇	ソヴィエット露西亞民法(前篇)	第一六五號 〇、六	佛國司法制度(後篇)
第一四六號 〇、二	ソヴィエット露西亞民法(後篇)	第一六六號 〇、六	德川禁令考後聚(第四帙)
第一四七號 〇、三	アメリカ合衆國に於ける少年裁判所	第一六七號 〇、七	支那歷代刑事法思想(上卷)
第一四八號 〇、四	ソヴィエット露西亞刑法	第一六八號 〇、七	支那歷代刑事法思想(下卷)
第一四九號 〇、五	ソヴィエット露西亞裁判所構成法刑事訴訟法 行刑法		
第一五〇號 〇、五	英米獨佛の手形法及小切手法		



第一六九號 昭和七、四	司法事務の經費節減、簡易化及促進 (獨逸裁判所書記同盟の改革案)	第一八八號 昭和九、〇	一九三二年フランス刑法改正豫備草案(總則)並にポランド改正刑法及ポランド違警罪法
第一七〇號	德川禁令考(第一帙)	第一八九號	九、二 取締法規違反の定型(附)特別刑法に於ける犯罪主體と刑罰主體の異なる場合の歸納的觀察
第一七一號	七、八 刑事事件集(附)刑事事件起按小手引	第一九〇號	九、三 米國ユタ州に於ける不定期刑言渡宣告猶豫及假釋放に關する調査
第一七二號	七、〇 ソヴェート法の理論	第一九一號	一〇、一 一九三〇年獨逸刑法草案並に現行獨逸刑法典(附録重要附屬法令)
第一七三號	七、三 德川禁令考(第二帙)	第一九二號	一〇、二 德川民事慣例集(動産ノ部)
第一七四號	八、三 德川禁令考(第三帙)	第一九三號	一〇、三 獨逸裁判所構成法及同刑事訴訟法
第一七五號	八、五 民事事務修習の栞	第一九四號	一〇、四 一九二八年スペイン刑法
第一七六號	八、八 德川禁令考(第四帙)	第一九五號	一〇、五 ポランド新民事訴訟法(一九三三年)
第一七七號	八、九 一九三一年獨逸新民事訴訟法草案並に説明書(一)	第一九六號	一〇、六 獨逸刑法提要(上)
第一七八號	八、〇 一九三一年獨逸新民事訴訟法草案並に説明書(二)	第一九七號	一〇、七 ソヴェイト・ロシアは犯罪を克服する
第一七九號	八、二 捜査事務に就て	第一九八號	一〇、八 伊太利刑法典
第一八〇號	八、三 德川禁令考(第五帙)	第一九九號	一〇、九 伊太利刑事訴訟法典 附伊太利重罪法院條例
第一八一號	九、一 獨逸刑法第一讀會終了(一九三〇年)	第二〇〇號	一〇、〇 一九二二年海牙に於ける爲替手形及約束手形に於ける審査委員會會議記錄
第一八二號	九、二 犯罪生物學原論		
第一八三號	九、四 德川禁令考(第六帙)		
第一八四號	九、五 ナチスの刑法(プロシヤ邦司法大臣の覺書)		
第一八五號	九、七 プロシヤに於ける司法官教育關係法令彙纂		
第一八六號	九、八 英國に於ける裁判と警察		
第一八七號	九、九 德川民事慣例集(人事ノ部)		

第二〇二號 昭和一〇、二	中華民國刑法・刑事訴訟法	第二二〇號 昭和二、二	刑事政策(犯罪學を基礎とする)
第二〇三號	一〇、三 ユーゴスラヰキヤ新民事訴訟法	第二二一號	二、三 德川裁判事例(刑事ノ部)
第二〇四號	二、一 獨逸刑法提要(中)	第二二二號	二、三 一九三〇年獨逸國株式會社法及株式合資會社法草案並に說明書
第二〇五號	二、一 德川民事慣例集 不動産ノ部(上)		一九三一年九月獨逸國株式會社法改正に關する緊急律令
第二〇六號	二、二 佛國刑事訴訟法	第二二三號	三、一 一九三五年六月二十八日の獨逸刑法の改正條文と各理由書
第二〇七號	二、三 伊太利刑法典報告	第二二四號	三、二 獨逸辯護士の新職務法(附)改正獨逸辯護士法條文
第二〇八號	二、三 伊太利刑事訴訟法典報告	第二二五號	三、三 佛國法學通論
第二〇九號	二、四 佛國民事訴訟法改正草案	第二二六號	三、三 初等英法教科書
第二一〇號	二、四 米國に於ける指紋採取法(附)沃度を以て檢出したる潜在指紋の定着方法(獨)我司法省指紋原紙取扱規程並に指紋分類規程及同規程附表	第二二七號	三、四 フランス、ドイツ及イギリスに於ける裁判所と判事
第二一一號	二、五 ナチスの法制及び立法綱要(刑法及刑事訴訟法の部)	第二二八號	三、四 第十一回國際刑法及び監獄會議關係論文集
第二一二號	二、五 英國の刑事裁判	第二二九號	三、五 滿洲帝國新刑法典草案同施行法新
第二一三號	二、六 德川民事慣例集 不動産ノ部(下)	第二三〇號	三、六 獨逸刑事判決の作成
第二一四號	二、六 個人主義的國家概念と法人國家	第二三一號	三、七 新法律學の基本問題
第二一五號	二、七 獨逸刑法提要(下)	第二三二號	三、八 清國全權大臣李鴻章ヲ狙撃シタル小山豐太郎ニ對スル謀殺未遂被告事件記錄
第二一六號	二、八 德川民事慣例集 訴訟ノ部	第二三三號	三、九 滿洲帝國民法典
第二一七號	二、九 ドイツに於ける刑事訴訟手續並に行刑制度の改正について	第二三四號	三、〇 將來の獨逸刑法(總則)
第二一八號	二、〇 新獨逸刑法に對する國民社會主義的綱領(第一部)		
第二一九號	二、二 民事司法の疾患外三篇		