

14.5-54



14.5

4



始



14.5
54

司 法 資 料

第 二 百 一 十 一 號

ナチスの法制及び立法綱要

ハンス・フランク編（一九三四年版）

（刑法及び刑事訴訟法の部）

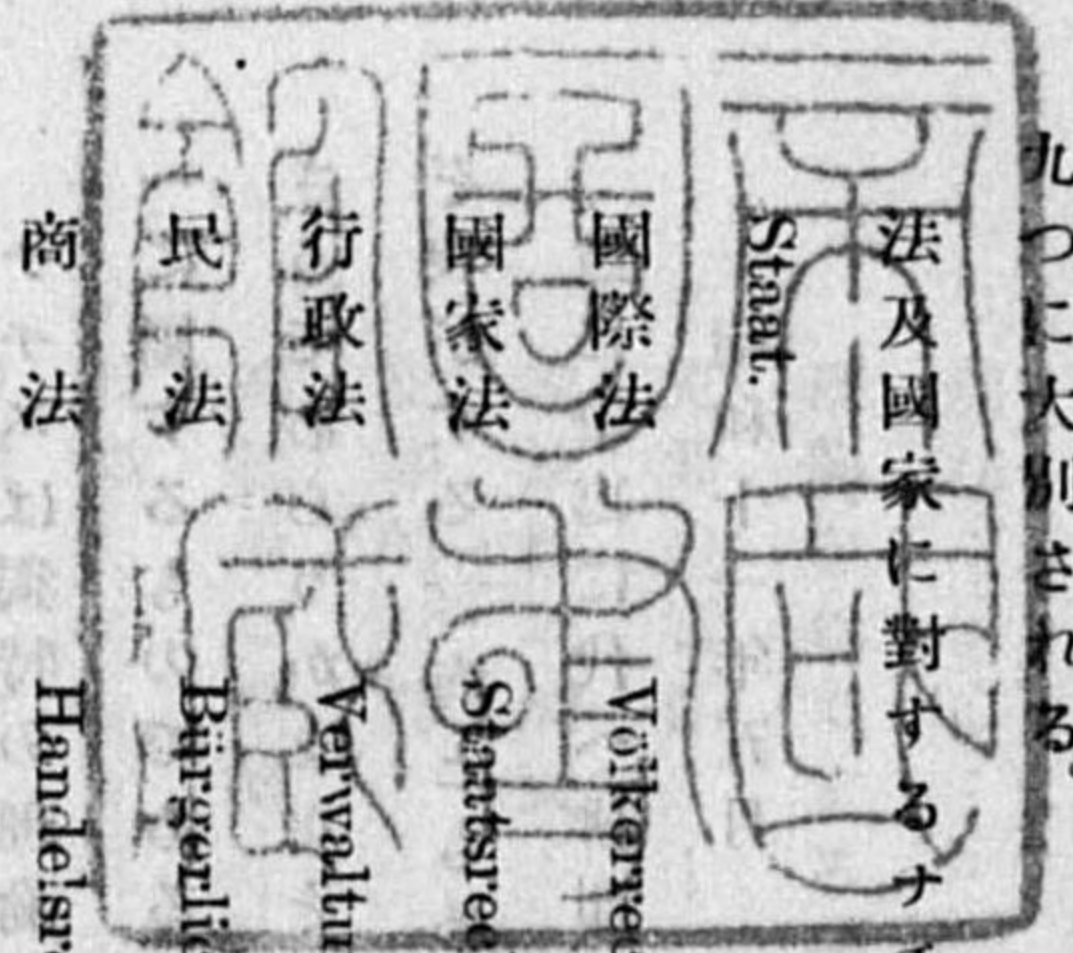
〔禁轉載〕（昭和十一年五月）

司 法 省 調 査 課

司法部 寄贈本

本號に收むるところはドイツ無任所大臣ドクトル・ハンス・フランクの編纂に係る *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung* 中の刑法及刑事訴訟法の部分を邦譯したものである。

原書は一九三四年十二月十五日ミュンヘンに於て出版せられたもので百餘名のナチス學者の共力に成る堂々千六百頁を越ゆる大なるものである。而して緒論と本論との二大部分に分れ後者は更に九つに大別される。



法及國家に對するナチスの根本理念法律哲學をも含む) *Nationalsozialistische Grundidee über Recht und*

國際法
Völkerrecht.
國家法
Staatsrecht.
行政法
Verwaltungsrecht.
民法
Bürgerliches Recht.
商法
Handelsrecht.

刑法及刑事訴訟法
Strafrecht und Strafprozessrecht.

司法部
Rechtspflege.

ナチスの法律改正機關
Organe nationalsozialistischer Rechtsreform.

これである。ナチスの法律改正機關の組織及びその活動の概略は本書の二二頁八五—一四八頁に詳述されている。



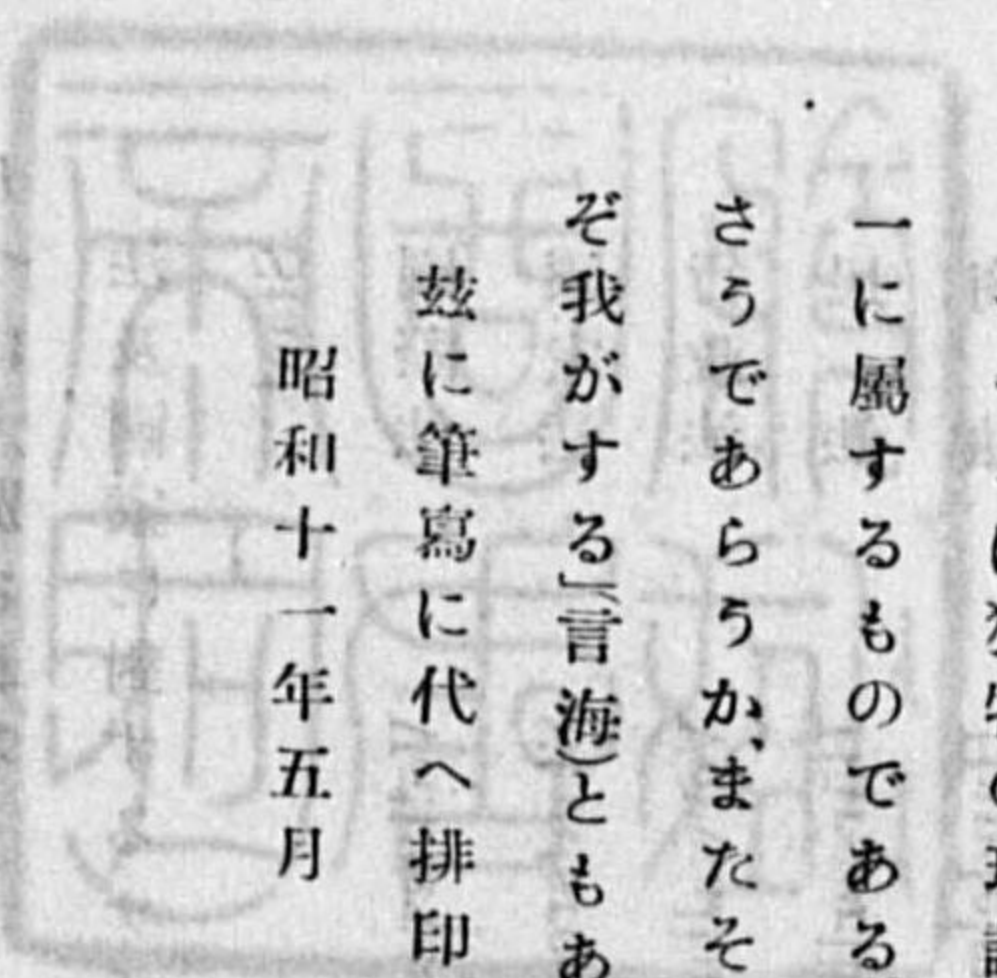
二 本號は僅にその刑法及刑事訴訟法に關する部分の邦譯で原書一三一七頁乃至一四八六頁即全體の約十分の一に過ぎないのである。以て原書の龐大さを知るべきである。

譯者は法學士篠塚春世氏である。本號中譯者附記とあるは本文理解の便宜上譯者に御願して隨時他の文献中より拔萃せしめたものである。

ナチスは獨特の理論を有せずとは屢人の云ふところである。果たして然るや。本號はその回答の一に屬するものである。日本精神はあげつらはす「また」ことあげ「をせぬもの」とされてゐた。果たしてさうであらうか、またそれでよいのであらうか。「葦原の水穂の國は神ながら言舉せぬ國然れども言舉ぞ我がする」言海ともある。

茲に筆寫に代へ排印し我國に於てもナチスを凌駕する大研究の輩出せんことを希望し期待する。

昭和十一年五月



司法大臣官房調査課

目次

145-54

序
ナチスの刑法改正の根本問題(フリードリヒ・エトカー)……………一

刑罰の根據と刑罰の目的……………三

刑法……………八

刑罰を以てする保護の客體としての法益……………一七

犯罪の責任……………二五

違法性の消滅……………三五

犯罪的行爲……………三七

刑種及び刑量……………六三

時効……………一〇五

復権……………一〇

保安處分……………一三

参考書……………一六

危険なる常習的犯罪人の取締並に保安及び矯正の處分に關する法律(一九三三年十一月二十四日)

日の法律(シェーファール).....二六

一、新しい觀點。犯罪に對して國民的共同體を有効に保護すると云ふこと殊更に重

きを置くこと犯罪を鎮壓するのに一元的方法を以てしないで將來は二元的方法と

すること即ち將來は刑罰と平行的に保安及び矯正の處分を以てすること.....一九

二、保安及び矯正の處分の本質及び様式概論.....二三

三、危険なる常習的犯罪人の鎮壓.....二七

四、危険な性的犯罪人の鎮壓.....二七

五、社會的に危険な精神病者及び限定歸責能力者の鎮壓.....二四

六、社會的に危険な酒精濫用者並に反社會的性格者の鎮壓.....二五

七、職業に關して信頼することの出来ない者に對する職業の禁止.....二九

八、統計上の報告.....二五

同法律の全文.....二四

第一條 危険なる常習的犯罪人に對する刑の加重竊盜の道具の所持.....二四

第二條 保安及び矯正の處分.....二六

第三條 刑法の其他の改正.....二六

第四條 施行.....二六

第五條 經過規定.....二六

第六條 施行法.....二六

同上法律の施行法.....二六

同上法律の理由書.....二六

第一條 危険なる常習的犯罪人に對する刑の加重竊盜の道具の所持.....二六

第二條 保安及び矯正處分.....二六

第三條 刑法の其の他の改正.....二六

第四條 施行.....二六

第五條 經過規定.....二六

第六條 施行法.....二六

同上法律の施行法理由書.....二六

國家ナチス黨及び國民の刑法上の保護エドムンドメツガー.....二七

A 一九三三年一月三十日以來のナチス國家の立法.....二七

B 國家の刑法上の保護.....二七

C 國家社會主義獨逸労働黨の刑法上の保護.....二七

D 國民の刑法上の保護.....二六

参考書

特別裁判所の組織(ナアグラア)

一 特別裁判所の性質

二 法的基础

一九三三年三月二十一日の國政府の命令に依る特別裁判所

一九三一年十月六日の經濟及び財政の保全並に政治上の無法の動作の鎮壓に關する第

三次國大統領令第六部第二章

一九三三年三月二十一日の特別裁判所の設置に關する國政府の命令

一九三三年四月四日の政治上の暴力行爲の豫防に關する法律

一九三三年五月六日の特別裁判所の管轄に關する國政府の命令

一九三三年二月二十八日の獨逸國民及び獨逸國家の保護に關する國大統領令

一九三三年三月二十一日の國民的奮起の政府に對する陰險なる攻撃の豫防に關する命令

國民裁判所(ヴェルナー)

由來

國民裁判所の性質

國民裁判所を設置する目的

國民裁判所の組織

國民裁判所の管轄

國民裁判所に於ける手續

調査判事

参考書

一九三四年四月二十四日の刑法及び刑事訴訟手續の規定の改正に關する法律

一九三四年六月十二日の國民裁判所に關する命令

一九三四年六月二十九日の國民裁判所に關する第二次命令

一九三四年四月二十四日の刑法及び刑事訴訟手續の規定の改正に關する法律理由書

自由刑の執行(デュル)

参考書

第三獨逸國に於ける經濟の刑法上の保護(スタインェルト)

A 普通法

B 商業

C 營業及び手工業

D 工業

F 農業

参考書

職業階級に對する名譽刑(フーベルナーゲル)

一 職業階級の名譽刑法

二 職業階級上の名譽裁判權の各則

参考書

軍刑法論(エミール・メーウエ)

第一節 理由並に目的

(I) 法規

(II) 手續

(III) 構成

第二節 軍刑法の沿革

(I) 太古乃至騎士時代

(II) 封建時代

(III) 傭兵時代

(IV) 常備軍制度乃至國民皆兵制度

(V) 別種と懲戒罰

第三節 現行の國法

(一) 軍刑法典

(a) 第一部緒章及び通則

(b) 第二部重罪及び輕罪各則

(1) 國防力の減殺

(2) 服従の義務の違反

(3) 上官の義務違反

(4) 服務上の忠誠の義務に對する違反

(C) 軍刑法典の適用の制限

(二) 軍法會議法(ヒュルレ)

A 歴史的基礎

B 軍事裁判權の組織

(I) 軍事裁判權の主體

(II) 軍事裁判權の範圍

C	通常手續網要	五五
(I)	犯罪の報告	五五
(II)	捜査手續	五七
(III)	手續の中止	五九
(IV)	起訴命令及び起訴狀	五〇
(V)	公判	五四
(VI)	防禦	五八
(VII)	上訴	五九
D	略式手續	五三
E	再審	五五
F	行刑	五七
G	訴訟費用	五八
H	附則	五八
参考書	五九
ナチスの刑事訴訟(オットオシユワルツ)	五九
(一)	公判前の手續	五四

(二)	中間の手續	五四
(三)	公判	五四
(四)	上訴	五七
(五)	再審	五七

目次終

目録
第一章 序
第二章 ナチスの法制及び立法綱要(刑法及び
刑事訴訟法の部)
第三章 ナチスの法制及び立法綱要(民法及び
民事訴訟法の部)
第四章 ナチスの法制及び立法綱要(行政法の部)
第五章 ナチスの法制及び立法綱要(労働法の部)
第六章 ナチスの法制及び立法綱要(社会法の部)
第七章 ナチスの法制及び立法綱要(経済法の部)
第八章 ナチスの法制及び立法綱要(教育法の部)
第九章 ナチスの法制及び立法綱要(文化法の部)
第十章 ナチスの法制及び立法綱要(その他)

司法資料 第二百一十一號 ナチスの法制及び立法綱要(刑法及び
刑事訴訟法の部)

序

本書はナチスが我が獨逸の法律生活の全般に新しい内容と均齊のとれた創造的形態を與へやうと
去ふ其の歴史的に偉大な任務を果して行く上にどんなに熱意を持つて居るか云ふことを示さうと
するものであつて、内面的に統一のとれた形式に於て包括的であり乍ら然も亦要領を得た方法で第三
獨逸國の法制の發達についての概観と理解とを與へんとする最初の試みを成すものである。
本書の任務とする所既にかくの如し。其の方式に至つては此の中心となる任務に従つて定まつた。
即ち國民の主なる生活領域のそれらにつき之を規律する法令を理念と實際との兩方面から包括的
批評的に説明しやうと云ふのである。

執筆者は専らナチスの黨員であつて然も専門的の學者たるの資格を有する者と云ふ原則に従つて
選定した。其の結果として本書は事實上に於てナチスの法制の發達の領域に於ける眞摯なる學徒で
あり、同時にまた貴重なる闘士である所の人々の信條書たるに至つたものと見られるものである。
また資料の範圍に關しては今や發展の時期に在るの然らしめる所として不斷に最新の状態への補

充の行はれるのは留保して、獨逸法の全範圍に亘つて其の主なる箇條を網羅するやうに選んだ。本書はまた獨逸國民の廣い階級に亘つて、一般に判り易くて然も同時に學問的である形式に於て、我が獨逸の法律生活に關する知識を傳達しやうとするものである。即ちあらゆる職業に役に立つ法律上の忠僕を推薦し、すべての官公署に我が高貴なる獨逸法の改造に關する知識と示唆とを紹介しやうとするものである。

アドルフ・ヒットラーを指導者と仰ぐナチスの國家は其の生命の基礎を自覺し、法律上安定した確保された威力を意識して居る。而してわれわれは指導者の法律的警衛者を以て自ら任ずる者なのであるから、汝々汝々忠誠變らず、献身的無私の精神を發揮して指導者の爲に、ナチスの法規を構築せざるを得ないのである。

此の仕事の全般に亘る表現としてこゝに本書を呈示する。こゝに國家社會主義獨逸労働黨國法部の名義に於て本書の執筆者諸氏並に國家社會主義獨逸労働黨國法部長代理ドクトル・ライツンシャア氏に謝意を表す。わけてもわたしは我が敬愛する同僚ドクトル・ウイール・ムコブリッツ氏が本書の編纂に多大の協力を致したるを識認するものであることをここで表明しないで止むことは出来ない。本書編纂の計畫が實現を見るに至つたのは就中氏の倦むことを知らないエネルギーに歸すべきものである。

ナチスは權力を獲得するに成功した。今ぞ此の權力を確保し、愛と眞摯と勇氣とを伴ふ獨逸精神の

偉大にして永久的なる信念としての國家社會主義、而してまた自由と平等の權利と平和と労働とを基礎とするわが永久なる獨逸法の象徴たり表現としての國家社會主義を形成して行くことが肝要なのである。

一九三四年十二月二十四日

ミュンヘンのブラウネスハウスに於て、

ヒットラー萬歳！

國家社會主義獨逸労働黨總務

國務大臣ドクトル・ハンス・ラランク

ナチスの刑法改正の根本問題

ウエルツブルグ大學教授ドクトル

フリードリヒ・エトカア

ナチスの綱要なるものは論理的若は經驗的に或は論證し或は反駁することを得べき學問上のテーマではなくて、我が國家の煩ひとして居る重大な社會的國家的の弊害を除かんが爲に適任者の指揮の

下に行はれる國民的行動の箴言たるものである。惟ふによしんば深刻な療治であるにもせよ、唯一度丈の療治では永久的の効果は期待し難いのであつて、破壊的作用を逞しくして國家國民を破滅の危機に瀕せしめた疾病の原因に對しては、必ずや永続的の鎮壓を加へるの必要がある。指揮官は道を示すのみである。闘士の軍勢は國民的共同體 *Volksgemeinschaft* が出さなければならぬ。かの「公益は私益に優先する」と云ふ綱要第二十四項の合言葉は國民各自が國民にとつて有害な利己的の天性をみづから制御せんことを國民各自に要求すると共に、全體に向つては利己的の侵害を嚴重に處罰することに依つて國民の福祉を擁護せんことを要求する。凡そ刑事司法が福利行政と密接な關係を有するものであることは明白であつて、かの各人の心裡に於ては日夜生れ乍らの性癖と義務感との間に繰返し闘争が行はれて、此の闘争が必しも常に絶對に義務感の勝利に終つて居ない事實に顧みるときは、社會的作用としての刑罰は到底缺くべからざるものであると云はなければならぬ。ましてや時世の病弊を救治し、我が國民を回春の境地に致すと云ふ其の高遠な目的を達成せんが爲には、刑事司法と云ふ同盟の勢力は缺くべからざるの必要である。強制を俟たないで愛が義務に到達せしめるやうな時世を夢見るのは夢見る人の勝手だが、世智辛い現實に此の空想を實現させることは出来難い。

(註一) 本稿の目的とする所はナチスの刑法改正の根本思想を闡明するに在つて、刑法改正委員會の公式草案を遺漏なく論じ盡さうと云ふのではない。併し乍ら其の獲得した全體としての觀念は總則の部の極く重要な部分を簡潔に説明することに依つて補充するの

必要があつた。素より完全を要請することは出来ない。

刑法を形成する上に特に重要なのは綱要第二十五項に「國の有力な中央的權力の創造」と標榜してあるナチスの權威主義 *das autoritäre Prinzip* (註二) である。獨り私益を貪つて同胞の生活範圍を侵害する者其の生活上の必要を妨げる者、其の正當な生活目的の達成を妨害する者のみならず、全體の一員としての自己の地位を忘却したる者、共同體に加害する者、共同體に對して服従を拒む者はすべて是れ國民の公敵である。

(註二) Oetker, *Gerichtssaal* 104, 2 ff. (并に其の他従前公にされた幾多の氏の著書論文)。Dahn-Schaffstein, *Liberals oder autoritäres Strafrecht, insbesondere* S. 40 ff.

此の不可分の關係に在る二つの基本的義務は、みづから團體の一員となつて之に服従し、みづから進んで自分の最善の能力を傾けて國民の福祉を増進し、各其の分に應じて祖國の強盛を築き上げるのに助力すべき旨を命ずる國民各個に對する無上命令 *Kategorischer Imperativ* に歸着するものであつて、此の二つの義務の何れか一方若は双方に對する重大な違反は、其の實質的内容に於て「犯罪」 *Verbrechen* たるものなのである。刑法典は義務違反の行爲又は不作爲にして其の有する所の社會に有害な性質が刑罰を以てする干渉を止むを得ざる必要たらしめるものゝ目錄を慎重に限定し、成るべく明確に規定するのである。

凡そ善は闘争に依つてのみ榮えることが出来るものである。ナチスの法律秩序、國家秩序も亦御多分に洩れず反抗する勢力と惡戰苦闘の後僅に贏ち得ることを餘儀なくされた次第であつて、決して獨

り國民に對する教示と國民それ自體の教育とのみに依つて自己の存立を維持することは出来ない。此の種の決して休むときの努力も勿論缺くべからざる必要であるが、此の種の努力は服従を拒む分子を不斷に嚴重に排撃するのと相俟つに於て初めて存立を續けて行くことが出来るのである。人の性質を誤解し、惡の勢力を誤認し、歴史的經驗を無視して刑罰と云ふものに含まれる嚴肅味を拋棄し、刑法を敵視する思潮の要求する所の儘に應報思想を極く隅つこの方に押やつて了つて、徒に減輕事由 *Milderungsgrund* や免責事由 *Entschuldigungsgrund* をのみ是れ願望するやうな軟弱な刑事司法は、國民道徳を破壊し、國家を滅亡に導くものである。我が當局は能率の高い刑法典が絶對的に必要であることを明確に識認して、かくの如き刑法典を創造するのを其の隨一の任務とするものである。

かくの如き法律から要求しなければならぬのは、歸責能力責任錯誤行為の階段犯罪に對する加功の形式責任阻却事由並に刑罰阻却事由などに關する一般的规定や各個の犯罪の構成要件刑罰の範圍並に刑の量定に關する原則などに於て、立法者の見解の儘に刑の本質理由目的を明確に表明することであつて、抽象的な刑罰の定義や「刑法理論」 *Strafrechtstheorie* の構成などは之に反して全然物の役には立たないであらう。また失策や誤解を招き易い法文の字句は素より以上に述べた根本精神とは正反對に陥り易く、法律的慣行に重大な損害を齎す虞がある。然も法文の解釋の錯誤は裏面の事項に屬し、學問的論議の方法で立所に補正することが出来る。

所謂刑法理論として樹立された所のものを數へて見れば、古代ギリシヤの哲學者以來現代に至るま

で殆ど見通しのつかない程の多數に上つて居る。ナチスが是等の刑法理論中の一を我がものとして宣言するであらうなど、は恐らく識者の期待する所ではあるまい。哲學者は解釋し説得しやうとする。之に反し立法者は命令する。當局が刑法的法律秩序をどう考へて居るかにについてはナチスの國家觀綱要、プロシヤ邦司法省の覺書は實際に些の疑をも剩さない。即ちナチスの刑法は國家の權威、指導者主義、國民的羈束公の福祉などの決定的の思想と共に存するものなのである。

惟ふに犯罪人は國家の命ずる所を無視するものに外ならないのであるから、若し國家にして平然として犯罪を不問に附するならば、國家はみづから其の權威を拋棄するものと謂はなければならぬ。現世の如何なる權力も、既に行はれて了つたことを、未だ行はれない前の状態に返すことは出来ない。犯罪の結果の中の若干者は恐らく再び消滅させて了ふことが出来る、盗んだ物の返還被つた損害の賠償の如き。併し乍ら一度破られた公の法律秩序は依然としてもとの儘である。従つて犯罪人を強制的に法の威嚴の下に跪かせて、法は決して愚弄する譯には行かないものであることを犯罪人本人並に其の他すべての者に呑み込ませるの外はない。打撃に報ゆるには反撃を以てするの外に道はない。刑は法令違反に對する應報であつて犯人に害惡を加へるものである。^(註二) 往年國家の權威が地に墜ち道義が弛廢して居た時代にあつては、應報の理念の宗教的倫理的內容と國家の自己保存の義務を根本的に誤認して、應報の理念を時世後れたるものとして斥け、甚しきに至つては之を野蠻なりとして罵倒するのを以て作法と心得て居た人士が少くなかつたが、今では是等の人々はすつかり鳴りを靜めて了つ

た。ナチスの思想の壓倒的勢力が實に彼等をして屏息せしめたのである。

(註三) 應報刑についての文献に關しては、Allfeld, *Lehrbuch allgem. Teil* 9. Aufl. S. 4. Anm. 6. 參照。

刑罰の原因は犯罪に於て表明された國家の權威に對する侵害であつて、其の本質は權威の擁護 *Authoritätswahrung* に在る。國家の科する刑罰は自由刑名譽刑罰金等それがどう云ふ性質を執らうとも、斷じて教育 *Erziehung* に變つて了ふものではない。教育は教育の缺乏に基き、刑罰は公の法律秩序の侵犯に立脚する。加之兩者の手段も亦決して同一ではない。

刑罰の目的も亦刑罰の本質や原因に依つて定まる。刑罰なる制度は徹底的に運用せらるゝに於ては、犯罪に於て表明せられる法を敵視する分子に對する永續的反動作用である。凡そ人間の利己心と情慾とが働いて居る間は、世に犯罪の根絶やしは出來まい。乞ふ。刑罰が反動作用たるものであることを念頭に置け。且是なくんば國家秩序は瓦解の外なきを顧みよ。犯罪に對する態度は常に教育的たるのみに止まつてはならぬ。寧ろ鬭争的であらねばならぬ。是ぞ維れナチスの明確に識認し、極力高調する所なのである。

刑罰は——刑罰の作用について普通に行はれて居る分類に従へば——一般豫防として、また特別豫防として公の福祉に貢献する。

刑罰は一般豫防の目的を達成するに義務を強化する作用、教導的作用、警戒的作用を以てする。此の作用は國民の心裡に犯罪に對する嫌惡の念を生ぜしめやうとするものである。常に畏怖の動機のみ

を高調して嘗て云はれたやうに犯罪を犯さぬやう威嚇するのみに止まるものではない。

一般豫防の處置は犯人に對して専ら豫防を爲すに適し、新しい犯罪を抑制するのに適當するやうに選定してある。蓋し他人が單に眼で見る文に止まる所のものを、犯人は自身に親しく體驗することを餘儀なくせられる次第だからである。また特別豫防の方は傳統的の區別に従つて矯正 *Besserung*、威嚇 *Abschreckung*、排斥 *Unschädlichmachung* の各處分に於て表明される。所が此の區別に従つて刑罰を分類する者も少くなく、甚しきに至つては此の獨り合點の刑罰三分主義 *vermeintliche Stufenstufis* からして、此の三分主義に應じて犯罪人を三つの等級に區別する分類が成立せざるを得ないことゝなること推論した者さへある。恐らく概念法學の最高の業績と稱すべき命題であつた。併し本當の所は罰金なり、名譽刑なり、或はまた自由刑なり、全然同一の刑罰が甲なる犯人に對しては矯正の作用を及ぼし、乙なる犯人に對しては威嚇の作用を及ぼすことがあるかと思ふと、丙なる犯人に對しては全然何の作用の痕跡をも残さず、無爲に通り過ぎて了ふこともあるのである。若し夫れ永久的の排斥處分、死刑、終身間の自由刑の如き根本的治療に至つては、特に峻烈な一般豫防を必要とする最も重い犯罪については正當とする所である。ナチスは必要に依つては此の最も重い刑を科することを躊躇するものではない。新しい國家秩序と經濟組織へ移り行く過渡の時代に於て見たやうに其の機會が増加しやうとそれは意に介する所ではない。併し乍ら、鋭きに過ぎるのは齒こぼれのするもとと云ふ古來の格言から云つても其の之を科することの多きに過ぎるのは避けなければならない。而して特に矯正に適す

るのは長期の自由刑であるが、其の他の刑種に至つては之を矯正的と云ひ、若はまた威嚇的であると云ふも、其の作用を臆測し、希望する所の儘に従つての名稱に止まるのであつて、即ち極めて不確實な稱呼たるに過ぎなく。

此の二つの種類の刑罰の作用は、之を同じ等級の上列せしめることは出来ない。即ち特別豫防は一般豫防の骨組内に於てのみ是が實現を期すべく、一般豫防を犠牲にして實現を期すべきではない。^(註四)特に行刑の形成方法に依つて是が實現を期すべきでは全然ない。權威を擁護する上に缺くべからざる意義に於ての一般豫防は、寛大に失せず、また無用の嚴酷に墮することのない敏速にして公正な刑事司法に依つて確實に達成することが出来るが、之に反し各個人の矯正の爲にする作用、即ち特別豫防は随分と失敗することがある。^(註五)刑罰問題に對するナチスの態度は以上を以て其の特徴を示されたものと云つて差支あるまい。即ちナチスは應報の爲に應報を行ふのではないのであつて、國家の權威を擁護する上に於て法益保護の目的の爲に應報を行ふのである。^(註六)

(註四) Dahm-Schafstein, *Literales oder autoritäres Strafrecht*, S. 43 ff. をも参照。

(註五) 單なる行刑よりも共同體にとつて遙に大なる價值を有するのは、Stöck, *Strafe als Dienst am Volke* (1933) 中に巧みに説明してある倫理的補償行爲 *ethisches Ausgleichsverhalten* の意味に於ての服刑 *Strafverhütung* であるが、此の種の業績(強ひることの出来ないもの)である。

(註六) わたしは古くから此の見地を主張して居る。Zetsch, *Strafrechtswiss.* 17 (1897) 539 ff. の載せて居る所である。尙ほ Siebert, *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate*, S. II ff. も實質上同一の結論に

到達して居るのであるが、併し氏の述べて居るやうに擁護の目的と應報の目的との並立を存するのではない。Erik Wolf, *Krisis und Neuan des Strafrechts*, S. 41 に應報は刑罰の理念であつて目的ではないと云つて居るのは適切である。

近頃刑法學者を舊派 *Altlassiker*、新舊派 *Neuklassiker*、舊新派 *Einsundender*、新新派 *Jetztmoderne* 等、等に分類することが好んで行はれて居るけれども裨益する所大でない。學派の強制を必要としない孤往獨邁の氣力のある學者は、こんな風のやり方で型の中に押込まれるのを拒むであらう。

一八七一年の獨逸刑法典が「國家社會主義的」*nationalsozialistisch* たるを得なかつたことはおのづから明かである。其の國家社會主義的發達は之に續く數十年間に行はれた社會的變動と、極度の困窮の裡に奮ひ起つた指導者の偉大なる力に依つて禍害と屈辱から我が國家の再生を見るに及んで初めて可能となつた所である。一八七一年の刑法典を指して「國民自由主義的」*nationalliberal* たるものとして押片付けて了ふのは、事實にも違へばまた當否としても正しくない。即ち一八七一年の獨逸刑法典は結局に於てプロシヤ邦刑法典の増訂した新版に外ならないのであるが、プロシヤ邦刑法典を指して「國民自由主義的」と稱するが如きは、凡そ正氣の沙汰とは思はれない。刑法典の法律案の期する所は今や始まつた計りの國家的統一を敏速に鞏固ならしめるのに資せんとするにあつた。此のビスマルクの企に適應して居る事實からして非難を推論することは、國家的歴史觀として確に不可能である。將來はかくの如き刑法上の原則の天下である。よしんば刑罰と云ふ名稱は冠せてあらうとも應報

と一般豫防とを否認して、教育其の他のもののみを以て犯罪を鎮壓しやうとするに於ては、人間の性情

にして變らない以上は、必然的に法と道義との荒廢を來さずんば止まないであらう。刑罰は程なくまた教育に讓歩をすべからうと云ふ希望の下に、ナチスの刑罰觀を以て單に一時的の理由を有するに過ぎないものと認めやうとするのは、甚しい謬りであつて、頽廢時代以來餘りにもよく知られた昔年らのロマンチックの國 *Die alte romantische Land* への復歸は存在しないのである。

矯正や刑後の教育 *Nacherziehung* は曾てレーダアが刑罰の目標 *Strafziel* たるものとして讚美したものであるが、確に執行と云ふ上に於ては必要と可能に應じて、ナチスの教育の精神に従つて之を追求するに努むべき所である。完全ならぬ素質の持主は到底改善することは出來ないと云ふの故を以て、かくの如き作用を全然排斥して了はうとするが如きは餘りに極端に走り過ぎるものである。(註七)

(註七) ショペンハウエルに反駁してビンディングの述べて居る所は至極適切である。曰く、人が——教育を受ける資格のある人が——性格を有するのであつて、性格が人を有するのではないと。

ナチスの世界觀的、民族觀的、根本思想からして論理的推論の方法で纏つたナチスの刑法組織を演繹するのは不可能である。何となればかやうにして存在する所の前提は論理的範疇ではないからである。かくの如き前提は單に價値の標準を供給せんことを欲するのみであり、また價値の標準を供給することが出來るのみである。保護する丈の價値があり、保護する丈の必要のあるものが保護される。然も保護は其の保護の客體の國民の福祉にとつて必要である程度、有益である程度に従つて行はれる

のである。

犯罪に對する反動作用は出來たこと、法律秩序にとつての意義の如何、特に法律秩序にとつて生じた損害の程度並に主として動機の種類について測定した意思責任 *Willensschuld* と其の等級に應じて定まる。不法に對する鬭争は古來客觀的の動機に依つて左右された。原始的の狀態に於ては寧ろ絶對的に此の種の動機に依つて左右されたものである。動機の憎惡すべき性質の大小、其の免責的減輕的性質の多寡を充分に斟酌するのがナチスの法律理論の主なる仕事である。何となれば其の達成し得らるべき範圍内に於て法と道義との調和を計るのは、ナチスの思想界の主なる部分たるものだからである。

如何に優れた刑法典と雖、其の創造の精神となつた所のものに從つて適用されなければ、其の効果を擧げることには出來ない。優れた法は高級の權力の贈物ではないのであつて、自己の義務を履行する報酬として人間に與へられる所なのである。ナチスの法は成文に作られた只それ丈で成立するものではない。成文の典章は只ナチスの法を可能ならしめるのみに止まり、未だ以て之を實現することは出來ない。ナチスの法は法令を支持し、之に生命を與へる所のナチスの思想界に不斷に遡及することに依つて、日々に新にまた日に新に體得せられることを必要とするのである。(註八)

(註八) *Dahn-Schafts ein. S. 35 ff.* は適當である。

古語に曰く、Legis virtus haec est, imperare, vetare, permittere, punire (法の効力は命じ、禁じ、許し、罰するに在り)と。處罰は國家の權威 Staatsautorität の爲にするものである。國家の權威は法の禁止命令並に行爲命令に於て基本的に表明される。權威的刑法 autoritäres Strafrecht に缺くべからざる條件は權威的の禁止及び行爲の命令權 autoritäres verbotendes und gebietendes Strafrecht であつて、刑罰法規を以て單なる假設的の命題なるものとし、作爲若し不作爲の權威的命令と認めない者は深淵なる法の理解に全然耳を閉すものに外ならない。實際法令は果して何事か爲された場合又は爲されなかつた場合には刑を科すべしと云ふ要求たるに止まり、かくの如き行狀を命じて居るものではないのであらうか。若し然りとせば昔ローマの或る武士がよく金貨を一杯充した袋を奴隸に擔せて往來を歩き、自分の氣に喰はない顔付をした者に出くわす毎に、横つ面を張り飛しては直に法定の償金を拂ふのを樂みにしたと云ふ、アウルス・ゲリウスの記述して居る一挿話の主人公は非難を容れない法律的同胞 Rechtsgano-¹⁾だ²⁾と云ふことになる。若し刑罰なるものが所爲に對して犯人の負ふて居る代償を意味するものに外ならないとすれば、犯行は條件付で許されることとなりはすまいか。

刑罰にして禁止に係る違法にして且道義に反する行爲との結合から切離されるとするならば、刑罰は其の意味を失はざるを得ない。處罰とは憎惡すべき行爲に制裁を加へるの謂であつて、損害を加へ

た者と損害を被つた者との間に單なる賠償を行ふの謂ではない。刑罰の原因は權威的の行爲命令の無視されたことに在る。刑罰法規を理解するとは、就中人をして義務を負担せしめる刑罰法規の命令的内容を識認することである。^(註九)

^(註九) Henkel, Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, S. 49 に曰く「權威的國家の組織形態は命令の形式を執つた整頓の中に存する。責任ある國家の動作の表現は命令である」と——だから!

或る作爲又は不作爲の可罰性 Strafbarkeit を判断せんが爲には、命令された所のものが何であるかを知らねばならぬ。此の點に於てはナチスの權威的刑法こそ規範說 Normentheorie の創始者たるビンディング其の人に感謝すべき充分の理由を持つものである。^(註十) 蓋し「規範」の中にこそ専ら *vis ac potestas legis* (法律的權能を具備せる力)は存するのであつて、規範の制定はナチスの國家に於ては、法を作り、法を確定する國政指導の本據 Staatsführung から出て居るものだからである。

^(註十) Sieger, Grundzüge des Strafrechts, S. 6 をも参照。どの犯罪に於ても法の行爲命令に對する不服従を存するものであることは自明の理である。此の認定をば「現實に反するもの」と稱する爲に理解し難い結果が生じた。若し不從順の動機の平等に關して犯罪の全然異つた責任内容が誤認されるならば、其の時に限り、規範說は「形式主義的」プロシヤ邦司法大臣覺書百十八頁たるものであらう。然し乍らそれは實際上此の說の精神に合致する所以ではあるまい。

刑法の根本問題、わけても責任並に錯誤に關する理論は規範と刑罰法規とを區別し、反規範性 Norm-

widrigkeit と可罰性とを區別しないでは到底之を解決することは出来ない。例へば草案第十七條は、犯人が犯行に際し不法を爲すことを意識して居たか、又は法令に對して違反するの意識を持つて居た場合に故意を認めて居る(此の擇一關係は此の場合にあつては措いて問はないこととする)。即ち違法性を意識するを以て足れりとし、可罰性を知つて居ることは重要ではないのである。けれども第二十一條に於ては、犯人が錯誤に依つて此の法律上無罪の根據となる事情を認めたる場合に於ては、犯人は故意に由り此の所爲を爲したるものにあらずと云つて居る。例へば甲が配偶者の物を盗む心算であつたが實際は此の物は第三者のものであつたと云ふ現行刑法の第二百四十七條第二項の場合に於ては、第十七條に依れば故意であるが、第二十一條に依れば故意でない譯であつて、其の間の矛盾は看過すべくもなし。

(註十一) 勿論覺書は此の無罪事由 Strafschuldgrund を除かうとして居る(懸念あり!)。百六頁參照。覺書上の例は刑法上第三者が此の出來事を認めた場合に限り處罰せらるべき單純侮辱 einfache Beleidigung を以てすればよかつたのだつたに。八十一頁參照。(犯人はそれを看過した……)。尙ほ此の點については次節の初めを參照。

責任は禁止命令に違反する點に存する。従つて規範を明にすることは満足な責任理論の根本條件たるものである。基本的の形態としての規範の目錄は刑罰法規の總體と一致するものではない。例へば殺人に關する規範は刑罰法規が殺人に對して設けて居る程多くあるものではない。既に殺人が全然禁止されてあるとすれば、生れた計りの私生子を殺害する行爲も禁止されてあるものであること

は明白である。即ち特則は原則の下に包括されるのであつて、此の論理に對しては異論は存在し得ないのである。併し乍ら殺人の刑を加重し若は減輕する法令の適用が之について標準となる情況の知識に依つて左右されるかどうかは別個の問題である。禁止命令の取消は單なる無罪の宣言とは區別しなければならぬ。例へば正當防衛の状態に於て人を殺した者は殺人に關する規範を侵害した者ではない。妻の物を盗んだ夫は假令法令が之に對して罰を科することをしない場合に於ても、竊盜たることを失ふものではない。されば實は第三者に屬する物を妻に屬する物と謬り信じて、此の信念は竊盜の故意を消滅させるものでないことは疑を容れない。假令可罰性の問題はどうか判斷されやうとも。

よし規範を以て——リストと共に——刑法の根本概念と認めるにしても犯罪の外面的及び内面的構成要件を定めるに當つて全然之を不問に附するならば、規範は單なる裝飾物たるに過ぎないこととなる。

惟ふに規範説は其の創始者が二つの過失を犯さなかつたら徹底的の成功を確保することが出來たであらう。氏の説の瑕疵の一つは、規範は刑罰法規と相並び存する獨立の法條ではないことである。寧ろ規範は法律の解釋の方法で特殊性から普遍性への推論に依つて明かにすることが出來るのである。「汝人を殺すべからず」と云ふ基本的の禁止命令は殺人に關する一切の刑罰法規から響き渡つて來る所なのである。もう一つの瑕疵は更に有害なるものであることが明白である。即ちピンディング

は刑法の倫理的價値を正當に取扱つて居ないのである。氏は嘗てフオイエルバッハがそうであつたやうに、法と道義の概念的獨立に關して其の因果の關係を誤認した。今や此の種の見解は其の地盤を失つて了つた。ナチスの法律理論こそ規範説の徹底的改正を爲すの任を有するものなのではあるまいか。

刑罰法規の時に關する效力についての理論を一瞥すると、規範を斟酌しないこと、即ち違法性反規範性と可罰性とを同視することが如何に混亂を招來するものであるかと判る。其の犯行の當時未だ施行されて居なかつた法令に依つて或る所爲を處罰するのは甚しく不公平な事だとは如何にわれわれの屢々聞かされたことだつたか。其の所爲が犯行の當時既に禁止されてあつた場合にあつても、また其の所爲が社會倫理の要求と全然相容れない場合にあつても之を處罰するのが甚しく不公平なことであるのか。絶對的に必要缺くべからざる禁止命令例へば、汝人を殺すべからずと云ふが如きであつても曾ては刑罰の制裁の附加はることなくして生れ出たものではなかつたか。國家の權威は其の禁止命令が刑罰の結果を附與されてない場合にあつても、其の禁止命令について服従を要求する。Nullum crimen sine lege (法無き所に犯罪なし)——こゝにLexは命令Gebotとか規範とかの意に解される——とは共同意思Gemeinwilleに違反した者でなければ犯罪人ではないと云ふ程度に於ては争ふことの出来ない眞理である。所爲(不作爲)の當時まだ全然發せられて居なかつた命令を遵守しないことに對しては、責任は成立することはあり得ない。^(註十二)所爲の當時其の行爲に關する可罰性の宣言が成立し

たことを必要とすると云ふ意味に於てのNulla poena sine lege (法律なき所に刑罰なし)は法が慣習法に依つて組織されて居る時代にあつては——素より言を俟たないことであるが——除外されるのであつて、兎に角前なる格言のやうに絶對的には正義の要求たるものではない。蓋し禁止された所のことを爲す者は其の結果を甘受することを餘儀なくされる次第だからである。應報の理念はnulla poena sine legeとは無關係である。^(註十三)

^(註十二) 規範と刑罰法規とを區別することはヘンケル(Henkel, Strafrichter und Gesetz, 2.)にとつては自明の理であつた筈であつた。けれども此のことは行はれなかつた。

^(註十三) Goeteler, Gerichtssaal 104, 343 等、特に358は正しい。けれども刑罰の制裁の附加されることが禁止命令の抑制的效力を増大する所以であることは確實であつて、こゝに於てか豫告Warnungstafelを缺くにも拘らず處罰をするのは近代的の見解にとつては苛酷たるものとして不公平なるものとして認められるのである。此の原則にはフランス革命當時の人權宣言が與つて大に力がある次第であるが、今こゝでは此の原則の沿革に立入つて論ずることは出來ない。只一言して置きたいのは、テームも論證して居るやうに、當時憲法制定國民議會に於ては此の原則の貫徹は非常に覺束ない情勢にあつたと云ふことである。

草案は第一條に於て以上に述べたやうな見地に立つものであるが、併し現行刑法典第二條第一項に於けるとは異り、豫め可罰性の宣言がしてあれば一定の限界を劃した刑の範圍の定めてなくとも充分

である旨を以てして居る(ワイマール憲法に従ふものである)。かくの如く曖昧不定な刑罰法規が本来推稱するに足るものであるかどうかと云ふことは措いて問ふまい。兎に角是が適否は遡及效の命令とは全然相交渉する所はないのである。

犯行と判決との間に刑罰法規の變更のあつた場合に於ては、草案第三條は原則として行爲時法 *Bezugsgesetz* を優先せしめるのに反し、通説は寧ろ判決時法 *Aburteilungsgesetz* の適用に左袒して居る(ペンディングの如きも亦然り)。犯行に依つて該當するのは無視された行爲時法の刑であり、また従つて國家の刑罰權も此の刑に指向されるものであると云ふ考慮からして、草案に賛成しなければならぬ。かくの如くにして設定された刑法關係は法令の變更に依つて動かされる所はない。但し制定法が別段の規定を爲して居る場合は此の限りではないのであつて、それは現行刑法第二條第二項及び草案第四條に見る所で、軽い判決時法に優先適用を認めて居るのである。是は公平上の考慮から出たものであるが、此の公平は頗る覺束ないのであつて、法律の前にすべての者が平等の取扱を受けること云ふことが犠牲にされる虞がないでもない。何となれば共同正犯中の一人が刑事訴訟手續を引伸ばすことを心得て居たとすれば、他の共同正犯よりも軽い刑を贏ち得ることがあるからである。

此の意味に於ての刑罰法規の變更と區別することを必要とするのは規範の變更である。規範の範圍が後の法令に依つて擴張された場合に於ては、其の擴張以前に行はれた、當時規範に依つて捕捉されなかつた所爲を擴張後に處罰することの出来ないのは素より言を俟つまでもないと共に、また他の

半面に於ては所爲は後に至つて規範が制限されることに依つて其の反規範性を失ふものでもないのである。要するに妥當な判斷は規範を明かにすることに依つてのみ確保される。所謂時限法 *Zeitgesetz* は草案第四條 a に依れば其の施行中に犯した所爲については、其の廢止された後にあつても依然適用することが出来ることになつて居る。是は確に正しい。けれども時限的でない刑罰法規 *das nichttemporäre Strafgesetz* の場合に於てはどうかであるか。處罰の事由が既に片付いたものと看做すべきの故を以て、かくの如き法令の廢止された後には未だ判決を経ない行爲を無罪と爲すべきであるか。併し乍ら犯行の當時には處罰の必要が十二分に存在して居たことがあり得る。従つて是は決して單純な問題ではない。加之規範と刑罰法規との對立も此の場合に重きを爲すのであつて、刑罰法規は規範を非認して廢止されることもあるし、また規範を維持しつゝ廢止されることもあるのである。草案第四條 b が保安及び矯正の處分に關して、裁判の當時效力を有する法令に標準としての效力を認めて居るのは、全く正し。規範並に可罰性の宣言の淵源を成すものは今日では法令あるのみである。草案は第一條に於て此の點を墨守して居る。慣習法を以て規範並に可罰性の宣言を形成するのは立法の極めて熾んに行はれる時代に於ては不必要であつて従つて立法者が之を排斥するのは有効である。けれども立法の停滞して居る時代に於ては、どんなに成文の禁止を存するにしても、慣習法は内面的の必要を以て規範

的にも制裁的にも出現するであらう。昔の普通法の發達の欠缺は此の程度に於て(各邦の裁判上の慣行に依つて補充されたものである。即ち不文の規範は嘗て存在した。將來も亦其の發生することが想像し得られるものと思ふ。併し乍らそれはビンディングの云つて居るやうにどの規範もが不文法の一節である譯ではない。規範説の成功を妨げたものは實に此の如き規範の平等的取扱であつた。法令を補充し特に類推の推論に基き裁判上の慣行に依つて刑罰阻却事由及び刑罰減輕事由を生ぜしめるのに、第一條は何等の障碍をも與へるものではない。第二條は、*Einzelgesetze sind nicht auf die Fälle der Art zu beziehen*。一つ一つの法令や法律秩序の全體を手がかりとして適當な普遍性に於て規範を抽象することが出来るものとするならば之を類推的に擴張する機會は殆ど成立する譯には行かないであらう。是と區別することを要するのは刑罰法規の類推適用の問題である。第三條は、*Die Analogie ist nicht zulässig*。類推を排斥するのが謬つた類推から免れる所以であることは自明的の事項であつて、其の程度に於ては類推を排斥するのは法律的安定 *Rechtssicherheit* に貢獻する所以でもある。類推と不類似 *ähnlich und unähnlich* とは押し詰めて行くと同と不同 *gleich und ungleich* のやうに爾く明確な對照ではないのであつて従つて甲の判事がまだ乙の類似であると認める場合でも乙の判事は之を類似でないとすることもあり得る。判事は是等の考量を爲すに當つて時あつてか無意識の裡に感情に驅られることもあるだらうし、政治的傾向に支配されることもあるであらう。加之犯人にとつては明示的な可罰性の宣言の中に存するやうな豫告が不足して居る。と同時にまた他の半面に於ては刑務所と擦れ

に法網を免れて行く老獪な詐欺師を實際に刑務所に放り込むことは確に健全な國民的要求に合致する所以である。^(註十四) 況んや或る法令の準用と擴張適用との間には、現行法も亦認めて居るやうな明確な限界は存在しないに於ておや。^(註十五) 刑法は犯罪人のマグナカルタであると云ふ感心の出來ない文句については、今日ではもはや多く辯を費すの必要はあるまい。

(註十四) プロシヤ邦司法大臣覺書百十六頁、百二十七頁。
(註十五) 其の例は、*Das kommende deutsche Strafrecht S. 130* に掲げてある。

賛否の議論を斟酌するときは法の形成のいろ／＼の時代を通じて類推の問題がいろ／＼に判斷されて居ることが判る。而して原理原則上の問題として稱せられる所のものが實は司法政策上の考察の領域に屬するのである。類推の否認は法の組織に缺陷のあることに依つて判事の專斷が根を張つて居る場合に此の弊害を一掃する必要のあるときに、特に必要とする所である。然も亦他の半面に於ては法律の字句文が僅に尙ほ道徳を擁護する力を持つて居る場合に動搖して居る道徳の爲に脱法之道を塞いでやつたり、或はまた新に生じつゝある社會的政治的の秩序が團體精神に従ひ國民的全體を助長する意味に於て極く力強く自己を貫徹する爲には、類推は奮起する。是等の理由は現在草案第二條に於て類推を許す根據となるものである。類推は細心に考量すれば單に法條的類推 *Gesetzesanalogie* たるに止まるものである。法的類推 *Rechtsanalogie* は許されない。前者は一定の法條の基本となる法的思想並に健全なる國民觀念の處罰を要求する場合に見る所である。

法的類推は個々の法條を出發點としないのであつて、法の精神に立脚し、特にナチスの根本觀念からして可罰性の認定に到達する。而してナチスの根本觀念は刑罰法條の相關聯する合成體に於て特色を示す。法的類推も亦往々にして方向を指示する法條の外に爾他の法條を利用する程度に於ては、法條的類推との間の限界は頗る曖昧なるものがある譯であるが、併し法的類推の作用が著しく錯誤の危険を冒し易いものであることは看過すべくもない。此の種の類推も包含せしめらるべきものとすれば、例へば法科大學長の是認をかくの如き類推的な可罰性の宣言の條件たらしめるとでも云ふやうな具合にして統制審 *Kontrollinstanz* を設けるのが適當だと思ふ。(註十六) さもないと、わけても下級の裁判所に於ては法的類推の時あつてか甚だ懸念すべき適用を生ずるの虞があるからである。

(註十六) 此の點については、Freiser, Grundzüge eines allgem. deutsch. Strafrechts, Denkschrift der Akademie S. 12

之に反して刑罰阻却事由並に減輕事由に關しては、*nulla poena sine lege* に關する類推に制限はない。第一條及び第二條の草案の條文は、舊來の儘たることを得ない。第一條に依れば「行爲は其の之を犯すに先だち法律中に其の罪となるべき旨を明示的に言明せる場合にあらざれば刑を科することを得ず」とある以上は、獨り類推のみに止まらず擴張解釋も除外されることとなるであらう。然るに第二條は「行爲が明示的に罪となるものと宣言せらるゝことなきも類似の行爲が法令中に於て處罰せらるゝときは云々」とあつて類推を許して居る。是は實に文句に於て互に矛盾して居る二つの規定と謂はな

ければならない。寧ろ此の兩條を打つて一丸として次の様な法文と爲すべきなのではあるまいか。「行爲は其の所犯に先だちて制定したる、其の可罰性を明かにする法令に據るにあらざれば刑を科することを得ず。法令の基本となる法律思想と健全なる國民觀念とが處罰を必要とする場合にあつては、類似の行爲が法令上處罰せらるゝを以て足る。」

刑罰法規の土地に關する適用範圍 *das räumliche Geltungsgebiet der Strafgesetze* (轉義的には國際刑法の下に包括される)を統一的の見地から規定しやうと云ふ試みはすべて失敗に終つて了つた。廣い汎圍に亘つて要求された世界法主義の錯覺に過ぎないことや、單なる屬地主義の不充分であることや、屬人主義の制限的適用性しか持つて居ないことや、争ふまでもないことである。所謂保護主義若は實質主義は其の屢々與へられた形式に於ては——其の外國に於ける法益に對する外國に於て犯したる侵害をも處罰する國家の義務——謬つた法益の概念に煩はされるものである。蓋し内國の法益は成る程外國から攻撃されることがあるが、それ自體は外國に存在するものではないからである。法益即ち法の保護する利益 *Güter des Rechts* は社會的狀態である生命財産等の不可侵。特定の國家の法益とは國家が其の勢力範圍について保護の價値あり且保護の必要あるものとして承認した所のものを謂ふ。獨逸人及び其の財産は外國に輸送することが出来るけれども獨逸の法益は之を外國に輸送することは出来ない。獨逸人が外國でトランクを盗まれたとしても獨逸の法益は決して外國で侵害されたことにはならない。けれども内國が外國に於ても力の及ぶ限りは自己の國民を犯罪的侵害に對し

て保護しやうとし場合に依つては自己の権力内に達した犯人を處罰することに依つて此の保護を實施することを欲するのは容易に合點の出来ることである。更にナチスの國家には國民的羈絆 *Volksverbundenheit* の理念と國家が國民に對して負ひ、國民亦國家に對して負ふ所の信義忠誠の義務が有力な刺戟を與へるものである。

國民は外國に在つても其の國籍にふさはしい實を示すことを必要とするのであつて、若し外國に於ける行狀に依つて國民の體面を汚すやうなことをする場合には、忠誠の義務に違反するものと云はなければならぬ。^(註十七) かやうにして内國に——是亦ナチスの見地から云へば——處罰の根據が與へられるものである。所がまた以上の見解を支持しつゝ、然も同時にまた之を制限して居る別個の考察が附加はる。即ち内國は自己の法益に對すると同じやうに外國の法益に價值と保護の必要とを認めることが必要である。直に國際間の葛藤を發生するやうなことの無いやうにしなければならぬ。即ち廣く外國の法益を侵害したと云ふ廉を以ても自國の國民を處罰することを餘儀なくされるのである。然し乍ら外國の法令上は罪となる行爲ではないが自國の法令上罪となる行爲に關しては、慎重な限界内に於て——此の場合は忠誠の義務の見地の下に——内國人の處罰も考慮される。併し乍ら此の場合にあつては外國に對する斟酌は與つては居ないのであるから、従つて處罰は内國の通念上法や道義に對する重大な過誤に基いてのみ行はれるのである(重婚、近親相姦、及自然の淫行などが犯罪地に於ては無罪たる場合を想像せよ)。以上述べた所に依れば草案第五條は是認することが出来る。

(註十七) プロシヤ邦司法大臣覺書百十六頁

内國人若は外國人に依る内國の法益のあらゆる侵害については、草案第六條——内國に於て罪を犯した外國人は獨逸法に從つて罰すること——の追加の下に、其の程度に於ては疑を容れないまでに必要な屬地主義の適用を生ずる。

通貨偽造罪、婦女賣買第七條第六號及び第七號等については世界法主義が適當であり、また識認されて居る所であるが、擴張は留保される。(爆發物に關する犯罪、奴隸略取等に及ぼすことは、從來同様、自明的の事柄である)。

特に保護の思想は草案第七條第一號乃至第五號及び第七條a——外國に於ける外國人の犯罪——、即ち各則篇に至つて初めて其の影響及び價值についての基礎の供給せられる規定に於て作用を及ぼすのである(第七條第一號については特に、こゝに問題たる外國に於ける外國人の獨逸國に對して指向した行爲が果して「背叛罪」として認むべきであるかどうかと云ふ問題を生ずる。嚴重な處罰を適當とするかも知れないが、犯人は自分の屬する國を裏切つても居なければ、また自分が忠誠の義務を負はない獨乙國をも裏切つては居ないのである)。

刑罰を以てする保護の客體としての法益

獨逸刑法の立法者たるものは云はゞナチスの思想上の財産から自分の貨幣を鑄造しなければなら

ないものであることは今日にあつては自明的の事柄である。けれども材料文では未だ以て役に立つ法律形態が與へられるものではない。是が爲には眞摯な思索と技術的の手練とが必要である。

刑罰法規の保護の目的物は法益である。能率の高い刑法典は只此の基礎の上にのみ作ることが出来るのである。プロシヤ邦司法大臣の覺書の進むべき道はかやうにして指示されたのであつて其の主たる功績は此の事實關係を明確に識認し、ナチスの綱要に従つて法益の現在高 *Rechtsgüterbestand* を擴張した點に存する。^(註十八) 指導者制度 *Führerschaft* 國民的羈絆 *Volksverbundenheit* 獨逸國風我が國家的文

化我が偉大なる歴史的傳統の擁護すべての國民の不足のない生活各個の勞働能力者の勞働の義務各個人の國民の一員としての地位法の倫理化利己心の抑壓國民各個の所有權を國民の福祉の下に服従せしめること國防能力の涵養國民教育少年の訓練次代の國民の保健の配慮家庭國民財產國家的勞働の擁護民族的純潔の維持農民階級勞働者の保護等を主眼とする新しい法律思想は或は現に存在する法益の改造育成を生じ、或はまた從來法令上の基礎を缺いて居た新しい法益若は少くとも從來承認されないうで居た新しい法益を生ずる。

^(註十八) 覺書十九頁 *Saver, Wendung zum nationalen Strafrecht S. 1, 18 fg. usw.*

^(註十九) *Freisler, preuss. Denkschrift S. 6 fg.* を主なるものとする。其の外 *Thierack, Denkschrift der Akademie S. 25 fg.* 并に *Strauss, das. S. 31 fg.*

他の法益と同列に位する國家の權威と云ふ特別な法益を認めることは拒まなければならぬ。寧

ろ各個の法益に對する攻撃が國家の權威の侵害を包含するのである。刑罰は常に國家の權威を維持する爲の作用に外ならない。

只勤勉な國民のみが生存の權利を有する。只力の充實した國民のみが各國民の團體内に於て自己の存立を維持することが出来る。祖國の地盤に羈束せられ國民の生殖能力國民各個の健康並に國防能力其の道義的價值及び其の祖國愛の情操に依つて左右される國民の力を維持することはナチスの國家に於ける最も重要な法律である。是と共に存する社會的の義務の全體の中から特に目に立つのは母性の保護少年の肉體的精神的道義的訓練之を練成して眞正の獨逸國民たるに至らしめることなどである。

國民全體並に國民各個の勞働力 *Arbeitskraft* は非常な價值を有する法益であつて、是が侵害は嚴重な處罰を要求する。

忠誠と云ふことは必ずしも獨り獨逸人にのみ特有の徳ではないけれども、獨逸人の感情生活に於て特に非常に高く評價されて居る徳である。國家に對する背信即ち背叛罪は内面的分裂の時代に於ては祖國を眼中に置かぬ考方に依つて獨り責任を免せられて居たのみに止まらず却つて稱揚されてすら居たのであつたが、われ／＼にとつては最も卑劣な死刑に値ひする犯罪たるものである。健全なる國家制度は其の胚種細胞である婚姻生活と家庭生活に於て其の與へられたる倫理的使命を果し、之に依つて其の價值と其の存立力が證明せらるゝに於てのみ發展することが出来る。國家

の亡滅は婚姻の忠實の消滅し、家庭生活の情味の頽廢するに始まる。ローマの實例の示す所である。姦通や墮胎の處罰を舊來の儘とする必要のあることは、全然自明的の事柄である。國家自體の生活を消盡せしめる所以とも知らず、是等の犯罪につき無罪を要求する爲に如何に虚偽の理由が並べ立てられたことかよ。

倫理學と法律學とは確に互に獨立した學問である。然し乍ら法と道義とは往々にして分離すべからざる關係に於て生活を支配するものである。眞に法律に忠實な情操であつて然も道德的衝動から離れて存在するものは想像が出来ない。法律上の不利益を受けるのを虞れては、なく只一途に行爲の違法なる性質の故を以て一切の違法の事項を避け乍ら、然も不道德なことを拒まうとはしない精神状態なるものは存在し得ない。特に刑法に於ては法と倫理との間の原因結果の關係を存する。今日尙ほ役に立つ丈の刑の量定に關する理論の缺けて居ることは、大部分は刑法に於ける責任の概念に著しく倫理的要素の加味されて居るのを無視する爲である。此の倫理的要素に深い斟酌を拂ふことなくしてはわれ／＼は責任と云ふものを測定することは出来ない。従つてまた具體の場合に公正な刑を見出すことは出来ないのである。ナチスの立法者は現實主義 *Wirklichkeit* と國民の法律意識主義 *Volksrechtsbewusstsein* との立場に立つ。現實に於ては論理上分離して居るものも實際上には結合される。また國民の法律意識は作爲不作爲を法律的に評價するに當つて倫理的要求との關係を充分に考の中に入れることを止めない。^(註二十) けれども法と倫理とを同一視するのはナチスの考とは相去ること

頗る遠いものである。凡そ不道德なことのすべてを刑法で取締ることが出来る譯のものではない。沉んやわれ／＼の作爲不作爲は過當に之を強制することに依つて、其の倫理的價值を減少し若は消滅せしめるの虞あるに於ておや。

(註二十) Sieget, Grundzüge S.18 を參照。然し乍ら特に Sauer, Gerichtssaal 103 S.22

獨逸國民の血統的共同體 *Blutgemeinschaft* の純潔を維持すると云ふことはナチスに至つて初めて、^(註二十一)

國家の極めて重要な問題の一として認めた所であるが併し只人種的思想の上のみ刑法を構築することは出来ないであつて、覺書百十九頁が是等の法益を以て國民的共同體内に於て大體同じ大きさのものであると見て居るのは誠に尤もである。かくの如き法益の保護に役立つ規範は適切な一般的状态に於て捕捉して見ると、刑罰法規とは異つて殆ど嘗て準用的擴張を必要としないと云ふことは、以上に述べた所と關係がある。^(註二十二)

(註二十一) Nicolai, Rassenrechtliche Rechtslehre (Nationalsozialistische Bibliothek Heft 39)

(註二十二) 前節中頃に説いた所を參照。

かくの如くにして存する法益の序列につき其の刑法上の形を整へて適當な價值のある、國粹的な法律形態を見出すのは、専ら新刑法典の各則の部の任務とする所である。

併し乍ら形の複雑な實生活を全く完全に捕捉することの出来ない條文だの、明確を期してあらゆる努力を傾注したにも拘らず然も時あつてか誤解され易い結果に終つて居る條文に對しては、共同體の

生活條件や一般に行はれて居る世界觀やナチスの思想上の財産などからして明かとなる法の精神が補充的指導的の立場を占める。條文の知識 *Paragraphenkunde* と法令の知識 *Gesetzeskenntnis* とは同じ意味でない。之を逆に認めることがどんな結果を導くかは、嘗て「秘密裁判」の訴訟 *Ferneprozess* が悲しむべくも曝露した所である。

取扱ふべき資料の豊富である所から此の研究の骨子内に於ては各則の部のいろ／＼の問題について假令或る程度までなりと周匝に見解を披瀝することは恐らく不可能であらう。況んや殆ど全然論ずべき草案に缺くるに於ておや。併し乍ら極く重要な法益について全然不十分な保護しか規定して居ない覺書の弱點とする所は其の仕事の功勞は充分に認めるにしても兎に角指摘せずには置かれまじ。プロシヤ邦司法大臣の覺書は二人の對話者間に於ける名譽毀損 *Ehrenkränkung* はそれが誹毀 *Beschimpfen* であると名譽毀損の主張 *Aufstellung ehrenrührige Belumpfung* であるとを問はずに

對する刑罰上の保護を拒んで居る。かくの如き侮辱 *Beleidigung* は素より「贖はずに」 *ungesühnt* 放置すべきではないが、其の裁判は判事の手から取上げて他の機關例へば仲裁人の如きものゝ專屬裁判に附託すべきものであると論じて居るけれども、何を以て此の「贖ひ」としやうとするのであるかは言明してはない。侮辱は第三者の知る所となつて居ないから裁判上の保護を必要としないと云ふのであるが、被害者が仲裁人に訴へ出れば、此の出來事は第三者の知る所となるのではないか。果して然らば仲裁人に出訴すると同時に既に仲裁人の管轄を存することゝなりはすまいか。而して加害者が仲裁人

の面前で犯行を承認すれば加害者も亦第三者の知る所となる原因を與へたのではあるまいか。反動作用の必要は獨り侮辱が直に第三者の認める所となつた場合のみに限らず、後に至つて他人が之を知つた場合にあつても大なるものを存するのではあるまいか。侮辱の被害者が冷靜に侮辱を堪へ忍ぶとすれば、反動を必要としないのは勿論のことであつて、獨り程度の低い反動のみに限られるものではない。覺書は出來事が第三者の知る所となつたと云ふ單なる事實に過當に重きを置いて居るのである。

思想表明犯 *Gedankenüßerungsdelikt* の實際上非常に重要な形式としての名譽毀損の特質は、覺書中に於ては充分に斟酌されて居ない。此の犯罪の構成要件は被害者即ち此の場合に於ては毀損された名譽の主體と侮辱の仕向先 *Destinatär* 即ち表明の向けられた者換言すれば表明を知悉すべき管の者との兩者の區別を基礎として理解することが出来る。單純なる侮辱即ち現行刑法典第百八十五條の場合にあつては被害者と侮辱の仕向先とは一致することもあればまた別人であることもある。甲が乙に面と向つて罵詈の言葉を浴せた場合には甲は乙を侮辱したものである。併し乍ら甲が丙に向つて乙は卑劣漢だと云つた場合即ち乙の名譽を毀損する特定の主張を爲すことなしに乙についての無價値の判断を下した場合にあつても甲は乙を侮辱したものである。之に反し中傷 *libelle Nachrede* の場合並に他人に關する事實の主張に依つて犯される誣罔 *Verleumdung* の場合現行法第百八十六條第百八十七條にあつては被害者と侮辱の仕向先とを區別することは概念上の必要 *Begriffserfordernis* である。

ある。覺書は此の場合第三者の側の認知を第三者に對する犯行に同視し、かくの如くにして絶對的に排斥すべき一種の新しい結果責任を作り出すものである。よく云ひ慣はして居る壁に耳ありと云ふことは、立聽きする者をして侮辱の仕向先たらしめるものではない。甲が乙に竊盜の罪を歸するのを第三者が甲の知らない間に聞き知つたとするも、甲はそれが爲に中傷の罪を犯すものでもなければ、また誣罔の罪を犯すものでもない。既に其の用語上の意味から云つても此の行爲は「中傷」と云ふ點に缺ける所がある。そして誣罔とは實は中傷の加重されたもの *qualifizierte Uble Nachrede* に外ならない。之に相當する故意は此の場合には問題たるものではない。甲は決して他人に向つて乙が盗んだのだと云ふことを確言しやうとしたのではないのだから。

覺書は極く甚しい讒謗でさへも、それが單に侮辱者に對して口頭若は信書の形式を以て表明せられた場合に於ては、刑事罰から免れしめることゝし、破廉耻な行狀の非難をも除外して居ないが、之に反し第三者が知つた場合に於ては豫め犯人が知ることなくして第三者に依つて偶然聞かれた比較的に輕微な侮辱であつても之を罰することにして居る。かくの如き規律には斷乎として反對しなければならぬ。何となればかくの如き規律はナチスの根本要求と相容れない反對の立場に在るものだからである。

若し刑事責任が犯人の欲求しなかつた結果に結付けられるのであるとするならば、それは意思刑法 *Willensstrafrecht* ではない。讒謗の被害者、即ちよしんば第三者の認知しない方法に於てするにせよ

面と向つて罵詈の言を浴せられた者には、果して刑法上の保護を拒むべきであらうか。名譽は實に同胞國民の最高の財産ではないのか。國民の名譽と云つたやうなものが果して各個人の道德的價値とは無關係であるのか。ナチスの國民的羈絆こそ國民各個の名譽に對するすべての國民の共同保護と與へるものではないか。覺書は實に^(註二十三)八十頁に於て各個の名譽に對する侵害は國民それ自體に對する加害たるものであると高調して居るではないか。

(註二十三) 尙ほ Nicolai, *Rassengesetz*, *Rechtshandb.* S. 19, 31, 32, を參照。E. Wolf, *Krisis und Neuanfang* S. 34

は覺書の提案に賛成して居る。Siefert, S. 110 が之に反對して居る所尤もである。

充分満足な名譽保護法は權威主義と共同體の理念の地盤上にのみ之を求めることが出来るのであつて、さればこそナチスは益々以て此の改正を自己の任とするのである。事實に關する種類の非難 *Vorwurf tatsächlicher Art* の場合に於ては、眞實の立證は必然的に制限されざるを得ないと爲す認識は缺くことは出来ない。「己が唇を燒かない熱粥を吹く」とは正當に理解すれば缺くことの出来ない行狀上の規範 *Verhaltensnorm* である。誠に嘘は排斥しなければならぬ(眞の必要に依つて免責されない以上は)が、併し苟も眞實である所のものは一切を語つていゝと云ふ權利は存在しない(況んや眞實と信する所の一切を語つていゝと云ふ權利に於ておや)。法は國家の安寧の利益の爲にする場合——此の場合に於ては必要は極めて明確なるものがあるのである——に於けると同様共同體の生活を好都合ならしめんが爲にも默秘の義務を抛棄することは出来ない。聖書

はすべての人間の罪障の深いことを教へ、即ち有徳の君子と雖も時あつてか邪道旁徑に踏み迷ふことがないでもないものと認めて居る。果して然らば各人が無制限に、全然自分の欲する所の儘に愛する隣人に向つて其の(現實の、又は自己に於て爾く信ずる)失行を非難し、之を他人に通知し、之を訴へ、之についての證據調を強ひることが出来ること云ふのは、果してナチスに於てそれを擁護することを以て明確に識認した自己の任務であると爲す所の、平和的秩序と調和する所以であらうか。

覺書第八十二頁は單純侮辱の場合(被害者と侮辱の仕向先との一致する場合にあつては眞實の立證を規定せず、誣謗の場合にあつては之を除外し、犯人が正當なる利益を擁護して行爲を爲したる場合に限り、中傷について之を認めて居るに過ぎない。併し乍ら誣罔の確認と眞實の立證とは素より相容るゝものではなく、誣罔の訴の際に於ける眞實の立證の許否を問題とすべきであつたのである。覺書中に於ては單純侮辱は仲裁人に附託することゝし、其の手續従つてまた特に其の證據調に關しては規定する所がない。中傷が如何なる點に成立して居やうとも、利益の擁護の條件の下にのみ眞實の立證を許すのは、證據調に餘りに過大な制限を制するものである。覺書に依れば甲は乙が甲の物を竊取した場合には利益を擁護する爲にのみ、また法律を以て規律された手續の形式に於てのみ將來に向つて之を云ふことが出来る。其の場合に於ては甲は沈黙を守ることが餘儀なくされ、竊盜は甲の口に錠前を掛けて了つたことゝなるのである。

一九二七年の草案の第四條はそれよりも遙に優つて居る。即ち主張が公の利益と關係する所のな

い私生活若は家庭生活上の事項に關する場合にあつては、眞實の立證を除外すると云ふのである。併し乍ら此の草案と共に眞實の立證の拒否を誣謗の意圖又は其他犯人の低劣なる動機に更に深く結付けるべきものではあるまいと思ふ。蓋し果して然るに於ては極くたちのよくない蔭口も取締られないことになつて、事情に依つてはかくの如き噂話が判事をして範圍の廣汎な證據調を必要とすることがあり得るからである。第三百十七條の骨子内に於て他人に對する歸罪が犯人自身の道徳的責任たる場合にあつては、犯人に眞實の立證を拒むのが正しい見解であらう。法と道義とを成るべく調和させると云ふのが實にナチスの目標とする所であつて、こゝに此の精神を適用すべき一つの場合を存するのではあるまいか。

國民各個の名譽が國民それ自體の名譽であると云ふ認識は、對話者の間に於ける名譽の毀損についても刑法上の保護を必要なりとする。又はもつとよく云へば、信書其他は語辭と同視せられるのであるから、内面的の侮辱「秘密な侮辱 (heimlich-Belädigung)」についても刑法上の保護を必要とするのである。被害者は確に之を秘密に附することを必要としない。被害者には訴訟方法を置いて置くことを必要とするのである。

法令も判事も病的な感情の過當な要求に對して自己を護ることを必要とすると共に、正當なる名譽心を無視することに對しては更に更に深く戒心しなければならぬ。第三者の面前に於て言明された所のものは中傷であらうと、誣罔であらうと、内面的侮辱の形式に於ても刑法上の制裁を受けるに値

ひするものである。

必ずしも常にそうであると云ふ譯ではないけれども、事実上の非難を包含しない言語其の他に依る攻撃は餘り重きを爲さないことが少くない。此の場合にあつては内面的侮辱と第三者の面前を憚らぬことの區別も亦刑法にとつて意義を有する。裁判所に侮辱の訴の洪水の殺到せぬやう裁判所を防護する必要を存することは、無論のことであるが、是が爲の方法に至つては今こゝで論ずべき限りでない。況んや現實の侮辱を單なる不法や氣轉のきかぬ動作粗野など、云つたやうなものとを區別するなど、云ふことは、此の關係に於ては益々以て不適當であらう。

けれども、秘密な侮辱は斷然原則として之を刑法上の保護中に包含せしむべきものである。「お前の名譽がわたしにとつて何の係りがあらう。だつてお前の名譽がどう云ふ風に傷けられたかを聞いた者は誰も居ないではないかと云ふやうな返事は、ナチスの判事の未だ曾て原告に對して爲すべからざる所のものである。

近頃よく論ぜられる侮辱の訴の場合に於ける確認の保護 *Feststellungsschutz bei Beleidigungsklage* の問題は、本來侮辱刑法と密接な關係を有する次第でもあり、且又是は從來斟酌されなかつたことであるが、權威主義従つてまた指導主義と觸接するのであるから、之に對して簡単に意見を披瀝する必要がある。

處罰請求權は處罰の前提としての、處罰の根據となる構成要件の確認を求める請求權を包含するの

であるが、侮辱事件に於ては原告恐らくは被告も亦然り——是は一箇の別問題であるに對し若干の關係に於て獨立の構成要件の確認を求める請求を承認することを必要とする。是が適用の場合一つを挙げれば充分だらうと思ふが、中傷若は之に相當する秘密な侮辱に基く或る訴訟が被告人の非難の爲に正當なる利益の擁護を認められたことに依つて無罪の結果を導いたことがある。

有效な名譽保護の爲には、かくの如き場合に原告に對して不眞實の確認を求める請求權、又は少くとも自己に對して主張された裁判所の見解上利益の擁護に依つて掩護される名譽毀損の非難の證明されないことの確認を求める請求權を拒むことは出来ない。此の理由に因る被告人の無罪と原告に對する侮辱とを結合することは出来ない。仲間の者の眼に於て侮辱の被害者が其の責任とされた行狀につき現實に責任あるかの如き外觀を喚起することは出来ない。

原告に屬する此の解明は、事の實際に於ては單なる確認以上のものであつて、只形成權的機能に於てのみ此の解明は充分の效力を發揮するのである。此の點に於てもナチスの刑法は獨逸古來の法律的慣習に再び結び付くべきであらう。名譽毀損の歸罪は獨逸流の見解に依れば侮辱の被害者に其の權利能力を害する汚辱を加へるものであつて、かゝる侮辱者の被害者から不當な非難の汚辱を拭ひ去つてやり、有權的に之を充分なる名譽を具備するものとして識認するのは、實に判事の任とする所なのである。十六世紀、十七世紀の裁判所の記録を見ると、何人をも羈束するかくの如き判事の名譽の宣言 *richterliche Ehrenklärung* の例を幾らも見出すことが出来る。即ち裁判所——裁判長たるツェント

グラフィックと参審員とから成る——は其の判決に依つて謬つて歸罪された者の汚辱を除去してやり、當該の邦の權利を回復させてやるのであつて、此の場合には非難は消滅したものと看做され、何人も之を再びすることを許されない。此の「無効宣言手續」(Mortifikationsverfahren)はかの學界に寄與する所の多いステルツェルの著書獨逸國の版圖に於ける專任裁判官制度の沿革(Entwicklung des rechtsgelehrten Richterturns in deutschen Territorien)中に證明されてあるやうにスウキスの兩三州(フイエンプルグダラルス、ワリス、サンガラン、ルツェルン、オーベルワルデン等)では今日尙ほ行はれて居る所である。

われ／＼の法律生活に於ては、誹毀を被ると裁判官に依つて其の無効の宣言されるまでは、誹毀の被害者は權利能力を失ふに至るものであると云ふやうな觀念は消滅して了つて居るけれども、誹毀の被害者が其の非難を拭はないうで居る間は、多少程度の進んだ事實上の名譽の減少(Ehrenminderung)を生ずることがあり得るのであつて、兎に角其の尊敬の要請は侵害せられざるを得ない。單なる取消は非難の不實なることの確實なる推論を許さないし、且又第三者は再び非難を取上げることが得るであらう。形成力を伴はない判事に依る確認は充分なる救済を來すには足りない。何となれば確定力は只當事者間に於てのみ之を存するに止まるものだからである。然も非難が他の方面から反覆される場合にあつては、新しい訴に依つて改めて確認を求めらるることに依つて之に對抗するの外はないけれども、一度周匝なる審査を経て其の根據のないことが判明した後を受けて、同一の問題が反覆して持出されることのあると云ふのは、裁判官にとつて煩はしいことでもあり、また隨分と裁判官を馬鹿にした話ではあ

るまいか。被害者としては其の贏ち得た確定の判決に基いて、平和と安穩が得られることを必要とする。新しい相手方は同一の主張について訊問を再びされることなく、判決を無視した廉を以て重い刑に處せられなければならぬ(判決を知らなかつたことを證明した場合に限り此の重い刑を免れることが出来るであらう)。惟ふに普遍的效力を有する確定力(Hochsakraft inter omnes)とか、判決の公告だとか、再審の條件を存する場合でなければ再審を許さぬことなどは、近代の法律的救済の特色ではあるまいか。具體的の點に於ける形成は刑事訴訟法の仕事であるが、名譽保護の手段としては確認は同時に實體法に屬する。裁判官の不實の宣言は違法の状態、歸罪に基く不當の非難並に之に伴ふ事實上の結果に制限を劃するものであつて、特に著しく形成權的行爲(ein rechtsgestaltender Akt)たるものである。此の判決に違ふまじき旨の各人に對する禁止は明亮に響いて居る。國家の權威は裁判官の口を通じて言明されたのである。其の機關は被害者に對して保護の態度を以て臨み、不當の歸罪を沈黙せしめ、相手方に平和を命ずることに依つて法律的團體(Rechtsverband)内に於ける指導者たることを示すものである。かうした關係を理解すれば、名譽の保護の形成がナチスの刑法改正事業の根本問題に屬するものであることが判る。われ／＼の見解上からは謬つた歸罪を被つた者に對して其の唱道された非難より以上に亘つて完全な名譽を保持するものであることを證明すること獨逸舊來の法律的慣習の如くすることを促されるものでは素よりない。

正當な利益の問題に對する覺書の態度は、學問上の不實並に豫め適當な審査を爲すことなくして唱

道した不當の輕卒な非難に對しては正當な利益の援用を拒んで居る程度に於て之を承認しなければならぬ。免責されるのは只正當な利益の正當な擁護のみに限られる。わたしは従前から利益の擁護を此の意味に解して來た。

更にもう一つ、刑法改正に關する新しい文献の從來未だ論じ及んで居ない法益保護の重要な問題につき簡單に一言したい。覺書百一頁以下は取引に於ける信義誠實を充分に保護せんことを要求して居るのであつて、それには十二分の理由がある。蓋し頽廢期に於ける弊風に關する記憶は今日尙ほ生々しいものがあるからである。そこで詐欺師の策謀を徹底的に取締るのは喫緊の急務である。併し乍ら詐欺の條文に於ける財産の加害と云ふ標識に關して大審院の判例の示して居る解釋は、處罰の價値のある作爲の無罪を導くものである。然も詐欺罪が頻繁に生ずる犯罪であり、且又特に憎惡すべき犯罪であるのに顧みるときは、かくの如き弊害を除去するのはナチスの刑法改正の根本的問題の範圍内に屬するものと謂はなければならぬ。

(註二十四) Sauer, Gerichtssaal 103, 31 ff. の此の點について論ずる所大によし。自己又は他人に違法の財産上の利益を致さんとするの意圖に於て虚言を用ひて他人に損害を加へる者を詐欺師と呼ぶのは、衆庶の聲である。即ち他人に對する加害が詐欺の犯人に財産上の利益を伸介することを必要とするのである。果して然らば加害は物質的の加害たることを必要とするか。詐欺の被害者が物質的の對價 materieller Gegenwert をあてにしそれが欺瞞であつたことが判つたことが

必要であると云ふやうな意味に於ては、確に物質的の對價は必要でない。例へば甲が乙の大袈裟な吹聴に欺かれて救済の必要ある者を扶助する心算で乙に二十馬克を與へたとする。是は確に詐欺であつて、物質的の對價の不存在と精神的の對價の不存在との間には、結果に於て區別を立てることは不可能である。何となれば此の場合甲は精神的の損害を被つたればこそ其の物質的の不利を云々することが出来る次第なのだからである。即ちわれは甲の損害を觀察するに於て經濟上の見地の下に於てするものではない。而して這般の關係は甲が經濟上の價値を有することなき物質的のものを請求する場合にあつても、趣を異にするものではない。例へば甲が父の手紙であると相手方の稱する所のものを二十馬克出して乙から買取つたとする。此の父の眞正の手紙が經濟上の價値を有しないからと云つても、其の爲に詐欺であることに變りはなく。

(註二十五) 單純な例で見ると詐欺の場合に於ける損害の問題を判斷するのに經濟上の標準を以てするの謬りであることが明白であるが現行法第二百六十三條が財産上の損害の發生を法定の要件として居るのは損害を判斷するのに經濟上の標準を以てするについての有力な誘惑たるものであつて、大審院の判例などは此の謬りを犯して、財産上の損害が發生したかどうかは經濟上の見地に從つて判斷すべきものとして居るのである。かやうにして歪められない國民の法律意識が本來在るが儘の性質に從つて詐欺であると稱して居る所の瞞着的行爲であつて無罪とされるものが随分多し。一例として Reg. 12, 202 にある判例を挙げれば充分であらう。事案は或る農夫が定額の保険料を一年一回支拂ふ約束で

電害に對し耕地に保險を附さうとして代理店の欺罔に引掛つて相互會社に加入させられ保險料の外に出資の追拂を請求されたと云ふのであるが、大審院は被保險者の「財産上の損害を認めないのである。何となれば電害に對する保險は經濟上必要であつたのであつて、被保險者は欺罔は受けなければ過當の給付を課せられはしなかつたからである。併し乍ら降電は不確實であるけれども、信義誠實の原則上此の農夫に追拂の義務を課する譯には行かないことに至つては、疑を容れる餘地はない。かくの如き策謀は取引を清淨ならしめる爲から云つても、之を禁止せざるべからざるものである。而して民法上の取消適性は其儘にして置いて差支なく。

(註二十五) 之についで、Binding, Lehrbuch I, 356 ff. を参照。

ビンディング (Lehrbuch I, 356 ff.) は財産を解して法律上の意味に於ては或る人の財産上の權利義務の總體を指すものであるとして居る。之に依れば被保險者は追拂の義務の追加されることに依つて、前の約束に反して損害を被つたものである。併し乍ら此の法律的慣習的評價は貫徹しなかつた。けれども新刑法典は此の見解の勝を制するのに一臂の力を致すべきであらうと思ふ。倫理的に非難を容れない法を創造することこそナチスの主要な任務なのであるから。

從來の通り詐欺の條文に「財産上の加害」と云ふことが必要とするならば、大審院の判例が墨守される懸念がある。契約を締結するに當つて欺罔に依つて相手方をして義務負擔の意思表示を爲すに至らしめたる者は、兎に角相手方に對して精神的の損害を與へたものである。詐欺の概念は加害 Schadens-

zufügung と云ふ唯物論的見解から脱却する事が必要である。詐欺の構成要件が、只財産上の損害に於てのみ云々するに過ぎない從來の態度を捨て、精神上の損害を物質上の損害と同視し、他の要件は其の儘存置することゝなるならば、刑事裁判官は必要な行動の自由を確保されることゝなるのではあるまいか。覺書は現存の法律状態の欠缺を明確に識認して居る。九十八頁並に法律案百三頁を参照。單なる證據記號 Beweiszeichen、例へば印影 Stempeldruck、關稅封鉛 Zollphönben などのやうなものを除くとして、文書 Urkunde の概念を法律上重要な書類 rechtserhebliches Schriftstück に限定したのは、覺書の解放的行爲である。百三頁、大審院の反對の判例は「民情に迂遠なるもの」 Volkstreu と稱せられて居る。實際の所判例は沿革や、通常の用語例や、健全なる民族觀やの何れとも全然相容れない。單なる證據記號の偽造は他の見地の下に於ては或は罪となるかも知れないが、文書偽造 Urkundenfälschung で決してない。(註二十六) 羊が自分に屬するかの如き錯誤を喚起せんが爲に之に青で記號を記さず、赤で記號を記した者は、詐欺師ではあるかも知れないが、之を目して文書偽造であると認めるのは全然民情に迂遠な沙汰である。

(註二十六) Binding, Lehrbuch II, 1, 179 ff.; Oelker, Zur Urkundenlehre im Strafrecht S. 17 ff.

犯罪の責任 (註二十七)

有責 schuldhaft たり、犯罪行爲 verbrecherische Handlung たり得るものは歸責能力者 Zurechnungsfähige

の所爲 Tat のみに限る。稱して歸責能力と云ふのは人の作爲不作爲についての法規の要件を理解し、此の辨別に従つて生活する能力の謂である。歸責能力は獨り知能の作用たるのみに止まるものではなくて、更に人が其の衝動を知能に従屬せしめることが出来る程度の意思の力を前提とするものである。

(註二十七) Schwarz, Denkschrift der Akademie S. 76 fg.; Schäfer, Das kommende deutsche Strafrecht S. 37 fg.

歸責能力の概念を法定することは缺くべからざる必要ではあるが併し非常に困難とする所である。一九三三年十一月二十四日の法律第三條第四號は犯人が行爲の當時意識の障碍、精神作用の病的障碍又は心神耗弱の故を以て行爲の不當であることを辨別し又は此の辨別に従つて行爲を爲すの能力を有せざる場合には歸責能力の喪失を認めて居る。草案第十四條は大體に於て之に與して居るけれども只「心神耗弱」は除外して居る。併し乍ら「病的障碍」 krankhafte Störung と云ふ概念は必ずしも常に心神耗弱を併せ含蓄せしめるに於て充分明確と云ふことは出来ないものであるから心神耗弱——高程度のもの——を存置するのは適當であつて、之を特別に擧げて置いても決して害となる次第ではない。瘖啞者に關しては第十五條が精神上の發育不完全を明示的に斟酌して居る以上、何故に瘖啞者に非ざる者に發育不完全を存する場合につき、同じ理由を擧げることをしてしないのであるか。所謂精神上の發育不完全 zurückgebliebene geistige Entwicklung と「心神耗弱」とは確に同一の意義を有するものではなからず、精神上の發育不完全と云ふ精神的缺陷は除去することが出来るかも知れないけれども、それまでは心

神耗弱は存在する。草案の第十五條瘖啞者は大體に於て前記の法律第三條第五號の法文に於てする現行刑法典第五十八條に相當する。若し第十四條が精神作用の病的障碍の外に「特に精神上の發育不完全に因る心神耗弱」を掲げることとするならば、瘖啞者に關する特則は無用となるであらう。併し乍ら瘖啞者について考慮するの必要があるならば、第十四條に於ては精神作用の病的障碍、意識の障碍、特に瘖啞に因るか又は其の他根據ある心神耗弱に因る精神上の發育不完全の爲に云々と云ふやうな法文の體裁と爲すべきであらう。何れにしても草案の非難の餘地のある法文は削除の必要があると思ふ。何となれば法を適用する上に於て錯誤を導く虞があるからである。

歸責能力は苟も具體の場合にはすべて之を審査するの必要がある。蓋し歸責能力なるものは特定の作爲(結果と云つても結局に於て同一である)を歸責することを可能ならしめる精神的資格を意味するものだからである。然し乍ら歸責能力は獨り具體の場合に於ける精神状態に依つて左右せらるゝのみに止まらず、永續的の意義を有する精神的要素、即ち一部は知能の範圍に屬し、一部は意思の範圍に屬する精神的性質に依つて更に左右されるものなのである。歸責能力と云ふ語は此の精神的性質を具備するや否やの點にも關係せしめるのが普通である。かやうな次第で歸責能力には具體的の歸責能力(睡眠中又は其の他の場合には缺けて居ると抽象的の歸責能力(睡眠中)の他の意識障碍に依つて消滅しない)との二重の概念を生ずる。抽象的の意味に於ては歸責能力の概念は適切な法律的認識と因果關係の認識とを獲得するの能力と、具體の場合には働かなかつたかも知れないけれども恒常

的性質として考へるに於て動機に依つて正常の決意を爲すの能力——リストの用語を借る——を包括するものである。

具體的の歸責能力は抽象的の歸責能力と同時に之を存することが甚だ多く、特に是が審査を爲すことを必要としない程である。特に成年者に於て然りとする。少年については從來の法令は知能的要素のみを一方的に高調して可罰性を認識するに必要な辨別を必要とした。かくの如きは誤解された法文であると云はなければならぬ。何となれば可罰性の知識なるものは常に重要なものではなく、且又或る作爲の可罰性を宣言すべく立法者をして決意せしめたと同一の考察を爲すを得んことを成年者に向つて要請することが出来ないとすれば、之を少年に向つて要請することの不可能であるのは明々白々だからである。瘖啞者についての同じ規定は一九三三年十一月二十四日の法律の施行まで效力を有した所である。

從來の刑法は少年の辨別力を明示的に確認するに於てのみ之に有罪を言渡すことが出来るものとして、少年に手續法上の特權を與へて居た。此の形式的の要件は現在ではもはや存しては居ないけれども、歸責能力を極めて細心に審査することは必要である。ましてや犯罪についての辨別を存すること疑を容れないものもあるけれども、特定の種類の犯罪についてはかくの如き辨別が缺けて居るものもあるに於ておや(例へば竊盜罪と文書偽造罪の如き)「兒童」Kindは草案第十三條第一項に於ては歸責能力を有せざるものとして宣言されて居る。併し

乍ら法令は不幸な錯誤の生ずるのを豫防せんが爲に刑事責任を特定の年齢の到達に繋らしめることとし、兒童の場合にあつては個人的の差別には關係なく之を否定することとして居る。換言すれば兒童については歸責無能力を反證を擧ぐべからざるものとして推定して居るのである。此の規定は草案に屬して居たものであるが、現在では少年裁判所法中で言明してある。少年の歸責能力も刑法典中で規定すべきものである。然し乍ら少年に關する特別規定が第十三條第二項に於て第十四條の原則規定に追隨しないので却つて之に先行して居るのには異論を唱へなければならぬ。不十分な精神的若は道義的發育の状態に於て少年にとつて特に存する資格喪失の事由の外普通の阻却の事由意識の障碍其他が認められる。従つて第十三條に兒童の歸責無能力を規定し、第十四條に原則を置き、次に第十五條に「少年は行爲の當時其の精神的若は道義的の發育上行爲の不法なるを辨別し、又は此の辨別力に従つて行爲を爲すの能力を有せざる場合にあつても歸責無能力たるものとす」と規定する順序が適當である。少年裁判所法第六條が歸責能力以外の一個の別段なる要素に依つて少年の處罰を左右することとして居るのは、全然謬つた規定であつて、是は須らく削除すべき所に屬する。此の規定に依れば教育處分が充分でなかつた場合に初めて刑罰を科すること、しやうと云ふのであるけれども、是は根本的に不當な刑罰觀を示すものに外ならない。由來刑罰と教育とは同一の目的を達成する爲の二つ

の手段たるものではなくて、其のそれ／＼が各々別個の目的の爲にする所のものなのである。教育は教育の必要を條件とし、刑罰は公の法律秩序を侵害することを條件とする。刑罰の本質は法益を保護する爲、權威を擁護する爲の公正な應報に在りて、教育的矯正の改善の試みを以て當該の犯人に臨む特別豫防にはない。個人主義的趨向を辿る刑罰觀はナチスの精神とは氷炭相容れない關係に在る。少年犯人の如き犯罪人に對してこそ其の國家に對して害を加へたものであること、之に對しては贖罪しなればならないものであることを深く銘肝せしめる必要があるものであつて、かくの如き基礎の上に初めて刑罰と相並んで兎角過ちを犯し易い傾向を有する者をして價値のある國民の一員に育て上げやうと云ふ其の期する教育的發展を可能とするのである。之に反して少年裁判所法は第六條に於て刑罰それ自體を以て單なる教育上の手段たるに止まるものとし、其之を以て他の教育手段よりも效力があるものと認めて居るに過ぎない。蓋し爾く認めて居ないとすれば他の教育手段が充分でないとするも、刑罰を科することを得ないであらうからである。かくの如き未必的關係は教育の見地の下に於ても間違つて居る。數年に亘る嚴格な保護教育 *Fürsorgeerziehung* が効果を收める見込がないとすれば、短期の輕懲役の刑を以てしてどうして効果を收めることが出來やうか。果して然らば尙ほ成長の過程に在る少年の特質を顧みるに於ては輕微なる責任、所爲の外面に従つて判斷しないで内面的に判斷しての話については、刑罰を科することをしないで教育上の處置を適當とすると云ふのが正しい考である。只かくの如く解するに於て責任の程度の輕微なるの故を以て處罰を見合はすことを是認

し得られるのである。

刑を教育に曲げるのは刑法を敵視する過激論者の向上から云へば少年から始めて、次に成年に及ぼすべき筈のものであらうが、ナチスの刑法としては刑法を敵視する運動への讓歩を存せしめる譯には行かない。

「限定歸責能力」 *geminderte Zurechnungsfähigkeit* と云ふ傳來の名稱は間違つて居るのであつて、寧ろ之を避けるのを可としやう。何となれば或る人が其の作爲について責任を負ふべきや否や、之に對して歸責することを得べきや否やの問題に對しては、然り又は否の返事を以てしか答へることは出來るものでない。責任には程度があるけれども歸責には程度はない。だから寧ろ限定責任能力 *geminderte Schuldfähigkeit* と云ふ方がよかつた所であつた。

草案第十五條第二項は、行爲の不法なるを辨別し、又は此の辨別に従つて行爲を爲すの能力が行爲の當時著しく減退して居た者を限定歸責能力限定責任能力たるものと認めて居る。かやうな概念の構成は往々にして攻撃的となつた。成程是は程度の差ではある。併し乍ら法律上では量的の評價が質上の意義を得るに至ることが少くない。「意識の障礙」とか「危急」「正當防衛緊急状態」の場合に於けるものとか「施爲」 *Bewirken* (因果關係を審査するに當つて缺くべからざるもの)に想到すれば思半ばに過ぐるものがあるであらう。限定歸責能力なる概念を取入れることをしないで、すべての犯罪についで「減輕情狀」 *mildernde Umstände* を認めることゝするなら、兎に角法典はそれで間に合せて行くこと

が出来らるであらう併し乍ら決してそれで充分満足と云ふのではない。減輕情状なるものが不確定であるの點から云つても既に然りとする。けれども現行法は既に決して一般的に減輕情状を斟酌して居ないし將來は正當な理由に由つて全然廢止されることとなるであらう。従つて限定歸責能力は缺くべからざる必要である。ナチスの國家の任用して居るやうな判事は之を取扱ふ道を充分心得て居るのである。只第二項に限定歸責能力の理由を列擧してあるのは懸念を喚起せしめるものがある。即ち精神作用の病的障礙並に意識の障礙は一般に效力を有することになつて居るけれども精神上の發育不完全は瘖啞者についてのみ效力を有する所である。併し乍ら此の最後の原因又は更に適切に云へば心神耗弱は完全な五感を具備した者にあつても瘖啞者の場合に於けると全然同一の程度に於て之を存することがあり得るし場合に依つては瘖啞者よりも遙に著しい程度に於て之を存することがあり得るのである。兎に角歸責能力の欠缺して居る場合に全然適應せしめるのが正しいやり方である。

更に第十五條aの第三項に對しても別段の異論がある。辨別力即ち犯罪への衝動に對する抗拒の力は限定責任能力の場合にあつては、永久的若は一時的に低減して居ることがあり得る。之を例示すれば低能者 *Schwachsinige* 高程度のヒステリーは前者の例であり、甚しい激情は後者の例である(刺戟の先行する場合に特に然りとする)。此の限定責任能力については、限定の事由が慢性たると急性たるとに論なく、輕微なる處罰價値を認めると云ふのが公正に合致する所以である。従來は専ら慢性の状態

に關して可罰性の問題を取扱ふに傾いて居たけれども國際刑事學協會ハムブルグ大會 *Mitteilungen*

Bd. 13 S. 546 に至つては更に甚しく専ら慢性の状態のみを斟酌することにして居る、今や草案は主として急性の限定のみを斟酌して居るのである。かゝる差別的取扱を爲すべき内面的の理由は全くないのであつて、且又慢性の事由に因る限定と急性の事由に因る限定との間の境界は往々にして極めて曖昧である。けれども草案は瘖啞者については例外を認めて、慢性の事由に因る限定を斟酌しないこととして居る。慢性の事由に因る限定は何故に其の程度に於てのみ效力を有するのであるか。責任の程度を超えた長期の刑を科することに依つては低能者に對する保安の必要を満足せしめることは出来ないであつて寧ろ刑に併科する保安處分を以て満足を與へなければならぬ。(註二十八)

註二十八 A. A. Freisler, *Lehrschrift der Akademie* S. 16 爭點の古めかしきよ。フオイエルバッハ
(*Feierbach, Revis. II 421*) は心神耗弱を以て可罰性を重からしめる所以であるとし、之に對して
チホー (*Thiaut, Beiträge zur Kritik der Feuerbachschen Theorie* S. 99) は猛烈に反駁して居る。

草案第十九條b第三項が自己の責任に因る酌量に基く限定歸責能力につき刑の減輕を拒んで居るのは賛成である。敗徳な習慣も亦犯行に對する抗拒の能力を低減させるけれども、慣行犯に報ゆるに減輕を以てして之に特典を與へると云ふことのないのは當然の話で、事實は寧ろ反對である。此の二つの場合を通じて犯人は自己の責任に依つて減輕の斟酌を受けないこととなるのである。即ち急性の事由に因る限定についてもばたまた慢性の事由に因る限定についても例外を設けるのは缺くべか

らざる必要である。而して原則は二つの種類を包括すべきであらう。

歸責無能力者並に異常な衝動を有する限定歸責能力者は社會にとつての危険を意味し易いのであるから國民的共同體を保護する爲には之を特別の處分に服せしめることが必要である。草案は第十二條及び第十五條に於て此の必要を指示して居るのである。

從來の刑法に於けるとは異り草案は第十九條b第一項に *actio libera in causa* (原因に於て自由な行爲に關する規定を設けるのを適當とした。「歸責無能力の状態に於て或る行爲を爲したる者此の行爲を爲さんが爲に酒精分含有飲料を飲用することに依り又は其の他の麻酔劑に依つて此の状態に身を置きたるときは此の行爲の故意に因る犯行の故を以て之を處罰す」とあるものがそれである。是は疑もなく正しい。蓋し犯罪の原因は歸責能力の状態に於て故意に因つて蒔かれたものであるからである。歸責無能力の状態が同一の目的同一の結果を以て前記以外の方法に依つて招來し得べきものであるとは想像し難いが此の場合には法令を準用することに依つて救済を求めることが出來やう。法文中に於てかゝる場合を併せ考慮することは問題たり得まいと考へられる。

過失に因る *actio libera in causa* は、それ自體としては草案中には記載されて居ない。暫く第十九條bの第二項を度外視すれば過失に因り結果を招來したと云ふ見地の下に責任を生ずることとなる。例へば大審院の *Rt. 22 S. 413 ff.* に掲げてある著名な判例の如きは此の意味に於てするものである。此の案件に於ては自己酩酊 *Sichbetrinken* 其の他の外他の所犯方法も實際上の意義を有する。例へば

甲が睡眠の状態に於て損害を醸すの危険を懸念することなく、晏如として酩酊を食つて居た爲適當な行爲を爲すべき時機を失したと云ふやうな場合である。然るに同條の第二項は、何人かゞ故意又は過失に因り酒精分含有飲料を飲用することに依り又は其の他の麻酔劑に依つて歸責能力を阻却する状態にみづからを置き此の状態に於て刑を法定しある行爲を犯したるときは、輕懲役若は罰金を以て處罰する旨を規定して居る。若し此の行爲を犯すのを目的としたのであつた場合には、第一項に依る處罰が行はれるのであるが、犯行を豫見したことは前提となつて居ないのであるから、客觀的構成要件の置かれた丈で充分とするのであつて、即ち此の規定は結果責任を包含するものと謂はなければならぬ。蓋し有責の自己酩酊はそれ自體としては罪となるものではなく、即ち他の場合に遵守せられる刑法上の原則が打破されて居るのである(破産法第二百四十條第一號などに於けると相似たるものがある。浪費生活が破産を導いた場合)。かやうにして自己の責任に因る酩酊に伴ふ處罰の危険は、法益保護の爲にする保安處分の性質を有するものである。刑は第二項に依れば其の刑種及び刑量上故意に因る犯行につき法定してある刑よりも重かるを得ないが、只それが相當する過失の刑よりも重いことあり得る。過失に因る *actio libera in causa* は特別の規定に依つて併せ取締つてある。而して歸責無能力が他の事由(自己酩酊でなく睡眠其の他の事由)に依つて左右された場合には、原則が適用されるのである。

けれどもかやうに責任の原則に例外を設けるのは不都合であつて、責任の推定 *Schuldvermutung* (民

法第八百二十七條第二段のやうな制度を支援として過失責任を徹底させるなら、比較的、非難の餘地の少ない方法で大體に於て同一の目的を達成することが出来るであらう。

此の例外は酒精の濫用 *Alkoholismus* を徹底的に禁壓するのに必要と認められる所であるが、此の例外を除外すれば草案は結果責任を抛棄して了つて居る。是は法制上の進歩として心から歓迎する所である。現行法は犯人が重い結果を豫見することを得たりしと否とには關係なく、或る所爲が犯人の豫期しなかつた悪い結果を有した場合に重い刑を科することとして居る關係が大分ある。其の例としては死亡の結果を伴つた傷害に想到すれば足りる。即ち此の重い結果が處罰される程度に於ては所爲と結果との間に客觀的因果關係を存するを以て充分とするのである。併し乍ら責任無ければ刑罰なしの原則を演繹するに於ては相當に重い責任を存するにあらざる以上は重い法令に依る重い處罰を生ずることはあり得ない筈であつて従つて草案第二十條は犯人が少くとも過失に依つて特別の結果を招來した場合でなければ、重い責任を認めないこととして居るのである。けれども刑を量定する上に於ては、重くない單純な法令の適用上、所爲の結果が何時も考慮される。

責任と云ふものゝ種類を無差別に捕捉する普遍的責任の定義は殆ど超克することの出来ない困難に遭遇するの虞があり、兎に角實際上の價値は伴はないのであるから、草案が之を避けることにしたのは尤もな次第である。併し乍ら刑罰の概念も亦充分の理由から之を法定することをしなかつた。現行法は故意及び過失の責任種類をも定義しないで置いてある。云ふまでもなく此の二つの概念を

明かならしめるのは常に刑法理論と法律的慣行との任とする所で、刑法理論は此の領域に於ては心理學の運命と深く絡み合つて居る次第であるが、然し苟も國民と馴染むことの深からん程の法令は責任種類の輪劃を明確ならしめるのを斷念することは出来ないのである。

何れの故意に因る行爲も過失に因る其の對照行爲を考へることが出来る。例へば他人の保管中の他人の動産を奪取する行爲は、故意に由つて犯すことも出来れば、過失に由つて犯すことも出来る。併し乍ら此の例(過失に因る竊盜)で以て既に明かなのは、過失に因る所犯を汎く處罰するのは必要の限界を超える嫌ひがあると云ふことである。草案第十六條に依れば過失に因る行爲は法令が明示的に之を處罰することとした場合に限り處罰されるのであつて、其の場合にあつては常に故意に因る犯行のみが罰せられるのである。而して過失犯を選定するに當つては被害の法益の意義の外に、特に危険の問題 *Gefahrfrage* (社會的危險性 *Gemeingefährlichkeit*) 其の他が著しく重きを爲すものである。

刑法典は刑法の技術的の意味に於てのみ「故意」を云々すべきであつたと思ふ。即ち犯人が其の禁止された行爲(不作爲)であることを知り乍ら然も尙ほ且之を欲求した或る禁止された行爲(不作爲)に關係するのであつて、何等かの種類の行爲適法、違法、法律上重要ならずの何れかに屬するに指向された決意を一般的に指稱するものではない。此の廣義の故意は例へば第十五條第二項に現はれて居る「故意に因る自己酌量」法律上の意味に於ての故意の問題は此の状態に於て犯した刑を法定せられる行爲のみについて之を存する。第十七條第一項は差當つての問題としては未必的故意を除外して居るの

であるが、此の故意の定義は實質的には之を是認することが出来るのであつて、従來行はれて居た法文に比較して著大な進歩を意味し、故意とは構成要件のすべての標識を認識し欲求することであり、法定の構成要件の一切の標識を實現することを目的とする意思であり、此の外延に於ては絶對的に不可能な欲求である、不法の意識を表明して居ないと云ふ一事から云つても著大な進歩たるものである。「認識と欲求 *Wissen und Willen*」を以て行爲を爲し、且不法を爲すものなること又は法令に違反するものなることを意識したる者は故意に因り行爲を爲したるものとす、とあるけれども此の擇一的條項は不必要ではなかつたかと思ふ。何となれば法令に違反することを意識する者は、刑法典の標準的の意味に於て不法を爲すの意識をも亦有するものだからである。之を簡潔に云へば故意とは禁止に係る行爲を意識的に欲求するの謂であると云ふことが出来る。かうすれば因果關係の意識も禁止されて在ることの意識、即ち違法性の意識も共に要求されてある譯である。

所謂未必的故意の概念と其の應用性については學者の間に随分争がある。惟ふに未必的故意と云ふ故意の形態は一個の生活現象 *Lebenserscheinung* であつて、學說の發見に係るものではない。従つて若し此の故意の形態を捨て、顧みないに於ては輕率無思慮に出でた行爲は全然無罪たらしめるか又は單なる過失の刑を以てしか罰することが出来ないで、其の當然受けるに値ひする故意の刑を科し得ないことが多々あるであらう。草案は犯罪を有効に鎮壓せんが爲にはナチスの刑法典は此の故意の形態を閑却することが出来ないものと認め、法文上の懸念を度外視して未必的故意を以てする犯行も

亦認識と欲求とを以てする禁止に係る行爲の所犯である。舊に第十七條第二項が表明して居るやうにかくの如き犯行と同視せられるに止まるものではない、適切に之を解決して居るのである。惟ふに犯人は成行が悪い經過を執つた場合をも忍んで、此の危険をも賭して行爲を爲したのであつて、即ち意識的に危険を賭したるものなのである。かくの如くにして故意に因る結果招來の責任が存在するに至る次第であるが、行爲が正當なる利益、必ずしも全然精確ではないけれども、併し此の場合にあつては充分であるに依つて合法的なるものと認められる場合は此の限りでない。特に是認して然るべきのは草案が有名なブライデンバッハ・フランクの方式、惡結果の發生する確實な見込も犯人の行爲を爲すのを抑制するに足りなかつた場合には未必的の故意を存するものと爲す方式。未必的故意を大部分意識的の過失に變形させて了ふ法文であるを採しなかつたことである。蓋し未必的故意が主たる故意たるものとして解釋せらるべきものであるかどうかは重要な問題ではなく、寧ろ二つの結果の認識された未必的關係に對する犯人の精神上の態度を分析することを必要とする丈のことだからである。

更に草案第十七條が未必的故意の規律を遺漏なからしめんことを企て、居るのは稱讚すべきことである。此の故意形態は獨り犯人の因果關係上の疑念について之を存するのみに止まらず、犯人が未必關係の發生した際に與へた行爲の違法性、即ち當該の禁止の成立をあり得ること、は考へなければ、尙ほ且それを賭しても敢行した場合にあつても之を存するものである。第一項の法文は此の點を

斟酌してゐるのである。

第十九條の過失の定義は、過失者が「注意の欠缺に由つて」 aus Mangel an Sorgfalt 行爲を犯すものとして居ない程度に於ては、之を訂正するの必要がある。如何なる動機が犯人を指導したのであるにもせよ、犯人は不法を爲すの意識なくして、此の認識の爲には充分の辨別を以て禁止に係る行爲を爲したるものである。而して草案が過失を避ける爲に、事情上本人の義務たる注意であつて、且本人の個人的關係上爲し得る注意を拂ふことを必要として居るのは正しい。過失は避けることの出来る事實上の錯誤特に因果關係上の錯誤又は法律上の錯誤に歸着する。此の二つの場合を通じて犯人は自己が不法を爲すものであることを知らなかつたのであつて、獨り禁止に關する錯誤の場合のみに限られるものではないのである。所謂意識的の過失 bewusste Fahrlässigkeit に特に言及することを適當とするかどうかは、暫く置いて問ふことをすまい。第二の法文に於ける草案第十九條は之を適切に規定した。即ち犯人は惡結果發生の見込あることを認められども、輕率にしてかくの如き結果に立至ることなるべきを期待したと云ふのである。意識的過失と無意識的過失とを區別すると共に、可罰性を測る標準はそれ自體としては存在しないこととなるけれども、發生する見込の頗る大きい結果が犯人の考慮する所とならなかつた場合にあつては、過失は極めて重きを爲すことがあり得るのである。意識的の過失は惡結果發生の危険についての觀念を獲得するにはしたけれども、輕率に因つて——必要な注意に反して——之を齒牙にかけないで了つた、即ち獲得するにはしたけれども之を抑止して了つ

た惡結果發生の危険についての觀念を以てする行爲の中に存する。之に反して未必的の故意は條件付の欲求を包含するのである。

若し刑罰が無辜の者をも罰することとなるならば、法律秩序の威信は地に墜ち、國家の權威は土に塗れ、刑罰の本質は致命の打撃を被ることとなるであらう。犯人が自己の責任にあらざる事實上の錯誤の束縛を受けて居たとすれば、此の錯誤は犯人をして刑罰を免れしめるものであることは汎く承認せられる所である。規範の不知は犯人に責任なくして行はれた場合にあつても之を斟酌しないとは嘗て汎く流布された説であり、大審院の殆ど恒常的に判示して居る見解であるが、是は正義と相容れない見方であつて學說上では久しい前から排撃されて了つた所に屬する。即ち犯人に事實に關する錯誤が存したか、法律に關する錯誤が存したかは問はず、犯人が不法を爲すものであることを認識もせず、また認識することは出来なかつた筈でもある場合には、責任と共に可罰性も除外されると云ふ主旨を草案第十七條、第十九條に規定してあるのを見るのは、非常に満足とする所であつて、永い間保護されて居た偏見を斷然打破したのは、全然ナチスの法制改革の精神に合致する所以と云はなければならぬ。犯人が其の違反した規範を規範として認識したものがどうか、犯人は規範を正しく形成することが出来るものかどうかは、確に重要ではない。規範の内容其の影響の及ぶ範圍などについては法律學者の間にあつても意見の岐れることが随分あるではないか。従つて不法を爲すの意識、社會道義の要求に違反するものであると云ふ意識で充分である。道義上は不徳なことであつても刑法上は無罪とな

つて居るものが随分澤山あるにはあるけれども、それでも規範の禁止して居る行爲は道義の是認して居ない行爲と汎く一致するものであつて、且又草案に依れば類推の許されて居ることに依つて罪となる行爲の範圍も擴張されるのである。犯人が自己の行爲の憎悪すべきであるのを認識したか、又は少くとも犯人の知能上、徳義上の發育から見て犯人が之を認識し得た筈である場合に於つては、犯人は自己の所爲の法律上の結果につき負責することを必要とし、即ち其の刑法上の結果についてすらも負責せざるを得ない。法律的同胞の大衆が法律上禁止されて居る行爲と道義上禁止されて居るに止まる行爲との間に、常に明確な區別を立てることが出来ることと云ふのは、事實上に於ては純然たる擬制であらう。其の程度に於ては所爲を適切に評價することを重要視する譯には行かない。況んや刑罰法規を刑罰法規として識ることに於ておや。かくの如きは法と倫理とを汎く調和せしめんとして努力しつゝあるナチスの立場からは自明的の事項たるものなのである。

併し乍ら苟も發達した共同体に於ては、文化の進歩と共に不斷に増大する現行の法令の規定の夥しい數量を存するのであつて、之を知悉することは洗練された法律的感情や確實な道義的感覚を以てしても決して充分とすることは出来ない。かくの如き場合に於ては法律の知識は特殊の職業的又は其の他の専門知識に基いてのみ之を期待すべく、また之を要求すべきであることが少くない。或はまたわれわれが戰時中又は其の後の一時期につぶさに經驗させられざるを得なかつた通りに、經濟上若は其の他の強制状態の影響の下に立法當局の不手際と相俟つて、往々にして相交又し相矛盾する殆ど

見通しもつかない程の法令の山の出來上ることもある。かゝる状態に於ては犯人が法律に關する錯誤を援用するのを審査もしないで認めないこととするのは、絶對的に不可能である。

かの有名な一九一七年一月十八日の「法律の錯誤に關する聯邦參議院令」は期待し得べかりし所のやうには法律の錯誤の問題への必要な完全な復歸を導かないで了つた。錯誤が法條に關するものなるにもせよ、はたまた事實に關するものなるにもせよ、錯誤について責任がないと云ふことは要するに責任がないと云ふことなのであつて、従つて錯誤の二つの場合を通じて獨り可罰性を認めることのみに止まらず、責任を認めることが禁止せられるのであつて責任ある錯誤はそれが法律の錯誤であると事實の錯誤であるとを問はず常に故意を阻却し過失のみを成立せしめるものであることを承認するに至らしめるやう、現實に暗示する所があつた筈だ。本人の責任に因る法律の錯誤の責任は如何なる場合に於ても責任のある事實の錯誤の責任よりも重く、従つてまた處罰の價値があるものであると認められるのは、疑もなく謬見であらう。プロシヤ邦司法大臣の覺書百三十七頁に「犯人が故意に因り行爲を爲したるも犯人をして行爲の不法なるを認識せざらしむる免責せらるべき錯誤に於て行爲を爲したるときは、犯人は無罪とす」と綱領を掲げてあるのは、少くとも其の法文に於て懸念すべきものがある。何となればかくの如き犯人は責任ある法律の錯誤の場合に於ては故意に因る犯行の故を以て罪とすべきであるけれども、然も單に過失を存するに止まるものであるかの如き解釋を招き易いからである。覺書中では行はれて居るやうに法令が意思 *Willen* と故意とを同一の意義に使用するに於ては誤解を招

くの懸念がある。例へば大工が輕卒に材木を往來に放り出して通行人に怪我をさせるのは、意思を以て行爲を爲したのではあるが、故意を以て行爲を爲した次第ではない。草案第十七條及び第十九條は責任のない事實及び法律の錯誤も、責任のある事實及び法律の錯誤も、何れも共に故意を阻却するものとの正しい裁斷を下して居る。併し乍ら同胞國民に法令の規定を尊重するの念を深からしめやうと云ふ國民教育上の理由から、責任のある法律の錯誤に關する特別規定を設けるのが適當であるとされた。行爲の過失に因る犯行が罪とならないとするも、第十九條第三項に依れば其の爲に法律の錯誤が無罪である筈のものではなく、寧ろ輕懲役又は罰金を以て處罰されなければならぬ。併し乍ら此の場合にあつては何れにしても故意に因る犯行の刑を科する譯には行かないであらう。何となれば法律が過失に因る犯行に制裁を加へる場合にあつては、獨り過失の刑のみが考慮されることゝならうからである。従つて然れども刑は刑種及び刑量上當該の行爲の故意に因る犯行について法定せる刑よりも重かるを得ずと云ふ第三項の第二段は刑は此の刑に達することを得ないものと變更しなければならぬ。

「法不法に關する健全なる國民の通念と相容れざる犯人の着眼に立脚する錯誤は斟酌せず」と云ふ草案第十七條第三項は根本的の意義を有する條文である。こゝでは正しい思想が適當ならぬ法文に盛られてある。そして其の法文は適當でない爲に多大の損害を醸す虞れがある。蓋し其の意圖は確にないにしても、それでも健全な國民の通念其他と一致する、若は少くとも是と兩立することの出来る

着眼に立脚する錯誤は斟酌すべきである」と云ふ反對解釋 *argumentum e contrario* を非常に促し立てるものだからである。併し乍ら問題たる法令の健全な國民の通念と兩立し得べきものであるや否やを審査する權利は、行爲者にも與へることが出来なければまた判事にも與へることは出来ない。(註二十九) 若し判事にかくの如き價值判斷を爲すの權を與へるとすれば、謬つた法令の規定の適用に時あつてか件ふとあるべき損害よりも遙に大なる損害が容易に生ずる。何となれば法令の背後には國家の權威を存するのであつて、法令に服従を拒むのは國家指導の權威に對する反抗に外ならないからである。ナチスの如きはかくの如き態度を排斥するに於て最たるものであると云ひ得やう。ナチスの指導者は國民に有害な法令を廢止するに於て餘力を剩さない。

(註二十九) Nicolai, *Rassengesetzliche Rechtslehre* S. 35 ff. の論ずる所には懸念がある。草案は犯罪人の權利の誤想 *Rechtswahn* 並に極端な信念 *verstiegene Überzeugung* は歸責を阻却するものでないと云ふ見解である。若し法令中に於て之を言明しやうとするならば、犯人の違反したる規定の法律上道徳上社會上宗教上の價值に關する犯人の見解は歸責にとつて重要ならずと云ふやうな形式にでもすべきである。

違法性の消滅 (註三十)

犯罪は其の本質に於て違法の所爲である。従つて違法性を消滅せしめる事由は必然的に所爲から

して其の犯罪たるの性質を取去つて了ふものである。規範即ち行爲命令若は禁止命令は決して例外を伴はないものではないのであつて、只原則に相當する所爲のみが犯罪たるものであり、例外に相當する所爲は犯罪となるものではない。此の例外は極めていろ／＼な法域に分配されるのであつて、適法な自力救済義務に従ふ職務の執行特に法令に依つて與へられた權能(現行犯を押へられたか、若は追究された犯罪人を假に逮捕するのは、何人にとつても自由とする所である)などに想到すれば事は足りる。禁止に對する是等の例外のすべてを擧げて之を刑法典中に收めることは全然不可能であらう。(註三十一) 従つて草案が其の試みをしなかつたのは尤もなことである。かの民法其の他の上で適法な行爲であつて刑法上は禁止されて居るものもあると云ふ、殆ど理解に苦むやうな謬見が行はれたこともあるが、こんな考はとくの昔に全くすたれて了つた。かくの如きは法制的統一 *Rechtseinheitlichkeit* と云ふことを非常に誤解した考に外ならない。

草案は規定を正當防衛と緊急状態とに制限する充分な理由を持つて居たのであつた。民法其の他の法令にも此の兩者についての規定を存する。此の平行關係は誤解と矛盾を頻發せしめる源泉であるから、完全に満足を與へるナチスの法律秩序に於ては存續することを得べからざるものである。一九〇八年當時 (*Juristenzeitung* 13, 615 ff.) 既にわたしは統一的規律の草案を起草したのであるが、當時は成るべく敏速に刑法の改正を完結するの利益上此の道を充分に辿ることが出来なかつた。

草案第二十四條の正當防衛に關する條文は第一項及び第二項に於ては無雜作に之を是認すること

が出来た。國民各個の正當防衛及び緊急避難の權利は獨り個人の權利の範圍の爲にするのみに止まるものではなく、國民的共同體の非常に貴重な財産としての法の爲にも役立つものである。第二十四條の第三項——「健全な國民の通念に従つて正當防衛に劃せられる限界」の遵守——もナチスの根本觀念に従つて正當防衛の道義的限界の承認せられる程度に於ては全然同感的態度を以て臨むものである。(註三十二) 併し乍ら若し正當防衛の沿革と特に往々にして顯著なるものある法律的慣行の動搖とを考慮するならば、本來の正當防衛に對して單なる妨害的行爲の防衛 *Unfallabwehr* の概念を取入れることに依つて (*Juristenzeitung* a. a. O. S. 617) また歸責無能力者其の他の者に對する正當防衛を規律することに依つて指導標を與へることを望ましとするのであるまいか。

(註三十) Thierack, *Denkschrift der Akademie* S. 85 fg.; Klee, *Das kommende deutsche Strafrecht* S. 56 ff.

併し乍ら草案第二十四條 a に於ける物に對する正當防衛 *Sachnotwehr* の概念は排斥せざるを得ない。凡そ正當防衛なるものは生活體 *Lebewesen* の侵害の衝動に鼓舞された若は少くとも侵害の危険を生ぜしめる行爲と云ふ意味に於ての「攻撃」に對する防衛であることは、適切な國民の通念上疑を容れない程度に確定して居る所である。危険を脅威する物は「攻撃」はしないのであつて、此の場合に正當防衛を認めるのは國民精神に合致する所以でなく、寧ろ謬つた法曹法 *Juristenrecht* の發見である。之について存する條件に依ればそれは緊急状態であつて他の原則の下に立つ正當防衛たるものではない。併し乍ら咬み付く性の犬は攻撃する。草案は此の場合に其の物に對する正當防衛を適用して、かくの

如くにして加へられた損害が危険と不釣合でない場合に限り「攻撃者に反撃を加へるのを許さうとして居るのである。一例を擧げて説明すれば此の規律が如何なる結果を導くかを明かにするに足りるであらう。甲の高價な愛玩犬が乙の廉價な犬を攻撃したとする。乙は甲の犬に加害すれば不釣合な損害を加へるの虞れがあるの故を以て、自分の犬の噛み倒されるのを袖手傍観することを餘儀なくされるものであるか。此の例を一般化して考へて見ると、犬又は其の他危険を脅威する動物は此の犬若しくは動物それ自體よりも著しく價値の低い一切の物を荒しても保護されて然るべき筈のものなのであらうか。それは何れとしても、具體の場合に危急に陥つた犬の主人は犬が自分に緊急救助 *Nothilfe* を致してくれるのを喜んで受容れる通り、假令犬に對する關係に於ても信義 *Treue* と云ふものはある。従つて今度は犬が他の犬から攻撃を受けて居る場合に、攻撃して居る犬がどんなに値段の高い犬かは知らないが兎に角主人の方でも攻撃されて居る犬を助けることをしないとしたら、犬に對する信義の義務は傷けられざるを得ないであらう。かやうな次第であるから損害と危険との釣合と云ふ制限は撤廢しなければならぬ。かくの如き制限は確にナチスの精神でない。

(註三十一) Thierack S. 88.

參照

人或は正當防衛を動物の攻撃に擴張するのに異論を唱へて、動物は法律規範に羈束されるものではない。即ち動物は「違法に」攻撃を爲すものではないと論ずる者があるが、併しもともと攻撃は「正當でな

い」のである。主觀的の權利に根據を有するものではないのである。而して正當防衛權に於ては攻撃の違法性は是れ以外の意味を持ち得るものではないのである。動物の攻撃に關して「正當でない」と云ふ消極的の點に苦情があるならば、正當防衛に關する條文中に於て人の現在の不當の攻撃と相並んで動物の現在の攻撃を掲げる丈のことではないか。

緊急状態に由る侵害は他の方法を以てしては妨止することの出来なかつた危険について補充的に認められるに過ぎないのであつて、此のことは正當防衛には通用しないことなのである程度に於ても緊急状態と云ふ着眼點は動物の攻撃には適當するものではない。人の攻撃に對しては敢然起つて應酬して差支ないけれども、動物の攻撃に對しては三舍を避けるの義務を負ふと云ふのであるか。緊急状態の満足な規律は、民法を完全に併せ斟酌するに於てのみ能く之を達成することが出来るのであつて、主觀的な緊急状態權を附與するのが刑法の任ではあり得ないのは、恰も損害賠償の問題の裁判が民法の擔任に屬するのと同じやうなものである。従つて現在にあつては立法者は刑法外の緊急状態權、特に危急の状態に於てする他人の物に對する干渉に關する民法第二百二十八條及び第九百三條の規定を支持して、刑法第五十四條の修正した基礎の上に緊急状態を規律するに止むべきであらうと思ふ。

人に對する緊急状態 *Personennotstand* と物に對する緊急状態 *Sachnotstand* とを草案第二十五條に於て統一的に規律しやうとする試みは、成功することが出来ないで了つた。是等の緊急状態の場合の

すべてを擧げて一つの法文の中に押込んで了はうと云ふ努力は徒勞であつて、幾多の懸念が群り生ずる。即ち第二十五條第二項に於ては緊急状態行爲は違法ではあるけれども、然も免責せらるべきものとしてある。併し乍ら其の間に残存する違法性は果して何事を意味するのであるか。免責は犯人その人については效力を有するけれども、共犯については效力を有さないとしても云ふのであるか。然も第二十五條は實に——非難を容れる餘地があるのであるが——何れの第三者にも常に緊急救助を認めて居るではないか、甲と乙とが共同の危険に在るに當つて丙は其の欲する所に従つて甲又は乙の難を救ふことが出来る。即ち甲又は乙の危険を除くことが出来るのである。加之草案に依れば従犯と正犯とは將來は「加功」*Mitwirkung*として平等視することになつて居る。だから第二項で自己の物を保存する爲に不釣合に貴重な他人の物を破壊するのを、只單に「免責する」とのみ宣言して居るのは、餘りに他の方面に走り過ぎる嫌があるのではないか。第二十五條に於て本人に責任ある緊急状態と本人に責任のない緊急状態とを全然平等視して居るのは、果して實際に適當なのであらうか。

正當防衛行爲 *Notwehrakt* は其の被害者、即ち本來の攻撃者が此の行爲を忍容することを餘儀なくせられるものであつて、即ち之に對しては正當防衛を爲し得ないのであると云ふ意味に於ては違法たるものではない。之に反し草案第二十五條第二項に於て緊急状態行爲 *Notstandsakt* の違法性を否認しても、それは一般に此の緊急状態行爲の被害者の正當防衛を除外するの意味を有することは出来ない。さもなければ危急の状態に在る者は常に此の危急の状態を無關係の他人に轉嫁するの自由を有

するであらう。緊急状態行爲の被害者にとつては如何なる場合に忍容の義務が発生するものであるかと云ふことは第二十五條からは推知することは出来ないものであつて、従つて草案に於て「違法でない」*nicht rechtswidrig*と云ふことは「主觀的の權利——緊急權 *Notrecht*——に依つて支持されてある」と云ふこと、單に「法の禁止する所でない」と云ふこと、二重の意味を有するのである。

草案は第二十五條に於て到底達成すべからざる目標を立て、居るものである。國家の正當防衛 *Staatsnotwehr* も存在するものであることは世界大戰當時の痛切な教訓であるにも拘らず、不可解にも我が國人士の忘却する所となり、かくの如くにして所謂秘密訴訟 *Feneprozess* に於ては刑罰官廳が殆ど全然役に立たないと云ふ結果を來した。國民朝野をして再び此の種の正當防衛に想到せしめるのは骨折甲斐のある仕事であると謂はなければならぬ。今日では恐らく何人もはや此の國家の防衛權と國家の爲にする防衛權を疑ふ者はない。個人を保護する爲には國民各個は緊急救助を爲すの自由を有するけれども、之に反して國家の秩序の存立や國民の福祉が賭せられて居る場合には個人は緊急救助の自由を有さないと云ふが如きは實に譯の判らない骨頂と云はなければなるまい。國家權力は決して遍在ではあり得ないのであつて、叛逆的攻撃其の他の脅威の存在する場合に必ずしも常に之を防禦する丈の備を有し得るものではないのだから。之に反して國家の充分に行ふ自衛と平行的には其の權限を有しない者の干渉は忍容することは出来ない。

緊急状態に於ける國家の危急の妨止も必要の場合には國民各個の充分なる權利たるものである。
(註三十三)

(註三十三) 國家の正當防衛に對する限界はこゝでは言及しないことゝせざるを得ない。

ナチスの精神に於てする國民的羈絆はかくの如き状態に於てこそ發揮せられなければならない。併し乍ら只條文の上丈での確定では役には立つまい。草案がそれを爲さなかつたのは尤もなことである。

犯罪的行爲 (註三十四)

草案は普通に行はれて居る因果關係説の何れか一に左袒することは斷念した。それは充分理由のあることである。何となれば因果關係説のどれとして完全に満足であると云ふものはないからである。即ち因果關係説のどれも刑法上の因果關係論に缺くことの出来ない原因と單なる條件との質の上の區別を缺いて居る嫌がある。

(註三十四) Freisler, Willensstrafrecht, Versuch und Vollendung, in, Kernmerdes deutsches Strafrecht S. 9 fg.; v. Dahnangi, Täterschaft und Teilnahme, daselbst S. 73fg.; Grau, Tateinheit und Tathetheit, daselbst S. 147 fg.; Oeller, Gefährdung—od. Verlebensstrafrecht? Tenschrift der Akademie S. 46 fg.; Schelenzsch, Versuch, daselbst S. 62 fg.; Freisler, Versuch, daselbst S. 70 fg.; Oelker, Die Teilnahme, daselbst S. 116 fg.; Mayer, Konkurrenzfragen daselbst S. 135 fg.

人は獨り自己の肉體的の作爲に依つて原因結果の關係に在る活動を爲し得るのみに止まらず、他人をして行爲を爲さしめるやう刺戟することに依つて「精神的」にも此の種の活動を爲し得るものである。

プロシヤ邦司法大臣の覺書百三十一頁は新刑法が「教唆」の概念に惱まされることを欲しなかつたのであるが、草案第二十八條は此の概念の雜種的性質を有するにも拘らず之を存置することにした。之に反し「發意」Urheberschaftと云ふ缺くべからざる概念は、草案中にも覺書中にも採用されなかつた。今甲が乙をして甲の敵を殺害することに依つて自己(即ち甲)の意思を實現するの決意を爲さしめた場合にあつては、甲は——乙と相並んで——正犯たることに於て甲自身が肉體的に行爲を爲した場合に於けると全然同様である。之に反して甲が乙に向つて乙の敵丙を殺害するの結果を勸告したけれども、其の決意は全然乙に一任してあつた場合にあつては、甲は正犯とはならない。此の二つの場合を通じて現行法は之を教唆と稱し、而して遺憾なことには草案も亦之を踏襲して居る。此の第二の場合には甲が「發意者」であるの結果を生ずる。何となれば發意者 Urheber とはみづから正犯たることなくして他人をして其の刑法違反の作爲を決意せしめた者の謂だからである。發意者と云ふ概念の必要缺くべからざるものであることは、決意を爲さしめる者 der Bestimmende が肉體上若は法律上の事由に由つて正犯たることを得ない場合に特に明白なるものがある。即ち官吏に非ざる者が故意に因り無辜の者の訴追を招來し(刑法典第三百四十四條)、又は主管の官吏に故意を阻却する錯誤を生ぜしめることに因つて不適法の刑事訴追刑法第三百四十五條を招來する場合がそれである。犯人は徹頭徹尾此の場合に法定してある刑を受くるに値ひする次第であるけれども、それは正犯としてではなく發意者としてである。かやうな譯であるから從犯第二十八條第二項をも加へて共犯の形式を正犯、發意者、

従犯の三者と爲すべく草案のやうに正犯、教唆及び従犯の三者と爲すべきではあるまいと思ふ。
 わたしとしてはわたしの報告書 (Denkschrift der Akademie S. 116 fg.) 中でプロシヤ邦司法大臣の覺書の共犯理論に對して既に詳細に意見を披瀝してあることだから、以下に於ては草案の極く主なる提案を簡単に指摘するのみに止める。

正犯と従犯の區別は汎く其の實際上の作用の真相に徹しなければならぬ。草案は此の兩者を加功 *Mitwirkung* として包括し、原則として其の可罰性を區別しないで、只裁量に依つて従犯を軽く處罰することを得るものとして居るに止まる。此の兩者の概念上の區別を排斥することは草案の思ひ浮ばなかつた所である。何となれば従犯の意思と正犯の意思、行爲を犯すのと之を幫助するのとは現に差別があり、また將來も引續き差別を存するものだからである。加之健全なる國民の通念も爾く考へつゝある。鐵砲の引金を上げたに止まる者は射撃を共にした者ではない。馬に乗るのと單に鞍を置くのとは同等の價値を有する動作でない。従犯の欲求する所は正犯よりも小に、其の爲す所は正犯よりも少い。所が意思と所爲とは可罰性の成分なのであるから、現行法と古い法律的因襲の精神に従つて法條中で従犯と正犯とを區別するのは適當であらう。従犯の具體の場合について見れば、従犯が正犯と同様に、或はまた正犯よりも一層重い程度に於て罰すべき場合がある。若し刑の範圍を充分廣汎にするならば、判事は可罰性の程度に應じて刑を規正することが出来る譯である。覺書百三十一頁に實際の爲から云ふと此の兩者を區別するのは一切の犯罪について不必要であると記してゐるのは

間違ひである。姦通並に偽誓及び其の他普通の用語上「手づから *eigenhändig*」のみ犯すことの出来る犯罪を念頭に浮べれば足りる。

其の他の點に於ては草案に賛成してゐる。數人の犯罪關係者の關係に於てする特殊の狀況の歸責に關する現行刑法典第五十條の不完全な誤解を招き易い規定には遙に適當な法文を有する草案第二十八條第三項及び第二十九條の規定が代ることになつて居る。従つて或る罪となる行爲に加功した各個の共犯の可罰性は其の責任の種類と程度とに依つて定まる。特に刑罰法規を適用するに當つては刑罰を加重若は減輕し又は之を阻却する性質若は事情は其の一身に是等の事由を具備する關係者の利益若は負擔に於てのみ斟酌される。

犯罪の談合 *Verabredung von Verbrechen* を原則として實際の犯行の刑を以て罰して居る第三十一條の規定は、目標とする所以上のものを射るのである。談合を處罰するのは特に重い犯罪について適當とするのみに止まり、其の他の場合に於ては談合に對する一の特別法を以て足れりとする。併し乍ら或る多數人の集合的決意が數人の中の一人若は若干者に依つて實行される筈であり、また實際に實行された場合抽籤其の他に依る實行の決定にあつては共同正犯 *Mittäterschaft* の廉を以てすべての關係者を處罰することが出来ることを理義一貫して承認したのは稱揚すべきことである。即ち此の場合にあつては實行者は全員の爲に全員の意思を實現する爲に活動したのである。されば此の原則を明示的に法文の上で認可するのが適當であらう。而して是が爲の一番適當な方法は共同正犯のあらゆる

る形式を蔽ふ所の「罪となる行為を目的とする共同の決意を實行して此の罪となる行為を犯したる者あるときは、此の決意に關與したる者の各自を正犯として處罰す」と云ふ内容の一般的な規定であらう。而して仲間の中の一人が中止犯について設けてある條件を遵守して適時に中止を行つた場合に於ては、此の責任を阻却される。

(註三十五)

わたしは反覆主張した所である。Carlsbad Pr. S. 101 G. Pr. S. 14 G.

刑法の問題の中で長い間を通じて益々新たな元氣を以て過當な勢力が傾注され、而してまた浪費されたのは特に評判の悪い不作爲の因果關係の問題であるが、事實に於ては肝要なのは結果を防止するの義務は何時成立するかと云ふことを確定するの一事のみである。かやうな次第で其の内容上から云つても草案第十一條aには大體に於て賛成することが出来る。けれども何が故に「不作爲に依る犯行」と云ふ標題を付けて、既に時効に罹つて了つた謬見に眞實であるかの如き外觀を與へるのであるか。加之防止の懈怠は單に從犯の根據となるのみに止まり、正犯の根據となるものではないのであるから、標題は之には全然適當しないのである。番人が泥棒の這入るのを袖手傍觀しても其の爲に竊盜の共同正犯 *Mittäter* となるものではなく、只消極的從犯の廉を以て責任を負はしめられるに過ぎない。之に反し踏切番に至つては其の負擔に屬する防止の義務に故意に違反した場合にあつては刑法第三百五十一條鐵道輸送に對する脅威に依り正犯となるものである。

草案第四章第三十二條a及び第三十二條b(は「企圖」*Unternehmen*を以て未遂と既遂とを總括した罪

となる行為の定型と認めて居る。プロシヤ邦司法大臣の覺書百三十四頁は犯罪の企圖を以て、法益を直接脅成することを目的とする行為に依つて、犯行の故意を實證することであると見て居る。直接の豫備 *unmittelbare Vorbereitung* も處罰せらるべきものであるが、企圖よりは軽い(覺書百三十五頁)。

草案第四章の標題は「罪となる行為の企圖及び豫備」と云ふのであつて、企圖中には豫備は包含されないけれども、豫備及び其の可罰性の以上には積極的には何事も言明されて居ない點に於ては内容に適當するものではない。各則の部に至つて初めて罪となる豫備の範圍が規定されるのである。覺書は直接の豫備の普遍的可罰性を汎く認めて居るのであつて、従つて個々の犯罪について各別に此の問題を審査すべきものであるとして居る草案は、覺書の辿つて居る方向からは外れるものと謂はなければならぬ。併し乍ら是は是認すべきことである。何となれば、必要の有無の問題は犯罪大逆内亂罪其他の種類及び輕重に従つて定まる次第だからである。加之豫備の作爲は直接主義の要求せられる場合に於ても、未だ以て憂ふるに足りないものと區別することが往々にして至難であるのを懸念しなければならぬ。此の見地は云ふまでもなく國家の利益や國民の福祉等の爲には犠牲にせざるを得ないのであるが、何れにしても豫備の爲に役立つ一定の行為をそれ自體が機會を作り若は機會を助長するの故を以て特別の制裁の下に置かれることのない以上は、縁の薄い豫備の行為は除外せられるであらう。草案に依るも亦然りとする。

草案に於ける企圖の定義は、大體に於て覺書と一致する。法益に對する脅威の直接なるものとして

の覺書及び草案上の未遂行爲 *Versuchshandlung* als die "Unmittelbarkeit" der Gutsgefährdung の特色は、
現行法の要求して居る通り「實行の着手」Anfang der Ausführung (註三十六)

(註三十六) Freiler, Kommandes Deutsches Strafrecht S. 9 ff. も亦實行の着手」を以て未遂と見て居る。
(二十一頁、二十二頁以下)。

未遂には犯罪の構成要件に該當する殺人、竊盜、放火、其の他の概念に依つて既に捕捉された、それを以て始まる、それを締め出して了はない作爲が必要である。「直接」と云ふことは着手未遂 *unbeendigtter Versuch* の場合にあつては、誤解を招くの虞がある。目標とする所が實害になくして脅威に在る構成要件の場合にあつては、「脅威は既に既遂を生ずるであらう」。

從來犯行を目標として居た構成要件を企圖の構成要件に変更しやうとする範圍については、各則の部に至つて初めて説明することを得るに過ぎない。

法益に對する侵害のあるのを俟つて初めて法益を保護することをしないで、之に對する脅威のあつた場合に既に汎く之を保護すると云ふ努力にかけては、プロシヤ邦司法大臣の覺書は必要の程度を超えて居る嫌がある。例へば器物毀棄の處罰は過當ではないけれども、器物に對する脅威を普遍的構成要件とするのは處罰の過當を伴はざるを得ないと考へる。此の例に於て見るやうに處罰の過當と云ふことは痛烈な作用を及ぼし、刑事司法の威信と相容れないものがある虞がある。ナチスの本質と共に存する鬭争の見地から云へば、禁止と刑罰法條とを原則として單なる福利の脅威の上に移す刑法を

ば實害刑法 *Verletzungsstrafrecht* よりも絶對的に優先せしめると云ふのは、魅力を持つた議論ではあるけれども、ものの半面を看過してはならない。刑法の形式をかくの如くならしめる爲に、賭することを餘儀なくされる不利益の前に、自己の眼を閉すことがあつてはならない。脅威の概念は追へども去らず拂へども散らない不確實の要素を包含し、従つて甲が危険を認める場合に乙が之を否認し、其の何れが果して正當なるのであるかを決着することの出来ない場合が稀でない。かやうな次第であつて、獨り小心翼翼たる法律上の同胞のみに止まらず、法律に忠實な貴重な連中までが或る作爲あつて初めて責任を負ふに至るものであるか、それとも脅威の禁止に違反するに於て既に責任を負はざるべからざるものであるかの疑念に思ひ煩ふことが少くないであらう。此の事實は是れ以上論ずることを必要としないまでに近代の經濟、勞働、交通の關係に於て大多數の實際的活動に適切なのではあるまいか。人の活動慾を阻止し、決斷力を遮斷するが如きは決して國民を教育する所以ではない。然も此の處罰の危険の過大であるのと兩々相携えて自己擁護、自己信頼を犠牲とした餘りに極端な司法警察上の脅威保護、即ち利益よりも寧ろ損害を醸すことの多い保護が行はれることとなる。獨逸法大學聯盟の覺書に載せてある報告を補充的に援用して、此の懸念を指摘すれば充分であらう。(Denkschrift der Akademie S. 46 ff.)

極く重要な國家の利益が賭せられる場合にあつては、即ち國民の福祉乃至は共同の危険の豫防が徹底的の處置を必要ならしめる場合にあつては、問題は全然別個の外觀を呈することとなる。之に對し

て反対理由はいろいろあらうけれども、是等の理由がそれ自體としては充分な斟酌を必要とするものであるにしても、國民全體を損害から護る唯一の方法である以上は特定の目的に對して、口を喋まざるを得ない。こゝに於てか同一の方向に向けられた實害刑法と平行的にもせよ、若はまた排他的の適用力を附せられた實害刑法 *Verletzungsstrafrecht* の變形としての形に於てにもせよ、兎に角脅威刑法 *Gefährdungsstrafrecht* が場に上らざるを得ない。問題の解決は犯罪の領域に依つて區別された實害刑法と脅威刑法との平行共存の裡に存する。草案の辿らうとするのは實に此の道である。而して從來既にそうであつたやうに將來も亦實害刑法と相並んで他人にとつて懸念のある若干の動作多くは不必要な其の他に對する多少の警察上の罰則が設けられることは自明的の事柄である。

脅威刑法はまた意思刑法 *Willensstrafrecht* とも稱せられるとは云へ、脅威刑法と意思刑法とを同視するのは新しい倫理化された法律的認識 *Rechtsauffassung* に合致した刑法の形式の一部分をししか示すものではない。

重罪の未遂が從來輕罪として特示されて居た犯罪をも含めて汎く處罰の價值あるものと表明されて居るのは、喝采を享けるに値ひするものである。現行刑法が罪となる輕罪の未遂と罪とならない輕罪の未遂とを選擇して居る標準は全く恣意から出て居る。法律違反 *Rechtsbruch* の未遂などはもともと決して之を無罪とすべきではなかつたのである。從來未遂を無罪とされて居た犯罪につき未遂の廉を以て過當に刑事訴追を行ふのに對しては、刑事訴訟法の便宜主義が救済を與へてくれる。(註三十七)

(註三十七) フライスタア *(Fleider, a. a. O. S. 23)* は若干の場合について未遂の可罰性の除外例を設けることを希望して居る。即ち單純なる侮辱についてである。犯罪の中には未遂の行爲を罰すべき必要の存するのは非常に稀にのみ見る所であるものも少くないことは認めなければならない。

併し乍ら覺書の意味に於て原則上未遂と既遂とを平等に罰するの必要は、之を承認することは出来ない。刑法は只意思刑法たる計りのものではない。刑罰は所爲と意思との兩者に適用されるものである。國民の法律意識は特に重い犯罪を除外すれば單に未遂たるに止まつて居る犯罪と既に既遂となつて居る犯罪とが平等に取扱はれることを決して要求しない。而して此の法律意識は容れられんことを要請する充分な權利を有するものである。結果の發生が妨げられたのは偶然に幸ひされたのであると論じ去ることには、あらゆる人間社會の出來事を神の攝理と認める宗教的の見解が反對する。而して應報の要求は既遂の犯罪に主なる力を傾注するのである。加之未遂の刑を軽くするのは、獨逸古代の法律傳説の認める所であつて之に反することは決して當を得たことではない。着手未遂の場合にあつては意思の要素も亦平等の處罰に反對する。何となれば實行未遂に至つて初めて所爲意思 *Tatwille* は其の充分な勢力を發揮する次第だからである。

草案に依れば完全物 *res integra* が成立する。何となれば第七十三條は特殊の法定減輕事由なる標題を以てして是等の事由の效力のみを規定し結果に到達しなかつた企圖につき刑の減輕を生ずべきや否や若し生ずべしとすればそれは如何なる時機に於てなりやの決定は留保して居るからである。

減輕の認められないのにつき特に重きを爲すものは必ずしも排他的にはない、犯罪の種類の種類である。國家に對する犯罪、殺人罪及び公共上危険なる犯罪、其の他の或る種の形式につき、未遂が既に法定の最重刑(死刑、終身間の重懲役)を受くるに値ひするものと認められるときは、既遂についての加重刑は必然的に消滅して、従つてまた未遂が平等に處罰されることとなる。

所謂不能犯 *unfauglicher Versuch* を汎く處罰すべきものとすることは意思刑法の結論に添ふ所以ではあらうが、併し法律生活に於ては決して常に極端な論理の一貫を期すべき所ではない。立法者は往々にして平等に斟酌するの價値のある、互に相交叉し制限し合ふ考察に直面することがあるのであつて、其の間に正しい中庸の一途を求めらるることを必要とするのである。自然の法則上絶對的に不可能な著手に對して刑罰の干渉を行ふのは法律の範圍外に屬することであつて、司法を迷惑せしめるに適することはより甚しきはあるまい。魔女についての迷信の消滅すると共に、魔女の審問と云ふ特殊の裁判制度も影を潜めた。迷信の其の他の如何なる形式についてもまた他岐あることを得ない。法律上の法則は自然の法則に従ふ出來事の世界についてののみ行はれる。神明に訴へ、鬼神に祈るのはそれが如何なる目的を以て行はれるにもせよ、法令の全然禁する能はざる所である。^(註三十八)此の意味に於ては未遂の客觀説を墨守しなければならない。只之に依つて當人の法律を敵視する根性が證明されたことは保安的處置を加へる充分な理由を與へるかも知れない。之に反して手段を取違へた場合(例へば甲が砒素を以て人を毒害しやうとして謬つて砂糖を用ひた場合などにあつては、主觀説を優れりとすべく、

かくの如き手段の取違は刑を減輕すべき事由となるものではない。況や處罰の見合せに於ておや。草案第三十二條 a 第二項の規律は到底是認することを得べからざるものである。

(註三十八) Oetker, Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft 17/30 fg.

(註三十九) Schoetensack, Zeitschrift der Akademie S. 95 亦同説

「絶對的に不能な行爲と各個の場合の状況上不能であるに止まる行爲とは、之を全然明確に區別することは不可能である。其の限界的の場合には判事の裁量に従つて決定することゝしなければならぬ。如何にも煩瑣哲學めいた徒らに形式に拘泥した民衆に縁の遠い思索に依つて想像的競合と實體的競合とを區別し、之に著しく異つた刑罰的結果を伴はしめるのは、^(註四十)ナチスの刑法精神に合致する所以でない。草案第六十五條は此の區別を廢止して了つて居る。

(註四十) Mayer, Zeitschrift der Akademie S. 135 fg.

刑種及び刑量(註四十一)

刑は其の本質上極めて個人的の性質を有するもので、「責任なければ刑罰なし」の原則は刑を犯罪に關係のない第三者に移すことを禁ずる。ナチスの國家の國民的羈絆は此の點に於て非常に有力な作用を及ぼすのであつて、責任のない同胞國民と過誤を犯し易い同胞國民とを平等に取扱ふことを除外するのである。責任者を處罰する爲に其の親屬が共に難儀をしなければならぬと云ふやうなことは、

素より必ずしも全然避け得られる所ではないが、併し成るべくは其の性質上受刑者の家族に重い負擔を生ずるやうな刑種は避けなければならない。我が國の法制で財産の沒收 *Vermögensziehung* が廢止されて了つたのはかくの如き考察に基くものに外ならない。併し乍ら草案は特に重い或る種の犯罪については再び此の制度を復活せしめやうとしつゝある。けれども此の復活は絶對的に第三者の極めて重大な損害を避ける爲に必要である執行上の制限を充分遵守するに於てのみ之を爲すことを得る(民事訴訟及び破産に於ける事件の取扱を準用擴張す)。加之事情に依つては公平上の見地から見て、以上に述べた所から生ずる限界以上に亘つて受刑者の家族の爲に若干を保留するのを適當とすることがあり得る。

(註四十一) Rietzsch, Strafsystem in "Kommendes Strafrecht" S. 85 fg.; Schäfer (Leopold), Straffmessung, daselbst S. 106

fg.; Grau, Verwarnung mit Strafvorbehalt, daselbst S. 117 fg.; Freisler, Strafsystem Deutschlands, daselbst S. 109 fg.;

Siefert, Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate S. 61 fg., S. 75; Dahm, Erneuerung der Ehrenstrafe, Juristen Zeitung 39, 821 fg.;

Schafstein, Nationalsozial. Strafrecht, Zeitschrift für die Strafrechtswissenschaft 53, 614 fg.

沒收の點を考慮するときは、草案に對しては刑と保安處分との間の限界を更正する必要がある。

沒收は之を廣義に解するときは、公安の理由に因り社會保安の目的を以て刑罰請求權を行使して私人の財産から徵收した物を國家が取得することである。例へば腐敗した食料品の沒收は、如何なる場合にもあれ其の發見された場所之を爲すことを得るのであつて、營業主の何等かの罪となる行狀を豫定するものでないから、純然たる行政法上の處分である。民事上の沒收の例は著作権法中に充分

之を存する。所謂 *instrumenta sceleris* (罪となる行爲を爲す爲の物の沒收は例へば密獵者の場合にあつては附加刑 *Nebenstrafe* の性質を有し、然も此の附加刑たるや、受刑者にとつて苦痛であること主刑よりも甚しいものがあり得る。草案は此の必要な沒收の區別を認めやうとはしないで、ニツセン、キョーブナア等の説に従つて)刑法上の沒收と行政上の沒收とを同視して居るのである。

草案第六十四條 a の沒收に關する規定について稱揚すべきことは、行爲の當時判決の當時ではないに於ける犯人の財産其の他を前提として居ることである。沒收の客體に對する國庫の公法上の請求權は、所爲の後に於ける犯人の私的の處分に依つて妨げられることはあり得ない。かくの如くにして確定裁判に根據を有する國庫に向つての所有權の移轉其の他の處分は行爲の所犯當時に遡及するの效力を有するものであることが確認されるのである(第六十四條 a 第三項はかくの如く解すべきである)。現在でもまだ行はれて居る見解は、此の遡及效を否認して居るけれども、それは國家の權威と云ふことを考へない非ナチス的の考である。

併し乍ら此の沒收は保安處分の中には屬するものではない。由來沒收は刑法中に於て犯罪の法律的结果として、公の法律秩序違反に對する反動作用として科せられるのであるから、其の際如何に警察の保安的傾向が含まれて居り、將來犯罪を爲すに適した物を犯人から取上げるの意圖が働いて居るに於て、沒收は竟に刑罰である。草案自身も亦第四項に於て金額を納付することに依る沒收の代換、即ち換刑を規定し、更にまた保安の必要の爲にならば判決時を標準にとることを必要とするであらう

のに(即ち犯人が危険な物體を抛棄して了つたとすれば、没收はない)所有權の問題について行爲時を標準とすることに依つて、没收が刑であることを否認して居ないではないか。没收は何れの點から見ても「危険」でない物に關することがあり得る。例へば禁獵期間中に捕へた魚の如し、物の「危険性」(Gefährlichkeit)は學說上では非常に濫用されて居る。絶對的に危険な物と云ふのは全然あり得ないのであつて、或る物は常に其の現に在る或る關係の條件の下にのみ危険を齎すことがあり得るに止まるのである。惟ふに刑法に於ける没收の理由としての物の「危険性」は之を仔細に觀察すれば、之を所持する人の危険性に過ぎないのではあるまいか。或る手工業者につき其の依つて以て他人を傷害した所の道具を没收したとするも、本人が將來同じ職業を続けやうとすれば、すぐ同じ道具を調達するに違ひない。果してかくの如くんば保安と云ふ處置は何れの點に存するか。

刑法上の没收の一切の場合に該當する此の制度の説明は犯人がそれを以て犯罪的行動を行つた或る物を將來持續ける丈の資格がないと云ふことに歸着する。

之を單なる保安處分と認めるのは、第三者に對する不當な加害を導くの虞があるのであつて、草案は此の點を看過して居る。即ち果して然るに於ては代換處分として生ずる金額の納付の義務は債務者の破産の場合にあつては訴追することが出来るであらう。即ち國庫は犯人の破産債權者、即ちさなきだに債務者の破産に因つて困難を感じつゝある國民の同胞に對して破産の割合を減少させるの立場に在る次第である。かくの如きは確に決してナチスの精神たるものではないのであつて、事の實際に

於ては此の債權は没收それ自體に於けると同様一種の刑罰としての性質を有し、破産法第六十三條第三項に依る刑罰としての債權 Straforderung として、破産手續に於てする辨濟から除外されるのであつて、誠に然るべきことである。

没收は現行法上道具 instrumenta 及び産出物 producta の範圍以上に互るのであつて、草案に依るも亦往々にして此の範圍を超えるものである。第六十四條 a 第二項には「本法の規定する以上は他の場合にも没收を言渡すことを得」と規定してある。財政刑法の没收に關する規定に想到しよへすればよい。此の場合は往々にして何れの點に於ても危険でない物件、即ち關稅の逋脱及び其の他に類する行爲の目的物である。此の場合に標準となるのは確に明白に刑罰の思想である。

第一條に依る場合以外の場合に於ける没收は所謂無差別の没收、即ち物が正犯、共犯若は第三者の何れに屬するを問はずに科せられる没收である。現行刑法典第二百九十五條は其の適用の一つの場合であつて、銃、狩獵用具、獵犬其他不當の狩獵に際して犯人の携帯した物の没收である。字義の上から解釋すれば密獵者が狩獵權者から前以て竊取した銃をも没收せざるを得ないであらうが、大審院は此の場合について一つの例外を認めたと。誠に不十分な應急的の處置と謂はなければならぬ。没收は物の犯罪的使用が全然所有者の責任でなくて行はれた場合にあつては、常に之を不適法としなければならぬ(註四十二)。新刑法典中に於ても此の制限は缺くことは出来ない。ナチスの國家は、自己の財産を濫用するにつき全然責任のなかつた同胞國民を犠牲にして、利得するものではない。只覆し得べき責任の

推定は何れの場合に於ても考慮せられるであらう。擇一的の附加刑又は保安處分は其の程度に於ては何等の區別をも設けるものではない。

所謂客觀的刑事訴訟手續 objektives Strafverfahren (草案第六十四條c)に於ける沒收は、刑罰ではなくて警察上の處分であり、只之を課するの權が刑事裁判官の手に置かれてあると云ふ丈のことである。單なる廢棄處分 Unbrauchbarmachung は沒收のやうに徵收 Enteignung たるものではなくて、此の處分は物の完全と物の價值とを成るべく傷けないやうにして其の物の「危險なる性質又は客觀的に違法な其の状態を除いて了はうと云ふのである。此の處分は行政法上に多く見る所であつて、現行刑法第四十一條及び草案第六十四條bは罪となるべき書類其他並に之を作製するの使途を有する版及び型に關して之を規定して居る。私見に依れば其の全體としての性質上猥褻であつて、獨り若干の箇所に於てのみ猥褻たるに止まるものでない書類は當然之を沒收すべきものであつて、獨り單に廢棄處分のみ^(註四十三)に止むべきものではなく、そして書類が若干の憂ふるに足りない内容を交へて居ることに依つて沒收を避け得られるものではあるまいと思ふ(是は非常に多くの場合について見る所である)。草案第六十四條b第一項及び第三項は廢棄處分を以て満足して居るのである。

(註四十三) 從來の刑法草案何れも亦斯の如し。

職業の禁止 Untersagung der Berufsausübung も亦沒收に於けると同様、刑法上にも應用することが出来れば、行政法上にも應用することが出来る制度である。現行刑法第三百十九條及び第三百二十條

は鐵道及び電信の施設の官吏に自由刑其他の刑を言渡すの外鐵道の輸送、電信の運行を脅威するの廉を以て鐵道及び電信の勤務に於ける服務の資格の喪失を宣言する旨を規定して居る。此の處置は疑もなく附加刑として考へられるのであつて、其の際此の刑罰手段を選択するについては保安上の目的が標準となつたものである。^(註四十四)之に反し現行刑法第四百二十一條に依る職業に従事することの禁止(一九三三年十一月二十四日の法律)に依つて追加された所のもの、並に是と歩調を一にした草案第六十三條bの職業に従事することの禁止は附加刑として認めることは出来ない。何となれば此の處分の目的上之を存続するの必要がもはや認められない場合にあつては、之を取消すのは裁判所の自由に屬することとなつて居るからである(第六十三條b第四項)。此の取扱方は絶対に刑罰の概念と相容れるものではない。それは何れとしても禁止は之を受ける者にとつて刑罰と類似の效力を有し従つてまた刑事訴訟法第四百五十六條d(一九三三年十一月二十四日の法律)の施行法に依つて刑事訴訟法に編入に依れば職業に従事することの禁止を即時に施行するときは受刑者其他にとつて其の目的とする所の外に在る甚しい苛酷を意味すべき場合には、裁判所は判決の言渡に際し申立に依り又は受刑者の承諾を得て決定を以て禁止の施行を猶豫することを得るのはかくの如き事實に基くものであることがおのづから了解せられる。此の點は公平上の理由に因り刑罰の概念を借りて來たのであつて、行政法上の性質を拋棄した次第ではない。かくの如く變形された保安處分に對しても別に懸念はないのであつて、而して之を刑事裁判官に附託するのは、職業乃至は營業の濫用を生ずる罪となる行爲との

關係からして合點が出来る。併し乍らかくの如き徹底的な職業上の閉鎖と相並んで單行法(税法、營業法等)中に掲げられてある幾多類似の構成を其の儘に存続せしめることは出来ない。不愉快な競合や矛盾を法律的慣行の負擔たらしむべきではない。

官吏については、現行刑法の特別規定第三十一條、第三十四條、第三十五條、第三百五十九條や懲戒法規が適用されるのであつて、此の場合にあつては相當の處置が刑法上及び懲戒上の性質を有する。此のことは禁止、剝奪等の同一の法律上の目的は行政法上及び刑法上の方法で達成することが出来るものであることを明示するものである。結論、特に恩赦に對する影響は二つの場合を通じて異なるものがある。併し乍ら爲し得る限りは統一的の法規を作らなければなるまい。此の刑罰上の處置並に刑種としての形式は持たない禁止其の他を選択する上には常に社會公共を將來の脅威に對して防衛すると云ふ目的が標準となつて居るのであつて、刑罰と保安處分とは此の點に於て事實上密接に相隣する。併し乍ら刑法上の規律は必然的に欠缺を伴ふのであつて、行政上の裁量のやうに弾力性は持ち得ない。刑種は如何やうに選擇され、其の形式は如何やうにせられやうとも、其の特徴には同時に缺陷の伴ふことを免れない。啓蒙時代に於ては新思想の闘士達は、大眞面目で、完全無缺な刑法を作ることが出来るものだと思ひ込んで居たものであつた。かのフリードリヒ大王の刑事立法者に與へた言葉に *Les choses parfaites ne sont pas du ressort de l'humanité* (圓滿具足と云ふことは人間の領分ではない)とさへある。極く重い犯罪にあつても責任に等級が成立するものであることを考へ、また訴訟制度が如何に周

匝細心に作られてあるにもせよ、神ならぬ裁判官には過もあり得るものであることに想到するならば、可分性 *Teilbarkeit* (即ち終身間の自由刑でないこと)と取消可能性 *Widerrücklichkeit* (即ち死刑でないこと)が缺くべからざる刑罰の性質と認められたことが了解される。けれどもわれわれの權威的な國政指導當局が一途に墨守し續けて居る國家の必要の前には、かゝる要求も認める譯には行かない。

死刑の問題に關しては、幕は既に締つて了つた。感傷的な氣紛れから脱却して國民の福祉を以て目標として居るナチスの國家に於ては、死刑が缺くべからざる必要であることは識者には明白となつて居る。教育すべからざる者に對しては教育の試みは奏效することは出来ないからである。而して死刑に値する犯罪(謀殺、大逆内亂罪の重い場合、背叛罪の重い場合等)を適切に規定するのは各則の任とする所である。

自由刑を重懲役 *Zuchthaus* 輕懲役 *Gefängnis* 禁錮 *Festungshaft* 及び拘留 *Haft* に區分するのは、草案第三十四條(健全な法律的感情に合致する所以である。破廉耻の若は少くとも著しい程度に於て名譽を傷ける所爲にふさはしいのは重懲役で、法律上道義上是認し難いことを表明するものは輕懲役である。禁錮を言渡されんが爲には犯人が名譽體面を傷けて居ないこと的前提が必要である。若し夫れ拘留に至つては専ら警察法上に於て輕い過失に因る輕罪、其他について必要とする所である。

終身間の重懲役を存置することには、往々にして反對する者があるけれども、それは不當である。謀殺の比較的輕い場合、故殺との限界はこゝでは論ずることは出来ないけれども、此の場合に重きを爲す(註四十五)

に死刑は免除してやるけれども單なる有期重懲役では充分とすることは出来ないと言ふやうな場合があり得る。加之強盜や放火などの重い形式についても終身間の重懲役を適當とすることがある。即ち死刑と有期重懲役刑の中間的階段として終身間の重懲役刑は缺くべからざるものである。

自由刑の輕重の差等は執行に際して表明されなければならない。此の規律は刑法典の仕事ではなくて刑法典を補充する行刑法の任とする所である。併し乍らナチスの精神と共に存する確認と要求とは此の點についても缺くことは出来ない。何人も囚人として——禁錮囚としても——國費を以て静觀瞑想の生活を送らんことを要求するの權を有しない。而して「教育ある者」*der Gebildete* に對しては——名譽毀損の犯行の場合を除けば——收監中肉體的の勞働を強ひる譯には行かないと云ふ偏見はナチスの國家に於てはあらゆる種類の勞働を平等視して居るのに顧みるときは之を一掃して了ふ必要がある。(註四十六)

(註四十五) 此の點については Oetker, *Deutschtums Erneuerung* 17. Jahrg. S. 504 ff.

(註四十六) 此の原則は墨守されなければならないが、併し囚人の健康、能力、職業などに對する斟酌を除外するものでないことは、素より言を俟たない。其の細則は行刑に關する規定の規律すべき所に屬する。

刑事政策學者が往々にして短期自由刑を全然利益なきものとし、有害な作用を及ぼすものとし、少くとも六週間以上又は一步を進めて三ヶ月の短期を必要であるとするのは、甚しい誇張に基くものであつて、若し其の形式を適當にすることに依つて短期自由刑を以てしても刑の目的、法律違反の充分な贖

罪等を達成することが出来るならば、短期自由刑は確に害悪ではなくして寧ろ特長であると云はなければならぬ。囚人を獨居拘禁 *Einzelhaft* に附して強制作業の下に徹底的に執行を行ふなら、短期自由刑の面白くない作用などは問題たることはあり得ない。比較的軽い過誤については數ヶ月に互る輕懲役は苛酷であらう(累犯其の他の場合は除外する)。然も罰金は決して常に充分たるものではない(又は犯人の財産状態に依つては効果を擧げることが出来ない)。輕懲役の短期は私見に依れば十日に定むべきであらう。(二日だの、三日だのと云ふ矮少な刑は不合理であること勿論である)。草案第三十五條は短期一週間として居る。「月」と云ふ代りに三十日の期間が選ばれることに依つて刑を月の期間とは無關係たらしむべきであると思ふ。何と云つても三日の多い少い——二月と三月との間に存するやうな——は重きを爲す次第だからである。

草案第三十六條 a は従前の諸草案(一九〇九年の豫備草案第十八條其の他)と一致して、所爲が特に甚しう刻薄 *Roheit*、害心 *Boshait*、慘忍 *Grausamkeit*、又は敗德 *Verworfenheit* より生じた場合、又は犯人の人格上(豫備草案に「前科 *Vorbestrafung*」上)とあるのは狭きに過ぎる)通常の行刑が犯人の上に必要な作用を及ぼさないものと認むべき場合には、減食、堅硬臥具、照明減少、是等の罰の定時反覆などの懲罰を以てする重懲役若は輕懲役の加重を規定して居る。ナチスの刑法は適切でない「人道主義」からは遠ざかつて、刻薄者其の他の者に應報及び豫防の見地の下に肉體的に身に染みて感ずることの出来るやうな刑を科することに配慮するものである。是等の分子中には體罰 *korperliche Züchtigung* を科するに於て、

一層有効な効果を擧げ得られるものが随分あるが草案は此の種の方法を採用することをしなかつた。それは誠に尤もなことである。「獄吏」[Büffel]に鞭打された者は此の出来事についての記憶が續く限り輕侮され通す。且又鞭打することを餘儀なくされる看守其の人も——「獄吏」と云ふ名稱の既に示して居る通り此の輕侮の一部を共にしなければならぬ。男子たる者の面目を傷けるやうな裁は、ナチスの國家の到底考へ及ぶことの出来ない所なのである。

行刑組織を過當に評價することには殆ど警戒する丈の必要のないことは、われ／＼の厭と云ふ程嘗めた經驗の教へる所である。特に刑の累進的執行は長期間に亙る重懲役及び輕懲役の刑について、執行の過酷に陥るのを避け、また束縛の獄舎からすぐに誘惑に充ちた自由な社會に送り出されるのを避けることを理由とするのであつて、之を短期の自由刑に應用しやうものなら、缺くべからざる刑罰の峻嚴を犠牲にすることゝなり、結局一つの漫畫となるに終るであらう。

禁錮と云ふ刑種は、決闘罪並に國事犯に對する草案の態度如何に依つて之を利用し得るや否やが定まる次第であるが、何れにしても禁錮も亦假令重懲役及び輕懲役とは別個な意味に於てあるにもせよ、兎に角現實の刑として感ずることの出来る害惡であらねばならぬ。

信念犯人 [Überzeugungverbrecher] それ自體を待遇するなど、云ふことは問題たるの餘地はない。ナチスの國家は其の不具戴天の敵の前に武器を投じて降を乞ふものではない。

凡そ國家たるものは其の國民各個について名譽を尊重しない以上は、みづからも名譽を享有するこ

とは出来ない。是は社會的の價値を有する一切の團體について認められる所であつて、法令が團體としての特別の名譽を認めて居ると、すべての國民各個に對する名譽の保護を以て充分として居るとを問ふものではないが、ナチス一流の見解に依れば同胞國民の全體、即ち國家に於て組織されて居る國民については特に著しく此の原則の適用があるのである。獨逸國民は名譽を把持する國民である。國民各個は名譽に反する行狀に依つて此の名譽の享受に與ることを失權せしめられる。是ぞこれ今日に於ける名譽刑 [Ehrenstrafe] の出發點であつて、名譽刑なるものが必要缺くべからざるものであることは、ナチスの光に照して見るに於てこそ直に明白なるものがあるのである。草案第四十六條以下が之を榮譽權 [Ehrenrecht] の失權として形成して居るのは適切である。併し乍ら公職就任資格 [Amtsfähigkeit] と選舉權及び表決權の喪失のみを、然も各別に取扱つて居るのには異議を唱へなければならぬ。是で榮譽權の全部が捕捉されるのではなく、それは爲し得る限りに於て刑法典自體中に於て行はるべきものと考へる。^(註四十七)

(註四十七) 従前の諸草案上名譽刑が二つの保安處分に倒錯されてゐることは、分裂と不完全とに於て作用を残して居る(信賴するに足らぬ人物を公職、選舉其の他から遠ざけること)。²⁾ Gerichtsral Bd. 104 S. 17 ff. 參照。

名譽權喪失 [Ehrenrechtsverlust] の全體中から一部を摘出して、制限的の名譽刑として應用することが出来る。即ち公職就任資格の喪失である。何となれば此の名譽刑は選舉資格に比較すると著しく其の

主體の品位を前提とするものだからである。

草案第四十五條^aに依る民權褫奪 *Achtung* には懸念を感じざるを得ない。何となれば其の影響の及ぶ範圍は明白ならず、且又有期重懲役刑と併科することも許されることになつて居るのは、忍ぶべからざる所だからである。犯人が其の所爲に依つて永久に國民的共同體の外に置かれたと云ふことが條件であるが問題たる罪種の特に重い場合〔草案第七十二條^a〕と云ふのでは不充分なのであつて、所爲は犯人と國民との間の絆を斷切つて了つて、犯人を以て引續き其の一員たるものと認めてくれることを共同體に向つて強ひることを得ないまでに其の敗徳を示すことを必要とする。背叛罪、大逆内亂罪、殺人罪並に社會的に危険なる犯罪の極悪なるもの等。民權褫奪は公告されるのであつて、獨逸の國籍公職就任資格、選舉權及び表決權の永久的喪失の結果を生ぜしめ、重懲役刑の場合にあつては草案第三十六條^aの加重刑を招來するのである。

プロシヤ邦司法大臣の覺書三十二頁、百十五頁は「國外追放」 *Reichsverweisung* に依る民權褫奪のみを規定して居るのであるが、草案に於ては國外追放については規定する所はない。之を除外すべきものでは確信がないが、國外追放に必然的に伴ふものではない。

（註四十八）
フライスラアは民權褫奪それ自體を以て完全な權利の消滅と認め、特に恩給扶助料の請求權其の他の消滅、如何なる職業上の名稱を帶ぶるを問はず自己を勞働者と稱するの權利、後見人證人其の他の者となる資格の喪失を意味するものとして居るが併し一切の權利の喪失と云ふことは果して遺漏なく

之を實施することが出来るものであるかどうかは具體的に審査するの必要があるであらう。例へば婚姻の羈絆も亦解消すべきものであるかどうかと云ふやうな問題が発生するであらう。かくの如き効果を伴ふ民權褫奪は、一八一三年のバウリヤ刑法第七條がローマ法の人格大減等 *capitis deminutio magna* 並にフランス刑法第十八條に倣つて規定した「民事死亡」 *bürgerlicher Tod* の制度に非常に相似たるものがあると云ひ得られる。併し乍らかかる制度の復活フランスでは一八五四年五月三十一日の法律、バウリヤでは一八四九年十一月十八日の法律に依つて廢止されたは、切に思止まらせて然るべき所であらう。

（註四十八） *Denkschrift der Akademie S. 113 usw.* 尙ほ *Rietzsch, Kompendes deutsches Strafrecht S. 99* を參照。
（註四十九） *Gutachten Bischoffs bei Gold. Materialien zum preuss. StGB. I S. 483 ff.* は今日尙ほ注意に値するものである。

われは寧ろ草案を基礎にとつて民權褫奪を評價することを必要とするであらう。之に依れば被民權褫奪者は刑務所から放免された後國內に滞留することを得るのであるが、同胞國民として承認せられんことを求める請求權は失權するのであつて、被民權褫奪者は汚辱を押し付けられた外國人と看做される。所でそれからはどうなるか。ともに暮して行くことは本人にとつて不可能も同然である。本人は犯罪が双手を擴げて歓迎して居る間に身を投ずることを餘儀なくされるものと見はすまいか。本人は餓死するを欲しない。また世間は本人を餓死させることは出来ない。貧民救済の客

體たらしめんか。仕事を強制しなければならぬ。同じく仕事を強制するなら刑務所内で仕事に従事せしめた方がよくはないか。被民權褫奪者其の人も、若し一片廉耻心の存するものあらば、自身生涯刑務所内に滞留せしめられんことを切實に願望しはすまいか。之を植民地に流竄せんか。我が國に植民地なきを如何。本國內に刑罰植民地 Verbrechergeliet を設けんが爲には、他の反對理由は除外するにしても、地域に餘裕のない我が國民は其の所を持たない。

だから剩す所は只民權褫奪を死刑及び終身間の重懲役に結付けるの外、法律上裁判所に對して民權褫奪を必要とする場合には、それ自體該當する有期若は終身間の重懲役に代ふるに民權褫奪を以てするの外はない。併し乍ら原則としては民權褫奪に値ひする犯罪は、さなくとも終身間の重懲役若は死刑に値するであらう。

かやうな次第で民權褫奪は極く重い刑の特殊的加重 qualifizierte Verschärfung となるものであるが併し乍ら重懲役刑の爾後の執行を抛棄して當初からの抛棄は不可である(國外追放を爲すことを得るものとするのは、民權褫奪の根本精神に合致する所以であらう。所が更に解明の必要ある問題が此の點に連つて發生する。即ち刑事政策上の見地からすると、犯罪人の追放と云ふことは、隣國がかゝる犯罪人の輸入を喜ばないで出来る丈早く此の侵入者を再び追つ拂ふことに骨を折ると云ふ點から云つても既に全然懸念すべきことである。(此の理由は嘗て屢々見た邦外追放の刑を消滅するに至らしめた。只國家行政上の處置としては追放が別個の半面を示すことは云ふまでもない。

ナチスの國家に於ては犯人が其の犯罪に依つて國籍を失つた場合にあつては、犯罪人との國民的羈絆が其の意味を失ふことは確實であるが、草案の民權褫奪に關する終局的の判斷は此の處分の形式が疑を容れない程明白なるものあるに及んで初めて可能となるのである。

罰金の形式を社會的正義に適合するやうにすると云ふことは、非常に困難な問題であつて、殆ど解決するに苦む。立法者も此の點については現在の所では云はゞ只内金拂をするに止めるの外はないと云ふ有様であるが爲すべき所は尙ほ多々剩されて居る。

現行刑法第三十條は罰金の判決が受刑者の生存中に確定した場合にあつては、遺産に對して執行を許すことにして居る。此の規定に對しては隨分非難があるけれども、非難は何れも不當である。由來刑罰は相續し得べからざるものと解するのが正しいけれども、遺産に對する罰金の執行は刑の執行ではなくて、寧ろ確定判決に由つて國家にとつて生じた公法上の債權を自體を取立てる文のことであつて、決して相續人を罰することを目的とする譯合のものではない。受刑者が判決の確定後納付することをしなかつた事實に因つて相續人にとつて生ずべき利益を相續人自身に保留するのを辯護するに足るどれ丈の有力な理由があるか。實際ナチスの國家は相續人のかくの如き不當利得を默看過する理由を持たない。従つて現行刑法第三十條に相當する規定を執行法中に設けなければならぬ。受刑者が精神病になつたとした所で罰金の執行を除外することに考へ及ぶ者は一人もない。是も亦刑罰の執行ではないのである。

自由刑が受刑者の年齢職業、健康状態其の他に從つて其の効果を異にするのは避くべからざる所なのであるから、立法者は必要ならぬ自由の褫奪を避ける爲に罰金の方法を執るの充分な理由を有する次第である。併し乍ら健全な國民の通念に依れば、大多數の罪は犯人が其の一身を以て贖罪を爲さんことを要求するものである。

二つの刑種を結合するのが適當であることが随分多い。從つて草案第三十八條が「犯人が利得を爲すの意圖に於て行爲を爲したるときは、法令が罰金を認めず、若は自由刑と選擇的にのみ之を認めたる場合にあつても罰金を自由刑に併科することを得と規定して居るのは非常に正しい。應報と豫防との二つの見地の下に理由のある結合である。

草案は代科自由刑 *Ersatzfreiheitsstrafe* (第三十九條を成るべく避けるやうに努めて居るのであつて、さればこそ納付期間の許與、分割納付(第三十七條第二項)、自由労働に依る罰金の償却(第三十九條を規定して居るのである。是等は失業流行の時代には殆ど全然役に立たなかつた便法であつたが、今日では極めて廣く開放せられて居る所である。ブルヂョアは罰金を完納して苦役を免れることが出来るが、プロレタリアは刑務所入りをして身を以て罪を償ふことを餘儀なくされるとあつては、社會的感情は甚しく傷けられざるを得ない。けれどもかくの如き不平等を全然避け切ると云ふことは出来ない。蓋し代科手段がない爲に罰することが出来ないと云ふやうな結果を來すことがあつてはならないからである。

立法者の指導精神は犠牲の均等の原則 *Prinzip der Opfergleichheit* であらねばならぬ。草案第七十條第一項に罰金は犯人の生計と經濟上の状態とに適合するを要す」とある。けれども此の要求を完全に貫徹することは司法が敏速を必要とし、廣汎なる範圍に互つての調査を不可能とするの事情の爲に失敗に終らざるを得ない。罰金には常に所爲の性質と犯人の經濟上の状態との二種の量定事由を斟酌することを必要とし、此の兩者が互に相矛盾することが稀でなく、其の結果純粹の結果を達成するを得ないと云ふ困難が存するのである。

草案第三十七條第二項は判事に、定額の罰金と所得の分類に從ふ罰金との間に選擇を爲すことを許して居る。けれども第三十七條第一項が罰金の寡額を受刑者の一日に於ける平均所得額に依つて定めることとして居ることに依つて、犠牲の均等が害せられることとなりはしないか。即ち受刑者が家父 *Familienvater* であると自分一己の爲に配慮するを要するに止まるとを問はず、また受刑者が如何なる支拂の義務其の他を負ふて居るかに頓着しないものでらうか。

此の點にかけても理想は到底達成することは出来ないが、只理想に近づく丈の努力はしなければならぬ。(註五十)

(註五十) *Gerichtssaal Bd. 88 S. 161 ff., 特に S. 189 ff.* に於ける相當の提案を見よ。

罰金は犯人が所爲に由つて享受した利益を超過するを要するものであることは(草案第七十條第二項)自明的な事柄であるが、それにも拘らず嘗ては此の原則が一向斟酌されないので、徒らに暴利者や奸商

の利益にのみ終つて居た。

草案第七十三條第二號末段は、現行刑法第二十七條に於て罰金の爲に餘りに汎く自由刑を抛棄して居るのに代へて、法定の減輕事由を存し且刑罰の目的を達成するのに充分であるときは、本來該當する一ヶ月以下の自由刑を罰金に換刑することにして居る。

自由刑の量定は、互に相交又する考慮——所爲の形態と犯人の財産上の状態——を斟酌しなくてもいゝ點に於て罰金に比較して大變に樂であるが、其の代り刑の量定に關する理論の構成が不充分であると云ふことが非常に重壓を加へるのが目に立つて感ぜられる。ナチスは責任を測定するに當つて汎く倫理的の標準に據らんことを要求するのであるが、從來此の刑法と道德との同化について施爲された所の如何に貧しかつたことよ。

(註五十一) Saatz, Gerichtssatz 103, 28 ff. の記す所頗るよし。

具體の場合に相當する刑は机の上で算出することは出来ない。刑は所爲と責任との評價に立脚するものだからである。草案第六十條は過失犯に關して犯人の惹起した危険と損害とを完全に斟酌しなければならぬことを言明して居る。故意に因る行爲は其の程度に於て判断を別様にするに云ふのは、明白な矛盾ではあるまいか。犯人は故意の包括する所である法益に對する脅威と法益に對する加害との何れもについて責任を負はなければならぬ。適切に規定された故意の概念は現實の所爲の形態と犯人が念頭に置いた所爲の觀念との相違が如何なる程度に於て故意の問題にとつて重要

であるかを教へるものである。結果責任 *Erfolgshaftung* は廢止されて了つた(草案第二十條)。刑罰を決定する責任の根據は獨立して所爲の標準の外に立つものではなくて、寧ろ是と不可分に結合するものである。意思刑法 *Willensstrafrecht* 即ち責任刑法 *Schuldstrafrecht* に於てどうして他岐あることが出来やう。ナチス一流の見解に依る刑罰の根據の中には、贖罪と云ふ思想と保護と云ふ思想が平等に包含されて居るのであつて、此の兩者は刑の量定についての規定に於て完全な作用を發揮する(草案第六十九條)。犯人の犯罪意思の程度は國民の福祉と國民の平和に對する侵害の方法からして、所爲の責任ある結果からして並にまた所爲後に於ける犯人の行狀からしておのづから明白となる(第六十九條末文)。

何れの點に於ても犯行に相當する完全に公正な刑を量定するのは、練達堪能である思慮周密である判事にとつても殆ど不可能とする所である。寛嚴何れの側面に於ても過當に失するを避けて判事に充分な裁量の餘地を與へること、是ぞこれ各則の部に於ける法定刑の任とする所である。

無名の刑罰減輕事由 *Strafmilderungsgrund* たる「減輕情狀」 *mildende Umstände* は從來其の全力を擧げて刑事司法の軟化に寄與したものであるが、草案にあつては之を削除して了つた。元來減輕情狀の制度が我が刑法上に採用されたのは偶然な沿革上の理由に基くものであつて、之に依つてフランス刑法典に由來する過當に重い法定刑を事理に適せぬ方法で矯正しにかゝつたものである。充分の思慮を廻らして刑罰の限界を定めれば比較的重い場合と比較的軽い場合とを併せ斟酌することが出来る

獨逸刑法に於ける減輕情狀は奴隸的に外國の法制を踏襲したことの惡例の一つであつた。けれども法條に必要な重みを失はせて了ふ虞があると云ふ理由を以て、普通の法條中では斟酌することの出來ない減輕情狀もある。されば草案第七十三條は法律上承認された事由(例へば從犯の場合に於て)を存する場合に標準刑の減輕を許し、減輕情狀の場合に該當するやうに判事の自由な裁量に従つては標準刑の減輕を許さないことにした。

草案は其の外特に重い場合と非常に軽い場合とであつて通常の刑の範圍を上又は下に向つて押破るやうな種類の場合につき、正常の率に對して刑罰變更事由を規定し(第七十二條a及び第七十四條)所爲のあらゆる形態を取扱ふに於て汎く公正を失ふことなからしめるのに骨を折つた。わけても特に重い場合は、國民の福祉に對する重大なる加害若は脅威の場合、及び犯罪意思の特に増悪すべき場合に之を存する。之に反して責任が非常に輕くて最も軽い通常刑もまだ苛酷に過ぎるものと考へられるときは、判事は更に軽い刑を言渡すの權を與へられるものである(第七十四條)。プロシヤ邦司法大臣の覺書百二十一頁は、かくの如き場合には檢事の承諾を得て全然刑を免除することを許さんとした。實際の所形式上法令に對する違反はあつたけれども、其の責任は無に歸せしめ得る場合もあり得る。併し乍ら刑法混亂の時代の後を受けた今日草案が此の場合についての論結を抽出するのを將來に一任したことは、首肯出來ること、謂はなければならぬ。

全然別個の理由に基く無罪の特典 *Straflosigkeitprivilegium* であつて打破することを餘儀なくされた

ものが一つある。即ち終身間の重懲役を言渡さたる者が更に同一の刑を法定せられたる犯罪を犯したときである。かくの如き場合及び類似の場合に於ては草案第七十二條cは、其の當然受けるに値する死刑を科することにして居る。

常習犯人を峻烈に鎮壓することは久しい以前からの需要であつた。草案第七十二條h(現行刑法第二十條a)に倚據すは此の問題を眞面目に考へて居る。ナチスは國民の福祉を犠牲にして犯罪人を愛護することを認めるものではないのである。

經驗上反覆される傾向を示す犯罪については累犯の刑を設けるのが適當な補完の方法ではあるまいか。此の常習の一階段を設けるのは、各則の部の盡力すべき所であらう。

其の寛恕を適當とする場合には軟弱と認められることなくして寛大なるを得るのは、強者である所のナチスの國家の特權である。刑の條件付猶豫は濫用された結果此の制度をして眞に推稱に値せしめないが、草案第六十四條a以下は其の正常なる根本精神を認め、刑の留保を伴ふ訓戒 *Verwarnung mit Strafvorbehalt* の形態を以て用心深く之を實現して居る。條件(情況、犯人の人格、其の従前の經歷、其所爲後の行狀等)の審査や行使期間中に於ける犯人の素行などを眞面目に考へるならば、其の作用の裨益する所多いのを確實に豫期することが出來るであらう。

時

效 (註五十二)

不十分な證據の基礎の上に立脚する刑事判決は、其の結果に於ては正當である場合にあつても謬つた判決である。謬つた判決を防がんが爲の法制の一つは、特に刑事訴訟の時効である。由來證據は移ろひ易きものであつて、免責證據 *Entlastungsbeweis* と負責證據 *Belastungsbeweis* との間の關係が時の経過につれて禍な推移を執ることがあり得る。

Reinhardt (註五十二) Oelker: „Reform des StGB.“ I S. 307 fg.; Riemer in „Kommendes deutsches Strafrecht“ S. 156 fg.

併し乍らかゝる理由あるに因つて謬つた判決を避けることが、時効と云ふ法制の唯一の論據たるものではない。現代當面の任務に關して餘りにも多くの爲すべき仕事を持つ刑事官署は、困難なくして遠い昔の出來事に執掌することは出來ない。どう見込んでも暗闇を照し出す骨折をすることに依つて時間と勞力とを徒費するの虞があり、且之に因つて本人に其の或は達成された結果と不釣合な關係に在る禍害を生ずる虞があるときは、過去は其の儘に差置く必要があるのである。

凡そ人の作爲木作爲の歴史的評價は、作爲木作爲を生計と生業の全般との關係に於て捕捉し傑出した特長があれば重要でない個々の過誤は之を看過し、常に功勞と責任とを相殺するの傾がある。公正なる倫理的判斷は歴史的判斷に於けるが如く、部分から全體に進むことを必要とするものである。

ナチスは汎く法と道徳との調和を期するものであるが故に、所爲の後多くの年月を経たるの故を以て、證據の移ろひ易い理由に因り所爲の刑法的判斷が容易に不當なる結果を來すの虞があり、且貴重な又は少くとも非難を容れない素行の全體から道義的標準を誤認して遠い昔の出來事を切離すの虞の

ある場合には、刑法上の判斷を抛棄せざるを得ない。

草案第十一章の冒頭の規定第七十九條に「所爲の可罰性は時の経過に依つて消滅せず」とあるのは、以の上の見地と相容れないものがあるやうに考へられる。併し乍ら委員會の審議録第七十九條の註二に依れば小若は中の犯罪は一定の時期以後は訴追の禁止を受けることになつて居る。果して然らば其の時からは事實上可罰性は消滅して了ふ次第であつて、それにも拘らず尙ほ存続する實現することの出來ない可罰性は、之を認めるにせよ、認めないにせよそれは單なる講壇上の意義たるに止まるであらう。立法者が時の経過したことを原因として刑罰を抛棄しやうとする内面的の理由は、處罰の必要がもはや存在しないと認めるからのものであつて、即ち可罰性の消滅して居る事實の中に其の理由を存するものである。併し乍ら此の點を明かにするを要するものは刑法典であつて、刑事訴訟法ではない。

時効適性 *Verjährbarkeit* の二つの理由、即ち證據の移ろひ易いこと、處罰の必要の存在しないこととは、一方的に追究して行くと非常に異つた結果に到達するの虞がある。證據の存否、證據狀況の移動の如きは百千の條件に繋るものであつて、前以ての算定を嘲り、従つて此の見地の下に於ては時効期間の階段的順序を設けることは不可能であると考へられる。之に反して處罰の必要は犯罪の輕重に依つて時の影響に對して多少の抵抗力を示すものであつて、其の程度に於ては期間に等級を附するのは誠に尤もなことである。即ち餘り重要でない犯罪の場合にあつては、證據法上の理由に因り刑罰の抛棄を決意せしめられ易い。

事の本質上から云へば委員会も亦此の見地に在る次第であるけれども、其の希望に係る訴追の強制訴追の可能及び訴追の禁止の別に依る三分主義に對しては、懸念の生ずるを禁ずることは出來ない。死刑に値する犯罪の時効適性に對して非常な反對があることは恐らく合點の行く所であらう。何れにしても三十年乃至は四十年の経過した後にあつては訴追は、特に其の職分を有する官署に於て審査を爲したる後の授權に繋らしむべきではないか。篤と考慮する必要があるはずまいか。中間の階段である「訴追の可能」と云ふ等級については實際上の取扱の不平等が懸念されるのであつて、極く汎い範圍に亘つて與へる裁量上の考慮の統制することの困難なるの故を以て、司法の不公平であることに對する不信用を理由付けるに適當なものである。刑事訴訟法第五百三條以下に於ける便宜主義は充分な理由を持つものではあるけれども、併し委員會がそれを見込んで居るやうに五年乃至若干年の経過した後にあつては、重懲役に値するすべての犯罪に之を擴張することには非常な懸念が伴ふ。従つて此の論結は、絶對的の訴追の強制條件付の授權を條件とする「訴追の強制、訴追の禁止の三別とするのが正しいのではあるまいかと思ふ。訴追の禁止の發生と同時に時効が存することゝなる。訴追の強制の期間は、犯罪の輕重に従つて等級の區別を設くべきであらう。

時効が效力を持続する限りは時効は刑罰請求權を消滅せしめること、恰も民法に於て請求が時の経過に依つて消滅するのと同様である。従つて其の結果は釋放であつて獨り手續の中止のみに止まるものでない。手續の中止は、時効に罹つて居ないと云ふことが訴訟條件を生ずる場合に限り適當とす

る所であらう判決は所爲が行はれたると否とを問はず、釋放を必要とすることに依つて——時効期間の満了に因り——往々にして擇一的性質を有することがある。刑事訴訟については出發點は犯罪に因る彈劾である。然るに刑法上の規律は現實の所犯に係る所爲に端を發するものである。

(註五十三) かやうな次第で *Rish, Gerichtsral 36, 247, fg., Zeitschr. f. Strafrechtswissenschaftl. 9, 250 fg.* の見解は支持することは出來ない。

確定判決を経た刑の時効については、刑の執行處分も亦それが遅きに失する場合にあつては全然刑の目的を達成することを得ず、若は不完全にしか之を達成することを得ないと云ふことを理由とすることが出来るけれども、時効の重要な論據の一たる證據狀態の變動は濟んで了つて居ることであるから、時効を固執する以上は、犯罪の責任の外に刑を忍容するの義務の不履行と云ふ事情が附加はるのであるから、期間の伸長を當然とする。併し乍ら違警罪については期間の満了を以て充分とするが、重罪及び輕罪については其の外、其の爲したる調査が反對の結果を生じた場合にあつては、執行を開始すると云ふ意味に於て、善良な行狀を要求すべきではあるまいか。只死刑は時効の一般條件の履行のあつたにも拘らず、特に其任を有する官署の裁斷に基いて其の執行を許すの程度に於て、當然特別の地位を有せしむべきものであると考へる。(恩赦の場合は留保する。委員會の樹立した準則の一部は此の論旨と一致する。

褒賞的應報 *lohnende Vergeltung* を與へると云ふ理念と努力とは、應報が如何なる形式を執るにもせよ、また之を全然精神的に考へるにもせよ、乃至は多少有形的に考へるにもせよ、國民意識の中に重大なる意義を有するものであることは、刑罰を犯罪に結付ける働と多く譲る所はないものである。應報の精神は法域の全般に互つて極めていろ／＼に適用され、また極めていろ／＼な部門に岐れるのであつて、刑事立法にも亦收容せられざるを得ない。本分に従ふ法律規範の遵守は云ふまでもなく報酬を請求することは出来ない。けれども刑罰の消滅、刑罰の減輕、刑罰の作用の消滅と云ふ結果を以て責任と功績とを褒賞的に相殺することは、ナチスが法律上に認めて居る國民の道義的觀念に於て確立して居るのであつて、缺くべからざる必要である。一時の過誤は奮然たる永久的な正しい行狀に依つて消滅するものと看做され、又は少くとも減殺されるものと看做される。一旦の誤りに蹉跌した同胞國民が更生の爲眞面目な努力を續けつゝあるに當つては、之に救済の手を差伸ばしてやることは、徹頭徹尾指導者の意思に合致する所以であらねばならぬ。

刑法に於ける褒賞精神 *Lohngedanke* の具象化された最も重要な例は現實の悔悟 *tätige Reue* 判決に依る刑期の終了する以前に於ける條件付釋放刑の條件付言渡刑の言渡を受けたる者の復権である。現實の悔悟草案第三十條第三項第三十一條第二項第三十二條b)については各則の部を援用すること

なくしては、此の原則の作用を充分に理解することは出来ない旨を指摘するに止めたい。褒賞的に刑罰を左右する制度の他の三種の適用は、刑事政策上非常に重大な意味を有するものである。其の中條件付釋放は行刑法中に於て規律せられる。「刑の條件付言渡」は「刑の留保付訓戒」 *Verwarnung mit Strafvorbehalt* (第六十四條a)以下)としての著しく改善した形態に於て刑法に收容された。

若しそれ復権 *Rehabilitation* の根本理念に至つては、既に執行済なる刑に對しても後の善行は效力があるものとして認めることが出来ると云ふことである。非難を容れない素行に依つて永久的の改善が證明された場合に於ては、此の事實は、刑罰を受けたと云ふ事實に對して補償力を有する。此の健全な國民の通念に基いて特にスウエスの法制に於ては、獨特の法律的構成が發達した。即ち復権の制度である。然るに獨逸に於ては同一の法律的理念は著しく忘却されて了つた。謂ふ所の復権は刑の言渡の結果として喪失した榮譽權の回復と處刑名簿 *Strafregister* に於ける刑の登録の消滅に於て表明されるものである。

草案は、一九二七年の國議會提出案第五十條の裁判上の榮譽權の回復に關する規定を踏襲することをした。此の程度に於ては恩赦に依る復権のみを認めやうと云ふのである。かやうな次第で刑の言渡を受けた者の自己復権 *Selbstrehabilitation* の承認と云ふ是認する價值のある根本精神は拋棄されて了つた譯である。只恩赦の權は此の法制に依つて減縮されるものではなく、從來と同一の範圍に於て言渡された主刑と附加刑に對して、高い正義と重い合宜性との理由に基く餘地を存するもの

である。併し乍ら刑の言渡を受けたる者が自分に働いて得た所のもの、爾後の生活に於ける實直な行狀に依つて當然受けるに値する所のものは、恩赦を拒むことに依つて此の者から取上げるべきものではなく、恩赦を與へることに依つて初めて與へられるべきであらう。

一九二〇年四月九日の處罰標記抹消法 *Strafzeichengesetz* は程度を超えた不當の復権に依つて反對の方向に餘りに行き過ぎたのであつて、切實に修正を必要とするものと考へる。此の法律は根本的に謬つて居る一八九九年及び一九〇〇年のフランスの復権立法を模範としたものであつて、此の立法例に依れば復権は新に處罰されることを避けて單に一定の期間を経過することに依つて全然自動的に行はれることになつて居る。従つて本人が再び刑事裁判官の厄介にならぬ丈の心掛さへ持つて居れば、どんなに素行が賤劣であつても復権の邪魔にはならないのである。而して獨逸法は復権の二つの階段を認めて居る。先づ第一に一定の期間が経過するときは登記簿に於ける登記事項に關して制限された報告しかされないで済む。更に一定の期間が経過すれば登録事項は抹消されて了ふけれども、處刑名簿に新規の登録事項が出來た場合は此の限りではない。併し乍ら報告の制限や抹消の命令は、素行の實直であることの確認に基く裁判所の宣告に依つて之を爲すことにするのが正當なのではあるまいか。加之抹消即ち登録事項を湮滅することは公の利益而して同時にまた容易に私の利益をも害して事實を隠蔽するものに外ならない。従つて遺傳生物學的研究 *erbbiologische Forschung* の不利益に歸すること非常なるものがある。何となれば遺傳生物學的研究はかくの如くにして直に償

ふべからざる資料を奪はれることとなるからである。(註五十四)

(註五十四) 其の他の點は *Gerichtssaal Bd. 87 S. 161 ff.* (是は一九一八年三月二十一日のオーストリー復権法に關する) 并に *Bd. 89 S. 161* (一九二〇年の獨逸法に關するもの) に於ける批評を参照せられたい。

褒賞的應報と結付いて考へられるのは、豫防的保安的見地である。犯罪の惡結果を防止し其の發した損害を回復し、刑務所内に於て善行を保ち、釋放された後は嚴格に法律的な實直な生活にいそむるに於ては、犯人は刑の一部若は全部を免除せられ、處罰された事實に伴ふ名譽上の汚點は消滅することゝもなるならば、犯人にとつて有力な刺戟たらざるを得ない。

保安處分 (註五十五)

犯罪を有効に鎮壓する爲に刑と保安處分とを結合するの必要であることは、個人が國家の強制を免れて自由な立場に在ることを以つて幸福であるとする個人主義の時代が全然否認されて此の方は、争ふべからざる眞理であるとして確立して居る。ナチスの法制の目標は國民の福祉であつて、之を擁護する爲には共同體に屬する各員は、其の行動の自由をいづくに制限されることを忍ばなければならぬ。

(註五十五) Exner, System der sichernden u. bessernden Massregeln nach dem Gesetz v. 24. 11. 1933, Zeitschrift für die

Strafrechtswissenschaft 53 S. 629 fg.; Mejer, Täterstrafrecht, Deutsch. Strafrecht Folge I 125 fg.; Schwarz, Jurist. Zeitung 39, 43 fg.; Schoetensack, Strafe u. sichernde Massnahme, Denkschr. d. Akad. S. 90 fg.; Sieger, Grundlege d. Strafrechts S. 71 fg.

適時に干渉することに依つて未發に防ぐことを得べく、適當な反動作用を加へることに依つて其の擴大を制限することを得べき禍害をば拱手して増長せしめるのは愚かしいことである。然もこんな明々白々な事理が今や過云の夢となつて了つた時代の刑法に於ては、何とまあ心に留められなかつたことだつたらう。云ふまでもなく刑罰は假令決して敏速でなく、また有力でもなかつたけれども兎に角に行はれては居たが、豫防は全然警察に一任されて居て、警察は臨機應變其の場其の場で具體的の犯罪を妨止することは出来るにしても、犯罪の淵源を塞ぐことは不可能であつた。凡そ其の素質上、其の行狀上責任を以てにせよ、はたまた責任なくしてにもせよ、同胞國民や共同體に害を被らしめるの虞れある者は、危険の狀態の繼續する間は之を保安の狀態に置かねばならぬ。若し治療效を奏し、矯正成就するに於ては本人自身にとつても恩恵と云はなければならぬ。何れにしても是等の者は其の必要である間は之に排害處分を施さざるを得ない。

ナチスは徹底的に此の點に干渉を加へ、一九三三年十一月二十四日の法律を以て、從來は軽い短期の刑を科した後は新しい行爲を恣にさせて居た、危険な常習犯人に相當の重い刑を以て臨むと同時に、保安及び矯正の分別ある處置を科することとした。犯罪的精神病者并に限定歸責能力者は公安が必要とする以上は療養施設若は養育施設に收容するを要する。酒精濫用者は其の縱横無碍なる行動に於て周圍の世界にとつての危険を成すものであるが、一度之に刑法違反の事實が附加はるに於ては、其の必要なる以上は之を適法にして秩序ある生活に馴致せんが爲に、酒癖矯正所又は節制所に之を收容する。浮浪者、乞丐其の他は邦警察官廳に附託し、勞働留置所に收容するの權限を之に委任する代りに直に處分の指定を爲すことを適當とする。或る者が危険なる常習的犯罪人として刑を云渡された場合に於ては、公安が必要とする以上は裁判所は刑に併科して保安處分を命ずるを要する。刑法委員會の草案が此の處分を踏襲することを餘儀なくされたのは當然のことである(第五十五條第一號乃至第四號)。

其の外危険なる性的犯罪人に向つては、刑の外に犯人の收徳なる行動に對して社會を保護する爲に、去勢處分 *Entmannung* を施す。即ち現行刑法典第四十二條五(一九三三年十一月二十四日の法律に依つて挿入並に之に相當する草案第六十三條a)の規定である。尙ほ一九三三年七月十四日の遺傳病の豫防に關する法律も、此の序に擧げて置きたい。

是等の保護の處分はわれ／＼國民が永い間不自由することを餘儀なくされた所のものであつて、其の作用は頗る慈恵に富んで居ることであるから、獨逸國民の感謝を受けること確實である。我が國の裁判所は是等の處分をナチスの精神に従つて運用し、刑と保安との間に區別を立てることを心得て居るであらう。此の刑と保安との作用を同視するのは刑にとつても損害であれば、保安にとつても損害

であるがナチスが政權を執る以前の頽廢時代には是等の作用の同視される危険を大眞面目で心配しなければならぬのであつた。保安刑 *Sicherungsstrafe* なるものが幾度も蒸返して讚美されたことであるがそれは要するに刑と保安處分とのまぜ合せ物に外ならないのであつて、極端なる刑法反對論者は保安處分を以つて刑に代らしめやうと志したのであるから従つて刑供は刑法文、保安處分に關する法律は保安處分文を規律することにして兩者を截然と區別せんことを要求する者すら生じた。(註五十六) プロシヤ邦司法大臣の覺書中にはまだ此の懸念が歌つてあるが、今日ではもはやかゝる懸念は存在しないのであつて而して裁判手續に於て相對立する處分を併合することに明白に隨伴する手續法上の困難はそれこそ免除しなければならぬ所に屬する。

(註五十六) Oetker, *Missregeln der Besserung und Sicherung*, Gerichtssaal 92 fg.; *Beschluss der deutsch. strafrechtl. Gesellschaft*, Gerichtssaal 95, 104.

われ／＼が今や持たうとする保安處分は獨り加害を遠ざける爲に役立つのみに止まるものではなくて其の一部分は治療若は養育の必要ある者其の他に對する保護に關する國家の道義上の義務に依つても由來せしめられるものなのである。

參考書

ナチスの刑法

- Das Kommende Deutsche Strafrecht. Allgem. Teil. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission. Herausgegeben vom Reichsjustizminister Dr. Gürtner.
- Grundzüge eines allgem. deutsch. Strafrechts. Denkschrift des Zentral-Ausschusses der Akademie für Deutsches Recht, in „Schriften der Akademie für Deutsches Recht.“ Herausgegeben vom Präsidenten der Akademie, Reichsjustizkommissar Dr. Frank.
- Dahn-Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*
- Stöck, *Strafe als Dienst am Volke.*
- Siebert, *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate.*
- Fritz Wolf, *Krisis und Neubau des Strafrechts.*
- Henkel, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staate.*
- Nicolai, *Rassengesetzliche Rechtslehre (Nat-sozial. Bibliothek Heft 39).*
- Binding, *Lehrbuch des Strafrechts. Besond. Teil Bd. I S. 356 fg. Bd. II 1 S. 179 fg.*
- Oetker, *Zur Urkundenlehre im Strafrecht.*
- Sauer, *Wendung zum nation. Strafrecht, Gerichtssaal Bd. 103 S. 1 fg.*
- Goetzler, *Gerichtssaal Bd. 104 S. 343 fg.*
- Oetker, *Strafen und sichernde Massnahmen nach dem Vorentwurf zu einem neuen Strafgesetzbuch 1910*

Oetker, Reform des Reichsstrafgesetzbuchs I S. 307 fg.
 Oetker, Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft Bd. 17 S. 60 fg. u. 539 fg.
 Oetker, Gerichtssaal Bd. 87 S. 161 fg., Bd. 88 S. 161 fg., Bd. 89 S. 161 fg., Bd. 92 S. 1 fg., Bd. 104 S. 1 fg.
 Oetker, in „Deutschlands Erneuerung“ 17. Jahrgang S. 604 fg.
 Dahm, Juristenzeitung Bd. 39 S. 821 fg.
 Schaffstein, Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft Bd. 53 S. 614 fg.
 Exner, Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft Bd. 53 S. 629 fg.
 Mezger, „Deutsches Strafrecht“ Folge I S. 125 fg., 145 fg.
 Schwarz, Juristenzeitung Bd. 39 S. 43 fg.
 Goldammer, Materialien zum preussischen Strafgesetzbuch Bd. 1 S. 483 fg. (Bischoff)

(以上)

危険なる常習的犯罪人の取締并に保安及び矯

正の處分に關する法律(一九三三年十一月二十四日の

法律附同法律の全文)

國司法省局長

シエーファール

一、新しい觀點。犯罪に對して國民的共同體を有効に保護すると云ふことに殊更に重きを置くこと。犯罪を鎮壓するのに一元的方法を以てしないで將來は二元的方法とすること、即ち將來は刑罰と平行的に保安及び矯正の處分を以てすること。

一九三三年十一月二十四日の危険なる常習的犯罪人の取締並に保安及び矯正の處分に關する法律は實に我が獨逸刑法の發達上に於ける一轉機を劃するものであつて、現行刑法典の施行以來其の組織に爾く深刻な而してまた爾く根本的な干涉を加へた法律は未だ曾て之を見ない。併し乍ら此の法律が終局的に解決して居る問題は決して新規な問題ではないのであつて、久しきに亘つて刑法改正事業に於ける指導機關として自他共に許した國際刑事學協會は、四十年前既に偶發的犯罪人 (Gelegenheitsverbrecher) と常習的犯罪人 (Gewohnheitsverbrecher) とを區別するは、理論上の點に於てもはたまた實際上の點に於ても、根本的の意義を有する所なるが故に、之を刑事立法の基本と爲さざるべからずと云ふ

綱要を其の大會に於て決議して、此の問題を將來の刑法の基本問題の一と認められた程である。かくて最近數十年の間、此の問題は國際刑事學協會の大會の席上、反覆して討議の題目に供せられた次第であつたが、然も國際刑事學協會は其の解決に役立つべき提案を提出すことは云ふまでもなく出來なかつた。また出來る見込もなかつた。なぜと云ふのに此の問題には、當時としては満足な解決、明確な裁斷を期待することの出來なかつた世界觀上の對立が影響を及ぼして居るからである。個人主義的思想の勢力下に在つて、個人の自由に對する立入つての干渉を嫌惡するの念の、過當に大なるものがあつた時代であつて見れば、國家に對して個人を保護することが大切か、個人に對して共同體を保護することが大切か、國家の反動作用としての刑法上の處置の理由と辯解と限界とは責任に依つて定めらるべきであるか又は犯罪人の危險性に依つて定めらるべきかを判斷すべき場合に明確な判斷に到達することが出來なかつたのも無理はない。

(註一) 一九三三年十一月二十四日の施行法に依つて補充される。此の兩個の法律に對する公の理由書は、一九三三年十一月二十七日の獨乙國官報 *Deutscher Reichsanzeiger* 第二百七十七號に載せてある。

獨逸普通刑法典の從來の諸草案は何れも常習的犯罪人に對する有效な處置を規定しないものはなかつた。併し乍ら議會の委員會に於ける審議の際には、當時の時代精神に應じて各個の犯罪人の利益に歸着する改正の部分のみが高調され、犯罪人に對する國民的共同體 *Volksgemeinschaft* の保全を増強

することを目的とする規定は、著しく骨抜きにされ、然も此の骨抜きにされた形式に於てすらも、草案は政黨の反對と議會の無能との爲にもに成らないで了つたのである。一九三三年十一月二十四日の法律は、是等従前の諸草案の貴重な準備工作に由來するものであるが、犯罪を有効に鎮壓すると云ふ目標にかけては、遙に從來の諸草案を凌駕して居る。其の齎した偉大なる新機軸は實に、獨逸刑法の領域上で初めて新國家の精神に應じて、犯罪人に對する國民的共同體の保全に重きを置き、犯罪人と抗争する爲に使用することを許される刑法上の手段の範圍を著しく擴張した點に存する。

一九三三年十一月二十四日の法律に於て立法者が、しかと目標を見据えて辿りつゝある新しい道の出發點を成すものは、傳統的の意味に於ての刑罰なるものは尋常普通の平均的犯罪人を目當とするのであつて、或る部類の犯罪人、特に國民的共同體の法律上の平和並に勞働上の平和にとつて、最も大なる危険を意味する所の者に對しては、到底充分とするとは出來ないと云ふ經驗上から得來つた明確な認識である。反覆して犯罪を犯すことに依つて生じた、又は或る種の素質に依つて助長された犯罪的傾向が、刑罰の法定や執行の中に存する威嚇にもはや充分な反應を示さない場合、又は犯罪人の精神狀態若は反社會的素質の爲に全然刑罰を科することが出來ないか、乃至はまた行刑の教育的作用の效を收め得る見込がなく、行刑が内面的變化を達成することの出來ない場合にあつては、只ひたすらに犯罪に對する國家的反動作用としての刑罰の上に構築されて居る刑法は、決して國民的共同體を充分に保全するの道を保障することは出來ないのであつて、此の場合に效を奏する見込のあるのは責任と贖罪

との思想とか所爲と刑罰との間の均衡維持の原則とか云ふものを、或る種類の犯罪に對しては控へ目にし社會の利益とか、有效な保全を要求する國民的共同體の需要とか云ふものを、容赦なく表立たせて行くと云ふ、一種別個の方法である。一九三三年十一月二十四日の法律は、刑罰組織と平行的に保安及び矯正の處分を認めることに依つて、從來の刑法の所謂一元的方法——専ら刑罰の上に構築せられるもの——から所謂二元的方法への躍進を行つて居るのであつて、かくの如くにして現に進行中である全般的刑法改正事業中の、重要な部分に先鞭をつけ、之を満足な解決に致して居るものである。

二、保安及び矯正の處分の本質及び様式概論

保安及び矯正の處分は、其の本質上目的上刑罰とは別個の性質を有するものであつて、將來の刑事司法に於ては刑罰を補充するの使命を有するものである。凡そ責任判断 *Schuldpruch* に随伴する刑罰の言渡は、専ら國家の無價値の判断 *staatliches Unwerturteil* であり、特定の所爲 *Tat* に對する有權的の非認 *autoritäre Missbilligung* であり、有責の所爲 *schuldhafte Tat* に基いて害惡を科することを志すものである。犯罪人の責任は刑罰の前提であり、其の尺度である。責任が無ければ刑罰はない。刑罰は責任の大小に依り、犯罪意思の強弱に依る。従つて保安及び矯正の處分については、犯罪人の責任の問題は全然蔭を潜める。即ち此の處分は、其の根柢を成して居る立法者の精神上、罪ある者に苦痛を與へることを目的とするものでは全然なく、其の執行に依つて偶々本人に苦痛を被らしめることがあるにして

も、それは全く欲求した所でない附隨的の現象たるに止まる。此の處分は過去を顧みて犯された所爲に着眼するよりは、寧ろ將來を望んで所爲に由つて明白となつた犯罪人の危険な状態と、其の中に内在する將來にとつての危険の淵源に注目するものである。其の目標とする所は専ら國民的共同體を保全するに在つて、此の目的からして此の處分の根據と其の内容とは演繹される。此の處分は最も有效な方法で此の目的を達成しやうとして努めるのであつて、治療的作用に依つて、犯罪人の内部心理に從來働いて居る危険の淵源を除去する方法に依ることもあれば、將來犯罪を爲す實際上の能力を奪つて將來につき犯罪人を無害ならしめ、國民的共同體に全然何等の危険をも、もはや脅威しないやうにさせる方法に依ることもある。犯罪に對する國家の反動作用の、此の二つの方法の本質と目標との區別は、次のやうな對照句(もとより相對的のみみ解すべきである)に依つても形容することが出来る。曰く、一方の目指す所は責任であり、他方の狙ふ所は危険性である。甲の期する所は過去の行爲に由來する處罰と贖罪であり、乙の望む所は將來に對する保安である。一は寧ろ一般豫防に重きを置き、他は寧ろ特別豫防に重きを置く。前者は寧ろ行爲刑法 *Tatstrafrecht* であり、後者は寧ろ犯人刑法 *Täterstrafrecht* である。

かくの如き保安及び矯正の處分の本質並に目的からして直に明白となるのは、此の處分は決して獨り刑事司法の領域にのみ屬する處分たるものではなくして、原則上行政官廳たる警察官署の手に置かるべき同等の理由を有するものであつて、警察官署は從來既に少くとも部分的には此の任務を果しつ

あり(社會的に危険な精神病、反社會的性格者、職業の制限等)且將來も亦此の任務を擔任するであらうと云ふことである。一九三三年十一月二十四日の法律が將來保安及び矯正の處分の權限を刑事裁判官の手中にも置き、而して専ら其の手中に置くことにして居るのは、いろいろの考慮に基くものであるけれども、先づ第一には刑法並に刑事司法の任務についての見解が根本的に一變して了つたこと、個人の贖罪並に保護の必要に對して國民的共同體の利益を眞向から振りかざすやうになつて來たこと、若し將來も有責の行狀を只處罰するのみに止めることとするならば、刑事司法は極く不充分にしか國民的共同體の利益に寄與することが出來ないで、中途半端な仕事しか出來ないであらうと云ふ認識である。加之若し刑を科すること、保安及び矯正の處分を補充的に命令すること、を原則として違つた國家の機關に委任し、各別の手續に於て之を施行し、刑事裁判官が所爲を認定し刑を確定するに當つて行つた犯罪人の人格に關する調査をば、同時に犯罪人の將來の危険性の程度と、此の危険性に顧みて必要とする豫防の處置を認定する上にも利用しやうとしないならば、時間と金錢との浪費となると云ふ經濟的の考慮もある。更に是等の處分は大體に於て非常に深刻な處分であつて、従つて法治國としての見地から云へば、是が命令は成るべく之を獨立な立場に在る裁判官の手に、委ねることに重大な意義を認めなければならぬ。加之同一の機關をして、刑罰と保安及び矯正の處分について同時に裁判を爲さしめることとするときは、此の兩者が互によく調和して、其の相妨げて充分な發展を遂げないと云ふやうな弊害を存在することなからしめるの利益がある。此の兩者の調和と云ふことは、兩者は互に

相補充し合ふのであつて、場合に依つては其の一方が他方に代るの使命を有する次第なのであるから、益々以て必要であると謂はなければならぬ。社會的に危険な犯罪人に對して保安及び矯正の處分を科するのは、將來は刑事司法の専ら任とする所であるとするのは、法律の新規律の精神であるとは云ふものの、法律は行政官廳の管轄の競合には干渉を及ぼすことをしなかつた。

保安及び矯正の處分は刑罰と其の本質を異にする所から、是等の處分は左の諸點に於て刑罰と根本的に違つた取扱を受けるの結果を生ずる。

(1) 刑罰を科する上に適用のある現行刑典第二條の、刑罰は行爲を犯すに先だちて法定されてあつたものでなければ科することは出來ないと云ふ重要な原則(*nella poena sine lege*)は、保安及び矯正の處分には適用されない。否、今度の法律第三條第一號は現行刑典第二條^aとして、左の規定を挿入することにして居る。曰く、保安及び矯正の處分に關しては、裁判の當時效力を有したる法律に從つて裁判すべしと。即ち行爲が今度の法律の施行以前の所犯に係る場合にあつても、是等の處分を命ずることが出來るのである(場合に依つては是等の處分を命ずることを必要とするのである)。新に作り出された保安の可能を出來る丈速に充分能率を發揮せしめんとするの希望から、法律は危険なる常習的犯罪人に對する最も重要な保安の處分たる、保安監置 *Sicherungsverwahrung* や去勢處分 *Entmannung* については、第五條に於て、犯罪人が今度の法律の施行される以前既に當該の行爲の故を以て確定判決を受けたけれども、施行の際未だ以て自由刑の服役の完了しなかつた場合にあつても、或る範圍内に於て

は特別の補充手續 *Ergänzungsvorfahren* に於て、追加的に保安監置並に去勢處分を命ずることを許すことに依つて、刑罰につき常に嚴格に固執せられる確定力の原則、即ち一事不再理 *ne bis in idem* の原則を打破するの決意をした。

(2) 想像的競合の場合にあつては重い刑は軽い刑を吸収するけれども、軽い刑の範圍を適用するに當つて認められる保安及び矯正の處分は、吸収するものではない。實體的競合の場合にあつては、違反行為の一についてののみ、保安及び矯正の處分の規定せられるか若は其の許されるときにあつても、此の處分を命じ若は許すものと宣言することを必要とし、又は此の處分を命じ若は許すものと宣言することを得る。(第三條第十一號)。

(3) 刑の執行の阻碍を取締る罰則は、保安及び矯正の處分の執行の阻碍には適用されない。けれども此の處分についても、刑罰の場合に於けると酷似した刑法上の保護の必要を存するのであるから、在監者について適用ある在監者の解放、在監者の共同暴擧、執行の阻碍及び謬つた執行に關する規定に準じて、第三條第十二號、第十五號、第十八號及び第二十號に於て、保安及び矯正の處分の執行を受くべき者に關して、相似の形態を有する特別の罰則を設け、また保安及び矯正の處分の執行の時効についても特別の規律を行つて居る(第三條第八號)。

(4) 刑罰について適用のある恩赦の權が、保安及び矯正の處分にも適用されるものであるかどうかについては疑がある。併し此の問題の持つ實際上の意義は、極めて些細なものでしかない。蓋し保安

及び矯正の處分を命ずるについての恆常的の條件である所の國民的共同體を保全するの必要は、一切の個人的斟酌に優先するのであつて、實際上全然恩赦行為を禁止する。且又自由の褫奪に伴ふ處分については、第四十二條 f に依り裁判官に屬する取消の權は、過誤の發生した場合に對して救済を可能ならしめる。即ち之に依れば、實際には去勢及び職業の禁止につき、稀なる例外の場合、誤判、爾後に於ける保安の必要の消滅にのみ、恩赦行為の必要を生ずることがあるに止まるであらう。其の程度に於ては各邦の恩赦權の規律が反對しない以上は、原則として恩赦の適法であるのを否認する必要はないであらう。

此の法律の新機軸を出して居る點を一々觀察するとき、五つの點を區別することが出来る。(a)、刑を重くしたこと、保安監置に依る排害處分との二重の形式で、危険な常習的犯罪人の鎮壓を計つたことである(三)。(b)、危険なる性的犯罪人を鎮壓して居ることである(四)。(c)、社會的に危険なる精神病者並に限定歸責能力者を鎮壓して居ることである(五)。(d)、酒精濫用者及び反社會的性格者を鎮壓して居ることである(六)。及び(e)、職業的にあてにならぬ犯罪的人物に對し職業を禁止して居ることである(七)。

三、危険なる常習的犯罪人の鎮壓

其の標題が既に表明して居るやうに、今度の法律の中心となるものは危険な常習的犯罪人の鎮壓で

あつて、法律は二つの方法で此抗争を行ふ。即ち一面に於ては著しく従來の法定刑を重くし、また常習的犯罪人の最も重要な典型である危険な侵入盜 Einbrecher に對しては攻撃戰線 Angriffsfrent を著しく前に推し進めること、し、他面に於ては永續的の排害處分の意味に於ての保安監置を許すこと、して居るのである。

(I) 危険な常習的犯罪人に對する刑の加重、竊盜の
道具の所持の處罰(第一條)

今度の法律第一條は現行刑法典に第二十條 a を挿入することに依つて、通常の場合について法定されて居る刑を著しく加重して居る——即ち五年以下の重懲役であり、重罪の場合にあつては十五年以下の重懲役である。是は罰則の威嚇作用を増大せしめんが爲の處置に外ならない。此の通常刑の加重は、普通の刑罰加重事由の意義を有するのであつて、現行刑法典又は其の他の刑罰法規の何れの重罪にも適用することを得べく、また輕罪にあつても故意に因るものにはすべて之を適用することを得るのである。加重の前提に二種ある。一方は純然たる客觀的の前提であつて、即ち三つ以上の犯罪を存することを必要とするのである。他方は寧ろ主觀的の前提であつて、犯罪人の人格、即ち犯罪人の類型を斟酌する所のものである。即ち三つ以上の所爲が、犯罪人の危険な常習的犯罪人たることの刻印を

犯罪人の經歷に捺して居ることが必要である。

A 第一の前提。

三つ以上の犯罪の存すること。

法律は此の場合を二つに區別して居る。

(a) 第二十條 a 第一項。

犯罪人は新しい行爲を犯すに先だち、既に二回重罪若は故意に因る輕罪の廉を以て六ヶ月以上の確定判決を受け、且新しい故意に因る所爲重罪若は輕罪に依つて、自由刑に該つて居る場合である。此の場合については第二の條件(B)をも存する以上は、加重刑を科すべき旨を強制的に規定して居る。所謂三つの所爲は法律上獨立の所爲であることを必要とし、即ち相互の關係に於て一個の連續的の行爲又は一個の營業的集合行爲を成すものであつてはならない。又は相互の間で併合罪を構成する關係にあつてはならぬ (Bz. Bd. 63 S. 149 286)。未遂、教唆及び從犯は何れも獨立の所爲たるに足りる (Bz. Bd. 68 S. 16)。また各個の所爲は同種であることを必要としなす。前の有罪の言渡は、判決の確定と次なる所爲との間に五年以上の時日を存するときは、累犯時效 Rückfallverjährung の見地の下にもはや之を斟酌しない。此の場合にあつては犯罪人が自由刑に服役中の期間、又は官廳の指圖に依つて施設に監置中の期間は、五年の期間に通算することをしないのである(第三項)。然るに危険な常習的犯罪人中には、國際的の犯罪人を存することも往々にしてあるのであつて、是等の犯罪人は今日は甲國に在る

かと思へば、明日は乙國に居を移して犯罪的活動を続けるのであるから、法律は外國法の處罰して居る所爲が、獨逸法上も亦重罪若は故意に因る輕罪たる以上は、外國の有罪の言渡を内國のそれと同視することにして居る(第四項)。

(b) 第二十條 a 第二項。

前科二犯の前提の缺けて居る場合。

此の場合にあつても法律は犯罪人が三つ以上の故意に因る行爲——重罪若は輕罪——を犯し、且第二の前提(B)を存するときは加重を許して居るのであるが、然し之を強制的に規定しないで、裁判所の裁量に屬せしめることとして居る。法律はかくの如く條件を緩和することに依つて、犯罪人が往々にして久しきに亘つて官憲の眼を忍んで反覆して罪を犯し、かくて竟に其の所爲の故を以て、犯罪人の刑事上の責任を問ふことを得るに先だつて、危険な常習的犯罪人と發展するに至ると云ふ、經驗上の事實に斟酌を拂ふものである。此の場合にあつても各個の行爲の間には、五年以上の期間を存することを得ない。

B 第二の前提。

加重刑を適用するについての第二の前提は、第一項の場合に於ても第二項の場合に於ても、三つの所爲の全體を通じて評價するに於て、犯罪人が、危険な常習的犯罪人であることが判明することである。問題の重點は、犯罪人の人格を念頭に置く此の要件の上に在る。法律は別に常習的犯罪人の定義を與へ

て居ないが、公の理由書は其の概念を説明して、消極的には所謂偶發的犯罪人 Zufallsverbrecher 又は機會的犯罪人 Gelegenheitsverbrecher 即ち從來は非難を容れない行狀をして來て居り乍ら、激情の爲若は危急の狀態に依つて逆上させられた結果我を忘れて、本來自分の性質とは頗る縁の遠い罪となる行爲を犯すに至り、此の自分の一生中に於ける一挿話に激しい悔恨を感じつゝある犯罪人との對照に依つて定められ、積極的には其の比較的重い場合には、犯罪人を監置しないことには社會公共は、當該の犯罪人に對して自己を全ふることが出来ないやうな、犯罪を犯し易い性癖に依つて特示されると云つて居る。大審院は此の公の理由書に倚據して常習的犯罪人を定義して「性格的基礎の上に成立するか、又は慣行に依つて獲得した内面的の性癖に基いて、反覆して法律違反を犯し、又は法律違反を反覆するの傾のある人物」と云つて居る(Rgs. Bd. 63 S. 154)。従つて第二十條 a に所謂常習的犯罪人とは意思薄弱、志操不堅固に由つて反覆して罪を犯すに至る者、並に特に犯罪を爲すを以て業とする所謂職業的犯罪人 Berufsverbrecher 即ち罪となる行爲を犯すことに依つて或る期間の收入の源泉を得やうと云ふ目的に、意識的に自己の意思を指向する者の謂である。職業的犯罪人は第二十條 a に所謂常習的犯罪人の極めて重要な種目を成すものであつて、其の性癖若は職業が、何れの種類の犯罪に指向されてあるかは問ふ所ではなく、一切の種類の犯罪を問題とすることが出来る。只實際上から云へば常習的犯罪人は主として、一切の種類の竊盜特に侵入盜、掏摸、百貨店竊盜等、強盜、恐喝者、淫行、幫助者、詐欺者及び贓物授受者などの間に之を求めることが出来る。何となれば是等の犯罪の場合にあつては何はさて置き、實直

に働くことをしないで樂に金儲けの出来る見込が大きいからである。

今度の法律は「危険な常習的犯罪人としての特色の表示されることを要求して居るのであるから、其の外更に犯罪人の人格上懸念せられる將來の犯罪が、輕微なものではないことが必要である。例へばモルヒネ中毒者が、其のモルヒネに對する執着から、反覆してモルヒネを窃取する場合の如きは輕微な犯罪である」(Rg. Bd. 63 S. 169)°。だが大審院は他の裁判に於ては、不斷に行はれる小さい詐欺無錢飲食の危険であることを既に十二分に判示して居るのである(Rg. Bd. 63 S. 98)°。

危険な常習的犯罪人としての資格は、法律上存在するを要する少くとも三つ以上の重要な犯罪の「全體としての評價」Gesamtwürdigungからして判明するを必要とすること、法律の言明する所である。判例は之に依つて少くとも三つ以上の犯罪に於て、「是等の所爲の何れもがそれ／＼犯罪人の同一の性質上の特徴即ち犯罪人に内在する犯罪的性癖の發露であり、其の犯罪的性癖の特徴従つてまた其の危険性の特色であることを明かにして居て従つて全體としての評價を要約すれば危険な常習的犯罪人の觀念が浮んで來やう所の、犯罪人の性質との同種の内面的關係が證明されることを必要とする」と云つて居る(Rg. Bd. 63 S. 166)°。即ち三つの所爲は所謂徴表的犯行Symptomtatであることを必要とする。犯罪人に特有な犯罪的性癖の種類並に方向についての徵表として見ることが出来ない犯罪であつて、専ら又は主として此の性癖以外の原因から生ずるものは判決の基礎として之を除外する(Rg. Bd. 63 S. 167)°。而して危険性は判決の當時に存在したことを必要とするのは云ふまでもない(だからロール

ラウシユが第二十條a註三に「射撃されて失明し且跛となつた侵入盜は、もはや危険な人物ではない」と云つて居るのは正しい)°。

通常刑の加重の外法律は、常習的犯罪人中の實際上最も重要な類型、即ち侵入盜を取締る上の有效な手段として、新しい構成要件を設けた。現行刑法典第二百四十五條aとして挿入した「竊盜の道具の所持」の犯罪がそれである。惟ふに他人の法益に對する罪となる加害の豫備は、果してどの程度まで刑法の手段を以て鎮壓することが出来るものであるかと云ふ問題が、刑事政策上論議されたのは随分久しい以前からのことである。職業的犯罪人の手中に在る最新式の竊盜道具は、何時たりとも其の持主をして、新しい竊盜を犯すことを得しめるのであつて、國民的共同體にとつて不斷の危険を意味するに拘らず從來はそれを使用して一定の具體的な犯罪の著手せられた場合に初めて、刑事裁判官に於て干渉を及ぼすことが出来たのであつた。今や法律は第二百四十五條aに於て、竊盜の道具の所持及保管それ自體を既に *delictum sui generis* (獨立の犯罪たるものとして、重い刑を以て罰することゝして職業的犯罪人を有効に鎮壓する爲、刑法の攻撃戰線を著しく前方に推進せしめることゝした。是が前提は竊盜の道具の所持者が、特に嫌疑を負ふ人物に屬するか、即ち重竊盜累犯竊盜強盜營業的若は常習的贓物授受若は累犯贓物授受などの廉を以て最近五年内に前科の刑を有するか——此の場合にあつては客觀的に竊盜の道具として適した物は、主觀的にも竊盜の道具たるの用途を有するものと法律上推定される——又は所持者が此の嫌疑ある仲間に屬せぬかに従つて、いろ／＼の形態を有する。此の後なる

場合にあつては罪となる行爲に際し使用すべき道具の具體的用途が積極的に確定して居ることを必要とするのである。

(II) 保安監置

贖罪の思想及び責任の原則の下に刑罰を無限に擴張して所謂不定期刑の言渡とまで進まない以上は、刑罰丈では常習的犯罪人に對して國民的共同體を有効に保護するには不充分であると云ふ明確な認識から推論する嚴格な論結こそ保安監置の制度を施行することに依つて法律の抽出する論結である。蓋し長期の自由刑と雖何時か一度は満期となるのであつて、其の満期となつた曉には、刑が充分な威嚇的矯正的作用を犯罪人の上に及ぼさないことが明白である場合に於つても、犯罪人を釋放することを餘儀なくされるであらう。此の場合には有効な保安的處置として、刑の服役に續いて犯罪人を不定期間監置するの處置を爲す。此の監置の制度は本法が例へばイギリス、フランス、ノールウエー、ベルギーなどの諸國の例に従つて、今次獨逸刑法にも施行することとした所なのである。

保安監置を命ずるについての條件は、或る犯罪人が現行刑法典第二十條aに依る危険な常習的犯罪人として宣告され、公安上其の監置を必要とすることである第二條、第四十二條a。此前提にして存する場合に於ては、監置は裁判所にとつて強制的に規定されてあるのであつて、只保安監置と云ふ干渉は重い干渉なのであるからそれに應じて、判例は前提の審査に重い要件を課して居る。例へば大審院は

Bd. 67 S. 157 の基本的な裁判に於て「犯罪人より出づる危険が、公安を保障する法律秩序の存立を直接脅威し、法律秩序を維持する爲には將來に對して有效なる救済を必要とし、保安監置以外の方法を以てしては達成する能はざる程度のものなることを必要とす。されば他の方法を以てして所要の安寧を保全することを得るに於ては、保安監置は問題たるものにあらず。然れども其の場合に於ては、且裁判官は、果して此の最後の手段を施用するの必要ありや否やを細心に審査することを必要とし、且判決中に於て自己は如何なる理由に因り、かくの如き處置を必要と思惟したるやを明確に判示せざるべからず。是が審査を爲すに當つては、受刑者の危険性が其の拘禁より釋放せらるる時期にも尙ほ存在すへきものと豫見せらるゝや否やを閑却することを得ず。其の程度に於ては、刑の服役の明白なる道義的矯正作用に依つて由來せしめらるべき本人の内面的發展を、慎重に觀察することを等閑にする能はず。然もまた本人が其の釋放せらるゝに當つて置かるべき外的關係たる環境を斟酌することをも忽にすることを得ざるなり」と云つて居る。只此の點に於ける要求は過大であつてはならない。何となればさもなるときは、法律の目的が阻礙されるの虞があること、大審院の他の判決中 (Bd. 63 S. 271) で高調して居る通りであるからである。

保安監置の命令は通常の刑事訴訟手續に於て、刑の確定と同時に判決中で之を爲す。三分の二の多數意見を存することが必要である。外國で有罪を言渡されて本國に歸還した獨逸國民に對しては、特別の追加的保安手續 *Sicherungsverwaltung* に於て保安監置を命ずることを許される。保安手續には

大體に於て公判手續に於けると同一の規定を適用する(一九三三年十一月二十四日の施行法第三號、刑事訴訟法第四百二十九條e)。即ち公訴狀 *Anklageschrift* に代る請求書 *Antragschrift* と特別の手續開始決定 *Eröffnungsbeschluss* (Rg. Bd. 63 S. 201) とが必要である。かくの如き獨立の追加的保安手續はまた更に經過期間中は——上述したやうな法律の遡及效に應じて——一九三四年一月一日以前の所犯に係る犯行に關しても、此の犯行が一九三四年一月一日以前既に確定判決を経て了つた場合に於つても、一九三四年一月一日に自由刑の服役がまだ完結して了はなかつた以上は、保安監置を命ぜんが爲に之を行ふことを許すことになつて居る(此の法律第五條)。

保安監置の執行は時間の上で刑の執行に接續する(施行法第三十九號、刑事訴訟法第四百五十六條b)。保安監置が自由刑と性質を異にするものであるの事實に、執行上の方法で極力斟酌するのは、執行の任とする所である。自由刑並に保安及び矯正の處分の執行に關する一九三四年五月十四日の命令は、第三條第十六號に於て明示的に「保安監置は受刑者が自由刑に服役することに依つて、自己の所爲に對する贖罪を爲した後之を監置することに依つて、將來の罪となる行爲に對して國民的共同體を保全せんが爲に、受刑者に排害處分を加へることを目的とするものであつて、監置の絶對的安全と逃走の豫防の目標は、本人の特別の危険性を考慮して、容赦なく之を實施すべきものである」ことを指摘して居る。保安監置の期間には全然羈束がない。即ち短期にも長期にも羈束されることなく、第四十二條fの示す所に依れば其の目的の必要とする間文け存續する。即ち其の必要の場合には終身間も繼續する。か

くの如く保安監置の期間の不定期であるのに顧み、法律は三年毎に定期に裁判所をして審査を行はしめて、以て其の間に監置の目的が達成せられたりや否やを認定すべきものと規定して居る。此の審査を爲すに當つて、拘置の目的の達成せられたことが積極的に判明した場合に限り、裁判所は釋放を命ずることが出来るのであつて、目的の達成せられたりや否やが裁判所にとつて疑はしいものがあるときは、釋放を命ずることを許さない。即ち *in dubio pro reo* (疑はしきは被告の利益に解す)の原則は此の場合國民的共同體を絶對的に保全する爲に *in dubio contra reum* (疑はしきは被告の不利に解す)の原則に顛倒させるのである。監置の目的が達成せられ、釋放が行はれるにしても、此の釋放は第四十二條hに依れば常に監置の條件付猶豫たるに止まるものとしか看做されないのであつて、被釋放者が自由の身分中に於ける其の行狀に依つて、處分の目的は本人の更めて拘置せられんことを要求するものであることを示す場合に於つては、裁判所は何時たりとも釋放を取消することが出来るのである。

四、危険な性的犯罪人の鎮壓

危険な性的犯罪人は危険な常習犯罪人の一變種である。法律は此の種の犯罪人に對して國民的共同體を保安する爲、其の條件にして具備する以上は、之に對して保安監置を命ずることを得るものとして居る外、普通保安監置と同様の效力を有し、然もそれよりも遙に單純であつて、且廉價である別段の保安處分として、去勢處分 *Entmannung* を規定することにした。此の處分は本人の身體に對する、取消す

ことの出来ない重大な干渉を意味する次第であるけれども、少くとも本人が自由を完全に喪失することは容赦される譯である。

去勢處分は犯罪人の身體に外科手術を加へることに依つて、即ち犯罪人の胚種腺を摘出することに依つて、危険な性的犯罪人に排害處分を施すことを目的とするのであつて、之に依つて性的能力、換言すれば生殖作用を營むの能力及び性慾、換言すれば性的満足を欲する衝動を全然消滅せしめ、又は少くとも之を減殺して變態若は異常の性的衝動に由つて従來脅威を及ぼして居た危険の淵源を將來の爲に除去しやうと云ふのである。去勢處分は干渉の目的及び様式上、遺傳病の子孫の豫防に關する一九三三年七月十四日の法律中に於て規律した性病患者の斷種狹義に於ての斷種 Sterilisierung 二三の外國法に於ては、斷種の語は廣義の去勢處分を包含する意味に使用されて居ると根本的に區別される。狹義の斷種は全然優生學上の目的を追求するものであつて、従つて比較的軽い手術に依つて、即ち男子の精系を結紮することに依つて、生殖能力を減却することに制限される。去勢處分に依つて同時に性的犯罪人の生殖能力を減却するのは、それが自己目的ではなくて、單に避くべからざると云つて望ましくないと云ふ譯では決してない附隨的の現象たるに止まる。

保安的強制處分としての去勢處分の制度を採用することに依つて、法律は大體に於て新しい領域に足を踏み込んだ次第である。從來は外國の立法例に於ても去勢處分を認めて居るものは極めて稀であつて、北米合衆國の二三の州法は、久しい以前から既に此の制度を採用しては居たものゝ、其の一部は

純然たる人種改良上の處置としてあり、其の一部は實際の刑罰としてあつた。デンマークに於ても、一九二九年以來此の制度が採用されて居るけれども、それは強制處分としてではなく、單に去勢せらるべき者又は其の後見人の申立のあつた場合に限り之を許すのである。

去勢處分の條件は、第四十二條に依れば左の通りである。

(1) 男子にして去勢處分の命令を爲すについての根據となるべき犯行の際満十八歳以上であること、並に命令の當時満二十一歳以上なること。此の年齢上の要件の内面的理由は、十八歳に満たない者の場合にあつては思春期は未だ完結せず、若は丁度完結した計りの所であつて、従つて所爲は未だ以て危険なる衝動を確實に推論することを許さないこと、且又二十一歳に滿つるに先だつて重い手術を加へるときは、身體の成熟に過激な影響を及ぼすの虞があることである。

(2) 特定の種類の屬する性的犯罪二件又は淫樂殺人を存すること。

問題たる性的犯罪の目録は、第四十二條第一號及び第二號に洩す所なく列挙してある。問題となるのは淫行の強要 *Notigung zur Unzucht* 凌辱 *Schändung* 兒童との淫行、強姦現行刑法典第七十六條乃至第七十八條、性的衝動を喚起し若は満足せしめる爲に犯す猥褻行爲 *unzüchtige Handlung* の公行現行刑法典第八十三條。特に所謂露出症又は傷害行爲現行刑法典第二百二十三條乃至第二百二十六條特にサディスティックな行爲のみに限られ従つて近親相姦 *Blutschande* 誘惑 *Verführung* 及び反自然的淫行 *widernatürliche Unzucht* などは除外される。反自然的淫行を除外したのは、公の理由書も述べて居る

やうに、同性愛常習者に施した去勢の経験が餘り有利でなく、性慾倒錯を治療する爲に爲した手術が大抵の場合効果が擧つて居ないからである。目錄中に屬する二つの所爲は去勢處分を許すについての條件であつて、特に第一の所爲は第二の所爲の犯行に先たつて確定判決を経て居るか——此の場合に於ては新しい所爲の故を以て六ヶ月以上の自由刑を言渡されるのを以て足る——又は當該の前科の刑の缺けて居る場合にあつては判決せらるべき二つの所爲が非常に重くて、裁判所が一年以上の自由刑を以て之を處罰して居ることを必要とする。性的衝動を喚起し若は満足せしめる爲に犯した謀殺若は故殺の場合にあつては、唯一の所爲を以て充分とする。

(3) 其の外常に條件となるのは、同時に一つの刑を言渡されることである。犯罪人が歸責無能力の故を以て釋放せられる場合にあつては、假令療養院若は養育院への收容の命ぜられる場合にあつても、去勢處分を命ずることは出来ない。此の場合にあつては療養院若は養育院への收容が國民的共同體の保安の作用を引受けなければならぬ。けれども限定歸責能力者については恐らく去勢處分を許す (Rg. in JW. 1934 S. 2914)。其の外淫樂殺人 Lustmord (第四十二條) 第三號を存するにあらざる以上は「所爲の全體としての評價上犯人の危険なる性的犯罪人であることが明かである」ことの特別な認定が條件である。

去勢處分の一切の場合を通じて斟酌することを必要とするのは、第四十二條の三號の何れについても去勢處分は強制的には規定せられることなく、寧ろ常に裁判所の裁量に屬せしめられて居ること

である。かくの如く規律したのについては理由書の指摘して居る通り、いろ／＼の考慮が標準となつたものであつて、先づ第一に除去せらるべき胚種腺なるものは獨り生殖作用にとつて缺くべからざる必要であるのみに止まらず、内分泌上の機能をも有するのであつて、其の機能の熄んで了ふことは他の内分泌腺の機能の調和を妨げ、往々にして將來著しく身體及精神に害を及ぼすものであると云ふ醫術上の經驗的事實である。かかる加害は此の處分の欲求する所でなく、且命令の目的の外に存する次第であるけれども、社會公共の一層大なる價值を有する利益の爲には犠牲に供せざるを得ないのである (Zurück ist: Lange, Die Folgen der Entmannung Erwachsener, 1934 Heft 24 der Schriftenreihe Arbeit und Gesundheit, und Hackfeld in der Monatschrift für Psychiatrie und Neurologie 1934 S. 1 ff. を参照)。更に去勢處分は必ずしも何れの性的犯罪人についても、其の異常若は變態の性的衝動を滅却し又は充分に滅殺すると云ふ所期の結果を伴ふものでないこと、寧ろ結果の問題は具體の場合に於て細心な醫師の診察を必要とするものであることの、別段な醫術上の經驗的事實である。此の理由に因り理由書並に之に従つて大審院は、去勢處分の命令についての裁判に先だち結果の見込を周匝に審査し、犯罪人に對して加へた損害の價值は、此の處分を施さない場合に、此の犯罪人が社會公共にとつて意味するであらう所の危険の價值に比較して、果して小であるかどうか、社會公共はかくの如き處分よりも深刻ならぬ別段の處分に依つて、同様に有効に保護することが出来はしないかどうかを考量することを、裁判所の義務であるとして居るのであつて、然も大審院は何時の判例に於ても、此の見地の斟酌されることに

特に重きを置きて居るのである(Rg. im Deutsche Justiz 1934 S. 1154, 1155, 1156 und in JW. 1934 S. 1574 更に Komm. von Schäfer-Wagner-Schaffheutle zu § 42 K. Ann. 9 をも参照)。本法の施行法は同一の考慮に基いて手續につき若干の特別規定を設けた。例へば鑑定人の訊問、強制辯護等に關する規定である。實際上特別の意義を有するのは保安監置の場合に於けると同じやうに、法律が去勢處分の命令について規定して居る有力な週及的效力である。即ち去勢處分は、所爲が今度の法律の施行以前に於ける犯行に係る場合に於つても、之を命ずることを許す。否、所爲が今度の法律の施行以前に既に確定判決を経た場合に於つても、一九三四年一月一日にまだ刑の服役の完結して居なかつたときは、此の處分を命ずることが出来るのである。此の後なる場合に於て、並に外國の判決を補充する爲に、特別の追加保安手續に於て此の處分を命ずることを許す旨の規定を存することは、保安監置の場合に於けると似たるものがある(第五條第三號。施行法第三十七號。刑事訴訟法第四百二十九條 e)。

五、社會的に危険な精神病者及び限定歸責能力者の鎮壓

一九三四年一月一日まで效力を有した法律に依れば、刑事裁判官は社會的に危険な精神病者に對して、國民的共同體を擁護する處置を命ずることは出来ない立場に在つた。即ち精神病者がそれ自體罪となる行爲を犯した場合には、刑事裁判官は其の歸責無能力がまだ確定しないときでなければ、全然此

の精神病者を取扱ふことは出来ないのであつた。而して手續の中途に至つて歸責無能力の事實が判明するに於ては、手續を中止するか、又は公判に於て公判被告人に無罪の言渡を爲し、其の或は行はれたる未決勾留から放免することを必要とし、社會的に危険な精神病者に對して如何に國民的共同體を擁護すべきやについては、刑事裁判官又は檢事に於て決定することを要しないのであつて、此の點は行政官廳の裁量に一任せざるを得なかつた。かくの如く同時に保安處分を伴はない手續の中止又は無罪の言渡は、國民的共同體をして其の正當な安全の必要をば必然的に不安ならしめざるを得なかつたと同時に、國家の反動作用をいろいろの官廳に分散するのは、實際的なことでもなければ、また經濟的なことでもなかつた。

今度の法律は現行刑法典に第四十二條 b を挿入することに依つて、公安上、必要とする場合には、罪を犯した歸責無能力者又は限定歸責能力者を、不定期間療養院若は養育院に收容すべき旨を命じ、特に獨り犯罪人に對して擊屬せる刑事訴訟手續に於てのみに止まらず、必要の場合には、檢事の裁量に従つてわざ／＼此の目的の爲に遂行すべき獨立の保安手續に於て、此の命令を爲すの任務を刑事裁判官に授けることに依つて、従來の不満足な状態を除去して居る。施行法第二條第三十七號、刑事訴訟法第四百二十九條以下。

收容を命ずるには三つの條件がある。

(1) 被收容者は特定の重罪若は輕罪の形式的構成要件を實現して、本人が所爲の當時歸責能力を有

し居たらんには、處罰することを必要としたであらうことを必要とする。

(2) 被收容者は犯行の當時現行刑法典第五十一條及び第五十八條の意味に於て、歸責無能力者若は限定歸責能力者たることを必要とする。而して第五十一條の新法文に依れば、歸責無能力は「犯人が犯行の當時意識の障碍、精神作用の病的障碍又は心神耗弱に因り所爲の不法なるを辨別し、又は此の辨別に從つて行爲を爲すの能力を有せざりし場合に之を存する。限定歸責能力の概念は第五十一條に第二項を挿入することに因つて、刑法に新に挿入せられた所であつて、之に依れば所爲の不法なるを辨別し、又は此の辨別に從つて行爲を爲す犯人の能力が、前掲の事由の一つに因つて犯行の當時著しく減却して居た場合に於ては、未遂の處罰に關する規定に從つて刑を減輕するを得る(任意的減輕であつて強制的減輕ではなす)。

(3) 犯罪人の精神状態は、公安上犯罪人を療養院若は養育院に收容することを、必要ならしめる程度であることを必要とする。

限定歸責能力者の場合に於ては收容を刑に併科するのであつて、刑は重い處分として、且又其の贖罪的の作用の然らしめる所として、原則として先づ之を執行するを要するけれども、受刑者の状態が必要とするときは例外として、收容の全部若は一部を自由刑に服役する以前に執行することを得る(第二條第三十九號。刑事訴訟法第四百五十六條b)。療養院への收容は其の目的の必要とする間丈け繼續するのであつて、必要に依つては終身間に亘つて繼續することをも得る。三年毎に定期に裁判官の審

査を行ふべき旨の規定を存することは、保安監置の場合に於けると同様であつて、從つて收容の目的の達成せられたことが積極的に認定せられない以上は、被收容者を釋放することを得なす(in dubio contra reum)。釋放は常に何時たりとも取消すことを得るの條件の下にのみ之を行ふ(第四十二條f 第四十二條h)。收容の執行については、一九三四年五月十四日の執行規程第三條第五號以下(Rg. Bl. I S. 383)中に、國法上の原則を掲げて居る。執行はプロシヤ邦に於ては邦保護團體 Landesfürsorgeverbände の擔任する所である(一九三四年十月十六日の法律, Ges. S. S. 403)。

刑事司法機關の新しい權限は、原則として行政官廳の權利義務に干渉を及ぼすものではない。

六、社會的に危険な酒精濫用者並に反社會的性格者の鎮壓

(I) 爛醉の處罰、社會的に危険な酒精濫用者の爲の酒癖

矯正所

刑事統計の示す所に依れば、常習的の酒精濫用者及び癡醉劑濫用者は特に罪となる行爲を犯す傾向があつて、往々にして國民的共同體にとつての不斷の危険の淵源たるものである。かくの如き淵源を

鎮壓する爲には、從來刑事裁判官には刑法上の手段が與へられては居なかつた。そこで爛醉 *Vollrausch* の状態に於て犯行のあつた場合には、全然刑事訴訟手続を開始するに至らず、又は刑事訴訟手続は手続の中止若は無罪の言渡に終り、酩酊が犯罪人の歸責能力を阻却しなかつた場合に於ては、酩酊は刑の量定に際してのみ斟酌せられ、大抵の場合減軽事由として斟酌されたものであつた。従つて犯罪人の將來に於ける犯罪的な過度の酩酊に對して、國民的共同體を保護するのは、刑事司法機關の任務ではなくて、行政官廳に一任してあつたのである。

今度の法律は新しい處罰構成要件 *Straftatbestand* を一つと、矯正及び保安の處分を一つ設けることに依つて、此の場合に二元的の救済的處置を講じて居る。新に設けたのは罪となる酩酊 *Volltrunkenheit* の構成要件であつて、現行刑法典に新に挿入した第三百三十條 a に依れば、將來は故意又は過失に因り酒精分含有飲料を飲用し、又は其の他の麻酔劑、コカイン、モルヒネ、鴉片等を攝取することに依つて、歸責能力を阻却する状態に身を置き、此の状態に於て刑を法定し在る行爲の形式的構成要件を實現した者は、二年以下の輕懲役又は一萬馬克以下の罰金に處することになつて居る。是は酩酊中に犯した犯行それ自體の爲ではなくて、寧ろ酩酊の爲なのである。

更に酒癖矯正所若は節制所 *Entziehungsanstalt* への收容を命ずる新定の權限は、一層重要でもあり、また有効でもある。第四十二條 e に依れば此の處分の條件は左の通りである。

(a) 犯罪人は過度に酒精分含有飲料又は其の他の麻酔劑を攝取することを以て常習とする者なる

ことを必要とする。即ち是等の麻酔劑を頻繁に攝取することに因つて生じた病的傾向に悩む者であることを必要とするのである。

(b) 犯罪人が「麻酔中に犯した所爲、又はかくの如き常習と原因結果の關係に在る所爲例へば麻酔劑を得んが爲の處方箋偽造の如し」又は酩酊の廉を以て「何等かの刑の言渡を受けたことを必要とする。

(c) 酒癖矯正所又は節制所に收容することが、本人を適法にして秩序的なる生活に馴致する爲に必要であることを要する。

以上の條件を存するときは、判事は收容を命じなければならぬ。收容は其の目的の必要とする間、文繼續するけれども、此の習慣の脱却は、若し兎に角見込があるものなら、遅くも二年内には其の目的を達成することが出来るものであると云ふ醫術上の經驗に従つて、二年以下と云ふことになつて居る。是が執行については一九三四年五月十四日の執行規程中に國法上の原則が掲げてある。執行はプロシヤ邦に於ては邦保護團體の擔任する所である。類似の處分に關する行政官廳の管轄の競合については、原則としてもとの儘である。

(II) 反社會的性格の犯罪人の爲の勞働留置所

反社會的性格者の爲の一種の矯正處分としての勞働留置所 *Arbeitshaus* は、從來の法規上既に裁判所に於て其の收容を言渡すことが出来るし、また裁判所は附託したる者を二年以下の期間勞働留置所に

收容し又は公益上の仕事に使用するの権を行政官廳に一任するの形式に於て、從來の法規の既に認めて居た所である。而して刑事裁判官は、二種の反社會的性格者に對して此の權限を有する。即ち意思薄弱者 *Willenschwache* と志操不堅固者 *Haltlose* (乞丐、浮浪者、勞働嫌忌者、賣笑婦) に對するのが其の一である。淫行助成者及び賭博者に對するのが其の二である。此の領域に於て法律の出して居る新機軸は大體に於て左の三種である。

(a) 淫行助成者と賭博者とは、將來は只刑罰に依る制裁と行刑に於ける處遇とに一任される。蓋し勞働留置所は普通雜居拘禁 *Gemeinschaftshaft* であり、且又隔離と監視とが多少寛大であることだから、往々にして危険な犯罪的人物である淫行助成者や賭博者に對しては、從來成績を擧げなかつた爲である。其の代り淫行助成者に對しては第百八十一條 a を改正することに依つて、將來は五年以下の重懲役を通常刑として規定することにした。

(b) 刑事裁判官は、將來はもはや收容を言渡すのみに制限されるものではなくて、監置官廳に向つて羈束力を有する命令を發するものである。

(c) 將來は初回の收容——其の期間は二年以下とす——と累次の收容との間に區別を立て、累次の收容は不定期間について收容の目的の必要とする間繼續するものとし、其間二年毎に定期に判事をして審査を爲さしめ、目的の達成せられたことが積極的に確認された場合に限り釋放するけれども、何時たりとも取消を行ふの權を留保して釋放を行ふ(第四十二條 *d i h*)。

收容を命ずる條件は、犯罪人に勞働を強制し、之を適法にして秩序的な生活に馴致するのに收容を必要とするに云ふことである。此の目的はまた執行の方法をも定めるのであつて、一九三四年五月十四日の執行規程中に、執行についての國法上の原則を掲げて居るのである。

七、職業に關して信頼することの出来ない者に對する職業の禁止

職業に關して信頼することの出来ない人物であることが明白であつて然も同時に重い犯罪を爲したる者は、職業を營む權利を喪失するのであつて、國民的共同體は職業に關して信頼の出来ないことから發生する、危険の淵源に對して擁護せられる權利を有するものであると云ふ思想から、今度の法律は從來既に幾多の特別法例へは營業條例、國公課法、食糧取締法、商業制限に關する命令等中に存在する制限の外に、一般的の保安處分として、職業を營むことを禁止するの權限を刑事裁判官に與へた。外國法中若干者は、此の處分と類似の處分を認めて居る。例へば一九三〇年のイタリヤ刑法、一九三二年のポランド刑法の如きそれである。禁止は當該の職業若しは營業が營業法上何人にとつても、自由に營むことを得るものであると否とを問はず、又は特別の許可のあつた場合に限り之を營むことを得るものであると否とを問はず、之を言渡すことを得る。

第四十二條 1 に依れば、職業を營むことを禁止するについての條件は左の通りである。

(1) 犯罪人が其の職業又は營業を濫用して例へば自動車運轉手の密輸出入の爲の自動車運行、醫師の背徳な觸接等の如き又は職業若は營業に依つて自己の負擔する所たる特別の義務に甚しく違反して例へば醫師若は辯護士の他人の祕密の漏洩犯した重罪若は故意に因る輕罪の廉を以て、三ヶ月以上の自由刑を言渡されたこと。

(2) 將來の脅威に對して社會を防衛する爲に、禁止を必要とすること。例へば經濟上の許可若は認可若は運轉手免狀の取消が行政上の方法を以て行はれ、且之を以て充分とするとき、又は主管官署の懲戒上の處分を以て充分なる救済を與へらるゝときには、禁止を必要とするの條件は存在しない。

職業の執行の禁止は裁判所の裁量に屬せしめられる所であつて、其の期間は裁判所に於て一年以上五年以下とすることが出来る。禁止は確定と同時に效力を生ずるけれども、期間は刑の服役完了、時效消滅若は免除ありたる後に至つて初めて其の進行を開始する。期限前の取消は法律に規定されて居ないから精々恩赦の方法に於て爲し得るのみである。禁止が效力を有する間は、其の言渡を受けたる者はみづから自己若は他人の爲に職業、營業若は營業部門を執行することを得ず、また自己の指圖に従ふ他人をして自己の爲に之を執行せしむることを得ない。之に對する違反は新に追加した刑法第四百十五條^a中で處罰されて居る。

八、統計上の報告

最後に此の法律の今までの作用についての二三の統計上の報告を掲げる。新に採用された保安及び矯正の處分についての統計上の調査の結果は、一九三四年の前半について之を存するのみに過ぎない。以下に掲げる數字については、最初の三ヶ月は確定しない裁判所の裁判もすべて計上してあるが、一九三四年四月一日以降は、確定した裁判のみを計上してあることに注意しなければならない。具體的結果は左の通りである。

(1) 保安監置を言渡した事件數

(a) 通常刑事訴訟手續に於てせるもの

前三ヶ月に 三四四件

後三ヶ月に 五六一件

(b) 追加保安手續に於てせるもの

前三ヶ月に 二八一件

後三ヶ月に 九〇二件

一九三四年七月一日に行はれた計算に依れば、此の時期に事實上保安監置せられたる者の數は男子五四四人、女子一〇人である。それにも拘らず此の數は一九三四年十月一日までには約九〇〇人から一〇〇〇人にまで上るものと考へられる。

(2) 去勢處分を命じた事件數

- (a) 通常の刑事訴訟手続に於てせるもの。
 - ① 前三月月に 七〇件
 - ② 後三月月に 八二件
 - (b) 追加保安手続に於てせるもの。
 - ③ 前三月月に 五四件
 - ④ 後三月月に 一六七件
 - (3) 療養院若は養育院への收容を言渡したる事件数。
 - 前三月月に 五〇件
 - 後三月月に 一三〇件
 - (4) 酒癖矯正所若は節制所への收容を言渡したる事件数。
 - 前三月月に 一四件
 - 後三月月に 三三件
 - (5) 職業禁止を言渡したる事件数。
 - 前三月月に 一六件
 - 後三月月に 三八件
- 以上の数字は、今度の法律に依つて新に裁判所に配當せられた任務に、裁判所が充分な理解を持ち大

に其の與へられて居る権限を行使して居ることを示すと共に、此の革新が明白に實際上の需要に添ふ所大なるものあることを示すものに外ならぬ。

参 考 書

最近の文献中舉ぐべきもの左の通りである。

Exner, Das System der besondern Massregeln nach dem G. vom 24. II. 1933. ZStW. 53, 629 ff.

Finger, Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher, in Gerichtssaal Bd. 104 S. 176 ff.

Frank, Komm. zum StGB., Nachtrag zur 18 Auflage, herausgegeben vom Schäfer und Dohmany 1935.

Heindl, Der Berufsverbrecher, 1927.

Kohlrausch, StGB., 31 Aufl., 1934.

Lobe, Nachtrag zum Leipz. Komm., 1934.

Mezger, Die Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher, Monatschrift für Kriminalpsych. 1923 S. 135 ff.

Mezger, Täterstrafrecht, Deutsches Strafrecht 1934 S. 125 ff. 145 ff.

Schäfer-Wagner-Schafffleute, Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Massregeln der Sicherung und Besserung, Berlin 1934.

Schäfer-Richter-Schaffentele, Die Strafgesetznovellen von 1933 und 1934, Berlin 1934.

Schoetensack, Strafe und sichernde Massnahme, in der Denkschrift der Akademie für Deutsches Recht 1934

S. 90 ff.

(以上)

(譯者附記) 本論文に關係ある法律を譯載すること左の如し。

一九三三年十一月二十四日の危険なる常習的

犯罪人の取締並に保安及び矯正の處分に關す

る法律

第一條 危険なる常習的犯罪人に對する刑の加重。

竊盜の道具の所持。

刑法典を左の如く改正す。

(一) 第二十條 a として左の規定を挿入す。

第二十條 a 既に二回確定の有罪判決を受けたる者故意に因る新しき所爲に依つて自由刑に該り、

且所爲の全體として評價上自己の危険なる常習的犯罪人なることを明かにしたるときは、此の新しき所爲につき重き刑を法定し在るにあらざる以上は、五年以下の重懲役を言渡すべく、新しき所爲が此の加重なきも尙ほ重罪たるべきときは、十五年以下の重懲役を言渡すべし。此の加重は前の二つの有罪の言渡が重罪若は故意に因る輕罪の廉を以て行はれ、其のそれぞれに於て死刑、重懲役若は六ヶ月以上の輕懲役に言渡されたることを條件とす。三個以上の故意に因る所爲を犯し、所爲の全體としての評價上自己の危険なる常習的犯罪人なることを明かにしたる者は、第一項に記載したる他の條件の具はらざる場合にあつても、判決すべき各個の所爲につき裁判所に於て同様に刑を加重することを得。

前に行はれたる有罪の言渡の確定と次の所爲との間に五年以上を經過したるときは、前の有罪の言渡を斟酌せず。未だ確定判決を経ざる前の所爲は、是と次の所爲との間に五年以上を經過したるときは、之を斟酌せず。犯人が自由刑に服役中なるか、又は官廳の命令に依つて施設内に監置中なる期間は、此の期間に通算せず。

外國の有罪の言渡は、處罰せられたる所爲が獨逸國法に依るも重罪若は故意に因る輕罪たるべきときは、内國の有罪の言渡に同じ。

(二) 第二百四十五條 a として左の規定を挿入す。

第二百四十五條 a 重竊盜、累犯竊盜、強盜營業的若は常習的贓物授受又は累犯贓物授受第二百四十

三條乃至第二百四十五條第二百四十九條乃至第二百五十二條第二百六十條第二百六十一條の故を以て確定の有罪判決を受けたる後竊盜の道具を所持し若は保管し又は自己の爲に他人をして保管を爲さしめたる者は事情上此の道具が罪となる行爲に使用するの用途を有するものにあらずることの判明するにあらざる以上は、三ヶ月を下らざる輕懲役に處す。

道具が罪となる行爲に使用せらるゝの用途を有するものなることを自己に於て知れるか又は事情上當然之を推知せざるべからざるに拘らず他人の爲に竊盜の道具を保管し又は之を他人に交付したる者は、他の規定上此の所爲に重き刑を法定せらるゝにあらざる以上は、輕懲役に處す。

前項の竊盜の道具は其の犯人に屬せざる場合にあつても之を沒收すべし。

本條第一項の場合に於ては前の有罪の言渡の確定と第一項の所爲との間に五年以上を經過したるときは、前の有罪の言渡は斟酌せず。犯人が自由刑に服役中なるか又は官廳の命令に基きて施設に監置中なる期間は、之を前段の期間に通算せず。外國の有罪の言渡は處罰せられたる所爲が獨逸國法上本條第一項に記載したる種類の重罪たるべきときは、内國の有罪の言渡に同じ。

第二章 保安及び矯正の處分

刑法典に於て第一編第一章の次に第一章aとして左の一章を挿入す。

第一章a 保安及び矯正の處分

1. 療養院若は養育院への收容、
2. 酒癖矯正所若は節制所への收容、
3. 勞働留置所への收容、
4. 保安監置、
5. 危険なる性的犯罪人の去勢處分、
6. 職業の執行の禁止、
7. 外國追放(一九三四年三月二十三日の國外追放に關する法律に依つて削除)

第四十二條a 保安及び矯正の處分左の...
第四十二條b 歸責無能力の状態第五十一條第一項第五十八條第一項又は限定歸責能力の状態第五十一條第二項第五十八條第二項に於て刑を法定し在る行爲を犯したる者は公安上必要とする場合には裁判所に於て是が療養院若は養育院への收容を命ず。本條の規定は違警罪には之を適用せず。

限定歸責能力者については收容を刑に併科す。

第四十二條c 過度に酒精分含有飲料又は其の他の麻酔劑を攝取するを以て常習とする者麻酔中に犯したる重罪若は輕罪又はかくの如き常習と原因結果の關係に在る重罪若は輕罪の廉を以て、又は酩酊 Volltrunkenheit(第三百三十條a)の廉を以て、有罪を言渡され、本人を適法にして秩序的な

る生活に馴致する爲に之を酒癖矯正所若は節制所に收容することを必要とするときは、裁判所は刑に併科して收容を命ず。

第四十二條 d 或る者が第三百六十一條第三號乃至第五號、第六號 a 乃至第八號に依り拘留を言渡されたる場合に於て、之に勞働を強制し且之を適法にして秩序的なる生活に馴致するに之を勞働留置所に收容する必要があるときは、裁判所は刑に併科して勞働留置所への收容を命ず。

常習として淫行を營むを以て業とする者が第三百六十一條第六號に依り拘留を言渡されたるとき亦前項に同じ。

乞丐の廉を以ては犯人が勞働嫌忌若は放縱に因り又は營業的に乞丐を爲したる場合にあらざれば、本條の收容を命ずることを許さず。

勞働留置所への收容を命ぜられたる勞働不能者は救護院 Art. 1 へ收容することを得。

第四十二條 e 第二十條 a に依り危険なる常習的犯罪人として有罪を言渡されたる者は、公安上必要とする場合には裁判所に於て刑に併科して保安監置を命ず。

第四十二條 f 收容は其の目的の必要とする間繼續す。

酒癖矯正所若は節制所への收容及び勞働留置所若は救護院への初回の收容は二年以上繼續することを得ず。

療養院若は養育院への收容、勞働留置所若は救護院への累次の收容及び保安監置は期間に羈束せ

らることなし。此の處分にあつては裁判所はそれ〴〵特定の期間の滿了するに先だち收容の目的が達成せられたりや否やを裁判することを要す。此の期間は療養院若は養育院への收容及び保安監置の場合にあつては三年、勞働留置所若は救護院への累次の收容の場合にあつては二年とす。審査を爲すに當つて收容の目的の達成せられたること判明したるときは、裁判所は被收容者の釋放を命ずることを要す。

裁判所は本條第二項及び第三項に記載したる期間の進行中と雖、何時たりとも收容の目的が達成せられたりや否やを審査することを得。裁判所が之を肯定したるときは、裁判所は被收容者の釋放を命ずるを要す。

本條第三項の期間は執行の開始のときより進行を開始す。裁判所が被收容者の釋放を拒みたるときは、第三項に記載したる期間は此の裁判のありたるときより新に其の進行を開始す。

第四十二條 g 判決の確定後收容の執行を開始せらるることなくして三年を経過したるときは、裁判所が之を命じたる場合にあらざれば收容を執行することを得ず。處分の目的が追加的の收容を必要とする場合にあらざれば收容を命ずることを許さず。

收容せらるべき者が自由刑に服役中の期間若は官廳の命令に依つて施設内に監置中なる期間は、前項の期間には通算せず。

第四十二條 h 被收容者の釋放は收容の條件付猶豫とのみ看做す。裁判所は釋放に際し被收容者

に特別の義務を課することを得べく、また追加的にもかくの如き命令を爲し若は追加的にかくの如き命令を變更することをも得。被釋放者が自由なる身分に於ける其の行狀に依つて、處分の目的上更めて收容を爲すの必要あることを示し、且處分の執行が未だ時効に依つて消滅せざる時は、裁判所は釋放を取消す。

酒癮矯正所若は節制所への收容及び勞働留置所若は救護院への初回の收容の期間は、取消の場合に於ても通計して處分の法定の長期を越ゆることを得ず。

第四十二條 i 勞働留置所若は保安監置に收容せられたる者は、施設内に於て成規の作業に従事せしむべし。被收容者は施設外の作業にも使用することを得るも、此の場合には自由労働者と隔離することを必要とす。

療養院若は養育院、酒癮矯正所又は節制所に收容せられたる者は、施設の内外に於て其の能力及び事情に相當したる方法に於て就業せしむることを得。

第四十二條 k 裁判所は左の各號の一に該當する場合には、裁判の當時滿二十一歳以上なる男子を去勢すべき旨を刑に併科して命ずることを得。

1. 既に一度淫行の強要、凌辱、児童との淫行若は強姦第七十六條乃至第七十八條に因り、又は性的衝動を喚起せしめ若は之を満足せしむる爲に犯したる輕罪又は猥褻行為の公行若は傷害の重罪第八十三條第二百二十三條乃至第二百二十六條に因り自由刑の確定判決を言渡されたる後、かくの如き所爲の故を以て六ヶ月以上の自由刑を言渡され且所爲の全

體としての評價上本人の危険なる性的犯罪人なること明白となりたる者。

2. 二個以上のかくの如き所爲の故を以て一年以上の自由刑の言渡を受け且所爲の全體としての評價上本人が従前未だかくの如き所爲の故を以て有罪の言渡を受けたるにあらざるも、其の危険なる性的犯罪人なること明白となりたる者。

3. 性的衝動を喚起せしめ若は之を満足せしむる爲に犯したる謀殺若は故殺第二百一十一條乃至第二百五十五條の故を以て有罪の言渡を受けたる者。

第二十條 a 第三項を準用す。

外國の有罪の言渡は處罰せられたる所爲が獨逸國法上に於ても第一項に記載したる種類の重罪若は輕罪たるべきときは、内國の有罪の言渡に同じ。

第四十二條 l 職業若は營業を濫用して、又は職業若は營業に依つて自己の負擔に屬する義務に甚しく違反して、犯したる重罪若は輕罪の故を以て、三ヶ月以上の自由刑を言渡されたる者は、將來の脅威に對して社會を保護するに必要なる以上は、裁判所に於て同時に一年以上五年以下の期間職業、營業若は營業部門の執行を禁止することを得。

禁止が效力を有する間は其の言渡を受けたる者は他人の爲にも當該の職業、營業若は營業部門を執行することを得ず。又は自己の指圖を受くる者に依つて自己の爲に執行を爲さしむることを得ず。

第三十六條第一項を準用す。自由刑若は刑に併科して言渡されたる自由の褫奪を伴ふ保安及び矯正の處分の執行が條件付にて猶豫せらるゝときは、考試期間は此の期間に通算す。

第四十二條 m (國外追放に關する規定で、一九三四年三月二十三日の國外追放に關する法律に依つて削除)

第三條 刑法の其他の改正

其の外刑法典を左の如く改正す。

(一) 第二條 a として左の規定を挿入す。

第二條 a 保安及び矯正の處分に關しては裁判の當時效力を有する法律に從つて裁判すべし。

(二) 第三十六條は左の法文を執る。
第三十六條 公權及び公職就任資格の褫奪は判決の確定と同時に效力を生ず。其の期間は褫奪の併科せられたる自由刑の服役完了時効消滅若は免除の行はれたる日より起算す。刑に併科して自由の褫奪を伴ふ保安及び矯正の處分を命したるときは、此の處分も亦完結したる日より期間を計算す。

考試期間の満了後受刑者が刑の全部若は一部を免除せられたるか、又は自由の褫奪を伴ふ保安

及び矯正の處分が完結したるときは、考試期間は期間に通算す。

(三) 第三十九條 a (一九三三年五月二十六日の刑法改正法、六月一日より施行)で追加を削除した。

(四) 第五十一條は左の法文を執る。

第五十一條 所爲の當時犯人が意識の障碍 *Bewusstseinsstörung* 精神作用の病的障害 *Krankhafte Störung der Geistestätigkeit* 又は心神耗弱 *Geistschwäche* に因つて所爲の不法なるを辨別し又は此の辨別に從つて行爲を爲すの能力を有せざるときは、罪となる行爲を存せず。

所爲の不法なるを辨別し又は此の辨別に從つて行爲を爲すの能力が、所爲の當時前項の事由の一に由つて著しく限定せられ居たりしときは、未遂の處罰に關する規定に從つて刑を減輕することを得。

(五) 第五十八條は左の法文を執る。

第五十八條 瘖啞者は精神上的の發育後れ、其の然るの故を以て所爲の不法なるを辨別し又は此の辨別に從つて行爲を爲すの能力を有せざるときは、罪とならず。

所爲の不法なるを辨別し又は此の辨別に從つて行爲を爲すの能力が前項の事由に因り所爲の當時著しく限定せられ居たりしときは、未遂の處罰に關する規定に從つて刑を減輕することを得

(六) 第六十條 (未決勾留の刑期通算に關する規定に於て「未決勾留」の語の次に「又は假の收容」の字句を挿入す。

- (七) 第六十七條に第五項として左の規定を追加す。
第六十七條第五項 公訴の時効と共に當該の所爲に基いて保安及び矯正の處分を命じ又は許す權限も亦消滅す。
- (八) 第七十條に於て第一項と第二項との間に左の第二項を挿入す。
第七十條第二項 保安及び矯正の處分の確定命令の執行は十年を以て時効に依り消滅す。
酒癖矯正所若は節制所への收容勞働留置所への初回の收容又は去勢處分の命ぜられたるときは、時効の期間は五年とす。
- (九) 第七十一條は左の法文を執る。
第七十一條 同時に自由刑と罰金とを言渡されたるか、又は刑に併科して自由の褫奪を伴ふ保安及び矯正の處分の言渡ありたるときは、刑若は處分の執行は他の一方の刑より以前には時効に依つて消滅せず。
- (十) 第七十二條に於て第一項及び第二項の「刑の語の次にそれ」又は處分の語を挿入す。
- (十一) 第七十六條は左の法文を執る。
第七十六條 一個の法令違反に關してのみ規定せられ又は許さるゝ場合にあつても、併合刑に併せて附加刑及び附帶的結果を科するを要し又は科するを得べく、保安及び矯正の處分を命ずるを要し若は命ずるを得べく、又は許すものと宣告するを要し若は宣告することを得。

- (三) 第二百二十二條 a 及び第二百二十二條 b として左の規定を挿入した。
第二百二十二條 a 第二百二十條乃至第二百二十二條の場合囚人の解放逃走並に其の助成、刑務所の官吏に對する共同暴擧に於ては、保安監置中の者又は勞働留置所に收容中の者は囚人に同じ。
第二百二十二條 b 第二百二十條、第二百二十一條及び第二百二十二條 a の場合を除き、官廳の命令に由つて施設内に收容せられたる者を故意に監置より解放し、又は其の逃走を故意に助成したる者は、二年以下の輕懲役又は罰金に處す。
- (四) 未遂を罰す。
公訴は監置を行ひたる官廳の請求あるにあらざれば之を行はす。
- (五) 第二百四十五條 c として左の規定を挿入す。
第二百四十五條 c 第四十二條 1 に依り職業若は營業の執行又は他人をして之を執行せしむることの禁止せらるゝ間に職業若は營業を執行し又は他人をして之を執行せしめたる者は、二年以下の輕懲役及び罰金又は此の二つの刑の何れか一に處す。
- (六) 第八十一條 a に於て
(a) 第一項に於て「一ヶ月を下らざる輕懲役」の字句に代ふるに「五年以下の重懲役」の字句を以てす。
(b) 第二項及び第三項に代ふるに左の規定を以てす。

第八十一條 a 第二項及び第三項 減輕情狀を存するときは刑は三ヶ月を下らざる輕懲役とす。

刑に併科して警察監視を許す旨を言渡すことを得。

(五) 第二百五十七條 a として左の規定を挿入す。

第二百五十七條 a 第二百十條、第二百十一條、第二百十二條 a、第二百十二條 b の場合を除き、他人に

對し確定的に命ぜられたる又は確定的に許されたる保安及び矯正の處分の執行の全部若は一部

を故意に阻碍したる者は、二年以下の輕懲役又は罰金に處す。

未遂を罰す。

親屬の爲に本條の所爲を犯したる者は之を罰せず。

(六) 第二百八十五條 a に於て第一項は左の法文を執る。

第二百八十五條 a 第一項 第二百八十四條、第二百八十四條 a 及び第二百八十五條の場合に於ては、

輕懲役に併科して公權の褫奪及び警察監視を許す旨を言渡すことを得。

(七) 第三百三十條 a、第三百三十條 b として左の規定を挿入す。

第三百三十條 a 故意若は過失に因り酒精分含有飲料を飲用することに依つて、又は其の他の麻酔

劑に依つて歸責能力第五十一條第一項を阻却する酩酊の状態に身を置きたる者此の状態に於て

刑を法定し在る行爲を犯したるときは、二年以下の輕懲役又は罰金に處す。

然れども刑は刑種及び刑量上此の行爲の故意に因る所犯につき法定し在る刑より重かること

を得ず。

所犯の行爲が告訴に依つてのみ訴追せらるゝ場合には、訴追は告訴に依つてのみ之を行ふ。

第三百三十條 b 酒癖矯正所又は節制所に收容せられたる者に對して、認識と欲求を以て *wissent-*

lich 此の施設の長の許可を受くることなくして酒精分含有飲料又は其の他の麻酔劑を供給した

る者は、三ヶ月以下の輕懲役又は罰金に處す。

(六) 第三百四十五條に於て第一項は左の法文を執る。

第三百四十五條第一項 官吏故意に因り執行すべからざる刑若は保安及び矯正の處分を執行した

るときは、重懲役に處す。

(七) 第三百四十六條に於て第一項は左の法文を執る。

第三百四十六條第一項 官吏其の職務上刑事訴訟手續又は刑若は保安及び矯正の處分の執行に協

力するの任を有し乍ら、認識と欲求を以て何人かをして法律中に規定せられたる刑若は處分を免

れしめたるときは、五年以下の重懲役に處す。

(八) 第三百四十七條に第三項として左の規定を追加す。

第三百四十七條第三項 保安監置中なる者又は勞働留置所に收容中なる者は囚人に同じ。

(九) 第三百六十二條の第二項乃至第四項拘留の刑を言渡された者の服役後邦警察官廳への附託、

邦警察官廳の權限、外國人の邦警察官廳への附託を削除す。

第四條 施行

一六八

刑法第二百四十五條^aは本法公布の翌日を以て之を施行す。其の他の點については本法は一九三四年一月一日を以て之を施行す。

第五條 經過規定

- (一) 判決すべき所爲が一九三四年一月一日以前の所犯に係り、而して犯行の當時刑法第二十條^aの規定が既に效力を有し居たりしならんには、危険なる常習的犯罪人についての加重を許したりしなるべきときは、公安上必要とする以上は、裁判所は刑に併科して保安監置を命ず。
- (二) 既に二回以上有罪の確定判決を受けたる者一九三四年一月一日以後此の時期より前に言渡ありたる別段の判決に基きて自由刑に服役中にして、其の所爲の全體としての評價上本人が危険なる常習的犯罪人なること明白となりたるときは、公安上必要とする以上は、裁判所に於て追加的に此の受刑者の保安監置を命ずることを得。保安監置の命令は重罪若は故意に因る軽罪の廉を以てする三個の有罪の言渡が行はれ、其のそれ〴〵に於て死刑、重懲役刑又は六ヶ月以上の輕懲役を言渡されたることを條件とす。刑法第二十條^a第三項、第四項を準用す。
- (三) 一九三四年一月一日以後此の時期より前に爲したる判決に基きて自由刑に服役中なる者判決

- の際既に刑法第四十二條^bの規定が效力を有し居たりしならんには、其の去勢處分を命ずることを許さるべかりし場合に於ては、公安上必要とする以上は、裁判所は追加的に此の受刑者の去勢處分を命ずることを得。
- (四) 本法の施行後はもはや邦警察官廳への附託を命ずることを得ず。本法の施行以前既に邦警察官廳への附託の言渡されたるときは、其の施行後に於ても附託の效力については從來の規定を適用す。

第六條 施行法

本法に依つて必要となれる刑事訴訟法並に其の他の法令の改正は、之を施行法に留保す。

一九三三年十一月二十四日の危険なる常習的犯罪人の取締並に保安及び矯正の處分に關する法律の施行法

第一條 裁判所構成法

裁判所構成法は左の通り之を改正す。

一六九

- (一) 第二十六條 a として左の規定を挿入す。
第二十六條 a 第二十五條第一項第二號 c 及び第二十六條の場合に於て、危険なる常習的犯罪人に對する刑の加重、療養院若は養育院、酒癖矯正所若は節制所への收容の命令、保安監置若は去勢處分の命令又は職業の執行の禁止を期待すべきときは、檢事は請求區裁判所判事が單獨にて裁判を爲さんことを求むるを爲すべからず。
- (二) 第七十一條 a として左の規定を挿入す。
第七十一條 a 手續が刑に併科して若は單獨にて被疑者を療養院若は養育院へ收容することを目的とせる場合にあつては、公判若は其の一部につき公行を停むることを得。

第二條 刑事訴訟法の改正

刑事訴訟法を左の如く改正す。

- (一) 第五條 a として左の規定を挿入す。
第五條 a 裁判所の事物の管轄は危険なる常習的犯罪人に對する刑の加重(刑法第二十條 a)に依つて左右せらるゝことなし。
- (二) 第八十條 a として左の規定を挿入す。
第八十條 a 療養院若は養育院、酒癖矯正所若は節制所への被疑者の收容又は其の去勢處分の命ぜらるゝものと期待すべきときは、公判前の手續 Vorverfahren に於て既に鑑定人に對して公判

に於て爲すべき鑑定を準備するの機會を與ふべし。

- (三) 第八十一條に於て第一項及び第二項は左の法文を執る。
被疑者の精神状態に關する鑑定を準備する爲裁判所は鑑定人の申立に依り辯護人の意見を聞きたる後被疑者を公立の療養院若は養育院に收容して觀察に附すべき旨を命ずることを得。
準備手續 Vorbereitendes Verfahren に於ては公判の開始を管轄する管の裁判所が裁判を爲す。
辯護人の附添なき被疑者には辯護人を附すべし。
- (四) 第八十一條 a 及び第八十一條 b として左の規定を挿入す。
第八十一條 a 手續にとつて意義を有する事實を認定する爲には被疑者の身體検査を命ずることを得。被疑者以外の者は其の身體に罪となる行爲の特定の證跡若は結果の存在するや否やを認定することを必要とする場合にあらざれば、其の承諾を得ずして身體検査を爲すことを得ず。
血液検査及び醫術上の法則に従つて検査の目的の爲に爲す其の他の干渉は、検査を受くべき者の健康にとつて不利益を來すの懸念なきときは、検査を受くべき者の承諾を得ることなくして之を爲すことを許す。
本條の命を爲すの權は判事の有する所とし、遲滯するに於ては危険なるときは、檢事及び檢事の補助官として其の命に従ふを要する警察官及び保安官も此の權を有す。

第八十一條b 刑事訴訟手續の遂行の目的上又は鑑識事務の目的上必要なるときは被疑者の寫眞及び指紋は其の意思に反しても之を徴することを得べく、また被疑者について計測 Messung 若は之に類似の處置を爲すことを得。

(五) 第一百十六條に於て「邦警察官廳への附託を言渡す」の字句に代ふるに「勞働留置所への收容を命ずる」の字句を以てす。

(六) 第一百二十六條aとして左の規定を挿入す。

第一百二十六條a 或る人が歸責無能力の状態若は限定歸責能力の状態に於て刑を法定しある行為を犯し且其の療養院若は養育院への收容を命ぜらるゝものと認むるについての緊切なる事由を存する場合に於て、公安上必要とするときは裁判所は收容命令を以て其の假の收容を命ずることを得。此の認定を辯解するに足る事實は記録上に明記すへし。

假收容 einstweilige Unterbringung については第一百十四條乃至第一百十六條、第一百二十四條乃至第一百二十六條を準用す。收容せらるべき者が法定代理人を有するときは、決定は此の法定代理人にも通知すべし。保釋を許さず。

收容命令 Unterbringungsbehl 中に記載したる收容の事由が消滅したるとき、又は裁判所が判決中に於て療養院若は養育院への收容を命ぜざるときは、收容命令を取消すべし。上訴を提起することに依つて釋放を遅延せしむることを得ず。

(七)

第一百二十七條第二項に於て「勾留狀」の語の次に「又は收容命令」の字句を挿入す。

(八)

第一百二十八條第二項に於て「勾留狀」の語の次に「又は收容命令」の字句を挿入す。

(九)

第一百二十九條に於て「若は勾留」の字句に代ふるに「勾留若は假收容」の字句を以てす。

(十)

第一百三十一條は左の法文を執る。被疑者が逃亡するとき又は潜伏せるときは、檢事若は判事は勾留狀若は收容命令に基いて人相書附逮捕狀 Steckbrief を發することを得。

豫め勾留狀若は收容命令を存するにあらざる以上は人相書附逮捕狀に依る訴追は逮捕せらるべき者が逃走せるか又は其の他監視を免るゝ場合にあらざれば之を許さず。是等の場合に於ては警察官署も亦人相書附逮捕狀を發することを得。

人相書附逮捕狀には逮捕せらるべき者を表示し、成るべくは其の人相を詳記すべし。其の嫌疑たる所爲並に其の犯行の所と時とを記載するを要す。

第一百十四條b 第一百十四條cを準用す。

(十一)

第一百十四條に於て第二項は左の法文を執る。其の他の事件に於ては療養院若は養育院への收容、保安監置若は去勢處分の命ぜらるゝか又は職業の執行を禁止せらるゝものと期待すべきとき、又は被告人が啞者若は聾者なるときは辯護を必要とす。

- (三) 第四百十五條に於て第一項と第二項との間に左の一新項を挿入す。
公判の經過中に至つて初めて辯護を必要とするものなることを要するものなること判明したるときは、裁判長は公判被告人に辯護人一名を附することを要す。第一項第二段を準用す。
- (四) 第四百十八條に於て第一項は左の法文を執る。
勾留中若は假に收容中なる被疑者には、辯護人との書面及び口頭を以てする交通を許す。
- (五) 第四百十九條は左の法文を執る。
被告人の法定代理人は公訴狀の提出ありたる後は補佐人 *Beistand* たるを許すべく、其の求めありたるときは其の所存を聞くべし。公判の時及び所は適時に之に通知すべし。
第一項第一段は被告人の夫にも準用す。
準備手續 *Bereitendes Verfahren* (改正前の第四百十九條には「公判前の手續」*Vorverfahren* とあり) に於てはかくの如き補佐人の認許は検事の裁量に屬し、豫審に於ては豫審判事の裁量に屬す。
- (六) 第四百五十四條に於て。
(a) 第一項に代ふるに左の規定を以てす。
公訴の導くことあるべき刑若は保安及び矯正の處分が他の所爲に基いて被疑者に對して確定的に科せられたるか、又は他の所爲に基いて期待するを要する刑若は保安及び矯正の處分と比較するに於て、重きを爲すに足らざるときは公訴の提起を見合はすことを得。

- (七) 第三項及び第四項に於て、それ〴〵「刑の語の次に」又は保安及び矯正の處分の字句を挿入す。
- (八) 第五十四條 a に於て、
(a) 第二項に代ふるに左の二項を以てす。
被疑者が別の所爲の故を以て外國政府に引渡され、且内國の公訴の導くことあるべき刑若は保安及び矯正の處分が、外國に於て此の被疑者に對して確定的に科せられたるか、又は外國に於て其の期待するを要する刑若は保安及び矯正の處分と比較するに於て、重きを爲すに足らざるとき亦前項に同じ。
被疑者が判決に依つて國外に追放せらるゝ場合に於ても公訴の提起を見合はすことを得。
- (九) 従來の第三項に於て「第一項及び第二項の字句に代ふるに」第一項乃至第三項の字句を以てす。
- (十) 第六十條に第三項として新に左の規定を追加す。
検事の取調は刑の量定及び保安及び矯正の處分の命令若は認許によつて意義を有する事情にも及ぶことを要す。
- (十一) 第二百七條第二項に於て「未決勾留の語の次に」又は假の收容の字句を挿入す。
- (十二) 第二百三十三條 a として左の規定を挿入す。
- (十三) 第二百三十三條 a 公判被告人の在廷なくして審問を行ひたるときは、之に對して保安及び矯正

の處分を命じ又は許す旨を言渡すことを得ず。
(辛) 第二百四十六條 a として左の規定を挿入す。

(壬) 第二百四十六條 a 公判被告人を療養院若は養育院酒癖矯正所若は節制所へ收容し又は之に去勢處分を施すべき旨の命ぜらるゝを豫期すべきとは、公判に於ては醫師一人を鑑定人として公判被告人の精神及び身體の状態を訊問すべし。鑑定人が前に既に公判被告人を診察したるのとあらざりしときは、公判に先つて鑑定人に診察の機會を與ふへし。

(世) 第二百六十條に於て第一項に代ふるに左の二項を以てす。

(三) 公判は判決を言渡すを以て完結す。判決は無罪、有罪、保安及び矯正の處分の命令若は認許又は手續の中止を言渡す。職業の執行の禁止を言渡すときは、判決中に於て執行の禁止せらるゝ職業、營業、若は營業部門を精密に表示すべし。

(四) 第二百六十三條に於て第一項は左の法文を執る。苟も公判被告人にとつて不利益なる裁判にして罪責問題、刑の量定、附加刑若は附隨的結果の命令又は保安及び矯正の處分の命令若は認許に關するものには、三分の二以上の多數意見を必要とす。

(五) 第二百六十五條に於て第二項は左の法文を執る。

(六) 審問中に至つて初めて刑罰法規の特に規定せる事情にして可罰性を加重し、又は保安及び矯正の處分の命令若は認許を是認せしむるもの、明白となりたるときは、亦前項と同様に處置すべし。

(七) 第二百六十七條に第六項として左の規定を追加す。

(八) 判決理由は何故に保安及び矯正の處分を命じ若は之を許すものと宣告したるか、又は審問中に行はれたる請求に反して之を命ぜす若は之を許すものと宣告せざりしかを明にするを要す。

(九) 第二百七十條に於て第一項に左の一段を追加す。
區裁判所判事が危険なる常習的犯罪人に對する刑の加重、療養院若は養育院、酒癖矯正所、若は節制所への收容、保安監置、去勢處分又は職業の執行の禁止を相當と認めたるときは、上級の裁判所が管轄權を有するにあらざる以上は、區裁判所判事は事件を參審裁判所に移送するを要す。

(十) 第二百九十九條に於て第一項は左の法文を執る。

(十一) 勾留中なる被疑者は、自己が官廳の命に依つて監置せらるゝ施設の所在地を管轄する區裁判所の書記の調書を以て上訴に關する意思表示を爲すことを得。

(十二) 第三百五條に於て「勾留」の語の次に「假の收容」の字句を挿入す。

(十三) 第三百十條第一項に於て「勾留」の語の次に「又は假の收容」の字句を挿入す。

(十四) 第三百三十一條に第二項としての左の規定を追加す。

本條の規定は控訴裁判所に依る療養院若は養育院、酒癖矯正所若は節制所への收容の命令を妨げず。

(三) 第三百五十八條に於て第二項に左の一段を追加す。

療養院若は養育院、酒癖矯正所又は節制所への收容の命令は之に依つて除外せらるゝことなし。

(四) 第三百五十九條に第二項として左の規定を追加す。

第一項第五號の條件を具備するに於ては、提出せられたる事實若は證據方法が單獨にて又は前に調べたる證據と關聯するに於て、裁判所が保安及び矯正の處分の基礎と爲したる所爲若は前の有罪の言渡の確認を不當と認めしむる場合にあつても、受刑者の爲にする再審を許す。

(五) 第三百六十三條は左の法文を執る。

同一の刑罰法規に基く別様なる刑の量定又は保安及び矯正の處分に關する裁判の變更を招來する目的を以てする再審を許さず。

(六) 第三百七十一條に於て第三項に左の一段を追加す。

限定歸責能力に基き刑の減輕を招來するの目的を以てする手續の再審をも除外す。

(七) 第三百七十三條に於て第二項に左の一段を追加す。

療養院若は養育院、酒癖矯正所又は節制所への收容の命令は之に依つて除外せらるゝことなし。

(八) 第三百八十四條に於て第一項に左の一段を追加す。

然れども保安及び矯正の處分を命じ又は許す旨を宣告することを得ず。

(九) 第四百七條に於て第三項は左の法文を執る。

保安及び矯正の處分は處罰命令 Strafbefehl 中に於ては之を命じ又は許す旨を宣告することを得ず。

(十) 第六編第三章の次に第三章 a として新に左の一章を挿入す。

第三章 a 保安手續 Sicherungsverfahren.

第四百二十九條 a 被疑者が歸責無能力の状態に於て刑を法定し在る行爲を犯したることの根據を存し、且檢察が被疑者の歸責無能力なるの故を以て刑事訴訟手續を遂行せざるときは、檢察は刑事訴訟手續とは無關係に被疑者を療養院若は養育院に收容する命を發せられんことを請求することを得(保安手續)。

第四百二十九條 b 保安手續には、他に別段の規定を存するにあらざる以上は、刑事訴訟手續に關する規定を準用す。

請求 Antrag は公訴に同じ。公訴狀に代ふるに請求書 Antragschrift を以てするものとし、請求書は公訴狀の要件を具備することを必要とす。判決中に於て收容を命ぜざるときは、請求の棄却を言渡すべし。

刑事訴訟手續につき大審院若は控訴院が第一審裁判所として管轄権を有すべきとき又は陪審裁判所が管轄権を有すべきときは、保安手續については大刑事部 Grosse Strafkammer が之に代る。

第四百二十九條。保安手續に於て被疑者の裁判所への出頭が其の狀態上不可能なるか又は公安若は公の秩序の理由に因り相當ならざるときは、裁判所は被疑者を出頭せしむることなくして公判を遂行することを得。

此の場合に於ては公判に先だち受命判事をして鑑定人を立會はしめたる上にて被疑者を訊問すべし。此の訊問期日は檢事、被疑者、辯護人及び法定代理人に通知すべし。是等の者が訊問に立會ふことは必要ならず。

被疑者の狀態に顧み必要とするとき、又は公判を適法に遂行するに他の方法にては不可能なるときは、被疑者が全然出頭せず又は一時のみ出頭したるに止まる場合にあつても、裁判所は保安手續に於て本案につき被疑者を訊問したる後公判を遂行することを得。

被疑者を出頭せしむることなくして公判を行ふ場合には、被疑者の前に爲したる陳述にして

裁判所の調書中に掲げらるゝものは之を朗讀することを得。第二項第一段に依る公判前の訊問 Vorvernehmung に關する調書を朗讀すべし。

第四百二十九條 d。公判の開始後保安手續中に於て被疑者の歸責能力を具備することが判明し且裁判所が刑事訴訟手續については管轄権を有せざるときは、裁判所は決定を以て其の管轄権を言渡し、事件を管轄裁判所に移送す。第二百七十條第二項及び第三項を準用す。

公判の開始後保安手續に於て被疑者の歸責能力を具備することが判明し、且裁判所が此の刑事訴訟手續についても管轄権を有するときは、被疑者には法律狀態の變動を指示し、之に防禦の機會を與ふべし。被疑者が未だ充分に防禦を準備しあらざる旨を主張したるときは、其の申立に依り公判を猶豫すべし。第四百二十九條 c に基き、被疑者の不在の儘審問が行はれたるときは、被疑者の在廷せざりし公判の部分反覆すべし。

第四百二十九條。獨逸國民が外國に於て重罪若は故意に因る輕罪の故を以て自由刑を言渡され、若し内國に於て有罪を言渡したりしならんには、保安監置若は去勢處分を命ずることを正當としたるべき條件を具備するときは、檢事は追加的に處分を命ずべき旨の請求を爲すことを得。
(追加的保安手續)

此の手續には第四百二十九條 d を準用す。

(次) 第四百五十六條 a は左の法文を執る。

受刑者が他の所爲の故を以て外國政府に引渡さるゝか又は判決に因り國外に追放せらるゝときは、執行官廳は自由刑又は保安及び矯正の處分の執行を見合はすことを得。

被引渡人又は被追放人が歸還せるときは、執行を追完することを得。保安及び矯正の處分の追完については刑法第四十二條gを準用す。

(光)

第四百五十六條b乃至第四百五十六條dとして左の規定を挿入す。

第四百五十六條b 自由の褫奪を伴ふ保安及び矯正の處分にして自由刑に併科して命ぜらるゝものは、自由刑が服役を了し、條件を付して猶豫せられ又は其の免除せられたる場合に初めて之を執行す。然れども療養院若は養育院、酒癖矯正所又は節制所への收容は、自由刑に先だつて其の全部又は一部を執行することを得。

第四百五十六條c 去勢處分に必要なる醫師の手術は病院に於て、獨逸國につき免許せられたる醫師之を施行す。邦司法行政部は去勢處分の施行を委任することを得べき病院及び醫師を指定す。手術を施行する醫師が官の醫師にあらざるときは、施行には官の醫師を立會はしむべし。他の處置を以ては不充分なるときは、直接の強制を施用することを許す。

第四百五十六條d 職業の執行の禁止を即時に施行するときは、受刑者又は其の親屬に處分の目的外に存する重大なる苛酷を意味するの虞ありて、此の苛酷は施行を後らしむることに依つて回避することを得べきときは、裁判所は判決を言渡すに當つて言渡を受くる者の申立に依り又

は其の承諾を得て、決定を以て職業の執行の禁止の施行を猶豫 *aufgeschoben* することを得。言渡を受くる者が法定代理人を有するときは、其の承諾を必要とす。第四百六十二條第二項を準用す。執行官廳は同一の條件の下に職業の執行の禁止を中止 *ausssetzen* することを得。

猶豫及び中止は擔保の提供又は其の他の條件に繋らしむることを得。猶豫及び中止は六ヶ月の期間を超ゆることを得ず。

猶豫及び中止の期間は職業の禁止につき定めたる期間には通算せず。

(早)

第四百五十八條に於て

(a) 第二項に代ふるに左の規定を以てす。

裁判所は其の外第四百五十五條、第四百五十六條、第四百五十六條d第二項の場合に於て執行官廳の裁判に對して異議の申立ありたるとき、又は執行官廳が被引渡人又は國外に追放せられたる者につき刑又は保安及び矯正の處分の執行を追完すべき旨を命じ、此の命令に對して異議の申立てられたる場合にあつても裁判を爲す。

(b) 第三項に左の一段を追加す。

第四百五十六條d第二項の場合に於て裁判所は假の命令を爲すことを得。

(四十一)

第四百六十三條aとして左の規定を挿入す。

第四百六十三條a 別段の規定を存せざる以上は行刑に關する規定は保安及び矯正の處分の執