

78
22

獨逸
法學博士
法學士
法學士

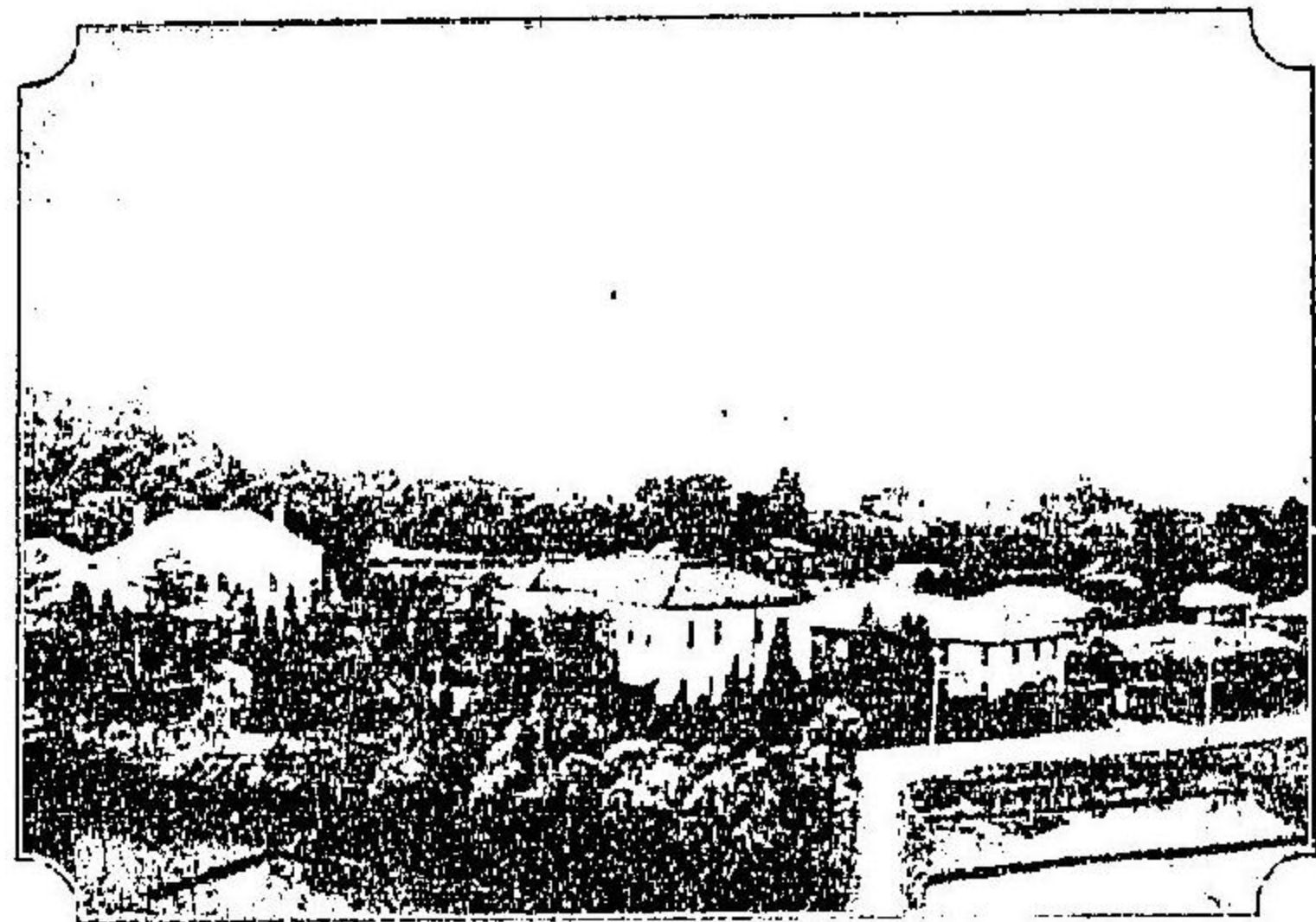
フオノリス卜原著
岡田朝太郎校閱
吾孫子勝共譯
乾政彦

法律叢書

獨逸刑法論



早稻田大學出版部藏版



早稲田大學

獨逸刑法論序

一國の法律は固有法繼受法の二素より成る、而して其繼受法の國法中に於ける分量は概して其國の文化の程度と正比例を爲して増加するものなり、交通發達し、人智進歩するに隨ひ、各國間に於ける物質的、智識的協助の作用は倍々發達し、相互的採長補短は社會百般の事物の上に行はるるに至る、茲に於てか、文明諸國の法律は其固有の民族的特性を保有すると同時に、世界的通性をも含有するに至る、其固有法を知らんと欲する者は其國の古法慣例を知らざる可らず、其繼受法を知らんと欲する者は其母法の理義に通ぜざる可らず、是れ外法研究の一日も忽にすべからざる所以なり

外法繼受の方法に三あり其一は立法的にして新法を制定するに當り、外法の我國情に適するものを採擇する是れなり、其二は司法的にして法規の解釋適用に關して外國の判例學說を參酌する是れなり、而して其三は學問的にして外國の法規判例理論の智識を得る是れなり、立法的繼受は直接繼受なりと雖も、學問的繼受の基礎あるに非らずんば徒らに形骸を移すに止まらん、司法的繼受は其形は間接繼受にして、其効は直接繼受なりと雖も、學問的繼受の基礎あるに非ずんば、其解釋適用を誤る虞あらん、故に學問的繼受は外法繼受の基礎たり、外法を採りて國法に同化せしめんとならば、學問的繼受の方法に依るの他に途あることなし

學問的繼受の方法亦た三あり、著書、講義及び翻譯是れなり、著書

及び講義は外國の法制學說を咀嚼消化して之を邦人に傳ふるの長ありと雖も、之に依り法を學ぶ者は間接に智識を傳習するを以て、時に或は隔靴の感なしとせず、況んや方今著書未だ甚だ多からず、講義動もすれば悉さざるの憾あるに於てをや、故に原書に據りて外法を學ぶ能はざる者に對しては、學問的直接繼受の方法は、唯だ彼の學說を其儘に紹介する翻譯の一あるのみ、早稻田大學夙に茲に觀る所あり、泰西の法律書中最も我邦に適切なるものを選び、數多の法曹に囑して之を邦語に翻譯せしむ、本書は其一なり、余は同大學が刑法に關する群籍中、特に本書を抜きて之を譯述せしめたるの當を得たるを稱賛せざるを得ず、方今刑法に關する理論は變遷の時期にあり、或は刑法の基礎を個人に求むる者あり、或は之を社會に求むる者あり、其之を個人

に求むる者の中、亦た心理的基礎に依る者あり、生理的基礎に依る者あり、「リスト」氏は其間にありて、犯罪の個人的觀察、社會的觀察共に之を併せて敢て其一方に偏せず、「ヘーケル」派の如き惟心論者に非らずと雖も、亦た伊多利派の如き極端なる唯物論者にもあらず、常に近世の自然科學及び生物學、社會學の進歩に伴ひて、中正を得んことを期するもの如し、故に後進者若し先づ斯書に依りて刑理を攻究し、後ち自ら工夫する所あらば蓋し過なきに庶幾からん

早稻田大學が「リスト」氏の書を選ひたる所以のものは、蓋し其内容の價値を認めたるに止らざるべし、本書は實に獨逸刑法の教科書として其體裁の最も整備したるものの一なり、著者は刑法の沿革、理論及び政策より、法文の解釋適用に至るまで、精銳なる

論法と簡潔なる文章とを以て之を叙述し、殆んど餘蘊あることなし、故に本書の一たび出づるや、聲名群籍に超越し、曩に法學社會の齊しく推して最良の教科書と爲せる「ベルテル」氏の刑法論を凌駕し、方今殆んど獨逸刑法論の冠冕たる榮譽を有するに至れり、今や本邦に於て刑法改正の議あるの時に當り、獨逸法學に精通せる吾孫子、乾兩學士斯書を譯述し、本邦斯道の巨擘にして、曾て「リスト」氏に親炙せる岡田教授之を校閲す、余は斯翻譯が其書を得、其時を得、其人を得たるを喜び、讀衆と共に之を本邦の法學界に歓迎せんとす

明治三十六年三月下旬

穗積陳重

獨逸刑法論序

法學の研究上に於て最も避くべき弊害は學理に基かざる空想を偏執すると條句の末に拘泥して卑近なる註釋の外に出でざるとの二なりとす此兩弊を排して秩序的に其原則綱要を闡明するは後進學生の理解力を養ひ之をして其目的を達せしむるに最も必要なる條件なりと謂ふへし而して其原則なるものは空漠なる獨斷的定典に非ずして吾人共同生活の實際より割出し實驗的に究明したるものなるを要す思ふに舊來法學の發達を阻碍したる原由は畢竟空論と註釋との兩端に偏して其原理を究明する方法を求めざりしに在り近時に至りて漸く其趨向を一轉し進歩の途に就きたるは即ち此積年の弊習に鑑みて研究の方針を改良すると爲りたるか故に外ならざるなり

法律の諸科目中に於て殊に刑法學の如きは永年間空想の上に築かれ立法の本旨に背馳せる法規の行はるゝもの實に少しとせず然るに近來生物學、人類學、社會學等の進歩に促され今や將に其基礎及び研究の方法を一新せんとする時期に際會せり即ち一方に於ては刑事人類學上より生理的に犯罪人の性習を攻究して其分類を明にし又一方に於ては社會學上より汎く犯罪に關する研究を遂げ犯罪なるものは單純なる自由意思の發動なりとせし舊來の思想を打破して一定の法則に服従する複雑なる社會的一現象なりとし統計其他の要具に依りて犯罪の原因及び之に關する一切の事項を詳にし以て其懲罰及び豫防に關する政策を定むる基と爲し無數の問題に付き着々法制の改革を誘致したるは顯著なる事實とす思ふに刑法學の研究をし

二

て斯の如く一生面を開くに至らしめたるは主として著實なる方針に依りて其原理を闡明することに努めたる學者の功勞に歸せざるへからざるなり
有名なるリスト教授は近世刑法學の泰斗にして實驗派を代表し此學の進歩に貢獻せられたる功績實に少しとせず而して本書の如きは即ち最新の思想に基きて刑法の原理を説明したるものなれば刑法教科書中の最も價值あるものと謂ふへし頃日早稻田大學に於て其譯書を出版せらるゝの美舉あることを聞き斯學の爲め欣喜に堪へず其大に我法學社會を裨益し刑法の研究を進むるに著しき效力あるへきことは確信して疑はざる所なり殊に多年獨逸法を攻修せられたる兩學士に於て本書の翻譯を擔當せられ更に岡田博士の校閲を経たるは其正確なる

ことを保證するに足るものと謂ふへし茲に此良書の發刊に際して一言所見を述へ以て之を江湖に紹介すと云爾

明治三十六年三月下浣

富井政章

獨逸刑法論序

早稻田大學(舊東京專門學校)が曩に「デルンブルヒ」の「バンデク
テン」及び「エンデマン」の商法を翻譯して世に公にしたのは實
に近時の美事であつて斯學界に貢獻する所尠少ならざるこ
とは予が窃に喜ぶ所である然るに今又「リスト」の刑法を翻譯
して將に梓に上さんとするに付き予に序を書けと請はれた
のである予は専門外なるの故を以て一應は辭退したけれども
學校及び譯者の希望黙止し難く遂に之を承諾したのである
思ふに「リスト」の刑法に於ける童に獨逸に於てのみならず歐
米諸國は勿論遠く我東洋に於ても夙に其雷名を聞く所であ
つて今日苟も身を法界に置く者は蓋し一人として其名を知

らざる者はあるまい、故に今更其效能を喋喋するは寧ろ蛇足の感あるを以て之を省き唯此翻譯が今日我邦に出でたるは實に最も時世の必要に應じたものであることを一言しやうと思ふ、世人動もすれば法律は各國其制を異にするが故に外國の著書は如何に良著にても我國人を益すること尠しと曰ふけれども是は大なる謬見である、勿論我國人が法律を講究するに當つて我國法を度外に措き單に外國の著書のみ成就いて研究するは其當を失するものであるけれども彼我法律の異なる所を辨へつゝ外國の良著を參考すれば我邦多數の著書を參考するよりは有益なること予が信じて疑はざる所である、殊に「リスト」の學説の如きは萬國の學者皆之を引用すると謂つても可なる位であるから苟も刑法を學ぶ者にして

二

此書を一讀せざれば我邦の刑法學者の所説さへも十分に了解することの出来ぬことが多いであらうと思ふ、而して我刑法は主として範を佛國に採つたものであるため從來佛國の學説を傳へたる著書又は佛國の著書の翻譯は尠からぬけれども獨逸の學説に據り、獨逸の著書を翻譯したものは未だ殆ど聞かざる所であるが、今や我刑法は將に改正せられんとして居るのである、而して其改正案には獨逸の法律又は學説に據つたものも亦尠からぬやうに見ゆるから此時に當つて本書の出づるは最も其時を獲たるものと謂はねばならぬ、譯者乾、吾孫子の兩法學士は予が大學に於て親しく教授することを得たるを幸福とする所であつて獨法科中鏘鏘たる卒業生であるが故に未だ全文を一讀するの違なしと雖も其翻譯

序

三

譯の精確なることは予が疑はざる所である、是れ殊に予が本書を世に紹介することを喜ぶ所以である

明治三十六年三月下旬

梅 謙次郎 誌

例 言

- 一 譯文の側に單線を施したるは原著に大書しある箇所なり
- 一 原語は刑法學上の術語と思料するものに限り之を掲ぐ
- 一 譯語の未だ學者間に一定せざるもの尠からず事項索引に就き其意義を明にせられ度し
- 一 刑法典の正條は別に之を添附するの違なかりしを以て唯總則の規定を全部本文及ひ箇條索引の中に譯載し各箇の犯罪に關する規定は重要な關係あるものに限り其要旨を當該關係の下に掲記し箇條索引を附して索るに便にせり
- 一 原書を理解するに付き必要と認る限り譯者の補註を加へたる所少しとせず多くは其旨を表示したり

一斯譯は素と岡田教授の懇篤なる指導に依り教授の校閲の下に成ると雖も譯者の不文なる筆路澁晦亦萬一の謬なきを保せず唯夫れ琢磨精ならず以て玲瓏の質を示す能はざるに至ては深く之を愧つ篇中章句の牴牾其他苟も改竄すべきものは切に讀者の高教を仰き異日再版の期を俟て更に補正する所あらんとす

明治三十六年三月下旬

譯者識

獨逸刑法論目次

緒論

第一章 刑法の意義及ひ此書の本領……………一

緒論之壹

刑法の沿革……………四

第二章 沿革概論……………四

第三章 羅馬人の刑法……………一〇

第一期 建國後第七世紀に至る迄……………一〇

第二期 「クエスチオーネ」訴訟手續時代……………一三

第三期 帝政時代……………一六

第四章 中古時代の獨逸刑法……………一九

第一期 中古初期、第十三世紀に至る迄……………一九

第二期 中古後期、第十三世紀より第十六世紀に至る迄……………二六

目次

第五章 カール第五世の刑事裁判所法……………二八

第六章 獨逸普通刑法……………三七

第一項 第十八世紀の中葉に至る迄の立法……………三七

第二項 學術……………四三

第三項 法制……………四八

第四項 一千七百五十年以來の立法……………五一

第七章 革新文學時代……………五二

第八章 一千八百七十年に至る迄の獨逸成文刑法……………五九

第一項 一千八百五十一年以前に於ける獨逸刑法諸典……………六〇

第二項 一千八百五十一年の普國刑法典……………六四

第三項 一千八百五十一年以後に於ける獨逸聯邦諸國の成文刑法……………六九

第九章 第十九世紀に於ける獨逸國外の成文刑法……………七二

第一項 奧太利、匈牙利……………七二

第二項 和蘭……………七四

第三項 スカンデナヴィア諸國……………七五

第四項 露國……………七六

第五項 バルカン諸國……………七七

第六項 瑞四……………七九

第七項 佛蘭西、白耳義、ルクゼムブルグ、モナコ……………八一

第八項 イベリア半島……………八三

第九項 伊太利半島……………八三

第十項 英米法系諸國……………八五

第十一項 南及ひ中央亞米利加諸國……………八七

第十二項 土耳其……………九〇

第十三項 東亞諸國……………九一

第十四項 ユンゴ一國……………九二

第十章 第十九世紀に於ける獨逸の刑法學……………九二

第十一章 帝國刑法典の成立及ひ増訂……………九八

第十二章 刑法典以外の帝國刑法法律……………一〇九

緒論之貳

刑事政策の梗概……………一九

第十三章 利益保護としての刑法……………一九

第十四章 犯罪現象の原因及び種類……………二八

第十五章 刑事政策の要求……………三三

第十六章 刑法理論の争……………四〇

緒論之參

帝國刑罰法の淵源……………五一

第十七章 法源の由來……………五一

第十八章 帝國刑法並に其補助科學に關する
参考書……………五七

第十九章 刑罰法規の時に關する效力範圍……………五七

總論

第一卷

犯罪

……………二〇〇

第二十六章

犯罪の概念及び分類……………

第二十章 刑罰法規の事物に關する效力範圍

帝國法と聯合各邦法……………一六三

第二十一章 刑罰法規の土地に關する效力範圍

圍原則の攻究……………一七一

第二十二章 前章の續、獨逸帝國立法の見地……………一七七

第二十三章 前章の續、國際間の法律上の共助……………一八八

第二十四章 刑罰法規の人に關する效力範圍……………一九四

第二十五章 平時法及戰時法……………一九八

甲、犯罪の構成要件……………二〇七

 甲の壹、犯罪を所爲として論ず……………二〇七

 第二十七章 犯罪の主體……………二〇七

 第二十八章 所爲の概念一般……………二一一

 第二十九章 一、作爲(結果の惹起)……………二一八

 第三十章 二、不作爲(結果を妨止せざるこ
と)……………二三二

 第三十一章 所爲の時竝に場所……………二四〇

 甲の貳 違法の所爲として犯罪を論ず……………二四八

 第三十二章 犯罪の要件たる違法を論ず……………二四八

 第三十三章 正當防衛……………二五五

 第三十四章 緊急の状態……………二六五

第三十五章 違法を阻却する其他の場合……………二七三

 甲の參、有責の所爲として犯罪を論ず……………二八二

 第三十六章 責任の概念竝に其要件……………二八二

 第三十七章 引責能力……………二九二

 第三十八章 引責無能力の各場合……………二九九

 第三十九章 故意……………三〇八

 第四十章 前章の續き、錯誤……………三二〇

 第四十一章 違法の知覺……………三二七

 第四十二章 過失……………三三四

 第四十三章 出版犯罪に於ける責任……………三四一

 甲の四、罰すべき不正として犯罪を論ず……………三四八

 第四十四章 不正竝に犯罪……………三四八

第四十五章 被害者の告訴……………三六〇

乙 犯罪發現の體様……………三七二

乙の壹 犯罪の未遂及既遂……………三七二

第四十六章 未遂の概念……………三七二

第四十七章 不能犯……………三八七

第四十八章 未遂中の中止……………三九六

乙の貳 正犯竝に加擔……………四〇二

第四十九章 梗概及沿革……………四〇二

第五十章 一、實行正犯……………四一三

二、加擔……………四二三

第五十一章 一、實行正犯……………四一三

二、加擔……………四二三

第五十二章 加擔論結……………四三〇

第五十三章 加擔、一身上の關係の影響……………四四〇

乙の參 一罪と數罪……………四四四

第五十四章 一所爲と數所爲……………四四四

第五十五章 數所爲と一罪……………四四九

第五十六章 一罪の法律上の處分……………四五七

第五十七章 數罪……………四六四

第貳卷 刑罰

第一

第五十八章 刑罰の概念……………四六九

第貳 刑罰の種類(刑罰の制度)……………四七八

第五十九章 帝國の立法に於ける刑罰制度……………四七八

第六十章 一、死刑……………四七八

二、自由刑、自由刑の歴史……………四八九

第六十一章 二、自由刑、自由刑の歴史……………四八九

第六十二章 帝國法律に於ける自由刑……………四九八

第六十三章 三、罰金刑……………五〇二

第六十四章 四、譴責……………五〇五

第六十五章 五、自由に對する附加刑……………五〇六

第六十六章 六、名譽に對する附加刑……………五二二

附録

第六十七章 償金……………五一九

第參 法律並に判決に於ける刑罰の節度……………五二四

第六十八章 判事の爲す刑罰の適用……………五二四

第六十九章 刑罰の變更

其一、刑罰の加重……………五二九

第七十章 刑罰の變更……………五二九

其二、刑罰の減輕……………五三二

第七十一章 換刑……………五三七

第七十二章 處せられたる刑罰に算入すること……………五四一

第七十三章 數個の犯罪の俱發(實體上の俱發)の場合に於ける刑の適用……………五四五

第四 國家の刑罰請求權の消滅……………五五二

第七十四章 刑の全免の原由の一般……………五五二

第七十五章 恩赦……………五五六

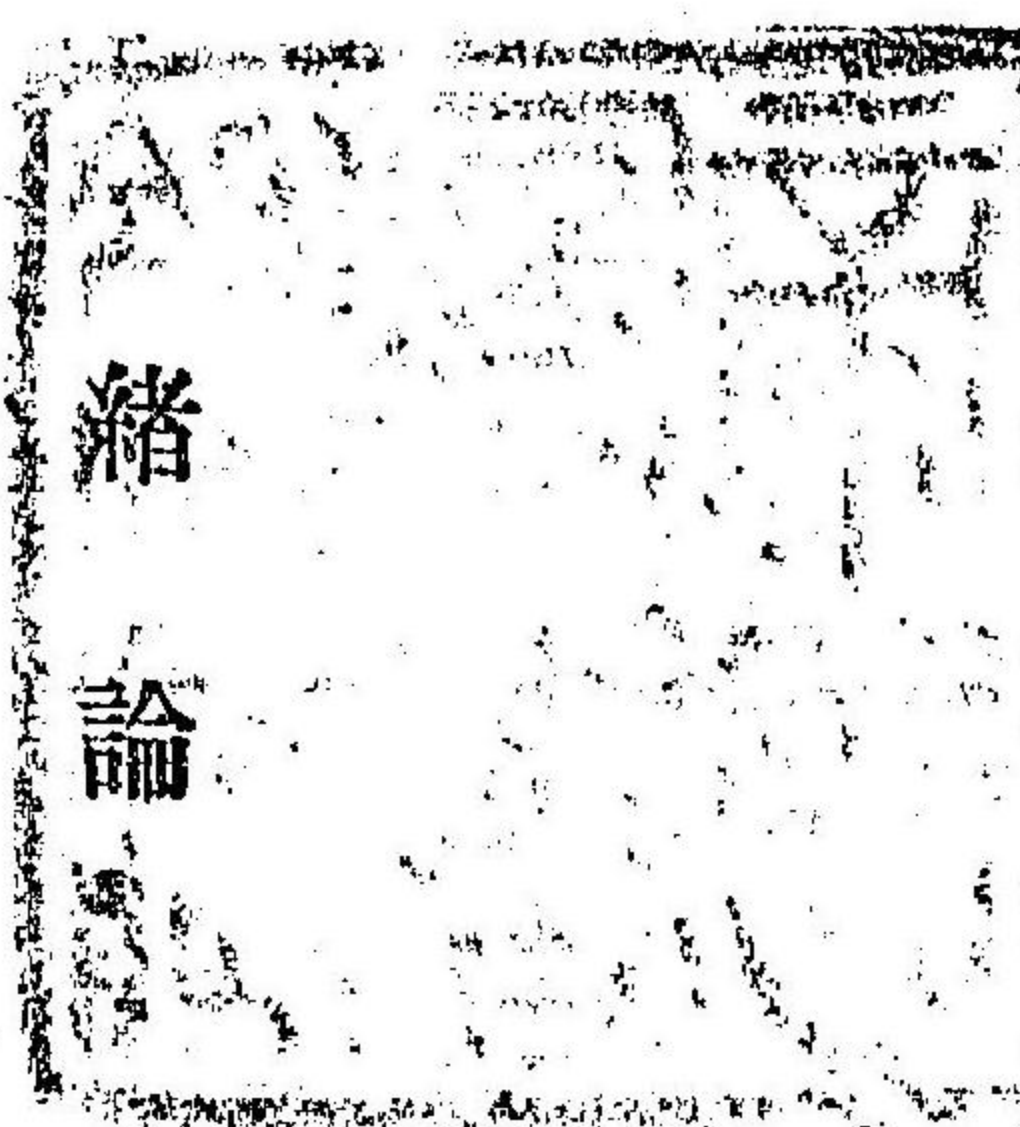
第七十六章 時効の一般……………五六二

第七十七章 訴追の時効……………五六六

第七十八章 執行の時効……………五七二

獨逸刑法論目次終

獨逸刑法論



獨逸伯林大學教授 フォン、リス、ト原著
法學博士 岡田朝太郎校閱
法學士 吾孫子勝共譯
法學士 乾政彦

第一章 刑法の意義及び此書の本領

〔註〕 刑法(Strafrecht)とは事實としての犯罪に法果(法律上の結果即ち制裁)としての刑罰を附することを以て目的とする國家的法規の全体を謂ふ〔註〕。犯罪は刑法に固有なる事實にして不正即ち有責違法の所爲の一種たり〔後の第廿五章參照〕刑罰は刑法に固有なる法果にして其他の不法の所爲の法果と異なる所は國家か有責者に對して科する害惡苦痛たるの點にあり〔後の第廿五章參照〕故に犯罪と刑罰との二者は實に刑法

刑法の意義及び此書の本領

の基礎たる概念なり。されば刑法學の目的は純然たる法理上の見解を助くるに成文刑事法を以てし以て犯罪刑罰全般に通ずる概念を取得するに在り、個々の法規より遡りて基礎の概念及び終局の原則を探究し以て一の系統を組織するに在り、其系統の各論の部に於ては個々の犯罪と之に科したる刑罰を説き總論の部に於ては犯罪刑罰全般の概念を説くに在り。元來法律學は極めて實際的の學術にして常に裁判の必要に應じ且つ之に因りて益々其發達を促かすものなれば其性質上必ず系統的の學術たらざる可からざるものなり、蓋し個々の智識を合集して一系統の下に叙列することは實に其活用をして廣大且つ正確ならしむる唯一の手段にして、若し此手段に因らざるは法律の適用は同一の事件に對し時に依りて差あり人に依りて別あるの不都合を生ずへければなり。

本書は現行獨逸帝國刑法を説明することを以て唯一の目的とす、故に外國刑法及び獨逸聯邦諸國の刑法の如きは全く本書の目的の範圍外にあり。又刑法の沿革は唯現行刑法か歴史的の産物にして今猶發達の中途にあることを知らしむるに必要なる限度に於て叙述せんとす、而して「緒論の壹」を以て之に充てんとす。

(註一)客觀的意義に於ける「ストラーフェンロト」刑法—は—に之を刑罰法(Penales Recht)又は犯罪法(Kriminalrecht)と稱す、「ストラーフェンロト」なる名稱を此意に於て始めて用ひたる者はエンゲルホルド—一七五六年—なりとす。又主觀的意義に於ける「ストラーフェンロト」(刑罰權)は刑罰を行ふの權(Jus puniendi)を意味す、所謂國家の刑罰權(Das Recht zu strafen)なるものは本來絕對無限にして法律觀念以外に存する事實上の國家の刑罰力(Strafgewalt)か巧に自己活動の範圍を一定の條件(犯罪)并に内容(刑罰)に制限したるものに外ならざることゝ忘るへからず、凡そ法律は權力行使の政策なるに如くに(イェンケ氏)國家の刑罰權も亦國家の刑罰力を法律上制限したる結果なり、而して此の如き制限を爲すものは實に刑法是なり、故に刑法と刑罰權とは同一概念の兩面たるに過ぎず。

〔貳〕刑罰は國家の堂中に存する犯罪鎮壓の手段たるの點よりして吾人は聊か現行刑法の範圍外に論及するの必要を有す、即ち國家刑罰權の基礎及び目的并に犯罪の起源及び本質に關する問題はなり、此問題を學術的に解釋するは刑事政策學の目的に屬す。刑事政策學は現行法を如何なる點まで尊重すべきかの標準を示すと同時に如何なる點に於て欠點ありやといふ立法の標準を示し且つ現行法の精神を理解し各個の場合に其精神に従ひて之を適用すべきことを教ふるものなり、予は之を「緒論の貳」に於て論せんとす。

〔參〕 刑法の淵源及び效力範圍に關する問題は本來刑法上の原則に依らずして寧ろ國法上及び國際法上の原則に依るべきものなれば本論に入るに先づ緒論の參に於て論述する所あらんとす。

緒論之壹

刑法の沿革

第二章 沿革概論

〔壹〕 諸國の法律に於ける刑罰發達の沿革を尋ねれば其中自ら一定共通の原素あるを見る故に其比較研究は嘗に一國法制史上の欠缺を補充し又其疑惑を明確にするの効あるのみならず亦實に總ての時代總ての國土に於て刑罰の發達し來れる軌道を示し以て將來に於て刑事立法の有効なる改正を爲し得べき方針を教ふるに足るべし是れ即ち刑罰の比較研究が彼の理想的にして而かも現實的なる刑事政策學の好羅針盤たる所以なり。

〔貳〕 吾人は法律の比較研究に因りて刑罰歴史の起點か人世歴史の起點と相一致せるものなることを知る時の古今を論せず國の分野を問はず凡そ刑罰なるものは惡行に科するの惡報換言すれば私人か他人の意思範圍及び勢力範圍を侵害したる場合に其侵害の事實を理由として其私人の意思範圍及び勢力範圍を侵害するの謂なり故に吾人は刑罰を最始歴史的事實の一に算ふることを得べきのみならず刑法は恰も法律發達史の第一葉にして不正は法律并に倫理の楨杆なりと認めめて誤なかるべし。

國家構成以前に於ける種族團體(血族團體)の編制を見れば同時に二種の原始的刑罰の存在せしことを知るべし。即ち第一種族の一員か團體内部に於て其團體又は團體員に對して犯罪を行ひたる場合に於て之に對する處刑及び第二種族以外の者か外部より團體又は團體員の勢力範圍及び意思範圍を侵害したる場合に於て之に對する處刑是なり。而して第一の場合に於ける刑罰は就中種々の形式を以て其團體員を其平和團體以外に追放するにあり第二の場合に於ける刑罰は所謂血的復讐にして其外人及び其所屬の全種族を鎮壓するにあり而して是れ種族

と種族との間に行はるゝものにして所謂部落復讐(グルツツベツワツ)兩種族の中何れか一方が屈服するが然らずんば双方共に疲弊するに至りて終るものなり。何れの場合に於ても刑罰は皆原始的宗教の臭味を帯び平和の秩序か神明加護の下に立つか如くに血的復讐の刑罰も亦神明の命令に基くものと信せられたり。

然れとも何れの場合に於ても刑罰は其發達の初期よりして法律的及び平和的秩序の利益の侵害に對する法律的及び平和的秩序の反動たるに外ならず而して假令社會自ら之を明に認識し又明に欲望せざりしとするも刑罰か社會的秩序の侵害に對する反動たるの事實は遂に動かす可からず換言すれば刑罰は非社會的行動に對する社會的行動即ちメルケル氏の言へるか如く社會か自己の存在を主張するため爲したる社會の勢力發表なりとす。

是に由りて之を觀れば刑罰の根源は復讐心として發現する所の個人の自衛心に在りと云へる普通の見解は須らく之を訂正せざるへからず。團體員を平和團體以外に追放する刑罰も亦血的復讐と等しく個人の反動にあらずして實に法律的及び平和的秩序たる種族團體の反動たり而して此の如き反動を受くべき行爲は

必ず常に直接又は間接に種族團體共同の利益に對する侵害即ち平和攪亂又は法律違反として現はるゝものなり。

(註一)余は此主張を學術上確定不動の事實と稱することを得へしと信ず、唯此事實の説明に付ては聊か困難を感じざるを得ず。刑罰の執行は單に一個人若くは數人の行爲たることを得へし、知らず欲せずして爲したる個人の衝動性行爲か共同の利益を保護し社會的性格を帯ふるに至る所以如何。余は此場合に於ける個人の衝動性は恰も植物か無意識的に繁殖する場合と同じく種族保存の自然的作用を表はすものとの假定に其説明を求めんとす、然れとも假令此説明を誤なしとするも余が主張する事實の眞理たるに妨なし。

〔叁〕 刑罰の稍發達するに及びてや人民漸く一所に定住し従ひて純粹なる種族團體を維持すると能はざるに至りたると同時に彼の原始的にして規矩準繩なく又本能的に狂暴にして犯罪者を絶滅せしめずんば已まざらんとする所の反動は次第に寛和せらるゝに至れり。従ひて彼の平和團體以外に追放する刑罰は輕減せられて生命刑及び身刑長期若くは短期の追放及び各種の財産刑に區別せられ且つ平和攪亂者及び其家族は法律違反の行爲あるにも拘らず團體に對し多少相

當の出捐(平和購買金)を爲して法律上の安全を保障せらるゝことを得るに至れり。又た種族團體の間に盛に行はれたる血的復讐なるもの廢せられ被害團體に對し贖罪金を拂ひて罪を贖ふことか最初は協諧的に行はれ後には遂に強制的に行はるゝに至れり。刑罰發達の第二段は此の如くにして成立したり所謂贖罪制度是なり。

刑罰の愈發達するに従ひ團體の上に位する強大なる國權の力に依りて刑罰の執行を被害者の手より奪ひて公平無私なる裁判官に委するに至れり而して國家が科する刑罰の輕重は犯罪の輕重に従ひて各等差あり而して宗教上の反坐的思想は從來の復讐心に規矩準繩を與へたり。刑罰は國家的刑罰となるに至りて其發達の第三段即ち歷史上最後の階級に達したるものと謂ふべし。

本來の性質上絶體無限なるべき國家の刑罰力は此の如くにして所謂國家の刑罰權(第一章註)と爲れり。刑法は常に刑罰の内容及び範圍を定むるのみならず亦實に犯罪の意義を明確にして刑罰を到來せしむるの條件を定むるものなり故に各個の場合を決するに當りては裁判官の專擅を排して一定不動の規則に従はざる

へからず。

〔四〕然れども更に一步を進むるの必要あり法律を創生するの原動力たる目的思想なる者は刑罰の範圍に於ても亦た認められ此智識の生すると共に從來多岐に亘れる刑罰の威嚇と刑罰の執行との效用も人類の生活利益を保護するの任に當たるの機會を得るに至りぬ(以下第十三章參照)。縱令過去の刑罰に關する記憶の未だ消滅せず又現今尙ほ賠償を以て正義と爲すの論を唱ふる者あるにせよ刑罰の歴史中に不斷變遷の完成しつゝあるとは各個人の發達に徴し之を認むることを得へし換言すれば無意識乍ら相當の刑罰を課し居たる理性の羈束する所無き從前の性欲的行爲は目的觀念の支配を受け且之れに依り節度せらるゝ意識行爲に變じつゝあり。而して立法者は刑罰の目的に關する刑法理論の論争の中に考察して漸次總般的豫防てふ見解より轉じて刑罰の目的は犯人を良民中に生活するに適當のものと爲すか又は之れより隔離するに在りとするに至れり然れども刑罰發達の歴史に徴するに冷靜にして目的を意識する刑事政策は實に必要缺くへからざるものとす。

第三章 羅馬人の刑法

第一期 建國後第七世紀に至る迄

最古即ち所謂王法時代に於ける羅馬刑法の最も著しき特性は犯罪を以て國家が法律に依りて保護する所の秩序に對する侵害と認め、刑罰を以て犯罪者に對する國家的反動と看做したる判斷にあり。此の如き判斷は發達の初期に於ける羅馬以外の印度日耳曼諸法に於ては絶て見ざる所なり。

當時固より禊祓の制度に依りて改悔者の罪を潔め又之に依りて罪障消滅せざる大罪人は宗教團體より追放するか如き古代刑法の宗教的臭味の重要な痕跡多かりしことを俟たず即ち子か親に對する非行保護者被保護者の關係ある者間の詐欺界標の破壊、帝王切開術の懈怠、耕牛の殺害の場合に於て又稍後世に至りては經典及び神聖なる人に對する侵害の場合に於て其例を見る、過失殺人の場合に於ける贖罪犠牲も亦宗教的臭味を帶ふ。然れども神法と人法との分離は絶えず行はれ而して之と同時に國家的刑罰遂に勝を占むるに至れり。

又血的復讐及び財償贖罪制度は唯狹少なる範圍内に於て行はれたるのみ。例へば(一)姦所に於て捕へられたる姦夫及び夜中窃盜に對する被害者の確固不動なりとせられたる殺害權、(二)孤立的に現はれたる贖罪契約(若し人の身体を毀傷して協成らざる時は復讐す)、(三)侮辱、他の暴行に關する定額賠償法規(後には之に代つて賠償額を裁判所に於て評定したる侮辱罪を以て)、(四)其他就中許多の私罪の場合に於て損害の二倍三倍若くは四倍を要求したる(常に裁判外の贖罪契約の代りに提起せられたるべき)私法的求刑訴訟等の是なり。

犯罪には公共の法益に對する犯罪と私人の法益に對する犯罪との二種あり前者を「ペルツエリオ」(Perduellio)と謂ひ後者を「パリンヂウム」(Paricidium)と謂ふ。「ペルツエリオ」即ち忌むべき惡戰爭又は故國に對する戰爭猶之を近世の用語を以て言はば謀叛罪は政治的犯罪發達の起點なり、普通犯罪の大部分は「パリンヂウム」即ち團體員の殺害なる罪名の中に包括せられたりしなり。羅馬法律思想が獨逸法律思想と區別せらるゝ最も顯著なる點は羅馬法に於ては殺害行為か公の秩序を害するものと認められ従ひて其處罰か被害者の家族の隨意に放任せられざるにあり、然れども「ペルツエリオ」及び「パリンヂウム」以外にも亦公罪なきにあらず即ち放火

罪、偽證罪、裁判官に贈賄する罪、誹毀詩罪(他人を侮辱、誹毀するに詩歌を以て)、現行窃盜罪、夜間集會罪、及魔術行使罪(新法を以て他人の害を爲す)、是なり。

刑法の國家的性質を有することは上述の犯罪の數及び其性質に依りても、又た一方に於ては犯罪に對して規定せられたる刑罰の峻酷なることに於ても(當時死刑)、他の一方に於ては未だ後世の如く私訴手續の性質を帯ひざりし刑事訴訟手續の形式に於ても明かに之を認むることを得へし。

刑事立法は十二銅標に至て初めて愼嚴なる決定を爲して復餘蘊なかりしやに思はる、之に依れば古の刑罰規定は増加せらるゝ所無く其一部分例へは偽證者を殺すとの如きは全く廢止せられ私罪中獨り器物毀棄罪のみ、アクイリエ民法に於て精密且重要な規定を設けられたり。當時裁判官の法律適用を制限するの傾向ありたることは刑法の發達に不便にして家長の刑罰權と檢察官の懲戒とを以て當時の風紀を維持せざる可からざりしなり。死刑と重き身軀刑とは制限及び廢止せられ追放は市民權喪失を附加刑としたる、水火の禁の形式を以て犯罪の普通の結果となるに至れり、是に於てか刑法の適用は著しく政治的臭味を帯ひ來れり。

第二期 「クエスチオーチン」訴訟手續時代

然れとも羅馬刑法再生の淵源は正に此の政治的の性質に存するものと謂はざるへからず。建國後六百六年の頃に至り表面に顯はれずして而かも重大なる効果を惹起したる革新を發生せり、即ち從來被奪物の返還に關して地方人民より太守に對する訴訟は元老院の回復裁判所に於て之を判決したりしか、今や回復訴訟に關する「カルプルニア」民法に伴ひて設けられたる「プレートル」を委員長とせる元老院の常置委員會即ち所謂第一永久裁判所か是等の事件の裁判に當ることとなれり。

民黨の領袖輩は忽にして此制度を貴族社會に對する争鬭の武器として利用するに至れり。建國後六百三十二年のゼムプロニア民法はクエスチオーチン訴訟手續に於ける裁判官の職務并に被奪物の回復及び追放を含める刑罰を判決する權利を騎士の手に委ねたり、是に於てかクエスチオーチン訴訟手續は刑事の手續となれり。次の十年間に於ては其管轄を他の犯罪の上に擴張する爲めに種々の法律制定せられたりと雖も此新訴訟手續の容體たるべきものは要するに元老院の

職權に關する犯罪即ち著しく政治上の意味を有する犯罪のみにして普通の犯罪は依然として此手續以外に立てり。

建國後六百七十二年乃至六百七十四年の間に於て刑事立法に關する所謂「スツラ」の改革なるもの行はれ從來黨派心の利器たりしクエスチオーマン訴訟手續は羅馬刑法を新設する基礎となれり。スツラはユルネリア氏諸法を以て既存のクエスチオーマンの數を増加し其裁判權を再ひ元老院議員に與へ且普通犯罪の構成要件を更に精細に定めて之に付ても亦クエスチオーマン訴訟手續を用ふべきことを命ぜり而してザール及びアウクストの發布したるジュリア氏諸法は後世獨逸普通刑法の二個の根柢の一となりたる此發達に暫時の終局を與へたり。

是に於てか被害者が民事裁判所に於て財價の請求を目的として民事的刑訴を以て訴追すべき私罪——當時恰もプレートルの發布せる法令に依りて益重大なる發達を遂けたるの外に新に一種の犯罪を生ぜり所謂公罪(正罪若くは常罪)是なり。是等の犯罪は各特別の法律の規定する所にして其法律は其犯罪事實と同時に之に對する正刑(其最も多くは水火禁止)及び其手續を規定し且つ其裁判權か既存の裁判所中の何れ

に屬すべきかを規定し若くは其裁判權を有すべき裁判所を新設すべきことを規定せり。告訴は何人と雖も之を爲すことを得たり。犯罪を構成するためには惡意を要件とし通常未遂犯及び共犯をも罰し殊に未遂は既遂と同一に處分し共犯の各種の間も同等に罰せり裁判官は單に有責無責を判決し得るに止まり個々の場合に應じて其輕重を裁斷するの權限を有せざりき。

今此種の犯罪(公罪)に屬するものを擧ぐれば(一)官吏の犯罪、是れ公罪全体の發達に刺激を與へたるものにして即ち官吏の掠奪、官吏の詐取、監守盜是なり、(二)大逆罪(漸次)、昔のベルジエ(三)暴行に因る公安の妨害(主として政治上の意味を有)、(四)誘拐及び偽造(五)謀故殺、(六)創傷罪及び家宅侵入罪、(七)最後に建國後七百三十六年姦淫に關するジュリア氏法に依りて始めて國家の刑罰權の下に置かれたる姦淫罪即ち姦通、鷄姦、媒合、及び近親相婚是なり。

二者の中間に獨立せる手續を人民訴訟(禁令プレートル及クエスチオーマンの刑事訴訟)となす羅馬人民は何人と雖も此訴訟を提起することを得れども此訴訟の効果は最多の場合に告訴人の利益のために財價を科するに過ぎず。

第三期 帝政時代

紀元後第三紀の初以來(恐くは紀元二百年以後なり)古の彈劾制度は消滅したりと雖も刑法の實質は之れがために何等の變化を受けず、殊に公罪私罪の區別の如きは依然たりき、固より時代の異なるに従ひ羅馬刑法の新設に密接の關係ある犯罪たる共和時代に於ける所謂官吏の犯罪は法律適用の範圍外に消滅し去り、且つ大逆罪の如きは其内容に於て重大なる變化を受けたりと雖も而かも大體に於てコルネリア氏諸法及びヒュリア氏諸法は依然として確固たる基礎を爲せり、後世の模範たる羅馬の刑法は之を補充變形したるものに外ならず。

其後漸次國家の統一完成の域に向ふと共に國權益強大となりたるの結果は刑法の範圍にも亦其影響を及ぼし職權を以て訴追することを得る範圍益廣くなりて私罪の範圍は漸次刑罰のために縮小せられたり。是に於てか刑法發達の末期に重大なる關係ある非常罪の一大群を發生せり、是れ公罪私罪の中間に位するものにして寧ろ前者に近し。此種の犯罪の成立は民會の決議に基かすして皇帝の命令、元老院の決議若くは法律學者の解釋術に由來す、此犯罪の制裁の増減すへから

ざる常刑にあらずして裁判官が各場合の情狀を酌量して適當なる刑罰を科するもの之なり。刑事裁判權の所在に對して刑事訴訟を提起するの權は被害者に屬す、犯罪の主觀的方面意思に重を置くこと公罪に異ならず惡意を要件とし且つ未遂犯及び共犯を罰す、今非常罪を分ちて三となすことを得へし。

(一)私罪中最も重きものを撰みて之に刑罰を擬したるもの、例へば竊盜罪の中に於ては摸掬、損壞、竊盜、かッばらい、板の間かせぎ、家畜竊盜及び遺産盜是なり、又強盜罪の中に於ては強盜殺人犯及び多勢を以てする追剝強盜罪是れなり、又暴行罪の中に於ては文書を以てする誣罔に依る誹毀罪、及び家宅侵入罪是なり。

(二)以上の外新設の罪名頗る多し、例へば賊物に關する罪、詐欺拐取、墮胎、棄兒是なり。其他基督教の影響によりて從來羅馬法に無かりし宗教犯を生せり、即ち瀆神罪、祭祀を妨害する罪、信仰を失ふ罪、異教に入る罪、並に漸次是等に近似せる魔術罪是なり。

(三)最後に此時代の末に至り私罪の大部分に關しては特別の法文なくとも私罪に因る民事訴訟を提起すると將た非常罪に因る刑事訴訟を提起するとは被害者

の撰擇に一任するまでの發達を遂げたるか如し。

特に重大なる變化を受けたるものは刑罰制度なりとす、所謂水火の禁は自ら廢たれて其實際上の價値を失ひ、段階多く殊に犯人の身分に従ひて差等あり而かも概して峻嚴の傾向ある刑罰制度之に代るととなり、即ち生命刑、身体刑、定役ある又は定費なき自由刑、名譽刑及び財産刑の制度是なり。

之に反して羅馬法の刑罰規定の法律上の性質は大體に於て毫も變化を受けず、罪名の明確を欠くことは依然たり。且此時代の終末に近くに従ひ後期の皇帝の布令中に著しき非法理的なる專恣にして且根據無き虚偽的倫理の影響愈甚しかりき、故に刑事學中最高最難の一科たる刑法總則の發達の程度が當時猶ほ四分五裂根本的の通則なき情態を脱すること能はざりしは敢て怪むに足らず。若し夫れ數世紀の後にかて伊太利人に於て羅馬の法律家か未決のまゝにて後代に遺したる事業を繼ぐことなかりせば羅馬刑法は恐くは遂に全く之を獨逸國に承繼するに適せざりしなるへし。

第四章 中古時代の獨逸刑法

第一期 中古初期、十三世紀に至る迄

〔壹〕 法制史上獨逸に於ける刑法發達の跡は羅馬に於けるよりも遙に明確なるものあり、獨逸は民族法時代に於て早く既に種族團體の域を超へて國家的法制となれり、従ひて一方に於ては刑法の宗教的觀念と他方に於ては絶交並に血的復讐の制とは其勢を失ひ所謂贖罪主義か明かに刑罰法規の中心點となれり。然れども國家團體内部に於ては同一の血族より成立する部落なるものか公法上の團體として尙ほ存在したり、所謂部落とは其部落員に保護並に賠償を保障し其部落員に對する加害を防禦し且つ其被害者のために復讐を爲す所の團體たり。是に依りて之を見れば發達の幼稚なりし古代の刑法思想は中古獨逸に至るまで猶ほ深く其痕跡を留めたることを知るへし。

(二) 初期の刑法上宗教の性質を帶へる個所は異教の創設物の記念たるに外ならず。即ち寺院侵害並に魔術罪に於て又偽證罪並に屍體略奪に於て又屍體褻瀆罪

並に墓地褻瀆罪に於て又近親相姦罪並に殺親罪に於て俗界の裁判所は諸神明より刑罰の斧鉞を借りたるものなりとせり、而して基督教か異教を排して自ら之に代はりたるは極めて徐々の進行に依る所なり。

(二)總ての重罪(平和攪亂)に對する北日耳曼刑法の特徴たる刑罰即ち絞交に關しては獨逸の民族法には僅に個々の痕跡を留むるのみ、且つ偶其規定ある場合に於ても犯罪の實行に對する刑罰にあらずして單に法網を脱せんとする被告人の訴訟手續違反に對する法果たるに過ぎず。然れども此制度か遠く歴史時代の初に遡りて存在したるへきことは我が最も有名なる法制史家アルンネル、シュレーデル二氏と共に余の信して疑はざる所なり。

(三)民族法は竊盜罪及び姦通罪其他の場合に於て被害者及び其家族か加害者を殺害するも之に對して何等の賠償義務なきものとせり。然れども被害者の應急權は多くは加害者か抗拒して其逮捕を免れんとしたる場合に限られ、此殺害權か次第に發達して現行犯者を逮捕して法廷に携へ來り即決裁判を以て刑罰の言渡を請求し得る權利を生せり、是を中古後期の獨逸語にては現行犯に對する強力訴

訟と稱す。

(四)血的復讐は既にタチツスの證言せるか如く種族的復讐として非現行犯の場合に於ける部落の全體の權利たると同時に其義務たり、復讐は財償の支拂に因りて免除せらる、被害部落は最初は復讐を爲すか將た財償を受取るかに付きて撰擇權を有せり。然るに「フランク」王朝時代の諸法令に依りて明に知らるゝか如く幾多論争の末一方に於ては國權の漸く強大となるに連れて遂に贖罪契約を法律上の義務とするに至れり、是に於てか贖罪主義は復讐の制に代はるに至れり。然れども中古獨逸に於ける法制の形式は未だ全く復讐法時代の余臭を脱する能はずして助太刀の代りに助誓を爲すに至れり、即ち助太刀か部落員の權利且つ義務たりしと同じく完全に武装して援隊となり一齊に天を指し口を揃へて主たる誓者の誓言に加勢することは部落員の權利たると同時に其義務たり。

(貳) 民族法の刑法に關する規定の重要なる點は既に説明せる如く財償支拂に關する精細なる規定即ち贖罪主義の確定にあり、此主義の甚だ古きことはタチツスの報告に依りて明なり。

各種の權利侵害は其程度に従ひて評價せられたり、齒一枚にも指一本にも一片の誹語にも又婦女一回の凌辱にも賠償金額は各精密に定められたり。吾人は個々の民族法に於ける贖罪法規を二群に別つことを得べし、其大なるものは殺人其他之に準すべき場合に於ける財價贖命金の場合にして、其小なるものは一層輕き侵害に對する財價贖罪金の場合なりとす。然れども賠償金額を定むるに當りては、單に犯罪の輕重を問ふのみならず猶又被害者の貴賤、國籍、年齢及び男女等を參酌せり、加害者は被害者及び其所屬部落に拂ふべき金額の外に賠償契約締結の媒介者たる團體に平和金を納めざるべからず。

賠償契約及び財價も亦其由來する所の本源たる復讐の如く種族團體の基礎の上に立つものなり。財價の支拂及び受領に家族か加擔することは獨逸の民族法に於ては唯僅に數個所に其痕跡を留むるに過ぎずと雖も、下獨逸並に北獨逸の法律に於ては久しく殊に北獨逸法に於ては一部分は第十六世紀に至るまで存在せり。〔參〕然れども公刑も亦既に最古の獨逸法に於て之れを見ることが得たり、出征の軍隊も裁判の爲めに集まりたる國會も、寺院教會も共に一層確實なる平和を要し

たる結果として遂に刑罰權を團體并に其代表者の手に委するの已むを得ざるに至らしめたり。而して就中最古時代より公刑を科せられたるものは國事犯並に軍法違反の如き政治的並に軍事的の性質を有する犯罪たり、然れども既にメロヴェンク王朝時代及び猶遡りてカロリク王朝時代に於ては國家の目的を明確に了解し且つ之を一層敏捷に遂行せんか爲めに新なる犯罪は益公罪の範圍内に編入せられたり。第六世紀の中葉よりフランク王朝の立法は強盜、竊盜、謀殺及び近親相姦、魔術行使、毒殺、偽誓、偽證、其他貨幣及び證書の偽造に對する刑罰を規定し始めたり、財價を出す能はざるものは古來の奴隸の如く其身體を以て之に代へたり、殊に王者の追放權は法制の強力なる要素となれり。夥多の新刑罰は管に教會僧徒、寡婦、孤兒、及び貧民の保護の爲めのみならず同時に又諸種の暴行に對して公の平和を保障するため民族法以外別に官權法(民族法に對す)を以て規定せられたり。最後に固有の刑罰權なきにも拘らず價金簿及び總會決議に因りて間接に國民の法律思想並に王朝の立法に影響を與へ且つ俗界の刑法に免れ難き欠點を補ふに與りて力ありし寺院の影響を看過すべからず。

是に於てかカロリング時代の末葉即ち恰もフランク王朝の盛時に當り犯罪及び刑罰の國家的觀念遂に勝を制せり故に社會の利益に反する殆ど總ての犯罪は公刑を以て擬せられ職權を以て訴追せられ且つ處刑せらるゝこととなれり

(四) フランク王國の滅亡と共に社會の各方面に通して反動起り其結果刑法の範圍に於ても亦カロリング時代に新に設けられて強大なる中央權力に依りて維持せられ而も未だ根帶の鞏固ならざる制度を破壊若くは壓倒して爾後長く闇黒の情態に立戻らしめたり。

是に於てか外國語を以て書かれたる民族法並にフランク王朝の立法は全く忘却せられ之に代はりて國民の確信に因りて發生し且つ裁判官の判決に依りて啓示せらるゝ所の慣習法の時代は來れり。此を以て嘗てフランク王朝統治の下に於て羅馬法寺院法等の外國法規の爲めに壓倒され來りし古獨逸固有の法律思想は再び現出し忽ちにして獨逸民族の精神の特性を發揮せり即ち其變化自在の發展力に因りて過去に於ける求心的統一的の傾向に正反對の兆候を顯はし管に各種族のみならず亦實に一村一落悉く其法律を異にせんとするに至れり。

是に於てか刑法の私法的觀念再び勃興すると同時に國家の刑罰權之が爲めに後へに蹙若たるに至れり蓋し國家の刑罰權なるものは強大なる國權を待ちて始めて行はるゝものにして當時の如く王權衰微の運に向ひ而かも各州(王國內に於ける)の主權の發達未だ完からざる時代に於ては其權力を逞うすること能はざればなり。

故に職權を以て犯罪を訴追するの觀念は殆ど全く消滅して財償益盛に行はれ公罪の場合に於ても之を行ふに至れり從ひて訴訟を提起して救済を求むべきか將た犯罪者と和解を爲すべきかは被害者の意思に一任せられたり故に犯罪者か重大なる惡事を爲したる場合に於ても償金を支拂へば當然——而かも名譽剝奪に遇ふことなくして——臍刑を科せらるゝことを免れたり。

此の如く法律適用の不確實なるよりして遂に所謂中古時代の復讐權なるものを生ぜり。そは古代の血的復讐とは甚しく異にして民事若くは刑事の權利の侵害に對して法律上の救済を得ること能はざる場合に於ける應急權にして豫め復讐を爲さざるの申出を爲したる武器能力者に屬するものなり。而して此權は漸次保安法(一〇八五年より第十六世紀の中葉に至る迄)に依りて制限せられ保安規約に依りて一時中止せ

られ而して遂に「永久保安法」に依りて全く廢止せられたり。

第二期 中古後期第十三世紀より第十六世紀に至る迄

刑法の發達は王權の消長と最も密接なる關係あり、各州の主權の發達及び諸市府の隆盛と共に前期間に中斷せられたる犯罪及び刑罰の公法的觀念の發達は其歩を續けたり。現行法は無數の保安法其他の帝國法と云ひ又市府法州法宮廷法といひ皆記録せらるゝこととなり慣習法は之れが爲めに壓倒せられたり。外國法は豊富なる淵源と滔々たる流勢とを以て南獨逸より漸次北獨逸に浸入して固有法と相待ち統治の要具となれり。著名なる諸法律書及び諸市府法を各其中心として形式異なるに拘らず内容相等しき法律は集まりて各一團を形成し以て幾分か昔日の民族法の代用をなせり。

是に於てか公刑の普及并に其強大となるべき條件の前提は備はれり、法律書は贖命金并に贖罪金を過去の法制として既明し、前者は漸く過失犯人の場合にのみ制限せられ後者は名義は贖罪金なれども其實は遂に罰金に變せり。然るに牀刑及

次生命刑も亦益多くなれり、ザクセン鑑に依れば三シルリント以上の窃盜并に夜中の窃盜を絞罪に處し、謀殺罪特別の保安法違反の窃盜罪、反逆罪、殺人、放火犯及び信任濫用罪を車殺の刑に處し、故殺犯、誘拐罪、強盜罪、放火犯、強姦、保安法違反其他情狀重き姦通罪を犯したる者を斬首に處し、信仰喪失罪、魔術行使罪、及び毒殺罪を火刑に處す、重き惡事に對する「頸及び手」の刑の外に輕き惡事に對する許多の「皮及びひ髮」の刑并に財償あり。

然れども特に新なる社會の事情に伴ひて自ら新犯罪を生じ、爲めに通常の豫防手段の外に新刑罰の規定を必要となしたる所以のものは市府の交通實に之れが原因たり、市府の法律特に南獨逸諸市の法律は嚴正にして屢慘酷なる刑罰を規定せり。

刑法發達史上に看過すへからざる影響を及ぼせる新事情を生せり、犯罪を常業とせる者に對する鎮壓策是なり。其鎮壓の方法にして職權に因る訴追種々の形式を取りて盛に行はれたり、就中惡評ある者を逮捕審問し、又拷問は判決を爲すに屈竟なる手段として利用せり。

然れとも目的思想か刑法及び刑事手續を支配すること愈確實となるに従ひ舊形式は益不適當となり既に完成せる内容の變化に對して法律上の承認を與ふるの必要及び刑事手續に關する各地方の濫用を帝國法規を以て矯正するの必要益緊切となれり。此事は一千百九十六年リッダウに於ける帝國議會に對して當時初めて設立せられたる帝國最高法院(Reichskammergericht)が最も切に要求し其後幾多の激争の後一千五百三十二年始めて其目的を達したり。而して繼受されたる外國法と獨逸固有法との法律融和か此目的を達すへき前提條件なりき此等各種の準備行為か此目的の到達を贊助したるは勿論なりと雖も遂に之を達せし所以のものは就中ハンス、フホン、シユアルツェンメルヒ氏の功に歸せざるを得ず。

第五章 カール第五世の刑事裁判所法

〔舊〕 獨逸國に於て繼受したる外國法就中訴訟手續を包括せる刑法は純粹の羅馬法にあらすして雜駁なる法律關係に適應せしむる爲め甚しく變形せられたる羅馬法なり。法學再興以來伊太利の法學者は羅馬法の研究に絶へず力を盡せり、註

釋家及び後期註釋家の中アツォー(一〇二〇年死)バルトールス(一七三五年死)バルツス(一〇四〇年死)寺院法學者の中刑事手續に關し重大なる關係あるものはラッフレツス(一〇二五年死)及びヒツランチス(六二九年死)及び伊太利實際的法學者の中ロイランヂヌス、デ、ロマンチス(八四二年死)アルベルツス、ガンヂヌス(一三三〇年死)マコフ、デ、ベルグイシオ(一五三三年死)アングルスアレチヌス(一四五一年死)ポニフ、チウス、デ、グイタリニス(幾時もなく死す)にして總て是等の學者は羅馬刑法を各其當時の一般の慣習法として行はれし形に従ひて説明せり換言すればランゴバルド法に由來する獨逸法規や實際の需用及び學術的普及法王及び皇帝の立法并に裁判所の慣例等の影響を受けて發達したる形に従ひて説明せり。彼等か其著書に於て説明せる所のものは純粹なる羅馬法にはあらずして寧ろ伊太利法なりと云ふことを得へく、又此法律か羅馬法のリブリ、デリピレス若くはコーデキスに比し遂に容易に獨乙國に輸入されし事は更に喋々を要せざるべし。然れとも中古伊太利の法學は主として刑法の總論に重を置き従ひて刑法の學理的攻究の第一の基礎を茲に置きたることは最も注目すべき點なり。

〔貳〕 繼受か如何なる方法を以て行はれしかは今此に述ふべき限に非らずと雖も

唯一事の言ふべき者あり、伊太利刑法學者の著書は或は寫本或は刊本にて獨遊國に輸入せられたれとも是等の直接の影響よりも是等の書を獨逸の通俗的法律書に解したる者より生したる間接の影響の方か遙に廣く且つ強かりき。此部類に屬する多數の獨逸書の中其内容の價值に於て將た其歴史上の意味に於て卓絶せるものを所謂訴訟鑑（リテラチュール）となす。此書は第十五世の初葉に成り既に七十年代に於て印刷に附し一千五百十六年に於てセバステアン・フランツ（一五三）に依りて世に公にせられたり、アツォー、ロフ、レツス、ヅランチス、ガンヂヌスの徒は此書を與へたる人なり、蓋し訴訟鑑の編纂者は多少巧妙なる手段を以て彼等の説を採擇して之を作りたればなり。

〔参〕第十五世紀の後半及び第十六世紀の前半に於ては多數の刑事裁判所法出たり、是等の法律は大牒古獨逸法の基礎の上に立てとも多少外國法の影響を受け主として刑事手續を規定し而かも傍ら純粹なる刑法的規定の多數をも包含せり。是等の法律特に列擧すべきものは（一）ニルンベリクの刑事裁判所法就中一千四百八十一年及び一千五百二十六年發布せるもの（二）一千四百九十九年十一月三十日

の所謂チホルの犯罪法（一五〇）六年のラインパツハの法（一五）（三）一千五百十四年八月二十一日の下塊太利の地方裁判所法（一五〇）（四）是なり。

總て是等の各其一部分のみ良好なる立法的試作物よりも遙に高く傑出せしめたるものを一千百七年のバムベルク刑事裁判所法なりとす。此法律は範圍廣く且つ粗剛なる材料を根本的に支配して之に明確なる解説を與へたる點并に其基礎たる觀念の單純にして適宜なる點に因りて永久に獨逸國立法事業の名譽ある紀念たるべきものなり。而して此法律は一千五百十六年些少の修正を加へてブラウンデンブルグのアウスバツハ及びバイロイトに於て採用せられたり。

バムベルグ刑事裁判所法の編纂者はシュヴァルツェンメルク及びハーヘンランツメルグの領主ヨハンなり。氏は千四百六十三年に生れ絶大非凡の腦力を以て顯れ、當時の貴族の風習に従ひ其青年時代をライン河畔の諸領主の城中に於て飲酒と賭博とに過し遂に父の嚴格なる召喚狀に接して家に歸れり。氏はマクス第一世の事へ屢之に従ひて名譽ある戰陣に臨めり（一四八五年）其後突然隣國バムベルグ僧正の職に就き千五百一年より千五百二十二年に至る迄宮内大臣として法律學者

を以て組織せる宮廷裁判所の長として五人の僧正の一たり。氏は千五百二十一年ウオルムスに開かれたる帝國議會に於て政府の一員として(一五二一年)且つ一時(三二五)は直轄地知事の代理として大に其敏腕を振へり、其間バムベルグヒの事情一變せり。千五百二十二年以來羅馬法王が任命したる僧正ヴァイガンド、フオン、レドヴァツ政を行ひ、而して全力を盡して宗教改革に賛同したるシユヴァルツェンベルクは自ら進んで千五百二十四年疆列伯カシミール及びゲオルク、フォンブランデンブルクの家老職に就けり、氏は千五百二十八年十月二十一日ニルンベルクに於て死するや上下擧りて之を哀悼せざるもの無く、ルッテルも亦大に氏を稱揚したり。氏は亦通俗的著作家として熱心と成功とを以て事に従へり、氏は其平易真率にして而かも倫理的義務の觀念を帯ひたる詩に於ても其當時の敗風汚俗に對する攻撃文に於ても其チツェーロの翻譯に於ても將た其非法王的雜誌に於ても皆當時の精神界を矯正せんことを計れり。要するに獨逸帝國の爲めに始めて宏大なる立法を爲したる者は法律家にてあらず學者にもあらず戦士として經綸家として詩人として將た又宗教改革の先導者として重を爲すと同時に思想の健全なる

純粹の獨逸人なり。

シユヴァルツェンベルク氏は其天職を果さんが爲めに次の淵源を利用せり、即ち(一)バムベルグ固有法、(二)南獨逸殊にニルンベルグ判決例、(三)一四九八年ウオルムスの改革其他恐くは猶一二の南獨逸の立法、(四)通俗的法律書從て間接に伊太利人の著述(訴訟法を利用せしや疑なし、又恐くは「ズム」)、(五)單行の帝國法例へは千四百九十五年の保安法等是れなり。

〔四〕 帝國最高法院の請求の結果既に千四百九十八年フライブルグに開かれたる帝國議會は帝國全体の刑事手續を改革して一定の法制を設くべきことを決議したるも敢て其の上の着手を爲すことなかりき。一千五百二十一年ウオルムスに開かれたる帝國議會に於て漸く再び此事に着手し一の委員會は草案の起草を托せられたり、此委員會はデングレル(一五〇一年死)のライエンスビーゲル(一五〇九年完成)に依て世に廣められたるバムベルク刑事裁判所法を基礎とし猶其他に一千五百七年より千五百十六年に至る迄の間バムベルグの追加法律を集めたる所謂バムベルク法規彙纂を參考に供せり。然るに此に一の新障礙出來せりウオルムス草案は(一五

年)ニールベルグが議會(第一五二四年)スバイエル議會(第一五二九年)及びアウグスブルク議會(第一五三〇年)に於て前後三回の修正を経たるか千五百二十九年以來立法の統一を欲する一般の要求に對して特別法主義の公然たる反對開始せられたり、殊に千五百三十年にはクールザクセン、ラインプアルツ及びヘール、ブランドンブルグは各其權力の狹縮せらるゝとに反對せり。而して千五百三十二年レーゲンスブルグに開かれたる帝國議會に於て草案か遂に法律として採用せらるゝに當りてや其緒言に此の如き所謂保障規定を附するの已むを得ざるに至れり、曰く然れども吾人は此仁惠なる紀念に依りて帝侯、其他の領主より其古來慣行の適法の慣習を毫も除却するの意思を有せず」と。

(五) 如何に皮想的の觀察を下すもカール帝刑事裁判所法以前に出てたる諸法律の影響を看過すること能はざると等しくカール帝刑事裁判所法も亦刑事手續の規定上重大なる關係あり。

此法律は多くの點に於て各地方の法律と抵觸せるにも拘らず獨逸普通の刑事訴訟手續に明瞭なる特性を印すべき規定を設け實體的刑法は其第四百四條乃至二百八條に規定せられ寧ろ第二位に置かれたり。茲に絶體的の強行法を規定する唯一の條文あり(第四百條)曰く何等の所爲たるを問はず苟も羅馬法に於て其所爲(若くは所爲)に對して苦痛ある刑罰を科せざる以上は之に苦痛ある刑罰即ち死刑若くは終刑を科するを得ず之に反して刑罰の種類は内國の慣習に依りて之を定むることを得」と。爾餘の點に於ては此法律は彼の法律適用の職責ありて而かも成文法を知らざる邑吏の爲めに現行法の説明を爲したるに過ぎず。而してカール帝刑事裁判所は此目的を達するに最も適當なる者なりき其簡單にして明晰なる確實にして平易なる用語はカール帝刑事裁判所法をして當時に於ける著作の模範たらしめたり。然ともカール帝刑事裁判所法の目的は此以上に出てす又出づるを得ざりき。カール帝刑法は現行法をより善く識得し又はより善く説明せんと試みざりき。然れともシュツアルツェンブルクは總ての疑はしき事件に就ては必ず法律専門家に問ひ糾すべきことを繰返し規定して以て學術をして其活潑なる影響を司法事務に及ぼさんしめんことに銳意せり。吾人若し此法典の價值を知り殊に各州立法のカール帝刑事裁判所法に於ける關係を正當に判斷せんと欲せば

最も此點を眼目として研究する所なかるへからず彼の強行法を含める僅少の法規の如きは爾餘のものと截然之を區別することを要す。

然れども吾人は此強行法以外の規定に關してはカール帝刑事裁判所法を今日の意義に於ける法典として視ること能はず唯之を第十三世紀に於けるスビーゲル(鑑)に類似せる法律と看做すものなりと雖も其刑法發達上に寄與せし點より見れば甚た重大なる價值を有するものと云はざることを得ず。此法に於ては個々の犯罪を精細に且法律的の嚴密なる方法を以て規定せず(註)して伊太利學者の爲せるか如く未遂犯、正當防衛、過失等の如き一般の事實に屬する觀念をは或は詳密に或は簡單に説明せり、是に於てカール帝刑事裁判所法は其内容の價值に由りて三世紀の間獨逸普通刑法の基礎となれり。

(註)カール帝刑事裁判所法の規定せる犯罪左の如し、第六條神威毀壞罪、第七條偽誓罪、第八條復讐を爲さるる醫に背きし罪、第九條魔術行使罪、第十條文書に因る誹毀罪、第十一條乃至第十四條貨幣證書等の偽造罪、第十五條代訟人依頼者を害し相手方を助くる罪、第十六條乃至第二十三條風俗を害する罪(爲姦罪、近親相姦罪、誘拐罪、強姦罪、姦通罪、重婚罪、謀合罪)、第二十四條反逆罪、第二十五條放火罪、第二十六條強盜罪、

第二百二十七條暴動罪、第二百二十八條淫瀆罪、第二百二十九條抵抗罪、第三百十條乃至第三百五十六條殺人犯(毒殺罪、殺兒罪、棄兒罪、墮胎罪、自殺罪、謀殺罪、故殺罪)等、第三百五十七條乃至第三百七十五條強盜罪及び詐欺取財罪、委託物消費罪等、第三百八十條囚徒を逃走せしめたる罪。

第六章 獨逸普通刑法

第一項 第十八世紀の中葉に至る迄の立法

刑法の範圍に於ける帝國立法の作用は從來殆ど全く警察上の性質を有する僅少の行爲(註)に對して刑罰を擬することのみ制限せられ而して唯一千五百四十八年及び一千五百七十七年の帝國警察法に於て一大飛躍を試みたるのみなるを以て刑法の細目を獨立に定むることは全く各州に一任せり、而して實際第十六世紀の後半及び第十七世紀の前半に於て各州の刑事立法は非常に生氣を帯ひ且つ効果を奏すべき活動を表はせり。奥太利、バイエルン、ザルテンベルグ及びザクセン、クール、プアルツ及びブランデンブルグは相互の間に於て又他の諸小國に對して浩瀚なる刑法典を公にすることを競争せり。是等の刑法典は或は用語若くは内容

の上に於てカール帝刑事裁判所法に模倣し或は全く自由なる方法に依りて現存せる法律的材料を以て構成せり、唯何れの場合に於ても實際に於て強行法を含める帝國法律の規定を無視すること無かりき。

第十七世紀の中葉に至り各州立法の作用は大に不活潑となり、内容を整理案配して自ら一統裁を成せる刑法法典の代りに幾多朝令暮改的法規か大名家老に依りて發せられたり。然れとも大逆罪、内亂罪、暴動罪、官府に抵抗する罪、決闘罪、自殺罪、破産罪、野外竊盜罪、創傷罪等數多の犯罪は各州の立法事業に依りて創定若くは發達せられたるも此には唯其最重要なるものを掲ぐるに止めんとす。

〔第壹〕 埃太利 (一) チロルに於ては千四百九十九年の治罪法か一千五百二十六年、一千五百三十二年及び一千五百七十三年の州法中に採用せられたり(前二者が一五三九年のハンチベルク州。カール帝刑事裁判所法の一部的影響に關してはザルトーリ、モンテクローツエ氏の埃太利帝國史及び其法制史(一八九)を参照すへし。)(二) 下埃太利に於ては一千五百十四年の地方裁判所法の代りに一千六百五十六年十二月三十日精細なる刑事地方裁判所法かフェルチナンド第三世に依りて發布せられたり、其後の

諸草案(一七六六年)は其目的を達せざりき、ブラッチの註釋(一七五)最も價值あり。(三) 一千五百十九年十月一日の上埃太利地方裁判所法は一千五百十四年の下埃太利の法を根據とせり、其新版(ストッペの著書には誤れり)は一千六百廿七年に出たり、一千六百七十五年八月十四日レオポルド第一世は大体に於て一千六百五十六年の下埃太利のフェルジナンド法と一致せる一の新しき地方裁判所法(修正して單純なる)を發布せり。(四) 一千五百卅五年二月十八日のクライン地方裁判所法は一千五百十四年の下埃太利法及びカール帝刑事裁判所法を基礎とす。(五) 之に反して一千五百七十七年のケルンテン地方裁判所法は唯僅少なる刑法上の規定を包含せるに過ぎず。(六) スタイエルマルクに於てはカール第二世か一千五百七十四年十二月廿四日の地方裁判所法及び刑事裁判所法を作りしか是等は種々の點に於てカール帝刑事裁判所法を根據とせり。第十七世紀に至りてはスタイエルマルクに於ても將た又ケルンテン及びクラインに於ても一千六百五十六年のフェルチナンド法か確實に行はれたり。パーメンに於ては一千五百四十九年のフェルチナンド一世の州法一千六百二十七年のフェルチナンド二世の州法及び一千七百六十五

年の改正刑法あり。(八)一千六百二十八年六月一日のメーレン州法は一千六百二十七年のペーメン州法を基礎とす。(九)シレッションに於ては一千七百七年以來ヨセフ第一世の刑事裁判所法行はれたり。

〔第二〕 索遜 に於ては撰擧侯アウグストか一千五百七十二年四月二十一日クルザクセン法を公布せり、此法律の影響は遠くザクセン以外にまで及びて刑法の發達を助長せり、此法律發布以前に出でたる甚だ重大なる準備的製作は索遜法規類集と稱する書中に包含せり(スミナーダクス出版)一千六百六十一年の撰擧侯決議録は更に一段の改良を加へたるものなり。

〔第三〕 普魯西 (一)普魯西のオルデンスランデに於ては主としてマクデブルク法がユスクルメンゼと稱する類集の形を以て行はれ、第十六世紀に於て屢改正を試みたり、就中一千五百九十四年の改正ユスクレメンゼ即ち所謂ダンチーゲル、クルムの如きは遂に法律たるの効力を得る能はざりしと雖も裁判所に於ては之を適用せり(カール皇帝刑法及びの影響)。(二)東普魯西議會の請求に依りて新に一改正案出でたり、其結果として現はれたるものを一千六百二十年の普魯西公國法なりとす(レヴィ

第六卷か刑法其)。(三)其他の修正は一千六百八十五年普魯西公國のブランデンブルク修正州法及び一千七百二十一年普魯西王國フリードリッヒ、ザルヘルム修正州法(其第六卷)等なり、一千七百二十一年の刑法典脱稿草案(ベルグ)は一千七百三十六年の王の委任(第一卷一七三)と等しく別段の結果なかりき。(四)ブランデンブルクに於ては一千五百七十二年乃至一千五百九十四年のヂースタルマイエル父子の州法草案は法律とならざりき。(五)一千五百八十二年に於て一千五百十六年のフランケンブルグ刑事裁判所法か新に僅少の修正を加へて公にせられたり。其序言に依れば普通の見解に反して此法典はフランケンブルグに於て既に一千五百八十二年より以前に適用せられたるか如く普魯西に對しても亦効力ありしものと認めざることを得ず。之に關しては、キントール雜誌第十二卷第四百四十六頁及び同第十四卷第二百六十九頁を参照すへし。

〔第四〕 バイエرن、に關しては一千五百十八年のバイエルン州法の改革及び上下バイエルンに對する一千六百十六年の刑法に就て一言せざるべからず、此法は其刑法的規定に於て索遜法の影響を否認すること能はず且又カール帝刑事裁判

所法に基きて起りたる幾多の疑問を解決せり。

〔第五〕 クール、プアルツ、一千六百八十二年のクール、プアルツ州法（第五卷が刑法なり所法を基礎とす然れど）は一千六百六年オーベル、プアルツ（レムベ）にも採用せられたれども此州がバイエルンに歸するや此法の代りに一千六百十六年のバイエルン州法に模倣せる一千六百五十七年の刑法を作れり。

〔第六〕 バイデン、に於ては一千五百八十八年のバイデン、バイデン州法（クルー、プアルツ州法を模範）及び一千六百五十四年のバイデン、ゾルラハ州法（既に一六二）が公布せられたり。

〔第七〕 ヴェルテムベルク、に於ては議會は既に一千五百五十一年刑法の起草を請求せり其結果として顯れたる一千六百九年の第一草案（カール帝刑事裁判所法）は不幸法律たるの効力を得るに至らざりしか一千六百十年の州法及び一千六百二十一年の州法は刑法的規定を包含せり。

〔第八〕 其他の諸地方、に於ては單にカール帝刑事裁判所法を印刷するか若くはカール帝刑事裁判所法に依るべきことを裁判所に命ずるを以て満足せり然らさ

る場所例へは一千五百八十六年リ、ベック及び一千六百三年ハムブルグの刑法改革に於けるか如く諸法典の新版が單に舊法律を包含するに過ぎざる場所に於てはカール帝刑事裁判所法が實際上の効力を有せしこと疑を容れず。瑞西に於けるカール帝刑事裁判所法の影響に關してはブニンゲル氏の著書第八十頁を参照すへし。

第二項 學術

第十六世紀に於ける獨逸の刑法書類は殆ど全く取るに足るものなし是れ羅馬法も獨逸法も知らず定見もなく批評眼もなき編纂家の手に成りたるものなればなり、獨リツァンクス（五年死）が榮譽ある例外を爲せるあるのみ。ヘルテデル（年一五四〇）は其著刑事裁判所法（以後出版）を以て久しく洛陽の紙價を高からしめたり、バイエルン及びチロルに於て殊に然り。彼に繼ぎてはゴフレル（死一五六九年）、ケニーヒ（一五二六年死）、其著「アラ」ラウヒドロン（其著「アラ」ラウヒドロン）、ドルチック（其著「アラ」ラウヒドロン）、ザウル（其著「アラ」ラウヒドロン）等出て其無趣味なる編纂を接して世に公にせられたり。此間に於て外國の刑法學は長足濶歩の勢力を以て躍進し就中伊太利に於ては此

世紀の中葉ヒッポリト、デ、マルシリウス(九一五年死)及ヒエキデウス、ボシウス(六一五年死)以後
 ユリウス、クラールス(五五年死)に至りて發達の頂點に達し、爾後テ、デシアヌス(一五年死)
 及ヒヤコブス、メノヒウス(〇六年死)よりプロスベル、フリナチウス(八六年死)に至る迄の
 間に漸次衰微に向ひたると同時に、佛蘭西及ヒ西班牙に於ては、ゴール慣習法の編
 纂に於けるか如く法律を総合的に研究する新法最も盛に流行せり(チラケル、
 アスピコヴァール、ルサイ刑法に關する此派の最も有名なる代表者二代目アントン、マッ
 テーウスは有名なるヘッセンの學者の家系に出で和蘭に生活し稍後世に屬する
 人なり(一六五四年死、其主たる著書犯罪論の最初版は一八〇三年)彼は其先輩にして伊太利學派に
 恭順なるヨド、ダム、ハウデル(一五五八年死)に比すれば獨逸刑法學史上に影響を與ふるこ
 とを微々たり。獨逸以外の狀勢斯の如くなりしと雖も第十六世紀の後半期に於て
 は獨逸國の進歩も亦決して之を否定すべからず當時訴訟書類を法科大學に送り
 て刑事の擬律を爲さしむること益盛に行はるゝに至り爲めに大學に於ては幾時
 もなくして刑法の爲めに特別の講義を開くこととなれり(之を始めたはチネービ
 イン、ホルスタット)是に於てか中古伊太利に於けるか如く再び法學と法律適用との

結合を來たし二者相俟ちて其發達を助長せり。

當時許多の會議討論の類集か出てたるを見ても前言の非ならざることと證する
 に足るへし例へはチーピンゲン大學教授ポーツェルの論集(一五九六年)イエナ大學
 教授ベトルス、テオドリクス(一六〇四年死)の刑科集(一六七一一年出版)ギーセン大學教授フン
 ニウス(一六六三年死)刑科論集(一六二二年出版)マールブルグの博士テオドベトレヌスの刑事決
 議錄(一五九八年出版)ストラスブルグ大學教授ゲデ、ロカイメル(一七六三年死)の刑事百題(一五二
 〇年出版)及ヒアド、フォルクマンの犯罪論(一六二九年出版)等是なり。

獨逸國に於て綜合的研究法を刑法上に適用したるはマールブルグ大學教授ニク、
 ヴィゲリウス(一六〇〇年死)か一五八三年カール帝刑事裁判所法に關する著書に於て刑
 事裁判所法か羅馬法と一致せるものあることを證明せんか爲めに之を用ひたる
 を以て嚆矢とす。チュービンゲン大學教授フル、フォルツ(一五八八年死)及ヒヨハン、ハルプ
 レヒト(一六三九年死、其著書犯罪論并にヘッセンのギルハウゼン(一六四二年以後死、其著書刑
 事裁判所法)も亦同一の事を爲せり、斯の如にして漸次カール帝刑事裁判所法は刑法學者著
 作の中心點となれり。一六一四年マスケルス、一六二二年チーリツク、一六二六年

ステファニア、一六三一年アルロイス、一六五〇年マンチウス、一六七〇年ブルームブラヘル、一六八四年クライゼン、一六八五年オットー等のカール帝刑事裁判所法註釋書は實に當時の裁判所の需用に應じて著はされたるものとす。
 カール帝刑事裁判所法を基礎とせる獨逸普通刑法に關する學術が盛大となりし功は第十七世紀の索遜法律家に歸せざるを得ず、彼等は下獨逸の廣大なる範圍に深き根柢を有し他國法に壓倒せらるゝことなくして索遜鑑によりて集成せられたる共通の法律思想を呼吸し又能く其目的を自覺せる眼界の遠く且つ廣き成文法に助けられ又學術と實際とか絶えず激しく互に相影響する有様を目撃して益其學殖を豊富にし遂に自ら立法著述及び司法の指導者となるに至れり。マッ、ペルリ、ヒ（一六三八年死、其著「判決例」）と説を同じくして而も遂に之に優るものをベチデクト、カルプツ、フ（一六五九年死）とす、彼は一六三五年の「索遜帝國刑事新判例」
 其他の著書によりて實驗派の鼻祖となり従ひて獨逸新法律學の開拓者となれり、彼はライプツヒヒ邑吏裁判所判事及びライプツヒヒ法科大學正教授の一員として該博の識と深厚の學と適確なる經驗とを以て名聲一世に高かりき、獨逸に於ける刑

事裁判上に彼か精神の痕跡を留むること一百年の長きに及ひたる所以のもの寔に偶然に非ざるなり。第十七世紀を於て氏の反對に立ち最も顯著なりしをオルデコツプ（一六六七年死、刑事判例評論一六三）及びブルンチマン（訴訟論一六四八年「コリアツキス」及「ペンアケン」）の諸氏とす。第十八世紀に至り遂にカルプツ、フ氏の後を續き之れが昔日の勢力を滅了するに至らしめたるはペーメル氏なり（ガルフツ、フ氏の判例に對する評論一七七二年）。

索遜法律家に依りて開かれたる刑法學の進歩は第十八世紀に至りカール帝刑事裁判所法の註釋書に於て歴然たり即ちステファニア（一七〇）ルドヴィチ（一七〇）バイエル（一七一）メクバハ（一七五）スコツプ（一七五）等の外にクレス（一七一）及ヒペーメル（一七〇）絶妙なる著書を以て有名なり。

大學論文の盛なるに倣ひてカール帝刑法に基ける刑法の理論的説明續々として世に出てたり、即ちキルヒグスチル（一七〇）フレリッヒ、フオン、フレイリッヒ、ホスブルグ（一七〇）如きも其實然らず、註「バイエル」（一七一）「ゲルトチル」（一七二）「ケムメリヒ」（一七三）「ペーメル」（一七三）最初は「数学書」の「エマカウ」（一七三）「老マイステル」（一七五）

マホ(一七五)リロテ(一七六)クイストル(一七七〇)アットマン(一七七七)ミユル(一七八)マイステル(一七八)等は多少詳細なる教科書を編纂せり、之に反して其他の學者就中ストルーフ(一六九)ライゼ(一七五)シルテルの如きは刑法に關する個々の問題を多少詳細に研究せり。

第三項 法制

帝國及び聯邦諸國の立法并に第十八世紀の中葉に至るまでの學術は概してカール帝刑事裁判所法を基礎としたりと雖も時代の要求及び時代の精神の必然的變動は遂に獨逸普通刑法の根本的改革を促すに至れり。此改革によりて特別の影響を受けしものはカール帝刑事裁判所法の刑罰制度なりとす。先づ一方に於ては刑事裁判所法に豫定せられたる常刑の適用範圍が犯罪の觀念を狹隘にすることによりて縮少せられ(例へば姦淫罪の協合に於ては其兒の生活力を具備したることを要素かとする)他の一方に於ては常刑を適用すべき犯罪の要素を欠ける犯罪に對し殆ど無制限に非常刑を適用せり、是に於てか刑事裁判所法に於ける刑罰方法其物の一部か他の方法を以て代へらるゝに至れり。而して是れ頗る重要な變化に屬す、即

ち死刑及び舂刑の慘酷なる種類の如きは適用せらるゝこと益稀となり其代りに晒し、烙印刑、舂刑の外に——公の勞働、市街及び城寨の建築、戰場勤務、及び舂船役等外觀上は羅馬法に基ける刑の言渡を爲し特に警察上の犯罪に對しては懲役場及び勞働付拘留監に入ることを命ぜり。唯新舊刑罰間の關係遂に刑罰と犯罪其物との間の關係を定むべき確實なる標準無きかために刑罰の裁量は益以て裁判官專斷の行爲たるに至れり、而して此點に於て根本的匡正の必要あることは最も明瞭にして毫末も反對を容るへからず。

當代に於て非常に著しき現象は魔術退治なりとす、妖術に對する刑罰の規定は羅馬に於ても又中古の獨逸法に於ても見ざる所なれとも第十三世紀以來始めて固有の魔術罪なるもの發達せり。魔術罪は其の惡魔と黨を結ひ欺を通する點よりして身軀及び生命に對する犯罪と別ちて之を宗教犯罪中に加へ教會の管轄に屬せしめたり、既に索遜鑑に於ても魔術罪を不信神罪及び毒殺罪と同列に置き而して之に擬するに火刑を以てしたり。然れとも獨逸國に於ける魔術退治は極めて徐々に發達せり、一千四百八十四年のインノーセンツ第八世の教書并にインスチ

トール及びスプレングルの編纂に係り一千四百八十九年に始めて出版せられたる「悪事」に対する鐵槌あるにも拘らずカール帝刑事裁判所法は其第百九條に於て俗界法律の觀念を固持し唯有害なる妖術に對してのみ火刑を擬し其他の妖術に對しては任意の刑罰を課することとせり。然れども幾もなくして司法は更に其歩を進め彼の恐るべき非常罪を應用して遂に其法律上の限界外に逸出するに至れり而して之か北辰たりしものは所謂「魔術使の槌即ち悪事に對する鐵槌」なりとす而して拷問の濫用は遂に第十七世紀に於て全盛を極めたる所謂魔術使の火責なるものを生ぜり。モリトリス(九一四八)アグリッパ(九一四八)フォン、チャテルスハイム(一五三〇)、イェル(一五五六)及び「デュスイット」教徒フランツ、フォン、スベール(一五六三)等の溫和論者の主張は全然其功を奏せずして反對論者はボーダン(一五七九)、アル、リオ(一五八九)を將として戦闘を繼續せり。一千五百七十二年の索遜法律に於てはカール帝刑事裁判所法の規定と異にして一切の魔術罪に對して死刑を課すべきことを定めたり。而して一千六百五十六年の埃國フェルデナンデア法並に一千六百八十五年の普國法は之に倣へり、ベネチクト、カルアツツの名望は魔術寛容派にとりて千鈞の重きをな

し遂に漸くトーマシウス(一七七八)を魁とせる註釋時代の諸著述家をして魔法退治を司法以外に驅逐せしむるに至れり、但しカール法律の出來たるの極めて徐々たりしは云ふを俟たず。次て一千七百二十一年の普國法(第六編第五條)は一千七百四十四年十二月十三日の勅令に一步を進めて魔術罪を瘋癲の範圍内に編入したるに反して一千七百五十一年のバイエルン刑法典並に一千七百六十六年十一月五日埃國の勅令(法第七六八條は之を基礎とす)に於ては猶魔術の罪名を固持せり、獨逸國內に於て最後に魔女を處刑したるは一千七百四十九年ヴルツブルグに於てせり、一千七百八十二年、瑞西のグラールスに於ても魔女アンナ、ゲルヂといふ者拷問に附せられ且つ斬首に處せられたる事あり。

第四項 一千七百五十年以來の立法

第十八世紀の中葉に至るまでのバイエルン及び埃太利の成文刑法は普通法を基礎とせるを以て舊時代の餘臭を帯ひたり、既に其根底より覆へざれたる舊時代の學術界の傑作たる次の三者は普通法の壯大なりし過去の紀念として高く新時代の曉空に聳ゆるを見る。即ち

(一)一千七百五十一年十月七日のバイエルン刑法典クライトマイル(〇七年死九)の編纂し且つ説明を附したるもの。

(二)一千七百六十八年十二月三十一日奥國世襲領に對するマリア、テレシヤ女帝刑法、此法律は根本的にベームルの説を採用せり、ヴァールベルグの「小書第二卷第百二十五頁、フォン、マースブルグの「テレシヤ女帝刑事裁判所法成立史」一千八百八十年出版、パンニツの「一千七百十三年出版のカール帝刑事裁判所法、テレシヤ女帝刑法對比刑法要義第二卷及びヘルテルの「一千八百六十七年出版の「一千七百五十一年より現今に至る迄の立法」を参照すべし。

(三)一千八百三年バーデン刑法は猶全然普通法に據れり。

第七章 革新文學時代

[壹] 反對論者の攻撃益激烈となりてカルプツァッフの名望遂に地に落ちてより以來獨逸刑法の適用は其最後の立脚地を失へり。帝國の立法は沈黙し聯邦諸國の立法は徒に無數の小命令の發布に齟齬とし而して學者及び裁判官は皆齋しくカ

ール帝刑事裁判所法を以て採るに足らざるものと認めたり。此の如く刑法適用其物の情態か全く其根據を失ひたる時に當り更に獨逸普通刑法の滅亡を催進すへき事情を生ぜり他なし自然科学的研究(コペルニクス(一六三〇年死)ガリレオ(一六一六年死)の結果なる諸種の大發明に助けられて新世界觀か精神界を支配するに至れること是なり。一たひ學術か神學の奴隷たるの境涯を脱してより以來國家及び法律も亦理性の裁判を受けざるへからざるに至れり夫のフゴイ、グロチウス(一六一六年死)か自然法をして一科獨立の學術たる地位を得せしめしより以來國家刑罰權の基礎に關して激烈なる論争を生ぜり。ホップス(一六九一年死)スピノザ(一六七七年死)ロック(一七〇四年死)は刑罰は犯罪者の改善若くは剷滅と犯罪者以外の者の威嚇とを以て其目的とし社會の自存性に基くものとなし之に反して普國の大宰相コクツェイ(一七五五年死)は刑罰を以て神の命令に基く賠償正義となせり。

哲理的の議論は幾もなくして直接に日常の實際界に影響を與へたり、獨逸の註釋家は皆賠償主義を明に排斥したるブーフエンドルフ(一七四六年死)の流を汲みたるか就中其代表者ともいふべきものは實に議論風發たるハルレ大學教授クリスチヤント

「マシウスなりとす。彼等は繼受したる羅馬法及び寺院法に對する論争に於て愈益警察國の理論主義を辨護したり、此主義はクリスチャン、ヴォルフの完全に組織したる所にして普國の立法に對して根本的影響を與へたり。此時に當りラインの彼岸に大聲疾呼して現はれしものをモンテスキュー(一七五〇年死)となす彼は嘲弄的に現行刑法を其根底より攻撃し遂に克くフリードリヒ大王の心を動してヴォルフ派の影響を一掃することを得たり、而してヴォルテール(一七七〇年死)は世才家の快捷を以てレルッソー(一七七七死)は周到なる思想家の徹厲的文辭を以てして政治家モンテスキューによりて始められたる大業を繼續せり。

從來僅に微光を放ちて燃えつゝありし古刑法の建物に忽ちにして炎々たる猛火の中に没せしめたる機會は外部より來れり。一千七百六十二年ツールニスに於て新教徒の商人ジャン、ガラーといふもの其子を謀殺したりとの嫌疑により冤罪に服して車刑に處せられたり、是に於てヴォルテール翁は最も煽動的なる一書を著はして佛蘭西の裁判所は司法的殺人の罪を犯せりと彈劾し一舉にして天下の輿望を一身に集めたり。ベッカリア(一七七九死)も亦一千七百六十四年犯罪と刑罰(一七七九死)の

七版(一七八八)なる書を著はして刑法適用上に躓まれる諸般の情弊を毫も假借する所なく痛撃し大聲疾呼して徹頭徹尾的の改革を要求し總ての國々より大なる反響を得たり。彼とは何等の關係なしと雖も彼と同時にゾンチン(一七八一)は塊太利(一七六四)に於て又ハムメル(一七八一年死)は獨逸(一七六五)に於て新學説を唱導したるにゲッテンゲンの神學者ミケーリス(一七九一年死)は有力なる贊成者として現はれ且ゲッテンゲン大學教授クラプロート(一七七七)及ヒロストック大學教授クイストルプ(一七七七年及一七八二年)は此の學説に基きて完全なる刑法草案を起草せり。一千七百七十七年ベルン經濟協會は懸賞論文を募りしに數多の應募論文の中月桂冠を得たるはクロービヒ及ヒフステル共著刑事立法論(一七八三)なり、之と殆と同時にジョン、ホッリアは監獄制度改良の必要を唱へて大に世人の注意を喚起したり。グロイヒヒは其後猶幾多の著作を爲し就中露國政府の囑托を受けて著はしたる刑事其他の立法系統は一千八百九年に於て世に公にせられたり。

〔貳〕註釋時代の根本思想(裁判官の專斷に對する個人自由の保護、拷問の廢止、死刑の廢止若くは制限、刑罰の目的は宗教的若くは純然たる風習的の觀念を離れ、主として全權國は忽にして最も主要なる諸國の成文刑法に採用せ

られたり。露國に於ては既に一千七百六十七年カタリナ二世か其の有名なる新法典草案編纂委員會に對する訓令に於てモンテスキエの萬法精理を露語に翻譯すへき計畫を爲したり。一千七百八十六年レオポールド二世のトスカナ刑法典はベッカリアの精神を以て充されたり、埃太利に於ては多年の論戰を経て遂にゾンチンフルスの勝利に歸し、而して又普魯西に於てはフリードリヒ大王の即位以來漸く革進の緒に就けり。

(一)埃太利に於てはヨセフ二世か一千七百八十七年一月十三日の「犯罪及び其刑罰に關する法律」を一千七百八十七年四月二日公布せり。此法律は總ての點に於てテレシヤ女帝刑法と甚しき相違あり、此法典の特色は用語の簡潔なると、專制主義を明にしたると、死刑に代ふるに百年に至る迄の最も慘酷なる自由刑を以てしたると、比附援引を禁したると、犯罪觀念の規定の不完全なるとに在り。而して此法典は一千七百九十五年反逆罪に對して再び死刑の規定を設けしか、一千七百九十六年六月十七日に至り多大の變更を経て當時恰も埃太利と合併したるヴェストガリチエンに對して公布せられ、(一七九七年一月一日以降實施)又一千八百三年九月三日に至

り多くの點に於て根本的改正を加へて全王國に對して公布せられ、(一八〇四年一月一日以降實施)而して一千八百五十二年の修正を経て遂に現行埃國刑法の基礎となれり、ヴァーメルグ小書第三卷第一頁及びフォン、マースナルグ「埃國船夫の刑罰」(一八八九年版)を參照すべし。一千八百三年の刑法典を最も巧妙に説明したるはイエールの「埃國刑法の基礎及び其精神」(全四冊、一八〇八年乃至一八〇八年出版)なり、ヨセフ帝の刑法典を説明せるものには一千七百八十七年ソン、ライトチルの註解及び一千七百八十九年デルカの刑法階梯あり。一千七百八十七年の刑法典は亦同年埃領和蘭に實施せられたる刑事訴訟法施行法の基礎となり、從ひて多くの重要な點に於て佛國革命時代の立法の標準となれり、之に關してはアイゼンマンの時報第十三卷第五百二十三頁を參照すべし。

(二)普魯西に於てはフリードリヒ大王の政府か成文刑法の範圍に於て活動を試み個々の點に於て幾多の修正を加へたる後遂に一千七百九十四年の普國普通法(一七九一年三月二十日公布、一七九二年五月十八日停止)の一部となせり、即ち刑法の規定は普國普通法第二部第二十章に於て一千五百七十七條より成る。之を起

草するに當りて最も主要なる地位を占めしものをクライン(一八〇一年死)とす、グロビーヒ及びフステルの共著も亦多少影響する所ありたり。普國普通法に於ける刑法の規定は其範圍の適度なると、勤めて民福を計りたると、可笑しきまでに豫防の規定を設くるに苦心したると、刑の悉く寛にして定義の概して採用するに足るとによりて明に警察國の輿論を表示せるものなり。されは固より之を今日の法典の模範に比するに足らずと雖も而も亦秀逸にして活氣あり且發達の見込ある作物たりしと謂ふを妨げず。

(三)佛蘭西に於ては大革命と共に始まりし運動により先づ一千七百九十一年の刑法典を生し次に共和第四年霧月三日の「犯罪及び刑罰の法典」を生せり。後者はメルソンの編纂に係り主として刑事訴訟手續を規定せるものなり而して最後に出てたるものと一千八百十年のナポレオン刑法典(一八〇四年の草案、一八一〇年一月一日以)とす、此法典の長所は明晰にして専門的に言表はされたる點にありて爲に外國法に對し——固より善き影響のみには限らされとも——廣く且深き影響を與へたり。勿論極めて偏固なる威嚇主義に基きて定めたる刑罰の苛刻は一千

八百三十二年以來幾度か根本的の寛和を経たりと雖も而も犯罪觀念の規定の確固たる組織は今猶依然として其狀を存す。佛國の司法が今日の如く確實明快なるを得たる所以のものは刑事立法界のこと長く平穩無事なりしかためなり而して十年以來佛國刑法學の萎靡振はさる所以のものも亦實に此に存す。

第八章 一千八百七十年に至る迄の獨逸

成文刑法

低氣壓時代、暴風雨時代ともいふべき革新文學時代は南阿の一夢と化し成文刑法にとりても將た刑法の學術にとりても着實にして豊饒なる製作の歩武を進むべき新時代は正に其曙光を發したり。

一千八百七十年に至る迄の第十九世紀獨逸成文刑法の歴史は一千八百五十一年の普國刑法典の出生によりて二大時期に區劃せらる、當時獨逸同盟の諸國は單に成文刑法の範圍に於てのみ活潑なる競争に餘念なかりき、數世紀間試験せられたる普通法の失ふへからさる成績と革新文學時代の要求とは之を新世紀の法律生

活より自ら生ずる需用、純理哲學の軌道及び沿革法學の研究と融和調合して一昧を形成せしむるの必要ありしなり。

第一項 一千八百五十一年以前に於ける獨

逸刑法諸典

(一)バイエルン を以て先登第一とす、此法典は時間の點に於て獨逸刑法典の先驅たるのみならず其内容の點に於ても亦他の諸法典の中に立ちて嶄然頭角を顯はせるものにして幾多の缺點あるにも拘らず獨逸國立法術の光榮をして遠く國境外に輝かしめ且つ佛國刑法典と競闘して優勝の勢を示せり。

一千八百四年フアイエルベッハは一千八百二年のクラインシュロッド氏草案の批評を公にしたる結果として新草案の草案を命ぜられたり。新草案は一千八百七年を以て完了し立法委員會の審議を経て一千八百十年印刷に附せられ而して再審議を経て一千八百十三年五月十六日の刑法典として公布せられたり。デンキルの特に官の許可を受けたる註釋書(註あり三卷一八一年出版)此法典は一千八百十四年オルデンブルクにも施行せられ且索遜、ヴェルテンベルグ、ハンノーヴァー、ブラウ

ンシュヴァイク並に獨逸以外の諸國に於ける後世の立法上に影響を及ぼせること少からず。

(二)索遜 一千八百十年チットマン及びエルハルドの兩人刑法典の起草を委任せられ其手に成れる草案(チットマン草案は一八一六年成る)は委員會の決議の基礎となり其結果一千八百二十四年スチューベルの起草せる草案を出せり。スチューベル及びチットマンの死は此事業に一頓挫を與へたり之に反して一千八百三十四年及び一千八百三十五年に編纂されたるグロスの草案は一千八百三十八年三月三十日の刑事法典となれり(一八三八年グロス、一八四一年以後ヴァイス、一八〇)。

(三)チーリングン諸國 中の四ヶ國の刑法典は一千八百三十八年の索遜刑法典に模倣せり即ちヴァイマルは一千八百三十九年(一八二二)に於てし、アルテンブルクは一千八百四十一年に於てし、マイニンゲンは一千八百四十四年に於てし、シュツェルツブルグ、ゾンデルハウゼンは一千八百四十五年に於てせり。索遜刑法典は亦彼の所謂チーリングン刑法典の基礎となれり、此の所謂チーリングン刑法典は一千八百五十一年ゴタに一千八百五十二年新ロイスに枝葉の點に於て多少の相違

を以て施行せられ且其後一千八百六十四年に至り一千八百五十二年以來普國刑法典(一八五)を採用したりしアンハルト、ベルンブルグに又一千八百六十八年舊ロイスにも施行せらるゝに至れり。

(四) ヴルテンベルク 一千八百十年より一千八百十三年に至る迄の間に出來たる最初の四草案は一も其目的を達すること能はざりき。一千八百二十三年フォン・ヴェーベルの作りたる草案も亦同一の運命に遭遇せり故に一千八百二十四年七月十七日の刑罰の種類及び監獄に關する勅令を以て僅に一時を繕縫せり。一千八百三十九年三月一日の刑法典は一千八百三十二年(未定稿として)一千八百三十五年及び一千八百三十八年の草案を基礎とせり。一千八百四十九年、一千八百五十年及び一千八百五十五年に於て修正を加へたり。

フイエエルバッハの教科書(一八二八年乃至一八二九年出版)の附録としてクナップのヴルテンベルク刑法。ヴエヒタルのヴルテンベルク王國の刑罰の種類及監獄一八三二年版。ヘップの註釋三卷、一八三九年乃至四二年版。フリーフナーゲル二卷、一八四〇年乃至四四年版、其要略一八四五年版。
(五) ハンノーヴァー 一千八百二十三年より着手したる草案は一千八百二十五年に公にせられたり(註主として之に與りしはパウエルなり、彼は一八二六年此草案に註を附して出版し其後一八二八年及一八三一年其續を著せし)

リ) 一千八百二十五年乃至一千八百三十年の間は於て修正せられ一千八百三十年議會に提出せられ一千八百三十八年に至り議會の協賛を了り遂に一千八百四十年八月八日の日附を以て刑法典として公布せられたり數多の追加法出たり(一八四六年乃至一八六〇年)。

(六) プラウンシュヴァイグ 一千八百三十九年政府より議會に提出したる草案(註にシユライニッツ及びアラ)は一千八百四十年七月十日の刑法典となれり、此法典は亦一千八百四十三年より一千八百七十年に至るまでリッペ、デットモルトに行はれたり。

(七) ヘッセン、ダルムスタット 一千八百二十四年のクナップの草案は一千八百三十一年年ミッテルマイエルの意見書に基きて修正を加へられ、一千八百三十七年フォン・リンデローフの草案(未定稿として)印)出で一千八百三十九年フォン・リンデ及びフライデッパハの再修正草案出で一千八百四十一年十月十八日始めて刑法典として公布せられ一千八百四十九年に至り又變更を加へられたり(部一八四二年乃至四四年但總則)此のヘッセン刑法典は一千八百六十七年に至る迄、ナッサウに於ては一千八百四十九年以來、フランクフルト、アム、マインに於ては一千八百五十七年以來、ヘッ

ン、ホムブルヒに於ては一千八百五十九年以來行はれたり。

八)バーデン 一千八百三年の刑法の普通法を基礎として刑罰適用の統一を計れり、一千八百三十六年以來特別委員會を設けて草案(第一草案は一八三六年出版)の起草に従事せしめ、一千八百三十九年之を下院に提出し、一千八百四十年下院の決議と一千八百四十四年上院の決議とによりて變更を受け遂に一千八百四十五年三月六日に至り刑法典として發布せられ、一千八百五十一年三月一日を以て實施せられたり。
(チロルの註釋一八四五年、プヘルトの註釋二卷一八六六年乃至六八年)

第二項 一千八百五十一年の普國刑法典

一千七百九十九年二月二十六日の竊盜及び類似犯罪の處罰に關する重要なる訓令はフリードリッヒ大王の登極以來普魯西の採用したる刑事政策に終結を與へ第十九世紀の初葉以來刑法改正の事業は躊躇遂巡漸く其歩を進めたり。
一千八百二十六年七月二十四日の閣令に依り法律修正大委員會(司法大臣アンケリ)は普國法律全般の修正を委任せられ而して刑法の審議に就てはフォンカムプツを委員長とし、ザック及びフィッシュニヒを通常委員とし、シルレルを財産に對する犯罪

の調査委員とし、ポードを其他の部分の調査委員とせる特別委員會組織せられたり。其結果として第一草案(委員會)は一千八百二十八年十一月乃至一千八百二十九年二月の間に印刷して提出せられたり、其理由書四卷あり。

此草案に對する法律修正大委員會并に内閣の審議の結果として一千八百三十年第二草案(其第一部か)を生ぜり。

フォンカムプツが司法大臣(一八三〇年)となりたる後更に新しき評議を開きて第三修正草案を作れり、其第一部は刑法典及び其理由書(一八三〇年)、其第二部は警察罰法典及び其理由書(一八三〇年)とす、一千八百三十四年種々の追加法殊に違警罪に關するもの發布せられたり。

其後更に審議を遂げ、一千八百三十六年第四修正草案を出せり、之を諸外國の刑法と對照したる書はヴァイルの編む所五卷あり(一八三八年乃至一八四一年版)。

一千八百三十八年二月四日の内閣令に依り國務顧問を以て組織したる特別委員は一層の審査を遂ぐべきことを委託せられ、一千八百三十八年三月より一千八百四十二年十二月に至る迄審議せり。然るに一方に於ては一千八百三十九年十二

月國務顧問(Deutscher)の總會に於て總則の審議を始め一千八百四十三年一月まで繼續せり其結果として一千八百四十三年の第五草案を起稿し其始末書三卷あり(一八三九年乃)三草案の合本(一八三六年の草案、二は從來世に公にせられり至四二年版)特別委員會の草案、三は一八四三年上院總會の草案は一千八百四十四年國務大臣フォンカムプツの發行に係る。

此草案は一方に於ては一千八百四十三年の春六十四個の問題を包含せる意見書と共に八個の議會に提出され他の一方に於ては諸官廳并に諸學者に送付したり之に對する答申意見(殊に一八四四年の議會の答申)及び批評に基き(ライオンの議會は新草案を)司法大臣フォンザツキニーの下に一千八百四十五年ビシローフは一千八百四十三年の刑法典草案の修正案三卷を編纂し且之を基礎として第六修正草案(一八四五年)を作れり。

一千八百四十五年十月の特別委員會は爾後一千八百四十六年七月に至るまで之を審議し一千八百四十六年十二月第七草案を上院に提出せり之に關する委員會の議事録(一八四六年)あり。

此間に於てライン沿岸諸國の分裂運動起れり其詳細は一千八百四十六年のルッベ

ンタールの記録に依りて之を窺ふへし。審議更新の結果一千八百四十七年理由書附の第八草案を生ぜり委員會の議事録も前者に續いて出てたり(一八四七年)。

此草案は十九個の主たる問題を附加して一千八百四十七年十二月三日任命せられたる聯合常置委員會に提出せられ一千八百四十八年三月六日に至る迄調査部并に總會に於て審議せられたり(アライエの委員會議事録、四卷一八四八年)。

此上の審議は所謂三月事件革命のため一時中止の姿となりしか司法大臣シモンス之を再興し一千八百五十年十二月十日理由書附の第九草案(一八五一年世に)を下院に提出せり然るに多年の勞は遂に其功を奏し兩院の協賛を経たる新刑法典は一千八百五十一年四月十四日王の批准を得一千八百五十一年七月一日より施行せられたり。

此法典に對するライン法律家の影響は歴々指點すべきものあり即ち未遂犯及び共犯刑罰制度及び國際刑法犯罪三分主義及び減輕の狀情等に關する規定に於て普國刑法典は佛國刑法典の範圍外に出づること能はさりき。

普國刑法典は一千八百五十二年ホーヘンツォルレルンに同年アンハルト、ベルンブ

ルグ(四年^{一八六六})に一千八百五十五年ヴァルデック及びビルモンに一千八百五十八年オ
ルデンブルク(此地に於ては一八三七年に於て一八四四年の刑法典)に一千八百六
十三年リューベックに或は其儘にて或は多少の變更を加へて施行せられたり。

一千八百六十六年十二月十二日の勅令を以て普國刑法典の最初の二編をフラン
クフルト、アム、マインに公布せり、一千八百六十七年六月二十五日の勅令は普國
刑法典か第三官版(九年^{一八五})の儘にて一千八百六十七年九月一日より新領土に施行
せらるべきことを定めたり(フランクフルト、アム、マイン)に於ては其第三編のみ。其結果として(一)ナッサウ、
ホムブルク及びフランクフルト、アム、マインに於ては一千八百四十一年のヘッ
ン刑法典(二)ハンノーヴァーに於ては一千八百四十年の刑法典(三)ヘッセン、カッセル及び
シュレスヴィヒ、ホルスタインに於ては普通法か廢止せられたり、クルルヘッセンに於て
は一千八百四十九年編纂の草案か議會に提出せられずして已みたるか此國の刑
法に關してはケルステングのクルルヘッセン刑法雜論二卷、一千八百五十三年乃至
五十四年、參照。又シュレスヴィヒ、ホルスタイン(一八四〇八年^{エッゲル}草案、一八四〇年)
に關してはクライメルの刑法理論的説明案一千七百八十九年、及びシラハのシユ
ル

スヴィヒ、ホルスタイン刑法參考書二卷、一千八百二十八年乃至二十九年、參照。

第三項 一千八百五十一年以後に於ける獨逸聯邦諸國の成文刑法

(一)索遜 一千八百三十八年の刑法典の改正は一千八百四十八年の革命の結果
避くへからさることゝなれり。一千八百四十八年六月任命せられたる委員會(ル
員たり)は一千八百五十年七月一の草案を發表したれとも其儘にて事已みたり。
一千八百五十三年四月新編の草案か常置委員に交付せられ一千八百五十五年八
月十三日刑法典として發布せられ一千八百五十六年十月一日以來實施せられた
り。一千八百六十一年十一月二十七日發布一千八百六十二年五月一日實施の舊
ロイス刑法典は之を模範とせり、索遜刑法典は一千八百六十八年一部分殊に刑罰
制度に關して修正を加へられたり。

クルーグの註釋第二版一八六一年乃至六二年、ジーアドラットの註釋一八六二年、フオン、シ
ュアルツェの註釋一八六八年、ヴェヒタルの理論的説明一八五七年乃至五八年(未完)。

(二)バイエルン に於ては一千八百十三年の刑法典の實施後幾時もなくして早

一千八百七十年に至る迄の獨逸成文刑法

既に全然之を改正するの必要に迫れり、一千八百二十二年のゲンネルの第一草案は殆ど満天下の非難を受け次に主としてフォン、シュミットラインの手に成りたる一千八百二十七年の第二草案も亦同一の運命に遭遇し一千八百三十一年のヌツルツェル起草の第三草案は其儘にて已みたり。此一旦停止せられたる事業は漸く一千八百四十八年に至りて再興せられ司法大臣フォン、クラインシュロッドは一千八百五十一年第四草案の第一編總則を又一千八百五十三年理由書附の第五草案全部(一八五四年)を兩議院に提出せり。第五草案は一千八百五十五年クラインシュロッドの後任者フォン、リッゲルマンの再び採用する所となれり、然るに政府議會間の意見の衝突は遂に一千八百五十八年三月の爆發を來し引續き協賛を爲すこと能はざるに至れり。其後一千八百六十年七月に至り新大臣は修正第六草案を兩院に提出せり。爾來此事業は著々其歩を進め一千八百六十一年十一月十日普國刑法典に類似の刑法典發布せられ一千八百六十二年七月一日以來實施せられたり。

註釋書にはホヘテール一八六二年、ヴァイス一八六三年乃至六五年ドルマン及びリッゲン共著一八六二年乃至六八年、ステンクライン一八六一年乃至六二年。

(三)ハムブルグ 此於ては一千八百六十九年一新刑法典を實施せるか一千八百六十九年九月一日より一千八百七十一年一月一日に至る迄行はれたり(古き諸草案に就て)

一八五一年の修正草案一八六二年の草案一八六四年の草案一八六九年の草案一八七〇年の草案一八七一年の草案一八七二年の草案一八七三年の草案一八七四年の草案一八七五年の草案一八七六年の草案一八七七年の草案一八七八年の草案一八七九年の草案一八八〇年の草案一八八一年の草案一八八二年の草案一八八三年の草案一八八四年の草案一八八五年の草案一八八六年の草案一八八七年の草案一八八八年の草案一八八九年の草案一八九〇年の草案一八九一年の草案一八九二年の草案一八九三年の草案一八九四年の草案一八九五年の草案一八九六年の草案一八九七年の草案一八九八年の草案一八九九年の草案一九〇〇年の草案一九〇一年の草案一九〇二年の草案一九〇三年の草案一九〇四年の草案一九〇五年の草案一九〇六年の草案一九〇七年の草案一九〇八年の草案一九〇九年の草案一九一〇年の草案一九一一年の草案一九一二年の草案一九一三年の草案一九一四年の草案一九一五年の草案一九一六年の草案一九一七年の草案一九一八年の草案一九一九年の草案一九二〇年の草案一九二一年の草案一九二二年の草案一九二三年の草案一九二四年の草案一九二五年の草案一九二六年の草案一九二七年の草案一九二八年の草案一九二九年の草案一九三〇年の草案一九三一年の草案一九三二年の草案一九三三年の草案一九三四年の草案一九三五年の草案一九三六年の草案一九三七年の草案一九三八年の草案一九三九年の草案一九四〇年の草案一九四一年の草案一九四二年の草案一九四三年の草案一九四四年の草案一九四五年の草案一九四六年の草案一九四七年の草案一九四八年の草案一九四九年の草案一九五〇年の草案一九五一年の草案一九五二年の草案一九五三年の草案一九五四年の草案一九五五年の草案一九五六年の草案一九五七年の草案一九五八年の草案一九五九年の草案一九六〇年の草案一九六一年の草案一九六二年の草案一九六三年の草案一九六四年の草案一九六五年の草案一九六六年の草案一九六七年の草案一九六八年の草案一九六九年の草案一九七〇年の草案一九七一年の草案一九七二年の草案一九七三年の草案一九七四年の草案一九七五年の草案一九七六年の草案一九七七年の草案一九七八年の草案一九七九年の草案一九八〇年の草案一九八一年の草案一九八二年の草案一九八三年の草案一九八四年の草案一九八五年の草案一九八六年の草案一九八七年の草案一九八八年の草案一九八九年の草案一九九〇年の草案一九九一年の草案一九九二年の草案一九九三年の草案一九九四年の草案一九九五年の草案一九九六年の草案一九九七年の草案一九九八年の草案一九九九年の草案二〇〇〇年の草案

(四)此故に一千八百七十年に於ける獨逸成文刑法の狀況は實に左の如し。

普通法の猶行はれつゝありし地は(一)兩メクレンブルグ(其功を奏せざりき)(二)シラウエンブルグ(此所には普國刑法典一八七〇年四月一日以來施行せられたり)(三)シラウエンブルグ、リッベ(四)ウンテルハルツのブラウンシュヴァイク及びハンノーヴァー共有領及び(五)フレイメン(一八六一年及び一八六八年とす)の草案は其功を奏せざりきとす。

普通法の外に十種の聯邦法典行はれつゝありき即ち(一)一千八百四十年のブラウンシュヴァイク刑法典(リッベ、デットモル)(二)一千八百三十八年の索遜刑法典(一八四一年以後發布の)(三)一千八百四十一年のヘッセン刑法典(四)一千八百五十年以後發布の)(四)チューリンゲン刑法典(五)一千八百五十一年の普國刑法典六)(六)一千八百六十八年の索遜刑法典(七)一千八百六十九年のハムブルク刑法典南獨逸以外に於ては)(八)一千八百三十九年のザルテムベルク刑法典(九)一千八百四十五年のバーデン刑法典及び

(十)一千八百六十一年のバイエルン刑法典是なり。

上述の如く四分五裂の状を呈せざるにあらずと雖も其實は外觀の如く甚しからず詳細の點に至りては皆悉く相異なれとも其根本に遡れば一種の契合點を發見することを得たり殊に普國刑法典の管轄區域か直接若くは間接に擴張せられたるは獨逸普通刑法典發生の豫備として大功ありされは普魯西は此範圍に於ても亦其の採りたる政策の効果を收めたるや疑を容れず。

第九章 第十九世紀に於ける獨逸國外の

成文刑法

第一項 奧太利、匈牙利

(一)奧太利(ヒルル)刑法(第一卷第一頁參照) 一千八百五十二年五月二十七日發布の現行刑法典は主として一千八百三年の刑法典の修正法典たり、一千八百六十一年以來著手したる法典編纂事業は未だ其功を奏するに至らず。草案には一千八百六十七年のフォン、ハイエ案、一千八百七十四年のグラージェル案、一千八百八十一年のブラザック

案、一千八百八十九年及び一千八百九十一年のシェーンボルン案(時報第一四卷第二二頁あり)、

此事業は今猶繼續中なり。

重要なる著書を擧ぐればヘルプストの參考書第一卷の七版、一八八二年、第二卷の七版一八八四年、ヤンカ(一八八八年死)の奧國刑法、二版、一八九四年。フィンゲルの奧國刑法一八九一年以降。クラメル(二八五二年)の刑法典の最良教科書、一七版、一八九二年。一八七六年以來の破棄裁判所(マッ)判決例。一八五五年一月十五日の陸軍刑法典。

一千八百五十二年の刑法典は今猶チスライタニエンに於ける外クロアチエン、スラヴォニエン、及びリヒテンスタインに於ても行はる、一千八百七十九年のクロアチエン刑法草案に關してはタウフェルの名論集、一千八百八十二年(獨譯附)及びシロヴィック報告第六卷第二冊參照。

ボスニエン及びヘルツェゴヴィナに於ては一千八百八十年奧國刑法典を其儘輸入し、一千八百八十一年維那に於て官版を出せり(輸入の勅令には日附なし)。

(二)匈牙利(フォン、ウラジック)刑法(第一卷第六十二頁參照) 此國に於ては一千八百五十二年より一千八百六十年に至る迄奧國刑法典行はれ其後總括的の成文法なかりき種々の草案の中特に一千八百四十三年に成れるものあり、——一千八百七十八年の新刑法典は

獨逸刑法典に模倣したる者にして一千八百八十年九月一日より施行せられたり同年政府之を獨譯せり、修正の準備も爲されたり。——一千八百七十九年六月十二日違警罪に關する法典發布せられ同年政府之を獨譯せり。——學理的の著書にはシユニール、カウツ、ホロウイツ、ファイエル(教科書二卷)あり註釋書の最も佳なるはイレスの著三卷とす。

第二項 和蘭

「ラン、ハーメル」刑法第一卷第一八九頁參照一千八百十一年に於て一千八百九年一月三十一日の内國刑法典に代はりたる佛國刑法典の支配を脱せんとする計畫は早くより始められり。一千八百二十七年、一千八百三十九年乃至四十六年、一千八百五十九年の草案は皆其目的を達せざりしが一千八百七十五年の草案は遂に一千八百八十一年三月三日の刑法典となり一千八百八十六年九月一日より施行せられたり。教授にして司法大臣たるモルデルマン(五年入死)の力與かりて多きに居る此法典の獨譯は「時報」第一卷に附録たり。——一千八百十四年及び一千八百十五年の海軍刑法典及び陸軍刑法典に代はるべき新軍事刑法典は今正に編纂の準備中にあ

り(編纂者ヲフアン、デ)——關領印度に於ては歐羅巴人に對し一千八百七十五年(デ、ト、ヒル、ヘ、フエン、ト、サ)に修正せられたる一千八百六十六年の刑法典を適用す。一千八百九十一年新法典の草案出てたり、印度人に對しては一千八百七十六年及び一千八百七十九年に修正せられたる一千八百七十二年の刑法典を又西印度(ブクラナム及)には一千八百六十八年の刑法典を施行す(フアン、アル、キン)。

シユミットの刑法參考書五卷一八八一年乃至一八八九年、フアン、スウィンテレンの刑法典註釋書一八八八年以降、法律書肆アリンフアン、ト、イ、發行の刑法資料集六部一八七九年乃至一八八六年(時報第九頁)、フアン、ハーメルの卓抜なる教科書(和蘭刑)一八八九年以降、ボールの講義案一八八九年、——參考書類、司法、及び立法に關する秀逸なる概觀を載せたる刑法時報(一八八六年以降)。

第三項 スカンデナヴィア諸國

(一) 丁抹(オルリッゲ)「刑法」第一卷(參照) 一千八百六十六年二月十日の刑法典、一千八百八十一年五月七日の軍事刑法典其獨譯は「時報」第二卷に附録たり、主なる著書を擧ぐればゴースの丁抹刑法一八七五年以降。——一千八百六十九年六月二十五日のイスラント刑法典は其根本に於て丁抹刑法典と一致せり。

(二) 瑞典(ツッブストレム)「刑法」第一卷(參照) 一千八百六十四年二月十六日の刑法典は一千

八百六十五年一月一日より施行、——一千八百八十七年十月二十八日及び一千八百九十年六月二十日の法律を以て一部修正を行へり、今草案起草中なり(一八八八)。

一千八百八十一年十月七日の軍事刑法典其獨譯は「時報」第二卷に附録たり。
(三)那威(ケツ)「刑法」第一卷(一八八三)の草案、一千八百四十二年八月二十日の刑法典(一八四五)は一千八百七十四年六月三日及び一千八百八十九年六月二十九日改正せられたり、シュヅアイガルトの註釋書最も貴重なるケツ草案(一九八降年)其のローゼンフェルト及びウルビエの獨譯は「報告」第七卷に附録たり。

第四項 露國

(一)露西亞帝國(フアイニツキ)「刑法」第一卷(一八四九)の草案、其獨譯、彼得堡一千八百六十八年、學術上の代表者の中には特にタガンゼフ及びフアイニツキを指名すへし、フアイニツキの教科書に就きてはヴェスニツキ「時報」第一〇卷第四四七頁參照。又彼の刑罰及び監獄論に關してはスリオスベル「時報」第一卷第七〇一頁參照、其他スバツツツチ、セルゲイ、ウスキ、チクリエドフ等の教科書、——特にタガンゼフ及びフアイニツキの編纂に係る刑法典草案に關し

ては(總)「犯罪」又「罪」の「犯罪」及び「財産」に對す(獨逸)學者の意見も公にせられたり(「時報」第五卷第七四〇頁參照)。(五)ガイエル「時報」第三卷第五九八頁、第四卷第一八五頁、第六卷五五九頁、シツツの法律雜誌第三六號第二二六頁及びフアイニツキの「比較法學」及び經濟學に關する國際協會年報第一卷に於ける評論。

(二)芬蘭大公國(フアイニツキ)「刑法」第一卷(一八八八)の草案、其獨譯は「時報」第一卷に附録たり。又ポーシェの佛譯(一八八〇)あり、フアイニツキ「時報」第一卷第五七八頁參照、一千八百七十五年及び一千八百八十四年の草案、一千八百八十六年七月十六日の軍事刑法典。

第五項 バルカン諸國

(一)ブルガリエン(シマノフ)「刑法」第一卷(一八八八)の草案、其獨譯は「時報」第一卷に附録たり。又ポーシェの佛譯(一八八〇)あり、フアイニツキ「時報」第一卷第五七八頁參照、一千八百七十五年及び一千八百八十四年の草案、一千八百八十六年七月十六日の軍事刑法典。

百九十六年三月四日、遂に法律として公布せられたり、其獨譯は、時報第一八卷に附録として添へられたり。

(二)希臘(キプロリアス刑法參照) 巴威刑法典に模倣したる一千八百三十四年一月十日の刑法典(官版、一八三四年)は屢、殊に一千八百六十四年修正せられたり(一年の七案)、主なる著書を擧ぐればザリボロスの參考書一千八百六十八年乃至一千八百七十一年、コスチの教科書三卷一千八百七十一年乃至一千八百七十九年、第二版一千八百九十二年乃至一千八百九十三年。

(三)モンテネグロ(ザケル刑法第一卷) 一千八百五十五年四月二十三日のダニエル第一世の刑法典、一千八百五十九年獨譯(維那マ、ザールベルヒの小書第三卷第三四〇頁)。

(四)ルメニエン(ミシ刑法第一卷) 一千八百六十四年の刑法典は、一千八百七十四年二月十五日の軀裁に於て佛國刑法典に従へり、一千八百九十四年二月二十三日之を修正せり、一千八百九十四年四月九日の軍事刑法。

(五)セルビエン(ヴェスニッチ及ヒヨセフオイツク刑法第一卷第三四三頁參照) 一千八百六十年三月二十七日の刑

法典は一千八百五十一年の普國刑法典に模倣せり——一千八百六十四年四月二十七日の軍事刑法典——フヴァクモヰツチの系統的説明、ツェニッチの註釋。

第六項 瑞西

タイヒマン、ガウチーア、ガブツヂ「刑法第一卷第三六一頁、ガウチーア報告第六卷第六一頁參照。一千七百九十九年五月四日より一千八百三年に至る迄佛蘭西共和國の成文刑法(一七九一年の法典)かヘルヴェチツヂ刑法典として施行せられたり。瑞西に於ては専ら聯邦國家及び聯邦官吏に對する犯罪を規定したる一千八百五十三年二月四日の聯邦法律を以て一時刑法の統一を計れり。猶此外の聯邦法律中にも多少の刑法的規定を包含せるものあり、一千八百五十一年八月二十七日の聯邦法律は聯邦の軍隊に對する刑法を包含す(一八八九年六月二十八日陸軍刑罰裁判所法)。聯邦全軀に對する統一的刑法典は今編纂準備中なり準備事業は伯林(維那)のストリス教授の手に委せられたり。一千八百九十年瑞西刑法典集出てたり、ストリス教授の瑞西刑法要論は聯邦參議院の委託に依り比較的に説明せしものなり、一巻一千八百九十二年、二巻一千八百九十三年、豫備草案(スト編纂)、一千八百九十三年乃至九十四年(フオン、リヒエン、グダ)。

依りて批評)調査編纂委員の豫備草案、一千八百九十六年(報告第六卷の附録と)其總
則編は國際刑事家協會の意見實行の先驅たり。

二十二個のカントンの刑法典は互に相異なれり而も獨逸的カントンは多少忠實に
獨逸の學術及び立法の情態を反射し之に反して佛蘭斯のカントンは殊にゲンフの
如きに於ては佛國刑法典を以て其模範とせり。プニンゲル(六年死)瑞西刑法一
八九一年参照。

ウリ、ニドヴァルデン、ライン河内のアペンツェルの諸カントンは刑法典を有せず——
古き法律を有するものはヴァート一八四三年乃至四四年(案を編纂せり)グラウブ
ンデン一八五一年、ヴリス一八五八年乃至五九年、シフハウゼン一八五九年(一八九
例)——新法典を有するものを擧ぐればルツェルン一八六〇年乃至六一年(一八六
イフエル)オプヴァルデン一八六四年乃至六五年、ベルン一八六六年乃至六七年(スト
第二版)クラルス一八六七年(年修正)ツルガウ一八六八年、チューリッヒ一八七一年
(一八七二年)ハルツェル行一八八六年、アル(バーゼルスタット)一八七二年乃至七三年(一八
行)バーゼルラント一八七三年、テッシン一八七三年、フライブルグ一八七四年、ゲン

フ一八七四年、ツフ一八七六年(年修正)ライン河外のアペンツェル一八七八年、シ
ツ一八八一年、聖ガレン一八八五年(月一八八六年)ゾロツルン一八八五年(一八
日實施)アアルガウ一八五七年之には一八八六年の補則を加ふ(行一八八七年)ノ
イエンプルク一八九一年二月十二日發布(編纂)ストースの創立指導に係る瑞西
刑法時報(年以降)は貴重なり。

第七項 佛蘭西、白耳義、ルクゼムブルグ、モナコ

(一)佛蘭西(各國刑法第一卷第四三五頁リワイエ)一千八百十年の刑法典は幾多の
單行法律を以て局部修正を加へられたり(一八三二年、一八四〇年、一八五一年、一八五
五十七年六月七日の陸軍刑法典、一千八百五十八年六月四日の海軍刑法典。参考
書を擧ぐればシヨイゾー及びフオースタン、ヘリー共著刑法典論六卷第六版一八八
七年以降、オルトラン(三)年(死)刑法要論二卷第五版一八八六年、ヴェー刑法詳論第五
版一八九一年、ツレナーチアン刑法階梯第二版一八八四年、ブランシエ刑法實際研究
七卷一八六一年乃至七二年、第二版一八八八年乃至九〇年、ポアタール刑法教科書
第一三版一八九〇年、ラポード刑法階梯一八九一年、カロー刑法詳論第三版一八八

七年、モリニエール、ヴァイダル刑法論二卷一八九三年乃至九四年、ノルマン刑法階梯一八九六年。茲に特筆すべきものはガロイ佛國刑法の學理及び實際論五卷一八八八年乃至九四年第二版準備中、監獄雜誌(監獄協會出版)刑法典改正の事業は既に着手せられ、總則の草案は印刷せられたり、報告第四卷第一六五頁、佛領印度に關しては刑法雜誌に於けるフォーヴェルの所説(四年一八八)參照。一千八百八十年佛國刑法典は交趾支那に輸入せられたり。

(二)白耳義(各國刑法第一卷第四六一頁) 一千八百六十七年以來佛國刑法典に根本的改正を加へたるものを行へり、——ハウス(一八八)白耳義刑法汎論二卷第三版一八七九年、ニペール白耳義刑法典註釋三卷一八六七年、一八七八年、一八八四年、セルヴェーの新版一八九六年、テリイ刑法論一八九二年、——一千八百七十年五月二十七日の白耳義軍事刑法典、ゾワンの註釋一八八〇年。

(三)ルクゼムブルグ(各國刑法第一卷第四) 一千八百七十九年の刑法典は全く白國刑法典を模範とせり、ルッペルトの佛獨譯一八七九年。

(四)モナコ(各國刑法第一卷第四七五頁) 一千八百七十四年十二月十九日の刑

法典(一八七五年一月一日實施)は全く佛國刑法典に倣へり。

第八項 イベリア半島

(一)西班牙(各國刑法第一卷第四八三) 一千八百四十八年の刑法典、一千八百七十一年一月一日改正。八十年代に幾多の草案出てたり——一千八百八十四年十一月十七日の軍事刑法典、一千八百九十年九月二十七日の軍事刑法典。主なる著書を擧ぐればシルヴェラ刑法一八七四年乃至八四年、ヴァダ、イ、ヴァラセカ刑法典四卷一八九〇年、ルエダ刑法階梯三卷第二版一八八九年、——クトーバ、グエルト、リコに於ては一千八百七十九年五月二十三日以來又比律實に於ては一千八百八十四年九月四日以來各西班牙刑法典に模倣せる刑法典行はる。

(二)葡萄牙(各國刑法第一卷第五三五頁) 一千八百五十二年十二月十日の刑法典は一千八百八十四年六月十四日及び一千八百八十六年九月十六日の兩度修正を経たり。

第九項 伊太利半島

(一)伊太利(各國刑法第一卷第五) 第二一千八百九十年迄の法律の情態を述べ

はサルゲニエン及びビエーモンに於ては一千八百五十九年十月二十六日のアル
 ベルト刑法典、ロムベルダイ及びウエチエンに於ては一千八百五十二年の埃國刑
 法典、バルマ及びピアツェンツに於ては一千八百二十一年の刑法典、モデナに於ては
 一千八百五十六年の刑法典、トスカナに於てはミッテルマイエルの勢力の下にバ
 デン刑法典に模倣して編纂せられたる一千八百五十三年六月二十九日の刑法典
 (年修正) 兩シ、リアに於ては一千八百十九年の刑法典、法王領に於ては一千八百
 三十二年のクレゴリア法王の命令。(第三) 一千八百五十九年以來サルゲニア刑法
 典が漸次トスカナ以外の全半島に擴布せられたり(北に於ては一八五九年の體
 裁を以て) 然れども其後幾もなくして新に統一的法典の編纂に着手し二十有餘
 年を経て(出多し) 遂にザナルデリ氏草案を採用するに至れり。(第三) 一千八百
 九十年一月一日以來一千八百八十九年六月三十日の刑法典行はる其獨譯は「時報」
 第十卷に附録たり(八) 又ツルレル、ラコアンタ、サロートの佛譯(一八九) あり。
 一千八百七十四年以來ルッキニカ創立主宰せる刑事雜誌の附録冊子として出てた
 る「新法典に關する國會の事業」参照。ザラデリ氏草案の評論には「オニス」刑法

研究會議論集第一卷第一頁、一八八九年、ソイフェルト伊國刑法典草案に關する報告
 一八八八年等、——コリオロ、クリヂェリ、ツラヴリア、ベシナ、ブリア、マイノ等の新刑
 法典に關する著作、チヂョリ刑法教科書二卷一八八九年、ランザ刑法の學理及び
 應用論一八八九年。古き著者の主なるものはカララ(一八八) 刑法講義案總則二卷
 各論七卷一八六三年以降。刑法の附屬法は載せて刑事雜誌にあり新軍事刑法典
 は準備中に屬す。一千八百九十一年以來廢刊したる監獄雜誌は一千八百九十七
 年ベルトラニ、スカリアの主宰の下に再興せり。

(二) サン、マリノ に於ては一千八百六十五年九月十五日の刑法典行はる(各國刑
 法第六〇六ア)。
 リメナ参照。

第十項 英米法系諸國

(一) 大英國(各國刑法第一卷第六一頁第一頁、シヌステルの秀逸な) 英法は普通法、判決例
 及び成文法より成る刑法に關しては最も重大なる犯罪(生命、身體に對する犯罪及び)
 新形軀を與へたる一千八百八十一年の刑法合條例を特に重要とす。一千八百
 六十年スチーヴンが印度に施行さるべき刑法典編纂の業遂に其功を奏してより

(一) 一八七〇年(修正) 大英國の爲めに統一的刑法典を編纂すべしとの觀念は斷然採用せらるゝこととなれり。然れとも一千八百七十八年、一千八百七十九年及び一千八百八十年の草案は國會に於て種々の困難に遭遇し人をして英國刑法典成立の希望は當分覺束なきを感せしめたり。——参考書にはアツロット英國に於ける刑法及び監獄制度一八八七年、スチーヴン刑法要略(犯罪及第五版一八八三年(爾後改訂) 同氏英國刑法史三、一八八三年、ラッセル犯罪及び過失論三卷第六版一八九六年、ハリス刑法原理第七版一八九六年、フリッブス比較刑事學二卷一八八九年、同氏印度刑法小書一八八三年、メリン印度刑法一八九六年、——印度刑法典は新嘉坡及び海峽殖民地刑法典(一八七一年)の基礎たり之に關しては、各國刑法第二卷第二二頁フリッブス參照。濠太刺利亞に於ける英國殖民地は英領印度法律を基礎とせる注目すべき成文法を有す即ち南濠洲は一千八百七十六年十月廿七日の法律を新南ウールズは一千八百八十三年四月廿六日の法律を、グクトリアは普通法典(一八八五年)を、ニュージラントは一千八百八十六年の刑法典條例を有す、加奈陀に於ては一千八百八十七年及び一千八百九十二年刑法の修正始められり、一千八百五十四年以來マ

ルタに於ても亦英法行はる、マウリチウスに於ては一千八百三十八年の佛國の命令今猶其効力を有す。

(二) 北亞米利加合衆國の刑法は其根本に於て英國刑法と同一の原則に據り且之と同一の特質を有す、近年多數の諸州は刑法典の編纂に着手したり(必しも皆其一千八百八十一年の新約育刑法典は重要なり(獨逸時報) 一般法は刑法の規定を包含せる一二の合衆國法より成る。各國刑法第二卷第一九五頁ビールの秀逸なる説明、新しき著書にはピンショップ刑法註釋二卷第八版一八九二年、ホワートン刑法論二卷第十版一八九六年、マック、クレイン刑法二卷一八九七年。

第十一項 南及ひ中央亞米利加諸國

(一) 墨其西哥 時報第一四卷第一九頁及び各國刑法第二卷第一一三頁アイゼンマン。一千八百七十一年十二月七日の刑法典(同盟國家に行はれ其他の部分に唯下カリフォルニアに其獨譯は、時報第一四卷に附録たり。

(二) コスタリカ 各國刑法第二卷第一四〇頁アイゼンマン、一千八百八十年四月二十七日の刑法典、一千八百八十二年オロズコの修正。

(三)サンサルウアドール 「各國刑法第二卷第一五二頁アイゼンマン、一千八百八十一年十二月十九日の刑法典。

(四)ホンヅラス 「各國刑法第二卷第一五三頁ウクレス、一千八百八十年八月二十七日の刑法典(編を智利法)、一千八百八十一年五月三十一日の軍事刑法典、二者共に修正を加へられ(前者は四班牙刑)、一千八百九十八年九月十五日以來實施せらるべき筈なり。

(五)グアテマラ 「各國刑法第二卷第一四六頁サライラ、一千八百八十九年二月十五日の刑法典。

(六)ニカラグア 「各國刑法第二卷 一二九頁セルヴマ、一千八百九十一年の刑法典(一八七九年の舊法典に代はれり)。

(七)ブラジル 「各國刑法第二卷第一六九頁アラウジョ、クルーゼン、一千八百三十年十二月十六日の刑法典(イトニコの註釋一八八六年、及ヒヴィニに代はりて一千八百九十年十月十一のブラジル合衆國刑法典行はる(伊國刑法典に模)、一千八百九十三年の草案。

(八)智利 「各國刑法第二卷第一三頁ロブスチアノ、ヴェラ、一千八百七十四年十一月十二日の刑法典(來實施一八八九年官版)は甚しく西班牙法典に摸したり、ロブスチアノ、ヴェラの註釋一八八六年。

(九)ホルヴィア 「各國刑法第二卷 一六一頁アイゼンマン、一千八百三十四年十一月三日の刑法典。

(十)披露 「各國刑法第二卷第五五頁、一千八百六十二年九月二十三日の刑法典(一八六三年以來實施)。

(十一)コロムビア 「各國刑法第二卷第八九頁クルーゼン、一千八百九十年十月十八日の刑法典。

(十二)アルゲンチン共和國 「各國刑法第二卷第一頁ビチロ、一千八百八十六年十一月二十五日の刑法典は一千八百八十七年三月一日以來施行、一千八百九十一年及び一千八百九十五年の草案。主なる著書はリヅアラ刑法典の説明并に其評論三卷一八九〇年。

(十三)ウルグエー 「各國刑法第二卷第七三頁マルチチス、一千八百八十九年一月

十七日の刑法典、一千八百九十年七月十八日以來實施(伊國刑法典)。

(十四)パラグエー 各國刑法第二卷第八一頁アイゼンマン、一千八百八十年七月二十一日の刑法典。

(十五)ヴェネチエラ 一千八百七十三年二月二十日の刑法典、各國刑法第二卷第四五頁オコア、ローゼンフェルド、オコア、ヴェネズエラ刑法典說明、一千八百八十八年。

(十六)エクタドル 各國刑法第二卷第二一頁クルーゼン、一千八百七十三年の刑法典は一千八百九十年十二月一日以來新軀裁を以て施行せらる。

(十七)サン、ドミンゴ 一千八百八十四年八月二十日の刑法典。

(十八)黑人共和國ハイチ プラヂエマ評註刑法及び刑事訴訟法、巴里、一千八百八十三年。

(十九)布哇 には一千八百五十年の刑法典あり。

第十二項 土耳其

各國刑法第一卷第七一〇頁ファン、デン、ベルグ參照。一千八百五十八年七月二十五日の刑法典(受けたリ)は佛國法律の精神を酌めり、其佛譯一千八百八十三年。埃及

に於ては一千八百八十三年十一月十三日の命令に依り土着人民に對して新刑法典を輸入したり、一千八百五十三年度の法律新聞(カイロー)にアラビア語より佛語に重譯せるものを載せたり。

第十三項 東亞諸國

(一)支那 には一の刑法典なし唯一の法源は官報に公にせられたる勅令のみ、リンド支那刑法の一章一八八七年、コーラー支那刑法一八八六年、スタウントン大清律令即支那刑法典の基礎たる法律二卷一八一二年。

(二)日本 多年の準備の後(一八七〇年、七五年)一千八百八十年七月の刑法成立し一千八百八十一年一月一日以來之を施行せり、然れとも現今此法典に對して根本的の改正を計畫しつゝあり。政府出版の英譯、横濱一八八二年(余の見たるは一八八枚折大)、ファンハーメル國際法雜誌第一四卷第四八〇頁、ポアンナード日本帝國修正刑法草案一八八六年、ルドルフ寬保律若くは百箇條即ち前世紀の中葉以後に於ける一の日本法典一八八九年、ミケトリリス、日本刑法史の研究に就て、ルドルフ「日本の現代(明治)に於ける司法」クラウス、日本に於ける刑罰及び監獄制度(監獄雜誌第三〇卷)

(三)暹羅 に関しては比較法學に關する國際協會年報第二卷第九八頁に於ける
フランクフルテルの所論參照。

第十四項 ヨンゴ一國

最近に國際團體の一員となりたるヨンゴ一國は一千八百八十八年八月一日實施
の刑法典を有す、一千八百八十八年ヨンゴ一獨立國官報に載せられたるものはな
り、一千八百八十九年一月二十日附則を發布したり。

第十章 第十九世紀に於ける獨逸の刑法學

〔臺〕 第十八世の經過と同時に第十九世紀の中葉に至るまで繼續したる獨逸學術
の隆盛時代始まり狂暴混亂の時代は既に過去の一夢と化し去れり。聯邦諸國に
於ける立法的活動は學術に無限の材料を供すると同時に之に對して新に廣大な
る二重の職掌を與へ爲めに學術の進歩を激成せり。所謂二重の職掌とは何そや
四分五裂せる聯邦諸國の法律を統一し而して之を過去の歴史と結ひ付くること

是なり。

此の新時代の劈頭に立てるものをファイエルバッハ(一八七三—一八七五年生)となす、彼はカント
哲學の精神を以て固められたる人にして先輩の理論主義を批評的に考察し又自
己の科學的の素養と實際の經驗とを以て狂暴なる革命的要求に對抗しつゝ一方
に於ては教科書(一八〇〇年)を著はして獨逸刑法學の開祖となり他の一方に於ては一
千八百十三年の巴威刑法典の編纂に與りて獨逸成文刑法の開拓者となれり。フ
ィエルバッハと時を同じくして斯學の再興に盡したるものは曾に其友人たるグ
ロマン(一八一八—一八二九年死)及ヒフォン、アルメンチンゲン(一七八二—一八七九年死)のみならず其反對者
たるクライン(一八一八—一八七九年死)刑法大學教授一七九六年)及ヒフォン、クラインシュロッド(一八一八—
一八二九年死)系統的解題一八〇五年)の如きも亦然り。彼等の外に獨逸語を以て書かれ
たる刑法教科書(一八〇九年)の最初の著者たるステルツェル及ヒスチューベル(一七九五年)を
算ふべし。

無數の學者之に次きて現はれたり、教科書并に參考書の著者として算ふべきもの
はチットマン(一八〇四年死)參考書一八〇六年乃至一〇年、其第二版一八二二年乃至二四年、

ロスヒルト(三^年八^七死)ハイデルベルク大學教授、教科書一八二一年、刑法歴史及以系統一八三八年乃至一八三九年、ヴェヒテル(〇^年八^八死)教科書一八二五年、六年(有^上の註解ある)要(略)パウエル(三^年八^四死)教科書一八二七年、其第二版一八三三年、ヘンケ(九^年八^六死)参考書一八二三年乃至三八年、ヤルク(二^年八^五死)参考書一八二七年乃至三〇年、ヘフテル(〇^年八^八死)ボン、ハレ及以伯林大學教授、教科書一八三三年其第六版一八五七年、クレンツェ(三^年八^八死)教科書一八三三年(略)アベック(八^年八^六死)ケニヒスブルク及以ドレスラウ大學教授、系統一八二六年、教科書一八三六年、マレツォル(三^年八^七死)ギーセン及以ライプチヒ大學教授、刑法一八四一年、其第三版一八五六年、ルーデン(〇^年八^八死)エナ大學教授、参考書第一卷一八四二年、クストリン(六^年八^五死)チーピングン大學教授、ヘーゲル派、新修正一八四五年、系統一八五五年、ヘーベルリン(八^年八^九死)刑法原則一八四五年以降、ベッゲル、ハイデルベルグ大學羅馬法教授、刑法理論一八五九年、ガイブ(四^年八^六死)教科書一八六一年、六年(秀逸な)要(略)ベルナル教科書第一版一八五七年、テムメ(一^年八^八死)獨逸普通刑法教科書一八七六年。

其他刑法の一局部に就て論じたる數多の著者の中一頭地を抜けるものをカー、ヨッ

ト、アー、ミッテルマイエル(七^年八^六死)となす。彼の長所は學識の深遠と論理の犀利とにあらずして寧ろ其の外國の製作を採りて獨逸學術の發達を促かし且所謂刑法の補助たる學術と刑法とを融和統一せしむることに盡瘁して倦まざる點にあり(カ、ミッテルマイエル及以ヒエフ、ミッテルマイエルの「カ」)。

此時代の諸雜誌中フイエルバハ及以グロルマンの「刑法學術文庫」(至一七九八年乃至一七九九年)と相并ひて第一位を占めしものをクライン及以フオン、クラインシュロッドの創刊に係る「刑法雜誌」(至一七九九年乃至一八〇七年)とす。此雜誌は其後「新資料集」(至一八一三年乃至一八一六年)として發行せられ最後に「資料新系統」としてフオン、クラインシュロッド、ミッテルマイエル、アベック、ヘフテル、フオン、ヴェヒテル、ツァカリエ等によりて發行せられたり。

〔貳〕 刑罰の本質及以職掌に關する法律哲學的研究は第十八世紀の精神的勞作を繼續しつゝあり、刑罰を全然法律と分離し且反坐法の基礎たる賠償正義の觀念を明瞭ならしめんとせしカントの大計畫は刑法發達の上に重大なる影響を與ふることなくして已めり。ヘンケ及以ツァカリエはカントに次ぎて反坐法的觀念の上に刑法を建設せんと勤めたりしか悲哉後繼者を得るに至らずして敗れたりと雖

も刑罰の是認せらるゝ所以及び其職掌は全く法律秩序の保護にありと認められ
従ひて學術并に立法の發達に確實なる根據を得たり。

〔參〕 第十九世の中葉刑法發達の上に傷むべき危急存亡の機到來せり種々の原因
相綜合して斯る結果を惹起したるものとす。

其主因は一千八百五十一年の普國の立法に於て佛國刑法を繼受したるにあり、普
國は之かために獨逸普通法の系統と關係を絶てり、然れとも實際の適用に於ては
能く之を消化して自家藥籠中のものとなすことを得たりき。ゴルトダムメル(一
七二年死伯林高等法院評定官)及びオッペンホッフ(伯林上席檢事)は當時刑法教授の地位にある總て
他の同僚に比して遙に大なる影響を與へたり、然れとも先入主となるの學派は
學術の光明を曇らせたり。普國刑法雜誌(三八年五)を發刊して猛進したるものは一
個の實際家なり、ゴルトダムメル大學教授の創立主宰に係る舊刑法雜誌は一千八
百五十七年平穩に發刊せられたり。

刑法學かヘーゲル哲學の領域に加へられてより以來理論と實際との間に横はれ
る溝渠は著しく廣まれり。普國刑事學者中最も有名なるケストリン(一八五六年
死)

學大教授大ヘルシユチル(一八八九年死)及ひベルチル(伯林大學教授)は少くとも其の生涯の第一
歩に於てはヘーゲル派に歸依したるものなり。吾人は固より犯罪の心理解剖に
對して多くの有益なる貢獻ありたる此學派の功績を認むと雖も而かも之と同時
に一切の物を擧げて後天的に説明し去らんとするヘーゲル派の論理法は法律生
活の需用并に刑事政策の要求に對する觀察をして遲鈍ならしむや必せり。多年
熱望せられたる獨逸普通刑法典作成の時機到來せるに當り曾て聯邦諸國の法律
の區々たるに際し共通の法律思想を保護養成したりし獨逸の學術か無氣力無定
見の情態にありしことは幾分か自ら招きたる禍なりとはいへ實に慘酷なる運命
と謂はざるを得ず。

〔四〕 刑法の學術か先づ其理論的方面に於て新に盛運に赴きたる所以のものは今
度其目的を遂けたる法律統一の賚なり、ヘルシユチル、マイエル、フォン、リスト、ピンチン
グ、メルケル(一八八九年死)の系統的説明は専ら現行帝國法の説明たり。オルスハウゼン
及びフランクの註釋は學術的勞作の結果をして直に法律適用の需用に應せしむ
るに足る、一千八百八十一年の創立に係る刑法學時報は共通の目的を有する種々

の學術的研究を網羅す。

然れども帝國刑法典は之を實際に適用するに當り豫期に合せずとの確信益、深くなれると又獨逸帝國內に於ける犯罪の數は急速且恐るべき勢を以て増加しつゝありとの感覺の擴かりたるにより八十年代の始以來次第に明瞭になりつゝある反動起れり。新刑事政策の銳鋒は形式主義に凝固せる定義的法學并に根本的改正の必要ありと稱する刑法其自身に對して向けられたり、されは今日の刑法學は未だ明白に理解せられざる新思想新要求か成文法の形骸を得んと欲して互に力争しつゝある渾沌たる經過時代の狀を呈せり。本書は此の如き運動を厭過すること能はず又黙過することを欲せずと雖も本書の職掌は他までも現行法の公平嚴正なる學術的説明に在りて存す。

第十一章 帝國刑法典の成立及び増訂

〔書〕 獨逸帝國のために一個の統一的刑法典を編纂せんとする計畫の起源は頗る古し、然れども政治上の關係の妨くる所となりて容易に其目的を達することを得

ざりき。一個人の作成したる草案(ツァカリエーハ二一八二六年、フォン、ストローム、ベック、ヴェルハ二八六)の如きは全然度外視せられ一千八百四十七年ヴルテムベルクに發したる法典熱は一千八百四十八年事件のために冷却し去れり。普國司法省は一千八百四十九年三月二十八日の帝國憲法第六十四條に依りて一の草案(九一八四)を作成したれとも急轉直下しつゝありし時勢の犠牲となりて遂に公にせらるゝに至らずして散逸せり。一千八百五十九年バイエルン其他の數政府の賛成を以て聯邦議會に提起したる共通なる民法典及び刑法典の編纂は果して實行し得べきや否や又果して其必要ありや否やを調査すへしとの動議は唯一千八百六十一年八月十二日の委員會報告をして共通なる刑法典を編纂すへき緊急の必要を認めすと云はしめたる結果を生したるのみ。之と殆ど同時にクレーヴェルが第一回法曹會(六〇八年)に於てなしたる本會は統一的刑法典の編纂を緊急の必要ありと認むといふ宣言を爲さんとの動議は全會の賛成を得たるも之か遂行に協力したる者は極めて少かりき。

〔貳〕 北獨逸同盟憲法の草案か作成せられし時に於ても猶同一の思想か主要なる

人士の腦漿を支配したるものゝ如し、何となれば同案第四條第十三號に於ては債務法商法及び手形法并に訴訟手續に關して共通なる法典を編纂すべきことを規定すれども一言も刑法のことに及ばされはなり。されはラッタルが刑法をも統一的立法の範圍に入れざるへからずのと建議をなシフォン、ヴェヒテルの贊同フォン、シヤヅアルツの反對を経て遂に帝國議會をして之を採用するに至らしめたるは不朽の功績と稱せざるを得ず(逸同監監法第四條第一三號)。幾時もなくして機會到來せり一千八百六十八年四月十八日の帝國議會は一千八百六十八年三月三十日に於けるヴラゲル及びプランク兩代議士の建議に基きて共通なる刑法及び刑事訴訟法并に之を條件とせる裁判所構成法の草案を成るべく急速に作成して之を帝國議會に提出せんことを聯邦司法省に請求すべきことを決議せり。一千八百六十八年六月五日聯邦參議院が此決議に同意を表したる後聯邦司法省は一千八百六十八年六月十七日附の書面を以て刑法典草案起草者の撰任を普國司法大臣博士レオハルトに依頼したり。

(一)起草はフリードベルヒ博士に囑托せられルボー博士及びヒリョードルフは補助

員に任せられたり。一千八百六十八年十一月二十一日聯邦參議院に提出したるフリードベルヒの意見書は草案起草の設計を明にせり、草案(第一案)は早く既に一千八百六十九年七月三十一日聯邦參議院に交付せられ且公表せられたり。此草案には詳密なる理由と四個の附録(國法及外國の法律に於ける刑法的規定、死刑、期)を添へたり、此草案は一千八百五十一年の普國刑法典を模範としたり、然れども一二の重要な點に就きて同法に根本的の改正を加へたる所なきにあらず。

(二)此草案を調査するため既に一千八百六十九年七月三日聯邦參議院より撰任せられたる七人の委員より成れる委員會が一千八百六十九年十月一日伯林に於て開かれたり。

此委員會は委員長たる博士レオンハルト、調査委員たる博士フリードベルヒ、委員長代理たる檢事總長博士フォン、シヤヅアルツ(テレンス)、貴族院議員博士ドナント(メン)、辯護士博士ドルン(林)、控訴院判事ビュルゲルス(ケル)、大審院判事博士ブッデ(トックス)の諸氏より成立す。

所謂理論家は一人も此委員會に入れられざりしか筆寫或は印刷の意見書を以て

通俗的の著作に従事せり例へはアンシエツ、ベゼレル(報告の)、ベルチル、ピンヂング、ガイエル、ヘーベルリン、ヘルシテル、ハインツキ、ハー、マイエル(印刷の)、グスレル、メルケル、ゼーケル(第九回選法集の)等是なり。ジューンは既に一千八百六十九年北獨逸同盟に對する理由書附の草案を作りて實際家のために万丈の氣憤を吐きたり。

委員會は四十三回の會議を重ねて一千八百六十九年十一月三十一日を以て其調査を結了し同日印刷の草案(第二案)を聯邦參議院に交付したり(理由を附せず)。此草案は公表せられさりしも専門家たる各個人には送付したり、ハインツキ、フォルレル、ルト、フォン、グエテルの諸氏は草案の評論を書けり。

(三)委員會に於て確定したる草案は一千八百七十年二月四日乃至十一日の間に於て聯邦參議院の簡單なる審議を経て索遜及びメクレンブルグの反對ありたるにも拘はらず僅少の變更を加へられたるのみにて第三草案として採用せられたり。

一千八百七十年二月十四日此草案は帝國議會に提出せられたり、第一章案の四個の附録及び其理由書にしてフリードベルヒ并にフォン、シヴァルツェか一部の修正を

加へたるもの之に附加せられたり、レオンハルト及びフリードベルヒは此草案に關する政府委員を仰付られたり。

第一讀會は二月二十二日に於て開かれたり草案を二十二人の委員より成る委員會に附托すへしといふフォン、シヴァルツェの動議は否決せられ代議士アルブレヒトの動議に従ひ第一編(總則)并に第二編第一章乃至第七章(主として)を總會に於て議了し其餘の第二編第八章乃至第二十九章のみを委員附托となすへきことを決議せり。

第二讀會は二月二十八日に開かれ一千八百七十年四月八日に終れり。死刑の存廢に關しては大議論ありしも遂に一千八百七十年三月一日八十一票に對する百十八票の多數を以て其廢止を議決したることは茲に特筆せざるへからず。

第三讀會の開會は一千八百七十年五月二十一日と定められたり、司法大臣レオンハルトは同盟政府の委任により同盟政府は第二讀會に於てなされたる幾多の決議を取消すにあらざれば法律の成立に同意せざるへき旨を宣言せり。其第一の

論點は死刑の再興にあり、法律を以て既に死刑を廢止したる聯邦諸國にありては之を改むるに及はずとの規定を入るへしとのブラシクの提議は先づ議事の延期を惹起し、然る後遂に(五月二日)聯邦參議院をしてブラシクの提議は最も重要な點の一に於て法律の統一を害するを以て採用すへからずとの決議をなさしむるに至れり。

五月二十三日議事は再び始められたり、ブラシクは其提議を撤退せり、聯邦司法大臣の大演説の後百十九票に對する百二十七票の多數を以て死刑の再興(フォン、ルック)の提議は議決せられたり。法律其自身は聯邦參議院の希望による變更の後五月二十五日採用せられ同日聯邦參議院の同意を得且一千八百七十年五月三十一日施行法と共に聯邦首長の裁可を経て一千八百七十年六月八日發行の聯邦官報第十六號に於て北獨逸同盟刑法典として公布せられ其効力の始期は一千八百七十一年一月一日と定められたり(第一施行法)。

〔參〕 獨逸帝國建設の結果北獨逸同盟刑法典を變して獨逸帝國刑法典となすの必要起れり。

(一) 一千八百七十年十一月十五日獨逸同盟か主としてバーデン及びヘッセンと協定したる憲法の第八十條に依り一千八百七十年五月三十一日の刑法典は同時に發布せられたる施行法と共に一千八百七十二年一月一日以來バーデンに又一千八百七十一年一月一日以來ヘッセン(北獨逸同盟に加)に實施せらるゝこととなれり。

(二) 一千八百七十年十一月二十五日ヴュルテムベルグと締結したる條約に従ひ一千八百七十二一年一月一日以來此地に於ても刑法典を施行せり(第二條)。

(三) バイエرنに於ては一千八百七十年十一月二十三日の條約に従ひ北獨逸同盟の諸法律をバイエルンに施行の件に關する一千八百七十一年四月二十二日の法律を以て一千八百七十二一年一月一日以來之を實施せり。

其間獨逸帝國憲法に關する一千八百七十一年四月十六日の法律第二條は刑法典か帝國法律たるべきことを宣言せり。

北獨逸同盟刑法典を獨逸帝國刑法典に變更する件に關する一千八百七十一年五月十五日の法律は政治上の關係の變更に伴ふ必然の修正を刑法典の正文(施行法

す)に加へたり。

(四)エルサス、ロートリンゲンに於ては一千八百七十一年八月三十日の法律(七三)年七月一四日(の)を以て刑法典を輸入し一千八百七十一年十月一日以來之を實施せり。

此故に獨逸帝國刑法典の効力は

(イ)一千八百七十一年一月一日舊北獨逸同盟の領域及びマイン河南のヘッセンに於て、

(ロ)一千八百七十一年十月一日エルサス、ロートリンゲンに於て、

(ハ)一千八百七十二一年一月一日ザルテムベルグ、バーテン及びバイエルンに於て、

始まれり。

(五)帝國刑法典は一千八百九十一年四月一日を以てヘルゴランドに實施せられたり(一八九一年三月二日勅令)。

(四)帝國刑法典は既に一千八百七十一年十二月十日の法律に基き「カンツェル」條文

と稱する第三百三十條の附加によりて増大せり。一千八百七十四年十一月二十三日及び一千八百七十五年二月六日の法律は之に次て帝國刑法典第二百八十七條及び第三百三十七條を廢止せり、實施後未だ幾時ならざるに既に屢改正の必要を生じたる此法典に對して一千八百七十六年二月二十六日の法律が加へたる變更は長く繼續せざりしも従前のものに比して遂に深きものありき。

一千八百七十五年十一月二十五日提出せられ綿密なる審議を遂げ(一八七五年一月一日の第一讀會、一八七五年二月一日乃至一八七六年一月二九日の第三讀會)多くの點に於て根本的の變更を加へられたる後採用せられたる議案の最も重要な規定は次の諸點に關せり。(一)起草當時の脱漏は改正せられたり——(二)多くの場合(第一七六條、第一七七條、第一九六條、第一九七條)に於ては告訴の必要を廢し、他の場合(第二九三條)に於ては之を制限し又原則として告訴の取下を許さざる規則を設けたり(第四條)——(三)刑罰の最低度は第三百十三條、第三百十四條、第三百十七條を以て高められ答責の範圍は第四條第一號を以て廣められたり——(四)新に第四十九條の號(所謂「ア」)第三百三條の號、第二百二十三條の號、第二百九十六條の號、第三百五十三條の號(所謂「アル」)第三百六十六

條、第三百六十一條第九號、第三百三十條、號第二項設けられたり。——此變更を受けたる軀裁を以て全刑法典は一千八百七十六年二月二十六日の日附を以て再び帝國官報に依りて公布せられたり。

〔五〕 其後此法律は屢、變更を受けたり、即ち

- (一) 一千八百七十七年二月十日の破産法第三編を以て刑法典第二百八十一條乃至第二百八十三條に代へたり。
- (二) 一千八百八十年五月二十四日の所謂高利貸法に依る刑法典第三百二條、號乃至第三百二條、號の附加。
- (三) 一千八百八十八年四月五日の秘密裁判(審理を公開せざることを)に關する法律第四條に依る刑法典第八十四條第二項の附加。
- (四) 一千八百九十一年五月十三日の法律に依る刑法典第二百七十六條、第三百十七條、第三百十八條、第三百六十條、第四號、第三百六十四條、第三百六十七條、第五號の變更及び補充。
- (五) 一千八百九十三年三月二十六日の法律に依る刑法典第六十九條の變更。

- (六) 一千八百九十三年六月十九日の法律に依る刑法典中高利貸に關する規定(第三〇三條以下)の變更及び補充。
- (七) 一千八百九十三年七月三日の法律に依る刑法典第八十九條及び第九十條の變更。
- (八) 一千八百九十六年八月十八日の民法典施行法第三十四條は刑法典に幾多の變更を與へたり。

第十二章 刑法典以外の帝國刑法法律

我が帝國刑法を構成する刑法法規は帝國刑法典の規定に制限せらるゝことなく、其他幾多の帝國法律(刑事學者の見地より不當に附)は如何なる刑法の系統に依るも刑法以外に置かるゝことなき重要な刑法規定を包含す、此種の法律を年代の順序に配列すれば左の如し。

一千八百六十七年

(一) 同年十月十二日の鹽稅徵收に關する法律

帝國刑法典以外の帝國刑法法律

(三) 同年十月二十五日の商船舶の國籍に關する法律

一千八百六十八年

(三) 同年七月八日の「ブランデー」酒等の課税に關する法律

一千八百六十九年

(四) 同年五月十六日の電信切手の發行に關する法律

(五) 同年六月四日の法律によりて變更せられたる同年六月十日手形印紙税に關する法律

(六) 同年六月二十一日の營業條例之を改正するため幾多の法律を發し最後に一千八百九十七年七月二十六日の法律(一八八三年七月一日裁)

(七) 同年七月一日の關稅同盟法

(八) 同年七月一日の關稅の範圍外なるハムブルグ領の一部に付き關稅同盟の境界の保障に關する法律

一千八百七十年

(九) 同年六月十一日の著作、繪畫、作曲及び戯曲の版權に關する法律

一千八百七十一年

(一〇) 同年四月十六日の帝國憲法

(一一) 同年六月八日の割増金付無記名債券に關する法律

(一二) 同年十月二十八日の郵便に關する法律

(一三) 同年十二月二十一日の城塞の周圍に於ける土地所有權の制限に關する法律

一千八百七十二年

(一四) 同年五月三十一日の麥酒釀造税徵收の爲めに關する法律、但聯邦領域の一部に於て行はるゝのみ

(一五) 同年六月二十日の軍律

(一六) 同年十二月二十七日の海員條例

(一七) 同年十二月二十七日の救助を要する海員の救済に就ての獨逸商船の義務に關する法律

一千八百七十三年

(一八) 同年六月十三日の軍事上の給付に關する法律

(一九) 同年六月二十八日の商船舶の登録記號に關する法律

(二〇) 同年七月九日の貨幣法

一千八百七十四年

(二一) 同年四月八日の種痘法

(二二) 同年五月二日の帝國軍事法

(二三) 同年五月七日の出版法

帝國刑法典以外の帝國刑法法律

(二四) 同年五月十七日の漂着物處分法、一千八百九十五年七月二十日ヘルゴランドに之を施行せり

一千八百七十五年

(二五) 同年二月六日の戸籍及び結婚の公證に関する法律

(二六) 同年三月十四日の銀行法

一千八百七十六年

(二七) 同年一月九日の繪畫の創作權に関する法律

(二八) 同年一月十日の不法の複製に對する寫眞畫の保護に関する法律

(二九) 同年一月十一日の塑型並に標本の創作權に関する法律

(三〇) 同年二月二十五日の鐵道の家畜運輸に際し傳染質物の取除に関する法律

(三一) 同年八月十五日の船舶衝突の後船員抑留に関する法律

(三二) 同年十二月四日の海豹禁獵期に関する法律

一千八百七十七年

(三三) 同年二月十日の帝國破産法

一千八百七十八年

(三四) 同年五月二十一日の牛疫豫防のために發したる家畜輸入禁止に對する違反行為に関する法律

(三五) 同年七月三日の骨牌印紙に関する法律

一千八百七十九年

(三六) 同年五月十四日の飲食物並に日用品の販賣に関する法律

(三七) 同年七月十日の領事裁判に関する法律

(三八) 同年七月十六日の煙草課税に関する法律

(三九) 同年七月十九日の營業用「アラシ」酒免税に関する法律

一千八百八十年

(四〇) 同年三月二十五日の獨逸帝國領事館に對する船舶の届出に関する法律(關之に於て)

る同年七月二十八日の勅令

(四一) 同年五月二十四日の高利貸に関する法律

(四二) 同年六月二十三日の獸疫の豫防及び撲滅に関する法律(一八九四年五月一日變更)

一千八百八十一年

(四三) 同年五月二十二日の沿海運輸航海に関する法律

(四四) 同年七月二十日の樽類の容量表記に関する法律

一千八百八十二年

(四五) 同年六月二十三日の一千八百七十九年七月十五日の關稅率の變更に関する法律

法律

刑法典以外の帝國刑法法律

一千八百八十三年

(四六) 同年六月十五日の労働者の疾病保険に関する法律、一千八百九十二年四月十日改正

(四七) 同年六月十九日の帝國軍港に関する法律

(四八) 同年七月三日の葡萄酒の疾病の豫防及び撲滅に関する法律

一千八百八十四年

(四九) 同年三月十二日の公撰舉の投票券に関する法律

(五〇) 同年三月十五日批准の一千八百八十二年五月六日の領海外の北海に於ける漁業の警察上の取締に関する法律

(五一) 同年四月三十日の北海に於ける漁業の警察上の取締に関する一千八百八十二年五月六日の國際條約の實施法

(五二) 同年五月十三日の熨寸の製造及び納税に関する法律

(五三) 同年六月一日の慈善寄附金に関する法律(一八七六年)の變更に関する法律

(五四) 同年六月九日の爆發物の犯罪的使用及び公衆に危険を興ふべき使用に對する法律

(五五) 同年七月六日の災害保險法

(五六) 同年七月十六日の金銀製器物の成分に関する法律

一千八百八十五年

(五七) 同年五月二十六日の不法の模造に對し大藏省證券發行用紙の保護に関する法律

法律

(五八) 同年九月二十八日のエルサス、ロートリンゲン州知事に聯邦國主たる權限を委任することに關する法律、一千八百九十四年十一月五日改正

(五九) 同年四月二十九日の獨、白兩國の領土内に於て行はれたる森林、田野、漁撈及び狩獵に關する犯罪に就て獨、白兩國間に締結したる條約

一千八百八十六年

(六〇) 同年四月十七日の獨逸保護領の法律關係に関する法律、一千八百八十八年三月十五日(一八八八年三月一日)の變更(一八八八年三月一日)の新體裁にて行はる

一千八百八十七年

(六一) 同年六月二十四日の「アラシ」酒課税に関する法律

(六二) 同年六月二十五日の鉛製及び亜鉛製器具の販賣に関する法律

(六三) 同年七月五日の飲食及び日用品の製造に健康を害すべき色素を使用する件に関する法律

(六四) 同年十一月二十一日の海底電線保護に関する國際條約(一八八四年)の實施法

一千八百八十八年

(六五) 三月二十二日の鳥類保護に関する法律

刑法典以外の帝國刑法法律

- (六六) 同年三月二十九日の獨逸刑法典をエルサス、ロートリンゲンに施行する件に關する一千八百七十一年八月三十日の法律第二條の解釋に關する法律
- (六七) 同年四月五日の裁判所の審理を公開せざることに關する法律
- (六八) 同年六月二十日の船積に關する告示

一千八百八十九年

- (六九) 同年五月一日の購買并に産業組合に關する法律
- (七〇) 同年六月二十二日の廢兵及び養老保險に關する法律
- (七一) 同年八月十五日の西南亞弗利加の保護領に於ける鑛山業に關する勅令

一千八百九十一年

- (七二) 同年三月二十二日の帝國法律をヘルゴランドに施行する件に關する法律
- (七三) 同年四月七日の專賣特許法(一八七七年五月二十五日)の法律に代はるもの
- (七四) 同年五月十三日の刑法典規定の變更に關する法律
- (七五) 同年五月十九日の拳銃の閉鎖器の検査に關する法律
- (七六) 同年五月三十一日の砂糖の課税に關する法律
- (七七) 同年六月一日の營業條例變更に關する件
- (七八) 同年六月一日の標本保護に關する法律

一千八百九十二年

- (七九) 同年四月六日の獨逸帝國電信に關する法律

(八〇) 同年四月二十日の有限責任會社に關する法律

(八一) 同年四月二十日の葡萄酒を包含する飲料及び葡萄酒に類似の飲料の販賣に關する法律

(八二) 同年七月五日の獨逸國基線鐵道營業條例に關する告示、同年七月五日の獨逸國支線鐵道營業條例に關する告示

(八三) 同年十一月十五日の獨逸國鐵道交通條例に關する告示

一千八百九十三年

(八四) 三月三十日の刑法典第六十九條の變更に關する法律

(八五) 同年六月十九日の高利貸に關する規定補充に關する法律

(八六) 同年七月三日の軍機漏泄に對する法律

一千八百九十四年

(八七) 同年三月四日の公海上に於ける北海漁夫間の「ブランデー」酒取引の抑壓に關する一千八百八十七年十二月十六日及び一千八百九十三年二月十四日の國際條約の實施法

(八八) 同年三月十二日の救貧藉法の變更及び刑法典の補充に關する法律

(八九) 同年四月二十七日の帝國印紙法

(九〇) 同年五月十二日の商標保護に關する法律

(九一) 同年五月十六日の差額取引に關する法律

(九二) 同年五月二十八日の傳書鳩井に戰時に於ける傳書鳩井に依る交通の保護に關する法律

一千八百九十五年

(九三) 同年六月九日の奧太利、匈牙利兩國の間に締結したる税關條約の實施に關する法律

(九四) 同年六月十五日の内海航行の私法上の關係に關する法律

(九五) 同年六月十五日の筏木水送の私法上の學係に關する法律

(九六) 同年七月二十八日の奴隸掠奪及び奴隸賣買の處罰に關する法律

一千八百九十六年

(九七) 同年五月二十七日不當競争の鎮壓に關する法律

(九八) 同年六月二十二日の取引所法

(九九) 同年七月五日の外國の有價證券の保管に關する商人の義務に關する法律

(一〇〇) 同年七月二十六日の獨逸軍律を亞弗利加の保護領に施行する件に關する勅令

(一〇一) 同年八月九日の營業條例變更に關する法律

(一〇二) 同年八月十二日の一千八百八十九年五月一日の購買井に産業組合法の變更并に消費組合の製造物の營業に關する法律

一千八百九十七年

(一〇三) 同年五月九日の海上に於ける船舶衝突豫防に關する勅令

(一〇四) 同年五月十日の漁船井に水先案内汽船の點燈及び信號に關する勅令

(一〇五) 同年五月十日の商法典

(一〇六) 同年六月九日の海外渡航に關する法律

(一〇七) 同年六月十五日の牛酪、乾酪、脂肪等の販賣に關する法律

(一〇八) 同年七月二十六日の營業條例の變更に關する法律、(六)并に(一〇一)を参照す

へし

其他獨逸帝國の國際諸條約は(法律上の共助、犯人引渡、創作權の保護)多數の重要なる刑法上の諸規定を包含す。最後に千八百九十六年八月十八日の獨逸帝國民法典も間接に刑法の範圍に干渉したること多きことを注意すへし。

緒論之貳

刑事政策の梗概

第十三章 利益保護としての刑法

〔臺〕

凡そ法律は皆人のために存在し人の生活利益の保護を以て其目的とす、利益

利益保護としての刑法

保護は法律の本質にして目的思想は法律發生の原動力なり。

(一)法律に依りて保護せられたる利益を法益(Rechtsgut)といふ故に法益とは法律上保護せられたる利益なり法益は總て生活利益にして或は個人に屬する利益たり或は團體に屬する利益たり利益を生ずるものは法律秩序にあらずして生活なり然れども生活利益を變して法益たらしむるものは實に法律保護是なり。人身の自由、家宅不侵の權利、信書秘密の權利の如きも著作權又は專賣特許權と同しく、憲法に依りて國權の任意的干涉に對して保障せられ若くは刑法に依りて個人の侵害に對して確保せられさりし以前に於ては、純然たる生活利益たりしに過ぎず。此の生活利益に對する法律の保護は人生必要の然らしむる所に外ならず而して法益の種類と數とは利益其物の變遷に従ふて變更す〔註〕。

(註)法益は法律其もの即ち法律秩序の有する利益に非ず(之に反對するものペンダ)して人類の有し、法律に依りて承認せられ且保護せらるる利益なり。法益てふ概念は予の見解に依れば權利てふ概念よりも廣し。

然れども生活利益は個人相互の間に於ける生活關係並に個人と國家及び團體と

の間に於ける生活關係並に國家及び團體と個人との間に於ける生活關係より成る、生活の存する所には自ら自由の活動、不羈の發展形成を熱望するの勢ありて存す。されは意思範圍と意思範圍とか無數の點に於て互に相接觸交又し勢力範圍と勢力範圍とか無數の點に於て互に相侵犯するを生活關係の状態とす。甲か活動を爲すに當りて乙の作爲及び不作爲に對して重大なる利益を有するは此の如き生活關係の結果なり、借家人は借家に入込まんと欲し、債主は負債主より貸金の返済を受けんと欲す、余か自己の勞力に依りて得たるものは何人も之を余の手より奪ひ去り若くは之に對して損害を加ふへからず、余の名譽は何人も之を毀損すへからず、國家は租税及び兵役を要求し、人民は言語及び文書を以て自由に思想を發表せんことを要求す、若し夫れ勢の趨くところを放にせしめは舉國互に戰ひ萬民相闘くに至らんのみ。此の如き状態に陥らざらしむるためには平和の秩序を必要とす、勢力範圍の制限を必要とす、換言すれば甲の利益を保護し乙の利益を排斥するの必要あるなり。

(二)此職責に當るものは個人の上に立てる一般の意思にして、法律秩序を以て其

手段とす、即ち正當なる利益と不當なる利益とを區別するを以て其手段とす。

法律秩序は各人の勢力範圍に限界を劃し、如何なる程度まで意思は自由に活動し得べきか、特に又如何なる程度まで意思は他の權利主體の意思範圍内に要求的若くは拒絶的に侵入し得べきかを定め、自由を保障し、欲し得べき範圍を與へ放肆を禁す。又生活關係を法律關係となし、生活利益を法益となす、又權利義務を特定の條件に係らしむるによりて生活關係より法律關係を作る、即ち法規は特定の條件の下に特定の作為若くは不作為を命令及び禁止して法益を保護す。法律秩序が生活利益に與ふる所の法律保護は法規の保護なり、從て「法益」と「法規」とは法律の二個の基礎たる概念なり^{〔註〕}。

〔註二〕故に一般の法律の原理に關する予の起點はビンゲンクの所論と同じ、然れども其進路に至りては忽ちビンゲンクと相分る。氏は法規が保護の任務を有する所なる法益てふものに注意を加ふること無くして全然片面的且擅斷的に其刑法論の組織系統全體をして氏の所謂「ノルム」(Norm)てふ概念に懸らしむ、ビンゲンクが氏の根本的見解に基きて爲したる論結に付きて論するの機會は多かるべきを以て茲には只た氏の「ノルム」説(Normentheorie)の心髓を擧げん。其説に依れば犯罪人は刑罰法條(Strafgesetze)に違犯するものに

非ずして「ノルム」即ち刑罰法條か定むる犯罪事實か證據する所たる命令又は禁令に、違犯するものなり。「ノルム」は不文の法律中に屬する獨立なる諸法條を謂ふ、決して刑法の諸法條(文章を成した)に非ずして公の法律に屬する諸法條なり。「ノルム」は別段證據する所を有せざる純粹なる命令にして殊に刑罰制裁に憑據する命令には非ず^{〔第一卷第一頁〕}之に反して「刑罰法條」は總へて之に從ひ一定の犯罪に基き刑罰權又は刑罰を受くるの義務を生ずるか又は生ぜざるに至る法文なり^{〔第一卷第一頁〕}。「ノルム」とは總へて第一次(原)に義務を課する諸法則を謂ふ^{〔第一卷第一頁〕}、即ち聽從の義務なるものは「ノルム」の服從を求むるの權利、隸屬を求むるの權利に對して存立す之に反して刑罰法條は^{〔第一卷第一頁〕}命令に非ずして權利を付與する法文にて刑罰の權利を有する者と犯罪人との間の權利關係を確定し且之を規律するものなり。犯罪(Delikt)と刑法上の犯罪(Vergehen)との區別は「ノルム」と刑罰法條との區別に根據するものにして、犯罪は有責なる「ノルム」の違犯なり、刑法上の犯罪は刑罰を科せらるゝ事實なりと、此^{〔現行維持する能はざる〕}區別はビンゲンクの「ノルム」説中の茲には未だ關係を存せざる幾多の論結の根據する所なり。——「ノルム」説の根本的誤謬は犯罪を以て聽從の義務の違背なりとして之を純粹に形式的に解するに存す^{〔第一卷第一頁〕}而して右に付き刑法上の犯罪か法律に依り秩序を定められたる人類社會の生活諸條件に對するものなりとの方面を闕却したるに存す。——ビンゲンクの「ノルム」説を奉ずるものは就中ヘリシク、ピアリシク、フインゲル、ヤンカ、オッペンハイム、エートケル、フオン、ローランド、ロジーン、トーンを著しきものとす。

〔貳〕 然れども法律は單に平和の秩序なるのみならず同時に亦其本然の性質上戰爭の秩序なり、法律が其目的を達するためには之に抵抗する個人の意思を屈服するに足る力を必要とす。生活關係が能く平和の秩序を維持する所以のものは國權なるものありて其背後に立てはなり、國權は法規に對する服従を強ひ事實と法果との論理的關係を實現せしむるに足るの力あり必要なる場合に於ては現實に之を統制するの力あり、是に於てか法律の觀念に一新要素を加ふ強[○]制[○]是なり。強制なるものは三個の主なる形式を以て現はる(一)履行の強制(強制執行制)(二)毀損せられたる秩序の原狀回復若くは金錢を以てする損害賠償(三)不柔順者の所罰是なり。此の最適切なれども間接なる法律秩序の保障換言すれば國家の法規の違反者の所罰なるものか如何なる場合に於て生ずるか、は暫く後章の説明に譲り茲には唯法律の序次系統に於ける刑罰の位地並に之と共に刑法の固有の意義を確定せんと欲す。

〔參〕 若し夫れ法律一般の職務にして人の生活利益の保護にありとせば、刑法の固有の職務は犯罪者に課する苦痛たる刑罰を豫定し及び之か執行に依りて、特に保護の價値あり且特に保護の必要ある利益に對して、他の法律よりも一層強力なる保護を與ふるの點に存す。

刑罰の豫定は警告的威赫的に法律秩序の命令及び禁止に附加せらるゝものにして、法律に通せる人民には國家が其命令に對して如何に重を置くかを最剴切なる形式に依りて悟らしめ、又之を悟る智識無き輩には其違法行為の結果たる苦痛の如何に恐るべきものなるかを其目前に標示し之に因て自ら其犯罪的性癖を制取するに至らしむ(總防的)。

然れども刑罰が其固有の力を表はすは刑罰の執行により換言すれば刑罰の強制によりて法律秩序の精神を保障するの點にあり。此場合に於ては國家は國民の生命、自由、名譽、財産に對し最重き事實上の侵害を加へて毫も顧慮する所無く犯人を數日、數週、數月間は愚か必要あるときは數年又は數十年間監禁することも敢て憚らざる所なり、刑罰執行の効果は種々にして且重要なり。

刑罰執行の効果は

(一) 社會全體に對して生ず 即ち一方に於ては法律執行の威赫力によりて犯罪

的傾向を制取し又他方に於ては法律秩序を保障することに依りて人民の法律思想を強固安妥ならしむ(總防的)。

(二)又被害者に對して生ず 即ち右陳へたる所の外尙ほ自己の蒙りたる不法の侵害か決して看過せられさりしてふことの満足を與ふ。

(三)特に犯人其者に對して生ず(特防的) 而して刑罰の執行か犯人に及ぼす効果の多少は刑罰の苦痛の内容と範圍とに従て差あり。

(イ)刑罰の職責は犯人をして再び社會の有用なる一員たらしむるを目的とすることを得(人為的)。此場合に於て犯人を威嚇して犯罪心を制取せしむるの點に重を置くか犯人の性格を改良するの點に重を置くかに従ひて刑罰の効果を威嚇と改善との二に分つことを得。

(ロ)刑罰の職責は社會の廢物たる犯人より更に犯罪を犯すの能力を永久的若くは一時的に奪去ること換言すれば之を社會以外に驅逐するを目的とすることを得(淘汰的)。此作用を名けて犯人を犯行不能の狀況に置くといふ。

特定の場合に於て以上の刑罰の効果中何れを以て刑罰の目的とするかに従て刑

罰執行の方法も亦相異なるに至る、殊に刑罰の内容及び範圍は犯人に對して及ぼさんと欲する効果に依りて定まる(特防的)。刑事政策に必要とする所は刑罰の執行を目的に對する手段として成るべく完全に利用し且之を各個の場合の需用に適應せしむることにあり、然れども全く犯人其者に對する考を離れて刑罰の豫定並に其執行か社會全體の上に及ぼす効果(總防的)も亦刑事立法上看過すへからざる事項に屬す。

〔四〕されは刑罰の正當なる所以(法律的)は實に法律秩序を維持し従て國家を維持するに必要且便宜なることに存す、故に刑罰は必要且便宜なる場合に限り且其限度内に限り正當なり。

刑罰に關する此見解は因果の法則に支配せられざる意思の自由を認むること、全く相一致す、然れども斯く認むることの當否とは全然關係無く別個の問題に屬す。上述の見解は被刑者に於て自己に課せられたる苦痛を感ずる程度か總ての他人か之を感ずると同一にして、被刑者の刑罰の豫定及び其執行に依りて抱くべき諸觀念も亦總ての他人と同一なるを得べきことを前提とせるものに外ならず。

結果に對して事實上負はざるべき答責即ち刑法上の責任の條件は専ら精神の成熟し且精神の健全なる各人の固有する所なる、一般にいへば觀念に依りて作られ特別にいへば吾人の行爲の全軀を規律する宗教、風習、法律、學問の普通の諸觀念より作らるゝ決意力は是なり。

〔五〕刑法は他の法律に比して著しき特色あるにも拘らず如何なる形式に於ても法律即ち利益保護たるを失はず、刑法の保護する所の利益は又た他の諸法律の範圍にも屬することを得るか故に刑法か他の法律と區別せらるゝ所以のものは保護せらるゝ利益の種類にあらずして利益に對して與へらるゝ保護の種類是なり。財産權、親族權、生命及び領土、國長の地位并に人民の政權、國家行政の利益及び株式會社の利益、女子の貞操及び交通の安全等一切の利益は例外無く刑罰か付與する強力なる保護を享有するを得るなり。此の如くなるか故に刑法は總ての法律に對して補充的及び確保的地位を占むるものと云ふし〔刑法の補充的性質〕。

第十四章 犯罪現象の原因及び種類

〔壹〕刑罰を犯罪鎮壓の武器として最も有効に利用せんと欲せば外部に現はれたる事實上の現象と此事實の根底に潜める内部の原因との兩面より犯罪の學術的研究を爲すにあらざれば能はず。此の〔自然科的〕犯罪の學問を表すために羅馬并に英國の學術に於て既に慣用し來れる犯罪學なる名稱を利用することを妨げず。學者或は犯罪の學問たる犯罪學を更に犯罪生物學〔若くは犯罪人類學〕及び犯罪社會學に細別することを得へし。前者は犯罪を個人の生活に於ける出來事として觀察し犯罪的性質を個人的形體及び個人的條件の方面より研究せんとするものにして更に分れて犯罪人體學〔解剖學及生理學〕及び犯罪心理學の二となるべく、之に反して犯罪社會學は犯罪を社會的生活の出來事として觀察し其社會的形體并に社會的條件の方面より研究することを得へし。

然れとも此區別は二個の條件の下にのみ許すべきものとす。(一)研究の目的物は一にして二ならず唯其方法一は各個に付て系統的觀察をなすと他は一團として系統的觀察(統計)を爲すとの別あるに過ぎざることを明にせざるへからず何となれば社會の病理的現象としての犯罪は個々の犯罪の集合にして各個の犯罪は此

社會的現象の一部に外ならざればなり。(二)此二種の方法を結合し一方より得たる結果を他方より得たる結果と對照して審査し并に補充するにあらざれば犯罪の真相を理會する能はざることを忘るへからず。

〔貳〕吾人は研究の結果何れの犯罪も皆二類の條件の協力に依りて成立するものなることを知る、所謂二類の條件とは一方に於ては犯人の個人的特性、他方に於ては犯人を圍繞せる外部的、社會的、特に經濟的の關係是なり。

此二類の條件相互の關係如何によりて犯罪の現象及び性質を異にす、之を判然に大別することを得。

(一)外來の動機か優勢なる場合、即ち從來端正なる犯人か一時感情的の激動若くは急迫なる必要狀態の影響のために餘儀なくせられて其從來の特性に存せざる犯罪を行ひ生涯の履歷に一個拭ふへからざる汚點を留めて噬臍の悔ある場合(一) 不正確なから之を「偶發犯」若くは「時犯」といふ。唯「時犯」現象。

(二)外來の動機の微力なる場合に於ては犯罪は犯人の繼續的特性即ち深く根底を有する性質より發生して以て其犯人の固有の特質を曝露す。暴露、慘忍、濫

瀆、輕卒、懶惰、淫蕩等は無數の階段を経て遂に疑ひをき精神病的狀態に至らしむ、是等の場合を慣習犯の名目の下に總括せんは不可能の事に屬し寧ろ體質犯(一) 若くは「性癖犯」とするの正しきに若かず。體質犯の中特に頻繁にして從て「癖」の犯罪現象。に危険なる種類を常業犯(一) 職業とす此犯罪は財産罪の範圍外にも少からず、特質犯人中改善の望あるものと然らざるものとあり。

〔參〕以上述べたる所に依り犯罪の純然たる生物學の見解即ち犯罪の原因を絶體的に犯人の肉體的及び精神的の特質に歸する見解の誤謬なることは既に明なり。而して其必然の結果として、又他の種々の理由よりも明にし得へき所なるか、所謂犯人相貌なるものを人類學的に一定するは全然不可能の事に屬す、唯外來の動機を全然缺如せる體質犯に就てのみ論ずるときは或は犯人相貌といふか如き、常人に異なる一種の相貌の存在も全く想像の余地無きにあらざるへし。然れども從來の嚴密なる學術的研究の結果に依れば體質犯人中特に遺傳により許多の異相(一) 常人と異なる相貌を具ふる者あることは素より之を認むと雖も而も體質犯人か皆一定の相貌を有することは未だ證明せられざるなり、此點に關してはロムプロニー及び

其祖述者の説も余と一致せり。

〔四〕然れども犯人に對する社會的條件の影響を正常に理會せんと欲せば須く先づ犯行の當時に於ける犯人の性質は生來の性質か生後犯人を圍繞し來れる外部の諸關係の力に依りて發育し且定まりたるものなることを考量せざるべからず。既に此事を了解せば成人の胸底に潜伏せる犯罪的傾向に對しても亦不完全なから一種の感化(風教的、肉林的、精神的の教育的に及び特に又)を與へ得べき餘地あるを悟らん、而かも之に止まらず彼の詩歌并に學術によりて界限無く誇張せられたる遺傳の説即ち父の罪か子に酬ふるの説は恰も吾人をして前途の好望を推斷せしむるに足るものあり。若し夫れ周圍の社會的諸關係の爲めに生活力及び生殖力の消耗せる親か精神病的弱點と生存競争場裡に於ける微弱なる抵抗力とを其子に遺傳するものなりとせば吾人か計畫せる總ての社會政策的事業は生れ來るべき子孫の改良に強大なる効顯あるべしといふ學術上根據ある確信を懷くことを得べし。即ち社會政策は自殺、天死、其他總へての社會病的の諸現象の如き累代の人類に影響する現在并に過去に於ける社會的諸事情の中に最深き根柢を有する犯罪を鎮壓す

るの手段としては死罰并に之に類似する各處分よりも效驗の偉大にして確實なること到底其比に非ず。

第十五章 刑事政策の要求

〔壹〕社會政策か犯罪の社會的條件の除却若くは制限を目的とするに反して刑事政策は個々の犯人に就て犯罪的條件の除却若くは制限を講究するものなり。刑事政策一般の要求は刑罰は目的にあらずして目的を達する手段なりとの見地より打算して各犯人の特質に應じて苦痛を課し(生命、身體、自由、名譽、財産等の法益)以て將來再び犯罪を行ふことを防遏するにあり。此要求は一方に於ては現行法を批評して其眞價を判定するに當りて確實なる標準となり他の一方に於ては將來の立法の指南車たり。

〔貳〕現行法の批評的研究を爲す者か重に之に對して否定的態度を取りしことは敢て怪むに足らず、現今我が刑法適用界を風靡せる短期自由刑に對する反對は正に改革運動開始の特徴として見るべきものとす。現行の如き短期自由刑の適用

の方法は到底犯人を改善し若くは威嚇し若くは犯行不能の状況に置くに足らざるは勿論却て初犯者に犯罪の道を教ふるに終るを常とす是に於てか立法者たる者は成るべく他の適當なる方法(拘禁^{せざる懲役名譽杖刑})を以て短期自由刑に代へ若くは従來の短期自由刑を重くして其威嚇力を強からしむるの必要を生ず。然れども漸次幾多の積極的提議か稍見るべき形跡を具へて表はるゝに至れり茲には唯其必要なるものに付てのみ略説せんと欲す。

(一)我か現行法は刑罰の武器を用ゆること多きに過ぐるの弊あり「裁判官は瑣事を掌らすといふ古き格言は訴訟法上の條文(法定起訴^主)とするか若くは實法上の規則(無罪^主)として再び採用するの價値なきかは考量すべき點なり(本書第六^照)。償金^{ア、セ}てふ制度を擴張して私法の範圍(民法第八四七條、本書第六^照)に及ぼすことは許多の刑事訴訟の煩を省き仲裁者の前に於てする和解手續は幾多の裁判を省畧することを得へし。

(二)偶發犯人に對しては裁判官か必要と認むる場合には取消し得るの條件を以てしたる刑罰の執行を停止することを得るの制度を設けざる可らず其監督を附したると否とを問はず之を稱して條件附裁判(刑の^{執行})といふ。此制度は甚能く獨逸古代の法律思想に適合し且現行の英米法に於ては既に久しく行はれ來れるのみならず白耳義、佛蘭西、ノイエンブルグ、デンフ、葡萄牙、那威に於ても亦採用せられ他の諸國に於ても早晚實行せられんとす。此制度は獨逸聯合各邦に於ては條件附の恩赦として一千八百九十五年及び一千八百九十六年勅令を以て發布せられたり。

(三)年少犯人の場合に於ては出來得る間は教育の方策を以て自由刑に代へざるへからず、從て次の必要を生ず即ち刑罰の責に任せしむべき年齢を滿十四年に上進すること、辨別力なるもの(第三十八^章、^一)を廢止すること、帝國法律を以て國家の監督する教育を規定すること及び以上の事項を風教上の監督者無き兒童に對して適用することは是なり。

(四)法律の制定に於ても又其適用に於ても共に従來に比して大に所爲の動機猶正確にいへば犯人の特質を參酌するに至れり一時的犯人に對しては國家の命令若くは禁止に反くときは如何なる苦痛を受けざるへからざるかを充分了解せし

むれは足れり^(威)謀殺に對して場合を區別せず絶体的に死刑を豫定するは全然誤れり。短期自由刑を重くすることは打勝ち難き實際の困難あり之に反して罰金刑の適用を擴張することは其課する所の罰金か受刑者の財産關係に適應し且成るべく自由刑に換刑することを許さるる場合に限り効果を奏することを得へし。

(五)犯人の所爲よりして根柢の鞏固なる犯罪的性癖を知るべきときは^(法律)法律秩序を確保するため犯人を犯行不能の状況に置くの必要あり此目的を達するの手段は精神の健全なる犯人に對しては刑罰にして精神病の犯人に對しては瘋癲病院に收容することにあり。唯特別の困難を感ずるは幾多の中間の狀態に位置する者の處置なり。かゝる場合は常に之を「引責能力の減少」と稱して其刑を輕減するを妨げず。要するに其主眼とする所は到底改善の見込無しとして社會より見放されたる犯人を或る特別なる設備の中に收容して法律秩序の爲に犯行不能の状況に置くことにあり。而して根柢あり固着せる犯罪的性癖なるものは必しも累犯として現はるゝを待つまでもなく初めて裁判を受くべき犯罪中に紛れもなき特徴を顯はすことあり得へし。

(註) 故に「犯罪を反覆する累犯人」を犯行不能の状況に置くへしと主張し又は「改善感化すへからざる慣習的犯人」を犯行不能の状況に置くへしと主張するは狹隘に失す。——累犯を確定するの用を成するものには犯人名録あり犯人の身體を精密に測定して犯人個々の異同を識別し置くこと肝要なり。——犯行不能の状況に置くの手段には死刑^(其絕對多數の不利益もあれども)并に無期自由刑の外殊に流刑なるものあり。——流刑と異なるものを出獄したる犯人并に改善したる犯人が任意に海外に渡航するを補助することと爲す。——刑の執行後の保全手段としては警察監視ありと雖も此制度たるや犯人を保護するの規定ありて之に聯絡する場合に限り有益の効果を發展することを得べきものとす。——ボチーの慣習的犯罪論^(千八百九十六年)は刑の減輕を主張す但刑の執行後不定の期間之を内國の殖民地に置き依て犯行不能の状況に在らしむへしと主張す。

(六)犯人の所爲よりして其犯罪的性癖か未だ固着せされとも猶發育すへき恐あることを知るべきときは^(疑似)長期且嚴酷なる刑罰を以て之れか改良を計らざるへからず特に少年の常業的犯人の場合に於ては此の如き刑罰か効果を奏する望なきにあらず。

(七)刑罰の適用を刑罰の執行と有機的に固結せしむることは此目的を達するためには措くへからざる要件たりと雖も此思想の實行に付ては諸説紛々たり而し

て裁判官が判決を爲すに當りては刑期を確定せずして後日犯人の性格を精細に確定したる上にて最長期と最短期との間に於て刑罰の最終の決定を爲すへしとの要求(所謂不定期)は熱心なる賛同者あると同時に又激烈なる反對者あり。此制度は既に北米合衆國(其他の諸洲)に於て實行して効果を奏せしものなるか此制度の參同者の中に於ても最終の決定は後日更に刑事裁判官の判決を以て之を爲さしむへし(ワラン、ハー)と云ふものと特別の官廳(刑罰執行局)に一任すへしと云ふものとの二派あり。如何なる場合に於て不定期刑の判決を適用すべきかに付ても亦未だ定説なし、然れとも今日に於ては一般の刑罰執行か然るか如く殊に自由刑の執行なるものは法律及び判決に依りて表示せらるゝ一定の刑事政策的の目的を達するため之を行はさるへからず從て監獄に關する事項を全く刑事立法より分離すべしと云ふか如きは恐るへき誤謬なることは最早何人も疑はさる所なり。

(八)最後に犯罪鎮壓の目的に最能く適應するの要件は總て刑法適用に與かれる者をして特に犯人社會に於ける凡百の事情に精通する様職務上の智識を具備せしむるにあり。

〔參〕 目的刑を理論通り遂行することに對しては刑罰に關する目的思想其自身より直接に生ずる多くの重要な制限あり。

(一)個人の自由は一般の利益の犠牲として無保護に放置すへからず。此保護の範圍は素より國家并に法律の職責に關する見解を異にするに從ひ各時代に於て一ならずるへしと雖も而も法治國にありては刑罰の苦痛を蒙らしむるへき場合は犯人が法律上精密に規定せらるゝ一定の所爲を以て社會に對する敵心を證明したる場合に於てのみ正當なるものと云ふへし。

(二)立法を爲すに當りては國民の間に存在せる法律思想即ちメルケルの所謂「口碑的權衡」を有力且貴重なる一要素として數へ突然之を打破するか如きは慎まざるへからず。然れとも立法を爲すに方りては又た注意して國民の法律思想なるものを指導し得へく又た漸次之を開發し得へきのみならず立法の職司は斯の如くなすへきものたるを忘るへからず。

(三)刑罰の犯人に及ぼす影響を論ずるに當りては刑罰の社會的の反射作用即ち社會全體に對する影響(第十三章)を輕々に看過すへからず。改善主義を過度に應

用するときは一一般人民の法律的確信從て國家の生活力にとりて恐るべき害あることは恰も彼の杓子條規を以て偶發犯人を酷遇し若くは慘酷を以て改善不能の犯人に對する場合と撰ふ所なし。目的思想は自ら制限し自ら保護す、目的に超過する手段は決して便宜なる手段たる能はず。

(四)然れども犯罪の最底の根柢は社會的關係中に在ることを理會せは亦以て目的思想の過度の應用を防制するに足らん。犯罪は社會の共同責任なり(エッチェン)といふ確信は國家刑罰權の發動を拘制するに足らん。犯罪を未發に防くことは個人にとりても將た社會にとりても既に行はれたる所爲を罰するよりも遙に重要にして價值大なり。

第十六章 刑法理論の争

刑法理論とは刑罰の法律的根據及び刑罰の目的は何ぞやといふ問題に對する答案を意味す。余の刑法理論は既に第十三章に於て關聯して之を述べたり、故に此章に於ては過去一世紀間の異說紛々たる刑法理論に就て説明せんと欲す。

〔壹〕希臘哲學の時代より革新文學時代に至るまで大多數の學者は刑罰の法律的根據に關して深き研究を試むること無くして社會を威嚇すること犯人を改善すること及び犯行不能の狀況に置くことを以て刑罰の目的としたり。第十九世の劈頭以來刑法理論の争は二派に分れ一方に於ては唯一の目的を全刑法系統の絶体的基礎として一切他の目的を排斥せんと勤む、此派の代表者をアンゼルス、フオン、フイエルベッハとす。又他の一方に於ては國家が刑罰を加ふるの權利の當否を批評的に審査し且哲學的に之を確定せんとす、此研究の草創者をカント及びヘーゲルとす是に於てか相對主義と絶体主義とは參差として相分立するに至れり。現今新に議論の燒點となれるものは刑法全体系的最高點原則としての賠償正義の當否なりとす。

〔貳〕刑法理論の争に於ては先づ以て法律家にとりては法律的秩序を維持する必要といふ以外に國家刑罰の法律的根據なるものあらず又あり得へからざること確定せざるへからず(第十三章)余の代表する所の意見は此意味に於ても亦絶体主義若くは必要主義なり。

必要主義の外更に正當なる理由を辯明することは苟も國家の生存の當否を單に無政府主義を以て攻撃する間は冗事に屬す、然れども辯明は又た學術の範圍を超脱すると同時に誤謬に陥りたるものと云ふべし。又刑罰を別個の國家觀念に伴ふ別個の法律觀念に歸納若くは之を歴史的若くは心理的に説明して満足する間は無益に屬す。

〔參〕 唯一の刑罰の目的を片面的且絶体的に遂行するときは罰すべき犯人の變化に應ずること能はず、是れ實に舊時の相對主義の大缺點なり〔註〕。本書は威嚇改善犯行不能の狀況に於ける三個の刑罰の目的を併せたる一の合成的相對主義を代表す。本書は刑罰の社會全體に對する影響を度外に置くことなしと、雖も犯人の身上に及ぼす刑罰の影響即ち特件的豫防に重を置くものなり。

〔註〕 此主義を二大彙類と爲すことを得べし。第一類 總般的豫防説——(其一)刑罰なる制裁を規定することに依り各人を威嚇するもの、之に屬するものを殊に心理的強制の既とす即ち刑罰の苦痛を示すことに依て犯人を抑制すること是なり。此説たるや既にアリストーテレスの示したる所にしてホッパス、ブッフエンドルフ等か完全に發展せしめたる見解にして數十年學界并に立法を支配したるものに係り其最有力なる代表者をアー、フアイ

エルバハとす。氏の説に依れば心理上の強制なるものは物理上の強制と共に法律の違背を不能と爲すべきものなりと云ふなり。其書第十三章に依れば「總ての違犯は人類が犯罪を爲すことに付き存する又は犯罪を爲すより生ずる愉快あるに依り其欲望の能力が犯罪を爲すまでに驅らるゝに至る程度に於て其心理上の成立原因を人の直覺性中に有するものなり。而して此直覺の刺激は各人をして其行爲には必ず苦痛を結果として伴ひ且此苦痛は行爲を爲さんとの刺激を満足せしめざるに因りて生ずる不愉快よりも更に大なることを知らしむるに依り之を破ることを得べしとあり。然れども此確信が一般に且鞏固に存立し得んかためには一方には刑罰制裁を必要とし他の一方には〔處せられた〕刑を執行することを必要とす。第十四章に依れば「執行するの力と立法するの力とが威嚇の目的の爲めに一致して働くことにより心理上の強制を生ず」とあり。——伊太利の刑法家ロマグノシ——(五年死)は全體に於てフアイエルバハの見解に従ひしがショッペンハウエル(一八六〇年死)の意思及び觀念としての世界「第一卷第四百十八頁はフアイエルバハの見解と心理学を基礎として繰返せり、フアイエルバハの説の一種たるものをパウエルの警告説とす、其説に依れば刑罰制裁は管に人類の直覺の性質に對するものに非ずして又た人類の倫理的の性質に對するものなりと云ふ。——(其二)刑の執行に依て各人を威嚇するもの。——第一類 特件的豫防説——(其一)刑の執行に依て犯人を威嚇するもの。現今に於ては再び此説を採るもの尠からず例へばカウクレル、ミッテルスタット、ペロルツハイメルの如し。——(其二)改善感化説即ち刑の執行に依り犯人を改善感化せしめんとするものにして監

獄制度の發達に關し殊に重要な點にて且其片面的なるの點に於て喜ふへからざる説なり。此派の學者中第一位に置くべきものはレーデル(九一八年死)なり、此説は刑の執行に依り犯人を改善感化して以て將來の犯罪を防かんとするものにして刑罰の程度は改善感化を達したることに依て定まる。——(其三)ロンプロン並に其派の學者の採る説は病人と看做すべき犯人を犯行不能の状況に置かんとするものなり。——(其四)後見説はフォン、マッソウ、ヴァルガ、エーゲル等の採る所にして輕微の犯罪に付ては刑罰の獨立なる一種類として成年者に後見を付することを爲すべしと主張す。

〔四〕此處に確定したる意義に於ける目的刑に對立するものを賠償刑となす、此對立を正當に理會することは甚困難なり何となれば賠償刑の殆ど總ての代表者は此名稱に異なる意義を附すればなり。賠償刑論者によりて代表せられたる見解は一般に次の如く總括することを得べし。

犯人は罪を犯したるか故に罰せらるゝなり(刑罰は其罪に對し其人に對せしむるに對し其責任の根本は自由意思にあり其責任は倫理的權衡に従へは刑罰之れか均重たり故に刑罰の職司は法律秩序及び其基礎たる風教上の觀念を保障すること即ち總般的豫防にあり。犯人に對する影響即ち特件的豫防は刑罰の職司にあらずして少くとも第二

位の職司たるに過ぎず。

今左に此説を駁せん

(一)不定業派の所謂自由意思の説即ち人は自己に對する外來の刺激に對し行爲の動機たる力を與ふると之を拒むとは全く隨意にして決して効果の法則のため左右せらるゝ所なしとのことは吾人の思想の法則に反せり故に此説は到底刑法の動かすべからざる基礎と爲すに足らず。然れともかゝる基礎も亦全く不必要なり、唯人間定業(動機に依りて左)の一事能く刑罰をして其効果を全ふせしむるに足る。

(註)上陳第十三章の〔四〕を参照すべし——此主張が正當なりとの最良の證據は賠償刑の著名なる學者か意思の自由の否定者なりとのことは是なり、殊にメルケル、ミッテルスダット、リプマンの如し。故に意思の自由をふことに關する論事は刑法上には利益無きものなりとのこと漸次認めらるゝに至る例へばフォン、シリエンタール、レップレル、マカレウツグス、エートケル、エル、シュミット、チルネルの如し。——カント、シェリング、ショッペンハウエルは超絶的不定業を説き奉りて(譯者云、氏等の説に依れば人の性質には自然に持て生れたるものと生後經驗に因て得たるものとありて前者は何物の支配をも受けず、此點に付き意思の

自由あり後者は外部の事情に依て支配を受け此點に於て意思の自由無しとの説なり其結果自由てふことと吾人の「存在」てふことを同一視し且刑事のみに利害關係ある經驗界には例外的に因果の法則行はる(譯者云、即ち意思の自由——不定業——無きに當る)と説きたるに反して獨逸の刑法學界に於てはヘーゲルの哲學の勝を獲ると共に(譯者云、ヘーゲルは不定業説なるも超絶的不定業即ち自然に持て生れたる不羈の性質なるものあることを認めず)又た無條件なる「現世的」の不定業の説行はるゝに至れり。此説を奉ずるものはベルテル、ヘルシユテル、ホーゲル、フォン、ホルツェンドルフ、コーレル、ケストリン、レーニンカ等の外殊にビンゲンク、ビルクマイエル、フォン、プリー、フリーテル、イェーリングク、クレーンベック、ランマッシ、マイエル、オルトロフ、ブ、ンニエゲル、リューメリン、チャアルマン等あり。——オーガスタン、トーマス、アブ、アグイノ、カルヴァン、ルッテル並に其他の神學者は定業てふことを説きたり。ホップス、スピノザ、ライプニッツ、ボーム等の哲學者も亦然り、殊にウルフも亦此説を採れり。ホンメル、フイエレル(氏はカントの超絶的定業説に倣へり)、ロマクノシ、クライン、フォン、クラインシヨロド、チホー、ガイア亦然り。定業説を奉ずる多數の近時の學者中にはメルケル、リープマン、ミッテルステットの外アリメナ、フォン、ブロー、ブエンゲル、フィンゲル、ハヴァプト、ヘルツ、レホロウガッツ、ヤンカ、エリチック、グレイベリン、モリアウド、グリッペル、トレーゲル、スタンムレル、チーレン、ヴァルガ、チルテル、伊太利人フェリ、ロンブローニ並に其派の學者、露西亞人フイニツキイあり。所謂心理的の意思の自由てふ説(譯者云、人の活動は外界の支配を受くるものなるも而かも此事を意識せざるが故に其意思は心理的に自由なりとの説なり)を採るものも定

業派中に計へざるを得ず、之に屬する者をヘルバルト、ヴントとす、ガイエル並にメルケルはヘルバルトに倣ひ、ホルン、ファンカケル、フラングはヴントに倣へり。然れども此見解を奉ずる者は一方に於ては「我」即ち自己の意思を決定する特性なるものか因果的に成立したるものなることを看過し、他の一方に於ては從來如何に「純粹なる」定業説を採る學者も未だ特性か所爲の成立するに至るに付き影響を及ぼすことを否定したること無きを看過したるものと云ふべし。

(二)其罪に對して其人に對せずなる對句は目的刑も亦犯罪の意思其ものに對せずして此意思の發動たる犯行に對するものなることを理會すると同時に消滅すへきなり。

(三)刑罰を定むるに當りては決して倫理的權衡を參酌せざるべからざることは特件的豫防の論者に於ても亦首肯する所なり。然れども大なる國家に於ては此權衡を統一貫徹せしむることは殆ど望むべからざるのみならず猶此權衡の發達を計ることも亦正に立法者の職務なることを主張せざるべからず。

(四)刑法の歴史を精密に研究するときは刑法の進歩は悉く皆特件的豫防主義の理會及び實行に基けることを知る。然れども此發達は未だ其頂點に至らざるこ

と遠し故に苟も歴史の指示する方向に歩を進むるものならば如何なる改革も一として正當ならざるはなし。

(五) 刑罰は總般的豫防としての賠償正義の外少くとも或範圍内に於て一個若くは數個の特件的豫防の目的を進行することを得加之特件的豫防の進行と共に總般的豫防の目的も亦正に最確實に達せらるゝことは之れを否むべからず、唯此第二の場合於てのみ賠償主義と目的思想との兩者間に相輕重する所あるを見るべし。

(五) 兩者間に相輕重する所あるを見るは余の見解に依れば次の如く行はるゝなるべし。

賠償正義派の論者は各人は其行爲に應じて苦痛を受くべし、刑罰の限度は之を受くべき者に存する責任の輕重と相應すべきことを要すとのとを主張す故に畢竟犯罪の輕重を定むべき標準を理會することに關するものなり。

賠償正義派の論者は此標準を特定の場合に於て裁判官の前に現はれたる各個の所爲に求めんとす、而して又此所爲の輕重を定むるには主として犯罪によりて侵

害せられたる法益か法律秩序に於て有する價值を以て標準とす例へば殺人は身
體傷害よりも重く、強盜は窃盜よりも重しとするか如く總て結果に依りて所爲の
價值を定めんとするなり。

之に反して目的思想の論者は犯人の所爲に依りて立證せられたる犯罪心の非社
會的性質を有すること即ち其社會的無價値の點に其標準を置くものにして犯人
の判決を爲すには現在告訴の目的たる個々の所爲に拘泥せず之を超越して犯
人の過去を探究し以て將來に對する論結を爲す。要するに目的主義の問題とす
る所は犯罪心其ものにあらすして特定の犯罪に依りて證明せられたる犯罪心是
なり。

此二個の見解の反對は一見して想像せらるゝか如くは甚しらす。

第一に述べざるべからざるは賠償正義論者すらも既に二個の重大なる問題に關
しては其持論を棄てたるの點にあり即ち累犯加重の法文を設けたる國に於ては
刑罰を評定するに當り常に當該の所爲のみならず猶又其由て來りし沿革に重を
置き又常に外形の結果のみならず猶又主として犯人の犯罪心に重を置けり。次

に年少犯人に對し普國司法省の訓令に従ひ同一の場合に成年者に課するよりも長期の自由刑を課する場合に於ては賠償正義の普通の意義を以てしては到底此刑期伸張の理由を説明すること能はず。

然れども此他總ての場合に於ては(尤も年少犯人及び累犯人の場合を除く)所爲によりて證明されたる犯罪心に從て刑罰を評定することは精密に觀察すれば決して賠償主義を排斥するものにあらずして却て此主義を一層深く把持するものなることを見るへし。

賠償は犯人の責任に應じて爲さるへからず何となれば犯罪の社會的無價値てふことは責任に基きて生ずものなればなり。然れども責任の輕重は決して否少くとも主として所爲の外形の結果に依りて定めらるゝものにあらずして其所爲に依りて證明せられたる法律秩序に對する個人意思の抵抗の程度に從て定めらるゝものなり、此元則は賠償正義論者も當然排斥することを得ざるへし。

然れども法律上責任ありと認むることの内部に於て一の根本的の區別を生ず、法律秩序に對する個人の意思の抵抗は或は原則的體質的にして犯人の先天的若く

は後天的の特質より發する者あり或は例外的偶發的飛入的なる者あり。體質的となれる法律秩序に對する抵抗及び偶發的なる法律秩序の紊亂は主觀的の責任の内部に於ける二個の重要な對句なり、刑罰の程度は正義の要求に従ひ此二者に應じて定めざるへからず何となれば犯罪の輕重を定むものは此二者なればなり是れ上述の(第五章)目的思想を根據とせる刑事政策より得たる結果と全く同一なり。責任の觀念を深く研究するときは目的思想と賠償主義との調和を見出すことを得へし、賠償主義の頑固にして不融通なるの點は政策の臨機應變を以て補充せらるへき也。

緒論之參

帝國刑罰法の淵源

第十七章 法源の由來

〔壹〕 現今の法律思想に依れば成文法は刑罰法規の唯一の淵源たり故に刑罰法の

法源の由來

法條は總へて成文法に屬す、現今の刑事立法は其立法を以て完備せるものと認め之に基き専ら刑罰法に成條の存する場合に限り刑を科すべきことの元則を採る。此元則は革新的文學時代(一千七百九十一年の佛國憲法)以來必ず採用せられ帝國刑法典第二條第一項に繰返さるゝ法則にして、何等の所爲と雖も其所爲を爲したる前法律に其刑を定めしときに非されは之を罰するを得すとあるもの則ち是也(尙ほ舊法第八條參照、譯者註、同條には法律に準據するに非ずして刑罪に擬し又は之を科することを得すとあり)。法律無ければ犯罪無し、法律無ければ刑罰無し、法律中に明に刑の制裁を付したる所爲に限り之を罰することを得、且法律中に明に確定したる刑の範圍のみを適用することを得。

此見解は各時代に於て其當時に行はるゝ國法が刑事裁判官に課する職責と相牽連して分離すへからざる所なり。又此見解は國家の權力が個人の自由に對する政治上の狀態に依り限定せらるゝものとす(第一章)。刑事裁判官が常に法律適用の機關たるのみならず又法律制定の機關たる場合に限り及其限度に於てのみ成文以外の刑罰法規の存在を見ることを得へし、斯故に羅馬の帝政時代に於ては「クニスチオーネン訴訟(第三章)」と反對に法律の設例に従て處罰することを判官に許

したり(アゲス法典第四十、八卷第四章第七節)。故に又中古の判士は其法律上の確信に基きて法條を制定し又從て普通法時代の獨逸刑法はカール五世帝の、刑事裁判所法第五百條に基き其法條を發達完成せしむることを慣習と學術とに委ねたり。マリア、テレシアの刑法法典も尙ほ此見解を保持す、然れども革新的文學時代以來(英國は十七年、然り既に)判事は只た法律を宣言するに止まり而も其精神に従ふことを爲さずして其文字に拘束せられ嘗てユスチニアン帝時代に行はれしか如く總て法律の解釋を禁せんと欲するものあるに至れり。然れども吾人は今や此の如き極端より離れて判事をして法律の内容の連絡に鑑み換言すれば學術上より知り得たる法律を適用するを得しむるに至れり。之よりして直接に、少くとも帝國刑罰法の範圍に於ては新なる法條を行はしむるに關すると又は既に行はるゝ法條をして其效力を失はしむるに關するとを問はず、裁判例に(所謂慣習法は裁判例に於てのみ現はるゝことを得)刑罰法を制定するの效力を許與せざるものと云ふことを得へし。

然れども學術にも亦刑罰法を制定するの效力を付與せず、只た解釋の術に依りて法條の内容を闡明するの職責を有するものとす。即ち諸般の概念を發展するこ

とに依り既に存して而も未だ明に且直接に宣言せられざる法律を發見することを得れども、學術其ものの力に依りて法律を制定し又は之を廢止することを得ず、法規を制定するの力を有するものは只た法律あるのみ。

然れども上述の元則は二點に於て之を制限することを要す。

(一)慣習法は刑法以外の法律の範囲に行はるゝに依り間接に刑法に影響を及ぼすことあり、又立法者は屢々重要な問題の裁定(不能犯)を學術に俟つ從て間接に法律の設定を委任することあり。

(二)解釋は犯罪たるべき事實并に刑罰を制定することに關する限りは類推解釋を禁ずてふ旨の第二條第一項に存する宣言に依り制限を受く。

〔貳〕故に帝國の刑罰法の法條の淵源たるものは只た帝國の諸刑罰法規のみ、然れども帝國の立法者の命令は三様の形式に於て生ず、(一)狹義即國法上の意義に於ける法律として、(二)例外的に帝國の機關に刑罰法の範圍に關して命令權を明に許與したる場合に限り命令として、(三)國際條約として、但國法上羈束力を有する場合即臣民に對して遵守の義務を課するの效力を有する場合に限る。

〔參〕狹義の法律とは立法諸機關の憲法上の協力に依り表示せられ憲法上の形式に遵ひて公布せられたる國民全員の意思を云ふ(帝國憲法第十七條)法律は國民全員の意思の表示せられたるものなり、故に表示せられざる意思并に其欲する所に非ざる表示は法律と云ふへからず、此意思表示は帝國議會并に聯邦參議院の議決に依り、皇帝の裁可と公布の命令とに依りて生ず。』

右に述ぶる所は以て夫の所謂編纂の誤謬の場合を判斷するに足るべし、編纂の誤謬とは表示せられたる意思其ものか誤謬に基づきたる場合を云ふ、若し夫れ表示ありたるものは欲したる所に係り且欲したる所は表示せられたりと認むべきものならんか。臣民を羈束す可き法律の成立したるものにして法律に依るにあらざれば之を廢止する克はざるに現に一千八百七十六年二月二十六日の追加法律に依り多數の場合に於て(總てには非ず)生したるか如し。次に公布の文字と決議との一致せざる場合は右の場合とは異れり、公布に錯誤ある規定は法律に非ず、議決ありたるも公布せられざる決議も亦法律に非ず、從て只新に更正的公布を爲すに依り此欠缺を匡正することを得へし。

上述したる所により法律の資料殊に理由書并に議院に於ける討議は之を法律解釋に援用せんと欲するもの、須らく多大の注意を拂はざる可らざるを知るへし、即ち法律の資料は國民全員の意思を表示せられたるものに非ず其最良好なるものと雖も單に立法諸機關の各員か其意思表示を爲すに至りたる動機を示すに過ぎず。

〔四〕帝國刑罰法の法律上の淵源左の如し

(一) 刑法典及其補則(第十

〔二〕刑罰法たる附從副行法(第十 譯者註、刑法典の外に之と共に)

〔五〕刑罰法中一般の罰條と異りて帝國法律を以て處分關係規定即刑の制裁のみを定め犯罪事實を確定することは之を他の權力に(皇帝 皇帝たると、聯邦參議院たると、法たると、警察たるとを問はず、獨逸外の立法)。

例之、刑法第四百十五條、第三百二十七條、第三百二十八條、第三百六十一條、第六號、第三百六十六條第一號乃至第十號、第三百六十七條第二號、第五號、第十四號、第三百六十八條第二號。食料品法第六條第七條并に他の多數の副行法律の如し、殊に埃太

利、匈牙利、關稅法違犯の行爲に關する一千八百九十五年六月九日の法律第二條第三條は右に付き裨益する所多し。此等の法制を稱して白紙委任法(ビクンツ)又は閉眼刑罰若くは開放刑罰(ハインツカ)と云ふ者あり然れとも總へて是等の場合に於ては犯罪たるべき事實と其法律上の結果との結合即刑罰法規其ものの羈束力は帝國法律の定むる所に基つくものと云ふへし。

第十八章 帝國刑法并に其補助科學に關する參考書

本章は譯出するも實益尠なしと認むるを以て之を省略す。

第十九章 刑罰法規の時に關する効力範圍

〔壹〕帝國刑法典か獨逸帝國の各地に於て效力を生ずる時期に付きては既に第十章〔參〕以下に之を論したり。帝國の刑罰法の其他の總へての法條に關して其效力の始期並に終期は一般の法規に依りて定まる。故に其羈束力は法律中に他の

時期の定無き限りは當該帝國官報の柏林府に於て發行せられたる日以後十四日の経過を以て始まり(帝國憲法第二條)領事裁判所區域に於ては此期間は四箇月に伸張せられ(一八七九年七月一日法律第四十七條)獨逸保護領に於ても亦同し(一八八八年三月一日法律)次て刑罰法の効力は同法中に一定の時期に至る迄若くは或條件の到來する迄羈束力を有すへしてふ定め無き限りは立法權に依り明示若くは默示に廢止せらるゝに依りて終了す。法律は帝國の刑罰法規の唯一の淵源たると同しく又其消滅の唯一の淵源たり。

默示の廢止に關しては新法は其中に規定する事項に付き舊法の規定を廢止すてふ元則を確守することを要す。茲に「事項」と謂へる字義は第二十章中に記したる元則に依りて定まるなり。

此元則は新法若くは舊法か所謂副行法律たると刑法典其ものたるを問はず第一に帝國の刑罰法律相互間の關係に付き適用あり。其他此元則は帝國の刑罰法律か其以前の聯合各邦の刑罰法律に對する關係に付き適用あれとも聯合各邦の刑罰法律か其以前の帝國の刑罰法律に對する場合には適用無し。即ち各邦の刑罰

法律は其以前の帝國の刑罰法律を廢止することを得ず、之に付きては第二十章を参照すへし。上述の元則は其他尙ほ帝國の法律たる各種の法律相互間の關係に付き適用あり(施行法第二條を參照すへし)故に帝國刑法典は殊に民法の當該關係規定に依り變更を受くること多し。

〔貳〕或法條か效力を有す即行はるとは一定の事實の存在するに至ると同時に該法條か其事實に付與したる一定の法律上の結果を生ずることを云ふ。從て各法律は其效力を有する間に生じたる事實のみ之を適用することを得るものと云ふ可し。但法條中に其效力を有するより以前又は以後に存する事實にも適用せらるへきことを表示したるときは此限に在らず。

此元則は刑罰法規にも亦適用せられ刑罰法規も立法者か明に之に許與せざる限は既往に溯る效力をも限後に殘留する效力をも有すること無し。

(註一)此問題に付きては次に論議あり、普通の見解は本書と一致す、遡往力ありとの説を探るものはビンヤング、フッキング、ガイエル、ヘルシニチル、ランマッシュ、シニツエナリ、

右に付きては道徳上の判斷に従ふへしとのこと誇大に主張せられ之か影響を受くるこ

と多し、其他の者例へばマイエルの如きは元則として常に輕き法律を適用せんとす。
從て刑法典第二條第一項に間接に認めらるゝ刑罰法規は其行はるゝ間に犯したる所爲に適用せらるゝも其前若くは其後に犯したる所爲に適用を見ずとの元則之より生ず。

然れども立法者か右の元則を其儘に存するに拘はらず次の例外を認めたる所以は法學上之を認むべき憑據なきも輕減寛恕するを以て相當と認めしに基つくものと云へし(刑法第二條第二項)。

犯罪の所爲の當時より判決ある迄の間に刑罰法律の變更あるときは其最輕き法律を適用することを要す。

右の元則は輕き刑罰法規に溯及の效力を付與したるものなるも同時に或刑罰法規の時に關する效力の經過終了後は此終了の時期以前に犯したる所爲に基き處刑するを得ずとの元則を認めたるものと云へし(例三、社會黨に對する法律の廢止の如し)。

(註二) 刑の減輕を十分に認むるときは刑罰の廢止ありたる場合にも之を斟酌することを禁ずる能はざるに至るか故なり、法律が明示に廢止せられたると暗黙に經過終了したる

とは右に付き差異を生ずること無し、異説オルスハッセン、千八百九十一年一月十五日帝國裁判所判決。——法律が只た一般に一定の事情の下に、從て一定の時期の間(例之、家畜輸入禁止の繼續間)に犯したる所爲に刑を科する場合は之を法律の廢止の場合と混同せざることゝを要す。右の場合に於ては苟くも所爲か右の時期の間に行はれたるものなるに於ては其時期の經過後と雖も法律を適用することを妨げず、大體同説フランク、ヘルシチル、尙ほビンゲンケ、マイエル、參照。

既に一度右の見解を採りたるに於ては(イ) 犯罪の當時并に(ロ) 裁判の當時に行はるる法律のみならず、(ハ) 其中間に存したる法律をも斟酌することを要するは其當然の結果と云へし(獨逸内二三の聯合各邦に於て)。

〔參〕 判事か二若くは二以上の法律中より最輕き法律を選択す(ハ) 場合に於ては先づ關係諸法律中の一に從て被告事件を裁判し、次に其内の他の一法律に依り次に其餘の諸法律に依て裁判すること、從て是等諸法律中の各法律に從て犯罪事實を確定し并に其刑を定むることを要す、異種の刑罰法律を結合することは其結合の體様の如何を問はず全然之れを許さず。被告人に最有利なる結果を以て標準と爲す、此場合に於ては刑の範圍并に内容のみならず總へて標準たるべき刑

罰法の規定を斟酌することを要す。即附加刑加重及び減輕の事由と爲るべき情
 状の影響、累犯、加増未遂に關する規定、處罰の條件等是也。若し右の審査に際し關
 係諸法律の一に依り無罪若くは輕き刑を得るときは(例之其法律が未遂を罰せし
 ることを認めるに因り)此法律を輕きもの又は最輕きものとして之のみを適用す
 ることを要す。刑の全免の事由及び殊に時効に關しても亦右に同じ。事實の訴
 追若くは判決の執行が一若くは他の法律に依れば時効に罹りたるとき——此場
 合に於て時効進行の起算點としては舊法并に新法に付き犯罪の時若くは判決確
 定の時期を採るべき者とす——は無罪とせざるへからず(註三)。之れに反して刑事
 訴訟の實行を妨ぐべき訴訟上の障礙は之を度外に置くことを要す、法律が告訴を
 必要とする場合に於ては告訴の必要は之を訴訟の條件と解すべきものなるを以
 て(第四十)法律が告訴を必要と定め又は其必要を廢止するとは其以前の所爲を判
 斷するに付きて元則として影響を生ぜず。一千八百七十六年二月二十六日法律
 第三條をも參照すべし、同條に曰く、本法施行前に犯したる所爲に付きては訴追を
 爲すか爲めの親告の必要并に其取下の許否は從來の法律に従て之を判斷すと。

又た刑罰法以外の法規を斟酌すへからざるや言ふを俟たず。
 比較すべき二個以上の法律の輕重か同一程度に在るときは更に一般の規定を
 用すべきものとす、刑を比較する能はさるとき亦同じ。

(註三)後法施行の初を以て後法に依り計算すべき時効の進行の起算點と見るべしとの見
 解は其理由無きものと云へし。刑の執行の時効は刑法第七十條に依れば刑法典の施
 行前に言渡されたる確定の刑に適用を見ずとは屢々主張せらるゝ所なり、(刑法第二條第
 二項)犯罪の所爲の時より其判決に至るまでに法律の變更あるときは其最輕き法律を適
 用すべきものとす。同説ヘルシニチル、ハイナンツエ、オルス、ハウゼン、然れども此元則を準用す
 ることは妨無し、至當の説、ベルチル、ビンゲンク、フオン、リツシヨ。

第二十章 刑罰法規の事物に關する效力範 圍、帝國法と聯合各邦法

〔壹〕聯合各邦の刑法典は本來帝國刑法典に依りて廢止せられたるに非ず、帝國憲
 法第二條に依れば帝國は憲法の趣旨に従ひ並に帝國の法律は聯合各邦の法律に
 勝るてふ効果を以て立法の權利を行ふ。聯合各邦の立法は帝國の刑罰法規の命

する所の明示に存すると黙示に存するとを問はず之に違ふことを得ず、此場合に於て聯合各邦は又其立法を認可するの力を有せず、若し之を爲すに於ては其命令する所は有名無實にして強制力を有せず、其命する所は法律に非ず。故に一方に於ては帝國法の規定か聯邦法の定まる範圍に干與する限りは其之に矛盾すると一致するとを問はず聯合各邦の從來の法律は明示の廢止を要すること無くして廢止せらる、他の一方に於ては聯合各邦の將來の立法も同一條件の下に并に同一の範圍に於て其効力を失ふ。

施行法第二條及第五條は、獨逸帝國刑法典に定めたと同一の事項に關する限りは聯合各邦の刑罰法は其効力を失ふてふ餘り適當せざる用語を以て帝國憲法の此元則を宣示す。刑法典所定の「事項」とは同法典に於て罰すべきもの若くは罰すへからざるものと宣言したる各所爲を云ふ、^(註)故に聯合各邦の立法は左の場合に於ては其効力を有せず。

(註一)各個の犯罪に關して效用を存する總則的規定は然らず、謀殺竊盜等の未遂てふものは存在すれども單に犯罪の未遂てふものは存在せず、故に聯合各邦の立法に一任せられ

たる範圍に於ては其立法は未遂、加担、引責能力、時効等に付き帝國刑法典の規定と相異なる規定を設くることを得べく、又實際此權能は十分に行使せられたり。殊に森林警察法并に森林刑法、時報八の二三二チークテル及クニヒテル氏の論參照同院マッチーセン、オルスハウゼン、ゾキフェルト、一千八百八十年五月一日及一千八百八十四年五月十九日の帝國裁判所判決及帝國上等商事裁判所の已前の判決、異說ビンゲンクは聯合各邦の立法は絕對に羈束せらるると爲す。其他フランク、ヘルシニテル、メルケル、マイエルは帝國法の規定中に就き聯合各邦の立法を羈束するものと然らざるものとを區別せんとす。フランクは臣民の國權に對する權利を確定する規定を前者に數へ(例之刑事未成年、時効の期間)聯合各邦の立法は是等の權利を擴張することを得るも之を限縮することを得ずと主張す。

(二)帝國の立法か或所爲を罰すべきものと明示したるとき。

(二)帝國の立法か明示若くは黙示に或所爲を罰せざることを宣言したるとき、此第二の宣言は通常暗黙に成さるゝを以て帝國立法の沈黙は二様の意義を有することを得へし、即或は罰せざることを暗黙に命することあり或は規定を設くることを聯合各邦の立法に委任することあり。沈黙か二者其孰れを意味するやは法律の成立の沿革に就きてのみならず殊に法律身軀即明に黙示せられたる各法條相互間の聯絡を見て之を決すべきものとす、故に聯合各邦の立法に委任せられ

たる範圍如何てふ問題は即帝國立法の解釋問題に屬し右に付き吾人は帝國憲法第四條第十三號(譯者註、憲法第四條帝國の監督及其立法に關するもの制定の存するに據り疑はしき場合に於ては聯合各邦の法律の規定を許さざるものと決せざるへからず。聯合各邦法律の權限に屬する刑罰の手段(施行法第五條、獨逸帝國刑法律の規定を以て科するを得るは二年以下の)も亦之を斟酌せざるへからず。禁錮拘留各物件の沒收及官職の剝奪に限る)も亦之を斟酌せざるへからず。

例之帝國刑法典の最終の章中に違警罪を規定するに方り取捨其宜を得ざりしが爲に違警罪に付ては聯邦諸州に於て多く獨立の規定を設くる餘地を有すライン附近プロイス領に於て秘密藥方漏泄に關する禁令を發せる如き其一例なり。之と同じく帝國刑法典第二十五章の序次其當を得ざるを以て公開競賣の呼價の自由に關する普魯西刑法第二百七十條及佛國刑法第四百十二條第二項は尙其効力を存續すと主張するものあるに至れり(帝國裁判所最近の判決)反對既マイエル。潜狀師即三百代言に對する各邦の罰條も亦廢止せられたりと云ふへからず。之に反して外國の富籤を購買するを禁止する各邦の法律は帝國法律と矛盾す、又刑法典に於て偽證罪に付き詳密にして他の之に關する規定を設けたるよりして宣

誓を爲さるる虚偽の陳述は之を不問に付すへきものと云はざるへからざる結果を生ず。學生間の決闘に關する各邦法律の規定に對しても亦全く同一の理由に依りて決することを得へし。以上の三問に付きては各論の部を参照すへし。又自助に關する事項の規定せらるるに依り之に關して各邦法律の規定する刑罰は凡へて其効力を失ふ。使噤的論説を掲載する者の處罰を繼續すへきことは帝國裁判所が數次正當に一千八百二十二年三月二十五日の佛國の出版法の效力を否定したる後一千八百八十八年三月二十九日の法律に依り明かに宣言せられたり。

(註二)警察刑法典に付き最重要なるもの左の如し、バイエルン國の一千八百七十一年十二月二十六日の法典、ウニルテンベルク國の一千八百七十一年十二月二十七日の法典、バイエリヤ國の一千八百六十三年十月三十一日の法典にて一千八百七十一年に修正せられたるものヘッセン國の一千八百五十五年の法典、東遜、普魯西、エルザースは警察刑に關する統一したる立法を存せず。

普通法に於ける私罰と帝國の刑罰法との關係に付きては從來疑義を生せしか私罰か眞に刑罰と同視さるる場合換言すれば私罰か金錢を以て被害者に給付すへ

き損害賠償(財産権を以て賠償することを含む)以外に涉る場合は廢止せられたるものと認めざるべからず。

〔貳〕帝國法律の規定無き事項に付きては聯合各邦の立法は自由の餘地を有す即ち從來の各邦法律は其儘に存續し又各邦は新なる法律を設くることを得べし。刑法施行法第二條第二項は特別規定なる文字を刑法典に對立せしめ從て錯誤を生せしむるやの嫌無きに非されとも之に依りて右の元則を宣言す。但法條か一般的刑法典殊に警察刑法典中に存すると又は刑法の外に之に附從して行はるゝ副行法中に存するとは本問題に關し毫も影響する所無し。施行法第二條第二項は特別の規定として只例示的に印刷郵便租稅關稅漁撈狩獵森林并に田野警察に關する法律結社及集會規則の濫用并に樹木盜取(註三)に關する規定は其效力を存することを定む。

(註三)樹木盜盜の引用は専ら例示的なり。樹木盜盜は大に通常の盜盜と異なり從來破廉耻の事項と看做されざりき、田野并に森林警察上の物件毀損に付きても亦同し。反對說ペンナング、マッシーセン、メルケル、オルスハウゼン、ゾキフェルト、各邦立法の沈黙は之を以

て普通法を適用せんとの意思あるものにし盜盜并に物件毀損に對する帝國法上の刑罰は補助的效力を有するものと解せざるを得ず。

〔參〕本來各邦立法に委任せられたる範圍即ち帝國法律の規定無き事項に付きても各邦立法に或制限を存す。

(一)各聯邦法律に於て獨逸帝國刑法典に依り明示又は暗黙に廢止せられたる刑法上の罰則を引用するときは獨逸刑法中相當の規定を以て之に換ふ(法第三條)故に各邦法律たる森林盜盜法か未遂又は加擔に付き毫も規定を設けざるときは帝國刑法の適用あり。

(二)一千八百七十二年(一八七)一月一日以後は帝國刑法典中に規定ある種類の刑のみを言渡すことを許す故に帝國刑法典の刑罰の制度は絕對に羈束力を有するの法律たり(註四)。但各邦法律に於て禁錮又は罰金刑に換へて森林の勞役又は町村の勞役を科し又は之を許したるものは其效力を存す(法第六條)。

(註四)故に身体上の折檻は刑罰として之を爲すことを禁せらる、但懲戒の手段たるを妨げず。異說ゾキフェルト、各種の刑に付き帝國法律に規定ある最高度并に最低度は各邦の立法法規の事柄に關する效力範圍、帝國法と聯合各邦法