

# 料資法司

14.5

54

號三十六百二第

14. 5-54



1200501213215

フランツ・エクスナー

獨逸裁判所に於ける刑の量定の實際

〔禁轉載〕（昭和十五年二月）

司法省調査部

# 始





茲に譯出したのはライプチヒ大學法科教授フランツ・エクスマー著「獨逸裁判所に於ける刑の量定の實際に關する研究」*Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte von Professor Dr. Franz Exner (1931)* である。

エクスマーの自序に見える「裁判所がその與へられたる裁量の範圍内に於て如何なる刑を選択し、如何なる刑を量定してゐるか」といふ點に關する實證的研究は事の重要性に比較するとき從來我が國に於ても餘りに閑却されてゐた問題ではなからうか。自序の言葉をそのまゝ茲に引用して「寧ろ從來甚しく閑却されてゐた領域に對する識者の關心を喚起し此の領域を開拓するについての道しるべたることを期する」爲茲に筆寫に代へて排印する次第である。  
邦譯は篠塚春世氏を頼じたものである。



昭和十五年三月



司法省調査部



14.5  
51

司法資料  
第二六三號

フランツ・エクスナー

獨逸裁判所に於ける刑の量定の實際

發行所寄贈本

目次

著者自序……………一

緒章 問題と方法……………五

第一章 刑の量定の時間的發達……………三

    第一節 刑種の選定の點に於ける變遷……………二

    第二節 刑量の量定の點に於ける變遷……………三

    第三節 此の發達の説明……………四

    第四節 裁判官の刑の量定の現在の狀態……………四

    餘論 オーストリアに於ける刑の量定の慣行の狀態……………五

第二章 刑の量定の慣行に於ける土地に依つての相違……………七

第三章 刑の量定上の慣行に於ける事物についての相違……………九





|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| 第一節 法定刑と宣告刑……………                | 九二  |
| 第二節 平等に刑を法定してある犯罪についての刑の量定…………… | 一〇〇 |
| 第三節 法定刑を異にする犯罪の場合に於ける刑の量定……………  | 一〇六 |
| 第四章 法定刑の刑の範圍の宣告刑の刑量にとつての意義…………… | 一一三 |
| 第一節 法定刑の最上限の實際的意義……………          | 一一三 |
| 第二節 法定の最下限の實際上の意義……………          | 一一三 |
| 第五章 裁判官の價値の標準……………              | 一四〇 |
| 第一節 裁判官の評價の本質的標識……………           | 一四一 |
| 第二節 裁判官の評價と法律……………              | 一五九 |
| 結論 將來の見込……………                   | 一六六 |

### 著者自序

本稿は筆者が本年（譯者註——一九三一年）の春ライプチヒの法學協會と、ウキーンに於ける國際刑事學協會オーストリア部會の席上とで行つた二つの講演を基礎とするものであつて、随分いろ／＼と補訂は加へたけれどもそれにも拘らず其の來歴は否定すべくもなく、終局的の論結を求めて努力すると云ふよりは、寧ろ從來甚しく閑却されて居た領域に對する識者の關心を喚起し、此の領域を開拓するについての道しるべたることを期するものである。此の道を見付け出し、此の道を進んで行くこと云ふことが切實な必要であるのは疑を容れない。即ちわが國刑法學の文獻に通じて居る人々は、教科書や純理論を扱つた研究が、事實を界限し法律概念を解明するに當つては、一般に行はれて居る判例を極力精到に論述し之を批判評價して居るけれども、同時に裁判所の實務の刑の選擇や量定に關する限りに於ては、殆ど例外なしに全然之を不問に附して居ると云ふ、極めて目立つて感ぜられる事實に直面するものである。けれどもそれにも拘らず恰も此の點に於てわが國刑事司法の全貌は、判決に依つて初めて其の數々の特色を興へられるのである。所が法律は刑の量定の點に於ては裁判所に極めて廣汎な權限を興へて居るのであるから、其の運用の如何を知ることなくしては、それが本當にどうあるのであるかについての觀念をつかまうと期待することは到底不可能である。また受刑者にとつては大抵の場合徹頭徹尾重點は量刑の點にこそ存するのであつて、己れが行狀が果して何れの法定構成



要件の下に包攝されるのであるかと云ふ「學究的問題」よりも、受刑者としては此の點に遙に大なる關心が持たれる次第なのである。

かやうな次第で此の領域上に於ては文獻は極めて寥々たるものであつて、總括的研究の如きは全然存在せず、只二三の論文、特に古めかしいミュンヘン版の統計的研究と、近頃筆者の發企した所であるライブチヒ版の小論文叢書を存するのみである。それは次の通りである。

Wömer, Die Frage der Gleichmässigkeit der Strafzumessung im Deutschen Reich. (Statist. u. Nationalök. Abhgen. III, München 1907.)

Brachold, Studien über die Gründe ungleichmässiger Strafzumessung in der deutschen Strafrechtspraxis, insbesondere der Einfluss ehemaligen Landesrechtes. (Leipziger ungedruckte Diss. 1923.)

Kowarzik, Die Praxis der deutschen Gerichte in der Annahme milderer Umstände. (Leipziger ungedruckte Diss. 1926.)

Pitschel, Die Praxis in der Wahl der Geldstrafe. (Heft VIII dieser Abhandlungen, Leipzig 1929.)

Neu, Die Praxis der Jugendgerichte an der Hand der Kriminalstatistik 1924—1928. (Leipziger Diss. 1931.)

Nestler, Das Verhältnis von gesetzlichem zu rechtlchem Strafmass. (Leipziger Diss. 1931.)

以下論ずる所は以上に擧げた研究中に分類計算されて居る統計上の資料に基く所大であるが、また

獨逸國刑事統計の公表をも基礎にとつて居るものであることは素より言を俟たない。只其の一九二八年度の數は、第千九百二十七巻中で假に認定されて居る程度に於て斟酌することが出來たに過ぎない。

尙筆者は筆者の忠實な助手であるヘルベルト・キルステン氏の、なにかにつけての誠心込めての協力に深い感謝の意を表するものである。

一九三一年八月

アッテルゼー湖畔のリッルベルグに於て

著 者



## 緒 章 問題と方法

以下論ずる所の客體は、獨逸國の裁判所に於ける刑の量定上の實際の慣行 (Praxis) であり、特に毎年幾十萬の刑事判決に於て現はれて居る全體的现象としての刑の量定の實務である。問題は此の實務が將來の法の上ではどう云ふ風になるのであらうかと、又は現行法の上でそれをどうあらしめやうかと云ふことではなくて、それが事實上現にどうであるかと云ふことなのである。即ち現に行はれて居る法律状態の主なる面貌を描き出さうと云ふのであるが、理論的司法政策的に興味のある、判例中の若干の目立つた特異の點には行論の際特に注意を拂ふ心算である。更に明かにされた事實を説明すると云ふやうなことも、やつて見る考である。換言すれば明かにされた事實をば、わが國の裁判所が刑を量定するに當つて意識的若は無意識的に指導精神として居る、典型的の原則や主意や思潮などに歸著して考察すると云ふやうなこともやつて見る考なのである。——此の意味に於て刑の量定の慣行についての一つの觀念を掴むと云ふことは、いろ／＼の理由からして大切なことであるやうにわたしには思はれる。先づ第一にそれはわが國今日の刑事司法の一番大切な一面を、理解し評價するの基礎を與へてくれるのである。次に法の適用の理論は此の點に、客觀的の確認を以てして判事の裁量の自由の機能に關する識見を獲得することの出来る領域を見出すのである。特に慣行が同一の



法令を適用するに當つて示す所の種々相は、法律の理論にとつて豊饒な觀察の沃野を提供するものであつて、例へばかの「法令の前に於ける何人も平等」の理念の如き、此の觀察の視野からは極めて特異な強い光明を興へられるものである。最後に現行法の法定刑が、事實上判決の上はどう云ふ作用を及ぼして居るか云ふことを知るのには、立法者にとつて大切なことである。何となれば立法者は裁判官と云ふ者が新法を施行して見た所で一舉にして舊法上に於けると別段の考を持ち、別段の意思を懷抱する人間となるに至るものではないことを萬々承知して居るのであるから、將來の法定刑を定めるに當つては、現在の經驗を斟酌することを必要とする次第であるからである。

裁判官の刑の量定と云ふことは、法律が具體的の場合に刑種並に刑量を選択する幾多の權能を裁判官に與へて居ない以上は、云ひ得られないことである。現行法に依ると僅少な例外たる場合を除くと、裁判官には事實上多數の權能が興へられて居る。所で目下の場合に關心を持たれるのは二つの點である。即ち此の選擇の結果は現實に如何なる外觀を呈して居るか。獨逸國の裁判官は犯罪や個々の犯罪典型に對して事實上如何なる處置を執るものであるか。更に此の結果に到達するのはどうしてあるか。裁判所の處置を決定する原因であつて此の結果を導くに至らしめたものは何であるかと云ふことである。即ち主眼とするのは具體の場合に言渡される刑ではなく、また具體の場合に標準となる刑の量定事由でもないものであつて、寧ろ一個の集團的現象並に其の典型的原因なのである。

此の目的に到達する爲には、先づ有罪を言渡された澤山の具體の場合に於て刑の量定事由を検討す

ることに想到することが出来るであらう。われ／＼は成るべく多數の判決を閲覽することに因つて、裁判所の言渡した刑についての概觀並に其の承認した刑の量定事由についての概觀を、掴むべく努力することが出来るであらう。所がわれ／＼の第一の任務の解決、即ち獨逸國の裁判所の言渡した刑を確認すると云ふことは、かくの如き方法を以てしては達成することの出来ないのは直ちに明白である。それは使用された材料が土地と時との上から見て制限されて居るのであつて、許すべからざる一般化の危険を常に伴ふ虞があるからである。此の點にかけては目的に導いてくれることの出来るものは、統計に依る方法しかあり得ない。何となれば統計に依る方法は、判決の結果を其の範圍の全般に互つて捕捉する次第だからである。併し乍ら裁判所の量刑の實際を決定する事由の問題にあつても、個別的觀察の方法は——それ自體丈を適用するに於ては——決して満足な結果を豫期せしめることは出来ない。這般の消息を明白ならしめんが爲に、今こゝで少しく裁判官の刑の量定上の事象に簡單に論及することゝしたい。

わたしは無慮二三百の判決から刑の量定事由を抽出して、それから澤山の示唆を掴みはしたけれども、何時も同じの「加重」情狀や「減輕」情狀が個々の犯罪種別に多少にまれ形式的に列べられて居るのに、幾度か驚きの眼を見張らずには居られなかつた。加之時には随分くわしい理由が附せられて居たにも拘らず、現に存在して居る重い竊盜が何故六ヶ月の輕懲役を以て罰せられて、十六ヶ月の輕懲役を以て罰せられることゝならなかつたのであるかを本當に理解することは出来なかつた。此の一



事は先づ第一に、一番重きを爲す刑の量定事由は判決には記載されないで居ると云ふ、どの實際家にも周知の事實と相關聯するものである。けれども本當の障碍はもつと深い所に存在する。假に裁判官の指導精神とした契機を解明する爲に、一々の場合を裁判官とくわしく論じ合つて見ることにした所で、乃至はかゝる究明の方法を驚くべく多數の案件、多數の裁判所に及ぼすことゝした所で、まだまだそれ丈では道程の半ばにも達することは出来ないであらう。重きを爲す刑の量定事由、乃至は一番重きを爲す刑の量定事由は獨り判決に記載されていないのみに止まらず、寧ろ發表されもしないのであり、獨り發表されないのみに止まらず、寧ろ意識されては居ないのである。換言すれば刑の量定事由は判決裁判官其の人には決して缺陷なしには、そしてまた其の本當の意義に於ては現實に認識はされないものである。裁判官にとつては、具體的の場合に己が何故六ヶ月の輕懲役を以て唯一の相當の刑であると思惟し、四ヶ月若は八ヶ月の輕懲役を相當とは認めなかつたのであるかの理由の、全部を擧げて遺漏なく披露し盡すことは絶對的に不可能である。此の場合どんな精到に裁判官の心理を解剖究明して見た所で、大抵の場合次の結果以上に出でることは出来ないであらう。即ち裁判官は當該の案件を己の経験した他の場合と比較して見て、刑を量定するに當つて「かくの如き犯罪」について一般的にほゞ普通に用ひられて居る刑率を大體の見當として基準にとり、其の上で個人的事情に應じて刑の量定を相當に高低させることゝし、判決理由中でも或は加重情狀を高調し、或は減輕情狀を力説することゝするのである。個々の犯罪典型について數個のかくの如き見當の存在することあるのは勿

論のことであつて、かゝる見當の狀況は隨時頻繁に發生する加重事由若は減輕事由に應じて律せられるのである。例へば危険な傷害の場合にあつては、廣汎な刑の範圍内で經驗上銃器を以てする傷害に際し適用されるのを常とし、當然の事理として通常の場合についての基準刑率 *Normalstrafsatz* よりも遙に高い或る基準刑率を存するであらう。恐らく法定の刑の範圍は往々にして何等かの典型的「情狀」に結び付いて居る、部分的には重り合つて居る多くの「裁判官の裁量すべき刑の範圍」*richterliche Strafrahmen* に於て分化して居るものと稱して差支あるまい。即ち具體的の場合にかくの如き事情が存在するときは、裁判官にしてたまゞ此の特殊の典型の平均的の場合を取扱ふことになつたとすれば、裁判官は此の特殊の刑の範圍を豫期せざるを得ない。——それは兎も角として此の場合關心を持たれるのは、裁判官は見當若は特殊の刑の範圍を法律から擱んで來るものではなくて、寧ろ其の經驗からして得來るものであると云ふことである。此の「經驗」はわれ／＼が其の刑の量定の慣行に關して裁判官と交はす所の交談の中に大抵重要な役割を果して居る。此の經驗は時に依つては仔細に吟味して見る丈の價值のあることがあらう。此の經驗は一體何に關係するものであるか。それは確に裁判官が自分自身の從來の刑事判決の効果を以てして嘗めた經驗ではない。蓋し裁判官、特に大都會の裁判官は稀に見る場合に於てしか、己の言渡した有罪の判決と其の執行が、受刑者の其の後の行狀や其の環境や社會一般にどう云ふ作用を及ぼしたかと云ふ點についての、何等かの觀察を爲し得ない立場に置かれてあるからである。けれども裁判官はまた別様の經驗を有する。即ち裁判官は「かく



の如き犯罪」が己の部に於て、他の部に於て、乃至はまた他の裁判所に於て從來どう云ふ風に處罰されるのを常として來たかを承知して居るのである。別の言葉で云へば、裁判官は因襲を知つて居る。假令漠然としか定まつては居ないとは云へ、兎に角或る程度の、普通に用ひられる刑率を知つて居る。刑の量定の第一の——然も同時に一番重要な——見當は少くとも此の普通に用ひられる刑率に向つてつけられるのである。尙序乍ら一言して置きたいのは、此の思想は非常に納得の出来ることであると云ふことである。惟ふに事件を扱ふ裁判官が其の同僚よりも著しく峻嚴であるか、又は著しく寛大である場合に於ては、被告人の運命は己の姓名の頭文字又は裁判所の管轄區域の偶然の限界に依つて左右されることとなるであらう。それにも拘らず目立つた相違が生ずるとしても、此の目立つた相違の生じたと云ふ事實は、或る因襲が成立して居て此の因襲については裁判官は經驗を積み、裁判官は大體に於て此の因襲を斟酌するものであると云ふ大原則には、何の變更をも加へるものではないのである。兎に角こゝに大切なことは、是等の因襲的刑率の發生の原因は裁判官には意識されては居ないのであり、實際また、此の因襲的刑率を總體として合理的に捕捉することが出来ない所から、裁判官に之を意識させることは全然不可能事なのである。是等の因襲的刑率は「自然に成つたもの」である。そして此の「自然に成つたもの」であると云ふことは、之を尊重せしめるに於て充分な理由たるものである。即ち今日の刑の量定は——マックス・ウェーバーの用語を借りて云ふと——其の決定的の刹那に於て合理的の行動たるものではなくして、寧ろ因襲的の行動たるものである。此

のことは成年の被告人に對する刑の量定にとつては、確に妥當することであるが、少年裁判官にとつては心理的狀態は別個のものである。

此のことが正當であるとするならば、裁判官が具體の場合に意識的に適用した刑の量定事由を目當として居る方式は、究明に重要な指針を與へるには違ひないけれども、それにも拘らず問題を盡すことは不可能であらう。此の方式は今是から論じやうとする統計的方式に對して、補充的地位にしか立つことは出来ないのである。とは云へ此の補充が切實に望ましいことであるのは素より言を俟たない。此のことは明示的に確認して置きたい。蓋し以下に於ては殆ど専ら統計的方法のみを執る心算であるからである（註一）。

（註一）かくの如き研究の興味ある一例は、脱營に關して Mannheim, Z. f. Ges. Sw. 42, 46 ff. の記す所である。

惟ふに獨逸國の刑事司法の慣行の事實を敘述し、此の慣行が從來如何に發達して來、また現在如何に形成せられつゝあるかと云ふことを、總括的に觀察するのを主眼とするのである以上は、統計的方法しか問題となることは出来ないものである。それ丈は疑を容れない。だがわれ／＼はいろ／＼な刑種と、また刑種の間では其の可能である限りに於て個々の刑罰の程度とを區別することを必要とするであらう。われ／＼は一定の期間中に一定の犯罪につき、又は一切の重罪並に輕罪について言渡されたあらゆる刑の中で、個々の刑種及び刑の等級に屬する割合は、どの位のパーセンテージなのであるかを確認することを必要とするであらう。そうすれば一定の期間中に於ける刑の量定の慣行に關して、ほゞ大體の觀念が掴み得られると云つたものである。若干の年數に互つて此の數を確認するのは慣行



の歴史的發達を明かにする所以であるし、個々の控訴院管區について此の數を確認するのは、獨逸國の異つた地方に於ける判決を比較することを得しめる所以である。それにも拘らず時にさまざまの過誤の出て來るのを免れないのであるが、是等の過誤の原因はもつとあとで指摘することとする。

だがわれ／＼が此の結果の解釋とか、事實上判決を支配して居る所の刑の量定の原理とか云つたものを問題とする段になると、統計的方式が果していゝ結果を約束するものであるかどうか疑はしいものがあるであらう。そこで先づ第一に固執しなければならぬのは、われ／＼にとつて大切なものは個々の有罪の判決を理解すると云ふことではなくて、寧ろ典型的な現象を理解すると云ふことなのであることである。典型的な現象は只平均の場合を観察することに依つてのみ、是が理解を期待することが出来るのである。更に、裁判官が具體の場合に爲す考慮の點に於ても、多くの類似の場合の經驗からして獲得される所の見當である典型的のもの、因襲的のものが標準として與つて力あるものであることは既に論示した通りである。さればこそ幾千もの場合に於て裁判官の考慮からして生じた刑量の數的觀察は、具體の場合に確認された所を超越する見識をわれ／＼に與へてくれるものと期待することが出来る。統計的方式は實に典型的の場合を顯著ならしめる特長を具備するものである。けれどもわれ／＼の探索する所が慣行の見當のそれ自體見當を見出す手懸りとなる所の因子なのである以上、典型的の場合こそ今こゝで關心を持たれる所のものに外ならないのである。

云ふ迄もなく統計的確認の總和を以て能事終るものとすることは出来ない。本稿の研究の何れの仕

事にとつてもそうである。例へば統計がわれ／＼に向つて、重竊盜は現在案件の九十六パーセントに於て輕懲役に處せられ、四パーセントに於て重懲役の通常刑に處せられるものであることを示して居るとすれば、是は確に興味のある事實である。併し乍ら此の事實はわが國刑事司法上の慣行の他の事實と比較せられるに於て初めて、其の意義も其の解釋も獲得し得られるのである。即ち從來の年度に於ける相當の確認と比較するときは、如上の數字は恐らく漸進的發展の結果として認められるであらう。また同一年度に於ける他の犯罪と比較對照するときは、如上の數字は恐らく現在の刑事司法の全體を特示する典型的な一現象の、各個獨立の場合であることを明かにするであらう。けれども此の比較はまた全然逆に、重竊盜の犯罪は一つの例外たる場合であつて、特に注意に値ひする程軽く又は注意に値ひする程重く判斷される例外たるものであることをも示すであらう。此の最後の例は特に示唆に富む次第であるが、それにも拘らずわれ／＼は他の犯罪と比較することなくしては、わが國の裁判所が重竊盜を「特に軽く」判斷して居るものであるか、それとも「特に重く」判斷して居るものであるかを主張することすら出来ないであつて、此のことは如上の事實の本當の意義を把握し、之を解明することを期待するに先たち、先づ明白ならしめなければならぬのである。何となれば次のこと丈は明白であるからである。即ち重懲役刑を手強く排斥し「減輕情狀」を頻繁に肯定するのがわが國刑事司法の一典型的現象であつて、此の典型的現象は法律が重懲役刑と輕懲役刑との間の選擇を裁判官に一任して居るすべての犯罪について反覆されるものであるとするならば、重竊盜の場合に於ける



相當の判決は此の一般現象の原因を闡明することに因つてのみ、明瞭ならしめることが出来るであらう。けれども重竊盜の取扱が其の他の實際上の慣行とははつきりと區別されるのであるならば、われわれは恰も此の犯罪について原因を探究することを必要とすべく、外ならぬ此の犯罪に對する裁判所の特別の地位を説明するの外はあるまい。

かやうな次第で以下に於ては、幾多の點に關して比較の方式を適用する心算である。

(1) 先づ第一に今日の刑事司法上の慣行を、過去數十年の慣行と比較する心算である。惟ふにわが獨逸刑法典は施行以來既に滿六十年の星霜を閱し、其の間には法文の字句は大體に於て昔の儘であるにも拘らず、刑の量定の慣行には根本的の變遷があつた。此の事實ははつきりと念頭に置く必要があり、また其の原因は究明する必要がある。若し發展の經過を決定した因子が認識し得られるものであるならば、此の認識は現在の慣行を説明する上にも貴重な貢獻を爲すであらう。

(2) 更に獨逸國のいろ／＼の地域に於ける刑事司法上の慣行を比較對照する心算である。此の比較も亦技術的理由に因り暗示文に制限することを余儀なくされるにしても、わが國刑事司法の全般に互る狀況を評價する上には殆ど之を缺くことは出来ない。加之國の各個の地方に於ける慣行の相違は、曩に擧げた時の上の相違に於けると同じやうに、裁判官の刑の量定の契機を理解するのに寄與する所があるであらう。

(3) 最後にもう一つ第三の比較がある。即ちわたしは個々の犯罪典型についての刑の量定を相互に

比較する心算である。此の比較は特に有益な結果を齎す比較であるやうにわたしには考へられる。とりわけ法律上當然に同一の刑量を以て處罰されることゝなつて居る、數個の犯罪についての刑の量定を比較する場合に特に然りとする所である。此の場合われ／＼は、異つた時、異つた適用地域に於ける或る一定の法定刑がどう云ふ風に適用されるかと云ふことを問題として居る次第ではないのであつて、寧ろわれ／＼の問題とする所は、或る一定の法定刑が法文上同一の字義を以て規定されて居る異つた犯罪の間で、どう云ふ風に適用されて居るか云ふことである。同時にまた法律が他の犯罪よりも重く處罰して居る犯罪は、刑事司法の慣行上も大體に於て他の犯罪よりは重く取扱はれて居るのであるかと云ふ、重要な問題が生ずる。實際の話が法律の精神上重いものとされて居る犯罪が、法律の精神上軽いものとされて居る他の犯罪よりは集團的に軽く判斷されて居ると云ふことが以下に於て數上確認されるのは、學說立法をして深く反省することなくして措く能はざらしめる一個の現象たること疑を容れないではないか(註二)。

(註二) 最後にまだもう一つの比較が大切である。即ちわが國の刑の量定の慣行を外國の慣行と比較すると云ふ比較である。わが國刑事司法の特長を示す現象は、此の比較を俟つて初めて正當に闡明されるであらう。併し乍ら法律秩序等しからず、統計も亦不同である所からして此のやうな比較の企圖には多大の困難を伴ふことを免れず、そして此の困難は充分信頼するに足る結果を得ることが出来ないのである。さればわれ／＼は外國へはほんの一寸横目を走らせるに止めることとする。それもとりわけオーストリアに於ける刑の量定の慣行は、獨逸兩國の法制統一の業の目睫の間に迫れるものあるの然らしめる所として、特に關心を持たれる所であるからである。



以上三つの比較は、わが國の刑の量定に關する慣行に、時、土地並に事物の點に於て顯著な相違を生ぜしめるものであることは、豫め斷言し得ることである。此の相違はそれ自體既にわが國刑事司法の顯著な特色たるものであるが、併しそれ以上に一步を進めて司法心理的特色や司法政策的特色を更に検討する上に興味ある歸納の資料を成すものである。即ち一面に於ては裁判所が事實上取扱つて居る刑の量定上の原則並に評價の主義について、以上の相違からして或る認識を演繹することが出来るものであることは既に言及した通りであるが、また他の半面に於ては刑法典の法定刑、特に其の刑の範圍の最上限や最下限にはどんな事實上、慣行上の意義を歸すべきものなのであるか、またほのかに聞く此の刑の限界の變更の計畫からはどんな慣行上の結果を期待することが出来るのであるかと云ふ點についても、此の相違からして或る觀念を掴むことが出来るのである。此の後なる考案は更に別個の問題に到達せしめる。例へば新しい刑罰法規の思想と云ふものは、其の施行と同時に直ちに慣行の上に生きた現實となるものであるかどうか、若し直ちに生きた現實となることはないとするれば、獨逸國のやうに爾く著しく區分された國に於て常に同じやうに、そしてまた常に同一のテムポを以てして新しい刑罰法規の思想が貫徹して行くものであるかと云ふ興味ある問題を生ぜしめる。此の問題は刑法改正の事實の目睫に迫つて居ることに因つて重大な意義を得るに至つたものであるが、後に少年裁判所法について論ずる折にしか論及することは出来ない。今他の個所に於けると同じやうにこゝでも希望しなければならぬのは、此の方式が成績を擧げて居る限りかくの如き研究が將來新しい數上の

資料を以てして反覆されることである。とりわけ一度新しい刑法典が若干年施行せらるゝや直ちに新しい判決の數上の資料を以て反覆されることなのである。

勿論根本的の考慮からして統計的方式の適用を疑はしめる、もう一つの異論を論駁する必要がある。實際の所一つの矛盾が存在するやうに思はれるのである。惟ふに統計は大量的觀察であつて典型的なものを目指すものである。之に反して裁判官の刑の裁量は個別的に行はれるのである。刑の言渡なるものはそれ／＼それ自體特有の性格を持つた個人を正當に取扱はうとするものであるのに、かゝる刑の言渡を綜合して、それにも拘らず質的に同一の場合たるものであるかの如く、此の總和を比較對照するのが果して意味のあることなのであらうか。然り、わたしは此のことは——一定の條件の下に於ては——絶対に意味のあることであると思惟する。何となれば今此の研究にとつては主眼とするのは個人たるものではなくて、寧ろ典型たるものだからである。かゝる場合にこそ大量的觀察が個別的觀察にあつては決して明かにはすることの出来ないやうな認識を期待せしめるものであることは、例へば刑の量定の慣行の地方に依つて相違して居ることについて明かにされる所であらう。例へばベルリンでの或る特定の自動車竊盜の處罰がスットガルトでの他の自動車竊盜の處罰よりも遙かに重かつたとしても、われ／＼は此の事實からしては未だ以てベルリン裁判所の甚しく峻嚴であることを推論しないのは當然のことであらう。蓋し此の相違は一に案件の個人的事情に根據を有するのであるかも知れないからである。けれども是等の事情を精確に取調べることに因つて、一方の裁判官が他方



の裁判官よりも峻嚴な標準を適用したものであることの識認し得る場合にあつても、此のことはわれわれには余り大した關心は持たしめない。それは此の差別的の取扱が、單に裁判官の個性の相違して居ることに根據を有することもあるであらうからである。われわれにとつて關心の持たれるのは此の場合個々の犯罪人や個々の裁判官ではなくて、寧ろ差別的取扱の事實は、それが典型的のものであるとして確認することの出来る場合に初めて、われわれにとつて注意に値ひることとなるのである。そして個人を閑却して典型を明白ならしめることこそ大量的觀察の長所なのである。即ち幾千もの竊盜をこゝかしこで比較するならば、恐らくは刑の量定の點に於ける相違についての判斷を其の上に構築することが出来るであらう。勿論此の場合にあつては二つの比較の範圍内に於て裁判所にとつて存在した犯罪が、其の平均に於てほゞ同一の意義を有して居たことが條件であるのは云ふ迄もないことである。一方の範圍内に於て他方の範圍内に於けるよりも平均して遙に重い案件が判斷せられるとすれば、證明された刑量の點に於ける相違は犯罪の點に於ける相違に歸著せしむべく、慣行の點に於ける相違に歸著せしむべきではあるまい。けれども全然同一の態様を有する刑事上の案件は二つとさへ存しないけれども、澤山の數の案件の相並び存する場合にあつては、個々の相違は消滅して丁ひ、全體としての犯罪の刑量の點に於ける著しい相違はたゞ稀にのみ存するに過ぎないであらう。何れにせよ比較の道を妨げるものは一般的の意義を有する因子、即ち民俗學的關係若は社會學的關係にして平均的の場合に其の處罰價值を著しく左右するに足るもの以外にはあり得ない。かゝる事情が實際に存

在するものであるかどうかは、言渡した刑の不同であることからして一歩進めた斷案を下すに先たちて、隨時吟味しなければなるまい。

とは云ふもの、統計的方式は數々の過誤の淵源を伴ふものであることを豫期しなければなるまい。何故と云ふのに先づ第一に統計的方式は刑事司法統計を資料とするものであつて、犯罪統計を資料とするものでないと云ふことを承知してかゝらなければならぬ。従つて「犯罪統計の不明の數字」、即ちあらゆる刑事技術的研究の大きな障礙であるところの發覺して居ない犯行並に犯人の數は、今此の研究に於ては差し當つてのところ全然何等の意義をも有するものでない。蓋しどれ丈澤山の犯罪が判決されたかと云ふことが問題でなくて、判決された犯罪はどう云ふ風に處罰されたかと云ふことが問題なのであるからである。障礙と過誤の淵源はこゝでは全然別個の種類のものである。是等の障礙や過誤の淵源は一面に於ては我が國統計上の資料の技術から生ずるものであると共に、他の半面に於ては刑法並に刑事訴訟の構成から生ずるものである。

こゝでは二三の點を擧げて置かう。其の他の過誤の淵源は適當の箇所論及する心算である。

(1) 我が獨逸國の統計は、刑の量定の問題全般の上には遺憾乍ら大きな關心を示して居ない。言渡した刑の重さについて統計の報告して居る所は誠に乏しい。とり分け有期重懲役刑については統計に依る區分が全然存在しないので、従つて重懲役犯の場合にあつては裁判官の刑の量定については統計からは何事をも推論することは出来ないのである。罰金の額についても同じことが云ひ得られる。



(2) 統計は未遂犯と既遂犯と区分せず、また正犯と従犯とを区分して居ない。従つて一定の刑種竝に刑量の刑の中で、どれ丈がかゝる特別の場合について言渡されたのであるかについてわれ／＼は知ることは出来ない。かくの如き理由に因り、竝に一つにはまた犯人の未成年であることなどの爲に、個々の犯罪事實について法定の刑の最下限以下に下る刑の言渡されることが随分ある。また他の半面に於ては併合罪の場合は、法律を以て刑種刑量の規定されて居ない刑を言渡すに至らしめることが多々ある。また處罰の重複 *Doppelstrafung* もある。けれどもそれにも拘らず大して重きをなす過誤は生じない。此のことは犯罪統計の説明書も高調して居る所である。

(3) 以下の研究にとつてもつと遙に大きな一つの障礙は、我が國の刑法典が一定の加重事由 *Qualifikationsgrund* 又は特遇事由 *Privilegierungsgrund* の存在するのに應じて、一つの犯罪に數個の刑の範圍を結び付けて居ることが随分あるが、統計は大抵の場合此の犯罪について言渡されたすべての刑を一つの項目の下に總括して居ると云ふ事情である。されば是等の場合に於ては如何なる法定刑に基いて此の刑が言渡されたのであるかを認識することは出来ない。また統計は往々にして數個の犯罪事實を一つの項目の下に總括し、従つて此の點に於てもわれ／＼は、どの刑がこの個々の事實に該當するものであるかを知ることが出来ない。けれども裁判官の刑の量定を研究しやうとするのである以上はこの點は大切である。さればかくの如き場合はわれ／＼の觀察の數の中から除外せざるを得なかつた。

(4) 異なつた時代の刑事司法上の慣行を比較するに當つては、其の間に法律の改正が行はれて法律状態が變更された場合には、間違が生ずる。人若しかの罰金法や少年裁判所法が我が國の刑事政策にとつてどんなに大きな意義を持つて居たか、またいろ／＼の新しい特殊犯罪事實 *Spezialtatbestand* (困窮竊盜 *Notkriehahl*) や、法定刑の變更 (墮胎) や、犯罪典型の新設 (暴利 *Wucher*) やに考へ及ぶならば思ひ半ばに過ぐるものがあるであらう。——尙訴訟法の改正も事態を變動せしめることがあり得る。例へば改正法が危険なる傷害罪を私人起訴犯罪 *Privatklagedelikt* とならしめたこと云ふ事情は、澤山の輕微な場合がもはや裁判所には持ち出されないと云ふ結果を來たし、此の事情はまた更に判決された場合の平均が以前に處罰されたよりも現在では一層重く處罰されることゝなると云ふ別段の結果を來すことゝなる。従つて重い刑のパーセンテージの増大は恐らく一にこの變動に歸著せしめることが出來、刑の量定の重いことの徴證ではなくなるのである。便宜主義 *Opportunitätsprinzip* の擴張はかやうな次第で過誤の淵源たり得ることゝなるであらう。それにも拘らず此の場合には常に研究を個別化することに因つて過誤を避けることが出来る。

(5) 所謂人民の「刑事的敏感」 *kriminelle Reizbarkeit* der Bevölkerung の點に於ける變動によつても同じことが云ひ得られる。即ち一定の犯罪典型に屬する輕微な場合が或る時期には國民からは不問に附され、檢事からは訴追されないうで居るに拘らず、他の時期には極くの微罪と雖裁判に附せられるとすれば、此のことは言渡された刑の平均の上に影響を及ぼすのは自明のことであり、此の平均の



相違は恐らくは此の社會學的事實の上にか立脚することは出来ない。此の點こそ無罪になつて居る行爲の「不明な數字」が、此の司法統計上の研究に於てもものを云ふ點なのである。此の點には後に尙折にふれて立ち戻つて論ずるであらう。

(6) 現在の法律状態を説明するには、一般に一九二五年乃至一九二七年の平均數を基礎にとつた。是は統計的觀察にとつては比較的短い期間であることは認めなければならぬ。けれども其の後年の統計は今日では公表されて居ないし、それよりもつと前の時代に遡ると云ふことは、一九二三年乃至一九二四年のインフレーション並にデフレーション時代は非常に異常な時代であつて、其の數字はたゞゞ以て全體の觀念をぶちこはす懸念を生ぜしめるに過ぎないであらうから不當である。何れにしても一九二五年乃至一九二七年の間に於て我が國の裁判所が重罪及輕罪についてほゞ二百萬件の刑を言渡して居ることは、觀察の資料として相當著しい幅を持つて居る次第であつて、此のことは忘れないで居て欲しいと思ふ。

## 第一章 刑の量定の時間的發達

我が國の刑法典は制定以來既に六十年の年所を経た。此の間に我が國民は其の根本に於て不變の儘の刑法の下に偉大なる經濟的發展を遂げ、著しい政治上の變遷を閱みしたのであるが、其の間刑法典を變更し之を補充する改正法には重要なものもあり、重要でないものもあつたけれども、兎に角其の根本に於て刑法が不變であつたことは否定すべからざる事實である。何れにしても根本的の革新を齎した罰金法並に少年裁判所法の公布せられる迄は、即ち刑法典施行の初めの五十年間は、刑法典は大體に於て同一のものであつたのである。けれども刑法の規範は同一であつたにも拘らず、事實上の法律状態は根本から別個のものになつて居た。かうは云つてもわたしは、法定の構成要件に對する裁判所の解釋の變つて來た數多くの場合を念頭に置いて居るものではない。法定の構成要件に對する裁判所の解釋の變動の如きは、刑事司法が其の適用した刑罰と云ふ害惡に關して全然面目を一新するに至つたと云ふ決定的の事實に較べれば、其の意義に於て遙に劣るものである。此の點について法制史的方法論的に興味のあるのは、此の面目の一新が同一の刑法典の支配の下に行はれたと云ふ事實である。

此の重要な發達について或る觀念をつかむ爲には、裁判官の刑の量定 richterlicher Strafmass の二



つの成分である刑種と刑量とを區別して考へるのが適當である。

### 第一節 刑種の選定の點に於ける變遷

一八七一年の刑法典の最も支配的な刑罰手段は自由刑であつて、死刑は唯一の場合に制限せられ、然も此の場合は裁判官の裁量の外に置かれてあつた。即ちわれ／＼にとつて問題となるのは自由刑を外にしてはたゞ罰金あるのみであるが、併し刑法典は、違警罪を度外して考へれば、此の罰金と云ふ刑罰手段に對しては明かに控へ目勝の態度をとつて居て、其の一番初めの法文に於ては罰金は（主刑 Hauptstrafe としては）重罪竝に重い輕罪については全然除外され、比較的軽い輕罪について自由刑と選擇的に規定されて居て、且又其の適用も減輕情狀の存否に繫らしめられて居たものであつた。

裁判所の慣行に由つて發達せしめられた法律狀態は、法典の最初の施行期間に於ては其の以上に述べた根本的の見解に全然適合して居る。一八八二年、即ちわれ／＼が獨逸國犯罪統計を有するに至つた最初の年に於ては、重罪竝に輕罪に對するすべての刑の七十五パーセントは自由刑であつて、罰金は二十五パーセントに過ぎず、また其の前十年間に於ける發達が其の後に於ける發達と同じやうに直線的であつたとすれば、此の法典の最初の施行期間に於ては罰金のパーセンテージは殆ど二十パーセントにも達し兼ねたものと思はれる。確に自由刑の壓倒的勢力は獨り紙上の法にのみ止まるものではな

くて、實際に生きた法だったのである。けれども其の時から事情は漸次に、そしてまた驚くべき一本調子を以て變化して行つて、竟には殆ど其の正反對の結果となるに至つたことも亦確實である。一八八二年から世界戦争に至る迄の間では罰金のパーセンテージは年を逐ふて増加し、其の間極めて些細な變化があつたに止まり、一九一一年には遂に五十パーセントの限界を突破するに至つた。ついで戦争中竝に戦争後の期間は反動を齎したけれども其の後間もなく形勢は再び一變し、裁判官をして大抵の重い輕罪には罰金を科することを得しめる罰金法の施行せられるに及んでは、一九二二年には此の刑種の適用に一大飛躍が行はれ、其の後は從來の發達は些細の動搖を以て續行せられ、遂に統計が載せて居るところの最後の年である一九二八年には、其の範圍は從來未だ曾て到達したことのない數に上つた。即ちすべての重罪及輕罪の約七十パーセントが、罰金を以て處罰されて居るのである。

勿論此の全體としての數字は餘りに信を置き難く、罰金を以て處罰される犯罪の比較的増加して居ることも其の原因であると云ひ得ないでもない。けれども個別的觀察は此の事態が決して謬り示されて居るものでないことを明かにして居る。今こゝでは最近三十年の二三の數字を擧げて見よう。然も是は全期間を通じて裁判官に自由刑と罰金とを選擇することを許されて居た犯罪についての數字である。

有罪の言渡を受けた者百人について罰金に處せられた者のパーセンテージは左の通りである（註一）。

|       |       |       |
|-------|-------|-------|
| 一八九〇— | 一九一〇— | 一九二五— |
| 一九〇三年 | 一九一三年 | 一九二七年 |



|                            |      |      |      |
|----------------------------|------|------|------|
| 反抗(一一三條)                   | 二四・七 | 四八・一 | 七二・六 |
| 家宅侵入(一一三條一項及二項)            | 五一・〇 | 六五・四 | 六五・六 |
| 猥褻行爲(一八三條)                 | 二五・九 | 三九・七 | 四三・七 |
| 侮辱(一八五—一八六條)               | 七八・六 | 八七・三 | 九一・五 |
| 危険ナル傷害(二二三條 <sup>ハ</sup> ) | 四一・〇 | 六六・〇 | 六六・八 |
| 脅迫(二四一條)                   | 五一・五 | 七一・五 | 七九・四 |
| 横領(二四六條)                   | 三一・一 | —    | 五二・五 |
| 詐欺(二六三條)                   | 二二・一 | 四一・四 | 四六・九 |
| 物件毀棄(三〇三條)                 | 五〇・一 | 六五・九 | 七四・二 |

(註一) ウォエルナア及びネストラア(著者自序を参照)に據る。——尙一九二七年の刑法草案の第二附録四十五頁をも参照。

此の表を見ると、「全然刑事技術學上重大な意義を持たないやうな犯罪についてのみ」(註二)罰金の増加を見るに至つたものとは、到底主張することは出来ない。罰金の慣行が重い犯罪には増加して居ないことは明白である。何となれば是等の犯罪に對しては罰金は認められて居ないからである。けれども上の列に記載して居るところは、法律がそれを許して居る限りに於ては道德的・法律的に非常に重大である犯罪についても、罰金が増加して居るものであることを示して居る。加之こゝに注意された

いは、此の數字が法律改正の結果たるものではないと云ふことである。何故と云ふのにこゝに擧げた犯罪は罰金法とは全然無關係なものであるからである。寧ろ是等は裁判所の慣行の相對的變動なのである(註三)。犯罪に依つては今日では自由刑が全然ただ紙上におのみ規定されて居るに止まるのもある。此の點については後に尙論する心算である。

(註二) Freyb, Gerichtssaal 99, 462.

(註三) 違警罪の場合にあつても罰金は拘留に較べるとやはり全く同じやうに増加の趨勢にあるものであることは、バイエルン邦に(1911) v. Mayr, Statistik und Gesellschaftslehre III, S. 921 の示して居る所である。

自由刑の個々の種類を選定する上に於ても、慣行は少からず重大な變動を示して居る。拘留並に禁錮は其の適用領域の極めて狭小であるところから、この觀察からは除外せざるを得ないけれども、之に反し重懲役並に輕懲役の適用は極めて特色のある態様を示して居る。有罪の言渡の總件數は一八八二年以來殆ど倍になつて居るに拘らず、重懲役刑は僅々一萬三千件から七千件に減少して居る。此の點に於ても重懲役刑のパーセンテージは、他の刑種に比較すると少しばかりの反動を除外すれば常に低下して居るのである。即ち一八八二年に於て重懲役刑を以て處罰された件數は、すべての重罪及輕罪の四一パーセントであつたものが一八九〇年乃至一九〇三年には平均二・四パーセントに下り、一九二五年乃至一九二七年には一・二パーセントに過ぎず、一九二八年には此の數字は既に一パーセントを割つて了つたのである。此の相對的變動の一部は重懲役を以て處罰されないことになつて居る



犯罪が増加したこと、關聯して居るのは云ふ迄もないが、又他の半面に於ては毎年言渡された重懲役刑の一部は、それが専ら重懲役を以て處罰されることになつて居る犯罪、例へば偽誓 *Mein eid* 等に關する限りに於ては、裁判官の裁量の外に置かれてあるものであることを忘却する譯にはいかない。二つの刑種の間について選擇を行ふ権限の裁判官に與へられて居る犯罪が只一つ丈斟酌されて居るのは、慣行の傾向をもつと明確に示すものである。次に二三の例を挙げやう (註四)。

(註四) 犯罪統計の範圍内に於ける變動に關しては數字は——此の場合に於ても以下に於けると同じやうに——一八八二年を目當とすることは出来ないし、又すべての犯罪を通じて同一の年度を目當とすることは出来ない。

有罪の言渡を受けた者百人の中重懲役を以て處罰された者の數は

|                                |              |            |
|--------------------------------|--------------|------------|
| 重竊盜 (二四三條)                     | 一八八六年        | 一九二五—一九二七年 |
|                                | 一七・〇         | 四・一        |
| 單純累犯竊盜 (二四四條)                  | 三五・〇         | 一〇・四       |
| 累犯詐欺 (二六四條)                    | 三六・一         | 八・三        |
| 重い傷害 (二二四條)                    | 一三・〇 (一九〇二年) | 二・六        |
| 兒童との姦淫行爲 (一七六條三項) 二四・三 (一八八七年) | 七・九          |            |

と云ふことになつて居る。即ちどの場合に於ても重懲役刑は特に著しく減少して居る。そこで重懲役刑の代りにどんな刑が科せられたかと云ふ問題を検討して見るのは興味のあることであると思ふ。長

期輕懲役刑であつてたゞ拘禁の方法が變つたと云ふ丈のことに止るのであるか。それともまた短期自由刑であつて拘禁の期間迄もが變更されて居るものであるか。勿論統計は前に重懲役を以て處罰された場合に於て、今ではどの刑が科せられて居るのであるかと云ふことを報告することの出来ないのは云ふ迄もないが、それにも拘らず重懲役刑の減少して居る間に、長期の輕懲役刑 (一年並にそれ以上) が同じ割合で増加して居ると云ふやうなことはなくて、寧ろ長期の輕懲役刑それ自體亦——絶對的にも相對的にも——減少したこと、以下に於て刑量の點と關聯して示すであらうところのもの、如くであることは、兎に角確認せざるを得ない。

序乍ら一言して置くが、附加刑の發達も亦全く同じやうな方向を示して居る。此のことは公權褫奪並に警察監視等、數十年來繼續して極端に減少しつゝあつた深刻な處分について特に云ひ得られることである。(註五)

(註五) v. Mayr. III, 917 ff. に於ける若干の數字。

### 第二節 刑量の量定の點に於ける變遷

隨時選擇された刑の等級に關する我が國刑事司法の慣行の發達を敘述するのは困難である。先づ統計の點に一つの理由を存する。即ち我が國の刑事統計は其の現在の形態に於ては、言渡された有期重



懲役刑の刑量や罰金の刑量に關しては何等の數字をも示すものではなくて、たゞ輕懲役刑の刑量に關して少しく數字を掲げて居るに過ぎない。此の後なる點に於ては我が國の刑事統計はたゞ三つの等級に分れて居る丈であるのに反し、以前には數年に互る自由刑や極めて短い輕懲役の適用に關しても報告を行つたものである(註六)。

(註六) 此の節約振りは外國、特にイギリスや、フランスや、オーストリアなどの刑事統計が其の他の點に於ては決して特に豊富な内容を持つて居る譯ではないけれども、併し刑量の問題には著しく多大の注意が拂はれて居る——それは是等の國々に於ては刑量の問題についての實際的意義がはつきりと認められて居るが爲であることは明白である——の興味ある對照を爲すものである。

事情かくの如くであるから刑量について語るに當つては、わたしは最初から輕懲役刑に制限せざるを得ない。併し乍ら刑量の發達は適用し得る刑罰手段の適用の點に於ける、曩にも述べたやうな變遷に由つて妨げられるものである。されば此の變遷にも斟酌を拂ふ必要がある。重懲役刑が漸次にではあるが不斷に減少して行つて居ることは曩に既に一言した。それが單に名譽に及ぼす結果に由つて特別扱ひをされて居る重い自由刑を嫌ふ爲であるに過ぎない場合、即ち刑種の變動たるに過ぎない場合にあつては、重懲役刑の減少に伴つて平行的に長期の輕懲役刑が同じやうに甚しく増大せざるを得ないであらう。ところがさう云ふことは實際にはないのである。そして更に罰金の増大が、罰金と云ふ刑の漸次に短期の自由刑に代るの任を有せしめられるやうになつたことの一つ結果に過ぎないとすれば、此の増大は短期の自由刑の相當な減少を伴はないでは居ないであらう。ところが是も實際には無

いことなのである。先づ國法に對する重罪竝に輕罪の總數を見よう。

國法に對する重罪竝に輕罪の故を以て有罪を言渡された者百人について

|               |       |       |
|---------------|-------|-------|
|               | 一八八六年 | 一九二八年 |
| 重懲役           | 三・二   | 〇・九   |
| 一年以上の輕懲役      | 五・八   | 二・七   |
| 三ヶ月以上一年未満ノ輕懲役 | 一〇・五  | 八・八   |
| 三ヶ月未満ノ輕懲役     | 五二・五  | 一八・〇  |
| 拘留            | 〇・四   | 〇・五   |
| 罰金            | 八三・五  | 八七・九  |
|               | 三〇・六  | 六九・四  |

と云ふことになつて居る。是で見ると刑量は下の方に向つて明かに減少して居るのであつて、然もどの刑罰等級に於ても話である。また長期の自由刑(重懲役刑竝に一年を越える輕懲役刑)が其の合計に於て減少したこと、即ち重懲役刑に代つて長期の輕懲役刑が科せられたと云ふ丈に止まるものではないことも判る。

罰金の場合にあつても全然同じやうな次第で、短期の自由刑の使用される場合は非常に減少したけれども、それにも拘らず罰金の増加するに應じて期待することの出來たやうな程度に於てはなかつ



た。此の場合も單に刑種の變動のみに止まるものではなくて寧ろ刑量の低下であつた。勿論輕微な刑のパーセンテージの合計は必ずしも甚しく増大して居ない。蓋し普通に行はれて居る刑量が下の方の

第一表 若干の犯罪に於ける刑の量定の發達 (第二十四表の前註を参照)

| 犯罪                   | 年次         | 重懲役  | 輕懲役    |       | 罰金    | 刑事成年人口の十萬分の有罪者を受けたる數 |
|----------------------|------------|------|--------|-------|-------|----------------------|
|                      |            |      | 一年以上未滿 | 三ヶ月未滿 |       |                      |
| 反抗<br>(一一三條)         | 一八九〇—一九〇三年 |      | 〇・九    | 六三・八  | 二四・七  | 四                    |
|                      | 一九一〇—一九一三年 |      | 〇・三    | 四七・〇  | 四八・一  | 四                    |
|                      | 一九二五—一九二七年 |      | 〇・一    | 二四・九  | 七三・六  | 四                    |
| 兒童との姦淫行為<br>(二七六條三號) | 一八九〇—一九〇三年 | 三・一  | 三三・九   | 四五・一  | (九・九) | 三                    |
|                      | 一九一〇—一九一三年 | 一三・三 | 二四・〇   | 四九・七  | (二・九) | 三                    |
|                      | 一九二五—一九二七年 | 七・九  | 二二・四   | 五六・三  | (一・七) | 三                    |
| 重い淫行媒介<br>(一八一條)     | 一九〇二—一九〇三年 | 一九・四 | 九・六    | 二九・八  | 四〇・四  | 九・八                  |
|                      | 一九二五—一九二七年 | 三・三  | 六・五    | 二八・三  | 五九・八  | 六・七                  |

| 危険なる傷害<br>(二二三條a) | 單純竊盜<br>(二四二條) | 重竊盜<br>(二四三條) | 詐欺<br>(二六三條) | 輕懲役    |       | 罰金   | 刑事成年人口の十萬分の有罪者を受けたる數 |
|-------------------|----------------|---------------|--------------|--------|-------|------|----------------------|
|                   |                |               |              | 一年以上未滿 | 三ヶ月未滿 |      |                      |
| 一八九〇—一九〇三年        | 一八九〇—一九〇三年     | 一八九〇—一九〇三年    | 一八九〇—一九〇三年   | 三・四    | 一三・一  | 四二・〇 | 三二                   |
| 一九一〇—一九一三年        | 一九一〇—一九一三年     | 一九一〇—一九一三年    | 一九一〇—一九一三年   | 一・九    | 七・三   | 二四・〇 | 一九                   |
| 一九二五—一九二七年        | 一九二五—一九二七年     | 一九二五—一九二七年    | 一九二五—一九二七年   | 一・三    | 九・九   | 三三・三 | 六・五                  |
|                   |                |               |              | 〇・八    | 九・二   | 三九・五 | 一四・七                 |
|                   |                |               |              | 一・〇    | 六・九   | 八三・六 | 一九・五                 |
|                   |                |               |              | 〇・五    | 五・〇   | 八三・六 | 一七                   |
|                   |                |               |              | 一・三    | 五・三   | 八三・六 | 一七                   |
|                   |                |               |              | 一・七    | 五・九   | 八三・六 | 一七                   |
|                   |                |               |              | 二・二    | 九・〇   | 六五・七 | 一五                   |
|                   |                |               |              | 一・四    | 六・八   | 五〇・一 | 一五                   |
|                   |                |               |              | 一・七    | 二・二   | 四六・九 | 一六                   |

限界に近づいて居る所では、輕い判断は今日では刑の低いことの點に於てよりも、從來はまだ全然存在して居なかつた刑の條件附猶豫の使用されて居る點に於て現はれるからである。長期に互る自由刑を裁判所が嫌惡する念の増大しつゝあることは個々の數字からも判る。ほんの少



しの例を挙げれば、一年間の自由刑（重懲役も輕懲役もひつくるめて）は、一八八六年以來最近四十年間に於て重竊盜竝に詐欺の累犯につきほぼ半ばに達し、兒童との姦淫行爲や重い淫行媒介については半ばよりも遙の下位に減少して居るのである。

最後にもう一つ二三の暴行罪、風俗に關する犯罪竝に財産犯罪についての刑の量定の全體としての發達を指摘して置きたい。第一表は同時に此の犯罪の隨時の犯行の數をも含むものである。それは刑の量定の發達が犯罪の發達と關聯するものであることは明白であるからである。

第一表が曩に擧げた數字と關聯して明かにして居る現象は、たとへ其の程度に於ては或は過大に或は過少に評價されては居るものゝ、充分人に知られて居るところである。我が國の刑事裁判權が數十年來特色とする所は寛大へ向つての一般的傾向である。もしわれ／＼の統計が長期の自由刑に關して一年、二年、數年の間に區別を立てたとしたら、そして若し我が國の統計が比較的短期の刑に關して——刑の猶豫の實際的慣行を窺ひ知ることを許して居たとしたら、發達の全貌はもつと明確に識認することが出來ると思ふ。此の後なる點に關しては、一九二七年度に於て少年の有罪の言渡を受けた者につき、すべての言渡された自由刑の五分の四は考試期間を附して猶豫されたものであると云ふこと丈を指摘して置きたい。

### 第三節 此の發達の説明

今までの觀察に由つて、我が國の刑の量定に關する慣行の極めて注意すべき發達の方向が明かになつた。それは

- (1) 自由刑を犠牲にして罰金を科する傾向の増大しつゝあること、
- (2) 言渡された自由刑の刑種に關しても、刑量の點に關しても、輕い刑率を適用する傾向の増大しつゝあること、

である。此の二つの傾向は非常な力強さと恒久性を以て現はれ、最近五十年の經過する間に我が國の刑事司法に全然別個の外貌を與へるに至つた。此の現象を説明しやうとする者、此の現象を理解しやうとする者は、先づ方法的見解を念頭に置いてかゝる必要がある。

若し同一の犯罪典型が現在では平均的に從來とは別様に處罰されて居るとすると、此の現象は裁判官として取扱ふ行爲の評價の變動のあつたことを意味するものである。併し乍ら此の評價の變動は必ずしも必然的に、適用された評價の標準が今日では從來と比較して別様のものとなつたのであることに歸著せしめることを必要とするものではないのであつて、評價された客體の變動も亦其の根據となり得るものである。評價された客體の變動が原因となるのは、例へば外面的の生活狀況が一般的に變遷して、此の犯罪典型——インフレーション時代に於ける竊盜に想到せよ——が全然別の見地から判斷されるやうになつた場合に見る所である。法律の改正に因つて問題たる犯罪概念の範圍が變動せしめられた場合にあつては、評價の客體の變動を存するものであることは極めて明白である。けれども



事の真相は随分隠れて存在することがある。或る犯罪が中間の時期に於て便宜主義の下に置かれ、従つて其の時から世間に知られた犯行のより抜かれた部分丈が起訴せられ、有罪を言渡される場合に於ては、非常な注意を以てしなければ變動の前と後とでの刑の量定を比較するのは不可能であることは、曩にも既に指摘した通りである。實際の所我が國に於ては觀察された期間の間に便宜主義が擴張されもしたし、また幾多の犯罪が私人起訴犯罪たらしめられもした。此のことは統計が刑の量定についてわれ／＼に與へて居るところの觀念にも、影響を與へないでは居なかつた。例へば家宅侵入 Hausfriedensbruch は其の他の發達とは違つて、一九二五年乃至一九二七年の間では戦争前の時代のやうにあまり罰金で處罰されては居ない（一九二五年乃至一九二七年には罰金は六十五パーセント、一九一一年乃至一九一三年には罰金は七十七パーセント）とすれば、此のことは確に此の犯罪が其後に私人起訴犯罪となり、従つて従來は罰金を科せられることになつて居た多くの些細な事件が、今では全然訴追されなかつて居ること、關聯するものと云はなければならぬ。——危険なる傷害罪に對して私人起訴制度を施行し、従つて又便宜主義を採用したことは、此の犯罪の故を以てする有罪の言渡を著しく減少せしめるの結果を來した。之に因つて除外された場合が普通重い場合でないことは自明のことであつて、従つて是又其の他の發達とは趣を異にして、是等の犯罪については長期の自由刑は戦争前に比較して減退することをせず、寧ろ少々乍ら増加して居ることも之に因つて説明し得られるであらう。此の説明の事由が正當であるとすれば、此の場合には裁判所の判決が峻嚴になつたの

ではなくて、寧ろ其の判断の客體が變動したのである。刑の量定の目的物のかくの如き變動は少年裁判所法に由つても生ぜしめられたところであつて、當時裁判所が軽く處罰した場合の中で今日では最早統計に現はれて來ない場合が随分ある（本章第四節の(5)を参照せられたい）。此の變動も亦刑量の點に於ける相對的の推移を正當に判断しやうとする以上は、斟酌しなければならぬ所である。

けれども是等の場合のすべてを通じて過誤の淵源は、其の單に一時的の性質たるのみに止まるものでない場合にあつては、特定の犯罪部類の各個についてのみ主張することが出来るのであつて、大量の犯罪を平等に捕捉する行動である場合に於ては重きを爲すものではない。加之尙以下の事に注意する必要がある。便宜主義の擴張の中に存する重大な過誤の淵源は、刑の量定に關する原則が全然同一である場合に於ても、現在の刑事司法は統計の上では従來の刑事司法よりは峻嚴に見えるであらうと云ふ意味に於てのみ、統計の示す事態を謬り示すものである。ところが實際に於ては刑率は數の上から見ると今日では著しく軽くなつて居るのであるから、統計上の研究の結果は以上に述べたやうな考慮に由つては、たゞ／＼以て裏書されるばかりである。即ち今日の刑事司法は従來の刑事司法に比較して遙に寛大になつて居る。否、統計の數字が示して居るよりもつと寛大になつて居るのである（註七）。

（註七） 刑事司法の慣行が寛大になつて行きつゝあると云ふ此の主張に對しては、人民の刑事的敏感が増大し、従つて又今日では従來よりも遙に輕微な場合が判決されて居ると云ふ異論丈しか唱へることは出來まい。フレイブは一八八二年以來



輕微な犯罪について犯罪数の増加したことから、如上の事實を推論することが出来るものと考へて居る(Freih, GS, 89, 462)。けれども罰金の増加は重い輕罪、例へば一八八二年以來犯罪数の著しく減少し、其の訴追は現在ではそれがまだ非親告罪であつた當時よりも遙に強くない危険な傷害罪にも關するものである。加之フレイプ其の人も「軽く處罰する裁判所の傾向の増大しつゝあること」を云つて居るのである。

此の事實關係を説明するには先づ以下のことを念頭に置いてかゝる必要がある。今日普通に行はれて居る刑の量定にあつては、裁判官は犯罪と刑罰とを互に比較考量して、之に依り犯罪の輕重に相應した刑を選び出すのである。されば此の比較考量の歸結は刑の評價と犯行の評價とに依つて左右される。従つてまた刑の量定の發達の變遷は二つの原因に歸著せしめることが出来る。即ち刑罰なるもの、觀念の變動か、又は犯罪なるもの、觀念の變動に歸著せしめることが出来るのである。

(1) 刑罰なるもの、觀念の變動は事實上刑種の利用の點に於ける漸次的變遷、即ち一方に於ては重懲役刑を排斥すると共に、他方に於ては罰金を特に助長するに當つて、重大なる意義を持つたものと思はれる。

我が國の刑法典は其の刑罰手段に關しては、十九世紀に於ける刑法典の眞に代表的なるものであつて、もはや肉體殘害刑 *Leibstrafe* を認めず、死刑は最少限度に制限し、是等除外された刑種を補充するに自由刑を以つてして居る。かやうな次第で刑罰手段の最先頭に置かれたものが拘禁であつたと云ふことは、恐らく當時の思潮とも關係を有するものであると思はれる。即ち自由こそは當時の大理想であつて、凡そ想像し得られる程の刑罰としての害惡——それが人間に對して科するのにふさわし

いものとして考慮せられ得る限りに於ては——の中で、自由を奪ふと云ふことより犯罪人を罰するのに有效な手段と云ふものは考へられなかつた。十九世紀は監獄制度を改善し、こゝに於てか自由刑を信仰することになつたけれども、この信仰は前世紀中に動搖させられて了つた。學者は累犯の統計と云ふ探りで自由刑の價値を吟味した結果、懷疑的とならざるを得なくなつた。懷疑的となつたのは一面に於ては重懲役刑に對してであつて、重懲役刑は其の法定の名譽上の結果と共に、更に一步を進めて其の社會的名譽に及ぼす結果が深刻であるの致す所として、受刑者には刑期以上に最も重い打撃を與へ、其の將來の世渡りを妨げ、従つて累犯を阻止すべくして却つて之を助長することとなる。又他の半面に於ては短期の自由刑は世間のよく知つて居るやうないろ／＼の理由に基いて、極めて熾烈な攻撃的となつたので、改正論者は全然此の刑を廢止して了ふ提案を作るのに腐心した。此の批評は裁判所をも素通りはしなかつた。實際裁判所は重懲役刑を排斥して輕懲役刑を重視するのに貢獻する所あり、恐らくは又立法者が干涉するに先だつて、從來の見解から云ふと自由刑をして解決に當らせるのが自明的のことであり、又自由刑以外には解決に當ることは出来ないものと思惟された任務の一部を、罰金刑に委ねるのに與つて少からぬ力を致したものである。かやうな次第で第一次世界大戰前既に罰金の適用は明かに増大し、其の後立法者が短期自由刑相手の鬭争に乗出すに至るや、此の運動は更に一層拍車をかけられて續行された。大戰中竝にインフレーション時代には此の發達は中絶し、數年の間は再び自由刑が重きを成すに至つたけれども、それは恐らく大戰中法廷内に吹き荒んだ



冷い風の然らしめた所と云ふべく、然もとりわけ當時に於ては犯罪と云ふものが全然常態を失つて居たこと、特に當時にあつてはまだ到底罰金を以ては處罰することの出来なかつた竊盜罪の急激な増加と、大抵の場合罰金を以て處罰せられる傷害罪の是亦急激な減少に因るものである。

併し乍ら統計面を見渡して見ると、短期の自由刑は罰金刑が増加したのと同じ割合には増加して居ないことが判る。即ち以上に述べた所では未だ以て一切の事が云ひ盡されたものではない。實際の所第一次世界大戦以前に我が國の刑事統計中で公表された分類について見ると、短期自由刑に對する懸念が自由刑を排斥する決定的の動機たり得るものでないことがかなりはつきりと判る。即ち猛烈に攻撃された最も短期の自由刑（一日乃至七日）は、一八八一年乃至一九一一年の三十年間に比較的變化して居ないし、「一日乃至三ヶ月」の刑罰等級の適用が此の期間中に減少したのは最も短期の刑の減少に歸著せしむべきではなくて、寧ろ八日以上以上の刑の減少に歸著せしむべきである。即ち事實關係は實際には次のやうになつて居るのであらう。即ち罰金は廣範圍に亙つて短期の自由刑に代つて居るのであるけれども、同時に刑を軽くする一般的傾向の結果として中位の自由刑で短期の自由刑に依つて代へられたものが随分あるのである。かやうな次第で多くの犯罪については、刑事政策上の懸念の極めて大なるものあるに拘らず、然も尙短期自由刑の適用されること非常に頻繁であるのは舊來の通りである。此の種の如何なる懸念よりも遙に強いのはかの「刑を寛大にする傾向」であつて、此の傾向はそれ自體主として犯罪に關する觀念の變動したのと相關聯するものと見ることが出来やう。

(2) 現行刑法典は一八五一年のプロイセン邦刑法典を範とするものであつて、十九世紀の中頃獨逸の思想界を支配して居た觀念論的倫理觀を偏執的に信奉して居ることは、獨り其の刑罰手段の點に反映して居るのに止まらず、其の制裁の峻嚴である點にも見へて居る。所が此の峻嚴と此の觀念論とは次の數十年の間に次第に其の影を潜め、自然科学の時代が始まつて刑法學に於ても之に注意することが必要となるに至つた。即ち犯罪の原因と云ふ決定的の問題が持ち出され、精神病學と遺傳學とは刑法學の問題を占領して了つた。精神病學と遺傳學とは犯罪を以て遺傳された素質の必然的結果として説明する。従つて意思の自由に因る責任と公正な應報についての論議の餘地のない信念は、動搖せしめられざるを得ない。又新しい社會學の理論も同じ方向に作用を及ぼし、環境說 *Milieutheorie* 即ち曾て、犯罪についての責任を犯人の一身に求めやうとはしないで、犯人以外の隨處に求めるものであるといしくも論破されたことのある、あの學說が時を得顔に濶歩した。かくて竟に論者は此の相闘ふ二つの見解の統合に到達した。即ち犯罪を遺傳された素質の歸結と解すると共に、教育其の他諸般の環境の影響の歸結と見るのである。是等の理念は法廷内に迄も這入つて來ずには居なかつた。裁判官や參審員の各個にとつては是等の理念は正當と認められたかも知れないし、又は不當と認められたかも知れない。或はまたさう云ふ理念は彼等には全然意識には上らなかつたかも知れない。それでも兎に角彼等の判決は意識してせよ無意識的にせよ、直接にせよ間接にせよ是等の理由に力強く影響された。そしてよしんば犯行を理解すると云ふことは犯行を宥恕することを意味しはしないまでも、



少くとも刑の量定に於ける心理的必然は、理解へ向つての健全にして必然的な努力をして、益々いやが上にも寛大な判断に到達するに至らしめた。此の思潮が國家の全體、即ち國家が犯罪を相手としての闘争に於て傾注して居るところの三權の全部を捕捉したと云ふことは、此の思潮の力強さを示す一つの證據に外ならない。蓋し以上に述べたやうな現象は獨り司法についてのみに止まらず第一次世界大戦後の時代に於ける恩赦の慣行が尤も顯著に示して居るやうに、行政についても同じやうに認められることであるし、更に立法についても云ひ得られることである。即ち少額の消費物竊盜 *Verbranche Ismittalant Verklung* の構成要件の擴張だとか、困窮詐欺や困窮竊盜の特遇だとか、刑の條件附猶豫の制度の施行だとか云つたやうなことは大戦前に於ける時代の其の例であるし、又後には罰金法だとか、墮胎の刑罰を引下げたことだとか、新刑法典の施行に先だつて「減輕情狀」の制度を一般的に採用することによつて、重懲役に代ふるに中位の輕懲役刑を以てすることを裁判所に許さうと云ふ、國議會の委員會の極めて特色のある建議案などが之に續いた。

けれども刑法の立法や恩赦の慣行の領域に於ける是等の大戦後の現象は、それ自體國民の輿論の一つの反響に外ならなかつた。蓋し獨逸國の革命並に崩壞以來廣く人民の間に刑事司法の問題についての、犯罪人に味方をするものと稱する以外には他に殆ど形容の言葉のない程の一種の著想が形成されたからである。最近の文學、映畫並に演劇の周知の現象は其の廣く流布し、また熱狂的に受け容れられたことに依つて、以上に述べたことの有力な證據たるものである。

かゝる關係を叙述するのは其の中に批評を寓せしめる心算なのではない。前記の現象は今こゝではそれ自體として裁判所の慣行に影響を及ぼした思潮のほんの一つの徵表として擧げたのであつて、此の思潮や其の影響が歓迎すべきものであるかどうかと云ふことは別問題である。何れにしても如上の運動は重要な立法的革新を貫徹する爲の一つの有力な補助手段でもあつた。此の立法的革新は既に長い間要求せられ乍ら其の要求は充されずにあつたものであつたが、とうとう罰金法並に少年裁判所法に於て實現を見るに至つたものである。

即ち慣行の寛大の程度が増大——此のことはわたしには以上述べた所に依り確實なことであるやうに思はれる——は究極に於ては不合理 *Irrationales* に歸著する。わたしは寛大の増大する傾向を判決裁判官の刑事政策的考慮の結果として理解するのは間違であると思ふ。勿論此の慣行をさう云ふ風に辯護することも全く考へ得られることであつて、たゞ獨逸に於ける犯罪は大戦前に於て既に靜止の状態にあつたものであること、そして戦争並にインフレーション時代の驚瀾怒濤の荒れ狂つた後には、再び其のものとの地位に戻つたことを承知する必要がある丈である。此の點からして、裁判所が無用となつた峻嚴主義を捨てたこと、並に犯罪の發達が必ずしも不利な形勢を示して居ない以上は昔の慣行に復歸する理由も全然持たないものであることについての、説明と辯護を演繹することが出来やう。此の思想傾向は正當であるかも知れない。けれども刑事裁判官の多數者、従つて又平均的結果の上には確に何の影響をも與へなかつたのである。



此の主張を確實に證據立てることは素より不可能であるが、謂ふ所の寛大への傾向が刑法典の施行期間中に著しく増大した犯罪についても見られる所であると云ふ事情は、此の主張を辯護するものに外ならない。其の恐らくは一番重要な場合は詐欺の犯罪である。即ち犯罪の数は此の犯罪にあつては非常に著しく増加して居て、刑事成年たる人民十萬人について詐欺の故を以て有罪の言渡を受けた者一八八二年には三十五人に過ぎなかつたものが、一九二七年には百一人に上つて居る。それにも拘らず此の犯罪に對する罰金の適用は十パーセントから四十五パーセントに激増して居る。即ち裁判所は益々蔓延しつゝある詐欺の犯罪をば辛辣な干渉に依つて彈壓しやうとは毛頭しないで、此の場合にあつても普通の處置にたよつて居るのである。第一表のもう一つの犯罪は最近十年間に犯罪数の増加を見せて居る。それは重竊盜である。それにも拘らず此の場合にあつても長期の自由刑は其の本來の割合の半ばに低落して居る。是等の犯罪とは異り兒童との姦淫行爲の犯罪数は此の期間中不動であり、國家の權力に對する犯行の場合にあつては最初は減少し次いでまた増加して居る。けれども刑の量定は此の二つの犯罪についても、犯罪数の減少しつゝある犯罪の場合に於けると全く同じやうに、寛大に向つての發達の繼續と云ふ同じ現象が見られるのである。

加之コワルチック(註八)は二三の重要な犯罪について重懲役と輕懲役との間の選擇に關して慣行を精細に検討し、之を犯罪の發達と比較した。此の研究で刑の量定の慣行が隨時の犯罪と無關係であることが明瞭となつた。即ち犯行の増加しつゝある時勢に於ては刑量は往々にして低下するのであつ

て、犯罪が減少するとまた刑量は増大し始めるのである。勿論場合に依つては特定の犯罪又は犯罪形態が人民を憤激せしめるやうに増加すると、裁判所は重い彈壓手段を以て之に臨むやうにするけれども、また他の半面に於ては犯罪が稀となつたが爲に、裁判所が意識的に之を軽く判決すると云ふやうなことのあり得るのは言を俟たないけれども、何れにしても是は偶然的地方的な性質を有するに止まる干渉に外ならないのであつて、従つてまた今こゝで論じて居るやうな大量的現象をも、納得することを得しめるに足るものではないのである。

(註八) 著者自序中に擧げてある論文を參照。

裁判所の寛大への傾向の増加は十年來看取することの出来る所であつて、殆どすべての犯罪種別と殆ど全国各地に及ぶ現象であり、裁判所の全體を捕捉した勢力の影響に其の理由を歸著せしめないことには到底説明することは出来ないのである。否、オーストリアやイギリスやフランスなどの諸國に於ける慣行を一瞥して見ると、わが國の領域を遙に超えた、恐らく現代の典型的現象とも稱するの外はない勢力と運動とに關するものであることが判る。此のことは以上に叙述した説明の完全に確認する所である。即ち此の發達は全然、或る何れかの國での犯罪事情に因つて喚起された現象たるものではないのであつて、寧ろ犯罪とか刑罰とか云ふものに對する觀念が世界觀的に制約された變動を遂げたが爲であり、現代の文化の特色を成す觀念の變遷に由來するものに外ならないのである。



第四節 裁判官の刑の量定の現在の状態

我が國今日の刑の量定に關する慣行の状態は、「大數」がそれを反映することが出来る程度に於ては、附録の總括表に於ける幾多の例から推論することが出来る。此の表は尙以下の章に於て若干の數字を以て補充されるのであるが、こゝでは單に事態の全體の特長を示す爲に、刑事政策的に關係のある獨立した事柄を若干論究することにする。

(1) 罰金は今日獨逸國では數上支配的勢力を有する刑種である。此の方向に於てする發達は最近十年の間に立法に助けられて頗る敏速な進展を示したのであつたが、素より動搖がないではなかつた。ピッチェル (註九) は一九二三年には罰金の慣行は既に頂點に達したのだとさへ云つて居る。これは其の直後二年間には既に減少をはつきりと認めることが出来たからである。所で氏はこの減少は刑法典に於て最初はまだ罰金を法定せず、今日になつて初めて罰金法に基いて罰金を科することが出来るやうになつた犯罪について、特に著しいものがあると言ふ興味のある觀察をして居る。恰も新法の適用の最初の高潮時に於て直ちに反動が行はれて居るかの如くである (註十)。けれども此の短い期間の經驗を過當に評價する譯には行かない。正確な事情は恐らく次の如くであらう。犯罪の最も多かつた年であるインフレーション時代の一九二三年には、刑務所が前代未聞の超滿員の故を以て既に特に頻繁に

罰金が行使されたのであつたが、其の後正常の状態の漸次に回復するにつれて此の曲線はまた漸次に下り初めたけれども——そしてピッチェルはこの事實を最早觀察することが出来なかつたのであるが——間もなく其の當初の向上的傾向を再び取り初め、一九二八年には罰金の適用は六十九・四パーセントで從來未だ曾て見ない大きなパーセンテージであつた。此の發達は附屬刑法の犯罪にのみ見られるのではなくて、刑法典自體の犯罪についても見られるのである。さればわれ／＼は今日でも尙頂點を超えたものと稱することは出来ない。それは次の數字を見れば判る。刑罰百件につき罰金の割合左の如し

|                 |       |       |       |       |
|-----------------|-------|-------|-------|-------|
| 刑法典ニ對スル重罪及輕罪    | 一九二五年 | 一九二六年 | 一九二七年 | 一九二八年 |
| スベテノ國法ニ對スル重罪及輕罪 | 五二・四  | 五三・四  | 五六・一  | ?     |
|                 | 六三・六  | 六五・六  | 六八・五  | 六九・四  |

(註九) 著者自序中に援用してある論文を参照せられたい。  
(註十) Rischel, S. の數字を参照。

罰金の適用が犯罪に依つて非常に區々たるものがあるのは特に指摘するまでもない。注意に値するのは此の刑が特に單純竊盜 (四十八パーセント) 竝に困窮竊盜 (六十パーセント) について頻繁に適用されて居ると云ふことである。然るに此の刑は此の種の犯罪に對しては普通施行することは實際上



困難なのである。特に困窮竊盗の場合にあつては、罰金の適用が出来ないか又は竊盗が困窮竊盗でないかである。とまで推論される傾きがある程である。とは云ふもの、我が國の罰金法が罰金の執行を容易ならしめることに由つて、支拂能力の非常に乏しい者にも罰金を適用することを得しめるやうにしたのは、見逃す譯にはいかなない。けれども此の慣行はオーストリア或はチェッコスロヴァキヤに於ける竊盗の處罰と比較して見るならば、依然注意に値するものである。即ち是等の國々に於ては支配して居る法律状態の結果として、竊盗は全然罰金を以ては處罰されないのも同然なのである。

あまり重くない多數の犯罪にあつては罰金は殆ど排他的に適用される刑で、是と並んで選擇的に法定されてある輕懲役はたゞ紙上の規定たるのみに止まつて居る。たゞ注意に値するのは、是は決して輕懲役の刑を以て罰するのが最早今日の觀念に適當しないものと推定することの出来るやうな、古めかしい構成要件のみに關するものでなくて、寧ろ其の中には最近の立法ですらも自由刑を選擇的に規定することを必要とし、又は更に一步を進めて自由刑を一本槍の法定刑とすることを必要とするものとさへ認めるやうな、犯罪もあるのである。けれども慣行はこの事實を無視して居るのである。こゝで二三の例を纏めて見よう。

第二表 輕懲役を選擇的に法定してあるに拘らず一九二七年度に於て案件の九十九パーセント以上に於て罰金を以て處罰された輕罪。

犯 罪 法 定 刑

|                                       |               |
|---------------------------------------|---------------|
| 富籤ノ不法興行(刑法二八六條)                       | 二年以下ノ輕懲役又ハ罰金  |
| 自動車ノ認許並ニ運轉許可ニ關スル規定ニ對スル違反行爲(自動車法二三、二四) | 罰金又ハ二ヶ月以下ノ輕懲役 |
| 自動車法第二五條                              | 三ヶ月以下ノ輕懲役又ハ罰金 |
| 旅館飲食店ニ於ケル女使用人ニ關スル一九二〇、一、一五ノ法律第二條      | 六ヶ月以下ノ輕懲役又ハ罰金 |
| (一九二三、二、二四ノ緊急法第一目第四條第二項、第三項)警察時間ノ違反   | 六ヶ月以下ノ輕懲役又ハ罰金 |
| (一九二四、三、八ノ無電交通保護令第二條)無電施設ノ不法設置又ハ經營    | 五年以下ノ輕懲役      |
| 一九二三、七、二六ノ住宅難救濟法第十七條                  | 五年以下ノ輕懲役又ハ罰金  |
| 娛樂物制限ニ關スル規定ニ對スル違反(緊急法第二目第二條)          | 三ヶ月以下ノ輕懲役又ハ罰金 |
| 一九二六、一二、二三ノ牛乳取引法第三條                   | 三ヶ月以下ノ輕懲役又ハ罰金 |
| 獸疫豫防法第七四條                             | 二年以下ノ輕懲役又ハ罰金  |

普通に行はれて居る罰金の額についてはわたしは遺憾乍ら多く知るところはない。一九二六年については國司法省は一つの表を作つて居て、それからして次の數字が推論し得られる。興味の上からわ



たしは、言渡された罰金刑が事實上に支拂はれた範圍を示す數字を附記して置くことにする。

第三表 一九二六年度に於て國法に對する重罪及輕罪の場合に於ける言渡されたる罰金の額（一九二七年の刑法草案附録第二號四十六頁に據る）

| 金 額            | 罰金ヲ言渡サレタル案件百ニツキ |                          | 言渡サレタル罰金百件      |            |
|----------------|-----------------|--------------------------|-----------------|------------|
|                | 罰金全般<br>ヨリ見テ    | 第二七條b<br>ニ依リ言渡サレタル罰金ヨリ見テ | 中事實上支拂ハレタルモノ、割合 | 言渡サレタル罰金百件 |
| 二十ライヒスマルク未満    | 四四・五            | 三七                       | 六〇・二            |            |
| 二十乃至百ライヒスマルク未満 | 四七・九            | 五二・二                     | 六二              |            |
| 百乃至三百ライヒスマルク未満 | 六三              | 九・五                      | 五・四             |            |
| 三百乃至千ライヒスマルク未満 | 一・〇             | 一・四                      | 三・二             |            |
| 千乃至一萬ライヒスマルク未満 | 〇・二             | 〇・二                      | 三・七             |            |
| 一萬ライヒスマルク以上    | 〇・五             | 〇・一                      | 六・三             |            |

(2) 自由刑の量定の點に於ける慣行に關しては、刑事政策上の見地から見て特に二つのことに關心が持たれる。即ち一つは短期の自由刑であつて、これについては今日其の有益な効果よりも寧ろ有害な効果について人々の間に意見の一致を存するものである。またもう一つは長期の自由刑であつて、

即ち其の刑期の然らしめる所として階段的な刑の執行の方法で、受刑者に教育的な作用を及ぼすことが出来るやうになつて居るのである。こゝでは先づ最初に最近の總數を纏めて見やう。

一九二八年度に於て重罪及輕罪の故を以て有罪を言渡された者千人につき次の數字が出て居る。

|           |       |
|-----------|-------|
| 重懲役刑      | 八・七   |
| 輕懲役刑      | 二八六・〇 |
| 内 譯       |       |
| 三ヶ月未満ナルモノ | 一八〇・〇 |
| 三ヶ月以上一年未満 | 八八・〇  |
| 一年以上      | 一八・〇  |
| 禁錮刑       | 〇・二   |
| 拘留刑       | 五・〇   |
| 罰金刑       | 六九四・〇 |

短期の自由刑に關しては統計の資料は遺憾乍ら觀察をなし得る丈に充分でない。蓋し我が國の統計は今日のところ三ヶ月未満の刑の間には最早區別をして居ないからである。加之統計の明かにし得るものゝすべては刑の條件附猶豫の慣行に依つて狂はせられて居る。惟ふに、罰金が大飛躍を遂げたにも拘らず、短期の自由刑は我が國の刑事司法に於て依然として注意に値する役割をして居るのは確な



ことである。即ち刑法典に對する重罪及び輕罪につき三ヶ月未満の自由刑は約六十パーセントに達して居る。勿論極めて短期の、僅々數日間を刑期とする自由刑がどの程度迄適用されるものであるかを知るのはもつと大切なことであらう。否、此の種の自由刑は特に著しく攻撃的である。それにも拘らず戦争前の時代に於ては、すべての自由刑の三分の一はかゝる最も短期の自由刑（一日乃至七日）であつた（註十一）。現在については極めて少數の數字しか判つては居ないのであつて、例へば一九二七年度に於てベルリンの少年裁判所で言渡された輕懲役刑は左の通りである（註十二）。

|          |      |
|----------|------|
| 一日乃至七日   | 九 %  |
| 八日乃至十四日  | 二一 % |
| 十五日乃至一ヶ月 | 二三 % |
| 一ヶ月以上    | 三八 % |

（註十一）一九二七年の草案附録第二、四十三頁。

（註十二）Elsa v. Irsch, Zeitschr. f. ges. Str. r. 518.

併し乍ら少年にあつては極めて少數の者が現實に此の短期の刑に服役し、成年者にあつても短期の刑は廣範圍に互つて條件附で猶豫されて居る。けれども言渡されて事實上服役された最も短期の刑の數は、今日でもまだ一莫大なものであるのに相違ないことは、刑務所の報告書に由り多少の確實さを以て推論することが出来る。即ち一九二七年一月一日現在を以て我が國に於ける受刑者の總數は約

萬六千人であるが、當時は毎年約二十萬人の者が自由刑に服役させられたものであると推定することが出来るのであるから、自由刑の平均刑期は約四分の一年であることが判る（註十三）。終身間又は數年間重懲役に服役させられた受刑者の數を斟酌するときは、本當に服役された極めて短期の自由刑の數は、兎に角相當莫大なものであると見るの外はない。

（註十三）Bunke, Deutsches Gefängniswesen, Berlin 1928, S. 18 とは云々ムケは自由刑二十萬件中條件を附して刑を猶豫された者の併せ數へられて居るのを斟酌して居ない。

(3) 長期の自由刑に關する慣行は、今日非常に重要となつて居る刑の階段的執行の問題の故を以て特に重要である。勿論自由刑と云ふものは、階段的執行としての其の執行を有効に形成することを得んが爲めには、どれ丈の刑期を具へることを必要とするものであるかと云ふ點については、意見は分れて居るのであるが、刑の階段的執行は三ヶ月以下の自由刑の場合にあつては無意味たるものであることについては争はない。けれども重罪又は輕罪の故を以て有罪を言渡された者の全部の中で、三ヶ月以上の自由刑に服役させられた者は、一九二八年度に於て十一パーセントに過ぎないことを忘れてはならぬ。行刑法の草案は成年者に對する刑の階段的執行について六ヶ月の最短期間を規定して居る。プロイセン邦の命令は此の最短期間を短期として認めては居ないけれども、併し受刑者は第一の階段のみに於て既に六ヶ月間を過すべく、其の後も第二段の施設内には、更に三ヶ月以上の自由刑に服役させられる場合でなければ進級せしむべからざることを規定して居る。第三段への進級は九ヶ月



丈の刑の場合にあつては勿論問題となり得ないのである。かやうな次第で刑の階段的執行の改善された組織も、実際には一年以上の刑の場合でなければ恐らく問題とはなり得ないのである。

以上述べたやうな次第であるから有効な刑の階段的執行は、重懲役並に一年以上の輕懲役の場合に限り實施し得られるものである。之を一九二八年の數字に據つて見ると此のことは、刑の階段的執行については受刑者の僅に二・七パーセント丈しか問題とはならないものであることを意味する次第である。即ち此の教育刑の適用領域がどんなに比較的狭少なものであるかと云ふことがよく判る譯である。蓋し此の數字は教育的影響を受け容れることは出來ないで、従つてまた行刑法草案に依り刑の階段的執行を適用することの出來ない受刑者、又は、刑法草案に依り監置施設に附託することを必要とし、即ち是亦教育的行刑に附託することの出來ない受刑者の合計數丈更に減少するのであるからである。そして此の種の重懲役や長期の輕懲役を言渡された者の間にこそ、教育的行刑に適しない者が少くないであらう。

是等の數字を念頭に置くことと云ふことは、とり分け行刑制度改革論者の間に、行刑の問題は刑の階段的執行を本當に有効に形成するならば、それで解決されて了ふのであると云ふ意見が随分支配的勢力を有して居るやうに見受けられる事實を顧るに於て、特に重要とする所である。實際謂ふ所の改革は、毎年有罪を言渡される者の極めて小さな部分にしか關係するものではない。勿論——此のことは特にはつきりと高調して置く必要がある——一年若は數年の自由刑に服役せしめられた者の絶對數は

今日でも驚くべく大なるものがあり、一九二八年に於ては一萬五千人を越えて居るのである。即ち以上述べたところにも拘らず一つの重大な問題なのである。

(4) 刑事政策上特に重要な二つの犯罪部類、即ち累犯と少年についての刑の量定の問題は、こゝでもつと特別に觀察する必要がある。累犯の取扱に於ては、長期の自由刑を嫌惡すると云ふ以上に述べた我が國の裁判所の傾向は、重大なる懸念を喚起せざるを得ないやうな一種の意味を獲得して居る。現行刑法典は社會を力強く防衛しやうとして努力し、勿論二三の重要な累犯の部類について丈の話ではあるが、十年以上十五年以下の重懲役刑を以て之に臨むことを得しめて居る。この實際の慣行はどうかとなつて居るのであるか。一九二五年乃至一九二七年の間に於て有罪の言渡を受けた者百人につき、處罰のパーセンテージは次のやうになつて居る。

|      |          |
|------|----------|
| 重懲役  | 一年以上ノ輕懲役 |
| 一〇・四 | 一三・三     |
| 八・三  | 一七・八     |

(註十四) 重い累犯竊盜並に營業的贓物授受罪について同じやうな數字を羅列するのは、今此の箇所では關係のないことである。何となれば是等の犯罪は強制的に長期の自由刑を以て處罰することを餘儀なくされるのだからである。即ち是等の數字は裁判官の刑の量定の模様を示すものではないのである。

こゝに於てか、我が國の裁判所が長期の自由刑を科するのに物惜みをすると云ふ義に述べたやうな



傾向は、累犯に對しても相變らずのものであるのはつきりと認めることが出来る。是等の受刑者の組成如何は残念乍ら窺ひ知ることが出来ない。以前は統計は前科の刑の數に應じて前科者の間に區別をして居たことであるから、特に前科數犯の者に對する裁判所の寛大さはもつと遙に表面に現はれて居たのである。大戰直前の時代（一九一一年乃至一九一三年）の二つの例を挙げやう。十一回若はそれ以上同種の刑を以て處罰された後有罪を言渡された累犯竊盜の中、五年以上の重懲役に服役した者は二・四パーセントに過ぎず、二年乃至五年の自由刑（重懲役若は輕懲役）に服役した者は十八・七パーセントである。また十一回若はそれ以上同種の刑を以て處罰された後有罪を言渡された累犯詐欺の中、五年の重懲役に服役した者は驚くべし僅に〇・六パーセント、二年乃至五年の自由刑に服役した者は十一・八パーセントである（註十五）。所がかくの如き統計上の觀察は大戰後の時代については、残念乍ら行ふことは出来ない。併し乍ら全體として見て、累犯詐欺竝に累犯竊盜に因る刑は一九一三年以來著しく寛大になつたのであるから、前科數犯の者と雖も今日では大戰前の數字が示して居るよりは、恐らくもつと遙に軽く處罰されて居るものと認めることが出来る。

（註十五） 其他の數字は *Karner, Monatsschr. für Kriminalpsychologie*, 17. Bd., 372 und *Mitteilungen der JKV*, 1931 (Essener Tagung)。更に *Peger, Die Knickfallbetreuer*, S. 50 を参照。

#### (5) 少年の取扱

少年裁判所に於ける刑の量定について論ずる者は、少年に對する刑は今日第二義的の意義をしか有

するものではないことを念頭に置いてかゝる必要がある。蓋し少年裁判所法は教育と云ふ思想を主眼とするのであつて、従つて刑は往々にして適當な教育手段を以て代へられる次第だからである。されば此の教育手段に關するわが國裁判所の慣行は今こゝで無視することは出来ない。否、寧ろ少年裁判所の此の慣行こそ一番關心を持たれる點なのである。所が残念なことには、わが國の刑事統計は此の點については不完全である。即ち少年裁判所法第三十二條に據ると、教育手段が既に命ぜられて別段の處置はもはや必要でないときは、手續は中止することが出来る。また判決に先だつて假の教育手段を命ずることも出来れば、事情に依つては（後に許與される考試期間と關聯して）判決に由り教育處分を命ずることも出来る。然も是等すべての場合を通じて是等の處置は刑事統計上には現はれては來ないのである（註十六）。また刑については統計は、刑が一體どれ丈の範圍内で本當に執行されたものであるかについては、何等報告する所はないのである。また成る程刑の猶豫の數は報告されて居るけれども、一面に於ては此の數字中には一部猶豫の場合も包含されて居るし、また他の半面に於ては判決上許與される刑の猶豫は捕捉されないものである（少年裁判所法第十條及第十一條）。それにも拘らず此の不完全な資料からして、刑の慣行の特色を示すべく、の事柄を推知することが出来る。

（註十六） 此の中止の數上の範圍についての觀念を與へる爲にドレステン控訴院管區の表を挙げやう。此の表は一九三〇年度に於ける少年に對する處分（違警罪を包含す）に關するものである。

刑事訴訟法第一五三條第一項に因る中止

八

同上第三項に因る中止

一三六



|                       |      |
|-----------------------|------|
| 同上第三項に因る中止            | 二一   |
| 同第一五四條に因る中止           | 一二   |
| 少年裁判所法第三二條第一項に因る中止    | 一五四  |
| 同上第三項第一段に因る中止         | 一六四四 |
| 同上第二項第二段に因る中止         | 七〇   |
| 計                     | 二〇四五 |
| 其の他の中止                | 五三   |
| 釋放一般                  | 一〇七  |
| 少年裁判所法第三條に因る釋放        | 一九   |
| 有罪の言渡一般               | 一八四三 |
| 其の中少年裁判所法第六條に因る處罰の見合せ | 一六四  |
| 同第九條第四項に因る處罰の見合せ      | 五八   |

凡そ教育と云ふ思想 *Erziehungsgedanke* は贖罪と云ふ思想 *Sühnegedanke* に優先する。是が獨逸國の法制の發達に劃時代的な少年裁判所法の大思想なのである。此の理念は果して實際に具現されて居るものなのであるかどうか、若し實際に具現されて居るとすれば一體どう云ふ風にあるかと云ふことを、先づ第一に検討する必要がある。此の點こそ一切が裁判所の慣行の形成如何に左右される點なのである。即ち裁判官には教育手段を全然紙上の規定たるのみに止まらしめて、刑丈を適用するの權限を有せしむべきであるか、それとも他の極端に走つて少年に對しては全然刑を廢止し、教育手段丈を適用せしむべきであるか（註十七）。

（註十七）以下述べる所に（こゝ）は Neu, Die Praxis der Jugendgerichte an Hand der Kriminalstatistik, Leipziger Diss. 1931.

並に Hartung, Frank-Peischke I, 539 ff. を参照せよ。

歸責能力を有する少年百人に對して以下の處分が言渡された。

|              |       |       |       |       |
|--------------|-------|-------|-------|-------|
| 少年裁判所法第六條ノミニ | 一九二四年 | 一九二五年 | 一九二六年 | 一九二七年 |
| 因ル教育手段       | 一一・六  | 一三・八  | 一五・一  | 一六・八  |
| 教育手段並ニ刑      | 一一・六  | 二一・〇  | 二二・六  | 二三・〇  |
| 刑罰ノミ         | 七二・九  | 六二・二  | 五九・四  | 五七・〇  |
| 刑並ニ教育手段ノ見合せ  | 一・九   | 三・〇   | 二・九   | 三・二   |
| （第九條ニ依ル）     |       |       |       |       |

是等の數字は非常に興味ある發達を示すものである。教育と云ふ思想は慣行に於ては一舉に貫徹しはしなかつた。けれども何等の變動に由つても中斷されない前進を續けつゝあるものである。教育手段に關する二つの數字の不斷に上昇して居るのと、「刑罰のみ」の非常に著しく減少して居るのとは、此のことを極めて明瞭に示すものに外ならない。或る意味に於ては考試期間を附して刑を猶豫するのをも教育の處分に數へることが出来る。實際此の處分は報告されて居る四年間について、常に其の行使される範圍を増大したのである。即ち少年に對して言渡された自由刑百件について條件を附して猶豫された件數は左の通りである（註十八）。

|       |       |       |       |
|-------|-------|-------|-------|
| 一九二四年 | 一九二五年 | 一九二六年 | 一九二七年 |
|-------|-------|-------|-------|



(註十八) Hartung a. a. O.

此の發達と兩々相携へて刑罰と云ふ思想の不斷の減退が行はれて居ることは、少年裁判所法第六條及第九條に據る刑の見合せに關する前記の數字について見れば明白である。此の退歩的運動は特に自由刑については、われ／＼にして事實上行はれた無條件の自由刑を念頭に置きさへすればもつと明瞭になる。即ち有罪の言渡を受けた少年百人の中考試期間を否認されて自由刑に處せられた者の數は

|       |       |       |       |
|-------|-------|-------|-------|
| 一九二四年 | 一九二五年 | 一九二六年 | 一九二七年 |
| 二三・八  | 一三・七  | 一三・一  | 一〇・七  |

と云ふことになつて居る。

即ち一九二七年に於ては有罪の言渡を受けた少年の十分の一と少しが、無條件に執行することの出來る自由刑を以て處罰されたに止まるものである。わが國の刑事司法が最近十年間に經過した變動を、是程はつきりと示して居るものは他には全然ない。蓋し罰金法及少年裁判所法以前にあつては大抵自由刑を伴ふことになつて居た犯罪こそ、實に最も重要な少年犯罪に屬するものであるからである。

言渡された刑の種類については次の表が報告を興へて居る。即ち一九二四年乃至一九二七年の間に於て有罪の言渡を受けた者百人につき、

| 少年     | 罰金 | 自由刑       |           |
|--------|----|-----------|-----------|
|        |    | 三ヶ月以上の自由刑 | 三ヶ月未満の自由刑 |
| 少年     | 二七 | 五四・六      | 八・九       |
| 一切の受刑者 | 五四 | 四五・三      | 一九・七      |
|        |    |           | 二五・六      |

と云ふ數字が出て居るのである。

此の表で先づ第一に目につくのは、少年について罰金を適用されることの多いことである。其の數字は當然の事理としてまだ成年者の場合に於けるよりも著しく少いけれども、それでも兎に角少年にして有罪の言渡を受けた者の四分の一以上が、罰金に處せられて居るのである。此の適用の程度は四年間を通じてほぼ同一の状態を保つて居る(二十六パーセント乃至二十九パーセントの間)。少年に對する罰金の教育的價値は大抵の論者の全然否定する所であるが、中には勿論之を肯定する者もある。併し其の父母に對する「教育的價値」は恐らく事實上看過すべからざるものがある。只それにも拘らず少年竊盜のやうに徴表的に見て爾く重きを爲す犯罪が、隨分罰金を以て事濟みとなつて了ふのは驚くに堪へたること、謂はざるを得ないのであつて、即ち罰金を以て處罰されて居る案件の割合はすべての單純竊盜の六十九パーセントを下らず、即ち成年者の場合に於けるよりも極めて著しく多いのである。此のことは恐らくわが國の裁判所の懸念なしとしない慣行と相關聯するものであることは、此のすぐ次で論じやうとする所の通りである。惟ふに處罰命令手續 Strafbefehlverfahren の便宜



と公平とは職務行為の負擔の重きに喘ぐ裁判所にとつては、此の略式の方式を過當に使用する一大誘惑たるものなのであるが、少年に對しては處罰命令は罰金の場合に限り許されるのであるから、此の刑種の爾く頻繁に、爾く恒久的に適用される一つの理由は、恐らく此の點に存するものであると考へられる。即ち多くの場合を通じて事態は次のやうになつて居るのであらう。裁判官は罰金を適用しやうとする所から處罰命令を發布するのではなくして、寧ろ處罰命令を發布しやうとする所から罰金を適用するのであつて、當の少年を見たこともなく、従つてまた教育手段を眞面目に考量することも出來る譯ではないのである。

所が罰金は以上述べた所にも拘らず成年者の場合に於けるよりも適用されることが著しく少いし、また更に少年裁判所法第九條第四項に據る處罰の見合せは比較的稀にしか行はれないのであるから、少年に對しては成年者に對するよりも自由刑を科せられることが遙に多いと云ふ一見驚くべき事實が生ずる。併し乍らわれ／＼にして、少年にあつては曩にも示した様に言渡されたすべての自由刑の五分の四が、考試期間を付して猶豫されたことを斟酌するならば見解は直ちに一變する。只残念な事には成年者についての比較數が知れて居ないのであるが、併し此の數が著しく低く、従つて執行された自由刑にあつては割合は逆になることは何人も疑はない。少年にあつては自由刑の本當に執行されることがどんなに少いかは、一九二六年度に於てプロイセン邦のすべての刑務所を通じて、少年を收容すること平均八十一人であつたと云ふ事實からして、はつきりと知ることが出来る(註十九)。(重罪又

は輕罪の故を以て有罪を言渡された少年の數は、此の年プロイセン邦では約一萬三千人であつた)。世間が少年刑務所を大規模に建築することを考へて居た時代であることに想到せられたい。

(註十九) プロイセン邦に於ける司法行政部の刑務所に關する統計。此の施設には一ヶ月以上の刑に服役するすべての少年が收容されるのである。

自由刑の刑量も亦少年にあつては多少注意に値する現象を示して居る。長期の自由刑は當然の事理として成年者の場合に於けるよりも遙に少いけれども、それでも目立つて頻繁に科せられて居る。其の細目は特色ある二三の少年犯罪について、第四表からして明白に看取することが出来る。此の點について先づ目立つて感ぜられるのは、單純竊盜に比較して重竊盜が重く處罰されて居ると云ふことである(刑を科せられた者の割合九十一パーセント、其の中三十九パーセントは刑の一部猶豫さへ許されて居ないのである)。加之重竊盜の場合にあつては、單純竊盜の場合に於けるよりも教育處分を命ぜられることが少いのであつて、此の點についてはまだ／＼犯人よりも犯行に著しく重きを置いて居るのであると云ふ印象が深い。かやうなことが少年裁判所法の問題と相容れないものであることは、云ふ迄もあるまい。もつと目に立つのは、思春期に於ける典型的の犯罪であるところの兒童との姦淫行為(第七十六條第三號)の處罰の非常に重いことであつて、自由刑を科せられることが頻繁であり(九十一パーセント)、また其の刑期は長い。受刑者の三分の一以上は自由刑につき考試期間を許與されない。此の數は、われ／＼にして此の刑法第七十六條第三號に據つて有罪を言渡された少年



が、まだ無前科の者であつたことを同時に統計からして推知するに於ては、一層はつきりと照し出されることとなるのである。

第四表 一九二四年乃至一九二七年に於ける各犯罪についての少年受刑者の取扱

| 犯 罪                  | 金 罰   |                  | 輕 懲                   |                       | 役    | 處罰の見合せ | 刑 罰 | 教育處<br>分を命<br>じたる<br>場合 |
|----------------------|-------|------------------|-----------------------|-----------------------|------|--------|-----|-------------------------|
|                      | 全     | 一<br>年<br>以<br>上 | 三<br>ヶ<br>月<br>以<br>上 | 三<br>ヶ<br>月<br>未<br>滿 |      |        |     |                         |
| 單 純 竊 盜<br>(第一四二條)   | 三四・六  | 五四・一             | 〇・三                   | 四・三                   | 四九・七 | 一七・五   | 三・二 | 三六・六                    |
| 重 竊 盜<br>(第一四三條)     | (一・五) | 九一・〇             | 二・三                   | 二五・三                  | 六三・四 | 七・三    | 〇・二 | 六〇・六                    |
| 單 純 傷 害<br>(第二二三條)   | 六六・二  | 一一・五             | 〇・一                   | 〇・四                   | 一一・〇 | 一四・三   | 四・九 | 八・四                     |
| 危險なる傷害<br>(第二二三條)    | 六・三   | 二八・八             | 〇・三                   | 三・七                   | 二四・九 | 七・九    | 二・一 | 三二・四                    |
| 過失傷害<br>(第三〇一―第三〇三條) | 七・四   | 九・九              | —                     | 〇・四                   | 九・五  | 一四・〇   | 三・七 | 九・〇                     |
| 兒童との淫姦行爲<br>(第一七六條三) | —     | 九一・〇             | —                     | 三三・〇                  | 五六・四 | 八・八    | 〇・二 | 五六・一                    |
| 刑法典に對する重<br>罪及輕罪     | 二七・二  | 五四・六             | 〇・八                   | 八・一                   | 四五・七 | 一五・三   | 三・〇 | 四二・一                    |

之を要するに、少年裁判所法はわが國の刑事司法を甚しく動搖させたものであつて、其の根本精神

は益々前進せんとする勢を示しつつあるものである。けれども此の運動は未だ以て完結して了つたものとは見られないのであつて、現に計畫されて居る法律の改正が行はれない場合にあつても、教育と云ふ思想は裁判所の慣行の上で別様の進出を爲すものと期待することが出来る。只獨乙國の異つた地方に於て發達が必ずしも同一の方法で、必ずしも同一のテムボを以て行はれるものでないことは、次の章で明かにする心算である。

餘論、オーストリアに於ける刑の量定の慣行の状態

オーストリアに於ける刑事政策の發達は、其の人民がわが國と民族を同じくして居ると云ふ事情の爲に、われ／＼にとつて特に興味深く感ぜられる所であるが、併し獨り只かゝる理由からのみに止まるものではない。現在わが獨逸國とオーストリアとの刑法の統一は、既に實現の一步手前に在るに過ぎない。即ち此の二つの國に於ける法制の事實上の統一の實現は、決して専ら形式的な法規の同化のみに繋らしめられるものではなくて、常に此の兩國に於ける新しい法規の結び付けられてある、歴史的の基礎に由つて左右されるものである。さればオーストリアに於て將來の普通獨逸刑法典を構築する上に基礎となるべき法律状態についての觀念を獲得するのは、全く意義の深いことである(註二十)。

(註二十) 以下述べる所については、Zahlenmäßige Darstellung der Rechtspflege, hrsj. vom Bundesamt für Statistik, 1925 ff. を参照せられたい。

所で先づ最初にはつきりと認識してかゝる必要のあるのは、オーストリアに於ける刑事司法の慣行



の今日示して居る全體としての状態は、獨逸に於けるそれとは非常に著しく趣を異にして居ることである。わが國に於て觀察し得られる發達の一般的傾向は、云ふ迄もなくオーストリアに於ても極めてはつきりと看取することが出来るのであるが、此の國にあつても發達は刑罰の減輕の傾向を以て特色とする。即ち其の刑種に於ても刑量に於ても刑罰の減輕される傾向なのである。そしてまた獨逸國に於けると同じやうに、オーストリアに於ても慣行の此の發達は、往々にして立法に因つて助長されたものであつて、所謂非常減輕權 *ausserordentlicher Milderungsrecht* は法律を以て擴張せられ、輕懲役に代ふるに拘留を以てすることが出来ることになり、また條件附の有罪の言渡の制度が施行される等と云ふ有様であつた。かやうに發達の傾向は同じ方向を辿つて居るにも拘らず、オーストリアの刑事政策の現在の状態は決定的の一點に於て獨逸のそれと趣を異にする。今こゝでは極めて簡単にオーストリアの發達の一番大切な點を略述して見やう。

(1) 先づ刑種についてである。凡そ一八五二年のオーストリア刑法典に據ると、重罪は常に死刑又は重懲役を以て處罰されることになつて居たのであるが、戦争後の立法に依つて先づ死刑が廢止され、更に五年以下の重懲役を法定されてある重罪は減輕情狀の存在する場合にあつては、輕懲役を以て處罰するの權能が裁判官に與へられた。然も此の權能は充分に行使されたものであつて、即ち一九二八年度に於てはすべての重罪の中輕懲役を以て處罰された者の割合は三十一パーセントであつた。否、犯罪に依つては主として輕懲役を適用されて居るものがある。例へば墮胎の場合にあつては七十

五パーセントである。之に反し竊盜や詐欺の場合にあつては僅々二十五パーセントに過ぎない。けれども此の顯著な事實は、極く大抵の輕懲役刑（八十八パーセント）は條件を付して執行を猶豫されたものであることを斟酌するに於て、初めて正しい説明が與へられることとなるものである。例へば前記の墮胎の場合にあつては、言渡された輕懲役の殆ど全部（九十六パーセント）が條件を附して猶豫されて居るのである。所がすべての墮胎の刑の四分の三は輕懲役に處せられることになつて居るのであるから、有罪なりと認められたすべての者の中で無條件を以て有罪を言渡されたのは、只辛ふじて其の四分の一を超えるに過ぎない次第である。

罰金は獨逸に於けるよりも裁判官の裁量に屬せしめられる範圍が遙に狭少で、従つてオーストリアでは極めて輕微な意味をしか有するものではない。此の重要な點にはもう少し深入りをして論ずることを必要とするであらう。併し此の點に於てオーストリアの刑事司法は獨逸國の刑事司法とは根本的に區別されるものであるにしても、わが獨逸國での發達の特色であつた罰金の適用の増大する傾向は、小規模に於てははあるがオーストリアに於ても矢張看取することが出来るのであつて、即ち違警罪についての罰金の適用は、最近三十年の經過に於て二十八パーセントから三十八パーセントに上つて居るのである。

(2) 刑量の點に於ても寛大に赴きつゝあることが認識し得られる。今重罪についての重懲役と輕懲役とを比較して居る第五表の示す所に依ると、長期の刑は短期の刑に比較して著しく減少して居るこ



とが認識し得られる。即ち獨逸に於けると同じやうに謂ふ所の寛大の傾向は、獨り刑種の點に關するのみに止まるものではなくて、寧ろ自由刑の刑期にも及ぶものである。

第五表 オーストリアに於ける重罪についての自由刑（重懲役並に輕懲役刑）の刑量

重罪の故を以て有罪の言渡を受けた者百人についての刑期の割合左の如し。

|            | 三ヶ月未満 | 三ヶ月以上<br>一年未満 | 一年以上二<br>十年以下 |
|------------|-------|---------------|---------------|
| 一八八二—一八五五年 | 四六・五  | 三六・九          | 一六・六          |
| 一八九一—一九〇五年 | 四九・八  | 三六・三          | 一三・九          |
| 一九〇一—一九〇五年 | 五五・七  | 三四・〇          | 一〇・三          |
| 一九二七—二八年   | 六〇・〇  | 三三・三          | 七・〇           |

(註) 其の中約半分は輕懲役刑であつて是亦大部分條件を付して猶豫されたものである。(Darstellung 1928, S. 10)

かくの如く刑量が一般的に低下しつつある以上は、オーストリアに於ても當然の事理として、謂ふ所の有效な刑の累進的執行を可能ならしめるやうな自由刑は、益々稀となるの結果を生ずる。即ち一九二八年度に於て重罪の故を以て有罪を言渡されたすべての者の中、刑期一年を超える自由刑を言渡された者は僅々七パーセントに過ぎない。一切の重罪、輕罪並に違警罪を總括するときは、有罪の言渡を受けた者約十四萬人の中、六ヶ月以上の自由刑を言渡された者は一九パーセントに過ぎず、一

年を超える自由刑を言渡された者に至つては實に〇・八パーセントに止まると云ふ結果を生ずる。此の數字は獨逸のそれに較べるとまだ著しく少いけれども、オーストリアの刑事統計は違警罪をも包含して居ることであるから、よしんばオーストリアに於ける違警罪の概念は、わが國法上輕罪であるところの多くの行爲を包含して居るとは云へ、其の報告は必ずしも獨逸の統計と比較することは出来ないものである。

更に此の發達は、隨分と排撃された短期の自由刑が著しく増加するの結果を導いた。是はオーストリアに於てはわが國に於けるよりも、もつと遙に大規模な可能性を持つことである。蓋し重懲役の短期はオーストリアにあつては只の一日でしかないからである。かやうな次第で例へば一九二八年度に於てはすべての重懲役刑の中で刑期三ヶ月のものは辛ふじて其の半にしか達しないと云ふ結果を來した。けれどももつと短期の刑の發達は更に顯著なるものがあり、先づ第六表は一ヶ月以下の自由刑が最近五十年の間に約倍になつたことを示して居る。けれども最も懸念すべき所のものは、オーストリアでは非常に短期の自由刑が今日尙依然として極めて決定的の意義を有するものであると云ふことである。此の事實は、オーストリアでは罰金は新獨逸法上に於けるが如く爾く一般的に、短期の自由刑に代る制度として認められて居ないと云ふ事實に由つて、非常に簡単に説明し得られるのである。

第六表 オーストリアに於ける短期自由刑

重罪の故を以て有罪を言渡された者百人につき、一ヶ月以下の自由刑（重懲役又は輕懲役）に處せ



られた者の割合左の如し。

|          | 一八八二—<br>八五年 | 一九〇一—<br>〇五年 | 一九二七—<br>二八年 |
|----------|--------------|--------------|--------------|
| すべての重罪   | 一〇・九         | 一八・四         | 二一・五         |
| 風俗に關する重罪 | 三・一          | 八・七          | 二〇・〇         |
| 竊盜並に共犯   | 一二・一         | 一八・八         | 二四・〇         |
| 重い傷害罪    | 九・四          | 一八・三         | 二〇・〇         |

違警罪の故を以て有罪を言渡された者百人につき、一九二八年度に於て一週間を超えない輕懲役刑を言渡された者の割合左の如し。

|              |      |
|--------------|------|
| すべての違警罪につき   | 七八・〇 |
| 傷害罪につき       | 八八・〇 |
| 竊盜につき        | 八二・〇 |
| 風俗に關する違警罪につき | 六五・〇 |
| 物件毀棄罪につき     | 九〇・〇 |

勿論是は殆ど全部條件を付して言渡された輕懲役刑たるものであつて、是等最も短期の輕懲役刑の極く少數者のみが無條件で言渡されて居るに過ぎない。けれども統計は殘念乍ら本當に執行された自

由刑の數については、何等明かにしては居ないのである。

以上述べた所に據れば、オーストリアの刑事政策の現在の状態を獨逸國に於けるそれと比較するときは、死刑の存在して居ないのを除けば主なる相違は、罰金の適用が極めて少いと云ふことであるが判る。

罰金は重罪の場合にあつては主刑としては許されないのであるし、輕罪の場合にあつては數上何等重大な役割を占めて居るものでない所から、一九二八年度にあつては案件の二十八パーセントに於て言渡されたに過ぎず、違警罪の場合にあつては案件の三十八パーセントに於て言渡されたに止まるのである。此の場合注意しなければならないのは、オーストリアに於ては違警罪の概念は單純な財産犯罪、風俗に關する犯罪の或るもの、軽い傷害罪其の他をも包含するものであると云ふことである。是等の犯罪はオーストリアでは違警罪であるが、獨逸國刑法典の上に相當する輕罪の場合に於けるよりも罰金の適用されることは遙に稀である。其の相違の顯著なるもの、特に財産犯罪の場合に於けるが如くなるものは他にはない。以下の表は此の事實を充分明瞭に證據立て、居るものであるが、只當該の法定の構成要件は獨逸とオーストリアとは決して一致するものではないことに注意する必要があるのである。

第六表 オーストリアと獨逸に於ける罰金の適用

オーストリア (一九二八年)

獨逸 (一九二五年—二七年)



|                          |     |          |     |
|--------------------------|-----|----------|-----|
| 違警罪たる竊盜                  | 一%  | 輕罪たる竊盜   | 四八% |
| 違警罪たる横領                  | 〇%  | 輕罪たる横領   | 五三% |
| 違警罪たる詐欺                  | 一%  | 輕罪たる詐欺   | 四七% |
| 違警罪たる竊盜の從犯<br>(竊盜後の贓物授受) | 三%  | 輕罪たる贓物授受 | 四九% |
| 風俗に關する違警罪                | 四%  | 公衆の不快の喚起 | 四四% |
| 故意に因る輕い傷害罪               | 四六% | 單純傷害罪    | 八九% |
| 單純物件毀棄罪                  | 三九% | 單純物件毀棄罪  | 七四% |

兩者の相違は一見直ちに明白である。従つて新法の施行されることに因つてオーストリアの慣行が、獨逸國に於けると同一の範圍内で自由刑に代ふるに罰金を以てすることが出来るやうになり次第、事態は一體どう云ふ風に發展して行くこととなるか、刮目して待つべきものがあらう。

## 第二章 刑の量定の慣行に於ける土地に依つての相違

一八七一年當時、數世紀に互る法制上の分裂の後を受けて再び一つの統一的な刑法典が出来上り、

また其の後間もなく大審院の設置を見て、此の法典の解釋の統一まで配慮されるやうな運びになつたとは云ふものゝ、それは未だ以て決して法律狀態の事實上の統一を保障することを意味するものではなかつた。法律の域内に於ても刑の範圍の廣汎であるの然らしめる所として、判決には尙依然として深刻な相違があり、そしてそれは刑量と云ふ恰も決定的の點に於て然りとしたのである。さればわれが此の獨逸的基盤の上に平等の刑の量定と、従つてまた此の點に於ても刑事司法の統一を確立することが果して出来るものであるかどうか、若し出来るものとするならば如何なる範圍に於てあるかを検討するのは、單なる純理論上の興味たるのみに止まるものではない。獨逸國刑事統計の作成者は其の仕事を開始する直前に此の問題に著手し、先づ一八八二年度の經驗に基いて「個々の控訴院管區内に於ける各個の刑種並に刑の等級の適用に關して、専ら客觀的に認識することの出来る事情の土地的相違(特殊の犯罪に於ける情狀重い場合の存在、人民の間に顯著となつた犯罪的傾向を峻烈に鎮壓することの必要等の如き)のみに依つては説明することの出来ない相違の存するものである」(註一)と云定の際に於ける法律の運用の差別に歸著せしめるの外はない相違の存するものである」と云ふ論決に到達した。此の最初の試みの結果は極めて重要なものがあつたのであるが、其の後幾何もなくして此の問題全般に對する關心は麻痺して了つて、われは後には刑事統計の説明中には只稀にのみ、刑の量定の不同の問題についての若干の觀察の報告されて居るのを見かけるに過ぎない。例へば一九一一年度に於ては、若干の重要な輕罪について行はれて居るに止まるのである。學者も亦此



の問題を全然閑却して居た。大戦後は個々の控訴院管區の數字はもはや公にはされないものであつて、従つて最近の研究は陳腐の資料に立脚するの外はないのである。此の状態は誠に遺憾な次第であると言はなければならぬ。何となれば此の問題は、將來の法制の下に於ては裁量の自由の擴張されるのに伴つて、重大な意義を有するに至るものであるからである。けれどもわれ／＼は今こゝでは事情の然らしむる所として、二三の簡単な確認丈に満足せざるを得ないものである。

(註1) Stat. d. D. R. N. F., Bd. 8, S. 40.

第七表は各個の控訴院管區に於て言渡された刑の總數を示す(一九一二年——一三年)。それは全國の極く違つた地方からの十區域である。此の數字は必ずしも非常に多くのことを物語つて居る次第ではないけれども、何れにしても固より各個の數字に於ても明瞭に反映されて居る現象を示すものである。即ちバイエルンは短期の自由刑を適用すること比較的多く、罰金を適用することは他の地域に於けるよりも割合に少い。特に特色のあるのはミュンヘンでは案件の三十八パーセント、コエルンでは案件の六十パーセントに於て罰金を科して居るが、他の半面では短期の自由刑にミュンヘンでは四十六パーセント、アウグスブルグでは四十五パーセントであるのに反し、フランクフルト並にハムブルグでは二十九パーセント、コエルンにあつては二十六・五パーセントである。

第七表 各個の控訴院管區に於ける國法に對する重罪並に輕罪の處罰

有罪の言渡を受けた者百人につき處罰の刑種の割合左の如し(一九一一年——一三年)(ネストラ

アに據る)

| 控訴院管區     | 刑 死  | 終身<br>間ノ<br>重懲ノ<br>役 | 有期重懲<br>役 | 輕 懲 役 |                   | 禁 拘  | 罰 金  | 有罪ノ<br>言渡ケ<br>タル者<br>ノ數 | 少年ニ<br>テ有<br>罪ノ<br>言渡<br>ケタル<br>者ノ<br>數 |
|-----------|------|----------------------|-----------|-------|-------------------|------|------|-------------------------|---|
|           |      |                      |           | 一年以上  | 三ヶ月<br>以上一<br>年未滿 |      |      |                         |   |
| 全 國       | 0.01 | 0.00                 | 1.04      | 2.55  | 8.9               | 3.11 | 0.01 | 169550                  | 15010                                   |
| ハムブルグ     | 0.00 | 0.00                 | 2.0       | 2.8   | 10.9              | 2.4  | 0.01 | 58554                   | 4494                                    |
| コエルン      | 0.00 | 0.00                 | 1.3       | 2.5   | 7.9               | 2.5  | 0.01 | 93273                   | 8496                                    |
| フランクフルト   | 0.00 | 0.00                 | 1.2       | 2.9   | 9.3               | 2.2  | 0.01 | 554                     | 294                                     |
| ベルリン      | 0.01 | 0.00                 | 1.4       | 3.2   | 10.2              | 3.5  | 0.01 | 181095                  | 13844                                   |
| コエーニヒスベルグ | 0.01 | 0.00                 | 1.1       | 1.9   | 6.8               | 3.0  | 0.01 | 570                     | 5836                                    |
| プレスラウ     | 0.01 | 0.00                 | 2.2       | 2.3   | 9.1               | 3.3  | 0.01 | 15604                   | 1504                                    |
| ドレスデン     | 0.01 | 0.00                 | 1.5       | 2.7   | 10.3              | 3.2  | 0.01 | 445                     | 1121                                    |
| スツットガルト   | 0.01 | 0.00                 | 1.0       | 1.4   | 7.1               | 3.8  | 0.01 | 551                     | 5676                                    |
| ミュンヘン     | 0.01 | 0.00                 | 1.4       | 3.1   | 9.7               | 4.3  | 0.01 | 58456                   | 4877                                    |
| アウグスブルグ   | 0.01 | 0.00                 | 1.2       | 2.1   | 8.5               | 4.5  | 0.01 | 3363                    | 2891                                    |

第八表 十控訴院管區内に於ける罰金の慣行



有罪の言渡を受けたる者百人につき一九一一年乃至一九一三年度に於て罰金を以て處罰せられた者の數左の如し(ネストラア竝にビツチェルに據る)。

| 全 國       | 反抗一<br>一三條 | 家宅侵<br>入一二<br>三條 | 猥褻行<br>爲一八<br>三條 | 侮辱一<br>八五、<br>一八六<br>條 | 危險ナ<br>ル傷害<br>二二三<br>條 | 脅迫二<br>四一條 | 庇護二<br>五七條 | 詐欺二<br>六三條 | 物件毀<br>棄三〇<br>三條 |
|-----------|------------|------------------|------------------|------------------------|------------------------|------------|------------|------------|------------------|
| ハムブルグ     | 四八・二       | 六五・四             | 三九・七             | 八七・七                   | 六六・〇                   | 七一・五       | 四九・二       | 四一・四       | 六三・三             |
| コエルン      | 六三・〇       | 七二・三             | 四八・九             | 八七・五                   | 六六・七                   | 七五・〇       | 三七・八       | 五七・〇       | 七〇・三             |
| フランクフルト   | 五四・〇       | 七七・三             | 三八・七             | 九〇・九                   | 七三・九                   | 七八・〇       | 四七・八       | 五九・九       | 七二・三             |
| ベルリン      | 五〇・六       | 七四・七             | 五一・八             | 九一・五                   | 六七・七                   | 七六・五       | 四七・四       | 四四・八       | 六六・七             |
| コエーニヒスベルグ | 四九・〇       | 六六・六             | 六六・七             | 九一・一                   | 六六・九                   | 七〇・五       | 四四・三       | 四〇・九       | 六六・五             |
| ドレスラウ     | 四四・四       | 六四・一             | 四六・六             | 八六・七                   | 六五・五                   | 七三・三       | 五〇・〇       | 五三・五       | 六五・九             |
| ドレスデン     | 三三・五       | 六二・二             | 四一・三             | 八二・五                   | 五五・七                   | 六七・一       | 四二・七       | 四三・六       | 六三・二             |
| スツットガルト   | 四一・七       | 四七・六             | 二四・四             | 八四・二                   | 七四・二                   | 五七・八       | 四二・七       | 四三・六       | 六三・二             |
| ミュンヘン     | 二二・八       | 五〇・三             | 二〇・六             | 七九・〇                   | 四八・六                   | 五八・一       | 三二・七       | 二六・一       | 五二・五             |
| アウグスブルグ   | 一五・〇       | 四〇・九             | 一九・一             | 七六・四                   | 六〇・〇                   | 六四・〇       | 三五・七       | 二九・五       | 五三・三             |

各個の犯罪について相違は著しく大である。第八表は一九一一年乃至一九一三年の三年間に於て裁

判官に輕懲役と罰金とが選擇に供せられた極めて重い輕罪を示すものである。こゝに列擧してある九つの輕罪の中で、ミュンヘン竝にアウグスブルグでは罰金は著しく平均以下にあるものであることが判る。各個の輕罪について相違は極めて大なるものがあるのである。例へば

|      |         |     |           |     |
|------|---------|-----|-----------|-----|
| 反抗   | アウグスブルグ | 一五% | ハムブルグ     | 六五% |
| 猥褻行爲 | "       | 一九% | コエーニヒスベルグ | 六七% |
| 庇護   | ミュンヘン   | 三二% | スツットガルト   | 六五% |
| 詐欺   | "       | 二六% | コエーニヒスベルグ | 五四% |

と云ふのである。

即ち警察に對して反抗した者は、ハムブルグに於てはアウグスブルグに於ける四倍もの蓋然性を以て、罰金で事濟みとされるのを期待することが出来るのである。一般的に次の如く云ふことが出来る。即ち明白に罰金區域 ( Geldstrafenbezirk ) であるのはコエルン、フランクフルト、ハムブルグであつて、一方バイエルンでは自由刑が優先されて居り、犯罪に依つてはスツットガルト竝にドレスデンに於ても自由刑が優先されて居るのである。けれども此の自由刑の適用の頻繁であると云ふ事實からは未だ以て、例へばバイエルンに於ける慣行が原則的に峻嚴であると云ふことを推論する譯にはいれない。何故と云ふのにバイエルンに於ける慣行は他の點に於ては——即ち中位竝に長期の自由刑を適用する場合にあつては——獨逸國の平均に相當するよりも遙に寛大なるものがあるからである。



言渡された自由刑の種類については第九表が報告を興へて居る。此の表では通常の重懲役刑と相並んで、減輕情状の下に輕懲役刑を選択する權の裁判官に興へられて居る重要な重罪を纏めてある。其の數から識認することの出来るのは、ミュンヘンは重懲役刑を科するのに控へ目であると云ふことである。之に反してプレスラウは第七表の總體表中でも、はたまた各個の犯罪の場合にあつても最も重い自由刑を特に頻繁に適用して居ることが判る。之を要するに各個の犯罪についての最大數は時に此の區域に存し、時に彼の區域に存する。そして其の相違は往々にして極めて大なるものがあるのである。

|          |         |     |       |     |
|----------|---------|-----|-------|-----|
| 墮胎       | スツットガルト | 六%  | コエルン  | 一七% |
| 單純傷害     | ミュンヘン   | 一五% | プレスラウ | 四〇% |
| 累犯詐欺     | ミュンヘン   | 一二% | プレスラウ | 四七% |
| 兒童との姦淫行爲 | アウグスブルグ | 九%  | ハムブルグ | 一七% |
| 反抗       | フランクフルト | 二%  | プレスラウ | 九%  |

最後に自由刑の刑期に關しては、バイエルンでは短期の輕懲役が著しく多く適用されるものであることは、既に指摘した所である。尙此の場合にあつても慣行は極めて變化のある様相を見せて居るのであつて、此の點については第十表が報告を興へて居る。長期の自由刑の言渡された割合は左の通りである。

|        |         |      |       |     |
|--------|---------|------|-------|-----|
| 危険なる傷害 | スツットガルト | 三%   | プレスラウ | 一一% |
| 單純竊盜   | スツットガルト | 二・六% | ハムブルグ | 一一% |
| 詐欺     | アウグスブルグ | 三・三% | ハムブルグ | 一八% |

即ち竊盜はハムブルグの裁判官の面前にあつては、スツットガルトで裁判を受ける同類よりも四倍も重い刑を科せられる見込がある譯である。また詐欺の犯人にとつてはアウグスブルグでのチャンスはハムブルグに於けるよりも遙に有利であつて、ハムブルグでは五倍もの蓋然性を以て中位の刑期の輕懲役刑を豫期しなければならないのである。

かやうな土地に由つての相違は、刑事政策上特に興味のある全然別個の、廣義に於てのみ刑の量定に屬するもう一つの點に於て現はれて居るものである。即ち少年裁判所法の運用の點に於てである。刑罰と云ふ思想を排斥して教育と云ふ思想に重きを置く此の少年裁判所法の根本思想は、曩にも既に述べた通り一舉にして直ちに實際の慣行上に貫徹されたものではなくて、寧ろ漸次に、年々進歩して實現されて行つたものである。所で統計の教へる所に據ると、此の發達は國の各個の地域に依つて非常に區々たるテムボで行はれて行つたものである。第十一表は刑と教育處分の適用を重罪並に輕罪の全體に於て、並に二つの實際上特に重要な犯罪種別について示すものであつて、特に一九二六年と一九二七年の平均數が獨逸の若干の地域について比較對照されてあるのである（刑事統計は此の場合にあつては控訴院管區に依つて區別はされて居ないのである）。此の數字を評價するに當つては特に三



この點に注意する必要がある。蓋し此の數字は少年裁判所法の理念が果して實現されたものであるかどうか、若し實現されたとすればどの程度に於てあるかを最も明瞭に示して居るものであるからである。即ち教育手段の命令の頻度、教育手段に由る刑の代換の頻度並に處罰の見合せの三點である。

第九表 各控訴院管區に於ける重懲役と輕懲役との間の選擇(註二)

一八八四年——一九一三年の間に於て有罪を言渡された者の中重懲役を言渡された者の割合左の如し(コワルチック並にネストラアに據る)。

| 控訴院管區     | 故殺   | 墮胎   | 重竊盜  | 累犯   |      | 詐欺   | 兒童トノ<br>姦淫行爲<br>(一九一<br>三年) |
|-----------|------|------|------|------|------|------|-----------------------------|
|           |      |      |      | 重竊盜  | 純竊盜  |      |                             |
| ハムブルグ     | 四八・五 | 一四・九 | 一〇・八 | 五五・九 | 五〇・三 | 三三・六 | 一六・九                        |
| コエルン      | 五四・八 | 一七・三 | 七・九  | 五三・九 | 二七・七 | 二八・一 | 一五・〇                        |
| フランクフルト   | 四四・七 | 一四・七 | 一〇・四 | 五六・七 | 二六・九 | 二七・九 | 一三・四                        |
| ベルリン      | 四九・五 | 一四・三 | 六・八  | 五〇・六 | 二四・六 | 三三・五 | 一三・五                        |
| コエーニヒスベルグ | 六六・二 | 一〇・五 | 六・七  | 五〇・七 | 二二・九 | 三三・一 | 一一・六                        |
| プレスラウ     | 六六・九 | 一三・三 | 一〇・三 | 六三・五 | 四〇・一 | 四六・六 | 一六・九                        |
| ドレスデン     | 五三・九 | 一〇・二 | 七・〇  | 四六・六 | 三三・一 | 二四・九 | 一一・五                        |

|         |      |      |      |      |      |      |      |
|---------|------|------|------|------|------|------|------|
| スツットガルト | 四三・三 | 六・一  | 一〇・一 | 五五・一 | 三三・四 | 一七・四 | 一一・〇 |
| ミュンヘン   | 五八・三 | 一〇・二 | 一一・七 | 五〇・一 | 一五・三 | 一一・七 | 一一・二 |
| アウグスブルグ |      |      |      |      |      |      | 九・三  |

(註二) 此の表は大戦前年の慣行を示すものではない。蓋し此の表は一八八四年以来の總資料を取扱つて居るものであるからである。けれども此の場合われ／＼にとつて大切なのは慣行の土地に依る相違のみに止まるのであつて、現在との比較ではないのである。

第十表 十控訴院管區に於ける長期の輕懲役刑の適用

一九一一年——一三年の間に於て有罪の言渡を受けたる者百人につき三ヶ月以上の輕懲役に處せられた者の割合左の如し(ネストラアに據る)。

| 管區      | 反 抗    |         | 單純竊盜 | 詐 欺  |
|---------|--------|---------|------|------|
|         | (一一三條) | (一一三條a) |      |      |
| 全 國     | 五・八    | 九・二     | 五・五  | 八・二  |
| ハムブルグ   | 三・二    | 九・六     | 一〇・七 | 一八・一 |
| コエルン    | 二・六    | 八・三     | 五・九  | 七・六  |
| フランクフルト | 二・一    | 一〇・三    | 八・八  | 九・七  |



|           |     |      |     |      |
|-----------|-----|------|-----|------|
| ベルリン      | 七・四 | 一〇・四 | 七・三 | 一三・九 |
| コエーニヒスベルグ | 六・九 | 一〇・五 | 四・三 | 七・三  |
| プレスラウ     | 九・四 | 一一・一 | 六・七 | 八・九  |
| ドレスデン     | 六・二 | 一〇・三 | 四・八 | 一〇・六 |
| スツットガルト   | 二・三 | 三・〇  | 二・六 | 四・九  |
| ミュンヘン     | 五・四 | 七・一  | 四・九 | 六・三  |
| アウグスブルグ   | 八・六 | 五・五  | 三・〇 | 三・三  |

第十一表 國の各個の地方に於ける少年の取扱

一九二六年二七年に於て有罪の言渡を受けた者百人について處罰、教育處分其の他の割合左の如し(ノイに據る)。

| 地方     | 刑ヲ科<br>セラレ<br>タル者 | 處罰ノ見合セ                              |                           | 教育處分<br>ヲ命セラ<br>レタル場<br>合 | 犯罪部類 |
|--------|-------------------|-------------------------------------|---------------------------|---------------------------|------|
|        |                   | 輕微ナル<br>ニ因ルモ<br>九條<br>ノ(九條<br>換(六條) | 教育處分<br>ニ依ル代<br>レタル場<br>合 |                           |      |
| 全國平均   | 八一〇               | 三・一                                 | 一五・九                      | 三・七                       |      |
| ハンザ諸都市 | 六九・一              | 五・三                                 | 二五・七                      | 四九・九                      |      |

| 地方      | 刑ヲ科<br>セラレ<br>タル者 | 處罰ノ見合セ                              |                           | 教育處分<br>ヲ命セラ<br>レタル場<br>合 | 犯罪部類          |
|---------|-------------------|-------------------------------------|---------------------------|---------------------------|---------------|
|         |                   | 輕微ナル<br>ニ因ルモ<br>九條<br>ノ(九條<br>換(六條) | 教育處分<br>ニ依ル代<br>レタル場<br>合 |                           |               |
| 全國平均    | 七六一               | 三・八                                 | 二〇・一                      | 四・六                       |               |
| ハンザ諸都市  | 六三八               | 六・一                                 | 三二・一                      | 五五・二                      |               |
| プロイセン   | 六七三               | 四・七                                 | 二八・〇                      | 五・一                       | 竊 盜<br>(二四二—二 |
| バーデン    | 八六八               | 二・三                                 | 一〇・九                      | 六三・四                      | 四四條、二四        |
| ザクセン    | 八九四               | 一・八                                 | 八・八                       | 三五・九                      | 八條 a)         |
| メクレンブルグ | 九四五               | 一・〇                                 | 四・五                       | 一九・〇                      |               |
| バイエルン   | 九四九               | 一・五                                 | 三・六                       | 二四・四                      |               |
| 全國平均    | 八九二               | 〇・六                                 | 一〇・二                      | 四五・五                      | 風俗ニ對スル        |
| ハンザ諸都市  | 五九六               | 一・八                                 | 三六・六                      | 七三・七                      | 犯罪(一七一        |
| プロイセン   | 八六二               | 一・〇                                 | 二二・八                      | 五〇・九                      | 一八四條 b)       |
| バーデン    | 八七九               | —                                   | 二二・一                      | 六・五                       |               |



|         |      |      |      |
|---------|------|------|------|
| ザクセン    | 九・三  | 八・七  | 四・九  |
| メクレンブルグ | 八六・〇 | 一六・〇 | 五・〇  |
| バイエルン   | 九六・九 | 三・一  | 二六・三 |

(a) メクレンブルグ竝にバイエルンに於ては、其の他の地方で行はれるよりも教育手段の行使されることが一般に遙に少く、特に其の間隔は他の管區に比較して極めて大なるものがあり、ハンザ諸都市の五十パーセント、バーデンの五十一パーセントに對して十九パーセントでしかない。各個の犯罪については數字はもつと大きな相違を示し、例へば竊盜の場合にあつては十九パーセントと六十三パーセントとの間、風俗に關する犯罪の場合にあつては二十八パーセントと七十四パーセントとの間を上下して居るのである。

(b) けれども教育手段を以てする刑の代換の頻度は幾分趣を異にし、遙に特色を發揮して居るものである。蓋し此の法律全般に互つての根本精神は、此の代換を許すことの中に最も明瞭に特色を發揮して居るからである。此の點にかけては數字は誠に驚くべく區々である。即ち代換の權能はハンザ諸都市では最も頻繁に行使せられ、プロイセンに於ても相當頻繁に行使されて居るのであるが、之に反してメクレンブルグに於ては此の豫防手段を行使するのに極めて控へ目勝であつて、バイエルンに至つてはもはや全然何等の意義をも持たないのである。人若しハンザ諸都市とバイエルンとの數字を比

較して見るならば、思ひ半に過ぐるものがあるであらう。即ち重罪と輕罪については數字は二十五・七パーセントと二・八パーセントであり、竊盜については三十一・一パーセントと三・六パーセントであり、風俗に關する犯罪にあつては三十八・六パーセントと二・一パーセントである。換言すれば教育手段を以てする刑の代換はハンザ諸都市に於ては、バイエルンに於けるよりも約十倍も頻繁であるのである。

(c) 處罰の見合せに關する數字は必ずしも爾く重大なるものではないけれども、併し是亦特色がある。蓋し此の規定中にも少年裁判所法を以て刑罰と言ふ思想を排斥するの主意は明瞭になつて居るからである。此の場合にあつてもわれ／＼は、バイエルンが此の思想に對して一番友誼的ならぬ態度を示して居るのを見るのである。即ちバイエルンは一・二パーセントであるのに反し、ハンザ諸都市は五・二パーセントと云ふ有様なのである(註三)。

(註三) 是と類似の現象は既に少年裁判所に於ても現はれたものであることを注意せられたい。即ちバイエルンに於ては他の全國の平均に於けるよりも譴責 Verurtheilung は著しく稀にしか行はれて居ない。即ち重罪又は輕罪の故を以て有罪を宣告された少年百人につき一九一一年——一三年の間に譴責に處せられた者の割合は

|       |      |
|-------|------|
| ミュンヘン | 一六・八 |
| ベルリン  | 三七・〇 |
| 全 國   | 二七・一 |

と云ふことになつて居るのである。

是等土地に依つての慣行の相違をすべて満足に説明し盡すと云ふことは、必ずしも容易なことでは



ない。ウォエルナアは、此の相違が統計上の調査の相違に關するものではないかと云ふことを指摘して居るのであるが、よしんば若干の過誤の淵源は存在して居るにしても、此の淵源は結果を左右するに餘りに微弱である。是は事實上判決の結果の相違である。此の相違は犯罪の地方的相違並に其の評価を左右する因子の地方的相違の中にしか、又は裁判所の適用する刑の量定に關する原則の相違の點にしか其の原因を有することは出来ない。

わたくしの考に依ると、此の兩者は共に肯定することが出来るものであると思ふ。先づ第一に評價を全然平等にする場合にあつても必然的に刑罰の結果の不等の根據たらざるを得ないやうな、各個の地方に於ける状態の相違は確に存在するものである。犯罪の大小とか、或る種の重い若は軽い犯行形態の頻度とか、經濟的、社會的、民俗學的の諸般の事情とか、地方的な酒精飲用の習癖とか、都會と農村との間に於ける人口の分布だとか、そう云つたものはすべて刑量を左右することあるべき事實である。此の場合慣行の相違は犯罪の大小の相違に歸着せしめるのが一番手近に存する處置であるが、併し曩に時に關する相違について論示したのと全く同じやうに、かくの如き關係は此の場合にあつても明白でない。例へばコワルチックは獨逸國の異つた地方に於ける七つの重要な犯罪の取扱を比較して居るのであるが、其の計算に據ると特に犯罪数の高い管區は部分的には軽い裁判 *Judikatur* を有し、部分的には重い裁判を有する。そして同じことは比較的少數の犯罪をしか持たない管區についても云ひ得られるのである。かやうな次第でコワルチックは各個の管區に於ける犯罪の大小は、そこに行は

れて居る刑の量定には何等の作用をも及ぼすものではなく、即ち慣行の相違は高さのまち／＼な犯罪数を以ては説明することは出来ないのであると云ふ論結に到達して居る。われ／＼はまた尙各地方に於ける犯罪のいろ／＼の強さに想到することが出来るし、また重い場合の頻度の大小を處罰の輕重と關聯せしめることが出来るであらう。けれども此の指示は、われ／＼が今こゝで取扱ふことを必要とするやうな全體的现象を説明するには足るまい。われ／＼はこゝでは平均数を豫期するものであることを誤認してはならない。特に其の數は若干の年月について、全控訴院管區の總地域からして獲得された數である。此の數の本質的の相違は事情の典型的相違の中にしか其の説明を見出すことは出来ないであつて、兎に角時又は土地の上から見て制限的の意義をしか持たない事情の中には、其の説明を見出すことは出来ないのである。以上に論じたやうな現象、例へばバイエルンに於て罰金を犠牲にして短期自由刑を庇護するが如き、又はバイエルンやメクレンブルグに於て處罰すべき少年につき教育手段に對して抑制的處置を執つて居るが如き、何れも一般的な意義を有するものである。是等の現象は獨り各個の犯罪について現はれるのみに止まるものではなく、従つてまた是等の地域に於ける頻度の大小若は犯罪の輕重に由つては説明することは出来ないのである。わたくしの信念に據ると相違は此の場合、簡單に云へば、犯罪について存するものではなくて、寧ろ犯罪を判斷する裁判官について存するものである。國刑事統計の作成者は當初から此のことを主張したものであつて、其の確認した慣行の土地に依る相違をば法律の運用の同じからぬのに歸着せしめたのである。



勿論是と共に更に一つの別段な問題が生ずる。それは元來統一されてある法律の取扱の、かやうに區々となつて居るのは如何なる理由の然らしめる所なのであるかと云ふことである。惟ふには平均的の一現象たるものなのであるから、之を説明する爲に互に相異つて居る裁判官の個性を目當とすることは出来ないであつて、此の場合にあつても兩方の管區の裁判をする人物が其の平均に於て互に區別されるやうな、或る一般的の相違を索める必要があるであらう。わたくしは此の點に於ては、裁判官が獨逸國民の各種族の分野に於て民俗學的に異つた組成を有するものであること、裁判官の出身する社會的並に宗教的雰圍氣がまち／＼であることを指摘しなければならぬものと考へるのであるが、各個の邦に發達した裁判所の慣行のまち／＼であるのも、決して有力な原因でないことは出來ない。此の主張について精確な證據と云つたやうなものを擧げるのは素より不可能であるが、前記の因子の一つ、即ち裁判所の慣行の意義については舉證が試みられたのである。

ウォエルナアは刑の量定の慣行の相違は裁判所の慣行の相違に歸著せしむべきであるが、此の裁判所の慣行の相違は更に一八七一年以前獨逸の各邦に施行されて居た邦の立法の不同であるのに歸著せしむべきであると云ふ興味ある主張をした。曰く、一八七一年以後にあつても此の舊來の邦法は引續き尙其の效力の餘韻を存したものであつて、とりわけバイエルンの裁判所の短期自由刑を偏愛するのは、舊バイエルン邦刑法典に於て短期の輕懲役刑を高調して居るのや、此の邦法の規定に基いてバイエルンに集積つて居た慣行と關聯するものであると(註四)。此のウォエルナアのまとめ上げた資料

を基礎としてワッセルマンは、「之を要するに刑の量定は今日(一九〇八年當時のこと)でもまだ相變らず、北獨同盟の統一的の刑法典が各邦の立法に代る以前獨逸各地に行はれて居た儘のものであつた」(註五)と云ふ論結に到達して居る。ワッセルマンは此の「舊套の墨守」を以て悲しむべき形式主義であると見、之を「地方的因習の壓制」であると稱して居る。是は素より餘りに先走り過ぎた批評と謂はざるを得ない。蓋しウォエルナアの立證して居る所は、横領と云ふ唯一の犯罪についてのみに限られて居るからである。之に反しブラツホールドはウォエルナアの此の主張を廣汎な基礎に基いて檢討した(註六)。氏の論結に曰く、帝國刑法典の施行されるに至つたときまで各邦の邦法の效力の流風餘韻が及んで居たものであることは、或る範圍内では疑もなく認容せざるを得ない所であるけれども、此の一事は獨逸聯邦のすべての邦に互つて、また一切の犯罪の全部に互つて確認することの出來る一般的な現象たるものではない。かくの如き流風餘韻を肯定することの出來るものであることは、わたしと雖も認容したいと思ふ所である(註七)。實際の話内面的の蓋然性は、新法の施行せられるに當つて裁判所の慣行が其の在來古くから慣れて來た慣行に將來も引續いて尙依存するのを無理からぬことであるとする。此のことは少年裁判所法が極めて徐々にのみ慣行の上に貫徹するに至つたと云ふ、曩に既に述べた現象に由つても確認されれば、また此の貫徹のテムポは獨逸國の各個の部分で區々であつたと云ふ事實に由つても確認される。従つてまた此のテムポがメクレンブルグやバイエルンのやうな保守主義的傾向の濃厚な地方で、プロイセンなどに於けるよりも遙に緩漫なるものがあつたと云ふ



事實についても何人も別に驚きはしないであらうと。是と相關聯してネストラーアの見るところに曰く、「短期の自由刑や財産刑の適用についての觀念の變動は、當然の事理として獨逸國の異つた管區に於て平等一律に行はれた次第ではなくて、財産刑についての裁判官の見解の肯定的であり、否定的であるのによつて左右されたものである。従つて或る管區の罰金の慣行は、其の刑罰に關する慣行の進歩にとつての價値の標準として認めて差支ない。かやうに觀察し來るときは西部獨逸の管區コエルンやフランクフルト、乃至はハムブルグの如きは新しい刑の量定の慣行の歩度指導者であるのに反し、ミューンヘン、アウグスブルグ、ドレスデン乃至は或る程度まではスツットガルトの如きは、極めて徐々にしか進歩を許さない保守主義的傾向の代表者たるものなのである」と。慣行の不平等であることが部分的には傳統へのかくの如き依存に歸著せしむべきであるとするならば、此の不平等は年一年と薄れて行つて、竟には慣行の比較的同化を見るに至るのを期待することが出来る譯であり、實際またはが事實であるやうに思はれる。

(註四) 著者自序中に援用した論文を参照せられたい。

(註五) *Monschr. f. Krimpr.* IV, 164

(註六) 著者自序中に援用した論文を参照。

(註七) 尙其の外諸章中で裁判官の刑の量定にとつての因襲の意義について論じた所を参照ありたい。

ビツチェルは罰金の慣行の發達に漸進的の同化作用を確認した。曰く、罰金の慣行についての各個

の地域での相違は、大戰の直前には一九〇〇年頃に比較して著しく減少して居るのであるが、此の一九〇〇年當時にあつても一八九〇年頃に比較すれば既に大分減少して來て居るのであると(註八)。ネストラーアは此の觀察を確認して、更に幾つかの數字を擧げて之を説明した。けれども長期の輕懲役刑の適用の點に於ける不同についてはネストラーアは、同一の喜ぶべき現象を確認することは出來なかつた。けれども自由刑と罰金との間の選擇と云ふ一番重要な點に於て、本當に刑の量定の慣行が漸次に平等一律となつて行くのは、獨逸國民の内部に於ける道徳的信念の同化の外部への現れに外ならぬのであつて、一八七一年當時統一された計りの獨逸國に統一的の刑法典の興へられた際、我れ他人共に期待して止まなかつたあの同化なのである。

(註八) *A. a. O. S. 131*

此の舊法の効力が餘韻を残して居ると云ふ問題は、法律的統一の努力の行はれて居る所では常に實際的の意義を有するものである。例へばスウキスについてはそう云ふことが云へる。何となればスウキスでは聯邦法典を以てして州法の分裂を除かうとして居るのであるから、さう云ふことが云ひ得られる。即ち州の裁判所は新法の制限がそれを許して居る限りに於ては、古くから行はれて居る慣行をまだ長い間墨守するものと推測される。同じことはわれ／＼に直接の關係あるオーストリアに於ても、新しい法典の施行後獨逸刑法の單位に併せ包括される場合に、等しく期待しなければなるまいと思ふ。



## 第三章 刑の量定上の慣行に於ける事物についての 相違

### 第一節 法定刑と宣告刑

今迄の觀察の客體となつたのは裁判官の刑の量定の結果を歴史的發達に於て、相互的形成に於て觀察することであつた。従つて法定刑については只時に觸れて論及するに過ぎなかつたものである。所が刑の量定の仕事には裁判所と立法者とが與る次第なのであるから、此の全體としての任務の範圍内で裁判官の動作に屬する部分は、裁判官の刑の量定の結果を法律と相關聯せしめるに於て初めて光明に照し出されるものと謂はなければならない。法定刑と宣告刑とを比較對照するに於て初めて、法定の刑の量定の限界は果してどの程度にまで事實上言渡された刑の最終的平均的結果を決定する契機であつたかを確認することが出來ると共に、他の半面に於ては此の結果につき裁判官の主動的態度に歸屬する割合も評價することが出來るやうになる次第だからである。是と共に恐らくは刑の量定の點に於て、謂ふ所の裁判官の主動的態度を指導する諸般の原則を探索することを得しめる道も拓かれるのであらう。

我が獨逸刑法典は、新時代のどの刑法典もがそうであるのと同じやうに、其の擧げて居る各個の犯罪典型にそれ／＼一つの刑の範圍を結び付けるのを常として居る。それと共に事實上の刑の量定にとつては先づ、構成要件該當の行爲の何れもについて、刑の範圍の限界が定めて居るよりも重い刑、若はそれよりも軽い刑を言渡すことは出來ないと云ふ、唯一つのこと又は確定する次第である。立法者が當該の犯罪典型をどう評價して居るかは實に此の限界の確定の點に於て表明される。また他の半面に於ては此の限界内で各個の刑の占めて居る地位は、裁判官が此の具體の場合をどう評價したかを表明するものであり、各個の刑の大數の平均的地位は、裁判所が當該の犯罪典型を平均的にどう評價して居るかを示すものに外ならない。

今こゝで仔細に事の趣を觀察する爲には、各個の構成要件と法律や慣行が此の各個の構成要件をどう取扱つて居るかとを念頭に置く丈では充分とすることは出來ない。犯罪典型の大數について此の取扱を確認し、之を比較對照して見るに於て初めて法定刑と宣告刑との關係についての解明を期待することが出來るのである。以下に於てはかう云ふ風にやつて見やうと思ふのである。此の意味に於てわたくしは先づ法定の刑罰の制裁の一致する犯罪典型を參考するであらう。是等の犯罪典型の處罰價値は立法者の見解に據ると同一なのであり、少くとも非常に相似て居るのであつて、従つて同一の重さの刑量の制裁を相當と認めしめるものである。慣行は之に對して如何なる態度を執つて居るのであるか。現實に言渡された刑も其の平均に於て是等の犯罪についてほぼ同一であるか。即ち法定刑が同一



であるのにも拘らず裁判所は明瞭に互に異つた取扱に到達することを餘儀なくされるのであるとすれば、それは兎に角非常に注意に値する事實であると云はざるを得ない。蓋しかくの如き差別的取扱は少くとも是等の行爲が法律の評價して居る評價の原則とは違つた原則に従つて、裁判所に依つて評價されるのであるかの如き外觀を生ぜしめるものであるからである。

われは自然科学に於て日常使用されて居る此の方式を、隔離的方法 *isolierende Methode* と稱することが出来やう。即ち或る一つの出来事を決定する二つの因子の中で、一つの因子の本質と効力とを探究する爲に、此の因子を隔離するのである。換言すれば他の因子に關しては平等である所から、若し結果の點に於て相違が存在するとするならば、其の相違は専ら關係を有する因子の然らしむる所と斷ずるの外はないやうな場合を觀察するのである。此の意味に於てはわれにして立法者が同一の刑を法定して居る犯罪典型を念頭に置くならば、裁判官の評價は立法者の評價から隔離して觀察することが出来る。法律上から云へば是等の犯罪にあつては取扱を異にしなければならぬやうな理由は全く存在はしないのであるが、それにも拘らず是等の犯罪は判決當局に依つて區々に、然も其の平均に於て區々に取扱はれて居るのであつて、之についての平均的に存在する外面的の事由は發見することは出来ないとするれば、區別の理由は只裁判官の思惟の中にしか存在することは出来ないであらう。かやうな次第でわたくしは法律の平等に處罰することとして居る犯罪部類について刑の量定を觀察するより以上に優つた、裁判官の刑の量定に關する原則の認識の淵源は殆ど存在しないであらう

と考へる者である。また法定刑は平等ではないけれども、併し部分的には相一致するものある數個の犯罪部類をば、實際上の慣行に於ける其の取扱と照し合せて比較對照するものも有益で得る所が多い。先づ此の方法で法律上他の犯罪よりも重く罰せられることになつて居る犯罪が、事實上裁判所に由つても普通重く處罰されて居るかどうかといふ問題に答へることが出来る。そして法律上重く處罰されて居る犯罪が軽く處罰されて居る犯罪に於けるよりも普通軽く判斷されることに因つて、法律上の判斷と裁判上の判斷との間に不一致が生ずるやうなことがあつたとしたら、是亦裁判官の思想の動きと意識的無意識的な評價の原則とを究明する上に、價値の大きな手懸りを生ぜしめる所以に外ならないであらう。

此の比較方法は司法政策的に重要な結果にも到達せしめることがあり得る。即ち此の方式は法定の處罰の限界の實際的意義を識認する爲の手懸りを、われに與へるものである。國議會の委員會では草案を審議するに當つて反覆して、是々の犯罪については刑の最上限は高きに失するものであると云ふことが論ぜられた。刑の最下限は同一であるけれども其の最上限に於て規定を異にするものある數個の犯罪部類の實際的取扱を比較することに由つて、かくの如き最上限の引上には實際の慣行上如何なる意義が歸屬するものであるかについての觀念が得られる。是と同じことは刑の最下限についても云ひ得られるのであつて、最下限が高く定められてあるか低く定められてあるかと云ふことには、實際上どう云ふ意義が歸屬する次第なのであるか、一つの犯罪について法定の最下限が本來的に規定



されて居り、他の犯罪にあつては「減輕情狀」の場合についてのみ法定の最下限が規定されてある等の場合にあつては、實際上それが一つの區別たるものであるかどうかと云ふことは、立法上重要な一つの問題である。是等はすべて事實上言渡された刑の比較の基礎に基いて認識することも出来れば、また理解せしめることも出来ることなのである。其の他に於ては、わたくしの見る限りでは從來試みられたことのない方式は、其の有益であるのみならずから立證することを必要とするものである。勿論わたくしは以下に於ては終局的の解決よりも寧ろより多く示唆しか興へることが出来ないのを、はつきりと承知するものである。

先づ最初に法定刑と宣告刑との關係について一言する必要がある。立法者の意思に據ると具體的の場合に於ける「標準刑」Normalstrafe は刑の範圍の中間に位するものであると云ふ思想が、時あつてか主張されもするしまた國議會の委員會に於ても言明された。論者は、刑の最上限と最下限の數學的中間は平均的の場合にとつての法定刑率たるものであつて、裁判官は此の點から出發して超平均的に軽い場合にあつては刑を刑の範圍の中より以下に定むべく、超平均的に重い場合にあつては刑を刑の範圍の中より以上に定むべきものであると云ふのである。所で罰金と自由刑とが裁判官の選擇に委ねられて居る輕罪については、此の中庸はどう云ふ風に算定しやうと云ふのであるかは、勿論明かにされては居ないのであるが、併し今ここで關心を持たれるのはもつと根本的問題である。先づかくの如き數學的の刑率組織は、此の本來極めて原始的な思想がわが國現在の刑法典の應報的立場とは必ず

しも相去ること遠いものではないことは認めなければならぬにしても、洗煉された刑事司法のあらゆる原則とは相容れないものであることは疑を容れない。併し乍らわれ／＼にして標準刑の理念に執著するにしても、それは未だ以て此の標準刑が法定の刑の範圍の中間に存在しなければならぬものであると云ふことを言明した次第ではない。何れにしても裁判官の實際の慣行は決して此の中庸に羈束される次第ではないのであつて、若しかゝる中庸に羈束力があるものとするならば、例へば單純竊盜は（罰金法の施行以前にあつては）平均的の場合に於て正に二年半の輕懲役を以て處罰しなければならぬこととなるであらう。此の二年半の刑率たるやかゝる單純竊盜のやうな犯罪については、殆ど全然科せられることのないのも同様な刑率なのである。

裁判官の刑の量定にとつて一般的の指針としては——勿論内容の乏しい嫌はないでもないが——次のやうな原則を樹立することが出来るものと思ふ。曰く、裁判官は立法者が此の案件を、又は此の種類重さの案件を念頭に置いたとしたら量定したであらうと推測されるやうな、各個刑 Einzelstrafe を量定すべきである。そこでこゝに標準刑の理念を適用しやうとするならば、確に必ずしも必然的に標準刑が刑の範圍の中點に位するものであると云ふ論結に到達することを必要とするものではない。今刑の範圍の上下の限界の據つて以て立つ所以の立法上の考慮を簡單に想像せよ。論理上正當な進路を辿る場合にあつては立法者は己れの構成した構成要件に相當する場合を想像すべく試み、次に發生することあるべき一番重い場合に從つて法定刑の最上限を定め、一番軽い場合に從つて法定刑の



最下限を定めるのである。此の場合立法者は比較的稀にしか起らない例外たる場合は問はないであらうことは云ふ迄もなく、極めて非常に重い場合については精確に相當する處罰を斷念すべく、極端に軽い場合については結果の修正を恩赦審に一任するであらう。それはどうであるにしても平均的の場合が其の責任の内容上上下下の限界の丁度中間に置かれてあつて、標準刑は刑の範圍の丁度真中に由つて表示されなければならないと云ふのはどう云ふ理由からの事なのであるか。全然解することは出来ない。寧ろ事實關係の上から見て、標準刑から出發して下に向つてよりも上に向つてより多くの餘地を裁判官に與へるか、又は其の逆にする必要の存することがあり得るであらう。只算術的中點を標準刑として觀察しやうと云ふ思想の如きは、全然謬つたものと稱するの外はないのである。

是等の考慮はわれ／＼の研究の過誤の淵源を指示して居るが故に此の場合重要である。同一の刑を法定されてある犯罪についての量刑の慣行の比較は、同一の法定刑が立法者に於て犯罪をほゞ同一に評價して居ることを意味することを前提とする。けれども法定刑の範圍は必ずしも常に立法者に依る犯罪の評價にとつての確實な徵候たるものではなく、また必ずしも常に同一の法定刑からして立法者の意味に於ての同一の處罰價值を推論することは出来ない。定石通りの一例について此のことを示して見やう。こゝに甲と乙と云ふ二つの犯罪があつて、立法者は此の二つの犯罪が平均的に平等に評價されるのを希望しては居ないけれども、それにも拘らず此の二つの犯罪に同一の刑の範圍の結び付けられてあることがあり得る。今事の簡單を期する爲に甲乙二つの犯罪には四つの刑量一、二、三、四

が法定してあるものだとする。此の同じ内容を有する法定刑は恐らく次のやうな考慮に基くことがあり得る。即ち立法者は甲に對する「標準刑」としては二と云ふ刑量を念頭に置いて居る次第であるけれども、非常に著しく重い態様を有する場合を併せ斟酌する必要がある所から、更に二つの重い刑罰等級（三と四）を裁判官の爲に提供し、また一方では刑を一段（即ち一に）低下させることに由つて此の犯罪典型の比較的軽い場合も充分斟酌されて居るのである。けれども犯行の輕重の點に於ける變化は各個の構成要件について非常に區々であつて、例へば乙なる犯罪について「標準刑」として立法者の念頭に置いた所は三と云ふ刑量であるけれども、此の典型の著しく重い場合と云ふのは起らないことであるから、刑の範圍の上の限界を一等級丈（即ち四に）引上げて置けばそれで充分であるが、他の半面非常に軽い場合についても配慮する必要があることであるから、従つて一の刑罰等級にまで引下げることが得しめる必要がある。かやうな次第で即ち甲と乙の二つの犯罪について、立法者の之に對する評價は以上に記したやうに區々であるにも拘らず、終局の結果は同一であつて、即ち刑の範圍は兩者を通じて一から四にまで及んで居るのである。けれどもそれにも拘らずわたくしの見る所では同じ法定刑を有する二つの犯罪について、刑の量定の慣行を比較するのは必ずしも全然無價値ではない。先づ第一に、此の點には後に至つて尙立戻つてもう一度論ずることゝする心算であるが、わが刑法典の現行の規定上最上限に於て重い法定刑を有する犯罪は、立法者の意味に於てはそやうでない犯罪よりも重く、そしてまた處罰價值も大きいものであることは疑を容れないのである。即ち刑の



最上限は事實上に於て各個の犯罪典型の法定の評價の確實な一徴候である。そして刑の最下限については最上限についてと同じことは、必ずしも無難作に云ひ得る次第ではないけれども、同一の法定刑を有する犯罪の處罰價値は法律の精神の上では少くとも類似のものであることは疑ふべくもない次第である。所が是等の犯罪にあつては法律の上から見て其の取扱を異にすべき理由は全然存在しないのであるから、同一の處罰が少くとも可能である數個の犯罪典型について、裁判所が著しく相異つた平均的の刑量に到達するとすれば、それは常に著しく裁判所の見解の特色を示すものと謂はざるを得ないであらう。

## 第二節 平等に刑を法定してある犯罪について の刑の量定

先づ平等に刑を法定してある犯罪典型についての刑の量定の慣行の説明から始める。是は差當つての所説明と云ふよりも寧ろ事實の確認に外ならない。此の目的の爲以下に於ては、同一の法定刑を有する犯罪を掲げ、一九二五年乃至一九二七年の間に於て是等の犯罪の廉を以て科せられた刑を表示する數個の表を示す心算である。所が残念なことには刑罰の制裁の全然同一である行爲丈しか収載することは出来なかつたものであるから、極く興味のある構成要件の二三のものは不足して居る。併し刑

罰の制裁の全然同一であると云ふことは大切なことである。即ち立法者が一つの場合に「輕懲役又は罰金」を法定し、他の場合には「輕懲役又は減輕情状の下に罰金」を、第三の場合には罰金丈を、そして此の場合にあつては刑法第二十七條りに據り罰金を科するや否やを裁判官に一任して居る場合にあつては、事情はいろ／＼である。此の場合にあつては常に刑は一日乃至五年の輕懲役又は三ライヒスマルク乃至一萬ライヒスマルクの罰金を量定することが出来るのであるけれども、是等の場合に對する立法者の評價が平等であるものと主張する譯にはいかない。立法者は明瞭に是等の場合の間に區別を立て、居るのであつて、只此の區別が事實に於て果して實際上に作用を及ぼして居るものであるかどうか、若し實際上に作用を及ぼして居るとすれば如何なる程度に於て然りとするのであるかを確認するのは、更に一つの特別な研究の客體であらねばならぬ。即ちこゝに比較對照してある犯罪は、反對の事項の特記してない以上は法律上全然同一の法定刑を結び付けられてあるものである。

比較の資料の餘り廣大でないのは誠に遺憾であるが、それはわが國の刑法典の認めて居る刑の範圍が非常に區々であつて、從つて刑罰の精確に一致して居る犯罪と云ふものは餘り多くない爲である。加之利用することの出来る資料を減少せしめるやうな別な事情が附け加はつて居る。此の事情については曩に既に其の一部を述べたのであるが、専ら重懲役のみを以て、又は専ら罰金のみを以て罰することゝしてある犯罪は除外することゝせざるを得ない。それは統計は是等の刑種の間に於ては刑量の區別を認めて居ないからである。更に特に障碍たるものは統計が往々にして數個の構成要件又は一個



の構成要件の數個の特遇されて居る場合や加重されて居る場合を一つの項目の下に總括して居て、其の結果として各個の構成要件についての裁判官の刑の量定は認識することが出来ないこと云ふことである。最後に比較的稀にしか發生することのない一切の犯罪は除外することを餘儀なくされた。蓋し統計的觀察なるものは大數的觀察を以て基礎とせざるを得ないからである。そこで一般的に云へば少くとも百件以上の有罪の言渡を有する犯罪丈を斟酌することとした。かくの如き事情の下に於ては各表の數字は決して大きなものとはならなかつた。蓋し不適當な場合を除外した後只三若は四の構成要件丈しか残存しないときは、わたくしは比較を見合せたからである。普通には刑法典の犯罪丈を擧げたのであるが、時には二三の附屬刑法の犯罪を擧げたこともある。それ以上の數的資料は附録中に掲げてある表中に在るし、またネストラアの著書にも載せてある。以下の數字に依る報告は大部分氏の著書に負ふものである。

是等の表は法律の順序に従つて作られ、パーセンテージを示すものである。各個の數の合計が往々にして百を生じて居ないのは、小數點以下を切捨てたのにも因るし、また少年にあつては處罰の見合せられた者もあり、従つてまた是等の者は有罪の言渡を受けた者の中には數へることは出来るけれども、被罰者と云ふ中には出て居ないことに因るものである。法定の最上限よりも高く、法定の最下限よりも低い刑率を見るのは、一面に於ては犯罪競合の場合に歸着せしめることが出来るのであるし、また他面に於ては從犯、未遂若は未成年が存することに歸着せしむべきである。(時には此の場合に裁判所の錯誤の存在することもあり得る。例へば二十七條b(譯者註)に違反して重罪につき罰金を言

渡す場合に見る所である)。法定の範圍外に存する刑は表中では括弧の中に收めて置いた。

(譯者註) cに援用してある刑法第二十七條bの規定左の如し。

本來全然罰金を認めず、又は自由刑と併科するに於てのみ罰金を認むる輕罪又は違警罪につき三ヶ月未満の自由刑に該るときは罰金を以てしても刑の目的を達成することを得べきときは、自由刑に代へて罰金を言渡す(第二十七條、第二十七條a)。

軍刑法典の規定の效力を妨ぐることなし。

第十二表 法定の刑量、三ヶ月未満の輕懲役又は罰金

| 有罪ノ言渡ヲ受ケタル者百人ニ對スル被罰者ノ割合(一九二五—一九二七年) | 輕 懲 役         |       | 罰 金  |
|-------------------------------------|---------------|-------|------|
|                                     | 三ヶ月以上<br>一年未満 | 三ヶ月未満 |      |
| (1) 多衆聚合 (一一六條一項)                   | 0.6           | 10.0  | 八九.三 |
| (2) 單純家宅侵入 (一二三條一項)                 | 1.1           | 三.三   | 六五.四 |
| (3) 偽造貨幣行使 (一四八條、一四九條)              | 1.7           | 一八.六  | 七四.四 |
| (4) 困窮少額竊盜 (二四八條a)                  | 1.7           | 三.七   | 五九.九 |
| (5) 困窮詐欺 (二六四條a)                    | 1.9           | 六.二   | 三六.〇 |
| (6) 單純密藏 (二九二條)                     | 1.5           | 二.六   | 八六.三 |
| (7) 信書秘密侵害 (二九九條)                   | 0.2           | 四.三   | 九四.一 |



|             |   |   |       |
|-------------|---|---|-------|
| (8) 自動車法二五條 | 1 | 1 | 九・二   |
| (9) 娯樂物制限   | 1 | 1 | 100・0 |

是等の極めて輕微な犯罪にあつては、裁判所には罰金と短期の自由刑との間の選擇丈が許される。此の選擇がどう云ふ風に行はれるかに因つて、各個の犯罪について特色ある相違が現れて來るものである。とりわけ目に立つのは困窮詐欺の場合に於ける自由刑の大數である(六十四パーセント)。併し困窮竊盜(三十九パーセント)竝に家宅侵入(三十四パーセント)も比較的多く輕懲役を以て處罰されるのであり、一方他の犯罪、例へば信書の秘密の侵害(四・五パーセント)の如きものにあつては、輕懲役は稀に見る所であり、其の他の若干者にあつては法定刑の平等であるのにも拘らず、全然言渡されないのである。尙序乍ら一言して置きたいのは、困窮詐欺と困窮竊盜とは非常に其の取扱が異つて居ると云ふことである。此の二つの犯罪典型が随分相近いものであり、且其の法定刑は同一であるにも拘らず、われ／＼は詐欺が著しく重く取扱はれて居るのを見るのである。

第十三表 法定の刑量、六ヶ月未満の輕懲役又は罰金

| 有罪ノ言渡ヲ受ケタ者百人ニ對スル被罰者ノ割合(一九二五—一九二七年) | 輕 懲 役         |       | 罰 金  |
|------------------------------------|---------------|-------|------|
|                                    | 三ヶ月以上<br>一年未満 | 三ヶ月未満 |      |
|                                    | 輕             | 懲 役   |      |
| (1) 官ノ封印ノ撤去 (一三六條)                 | 0・7           | 5・8   | 93・5 |
| (2) 犯罪ヲ以テスル脅迫 (二四一條)               | 1・6           | 19・1  | 79・2 |
| (3) 虚偽ノ録取ノ招來 (二七三條)                | 10・4          | 66・9  | 20・3 |
| (4) 公然ノ賭博ヘノ關與 (二八四條a)              | 0・3           | 4・1   | 95・2 |
| (5) 重イ密獵 (二九三條)                    | 4・9           | 32・3  | 73・3 |
| (6) 不法漁撈 (二九六條)                    | 1・1           | 9・3   | 88・9 |
| (7) 過失ニ因ル囚人逃走幫助 (三四七條 二項)          | 0・7           | 0・4   | 99・9 |
| (8) 家畜屠殺竝ニ屠肉検査法 (二六條)              | 0・3           | 1・8   | 98・0 |

こゝでは約八十パーセントの自由刑を有する間接の虚偽の録取が、此の八つのいろ／＼の態様を有する犯罪典型の範圍以外に落ちるものである。他の犯罪は何れも此の數字の三分の一にも達して居ない。けれども自由刑の刑量も此の場合特に注意に値ひするものがある。即ち自由刑の十八パーセントは中位の刑量(三ヶ月と十二ヶ月の間の輕懲役)であつて、是等の犯罪部類については重い密獵を除



いては全然適用されないのも同様な刑罰等級なのである(註一)。之に反して此の部類の全部に互つて最も軽く判断されて居る犯罪は職務に關する犯罪 Anstaltsdelikt (第三百四十七條第二項)であつて、此の事實は興味なしとしないのである。序乍らく、で既に注意して置きたいのは、第十二表の犯罪は法律としては之を軽い犯罪として見て居るのであるが、前掲の犯罪の若干者は第十二表の數個の犯罪よりも著しく軽く處罰されて居ることである。

(註一) 蓋し極めて微少のパーセンテージは競合の場合が過誤の淵源たるの故を以て斟酌しないで置くことを必要とするからである。此のことは法定の刑の範圍を超越する刑につき二パーセント以下の數を示して居る。第十二表からして明瞭になつて來ることである。かやうに法定の刑の範圍を超越する刑につき二パーセント以下の數の示されて居るのは二三の刑が精確に「三ヶ月」となつて居ることのあるのを度外視するならば、只競合の場合丈にしか原因を歸することは出來ないのである。

第十四表 法定の刑量、一年未滿の輕懲役

| 輕罪                               | 有罪ノ言渡ヲ受ケタル者百人ニツキ被罰者數 (一九二五—一九二七年) |       | 罰金  | 備考  |
|----------------------------------|-----------------------------------|-------|-----|-----|
|                                  | 一年以上未滿                            | 三ヶ月未滿 |     |     |
| (1) 兇器ヲ以テスル又ハ多衆協同シテノ家宅侵入(一二三條一項) | 0.1                               | 1.8   | 3.0 | 六三三 |

|                                |     |     |     |     |                          |
|--------------------------------|-----|-----|-----|-----|--------------------------|
| (2) 公職ノ僭稱(一二三條)                | 0.1 | 3.7 | 1.9 | 八三二 |                          |
| (3) 差押破毀(一三七條)                 | —   | 0.7 | 1.1 | 八七三 |                          |
| (4) 猥褻文書ノ頒布(一八四條一號)            | 4.0 | 4.9 | 1.8 | 八一〇 |                          |
| (5) 猥褻ノ物件ノ公告(一八四條三號)           | —   | 1.2 | 2.8 | 九六〇 | 場合ニ依ツテハ二年以下ノ輕懲役、拘留ヲ選擇セシム |
| (6) 侮辱(一八五條、一八六條)              | —   | 0.6 | 7.0 | 九三  |                          |
| (7) 強要(二四〇條)                   | 0.1 | 3.0 | 1.7 | 八三三 |                          |
| (8) 過失ニ依ル放火(三九〇條)              | 0.4 | 3.9 | 1.9 | 八一八 | 場合ニ依ツテハ三年以下ノ輕懲役          |
| (9) 過失ニ依ル鐵道ニ對スル脅威(三二六條一項)      | —   | 0.5 | 1.4 | 九七七 | 場合ニ依ツテハ三年以下ノ輕懲役          |
| (10) 過失ニ因ル電信ノ經營ノ脅威(三二八條、三二八條a) | —   | 0.4 | 4.0 | 九三六 | 場合ニ依ツテハ三年以下ノ輕懲役          |
| (11) 土木建築規則ノ違反(三三〇條)           | —   | 1.0 | 1.0 | 九七九 | 只九十五件丈                   |
| (12) 不正競争取締法(四條)               | —   | —   | —   | 九八六 |                          |

既に第十二表中に於て比較的峻嚴に判断されたものとして目立つて居た家宅侵入は、此の場合にあつても其の加重された形態に於て、自由刑の頻度に由つて目立つて居る。此の部類に屬する他のすべての犯罪については、案件の五分の四以上について罰金が言渡されて居るのである。猥褻文書の頒布にあつては自由刑の刑量は注意に値ひするものがあつて、即ち五パーセントは三ヶ月以上の輕懲役である。過失に因る放火及強要の場合にあつても是等の重い自由刑は比較的頻繁である。之に反して不



正競争並に過失に因る輸送に對する脅威は非常に特別に軽く判断されて居るのであつて、殆ど罰金のみを以て處罰されて居るのである。侮辱も亦軽く判断された犯罪に屬する。

第十五表 法定の刑量、二年以下の輕懲役又は罰金

| 輕 罪                | 有罪ノ言渡ヲ受ケタル者百人ニツキ被罰者數<br>(一九二五—一九二七年) |       | 罰 金  |
|--------------------|--------------------------------------|-------|------|
|                    | 輕 懲 役                                | 罰 金   |      |
| (1) 猥褻行爲 (一八三條)    | 一年以上                                 | 三ヶ月以上 | 四三・七 |
| (2) 過失傷害 (二三〇條一項)  | 一年未滿                                 | 三ヶ月未滿 | 九二・五 |
| (3) 公ノ賭博ノ開張 (二八四條) | —                                    | —     | 八五・四 |
| (4) 富鐵ノ不法興行 (二八六條) | —                                    | —     | 九九・四 |
| (5) 強制執行ノ阻碍 (二八八條) | —                                    | —     | 八二・〇 |
| (6) 戰時禁制品 (二九七條)   | —                                    | —     | 八九・六 |
| (7) 單純物件毀棄 (三〇三條)  | —                                    | —     | 七三・八 |
| (8) 獸疫豫防法違反 (七四條)  | —                                    | —     | 九九・五 |

此の點に於てわれ／＼は再び風俗に關する犯罪、即ち不快の感を喚起する猥褻行爲(第百八十三條)が特に峻嚴に取扱はれて居るのを見るのである。即ち同一の法定刑を有する他の殆どすべての犯罪についてよりも倍丈多くの自由刑であつて、其の中の十八パーセントは長期の自由刑である。此のことは其の他何等類似の匹敵する現象すらをも此の表中に有しては居ないのである。更に警察的の性質を有する若干の犯罪(刑法第二百八十六條及獸疫豫防法第七十四條)は謂はゞ専ら罰金のみを以て處罰されるのも同然であつて、決して重い自由刑を以て處罰されることはないのである。即ち特に軽く取扱はれて居るのである。

第十六表 法定の刑量、三年以下の輕懲役又は罰金

| 輕 罪                         | 有罪ノ言渡ヲ受ケタル者百人ニツキ被罰者數<br>(一九二五—一九二七年) |       | 罰 金  | 備 考             |
|-----------------------------|--------------------------------------|-------|------|-----------------|
|                             | 輕 懲 役                                | 罰 金   |      |                 |
| (1) 職業上過失傷害 (二三〇條二項)        | 一年以上                                 | 三ヶ月以上 | 九三・八 | 場合ニ依ツテハ五年以下ノ輕懲役 |
| (2) 他人ノ使用權ノ侵害 (二八九條)        | —                                    | —     | 八八・三 |                 |
| (3) 重イ物件毀棄 (三〇四條)           | —                                    | —     | 七六・五 |                 |
| (4) 單純傷害 (二三三條)             | —                                    | —     | 八八・八 |                 |
| (5) 一九二一年一月二三日ノ阿片法<br>(第八條) | —                                    | —     | 五五・五 |                 |



此の點に於て先づ普通目立つて見えるのは、此の五つの犯罪は三年以下の輕懲役を以て罰せられることになつて居るとは云へ、一年を超える刑は殆ど全然科せられることはないのである。細目に於ては阿片法に對する犯罪が特に目立つて見える。即ち他の犯罪の場合に於けるよりも自由刑を科せられることが著しく多く、且其の刑期も比較的長い。特に此の表の二つの傷害罪の場合に於けるよりも重し處罰なのである。

第十七表 法定の刑量、三年以下の輕懲役

| 罪                  | 有罪ノ言渡ヲ受ケタル者百人ニツキ被罰者ノ割合 (一九二五—一九二七年) |               |           |
|--------------------|-------------------------------------|---------------|-----------|
|                    | 一年以上                                | 三ヶ月以上<br>一年以下 | 三ヶ月<br>未滿 |
| (1) 囚人ノ逃走招來 (一一〇條) | 〇・三                                 | 四・三           | 二七・三      |
| (2) 神ノ褻瀆 (二六六條)    | 〇・五                                 | 六・五           | 五三・〇      |
| (3) 禮拜ノ妨害 (二六七條)   | —                                   | 二・〇           | 三三・四      |
| (4) 單純過失殺 (二二二條一項) | 七・六                                 | 三六・二          | 二九・〇      |
| (5) 性病豫防法 (三條)     | 一・〇                                 | 二二・二          | 六四・〇      |
|                    |                                     |               | 一三・六      |

特に峻嚴に判斷されて居るのは過失殺であつて、其の四十五パーセントは中位又は長期の自由刑で

ある。是は禮拜の妨害に於ける二パーセントなどに較べると、非常に法外とも云はるべき程に大きな數字である。また性病豫防法に對する犯罪も峻嚴に取扱はれて居るのであるが、此のことはとりわけ罰金を排斥することに於て現れて居る。即ち他のすべての犯罪の場合に於けるよりも多くの罰金であり、否、過失に因る殺人の場合に於けるよりも多いのである。只最後に注意に値ひるのは、神の褻瀆は是と極めて親近な關係に在る、且同種の刑を以て罰せられることになつて居る禮拜の妨害よりも遙に峻嚴に處罰されて居ると云ふことである。

第十八表 法定の刑量、五年以下の輕懲役

| 罪                    | 有罪ノ言渡ヲ受ケタル者百人ニツキ被罰者數ノ割合 (一九二五—一九二七年) |               |       |
|----------------------|--------------------------------------|---------------|-------|
|                      | 一年以上                                 | 三ヶ月以上<br>一年未滿 | 三ヶ月未滿 |
| (1) 告知ノ懈怠 (一三九條)     | 一三・一                                 | 四三・八          | 二七・二  |
| (2) 男子間ノ姦淫行爲 (一七五條)  | 三・〇                                  | 三三・三          | 五八・八  |
| (3) 獸類トノ姦淫行爲 (一七五條)  | 〇・七                                  | 一六・七          | 六四・六  |
| (4) 墮胎 (一一八條但シ四項ナシ)  | 二・三                                  | 一九・〇          | 五七・七  |
| (5) 職業上ノ過失殺 (二二二條二項) | 五・二                                  | 四一・五          | 二五・六  |
|                      |                                      |               | 二八・七  |

一九二七年度  
ニツイテノ  
數字



|      |                                    |     |      |      |      |
|------|------------------------------------|-----|------|------|------|
| (6)  | 單純竊盜 (二四二條)                        | 〇・八 | 九・二  | 三九・五 | 四七・五 |
| (7)  | 贖物授受 (二五九條)                        | 二・〇 | 一六・三 | 三二・四 | 四九・三 |
| (8)  | 背任罪 (二六六條)                         | 三〇〇 | 二三四  | 三五・三 | 三六・五 |
| (9)  | 文書偽造 (二六七、二六九、二七〇條)                | 一・七 | 一四・三 | 三五・七 | 四四・〇 |
| (10) | 文書扣留 (二七四條一號)                      | 一・七 | 二二・〇 | 二二・三 | 六四・九 |
| (11) | 境界ノ虚偽 (二七四條二號)                     | 〇・八 | 〇・八  | 一二・七 | 八五・七 |
| (12) | 「放送無線電話無届聴取」<br>(一九二四、三、八放送無線電話令※) | 〇・八 | 〇・八  | 三一   | 九六・三 |

※此の命令は一九二七年二月三日に廢止されて了つた。

此の表は特に示唆に富んで居る。其の譯は此の表は他の表よりもより多くの比較の資料を提供して居るし、あらゆる種類の犯罪を包含し、特にわが國の裁判所が一番多く取扱つて居る犯罪である所の單純竊盜をも包含する次第だからである。今此の表、特に罰金と云ふ見出しを概観して見ると、互に相類似して居る四つの犯罪が此の刑種を適用する上に於ては中庸を保つて居るのを認めることが出来る。即ち竊盜、贓物授受、背任竝に文書偽造の四つである。罰金の割合は此の點に於ては先づ四十パーセント位の所を上下して居る。勿論此の犯罪部類の間に於ける相違も兎に角相當なものであつて、竊盜は背任に較べると罰金を以て罰せられること比較的多く、同時に比較的長期の自由刑を以て罰せられることは比較的稀であつて、即ち之を要するに軽く處罰されて居るのである。結局竊盜は

比較的長期の自由刑に關しては、此の表全體の範圍内に於ては、軽く判斷されて居る行爲に屬するものであるが、特に著しく他の犯罪と區別される次第ではない。其の他の點に於ては之に反して非常に大きな相違を認めることが出来る。先づ第一に一つの犯罪が極く目立つて峻嚴に判斷されて居るのが、一見直ちに承知し得られる。即ち犯罪の告知の懈怠の犯罪にあつては自由刑が八十四パーセントであり、其の中五十七パーセントは三ヶ月以上の自由刑である。即ち二人について一人の被告人が長期の自由刑に服役せしめられるのであるし、七人について一人の被告人が一年以上の輕懲役にさへ服役せしめられることとなる次第である。此のパーセンテージを(刑法典の犯罪以外に出ないやうにする爲に) 界標の虚偽 Grenzfallschlung などと比較せよ、一般に自由刑を科せられるのが十四パーセントであつて、三ヶ月を超えるのは全然ないのも同様である。——比較的軽く取扱はれて居るものに尙反自然的姦淫行爲 widernatürliche Unzucht がある。此の場合第百七十五條の二つの場合が異つて取扱はれて居るのが注意に値ひする。禽獸との姦淫行爲の場合にあつては自由刑が多く、男子間の姦淫行爲の場合にあつては比較的長期の自由刑が多い。最後に此の部類に於ても最後の部類に於てと同じやうに、過失殺(此の場合では加重された場合)は特に重く處罰されたものとして記載することが出来る。——之に反して特に著しく軽く判斷されて居るのは既に曩に述べた界標の虚偽であり、とりわけ無線電話の交通に對する犯罪である。法定刑を等しくする犯罪に對する裁判官の取扱が非常に異つて居るのがはつきりと目につくのは、無線電信に對する犯罪と犯罪の告知の懈怠との數字を比較する場



合に如くものはない。犯罪の告知の懈怠にあつては半数以上は長期の輕懲役刑であり、無線電信に對する犯罪にあつてはかくの如き刑は全然科せられて居ない。後者にあつては罰金は十六パーセントに過ぎないのに反し、前者にあつては殆ど百パーセントが罰金である。けれども此の表に於ける顯著な相違を確認する爲には、かくの如く相去ること遠い構成要件を参照する必要はないのである。

此の表に於ては犯罪の比較的大きな數が相互相等しい、且又廣汎な範圍に互る刑の範圍を以て總括されて居ることであるから、此の數字は更に一言するの因を興へる。こゝでは只ほんの一言する丈に止めたい。是等の犯罪は其の實際的の取扱に於て、即ちもう一つ別の點に於て區別されるものである。構成要件の中には刑の量定が比較的同種であるものもある。換言すれば言渡された刑は一定の度を中心として群を成し、従つて關係の犯行の大部分はほとん平等に取扱はれて居るのであるが、他の構成要件の場合にあつては之に反し法律上認められて居る一切の刑の等級が著しく大きな割合を以て代表され、即ち當該の犯行は「相互極めてまち／＼」に取扱はれて居ること因つて著しい刑量の分散「Streunung der Strafmasse」が現れて居る。第一の部類に屬するものは例へば禽獸との姦淫行爲（刑の八パーセント以上は一日以上一年以下の間の輕懲役であり、之に反して罰金並に長期の自由刑は稀である）。第二の部類に屬するものは過失殺と犯罪の告知の懈怠であつて、言渡された刑は比較的平等に四つの刑罰等級のすべての上に配當されて居る。此の第一の部類にあつては非常な峻嚴や非常な寛大を是認せしめるに足る丈の不規則な場合は稀であるが、第二の部類にあつては各個の場合の變化は

極めて大なるものがあり、従つて非常に重い場合も、また極めて輕微な場合も比較的頻繁に發生することがあるのである。そこでわれ／＼は、「宣告刑の範圍」として大抵の場合適用される所のものは、第一の部類にあつては狭少であり、第二の部類にあつては廣汎であると稱することが出来る。

第十九表 法定の刑量、十年以下の重懲役、減輕情狀を存する場合にあつては六ヶ月を下らな  
い輕懲役

| 犯 罪                            | 有罪ヲ言渡サレタ者百人ニツキ被罰者ノ割合 (一九二五—一九二七年) |       |      |
|--------------------------------|-----------------------------------|-------|------|
|                                | 重懲役                               | 輕 懲 役 | 役    |
| (1) 暴力ヲ以テスル姦淫行爲 (一七六條)         | 五七                                | 一六・七  | 六三・四 |
| (2) 意思能力ヲ有セサル婦女トノ姦淫行爲 (一七六條一項) | 八・五                               | 三三・八  | 六〇・八 |
| (3) 兒童トノ姦淫行爲 (一七六條三項)          | 七九                                | 三三・四  | 五三・三 |
| (4) 故意ニ因ル單純放火 (三〇八條、三一一條)      | 一七・七                              | 三三・〇  | 四三・三 |
| (5) 職務上ノ横領 (三五一條)              | 三二                                | 三五・一  | 七〇・九 |
|                                |                                   |       | 〇・五  |

重罪の領域については既に説明した理由からしてわれ／＼の資料の獲物は至つて乏しい。われ／＼は只此の表を持出すことが出来る丈である。此の表の中で目につくのは放火の判断が重いと云ふこと



であつて、即ち他の犯罪の場合に於けるよりも重懲役を科せられることが二倍も多く、長期の輕懲役の科せられることも他の犯罪の場合に於けるよりは多い。

以上示してある數字上の資料も、法定刑を同じくする犯罪の間に於て裁判官の刑の量定の點に、時あつてか非常に大きな相違の現れるのを示すには恐らく充分であると思ふ。是等のすべての場合を通じて法定刑の量定と宣告刑の量定との間に一種の不一致を存するのであつて、之についての説明を索める必要がある。けれども其の前にもつと顯著な現象を指摘する必要がある。即ち他の犯罪よりも重い刑を法定してあるけれども、それにも拘らず實際上の慣行に依つて、それよりも平均的に軽く判断されることになつて居る犯罪が少くないと云ふことである。

### 第三節 法定刑を異にする犯罪の場合に於ける刑の量定

犯罪に對する立法者の評價が法定刑に於て表明されるものであるとするならば、法定刑の輕重の差別は犯罪の輕重に於ける差別を意味するものである。併し此のことが例外なしに云ひ得られるものではないことは、曩にも既に指摘した所であるが、只法定してある最高の刑率については此のことは疑もなく云ひ得られることであつて、刑の最上限の重いのは、とりも直さず重い犯罪に外ならないのである。是はわが法典の執る所の見解なのであつて、それを論證するのはいと易いことである。即ちわが

刑法第一條に依ると、犯罪を分つて重罪、輕罪及違警罪として居ること、即ち犯行の輕重は法定刑の最下限や中位の所を標準として居る次第ではなくて、専ら法定刑の最上限を標準として居るのであつて、之に由つて同時に澤山の重要な點に於て犯罪の取扱が法定刑の最上限の刑量に繋らしめられるものである。更に法律は刑法第六十七條に於て法定刑の最上限に從つて時効期間に等級を附して居る。最後に想像的に競合して居る犯罪の場合にあつては、第七十三條に依り重い罰則、換言すればこゝでも亦一番重い法定刑を規定して居る刑罰法條が適用されるのである。以上述べたことからしてはつきりと判るのは、最上限に於て重く處罰されて居る犯罪は法律の精神に於て重く處罰されて居る犯罪であり、從つてまた處罰價值もつと大きいものであると觀察すべきであると云ふことである。

裁判官の判断はどの程度まで此の見解に適合するのであるか。答から先に云へば、統計は多數の犯罪が法定刑の最上限は重くあるにも拘らず、法定刑の最上限の軽い犯罪に於けるよりも平均的に軽く判断されるのを示して居る。其の證據は曩に掲げた第十二表乃至第十八表を比較することに依つて、極く簡単に推知することが出来る。是等の表は法定刑の輕重に從つて相互に順序立てられてあるのであつて、從つて前に出て来る表は續いて出て来る表よりも全く軽い判断を示すものであると推定することが出来る。けれどもかう云ふことは決して例外なしに起ることではない。もつと精しく觀察して見やう。

先づ第一に罰金に關しては、罰金は軽い犯罪よりも寧ろ重い犯罪についてより多く適用される。否、數年の自由刑を法定されてある犯罪の間に於てすらも、罰金の適用されることが非常に多いので



あつて、特に今こゝで論じて居る事柄にとつて大切なのは餘り重くない犯罪についてよりもより頻繁に科せられて居るのである。所が他の半面に於ては比較的稀にしか罰金を以ては罰せられない軽い犯罪もあるのである。二三例示して見やう。界標の虚偽竝にもつと明瞭なのは放送無線電話の無届聴取（第十八表、法定刑は一日乃至五年の輕懲役）は、一年以下の輕懲役又はそれよりももつと軽い最上限の法定刑を設けてある非常に多くの犯罪に於けるよりも、罰金を以て事濟みとされることが少くない。然も他の半面に於ては、困窮詐欺（第十二表、法定刑の最上限は三ヶ月の輕懲役）は、第十四表の十二の犯罪全部（最上限は一年の輕懲役）よりも自由刑を以て罰せられることが多い。間接の虚偽の録取 *mittelbare Falschbeurkundung*（第十三表、法定刑の最上限六ヶ月の輕懲役）は第十四表、第十五表及第十六表（最上限一年、二年、三年の輕懲役）に列擧してある刑法典のすべての犯罪よりも自由刑を以て處罰されることが多く、五年の輕懲役刑を法定してある大抵の犯罪、例へば竊盜、背任、文書偽造等よりももつと多いのである。

云ふ迄もなく罰金と云ふ刑は特殊の性質を有する刑であり、また特殊の適用能力を有する刑である。されば罰金を以て處罰することが何時でも本當に軽い判斷を包藏するものなのであるかどうかと云ふことについては、議論の餘地があると考へる。従つてまたわれ／＼は此の懸念を斟酌する爲に「輕い」刑と「重い」刑とを區別することに因つて、更に別段の比較を行はうとするものである。そして稱して「輕い」處罰と云ふのは罰金や短期の自由刑を以てする處罰を指すものと解すること、

し、之に反して「重い」處罰と云ふのは三ヶ月以上の何れの處罰をも指すことにする。所で今擧げた虚偽の録取（法定刑、六ヶ月以下の輕懲役又は罰金）の場合にあつては、「一年以下の輕懲役又は罰金」を法定してある一切の犯罪の場合に於けるよりも、もつと「重い」刑を見出されるのであり、猥褻文書の頒布（一年以下の輕懲役又は罰金）竝に公衆の不快感の喚起（二年以下の輕懲役又は罰金）の場合にあつては、二年乃至三年の輕懲役を法定してある大抵の犯罪の場合に於けるよりも、もつと「重い」刑が見出される。所が他の半面に於てはわが刑法典の一番重い犯罪の一つである新生兒殺 *Kindesötung*（通常の法定刑、三年以上十五年以下の重懲役）は、往々にして（非常の）輕懲役刑を以て處罰されるのであつて、即ち餘り重い刑を法定されて居ない多數の犯罪（第七十四條、第七十六條、第七十七條、第二百二十四條、第二百四十三條。尙第二十三表をも参照）よりも遙かに軽く處斷されて居るのである。

以上述べた所から次のことが判る。法律の精神に於て處罰價値のより大なるものある行爲も、決して常に裁判所に依つて平均的により大なる處罰價値を有するものとして觀察されるものではない。寧ろわれ／＼は此の場合犯罪に對する法律上の評價と裁判官の評價との間の極めて注意に値ひする矛盾、即ち法律上の評價の重いものが却つて軽く處罰せられ、法律上の評價の軽いものが却つて重く處罰されると云ふ矛盾に直面せしめられるものである。

此の現象についてはもう一度立戻つて論ずることゝする心算であるが、併し此の現象は非常に重大



な現象であるやうにわたくしには思へるので、今こゝでもう少し裁判官の取扱が法律上の取扱と極めて獨特に矛盾して居るものと思はれる二三の犯罪を挙げて置きたいと思ふ。とりわけ著しく目立つて感ぜられるのは、裁判所が或る犯罪の特殊變態の場合を、單純の場合に於けるよりも平均的に軽く處罰して居ることが随分あると云ふことである。(註二) 即ち

(イ) 兇器を携帯しての、若は多衆協同しての家宅侵入は、單純の家宅侵入よりも罰金を以て片付けられることが多い。

(ロ) 職業上の過失に因る傷害は、此の行爲の單純な過失に因る犯行の場合に於けるよりも、罰金を以て罰せられることが多い。

(ハ) 過失殺についても同じことが云ひ得られるのであつて、此の場合にあつては更に、職業上の犯行は自由刑の刑量に關しても單純過失殺に於けるよりは軽く取扱はれて居るのである。

(ニ) 重強盜は單純強盜よりも(減輕情狀を存する場合に限り許される所の) 輕懲役を以て處罰されることが多い。

(ホ) 重い物件毀棄は單純の物件毀棄よりも罰金を以て處罰されることが多い。

(ヘ) 職業上の傷害罪は單純の傷害罪よりも軽く處罰される。

(註二) 此の數字は附録の表で見るのが一番便宜である。

是等の場合中の或るものについては以下に於て説明が試みられるであらう。其の他のものにあつては今尙解かれぬ謎の前に立つて居るものである。即ち法定の加重事由 *Erschwerungsgrund* が實際上には減輕事由として作用を及ぼして居るのであるかの如く見受けられる。是と同じやうな種類の興味ある不一致は、相互に一般の場合と特殊の場合との關係にこそ立たないが、其の侵害方向に於ては互に密接に類似して居る犯罪を比較する場合にあつても生ずることである。例へば

(イ) 新生兒殺(法定刑、三年乃至十五年の重懲役)は、もつと遙に輕い刑を法定してある重い傷害(一年乃至五年の重懲役)よりも、輕懲役を以て處罰されることが稀でない。

(ロ) 被養者 *Hegehofllane* との姦淫行爲は、法律上から云ふと兒童竝に意識喪失者との姦淫行爲の方が遙に重い犯罪であるのにも拘らず、是よりも著しく重く處罰されて居る。

(ハ) 間接の虚偽の録取は、法律上では文書偽造の方が十倍も重い最上限を法定されて居るのであるのにも拘らず、自由刑を以て處罰されることは文書偽造の場合よりも遙に多くある。

(ニ) 單純の密獵は重い密獵(第二百九十六條)よりも重く處罰されて居る。

以上の事柄はすべて注意と説明とを必要とする目立つた事項である。是等を法律と調和させることが出来るものであるかどうかと云ふことについては、後に至つて論ずるであらう。こゝでは只誤解を避ける爲に一つの事柄を附加して置きたい。或る一つ比較的重い犯罪が或る一つの輕い犯罪よりも軽く處罰されると云ふことは、例へば或る侵入盜が六ヶ月の輕懲役を以て事済みとなるのに、其のす



ぐ後で或る單純の竊盜が十二ヶ月の輕懲役を以て處罰されると云ふことは、必ずしも目に立つことではない。第一の場合に於ては特に極めて輕い處罰を必要とするやうな、全然特殊の減輕事由が存在したのである。立法者にしてかゝる結果を欲求しないとすれば、二つの刑の範圍を重なり合はないやうにする筈だと思ふ。併し比較的重い犯罪が平均的に輕く處罰されるのであるとすると、狀況は根本的に違つて來るのであつて、此の現象迄もが法律と調和することが出来るものであるかどうかと云ふ點に至つては、もつと精しい検討を加へる必要がある。

#### 第四章 法定刑の刑の範圍の宣告刑の刑量に

##### ごつての意義

##### 第一節 法定刑の最上限の實際的意義

前の章に於ては刑の量定の點にかけて時、土地並に事物に關し非常に大きな相違のあるものであることを確認することが出来た。法定刑の刑の範圍が平等であるにも拘らずかやうにも違つた評價の行はれると云ふ段になると、では一體法定刑の刑の範圍は實際上にどんな意義を持つものなのであるかと云ふ問題を生ずるのは當然のことである。蓋し法定刑の範圍にして實際上の意義を有するとすれば、

此の意義は實に、刑の範圍の界限の仕方が裁判所の刑の量定の仕事の事實上の結果を決定すると云ふ點にしか存在することは出来ないからである。即ち刑の範圍の界限が別様に定めてあるとすれば、判決も趣を異にして來ることゝなるであらうと云ふ點以外には、法定刑の刑の範圍の實際上の意義は存在することは出来ないからである。では本當に刑の範圍の界限が別様に定めてあるとすれば、判決も趣を異にして來るやうになつて居るのであるか。是は苟も刑法を立法するのにとつて頗る重大な一つの問題であることは疑を容れない。此の問題に答へることを得んが爲には、刑の範圍の二つの界限の間に區別を立てる必要があると思ふ。

立法者が刑の範圍に與へて居る上の方の限界は法律的には二重の意義を有する。先づ第一は、裁判官は此の典型に屬するどの犯罪についても法律の上に表示されて居る標準を超えることは出来ないこと云ふ自明的の意義である。即ち或る犯罪の刑罰の制裁が他の犯罪の刑罰の制裁よりも最上限に於て高いつときは、前なる犯罪は後なる犯罪よりも重く處罰することが出来るのである。勿論かう云ふことが實際に行はれるものであるかどうか、またどの程度まで此のことが本當に行はれるものであるか。引上げられてある最上限は裁判所の側で、事實上果して「充分に利用されて居る」ものであるかどうかに至つては、獨立した別個の問題であつて、此の引上げられてある最上限の事實上に實際的な意義は其の解答如何に左右されるのである。だが併し法定の最上限は更にもう一つ別個の意味を持つて居る。それは、立法者は法定刑の最上限を以てして犯罪の輕重についての己れの價值判斷を表明したもので



あると云ふことである。是は少くとも我が現行刑法典の見解なのであつて、それについて積極的の證明が必要である限りに於ては、立證は既に行つて居るのである。立法者の意思に依ると、最上限に於て重い刑を法定してある犯罪は、普通にも重く處罰することを必要とする次第なのであらう。斷つて置くが普通にはである。何故ならば具體的の場合に存在する特殊の減輕情狀や加重情狀は、關係を一變させることがないでもないからである。併し平均に於ては最上限について重い刑を法定してある犯罪は處罰價値の大きい典型として重く判斷することを必要とするであらう。法定の刑の最上限の第二の意義は實に此の點に存するものである。わたくしは既に載せてある統計上の資料について、問題の此の二つの半面を説明しやうと思ふ。だがこゝでも亦個別的方式を適用しなければならぬ。即ち其の刑の範圍が最上限に於て區々であるけれども、最下限に於ては平等である犯罪を裁判所の慣行がどう取扱つて居るかを検討し、以て法定の最上限の不同が實際上にはどの程度まで作用を及ぼして居るかを検討する必要がある。

(1) 高くなつて居る法定刑の最上限の利用

第二十表中では現行刑法典の資料(附屬刑法は除外する)中から、法定刑の最下限が一樣に一日の輕懲役又は罰金と定めてあり、之に反し其の最上限は或は三ヶ月、或は六ヶ月、或はまた一年となつて居る犯罪を總括してある。そこで第一の問題は、最上限に於て三ヶ月を超える犯罪について事實上此の限界を超える刑がどの程度まで科せられて居るかと云ふことである。先づ目につくのは三ヶ月以

下を以て罰することを得べき犯罪(第一號乃至第七號)についても、案件の一パーセント乃至二パーセントの場合に於ては、三箇月以上一年以下の刑が科せられて居ると云ふことである。是は數個の犯罪の競合の場合たるものであるが、是等の場合は斟酌しないで置いて差支ない。之に反して大切なのは、六箇月若は一年の最下限の認められて居る犯罪(第八號乃至第二十四號)にあつても、是等の比較的長期の刑は極めて稀にのみ行はれる所であると云ふことである。極めて少數のパーセントは此の場合にあつても、競合の場合の前記の過誤の淵源の故を以て斟酌しないで置くの外はない。三箇月以上の刑の擧げるに値ひするパーセント(四パーセント以上)は専ら間接の虚偽の録取(第十號)、密獵(第十二號)並に猥褻文書の頒布(第二十二號)の場合にのみ見る所である。同一の現象は、われ／＼にして二年以上の法定の最上限を念頭に置くときは、もつと遙に明確に現れて來るものである。第二十一表及第二十二表に於ては最下限一日以上の輕懲役にして、罰金を選擇せしめ又は選擇せしめず且それについて二年、三年若は五年の輕懲役の最上限の定めてあるものを總括してある。こゝでは刑の範圍が上の方に向つて擴張されてあることが、實際の上では殆ど目立たないやうになつて居ることが非常にはつきりと判る。第二十一表の十一個の犯罪についてはわれ／＼は一年を超

第二十表 法定刑の最下限を同じくし、最上限を異にして居る犯罪、

法定の最下限、一日の輕懲役又は罰金、

法定の最上限、三箇月、六箇月、一年の輕懲役、



| 番 號  | 犯 罪                            | 法定刑ノ<br>最上 限 | 一九二五年乃至一九二七年ニ於<br>テ有罪ノ言渡ヲ受ケタル者百人<br>ニツキ被罰者ノ割合 |      | 備 考 |
|------|--------------------------------|--------------|---|------|-----|
|      |                                |              | 輕 懲 役   | 罰 金  |     |
| (1)  | 第一一六條一項(多業聚合)                  | 三ヶ月ノ<br>輕懲役  | 一〇・〇  | 八九・三 |     |
| (2)  | 第一二三條一項(單純家宅侵入)                | 同            | 三三・二  | 六五・四 |     |
| (3)  | 第一四八條(偽造通貨行使)                  | 同            | 一八・六  | 七四・四 |     |
| (4)  | 第二九二條(密鐵(單純))                  | 同            | 二一・六  | 八六・三 |     |
| (5)  | 第二九九條(信書ノ秘密侵害)                 | 同            | 四・三   | 九四・一 |     |
| (6)  | 第二四八條 <sup>a</sup> (困窮竊用)      | 同            | 三七・一  | 五九・九 |     |
| (7)  | 第二六四條 <sup>a</sup> (困窮詐欺)      | 同            | 三二・一  | 三六・〇 |     |
| (8)  | 第一三六條(官ノ封印撤去)                  | 六ヶ月ノ<br>輕懲役  | 五・八   | 九三・五 |     |
| (9)  | 第二四一條(脅迫)                      | 同            | 一九・二  | 七九・四 |     |
| (10) | 第二七一條(第二七三條) 虚偽ノ録取<br>(招來)     | 同            | 六・九   | 二〇・三 |     |
| (11) | 第二八四條 <sup>a</sup> (公然ノ賭博ヘノ關與) | 同            | 四・一   | 九五・二 |     |
| (12) | 第二九三條(重キ密鐵)                    | 同            | 二二・二  | 七三・三 |     |
| (13) | 第二九六條(不法漁撈)                    | 同            | 九・三   | 八八・九 |     |

| 番 號  | 犯 罪  | 法定刑ノ<br>最上 限 | 一九二五年乃至一九二七年ニ於<br>テ有罪ノ言渡ヲ受ケタル者百人<br>ニツキ被罰者ノ割合 |      | 備 考                       |
|------|--|--------------|---|------|---------------------------|
|      |  |              | 輕 懲 役   | 罰 金  |                           |
| (14) | 第三四七條二項(過失ニ因ル囚人逃走招<br>來)                     | 同            | 〇・七   | 九八・九 |                           |
| (15) | 第一二三條二項(持兇器家宅侵入)                             | 一年ノ<br>輕懲役   | 一・八   | 六六・三 |                           |
| (16) | 第一三二條(公職僭稱)                                  | 同            | 三・七   | 八三・一 |                           |
| (17) | 第一三七條(差押破毀)                                  | 同            | 二・一   | 八七・二 |                           |
| (18) | 第二四〇條(強要)                                    | 同            | 三・〇   | 八三・三 |                           |
| (19) | 第三一八條(第三一八條 <sup>a</sup> ) 過失ニ<br>因ル電信ニ對スル加害 | 同            | 四・〇   | 九三・六 |                           |
| (20) | 第三三〇條(建築規則違反)                                | 同            | 一・〇   | 九七・九 |                           |
| (21) | 第一八四條第一項(猥褻文書ノ頒布)                            | 同            | 一三・八  | 八一・〇 |                           |
| (22) | 第三〇九條(過失放火)                                  | 同            | 三・九   | 八一・八 |                           |
| (23) | 第三一六條第一項(過失ニ因ル鐵道<br>ニ對スル脅威)                  | 同            | 〇・五   | 九七・七 |                           |
| (24) | 第一八五―六條(侮辱)                                  | 同            | 〇・六   | 九三・〇 | 拘留ヲモ許ス最<br>上 限 二年ノ輕懲<br>役 |

える刑は殆ど全然見出さないので同様にあり、また第二十二表の十七個の犯罪については過失殺(單純のも特別のも)竝に犯罪の告知の懈怠が、一年以上の刑の擧げるに足りる丈のパーセンテージを示して居る。此の場合五年の輕懲役を最上法定刑とする相當多數の犯罪の代表されて居るのを念頭に置くときは、前記の事實にも拘らず一年以上の自由刑は此の場合單に例外としてのみ意義を有するに止まるものであることは、兎に角非常に目に立つ一つの事實として認めざるを得ない。以上述べた所



に依れば法律が一年以下の輕懲役を法定して居るか、それとも五年以下の輕懲役を法定して居るか、と云ふことは、殆ど無意義であるやうに思はれる。——重罪の領域上に於ては残念乍ら此の種の資料にとつては、既に屢次述べたやうな理由に基いて同一の觀察を行ふことは出来ない。けれども事態は此の場合も恐らく別様になつて居ることはあるまいと思ふ。

第二十一表 法定刑の最下限を同じくし、最上限を異にして居る犯罪、

法定の最下限、一日の輕懲役又は罰金、

法定の最上限、二年、三年の輕懲役、

| 番 號 | 犯 罪              | 法定刑ノ最上限 |     | 備 考       |
|-----|------------------|---------|-----|-----------|
|     |                  | 輕 懲 役   | 罰 金 |           |
| (1) | 第一八三條 (猥褻行爲)     | 二年ノ輕懲役  | 一六八 | 三六〇 四三・七  |
| (2) | 第一八四條 (公然ノ賭博ノ開張) | 同       | 二・三 | 一三・一 八五・四 |
| (3) | 第一八六條 (富藏ノ不法興行)  | 同       | 〇・六 | 〇・六 九九・四  |
| (4) | 第一八八條 (強制執行ノ阻碍)  | 同       | 三・四 | 一四・六 八三・〇 |
| (5) | 第一九七條 (戰時禁制品)    | 同       | 一・六 | 八・八 八九・六  |

| 番 號  | 犯 罪               | 法定刑ノ最上限 |     | 備 考          |
|------|-------------------|---------|-----|--------------|
|      |                   | 輕 懲 役   | 罰 金 |              |
| (6)  | 第三〇三條 (單純物件毀棄)    | 同       | 〇・二 | 二〇 三三・五      |
| (7)  | 第三〇一一條 (過失傷害)     | 同       | 一・二 | 五・一 九二・五     |
| (8)  | 第二八九條 (他人ノ使用權ノ侵害) | 三年ノ輕懲役  | 〇・六 | 一一・〇 八八・三    |
| (9)  | 第三〇四條 (重イ物件毀棄)    | 同       | 〇・三 | 二・三 七六・五     |
| (10) | 第二二三條 (單純傷害)      | 同       | 〇・二 | 一・四 九六・八     |
| (11) | 第三〇一一條 (過失傷害)     | 同       | 〇・一 | 一・七 四・五 九三・八 |

第二十二表 法定刑の最下限を同じくし、最上限を異にして居る犯罪、

法定の最下限、一日の輕懲役、

法定の最上限、一年、二年、三年、五年の輕懲役、

| 番 號 | 犯 罪             | 法定刑ノ最上限 |     | 備 考 |
|-----|-----------------|---------|-----|-----|
|     |                 | 輕 懲 役   | 罰 金 |     |
| (1) | 第一六三條 (過失ニ因ル偽誓) | 一年ノ輕懲役  | 二・二 | 三・五 |
| (2) | 第一八二條 (誘惑)      | 同       | 一・七 | 三・二 |



|      |                        |        |      |      |      |      |
|------|------------------------|--------|------|------|------|------|
| (3)  | 第一六八條 (死體ノ不法奪取墳墓ニ對ス)   | 二年ノ輕懲役 | —    | 七・六  | 三〇・四 | 五八・〇 |
| (4)  | 第一二〇條 (囚人ノ解放)          | 三年ノ輕懲役 | 〇・三  | 四・三  | 二七・〇 | 六六・六 |
| (5)  | 第一六六條 (神ノ褻瀆)           | 同      | 〇・五  | 六・五  | 三九・〇 | 五三・〇 |
| (6)  | 第一六七條 (禮拜ノ妨害)          | 同      | —    | 二・〇  | 三・四  | 六四・二 |
| (7)  | 第二二二條一項 (單純過失殺)        | 同      | 七・五  | 三七八  | 二八・八 | 二五・九 |
| (8)  | 第二四六條 (横領)             | 同      | 〇・四  | 八・五  | 三七・九 | 五三・五 |
| (9)  | 第二六三條 (詐欺)             | 五年ノ輕懲役 | 一・七  | 一一・一 | 三六・九 | 四六・九 |
| (10) | 第一七五條 (男子間ノ自然ニ反スル姦淫行爲) | 同      | 三・〇  | 三三・三 | 五三・八 | 一九・九 |
| (11) | 第一七五條 (禽獸トノ姦淫行爲)       | 同      | 〇・七  | 一六七  | 六四・六 | 一三・二 |
| (12) | 第二二二條二項 (職業上ノ過失殺)      | 同      | 五・三  | 四一・一 | 二五・三 | 二八・四 |
| (13) | 第二四二條 (單純竊盜)           | 同      | 〇・八  | 九・二  | 三九・五 | 四七・五 |
| (14) | 第二五九條 (贓物授受)           | 同      | 二・〇  | 一六・三 | 三二・四 | 四九・三 |
| (15) | 第二六六條 (背任)             | 同      | 三・〇  | 三三・四 | 三五・三 | 三六・四 |
| (16) | 第二六七條 (單純文書偽造)         | 同      | 一・七  | 一四・三 | 三五・七 | 四八・〇 |
| (17) | 第二七四條一項 (文書扣留)         | 同      | 一・七  | 一三・〇 | 二二・三 | 六四・九 |
| (18) | 第二七四條二項 (境界ノ虚偽)        | 同      | 〇・八  | 〇・八  | 二二・七 | 八五・七 |
| (19) | 第一三九條 (犯罪ノ告知懈怠)        | 同      | 一三・一 | 四三・八 | 二七・三 | 一五・八 |

場合ニ依ツテハ  
五年ノ輕懲役  
減輕情狀ヲ存ス  
ル場合ニハ罰金

|      |                   |   |     |      |      |      |
|------|-------------------|---|-----|------|------|------|
| (20) | 第二一八條 (四項ナシ) (墮胎) | 同 | 二・三 | 一九・〇 | 三〇・七 | 三〇・九 |
|------|-------------------|---|-----|------|------|------|

(2) 第二の問題はもつと遙に興味のある問題である。法定の最下限が高いと云ふことは、法律が常該の犯罪を重く評價して居るものであることを意味する。高い方の刑率は殆ど實際には利用されることはないけれども、重い刑を法定してある犯罪にあつては裁判所は一番軽い刑量を適用することは稀である以上は、少くとも裁判所が峻厳に處置するのを期待することが出来る。——事實上それがどんな状態になつて居るか云ふことは曩に既に論じた通りである。今こゝでは只第二十表と第二十一表とが要領の得易い所から、此の表丈を此の見地の下に於ても觀察したいと思ふ。此の二つの表は、法定刑の最下限として一日の輕懲役又は罰金を定めてあるけれども、其の刑の範圍の最上限はまち／＼である三十五の犯罪を取扱つて居るものである。そこで最上限に於て重い刑を法定してある犯罪は、本當に平均に於ても他の犯罪に於けるよりは、「重い刑」を以て處罰されることが多いものであるかどうかを確めて見やう。但し三箇月以上の輕懲役は「重い」ものとして認めたいと思ふ。次の比較は法定刑と判決を以て言渡された「重い刑」との間に成立する關係を示すものである。此の重い刑は次のやうに擧げるに値ひする刑量に於て(案件の四パーセント以上)發生するものである。

最上限六箇月輕懲役ノ犯罪七(第二十表(8)―(14)ノ中犯罪 二  
 一年ノ 一〇(第二十表(15)―(24)ノ中犯罪 一



〃 二年 〃 七(第二十一表(1)-(7)) 〃 〃 一  
 〃 三年 〃 四(第二十一表(8)-(11)) 〃 〃 〇

是等のことはすべて重い法定刑の最上限は決して必ずしも常に平均的に、犯罪の重い處罰を招來するものではないことを充分はつきりと示すものである。こゝでは更に既に前に擧げてある、極めて特異の現象である、變態的の犯罪の中には平均的に見て同じ犯罪の變態的でない行爲の場合に於けるよりも、軽く處罰されるものがあると云ふことに想到したい。(註一)

(註一) 第三章第三節の末尾を参照せられたい

かやうな次第でわれわれは左の結論に到達する。曰く、裁判所と云ふものは専ら刑の範圍の下の方の限界に近い所で刑を定めるものである。刑の範圍を上の方に向つて擴張すると云ふことは餘り多くの實際的意義を有するものではない。即ち第一には、法定刑の最上限を引上げることによつて重い刑を言渡す道を開いても、裁判所は極めて稀なる例外的の場合に於ては此の權能を利用することをしないのである。また第二には、此の最上の刑罰等級の使用されないことは度外視するにしても、法定刑の重いと云ふことは決して必ずしもすべての犯罪について、實際の慣行上平均的に重い處罰を招來するものではないのである。

### 第二節 法定の最下限の實際上の意義

裁判所は刑の範圍の下の方の限界を餘りに甚しくは離れない傾向を有する所から、此の刑の範圍の下の方の限界には、刑事司法の全般の形成の上から見て標準たるの意義が與へられることとなる。僞誓の罪が一年を下らない重懲役を招來すると云ふ事實は、どんなに寛大な裁判官がどんなに軽い場合に臨んだからと云つても、法律に違反することなくしては左右することの出来ない事實である。即ち裁判所はさなくとも例外的の場合に於ては法定刑の上の方の限界に接近することを常としないのであるから、刑の範圍の上の方の限界と云ふものは實際上には極く稀にしか意義を有すること、はならないのであるけれども、刑の範圍の下の方の限界に至つてはそれとは正反對のことが云ひ得られる。

此の認識はわが國の刑事上の實際の慣行を觀察した者にとつては、決して新規の事柄を言明するものではない。併し別の一點はもつと精しく究明する必要がある。即ち法定刑を異にする數個の犯罪について、此の意味に於て重い犯罪が裁判所に依つても事實上重く判斷されて居るものであるかどうかと云ふことが問題となつたのと同じやうに、刑の最下限を同じくしない犯罪についても此の問題が起る。或る犯罪の實際的評價は立法者が此の犯罪について重い最下限を定めたと云ふ事實に依つて、重い刑罰等級が此の場合より多く適用されると云ふ意味に於て左右されるものであらうか。

例へば同一の最上限(三年若は五年位の)が法定してあるけれども、其の最下限は一方は一日の輕懲役であり、他方は一箇月の輕懲役である犯罪に對する裁判官の評價を比較して見やう。此の場合に



其の結果として現はれて来る状態は決して一様でない。多數の構成要件については重い法定刑の最上限を有する犯罪は、平均的にも重く罰せられると云ふ期待が該當するのであるけれども、併し此のことは決して例外なしに云ひ得られることではない（例へば刑法第三百五條及第三百十七條の場合にあつては正反對であつて、刑の最下限の軽いにも拘らず特に軽く判断されて居るのである。尙附録の表を参照せられたい）。只是からして最後の斷案を抽き出すには、資料が餘り乏しい。此の點に於て罰金法がどう云ふ作用を及ぼしたかと云ふ問題を調べて見るのは、それよりも遙に興味の多いことである。本來罰金を選擇的に法定してある犯罪は、通常の刑罰的結果としては輕懲役刑を招來するところが出るに止まり、只新しい刑法第二十七條に基いてのみ罰金を以て罰することの出来る犯罪よりも、立法者からは遙に處罰價值が少いものと見られて居るのである。之に關して實際上の慣行はどうなつて居るであらうか。此の點を確める爲に、既に使用済である資料に立戻つて第二十二表の(4)乃至(7)の犯罪（法定刑、三年以下の輕懲役）を、第二十一表の(8)乃至(11)の犯罪（法定刑、三年以下の輕懲役又は罰金）と比較して見やう。さうすると最後の部類の犯罪はすべて最初の部類のすべての犯罪よりも軽く處罰されて居ることが判る。所が此の觀察は他の點にかけても確められるのであつて、例へば附録の表を比較して見ると、資料中には結局只一つの例外しか見ることが出来ないのであつて、然もそれは附屬法に關するものである。即ち無線電信の交通取締令に對する犯罪（法定刑、五年以下の輕懲役）は、五年未滿の輕懲役又は罰金を法定してある若干の犯罪よりも軽く處罰されて

居るのである（附録の表）。即ち資料中に於て稀に見る所の統一的结果を以て確認することが出来るのは、第二十七條の罰金は選擇的に法定してある罰金よりも適用されることが少いと云ふことである。此のことが第二十七條に依り罰金が特定の、餘り頻繁に實現されない條件に繋らしめられて居ると云ふこと、果して關聯するものであるかどうか、それとも恐らくは獨逸の裁判所は是等の犯罪にあつては五十年以上を通じて自由刑のみを言渡すことが出来たのであつて、今となつては此の傳統からは躊躇することなくしては乖離しやうとはしないと云ふこと、關聯する次第なのであるか、それ等の點は當分不問に附して置きたい。

多くの場合に於ては現行刑法典は軽い刑率の適用を「減輕情狀」*mildernde Umstände*の存否に繋らしめた。此のことは周知の通り次の意味を有する。即ち法律が適當なるものとして認められた多數の刑量は一つの段落に由つて二つの部分に分たれる。一つは平均の場合にとつての通常の刑の範圍であり、一つは「減輕情狀」の認められる場合についての特別の刑の範圍である。所で慣行はどの程度まで此の觀念に適合して居るものであるかは問題である。此の問題は恰も現在に於て其の特殊の司法政策上の意義を有するものである。蓋し草案は減輕情狀の組織を更に一層擴張して居るからである。資料は此の場合輕罪の領域については何等信憑するに足る解答を與へては居ない。何故と云ふのに、輕懲役の外に減輕情狀の場合について罰金の規定してある場合に於ては、罰金は今日では第二十七條に基いても減輕情狀とは關係なしに言渡すことが出来るのであつて、従つて罰金の言渡されたことそ







から云ふとわれ／＼は重い重罪の場合にあつては、普通軽い重罪の場合に於けるよりも重懲役刑を科せられることが多いものと期待して差支ないであらう。所が此の期待は實際には裏切られるのである。此の表に於ける犯罪は其の輕重に従つて、換言すれば法定刑に應じて順序立てられてあるのであるから、法律の評価と裁判官の評価とが一致しないことは、一見直に之を觀取することが出来る。特に目に立つのは次の二點である。即ち此の表で先頭に置かれてある重強盜は、事實上言渡された刑の輕重に關しては第四位を占めて居るのであつて、特に特異なことには單純の強盜よりも軽く處罰されて居るのである(1)及(6)を參照)。新生兒殺は第二位に置かれてあるが、こゝに列擧してある總數十九の犯罪の中で、一番軽く取扱はれて居る犯罪なのである。

(2) 減輕情狀を認める頻度に關しては、此の表は確に明瞭な斷定を下すものである。即ち此の表は減輕情狀の下に於て輕懲役刑の許される重要にして頻繁な一切の犯罪であつて、列擧された犯罪の何れについても案件の三分の一丈すらも重懲役の通常刑を科せられることのないものを收めて居る(註二)。其の一番目に立つのは恐らく新生兒殺の場合であつて、九十七・四パーセントは輕懲役刑である。然るに通常の刑は此の場合獨り一年の重懲役のみに止まらず、三年の重懲役なのである。更に此の表の全部を通じて最も頻繁な犯罪である重竊盜についても、案件の約九十六パーセントに於ては減輕情狀を認められたのである。今日の慣行に於て——慣習法的にと稱することが出来る——發達した刑率は、此の場合もはや「十年以下の重懲役、減輕情狀の下に於ては三箇月を下らない輕懲役」と云ふ

ふのではなくて、寧ろ「三箇月を下らない輕懲役、情狀特に重い場合には十年以下の重懲役」と云ふのと同じことになつて居るのである。

(註二) 此の表は故殺は掲げて居ない。其の譯は統計は此の場合第二百十二條乃至第二百五條を一節に總括し、即ち減輕情狀の全然規定されて居ない場合をも包括して居るのだからである。

コワルチック(註三)は前記の犯罪の二三のものにつき、過去數十年間に於ける裁判所の刑事司法上の慣行の發達を尋究して、例へば一八八四年乃至一八九三年の十年間に於ける累犯竊盜につき重懲役刑のパーセンテージはまだ三十四パーセントを算して居たものであつたが、其の後次第に低下して竟に十三パーセントにまでなつて了つたことを明かにして居る。此の事實に顧みるときは、裁判は最初から法律の文言とは相容れなかつたのであつて、數十年の經過につれて益々法律から離れて行つたものであると云はざるを得ないであらう。今日では獨り案件をして例外的のものたらしめる事情が「減輕情狀」たるものと認められて居るのみに止まらず、苟も裁判所の見解上量刑の通常の下限以下に下るのを是認せしめるに足りるやうな狀況は、すべて一概に「減輕情狀」と看做されるのである。所が裁判所の見解に依ると、通常の下限は大抵の犯罪については明かに餘りに高く定められてあることであるから、全然通常的に發生して、決して何等不規則的のものを伴ふにあらざる事情や狀況は、減輕情狀として觀察されるのである。別の言葉を以て云へば、裁判官は減輕情狀が存在するから各個の犯罪を罰するに輕懲役を以てするのではなくて、輕懲役を言渡さうとするからこそ減輕情狀を認め



るのである。其の自明的の結果は即ち、裁判官は刑の言渡を理由付ける爲に「減輕情狀」を探すことを餘儀なくされ、極めて平常な狀況の中に之を見出すのである。それは案件が實際に於て何等例外的なものではないからである。此の減輕情狀の探索の例は前科數犯の者の記録を見れば、其の何れにも多々あるのを見かけるであらう（註四）。

（註三） 著者自序中に援用してある論文を参照せられたい。

（註四） *Essene Tägung der J.K.V. Mitteilungen, Neue Folge V.* のわたくしの報告中に二三の例が載せてある。

「減輕情狀」の實際的意義如何の問題は、以上述べた所に依つて容易に解答することが出来る。

(1) 刑の範圍を下の方に擴張すると云ふことは極めて大きな實際上の意義を有することである。即ち犯罪の大多數は軽い法定刑を適用して處罰されることとなるのである。

(2) けれども此の軽い刑量を明示的に「減輕情狀」の存否に繫らしめるのは、實際上に餘り大きな意義を有するものではなく、次第に全然無意義となつて了つた。何故と云ふのに一切の平均の場合を通じて謂ふ所の軽い刑が言渡されるからである。刑の範圍内に於ける段落は其の精神を失つて了つた。即ち判決當局は實際上には只一つの刑の範圍を認める丈に止まるのであつて、本當に言渡された刑の平均は——一般の傾向に従つて——此の刑の範圍の下の方の限界に接近して行くものである。

## 第五章 裁判官の價値の標準

### 第一節 裁判官の評價の本質的標識

裁判所の刑の量定の慣行に關する統計がそれを見る者に提供して居る著しい現象を説明しやうとする者は、己れの注意を普遍的事項に向け、案件の平均に於て適用され従つてまた統計上の事態全般の上にも、其の特色を興へずには置かない指導精神や價値の標準を観察する必要がある。特に緊切であり、然もまた特に有益であるのは、刑の量定の慣行が本當に法律から離れ、又は外見上法律から離れるの觀を興へることに因つて、見る者をして特に目立つて感ぜしめる刑の量定の慣行上の事實を説明することである。だが併しそれは批評しやうと云ふのではなくて、寧ろ理解しやうと云ふのである。裁判官の思惟の典型的な特色に基いて裁判官の行爲の典型的現象を説明しやうと云ふに在るのである。

裁判官の刑の量定の評價の基礎は、現行法に依ると犯行 *vorrechtliche Tat* である。近頃犯人の人格 *Persönlichkeit des Täters* を以て犯行に代る評價の基礎たらしめやうと云ふことが要求されるやうになつて來て、刑法草案は汎く此の要求を容れて居る。併し裁判所が——少年裁判所の慣行を別とすれば——今日既に新しい見解の爲に道を拓くの努めつゝあると云ふことは、恐らく主張することは不可能なのであつて、是は法律が其の餘地を興へて居る場合にあつても——そして是が決定的の事なのであるが——尙且主張し得ない次第である。是が明瞭な證據は累犯竊盜の取扱であると考へる。此



の點に於てはわが舊法は既に犯人の人格を斟酌すべき旨を規定したものであるが、併し此の規定を實施するに當つても裁判所にとつては犯行が重きを爲して居る。單純累犯竊盜は重累犯竊盜よりも全然比較にならぬ程軽く處罰されて居るのであつて、前者にあつては長期の自由刑は二十四パーセントに過ぎないのに反し、後者にあつては九十三パーセントに上つて居る。若し本當に此の場合犯人の人格に重きを置かうとするのであるならば、累犯者の最後の犯行がたゞ／＼重い竊盜であつたか、それとも單純の竊盜であつたかと云ふことが、爾く深刻な意義を持つ譯はあるまいと思ふ。今日では二個の侵入盜を犯した後に一個の單純竊盜を犯した者は、二個の單純竊盜を犯した後に一個の侵入盜を犯した者よりも著しく軽く處罰されて居るのである。勿論法律は第二百四十四條に於てみづから此の見解を奉じて居るのであるが、併し裁判所にとつては、今日案件の百分の九十に於て裁判所が「減輕情狀」を認めるのを常として居る單純累犯竊盜をもつと峻嚴に處罰し、之に因つて此の二つの場合をもつと同化させるのは全然爲し得られることであると思ふ。けれども裁判所は、犯行こそ眼目なのであると云ふ、わが刑法典の原則を墨守して居るのである。

所でわが法律は専ら犯行に依つて侵害され若は脅威される法益の價値に従つて此の犯行を評價して居るのである。即ち侵害された法益は立法者が個々の犯罪典型に對して法定刑を與へる一番重要な基礎たるものである。イエーリングは嘗て法定刑を以て法益の價値表たるものであると稱し、われ／＼は此の法定刑と云ふ價値表について、立法者は各個の法益を他の法益との關係に於てどれ丈の高さに

評價して居るものであるかを承知することが出来るのであると云つたことがある。是は云ふ迄もなく只條件付にのみ正常な言葉でしかないのであつて、侵害された法益は犯行の唯一の評價の基礎たる次第のものではなくて、寧ろ價値の大きな法益に對する侵害が價値の小さな法益に對する侵害よりも比較的軽い刑を法定されてあることが随分ある。特に案件が主觀的の構成要件に關し、侵害の手段の危険性に關し、又は犯行の動機の性質其他に關して互に區別されてある場合に見る所である。かやうな次第で同一の法益に對して指向されてある犯罪が、法律中では異つた法定刑を規定されてあると云ふやうな結果を生ずる。かやうなことはすべて自明のことなのであるが、こゝで特に指摘して置く必要がある。何故と云ふのにわれ／＼は、裁判官の事實上の評價が立法者の評價に對してどう云ふ關係に在るものであるかの理由を説明しやうとするものだからである。こゝでは三つの主なる點を指摘する必要がある。

(1) 第一の問題は、平均的に言渡された刑に於て表明されて居る、各個の法益に對する裁判官の評價は、立法者の評價と同一なのであるか。若し一定の法益に對する侵害に由つて特示されて居る各個の犯罪典型は、平均に於ては同じ法定刑を定めてある他の犯罪典型に於けるとほゞ同じやうに處罰されると云ふことを確認することが出来るならば、われ／＼は此の問題を肯定するの外はあるまい。けれども一定の侵害方向を有する犯罪典型が平均的に同一の法定刑を有する別個の侵害方向の犯罪よりも著しく軽く取扱はれて居ると云ふやうなことが明かとなるならば、此の事實からして裁判所は問題



たる法益(他の法益との關係に於て)を、立法者が評價したやうに重く評價して居るものではないと推論せざるを得ないであらう。

かゝる不一致は實際に發生するものである。われ／＼は先づ資料に基いて、裁判所の慣行は風俗に關する犯罪を普通他の法益に對する法律的に平等の價値を有する侵害よりも重く判斷して居るものであること、即ち風俗と云ふ法益は裁判所は(比較的)立法者よりも高く評價して居るのであると云ふ信念に到達する。たつた今記述したばかりの方式を説明する爲に、此の例をもつと詳細に論じて見やう。

資料は風俗に關する犯罪の大きな數を掲げ、細目に互つて次の事柄を示して居る。即ち猥褻文書の頒布は同じ重さの犯罪の間に於ては特に重い處罰に由つて目立つて居る。第十四表中に列挙してある十二の輕罪中では、猥褻文書の頒布の場合よりも多く自由刑を科せられる輕罪は只一つあるのみである。然らば重い輕罪に對する關係はどうであるか。問題たる犯罪に對する法定刑は決して非常に重いものではないのであつて、「一年以下の輕懲役又は罰金」である。けれども比較的長期の輕懲役(三箇月以上のもの)は、此の場合「二年以下の輕懲役又は罰金」を以て罰せられることになつて居るすべての犯罪(第十五表)の場合に於けるよりも遙に頻繁に見る所であり、加之それがまた風俗に關する犯罪でない限りは「三年以下の輕懲役又は罰金」を以て處罰されることになつて居る刑法典のすべての輕罪(第十六表)の場合に於けるよりも、遙に頻繁なるものがあるのである。——自由刑の頻度

に關しては姦通(附録の表)についても同じことが云ひ得られる。此の犯罪は六箇月以下の輕懲役を法定してあるのであるが、併し重い刑罰等級(一年以下の輕懲役)の唯一の犯罪丈がより多くの自由刑を示して居る(それは過失に因る偽誓であつて、是は特に重く判斷された犯罪として尙以下に於て論ずる所があるであらう)。猥褻行爲に因つて公衆の不快の感を喚起する犯罪の場合にあつては、事實關係はもつと一層明瞭である(第十五表)。同種の法定刑を有する犯罪の間で極く大抵の場合が自由刑を科せられることになつて居り、また極く大抵の場合は長期の自由刑を科せられて居るのである。否、刑は重い刑を法定してある殆どすべての輕罪の場合に於けるよりももつと重い。例へば反抗や、單純の傷害や、囚人の解放や、禮拜の妨害や、横領や、詐欺や、單純竊盜や、文書偽造や、危険なる傷害や、官吏に對する強要などに於けるよりも重いのであつて、此の後なる六つの犯罪は五年以下の輕懲役を法定してあるのであるのに、不快の喚起は二年以下の輕懲役を法定されてあるに止まるのであるけれども、尙且重いのである。誘惑に對する判斷はもつと重く(附録の表)、此のことは、法定刑が此の場合一年以下の輕懲役と云ふことにしかなつて居ない所から特に目に立つて見えるのである。——反自然的の姦淫行爲の犯罪は法律の既に重い刑を法定して居る所であるが(五年以下の輕懲役)、併し裁判所は他の同じ法定刑を有する犯罪に對する釣合に於ては比較的に重く判斷して居るのである。此のことは特に罰金の稀であることに於てはつきりと示されて居るのである。(第八表)。資料の掲げて居る風俗に對する犯罪(第七十四條、第七十六條、第七十七條、第七十八



十一條)については、必要な確實性を以ては同一の現象を主張することは出来ない。何となれば比較の資料が餘りに小さくあるからである。けれども何れにしても此の場合にあつても著しく重い刑を法定されてある犯罪であつて、前記の風俗に關する犯罪について平均的に實際に見るよりも餘り重く處罰されて居ないものもあるのである。第二十三表に於ける第七十四條第一項の犯罪などと比較して見るに於ては、思ひ半に過ぎるものがあるであらう。兒童との姦淫行爲が特に少年の場合に特別に重く處罰されてあることは、既に他の箇所にて顯著なるものとして指摘した所である。——わたくしは此の事實に基いて、わが國の裁判所は風俗と云ふ法益を法律が評價して居るよりは——比較的——重く評價して居るものであると云ふことを推論することが出来るものと考へる。一つ二つの風俗に關する犯罪についてのみ比較的に重い刑の量定が現れて居るのであるとするならば、かくの如き推論をするのは早計であらう。蓋し恰も此の犯罪については情狀を重からしめる事情が特に屢々發生して、之に因つて重い刑の頻度が説明されると云ふこともあり得るであらうからである。けれども極めていろいろの風俗に關する犯罪について、同じ重さ若は更に一步を進めてもつと重い犯罪に於けるよりも、平均に於て重く判断されると云ふやうな現象が益々反覆して現れて來るのであるから、此のことは慣行が原則として風俗に對する侵害に對して占めて居る所の、重い見解に歸着せしめるの外はあらずと思ふ。

今此の方式に従つて刑の量定についての統計的結果を精査して見ると、裁判所の慣行の基礎となつ

て居る評價の特色を示す。更に別段の確認をすることが出来る。重い刑を法定されてあるものに風俗に關する犯罪の外に宣誓に關する犯罪 *Fidedelikt* がある。残念なことにはわが國の統計の性質の然らしめる所として偽誓については此のことを立證する譯にはいかない。尙偽誓の法定刑がさなきだに非常に重くあるの事實に顧みるときは、裁判所が此の犯行を刑の範圍内に於ても尙比較的に重く判断するものであるかどうかは、わたくしには疑はしいやうに思へる。之に反して二つの宣誓に關する犯罪の場合にあつては重い判断は明瞭である。過失に因る偽誓(附録の表)は同じ刑を法定してある誘惑(是亦附録の表中に在り)よりも軽く判断されて居るのであるけれども、併しわれ／＼は偽誓については大抵の比較的重い輕罪の場合に於けるよりも罰金を見出すこと少く、長期の自由刑(三箇月以上の)を見出すことが多いのである。とりわけ此のことは竊盜や詐欺等々の比較に於て云ひ得られることであつて、竊盜や詐欺については立法者が五倍も重い刑を定めて居るにも拘らず尙且然りとすものである。是と同じやうなことは宣誓に代る保證 *Versicherung an Eidsstatt* (附録の表)についても確認することが出来るのであつて、同じ重さの犯罪の場合に於けるよりも重い自由刑を科せられるのであり、罰金は少く、尙此の場合にあつても長期の自由刑(一年以上の)は前記の財産犯罪の場合に於けるよりも多いのである。

財産犯罪は判断の輕重に關してはほぼ中位を保ち、是等の犯罪の中の一重要なもの(第二百四十二條、第二百四十六條、第二百六十三條)は、寧ろ軽く判断されて居るのであるが、之に反し困窮竊



盗や困窮詐欺にあつては、罰金は他の遙に重い犯罪に比較して適用されることが少い程度に於ては、困窮竊盗や困窮詐欺は峻嚴に取扱はれて居るのを見るのである。けれども之については特に重い判断が決定の契機となる次第ではなくて、是等の場合に於ては犯人の支拂不能の故を以て罰金は往々にして相當でないと言ふ考慮が決定の契機となつて居るのである。

特に軽く判断されて居る犯罪に屬するものは、先づ傷害と侮辱とである。慣行が名譽に關する犯罪を些細の事件扱ひして居るのについては、往々にして不平が唱へられて居る。統計の示す所に依ると、罰金の科せられて居るのが九十二パーセントにも上つて居る。名譽毀損の處罰と其の他の犯罪の處罰との間の比較はいろ／＼の批評の機會を與へて居る。こゝでは只侮辱並に中傷が平均に於て單純な物件毀棄よりも軽く取扱はれて居ること丈を指摘するに止めたい。此の事實は異様な感じを與へる。蓋し名譽と言ふ言葉を最高の法益として聞かされて來たのは、われ／＼獨逸國民に若くものはないのだからである。

けれども傷害罪も亦目立つて軽く取扱はれて居る。即ち故意に因る單純の傷害も過失に因る傷害も何れも共に裁判所に因つて單純の物件毀棄よりは重くなく取扱はれて居るのであつて、法定刑の最上限は前者にあつては三年であり、後者にあつては二年に止まるに反し、實際の取扱はさう云ふことになつて居るのである。危険なる傷害罪はわが刑法典の一番重い輕罪の一つである（標準刑、二箇月以上五年以下の輕懲役）が、併し慣行に由る其の處罰は之に反して目立つて軽く、とりわけ餘り重くない。

ない宣誓並に風俗に關する犯罪と比較するに於て然りとする所である（附録の表を參照）。

更には等の犯罪の第三の部類も慣行上特に軽く處罰されて居るのであるやうに思はれる。それは國家及公の秩序に對する輕罪である。表の殆ど何れもが此の事を示して居る。例へば多衆聚合（第十二表）、封印破毀（第十三表）、公然の賭博（第十三表及第十五表）、囚人の解放（第十三表及附録の表）、贈賄（附録の表）について云ひ得られることである。國家に對する最も頻繁に行はれる犯罪、例へば反抗や官吏に對する強要（附録の表）については特に著しく云ひ得られることである。反抗は十四日以上二年以下の輕懲役の通常刑を法定してあるのであるが、三箇月の輕懲役を法定刑の最上限とするに止まる單純の家宅侵入よりも、罰金を以て事濟みとされることが多い。官吏に對する強要（第一百四條）は法定刑としては五年以下の輕懲役を以て罰せられることになつて居るのであるが、注意すべきことには單純の反抗の場合に於けるよりも罰金を以て事濟みとされることが遙に多いのであつて、慣行に於ては單純の強要（最上限、一年の輕懲役）とほゞ同様に處罰されるのであり、別の言葉で云へば、平均に於ては強制行爲に因つて妨げられる所のものが私の行爲であるか、それとも公の行爲であるかは問はないことになつて居るのである。

廣義に於ての國家に對する犯罪に屬するものに尙職務上の犯罪 *Amtsdelikt* があり、今迄述べた處のものと同様に慣行に於ける寛大な取扱を等しくして居る。二三の例を挙げると、職務上の傷害（第三百四十條、標準刑、五年以下の輕懲役、場合に依つては重懲役）は單純傷害（第二百二十三條）よりも罰金で事濟みとなることが多い。否、此の犯罪は危険な傷害（第二百二十三條<sup>a</sup>）より



も軽く判断されて居るのである。——また服務中の過失に因る輸送の脅威(第三百十六條第二項、法定刑、一箇月以上三年以下の輕懲役)は、案件の九十六パーセントまでが罰金を以て事済みとされて居る。即ち過失に因る傷害や又は物件毀棄よりも軽く判断されて居る次第である。——過失に因る囚人の逃走の招來は殆ど専ら罰金のみを以て罰せられ、同じ法定刑を有する刑法典の犯罪(第十三表)の中では一番軽く判断されて居るのである。——收賄(九十六パーセントまで「減輕情狀」を認めらる)竝に職務上の横領(九十七パーセントまで「減輕情狀」を認めらる)の取扱も亦、職務上の犯罪の比較的軽く判断されて居ることについての一つの證據たるものと云ふことが出來やう(附録の表を参照)(註一)。

(註一) 勿論此の慣行を觀察するに當つては、重懲役刑に對して控へ目の態度の執られるのは、此の重懲役と云ふ刑が恰も官吏にとつて破滅的結果を及ぼすものであり、他の被告人に於けるよりも官吏にとつて特に苛酷な打撃を與へるものであると云ふ點に、恐らく其の根據を存するものであることを看過してはならない。輕懲役と罰金とを選択するに當つても、罰金と云ふ刑が官吏に對しては特に容易に選ぶことの出來る刑であり、また此の比較的輕い刑罰手段を以つてしても非常に痛烈な打撃を與へることが出來るものであることを除外すれば、同じやうな思想が與つて力あるものと稱することが出來やう。

國家竝に公の秩序に對する侵害を寛大に判断するの傾向は、警察的性質を有する犯罪に關する場合にあつては、特に極めて明瞭なるものがある。是等の犯罪は法律中に於て既に大抵輕微な刑を法定されて居るのであるが、併し法定の限界内に於ても同じ刑の範圍を有する犯罪と比較するときは、判断はもつと明白に寛大である。尙自動車法第二十五條、娛樂の制限(第十二表)——屠肉検査法第二十

六條(第十三表)——刑法第三百三十條(第十四表)——刑法第二百八十六條、獸疫豫防法第七十四條(第十五表)を参照ありたい。

(2) 侵害を受けた法益竝に法律と裁判所とに由る此の被害法益の評価については以上述べた所に盡きる。併し乍ら法定刑と宣告刑とを量定するに當つては、獨り侵害の方向のみに止まらず其の結果も重視されるものである。場合に依つては重い傷害の場合に於けると同じやうに、法律自體が結果の重さを一つの加重事由 *Qualifikationsgrund* に高めて居ることもある。惟ふにわが國の裁判所が傷害として必ずしも「重く」はないけれども手痛く感ぜられるもの、又は手痛い脅迫を輕微な加害それ自體よりも遙に重く判断して居ることは、假令統計の上では立證することは出來ないにしても確實なことなのである。それから見るともう一つの點は遙に問題である。わが國の裁判官は法定の構成要件上手痛い侵害の結び付いて居る犯罪を判断するのに、構成要件上全然損害を伴はない犯罪又は損害を伴ふにしても極く輕微な損害をしか伴はない犯罪よりは普通遙に重く見て居るのであつて、よしんば——此の點が此の場合大切とする處なのであるが——此の後者が法律上前者と同様に見られて居るか又は一歩を進めてそれよりも重く見られて居る場合にあつても、裁判官の判断は後者に輕くて前者に重いのである。即ち重い結果を伴ふ犯罪はよしんば法律上同じ刑罰等級に置かれてある場合にあつても、「結果を伴はなす」 *erfolgslos* 犯罪よりは重く見られて居るのである。此のことを最もよく認識することの出來るのは、過失殺についてである。單純過失殺(第十七表)は一見すればすぐに判る程に重



い判断に由つて、數多くの同じ重さの犯罪の間にぬきん出て居る。即ち例へば法律上同様に取扱はれて居る禮拜の妨害にあつては長期の自由刑は僅々二パーセントに過ぎないのに、過失殺にあつては長期の自由刑は實に四十五パーセントを示して居るのである。更に、過失殺は三年以下の輕懲役をしか法定されて居ないにも拘らず、五年以下の輕懲役を法定刑として居る殆どすべての犯罪よりも、平均に於て遙に重く處罰されて居るのである。職業上の過失殺についても同じことが云ひ得られる(第十八表)。是等の過失殺について常に存在する重い結果は、裁判所をして明かに手強い干渉を爲すに至らしめる所以のものであつて、等しく此の重い結果を考慮の中に加へた法律が、重い法定刑を規定する理由を認めなかつたにも拘らず、尙且裁判所をして手強い干渉を爲すに至らしめるのである。また放火罪についてそれが過失に因る所犯であるにせよ但しはまた故意に因る所犯であるにせよ、比較的に重い處罰を爲すに至らしめるものも亦、重い損害である(第四表、第十九表)。——最後に犯罪の告知の懈怠(第十八表)の受けて居る極めて特異な嚴しい判断も、同じやうな考慮と關聯するものと見て差支あるまい。此の犯罪は資料の全體を通じて一番重く處罰されて居る犯罪なのであつて、其の十三パーセントが一年以上の輕懲役である。勿論此の犯罪は決して結果犯 *Erfolgsdelikt* たるものではないけれども、法律は此の告知されなかつた重い犯罪が本當に犯されたことを可罰性の條件たらしめて居るのである。裁判所の慣行は此の案件を以て恰も不作爲に由つて犯された此の犯罪の從犯であるかの如く判断して居る。蓋し犯人が其の本分に從つて行動するならば、此の重い犯罪は行はれるこ

とはないであらうからである。恐らくはまた本當に従犯が存在して居るのではないかと云ふ嫌疑も、往々にして重大な意義を持つのである。何れにしても此の被告人にとつては、「結果」が刑の量定に際して計算に加へられるのである。

わたくしの考へる所では、以上述べた所からして裁判官の刑の量定の別段の評價の原則として次の如く演繹することが出来る。曰く、典型的に重い加害を伴ふ犯罪は、法律上當然に同様に判断されて居る他の犯罪又は更に一步を進めて重くさへ判断されて居る他の犯罪よりも、平均に於ては著しく重く處罰されるものであると。

(3) 最後に更に第三の思想の筋道は、わが國の刑事司法の慣行の領域上に於ける確認された現象を理解するのに貢献するものであると思ふ。賤劣なる心術 *verächtliche Gesinnung* 排斥すべき動機 *verwerflicher Beweggrund* に由來するか、又は擯斥すべき手段を以てして犯された犯罪は、(法律の精神に於て)重さの同様である他の犯罪又は更に一步を進めてそれよりも重い他の犯罪よりは遙に重く判断されるのである。とりわけ利己心に基くか又は手荒い加害の動機竝に陰險なる又は手荒い加害の方式は、重い處罰を生ぜしめるのであるやうにわたくしには思へる。かやうな次第で犯人の施用した奸計術策に因つて困窮詐欺は困窮竊盜よりも重いと云ふこと、竝に其の外詐欺、背任、贓物授受は竊盜よりも重く處罰されて居ることの説明がつく(第十二表、第十八表及附録)。所が是等の財産に關する犯罪よりも法律自體は危險なる傷害の方を(少くとも標準たる刑の最下限に關して)より重く判断して



居るに拘らず、實際はかゝる危険なる傷害よりも財産に關する犯罪の方が重く處罰されるのを常とするのである。此のことは確に、財産犯罪が射利心の攢斥すべき動機に基いて居ると云ふ事實に因つて納得の出来ることなのである。更に誣告の重く判断されて居るのは、犯人の狡猾と陰險とに歸すべきであらうし、それがまた間接の虚偽の録取に比較して特に著しく目立つて重く處罰されて居る決定的の因子なのである（第十三表）。法律中に於ては文書偽造の罪は十倍もの最上限の刑を法定してあるにも拘らず、此の陰險なる手段を以てする不實の公文書を騙取する行爲は裁判所にとつては、平均して文書偽造よりも處罰價值ある行爲として認められて居るのである。——また他の半面に於ては加害の手荒いことは、物件毀棄、家宅侵入、恐喝其の他の犯罪にとつての比較的重い刑につき、決定の契機となる因子たるものと稱して差支あるまい。性病豫防法違反の犯罪に對するわが國裁判所の注意に値する態度も亦此の種類に屬する（第十七表）。此の場合は脅威犯（Gefährdungsdelikt）たるものであつて、勿論大抵の場合之に續いて實害の行はれたときに限り告訴が行はれるのである。けれども此の場合にあつても、大抵は過失に因る傷害でしかないであらう。それにも拘らず此の犯罪に對する判断は獨り過失傷害並に故意に因る傷害の何れに對する判断よりも重いのみならず、法律が遙に重い刑を法定して居る危険な傷害の場合に於けるよりも更に重いのである。此の場合にあつても行爲の手荒さと卑劣さとが其の評價にとつて決定的の契機たるものであることは極めて明白である。

以上述べた所の一切を概観し、裁判官の犯罪に對する評價の本質的の標識を分數的に通分しやうと

するならば、此のことは次のやうな確認に由つて最も適切に行ふことが出来るものである。即ち犯罪に對する裁判官の評價であつて刑の量定の點に表明される所ものは、「國民」が原則として犯罪や犯罪人に對して臨む一種の道德觀——日常生活の道德と云ふ意味に於ての——を加味した見解であり、價値判断たるものである。——以上に明かにした刑事司法上の慣行の特色ある性質は、すべて此のことを暗示するものである。風俗に關する犯罪並に宣誓に關する犯罪に對して峻嚴であるのと、財産犯罪に比較して傷害罪に對して寛大であるのとは、道德を加味した考察方法を證明するものに外ならない。國家並に公の秩序に對する犯罪に關して裁判所の態度の比較的寛裕であるのも亦全然此の立論に適合するものである。何故と云ふのには是等の行爲は國民の極く廣い範圍に互つて道德にはなんでもないものとして認められて居る行爲である。又は官吏が犯し若は官吏に對して犯された犯行である所から國家的立場に立つ立法者としては之を重く見るけれども、日常生活の道德からは犠牲者又は犯人に官吏たる資格の缺けて居る相當の行爲よりも重く受取られない犯行なのである。道德觀を加味するのは、賤劣なる心術、卑陋なる動機又は手荒い不道德な犯罪手段に特に著しく重きを置く場合にとり分け見ることである。最後に脅威的行爲と比較するに於て事實上の加害の存する場合の重く判断されるのも、日常生活の道德的判断と合致するものである。是等はすべて重罪や輕罪に對して下されるのを常とする。一般的な社會の價値判断と明瞭に一致するのである。

此の説明の試みを法廷の各個の經驗について統制するのは興味深いことであらう。今こゝに提供



されて居るのは統計の大數的觀察のみに限られて居る次第であるが、併し此の觀察の結果は、わが國の刑事司法の發達に對する回顧の明かにした所のもの、中に於て、其の確認を見出すものである。此のことを今こゝでもつと簡単に表明して置きたい。犯罪についての民衆的な道德的判斷は——此の點については殆ど争はあり得まいと思ふのであるが——「理解すとは宥恕するの謂なり」 Verzeihen heisst verzeihen と云ふ一般的基調に調子を合せて居る。若し是が果してそうであるとすれば、そして若し本當に國民の道德的價值判斷が裁判所の刑事司法に決定的の影響を與へるものとすれば、犯罪學上の知識の擴まるにつれて刑事司法が益々輕いものとなつて行くの外はないのは自明的のことである。此のことが實際上どんなに未だ曾て豫想されなかつた程度にまで行はれたかと云ふことは、歴史的回顧の示した所である。即ちわれわれの現在に對する説明と過去に對する説明とは相一致するものである（註二）。従つて刑事政策の今日の狀態から見て、最近六十年の經過に於て心理學的知識と社會學的知識とが最も大きな發達を遂げると共に舊來の嚴罰主義が最も痛烈な打撃を被るに至つたやうな種類の犯罪について、比較的にも寛大な判斷の行はれるのは歴史的發達の一つの自明的な結果に外ならないのである。之についての一番いい例は、今日の見解上典型的に行爲者の外面的及内面的の困窮に基くものとされて居る犯罪であつて、従つてまた最も目に立つて理解することの出来る二つのもの、即ち新生兒殺と墮胎とである。此の墮胎については發達の傾向は困窮詐欺や、困窮竊盜や、微量消費物竊用の場合に於けると同じやうに立法をも捕捉し、最初は重い重罪とされて居たものが輕罪と

されて了つて、罰金を以てしてさへ處罰することが出来るやうになつて居るのである。また新生兒殺は舊來の道德觀念に依ると、決して理解を容れることの出来ない、寧ろ最も嚴しい應報刑しか與へることの出来ない犯行なのである。實際の所法律は新生兒殺の罪を以て其の最も重い犯罪の一つたるものとして標榜したものであるが、今日の觀念にとつては特に著しく環境の條件の然らしめる所として理解することの出来る犯行なのである。かやうな次第で實際また判決の上でも重懲役刑の適用に關しては、一番輕く取扱はれて居る犯罪と同視されて居るのである。わが國の裁判所が前科數犯の者に對して寛大を示して居るのも、此の「理解」と云ふこと、關聯して居るのであるやうにわたくしには思へる。何故と云ふのに、本來志操の薄弱な人間が免囚として投げ出された世智辛い浮世で、世渡りの道に長ぜぬと云ふのは餘りにも判り切つたことではないか。

（註二）此の一致はウァーレンのカデツカ氏の議論に依つて注意させられたものである。

逆に、精神的同化の理解は寛大を招來し、理解の缺乏は峻嚴を導く。普通に行はれて居る判斷方法の此の半面も亦刑事司法に反映するものであると考へる。是は特に性的犯罪について然りとする所である。即ち此の種の犯罪に對しては理解に伴ふ寛裕の傾向は存在しない。少くとも今日判決の任に當る裁判官の多數者の身を起す社會階級や世代に於ては、さう云ふ傾向は存在しないのである。かやうな次第では等の行爲の比較的に嚴しく判斷されるのも了解し得られることであるやうに思はれる。勿論性的犯罪の領域上に於ては最近數十年の學説は、從來理解することが出来兼ねて居た所のものを生



物學的にいろ／＼と説明することが出来るやうになつたし、また恐らくは其の結果として事實上司法は此の點に於て著しく寛大になりもしたのであるが、それにも拘らず謂ふ所の説明の理由は困窮に因る犯罪を軽く判断するに至らしめた社會學的事實のやうに、爾く明白には決してなつては居ないのであつて、従つてまた性的の不道德行爲に對する道德的の判決を同じ程度に寛大ならしめることは、到底出来なかつたのである（註三）。

（註三） わたくしは時あつてか講演中で、「國家の刑事司法と社會の刑事司法」とを互に比較し、社會が犯罪を判断して此の判決に従つて敬意若は侮蔑を以て、乃至はまた「處罰」を以て此の犯罪に反動作用を及ぼす場合にあつては、社會は一體どう云ふ原則からして出發するものであるかと云ふことを確認しやうと試みたものであるが、社會の著想についての此の検討の結果は其の主なる點のすべてに互つて、刑事裁判官の評価についての只今説明した見解と一致して居るのである。此の研究は當時論議されることはなかつたけれども、併しわたくしは此の一致を以て現在の所論と當時の所論との相互的確認たるものと見るものである。Z. f. Ges. Sw. 40 S. 1

日常生活の價値判断と裁判官の價値判断とが——後者にして法律の制限に由つて羈束されない限りに於て——遠距離に互つて平行的に進んで行くことは、何人も怪しむ譯にはいかない。裁判官なる者は決して裁判をする機械 *Judizienmaschine* たるものではなく、それ自體國民中の一員たるものであつて、其の出來得る所である限りに於ては常に國民の間に擴まつて居る道德觀念に追従する傾向を有するものである。何となれば國民の間に擴まつて居る道德觀念と云ふものは、まさしく裁判官自身が私人として具有して居る道德觀念そのものに外ならないからである。且又わが國の裁判組織は法律の素

養を有する専任裁判官の外に、是と相竝んで「國民裁判官」 *Vollrichter* なるものを置くことに因つて此の隨從關係 *Folgschaft* を助長促進して居る。即ち此の國民裁判官は其の判決に於て法律の價値判断に由つて支配されると云ふよりも寧ろ自分自身の道德觀念に由つて、遙に力強く支配されるものである。何となれば國民裁判官は往々にして法律の價値判断を知らず、また無條件を以て法律の價値判断を遵奉する心算は大抵の場合全然ないのだからである。さればこそまた國民裁判官は司法の領域上に於ける云はゞ自然療法の醫者として、特別の信用を享けて居るのではないか。

以上の論述を以て刑の量定上の慣行の或る普遍的特色は説明されるであらうが、併し是丈では素より此の慣行の目に立つ細目のすべてを説明し盡すことは出来ない。

## 第二節 裁判官の評価と法律

裁判所の評價は法律の制限内に於て特定の方向を辿るものである。之を稱して裁判官の刑の量定の自己法則性 *Eigengesetzlichkeit* と謂ふことが出来る。然らば法律は之に對して一體どう云ふ關係に在るものであるか。本書は只事實を叙し事情を説明するのみに止める心算なのではあるが、一概に此の問題を無視して進む譯にはいかないのである。

裁判官が刑を量定するに當つて基礎に執る價値の標準は、其の法律に對する關係に従つて三つの部



類に分つことが出来る。わたくしは之を區別して法律に内在する價値の標準、法律外に存在する價値の標準、竝に不法の價値の標準又は刑の量定事由としたいと思ふ。

(1) 法律に内在する價値の標準と云ふのは、法律が明示的に表示した一定の構成要件に特別の刑の範圍を結び付けるのに用ひて居る、法定の加重及特遇の事由 *gesetzliche Qualifizierungs- und Privilegierungsgründe* を指さうとするものではないのであつて、われ／＼はこゝでは専ら一度定められた刑の範圍内に於ける刑の量定を對象とすることを必要とするものである。此の意味に於て法律に内在する價値の標準とは、裁判官が刑を量定する目的を以て法律に基いて推知する所の價値の標準を指すものとわたくしは解する。勿論わが國の刑法典は例へば草案第六十七條に見るやうな刑の量定事由の目錄を掲げては居ないけれども、裁判に際して裁判官の指導精神たらしめやうとする若干の要點を裁判官に與へては居るのである。それは法律の前後の關係からして推知することの出来る價値の標準であつて、立法者が——よしんば他の理由からであるにせよ——己れの評價を行ふに當つての原則として表明した所のものである。裁判官が危険なる傷害の故を以て有罪の言渡を爲すに際し負傷の特別の重さを刑罰加重の事由として斟酌するのは、法律に内在する刑の量定事由である。蓋し立法者が刑の輕重を特殊の重い傷害の發生に繋らしめて居ることは、第二百二十四條からして明白となることであつて、痛烈な傷害がよしんば第二百二十四條の程度には達して居らずとも、刑の範圍内で罪を重からしめる事由として重さを爲すのは、全く此の精神に合致する所以であるからである。全然之に準じて己

れの父に指向された傷害も、法律の精神に於て罪を重からしめる場合として評價することを必要とするものであることも、第二百十四條からして明白となることである。十九歳になる被告人が其の少年の域を殆ど起えない年齢の故を以て軽く判斷されて居り、又は緊急状態類似の強制状態が減輕の事由 *Milderungsgrund* として認められて居るのは、少年裁判所法第九條及刑法第五十四條に於て基礎となつて居る理念の準用に外ならないものであり、従つてまた「法律に内在する刑の量定事由」に外ならないものである。

(2) かくの如き積極的の基礎を法律中に見出すことの出来ない標準を稱して、わたくしは法律外に存在する價値の標準と名付ける。裁判官は自由な法の發見 *Rechtshindung* に基いて此の價値の標準を獲得するものである。實際上の慣行に於て施用されて居る刑の量定の事由の中には、それが果して法律外に存在する價値の標準たる性質を有するものであるか、それとも法律に内在する價値の標準たるの性質を有するものなのであるかについて議論の餘地のあるものもある。例へば竊取された目的物の些細であること若は多額の價値を有することを斟酌するのは、極めて普通に行はれて居ることである。之について法律を援用しやうとする者は、結果の輕重——勿論傷害罪の場合での話——に刑を加重する意義を認めて居る第二百二十四條をしか援用することは出来ないであらう。破廉耻でない心術から犯した故殺の如きも、第二十條を援用して軽く處罰することが出来るであらう。けれどもかくの如き思ひ切つた類推は、偶々以て本當の事實關係を隱蔽するに過ぎないのであつて、本當は此の場合にも



はや法律の適用たるものではなくて、寧ろ法律の加補 (Gesetzesergänzung) であり、法の創定 Rechtschöpfung たるものに外ならない。其の他刑事裁判所の判決中で反覆される刑の量定事由も亦、法律外に存在する價値の標準たるものである。即ち悔恨の念に由來する自白、執拗なる否認、素行端正なること、困窮状態 (緊急状態類似の状態たる場合は別として)、特に有利な偶發的關係、犯行後に於ける損害の回復、「父の戦争の爲の不在に因る教育の不充分」、心理的素質、被害者に對する重大な信用の濫用、風俗に關する犯罪を實行する際特殊の粗暴行爲に出づること等がそれである。是等の場合にあつては常に法律の加補を事としなければならない。然もわが國の現行法はそれを是認して居る。否、わが國の現行法はかくの如き法律外に存在する價値の標準を執ることを裁判官に強制さへして居るのである。是は争ふべからざることである。勿論以上に擧げたやうな事情を斟酌すると云ふことが全然正當たるものであるかどうかと云ふ點については、言及しないで差支ない。

所で今こゝで關心を持たれるのは、統計に由つて發見された宣告刑と法定刑との間の「不一致」が、果して此の法律に内在する刑の量定事由並に法律外に存在する刑の量定事由に其の説明を見出すことが出来るものであるかどうかと云ふ問題である。——此のことは或る程度に於て確實たるものとして肯定することが出来る。われ／＼は謂ふ所の不一致は統計上の方法で確認されたものであることを念頭に置く必要がある。即ちそれは案件の平均に於て生じた現象たるものである。所が何等か一定した減輕事由又は加重事由を認めると云ふことが、全然此の典型的の現象にとつての説明の事由であ

ることがあり得る。即ち此の説明の事由が實際の慣行に於て頻繁に發生し従つて多數の場合から算出された平均數が之に因つて著しく左右される場合である。例へば「精神障礙の素質」psychopathische Veranlagung は、犯人の此の素質が甲と云ふ犯罪の場合に非常に頻繁であり、乙と云ふ犯罪の場合にあつては只極めて稀にしか發生しないときは、軽い刑を法定してあること云ふ犯罪の場合に於けるよりも、甲と云ふ重い犯罪の方が平均的に軽く處罰されることの一原因たり得るであらう。其の頻繁であることの故を以て刑種又は刑量を平均的に決定するのに著しく影響を及ぼすことあるべきかくの如き事情は、本稿の今迄に既に時に觸れて指摘した所である。困窮詐欺並に困窮竊盜の場合に於ける自由刑の頻繁であること、或る種の職務上の犯罪について自由刑の比較的稀であること、は之に屬する。例へば特殊の過失に因る傷害並に殺人が、通常の場合に於けるよりも自由刑を以て處罰されることが稀であると云ふ注意に値する確認も亦、恐らくは典型的に發生する(法律以外に存する)刑罰決定事由 Strafbestimmungsgrund に由つて説明されるものである。即ち職業上の過失の場合にあつては被告人となつて居るのは大抵其の社會上の地位が罰金を頻繁に適用することを得しめ、また之を相當と認めしめる者である。それが正當であるとすれば、外見上の不一致は之を以て事濟みとなる。現行法は禽獸との姦淫行爲と男子間の姦淫行爲とを平等に取扱ひ、通説たる見解は寧ろ禽獸との姦淫行爲を全然無罪たらしめるのに傾いて居るのであるが、それにも拘らず禽獸との姦淫行爲が男子間の姦淫行爲よりも自由刑を以て罰せられることが多く、其の程度に於ては前者は後者よりも重く處罰されて



居るのは、此の犯罪が農村労働者に由つて犯されること特に多く、之に對して罰金を科するのは裁判所にとつて不可能と認められる一事に其の理由を歸することが出來やう（註四）。

（註四） 裁判所の慣行の時に依る變動の中にもかやうにして説明することの出来るものもある。刑法第三百十六條の犯罪は從來は大抵鐵道に對する脅威であつた。所が今では是等の有罪の言渡の多數者が市街鐵道に對する脅威に關するものなのであるから、刑量が少くなつたのも必しも怪しむには足りないのである。

此の場合は常に當該の犯罪について典型的であり、従つてまた此の犯罪の（他の犯罪に比較しての）平均的に軽い取扱又は平均的に重い取扱を納得せしめる刑の量定事由に關するものである。即ち此の場合には、法律の評価と裁判官の評価との間の外見上の不一致しか存在するものではないのである。蓋し此の場合に刑の量定の平均的結果が、法定刑に基いて先づ期待することの出来るやうな線から離れて居ることは、全然法律の精神に一致する所だからである。

(3) けれども法律の刑の量定と裁判官の刑の量定との間に眞正の矛盾の存在することもあり得る。わたくしは「不一致」の確認されたすべての場合は、只今行つた説明を以つてしては辨明することは全然不可能であると思惟するものである。けれども同じ價値を有する犯罪の平均的に異つた取扱につき、又は軽い犯罪の平均的に重い取扱についてかくの如き辨明を興へることが出來ないとすれば、此の異つた取扱は正しく法律又は裁判所の慣行の宛てがつた價値の標準の異つて居ることに基く次第なのであり、果して然らば別の言葉で云へば、裁判官は意識的若は無意識的に不法の刑の量定事由を適

用したものに外ならない。

法律が刑の範圍を定めるに當つて既に斟酌した所の事情を、罪を重からしめ若は輕からしめる事情として重さを爲さしめるのは不法である。凡そ當該の典型のどの犯罪についても存在する所のものは、罪を重からしめ若は輕からしめる作用を及ぼすことは出來ない。法定の範圍内で刑罰を決定する事由としては、典型的の構成要件に附け加はる事情でなければ援用することは出來ないのであつて、典型的の構成要件と同時に既に存在する所のものは援用する譯にはいかないのである。此の一事は争のない所であつて、大審院も亦承認して居るのである。そこでわたくしは主張する。かくの如き不法の刑の量定事由はわれ／＼の確認した大抵の「不一致」について之を存するものである。即ちわれわれが前章に於て法律とは違つた道德觀を加味した裁判官の評価に歸著せしめたすべての場合に於てある。今裁判官が不快の感を喚起する猥褻行為を以て不道德な行為であり、無紀律な行為であると云ふの故を以て傷害罪や反抗や若は竊盜などよりも重く處罰するならば、それは法律に矛盾することであると謂はなければならぬ。蓋し第八十三條のどの犯罪についても此の價値判斷は該當する次第であつて、従つてまた立法者に於て刑の範圍を定めるに當つて既に斟酌した所であるからである。裁判所の慣行が誘惑と云ふ行為方法の不道德的であるの故を以て特に之を重く取扱ひ、國權に對する反抗は道德的に重要な行為でないといふの故を以て特に之を輕く取扱ふ場合にあつても、同じことが云ひ得られる。裁判官が犯人の狡猾に行動したと云ふの故を以て間接の虚偽の錄取を、法律上重いことに



なつて居る他の犯罪よりも重く處罰し、又は犯行が射利心に基くの故を以て危険なる傷害よりも詐欺を重く處罰し、又は事柄の本質上無害な警察的犯罪に關するの故を以て「放送無線電話の無届聴取」に科するに極く軽い刑のみを以てするが如き、是等はすべて不法たるものである。何となれば此の場合に於ては各個の行爲は典型の範圍内で評價されるのではなくて、寧ろ典型自體が評價されるのであるからである。けれども此の典型は既に立法者に由つて評價され、法定刑に由つて他の犯罪典型との一定の關係に齎らされたのである。此の點に存在して居る所のものは、法律の評價を裁判官が更めて評價するのであつて、法律の適用でもなく、法律の加補でもなく、寧ろ法律の修正 (Gesetzskonrektur) たるものである。其の不法であることは陪審裁判所が新生兒殺の刑を理由付けるに當つて、被告人が己れの子を殺したのは情狀が重いと云ふ文句を以てするのが不法であるのと全く同様である。又は裁判所が——時に觸れて見ることであるが——特に嚴しい偽誓の刑を理由付けるのに、偽誓は司法に對する重い侵害であると云ふ理由を以てするやうな場合に見る所である。かくの如き刑の言渡は大審院に由つて破毀されて居るのである。尤もな話で、それは法律に違背することなのである。けれども今こゝで論じた刑の言渡についても同じことが云ひ得られる。只具體の場合に於ては刑の言渡が法律違背の基礎の上に立脚するものであることは、殆ど認識することが出来ないのは勿論であらう。蓋し法律違背の評價は判決からしては看取することは出来ないものであり、否、全然看取することは出来ないからである。それは裁判官自身すらも殆ど決して評價の法律違背を意識しはしないであらうからで

ある。裁判官は直觀的に己れの法律的感情に従つて刑を定めたのであり、そして此の法律的感情は法律とは違つた著想に由つて併せ決定されるものであることは、差當つての所己れにもはたまた第三者にも認識出来るものではなく、大數の觀察の行はれるに及んで初めて明瞭となるのである。

それにも拘らずわたくしの考へる所では、此の裁判上の慣行を辯護する爲に有力な辯護の言葉を出すことが出来る。此の裁判上の慣行が形式的な法律に違背するかどうか、それがわが國の法律の精神と相容れないものがあるかどうかは、まだ判らない。併し差當つての所一つのこととは確實である。即ち例へば刑を量定するに當つて行爲の動機を其の道德的價值に従つて斟酌するのは、具體の場合に適法とする所である。是は曩に使用した用語法に依ると、「法律外に存在する刑の量定事由」たるものである。惟ふに獨り個々の行爲のみに止まらず、法定の行爲典型それ自體も其の道德違反の程度に従つて之を考量し、國民の道德觀念がそれを必要とする場合にあつては、法律上の價值をも道義の標準を以て測るのは、恐らくわが刑法の精神に合致する所以であらう。わが國の法律秩序が何人も知つて居る所であるやうに、法律よりも寧ろ道德的直觀に由つて指導されるのを常とする人物を裁判官たらしめて居るの事實は、此の見解を證明するものとして解釋することが出来るであらう。併し乍らかくの如き現行の法律 geltendes Gesetz と現行の法 geltendes Recht との矛盾をば、要するにあり得ることとして見るかどうかは、人々の基礎に執る法律哲學上の信念に由つて左右されることである。



## 結論 將來の見込

一六八

現行法の運用についての是等の経験のすべては、改正後の刑法典や其の運用からして一體何を期待することを得しめるものであるか。

將來の刑事司法上の慣行について見込を立てるのは決してたやすいことではない。只一つのことでは云ふ迄もなく確實である。それは、刑法草案は刑量の點に於ける裁判官の裁量を極めて著しく擴張し、因つて以て今日の刑事司法上の慣行の特色となつて居るやうな時、土地竝に事物の點に於ける不平等に從來よりも一層大きな餘地を興へると云ふことである。惟ふに刑法典は獨り有效な刑事司法を保障することを使命とするのみに止まらず、刑事司法の工作の平等一律に行はれることを保障するの使命を有するものであると云ふことを起點として、それから議論の歩を進めるならば、將來司法の不平等を期待せざるを得ない事實を顧みるに於て、草案の根本的見解が果して懸念を喚起することはないものであるかどうか、眞面目に考量して見る必要がある。

(1) 一八七一年以來現行刑法の適用が明かにした刑の量定上の慣行の時についての差別が、將來の刑法の下に於ても出現するであらうことは素より言を俟たない次第である。將來の刑法も亦刑事司法上の慣行の「變遷」と「發達」とを経験するであらう。かやうな次第でとりわけ從來行はれた經驗に

基き、刑法典の新しい制度は、其の裁判官の裁量の範圍内に置かれてある限りに於ては、當初は控へ目勝の態度を以て實施されるであらうことを豫見することが出来る。此の革新は極く「漸次的にしか實施され」ないであらう。わたくしは例へば處罰の見合せ、信念犯人 *Überzeugungstäter* の取扱、保安處分を以てする刑の代換(それが法律上許されて居る程度に於て)などの革新を指すものであるが、是等の制度が、草案の起草者の當初からして考へて居たやうな意義を實際に獲得するに至るまでには、或る経過期間を必要とすることであらう。加之今日既に觀察することの出来る發達の傾向は——恐らく其のテムポを大にして——將來も益々顯著となるであらう。此のことは最近數十年の刑事司法上の慣行の顯著な特色である重懲役からの乖離について云ひ得られることである。草案は一切の重罪について——唯一の例外は謀殺である。之については刑率はまだ定まつて居ない——重懲役刑に代ふるに輕懲役刑を以てすることを得しめることに因つて、此の發達を助成して居るのである。即ち重懲役から漸次に離れて行く運動は今後は、今日一番重い自由刑の強制的に規定されてある重罪についても行はれるであらう。かやうな次第で今後は重懲役刑の適用は益々稀となつて行くであらうと思はれる。かうしたことが悲しむべきことであることはわたくしは考へない。兎に角わが國の刑事司法の接近しつゝある目標は重懲役と輕懲役との相違をなくし、單一の刑を採用すると云ふに在るのである。此の目標は多くの有力な學者に由つて今日既に極めて熾烈に要求せられつゝあるのである。それはどうであるにしても、事實上の法律状態は將來の刑法の施行後の第一年と第三十年とでは、著しく

一六九



趣を異にして見えるであらう。けれどもわたしは之を以て將來の刑法の刑の範圍を狭め、因つて以つてかくの如き時についての相違を限定することを得しめる理由と見るものではない。凡そ刑法典なるものは人の一代、即ち約三十年について制定されるのであつて、人々の考が變り、社會の狀態が移るにつれて當然次の刑法典に其の席を譲るべき筈のものである。われ／＼は只現行法の刑量が今日尙其の文字章句に忠實に適用され、すべての重罪は異常の狀態が存在しない以上は一年以上の重懲役を以て處罰されるのであつたとしたら、わが國の刑事司法は一體どんな外觀を呈するに至るであらうかを念頭に置きさへすれば足りる。かくの如きは實際今日の考の上から見て殆ど忍ぶべからざる法律狀態たるものであると考へる。けれども其の半面も亦忘却することは出来ない。學者の中には豫見する者もあるやうに現在普通に行はれて居る寛大の傾向に對して、人民の價值判斷に本當に反動が行はれるものとするならば、法律はかゝる觀念の變動にも斟酌を佛ふ丈の道を與へざるを得ないであらう。

(2) 更に土地についての不平等がある。少年裁判所法は獨逸國の各個の領域に於ていろ／＼の程度、いろ／＼のテムポで實施されて居ることは既に示した通りである。此のことは將來にとつても教訓に富んだ一つの經驗である。將來の刑法典の革新については既に述べた所であるが、此の革新が必ずしも常に同一の速度を以て裁判當局の間に慣熟されるに至るものでないことは、大地を打つ槌の確實さを以て豫斷出来るのである。そして慣行が此の革新に馴染むのに或る所では長い期間を要し、或る所では短い期間しかかゝらないとすれば、それからして事實上の法律狀態の土地に依つての相違が

生じて來るであらう。之に反して改正が刑の量定にとつて何等根本的の革新をも齎さないならば、土地の不同の順次的同化と云ふ意味に於ての發達、即ち最近數十年の間に觀察することの出來た發達は、新法の下に於ても恐らく其の進歩の歩みを續けることであらう。勿論是は只獨逸國丈についての話であつて、オーストリアでは改正は全然別個の歴史的基礎に結び付いて居るのであつて、此の歴史的基礎は今後もまだ／＼長く感知されることであらう。とりわけ全然決定的の一點、即ち罰金の適用の點に於てオーストリアの慣行は、根本的に別個の態様を有する法律の見解に慣らされて居るのであつて、此の點に於ては恐らく新法の下に於ても當分は慣行は其の独自の道を進むことであらう。オーストリアの裁判所も亦新刑法典の施行後の第一年に於て、竊盜二人について一人はどんな者でも罰金を以て罰すること、獨逸の裁判所がやるのを常として居るやうにするであらうと信ずることより間違つた考はない。獨逸とオーストリアとの間の形式的な法制の統一は、幾年も幾年もの漸進的發達の後に至つて初めて事實上に於ける法の同化を來すことであらう。此の發達が促進出来るものであることは素より言を俟たない。獨逸國內に於ける土地に依つての不平等も、裁判官の刑の量定の自由を制限すると云ふ簡単な方法で、有效に克服することが出来るものであることも勿論であらう。けれども——此の場合此の點が大切なのであるが——今日既に認識することが出來、また將來も明かにされるであらう所の刑事司法上の慣行の土地に依つての相違は、時についての慣行の相違に於けると同じやうに、わが刑法の刑の範圍の大小に對する何等根據ある懸念を生ぜしめるものではない。此の土地に依



つての相違が合理的の限界内に止まつて居る間は、それは獨逸國の各個の領域内に於ける社會的關係や道德的著眼の極めて多趣多様であることの反映に外ならないのである。われ／＼獨逸國民は「マース河のほとりからメーメル地方のはてに至るまで」思惟を同じくし、感情を一にする國民のみから成立つて居る次第ではないのであつて、苟も此の儼乎たる事實に對して己れの眼を蔽はうとする者でない限り、刑の量定の不平等を呪咀する譯にはいかないのである。司法をして獨り被告人の個人々々の相違を斟酌するのみに止まらず、地域と地域、聯邦と聯邦、乃至はまた國と其の法制を同じくする友邦との普遍的の相違をも斟酌することを得しめるのも亦、實に裁判官の刑の量定の自由の目的に屬する所以のものに外ならない。

(3) 此の思想は更に、直接刑事司法上の慣行の、事物についての不平等に到達せしめる。われ／＼は法定刑を同じくする犯罪にして取扱を異にするものがあり、餘り重くない犯罪の中で重い處罰を受けて居るもの、あるのを確認し、此の目に立つ現象についての説明を、刑事司法上の慣行が重罪や輕罪に對して宛てがふのを常として居る道德的標準に見出したのである。然らば立法論としてはわれわれは之に對して如何なる態度を執るべきであるか。此の道德觀を加味した評價の原則は、重罪を處罰するのに國民の道德的觀念の精神に於て公正である害惡を以てしやうとする應報刑法には、確に至極適當するのである。けれどもそれが法益の防衛と云ふことを主眼とする豫防刑法の精神にも添ふ所以なのであるかどうかに至つては問題たることあるべく、それが猛烈に争はれたのは周知の通りであ

る。草案は犯行を評價するに當つて犯行の目的や動機や手段やの道德的價值を斟酌せんことを裁判官に指示すること一再でない點に於て、此の問題を肯定して居るものである。わたくしの見る所に依ると是は正當である。刑法典の軌範と法定刑とは原則として——犯罪豫防と云ふ意味に於ても——其の當時の道德觀念を反映せしめることが多ければ多い丈それ丈大きな效力を發揮するものである。刑事司法の目標が「道德とは關係のなす」*moralfrei*のものであるにしても、それが犯行の道德的判斷と平行的に進んで居る場合にあつては、刑法の禁止と有罪の言渡とは確に二倍もの力を有することゝなるのであるが、之に反して道德に反した判決は何時も觀察することが出来るやうに社會を紛亂困惑させる作用を及ぼし、かゝる作用を生ずることを得しめた立法者に對しては人民に不信任の念を生ぜしめ、かゝる判決を言渡した裁判官に對しては人民をして不信用の感を懷くに至らしめるのである。即ち裁判所の「道德觀を加味した」觀察方法は、時と所に依つては法律上價値を同じくするものを差別的に、法律上重く處罰されて居る所のもの比較的軽く判斷するに至らしめるのであるとすれば、此の點に於ても法定刑の範圍を狹隘ならしめることに因つて、刑事司法上の慣行の事物についてのかくの如き相違を不可能ならしめる理由は全然存在しないのである。今後も共に各個の犯罪典型に對する時の道德觀念を、刑量の點に於て差別的に表明するの餘地を司法に與へるやうにしたいものである。草案がこゝに論じて居る客體の範圍内で齎らして居る一番重要な革新は、刑の範圍の擴張と云ふことである。草案は一方に於ては分化して居る法定刑の今日の組織を往々にして拋棄して了つて居ると



共に、他方に於ては「減輕情狀」を一般的に許すことに因つて、刑の限界の最下限を一般的に引下げた。此の革新を評價するのについても過去の經驗は——既に述べた所と相俟つて——幾多の示唆を與へて居る。事實上適用された刑量の検討は法定の刑の限界の實際的意義について、若干の注意に値する解明を齎した。特に先づ刑の最上限に關しては次のことが明かになつた。即ち、各個の犯罪の特殊の性質に基いて同一の刑種の範圍内で法定の刑の最上限を引上げるのは、大抵の場合實際上全然無意義である。只一つ丈の例を反覆すれば、刑事司法上の慣行が職業上の過失と云ふ特別な資格の要素を認めるにも拘らず、事實上に於ては過失に因る傷害や殺人をば全然重く取扱つて居ないことをわれわれにして確認する以上は、今日職業上の過失の概念について争ふことを餘儀なくされるのは全く無意味なことではあるまいか。草案は廣くかくの如き加重刑を拋棄して居るのであるが、是は誠に歡迎すべきことであると謂はなければならぬ。——之について更に一つの證據が必要なら、以上の行論が證明した通り刑の最下限は其の最上限に於けるとは異り、刑事司法上の慣行に於ては正に決定的の意義を有するものである。即ち刑の最下限なるものは寛大に向つての一般的傾向にとつては、超ゆべからざる制限たるものである。草案が刑の最下限を著しく引下げて居るのは、事實上に於てわが國刑事司法全般の將來の形成にとつて深刻な意義を有するものである。即ち制限は後退させられた譯であつて、寛大への傾向は更に進一步することが出来るのである。否、寛大への傾向は事實上も亦進歩するであらうとわたくしは見る。そこでわれ——が果して此の見込を歡迎すべきものと稱さなければならぬ。

ないものであるかどうかと云ふことになる。是は決して容易な問題ではない。惟ふにわが國の刑事司法の寛大であることについて往々にして聞く愁訴の聲は事柄の極めて皮相な觀察に由來するものであること丈は確實である。わが獨逸國に於ける犯罪は最近數十年間に、大戰時代並にインフレーション時代と云ふ大きな驚浪駭波の時代は別として、數上必ずしも増大はしなかつたのであり、寧ろ重要な犯罪の中には著しく減退したのもあつたのである。即ち事柄の此の半面に關しては、裁判所が漸次に無用となつて行つた法律の峻嚴から離れ去つたことは、満足の念を以て確認するの外はない。否、かやうに觀察し來るときわれ——は、裁判所が法律の文字章句に反して幾千もの個人や社會全般の爲に、無用な害惡を省いてやるの責任を回避することをしなかつたのに對し、感謝を拂はない譯にはいかないであらう。けれどもかくの如き純然たる數上の觀察は餘りに甚しく事の表面にのみ執著するの嫌がある。蓋し獨り犯罪の數のみに止まらず、寧ろ其の重さも重要であるのだからである。されば各個の犯罪典型について犯罪の強度と其の發達とを念頭に置く所の精緻な研究にして初めて此の場合に、終局的の判決を下すことが出来るのである。勿論一つの點に於ては既に存在して居る觀察の資料は、わが國今日の刑事司法の寛大に對して重大な懸念の因を與へて居る。わたくしは常習的犯罪人の寛大な取扱を指すものである。此のことは刑事政策上特に重要なことであるのだから、結論として少しく高調して置きたいと思ふ。

わが刑法草案は危險なる常習的犯罪人を嚴しく取扱はうとし、之に科するに重い刑を以てし、刑の



後には不定期間の長期に互る保安監置を加へることにして居る。けれども現行法も例へば常習的犯罪人については、十年乃至十五年の重懲役を認めて居るには居るのである。只此の長期の自由刑の適用されることがどんなに少いかは、曩に這般の消息を明瞭に物語る數字を以て示した所である。わが國の裁判のかやうな軟弱な態度は、將來についての緊切な懸念を喚起せしめるものである。即ち社會を有効に防衛するの道を保障しやうとする草案の、充分考慮を廻らした規定も、現行法の長期重懲役刑のやうに將來全然紙上の規定たるのみに止まるのではないかと云ふことである。わが國刑事司法の慣行が益々寛大の度を大にしつゝあるのを賞讃するにしても、乃至はまた之を非難するにしても、兎に角此の場合今日の經驗は明白の立法の教訓でなくてはなるまい。即ち長期の拘禁が刑事政策上避くべからざる必要であるすべての場合を通じて、裁判官の自由な裁量を制御するのに緊張した規則を以てし、事情に依つては確定の制限を以て絶對的に其の門戸を鎖して了ふ必要がある。けれども是はわたくしの見る限りに於ては現在の刑事司法に對する觀察が立法者をして、草案がそれを規定して居るよりも遙に厳しい羈束を設けて、裁量の自由を制限せしむべきものと考へられる所の唯一の點なのである。さりとて此の裁量の自由のあることなくしては、畢竟刑法の改正の目的は到底達成することは出来ないのである。

附錄 第二十四表 重罪竝に輕罪につき一九二五年乃至一九二七年の平均に於ける刑の量定の慣行

本表は本研究に於て使用した一九二五年乃至一九二七年の資料を、法文の順序にまとも上げたものである。括弧内の數字は法定の刑の範圍外に存する刑率に關するものであつて、併合罪の故を以て刑の範圍を超えたものもあれば、少年、未遂若は從犯の故を以て又は法律違反に因り刑の範圍以下に下つたものもある。數字の合計が往々にして百パーセントに達して居ないのは、處罰の重複に因り乃至は死刑、禁錮及拘留を斟酌しないことや處罰の見合せ竝に數の切上などの事情に歸著するものである。重懲役を法定してある犯罪又は減輕事情の下に輕懲役を法定してある犯罪にあつては、重懲役の數丈しか掲げてないことが随分ある。

| 罪トナル行爲            | 法定刑 | 有罪ノ言渡ヲ受ケタル者百人ニツキ被罰者ノ割合 |     |      |      |
|-------------------|-----|------------------------|-----|------|------|
|                   |     | 重懲役                    | 輕懲役 | 未滿   | 罰金   |
| 國法ニ對スル重罪輕罪        |     | 一・三                    | 二・三 | 一〇・三 | 六・三  |
|                   |     | 一・七                    | 三・三 | 一四・七 | 五四・〇 |
| 刑法典ニ對スル重罪輕罪       |     | 〇・一                    | 〇・一 | 三・三  | 七・六  |
|                   |     | 〇・一                    | 〇・一 | 三・三  | 七・六  |
| 執行官吏ニ對スル反抗(第一一三條) |     | 〇・一                    | 〇・一 | 四・八  | 九・六  |
|                   |     | 〇・一                    | 〇・一 | 四・八  | 九・六  |
| 官吏ニ對スル強要(第一一四條)   |     | 〇・一                    | 〇・一 | 四・八  | 九・六  |
|                   |     | 〇・一                    | 〇・一 | 四・八  | 九・六  |



|                          |                              |       |      |      |
|--------------------------|------------------------------|-------|------|------|
| 多衆集合(第一一六條)              | 一日以上三ヶ月以下ノ輕懲役又ハ罰金            | (〇・六) | 一〇・〇 | 八九・三 |
| 囚人ノ解放(第一二〇條)             | 一日以上三年以下ノ輕懲役                 | 〇・三   | 四・三  | 六九・三 |
| 單純家宅侵入(第一二三條一項)          | 罰金又ハ一日以上三ヶ月以下ノ輕懲役            | (一・一) | 三・二  | 六五・四 |
| 持兇器家宅侵入(第一二三條二項)         | 罰金又ハ一日以上二年以下ノ輕懲役             | (〇・一) | 一・八  | 六六・三 |
| 公職ノ僭稱(第一三三條)             | 一日以上二年以下ノ輕懲役又ハ罰金             | (〇・二) | 三・七  | 八三・一 |
| 公ノ封印ノ撤去(第一三六條)           | 一日以上六ヶ月以下ノ輕懲役又ハ罰金            | 〇・七   | 五・八  | 三九・五 |
| 差押破毀(第一三七條)              | 一日以上一年以下ノ輕懲役又ハ罰金             | 〇・七   | 二・一  | 八七・二 |
| 犯罪ノ告知ノ懈怠(第一三九條)          | 一日以上五年以下ノ輕懲役                 | 一・三   | 四・八  | 一五・八 |
| 通貨偽造(第一四六、一四七條)          | 二年乃至十五年ノ重懲役、減輕情狀一日以上五年以下ノ輕懲役 | 一・五   |      |      |
| 偽造通貨ノ行使(第一四八條)           | 一日以上三ヶ月以下ノ輕懲役又ハ罰金            | (一・七) | 一・八  | 七四・四 |
| 認識ト欲求ヲ以テスル宣誓ニ代ル偽證(第一五六條) | 一ヶ月以上三年以下ノ輕懲役                | 三・三   | 二六・一 | 三三・四 |
| 過失ニ依ル偽誓(第一六三條)           | 一日以上一年以下ノ輕懲役                 | (一・二) | 三・五  | 三三・五 |
| 誣告(第一六四條)                | 一ヶ月以上五年以下ノ輕懲役                | 一・五   | 一七・九 | 三二・〇 |

|                           |                                |      |       |       |
|---------------------------|--------------------------------|------|-------|-------|
| 神ノ褻瀆其ノ他(第一六六條)            | 一日以上三年以下ノ輕懲役                   | 〇・五  | 六・五   | 五三・〇  |
| 禮拜ノ妨害(第一六七條)              | 一日以上三年以下ノ輕懲役                   | 二・〇  | 三・四   | 六四・二  |
| 死體ノ不法奪取、墳墓ノ凌辱(第一六八條)      | 一日以上二年以下ノ輕懲役                   | 七・六  | 三四・四  | 六〇・〇  |
| 重婚(第一七一條)                 | 一年乃至五年ノ重懲役、減輕情狀ノ際六ヶ月以上五年以下ノ輕懲役 | 八四・一 | (〇・三) |       |
| 姦通(第一七二條)                 | 一日以上六ヶ月以下ノ輕懲役                  | 一・二  | 三五・八  | 六三・〇  |
| 被養者ニ對スル猥褻行爲(第一七四條一號)      | 一年乃至五年ノ重懲役、減輕情狀ノ際六ヶ月以上五年以下ノ輕懲役 | 三・九  | 五六・三  | (〇・七) |
| 男子間ノ反自然的姦淫行爲(第一七五條)(一ノ場合) | 一日乃至五年ノ輕懲役                     | 三・〇  | 三・三   | 五三・八  |
| 禽獸トシテ姦淫行爲(第一七五條)(二ノ場合)    | 一日乃至五年ノ輕懲役                     | 〇・七  | 一六・七  | 一三・二  |
| 暴力ヲ以テスル姦淫行爲(第一七六條一號)      | 一年乃至十年ノ重懲役、減輕情狀ノ際六ヶ月乃至五年ノ輕懲役   | 一六・七 | 六三・四  | (一・三) |
| 意識喪失者トシテ姦淫行爲(第一七六條二號)     | 一年乃至十年ノ重懲役、減輕情狀ノ際六ヶ月乃至五年ノ輕懲役   | 八・五  | 六〇・八  | (六・八) |
| 兒童トシテ姦淫行爲(第一七六條三號)        | 一年乃至十年ノ重懲役、減輕情狀ノ際六ヶ月乃至五年ノ輕懲役   | 七・六  | 五六・三  | (一・七) |
| 強姦(第一七七條)                 | 一年乃至十五年ノ重懲役、減輕情狀ノ際一年乃至五年ノ輕懲役   | 一六・三 |       |       |







|                        |                             |       |       |     |       |
|------------------------|-----------------------------|-------|-------|-----|-------|
| 横領(第二四六條)              | 一日乃至三年若ハ五年輕懲役、減輕情狀ノ際罰金      | 〇・四   | 八・五   | 七・九 | 五・五   |
| 困窮竊用(第二四八條a)           | 罰金又ハ一日乃至三ヶ月輕懲役              | (一・七) | 三・七   | 三・九 | 五・九   |
| 強盜(第二四九條)              | 一年乃至十五年重懲役、減輕情狀ノ際六ヶ月乃至五年輕懲役 |       |       |     |       |
| 重強盜(累犯ヲ除ク)(第二五〇條一號一四號) | 五年乃至十五年重懲役、減輕情狀ノ際一年乃至五年輕懲役  | 三・三   |       |     |       |
| 單純恐喝(第二五三條)            | 一ヶ月乃至五年輕懲役                  | 五・三   | 二・四   | 三・七 | 三・〇   |
| 贓物授受(第二五九條)            | 一日乃至五年輕懲役                   | 二・〇   | 一・六   | 三・四 | 四・三   |
| 詐欺(第二六三條)              | 一日乃至五年輕懲役減輕情狀ノ際罰金           | 一・七   | 一・二   | 三・九 | 四・九   |
| 累犯詐欺(第二六四條)            | 一年乃至十年重懲役及罰金減輕情狀三ヶ月乃至五年輕懲役  | 八・三   | 一・七   | 七・二 | (〇・一) |
| 困窮詐欺(第二六四條a)           | 一日乃至三ヶ月輕懲役又ハ罰金              |       | (一・九) | 六・二 | 三・〇   |
| 背任(第二六六條)              | 一日乃至五年輕懲役                   | 三・〇   | 二・四   | 三・三 | 三・五   |
| 單純文書偽造(第二六七條)          | 一日乃至五年輕懲役                   | 一・七   | 一・四   | 三・七 | 四・〇   |
| 誣告(第二七一條)              | 一日乃至五年輕懲役                   |       | 一・四   | 三・七 | 四・〇   |
| 重イ間接ノ虚偽錄取(第二七二條)       | 一年乃至十年ノ重懲役、減輕情狀一日乃至五年輕懲役    | 二・九   | 一・〇   | 六・九 | 二・〇   |
| 文書ノ扣留(第二七四條一號)         | 一日乃至五年輕懲役                   |       | 一・七   | 二・三 | 六・九   |

|                  |                             |     |       |       |     |
|------------------|-----------------------------|-----|-------|-------|-----|
| 境界ノ虚偽(第二七四條二號)   | 一日乃至五年輕懲役                   |     |       |       |     |
| 公然ノ賭博ノ開張(第二八四條)  | 一日乃至二年輕懲役又ハ罰金               | 〇・八 | 〇・八   | 一・七   | 八・五 |
| 公ノ賭博ヘノ参加(第二八四條a) | 一日乃至六ヶ月輕懲役又ハ罰金              | 〇・一 | 二・三   | 一・一   | 八・四 |
| 營業的賭博(第二八五條)     | 一日乃至五年輕懲役、減輕情狀一日乃至一年輕懲役又ハ罰金 | 一・一 | 二・九   | 三・三   | 四・七 |
| 富籤ノ不法興行(第二八六條)   | 一日乃至二年輕懲役又ハ罰金               |     | 三・四   | 一・四   | 八・〇 |
| 強制執行ノ阻碍(第二八八條)   | 一日乃至三年輕懲役又ハ罰金               |     | 〇・六   | 一・〇   | 八・三 |
| 他人ノ使用權ノ侵害(第二八九條) | 一日乃至三ヶ月輕懲役又ハ罰金              |     | (一・五) | 二・六   | 八・三 |
| 單純密藏(第二九二條)      | 一日乃至六ヶ月輕懲役又ハ罰金              |     | 四・九   | 二・三   | 七・三 |
| 重イ密藏(第二九三條)      | 一日乃至六ヶ月輕懲役又ハ罰金              |     | 一・一   | 九・三   | 八・九 |
| 不法ノ漁撈(第二九六條)     | 一日乃至二年輕懲役又ハ罰金               |     | 一・六   | 八・八   | 八・六 |
| 戰時禁制品(第二九七條)     | 一日乃至三ヶ月輕懲役又ハ罰金              |     | (〇・三) | 四・三   | 九・一 |
| 信書ノ秘密ノ侵害(第二九九條)  | 一日乃至二年輕懲役又ハ罰金               |     | 〇・一   | 二・五   | 七・八 |
| 單純物件毀棄(第三〇三條)    | 一日乃至三年輕懲役又ハ罰金               |     | 〇・一   | 二・三   | 七・五 |
| 重イ物件毀棄(第三〇四條)    | 一ヶ月乃至五年輕懲役                  |     | 六・一   | 三・四   | 五・七 |
| 他人ノ工作物ノ破壞(第三〇五條) | 一年乃至十年重懲役、減輕情狀六ヶ月乃至五年輕懲役    | 一・七 | 四・三   | (八・七) |     |



|                         |  |     |      |      |      |
|-------------------------|--|-----|------|------|------|
| 過失ニ因ル放火(第三〇九條)          | 一日乃至一年(又ハ三年)輕懲役又ハ罰金                          | 〇・四 | 三九   | 一一・九 | 八・八  |
| 過失ニ因ル鐵道ニ對スル脅威(第三一六條一項)  | 一日乃至一年(又ハ三年)輕懲役又ハ罰金                          | 〇・五 | 〇・五  | 一・四  | 九・七  |
| 職務上ノ鐵道輸送ニ對スル脅威(第三一六條二項) | 一日乃至一年(又ハ三年)輕懲役                              | 〇・四 | 〇・四  | 三・八  | 九・五  |
| 電信經營ノ故意ニ因ル脅威(第三一七條)     | 一ヶ月乃至三年輕懲役                                   | 四・一 | 二八・六 | 五・八  | 四    |
| 電信經營ノ過失ニ因ル脅威(第三一八條)     | 一日乃至一年輕懲役又ハ罰金                                | 〇・四 | 四・〇  | 九三・六 | 九三・六 |
| 土木建築ノ法則ニ對スル違反(第三三〇條)    | 一日乃至一年輕懲役又ハ罰金                                | 一・〇 | 一・〇  | 九七・七 | 九七・七 |
| 官吏ノ收賄(百件以下ニツキ)(第三三二條)   | 一年乃至五年重懲役、減輕情狀                               | 四・三 | 二〇・四 | 五三・一 | 一八・五 |
| 官吏ニ對スル贈賄(第三三三條)         | 一日乃至五年輕懲役                                    | 一・四 | 七・六  | 一〇・二 | 八〇・八 |
| 職務上ノ傷害(第三四〇條)           | 三ヶ月乃至五年輕懲役場合ニ依ツテハ二年乃至五年重懲役、減輕情狀一日乃至五年輕懲役又ハ罰金 | 〇・三 | 六・二  | 四・〇  | 八六・五 |
| 過失ニ因ル凶人ノ逃走招來(第三四七條二項)   | 一日乃至六ヶ月輕懲役又ハ罰金                               | 〇・七 | 〇・七  | 〇・四  | 九八・九 |
| 職務上ノ横領(第三五一條)           | 一年乃至十年重懲役、減輕情狀六ヶ月乃至五年輕懲役                     | 三・二 | 二五・一 | 七〇・九 | 〇・五  |

|                           |                |     |      |      |      |
|---------------------------|----------------|-----|------|------|------|
| 不正競争取締法第四條                | 一日乃至一年輕懲役又ハ罰金  | 〇・一 | 〇・八  | 九・三  | 九八・六 |
| 電力竊取ニ關スル法律第一條             | 一日乃至五年輕懲役又ハ罰金  | 〇・一 | 〇・一  | 九八・〇 | 九八・〇 |
| 屠、獸検査法第二六條                | 一日乃至六ヶ月輕懲役又ハ罰金 | 〇・一 | 〇・一  | 九八・五 | 九八・五 |
| 自動車法第二三、二四條               | 一日乃至三ヶ月輕懲役又ハ罰金 | 〇・一 | 〇・一  | 九八・二 | 九八・二 |
| 自動車法第二五條                  | 一日乃至二年輕懲役又ハ罰金  | 〇・一 | 〇・一  | 九八・五 | 九八・五 |
| 獸疫豫防法第七四條                 | 一日乃至三年輕懲役      | 〇・一 | 二・三  | 六四・〇 | 一三・六 |
| 性病豫防令第三條一九二七、二、一八ノ命令第五條   | 一日乃至五年輕懲役又ハ罰金  | 〇・一 | 〇・五  | 二・六  | 九六・五 |
| 一九一九、一、一三、武器携帯取締令第三條一項違反  | 一日乃至六ヶ月輕懲役又ハ罰金 | 〇・一 | 〇・五  | 二・六  | 九六・六 |
| 經營ニ於ケル女性使用人禁止法第二條         | 一日乃至三年輕懲役又ハ罰金  | 一・八 | 一九・〇 | 二三・四 | 五五・四 |
| 阿片煙吸食取締法第八條               | 一日乃至三ヶ月輕懲役又ハ罰金 | 〇・一 | 〇・一  | 九六・三 | 九六・三 |
| 一九二三、二、二四緊急法第二目第二條、娛樂制限違反 | 一日乃至五年輕懲役      | 〇・一 | 〇・一  | 九六・三 | 九六・三 |
| 一九二四、三、八、無線電信交通法第二條       | 一日乃至五年輕懲役      | 〇・一 | 〇・一  | 九六・三 | 九六・三 |

フ  
ラン  
ツ  
・  
エ  
ク  
ス  
ナ  
ー  
獨逸裁判所に於ける刑の量定の實際 終



號數 年月 司法資料表題

|      |        |                                     |      |       |  |
|------|--------|-------------------------------------|------|-------|--|
| 第一號  | 大正二〇、二 | 定型アル犯罪ノ調査(賭博編)                      | 第一九號 | 大正三、四 | 獨逸國少年裁判所法草案及同理由書                                       |
| 第二號  | 二〇、三   | 第二回國際少年保護會議議事錄                      | 第二〇號 | 三、五   | 市加古少年裁判所ノ研究  |
| 第三號  | 二〇、一   | 國際刑事協會獨逸支部ニ於ケル保護<br>視察制度創設ニ關スル會議議事錄 | 第二一號 | 三、五   | 勞働裁判法ニ關スル獨逸國裁判官會<br>議事錄及評論(附)統一の勞働法<br>編纂委員會起草勞働裁判法私案  |
| 第四號  | 二〇、二   | 米國ノ家庭裁判所                            | 第二二號 | 三、六   | 獨逸國ニ於ケル暴利取締法及活動ノ<br>實況                                 |
| 第五號  | 二〇、三   | 獨逸ニ於ケル檢事局及司法警察                      | 第二三號 | 三、六   | 戰前ニ於ケル獨逸國ノ社會的立法<br>(附)丁抹ノ社會政策的立法概觀                     |
| 第六號  | 二〇、四   | 米國ニ於ケル少年裁判所ト社會                      | 第二四號 | 三、七   | 獨逸國經營協議會法及關係法令集  |
| 第七號  | 二〇、五   | 第二回國際少年保護會議提出報告書<br>第一集             | 第二五號 | 三、七   | 獨逸國ニ於ケル賃率契約、勞働者及<br>使用人委員會並ニ勞働爭議ノ調停ニ<br>關スル法制(附)調停制度概觀 |
| 第八號  | 二〇、六   | 英國及ラエールノ警察                          | 第二六號 | 三、八   | 獨逸國ニ於ケル住宅及移住制度(附)<br>英國ニ於ケル農業小作務讓仲裁ノ實<br>況             |
| 第九號  | 二〇、七   | 復權ニ關スル佛國法令                          | 第二七號 | 三、八   | 短期自由刑論   |
| 第一〇號 | 二〇、八   | 獨逸ニ於ケル調停手續ニ關スル規程<br>佛國戰時家賃法伊國小作契約法  | 第二八號 | 三、九   | 西班牙國假釋放ニ關スル法令集   |
| 第一一號 | 二〇、九   | 英國ノ判事及ますたー論                         | 第二九號 | 三、九   | 獨逸英ニ於ケル商工業者ニ關スル特<br>別裁判法制                              |
| 第一二號 | 二〇、一〇  | 英佛ノ辯護士法制                            | 第三〇號 | 三、一〇  | 獨逸國勞働裁判所法草案及理由書  |
| 第一三號 | 二〇、二   | 獨逸ノ辯護士法制                            | 第三一號 | 三、一〇  | 獨逸國少年裁判所法  |
| 第一四號 | 二〇、三   | 獨逸ニ於ケル監獄作業ノ經營並ニ管<br>理ニ關スル調査報告       | 第三二號 | 三、一〇  | 獨逸國少年裁判所法<br>司法制度改良論                                   |
| 第一五號 | 二〇、三   | 辯護士倫理                               | 第三三號 | 三、一〇  | 獨逸新經濟法   |
| 第一六號 | 二〇、三   | 獨逸國調停法草案及同理由書                       | 第三四號 | 三、一〇  | 職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率<br>契約ニ關スル立法例(佛伊白蘭國之<br>部)             |
| 第一七號 | 二〇、三   | 英國監獄制度                              |      |       |  |
| 第一八號 | 二〇、四   | 獨逸國少年福利法草案同理由書及確<br>定法文             |      |       |  |



|            |   |            |   |
|------------|---|------------|---|
| 第三五號 大正三、二 | 職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率<br>契約ニ關スル立法例(埃國及瑞西之<br>部)  | 第四九號 大正三、七 | 米國ノ刑罰制度                                       |
| 第三六號 〃 一、一 | 職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率<br>契約ニ關スル立法例(丁抹瑞典諸國<br>之部) | 第五〇號 〃 一、八 | 獨逸國民訴訟改正律令                                    |
| 第三七號 〃 一、一 | 英國ニ於ケル略式刑事手續及すこつ<br>とらんどニ於ケル刑事手續            | 第五一號 〃 一、八 | 英國裁判所構成論(三、下級裁判所<br>ノ部 其一、治安裁判所)              |
| 第三八號 〃 一、二 | 佛國借家借地法                                     | 第五二號 〃 一、九 | 英國裁判所構成論(四、下級裁判所<br>ノ部 其二、州裁判所及檢屍官裁判<br>所ノ組織) |
| 第三九號 〃 一、二 | 職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率<br>契約ニ關スル立法例(英國、加察陀<br>之部) | 第五三號 〃 一、九 | 英國裁判所構成論(五、中央審トシ<br>テノ英國高等法院ノ組織及權限)           |
| 第四〇號 〃 一、三 | 佛國監獄制度及同職命令                                 | 第五四號 〃 一、〇 | 佛國商事裁判制度                                      |
| 第四一號 〃 一、三 | 職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率<br>契約ニ關スル立法例(南亞之部)         | 第五五號 〃 一、〇 | 獨逸國ニ於ケル裁判所ノ組織及ヒ刑<br>事手續ニ關スル法令                 |
| 第四二號 〃 一、四 | 職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率<br>契約ニ關スル立法例(澳洲之部)         | 第五六號 〃 一、二 | 英國裁判所構成論(六、地方審トシ<br>テノ英國高等法院及其他ノ上級裁判<br>所ノ組織) |
| 第四三號 〃 一、四 | 職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率<br>契約ニ關スル立法例(米國之部)         | 第五七號 〃 一、二 | 獨逸國勞務契約法案及評論(附)佛<br>國勞働法正文                    |
| 第四四號 〃 一、五 | 英國法律生活概要及同國ノ刑事控訴<br>制度                      | 第五八號 〃 一、三 | 米國少年裁判法                                       |
| 第四五號 〃 一、五 | 英國裁判所構成論(一、英國裁判官<br>ノ地位(附)司法行政機關)           | 第六〇號 〃 一、四 | 不定期刑言渡ノ制度                                     |
| 第四六號 〃 一、六 | 英國裁判所構成論(二、英國ニ於ケ<br>ル起訴官廳及辯護士ノ地位)           | 六一號 〃 一、四  | 改善不能性犯人ノ處遇                                    |
| 第四七號 〃 一、六 | 瑞西辯護士法                                      | 六二號 〃 一、四  | 英蘭刑事訴訟概観及巡回裁判所ニ於<br>ケル訴訟記録                    |
| 第四八號 〃 一、七 | 露西亞事情                                       | 六三號 〃 一、四  | 北米合衆國裁判制度(一、聯邦司法<br>省ノ組織、職制及裁判制度)             |

|            |   |            |   |
|------------|---|------------|---|
| 第六四號 大正四、三 | 獨逸國後見制度(前編)   | 第八〇號 大正四、三 | 刑罰ニ關スル制度(其二)                                |
| 第六五號 〃 一、三 | 獨逸國後見制度(後編)   | 八一號 〃 一、一  | 北米合衆國の刑事裁判(其一)                              |
| 第六六號 〃 一、四 | 刑ノ執行猶豫制度  | 八二號 〃 一、二  | 北米合衆國裁判制度(二、カリホル<br>ニヤ州ノ裁判制度)               |
| 第六七號 〃 一、四 | 假釋放   | 八三號 〃 一、三  | 北米合衆國の刑事裁判(其二)                              |
| 第六八號 〃 一、五 | 國際刑事學協會獨逸支部ニ於ケル行<br>刑上ノ累進制度、宣誓セサル證人ノ<br>處罰及ヒ不定期刑制度ニ關スル會議<br>議事録 | 八四號 〃 一、四  | 一九二五年獨逸刑法草案並ニ理由書<br>(各論篇)                   |
| 第六九號 〃 一、五 | 諸國ノ刑法草案   | 八五號 〃 一、五  | 陪審制度視察報告書集(附)がるそ<br>ん教授述陪審制度論               |
| 第七〇號 〃 一、六 | 英國司法警察論   | 八六號 〃 一、五  | 刑罰に關する制度(其三)                                |
| 七一號 〃 一、六  | 英國ニ於ケル少年犯罪者ニ對スル刑<br>法上ノ處遇                                       | 八七號 〃 一、六  | 正義と貧民(其一)                                   |
| 七十二號 〃 一、七 | 司法行政上ヨリ見タル普國區裁判所<br>ノ實務(第一篇)                                    | 八八號 〃 一、七  | 正義と貧民(其二)                                   |
| 七三號 〃 一、七  | 英國陪審ノ組織資格選定召集等ニ關<br>スル省取調委員會報告書(附)金山<br>檢事野判事視察報告書              | 八九號 〃 一、七  | 刑罰に關する制度(其四)                                |
| 七四號 〃 一、八  | 漢堡ニ於ケル常設仲裁裁判所   | 九〇號 〃 一、八  | 刑罰に關する制度(其五)                                |
| 七五號 〃 一、八  | 司法行政上ヨリ見タル普國區裁判所<br>ノ實務(第二篇)                                    | 九一號 〃 一、九  | 英國に於ける警察裁判所                                 |
| 七六號 〃 一、九  | 獨逸國陪審裁判所記録(附)秋山檢<br>事鈴木判事視察報告書                                  | 九二號 〃 一、九  | 司法行政上ヨリ見たる普國區裁判所<br>ノ實務(第三篇)                |
| 七七號 〃 一、九  | 刑罰ニ關スル制度(其一)  | 九三號 〃 一、九  | 刑罰に關する制度(其六)完                               |
| 七八號 〃 一、〇  | 佛蘭西の政治組織(現代佛蘭西の政<br>治、行政及び司法制度の概観)                              | 九四號 〃 一、〇  | 英國陪審の組織資格選定召集等に關<br>スル省取調委員會報告書 第二卷<br>(其一) |
| 七九號 〃 一、〇  | 一九二五年獨逸刑法草案並ニ理由書<br>(總則篇)                                       | 九五號 〃 一、〇  | 諸外國に於ける辯護士制度概観                              |
|            |   | 九六號 〃 一、二  | 歐洲諸國に於ける上訴制度                                |
|            |   | 九七號 〃 一、二  | 佛國裁判制度 第一(治安裁判所の<br>組織及權限)                  |



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

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



|             |                                  |             |  |
|-------------|----------------------------------|-------------|--|
| 第一六九號 昭和七、四 | 司法事務の經費節減、簡易化及促進 (獨逸裁判所書記同盟の改革案) | 第一八八號 昭和九、〇 | 一九三二年フランス刑法改正豫備草案 (總則) 並にポロランド改正刑法及ポロランド違警罪法 |
| 第一七一號 〇、八   | 刑事事件集 (附) 刑事事件起按小手引              | 第一八九號 〇、二   | 取締法規違反の定型 (附) 特別刑法に於ける犯罪主體と刑罰主體の異なる場合の歸納的觀察  |
| 第一七二號 〇、七   | ソヴェイェート法の理論                      | 第一九〇號 〇、二   | 米國ユタ州に於ける不定期刑言發宣告猶豫及假釋放に關する調査                |
| 第一七三號 〇、七   | 獨逸刑法 (第二帙)                       | 第一九一號 〇、一   | 一九三〇年獨逸刑法草案並に現行獨逸刑法典 (附錄重要附屬法令)              |
| 第一七四號 〇、八   | 獨逸刑法 (第三帙)                       | 第一九二號 〇、二   | 德川民事慣例集 (勳章の部)                               |
| 第一七五號 〇、八   | 民事事務修習の案                         | 第一九三號 〇、三   | 獨逸裁判所構成法及同刑事訴訟法                              |
| 第一七六號 〇、八   | 獨逸刑法 (第四帙)                       | 第一九四號 〇、四   | 一九二八年スペイン刑法                                  |
| 第一七七號 〇、八   | 一九三一年獨逸新民事訴訟法草案並に說明書 (一)         | 第一九五號 〇、五   | ポロランド新民事訴訟法 (一九三三年)                          |
| 第一七八號 〇、八   | 一九三一年獨逸新民事訴訟法草案並に說明書 (二)         | 第一九六號 〇、六   | 獨逸刑法提要 (上)                                   |
| 第一七九號 〇、八   | 捜査事務に就て                          | 第一九七號 〇、七   | ソヴェイェート・ロシアは犯罪を克服する                          |
| 第一八〇號 〇、八   | 獨逸刑法 (第五帙)                       | 第一九八號 〇、八   | 伊太利刑法典                                       |
| 第一八一號 〇、九   | 獨逸刑法第一讀會終了 (一九三〇年)               | 第一九九號 〇、九   | 伊太利刑事訴訟法典 附伊太利重罪法院條                          |
| 第一八二號 〇、九   | 犯罪生物學原論                          | 第二〇〇號 一〇、一〇 | 一九二二年海牙に於ける爲替手形及約束手形に於ける審査委員會會議記錄            |
| 第一八三號 〇、九   | 獨逸刑法 (第六帙)                       | 第二〇一號 一〇、一〇 |  |
| 第一八四號 〇、九   | カチスの刑法 (プロシヤ邦司法大臣の學書)            |             |  |
| 第一八五號 〇、九   | プロシヤに於ける司法官教育關係法令彙纂              |             |  |
| 第一八六號 〇、九   | 英國に於ける裁判と警察                      |             |  |
| 第一八七號 〇、九   | 德川民事慣例集 (人事の部)                   |             |  |

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