

を行ひつつあるを看取することを得べく、而して關係者の素質上より見て生れ乍らにして、同性的の素質を有するにあらざる青年を自己の勢力範圍内に引入んとして努力しつつあるものなること自ら明白なるものありて存せり。果してかくの如くんは此の場合に於ける罰則は同性的素質を有するにあらざる男子をかくの如き運動に参加することより抑制する一個の遮閉機を成すものと謂はざるへからずして、若し第七十五條の規定を撤廢するに於てはかくの如き努力が從來よりも一層公々然と行はれて、單に間接の誘惑を以てしてのみに止まらず、筆舌を以てする一層大なる作用に依つて特に少年男子を誘致するの危険を存すへし。果して然るに於ては同性間の交通は現行の禁止規定の下に於て侵蝕を免れたりし範圍にまで侵入するに至るの結果を來すへし。

加之尙ほ他に一の考慮の存するものあり。第七十五條を廢止せんとするの要求は往々にしてまた同性間の交通は自然にして、其の然るか故にまた人の感情を傷めることなき衝動に屬するものにして、之に對しては男女間の戀愛に於けると同等の權利を要求せざるへからずと云ふ主張をも其の理由とするものなり。時あつてか更に一步を進めて男子の男子に對する愛情、特に男子の青年に對する戀愛は特に高尚尊貴なる文化の表現に外ならずと爲すの見解を主張する者をすら見るにことあり。かくの如き見解か立法者にとつて一顧たも値ひするものにあらざることとは申す迄もなければ、かくの如き見解も存在するものと云ふことだけは考慮の中に加へ置かざるへからず。而して此の種の見解を主張する者か第七十五條の規定の

廢止を以て法律は同性間の交通を正當なるものとして承認したるものなりと解釋し、其の慶澤を貪るべきは疑を容れざる所なりとす。

ここに於てか本草案は第七十五條の規定を支持せんと欲するものにして、判例か現行の規定に對して與へたる制限は基本犯罪事實については之を固執し、只同衾類似の行爲 *beischlafähnliche Handlung* のみを處罰することに依つて規定の及ぶ所の範圍を明確にしたり。刑は當事者の一方のみか能動的にして相手方は只之を忍容したるに止まる場合にあつても當事者双方に對して之を科するものとす。此の範圍に於ては「他の男子と……爲したる者」と云ふ字句は第二百九十條第二項第二段に於ける「互に……爲したる者」と云ふ字句と同一の事項を意味するものなり。而して此の點もまた現行法と一致す。刑は現行刑典第七十五條に於けると同様五年以下の禁錮を規定せるか、其の現行法に比較して緩和せられたるものなることは一般的に減輕事情を認むるの事實よりして自ら推論せらるる所なりとす（第七十三條、第七十四條）。

本草案は基本犯罪事實の外に尙ほ幾多のその他の犯罪事實に對して加重刑を科す（第二百九十七條）。暴力を以てする強要又は身體若は生命に對する即時の危険を加ふべき旨の脅迫に依る強要の下に於ける行為の所犯、雇傭關係又は勞務關係に基く從屬性を濫用して行ふ行為の所犯、營業的所犯又ひ少年を誘惑して行ふ成年者の所犯是なり。

同性間の淫行の是等の場合に於て重き刑を以てして干渉を加ふるの必要あることは殆ど一般の承認する所にして、同性間の淫行それ自體を以て處罰の價値なしと認むる者と雖此の點は其の是認する所に係るものなるか故に、此の場合に規定を同衾類似の行爲に制限することなく、第二百八十二條、第二百八十四條、第二百九十一條乃至第二百九十四條の規定と相牽聯して「淫行を爲し」 Unzucht treiben 及び「淫行の爲に濫用せしめ」 zur Unzucht missbrauchen lassen の字句を使用したるの事實よりして自ら推知せらるる如くすへての猥褻行爲に擴張することとせり。

犯人及び被害者の年齢は第四號の犯罪事實についてのみ重大なる意義を有する次第なりとす。蓋し年齢の長するの事實に依つて存する優越か發育未だ完からざる者に對して重大なる作用を有するは獨り此の場合にのみ限らるるものなるを以てなり。而してここに稱して少年と云ふは第九條第二號の定義する所に依れば十四歳以上なるも十八歳未満の者を指すものと解すべく、兒童は第二百八十六條に依つて保護せらるるなり。

第一の犯罪事實は暴力（第九條第六號參照）を以てして又は生命若は身體に對する即時の危険を加ふべき旨の脅迫に依る強要を必要とするものにして、原則として婦女につきて規定ありたる淫行の亂暴なる強要に對する刑法上の保護を擴張したるものなり。而して第二の犯罪事實は同様にして第二百八十九條第一項を補充するものに外ならず。

凡そ男子の賣淫 *minnliche Prostitution* は極力之を取締らざるへからずして、此の點については一般の承認を存する所なりとす。蓋し男子の賣淫は犯罪者と犯罪とを發生孵化せしむる温床にして、同性間の淫行を助長促進するものは實に是たり。而して同性間の淫行と相牽聯する幾多重大なる害惡も亦専ら之に歸着するものなるを以てなり。男子の賣淫は實にまた同性間の淫行に對する傾向を有する者にとつての恒久的なる誘惑たるのみならず、更に一步を進めて感情の最も重き刺戟の淵源たり、公の風俗と安寧とに對する特殊の危険を成すものなり。男子の賣淫とは異なる處遇を爲すの必要あることは以上述べたる所よりして自ら推論せらるる次第なり。蓋し女子の賣淫はそれ自體としては木草案にあつても罰すへからざるものなること（第三百七十三條、第三百七十四條を參照すへし）一九二七年十月一日を以て施行せられたる一九二七年二月十八日の性病撲滅に關する法律に實際に見る所なると同様なるものあるを以てなり。木草案が「特に重き場合」につき十年以下の懲役を規定せるは専ら男子の賣淫者に想到したるものなり。此の如く重き處罰を爲すを得るに依つて間接に特に危険なる同性愛に由來する恐喝の撲滅を實施するを得んことは希望に堪へざる所とす。然り而して第一號の場合に於て未遂をも有罪たるべきものとして宣言せるは第二百七十九條、第二百八十二條及び第二百八十四條の規律に適應する所以に外ならざるなり。

木草案が女子の間に於ける同性愛的淫行の處罰を斷念したるは一九一九年の草案及び一九二五年の草案

に於ける所の如しとす。

第二百九十八條

猥褻行為の公然の實施

Öffentliche Vornahme unzüchtiger Handlungen

現行法（現行刑法典第八十三條）は猥褻行為を以てして公然公衆の感情を刺戟したる者を處罰したるか、此の犯罪事實の構成は必ずしも其の當を得たるものにあらざりしこと判明したり。蓋し此の構成は何人か猥褻行為につきて眞實に感情を刺戟せられたりと云ふ偶然の事情を以て犯罪事實の標識と爲すものにして、かくの如くにして性に關する事項に於て風儀風俗に對する斟酌の適當なりとする制限を遵守せしむるの結果を來さんとする規定の根本精神を謬らしむるに至るべきを以てなり。本草案は猥褻行為か公然行はれたること、及び其の外犯人の態度か「感情を刺戟するに適したる」 *„Geeignet ist, Argernis zu erregen“* 狀況の下に猥褻行為の行はれることを以て有罪性の條件とすることに依つて如上の根本精神に斟酌を拂ふ所ありたるか、新法文は一概に現行の罰則の擴張を來すものにあらずして、寧ろ其の必要とする適用範圍の制限をも結果とするものなり。而してかくの如き適用範圍の制限は從來見物人か猥褻行為を待受けて、然る後之につきて感情を刺戟せしめられたりと主張したる場合には判例か法律を制限的に解釋するこ

とに依つてのみ招來することを得たりし所に屬せり。

「猥褻行為」 *unzüchtige Handlung* と云ふ犯罪事實の標識は現行法より繼受したる所にして、此の觀念は現行刑法典第八十三條に於けると同様の性的の交渉を有し、羞耻の感と善良なる風俗の精神 *„Scham- und Sittlichkeitsgefühl“* を侵害する行為を包括するものなれども、自己自身の性的衝動 *„Geschlechtstrieb“* を喚起し又は之を満足せしむるの意圖の有無は重要とするに足らざるなり。刑は從來に於けるか如く二年以下の禁錮又は罰金を規定せり。

第二百九十九條

兒童の面前に於ける猥褻行為

Unzüchtige Handlungen vor Kindern

兒童の面前に於ける猥褻行為の實施は現行法中に於ては特別に處罰せらるることなく、行為の公然の所犯に係るときには場合に依つては本草案の第二百九十八條と大體に於て一致する現行刑法典第八十三條の規定の干渉を見るへかりしも、其の公然の所犯にあらざる行為についてはすへての場合を通して全然侮辱に對する規定を適用することを得へかりしに止まれり。然れども此の規定を此の場合に適用することは行為の本質に應ずる所以にもあらざれば、また行為か兒童を對象としたりし場合にあつては處罰の點に於

て未だ充分なるものと爲す能はず。兒童の面前に於ける猥褻行爲の實施、換言すれば即ち「兒童につきて」 an Kindern 若は「兒童と」 mit Kindern 行爲を實施することなくして其の目前に於て in ihrer Gegenwart 猥褻行爲を實施するは大體に於て所謂陰部露出狂 Exhibitionist に依つて行はるる所に於て、兒童を目前にすることを其の感奮を興奮せしむる爲の刺戟の手段として利用するなり。かくの如き行爲の目前に於て行はるることに依つて兒童が重大なる損害を被るに至ることあるべきは多く説明を須ひざる所なるか、是等の行爲は經驗上公然行はれざること往々にして見る所なるの事實に顧み本條の規定は此の場合を取締らんとしたるものなり。然れども特に現今に於けるか如き住宅難の時代にあつては兒童の面前に於て性的行爲を行ひ乍ら、關係者はかくの如くにして兒童を墮落せしむるの精神に於てしたるにあらざること稀ならざるべきの事實をも斟酌せざるべからず。罰則はかくの如き場合にまて其の適用を及ぼすことを得べからざるなり。されば本草案は「其の意圖を以てして」 absichtlich 兒童の面前に於て猥褻行爲を實施したる者、即ち（第十八條第二項參照）兒童が目撃するに相違なきの故を以て猥褻行爲を爲すに至りたる者のみに限り之を處罰することとしたり。第二百八十六條の規律の場合に於けるか如く（第二百八十六條の理由參照）本條の規定の保護を受くるは兒童のみに限る（第九條第一號）。而して「猥褻行爲」の觀念に至つては第二百九十八條の理由の參照を求むることを得べきなり。

刑は二年以下の禁錮にして減輕の道を存するものとし、而して其の減輕の方法に至つては第七十三條及び第七十四條の規定よりして自ら推論せらるる所なりとす。

第三百條

猥褻の文書及び圖畫 Unzuchtige Schriften und Abbildungen

本條第一項の犯罪事實は大體に於て現行刑法典第八十四條第一號及び第二號と一致するものなれども、第一項の犯罪事實は頒布の目的の爲に猥褻の文書、圖畫又は製作物を獲得したる者を處罰するの點に於て現行法に比較して擴張を規定するものと謂はざるべからず。此の規定はまた實際上特に重要な外國よりの輸入をも取締るものにして、畢竟するに一九二三年九月十二日の猥褻の刊行物の頒布及び賣捌の取締に關するジュネーブの國際協約第一條に言明したる精神を實現したるものにして、我が獨逸國も亦上記の協約に調印し、批准する所ありたるか故を以てなり（一九二五年六月四日の告示）。

其の外本草案は現行刑法典第八十四條を擴張して猥褻なる製作物の「現示」 Vorführung をも處罰することとしたり。惟ふに製作物 Darstellung と云ふ觀念は言語、圖畫又は文書を以てする觀念のあらゆる傳達を包括するものなるか故に、猥褻なる映畫及び猥褻なる内容を有する蓄音機の音譜の現示をも取締る所なるべからず。而して製作物の觀念か圖畫の觀念よりも更に包括的な内容を有するものなることは、「圖畫又は其の他の製作物」と云ふ文字上の聯絡の上より見て明確なる所なりとす。

本條第二項は少年の風俗上の保護を大ならしめんとする其の目的の點に於て現行刑法典第百八十四條と一致するものにして、現行の規定の犯罪事實は幾多の批評を促したりしか故を以て一層峻嚴に之を構成したるなり。即ち從來は猥褻たることなきも著しく羞耻の感情を侵害する文書、圖畫又は製作物を對價を受けて十六歳未満の者に交付又は提供したる者を處罰したるか、本草案はまつ其の特に屢々非難を受けたるし「猥褻たることなきも著しく羞耻の感情を侵害する」と云ふ標識を抛棄して、之に代ふるに「猥褻なるか、又は少年の性感 *Geschlechtsgefühl* を刺戟し若は之を邪道に導くに適したる云々」と云ふ法文を以てしたり。本項に於ても亦猥褻なる文書を列擧するは之を無用なりと爲す能はず。蓋し有罪行為の所犯の種類は提供と云ふ犯罪事實の標識に依り第一項に比較して擴張を見ることとなりたるものなるを以てなり。此の第二の種類は文書、圖畫及び製作物は、極力少年より遠ざくることを必要とするものなれども、是等幾多の文書其の他は猥褻にはあらず、従つてまた性と云ふ點に於て正常なる感覺を有する成年者の羞耻の感情と善良なる風俗の精神を傷くるに適せざるも、性的發育の特に刺戟せられ易き年齢に在る少年にとつては之を知悉するは不利益なる影響を及ぼすことあるべきものなり。性的事項に關する科學的、通俗的の著作物並に解剖學上の陳列や標本も法律が明細に表示せる點に於て少年に作用を及ぼすに適したるべきは亦上記の物體に屬するなり。

現行法は犯罪事實が常に有償行為 *entgeltliches Handeln* を條件とするものなるの程度に於て狹隘に失

せり。蓋し問題たる文書其の他の無償の交付 *unentgeltliche Ueberlassung* も亦同一の程度に於て處罰價値を有することあり得べきを以てなり。只有償性 *Entgeltlichkeit* の標識を無難作に削除するは過ぎたるは猶ほ及はざるか如きの憾あるへし。蓋し果して然るに於ては懸念すべき文書其の他の友人間、家庭及び親族内に於ける交換の如きも之を刑事裁判官の面前に曝け出すに於て敢て困難を感することなかるべきを以てなり。されは第二項第二段は有償性を存せざる場合には規定を成年者か其の意圖を以てして兒童及び十六歳未満の少年の性感を刺戟し、之を邪道に道かんとしたる場合に制限せるなり。

自由刑は本條の規定の犯罪事實の全部を通して二年以下の禁錮に引上げたり。

序乍ら風俗上の危害に對する少年の保護を増大せしめんとするの努力が若干の特別法及び法律案中に於ても顯著なるものあるの事實をここに指示し置かんとす。こは是れ即ち一九二〇年五月十五日の映畫取締法、淫蕩文學書に對して少年を保護する爲の一九二六年十二月十八日の法律、娛樂についての少年の保護に關する國議會に提出中の法律案、及び參議院に提出中なる映畫取締法改正法案等なり。

第三百一條、第三百二條

猥褻なる使途を有する物件 *Sachen zu unzüchtigen Gebrauche*

性病豫防の爲の藥劑 *Mittel zur Verhütung von Geschlechtsk-*

現行法（現行刑法典第百八十四條第三號）は猥褻なる用途の爲に特定せる物件を一般公衆の接近し得べき場所に展示し、又はかくの如き物件を公衆に公告し若は推稱したる者を處罰せるか、「猥褻なる用途の爲に特定せる物件」 Gegenstände, die zu unzüchtigem Gebrauch bestimmt sind を解して判例は性交の際使用することを得べく、且經驗上性交の際使用せらるるあらゆる物件を指稱するものなりとせり。之に依れば受胎の豫防の爲、又は性病の感染に對する保護の爲に使用せらるべき物件も亦此の觀念の下に屬するものとす。同時に物件を公衆に公告し、又は推稱すると云ふ犯罪事實の標識は此の推稱又は公告か醫學上其の他の専門雜誌中に於て行はれたる場合に於ても具備せらるるものと看做したり。現行法のかくの如き解釋は獨り婦人料學の發達を阻止するの望ましからざる結果を來すのみに止まらず、性病の恐るべき蔓延に對しても責任を分たさるへからざるへしと云ふ非難は之を默看過することを得へからざるなり。

一九二七年二月十八日の性病豫防法は一九二七年十月一日に至つて施行せられたる所に係るものなるか、現行刑法典第百八十四條に新なる第三號 a の規定を挿入することに依つて性病の豫防の爲に供せらるる物件、藥劑及び處置の公告、推稱及び展示か風俗若は風儀を害する方法に於て行はれたるにあらざる限りは直ちに之を無罪たらしむることとせり。本草案は此の有罪行爲と無罪行爲との區別の一般的標識を

取つて我かもものとしたるか、此の點に於て一九一八年のスウキスの草案（第三百二十條）と一致せり。また年余に亙つて此の問題を論議しつつある間に受胎の豫防の爲に使用せらるる物件を性病の豫防の爲にする物件と異なる取扱を爲すこと不可能なりと云ふ見解に到達し、醫師の側の代表者は性病の豫防の爲に供せらるる手段は殆どすへて同時にまた受胎の豫防の爲に供せられ得べきものなるの事實を論示したるか故に、本草案にあつては此の兩個の手段を互に同視することとなしたるなり。

本草案は性病豫防法の方針に従つて二個の獨立したる犯罪事實を設け、前者（第三百一條）は猥褻の用途の爲に特定せらるる物件に關するものにして、其の受胎の豫防の爲にせらるると、性病の豫防の爲に供せらるるとを問はざるものとし、即ち性的衝動の不自然なる満足に供せらるる物件に關し、後者（第三百二條）は性病豫防法中に採用せられたる注文と一致して受胎の豫防又は性病豫防の爲に供せらるる手段、物件及び處置を取扱ふなり。かくの如く犯罪事實を獨立せる二條に分割することに依つて第三百二條の取扱ふ物件は其の婚姻上の同衾の際使用せらるると婚姻外の同衾の際使用せらるるとを問はず、本法に所謂猥褻なる用途の爲にする物件にあらざるものなるの主旨を明確にしたるなり。

かくの如く犯罪事實を區分することは猥褻なる用途の爲にする物件に關する犯罪事實（第三百一條）を必要なる方法に於て擴張するの道を開きたるものに外ならず。即ち將來は第三百條第一項の犯罪事實に従つて猥褻なる用途の爲にする物件の頒布を目的とするすへての行爲の處罰を見る次第なりとす。

一九一九年の草案は「假装の方法に於て」 in verschleiender Weise 行ひたる公告も亦處罰すべきものなるの主旨を明示的に指示せるか、本草案は此の標識を踏襲することを断念したり。現に提案したる法律の法文に依るも裁判當局は處罰價值ある場合を識認して之を處罰することを期待し得べきなり。而して刑は此の二の場合を通して二年以下の禁錮又は罰金とす。

第三百三條

猥褻の交通の公告 Ankündigung zu unzüchtigem Verkehr

本條の規定は現行刑法典第八十四條第四號と一致するものなるか、刑罰としては六箇月以下の禁錮を以て充分なるものと認めたり。

第二十一章

淫行媒介

Kuppelnei

婦女賣買

Freuhandel

淫行幫助

Zuhälterei

本章の標題中に挙げたる三の犯罪事實を通して共通とする所は他人の淫行の助成を處罰するの點に在り。而して淫行媒介及び淫行幫助に對する刑罰は現行刑法典第八十條乃至第八十一條と一致せる

か、第三百八條の犯罪事實（婦女賣買、兒童賣買）は一八九七年六月九日の移住制度に關する國法第四十八條に其の出發點を有するものなり。

第三百四條乃至第三百七條

淫行媒介 Kuppelnei

自己の仲介に依り又は機會を供與し若は之を周旋することに依つて淫行を助成したる者は淫行媒介の罪を犯したるものなり。本草案は此の定義を淫行媒介に關する規定（第三百四條第一項）の先頭に置き、之に依つて現行法上實際に見る所よりも遙に簡潔に犯罪事實を構成することを得るに至りたり。

淫行媒介の特に重要な場合としては第三百四條第二項に於て妓樓 Bordell 又は妓樓類似の經營の維持を挙げたり。此の場合を特に擧ぐることは一九二七年二月十八日の性病豫防法第十六條第一號に依り現行刑法典第八十條の受けたる改正に應ずる所以なりとす。

現行法及び従前の諸草案に於けると同様本草案は淫行媒介の標識に尙ほ更に一の條件の加はるを以て有罪性の條件とす。而して其の條件は犯人の利己心（第三百五條）の點に存するか、又は淫行媒介か十八歳未滿の者につき若は狡猾なる策略を弄しての所犯に係るの點に存し（第三百六條）若はまた淫行媒介者か特殊の原因に基きて淫行媒介の客體となりたる者に對して罪を犯したるの點に存す（第三百七條）。行爲

の常習性 *Gewohnheitsmäßigkeit der That* なる犯罪事實の標識は現行法より踏襲することを爲さざりき。蓋し此の犯罪事實の標識は立證するに困難なるの外、常習的淫行媒介の眞實に處罰價值ある場合は常習的所犯の原則たる場合を成すへき利己心に基く淫行媒介の處罰に依つて之を取締ることを得へければなり。

第三百五條第一項は利己心に基き淫行媒介の罪を犯したる者を處罰するものなるか、然も此の規定は第三百五條第二項の規定に依つて特定の點に於て制限を加へらるゝものなり。即ち判例は現行法に基きて賣笑婦に住居を賃貸したる者は賃貸者か當該の賣笑婦よりして單に通常の賃貸料を要求したるに止まり、其の猥褻なる行動よりして何等特別なる利益を收受したるにあらざる場合にあつても尙ほ淫行媒介罪として之を處罰するを要すと爲すの論結に到達したりしか、かくの如き法律の見解は一般に忍ふへからざるものとして認められたり。惟ふに國家か女性の賣淫行爲を根絶すること能はざるものなるは數世紀間に亙る經驗の示す所の如くにして、果して然るに於ては罰則を設けて賣笑婦か住居を有しその内部に於て醜業を營むを禁止することをも得へからず。蓋し然らざるに於ては國家は淫行を室内より驅逐して街頭に奔るに至らしむべきを以てなり。かくの如き理由は既に従前の諸草案中に於て住居の單純なる提供は淫行の忍容と云ふ點を斟酌して不當の利得を收めんとしたるにあらざる限りは、之を無罪として宣言するの提案を導くに至りたるか、性病豫防法第十六條第一號を以てして現行刑法典第八十條に對しかくの如き罰則の適用範圍を制限する第三項の規定を追加するに至らしめたるも亦同し理由に基くものにして、本草案の繼受し

たる所亦此の規定に外ならざるなり。こゝに於てか將來は十八歳以上の者に對する住居の提供は是と相牽聯して當人を搾取し又は淫行の爲に誘致し若は羈束したる場合に限り利己心に基く淫行媒介罪として處罰せらるゝものなり。然り而して此の罰則の適用を住居の提供に制限せるは此の特別規定を發生するに至らしめたる需要に應ずる所以に外ならずして、本人の居住するにあらざる場屋を淫行の實施の爲に提供するは、所謂密會場所 *Absteigequartier* の提供にして其の淫行媒介として罰せらるゝこと舊の如し。住居の提供も、其の提供を受くる者の搾取を伴ふか、又は淫行の爲の誘致若は羈束を隨伴せるときは處罰を免るへからずして、此の場合は即ち處罰價值ある淫行媒介に外ならざるなり。而して本條第二項の例外規定を適用するの條件はすへての場合を通して住居の提供を受くる者か十八歳以上なるの點に在り。住居の提供を受くる者か十八歳未満なるときは常に第三百六條第一項の罰則の適用を見るべく、場合に依つては第三百五條第一項の適用を見ることすらあり得べきなり。其の外第三百五條第二項の規定の法文よりして之に依つて制限を受くるは第三百五條第一項の適用のみに止まるものなること自ら推知せらるゝものと謂ふべく、若し夫れ犯人か淫行の媒介を爲すに當つて狡猾なる策略を弄したるとき、又は其の配偶者又は其他犯人に於て當人の道徳上の福利につき配慮するを必要とする者の淫行を媒介したるときは、例外規定の適用を受くること能はざるものなるの點に至つては何等の理由をも説明するを須ひざる所たるへし。

第三百六條及び第三百七條の犯罪事實は現行法（現行刑法典第八十一條）と一致するものなるか、十

八歳未満の者に關する淫行媒介をも重き罰則の適用の下に置きたるの程度に於て第三百六條中に於て擴張する所ありたり。

第三百七條第二項に於ては犯人の範圍を祖父母 (Frosseltern) 及び保佐人にまで擴張することゝしたりし外、現行法上發生したりし疑問を一掃せんか爲に養親 (Adoptiveltern) 繼親 (Stiefeltern) 及び育親 (Pflegeeltern) 等をも亦犯人たることを得べきものとして明示的に列挙したり。而して被媒介者は未成年者たることを必要とせざるなり。

犯人の特に責任を負へる者に關する淫行媒介に對する規定の適用範圍を制限するは第三百七條第二項第二段の規定する所にして、此の規定は國民多數の間に行はるゝ見解を斟酌して第二項第一段に記載したる者か婚約者 (Verlobte) の間に於ける同衾を忍容したるときは其の第二百五條若は第二百六條の條件を具備するにあらざる限りは之を罰せざるものとしたり。而して其の法條の配列上よりして自ら明白なるか如く第三百七條第二項第二段の規定を以てして右の規定の適用を妨ぐることを全然なしとす。

單純淫行媒介は禁錮に處するものとし、狡猾なる策略を弄したる淫行媒介については現行法に於けるか如く五年以下の懲役を規定したり。十八歳未満の者につき犯したる淫行媒介についても亦同し。また犯人か特に責任を負へる者に關する淫行媒介は十年以下の懲役に處するものなれども、以上のすへての場合を通過して減輕事情を認めたるときは刑は第七十三條、第七十四條に従つて定まるものとす。之に依れば單純

淫行媒介の場合にあつては事情に依つては罰金を言渡すことをも得へし。而して犯人か利己心に基きて行爲を爲したるときは、自由刑に併科して十萬馬克以下の罰金を言渡すことを得へきなり(第三十八條)。

第三百八條

婦女賣買 Frauenhandel 兒童賣買 Kinderhandel

現行法は一八九七年六月九日の移住に關する法律第四十八條に於て婦女賣買を對象とする特別なる罰則を設けたるか、此の罰則は犯人か婦女を移住に誘導し、若は其の移住を助成したることを條件とするものにして、國內に於て婦女を淫行に致したる者は其の行爲か淫行媒介の犯罪事實を具備したるときに限り之を處罰することを得るに止まるなり。此の規律は社會の需要に應ずること能はざるものと謂ふべく、淫行媒介の見地の下に於てする處罰は、充分嚴格なる處罰を招來する上に於て必ずしも常に満足なるものと謂ふべからず。抑も此の犯罪の社會的に危險なることは一九一〇年五月四日の少女賣買取締に關する國際協約と相牽聯して獨乙國も亦批准を爲したる一九二一年九月三十日の婦女及び兒童賣買の禁止に關する國際協約に依つて改めて國際的に承認せられたる所にして、此の罰則を單に部分的にのみ淫行媒介罪と牽聯して刑法典中に於て規律するに止め、其の他の部分は他の目的に供せらるゝ法律の規律する所に留保するか如きは此の犯罪の重大なる意義に適應する所以にあらず。寧ろ普通刑法典中に於て遺漏なく規律を爲すを

以て適當とすべく、而して此の場合に刑法上の保護は一九二一年九月三十日の國際協約を實施してあらゆる年齢の女性（第九條第三號）の外に十八歳未満の男性に對しても擴張することとせり。

問題たるあらゆる場合を處罰の下に網羅し、上記のジュネーブの國際協約に由來する義務を履行せんか爲本草案は淫行媒介罪の外に二個の犯罪事實を設け、まつ第一に婦女（第九條第三號）又は十八歳未満の者を淫行に致すを以て業とする者又は其の之を淫行に致すを幫助する者を處罰したるか、此の場合にあつては其の特に處罰すべき犯罪的要素は行爲の營業性 *Gewerbmässigkeit* の點に存するものにして、當該の婦女（又は十八歳未満の者）か犯人の目的を知りたりしや否や、其の營業的淫行に致さるゝものなるや否や、淫行か國內に於て行はるゝものなりや、はたまた外國に於て行はるゝものなりやは問ふ所にあらずとす。

第二の犯罪事實の場合にあつては右に述べたる所とは反對に犯人か營業として行爲を爲したりしや否やは問ふ所にあらずして、犯人か婦女を淫行に致すの目的を追求し、婦女に對して此の目的を隠秘し、之をして故郷を去るの決意を爲さしめ、又は之を故郷より拉引し去りたるを以て充分なりとするなり。

是と共に本草案は一九一九年の草案に比較すれば著しく其の犯罪事實を擴張したり。即ち一九一九年の草案は尙ほ營業的淫行 *Gewerbmässigkeit* の爲にする婦女の羅致を必要としたるか、此の犯罪事實の標識の存否は具體的の場合に立證するに困難なるものあるか故に、本草案は之を拋棄して淫行の爲に羅致した

るのみを以て足れりとせり。其の外本草案はもはや移住に關する法律及び一九一九年の草案に於けるか如く國內を去るの決意を必要とせず。何人か、少女をして淫行を營まんか爲に故郷を去つて國內の他郷に至らしめたる場合にあつても處罰價值を存するものとす。而して故郷 *Heimat* と云ふ觀念は人口の移動の激しきこと今日の如き時世の下にあつてはもはや特定の場所、特に其の出生の地のみを指稱するにあらずして、更に一步を進めて各個人か其の家族關係、職業關係、若は其の他の經濟上の關係に基きて長かれ短かれ自己を練成したる生活方法の土地に羈束せらるゝ場所をも包括するものとす。此の土地に關する羈束は特定の場所に關することを必要とするものにあらず。而して故郷を去るの決意と云ふ犯罪事實の標識は移住に關する法律第四十八條につき専ら認めらるゝ所の如く犯人か當人の故郷を去るの決意を喚起したるときに具備せらるゝものとし、決意か永久的に故郷を去るに在りたること、又は其の決意か既に實行せられたることは必要にあらずなり。

第一項及び第二項の罰則は行爲を幫助したる者をも對象とするものなれども、第一項の場合に於ては其の營業的の行爲に限る。惟ふに危険なるは實に此の種の幫助行爲にして、婦女及び少年の誘致、賣買の中央機關に對する通知の傳達等の如き是なり。此の種の手先は送致せらるゝべき者を其の從來の關係より引き離して之を賣買者の手中に驅るものにして、かくて憐むべき犠牲者は抗拒の術もなく、救援を求むるの由もなく賣買者の手に羅致さるゝに至るなり。今此の場合に従犯の一般原則に従つて刑を科するに於ては是

等の場合は往々にして無罪たるに終るへし。蓋し若し賣買者は最後の瞬間に至りて初めて手先の手より少女を受取ることを得るものなりとせば、必ずしも常に本條の犯罪の未遂ありたることを立證するを得へからざるべきを以てなり。而して本條の規定に依り行爲の營業性の欠缺せるの結果として尙ほ處罰の價值ある場合を殘留せるときは淫行媒介罪に關する規定を以てして之を取締ることを得へしとす。

刑としては本草案は十五年以下の懲役を規定したり。現行法の規定する所の如き五年以下の懲役は此の犯罪の社會的に危険なるものあるの事實に顧み之を處罰する上に於て充分たるものと爲す能はざるなり。而して其の減輕事情を具備する場合には三箇月を下らざる禁錮を言渡すことを得へしとす（第七十三條、第七十四條）。

本條の犯罪は獨乙國外に於て獨乙國民又は外國人の之を犯したる場合にあつても尙ほ國內に於て之を處罰することを得へし（第六條第五號）。かくの如き規律の方針は婦女賣買、兒童賣買が國際犯罪の典型的なる場合の一たるものなるの精神（一九一〇年五月四日の協約第一條及び第二條及び一九二一年九月三十日の協約第四條を參照すへし）を斟酌せるものと謂ふべきなり。

第三百九條

淫行幫助罪 *Zuhilferci*

淫行幫助罪の場合にあつては婦女賣買及び兒童賣買の場合に於けると類似の關係に在りて、其若干の場合には既に淫行媒介罪の犯罪と相一致するものありて存せり。然れども其の法域の大部分は淫行媒介罪の見地の下に於ては之を取締ることを得へからずして、只特別犯罪事實の骨子内に於てのみ犯罪行爲の本質に全然適應して公正なる處置を爲すことを得へく、其の適當とする威嚇的效果を來すことを得へきなり。而して淫行幫助罪の犯罪事實を現行刑法典（第八十一條 *h*）中に追加することゝなしたる一九〇〇年六月二十五日の刑法典中改正及び補充に關する法律は經驗の教ふる所に従つて實際上に利用することを得へき適切なる方法に於て此の犯罪事實を定義したり。されば本草案は従前の諸草案に於けると同様此の犯罪事實に實質上の變更を加ふることなく其の儘之を踏襲したりしも、本條の規定を女子の淫行幫助者及び賣淫男子の淫行幫助に擴張することを斷念したり。かくの如き擴張を行ふの必要は從來顯著なるものあらざりし所なるを以てなり。

淫行幫助者は社會的に危険なる、最も兇惡なる人物に屬するものにして、淫行幫助の犯罪は實に各種の犯罪の温床たり、營業的犯人の大多數は淫行幫助者の間より現はれ又は淫行幫助者の間に隠れ家と有力なる共犯者を見出すを以て常とするなり。然り而して識者か營業的犯罪人の撲滅に多大の注意を拂ひ、其の發生の原因を仔細に考究することゝなりて以來、如上の識認は益々明確となり、従つて此の事實に基きて人往々にして淫行幫助罪に對する刑を著しく加重すへしと要求するものあり。刑法委員會はかくの如き思

潮か黙看過する能はずして五年以下の懲役又は一箇月を下らざる禁錮を科することゝしたり（第三百二十九條）。一九一八年のスウキスの刑法草案（第七十六條）も亦此の二種の刑を並列的に規定したるか、本草案にあつては更に一步を進めて通常の刑として概して五年以下の懲役を規定し、減輕事情を具備する場合に限り三箇月を下らざる禁錮を言渡すことを得べきものとしたり。而して禁錮の刑を選択的に規定する場合にあつてもこは是れ其の減輕事情を具備する場合に限り問題たり得るものにして、従つて本草案の提案する所は刑法委員會の提案と實質上異なる所大ならざるなり。然も他面に於ては懲役のみを基本刑として規定する場合にあつては一般的豫防の効果は著しく増大せしめらるゝものゝ謂はざるへからず。同時に本草案の規律は本草案の他の箇所に於てはかくの如く一所に規律せらるゝことなき二種の主刑を選択せしむるか如き不體裁を避くることを得べきなり。

一九一九年の草案に依れば淫行幫助の罪を犯したる者は禁錮の刑と併科して勞働所への拘置を言渡すことを得へかりしか、此の處分は現行法上に於ても認められたる所なりしも、然も淫行幫助者は勞働所へ附託することを得へき其の他の者とは其の種類上全然異なるものなるか故に此の處分は余りに合理的ならざるものなること判明したりしなり。勿論其の放縱にして且勞働を嫌忌するは淫行幫助者の浮浪者、乞丐及び賣笑婦と其の軌を一にする所なれども、此の後に擧げたる三者が原則として意思薄弱にして受動的なる性質を有する人物なるを常とするに反し、淫行幫助者は特に著しく兇暴なるを以て特徴とし、最も不良なる

亂暴犯罪 *Polizeiverbrechen* に於て此の兇暴性を實現するを以て常とするなり。然り而して本草案に規定する所の勞働所なるものは専ら移り氣なる人物に對する保護の制度の性質を有するものなるか故に、何れにせよ淫行幫助者と云ふか如き種類の人物に對しては適當せざるものと爲さるへからず。是等の人物に對しては峻烈なる刑罰を以てするに於てのみ對抗するを得へく、其の必要なる場合には保安監置の處置（第五十九條、第七十八條）の手段を以てしても亦是か取締の實を擧ぐることを得へきなり。

第二十三章 婚姻及び親族關係に對する重罪及び輕罪

Verbrechen und Vergehen gegen Ehe und Familie

本章中には現行刑法典中に於て別の見地に從つて分類せられたりし若干の規定を婚姻及び親族關係に對する犯罪として概括したり。

現行法は重婚 *Doppelhe* 及び姦通 *Ehebruch*（現行刑法典第七十一條及び第七十二條）を風俗に對する犯罪中に數へ、詐欺婚姻 *Ehebetrug*（第七十條）を身分に對する犯罪中に屬せしめたるか、其の本質上より云へば此の三の犯罪はすべて婚姻の制度に對するものなり。然り而して親族關係の保護は婚姻の保護と酷似するものなるか故に、本草案は婚姻及び親族關係の保護に供せらるゝ規定の全部を擧げ

て之を一章中に合一したるか、右に擧げたる三の規定の外に身分の侵害に對する規定（從來の第六十九條）及び未成年者を親權より奪取するの罪に關する規定も亦本章中に於て其の適所を見出したるものと謂はざるへからず。而して此の最後に擧げたる未成年者を親權より奪取するの罪は現行法（第二百三十五條、第二百三十七條、第二百三十八條）か個人の自由に對する輕罪として規律したる所なれども、其の實は當該未成年者の一身につき配慮を爲すの義務を負へる教育と監督との權利を保護するものに外ならざるなり。其の外本章中には現行刑法典（第三百六十一條第十號）中に於て單に違警罪として規律したるに止まれる扶養義務 *Unterhaltspflicht* の違反の犯罪事實をも收めたり。而して其の新規の罰則たるは兒童の放棄 *Verlassen eines Kindes* に對する罰則（第二百十五條）なりとなす。

第三百十條

重婚 *Doppelhe*

本條の犯罪事實は實質上現行刑法典第七十一條と一致するものなるか、其法文は一九一八年のスイス刑法草案第八十二條の先蹤に倣ひて之を簡單にしたり。而して無効又は取消し得べき婚姻生活を送りつゝある者も亦此の婚姻か死亡若は離婚に因つて解消したるか、又は其無効の宣告ありたるにあらざる限りは亦既婚者たるものとす（民法典第一千三百二十九條第一段、第一千三百四十三條第二項）。之に反し最初

の婚姻の締結に當つて民法典第一千三百十七條の形式規定 *Formvorschrift* を遵守せず、また婚姻か婚姻登記簿 *Heiratsregister* 中にも登記せられざるときは（所謂不純正婚姻、民法第一千三百二十四條、第一千三百二十九條第二段）此の假裝婚姻 *Scheinehe* の婚姻生活中なる者の何れか一方か更に婚姻を爲すも重婚の犯罪事實を存することなしとす。

刑は本草案に於ても現行法に於けるか如く五年以下の懲役に於て、其の減輕原因を具備する場合にあつては第七十三條及び第七十四條の規定の定むる所に従つて三箇月以下の禁錮に引下くることを得るも、犯人か有效なる婚姻生活を送りつゝあり乍ら婚姻を締結するに當つて詐謀を以て *artificial* 自己か有效なる婚姻生活を送りつゝあるものなることを相手方に黙秘したるときは、第六十六條に依り刑を加重することを得へし。かくの如き場合に於ては民法第一千三百二十六條の規定に顧み犯人は同時に第三百十一條第一項の規定にも違反したるものなりとす。

現行刑法典第七十一條第三項に依れば本條の場合に於ける刑事訴追の時効は二の婚姻の何れか一方か解消し、若は無効の宣告ありたる日より其の進行を開始するものにして、此の規定は立法者か重婚を以て繼續犯 *Dauerverbrechen* と倣したるの事實に其の説明を求むべきものなるか、爾後學者は一般に此の場合を以て狀態犯 *Zustandsverbrechen* たるものなりと解し、第二の婚姻の締結と同時に既遂となるに至るものと爲すの見解を奉するに傾けり。然も此の如き見解を奉するも違法の狀態の尙ほ持續する間に

時効か其の進行を開始すると云ふか如き不都合を豫防せんせは時効に關する特別の規定を必要とすべし。こゝに於てか本草案は第二の婚姻の締結と同時に時効は其の進行を開始するも、前後二の婚姻の何れか一方が解消するか、又は無効の宣告あるまでは休止するものなりとせり。

第三百十一條

詐欺婚姻 Ehebetrug

現行刑法典第七十條は詐欺婚姻につきて犯人か自己の知悉したる無効又は取消の原因を詐謀を以て相手方に黙秘したる場合と、犯人か被欺罔者に婚姻の取消を爲すの権利を與ふべき欺罔手段を用ひて詐謀を以て相手方をして婚姻を締結せしむるの誘導を爲したる場合とを區別したり（民法第千三百三十四條を参照すへし）。本草案は此の犯罪事實の二分主義を固執し、此の二の場合を二項に分ちて規定することに依つて此の規定の了解に便にしたり。

本條第一項は犯人か婚姻を締結するに當つて婚姻をして無効又は取消し得へからしむべき事實を相手方に黙秘したる場合に關するものにして、此の事實の中には行為無能力 *Geschäftsunfähigkeit* の場合（民法千三百二十五條）は殆ど重要たる能はず。蓋しかくの如き場合にあつては處罰は原則として犯人の責任能力の欠缺せるの故を以て行はるゝことなくして止むを常とすへければなり（本草案第十三條）。今第三

百十條中に掲げたる重婚の場合を除けば此の規定の問題たるは親族間の婚姻、姦通の當事者たる者の婚姻限定行為能力者の婚姻（民法第千三百二十七條、第千三百二十八條、第千三百三十一條）并に民法第千三百三十三條の場合につきて配偶者の一方か婚姻を締結するに當つて相手方の一身に於て錯誤に陥りたるか、又は事情を知るか若は婚姻なるものゝ本質を分別を以て評價したりしならんには婚姻を締結することなかりしなるべき相手方の資格に關して錯誤に陥りたりしときに關してのみ然りとするのみに止まるものなり。此の中につきて親族婚姻 *Verwandtenehe* か實際上の意義を有するは只僅少なる場合につきて然るのみに過ぎず。蓋し配偶者の一方か相手方との間に親近なる親族關係を存することを知らざると云ふか如き場合は殆ど想像し得へからざる所に屬するを以てなり。犯人か自己と相手方との婚姻には姦通なる婚姻の障礙の反對なるものを存すること、又は自己か行為能力を限定せらるゝものなることを黙秘したりしとき、又は犯人か相手方を民法第千三百三十三條に記載したる種類の錯誤に陥れたるときは、犯人か道徳上憎惡すべき動機に基きて自己の知悉したる無効又は取消の原因を黙秘したる場合に限り之を處罰するなり。従つて本草案は現行法に於けると同様犯人か詐謀を以てして障礙を黙秘したることを條件とす。而して犯人か質問を受けて婚姻の障礙を開示せざりしときに事實を黙秘するものと謂ふべきのみに止まらず、犯人か相手方は無効又は取消の原因を知悉せざるべきを豫期せるに拘らず無効又は取消の原因の存在についての自己の知識を自己にのみ保留せるときにも事實を黙秘したるものと謂ふべきなり。

本條第二項は犯人か婚姻取消の原因たり得べき欺罔に依り相手方をして婚姻を締結するの決意を爲すに至らしめたる場合に關するものなるか、現行法は此の場合にあつても明示的に詐謀を以てする行爲を必要なりとせり。本草案は實質上此の規律方針を墨守せるも、然も此の犯罪事實の標識を特別に指示することを得ざる。蓋し民法第一千三百三十四條に依れば婚姻取消の原因たることを得るは詐謀を以てする詐罔のみに限るものなるを以てなり。而して「誘導したる」と云ふ字句に代ふるに「決意するに至らしめたる」と云ふ字句を以てしたるは、本條の法文をして民法第一千三百三十四條の法文に適應せしめんか爲に外ならざるなり。

被害者の請求あり、且黙秘ありたる事實又は欺罔に基きて婚姻無効の宣告ありたる場合に限り犯人を訴追するものとせるは、現行法と一致する次第にして、而して婚姻か既判力を以て無効の宣告あるまでは刑事訴追の時効の休止を見るものなるの論結は本草案第八十一條第一項第一段の規定よりして自ら推論せらるゝ所なりとす。

刑は従來の三箇月を下らざる禁錮に代ふるに其の加重最低刑を抛棄して無雜作に禁錮を規定せり。

第三百十二條

姦通 Ehebruch

姦通に對する罰則を存置すべきや否やの問題は激しき議論を存したる所にして、此の規定を存置するに反對する者は婚姻の純潔を保護するは正當に解釋したる刑法の任務以外に屬するものなりとなし、此の罰則を適用するの機會か比較的稀なるものあるの事實に顧み既に推論せらるゝ所の如く、姦通に對する從來の罰則は實際上に著しき効果を有することなくして止みたりしに止まらず、寧ろ偶々以て憎惡すべき恐喝と復讐行爲との端緒を提供するに過ぎざりしものなることを主張せり。此の如き懸念は一概に理由なきものとして排斥する能はざる所なれども、然も現行の罰則の廢止を是認せしむる爲には未だ以て充分なりと爲す能はず。凡そ婚姻上の誠實の義務を保護するに刑法なる手段を以てすることか各個人にとつて極めて制限的なる價值を有するに止まるものなることは疑を容れざる所なりと雖、此の種の罰則の主たる意義は國家の基礎としての婚姻なる制度に對する國家の根本の態度か其の中に表明せらるゝと云ふの點に存するものにして、かくの如き見地より論ずるときは特に獨乙に限らず外國に於ても亦婚姻の本質に關する見解の弛廢せるの顯著なるものあること今日の如くなる時世に當つて婚姻の刑法上の保護を撤廢するは懸念すべき處置たりと爲すべく、國民の大半も之を理解するを難すへし。されば本草案は原則として姦通を處罰するの方針を固執したる次第なりとす。

只第三項に於ては或る程度の制限を規定したり。即ち行爲の當時に事實上にもせよ、はたまた判決其の他の裁判上の命令に基きて然るにもせよ免に角配偶者間の家庭的共同生活 häusliche Gemeinschaft der

Ehegatten の行はれあらざりしときは（民法第一千二百五十三條第二項、第一千五百七十五條、民事訴訟法第六百二十七條）此の當事者間の婚姻生活の動搖は可成の程度まで進捗せるものにして、従つて姦通の處罰は適切ならざるものと認むることを得へし。されはかくの如き場合に於ては裁判所は其の刑を免除することを得べきなり。

第一項の法文に改正を加へたるは罰すべきは行爲それ自体にあらずして寧ろ犯人なりと云ふ本草案の用語例に適應せしむる所以にして、實質上の改正を伴ふ次第にはあらず。姦通を爲すは配偶の相手方を裏切りたる配偶者の一方のみに限らず、他人の婚姻を侵害したる未婚者も亦姦通たることを妨げず。従つて本草案に於ても亦現行法に於けると同様配偶者并に第三者の何れをも姦通罪として處罰するなり。

刑事訴追の條件は現行法に於けると同様姦通に基きて離婚ありたることにして、其の請求ありたる場合に限り行爲を訴追することも亦現行法に一致せり。

特に輕卒にして結果に於て重き家庭生活の侵害につき相當なる贖罪を爲すを得しめんか爲に通常の刑の最高限を一年の禁錮と定めたり。

第三百十三條

親權者より未成年者を奪取する、*Entziehung eines*

Minderjährigen aus der elterlichen Gewalt

現行刑法典第二百三十五條は「偽計、脅迫又は暴力を以て父母、後見人又は保佐人の手より未成年者を奪取したる」者を處罰し、判例は此の規定の主眼とする所か教育權利者を保護するの點に存するものなることを明にせり。従つて本草案は未成年者の一身上につき配慮を爲すの權限を有する者の手より未成年者を奪ふの點に犯罪事實を構成したり。従つて父母か他人に對して、肉親の父母か養父母に對して、父母か子の一身につき配慮を爲すの任を有する者に對して本條の罪を犯すことあり得るものなるや疑を容れず。而して保護教育 *Fürsorgeerziehung* の方法に於て拘留せられたる兒童を其の監督又は教育を委任せられたる者の手より奪取したる者は、被害者か同時に當該兒童の後見人若は保佐人たりし場合に限り本條の規定の適用を受くるものなること現行法に於けると同じく、其の然らざる場合には奪取か其の施設よりする解放に關するものなるの程度に於て本草案第五十九條は所要の刑法上の保護を與ふるなり。而してその程度以上に互る處罰の必要は一九二二年七月九日の少年福利法第七十六條を以てして之を満足せしむるを得へしとす。

現行法は奪取の手段として「偽計、脅迫又は暴力」を列挙したるか、本草案は従前の諸草案と共にかくの如く有罪性を制限するの方針を拋棄し、他の手段、例へば未成年者の説伏と云ふか如き方法を使用した

る場合にあつても行爲は處罰價値を具備するものなりとせり。

犯人の有罪性は犯人か未成年者の承諾を得て行爲を爲したりや否やと相牽聯することなし。現行法は犯人か未成年者たる婦女を婚姻又は淫行に致さんか爲に勾引したる場合にあつては、未成年者たる當該の婦女の意思に重きを置き、犯人か未成年者の意思に反して行爲を爲したるときは婦女畧取 *Frauenraub* (現行刑法典第二百三十六條) に基きて之を處罰し、未成年者の同意を以てして勾引を行ひたるときは犯人は現行刑法典第二百三十七條の罰則に觸るゝものなりとせり。然れども未成年者の勾引の場合にあつては教育權利者の權利を以て侵害の客體なりと爲す本草案の見地よりするときは、未成年者の意思の如何は重要にあらず。犯人か本草案第二百七十六條に掲ぐる條件の下に勾引の罪を犯したるときは、犯人は同時に此の規定にも違反したるものとすへし (第六十六條)。

通常の刑は禁錮なれども、減輕事情を具備する場合には第七十三條第五段の條件の下に之に代ふるに罰金を以てすることを得。而して現行刑法典第二百三十五條か特定の條件の下に規定したる十年以下の懲役の加重刑は、本草案にあつては特に重き場合につきて之を踏襲したり (第七十七條第二項)。其の特に重き場合として認むべきは原則として犯人か未成年者を淫行に致さんか爲に之を親權者より奪取したる場合なりとす。

刑事訴追の實施は被害者、即ち未成年者の一身につき配慮を爲すの權利を有する者の同意を條件とする

ものとし、勾引者又は其の共犯か被勾引者と婚姻したるときは、此の事實は本草案第二百七十六條に於けると同一の意義を有するものとす。されは同條の理由として述べたる事項の参照を求むるを以て足れりとすへし。

第三百十四條

扶養義務の違反 *Verletzung der Unterhaltspflicht*

本條の規定は法定の扶養義務の違反に對する民法上の保護を一層大ならしめたるものにして、同時に公の保護事業の濫用を取締るものに外ならず。法定の扶養義務は特に私生子の父についても之を存するものとす (民法第七百八條以下参照)。現行法 (第三百六十一條第十號) に於ては所管官廳か犯人に對して其の扶養の義務を遵守せんことの催告を爲したるを以て有罪性の條件と爲したりしか、此の要件は實際上重要ならざるを以て本草案にあつては之を拋棄したり。官廳の周旋を通して他人の救助を要求することを必要としたることの條件も本草案は之を踏襲せず。公の救済又は他人の救助を存することなきに於ては權利者の必要なる扶養に危害を被らしむべきの事實を以て足れりとす。かくの如く補完を爲すときは犯人の閑却する所となりたる扶養權利者か羞恥心に基きて他人の救助を要求することなかりしと云ふか如き場合にも干渉を加ふることを得るの道を開くの上に於て望ましとすへき所なり。

悪意 Böswilligkeit の要件は以て有罪性が餘りに擴張せらるゝに至るを保護するに足るへし。所謂惡意は憎惡 Haß 復讐 Rache 奸策 Intrigue 又は其の他之に類似の動機に行爲を歸着せしむべき場合に限り之を存するものとし、以て扶養義務者か熟慮の上の理由に基きて、例へば邪道に陥れる息子を反省せしめんか爲に一時的に扶養權利者より扶養の手を引きたるか如き場合をして此の規定の適用を受くることなからしむるの保障を提供したり。

現行刑法典第三百六十一條第五號に依れば賭博、飲酒又は懶惰に身を持崩して自己又は自己の家族の扶養の爲に他人の救助を要求することを必要とするの狀態に陥りたる者を處罰せるか、本草案は此の規定を踏襲することを爲さざりき。此の點に於て處罰の必要を承認することを得る限りに於ては第三百十四條の規定を以てして之に處して充分なりとすべきを以てなり。

刑としては一年以下の禁錮又は罰金を規定したり。行爲か扶養權利者の自殺又は殺害又は扶養權利者に於て配慮するを要する兒童の殺害又はかくの如き行爲の未遂の結果を來したるときは、第二項は最低刑を加重して三箇月を下らざる禁錮を規定したり。而して加重最低刑は本草案第二十一條に依り犯人か自己の行爲の重き結果を少くとも過失に因つて招來したる場合に限り之を科するものとす。

第三百十五條

兒童の放棄 Verlassen eines Kindes

本條の規定の意義は遺棄罪 Aussetzung (本草案第二百五十七條)と相牽聯して既に叙述する所ありたるか故に、こゝにては同條の下に述べたる所の参照を求むるを以て足れりとすへし。

第三百十六條

身分の虚偽 Peronstandsfälschung

本條の犯罪事實は現行刑法典第六十九條の法文に僅少なる改正を加へたるものと一致するものにして、本草案にあつては身分の變更と云ふことを云々することなく、其の虚偽 Fälschung に規定し、兒童の「故意に因る交換」 vorsätzliche Verwechslung はもはや特に之を擧示することを爲さざるなり。通常の刑としては禁錮を規定したるか、射利の意圖に於てする行爲の場合(現行刑法典第六十九條)についての加重刑は従前の諸草案と共に特に重き場合に對する罰則を以てして之を補充することとせり。

第二十四章 侮辱及ひ他人の秘密の侵害

Beleidigung und Verletzung fremder Geheimnisse

現行法が果して充分に個人の名譽の保護を保障するものなりや否や、此の保護は一層之を増大せしむることを得るものなりや否やの問題は近年輿論の間に屢々論議せられたる所に屬し、名譽の保護が充分ならずとして愁訴する者は裁判所の侮辱罪に基きて言渡す所の刑輕きに過ぐるを云ふ。若し此の點に弊害を存すべくんは所謂弊害は法律か裁判所の重き刑を言渡すの途を雍塞するに由來するものにあらず。蓋し現行刑法典は單純なる侮辱 *einfache Beleidigung* や中傷 *ihle Nachrede* 等に對して一年以下の禁錮を科することを許し、暴行的侮辱 *atthliche Beleidigung* と公然の所犯に係る中傷につき二年以下の禁錮を規定し、また誣罔者は二年以下の禁錮に處することを得べく、其の公然侮辱を爲したるときは五年以下の禁錮に處することを得べしなり。更に裁判所か自由刑に代へて罰金を科するときは一萬馬克以下に於て量定を爲すことを得べく、其の射利心に基く所犯の場合にあつては十萬馬克以下に於て量定を爲すことを得べく、最後に裁判所は被侮辱者の請求ありたるときは之に對して一萬馬克以下の償金を認むることを得べし。本草案は大體に於て此の規律の原則を固執し、特に通常の侮辱と中傷とにつきて最低刑の制限を設くることを爲さざりき。蓋し以上の犯罪事實は處罰價値の極めて區々たる場合を包括するものなるか故に、ここに一般的の犯罪事實より分別すべき名譽毀損の特別な場合につき裁判所を強制して最低刑を科するに至らしむるの道を杜絶したるなり。かくの如き處置は刑法全班の發達や本草案の根本的立脚點と嚴然相容れざる所あるべきを以てなり。

名譽保護の法域に於ける別段なる弊害として往々にして指摘せらるるは侮辱者に對する刑事訴訟手續か證據調に於て元來の侮辱的主張と極めて疏遠なる關係を有するに止まるあらゆる事項にして關係者の名譽にとつて不利益なるものを喋々するに濫用せらるること、及びかくの如くにして刑事訴訟手續は偶々以て慰藉を與へらるべき關係者にとつて眞の受難の手續を構成するに至るものなること等の事實なり。此の點に如何なる程度まで改善を加ふることを得べきものなりや否やは以下に於て眞實の立證 *Wahrheitsbeweis* 及び所謂不謹慎犯罪 *Indiskretionsdelikt* につき論議を爲すに當つて論及する所あるべきなり。

被侮辱者に對して民事訴訟法若は刑事訴訟法上の種類の確認の訴を以てして慰藉を與ふることを得べきや否やの問題も亦然りとす。此の問題も亦屢々論議せられたる所なれども尙ほ未だ充分に闡明せられたるものと云ふことを得へからずして、此の種の精神を立法上に實現することを得べきや否やは施行法中に於て解決するを要する所に屬すること以下に論述する所の如きなり。

現行刑法典は三種の侮辱を認む、單純なる侮辱(第百八十五條)——此の中に暴行的侮辱の小別を存す——中傷(第百八十六條)及び誣罔的侮辱 *verleumderische Beleidigung* (第百八十七條)是なり。法律は單純なる侮辱の觀念を詳細に定むることを爲さずして、此の觀念を用語の一般的の意味と他の二種名譽毀損の形式との對比よりして自ら推論せらるる所に任せたり。中傷と云ふは他人を侮蔑せしめ又は輿論に於て他人を輕蔑せしむるに適する事實の主張又は流布の點に成立するものにして、其の有罪性は當該の

事實の眞實なるを立證し得へからざることを條件とす。其の眞實の立證ありたるときは表示の形式又は表示の行はれたる事情よりして侮辱の意圖の推知せらるるにあらざる限りは無罪とす。若し夫れ誣罔的侮辱に至つては良心に反して他人に關し不實なる名譽毀損の事實を主張したる場合に其の所犯あるものとし、以上三種の侮辱を通して犯人か自己又は自己と個人的に親密なる他人の正當なる利益を保護する爲に行爲を爲したるときは是か處罰を行はす。然れども此の場合にあつても表示の形式又は表示の行はれたる事情よりして侮辱の意圖を推知し得るときは依然として其の處罰を固執するものなりとす。

本草案は侮辱を分ちて狹義の侮辱、中傷及び誣罔と爲すの三分主義を墨守したるも、只最初に中傷（第三百十七條、第三百十八條）を規定し、次いで誣罔（第三百十九條）に及び、最後に中傷若し誣罔以外の方法に於て犯したる侮辱（第三百二十條）を規定するの程度に於て犯罪事實の配列を異にしたり。是等の犯罪事實の外に別に一條の規定を設けて他人を誹謗するの意圖に於て之に對して有罪行爲の非難を爲したる者を處罰したるか（第三百二十一條）あらゆる種類の侮辱を通して適用ある請求に基く訴追（第三百二十二條）及び判決の公告（第三百二十三條）に關する規定は右の規定に附隨するものなり。而して死者の記憶の誹毀に關する現行法の規定（現行刑法典第八十九條）は本草案中には之を踏襲することを爲さざりき。蓋し第三百二十二條第三項の規定よりして自ら推知せらるるか如く本草案は侮辱に關する第三百十七條乃至第三百二十二條の規定を以てして死者の名譽をも保護し、從つて特別なる規定を必要とすること

なきを以てなり。其の最も主要なる革新を規定するは第三百十七條第四項及び第三百十八條第二項の規定にして、其の前者を以てして侮辱の意圖に於て純然たる私の事項を公然披露せんとする行動を取締らんとし、其の後者は正當なる利益の保護に關する現行刑法典第九十三條の規定の擴張を規定するものにして是れ實に識者の屢々要求したる所に屬せり。

中傷の場合にあつては犯人の主張し若し流布したる事實か眞實なりや否やを以て決定的の意義を有するものと爲すこと現行法の規律する所にして、此の事實の立證し得へからざる場合に限り處罰の理由を存するに至るなり。されは犯人は其の表示の眞實なることを立證するの權限を有するものと謂ふへし。本草案は此の點につき何等變更を加ふる所なく、特に本草案か——其の往々にして表明せられたる希望に從つて——事實の眞否、若し事實の眞實なることの立證し得へからざるの點につき云々することを爲さずして、寧ろ内容の立證ありたるか、立證あらざりし「事實に關する主張」*Behauptungen tatsächlicher Art* 又は不實なる「事實に關する主張」と云ふことを字句を使用せるを見るなり。

眞實の立證の權利 *das Recht des Wahrheitsbeweises* は被侮辱者にとつては其の被りたる懊惱に對する自己の希望したる慰藉を得ること能はすして其の私の關係や其の家庭生活か痛ましくも公然の論議の標的となるに至ることに依つて更に甚たしく重き侮辱を被るの危險を包藏するものなるか、此の危險は犯人か其の一般的に爲したる名譽毀損の主張の内容の眞實なるを立證せんか爲に訴訟の繫屬中に新なる名譽毀損

の事實を提出し、之を舉證手續 *Beweisverfahren* 中に加ふるを得ることに依つて一層大ならしめらるるものなり。かくの如くにして被侮辱者は往々にして侮辱者に對する辯論中被訴追者の立場に窘迫せらるることあり得へし。況や被告人の負擔に屬する眞實の立證其の效を擧ぐることはさうし場合にあつても、そは必ずしも常に被侮辱者をして一度行はれたる非難を雪冤せしむるに充分ならざるものと認めらるるに於てをや。世人は被侮辱者に對して其の非難の不實なるを立證せんことを期待するも、此の不實の立證は往々にして芟除すへからざる困難に遭逢するものにして、若し被侮辱者にして完全無缺に不實の立證を遂ぐることを得るときは裁判所の辯論は被告人が刑の言渡を受けたる場合にあつても尙ほ被侮辱者の聲譽に對する加害を殘留するものと謂ふべく、而して此の加害は中傷それ白體に依つて實現せらるる加害よりも重大なるものあること屢々見る所なり。かくの如き被害者にとつての不利益は犯人に對して刑の言渡ありたることに依つて決して拂拭せらるるものにあらず。況や其の言渡さるる所の刑も亦往々にして輕微なるものあるに於てをや。されば被侮辱者は裁判所の保護を求むることを斷念して何等かの形式に於て自力救済の方法を講ずること亦往々にして見る所なりとなす。

かくの如き弊害は手續規定を改正することに依つて之を減殺せしむることを得へきや否やは刑法の改正と相牽聯して行はるべき刑事訴訟法の補完に際し審査するを要する所なるへけれども、是か徹底的の匡濟は眞實の立證を制限的に認むることに依つてのみ能く之を達成することを得べくして、此の點に於ける試

圖は戰爭前既に行はれたる所に屬し(一九〇九年三月十二日及び十一月二十三日の刑法改正法案參照)、實に一九〇九年の政府案は公然の侮辱又は文書、圖書若し製作物を頒布することに依つて犯したる侮辱の場合に侮辱か公の利益と相關渉する所なき私生活上の關係にのみ關するに止まるるときは、其の主張の立證することを得ると否とを問はず犯人を處罰せんとし、其の主張若し流布ありたる事實に關する證據調は被侮辱者の同意ありたる場合に限り許すものと爲さんとしたりしか、此の提案は國議會に於て各般の懸念に際會し、識者は眞實の立證を行ふべきや否やの點に關する苦痛なる決斷を被侮辱者に對して強求するを以て望ましからざる事項なりとしたるの一面に於ては、犯人が恐らくは完全なる眞實を表示したるにも拘らず假令そが濫りに行はれたるにもせよ兎に角中傷に基きて之を處罰するか如きは公平を缺くへしと爲す者あり。かくの如き懸念を爲し得る限り煙散霧消せしめんか爲他人の私事を公然論議するの點を全然中傷の犯罪事實中より除外して之を特別なる所謂不謹慎犯罪 *Indiskretionsdelikt* の客體たらしめ、此の犯罪の場合にあつては眞實の立證は法律上當然に除外するものと爲すの提案を爲す者ありたりしか、竟に論者之間に一致を見ることなくして止み、政府案も亦失敗に歸したり。

所謂豫備草案(第二百六十條第二項)は大體に於て一九〇九年の政府案と一致するものなれども、之に反し刑法委員會の草案(第三百五十二條)及び一九一九年の草案(第三百五十三條)は特別犯罪を設くるの提案を採用したりしか、之に對し本草案は再び特別なる不謹慎犯罪を設くるの思想を拋棄して私生活上

の事項に關する場合には特定の條件の下に中傷に基く處罰を眞實の立證より獨立せしむるの程度に於て一九〇九年の草案の根本精神に復歸したり。即ち公の利益と相關渉する所なき私生活上若は家庭生活上の事項に關して名譽を毀損する主張を爲し、又は流布したる者は誹毀の意圖に於て、若は射利心又は其の他の低劣なる動機に基きてその表示を爲し若は流布したる場合に於ては、主張の内容か立證し得べきと否とを問はず中傷の故を以て處罰せらるるものとし、當時眞實の立證の制限に對して懷抱する者ありたりし懸念にして、一九一九年の草案（第三百五十三條）の規定したり規律に對しても等しく認められたりし所に對しては被侮辱者をして眞實の立證を許さんことを欲するや否やの點に關する決斷を爲すの勞を節約せしむることに依つて斟酌する所ありたり。惟ふに第三百十七條第四項の規定する種類の場合に於ては處罰價值は何等か不實の事項の主張ありたりと云ふの點に存することなくして、寧ろ低劣なる動機に基きて純然たる私の事項を公に披露したるの點に存するものなるか、被侮辱者か刑事訴訟手續の方法に於て自己の私生活若は家庭生活に關する非難より雪冤せらるること能はざるは具體の場合に於て被侮辱者にとつて不利益たることあり得べく、此の點に不都合を存すること疑を容れざるものありと雖、然も現行法上にあつても正當なる利益の保護と云ふことの認めらるる場合に於ては其の主張ありたる事實の眞實なりや、はたまた「不實」なりやの問題は重要ならざるものとして刑事訴訟手續に於ける究明より除外することを得るものなると共に、眞實の立證の制限に隨伴する不利益の如きも亦社會一般か射利心若は他人を誹

毀するの癖よりして又は其の他の低劣なる動機に基きて私事に關する事項を公に披露する者を直ちに處罰價值あるものとして認むるに至らば、是亦漸次に減退するに至るへし。更に一步を進めて手續規定を補完するに當つては被侮辱者に對して非難の不實なることを立證する爲の確認訴訟の道を開くことを得べきものなりや否やを——特に一般的に——審査するを要すへし。而して眞實の事項を主張したる者を中傷に基きて處罰するは適當にあらざらずと爲すの別段の懸念に對しては侮蔑すべき動機に基きて行爲を爲したること明確なる者に對してのみ私生活及び家庭生活の特別なる保護を存せしむることに依つて斟酌を爲したるか、此の種の場合には之を中傷の觀念の下に屬せしめて別に懸念する所なきを得へし。若し夫れ眞實の立證の除外に對して實際上の意義を與ふくんは——一九二五年の草案の字義以上に亘つて——單に有罪性それ自體の有無の問題についてのみ止にまらず刑の量定の問題についても亦明示的に之を除外するの必要あるべきなり。今此の規定の目的上より云へば犯人の主張したりし所の立證ありたりしや否やは重要にあらず。蓋し立證し得へからざる事項を主張したりし故を以て處罰するを要するにあらずして、寧ろ犯人か其の必要なきに、否、單に其の必要なきみに止まらず却つて侮蔑すべき動機に基きて他人の私生活を公に披露したるの故を以て處罰するを要するものなるを以てなり。

侮辱に關する規律を新にするに當つて根本的に審議を再ひするの必要ある第二の問題は正當なる利益の保護と云ふことの名譽毀損罪の有罪性に對する影響の問題なるか、現行法（現行刑法典第九十三條）か

判例の通説たる見解に従つて此の問題につきて爲したる規律の不公平なるものとして非難せらるること既に年久しきものあり。就中識者はかくの如き規律は公の利益の保護を保障せず、若は之を保障すること不十分なるか故に公生活の制度と處置とに關する批評を危殆ならしむへしと主張せり。今大審院の判例に依るときは侮辱者は利益か自己自身の利益たるか、又は自己と個人的に親近せる者の利益に關する場合に限り自己は正當なる利益を保護したるものなりと云ふ事實を指示して以て自ら一身を保護することを得るものなれど、此の制限は侮辱者か公の利益を保護したる場合にあつても認めらるるものなり。従つてかくの如き規律は出版物の任務とする所と公の政治上の論議の必要とを充分正當に評價するものと云ふへからずして、其の然るか故に意見の公表に對する煩瑣にして不當なる束縛たるものと謂はさるへからず。然も此の事は憲法か國民に對して公生活の構成に關與することを許せるの程度頗る大なるものあるに於て愈々以て顯著なるものありと云はさるへからざるなり。されは本草案は本審裁判所 Instanzgericht の比較的近時の判例に於ても顯著なるものある思潮に従つて自己を防衛する爲に正當なる利益の保護と云ふことを援用する侮辱者の權利を擴張して、被侮辱者の利益よりも重きを爲す公私の正當なる利益を保護する爲に行爲を爲したる者は中傷の故を以て罰せざる旨を規定したり（第三百十八條第二項）。かくの如くにして當今にては公の利益を保護するに當つて竝に公の事項を論議するに當つて出版物に對して劃せらるる制限は撤廢を見たる次第なりとす。即ち何人も中傷に基く處罰を懸念するを要することなくして正當なる公の利益

を公然論議することを得へく、只犯人か保護し若は保護せんことを意圖したる利益か被侮辱者の侵害を受けたる利益よりも重きを爲すことを必要とするの點に於て如上の可能の限界を存するなり。

即ち犯人の公然論議せんことを欲する利益か自己の行はんとする攻撃を理由ありと認めしめざるへからされど、犯人か自己の主張の眞實なることを確信し居たりしことは全然本草案の必要とする所にあらず。何れにせよ其の取止めもなき風説たるものなりや、はたまた其の報知の淵源より見て、若は其の他の事情に顧みて主張の眞實なることを豫期することを得へかりしやの事情は利益の較量を爲すに當つて重大なる意義を有すへし。更に風説と輿論に問ふの方法も其の保護すべき利益に依つて理由あらしめらるることを必要とするや否やも問題たるへけれども、此の問題は被侮辱者の利益を侵害せず、若はかくの如き程度に於て侵害するにあらざる方法に於て同等に若は一層よく所謂利益を保護することを得たりしと云ふの故を以て場合に依つては否定するを要することあり得へし。而して具體の場合に第三百十八條第二項の條件を存するや否やは判事に於て各場合の事情を審査して之を決定するを要するなり。

本草案は第三百十五條第三項に於ても互に對立せる異なる利益を較量せんことを要求す。緊急防衛（第二十四條）竝に緊急状態（第二十五條）の規律の基礎となるも亦是と同一の考慮なりとす。

第三百十七條第三項に依れば名譽毀損の主張の内容の眞實なるの立證は犯人をして中傷の刑を免れしむへく、同様にして第三百十八條に依れば正當なる利益を保護する場合にあつては中傷の刑に限り除外せら

るものなり。かくの如き第三百十七條、第三百十八條の法文よりして行爲か果して侮辱に基く刑に該るものなりや否やの問題は此の場合には中傷に關しては無罪たるの事實に依つて尙ほ未だ決定せらるることなきものなるは自ら推知せらるる所なり。第三百二十條第三項は此の法律狀態を顧慮したるものにして、名譽毀損の主張か眞實なるものとして立證ありたるか、又は保護を受けたる利益か公然論議を爲すの根據を與へたりし場合にあつても、表示の形式上又は表示の行はれたる事情上第三百二十條に依り犯人を罰すへからざるや否やの問題は常に之を分別して審査するを要すべきなり。

第三百二十一條の規定か全然新規の規定に屬するものなることは既に述べたる所の如くにして、處罰登記簿に基く報告の制限及び處罰標記の抹消に關する一九二〇年四月九日の法律は處罰登記簿中に登録せられたる刑の言渡については特定の期間の満了後は制限的のみ報告を爲すべきものなること、及び此の刑の言渡に關する標記は更に別段なる期間の満了後は處罰登記簿中に於て抹消するを要するものなることを確定したるか、此の規律の基礎たる精神は被罰者の處罰を受けたるの事實か他人若は官廳の知る所となることに依つて被罰者は永久的に其の公民的生活への復歸を困難ならしめらるへしと云ふに在り。されは被罰者の處刑の事實又は處刑の基礎となる犯罪行爲か別段の困難なくして被罰者に對して非難せらるると云ふか如き不利益を對象として被罰者を保護するは此の法律の精神にも添ふ所以なりと謂はざるへからず。而してかくの如き非難の場合にあつては第三百二十條に依り有罪なる侮辱は之を存せざると往々にして見

る所たりまた第三百十七條第四項の規定も亦此場合に干渉を爲すものにあらざるなり。蓋し處罰の事實又は有罪行爲の事實は私生活又は家庭生活上の事項と云ふへからざるを以てなり。されは一九二五年の草案の如きも既にオーストリー刑法草案の模範に倣ひて(オーストリー現行刑法典第四百九十七條、一九一二年の草案第三百三十二條)特別なる一條の規定を提案し、他人か刑に服役することに依つて贖罪を了したるにも拘らず其の有罪行爲又は刑の言渡に關して當人を非難したる者を處罰することとしたりしか、本草案は此の規定を擴張して非難か前に處罰を受けたる者に對して行はれたるにあらずして有罪行爲又は刑の言渡につき他人に通知を爲したる場合にも及ぼすこととしたり。然り而して一九二五年の草案は既に此の規定の適用範圍については刑の免除は刑の服役と同視することと爲したりしか、本草案は此の精神を更に追究して刑の終局的免除ありたるにあらずして、單に條件を附して刑を免除せられたるに止まる場合をも包含せしむることとしたり。最後に刑若は刑事訴追の时效に罹りたるとき、又は刑事訴追の廢止ありたる場合にあつても此の規定の適用あるものとす。而して是等のすへての場合を通じて規定の適用に必要な制限を置きたり。即ち此の規定は犯人か他人を誹毀するの意圖に於て行爲を爲し、且此の理由に基きて處罰價値あるものと認められたる場合に限り其の適用あるものとす。ここに稱して誹毀 *Schmähen* と云ふは第三百十七條に於けるか如く他の充分なる理由を存することなきに於ては他人を蔑視し、又は之を懊惱せしむる以外に別段なる目的を有すること能はざる發表 *Kundgebung* を指稱するものなりとす。

侮辱の範圍に關する規律を新にするに當つて最後に尙ほ侮辱に關する訴 *Beleidigungsprozess* の洪水を塞止すること果して可能ならざるや否やの問題の發生するを見たり。蓋しかくの如く侮辱に關する訴の頻繁に提起せらるるに於ては獨り裁判所及び刑事訴訟官廳のみに止まらず、あらゆる關係者、特に證人の如きも亦往々にして無益に煩累を被るに至るべきを以てなり。此の精神の手近なるものとしては侮辱の觀念を從來よりも狹隘に劃することに依つて如上の目的を達成せんとするの工夫にして、此の方向に向つての提案は反覆して行はれたる所なれども、然も此の工夫を評價するに當つて侮辱の觀念を制限するは重大なる懸念に際會するものなること判明したり。蓋し侮辱の觀念中より若干者を分別して然も被害者に對して贖罪を求むる請求を拒むことを得へからざる場合をも無罪として免れしむることなからんを期するは殆ど不可能たるべく、然も同時にまた被害者にして裁判上の贖罪を求むるの途を制限せらるるに於ては自力救済の方法に訴ふるに至るの危険を伴ふへければなり。ここに於てか本草案は從來の諸草案と共に從來の侮辱の觀念を固執したり。若し失れ手續規定を擴張することに依つて侮辱に關する所の減少を來すことを得へきや否やの點に至つては施行法の制定に當つて審査するを要する所なるへし。

本草案中には償金 *Busse* に關する現行法の規定を踏襲することを爲さず。其の如何なる程度に於て刑事訴訟手續の方法を以てして被害者に損害賠償請求權を主張するの途を開くべきものなりやの問題は是亦施行法制定の機會に於て審議するを要する所たるべきなり。

第三百十七條

中傷 *Uble Nachrede*

本草案上中傷に基きて有罪たるへきは何人かにつき事實に關する名譽毀損の主張を爲し、又は之を流布したる者なるか「事事に關する名譽毀損の主張」 *ehrenrührige Behauptung tatsächlicher Art* 云々字句は其の内容上「他人を侮蔑せしめ、又は輿論に於て之を貶視するに適したる事實」 *eine Tatsache welche einen anderen vorwählich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwüthigen geeignet ist* 云々現行法の字句と相一致すること既に述べたる所の如し。而して第三者に對して名譽毀損の主張を爲し又は名譽毀損の主張を第三者に對して流布したる場合に限り中傷の犯罪事實を存するものなることも現行法に於けるか如くなり。表示か單に被侮辱者に對して行はれたるのみに止まるべきは第三百二十條か問題となるに過ぎずして、此の事は此の規定中に明示的に確定せらるる次第なりとす。

眞實の立證の意義は現行刑法典第八十六條に於けると同一に規律したる所にして、只本草案は主張の内容か立證せられたるや否やの問題の實體法上の意義を一層顯著ならしむるに於て異りとなすのみ。然り而して新法文は眞實の立證の成功したるときは第三百二十條に依る侮辱に基く處罰を行ふことを必要とするにあらざる限りは全然有罪行爲を存せざるものなることを表明したるなり。

名譽毀損の主張か事實に適合するや否やは裁判所に於て職權を以て審査を爲すを要するものなれども、特別なる調査と舉證とを爲すは表示の眞否についての眼目たる點か事實關係それ自體よりして推知せらるるものなるか、又は表示の眞否についての眼目たる點か侮辱者の主張する所となりたる場合に限り其の理由ありとすへし。證據調の結果か曖昧なるときは現行法に於けるか如く犯人に刑を言渡すべく、之を放免すへからず。而して形式上の舉證の責任は中傷の場合にあつても被告人の負擔に屬せざるなり。

第三百十七條第三項第二段は大體に於て現行刑法典第九十條と一致するものなれども、將來は放免はすへての場合を通して犯罪行爲の非難の否定と目すへからずして、其の犯罪行爲の非難の否定として認めらるるは被告人か當該の行爲を犯さざること、又は當該行爲につき服罪せざりしことを理由とする場合に限るものとす。惟ふに被侮辱者か單に形式的の理由に基きて、例へは時効に罹りたるの故を以て、又は其の外國に於て犯したる行爲たるか故に國內に於て處罰すること能はざりしと云ふの故を以てのみ刑の言渡を受くることを免れたるか如き場合にあつても之に對する非難につき眞實の立證を爲すことを許さざるに於ては、被告人は不當に不利なる立場に置かるるものと謂ふへし。今現行法に依れば眞實の立證か除外せらるる爲には侮辱に先つて放免の行はれたることを必要なりとするも、本草案は從前の諸草案と歩調を一にしてかくの如き制限を拋棄し、判決の時期の如何を問はず既判力ある放免の判決に對して眞實の立證を許すものと宣告したり。かくの如きは即ち同一の事件につき互に矛盾せる裁判所の判決を爲し得る限り排

斥し、終局的に放免せられたる者を同一の非難に關する新なる證據手續に對して保護するの規定の根本精神に一層よく適合すへし。而して犯罪行爲の非難か第三項第二段の規定に依り立證ありたるものと認められたりとするも、犯人は事情に依つては其の然るに拘らず第三百二十一條に依り之を處罰することを得べきなり。

第四項の規定は曩に既に説明したる所の如し。

有罪行爲の非難の場合にあつては侮辱に關する訴訟手續は事情に依つては之を延期することを必要とする旨の現行法典第九十一條の規定は訴訟法的の性質を有する規定として之を本草案中に收容することをなさざりき。

本草案は中傷の刑を統一的に三年以下の禁錮又は罰金と定めたり。此の提案たるや現行法の加重を意味するものにして、現今侮辱に基きて言渡さるる刑の往々にして輕微なるものあるの事實に顧み必要とせらるる所なり。現行法一流の公然の所犯に係る侮辱と公然の所犯にあらざる侮辱との間に於ける區別は本草案の如く刑の範圍を定めたる上からは之を必要とせざるなり。

第三百十八條

正當なる利益の保護 Wahrnehmung berechtigter Interessen

本條第一項の現行法（現行刑法典第九十三條）と異なる所は極めて些細なれども、現行法中に列擧したる上官の上官に對する訓戒 *Verhütung* 及び責問 *Rüge* 並に官吏の勤務上の告發及び判決は本草案中に掲けたる法律上の義務の履行又は権利の行使と云ふ一般的の觀念の下に屬するなり。

第二項の規定は既に説明したる所の如きなり。

第三百十九條

誣 罔 *Verleumdung*

誣罔の犯罪事實は實質上人體に於て現行法（現行刑法典第八十七條）と一致するものにして、特に事實に關する客觀的に不實なる名譽毀損の主帳を爲し、又は流布し且自己の主張の眞實に違反せることを知りたりし者に限り誣罔に基きて處罰を爲すの方針は依然として之を墨守したり。主張の眞實なることの確信の欠缺のみを以てしては誣罔に基く處罰の爲には未だ以て充分なりと爲さす。而して名譽毀損の主張が第三者に對して行はれ又は第三者に對して流布せられたる場合に限り誣罔に基く處罰を許すものとせることは本草案上にあつても現行法に於けると同様なり。名譽毀損の主張が被侮辱者に對して行はれたるときは第三百二十條の規定か問題となるに止まるなり。

刑罰は名譽の保護を從來よりも一層有効に構成せんか爲に少からず之を加重し、當今公然の誣罔についてののみ規定せらるるに止まる一箇月以上五年以下の禁錮の基本刑は誣罔のすへての場合擴張したるか、かくの如く重き罰則は此の犯罪につきて犯人の原則として示すを常とする低劣なる心情と行爲の往々にして有することあるへき重大なる結果とに斟酌を加へたるものに外ならざるなり。

正當なる利益の保護に關する規定が從來に於けると異りて誣罔にまで及はさるるは規定の配置上よりして自ら推論せらるる所なりとす。

現行法中に於て誣罔的侮辱 *verleumderische Beleidigung* と併せて規律したる所謂信用上の誣罔 *Kreditverleumdung* の場合は之を踏襲することを爲さざりき。蓋し所謂信用上の誣罔は必ずしも必然的に名譽毀損を包含するものにあらず、且大體に於て一九〇九年六月七日の不正競争取締法第十五條に依つて取締らるる所なるを以てなり。

第三百二十條

侮 辱 *Beleidigung*

本草案は現行法に於けると同様侮辱の觀念を以て既知の觀念として之を豫定したり。蓋し此の觀念は一般の用語例と爾他の形式の名譽毀損との關係よりして自ら定まるものにして、中傷若は誣罔にあらざる名譽毀損のすへての場合を包括するものなるを以てなり。

判例の現行法に下したる解釋に依れば侮辱の被害者に對してのみ、即ち侮辱の被害者と犯人との二人限りの對坐の上にて名譽に關する事實の主張ありたる場合には、中傷及誣罔の犯罪事實を存することなきものにして、判例は現行刑法典第百八十五條に依つて此の種の場合を單純なる侮辱として取扱ひたるか、本草案は此の解釋を奉して之を本條第二項に於て明示的に確定したるものに外ならざるなり。此の種の名譽毀損の主張は其の内容の立證ありたるか、又は第三百十七條第三項第二段の定むる所に従つて其の立證ありたるものと認むべきときは之を處罰することを得へからず。而して正當なる利益の保護に關する規定は第二項中に規律したる單純なる侮辱の特殊の場合に對しても其の適用ある旨を明示的に宣言して、依つて以て同時に名譽毀損の事實の主張を包藏するにあらざる單純なる誹毀の場合にあつては正當なる利益の保護に基きて無罪と爲すへからざるの主旨を明確にしたるものに外ならざるなり。

本草案は現行法に倚據して最後に尙ほ事實に關する名譽毀損の主張を爲し又は之を流布したるも、然も主張の内容の立證ありたるか若は立證ありたるものと認むべきの故を以て、又は犯人か正當なる利益を保護する爲に行爲を爲したるの故を以て、中傷に基く處罰又は被害者と對坐の上にて名譽に關する不實の主張を爲したるに基く處罰を爲すことを得へからざる場合をも規律したるか、眞實の立證と正當なる利益の保護とは其の内容上は表示を是認せしむるに足るも、形式上は全然是認し得へからざるものなることをも明示的に明言したり。而して上記の場合に於て表示の形式上よりして若は表示の行はれたる事情上よりし

て犯人か侮辱を爲すの意圖に於て行爲を爲したること自ら推知せらるるときは第一項に依る處罰を除外すへからず。而して「意圖」と云ふ語は此の場合にあつても第十八條第二項の意味に解釋すべきものなりとなす。

侮辱の場合にあつても中傷の場合に於けると同様刑の免除を許したるか、裁判所に對して即時に應酬したる侮辱の場合につき双方の侮辱者又は侮辱者の一方を罰せずとして宣告するの權限を附與する現行刑法典第百九十九條の規定は之に依つて無用と化したりしも、之に反し特別なる規定(第五項)を以てして何人かか自己の行爲の直前に行はれたる他人の舉動に關する正當なる憤激に依つて我を忘れて事情上辯解することを得へき侮辱を爲すに至りたる場合に對する個人的刑罰阻却原因を設くることとしたり。

第三百二十一條

有罪行爲の非難 *Vorwurf einer strafbaren Handlung*

本條の規定については曩に既に説明したる所の如きなり。

第三百二十二條

請求に基く訴追 *Verfolgung auf Verlangen*

現行法(現行刑法典第百九十四條以下、第百八十九條第三項)に於けるか如く第三百十七條乃至第三百

二十一條に於て刑を科することとせる行爲はすへて被侮辱者の請求ありたる場合に限り訴追することを得るものなるか、官廳又は公務員若は軍人に對して其の勤務の執行中又は其の勤務に關聯して犯したる侮辱の場合にあつては上官も亦此の請求を爲すことを得るものとし、また公法上の宗教團體に對する本草案の一般の見解に應じて如上の原則は宗教團體の廳舎及び職員に對しても其の適用あるものとしたり。尙ほ此の規定につき一般的に注意すべきもの左の如し。施行法は上官なるものを有することなき公務員については當該の公務員が現に其の職務を執行中なるか又は過去に於て職務を執行したりし官廳の上官に刑事訴追を請求するの權利を與ふべき旨を規定するを要すへし。例へば陪審員について地方裁判所長に此の權利を與ふるか如し。

第一百一條に記載したる官府又は個人に對して侮辱を犯したるときは被害の官府又は個人の同意ありたる場合に限り其の行爲を訴追することを得るものなるか、現行刑法典第九十七條が國又は邦の立法院の外に「其の他の政治上の官府」 *anderen politischen Körperschaften* をも擧ぐるに反し、本草案かかくの如き明示的の記載を爲さざるの事情よりして將來は政治上の官府は保護を受けざるものなるかの如く推論を爲すことを得へからず。本草案の何れの規定と雖すへての所謂集合人格 *Kollektivpersönlichkeit* か侮辱の被害者たり得るものなるの論結を認むることを妨ぐるものにあらず。従つて官府、法人、社團又は會社に對して侮辱の行はれたる場合に何人か刑事訴追の請求を爲すの權利を有すへきやは施行法中に於て規定す

るを要する所たるへし。

傷害罪の場合に於けるか如く本條の場合にあつても妻か被害者たる場合に其の配偶者の獨立して訴追の請求を爲す權利は之を廢止したり。

死者の記憶を誹謗したる場合にあつては現在の所にては告訴の權利は死者の父母、子及び配偶者に并列的に歸屬するものなれども（現行刑法典第八十九條第三項）本草案は死者か侮辱を受けたる場合にはまつ配偶者と子とのみに刑事訴追を爲すの權利を與へ、死者か配偶者と子の何れをも有せざるべきとき、又は配偶者と子か訴追の請求を爲すべき期間の満了するに先たちて死亡したる場合に限り父母に請求を爲すの權利を與へ、現行法を擴張して尙ほ其の外に死者の祖父母、孫及び兄弟姉妹も此の權利を有するものとしたり。然も特に歴史的批判の權利を余りに狹隘に限定することなからんか爲告訴權者の範圍を是以上に擴張することなかりき。

請求及び同意に關する規定の詳細なる構成は其の訴訟法的性質を有するの事實に顧み刑事訴訟法の補完する所に一任せり。

第三百二十三條

刑の言渡の公告 *Bekanntmachung der Verurteilung*

現行法（第二百條）は公然の所犯に係る侮辱、又は文書、製作物若は圖畫を流布することに依つて犯したる侮辱の場合につき判決の公告の權利を認め、之を此の場合につき強行的に規定したりしか、本草案にあつては第九十一條の一般的規定に依り裁判所は各種の有罪行為につき且其の公然の所犯に係ると否かを問はず被害者及び刑事訴追の請求を爲し又は之に同意を與ふるの權利を有する者に對して判決の公告を爲すを許すことを得るものなるの程度に於て事情は自ら異なるものあり。かくの如き一般的なる規定を存するに於てはあらゆる公然の侮辱の場合につき被侮辱者に對して刑の言渡を公告するの權限を與ふべき現行法上の強行規定の如きものは之を無用となすことを得へし。只新聞又は雜誌に依る侮辱の場合についての特別規定（現行刑法典第二百條第二項）のみは之を存置し、新聞以外の印刷物をも新聞と同視したるの程度に於て、及び裁判所は單に從來の如く判決の處分を爲す部分のみに止まらず、判決全文の公告をも命ずることを得るものと爲すの程度に於て幾分の擴張を爲したり。而して公告の命令を爲すの義務は被侮辱者又は第三百二十二條第二項、第三項に記載したる者か之に相當する申立を爲したるや否やに羈束せらるるなり。

責任者の費用を以て被侮辱者に判決の正本 *Urteilsanfertiigung* を付與するを要する旨の現行刑法典第二百條第三項の規定は之を繼受することを爲さざりき。訴訟法的性質を有する規定なるを以てなり。

第三百二十四條

信書の秘密の侵害 *Verletzung des Briefgeheimnisses*

本條第一項は現行刑法典第二百九十九條第一項の規定に若干の法文上の改正を加へて之を踏襲したるものなり。「其の他の封緘したる文書」 *anderen verschlossenen Urkunden* なる字句に代へて「其の他の封緘したる書狀」 *anderen verschlossenen Schriftstück* なる字句を以て規定することとなしたり。かくの如くにして現行法の重きを爲す見解を踏襲したるなり。

刑罰は其の最高限に於て幾分加重する所ありたれども、他面に於ては特に輕微なる場合につきて刑を免除することを許したり。此の種の場合には往々にして極めて輕微なることあるを以てなり。

本條の行爲は從來に於けると同様其の請求ありたる場合に限り之を訴追するものとす。

第三百二十五條

私の秘密の漏洩 *Verrat von Privatgeheimnissen*

本草案は現行法に於けると同様何人か其の職務、身分若は營業上他人の開示を受けたる私の秘密の漏洩を處罰するに一九二五年の草案（第二百九十三條）に於けるよりも遙に狹隘なる制限内に於てす。一九

二五年の草案は醫術、看護、助産又は藥劑師の營業を營むを以て業とする者、又は法律上の事件に於て顧問、代理又は辯護を爲すを以て業とする者のすへてに特別なる黙秘の義務 *Schweigepflicht* を負擔せしめたるか、本草案は醫師と醫療業者との間の關係に對する其の一般見解に應じて現行法に復歸し、免許醫、藥劑師及び其の他の國家の試験を受けたる醫業者（助産婦の如きも亦此の中に屬す）に限り職務上の秘密を守るの義務を負擔せしむることとしたり。此の規律方針は其の當然の歸結として法律上の事件に於て顧問、代理又は辯護を爲すを以て業とする者もすへて此の規定の適用を受くることあり得へからざるの別段なる制限を伴ふ。従つて此の規定の適用範圍は辯護士、公證人（其の公務員にあらざる限り）に於て）刑事事件に於ける辯護人及び司法行政部の命令に依り裁判所に於ける口頭辯論を許可せられたる者に制限せらるるなり。

職業者の助手及び職業の見習の爲職業上の動作に關與せる者は獨立して上記の職業に従事する者と同視するなり（第二項）。

現行法は「他人の自己に開示したる秘密」のみを保護したるか、本草案は黙秘義務者に對して開示せられたるにあらざるも、其の職業の執行に際して又は其の職業の修習に當つて自己の知り得たる秘密に對しても刑法上の保護を及ぼすこととしたり。關係者の黙秘についての利益及び従つてまた社會公共の黙秘についての利益はこの場合を通して一樣に大なるものあるを以てなり。

私の秘密の漏洩は從來に於けると同様其の妄りに行はれたる場合に限り有罪とするものなるか、如何なる場合に漏洩の權限を存するものなりやの問題については議論岐れ、關係方面、特に醫師は職業上の秘密を遵守するを要せざる條件を法律上に規定するの點に重きを置きたり。此の希望は特に性病豫防に關する立法上の論議に際して顯著となりたる所なりしか、本草案は此の種の問題を法律自體中に於て解決するを得べき範圍内に於て此の希望に添ふ所あり。まつ第一に妄りに秘密を漏洩したることを必要なりとし、是と相并んで判例の論結に依據する更に一の特別なる制限を設く。即ち第三項に依れば犯人が正當なる公私の利益を保護する爲に漏洩を必要としたりしときは無罪たるものとす。然れども此の場合にあつては明示的に且すへての場合を通して危害を被れる利益か他の方法を以てしては保護することを得ざりしこと、及び其の外に被害の利益か重きを爲したることを條件とす。此の點については第三百十八條の理由として述べたる所の參照を求むることを得へし。かくの如く公の利益をも含有せしむることに依つて醫師の職業上の秘密は事情に依つては公の保健行政の理由に基き、例へば國民的疫病を豫防する爲、又は所管官廳の要求せる健康統計の申告の爲に之を侵害するを得るものなることを確認したる次第にして、其の之を於ては犯罪事實の消滅を來すへき特別なる權限は種々なる原因を基礎とすることを得へく、例へば被害者の承諾又は證言の義務 *Zwangsspflicht* 又は特別なる法律の規定を以て其の基礎たらしむることを得へきなり。

ここにまた特別なる一の規定ありて第四百十條の規定と相牽聯して報酬を受けて又は自己若は他人に不

法の利益を致し又は何人かに不利益を被らしむるの意圖に於て法律の保護する所に係る私の秘密を漏洩したる者に加重刑を科するなり。

本條の行爲は從來に於けると同様被害者の請求ありたる場合に限り之を訴追すべきものとす（第五項）。

第二十五章 器物毀棄 Sachbeschädigung

財産に對する有罪行爲の規律は本章に始まるものとし、本草案はまづ最初に特定の物件を以て侵害の客體とする犯罪行爲を規律し、全體としての財産に對する侵害を包含する犯罪事實を之に隨伴せしむ。其の第一の種類に屬するものは即ち器物毀棄にして現行法か現行刑法典の各論の部の第二十六章に規律したる所なり。

器物毀棄の觀念に關しては現行法上争なく、特に大審院にあつても遵奉せる通説たる見解に依れば物に作用を及ぼして其の物質上の組成を變せしめ、又は其の完全を傷けて之に對して與へたる目的の爲にする效用を減却するに至らしむるものと認めらるる場合には器物毀棄を存するものなり。従つて器物毀棄とは物體を物質上減却し又は之を改惡し、或は其の外觀若は形狀の重要な變更を伴ふ作用を謂ふものとすべく、其の生物の場合にあつては大審院の見解に依れば其の内部の病理的變化、特に其の神経系統に對する

作用に依る變化の招來を以てしても尙ほ充分たるものなり。また合成物の場合にあつては其の各部を組成する物質の侵害を伴ふことなきも各部の結合を破壊することに依つて、例へば機械を分解することに依つて招來せらるる效用の減却を以てしても尙ほ充分なるものと認むべし。具體的の點に於ては見解は極めて區々たるものあれども、本草案はここに明確を來すに努め、第三百二十六條第一項に於て他人の物を毀損若は破壊したる者を處罰し、第三百二十六條第二項に於て被害者をして勞力、費用若は時間を著しく費して初めて物を再び使用することを得るに至らしむるの方法に於て他人の物の使用を不可能ならしめたる場合に處罰を及ぼしたり。例へば他人の自轉車を分解して無雜作に是か使用を不可能ならしめたる場合は此の規定の適用の下に屬すべし。勞力、費用及び時間を「著しく」*erheblich* 費すとは如何なる事項を指稱するものなりやは具體的の場合の事情如何に依つて定まるべく、僅々數分間の時間と雖著しく時間を費したるものと爲すことを得べき場合もあり得べし。例へば確定の時刻に出演することを必要とする藝術家か其の樂器を分解せらるることに依つて出演を不可能ならしめられたる場合の如し。然も犯人か權利者の物自體を奪取したるとき、例へば權利者の捕獲したる禽鳥を飛翔せしめたる場合、又は權利者の寶石を海中に投したる場合の如きは、本草案に依るも器物毀棄を存することなく、此の場合には寧ろ第三百三十七條の干渉を見るべし。事情如何に依つては第三百二十六條第二項の犯罪事實と第三百三十七條の犯罪事實との双方を具備することもあり得べきなり。例へば何人かか機械の重要な部分を撤去して、原狀回

復を困難ならしめんか爲に之を海中に投したる場合の如し。

本草案は従前の諸草案と共に社會的に危険なる器物毀棄 *Gemeingefährliche Sachbeschädigung* (現行刑法典第三百五條) の特別な犯罪事實を規定することなし (豫備草案理由書第八百六頁)。然れども従來現行刑法典第三百五條が一箇月を下らざる禁錮を規定し、將來は第二百三十條乃至第二百三十二條の犯罪事實の干渉を見ることなかるべき、例へば他人の建築物若は船舶の破壊若は毀損の場合の如きにあつても充分なる處罰を爲すことを得しめんか爲に本草案は従前の諸草案の先蹤に倣ひて現行法の自由刑を三年以下の禁錮に引上げたるか、其の外本草案は現行法 (第三百四條) に因みて器物毀棄か公の利害を伴ふ特種の物體に關する場合には重き刑を規定することとせり。

第三百二十六條

器物毀棄 *Sachbeschädigung*

現行刑法典第三百三條の「故意且違法に」と云ふ字句は本草案にあつては一には自明的なるものとし、一には第十六條の規定に依つて無用となりたるものとして之を踏襲することを爲さざりき。

本草案は通常の器物毀棄の場合にあつては未遂の有罪性を認めざらんとしたり。惟ふに傷害罪の未遂を處罰することなくして放任し乍ら、器物毀棄の未遂を處罰せんことを欲するに於ては法律の保護を受くる

法益の價值關係と相容れざるの結果を招來すへし。且又其の處罰價值ある場合にあつては原則として社會上危険なる器物毀棄の未遂 (第三百二十七條) 又は第四百八條第二號の違警罪の犯罪事實を存すべきなり。

器物毀棄の被害者の請求ありたる場合に限り訴追せらるべきものなること現行法に於けると同じ。

特に輕微なる場合に於ては裁判所は其の刑を免除することを得 (第四項)。

第三百二十七條

社會上危険なる器物毀棄 *Gemeinschaftliche Sachbeschädigung*

本草案か第三百二十七條の擴張したる刑法上の保護を受くる物の範圍を定むるの方法は大體に於て現行法に於けると同じ。其の新に追加したるは自然又は人工の所産にして科學上若は藝術上、地理上若は歴史上の理由に基きて官廳か保護の下に置きたる物なり。社會はかくの如き多くは回復すへからざる自然及び文化上の記念物の保存せらるるを求むるの權利を有するものにして、邦法上の規定にして既に此の精神を表明せるも尠からず (註一)。然も本條の新規定を本草案中に加ふることに依つて特に所有者自身に依る侵害をも取締るべき更に一步を進めたる國法若は邦法の規定を制定するを妨くるものにあらず。然り而して現行刑法典第三百四條の墓碑の外に本草案は現行法か別の法律上の見地の下に現行刑法典第六十八條

の規定中に於て保護を加へたる墳墓をも列挙し、且火葬の場合をも斟酌して「其の他の埋葬所」 *andere Beisetzungsstätten* をも挙げたりしも、墳墓の裝飾は特に擧示することを爲さず。蓋し從來既に判例は一般的に圍牆（格子、塀壁）や花卉を以て墳墓に從屬するものと看做せるか故に、墳墓に手向けたる花に對して特別な保護の規定を設くるの充分なる必要は之を存することなきを以てなり。

〔註一〕 村落及び地理上顯著なる地方の形狀損壞取締に關する一九〇七年七月十五日のプロシヤ法、一九一四年三月二十六日のプロシヤ掘鑿法等の如し。

科學上、藝術上又は營業上の物體か公の陳列又は公の展觀に際して受くる保護は歴史上の意義を有する物件に及ふものにして、其の陳列につきて標準とする所はそか一般公衆の接近し得ると云ふ點に在り。されは當該の物件か國家の所有に屬するものなりや、國家以外の公の團體の所有に屬するものなりや、はたまた私人の所有に屬するものなりやは問ふ所にあらざるなり。陳列は其の入場につき又は陳列若は其の各部の利用につき特定の人的條件の立證又は特別な許可の條件を必要とするも、例へは貴重なる手蹟、版畫、器具等多くの陳列の最も貴重とする部分につきて實際に見る所の如く或種の條件を具備するに於ては原則として入場を許さるゝを以て常とする場合にあつても亦一般公衆の接近し得るものとす。されは今若し苟も一般公衆の入場し得る陳列たる以上は其の中に收容せらるゝあらゆる物を特別な刑法上の保護の下に置かんとするか如きは余りに過きたるものと謂ふべく、それ自體としては無價値にして容易に再び手

に入れ得へき岩石の一片を破壊若は毀損したると、古代の巨匠の手に成れる貴重なる繪畫又は恐らく懸け替なき古人の手蹟を破壊若は毀損したるとにては其の間に自ら差等あり。されは本草案は科學上、藝術上歴史上若は營業上の點に於て重大なる意義を有する物に特別な刑法上の保護を制限したるか、此の限定は公の建築物、例へは議事堂若は公の祭場又は其の他の公の場所、例へは公園の敷地内に存仕する同種類物の刑法上の保護を及ぼすことを得しむるものと謂はさるへからず。公の使用に供せらるゝ物と云ふ觀念は現行法より其の儘踏襲したるものなれども、公の道路、廣場又は遊歩場を裝飾する爲に供せらるゝ物體はもはや特別に之を記載することなし。蓋し是等の物體は原則として公の使用に供せらるゝ物體（第五號）又は第三號若は第四號に依り特別な刑法上の保護の下に置かるゝ物體として看做すを要するを常とするを以てなり。

第三百二十七條に記載したる物件は何時より特別な保護を享くるに至るものなりやの問題に關しては大體に於て當該の物件か保護を受くる所以たる特定の目的の爲に向けられたる時を以て決定的の標準とす。其の自然及び文化上の記念物については本草案は特別な官廳の命令を必要としたり。目的の爲にする指定は此の場合にあつては問題たらず。物か特別な保護を受くるに價ひするものなりや否やも亦具體の場合に曖昧たることあり得へきを以てなり。

是等保護を受くる物件は懸け替なきものたること稀ならずして、其の然るか故に全然特別な保護を受

くるに價ひするものなりと雖、他面に於ては是等の物件は其の特定の目的上より見て一般公衆か之に接近し得ることを必要とするか故に他の物件に於けるよりも一層破壊及び毀損の危険に曝露せらるゝものとはさるへからず。従つて立法者は是等の物件に對しては他の物件に於けるよりも遙に有力なる刑法上の保護を與ふることを必要とするなり。こゝに於てか本草案は現行法に於て三年に定めたる禁錮の刑の長期を五年に引上げ、減輕事情を具備する場合に限り罰金を言渡すことを許したり。未遂の有罪性も本條の場合にあつては第三百二十六條に於けるとは異りて之を存置することゝしたり。然り而して本條の行爲は公の利益に對する犯行に關するものなるか故に、從來に於けると同様被害者の請求に關係なく之を訴追するを要するなり。

第二十六章 窃盜

Diebstahl

横領

Unterschlagung

現行法に依れば犯人か物を奪取するに當つて自己又は他人を利得せしむるの意圖を追求したるや否やは重要にあらず。極めて多數の場合に於ては此の意圖は犯人の違法に領得せんか爲に物を奪取したるの事實よりして直ちに推知せらるゝものなれども、然も領得の意圖か利得の意圖をも包藏することは必ずしも必然的にあらず。例へば開封を虞れて他人の保管中なる書狀を奪取したる者は書狀を領得するの意思は有し

たるへけれども、之に依つて利得するの意思を有することはなかるへし。無斷にて物を奪取したるも之に對して其の代價に相當する金額を殘留したる者も亦利得の意思を缺くものと謂はさるへからず。此の種の場合には自然の觀念上窃盜の典型を存する所以のものを缺けるに拘らす從來は之を窃盜として處罰するを要したりしか、本草案はオーストリー法（一八五二年五月二十七日の現行オーストリー刑律典第七十一條及び一九一二年の草案第三百三十五條）に從つて窃盜に基く處罰の爲には違法の領得の意圖に代ふるに物を領得することに依つて自己又は他人を不法に利得せしむるの意圖を必要なりとすることに依つて上記の場合を窃盜に對する罰則中より除外したり（第三百二十八條）。是と同一の制限は横領（第三百三十三條）と強盜（第三百三十八條）とについても之を規定したり。

以上述べたる所より生ずる刑法上の保護の制限は本草案にあつては第三百三十四條及び第三百三十七條の規定を以てして之を補填することゝしたり。今第三百三十四條に依れば窃盜及び横領の場合を除き自己又は他人の爲に違法に他人の動産を領得したる者を處罰し、第三百三十七條は他人に不利益を加ふるの意圖に於て他人よりして其の物件を永久的に奪取したる者を處罰することゝし、第三百三十四條を以てして上記の例中に明かにしたる所の如き利得の意圖を有することなくして他人の財産を侵害したる場合を處罰したり。政治上重要な文書の奪取の如きは本條の規定の下に問題となるものとす。之に反し第三百三十七條の規定は何人か、自己又は第三者をして領得せしむるの意思を有することなくして永久的に物を所有

者の手より奪取する方法に於て他人の財産に侵害を及ぼしたる場合を取締るものなり。かくの如き行爲方法は犯人か何人かに不利益を加ふるの意圖を有したる場合に處罰價値を具備するに至るものなること、例へばかくの如き意圖に於て他人の物を海中に沈下し、又は禽獸を奔竄せしめんが爲に檻を開放したる者か刑を受くるに値ひするに至るものなることは何等説明を必要とせざる所たるへし。今現行法に依るときは此の場合に明示的なる罰則を存することなく、少くとも窃盜の規定を曖昧に解釋することに依つてのみ是等の事案を處罰することを得たりしなり。今窃盜の場合に利得の意圖を必要とするときはかくの如き場合を窃盜として處罰するの道は全然杜絶せしめらるゝに至るか故に第三百三十七條の如き特別なる規定を必要とするなり。かくの如く爲すときは同時に此の種の行爲か其の受くるにふさはしからざる窃盜の刻印を押捺せらるゝことなきの結果を來すことを得べきなり。尙ほまた刑は何人かに不利益を加ふるの意圖に於て行爲を犯したる場合に限り之を科すべく、即ち専ら惡意又は復讐心に基く行爲を取締らんとするなり。

本草案に所謂物とは有體物 *Körperlicher Gegenstand* のみを指稱するものにして、従つて電氣は物にあらず。他人の電氣を奪取したる者は窃盜にもあらざれば、また横領にもあらざるなり。かくの如きはまた現行法の見解にして、此の見解は一九〇〇年四月九日の法律を以てして電氣力の奪取を特に處罰することとなしたるの事實に依つて表明せらるゝ次第なりとす。本草案については此の法律を刑法典中に收容す

べきものなりや否やの問題を生し、豫備草案は此の目的の爲に一個の規定を設け、之に依れば電氣施設又は電氣組織中に包含せらるゝ勢力は之を動産と看做すべきものとしたりしか（第十二條第五號）此の解決法は事の宜きを得たるものにあらずして、法律の適用に著大なる困難を與ふるの嫌あり。蓋し窃盜及び横領の爾他の犯罪事實の標識は有體物のみに限定せられ、従つて單に無理の細工を施すに於てのみ之を電氣に應用することを得るものなるを以てなり。こゝを以て一九〇〇年四月九日の法律は其の犯罪事實を特別の規定中に再録する方法に於てのみ本草案中に收容することを得られども、かくの如き規定の箇所の變更を以てして得る所は多きにあらざるべく、加之電氣力の應用の道は不斷に變化を來すものなるの故を以てしても亦電氣力の奪取に對する規定を本草案中に收容することは適當ならず。凡そ刑法典なるものは永久的存立を豫期するものなるか故に工學上の進歩に絶えず相協調せしむることを必要とする規定を其中に編入するに於ては是か爲に煩累を被るに至ることなくんはあらざるへし。

相牽聯するの關係を有する事項は之を分斷することを得へからずと爲すの見解はまた本草案をして他人の有價證券保管の際に於ける當人の義務に關する一八九六年七月五日の法律の罰則を繼受することを斷念するに至らしめたり。

本草案は現行法や従前の諸草案に於けると同様田野及びひ山林刑法 *Feld-und Forststrafrecht* 特に田野及びひ山林窃盜に關する規定に改正を加ふることを爲さざりき。田野及びひ山林刑法に關する規定を刑法典中に

收容するは國法上の特別規定を收容するものにあらずして、從來邦法を以て規整したりし法域を規律するに國法を以てすへきや否やの問題に屬するものなれども、此の法域に於てこそ實に經濟上の關係と需要並に之に立脚する地方の慣習か特に重きを爲すものなるか故に、統一的なる國法の規定を以てして規律を爲すに適せざるなり。

射擊濟の彈丸の領得に對する規定（現行刑法典第二百九十一條）は一九一九年の草案の竊盜及び横領に關する章中に收容せんことを欲したりし所なるか、本草案にあつては之を削除したり。此の犯罪事實は原則として竊盜又は横領の條件を具備するものなるか故に、かくの如き規定を設くることは實際上此の種の犯罪を特別に待遇することを意味するものに外ならず。然り而して竊盜及び横領の場合にあつても罰金を言渡すことを得るものなるの事實に顧みるときはかくの如き規定を設くるの必要はもはや之を存せざるものと謂ふべきなり。

本章の編制左の如し。第三百二十八條乃至第三百三十二條は竊盜に關するものにして、單純竊盜 *stü-*
facher Diebstahl (第三百二十八條) に對して闖入竊 *Eindbruch* 及び持兇器竊盜 *Diebstahl mit Waffen*
(第三百三十條) 營業竊盜 *gewerbsmäßiger Diebstahl* (第三百三十一條) として客體、竊盜の場所、其の實行の方法又は犯人の人格か加重的に考慮せらるゝ三種の加重犯罪事實を對比せしめたり。現行法に於けるとは異り本草案は強盜的竊盜 *räuberischer Diebstahl* を本章中に收め、之を前記の加重犯罪事實に附

屬せしむ (第三百三十二條)。然り而して第三百三十三條中には横領を規律し、第三百三十四條及び第三百三十七條は新に設けたる物の不當の領得及び物の永久的奪取の輕罪を規律するに反し、第三百三十五條 (家庭内及び親族間の竊盜 *Haus und Familiendiebstahl*) 及び第三百三十六條 (竊得 *Entwendung*) は竊盜、不當の領得及び横領を客體と爲すものなり。

第三百二十八條

竊 盜 *Diebstahl*

本草案か其の從來必要なりとしたる他人の物を領得するの意圖に代ふるに物の領得に依つて不法に利得するの意圖を以てしたること既に本章の緒論中に説明したる所の如くにして、従つて犯人か物の領得を爲さる所謂使用竊盜 *Gebrauchsdiebstahl* か竊盜の犯罪事實の下に屬せざること現行法に於けるか如し。而して第三者を利得せしむるの意圖を以て自己を利得せしむるの意圖と同視するは恰も現行刑法典第二百四十二條か既に第三者をして他人の物を領得せしむるの意圖を有したりし者をも竊盜として認むるの精神に於て専ら解釋せられたりしと同様なるものあり。

竊盜は一般の見解上原則として自由刑を以て處罰すへき行爲にして、之を威嚇と云ふ方面よりの斟酌上より見るも原則として禁錮を規定するを必要と認めしむるものなれども、一面より云へば禁錮を以て苛酷

に過ぐるものとすへき窃盜の現象を見ることも極めて多きものあるの事實は看過することを得へからずして、此の點は刑事統計表の數字上より明確に推知せらるゝ所たるなり。即ち一九一四年度に於て單純窃盜に基きて禁錮の刑の言渡を受けたる者五萬八千七百六十四人中にて一萬九千五百三人、即ち殆ど三分の一は四日未滿の禁錮の言渡を受けたりし外、更に其の他の七千二十人は譴責に處せられたるのみに止まれり。また一九二〇年度に於ては單純窃盜に基きて禁錮の刑の言渡を受けたる者十六萬三千九百八十人中にて十四萬四千九百三十人、即ち殆ど十分の九は三ヶ月未滿の禁錮の言渡を受けたるの外、一萬一千七百四十三人は譴責に處せられたるのみに過ぎざるなり。此の事實に顧みて明白なるものある、窃盜の場合に罰金をも科することを認むるの必要に對しては既に罰金法を以てして之に應ずる所ありたる次第なるか、之に依つて輕罪の場合に罰金を以てして刑の目的を達成することを得る限りはそれ自体として該當する三ヶ月未滿の禁錮の刑に代へて罰金を言渡すことを得るに至り、而して此方法を執つて罰金の言渡を受けたる者一九二二年度〔註一〕に於て十五萬一千四百三十八人なるに反し、輕罪に基きて三ヶ月未滿の禁錮の刑の言渡を受けたる者は九萬六千三百九十六人に止まれり。此の十五萬一千四百三十八人の罰金の言渡を受けたる者の大多數は窃盜の罪を犯したるものと認むることを得へし。また一九二四年度に於ては單純窃盜に基きて刑の言渡を受けたる者十五萬九千七百一人の中にて八萬三千八百八十一人、即ち半數以上はそれ自体として該當せる禁錮の刑に代へて罰金の言渡を受けたるなり。罰金法の施行以前にあつては窃盜に基き

て言渡を受けたる自由刑の大多數は恩赦の方法に依つて罰金に換刑することは必要としたりしか、本草案は減輕事情を具備する場合に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三ヶ月以下の禁錮に代へて罰金を言渡すことを得るものと爲すことに依り窃盜の場合にも罰金を科することを認むるの必要に斟酌を加へたり（第七十三條、第七十四條）。然り而して窃盜に對しても罰金を科することを認むるの方針を執ることに依つて同時に短期の自由刑を廢止する問題の解決に向つて大飛躍を爲したるものと謂はざるへからず。蓋し短期自由の極めて多くは實に窃盜に基きて科せらるゝものにして、一九一四年度に於て四日未滿の禁錮の言渡を受けたる者三萬一千六百四十三人中一萬九千五百三人は單純窃盜に基く刑の言渡のみに關せるを見るなり。

而して窃盜の未遂を有罪たるものとせるは現行法に一致せり。

第三百二十九條乃至第三百三十二條

窃盜の場合にあつては特定の加重の場合を構成すること遙に他の犯罪事實の場合に越えたり。即ち闖入

盜 Einbruchsdiebstahl 夜間盜 nächtlicher Diebstahl 寺院盜 Kirhendiebstahl 鐵道盜 Bahndiebstahl

等は云はゞ獨立の犯罪事實となりたるものなり。是等の窃盜は就中公安にとつての特殊の危險を伴ふものあるか故に、且又是等の窃盜は原則として營業的犯罪人の所犯に係るを常とするものなるか故に特に處罰

價值を具備するものと謂はさるへからざるものなるか、かくの如き見解は沿革的に成り、實質的にも恐らく理由あるものなるか故に、立法者に於ても之を看過することを得へからず。されは窃盜の場合にあつては基本犯罪事實の外に若干の典型的なる加重の場合を特に擧示するの必要あるなり。

現行法（現行刑法典第二百四十三條）及び最初の二の草案（豫備草案第二百七十條、委員會草案第三百五十六條）は其の特別加重の全部を擧げて之を一個の刑の範圍内に屬せしめ基本刑として懲役を規定し、只減輕事情を具備する場合に限り禁錮を規定したり。然り而して現行法の嘗めたる經驗は懲役の基本刑か加重の場合の大多數を通して刑の必要以上に逸脱するものなるを示したり。即ち一九一四年度につき禁錮の言渡を受けたる者一萬三千五百二十七人に對して重窃盜の故を以て懲役の刑の言渡を受けたる者四百三十人たり、一年以上の禁錮の刑の言渡を受けたる者は僅々千六百九十八人に過ぎざるなり。また一九二四年度に於ては懲役の刑の言渡を受けたる者千四百十一人にして、禁錮の刑の言渡を受けたる者三萬五千二百二十九人、其の中一年以上の禁錮の刑の言渡を受けたる者は五千三百十四人に止れり。されは本草案は一九一九年の草案の規定する所に從つて各個の加重犯罪事實につき刑に差等を附し、窃盜の場所、盜取したる物件の保管の方法、又は其の性質又は犯人の行爲の爲に利用したる機會か單純窃盜に比較して特殊の處罰價值を與ふるものなる場合にあつては原則たる場合につき禁錮の刑の短期を引上ぐるを以て足れりとし、之に反し犯人か經驗上抵抗の可能性を存じ、其の結果として他人の身體及び生命に對して特別なる

危険を存する方法に於て窃盜を犯したる場合に基本刑として懲役を科すべきものとしたり。本草案の主なる目的は營業的犯罪を撲滅するに在り。本草案か犯罪の營業的所犯の爾他の場合に於けるか如く〔註一〕營業的窃盜に對しても之に臨むに重き刑を以てし、此の場合にも亦基本刑として懲役を定むるは如上の主旨に添ふ所以に外ならざるなり。

〔註一〕 例へば第三百四十條第三項、第三百四十四條、第三百五十一條、第三百六十一條第二項、第三百六十二條第二項を参照すへし。

各個の加重犯罪事實につき注意すべきもの左の如しとす。

第三百二十九條

重窃盜 *Schwerer Diebstahl*

本條第一號、第二號、第五號、第六號及び第七號に於ては現行法（現行刑法典第二百四十三條第一號、第二號及び第四號、卑金屬の取引に關する一九二三年六月十一日の法律第十八條、貴金屬、寶石及び眞珠の取引に關する一九二三年六月十一日の法律第十六條、此の兩法は卑金屬の取引に關する一九二六年七月二十三日の法律第十七條及び一九二六年六月二十九日の改正法の法文に於ける貴金屬、寶石及び眞珠の取引に關する（法律第四條を以て追加）の犯罪事實を或は擴張し、若は之に一段の進歩を加へたるものにし

て、第三號及び第四號の犯罪事實は本草案の newly 設けたる所に屬せり。

第一號、保全装置破壊の窃盜 Diebstahl unter Sicherungsbruch

特に處罰價值を具備するは自己の犯罪的目的を達成せんか爲に特別なる保護の装置を排除して爲す窃盜とす。惟ふに窃盜に對して自ら防護する所以の最も簡單にして且最も頻繁に用ひらるる手段は物に鎖鑰を施すにあるか故に、本草案は最初の加重犯罪事實として「閉鎖したる包装を以てして、又は其の他の方法に於て横奪に對して特に保護を加へたる物」を盜取したる場合を擧げ、此の法文を以てして現行刑法典第二百四十三條第二號に於ける本條に相當する規定の基礎となれる根本精神を從來よりも一層正確に表明したるなり。同時に之に依つて建造物又は圍牆を廻らしたる場屋より包装を破開することに依つて盜奪したる物件を盜取したるの要件、即ち包装は建造物又は圍牆を廻らしたる場屋内に於て開披せられたることを必要とするの實質上正當ならざる要件を廢止したるものなり。盜取したる裝飾品を閉鎖したる小國內の儘搬出し、自宅に歸つて初めて其小國を破開したる者も亦重き刑を受くるに値ひするものたり。横奪に對して保護を加へたる物か横奪の當時建造物内に在りたりや、はたまた圍牆を廻らしたる場屋内に在りたりやは問題たる能はざるなり。されは本草案は現行法のかくの如き要件を廢止し、従つて今後は例へば公道上に在る自動車内の金錢容器を破開し若は戶外に錠を下したる自轉車を盜取したる者の如きも亦本條第一號の

規定の適用を受くるなり。如何なる場合に包装を以て閉鎖したるものと稱することを得へく、若はまた其の他横奪に對する特別な保護の装置を存するものと認むることを得へきやは畢竟するに事實問題にして、本來の意味に於ての錠前は是か爲には必要ならず。單に紐を以て縛りたるに止まる包も閉鎖したる包装たることを得へし。然れども一面に於ては閉鎖は横奪を阻遏する爲にせられざるへからずして、單に其の中に收めたる目的物を他人の目より隱蔽せんか爲の貼付したる封緘の如きは閉鎖したる包装と爲すへからず。物はまた各人か格別の困難なくしては接近し得へからざるやう保管せらるることを必要とし、従つて鍵を錠前の中に挿入したる儘の状態に在るときは之を閉鎖したるものと謂ふことを得へからざるなり。「閉鎖したる包装を以て保護を加へたる」と云ふ字句を以てして要求する所は物に達せんか爲には包装の開披を必要とするの事實なり。盜者か如何にして之を開披したるやは重要にあす。また處罰價值より云へば盜者か合鍵を使用したりしや、若はまた正當なる鍵を占有して之を以てして錠前を開きたりしや、はたまた抽斗を破開し若は机板を持上げて其内容に到達する方法を講じたりしやは何等の差別をも來す能はざる所たると共に、盜者か包装を開披したる場所の如何は問ふ所にあらざること既に述べたる所の如し。

第二號 交通窃盜 Verkehrsdiebstahl

公の交通の爲に供せらるる企業、即ち特に鐵道及び郵便の外、航海企業、軌道、乗合自動車等の如きも

往々にして事實上若は法律上の輸送獨占權 Beförderungsmonopol を有するものにして、苟も貨物を運送し、旅行を企圖する者は自己の財産を託すべき人物や自己の旅行の伴侶を自己の意の儘に選擇することはざるなり。然り而して取引は往々にして急速に行はれ、また發程の刹那に處理すべき事務の多岐多端なるや旅客は自己の携帶品に不斷の注意を拂ふこと不可能なるものあり。されば停車場、客車、郵便局の窓口、軌道の車輛等は古來竊盜の特に好んで跳梁する區域にして、ここに特別なる刑法上の保護の干渉を加ふるを是認せしむるものと謂ふへし。

現行法は此の點に刑法上の保護を加ふるに於て充分ならず。竊盜の機會の増大や自己自身之に對して防衛することの不可能やか特別なる處罰價值の原因たりとするも、現行刑法典(第二百四十三條第四號)は各種の點に向つて相當以上に犯罪事實を制限し、竊盜の當時輸送機關か特定の場所に在りたる場合に限り輸送機關内に於て犯したる竊盜を重く處罰し、且犯人か「固定手段若は保管手段を切斷若は解放して、又は合鍵若は其の他適法なる開披の爲に特定したるにあらざる器具を以てして」竊盜を爲したることを必要なりとせり。加之此の追加文章は決疑的分子を増大して同時に不明確の程度と係争問題を多からしめ、同種の場合につきて異なる判斷を下すの結果を導くに至る。其の以外に於ては現行法は「旅客の手荷物又は其の他の輸送の客體に屬する物件」を保護するに止まれど、本草案は「輸送の爲企業に交付したる物又は旅客の携行若は帶行せる物」を厚き刑法上の保護の客體として記載し、行爲の場所及び其の所犯の方法に依る

現行法の制限は従前の諸草案と歩調を一にして之を拋棄することとしたり。惟ふに公の交通に供せらるる企業はすべて厚き刑法上の保護に浴すべきものにして、かくの如き保護の必要は鐵道及び郵便に於て特に大なるものあるは疑を容れざる所なりと雖、例へは乗合自動車又は旅客の手荷物を停車場に送達するに従事する企業の如き鐵道及び郵便以外の公の交通に供せらるる企業についても亦此の必要を存するものなからず。本草案の提案する所か刑法上の保護を過大ならしむるの懸念は之を存することなしと謂ふへし。蓋し本草案の提案する所は企業、即ち大規模に經營する事業に關するものなるに反し、現行法に依れば旅客か仕待の車を利用するに當つて其の手荷物の一部を奪はれたるか如き場合にあつても事情に依つては重き刑を科することあるものなるを以てなり。

第三號、災害の際に於ける竊盜 Diebstahl bei Unfällen

火災、水難又は其の他の災害に依つて窮迫の状態に陥りたる者は隣保及び其の他其の場に居合せたる者の私心を去つて救助を爲し、其の危害を被れる物件を救護するに當つて應援を致すものと期待することを得へし。若し窮迫者の物を以てして自己を利得せしめんか爲にかくの如き窮迫を利用したる者ありたりとせば、かくの如き者は特に低劣なる行爲を爲したるものと謂ふべく、其の然るか故に特に重き刑を受くるに値ひするものと謂はざるへからざるなり。其の災害たるにあらざるも驚愕の氣分を喚起するに適したる

類似の事件（例へば虚偽の火災警報、狂水病に罹れる動物の通過等の如き）を利用する場合にあつても事情は即ち同一なるものあるへし。されば本草案は一八五二年五月二十七日の現行オーストリー刑法典第七十四條第一項よりして之に相當する加重犯罪事實を継受することとせり。

第四號、陳列場よりする窃盜 Diebstahl aus Sammlungen

一般公衆の入場し得べき陳列場、公の建造物又は其の他の公の場所に在る物は窃盜の危険に曝露せしめらるること特に著しきものあり、且かくの如き物につきて犯す窃盜は社會公共に回復すべからざる價値の損害を負はしめ、また同時に來訪者に對して與へらるる信用を特に著しく濫用するものなるの故を以て特に處罰價値を具備する次第なり。されば現行法が陳列物の破壊及び毀損は特別なる刑に處したれども、博物館内の窃盜 *Museums-diebstahl* を特別の刑に處することなかりしは一の缺陷たるものなりとして稱せられたるも亦宜なりと云ふへし。ここを以て本草案が従前の諸草案の先蹤に倣ひて陳列場の窃盜 *Sammlungs-diebstahl* をも特別加重犯罪事實として擧げ、科學上、藝術上、歴史上若は營業上意義を有する物件にして公の場所に在るものによつても刑法上の保護を及ぼすこととせるは如上の缺陷を補正せるものと謂ふべきなり。然り而して其の客體が公然陳列したる卑金屬又は貴金屬製の物體に關する限りに於ては本條の規定は一九二六年七月二十三日の卑金屬の取引に關する法律第十七條及び一九二六年六月二十九日の法律

の法文に於ける貴金屬、寶石及び眞珠の取引に關する法律第四條に倚據せるものなるか、其の具體的の點に於ては犯罪事實の限定は社會上危険なる器物毀棄の場合に於けると同一の方法に於てせり。従つて第三百二十七條第四號の理由の参照を求むることを得べきなり。

第五號、寺院窃盜 Kirchendiebstahl

宗教上の典禮に供せらるる建造物より宗教上の崇拜の對象を成す物、又は宗教上の典禮に捧獻せられたる物を盜取したる者は單に他人の財産を侵害するのみに止まらず、また他人の宗教的感情をも傷くるものと謂はさるへからず。さればこそ寺院窃盜、神殿泥棒は古來特に憎惡すべく、また處罰價値あるものと認めらるるなり。況やまた神殿は往々にして不斷に開放せらるるものにして、何人と雖容易に之に近接することを得べく、上記の物件は往々にして其の目的上公然且何人と雖容易に到達し得べきやう陳列せらるるものなるか故に、之に依つて生ずる窃盜の危険の増大に對しては重き罰則中に於て有力なる威嚇の手段を設くることを必要とするなり。

第六號、運轉器材の窃盜 Diebstahl an Betriebsmitteln

本號の犯罪事實は其の卑金屬より成る物件に關する限りに於ては一九二六年七月二十三日の卑金屬の取

引に關する法律第十七條第二項に依つて既に處罰せらるるものなるか、同法に存する制限は同法の特別法としての目的に其の説明を歸着せしむべきものなるか故に本草案にあつては之を拋棄したり。本號の規定の根本精神とする所は實に窃盜に依つて所有者に對し其の盜取ありたる物の價值丈の損害を被らしむるのみに止まらず、運轉を癱痺せしめ、若は其の安全なる續行を著しく危殆ならしむることに依つて物それ自體の價值を越ゆること遙に大なるものある損害を加へたる者は特に處罰の價值を具備するものなりと云ふに在り。

本草案は上記の法律第十七條第一項と相照應して建造物の一部を成す物、又は建造物の裝飾の爲建造物内に定着したる物の窃盜をも加重刑の適用の下に置くことを斷念したり。上記の法律の罰則は紙幣濫發時代の招來したる眞鍮の標札、洋燈、玄關の案内槌及び其の他の物の大規模なる盜奪を豫防する爲に必要となりたる所にして、一九二八年六月三十日まで效力を有したる一九二六年七月二十三日の法律の踏襲する所となりたる次第なるも、之を永久的存立を豫期する法律中に收容するは必要ならざるなり。

第七號、公共の利用に供せらるる物の窃盜

Diebstahl an Sachen von öffentlicher Nutzen

本號の犯罪事實も其の盜取ありたる物か卑金屬若は貴金屬より成る限りに於ては既に第四號の下に記載

したる卑金屬の取引に關する法律第十七條及び貴金屬、寶石及び眞珠の取引に關する法律第四條に依り重窃盜として評價せらるるものにし、本條の犯罪の場合にあつては刑法上の保護を厚からしむるの必要は永久的に存続するものなれども、然も此の場合にあつては貴金屬又は卑金屬製の物の窃盜のみに規定の適用を制限する實質上の理由を缺けるものと謂ふべく、其の然るか故に本草案は一般化したる法文に於て此の規定を踏襲したり。而してここに公の使用に供せらるる物と謂ふは第三百二十七條第五號に於けると同一の意味に解釋するを要するなり。

重窃盜として表示せらるる第三百二十九條の犯罪事實の刑は一箇月を下らざる禁錮なるか、減輕事情を認むることを許すものなる事實と此の場合に於ける刑罰とは第七十三條及び第七十四條よりして自ら推論せらるる所なり。其の特に重き場合にあつては五年以下の懲役を言渡すを要す。然り而して第三百二十九條の個々の場合は單に刑の加重原因を成すのみに止まり、獨立の犯罪事實を成すものにあらざるか故に、第六十六條第二項の加重は同一の行爲につき第三百二十九條の數號の條件を具備すること例へば閉鎖したる包装を以てして横奪に對して特に保護を加へたる學問上重大なる價值を有する物件を公衆の接近し得べき陳列場より竊取したるときに見るか如くなる場合にあつても尙ほ問題たる能はざるなり。

第三百三十條

闖入盜 Einbruch 持兇器竊盜 Diebstahl mit Waffen

闖入盜は單に物の横奪に對する特殊の裝置と抵抗とを排除するの故を以て重き刑を受くるに値ひするのみに止まらず、一船人民は其の行爲か往々にして流血の慘事を導くことあるの故を以て特に之を畏怖するなり。然り而して竊盜か自己に對する他人の抗拒を克服せんか爲に當初より兇器又は其の他の道具、手段を以て裝備を爲す場合にあつては如上の危険が一層大なるものあるは素より言を俟たず。若し夫れ闖入盜若は持兇器竊盜か夜間の所犯に係るに於ては其の危険か恐怖に値ひするものある程増大するに至るものなることは現今日常の經驗の示す所の如きなり。されは本草案はかくの如き竊盜の所犯の公安上最も危険なる方法を特に擧示し、原則として之を罰するに懲役を以てしたり。

闖入に對する保護は物の性質上闖入 einbrechen 又は其の他侵入 eindringen することを得へきすへの場屋にして、竊盜か他人の抗拒に際會することあるへきものに及はざるへからず。現行法か闖入盜を建造物又は通説たる見解に依れば常に地上 Erdoberfläche の一部を指稱するものと爲す圍牆を廻らしたる場屋よりする物の盜取に制限し、船舶は潜入に依る夜間盜に對してのみ保護するに止め、其の然る場合にあつても當該の船舶か人の居住し得るものなる場合に限りて特別なる保護を與ふることとせるは實質上是認するを得へからざる所に屬す（現行刑法典第二百四十三條第二號、第三號、第七號參照）。惟ふに住

居内への闖入は當該の住居か建造物内にありたるにせよ、船舶若は家族車内に在りたるにせよ全然同様の危険を包藏するものにして、犯人か田舎に在る穀倉に侵入したるや、陸岸に繋留せる人の居住せざる荷物船に侵入したるやは其の有罪性の上に何等の意義をも有するものにあらず。其の犯罪的勢力や番人と遭遇するの危険は此の二の場合を通して相同しきものあるを以てなり。されは本草案は建造物、住居及び各種の事務室、船舶並に其の他の圍牆を廻らしたる場屋を全然一樣に保護し、船舶については其の人の居住に適せざる場合にあつても尙ほ且然るものとす。然り而して「船舶又は其の他の圍牆を廻したる場屋」を并記することに依つて現行法に於けると異りて圍牆を廻らしたる場屋は地上の一部たることを必要とせざるものなるの主旨を表明するものにして、例へは鐵道の貨車内に侵入したる者も亦此の刑罰の適用を受くるなり。然り而して本草案は鐵道竊盜を自體を以て禁錮を以て處罰するに止まるものなるか故に、本草案にとつては右述へたる所の如き方針は重大なる意義を有する次第なりとす。而して犯罪的動作は犯人か「闖入、踰越、潜入し又は合鍵、開錠器若は其の他適法なる開披の爲に特定したるにあらざる器具を以てして侵入し、又は場屋内に潜伏し」たるの點に存す。現行法（現行刑法典第二百四十三條第七號）の如く犯人か夜間竊盜を爲したる場合に限り潜入を加重原因として處遇すへき實質上の理由は之を存することなしとす。

持兇器竊盜も亦闖入盜と同様に處罰するを要す（第二項）。今刑罰加重の根本原則に依れば竊盜の兇器

の所持は窃盜か自己に對して向けらるることあるべき抗拒を克服せんか爲に兇器を携帯したる場合に限り加重原因として算入することを得べきなり。されは現行法（現行刑法典第二百四十三條第五號參照）の通説たる見解や豫備草案（理由書第七百四十一頁）の提案する所と異りて刑法委員會の決議（第三百五十六條第五號）及び一九一九年の草案と一致して「人の抗拒を克服する爲に」兇器を携帯したる場合に加重犯罪事實を制限したり。尙ほ本草案は「其の他の道具及び手段」を兇器と同視す。而して數人の窃盜の共犯中の一人のみ兇器、道具又は手段を以て裝備を爲したるときは、かくの如き裝備を爲さざる他の窃盜に對しても加重刑を科せざるべからず。蓋しかくの如き裝備を爲さざる窃盜と雖裝備したる同僚の保護を信頼して窃盜を爲し、かくの如くにして發覺の場合につき其の僚友の武力的干渉を求むるものなるを以てなり。此の點に關する疑問を一掃せんか爲「自己若し共犯に於て」と云ふ字句を以てして如上の主旨を明確にしたり。而して裝備せざる窃盜は常人か其の同僚の裝備せるの事實を知れりしか、又は少くとも之を豫期したりし場合に限り未遂に關する一般原則に従つて加重刑を科せらるるものとす。

闖入盜及び持兇器窃盜の刑は五年以下の懲役に於て、其の減輕事情を具備する場合には第七十三條及び第七十四條に従つて三箇月を下らざる禁錮を科す。行爲か夜間の所犯に係るときは十年以下の懲役とし、減輕事情を具備する場合には三箇月を下らざる禁錮とし、即ち重窃盜に對する現行法の刑を言渡すべきなり。行爲は其の實行の一部を夜間に於てしたる場合にあつても尙ほ行爲は夜間の所犯に係るものとし、從

つて犯人か書間潛入を爲したるも夜間に至つて初めて物を横奪したるとき、又は夜間に開始したる闖入か翌朝に至つて初めて既遂に達したるときにあつても重き罰則を適用するを要するなり。

第三百三十一條

營業的窃盜 Gewerlmässiger Diebstahl

窃盜は特に屢々營業的に行はるる輕罪の一なり。されは苟も營業的犯罪の撲滅を以て目的とする刑法は特に此の點に干渉を爲さざるべからず。營業的なる拘摸、旅館窃盜、鐵道窃盜、闖入盜及び類似の種類に對する特別な規定を必要なりとするの聲は既に早くより喧しきものありたりし所なるか、其の理由あること今日に於けるより其たしきはなし。而して本草案か總論篇中に於て常習的犯罪に對して規定を爲したりし所は（第五十九條、第七十八條參照）營業的窃盜を取締らんか爲には未だ以て充分なりと爲す能はず。蓋し是等の規定は畢遂するに有罪行爲の常習的所犯と云ふことを豫期するものにして、其の然るか故に余りに甚たしく同種の犯罪行爲の反覆的所犯ありたる場合丈けに刑の加重の可能を制限するに過ぐるものなれども、右に述べたる所の如き專門犯罪、社會公共にとつて意味する多大なる危險は尙ほ未だ第五十九條、第七十八條の要求する所の如き懲役又は其の他の二以上の重き自由刑を科せられたることなき營業的窃盜に對しても重き刑を科することを必要ならしむるなり。かくの如き理由に基きて本草案は従前

の諸草案に於けると同様營業的窃盜を罰するに特に重き刑を以てしたるか、常習的窃盜に對しては加重刑を及ぼすことなし。惟ふに何人かか同時に窃盜に依つて自己に収入の源泉を致すの意圖を有することなくして只反覆的所犯に依つて生したる傾向に基き益々繰返して窃盜を爲すと云ふか如きは殆どあり得へからざる所に屬す。同時に營業的窃盜と相并んで團體窃盜 *Bandendiebstahl* を特に擧ぐることも無用なりと認む。若し窃盜の永續的所犯の爲に團結したる多數人が共同して實行行爲を爲したりとせば常に營業的に行爲を爲したるものと謂ふべく、即ち自己に収入の源泉を開くの意圖に於て行爲を爲したるものとすへし。加之窃盜の永續的所犯の爲にする團體の形成はそれ自體として既に第九十八條の規定の處罰する所かりとす。營業性の典型的表現は累犯にして、即ち現行法上の累犯窃盜 *Rückfallsdiebstahl* (第二百四十四條、第二百四十五條) は多くの場合に於て將來は營業的窃盜の見地の下に之を處罰することを得へかるへし。其の累犯たるに拘らず犯人か自己に収入の源泉を開かんことを欲したるものとの推定を是認せしむることを得へからざるの故を以て營業的窃盜の見地の下に處罰を爲すことを得へからざるときは、第三十二條乃至第三十三條の規定を以て充分なりとすへし。然も犯人か累犯窃盜の形式的條件を具備し乍ら之に對して營業的行爲の非難を爲すことを得へからざる場合に於ては現行法の懲役の處則は特に苛酷たるものとして感ぜらるるなり。

營業的所犯はすへての窃盜に對する加重原因たり、特に其の判斷すへき窃盜に依つて差等を設けて最大限に於て五年以上十五年以下の懲役とし、減輕事情を具備する場合には三箇月を下らざる禁錮とす。而して本草案は此の場合に集合犯罪の規定を設くることなくして、判決の言渡あるまでの間に犯人の犯したるすへての窃盜罪か訴訟手續の客體たることなかりし場合に於ても第三十三條に基く刑の言渡を以てして是等すへての犯罪の贖罪を了せしむることとなさざるなり。

第三百三十二條

強盜的窃盜 *Raubrischer Diebstahl*

現行法は強盜的窃盜を強盜に關する章中に於て規律したるか(現行刑法典第二百五十二條)事實上此の犯罪行爲は強盜の如く窃盜と強要との二の犯罪事實より或れる獨立の犯罪たるものにあらずして、寧ろ強要と云ふ犯罪事實の標識に對しては既に犯したる窃盜の評価を爲すに當つて刑の加重原因としての意義のみの歸屬するを見るに止まるものなり。従つて本草案は既に述べたる所の如き加重犯罪事實と相牽聯して此の規定を窃盜の章中に置くこととしたり。

窃盜の從犯逃走中なる正犯との間に了解を存することなくして正犯をして其の盜取したる物件を保持せしめんか爲に強奪手段 *Raubmittel* を行使したるときは強盜的窃盜の正犯となるに至るものと爲すこと既に現行法につき多くの學者の主張する所の見解たりしか、本草案は暴力其の他を行使したる者か「他

人」をして物を保持せしめんことを目的としたるときは以て充分たるものと宣言することに依つて如上の解釋に従へり。ここに他人と稱するは窃盜を實行したる者又は其の他之に加功したる者を指稱するものとす。其の外本草案は暴力其の他の行為地に於て使用せられたることを必要とせず、寧ろ追究に際して窃盜か之を爲したるを以て足れりとするものなること、及び暴刀の使用か其の功を收めたるや否や、即ち犯人か自己又は他人に物を保持することを得たりしや否やは問ふ所にあらざるものなることの點に於ては改正を加ふることなく舊來の儘に放置したり。

自己又は他人をして處罰を免れしめんとするの努力は之を自己又は他人に物を保持するの意圖と同視したり。蓋しかくの如き動機に基きて犯したる侵害は同様に於て危険にして且同様に頻繁なるものあるを以てなり。従つて本草案も亦之を默看過すること能はざりし次第なりとす。

刑は現行法と一致して強盜について規定したる刑と同一なり。特に重き場合及び死亡の結果についても特別に加重刑を規定したり。

第三百三十三條

横領 Unterschlagung

現行刑法典(第二百四十六條)は何人かか自己の占有若は保管中なる他人の動産を領得したる場合を横

領として表示し、當該の物か犯人に委託せられたりし場合に加重刑を以て之を處罰したりしか、一九二五年の草案(第三百條、第三百一條)はオーストリー刑法(一八五二年のオーストリー刑法典第八十三條一九一二年の草案第三百四十條)に倚據して獨逸刑法典第二百四十六條に於て刑の加重の點に於て特に顯著ならしめたる區別を一層明確に貫徹せんことを試み、自己の委託を受けたる物の横領を「背任的横領」Veruntreuung として第三百條に於て規律し、其の外第三三一條に於て「横領」Unterschlagung として表題の下に一個の規定を設けて物か犯人に委託せらるることなく、寧ろ他の方法に於て、例へば拾得、自然力、又は錯誤に依つて犯人の保管に歸したる場合に關する規律を爲し、其の際第三百條の規定は當該の物件か他物性 Fremdeleit の要件を存することなき場合にも其の適用を及ぼすものとするの提案を爲したり(一九二五年の草案第三百條第二項)。

本草案にあつては横領をかくの如き二の異なる犯罪事實に分別するの方針を踏襲することなし。惟ふにかくの如き規律方針に反對する者は之に依つて法律状態の構成を複雑不得要領ならしむと非難す。況や背任的横領の犯罪の外に尙ほ背任罪(第三百四十八條)の犯罪を存續せしむるに於てをや。若し夫れ其の信任關係の侵害より生ずる處罰の必要の大なるに對しては刑の量定を爲すに當つて充分斟酌を爲すことを得べきなり。

之に反し本草案は規定を擴張して何人かか自己自身の物にして自己自身の保管に委託せられたる所なる

も經濟上自己自身に屬することなく寧ろ他人に屬する物を領得したる場合をも囊括するの方針を踏襲したりしも、横領の規律を爲すに當つて此の問題を規律することを爲さずして第三百四十八條第二項中に於て背任罪 *Untreue* と相牽聯して是か規律を爲すこととしたり。

本草案に依れば横領の犯罪事實には物を領得することに依つて不法に自己又は第三者を利得せしむるの意圖を必要とすること窃盜の場合に於けるか如きものあること既に述べたる所の如し。而して其の窃盜との相違は現行法に於けると同様他人の保管を侵害して物を取得するにあらずして、寧ろ既に犯人自身の保管中に係るか又は何人の保管中にも屬せざる物を取得するの點に存するなり。本草案は以上の二の場合を概括して如上の犯罪事實を表明するに「當人の保管中なるに在らざる」 *die sich nicht im Gewahrsam eines anderen befindet* 云ふ字句を以てしたり。されは何人かか利得の意圖に於て *in Bereicherungsabsicht* 遺失物又は死者の携帶品を領得したる場合にも横領の規定の適用あるものなりとなす。

刑罰としては上に述べたる所の如き考慮に應じて委託物の横領についての刑を現行法より繼受したりしか、其の特に重き場合に對しては従前の諸草案との因縁を以て五年以下の懲役を規定したり。惟ふに禁錮の刑は重き背任的横領、例へは重大なる信用濫用に關するるとき、特に巨額の價値、又は慈善の目的の爲に若は公共の利用の爲に蒐集したる金子又は被後見人の金錢 *Mündelgelder* を横領したるときには以て充分なる贖罪たらしむるに足らざるを多しとすべく、他人の有價證券の保管の際に於ける商人の義務に關

する法律第十一條の規定の如きは極めて狹隘なる制限内に於て救済を爲すことを得るに止まるべきを以てなり。

現行法に於けるか如く未遂も有罪たるべきものとしたり。

第三百三十四條

不當の領得 *Unberechtigter Aneignung*

本條の規定は既に上に述べたる所の如き考慮に基くものにして（本章の緒論参照）窃盜及び横領の場合にあつては利得の意圖を犯罪事實の標識と爲したるの故を以て將來窃盜及び横領の犯罪事實より除外せらるべき場合を處罰せんとするものに外ならず。本條の場合にあつては第三百三十七條の場合に於けるとは異りて損害を加ふるの意圖 *Absicht der Schadenszufügung* は犯罪事實には屬せず。當該の物が被害者の保管に屬せりや、犯人の保管に屬せりや、但はまた他人の保管に屬せりやは何等の差別をも來すものにあらず。然り而して物の領得を必要とするか故に、所謂使用窃盜は本條の規定の適用を受くることなきなり。窃盜及び横領の場合に於けるか如く未遂をも處罰することとしたり。

通常の刑は窃盜及び横領の場合に於けるか如く五年以下の禁錮なるか、奪取か極めて特殊なる處罰の必要を設定すべき事情の下に行はるることもあり得べく、此の如き現象は例へは犯人か他人の場屋内に潜入

すること、又は暴力を以て他人の包装を開披することを敢てするに憚らざりし場合に現に見る所たり。而してかくの如き場合及び類似の特に重き場合に對しては五年以下の懲役を科することを得へしとす。

第三百三十五條

家庭内及び親族間の窃盜 Haus- und Familiendiebstahl

本條の規定は現行刑法典第二百四十七條に相當するものなるか、本條の犯罪事實中に窃盜及び横領の輕罪の外に新犯罪事實（第三百三十四條）に應じて不當の領得と云ふことを追加せるは現行法に比較して何等實質上の擴張を意味するものにあらず。本草案は後見人の外に尙ほ保佐人もも擧げ、其の外に家長 Hausherr に対する使丁 Diensthofe の窃盜のみならず、家庭的用人相互間に於ける窃盜竝に家庭的使用人の家長の家族の一人に對する窃盜をも特別に處遇するの主旨を明確にしたなり。

其の特に輕微なる場合に於つては刑を免除することを得へし（第二項）。かくの如くにして判事は云はは刑事訴追を請求したる者の裁量を更正するの權限を與へられたるものと謂ふことを得へく、而して此事は例へは隱居分權利者 Alenteiler（譯者註 Alenteilerは農地の所有者か子又は其他の相続人に農地を引渡すに當つて自己及び其の爲に契約を以て約定する給與にして主として現品の給付たるを多しとす）と其の子との間の係争、同一世帯 Haushalt 内の異なる家内使用人の間に於ける係争の際に重大なる意義を有することなくんはあらざるへし。

現行法（現行刑法典第二百四十七條第二項）に依れば卑屬親に對して犯したる窃盜若は横領又は配偶者に對して犯したる窃盜若は横領は無罪にして、此の規律方針は豫備草案（第二百七十三條第一項）に於つては其の儘之を踏襲し、刑法委員會の草案及び一九一九年の草案に於つては配偶者に關して之を踏襲したりし所なるか、本草案に於つては一九二五年の草案と歩調を一にして全然之を削除することとしたり。勿論是等の場合に於つては極めて密接なる共同生活を存すること多く、従つて問題たる目的物か果して何れの當事者に屬するものなりやを確實に認定することすら不可能なるを稀とせざることを此の二の場合を通して見る所なれども、特に其の配偶者間の争たる場合に於て然りとする所なり。従つて配偶者又は卑屬親に對する窃盜、横領又は不當の領得に基く刑事訴訟手續は其の効果を擧ぐることを能はずして終ること稀なりとせすと雖、然も一面に於ては最も近き親族に對する窃盜、横領及び不當の領得の法域にあつても重き場合を發生せしむることなからず。即ち祖父か後見人として被後見人の財物を窃取し、又は其の財産を横領する場合の如し。若し夫れ事案か刑法上の處罰を爲すに適せざる場合に於つては、特に輕き場合に其の刑を免除することを得るの裁判所の權限（第二項）は其の必要とする刑法運用上の端緒を與ふることなくんはあらざるへし。

被害者の請求ありたる場合に限り行爲を訴追するものとする特典は被害者と右に記載したる所の如き關係に在る正犯若は共犯に對してのみ與へらるる所にして、即ち親屬にあらずして他人の妻に向つて其の夫

の財物を窃盜せしめんか爲に教唆を爲したる者の如きは右の特典に浴することなきなり。然も他面に於ては例へば人の子たる者他人をして自己の父の財物を窃取するの決意をなさしめたるときは、此の子を訴追する爲には父の請求を必要とするも、當の犯人を訴追する爲には請求を必要とすることなし。かくの如き論結は現行法にあつては明示的の規定（第二百四十七條第三項）を以てして確定する所なるか、本草案にあつては隨時犯人の外に共犯をも列擧することに依つて同一の結果を達成したり。現行法は第二百四十七條第三項に於て共犯の外庇護者 *Begünstiger* をも被害者の同意を必要とすへき者として擧げたりしか、本草案にあつては第二百條第三項に於て一般的に此の問題を規律せり。

第三百三十六條

窃得 *Entwendung*

現行法は一九一二年六月十九日の法律以來窃盜及び横領につき特別の處遇を爲すへき場合二個を認めたり。些細なる價額を有するに過ぎざる物體の困窮窃盜 *Nothdiebstahl* 及び困窮横領 *Nothunterschlagung*（現行刑法典第二百四十八條 a）と微量物窃盜 *Mandraub* と是なり。

本草案は此の二の犯罪事實に實質上の改正を加ふることなく其の儘之を踏襲して之を一個の規定に併合したり。然も現行刑法典か第二百四十八條 a の場合を輕罪として處遇し、之に反して微量飲食物窃盜を

違警罪として處遇せるか如き區別を設けたるは是認することを得へからざる所に屬す。蓋し困窮窃盜及び困窮横領は其の犯罪事實の點に於て往々にして犬牙相錯綜せるものあり。加之困窮に基きて行爲を爲したる者の原則として目前の慾望を満足せしむる爲に他人の財産を侵害したる者、りも重く處罰せらるゝを以て常とするか如きは公平を缺くへきを以てなり。而して此の兩者の間に存する區別を拋棄すへしとせば此の二の犯罪事實を輕罪として處罰するの外あるへからず。何れにせよ此の場合は單純なる秩序違反に止まるものにあらざるか故に、之を違警罪中に編入することは本草案の固執する違警罪の觀念と相容れざるものあるへし。而して此の場合は原則として輕微なるを以て常とすれども、犯罪事實が極めて懸念すへき場合に該當することもあり得へく、即ち某々營業の使用人か反覆して微量なる食料品を窃取し、之に依つて結局營業主に多大の損害を被らしめたる場合の如き是にして、かくの如きは其の規定の必然的に概括的な法文を執れるの結果として避くへからざる所に屬するなり。かくの如き行爲に對しては自由刑を缺くことを得へからざるも、然も違警罪については本草案は單に罰金を規定するに止まるなり。

本草案は以上二の犯罪事實を指稱して「窃得」 *Entwendung* と謂ひ、現行法と同しく規定自體中に於て「窃取する」 *stehlen* と云ふ字句に代ふるに「窃得する」 *entwenden* と云ふ文字を使用したり。かくの如くにして形式上既に此の場合か普通の窃盜と幾分異なるものあるを表示し、且此の犯罪事實よりして窃盜と云ふ文字に隨伴する破廉耻なる要素を除去せるの主旨を表明せんとするものなり。然も一面に於て

は其の措辭の上に變更を來したるにも拘らず窃得なる犯罪事實は其の特殊の條件の外にそれ／＼の方向に向つての窃盜、横領又は不當の領得の犯罪事實の標識を具備したる場合に限り之を存するものとせること依然として舊の如きものあり。而して不當の領得の犯罪事實は窃盜の犯罪事實に變更を加へたるに應じて特に之を收容することを必要としたりし所とす。

困窮窃得 *Notentwendung* (第一項)と微量物窃盜 *Mundraub* (第二項)とは第一に行爲の關係する客體に依つて區別せらるゝものにして、困窮窃得の場合にあつては各種の物件を其の客體とすることを得べく、即ち特に金錢も亦其客體たることを得るものなれども、微量物窃盜は食料品若は嗜好品又は家庭經濟上の消費物についてののみ之を犯すことを得るものとす。本草案は此の點につき現行刑法典第三百七十條か「家庭經濟上の消費物」 *Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbruchs* と云ふ字句の前に添加したりし「其の他の」 *andere* と云ふ文字を削除したるの程度に於て現行法と其の趣を異にするものにして、かくの如くにして、本草案は例へば葉卷煙草の如き家庭經濟上の消費物に屬せざる物も亦微量物窃盜の客體たり得るものなるの主旨を明確にしたるなり。困窮窃得の客體たる物は輕微なる價額を有する物ならざるへからずと雖、微量物窃盜は犯人が貴重なる食料品又は嗜好品を窃得したる場合にあつても其の微量を窃得したるに止まる場合にあつては尙ほ之を存するものとす。而して第一項の輕罪の特徴を成すものは犯人の動機にして、犯人は困窮に基きて行爲を爲したることを必要とするも、微量物窃盜の場合にあつては其の

特徴を成すは其の目的にして、窃得か即時の消費の爲に行はれたることを必要とするなり。而して窃得したる物體を以てして親屬の困窮を緩和せんと欲したる者も亦困窮に基きて行爲を爲したるものとすへし。微量物窃盜の場合にあつても現行法に於て既に往々にして認められたる所の如く消費か犯人の親屬に依つて行はるゝこともあり得へし。犯人が自己自身に於て其の物體を消費したるや、はたまた自己の親屬をして之を消費せしめたるやに應じて行爲に異なる判断を下すは正當なるものと認むへからず。従つて本草案は刑法委員會の草案(第四百二十一條第一號)に倚據して「自己又は其の親屬の爲に」と云ふ特別な追加文章を以てして犯人の親屬に依る消費を以てしても本條の犯罪たるに充分なりとするの主旨を明確にしたり(第十條)。

犯罪事實の特別待遇は前に擧げたる所の如き特別な名稱の外にまづ第一に三ヶ月以下の禁錮又は罰金と云ふ輕き刑を定めたるの點に存すれども、尙ほ其の外にも家庭内及び親屬間の窃盜の特典(特に輕微なる場合に於ける刑の免除、被害者の請求ありたる場合に限り訴追を行ふこと等)も一般的に之を供與するなり(第三項、第四項)。最後に窃得は配偶者の一方か他方に對して犯したるとき、又は尊屬親か卑屬親に對して之を犯したる場合にあつては無罪たるものとす(第五項)。通常の窃盜、横領及び不當の領得の場合につきかくの如き規定を維持するに對して存する懸念(前條の理由参照)は此の場合には之を存することなきなり。

窃得は窃盜、横領及び不當の領得に對して特別犯たるものにして、本草案は之に新なる名稱を與へたるの事實と犯罪事實の配置の位置とを以てして此の主旨を表明したるものなり。従つて行爲か窃盜の加重犯罪事實を具備する場合にあつても、そが同時に窃得の犯罪を成すときは常に第三百三十六條に基きてのみ處罰せらるゝものとす。然も特別資格を有する窃盜の場合の危険性は第三百三十六條の輕き處罰とは相容れざるものあるか故にかくの如き場合につき如上の論結を除外せんか爲本草案は第三百二十八條、第三百二十九條、第三百三十條第一項及び第三項、第三百三十三條、第三百三十四條を指示することに依つて持兇器窃盜（第三百三十條第二項）營業的若は強盜的窃盜（第三百三十一條、第三百三十二條）は決して之を窃得として看做すことを得へからざるものなるの主旨を明確にしたり。強盜（第三百三十八條）との關係に於ては窃得は特別犯たるものにあらず。個人に對する暴力を以てして又は身體若は生命に對する即時の危険を加ふべき旨の脅迫を施用して他人の物を横奪したる者は、其の客體か犯人に於て即時に消費せんことを欲したりし些細なる價額の嗜好品若は食料品に關する場合にあつても尙ほ且之を強盜として處罰するを要するなり（第三百三十八條の註を参照すへし）。

窃得の未遂は無罪たること現行法に於けると同し。

第三百三十七條

物の永久的奪取 Dauernde Entziehung von Sachen

此の規定の基礎となる考慮は既に曩に述べたる所の如くにして、之に依れば本條の規定は窃盜、横領及び不法の領得と相近きものあるか如く器物毀棄とも近き關係を有す。時あつてか行爲か物の廢棄にありて従つて器物毀棄の犯罪事實を存するものなりや、或はまた物の永久的奪取にして従つて第三百三十七條の犯罪事實を存するものなりや曖昧なることあり得へし。されは犯罪事實は窃盜、横領及び不當の領得の場合に於けるか如く動産にのみ制限せざることをしたり。

有罪動作は物の永久的奪取の點に存するものとし、後に至つて物を本人に還付するの意圖に於て他人の物を横奪したる者は本條の罰則の適用を受くることなし。かくの如き場合にあつては原則として民法上の損害賠償請求權又は不當利得返還請求權を以てして充分なる補正を與ふることを得へくんはあらざるへし。而して事情に依つては行爲は器物毀棄としても之を處罰することを得へかるべきなり。

其の主觀的の點に於ては犯人は他人の物を永久的に奪取するの故意の外に他人に不利益を被らしむるの意圖を追求するものならざるへからず。即ち犯人のかくの如き意圖か犯人の行爲をして處罰價値を具備せしむるに至るものなり。此の規定の適用は犯人か他人に不利益を被らしむるの意圖の外に同時に他の目的、例へは被害者を嘲弄せんとするの目的を追求したることに依つて除外せらるゝことなきなり。

第二十七章 強盜 Raub 恐喝 Erpressung

強盜及び恐喝なる財産犯罪の特徴を成すものは其の所犯の手段にして、強盜及び恐喝の犯人は二年ら其の犯罪の目的を達成せんか爲に暴力若は脅迫を使用するなり。此の特性は此の二の犯罪事實を以て爾他の財産犯罪と區別する所以にして、同時に此の特性は本草案を以て現行法（現行刑法典第二百四十九條乃至第二百五十六條）に於けると同様強盜と恐喝とを一章中に併合するに至らしめたるものなり。然れども本草案にあつては現行法に於けるとは異りて所謂「強盜的窃盜」 räuberischer Diebstahl（現行刑法典第二百五十二條）を本章中に收むることなく、寧ろ之を窃盜の犯罪事實と併せて第二十六章（第三百三十二條、此の規定の理由を参照すへし）中に收容することゝしたり。

強盜と恐喝とは先づ第一に其の侵害の客體に依つて區別せらるゝものにして、即ち恐喝は財産を自體を目的とし、即ち例へば債務約束又は權利の拋棄を存するの故を以て犠牲者よりして土地の明渡を強制することを得べき場合にあつても尙ほ恐喝の所犯を妨ぐるることなけれども、之に反し強盜は常に物の強奪にして、犯人は被害者の特定の動産を奪取することに依つて被害者の財産に損害を被らしむるなり。加之此の二の犯罪は更に犯人の施用する強制手段 Zwangsmittel の程度に依つて區別せらるゝものとす。即

ち強盜は人身に對する暴力又は身體若は生命に對する即時の危険を加ふべき旨の脅迫を以て其の犠牲者の抗拒を排除するものなれども、恐喝の爲には如何なる暴力を以てしても充分たるものにして、脅迫手段の範圍の如きも亦遙に廣汎たるものなり。此の後なる相違は本章中に於ける以上二の犯罪事實の配列を是認せしむるものたらずんばあらずして、即ち強盜は自由に對する重き侵害として其の先頭に置かるゝなり。

第三百三十八條

強盜 Raub

強盜なる犯罪をして國民の感情にとつて窃盜に比較して特に處罰價值を具備せしむる所以のものは、暴力を以て他人の抗拒を打破するの點に在り。犯人か自己の企圖を貫徹する爲の手段として使用する人身に對する加害の點に在り。此の手段を表示するに現行法（現行刑法典第二百四十九條）は「人身に對する暴力又は身體若は生命に對する現在の危険を加ふべき旨の脅迫の施用」と云ふ字句を以てしたるか、此の法文は一般的に理解し易く且法律の適用上に其の成績を擧げたるものなるか故に、本草案は此の法文に若干の用語上の變更を加へて其の儘之を存置することゝしたり。催眠術、痲醉劑若は痲痺劑を以てして他人の意識を喪失せしめ、又は之をして抗拒不能ならしめたる者も亦暴力を施用したる者とす（第九條第六號）。物に對する暴力は未だ以て強盜たるに足らずして、例へば物を奪取せんか爲に戸を破壊したる者は以て

闖入盗と爲すへきも未だ以て強盗と爲す能はざるなり。

犯人の達成せんとする目的は自己又は——本草案か窃盗及び横領の定義に應じて現行法上の係争問題を決定せんか爲に追加したる所の如く——第三者を物の領得に依つて不法に利得せんか爲に他人の動産を奪取するに在り。奪取の最も簡單なる場合は犯人か被強奪者の物を横奪したるときに之を存し、此の場合にあつては強盗の犯罪事實は窃盗の犯罪事實を包括するものなれども、本草案に單純に窃盗の觀念を指示することなく、反覆して其の是か特徴を示す標識を指示するなり。之に依つて此の標識は犯罪事實の範圍内に於て獨立の意義を有するに至りたり。即ち暴力を以てする物の奪取は犯人か暴力を施用することなくして之を犯したるならんには通常の窃盗として罰すへからずして、寧ろ窃得若は山林窃盗乃至は田野窃盗として罰すへかりし場合にあつても常に強盗なり。現行法は強盗の觀念を暴力を以てする物の横奪に制限し、犯人か人身に對する暴力又は身體若は生命に對する現在の危険を加ふへき旨の脅迫を以てして他人をして物を交付するに至らしめたることに依つて他人の動産を奪取したるときは、之を以て恐喝たるものなりとせり。之に反し本草案は従前の諸草案と其の歩調を一にしてかくの如き場合をも強盗として處遇し、其の然るか故に「横奪」 Wegnehmen の外に強制的取得 abzüßigen を併記したり。勿論横奪と交付の強制とは觀念上嚴密に區別することを得るものなれども、實生活上に於ては此の二の場合に其の區別極めて曖昧にして、一般人民は他人を斃して然る後其の財布を横奪したる者と他人に短銃を突きつけて金錢を交付

せんことを強制したる者との間に區別を設くることなく、何れも等しく強盗なりとなす。然り而して現行法も亦或る意味に於て此の事實を承認するものにして、此の後なる場合に於ては犯人を「強盗と同様に」 Gleich einem Räuber 處罰せんことを欲したり（現行刑法典第二百五十五條）。然れども物の強制的取得は犯人か物の交付を強制せんことを欲したりし場合に限り強盗たるものにして、身體若は生命に對する現在の危険を加ふへき旨の脅迫を以てして他人を強制して債務證書を燒棄せしめ、又は手形に署名せしめたる者は本草案上にあつても強盗の故を以て處罰を爲すへからずして寧ろ恐喝に基きて之を處罰すへきものなり。而して横奪と強制的取得とか暴力の施用と一致し、暴力の施用か既に横奪若は強制的取得の一部たることあり得へく、此の如き場合にあつては特に重大なる意義を有するは犯人の故意たるへし。之に依れば所謂強盜殺人 Raubmord の場合に犯人か當初より其の犠牲者の物を横奪せんことを期し、此の目的の爲に殺人を爲したるときは殺人の外に強盜を存する次第なれども、之に反し犯人か當初殺人を犯し、次いで新なる故意に基きて事後に至つて被殺者を掠奪すへき有利の機會を利用したるときは殺人に基く刑の言渡の外に横領に基く刑の言渡を爲すを要すへきなり。

強盜は十五年以下の懲役を以て處罰するを要するものなれども、減輕事情を具備する場合には三ヶ月を下らざる禁錮を科することを許す（第七十四條、第七十三條）。特に重き場合にあつては刑は五年を下らざる懲役とす。之に依つて現行刑法典第二百五十條第一號乃至第四號の加重刑（持兇器強盜、團體強盜、

街路強盜及び海賊、夜間強盜)と現行刑法典第二百五十一條の強盜人を拷責し、又は暴力を以てして重き傷害を惹起したる場合の特別犯罪事實を無用とするに至りたり。而して累犯強盜に對する特別なる罰則(現行刑法典第二百五十條第五號)は常時犯罪人に關する一般的規定(第七十八條)に依つて補充せらるゝなり。之に反し他の犯罪事實の場合に於けると同様特に重き場合の外行爲か被害者の死亡の結果を有したりし場合は特に之を規定したり。かくの如き重き結果は此の場合に特に重き刑を科することを必要ならしむるものにして、本草案は現行法(現行刑法典第二百五十一條)の如く此の重き刑を定めて十年を下らざる懲役又は終身間の懲役と爲したれども、然も此の場合に減輕事情を認むること(三年以上十五年以下の懲役)を根本的に排斥する次第にはあらざるなり。死亡は必ずしも直接暴力の施用に依つて招來せられたることを必要とするものにあらず。例へば被害者か其の受けたる興奮の結果として死亡したるか如き場合にあつても尙ほ加重犯罪事實を存するなり。然れども本草案上に於けるすへての結果犯に於けると同様犯人か少くとも被害者の死亡の可能性を豫見し得たりしことは必要なりとす(第二十一條)。

第三百三十九條

恐喝 Erpressung

現行法第二百五十三條に於て恐喝に關して爲したる規律は特に甚たしく非難攻撃の標的となりたる所な

りしか、然も成文法と一般の法律意識との軋轢は此の規定につきて特に痛切に感知せられたる所と謂はざるへからず。蓋し恐喝の犯人は不名譽の行爲を爲したるものなるの刻印を押捺せらるゝ次第なるを以てなり。従つて刑法全般の改正に先つて現在の状態の缺點を除去せんとするの試圖を存せざるにあらざりしか(註一)、此の試圖は從來未だ以て其の效を收むることなくして止みたり。事實上恐喝の場合にあつては處罰價值ある行爲と處罰價值を有せざる行爲との間に限界を劃すること爾他の場合に於けるよりも遙に困難なるものあり。従つて豫備草案(第二百七十五條)や刑法委員會の草案(第三百六十五條)の如きも此の點につき著しく互に異なる提案に到達したりしなり。

〔註一〕 刑法典改正に關する諸法律案及び刑法典改正に關する法律案の審議についての第七委員會報告参照。

恐喝に關する現今の規律に對しては特に二の反對論の唱へらるるを見る。即ち現今の規律か恐喝者に依つて強要せられたる被害者の態度か被害者又は第三者にとつて不利益たることを必要とするの主旨を表明せざるは謬れりと爲すもの其の一なり。かくの如き規律は恐喝の手段の範圍を擴張すること廣きに過くと爲すもの其の二なり。

其の第一の非難を斟酌せんか爲には本草案は明示的に被害者か「被害者若は他人の財産にとつて不利益なる」行爲、忍容又は不作爲を指定せられたるものなることを必要としたり。かくの如き不利益なる影響

は被害者の行爲後に於ける全體としての財産状態か行爲前に比較して不利となりたる場合に之を存するものにして、即ち積極財産か減少し又は消極財産か増大したる場合にのみ限らず、例へば何人か他人を強制して其の相續權を抛棄せしめたる場合にも見る所なり。之に反し他人を強要して自己に對して相當なる價額を以て物を賣却せしめたる者は強要の故を以て處罰することを得へけれども、恐喝の罪を犯したるものにはあらず。然り而して本草案の法文に依れば財産上の不利益の發生は犯罪事實に屬するものなるか故に、現行法に於けるとは異りて被害者又は他人にとつてのかくの如き不利益か發生したるときに初めて恐喝は既遂に達するものなりとす。之に反し恐喝者か所期の利得を獲得したりしことは此の犯罪の既遂の爲に必要なものにあらずること現行法に於けるか如きなり。

現行刑法典第二百五十三條の恐喝の手段として表示せるは暴力と脅迫となり。惟ふに暴力（本草案第九條第六號）の行使か恐喝の手段として常に有罪とすることを必要とするものなることは一般の學者の承認する所なれども、暴力以外に如何なる程度の脅迫を必要とするものなりやの問題に至つて初めて困難を生ずるなり。本草案は此の點については若し絶對的に満足なる解決を來すことを得へからずんば犯罪事實を構成すること廣きに過ぐるよりも寧ろ狭きに失するを以て優れりと爲すの見解を奉ずるものにして、從つて如何なる脅迫を以てしても恐喝の成立に足れりとする現行法及び豫備草案の規律方針を墨守すること能はざりしなり。即ち解約申入を以て脅迫を爲したる賃借人か之に依つて賃借料の不當なる減額を達成せん

ことを欲したる場合にあつても恐喝に基きて之を處罰することを得へからず。また賣渡人に於て恐らくは理由なき自己の瑕疵の通告を承認せざるに於ては自己は賣渡人と絶交すへき旨を以て脅迫を爲したる者の如きも恐喝を犯したるものにあらず。然もかくの如き場合や、之に類似の場合か「暴力又は其の他の違法の態度を以てする脅迫又は公正なる取引の習慣と相容れざる脅迫を以て」と云ふ刑法委員會の草案の法文上無罪たるへきものなりや否やは少くも疑を容るるの餘地ありとすへく、刑法委員會の提案に對しては違法の態度とか公正なる取引の習慣とか云ふ觀念は餘りに曖昧不定にして、其の經濟生活に及ぼす意義の重大なるものあるの事實に顧み爲し得る限り明確精密に限定することを必要とする犯罪事實中に甚たしき不安定を加味するに至るものと非難する者あり。脅迫と云ふ恐喝の手段を概括的なる字句を以て定義せんとせる法文に對してもすへて是と類似の非難を加ふることを得へし。されば本草案は一九一八年のスイキス刑法草案第三百三十三條の先蹤に倣ひて有罪脅迫を確定的に列擧することとしたり。即ち其の恐喝たることを得るは「危険なる脅迫」 *gefährliche Drohung* 即ち暴力、重罪若は輕罪、告發を以てする脅迫、又は聲望を傷くるに適したる事實を摘發すへき旨を以てする脅迫に限り、其の脅迫ありたる禍害か被害者自身に關すると、はたまた他人に關することを問はざるなり（本草案第九條第七號）。而して告發又は聲望を傷くへき事實の披露を爲すへき旨を以てする脅迫に依る強要の場合にあつては強要の目的として記載せらるる所のものは被強要者か強要者の善良の風俗に反する強求に従ふを要することなれども（第二百八十條）

恐喝の場合にあつてはかくの如き要件は必要ならず。一般的に故意に因り他人の財産に不利益を加へたることと不法に利得するの意圖を必要としたることに依つて補充せらるる所あるなり。而して經濟上の不利益を加ふべき旨の脅迫は未だ以て恐喝に基く處罰の爲には充分たる能はざるなり。

本草案に依れば恐喝の犯罪事實は犯人か他人の財産に不利益なる影響を及ぼすの點に於て詐欺の犯罪事實と一致するものなれども、現行法に依るも既に此の二の犯罪事實は犯人の達成せんことを期する目的の點に於て更に一致する所あるものなり。本草案は現今判例上通説たる見解に従つて之を規定して犯人は「自己又は他人を不法に利得せしむるの意圖に於て」行為を爲したることを必要とするものとしたり。惟ふに苟も利得の事實あらんには以て恐喝の刑を科するに充分たるものと爲すか如きは餘りに過ぎたるものと爲すべく、支拂につき難色ある債務者に向つて若し債務の辨濟を爲さざるに於ては告訴すべき旨を以て脅迫を爲したる者は恐喝者にあらず。また恐喝に基く處罰は其の達成せんとしたる財産上の利益か法律に違反したるや否や、即ち法律の禁止する所に係るや否やに依つて左右せらるるものにもあらざるなり。今犯罪事實を構成して財産上の利益それ自體か法律の禁止する所たるを要するものと爲さんとするに於ては、犯罪事實を過當に制限することとなるへし。蓋し此の種の場合には極めて稀なるものあるを以てなり。然り而して本草案は利得者か何等法律上の理由ある請求權を有するにあらざる利得を以て不法たるものと看做す。學者或は辯護する者多かりし所の如く財産上の利益か不法なりや否やの問題を決定する上につき

該財産上の利益か法律に違反する方法に於て達成せらるるものなりや否やを斟酌せんことを欲するに於ては懸念すべき不明瞭を來すに至るべく、其の然るに於ては犯罪事實の標識は或る程度まで有罪なる犯罪事實それ自體の存在を條件とすることとなるべきなり。

若し夫れ労働闘争の方面に於ては本草案の如き法文を以てするに於ては恐喝に基く刑罰か國民の感情と相容れざる適用を受くるか如き弊害を除外することを得へし。抑も現行法の支配の下にあつて有利なる労働條件及び賃銀條件を得んか爲に威嚇したる労働の抛棄を恐喝として看做すべきや否やの問題は、法律か其の威嚇ありたる行為の違法なりや、適法なりや、はたまた法律上重要ならざるやに頓着なく苟も威嚇者の意思と勢力とを以てして其の實現を左右することを得へきあらゆる種類の脅迫を以てして尙ほ恐喝の手段たるに充分たるものと爲すの點よりして發生したりしなり。本草案はかくの如き法律の適用の根據を除き去ることとし、恐喝の手段を暴力と「危険なる脅迫」とに限り、而して危険なる脅迫の觀念は第九條第七號中に於て暴力、重罪若は輕罪、告發又は被害者若は他人の聲望を傷くべき事實の摘發を以てする脅迫のみを包括するものと定義せるの外、恐喝か自己又は他人を不法に利得せしむるの犯人の意圖を條件とするものなるの事情も亦原則として恐喝に關する規定を労働闘争に適用するを妨ぐるを常とすべく、自己の労働に對して自己の見て以て相當なりとする賃銀を要求するは右に述べたる所の如く不法に利得するの意圖に於て行為を爲すものと謂ふへからざるへし。

本草案の如く恐喝の規定の適用範圍を狹隘に限定するに於ては行爲を處罰するに一ヶ月以上五年以下の禁錮を以てするを是認せしむるものと謂はざるべからず。其の減輕事情を斟酌するを許せるとかくの如き事情を存する場合に於ける刑とは第七十三條及び第七十四條よりして自ら推知せらるる所とす。而して未遂の有罪性を存置するを要するものなることは疑を容るるの餘地なく、また特に重き場合に對しては十年以下の懲役を規定したり。之に依つて現行刑法典第二百五十四條（殺人、放火、若は溢水の惹起を以てする脅迫）及び第二百五十五條（強盜的恐喝）の特別加重規定を無用とするに至りたり。特に此の後なる規定か強盜の犯罪事實の擴張の外に尙ほ問題たるの程度に於て然りとす。

第二十八章 暴行 *Wucher*

一八八〇年五月二十四日の暴利に關する法律並に一八九三年六月十九日の改正法か第三百二條、乃至第三百二條。として現行刑法典中に挿入したる規定は其の根本精神に於て他人の經濟上の弱點を搾取して其の費用に於て自ら利得せんとする者を對象とするものにして、従つて是等の規定は特定人か暴利者の犠牲となりたることを條件とするものなるか、暴利の刑法上の觀念に對して此の點より生ずる明確なる限界は戰爭中並に戰後の時代に至つて消滅に歸し、國民の用語上個人の經濟上の弱點の搾取にあらずして、

社會全班的經濟上の窮境を利用する行爲をも暴利として指稱するに至り、次いで法律上の用語に於ても（暴利裁判所 *Wuchergericht*）此の事行はれ、此の種の暴利を取締る爲新に刑罰法規を制定したるか、此の規定は其の範圍と其の影響の及ぶ所との點に於て遙に刑法典の暴利に關する規定を凌駕するに至れり。是等の規定は究極する所専ら一九二三年七月十三日の物價鈞上取締令に概括せらるる所なるか、何れも特殊の經濟上の狀況に其の理由を有するものにして、かくの如き經濟上の狀況の變局の存續する間のみにつき制定せられたる所に係り、經濟上の取引に於て大體平時の狀態の回復したるを見るや物價鈞上取締令の廢止に關する法律及び是と相牽聯せる一九二六年七月十九日の命令に依つて再び廢止せられたりしを以て、此の規定の全部若は一部を普通刑法典中に編入するの件も問題たる能はずして止みたり。

ここに於てか本草案は現行法に於けると同様暴利に對する其の規定を個人の窮境の搾取にのみ及はしむるも、然も此の規定を構成するに當つては戰時及び戰後の時期に於ける經驗に無頓着なる能はず。惟ふに價格暴利の形式に於てする暴利的搾取の傾向が往々にして伴ふ無良心と憚る所を知らざる利己心とは暴利者をして一般の法律的感情上最も呪はしき犯罪行爲として認めしむる所以たり。此の法律的感情は物價鈞上に對する峻烈なる罰則中に表明せらるるものにして、個人の窮境の暴利的搾取に對する規定については閉却することを得べからざる所に屬す。且又かくの如き搾取の危険は亦著しく増大したり。蓋し國民の大多數は戰爭か不幸なる終局を告げたるの結果として極めて窮迫せる状態にあるを以てなり。かくの如くに

して立法者にとつては個人の暴利をも從來よりも一層峻烈に取締るの義務を生したる次第なりと謂ふべく、而して此の義務は犯罪事實を擴張し、並に特に罰則を著しく加重することに依つて行はれたる所なりとす。

現行法は他人の窮境、輕卒又は無經驗か搾取せらるる場合に保護に値ひする經濟上の弱點を存するものとしたりしか、此の制限は二の點に於て狹隘に失するものとす。即ち暴利的取引の締結は暴利の被害者か窮境に在ることなく、暴利的信用を要求することを餘儀なくせしめらるる他の種類の強制状態にあること、例へば暴利の被害者か充分なる資力を有するも窮迫なる需要を存するに當つて之を現金に換ふること能はさるときにあつても尙ほ處罰の價値を存するものなり。されば本草案は金錢暴利 Geldwucher について、はたまた物件暴利 Sachwucher についてもオーストリー刑法に倚據して（一九一四年十月十二日の勅令第二條、第四條）他人の強制状態の搾取を以て他人の窮境の搾取を補充することとしたり。其の外刑を科するの必要は暴利の被害者の經濟上の弱點か其の判断力の缺乏に基けるとき、即ち被害者か合理的の動機に従つて行爲を爲すの能力を著しく缺きたりし場合にあつても尙ほ之を存するものとす。されば本草案は實質上現行オーストリー刑法に倚據して（前に引用したる規定を参照すへし）自己か暴利を得る爲に他人の判断力の缺乏を搾取するを他人の強制状態、輕卒又は無經驗の搾取と同視したり。

本草案か刑罰を峻嚴にせるは現行刑法典か營業的暴利犯人を處罰するに禁錮を以てするに止まるに反

し、本草案は原則として懲役を以て之を處罰するの點に存するものにして、之に依つて現行刑法典第三百二條 b の特別加重は無用に歸することとなりたり。然り而して暴利犯罪につきて特に重大なる意義を有するは本草案第三十八條に依り射利心に基く重罪及び輕罪の場合にあつては、自由刑に併科して十萬金馬克以下の罰金を科するを得るものなること、並に第七十條に依る罰金は原則として犯人か行爲よりして收めたる利益を超過すべく、此の目的の爲には罰金の法定制限をも超ゆることを得るものなることなりとす。

暴利に對する規定（第三百四十條、第三百四十一條）の外本章は尙ほ之に類似の犯罪たる未成年者を誘惑して債務を負擔せしむるの罪（第三百四十二條）をも收む。

各個の規定につき注意すへきもの左の如し。

第三百四十條

金錢暴利 Geldwucher

本條第一項の犯罪事實は現行刑法典第三百二條 a に相當するものなり。抑も金錢暴利を物件暴利より區別する所以の主たる標識は金錢の需要の満足又は金錢債權の延期に供せらるへき給付に對する暴利的利益を得るの點に在り。金錢の需要か金錢の交付に依つて満足せしめらるるものなりや、はたまた其の他の

方法に於て、例へは換價の目的を以て動産若は不動産を交付することに依つて満足せしめらるべきものなりやは、現行法に於けると同様問ふ所にあらず。只標準となるは被搾取者か迂路を経由するも尙ほ金錢を調達せんことを重要視するの點にあり。本條の法文は現行法に比較して遙に簡單にして、消費貸借は實際上最も重要な場合として例示的に記載したるに外ならざるなり。

暴利的信用取引の場合に特に危険性を有するは仲介人なること往々にして見る所にして、かくの如き仲介人か陋劣なる利得の爲に關係者を引合せ、之をして暴利的法律行爲を歸結せしむるに至る動力たること稀ならざるなり。而して仲介に對する報酬か給付と顯著なる不釣合の關係に在る限りは仲介人も暴利の刑を受くるに値ひするものと云はざるへからずして、其の然るか故に消費貸借の提供の外に消費貸借の仲介をも例として特に之を擧示することとしたり。同様に於て金錢債權の延期の場合につきかくの如き延期の仲介を明示的に掲載し置くことを必要と認む。

所謂將來の暴利 *Zachwucher* (本條第二項) に對する規定は暴利的債權の暴利的債權たる性質を知らずして之を取得し、其の暴利的債權たることを知るに及んで之を換價せんことを試みたる者をも處罰することとせるの點に於て實質上現行法(現行刑法典第三百二條。)と區別せらるるものなり。此の規律は豫備草案の提案(第三百二條第二段)に由來するものにして、只豫備草案は此の場合につき比較的輕き刑を規定するに止まれるか、本草案にあつては其の刑の範圍を廣汎ならしめたるの結果として處罰の

點に於けるかくの如き區別を不必要と思惟したるなり。

金錢暴利の刑は現今の所にては六ヶ月以下の禁錮及び罰金なれども本草案にあつては之を五年以下の禁錮に加重し、其の減輕事情を存する場合には第七十三條及び第七十四條に依り罰金のみを言渡すことを得るものとしたり。

本條第三項は營業的暴利を罰するに十年以下の懲役を以てし、従つて現行法(第三百二條d)に於て此の種の暴利に對する適當の刑たる禁錮は單に減輕事情を具備する場合に限り問題たるものとなりたり。本草案中其の他の場合に然るか如く現行法と同様常習的所犯を營業的所犯と同視するの方針は本草案の執らざる所なりとす。

第三百四十一條

物件暴利 *Sachwucher*

現行法(現行刑法典第三百二條e)と同様一九一九年の草案とは異りて本草案は事の營業的所犯に關する場合に限り物件暴利を處罰し、本草案中他の箇所に於て然りとするか如く現行法とは異りて常習的所犯はもはや此の場合には包含せしめざることとしたり。

物件暴利の犯罪事實(現行刑法典第三百二條e參照)は其の法文に於て爲し得る限り金錢暴利に適應

せしめ「前條の場合を除き」と云ふ字句を以てして此の場合か暴利の被害者の金銭上の需要を満足せしむるにあらすして、金銭上の需要以外の需要を満足せしめんとする暴利の場合に關するものなるの主旨を現行法に比較して遙に簡潔に明示したり。また此の規定を了解し易からしめんか爲物に對する不權衡なる關係に在る反對給付の合意を以て金銭上の需要の満足に供せらるにあらざる法律行爲の重要な一例として特に之を掲ぐ。而して現行法とは異りて本草案は物件暴利の場合にあつても所謂將來の暴利をは處罰することとす（本條第二項）。刑は第三百四十條第三項に於けると同一なり。

第三百四十二條

債務を負担せしめんか爲にする未成年者の誘導

Verleitung Minderjähriger zum Schuldenmachen

本條の犯罪事實は實質上大體に於て現行法（第三百一條）を其の儘繼受したるものなるか、此の犯罪事實は其の法文に於て暴利の犯罪事實に類似し、特に從來の「利用」*benutzen* と云ふ文字に代へて此の場合にも行爲の憎惡すべき性質をよりよく表明する「搾取」*ausbeuten* なる文字を使用したり。本條につき問題たる未成年者の負担に係る義務の形式はもはや個別的に列擧することを爲さず。本草案は従前の諸草案の提案する所に倣ひて未成年者か自己自身の約束又は他人の約束の履行を保證したる場合を給付の約

束と同視したり。

刑は本條の罪についても著しく之を重からしめ、從來（現行刑法典第三百一條、第三百二條）六箇月の禁錮とし、名譽、宣誓若は類似の保證に懸けて未成年者に義務を負担せしめたるときは一年の禁錮としたる自由刑の長期を統一的に二年に引上げ、従來自由刑と相並んで選擇的に罰金を科することを許したるを、本草案にあつては基本刑としては之を削除することとしたり。即ち罰金は減輕事情を具備する場合に限り之を科することを許すに止まるなり（第七十三條及び第七十四條）。

現行法（現行刑法典第三百二條第三項）は未成年者か名譽、宣誓を懸けて若は類似の保證の下に義務を負担したる場合に限り未成年者の誘導より生ずる債權の取得を處罰するも、本草案は將來の暴利（第三百四十條第二項、第三百四十一條第二項）の場合に於けると同様かくの如き債權の換價のみに限り之を處罰するものとし、只此の換價は上記の方法に於てする履行の約束ありたりしと否やを問はず處罰するものとせり。刑罰は未成年者自身の誘導に對する刑罰と同一なり（第二項）。

現行法（現行刑法典第三百一條第二項、第三百二條第四項）に依れば本條の行爲は其の請求ありたる場合に限り之を訴追するものなるも、本草案にあつてはかくの如き親告の要件を拋棄したり。蓋し本條の犯罪は暴利罪に酷似せる犯罪なると、本條の最も處罰に値ひする場合に於ては未成年者は往々にして餘りに甚たしく其の搾取者の勢力の下に立ち、自ら刑事訴追の請求を爲し若は之に對して同意を與ふるの決意を

すら爲す能はさること多きを以てなり。

第二十九章 詐欺 Betrüg 背任 Untreue

本草案はまづ詐欺の犯罪事實（詐欺、營業的詐欺、困窮詐欺、保險詐欺、第三百四十三條乃至第三百四十六條）を規律し、騙罔に因る自由入場 *die Ferschleichung freien Zutritts* に對する規定（第三百四十七條）を之に附隨せしめ、之に次くに背任罪に對する罰則（第三百四十七條）を以てし、最後に詐欺及び背任に基く訴追は如何なる程度にまで被害者の請求ありたる場合に限り之を行ふべきものなりやの問題を規律したり（第三百四十九條）。

第三百四十三條

詐欺 Betrüg

詐欺は本草案に依れば恐喝と侵害の客體と目的とを共通にす。即ち詐欺者と恐喝者とは何れも自己又は他人を不法に利得せしむるの意圖に於て他人の財産に對する不利益を招來するものなるか故に、此の犯罪事實の標識については恐喝につき述べたる所の參照を求むることを得へし。更に尙は一の點に於ても本草案

案は従前の諸草案の先蹤に倣ひて詐欺と恐喝との犯罪事實の間に一致を來せるを見る。即ち被害者若は他人の財産に對する不利益なる影響は直接被害者自身の行爲に依つて招來せられたることを必要とするものなるは、既に現行法の解釋上専ら然りたる所なれど、此の主旨は能く詐欺の本質に適應したるものと謂ふことを得へし。蓋し詐欺の特性は詐欺者か利得の意圖に於て他人の意思を欺罔して之をして行爲、忍容又は不作爲に依つて其の財産又は他人の財産に損害を加ふるに至らしむるの點に存するものなるを以てなり。本草案は第三百四十三條第一項の法文を以てして如上の主旨を明確ならしむるものにして、苟も被害者自身の意思活動の要件にして缺くる所あらんか、詐欺に基きて處罰を爲すことを得へからずして、寧ろ他の見地の下に於てのみ之を處罰することを得るに止まるなり。騙罔に因る自由入場に關する第三百四十七條の規定の適用範圍は特に此の點に存するものなり。然り而して此の規定を以てしても尙ほ且該當せざる限りに於ては、欺罔は他の犯罪に對する豫備行爲又はかくの如き犯罪の實行の着手を成すこと多かるべく、例へば他人の不在中其の家財を賣拂はんか爲に他人を其の住居より連れ出したる者は、其の既に窃盜の實行行爲を企圖したる場合には窃盜の見地の下に於てのみ之を處罰するを要すへし。然り而して財産上の不利益を惹起する被害者の行爲は如何なる種類の行爲、忍容又は不作爲たることをも得べく、私法上の意味に於ての明示的なる意思表示を必要とする次第にはあらざるなり。

他人をして行爲、忍容又は不作爲の決意を爲さしめんか爲に犯人の施用するを要する詐欺の手段を定義

して現行法（現行刑法典第二百六十三條）は「犯人が虚偽の事實を銜示して、又は眞實の事實を曲説若は抑壓することに依つて錯誤を喚起し又は之を維持する」ものと爲したるか、本草案はかくの如き字句を用ふることなくして、單に「事實に關する欺罔 *Täuschung über Tatsachen*」を云々するのみに止まると、然も實質上に於ては之に依つて現行法に何等の變更をも加へたる次第にはあらずして、取引上普通に行はるゝ所に屬し、何人も其の言葉通りに信用することなかるべき一般的の廣告や個人的の價值判斷は詐欺の犯罪事實を具備するものにあらざること今後も從前の如しとす。蓋しかくの如きは「事實」に關する欺罔と云ふことを得へからざるを以てなり。欺罔と云ふは必ずしも必然的に犯人が何事かを云ひ、又は何事かを爲したることを必要とするものにあらざること今猶ほ舊の如くにして、公明なる取引の習慣と相容れざる沈黙、例へば消費貸借上の貸付を懇請するに當つて自己の財産状態の絶望的に不良なるを黙秘するか如きは亦欺罔たることあり得べきなり。只其の重要なるは欺罔が被害者の行爲にとつて決定的の動機たりしこと、又は——其の未遂の場合にあつては——決定的の動機たるへかりしことにして、欺罔かかくの如き因果關係上の意義を有することなきときは全然詐欺の犯罪を存するともなきなり。精神病者や兒童につき如何なる程度までかくの如き意思の欺瞞を可能とするやは只具體の場合の事情に從つてのみ決定し得る所たるへし。其の標準たるは自然の意思能力にして私法上の行爲能力の意味に於ての意思能力にあらず。されはかくの如き人物につき意思の欺瞞を否定すべきときは詐欺を存することなきも、然も犯人は場

合に依つては横領若は窃盜に基きて處罰するを要することあり得べきなり。

被害者の行爲、忍容又は不作爲が被害者若は他人の財産にとつて不利益なるの要件は、實質上現行法上の「財産上の加害罪」 *Vermögensschädigung* 又一致するものにして、其の程度に於ても新法文は恐喝（第三百三十九條）の犯罪事實に對して與へられたる法文に相當するなり。

詐欺の刑は現行法に於けると同様五年以下の禁錮にして、禁錮と併科して罰金をも言渡すことを得るものなるは第三十八條の規定よりして自ら推論せらるゝ所なりとす。

現行法（第二百六十四條）は二回以上詐欺に基きて處罰せられ、又もや詐欺の罪を犯したる者を處罰するに懲役を以てしたりしも、本草案は他の箇所にて詳細に説明したるか如く累犯の問題を第七十八條に於て一般的に且現行法に於けるとは別様に規律し、其の第七十八條の條件を具備する場合には詐欺に基きて五年以下の懲役を言渡すことを得へく、犯人が前に死刑又は懲役の刑の言渡を受けたりしときは同時に第五十九條に從つて保安監置を言渡すことを得へしとせり。

減輕事情を具備するときは第一項の場合に於ける刑は三年以下及び九箇月の禁錮にして、場合に依つては罰金たることもあり得べきなり（第七十三條）。

第三百四十四條

營業的詐欺 (Gewerbsmäßiger Betrug)

第七十八條及び第五十九條より生ずる特に危険なる詐欺者に對する峻嚴なる干渉の可能以外に窃盜の場合に於けると同様營業的詐欺者に對する特殊の規定は必要なり。惟ふに營業的犯罪人の撲滅は本草案の主たる目的の一にして、此の目的を達成せんか爲には、營業的窃盜の外に特に營業的詐欺をも處罰する所なるへからず。國際的詐欺師や婚姻詐欺、保證詐欺及び類似の詐欺を營むことに依つて他人の生存を破滅せしめて衣食するの徒に對しては重き刑を科するを相當とし、偶々犯人か其の恐らくは幾年となく行ひ來れる詐欺につきて從來官憲の網を免るゝことを得たるか爲に、重き刑を科するを得ざらしむるか如きことあるへからず。營業的詐欺者につきて同時に第七十八條の意味に於ての累犯の條件を具備するときは、即ち犯人か幾度となく重き刑を受け、且裁判所の心證上公安にとつて危険なる常習的犯罪人なるときは、第七十八條に依り十五年以下の懲役を科するを得へく、犯人か前に死刑又は懲役の刑の言渡を受けたりしときは、同時に第五十九條に依り保安監置を言渡すことをも得へきなり。

營業的詐欺者に對する刑は十年以下の懲役とし、減輕事情を具備する場合には三箇月を下らざる禁錮を言渡すことを得へしとす(第七十四條、第七十三條)。

第三百四十五條

困窮詐欺 (Nothbetrug)

本條の犯罪事實は現行刑法典第二百六十四條 a の規定に相當するものにして、其の犯罪事實に實質上の變更を加ふることなく其の儘之を繼受したるものなり。現行法か「輕微なる價值を有するに止まる物體」 geringwertigen Gegenständen といへるを本草案にあつては「些細なる不利益を加へたるに止まる」 Zufügung eines geringen Nachteils といふ字句に代へたるか、かくの如くにして本條の犯罪か單に動産の詐取に關することを必要とするものにあらずして、寧ろ例へは困窮に基き何等かの欺罔を以てして他人をして然らざるに於ては要求するを得たるへき報酬を拋棄して其の車輛に便乗することを許すに至らしめたる如き者も第三百四十五條に基きて處罰すへく、第三百四十三條に基きて處罰すへからざるものなる旨の現行刑法典第二百六十四條 a に對して既に専ら與へられたりし解釋を確認せんことを欲するものに外ならず。如何なる場合に利益か些細たるものなりやは、場合の全班の事情に従つて判斷せざるへからず。大規模の詐欺師又は數週間に互つて他人の費用を以て下宿生活を送る賃貸借詐欺師の如きは其の行爲を全體として觀察するときは、下宿の經營主にとつて決して些細なる不利益たるものにあらざるか故に、一回の食事の詐欺、一夜の宿泊の詐欺は些細なる不利益の附加として主張することを得へしとするも、右の場合に之を本條の規定の適用の下に置く能はざるなり。

本條の犯罪事實は現行法に於けると同様詐欺の一小分類にして、其のすへての犯罪事實の要件を具備することを必要とす。「詐欺を爲し且云々したるに止まる者」と云ふ法文を以てして如上の事實に關してあらゆる疑問を一掃したるなり。然も他面に於ては困窮詐欺は獨立の輕罪たるものにして、其の營業的の所犯に係るときにあつても其の然るに拘らず第三百四十四條の加重刑を適用すること能はず。困窮詐欺は困窮窃得（第三百三十六條）と同様に特典を與へらるゝなり。

本草案は現行法と一致して詐欺については微量物窃盜 *Mundraub* に類似の特別犯罪事實を設くるを適當と認めず。此の場合につき特に問題となるべき所謂無錢飲食 *Zechprellerei* の如きは決して常に詐欺の特に輕微なる場合にあらす。犯人か困窮に基きて行爲を爲したるときは之に對して直ちに第三百四十五條を適用すべく、犯人か他の原因に基きて行爲を爲したるときは、其の比較的無害の場合を相當に斟酌することを得んか爲には詐欺の一般的規定の廣汎なる範圍を以てして充分なりとすへし。

第三百四十六條

保險詐欺 *Versicherungsbetrug*

保險詐欺に對する特殊の罰則は現行法（第二百六十五條）中に於ては狹隘に限定せられ、火災の危險に對して保險を附したる物件を燒燬し、又は保險を附したる船舶又は保險を附したる積荷又は運送品を積載

せる船舶を沈没若は坐礁せしめたる場合に限り適用せらるゝものとす。本草案にあつては如上の精神を一般化し、滅失、毀損、損失若は盜難に對して物に保險を附し且犯人か保險物の破壊、毀損又は轉匿に依つて保險事故 *Versicherungsfall* の發生を詐稱したる物的保險 *Sachversicherung* のあらゆる場合に罰則を擴張したり。保險を附したる物件か犯人に屬せりや、はたまた他人に屬せりやは何等の差別をも來す原因たるものにあらず。而して行爲は犯人か利得若は加害の意圖に於て保險事故を招來したるときに既遂に達するものにして、犯人か其の任意に保險事故を招來したることを默秘して保險金を受領し、若は受領せんとしたることは必要にあらざるなり。

本條の行爲は自己又は他人をして保險金を取得せしめ、又は保險者に損害を加ふるの意圖に於て行はれたることを必要とするものにして、其の前なる擇一犯罪事實は現行刑法典第二百六十五條の「詐欺の意圖に於て」と云ふ字句に相當し、保險者に損害を加ふるの意圖は詐欺の意圖と同視せらるゝなり。而して犯人か其の意圖を達成して、保險者か保險契約に基きて給付を爲したることは必要にあらす。

通常の刑として現行法の規定する所は十年以下の懲役と罰金となるか、此の刑罰の爾く重きは從來保險詐欺として解釋せられたる二の場合（火災の危險に對して保險を附したる物件の燒燬、保險を附したる船舶其の他の沈没若は坐礁）に於ては社會的危險と云ふ見解に對して決定的の勢力を附與したるの事實に是か説明を求むることを得へし。本草案に於けるか如く犯罪事實を一般的にするに於ては現行法の如き重き

刑は原則として之を維持することを得へからざるなり。されは本草案は保険詐欺を軽罪として評價し、之を處罰するに禁錮を以てしたるか、同時に特に重き場合に對しては第三項に於て十年以下の懲役を規定したり。然り而して保険事故の任意的招來か同時に第十六章に於て處罰せる犯罪事實を具備せるときは、其の外に數個の法律違反の競合に關する規定（第六十六條）を適用するを要するものとす。尙ほ未遂を有罪とすべきものなることは現行法にとつては本條の罪を重罪として評價するの當然の歸結として自ら論結せらるる次第なれども、本草案にあつては第二十六條第一項第二段の規定に顧み特に之を明言するの必要ありとす（第二項）。

第三百四十七條

騙罔に因る自由入場 *Erschleichung freien Zutritts*

所謂無錢乘客 *blinder Passagier* は之に對して欺罔の事實を立證することを得へからざるの故を以て現行法上は往々にして之を無罪たらしむるの止むを得ることありしと共に、興行、共進會、音樂會若は講演の入場を騙罔して、之に對して定めたる對價を支拂ふことなかりし者の場合に於ては、其の行爲か何人の財産にも不利益たるものにあらざるの故を以て詐欺に基く處罰を爲す能はざるなり。また鉛の一片を投入することに依つて自動装置を動かしたる者は何人をも欺罔したるものにあらざるか故に詐欺の故を以

て處罰を爲す能はず。物品を供給する自動装置の場合にあつては判例は之を竊盜と認むることに依つて救済の途を講じたれども、自動装置の給付する所か行爲に在る場合に於てはかくの如き見解は其の用を爲さず。こゝに於てか第三百四十七條は特別規定を設けて犯人か支拂を免るる類似の場合を概括することとせり。

此の特別規定は「詐欺の場合を除き」と云ふ字句を以てして識認せしむるか如く第三百四十三條及び第三百四十四條の規定を適用する能はざる場合に限り適用を見るべきものなり。例へば市街軌道の車掌の問に對して眞實に違反して自己は既に運賃を支拂ひたりと述べたる者は詐欺に基きて之を處罰すべく、第三百四十七條の規定に基きて處罰すべからざるものなれども、之に反し所謂自動装置詐欺 *Automatenbetrug* は場合に依つては竊盜の犯罪事實を具備することありと云ふ見解は將來は全然排斥せらるるものとす。蓋し自動装置詐欺に對する特別の罰則を設くる上からは、其の最も重要な場合を除外することを得へからざるなり。

本條の有罪動作は犯人か騙罔に依り交通機關に依る運送、興行若は例へば浴場の如き施設への入場を爲し又は騙罔に因り自動装置の給付を受け、之に對して支拂ふべき對價を支拂ふことを爲さざるの點に存す。騙罔 *Erschleichen* は潜入 *Einschleichen* と同義にあらず。公然往來止めを通過したる者と雖其の際自己か入場料を支拂ひたるかの如く振舞ひたる者は騙罔に因る入場なり。而してまた單純なる受動的の

動作と雖、騙罔の犯罪事實を具備することあり得へし。即ち現存せる義務に違反して乗車券を購求するの配慮を爲さざりし市街軌道の乗客の如きも亦本條の罰則の適用を受くるに妨げなし。只騙罔は犯人か報償の支拂を回避せんことを欲したるの點の關することを必要とし、何人かか畢竟するに自己の手に入るへからざる興行への入場券を獲得したるか如き場合に於ては、第三百四十七條の犯罪事實を存することなきなり。

刑は一年以下の禁錮又は罰金なれども、其の特に輕微なる場合は本條にあつては極めて重要な地位を占むるものにして、此の場合には其の刑を免除することを得（第四項）。未遂は之を有罪とすべく（第二項）刑事訴追は被害者の請求ありたる場合に限り之を行ふへしとす（第三項）。

第三百四十八條

背任 Untreue

背任罪と云ふは他人の財産を處理するの任を有する者信義を破つて durch Treubruch 他人の財産に不利益を加ふるを謂ふ。現行法（現行刑法典第二百六十六條）は處罰價値の理由を與ふる此の一般的根本精神を合理的に貫徹する上に於て遺憾多く、即ち現行法に依れば法律中に列擧したる全然特定の人物に限り背任罪を犯すことを得るものなれども、かくの如き決疑的規律方針は幾多の缺陷を伴ふものにして、例

へは現今にては妻の財産を管理するに當つて背任の所爲ありたる夫、子の財産を管理するに當つて背任の罪を犯したる父は處罰することを得へからざるか故に、現行刑法典第二百六十六條は他の法律の幾多の犯罪事實に依つて補充せられたりしなり〔註一〕。然り而して現行刑法典第二百六十六條の別段なる缺陷は背任行爲を犯人のそれぞれの範疇に従つて別様に定義したる點に存するものにして、此の點よりして特に第二百六十六條第二號の場合につき幾多の疑點と係争問題とを生したりしか、就中「財産部分」 Vermögensbestandteil と云ふ文字の解釋はここに稱して財産部分と云ふは單に積極財産のみを指稱するものにして、従つて現存せざる債務を承認することに依つて財産に純然たる負擔を來すか如き行爲は之を背任罪より除外することを必要とするものなりや否やの係争問題を喚起したるの外、引受を伴ふ手形又は引受を伴はざる手形は委任者若は代理人の占有に屬するや、はたまた振出人の占有に屬するやに應じて「財産部分」の觀念に屬するものなりや否やの疑問をも生したり。加之現行法の法文は財産部分か委任者自身の財産に屬することを必要とせるや、はたまた之に關して法律上の處分を爲すの權限と併せて自己の監督に委託せられたるを以て足れりとするものなりやの問題を導けり。最後に現行法の規定は形式上代理人の所有權に屬するも、然も代理人は授權者に對して之を返還するの義務を負へる財産部分に關する代理人の背任的處分については其の取締を爲す能はざるなり。ここに於てか本草案は従前の諸草案の先蹤に倣ひて一般的の犯罪事實を設けて附屬法規の背任罪に關する罰則は將來無用に屬せしめたるなり。

本草案（第三百四十八條第一項）に依れば背任の犯人たるは法律又は法律行為に依つて自己に許與せられたる、他人の財産に關して處分を爲し又は他人に義務を負擔せしむる權限を意識と欲求を以てして濫用し、之に依つて他人に不利益を加へたる者なり。「又は他人に義務を負擔せしむる」と云ふ字句は債權法上の義務を設定すること（例へば手形の振出、又は保證の引受の如き）も亦本條の罰則の適用を受くるものなるの點に關してあらゆる疑問を一掃せんか爲に追加したる所なり。而して犯人は他人の財産に關して處分を爲すの權限を濫用したることを必要とし、即ち行為は法律行為的行為たらざるへからずして、他人の財産に對する事實上の干涉のみを以てしては未だ以て充分なりとなさざるなり。例へば被後見人の家屋を腐朽せしめ、其の耕地を荒廢せしめたる者は場合に依つては器物毀棄に基きて處罰せらるることあり得へしと雖、背任の罪を犯すものにはあらざるなり。また「處分する」*verfügen* と云ふ文字は之を民法上の意味に解釋して他人の財産についての權利の物權的變更を來したることを必要とするものと解釋すべからず。寧ろ他人の財産に對するあらゆる法律行為上の作用たるを以て足れりとするなり。濫用ありたる權限は法律又は法律行為に基くことを必要とし、特に法律の規定又は法律行為は犯人に對してかくの如き權限を許與することを目的とせざるべからず。其の然る場合に限り背任罪の犯罪事實の根本精神の具備せらるるを見るものとす。されば例へば保管の爲自己に交付せられたる他人の物を領得したる者は背任罪を犯したるものにあらずして、横領を犯したるものなり（第三百三十三條）。また有罪動作は權限の濫用の

點に成立するものにして、犯人は其の義務の違反を包含する權限の行使を爲さざるべからざるなり。犯人か其の自己に對して與へられたる授任者の概括的指圖の範圍を守りたりしや、はたまた其の範圍の外に逸脱したりしやは問ふ所にあらず。犯人か外部に對して行為の委任を受けたるを以て足れりとす。業務代理人營業主の不利益に於て手形を振出したるときは、營業主か手形の振出を自己に留保したるにせよ、せざるにせよ亦背任罪を犯したるものとす。而して濫用と云ふことは必ずしも必然的に行為を條件とするものにあらず。忍容又は不作爲と雖其の義務違反たる場合にあつては等しく濫用と云ふ觀念に屬するなり。例へば夫か妻の請求權を主張するを懈怠したるの結果其の請求權か時効に罹り、又は妻に屬する物件か時効に因つて他人の取得する所となりたるの事實に依り背任の罪を犯すことあり得へし。權限の濫用は犯人か作用を及ぼすことを得べき財産の主體たる他人にとつて不利益なることを必要とするものなるか、財産にとつての不利益は例へば後見人か被後見人の財産 *Mündelvermögen* に屬する物體を被後見人の名義に於て其の不利益に讓渡したるとき、又は其の被後見人の不利益に手形を振出し若は抵當權を負擔して之に依つて其の財産の負擔を増大したるときに之を存するのみに止まらず、例へば質權を拋棄することに依つて被後見人の財産に屬する債權の擔保を滅却したる場合にあつても既に之を存するものとす。而して犯人か其の不利益を再び填補せんことを欲し、且之を填補することを得るや否やは、本條の犯罪の場合にあつても他の財産犯罪の場合に於けると同様重要ならず。然れども恐喝や詐欺の場合に於けるとは異りて犯人か

背任行爲に因つて自己又は他人を利得せしめんことを欲せりしや否やは重要にあらず。代理人其の義務に反して授權者の不利益に取引を爲したるときは其の自己又は他人の爲に全然何等の利益をも追求したるにあらざる場合にあつても之に依つて背任罪を犯すことあり得べきなり。

定款上法人を代表する爲に選任せられたる者の権限も亦法律行爲に依つて許與せられたるものとし、また法人の財産は是等の代表者自身當該法人の株主たり、若は其の他持分權者たる場合にあつても尙ほ代表者にとつて「他人」の財産たるものなり。

其の主觀的の點に於ては現行法上の通説たる解釋に依れば故意を必要とするものなれども、此の規律を以てするときには特に未必的故意の適用に依つて處罰を著しく擴張せらるることとなるなり。本條の罰則の適用を受くる法律關係の場合にあつては代理人か授權者の利益に資せんか爲に何事かを賭することを必要とすること多し。今代理人か其の行爲の授權者の財産に或は不利益なる結果を及ぼすことあるべきを單純に意識して動作を爲したる場合に既に處罰を爲すに於ては、良心に鋭敏に義務に忠實なる人物は曖昧にして複雑なる法律關係の場合にあつては其の協力を爲すを拒むに至るへし。かくの如き缺點は現行法上既に露呈したる所なれども、本草案にあつては犯人の範圍と犯罪事實の下に屬する行爲に擴張を來したるの結果として一層痛切に感知せらるるに至るへし。而して本草案に依れば處分の權限の濫用ありたることを重要とするの程度に於て條件付故意は除外せらるる次第にして、背任は犯人か其の處分の義務違反たり、授

權者の利益に適當せざるものなることを知り且之を欲したる場合に限り之を存すべきものとし、之に反し處分の權限の濫用の作用、即ち財産の加害と云ふことについては條件付故意を以て充分たるものとす。自己の行爲に義務違反たることを知り且欲したる者、即ち意識と欲求とを以てして其の處分の權限を濫用したる者は、其の授權者の財産に對する加害を欲したるにはあらざりしも、然も其の事のあり得べきを認め其の發生を認諾したる場合にあつても尙ほ背任の刑を受くるに値ひするものと謂はざるへからざるなり。

第三百四十八條第二項の別段なる規定は第三百三十三條及び第三百三十四條の場合を除き委託ありたる金錢又は其の他の財貨を權利者の不利益に利用したる者を對象とす。第三百四十八條第一項若は第三百三十三條及び第三百三十四條（横領及び不當の領得）の何れの規定にも該當せずして然も處罰價値を具備する場合若干あり。今第三百三十三條及び第三百三十四條に依れば他人の動産を違法に領得したる場合に限り之を有罪とす。民法の規定上例へは給仕人、貸馬車の馭者、家屋管理人か客若は賃借人の支拂ひたる金錢の所有權を取得し、同じ金額を儲主に拂渡すの義務を負へるに止まれるや、若はまた儲主か直接當該の金錢の所有權を取得するものなりやは往々にして疑ありと雖、然も此の問題は寧ろ形式上の問題にして、従つて受任者か經濟上自己に屬するにあらざる其の收受したる金錢を自己の爲に消費したる場合に、之を有罪とすべきや否やの決定を如上の形式上の問題の解答如何に繋らしむるか如きは正當ならざるものと認むべく、果して然るに於ては爾く明白に處罰價値を存する場合をも無罪たらしむるに至ることあり得べき

なり。現行法にあつては受任者か占有の改定 *Resitzkonstitut* に依つて委任者に收受したる金銭の所有権を移轉したるものとの推定を是認せしむべき場合に限り民法より發生する困難を超越して満足なる解決に到達することを得たりしも（民法典第九百三十條、第八百六十八條を参照すへし）然も此の方法は容易に執るへからざるの方法なりとす。

問題たる場合は第二項の場合にあつては事實上の種類の處分の權限の濫用あるに反し、第一項の場合にあつては法律上の性質を有する處分の權限の濫用ありたることに依つて専ら第一項の場合と區別せらるるものなり。而して第二項の適用性の條件は左の如く之を劃定することを得。即ち一面に於ては犯人か民法の規定に従つて形式上自ら所有者となりたること、又は所有權の犯人に移轉したる事實又は時期か明確に認定し得へからざることを必要とするも、然も他面に於ては物か犯人に對して單に委託せられたるのみに止まり、即ち經濟上他人の財産の一部を成すものにして且犯人の自由なる處分の權利より奪はれたるの事實確定して疑を容れざることを必要とす。而して此の場合には物の他物性の要件を缺けるか故に横領（第三百三十三條）又は不法領得（第三百三十四條）の犯罪事實は之を存せざることあるへく、また第三百四十八條第一項に依る背任の犯罪事實については尙ほ更に一步を進めて犯人の處分の權限と云ふ要件を缺くべきなり。

本條の規定中「財貨」 *Gut* と云ふ文字を選定したるは此の規定か單に有體の動産のみに限定せらるる

ものにあらざるの故を以てなり。而して「第三百三十三條及び第三百三十四條の場合を除き」と云ふ字句は此の規定か是等の諸條の犯罪事實に該當せざる場合のみを包括せんことを欲するものなるの主旨を明示せんとしたるものに外ならざるなり。

背任罪の刑は五年以下の禁錮にして、其の減輕事情を具備する場合には第七十五條第五段の條件の下に罰金を科することを許すものとし、其の特に重き場合の爲には第三項に於て五年以下の懲役を規定したり。

第三百四十九條

親屬に對する詐欺及び背任

Betrug und Untreue gegen Angehörigen

現行刑法典第二百六十三條第四項に依れば親屬、後見人又は教育者に對して詐欺の罪を犯したる者は其の告訴ありたる場合に限り之を訴追するを要するものなるか、本草案は其の程度に於て被害者の請求を必要なりとしたる外、窃盜及び横領の場合に於ける同種の規定について見る所の如く（第三百三十五條第一項）後見人以外に保佐人及び親方を擧げたり。本草案に依れば詐欺の外上記の場合に於ける背任も亦被害者の請求ありたる場合に限り訴追せらるべきものとす。背任罪の場合に於ける犯人の範圍を夫及び親權者

にまで擴張したるの結果として此の場合にあつても親屬に對して犯したる行爲の刑事訴追を請求の要件に繋らしむるを必要ならしむるなり。而して後見人、保佐人若は教育者に對する背任行爲は極めて稀にのみ見る所たるべく、適當なる懲戒手段を加ふるに於ては公の刑を科するよりも遙に有效なる影響を及ぼすべきなり。

其の他の點に於ては第三百四十九條の規定は第三百三十五條と一致するものなり。

第三十章 贓物授受 Hollerei

凡そ窃盜は贓物授受者、特に營業的贓物授受者の許に於て其の盜取したる獲物の販路を見出すものにして、窃盜をして其の獲物を賣拂ふことを困難ならしむるに於ては、窃盜、特に闖入盜及び營業的窃盜は著しく其の數を減少するに至るへし。而して經濟上の困窮の時代にあつては贓物授受者の行動が從來素行正しかりし人物にとつても窃盜の實行についての極めて危険なる刺戟を與ふるものなることは通貨膨脹時代の經驗の示す所の如くなるか故に極力營業的犯罪人を撲滅せんことを念とする本草案にあつては贓物授受、特に營業的贓物授受到する取締をも特に峻嚴ならしむるを必要なりとす。

戰爭中並に戰爭直後の經濟上の困難激甚なるものありたる時代にあつては財産犯罪の數著しく増加し、

之に伴つて贓物授受の犯罪も甚だ増加せるを見たりしか、通貨膨脹の時代にあつては特に金屬製品の窃盜と之を營業的贓物授受者に賣渡すこと盛行はれて結局金屬の取引に關する一九二三年六月十一日の法律中に於て單に重窃盜の犯罪事實を補充するのみに止まらず（第三百二十九條第六號及び第七號の理由を參照すへし）或る種の金屬製品の過失に因る贓物授受の犯罪事實をも新に設けることを必要と認むるに至りたり。

本草案は如上の沿革を其の起點とするものにして、單に贓物授受罪に對する現行刑法典の重き罰則（第二百五十九條乃至第二百六十二條）を維持するのみに止まらず、種々なる方向に向つて之を補充し、峻嚴にしたり。其の最も重要な革新たるは過失に因る贓物授受と云ふ概括的犯罪事實の採用なり。由來贓物授受者に對して故意に因る所犯の立證を爲すを難しとすることは經驗の教ふる所にして、現行刑法典は第二百五十六條中に於て「其の事情上云々と推定せざるべからざる物」と云ふ字句を以てして故意に對する證據推定を設けることに依つて如上の事情に斟酌を拂ふ所あり、即ち行爲の事情に基きて犯人の故意を推定することとなしたり。かくの如き證據推定を設くるは犯人に向つて責任を立證するを要するの原則と相容れざるものなれども、然もまた現行法の規定に該當する場合を刑法上捕捉することを斷念するを得べからず。蓋し他人の所有物の賣却は其の物の來歴を二三知らされ、其の來歴につき全然考慮を爲さざる者、所有者より奪取したる物を買収し若は其の他自己の手に致したる者に依つて行はること往々にして見る

所なるを以てなり。かくの如き事情に對しては自己の充分知悉せるにあらざる者の手より物を取得せる者は刑法の規定に依り其の物の來歴を審査するの羈束を受くるものと爲すことに依つてのみ對抗することを得へし。然れども其の際何人に對してもかくの如き審査を必要とするものなりと爲すに於ては余りに過當なるの嫌あるへし。卑金屬の取引に關する一九二三年六月十一日の法律第十九條（當今にては一九二六年七月二十三日の同名の法律第十八條）及び貴金屬、寶石及び眞珠の取引に關する一九二三年六月十一日の法律（當今にては一九二六年六月二十九日の同名の法律第五條）の模範に従つて商業及び營業の經營に當つて取得の行はれたるの程度に於て物の取得の場合に於ける過失を處罰するに於ては以て實際上の需要を充すに足るべきなり（第三百五十二條）。

第三百五十條

贓物授受 Hehlerei

本條の規定は「贓物授受」と云ふ觀念の下に二の異なる犯罪事實を規律す。即ち第一項に於ては現行法（第二百五十九條）のみの認むる所たる所謂物件的贓物授受 *Sachhehlerei* を規律するものなるか、現行法の法文は廣汎に過ぐる點もあればまた狹隘に失する點もあり。即ち物か苟も「有罪行爲に依つて獲得せられたること」を以て足れりとするの程度に於ては物件的贓物授受の犯罪事實は其の規定の目的に相當す

る所以上に廣汎なれども、其の指稱する所は他人が盜取したるか又は其の他他人の財産を有罪的に侵害することに依つて獲得したる物のみに止まり、適法なる所有者が取得したる場合にあつては、例へば強制經濟上の規定又は官吏に依る贈與の收受に對する規定に依り禁止せられたりし故を以て、取得者が取得に依り有罪となりたる場合にあつても其の對象たる物件を贓物視することなし。本草案は贓物授受か他人の財産に對する違法の侵害を豫定するものなりと云ふ判例の既に承認したる所に係る根本精神を表明したるものにして、「他人」と云ふ文字は例へば盜盜自身か其の盜取したる物につき贓物授受の罪を犯すことを得へからざるの主旨を同時に明示したるものなり。然り而して本條の法文は盜盜の教唆又は盜盜の從犯を贓物授受者として處罰するものにあらず。蓋し盜盜は教唆及び從犯との關係に於ては亦等しく「他人」たるものに外ならざればなり。また「云々に適したる」と云ふ字句を挿入したるは單に現行法上の係争問題に對して横領したる物も亦贓物授受の罪の客體たり得るものなることを明示したるに止まるなり。

以上本草案は犯罪事實を制限する所ありたれどもそのかくの如き制限よりも重要なものは、犯人か「自己の利益の爲に」行爲を爲したることを必要とするの從來の要件を拋棄することに依つて本草案の提案せる犯罪事實の擴張なり。凡そ物件的贓物授受は前行行爲の繼續行爲たり、前行行爲に依つて所有者の手を離れたる物の再奪取 *Weiterentziehung* を成すものにして、物は贓物授受者の行爲に依つて所有者の勢力範

園より一層遠方に送られ、之を回復するの機會は更に著しく困難ならしめらるるに至るへし。贓物授受者のかくの如き行爲は直接財産の侵害を成すものにして、贓物授受者か其の利益の故を以て行爲を爲したるにあらざる場合にあつても尙ほ處罰價值を有するものとす。されは犯人か物の來歴を知り乍ら之を自己に致し、所有者をして是か回復を困難ならしめたるを以て足れりとせざるへからず。而して「其の利益の故を以て」と云ふ字句を削除することに依つて自己の利益に於て行爲を爲したる者のみに限り贓物授受者として處罰することを得るに止まると云ふ現行法の缺陷をも除去することを得たる次第にして、本草案に依れば例へは營業主の爲に盜取したる物を買入れたる使用人、竝に夫の盜取したる物件を讓渡して其の賣得金を生計の資に充てたる妻の如きも之を處罰することを得へけれども、現行法上にあつては是等の者の有罪性は疑あるを免れさりしなり。

現行法上贓物授受の犯罪事實の示したる刑法上の保護の最も痛切なる欠缺は、贓物授受罪の對象たり得るものは盜取せられたる物件自體に限り、其の賣得金又は之を以て購買したる物又は盜取したる物と交換したる物は贓物授受罪の客體たる能はざるものなることなり。本草案か本條第二項に於て提案したる此の欠缺の補正は切迫せる需要に應ずる所以と謂はざるへからず。然り而して賣得金、若は之を以て購買したる物又は盜取品を以て交換したる物の贓物授受の場合にあつては他人の所有物自體か贓物授受者の手中に入り來りたるにあらざるか故に、此の場合にあつて犯人か前行行爲の結果よりして自己に歸屬するにあら

ざる利益を收めたるを必要とす。本草案は自己又は他人を不法に利得せしむるの犯人の意圖を必要とするに依つて如上の主旨を表明したり。而して此の字句の意義は詐欺の場合に於けると同一なりとなす。

贓物授受者の有罪動作は本條第一項に依れば犯人か物を購買し、質物として受領し、又は其の他自己に於て收受し、隱匿し、又は賣却し又はかくの如き物の賣却に加功したるの點に存す。此の列擧は大體に於て現行法（現行刑法典第二百五十九條）と一致する次第なれども、賣却なる犯罪事實を擧げたるに依つて有罪性に擴張を來すこととなり、父か其の子の盜取したる物を他人に讓渡し、夫か其の妻の竊取したる物件を他に賣却するか如き現今にては贓物授受として處罰すへからざる場合も之に依つて取締らるることとなりたり。而して隱匿か收受の小別にあらざるものなること、即ち隱匿は犯人か物を有することを豫定せざるものなることの主旨を明確にせんか爲に、收受の次に隱匿を擧ぐることとなしたるなり。

其の主觀的の方面に於ては犯人の故意か物の來歴にも關することを必要とするの一般的原则の適用あるなり。

贓物授受に對する通常の刑は禁錮にして、特に重き場合に對しては從前の諸草案の提案に從つて五年以下の懲役を規定し、其の減輕事情を具備せる場合には罰金を言渡すことをも得へしとす（第七十四條、第七十三條第五項）。されは竊得（第三百三十六條）に依つて獲得したる物についての贓物授受の爲に刑の範圍を制限するの必要なきなり。

第三百五十一條

營業的贓物授受 *Gewerbsmäßige Hehlerei*

營業的贓物授受到關する規定は現行刑法典第二百六十條と一致する次第なれども、其の減輕事情を具備する場合には三箇月を下らざる禁錮を言渡すことを得るものなるは本草案第七十三條及び第七十四條より推論し得らること従前の諸草案に於けるか如きなり。

現行刑法典第二百六十一條の設くる所の如き累犯贓物授受の特別犯罪事實は第七十八條の一般的規定に依つて補充せらるる次第なり。

第三百五十二條

過失に因る贓物授受 *Fahrlässige Hehlerei*

第十九條第一項に依れば過失に因り行爲を爲すは事情上及び其の個人的關係上自己の義務を負ひ、自己の其の能力を有する注意を閑却したる者に限る。されは本條の規定は取得者か物を取得するに當つて事情上、其の個人的關係上、特に其の經營の關係上其の負擔に屬する審査の義務を閑却したる場合に限り其の適用あるものにして、而して此の審査の義務は正直なる商人か其の取引を爲すに當つて商人としての名譽

の觀念と矛盾することなからんか爲、且自己を返還請求權若は損害賠償請求權に曝露することなからんか爲に然らすとも爲さざるへからざる審査の義務と一致するものなり。

第三百五十三條

贓物授受者の有罪性の獨立

Selbständige Strafbarkeit des Hehlers

贓物授受者の有罪性を獨立ならしむるは既に總則篇中に於て共犯(第三十一條)につき定めたる原則(第九十九條第三項及び第二百條第二項)にも適當する所以にして、前を行爲か有罪犯罪事實の實現ありたるにも拘らず全然前を行爲者の個人的關係に基きて無罪たる場合にあつても、贓物授受者の行爲は更に處罰價值を減ずるものと認むることを得ず。例へば責任無能力者も亦違法に他人の財産を侵害することあり得べく、而して贓物を授受することに依つて責任無能力者か財産の侵害を續行したる場合にあつては、贓物授受者の行爲は處罰價值を有すること前を行爲者の責任能力者たりし場合と異なる所なきに拘らず本條の如き規定を存することなきに於ては、此の場合に於ける贓物授受者は無罪に終るへし。而して前を行爲者か少年なるの故を以て無罪たる場合については、一九二三年二月十六日の少年裁判所法は既に其の第四條に本草案に相當する規定を掲げたり。

贓物授受罪は前行行為か被害者の請求ありたる場合に限り、又は被害者の同意を以てしてのみ訴追することを得べき場合に於てかくの如き請求の提出なく、又は同意の付與せらるることなかりし場合に於ては職権を以てして訴追すべきものなることは、此の場合に第二百條第三項に相當する規定を置くことなかりしの事實よりして自ら論結し得らるる所なりとす。

第二十一章 權利阻碍 *Rechtsverhinderung*

物の所有者か之につきて存する他人の權利の執行を阻碍したるとき、又は債務者か自己の負擔に屬する義務を履行せざるときは、之に對する救済は原則として民事訴訟の方法に於てのみ求むべきを常とすれども、獨逸に於ける法制の發達は他人の財産に對する此の種の侵害の若干の場合に於ては刑罰を以てしても亦之を取締るの結果を導きたり。

現行法中につきて此の場合に特に問題となる罰則は破産法第二百三十九條乃至第二百四十四條の規定なれども、本草案にあつては從來の諸草案に於けると同様破産法の爾他の規定と密接の關係を有する破産刑法を普通刑法典中に繼受するの方針を執らして、現行刑法典の二條の規定は從前の諸草案と共に無用の規定たるものとして之を廢止することとしたり。第二百九十條（公設質貸付人に依る擔保物の使用の借

稱）及び第二百九十八條（海員の給料拐帶）の規定是なり。特に公設質貸付人の使用の借稱 *Gebrauch* *sammung* *des* *öffentlichen* *Pfandlehens* を取締るべき罰則を尙ほ必要とするの事情を存するや否やについては疑を容るるの余地あり、何れにせよ其のかくの如き需要を存する場合にあつては營業法の範圍内に於て遙によく救済を致すことを得へし。使用の借稱と使用窃盜 *Furtum usus* とかを概括的に處罰するか如きは適當ならず。かくの如き規定は其の影響の及ぶ所殆ど測り知るへからざるものあり、私法上の和解を以てして充分なりとすへき幾多の場合を有罪とするの結果を導くに至るへし。而して法律的感情か處罰を要求する場合にあつては原則として他の罰則の干渉を見るべく、即ち例へば他人の物件の不法の使用か久しきに亘つて繼續し、之に因つて物に磨損を來し、若は使用不可能となりたるときは器物毀棄に基く處罰を爲すことを得へし。若し夫れ現行刑法典第二百九十八條に至つては一九〇二年六月二日の海員法第九十三條に依つて大部分代らることとなり、其の然らざる限りに於てはもはや罰則を必要とするものにあらざること豫備草案の理由書の詳細に説述したる所の如きなり。

以上述べたる所に依つて殘留する權利阻碍に關する規定（第三百五十四條）にして現行刑法典第二百八十九條及び第二百八十八條の犯罪事實を包含するものの外、本章中には公の競賣の場合に於ける付値の抑制を處罰する規定を收容したり。此の種の罰則は現今の所にては若干の邦、例へばプロイセン（一八五一年の四月十四日のプロイセン刑法典第二百七十條）に於て之を存するを見るも他の邦に於ては之を缺け

り。時あつてか例へはバイエルンに於けるか如く従前之を存したりしも然も廢止せられたるものもあり。而して國法を以て此の問題を規律するに國法を以てするの方針に賛成するは法律的統一の精神の外、就中經濟上の價値の捨賣に反對作用を及ぼし、債權者又は債務者か他人の不純なる策略に依つて損害を被るか如きことなきやう豫防するは一般の利益とする所なりと云ふ考慮に出でたるものにして、此の法域に於ける邦法上の規定か國法上の規定の施行と同時に其の効力を失ふに至るものなることは、其の必要な場合には施行法中に於て之を明にするを要すへし。

第三百五十四條

權利阻碍 *Rechtsvereitelung*

現行法は現行刑法典第二百八十九條中に於て違法の意圖を以て用益權者、質權者又は當該の物につき使用權若は留置權を有する者より自己自身の動産を横奪したる者、又は所有者の爲に其の動産を上記の權利者より横奪したる者を處罰せるか、此の法文にあつては標準となる見解は明白ならず。惟ふに此の場合に於ける所有者は權利者より物を横奪したるか故に之を處罰するを要するにはあらずして、物を奪取することに依つて權利者をして其の權利を執行するを得せしめたるか故に之を處罰するの必要を生ずるなり。されは本草案（第三百五十四條第一項）は従前の諸草案に於けると同様此の結果、即ち權利の行使の阻碍

と云ふことを以て科刑の條件たらしめ、而して權利の行使か部分的に阻碍せられたるに止まる場合にあつても尙ほ本條の罪の既遂を存するものなりとせり。

權利阻碍の手段として現行法は横奪のみを處罰するに止まれども、かくの如く制限するの理由は全然なく、他人に賃貸したる物を破壊若は毀損したる者は當該の物を奪取したる者よりも更に甚たしく賃借權の行使を阻碍するものと謂ふへし。加之破壊若は毀損か横奪よりも一層處罰の必要あるものと認めらるる場合あり。蓋し破壊若は毀損は單に權利者に損害を加へんことのみを目的とするに止まり、別に所有者を利せんとする次第にはあらざるか故を以てなり。されは本草案は權利阻碍の手段として横奪の外に破壊及び毀損をも擧げたるなり。

現行法は動産に關する權利に對してのみ刑法上の保護を與ふるに止めたるか、本草案は刑法委員會の説に聽從してかくの如き制限を廢止したり。物の横奪のみに限り處罰するものとせる間は現行法の如上の制限も理由ある所たるへけれども、破壊及び毀損をも有罪動作の範圍内に加へたる上は、土地に關する權利をも不問に附するの理由全然無く、賃借人か搬入したる物を破壊若は毀損して之に因つて其の質權を失効せしむるに對して家主か保護を受くるものなる上からは、抵當權者も亦抵當權の執行を阻碍せんか爲に所有者の企つる土地の荒廢に對しても保護を與へらるるに於て初めて公平なりとすへし。

保護を受くる權利の範圍は大体に於て現行刑法典に於けると同一なれども、夫か妻の財産につき、親權

者か子の財産につき、先位相続人 *Vorerbe* か先位相続財産につきて有する使用収益權 *Nutznussungsrecht* の外に、民法の見解上之に異なる用益權 *Nieschbrauchsrecht* をも特に擧示したり。然り而して民法は不動産質權 *Grundpfändrecht* をは質權として表示することなく、寧ろ抵當債務 *Hypothekenschuld* 土地債務 *Grundschuld* 若は定期地債 *Rentenschuld* として表示せるか故に、本草案は質權と云はずして、物よりして辨濟を求むるの權利と云へり。此の字句を以てして質權の外に物上負擔 *Reallasten* をも該當せしむることせるは事の宜きに適したるものと認む。例へは隠居分權利者との係争に當つて使用物を破壊若は毀損することに依つて權利の侵害の行はるること稀ならざるなり。

本條の輕罪の犯人たるは現行法に於けると同様まつ第一に物の所有者にして（第三百五十四條第一項）所有者の承諾を得て、若は所有者の利益の爲に行爲を爲したる者は所有者と同視す（第三百五十四條第三項）。所有者の承諾を得て行爲を爲したる者を處罰するを要するは何人かか所有者の委任を受けて物を破壊したる場合をも取締らんか爲なり。蓋しかくの如き場合にあつては所有者の利益の爲に行爲を爲したるものとは謂ふことを得へからざるを以てなり。而して豫備草案に於けるか如く犯人の範圍を所有者及び權利者以外のすへての他人に及ぼすこととし、當人か所有者に關係なく行爲を爲したる場合にあつても尙ほ本條の罪の犯人たることを得るものと爲すの必要は全然之を存せず。蓋しかくの如き規律方針を執るときは義務者に依る權利の侵害に對して權利者を保護せんとするの本條の罪の犯罪事實の根本精神を拋棄することとなるへければなり。

未遂の處罰は之を存置したり（第四項）。

一九一九年の草案（第三百八十六條第五項）に依れば賃借人 *Mieter* 又は用益賃借人 *Pächter* か借家又は用益賃借地に定置したる差押を受けざる物件にして賃借人 *Vermieter* 又は用益賃借人 *Vermieter* 或は契約上の質權若は留置權を有する物を賃借人又は用益賃借人より横奪したる場合には本條の罰則を適用すへからざるものと爲したりしか、現在の草案はかくの如き規定を收容することを爲さず。由來賃借人若は用益賃借人の法定質權の適用を受けざる賃借人若は用益賃借人の物にして差押へ得へからざる物件につき契約上の質權又は留置權を設定することを得へきや否やの問題は争ある所にして極めて曖昧なるものに屬し、之を決定するは刑法の任とする所にあらずして、寧ろ私法の任務なり。若し民法上賃借人又は用益賃借人の爲に契約を以てしてかくの如き權利を設定することを得るに於ては、他の場合に質權及び留置權に對して與ふる刑法上の保護を之に對して拒むの理由は全然之を存することなしとす。

本草案第三百五十四條は第一項の權利阻碍（現行刑法典第二百八十九條）の外に第二項に於て所謂執行阻碍 *Vollstreckungsverweigerung*（現行刑法典第二百八十八條）に對する更に一の特別なる罰則をも掲ぐ。

第二項の罰則は民事訴訟上の強制の方法に於てする債權者の辨濟を確保するものにして、此の場合にあつては侵害の客體は第一項の場合に於けると同様他人の權利にして、侵害の目的は債權者の辨濟を阻碍す

るに在り。第一項の権利阻碍の場合に於けるか如く第二項の執行阻碍の場合にあつても阻碍の發生ありたることを以て既遂の犯罪事實 *Vollendungstatbestand* とせるは是等の事實に適當するものなり。然れども有罪性を辨済の阻碍の既遂のみに制限することを得へからざるは素より言を俟たず。かくの如き阻碍の既遂を認定するは往々にして著しく困難にして、即ち債権者が自己の権利を主張せんか爲に債務者の法律的行爲を取消すことを余儀なくせられたるに止まる場合に既に辨済の阻碍ありたるものと謂ふことを得へきや、若はまたまつ財産の増加、例へは相續を待つて然る後に債権者に殘る所なる辨済を致すへき旨の債務者の抗辯は果して阻碍既遂の犯罪事實を阻却するものなりや否や曖昧なることあり得へし。また債務者が自己を有罪たらしめんか爲には自己の掛引か債権者の満足を阻碍したることを立證するを要するものと主張し得るに於ては罰則は著しく其の威嚇的效果を失ひ、良心に乏しき債務者をして恰も幸運なる偶然に倚賴するの刺戟を受くるに至るへし。されは本草案は未遂も亦有罪たるものと宣言したるなり（第四項）。

本條の犯罪行爲は債権者の満足を對象とし、即ち其の實體法上の請求權の履行を對象とす。此の請求權か私法に基くものなりや、はたまた公法に基くものなりや、若はまた請求の金錢の支拂を目的とするものなりや、物の給付若は引渡を目的とするものなりや、はたまた忍容若は不作爲を目的とするものなりやは問ふ所にあらず。然れども債権者の請求か必ずしも絶對的に保護せらるゝものにあらず。かくの如き方針を執るに於ては余りに保護の範圍を大ならしむるに過くへし。即ち請求の強制的實現か或る程度まで近き

將來に期待せらるゝとき、請求に基く強制執行か近く切迫せるときに初めて有罪性を發生するに至らしむるものなり。何時其條件を具備するに至るやは専ら事實上の問題なれども、如何なる場合にも請求權か既に存在することを必要とするものにして、將來の請求權の場合にあつては強制執行か切迫せるものと云ふ事を得へからず。然も他の一面に於ては強制執行か直前に切迫し、債権者か例へは執行力ある債務名義を既に獲得したる事は必要ならず。然り而して犯罪事實は債権者の實體法上の請求權を保護せんことを欲するものなるか故に、債務者か執行上の處置自體に對して如何なる態度を執れるやは問ふ所にあらず。

債務者か例へは差押を阻遏し、若は担保物を轉匿したるも、同時に債権者に辨済を爲したるときは、債務者は場合に依つては抗拒若は担保の侵害 *Pandbruch* の故を以て處罰するを要すへく、本條第二項は全然其の適用あることなしとす。

有罪動作は債務者か「其の財産の構成部分を破壊、毀損、讓渡し又は其の他之を轉匿することに」依つて將に強制執行を行はんとしつゝある債権者の満足を阻碍するの點に存するものなるか、讓渡及び轉匿と云ふ標識は現行法より繼受したる所なれども、現行法に於けるか如く讓渡を民法上の意味に解釋すへからずとし、財産價值 *Vermögenswert* を執行財團より別除するあらゆる行爲を其の中に包含するものとし、従つて担保としての差入、若は其の他の負担、債權の讓渡、債務の免除、物權の拋棄等をも指稱するものとす。然も之に反し本條の犯罪事實は債務者か物を賣却したることに依つて既に直ちに實現せらるゝもの

にあらず。蓋し賣買契約の締結それ自體は尙ほ未だ財産額の變更の結果を伴ふものにあらずを以てなり。財産の經濟上の減少、例へば義務の負担に依る財産の經濟的減少の如きも亦犯罪事實を實現するに足らず。寧ろ債務者か財産の特定の構成部分を債權者の干渉より免れしめたることを必要とす。本草案は讓渡及び轉匿の外に破壊及び毀損を擧げたるか、かくの如く現行法を擴張したるは第一項の場合に於て有罪犯罪事實を破壊及び毀損にまで擴張したると同一の精神に基くものなり。

破壊其の他の行爲は債權者の満足を阻碍せざるへからず。されば債務者か其の財産の一部を全價を以て讓渡したるときは債務者か後に至つて賣得金を生計の爲に費消したる場合にあつても、金錢に換ふることによつて個々の財産を轉匿するの意圖を當初より有し居たるにあらざる限りは本條の犯罪事實を存することなし。蓋し上記の場合に於て恐らく債權者の満足をも阻碍したりしとするも、此の阻碍は債務者か個々の財産を讓渡したるの點に其の理由を有するものにあらずして寧ろ其の賣得金を自己の生計の爲に利用することを余儀なくせしめられたるの點に其の理由を存するものなり。同様にして債務者の財産か破壊其の他の行爲の當時には破壊ありたる物件無きも尙ほ債務者を満足せしむるに充分なるときは、後に至つて債權者の不利益に財産を減少するの事情を發生するも尙ほ本條の犯罪事實を存することなし。蓋し此の場合にあつても債權者の満足は破壊其の他の行爲に依つて阻碍せられたるにあらずして、寧ろ後に至つて添加的に發生したる事情に依つて初めて阻碍せられたる次第なるを以てなり。債權者の満足は債權者か要求す

へかりしすへてのものを受くること能はざる場合に阻碍せられたるものとす。されば債權者か債務者の掛引の結果として部分的に辨濟を受けざるときは既遂を存するものにして單に未遂を存するに止まる次第にはあらず。此の主旨は「全然又は部分的に……を阻碍し」と云ふ字句を以てして明確にしたる所なりとす。

本條の罪の犯人は強制執行の脅威を受くる者にして、即ち民事訴訟の意味に於ての債務者に外ならず。現行法は正犯を此の場合に限れるか、是を明白に現行法の缺陷なりと謂はざるへからず。蓋し其の結果として例へば法人か強制執行の脅威を受くる場合に其の財産を轉匿したる當該法人の理事は無罪たるに終ることとなるべきを以てなり。されば本草案は債務者の承諾を得て又は債務者の爲に行爲を爲したる者にも處罰を及ぼすこととしたり（第三項）。而して承諾の場合は第一項の場合に於けると同一の理由に基きて（上記の理由参照）特に之を擧示することを必要としたりしなり。

第二項は云は、債務者の全財産を其の債權者の爲にする處分の制限に服せしむるものにして、即ち經濟上の運動の自由を妨ぐることを遙に第一項に超えたり。蓋し第一項は特定物に對する全然特定の權利の執行のみを刑法上保護するに止まるものなるを以てなり。されば本條の規定をして一個の係蹄に墮するにかならしめんか爲には眞に處罰の必要ある掛引のみを處罰するに意を用ひざるへからず。而して此の事は其の主觀的犯罪事實を制限することに依つてのみ之を達成することを得へし。蓋し客觀的の事實中に於ては非

難の余地なき讓渡行爲を不純なる動機に基く讓渡行爲より區別し得へからざるを以てなり。勿論其の意圖を以てする行爲を要求するに於ては余りに過きたりと爲すべく、本草案か意圖の觀念に附したる意義（第十八條第二項）に依れば若し其の意圖を以てする行爲を要求するに於ては犯人か債權者の満足を阻礙することを重要視する場合に限り之を處罰することを得べきなり。然れども破壊若は毀損の場合を除外すれば犯人か其の意圖を以てして行爲を爲すか如きは殆ど決して實際に見る所にあらざるべく、犯人は寧ろ原則として財産を自己に保有し、若は其の賣得金を享有せんか爲に行爲を爲すを以て常とすべきか故に、爾く廣汎なる制限を加ふるに於てはこゝに罰則を設くること畢竟無意義に歸着すべし。されば本草案は條件付故意のみを處罰より除外することとし、犯人は「意識と欲求とを以てして」*wissentlich* 行爲を爲したることを必要とするものにして（第十八條第一項參照）即ち例へば最後の資金を以てして一見する所利益を齎すものと認めらるゝ事業を企圖したる者は其の事業か失敗に終るも、當人か失敗を豫期し、其の失敗を賭しても此の事業を敢行したるものなる場合にあつても處罰せらるゝことなし。之を處罰せんか爲には當人か當初より其の事業の全然成功すへからずして、債權者の満足を阻礙すべきを知り居たりしことを立證せざるへからず。現今にあつても判例は既に現行刑法典第二百八十八條に於ける意圖の語を此の意味に解せるを見るなり。

刑罰は第一項の犯罪事實と第二項の犯罪事實とを通して相同し。自由刑としては二年以下の禁錮を規定し、是と相并んで選擇的に罰金を規定せること現行法に於けるか如きなり。

刑事訴追を被害者の請求に繋らしむるは本條の犯罪の本質に適當する所以と謂ふべし（第五項）。

第三百五十五條

申込の抑制 *Abhalten vom Bieten*

本條の規定を導くに至りたる一般的の考慮は曩に説述したる所の如し。刑罰はまづ強制競賣及び其の他法律上の規定に基く公の競賣に關するものにして、即ち強制競賣の外に部分共同 *Bruchteilsgemeinschaft* 又は全部共同 *Gesamthandsgemeinschaft* の廢止を目的とする競賣（民法第七百五十三條、第七百三十條以下、第四百七十四條以下、第四百四十六條、第四百四十九條、第二千四十二條、強制競賣及び強制管理法第八十條）相續人の申立に係る負担付遺産不動産の競賣（強制競賣及び強制管理法第七十五條）破産管財人の申立に基く破産財團に屬する動産若は負担付不動産の競賣（破産法第二百六條、第二百七條）並に民法典第一千二百三十三條第二項の場合に於ける担保物の競賣をも包括するなり。其の外例へは担保物の賣却 *Pfandverkauf*（民法典第一千二百三十三條以下）商法典第三百七十三條第二項の自力賣却 *Selbsthilfeverkauf* の如き別の種類の公の競賣に對しても本條の規定の適用あり。本草案はまた公の競賣の外に供給及び給付の公の入札をも保護す。即ち例へば公の最低價入札の如し。

競賣又は入札の場合に他人の競争を抑制する者を有罪とすべく、犯人か此の結果を招來したる場合に初めて行爲は既遂となるに至るものとす。他人を抑制する爲に如何なる手段を用ひたりしやは問ふ所にあらず。問題となるは例へは單純なる説服、欺罔及び贈與の申出若は提供の如き是なり。而して犯人か同時に他の有罪行爲の犯罪事實、例へは強要若は恐喝の犯罪事實を實現したるときは、數個の法律違反の競合に關する規定（第六十六條）を適用すへしとす。

主觀的の點に於ては本草案は強制競賣又は其の他法律の規定に基く公の競賣の實施又は供給若は給付の入札の實施を妨げ、又はかくの如き競賣若は入札の結果を阻遏するの犯人の意圖を必要とす。されは犯人は其の行爲を爲すに當つて競争者として問題たる利害關係人を關與より遠ざくることに依つて競賣若は競争入札を阻碍し又は其の結果に障礙を與ふるを重要視せざるへからず（第十八條第二項）。競賣若は入札の結果か犯人の行爲方法に依つて障礙を與へられたりしや、若はまた障礙を與へらるゝことあり得へかりしものなるやの問題を判斷するに當つては特別なる標準を用ふることを得へからず。即ち其の畢竟するに可能なる所の最高限をも、はたまた其の最低限をも基礎と爲すことを得へからずして、寧ろ正常の事情の下に其の關係を合理的に評價するに於ては相當なる結果として期待することを得たりしなるへき所のものを以て基礎たらしめざるへからず。然り而してかくの如き評價を爲すに當つては常に或る程度の偏向を生ずることあるへきか故に、此の中庸の線を去ること著しきものある場合に限り結果に對する侵害を云々することを得る次第とす。

刑として本草案の規定する所は一年以下の禁錮又は罰金なり。

未遂は有罪とするの要あり。既遂の刑を行爲か競争抑制の結果を達成したる場合に限定するときは、未遂の有罪性を斷念するを得へからざるに至る。蓋し然らざるに於ては競争申込の抑制を受くへき者の拒絶に依つて不純なる行爲の發覺を見たる場合に之を無罪たらしむることを必要とすへければなり。

第三十一章 賭博 Glücksspiel

本章は本來の賭博に關する規定の外に公然の富籤の興行に關する規定をも掲げたり。

賭博に關する現行刑法典の規定（第二百八十四條、第二百八十五條、第三百六十條第十四號）は一九一九年十二月二十三日の賭博取締法に依つて著しく峻嚴ならしめられたる次第なるか、此の法律は實に賭博に關する一九一九年の草案の提案を著しく繼受したるものにして、本草案も亦若干の例外を除外すれば一九一九年の法律に倚據するものたり、従つて法律案に添付したる理由書並に國民議會に於ける審議の參照を求むることを得へし。而して一九一九年の法律に於けるか如く本草案も亦公開の賭博場の閉鎖及び制限に關する一八六八年七月一日の法律には觸るゝ所なきものとす。

一九一九年の法律が從來の法律に對して加へたる現行法の著しき改正は賭博俱樂部又は其の中に於て常習的に賭博の開張の行はるゝ一定の會員を有する會合に於ける賭博も有罪なる公然の賭博として處遇せらるゝものなること、竝に賭博者自身は單に賭博を營業的に行ひたる場合に有罪たるのみならず、賭博俱樂部其他に於ける賭博をも包含する公然の賭博に關與したる場合にあつても尙ほ有罪たるものなることの點に存す。而して公然賭博の設備を準備したる者も亦公然の賭博に對する罰則中に包含せしむることとしたり。従つて賭博の開張それ自體は立證することを得へからさりしも其の爲したる準備とか賭博臺の設置、骨牌及び點數票の交付等は確實に禁止に係る賭博を開張するの故意を識認せしむべき場合にあつても干渉を加ふることを得る次第なりとす。最後に罰則は著しく之を加重したり。

本草案は單に遊ひ仲間として公の賭博に關與したるに止まる者の處罰を拋棄したり。惟ふに苟も賭博に關與したる者とし云へは直ちにすへて之を處罰すへしと爲すに於ては、賭博俱樂部に對する干渉の場合に其の場に居合せたる者はすへて賭博の共犯として嫌疑を帶ふるものと認むべく、其の然るの故にもはや證人として之を訊問することを得へからすして、従つて別段なる證據方法を缺けるの結果として賭博の開張者及び營業的賭博者の服罪を往々にして不可能ならしむるに至るへし。一九一九年の法律の爾他の革新事項はすへて之を踏襲したるか、其の外に本草案は第三百五十七條第一項に於て自己の場屋内にて、詳言すれば自己の處分權の下に在る場屋内にて公然賭博の開張せらるゝを忍容したる者にも處罰を及ぼすことに

依つて公然の賭博に對する干渉を更に一層容易ならしむ。其の舊來の法文に於ける現行刑法典上にあつても(第二百八十五條)公開の集會場の場主かそこに於て賭博を行ふことを許したるときは之を有罪となしたりしか、一九一九年の法律を制定するに當つて此の場合は公然の賭博の開張に對する從犯として罰すへきものなりとしてかくの如き犯罪事實を拋棄したりしも、近年に於ける實務上の經驗は公然の賭博に對する場主の忍容は必ずしも常に從犯の見地よりして處罰することを得へからさるものなることを示したりしか故に、本草案は此の場合を獨立の犯罪事實として再び明示的に之を處罰することと爲したるなり。

本草案は減輕事情に關する一般的规定(第七十三條、第七十四條)檢察監視の廢止、判決の公告に對する本草案の一般の見解及び労働所 Arbeitsstätten の制度を第三十六章中に規律したる場合に制限せることに依つて必要とするに至りたる改正を加へて一九一九年の法律の加重刑を踏襲したり。特に賭博の設備及び賭博臺上若は卓上に在りたる金錢の犯人若は共犯に屬する場合につき之を沒收する旨をも強行的に規定し、竝に外國人は其の刑の種類と輕重とに關係なくすへて之を國外に追放することを認めたり。

公然の富籤其他の興行に關する規定(第三百五十六條)は現行法(現行刑法典第二百八十六條)より之を繼受したるも、本草案は「官憲の」*ohrigkeitlich* 許可の*W*はすして「官廳の」*behördlich* 許可と云ふ。然り而して近時普通に行はるゝに至りたる所の如き金錢上の價值を有する給付、例へば湯治場に於ける滞在、旅行、建築物の建築等の如き給付を賭する行爲をも明瞭に併せ取締らんか爲、本條の規定をは

金錢上の價值を有する給付 *Seldwerte Leistung* を公然賭する場合にも及ぼすこととしたり。第三百五十六條の規定は現行刑法典第二百八十六條の場合に於けると同様所謂雪達磨主義 *Schneeballsystem* の形式に於て行はるゝ物品若は給付の賣却をも取締るものなり。而して是と同一の原則は數年前行はれたる所の如き所謂謎の懸賞廣告の形式に於て物品若は給付を賭するについても其の適用あるものにして、従つて此の點に關しての明示的なる規定は之を必要とすることなきなり。

第三十三章 不當の狩獵及び漁撈

Unberechtigtes Jagen und Fischen

不當の狩獵及び漁撈に關する規定は現行刑法典中に於ては一部分は「有罪利己及び他人の秘密の侵害」*Strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse* (第二百九十二條乃至第二百九十六條 a) と題する第二十五章中に收容せられ、一部分は違警罪 (第三百七十條第四號) 中に收容せられたる所なるか、本草案にあつては其の規定の性質に基きて之を特別なる一章中に併合することとしたり。

本草案中にはオーストリー側の發議に従つて第三百六十五條の規定 (密獵者の暴力の行使) を新に挿入することとしたりし外、一八七六年二月二十六日の國法を以てして追加したる現行刑法典第二百九十六條得へからずして、此の點は寧ろ施行法中に於て補正を爲すことを必要とすへし。

a の規定の包含する所の如き沿海漁業の不法實施に對する罰則はオーストリーの法域にとつては既に其の目的物を失ふに至りたる所なるを以て、法律上の同化の利益に於て本草案中には此の犯罪事實を挿入することを爲さざりき。然れども其の爲に獨逸の海上漁業にとつて缺くへからざる罰則を犠牲にすることを得へからずして、此の點は寧ろ施行法中に於て補正を爲すことを必要とすへし。

第三十三章の規定は現行刑法典第二百九十二條以下に於けるか如く狩獵及び漁撈に關する刑罰法規を終局的に規律するものにあらずして、寧ろ單に狩獵權者若は漁撈權者の獨占的なる領得の權限に對する侵害を成す犯罪事實のみを取扱ふに止まるものとし、狩獵及び漁撈警察上の規定を設くるは邦法に一任せらるゝものなること今後も從來に於けるか如きなり (一八七〇年五月三十一日の邦法典施行法第二條第二項を参照すへし)。然り而して本草案の規定の基礎を成すものも亦等しく邦法を以て規律せられたる實體的の狩獵及び漁撈刑法たるものなるか故に、狩獵權若は漁撈權は如何なる條件の下に且如何なる制限内に於て存立するものなりや、此の權利に服するは如何なる物件たるものなりや、此の權利を行使することを得るは果して如何なる人物なりやの各項は邦法に従つて決定すへきものなりとす。

第三百六十一條

不當狩獵 *Unberechtigtes Jagen*

現行刑法典第二百九十二條は當人か狩獵を爲すの權利を有せざる場所に於て狩獵を行ひたる者を密獵 *Jagdwilderei* に基きて處罰したるか、學說及び判例か此の規定に對して與へたる解釋に依れば此の規定の效力の及ぶ範圍は其の字義の上より一見想像せらるゝ所よりも遙に大なるものありて、苟も何等かの野獸を追尾したる者は狩獵術に適したる方法に於て之を爲したるにあらざる場合にあつても、即ち換言すれば本來の意味に於て「狩獵し」たりと云ふこと能はざる場合にあつても尙ほ此の規定の適用を受くるものとす。更に本條の規定は當人か狩獵を爲したる場所にては狩獵を爲すことを得るには相違なかりしも、當人か現に狩獵したる種類の野獸に對しては狩獵を爲すことを得へからざりし場合、又は當人か特定數の野獸を狩獵するの權限を超越したる場合にも適用せらるると共に、最後には何人かか狩獵權の内容に關する邦法上の規定に違反して斃死野獸又は自然に落ちたる角を領得したる場合も亦現行刑法典第二百九十二條の犯罪事實に屬するものなりとす。

本草案か一般的に何人かか他人の狩獵權を侵害して野獸を追尾し、又は狩獵權の適用を受くる物を領得したるの點につきて云々せるは右に述べたるあらゆる犯罪事實を捕捉せんことを欲するものに外ならず。而してここに稱して狩獵權 *Jagdrecht* と云ふは野獸を領得するの權限を指稱するものとし、此の權限か狩獵權者の本來の領得權 *ursprüngliches Aneignungsrecht* に基くものなりや、はたまた狩獵を爲すについての繼承的の權利に基くものなりやは何等の差別をも來すものにあらず。而して「野獸」 *Wild* とは犯

罪地の邦法上狩獵權者に依る獲得の爲に留保せられたる動物を指稱するなり。

密獵に對する基本刑は現行法に比較して重し。其の然るは密獵は單に財産犯罪として評價するを要するのみに止まらず、往々にしてまた身體及び生命に對する重き犯罪の機會を成すことありと云ふの精神に基くものなり。かくの如く通常の刑を重くすることに依つて現行刑法典第二百九十三條に見たる所の如く特別なる加重原因を列擧するの必要は之を存せざることとなりたり。只營業的密獵者に對してのみは三箇月の禁錮の最低刑を確定せること現行刑法典第二百九十四條に於けるか如しとす。

第三百六十二條

不當漁撈 *Unberechtigtes Fischen*

本條の規定は現行刑法典第二百九十六條及び第三百七十條第四號を要約して他人の漁撈權に違法の侵害を加へたる場合に對する統一的なる刑法上の保護を設けたるものにして、其の犯罪事實は密獵に摸倣して構成したり。他人の漁撈權に屬するは單に魚類のみに限らず、標準たる邦法の規定上漁撈權者の獲得權の及ぶすへての水棲動物も亦然りとする所なり。されは蟹の捕獲と云ふか如き事項をももはや特にここに擧示することを爲さざるなり。

現行法は不當漁撈の單純なる場合を違警罪として取扱ひ、其の重き場合に對してのみ輕罪の刑を規定す

るに止まれりしか（現行刑法典第二百九十六條、第三百七十條第四號）其の單純なる犯罪事實をも輕罪として構成し、之に對して一年以下の禁錮を規定するは漁撈なる事業か頓に其の經濟上の意義を増大したるの事實に適應する所以なりと云ふへし。また「營業的に又は有害物若は爆發物を施用して」犯したる不當漁撈に對しては刑の範圍を重き方に向つて擴張し、一箇月の禁錮の最低刑を規定したり。有害物若は爆發物を施用して行ふ漁撈は現行法（第二百九十六條）中に於て既に重き刑を以て處罰したりし所に屬し、往々にして單に營業的の所犯に係る漁撈よりも一層宜しからざる影響を及ぼすことあるものとす。蓋しかくの如き漁撈は原則として漁撈の永續性に多大なる損害を及ぼし、其の損害は漁撈盜 *Fischdieb* の獲得する獲物とは全然比較にならざる程苛烈なるものあるを以てなり。

第三百六十三條

請求に基く訴追 *Verfolgung auf Verlangen*

狩獵に關する犯罪は現今にては行爲か親屬に對する所犯たる場合に限り請求に基きて訴追するものとせらるるに反し（現行刑法典第二百九十二條第二項）漁撈犯罪の場合にあつては其の請求なきも常に之に干渉を加ふることを必要とすれど、本草案は此の點に於ては漁撈犯罪を狩獵犯罪と同視したり。其の外犯人か狩獵又は漁撈を行ふことを得るも其の行ふべき範圍を制限せられたりし場所に於て行爲を犯したりし場合にあつても被害者の請求を必要とすることとしたり。此の種の場合にあつては原則として犯人と被害者との間に親近なる關係を存するを常とするか故に本草案に於て革新を加へたるは事の宜きに適せるものと謂ふべきなり。

第三百六十四條

沒收 *Einziehung*

現行刑法典第二百九十五條は狩獵犯罪についてののみ沒收を規定するに止まれど、本草案にあつては漁具についても沒收を規定したり。沒收を受くる用具は犯人若は共犯の行爲に際して携帯若は使用したる用具にして、即ち例へは其の設置したる係蹄及び開張したる網罟なり。

本草案は現行法に於けるか如く沒收を強行的に規定し、其の所有權關係の如何を問ふ所なからしむ。然れども此の原則か苛酷の結果を伴ふことあるべきを避けんか爲に本草案は二の場合に沒收強行の原則を打破することとしたり。即ち特に輕微なる場合の外、物か犯人若は共犯の何れにも屬することなく且所有者か其の物の有罪行爲の爲にする利用につき全然責任を有せざる場合には沒收を行ふことを得へからざるなり。

第三百六十五條

密獵者の暴力の行使 *Gewaltanwendung des Wilderers*

本草案第三百三十二條は現行法（現行刑法典第二百五十二條）に倚據して現行中を襲はれて自己又は他人に盜取したる財貨の占有を保持し又は自己若は他人をして處罰を免れしめんか爲に強盜手段 *Raubmittel* を施用したるときは竊盜は強盜の刑を以て處罰する旨を規定す。然れども密獵者若は密漁者の現行に對しては此の規定を適用することを得へからず。蓋し不法に斃したる野獸其の他は其の密獵者の手中に在る場合にあつても依然として無主物にして、從つて竊盜の犯罪事實につき重要な「他人の」物と云ふ標識を存することなきを以てなり。かくの如き法律状態は不満足なるものと謂はざるへからず。惟ふに不意を打たれたる密獵者か特に暴力を行使して其の獲物を防衛するの傾向を有するは經驗の教ふる所の如くにして、自己自身又は其の隨伴者をして極力訴追を免れしめ、從つてまた處罰を被ることなからしめんと決意することも往々にして見る所なり。然り而して密獵者は原則として武装せるを以て常とするか故に右に述べたる所の如き傾向より生ずる危険は特に著大なるものありて存せり。然も一般的の罰則は威嚇の爲にも處罰の爲にも充分ならず。特に山林權者、狩獵權者及び漁撈權者に對する敵對に關する規定につきて然りとする所なり（第五百一一條、第五百十二條）。然り而して此の場合に處する罰則は極めて種々なる

場合を包括するものなるか故に上記の場合に於て適當とする所よりも遙に輕き刑を認めざるへからず。されは本草案はオーストリー側よりの提案に從つて強盜的竊盜に相當する密獵者の暴力の行使の特別なる重罪犯罪事實を設くることと爲したるなり。

第三十四章 動物虐待 *Tierquälerei*

現行刑法典中に於ては動物保護の爲に供せらるる規定は第三百六十條第十三號の規定のみにして、之に依れば公然又は公衆の感情を刺戟する方法に於て惡意に因り動物を苛責し又は殘酷に之を取扱ひたる者は百五十馬克以下の罰金又は拘留に處するものとす。然も此の規定は動物虐待を取締る爲には未だ以て充分なりと爲す能はず。蓋し其の犯罪事實は余りに狹隘にして且其の處罰は余りに輕微なるを以てなり。されは本草案は從前の法律案の先蹤に倣ひ且從來の刑法典草案に倚據して動物虐待の犯罪事實を擴張し、輕罪の刑を定めたり。之に反し本草案は特別なる動物保護の規程に對する違反は輕罪として構成することを爲さずして、かくの如き規程の違反に對しては第四百十二條に於て違警罪の刑を規定したり。惟ふに動物保護に關する命令に對する違反行爲の最も宜しからざる場合にあつては恐らくは常に同時に動物虐待の犯罪事實（第三百六十六條）の實現を見るを以て常とすべく、其の然らざる場合にあつては原則として秩序違

反 Ordnungswidrigkeit たるに止まるを常とし、之に對しては違警罪につきて規定したる刑の範圍を以て
足れりとすべきなり。

第三百六十六條

動物虐待 Tierquälerei

本草案は現行法中に規定したる所の如き行爲か公然若は感情を刺戟する方法に於て行はれたることの制限を拋棄し、オーストリー側の發議に聽從して「惡意に因り……苛責したる」*boshafte quält* と云ふ字句に代ふるに「其の意圖を以てして……苛責し」*absichtlich quält* と云ふ字句を以てしたり。之に依つて故意の責任形式に對する表示の數を減少し、法律の適用を容易ならしめたる次第なりとす。其の意圖を以てして動物を苛責するとは動物に對して永續的なる苦痛若は反覆する著しき苦痛を生ずるの因を與へ、其のかくの如き結果を生せしむるを以て其の行爲の主眼とするを云ふ。而して、人間か動物の苦痛の感覺に對して有すべき感情を特に著しく傷くる行爲にして是認するに値ひする目的に依つて必要ならしめらるるにあらざるものは殘酷なる所業なり。即ち動物虐待の犯罪事實は學問上若は宗教上の動機よりのみ行はるる動物の處遇の場合にあつては之を存することなきなり。

刑罰の程度は本草案か比較的輕き輕罪につきて規定したる所に相當するものにして、六箇月の禁錮の刑は永續的若は常習的なる動物虐待の特に憎惡すべき場合及び特に殘酷なる行爲をも適當に處罰することを得しむるものと謂ふへし。

第三十五章 麻醉毒の濫用

Misbrauch von Rauschgiften

麻醉毒の濫用、特に酒精の濫用は犯罪の回數と種類とに極めて密接なる關係を有するものにして、あらゆる犯罪の大部分は實に麻醉毒の直接の影響の下に行はるるなり〔註一〕。而して麻醉毒の濫用に依つて肉體的にも精神的にも頽廢して誘惑に反撥し、又は地道に其の生計の資を得るの能力を有せざるの故を以て有罪行爲を犯す者の犯行の數も決して直接麻醉毒の影響の下に行はるる犯罪の數に讓るものにあらず。最後に酒精濫用者、モルヒネ常用者其他の出なるの故を以て精神的に變質したる者の犯罪者中に占むる割合も可成に廣大なるものあり。此の方面に於て刑法の手段を以てして及ぼし得る所は極めて制限的なる影響に止まると雖、然も刑法にして犯罪の原因を撲滅するを以て任務とする上からは麻醉毒の濫用に對する取締をも設けることを閑却するを得へからず。況や酒精分含有飲料の濫用は戰爭中及び戰後の第一年に於ては著しく減したりしも、最近に至つて再び驚くべく増大したるものあるを見るに於ては一層然りとなさるへからざるなり。

〔註一〕一九一〇年乃至一九一三年の間にバイエルンに於て酒精の濫用の犯罪に及ぼす影響につき行ひたる統計的調査の結果は次の如きものありたり。

年次	アラユル重罪及ヒ輕罪ノ總數		犯罪ノ總數中ニテ		爛醉ニ基キテ法第五條ヲ適用セラル場合	第三欄ト第二欄トノ間ニ於ケル比較上ノ割合	傷害罪ノ	
	爛醉時ノ所犯ニ係ルモノ	常習的ナル酒精ノ濫用ニ因ルモノ	(a)	(b)			(a) 第二欄ノ犯罪ノ總數ニ對スル割合	(b) 第三欄ノ犯罪ノ總數ニ對スル割合
一九一〇年	七六八一八	八六四七	一九〇	一五〇	一五〇	一一%	二四・九%	五四・三%
一九一一年	七六一三一	七五五一	一四四	一三〇	一三〇	一〇・一%	二三・一%	五〇・二%
一九一二年	七九〇〇六	八四四五	一八四	一三六	一三六	一〇・九%	二三・九%	五三・五%
一九一三年	七一五六〇	七四八七	一五〇	一一二	一一二	一〇・六%	二五・四%	五〇・七%

本草案中に於て規定したる處分は癡醉劑の濫用を豫防的に阻遏することを目的とするものなるも、癡醉毒の飲用に耽つて其の影響の下に刑法に違反したる者を處罰するのみならず、矯正及び保安の處分を以てして之を秩序ある生活に馴致せしむることを目的とするものなり。刑法的性質を有する豫防的手段として

問題たるは専ら癡醉毒の不法交付に對する罰則にして、矯正及び保安の處分としては酒精濫用者療養所又は節制所への拘置及び保護監督の命令を規定したり(第五十七條、第六十一條を参照すへし)。

本章中には癡醉劑の濫用に對する種々の規定を掲げ、之を輕罪として處罰することとしたり。其の中原則的の意義を有するは第三百六十七條の規定にして、犯人か行爲の當時泥醉して行爲の不法なるを辨別し、此の辨別に從つて行爲を爲すの能力を全然喪失し居たりしときは、第十二條及び第十三條第一項の一般的原则に依り責任能力者たるものにあらず、從つて有罪にあらずるなり。されは酒精分含有飲料を飲用することに依つて又は其の他癡醉劑を以てして責任無能力の状態に自己を置き、此の状態に於て法律の處罰することと爲したる行爲を犯したる者は此の行爲の故を以て處罰することを得へからず。但し犯人かかくの如き状態に於て有罪行爲を犯すことあるべきを豫期せるに拘らず、自己をかくの如き状態に置きたるにつき責任ありたるときは此の限にあらずとす(所謂 *actio libera in causa* 原因に於て自由なる行爲)。現行法に依れば上記の *actio libera in causa* の場合を除くれば如上の犯人の態度は自身に於て其の酩酊状態を招來したるの見地の下に於ては徹頭徹尾處罰の必要あるものと認めらるるに拘らず如上の犯人は全然無罪として放免せらるるものなり。ここに於てか本草案は第三百六十七條の特別なる罰則を設けて此の欠缺を補正し、第三百六十八條は酒精濫用者療養所又は節制所に拘置せらるる者に對して癡醉毒を交付するを處罰して、之に依つて就中刑を科せらるるに至りたる酒精濫用者、毒物濫用者に對して執り

たる矯正の處分の有效なる實施を確保し、而して第三百六十九條を以て酒精分含有飲料を兒童及び酩酊者に交付するを取締りたり。

癡醉劑の濫用に對する罰則を遺漏なく本章中に網羅し盡すことは本草案の爲さるる所にして、阿片、モルヒネ、コカイン及び類似の物質の不法取引又は調劑の刑罰法規上に於ける取締は之を阿片法に一任したり（特に一九二四年三月二十一日の法律の法文に於ける國際阿片協約實施法第八條を參照すへし）。而して第三百六十九條の規定以上に互つて酒精分含有飲料の交付に對して少年を刑法上保護するの必要を存するか、又は特定の理由に基きて酒精分含有飲料の交付を禁止したる場合に對しては本草案は第四百十三條の白紙犯罪事實 *Blanktatsbestand* を設けて違警罪の刑を規定したり。

第三百六十七條

泥 醉 *Volltrunkenheit*

泥酔の故を以て處罰せらるべきは故意又は過失に因り酒精分含有飲料を飲用することに依つて、又は其の他の癡醉劑に依つて責任能力を阻却する酩酊の状態に置き、此の状態に於て法律の處罰することと爲したる行爲を犯したる者なり。即ち本草案は「其の他の癡醉劑」をも酒精分含有飲料と同視したる次第なるか、ここに其の他の癡醉劑と云へるは酒精分含有飲料と類似的に癡醉若は癡痺の効果を及ぼす藥劑を指稱

するものと解すべく、即ちエーテル、コカイン、ハッシツシ、阿片、モルヒネ及び其の他のかくの如き毒物、調劑及び藥劑なり。犯人か泥酔の状態に於て重罪、輕罪若は違警罪の何れを犯したるやに従つて差別的待遇を爲すは本草案の主旨にあらず。法律中に於てかくの如き差別を設くることは行爲か重罪たるものなりや、はたまた輕罪たるものなりやの問題を主觀的の要素に依つて決定せんとするの方針と相容れざるへし。蓋し意識を失ふ程度にまで酩酊せる者の場合に於ては主觀的の要素を存することなき次第なるを以てなり。従つて泥酔状態に於て犯したる行爲の種類と結果とを正當に處置せしむるは之を裁判所に一任せざるへからず。而して最高刑を二年の禁錮と爲すに於ては比較的重き場合をも充分に處罰することを得べきなり。然れども法律は刑の種類及び輕重上行爲の故意の所犯につきて規定したる所よりも刑を重からしむることを得ざるものと爲すの程度に於て判事の刑の量定を羈束す（第二項）。されば例へば泥酔の状態に於て重罪を以てして他人を脅迫したる者は（第二百七十八條）其の最も重き場合に於ても單に一年の禁錮を以てして處罰を爲すことを得るに止まるものなり。酩酊状態に於て犯したる行爲か請求ありたる場合に限り、若は同意を以てしてのみ訴追するを要するものなるときは、第三項に依り泥酔に基く刑事訴追も同一の條件を具備する場合に限り之を許すものなり。禁錮の刑と相並んで選擇的に罰金をも規定すれど、刑の外に第五十七條に依り酒精濫用者療養所又は節制所に拘置することを許す旨を言渡すことを得べく、また第六十一條に依れば裁判所か同時に許すものと宣言したる拘置を二年以下の期間條件を附して猶

豫したるときは裁判所は保護監督を命ずることを得。而して本草案第五十一條に依り刑の言渡の公告を許したることも亦事の宜きに適したるものと認むるを得べきなり。

第三百六十八條

酒精濫用者療養所又は節制所の被收容者に對する麻酔飲料又は

麻酔劑の交付 *Abgabe berausender Getränke oder Mittel an*

Inassen einer Trinkerheilanstalt oder Entziehungsanstalt

酒精濫用者療養所又は節制所に拘置することに依つて達成せんとするの結果は被收容者か酒精分含有飲料及び其の他の麻酔劑より完全に遠ざからしめらるる場合に初めて能く之を成就することを得へし。されは第三百六十八條は施設の長の許可を受くることなくして意識と欲求とを以てして是等の被收容者に對しかくの如き飲料若は藥劑を供給したる者を處罰したり。「其の他の麻酔劑」と云ふ觀念は第三百六十七條の場合に於けると同じ。従つて同條の下に述べたる理由の参照を求むることを得へし。犯人か其の行爲に對して對價を受けたりしや否やは問ふ所にあらず。施設内に於ける酒精濫用者又は麻酔毒常用者の治療行爲は往々にして患者か醫師の命令に基きて漸次に毒物の常用を減少し、かくて規則的に次第に全然其の常用の習慣より蟬脱せしめらるるの點に成立することあり。かくの如き治療行爲を可能ならしめんか爲施設

の長の許可を受くることなくしてかくの如き麻酔劑の供給の行はれたる場合に限りかくの如き供給行爲を處罰することとしたるか、犯人か意識と欲求とを以て行爲を爲したることを必要たらしむることに依つて如上の罰則の適用か過度に擴張せらるるに至るを豫防したり。犯人か相手方の酒精濫用者療養所に於ける被收容者たることあり得べきを豫期したるに止まりて之につき特殊の知識を有し居たりしにあらざるべきは有罪たるものにあらず。本條の行爲は輕罪にして、刑は三箇月以下の禁錮とし、其の外に情狀輕き場合につき選擇的に罪金をも科することを得しめたり。

第三百六十九條

兒童又は泥醉者に對する酒精分含有飲料の交付

Verabreichen geistiger Getränke an Kinder oder Betrunkene

本條の規定は第四百十三條と併せ 一九二三年二月二十四日の緊急法第五條第一號を補充する爲に規定したるなり。由來本條並に第四百十三條の規定を刑法草案中に留むべきか、はたまた兒童、少年若は泥醉者に對する酒精分含有飲料并に煙草の交付の規律の全部を擧げて、目下參議院に提出中なる酒場營業法 *Schankstättengesetz* 中に收むるを事の宜きに適せるものとすべしや、目下參議院に於て審議中なる其の法律案の運命如何に繋るものにして、之を將來に於ける審査に留保せざるへからざるなり。

本草案は既に小學校を卒業して父母の家の外に在りて營利生活に従事せる少年に對して余りに廣汎なる刑法上の干渉を避けんと欲し、其の然るか故に第三百六十九條に於て保護年齢を統一的に十四歳と定め、酒場又は小賣商店に於て教育の權利を有する者又は其の代理人の不在中に兒童に對し、當人自身の飲用の爲に對價を受けて酒精分含有飲料を交付したる者を輕罪の刑に處するに止め、其の以上に互る緊急法の規定は之を繼受することを爲さざりき。第三百六十九條に於ける犯罪事實の制限に依つて取締ること能はざる刑法上の保護の必要を生したるときは違警罪中に列したる第四百十三條の白紙規定を以てして之に對して救済を與ふることを得しむ。親族法上の地位又は其の職務若は職業の然らしむる所として少年の一身に對して保護を加ふるの權利を有する者、即ち父母、後見人、保佐人の外教師、親方等の如き者もすへて教育の權利を有する者と看做すへし。教育權利者の代理人として問題たるは契約上少年の監督の任に當れる、例へば教育者の如き者の外權利者の明示若は默示の同意を以て長かれ短かれ少年に對して保護を加ふるすへての成年者なり。

第三百六十八條に於けるとは異り第三百六十九條に於ては犯人か意識と欲求とを以てして行爲と爲したることを必要とせずして、犯人か十四歳未満の者と取引を爲しつゝあるやも知れざることを豫期せるときは既に有罪たるものなり。

本條第二項に掲ぐる泥酔者に對する酒精分含有飲料の交付の禁止は泥酔者に其の上また酒精分を交付す

ることに依つて常軌を逸脱するに至るか如きことなからしめんとする社會公共の利益に基きて専ら是認することを得べきものなり。

刑としては此の場合にあつても三箇月以下の禁錮の外に選擇的に罰金をも規定したり。

第三十六章 社會上有害なる行狀

Gemeinschaftliches Verhalten

現行法（現行刑法典第三百六十一條第三號以下）は浮浪、乞丐、勞働嫌疑及び營業的淫行を有する行爲として處遇し、之を處罰するに違警罪の刑を以てしたるか、同時に裁判所に對して受刑者を地方警察官廳に附託することを許したり（第三百六十二條）。此の命令に基き地方警察官廳は二年以下の期間受刑者を勞働所に拘置し又は社會上有益なる作業に使用するの權限を與へらるゝ次第なりとす。

勞働所の被收容者を觀察したるの結果として浮浪罪、乞丐其他に基きて刑の言渡を受け且勞働所に附託せられたる者は殆ど例外無しに其の素質上規律的の勞働に依つて生計の資を得ること能はざる者なることを示したり。實に被收容者の百分率の多く占むるは精神上の低能者にして、其の多くは病的の放浪的衝動を有し、一度勞働所を放免せられて自由なる作業に就くや立所に自己の宿舍と作業とを棄て、再び公道

を徘徊するに至る。然らざれば即ち何等かの原因に基き經濟上産を破り、若は其の他社會に於て倚つて立つべき根據を失ひ、時の経過と共に秩序的なる關係に適應することを忘れたる者なり。是等の徒は生來意思薄弱なるに加へて往々にして過分なる酒精分を攝取することに依つて元氣衰弱せるか故に有力なる手段を以てして其の氣力を引立たしむるにあらざれば益々深く精神的、肉体的の放縱無頼に沈淪することとなるなり。

以上の考慮よりして一九二五年の草案は是等の徒に對して刑罰を科することを全然斷念して、勞働所の保安的處置を以てしてのみ是等の反社會的なる人物に對する社會の保護を實現するを要するものなりと云ふ論結を抽出し、従つて社會上危険なる行狀に關する規定は其の特有の第三編(第三百七十八條以下)中に置きたるか、其のかくの如き舉に出てたるは近き將來に於て是等の規定を監置法 *Verwaltungsrecht* 中に收容すへしと云ふ見地より出發したるものなり(一九二五年の草案理由書百八十七頁參照)。然れども是等の徒を其の爲すか儘に放任するか如きは適當ならずとすること著しく高調せられ、假令是等の徒の各個人は無害にして社會にとつては有害と云ふよりは寧ろ煩累を來すに過ぎざるものなりとするも、全体としては著しき危険を成すものにして、かくの如き社會的無頼の地盤よりして重罪の萌芽するを見るに至ること余りに屢々なるものあるは、乞丐、浮浪人及び賣笑婦の處罰登記簿の立證する所の如く、即ち殺人強盜、放火等の如き最も重き種類の犯罪か乞丐及び浮浪人の所犯に係ること稀ならざると共に、營業

的犯罪人か往々にして賣笑婦の許に於て逃避の場所を見出すものなることは衆知の經驗に屬する所なりとす。

一九二五年の草案の斷案に對しては著しく懸念を懷く者ありて、一面に於ては是等の徒に對して刑を科するを斷念するは社會の保護と云ふことを餘りに薄弱ならしむるものと非難すると共に、他面に於ては勞働所附託の保安處分は特に社會上危険なる行狀に關する規定に對する最初の違反の場合にあつては餘りに苛酷なる干涉たりと云ふ意見を主張する者もあり。是等の懸念を判斷したるの結果本草案は結局現行法の規律に復歸することとなりたり。其の然るは實に何は兎もあれ現今の處にては未だ罰則を缺くことを得へからざるものなりと云ふ考慮に出づるものに外ならず。只罰則の限界は現行法に於けるよりも著しく狹隘に之を劃したるとは素より言を俟たざる所とす。惟ふに今後の發達か此種の禍害の取締を全然保安處分と保護制度との方面に移し、漸次に刑法的手段を拋棄するに至らんことは望ましき限りにして、將來改正事業の歩を進むると共に第三十六章の問題か特別なる保護法又は監置法に於て更に廣汎にして更に鞏固なる基礎の上に規律せらるゝに至るへしとせば、そは本草案を支配する精神にも適合する次第なりと謂ふべく、近年識者の反社會的分子の爲にする監置法を要望するもの再三にして、國議會に於ても亦此の方面に向つての建議案の提出を見ること屢々なるものあり、即ち一九二五年一月十五日及び一九二七年四月六日の會議に於ては國議會は監置法の提出を爲さんことを國政府に囑託する旨を議決したる程にして、かくの

如き法律制定の豫備作業は目下進行中に屬し、國議會より二の法律案の提出ありて何れも所管委員會に附託せられたるか、之に關する政府案は未だ成立するに至らずして、かくの如き法律が適時に制定せられて遅くも新刑法典と同時に施行せらるゝの運となるに至ることを得るや否やは尙ほ未だ逆睹する能はざる所とす。

本草案は其の第三十六章中に於て乞丐、乞丐の爲の派遣、浮浪罪、淫行の實施の際に於ける社會上危險なる行狀及び淫行の勸誘（現行刑法典第三百六十一條第四號、第三號、第六號參照）を輕罪として處遇し、是等の犯罪事實に對して刑事罰と勞働所への拘置の處分を加ふることを得しめ、未成年者の場合に於ては原則として之に代ふるに感化院若は矯正院の制度を以てし、竝に外國人に對しては國外追放を併せ用ふることを得しむ。而して勞働所、感化院若は矯正院への拘置竝に國外追放は總則編第八章に於て一々規律したる所に屬せり。

刑は本章のすへての犯罪事實を通して統一的に六箇月以下の禁錮と定め、只第三百七十一條の場合（乞丐の爲にする派遣）に限り一九一九年の草案に從つて（第二百七十六條）其の外に選擇的に罰金を規定し、また特に輕微なる場合については刑を免除することを許したり。更に減輕事情を具備する場合に於ては一般的規定（第七十三條及び第七十四條參照）に從つて自由刑に代へて罰金を言渡すことを得るなり。

本草案は現行刑法典第三百六十一條第七號（勞働拒絶 *Arbeitsverweigerung*）の種類の規定を設くることを爲さゞりき。一九二五年の草案中には尙ほ此の種の規定を存し居たりしか（第三百八十一條）其の規定と雖既に失業保護制度に基く扶助金は、公の救貧資金に基く扶助金と看做すべからすと云ふ精神を以て規律の起點と爲したりしなり（第三百八十一條の理由參照）。然も是よりして此の規定の爲に剩さるる狹隘なる適用範圍は是か存置を是認せしむるに足らざるなり。個々の規定につき尙ほ注意すべきもの左の如し。

第三百七十條

乞丐 *Betteln*

本草案は現行法（現行刑法典第三百六十一條第四號）に於けると同様乞丐の觀念を既知のものとして豫定せるか、然も現行法に於けるとは異りて苟も乞丐行爲として云へばすへて直ちに國家の干涉の結果を伴ふものにあらすして、本草案は寧ろ勞働嫌忌若は放縱に基きて乞丐の行はれたることを必要とするなり。かくの如くにして本草案は何人か、一時的の困窮の状態に於て又は其の勞働不能の故を以て同胞の慈善行爲を求めたる場合を除外するなり。其の特別に擧示するは何人か、營業的に乞丐を爲したる場合にして、換言すれば即ち自己の爲に収入の源泉を開かんとして乞丐を營む場合なりとす。

第三百七十一條

乞丐の爲の派遣 *Ausschicken zum Betteln*

現行刑法典第三百六十一條第四號に於て兒童を乞丐の爲に示導し、若は派遣し又は自己の權力及び監督に服し且自己の同居人たる者 *zu seiner Hausgenossenschaft gehören* の乞丐を爲すを抑制することを懈怠したる者を處罰したり。惟ふに此の種の行爲は特に甚たしく憎惡すべく、また社會的に有害なるものとす。蓋し此の種の行爲は少年を毒し、少年保育の努力に正反對の影響を及ぼすものなるを以てなり。凡そ公の教育權、特に保護教育の手段を以てして撲滅し得る所は其の結果のみに止まり、是よりも遙に大なる効果を期待せしむるは實に不幸の源を塞ぐにあり。されは本草案は自己の監督に服し且自己の同居人に屬する兒童若は少年を乞丐の爲に派遣し若は之を乞丐に羈束し、又は故意若は過失に因りかくの如き兒童若は少年の乞丐を爲すを抑制することを懈怠したる者を處罰し、且之を勞働所に附託するを得しむることゝしたり。然り而して此の場合にあつては共犯の規定は不充分たるか故に此の點に明示的の罰則を設くること必要なり。蓋し乞丐は第三百七十條に依れば「勞働嫌疑若は放縱に基き」 *aus Arbeitsscheu oder Fiederlichkeit* 又は「業として」 *gewerbsmäßig* 行はれたる場合に限り有罪なれども、乞丐の爲にする兒童及び少年の派遣及び羈束に關する規定をして少年に對する有效なる保護を形成せしめんとせば、是

等の行爲が無條件にて有罪たることを必要とすればなり。

本條の規定は幾多の點に於て現行法の規定と異なる。之を兒童及び少年に限定することは少年保護の精神に適ふものと謂はざるべからず。而して兒童及び少年は之を派遣したる者と親族關係に在ることを必要とせず。兒童若は少年はすべての場合を通して、即ち現行法の場合に於けるとは異りて派遣及び羈束の場合にあつても犯人の監督の下に在り、且其の同居人たる者ならざるべからず。蓋し兒童若は少年の爲最善を助長せざるべからざる者か利己の目的の爲に之を濫用すると云ふ點に恰も本條の行爲の憎惡すべき性質を存するものに外ならざればなり。派遣及び羈束は本草案——その現行法の「示導」と云へると異なる所は只用語の點のみに止まる——の言明せるか如く觀念上既に故意を以てしてのみ行はるゝ所にして、其の然るか故に本草案は此の場合に特に責任形式を掲ぐるを必要とせざるなり（第十六條第二項參照）。之に反し第二の場合（乞丐の抑制の懈怠）にあつては懈怠は過失に因つても行はるゝことあるものなるを明示的に指示したり。

現行刑法典（第三百六十一條第九號）は尙ほ是と相關聯して兒童若は其の他自己の權力の下に在る者自己の監督に服し且其の同居人たる場合に竊盜の所犯竝に關稅法若は租稅法又は山林、田野の收穫物、狩獵若は漁撈を保護する法律に對する有罪違反の所犯より抑制することを懈怠したる者をも違警罪に處したりしか、此の犯罪事實を踏襲して之を輕罪に改造し、又は更に一步を進めて之をすべて犯罪行爲の阻遏の懈

怠とまで一般化し、擴張するか如きは多くの場合に於て忍ぶへからざる監督者の處罰の餘りに過大なる擴張を意味すへし。其の處罰の必要ある場合は共犯に關する本草案の一般的規定を以てして充分に之を取締ることを得べく、爾他の場合にあつては後見裁判所 *Vormundschaftsgericht* の干涉は比較的に正當なる手段たるべきか故に、本草案はかくの如き犯罪事實を拋棄することとせり。

第三百七十二條

浮浪罪 *Landstreichen*

凡そ浮浪者なるものは國民經濟上の煩累たるのみに止まらず、往々にしてまた法律的安寧に對する一危険をも意味するものなり。然り而して浮浪者の一部は比較的無害なる精神上の低能者にして春は抗拒すへからざる壓迫に驅られて戶外に走り、冬は監獄を以て自己の好みの逃避場と爲す底の人物なれども、浮浪者中には此の種の人物の外に遙に危険なる人物を存し、是等の徒は竊盜や強盜を以て生活し、有利なる機會にあらは最も重き犯罪をすら辭することなからんとす。而して浮浪者か特にジプシイ族に常とする所の如く團體を成して徘徊する場合にあつては特に地方の住民にとつて甚たしき疫病神にして、往々にして一地方の全部を擧げての恐怖たり、特に人煙稀薄の農地に於ける住民にとつて然りとする所なりとす。

本草案は浮浪罪の刑法上の觀念を現行法に於けるよりも峻嚴に構成するに努めたり。即ち本草案に於て

稱して浮浪者と云ふはまづ第一に勞働嫌忌に基き又は無秩序なる生活を憧憬して無資産にて地方を徘徊する者を謂ふ。此の要件を以てして勞働嫌忌に基くにあらすして寧ろ自己か努力を爲すにも拘らず就職口を見出すこと能はざるの故を以てあちこちと放浪する者は浮浪罪の觀念に屬するものにあらざるの主旨を明確にしたるものとす。若し夫れ勞働能力を有せざる者の場合にあつては勞働嫌忌に基く放浪を問題たらしむる能はざるの故に、かくの如き者の場合にあつては浮浪罪に基く處罰の爲には其の放浪か不秩序なる生活に對する憧憬に基くものなることを認定するの必要あり。本草案は此の種の浮浪者を以て第二種の浮浪者としてあちこちと放浪することなく、永續的に一地方を徘徊し、無資産にして且一定の宿所なき者と併置したり。是等狹義の浮浪者と酷似せる者を浮浪罪に對する罰則の適用の下に置きたることに依つて、同時に「自己の從來の宿所を失ひたる後所管官廳の指定したる期間内に別の宿所を求むることを爲さず、また自己か努力を爲したるにも拘らず宿所を得ること能はざりしものなるを立證する能はざる者」を處罰せる現行刑法典第三百六十一條第八號の規定に對する適當の補充を致すものと謂はざるへからず。

本條第一項の規定が單に無資産にて地方を徘徊する者を取締るに反し、第二項に依れば篤實なる營業を執行することなくして勞働嫌忌に基き又は不秩序なる生活に對する憧憬よりして團體を成して地方を徘徊したる者は其の無資産にあらざる場合にあつても尙ほ浮浪者として處罰せらるゝものとす。かくの如く擴張を爲したるは就中浮浪のジプシイ族を顧慮する上に於て必要とする所にして、實にジプシイ族の團體は

極めて巨額の金銭を所持し乍ら其の窃盜、詐欺及び恐喝類似の乞丐を爲すの性癖は之に依つて秋毫も減却を來さざることを稀ならざるなり。

第三百七十三條、第三百七十四條

淫行を行ふ際に於ける社會上有害なる行狀 *Gemeinschädliches*

Verhalten bei Ausübung der Unzucht

淫行の勸誘 *Aufforderung zur Unzucht*

本草案は一九二七年十月一日を以て施行せられたる一九二七年二月十八日の性病豫防法と歩調を一にして營業的淫行それ自体を無罪とし、然も其の代りに風俗 *Sitte* 若は風儀 *Anstand* を害し又は他人に煩累を及ぼすべき方法に於て猥褻なる交通を招來せんとしたる者（第三百七十四條参照）又は少年に危険なる方法に於て營業的淫行を營みたる者（第三百七十三條参照）に對する規定を設くるの提案を爲したり。

第三百七十三條は性病豫防法第十六條第四號に若干の用語上の改正を加へたる儘にて別に實質上の變更を加ふることなく其の儘之を踏襲したるものなるか（現行刑法典第三百六十一條第六號 a）第三百七十四條の規定に於けると同様男女の何れにも該當するものなり。而して猥褻營業の常習的經營は常に少年にとつて特殊の危険を包藏するものとし、かくの如き危険を招來する者は社會上危険なる者なるか故に、第

三百七十三條に依り之を處罰すべく、自由刑の言渡ありたる場合にあつては裁判所は其の外に第五十八條に依り之を勞働所に拘置するを許す旨の宣告を爲すことを得るものとす。

第三百七十四條の規定は性病豫防法第十六條第三號の法文に於ける現行刑法典第三百六十一條第六號の規定に相當するものにして、「風俗若は風儀を害し又は他人に煩累を及ぼすべき方法に於て公然淫行の勸誘を爲し又は是か爲に自己を提供したる者」を對象とする罰則なり。犯人が營業的に淫行を營みたることは必要ならずと雖「常習的に營利の爲に淫行を營む者」か第三百七十四條に依り自由刑の言渡を受けたるときは、裁判所と同時に之を勞働所に拘置することを許す旨の宣告を爲すことを得へしとす（第五十八條第二項参照）。

第二編 違警罪

Übertretungen

七八〇

本草案をして違警罪の爲に特別なる一編を設くるに至らしめたる考慮は既に理由書の緒論中に於て説述したる所の如し。

總則の部

本草案か違警罪につきて規定したる規定と重罪及び輕罪に關する一般的規定と異なる點は刑法に對する最も輕微なる違反としての違警罪の特質に是認の理由を見出すものにして、其の一部は現行法の既に認むる所たり、其の一部は重罪及び輕罪に關する本草案の新たな規定に依つて促されたる所とす。抑も現行刑法典は違警罪につき明示的に特別の罰則を設くることなく、個々の規定を有罪行爲全般に該當せしめずして單に重罪及び輕罪に該當せしむることに依つて間接的に其の事を致したるに過ぎざれど、本草案にあつては別個の方法を辿りて、まづ第一篇に於てはすべての規定を排他的に重罪及び輕罪に限定し、然も次に第三百七十六條を以てして第一編の總則の下にて重罪及び輕罪につきて定めたる規定は第二編の總則中

に掲ぐる特別の規定よりして何等か別段の論結を生ずるにあらざる限りは違警罪についても之を適用する旨を規定したり。

第三百七十五條

限界 Abgrenzung

現行法（現行刑法典第一條第三項）に依れば違警罪とは拘留又は百五十馬克以下の罰金を以て處罰することとしたる行爲を謂ふものなれども、此の定義を以てしては違警罪と輕罪との間に何等充分明確なる區別を來すに足らずして、即ち現行法に於ては輕罪の刑としても拘留の規定せらるることあり（例へば現行刑法典第八十五條を参照すへし）。また現行刑法典は専ら罰金を以てしてのみ處罰せらるる行爲をも輕罪として表示することあり、只罰金額か百五十馬克を超ゆるを異りとすのみ。一方自由刑、即ち拘留のみを刑として規定したる違警罪をも認むるなり（現行刑法典第三百六十一條第一號乃至第八號）。かくの如く輕罪と違警罪との區別の曖昧なる結果として現行刑事上の犯罪の性質を有する多くの行爲にして違警罪として處遇せらるるものあると共に——特に附屬法規に於て——單純なる秩序違反に止まる行爲か輕罪として處遇せらるることも稀ならず。本草案は之に對して刑事的不法と單純なる秩序違反との間の區別、輕罪と違警罪との間の區別につき標準となることを得るは行爲の實質のみに限らるるものなるも、此の區別

は處罰、即ち犯罪事實の形式的評價の點に於て示現せられざるへからすと云ふ見解より出發し、其の通常刑として自由刑か問題たる場合にあつては其の單獨にて規定せられたると、はたまた罰金と選擇的に規定せられたるとを問はず之を目してもはや單純なる秩序違反と稱すること能はず。之に反し原則として罰金を以てして充分處罰せらるる行爲は之を刑事的不法と目すること能はざるなり。従つて本草案（第三百七十五條）に依れば専ら罰金を以て處罰せらるる行爲は違警罪たるべきなり。

第三百七十六條

第一編總則の適用

Anwendung des Allgemeinen Teiles des Ersten Buches

本條の規定については上に既に説明したる如くにして、ここには只第一編總則の規定を一般的に援用することに依つて現行法に於けるとは異り何人かかすへて違警罪を成す數個の有罪行爲又は一部は違警罪にして一部は重罪若は輕罪たる數個の有罪行爲に基きて刑の言渡を受けたる場合に對しても數個の法律違反の競合に關する規定（第六十五條以下）を適用せらるるものなるを指示するに止む。

第三百七十七條

外國に於て犯したる違警罪

Im Ausland begangene Übertretungen

本條の規定は現行刑法典第六條の規定に相當するものなるか、然も第一編の之に相當する規定（第五條乃至第七條）に於けると同様單に國法の適用範圍の問題を規律するのみに止まり、外國に於て犯したる違警罪を訴追するを要するや否や、若し之を訴追するを要するものなりとせば如何なる條件の下に於てすべきものなりやの問題は訴訟法の規定する所に留保せらるるなり。今第三百七十七條の規定に依れば大體に於て獨逸國の刑罰法規（即ち刑法に關する附屬法規もすへてまた）は外國に於ける所犯に係る違警罪に對しては其の適用なし。然も一九〇二年六月二日の海員法第二百一十一條に於て行はれたる所の如く法律自體中に於て是か適用を命ずることを得べく、或は國際間の條約に於て之を命ずることを得べく、或はまた罰則の内容上よりして自ら其の適用を論結し得らるることもあり（例へば一九二〇年六月二日の法律第八條を参照すへし）。獨逸國の船舶若は航空機上に於ける所犯に係る犯罪については船舶若は航空機か行爲の當時國內に在らざりし場合にあつても國の刑罰法規を適用すべき旨の第五條第二項の原則は違警罪に對しても其の適用あるものなること素より言を俟たざる所なりとす。

第三百七十八條

過失に因る行為の有罪性 *Strafbarkeit fahrlässigen Handelns*

重罪及び輕罪にあつては過失に因る行為は法律が明示的に刑を科することとせる場合に限り之を罰す(第十六條第三項)。此の原則に依るときは違警罪については殆どすべての場合を通して過失に因る所犯を明示的に處罰することを必要とすへし。蓋し大多數の違警罪の場合にあつては從來に於けると同様過失に因る行為を以てして有罪たる爲に充分なるものと爲さざるへからざるを以てなり。されば本草案は違警罪については重罪及び輕罪の場合に於けると正反對の方法を執り、違警罪については法律が故意を必要とするにあらざる限りは過失に因る行為を以てして有罪たる爲には充分たるものとせり。而して附屬法規及び邦刑法上の違警罪についても例外なしに責任の要件を固執するを要するものなりや否やの問題は施行法中に於て規律するを要する所たるへし。

第三百七十九條

未遂 *Versuch* 從犯 *Beihilfe*

違警罪の場合にあつては未遂及び從犯を無罪とすること現行法に一致する所なり(現行刑法典第四十三

條、第四十九條)。其の之を無罪とするは、違警罪の中に存する法律違反が輕微なるものあるの事實に依つて是認せしめらるる次第なりとす。

第三百八十條

罰金の額 *Höhe der Geldstrafe*

現行法(現行刑法典第二十七條第二項第二號)に於ては違警罪につき通常の場合に對して規定したる罰金の寡額を一馬克とし、其の多額を百五十馬克と定めたりしか、此多額は國民の大多數が戦後貧困の状態に陥れりしにも拘らず經驗上未だ以て比較的富裕なる犯人につき充分なる威嚇的效果を喚起せんか爲には足らず。罰金の寡額を餘りに低く定むるときは純然たる行政規定に對する違反行為及び其の他の秩序違反が立法者に依つて輕罪としての刻印を押捺せらるるの危険を存すること現行の刑法上の附帶法規中に稀ならざるものあるか如くならん。かくの如きは即ち刑事的不法と警察的不法との間の限界を曖昧ならしむるものにして、處罰登記簿にも不利にして且望ましからざる影響を及ぼすこととなるへし。されば本草案は罰金の通常多額を五百馬克に引上ぐることをしたり。

然も違警罪の罰金に關する本草案所定の多額も亦特種の犯行の場合にあつては未だ以て充分なるものと爲す能はざることあり。即ち或種の税法上の規定に對する違反の場合なり。かくの如き場合に於ては寧ろ

犯罪の違警罪としての性質を失はしむることなく、自由刑を規定するを必要とすることなくして五百馬克を超ゆる額の罰金を規定するに必要を存するなり。而して是と類似の考慮は罰金の寡額を引上ぐるの可能をも認むるに至らしむ。従つて通常が多額若は寡額は是れよりも多額を定めさりしとき又は定めざるべきときに限り其の適用あるものなりとす(第三百八十條)。

邦法の規定上警察官廳の違警罪につき警察上の處罰處分に依つて規定の刑を確定することを得べきときは、罰金の通常が多額を五百馬克に引上ぐることに依つて邦の警察官廳に對し五百馬克よりも寡き額の罰金を科することのみを許すへき當該の邦の權限を碍けらるることなし。

特に重き場合に對しては第三百八十四條は罰金を著しく引上げ、また基本刑として拘留を言渡すことも許す旨を規定したり。

第三百八十一條、第三百八十二條

附加刑及び附帶的結果 Nebenstrafe und Nebenfolgen 矯正及

ひ保安の處分 Massregeln der Besserung und Sicherung

本草案中に規定したる附加刑及び附帶的結果並に矯正及び保安の處分(第四十六條乃至第六十四條)は大體に於て極めて深刻にして且其の言渡を受けたる者にとつて重大なる意義を有するものにして、違

警罪に見る所の如き輕微なる犯行の場合にあつては之を適用することを好ましからざらしむ。只沒收のみは是か例外をなすものにして(第五十二條乃至第五十四條)是は或る種の違警罪の場合にあつては一の違警罪の爲に使用せられたる物體の再度の濫用又は違警罪に依つて往々にして初めて豫備せらるる重き有罪行爲の所犯(例へは第四百十條の場合に於ける闖入盜の如し)を豫防する爲に必要とするなり。されは本草案(第三百八十一條第一項)は違警罪に基く刑の言渡の場合の外右に述べたる見解の何れか一の下に沒收の可能を緊要缺くへからざるものと認むる場合には沒收を許すこととしたり。是は第三百九十八條、第三百九十九條、第四百五條、第四百八條第一項第三號、第四百十條により有罪なる行爲の場合に實際見る所とす(第四百條、第四百五條第二項、第四百八條第二項、第四百十條第二項を参照すへし)。而して附屬法中に於ても違警罪の刑の外に沒收を規定することを得るなり。

違警罪につき沒收を許す場合には第五十二條乃至第五十四條の一般的規定を適用するものなれども、第五十二條第二項の規定は違警罪については多くは何等の意義をも有することなし。蓋し違警罪の場合にあつては第三百七十八條に依り有罪たるか爲には原則として過失を以ても充分とするものなるか故に、違警罪につき沒收を規定する規定を過失に因る犯罪の場合にあつても沒收を許すなり。

第三百八十三條