

336  
103

336-103  
1200501392893



始



336

103

大場茂馬譯

ビ氏  
原著  
判事ノ自由裁量論

東京巖松堂書店

316-103

# Das richterliche Ermessen.

im Deutschen Entwurf verglichen mit dem Oesterreichischen.

Von

Dr. Karl, Ritter von Birkyer,  
Wirkl. Geheimrat u. Universitätsprofessor.

Uebersetzt Von

Dr. Shigema Oba,  
Staatsanwalt und Ministerialrat.

## 論量裁由自ノ事判

著—ヤイマクルビ・ンオフ・ルトクド

譯馬茂場大 ルトクド

行發學大央中

明治  
45. 5. 25  
内交

Herr Dr. Karl von Birkmeyer,  
Wirklicher Geheimer Hofrat und Universitätsprofessor  
in Munchen.

樞密顧問兼大學教授ドクトル・カール・リッター・フォン・ビルクマイ  
ヤー先生ハ世界ニ於ケル刑事法學ノ泰斗ニシテ其該博深遠ナル  
學識ト精深明敏ナル批評眼トハ其公ニセラレタル無數ノ著作ニ  
依リ學界ニ甚大ナル影響ヲ與ヘタルモノ少カラス。泰西學術淵  
叢ノ地固ヨリ絶大ナル識量ト非凡ナル天稟ヲ有スル碩學實ニ枚  
舉ニ遠アラス。然レトモ特ニ英僞ナリト識認セラレ貴族ニ列セ  
ラレタル先生ノ如キハ寔ニ異數ト爲ス。茲ニ刑事法學ノ世界的  
恩人ヲ我江湖ニ紹介スルニ當リ一言セサル可ラサルハ先生カ我  
邦人ニ對シ深厚ナル同情ヲ有セラレ我邦人ニシテ先生ノ暖キ指  
導誘掖乃至懇ロナル款待ヲ受タル者少カラサルコト及ヒ先生カ  
我勳三等瑞寶章ヲモ有セラレ、コトノ二事ナリ。(大場茂馬謹識)



Frau Maria von Birkmeyer.

---

彼ノ地ニ遊ヒ先生ニ刺ヲ通シタル邦人ニシテ先生ノ家庭ニ招待セラレサル者稀ナリ。温良閑雅ナル令閨マリア・フォン・ピルグマイヤー夫人カ何時モ變ラス懇切丁寧ヲ以テ邦人ニ接セラル、ハ何人モ感佩セサル者アラサルヘシ。生ノ如キ十數同先生ノ宅ニ招待セラレ又幾回トナク伺候シタル者ニアリテハ今尙ホ忘レント欲シテ忘ル、コト能ハサル令夫人ノ温乎タル風姿、懇切ナル款待ハ實ニ快キ回顧 (Warme Erinnerung) タラスンハアラス。茲ニ令夫人ノ肖像ヲ我江湖ニ紹介ス。(大崎茂馬謹識)



原著者ドクトル、カール、リ  
 ッター、フオン、ビルクマイ  
 ヤー氏ハ有名ナル蔵書家  
 タルコトハ普ク人ノ知ル  
 所ナリ。氏カ本邦人ニ對  
 シ熱烈ナル好意ヲ有セラ  
 ル、ノ結果トシテ氏ノ蔵  
 書全部ハ寄贈同様ノ價格  
 ナ以テ中央大學ニ讓受ク  
 レコト、ナレリ。今ヤ氏  
 ノ判事ノ自由裁量論ノ譯  
 本ニ刊行スルニ當リ其卷  
 首ニ將來氏ノ蔵書全部カ  
 收容セラルヘキ中央大學  
 ノ寫眞ト譯者最近ノ撮影  
 チ復寫セシメ以テ聊カ老  
 師ヲ慰ムルノ微志ヲ表ス。



Die Chuodaigaku (Centraluniversität) in Tokio,  
 in welcher die ganze Bibliothek des Verfassers,  
 Herrn Dr. Karl Ritter von Birkmeyer,  
 in wenigen Monaten untergebracht wird  
 und  
 der Uebersetzer Dr. Shigema Oba,  
 der Ministerialrat im Justizministerium.



Dem hochverehrten Herrn Dr. Karl Ritter von Birkmeyer,

Wirklichen Geheimen Hofrat und Universitätsprofessor in München,

und

Seiner hochverehrten Frau Gemahlin

Zur Feierung seines fünfundsechzigsten Geburtstages

in tiefster Ergebenheit

gewidmet.

碩學ピルクマイヤー先生ハ本年六月二十七日ノ  
滿六十五歳ノ誕生日ヲ以テ學界ヲ退隱シ悠々自  
適老後ヲ樂マル、答ナリ。余ノ如ク親シク先生  
ノ教ヲ受ケ其指導誘掖ノ恩ニ浴シタル者ニアリ  
テハ此際相當ノ禮ヲ盡スヲ以テ愉快ナル義務ヲ  
遂行スル所以ナリト信セリ。茲ニ於テ先生最終  
著作ノ譯文ヲ剞劂ニ付シ先生ノ滿六十五歳ノ誕  
生日ヲ祝センカ爲メ謹テ之ヲ先生並ニ其令夫人  
ノ机下ニ呈シ以テ聊カ謝恩ノ微意ヲ表ス。

明治四十五年五月一日

於東京

大場茂馬謹識

## 序

判事ノ自由裁量ハ如何ナル範圍ニ於テ之ヲ認ムヘキ  
ヤハ本來立法上ノ重大問題ナルト同時ニ司法上ニ於ケ  
ル重大問題タルヲ失ハス。判事ノ自由裁量ヲ擴張スル  
ノ利害得失ヲ周到綿密ニ攷究シ之カ可否ヲ決スルカ如  
キハ是レ立法問題ナリ。其攷究ノ結果ニ基キ廣キ判事  
ノ自由裁量ノ利ナリトシ得ナリトスヘキ點ニ付キ裁判  
上深キ注意ヲ加ヘ之カ助長ニ努力スルカ如キ又其害ナ  
リトシ失ナリトスヘキ點ニ付キ裁判上深ク鑑識ヲ加ヘ  
之カ排除若クハ減少ニ力ヲ盡スカ如キハ是レ本問題ニ

於ケル司法的活用問題ナリ。斯ノ如クニシテ本問ハ本  
來立法上ノ問題タレトモ之ヲ同時ニ司法上ノ問題ニ活  
用スルヲ得ルモノトス。

我刑法及ヒ獨逸、奧太利ノ兩刑法準備草案(一九〇九年)ノ定  
ムル判事ノ自由裁量ノ範圍ノ廣狹ニ付キ之ヲ比較スレ  
ハ奧國草案ハ最モ狹ク獨國草案ハ之ヲ前者ニ比スレハ  
非常ニ廣ク我刑法ハ之ヲ獨國草案ニ比スレハ更ニ甚タ  
シク廣大ナリ。嘗テ一獨逸新聞カ判事ノ自由裁量擴張  
ノ理想ハ日本刑法ニ依リ極端ニマテ貫徹セラレタリト  
評シタルハ肯綮ニ當レリ。最近二十世紀ニ現ハレタル

各國ノ刑法若クハ其修正又ハ刑法草案其數ニ乏シカラ

ス(千九百二年諾威刑法、千九百三年露西亞刑法、千九百八年瑞西刑法準備  
草案、千九百八年洪牙利刑法一部改正、千九百九年獨逸刑法準備草案同  
年奧太利刑法)。然リト雖モ我刑法ノ如キ廣大ナル判事ノ

自由裁量ヲ認ムルモノ他ニ類例ヲ見ズ。本論ハ碩學ビ  
ルクマイヤー氏カ其該博ニシテ精深ナル知識ト銳利ニ  
シテ明敏ナル批評眼トヲ以テ獨逸兩草案ヲ比較對照シ  
判事ノ自由裁量ヲ廣ムルノ利害得失ニ付キ反覆詳論セ  
ラレタルモノナリ。然レトモ本論ハ移シテ之ヲ我刑法  
カ定メタル判事ノ自由裁量ノ極端ナル擴張ニ付キ直接  
反覆詳論セラレタルモノト爲スヲ得ルモノトス。

刑政ノ一張一弛ハ世道人心ノ興廢、國利民福ノ消長乃至法律秩序ノ維持及ヒ個人ノ權利自由ノ保護ノ確否ニ重大ナル關係ヲ有ス。而シテ本問ハ刑政ノ張弛ニ直接ノ關係ヲ有スルモノナリ。

之ヲ泰西ノ歴史ニ徵スルニ十八世紀ニ於ケル判事ノ自由裁量擴張ノ結果ハ官權ノ擴張ヲ意味シ裁判ヲシテ自由放漫ナラシメタリ。十九世紀後半ニ於テ墺國刑法カ特別酌量減輕ヲ認メタルノ結果ハ其濫用ヲ極メタリ。然レトモ其間又大ニ利益ヲ舉ケ或ハ之ヲ舉ケ得ヘカリシモノアリシナル可シ。我刑法カ極端ニ判事ノ自由裁

量ヲ擴張シタル實際上ノ效果ハ尙未タ充分ニ之ヲ知ルヲ得スト雖モ苟モ世道人心及ヒ國民福ニ心ヲ傾クル志士仁人若クハ法律秩序ノ維持及ヒ個人ノ權利自由ノ保護ヲ以テ其任務トスル法律家ハ之ニ付キ大ニ意ヲ注キ之カ利害得失ヲ明ニシ或ハ立法問題トシ或ハ司法活用問題トシテ之カ攷究ヲ怠ル可ラス。ピ氏ノ堅實精透ナル本論ハ本問ニ關シ特ニ如何ナル點ニ付キ意ヲ注クヘキヤ又如何ナル點ニ於テ利害ノ岐ルルヤニ付キ反覆詳示セラレタルモノニシテ特ニ我學界ニ對シ本問攷究ニ付キ之カ好個ノ指針ヲ與ヘタルニ等シ。本書カ幸ニモ

眞ニ國家永遠ノ利害休戚乃至國民ノ權利自由ヲ慮ルノ  
士ニ依リ熟讀セラルルヲ得ハ是レ獨リ譯者ノ感謝シ著  
者ノ満足スル所ノミナランヤ。

明治四十五年五月五日

譯者識

### 凡例

- 一 本論ハ其始メ碩學ビルクマイヤー先生最終ノ著トシテ起稿セラレタルモノナリ。先生ハ其後瑞典政府ノ囑託ニ依リ同政府ノ刑法草案ノ批評論ヲ起草セラレタリ。故ニ該批評論ハ事實ニ於テ最終ノ著ナリ。余ハ夙ニ先生ヨリ本論ノ翻譯刊行ノ承諾ヲ受ケ居リタルモノニシテ又先生ノ書面中ニ本論ハ日本ノ法曹界ニ興味ヲ與フルナラント言明セラレタル如ク本論ハ移シテ之ヲ我刑法ノ定メタル判事ノ自由裁量ノ評論ト爲スコトヲ得ルヲ以テ特ニ本論ヲ擇ミタリ。
- 二 本論ハ立法上判事ノ自由裁量ハ之ヲ如何ナル範圍迄認ムルヲ相當トスヘキヤヲ攷究シタルモノニシテ此點ニ關スル一九〇九年ノ獨逸及ヒ埃太利ノ刑法準備草案ノ規定ヲ對照シテ詳論セラレタルモノナ

凡例

リ。本論ノ題號ハ(D s richterliche Ermessen im Deutschen Eulwurf verglichen mit dem Österreichischen)ニシテ之ヲ直譯スルトキハ「埃國草案對照獨國草案ニ於ケル判事ノ裁量」ト爲スヲ得ヘキカ。

三 本論ノ外先生ノ著作中「保護刑ト應報刑」ト題スル論文ハ嘗テ邦文ニ譯シテ公ニシタル所ナルモ右ハ本論ト對比スルヲ以テ大ニ利益アリト思料セラル、箇所尠カラサルノミナラス該論文中金玉ノ論旨精誦ヲ價スルモノ尠カラサレハ之ヲ卷末ニ添附セリ。

四 譯文ハ原語ノ辭句ニ拘泥センヨリハ寧ロ達意ヲ主トセリ。簡潔流暢玉ノ如キ文章ヲシテ讀ムニ堪ヘサル惡文ニ翻案シタル譯者ノ罪輕カラス。茲ニ謹テ先生ニ謝ス。

五 有效ナル犯罪ノ鎮滅若クハ減少ハ刑法ノ權威ノ嚴明ト裁判ノ信賴ノ深厚トニ繫ル。本書ハ刑法ノ權威ノ消長及ヒ裁判ノ信賴ノ厚薄ト

判事ノ自由裁量ノ廣大トノ關係ニ付キ反覆詳論シタルモノナリ。此點ニ於テ本書ハ刑事政策ト大ナル關係ヲ有ス。仍テ本書ヲ刑事政策叢書ノ一ニ加ヘ其三ト爲シタリ。

# 判事ノ自由裁量論 目次

## 第一章 解決ヲ要スヘキ論點……………一

- 國民ノ權利ノ保障……………○ 近世刑法典ノ基礎……………○ 法律ナク  
レハ刑罰ナシトノ原則ヲ貫徹スル結果……………○ 個々ノ場合ニ  
適應セシメントスル主義……………○ 兩原則ハ兩草案ニ於ケルニ  
大原則……………○ 個々ノ場合ニ適應セシメントスル原則ヲ貫徹  
スル結果……………○ 兩原則ノ調和……………○ 刑罰量定ト木問題……………○ 木  
問題ト犯罪構成事實ニ關スル規定。

## 第二章 兩草案ニ於ケル論點ノ解決……………三

- 獨逸兩草案ノ特ニ異ル點……………○ 奧國ニ於ケル判事ノ自由  
裁量ノ弊……………○ 好注意……………○ 獨逸草案ハ判事ニ廣キ自由裁量  
ヲ與フルヲ主眼トス……………○ 奧國草案ハ法律ノ實行ト裁判ノ

目次

畫一トテ企圖スルヲ以テ主眼トス……○兩草案規定ノ相違  
スル主要ナル點……一、犯罪構成事實ノ規定ノ差異……二、刑期  
範圍ノ規定ノ差異……三、刑罰ノ加重減輕ノ規定ノ差異……四、  
刑罰ノ免除ノ規定ノ差異……五、量刑ノ標準ノ規定ノ差異……  
六、合法主義ヲ尊重スル程度ノ差異。

二

### 第一節 具體的規定ト一般的規定……………三

○具體的詳細ニ規定スルノ害……○獨國草案ハ抽象的一  
般規定ヲ採用ス……○奧國草案ハ具體的詳細ノ規定ヲ採  
用ス……○具體的ニ詳細ニ規定スルノ長所……○傾聽スヘ  
キルカス氏ノ言……○具體的詳細ニ規定スル方法ト抽象  
的一般ニ規定スルトニ依リ其結果ヲ異ニスル點……○抽  
象的一般規定ノ害ノ一……○抽象的一般規定ノ害ノ二……  
○抽象的一般規定ノ害ノ三……○抽象的一般規定ノ害ノ  
四……○抽象的一般規定ノ弊害中最モ甚キモノ……○ホイ

エルバツハ氏ノ所說……○刑事專制カ行ハル、國ノ立派  
ナル憲法條規……○護謨的觀念ノ不可ナルコトハ反對論  
者モ之ヲ認ム……○奧國草案モ亦護謨的觀念ヲ包含ス……  
……○奧國草案ノ護謨的觀念ハ獨國草案ノ如ク甚カラス  
……○護謨的觀念ヲ避クルノ必要。

### 第二節 刑期範圍ノ廣狹……………五七

○獨國草案ハ廣キ刑期範圍ヲ採用ス……○獨逸現行刑法  
ノ刑期範圍ハ廣シ草案ハ更ニ之ヲ擴張シタリ……○奧國  
立法者ノ用意……○奧國草案ノ刑期擴張ノ方法……○奧國  
草案ノ刑期範圍ハ獨國ノソレニ比シ遙ニ狹少……○奧國  
草案ノ刑期範圍ニ關スル相異レル二個ノ見解。

### 第三節 刑罰ノ變更……………六



◎ 刑罰ノ免除ニ關スル判事ノ自由裁量  
◎ 獨國草案ニ於ケル刑罰ノ免除……◎ 獨國草案ニ於ケル刑罰ノ免除……◎ 刑罰ノ免除ニ關スル唯一ノ正當ナル見解……◎ 獨國草案ノ刑罰免除ハ法律ニ基ク免除ナリ。

**第四節 刑罰ノ免除……………八六**

◎ 判事ノ自由裁量ヲ指導訓練スルノ必要……◎ 獨國草案ノ刑罰規定ニ關スル規定……◎ 獨國草案ノ刑罰規定ニ關スル規定……◎ 刑罰規定ハ法律ノ意思ニ從フヲ要ス……◎ 兩草案ノ刑罰規定ノ準則ノ例證……◎ 刑罰規定ニ關スル兩草案ノ比較……◎ 獨國草案ノ刑罰規定……◎ 獨國草案ノ方針ハ要スルニ不明……◎ 獨國草案ノ刑罰規定ノ方針……◎ 獨國草案ノ刑罰規定ノ方針ハ誤レリ……◎ 獨國草案カ採用シタル刑法上ノ主義……◎ 一貫シタル刑罰目的ヲ定メサルノ弊……◎ 刑法ヲ以テ保安的刑法ト爲サントスルハ惡誤謬……◎ 罪責ト危險トヲ混淆スル結果……◎ 獨國草案ハ兩派ノ調和ノ趣旨ニ支配セラレ……◎ 獨國草案モ混淆主義。

**第五節 判事ノ自由裁量ニ對スル指導……………八六**

第六節 合法主義……………二五

○兩草案ト合法主義……………○合法主義ノ眞意義……………○奧國草案ハ合法主義ヲ採ル。

第三章 結論……………二九

○兩草案共ニ刑期範圍ヲ廣ム……………○兩草案ノ相異ル所……………  
○獨國草案ニ對スル贊辭……………○獨國草案ニ對スル非難……………  
第一、判事ノ自由裁量ノ甚シキ擴張ハ法律ノ性質及ヒ  
實質ニ矛盾セサルカ……………第二、判事ノ自由裁量ノ甚シ  
キ擴張ハ法律ノ確定ト安固トニ矛盾セサルカ……………第  
三、判事ノ自由裁量ノ甚シキ擴張ハ國民ノ權利自由ノ  
安固ヲ危ウセサルカ……………第四、判事ノ自由裁量ノ擴張

ハ裁判ヲ區々ナラシメ且ツ甚シク裁判ノ威信ヲ失墜  
セシムル虞ナキカ……………第五、判事ノ自由裁量ノ甚シキ  
擴張ハ人ノ情狀ニ悖ル裁判ヲ行ハントスルニ非サル  
カ……………第六、判事ノ自由裁量ノ甚シキ擴張ハ判事ニ不  
可能ナル任務ヲ擔ハシムルニ非サルカ。

# 保護刑主義ト應報刑主義 目次

八

## 第一章 應報刑主義ノ説明……………一六四

第一 刑罰ノ起源ハ復讐ニ基キタルモノニシテ應報

ノ精神ハ刑罰ト密接ノ關係ヲ有スルモノナリ……………一六五

第二 應報刑ハ世界各國ニ於テ採用セラレ數百年ノ

久シキ犯罪ト戰ヒ國家ノ繁榮進歩ヲ得セシメ特ニ

法律ヲシテ恒久ニ且ツ有效ナル發達ヲ遂ケシメタ

リ……………一六七

第三 應報刑主義ハ國民ノ法律上ノ意義ニ符合シ犯

罪者ノ法律上ノ感覺ト一致ス刑法ノ改正ハ此主義

ニ基キ之ヲ爲スヘシ……………一六八

第四 應報刑ハ犯罪者ノ意思ノ自由即チ犯罪者ハ犯

罪ヲ行フト否トヲ選擇スル自由アルコトヲ承認シ

之ヲ基本トスルモノナリ……………一七一

第五 應報刑主義ノ綱要……………一七五

(一)罪責ナクレハ刑罰ナシ……………(二)罪責アル以上ハ故意ニ基

クト過失ニ基クトヲ問ハス之ヲ處罰セサル可ラス……………(三)

刑罰ハ罪責ト比例セサル可ラス。

第六 應報刑ハ法律秩序及ヒ社會ヲ保護ステフ意義

ニ於テ一種ノ保護刑ナリ此趣意ニ於テ應報刑ノ主

義ニ矛盾セサル限リハ反對主義ノ主張ヲ採用スル

ニ吝ナラス此趣意ニ於テ一種ノ折衷主義ナリ……………一七六

## 第二章 保護刑主義ヲ駁ス……………一八〇

目次

九

第一 保護刑主義ノ大綱……………一八〇

(一)刑罰ノ目的ハ犯罪ヲ鎮壓シ社會及ヒ法律秩序ヲ保護スルニアリ之カ目的ヲ達セントスルニハ犯罪者ノ犯罪的心意ノ強弱ニ應シ刑罰ヲ量定セサル可ラス……………(二)犯罪者ノ犯罪的心意ノ強弱ニ應スル犯罪者ノ分類、瞬間的犯罪、性癖的犯罪……………(三)刑罰ノ量定ハ犯罪ノ輕重大小ニ從ヒ之ヲ定ム可ラスシテ以上ニ示シタル如ク犯罪人ノ種類ニ依リ量定スヘシ。

第二 保護刑主義ノ不當ナル所以……………一八四

(一)保護刑主義ハトルゾ一ナリ將來ト雖モ完全ナル組織形體ヲ有スル能ハサルモノナリ……………(二)保護刑主義ノ瞬間的犯罪、改善ノ見込アル性癖的犯罪ノ三大分類ハ保持スル能ハサルモノナリ……………(三)人ニ確定シタル犯罪の性質ナルモノナシ從テ其性質ニ基キ犯罪人ヲ分類セントスル

如キハ誤レ……………(四)假リニ人ニ犯罪的性質ナルモノアリトスルニ之ニ基キ刑罰ノ種類及ヒ之カ分量ヲ定メントスルカ如キハ實際行フ能ハサル所ニシテ強テ之ヲ行ハントスルトキハ不當ニシテ且ツ偏頗ナル裁判ヲ續出セシ……………(五)保護刑主義ヨリ原因スル忍ヒ難キ實際上ノ結論及ヒ其實行スル能ハサル要求ノ指示……………(甲)保護刑主義ニ適合スル刑法家ノ養成……………(乙)不定期刑ノ採用ノ必要……………(丙)微罪ヲ犯シタル者ノ終身拘禁……………(丁)精神病者ト犯罪者トノ混淆……………(戊)刑法ト警察トノ混淆……………(己)何等犯罪行為ナキ者ノ處罰。

第三章 兩主義交讓ノ能不能……………一七

第一 兩主義ノ懸隔ハ可否ノ論ニシテ程度ノ問題ニ

非ス……………一七

第二 リスト氏ノ交讓條件……………二六

第三 余ハリスト氏ノ交讓條件ニ應スル能ハス……………一九

第四 問題解決ニ付キ余ノ希望及ヒリスト氏ノ刑法  
ニ貢獻シタル功績……………一〇一

# 判事ノ自由裁量論

フオン・ビルクマイヤー著  
大場茂馬譯



## 第一章 解決ヲ要スヘキ論點

◎國民ノ權利ノ保障……………◎近世刑法典ノ基礎……………◎法律ナケレハ刑罰  
ナシトノ原則ヲ貫徹スル結果……………◎個々ノ場合ニ適應セシメントス  
ル主義……………◎兩原則ハ兩草案ニ於ケルニ大原則……………◎個々ノ場合ニ適  
應セシメントスル原則ヲ貫徹スル結果……………◎兩原則ノ調和……………◎刑罰  
量定ト本問題……………◎本問題ト犯罪構成事實ニ關スル規定。

刑事立法上最モ興味アリ且ツ最モ困難ナル問題ノ一ハ刑法典ニ於テ

第一章 解決ヲ要スヘキ論點

法律ト判事ノ權限トノ關係ハ如何ニ之ヲ定ムルヲ以テ正當ナリト爲スヘキヤノ問題ナリ(註一)。一九〇九年獨逸刑法準備草案(以下略シテ獨)及ヒ同年ノ奧太利刑法準備草案(以下略シテ奧)ノ兩者ハ此問題ニ對シ解答ヲ與ヘタルモ其立脚點相同シカラス。此立脚點ノ相違ハ兩草案ニ於ケル判事ノ裁量權ノ規定ヲ比較對照シ以テ此問題及ヒ其範圍ニ付キ特ニ精密ニ研究スルノ機會ヲ與ヘタリ(註二)。

(註一) グライスバツハ伯(Glaisbach)ハ其論文奧太利刑法草案(略記グライスバツハ刑法草案)一九一〇年版七六頁ニ於テ同國ノ刑事裁判力酌量減輕ノ濫用ヲ極ムル状態ニ關シテ説明シテ曰ク「常ニ困難ナル問題ノ一タル本問題ノ解決ハ奧國ニ對シテ最モ困難ナル改正問題ナルヘシ。此點ハ特ニ奧國ニ於テ然リトスル所ニシテ外國ノ事例ハ容易ニ之ヲ躡踏スル能ハサルモノニ屬スト。余ハ本問題ハ獨リ奧國ノ問題ニ止マラスシテ尙ホ我獨逸ニ於ケル問題ナリト信ス。吾人カ奧國ニ於ケルカ如ク酌量減輕ノ權ヲ判事ノ自由ニ一任スルヨリ生シタル惡經驗ヲ免レント欲セ

ハ此點ニ付キ注意ヲ怠ル能ハス。

(註二) 本論ニ關シ以下主トシテ援用セントスル參考書ハ左ノ如シ、而シテ之ヲ援用スルニハ以下記スルカ如キ略記ヲ以テス。

A 獨逸方面ニ於ケル參考書。フィンガー氏(Finger)判事ノ刑ノ量定問題ニ關スル意見書(二十九回獨逸法曹會議(一九〇八年)議事録第二卷三七頁乃至一〇一頁(略記フィンガー氏意見書)。エルトマン氏(Erlmann)法律ノ強制ト判事ノ自由一九〇八年版(略記エルトマン氏)。ローゼンフェルド氏(Rosenfeld)獨逸内外刑法及ヒ比較評論總論ニ於ケル刑ノ量定第三卷九三頁乃至一七一頁(略記ローゼンフェルド氏刑ノ量定)。ビルクマイヤ(Hirkmeyer)行爲ヲ罰セス行爲者ヲ罰スヘシトスル刑法新派ノ根本原則ニ關スル研究一九〇九年版一三二頁以下及ヒ同所ニ引證シタル參考書(略記拙者研究)。ビルクマイヤ(Hirkmeyer)獨逸刑法準備草案ニ對スル評論第一卷一九一〇年版六一頁、第三卷七四頁乃至八〇頁(略記拙者評論)。ケーラー氏(Köhler)獨逸刑法準備草案ニ對スル論文一九一〇年版(略記ケーラー氏論文)。同氏獨逸帝國紀事ニ於ケル獨逸刑法準備草案一七五頁

以下略記ケイラー氏紀事)。リーフマン氏(Liepmann)獨逸刑法準備草案ニ於ケル刑罰法規ニ對スル刑事ノ地位、法律適用雜論七五號一九一〇年版四三七頁乃至四四八頁(略記リーフマン氏)。ガイス氏(Geise)自由ナル法律、法律ノ強制及ヒ刑事ノ職務一頁乃至八頁(略記ガイス氏)。ゲランド氏(Gerland)英國法律ノ發達ニ對スル刑事ノ働作一九一〇年版(略記ゲランド氏)。

B 埃太利方面ニ於ケル參考書(但シグライスパハ氏(Gleispach)ト上出)。フィンガー氏(Finger)刑法埃太利法律綱領第一卷第二版一九〇二年版(略記フィンガー氏刑法)。ラマッシュ氏(Tammusch)刑法大綱第三版一九〇六年版(略記ラマッシュ氏大綱)。ヘーゲル氏(Hoegel)埃太利刑法歴史一九〇四年、一九〇五年版(略記ヘーゲル氏歴史)。同氏埃太利刑法ノ總般的改正一九〇九年版(略記ヘーゲル氏總般的改正)。ストリス氏(Strohe)埃太利刑法教科書一九〇九年及ヒ一九一〇年版(略記ストリス教科書)。尙ホ埃國刑法雜誌ニ於ケル埃國草案ニ關スル各論文(略記埃國刑法雜誌)。

立法者タル者刑法ノ制定ニ關シ永炭相容レサル二大原則ニ注意セサル

ヲ得ス。此二大原則ハ同時ニ之ヲ採用シ之ヲ實行セサルヲ得サルモノニ屬ス。

國民ノ權利ノ保障

一面ニ於テ法律ナケレハ犯罪ナク刑罰ナシトノ原則(nulium crimen, nulla poena sine lege)アリ。此原則ハ革新時代ニ發生シタルモノニシテホイエルバツハ(Feuerbach)ノ立案ニ係ル(註一)。此原則ハ革新主義者ニ依リ判事ノ擅横ニ對スル堤防及ヒ國民ノ自由ニ對スル最良ノ楯鏡トシテ創畫セラレタルモノニシテ一九〇一年九月三日佛蘭西ニ於テ一般國民ノ權利ノ宣言トシテ左ハ文字ニ於テ採用セラレタルモノナリ(註二)。

Nul ne sera puni à l'avenir qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée.『犯罪ニ付キ豫メ規定公布セラル、法律ニ依ルニ非サレハ將來何人モ處罰セラル、ヲ得ス』。

(註一) nulla poena sine lege.『法律ナケレハ刑罰ナシ』ナル句ノ成立及ヒ後日ノ學

理上ノ應用ニ付テハ特ニピンディング氏(Binding)刑法全書一八八五年版第一卷一七頁乃至二八頁參照。同所ニ於テ此句カ一方ニ於テハ威嚇的思想他ノ一方ニ於テハ自由的思想ナル二個ノ根本原理ニ關シ詳細ニ說明ス。併シ茲ニ關係ヲ有スルハ後者ノミ。威嚇主義ト此句トノ關係ニ付テハ尙ホパール氏(Har)刑法歴史一七一頁ヲ參照スヘシ。

(註二) 人及ヒ國民ノ權利ヲ宣言シタル第八條ハ一七九一年九月三日ノ佛蘭西憲法ヲ構成スルモノナリ。此第八條ノ母法タル一七七六年ノ亞米利加宣言、佛蘭西ニ於ケル此句ノ歴史及ヒ同國ニ於テ其以前ノ狀態及ヒ之ヲ改メタル事情ニ關シテオルトーラン氏(Oriolun)刑法原論一八八六年版五八一號以下參照。獨逸ニ於ケル同一狀態ニ關シテハピンディング氏(Chimling)ニ二頁及ヒフオンパール氏(V. Bar)歴史一四九頁參照。

佛國ニ淵源シタル此原則ハ十八世紀ノ末葉以來各國ノ刑事法典ニ採用セラレ而シテ又近世ノ刑法典ハ基礎ヲ爲スニ至レリ。普露西ニ於テハ憲法第八條ニ採用セラレ一八五一年ノ刑法第二條ニ規定セラレ次テ

近世刑法典ノ基礎

獨逸刑法典第二條ニ受繼セラレタリ。奧太利刑法ニ於テモ尙ホ此原則ハ一七八七年ノヨセフイーナノ刑法以來採用セラレタル所ニシテ奧國草案ハ第一條ニ左ノ如ク規定セリ。

法律ニ依リ刑罰ヲ以テ罰スヘキ旨規定アル行爲ヲ犯シタル者ニ限り裁判所ハ之ヲ罰ス(註一)。

尙ホ獨國草案第二條ニ於テモ亦左ノ規定ヲ有ス。

一定ノ行爲ハ行爲ノ當時法律上罰スヘキ規定アル場合ニ限り罰セララル、ヲ得(註二)。

兩草案カ此原則ヲ採用シタルハ其理由書(註一及二)ニ示スカ如ク判事ノ擅横ニ對スル國民ノ自由ノ保護及ヒ法律不安ニ對スル保護ノ爲メ設ケラレタルモノナリ。

(註一) 參照。奧草理由三頁ニ曰ク「草案ハ其劈頭第一ニ nullum crimen sine lege  
第一章 解決ヲ要スヘキ論點



「法律ナケレハ犯罪ナシ」トノ原則ヲ掲ケタリ。此ノ原則タル一七八七年以來ノヨセフィーナ刑法以來、埃太利國ノ立法ノ構成分チ爲スモノニシテ、專制ニ對スル國民ノ權利ノ自由ヲ保護スル爲メ定メラレタルモノナリ。尙ホレンツ氏 (Lenz) 埃國草案第一條ニ就テ、埃國刑法雜誌第一卷一、二頁。ストース氏 (Stoos) 埃國刑事立法者ノ刑事政策觀念、一九〇二年版一頁。ラマッシュ氏 (Lammusch) 大綱第一卷六一頁以下。シミット氏 (Schmitt) 刑事司法二四一頁。フォン・パール氏 (von Har) 歴史一五八頁。(其他之ヲ略ス)。

(註 II) 參照。獨草理由劈頭一〇頁ノ古ノ根據アル原則タル *nulla poena sine lege* 「法律ナケレハ刑罰ナシ」トノ原則ハ刑罰ナシナル文章ト其五頁ニ國民ノ法律的安固ヲ利スル爲メ云々トノ文字。(其他略之)。

此原則ノ起源及ヒ目的ニ從クハ (*nulla poena sine lege*) 「法律ナケレハ刑罰ナシ」トノ原則ハ刑法ニ於テ判事ノ自由裁量ヲ排斥シ而シテ刑法ノ理想ハ所謂 *optima lex est, quae minimum tribuit arbitrio iudicis* 「最モ善良ナル法律

法律ナケレハ刑罰ナシトノ原則ヲ貫徹スル結果

ハ判事ノ自由裁量ヲ許スコト最少キ法律ナリ」トノ原則ニ基カサルヲ得サルカ如シ。右原則ヲ貫徹セントセハ判事ニ刑法ニ於ケル類似解釋ヲ禁スルニ止マラス尙ホ刑法ノ總テノ解釋ヲ禁スヘシトノ結論ヲ生スヘキナリ(註一)。フォンリストノ如キハ今日尙ホ絶對的ニ規定シタル刑法ノミヲ許スヘキ趣旨ヲ主唱セリ (Z. Z. 13. 365)。

(註一) ベッカーリヤ氏 (Beckerling) 犯罪及ヒ刑罰一七六四年版第四節。クイストブルグ氏 (Quistorp) 刑事法典ニ對スル精密ナル草案一七八二年版第五章。グロービッチ及ヒフスター氏 (Glogou, Foster) 刑事立法ニ關スル論文、一七八二年版二四頁、二九頁以下(其三一頁ニ曰ク、何事モ判事ノ思考ニ一任ス可ラス。判事ハ法律ノ明文ヲ實行スル機械ニ外ナラス)。フォン・パール氏 (v. Bar) 歴史一五四頁、一七五頁。ホイエルバッハ氏 (Fenrbach) クラインシロート氏刑法案ノ批評第二卷一八頁以下。グライスバッハ氏 (Glaisbach) 其刑法草案九五頁ニ於テ判事裁判ニ於ケル擴張解釋ニ付キ論シテ曰ク「殘酷ニ人ヲ害スルモノ他ニ斯ノ如キモノアルコトナク腐敗

セルモノ他ニ斯ノ如キモノナシト。(其他略之)。

個々ノ場合ニ  
適應セシメン  
トスル主義

他ノ一面ニ於テ正義ノ觀念ヨリ生レ出テタル要求アリテ存ス。其ハ刑事裁判官ニ許スニ成ルヘク廣キ裁量權ヲ以テシ之ニ依リテ其判決ヲシテ成ルヘク個々ノ刑事々件ノ各種ノ狀況ニ適應セシムヘク之ヲ換言スレハ刑ハ之ヲシテ個々ノ場合ニ適應セシムヘシトノ要求是ナリ(註二)。此要求ヲ實行セントセハ刑法ノ規定ハ相對的ナラサルヲ得サルヘク刑期範圍ハ成ルヘク廣カラサルヲ得サルヘク又判事ヲシテ刑罰ヲ加重減輕スルヲ得セシムルノ權限ハ大ナラサルヲ得サルヘシ。判事ノ裁量ノ自由ヲ成ルヘク大ナラシムヘシトノ理想ハ判事ハ其裁量ニ從ヒ事件ノ總テノ事情ヲ斟酌シ刑罰ヲ定ムルコトヲ得セシムヘシトノ一言ヲ以テ之ヲ盡シ得ヘシ(註二)。兩草案ハ個々ノ場合ニ適應セシムヘシトノ原則ヲ以テ刑法ノ根本原則ナリト認メタルコトハ言ヲ俟タサル所ナリ(註三)。

其ハ理由書ニ於テ屢々之ヲ言明スルノミナラス(註四)草案ノ各所ニ於テ之ヲ示セリ。法文中ニ判事ニ處分ヲ許ス規定例ヘハ何々スルヲ得ト定ムルカ如キ、一定ノ犯罪ニ對シ數個ノ刑罰中其一ヲ擇ミ之ヲ科スルコトヲ許ス規定ノ如キ、廣キ刑期範圍ノ規定ノ如キ、通常刑ヲ以テスルトキハ個々ノ場合ニ適應スル能ハサル場合ニ於ケル刑ノ加重減輕ノ如キ及ヒ事件ノ事情ニ從ヒ寬裕ニ處分スルヲ以テ相當ナリト認ムル場合ニ於テ判事ニ許スニ全然刑ヲ免除スルヲ許ス規定ノ如キ是ナリ。

(註一) 刑法ニ於テ刑罰ハ個々ノ場合ニ適應セシムヘシトノ必要ハ嘗テヘンケ氏(Henke)カ其著刑法全書第一卷五五九、五六〇頁ニ於テ充分説明シタル所ナリ。

(註二) 參照。エルトマン氏(Erlmann.)三頁。

(註三) 獨國草案ハ判事ノ裁量ノ範圍大ナルヲ以テ其特質トスルモノナリ。獨國草案ニ對シテハ學者ノ方面ヨリ盛ニ之ヲ要求セリ(以下略ス)。

(註四) 獨國草案理由書劈頭第一ノ一二頁ニ刑期範圍ハ多數ナル個々ノ場合ニ適應セシムルヲ得セシメタリト言ヒ又二九七頁ニ此廣キ判事ノ自由ハ各種ノ場合ニ際シ有リ得ヘキ相異リタル判決ヲ爲スヲ得セシメタリト言ヒ其他各種ノ場合ニ應スルヲ得セシムヘシトノ原則ヲ言明シタル箇所甚タ少カラス。例ヘハ三三四、三五四、三六五、六七一、七九三、八〇八頁等。獨國草案理由書ニモ亦劈頭ノ一七頁ニ刑ノ量定ハ之ヲシテ個々ノ場合ニ應セシムヘシト言ヒ又四頁ニ個々ノ場合ニ應セシムルコトヲ妨クヘキ規定ハ之ヲ排斥スヘシト言ヒ尙ホ九四頁ニハ個々ノ場合ニ應スヘキコトヲ妨クサルノミナラス寧ロ之ヲ爲スヲ得セシムヘシト言ヒ尙ホ又一〇五頁ニ斯ノ如キコト云々ハ總テノ事情ヲ精密ニ稽查シ刑ヲ量定スル能ハスシテ寧ロ刑ハ之ヲ機械的ニ定ムルノ弊ニ陥ルコト、爲ルヘシト言明セリ(以下略ス)。

一方ニハ法律ナケレハ刑罰ナシトノ原則他ノ一方ニハ廣ク個々ノ場合ニ適應セシムヘシトノ原則ハ兩草案ニ於ケル二大原則ヲ爲スモノニシテ此兩原則ハ相互ニ廢棄及ヒ排擠セサルト同時ニ此兩原則ハ極端ニ

兩原則ハ兩草案ニ於ケル二大原則

之ヲ貫徹スル能ハサルコトハ疑ヲ容レサル所ナリ。若シ夫レ「法律ナケレハ刑罰ナシ」トノ原則ヲ極端ニ貫徹セント欲セハ前既ニ示シタルカ如ク判事ハ個々ノ場合ニ適應スル判決ヲ爲ス能ハスシテ單ニ法律ノ一機械タルニ過キサレニ至ルヘシ。モンテスキュー(Montesquieu)ノ如キハ判事ヲ以テ斯ノ如ク思考シタルモノ、如シ。故ニ其著法律ノ精神(一七五二年版)二八二頁ニ曰ク

Mais les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.『判事ハ法律ノ語ヲ發言スル口ニ過キスシテ本來無機物ニ等シク敢テ法律ノ權威若クハ嚴峻ヲ中和シ得ヘキモノニ非ス』。

之ト同一理ニ依リ個々ノ場合ニ適應スヘシトノ原則ヲ極端ニ貫徹ス

個々ノ場合ニ適應セシムル原則ヲ貫徹スル結果

ルトキハ法律ナケレハ刑罰ナシトノ原則ハ全然抹殺セラル、ヲ免ル能ハサルヘシ。十八世紀ニ於ケル刑事裁判ノ實況ハ此點ヲ證シテ餘アリ。上述ノモンテスキュート殆ト同時代ナルフォン・ヘーメル氏 (v. Böhmcr.) ノカロリナ法第百五章ニ對スル觀察(一七七年版)中ニ於ケル左ノ語トヲ對照セハ思ヒ半ニ過クルモノアラン。

*Videlicet nulla poena delictis imposita datur, quam immutabili lege, eousque servari oporteat, ut nullum prorsus iudici arbitrium supersit, ab eadem suo tempore recedendi. Augent, secant, temperant Jcti, nec eodem semper modo unius eiusdemque delicti reos puniant, sed prout circumstantiae acti praesentis suggerunt.* 『本來ヨリ言ヘハ行爲ハ之ヲ確定不動ノ法律ノミニ依リ罰シ得ヘキモノナリ。又判事ハ法律ニ服従スヘキモノニシテ之ヲ自由ニ裁量シ得ヘキモノニ非サルコトニ注意スヘ

シ。然ルニ判事ハ刑罰ヲ擴張シ、分割シ、減輕シ、且ツ同一犯罪アル被告人ニ對シテモ常ニ均一ナラサル尺度ヲ以テ罰スルモノ即チ其現ニ存スル情實ニ依リ裁判スルモノナリ』ト。

單ニ個々ノ場合ニ適應スヘシトノ原則ニ從フトキハ終ニハ主權專制ノ要求及ヒ判事ハ法律ニ依リ拘束セラル、コトナシトノ要求ヲ容ル、コト、爲ルニ至ルヘシ。現ニローゼンフェルドノ如キハ判事ハ法律ニ依リ拘束セラル、コトナシト要求セリ。即チ氏ノ言ニ曰ク『判事ハ刑期量定ニ付テハ獨擅權ヲ有セシムヘシ』ト主張シ(Vergl. A. T. III. S. 170. Ö. N. I, S. 325)。又氏ハ個々ノ場合ニ適應セシムヘキコトニ付テハ何等ノ拘束ヲ受ケシメサルヲ以テ必要トシ(Ö. N. S. 324)又判事ハ主權者ノ如ク自由ナル行動ヲ執ルヲ得セシムルヲ以テ最モ價値アルモノト爲スヘキモノナリト言明セリ(Elvenda u. S. 323)。若シ斯ノ如クセハ行爲者ノ運命ハ立

法者之ヲ定ムルニ非スシテ裁判所之ヲ定ムルコト、爲ルヘク又法律ナケレハ刑罰ナシトノ原則及ヒ之ニ依ル國民ノ權利ノ保障ハ全然滅却セラル、ニ至ルヘシ(註一)。又斯ノ如クセハ刑法ニ對シテモ尙ホ自由法學派ノ要求ヲ容レサルヲ得サルコト、爲ルヘシ。刑法ニ對シ自由法學派ノ要求ヲ容ル、如キハ多少ニモセヨ眼識アル者ハ一般ニ排斥セサルヲ得サル所ナリ(註二)。

(註一) ベロルツハイマー氏(Berolzheimer)刑法哲學一九二頁。拙著評論一三六頁。ラマツシュ氏(Lammusch)刑法雜誌第一五卷六四六頁。

(註二) ガライス氏(Garais)自由ナル法律、五頁ニ曰ク「而シテ今ヤ又刑法ニ於テ! 刑法ニ確的ニ局限セラレタル觀念ナキトキハ刑事ノ擅斷別言スレハ王公ニ等シキ刑事ノ主權ニ依リ吾人ノ運命ハ何所ニ到達スヘキカ!」フインガー氏(Fingger)意見書五二頁第三號ニ曰ク「法律學ノ爲ニスル争闘ニ於テクライン氏ハ如何ハシキ自由法律運動ニ反對シテ立テリ。此自

由法律運動タルヤ民事法ノ範圍ニ於ケルヨリハ刑事法ノ範圍ニ於テ甚タシク疑ヲ容レサルヲ得サル所ニシテ災害ヲ貽スモノナリ」。レフラー氏(Löffler)德國刑法雜誌第一卷一四四頁ニ曰ク「自由解釋ノ危險ノ甚シキハ刑事法ノ範圍ニ於テ之ヲ爲スヨリ甚シキハナシ」。拙著評論第一卷六二頁。レントツ氏(Lenz)德國刑法雜誌第二卷一二頁。ケーラー氏(Köhler)記事二二三頁。

兩原則ノ調和

法律拘束ノ原則ト個々ノ場合ニ適應セシムル原則トハ二大原則ヲ同一刑法典中ニ定メ之ヲ實行セントスルコト兩草案ハ如クナラシメント欲セハ此兩原則ハ共ニ極端ニ貫徹セシメスシテ慎重ナル注意ヲ以テ兩者ニ存スル要求ノ價值ヲ量定シ之カ調和ヲ計ラサル可ラス。獨國草案ノ起草者ハ此點ヲ明ニ認メ之ヲ言明セリ。同草案理由書ニ曰ク「古ヨリノ根據アル原則タル nulla poena sine lege. 『法律ナケレハ刑罰ナシ』トノ語ニ付キ深ク考フレハ刑法ノ大ナル伸縮力ハ之ヲ否認セサルヲ得ス(註

一。是レ一方ニ於テハ刑法ノ拘束ヲ大ニ融和シ他ノ一方ニ於テハ判事ノ權力ヲ大ニ制限シ兩者ノ中庸ヲ得セシメントスルニ至レリ(國草理由一〇頁)。唯タ兩原則ノ中一方カ主ト爲リ他ノ一方ヲ從トセサルヲ得サルヘシ。此場合ニ於テ立法者タル者ハ其相當トスル一定ノ主義ヲ擇マサル可ラス。立法者タル者氷炭相容レサル甲乙兩主義ヲ併セテ採用シ其疑ハシキ一ノ場合ハ甲主義ニ依リ之ヲ決シ他ノ場合ハ之ヲ乙主義ニ依リ決スルカ如キ無定見ハ之ヲ慎マサル可ラサルコト恰モ刑法典ヲ定ムルニ當リ其採ル所ノ主義ヲ明ニセサルヲ得サルト其理ヲ等ウス。換言スレハ立法者タル者ハ法律拘束ノ原則ト判事自由ノ原則トノ二大原則中孰レヲ主トシ孰レヲ從トスヘキヤヲ確定シ之ニ從ヒ刑法典ノ特質ヲ定メサル可ラス。是レ判事ヲシテ立法者ノ定メサル疑ハシキ場合ニ於ケル法律解釋ニ關シ其據ルヘキ原則ヲ得セシムル所以ナリ。是ニ於テ二主義

ノ中其正シキモノヲ擇ミ之ニ基キ兩原則ノ制限ト調和トヲ企圖スルハ困難ナル問題ナリ。此問題ニ對シ兩草案カ解決シタル所ハ吾人カ是ヨリ精査考究ヲ遂ケント欲スル所ナリ。

(註一) 草案第二條ノ原則ト判事ノ自由裁量ノ制限トノ關係ニ付キ理由書三五二頁カ認メタル所ハ正當ナリ。尙ホ後段八一頁以下參照。

刑罰量定ト本問題

本論ニ入ルニ先チ吾人ノ特ニ一言セサルヲ得サルハ本問題ハ刑罰量定問題ニ關係スルモノナキニ非スト雖モ本問題ハ刑罰量定問題ノ範圍ヲ超脱シ居ルノ一事ナリ。此事タル刑罰量定ナル意義ヲ廣義ニ解スルコト兩草案ニ於ケル刑罰量定(獨國草案八一條)若クハ刑罰ノ量定(奧國草案二至七條)ノ文字ト同意義ニ解スルモ尙然リ。之ヲ獨國草案ニ就テ言ヘハ刑罰量定ノ意義中ニハ通常及ヒ特別ノ刑罰減輕、特ニ重キ場合ニ於ケル刑罰加重又ハ累犯、職業犯、慣習犯ニ對スル刑罰加重及ヒ未決拘留日數ノ算

入ヲ包含シ、又之ヲ埃國草案ニ就テ言ヘハ同意義中ニハ幼年者ノ處罰、刑罰ノ減輕及ヒ加重ニ加フルニ累犯ノ嚴罰、數個ノ刑罰ノ併合及ヒ未決拘留日數ノ算入ヲ包含スルニ過キス。

法律拘束ト判事ノ自由トヲ適當ニ制限調和スル道如何ニ關スル本問題ハ特ニ刑法各論ニ於ケル犯罪ノ構成事實ハ如何ニ之ヲ規定スヘキヤニ及フヘキモノトス(註一)。是ニ於テ同一種類ニ屬スル犯罪ニ付キ之ヲ慎重ニ研究ヲ遂ケ之ヲ精密ニ定メタル標識ニ從ヒ同一種ノ犯罪ヲ個々ニ分類スルヲ以テ可トスヘキヤ又之ヲ如何ナル範圍ニ及ホスヘキヤノ問題ヲ生ス。又之ニ反シテ精密ナル調査分類ハ之ヲ採ラス之ニ代フルニ多少伸縮自在ナル犯罪ノ觀念ト標識トヲ定メ犯罪ヲ個々ニ分類スルカ如キハ之ヲ判事ニ一任スルヲ以テ可トスヘキヤ又之ヲ如何ナル範圍ニ及ホスヘキヤノ問題ヲ生ス。例ヲ以テ之ヲ説明スレハ傷害罪ヲ定ム

本司ト犯罪構成事實ニ關スル規定

ルニ當リ法律ハ精密ナル調査分類ニ從ヒ傷害行為ヲ個々ニ區別シ重キ傷害罪、輕キ傷害罪及ヒ之ニ對スル各刑罰ヲ規定スヘキヤ又之ニ反シテ斯ノ如キ區別ハ之ヲ採ラス單ニ重キ傷害罪ニ對シテハ重キ刑罰ヲ以テ罰スヘク輕キ傷害罪ニ對シテハ輕キ刑罰ヲ以テ罰スヘキ旨ヲ定メ個々ノ場合ニ於テ如何ニ處分スヘキヤハ之ヲ判事ノ自由裁量ニ一任スヘキヤノ問題ヲ生スヘキナリ。

(註一) 特ニエルトマン氏(Oertmann)六頁以下參照。(中略)氏ハ本問ハ刑事裁判ニ繫屬スル事實ヲ確定スル訴訟手續上ノ問題ニ非スシテ確定シタル事實ニ對シ實體法上如何ナル判定ヲ爲スヘキヤノ問題ナリト論セリ(下略)。尙ホガーライス氏(Garais)自由ナル法律六頁ヲ看ヨ arbitrary judge. 判事ノ自由裁量ノ意義ニ於ケル自由ナル法律トハ立法者カ觀念ヲ確定セシメテ之ヲ學說及ヒ實際ニ一任シタル場合ニ於テノミ之ヲ言ヒ得ルモノナルコト一般ニ行ハル、言語ナリ。

### 第二章 兩草案ニ於ケル論點ノ解決

○兩草案ノ特ニ異ル點……○埃國ニ於ケル判事ノ自由裁量ノ弊  
 ……○好注意……○獨國草案ハ判事ニ廣キ自由裁量ヲ與フルヲ主眼ト  
 ス……○埃國草案ハ法律ノ實行ト裁判ノ畫一トヲ企圖スルヲ以テ主  
 眼トス……○兩草案規定ノ相違スル重要ナル點……一、犯罪構成事實ノ  
 規定ノ差異……二、刑期範圍ノ規定ノ差異……三、刑罰ノ加重減輕ノ規定  
 ノ差異……四、刑罰ノ免除ノ規定ノ差異……五、量刑ノ標準ノ規定ノ差異  
 ……六、合法主義ヲ尊重スル程度ノ差異。

獨埃兩草案ノ  
特ニ異ル點

刑事裁判官ノ職務ハ全範圍ニ付キ獨國草案及ヒ埃國草案ハ定ムル所  
 ヲ對照スルニ依リ直ニ感スル所ハ獨國草案ハ判事ノ裁量ノ自由ニ付キ  
 大ニ重キヲ置クニ反シ埃國草案ハ判事ニ對スル法律ノ拘束ニ付キ大ニ  
 重キヲ置クノ點是ナリ。  
 埃國太利刑法カ特別酌量減輕權ヲ認メ以テ判事ニ許シタル自由裁量ニ

埃國ニ於ケル  
判事ノ自由裁  
量ノ弊

好注意

依リ得タル惡經驗ニ依リ大ニ鑑誡ヲ得タルモノハ、如シ。特別酌量減輕  
 ナルモノハ茲ニ引證スル諸學說(註一)ニ依ルモ亦埃國草案理由書八八頁  
 ニ依ルモ法律ニ代フルニ判事ノ自由裁量ニ一任スルノ結果ヲ生シタル  
 モノトス。即チ酌量減輕ヲ設ケタル結果トシテ埃國刑事裁判ノ實際ハ  
 法律ハ合理的原則ニ從ヒ行ハルヘキ刑罰ハ畫一ナル量定ハ廢セラレ之  
 ニ代フルニ區々ニシテ定ラサル地方ハ狀況ニ從ヒ變動常ナキ感覺ニ依  
 リ量定セララルハニ至レリ。其結果ハ刑事裁判ノ實際ヲシテ刑罰量定ヲ  
 謂レナキ寬裕ニ陥ラシメ以テ埃國刑事司法ノ發達ヲ腐敗セシメタリ。  
 埃國太利立法者ハ判事ノ自由裁量ヲ排斥スルコトナキモ而モ深思熟慮ヲ  
 以テ其自由裁量ヲシテ法律ノ外ニ出ツルコトナカシムヘキ規定ヲ設  
 ケテ一定不動ハ刑法典ヲ制定セントスル點ニ非常ニ高キ價値ヲ置ク  
 コト獨逸立法者ハ比ニ非ス。獨逸立法者ハ常ニ交譲ヲ爲サント欲スル



モノナリ。但シ其交譲タルヤ自由法律學派ニ對スルソレニ非サルモ判事ノ自由裁量ヲ歡迎スル刑法新派ト交譲セントスルモノナリ。是レ刑法ノ新派ナルモノハ刑法ト犯罪ノ豫防トヲ混淆シ犯罪豫防ノ觀念及ヒ原則ヲ刑法中ニ混入スルモノナリ。豫防行爲ヲ爲スニハ自由ナル裁量ヲ要スルハ勿論ナリ(註二)。故ニ刑法新派ノ代表者ハ多クハ刑法ニ於ケル判事ノ自由裁量ヲ大ナラシメント要求スルモノナリ(註三)。而シテ獨國草案ハ茲ニモ亦其本來採レル立脚點ヲ忘レテ新派ノ請求ヲ容レントスルモノナリ(註四)。

(註一) 參照。レンツ氏(Lenz) 英國刑法雜誌第一卷一二七頁以下。レフラー氏(Lüfcher) 同上 一四三頁以下。ヘーゲル氏(Hegel) 刑法草案七四頁以下。英國現行法ニ於ケル特別酌量減輕ニ對スル一般ノ議論ノ外向ホフオン・パール氏(v. Bar) 歴史一六五頁ニ法典カ判事ニ範圍廣キ酌量減輕權ヲ認メタル爲メヘルプスト(Charlet) カ言ヘルカ如ク英國刑法ハ最モ寛裕ナル

刑法ノ一ト爲ルニ至レリ(其規定ニ依レハ著シク嚴峻ナルニ拘ハラス)ト言ヘルヲ參照スヘシ。之ニ反シテローゼンフェルド氏(Bosenfeld) 英國刑法雜誌第一卷三二四頁及ヒレフラー氏(Lüfcher) 一九〇六年草案評論六六頁以下及ヒ英國刑法雜誌第一卷一五〇頁等ハ特別酌量減輕ノ存置ニ贊成セリ。之ト同様ナルハマカレウツチ氏(Macrowicz) ナリ。氏ハ其英國刑法雜誌第一卷二五四頁ニ於テ特別酌量減輕ヲ以テ刑法ニ對スル一ノ必要ナル校正ナリト爲スモノニシテ法律ノ規定ヲ以テ酌量減輕ヲ一定ノ條件ニ繋ラシムルコトヲ以テ草案ノ一大缺點ナリト爲セリ。之ニ對スルグライスパツハ氏(Greifwath) ノ駁論ハ其英國刑法雜誌第一卷三三八頁以下ヲ見ヨ。英國ニ於ケル特別酌量減輕ノ施行ノ歴史ハ判事ノ自由裁量ノ擴張ニ關シ他ノ邦國ニ對シ教訓ヲ與ヘタルモノ少カラス。

(註二) 此點ニ關シヨハ子スナグラー氏(Johannes Nagler) ノ議論精透ナル著書犯罪豫防ト刑法ライプツヒ一九一七年版ヲ參照セヨ。其二一頁第一號ニ曰クリスト等ノ學派ハ常ニ判事ノ自由裁量ノ擴張ヲ主張ス。特ニ甚タシキハローゼンフェルド氏ナリ。是レ主トシテ保安的觀念ニ基タモノナリト言ヒ又其一〇九頁ニハ豫防ノ思想ハ官廳ノ自由裁量ノ擴

張ニ外ナラスト説キ又二五五頁ニ豫防ハ判事ノ自由裁量ノ開放ヲ要ス。訴訟上ノ制限及ヒ階級ニ依リ制限セラル、コトナク其全範圍ニ於テ必要ナル處分ヲ爲スヲ得セシムヘシト論セリ。尙ラマツシユ氏(Jammusi.)  
 ゲリヒツザール第六卷一八一頁以下ヲ參照。保護處分ヲ科スルニ際シ判事ノ自由裁量ヲ必要トスル點ニ付キ肯綮ニ當レル理由ノ説明ニ付テハ獨草理由書一五一頁ヲ見ヨ。

(註三) 拙著研究一三二頁以下及ヒ一八一頁參照。

(註四) 拙著評論第一卷五三頁以下及ヒ六一頁參照。

寫國草案ハ判事ニ廣キ自由裁量ヲ與フルヲ主眼トス

兩草案カ相異レル立脚點ヲ採レルコトハ其各理由書カ明ニ示ス所ナリ。其例證トシテ先ツ獨逸草案ノ理由書ノ左ノ説明ヲ參照スヘシ。

- (一) 刑罰量定ニ關スル判事ハ自由裁量ハ其如何ナル場合タルトヲ問ハス自由ナラサル可ラス(三頁一)。
- (二) 草案ハ出來得ル丈ケ判事ヲシテ自由ナラシメタリ云々(三八頁五)。

境國草案ハ法判事ノ實行トテ主眼トス

上記ノ事項ト左ニ掲クル境國草案理由書ノ説明トヲ對照スヘシ。

- (三) 判事ニ斯ノ如キ廣キ自由ヲ與フルハ意思及ヒ事實ノ方面ニ付、キ各場合ニ於テ相異レル個々ノ事情ニ適應セシムルヲ得ルモノナリ(七九頁)。
- (四) 刑罰量定ニ關シ重要ナリトスル所ハ事件ハ各事情ヲ斟酌スルニ依リ正當ニ判決シ得ルニアルヲ以テ判事ニ全然自由ヲ許スハ正當ナリト思料シタリ(五二頁六)。
- (五) 刑罰ノ量定ニ關シ判事ノ自由裁量ニ廣キ範圍ヲ與ヘタリ(四頁)。
- (一) 判事ハ裁量ヲシテ畫一ナラシムルヲ以テ草案ハ力ヲ盡スヘキ目的ノ一ナリト思惟シタリ。立法者タル者ハ其意思ヲ實現スル爲メ熱慮ヲ爲サハル可ラス。立法者タル者ハ各個人ノ自由ヲ保護シ且ツ法律ヲ一様ニ適用ヲ爲スノ利益ニ付キ注意ヲ

拂ハサル可ラス。草案ハ罰スヘキモノト然ラサルモノ、區別ハ出來得ヘキ丈ケ正確ニ定ムルヲ以テ立法者ノ任務ナリト思惟シタリ(ル男頭ニ於ケ)。

(二) 獨リ判事ノ主觀的見解ヲ以テ刑罰裁量ノ唯一ノ標準タルニ至ルヘキ危險及ヒ刑罰ヲシテ常律ナキ區々ノ量定ニ出テシムルノ危險ハ之ヲ避ケサル可ラス(ル男頭ニ於ケ)。

(三) 其他草案ハ適當ナル刑罰量定ヲ爲サシムルハ方法ヲ規定シ以テ刑罰ヲシテ格外ニ苛酷ニ量定セラハルハコトナク又格外ニ寛裕ニ量定セラハルハコトヲ避ケント欲シタリ(ル男頭ニ於ケ)。

(四) 判事ハ裁量ニ付キ之ヲ強制スルハ法則ヲ設ケ以テ最モ能ク社會ハ保護ヲ安固ナラシメ尙ホ又不當ナル苛酷ヲ避クルヲ得セシメタリ(ル男頭ニ於ケ)。

兩草案規定ノ相違スル重要ナル點

草案ノ規定自身ニ於テモ亦此各相違セル根本性質ヲ明白ニ表彰スルモノアリ。茲ニ埃國草案カ判事ノ自由裁量ニ關シ大ニ嚴格ナル主義ヲ採用セルニ反シ獨國草案ハ之ニ關シ大ニ寛裕ナル主義(註一)ヲ採用セルニ付キ特ニ顯著ナル主要ナル點ヲ擧ケ而シテ後其個々ニ付キ詳細ヲ論究シ終リニ兩立法事業ノ各相違スル立脚點ニ付キ余ノ判斷ヲ掲ケ其理由ヲ示サント欲ス。

(註一) ワツハ氏(Waechter)ハ獨逸法律新聞第一五卷一一三頁ニ於テ草案ニ於ケル最モ重要ナル要素ハ判事ノ自由ヲ擴張シタルニ在リト論セリ。アシロツト氏(Schmitt)モ亦(Jur. T. H. 1910)ニ於テ判事ノ權限ノ擴張ハ草案ニ於ケル特質トスヘキ點ナリト言ヘリ。

第一 埃國草案ハ之ヲ獨國草案ニ比スレハ具體的詳細ノ規定ヲ爲スモノニシテ而シテ其犯罪構成事實ヲ定ムルニ獨國ノ如ク彈力多ク且ツ伸縮自在ナル護謨的觀念ヲ以テスルコト少シ。

一、犯罪構成事實ノ規定ノ差異

二、刑罰範圍ノ規定ノ差異

刑事ノ自由裁量論

三〇

第二 埃國草案ノ規定ハ之ヲ獨國草案ノソレニ比スレハ刑罰範圍狹シ。埃國草案ノ立案者モ亦此點ニ注意シタルモノ、如ク其理由書(九〇)ニ於テ刑罰範圍ハ獨逸刑法(註一)ノ如ク廣キ範圍ヲ有セシメサリシト言ヒ以テ其意ヲ明ニセリ。各種ノ刑罰ニ付キ其孰レヲ適用スルヤヲ判事ニ一任シタル點ニ付テハ埃國草案ハ獨國草案ヨリ寛裕ナリ。個々ノ刑罰ノ一般ノ範圍ノ廣サニ付テハ埃國草案ハ獨國草案ニ優レリ(註二)。然レトモ個々ナル犯罪ニ科スヘキ通常ノ刑罰範圍ニ付テハ埃國草案ハ獨國草案ニ比シ遙ニ狹少ナリ。

(註一) 獨國草案ノ刑罰範圍ハ獨國現行刑法ノ刑罰範圍ニ比シ遙ニ廣キコトハ後段六一頁以下參照。

(註二) 埃國草案第十九條ニ依レハ懲役刑ハ一年以上二十年以下ナルモ獨國草案第十四條ニ依レハ懲役刑ハ一年以上十五年以下ナリ。埃國草案第二十條ニ依レハ禁錮刑ハ三日以上二十年以下ナルモ獨國草案第十六

三、刑罰ノ加重減輕ノ規定ノ差異

條ニ依レハ一年以上五年以下ナリ。埃國草案第二十一條ニ依レハ拘禁刑ハ一日以上五年以下ナルモ獨國草案第十九條ニ依レハ普通一日以上三年以下ナリ。埃國草案第二十七條ニ依レハ罰金刑ノ小額及ヒ多額ハ二クロー子以上五萬クロー子ナルモ獨國草案第三十條ニ依レハ小額ハ一マルク若クハ五マルクニシテ多額ハ通常三千マルク若クハ五千マルクニシテ第三十六條ノ條件ヲ具フルトキハ一萬マルクナリ。而シテ一般ニ通スル多額ハ之ヲ規定セズ。

第三 刑罰變更ニ關シ埃國草案ハ之ヲ獨國草案ニ比スレハ嚴格ナリ。埃國草案ハ不定ナル減輕事情ナルモノヲ認メス。同草案ハ一定シタル刑罰減輕理由及ヒ刑罰加重理由ヲ認ムルコト少シ。獨國草案第八十三條ニ於テ認ムル如キ特別酌量減輕ハ之ヲ埃國草案第五十七條ニ規定スルカ如シト雖モ其實然ラス(註一)。尙ホ埃國草案ハ個々ノ犯罪ニ付キ加重スヘキ情狀アル場合及ヒ減輕スヘキ情狀アル場合ニ於テ

第二章 兩草案ニ於ケル論點ノ解決

三一

ハ之カ加重又ハ減輕事由ト爲ナスシテ或ハ之ヲ特ニ重ク罰スヘキ犯罪若クハ之ヲ特ニ輕ク罰スヘキ犯罪ナリト規定セリ(註二)。

(註一) 此點ニ付キ後段七二頁以下參照スヘシ。  
(註二) 埃國理由男頭一六頁參照。

四、刑罰ノ免除ノ規定ノ差異

第四 埃國草案及ヒ獨國草案共ニ特定ノ場合ニ於テ法律上科スヘキ刑ヲ裁判上免除スルコトヲ得ルノ形式ニ於テ裁判所ノ恩赦權ヲ認ムルモ前者ハ後者ヨリ其場合少ナシ。此場合ニ於テモ前者ハ之ヲ後者ニ比スレハ判事ノ自由裁量ヲ制限スルコト多シ。

五、量刑ノ標準ノ規定ノ差異

第五 埃國草案ニ於テ判事ノ自由裁量ヲ許ス場合(主トシテ刑罰ニ於テモ其裁量ノ準則ヲ示シ判事ニ對シ其守ルヘキ標準ヲ示スコトニ關シ力ヲ盡スコト獨國草案ノ比ニ非ス。

埃國草案及ヒ獨國草案ニ共通ナル缺點ナキニ非ス。其ハ兩草案カ

六、合法主義ヲ尊重スル程度ノ差異

犯罪豫防ノ觀察點ト刑法ノ觀察點トヲ混淆シ之ニ基キ埃國草案ハ第四十三條ニ獨國草案ハ第八十二條ニ刑罰量定ノ標準ヲ與ヘタリ。此標準タルヤ裁判ノ實際ヲシテ誤リタル軌道ニ導クモノニシテ之ヲ錯亂セシムルモノナリ(此點ニ付テハ後段一〇八頁以下參照)。

第六 終リニ實體刑法ト刑事訴訟トノ兩者ニ關係ヲ有シ尙ホ且ツ本問ニ關係ヲ有スル事項ニ付キ兩草案ノ採ル所相同シカラサルモノアリ。埃國草案ハ合法主義ヲ以テ獨立且ツ有力ナル司法ノ基礎(註一)ナリトシテ之ヲ貴重且ツ神聖視スルニ反シ獨國草案ハ余ノ意見ヲ以テスレハ無責任ナル方法ニ於テ之ヲ輕蔑シテ顧ミス。

(註一) グライスバッハ氏 (Glaisbach) 刑法草案五頁參照。

### 第一節 具體的規定ト一般的規定

本節ハ刑法ノ各條ハ之ヲ具體的ニ詳細ニ規定スルヲ以テ可トスヘキヤ  
將タ又抽象的ニ汎博ニ規定スルヲ以テ可トスヘキヤヲ論シタルモノナ  
リ。本節ノ題號ハ(Konkret und Generalisierung)ナリ。之ヲ直譯スルトキハ  
其意味ヲ失フ虞アルヲ以テ其内容ニ從ヒ以上ノ如ク意譯セリ。

- ◎ 具體的詳細ニ規定スルノ害……◎ 獨國草案ハ抽象的一般規定ヲ採  
用ス……◎ 奧國草案ハ具體的詳細ノ規定ヲ採用ス……◎ 具體的詳細ニ  
規定スルノ長所……◎ 傾聽スヘキルカス氏ノ言……◎ 具體的詳細ニ規  
定スル方法ト抽象的一般ニ規定スルトニ依リ其結果ヲ異ニスル點  
……◎ 抽象的一般規定ノ害ノ一……◎ 抽象的一般規定ノ害ノ二……◎  
抽象的一般規定ノ害ノ三……◎ 抽象的一般規定ノ害ノ四……◎ 抽象的  
一般規定ノ弊害中最モ甚シキモノ……◎ ホイエルバッハ氏ノ所說……  
……◎ 刑事專制カ行ハル、國ノ立派ナル憲法條規……◎ 護謨的觀念ノ  
不可ナルコトハ反對論者モ之ヲ認ム……◎ 奧國草案モ亦護謨的觀念  
ヲ包含ス……◎ 奧國草案ノ護謨的觀念ハ獨國草案ノ如ク甚シカラス  
……◎ 護謨的觀念ヲ避クルノ必要。

刑法ノ條文ハ之ヲ具體的ニ精密ニ規定スルヲ不利益ナリトスルノ論  
ハ近世盛ニ主唱セラル、所ニシテ特ニ獨國草案及ヒ奧國草案ノ準備及  
ヒ其審議ニ際シ各方面ヨリ論難例證セラシタル所ナリ(註一)。抽象的一  
般ニ規定スル方法ニ利益ノ存スルコト明ナルト同時ニ具體的詳細ニ規  
定スル方法ニ不利益ノ存スルコトハ疑ナキ所ナリ(此點ハ之カ正反對ノ  
參照)。獨國草案理由書六〇六頁六六一頁ニ於テ特ニ傷害罪ノ規定タル  
草案第二百二十八條乃至第二百三十條ノ理由ヲ説明スルニ當リ獨逸現  
行刑法ノ具體的詳細ノ規定ヲ廢セントスル草案ノ意向ヲ左記ノ言語ヲ  
以テ言明セリ

『具體的詳細ニ規定シタルノ結果トシテ其根本タル思想ニ從ヘハ  
適用ヲ爲スヲ得ヘカリシ多數ノ場合ニ於テモ之ヲ適用スル能ハ  
サルニ至ラシメタル如キ又根本觀念ニ適合セサル場合ニモ亦之

ヲ適用セサルヲ得サルカ如キ現行法ニ存スル缺點ハ之ヲ排除セサル可ラス』(註二)。

(註一) レフラー氏(Löffler)刑法ニ於ケル具體的詳細規定ニ關スル論述ヲ見ヨ。比較刑法論各論ノ部第五卷二二二頁以下及ヒ三六四頁。ハールブルガー氏(Harburger)同書第六卷二五三頁以下。ウルマン氏(v. Ullmann)同書第九卷三六頁以下。ワッハ氏(Wach)刑法比較評論總論ノ部第六卷三七頁以下及獨逸法律新聞第一五卷一〇九頁以下參照。尙ホリリエンタール氏(Lilienthal)總括刑法雜誌第三〇卷二五四頁。アシロト氏(Aschroff)Jur. I. Bl. 一九一〇年版五頁。ピンディング氏(Binding)教科書第一卷四四九頁註二。レフラー氏(Löffler)一九〇六年ノ草案ニ付テ、五六頁以下レンツ氏(Lenz)獨逸刑法雜誌第一卷一一七頁以下。

(註二) 具體的ニ評密ニ規定スルノ不利益ニ付テハ尙ホ左ノ參考書ヲ參照スヘシ。獨草理由七三八頁。ワッハ氏(Wach)獨逸法律新聞第一五卷一一二頁。レンツ氏(Lenz)獨逸刑法雜誌第一卷一一七頁ニ曰ク『各場合ノ特質ニ應センカ爲メ構成事實及刑罰ノ多數ヲ規定シ以テ個々ノ場合ノ特質

ニ應セントスル具體的詳細ノ規定ハ犯罪ノ特殊ノ場合ヲ數ヘ盡ス能ハサルカ爲メ明ニ罰スルノ價アル行爲ト雖モ Criminal crimen sine lege』法律ナクレハ犯罪ナシトノ原則ノ爲メ之ヲ罰スル能ハサルノ危險アルヲ免レス。

獨國草案ハ抽象的一般規定ヲ採リス

此等ノ點ヲ考察シタル結果獨國草案ハ原則トシテ具體的詳密ナル規定ニ代フルニ抽象的一般ニ規定スルノ方法ヲ採ルニ至レリ。獨國草案理由書劈頭一〇頁ニ草案ノ方針トシテ此原則ヲ言明セリ。

『草案ハ現行刑法典ニ於ケルカ如キ犯罪ノ構成事實ヲ規定スルニ當リ伸縮自由ナラサル具體的詳密ナル規定ハ原則トシテ之ヲ廢スルコト、爲シ其規定ヲシテ彈力アリ且ツ判事ニ觀念的標識ト方針トヲ與フルコト、爲シ以テ個々ナル場合ニ付キ標準トシテ適用スヘキ準則ヲ以テ判事ヲ制限スルカ如キコトハ之ヲ爲サス』。此方針ニ從ヒ各論ノ個々ノ規定ニ於テ又其理由書ニ於テ屢々具體的

詳細ニ規定スル方法ノ不利益ト抽象的一般ニ規定スル方法ノ利益トヲ  
詳述セリ(註一)

(註一) 例ヘハ理由書六〇三、六〇四、六〇五、六六〇、六七六、六七七、三二五、三一  
五、三二一、三二二、三二六、四二二、五八九、五九三、六〇一、六三八、六五九、六六二、  
六六三、六七一、六七三、七三七、七三八、七六五、八四一、八四二頁。

獨國草案ハ現行法ノ具體的詳密ナル規定ニ代フルニ抽象的一般規定  
ヲ以テスルノ主義ヲ採リタル爲メニ大ニ賞賛ヲ博シタルコトハ之ニ反  
スル獨國草案ノ主義カ盛ニ駁撃セラレタルノ比ニ非ス。獨國草案理由  
書劈頭八頁ニ於テ具體的詳密ニ規定スルノ主義ヲ採用シタルコトヲ言  
明セリ。

『草案ハ罰スヘキヤ否ヤノ限界ヲ出來得ル丈ケ正確ニ定ムルヲ以  
テ刑法ノ任務ナリト思惟シタリ。是レ草案第二編ニ於テ構成事

獨國草案ハ具  
體的詳細ノ規  
定ヲ採用ス

實ヲ精密ニ規定シタル所以ナリ』。

尙ホ又同理由書劈頭九頁ニ曰ク

『草案ハ個々ノ構成事實ヲ出來得ル丈ケ正確ニ規定シ而シテ罰ス  
ヘキ行爲ノ限界ハ現行法カ定メタルヨリ遙ニ詳密ナリ。特ニ國  
家及ヒ公共ノ安寧ニ對スル侵害ニ關スル刑罰規定ニ付テハ現行  
法ニ於テハ缺點アルコト明カニシテ罰スヘキ行爲ノ範圍ハ甚タ  
廣クシテ且ツ其範圍不明ナレハ斯ノ如キ缺點ハ之ヲ避クヘクア  
リシ』。

獨國草案ハ構成事實ノ規定ニ付キ具體的ニ詳密ニ規定スルノ主義ヲ  
採リ獨國草案ハ之ニ反スルノ主義ヲ採ルノ程度如何ヲ明ナラシメント  
欲セハ其例證トシテ獨國草案ノ傷害罪ニ關スル第二百九十六條以下ノ  
規定ト獨國草案ノ第二百二十七條ノ規定トヲ對照スヘク又重キ竊盜罪



ニ關シ埃國草案ノ第三百三十六條ノ規定ト獨國草案ノ第二百七十條ノ規定トヲ對照スヘシ。

埃國草案ノ規定ハ多少詳密ニ過キタルモノアルコト及ヒ形式的觀念及ヒ美術的分類ニ陥リタルコトアルハ之ヲ否認スル能ハス。例ヘハ累犯タル觀念ヲ四個ニ分テ第一嘗テ罰セラレタルコト、第二重キ刑罰ニ依リ再三罰セラレタルコト、第三再犯、第四累犯の再犯ノ四ト爲シ之ニ依リ各處罰ヲ異ニスルカ如キハ其例證ナリ(註一)。又危險ヲ區別シテ危險特別ノ危險、通常又ハ非常ノ特別危險ト爲シ之ニ依リ其處罰ヲ異ニシタルカ如キモ亦其例證ト爲スヲ得ヘシ(註二)。

(註一) 參照。埃國草案第六十三條、第六十四條及ヒ埃國理由一〇六頁以下。

グライスバッハ氏 (Grispach) 刑法草案八〇頁以下。  
(註二) 參照。グライスバッハ氏同上八四、八五頁。

具體的詳細ニ規定スルノ長

傾スヘキルカス氏ノ言

然リト雖モ茲ニ注意スヘキモノニアリ。第一總テノ具體的詳細ノ規定ハ之ヲ排斥スヘキモノニ非シテ寧ロ之ヲ改良スルヲ以テ適當トスヘキナリ。此一事ハ獨國草案理由書三七頁、三八頁ニ於テスラ之ヲ自認スルカ如シ(註一)。第二抽象的一般規定ニ利益アルコト前述ノ如シト雖モ然ルニ尙ホ之ニ超過スル重大ナル不利益アルヲ看過ス可ラス。之ヲ詳細ニ觀察スルトキハ具體的詳細ニ規定スル方法ニ存スルモノナリト唱ヘラルハ同一ナル缺點ハ抽象的一般ニ規定スル方法ニモ亦存スルモノト爲サハルヲ得ス。獨國草案ヲ作成シタル委員會ノ會長ルカス氏 (Lind) スラ尙ホ獨逸法律新聞第一一卷一九〇六年版九八二頁ニ於テ左ノ言ヲ爲セリ。

「具體的詳細ノ規定ヲ廢スレハ廢スル程又抽象的一般規定ヲ採用スレハ採用スル程刑法ニ規定スル觀念ハ愈々擴張セラレヘキナ

リ。此擴張ハ個々ノ場合ニ適應スルコトヲ得ルノ望マシキ結果ヲ奏スルヲ得ルニ止マラス其反面ニ於テ甚タ望マシカラサル危険ヲ容易ニ生スルコトヲ免レス。其望マシカラサル危険トハ立法者ノ思慮ハ及ハサリシ事件ニ法律カ適用セラハコトアルヘク而モ之ヲ適用スルコトハ甚タ不當ナルヲ免ハサルハ一事是ナリ」(註11)。

(註1) 獨國草案ノ起草者カ具體的詳細ノ規定ヲ廢シ之ニ代フルニ抽象的一般ノ規定ヲ以テセントスルニ對シフオンリリエンタール氏 (V. Jilien-thal) ノ如キハ總括刑法雜誌第三〇卷二四五頁ニ於テ左ノ言ヲ爲セリ。

具體的詳細ノ規定ハ抽象的規定ニ依リ其結果ト異ニスル點ニ在リ。

(註2) 參照。具體的詳細ニ規定スルノ方法ノ缺點ヲ言明シタル獨國理由六六〇頁(前段三五頁ニ採用)。此兩方法ニ存スル缺點ハ具體的詳細ニ規定スル方法ニ依ルトキハ一旦之ヲ定メタル以上ハ本來之ヲ適用セサルヲ相當トスル場合ニ於テモ尙ホ之ヲ適用セサルヲ得サル點ニ在リ。之

抽象的の一般規定ノ害の一

近時レンツ氏 (Lentz) ハ奧國刑法雜誌第一卷一一七頁ニ於テ又同様ナル缺點ニ付キ言明セリ其言ニ曰ク

「具體的詳細ニ規定スル方法ニ反シテ抽象的の一般ニ規定スル方法ヲ採用スルトキハ犯罪構成事實ヲ一般ニ定ムルニ依リ一定ノ行爲ヲ犯罪トシ之ヲ罰スルコトハ一般ノ法律的感覺ニ明ニ矛盾スル場合ニ於テモ尙ホ之ヲ罰スヘキ行爲ナリト爲サ、ルヲ得サルカ如キ結果ニ導クモノナリ」。

人若シ具體的ニ詳細ニ規定スルハ方法ハ無數ハ疑點ヲ惹起セシメ而シテ之カ爲メ法律ノ不安ヲ生スルハ缺點アリト言ハ、(註一)抽象的一般規定スルノ方法ハ更ニ一層大ナル此危險アルモノト謂フヘシ。何トナレハ抽象的一般ニ規定スルハ方法ハ法典ヲシテ甚タシク不確定ナラシメ之ニ區々ニシテ定マラサル觀念ニ導クコト具體的詳細ニ規定スルハ方法ハ比ニ非サレハナリ(此點後段參照)。斯ノ如クシテ解釋術ハ愈々困難ト爲リ無數ノ爭論ハ之カ爲メ惹起セラレ、コトアルヲ免レス。

(註一) レンツ氏(Lenz) 德國刑法雜誌第一卷一一七頁ニ曰ク「經驗ハ構成事實ノ多數ヲ舉ケレハ舉ケル程愈々多クノ爭論ハ起リ刑法ニ於テ特ニ感スル法律不安ノ念ハ愈々多クアラサルヲ得サルコトヲ示スモノナリ」。レフラー氏(Lafler) 一九〇六年ノ草案ニ付テ、五七頁ニ曰ク「具體的詳細ニ規定スル方法ハ經驗ニ從ヘハ無益ナル言語解釋ヲ導クモノナリ」。獨草理由七三七頁具體的詳細ニ規定スル方法ハ疑問ヲ生スルノ淵源ナリ。

此關係ニ於テ獨國草案ノ抽象的一般ニ規定スル方法ニ對シ攻撃シタルケーラー氏(Köhler) 論文ノ一九頁ノ記載ハ茲ニ援用スルヲ可トス。其言ニ曰ク

「獨國準備草案カスノ如キ抽象的一般ノ規定ヲ爲シ判事ヲシテ具體的詳細ナル觀念ヨリ免レシメントスルハ是レ草案ハ多クノ場合ニ於テ判事ヲ法律ノ手ヨリ奪フテ法律以外ノ他ノ手ニ引渡スモノナリ。即チ法律ニ非サル不精密ニシテ區々タル觀念ノ手ニ移スモノナリ。換言スレハ法律ヲ以テ具體的精密ニ定メスシテ上告裁判所ヲシテ具體的精密ニ定メシムルモノナリ」(註一)。

(註一) ゲランド氏(Gerland) モ亦同一ナル觀念ニ關シ英國ニ於ケル判事ト法律トノ關係ニ付キ之ヲ證明セリ。其英國法律ノ發達ニ對スル判事ノ動作、三九頁ニ於テ左ノ言ヲ爲セリ。若シ獨逸ハ判事カ法律ハ奴隷ナリトセハ英國ハ判事ハ裁判例ハ奴隷ナリ。

ケーラー氏(Köhler)カ獨國草案ノ缺點ナリトシテ舉ケタル同書一七頁ニ於ケル説明ノ如キハ傾聽ノ價アリ。

『確定的ニ判然規定シタル減輕若クハ加重理由ヲ廢シ之ニ代フルニ抽象的一般規定ヲ以テスルカ如キハ多年ノ經驗アル判事ニ對シテモ尙ホ往々一定ノ犯罪ニ存スル減輕若クハ加重ノ理由ニシテ其擔當スル事件ニ關シ特ニ參照スル價アル事項ヲモ往々ニシテ看過スルコトアルノ虞アルモノナリ。』

余ハ意見ニ依レハ抽象的一般ニ規定スル弊害中最モ甚シキモノハ刑典ヲシテ不正確ナラシメ且ツ之ニ非法的ナル觀念標識ヲ充溢セシメ其結果種々ナル解釋及ヒ見解ノ餘地ヲ存シ之ニ依リ法律ヲ不安固ナラシメ且ツ不安固ナル法律ノ適用ヲ來スモノナリ。又伸縮自在ナル護謨的觀念ハ判事ヲシテ其欲スル所ニ從ヒ法律ヲ擴張若クハ縮少スルコトヲ許スモノナリ。

トヲ許スモノナリ。

ホイエルバツハ氏(Feuerbach)ハ其不朽ナル著クラインシロード氏(Klein-schrod.) 刑法案第三編ノ評論一八〇四年版一一頁以下ニ於テ特ニ不確定ナル觀念及ヒ法律上ノ條件ナル章ヲ設ケタリ。氏ハ不確定ナル觀念トシテ『多少』『大小』『輕重』『長短』『多數』『著シキ長キ時間』『特ニ輕キ及ヒ甚々重キ場合』『危險ナル狀態』『容易ニ實行シ得ヘキ脅迫』等ノ文字ヲ掲ケタリ。氏ハ斯ノ如キ區々ニシテ不明ナル標識ハ立法者タル者一定不動ナルモノニ之ヲ改ムヘシト述ヘ又氏ハ『斯ノ如クニシテ軌道明ナレハ判事ヲシテ其欲スル所ニ從ヒ場合ニ依リ多キニ過キ場合ニ依リ少キニ過クルカ如キコトナカラシムヘク且ツ又其偶然ナル意見ニ依リ法律ノ缺點ヲ補足スルノ止ムヲ得サルニ至ルカ如キコトハ斷シテ之ヲ避ケ得ヘキナリ』ト。

獨國草案ニ規定スル觀念ハ不確定タルヲ免レサルヘシ。獨國草案ハ護謨的觀念ニ依リ充溢セラレ、モノナリ。若シ、ホイエルバツハ氏(Baeh.)ハ、口吻ヲ以テ之ヲ言ハ、斯ノ如キハ、絕對的判事ノ專制カ行ハル、邦國ノ立派ナル憲法條規ナリト稱スルヲ得ンカ。例ヘハ第八十三條ニハ同時ニ三個ノ護謨的觀念ナル「特ニ輕キ場合」「輕微ナル結果」「輕微ナル犯罪的心意」ナル文字ヲ掲ケ第五十三條ニハ「特別」ナル文字ヲ掲ケ第六十七條ニハ「輕微ナル危險ナル文字ヲ掲ケ第八十一條、第八十三條、第八十六條、第八十九條、第九十一條ニハ「著シキ範圍ニ於ケル危險」ナル文字ヲ掲ケ第十八條、第二十六條、第二十七條、第三十八條、第四十條、第四十二條、第五十條、第五十一條ニハ「善キ行狀」「惡シキ行狀」「尊敬スヘキ行狀」ナル文字ヲ掲ケ第二百二十六條ニハ「甚シキ傷害」ナル文字ヲ掲ケ第六十七條ニハ「割合ニ大ナル損害」ナル文字ヲ掲ケ第三百三十條、第三百三十三條ニハ

「輕微ナル暴行」ナル文字ヲ掲ケ第八十四條ニハ「行爲ノ非常ニ重大ナル結果」ナル文字及ヒ「行爲者ノ非常ニ鞏固ニシテ且ツ擯斥スヘキ意思」ナル文字ヲ掲ケタルカ如キ是ナリ。斯ノ如キハ草案ニ存スル護謨的觀念ノ僅少ナル例證ヲ示シタルニ過キス(註一)。總テ斯ノ如キ觀念ハ判事ノ自由裁量ヲ非常ニ擴張スルモノナリ。理由書モ亦往々斯ノ如キ觀念ヨリ生スル缺點ニ付キ氣付キタルモノ、如シ(註二)。草案ハ其理由書二、三ニ頁示スカ如クカール氏(Karl)ハ法律提案ハ不定且ツ伸縮自在ナル觀念ヲ包含ストハ故ヲ以テ之ヲ排斥シタルカ如キ是ナリ。又草案ハ其理由書一八六頁ニ示スカ如クゴルドシュミット氏(Goldschmidt)ハ法律提案ハ其意義明瞭ナラス從テ實際ニ於ケル適用ハ畫一ヲ望ム能ハストシテ之ヲ排斥シタルカ如キ場合モ亦然リ。余ハ問ハンスノ如キ缺點ハ以上列舉シタル觀念ニモ亦悉ク存スルモノニ非ナルカ。余ハ以上ニ舉ケタル

觀念中單ニ「善キ行狀」惡シキ行狀」ナル觀念ハ其意義不定ナルカ爲メ立法上之ヲ使用スル能ハサルモハナリト爲ス論者(註三)ニ對シ同一ハ問ヲ發セント欲ス。特ニフォンリスト氏(V. Liszt)ノ如キハ内外刑法比較論評總論ノ部第三卷八二頁ニ於テ斯ル言ヲ爲シタルモノナリ。其言ニ曰ク。

「善良ナル行狀若クハ惡行等ノ如キ言語ハ伸縮自在ナレハ斯ル言語ヲ以テ憲法國ニ於ケル國民ノ自由ヲ定ムルニ適セス」。

然ルニ尙ホ以上ニ掲ケタル他ノ諸觀念ハ善良ナル行狀若クハ善行ニ比シ伸縮自在ナラス又不定ナラスト言フヲ得ルカ。

(註一) 余ハ茲ニ斯ル言語ノ全部ヲ摘示セント欲スルモノニ非サルモ尙ホ第四十條、第五十一條、第六十三條、第六十九條、第八十一條、第八十二條、第八十五條、第八十八條、第二百二十九條、第二百七十三條、第二百七十九條、第三百六條等ヲ援用ス。

(註二) 參照。獨草理由六一頁ハ著シキ範圍ニ於ケル危險ナル意味ニ付キ說明シテ曰ク「其生シタル危險カ個々ノ場合ニ於テ著シキ範圍ヲ有スルヤ否ヤハ單ニ列事ノ自由ナル裁量ニ依テ判斷シ得ルニ過キス。裁判所ヲ異ニスルニ從ヒ同一標ナル場合ニ付キ相異レル判斷ヲ見ルコトアルハ之ヲ想像スル能ハサルニ非ス」。

(註三) 參照。フォンリリエンタール氏(von Tellenb.)刑法雜誌第三〇卷二九九頁ニ曰ク「併シ善キ行狀トハ眞ニ確定シタル觀念ヲ有セス」。

アシロツト氏(Asehroft) D. I. III. 頁。

但シ、**埃國草案ニ付テモ亦斯ノ如キ伸縮自在ナル觀念ヲ有スルモノハナキニ非ス(註一)。**茲ニ之ヲ認ムヘキ例證ヲ舉クレハ第十二條ニ「適當ニ防禦シタル者」(註二)ト定ムルカ如キ、第二十九條ニ「一日ノ收入ニ近キ額」ト定ムルカ如キ、第三十六條「特ニ危險ナリト認メラルヘキトキ」ト定ムルカ如キ、第四十六條ニ「罰スヘキ行爲ニ對スル加功ノ僅少ナル程度」ト定メ「侵害ノ輕微」ト定ムルカ如キ、第四十七條ニ「狀況ニ依リ輕微ナル行爲」ト定ムル

埃國草案モ亦  
護法的觀念ヲ  
包含ス

カ如キ第五十七條ニ「緊急状態ニ近キ急迫」ト定ムルカ如キ第二百二十條、第二百二十七條ニ「行爲ヲ大仕掛ヲ以テ犯シタル者」ト定ムルカ如キ第三百四十五條、第三百四十七條、第四百五條ニ「物カ殆ト價值ヲ有セサルトキ」ト定ムルカ如キ第四百十六條、第四百十七條、第四百十八條、第四百十九條、第四百二十條乃至第四百二十四條ニ「大ナル範圍ニ於ケル他人ノ財物ニ對スル危險」ト定ムルカ如キ是ナリ(註三)。

(註一) レフラー氏(Laferrière)ハ伸縮自在ナル觀念ヲ嫌フモノニシテ其奧國刑法雜誌第一卷一五三頁ニ於テ奧國草案第十一條ニ「其加ヘタル害カ加ヘフレントスル害ニ對シ甚シク懸隔セサルトキナル罪」ヲ以テ甚ダ荒蕪タル限界ナリト爲シ尙ホ又一五四頁ニ「獨リ刑法ノ總論ニ於テ斯ノ如ク判然タラサル觀念ノ存スルノミナラヌ又各論ニ於ケル構成事實ニ於テモ亦然」ト言ヘリ。

(註二) 參照。レフラー氏(Laferrière)奧國刑法雜誌第一卷一五二頁ニ曰ク「如何ナル場合ニ於テ防禦カ適當ナルヤハ法律ノ定メサル所ナリ。此點ニ付テハ人民ニ存スル法律的觀察及ヒ判事ニ存スル法律的觀念ニ依リ判斷セラル、モノナリ。グライスマハ氏(Gleichmann)刑法草案二二頁。  
(註三) 尙ホ第四十四條第五十八條、第七十二條、第八十六條、第一百五十六條、第三百三十九條、第三百四十九條、第三百六十六條、第四百六條、第四百九條等ヲ見ヨ。

奧國草案ノ獨  
國觀念ハ如  
其カラス

然レトモ余ノ見ル所ニ依レハ奧國草案ニ於ケル斯ノ如キ觀念ハ獨國草案ノソレノ如ク多カラス。此點ハ既ニ述ヘタルカ如ク奧國草案ノ探ル所ノ一般ノ主義ニ基クモノニシテ又草案理由書劈頭八頁ニ特ニ明ニセラレタル起草者ノ目的ニ合致スルモノニシテ刑法中罰スヘキト否トノ限界ヲ爲ス觀念ハ法文ニ之ヲ判然明規セリ。又奧國草案第九十條乃至第八條ニハ草案ニ採用シタル言語ニ對シ定義ヲ與ヘタリ。同理由書一五〇頁ニ之カ理由ヲ與ヘテ曰ク「斯ノ如キ規定ハ法律カ一定ノ疑問

ニ對シ豫メ解答ヲ與ヘ以テ解釋ノ餘地ナカラシメ以テ其採ル所ノ見解ヲ示シ之ニ依リ裁判ニ對スル確的準則ヲ與ヘタルモノナリト(註一)。

(註一) 英國立法者ハ斯ノ如ク法文ニ使用シタル文字ニ對シ定義ヲ與ヘ判事ニ對シ確定ノ準則ヲ與ヘ其自由裁量ヲ限定セントシタルモノナリ。

此點ニ關シ獨國草案第十二條ノ規定ノ如キモ亦同一主義ヲ採用シタルモノナルカ如シ(獨國草案第十二條ハ草案ノ採用シタル言語ニ付キ定義ヲ與ヘタル條文ナリ)。而シテ其理由書一九頁ニ記スル所ニ依レハ本條ヲ設ケタル理由ハ此法律ニ於テ使用シタル文字ノ意義ヲ明ニシ法條ヲ簡單ニシ同時ニ法律適用ノ畫一ヲ企圖センカ爲メナリ。

伸縮自在ナル護謨的觀念ハ成ルヘク之ヲ避ケ之ニ代ルニ判然限定シタル法律上ノ規定ヲ以テスルノ趣旨ハ兩草案ニ於テ採ラサル可ラサル所ナリ。此事タル既ニホイエルバツハ氏(Euerbach)ノ要求シタル所ニシテ他ノ邦國ノ近世ノ立法事業ニ於テ採用セラレ、所ナリ(註一)。

護謨的觀念ヲ避クルノ必要

元來法律特ニ刑法ナルモノハ判然ニシテ且ツ正確ナルヲ要ス(此點ニ關シ參照スヘシ)。判事ニ成ルヘク廣キ自由裁量權ヲ與ヘ而シテ法律ヲシテ置ニ訓示的效力ヲ有セシムルニ止マラシムルカ如キ方法ハ犯罪ノ豫防ニ關シ之ヲ採用スルハ適當ナリト雖モ刑法ニ於テ之ヲ採用スヘキモノニ非ス。然ルニ刑法ノ新派ナルモノハ抑壓ト豫防ヲ混淆シ後者ヲ刑法中ニ混入セントスルコトハ前既ニ(註一四頁)ニ述ヘタルカ如シ。斯ノ如キハ刑法ニ於ケル確然タル法律觀念ヲ驅逐シ之ニ代フルニ護謨的觀念ヲ以テスルモノナリトノ點及ヒ刑法新派ノ根本觀念ノ結果トシテ刑事裁判官ニ自由裁量ヲ許ス點ハ之ヲ拙著「行爲ヲ罰セス行爲者ヲ罰スヘシトスル刑法新派ノ根本原則ニ對スル研究」二三二頁、一七二頁ニ於テ之ヲ論述シタリ。此余ノ論述トハナーゲラー氏(Näger)カ其著犯罪豫防ト刑法ニ於ケル論述ト相符合スルモノニシテ茲ニハ其二一〇頁ノ記載ヲ左ニ



援用スヘシ。

『犯罪者ノ『危険』『改善不能』及ヒ『心意』ナル點ヨリ始メ『犯罪的性質ニ應スル處置』ニ終ルカ如キハ畢竟豫防的觀念ノミ。之ニ基キ法律ヲ設ケンストスル如キハ其實立法ヲ無用ナリト爲シ之ニ代フニル白紙ヲ以テスルニ異ナラス。其白紙ハ立法者ヨリ遙ニ能力劣リタル判事若クハ其集合體ヲシテ之ヲ實行セシムルモノナリ。然シテ人民ハ斯ノ如キ伸縮自在ニシテ且ツ不定ニ對シテハ敏目歛耳ノ態度ヲ以テ之ニ接ス。是レ今日迄ノ刑法ニ於ケル護謨的觀念ニ關シ最モ廣キ範圍ニ於テ行ハレタル論争ニ付キ充分ニ示シタル所ナリ。刑事々件ニ於ケル判事ノ自由裁量ノ開放ハ之ヲ保持ス可ラス』。

(註一) 茲ニハ單ニ一例ヲ示サン。獨國草案ハ小竊盜及ヒ大竊盜ノ區別ヲ

認メ其盜マレタル物カ僅少ノ價ナルトキハ第二百七十二條ノ條件ニ從ヒ遙ニ輕キ竊盜(Entwendung)トシテ罰スヘキ旨ヲ定メタリ。之ニ關シ理由書七四九頁ニ曰ク『草案ハ從來一般ニ行ハレ今日モ尙ホ多數ノ外國法ニ於テ認メラル、カ如キ被害額ニ付キ一定ノ額ヲ定メスシテ其額ヲ僅少ナリト爲スヘキヤ否ヤハ之ヲ個々ノ場合ニ於テ判事ニ一任セリ』。其他獨國草案ノ例ニ付テハ後段八八頁註一ヲ見ヨ。

## 第二節 刑期範圍ノ廣狹(Die Weite der

Strafahnen.)

○獨國草案ハ廣キ刑期範圍ヲ採用ス……○獨逸現行刑法ノ刑期範圍ハ廣シ草案ハ更ニ之ヲ擴張シタリ……○奧國立法者ノ用意……○奧國草案ノ刑期擴張ノ方法……○奧國草案ノ刑期範圍ハ獨國ノソレニ比シ遙ニ狭少……○奧國草案ノ刑期範圍ニ關スル相異レル二個ノ見解。

第二章 兩草案ニ於ケル論點 解決

五七

具體的詳細ニ規定スルノ方法ハ之ヲ排斥シ抽象的一般ニ規定スルノ方法ヲ採用シタル獨國草案ノ趣旨ニ從ヘハ甚タ廣キ刑罰範圍ヲ採用セサルヲ得ス。輕重ノ別アル罰スヘキ種々ナル場合ハ抽象的一般ニ規定セラレタル構成事實ニ基キ同一ノ刑罰ニ依リ處斷スヘキモノトス。故ニ判事ヲシテ各場合ニ付キ具體的ニ適當ナル量刑ヲ爲スヲ得セシムル爲メ刑罰範圍ハ充分廣カラサルヲ得ス。獨國草案及ヒ其理由書ハ具體的詳細規定ノ排斥ト刑罰範圍ノ擴張トノ關係ニ付キ教訓アル例ヲ示セリ。此點ノ一例ハ糞(註三八頁)援用シタル理由書六七六頁、六七七頁ニ於ケル住居侵害罪ノ規定(草案第二百一十條)ナリトス。他ノ一例ハ草案第五十九條ニ對スル理由書五二三頁ニ於テ之ヲ示セリ。第五十九條ハ貨幣偽造罪ノ構成事實ヲ一般ニ規定シ以テ貨幣偽造ノ各種ノ場合ヲ包含セシメント爲シタリ。理由書同頁ニ曰ク「第五十九條ニ該當スル場合ハ

其種類ニ於テ甚タ多キヲ以テ判事ノ自由裁量ニ對シ刑罰範圍ハ甚タ廣カラサルヲ得ス」ト。尙ホ他ノ一例ハ理由書八三九頁ニ於ケル記載是ナリ。同頁ニ曰ク「刑法第三百二條ノBノ重キ信用貪利罪ハ草案ニ於テ之ヲ採用セザリシ、同條ニ掲ケタル罰スヘキ構成事實ノ舉示ハ不充分ニシテ且ツ狭少ナリ、故ニ草案ノ第三百二條第一項ニ於テ刑罰範圍ハ著シク之ヲ擴張セサルヲ得ザリキ」ト。斯ノ如ク構成事實ヲ抽象的ニ一般ニ規定シタル爲メ刑罰範圍ヲ擴張スルノ必要ヲ生シタルカ如ク其反面ニ於テ刑罰範圍ヲ擴張シタルカ爲メ具體的詳細ノ規定ハ之ヲ避クルコトヲ得ルニ至レリ。草案第八十九條ノ放火罪ニ對スル理由書六〇七頁ニ曰ク

「燒燬ニ依リ人カ傷害セラレタル場合ニ對シ特別ナル刑罰ヲ規定スルコトハ刑罰範圍廣キヲ以テ之ヲ必要ナリト認メザリキ。刑

法第三百七條第二號及ヒ第三號ノ刑罰加重理由ハ同一ナル事由ニ基キ之ヲ採用セサリキ。刑罰範圍ノ此擴張ヲ斟酌シ失火ノ場合ニ於テモ燒燬ニ依リ人ノ死ヲ惹起シタル事情ハ之ヲ刑罰加重ノ理由ト爲スノ必要ヲ認メサリキ。

具體的ニ詳細ニ規定スルノ方法ヲ避クル目的ハ之ヲ別論トスルモ(註一)個々ノ場合ニ適應セシメントスル原則ヲ貫徹スルカ爲メ獨國草案ハ廣キ刑罰範圍ヲ採用スルノ主義ヲ採ラサルヲ得ス。刑罰範圍ノ擴張ニ對スル獨國草案ノ此理由ノ一端ハ前段(註四二頁)ニ之ヲ示シタルカ如シ。之ニ付キ尙ホ草案第二百五十九條誹毀罪ニ對スル理由書七〇六頁ヲ參照スヘシ。

『裁判所ハ重キ場合ニ付キ充分廣キ刑罰範圍内ニ於テ名譽ナル重大ナル法益ヲ適當ニ保護スル爲メ必要ナル刑罰ヲ定ムルナルヘ

シト信用セサルヲ得ス。之ニ關シ罰金刑及ヒ自由刑ノ長期ヲ高ムヘキナリ』。

尙ホ草案第二百十四條特別ノ事情アル故殺罪ニ關スル理由書六二四頁ニ曰ク

『斯ノ如キ犯罪ニ對シ從來科セラレタル刑罰ハ懲役刑ノ最短期ヲ十年ヨリ五年ニ短縮シ以テ刑罰量定ニ關シ判事ノ裁量ノ自由ヲ甚シク制限セサルコト、爲シタル範圍ニ於テ之ヲ變更シタリ』。

(註一) 參照。獨草理由六〇二、六四三八四二二一四頁等。

斯ノ如クニシテ獨國草案ハ非常ニ刑罰範圍ヲ擴張シタリ。フオン・リスト氏(St. Lison)嘗テ現行獨逸刑法典ノ刑罰範圍ニ付キ一八八九年言明シタル所ニ依レハ

『我刑法典ノ刑罰範圍ハ充分ニ廣シト言ハンヨリ眞ニヨリ多シト

獨逸現行刑法ノ刑罰範圍ハ廣シ草案ハ更ニ之ヲ擴張シタリ

(註一)

ラマツシユ氏(Lammersch.)モ亦嘗テ一八九一年ニ於テ獨逸刑法典ノ根本的缺點ハ刑期範圍カ廣キニ過クルニ在リト言ヘリ(註二)。然ルニ草案ハ此刑期範圍ヲ更ニ著シク擴張セリ(註三)。例ヘハ現行刑法第二百二十三條ノ單純傷害罪ノ刑期一日以上五年以下又ハ三マルク以上千マルク以下ノ罰金ハ草案第二百二十七條ニ於テ之ヲ擴張シ一日以上三年以下ノ禁錮又ハ三マルク以上五千マルク以下ノ罰金ト爲シタルカ如キ是ナリ。又現行刑法第二百三十條過失傷害罪ニ對スル刑期ハ三マルク以上九百マルク以下ノ罰金又ハ一日以上二年以下ノ禁錮ナルヲ草案第二百三十二條ハ之ヲ改メ三マルク以上三千マルク以下ノ罰金又ハ一日以上三年以下ノ拘禁又ハ一日以上二年以下ノ禁錮ト爲セリ。斯ノ如キ刑期及ヒ類似ノ規定ニ關シグライスハツハ氏(Glaispach.)カ他ノ關係ニ於テ爲シタ

ル論述(註四)ヲ茲ニ援用セン。

「斯ノ如キ廣キ範圍ヲ有スル刑事法則ハ是レ總テヲ判事ノ自由裁量ニ一任スルモノニシテ法律上ノ制限ノ如キハ眞ニ規定セラレタリト言ハンヨリハ寧ロ表面ニ過キス斯ノ如クシテ刑罰規定ハ其威嚇力ハ大半ヲ失フヘキカ」。

(註一) 參照。フオンリスト氏(C. Lamm.) 刑法上ノ論文及ヒ演述集第一卷三八四頁。勿論フオンリスト氏ハ爾來其所説ヲ變更シタリ。此點ニ付キ左ノ參考書ヲ參照スヘシ。『余ノ論文』フオンリスト氏ハ刑法ヲ廢滅セントスルカ、七九頁。拙者研究一三四、一三一、二〇七頁註一、一五九頁。獨逸内外刑法評論總論第二卷一三九頁註五。草案起草者ハ元來刑期範圍擴張ニ關シ同情ヲ表スルモノナルニ拘ラ、其理由書六三、八頁ニ於テフオンリスト氏カ爲シタル殺人罪ニ關スル總テノ區別ハ之ヲ廢シ單ニ故意ニ依ル殺人罪ナル一罪ヲ規定スヘシトハ提案ヲ排斥シタリキ。其理由トスル所ハ該提案ハ輕微ナル懲役刑ヨリ死刑ニ及フカ如キ非常ナル廣

第二章 兩草案ニ於ケル論點ノ解決

大ナル刑罰範圍ヲ有セシムル結果ヲ有スヘク、斯ノ如キ立法ハ他ニ存スルコトナシト言フニ在リ。

(註二) G. Z. 第六四卷一九三頁。

(註三) 參照。獨草理由三二〇、八一八頁。

(註四) フォン・グライスパッハ氏 (v. Gleispach) 刑法草案七七頁。氏ノ論述ハ獨草理由劈頭一六頁ノ說明ニ基クモノ、如シ。

獨國立法者ノ用意

獨國草案ハ斯ル缺點ヲ除カンコトニ關シ大ニ注意ヲ爲セリ。然レトモ現行獨太利刑法カ嚴ニ失シタル狹隘ニシテ且ツ形式ニ傾ケル規定ヲ以テ爲シタル判事ニ對スル拘束ヲ免カレシムル範圍ニ於テ草案ハ現行法ニ比シ多少其刑罰範圍ヲ擴張シタルコト(註一) グライスパッハ氏 (Gleispach) カ同書七七頁ニ於テ之ヲ述ヘタルカ如シ。

(註一) 參照。獨草理由劈頭八頁。グライスパッハ氏 (Gleispach) 同書七八、七九頁。

獨國草案ノ刑罰擴張ノ方法

獨國草案ニ於ケル刑罰範圍ノ擴張ハ判事ヲシテ通常同種ノ犯罪ニ對

シ多數ノ刑罰ノ種類ノ中其一ヲ科スルヲ得セシムル方法ヲ以テ其主要ナルモノト爲セリ(註一)。又現行法ニ於ケル刑罰ノ最短期ヲ低減セシムルノ方法ニ依リテモ之ヲ爲セリ(註二)。

(註一) 參照。獨草理由劈頭一四頁。「草案ハ、行爲者ノ罪責ニ一、致スル刑罰ノ量定ヲ確保セント欲ス。故ニ犯罪者ノ性質ハ充分ニ斟酌セサルヲ得サルトコト從來ノ比ニ非ス。此目的ハ判事ニ對シテ刑罰ノ種類ニ關シ選擇ノ自由ヲ與フルニ依テ之ヲ達スルコトヲ得ヘシ。同上九〇頁ニ曰ク「草案ハ判事ニ對シテ刑罰ノ種類ニ關シ廣キ選擇權ヲ以テセリ。」ストイス氏 (Stoos) 教科書第一、一八二頁。レンツ氏 (Lenz) 獨國刑法雜誌第一卷一二六、一二七頁。グライスパッハ氏 (Gleispach) 刑法草案三六頁。ラマツシユ氏 (Lammusch) G. Z. 第七六卷一九二頁。

(註二) 參照。獨草理由九〇頁ニ曰ク「草案ハ刑罰範圍ノ最短期ヲ著シク低減スルニ依リ刑罰範圍ヲ擴張セリ。」

然レトモ獨國草案ニ於ケル刑罰範圍ノ擴張ハ獨國草案ノソレニ比シ

第二章 兩草案ニ於ケル論點ノ解決

獨國草案ノ刑罰範圍ハ獨國ノソレニ比シテ多少ニ狹少シ

遙ニ狭少ナリ。 埃國草案ハ此點ニ付キ大ニ意ヲ用ヒタルコト其理由書  
劈頭一六頁ノ左ノ言語ニ依リ之ヲ知ルヘシ。

「獨逸帝國刑法及ヒ之ニ倣ヒタル古キ埃國草案ハ如キ甚クハ刑  
期範圍ヲ擴張スルモノト之ニ反シテ伊太利露西亞ハ如ク甚クハ刑  
ク刑期範圍ヲ局限セルモノトハ兩極端ハ之ヲ避ケ之カ中庸ヲ得  
ント欲シタリ。 判事ノ主觀的見解ノミカ標準ト爲ルヲ得ルカ如  
キ危険及ヒ刑ノ量定カ定律ナクシテ區々ニ渉ルカ如キ危険ハ之  
ヲ避ケサル可ラス」。

埃國草案カ中庸ヲ得ントスルノ目的ハ之ヲ達シタルヤ否ヤニ付テハ  
見解ノ岐ル、所ナリ。 一方ニ於テハレフラー氏(Löffler)カ埃國刑法雜誌  
第一卷一六〇頁ニ掲ケタル意見ヲ示スヘシ氏曰ク

「埃國草案ハ刑事法上起ルコトアルヘキ總テノ極端ナル場合ヲ斟

埃國草案ノ刑  
期範圍ニ關ス  
ル相異レル二  
個ノ見解

酌セントスルカ如キ點ニ無益ニ力ヲ盡シタリ。 之カ爲メ通常ノ  
刑期範圍ヲ腐敗セシメ終ニ之ヲシテ廣キニ失セシメタリ」。  
他ノ一方ニハ埃國刑法雜誌第一卷三二四頁ニ於ケルローゼンフェル  
ト氏(Losenfeld)カ埃國草案ノ刑期範圍ニ對シ爲シタル判斷ヲ掲クヘシ。  
其言ニ曰ク

「判事ヲシテ無限ナル自由ニ活動セシムルヨリ有益ナルハナシ。  
故ニ刑期範圍ハ大ナラサル可ラス。 刑期範圍ノ廣大ナルコトハ  
從來日耳曼法律界ノ標識ナリ。 英吉利、和蘭、諾威等然ラサルハナ  
シ。 我(獨逸)現行刑法モ亦廣キ刑期範圍ヲ有スルコト甚ク多シ。 之  
ヲレフラー氏(Löffler)カ埃太利刑法準備草案中ヨリ刑期範圍廣キ  
ニ過クル著シキ例トシテ摘示シタルモノニ比スレハ更ニ廣ク且  
ツ多シ」ト。

此ノ兩氏ノ意見ノ孰レカ正當ナリヤト言ハ、勿論レフラー氏ニシテ  
（註一）ローゼンフェルド氏ニ非スト言ハサルヲ得ス。ローゼンフェルド  
氏ノ見解ハ豫防的見解ヲ刑法ニ混入スルニ依リ誤解ニ陥リタルモノナ  
リ。

（註一）尤モ茲ニ援用シタルレフラー氏ノ意見ハ氏ノ根本觀念ニ添ハサル  
モノアリ。氏ハ刑法ノ新派ニ屬スルモノナレハ刑罰ハ個々ノ場合ニ適  
應セシムヘシトノ原則ノ主張者タルコトハローゼンフェルド氏ト異ル  
所ナシ。

### 第三節 刑罰ノ變更

◎刑罰範圍ヲ定ムル二個ノ方法……◎獨國草案ノ採ル方法……◎獨國  
草案ノ採ル方法……◎獨國兩草案ハ吾人ノ豫想ニ反ス……◎獨國草案  
ハ刑罰ノ量定ト刑罰ノ變更トヲ混同ス……◎獨國草案ノ認ムル刑罰

減輕……◎獨國草案ト刑罰加重……◎獨國草案ト刑罰變更……◎獨國草  
案ノ認ムル刑罰加重……◎獨國草案ノ認ムル刑罰減輕……◎確定シタ  
ル刑罰減輕ニ關スル刑事ノ自由裁量……◎不確定ナル刑罰減輕ニ關  
スル刑事ノ自由裁量。

法律ヲ以テ其通常ノ刑罰範圍ヲ如何ニ廣ク定ムルモ其定メタル刑罰  
ハ其特ニ重キ若クハ特ニ輕キ總テノ場合ニ適合セシムル能ハスシテ場  
合ニ依リ或ハ之ヨリ重クシ或ハ之ヨリ輕クスルノ必要アルモノナリ（註  
一）。適當ナル刑罰ヲ得ルノ方法ニ二アリ。其一ハ法律カ一定ノ犯罪ニ  
付キ之ヲ規定スルニ當リ其通常トスル所ニ從ヒ之ヲ定ムルニ止マラス  
尙ホ之ニ加フルニ其特別ノ情狀ニ從ヒ或ハ重キ或ハ輕キ特別ノ犯罪ヲ  
定ムルニアリ。斯ノ如クスルトキハ判事ノ自由裁量ノ餘地ナキモノト  
謂フヲ得ヘク或ハ其範圍ハ狭少ナリト謂フヲ得ヘクシテ判事ハ關係的  
ニ定マリタル刑法ノ準則ヲ適用スルニ止マル。斯ル方法ハ獨國草案ノ

刑罰範圍ヲ定  
ムル二個ノ方  
法

獨國草案ノ採  
ル方法

獨國草案ノ採  
ル方法

採用スル所ニシテ其ハ同案カ具體的詳密ニ規定スルノ方法ヲ採用シタル方針(參照三二頁)ト一致スルモノナリ。同一目的ヲ達スルカ爲メニスル他ノ方法ハ刑罰ノ變更ナリ。法律ハ一定ノ犯罪ニ對スル通常ノ刑期範圍ヲ定ムルノ外尙ホ特別ナル刑期範圍ヲ認メ判事ニ與フルニ多少ノ自由裁量ヲ以テシ特ニ加重シ又ハ特ニ減輕スヘキ情狀ヲ有スル犯罪ニ對シ之ヲ適用セシム。

(註一)ヘンケ氏(Henke)ハ其著刑法全書第一卷一八二三年版五六四頁ニ正義カ立法者ニ要求スル所ハ立法者ハ判事ニ委任スルニ抽象的ニ定メタル刑罰ヲ或ハ減輕シ或ハ加重スルコトヲ得ヘキコトヲ以テスヘシト言フニアリ。何トナレハ法律ニ定メタル刑罰ノ最少限若クハ最大限ハ特ニ輕キ情狀若クハ特ニ重キ情狀アル場合ニ適合セサルモノアレハナリ。尙ホ氏ハ他ノ方法ヲ採ルヲ得ト説明セリ。刑法ニ於ケル刑罰等級ニ關スル規定ハ之ヲ廢シ之ニ代フルニ多數ノ各個々ノ場合ニ對スル刑罰ヲ

以テスルニアリ。斯ル場合ニ於テハ勿論刑罰ノ加重原因若クハ減輕原因ハ之ヲ認メスシテ單ニ刑罰量定原因ヲ留保スヘキナリ。

法律カ定ムル通常ノ刑期範圍カ狭ケレハ狭キ程刑罰ハ變更ヲ許ス範圍廣カラサルヲ得サルヘク又刑期範圍カ廣ケレハ廣キ程法律カ之カ範圍ハ超越ヲ許スハ範圍小ナラサルヲ得サルハ吾人ハ豫想シ得ヘキ所ナリ。獨國草案ノ理由書ニ於テモ再三此趣意ヲ言明セリ。即チ其三二〇頁ニ曰ク

「刑罰ノ分量及ヒ其種類ニ依ル刑期範圍ノ最下限甚タ下レルヲ以テ犯罪ノ大多數ノ場合ニ於テ減輕スヘキ情狀ヲ認ムルノ必要ナシト。」

尙ホ其三二二頁ニ曰ク

「充分ニ考量セラレ且ツ甚タ低キ最下限ヲ有スル刑期範圍ハ通常



獨逸兩草案ハ  
吾人ノ豫想ニ  
反ス

獨逸草案ハ  
期ノ量定ト  
期ノ變更ト  
混同ス

犯罪事件ノ場合ニ於テハ之ヨリ離ル、コトヲ要セスト。  
然ルニ兩草案ハ共ニ之カ全然反對ニ出テタルハ驚クヘキナリ。獨逸  
草案ハ頗ル廣キ刑罰範圍ヲ有スルニ拘ハラス尙ホ廣キ範圍ニ於テ刑罰  
變更ヲ認メ獨逸草案ハ狭キ刑罰範圍ヲ規定スルニモ拘ハラス刑罰ノ  
變更ヲ許スコト獨逸ノソレニ比シ甚タ吝ナリ。又之ヲ獨逸草案ニ比ス  
レハ刑罰ハ變更ニ付キ判事ハ自由裁量ヲ許スハ範圍甚タ狭シ。

第一 余ハ先ツ獨逸草案ニ付キ説明セン。余ハ同草案カ刑罰量定(Straf-  
zumessung)及ヒ刑罰ノ變更(Strafänderung)ニ關スル用語ノ亂雜ナルヲ惜  
マサルヲ得ス。獨逸ノ科學及ヒ立法ニ於テハホイエルバツハ氏(Heuer-  
bach) (註1) 以來廣義ニ於ケル刑罰裁量(Strafzumessung)ニ二種類アル  
コトヲ區別セリ。其中狹義ニ於ケル刑罰量定トハ法律上ハ刑罰ハ範  
圍内ニ於テ或ハ刑罰ヲ高ムルコト(Strafmehrunng oder Straferhöhung)或ハ

刑罰ヲ低ムルコト(Strafminderung)意義ニ解シ之ニ反シ刑罰ハ變更ハ法  
律ヲ以テ其定ムル刑罰範圍ハ最上限ヲ超ユルコト又ハ最下限ヨリ下  
スコトヲ許スヲ謂フモハニシテ之ヲ稱シテ刑罰ハ加重(Strafschärfung)  
及ヒ刑罰ハ減輕(Strafmildung)トモ謂フ。フォン・パール氏(v. Bar)カ其  
著歴史一七五頁ニ於テ刑罰ノ量定ト刑罰ノ變更トニ付キ明確ナル區  
別ヲ爲シ尙ホ之ニ付キ細分ヲ爲スヲ以テ一ノ進歩ナリト爲シタルハ  
相當ナリ。然ルニ獨逸太利ニ於テハ尙ホ未タ此進歩ニ達セサルモノ、  
如シ(註二)。獨逸草案ノ理由書八八頁ハ通常ノ刑法的規定ノ範圍内ニ  
於テ刑罰ヲ選擇シ之ヲ量定スルコトヲ稱シテ刑罰量定ナリト謂ヒ之  
ヲ刑罰ノ變更ニ對セシメタル如キハ寔ニ正當ナリ。然ルニ草案ハ其  
第四十四條第四十五條ノ如キハ刑罰量定理由ノ外何モノモ存セサル  
場合ニ於テ「減輕スヘキ情狀」及ヒ「加重スヘキ情狀」ナル文字ヲ用フル

第二章 兩草案ニ於ケル論點ノ解決

カ如キ又之ニ反シテ第五十一條ノ如ク幼年者ニ對スル輕キ刑ヲ規定スル場合ニ於テハ勿論刑罰變更問題ノ存スルニ拘ハラス刑罰減輕ナル文字ヲ使用セスシテ「刑罰ヲ低ムルコト」(Strafminderung)ナル文字ヲ用フル如キハ刑罰ノ量定ト刑罰ノ變更トノ意義ヲ根本的ニ混同シタルモノナリ。斯ノ如キ見解ヲ採ルカ故ニ草案第五十七條ノ如ク判事ニ許スニ其定ムル刑罰ノ最下限ヨリ低下スル權限ヲ以テスル場合ヲ以テ特別ナル減輕ナリト爲セリ(註三)。勿論通常ノ刑期範圍内ニ於テ刑罰ヲ低下スヘキ情狀ヲ以テ減輕スヘキ情狀ナリト解釋スルコト與國草案第四十四條カ爲スカ如キ見解ヲ採ル以上ハ第五十七條ノ如ク通常刑期ヨリ最下スヘキ情狀ハ之ヲ特別ナル減輕理由ト爲サ、ルヲ得ス(註四)。其實ヲ言ヘハ與國草案ハ獨國草案第八十三條ニ於テ認ムルカ如キ特別ナル刑罰減輕ナルモノハ之ヲ認メサルナリ(註五)。

(註一) 參照。ホイエルバッハ氏(Fenrich)教科書第一卷一八〇一年版第一〇一章。同氏クラインシロード草案批評第二卷二九四、二九五頁。

(註二) ファインガー氏(Finger)刑法四〇九頁。ストース氏(Stoos)教科書二一五頁。レフラー氏(Löffler)草案七〇頁。レンツ氏(Lenz)與國刑法雜誌一二七頁。

(註三) 與國理由一〇一乃至一〇四頁。

(註四) 與國理由一〇二頁。レンツ氏(Lenz)與國刑法雜誌第一卷一一五頁。

(註五) 參照。エツクスナー氏(Eckner)與國刑法雜誌第一卷四一四、四一五頁。

左レハ吾人ハ上述スル所ニ從ヒ與國草案第四十四條、第四十五條ノ規定ハ刑罰ノ變更ニ非サルモノト爲ストキハ刑罰ノ變更ニ付キ論スヘキモノハ左ノ二點ニ止マル。

(一) 刑罰減輕ハ情狀ナルモノハ草案中僅少ナル規定ヲ見ルニ過キス。前既ニ述ヘタル如ク(三)與國草案ハ不確定ナル減輕スヘキ情狀ヲ

認ムルノ主義ヲ採ラス。從テ斯ル主義ト相牽連スル判事ノ自由裁量ハ全然其排斥スル所ナリ(註一)。確定セル一般ノ刑罰減輕理由トシテ第五十七條ニ指示セル五個(心神耗弱、感激、緊急狀態ニ近キ急迫誤リタル信用、訴追前行爲ニ依ル實力避止又ハ恢復ノ外唯タ第五十一條ニ於テ幼年ヲ認ムルノミ。未遂及從犯ハ死刑若クハ無期懲役刑ヲ以テ罰スヘキ行爲ニ限リ草案第十三條第十四條ニ基キ刑罰ヲ減輕スヘキモノナレハ特別ナル刑罰減輕ノ理由(上述ノ一般ノ刑罰ニ屬ス。特別ナル刑罰減輕理由ハ其外尙ホ偽證罪ニ關シ第百八十六條ニ於テ之ヲ認ム。草案ハ各論ニ於ケル其他刑罰ヲ減輕スヘキ要素ヲ以テ刑罰ヲ減輕スヘキ情狀ト爲サシテ特ニ輕キ罪ノ構成要素ト爲セリ。草案ハ判事ノ自由裁量ヲ排斥スルコト上述(三二頁)ノ如シト雖モ刑罰減輕ノ範圍ニ於テ尙ホ多少自由裁量ノ餘地ヲ認

ムルモノナリ。即チ第五十七條ノ場合及ヒ第百八十六條ノ場合ニ於テハ刑罰減輕ハ判事ノ自由裁量ニ委セラレタルモノニシテ此兩條ノ場合ニ規定スルカ如キ情狀アルトキハ之ニ從ヒ科スヘキ刑罰ハ有期懲役ヲ科スル代リニ禁錮刑ヲ言渡スコトヲ得ヘク有期自由刑及ヒ罰金刑ハ之ヲ最下限ノ半分迄ニ減スルコトヲ得ヘキモノトス。

(註一) 參照。レンツ氏(Lenz)埃國刑法雜誌第一卷一二七頁。

反之草案ハ行爲者カ幼年ナルトキ及ヒ上述ノ場合ニ於ケル未遂又ハ從犯ナルトキハ判事ハ必ス刑罰ノ減輕ヲ爲サ、ルヲ得ス。

(二) 埃國草案ハ刑罰加重ニ關シテ全然判事ハ自由裁量ヲ排斥スルモハナリ。草案カ刑罰ヲ加重スヘキ價アリトスル各事情例ヘハ行爲ノ結果及ヒ物ノ價(第八條)、義ニ重ク處罰セラレタルコト及ヒ累犯(第十三條)

第十四條(註一)數刑ノ併合及ヒ營業的ナルコト(第六十六條)及ヒ各論(註二)ノ如キハ一般若クハ特別ナル刑罰加重理由ナリトシテ之ヲ規定セスシテ具體的詳細ニ規定スルノ主義ニ基キ特別ナル犯罪事實ヲ構成スヘキ特別ナル情狀ナリト爲シ之ニ依リ刑罰ヲ重カラシメ以テ判事ノ自由裁量ニ一任セス。

(註一) 奧草理由一〇九頁乃至一〇六頁。

(註二) 奧草理由一一三頁。グライスパハ氏(Caldwell)刑法草案八二頁以下。

獨國草案ト刑罰變更

獨國草案ノ認メ刑罰加重

第二 獨國草案ハ刑罰變更ニ關シテモ亦廣キ活動範圍ヲ判事ハ自由裁量ニ一任セリ。

(一) 刑罰加重ニ關スル活動範圍ハ比較的狭シ。累犯(第八十條)職業的及ヒ慣習的犯罪(第九條)特ニ重キ場合(第八十條)其他刑罰ヲ加重スヘキ情

狀ノ如キハ法律ヲ以テ各論ノ規定スル個々ノ犯罪ニ付キ之ヲ適用スヘキヤ否ヤヲ定ム。換言スレハ斯ル場合ニ於テハ法律ニ規定シタル刑罰加重條件アル場合ニシテ斯ル場合ニ於テハ刑罰加重ハ法律ニ依リ強制的ニ判事ニ命シタル所(註一)ニシテ判事ノ自由裁量ノ範圍ニ屬セス。眞ニ獨國草案カ刑罰加重ヲ判事ノ自由裁量ニ一任シタル場合ハ過失致死ノ場合ニ於ケル第二百二十九條第二項及ヒ過失傷害罪ノ場合ニ於ケル第二百三十二條第二項ノ場合ナリ。而シテ法律ニ規定シタル刑罰加重ノ條件ノ場合ニ於テモ斯ル條件アリト認ムヘキヤ否ヤ及ヒ刑罰ハ之ヲ如何ナル程度ニ加重スヘキカハ問題ニ關シ判事ニ與ヘタル自由裁量ノ範圍ハ甚タ廣シ。草案第八十四條ニ「特ニ重キ場合」非常ニ鞏固ニシテ且ツ排斥スヘキトキ」ノ如キ護謨的觀念ヲ規定シ判事ノ自由裁量ニ最モ廣大ナル活動範

圖ヲ與ヘタリ。又草案第八十八條第二項ニ從ヒ第一及ヒ第二ノ累犯ニ關シ刑罰ハ相當ニ加重スヘシト規定セリ。而シテ唯タ第三及ヒ其レ以上ノ累犯ニ關シ第八十八條第三項ハ判事ノ自由裁量ヲ制限スルニ其レ以上ノ累犯ヲ防止スルニ足ルヘキ相當有力ナル刑罰ヲ加フヘキ旨ヲ以テセリ。之ニ對シ理由書三五四頁三五五頁ヲ參照スヘシ。第八十八條第四項ハ斯ル場合ニ付キ尙ホ一層廣キ判事ノ自由裁量ヲ認ム。草案第八十九條ノ適用ニ付キ判事ハ行爲者ヲ職業的慣習的犯罪者ト看做サンニハ幾回ノ前科アルヲ要スヘキヤハ判事ノ自由裁量ニ一任セララル、モノニシテ例ヘハ第八十九條ノ要求スル所ハ五回ノ前科ヲ以テ足レリトスヘキヤ否ヤノ如キハ判事ノ自由裁量ニ依テ決スヘキモノトス。又其前科ナルモノカ職業的若クハ慣習的犯罪ヲ推定シ得ヘキ前提ト爲スニ足ルカ如キ重要

ナルモノナルヤ否ヤハ判事ノ自由裁量ニ依リ決セラルモノナリ。尙ホ又理由書三六五頁ノ趣旨ニ依レハ行爲者ニ再三ナル犯罪行爲アリタルトキハ之ヲ以テ其犯罪的心意ニ基クモノト認定スヘキヤ否ヤハ判事ノ自由裁量ニ依リ之ヲ決スヘキモノトス。終ニ判事ハ其自由裁量ニ從ヒ行爲者カ外國ニ於テ執行セラレタル自由刑ヲ以テ內國ニ於ケル前科ト看做スヘキヤ否ヤヲ決スルヲ得ヘキモノトス。

(註一) ローゼンフェルド氏(Rosenfeld) 奧國裁判雜誌第一卷三二五頁。ワツ  
ク(Wach) 獨逸法律新聞第一五卷一一二頁。リープマン氏(Liepmann) 法律  
適用雜誌第七五卷四四〇頁以下。キツチンガー氏(Kitzinger) 總括刑法雜  
誌第三一卷三四四頁。

(二) 獨、國、草、案、ハ、刑、罰、減、輕、ニ、關、シ、判、事、ハ、自、由、裁、量、ヲ、認、ム、ル、コ、ト、比、較、的、  
廣、大、ナ、リ。草、案、ハ、各、論、ノ、規、定、ニ、於、テ、大、多、數、ノ、個、々、ノ、犯、罪、ニ、付、キ、テ

不確定ノ刑罰減輕理由ヲ規定シタリ。即チ一定ノ犯罪ニ對シ減輕スヘキ情狀アリタルトキハ必ス刑期範圍ヲ低下スヘキ旨ノ規定是ナリ。又草案ハ一般ニ確定ノ刑罰減輕理由ヲ規定セリ。未遂罪(第七十六)心神耗弱(第六十)幼年(第六十)從犯(第七十)ナルトキハ必ス刑期範圍ヲ低下スヘキ旨ヲ規定シタルカ如キ是ナリ。之ニ反シテ刑法上ノ錯誤アリタル場合(第六十一)及ヒ防衛ノ程度ヲ超ヘタル場合(第六十二)ニ於テ刑ヲ減輕スヘキヤ否ヤハ全ク判事ノ裁量ニ一任セラレ。草案ハ不確定ナル減輕情狀ニ關シ斯ル情狀アルヤ否ヤノ問題ハ判事ノ自由裁量ニ一任スルカ如ク確定シタル刑罰減輕理由ノ存スル場合ニ於テ如何ナル程度迄刑罰ヲ減輕スヘキヤノ問題モ亦之ヲ判事ノ自由裁量ニ一任セリ。不確定ナル減輕理由ノ存否ニ關スル問題ニ付キ左ノ如ク草案ハ第八十二條第二項ヲ以テ判事ニ何事ヲモ

言ハサルニ等シキ一種ノ方針ヲ示セリ。

『刑罰ヲ減輕スヘキ理由カ優レルトキハ減輕スヘキ情狀存スルモノトス』(註一)。

(註一) 參照。獨草理由三一九頁。フオンリリエントール氏(v. Lilienthal) 總括刑法雜誌第三〇卷二三〇頁。リープマン氏(Liepmann) 法律適用雜誌第七五卷四四〇頁及ヒ四五五、四五六頁。キツチンガー氏(Kitzinger) 總括刑法雜誌第三一卷三四四頁以下。氏ハ第八十二條第二項ノ規定ヲ以テ『表面上ノ定義』ナリト名ケタルハ相當ナリ。

確定シタル刑罰減輕ノ理由存スル場合ニ於テハ草案第七十六條及ヒ同條ノ適用ニ依リ第六十一條第二項、第六十三條第二項、第六十六條第二項、第六十九條、第七十九條ハ判事ニ左ノ減輕ヲ爲スヘク自由裁量ニ一任セリ。

甲) 一定ノ犯罪ニ付キ定メタル刑罰ノ最下限以下ニ低下セシムル

確定シタル刑罰減輕ノ自由裁量

ヲ得。即チ判事ハ其刑罰ノ種類ノ法律上ノ最下限以下ニ低下スルコトヲ得ルモノナリ(理由書二九七頁參照)。

(乙) 一定ノ犯罪ニ對シ定メタル自由刑ヨリ輕キ種類ノ自由刑ニ低下スルコトヲ得ルモノニシテ其低下スルニ當リ何等法律規定ノ拘束ヲ受クルコトナク事案ニ適當ナリトスルモノヲ擇ムコトヲ得ルモノトス(理由書二九七頁ハ此場合ニ於テハ判事ノ自由裁量ノ最廣ク擴張セラレタル旨ヲ説明セリ)。

(丙) 裁量セラレタル主刑ノ外附加刑及ヒ保護處分ヲ言渡スヘキヤ否ヤハ全ク判事ノ自由ニ一任セラル。

判事ハ自由ハ草案第八十三條ニ於ケルハ刑罰ハ減輕ハ最高點ニ達セリ。草案第八十三條ハ裁判所カ特ニ輕キ場合ナリト認ムルトキハ之ヲシテ其自由裁量ニ從ヒ刑罰ヲ減輕スルコトヲ得セシム(註二)。此自由裁量ハ左ノ判斷ニ關シテハ全然判事ノ自由裁量ニ一任セラ

不確定ナル刑罰減輕ニ關スル判事ノ自由裁量

ルモノナリ(註二)。

(甲) 特ニ輕キ場合ナルヤ否ヤノ判斷即チ判事ノ自由裁量ヲ爲スヘキヤ又之ヲ爲サハルヘキヤヲ定ムルコト(註三)。

(乙) 特ニ輕キ情狀カ存スル場合ニ於テ第八十三條ノ權限ヲ使用スヘキヤ否ヤノ判斷。即チ斯ル場合ニ於テハ通常ノ減輕ヨリ尙ホ更ニ刑罰減輕ヲ爲スヘキヤ否ヤノ判斷。

(丙) 特ニ輕キ場合ニ於テ如何ナル程度ニ於テ刑罰ヲ減輕スヘキヤノ判斷。此點ニ關シ理由書三二三頁ニ曰ク

「判事ハ一定ノ犯罪ニ對シ定メタル刑罰ノ種類ニ拘束セラレサルノミナラス其定メタル刑罰ノ分量ニモ拘束セララルコトナク他ノ種類ノ刑罰ヲ擇ミ且ツ尙ホ更ニ少キ分量ヲ擇ムヲ得ルモノナリ。特ニ自由刑ノ代リニ罰金若クハ譴責ヲ言渡スヲ得ルモノナ

リ。  
 斯ノ如キハ眞ニ特別ナル刑罰減輕法ナリ。其理由書(三二頁、三三頁)カ此場合ヲ指シテ非常ナル刑罰減輕法ナリト稱シタルハ當レリ。草案第八十三條第二項ニ從ヘハ法律ニ規定シタル通常刑ノ適用ハ不當ニ重シト認メラル、場合ニ於テハ尙ホ特別ニ刑罰ヲ減輕スルコトヲ得ト規定セリ。斯ノ如キハ判事ヲシテ法律ヲ校正セシムルニ外ナラス。

(註一) 獨草理由三二二頁。

(註二) 拙著評論第三卷三二三頁。

(註三) 拙著評論第三卷七四頁下部。キツチンガー氏(Kitzinger)總括刑法雜誌第三一卷三四六頁以下。

#### 第四節 刑罰ノ免除

◎獨國草案ニ於ケル刑罰ノ免除……◎奧國草案ニ於ケル刑罰ノ免除……◎刑罰免除ヲ廣ク認ムルノ可否……◎刑罰免除ニ關スル唯一ノ正當ナル見解……◎奧國草案ノ刑罰免除ハ法律ニ基ク免除ナリ。

尙ホ獨國草案第八十三條ハ法律ニ掲ケタル場合ニ於テ特ニ犯罪ノ情狀輕微ナルトキハ判事ニ許スニ其自由裁量ニ依リテ其刑ヲ免除スルコトヲ得セシム。余ハ此規定ニ付キ拙著獨逸刑法準備草案評論第三卷「刑罰ノ免除」(ライプチヒ一)ニ於テ之ヲ評論シ特ニ其六九頁以下ニ於テ此規定ハ判事ヲシテ立法者ト同一地位ヲ有セシムルモノニシテ即チ法律ニ對スル判事ノ正當ナル地位ヲ全然失ハシムルモノナルコトヲ明ニシタリ。故ニ爰ニハ單ニ奧國草案ノ當該規定ト獨國草案ノソレトヲ對比スルニ止ム。

奧國草案モ亦刑罰ノ免除ヲ認ム。然レトモ之ヲ獨國草案ト比較スレ

第二章 兩草案ニ於ケル論點ノ解決

獨國草案ニ於ケル刑罰ノ免除

奧國草案ニ於ケル刑罰ノ免除



ハ遙ニ僅少ノ場合ニ於テ之ヲ認ムルニ過キス(註一)。即チ同草案ハ總則ニ於テハ單ニ第四十七條(註二)ニ於ケル幼年犯罪者ノ輕微ナル行爲ニ付キ之ヲ認メ各論ニ於テハ第三百十三條ノ損害輕微ナル懲戒權ノ超越及ヒ第三百二十八條ニ於テ其定メタル精密ナル條件(註三)ヲ有スル誹毀罪ニ付キ之ヲ認ムルニ過キス。

(註一) 獨國草案ニ於ケル判事ノ恩惠的刑罰ノ免除ヲ許ス場合ノ範圍ニ付テハ拙著評論第三卷二、二三、一〇七頁註六一參照。尙ホエルテル氏(Oertel)獨逸判事新聞第二卷一九一〇年版三四一、三四二頁ヲ參照スヘシ。

(註二) 其他精細ニ之ヲ觀察スルニ第四十七條ハ總テノ刑罰ヲ免除スルモノニ非ス。即チ刑罰ヲ免除シ幼年犯罪者ヲ釋放スル場合ニ善行ヲ爲スヘキ旨ノ訓誡ヲ與フルカ如キハ誣責ニ外ナラスシテ即チ一種ノ刑罰ナリ(反對論獨國理由九八頁)。

(註三) 殊ニ第六十八條第二項ノ「裁判所ハ……トキハ附加刑ヲ免除スルコトヲ得」トノ規定參照。其他尙ホ有罪ノ判決ヲ受ケタル幼年者ヲ「刑罰ヲ科

スルニ代ヘ」感化教育ニ移スニ付テハ刑法草案第五十三條理由及ヒ刑事訴訟法草案第四百十一條參照。尙ホ刑罰免除ノ條件付刑罰ノ免除ニ對スル關係ニ付テハ草案理由書九八、九頁。而シテ刑罰ノ免除ニ似タル獨國草案ノ處分ニ付テハ拙著評論第三卷八九頁註三參照。

刑罰免除ヲ廣ク認ムルノ可否

獨國草案ノ立案者ハ草案理由書一〇一頁ニ於テ刑罰ノ免除ハ獨リ幼年者ノミニ限ラス汎ク輕微ノ行爲ニ對シ之ヲ認ムルヲ以テ適當トセサルヘキヤ否ヤノ問題ヲ提出シタリ。然ルニ立案者ハ左ノ理由ニ基キ此問題ヲ否定シタリ(獨國理由一〇二頁)。即チ

「行爲及ヒ罪責カ殊ニ輕微ナルカ爲メ之ニ刑罰ヲ加フルヲ必要トセサル場合ニ於テ之ニ刑罰ヲ加フルコトヲ避ケントスル目的ヲ達スルノ方法トシテ草案ハ先ツ個々ノ犯罪構成事實ヲ規定スルニ當リ其之ヲ罰スヘキモノト否トヲ區別セリ。次ニ輕微ナル犯

罪ノ多數ニ付キ其反社會的の行爲ノ意義カ全ク輕微ノモノナルト  
 キハ之ヲ罰セサル旨ヲ定ム。斯ル事項ハ主トシテ他人ノ財産ニ  
 對スル侵害ノ場合ニ於テ之ヲ見ル(三三四三、三四五、三四六條末項參照第)  
 (註一)。斯ノ如キ規定ヲ爲サスシテ判事ヲシテ個々ノ事件ニ付キ  
 刑罰ヲ免除スルコトヲ得セシムルモ何等ハ害ヲ生セサル場合ノ  
 アリ得ヘキコトハ確實ナリ。然レトモ草案ハ斯ノ如キ場合ノア  
 リ得ヘキ理由ヲ以テ直ニ判事ヲシテ個々ノ事件ニ付キ刑罰ヲ免  
 除スルヲ得セシムルノ一般の制度ヲ採用セザリシ。是レ斯ル一  
 般の制度ハ重大ナル害惡ヲ伴フノ虞アルヲ以テナリ。斯ノ如キ  
 一般の制度ハ非常例外ノ場合ニ限リ適當セラヘキモノナレト  
 モ甚シク濫用セラレハ危險アリ且ツ斯ル制度ヲ採用スルトキ  
 ハ法律適用ノ區々ニ至ルノ弊ハ之ヲ免ル能ハスシテ畫一ナル裁

判ハ之ヲ望ム能ハサルニ至ルヘシ。

(註一) 不法行爲ノ輕微ナルカ爲メニスル刑罰ノ免除ハ原則トシテ法律的  
 免除ニシテ裁判的免除ニ非ス。而シテ一定ノ條件(不法行爲ノ輕微以外)  
 ノ下ニ現國草案カ刑罰ノ免除ヲ定メタル無數ノ法條ヲ見ル。而シテ第  
 三條、第五條、第六條、第十一條、第十二條、第十三條、第十六條、第十八條、第百二  
 十條、第三號、第百三十三條、第二號、第百七十九條、第百八十五條、第百九十二  
 條、第二項、第百九十三條、第四號、第百九十四條、第二號、第百九十九條、第  
 三號、第二百十五條、第二號、第二百二十四條、第二項、第二百四十一條、第  
 百七十一條、第三號、第二百九十五條、第三百二十五條、第二號、第三百  
 二十六條、第二項、第三百二十八條、第三百四十三條、第二號、第三百四十五條、  
 第三項、第三百四十六條、第三號、第三百五十四條、乙以下、第三百六十四條、  
 第三百七十四條、乙以下、第四百三條、第四號、第四百五條、乙以下、第四百六  
 條、第四百七十四條、第四百五十九條、第二百七十七條、第二百七十八條、第  
 可ラサルナル語ヲ以テ之ヲ表示シ第十七條、第百一十一條、第百二十七條、第  
 二號、第二百二十八條、第二號、第二百三十八條、第四百十條、第四百一十一條、三、

刑罰免除ニ關スル唯一ノ正當ナル見解

第六十二條、第八十三條、第八十九條、第二百三十條第三號ノ二、第二百三十四條第二號ノ二、第二百四十條第二號ノ二、第三百八條、第四百七十三條二、第四百七十四條二等ニ於テハ「刑罰權消滅」ナル語ヲ以テ之ヲ表示シ、第四百五十四條乙以下、第九十八條ニ於テハ「規定」ハ之ヲ適用セス、第二百五十四條三ニ於テハ「刑ノ消滅」第三百八條ニ於テハ「刑罰ナシ」第三百四十四條ニ於テハ「刑法ヲ適用セス」ナル語ヲ以テ之ヲ表示ス。

右ノ外最下限ニ關スル場合ニ限リ法律ハ時トシテハ數字のニ其輕微ナルコトヲ定メント試ミタリ。第二百四十四條第二號、第三百四十六條第三號ノ二及ヒ草案理由書一二二頁參照。

余ハ見ル所ヲ以テスレハ本問ニ關スル總テハ見解中唯一ノ正當ナル見解ハ「*minima non curat praetor*」判事ハ輕微ナルコトニ關係セストハ語ニ非スシテ「*minima non curat legislator*」立法者ハ輕微ナルコトニ關係セストハ語ニ在リ。右ハ余カ既ニ拙者評論第三卷八頁以下及ヒ一〇九頁註六七ニ明ニシタル所ナリ。換言スレハ立法者若シ輕微ナル不法行為ニ刑

罰ヲ科セサラント欲セハ或ハ單ニ重キ不法行為ノミヲ罰スヘキ旨ヲ規定スルカ若クハ其犯罪ト認めタル行為ト雖モ其輕微ナルモノハ之ヲ罰セサル旨ヲ規定スヘキナリ。輕微ナル行為ヲ罰スルヲ以テ重大ナル害アリトスルモ立法者ハ判事ニ許スニ其意見ヲ以テ法律ヲ適用セサルノ權利即チ恩赦ヲ行フノ權利ヲ以テスヘキニ非ス（註一）。

（註一）近時ステルン氏（*Stern*）カ（*Verichtsanst.*）第七七卷二〇二頁註一ニ「獨國草案第八十三條ノ規定ニ就テ」ニ於テ「此ハ恩赦ト稱スヘキモノニ非スシテ古代ノ獨逸裁判官ノ權利ト謂フヘシ」ト言ヘルハ余ノ刑罰ノ免除ニ關スル論文ヲ知ラサルモノトス。

獨國草案ニ於ケル刑罰ノ免除ノ三ノ場合ノ一ナル第三百二十八條第二項ニ於テ「罪ヲ毀ニ付キ裁判所ハ行為者カ其罪毀ニ係ル事實ヲ眞實ト認めムヘキ充分ノ理由ヲ有シタルトキハ刑罰ヲ免除ス」ト規定シタルカ如

獨國草案ノ刑罰免除ハ法律ニ基クテ免除ナ

キハ上述スル見解ト一致スルモノナリ。此場合ニ於テハ刑罰ノ免除ハ法律ノ手ニ之ヲ保有スルモノナリ。之ニ反シテ刑罰ノ免除ノ他ノ二個ノ場合ニ於テハ裁判所ハ刑罰ヲ科スルコトヲ免除スルコトヲ得ト規定スルヲ以テ此等ノ場合ニ於テハ刑罰ノ免除ハ法律ノ手ニ存セスシテ判事ノ自由裁量ニ一任セラレタルモノトス。斯ノ如キハ夫ノ如何ハシキ獨國草案ノ裁判上ノ恩赦權ニ近似セリ。然リト雖モ少クモ此等二個ノ場合ニ於ケル刑罰ノ免除ノ條件ハ獨國草案第八十三條ニ於ケルソレヨリモ遙ニ嚴格ニ區別セラレタルモノニシテ且狭少ナリ。獨國草案第四十七條(初年者ニ對シテ刑罰ノ免)ハ獨國草案第八十三條ノ如ク「特ニ輕キ場合」ナル曖昧ナル定義ニ代フルニ確然認メ得ヘキ客觀的及主觀的ニ定メタル標識ヲ以テセリ。而シテ第三百十三條第二項(懲戒權超越ニ對シテ刑罰ノ免除ヲ規)モ亦刑ノ免除ニ付キ獨國草案第八十三條ヨリ狭少ニシテ

且精密ナル限界ヲ設ケタリ。獨國草案ハ其理由書一〇二頁ニ言ヘルカ如ク「第三百十三條第二項(前)及ヒ第三百二十八條第二項(一定ノ條件アル刑罰ノ免除ス)ハ場合ニ於ケル刑罰ノ免除ハ特別ニシテ且ツ其罰スヘキ行為ノ性質ニ存スル原因ニ基クモノニシテ獨國草案第八十三條ハ如ク法律ノ規定ニ從ヒ處罰スルコトカ不當ニ苛酷ナリト思料セラルト言フカ如キ一般ノ考慮ニ基クモノハニ非ス。故ニ獨國草案ハレンツ氏(Lienz)カ獨國刑法雜誌第一卷一二三頁ニ於テ言ヘルカ如ク獨國草案ニ於ケル刑罰ノ免除ハ法律ニ基ク刑罰ノ免除ニシテ恩赦ニ非スト謂フヲ得ルモノトス。若シ獨國草案カ此兩場合ニ於ケル刑罰ノ免除ハ之ヲ判事ノ自由裁量ニ一任セスシテ法律ヲ以テ規定シタリシナランニハ一層良好ニシテ且ツ正鵠ヲ得タルモノト謂フヲ得ン。



テ般クヘシトハ科學上廣ク要求セラル、所ニシテ且ツ又輿論ト爲レリ。  
 法律ヲ以テ判事ノ裁量ノ活用ニ關シ何等カノ規定ヲ爲スノ必要アル  
 コトハ兩草案ノ等シク認ムル所ナリ。但シ獨國草案理由書ハ單ニ多大  
 ノ遲疑ヲ爲シ(註一)且ツ判事ノ裁量ハ如何ナル情狀ニ關シテモ自由ナラ  
 サル可ラサルコトヲ言明シツ、此必要ヲ認メタリ。即チ其三一四頁註  
 二ニ曰ク。

『故ニ法律カ判決者ニ對シ與フヘキモノハ之ニ附與シタル自由ノ  
 行使ヲ補助スルノ外ニ出ツ可ラス。即チ法律ハ判決者ニ對シ刑  
 罰ハ種類ハ選擇及ヒ刑罰ノ輕重ヲ定ムルニ當リ原則トシテ注意  
 スヘキ點ヲ指示シ之ニ依リテ判決者ハ此點ニ於ケル注意ヲ喚起  
 シ又刑罰量定ニ關スル主要ナル原則ヲ看過スルコトナカラシム  
 ヘシ。又他方ニハ刑罰ハ量定ハ各場合ニ存スル事情』民衆一般

ハ印象若クハ事件ハ性質ニ基キ深ク一般ニ考慮スヘキコトヲ指  
 示スルニ在リ(註三)。

(註一) 獨草理由カ判事ノ自由裁量ノ制限ハ成ルヘク避ケサル可ラサルコ  
 トヲ言明スルコト常ニ之ヲ反覆スルカ如シ。例ヘハ同書一三九、一四二、  
 一五一、三二一、六四二、七一二頁等。

(註二) 獨草理由三一四頁ニ於テ刑罰ノ量定ニ關シ判事ノ探ルヘキ方針ヲ  
 與ヘタルコトヲ言明シタル後同三一五頁ニ於テ判事ノ自由裁量ハ之カ  
 爲メニ事實上制限セラレ、モノニ非サルコトノ注意的ノ保證ヲ與ヘタ  
 リ。其三一三、三一四頁ニ依レハ第八十一條ハ指示ハ判事ニ與ヘタル廣  
 大ナル自由ニ隨伴スヘキ危險ヲ防止スル爲メニ定メラレタルモノナリ。

(註三) 參照。キツチンガ一氏(Kitschin)總括刑法雜誌第三一卷三四頁ニ  
 曰ク「刑罰ノ量定ニ於ケル判事ノ自由ト判事ニ對シ此自由ヲ如何ニ行使  
 スヘキヤチ指示ストハ事實上氷炭相容レサル反對事項ナリ。故ニ法律  
 チ以テ荷クモ此自由ヲ除去スルヲ欲セサルトキハ宜シク又其自由ヲ明  
 カニ制限セサルニ如カス」。

國草案ニ對スル理由書ハ其劈頭一六頁ニ言明シタル趣旨ニ從ヒ草案カ判事ノ自由裁量ノ處分ヲ認メタル法律ニ例ヘハ裁判所ハ如何キヤスルヲ設ケタル場合ニ於テモ尙ホ判事ヲシテ法律ニ服從セシムルコトヲ爲シタリ。即チ法律上ノ限界ハ之ヲ獨リ表面上ノ規定ニ止メスシテ現實ノ規定タラシム。例ヘハ其一九頁ノ左ノ文字ノ如キハ此趣旨ヲ言明スルモノナリ。

尙ホ草案ハ適當ナル刑罰量定ヲ得セシメ且ツ又刑罰ヲシテ或ハ重キニ失シ或ハ輕キニ失スルコトヲ避ケシムル爲メ種々ノ方法ヲ採レリ。

又國草案理由書九三頁ニ曰ク『現行法ノ例(註一)ニ從ヒ草案ハ判事ハ如何ニ刑罰ヲ量定スヘキヤニ付キ規定ヲ設ク』。

(註一) 參照。ラマッシュユ氏(Kamada)大綱五〇頁ニ曰ク『刑法第四十三條以

下及ヒ第二百六十三條以下ハ個々ノ事件ニ付キ定メタル刑罰ノ範圍内ニ於テ其科スヘキ刑罰ハ如何ニ之ヲ量定スヘキヤニ關シ之カ方針ノ多數ヲ規定シタルモノナリ。此方針タルヤ判事ヲ拘束スヘク定メタルモノニ非スシテ之ヲ指導スヘク定メタルモノナリ。

以上記載スル所ニ依リ明白ナル如ク兩草案ノ起草者ハ判事ノ自由裁量ニ對スル斯ル指導ニ注目セリ(註一)。蓋シ(nulla poena sine lege)『法律ナケレハ刑罰ナシ』トノ原則ハ其論理上ノ結論トシテ判事ノ刑罰ノ量定ハ法律ノ意思ニ從ヒ之ヲ爲スヘキコトヲ要求スルモノナリ(註二)。換言スレハ一方ニハ法律ノ全體ヨリ抽象セラレヘキ刑法ノ原則ニ從ハサルヲ得ス。此原則ハ畫一明白且ツ確定ナラサル可ラス(註三)。又一方ニハ刑罰量定ニ關シ明ニ示サレタル方針ニ從ハサル可ラス。此方針タルヤ各法律ハ規定セサルヲ得ナル所ニシテ斯ハ如キ規定ヲ爲スハ法律ハ任務ヲ遺憾ナク遂行スル所以ナリ(註四)。

(註一) 參照。ワッハ氏 (Wach) 獨逸法律新聞第一五卷特別號一一二頁ニ曰ク「刑罰範圍内ニ於ケル刑罰量定ノ不確定無方針ヲ豫防スル爲メナリ」。

(註二) 參照。ホイエルバッハ氏 (Penerbach) 教科書第一版一八〇一年版一一三節「不確定刑法ハ刑事ニ對シ自ラ刑罰ヲ定ムヘキコトヲ命シタリト雖モ同時ニ刑罰ハ一定ノ原則ニ從テ定ムヘキコトヲ命シタリト……其原則トハ立法者カ之ニ依リ處罰ヲ判斷スル所ノモノナリ」同氏評論第二卷二九六頁。一八一三年ノバイエルン刑法第一卷六七頁ニ曰ク「法律カ刑罰ハ量定ヲ刑事ノ量定ニ一任シタル場合ト雖モ刑事ハ法律ハ規定ニ從テ刑ヲ量定スルヲ要ス」。

リヒヤルド・シュミット氏 (Rich. Schmitt) 刑事司法法二五頁。フインガー氏 (Finger) 意見書第二卷四〇頁。同氏刑法四〇八頁。

ヘーゲル氏 (Hegel) 一般改正二四一、二四三頁同所ニ法律上ノ刑罰量定原則ト刑事ノ刑罰量定原則トノ間ニ何等ノ區別存セサルコトヲ明ニシタルハ全然正當ナリ。故ニ余ハレフラー氏 (Lafiter) カ 獨逸國刑法雜誌第一卷三四七頁ニ於テ「刑ノ内容カ法律ニ依リテ定マラサル限リ之ヲ定ムルハ獨リ刑事ノ刑罰ノ量定ノ任務タルコトヲ得」ト言ヘルハ正當ナリト認メス。刑罰ノ内容ハ常ニ法律ニ依リ定マラサル可クサルモノトス (Omlia

poena sine lege) 法律ナクレハ刑罰ナキナリ。

(註三) 參照。拙著評論一五〇頁以下殊ニ一五七頁。フオンリスト氏 (F. v. Liszt) 總活刑法雜誌第三卷二九頁、論文集第二卷一五九頁ニ曰ク「刑事ハ刑罰範圍内ニ於テ刑罰ヲ量定スルニ當リ立法者カ刑罰範圍ヲ定ムルニ當リ探リタルト同一ノ着眼點ヲ適用スヘキナリ。然ルニ若シ其立法者ノ着眼不明ナルトキハ如何ニ之カ量定ヲ爲シ得ヘキカ」。

(註四) 獨逸理由モ亦其九三頁ニ「法律カ刑事司法ノ如キ非常ニ重要ナル方面ニ付テ沈黙ヲ守ルハ其任務ヲ盡シタルモノニ非ズ。斯ル場合ニハ刑ノ量定ハ全ク異レル着眼點ニ依リ定マリ若クハ不定ノ感情ニ左右セラルハノ危険ヲ免レズ」ト説明シタルハ其當ヲ得タルモノナリ。蓋シ獨逸立法者ハ同國ニ於テ夫ノ特別酌量ノ減輕權ニ依リ裁判上ノ刑罰ノ量定ハ其根底ヲ失ヒタルカ故ニ如上ノ規定ハ之ヲ避ク可クサル要求ト認メラレタリ。左レハ一九〇六年ノ草案ノ起草者モ亦特別酌量減輕權ヲ全然除去シタリ。レフラー氏 (Lafiter) 一九〇六年案ニ付テ六七頁。クライスバッハ氏 (Glaspach) 刑法草案四頁以下殊ニ七五頁。之ニ反シ刑事ノ裁量ノ指導及ヒ規定ヲ爲スコトニ付キ反對意見ヲ表スル者ハローゼ



ンフェルト氏 (Rosenfeld) 獨國刑法雜誌第一卷三二四頁、  
 エルテル氏 (Oertl) 獨逸判事新聞第二卷三三八頁裁量ノ指導ニ反對スナリ。判事ノ裁量  
 ナ規定スルニ反對スル論據ニ付テハヘーゲル氏 (Hoegel) 一般改正二四一  
 頁ヲモ参照。ヘーゲル氏自身ハ刑法ハ刑罰ノ量定ニ關スル法律上ノ規  
 定ヲ爲スヘキモノナリトノ見解ヲ以テ正當ナリトスルモノニシテ此ハ  
 種々ナル論文ニ於テ之ヲ發表セリ。

兩草案カ採用シタル斯ノ如キ準則ノ例證ヲ舉ケン。數種ノ刑罰中其  
 孰レヲ科スヘキヤノ選擇ヲ判事ニ一任シタル場合ニ付テハ獨國草案第  
 八十五條ニ於テ獨國草案第四十三條第二項(註一)ニ於テ之ヲ定ム。科ス  
 ヘキ自由刑ヲ嚴酷ニスヘキヤ否ヤノ裁判ヲ判事ノ自由裁量ニ一任シタ  
 ル場合ニ付テハ獨國草案第十八條ニ於テ獨國草案第六十一條ニ於テ之  
 ヲ定ム。判事ノ自由裁量ニ一任セラレタル條件付執行猶豫ニ付テハ獨  
 國草案第三十八條乃至第四十一條(註二)之ヲ定メ之ニ適應スル條件付刑

兩草案ノ刑罰  
 量定ノ準則ノ  
 例證

罰免除ニ付テ獨國草案第四十三條ニ於テ之ヲ定ム。斯ノ如キ例證ハ尙  
 ホ少カラス(註三)。

(註一) 參照。グライスバッハ氏 (Gleispach) 刑法草案七〇五頁以下。

(註二) 參照。獨草理由一四一頁、「刑罰ノ量定ニ關シ判事ハ如何ナル法則  
 ニ從ヒ行動スヘキヤハ之ヲ法律ヲ以テ指導スル必要存スルカ如ク(第八  
 十一條參照)第三十八條ニ認メタル權限ノ行使ニ付テモ亦斯ル指導ヲ爲  
 スノ必要存スルモノトス。此指導ハ第三十九條之ヲ爲ス。

(註三) 獨國草案中其他之ニ屬スルモノハ第八十二條第二項ノ判事ハ如何  
 ナルトキニ減輕スヘキ情狀アリト認ムヘキカノ指示ナリ。其他第八十  
 三條第二項及ヒ第八十四條第二項ノ定義中ニ存スル特ニ重キ及ヒ特ニ  
 輕キ場合ニ該當スルヤニ付キ判事ノ自由裁量ハ如何ニ適用スヘキヤニ  
 對スル指導モ之ニ屬ス。次ニ第三十四條ノ換刑規定ニ依ル判事ノ裁量  
 ノ制限(獨草理由三三一頁)。尙ホ獨草理由二五〇、二五四頁參照。獨國草  
 案ニ在リテハ第三十三條第二項ハ主刑ニ附加スル公權剝奪ヲ裁判所ノ  
 裁量ニ一任シタル場合ニ付キ準則ヲ與ヘ第三十五條ハ判決ヲ公開スヘ

キヤ否ヤノ裁量ニ付キ觀察點ヲ示シ第二十九條第二項ハ草案第四十三條ト關聯シテ補充刑ノ計算ニ付キ指導ヲ與フ。之ニ關シテハグライスバツハ氏(Grainot)ノ刑法草案七二頁以下。

刑罰量定ニ關スル兩草案ノ比較

以上示シタル所ヲ詳細ニ觀察スレハ、獨國草案ニ於ケル判事ノ自由裁量ニ關スル指導ハ之ヲ獨國草案ニ比スレハ如何ニ精細ニシテ且ツ深切ナルヤヲ知ルヲ得ヘシ。此差異ハ又兩草案ニ於テ各個ノ量定原因ヲ揭クル方法ニ於テモ亦表ハル。兩草案ハ判事カ刑罰ヲ量定スルニ當リ必ス斟酌セサル可ラサル多數ノ原因ヲ明示セルカ如キハ刑罰量定ニ關スル判事ノ自由裁量ヲシテ法律ノ意思ニ從テ之ヲ爲サシムルヲ以テ適切ナリト認メタルモノナリ。獨國草案第八十一條(註二)ノ如キ獨國草案第四十四條及ヒ第四十五條ノ如キハ之ヲ規定シタルモノナリ。兩草案ニ於テハ此等ノ量定原因ハ「特ニ」ナル文字ヲ記載シタルニ由リ之ヲ觀レハ

例示的ニシテ限定的ニ非ス。而シテ兩草案ハ其列舉シタル刑罰量定原因ヲ斟酌スルヲ以テ判事ノ義務ナリト爲セリ(註二)。又獨國草案ニ掲ケタル原因ハ罰セラルヘキ者ノ利益竝ニ不利益ト爲リ得ルモノニシテ且ツ之ヲ個々ノ場合ニ適應シ或ハ減輕スヘキヤ或ハ加重スヘキヤハ一ニ判事ノ自由權内ニ在リ(註三)ト雖モ獨國草案ハ此點ニ於テモ亦其法律上ノ規定一層明確ニシテ且ツ判事ノ裁量權ヲ局限セリ。即チ獨國草案第四十四條ハ如何ナル場合ニ於テモ刑罰ヲ低ムヘキ原因トシテ必ス斟酌スヘキ要素ヲ規定シ同草案第四十五條ハ刑罰ヲ高ムヘキ原因トシテ必ス考案セサル可ラサル原因ヲ規定シタリ。

(註一) 參照。ワツハ氏(Wach)獨逸法律新聞第一五卷一、一、二頁。ケラー氏(Köhler)紀事一三八頁以下。最近ニ於ケルキチンガー氏(Kitzinger)刑法雜誌第三一卷三四二頁以下ニ於テ此規定ヲ以テ實行シ難シト説明ス。

(註二) ワッハ氏(Wach.) (前出)曰ク「本來賞罰スヘキ個々ノ規定ハ之ヲ別論トシテ法律ノ高尚ナル價值ハ單ニ教育的指導ニ存セスシテ寧ロ其拘束力ニ存スルモノトス。法律ハ強制スルモノナリ、此點考慮スヘシ」法律ヲ輕視スル判事ハ法律ニ違背スルモノナリ。其判決ハ法律ノ準則ニ反スルモノナリ。而シテ第八十一條ヲ規定スルニ依リ始メテ其眞價ヲ明ニスルヲ得ルモノニシテ例示的ニ規定シタルニ依リ拘子定規ヲ免ル、ヲ得ルモノナリ。

(註三) 參照。理由書三一五頁。之ニ依レハ明カニ「草案ハ如何ナル方針ヲ以テ特ニ揭ケタル刑罰ヲ低メ又ハ高ムヘキ原因ヲ實現セシムヘキヤ」ニ言及セス。右ハ之ヲ言及スルコト能ハサルモノトス。何トナレハ第八十一條ニ掲ケタル原因ノ多數ハ被告ノ利益トモ不利益トモ爲ルヘケレハナリ。

刑罰量定ニ關シ判事ハ職務上遵由スヘキ法律上ノ一般の立脚點ヲ鮮明ニスル點ニ於テ獨國草案ハ獨國草案ニ比シ遙ニ大膽ナリ。此一般的立脚點ハ獨國草案第四十三條及ヒ獨國草案第八十一條ノ事例ニ依リ解

獨國草案ノ刑罰量定

明セラルル註一。獨國草案第八十一條ハ左ノ如キ一般の方針ヲ與フルニ止マル。

「刑罰ヲ量定スルニ當リテハ法律ノ規定シタル範圍内ニ於テ其重キ又ハ其輕キ刑ヲ言渡スヘキ情狀ハ總テ之ヲ斟酌スヘシ」。

(註一) 獨國草案第四十四條、第四十五條ニ對スル理由書九七頁ニ曰ク「刑ハ量定ニ重要ナル各個ハ情狀ハ如何ナルモハナルヤチ列舉スルハ之ニ依リテ抽象的ナル原則ヲ解明シ且ツ判事ヲシテ立法者ノ意思ノ存スル所ヲ容易ニ理解セシメ得ルノ利益アリ」。

此方針ニ依ルトキハ草案カ其刑罰規定ヲ以テ達セントスル刑罰ノ目的ハ全然不明ナルト同時ニ如何ナル情狀ヲ以テ重キモハトシ又如何ナル情狀ヲ以テ輕キモハトシ各刑罰ヲ言渡スヘキヤヲ示スヘキ標準(刑目的)モ亦全然不明ナリトス。判事カ草案ノ立案者ノ意思ニ從ヒ刑罰ヲ量定セント欲セハ先ツ草案ノ採レル刑法上ノ主義ヲ知ラサル可ラス。然ル

獨國草案ノ方針ハ要スルニ不明

第二章 兩草案ニ於ケル論點ノ解決

埃國草案ノ刑罰量定ノ方針

ニ此主義ハ第八十一條ニ規定スル刑罰量定理由ニ依リテ如何ニシテ之ヲ推論シ得ヘキカ。  
埃國草案第四十三條ハ全然之ト異ル。同條ハ「刑罰ハ行為者ノ罪責及ヒ危険ニ從ヒ量定スヘシ」(註一)ト規定セリ。レフラー氏(Löffler)ハ埃國刑法雜誌第一卷一五一頁ニ於テ此規定ヲ以テ刑罰量定(註二)ニ關スル全ク適切ナル方針ヲ與ヘタルモノト説明セリ。

(註一) 參照。ヘーゲル氏(Hegel)一般改正八頁ニ曰ク「行為ノ輕重、罪責ノ大

小及ヒ行為者ノ危険ニ付テハ特別規定ナキ限リハ之ヲ注意スヘシ」ト。

(註二) 參照。獨草理由九四頁。グライスバッハ氏(Graissb.)刑法草案八六頁。

余ハ見ル所ヲ以テスレハ此規定ハ草案全部ノ良否ニ關係ヲ有スル最重要ナル規定ナリ。余ハ此規定ヲ以テ誤マレルモノトシ且ツ埃國刑事裁判上救済シ難キ錯雜ヲ生スルニ適スルモノト思惟スルモノナリ。

埃國草案ノ刑罰量定ノ方針ハ誤レリ

埃國草案ヲ採用シタル刑法上ノ主義

埃國草案カ其刑罰規定ヲ以テ達セントスル目的ハ第四十三條ノ「罪責及ヒ危険」ナル語ヲ以テ之ヲ表示セリ(註一)。刑罰ヲ以テ第一位ニ應報及ヒ抑壓ヲ行ハント欲セハ行為者ノ罪責ニ從ヒ刑罰ヲ量定スヘキナリ。之ニ反シテ刑罰ヲ以テ第一位ニ保安及ヒ豫防ヲ行ハント欲セハ行為者ハ危険ニ從ヒ刑罰ヲ量定スヘキナリ。埃國草案第四十三條ニ於テハ此兩立脚點ヲ併セテ採用セリ。斯ノ如キ兩者ノ併合採用ハ立案者カ兩主義ノ調和ヲ計ラントスルノ趣旨ニ出テタルコト疑ヲ容レズ。立案者ハ刑法學上ニ於ケル正統刑法學派及ヒ新派ノ兩者ノ要求ヲ併セテ採用スルニ依リ兩主義ノ調和ヲ企圖セント試ム。草案ハ採ル所ハ正統刑法學派カ主張スル如ク行為者ノ罪責及ヒ罪責中ニ包含スル危険ヲ以テ標準ト爲スニ非サルト同時ニ新派ノ唱フルカ如ク罪責ハ代リニ危険ヲ以テ標準ト爲スニ非シテ寧ロ罪責及ヒ危険ヲ以テ刑罰量定ノ標準ト爲ス

モハナリ。斯ノ如ク、國立法者ハ刑法學派上折衷主義ヲ以テ學說ト爲シ無主義ヲ變シテ有主義ト爲サント努ムル第三派ヲ奉スルモノトス。余ハ此點ヲ甚シク遺憾トスルモノナリ。科學ナルト立法ナルトハ問ハス(氷炭相容レサル兩主義ニ對スル)各折衷ハ本來誤認ナリ。此點ハ余竝ニ他ノ學者カ屢々之ヲ論述シタルカ如シ(註二)。

(註一) 此際特ニ一言スヘキハ、奧國草案ハ責任及ヒ危險性ヲ二個ノ異リタル觀念トシテ觀察スルモノニシテ此兩者ヲ多少同一視セント努力セル者ノ基礎ヲ失ハシムルコト是ナリ。參照。例ヘハリリエンタール氏(Tallichet)大綱第三版一九〇八年版五四頁ニ曰ク「標準ト爲ルモノ(刑ノ量定)ハ犯罪者ノ責任ノ重大ナルコト別言スレハ犯罪者ノ危險性ナリ」。

(註二) 余ハ此點ハ拙著研究一五〇頁以下及ヒ拙著評論第一卷五〇頁以下ニ讀ル。同書ニ於テ余ハ刑法學派ノ論争ニ關シ立法者ハ確信シタル一貫シタル主義ニ立ツノ必要ナルコトヲ明ニシタリ。又余カフオンヒツベル氏(V. Hippel)ノ所論ニ對シテ第三刑法學派ノ無ニ等シキコトヲ明ニ

一貫シタル刑罰目的ヲ定メザルノ弊

シタル拙著評論第三編一四頁以下ヲ見ヨ。ナイグラー氏(Nelso)ノ犯罪豫防策二一頁ニ曰ク「人ハ學理ノ混淆ヲ嫌フ。各折衷ハ根本的ニ一貫シタル見解ナキカ爲メ矛盾ニ陥ラサルヲ得ス。豫防的刑法ハ本來既ニ矛盾ナリ。即チ豫防的態度ヲ探ルヤ若クハ刑法的態度ヲ探ルヤニ從テ其結果ニ於テ當然相異ナラサルヲ得ス」。

余ハ茲ニ尙ホ左ノ點ニ付キ注意ヲ喚起セント欲ス。個々ノ場合ニ適應セシムル爲メ、刑事ノ自由裁量ノ活動範圍カ廣ケレハ廣キ程立法者ノ探ル所ノ一貫シタル終局ノ刑罰目的ヲ判事ニ知ラシムルノ必要ハ愈々大ナラサルヲ得ス。此一貫シタル終局ノ刑罰目的ハ判事ノ裁量ニ一任セラレタル總テノ問題ニ關シ判事ノ自由裁量ヲ一定ノ程度迄畫一的ニ指導スルヲ得ルモノナリ。余ハ意見ヲ以テスレハ是ハ争フ可ラサル要

求ニシテ、奧國草案ハ如キハ此要求ニ反スルモノナリ。奧國草案ハ相互ニ矛盾スル刑法ノ目的ヲ認メ而モ各目的ヲ其主要ナル目的ナリト認ム

刑法ヲ以テ保  
安の刑法ト爲  
スルハ  
惡漢器

ルモハナリ。斯ノ如キハ判事ヲシテ刑罰目的ニ關スル各其主觀的見解ヲ以テ隨意ニ刑法適用ノ根據ト爲スヲ得セシムルモノナリ。

刑罰ハ第一ハ目的ハ單ニ應報ナリ(註一)。刑罰ハ量定ハ標準ハ行爲者ハ罪責ハミナリ。犯罪者ハ危險ハ犯罪豫防ハ觀念ニシテ刑法ニ屬セス(註二)。豫防ノ觀念ヲ刑法中ニ混入シテ而シテ刑法ヲシテ保安的刑法ト爲ザントスル刑法主義ハ甚シキ惡誤謬ナリトノ認識ハ獨逸科學界ニ於テ益々其道ヲ開クニ至レリ。ビンディング氏(Binling)ハ大綱七版二〇七頁ニ於テ左ノ言ヲ爲セリ。『近時主唱セラルハ所謂保安的刑罰ハ元來刑罰ニ非ス』(註三)ト。余自身モ拙著研究一六三頁ニ於テ新派ナルモハハ刑法ハ範圍外ニ屬スルコトヲ證明スヘク試ミタリ。近時フオンローランド氏(v. Rohland)社會的刑法學(註四)八四頁八六頁ニ於テ特ニフオンリスト氏(v. Liszt)ニ關シ同一ノ結論ヲ爲シタリ。其言ニ曰ク「リストハ刑法

主義ハ刑法ハ領域外ニアリ」ト。ナーグラー氏(Näger) (註五)及ヒリヒヤールト・シュミット氏(Richard Schmidt) (刑事司法ノ任務) (註六) (後者ハ少クハ前者ニ)ハ獨逸刑法學ノ歴史ニ於テ嘗テ刑法ハ任務ト犯罪豫防策ノ任務トハ間ニ存スル如上ハ錯雜ハ存在シタルコトアリシモ當時幸ニシテ之ヲ打破シ得タルコトヲ歴史的ニ證明シタリ。此證明ハ奧國草案第四十三條ニ於テ今ヤ再ヒ現ハレタルカ如キ混合的規定ニ對スル否定的判斷ヲ包含ス(註七)。

(註一) 應報刑ノ從タル效果ニ付テハナーグラー氏(Näger)カ同書一五九頁以下ニ詳論セリ。尙ホ同書一三一頁二號二五七頁參照。

(註二) フオンローランド氏(v. Rohland)曰ク「刑ヲ科セントスル者ハ危險ニ對スル保安ヲ行ハントスル見解ヨリ全然分離セサル可ラス之ニ反シテ保安處分ヲ命スル場合ニハ罪責ハ觀念ヲ除去セサル可ラス」ト。ナーグラ

第二章 兩草案ニ於ケル論點ノ解決

處分ヲ以テ獨立ナル刑罰目的ナリト爲スヘキニ非スシテ單ニ應報刑(其  
外尙ホ保安處分)ノミニ依リテ力ヲ盡スヘキナリ。裁判官ノ刑罰量定原  
因タルモノモ亦罪責(其中ニ包含スル危險)ニシテ罪責ト危險トノ二者ニ  
非ス。尙ホ(註一)參照。

(註三) 參照。ビンディング氏(Hindling)大綱七版劈頭一五頁ニ曰ク「所謂保安  
的刑罰ハ最近理論ニ依リテハ刑罰ニ非スシテ單ニ刑罰ナル名義ヲ濫用ス  
ルニ過キス。尙ホメルケル氏(Merkel)刑法教科書一九〇頁、エトケル氏  
(Oetker)總括刑法雜誌第一七卷五四八頁、拙著「刑罰及ヒ保安處分」ニ關ス  
ル總長演說一三頁註四九等ハ同一趣旨ニ說明ヲ爲セリ。

(註四) 余及ヒナイグラー氏ノ發行ニ係ル刑法改正ウキルヘルム、エンゲル  
マン(W. Engelmann)論評第一三卷一九一一年版同書一三二頁ニ曰ク「犯罪  
ハ社會學的見解ト法律的見解トハ根本ニ於テ異ルモノトス。故ニ前者  
ハ見解ヲ刑法ニ移スハ全然不當ナリ。社會學者カ爲スカ如ク斯ハ如キ  
舉ニ出ツルトキハ是レ刑法ノ解體ヲ導クモノナリ。

(註五) ナイグラー氏(Nagler)犯罪預防策及ヒ刑法(三六六頁註一參照)。氏ハ  
同所ニ於テ保安ノ必要ハ從來ヨリモ多數ハ豫防設備ヲ爲スニ至ラシメ

タルコト及ヒ第十五世紀ニ於テ既ニ警察的任務ト刑罰的任務トヲ混同  
シタルコト並ニ第十八世紀ノ末葉以降獨逸ニ於ケル刑法學カ刑罰ヲ豫  
防タル他物體ヨリ分離シ且ツ正當ナル立脚點ヲ得タルコト即チ刑罰ハ  
之ヲ應報ノ必要ニ求メ又保安處分ハ之ヲ社會ノ保護ニ求ムヘキコトヲ  
明ニシタリ。氏ハ尙ホ刑罰ト犯罪防止策トノ根本的性質ノ差異、兩者ノ  
任務及ヒ目的ノ差異其手段及ヒ之ニ伴フテ生スル種々ナル結果ヲ評論  
シタリ。而シテ終リニ宿命論ノ影響ヲ受ケタル結果トシテ刑法上ニ於  
ケル新派ノ運動カ刑罰ト犯罪預防策トヲ混同シタルコト新派ハ保安ノ  
思想ヲ以テ未來ノ刑法ノ基礎ト爲サント努ムルコト、全然性質ノ異レ  
ル領域内ニ於テ豫防論ヲ爲サント努ムルコト、保安的思想ヲ真正ノ意義ニ  
於ケル刑法中ニ混入セシメント努ムルコト、豫防思想ヲ論述シテカ  
ラ抑  
置カント努メタルコトヲ示シタリ。又如何ニフオン、リスト氏(V. Liszt)防  
罪スヘク僭スル場合ニ豫防策ヲ極論スルヲ示セリ。拙著研究一六三  
頁以下「新派」主張ハ刑法ハ領域外ニ在リ及ヒ拙著大綱一九〇八年七版

一〇二頁「フオンリスト」(Fouquet)ノ主タル效績ハ刑法學以外ニ在リテ犯罪豫防策及ヒ社會政策ノ上ニ存ス。拙著研究一八〇頁以下「フオンリスト」氏ハ最も多ク再ヒ近時表ハレタル刑罰法ト刑罰豫防策トノ混合及ヒ之カ爲メニ生シタル刑法上ノ錯綜ヲ來スニ與テ力アルモノナリ。

(註六) 同書二二二頁以下參照。

(註七) 新派ニ屬スル學者及ヒ其盲蛇的立法事業ニ付キ尙ホ多ク示スヘキモノアリ。『罪責ト心意ノ混淆』ノ如キ刑罰ト處置及ヒ無害處分トノ混淆ノ如キ刑罰ト保安處分ノ混淆ノ如キ抑壓ト豫防トノ混淆ノ如キ「反社會」的ト犯罪的トノ混淆ノ如キ是ナリ。(フオン、ローランド氏 (v. Rohland) 社會刑法學九七頁以下、一〇二頁以下及ヒベリング氏 (Beling) 犯罪ニ付テノ科學一九〇六年版三二頁參照)。總テ斯ノ如キ觀念ノ混淆ハ刑法ト犯罪豫防策トノ混淆ニ基クモノナリ。拙著研究一八〇頁以下參照。獨國刑法學者中ニ於テモ亦如何ニ刑法ト豫防策トヲ混淆スル者アルヤニ付テハ其例證トシテグライヌスバツハ氏 (Gleispach) 刑法草案八五頁ヲ參照セヨ。同所ニ曰ク「刑罰ト保安的手段トノ限界ハ正則ナル危險ハ刑罰ニ依リ鎮滅スヘク其原因及ヒ發現方法ノ不正則ナル危險ハ保安的手段ニ依

リ鎮滅スヘキモノナリトノ點ニアリト爲セリ。余ノ意見ヲ以テスレハ危險ハ元來刑罰ニ依リ鎮滅スヘキモノニ非スシテ常ニ保安的手段ニ依リ鎮滅セラルヘキモノナリ。

罪責ト危險ト  
ヲ混淆スル結  
果

實際ニ就テ之ヲ見レハ罪責ト危險トハ二個ノ全然相異レル領域ニ屬スル觀念ナルコトハ充分ニ證明セラレタル所ニ非サルカ(註一)。屢々容易ニ罪ヲ犯ス者ト雖モ必スシモ重大ナル危險アルモノハニ非ラス(例遺失アル習癖)。又全然危險ナキ者ナシト爲サス。之ニ反シテ甚タ危險ナル犯罪者ニシテ全然罪責ヲ有セス(例狂者)又ハ大ナル罪責ヲ有セサル者(例牛)アルニ非サルカ。若シ夫レ判事ニシテ同一ノ犯罪事件ニ於テ兩立脚點ニ從ヒ刑罰ヲ量定スヘキモノト爲サンカ彼ハ如何ニシテ一個ノ趣旨貫徹シタル刑事判決ヲ爲シ得ヘキカ。嘗テパウワー氏 (Pawer) (註二)カ作リタル比喻ヲ茲ニ援用シテ之ヲ言ヘハ判事ハ異レル方向ニアル二



個ノ目的地ニ同時ニ達セントスル旅行者ニ等シキニ非サルカ。彼レ若シ一ノ目的地ニ達スル爲メ其行路ヲ取ルトキハ他ノ目的地ニハ當然達スル能ハス。然レトモ彼若シ兩者ノ中間ノ行路ヲ取ルトキハ兩者ノ孰レヘモ到達スルヲ得サルヘシ。上述ノ趣意ハ、奧國草案第四十三條ハ如ク全然相異レル觀念及ヒ領域ノ盲目的混淆ヲ基礎トスル規定カ假ニ法律ト爲リタルモノトセハ忽ニシテ其不良ナルコトカ認識セラレ其廢止ハ運命ニ到達スヘキコトハ之ヲ豫知スルニ難カラス(註三)。

(註一) 參照。ベリンク氏 (Beling) 犯罪ニ付テノ科學三二頁。ケーラー氏 (Köhler) 準備草案ニ於ケル罪責、無罪責及罪責階段、一九一〇年版一頁以下。オーフエルベック氏 (Overbeck) 犯罪ノ發現方法一九〇九年版一五頁。ナグラー氏 (Nagler) 犯罪豫防策一四七頁、二二六頁、二四五頁。フォン、ローランド氏 (v. Rohland) 社會刑法學五〇頁以下、九一、九三、一一一頁以下ニ曰ク「行爲者ノ罪責ハ如何ナル場合ニ於テモ罰セラレサルヲ得ス。故ニ假

令危險カ存在セサル場合ニ於テモ尙ホ之ヲ罰セサルヲ得ス。危險カ存在スル場合ニ於テモ其危險ニシテ罪責中ニ包含スルモノナラキハ罪責ニ基キ罰セラレヘシ。之ニ反シテ行爲者カ危險ニ付キ罪責ナキトナレバ之ヲ罰スルヲ得ス。何トナレハ罪責ナケレハ刑罰ナキモノナレハナレ。

(註二) 警戒主義一八三〇年版三八七頁以下。參照。拙著評論第三卷一〇三頁註四〇。

(註三) ビンディング (Binding) 大綱七版劈頭一五頁ニ於テ「保安的刑罰ニ付キ豫言シテ曰ク『歴史的傳來シタリ吾人ノ刑罰ヲ以テ不當ナリトスルトキハ刑法ハ事實ニ於テ破壊セラレ、ニ至ルヘシ』ト。ナグラー氏 (Nagler) ハ其著犯罪豫防策二〇九頁ニ於テ「其研究ニ基キ此豫言ト同一説明ヲ爲セリ。尙ホ同書二二三頁ニ曰ク「何人モ法律的正確ナルモノヲ尙ヒ之ヲ刑事政策的不正確ノ上ニ置クカ故ニ近キ將來ニ於テモ望ムラガハ再ヒ嘗テ經過シタルト同一徑路ヲ見ルヲ得ンコトヲ。而シテ同書二六一頁ニ曰ク『所謂保安的思想ハ將來ニ於テハ從來ヨリハ一層盛ナルヘシ。然レトモ從來ノ論争ノ經過カ教ユルカ如ク勝利ハ保安的刑法ニ歸スルニ

非スシテ過去ノ歴史ノ如クナルヘシ。換言スレハ抑壓ト豫防トヲ區別スル正統刑法學派ノ手ニ歸スヘキナリ。

獨國草案ト犯罪者ノ心意

獨國草案第八十一條ニシテ心意的刑法(犯罪者ノ心意ニ重キヲ置)ニ則リタルモノトセハ之ヲ良好ナル規定ト爲ス能ハス。同條ハ判事ニ命スルニ刑罰ノ量定ニ關シ「特ニ行爲ニ現ハレタル犯罪的心意」ヲ斟酌スヘキ旨ヲ以テセリ。余ハ拙著評論第一卷二七頁以下ニ於テ此規定ハ判事ニ命スルニ行爲以外ノモノヲ斟酌スヘキ旨ヲ以テシタルモノニ非スト解スヘキコトヲ明ニシタリ。犯罪的心意ハ行爲自身ニ依リ表示セラル、モハニシテ特ニ犯罪ハ實行方法及ヒ手段ニ依リ表示セラル、モハナリ。又犯罪的心意ハ行爲者ヲシテ一定ノ行爲ヲ爲スニ至ラシメタル動機及ヒ行爲者カ其行爲ニ依リ達セントスル目的ニ依リ表示セラル、モノナリ。此等總テハ行爲ノ當時存在シタリシ心意ニシテ而モ行爲ニ依リテ

表示セラレタル心意ナルコト理由書三一五頁註四カ第八十一條ノ此語ヲ解釋シタルカ如シ(註一)。故ニ第八十一條ハ絕對的ニ正統刑法學派ノ基礎ニ立脚スルモノト解スルヲ得ヘシ。理由書ハ行爲ニ於テ現ハレタル以外ノ犯罪的心意ノ斟酌モ亦之ヲ除外スルノ趣意ニ非スト附言スルモ斯ノ如キ解釋ハ第八十一條ノ當然ナル解釋ナリト爲シ得ヘキ所ニ非サレハ何等ノ拘束力ナキモノトス(拙著評論第一卷三〇頁參照)。

(註一) 拙著評論第三卷九五頁註二七、一一五頁註九八。

(註一) 獨草理由ノ他ノ場所ニ於テモ亦行爲及ヒ罪責ノミヲ以テ處罰ニ對シ斟酌スヘキ要素タルコトヲ心意ハ然ラス、説ケリ。特ニ一一三頁ニ刑罰量定ニ對スル二個ノ主要ナル原因ハ罪責及ヒ行爲ノ輕重ニ在リトノ語ヲ參照セヨ。尙ホ一四六、一四七、二二〇、二九四、二九七、三一六頁等參照。獨草理由モ亦同様ナル説明ヲ主觀的犯罪構成事實ヲ説クニ當リ常ニ罪責ニ付テ論スルモ危險ニ及フコトナシ。例ヘハ獨草理由劈頭一四頁一〇二頁等。

勿論第八十一條ハ行爲者ノ心意ニ付キ規定シタル草案中ノ唯一ノ條文ニ非ス。草案ノ法條ノ多數ハ正統刑法學派ト刑法新派トノ間ノ交讓思想ニ依リ支配セラレタルコトヲ明ニ認メシム(註一)。即チ草案ハ新派ニ屬スル學者ヲシテ第八十一條ノ心意ナル語ヲ其主義ニ從ヒ解釋シ之ヲ危險ナル意義ニ解釋シ得ヘキカ如キ文字ヲ使用シ之ニ接近セリ。左レハフオンリリエンタール氏(Lilienthal)ノ如キハ現ニ總括刑法雜誌第三〇卷二二二頁二三〇頁ニ於テ左ノ言ヲ爲セリ。

『第八十一條ヲ以テ判事ニ與ヘラレタル一般刑罰量定理由ヲ簡單ナル語ヲ以テ言ヘハ「行爲者及ヒ行爲ノ社會的危險」ナル語ニ依テ之ヲ示スコトヲ得』。

(註一) 拙著評論第一卷三〇頁ヲ見ヨ。

果シテ然ラハ獨國草案第八十一條ハ奧國草案第四十三條ト同シク刑

法的觀念ト保安警察的觀念トヲ混淆シタル點ニ於テ全ク同一ナリト謂ハサルヲ得ス。且ツ又獨國草案ハ刑罰量定ニ關スル事項ニ付キ兩立スル能ハサル反對原則ヲ一致セシメント試ムルニ依リ判事ヲシテ奧國草案ニ於ケルト同一ナル錯雜ニ陥ラシム(註一)。

(註一) 奧國草案第四十三條ハ罪責及ヒ危險ノ兩者ハ全然相異リタル觀念ヲ有スルコトヲ明ニスレトモ獨國草案ハ之ニ反シテ此兩者ヲ同一視セシムルコトアルヲ以テ錯雜ハ前者ニ比シテ大ナルヘキナリ。左レハフオン・ローランド氏(v. Rohland)カ社會刑法學一二七頁ニ於テ「新派ハ刑罰量定ニ際シ總テノ論理的價值ヲ排除シ之ニ代フルニ危險性ヲ以テセリ」トノ新派ニ對スル非難ハ之ヲ奧國草案ニ加フル能ハサルモノトス。

### 第六節 合法主義

◎兩草案ト合法主義……◎合法主義ノ眞意義……◎奧國草案ハ合法主義ヲ採ル。

刑法ニ於ケル法律ト判事ノ權限トノ關係ニ對スル問題ニ於テ兩草案ノ相反對セル立脚點ハ兩草案カ採用スル合法主義ニ對スル態度ニ於テモ亦現ハル。

合法主義ニ實體刑法ノ絕對的拘束力アルコト「實體刑法ノ嚴正ニシテ且ツ不撓不屈ナルコト」實體刑法ハ總テノ情實便宜ヲ排除シ其定ムル所ヲ實行スルノ權威ヲ有スルコトヲ言明スル訴訟法上ノ主義ニ外ナラス(註一)。刑法ハ此性質アルカ爲メニ行爲者ニ對スル大憲章(magna charta)タルヲ得ルモノナルコトフォンリスト氏(V. Linst)モ亦之ヲ言ヘルカ如シ(註二)。然ルニ我獨逸ニ於テハ漸次此點ヲ了解スル者少ナキニ至レリ。而シテ今日合法主義ハ公衆特ニ官廳(註三)ニ對シ重キ且ツ無用ナル迷惑ヲ與フルモノト認ムルモノ、如シ。從テ輕微ナル無數ノ刑事々件ニ付キ合法主義ヲ廢シ之ニ依リテ生スル迷惑ヲ避ケント努ムルモノ、如シ。

斯ノ如クニシテ合法主義ノ甚々如何ハシキ例外ノ行列ヲ獨逸刑事訴訟法草案ニ於テ見ルニ至レリ(註四)。斯ノ如クニシテ獨逸刑法草案カ判事ニ刑事々件カ輕微ナリトノ謂ヲ以テ刑罰ノ免除ヲ付シタル無効ノ場合ニ於テハ檢事ニモ亦訴追ノ義務ヲ免除セサルヲ得サルヘシ(註五)。斯ノ如キ場合ニ於テ判事ノ裁量ノ自由ハ又同時ニ檢事ノ裁量ノ自由ヲ意味スルコト、爲ル。斯ル事情ハ此問題ヲ本論ニ於テ論究スルノ必要ヲ生シタル所以ナリ。

(註一) 參照。拙著獨逸法律新聞第一四卷一九〇九年版一〇四九頁以下ニ於ケル合法主義ト題スル論文。

(註二) 參照。拙著研究八二頁以下特ニ其八三頁ノフォンリスト氏ノ論文ヲ引證シタル場所及ヒ同所ノ(Nulla, crimen sine lege)「法律ナケレハ犯罪ナシ」及「Nulla poena sine lege」「法律ナケレハ罰ナシ」トノ二原則ハ國家ノ專權ニ對スル國民ノ權利ノ保障ナリト評論シタル見解。

(註三) 參照。一九〇九年ノ獨逸刑事訴訟法草案理由書二一頁ニ曰ク「訴追

強制ノ原則ハ訴訟ヲ爲ス官廳ニ對スル非常ナル負擔ヲ生セシム。拙著  
評論第三卷一、二、一頁註一、二一及二同書ニ於ケル引證。

(註四) 參照。一、二七頁註一ニ採用セル拙著論文同所ニ於テ余ハ特ニ刑事  
訴訟ニ於ケル起訴強制主義ノ毀損ハ實體刑法ノ毀損ヲ意味スルカ故ニ  
所謂便宜主義ニ讓歩スルコトナク合法主義ヲ厲行セサル可ラサルコト  
ヲ說明シタリ。

(註五) 拙著評論第三卷八三頁以下。

德國草案ハ合  
法主義ヲ採ル

茲ニ又吾人ハ德國草案ハ立案者ハ斷乎トシテ刑法ノ絕對的權威ハ爲  
ハ其歩ヲ進マタルヲ見ル。德國草案理由書一、〇、一、〇二頁ニ於テ輕微  
ナル犯罪ニ付キ合法主義ヲ捨テ、便宜主義ヲ採ル諾威ノ先例及ヒ獨逸  
帝國新刑事訴訟法草案ノ主義ヲ斷然排斥シタリ(註一)。而シテ立案者ハ  
精誦ノ價アル好文字ヲ以テ之カ理由ヲ付セリ。仍テ其全文ヲ左ニ掲ク。  
「合法主義ノ原則ハ重大ナル國法上及ヒ社會上ノ價值ヲ有スルモ

ノ○ニ○シ○テ○之○ヲ○毀○損○ス○ヘ○キ○モ○ノ○ニ○非○ス○シ○テ○事○ロ○時○代○ニ○適○ス○ル○刑○法  
ヲ○施○行○ス○ル○ニ○依○リ○益○々○之○ヲ○鞏○固○ナ○ラ○シ○ム○ヘ○キ○モ○ノ○ナ○リ○。實○體○的  
法○律○ハ○問○題○ハ○訴○訟○法○ノ○變○更○ニ○依○リ○テ○解○決○ス○ヘ○ク○試○ム○ヘ○キ○モ○ノ○ニ  
非○ス○。刑○事○訴○追○ニ○關○ス○ル○便○宜○主○義○ヲ○認○ム○ル○ニ○依○ル○總○テ○ノ○根○本○的  
缺○點○ヲ○看○過○ス○ル○モ○若○シ○夫○レ○合○法○主○義○ヲ○拋○棄○シ○得○ラ○ル○ヘ○キ○最○終○時  
期○ア○リ○ト○セ○ハ○是○即○チ○實○體○法○律○ノ○根○本○的○改○正○ヲ○爲○ス○ヘ○キ○時○期○ナ○リ○」。  
(註一) 參照。德國草案第六十八條ニ對スル理由書一、二六頁。グライスバ  
ハ氏(Glaisbach.) 刑法草案四、五、八九、九四、三七〇頁註二ヲ見ヨ。

### 第三章 結論

○兩草案共ニ刑罰範圍ヲ廣ム……○兩草案ノ相異ナル所……○獨國草  
案ニ對スル贊辭……○獨國草案ニ對スル非難……**第一、判事ノ自由裁  
量ノ甚シキ擴張ハ法律ノ性質及ヒ實質ニ矛盾セサルカ……**

第二、判事ノ自由裁量ノ甚シキ擴張ハ法律ノ確定ト安固トニ  
 矛盾セサルカ……第三、判事ノ自由裁量ノ甚シキ擴張ハ國民  
 ノ權利自由ノ安固ヲ危ウセサルカ……第四、判事ノ自由裁量  
 ノ甚シキ擴張ハ裁判ヲ區々ナラシメ且ツ裁判ノ威信ヲ失墜  
 セシムル虞ナキカ……第五、判事ノ自由裁量ノ甚シキ擴張ハ  
 人ノ性情ニ悖ル裁判ヲ行ハントスルニ非サルカ……第六、判  
 事ノ自由裁量ノ甚シキ擴張ハ判事ニ不可能ナル任務ヲ擔ハ  
 シムルニ非サルカ。

獨國草案ハ刑法ニ於ケル判事ノ自由裁量ヲ認ムルコト獨國草案ニ比  
 シ遙ニ廣大ニシテ其範圍ハ以上論述シ來リタル總テノ方面ニ涉ルコト  
 ハ上來ノ説明ニ依リ明ナル所ナリ。獨國草案モ亦判事ノ裁量ヲ奴隸的  
 ニ拘束スルモノニ非スシテ寧ロ判事ヲシテ個々ノ場合ニ適應スル判決

兩草案共ニ刑  
 罰範圍ヲ廣ム

ヲ爲スヲ得セシメタリ(前段一、二頁註四)。管ニ然ルノミナラス草案ハ機械的ニ  
 刑罰ヲ量定スルカ如キハ成ルヘク之ヲ避ケント欲セリ(獨國草案理由一〇、  
 四、一〇五頁)。故ニ獨國草案ハ判事ニ與フルニ現行法ニ於ケルヨリモ遙ニ大ナル活動  
 範圍ヲ以テセリ。理由書緒論八頁(註一)ハ左ノ言語ヲ以テ之ヲ示セリ。

『草案ハ刑罰量定ノ領域ニ於テ判事ノ自由裁量ノ範圍ヲ現行法ニ  
 比シ遙ニ擴張セリ。是レ現行法ハ判事ヲシテ個々ノ場合ニ適應  
 セシメ得ヘキ範圍甚タ狭少ナレハナリ』。

(註一) 參照。刑罰範圍擴張ニ付テ述ヘタル一八四、一八五頁。

此點ハ獨國ニ於ケル同草案ノ批評家ノ等シク認ムル所ナリ。草案カ  
 刑罰ノ種類ノ選擇、國民ノ名譽權制限、自由刑ニ罰金刑ノ併科、判決ノ公示、  
 言渡シタル禁錮刑ノ嚴峻及ヒ刑罰ノ寬嚴等ノ如キ刑罰量定ニ關スル總  
 テノ問題ハ悉ク判事ノ自由裁量ニ一任セシメタルコトニ付テハグライ

スバツハ氏(v. Gleispach)刑法草案六九頁ニ類集セラレタルカ如シ。同氏(同頁)ト共ニ草案ハ個々ノ場合ニ適應セシムル爲メニスル輕刑ニ處スルヲ得ルノ範圍狹隘ニ失シタリト非難スル者アラシ(註一)。然レトモ此非難タルヤローゼンフェルド氏(Rosenfeld)<sup>(一)</sup>カ<sup>(二)</sup>奧國草案ハ「刑罰量定ノ範圍ニ關シ立法者ノ頑固ナル抑制ナリ」トノ非難ト同シク妥當ナラス。

(註一) レンツ氏(Lenz)三五八頁註一。グライスバツハ氏(Gleispach)三三八頁註一。

寧ロ奧國草案ハ裁判上ノ刑罰量定ニ關シ判事ニ充分ナル趣味ヲ與フヘク之ニ充分ナル自由ヲ許セリ。此點ハグライスバツハ氏(Gleispach)ノ左ノ言語ハ之ヲ説明シテ餘アリ。

「刑罰範圍ノ廣キコト、刑罰種類ノ實體上著シキ差異アルコト、之ニ

付キ判事ニ選擇權アルコト及ヒ刑罰執行ニ關シ判事ニ選擇權アルコトノ如キ此等總テハ判事ヲシテ刑罰ノ量定ヲ以テ大ニ興味アル任務タルヲ感セシムルモノナリ。即チ之ニ依リ判事ヲシテ其任務ニ付キ其思考力ヲ費サシメ其責任感覺ヲ增加セシメ其精力ヲ集中セシムルモノナリ」。

法律ヲ以テ判事ヲ拘束スルノ程度ノ大小ノ問題ハ要スルニ程度ノ問題ニ外ナラス(註一)。奧國草案ハ遙ニ高キ程度ニ於テ法律ハ權威ヲ以テ判事ハ裁量ヲ支配セント努ムルニ反シ獨國草案ハ判事ハ裁量及ヒ其自由ハ擴張ニ腐心セリ。現行獨逸刑法カ判事ノ裁量ニ大ナル自由ヲ以テシタルコトハ兼テ非難アリタル所ナルニ拘ハラヌ(拙著研究二〇七頁註一於ケル引證前段六、六二頁フオン(註二))。草案ハ現行法ニ比シ此自由ヲ遙ニ擴張シタルコトフオンリリエントール氏(v. Lillenthal)<sup>(一)</sup>誌第三〇卷

兩草案ノ相異ナル所

○二三)カ之ヲ述ヘタルカ如シ。

(註一) 此事項ニ關シテモ亦兩草案ヲ比較スルニ依リ特ニ教訓ヲ得ルコト多シ。

(註二) ロイス氏 (Lois) 懲役ニ付テ、一九〇三年版一頁ニ曰ク「我刑法ハ總テ判事ノ自由裁量ニ一任ス。故ニ判事ハ其個人的感覺ニ基キ判斷スヘク要求セラル、モノナリ。」

余ハ此點ニ付キ獨國草案ノ方面ニ反對シ、奧國草案ノ方面ニ贊成スルニ躊躇セサルモノナルコトハ上來説明シタル所ニ依リ明白ナルヘシ。余ハローゼンフェルド (Rosenfeld) (奧國刑法雜誌第一卷三二八頁)カ爲シタル獨國草案ニ對スル贊辭ニ對シ全然反對スルモノナリ。氏曰ク

「獨逸立法者カ(刑罰量定)重大ナル問題ヲ賢明ナル手腕ニ依リ解決シタルヲ喜ヒ且ツ誇ルヘキナリ。彼ハ判事ニ方針タルヘキ思想ヲ注入シ以テ判事ヲシテ心理上之ヲ看過スルコト能ハサラシ

獨國草案ニ對  
フル贊辭

獨國草案ニ對  
フル非難

ム。而シテ彼ハ判事ニ與フルニ刑罰量定ノ自由ナル主宰者トシテ絕對獨立ナル地位ヲ以テセリ」(註一)。

(註一) 余ハ又ワツハ氏 (Wacht)カ獨逸法律新聞第一五卷一一三頁ニ爲シタル草案ノ贊辭ニ贊成スル能ハス。氏曰ク「吾人ノ前ニ現出スル最も重要ナル要素ハ判事ノ自由ノ増進ナリトス。人若シ正義ニ合シ社會生活ト歩調ヲ合シ且ツ法律感覺ヲ満足スヘキ司法即チ民衆一般ノ思想ニ適合スル判事ヲ得ント欲セハ之ヲ認メサルヲ得ス」。

判事ハ自由裁量ヲ無方針ニ開放スルハ一事ハ余カ獨國草案ニ對シ、非難ヲ加フヘキ最終ハモノナリ。余カ此非難ヲ爲ス所以ハ獨國草案カ余ノ採用スル所ニ相反スル刑法上ノ根本觀念ヲ基礎トスル爲メノミニ非ス(此點ニ付キ前段二)。  
奧國草案モ獨國草案ト同シク刑法新派ノ立脚點ニ立ツモノ(前段一、二)ナレトモ判事ノ自由裁量ノ點ニ付テハ獨國草案ノソレノ如ク極端ニ奔ルコトナシ。余カ判事ハ自由裁量ハ問題ニ於



テ、**埃國草案ニ賛成シ、獨國草案ニ反對スル**、所以ノモハ、**他ニ非ス。法律ノ權威ヲ絶對的ニ維持スルヲ以テ必要ナリトノ確信ヲ有スレハナリ。** **法治國民ノ法律安全及ヒ國民ノ自由ヲ危ウスルノ憂懼アレハナリ。司法ニ對スル民衆一般ノ信賴ヲ慮ルヘキモノアレハナリ。是レ余カ他ノ場合ニ於テ廣キニ失シタル判事ノ裁量ニ反對シタル所以ニシテ、註一）再ヒ茲ニ之ヲ補充セントスル理由ナリ。**

(註一) 參照。拙著研究一三五頁以下。拙著評論第一卷六一頁以下。拙著

評論第三卷七五頁以下。同書ニ引證シタル參考書ノ外尙ホケイラー氏 (Kühler) 研究一六頁以下。岡氏紀事一九一頁以下二二二頁、二三三頁。エルトマン氏 (Erlmann) 一五頁以下。氏ハ過去ノ時代ニ於ケル愚ナル形式主義ニ反對シ個々ノ場合ニ適應スヘキ處置ヲ熱心ニ主張スルモノナレトモ判事ノ裁量ノ自由ノ大ナルニ依リ作フヘキ無數ノ制限及ヒ缺點ヲ看過スルコトナク之ヲ一五頁以下ニ詳論セリ。

第一 判事ノ自由裁量ノ甚シキ擴張ハ法律ノ性質及

ヒ實質ニ矛盾セサルカ。

法律適用ノ種類方法ヲ全然判事ノ自由裁量ニ一任スルカ如キ又法律ヲ適用スルト否トヲ一般ニ判事ノ裁量ニ一任スルカ如キハ法律ノ性質及ヒ實質ニ矛盾スルモノナリ。斯ハ如クスルトキハ元來法律ハ判事及ヒ其行動竝ニ感情ノ上ニアリテ之ヲ支配スヘキモノナルニモ拘ハラス(註一)却テ判事ヲシテ法律ノ上ニ立チ其信スル所ヲ以テ法律ヲ左右セシムルコトハ爲ルヘシ(註二)。斯ハ如クサルトキハ元來判事ハ法律ノ機械ニ非サルト同時ニ法律ノ奴隸(註三)ニ非サルモ而モ法律ノ使用人タルニモ拘ハラス(註四)其地位ヲ替ヘ判事ハ却テ法律ノ主人タルニ至ルヘク又立法者タルニ至ルヘシ(註五)即チ立法者ヲ免黜シ之ニ代フルニ判事ヲ以テスルコトハ爲ルヘシ(註六)。斯ハ如クサルトキハ法律ハ其實質ニ矛盾ス

ルコト、ナリテ本來法律カ有スヘキ確定力ヲ失フコト、ナルヘシ(註七)。  
斯ノ如クストキハ法律ハ其性質ヲ變シ其本來拘束力ヲ有スル法規準  
則ハ化シテ判事ニ對スル單純ナル訓令タルニ終ルヘシ(註八)。斯ノ如ク  
ストキハ法治國自體ハ全然覆沒シ去ラルヘクシテ自由法律發見主義  
ハ採用ヲ見ルニ至ルヘシ(註九)。

(註一) レフラー氏(Lehrer) 德國刑法雜誌第一卷四八五頁。

(註二) 而シテ判事ハ法律ニ從ヒ裁判スルニ非スシテ個々ノ場合ニ應シ法  
律ノ便否ニ關スル自己ノ意見ニ從ヒ裁判シタルコトヲ憤慨シタリシ時  
代ハ再ヒ來ルヘク脅迫ス。フォン・パール氏(V. Paul) 歴史一四九頁。

(註三) ワッハ氏(Wach) 獨逸法律新聞第一五卷一一三頁。

(註四) 一八一三年ノバイエルン國刑法典ニ對スル理由書第一卷六九頁ニ  
曰ク判事ハ單ニ法律ノ使用人ニシテ法律ノ便否ニ付キ判斷スル權限ヲ  
有セス。判事ノ職務ハ判斷スヘキ行為ニ對シ存在スル法律ヲ適用スル  
ニ限定セラル。尙ホフィンガー氏(Finger) 意見書第二卷三七頁及ヒ拙

著評論第三卷六九頁ヲ見ヨ。

(註五) ホイエルバハ氏(Fenrich) 改正論第一卷一〇九頁。拙著評論第三  
卷一一七頁註一〇二。

(註六) 同趣旨。ラマツシユ氏(Lammusch) ゲリヒツザール第六四卷二〇二頁。  
フィンガー氏(Finger) 意見書第二卷八四頁。

(註七) ホイエルバハ氏(Fenrich) 評論第三卷一一頁以下ニ於ケル「確定性  
ヲ有セサル立法事業ヨリ抵觸ノ甚シキモノアルカ」ノ論文。同氏教科書  
第一版第一〇〇節。

(註八) 獨草理由モ亦判事ノ自由裁量ニ贊成シタル後其劈頭一一頁ニ於テ  
左ノ如ク言ヘリ。草案カ從來ヨリモ廣大ナル範圍ニ於テ裁判官ニ對ス  
ル指揮ヲ與ヘタルモ此指揮タルヤ判事ニ對シ單ニ方針ヲ示シタルモノ  
即チ訓示的ノ性質ヲ有スルモノナリ。尙ホ理由書三一四頁參照。法律  
ヲ貶下シテ單純ナル訓令ト爲スノ不可ナルコトニ付テハホイエルバハ  
氏(Fenrich) 改正論第一卷一一四頁參照。ヘフテル氏(Hefter) 教科書第  
一九節。ビンディング氏(Binding) 刑法全書第一卷二九頁ニ曰ク「刑法ハ  
元來裁判上ノ訓示ニ非スシテ刑罰ノ主宰者タル權利及ヒ義務ヲ有スル

法則ナリ。拙著評論第三卷七〇頁。

(註九) グランド氏 (Grand) 四頁二二二頁註二五。

## 第二 判事ノ自由裁量ノ甚シキ擴張ハ法律ノ確定ト

安固トニ矛盾セサルカ。

法律ハ性質ハ元來確定ト安固トハ兩性質ヲ有スルモノニシテ特ニ刑法ニ於テ之ヲ有セサル可ラサルハ勿論ナリ(註一)。若シ刑法カ判事ニ許スニ人ノ法益而モ最モ重大ナル法益ニ對シ侵害ヲ加ヘ之ヲ減少シ若クハ滅却スルノ權力ヲ以テセントセハ斯ル權力ノ行使ハ須ク獨リ正義ト確實トニ合スル場合ノミニ之ヲ限ルヘキナリ。正義ハ法律的安固ノ確立ヲ妨ケサル範圍ニ於テ判事ノ權力ヲ認ムヘク又確實ハ判事ノ此權力カ嚴正ニ法律ノミニ從ヒ實行セラル、コトヲ條件トシテ之ヲ認ムヘキナリ。尙ホ此事タル國家政治ノ要求スル所ナリ。レフラー氏 (Löffler)

(一) 英國刑法雜誌(第一卷一四五頁)ノ左ノ言ハ之カ理由ト爲スコトヲ得ヘシ。

「此過度ノ時代ニ於テ刑法ヲシテ國家ヲ維持シ社會ヲ維持スルノ力ヲ有セシメントセハ之ヲシテ確乎不動ニシテ且ツ確定不變タラシムヘシ。個人ノ恩惠的意思ニ依リ若クハ放漫ナル見解ニ依リ其強制力ヲ失フカ如キコトアラシム可ラス」。

(註一) シュミット氏 (Schmitt) 刑事司法二六二頁。刑法ノ確定ニシテ且ツ獨

立ナル法則ノ必要ニ付テナイグラー氏 (Nitzler) 犯罪豫防策二一〇頁前段一六頁註二參照。

吾人ハ刑法ニ依リ國家及ヒ其法律ノ秩序ヲ保護セント欲スルモノナリ。即チ吾人ハ刑罰ニ依リ現ニ罪ヲ犯シタル者及ヒ將來罪ヲ犯スル虞アル者ヲシテ犯罪行為ヲ爲サバシムヘク刑罰ニ依リ之ヲ教ユヘク又之ヲ導クヘク試ムルモノナリ。斯ノ如キ目的ヲ達セントセハ刑法ハ確

定且ツ不變ナラサル可ラス(註一)。斯ノ如クニシテ始テ犯罪者ハ行爲ヲ爲スノ前ニ若シ犯罪行爲ヲ爲ストキハ法律ニ從テ如何ナル刑罰ヲ加ヘラハヤヲ熟知シ得ヘク(註二)又犯罪行爲アリタル後彼カ受クル刑罰ハ其自ラ招キタル所ニシテ法律ニ依リ科セラル、所以ヲ熟知シ得ヘキナリ。

(註一) ホイエルバツハ氏(Fenichel)カ其心理的強制主義ヲ貫徹スルニハ刑法ノ確定不變ナルコトヲ必要トストノ推論ハ假令此主義ヲ不可ナリトスルモ刑罰ニ人ヲ欺ユヘク導クヘキカアリトスル以上ハ此推論ハ之ヲ重要視セサルヲ得ス。尙ホエルトマン氏(Dertmann)一六頁。拙著評論第三卷七七、七八頁。

(註二) 犯罪者カ罪ヲ犯ストキハ如何ナル不利益ヲ見ルヘキト自身(及ヒ國家)ニ對シ何程ノ損失ヲ來スヘキヤハ犯罪者チシテ之ヲ豫知スルヲ得セシメサル可ラス。刑法ハ自由ヲ有スル人ニ對シ強制ヲ加フルモノニシ

テ人ニ重キ害惡ヲ加ヘ場合ニ依リ其人ノ物理上、又ハ社會上ノ存在ヲ失ハシノ。各人ノ如何ナル條件アルトキハ斯ノ如キコトヲ受クヘキヤチ確定のニ之ヲ知ルヘク要求スルヲ得ルモノトス。刑罰ハ犯罪ノ結果ノニ依リ定マルヘキモノニ非ス。若シ刑罰ハ犯罪ノ結果ノニ依リ定マリ父ハ判事ノ裁量ノミニ依リ定マルヘキモノトスルキハ偶然ナルモノカ總テチ支配スルニ至ルヘシ。管テヘンケ氏(Henke)ハ其著刑法全書第一卷五五八頁ニ於テ刑法ナルモノハ人ヲシテ行爲ニ付テノ裁判的判決力豫知シ得ラルヘキコト及ヒ他ノ一面ニ於テ判事チシテ如何ナル行爲ヲ以テ罰スヘキ行爲トシテ判決スヘキヤチ知ラシムヘキ地位ニ置カサル可ラスト要求セリ。ナーグラー氏(Nagler)犯罪ノ豫防策一〇九頁ニ曰ク「確定ニシテ豫メ行爲ノ法律上ノ結果ヲ豫知シ得ヘキ法律ハ進歩シタル時代ノ性質チ有ス。

### 第三 判事ノ自由裁量ノ甚シキ擴張ハ國民ノ權利自由ノ安固ヲ危ウセサルカ。

法律ハ單ニ一般保護即チ法律秩序ノ保護ハ爲メハミニ定メラレタル  
 モハ非スシテ尙ホ個人ノ保護即チ被告人自身ノ保護ノ爲メモ亦定  
 メラレタルモノナリ。換言スレハ多數人ノ擅横及ヒ其機關ノ專權ニ對  
 シ個人ノ自由ヲ保護スル爲メモ亦定メラレタルモノナリ。ガルソン  
 (Garçon)ハ左ノ言ヲ爲セリ(註一)。

” Ainsi un code pénal nous apparaît sous un double aspect : d'une part, c'est un menuee, mais d'autre part et surtout c'est une garantie de la liberté civile. ” 『刑法ハ二個ノ着眼點ヲ有ス一方ハ脅迫ニシテ他ノ一方ハ前者ニ比シ一層重要ナルモノニシテ國民ノ自由ノ保護ナリ』。

(註一) 一九〇九年アムステムダムニ於ケル萬國刑法家總會ニ於ケル報告  
 同報告書第一六卷三六一頁。

nulla poena sine lege. 『法律ナケレハ刑罰ナシ』トハ原則アルハ之カ爲メ

ニ外ナラス。刑法ノ適用ニ關スル刑事ノ擅横カ有效ニ排除セラレハニ  
 至リテ始メテ刑法ハ被告人ニ對スル大憲章(magna charta)タルモノナリ。  
 刑法ニ於ケル判事ノ自由裁量カ廣ケレハ廣キ程被告人ノ保護カ益々薄  
 カルヘシ(註一)。判事ノ裁量ノ自由ハ不知不識ノ間ニ判事ノ放漫ナル自  
 由行動ヲ導ヒキ以テ國民ノ自由ヲ滅却スルニ至ルヘシ。フインガー氏  
 (Finger) 意見書第(二)頁曰ク『刑法ニ於ケル法律適用ニ關シ比較的廣キ範圍ノ自  
 由ヲ以テスルハ個人ノ自由ニ對スル危険ヲ意味スルモノナリ(註二)』。

(註一) 參照。之ニ付キ拙著研究一三六頁。刑法新派ニ屬スル學者カ一方  
 ニハ刑法ヲ保持シ且ツ個人ノ自由ヲ保護スル爲メ法律ナケレハ刑罰ナ  
 シトノ原則ヲ保持セント欲シ他ノ一方ニ於テ個人ノ自由ヲ刑罰裁判官  
 ニ一任スルカ如キハ明ニ矛盾ナリ。フオンリスト氏自身モ法律ナケレ  
 ハ刑罰ナシトノ原則ヲ貫徹スル如キハ單ニ絕對的ニ定メタル刑法ハミ  
 チ許スヘキコトヲ言ヘリ(前段九頁參照)。然ルニ如何ニシテ彼ハ新派ノ

要求スル如キ廣キ判事ノ自由裁量ヲ認容シ得ヘキカ。獨國草案カ一面ニ於テ其卷頭第一ニ於テ國民ノ法律の安固ヲ圖ル爲メ「法律ナケレハ犯罪ナシ」トノ原則ヲ掲ケナカラ他ノ一面ニ於テ此規定ノ實行ヲ上來説明シ來リタル範圍ニ於テ判事ノ主觀的裁量ニ一任スル如キハ是レ亦前ト同一ナル矛盾ナリ。

(註二) フインガー氏(Fünker)ノ此文章ニ關スル詳細ナル説明及ヒ其採用シタル參考書ヲ參照セヨ。

判事ノ廣キ自由裁量ヲ許ストキハ「判事ノ物理上及ヒ心理上ノ特有性」ノ如キ「人道的ノ性情ヲ有スル判事ノ特有性」又ハ「威嚇的性情ヲ有スル判事ノ特有性」ノ如キ「宗教上道德上政治上若クハ法律上ノ見解如何ニ依リ」甚シキ相違アル判事ノ特有性」ノ如キハ次第次第ニ法律ヲ排斥シテ之ニ代ルニ至ルヘキナリ(註一)。而シテ犯罪者ハ最早ヤ客觀的法律ニ從テ其刑罰ヲ受クルモノナリト感セシテ寧ロ判事ノ主觀的見解ニ依リ之ヲ

受クルモノト感スヘキナリ(註二)。斯ノ如キハ氣儘ナル刑罰ノ復歸(前段以下)即チ判事ノ擅横ノ歸復註三ヲ意味スルモノニシテ嘗テ之ヲ驅逐シテ「法律ナケレハ刑罰ナシ」トノ原則ニ導キタル全歷史上ノ徑路ハ今ヤ之ヨリ再ヒ繰返サハルヲ得サルニ至ルヘシ。

(註一) 參照。拙著犯罪ニ加功、獨逸刑法内外比較評論總論第一二卷一四〇頁。拙著研究一三五頁及ヒ拙著評論第三卷七五頁並ニ同所ノ引證。ヘーゲル氏(Hegel)總般的改正二四一頁。

(註二) 參照。埃草理由勞頭一七頁ニ曰ク「刑ノ量定ハ個々ノ場合ニ適應スヘシ。併シ判事ノ特有性ヲ以テ標準トス可ラスシテ行爲者ノソレヲ以テ標準トスヘシ。

(註三) 參照。拙著研究一三五、一三六頁、拙著評論第三卷七五、一二一頁註一一一及ヒ同所ノ引證。ヘンケ氏(Henke)刑法全書一五九頁ニ曰ク「法律ハ不確定ニ依リ生ムル判事ノ裁量ハ甚タ容易ニ之ヲシテ放漫ナラシム」。

#### 第四 判事ノ自由裁量ノ甚シキ擴張ハ裁判ヲ區々ナ

ラシメ且ツ裁判ノ威信ヲ失墜セシムル虞ナキカ。  
 法律カ確定不動ノモノニ非スシテ寧ロ判事ノ裁量ニ依リ左右セラレ  
 へキモノ即チ全然豫知スル能ハサルモノト認メラルハ於テハ刑事裁  
 判カ自由放漫ノ外觀ヲ有スルコトハ到底之ヲ避クル能ハサルモトス。  
 此事實既ニ刑事司法ノ威嚴ヲ損傷シ且ツ之ニ對スル信用ヲ減少スヘク  
 充分ナリトス。若シ夫レ刑事司法カ民衆ニ於ケル信用ヲ失ヒタリトセ  
 ンカ完全無缺ナル刑法ト雖モ尙ホ犯罪ノ鎮滅ニ對シ何等ノ效果ナキニ  
 至ルヲ免レス。左レハゾイフェルド氏 (Zeilert) (第一國刑法家協會報告)ハ  
 刑法處分カ自由放漫ニ陥ルハ危險ヲ除クヘク力ムヘキノミナラス尙ホ  
 又斯ル嫌疑ヲ避クヘク力メサル可ラス。此事タルヤ司法上大ニ考慮ヲ  
 煩スヘキモノナリトハ警告ヲ與ヘタリ(註一)。

(註一) 參照。拙著評論第三卷七八頁。

全然同様ナル情狀ヲ有スル同様ナル犯罪モ其裁判所ヲ異ニスルニ從  
 ヒ甚シク相異ナリタル裁判ヲ爲スニ至ルハ一ニ判事ノ自由裁量ノ廣  
 ニ原因スルコトカ一般ニ知ラレハハ刑事裁判カ氣儘勝手ナリト  
 ハ獨リ犯罪者界ニ於テ認メラレハ止マラス廣ク公衆ニ依リ一般ニ認  
 メラレサルヲ得ス(註一)。勿論刑事裁判ハ區々ニ涉ルハ判事ノ裁量ヲ全  
 然排斥セサル以上ハ到底之ヲ避ケ得ルモノニ非ス。然レトモ成ルヘク  
 刑事裁判ノ畫一ヲ企圖スルノ重大ナル利益(註二)ハ始メヨリ全然之ヲ拋  
 棄シ却テ根本的無制限ニ判事ノ自由ヲ開放シ此弊害ヲ無限ニ増大シ以  
 テ此弊害ヲシテ益々甚シカラシムルカ如キハ之ト全然沒交渉ナリ。左  
 レハ壞國草案理由書カ左ノ語ヲ以テ判事ノ無制限ナル自由裁量ヲ排斥  
 スルハ理由ト爲シタルハ大ニ賛成ヲ表スヘキナリ。  
 「立法者タル者個人ノ自由ヲ保護スヘク法律ノ畫一ナル適用ノ利

益ヲ眼中ニ置クヘク注意セサル可ラス(男頭)判事ノ主觀的見解カ  
殆ト標準ト爲リ得ヘキカ如キ危險及ヒ刑罰力甚シク區々ニ量定  
セラレカ如キ危險ハ之ヲ避ケサル可ラス(六男頭一)。

(註一) 參照。拙著評論第三卷七五、七六頁及七同所ニ於ケル引證。ケーラ

一氏(Köhler) 研究一九頁及七紀事二二二頁。

(註二) ラマツシユ氏(Lammusch) Gerich'saal. 第六四卷一八一頁ニ曰ク「同一罪名  
ヲ有スル同一種類ノ犯罪事件ニ付キ公ニセラル、刑事判決力相異ナル  
コト少ケレハ少ナキ程其犯罪ニ科セラル、刑罰ハ益々正確ニ益々鮮明  
ニ一般人ノ腦裡ニ印象シ從テ刑罰威嚇ニ依ル犯罪防止ノ力ハ益々鞏固  
ト爲ルヘシ」。

刑事裁判カ甚シク畫一ナラサルトキハ之ニ依リテ司法ハ高慢ナリト  
ハ非難裁判ハ階級的ナリトハ惡聲ハ新ニ勢ヲ得ヘク而シテ一般ノ輿論  
ハ之ヲ正當ナリトシテ裏書スルニ至ルヘシ。斯ノ如クスルトキハ刑事

司法ニ對スル人民ノ信頼ノ横タルハ秤皿ハ高ク空中ニ上リ以テ社會一  
般ニ對シ又其法律秩序ニ對シ重大ナル損害ヲ及ホスヘキナリ。之ト同  
時ニ個々ノ場合ニ適應スルヲ得セシムルハ主義ヲ採用シ以テ適當ナル  
裁判ヲ得ヘシトハ希望ヲ有スル秤皿ハ低ク沈下スヘキナリ(註一)。後者  
ニ依ル利益ハ如何ニシテ前者ニ依ル損害ヲ償ヒ得ヘキモノゾ。左レハ  
フインガー氏(Fringer) 五二見書二)ノ左ノ言ハ全然正當ナルモノナリ。

「個人ハ往々ニシテ法律秩序ニ依リ不利益ヲ受クルコトアルモ一  
般力之ニ依リ受クル所ノ利益ハ疑モナク之ニ勝ルモノナリ」。

(註一) 法律的安固、國民ノ自由及ヒ刑事裁判ノ信用ヲ確實ニ維持スルコト  
ハ重大ナル價值ヲ有スルモノニシテ個々ノ場合ニ於テ判決カ當チ得ル  
ト否トニ依テ生スヘキ利益ノ價值ト比較スヘキモノアラズ。確定不動ナ  
ル刑法、法律ナケレハ刑罰ナシトハ原則ハ國民ノ自由ニ對スル保障ナル  
コトハ何人モ認ムル所ナリ。故ニ吾人ハ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ抛



重スルヲ欲セス。而シテ吾人ハ自由法學派カ欲スルカ如ク判事ヲ法律ノ上ニ置クヲ欲セス。何トナレハ刑法ニ於テ判事ヲ法律ノ上ニ置クカ如キ不都合ノ大ナルハ他ニ其比ヲ求ムル能ハサル所ナレハナリ。故ニ刑罰ノ量定ニ關シ法律ニ重キヲ置クヘキヤ將タ又判事ニ重キヲ置クヘキヤノ選擇ニ關シテハ勿論法律ニ重キヲ置クヘキナリ。之ニ付キホイエルバツハ氏(Eisenbach)改正論男頭一六頁參照。

### 第五 判事ノ自由裁量ノ甚シキ擴張ハ人ノ性情ニ悖

ル裁判ヲ行ハントスルニ非サルカ。

判事ハ主觀的見解ニ依リ命セラルハ刑罰ヨリハ何人モ客觀的的法律ニ依リ命セラレタル刑罰ヲ以テ遙ニ一層正當ナリト感スルモノナルヘシ。更ニ之ヲ詳言スレハ何人モ判事ノ主觀的ニシテ而モ監督スルニ困難ナリ。動モソレハ誘惑セラレ且ツ確定不動社會一般ノ意思(法律)ニ依リ定マルルハ客觀的ニシテ且ツ確定不動社會一般ノ意思(法律)ニ依リ定マル

ヘキ刑罰ヲ以テ遙ニ一層正當ナリト感スルモノナルヘシ。試ニ罪ヲ犯シ被告トシテ其自由財産及ヒ名譽ニ對スル侵害(刑)ヲ受ケサル可ラサル地位ニ立チタルモノト假定セヨ。何人カ社會一般ノ確定意思(法律)ノ下ニ立ツコトヲ望マシテ判事ノ主觀的ニ立ツコトヲ欲スルモノト望ムヤ。余ハフアンハメル氏(van Hamel)ト共ニ左ノ言ヲ言ハント

“ J, ne voudrais pas, n'è ne entre les mains de l'homme le plus intelligent,

un pouvoir judiciaire aussi absolu que le pouvoir médical du médecin ”

「余ハ最も賢明ナル人ノ手ニ於テ爲サルトキト雖モ尙ホ醫師ノ醫術的權力ノ如キ其絶大ナル司法權ニ服スルヲ望マス」。

法律ノ規定上科セサルヲ得サルモノトシテ科セラレタル刑罰ハ假令甚タ不當ナリトスルモ之ヲ判事カ其自由裁量ニ依リ加ヘタル不當ナル

刑罰ニ比スレハ遙ニ正當ナルモノト感セラレク且ツ又一層輕キモノトシテ之ヲ忍フヲ得ヘキモノナリトハ余ノ信スル所ナリ。判事ヲシテ犯罪者ニ存スル罪責ヲ極メテ微細ノ點マテ稽查スルヲ得セシメンヨリハ寧ロ不適當ナル尺度(人、時、處、境、遇ニ依リ差別的見ナキ)ヲ以テ其罪責ヲ量定スルヲ避クルヲ以テ重要ナリト爲スヘキナリ。

### 第六 判事ノ自由裁量ノ甚シキ擴張ハ判事ニ不可能

ナル任務ヲ擔ハシムルニ非サルカ。

終リニ臨ミ刑事裁判官ノ自由裁量ヲ非常ニ擴大スルトキハ之ニ依リ其任務ヲ困難ナラシメ且ツ其責任ヲシテ過重ナラシメタルコトヲ一言セサルヲ得ス。法律カ犯罪構成事實ヲ護謨的且ツ抽象的ニ規定シタル結果トシテ判事ニ委シタル無數ノ空白ハ判事之ヲ適當ナル方法ニ於テ填補シ且ツ犯罪構成事實ナルモノハ判事自身之ヲ定メサル可ラス。法

律カ精密ニ限界ヲ定ムルヲ避ケ曖昧ナル文字ヲ使用シ以テ社會ニ於ケル種々ナル生活現象ニ適合セシメント圖リタル場合ニ於テハ判事ハ裁判ヲ爲ス爲メ之ニ付キ一定ノ眼界ヲ定メサル可ラス註一。判事ハ其刑罰ヲ量定スルニ當リ犯罪行為ヲ各種ノ方面ヨリ最モ精密ニ審査スルニ止マラス尙ホ又犯罪者ノ人格ヲ熟知シ其特質ヲ斟酌セサル可ラス。終リニ判事ハ個々ノ場合ニ於テ刑罰ヲ科スルヲ不當ニ苛酷ナリト認ムヘキヤ否ヤ從テ刑罰ヲ免除スヘキヤ否ヤニ付キ之ヲ決セサル可ラス。吾人ハ我判事ノ最モ優秀ナルモノヲ除外スルトキハ通常一般ハ判事ハ大多數ハ其稟ノ材能ヨリスルモ亦今日我國ニ於テ爲ス其教育ヨリスルモ斯ハ如キ重大ナル任務ヲ爲スニ適セス。判事ノ自由裁量ヲ甚シク擴張スルニ依リ上述ノ如ク各方面ニ渉ル其重キニ失スル任務ノ如キハ元來之ヲ要求スル能ハサルト共ニ之ヲ爲スヘキモノニ非ス註二。判事ノ

自由裁量論者中ノ録々ノ名アルエルトマン氏(Oertmann)スラ尙ホ左ノ言ヲ爲セリ。

「公衆ニ取リテ彈力性ヲ有スル法律觀念ノ不確定ナルコトハ判事ニ取リテ之ヲ適用スルノ困難ナルト一致スルモノトス。判事ニ一任セラレタル判斷ノ範圍ノ廣ケレハ廣キ程判事ノ任務ハ益々立派ニシテ且ツ高尙トナル之ト同時ニ愈々困難ニシテ且ツ責任ヲ加フヘシ。而シテ其困難タルヤ判事ヲシテ或ハ其裁判ノ自由ノ神聖ナルニ畏縮セシメ或ハ確實ナル事實ヲ單ニ確定スルカ如キ平凡ナル事務ヲ擇ムニ至ルヘキナリ」。

(註一) 獨草理由一頁。レフラー氏(Laferrière) 德國刑法雜誌第一卷一五二頁

獨草理由二三〇頁。

(註二) G. 子第六七卷四一四頁ニ於ケル余ノ論文。拙著研究一二八頁以下一六六、二〇六頁註五五。

勿論茲ニハ判事ニ對スル不信用ナル事實ニ付キ云爲セント欲スルモノニ非ス(註一)。又判事ノ良意ヲ疑ヒ若クハ判事ノ公平ヲ疑ハント欲スルモノニ非ス。而シテ茲ニ言ヒ且ツ疑ハント欲スル所ハ判事ニ對シ爲サル、要求ノ過大ナルト又之ニ對シ課セラル、任務(元來立法者ノ過重ナルニ依リ判事ハ其要求セラレ又課セラレタル任務ヲ果シテ遂行シ能フヤ否ヤノ點ニ在リ。何トナレハ判事ニ對スル要求ハ過大ニ失シ又其課セラル、任務ハ過重ニ失スルコト明ナレハナリ。法律ヲ以テ判事ニ殆ト無限ナル自由ヲ與ヘ以テ甚タシキ不信用ニ導カンヨリハ寧ロ斯ル不信用ヲ來スヘキ法律ヲ改メ判事ノ裁量ヲ制限スルニ如カス。先入主ト爲ルコトナク深思熟慮上來説明シ來リタル所ヲ考覈シ且ツ獨逸及ヒ奧太利ノ刑法歴史ニ鑑ミ深キ注意ヲ以テ冷靜ニ比較スルトキハ苟モ法律家タリ刑事政策家タル者ハ何人モ判事ノ自由裁量ヲ甚シク

擴張スル獨國草案ニ反對シ鞏固ニシテ且ツ確定不動ナル刑法ノ爲メ精  
 力ヲ集注スル塊國草案ニ賛成スルニ躊躇セサルヘシ。リヒヤルトシミ  
 ツト氏 Richard von Thurn (刑事司)カ十九世紀ノ前半ニ於ケル佛蘭西法ニ  
 付キ下シタル左ノ評語ハ之ヲ二十世紀ノ獨逸改正刑法事業ニ對スル評  
 語トシテ之ヲ援用スル能ハサルヘキカ。

「佛國法ハ判事ヲシテ甚タ低キ刑罰ノ最下限ト甚タ高キ刑罰ノ最  
 上限トノ間ニ於テ自由ニ刑罰ヲ選擇スルヲ得セシメ以テ所謂判  
 事ノ自由裁量ヲ開放セリ。之ヲ正確ニ言ヘハ新ニ判事ノ氣儘勝  
 手ヲ許シタルモノニシテ十八世紀ノ無方針ニ逆戻リタルハ之ヲ  
 否認スル能ハス」。

(註一) 獨草理山モ亦能ク判事ノ自由裁量ニ付キ上述ノ如キ危險アルヲ認  
 ム。然レトモ餘リ重キヲ置カサリシ。理由書劈頭一〇頁國民ハ自由ニ

對スル危險。同劈頭一頁法律ヲシテ判事ニ對スル單純ナル訓令ニ變  
 化セシムルノ危險。同八五、八六、三二一、六九二頁判事ノ自由裁量ノ濫用  
 ノ危險。劈頭一〇頁二一八、三二八、三三七、六〇一頁法律適用ヲ不盡一ナ  
 ラシムル危險。三二二頁判事ヲシテ自由放漫ニ至ラシムル危險。三二  
 八、三九四頁(自由放漫ノ外觀ヲ有スル弊)。一三八頁(階級的司法ノ弊)。劈  
 頭一〇頁法律ノ不安固。三二五頁(不當ニ苛酷ナルノ危險)其他。

附

# 保護刑主義ト應報刑主義

(Schutzstrafe und Vergeltungsstrafe.)

(獨逸ミュンヘン市十一月譯テ)

我刑法改正案ノ母法タル獨逸刑法ノ不完全ナルコトハ學者間ニ於テ何人モ異論ナキ所ニシテ獨逸帝國ノ各大學ノ教授中屈指ノ刑法學者數十名ハ各自特定ノ事項ヲ分擔シ之カ準備事業ニ着手シ居ルハ人ノ知ル所ナリ。此機ニ際シ從來學者ノ机上ニ於テ論争セラレタル刑法ノ二大主義若クハ二大學說トモ云フヘキ保護刑主義ト應報刑主義トノ論争ハ獨リ大學ノ講

保護刑主義ト應報刑主義

堂ニ於テ講演セラル、ニ止マラス公開ノ演壇ニ於テ社會公衆ノ耳目ニ訴ヘ勝敗ヲ決セントスルニ至レリ。

保護刑主義ハ新派ニ屬シ一名社會的刑法學派トモ稱シ定命論(Determinismus)ニ基キ行爲者ノ意思ノ自由ヲ否認スルモノニシテ刑罰ハ犯罪ノ輕重大小ヨリハ寧ロ行爲者其ノモノ、人格ニ應シ定ムヘシト唱フルモノニシテ有名ナル樞密顧問ベルリン大學教授ドクトルフオンリスト氏之カ代表者タリ。應報刑主義ハ舊派ニ屬シ一名正統刑法學派トモ稱シ不定命論(Indeterminismus)ニ基ク行爲者ノ意思ノ自由ヲ認メ刑罰ハ犯罪事實ノ輕重大小ヲ第一ニ措キ次ニ犯人カ之ヲ犯スニ至リタル心意トナ酌量シ之ニ應シ刑ヲ定ムヘシト説クモノニシテ有名ナル樞密顧問ミュンヘン大學教授ドクトルフオンビルクマイヤー氏之カ領袖タリ。リスト氏ハ舊冬(一九〇五年)反對主義ノ領袖ビルクマイヤー氏ノ在任スルミュンヘン市眞照殿ノ大公堂ニ於テ保護刑主義ト應報刑主義テフ演題ヲ掲ケテ大演舌ヲ試ミラレ、其當時同公堂ニ在席シタル應報刑主義ノ代表者ビルクマイヤー氏ハ立テ不日之カ應答演舌ヲ爲スヘキ旨ヲ告ケラレ次々去ル二十三日(一九〇六年)四月一日ハ前ト同一ナル眞照殿ノ大公堂ニ於テ本問題ニ付キ大演述ヲ試ミラレ

Austin

タリ。兩回共ニ當バエルン國最高ノ皇族(王位ノ繼承者)ルードウツヒ親王殿下ハ臨席セラレタリ。アルグマイチツアイツンダ(新聞)ノ如キハ當市ミュンヘン市カ此刑法兩主義ノ代表者ニ依リ月桂冠ヲ爭フヘキ一種ノ開戰場ト選マレタルハ當市ノ名譽ナリト論セリ。

余カ兩大家ト親シク會談スルヲ得且ツ其演舌ヲ直接聞クヲ得且ツ兩大家ヨリ其演舌ヲ翻譯スルコトノ快諾ヲ得タルハ余ノ光榮ナリトシ且ツ幸福ナリトスル所ナリ。只遺憾ナルハリスト氏カ中途其演舌ヲ公ニスル念ヲ職シ之ヲ刊行セラレサリシ一事ナリ。之ニ反シテビルクマイヤー氏ハ之ヲ公ニスルニ先チ其校正紙ヲ余ニ贈リ且ツ余ノ不審ニ答フルコトヲ快諾セラレタルハ余ノ大ニ感謝スル所ナリ。氏ノ演舌ハ前説明ニヨリ既ニ明ナルカ如ク正統刑法學派ノ代表者トシテ充分ナル責任ヲ以テ皇族ノ臨席シタル公堂ニ於テ開陳セラレタルモノナレハ普通ノ論說ト稍、其趣ヲ異ニス。特ニ我國ノ如ク目下刑法ノ改正ノ必要ニ迫リ居ル場合ニ於テハ大家ノ意見ヲ紹介スルヲ特ニ必要ナリト感シタリ。尙ホ余ハ之カ翻譯ニ付キ疑ハシキ所ハビ氏ニ尋ネ又ハ原文ノ語句ニ拘泥スルトキハ其意ヲ盡ス能ハサルモノト認メタル所ハビ氏ノ承諾ヲ得テ適切ト認メタル邦文ニ改

メタリ。然レトモ演述者ノ意見ヲ失ハサランコトヲ期セリ。元來翻譯ハ字句ト難レサルト同時ニ玉ノ如キ原文ヲ玉ノ如キ邦文ニ翻譯スルヲ以テ上ノ上トス。原文ノ文字ト離ル、モ原文ノ意味ヲ失ハサルヲ以テ之ヲ中トス。字句ニ拘泥シ了解ス可ラサル文字ヲ羅列シ譯者自身ニモ了解スル能ハサル文章ヲ以テ原文ノ意ヲ失フカ如キハ下ノ下ナルモノナリ。余不文ニシテ上ノ上ハ固ヨリ之ヲ望ム能ハサルモ幸ニ原著者ノ補助アリ中タルヲ得ハ余ノ満足ニ堪ヘサル所ナリ。余ハ原著者ニ對シ玉ノ如キ原文ヲ瓦ヨリ劣レル譯文ト爲シタル不文ノ責ハ之ヲ充分ニ陳謝セサルヲ得ス。

## 第一章 應報刑主義ノ説明

所謂正統刑法學派 (Klassische Strafrechtsschule) ニ屬スル余輩ハ刑罰ハ應報ナリト説クモノナリ。即チ同様ノモノニ對シ同様ノモノヲ以テ應報セント欲スルモノナリ。他人ノ法律上ノ利益(益法)ヲ侵害シ國家ノ秩序ヲ紊亂シタル犯罪者ニ對シ其有スル法益ニ向テ應報スルモノ即チ刑罰ナ

リト説クモノナリ。犯罪者ノ爲シタル犯罪ニ因リ現出シタル害惡ハ刑罰ニ依リ犯罪者ニ再歸スヘキナリ (Poena est malum passionis propter malum actionis)。刑罰ハ惡行爲ニ對スル惡報ナリ。

### 第一 刑罰ノ起源ハ復讐ニ基キタルモノニシテ應法ノ精神ハ刑罰ト密接ノ關係ヲ有スルモノナリ。

余輩ノ見解ニ從ヘハ刑罰ノ歴史の起源ハ復讐ニ基キタルモノニシテ應報ノ精神ハ刑罰ト密接ノ關係ヲ有スルモノナリ。勿論復讐モ亦應報ナリキ。然レトモ其ハ純然タル復讐者ノ意思ニ基キタル專恣ナル應報ナリキ。由來犯罪ナルモノハ一個人及ヒ其親族ノミニ對スル侵害ニ非スシテ尙ホ社會一般ニ對スル侵害タルコトカ認識セラレ從テ國家カ犯罪ニ對スル應報ヲ爲スニ至ルヤ復讐ナルモノハ消滅シタリ。即チ此瞬間ヲ以テ復讐ハ刑罰ト變シタルモノナリ。然レトモ其固有ノ實質タル

應報ノ觀念ハ變スルコトナシ。唯タ刑罰ハ法律ノ範圍ニ於ケル國家ノ行動タル原則ニ支配セラレタル結果トシテ正義ノ觀念ニ從ヒ之ヲ行ハサル可ラサルコト、ナレリ。不當ナル應報タル復讐ハ變シテ正義ニ合スル正當ナル應報タル刑罰トナリタルモノトス。刑罰ト當時ノ復讐トノ關係ハ恰モ貴キ薔薇花ト其原始タリシ野生ノ荆棘トノ關係ノ如シ。復讐ノ改善セラレ高尙ナル應報トナルニ至リタルモノハ即チ刑罰ナリト説明セハ可ナラン乎。故ニ刑罰ハ應報ヨリ基源シタルモノニシテ要スルニ應報刑ニ外ナラス。之ヲ刑法ノ沿革ニ稽フルニ保護刑主義ノ痕跡ヲ認ムヘキモノナシ。特ニリスト氏カ其主義ノ行ハレタル證左トシテ掲ケタル「フリドロースレークング」ハ其證トスルニ足ラス。「フリドロージツヒカイト」ハ復讐ニ基キタルモノナルコトハ「アミーラ氏カ「ゲルマン」法論綱(一九〇一年第二)ニ於テ證明スルカ如シ。是レ他人ノ權利ヲ侵

害スルモノハ自己モ亦其權利ヲ享有スル能ハステフ原則ニ基キタルモノニシテ平和ヲ破リタルモノハ平和ヲ享クル能ハスト言フニ歸ス。

**第二 應應刑ハ世界各國ニ於テ採用セラレ且ツ數百年ノ久シキ犯罪ト戰ヒ國家ノ繁榮進歩ヲ得セシメ特ニ法律ナシテ恒久ニ且ツ有效ナル發達ヲ遂ケシメタリ。**

何ヲカ正當ナル應報ト云フヘキカニ就テハ多少變遷ナキニ非サリシト雖モ世界ノ總テノ國民ニ依リ刑罰ハ正當ナル應報ナリトシテ採用セラレ其始メ純然タル反座(Fallon)タリシカ漸次發達シテ遂ニハ罪責ニ比例スル刑罰タル應報トナレリ。而シテ其實質ハ依然變ルコトナシ。其間刑ハ正當ナル應報ナリトシテ其任務ヲ盡シタルモ犯罪ヲ全滅スル能ハサリシ。是レ應報刑ノ罪ニ非ス孰レノ刑モ同一ニシテ保護刑モ亦之



ヲ爲ス能ハサルヘシ。然レトモ國家ヲシテ繁榮進歩スルヲ得セシメ特ニ法律ヲシテ恒久ニシテ且ツ有效ナル發達ヲ遂ケシメ國民カ確乎タル法律ノ下ニ生存シ且ツ活動スルヲ得タル所以ハ應報刑カ數百年ニ涉リ有效ニ犯罪ト戰ヒタル爲メナリ。換言スレハ刑ハ應報ナリトノ文字ヲ以テ國家及ヒ其法律秩序ヲ保護シ之ヲ鞏固ナラシメタリ。然ルニ此數十年間一般改革ヲ叫ブノ聲ハ刑ノ改革ニ及ヘリ。其言ニ曰ク「我刑法ハ犯罪ヲ有效ニ鎮壓スルニ足ラス其原因ハ刑ハ應報ナリトノ主義ヲ採ルカ故ナリ故ニ我刑法ノ改正ニ當リ應報刑ヲ廢シ之ニ換フルニ保護刑ヲ以テセサル可ラス」ト。

**第三 應報刑主義ハ國民ノ法律上ノ意義ニ符合シ犯罪者ノ法律上ノ感覺ト一致ス刑法ノ改正ハ此主義ニ基キ之ヲ爲スヘシ。**

余輩正統刑法學派ノ代表者ハ從來ノ刑法主義ノ發達ヲ中斷シ是迄實施セラレタル應報的刑法ヲ全廢シ未タ嘗テ實驗セラレタルコトナキ主義ヲ採用シ大膽ニモ成敗未タ知ル可ラサル保護的刑法ヲ試ミサル可ラサル理由ノ存在ヲ否認スルモノナリ。余輩モ亦我刑法ノ改正ノ必要ヲ認ムルモノナリ。然レトモ此改正タルヤ是迄實施セラレタル應報刑ノ原則ニ基キ之ヲ爲スヘク應報刑ヲ廢シ之ニ換フルニ保護刑ヲ以テスルカ如キ革命的改正ハ斷シテ行フ可ラスト信スルモノナリ。余輩ハ應報刑ヲ主張スレトモ尙ホ刑法ノ改正ヲ主張スルモノナリ。余輩カ應報刑ヲ主張スル所以ノモノハ此刑カ單ニ數百年以來實施セラレタリトノ點ニ止マラス此刑ハ國民ノ法律上ノ意識ニ最モ能ク適合シ且ツ又犯罪者ノ法律上ノ感覺ニモ亦最能ク符合スルカ爲ナリ。法律ヲシテ立法ノ目的ヲ充分ニ貫徹セシメント欲セハ國民ノ法律上ノ意識ニ適合スル立法

ヲ爲サ、ル可ラス。此事タル刑法ノ領域ニ於テ特ニ然リトス。應報的性向(應報アルレカシト希望)ハ人ノ天性中最モ重要ナル性向ノ一ナリ。此性向ハ吾人ノ觀念狀態及ヒ吾人ノ社交的及ヒ宗教的生活ト應報ノ思想トハ相離ル可ラサル關係アルコトヲ示スモノナリ。善行ニ對シ褒賞ヲ希望シ之ヲ要求スルハ吾人一般ノ感情ナリ。從テ善行アルモ褒賞ナキトキハ不相當ナルカ如ク感セラル。之ト同一理ニテ吾人ハ惡行ハ刑罰ニ依リ應報セラル、コトヲ希望シ之ヲ要求スルモノナリ。犯罪ハ法律秩序ヲ破リタルカ爲メニ應報セラルヘキモノナリトハ吾人カ第一ニ感スル所ナリ。此感覺ハ犯罪者自身ニモ存在スルモノナリ。余ハ露國ノ著作者ドストエスキエ氏(Dostojewski)ノ犯罪及ヒ贖罪ト題スル書ヲ記憶ス。犯罪者ニ對シ汝ハ法律秩序ヲ破リタルカ爲メ罰セラル、モノナリト言ハ、犯罪者モ亦其正當ナルヲ感スルナラン。之ニ反シテ人若シ

犯罪者ニ對シ汝カ罰セラル、ハ犯罪行為ノ爲メニ非ス汝ヲ罰シテ汝及ヒ他ノ者カ將來犯罪ヲ犯サ、ラシメンカ爲メナリ、即チ之ニ依リ法律秩序ヲ保護センカ爲メナリト言ハ、犯罪者ハ徒ニ不當ナル酷刑ヲ科セラレタルヲ感スルナラン。應報刑ハ犯罪者自身ノ了解ト符合ス。試ニ立法者ニ問ハン應報ノ外他ニ歡迎スヘキ良刑アリヤ。應報刑ノ威嚇力ハ國民ノ應報ヲ必要トスル觀念ト犯罪者ノ正義觀念ト符合ス。試ニ立法者ニ問ハン應報刑ノ外他ニ良刑アリヤ。

**第四 應報刑ハ犯罪者ノ意思ノ自由即チ犯罪者ハ犯罪ヲ行フト否トヲ選擇スル自由アルコトヲ承認シ之ヲ基本トスルモノナリ。**

應報刑ハ意思ノ自由ヲ承認シ之ニ基キ說ヲ立ルモノナリ。意思ノ自由ナケレハ罪責ナシ罪責ナケレハ之ニ對スル應報ナルモノ存在スル能

ハス。茲ニ人アリ犯罪タル行爲ヲ行ヒタルモノト假定セヨ。然ルニ之ヲ行フヨリ他ニ到底道ナキ場合ニハ其行爲ニ付キ罪責アリト云フ能ハス。從テ應報ナルモノアルヘキ筈ナシ。一方ニ於テハ犯罪ヲ誘惑スル動機アリ。一方ニハ之ヲ制止スルヲ得ル動機アリ。犯罪者ハ之ヲ決斷スルノ自由アリ。其善ナルモノト惡ナルモノトヲ選擇スル自由アルニ拘ラス惡ヲ選テ犯罪ヲ犯スニ至リタル場合ニ於テ應報刑ナルモノ茲ニ活動ヲ始ムヘキナリ。是レ即チ意思ノ自由ニシテ若シ之ヲ缺クトキハ應報刑ナルモノナシ。此點ニ於テリスト氏ノ意見カ余ト全然一致スルハ余ノ大ニ喜フ所ナリ。リスト氏ノ故人アトルフメルケル氏(アトルケル氏ハ大學教授ニシテ意思自由說ヲ否認シ定命說ヲ信スルニ拘ラス尙ホ責任及ヒ應報ヲ認ム)ト戰フニ當リ左ノ言ヲ爲シタリ(リスト氏論文集 第二卷 四八頁)。

「選擇ノ自由ナケレハ罪責ナシ應報ナシ。罪責ヲ有セサル不幸ニ

對シ應報セントスルハ純然タル殘酷タルノミナラス實ニ笑フヘキナリ。定命說ヲ基礎トシテ應報ヲ説クハ唯タ無情ナルノミナラス愚ノ極ナリ」。

余ノ意見ハ「應報的刑法ハ意思ノ自由ノ承認ト雖ル可ラサル關係ヲ有ス」ノ數語ニ依テ之ヲ盡スヲ得ヘシ。如何ニシテ人ノ意思ノ自由ヲ考フルヲ得ルヤ又如何ニシテ此自由ヲ證明スルヲ得ルヤノ爭論ハ之ヲ問ヲ要セス。意思ノ自由ヲ信セサル者ト雖モ此自由ヲ以テ刑法ノ基礎及ヒ應報的刑法ノ基礎トシテ説明セサルヲ得ス。此自由ハ獨リ刑法ニ對シ必要ナルノミナラス總テノ法律ニ對シ必要ナリト云ハ、少シク廣キニ失センカ。責任觀念ノ行ハル、以上ハ其法律カ刑法タルト民法タルトヲ問ハス意思ノ自由ヲ以テ標準ト爲サ、ル可ラス。我現行法ハ之ヲ證明スルモノナリ。民法第四百四條、第八百二十七條及ヒ刑法第五十一條ハ

意思ノ自由ヲ基本トシテ規定セラレタルモノナリ。反對論者就中リス  
ト氏ハ自説ヲ維持スルニ不便ナル刑法第五十一條ヲ抹殺セント試ミタ  
ル窮策ハ管ニ刑法ノ明文ニ因リ破ラル、ノミナラス應報的刑法タル我  
刑法ニ對シ意思ノ自由ヲ缺ク可ラサル點ヨリ破レサルヲ得ス。リス  
ト氏ハ過日當所ニ於ケル演舌ニ於テ最モ明瞭ニ「刑罰ハ應報ナリ」ト説明シ  
タリ。余ハ最早リスト氏ヲ以テ意思ノ自由ノ承認ニ反對スルモノト解  
スル能ハス。尙ホ余ハ氏カメルケルニ對シ論駁シタル前示「選擇ノ自由  
ナキトキハ罪責ナシ從テ應報ナシ」トノ數語ヲ引用セン。茲ニ至リテリ  
スト氏モ亦意思ノ自由ヲ承認スルモノト推斷セサルヲ得ス。然レトモ  
余ハ氏カ尙ホ定命説ヲ信仰スルヲ信スルモノナリ。余輩ハ將來慥カニ  
永續スヘキ此學術上ノ論争ニ於テ此一見明白ナル矛盾ヲ如何ニ説明ス  
ルカ聞カント欲スルモノナリ。

## 第五 應報主義ノ綱要。

余ハ諸君ニ對シ此演述ニ於テ應報的刑法ノ詳細ヲ説明スル能ハサル  
ハ勿論ナリト雖モ此主義ノ内容ヲ經緯スル三大綱ヲ示シ之ヲ略説セン  
ト欲ス即チ

- (一) 罪責ナケレハ刑罰ナシ。
  - (二) 充分ナル罪責アルトキハ處罰セサル可ラス。
  - (三) 刑罰ハ罪責ニ比例セサル可ラス。
- (一) 罪責ナケレハ刑罰ナシ。

リスト氏カ言ヘル如ク余輩正統刑法學派ノ代表者ハ刑罰ハ獨リ行爲  
及ヒ其結果ヲ標準トスヘシト言フニアラス。應報刑ハ犯罪者ノ行爲及  
ヒ之ト合體シテ分離ス可ラサル意思ノ二者ニ對シ應報セントスルモノ  
ナリ。余輩ハリスト氏カ主張スルカ如ク犯罪者ハ犯罪者タル性質ヲ具

へ居ルカ故ニ之ヲ罰セント欲スルモノニアラス。又余輩ハ犯罪者ハ犯罪行為ヲ行ヒタルカ爲メ之ヲ罰スヘシト言フニ非ス。余輩ハ犯罪者ノ行ヒタル行為ト之ヲ行ハント決シタル意思トノ二者ニ對シ罰セント欲スルナリ。故ニ現行法ニシテ此要求ニ反シ犯罪ノ意思(若クハ過失)ナキモ單ニ結果アルノ故ヲ以テ罰スヘシト爲シ單ニ結果ノミヲ以テ刑罰ノ標準トスルモノアラハ余輩正統刑法學派ノ歸依者ハ不當ナリトシテ之ヲ攻撃スルモノナリ。要スルニ余輩ハ現行法ノ改正ハ罪責ナケレハ刑罰ナシトノ原則ニ基キ之ヲ爲サ、ル可ラスト要求スルモノナリ。

(二) 罪責アル以上ハ故意ニ基クト過失ニ基クト問ハス之ヲ處罰セサル可ラス

法律上ノ罪責ニシテ存在セハ其故意ニ基クト過失ニ基クト問ハス之ヲ處罰セサル可ラス。故ニ余輩ハ法律秩序ノ破壊ニ對シ刑罰ヲ要求

スルモノナリ。此破壊ニシテ存在セハ社會生存ニ反對スル意思ノ有無ハ之ヲ問フヲ要セス。又此破壊ナキ以上ハ保護刑モ亦其活動ヲ始ム可ラス。故ニ余輩ハリスト氏カ古ノ「判事ハ微罪ヲ顧ミス」*virgina non curat Praetor*。テフ原則ヲ我カ刑事訴訟法ニ於テ再ヒ採用セントスル發案ニ對シ極力反對スルモノナリ。余ハブロイセン國ノ控訴院長及ヒ檢事長會議ニ於テ所謂不定期刑ノ採用ヲ殆ト一致ヲ以テ否決シタルカ如ク不定期刑ニ對シ反對スルモノナリ。條件附判決ハ國民ノ法律感覺ト一致セス。是レ國民ノ法律感覺ハ常ニ裁判上言渡サレタル刑ハ實際執行セラレヘキコトヲ希望スルモノナレハナリ。此希望ハ法律秩序ヲ保護シ之ヲ維持スル所以ナリ。

(三) 刑罰ハ罪責ト比例セサル可ラス。

立法者カ定ムル刑期及ヒ裁判官カ言渡スヘキ刑期ヲ量定スルニ當リ

余輩ハ犯罪者ハ如何ナル行爲ヲ爲シタルヤ且ツ如何ナル意思ニ基キ之ヲ爲シタルヤヲ取調ヘ且ツ國民ノ間ニ行ハル、評價ト遠カラサル範圍ニ於テ相當ニ量定ス可キコトヲ立法者及ヒ裁判官ニ對シ要求スルモノナリ。此刑罰ノ量定ノ困難ナルコトハ勿論ナリ。然レトモ此困難ハ保護刑主義ヲ採用スルトキハ更ニ一層大ナリ。保護刑主義ニ依ルトキハ犯罪ト刑罰トノ關係ハ其意義ニ於テ應報刑ノ如ク密接ノ關係ヲ有セス。從テ立法者及ヒ裁判官ハ犯罪者ト之ニ科スル刑期トヲ定ムル標準ヲ制定セサル可ラス。而シテ標準タルヘキモノハ犯罪者ノ意思及ヒ其性質ノ全部ナリ。之ヲ余輩ノ標準タル「犯罪者ノ或ル特定ノ行爲ニ對スル罪責」トニ比較セハ其難易同日ノ論ニアラサルナリ。

## 第六 應報刑ハ法律秩序及ヒ社會ヲ保護ステフ意義

ニ於テ一種ノ保護刑ナリ此趣意ニ於テ應報刑ノ主

義ニ矛盾セサル限りハ反對ノ主義ヲ採用スルニ吝ナラス此趣意ニ於テ一種ノ折衷主義ナリ。

余ハ保護刑ヲ説明スルニ先チ尙ホ一ノ説明ヲ要スヘキモノアリ余カ第二ニ於テ説明シタルカ如ク數百年ノ經驗上應報刑カ最能ク法律秩序及ヒ社會ヲ保護シタルコトヲ確信スルモノナリ。此趣旨ニ於テ余輩ノ立却點トリスト氏トハ相異ナルモ此趣意ニ於テ刑ハ即チ保護刑ナリト言フヲ得ヘシ。但シ余輩ノ保護刑ハ刑ニ依リ達セントスル效力ニ就テ言フモノナリ。刑其モノハ依然應報刑ナリ。余輩ハ犯罪者ヲ改善シ且ツ將來犯罪者ヲ豫防センカ爲メ犯罪者及ヒ第三者ヲ威嚇シ社會及ヒ其法律秩序ヲ安固ナラシムル最モ最良ノ方策ハ最モ正當ナル應報ノ原則ニ基キ量定シタル刑罰ナリト確信スルモノナリ。余輩ハ我刑法ト同シク所謂折衷主義ヲ唱フルモノナリ。リスト氏ハ余カ從來主張シタル

折衷主義ニ反對シタリ。其言ニ曰ク「此折衷主義ハ推讓ヲ表示セス、余ハ其何ノ意タルヲ解スル能ハス」ト。推讓ハ二個ノ爭論者ニ於テ各一步ヲ讓リ相互ニ同一ノ步調ヲ採ル一種ノ和解ナリ。然レトモ余ハ余カ唱道スル折衷主義ハ應報刑主義ヨリ一步ヲ讓ル能ハス。余カ折衷主義ハ刑ハ正當ナル應報ナラサル可ラス。然レトモ此立却點ニ於テ相手方ノ正當ナル思想ハ勿論之ヲ採用スルニ吝ナラス。

## 第二章 保護刑主義ヲ駁ス

リスト氏カ此頃ノ演舌ニ於テハ保護刑主義ノ趣旨ヲ充分ニ説明シタリト謂フ能ハス。余カ茲ニ説明セントスル保護刑主義ノ大綱ハ一九〇五年出版ノリスト氏ノ刑法論說集及ヒ其刑法教科書ニ基クモノナリ。

### 第一 保護刑主義ノ大綱。

(一) 刑罰ノ目的ハ犯罪ヲ鎮壓シ社會及ヒ法律秩序ヲ保護スルニアリ之カ目的ヲ達セントスルニハ犯罪者ノ犯罪的心意ノ強弱ニ應シ刑罰ヲ量定セサル可ラス。

リスト氏ノ所說ヲ基礎トシ之ヲ綜合シテ保護刑ノ大綱ヲ擧クレハ刑法ノ最終ノ目的ハ保護ナリ。犯罪ヲ鎮壓シ以テ社會及ヒ法律秩序ノ安固ヲ計ルニアリ。苟モ犯罪ヲ有效ニ鎮壓セント欲セハ其根本ヲ絶テ其原因ヲ滅セサル可ラス。犯罪ノ根本原因ハ二アリ其一ハ行爲ノ當時ニ於ケル犯罪者ノ性質ニシテ其二ハ當時ニ於ケル犯罪者ノ周圍ノ事情ナリ。犯罪ヲ犯スニ至ラシムヘキ周圍ノ事情ヲ絶滅セント計ルハ社會政策ノ事業ニ屬ス。犯罪者ニ存スル原因ノ絶滅ヲ計ルハ刑事政策又ハ刑罰ノ事業ニ屬ス。故ニ刑罰ノ事業ハ犯罪人ニ存スル犯罪原因ヲ絶滅シ以テ法律秩序ヲ保護スルニアリ。刑罰ハ個々ノ犯罪タル行爲ニ對シ適

用スヘキモノニ非スシテ、犯罪人其者ニ對シ適用スヘキナリ、其非社會的ナル心意ニ對シ適用スヘキナリ、其社會ニ危險ナル性格ニ對シ適用スヘキナリ、其犯罪の素質ニ對シ適用スヘキナリ。凡ソ刑罰ハ此等心意、性格、素質ノ強弱ニ應シ之ヲ量定セサル可ラス。刑法ノ新舊兩派ノ主義ノ分ル、所ハ一方ハ犯罪ノ結果ニ重キヲ措キ一方ハ犯罪者ノ心意ニ重キヲ措キ共ニ之ヲ以テ其標準ト爲サントスルニアリ。

(二) 犯罪者ノ犯罪の心意ノ強弱ニ應スル犯罪者ノ分類、瞬間的犯罪、性癖的犯罪(其一改善ノ見込アルモノ)、(其二改善ノ見込ナキモノ)。

リスト氏ハ法律秩序ニ反スル犯罪者ノ心意ヲ二大別シ曩ニハワールヘルヒ氏(故人ニシテ)ノ例ニ倣ヒ機會的犯罪ト慣習的犯罪トニ分テ之ヲ説明シタリシカ後ニハ瞬間的犯罪及ヒ性癖的犯罪ナル文字ヲ以テ説明セリ。其區別ハ第一ハ外部ノ事情カ罪ヲ犯スニ至ラシメタルモノニシ

テ是マテ善良ナリシ者カ一時ノ感情又ハ窮迫等ノ事情ノ爲メ罪ヲ犯シタルモ犯罪者ノ性格ニ基キタルモノニアラスシテ一時ノ出來心ニ原因シタルモノニシテ之ヲ瞬間的犯罪ト謂フ。第二ハ犯罪者ノ性質若クハ深キ根底ヲ有スル素質ニ基キタルモノニシテ之ヲ性癖的犯罪ト謂フ。

リスト氏ハ生癖的犯罪者ヲ尙ホ改善シ得ヘキ性質ヲ有スル者ト否トニ分テ前者ハ精神上又ハ肉體上ノ教育例ヘハ規則正シキ生活方法及ヒ規則正シキ勞働ニ依リ性質ヲ改善シ得ヘキモノニ屬ス。後者ハ之ニ反シテ到底改善ノ見込ナキモノニシテ犯罪の性質牢乎トシテ抜ク能ハサルモノ即チ如何ナル教化モ之ヲ濟度スル能ハサルモノニ屬ス。

(三) 刑罰ノ量定ハ犯罪ノ輕重大小ニ從ヒ之ヲ定ム可ラスシテ以上ニ示シタルカ如ク犯罪人ノ種類ニ依リ量定スヘシ。  
以上犯罪者ノ三分類ニ從ヒ刑罰ヲ定メサル可ラス即チ刑罰ハ犯罪ノ



種類及ヒ其輕重大小ニ依リ之ヲ定ム可ラスシテ犯罪者ノ種類如何ニ從ヒ即チ以上ノ三分類ニ從ヒ之ヲ定メサル可ラス。即チ瞬間的犯罪者ニ對シテハ刑罰ニ依リ威嚇スヘシ、改善ノ見込アル性癖的犯罪者ニ對シテハ刑罰ヲ以テ改善スヘシ、改善ノ見込ナキ性癖的犯罪者ニ對シテハ刑罰ヲ以テ再ヒ犯罪ヲ犯ス能ハサラシムヘシ。斯ク三種ノ犯罪ニ對シテハ之ニ適合スル三種ノ刑罰ヲ以テスヘシ。斯ノ如ク犯罪人ト之ニ對スル刑罰トヲ符合セシムルハ刑事政策中上ノ最モ上ナルモノナリ。

以上ハリスト氏ノ所謂保護刑主義ニヨリ刑法ノ改正ニ際シ其採用ヲ望ムモノナリ。

## 第二 保護刑主義ノ不當ナル所以。

余ハ保護刑主義ハ言フヘクシテ實行ス可ラサルモノト確信シテ疑ハサルモノナリ。強テ之ヲ實行スレハ我刑事裁判ノ公正ヲ害シ其極刑法

全部ノ瓦解ヲ來スモノナリト信スルモノナリ。其理由ハ之ヲ左ニ略陳セント欲ス。

(一) 保護刑主義ハトルゾー(Holmes) 不具人形(半身像)ナリ將來ト雖モ完全ナル組織形體ヲ有スル能ハサルモノナリ。

リスト氏ノ保護刑主義ハ一トルゾーニ外ナラス。而シテ將來ト雖モ尙ホ完全ナル組織形體ヲ有スル能ハサルモノナリ。苟モ犯罪者ノ犯罪的心意ノ強弱ニ應シ刑罰ノ種類及ヒ標準ヲ定メント欲セハリスト氏カ説明スルカ如ク單ニ犯罪者ノ性質ヲ三分スルヲ以テ充分ナリトスル能ハス。即チ犯罪者ノ心理學上ノ性質ニ基キ三大分類ヲ尙ホ詳細ニ分類シ以テ立法者及ヒ刑事裁判官ヲシテ千種萬態ナル個々ノ犯罪者ニ對シ各々之ニ適當スル刑ヲ定ムヘキ標準ヲ示サ、ル可ラス。リスト氏モ亦此必要ヲ認メ一八九六年其刑事政策ニ於ケル心理學上ノ原則ト題スル

論文ニ於テ犯罪者ノ千種萬態ナル性質ニ基キ無數ノ材料ヲ蒐集シ之ヲ枚擧スル能ハサル程多數ノ階級ニ分類セントスル有益ナル考案ヲ試ミラレタリ。同氏ハ第一ニ經驗上通常犯罪ノ原因タルヘキ各種ノ動機ヲ分類シ之ヲ利己ノ爲メ罪ヲ犯シタルモノ、射利ノ爲メ罪ヲ犯シタルモノ、肉慾ノ爲メ罪ヲ犯シタルモノ、名譽ノ爲メ罪ヲ犯シタルモノ及ヒ其他各種ヲ掲ケタリ。然レトモ是レ孰レモ犯罪ノ心理上ノ分類ニシテ犯罪者ノ心理上ノ分類ニ非ス。氏ハ此犯罪ノ心理上ノ分類ヨリ更ニ進テ犯罪者ノ心理上ノ分類ヲ爲サント欲シタリ。然レトモ氏ハ之ヲ爲ス能ハサリキ。而シテ此事タル元來爲シ能ハサルモノナラン。是レ犯罪ノ原因タルヘキ動機(利己心、射利心、名譽心、等)ハ同時ニ適法ナル行爲ノ動機タルノミナラス、社會カ最モ感謝スヘキ善行ノ動機タルモノナレハ此動機ヲ以テ犯罪ノ原因タル徵標ト爲ス能ハサルニ因ル。英敏ナルリスト氏ハ既ニ此理ヲ

認メ左ノ言ヲ爲セリ。

「余輩カ之ヲ爲サント欲シ且ツ爲サ、ル可ラサル刑事政策ニ必要ナル犯罪人ノ分類ハ犯罪ノ心理學上ノ分類ト一致セス」。

爾來リスト氏ヲ始メ其他ノ學者モ亦保護刑主義ノ爲メ最モ必要ナル犯罪者ノ心理學上ノ分類ヲ爲シタルモノナシ。斯ノ如ク犯罪者ノ犯罪的心意ノ強弱ヲ量定スル能ハサル以上ハ犯罪的心意ノ強弱ニ應スル刑罰ノ量定ハ之ヲ爲ス能ハス。故ニ余ハ保護刑の刑法ハ之ヲ實際ニ行フ能ハサルモノナリト斷言スルモノナリ。

(二) 保護刑主義ノ瞬間的犯罪改善ノ見込アル性癖的犯罪改善ノ見込ナキ生癖的犯罪ノ三大分類ハ保持スルハ能サルモノナリ。

余ハ元來瞬間的犯罪ナルモノ、存在ヲ認メサルモノナリ。之ト同時ニ必ス犯罪ヲ犯サ、ル可ラサル性質ヲ有スル犯罪者ナルモノ、存在ヲ

認メサルモノナリ。リスト氏ノ所謂一時ノ出來心若クハ窮迫ヨリ犯罪ヲ犯シタルモノニ對シテハ我刑法モ亦相當ノ斟酌ヲ加ヘ之ニ應スル規定ヲ設ケタリ。挑發ニ因ル殺傷食物竊盜窮迫事情ノ如キハ其例ナリ。然レトモ性癖的犯罪者ト對立スル特種ノ犯罪者ナルモノ、存在ヲ認ムル能ハス。是レ各性癖的犯罪者モ亦一時ノ出來心ニ基ク瞬間的犯罪ヲ犯スヲ得ルト同時ニ之カ反對ニ瞬間的犯罪モ數度之ヲ犯ストキハ之ヲ以テ性癖的犯罪者ト看做スヲ得ルヲ以テナリ。

余輩不定命說 (Indeterminismus)ヲ信スルモノニアリテハ元來改善ノ見込ナキ犯罪者ナルモノヲ認ムル能ハサルモノナリ。余輩ハ改善ハ何時ニテモ晚カラストノ人道的原則ヲ信仰スルモノナリ (It is never too late to mend)。反對論者ハ改善ノ見込ナキモノトハ如何ナルモノナルヤ及ヒ其徵標ハ如何ナルモノナルヤヲ定メント力メタルモ之ヲ成功スル能ハ

サリキ。リスト氏自身ハ一定ノ人ヲ絶對的ニ改善ノ見込ナキ者ト認ムル方法ヲ避ケ先ツ判決ニ於テ終身ノ禁錮ヲ言渡シタル後五年間之カ調査ヲ爲スコト、爲シ誤判ニ對スル匡正方法ヲ設ケタリ。結局改善ノ見込ナキ犯罪人ナルモノハ存在セスト云フニ歸スヘキナリ。

只茲ニ一言セサル可ラサルハ累犯的職業的犯罪、營業的犯罪、習慣的犯罪ノ多數ナルコト是ナリ。此事實ニ就テハ我現行法ニ於テモ斟酌スルヲ得ルノミナラス我將來ノ刑法ニ於テハ廣大ナル範圍ニ於テ之カ準則ヲ設クヘキナリ。左レハ此事實ノミニ依リ犯罪者ノ性質ニ依リ犯罪人ヲ分類セントスル必要ヲ認ムルヲ得ス。

三) 人ニ確定シタル犯罪的性質ナルモノナシ從テ其性質ニ基キ犯罪人ヲ分類セントスルカ如キハ誤レリ。

元來人ニ犯罪的性質ナルモノ存在スルコトナシ。從テ其性質ニ從テ

犯罪人ヲ區別スル如キハ事實上不能ナリ。ロンブローソ氏カ吾人若シ釣狀ノ耳、歪ミタル目、巨大ナル顎骨其他ニ依リ生來ノ犯罪者ナリト斷定シ得ヘキモノアランニハ生來ノ犯罪的性質アリト言ヒ得ルナラン、然レトモ人類學上犯罪者ト確定スヘキ骨相ヲ有スルモノ存在セスト言ヘルハ相當ナリ。之ト同様ニ心理學上犯罪者ト確定スヘキモノ存在セス。犯罪者モ亦人ナリ若シ精神ニ異狀ナシトスレハ他ノ普通人ノ如ク同一ナル物理上及ヒ精神上ノ性質ヲ有スルモノニシテ、善事ヲ爲ス能力ト惡事ヲ爲ス能力トヲ具有スルモノニシテ同様ノ動機ニ因リ同様ナル目的ヲ達スル爲メ行動スルモノナリ。故ニ余輩ハ犯罪者モ亦犯罪ノ道路ヲ棄テ正義ノ道路ニ回歸スルヲ得ルカ如ク德行高キ人モ時ト場合ニ依リテハ法律違反行爲ヲ爲スコトアルヘキコトヲ想像セサルヲ得ス。リスト氏モ亦言ヘリ最モ善良ナル心意ト雖モ必スシモ法律秩序ノ保障ナリ

ト認ムル能ハスト。既ニ人ニ犯罪的性質ナシトセハ其性質ニ從ヒ犯罪ヲ區別セントスルコトノ誤レルコト自ラ明ナリ。

(四) 假リニ人ニ犯罪的性質ナルモノアリトスルモ之ニ基キ刑罰ノ種類及ヒ之カ分量ヲ定メントスルカ如キハ實際行フ能ハサル所ニシテ強テ之ヲ行ハントスルトキハ不當ニシテ且ツ偏頗ナル裁判ヲ續出セン。假ニ人ニ犯罪的性質ナルモノアリト假定スルモ余ハ之ニ基キ刑罰ノ種類及ヒ分量ヲ定メントスル如キハ徹頭徹尾不可ナルコトヲ斷言スルモノナリ。吾人カ判事諸氏ニ對シ可ナリ確實ニシテ且ツ多分正當ト思ハルヘキ刑事判決ヲ望マントセハ吾人ハ其判決ノ基本トシテ特定ノ犯罪事實及ヒ之ト合體シタル犯罪者ノ心意如何ニ就キ判決ヲ求メサル可ラス。此二者ハ吾人ノ官能ヲ以テ判斷シ得ヘク且ツ犯罪者ニ對シ證據ヲ以テ立證シ得ヘキモノナレハナリ。此確實ナル二者ヲ基本トシ更ニ

進テ第二段トシテ吾人カ能フヘキ丈ケノカヲ以テ犯罪者ノ全體ノ性格ヲ調査スヘキナリ。是レ余輩正統刑學派ニ屬スル者ノ主張スル所ナリ。之ニ反シテ吾人カ判事諸氏ニ對シ特定ノ犯罪事實ヲ離レ第一段ニ於テ犯罪者ノ全部ノ心意及ヒ全部ノ性格如何ヲ判定シ之ニ基キ刑ノ種類及ヒ分量ヲ定ムヘシト求ムルトキハ小數ノ場合ハ兎モ角大多數ノ場合ニ於テ全然不可能ヲ求ムルモノト言ハサルヲ得ス。如何トナレハ此要求ハ或特定ノ犯罪ニ就テ其動機ヲ判定スルニ非スシテ各犯罪者ノ肺腑ニ立入り犯罪者ノ心理學上ノ全性質ヲ明瞭ニシ其心意真相ヲ極ムヘシト言フニアレハ之ヲ認識スル證據ヲ缺クノミナラス判事諸氏ハ之ヲ審究スルニ充分ナル時日ヲ有セサルヘケレハナリ。卓越シタル實際家タル故人帝國裁判所判事ステングライン嘗テ言ヘルアリ「犯罪者ノ肺腑ヲ洞察スルカ如キ神通力ヲ有スル判事ハ元來必要ナルヘキモ之ヲ得ルコト

不可能ナリ」ト。我反對論者ハ此不可能ヲ要求スルモノナリ。故ニ強テ此不可能ヲ要求シ之ヲ實行シ心意ヲ基本トスル刑罰ヲ決行セントセハ必ス不相當ニシテ且ツ自由放漫ナル判決ヲ伴フヘキハ自明ノ理ナリ。リスト氏モ亦將來犯罪者ノ心意ニ從ヒ刑力量定セラルヘキ場合ニ於テハ今日罪責ニ從ヒ刑罰ヲ量定スルニ比シ誤判ノ危險一層大ナルコトヲ認メタリ。

(五) 保護刑主義ヨリ原因スル忍ヒ難キ實際上ノ結論及ヒ其實行スル能ハサル要求ノ摘示。

保護刑主義ヲ採用スルノ結果トシテ當然生スヘキ忍フコト能ハサル實際上ノ結論及ヒ實施スルコト能ハサル同主義ノ要求ニ付キ左ニ極メテ簡單ニ之ヲ摘示セン。

(甲) 保護刑主義ノ要求ニ適合スル判檢事ノ養成。

保護刑主義ニ依レハ判事ニ對シ新ナル任務ヲ課スルモノナリ。故ニ將來保護刑主義ノ刑法ヲ實施セント欲セハ保護刑主義ノ任務ヲ遂行スルニ足ルヘキ判檢事ヲ養成セサル可ラス。其判檢事タルヤ刑事生理學及ヒ刑事社會學ニ付キ專問的智識ヲ有シ且ツ此等ノ科學上ノ實例ニ精通スルコト恰モ現今ノ判檢事カ刑法學及ヒ判例ニ精通スルカ如クナラサル可ラス。

(乙) 不定期刑ノ採用ノ必要。

リスト氏ハ不定期刑ヲ以テ其所謂心意刑(保護刑)ト分離ス可ラサルモノナリト主張ス。然ルニ不定期刑ヨリ定期刑ニ換フルニ當リ行政官吏ノ氣儘勝手ヲ拒クヘキ方法ニ就テハ氏ニ未タ何等成案ナキコトハ氏自身ニ於テ之ヲ自認セサルヲ得サル所ナリ。而シテ此方法タルヤ今尙ホ成功セサル所ニシテ將來モ多分成功スル能ハサルヘシ。

丙 微罪ヲ犯シタル者ノ終身拘禁。

輕微ナル罪ヲ犯シタル者ト雖モ拘禁中改善セサル間ハ尙ホ拘禁ヲ繼續セサル可ラサルモノナレハ微罪ヲ犯シタル者ノ拘禁モ亦其終身ニ及フヘキナリ。

(丁) 精神病者ト犯罪者トノ混淆。

保護刑主義ニ依レハ一般ニ危險ナル精神病者ト一般ニ危險ナル犯罪者トハ觀念上之ヲ區別スル能ハサルヘク又前者ニ對スル保護ト後者ニ對スル無害處分トハ觀念上之ヲ區別スル能ハサルヘシ。此區別ノ不可能ナルコトハリスト氏自身モ嘗テ當ミユンヘンニ開ケル第三回萬國心理學會ニ於テ左ノ語ヲ以テ之ヲ自認セリ。「改善不能ナル犯能者ニ對スル保安的刑罰ト一般ニ危險ナル精神病者ニ對スル保護刑トハ實務上ニ於テノミナラス其實質ニ於テモ尙ホ之ヲ區別スル能ハス。此兩者ノ區

別ノ如キハ根本的ニ排斥スヘシ（リスト氏論文集）ト。又曰ク『犯罪ト癡狂トノ觀念的限界ハ存スルコトナシ』（リスト氏論文集）ト。（第二卷二二九頁）

（戊） 刑法ト警察トノ混淆。

保護刑主義ハ犯罪ニ對スル抑壓ト其豫防トヲ混淆スルモノナリ。更ニ適切ニ言ヘハ同主義ニ從ヘハ刑罰ハ豫防處分ニ外ナラサレハ刑罰ハ警察處分タルヘク從テ之ヲ採用スルハ刑法ヲ廢滅スルモノナリ。

（己） 何等犯罪行為ナキ者ノ處罰。

保護刑主義ヲ貫徹スルトキハ刑法ハ全然之ヲ廢止シ之ニ代フルニ反社會的心意ヲ有スル者即チ一般ニ危險ナル者ハ之ヲシテ害ヲ爲ス能ハサラシメサル可ラス。其何等罪ヲ犯サ、ルモ反社會的心意ヲ有スルコト明ナルニ至リタルトキハ之ヲ罰セサル可ラス。如何トナレハ行為者ノ反社會的心意カ獨リ標準タルヘク從テ保護刑ハ反社會的心意タルコ

ト明ナルニ至ラハ直ニ其活動ヲ始ムヘクシテ其犯罪行為アルヲ待ツニ及ハサルモノトス。此結論ハリスト氏カ其議論ノ當然ノ結果ナリトシテ自認スル所ナルモ刑事政策論以外ノ他ノ點ヨリ之カ實施ヲ望マサルモノナリ（リスト氏論文集）。

### 第三章 兩主義交讓ノ能不能

#### 第一 兩主義ノ懸隔ハ可否ノ論ニシテ程度ノ問題ニアラス。

論シテ茲ニ至ラハ諸君ハ保護刑主義ト應報刑主義トノ區別ノ存スル點ヲ了知シタルナラン。之ト同時ニ兩主義ノ間ノ交讓ノ不能ナルコトヲ確信セラレタルナルヘシ。リスト氏ハ其平和ヲ希望スル趣意ヨリ過日最モ巧ニ説明シテ曰ク『一方ハ犯罪者ノ心意ヲ第一トシ犯罪行為及ヒ

其結果ヲ第二トスルモノニシテ一方ハ犯罪行爲及ヒ其結果ヲ第一トシ犯罪者ノ心意ヲ第二トスルモノナリ恰モ「十心」カ「十心」ト同様ナル如ク殆ト同一ナリ唯タ孰レニ重キヲ措クヘキヤノ程度ノ問題ナリト。然レトモ此懸隔ハ斯ノ如キ無邪氣ノモノニアラス。保護、應報兩主義ノ懸隔ハ氷炭相容レサル可否ノ論ナリ。從テ全然相異ル結果ヲ生スルモノニシテ保護刑主義ニ從ヘハ獨リ犯罪人ノ心意ヲ稽ヘ之ヲ基礎トシテ全刑法ヲ建築セントスルモノナリ。

### 第二 リスト氏ノ交讓條件。

以上ノ理由ニ依リ余ハ交讓ヲ不能ナリトセリ。リスト氏ハ余輩應報刑主義ノ代表者ニ對シ再ヒ交讓ヲ申込メリ。然レトモ未タ之ニ應セザリシカ爲メ余ハ此頃氏ヨリ酷シキ非難ヲ受ケタリ。氏ノ交讓條件ナルモノヲ略言スレハ瞬間的犯罪ニ對シテハ應報刑ヲ以テ處置スヘシ性癖

的犯罪ニ對シテハ保護刑ヲ採用スヘシト言フニアリ。余ハ此交讓條件ヲ拒絕シタリ。リスト氏ハ之ヲ以テ余ノ誤解ニ基クモノトセリ。元來科學ハ交讓ヲ容認スルモノニアラス、然レトモ立法ノ範圍ニ於テハ交讓ノ可能ナルノミナラス必要ナリ。何トナレハ交讓ヲ爲スニアラサレハ立法事業ノ進捗ヲ望ム能ハサレハナリ。リスト氏ハ其論文ニ説テ曰ク「獨逸帝國ノ未來ノ刑法ハ兩者代表者ノ交讓ニ因ルニアラサレハ其成立不能ナリ」ト。

### 第三 余ハリスト氏ノ交讓條件ニ應スル能ハス。

リスト氏カ交讓ヲ中込ミタルニ拘ラス余ハ之ニ應スル能ハサルヲ遺憾トス。余ハ第一ニリスト氏ニ問ハン我々ノ科學上ノ確信ハ如何ナル役目ヲ働クヘキカ。リスト氏ハ瞬間的犯罪ニ對シテハ應報刑ヲ認メ且ツ其必然ノ結果タル犯人ノ意思ノ自由ヲ辯護セント欲スルカ。氏ハ其



主張スル保護刑主義ヨリ生スル犯罪及ヒ刑罰ノ觀念ヲ瞬間的犯罪ニ對シテハ之ヲ否認スルヲ得ルカ。又氏ハ應報刑ノ弱點及ヒ缺點トシテ列舉シタル事項ヲ瞬間的犯罪ニ對シ之ヲ忘却スルヲ得ルカ。之ト反對ニ自由說ヲ確信スル余輩ハ性癖的犯罪者ニ對シ氏カ保護刑ノ唯一ノ原則トセル必至說ヲ信仰セサルヲ得サルカ。犯罪者ノ心意ヲ基本トセル犯罪者ノ分類ハ學術上不可能ナリト確信スル余輩ハ犯罪者ノ一部ニ對シテハ之ヲ可能ナリト認メサルヲ得サルカ。此等總テハ兩派ノ共ニ能スル所ニアラサルヘシ。リスト氏ハ五週前諸君ニ對シ應報刑ハ全然誤謬ナルコトヲ説明セント試ミラレタリ。余モ亦今日保護刑ニ對シ同一ノ事ヲ爲セリ。然シテ今日吾輩兩人ハ相携ヘテ立法者ヲ訪ヒ左ノ提供ヲ爲スヘキカ。此誤謬ヲ包含セル制度ヲ半分ツ、新獨逸刑法ニ對シ採用セヨ。否。余ノ意見ハ以上説明シタル如シ。余ハ犯罪者ノ最小部分ニ

對シテモリスト氏ノ立脚點ヲ立法者ニ推薦セサルコトヲ明言スルモノナリ。余ハ立法者モ亦新刑法成立ノ爲メリスト氏ト余トノ交讓ヲ必要トセサルコトヲ信スルモノナリ。之ヲ例示セン近時ノ諾威國ノ如ク新憲法ヲ制定スル場合ヲ想像セヨ。王國制黨ト共和制黨ト相爭フ場合ニ於テ立法者ハ憲法ヲ制定スル爲メ兩者ノ交讓成立ヲ俟ツヲ要スヘキカ。諾威國民ノ四分ノ三カ王國制ニ贊成セハ王國制ハ採用セラル、コト、ナリ共和制黨ハ之ニ服從セサル可ラス。余ハ之ト同一理ニシテ刑法學派ノ爭モ亦同一ノ軌道ヲ採ルヘキモノト信ス。余ハ保護刑、應報刑執レノ主義カ採用セラル、ヤ未定ノ場合ニ於テハ兩派ノ代表者ハ相互ニ其立却點ト反對主義ノ缺點ト弱點ト其結果トヲ立法者及ヒ公衆ニ對シ開示スルヲ以テ最良ノ方策ナリト確信スルモノナリ。此方法ニ依リ吾人ハ最モ能ク所信ヲ明ニシテ正當ノ判斷ヲ求ムルヲ得ルモノナリ。

#### 第四 問題解決ニ就キ余ノ希望及ヒリスト氏ノ刑法ニ貢献シタル功績

以上ノ説明ニ依リ如何ナル點ニ於テ兩主張相異ルヤヲ知り得タルノミナラス如何ナル點ニ於テ相一致スルヤハ最モ正確ニ認識シ得タルモノナリ。然シテ余ハ問題解決ニ付キ兩主義ノ一致ノ不能ナルヲ確信セント欲スルト同時ニ余ハ反對者カ爲シタル功績ヲ認メント欲スルモノナリ。リスト氏ハ犯罪者自身ヲ精密ニ審査スヘシトノ要求ニ依リ刑法ニ大ナル利益ヲ與ヘタリ。幼年犯罪者、營業的犯罪、累犯的犯罪、公衆ニ危険ヲ及ホスヘキ犯罪者ニ對スル處置方法ニ關スル氏ノ研究ハ該博ナル知識殊ニ諸外國ノ參考書ニ基キ今日ノ刑法家中ニ發見スル能ハサル如キ稀ナル豊富ナル思想ト伸縮自在ナル考察力トニ因リ理想的ニ建設シタルモノニシテ刑法學ニ深謝スヘキ感動ヲ與ヘ立法者ニ少カラサル注

意スヘキ指示ヲ與ヘタリ。吾人ハ我獨逸刑法ノ改正ニ際シ犯罪者自身ヲ精密ニ審査スヘシトノ氏ノ精銳ナル提議ヲ採用スルヲ必要ナリト認ムルカ故ニ吾人應報刑ノ代表者ハ此點ニ付キ氏ニ學フヲ得且ツ學ハサルヲ得ス。併シ應報刑ノ原則ニ基カサル可ラサルハ言ヲ要セス。リスト氏ノ説モ或程度ニ於テ應報刑ト一致スルナラン。是レ假令犯罪者ノ人格ニ重キヲ措クモ今日迄行ハレタル如ク刑罰ニ依ル應報ニ依リ正義ノ觀念ヲ達セラレヘキナリ。リスト氏ヨ氏ハ我應報刑主義ヘ一步ヲ進メ!!! 氏ノ經營セラル、事業ヲ進歩スル爲ニ!!! 氏ハ然ラサルモ既ニ半ハ我主義ニ近ケリ。氏ハ刑罰ハ本來應報ヲ意味スルモノナリト言ヘリ。應報ノ外如何ナル刑罰ヲ以テセントスルカ。刑法ノ一部ニ對シ應報刑ヲ採用セントスル氏ハ其他ノ部分ニ對シテ之ヲ採用スル能ハサル理ナシ。斯ノ如ク氏カ我應報刑ノ主義ニ進ミ來ラハ余輩正統刑法學派

ノ代表者ハ共ニ相携ヘテ氏ノ厚意ヲ實行セン。斯ノ如クシテ氏カ發議  
ノ如ク和衷共同シテ働クヲ得ム。斯ノ如クスルモ氏ノ名譽ト功績ハ永  
久ニ繼續セン!!!

明治四十五年五月十九日 印刷  
明治四十五年五月廿五日 發行

列事ノ自由裁量論與附  
定價 金壹圓拾錢



著作兼  
發行者

大場 茂馬  
東京市麹町區土手三番町三十六番地

印刷者

白土 幸力  
東京市神田區美土代町二丁目一番地

印刷所

三光 堂  
東京市神田區美土代町二丁目一番地

發行所

東京市神田區錦町  
二丁目二番地

中央大學

發賣所

神田區美神保町  
神田區中猿樂町  
芝區琴平町  
一丁目

辰替口座六五五番  
電話本局三五四番  
辰替口座五二番  
電話新橋二八七番

巖松 堂  
日比谷書房

大場茂馬著

- 一 刑事政策根本問題（再版） 紙數百八拾頁 定價金壹圓拾錢 三書樓發行
- 二 刑事政策大綱 紙數二百八十頁 定價金壹圓五拾錢 中央大學發行
- 三 刑事政策叢書第三氏ビ判事ノ自由裁量論 紙數二百四拾頁 定價金壹圓拾錢 中央大學發行
- 四 個人識別法（增訂三版） 紙數二百八十八頁 定價金壹圓五拾錢 中央大學發行
- 五 刑法各論（增訂四版） 紙數九百三十二頁 定價金參圓五拾錢 中央大學發行
- 六 刑法各論（增訂三版） 紙數八百五十五頁 定價金參圓拾錢 中央大學發行

336
103

5



336  
103

終