

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カヲ集注スル埃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 Smith) (刑事司法)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。理山書劈頭一〇頁國民ノ自由ニ

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畫一ナラシムル危險。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。一三八頁階級制司法ノ弊。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.)

(明憲三十九年十一月於テ)

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説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聒
 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
 名ナル樞密顧問ヘ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(Indeter-
 minismus)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テ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エ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。リススト氏ハ舊派(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ヲ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ヲ去ル二十三日(一九〇六年)四
 氏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

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。アルゲマイチツアイツンタ(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闘戰場ト選
 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。只遺憾ナルハリススト氏カ中途其演舌ヲ公ニスル念ヲ
 蹴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
 ナ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議ト稱シ其趣ヲ異
 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。元來翻譯ハ字句ト離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ガ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(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 passivum 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的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。唯々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ハナレリ。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尚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ダ』ハ其證トスルニ足ラス。『フリドロースヒカイト』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 應報刑ハ世界各国ニ於テ採用セラレ且ツ數百年ノ久シキ犯罪ト戦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。

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(Ention)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戦ヒタル爲メナリ。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フ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 應報刑主義ハ國民ハ法律上ノ意義ニ符合シ犯罪者ハ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^〇向^〇（應報アルレカシト希^〇望^〇）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状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^〇氏（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説ヲ立ルモノナリ。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ハ自由アリ。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。リスト氏カ故人アトルフメルケル氏(アストクラヒス)大學教授ニシテ意思ノ自由ヲ否認シテ命認ムト戰フニ當リ左ノ言ヲ爲シナ信スルニ拘ラス尙ホ責任及ヒ應報ヲ認ムタリ(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々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離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フ要セス。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。責任概念ノ行ハル、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
ハ勿論ア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(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」*ultima 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拆衷主義ナリ。

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モ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。

リスト氏ノ所説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チ其原因ヲ滅セサル可ラス。犯罪ハ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、性的犯罪、其ニ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、彼ニハワールベルヒ氏（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的犯罪ト謂フ。

リスト氏ハ生癡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チ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拔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ルヲシムヘシ。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) 保護刑主義ハトルソー(Toloso) 不具人形ノ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。而シテ將來ト雖モリスト氏ノ保護刑主義ハ一トルソーニ外ナラス。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ハキ。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の心意ノ強弱ニ應スル刑罰ノ量定ハ之ヲ爲ス能ハス。故ニ余ハ保護刑的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 (Indeterminism) 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の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の性質ナルモノハ、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。

元來人ニ犯罪の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。ロンブローゾ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ゲ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執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レ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(刑保應)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ハ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。『改善不能ナル犯罪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〕。

(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〔ト〕。

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為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「十の十の十」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
 フ拒絕シタリ。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

其結果ヲ第二トスルモノニシテ一方ハ犯罪行為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「十比十」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サ
 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
 立法事業ノ進歩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ハ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譲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譲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賛成セハ王國制ハ採用セラレ、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。余ハ保護刑應報刑孰レノ主義カ採用セラレ、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獻シタル功績

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リ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ルヘキナリ。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、事業ヲ進捗スル爲ニ!!! 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シ。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

判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
東京市麴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

神田區裏神保町
神田區中猿樂町
芝區平塚
一丁目

版口座六五五番
電話本局三五四番
版口座五二五番
電話新橋二八四番

巖松 堂
日比谷書房

書庫

法律資料第一課

28.4.10

調查立法考查局

大場 茂 馬 著

一 刑事政策 刑事政策根本問題 (再版) 紙數百八十頁 定價金壹圓拾錢 三書樓發行

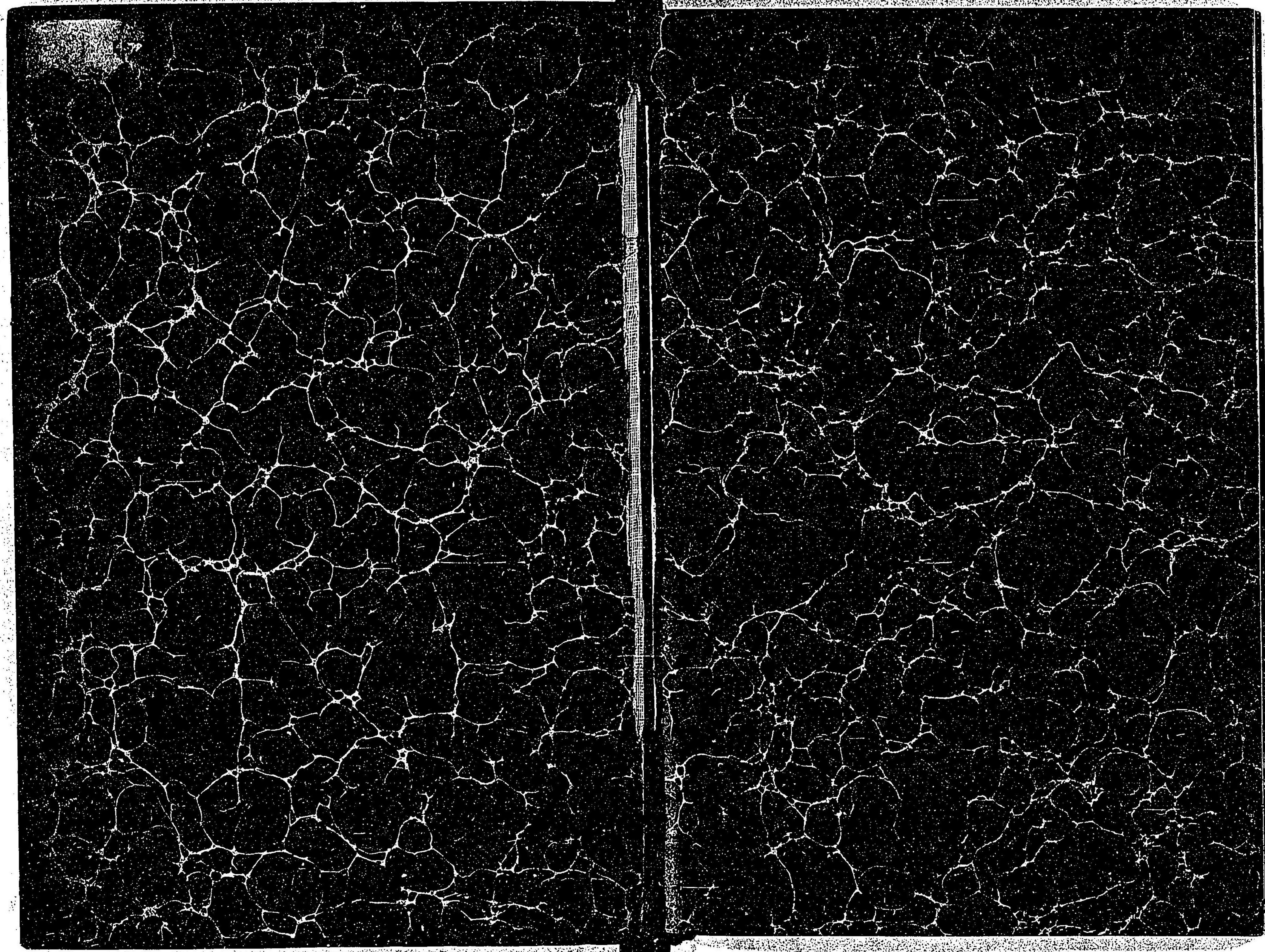
二 刑事政策 刑事政策大綱 紙數二百八十頁 定價金壹圓五拾錢 中央大學發行

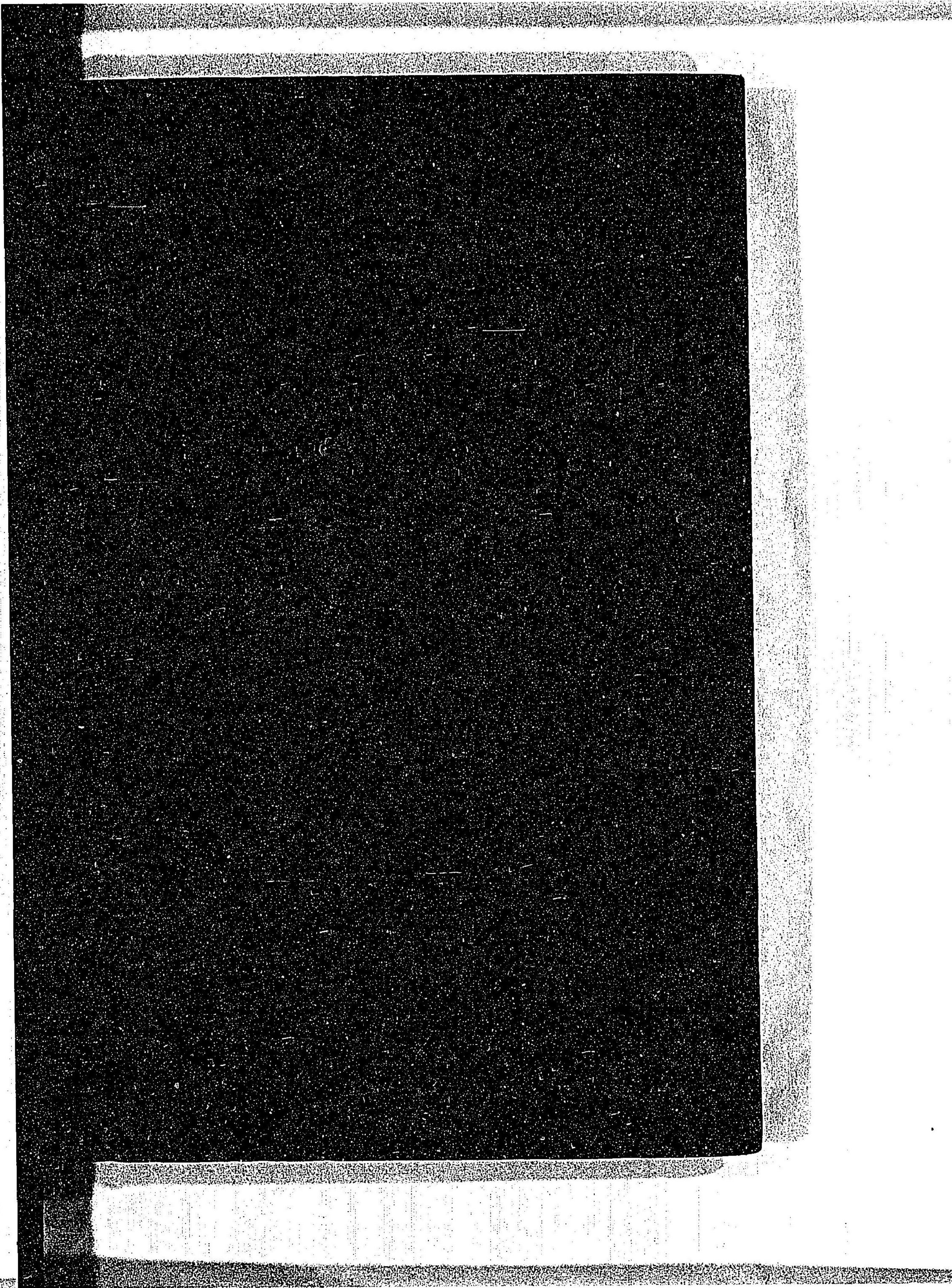
三 刑事政策 氏判事ノ自由裁量論 紙數二百四頁 定價金壹圓拾錢 中央大學發行

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) 紙數九百三十三頁 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 定價金參圓參拾錢 中央大學發行





大場茂馬譯

ビルクマイヤー氏

判事ノ自由裁量論



刑事策叢書之三

巖松堂書店

036499-000-2

326-cB61h0

論裁量自由ノ事判

著者ノマイルク・フォン

M45

BBR-0228

