

14.5
54

別書誌
合2冊



始



14.5-54



1200501213087

料 資 法 司

號 三 十 三 百 第

限定責任能力者社會上危險なる
精神病者及犯罪的常習飲酒者に
對する處遇

〔禁轉載〕昭和三年十一月

司 法 省 調 查 課

發行所寄贈本

本號には獨逸刑法改正事業の準備作業として蒐集せられたる比較法
制資料中限定責任能力者社會上危險なる精神病者及犯罪的常習飲酒者
に對する處遇を邦釋收録したり

本資料第六〇、第六一號等と相俟ち刑法立案の參考資料とし筆寫に代



昭和三年十一月

司法大臣官房調査課



目次

第一節 本稿の目的……………一

第一章 獨逸に於ける立法及び學說の沿革……………八

 第二節 一、往時の普通法並に各邦法……………二八

 第三節 二、普通法及び各邦法の學說……………三六

第二章 帝國刑法典の施行……………三六

 第四節 一、全體としての發達及び沿革……………三六

 第五節 二、帝國刑法典の下に於ける法律狀態及び學說……………三五

第三章 改正に關する運動……………三五

 第六節 係争問題の現在に於ける狀態……………三五

 一、限定責任能力を法文上に認むるの說に左袒する者……………三五

 第七節 (a) 法律學者……………三六

 (b) 精神病學者……………三六

 第八節 (b) 精神病學者……………三六



東京大正官報編輯部



目次終

第九節 (c) 専門上の學術大會の決議…………… 六〇

 二、限定責任能力を法文上に認むるの説に反対なる者…………… 六〇

第十節 (a) 法律學者…………… 六六

 (b) 精神病學者…………… 六九

第四章 外國の立法例…………… 一〇六

 第十二節 一、現行法の規定並に草案…………… 一〇六

 第十三節 二、實際上及び學問上の思潮…………… 一二七

第五章 獨逸に於ける立法上の問題…………… 一三六

 第十四節 一、立法上の論争…………… 一三六

 第十五節 二、結の考論…………… 一五三

司法資料
第三百二十三號

限定責任能力者社會上危險なる
精神病者及犯罪的常習飲酒者に
對する處遇

獨逸及爾他の諸國の刑法比較論

限責任能力論

ベルリン大學教授 ドクトル・カール



第一節 本稿の目的

獨逸刑法と外國刑法との主義上の比較研究は限定責任能力の問題に關する限りに於ては之を行ふことを得へからず。蓋し帝國刑法典中には所謂限定責任能力 *Semidelta* *Zurechnungsfähigkeit* なる觀念を存することなきを以てなり。されは此の問題は純然たる立法論上の問題に屬するものと謂はざるへらすして、

學說委員會は現行法上の欠缺か果して補正することを得べきものなりや否や、果して之を補正することを得へしとせば如何なる方法に於てすべきものなりやの點に關する決定につきて立法者をして用意する所ありしめんか爲に此の問題を其の作業豫定草案中に加へたるものなり。

此の問題を決定する上に於ては外國の立法例は極めて重きを爲すものにして、從つてまた此の意味に於て外國の立法例を比較參酌することは本稿の爲にも必要としたりし所なれど、比較對照を試みたる外國の一般成文法若は草案中にて現行法上の問題としては「イギリス」、「フランス」及び「オランダ」の諸國の刑法竝に「オーストリー」の草案及び北米合衆國刑法典草案を脱落し、「イタリー」及び「ノールウェー」の法典竝に「スウキス」刑法典草案を殘存すると共に、他面に於ては限定責任能力に關する法律の規定を有する國々として考慮せらるるは「スウキス」の十五州、「デンマーク」、「スウェーデン」、「フィンランド」、「ロシア」、「ギリシヤ」及び日本の諸國なれど、是等は違漏なき列擧の必要上之を記載するにあらずして、寧ろ容易に入手し得べき法律の偶然なる發見物としてなり。最後に限定責任能力に關する現行法上の規定を有するにあらざる諸外國の刑法も亦例へは「フランス」及び「オーストリー・ホンガリー」に於けるか如く最近に至りて學術上の大會又は學說上に活潑なる運動を惹起し、是と共に此の問題を立法的に解決せんとするの點に關して關心する所の顯著なるものあるに於ては亦之を看過すべからざるなり。此の理由に基きて外國法に關する章中に於ては成文法上の統計と實務及び學問上の思潮に關する報告とを形式

上分離することとしたり。

余輩が嘗て第二十七回獨逸法曹會議の提出したる精神上の低能者の刑法上の處遇に關する意見書中に於て立法上の問題につき極めて詳細なる意見を發表して、多岐多端なる論争の渦中に投せしめられたりし事實は、偶々以て本書中に於て此の問題を取扱ふことを困難たらしめられざりしにあらざるも、然も之に依りて問題の材料と反對論者の所説とを反覆繰返して良心に従つて吟味することを教へられたりしに拘らず、余輩は尙ほ且既に早くより懷抱したる原則的見解を拋棄することを得ざるものなるを告白せずして止む能はず。即ち余輩が明確なる法律上の定義に基く特別法的の規律は精神上の低能者たる犯罪人にとつて必要缺くべからざるものと思惟すること今猶ほ舊の如きものあるなり。只之を具體的の點について云へば余輩が此の論争よりして多くの事項を學び、多くの事項を是正することを得たりしは余輩の感謝に堪へざる所にして、刑罰上の主義に關しては極めて重要な點に於て是正を加ふるの必要を感ずると共に、刑の執行及び保安に關する提案は著しく之を容易ならしめたり。尙ほまたここに重きを爲す問題の刑法的側面については従前行ひたるか如き範圍に於て行政法上の法規の具體的の點を問題とするの必要なきなり。惟ふに立法事業の直前には之に助言を與ふる者の責任の増大するものあるの結果として、さなきだにすべの希望を必要と實現の可能の程度に制限することを余儀なくせしめらるるなり。遮莫犯罪人の個別的處遇の方向に向つての改正の成否は要するに新刑法典の價値の有罪に對する斷案に外ならざるものと考ふ。

上記の余輩の意見書は一九〇四年二月を以て其の稿を終へたるものなるか、是と殆ど同時に是とは全然無關係に「ベルリン」大學の刑事學演習作業の準備し、「フォン・ゴツチャルク」氏の發行したる所に係る限定責任能力論に關する資料集の公表を見たり。然も獨逸に於ける本來の刑法改正運動は一九〇四年春に至りて初めて其の最初の烽火を擧げたり。されは外國法に對する觀察の範圍の擴大と云ふ點は之を度外視するも獨逸帝國內に於ける本問題の位置に關しても亦現存せる作業につき全然新しき構成を必要とするに至りたり。余輩は賛否の論者か此の問題につきて費したる努力の成果は周到細心に此の新構成中に應用せられたりとの印象を世人に與ふべきものと希望して可なりと認む。意見書中よりは單に普通法及び各邦法に關する若干の叙述と其の參考書とを拔萃して載録したり。此の事たるや獨逸の法制史か此の點に於て單に教訓に富める緒論としての價值を有するに止まらず、實に其の論據たるものなりと云ふ従前既に人の是認する所となりたる理由に基くものなり。尙ほまた特に刑法典改正の事業の今日既に目睫の間に迫れるものある事實に促かされて一九〇四年初頭以來學會の席上及び文献の上に於て行はれたりし諸種の運動を總括的に觀察することは本稿の主たる任務となしたる所なり。人の往々にして敢てするか如き單なる學說の列擧は未だ以て此の場合に何等有用なるものたることを得ず。學會及び學者は單に之を擧示するに止むべきにあらすして、寧ろ其の議と所説とを一々載録することを必要とせり。而して學者の所説の間に著しき見解の相違を存するの結果として全然概括的觀察を許さざるものあり。かくの如き概括的觀察は實に其

の學說の主體たる學者各個人に對して正偽を得る所以にあらざるなり。讀者にとつてはかくの如き方法は偶々其の倦疲を招、所以なるやも知れされど、余輩の勞力も亦決して尠少なるものにあらざりし事實を信せられんことを望む。然も余輩は大體に於て完全にして且獨特なる、現存の法律的信念の要素を整理して之を立法者に提出することを以て余輩の義務なりと認めたり。惟ふに立法論上の論争の批評的研究はさなくとも必然的に主觀的の性質を帶ふるに至るは止むを得ざる勢にして、余輩としては少くとも刑法改正の問題に對する余輩の實質的地位に顧み何等の色彩をも伴ふことなくして之を構成するを不可能としたり。然り而して資料の提出は多々益々各方面に亘り、愈々以て客觀的たることを必要とするか故に、時あつてか外觀上議論の時間的關係を超越するの危険を冒して賛否の論者をして其の意見を開陳せしめたることと一再にして止まらず、且また是等の論者中につきて更に法曹と精神病學者との間に區別を設くることとせり。

本稿の爲に余輩の配當を受けたる紙數に制限あるの致す所として刑事裁判所に於ける限定責任能力の認定の基礎たることあり得るか又は基礎たることを必要とする臨床上の事實の記述は全然本稿の叙述中より之を除外するの止むを得ざるに至れり。余輩は意見書第九節中に於て「裁判上に於ける精神病學の經驗上の事實」に關する要論を試み遺傳的素質、變質、無氣力、神經衰弱、「ヒステリー」、癲癇、慢性飲酒癖としての精神上の低能の最も重要なる現象形式について比較的詳細に説述し、爾他の性慾倒錯、強行行爲

また例へは「メラニコリー」の如き一定の精神上の疾病若は「ヒポコンデリー」の如き或る種の智力上の疾病の一时的状態、「モルヒネ」中毒其の他の如きものをも少くとも之を列挙したり。余輩は此の點に關して素人らしき知識を羅列することを繰返さずして可なりとす。蓋し醫學的側面に關する余輩の叙述については別に何等の反對論の唱へらるるものあるを見ざりしに止まらず、反對論者と雖之に對して友誼に充ちたる確認を興ふることを吝まざりしを以てなり。されば余輩は此の方面に關する問題の全部を擧げて専門家の學說に譲らんとす。是等専門家の學說も亦爾後の幾年の間に其の内容を豊富にし、其の研究を深遠ならしめたるべきなり。加之成文法上の定義を下す上に於ては定義を附するに困難にして不定曖昧なる限界的状態の畢竟するに臨床的事實とも云ふべき事實は假令例示的にも之を採用すへからずして、寧ろ其の自然性と日常茶飯事としての性質の點に於て斯學については素人たる如何なる判事にとつても理解し易く、従つてまた刑事裁判所の法廷に於てする法律の適用に適當したる法律的標準を作り出すを期せざるへからざるものなるに於ては、一層如上の事項の具體的の點に立入るの理由は立法者にとつては之を存することなきものと謂はざるへからず。

最後に余輩は用語に關する論争をここにまた蒸し返すことを欲せず。本稿の標題は委員會の選定する所に係り、余輩の隨意に選定したる所にあらず。即ち本稿の標題は何等一黨一派に偏するか如き意義を有することなく、沿革的に既に衆人の耳に熟し、一般の理解し得る所として無雜作に之を採用したるもの以外

ならざるなり。余輩か之に對して如何なる地位を占むるものなりやは余輩の曩に既に叙説したる所の如し。一九〇四年以來は「ラローネ」、「レツプマン」の諸氏特に「精神上の低能」*geistige Minderwertigkeit*なる用語を以て優れりとし、就中検事「ファイゼンベルグ」氏の所説を以て顯著なるものとせり。所謂「責任」*Schuld*、又は「犯罪能力」*Delikttaetigkeit*なる語を以てしては殆ど一般的に状態を闡明するの結果を招來し難し。法律家たらん程の者は是か論理上の瑕疵について詳細に知悉せり。立法者にとつては問題は眞に是れ些細の價值を有するに止まる。立法者は法典か「責任能力」*Zurechnungsfähigkeit*に關する定義を有せざる間は全然限定責任能力なる用語を採用すること能はず。其の之を採用する能はざるは恐らく従前之を採用することなかりしと同様の充分なる理由に因るものと謂ふべし。法律中に於て某々の事項に正確なる定義を下すに於ては二様の表現方法を存するか如き方針は之を回避すべく、また之を無用とすべきものなり。然れども何人と雖裁判上の實務及び國民の用語に於ける將來の略語に今日精通する者はあらざるべく若はまた未だ嘗て是れあらざるなり。此の問題の實體刑法的意義若は其の社會的意義は用語の争の上に遙に超然たるものあり。従つて用語に關する論理的學說 *Collegia logica* は之を排斥し去ることを得べきなり。

第一章 獨逸に於ける立法及び學說の沿革

第二節 一、往時の普通法並に各邦法

限定責任能力の觀念は直接法律上に言明せられたる觀念としては舊時の普通法中に之を存することなし。其の然るに拘らず法源の解釋及び運用の點に於ては限定責任能力の觀念は其の事柄の本質上一般的の減輕原因として承認せられたること疑を容るるへからざるものあり。既に「バームベルゲンシス」及び「ブランデンブルギカ」法典第二百五條並に全般の構成と相關聯して「カロリナ」刑事法典 *Constitutio criminalis Carolina* 第七十九條は法律鑑定人及び其の他の鑑定人の助言に従ひ「少年若は其の他の廢疾に基きて其の智能を有せざる者か有害なる行爲を犯したる場合」につき任意的なる刑を要求したり。「ゴブラア」氏(一五四三年)は之を翻譯して “..... aut alterius defectus gratia mentis suae non compositis” (他人の精神上的の缺陷の爲に、又は其の人の精神上的の不整の爲に)と云ひ、「レムス」氏(一五九四年)は之を解釋して “Si quis per furorem non simulatum aut aliud mentis non sanae vitium item per vitium, somnium, iram, amorem insanum deliquerit” (若し或る者か佯狂に非ざる精神錯亂又は或る種の不健全なる精神上的の缺點に因り、又は酒、夢想、憤怒、戀愛、精神錯亂に因り罪を犯したるときはと云へる

か、誠によく其の特徴を示したるものと云はざるへからず。而して此の解釋は多大なる影響を及ぼしたり。蓋し實務に關して報告を爲せるか、又は裁判自體に影響を及ぼす丈の有力なる解釋を示したる註釋家はすへて爾今「カロリナ」刑事法典第七十九條の下に *mentis defectum* (精神上的の缺陷)、*stupiditatem* (愚鈍)、*melancholiam* (憂鬱)、*affectum* (激情)、*conditionem noctambulorum* (夢想の状態)、*nimum amorem* (激しき戀愛)、*errietatem* (爛醉)等の如き精神上的の低能の極めて異なる種類の状態を指稱するものと解釋するに至りたるを以てなり。即ち是等の註釋家は「ハレ」及び「ヘルムスタット」の醫科大學の鑑定を引用して各種の興味ある法律上の場合を叙説し、釋放と減輕を區別し、更に一步を進めて既に刑 *poenam* の監護 *custodiam* との間の別を解せるを見る。「クラークセン」氏(一六九三年)六百六十七頁以下、「ルドウキクス」氏(一七二六年)二百四十七頁以下、「クレス」氏(一七三六年)六百七十二頁以下「エス・フリードリヒ・ペーメル」氏(一七四五年)八百六十三頁以下の如き是なり。

是等普通法上確保せられたる要素か爾後相次いで出現したる各邦の刑法中に於ける限定責任能力の廣汎なる適用範圍上に決定的なる影響を及ぼすことなくして止む能はざりしは素より自然の事理なり。

第十八世紀の刑法學界か尙ほ此の點に關係を有する限りに於ては單に「バイエルン」、「オーストリー」及び「プロシヤ」の諸國の刑法典を指示するを以て足れりすへし。即ち一七五一年の「バワリヤ」刑法典第十七條中には「亂心して智能の半を喪失せる者は通常の刑を免除す」へき旨の規定を以てして右に述べ

たる思想を表明し、亦誤認すべくもあらざるなり。また「オーストリー」の法典中については一七六八年の「テレジアーナ」法典第十一條第四項は「全然理性を喪失するの結果を伴ふにあらざる著しき程度の愚昧、魯鈍、單純」を以て刑を減輕する一般的原因なりと表示す。更に一七九四年の「プロシヤ」普通法第二篇第二十章第十七條に依るに「智能薄弱なる者は將來其の過誤を犯すを豫防する爲に之を懲罰することを得べきも、然も決して法律の嚴正なる規定に照して之を處罰することを得ず。」此の特別規定に次いで第十八條には一般的規律を定めて「自由と熟慮とを以て行爲を爲す人間の能力を増減する所以の事情は其の處罰の程度をも増減するの効果を伴ふ」と規定せり。

然も限定責任能力の觀念が汎く各邦の刑法上に承認せらるるに至りしは第十九世紀に至つて初めて然りとする所にして、爾後の發達は實に左の如き結果を示したり。「プロシヤ」刑法典（一八五二年四月十四日）及び之に模倣したる「ワルデック」(一八五五年五月十五日)、「オルデンブルグ」(一八五八年七月三日)、「リュベック」(一八六三年七月二十日)の諸刑法典中に於ては、限定責任能力を特別に斟酌するの必要を否認し、「オーストリー」刑法典(一八五二年五月二十七日)は單に刑の減輕的暈定原因として之を採用し(一八一三年の「バワリヤ」刑法典の「智能の自然的薄弱」と云ふを同し)、「ハノーブアト」刑法典(一八四〇年八月八日)は之を「恩赦の方法に於てする刑の減輕の提案を」是認せしむるに足るべき事情の下に數へ、「メクレンブルグ」、「ラウエンブルグ」、「シユレスウキヒ・ホルスタイン」、「クトルヘッセン」

「シヤウムブルグ」、「プレーメン」の諸邦の刑法典は一般的なる刑の減輕原因の效力を以て争ふへからざる普通の權利の握有狀態として認め、或は常に裁判上之を承認することに依つて、或はまた爾後の諸草案中に之を収録することに依つて之を確認したり。例へば一八四九年の「シユレスウキヒ・ホルスタイン」刑法草案第七十六條竝に「一八六一年の「プレーメン」刑法草案第一百八條に於けるが如し。其の後者は「責任に等級を存するときは之を法文上に表明するを要す」と云ふ「プロシヤ」の立法に比較して其の字句に修正を加へたり。最後に爾他の大多數の獨逸諸邦の刑法典は法律の明文を以て限定責任能力を一般的なる刑の減輕原因として認めたり。即ち其の立法の年代を逐うて之を擧ぐれば、「ウユルテムベルグ」(一八三九年三月一日の法律第九十八條)、「ブラウンシュヴァイグ」(一八四〇年七月十日の法律第六十條及び第六十二條)、「ヘッセン」(一八四一年九月十七日の法律第一百四條)、「リッペ」(一八四三年七月十八日の法律第六十條)、「バーデン」(一八四五年三月六日の法律第一百五十三條)、「ナッサウ」(一八四九年四月十四日の法律第一百三條)にして、「チューリングン」刑法典の八邦は一八五〇年以來邦法第五十九條を以て此の制度を採用し、「フランクフルト・アム・マイン」(一八五六年十一月十六日の法律第一百四條)、「ヘッセン・ホムブルグ」(一八五九年三月二十二日の法律第一百四條)、「バワリヤ」(一八六一年十一月十日の法律第六十八條)、「ザクセン」(一八六八年十月一日の法律第八十八條)、「ハムブルグ」(一八六九年四月三十日の法律第五十九條)なり。只「ザクセン・アルテンブルグ」(一八四一年五月三日の法律第六

十四條)のみは一八三八年の「ザクセン」刑法典に倣ひて限定責任能力を斟酌する場合を「死刑に値ひする重罪」の場合に制限せり。

然り而して是等第十九世紀に於ける獨逸諸邦の刑法上の立法事業は何れも其の準備の深遠なること誠に非常なるものありて殆ど例外を存するを見ず。是等の諸草案竝に資料は今日尙ほ幾多の教訓を與ふるを見るなり。特に此の事は限定責任能力の問題について然りとする所にして、就中法律上の觀念を定むる上に於て純然たる苦闘を露呈せるを見る。今是等の試圖の結果を確認するは誠に骨折甲斐ある事項と云はざるへからずして、假に「ウエルテムベルグ」刑法典について之を見るに「理性を働かすの能力を全然喪失せるにあらざるも然も尙ほ著しき程度に亘りて魯鈍若は理解力の缺乏を來し、其の結果として法定の刑の最も輕きものを科するも尙ほ其の罪過と不釣合なる關係に在るべき者」と云ひ、一八三八年の「ザクセン」刑法典及び「ザクセン・アルテンブルグ」刑法典亦殆ど之に同し。また「ブラウンシュワイグ」刑法典は「理性を働かすの能力に故障を來したることに因つて本人の責に歸すへからざる意識の昏迷、愚昧若は瘡腫の事情に因つて責任能力を喪失するに至らざるも、然も著しく其の能力を遞減せる者」と云ひ、次いで更に「刑を遞減すべき爾く多數の爾く重要な原因、特に犯人の責任能力を遞減せしむべき原因にして判事の裁量上當該の行爲に對して威嚇を爲したる最も輕き刑を以てしても尙ほ其の處罰と正當なる釣合を保たざるに至るべきものの競合したる場合」につきて規定を爲せるか、是と全然一致せるは「リッペ」刑法

典にして、之に相類似せるは「ハノーブアー」刑法典なり。また「ヘッセン」刑法典は「第三十七條(二)及び(三)(瘡腫、意識の廢滅、精神病)に従ひ、此の規定中に前提としたる程度の障礙を存するに當つてそか具體的の場合に於て法定の處罰の最も輕微なる程度を以てするも尙ほ當該の罪過と不釣合なる關係に在るべき程度を存する限りに於ては全然無罪を招來すべき状態」と規定し、是と文字章句の末に至るまで相一致するは「ナッサウ」、「フランクフルト・アム・マイン」、「ヘッセン・ホムブルグ」の諸刑法典なるか、「バーデン」刑法典にあつては「第…條に従ひ同條に前提としたる程度の障礙を存するに當つて具體的の場合に於て之に近接するものある限りはすへての責任を阻却する状態」なる字句を以てしたり。「チューリッゲン」諸邦の刑法典は「ウエルテムベルグ」刑法典とは似通ひたる法文に尙ほ「問題たる犯罪と相關聯せざる一部のなる精神上の疾病に罹れる者亦同し」と云ふ字句を追加せり。かくの如き一部の疾病も亦少くとも間接には現に犯したる犯罪に影響を及ぼすことあり得へしと云ふ見解なり。「プレーメン」の草案は一般的に「限定責任能力」について規定し、一八六一年の「バイエルン」刑法典は自己決定の能力若は行爲の處罰性を識認するに必要なる行爲者の判斷力又は其の意思決定の自由をは心すしも全然阻却することなきも、然も尙ほ著しき程度に亘りて遞減したることを條件とせり。最後に一八六八年の「ザクセン」刑法典は其の字句上一八五五年の刑法典と相關聯して「前條(意識の喪失、精神病等)に於て限定したる状態又は條件を存し、然も之に依つて自己決定の能力を全然阻却せられたるものと認むへからざること

きは、當該犯人を當該の犯罪を犯さんか爲に故意にかくの如き状態を來したるにあらざる限りは、限定責任能力を存するものと認むべし」と規定し、而して曩に述べたる所の如く一八三八年の刑法典に於て限定責任能力の認定を「死刑に値ひする重罪」にのみ制限するの制度を撤廢せんことは第一院の委員會委員及び報告委員としての國王「ヨハン」陛下自身の要求せられたる所に係れり。然も當初は「辯護士の爲に幾多の口實を設くるに至らんこと」一般の懸念する所たりしも、一八五三年の草案の理由書は「今や心理學者の間に漸く勢力を占め來れる完全なる責任能力と完全なる責任無能力との間に中間状態を存すと云ふ見解に左袒し」限定責任能力に對して刑の減輕原因を認むることに依つて余りに輕々に完全なる責任無能力の存在を認め、従つてまた不當なる釋放を來すか如き從來の弊害を確實に豫防することを得るものと思惟する旨を宣明せり。而して「ザクセン」刑法典のみは判事の減輕權に對して下方に向つて何等の制限をも認めざるの點に於て唯一絶特の地位を占むるものと謂はざるべからざるなり。

最後に特に興味ありとすへきは出發點と最後の歸結とに於て反對なる結果を示せる「バワリヤ」及び「プロシヤ」に於ける發達の經過にして、即ち「バワリヤ」は一八一三年を以て初めて限定責任能力を法定の刑の減輕原因として認むることを殊更に除外するの方針を執れるか、裁判當局は爾後幾何もなくして自力を以て此の欠缺を補正し、一八二二年以來は限定責任能力の觀念はすへての草案中に於て將來の刑法典は必ず之を採用するものとの確實なる期待を以てして間斷なく連續して是か主張を見、竟に刑法典の施行に至る十三年前既に陪審手續を以て判決を言渡すへき犯罪のみに制限することとして之を一八四八年の陪審法中に採用せり。従つて此の限定責任能力の觀念か一八六一年の刑法典中に收容せられたりしは自明の事項たりしなり。翻つて「プロシヤ」にあつては一八二七年の草案中に限定責任能力の觀念を收容し、之を原則たるものとして承認するを以て刑法典編纂史の起頭となしたりしか、然も一八二八年の草案中に於ては此の觀念は早くも消滅し、爾後の四草案中に於てもすへて之に關する規定を缺けり。然るに一八四五年に至つて初めて再び限定責任能力の觀念を斟酌するの顯著なる革新を提案し、「以て爾今刑法改正事業の開始と同時に既に一度開きたる道を確定的に辿らんとせり。」今此の草案第六十一條に依れば減輕は「それ自體としては有罪なる行爲につき犯人の理性の働きの自由は特殊の精神状態の爲に必ずしも全然阻礙せられたるにはあらざるも然も著しく遞減せられたる場合」に之を行ふべきものとしたりしか、一八四五年十一月二十六日の參議院の委員會に於ては六票に對する三票を以て再び第六十一條の否決を見、是と共に「プロシヤ」の立法については此の問題は引續き否定的の意味に於て決定せらるるに至りたり。勿論一八四八年一月二十七日の合同等族委員會に於ては「限定責任能力の場合に於ては判事は刑の法定の短期若は寡額以下に下すの權限を有す」とするの提案今一應反覆せられたりしか (S. den Wortlaut bei Finger im Gerichtssaal LXIV, Sonder Abdruck 7.) 然も此の提案は「事務規程上の支持」を見出すに至らずして

止み、邦議會の司法部委員會は「判事は是か爲に法律の規定を存することなきも尙ほ適當なる場合には鑑

定人を訊問して精神病學者の助言を求め、犯人の自己決定の自由を阻碍したる原因を斟酌することを得へし」と云ふ慰藉を以てして簡單に此の問題を押し付けたなり。従つて論争は小規模の儘にて終熄し了せり。然れども一面に於ては「プロシヤ」は一八二七年及び一八四五年の草案竝に之に促さるる所ありたりし學說中に於て限定責任能力を規律するに法律の規定を以てするの必要についての極めて貴重なる論據を提供したると共に、一面に於ては爾後に至つて再び此の規律を拋棄するに至りたる事情は決して此の證明理由の實質上の意義の勢力を減殺することを得べき構成を有するものにあらざるの印象は依然として存續し、北獨同盟刑法典中より限定責任能力の觀念を排斥するの歴史は如上の經驗を以て其の局を結ひたり。八四

第三節 二、普通法及び各邦法の學說

帝國刑法典の制定に至るまでの限定責任能力に關する學說上の論争の歴史は法の二元主義と相照應して二様の方向に向つて走れり。其の一は自己の前提としたる現行の普通法を辯護し、之を深遂にし、是か支援を一八一三年以後限定責任能力の觀念を採用するに至りたる邦法の草案及び成文法に求め、他は即ち一定の提案と相關聯して若干の邦に於て限定責任能力を成文法上に明文を以て規定することを或は論難攻撃し、或は辯護防禦すると共に、其の際多少にまれ獨立して普通法を中心として行はれたる論争中に提示ありたる理由若は反對理由を應用せり。此の意味に於て普通法竝に邦法上の學者を限定責任能力の點に關し

て區別すること可能にして、また事の宜きに適したるものなり。

普通法に關する法律學者の中には限定責任能力に賛成する者と反對なる者との數上の割合は極めて不等に於て、之に賛成する者の數著しく優れり。而して反對論者中にて其の説の有力なるの點に於て傑出せるは僅々二人に過ぎずとす。

其の第一に位する者は「フオイエルバッハ」氏なるか、氏の以前にあつては既に述べたる「カロリナ」刑事法典の註釋家と相關聯してすべての分類家は其の「ラテン」語若は獨逸語を以て記述したる著書中に於て限定責任能力の現行法上の根據若は其の原則上の正否に關して何等の疑念をも抱懷することなく淡々として論じ去れり。即ち Ben. Carpzov, *Pract. nova* (1739) p. III Qu. 145 ff.; Engan. Comp. (ed. V 1740) p. 36; S. Fr. Boehmer, *Elem. jurpr. crim.* (ed. V 1757) p. 24 vp. 238; F. A. Hommel, *De temp. poen. ob imbecillitatem intellectus* (1755); G. Meister, *princ. j. cr.* (ed. V 1780) § 63; F. Meister, *princ. j. cr.* (ed. I 1789) § § 90 ff.; Chr. Koch, *Inst. j. cr.* (1791) § § 53 ff.; Dorn, *prakt. Komm.* (I. Bd. 1790) 70, 157 ff.; Stübel, *System* (1795) II § 364; Quistorp, *peinl. R.* (6. Aufl. 1796) I § 38 ff., 102 ff.; Kramer, *Versuch einer System. Darst.* (1798) § 22 ff., 61 ff. 等なり。是等の論者の間には特に非常なる人道的啓蒙的精神の著しきものありて、問題は既に其の細緻なる思想の徑路に分派せるを見る。凡そ「責任についてはすべては精神の状態如何、其の自意的行爲の如何に歸着す。」而して余輩はここに初めて「限

定責任能力」なる語を存せるを見るなり。

「フオイエルバッハ」氏の反對論は時期の上より見て是等の學者の直後に在り。其の完全なる證左は「イネーナ」論文集 *de causis mitigandi ex capite impeditae libertatis* (自由の故障に關する章に依り減輕を行ふ原因について) (一七九九年)、一七九九年及び一八〇〇年の「原則改訂論」、*Revision der Grundsätze*、二卷、教科書 (一八〇一年第一版) 第九十六節以下、及び特殊犯罪論第二卷 (一八二九年) 第三百三十九頁以下なるか、氏は非常なる熱心を以て限定責任能力の觀念を攻撃し、或は其の刑法學說の根本觀念に基き、或は法源に對する異なる解釋の方法を以てして、或は減輕權に關する裁判の誤れる經驗に基きて論難する所ありたり。遮莫ここに一般の理解し易き攻撃點を存するものありたりとは争ふべからずして、即ち普通法の苛酷に過ぐるを補正せんか爲に實際上に於ては減輕原因は笑止に堪へざる程度にまで擴張せられ、和解、嘆願、地方の習慣、女性、高貴なる身分、時效期間の半の經過、「キリスト」教への改宗、優秀なる技能等の如きは即ち是にして、「フオイエルバッハ」氏は是等の「刑法學者の機智」に對して義憤の念を發したるものに外ならずして、氏は之を以て成文法を廢棄せられたるものと認め、かくの如きは即ち「哲學流行の世紀の精神に従つて適法性の外見の下に其の判決を言渡さんことを判事に勸告する嫌惡すべき哲學なり」と指稱したりしか、氏の立場は氏をして激烈なる學問上の論争の渦中に投ずるに至らしめたり。氏が果して氏の學說を固く墨守して變らざるものたりしや否やは頗る疑はしきものありと雖

少くとも公然の事實としては常に然りとし、氏の教科書の最終版に至るまで其の主張より脱離すること能はざりしなり。然れども氏の遺稿たる刑法典草案中に於て氏か「經驗の勢力の壓迫を受けて」減輕的原因を採用するに至りしことは「ミツテルマイヤア」氏の云ふ所の如くにして、「フオイエルバッハ」氏か後に至つて裁判長となりたりし裁判所の陪席判事たる「アーノルド」氏は「フオイエルバッハ」氏か其の晩節の最終年に至つて初めて (一八三三年) 限定責任能力か刑の減輕の結果を伴ふことを必要とする旨を容認したりを傳ふ (*Archiv für Kriminalrecht* 1853, 245)。

此の問題に於て「フオイエルバッハ」氏に左祖し、直接其の衣鉢を傳ふる者は極めて少くして、一八〇三年以降約四十年間に著名なる普通法上の刑法學者にして氏の所説に賛成する者一人として是れあるを見す。此の所説は裁判、醫學、哲學の何れの方面よりも反對を受くるものなれども、「フオイエルバッハ」氏の所説の一部を捉へて極めて詳細に且決疑的に之に反對して、限定責任能力を以て刑の法定減輕原因となすに賛成の意を表する法律家の中にて此の期間中につき特に擧示すべしは *Kleinschrod, System der Entwürfe usw.* (1805) I 163 ff., 251 ff.; II 170 ff.; *Dabelow, Lehrbuch* (1807) 95 f.; *Welcker, Letzte Gründe usw.* (1813) 560 f., *Tittmann, Handbuch*, (1822) I 156 ff., 238 ff.; *Salchow, Lehrbuch*, (3. Aufl. 1823) 66 f.; *Ed. Henke, Handbuch* (1823) I 306 ff., 568; *Wächter, Röm. Teutsch. Str.R.* (1825) I 217 ff.; *Grolman, Grundsätze usw.*, (4. Aufl. 1825) 109 ff.; *Abegg, System*, (1826) 80; *Jarcke, Hand-*

buch (1827) I 157 ff., 328; Hepp, Über Tenebrachs Begriffe von Milderung und Schärfung der Strafe (1827) Rosshirt, Entwurf der Grundsätze usw. (1828) 65 f.; Martin, Lehrbuch (1829) 89, 122 f.; Klentze, Lehrbuch (1833) 82; Bauer, Lehrbuch (1833) 206 f.; Mittermeier, Die Zurechnung zweifelhafter Gemütszustände (Archiv für Kriminalrecht 1835) 93 ff. 等なり。而して一八一六年以後は「ホーフバウエル」、「ハインロート」、「フリードリヒ」等の如き醫學者も此の論争に参加せるか、其の特に興味を喚起するは一八二七年の刊行に係る「ハムブルグ」の學者「グローマン」氏の「責任の阻却若は減輕の條件たる心理的要素に關する考察」と題する公平なる論文にして、氏は該論文中に於て獨逸人「ザンド」の行ひたる「コッツェブー」(譯者註「コッツェブー」は十九世紀初頭に於ける獨逸の新聞記者にして且戯曲家たり。時恰も神聖同盟の直後「メツテルニヒ」の反動政治の歐洲を支配する所なりしに當つて親露的、反動主義的言動に依り「ロシヤ」の間諜として進歩派學生の厭惡する所となり、「マンハイ」の暗殺、「ナポレオン」に對する「スタツプ」の暗殺未遂等の如き案件を限定責任能力の見地の下に叙述したり。惟ふに限定責任能力を認むる論理上の理由と可能に關する疑念は是等すへての學者の思索の範圍とは大體に於て尙ほ相去ること遠きものの如くにして、是等の學者は其の判断の理由を現行法に求め、また精神病學の經驗上の事實に立脚せしめたり。然れども其の間に此の觀念上の問題は法律哲學に依つて提出せられ、亦等しく肯定的の意味に於て解答を受けたり。即ち「カント」は法律學の形而上學的原始論中に於て、「ヘーゲル」は法律哲學綱要中に於て、「スタール」は法律哲學中に於てそれぞれ此の問題に關して論述する所ありたりしなり。

然るに恰も此の時期に當つて觀念的構成の此の點に於て又もや限定責任能力に對し根本的に異議の唱へらるるものあるを見たり。此の反對論は「フリードリヒ・ベルナア」氏(一九〇七年一月十三日死亡)か其の著「刑事學上に於ける責任轉嫁論綱要」(一八四三年)第三十六頁以下中に於て主張したる所に係り氏は特に「スタール」氏に反對するものにして、「ス」氏か責任能力と違法の意思の差別とを區別すること充分ならざりし弱點を衝き、「最も輕微なる過失」を算入することも亦「完全なる」責任能力を前提とするものにして、吾人は須らく觀念の單純と明確とを固執せざるへからずして、之に無限の等差を附することを得ず。「違法の意思には種々なる等級を存するも、然も存する所のものは唯一の責任能力あるのみに過ぎず」と論斷せり。

「ベルナア」氏の反對論も亦孤立的にして何等の反響をも伴ふことなかりき。氏か問題の重點を専ら形式的法律的一面に置きたりし事實は問題を深刻ならしむるに有利なる能はず。觀念の運用としては限定責任能力の問題は單なる思想上の遊戯たり、偶々以て人生の活事實に依つて來さしめらるる事態の由々さど奇異なる對照を爲すに過ぎざるなり。されは爾後の學者は其の問題に顯著なる貢獻を致したるの程度に於ては立所に再ひ此の抽象的方法論より脱離したるものなり。然り而して此の問題に關する原則的見地を深刻に理解し、「ローラー」、「イデアラ」等の精神病學者の研究に依つて増強せられたる規模の頗る廣大なる學問上の武器を以て第一線に出現したりしは「ミッテルマイヤ」氏にして、特に其の一八五九年の

論文 (Gerichtssaal 32-74) を以て然りとし、而して刑法の系統内に於ては特に Köstlin, Allgemeiner Teil I (1855), 154 f., 612 f.; Haffner, (6. A. 1857), 47, 87; E. J. Bokker, I (1859) 346 f. 及び Geib, II (1862), 105 を顯著なるものとすへし。然り而して「ガイブ」氏が既に責任能力を定義して行爲者が處罰を受くると云ふ前途の見込に依る又は之に類似の動機に依つて意思を決定するの能力なりとせるは興味ある事項なりとせざるべからず。曰く、勿論限定責任能力の語は極めて不適當なる用語と云はざるべからずして、此の語はここに主眼とする所か完全なる責任能力と責任無能力との中間状態なることを暗示するもの如く解せらるるも、「かくの如き中間状態かそれ自體として思考し得べからざるものなることは生命と死亡との中間状態を思考し得べからざると同じ。只限定責任能力の語を以てして表示せらるべき思想は徹頭徹尾正當なるものと謂はざるべからずして、誤解と各種の見解の混同を回避せんか爲に「限定意思決定能力」 „verminderte Bestimmbarkeit“ なる語を使用するを以て優れりとすへしと。何れにせよ「ガイブ」氏の所説か「ベルナア」氏の責任轉嫁説に比して優れりとすへきは、前者か單に觀念上の問題に停滯することを爲さずして、寧ろ辯證的方法を以てして問題の極めて重要な實質的内容を捕捉し、之を掩護するの術を解したるの一事に存するものなり。

以上の普通法上の學說の廣汎なる範圍内に於て邦法上の各個の草案及び成文法につきて無數の學問的意見の發表を見たり。今是等の論争に關する文献を博く掲記するの必要を存せざるか故に、余輩は是等枚舉に暇あらざる著書論文中永久的價値を有するもの若干のみを擧示するに止めんとす。

邦法に關する學者の中にて其の論陣を張るの點に於て最も超群絶倫なるは「ミツタルマイヤア」氏を推すへし。即ち氏は或る程度に於て普遍的の論客と稱することを得へし。凡そ第十九世紀前半の刑法草案にして氏が刑法雜誌 (Archiv für Kriminalrecht) 中に於ける幾多の論文者は「刑事立法發達論」 „Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung“ (1. Beitr. 1841, 2. Beitr. 1843) なる著書中に於て論議を加へるもの殆どなく、成文刑法典に至つては氏の論議を経ざるもの一として是れあらざるなり。而して苟も是か論議を爲すに當つては限定責任能力の點を評價せざること未だ曾てなし。更に「バワリヤ」刑法に關して顯著なる貢献を致せるは「ユルマン」氏 (Dollmann) Kommentar, I. Abt. 1868, 443-470) にして、氏は減輕原因説の無條件なる信奉者なるも、然も限定責任能力なる語を是認せず。「ウユルテルベルグ」刑法に於ては Hufnagel, I 210 ff., 627, II 521 f., III 131 (1839/44) 及び Hepp, I 8 f., 679-691 (1839/43) の註釋書に於ける辯護論は特に教訓に富めるものあり。後者は全然普通法上の裁判と實務の立脚地に在りて、「シユレスウキヒ・ホルスタイン」、「バワリヤ」、「ザクセン・ワイマール」の諸邦に於ける邦法上の立法の徑路の一致せるの事實を援用し、學問上特に一八二二年の最初の「バワリヤ」刑法草案の起草者たる「ゲンナア」氏の所説に倚據して憂鬱、宗教的狂熱、「ヒボコンデリー」、癲癩、懷妊等に基く限定責任能力の具體的の場合を列擧し、判事の彈劾に代る補充手段としての恩赦を辯難攻撃したり。

蓋し「ここに主眼とする所は人道的精神にあらずして寧ろ當人の虚弱と云ふ事實」なるを以てなり。然り而して「ハノーファー」に於ては恩赦の方法の以外に救済の方法を存するものなかりしか故に、同邦の實際家は「法典が限定責任能力の場合に減輕を爲すの權限を附與する旨の規定を掲げざるを歎したり」(Mittermaier, Forth. II 144 f.)。而して單純なる邦法の批評以上に出づるものは C. G. v. Weachter, Sachs. und Thüring. Str.R. (1857), 314-405 にして、此の書中には此の問題の各方面に互つて模範的と認めざるものを存せり。氏惟へらく濫用の虞を存すると云ふことは立法者にとつて正義の要求する規定を設けざるについての動機たることを得ざるものなりと。氏は明示的に「プロシヤ」刑法の見解を不當なりとし、「ザクセン」刑法は之を爾他の刑法に比較するに於ては遙に優れりとしたり。蓋し同法は刑の短期若は寡額の點に於て判事を制限するものにあらざるを以てなり。減輕原因の適用については觀念上當然の歸結と認めべき中庸の程度を要求したり。曰く、若し責任能力の點について疑はしきものあらは須らく犯人を釋放せざるへからず。蓋し法律の適用は責任能力の存在を條件とするものなるを以てなりと。「ザクセン」系統の學說の中にてここに擧示するの價値あるものとしては尙ほ「クルーグ」氏の註釋書 (Kriegs-Kommentar 2. Aufl. 1861, 167 f.) を擧げざるへからずして、氏は特に問題の陳腐化に反對して議論を試みたり。若し夫れ「プロシヤ」刑法に關する學說に至つては非常に豊富にして、最初に公表せられたる一八四三年の草案のみを以てしても新聞の社説は之を除外して評論及び意見書の數七十一に上れり。然も

減輕原因としての限定責任能力を非難する是等批評の重荷の下に限定責任能力の觀念は上記の一八四五年の草案第六十一條中に收容せらるるに至りたり。かくて一八四七年の第九章案が再び限定責任能力の觀念を拋棄するや、再び同一の方向に於てする批評の發生を見、法典自體に對しても學者は著しく客觀的態度を執る。即ち「ゴルトダムメル」、「ベーゼラア」其の他の諸氏なり。只若干の學者、例へば孜々として倦む所を知らざる「ミツテルマイヤア」及び「グレンウル」の兩氏の如きは依然として舊の如く現行法上に於ける減輕原因の欠缺を非難せり。然れども此の時以後にあつても斷然たる反對論をも存せずと爲さす。例へば Halschner, Preussisches Strafrecht I (1858) 119 f. の如し。特に此の點に於ても亦「ベルナア」氏を擧示せざるへからずして、氏は其の著「プロシヤ」刑法綱要(一八六一年)第七十二節中に於て形式に關する反對論を唱へたり。然れども勿論此の場合にあつても其の論據は觀念上の懸念を反覆して「單に限定責任能力なる用語の不合理なることに反對するものに過ぎず。蓋しかくの如き用語は他の法典より借り來つて之を我が「プロシヤ」の實務に密輸入したるものに外ならざるを以てなり。」此の如き反對論が立法及び學說の何れもか殆ど例外なしに限定責任能力の觀念を認むるに決定したりし邦法に關する法制の發達期の終末に當つて是か例外として出現したりしは誠に奇異と云ふの外はなけれども、此の反對論に對して優越なる評價を下せるは「ガイエル」氏の一般犯罪構成事實論 (Geier, Erörterungen über den allgemeinen Tatbestand (1862), 8 ff.) にして、氏自身減輕原因の無條件的なる贊成者なるも、然も限定

責任能力なる用語に代ふるに「精神の自由の限定」„Geminderte psychische Freiheit“なる語を以てせんことを希望したり。

今帝國刑法典の施行以前に於て既に一世紀以上に亙つてかくの如き學說の發達ありたるの事實の全通覽するときは、其の結果として全然何等の疑を容れざるもの一あり。即ち獨逸の學說は殆ど衆口一致して限定責任能力の觀念を成文法上に承認するの必要を承認しありたりしことは是なり。

第二章 帝國刑法典の施行

第四節 一、全體としての發達及び沿革

帝國建設後今日の緊張したる状態に至るまでの四十年間の發達は左の如き特徴を帶ぶ。舊來の普通法及び有力なる邦法の現存状態に再び倚據せんことは北獨同盟刑法典の起草に當つて是か試圖を存せざるにあらざりしも、結局其の所期を達成することなくして止みたり。成文法上の規定を存せざるの結果として判事が限定責任能力を斟酌することを妨ぐるにあらざるも、然も是か斟酌は不充分なる適用範圍に限定せられたり。現行法か限定責任能力を否認するに對して學說の大部分は原則上に於て此の觀念に同意するの見地を奉したりしか、彼是する間に精神上の低能に由來する有罪行為の發生の傾向次第に顯著なるものある

に及んで此の問題は愈々久しく愈々現實的なる問題と化するに至りたるか、現行法の支配の下にあつては限定責任能力が汎く斟酌せらるる保障を樹立せんとするか如きは到底達成し得へからざる所なること判明したり。されは第二十世紀初頭に當つて帝國刑法典の改正の期待せらるるや限定責任能力を規律するに法律を以てせんとするの運動は或は個人たる學者の支持を受け、或は法曹と醫學者との合同の後援を受けて其の勢漸く強大を致せり。然るに近時に至つて再び若干の然も有力なる反對論の提唱せらるるものあるを見るに至れるか、此の全體としての發達中につき先づ第一に帝國刑法典の下に於ける沿革と法律状態と學說とを刑法改正の豫備作業と同時に開始せられたる運動とは區別して觀察するの必要あり。蓋し後者は幾何もなくして北獨同盟草案及び帝國刑法典の欠缺に對する學說の單純なる批評的態度に於けるよりも遙に遠大なる目的を追ふに至れるを以てなり。

曩に「プロシヤ」刑法典及び其の諸草案に關して種々なる批評の行はれたる結果として、北獨同盟刑法典の準備作業に従事するに當つては「プロシヤ」王國內に於ける醫療制度専門委員會に向つて限定責任能力に關する意見書の提出を求むることとなりたり。該意見書は限定責任能力の觀念か一般に承認せらるるに至るへきは「醫學上の見地より見て従前の法律上の見解に比較して著大なる進歩を意味するもの」となし、責任能力を阻却する精神上の状態と之を設定する精神上の状態とを明確に區別することは到底實現し得へからざる事項に屬す。蓋し肉體上の疾病や健康に種々なる差別を存するか如く精神上の疾病や健康狀

態にも無限の差別を存するものなるを以てなり。凡そ責任無能力の原因の程度か著しからざる場合にあつても尙ほかくの如き原因が行爲の自由と意思の決定とを妨ぐることあり得るものと謂はざるべからず。従つて責任能力と同時に事實上現存せる精神上の状態をも斟酌するところなるべからざるなりと云ひ、而して此の制度を採用するに伴つて幾多の弊害を招來することあり得へしと云ふ懸念は、往昔同憂の醫學者か幾度となく祖上に上したる各種の精神異狀者及び偏執狂者の研究談を斟酌して委員會の否定せざる所に屬すれども、其の然るに拘らず是等の醫學者は此の制度を推稱するの方針を維持したり。蓋し「責任能力」なる語は法律中に之を存せず、其の然るか故に限定責任能力の觀念も全然新規なる觀念として之を採用するを要すべく、將來の法文の構成は「意志決定の自由の阻碍」、*die Beeinträchtigung der freien Willensbestimmung*」と云ふ點に立脚せしむることを必要とする旨の意見書を提出せり。

一八六九年七月三十一日の第一草案は嚴重に如上の提案に倚據して「第四十七條 犯人か行爲の當時全然意思決定の自由を阻却するにはあらざるも、之を阻碍するの狀態に在るときは」未遂の刑に従つて刑の量定を爲すへしと云ふ規定を設けたり。而して理由書の冒頭に在る比較論には「刑の減輕原因としての意思の自由を阻害せらるる狀態」を以て明示的に「プロシヤ」刑法と「著しき相違」を示すものなりとしたり。理由書それ自體は自ら事の本質に立入ることなくして従前の「プロシヤ」の諸草案及び爾他の立法例竝に反對論者二人、賛成論者四人合計六人の學者の所説を援用せり。かくの如きは當時の學說の狀態に顧

みて何れにせよ驚嘆すへき所たり、また辛ふして達成するを得たる所に屬す。然り而して理由書は鑑定人か弊害を來すへきの危險に對してはかくの如き迷誤は「常に高級の醫事上の審査に於て其の當に受くへき是正と救済とを見出すことを得へき旨の信頼」を以て自ら意を安んじたり。此の最初の草案は特に幾多の批評を受けたるか、必ずしもすべての批評家か特殊の問題に觸れたるにはあらず。第四十七條の反對者として自ら明示的に標榜するは Berner (1869) 20-26, Hälschner (1870) 55, John (1870) 22, Vollert (1870) 29, 及び醫學者 Jessen (1870) 13-26 にして、新规定の辯護を爲すには Merkel, Gutachten f. d. 9, DJT, 1870 (Ges. Abh. I 1899, 195); H. Meyer, Nordd. StR., (1869) 30 ff.; Böme, KrimZ. (1870) 32-40 たり。而して其の前者は簡單なる挿入に於てし、中者は幾分詳細に、後者に至つては精密を極む。

然るに一八六九年十二月三十一日の聯邦委員會の第二草案中に於ては既に第四十七條の再び削除せらるるを見たり。特に「ベルナア」氏は此の結果を以て自己の前記の批評の成果たるものとして誇稱し、此の點に於て「法律學と醫學とを適當に區別せざる極めて不相當なる方法に於て専門委員會の鼎の輕重を問ひたるもの」なりとせり。加之氏は立法者（聯邦政府を指稱す）か「全然法律家の見地よりして意見書を作製するの術を解せざりしこと」を非難し、「不合理なる觀念」に對する舊來の論理上の懸念を再び蒸し返し、忍ふべからざる「感傷的實務」の發生を指摘したり。稱して感傷的實務と云ふは「窮迫者」、「救ふべ

からざる状態に在る者」、特に「累犯者にして久しきに亘る邪悪なる習慣に依つて其の意思を羈束せられたる者」をも亦減刑原因の恩典に浴せしむるの事實を指稱するものに外ならず。最後に豫言者めきたる口吻を以て「嗚呼美事なる將來の北獨同盟の刑事裁判制度よ。汝は如何に自由に關する論議と感情的なる文句との響きに充たさるべきことよ。帝國議會か其の有力なる「去れ」の命令を發せざる限りは汝の許に於ては饒舌か如何に榮へ、人間の良からぬ智能と學問の精到ならざる論理とはかくの如き法律の庇護の下に如何に耻つる所なき役割を演ずるに至るべきことよ」と云ひて其の論を終れり。然も此の去れの命令は後に至つてはもはや之を必要とせざるに至りたり。蓋し聯邦參議院委員會に於て既に此の老大家を嫌厭せしむる規定は其の削除を見たりしを以てなり。即ち後に至つて一八七〇年三月八日の帝國議會の本會議に於て「最も激烈にして且最も周到なる討議」の後多數決を以て否決せられたりしと人の知る所の如し。尙其の外にも此の結果に對して同意の旨を表する者少なからず。即ち「ビンディング」氏の如きは「意思決定の自由を阻碍する状態か刑の一般的減輕原因として撤廢せられたりしは亦正常なる處置なりと云はさるべからず」と云ふ字句を以て此の否決を是認したりしなり (Binding, *Gen. DStr. GB. 2, Aufl. 1877, 29*)。

如上の事情は帝國議會に提出ありたる第三草案についても同様にして、勿論限定責任能力を第一草案の意味に於て回復せんことを求むる請願書に依る再度の刺戟を存することなきにあらざりしも、然も委員會の報告委員たる檢事總長「シュワルツ」氏は帝國議會に對して是か斟酌を爲さざるを可とすべき旨を推稱したり。是れをこれ氏が只今右に述べたる慎重なる報告を爲したる機會たりしものにして、同氏は削除ありたる第四十七條の規定を以て「依然として曖昧なる規定」たるものと稱したるか、之を以てして氏が自身の見解を表示したるものなりと爲すと不可能にして、氏は一八四三年の「プロシヤ」の草案に對する其の批評中に於て既に「同草案か限定責任能力の場合を全然閉却したりしことを非なりとし」、また一八五三年當時「ザクセン」控訴院評定官として限定責任能力を減輕原因として法定することを以て實務に基く經驗なりとして周到詳細に是か理由を開示する所ありたりしなり (Archiv für Kriminalrecht 298 ff.)。加之氏は右に記載したる報告書の提出に先たつ二年前其の一八六八年「ザクセン」刑法典の條文の上梓に當つて「アルノルド」、「ウエヒター」及び「ミッテルマイヤア」の諸氏の所説を援用し、竝に法律上の場合を引用して確乎たる信念を以て限定責任能力を辯護し、最後には尙ほ其の帝國刑法典自體の註釋書中に於て(一八七一年第五十一節)限定責任能力に反對する者は多くは其の實務上に於ける效果を知悉せざる者にして、「ヘッセン」、「ザクセン」、「バウツヤ」等の實務家は限定責任能力の實際上の效果に關する證明を與ふるを見るなり」と附言せり。されは「シュワルツ」氏か一八七〇年三月八日帝國議會の本會議に於ける委員會の報告委員として其の犠牲に供したる第四十七條を以て「依然として曖昧なる規定」たるを免れざるものと稱するの止むを得ざるに至りたりとするも、事實上に於ては委員會の多數意見を再述したるものに過ぎすと謂ふべし。氏は更に論じて爾後の擴張に於て斟酌したる減輕的事情はかくの如き

規定を必要とするの事情の誤認すへくもあらざるものあるを大體に於て決定したるものなりと云ひ、最後に請願書の懸念する所は「如何なる犯人についても減輕的事情を推定することを得しむることとして此の問題を解決することに依つて能く之を除去することを得へし」と約説したり。帝國議會はかくの如き説明を以て其の意を安んじ、爾後減輕的事情の一般化を要求することなく、而して北獨同盟政府自身も亦減輕的事情に復歸せず、従つてまた第一草案にはもはや復歸することなかりき。

惟ふに限定責任能力の觀念を削除したることか特に緻密なる考慮の餘に出でたる處置なるかの如く主張するは今日の論争中に於ても亦行はれつつある所なれども、かくの如き主張を此の箇所にて既に是正せんか爲には、北獨同盟刑法典の制定に當つて生じたる這般の出來事につき若干の辯を費すの必要あり。即ち「ベルナア」氏は此の時以後其の教科書の全般を通して「限定責任能力の觀念は最初の草案中には之を存したりしも我が刑法典は熟議の後竟に之を拋棄することとしたり」なる一句を反覆したれどもかくの如きは誠に其の典據を求むるに苦む所と謂はざるへからずして、第一草案の規定か執務規定上の表決の偶然に依つて偶々三百年來の獨逸法上の見解より相離るるに至りたる「プロシヤ」刑法に對して意識的に是正を加へたるものに外ならざることば、資料の明示する所にして亦反駁の餘地を存するを見ず。論者は此の炳乎たる事實を果して如何せんとするものなるか。實に一八七〇年の法典編纂の際には實質上の反對理由は畢竟するに公然論議せられ、若は知悉せらるることなかりしものなり。聯邦參議院の委員會に持出され

たりし有力なる懸念に關する慎重なる考慮の必要は此の事項に於ては殆ど存することなかりしものにして十七年來公に宣明し、且後來亦固執して變る所なかりし自己自身の所信に反して多數者の意見を代辯するの止むを得ざる立場に置かれたる報告委員の外、帝國議會に於ては亦一人の事の本質に關して辯を費すものあるを見ざりしなり。而して帝國議會か限定責任能力の再規律を求むる請願を斟酌することを斷念したるは一個の約束を前提として行はれたりし所に屬し、然も此約束は竟に履行せらるることなくして止みたりしなり。此の事實は「シュワルツ」氏自身も亦後に至つて一八七五年の「オーストリー」帝國刑法典草案につきて其の意見を述ふるに當つて確認したる所に係れり。果して然らば氏の稱して以て「熟議」と爲す所のものは那邊に存するものなるか。即ち此の問題に關する有力なる確信に支持せらるる賛否の一般的論議は決して行はれたる次第にはあらざりしなり。されば第一草案第四十七條か拋棄せられたりしとすも、かくの如きは畢竟するに限定責任能力の觀念に反對なる立法者の原則に關する票決として考慮することを得ざるものなりとす。

第五節 二、帝國刑法典の下に於ける法律狀態及び學說

北獨同盟刑法典か獨逸帝國刑法典に變形するに當つては法律の實質的改正は行はるることなくして、即ち一八七二年一月一日を以て限定責任能力の斟酌を特に法定するの方針は獨逸最近の邦法より排斥せらる

るに至りたり。

只排斥せらるることなきは判事を行ふ限定責任能力の斟酌にして限定責任能力を以て通常の刑の範囲内に於ける刑の量定原因なりとし、若は刑の減輕原因として依然之を斟酌することは、帝國刑法典の施行と共に、はや一般的の法律状態となるに至りたり。

抑も限定責任能力の状態それ自體を減輕情狀の系統内に包含せしむることは帝國議會の決議の際に於ける上記の言明に徴して曖昧たる能はず、實務上に於ても常に認められたる所に屬せり。立法者は犯人の内部的原因従つて減輕的情狀に差別を設けるとなく、形式上其の範囲に従つて之を限定することを爲さざりしか減輕的情狀なるものは「刑法の特に規定したる處罰を減輕せしむる事情」の外に具体的の場合に於て行爲の當時若は更に一步を進めて判決の言渡の當時に減輕したる刑の言渡を許す主觀的若は客觀的要素のあらゆる程度を包括するものにして、従つて之を主觀的の方面より云へは其の病的なるにもせよ、はたまた素質若は稟性に依りて自然的に由來するにもせよ、兎に角全然完全なる精神上の構成を有する者より第五十一條の刑の阻却原因の末端に位する者に至るまでの間の廣汎なる發育の程度中に存する智能と精神上の構成のあらゆる等級はすへて此の範囲内に屬するものなり。其程度に於ては陪審裁判上の手續に於ても限定責任能力の斟酌と云ふことは今日既に或る種の權利たるものと謂はざるへからずして、勿論之に關する直接の問書は陪審員に對して提出するを要するものと謂ふこと能はされども、然も刑事訴訟法第二百九十

七條の範囲に於ては減輕の事情に對する附帶問題として限定責任能力の存否を主張することを得べく、而して立法者の欲する所か此の點に在りたるものなることは舉證手續に於て、口頭辯論に於て、若はまた余輩の信する所に依れば法律の説示手續に於てすらも明白に之を指示することを得べきなり。蓋し帝國刑法典か限定責任能力を認めざりしことは、同法典か限定責任能力を特殊の事情として規定することなく、如何なる事情か刑を阻却し、減輕し若は其の他特殊の法律上の効果を伴ふことあり得るかを舉示せざるの意に於てのみ解釋すべきものなるを以てなり。然れども減輕的情狀の無制限なる範囲内に於ては限定責任能力の名稱を以てするも之を斟酌することは今日既に單に當事者の權利たるのみに止まらず、寧ろ判事の義務に屬するものなりとす。

然もここにまた被告人の精神状態を鑑定せしめんか爲に招致したる鑑定人か限定責任能力の存否に關して鑑定的に意見を表明することを許すべきものなりや否やの點に關して疑問を生したり。此の疑問は第五十一條の法文の構成が狹隘にして排他的なるの衆知の事實に由來するものにして、此の如く狹隘にして且排他的なる法文の構成の然らしむる所として責任能力は否定する能はず、さりとてまた責任無能力を肯定することも能はざる鑑定人か具體の場合に於て一種良心の懊惱を感ずるの場合あるべきは事實に於て正當なり。然も之に對して醫師の大多數は正當なる法律的精神を以てして事をする觀察を爲したるもかくの如き懸念に左袒することを爲さざりき。凡そ新聞紙の報導にして蒐集し得る限りは余輩は此の點に關して

年來注意を拂ひたれども、多くの場合に於て鑑定人は限定責任能力と云ふ明示的な名稱を以てして限定責任能力の鑑定をなし、刑法上の範圍につきて如何なる論法を抽出すべきやは之を判事に一任するを以て常としたり。余輩は裁判所かかくの如き鑑定を阻碍し若くは限定したるべき場合を知らざるなり。

然りと雖如上の疑問が果して限定責任能力の觀念を將來の刑法典中に收容するの必要を支持するに貢献する所ありや否やの點に至つては、餘りに有力なる理由たるものにあらずと云はざるへからず。蓋し判事に依る限定責任能力の斟酌の爲に帝國刑法典の剩したる餘地はあらゆる場合を通して辛くも其の需要に應しつある次第なるを以てなり。

法律状態の不満足なるものあるの事實の識認は裁判上の實務、學説及び國民の法的確信によつては二箇の方向に向つて不安を喚起すること愈々久しく、愈々甚たしきものあり。

其の最初にして且直接的なるは減輕原因としての限定責任能力の個人的適用範圍の點に存するを見る。法定の刑の威嚇の短期若は寡額が既に相當重く定められある絶對的に特定せる刑罰法規の場合に於ては刑の量定原因としての斟酌を許さるるか、少くとも之を困難ならしめたり。また刑の變更原因としての斟酌は減輕的情狀の推定を許さるる多數の重き犯罪の場合にあつては依然として不可能なりき。即ち最も重き形式に於てする大逆罪（第八十條）、偽誓（第五百十三條、第五百十四條及び第五百十九條）、死亡の結果を伴ふ強姦又は之に類似の行爲（第一百七十八條）、重き淫行媒介罪（第一百八十一條）、謀殺及び故殺（第

二百一十一條、第二百一十二條、第二百一十四條及び第二百五條）、重き墮胎罪（第二百十九條及び第二百二十條）及び遺棄（第二百一十一條）、故意に依る重き傷害（第二百二十五條）、投毒（第二百二十九條）、誘拐及び之に準ずべき場合（第二百三十四條乃至第二百三十六條）、營業的若くは常習的の贓物隠匿罪（第二百六十條）、放火罪（第三百六條及び第三百七條）、其の他の公共上危険なる犯罪（第三百十三條、第三百一十一條第二項、第三百二十二條、第三百二十三條及び第三百二十四條）の場合に於て然りとす所なり。其の他補充法規中に於ても往々にして恰も最も重き犯罪につきて減輕的情狀を認むることを除外せらるゝものありたり。かくの如く廣汎なる範圍に互つて減輕的情狀を推定するを許さるる事實の意義は減輕を許さるるものとしたる犯罪中には是か所犯に當つては限定責任能力の状態か當該犯罪の素因若は傾向を與ふること例へは殺人罪、公共上危険なる犯罪及び風俗上の犯罪に見るか如きものあるの屢次の經驗に依つて明白となりたる爾他の事實と之を對比するに於て初めて此の點に於て完全なる價值を有するに至るものなり（Wulfen, Breslauer Halbmonat-Schr. „Gesetz und Recht“ H. 21, 1907）。

然りと雖刑の減輕の不充分なることのみにては未だ以て社會一般の法律意識の有力なる刺戟を生せしむるに足らず、また之を助長すること能はざるへし。蓋しこゝに關する所のものは常に單に法律の欠缺の各個人に及ぼす効果そのものに過ぎざるを以てなり。而して其の社會全體に對する不幸なる反映は此の場合に於ける主眼點となるに至りたり。社會の保護なるものは果して何處にかある。此の問題は我が刑法典か

未解決の儘に放任したる所なれども、然も此の問題こそ恰も實に不安の主たる淵源たるものと謂はざるべからず。惟ふに精神上の低能者を處罰するに輕微なる刑を以てするは具體的の場合に於ては正義に適應する所以たるやも知るべからず。蓋しかくの如き精神上の低能者は偶々輕微なる責任に該當するのみに過ぎざるものなること往々にして見る所なるを以てなり。然れども恰もかくの如く寛大に低能者を處遇するの結果として社會にとつての新なる危険を發生せしむるものと謂はざるべからずして、今日放免せられて刑務所の門を出てたる者か明日は新なる有罪行爲を犯すを見ること亦稀なりとせず。蓋し精神上の低能者の多くは自由なる身分に在るときは一種の自然的必然性を以て自己を犯罪に復歸せしむる所以の條件の再興を見るを以てなり。而して現行法の不充分なることは合理的なる保安的處置の欠缺よりして直接に社會の法律意識に痛感せられたる所なりとなす。

かくの如き保安的處置に對する要求は獨乙の法制上必ずしも新規の事項にあらずして、既に「カロリナ」法典の註釋書それ自體も刑 Poenam と監護 Custodiam とを區別したりしものなることは曩に一言したる所の如きなり。加之第十九世紀の刑事法學者も亦必ずしも此の意味に於ての豫防と云ふことを閑却したりしものにはあらずして、刑法理論の學說史上に於てはかくの如き豫防的處置を求むるの聲を絶ちたることは未だ嘗てあらずしなり。尙ほまた實務上に於ても是か實際的の暗示を存せざりしにあらず。即ち「クラインシュロッド」氏 (Kleinschrod, Penitents Recht II 170) の如きは一八〇五年當時既に記し

て「既に一度犯罰の衝動を受けたる限定的なる智能の主體は尙ほ再三かくの如き結果を來すことあり得べし。されはかくの如き人物を峻嚴なる監督の下に置くことは國家にとつて喫緊の必要事と云はざるべからず。此の目的はかくの如き人物に對して一定の監督者を附するか、又は尙ほ一層優れりとすべきは勞役場若は公の施設内に收容して給養と勞働とを給し、以て國家にとつて當人を無害ならしむることに依つて之を達成することを得べし」と云へり。然もまた考慮の周到なるを以て著しき「ケストリシ」氏 (Kestlin, Allgemeiner Teil I 1855, 154, f., 612 f.) は第十九世紀の中葉に於て「意思決定の自由は敢て之を推定することを得るも、同時に犯人を精神上の健康者と同一に處遇することを正當にあらずと認めしむるか如き眞實に曖昧なる精神状態に在る者」は之を「懲治的刑事裁判 Korrektive Strafrechtlichkeit」に附すべき、是か爲には勿論更に一段と所要なる施設を必要とす」へき旨を要求せり。然れども第十九世紀の邦法上の立法は一般的なる減輕原因の推定を以てして限定責任能力の問題は既に其の解決を了したるものと認めたりしなり。

現今にては犯罪それ自體の條件と現象とに變化を來したるの結果として如上の解決を以てしては未だ以て充分なりと爲すこと能はざるに至れり。惟ふに此の變動たるや最も外部的なる經濟上の状態に其の端を開き、最も内部的なる倫理上の價值判斷の變動に終末を告ぐる何物をも併吞せずんば止まざるに基くものなれども、今こゝに此の原因を敘述するの必要は是れなかるべし。事實それ自體か確定の事項たり。

何人も精神上の低能に由來する犯罪の著しき發現を一般的に觀察するの必要に異議を唱ふること能はず。只若干の場合のみは恐らく廣汎なる範圍に亘つて一般社會の注意を惹き、現存せる法規の不充分なることを實證せるも (Trüper, „Über psychopathische Minderwertigkeiten als Ursache von Gesetzesverletzungen“ 1904, 29 ff. に於ける比較表及び „Präval der Gegenwart,“ 1904 ff. に於ける圖表とを参照すへし) 然も爾他の無数の場合は毎日の裁判の沈黙の裡に格別他の注意を惹くことなくして経過し去つて、識者に向つて累犯に關する數字の表の説明を爲したるか、事態の極めて由々しきものあるの點に至つては一九〇六年の獨乙法曹會議に於ける「ヘーゲル」氏の説明を以てしても尙ほ之を緩和すること能はざるなり。惟ふに精神上の低能者に對する處罰の個別主義を充分に貫徹することの不可能なると自由なる身分に於ける其の犯罪的生活の續行に對する保護が全然其の用を爲さざるの事實は、獨乙帝國の立法上に著しく感ぜらるゝ二の缺點なり。

現行の刑法學說すらも此の不満足なる状態に對しては中立の態度に維持することを得ずして、限定責任能力の問題は帝國刑法典施行の當初より本來の改正に先たつ久しき以前、且又刑法典自體の改正に關する爾後の特殊なる論著とは全然獨立して連綿として現行法の學問的解釋論を伴へり。かくの如きは即ち根本的なる反對論者の立場より之を觀察するときは何れにせよ事の重要なを承認するものに外ならず。また之を賛成論者の見地より見るときは其の法律的意識は帝國刑法典の見解中に於ては發達の極限を見出す

こと不可能なる事實の證左なり。然り而して現行刑法上の學說及び實務に資せらるべき參考書はすべて此の證明に關與せり。

周到詳細に參考書目を掲ぐることに依りて問題を明白ならしむるを以て自ら足れりとする者若干あり。

「ヤルクマイヤー」(Birkmeyer, Grundriss 6, Aufl. 1905, 87 ff.) 及び「ヤンディング」(Binding, 7, Aufl. 1907, 98 ff.) の如きはなり。

註釋書中に於ては「シュワルツ」氏は北獨同盟議會に於ける其の報告とは顯著なる相違を示して限定責任能力を成文上に認むるの議論を有力に辯護すれども、比較的近時の註釋家は第五十一條に關する敘述中に於ては、單に限定責任能力なる觀念が帝國刑法典中に於ては承認せられざることを確認するのみに止まれり。中にはまた注目に値ひする記述を爲す者若干あり。「フランク」氏 (Frank, 5-7 Aufl. 1907, 109) の如きは是なり。

系統的著述若は断片的論稿中に於て問題それ自體につき意見を表明する者はまた種々なる方法に於て之を行ふ。或は敘述的方法を以てするものあり。或は原則上の立場を防護する方法に於てするものあり。改正の際には反覆繰返して審議を行ふべき旨を指示するものあり。現行法の支配の下に限定責任能力を斟酌する必要の擴張に順應することを目的とする考慮の方法に於てするものあり。

何れの方法に於てするを問はず法律を以て規律を爲すの處置に斷然として反對の意を表明する者は、

Wallberg, Das Prinzip der Individualisierung in der Strafrechtspflege, 1869, 87 ff.; Schaper, Holzendorffs Handbuch II, 1871, 158; Schütze, Lehrbuch, 2. Aufl. 1874, 92; Bruck, Zur Lehre von der kriminallistischen Zurechnungsfähigkeit, 1878, 149 ff.; Berner, Lehrbuch, 18. Aufl. 1898, 77. 等なり。

「ヘルシュナー」氏は一八五八年の「プロシヤ」刑法論に於けるとは異りて現今にては限定責任能力なる用語そのもの并に事柄それ自體に對する反對論者として目すべきか如し。蓋し氏は其の著書中に於て「限定責任能力に關する昔乍らの論争は事の真相に於ては用語上の争たるものに外ならずして、正當なる内容を不當なる外形に盛りたるの誤りなり」と云へるを以てなり (Hälschner, Gem. d. Str.R. I 1881, 225)。「ツーンツ」氏は其の刑法綱要 (Grundzüge, 2. Aufl. 1902, 49) 中に於て表明したる意見に基きて其の反對論を進むることを爲さずして、寧ろ表現方法に依つて完全なる責任能力の推定に障礙を來すべきの點にのみ決定的の意義を與へたり。限定責任能力を將來の成文法上に於て承認することに關する論争に特に加入したる「フキンガー」氏については後來尙ほ立戻つて再ひ之を論ずるの機會あるべきも、然も氏は其の教科書 (Finger, Lehrbuch, I 1904, 209 f. vb. 221) 中に於て「限定的に犯罪能力を有する者」"Gemindert Deliktstüchtige" なる「中間的狀態を挿入するを許すこと」を全然承認し、只こゝには是か處罰につきて論ずるを欲せずして、單に病院及び感化院に於ける處遇に關してのみ論ずる所あらんとせり。

之に反し明々白々に賛成の旗幟を翻すは Merkel, Holzendorffs Handbuch II, 1871, 563 ff.; derselbe, Lehrbuch, 1889, 54; Geyer, Holzendorffs Handbuch IV, 1877, 101 f.; derselbe, Rechtslexikon, III, 1881, 1451 f.; v. Wächter, Vorlesungen, 1881, 272 ff.; Liepmann, Einleitung in das Strafrecht 1900, 108 ff.; v. Liszt, Lehrbuch, 14. n. 15. Aufl. 1905, 76 vb. 164; H. Meyer Alfeld, Lehrbuch, 6. Aufl. 1907, 124 vb. 336. なるか、其の外尙ほ單行の論文を以てする意見の發表あり。「フォン・ブリー」氏の如きは北獨同盟刑法典に關して執筆したるものにこそあれ、然も一八七一年に至つて初めて公表ありたる刑罰制度に關する論文 (v. Buri, Gerichtssaal Bd. 23, 99-135) 中に於て幾度となく、限定的責任能力の狀態に於て犯したる有罪行為については減輕的情狀を認めざることを非難したり。然れども其の就中重要な論文は「精神上の疾病及び障礙の狀態の法律的判斷」に關する「フォン・バール」氏の論文 (v. Bar, Grütznit Bd. II 1875, 1 ff.) にして、其の第四十五頁乃至第五十八頁は特に北獨同盟刑法典の起草に當つて消極說に勝利を致したる所以の反對論に對して限定責任能力を辯護し、特に一面に於ては「メルケル」及び「ハー・マイヤー」の兩氏の所説を援用し、他面に於ては「ベルナー」及び「イエッセン」の兩氏の所説に特別なる注意を拂へり。

更に他の學者は立法論に關して其の態度を白紙の狀態に置くも、然も現行法が隨時出現するすへての需要を充すこと能はざるを承認す。就中「ルカス」氏 (Lucas, Anleitung zur Strafrechtlichen Praxis, 2. Teil

1904, 168) の如きは「即ち何れにせよ上記の要求の審議は刑法典將來の改正の際に於ける任務の一たるべし」と云へり。

法律上の需要の不満足は現行法を手段として一般の承認せる欠缺を補正せんとする考慮を最も端的に曝露せり。

特に精神病學者の提出に係る此の種の傾向を示す幾多の提案は勿論當初よりして之を除外するを要したり。蓋し是等の提案は事の本質に觸るゝものにあらざるを以てなり。同様にしてまた刑の條件付執行猶豫の救済手段も爾他の場合については甚だしく賞讃せらるゝ所なるもこゝには必ずしも有用たること能はず。蓋し此の場合たるや社會の不安を惹起する多くの原因を與ふる所以の場合なるを以て此の場合こそ恰も犯人を自由の身分に放免するを妨ぐるを要する場合なり。恩赦の適用範圍の擴張も亦同様にして此の場合に何等有用なる能はざるなり。此問題につきて主眼とする所は具體的の場合に於て嚴正法 *Jus strictum* の苛酷を補正するの點にあらずして、寧ろ法、即ち責任に相當する個別主義と特別處遇とを犯罪人の全部に互つて供與することを肝要とするものなり。裁判の瑕疵を補正するにあらずして、寧ろ立法の欠缺を補充することを必要とするなり。

準用の方法の推稱すべきことは最も早くより問題たることを得たり。蓋し刑法典第五十八條に於ては瘡啞の具體的なる場合につきて責任能力ある人物の正常なる状態に異なる状態は之に依つて尙ほ未だ意思決定の自由を「阻却する」にあらざる場合にあつても尙ほ個別的刑法的處遇を必要とするの主義を承認したるを以てなり。是よりして往々にして同一の原因が該當する限りに於ては第五十八條の規範は例へは神心耗弱者の如き自然に反して發育の阻碍せられたる爾他の類型に對しても之を適用するを要するの見解の演繹せらるゝを見たり（「ヘルシュチア」、「フォン・リリエントール」、「ビンディング」、「レーニンゲ」、「ハ・マイヤー」、「ブルック」、「フランク」の諸氏の如き此の見解の代表者に關する参考書を詳細に列舉し且また一八九五年の大審院の判決を指示する Finger, Lehrbuch I 219 f. を参照すべし）。勿論是等すべての學者が限定責任能力を法律上に承認せざるの欠缺に反對するの意ありしや否やは余輩の辯を費さんことを欲せざる所たり。何れにせよ余輩は法律自體よりしては此の自然法的に全然正當に考慮したる見解の根據を與ふるを得ざるものなること、及び第五十八條は其の甚だしく誤解したる制限の致す所として發育不完全の爾他の場合には之を適用するを得ざるものなること等の事實を認む（同説、Geyer, Grundriss I 103; Merkel in Holzendorffs Handbuch II, 82; Olschauer zu § 51; v. Liszt, Lehrbuch 15. Aufl. 1905, 167 f.）。然れども其の可能たるべき場合にあつても恐らく此の場合に何等救済の用を爲さざるべし。蓋し瘡啞者たる犯罪人の場合にあつても法律は特殊の刑の原則を定むることなれば保安的行政處分の可能をも規定することなかりしを以てなり。同様の論議は現行法の下に於ける試圖も尙

は其の目的を達成すること能はずして止めり。加之是等の試圖は新世紀の劈頭と同時に刑法典の改正の見込が確實なるものとして豫期せられ、是と同時に限定責任能力を成文法上に規定せんことの要求新に日程に上さるゝに至りてより以來は、頓に其の實質上の利益を喪失することゝはなれり。かくの如き前途の見込の下に開始せらるゝに至りたる刑法改正の運動は一度中絶したる法制の發達に再び相關係することゝなりたるも、然もまた當初よりして其の最大限度の外に逸出して、更に高遠なる目的を帶ふるに至りたるものなり。今や次章に於ては別に此の改正運動に關して敘述する所なかるへからず。

第三章 改正に關する運動

第六節 係争問題の現在に於ける状態

幾重にも重複錯綜せる資料を容易に概観することを得しめ、論争に與れる者の分類についての決定的見地を占得せんか爲には單刀直入直ちに問題の結論を捉へ來つて係争問題の現在に於ける状態を確認するを以て適當なりとすへし。

獨乙に於ける刑法改正の運動は一九〇二年當時初めて將來の刑法典中には再び限定責任能力に關する規定を採用すべき旨の論旨を以て極めて有力に開始せられ、従つて如上の改正運動は其の學者たるが實務家

たるを問はず、また法律家と醫學者との別なく衆口一齊に之を要求して亦例外を剩すことなからんとするものゝ如くなりしか、然も此の想像は既に一九〇四年當時に「フキンガア」及び「ヘーゲル」の二氏に依つて打破せられ、更に一九〇六年秋に入つてはかの有名なる「フォン・リスト」氏は刑法の爲に何ものを殘存せしめたるか」と題する「ビルクマイヤア」氏の辯難書に依つて粉碎せられ、「ビ」氏は此の書中に於て恰も第十九世紀の學說上の論争の際に於ける「ベルナア」氏と同様警戒者の任務を演ずることゝはなれり。勿論「ビ」氏は自説の生ける證人として若干の學者を援用し、而して是等の學者は事實に於ては決して氏の所説に賛成なるものにあらずして、即ち法律學者中にあつては「フキンケルンブルグ」氏、醫學者中にあつては「ロンガルド」氏の如きは即ち此の種に屬する者なりしも、然も數は此の場合事實に何等の威力をも及ぼすものにあらずして、假令少數者の聲と雖輿論 *communis opinio* としての假定を打破するものとしては充分注意するを要する所と云はさるへからず。

此の論争は決して無益に行はれたるものにはあざさりき。即ち相互の了解と云ふ方面に於ける此の問題の全體としての發達の顯著なる進歩は此の論争の成果に外ならず。蓋し實際の所今日に於ける係争の状態は既に四五十年前に於けるよりは遙に狹隘に、遙に別殊なる態様を具備するに至りたるを以てなり。即ち立法者にとつての根本的、決定的なる要素中に於ては係争の範圍は僅少なる問題に縮少せられて、今や社會を保護する爲に保安的處分を必要とすることは今日にては共同の一大一致點となるに至りたり。

今日にてはもはや限定責任能力なる事實については全然争なく、従つて問題はもはや純理上の觀念問題たることを失へり。勿論今日にても亦事の本質に該當する、一層優れたる法律上の表明方法を求めつゝあるの點に於ては往時と異なる所なしと雖、然も事それ自體、換言すれば即ち刑法上の責任能力の限界内に精神上の低能の状態を存するの事實は、經驗と觀察とに依つて極めて明確となり、従つて何人も之につきて疑ふ所ある能はざるなり。然も醫學上の範圍に於ては此の種の如何なる臨床上の状態をば限定責任能力の範圍に屬せしむべく、如何なる状態を限定責任能力の範圍より割愛して之を完全なる意思決定の自由の阻却せらるゝ状態に屬せしむべきやの點に關する論争は引續き行はれ、此の限界に關する論争は決して其の終熄するの時期なかるべく、寧ろ活人生か法廷に向つて供給する曖昧なる具體的の場合に於て常に反覆せらるゝことなくんばあらざるべし。然りと雖多くの一定の状態が存すると云ふこと、及びかくの如き状態の何れが存在すべきやと云ふことは問題にあらずして、寧ろ畢竟するに連續したる漸増的の順序に於て出現すると云ふことか立法者の決意にとつて決定的の重要な事項たるものとす。

加之此の事實に對して何等かの處置を爲すことを必要とするの點についてはもはや争を存することなくして、係争問題として殘存する所のものは只此の必要とする所を單に行政權の方法に依つてのみ行ふべきや、はたまた同時に刑法上の方法に依つて之を行ふことを必要とするやの點のみにして、此の後なる問題については更に限定責任能力に對して何等の説明をも加ふることなく之を刑の量定及び一般的の刑の減輕

に二任するを以て足りりとすべきや、若はまた處罰方法及び刑の執行に對する相當なる反動作用を伴ふ限定責任能力の法定觀念を採用することに依つて刑法中に於て之に對して特殊の斟酌を拂ふことを必要とすべきやについての問題あり。

最後に係争の範圍は更に特殊の刑法的規律に慊焉たる者も亦多くは行政的處分を刑法典自體中に收容することには反對せざるの事實に依つて著しく狹隘ならしめらるゝを見る。而して爾他の意見の相違は本來單に實行上の問題、合宜性の問題及び權限上の問題たるのみに過ぎざるなり。

如上の現在根本的なる係争問題の狀況を斟酌して以下に於ては賛否の論者の分類を試みんとす。是等賛否の論者は今日にてはもはや大雜把に之を分ちて改正の賛成者と反對者とに區別すべからずして、限定責任能力の觀念を明示的に法律上に承認し、之を確認せんことを要求するものと、法律を以て限定責任能力の觀念を規律することを無用若は有害なりとするものに分つべきものなり。後者と雖改正を要望せざる次第にはあらざるも、而も彼等は限定責任能力者なる範疇を設くることを欲せずして、之を量定若は減輕の明言せざる原因中に吸收せしめ、爾他の事項はすべて之を行政權に一任せんことを欲するなり。即ち彼等は公共上危険なる者に對しては一般的なる保安的規定を以て之を取締り、此の保安的規定の下に暗黙の間に限定責任能力者をも包括せしめんとするなり。前者は決してその目的と方法とに於て一致することなくして、或は技術的意義に於ての刑を要求し之に従屬的に保安的處置を要求し、或は畢竟するに刑なるもの

を科することなく、寧ろ單に「合宜的なる處遇」*zweckentsprechende Behandlung* のみを科せんとし、尙ほその他の點に於ても幾多の種類を存し、更に一步を進めて明確なる差違をすらその間に存すれども、然も其の努力の實現についての缺くへからざる基礎として限定責任能力者たる犯罪人の特殊なる範疇を法律上に承認することを要求せざるものなし。

然も個々の争點を系統的に確定して之を相比較考量するは之を立法論上の論争の特殊の一章に譲らざるへからずして、文献に關する鳥瞰的觀察に於ては最も廣汎なる論點の相違を把握して限定責任能力なる用語を以てするにせよ、はたまた別段なる定義を以てするにせよ此の種の觀念を法律上に承認するの要求を一方に置き、此の觀念を法定することを忌避するの說を他方に置きて以て、其の根本に於て相違せる見解の對立を明確ならしむるを適當とするなり。以下に於て或は「賛成論者」と云ひ、或は「反對論者」と云ふは此の意味に解釋すべきなり。

一、限定責任能力を法文上に認むるの說に左袒する者

第七節 (a) 法律學者

限定責任能力の問題か一九〇二年の秋を以て獨逸法曹會議及び國際刑事學會の議事日程に上さるゝや法律家の興味は俄然として旺盛となりたり。既に其の以前にありても刑法典改正の豫期に存するの事實に顧

みて若干の論文の之を論議するものなきにあらず。即ち「グレーテナー」氏の「立法論としての限定責任能力論」(Greterner, Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage, 1897, 168-193)中に於て「獨逸刑法典か此の點につき沈黙を守れるは重大なる欠缺と目す」へきものとせり。同様にしてまた「ヒュッペ」氏(Hübbe, Die strafrechtliche Behandlung der verminderten Zurechnungsfähigen, Belings Sammlung, H. 43, 1902)は其の「限定責任能力者の刑法的處遇」中に於て一八六一年の「パッリヤ」刑法典を相關聯して「意思決定の自由に重大なる制限を存する」すへての場合に對して刑の減輕を認め、少年に對しては特殊の刑量を認め、累犯の危険を存する場合には刑の服役後一定の施設内に監置することを認むるを以て適當なる處置なりとせり。論争一度輿論に訴へられて以來は絶えず改正書、意見書、報告書、草案、提案及び折に觸れての定期刊行物上に於ける意見の表明交々行はれて互に議論を闘せたり。

一九二〇年夏に公刊を見たる「ゾイフェルト」氏の學問上の遺著たる「獨逸新刑法典論」(H. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland)なる一般的の改正意見書は、時期上より云へば或る意味に於て此の論争を誘發したるものなれども尙ほ此の論争の圈外に立つものなり。氏は特殊の問題に關しては法律の欠缺は決して限定責任能力を一般的に認むることに依つて補正せらるべきものにあらずして、寧ろ將來に於ける限定責任能力者の刑法上に於ける處遇は精神上的の低能者の若干の類型を峻嚴に區別して其の基礎の上に實施せられんことを切望し、其の方法的傾向に従つて細緻なる考案の餘に或れる法律案中に於て

左の法文を以て其の提案を要約せり。

第一條 限定責任能力の状態に於て罪を犯したるの認定ありたるときは死刑又は終身間の自由刑を言渡すことなくして二年以上の自由刑に處すべし。

第二條 限定責任能力か受刑者の病的若は其の他の心的缺陷に因る精神状態に基くの認定ありたるときは裁判所は自由刑の言渡のすへての場合を通じて醫師の鑑定を徴したる後受刑者を中間施設 *Zwischenanstalt* 内に収容し、刑期中ここに監置し、醫療を加へんことを決定することを得。

第三條 刑期の存續中將來受刑者を中間施設内に監置するを必要とせざるに至りたるときは、裁判所は醫師の鑑定を徴し施設の長、検事及び辯護人の意見を聞きたる後刑期の終了に至るまで受刑者を刑務所に回付すへきか、又は假に之を放免すへきやに關して決定を爲すを要す。此の申立は施設の長、検事又は辯護人に於て之を爲すことを得。

第四條 中間施設の長の申立ありて且刑期の終了前なる場合には受刑者が是より先刑務所内に移付せられたるか又は假に放免するの決定ありたるにあらざるときは、裁判所は常に醫學上の鑑定人、検事及び辯護人の意見を聞きたる後公共上危険なる精神病者として刑期の終了後受刑者を瘋癲病院に收容すへきや否やにつき決定を爲すを要す。

第五條 前條の收容を命ずる決定に對しては被收容者、其の法定代理人及び検事は即時抗告 *sobaldige*

Beschwerde を爲すことを得。

第六條 検事若は法定代理人の申立ありたるときは裁判所は醫師の鑑定を徴したる後公共上危険なるの故を以て瘋癲病院内に收容せられたる者を放免すへき旨の決定を爲すことを得。

第七條 前條の申立の却下に對しては申立人は即時抗告を爲すことを得。法定代理人の爲す新なる申立は却下を爲したる決定の既判力の發生後一年を経過したるに於て初めて之を爲すことを得。

今や開始ありたる本來の改正運動の饒富なる参考書中に於て余輩は事の秩序を期せんか爲に三種の區別を設けんとす。國際刑事學會及び獨逸法曹會議の準備若は討論の爲の意見書、報告書及び草案は或る程度まで纏りたる互に相關聯する資料の集積を成すものなれど、余輩は殊更に之を續いて行はれたる學會の決議の報告それ自體より區別せんとなす。蓋し是等の學會には醫學者も亦參加したるを以てなり。單行の論文研究若は専門上の定期刊行物中に出現したる折に觸れての意見の表明は之を第二類に屬せしめて當を得たるものと思惟す。是等は多くは其の批評の理由を如上の各學會の資料より借り來れるものなり。最後に論争の傾向を完全に示す所のものは若干の講演にして、廣狹區々なる範圍に於て問題を論議したるものなり。

一、第一種の種類に屬するものとしてまつ第一に擧ぐへきは、

a、國際刑事學會の三大會の提案なり。

法律學者が参加を爲したる限りに於ては其の最初に問題となるは一九〇三年「ドレスデン」に於て開催せられたる第九回獨逸邦集團會議にして、「フォン・リスト」氏の主題 (Mit. XI 602) は限定責任能力者につき刑の減輕、特殊の施設内に於ける執行、刑事裁判官の判決に基く公共上危険なる者の監置等の意見を述べたり。「フォン・リスト」氏は後に至りて氏の見解を拋棄し、其の改めたる意見は之を一個の法律案に案配して之に詳細なる理由を附し一九〇四年一月及び二月の醫事鑑定雜認に公表し、次いで報告第十一集第六百三十九頁以下に公表したり。此の草案中に於ける決定的なる相違點と新規なる點とは裁判所が公共上危険なるものとして宣告したる限定責任能力者に對して禁治産 *Entmündigung* を要求したるの一事にして、從つて此の提案中に於ては同時に既に民法及び民事訴訟法に對する立法的反動作用をも斟酌せり。是等の規定 (第三條乃至第五條) を省略し、公共上危険なる精神病患者 (第一條) の監置に關する一般的の提案を除去すれば此の提案は即ち左の如し。

「第二條 刑法典第五十一條の次に第五十一條^a及び第五十二條^bとして左の二條を挿入す。

第五十一條^a 責任能力を阻却せられたるにあらざるも、著しく之を減却せるときは刑は第五十七條の原則に從つて之を減輕すへし。裁判所は鑑定人の鑑定に從ひ限定責任能力者を公共上危険なる者と認めたるときは、職權を以て特別なる決定に依り受刑者を假に監置せんことを命じ、同時に禁治産手續 *Entmündigungsverfahren* の原因となる記録を管轄検事局 (民事訴訟法第六百四十六條第二項) に廻付すへ

し。爾後の手續には第五十一條の規定を適用す。

第五十一條^b 前條に依り刑の言渡を受けたる者が受刑能力を有する *straffähig ist* は判決の既判力の發生後に至つて開始する自由刑の執行に依つて假の監置を中斷す。其の時までに禁治産手續が尙ほ未だ既判力を以て完結せざるときは假の監置は刑の服役後に至つて之を開始す。受刑者が受刑能力を有せざるときは刑の執行を猶豫す。假の監置の期間は言渡したる刑の刑期に算入す。算入については刑事訴訟法第四百九十四條を以て標準とす。受刑能力に關する裁判に對しては刑事訴訟法第四百八十七條及び第四百九十條を適用す。

第六條 精神病患者は限定責任能力に基き公共上危険なるの故を以て禁治産の言渡を爲したるときは、裁判所は禁治産の期間中禁治産者を病院若は療養所に收容すへき旨を命ずるを要す。此の命令の實施については管轄行政官廳は鑑定人を招致して配慮を爲すを要す。院長若は所長の申立ありたるるとき、又は其の同意ありたるときは行政官廳の命令に依り何分の沙汰ある迄の間監護及び監督の爲被收容者を番人若は他人の家庭に附託することを得。此の家庭に滞留する間は禁治産者は院長若は所長の監督に服す。行政官廳は其の不都合なること判明したるときは何時たりとも附託の命令を取消し、禁治産者の病院若は療養所への歸還を命ずることを得。

第七條 自由刑の服役中受刑者が精神病患者は限定責任能力に基き公共上危険なる人物なること判明した

るときは、刑の執行官廳の申立に基きて第四百九十四條に記載したる裁判所は假の監置の命令に關する裁判を爲す。第五十一條^a及び第五十一條^bは此の場合に之を適用す。」

此の草案の起草者と「エトカー」氏との間の個人的討議よりして後者の反對案の起草を見るに至りたるが、是は後に至つて是亦詳細なる理由を附して一九〇五年の國際刑事學會報告書第十二集第五十八頁以下に於て公表せられたり。此の兩個の草案は其の根本傾向に於て一致するも、之に反し「エトカー」氏は公共上の危険に基く禁治産を以て充分なる理由を存せざるものと爲すもの、如く、氏は之に代ふるに單に精神病者は心神耗弱に基く禁治産手續を準用して構成したる精神上の低能者の公共上危険なることを認定する爲の手續を以てせんことを提案し、限定責任能力なる用語に代ふるに「限定歸責能力」*„Gemindekte Schuldfähigkeit“*なる用語を以てせんとし、是か定義は之を學說に一任すべく、之を法律中に規定すべからずとし、上記の特別な手續は幽閉手續 *„Internierungsverfahren“*なる名稱を以てし、此の手續を管轄するは幽閉せらるべき者か其の普通裁判籍を有する區裁判所なりとし、只其の公共上の危険性を認定する決定に對する訴は之を地方裁判所に留保すべきものとせり。永續的に顯著なる限定歸責能力の結果として公共上の危険なるものとの言渡ありたるときは、裁判所は公共上の危険性の存續する間之を療養所若は病院に收容すべき旨を命ずるを要す。此の命令の實施については管轄行政官廳は鑑定人を招致して是か配慮を爲すべし。療養所長若は病院長の申立若は同意ありたるときは其の監督の下に行政官廳の命令を以て何

分の沙汰あるまでの間被幽閉者を監護及び監督の爲當人若は他人の家庭に附託することを得。其の具体的の點に至つては余輩は之を極めて詳細なる草案をれ自體に譲らんとす。

此の二の法律案の原則たる内容より合成せる「フォン・リスト」氏の二篇の簡單なる論文（國際刑事學會報告書第十二集第二百六十六頁）は一九〇四年五月「スツットガルト」に於ける第十回獨逸邦集團會議の討議の基礎を成せり。報告委員は限定責任能力の觀念を如何やうにも定義することを忌避して處罰の減輕と社會的保安の原則の實施の爲に特殊の國法を必要なりとしたるか、法律家委員「クローネ」氏は刑の執行と云ふ點に著しく重きを置き、(其の間に作成したる余輩の獨逸法曹會議の爲めの意見書と一致して) 限定責任能力なる語に代ふるに「精神上の低能者」*„geistige Minderwertigkeit“*なる語を以てせんことを希望したり。

最後に一九〇五年九月「ハムブルグ」に於ける第十回國際刑事學會國際大會は氏の問題を以て特殊の討議の題目となし（國際刑事學會報告書第十三集第四百七十一頁乃至五百四十四頁）たるか、是か理由は其の間に「パリ」に於て開催せられたる監獄大會 *„société générale des prisons“*の審議に際し、限定責任能力に關する獨佛兩國の見解が互に論議せられたるの事實に在り。此の場合にも亦「フォン・リスト」氏は正報告委員として上記の草案の主なる内容を四の論旨に要約して之を主張したり。保安並に特殊の刑罰主義を適用せんことの一般的なる要求に關しては後に（第九節五を見よ）述ふべき二の決議に於て妥協點に到

達したるか、以下に掲ぐるこの論旨（國際刑事學會報告第十三集第五百四十六頁）は原則上的一致を見出すことの不可能よりして表決を見るに至らざりき。

「三、(a) 犯罪者たる精神上の低能者に關しては刑事裁判所は危険の状態を存するや否やを認定すべく、減輕したる刑を言渡す判決を執行することを得るときは假の監置を命すべし。所要の保安的處置に關して終局的に裁判を爲すの權限は通常の民事裁判官に歸屬す。(b) 犯罪者にあらざる精神上の低能者に關しては危険の状態を存するや否やを決定し、假に所要の處置を爲し若は終局的にかくの如き處置を爲すは常に通常の民事裁判官の任務たるものとす。四、保安的處置を爲したる危険なる低能者の假釋放若は終局的釋放に關して裁判を爲すは何れの場合に於ても通常の民事裁判官の任に屬する所とす。」

(b)、獨逸法曹會議か此の問題を取扱へること前後二回なり。

其の第一回は一九〇二年「ベルリン」に於ける其の第二十六回會議に於てせられ、「刑法典の改正は如何なる原則に従つて之を期待すべきか」と云ふ一般的なる題目の範圍内に於てのみ之を行へり。然り而して「フォン・リスト」及び「ファン・カルケル」兩氏の意見書の論旨は當時は尙ほ實質上著しく相一致して共に此の特殊の點に於て處罰の減輕と公共上危険なる場合には刑の服役後施設内に監置を爲すの處置を伴へる限定責任能力に關する規定を以てして刑法典を補充せんことを要求し、而して此の意見書に基きて一九〇二年九月十日口頭を以て行はれたる「カール」氏の報告は改正綱要中に限定責任能力の觀念を加ふる

ことを必要とする理由を述べ、假に改正の一般的なる目的點を開陳せり。而して此の議論は通信委員「クローネツケル」氏の同意したりし所なり。

以上の事項を次の會議の議事日程に上すべき旨の第三分科會の決議を實施して一九〇四年の第二十七回獨逸法曹會議（「インスブルック」市に開催）には「精神上の低能者の刑法上に於ける處遇」に關して「カール」氏の詳細なる意見書の提出を見たり（意見書第一卷第二百二十七頁乃至第二百四十八頁）。改正の必要と實行とに關する結論を要約せる余輩の主旨は左の如しとす。

一、問題

立法及び學說に於ける我か獨逸の刑法上の發達と裁判に關する精神病學の經驗上の事實と其の傾向は精神上の低能の状態か所謂限定責任能力の法律上の觀念を明確ならしめ、特殊の處罰主義を適用し、刑の執行と保安的處置とを相結合せしめ、竝に處罰的處遇と保安的處遇とに當つて問題たるべき管轄關係を區分することに依つて之を特殊の規律の下に屬せしむることを必要なりとす。保安處分を包含する精神上の低能者の刑法的處遇は原則として禁治產の條件及び手續より之を分離するの要あり。之に反して遅くとも限定責任能力の規律と相關聯して責任無能力に基きて放免せられたる者の監置方法をも法律を以て之を規律せんことを必要とせざるべからず。

二、觀念

觀念を法定することは實質上の原因と改正の實現性に關する斟酌とよりして爲し得る限り之を制限せざるべからず。法律上の用語に於ては「限定責任能力」と云ふ語を避けて「犯人が有罪行為の所犯に當つて刑法の規定若しは有罪行為に對する反抗力の理解を減却する程度の永續的なる病的狀態に在りたる場合」に限り之を認むるを以て適當とすべし。

三、處罰主義

限定責任能力者の處罰は之を減輕すべし。刑の標準に關しては此の場合にあつても成年者と少年との間に異なる處遇を爲すべし。成年の場合にあつては死刑と終身間の自由刑とを原則として除外して情狀重からざる場合、若し減輕情狀の存在する場合に於ける刑の減輕に關する一般的规定に従つて法を量定するを要すべく、十四歳と十八歳との間の年齢に在る被告人の場合にあつては判事は自由なる裁量に従つて其の刑を減輕す。判事は其の言渡したる自由刑の服役を適當なる感化施設内に於て行はしむることを得。

四、刑の執行と保安處分

限定責任能力に基きて減輕したる自由刑の言渡を受けたる者はすへて保安的刑後處分 *sichernde Nachbehandlung* に服せしむべし。具體的の場合に於ける刑の執行及び保安處分については二種の精神上的の低能者を區別することを以て其の處置の起點となすべし。即ち(1)、通常の意味に於て刑の執行を受くるの能力を有し、監置を必要とせざるものと豫期せらるる者及び(2)、通常の刑の執行の範圍内に於て處遇を受く

るの能力を有せず公共に對する危險性の故を以て、若し秩序的なる療養の目的を以て施設内に監置することを必要とする者の二種に區別するなり。此の中前なる種類に屬する限定責任能力者は現存せる刑務所内に於て其の刑に服す。是等の限定責任能力は其の放免後矯正の警察監視、家庭への收容又は特定の保佐人の選任に依つて之を期間を以て限定したる監督に服せしめ例外あらしむべからず。第二種の限定責任能力者のみについては刑の執行及び監置の用を爲すべき殊特の、特に中央的なる保安的機關を設置せざるべからず。監置は其の目的の然らしむる所として生ずる刑の執行方法の除外例を伴ひ、且其の成績に應じて施設内に組織すべき各種の自由等級に於て放免資格に至るまでの間存續するものなり。放免は條件を付して之を行ひ従つて法律を以て定めたる期間の間は何時たりとも之を取消すことを得べきなり。何れの場合に於ても放免に先たつて施設の手を通して當人の爲に新しき勞動關係若しは其の他の保護方法を確保するを要するなり。

五、管轄

通常の刑の執行若しは保安的施設への附託に關する裁判はすへて醫學上の鑑定人に諮問したる後當該犯罪行為の判事の權限に屬する所とす。刑の執行及び保安的施設内に於ける監置に關する決定は國家の監督官廳のあらゆる權限を留保して施設の長の權限に歸屬す。右の決定には其の必要を充分に満足せしむる方法に於て國家の任命したる施設の顧問醫を参加せしむべし。精神上的の低能者たる犯罪人の保安的處遇につい

ての社會の利害關係と責任とを具體化する爲混合官廳を設置するを適當とす。此の混合官廳は施設の指導機關と此の任務の爲に特に資格を附與したる五人の名譽官吏を以て之を組織すへし。後者は施設の生活と常時連絡を保たしめ、すべての身分的關係、個別的保護、被監置者の將來に於ける運命等に特に關係ある問題につき施設の長に於て共同の審議及び決議の爲に之を招致するを必要とすへし。此の官廳に對しては放免及び取消に關する決定をも委任すへし。

一九〇四年九月十二日の分科會の爲に任命せられたる報告委員「クラインフェラア」氏は著しき實質上の一致を示して左の如き提案の理由を説明せり（討論報告書第四卷三百九十六頁以下）。

「一、有罪行爲の所犯に當つて永續的なる疾病の状態に在りて行爲の處罰價值と有罪行爲に對する其反抗力に對する理解力を減却したる者は、情狀重からざる場合につきて適用ある刑の範圍に應じて之を處罰すへし。二、少年の場合にあつては判事は同一の條件の下に少年につきて適用ある刑の範圍内に於て自由なる裁量に従つて其の刑を減輕す。三、刑の執行の猶豫は一般的の條件の下に之を許す。四、刑の執行は精神上の低能の理由たる状態を斟酌して通常の刑務所内に於て之を行ふ。五、通常の刑務所に於ける執行に適當せざる成年者、特に公共上危険なる人物に對しては刑は判決刑事裁判所の命令に従ひ國家の保安的施設内に於て之を執行すへし。六、少年は同一の場合に於ては少年の爲に特定したる刑務所内に收容する代りに判決裁判所の命令に従ひ國家の保安的施設又は感化施設内に收容することを得。七、公共上危険な

る精神上の低能者は刑の執行後若は其の免除後に至つて放免資格 *Entlassungsfähigkeit* を具備するに至るまでの間國家の保安的施設内に監置するを要す。八、放免は條件を付してのみ之を行ふべく、法律を以て定めたる期間内は之を取消すことを得べきものとしてのみ之を行ふことを得。九、公共上危険なるにあらざる精神上の低能者は刑の執行若は其の免除の後家庭若は私立施設内に之を收容することに依つて又は保佐人を選任することに依つて之を監督に付することを必要とす。此の監督の期間は法定の制限内に於て判決を以て之を指定す。十、保安的施設への收容の命令（七）又は單純なる監督の命令（九）については判決裁判所は管轄權を有す。十一、刑後監置よりする放免又は此の放免の取消については保安的施設の吏員及び保證人を以て組織する合議體は管轄權を有す。十二、被放免者の居所の所在地を管轄する區裁判所の判事は假取消を命ずることを得。」

此の二の提案の結合に基く第二十七回獨逸法曹會議自體の決議は第九節四に之を記載したり。

二、國際刑事學會及び獨逸法曹會議の如上の提案を機縁として單行の論文と折に觸れての意見の表明との行はるるを見たりしか、是等は何れも上に記載したる資料を補充するものに外ならず。

最初「フォン・リスト」氏自身其の上記の草案を刑事心理學月刊雜誌（一九〇四年度第一號八頁以下）の論文中に於て詳細に記述し、辯護してここに左の根本的區別を要求したり。曰く、「一、限定責任能力者か公共上危険ならざる場合。ここには單に刑の減輕のみを行ふ。二、限定責任能力者か公共上危険なる

場合。ここには刑の減輕と監置とを行ふ。(a) 限定責任能力者か受刑能力を有する場合。此の場合にあつては刑の執行を以て開始し、監置を猶豫す。(b) 限定責任能力者か受刑能力を有せざる場合。此の場合にあつては監置を以て開始し、刑の執行を猶豫す。」此の議論に反對なるは一九〇四年の獨逸法曹會議に於ける「ストース」氏の議論にして、「フォン・リスト」氏の組織は論理的完全を誇るものなれども、刑事政策上徹頭徹尾不満足なるものにして、従つて氏は「スウキス」の草案の根本となる左の如き原則を對立せしめんことを欲す。曰く「一、限定責任能力者に對しては刑の減輕を言渡す。二、燃れども其の病狀か病院に於ける治療又は養育院に於ける給養を必要とするとき、特に公安上の原因に基きて當人の監置を適當とするときは、此の種の保安的處置を開始し、刑の執行を猶豫す。三、受刑者の病院若しくは養育院に於ける滞留、之を刑の執行として其の期間を刑期に算入す。」

尙ほ「ファン・カルケル」氏も亦之を機會として只今擧げたる「フォン・リスト」氏の論文と余輩の意見書そのものとに相關聯して第二十六回の獨逸法曹會議に於ける其の提案を一層詳細に説明したり。氏は此の論文中に於て限定責任能力に關する規定を刑法典中に收容せんことを要求し、余輩の定義中より「永續せる」病的狀態なる要件のみを排斥せんことを希望し、すべての場合を通して刑と監置とは施設に分けて之を分離せんとし、此の後者に關する決定については刑事裁判所の管轄權を要求したり。此の後なる點について「フォン・リスト」氏並に余輩の見解に反對なるは「ランツベルグ」氏にして、氏は其の「限定責

任能力者處遇論」中に於てすへての保安處分に關する裁判を禁治產判事若しくは刑事裁判官に委任することを爲さずして寧ろ之を原則として州行政裁判權 *Landesverwaltungsgerichtsbarkheit* に委ね、従つて刑法典については限定責任能力者の處罰の減輕に關する原則を殘存せしむるのみ。同時にまた刑事訴訟法中には公共上危險なる被逮捕人の釋放若しくは之に對する手續の中止の場合にあつては逮捕命令の廢止と共に之を監置し、事件を當該行政官廳に移送するを要する旨の規定を收容すへしとせり。

一九〇四年度には獨逸法曹會議の資料に關して此の題目についての四篇の論文の刊行を見たり。「ハー・グロース」氏は「オーストリ」の普通裁判新聞に寄稿したる祝文第八十七頁以下に於て限定責任能力者を包含する變質者の刑法上の分類を試みたるか、然も一定の改正に關する提案は爲すことなかりき。また「マリー・ラシユケ」女史は獨逸法曹會議に提出したる其の改正の意見書中に於て限定責任能力者に對しては減輕したる刑を科することなく、寧ろ其の狀態に應じて寛大なる處遇を爲さんことを要求し、其の第三十三頁以下に於て限定責任能力者たる兒童及び少年に對する特殊の提案を添付せり。また「スウキス」の「ルツェルン」州の控訴院判事「マイヤア・フォン・シャウエンゼン」氏の小冊子「精神上的の低能者論」は其の表題及び内容に於ては第二十七回獨逸法曹會議に提出したる余輩の意見書に對するものにして、獨逸法曹會議に向つて余輩の論文を却下せんことを勸告するものなるも、其の然るに拘らす余輩は筆者の眞意を捕捉せんとする努力の結果として筆者を改正に左袒する者の中に數へざるへからざるに至れ

り。蓋し一九〇三年に於ける氏の著書「獨逸及び「スウキス」に於ける刑法改正論」なる一般的の述作と一九〇四年に於ける氏の前記の小冊子との間には疑もなく發達の跡の歴々として徴すべきものあるを以てなり。即ち氏は前なる著書に於ては「限定責任能力」の「救濟的」觀念に對して無理解なる論難を示せども後なる小冊子に於ては余輩の義論を否定するにも拘らず、「限定責任能力なる觀念は「カール」氏の意見書に關する碩學鴻儒の討論の結果よりして自ら明白なるか如く歴史的に充分なる理由を存する所にして、正當なる定義を下すの可能を條件とし、全然「カール」氏の前置詞的論文に依つて拘束せらるることなく、將來の獨逸刑法典に收容せられんことを希望す。勿論無條件的なる、若は余りに一般的なる法文に於てすへからざるなり。此の限定責任能力は亦法學上當然に刑の減輕を伴うて可なりとす」と云ふ論結に到達せり。然り而して氏か「尙ほまた此の觀念か現代の刑法の基礎を動搖せしめ、若はまた單に二重の刑法を設くるに止まることを得ず」と附言したりとするも、余輩のあらゆる改正案の目的とする所と事の本質に關する意見の表明は全然氏の所説と相一致するものなり。最後に辯護士「ツェー・ギュンテル」氏の「刑法に於ける責任能力と精神上の低能者に對する法文上に於ける顧慮」は余輩の提案を收容することに反對して「眞摯なる戒告」を爲したるも、然も以下之に續ける文中に於ては我か刑法總則篇第五十一條の追加規定中に於て限定責任能力者を斟酌したるは極めて切迫せる需要たるものと認むべく、従つて我か立法部の方面に於ける是か斟酌は決して一般的なる刑法改正の實施まで之を猶豫することを得ざるものと認めらる

るについての詳細なる理由を述べたり。而して其の實質上の唯一の相違點は氏か爾後に於ける保安處分に關する裁判を原則として刑事裁判官の手中より奪はんとしたるの點に存するものなり。

此の種の議論の最後に位するものは「ベロルツハイマア」氏の周到なる研究「刑法法理と刑法改正」(Berolzheimer, „Strafrechtsphilosophie und Strafrechtsreform“ 1917) にして、氏は特殊の問題に於て (a)

「限定歸責能力者の犯したる重罪は之を輕罪として、其の犯したる輕罪は之を違警罪として判決するの程度に於ける」刑の減輕、(b) 限定責任能力者の爲の施設内に於ける刑の執行の分別、(c) 裁判所か醫師の鑑定に依つて定むべき期間の範圍内に於て公共上危険なる場合に於ける保安的刑後處分を認むること、此の處分の期間の長期と短期（はは三箇月と三年との間に在り）は法律を以て之を確定するを要す。此の場合に氏は監置を必要とするにあらざる者をも其の放免後は有期の監督に服せしめんとする余輩の提案に注意は拂ひたれども、然も往々にして限定責任能力者の將來に於ける發展の爲に有害なるものと認めたり。

(d) 限定歸責能力者たる乞丐及び浮浪者に對する特別な處置、(e) 顯著なる公共上の危険性、即ち例へは尙ほ歸責能力の範圍内に在る殺人鬼の如き者に對しては刑の執行後若は刑後處分の執行後に至りて公共上危険なる精神病者に對して必要とする行政處分を認むること等を要求したり。

三、法律的方面より問題に附したる立法上の意義は或は一般的種類の講演に、或はまた特に限定責任能力に關係を有する幾多の講演中に表明せらるるを見るなり。

是が劈頭を成して注意に値ひするは一九〇二年九月「ヂュツセルドルフ」に於ける「ライニツシュ・ウエストオアトレン」監獄協會に於て爲したる「限定責任能力論」と題する「フキルケンブルグ」氏の講演なり。曩に本稿第六節に於て一言し、更に第十節に於て詳細に論述する所あるべき「フォン・リスト」氏に對する辯難書中に於て「ビルクマイヤア」氏が最近にあつては刑務所長「フキルケンブルグ」氏も亦限定責任能力を認むるに反對なるの意を述ふるを見るは自己の欣懐とする所なる旨を表明せるは聊か以て異とせざるへからず。惟ふに「ビ」氏のかくの如き欣喜は其の理由なきものと云はざるへからずして、事は寧ろ反對に「フキルケンブルグ」氏は明示的に北獨同盟刑法草案第四十七條の模範に倣ひて少年に準して刑の減輕を行ふの標準を以てして限定責任能力を法文上に斟酌することを必要とする旨を言明せるを見るなり。只氏の所説に特異とすへき見解は公共上危険なる精神上の低能者は刑期の満了後特殊の施設内に之を監置することを必要とする旨を説くに反し、通常の限定責任能力者に對する個別的處遇は通常の刑務所内に於ても之を可能にして且充分たるものと認むるの一事に在り（「ゴールトダムメル」刑法雜誌一九〇三年度第五十號三百二頁以下に於ける余輩の報告を参照すへし）。「ケトラア」氏は一九〇二年十一月公表（一九〇三年増補）したる「刑法改正問題」なる論文中に於て精神上の低能者の最も重要なる場合を刑法典中に例示的に列擧し、是か爲には専ら一九〇二年の獨逸法曹會議に於ける「ファン・カルケル」氏の意見書の方に於てする刑の減輕と保護處分とを適當とする旨を述べたり。更に一九〇三年三月「ベ

ルツン」に於て開催せられたる國際法律及び經濟學會に於ける「フォン・パール」氏の「刑法改正論」と題する講演は感化と教育との點に於て人に遅れたる成年の責任能力者の爲の施設を指示することに依つて曩に既に述べたる一八七五年の論文を補充し、之に依つて以て少くとも直接限定責任能力の問題を其の解決に近接せしめんとせり。また一九〇六年三月「スツットガルト」に於ける法律學者と醫學者との集會の席上に於ける「フォン・シュワツプ」氏の「舊來の「ウエルテムベルグ」邦刑法に於ける限定責任能力」なる講演は新規にして且價值多き「ウエルテムベルグ」の邦刑法に關する歴史的引證を爲すことに依つて、當時の法律狀態は畢竟するに當時獨逸諸邦の大部分に於て行はれたりし限定責任能力の處遇に關する發達と全く相反するものなりと證據を有力ならしめ、獨逸法曹會議、國際刑事學會又ひ若干の學者の推稱したる限定責任能力の法律上に於ける承認と斟酌とに明示的に左袒せり。最後に「カトル」氏は一九〇七年二月「ドレスデン」に於ける「新刑法典」と題する講演中に於て既に擧げたる所の如き理由ある改正の要求を反覆せり。

第八節 (b) 精神病學者

既に本稿の冒頭に述べたる所の如く精神病學者は此の點に於て單に臨床的に精神上の低能の事實と狀態とを敘述するの程度に於て言義を爲すのみならず、寧ろ刑法改正の綱要について意見を表明し、又は是か

爲に一定の改正の提案を構成するの程度に於て議論を吐けり。此の事項に關する意見の發表の數は殆ど擧げて數ふへからず。余輩は今ここに之を擧示するに當つて其の一小部分のみを選定するに止めざるへからず。立法者は精神病学の主なる系統的叙述の若干の證據を指示すること、竝に獨逸刑法の改正なる特殊の合言葉の下に行はれたる學會若しくは専門雜誌に於ける意見の表示を援用するに依つて既に適當にして且充分なる一幅の活画圖を與へらるゝものなり。

(a) 精神病理學者中には余輩は既に意見書中に於て Kraft-Ebing, Lehrbuch der gerichtlichen Psychopathologie, 3. Aufl. 1900; Aschaffenburg in Hohes Handbuch 1901; Die rechtlichen Grundlagen der gerichtlichen Psychiatrie; derselbe, Buch über „Das Verbrechen und seine Bekämpfung“ (2. Aufl. 1906, 270 ff.); Cramer, Gerichtliche Psychiatrie, 3. Aufl. 1903. 及び Kraepelin, Lehrbuch der Psychiatrie, 7 Aufl. Bd. I 1903. の諸書を指示したり。是等の諸學者の中にて余輩はこゝには只「アッシュャツフェンブルグ」氏の提案のみを再掲するに止めんとす。蓋し氏は當初或る程度にて指導的地位を占得たりしを以てなり。

「犯人が有罪行爲の所犯の當時病的に精神作用を阻碍せらるゝの状態に在りたるときは、以下の規定を適用す。(a) 明白なる精神病、顯著なる意識の昏迷、若は高程度の心神耗弱の状態に在りたるときは犯人を處罰すへからずして、處罰を行ふ代りに保護を加ふ。(b) 精神作用の病的阻碍の程度又は心神耗弱が輕

微なる程度に在るに止まるるときは之を無罪たらしむる代りに適當なる施設内に於て犯人に保護を加ふ。此保護の必要、方法、期間等については(a)の場合に於ても、はたまた(b)の場合にあつても判事は行政官廳に諮問し、醫師の鑑定を徴したる後是非か裁判を爲す。爾後の状態の變動に依つて生したる曩に決定ありたる處分の廢止は亦行政官廳を諮問し、醫師の鑑定を徴したる後判事の裁判を以て之を行ふ。」

然れども就中此の分類に屬するは曩に提出ありたる資料を補充する「ツムマア」氏の「犯罪心理学及び刑法的精神病理學」(Sommer, Kriminalpsychologie und strafrechtliche Psychopathologie 1904) にして、氏は此の問題の爲に特に一章を割愛し、心神耗弱者 Geisteschwache なる中間的觀念を認むることに依りて立法的解決の途を求めたり。曰く「民法典か先鞭をつけたりし以來刑法の發達は亦等しく精神上の健康状態と病的状態との間に存する中間的状态を顧慮することを必要とするに至りたり」と。氏は限定責任能力なる用語を避けんとしたるか、其の然るは一はまた用語の選定とは何等相關渉する所なき考慮に出でたるものなり。事項それ自體については氏は全然通説たる見解と相合致するものにして、其の際到る所に顯著なるものある刑法の需要に對する理解に向つて特に胸襟を開き、「こゝに主眼とする所は決して全般に亘る偏頗なる精神病理學化を意味するにあらず」して、寧ろ氏は限定責任能力者の若干の種類を詳細に區別して明示的に罰則の「一般的廢止」に反對なるの意を述べ、刑罰を以てして犯人に作用を及ぼし得る見込の存する限りに於ては之を處罰せざるは偶々以て有罪行爲の正當なるかの如き犯人の信念を強固ならし

め、犯人の周圍に在る者を全然無保護の状態に置くの結果を招來するものに外ならざるへしと云ひ、「此の範圍に於ける刑法典の眞實の改正を導くことを得るものは普通的方法の觀察にあらすして、寧ろ分拆的方法の觀察に過ぎず」と爲し、公共上危険なる犯人の施設内に於てする監置の問題に關する裁判は無條件的に之を刑事裁判官の判決に一任せんとするものなりと云ひ、「純然たる行政上の方法に於てする犯人の施設への收容は精神上の低能者及び限定責任能力者の限界の範圍に處する者の場合にありては全然排斥するを要する所なり。」「此の點に於て從來の判決の勢力範圍を超越し、警察上の權限に干渉を及ぼすべき判事の權限の擴張を存するものと認むべく、事實上此の方法こそ實に今日の判決と精神病上の鑑定との際に當つて存する幾多の困難を排除することを得る所以の唯一の方法なり」とせり。

(b) 然も醫學者の側に於ける此の問題に對する興味を再び喚起するについての本來の刺戟を與へたるの功績は、一八八七年「フランクフルト・アム・マイン」に於て開催せられたる獨乙精神病學會定例大會の席上に於てせる限定責任能力に關する「ジュリイ」氏の講演に歸着するものと謂はざるへからず。即ち氏は事實上存在する責任能力の中間的程度の推定を除外するものと認めらるゝ第五十一條の法文を全然非なりとし、概して犯人の特定の精神状態を一般的に刑の減輕原因として認めしむるの意義を有することなき減輕的情狀の制度の不充分なることを立證して限定責任能力に關する成文の規定を必要とするの論結に到達せり (Jolly, Allgemeine Zeitschrift für die Psychiatrie Bd. 44, 1898, 41 ff., 608 ff.)。一八八八年「ボン」

に於ける定例大會に於ては爾他の觀察資料の蒐集の決議以上には出づることなかりしも、之に反し獨乙精神病醫學會は一八八九九年「ハレ」に於ける大會の席上再び此の問題に従事し、報告委員「ウオルレンベルグ」氏はすへての犯罪について減輕情狀を認め、低能犯罪人を質上異なる處遇を爲すことに賛成の意を表明せり。此の討論に於ては學者の意見は著しく相岐れたりしも、「フォン・シュレンク・ノイテング」氏 (v. Schrenk-Notzing, Kriminalpsychologische und Psychopathologische Studien 1902, 76 ff., Archiv für Kriminal-Anthropologie VIII, 1902, 57 ff.) は討論のすべての結果を三點に要約することを得たり。(一) 精神上の健康状態と病的状態との間には中間的狀態を存するものにして、此の中間的狀態は限定責任能力の語を以て表明することを適當とす。(二) 帝國刑法典は此の狀態を斟酌すること充分なるものと謂ふことを得ず。減輕的情狀又は刑の減輕の審査方法はかくの如き個人の避くへからざる累犯に對して社會を保護する充分なる所以にあらず。現在の法律の規定の意味に於ける單純なる處罰は従つてまた其の目的を達成するに足らざるなり。(三) 以上の理由に基きかくの如き個人を取扱ふに質上異なる處遇を以てするは必要缺くへからざる事項にして、是か最善の手段としては醫師の指導を受くる監禁所 Detentionsanstalt を設置するに在り。」

(c) 著名の精神病學者たる學會報告委員の多數者中より特にここに掲記するもの左の如し。

A, Delbrück, Die verminderte Zurechnungsfähigen und deren Verpflegung in besonderen Anstalten, Vortrag

in der 8. Versammlung der deutschen Landesgruppe der Internationale Kriminalistische Vereinigung in Bremen, April 1902 (Mitteilungen X 628 ff.) und Thesen zur 9. Versammlung der deutschen Landesgruppe in Dresden, Juni 1903 (Mitt. XI 593 f.); Palmann, Die verminderte Zurechnung, Vortrag vor des Rheinisch-Westfälische Gefängnis-Gesellschaft in Düsseldorf, Oktober 1902 (Sept.-Abdr. 1903); Leppmann, Über die strafrechtliche Behandlung der geistig Minderwertigen, Gutachten für d. 27. Deutschen Juristentag 1904 (Verhandlung Bd. III 136 ff. und Ärztl. Sachv.-Ztg. 1904 Nr. 17); Cramer, Referat hierüber auf dem 27. DJT. in Innsbruck, 12. Sept. 1904 (Verh. Bd. VI 408 ff. und Münchener Med. Wochenschrift 1904 Nr. 40, 41); Kraepelin, desgl. (das. 418 ff.) und Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 1904, 477 ff.); Aschaffenburg, Referat in der 3. Hauptversammlung d. deutschen Med.-Beamtenvereins in Danzig, 12. und 13. Sept. 1904, „Gerichtsarztliche Wünsche bei der Revision der Strafgesetzgebung“ (Bericht S. 60 ff.); endlich derselbe über verminderte Zurechnungsfähigkeit in der deutschen medizinischen Wochenschrift 1904 Nr. 31, Sept.-Abdr. Bericht über die 10. Versammlung der deutschen Landesgruppen der IKV. zu Stuttgart 1904 und über mein Gutachten f. d. 27. DJT.

「デルブリュック」氏は刑事訴訟の終了後に於ける限定責任能力者の状態について論ずる所ありたり。氏の所説に依れば極めて重要な意義を有する實務上の實例は公共上危険なる精神上の低能者の爲の一般

的なる施設の必要なるを説明するものたり。且又酒精中毒者の如き特定の限定責任能力者の爲の施設も之を除外すべからず。其の特徴とする所は刑と醫療上の行爲とが同時に兩々手を携へて行はるゝやう施設を維持せざるべからずして、刑を科したる後に初めて醫療行爲を加ふるか如きは適當ならずとす。即ち一九〇三年六月の「ドレスデン」に於ける大會に提出ありたる「デルブリュック」氏の論旨は左の如しとす。
 「一、裁判所に於ける曖昧なる精神状態の鑑定の利益の爲のみを以てするも完全なる責任無能力の外に尙ほ限定責任能力なるものを法律中に於て斟酌するの意味に於ての刑法典第五十一條の規定の改正は必要なり。二、然れども此の場合にあつては同時に訴訟の完結後責任無能力者及び限定責任能力者に關して社會保護の爲に執るべき處置を斟酌し、之に相當する規定を法律中に收容せざるべからず。責任無能力者と限定責任能力者とは此の點に於ても區別して處遇を爲すことを必要とするなり。(a) 釋放せられたるか、又は本人に對して豫備手續の開始を見たる責任無能力者か公共上危険なるものと認められたるときは、裁判所は適當なる保護を加ふる爲之を行政官廳に移付す。(b) 限定責任能力者か公共上危険なるものと認められたるときは裁判所は醫師の鑑定に基きて所要の處置を命ずるものとし、特に其の必要ある場合に之を幽閉すべき場所と其の期間とを命令す。裁判所は同様にして醫師の鑑定と行政官廳の意見を徴したる後當該の施設よりする釋放若は幽閉の續行又は他の施設への移送を命ず。多少にまれ在留者の意思に反して抑留を爲す施設内に於ける滯留期間は其の或は言渡さるゝことありたる自由刑の刑期に算入すべし。三、

瘋癲病院の外癲癇病者療養所及び酒精中毒者療養院、特に全治の見込なき酒精中毒者及び其の他精神上の低能者の監置施設は二の(b)の項下に一般的に表示したる施設として考慮す。此の種の施設の設置及び此の種の正に設置中なる施設の擴張は切迫せる需要に應ずる所以なり。」

「ヘルマン」氏は「フキンケルンブルグ」氏と共同の論旨に於て大體北獨同盟刑法典草案第四十七條の模範に倣ひて限定責任能力を法律上に斟酌せんことを要求し、未遂に準して是か處罰を減輕することなく寧ろ少年に準して是か處罰を減輕するの標準を以てせんことを要求せり。之を要するに氏は曩に擧げたる獨乙精神病醫學會の論旨の立場にあるものなり。

「レッツマン」氏の意見書は左の結論に到達せり。

「一、「カール」氏の表示したる觀念上の意義に従つて精神上の低能の法定觀念を設くるを要す。二、精神上の低能者の處罰は之を減輕すへし。刑は強制施設 *Zwangsanstalt* の特殊の部に於て之を執行し、其の必要ある場合には刑の執行をも條件を付して之を猶豫することを得しめざるへからず。十八歳未満の低能者の場合にあつては刑に代ふるに國家の監督の下に教育を加ふることを得へし。三、精神上の低能の故を以て刑の減輕を受けたる者はすへて之を國家の保安處分の下に服せしむへく、而して此の處分は或は適當なる施設内に於ける抑留に依り、或はかくの如き施設外に於ける監督に依りて公共上危険なる行爲を予防するを目的とするものなり。精神上に缺陷を存するの結果として有罪行爲を犯すの懸念を存する精神上

の低能者も亦同一の處分に服せしむへし。四、保安手續に於ける重要な處分は裁判上の認定手續に立脚せしむへく、此の手續は禁治產手續に準して之を構成するを要す。」

之に次いて第二十七回獨乙法曹會議の精神病學上の二の報告委員の言説を存せり。即ち「クラメール」氏は亦余輩の推稱したる限定責任能力の觀念規定に同意を表し、次いて判事の謙遜なる助手たる鑑定人か刑事立法と相兩立せざる影響を裁判上に及ぼすを回避せんことを期待し、「刑法上の處遇か爲し得る限り個別的傾向を執ることを以て」特に重きを置く點なりとせり。また「クレーペリン」氏は其の報告書中に於て以下の論戰の場合に於けると同様其の原則上の立場と現時達成し得へき所との間に明確なる區別を爲したるか、畢竟するに氏は精神上の低能者の處罰に根本的に反對するものなり。蓋し「具體の場合に於て醫療行爲、教育、監置若は其の威嚇の外に、禁治產、監督及び保護の以外に尙ほ特殊の刑に服さしめざるへからずと爲すことか、果して何等かの意義を有するものなりや否やの點に至つては疑問の余地なきものと認むへきか如し。何となれば刑の服役は其の最も有利なる場合には何等の損害をも齎らすことなかるへきも、然も上記の處分以上に出づる利益は殆ど之を期待することを得へからざるを以てなり」とし、かくの如き見地の下に遠き將來に於ては刑事裁判の全般に亘る改造を必要とするものと斷し、然も同時に「國民の法律意識」と「輿論の現状とに顧み現時にあつて達成し得へき所」とに對する斟酌は「一定の法律に關する提案の審査」に標準となるものにして、「従つて吾人かこゝに論旨中に示さるゝ所の如き處分

を以て足れとせざるへからざるものなることも徹頭徹尾諒察し得べき所なりと爲すことを得へし」と云ひ、何れの點に對しても原則上の異論は唱ふるの必要なく、「其の根本形式には同意を表するものなり」とし、「吾人か之を以て支拂はるべき總額中の一部支拂と看做すべきものなるの點については後に至つて尙ほ説述する所あるを要すへし」と云へり。

「アシャツフエンブルグ」氏は曩に擧げたる醫學會に於ける提案中に於ては一九〇一年の其の提案とは異りて第五十一條aに「精神作用の病的阻碍の輕微なる程度を存するに止まる場合は心神耗弱の相當なる程度を存する場合にあつては犯人に對する處罰を減輕すべく、若し條件を付して刑を言渡し又は之を無罪たらしむるを要す。判事は犯人を無罪として放免する場合には釋放者の假拘留を命じ、之を禁治産判事の審理に附す」と云ふ旨の一項を追加することを適當なりとしたり。

(d) 最後に向ほ一言附加すべきは曩に擧げたる「フォン・リスト」氏の草案を機會として精神病學者の間に於ける意見の交換なり。「プロイテア」氏 (Blenker, Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform I 92 ff.) は「若干の古典派刑法學者の美しき眼光の故を以て」限定責任能力者の處罰を「許可」するを欲せず。處罰は重大なる不利益を伴ふの懸念あるか故に原則として之を除外せんことを欲すると共に、精神病者を治療することに依りて犯人に對して社會を保護せんことを欲するものなり。曰く、國民の法律意識は之を改善せざるへからず。公共上危險なる限定責任能力者も亦假保護の期間中は之

を其の如何なる程定まで責任能力を有するやの鑑定を爲したる瘋癲病院内に拘留せしむることを得へし。或る種の犯罪人は良好なる施設内に於て容易に之を消化し了ることを得へし。かく云へはとて決して「フォン・リスト」氏の提案中の長所を傷けんことを欲するものにあらず。「何れにせよ舊來の状態よりも寧ろ此の法律を執るを以て可なりとすへし。蓋し此の法律は舊來の状態よりも遙に優れるものあるを以てなり」と云へり。「フォーレル」氏 (Ford, a. a. O. S. 236 ff.) は之に對し答へて之を實際上的の見地より云ふときは「フォン・リスト」氏の所説を以て正しとせざるへからず。「贖罪を爲さしむることなくして放免するか如きは斷して行ふべき所にあらず。假令限定責任能力者たるものについても尙ほ且然るものなり」とせり。氏は尙ほ公共上危險にして且反社會的なる限定責任能力者の爲には適當なる組織を有する施設を設置せんことを指示し、「プロイテア」氏の意見に反對して之に依つて瘋癲病院を精神上の低能者より解放し、他面に於ては懲役所より限定責任能力者を一掃せんことを欲したり。氏惟へらく、之に依りて著しく其の倫理的水準を昂上せしむることを得へしと。最後に尙ほ「チームケ」氏 (Ziemke, a. a. O. S. 424 ff.) は叙上の議論と相關聯して裁判醫の實務に關する一事例を擧げて現行法の支持すへからざる所以を論明せんとしたり。此の事例は兒童に對する猥褻行爲に基きて九回まで刑の言渡を見たる事件に關するものにして、甚しき場合に於ては刑の効果は殆ど十一日以上持續すること能はざりしなり。然もかくの如き犯人に對し裁判所は只一個の例外たる場合を除きては常に減輕的情狀を認めたりしなり。該

報告委員は如上の事實よりしてかくの如きは即ち現行刑法か限定責任能力者に對して完全なる能力を有する犯人に對すると同様比較的短期間の自由刑の服役を了したる後無難作に再び社會の適法なる生活に適應せんことを強要するの不備より出づる結果に外ならずと推論せり。

第九節 (c) 専門上の學術大會の決議

以下に述ふる簡單なる概論は専門上の學術大會にして其の決議には法律學者と醫學者とか參加し、而して爾後の學說中に於て其の決議に相當なる考慮を拂ひたるものみに限る。而して此の考慮に相當する決議の數か五個なることは曩に述べたる學問上の運動の經過よりして自ら識認し得らるゝ所に屬す。

一、一八九七年及び一八九八年の「ドレスデン」裁判精神病學會の提案 (Zeitschrift für die Strafrechtswissenschaft XIX 1899, 139 f.)。刑法典第五十一條は左の法文を有する第五十一條aを以て補充するを要す。

犯人か行爲の所犯の當時其の意思の決定を全然阻却せらるゝこときも、尙ほ著しく之を制限せらるゝの狀態に在りたるときは、之に對し第五十七條第一項第一號乃至第四號の罰則を適用するを要す。刑の執行を開始するの當時尙ほ限定責任能力者のかくの如き狀態か存續せる場合に於て、かくの如き狀態か立所に一變するに至るべきことを豫期すへからざるべきは、其の言渡したる自由刑は限定責任能力者に對して刑

を執行する爲に定めたる特殊の施設又は場所内に於て之を執行すへし。行爲の所犯後に至つて刑の執行の當時尙ほ存在する限定責任能力の狀態に生ずるに至りたるべきも亦同一の規定を適用すへし。限定責任能力者に對する刑の執行は受刑者の狀態に適應し、特にかくの如き狀態の改善を豫期せる特別なる規定に従つて之を行ふへし。限定責任能力の狀態か永續的なるか、又は其の性質上反覆せらるゝものにして、且犯人か過去に於て其の處罰の反覆せられたるの事實に依つて其の言渡を受けたる刑の服役後更に別段なる犯罪行爲を犯すに至るべきの懸念の理由を與へたるべきは、自由刑の外同時に其の言渡を受けたる刑の服役後に至りて受刑者を後見裁判所に移付することを必要とする旨を言渡すことを得。此の移付に依り後見裁判所は限定責任能力者か再び犯罪行爲を犯すの懸念の存續する間は之を限定責任能力者を收容する爲に定められたる特殊の施設内に拘留するの權限を與へらるゝものとす。外國人は後見裁判所に移付することを爲さずして之に對し地方警察官廳 Landespolizeibehörde に移付する旨を言渡すことを得。地方警察官廳は此の移付に依り當該外國人を聯邦の邦域外に追放するの權限を與へらるるものとす。

此の提案の精神は其の具體的の點に於て體裁に對する異論はありたれども、一八九八年十月「ドレスデン」に於ける第四回中部獨逸精神病學及ひ神經學大會の同意する所となれり。

二、國際刑事學會、一九〇三年六月九日「ドレスデン」に於ける第九回獨逸邦集團法律學會の決議。是か討論に參加したる辯士は法律學者としては「フォン・リスト」氏、「ベツケル」氏、「ワインガルト」氏

「フキンガア」氏。醫學者、「ウエーベル」氏、「レッツブマン」氏、「アシャツフエンブルグ」氏等なり。

「一、裁判所に於ける病的精神状態の鑑定の利益よりも既に完全なる責任無能力の外尙ほ限定責任能力をも法律中に於て斟酌するの意味に於て刑法典第五十一條の法文の改正を必要とす。二、限定責任能力者に対しては其刑を減輕すへし。自由刑の執行は特殊の施設若は場所に於てし、醫學上の原則を斟酌す。三、限定責任能力者か鑑定人の意見に依れば公共上危険なる者と認められたるときは、刑事裁判官は受刑者を療養所若は養育院に監置せんことを言渡すを要す。此の命令を實施することは權限ある行政官廳の任務とす。四、受刑者か受刑能力を有するときは此の監置は刑の服役後に至りて之を行ふ。其の然らざる場合には監置施設内に於ける在留の期間は之を刑の服役期間に算入するを要す。五、監置は公共上危険の状態か必要とする間は之を存續せしむるを要す。此の監置よりする放免は鑑定人の鑑定に基きて刑事裁判官に於て之を言渡す。六、瘋癲病院の外癲癩病者及び酒精中毒者療養所、特に治癒の見込なき者及び其他の精神上の低能者の爲の監置施設も亦限定責任能力者の爲の施設として考慮す。かくの如き施設の設置若は目下設置中なるかくの如き施設の擴張は急迫なる需要に應ずる所以なり。」

三、國際刑事學會、一九〇四年五月二十六日「スツットガルト」に於ける第十回獨逸邦集團法律學會の決議。是か討論に参加せる辯士は法律學者、「フォン・リスト」、「クローネ」の諸氏。醫學者、「レッツブマン」、「アシャツフエンブルグ」、「ゾムメル」の諸氏なり。

「一、(1) 限定責任能力者の刑は之を減輕すへし。(2) 責任能力阻却の故を以て放免せられたる者、又は限定責任能力の故を以て其の刑の減輕を受けたる者に對しては其公共上の危険なる者たる限りは適當なる保安處分を適用すへし。(3) かくの如き保安處分は犯罪は尙ほ未だ之を犯すとなきも責任能力の阻却若は限定の結果として公共上危険なる者に對しても之を必要とす。(4) 此の種の保安處分の終局的なる言渡は禁治産手續に準じて構成すへき特殊の手續に於て之を行ふ。二、帝國の立法當局に向つて上記の原則に基き法律を起草せんとの請願を提出せんことを會長に委任す。三、聯邦參議院の定めたる裁判上言渡したる自由刑の執行に關する一八九七年十月二十八日の準則中には第十四條の次に左の如き法文を有する第十四條aの規定を挿入すへし。精神上の低能者たる囚人は刑の執行を爲すに當つて當人のかくの如き状態を顧慮して是か處遇を爲すへし。かくの如き囚人は之を醫師の特別なる監督の下に置くへし。此の種の囚人については醫師は、(a) 懲戒上若は其の他の處遇に關して、(b) は刑の執行より除外することの申立に關して決定表決權を有するものとす。」

四、一九〇四年九月十二日の「インスブルック」に於ける第二十七回獨逸法曹會議第三分科會の決議 (Verhandlungen 4. Bd. Stenographische Berichte 434-466)。是か討論に参加したる辯士は法律學者、「クラインフェラア」、「カール」、「ヨット・ヒツペ」、「フキンガア」、「クローネ」、「オフナア」、「ラシユケ」、「レントナア」の諸氏。醫學者、「クラーマル」、「クレーベリン」、「レッツブマン」の諸氏にして、討論の

經過及び結果を要約したる余輩の口頭報告は Planarversammlung dassetst 649-655. なり。

(1) 有罪行為の所犯に當つて自己の行為の處罰價值若は有罪行為に對する自己の反抗力に關して理解力を遞減する單に一時的のみに止まらざる病的の状態に在りたる者は狀情重からざる場合につきて適用ある刑の範圍に従つて是か處罰を爲すへし。

(2) 少年の低能者については第二十七回獨逸法曹會議の確定したる國家の監督を受くる教育を以て刑に代らしむるの原則を廣汎なる範圍に互つて適用すへし。

(3) 刑の執行猶豫は一般的なる條件の下に之を許すものとし、精神上的低能者の場合については最も廣汎なる範圍に互つて之を適用するを適當とす。

(4) 刑の執行は通常の刑務所内に於て精神上的低能の根據となる状態を個人的に斟酌して之を行ふ。

(5) 通常の刑務所内に於て刑を執行するに適當せざる精神上的低能者については刑は之を國家の保安施設内に於て執行すへく、其の精神上的低能者たる少年に關する場合にあつては感化施設内に於て之を執行すへし。

(6) 公共上危險なる精神上的低能者は刑の執行若は免除の後に其の放免資格 Entlassungsfähigkeit を具備するに至るまでの間適當なる施設内に之を監置するを要す。

(7) 此の監置よりする放免は條件を付してのみ、且法律を以て定めたる期間内は取消し得べきものとし

てのみ之を行ふことを得。

(8) 公共上危險ならざる精神上的低能者は刑の執行若は免除の後國家の組織する健康監督 Gesundheitstranssicht に付するを要す。其の外家庭若は私立施設内に收容し又は特別なる保佐人を選任せんことを規定することを得。かくの如き監督の期間は法定の制限内に於て判決を以て之を定む。

(9) 精神上的低能者に對する保安處分の必要と認許との認定の目的の爲には特殊の手續を行ふを要す。然れども此の手續は原則として禁治産の條件と手續とより之を分離することを必要とするなり。

五、一九〇五年九月十四日の「ハムブルグ」に於ける第十回國際刑事學會國際大會の決議。是か討論に参加せる辯士は法律學者、「フォン・リスト」、「トルプ」、「プリンス」、「ファン・ハーナル」、「ゲルランド」、「レヅキス」、「シユネエーベルゲル」、「リープマン」、「フランク」、「ファイゼンベルゲル」、「ホーネマン」、「ワツヘンフェルド」、「ドーナ」、「クレーマン」、「オッペンハイマア」、「クロネツケル」の諸氏。醫學者、「アシャツフェンブルグ」、「レツプマン」、教師「キールホルン」の諸氏。

問題に關する表決事項。限定責任能力者たる犯罪人に適用すへき處遇 (Thèses votées au sujet de la question : Du traitement à appliquer aux délinquants à responsabilité atténuée.)

「一、低能者(內在的狀態の作用を受くる限定責任能力者)にして其の自己自身、其の周圍若は社會にとつて危險なる者に對しては其の犯罪人たるを否とを問はず立法者は保安處分を命すへし(特殊の監督、

保安所等) (Pour les défectueux (à responsabilité atténuée par influences d'ordre intrinsèque), délinquants ou non, qui sont dangereux pour eux-mêmes, pour leur milieu ou pour la société, le législateur doit décréter des mesures de sauvegarde (Surveillance spéciale, asiles de sûreté et autres))

二、低能者たる犯罪人に對しては其の危険なるを否とを問はず特殊の刑若は特殊の處遇を設くるを要す (Pour les défectueux délinquants, dangereux ou non, il y a lieu d'instituer une peine spéciale ou un traitement spécial)。

二、限定責任能力を法文上に認むるの説に反對なる者

第十節 a、法律學者

限定責任能力を法文上に認むることに反對する旨の簡單なる意見を表明するは「ハン」の検事局評定官 Staatsanwaltschaftsrat 「フヤリッス・ズンブリッヒタ」氏 (Monatschrift für die Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform I 1904/5, 121 頁) 及び「ノードツキヒスブルグ」の刑務所長「フォン・シッハルト」(das. 669 頁) によつて、詳細なる反對理由を開示するは「ヘーゲン」氏 (Hoegel, Allgemeine Osterreichische Gerichtszeitung, Bd. 55, 1904, 161 頁. vb. Monatschrift für die Kriminalpsychologie und Rechtsreform I 333 頁. "Die Behandlung der Minderwertigen") 「フキンガン」氏 (Finger, Gerichtssaal Bd. 64, 1904

„Über die geminderte Zurechnung und die strafrechtliche Behandlung der geminderte Zurechnungsfähigen“

vb. Ausführungen auf den 27. DJT. Verhandlungen Bd. 4, 429 頁, 454 頁) によつて、特に「ベルクマイヤ

ア」氏 (Birkmeyer, Was lässt v. Liszt vom Strafrecht übrig? 1907, 32-67) に於て然りとせり。

「デルブリュック」氏は特に上記第七節の(二)に叙述したる「フォン・リスト」氏の提案について反對を爲す。氏は之を以て「不必要にして且不合理なるもの」と思惟し、公共上危険なるにあらざる限定責任能力者の刑を減輕することは何等新規なる事項にあらずして、「刑の量定」の範圍内に於て今日既に實施せられつゝある所に屬せり。また公共上危険なる限定責任能力者も亦今日既に警察上の方法に於て之を拘留し、其の治癒に至るまでは之を抑留するなり。勿論今日社會の保護と云ふことか尙ほ充分ならざるは否定することを得へからずと雖、此の點に於ての改善は「精神の錯亂せる犯人の爲に特殊の施設を設置することに依つて」のみ之を行ふことを得へく、従つてまた「限定責任能力なる觀念を法律上に採用することに依つて果して何程の成果を達成することを得へきやは俄に逆睹すへからざるものありて存せり。即ち法律的觀念を採用することに依つて何等社會的關係に變更を來すことを得るものにあらず。其の限界たる場合は依然として舊の如く争の餘地を存するを免れざるへし。精々の所之に依つて責任能力の範圍を幾分擴張することを得るに止まるへし。而してかくの如きは即ち何等必要缺くへからざる事項にはあらざるなり」と論述せり。

「フォン・ジツハルト」氏は其の「限定責任能力に關する目的刑の辯護者の思想」と題する論文の骨子内に於て恰も限定責任能力を法律上に承認せんことを求むる要求が刑法上の古典學派の特殊なる要求たるかの如き聊か奇異なるを免れざる前提より出發して、「應報的思想の支配を受くる」刑法典第五十一條の規定は「處罰性の存否並に大小は意思の自由なりや否やに依つて決定せらる」と云ふ誤れる見解を以て其の考察の起點とするものなれども、「かくの如き原則の不當なることは右に云ふ所の如き意思決定の自由の減却は刑の減輕を伴ふを必要とするの論結よりして自ら明白なるものあり。かくの如き論理より出發して所謂古典學派の一部は所謂限定責任能力の規定の採用と是か刑を減輕する效果に關する法律上の規定を必要なりとす。然れどもかくの如き要求の懸念すべきものあることは經驗上此の種類に屬する低能者にして限定責任能力に基きて刑の減輕の恩典に浴する者の中には、其の公共上危険なる精神状態か重き保安處分の手段を執ることを急迫なる必要として認めしむる多數の個人を存するものなるの衆知の事實よりして推論せらるる所なり」と云ひ、更に「我が刑法典中に於て犯人か意思決定の自由の減却する際に犯したる犯罪の處罰を定むる規範の欠缺を惜むは應報刑論者に限る」と爲す議論に立戻つて、低能者たる幾多の個人の「多大なる危険性を存するの事實に顧み」「かくの如き人物に對して限定責任能力に基きて比較的短期の自由刑を言渡すは著しく不合理にして且危険なる者と認む」と反覆し、「かくの如き低能者たる刑事被告人を正當に處遇せんか爲には將來の刑法典に於てするにせよ、はたまた刑の執行に關する法律に於て

するにせよ兎に角自由刑の執行に當りては囚人の肉體的、精神的状態と需要とに等しく斟酌を加ふることを必要とする旨の嚴正なる規定を必要とするに止まる」ものなることを確信すと云ひたるか、之に反し「窮屈なる應報刑か經驗上、統計上裁判及び刑の執行に有害なる作用を及ぼすものなる證據の歴々徴すべきものあるに拘らす之を固執し、更に一步を進めて限定責任能力なる新しき觀念を設くることに依つて應報的思想を更に一段と擴張せんとするか如きは氏の見所に依れば社會の重要なる生活利益に重大なる侵害を及ぼすこと」を意味するものに外ならずとせり。

此の議論は頗る注目し値する議論なれども、之に對しては次いで立ちたる限定責任能力の反對論者か古典學派の學者にして應報刑説の熱心なる主張者なりし顯著なる事實を斷言することなくして止む能はず。

「ヘーゲル」氏は「オーストリー」刑法に依る減輕状態の極めて詳細なる組織に倚據すること密邇なるものあり。氏惟へらく是等すへての事情は限定責任能力の場合として之を表示することを得べく、其の之を平等視せんか爲には論理を以て主眼とす。かくの如くにして一般的に正當にして且唯一の執り得べき方針の指定せらるるを見るものと謂ふへし。「精神錯亂者の發見より今日の精神上の低能者に至るまで責任能力を阻却する異なる状態の各個人を其の自然的關係より引離して是か爲に特別なる處遇を要求するの過失を犯したり。」「凡そ精神上の低能者を行為の判斷につき重要な爾他の事情との關係より引離すと云ふことは全然支持すべからざる論結を導くべく、然り而してかくの如き論結は恰も自然の論理を冠履轉倒す

るものに外ならざるへし」と云ひ、「今」完全なる責任能力より責任無能力に至るまでの経過の列中よりして特に精神上の低能者を擧げて之を特別な處遇の恩典に浴せしめんとすることを以て「新規なる事項」なりとし、「意思必至論者 Determinist も意思必至反對論者 Indeterminist も共にかくの如き解決に同意する能はざるへし」と謂ひ、限定責任能力の充分なる觀念は實際に於て之を見出すことを得へからず。此の事は特に氏の法曹會議に提出したる定義についても其の適用あるものなり。然り而して特に懸念すべきは生れ乍らの素質と變質との大なる革囊なり。「何人か果して生れ乍らにして素質の負擔を受けざる者なりや。人若し其の親近の親族中より酒精中毒者、破落戸若は精神病者たるか又は自殺を以て其の生命を斷ちたる者を出したることなしとせば、是こそ恰も奇妙なる事項なりと云はざるへからず。」「精神上の低能者の範圍は無制限にして、危険なる結果を伴ふことなくして之を責任の爾他の等級より區別することを得へからず。」「精神上の低能者の觀念を刑法中に規定すると同時に裁判と云ふことに代つて純粹なる専恣の發生を見ることなくんはあらざるへし。」「特に所謂良家の子弟」を以て精神上の低能者として之を處罰より除外するに至るべきは自明的の事項たるへし。「否、かくの如き規定の採用は其の論理上の歸結として本來犯罪的傾向を有する者をすべて通常の處罰より除外を導かすんはあらず。」「されは原則としての刑の減輕の必要も刑の執行の點に於ける特別な斟酌の必要も之を存することなし。一面に於ては「立法者は判事に對してすべての場合を通して相當なる刑の短期若は寡額と多數の處罰方法の間に於ける

選擇とを提供するに配慮するを要す」と共に、他面に於ては通常の刑の執行をも「受刑者の個性に適應せしむ」ることを得べく、また適應せしむることを必要とす。「凡そ一定の社會より擯斥を受くる犯罪人が自己自身を低能者として示したることに依つて、又は其の親族か當人を然りとして示したることに依つて特別待遇的なる刑の執行を自己自身に確保するか如きことに對しては決然として反對の意を表明」せざるへからず。「かくの如く人に依つて特別な地位を設くることは實際上正常なる受刑者、即ち比較的優良なる分子か常習的犯罪人を包括する精神上の低能者よりも峻嚴なる刑に服せしめらるるの結果を導くに至るへし。」「従つて「刑法及びひ刑の執行法中に精神上の低能者の觀念を採用することに對しては決然として反對の意を表明せざるへからずとすも、他面に於ては刑法上の見地よりして民法及びひ行政法の範圍に於ける豫防的、治療的處分に對しては何等の異議の挿むべきものを存することなし。」「然も刑事裁判官は此の場合には「保佐裁判所 Pflegschaftsgericht 若は行政官廳の調和を計る」と云ふ以外には他に全然任務をも有することなし。即ち犯人を後見に付し、治療を爲し、若は「累犯に對して社會を保護する」と云ふか如きは刑事裁判官の任務とする所にあらず。「是等の任務をすべて刑事裁判官の一身に併合せしめんとするが如きは偶々以て刑事裁判官をして土耳其、亞刺比亞の裁判官たらしめんとするに外ならざるべきのみ」と云へり。

「フキンガア」氏は問題の哲學的基礎に遡つて考察を加ふる其の論文中に於て特に限定責任能力の點に

於ける一致の欠缺を嘆惜し、責任能力を阻却する意思の過程及び其の経過を碍くる要素と學說中に現はれたる觀念の適用とを一般的に比較したるの結果として、限定責任能力の下には單に責任能力の病理學的障礙のみならず、爾他のあらゆる障礙をも指稱するものと解すべきものなりとの觀察に到達したり。氏の到達したる論結は畢竟するに精神生活か病理的に刺戟せらるゝ者に對しては刑法の規定を適用すへからすと云ふに在り。蓋し此の種の人物に對しては心理的影響を及ぼすこと不可能にして、従つてまた刑の正當の作用の如きも亦問題たることを得へからざるか故と、一はまた部分的なる責任能力なるものは之を存することなく従つてまた精神作用の單なる何等かの病的障礙か認定せらるゝや否や刑法第五十一條の意味に於ての責任能力なるものは阻却せらるゝに至るを以てなり。「フキンガア」氏は自らあらゆる敘述の結果を要約して、「立法者が限定責任能力を以て一般的なる刑の減輕原因として承認するは適當ならず。(a) 今限定責任能力なる觀念の下に行爲の當時個人に特有なる或る種の弱點の結果として當該の個人をして容易に刑法との牴觸に陥らしむるか如きすへての状態を指稱するものなりとせば、當該の犯人の處遇を減輕すへき内容を有する一般的の規定は之を是認することを得へからず。各個人か其の熱情に於て犯したる有罪行爲か輕き處罰に値ひせすして、寧ろ重き處罰に値ひするものなる旨を指示するを以て充分とし、其の弱點は此の種の行爲の常習的所犯に依つて獲得したるものたり得へき旨を指示するを以て足れりとす。かくの如きは即ち一般的豫防の見地よりしても、はたまた特別豫防の見地よりしても處罰の減輕を許

さるゝ事情なり。(b) また所謂限定責任能力を以て病理的要素に基く心的構成を指稱するものなりとせば、法律上の意味に於ての刑は此の種の個人の「犯罪的」行爲に對する反動作用としては有用なる處分たる能はざるなり。かくの如き個人は精神病醫の治療を受けざるへからざるなり」と。「フキンガア」氏は以上の議論を以てして特に國際刑事學會の提案並に「フォン・リスト」氏の豫備草案に反對せんとしたるものなれども、限定責任能力者の監置に關しては氏も亦原則として之に同意するものなり。惟ふに此の場合にあつては意見の相違は一に繋つてかくの如き處分を實施する爲の手續の如何にのみ關する次第にして「フキンガア」氏は偶々以て「犯罪」の所犯か限定責任能力者の監置を言渡すの機會を與へたる場合には刑事訴訟法の規定に従つて手續を實施するを合理的なりと思惟するものに外ならず。氏惟へらく此の手續に於ては行爲の所犯と犯人の状態とを認定することを必要とすへし。かくの如き審理に基きて言渡すべき裁判所の判決は釋放と相並んで同時に其の公共に對する危険の故を以て施設内に監置するの必要を言明することを得へし。而して此の言明の基礎となるは鑑定人の鑑定たらざるへからざるなり。然り而して限定責任能力者か「犯罪」の反覆的所犯の故を以て裁判に附せられたるとき、特に當該の犯人か醫師の鑑定に依れば公共上危険なるものと看做すへからざる場合にあつても尙ほ且強制的たらざるへからすと。第二十回獨逸法曹會議の決議に對しては「フキンガア」氏は余輩の記憶にして誤らされは必ずしも其の同意を拒みたるにはあらずしも、然も尙ほ同意の理由に著大なる相違を存するものなる旨を極力高調したり。

特に氏は余輩の見地と「フォン・クラメール」及び「クレーパーン」兩氏の見地との一致の推定に對して法律學者と精神病學者とは同一に使用したる「刑」と云ふ名稱の下に異なる事項を指稱せるものなること、余輩は古典學派の意味に於て「刑」なる名稱を使用するに反し、醫學者は「刑」なる名稱を以て單に特殊の處遇のみを指稱するものなりとし、「精神病治療上の行爲」をも包括せしめて解釋せる旨を指示せり。

若し夫れ「ビルクマイヤ」氏の「フォン・リスト」氏との論戰に至つてはここには之を默看過することを得へし。蓋し此の論戰は限定責任能力に關する「フォン・リスト」氏の觀念は犯人の一大集團か其の根本觀念の論理上の歸結として謬れる妥協に従つて現實に處遇せらるる所よりも異なる處遇を受けざるべからざるの故を以て、之を刑法の規定する所より除外することを必要とするに至るの事實を論證することのみを以て目的及び内容とするものに外ならざるを以てなり。「ビルクマイヤ」氏は余輩の提案に對して特殊の字句を以てして其の實質上の反對理由を論示せり。而して余輩は事の本質に涉らんか爲に假令極めて拔萃的なりとは云へ兎に角極めて正確に氏の見解を摘録せざるべからず。氏曰く、

「カール」氏は限定責任能力者の處罰を固執し、其の傍保安處分を認めて限定責任能力者の處遇の點に關して古典學派の立場を正當に代表するものなること疑を容れされど、吾人は公共上危険なる人物に對して社會を保護することゝ以て要するに極めて合理的にして且希望すべき所なりと思惟す。吾人は之を以て

決して本來の刑法上の問題にあらざるものと認め、將來刑法典中に收容せらるべきものと考ふ。「然りと雖「カール」氏か限定責任能力の觀念とはか處遇に關する特別なる規定を我が國將來の刑法典中に收容せんことを主張して其の辯護する應報主義的刑法論の利益に於ても議論を爲すものなりや否やの點に至つては全然別個の問題に屬す」と。氏惟へらく帝國の立法部か其の第一草案中より此の規定を削除したるは限定責任能力を承認することは精神病學者に對して刑事裁判に不祥なる干渉を及ぼすの可能を與ふるもの外ならざるを以てなり。「ビルクマイヤ」氏の見解に依れば「今日と雖亦此の見解を執らざるべからざるものどす、蓋しかくの如き懸念は今日にあつても尙ほ且特に著しき程度に於て存續するものなること明白なるものあるを以てなり。」之について「ビ」氏は「クレーパーン」、「クラメール」、「アー・デルブリュック」、「レツプマン」、「プロイラー」、「アシャッフエンブルグ」の諸氏の所説に口頭若は書面を以て言及し、是等の諸氏の意見の發表につきて「最も著名なる精神病學者はそか限定責任能力の問題に關して意見を發表したる限りに於ては限定責任能力者の處罰に全然反對なるものなる」ことを其の意見中より看取することを得るは自己にとつて主要視すべき所なりとなし、「されは法律か獨逸法曹會議及び國際刑事學會の決議を採用し、實際に限定責任能力の觀念を法律中に規定して其の刑法上の處遇を成文上に規定するに於ては、精神病學者は法律をも其の學問上の見解に應じて解釋し、其の實現し得る限りに於ては之を適用するに至るべき誘惑を受くること極めて大なるものありと謂はざるべからざるなり。」然もかくの如き舉

に出づるの機會は限定責任能力の觀念か精神病學者の支持と指導とを以てのみ法律學者に於て之を運用することを得るものなるの事實に依つて精神病學者に對して提供せらるるものなりと謂はざるへからざるなり。而して此の事は是亦專恣と云ふことを缺かざる余輩の定義についても亦然りとする所とす。従つて責任能力者か處罰より免るるの危険並に「受刑能力 *Strafbarkeit* の問題」を單に醫學上の鑑定人のみを以て解答せしむるの危険は一層大なるものありとす。「かくの如くにして獨逸法曹會議並に國際刑事學會は其決議を以てして此の方面に於けるすへての事項を醫學者の手中に置きたり。」「限定責任能力の廣汎なる範圍に於ては其の爲したる決議に依れば責任能力ある犯罪人は畢竟するに之を處罰すべきものなりや否やの點に關する決定權を大體に於て刑法を嫌惡し、特に其の學問上の理由よりして限定責任能力者の處置を全然承諾せざらんとする人士の手中に置きたる次第なり。」かくの如くにして法律の誤れる解釋と適用とに依つて法律の眞意を徒爾ならしむるの可能性は既に「吾人か限定責任能力——單に其の名稱上然るにもせよ、はたまた其の實質上然るにもせよ——に對して刑法典中に於て特殊の地位を與ふることを禁ずるものと謂はざるへからず。」加ふるに「カール」氏と獨逸法曹會議とか限定責任能力に對して加へたる制限は多少專恣的のものありとす。」かくの如き制限は嘗て醫學者か單に其の支拂はるべき辨濟額中の一部辨濟に過ぎざるものとして認めたる所に屬し、而して其の一切の思想、希望は限定責任能力者の範圍を擴張せしむることを目的とするものなり。されば醫學者は吾人か限定責任能力に關する特殊の規定を刑法典中に

收容するに於ては犯罪の所犯に當つて何等かの原因に基き、疾病若は發育不完全の故を以て一時的又は永久的に「精神上若は道徳上に」正常なること能はざるすへての人物の刑法的運命を自己の手中に收むるの目的を達成する次第なり。然も是と同時に上に述べたる所の如き理由に基きて刑法の命脈は絶えるに至るものと謂はざるへからず。果して然らば刑法の敵たる精神病學者は攻圍を受けたる要塞の内部に通ずる破孔を發見して要塞内部に侵入し、之を破壊し盡すことを得べくんはあらざるへし。」然り而して「クレーパーン」及び「レップマン」兩氏の所説よりは「吾人刑法學者か限定責任能力者たる犯罪人の刑は之を減輕すべく、また精神病學者の判斷上刑か犯罪人の状態に不利益なる影響を及ぼすべきときは全然之を處罰せずと云ふ原則を承認するときは、精神病學者は直ちに是よりして責任能力者たる犯罪人は一般に之を處罰することを得ず。犯罪人はすへて限定責任能力者たるものなり。されば刑法なるものは畢竟するに其の存立の意義と權利とを喪失するものとす」と云ふ原則を樹立せんとす」るものと推論すべきなり。「エフ・デルブリュック」、「フキンケルンブルグ」、「ロンガルド」、「ヘーゲル」等の諸氏は限定責任能力説に對する反對か沈黙したるにあらざるの證人として「ビ」氏の援用する所となれり。凡そ精神上の低能に關する特殊の規定を刑法典中に收容することなきも尙ほ限定責任能力者に對する斟酌を爲すことを得へし。「吾人は新刑法中に於てはすへての場合を通して精神上の低能者を保護することを目的として刑の不定的減輕の制度 *System der unbestimmten Strafmilderung* を更に一層擴張せんことを要求せざるへからず。」此の點

に於ては「ビ」氏は余輩の提案に倚據したり。只氏は暗黙の間に限定責任能力をも情状重からざる場合の一般的なる刑の減輕理由中に包含せしめんことを欲するのみ。加之かくの如く爲すに於ては限定責任能力の觀念の專恣的なる分裂を避くることを得べきなり。最後に保安處分についてもほほ「何等かの原因に基きて公共上危険なるものとして認めらるる犯罪人に對してはすへて犯罪人を監置することに依つて、社會を保護するを要する旨の意味を有する一般的の規定を以てして救済を與ふるに充分なりとすへし。」然も此の問題に關して詳細なる議論を爲すことは行政的立法の任務に屬すへし。」

「ビルクマイヤ」氏の著書以後に於ては余輩の寡聞なる限定責任能力を法文上に認むるの件に對する反對の根本的なる理由を具備するものあるを見ざるなり。

第十一節 精神病學者

精神病學者の間に在つても限定責任能力の觀念を法定することに對して反對する者極めて少く、而して此の種の反對論者の多くは法律學者たる反對論者の論旨よりは遠く隔絶し、否、甚たしきに至りては是と全然相矛盾する理由を以て其の論據と爲す。只「フキンガ」氏のみは余輩の知れる限りに於ては法律學者たる反對論者の所説と相觸接する所あるものなれども、反對論者の尤たる「ヘーゲル」及び「ビルクマイヤ」の兩氏の所説とは相觸接せざること疑を容るるの余地なし。

既に獨逸法曹會議の意見書に於て余輩は一八八八年の獨逸精神病醫學會定例大會について選任ありたる「メンデル」及び「グラシイ」の兩氏か其の理由に於ては異れども其の結論に於ては等しく立法府に向つての提案を爲すへからすと云ふに一致したる旨を述べたり。「メンデル」氏は今日の時期を以て提案を爲すに適せざるものと爲す者にして、「ジョリー」氏の所説とは異りて減輕的情狀を以て限定責任能力を補充するに適當したるものと爲し、刑法典か限界たる場合を斟酌するに缺けたる所あるは氏の認容する所なり。之に反し「グラシイ」氏は一般的の反對論者にして、氏の所説に依れば責任能力を一端とし、責任無能力を他端として其の中間に限定責任能力を存するの歸結を來すものにあらず。かくの如き手段はあらゆる適用の場合に誤謬を其の中に包藏すべく、或る場合には責任能力者を余りに軽く處罰し、或る場合には責任無能力者に刑を言渡すか如き結果を來すことあるべきなり。然り而して此の見解か大會の同意する所となりたるにあらざるものなることは第八節に記載したる「シュレンク・ノツチング」の獨逸精神病醫學會議録の要旨よりして明白なる所なり。

一九〇四年の「フォン・リスト」氏竝に余輩の提案に至つて初めて醫學者の方面に新なる懸念を生せしむることとなりたり。「フォン・リスト」氏の提案は「精神上の低能者に對する特殊の施設」と題する精神病神經學週刊雜誌に於ける「ネツケ」氏の論文中に於ては何等同意を受くることなかりしか、余輩は此の點については *Gerichtssaal*, Bd. 66, 1905 に於ける「フキンガ」氏の報告を指示することを得へし。更

に「ライヒ・ヘルツベルグ」氏か一九〇四年十二月十七日「ベルリン」の精神病醫學會に於て爲したる講演は、爾他の個々の問題については余等兩人の所見と相一致する所あるに拘らず此の問題に關しては余等兩人と反對なるものなるか、氏の此の講演は本問題の當時に於ける状態に優れたる指示を與ふるものなり。氏は説明して「余等自身の信する所に依れば刑法第五十一條中に數ふることを得へからざる輕微なる精神上の障礙を斟酌するの程度を増大することは吾人の歡迎する所なれども、然も其の歡迎すへしと云ふは醫學者たる鑑定人か從來精神上の低能者の利益の爲に運用したる責任無能力の觀念か改正に依つて動搖せしめらるるか如きことなきの條件の下に然るものなり。然も責任無能力の觀念の動搖せしめらるる危険は「フォン・リスト」氏の所説の意味に於て限定責任能力の觀念を構成するに當つて特に大なるものありとすべく、従つて余輩は「フォン・リスト」氏の提案に係る法文を以て採用すへからざるものと思惟するなり。「カール」氏の提案に係る法文の場合にあつては懸念は少きものと認めれど、此の場合にあつても所期の目的を達成せんか爲に精神病者の新なる一範疇を設けることか畢竟必要なるものなりや否やは余輩の知らざる所なり。論者の希望する所に係る刑の減輕は刑の減輕規定を改正することに依つて之を達成することを得べく、また判事か刑法典第五十一條の規定を斟酌せざるものと認めらるる場合にあつても、尙ほ犯罪構成事實の審査を爲すに當つて從來よりも一層犯人の心的状態に於ける病的要素に注意を拂ひ、其の必要ある場合には醫學者たる鑑定人を立會はしむることに依つて亦恐らく之を達成することを得べきなり。今日にては之に相當する問題は概して多くは醫學者たる鑑定人に提出せらるることなきなり。果して然らば心理的原因に基きて刑の減輕を受けたる者か其の生涯を通して精神上の烙印を押捺せられて世路を彷徨するの必要なるべく、而してかくの如き結果は社會にとつて無害なる部分に屬する當人の生活については特に不當なる苛酷を意味することなくんはあらざるへし。」若し夫れ刑の執行と施設に於ける監置方法との個別的取扱に關するすへての處置に至つては「ライヒ」氏は之に對して同意を吝むものにあらざるも、「然も施設に於ける監置の決定を受けたる者に對して監置前に更に處罰を加ふるを以て不當なる處置たりとし、之を正當なる處置となすことなし」と云へり。

然も限定責任能力に關する成文の規定には反對なるも余輩の意見書に對しては特に友誼的なる論評を加ふる者は一九〇六年四月五日「ケルン」に開催したる監獄協會總會の席上に於ける「ハイデルベルヒ」の裁判醫「ロンガルド」氏の講演なり (Longard, Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform III, 1906, 87 ff.)。氏の所説を援用するは特に「ビルクマイヤア」氏に於て見る所なれども、其の然ることか果して理由あるものなりや否やに至つては余輩は之を否定せざるへからざるなり。即ち「ビ」氏か「ロンガルド」氏の議論の中正穩健なるについての賞讃に對しては余輩も亦無制限に賛成することを辞せざるものなれども、「ビ」氏か其の著書の註百二十九に於て爲したる一般的の報告中に「ロンガルド」氏か「限定責任能力者を以て責任能力あり、刑法上責任あるものなり」と述へたり」と云へるは此の經驗あ

り、思慮ある精神病學者の見解を轉載するに於て事實と相去ること極めて遠きものと謂はざるへからず。「ロンガルド」氏は實に衷心よりの歡喜を以て此の運動を歡迎するものにして、氏にして若し刑法典中に精神上の低能者の利益に於てする特殊の規定を設けることに依つて精神上の低能者の爲及び裁判の公正と云ふことの爲に一層大なる保護の目的を達成することを得へしと云ふ信念を有したりしことあり得へからんには、醫學者の側よりしてかくの如き特別規定を設けることに懸念を抱くの意を表明するを適當と思惟することなかりしならん。然も事實上、氏は反對の信念を有し居たりしものにして、即ち氏は外觀上當人の傾向の上に明確に表明せらるることなしとするも、斷然として精神上の低能者を二種に區別し、「第五十一條の意味に於ても亦之を責任能力あるものと爲すに何等の懸念なく、」其の然るか故に「受刑能力を有するものとして認むることを得べき」者は其の前者に屬するものにして、概して輕微なる程度の精神上の低能者は此の場合に問題となることを得るものとし、また其の常軌逸脱したる精神的狀態に顧みて保安處分を科することを必要と認めしむる者」は後者にして、「最小限度に於て責任能力の曖昧なる者は概して此の種に屬す」るなり。其の前なる種類に屬する者は「之を處罰することを得へく、」「理論上の考慮も實際に基く經驗もかくの如き個人の爲に刑法典中に限定責任能力の精神に於ての特別な規定を設けて、特に爾他の犯罪人に對して可能とする所よりもより以上に亘りて減輕を許すことを必要とするの論據と爲すに足らず。同様にしてまた余輩は此の程の個人に對して一層よく適當するものと認めらるる寛大な

る性質を有する特殊の別段なる處罰方法を要求し、特にかくの如き別段なる處遇を原則的に特殊の成文の罰則を以てして招來せんことを必要とするものなりや否やを看取することを得ざるものなり。」氏惟へらく精神上の低能者たる病的個人に對する斟酌については今日にあつても既に多くの寄與を爲すことを得へく、現行の刑の執行の範圍内に於て尙ほ多くの改善を加ふることを得へし。而して精神上の低能者に對する刑の執行の根本的改正は「當人か尙ほ受刑能力を有し、極めて當然に責任能力を有するものとして宣告することを得へく、また爾く宣告して可なる限りに於ては其の往々にして今日要求せらるる程度に於て必要なるものとは認むへからずして、其の之を必要とする場合には之を行政權に委任すべきなり。然れども精神上の低能者たることの曖昧なる第二種に屬する犯人は畢竟するに之を處罰すへからずして、「法律は之を釋放するとに反對す」るものとなせる見解は誤れり。「寧ろ反對に是か釋放を爲すに依つて初めて第五十一條の精神及び意義に最もよく添ふ所以なりとすへし。」「今日既に精神上の低能者にして其責任能力を直接否定せざるへからざる者の著しき多數は刑の言渡を受くるを見る。」成文法上に規定を設くることは「偶々以て今日往々にして此の種の個人につきて發生する所の事實上の不法行爲か法律上の刻印を押捺せらるるの結果を導くに過ぎざるへし。」「刑を科せられたる個人は假令其の科せられたる刑が寛大なる刑なりとするも尙ほ不法なる言渡を受けたるものに外ならず。」「責任か實際に曖昧なるときは釋放を爲すに代へて限定責任能力の事實上の迂回的方法を以てして刑の言渡を行ふ。」「かくの如き方法を以てすると

きは監獄は從來よりも尙ほ一層兇暴なる分子の注入を見るに至るべく、然も法律の立場より云ふも、はたまた秩序ある刑の執行の利益に於てもかくの如き分子を監獄より一掃することを以て努力の對象と爲さるへからざるものなり。「精神病者も亦刑の言渡を受くることあるの危険は之を存すれども、當人が精神病者たることの代償として減輕したる刑を科せらるるなり。」限定責任能力の限界を確認することは「全然無用なる企圖なり。」蓋しかくの如き状態は刑法上何等恒久的なる大小廣狹の程度を示すものにあらずるを以てなり。」此の種の刑法上の處遇に關する特別規定は偶々以て全然方式的なる處遇、判斷、判決を導くことあり得るに過ぎざるものなることは疑を容れずして、今日既に判事か醫師の鑑定を極めて輕視するの點に關して愁訴するものあるを見るに顧みるときは、現に人々の希求しつゝある規定か實際に成文法となりたるの曉には良心に従ふ鑑定人の立場は果して如何に困難となるに至るべきなるか」と。

惟ふに「ビルクマイヤア」氏が如何にして「ロンガルド」氏の議論を目して自己自身の見解を支援するものと爲すに至りたりしかは余輩の全然了解に苦む所なり。「ビ」氏の擧げたる唯一の「ロ」氏の文章は「ロ」氏の議論の第八十八頁に在るものなれども、其の以下に續く論述を参照するに於て初めて其の意義明白となるものなり。惟ふに「ロンガルド」氏が「ビ」氏の力を極めて排撃する精神病學者と其の説を異にするは、氏が精神上の低能者の敢て全部とは云はさるも、少くとも其の主なる部分、即ち保安處分を必要とする者に付き原則として無罪を要求するの點に於てのみ之を存するに過ぎず。然り而して余輩か「ロ」

氏の精神を正當に捕捉し居るものなることは氏か一九〇六年六月四日附を以て余輩に送られたる懇切詳細なる手紙を以て氏自身に確認したる所にして、氏は實に該手紙を以てして余輩か氏の所説を適當と認むる如何なる方法に於て援用するも可なりとの権限を附與せられたりしなり。氏は特に記して、「若し小生にして貴下の意見か實務上に於て眞實貴下の欲せらるる所の如き作用を及ぼすに至るべきを豫見することを得べくんば、小生は裁判醫の立場よりして貴下と全然其の旗幟を同しふするにつき些の懸念をも有せざるべく候」と云へり。氏惟へらく然も刑法典中に於ける特殊の規定の作用を豫見的に主張するか如きは何人も不可能とする所にあらずるか。今日既に精神病醫は癲狂院に於ける精神上の低能者の増加を訴ふれども、精神病者か刑の執行に抑留せらるるの點については不平の聲あるを聞かざるなり。「かくの如くにして今日事實上現存する事情の下に在りては其の現に希求せられつつある意味に於ての特殊の規定か法文として刑法典中に採用を見たる曉には、從來監獄の手に引渡さざらんか爲に多大の勞力を費したる高程度の精神上の低能者か癲狂院より監獄に反流するの現象立所に行はるるに至るべきことは全然疑を容れずして、然もかくの如き現象に一個の著しき退歩を意味するものに外ならざるべし。」然も最近に至つては「ミュンヘン」に於ける獨逸精神病學者協會定例大會に際し一大癲狂院の院長たる精神病學者は「刑法典中に限定責任能力の觀念を採用することに依つて癲狂院はかくの如き手數のかかる人物の世話を爲すの負擔を減輕せらるるに至るべし」と期待する旨を言明せるにあらずや。「即ち典獄の期望する所とは正反對

に監獄にとつての負擔の著しき増大の結果を來すへし。換言すれば吾人の意見の相違は畢竟するに純然たる實際上の性質を有する問題たりとす。」云。

以上述べたる所に依り「ロンガルド」氏の議論と余輩の所見との相違は爾く大なるものありとするも、此の相違は「ロンガルド」氏の所説と「ビルクマイヤア」氏の意見との間に存する相違に比較すれば遙に小なるものあり。かくの如くにして「ビ」氏と「ロ」氏との兩者は單に形式上成文の特殊の規定を嫌ふの點に於て一致するに過ぎずして、其の實質上の理由及び其の最後の目的に至つては兩者は完全に相反するものなり。従つて「ビ」氏か「ロ」氏を以て其の反對論の同志と看做すか如きは全然不可能事なりとす。

第四章 外國の立法例

第十二節 一、現行法の規定並に草案

一、「スウキス」

Stooss, Grundzüge des schweizerischen Strafrecht, Bd. 1, 1892, 193 f.; Ienz, Blatt für Gefängnisstud., Bd. 34, 1900, 379-385, 416-424; Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts I, 1904, 86 f.; Die vor-
öffentlichem Vorentwürfe.

(a) 州刑法

「アッペンワエル」州 一八五九年十月十六日及び一八七八年四月二十八日の刑法典、

第四十一條 責任の條件たる精神能力の健康状態が全然阻却せられたるにあらざるも病的に混濁し、且其の能力を減殺せられたるときは、刑の量定に當つて之を斟酌すべく、重要な減輕理由として之に注意を拂ふへし。

「ベルン」州 一八六六年一月三十日の刑法典。

第四十三條 意識を減却せる被告人の場合に當つては判事が輕き刑種を適用することを許す。

「サン・ガラン」州 一八八五年十一月二十五日及び一八八九年十一月二十一日並に一八九一年六月二十九日の刑法典。

第四十條 完全に特定の狀態を存するときはあらゆる責任を阻却すへき場合に於てかくの如き特定の狀態を完全には存することなきも、尙ほ著しき程度に於て之を存するときは刑種の減輕を許す。

「クラルス」州 一八九九年五月七日の刑法典。

第二十九條 「アッペンワエル」州刑法典に於けると同一の觀念は「刑の量定に當つて判事が刑の規定の短期若は寡額以下にも下すことを得るか又は他の刑種を移用するを得るの方法に於て之を斟酌すへし。」
「グラウビュンデン」州 一八六〇年十二月二十九日の刑法典。

第五十條 理性を働かす能力を制限する精神の錯亂は……例外として全然其の刑を免除すとして具體的の狀態を擧示す。

「ルツェルン」州 一八六〇年十二月二十九日の刑法律典。

第五十二條 「理性を働かす能力を全然阻却するにあらざるも著しき程度に亘つて本質的に之を阻碍、遞減し、此の原因に基きて法律中に規定したる完全なる刑を適用するの條件を消滅せしむるに至る」ときは法定の刑の四分の一まで刑を減輕することを許す。

「ノイエンプルグ」州 一八九一年二月十二日及び一八九八年四月二十六日の刑法律典。

第七十條 限定責任能力 *responsabilité intellectuelle seulement diminuée* ……は刑の量定に當つて之を斟酌すへし。懲役 *reclusion* に代へて禁錮 *Emprisonnement* を言渡することを許す。

「オーベルワルデン」州 一八六四年十月二十六日の刑法律典。

第三十四條第四號 理性を働かす能力の阻碍、遞減せる場合にあつては刑は四分の一まで減輕す。

「シャーフハウゼン」州 一八五八年十二月二十二日、一八五九年三月二十三日、一八九一年十一月九日の刑法律典。

第七十二條に對する改正法第五條の追加。「犯人か其の行爲の危険性と處罰價值との範圍を辨別せざりしとき、特に智能の薄弱若は棄育 *Verwahrlose Erziehung* の結果として然るときは」……其の刑を減輕す。

「シユフワイツ」州 一八八一年五月二十日及び一八九五年八月九日の刑法律典。

第三十三條 判事に向つて刑の量定を爲すに當つて「責任の程度の遞減」を斟酌せんことを命ず。

「ソロツルン」州 一八八五年八月二十九日の刑法律典。

第五十一條 「シャーフハウゼン」州刑法に於けると同じ。

「テツシン」州 一八七三年一月二十三日の刑法律典。

第四十七條 定義は「サン・ガラン」州刑法に於けると同じ。刑の減輕は一等乃至三等なり。

「ツールガウ」州 一八六八年二月十日の刑法律典。

第四十二條 定義は「サン・ガラン」州刑法に於けると同じ。簡單に法定の刑を減輕す。

「ワッス」州 一八五八年五月二十六日の刑法律典。

第八十六條 精神上の能力の變質 *altération des facultés intellectuelles* を來せる場合には刑の減輕と警察監視とを科すへし。

「ツীগ」州 一八七六年十月二十日及び一八八二年六月一日の刑法律典。

第二十六條 「シャーフハウゼン」刑法律典に於けると同じ。

(b) 「スウキス」刑法律典豫備草案。

(イ) 一八九六年の草案。

第十一條第二項 犯人の精神上の健康若は意識に故障を存するか又は犯人の精神上の發育に缺陷を存するときは、判事は其の自由なる裁量に従つて刑を減輕す。

第十二條 被告人の精神状態に疑問の餘地を存するときは、此の事實を認めたる官吏は鑑定人をして犯人を検診せしむへし。瘖啞者及び癲癩病者についても亦同し。

第十三條 公安の必要上責任無能力者若は限定責任能力者を病院若は養育院に監置するを要するときは、裁判所に於て此の監置を命令す。裁判所は監置の原因が消滅したるときも亦裁判所に於て是か放免を命令す。

責任無能力者又は限定責任能力者の幸福上病院若は養育院に於ける其の治療若は保護を必要とするときは、裁判所はかくの如き施設に收容せしむる爲め患者を行政官廳に引渡す。

限定責任能力者か自由刑の言渡を受け、其の刑期か病院又は養育院より放免せらるる當日までには尙ほ未だ滿了するに至らざるときは、本人は尙本刑の殘餘を服役するを要す。

(ロ) 一九〇三年六月の草案。

第十六條 行爲の當時理性に従つて行動を爲すこと能はざる者、特に行爲の當時著しき程度に亘つてその精神上の健康若は其の意識を阻碍せられありたる者は之を罰せず。

理性に従つて行爲を爲す犯人の能力か行爲の當時遞減しありたるるとき、特に犯人の精神上の健康若は意識に著しき故障ありたるときは、判事はその自由なる裁量に従つて其の刑を減輕す(第五十條)。

第十七條 公安の必要上責任無能力者又は限定責任能力者を病院又は養育院に監置するを要するときは、裁判所は此の監置を命令す。監置の原因が消滅したるとき亦裁判所に於て是等の施設よりの放免を命令す。

責任無能力者又は限定責任能力者の状態上病院若は養育院に於ける其の治療又は保護を必要とするときは、裁判所はかくの如き施設へ收容せしむる爲め患者を行政官廳に引渡す。

第五十條 法律か明示的に判事に與ふるに其の自由なる判斷に従つて刑を減輕するの權限を以てしたるときは、判事は當該の犯罪につき威嚇したる刑種と刑量とに羈束せらるることなし。

二、「イタリー」一八八九年六月三十日の刑法典。

第四十七條 前條に記載したる精神状態か責任能力を全然阻却するに至らざるも、著しく之を制限するものなるときは、其所犯の犯罪行爲につき確定したる刑は以下の規定に従つて之を減輕す。(1) 禁獄 Kerker に代ふるに六年以上の拘禁 Einschlussung を以てす。(2) 永久的なる公職就任の禁止に代ふるに有期的禁止を以てす。(3) 十二年以上の有期刑に關する場合にあつては三年乃至十年の期間につき此の刑を適用す。此の有期刑か六年以上なるも十二年未滿なるときは、一年乃至五年の期間につき、爾他の場合

にあつては其の適用すべき刑の半よりも短き期間につき此の刑を適用す。(4) 罰金は其の半額に下す。刑が自由刑なるときは判事は所管官廳と處分の取消を爲さざる間は監督施設内に於て服役せんことを命ずることを得。處分の取消ありたるときは刑期の殘餘は通常の方法に於て之を執行す。

三、「デンマーク」一八六六年二月十日の刑法典。

第三十五條 心神耗弱者又は全然意識を喪失するにあらざるも、意志の自由に影響を及ぼすべき特殊の状態に基きて行爲の當時精神上健全なる成年者につきて豫定し得るか如き完全なる責任能力を有せざりしものと推定することを得へき爾他の者に對しては、法律の威嚇したる所よりも輕き刑を適用すへし。

四、「ノールウェー」

(a) 一八五六年の草案。

第三十九條 裁判所は釋放せられたるか又は第四十五條若しくは第五十六條に依り減輕したる刑の言渡を受けたる被告人が責任無能力若しくは限定責任能力の故を以て法律的安寧を危殆ならしむるものと認めたるときは、之を癲狂院、病院若しくは酒精中毒者の爲の授産所に拘置し、又は當人に向つて一定の住所を指定すへきこと、若しくは禁止すべきことを定むるを得。其の爲したる處分は醫師の鑑定を徴したるの結果もはや之を必要とせざるに至りたるときは官憲に於て再ひ之を取消すを要す。

陪審裁判事件に於ては裁判所は論據を得んか爲に陪審員に向つて被告人を責任無能力者なりと認むるの

故を以て何人の陪審員が被告人の釋放に投票したりしやの問書を提出することを得。

第五十六條は「犯人が行爲の所犯の當時第四十四條及び第四十七條に記載したる種類の状態（發育不全及び精神上の能力の薄弱、特殊の精神状態に基きて自ら自己の精神を支配する能はざること等）にあるも、責任を阻却するまでの高程度に至らざる場合」に裁判所に附與するに「刑を其の威嚇したる刑の短期若しくは寡額以下に下すを得ること、及び更に輕き刑種を移用するを得ること」の權力を以てす。

(b) 一九〇二年五月二十二日の普通刑法典。

第三十九條 裁判所は釋放せられたるか又は第四十五條若しくは第五十六條に依り減輕したる刑の言渡を受けたる被告人が責任無能力若しくは限定責任能力に基きて法律的安寧に危険なるものと認めたるときは、官憲の定むる細則に従つて當人に一定の居所を指定若しくは禁止し、又は國王若しくは其の委任を受けたる者の制定したる一般的の規程に依れば癲狂院、病院若しくは養育院又は授産所へ引渡すの理由を存する限りは、是等の施設に引渡す旨の決定を爲すことを得。其の爲したる處分は醫師の鑑定する所に依り其の一度爲したる處分をもはや必要とすることなきに至りたるものと認むべきときは、所管本省に於て再ひ之を取消すへし。

陪審裁判事件に於ては裁判所は前項の決定を爲すに先立ち陪審員に向つて被告人は責任無能力若しくは限定責任能力の故を以て法律的安寧の爲に危険なるものなりや否やの問書を提出するを要す。裁判所は被告人に有利なる答申の外前段の答申に羈束せらるることなし。

第五十六條は一八九六年の草案に於けると同じ。

五、「スウェーデン」一八六四年二月十六日の刑法典。

第六條 犯罪行為を犯したるも肉體上若は精神上の疾病、老齡若は其他本人の責任に歸着せしむへからざる障礙に因つて理性の完全なる作用を缺き、其の然るに拘らす第五條に依り無罪と看做すべき者にあらざる者は、其の刑を減輕す。

六、「フィンランド」一八八九年の十二月十九日の刑法典。

第三章第四條 犯罪を犯したるも其の所犯に際し智能の完全なる作用を缺き、其の然るに拘らす第三條に依り責任無能力者として看做すことを得ざる者は、第二條の標準の定むる所に従つて一般的の刑種の範圍内に於て刑を言渡すへし。此の場合に於ては泥酔其他犯人自身の責任に歸着せしむべき精神上の障礙はかくの如き刑の減輕の理由として認むることを得ず。

七、「ギリシヤ」一八三三年十二月十八日の刑法典。

第八十七條 諸般の事情に基きて前條に記載したる状態に因り理性の作用を全然阻却せられたるにあらざるも、著しき程度に互つて是か阻碍若は制限を見、此の原因に基きて法律中に規定したる完全なる刑を適用するの條件の消滅を來したるときは、法定の刑よりも輕き刑を言渡すへく、特に責任能力の障礙の立證の程度に應じて第四十九條及び第五十條（未遂）の規定に従つて是か處罰を爲すを要す。

八、「ロシア」

(a) 一八六六年五月五日の刑法典第三百三十四條は減輕的情狀の下に「智能の薄弱、魯鈍、極度の無智にして他人をして犯人を此の犯罪に誘致する爲に利用するを得しむるもの」を掲げたり。

(b) 一九〇三年三月二十二日及び四月四日の刑法典（「エヘルラン」氏佛譯、「ガルソン」氏の序文を附して一九〇六年巴里に於て出版）。

第三十九條 疾病若は肉體上の缺陷に基く精神上の能力の不充分なるに因つて行爲當時自己の爲したる事項の性質及び意義を理解し又は自己の行爲を支配すること能はざる者の犯したる犯罪は當人の責に歸せず (N'est pas imputable l'infraction commise par un individu qui,……soit par insuffisance de ses facultés intellectuelles, provenant d'une maladie ou d'une tare physique, ne pouvait, au temps de l'action, comprendre la nature et le sens de ce qu'il faisait, ou diriger ses actions)。

判事が監督を附することなくしてかくの如き個人を放置するを危険なりと認めたる場合に於ては、之を父母若は委嘱を引受くることを希望せる者の責任ある監督の下に置くか、又は療養院に收容することを得。然れども謀殺、重き傷害、強姦、放火罪若は放火罪未遂の場合にあつては當該個人は強制的に療養院内に拘置す (Dans le cas où le tribunal aura reconnu qu'il serait dangereux de laisser sans surveillance tel individu, il pourra le placer sous la surveillance responsable de ses parents ou de personnes qui désireraient en

assumer la charge, ou l'interner dans une maison de santé. Mais en cas d'assassinat, de mutilations corporelles graves, de viol, d'incendie ou simplement de tentative, l'individu est obligatoirement interné dans une maison de santé.)

九、「ヨーロッパ」以外の諸國にあつては、この日本のみを擧ぐることを得るに止まる。「ゴフチャルク」氏の資料第百十七號に列擧せる「メキシコ」國并に「ニューヨーク」州刑法典の規定は何等限定責任能力に關する特別規定にあらすして、精神病、精神錯乱、偏狂其他に關する明白なる状態に關するものにして、「ニューヨーク」州刑法典第二十三條は單に犯罪それ自體に對する病的傾向は刑事訴追の適法なる障礙を爲すものにあらざるの原則を定むるに過ぎざるなり。

日本にあつては一八九九年の草案第四十九條第二項は心神耗弱者 *Geisteschwache* の行爲については其の刑を減輕すと云ふ規定を掲げたり。

現行法は東京帝國大學法科大學教授「レーンホルム」氏の英譯に依れば其の第三十九條に左の如き規定を掲ぐ *"An act done by a person non compos mentis is not punishable. In the case of a weakminded person the penalty shall be reduced"* (辨別力を有せざる者の行爲は之を罰せず。心神耗弱者の場合にあつては其の刑を減輕す)。

第十三節 二、實際上及び學問上の思潮

(一)「イタリー」

獨乙の邦法及び「スウキス」法の法律的定義中に顯著なるものある形式的若は實質的觀念の相違は「イタリー」の草案中にも之を存するを見る。「ツァナルデリ」氏の考案は後者の方式に従ふものにして、氏の著「精神上の缺陷又は精神上の變質狀態論」 *"stato di devianza o di morbosa alterazione di mente"* は限定責任能力の根據たる精神上の發育の缺陷若は發育の遲滯の状態は、そか一時的の種類に過ぎざる場合にあつてもすへて之を併せ包括せしめんとしたり。「ザヴェリ」氏は「全然責任能力を阻却する状態のいか著しく輕微なる程度に於て存在す」る場合には刑の一等乃至三等を減輕し、裁判官の命令に従つて監護院 *casa di custodia* に於て服役を爲さしむ。現行法の規定は此の後なる法文に倚據するものにして、「イタリー」の刑事裁判に於ける第四十七條の適用は定義規定の爲に貴重なる一般的の要素を供給するものなれども、爾他の點に於ては此の適用は獨乙刑法の改正に當つて現に特に關係を有する問題につき何等の利益をも提供することなき方向に向つて動けり。此の事實は同規定の第一項に於ける刑率の微に入り細を穿てる等級よりして自ら明白なる所にして、多くの判決は刑の量定の際に於ける減輕原因相互間の關係若は刑の減輕を行ふに當つて標準となる順序にのみ關せり。年齢と限定責任能力との關係、限定責任能力と正

當防衛の程度の超越若は挑發并に之に類する其の他の減輕原因の競合する場合に於ける刑の量定、主刑と附加刑との分配に對する限定責任能力の影、行政的監護 *administrative custodia* と「サルヂニヤ」刑法典に依る監護の刑との關係等の如し。また多くの判決は精神上の缺陷 *vizio di menti* 精神の正常ならざる状態 *stato parziale di mente* 半責任無能力 *semi-irresponsabilità* 精神の薄弱 *infermità di mente parziale* の陪審裁判事件に於ける特殊なる適用についても關係するものあり。而して第四十七條の刑の代用處分は陪審員の解決に従つて言渡すべき判事の刑の基礎の上に之を行ふべく、法定の刑の威嚇の基礎の上に之を行ふへからず。嬰兒殺の犯罪構成事實の場合にあつては限定責任能力の状態は既に斟酌せらるゝものにして、其の然るか故に限定責任能力に關しては陪審員に向つて何等特殊の問題を提出するを要することなし。然り而して最高裁判所の實務は減輕原因の基礎となる缺陷は精密に立證せられざるへからず、特に例へは癲癇の如き若干の疾病の場合にあつても之を完全なる責任無能力として認むべきか、はたまた單に限定責任能力に過ぎざるものと看做すべきかの點に關して判斷を爲さるへからずと云ふ見地を以て其の見解の基礎と爲す。之に反し具體の場合に於て第四十七條を適用せざるの原因は判事に於て之を開示するを必要とすることなし。然り而して觀念の限定については余輩が數年前余輩の意見書中に於て開示したる要求この思想上の觸接を「イタリー」の實際につきて確認するは余輩の至極満足とする所なり (*Bericht darüber in Riv. pen. I. X. 262*)。精神作用の病的障礙は之を存することを必要とするものにし

て、激情の影響を受けたるに基く一時的なる精神的興奮は限定責任能力の推定及び第四十七條の適用の理由たる能はざるは猶ほ「精神上の變質」 *alterazione dello spirito* にかすへて然らざるか如し。尙ほまた程度の顯著なることも、重要視すべき所たると共に、或は程度の反抗力は何人に依らず之を必要なりとし、是か欠缺は限定責任能力の口實たり得ざるなり。病理學上の衝動と感情の刺戟との間には境界を畫せざるへからずして（余輩の意見書第二百十一頁以下）、例へは自己の許婚の婦女か他人と婚約を爲したるを發見したりと云ふか如きは、減輕的情狀の恩恵には浴し得へけんも、限定責任能力の推定の理由たり得るものにはあらず。而して觀念の問題については以下に列擧したる判例の中にて特に *Riv. pen. Vol. compl. X u. XI* に記載したるものを以て注目に値ひするものとすへし。其の外 *Bd. XIII der Scuola Positiva* の記載せる所あり。同書第十四集に亦掲ぐる「フランチ」氏の精神病者に關する新規の立法は刑法典第四十六條の規定の適用を受くる者との關係を明白ならしむるものなれども、第四十七條の規定の適用を受くる者との關係を明白ならしむるものにあらず。特に「ロムブローゾ」氏の雜誌中に於て種々なる考案の批評に従事する學説は既に陳腐に墮せるも、比較的近時の諸書も特に「イタリー」法の構成に深く立入ることを爲さずして多くは一般的なる心理學的、人類學的議論を掲ぐるに止まる（「ベッシナ」「メカッチ」「コグリオロ」の諸氏。）反對論者は往々にして「フェーリ」氏の議論を以て其の基礎と爲せども、氏は責任能力の測定と其の量の上の決定とを以て算術的には極めて便利なれども、然も心理的には極

めて不合理にして且社會的には危険なるものと認めたり。然り而して純理及び裁判上の實務に關する傾向を知らしむる上には「カモツメ」及び「ルマチ」兩氏の大註釋書を以て最も有益なりとす。

資料の査問と分類とについては余輩は「デラキメ」及び「フリードマン」兩氏の友誼に充ちたる援助を受けたれどもかくの如くして査閱分類したる資料の選擇は次の如く之を類集したり。1. Projekte.

Zu Zanardelli; Riv. pen. XXVII 49-127; Vol. compl. II, Relaz. d. com., 83 ff.; Zu Savelli: Vol. compl. IV, Relaz. d. com., 64 ff., 164. 2. Praxis. Entsch. d. Kuesationshofes aus Riv. pen. Jg. 1889-1906: XXXI 221 Nr. 113; XXXII 218 Nr. 1197; XXXIII 527 Nr. 738; XXXV 114, 559; XXXVIII 402; XXXIX 402 Nr. 508; XL 203; XLI 501 Nr. 1402/03; XLII 322, Nr. 2230; XLIII 424 Nr. 1071; XLIV 405 Nr. 2439, 508 Nr. 2618, 530 Nr. 2815; XLVI 178 Nr. 1583; XLVII 490; XLVIII 176; XLIX 399; L 497 Nr. 2518; LII 183, 667 Ind.; LV 708; LVI 199; LIX 402. Vol. Compl. X 113; XI 126 f., 230; XIV 187. 3. Literatur. Lombroso, Arch. d. psych., IX 264, XVII 47; La Scuola Positiva, IX 415, XII 129, XIII 76, XIV 192-233, 364-369; Lauza, Trattato teorico pratico di diritto penale, p. 1, 1895, 175 ff.; Ges. Civili, Lezioni di diritto penale, 1895, 114 ff.; Carnous e Luschi, Codice nuovo penale etc., 1895, 72 ff., mit näherer Berücksichtigung der Judikatur; Ferri, Das Verbrechen als soziale Erscheinung. Grundzüge der Kriminal-Soziologie.

Deutsch v. Kurella, 1896.

(二)「フランス」

「フランス」の精神病學に於ては限定責任能力の問題は久しき以前より既に重要な意義を有したり。こゝには再録することを爲さず、れども下記の學者の所説は、吾人をして特殊の法律的規律を必要とする中間的等級の精神状態に屬する者を認めんとするに反對の意見を懷抱する有力なる思潮の存せることを認めしむ。然れども反對の意見を有して法律哲學方面の支援を受ける者も亦是れ無きにあらず。抑も「フランス」の法律學者は著しき威信を有する監獄協會 Société générale des prisons か一九〇四年冬「限定責任能力者たる犯罪人に適用すべき處遇 Le traitement à appliquer aux délinquants à responsabilité limitée」なる論題を以て其の議事日程たらしむるに及んで初めて廣汎なる範圍に互つて此の問題につき興味を感じるに至りたるものなるか、獨乙に於ける刑法改正の運動及び特に「フランス」の刑法學者か國際刑事學會を通じて獨乙に於ける右の運動と關係を有するに至りたるの事實か其の最近の刺戟を與へたるものなることは疑を容れず。而して一九〇四年十二月二十一日、一九〇五年一月二十五日、二月十五日及び三月二十五日の四回の月次例會には其の論題細字を以てして百五十行に互るの有様なりしか、這次の四例會に於て當該の題目に關して議論を交換し、而して此の議論には「フランス」一流の法律家は其の學者たると實際家たるに論なく參加し、其の外監獄官吏、醫學者等も亦馳せ加はりて單に「フランス」のみならず、「オ

ランダ」「ベルギー」「スウェーデン」及び獨乙の諸國の極めて種々雑多なる學問上の思潮一堂の中に代表せられ従つて、這次の對論は非常に大なる興味を一般學界に喚起せり。然り而して這次の對論が異常なる興味を喚起せりと云ふは其の對論の結果たる決議の點にあらずして、寧ろ此の問題が眞實に國際的色彩を有し、然も其の有力なるや久しきに亙つて甲の文明國に於ては既に其の解決を了したるも、乙の文明國にあつては尙ほ未解決の状態に在りと云ふか如きことを許さざる事實の標準若は證據たるの點にあり。右に述べたる所の如き決議は實際にまた其の行はるゝを見ざりしなり。然り而して對論の最初の基礎を成せるは控訴院辯護士「ルルヂエ」氏の報告及び論項にして、該報告委員は徹頭徹尾獨乙に於ける刑法改正運動の精神并に「イタリー」刑法の思想に親炙し、明示的之に論及する所ありたるか、其の五項に亙る論項は如上の同化的精神の表明として充分注意に値ひする所なりと云はざるへからず。今こゝに原文の儘之を轉載すれば左の如し。

„1. Les délinquants à responsabilité limitée constituent une variété de criminels nécessitant un traitement special ; II. Il y a lieu d'instituer pour eux une peine amoindrie en dehors de l'art. 463 (circonstances atténuantes), qui peut être insuffisant pour obtenir la modération nécessaire ; III. Il peut y avoir des cas où la peine sera exécutée dans des établissements spéciaux, dans le genre de la casa di custodia ; IV. A l'expiration de la peine, il y a lieu de prendre des mesures de sauvegarde sociale contre des rechutes, toujours possibles, souvent probables ; V. C'est au tribunal de jugement, juge correctionnel ou jury, à affirmer l'état de responsabilité limitée.” (一、限定責任能力者たる犯罪人は特殊の處遇を必要とする一種特別なる犯罪人を成すものなり。二、かくの如き犯罪人の爲には第四百六十三條(情狀減輕)の規定の外に刑を減輕することを必要とす。蓋し第四百六十三條の規定は所要の減輕を爲す爲には恐らく不充分たるべきを以てなり。三、例へは監護院の如き種類の特殊の施設内に於て刑を執行すべき場合を存することあり得へし。四、刑期の満了するに際しては常に其の危険あり、往々にして其の實際に然ると見る再犯の虞に對して社會的保安の處分を爲すことを必要とす。五、限定責任能力の状態を認定するは判決裁判所、輕罪裁判所判事若は陪審員の任務とす)。

以上の論項は其の最初の印象に於て一見大會をして昏迷せしむるの作用を及ぼしたり。蓋し人々は此の全然豫期せざる新なる問題の提出を受けたりしを以てなり。従つて形而上學的、論理學論理學的、精神病學的、法律學的思想の會流交闘するに當つて對論の爲に一定の地歩を確保することは會長の盡力に待つ所大なるものありたりしも、然も其の第二回の會合より以後は既に其の目的闡明し、一定の嚮導的見地が豁然として其の頭角を現はすを見るに至り、而して第三次の會合は問題の獨乙式解決方法と「フランス」式見解との對立せるの事實を確認するを以て始まり、而して此の對立は爾後殆ど討論の全般を通して之を支配し、後々までも獨乙主義と「フランス」主義として互に相對立したり。其の獨乙主義の特徴とする所は

刑と社會的保護とを一に結合せしむるの點に在り。今「フランス」法學者の見る所に從へば獨乙主義は互に全然相交渉する所なくして實質上には却つて相矛盾せるこの事項を相結合せしむるに外ならずして、同一人を責任能力を具備する部分と責任能力を具備せざる部分とに分割し、前者には刑を科し、後者には保安處分を加へんとするものなり。かくの如き方針か非論理的なることは素より言を俟たず。同一の人間をこの疾病に基きて處遇し、之に對して同時に其の双方の病症に適應したる藥劑を與ふべきにあらず。かくの如きは決して推稱すべき問題の解決方法にあらず。少くとも「フランス」の如き社會にとつて *“ tout au moins à un public français ”* 然りとする所なり。かくの如くして辯士の多數は此の主義に對して反對の態度を執りたるか、爾他の辯士は短期の自由刑に對して特に懸念の意を表明し、而して醫師及び法律家はそれ／＼其の實際上に遭遇したる實例を引いて自家の立場を堅固ならしむるに努めたり。かくの如くにして幾多の辯才と辯力とを傾注したりしとは云へ、公平にして偏倚する所なき讀者は妥協の地を見出さんか爲には根本觀念と方式との統一につき缺くる所極めて大なるものあるの印象を保有することなくして止む能はず。其の然るに拘らず究極する所如上の思想上の混沌状態よりして、尙ほ一個の最も重要にして實際的なる議論の核子を捕捉することを得べくんばあらず。即ち保安處分の問題是なり。此の保安處分なる目的に於ては多くの學者の意見の一致を見るものにして、最終の會合に於ては之に關する論議は最も頻繁に反覆せられ、「ベルギー」學者「ブリンス」、「オランダ」學者「ファン・ハイメル」氏の後を受けて我

か「フォン・リスト」氏は獨乙主義辯護の爲に熱辯を揮ひ、保安處分の問題を以て最も喫緊なる實際上の問題として之を考察の主眼とし、次いで是と相關聯して保安處分を行ふについての管轄の問題に論及し、此の點に於ても兎に角「裁判官」 *“ un jugement ”* か其の任に當るを可とすべく、「行政官廳」 *“ l'autorité administrative ”* の管掌に屬せしむるは不可なりとしたり（こゝに「リスト」氏か稱して裁判官と云ふは刑事裁判官の意にあらずして、寧ろ一種の禁治産判事 *“ Entmündigungsrichter ”* を指稱するものと解すべきなり）。此の討論と相關聯して獨乙主義か保安施設を刑務所に編合せんとするの方針なる旨の報告あり、また「フランス」側は特に公共上危険なる犯罪人の監督に關する一八三八年の立法の改正を要望せり。かくの如くにして「パリ」の大會は際涯なき一般的問題よりして最後に實際上の具體的問題に終れり。然り而して此の問題の立法的規律についての利害關係は「フランス」に於ても未だ決して消滅したるものにあらず。會長自身も亦其の閉會の辭中に於て本會に於て討論したる問題及び是か整理は本會にとつて「決して完結したるものにあらずして、寧ろ懸案に屬するものなり」 *“ non pas closes, mais suspendues ”* と云へり。而して一九〇五年九月「ハムブルグ」に於ける國際刑事學會の第十回國際大會に於て這次の「パリ」の大會の餘響を識認するは努力の甲斐ある事項たり、また事の宜きに叶ひたる事項と爲すべきものなり。

générale des prisons, 29. Jg. 1905. 「限定責任能力者たる犯罪人に適用すべき處遇」 // *Le traitement à pliquer aux délinquants à responsabilité limitée* // *S. du 21. Dez. 1904*, p. 43-68 ; 25. Jan. 1905, 186-221 ; 15. Febr. 1905, 313-353 ; 25. März 1905, 473-518. 本文中に引用したる「フランス」の學者の協會の討論以前の時期に於ける意見の表明は「ゴツチャルク」氏資料集 (Gottfalk, Materialien) 中にあり。「ブラン」。「ルグラン」。「ハモン」。「ダルマーニユ」。「ブロアル」。「ガロファロ」。「サレイユ」。「ヤックス・シモン」。「タルト」。「デュビソン」。「ホスピタル」。「ペラル」等。余輩は最近の著書として尙ほ「ギー・ブラッセ」氏の半狂人及び半責任能力者論 (J. Grasset, *Demifous et Demireposables*, 1907) を追加せん。最後に尙ほ「パリ」法學論叢「バウル・ルフォール」氏の「刑法上の一部責任能力論」 (Paul Lefort, *De la responsabilité partielle en droit penal*, 1901) あり。此の書の記述方法は極めて慎重にして、「フランス」に於ける立法を以て「不充分の境地を超越せり」 *plus qu'insuffisante* として表示し、半責任能力者か「其の刑を完了して、其の正義に對して負へる負担を償却したる後」 *ont accompli leur peine et payé leur dette à la justice* 之を特殊の施設内に監置することを必要とせり。即ち全然獨乙主義の見地に外ならず。

(三) 「スウキス」

「スウキス」に於ては限定責任能力の問題に關しても亦「ストース」氏の天晴なる勞作は聯邦刑法の制定の爲の努力に際して専門上の論戰の主なる刺戟を與へたり。一八九三年、一八九四年、一八九六年の諸草案の沿革及び意義は「グレーテナア」氏か問題の當時一般的状态と相關聯して叙述したる所の如し。「フォン・リリエントール」氏の周到詳細なる論述も亦一八九三年の草案に關せり (v. Lilienthal, *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft* XV, 1895, 260 ff.)。氏は限定責任能力に關する規定を否定し、「精神病者は之を處罰することを得ず。而して限定責任能力者も亦精神病者たるものなり」と云ひ、舊時の諸草案についての議論は當時賛成論者の間に専ら主眼としたる所か觀念の構成を聰明ならしむる要素の點に在りたるものなるに於て今日尙ほ極めて現實的な利害關係を有す。従つて「レンツ」氏も亦此の如き見地の下に一八九六年の草案第十一條第二項の規定を非難し、こゝに採用したる醫學上の觀念は責任能力の心理的標準の存否に關して何等決定する所ある能はず。然もかくの如き心理的標準も亦法律中に表明せられざるべからずとし、「判斷力者は意思の能力に單なる障礙を存する場合にあつても」と云ふ字句を提案せり。最近の草案たる一九〇三年の草案に對する論戰は専ら他の方面たる保安處分の點に移れり。此の點に關しては特に「ハフテル」氏と「ストース」氏との間には下に記載する刑事心理學及び刑法改正雜誌中に於てすら極めて教訓に富める論戰行はれ、「ハフテル」氏は草案の規定及び施行法第四十九條に關する其の議論中に於て其の外帝國內に平行して走れる思潮を連絡する橋梁を架せんことを提案し、如上の草案の規定を「フォン・リスト」氏の草案の規定と相比較考量し、往々にして後者の肩を持つる意を表明せり。今

既に掲げたる諸節の法律統計について之を見るときは、一九〇三年の草案第十七條か保安的監置 *Sicherheitsverwahrung* を規律せしことを欲したりしことは明白なり。氏は監置の必要の原因に應じて之を二種に區別することより出發し、監置の必要は公安上の理由を以てして之を必要なりとすることを得べく、其の必要なる場合には裁判所は限定責任能力者を病院若は療養院内に監置せんことを命ず。然れども監置の必要は限定責任能力者の状態の如何に依つても之を要求することを得へし。此の場合にあつては裁判所は當人を病院若は療養院に收容せんか爲に之を行政官廳に附託す。如上の區別は一八九三年既に「スウキス」の精神病醫師會か「スバイエル」氏の報告に基きて提出したる提案を其の基礎と爲すものなれども、然も「ハフテル」氏は之に對して刑事裁判官のみをして専ら公共上危険なる限定責任能力者の範疇に屬する者を取扱はしめんとし、従つてまた「フォン・リスト」氏の所説の意味に於て第十七條の規定を「刑事裁判官か公共上危険なる限定責任能力者に刑の言渡を爲したるときは、當該限定責任能力者の禁治産を誘致すべく、而して後見官廳 *Vormundschaftsbehörde* は此の場合には更めて狀況を審査したる後其の必要ある場合には施設内への監置を命ず」と云ふ法文に改正せんことを主張せり。「ストース」氏は此の反對論に對して「スウキス」の草案を辯護せんことを試みたるか、余輩の見る所に依れば「ス」氏の辯護は相當充分なる理由を有するもの如きなり。即ち氏は命令の方法に於てするにせよ、はたまた附託の方法に於てするにせよ、兎に角すへての場合を通して此の事項を刑事裁判所の管掌に屬せしむるの方針を

固執し、刑法か公共上危険なる限定責任能力者の處遇若は保護に觸るる所なきことを以て刑事政策上誤れるものなりと認めたり。蓋し病的なる精神上の状態は往々にして受刑者の行爲を誘發し、當人を動かして犯罪に至らしめ、若はまた其の犯罪に對する抵抗力を減殺せしむることとなるを以てなり。されはかくの如き病的状態を除去するにつき刑法上の利害關係を存する次第なり。今刑事裁判所か附託の方法に於て干渉を爲さるときは、行政官廳も亦之に對して手を下すことなかるへし。受刑者たる限定責任能力者の爲の特殊なる施設は「スウキス」にあつては是か規定を見ることなきも、刑の個別的處遇に關しては施行法第四十九條か聯邦參議院に附與するに廣汎なる範圍に亘る農業の經營を伴ふ刑務所を有する若干の州は、一定の條件の下に一般的の規定に異なる刑の執行を爲すことを許すの權限を以てするの程度に於て之を眼中に置きたり。「ハフテル」氏は嚴格なる手作業を以てして其の療養力の促進を來すへき農業的施設を提案し、此の點について「ベルン」の官有地と「ウヰツツウキル」の刑罰植民地 *Strafkolonie* の模範を指示したるか、氏は「スウキス」の草案か如何なる方法に於て有期刑と施設に於ける療養とを相前後して脈絡貫通せしむべきやの問題を規律せざりし事實を以て一個の瑕疵たるものとして表示せり。然も「ストース」氏は之に答へて此の事は草案の論理上暗黙の間によく行はるべき所なり。草案の規定の精神は今日既に施設に於ける治療的行爲か刑の執行に優先すべきものたるに確定し、刑の執行か治療的行爲に優先すべきものにあらざるに確定せりと云へり。而して「スウキス」の草案か例へは「トルブ」氏に依つても亦

事實上爾く解釋せられたるの點については「デーンマーク」の項を参照すべきなり。特に一讀の價值あるは草案に於ける「保安處分」に關する「ストロース」氏の議論を論評せる「ウエスト」氏の議論なり。限定責任能力者に關する州刑法上の實務については人の知る所少し。「マイヤー・フォン・シャウエンゼエ」氏は「ルツェルン」州刑法典第五十二條の比較的近時に發生せる實例を報告し、是と相關聯して其の曩に述べたる一般的見解の基礎に基きて反覆繰返して、爾く致命的なる刑の減輕の舊來の制度を捨てて施設に暨置するの方法を立法上に實現せんことを推稱したり。

立法資料及び參考書 Stooß, Grundzüge des schweizerischen Strafrechts. Im Auftrag des Bundesrats vergleichend dargestellt, 1892, 193 ff.; derselbe, Motive zu dem Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, 1893. Verhandlungen der Expertenkommission, I. Bd. Allgemeiner Teil, 1893, 65-81, 285-288; II. Bd. 2. Les., 1895, 375-377. Stooß, Bericht über den Vorentwurf nach den Beschlüssen der Expertenkommission, 1899. Reiches Material in der Zeitschrift für schweizerischen Strafrecht. 余輩は特に左の諸書を擧ぐむべきなり。Wille, Zur Frage der geminderte Zurechnungsfähigkeit III, 1890, 1 ff.; in VII, 1894, Referat von Speyr: „Wie ist die Zurechnungsfähigkeit in einem schweizerischen Strafgesetzbuch zu bestimmen?“ nebst Verhandlungen und Beschluss des Vereins schweizerischer Irrenärzte vom Mai 1903; Stooß, XVIII, 1905, 167 ff., „Sichernde Massnahmen“ (Ref.

u. Wüst). Monatschrift für Kriminalpsychologie und Rechtsreform 中 46 6 25 Haffer, Bd. 1, 1904 /1905, 77-92, Die Behandlung der verminderten Zurechnungsfähigen im Vorentwurf zum schweizerischen Strafgesetzbuch; Stooß, das. 238 ff. Erwiderung darauf; Meyer v. Schanensee, das., 261 ff., Zur Anwendung des § 52 des Kriminalstrafgesetzbuches (Luzern) usw. 爾他の參考書として Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage, mit besonderen Rücksicht auf den Schweizer und russischer Strafgesetzentwürfe 1897, 45 ff.; Schaffroth, Geschichte des bernischen Gefängniswesens, 1898, 335 ff.; Kellerhals, Die Domäne und Stafkolonie Witzwil, 1904. Le z in Blätter für Gefängniskunde, Bd. 34, 1900, 382 ff., 416 ff., 433; Wüst, Die sichernden Massnahmen im Entwurfe zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, Diss., 1904.

(四) 「オーストロー」

「オーストロー」の刑法が刑の量定及び刑の減輕の一般的制度より分岐せる限定責任能力の獨立なる斟酌を認めざるものなることは衆知の如し。一八五二年五月二十七日の現行刑法典は第一部第四十六條に於て、(a) 智能の薄弱、(b) 激烈なる精神上の感動を犯人の一身に關係を有する減輕原因に數へたり。稱して減輕と云ふは第五十三條に依れば單に「法律の許す範圍内に於ける刑期の短縮」のみを指すに止まるものにして、其の程度に於ては限定責任能力は第四十六條(a)及び(b)の狹隘に限定したる意味に於て單

に量定原因たるに止まり、而して限定責任能力は精々の所減輕原因の列擧を單に例示的事項に過ぎざるものと認むることに依つて幾分廣汎なる適用範圍を見出すことを得るに止まるなり。獨逸法が稱して減輕 *Milderung* と名くる所は「オーストリー」刑法は之を「特別減輕權」 *ausserordentliches Milderungsrecht* と稱し、第五十四條に依れば多數の減輕情狀の競合したる場合に之を適用することを得るものとす。而して輕罪についての之に相當する減輕の規定は第二部第二百六十四條中に之を存せり。今日まで公表せられたりし七個の公式草案（一八七四年の「グラールセル」氏の草案以後の草案を數ふ）は何れも此の制度を拋棄することなく、一八六七年の司法省の草案第八十六條の理由は既に委員會が限定責任能力を一般的に承認するを危険なりと思惟する旨を報告せり。然り而して公式草案に於て嚮導を與へたるは第一草案の一般的注意事項にして、是には「限定責任能力に關する規定は本草案の採用することを爲さざりし所なり。惟ふに學説上は争なきにあらずと雖、完全なる意思決定の自由の狀態と絶對的に自由ならざる場合との間に中間的狀態を存するものなることは之を認むることを得べく、而して一定の狀態の下に有罪行爲に向つての刺戟に對抗する反抗力が一般的に實際に見る所より以上に亘つて有力ならざるへからざることは誤認すべくもあらざれども、かくの如き精神狀態や作用か責任能力を阻却する程度に達せざるときは、單に刑の量定の範圍内に於て之を斟酌するに止まるものと爲したり」と云へり。然り而して是等諸種の草案に向つて批評を加へたる學者多き中に余輩は限定責任能力を法律上に承認せんとする説

に反對する者としては「シュツツエ」氏のみを挙げ、是か賛成者としては「グレーヤア」氏を挙げんとす。「シュツツエ」氏は「今「イタリー」の草案に於けると同様法律か所謂限定責任能力を現實の一般的なる減輕原因としての刻印を捺するに於ては、其の背景中には識者か如何に切實に立法者を戒愼せしむるも決して以て充分なりと爲す能はざる程度の危険を潜在せしむるに至るへし。即ち怠惰なる判事は責任能力の存否に關して煩雜なる擧證を爲すの勞を省略して、疑ある場合にも尙ほ限定責任能力に基きて刑の減輕を言渡さんとするの誘惑を克服するを難しとすへし」と云ひ（*Zur Rev. d. Kap. v. d. Zurechenbarkeit im österr. StrG.-E., 1877, 16 ff.*）之に對して「グレーヤア」氏は「限定責任能力に關する規定を巧みに處理することを得るに於ては責任能力の問題の解決の點に於ては名譽の榮冠は各國の刑法典中にて唯一に新「オーストリー」刑法典に歸屬することとなるへし」との見解を抱けり（*Gründungs Zeitschrift Bd. II, 1875, 367*）。

異常なる緊張を以て期待せられたる第八草案か特殊の意味に於ての限定責任能力を成文上に規律することに宗旨換を爲すへしとは豫期すへからざるものあり。「ヘーゲル」氏か獨逸の刑法改正の運動に對して至極簡單に否定的の態度を執れるの事實は既に従前の關係に於て夙に之に言及するを要したりし所なり。氏は「オーストリー」の立法か従前「其の進み得べき唯一の正當なる道」を歩みたるの事實につき或る程度の信頼を有するものなるか、其の他の點に於ても「オーストリー」の刑法理論（「ヤンカ」、「ラムマツシ

ユ、「フキンガー」の諸氏)は寧ろ否定的なる傾向を有せり。之に反し精神病學者は斷然として改正に左祖したり。余輩は其の中にて特に「ウキーン」の「ベルツェ」氏の「一部の責任無能力の問題について」(Berze-Wien, Zur Frage der partiellen Unzurechnungsfähigkeit, Monatsschrift für die Kriminalpsychologie und Rechtsreform I, 1904/05, 205 bis 218) 云々と論文を推さんとする。特に氏か限定責任能力と一部の責任無能力との二の觀念を往々にして混淆するものあるの事實を指摘せるの點に關して論述せる箇所を以て劃切なりとす。最後に特に興味なことをせるは「ウキーン」の一等軍醫「ドラスチヒ」氏の「軍隊に於ける精神上の低能者」(Drastig-Wien, „Der geistige Minderwertige in der Armee“, Organ der milit.-wissenschaftl. Vereine, Bd. 73, H. 4, 1906; Bericht darüber in Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform IV, 58 f. von Strausky-Wien) なる論文なり。

(五) 「ハンガリー」

一八四一年四三年の「ハンガリー」王國の刑法草案は其の第八十四條に「精神錯亂、疾病及び愚昧にして第七十三條に依り全然責任能力を阻却するに至らざるも、然も違反者の精神を錯亂せしむる程度に於て之を存するときは、亦責任を減輕す」と云ふ規定を掲げたり。一八七七年の草案中には此の如き規定を存することなし。而して獨逸帝國刑法典を以て其の基礎とする一八七八年の「ハンガリー」刑法典も亦限定責任能力の觀念を認めざるなり。「エス・マイヤー」氏 (S. Mayer, Das ungarisches Strafgesetzbuch usw.,

Wien 1878) は第七十六條につき述べて、「我が刑法第九十二條の特別減輕權は特別の場合につきて救濟を爲すことを得るか故に、我が刑法は全然「イタリー」刑法草案の限定責任能力の觀念を顧慮することなきを得たり」と云へり。「ハンガリー」にても刑法改正と云ふことか輿論を動かしたりしことは此の問題に關する「ブタベスト」の「バウムガルテン」氏の報告の示す所の如くなるか、該報告は一九〇六年十月二十九日「ブタベスト」市に開催せられたる第四回精神病醫學會の席上行はれたる所に係り、是亦獨逸に於ける刑法改正の運動に同意の旨を表明したるものなり。これにつき余輩の根據としたる所は「ベステル・ロイド」紙一九〇六年第二百四十八號のみに止まり、「ハンガリー」語を以て記されたる「エー・フリードマン」氏の限定責任能力論(「ブタベスト」、一九〇三年)の内容については余輩の報告する能はざりし所なり。

(六) 「ノールウェー」

「ノールウェー」王國普通刑法典草案理由書。一八八五年十一月十四日の勅裁に依つて制定したる委員會に於て起草。

「ノールウェー」刑法の規定は曩に記したる所の如し。而して其の第三十九條に關するものは理由書第八十八頁以下の叙述にして、其の第五十六條に關するものは「限定責任能力」と題する第一百五十七頁以下の叙述なり。此の兩者は何れも外國刑法の規定、特に「スウキス」のそれを比較援用して「ノールウ

「エー」刑法の規定を辯護するものなれども、然も特に獨逸に於ける立法上の問題について助長促進の作用を及ぼすことあり得べき事項は全然之を包含することなし。然り而して此の刑法典の施行後日尙ほ淺きの致す所として特定の實際上の問題につき經驗と云ふ點に於て何等寄與する所あるべきものを示すことを得ざるなり。

(七) 「スウキス」及び獨逸に於ける立法上の改正運動に關する「デンマーク」に於ける學問的興味は「コーベンハーゲン」大學記念祝賀論文たる「ドクトル・ユリス・カール・トルブ」教授の「所謂限定責任能力に關して」(Ein Bericht darüber in Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform IV, 1907, 59 ff. von Horelli, Finnland) の代表する所なり。氏は「デンマーク」刑法につきそか第三十九條に於て單に比較的輕微なる處罰を規定するのみに止まれるを非難し、「デンマーク」刑法及び獨逸刑法につきて其の社會の保護を缺けるの點を攻撃したり。また一九〇三年の「スウキス」の草案並に「フオン・リ」年の「ドレスデン」に於ける裁判精神病學會の決議、一九〇四年の獨逸法曹會議の論旨及び「フオン・リスト」氏の草案については、そか何れも限定責任能力者の爲に「常に刑を規定し、且常に比較的寛大なる刑を科すべし」とせるを難し、是等の提案はすべて精神病學者の協力の下に行はれたるものなるか故に、其のかくの如き結果を示せるは誠に驚くべしとせり。「スウキス」の草案の保安處分に關する規定は是等獨逸學者の諸提案に比較すれば斷然長所を具備す。其の然るは特に「スウキス」の草案に依れば刑の

執行は施設内に於ける治療的行爲の完了する迄は常に之を猶豫するを得るものなること、及び受刑者か施設内に於て経過したる期間は之を刑期中より控除するを要するものと爲せるか故を以てなり。加之獨逸學者の提案か「フランス」學者よりして全然支持を受けざるの點も亦氏の指示する所となれるか、氏の報告の爾他の内容よりしては具體的の如何なる點に於て氏自身の意見か氏の非難する所に係る提案と異なるものなりやは全然明瞭ならざるなり。然れども氏の意見は氏か國際刑事學會に參加して旺なる議論を闘はしたるの結果として既に充分學者の間に知れ渡れり。即ち氏も亦「フヤンガア」氏に於けると同様終局限定責任能力者を心理的、臨床的及び刑法的に相當に區別することを基礎として刑の條件付言渡の適用を廣汎なる範圍に亘つて推稱して刑と保安處分の何れかを科するを以て足れりとするなり。然り而して氏惟へらく其の一時的なる場合に於ては刑を適用すべく、其の比較的重き場合に於ては醫師か刑を科することを不可とせざる場合に限り之を適用するを要す。其の刑を科すること有害なること明白なるものありたるときは病院若は療養院に於ける治療的行爲を以てして之を補はざるべからず。「然れども刑にして一度之を適用することを必要とすべき場合に於ては常に完全なる刑を科すべく、減輕したる刑を科すべきにあらず」と云ひ、また公共上危険なる限定責任能力者については特殊の施設を要求するものとし、「監置の期間は犯罪の輕重如何に繋らしむることなく、犯人の状態如何に依つて之を定むることとすべく、而して其の處遇は當人の個性に適應せしむべきなり」と云へり。

第五章 獨逸に於ける立法上の問題

第十四節 一、立法上の論争

本問題の實質及び國の内外に於ける資料に徴するときは立法上の論争は之を四種に類別すべきものなること自ら明白なり。曰く、觀念、處罰の方針、刑の執行及び保安處分是なり。然れども其の争ある立法上の問題としての特殊の意義に關しては其の間に自ら差別あり。即ち此の後なる三者に對しては現行法が畢竟するに改正するの必要あるものなりや否やの點に關して疑を生ずるの余地なし。勿論其の種類及び程度に關する規定、方法上の問題、管轄の關係等につきて著しく見解の岐るる部分を存せざるにあらざるも、然も其の改正を必要とするの信念の點に至つては確乎不拔たるものあり。其の達成し得べき程度についても學者は互に交譲妥協を爲すことを得べく、而して其の交譲妥協の場合には爾く妥協讓歩に反對して諍々の辯を爲す者と雖、其の交譲妥協の必要缺くへからざる者なるの點については觀念上の教訓を受くるものなれども、限定責任能力なる觀念を成文上に採用するの適否に關しては事自ら右に述べたる所は異なるものありて存し、ここには只肯定か否定かの一途あるのみに過ぎずして、万一等しく此の問題に關する立法者の態度如何を翹望するの狀態に在りとす。蓋し立法者の態度は此の問題に關する賛否の論者の何れもに

とつて此の改正の價値の存否に關する判断を決定するものなるを以てなり。反對論者は刑法の分裂に至るまでの危険を豫想せざるへからずと思惟すれども、賛成論者にとつては限定責任能力なる用語を以てするど、若はまた其の他の用語に依る定義を以てするとは問ふ所にあらず。要は即ち赤裸々の儘にて此の觀念を成文上に承認することか畢竟するに改正の期待の缺くへからざる條件たるものなり。されは此の點をこそ主眼とすべきものにして、之については詳細に語る所なかるへからず。而して爾他の諸點は裁判それ自體の經過に従つて等級的に限定責任能力の斟酌の行はるる自然的の順序に於て之に従屬して簡單に論述する所あるべきなり。

一、限定責任能力の觀念の法定。

かくの如き觀念を法定することか果して可能なりや否や。反對論者は之を不可能なりとし、是か構成は何れも狹隘に失するにあらざれば廣汎に過ぎ、何れの場合をも通して專恣的なるにあらざるはなしと斷定す。蓋し精神上の低能狀態の範圍は無限なるを以てなり。惟ふにかくの如き非難は假に臨床上の事實と法律上の定義とが假に同一なるものたりとせば理由ありとすへし。然もかくの如きは事實にあらず。蓋し臨床上の事實は極めて多岐多端にして擧げて盡す所を知らざるも、法律上の定義は自由之を定むることを得べきを以てなり。即ち臨床上の事實は羈束し得へからざる自然の條件に應じて發生し、變化し若は増大するものなれども、法律上の定義は其の目測し得べき法律上の需要に應じて立法者に於て定むることを得

るものなり。而して此の定義は法律の適用につき必要にして且充分なる確定性を致すの可能を與へ、またかくの如き目的を有するものにして、制限と云ふ傾向の支持を受け、臨床上適切に低能の宏遠なる軌道内に屬する幾多の場合の中にて法律上の秩序の適用を缺くことを得へからざる場合に該當せしめんことを欲するものなり。然り而して此の目的は法律上の標準を定むることに依つて達成するものなると共に、立法者は法律上責任ある行爲に及ぼす認諾及び意欲の影響を測定すべき場合にあつても此の標準を利用するなり。

此の問題に關して獨逸法曹會議の提出したる試案は判事の確實なる運用に關する要求に適應するものにして、「犯人が有罪行爲の所犯に當つて一時の病的状態にあらずして其の行爲の處罰價值若は其の有罪行爲に對する抵抗力を遞減する状態に在ること」を限定責任能力の法律上の觀念として推稱せり。此の定義は無限なる臨床上の状態を包容し盡すものにあらずして、寧ろ此の状態の全體中より精神上の低能者のあらゆる變幻極りなき場合を通して常に反覆繰返さるる外部より認定し得べき連續現象を抽象するなり。此の定義はまた智能と意思反動の範圍内に存在するものにして、凡そあらゆる類型の精神上の低能は社會的・法律的の秩序に對する義務についての理解を缺けるの點、若は具體的の場合に於て犯罪的衝動に對して抵抗力を遞減せるの點又は此の兩者の中に表明せらるるものなるか、此の兩個の方向に於ける缺陷は責任能力の否定を示すものにあらずして、法律秩序の要求する所に従つて責任能力の條件となる精神状態の範圍

内に於ける等級たるものに外ならず。然り而して此の兩個の缺陷は「單に一時的の病的状態にあらずる状態」に其の原因を有せざるへからず。かくの如き一時的の病的状態は健康者の場合にあつても尙ほ之を存することあり。例へば健康者と雖憤怒の餘り、若は戀愛に熱中して、酒精分に刺戟せられて、恐怖の念に驅られて、妊娠の爲の變調に因り、又は月經中なる爲等の諸原因に因り精神に一時的なる病的状態を來すことあり。之を臨床上より云ふときは是等の場合はすべて精神上の低能者と稱することを得へし。然も之を刑法上より見るときは然りと云ふことを得へからず。即ち刑法は是等の場合をすべて刑の量定若は刑の變更の手段に依つて解決するなり。然り而して是等の場合と限定責任能力の法域との區別は病的状態及び慢性の状态の標準に於て表明せらるるものにして、外部よりして明瞭に之を識認することを得へし。而して病的状態の區別は直接現行法自體の線上に存するものと謂はざるへからず。蓋し第五十一條に依るも亦「精神作用の病的障碍の状态」かすへて責任を阻却する原因を成すものにあらずして、其の責任を阻却する原因たることを得るは「意思決定の自由を阻却せらるる状態」のみに止まるを以てなり。以上述べたる所を除外して殘存する意思決定の自由を阻却するにあらずる病的状態こそ即ち限定責任能力の状态たるものに外ならず。慢性状態の區別は合理的の精神や改正の最終の目的に由來するものなり。例へば爛醉の状态に於て短刀を以て人を刺したる健全なる農夫の若者は大醉の結果巡査に向つて暴力沙汰に及ひたる大學生と同様數年間に亙つて保安的監置を爲すの要なし。然もかくの如き區別は偶々以て定義に向つて「專

恣的なり」の非難を招く所以なれども、かくの如き非難は即ち不可解と云ふも愚かなる次第と云はざるへからず。爛醉と云ふ事實の刑法上の責任に及ぼす影響は具體の場合に於て酩酊の程度と其の發生に關する責任との符合に基きて解答することを必要とする問題に外ならずして、かくの如き状態は畢竟するに限定責任能力の法律上の問題とは全然相關する所なきものと謂はざるへからず。即ち大醉の状態に在る者は責任無能力者なるか又は臨床上限定責任能力者たるものなれども、法律上は然らず。法律上の定義をかくの如く定むるに當つても鑑定人の意見の相違と判事の疑問の余地を剩さざるにあらざれども、之を専恣なるものとして非難することを得へからず。凡そ法律上の觀念なるものは決して鑄型にはめたるか如きものにあらず。従つてここには「常住固定の大きさ」を存するものにあらず。若しすへての犯罪構成事實につきて直ちに適當なる法律上の觀念を發見することを得へくんば、三歳の小兒と雖尚ほ判事の席に坐して是非善惡の裁判を爲すことを得ずんばあらざるへし。如上の限定責任能力の觀念は故意とか、意圖とか、意思決定の自由とか、未遂とか、豫備行爲とか其の他終始適用を見る凡百の觀念より以上に専恣的なるものにはあらずして、「バッツヤ」の立法と「イタリー」の實務との好評既に噴々たるものある模範に倚據せるものにして、其の據點を「スウキヌ」の草案に關する學問上の討論の中に有せり。獨逸法曹會議の試案が改正の余地を存する能はざるものなることは是か發見に盡力したる者の殆ど思惟せざる所たるへし。然れども反對論者の勢力が單に批評的、否定的なる作用を及ぼすのみに止まらず、遂に創造的に精巧なる影

響を及ぼさんことは希望に堪へざる所と云ふへし。

限定責任能力の觀念を法定することか有益たり得るものなりとせば、是亦必要なるものと謂ふへし。かくの如き推論はそれ自體として辯護を必要とするものにして、幾多の反對論に對して自ら支持することを得るものなること確實なり。まづ其の後なる反對論より述ふる所あらんとす。

法定の觀念を設くることは限定責任能力なる用語を以てして一般的に爾かするにせよ、はたまた更に詳細なる定義を以てするにもせよ、犯罪人の新なる範疇を設くるものと謂ふへく、二重の刑法を創造することとなり、一部の者を特別に待遇する階級的の裁判を來し、精神病學者の有害なる干渉に依つて刑法を破壊するに至らんと。

此の非難は必ずしも平等の意義を有するものにあらずして、其の前なる三の論旨は互に相混流するものと謂はざるへからず。犯罪人の新なる範疇は決して人爲的に新に設定せらるることなく、かくの如き範疇は寧ろ自然的に存在するものなり。此の事實に對して問題は常に法律秩序か之に對して果して如何なる手段を以てして對抗すべきものなりやと云ふ點にのみ存す。低能者たる犯罪人の範疇は極めて古くしてまた法律上危険たり、従つて立法當局は數世紀來是か爲に苦心を爲したりしなり。然るに低能者の數と其の危険の程度は年代を追うて増大したるか故に、立法上の問題としては今日尙ほ依然として舊の如く昔乍らの普通法 *jus generale* を以て足れりとするか、但しはまた特別法 *jus speciale* を必要とするか」と云ふ

命題を反覆せり。吾人の如く限定責任能力の觀念を法律上に承認するの說に左袒する者は特別法の必要なるを肯定するものにして、所謂範疇はここに於てか有り。吾人は法律中に於て此の事實を隠蔽するを欲せず、この事實に對して眼を閉さすを欲せず。吾人は此の範疇につきて其の責任と其の社會保護の必要に相應したる程度の法律を設けんことを欲するなり。吾人はかくの如く爲すことに依つて決して二重の刑法を創造する次第にはあらず。稱して二重刑法 Doppelstrafrecht と云ふは同種類の犯罪人につきて異なる程度の刑を科することの謂なり。今吾人は同種類の犯罪人につきて異なる程度の刑を科するものにはあらずるか故に、二重刑法と云ふか如き問題の發生する余地を存せず。ここに主眼とする所は低能者と低能者にあらずる者との異なる種類の犯罪人に對して異なる程度の刑を課せんとするに在り。即ち刑法の最高の任務たる刑罰の個別主義はかくの如く爲すことに依つて一層貫徹せしめらるるものと謂はざるべからず。刑法は今日既に成年者と未成年者、小兒と成熟者、完全なる感覺を有する者と瘖啞者に依つて其の處罰を異にするにあらずや。卑屬親は或る場合には之を無罪とし（第七十三條第四項）、或る場合には之を重く處罰す（第二十五條及び第二十三條第二項）るにあらずや。同様にして配偶者、一定の職務、職業若は營業上の義務の主體についても亦個別主義を具體的に示せるにあらずや。是等の實例は尙ほ多く之を擧ぐることを得へし。是等はすへて一種の範疇なり。若し是か精神上的の低能者を法律上に承認することを意味すべくんば、是等はすへて二重刑法を創造するものと謂はざるべからず。正義に反するは單に平等の

地位に在る者を不平等に處遇するの點に存するのみに止まらず、不平等の地位に在る者を平等に處遇するの事實中にも之を存するものと謂はざるべからざるべし。されは限定責任能力者の觀念を法定して之を特別に處遇するも決して一部の者に特別の待遇を與ふる階級的裁判の危険を存することなかるべし。ここには非常法 *jus speciale* とか、一部の者の利益に偏したる例外法とか云ふ如きものを設くるにあらずして健全なる犯罪人の爲に適用ある普通法 *jus generale* に對して低能者たり、病的なる犯罪人の刑法上の關係を一般的に規律する特別法 *jus speciale* を設けんとするものに外ならずして、此の如きは一定の部類に屬する人物の爲に特殊の生活規範を規定することを必要とするに至りたる場合に於ては、幾百回にても法律中に於て之を行はざるべからざるなり。若し事か單に刑の減輕の點にのみ關するに止まるものなりせば非難の聲に多少耳を假すも可なれども、新運動は夙くの昔に既に舊時の邦法の水準を超え、今や實際上主眼とする所は保安處分の點に存せり。而して新運動の達成せんとする特別法は此の點にこそ非常に眞摯に、痛切に嚴肅なる特徴を有するなり。即ち此の特別法は社會に禍害を及ぼしたる者に對して刑後處分を豫期せしむるものにして、此の刑後處分は刑罰自體よりも其の效果に於て痛切なるものあるなり。従つて所謂「良家の子弟」か限定責任能力の恩典に浴せんか爲に運動を爲し、又は社會に對して何等かの禍害を致したる者か其の世襲的の素質上の負擔を立證せんか爲に自己の家系を回顧して「破落戸の叔父」や「自殺者」を探し出さんとするか如き弊害は決して之を懸念するを要せざるべし。網の目を精巧にして

「良家」の出に係る不良少年か法網を免るるを得るか如きことなからしめんことを期すること恰も思慮分別ある改正の任務とする所なれ。誤れる人道主義的精神三昧に陶醉するは之を俗人に一任して可なりとす。

然れども刑法全般を風靡せんとする精神病學者の悲むべき干渉の懸念は尙ほ之を存す。惟ふに警戒それ自體は必ずしも新規なる事項にあらずと雖、然もかくの如く斷然として、論理的、自然的の必至事項として是か理由を説明することは從來未だ曾て行はれざりし所に屬せり。立法者かかくの如き懸念をも考慮せざるへからざるは疑を容れずと雖、然もあらゆる誇張過當か然ると同様好都合にもかくの如き懸念は格別の印象を與ふることなくして止まんこと必定なり。然り而してかくの如き懸念か既に北獨同盟刑法典草案をして没落の運命を來すに至らしめたるものなることは、其の之を論述したる章中に於て反駁を加へたる所の如し。尙ほまた今日其の間に興隆したる精神病學の過激主義か恐怖の餘に出てたる想像をして「刑法の終焉目前に在り」と云ふ文句に具象化するに至らしめたる如き状態を招來すへしと云ふ豫言は全然其の根據なく、かくの如き主張か事實にあらざるは恰も前世紀の普通法及び邦法時代の終了か刑法の終焉にあらざりしと同様なり。勿論當時にあつても限定責任能力の點に關して決定を爲すの權限を「唯一に醫師のみ」歸屬せしめんとしたる者若干是れなきにあらず。即ち當時の先覺者たる著名なる精神病學者「フリドライヒ」氏 (Friedrich, Archiv für das Kriminalrecht, 1834, 34 ff.) の如きは其の一人たりしなり。

然も刑法は決して亡滅したるにあらざりき。所謂「刑法」に對する精神病學者の一般的鬭争と云ふか如きものは現在にあつても殆ど其の片影をも認むることを得ず。勿論今日にても吾人法律學者か法律規範につきて適當と認むる所よりも以上に狹隘に法律の範圍を限定せんとして思想上の鬭争を繼續しつつある者若干是れなきにあらず。また「遠き將來を達觀して」刑法なる手段を不必要なりとする範圍を認むる者も二三是れなしと云ふへからざるも、現在にあつては限定責任能力者に對する刑法の適用を争ふ者に至つては全然是れあるを見ず。其の囑望せる未來と雖次の時代の人々にとつては常に現在たるに過ぎざるへし。果して然らば臨床上其の學說に従つて低能者と爲すべき者の範圍も不斷に擴張せらるへし。其の最新の學說に依れば自動車の運轉手の如きも時と共に限定責任能力者となるに至るへしと云ふ。假に彼等の中の若干者か終身間監置せられたるへしとするも、恐らく社會に何等の損害をも及ぼすことあり得へからざるへし。法律上の規範はかくの如き些事に面して其の命脈を失ふか如きこと斷してなかるへし。是よりも遙に過激なる精神病學上の學說と雖法律と正義との永久的なる法則と確乎たる國家秩序の中に建設したる裁判の柱石とを瓦壞するに至らしむることなし。蓋し是等の學說は法にあらず。獨逸の裁判官の地位は嚴然として存在し、成文法の下に其の位地を占む。將來刑事訴訟法に改正を見ることありとも精神病學者をして判事を構成せしむるか如きことは斷然是れなく、精神病學者か鑑定人たるに過ぎざることは依然として舊の如くならんのみ。即ち判事の精神病學者に對する關係は現在も將來も決して變更せらるることなかるへ

し。判事は證據判斷の自由 *freie Beweiswürdigung* の原則に従つて裁判を爲すものにして、其の鑑定人たる醫師の意見を容るると否とは全然判事の自由なり。判事か違法に將來精神病學者の勢力の下に屈服するか如きことは今日之を想像することを得ず。只立法者は成文を以て限定責任能力を定義するに當つて、宣誓して義務を負ふ鑑定人か法律を自主的に解釋して精神上の低能者にして責任能力の限界點に位する者をも、將來の刑法たるべき第五十一條の適用下に拉し來るか如き道を全然閉塞し置くの點に存する利益を恐らく考慮する所なくんばあらざるへし。

是と共に議論は既に法律上の定義の必要を積極的には認するの範圍に移れり。之を辨證せんか爲には僅少の所言を以て足る。法律上の定義を存せざる場合にあつては世人の憂虞するあらゆる禍害の状態を懸念するを要すへし。即ち減輕的情狀の一般化若は「公共上危険なる犯罪人」は之を保安的監置施設に收容すと云ふ一般的なる原則を以てしては到底限定責任能力の問題を解決するに足らず。而して之を法律上に承認することなくして各種の改正を貫徹せんとするは畢竟するに不可能に歸着す。人若し公共上危険なる限定責任能力者を保安的に監置するの必要を容認するに於ては、法律上の定義の必要をも曖昧に附することを得ざるへし。假に之を曖昧に於ては裁判官若は行政官か運用操作を爲す可能の基礎はすへて之を缺くに至る。果してかくの如くんは判決、刑の執行及び保安處分はすへて未解決の状態に放置せらるることなるへし。而して判事の裁判の獨立を其の全範圍に互つて確保せんか爲、減刑處分及び保安處分をして精神

病學上の思潮の朝變暮改に左右せらるるか如きことなからしめんか爲、また法律に對する責任を全然阻却するにあらざる中間的狀態をして精神病の一般的なる深淵中に出沒するか如きことなからしめんか爲、應報的思想たる責任と云ふことと、目的思想たる保安と云ふこととに對して同種同質なる刑法の規定の適用を確保せんか爲には法定の觀念の基礎を必要とするなり。かくの如き基礎にして缺くる所あらんか、ここに於て初めて、ここに於て唯一に専門的ならざる判事若は素人判事は精神病學者の優勢に壓倒せらるることとなるなり。法定觀念の存在は判事を強要してかくの如き公共上危険なる現象の事實に對して裁判の爲にする奉仕、社會の保護及び犯人自身の利益に於て必要なりとする注意を拂ふことを余儀なからしむへし。而し此の種の注意はまた之に應じて判事に對して刑事裁判上必要とする精神病學上の知識と觀察上の才能とを確保するの刺戟を與ふるに至らん。若し夫れ將來法律上の定義を缺かは現在の狀態か依然として其の進行を繼續すべきものなること確實に豫斷するを得る所なり。而して限定責任能力の狀態は減輕若は監置の法定條付として判決を以て之を認定するを要すへし。法律家及び醫學者か從來「犯人も其の親屬も疾病に因る刑の減輕原因の明瞭に言明せらるゝことを重要視するに相違なく、また明瞭に言明せらるゝことを要求するを得へし」と認めたりしは極めて當然なりと謂はざるかへらず。然もかくの如きは何等かの形式に於て限定責任能力を法律上に承認することなくしては行はれ得ざる所なり。果してかくの如くんは「受刑者は終生精神上の低能者たるの刻印を押捺せられて世路を彷徨するの止むを得ざるに至るへし」と

云ひて之に反対せんことを欲するか如きは奇妙なる人道主義と謂はざるべからず。此の種の受刑者は畢竟するに世路を彷徨するが如きことあるべからざるものなり。然も此の種の受刑者が公共上危険ならざる者として自由に行動することを得る限りに於ては判事の認定は受刑者自身にとつては斷罪の聲たると共に等しく社會の先見と同情とに對する訴の聲たるべく、此の點に累犯に對する保護條件の一を存するものなり。従つて何等かの形式に於て限定責任能力を法律上に承認することを是認せざる者は畢竟するに眞摯に改正と云ふことを欲せざるものと謂はざるべからざるべし。

二、處罰の方針

處罰の方針については三の見解の相對立するを見る。限定責任能力者を以て畢竟處罰すべからずと爲すもの、限定責任能力者は處罰するを要するも、常に其の刑を減輕すべしと云ふもの、限定責任能力者は判事の自由なる裁量に従つて其の刑を減輕することを得べしと云ふもの是なり。

其の最初の見解は更に二の理由を伴ふ。即ち最初の見解は原則上の原因若は合宜上の原因に其の理由を有するものにして、一は一般的に刑事上の責任の條件を否定し、是と共に處罰の權利を否認するの點に存し、他は即ち刑か精神上の低能者に對して其の正常の機能を發揮することを得るや否やについてのみ疑を懷抱する點に之を存す。原則として其の無罪を要求するか如きは現行刑法の基礎と相容れざるものと謂ふべく、之に關する法理學的、人類學的議論は獨乙の立法者にとつては改めて繰返すまでもなき所たるべし。

而して刑事政策上の理由は經驗上の事實の反駁する所となれり。限定責任能力者たる犯罪人と雖健全なる犯罪人と全然同様に刑罰の影響を受くるものにして、彼等も亦等しく刑罰を以て禍害なりとし、自己の責任の結果として感知するなり。是と共に彼等も亦刑の執行に依つて威嚇、阻止、感化の作用を受くる點に於て健全なる犯罪人と異なる所なし。かくの如くにして刑は其の正常の機能を發揮するものなり。
(Verhandlungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung in Hamburg を参照すべし)。而して處罰を加ふるの要求は刑の目的達成の程度の大小に依つて之を非難攻撃することを得べからず。然らざるに於てはあらゆる累犯者、常習的犯罪人、及び矯正不能者のすべてを擧げて之を原則として無罪たらしむる論結を導くの慘ましき結果に到達すべし。

第二の見解は限定責任能力者たる犯人は限定的の責任を有するに止まるものにして、其の然るか故に是か刑を減輕せざるべからずと云ふ論旨に適應するものなるか、是に關する論評は之を第三の見解に關する論評と併合して記述することとすべし。其の兩者の執る所の方針の異なる點は一は刑を強制的に減輕せしめんとするに反し、他は之を任意的ならしめんとするの一事に存するに過ぎず。惟ふに刑の強制的減輕は獨乙法の原則たりし所にして、今日にては外國の現行法、草案の規定の殆ど例外なしに認むる所とす。余輩も亦古くは此の説を主張したることありたれども、爾後幾多の思索を重ねたるの後「限定責任能力者の刑は之を減輕すべし」と云ふ原則は、もはや之を立法者に對して推稱することを得ざるに至りたり。凡そ

刑と責任との釣合はそれ自體としては該當するものなること疑を容れされども、只原則たる多くの場合に
ついで然りと云ふのみに止まり、必ずしも常に、必ずしも一般的に該當するものなりとは云ふことを得
ず。限定責任能力者か感情の激動状態に於て犯したる各個の有罪行為か必ずしも常に寛大なる處罰を受く
るに値ひするものにあらざること、有罪行為に對する無節制は常習的の犯行に依つて當人の責任に歸着せ
しめらるゝことあり得るものにして、かくの如き無節制は一般的豫防の見地より云ふも、特別豫防の立場
より見るも寛大なる處罰を是認せしむるに足らざるものなることの指示か正當なることに對しては吾人は
其の眼を閉ざすことを得へからず。特に「ハムブルグ」大會に於ける「デンマーク」の代表者か其の多年
に亙る經驗を發表して「かくの如き規定（強制的減輕の規定）を存せざる此の國（獨乙）に於てはかくの
如き規定を要求すれども、夙くの昔より此の種の規定を有し居たる我が國に於ては之に關して極めて不滿
足にして、各階級を通して是か廢止を要求せり」と云へる言をも默看過することを得ず。勿論限定責任能
力者を重く處罰するを要すとは思考する者はなく、また何れの國に於ても爾く思考することなし。然れど
も判事に向つては自由なる手腕の發揮を許さるへからず。減輕原因は任意的たるへし。特に短期の自由
刑の無効なること若は其の有害なることについてのあらゆる經驗も亦此の點を暗示せり。而して限定責任
能力者についてはかくの如き結果は一層明確に、一層悲むべき状態を露呈せり。今刑を減輕することを以
て判事の義務と爲すことなく、之を以て判事の權利となすに於ては正義にも合宜性にも一層よく適當する

ものと謂ふべきなり。

減輕の處罰方針はそが強制的なるにもせよ、はたまた任意的なるにもせよ判事の運用上之を二様に構成
することを得へし。即ち無制限に構成するか、はたまた制限的に構成するかなり。其の前なる方針を執れ
る場合に於ては判事は其の自由なる裁量に従つて減輕を行ふものにして、具體の場合に於て當該の犯
罪につきて威嚇を爲したる刑種と刑量とに羈束せらるゝことなし。只其の一般的なる法定の範圍内に於て
するものなること勿論なりとす。即ち「スウキス」の草案の如し。其の第二の場合に於ては法律は一定の
標準を規定するなり。惟ふに無制限なる減輕權は十四歳乃至十八歳の年齢に在る限定責任能力者たる少年
犯罪人については之を適當とするを得へし。蓋し無制限なる減輕權は感化と矯正の目的の非常に有效な
る斟酌を可能ならしむるを以てなり。之に反し一般的に無制限なる減輕權を認むるは今日推稱に値ひする
ものと思惟せず。判事の自由の大精神は之を貫くの餘判事の専恣に墮するか如きことあるへからず。之に
依つて招來せらるゝ裁判の不平等は新なる見地の下に刑事裁判の不信任を來さすんは止まざるへし。茲に
於てか法定の標準を存せざるへからず。然り而して此の法定の標準か未遂若は少年の刑の形式的なる標準
たることを得へからざるものなれば、今日既定の事實として之を認むること得へし。刑の減輕の一般的範
圍の外に限定責任能力者の爲に特殊の減輕範圍を定むることについては實質的原因を存するにあらず。
法律技術の形式的なる斟酌に依つて寧ろ抑止せらるゝものなり。然り而してかくの如き一般的なる範圍は

我が現行獨乙法には之を存することなし。然も其の將來採用せらるべきものなるの一事に至つては確定的に之を期待すべきものなり。此の事は減輕的情狀の制度を一般的ならしむることに依り、又は「情狀重からざる場合」なる特殊の範疇を設くることに依つて之を行ふことを得べく、此の後なる方法を以て適に優れりとすへし。然も兎も角も此の一般的なる範圍は其の手段と量との方面に於て可成廣汎に之を劃し、限定責任能力に基く減輕を必要とするあらゆる場合に適應するを得しむるやうに構成せざるべからざるなり。

三、刑の執行

低能者たる受刑者に對しては其の刑の執行に於て其の達成し得る限りの個別的方法を執ること、此の點に於ては今日既に模範的に指導せらるゝ幾多の施設か多大なる貢獻を致せること、及び従つてまた改正に當つては専ら單に現存の状態を完全にするを主眼とすべきものなることを承認するは識者の間に衆口の一一致せる所なり。

此の個別主義的構成を完全ならしむるの點に關する主たる相違點は精神上の低能者を通常の刑の執行の適用範圍内に屬せしむべきや否やの問題に存す。稱して通常の刑の執行と云ふは囚人か當該の施設につき現に行はるゝ規則に従つて服する刑の執行を指すものと解すへし。今あらゆる合理的なる規則か施設の長に向つて許す思慮分別ある行動の自由を正當に運用するときは、低能者たる囚人中の少からざる部分は

之を通常の刑の執行に服せしむることを得べく、此の點に於ては余輩は「フキンケルンブルグ」氏の所説と一致するなり。然れどもすへての低能者たる囚人に對して通常の刑を執行することを得る次第にはあらず。著しく多數の囚人を收容する刑務所にあつては常に比較的重き種類の低能者たる囚人を存するものなることは往々にして經驗の確認する所に屬し、而して作業、給養、及び紀律の規則は是等の重き種類の低能者の状態を斟酌することに依りて繼續的に妨碍せらるゝか故に、此の種の囚人は刑の執行の統一と眞摯とを妨ぐるものなり。然も是等の種類に屬する者と雖其の特殊の醫療行為を必要とせざる間は之を刑務所内に留まらしむべく、而して右述する所の如き特殊の醫療行為は病院に於てのみ之を實施することを得べきなり。然れども此の種の囚人にあつては一般に之を建築物の分離したる部分又は室房内に集結監置するの制度を執るを必要とすべく、是か爲には特殊の規則を定めて刑務所長の權限を擴張するを適當とすへし。是は一九〇七年春「プロシヤ」司法省の開催したる刑務所長講習會に於て提出ありたる提案なれども、此の提案に對しては充分なる注意を拂ふの價値あり。此の種の規則は決して「良家の子弟又は墮落したる犯罪人の爲に特別待遇の刑の執行を爲す」ものあらずして、寧ろ經驗上低能者の處遇の爲に適當なる規定を設くるものに外ならず。其の時あつてか寛大なることあるべく、また時あつてか嚴格なることあるべきも期する所は低能者の爲に適當なる規定を設けんとするものに外ならざるなり。かくの如き規則の範圍内に於て就中此の種の囚人に對する醫師の特別な監督の權限を定めおくこと、恰も「クロネ」氏が

「スツットガルト」に於ける國際刑事學會の席上にて極めて割切に組織的に述べたる所の如くならしむるを必要とすへし。余輩は此の方法を執るに於ては限定責任能力者を同一施設の刑の執行の單位内に編合せしむるも「ロンガルド」氏の懷抱せる所の如き懸念は大體に於て之を除去することを得るものと信するなり。

かくの如き方法を以てして低能受刑者の多数は特殊の處分を必要とすることなくして尙ほ合宜的に之を拘置することを得へし。然もこゝに尙ほ二種の範疇を存す。即ち刑の言渡の當時存在したる一時的の状態の然らしむる所として特殊の方法に依る治療を必要とする者（酒精中毒者、「モルヒネ」中毒者等の如し）、及び公共上危険なる性質を有するの結果として刑の執行期間の以上に互つて保安的監置を必要とする者なり。此の後なる等級に屬する者については以下に於て保安處分を論する序に言及する所あるへし。其の前なる等級に屬する者については一九〇三年の「スウキス」の草案第十七條第二項は唯一の自然的なる方法を示せり。此の規定に依れば裁判所は相當なる病院に收容せしめんか爲此の種の低能者を直接行政官廳に附託す。此の種の低能者か受刑能力を有する程度までに治療したるときは刑務所に是か引渡を行ふ。病院内に於て経過したる期間は刑の執行期間中に算入す。是か算入を行はざるときは不合理にして且非人道的なる結果を導く。治療を必要とする囚人の爲には犯罪人にあらざる患者と分別したる、特殊の規則に服従せしむる絶對的に特別なる施設若は室房を必要とす。右かくの如く爲すに依つてのみ充分なる理由を以

て要求したる一般の精神病院の負担を軽減するの目的を達成するを得べきなり。

余輩はこゝに尙ほ推稱的の意味に於て立法者をして精神上の低能者たる少年に科したる自由刑は國家の監督せる感化施設内に於て之を執行すへしと云ふ獨乙法曹會議の決議に係る提案を想起せしむるを謬たらんことを欲するものなり。

四、保安處分

保安處分に關する規律は實際上改正の最も困難なる部分に屬せり。こゝに關する所は全然新規なる事項にして、其の然るか故に改正と云ふことを眞摯に念頭に置く者は一層其の達成し得べき事項を達成せんか爲に其の理想とする目的を閑却することを忍はざるへからず。苟も善と思惟する所に着手するは全然何事をも爲さざるよりは遙に優れり。万事は保安施設を爲し得る限り簡單ならしむることを期せざるへからざるなり。

其の主たる需要は公共上危険なる人物に對して社會を保安するに在り。而して公共上危険なるの原因は低能者の場合にあつては所犯の反覆せらるゝ（刑の言渡を受くることなきも尙ほ然りとす）の點に存することあるへく、また累犯の之に先たつて行はれたるものなきも其の慢性的、病的なる状態の性質（例へば邪惡、剛腹等の如し）の點に之を存することあり得べくして、此の事は低能者の觀念を定義するに當つて斟酌するを要する所なり。惟ふにこの施設をして此の處分を取扱はしむるか如きことなく、刑と保安的處

遇を當初より統一的に此の二重の目的の爲に設置したる特別なる中央施設に併合せしむることを余輩が詳細なる理由を附して主張し、また現に固執しつゝある理想に適應する所以たるへし。かくの如くこの施設をして此の處分を取扱はしむるに伴つて必要となれる規模の廣汎なる組織を簡單ならしめ、是か實施の爲に避くへからざる多額の經費を制限し、最後に刑法と行政法との紛糾混淆に基く懸念をも有効に豫防せんか爲には、余輩の信する所の如くんは差當り比較的簡單なる方法を以てしても其の主たる目的は之を達成することを得べきなり。

此の方法を執るについての條件は(三)の項下に必要なりとしたる所の如く重き低能受刑者を特別なる規則を有する特別なる部に分離監置することを刑の執行法中に於て保證するに在り。而して是は事實上試験的に既に若干の刑務所内に於て實施せられつゝある所に屬せり。其の然るに於ては精神上の低能者も亦此の部に於て其の刑の全部を服役し、其の執行後は保安の目的の爲にのみ使用せらるゝ施設内に於て所定の日月を過すことを得へし。勿論かくの如き純然たる保安的施設の新設は改正の缺くへからざる義務たるへく、是か爲に各邦の財政上の犠牲を伴ふは避くへからざる所と云ふへし。然もかくの如く改正の最高の目的を財政上の見地の下に從屬せしめんことを欲する刑法典は一般公衆の法律意識の好んで認むるを欲せざる所たるものと謂はざるへからざるへし。かくの如き保安施設の制度については余輩はこゝに詳細なる辯を費すことを必要とせず。かくの如き制度は専ら行政上の問題に屬するなり。只かくの如き施設か其の農

業的設備の點に於て我か勞働植民地 *Arbeiterkolonie* に幾多の模範を有するものなること、及びかくの如き施設は専ら其の刑務所としての性質と并に強制主義とに依つてのみ勞働者植民地と區別せらるべきものなることだけはこゝに舉示し置かんことを欲する次第なり(「スツキス」刑法第十三條をも參照すへし)。之に反し法律上重要なは既に繰返し議論の題目となりたる管轄に關する問題なるか、此の問題についても一九〇四年以來は屢次の討論の結果として多くの事項の闡明を見るに至り、今改めて之を繰返すまでもなく以下の事項を確認することを得へし。即ち其の關する所は二の解決に在り。即ち保安施設への附託に關して裁判を爲す者は何人なりやの點及び保安施設内に於ける滞留の期間に關して裁判を爲すものは何人なりやの點なり。此の前なる問題の裁判については或は刑事裁判官を以て然るへしとし(獨乙法曹會議)、或は刑事裁判官の移送に基きて後見裁判所か其の任に當るを適當なりとし(「ドレスデン」に於ける裁判醫學會)、若はまた後見判事(國際刑事學會)、行政裁判所(「ランズベルグ」第七章)等を推稱する者あり。而して放免については後に擧げたる三の範疇に屬する官廳の外人民委員會 *Bürger-Kommission* をして之に與らしむへしとすること余輩の提案する所なり。然り而して今人若し附託に關する最初の裁判か究極する所すへて一時的なる效力を有し得るに止まるものなることを明白にするに於ては此の論戰の緊張を弛むるに貢獻する所なくんはあらざるへし。蓋し其の最も重き場合にあつても刑の服役後に至つて個人的條件と保安的監置の客觀的必要と如何なる状態に成行くかを明確に豫斷することを得る者は何人

と雖是れあらざるべく、比較的長期の自由刑の場合にあつては最も然りとするなり。問題の重點は滞留と放免とに關する決定の點に存せり。かくの如き見地の下に余輩は附託決定の爲新なる手續方法を案出することを爲さずして爲し得る限り現行の制度に倚據するに努むるを以て正當と思惟す。蓋し特に著しき場合を公安上の利益に於て處理するの途は現行の制度に依つて確保せらるゝものなるを以てなり。而して此の倚據の方法はほゞ次の如き順序に於てするを適當とすへし。

刑事裁判官は保安施設への附託を許す旨を言渡す。上級地方官廳は此の言渡に依りて刑務所管理部の意見を徴したる後刑の服役後十年以下の期間受刑者を保安施設に附託するの權限を與へらるるものなり。三年を超ゆる附託に對しては三年の期間の經過したる後被附託者に行政裁判所 *Verwaltungsgericht* (「プロシヤ」にあつては縣參事會 *Bezirksausschuss* に不服を申立つるの機會を與ふ。最初に定めたる附託期間の満了したるときは刑務所長の豫め爲したる相當の申立に基きて地方警察官廳に於て同一の期間内保安的監査の存續を繰返して命令することを得べく、而して此の命令に關しては直ちに行政裁判所の裁判を求むることを得。放免は刑務所の申立ありたる場合にあつては確定の期間の經過する以前にあつても取消を留保して地方警察官廳に於て之を許すことを得。但し之の放免は將來公安を危殆ならしむるの虞なく、且被放免者の爲に勞働關係若は其他秩序ある保護の確保せらるる場合に限るものとす。

如上の提案を之に伴うて生ずる附帶的問題と併せて之を詳述するは余輩のここに暫く措かんとする所なり。

り。此の事項はさなくとも類似の場合、特に放免の場合に於ける監査を包括すべき特別行政法を以つて之を規定するを要すべく、刑法典中には單に其の原則を收容するを要するのみに止まるへし。遮莫余輩はかくの如き試案を以てして全然困難を伴ふことなくして主なる需要を満足せしむるに相違なきことを信し、且又當然の事理としてかくの如く深刻なる影響を及ぼす處分を爲す場合に判事か協力を爲すことに決定的なる意義を附與する者も行政訴訟手續を提起することに依つて此の試圖に同意の意を表明し得るものと確信するなり。而して名譽職的分子を此の場合に協力せしむるの考案は、行政裁判所の構成に於ても少くとも不完全には貫徹せらるべきなり。

保安監査を受くるに至らざる限定責任能力者も亦一般に其の放免後には限られたる時期の間之を改善したる警察監視の下に置くこと、一の家庭内に拘置すること、又は之に對して保佐人を附すること等の處置を執るの必要ありとなす進歩的の希望の内にて、吾人は最少限度として少くとも左の一事だけは之を支持して、立法者の考慮を求めんとす。即ち自由刑の言渡を受けたりし少年の限定責任能力者に對しては如何なる場合にも、放免後少くとも民法上の成年に到達する迄は後見裁判所 *Vormundschaftsgericht* に於て個人的の保佐人を附し、之に向つて風俗上の保護と經濟上の監督を爲すの任務を負はしむるものと爲すこと是なり。而してかくの如き提案が刑事政策上の辯護を必要とするものにあらざることは素より言を俟たざる所なり。

余輩は左の如き見地に據る法律的規律を適當なりと認む。

(一) 有罪行為の所犯に當つて自己の行為の處罰價值についての悟性又は有罪行為に對する節制力の程度を遞減せしむる、單に一時的なるにあらざる病的狀態に在りたる者にして初めて刑法に所謂限定責任能力者として看做すべきものなること。

(二) 場合の如何を問はずして強制的に刑の減輕を爲すべきものとするは適當ならず。寧ろ判事に對しては行為の比較的重からざる場合に一般的に行ふべき刑の減輕の標準に従つて限定責任能力者に輕き刑を言渡すの權限を附與すべきものなること。刑の種類と程度とを選定するの點に於て判事に無制限なる減輕權を與ふるは、十四歳乃至十八歳の限定責任能力者たる少年に對する刑の言渡の場合にのみ適當とするものなること。

(三) 裁判所は上記の少年に對する自由刑の執行を國家の監督する感化施設 *Erziehungsanstalt* 内に於てすることを命ずるの權限を與へられざるべからざると。成年の限定責任能力者は其の言渡を受けたる自由刑の服役を刑務所内に於てすることを必要とす。其の特種の狀態に在るの結果として、適當の刑の執行の常則に服せしむべからざる限定責任能力者は、刑務所内にて特別なる規則の適用を受くる隔離したる部に之を集中すべし。此の規則中には勞役、給養及び紀律に關する適宜の規定の外、特に個別主義 *Individualität*

sinnung の思想に適當したる刑務所長の權限の擴張、及び受刑者に關するあらゆる重要な決意を爲すに當つて醫師をして決定的に之に参加せしむるやう考慮を爲すを要す。或る時期に於ける受刑者の病的狀態か療養所内に於ける特別待遇を必要とするときは、療養所内に於て經過したる期間は刑の執行期間中に算入するを要す。

(四) 従前の生活に犯罪的色彩を帶ふるか又は病的の精神狀態に在るの故を以て公の安寧に對し公共上危険なるの嫌疑を與ふる成年の限定責任能力者に對しては、あらゆる刑種の外保安施設への附托を許すことを言渡すことを得ざるべからず。上級地方警察官廳は之に依りて刑の服役後法律上限定したる長期までの間受刑者を保安施設内に拘置する權限を與へらるゝ次第なりとす。地方警察官廳の科したる一定の時期を超過する附託に對しては、行政裁判を求むることを得べし。最初に命したる期間の經過後保安監置の必要の存續する場合には、同一の手續を反覆することを得べし。保安施設の設置及び組織、權限關係、放免の手續及び條件に關する細則はすべて特別なる國法を以つて之を規律す。限定責任能力者たる少年の受刑者に對しては保安の目的を以て保佐人を附することを得。

(五) 以上に述べたる所の如き刑法及び行政法の法域に屬する改正の提案を正當、有效に實施せんか爲には、(一)に記載したる標準を基礎として刑法典中に限定責任能力の觀念を確定すること缺くべからざるの必要なりとなす。

社會上危險なる精神病者及びひ犯罪的
常習飲酒者の處遇

目次

第一章	二五
第一節 緒論	二五
第二節 社會上危險なる精神病者	二七
第三節 犯罪の常習飲酒者	二七
第二章 比較法制的研究	二八
第一節 社會上危險なる精神病者	二八
ベルギー	二八
ブルガリヤ	二八
デンマーク	二八
獨逸	二八
イングランド	二九
スコットランド	三〇

アイルランド……………101
 フランス……………101
 イタリア……………106
 オランダ……………110
 ノールウェー及ヒスウェーデン……………111
 オーストリー……………113
 ホンガリー……………114
 ポルトガル……………115
 ロシヤ……………115
 スペイン……………117
 スウキス……………117
 アメリカ……………121
 第二節 批判的考察……………124
 約 説……………124
 第三節 犯罪的常習飲酒者……………124

ベルギー……………124
 獨 逸……………124
 イングランド……………124
 フランス……………125
 イタリア……………125
 オランダ……………125
 ノールウェー……………125
 オーストリー……………125
 ホンガリー……………125
 ロシヤ……………125
 スウェーデン……………125
 スウイス……………126
 スペイン……………129
 アメリカ……………129
 ヴェネズエラ……………130

ニュー・サウス・ウェールズ……………二六〇

第四節 批判的考察……………二六一

約 説……………二六四

結 論……………二七〇

目 次 終

社會上危険なる精神病者及ひ犯罪的
常習飲酒者の處遇

「ケルン・アム・ライン」應用高等醫學校精神病學教授

ドクトル・メヂチン・グスターフ・アシャツフエンブルグ

第一章

第一節 緒 論

各國の刑法典か如何なる方法に於て社會上危険なる精神病者 *Gemeingefährlicher Geistesranke* 及ひ犯
 罪的常習飲酒者 *verbrecherischer Gewohnheitstrinker* に對する規定を爲すかの點に關する比較的敘述は當
 初よりしてなへての比較法制的研究か他の場合に於いては未だ曾て際會するとなき困難に遭遇するものと
 す。所謂困難とは即ち社會上危険なる精神病者並に犯罪的常習飲酒者は原則として法律中に規定せらるゝ
 ことなきの事實是なり。例へば我が獨逸刑法々典並に之に酷似せる「ベルギー」、「フランス」、「フキンラ

ンド」。「スウキス」の「バーゼル」、「ワグ」、「ゾイワルン」の諸州並に「イギリス」の刑法典は何れも明示的に精神病者の有罪行為なるものを以て存在することなきものと言明し、かくの如くにして是等の人物は法規の適用以外に置かるゝものにして、大審院が第五十一條を適用して裁判したる犯罪行為の従犯に關する著明なる判決の判示したる所の如く判事にとつては此の種の人物は全然存在することなきものなりとす。

其の然るか故に危険なる精神病者は社會に於て一層痛切に其の存在を主張するものと謂はざるへからず。特に専ら塵殺、殺人鬼と云ふか如き極めて異常なる犯罪行為こそ恰も精神病者の所犯に係ること稀有ならざるに於て然りとするなり。精神病者たる犯罪人の數及び種類を正確に知悉することはあらゆる立法的處置にとつて必要な條件たるに拘らず、憾むへし統計表の示す所はそか裁判所の觸接する精神病者に關する限りはすべて全然其の用を爲さゝるなり。第五十一條に基きて其の刑を免除せられたる者及び放免せられたる者の數に關する統計的報告を求むる聲は既に屢々顯著なるものありたる所なれども、然も從來は満足せらるゝことなくして止みたりしなり。同様にしてまた刑事訴訟法第四百八十七條に基きて刑の執行を免除せられたる者の數、刑の執行中精神病者となりたる者、若は精神病者として言渡を受けたる者の數も明白ならざるなり。社會上危険なる行為若はかくの如き行為の未遂か原則として既に早くより望まんとし、必要なりとしたりし精神病院への引渡に配慮するの最後の刺戟を與ふることすら極めて往々にして

見る所なり。是等の場合は實際上確に稀ならざるものなるか、是等の場合にあつては事件は概して豫審にまで到達することなし。然も是等の精神病者を社會上危険なる者として認むるを至當とすることは、第五十一條に依り放免せられたる者に比して決して讓る所なきなり。

刑法に關する立法例中に於て犯罪的常習飲酒者の觀念に遭遇することの稀なるは恰も社會上危険なる精神病者の觀念に於けると同様なるものあり。凡そ犯罪の原因は刑事立法中に於て顧慮せらるゝ所なきを以て常とす。犯人が常習的飲酒者なりや否やは判事にとつては刑の量定を爲すに當つて斟酌すべき事情たり、時あつてかまた犯人の刑法上の責任如何の問題につきて斟酌すべき所なれども、立法上は全然未知の觀念に屬すること我か獨逸刑法典の實例の教ふる所の如きなり。されは本論を敘述するに當つてはまづ第一に社會上危険なる精神病者并に犯罪的常習飲酒者の二の觀念を限定することを必要とするなり。

第二節 社會上危険なる精神病者

精神病 Geisteskrankheit の語は獨逸刑法典に於て種々なる意味に使用せられあるを見れば、多くの場合に説明的の追加文章（意思決定の自由の阻却、事務を處理する能力の喪失）等を伴ひて疾病の程度を詳細に闡明するを常とするなり。然もこゝに吾人にとつて關係ある限りに於ては此の觀念を劃する上に於て餘りに廣汎に過くへからず。例へば此の觀念は第五十一條の意味に於ての意識の喪失の状態をも包括す。

蓋し經驗上意識昏迷の状態に於て犯したる行爲こそ恰も特種の危険性を具備するを以て常とすればなり。精神病の意義は本論文の關する限りに於ては社會的危険性 *Gemeingefährlichkeit* なる附加言に依つて詳細に表示せらるゝものとす。然も社會的危険性の名稱も亦帝國刑法典第二十七章に於けるか如く必ずしも同一の意義を有するものにあらず。帝國刑法典第二十七章中に於ては理由書中にも云へるか如く之を犯すことに因つて人又は物にとつての一般的危険の蓋然性を與ふべき社會上危険なる若干の重罪及び輕罪を網羅するものなれども、かくの如く社會上危険なるものとして表示したる犯罪行爲は僅少なる犯罪を包括するのみに止まり、其の中には單に放火罪のみか比較的頻繁に精神病者の犯す所となるに過ぎざるなり。余輩は社會的危険性と云ふ觀念に對しては遙に廣汎なる範圍を與へざるべからざるものなりと思惟す。苟も法治國民の共同生活にとつて危険なる行爲はすへて是か主體たる犯人に押捺するに社會上危険なる人物としての刻印を以てするものにして、行爲の懸念すべきや否やは一に繋つて其の犯罪的動作の特殊の方向如何に存するなり。されば吾人の稱して社會上危険なる精神病者と云ふは其の精神上の障礙の結果として若は其の精神上の障礙中に一般の法律的安寧を著しく危険ならしめたるか、又は之を危険ならしむるの虞ある者を指すものと解するを要すへし。

今社會上危険なる精神病者の共通の觀念の下に數ふるを要すへき個々の種類を擧ぐるに於ては大略左の六種の分類を生すへし。

(1) 帝國刑法典第五十一條に基き無罪として釋放せられたる者、即ち判事の心證の結果として有罪行爲の所犯の當時精神作用の病的障礙の状態若は意識喪失の状態に在り、之に依つて意思決定の自由を阻却せられたる者。

(2) 豫審中に既に明確なる病的現象を露呈し、又は之に先たちて禁治産の宣告ありたるの結果として其の精神的疾病に罹れることか裁判所にとつて顯著にして、もはや起訴の行はるゝことなかりし者。

以上この精神病者の分類は原則として「犯罪的精神病者」 *Verbrecherische Geisteskranke* なる共通の名稱の下に之を要約概括することを得へく、此の名稱は其の有罪行爲を犯したる精神病者に關するものなることを表明すへきものとす。

(3) 行爲の所犯後に至つて精神病に罹れるの故を以て刑に服せしむる能はざる受刑者（刑事訴訟法第四百八十七條）。かくの如き場合は極めて稀にのみ發生するに止まるものなることを一言し置かざるべからず。例外としては豫審の特に長期間に亙れる場合にあつては犯罪の所犯後に至つて疾病に罹ると云ふことも必ずしも之を否認することを得へからざるも、大體に於ては疾病か犯罪の所犯以前に既に之を存したりと云ふ推定を以て恐らく其の理由ありとすへし。

(4) 刑の執行中に疾病に罹れるか又は犯罪の所犯前の生活に於て長かれ短かれ犯罪的經歷を看取することを得る精神病者。

此の後に擧げたるこの分類は往々にして之を「精神病者たる犯罪人」"Geisteskranker Verbrecher" として之れを表示し、依つて以て其の爾後に至りて精神病に罹れる犯罪人に關するものなることを表明せんとしたり。余輩は此の場合如上の名稱が往々にして該當せざるものなるを揭示するを必要なりと認む。即ち其の刑の服役中に疾病に罹れる著しく多數の囚人については別の方面よりして行はれたると同様に其の疾病に罹れるの徴候が在監中に顯はれたるにあらずして、寧ろ在監中に初めて識認せられたるに止まるものなること、而して其の犯罪行為は往々にして既に精神上の障礙の状態に於て其の所犯ありたるものなるにして、之に對しては第五十一條の規定を適用するを要するものなることは余輩の認定するを得たる所なり。

されば余輩は誤解の生ずるを防止せんか爲に上に記載せる分類は決して明確に相互區別し得るものにはあらざることを明白に高調し置かんとす。吾人が具体的の場合を上記の分類中の何れに配屬せしむべきやは一に繋つて吾人が當該精神病者の犯罪の所犯前の生活に關して信憑するに値ひする報告を有するや否やの點にのみ存すること事實上決して稀ならずとするなり。

其の精神病者たることか衆知の事實に屬したること既に久きものありたれども、然も其の家族若は官廳か何等かの原因に基きて適時に相當の施設内に拘置するの配慮を爲すことを躊躇せるか如き場合は第五の分類に屬するものにして、此の種の精神病者については其の突然の暴行、放火未遂、風俗上の犯罪等と直接

相關聯して刑事訴訟手續を開始することなく、時にはまた告訴すら行はるゝことなきも尙ほ之を相當の施設に引渡すこと吾人の實際上に於て屢々經驗する所に屬せり。

精神病院若は癲癩病者療養院に收容中同病人若は看護人に暴行を加へたる精神病者にして、永續的なる周到の監視を如ふるに於てのみ初めて能く其の重大なる結果を發生せしむるに至るを防止することを得るか如き場合も亦第六の分類に屬するものとして之を前掲の場合に屬せしむることを得へし。時あつてかかくの如き周到不斷の監視を以てしても尙ほ全然重大なる結果の發生を防止することを爲さるものあるは、病人の不時の襲撃の犠牲となつて斃るる精神病醫及び看護人の不幸なる運命の教示する所なり。

此の後に擧げたるこの分類が法律及び國家の行ふ刑事訴追と何等相關係する所なきものなることは余輩の熟知する所なれども、然も恰も此の種の精神病者を共通の考察より除外するは社會上危険なる精神病者の觀念を不當に狹隘ならしむるものと云ふべく、吾人が此の形式を遵守するに於て初めて幾多の重要な論法に到達するものなることを知らん。

凡そ發育の何れかの程度に於て法律との觸接を導くことあるべき機會を存せざる精神病なるものは一として是れあるなし。然れども其の危険は一般に世人の認むる所の如く爾く大なるものにはあらず。勿論吾人は吾人をして其の危険性の程度を洞察することを得しむべき充分なる統計上の基礎を缺けり。余輩が「ハイデルベルヒ」の精神病院の在院患者につきて年次を異にして三日に亘つて實驗を試みたるの結果一

度は三十七「パーセント」、一度は四十三「パーセント」、一度は實に五十七「パーセント」の男子の患者は其の期間に長短の差こそあれ何れも其の收容に先たちて刑法に對して重大なる違反を爲したるものなることを發見せり〔註一〕。此の場合には精神病院に收容中其の周圍の者に攻撃を加ふる傾向を有したる者は右の數字中には算入せず。然も他面に於ては未決勾留者にして刑事訴訟法第八十一條に依り永續的に監視の爲精神病院に附託せられたる者及び隣接の勞働所より精神病院に移置せられたる浮浪者の大多數に於ては此の數字は餘りに悲觀的なる觀念を與ふるものなることを承認せざるべからず。而して「ザンデル」氏〔註二〕か「ダルドルフ」に於て千七百六人の犯人中百十二人、此の百分率六・六「パーセント」を其の刑法との抵觸と直接相關聯して收容したるに止まるとすれば其の割合は更に餘りに有利に過ぐるものと認めざるべからず。蓋し氏は從前の犯罪行爲を顧慮することなかりしものなるを以てなり。何れにせよ此の僅少なる數字は精神病者の行爲が如何に頻繁に法律的安寧に對する方向を執れるものなりやの事實及び吾人は此の如き危険に對する保護の處分を爲すの義務を負ふものなることを識認せしむるものと謂はざるべからず。

〔註一〕 Über gefährliche Geistesranke. Allgemeine Zeitschrift für Psychiatrie 57, 138.

〔註二〕 Sander und Richter, Die Beziehungen zwischen Geistesstörung und Verbrechen, Berlin 1886.

其の最善にしてまた最も確實なる方法は精神病者を精神病院に拘留するに在ること疑を容れず。精神病

者か精神病院に拘留せられたると同時に多數の精神病者の危険は最少限度まで遞下す。余輩はこゝに例へは必ずしも常に精神昏迷の状態に在るにあらざるも酒精分含有飲料の飲用に依りて初めて極めて危険なる色彩を帯ふるに至る癲癇病患者のみにつきて云ふも、如上の發作は施設内に於ては其の期間短く、輕易にして且原則として全然無害なる経過を執るを以て常とす。また爾他の精神病者については永續的なる監視特に其の犯罪所犯の機會を缺くの事實は其の累犯に墮するを防止するものにして、處遇の如何に依つては立所に其の状態に變化を來して何等危険なる行爲の懸念すべきものを存せざるに至ることあり。

其の然るに拘はらすすへての精神病者を無選擇に社會上危険なるの故を以て之を精神病院に附託するか如きは誤れりと謂はざるべからざるべく、其の附託を爲すべき場合に在つても如何なる事情の下に此の種の處分——社會保護の目的の爲に。蓋し處遇の問題は此の場合には考察より除外せらるゝものなるを以てなり——を必要とするやの點を闡明することを必要とするなり。

即ち今行爲自體を眼中に置き犯人の人格を仔細に觀察するときには吾人は直ちに全然別個の見解に到達すべし。吾人は社會上危険なるの性質を否認せざるべからざる多數の精神病者に遭遇すること多く、而して其の犯罪の多くは無害なる性質を有し、精々の所社會にとつての煩累を意味するに止まり、社會公共に危険を及ぼすか如きことはなし。只其の最も少數なる精神病者については重大なる危険を期待せざるべからざるものあり。

余輩は上記の作業中に於て八年間に千二百五十五人の収容人員につき二百七十九人の精神病者を發見したるか、是等の精神病者は掲の(1)より(5)に至る分類中何れか一に屬せり。而して其の處罰表中には殆ど一の重罪として之を存せざるものなし。即ち三兒の謀殺、母親の謀殺、妻の謀殺より放火、風俗に關する犯罪、詐欺、竊盜、及び更に極めて輕微なる犯罪に至るまでを包含せり。然も公の秩序に對する全然無害なる違反は全然度外視することとなしたるに於て尙ほ然るなり。

病院の障壁の内部に於ける精神病者の危険性を評價せんと欲することは大膽なる企圖なり。吾人か吾人に判斷を許すを得しめんか爲に比較的長期間に亙つて觀察を爲して精神病者并に精神病を充分に知悉するとするも、之を分つて比較的危険なる者と危険の少き者とに區別するは多少專恣的なるを免れず。其の然るに拘らず余輩はすへての場合を通して積極的の方面に方向を執ることとして敢然之を試むることとせり。試験の結果逃走の傾向を有するの結果として或はまた其の周圍に對する暴力を以てする攻撃の結果として、特に擧稱するに足るの程度に勤務を困難なしむるの事實や發生せしむるか又は場合の事情上かくの如き事實を期待せしめたる者十四人、此の意味に於ての比較的少なる危険を示すもの更に十三人、即ち總計二十七人なり。余輩は余輩の認定を追認し若は反駁する爲の類似の試験を他の施設より徴すること能はざりしか、然も余輩は此の場合に於ける論結に著しく異なるものありとは信せず。而して此の結果が實際上の論結にとつて相對的に有利なるものあることは——危険なる精神病者の百分率は殆ど二「パーセント」を超へず——危険性が専ら疾病の種類如何に依つて定まるの點に存す。今是か實例を擧ぐれば特に危険なる精神病者十四人中に二人の「ヒステリー」患者を存し、而して此の二人の「ヒステリー」患者の全然責任無能力なることは恐らく幾多の觀察者の否認する所たりしなり。如上の經驗は決して新規なるものにあらず。惟ふに興奮したる精神病者は決して懸念すべきものならず。かくの如き精神病者は其の狀態の然らしむる所として施設外に在つても尙ほ多くは極めて顯然たるものありて、何人も之に對しては道を避くべく、且又立所に之を相當の施設内に監置することを得へし。其の疾病に罹れるに拘らず用心深き精神病者は之に比すれば遙に其の危険の程度大なるものなり。即ち此の種の精神病者の場合に於て施設内に於つても充分趣向を凝らして攻撃を準備すること極めて易々たるものあり、且又此の種の精神病者は同時に逃走の爲にあらゆる機會を利用すること解せる者なるを以てなり。然れども其の最も危険なるは精神障礙の限界點に位置する者にして、刺戟せられ易き意志薄弱者、變質者、癲癩病者及び「ヒステリー」患者、一言にして之を盡せば限界的狀態に在る者なり——而して此の點についてはすへての精神病醫學者の意見の一致する所なりと考ふ。然も此の分子も亦社會上危険なる精神病者如何に處理すべきやの問題の簡單なる規律を妨ぐるものと謂ふべく、恐らくはまた此の分子こそ恰も此の問題の規律を妨ぐる唯一の障礙とも謂ふべきものなり。

第三節 犯罪的常習飲酒者

吾人の稱して常習的飲酒者と謂ふは酒精分含有飲料を多量に飲用するを常とする者なり。臨床上の觀察は吾人に教ふるにかくの如き酒精分含有飲料を多量に飲用することに依つて身心に有害なる結果を及ぼすの事實を以てすれど、是か範圍と意義とは飲用者自身の抵抗力の如何の外當該飲料の種類に依つて定まるものなり。而して濃厚なる酒精分含有飲料、火酒、葡萄酒等の飲用は往々にして重大なる精神上の障礙の機會を與ふるに反し、麥酒の過度の飲用はむしろ精神力の遞減を來すものなりとす。

狭義の常習的飲酒者として吾人の指稱する所のは酒精分含有飲料の飲用が既に重大なる精神上の障礙を招來したる者にして、特に高尚なる精神生活と倫理的人格とを破壊するの方向に於て然るものなり。然も吾人は迅速に且抵抗的作用を示すことなくして徒らに酒精の餌食となるものは往々にして既にそれ自體精神上の低能者たるものなるの事實に對して眼を蔽ふこと能はず。然も如上の觀察は此の種の分類に屬する者か不斷に累犯を重ねるの危険の一層大なるものあるを示せり。癲癇的素質は經驗上酒精分の飲用に依つて一層著しく外界に露呈するものなれども、此の種の癲癇病者の外、意思薄弱者、大脳の故障に依つて抵抗力に遞減を來したる者等にあつては飲酒と云ふことは特に危険なる結果を來たすものなり。

吾人はまた往々にして生れ乍らの低能か飲酒を導き、飲酒が更に精神上の變質の程度を増大するの缺陷

の反覆 *circulus vitiosus* に遭遇することあり。

かくの如き精神病に相隣せる基礎を存することなきも飲酒の癖ある者は著しく犯罪を犯し易きの傾向を有するものなり。今常習的飲酒者の精神上の状態に着眼するときはかくの如きは未だ以て怪むに足らず。即ち常習的飲酒者が高尚なる倫理的感覺と愛他的精神とを缺乏せるの事實は全然之を措くも熟慮省察と冷静なる打算との能力とを缺乏し、而して其の鈍感と其の無氣力とは當人をして極めて容易にあらゆる誘惑の犠牲となるに至らしむ。然も社會公共にとつての危険は酩酊と云ふことか犯罪行爲の陣立について有する割合に依つて一層昂上せしめらるゝものとす。蓋し常習的飲酒者はすへて強度の酩酊の支配する所とたること極めて屢々なるものあるを以て常とすればなり。

勿論如上の事實は實際家のすへて熟知せる所なれども數上に之を要約することは容易ならず。被告人は好んで其の行爲の初犯の當時自己か酩酊の状態に在りたりしことを容認し、恐らくは更に一步を進めて之を以て其の犯罪の口實となせども、常習的飲酒者は其の飲酒癖を否定するを以て常とす。患者か往々にして持續せる醉狂の後にありても尙ほ斷然として、且其の不實なること容易に立證せらるゝに拘らず不當に其の常習的飲酒者たることを否認するは吾人の臨床上日々に見る所なり。是等の人物の場合にありては吾人は之を肉体上の現象に徴して其の飲酒癖を立證することを得へし。然も是等の徵候は酒類を飲用せざる生活を送るときは極めて迅速に消滅するものにして、こゝに於てか各所の刑務所に於ける事實の確認か時

ありてか極めて區々たる數字を示せるの理由も自ら明瞭となるものなり。蓋し信憑すべき客觀的の端緒を有せざるに於ては吾人は余りに甚たしく囚人の自白に是れ據るに至るを以てなり。

あらゆる此の種の調査の中に最も著名なるは「ペーエル」氏の大規模なる統計なり〔註一〕。之に依れば一萬九千五百三十一人の懲役囚人の中に二十一「バーセント」五、八千六十七人の禁錮囚人の中に十「バーセント」七は常習的飲酒者たりと云ふ。「スウェーデン」國の監獄總長たる「ウキーゼルグレン」氏〔註二〕は懲役囚人一萬七千六百七十四人の中に十五「バーセント」六、禁錮囚人千七百六十一人の中に十一「バーセント」一の常習飲酒者を發見したりと云へり。

〔註一〕 Baer, Der Alkohol, seine Verbreitung und seine Wirkung auf den individuellen und sozialen Organismus, Berlin 1878, S. 43.

〔註二〕 S. Wisselgren, L'influence de l'alcoolisme sur la criminalité en Suède, Intern. Monatschrift zur Bekämpfung der Trinks. 1900 S. 276-281, 289-294.

此の二の統計は極めて多人數の囚人に其の觀察を及ぼすの點に於て特に注意に値ひするものとす。爾他の統計表も多くは極めて大なる數字を示し、此の數字は「ワルドハイム」に於て五「バーセント」、「バウリヤ」に於て二十八「バーセント」一 (Zeitschrift für Statistik des Königreichs Bayern) 「ウニルテムベルグ」に於て二十九「バーセント」五より「リュベック」に於ける六十三「バーセント」五〔註三〕の間

を彷徨せるを見る。

〔註三〕 此の數字は Hoppe, Alkohol und Kriminalität, Wiesbaden 1906. より引用し來れるものなり。

大抵の是等の數字よりも更に多數なるは乞丐及び浮浪者に關する之に類似の調査の結果なり。「ペーエル」氏は「プロシヤ」の勞働所の在留者の四十二「バーセント」三を以て常習的飲酒者として表示し、「シユネル」〔註四〕及び「ボンヘッフェル」〔註五〕の兩氏は酒精分含有飲料の常習的飲用を以て更に遙に普及的なるものとして認めたり。此の兩氏の發見したる日常飲用する大酒の平均數量は四分の三「リットル」〔ボンヘッフェル〕、二分の一「リットル」〔シユネル〕にして酒精中毒の最も重き形式を示せり。最後に尙ほ一言することなくして止む能はざるは「ペーエル」氏か前科三犯以上の累犯者の中には初犯乃至再犯の受刑者の間に於けるよりも遙に多數の常習的飲酒者を存することを指摘したるの一事なり。此の現象を理解することは決して困難にあらず。抵抗ある有機体は累犯に對しては巧みに防禦することを解するに反し、常習的飲酒者の墮落は容易に累犯を促進するなり。

〔註四〕 Snell, Alkoholismus und Irreanstalten. Alkoholismus 1900.

〔註五〕 Bonhoeffer, Über gross-städtisches Bettel- und Vagabundentum. Zeitschrift für das ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 21, 1.

吾人が常習的飲酒者について知れる所の事項を要約觀察するときはその社會上危險なることは自ら明白

なるものあり。人或は犯罪的、常習的飲酒者の語を以て動もすれば重複と爲すに傾き易し。蓋し殆どすべての常習的飲酒者は多少にまれ法律に違犯するを以て常とするものなるを以てなり。勿論飲酒者の有罪行爲か必ずしも常に特別に社會上危険なるの性質を帶ふる次第にはあらず。且又幸ひにも常習的飲酒者の無勢力は余りに大なるものありと云ふことを得へし。精神上的の障礙（嫉妬狂）の開始の徴候若は癲癩的激昂又は強烈なる飲酒すらも直接暴力行爲に導かざる場合にあつては、財産上の犯罪又は浮浪罪及び乞丐の全然受動的なる犯罪に關すること往々にして見る所なり。然れども犯罪的常習飲酒者の滔々たる大河は之に對する堤防を必要とし、殊に堅固なる構造を有する保護堤を必要とするものと謂はざるへからざるなり。

第二章 比較法制的研究

第一節 社會上危険なる精神病患者

ベルギー

「ベルギー」は社會上危険なる精神病患者に關する特殊の法律上の規定を有することなく、犯罪者保護所 *Kriminalasyl* を有することなし。之れに反し「ベルギー」は一八九二年八月二日以来は専門精神病學者

二人をして監獄の監督を行はしむるの制度を設け、後には此の二人者を三人に増員したり。刑務所長は顯著なる精神上的の現象をすへて此の監獄官廳に報告し、調査を容易ならしむるの義務を負ふ。蓋し此の官廳は刑務所管理部の指揮の下に在るものにあらざるを以てなり。然れども此の義務を負ふのみに止まらず刑務所長は自己の判断の基礎を獲得することを得へき限りは自ら進んで豫め精神病の嫌疑を負ふ者の本籍地の官廳よりして其の犯罪の所犯以前に於ける行狀に關する詳密なる報告を徴するを要す。而して精神病患者自身は之を通常の精神病院に引渡すものなり。

司法大臣「ル・デュース」氏が一八九七年に提出したる獨特の刑事精神病院の設置に關する法律案は議會の可決する所となるに至らざりき。

ブルガリヤ

一八九六年二月二日の「ブルガリヤ」刑法典第四十一條は責任無能力に基く釋放の場合につき規定して「かくの如き場合に裁判所が必要缺くへからずと認めたるときは、此の種の人物を其の親族又は自ら進んで此の種の人物の世話を爲さんことを希望する者の責任ある監督に附し、又は全快に至るまでの間特定の施設内に於て之を保護す」と云へり。

然れども余輩の知れる限りに於ては未だ曾て此の種の特定の施設の設置ありたるを聞かず、また國土の狭小なるの致す所として、かくの如き施設の設置が眞摯なる問題となりたること曾てなしとす。

デンマーク

一八六三年の「デンマーク」刑法典第三十八條は責任無能力につきて規定して、

「かくの如き場合にあつては判決中に於て犯人に對し保安處分を爲すことを必要とするも、此の處分は其の徴したる醫師の判断に依ればもはや必要ならざるときは官憲に於て再ひ之を取消ことを得るものとす」

と云へり。

「デンマーク」は保安處分を適當と認むるや否やを裁定するの權限を判事に與ふるも、然も其の他の點に關する裁判は之を行政官廳の權限に屬せしむること「ノールウェー」に於けると類似なり。

獨 乙

我が獨乙の刑法典に依れば第五十一條を以て訴追外に置きたるか又は放免したる精神病者の爾後に於ける處置に關して、何等かの干渉を及ぼすの可能は判事にとつては全然之を存することなし。勿論此の放免

又は訴追免除につきて警察官廳に報告を爲すの習慣は之を存するも、檢事か辯論終結の直後に精神病者を以て社會上危険なるものと爲すの簡單なる證明書を付與せしめたることは余輩が獨逸の各地に於て鑑定人としての職を奉し居たるにも拘らず唯一度丈け其の是あるを見たるに止れりしなり。然もかくの如き證明書を以てして行政官廳は其の將來の處置につき適當なる基礎を與へらるることとなるべきなり。

第五十一條の適用を受くる精神病者は之に依つて司法事務の範圍より除外せらるゝこととなるものにして、爾後の處置を爲すは行政官廳の任とする所なり。然れども此の處置を統一的に規律することは由來精神病院なるものか或は都市の施設たり、或は國立の施設たり、或はまた州及ひ郡の施設たるの故を以て既に獨逸國にとつては煩累を來すものと謂はざるへからず。其の然るに拘らずかくの如き精神病者が重大なる犯罪行爲を犯したるときは原則として直ちに之を精神病院内に拘置すべきものなるの點に於ては學者の全然一致を見る所とす。施設よりの放免は大体に於て醫師の判断上全快者若は矯正の效を擧げたる者を將來抑留すへき何等の理由を存せざるに至りたるるとき之を行ふ。かくの如き精神病者を直ちに放免する精神病院の醫務長の權利を制限するは只命令の方法に於てのみ之を行ふことを得べく、然も其の然るは若干の國についてのみ見る所なり。

其の如何なる方法に於て之を行ふやは刑の執行中に疾病に罹りたる者か如何なる境遇に置かるゝものなりやの問題に相關聯してのみ之を論ずることを得へし。此の場合にあつても万事は寧ろ統一と云ふことを

主眼とするものにして、獨乙に於ける特殊待遇の最初の試圖は「バーデン」大公國に於て行はれ、同國にては一八六四年を以て「ブルフザール」の邦刑務所の病監に特別なる部を設けたるか、此の部は後に至つて特殊の病監となるに至り、一九〇三年に其の開設行はれ、刑期中に精神病に罹れる者をすへて收容するを以て其の目的とせり。かくの如くにして其の刑期中に精神病に罹れる者は刑期の満了に至るまで此の病監に收容せられ、其の刑期の満了するに當りて尙ほ「社會上危険なり」と認められたるときは、之を通常の精神病院に附託することとす。「バーデン」に於ては女囚の爲に特殊の部の設置せらるゝものなく、女囚の場合にあつては即時に通常の精神病院に附託を爲すなり。

「バーデン」に於けると類似の規律を爲すは「ウエルテムベルグ」に於ける精神病者の監置方法にして、同國に於ては「ホーエンアスベルグ」に「ルードウキスブルグ」の懲役所の附屬設備として精神病監を存せり。「ザクセン」も亦一八七六年以來は「ワルドハイム」に刑務所の附屬施設として百八十二個の寢臺を有する一大精神病監を設けたり。

一八七七年二月二十八日の省令に依れば此の施設にあつては精神病に罹れるか、又精神状態曖昧なるものと認むべき男子の懲役囚の監視並に治療及び監置の爲に之を收容するの外、精神病院に引渡すべきや否やの問題を生したる男囚につき其の當時刑事訴追を受けつゝあるか、刑の服役中なるか若は懲治處分 *Korrektionsmassregel* を受けたるの故を以て、又は保安、福利若は風俗警察上の原則に基きて、或は又其

の犯罪的前生涯者は其の個性の然らしむる所として他の施設中に收容することを懸念すべきものと認むるときに收容を行ふ。

されは此の施設は懲役所と行政技術上の關係を有するものなれども（近來は寧ろ疎遠に近し）、尙ほ意外にも處罰せらるゝことなく、また全然裁判所の手を煩はしたることもなかりし精神病者は收容することも假令稀に見る所なりとは云へ全然是れなきにあらざるなり。今「ギユンテル」氏の經驗する所に依れば〔註一〕是等 「自由」精神病者 *freie Irre*、^{ハツ}恰も「自由の身となりたる精神病者」 *frei gewordene Irre*、即ち刑期の終了後其の危険性の故を以て抑留せられたる精神病者と合して不平と困難の重心を成すものなり。爾他の諸國は「プロシヤ」を除けば刑務所に獨特の部を設置することなし。「プロシヤ」にあつては一八八八年を以て此の種の最初の施設「モアビット」の懲役所に設置せられたりしか、此の制度の有益なること判明するや、順次相次いで迅速に爾他の病監も亦「ブレスラウ」〔註二〕、「ハル」及び「ケルン」の監獄並に「ミュンスタア」及び「グラウデンツ」の刑務所に設置せらるゝに至り、只其の目的の點に於て著しく「バーデン」、「ウエルテムベルグ」及び「ザクセン」の施設と異れり。即ち是等の施設は監視施設 *Beobachtungsanstalt* にして、精神病者若は精神病の嫌疑を有する者（若は假裝精神病者も亦）はすへて將來之を監視せんか爲に此の施設に引渡さるゝものとす。而して精神病者か將來治癒し得る見込を伴ふものなること判明したるときは、其の全快に至るまでの間之を病監内に抑留すること