

14.5

54

別書誌  
合2冊



始



14. 5-54



\*1200501213061\*

14.5  
54

# 司 法 資 料

第 七 百 七 號

保  
安  
處  
分

司  
法  
省  
調  
查  
課

〔禁轉載〕（昭和二年四月）

14.5-54



昭和二年四月

本號には佛人ピイエール・シャムボン氏著「保安處分」(Pierre Chambon: Les Mesures de Sureté, 1925.)なる冊子を邦譯收録したり

原著書は先づ保安處分の沿革本質刑罰との聯絡を叙述したる後保安處分の組織に論及し既に實施せらるる諸制度の利害得失を考察し各國の刑法草案に於ける諸制度を比較論評したる上保安處分の涉外的効力に論及したり

今や保安處分は各國に於ける刑法改正事業の中心問題なるを思ひ茲に總編輯の勞を採り筆寫に代へて排印せり

「 澤寄贈本 」



司法大臣官房調査課

同治大正官報圖書



影印本

目次

序論……………(一)

第一編 保安處分の歴史……………(二七)

第一章 淘汰處分……………(二九)

第二章 感化處分……………(三五)

第二編 保安處分の性質……………(三五)

第一章 刑罰は一個の保安處分であるか……………(三五)

第二章 保安處分は一個の刑罰であるか……………(八七)

第一節 目的の點に於ける相違(註一〇二)……………(八八)

第二節 適用の點に於ける相違……………(九一)

第三節 決定權を有する官廳……………(九五)

第三編 刑罰と保安處分との結合……………(一〇九)

第一節 刑罰の後に執行される保安處分……………(一〇九)

第二節 刑罰の前に執行される保安處分……………(一四)

第三節 刑罰に代る保安處分	(二二八)
第四節 保安處分に代る刑罰	(二三四)
第五節 提唱されたる學說	(二三八)
第四編 保安處分の組織	(二三七)
第一章 一般的諸原則	(二三七)
第二章 現行處分の批評	(二四四)
第一節 流竄處分(植民流刑)	(二四五)
第二節 居住禁止	(二五七)
第三章 不定期言渡	(二六七)
第一節 絶對的不定期言渡	(二六八)
第二節 相對的不定期言渡	(二六九)
第三節 保安處分に適用されたる相對的不定期言渡	(二七五)
第四章 提案されたる組織	(二七六)
第一節 保安處分	(二七七)
第二節 期間及び消滅原因	(二八〇)

第五編 國際法上の保安處分	(二八五)
第一章 外國に於て言渡されたる保安處分の効果	(二八六)
第一節 刑罰に代る保安處分	(二八六)
第二節 刑罰に結合せられたる保安處分	(二八八)
第二章 外國に於て犯されたる犯罪の結果	(二八九)
第一節 外國判決の承認	(二八九)
第二節 外國判決の價值	(二九二)
第三章 フランスに於て言渡されたる保安處分の外國に於ける効果	(二九六)
第一節 犯罪人の引渡	(二九七)
第二節 フランス法より觀たる効果	(二九四)
結 論	(二九五)

目 次 終

第一章 序論 (一)

第二章 保安處分の意義 (二)

第三章 保安處分の種類 (三)

第四章 保安處分の執行 (四)

第五章 保安處分の廃止 (五)

第六章 保安處分の国際比較 (六)

第七章 保安處分の将来 (七)

第八章 附論 (八)

第九章 附論 (九)

第十章 附論 (十)

第十一章 附論 (十一)

第十二章 附論 (十二)

第十三章 附論 (十三)

第十四章 附論 (十四)

第十五章 附論 (十五)

第十六章 附論 (十六)

第十七章 附論 (十七)

第十八章 附論 (十八)

第十九章 附論 (十九)

第二十章 附論 (二十)

# 保安處分

## 保安處分

### 序論



「人間は一個の社會的動物である」とアリストートルは言つた。然るにこの社會性なるものは大きな利益を伴ふと同時に、また等しく大きな義務を招來する。大部分のものは進んでこの性質に順應して行く。しかしながら、何れの時代に於ても、一部の個人はこの性質から逸脱しようとして試みた。そして何れの時代に於ても、人間の社會はこれ等の社會的叛逆者を強制する様々の手段を研究した。善き自來の本能的衝動に於て、この手段は、刑罰、即ち犯人に科せられたる害悪であつた。そしてそれは社會乃至國家の復讐心を満足せしめ、且つ犯罪行為の反覆を防止する性質のものであつた〔註一〕。

〔註一〕 Voyer Cheche: L'Union internationale de droit pénal et l'individualisation de la peine.

『國際刑事協會と刑罰個別化』 Bulletin 1914, p. 46. — 「刑罰の眞の歴史は尙ほ未成の事業である、  
 せしめて一度これか完成されるべき、太古以來、犯罪の處罰はその模倣を防止することを目的とした  
 ことであることが發見されるであらうと、私は想像する」。

「原始的社會に於ける犯罪の鎖歴は犯人とそれの一族とに對する社會の、否寧ろ被害者自身の本能的反動  
 に過ぎなかつたかに見える、即ちそれは私的復讐の位相である〔註二〕。文明が更らに進展したるとき、  
 そして宗教が凡ての社會生活を支配するに至りたるるとき、即ち凡ての社會が一度それを經過したるこの神  
 政時代に於て〔註三〕、刑罰の一つの新たな觀念が導入された。この時代には、犯罪は最早一つの宗教  
 的規範の侵犯、即ち神に加へられたる冒瀆としてしか考へられなかつた。その初期に於て、凡ての犯罪  
 は、假令それが無意識的であらうとも、尙ほ刑事裁判を受け得るものと考へられた〔註四〕。然るにブル  
 ノ・フランクに從へば〔註五〕、基督教と共に、刑罰は更らに別様の觀方に於て考へられることになつた。  
 即ち、この場合、刑罰は罪惡の賠償、即ち一つの過失、一つの惡意の制裁であつたのである。

〔註二〕 V. Bruno Franchi: Scuola positiva, 1910, p. 98, "Il sistema giuridico della difesa sociale"  
 『社會防衛の法律的體系』

〔註三〕 オーグヌスト・コント及び彼れの「知識の三段階説」(Théorie des trois états) を参照。

〔註四〕 Comparez l'Histoire d'Edipe.

〔註五〕 前掲。この斷定は恐らくは絶對的に正確とは考へられない。實際に於ては、過失の思想は、  
 既にそれ以前の哲學者達の著述(殊に、Sénèque, De clementia, ch. I — 『恩寵論』)及びそれ以前にも  
 Carnéade 及び Platon) を立法 (Paul Digeste: XLVIII, 19, 20) また就中ローマに於ける犯意の  
 重視) 中に現はれて居た。——この問題に關しては、Dounelien de Valbres, Cours de doctorat 1923 —  
 24 の外、また Saleilles: Les nouvelles écoles pénales, p. 11. Lunnemann: La lutte contre le crime, p.  
 201 を参照。  
 この罪惡の觀念は「大革命」と共に消滅したか、しかし、過失のそれは常に存続する。オルトランは言  
 ふ——『社會は、それが正義に合致する場合に於てのみ、そしてこの正義の制限内に於てのみ、處罰を爲  
 し得るものであり、また爲すを要するものである』と〔註六〕。  
 〔註六〕 Ortolan: Eléments de droit pénal, t. I, p. 87. V. aussi Garraud, Traité t. I, N's 42 et 43, p.  
 88 e t suiv. Vidal, No 50, p. 65 et suiv.  
 それ改に、今日尙ほ我々の刑法の凡ては刑罰の觀念に基いて居るのであつて、次に引用するマヌーの  
 法律は常に眞實なのである。曰く、『制裁は人類を支配する。制裁は人類を保護する。制裁は凡ての者が  
 眠つて居る間、常に醒めて居る。……制裁は人類を支配する、何故なれば一個の有徳なる人間は容易に存  
 するものでないからである。世の凡てか彼等に認容されたる權能の範圍に止まり得るのは、そこに制裁の

脅威を存するかためてある』〔註七〕。しかしながら、制裁は、感受性の有無、性格の強弱に關はりなく、凡ての者に對して、果して眞實に唯一の保護手段たり得るものであるか？〔註八〕。制裁は、それに指定されたる目的を果して完全に達成したか？そこには、更らに新たな保護手段を導入する必要を存せなかつたか？

〔註七〕ヌーの法律 (Lois de Manon) 第七卷第一五節及び第二二節。—— Loisseleur, op. cit. pp. 213 et 214.

〔註八〕前掲第二〇節及び第二二節。——『若しも國王が制裁を價するもの、凡てを用捨なしに處罰しなかつたならば、結局、弱肉強食に終ることになつたであらう』  
『現今の社會には、疑ひもなく、刑法にその原因を有する一大不安を存する。我々は、犯人に對して刑法の與へる保護に就き、最早往時のことき確信を有するものではない。そしてこの事態の重大なる所以は、この疑惑が單に學者の間に見出されるたけではなしに、またそれか廣く公衆の間に傳播せる事實たるかためである』。我々か一度フランに於て有する統計、即ち『一般刑事統計』(Compte général de l'Administration de la Justice Criminelle) と『内務所刑務統計』(Statistique pénitentiaire du Ministère de l'Intérieur) とを調査するとき、ルウー氏のこの一節は〔註九〕不幸にも余りに眞實であると、我々は考へる。蓋しこれ等の統計の示すところによれば、一般の犯罪數は、一八二六年より一八八〇年に至る

までに、殆ど三倍した。そしてその中、詐欺は三倍し、横領、背任は六倍し、官吏侮辱は正に八倍して居るのである〔註一〇〕。

〔註九〕 Roux: Prevention et Repression, p. 1.

〔註一〇〕 Voyez Tard: La statistique criminelle du derniers demi-siècle (『最近半世紀の刑事統計』)

Revue philosophique, 1883, p. 54.

重罪犯數

輕罪犯數

一八二六年	五、六八九	三九、八九四
一八四〇年	六、五九三	六七、九〇〇
一八五〇年	五、七九八	一〇九、六〇七
一八六〇年	三、九七七	一一四、九三三
一八七〇年	三、九一九	八五、二一四
一八七一年	三、六一五	一〇二、七五一
一八八〇年	三、四九一	一四八、八六九
一八九〇年	三、一六九	一六九、五四六
一八九五年	二、九九〇	一八〇、二六七



重罪被告數	輕罪被告數
一八五五年	
一九〇〇年	一六七、一七九
一九〇一年	二〇三、三〇五
一九一〇年	二一八、八二五
一九一二年	二四四、五六一

固より、我々は統計にたつた盲目的に信賴する譯けには行かない。ジョーリー氏は説明して居る、ベルギーの或る一郡の研究に於て、彼れかその地方の一般道徳性の低下よりも寧ろ向上の事實を確認したにも拘らず、統計上の數字は却つて犯罪の増加を示して居た。蓋し、この郡は、一國から他國へと輾轉する不逞の徒か絶えず入り込むて來る國境に隣接せる地方であつたので、全體の犯罪に及ぼす彼等の影響を科學的に判定するのは、極めて困難であつたと〔註一一〕。

〔註一一〕 Joly : Problèmes de science criminelle, 『刑事學の諸問題』 p. 9.

尙ほ、犯罪の實勢を確認する上に於て、更らに困難なる問題は、犯罪の既知數と未知數との關係を知ることである。蓋し有罪判決の實數は明瞭であるにしても、尙ほそこには、假令事實は發覺して居ても、犯人を檢舉し得るかために、結局、訴追を不能に終らしめる犯罪の多數を存し〔註一二〕、また事實そのものか全く認知されない犯罪の多數を存するからである。しかし、それにも拘らず、そこには告訴と公訴

との著しき増加か確認される。

一八二六年より一八三〇年に至る	一四四、一八一
一年間平均數	二二五、九八二
一八七五年	三〇〇、〇〇〇
一八八〇年	五〇〇、〇〇〇
一九〇一年	五二五、四五七
一九一〇年	五四七、〇一一
一九一二年	六〇七、八八六
一九一四年	四〇二、一六一
一九一九年	五二六、三九五

〔註一二〕 犯人を發見することの不能なる爲に、不訴追に終りたる件數は著しく増加した。即ち一八六〇年にはその五二%を、一八九〇年には六三%を、一九〇七年には、七一%を存した。尙ほベルテルミー氏によりて引用されたる未檢舉墮胎數を參照 (Berthélemy, Revue Pénitentiaire 1917, P. 102)

我々は、告訴の習慣が社會に普及して居ると信してはならない。多くの場合に於て、就中、我が農村に於て、犯罪の被害者は寧ろ沈黙を選んで居る〔註一三〕。より重大なる點は、累犯の増加がこの犯罪の一般的増加と平行して居ることである。

年	重罪にかかる累犯被告人	輕罪にかかる累犯被告人
一八五〇年	二八%	二七%
一八六七年	四二%	三六%
一八七八年	五〇%	四〇%
一八八一年	五一%	四三%
一八九〇年	五七%	四八%
一九〇〇年	五七%	四八%
一九一〇年	五九%	四三%

それ故に、犯罪の増加に就きて、一つの正確なる量定を與へることは不可能であるとしても、しかし兎も角も、この増加を存し、而かもそれが顯著であり、そしてそれか一つの常住的態容に於て生ずるものであることは確實である〔註一四〕。

〔註一三〕 July 前掲、二三頁。

〔註一四〕 Roux 前掲四三頁及び四八頁を参照。

この増加は何に基因するか？ 各種の鎮歴處分が最早充分に適用されて居ないのであるか？ これ等の鎮歴處分は最早や不充分であつて、近代の必要に順應しないのであるか？

(1) 刑の適用が充分でない。

この犯罪の増加に當面して、人々は尠からず衝動を感じて居る。そして司法官權が犯人に對して餘りに寛大なることか、各方面に於て抗訴された。より多くの嚴格さを示すべく裁判官に與へられたる司法大臣の訓令は、數回反覆された〔註一五〕。即ち彼れは言ふ、『裁判所の與へる鎮歴は近年その威力を減した、蓋しそこには従前よりも、より多くの罰金刑を、そして就中より多くの短期拘禁刑とか言ひ渡されて居るからである』と〔註一六〕。

〔註一五〕 Compte général de l'Administration de la justice criminelle de 1888, p. XIX; de 1905 p. XXXIII; de 1909, p. XXXIII; de 1910, p. XI.

我々は、これ等の警告を、既に一八五六年度の刑事統計の中に發見する(報告二二頁を参照)。Bonnevile de Marsangy: Amélioration de la loi criminelle, t. II, p. 30 を参照。

〔註一六〕 Id. Compte général de l'Administration de la Justice criminelle, 1909, P. XXII.

司法行政に協力するものは、何れも刑事學者であり、専門家である。然るに『彼等によりて短期自由刑の濫用が警告されてより既に二十年を経過する。そこに我か裁判所の根強き寛大さを認むべく果して何人か疑ひ得るであらうか?』〔註一七〕。

〔註一七〕 Gaud: Administration de la Justice criminelle en 1910 (「一九一〇年に於ける刑事司法行政」) Revue pénitentiaire, 1913, p. 576. — 尙ほ一九一二年の „Revue politique et parlementaire“

所載の検事長 Loubat の諸論文、一九一二年の『全國刑務協會』(Société Générale des Prisons) の

討議 (Revue Pénitentiaire, 1912, pp. 656 et 800) 及びグルノーブル第四回國際會議報告を参照。

そこには、確かに裁判所の無力を主張し得る場合が尠くない。ギイヨー氏は、彼れか或る一小都會を通過したる際、近接森林内に於て一網打盡に逮捕されたる浮浪者共に裁判所か執行猶豫の特典を與へるのを見て、全く一驚を喫したと報告して居る。彼れは言ふ、そして最も驚くべきことは、彼等か尙ほこの特典の再度の均霑者であつたことであると〔註一八〕。

〔註一八〕 Guillot, Revue Pénitentiaire, 1833, p. 874. *Ordonnance*

他方に於て、短期拘禁刑の一般化されて居ることは、極めて確實である。一八七二年より一八七五年に至る期間、一個年一日以上の刑期にかゝる平均言渡数は七%を示した。

然るに、この率は爾後次ぎのことく遞減して居る。

一八七六年——一八八〇年

六%

一八八一年——一八八五年

四%

一八八六年——一八九〇年

三%

一九一〇年に於ては、僅かに累犯者の三%のみか一ヶ年以上の刑を言渡されて居る〔註一九〕。

〔註一九〕 Revue Pénitentiaire, 1913, p. 576.

しかしながら凡ての人間に共通なる弱點乃至過誤を獨り裁判官の罪となすことか果して正當であるか?

〔註二〇〕 一つの感傷性 (une sensibilité) —— 恐らくは病的なる —— は過誤に陥りたる者を處刑するより

も寧ろ憐憫すべく我々を刺衝するものではないか? 論者は言つた、『禍根はより深刻である。それは我々

の凡てを侵し、潜在的に凡ての人心の上に作用する所謂の道德的潮解性 (déléguescence morale) に存する。

そして犯罪人に與へられる寛容を證明するものは、まさしくこの道德的潮解性である』と〔註二一〕。果

して然らば、如何にして、我々の裁判官のみか獨りこの短期拘禁刑濫用の一般的傾向に無感覺なるものと

して批難され得るか?〔註二二〕。

〔註二〇〕 この短期刑の濫用は、他の諸國に於ても等しく確認される事實である。ガン控訴院所屬辯

護士ドウ・リイクケール氏は言ふ、多數の大赦にも拘らず、これ等短期刑 (彼れの言ふ短期刑とは二

十九日以下) の數は一九二〇年に四四、二四四に達し、そしてそれは國庫に二八八、四七〇フランの負

擔を課したと (de Ryckère dans la Revue du droit pénal et de criminologie, nov.-déc. 1922) / ヲン

〔註二一〕 Nasl : Revue Pénitentiaire, 1912, P. 841.

〔註二二〕 グルノーブル國際會議に於ける議長モナン (Moulin) 氏の討論を参照 (Bulletin de l'Union

Internationale de droit pénal, 1913, p. 4 et suiv.)

しかし、就中、多くの場合に於て、彼等の寛容は廣く是認されるのではないか？『我々の處罰するものは、行爲者の犯罪を伴ひたる事實である』とカララは言つた〔註二三〕。そしてこの事實は社會に取りて危険なる行爲であり、犯罪性であり、道德的秩序の侵犯である。固より、各人はかくのとき犯罪行爲の齎す社會的危険に就きて、多少とも容易に判斷することか出来る。深く輿論を動かしたる斯々の重罪に當面して、世人はそこに一つの制限されたる刑しか適用されないのを見て不思議かる。實際世人は余りに「犯罪性」(Criminalité) といふ第二の屬性を忘れる傾きを有つて居る。我々は一癡狂者によりて犯されたる殺人を、果して處罰するてあらうか？輿論は殆ど例外なしに言ふてあらう。否、それは「恰かも一枚の瓦か屋根から落ちたと同様な」一つの災害であると〔註二四〕。しかしながら、癡狂者と並んで、そこには即ち半責任能力者、即ちヒステリー患者、神経病者、變質者、酒精中毒者又は酒精中毒者の子のことももの多數を存することか、世人には余りしはは忘れられて居る〔註二五〕。彼等は果して完全責任能力を有する者と同様に待遇されねはならないものであらうか？否、何故なれば、彼等は非正則者であり

彼等の犯罪性は同一でなく、従つてその刑は同一たる譯けに行かないからである〔註二六〕。ムウラー氏は言つた、『私は諸君に克く犯人を正視されむことを希望する、彼等は、大部分、最早善を爲すかためよりも、寧ろ惡を爲すための力しか有たない人間の屑であり、社會の滓である』〔註二七〕

〔註二八〕 Carrara : Corso di diritto criminale 『刑事法講義』 Tome II, § 638, P. 5, (1906, 1907)

〔註二九〕 ガロファロは一個の反對意見を有する、曰く、癡狂者の處罰は威嚇のために有益たり得る

と (Garofano : Criminologie, p. 225 et suiv.)

〔註三〇〕 一九一〇年ブルニッセル開會の國際刑事協會大會に於けるガルソン氏の宣言を参照

(Bulletin de l'Union Intern. de droit pénal 1910, p. 196)

〔註三一〕 反對意見。フランス哲學會に於けるガルソンの討論を参照 (Garçon dans le Bulletin de la

Société française de philosophie, 1908, p. 86 et suiv.)。尚ほグラッセによりて引用されたる諸家

(Grasset : Responsabilité des criminels, p. 30 et suivantes, 202 et suiv.) 及び (Maxwell : Le crime et

la société, p. 135 et suiv.) をも参照。

〔註三二〕 國際刑事協會、第四回フランス國內大會報告 (Bulletin de l'Union International, 1913 P.

81)

加之、事實の力は裁判所をこの結果に誘導した後に、また監督行政廳をも等しく同一の結果に誘導した。

司法省は、従前、社會の敵（犯人）に對して裁判所の示したる峻嚴を賞揚し、若しくはその餘りに大なる寛大を戒飾したのであるか、しかし、そこには間もなく一つの改論を見るに至つた。即ち一九〇五年、司法大臣は、裁判所に向つて、就中、その審判に附せられたる犯人に就き、その精神的方面を検査せしむべく慫慂して居るのである。かやうにして彼れは言ふ、『一つのより開明されたる裁判は、かくのごとくして與へられるであらう』と〔註二八〕。

〔註二八〕 *Compte général de l'Administration de la justice criminelle, 1905, p. XVIII.* しかしなから、それは正義に對する我々の正當なる要求のために社會的保護を犠牲にすることにならないてあらうか？〔註二九〕 刑罰は、それかこの短期間に治癒することの出来ないこれ等の非正則者に對して、一つの幻滅的役目を演ずることにならないてあらうか？ 刑罰は最早充分なる威嚇力を有たないものとなりはしないか？ ギイヨール氏は報告する〔註三〇〕。嘗て或る若い労働者が殺人未遂に就き有罪と認定された。然るに、彼れは、従前、その精神能力に障礙を存したもなることか明らかになされた。そしてその診査を托されたる醫師はまさしく彼れは症候の明確なる精神障礙に冒されて居るものであつて、彼れの責任は極めて減弱的のものと看做されねばならなかつたことを確認した。そこで彼れは八日の禁錮に處せられた。然るに、刑期満ちて釋放さるるや否や、彼れは直ちに、その以前成功するに至らなかつた計畫の實現に志して、今回は見事成功するに至つたと〔註三一〕。

〔註二九〕 Roux 前掲一三頁及び一四頁を参照。

〔註三〇〕 Guillot: *Les prisons de Paris, page 181* 尙ほ Grasset 前掲二〇七頁及び二〇八頁をも参照。

〔註三一〕 また Garafalo: *Criminologie, p. 313 et 314* 参照。

それ故に、若干の場合に於ては、刑罰が充分に適用されて居ない事實を存し得るのは否定出来ないとしても、しかし、大多数の場合に於ては、刑罰の定義を否認することなしに、その適用を擴張する譯けには行かないであらう。それ故に、結局、過失はこの刑罰の定義そのものに存することになるであらう。

(2)、刑罰は充分に威嚇的でない、  
既に一八四〇年にドウ・トックヰイル氏は言つた、『犯人の数は市民のそれよりも五倍の迅速さを以て増加して居る』と。そして彼れは更らに附言した、『刑務所は毫も感化的となることなしに、その威嚇力を失つた』と。このドウ・トックヰイル氏の宣言したことは、尙ほ現今に於ても我が刑事學者達の間にも確認されたる事實である。『一八八五年末の或日早朝八時に、五、六十人の見物人が巴里の或る大刑務所の門前に蝟集して居た。そこには、釋放される一人の囚人か、刑務所を去ることを拒むたので、彼れを無理に歩道に投げ出すために、看守が三人掛りて、彼れを無理遣りに街頭に引きつり出さざるを得なかつたかとき珍妙な立ち廻りか演出されて居たのである』〔註三二〕。

〔註三二〕 Joly: *Le Krach de la repression* (『鎮壓の破綻』——Correspondant du 25 février 1896. 留置所長ダバー (Dahat) 氏もまた等しく、朝に追放される外國人て、夕には更らに求めて拘禁さるべく復歸するもの尠くなかつたことを報告して居る。最後に、我々は、巴里控訴院管内に於て、最近にその一事例を有つた。同一趣旨の記述は、またゲエター氏に於て見出される (Guétat dans le Bulletin de l' Union Internationale du droit penal, 1913, p. 10) エンリコ・フェリに從へば、イタリヤの農民達か『その國の澄明な空と愉快な光とに』捧けて居る愛を我々の霧深い空かフランス人に吹き込むて居ないことは可能である (〔註三三〕)。しかしながら、原因は更らにより深刻て在らねはならぬ。刑務所は餘りに寛大すぎるものとなつたか？兎も角も彼是の批評は別として、そこに一つの著しき改善の行はれて居ることだけは、恐らく確實である (〔註三四〕)。

〔註三三〕 Enrico Ferri: *Relazione sul progetto di codice penale italiano* (『イタリヤ刑法草案に關する説明』) P. 194.

〔註三四〕 Voyez Garrofolo, op. cit, p. 244 et suivantes. M. le Premier Président Monin, loc. cit, p. 6.

しかしながら就中我々の凡ての努力を無効に終らしめんとする暗礁は、犯罪人が正直なる人々のそれとは全く異りたる一つの心性の持主たることである (〔註三五〕)。刑罰の與へる汚辱を感じるものは、極めて

少數に止まるてあらう。大多數は、反對に、『彼等か何の苦勞も無く食らひ、飲み、且つ眠ることをか出來て、別に辛苦して活計の道を求めるの必要な』一つの場所を見出すことを、極めて幸福に感じて居るのである (〔註三六〕)。

〔註三五〕 Voir Thyrtén: „Considérations sur la reforme du code penal suédois,” 『スウェーデン刑法改正に關する考察』 *Revue internationale de droit pénal*, 1924, pp. 34 et 35.——Maxwell: *Le crime et la société*, p. 297.

〔註三六〕 Joly op. cit, P. 738.——同一の意味を説明するものは、Procureur général Lambat: *Revue pénitentiaire*, 1912, p. 676 — Maxwell, op. cit, pp 309 et 310.

それ故に、刑務所は殆ど恐怖を植付けるものではない。刑務所は威嚇の效を有するものではない。他の一面に於て、短期自由刑の濫用の結果、刑務所は大抵の場合改善の實を擧げることが出來ない。それ故に、刑務所は、我々かそれを希望するの權利を有つてあらふかよくなその目的を果して居るものではない。然らば、我々は更らに一步を進めて、刑務所は善よりも寧ろより多く惡の原因を成すものと宣言する譯には行かないか？シオリ氏は論じた、『刑務所の確定的落伍者 (社會的) の環境内に少年を投入する逮捕によりて、彼等の運命の最終段階が保障されるこれ等の小落伍者か尙ほ惡に於て學ぶべき何物かを有ら得たならば、刑務所は之を彼等に、絶對的に、確實に、且つ永久に供與するものである』と (〔註三七〕)。小

年に就きて眞實なることか、成年に取りては虚偽であらうか？ペランゼ法 (loi Bérenger) 及び短期拘禁刑の自宅執行 (受刑者の) の許可に關するかの最近改革の存在理由を成したものは、就中、この弊害に對する感情ではないか？〔註三八〕。

〔註三六〕 Joly : Le Kraich de la repression, loc. cit. page 735.—Le Coupable de Coppie.—司法大臣はまた或る場合に於ける不起訴處分を檢事局に逕憑して居る (Compte général de l'Administration de la Justice criminelle de 1905, p. XV) —尙ほ Salles : Les nouvelles écoles de droit pénal, p. 7 を引證せねばならぬ。

〔註三八〕 この改革はロシア刑法、アルゼンチン共和國刑法及びポーランド諸草案中に存する。

固より我々は獨房制刑務所を一般化し得るであらうことは確かである。即ちこの場合、鎮壓はより峻厳に、より威嚇的となるであらうし、且つ感染の危険かより少くなり、そして改善かより容易になるであらう〔註三九〕。しかしながら、獨房制刑務所は隨所に存在するものではない。受刑者の半數は今日尙ほ雜居監に於てその刑の執行に服すべく餘儀なくされて居る。そして現時の我財政状態から考へて、我々は近き將來に於て、この點に關する一つの改良を期待する譯けには行かない。

〔註三九〕 Voir Joly : Combat contre le crime, 『犯罪の防遏』 p. 174 et suivantes.

他方に於て、そこには、或る情狀の下に、罰金を以て禁錮に代らしめむとする運動を存した〔註四〇〕。

そして論者は附言した、それは我か古い時代の刑罰であつたと。蓋し、大革命以前の世俗法 (droit laïque) は禁錮刑を認めて居なかつた。即ち『凡ての犯罪には唯領主に支拂はるべき罰金のみか科せられた』とロアゼル (Loysel) は言ふて居る。ボンヌヴィル・ドゥ・マルソー・ジイ氏は既に此の代用の必要を宣言した。

〔註四〇〕 Voir Bonneville de Marsangy : Amélioration de la loi criminelle 『刑事法の改良』 t. II, p. 251 et suivantes.

固よりこの制度を以てすれば、感染の危険、從つて社會的落伍者となるの危険か大部分に於て消滅するであらうことは確かである。しかしながら、そこでは同時に他の障害が現出する、罰金は如何なる教化的機能をも有たないことか即ちそれである。大部分、短期拘禁刑に該當するか非正則者に對してこの代用刑の結果は恐らく同一であらう、即ちその結果は、同様に、殆ど無に近いものであらうと、我々は確信する。罰金刑はまた果して威嚇力を有するものであらうか？この點に關しても、尙ほ疑ひを存する。罰金は單にその五〇%しか取立てられて居ない〔註四一〕。しかしながら、大概の場合、罰金は受刑者に取りて大枚の金額であることか確認されるとするならば〔註四二〕、勿論受刑者の半數以上は確かに彼等の犯罪の結果から免かれ得るであらうことを考へるのは、賭易き道理である。

〔註四一〕 『全國刑務協會』 (Société Générale des prisons) に於ける Boulaire 氏及び Yvernès 氏の報告を參照 (Revue Pénitentiaire, 1893, p. 718 et p. 724).

〔註四一〕 Voir déclarations de M. M. Bruyère, Yvernès, Petit (Revue pénitentiaire, 1893, p. 733 et suivantes.)

我々は受刑者に彼れの釋放を容易ならしむべき方法を試み得る。しかしながら、尙ほこの場合使用される手段は眞に實際的たることを必要とするであらう。然るに多數の權威者はこの點に關して極めて重大なる疑惑を懷いて居る〔註四三〕。しかし、何れにしても、就中執拗なる犯人に對しては、結局、拘禁刑を執行しない譯けには行かないであらうし、主たる弊害は實にここに存するのである〔註四四〕。

〔註四三〕 Voir Guillot, op. cit., p. 872.

〔註四四〕 レツェイエ氏は刑役 (corvée Pénale) を提唱した (L'aveille dans la Revue Pénitentiaire, 1893, p. 880.) — ドゥ・ロツケル氏は、これに反して、制裁としての行政的ボイコット、即ち「行政

停止」(quarantaine administrative) を提案せる (de Riquières dans la Revue de droit pénal et de Criminologie préctique)。しかし、『これ等の解決は何れも批評の難を免かれないであらう』(Henri Prudhomme, Revue Pénitentiaire, 1922, p. 927)

罰金を完納する者に對しても、罰金は尙ほ極めて不完全である。罰金はしほぐ犯人の資力に〔註四五〕、また犯罪の齎したる利得に比例して居ない。假りにその均衡が取れて居たにしても、多くの者に取

らない。

〔註四五〕 チレン氏は所謂の "dagstoft" の制度 (各受刑者に就き、裁判所は、彼れの資産、彼れの純所得、彼れの扶養義務並ひに彼れの經濟的能力に影響を與へるその他の事情を斟酌して、罰金の單位即ち "dagstoft" と認めらるべき一定の金額を決定する。そして罰金は犯罪の經重に従ひて、この單位を累加する方法に於て——スウェーデン草案によればこの單位の二百倍まで——言渡されるもの。譯者註) によりて、この缺點を救済しようと試みた (Thyrén, Revue internationale préctique, p.

36)。

シェイツン氏の報告するところによれば、密漁者の組合は、組合員各自の贖金によりて、その組合員に科せられたる罰金を支拂ふ約束をして居るのである〔註四六〕。

〔註四六〕 Voir Cheysson, Revue pénitentiaire, 1893, p. 888.

かようにして、我が現行の刑罰は初犯者に對して有効に社會を保護すべく無力であるかに見える。しかしながら、これ等刑罰の缺陷は累犯者及び慣行性犯人に對して更らにより痛切に認知される。それかこれ等の犯人を改善する力なきことを我々か確實に知つて居る場合に、彼等に一つの匡正手段、而かも常に同一なる手段を科するのは馬鹿氣たではないか?〔註四七〕。この刑罰組織は既に前世紀の經過に於て不



八〕。農村の人々は、最もしばしば執拗なる犯罪人たる浮浪者の數の著しき増加に對して抗議した〔註四九〕。そして一八八五年の法律は改善不能者の殖民流刑 (relegation) を構成した。しかしながら、この處分は、マツテオーチカそれを確認するように、我が刑法の根本的諸原則と乖離するものではないか〔註五〇〕。時として左まで重からざる罪に對して科せられたるこの極めて峻嚴なる制裁か道德的見地に於て是認せられるに困難なことは言ふまでもない。この處分は單に社會的必要によりてのみ是認され得るのである。

〔註四七〕 Voir Prius : La défense sociale et les transformations du droit pénal (『社會防衛と刑法の變遷』 p. 106.

〔註四八〕 殊に Joseph Reinach : Les Récidivistes (『累犯者』 t. IV, p. 78 et suivantes を参照。

〔註四九〕 Joly : Le combat contre le crime, p. 340.——『浮浪者を正すにまさしく累犯に結合されたる状態である。即ち累犯はこれに出發し、且つこれに復歸する』。

〔註五〇〕 Matteoti : La Recliviva (『累犯』 p. 413.

そこには、飽くまでこの方針を固執する必要を存するであらうか？

そこには、鎮壓の外に (若くはその代りに)、公安の保護に對してより大なる有効性を有ち得べき異りたる性質の各種處分を考案するの必要を存せないか？ としてこれ等處分の構成を拒否するのは先見の

明なき愚見ではなからうか？〔註五一〕。實際、『犯罪人は野蠻人のこときものである』ことを我々は忘れてはならない。即ち『野蠻人は文明人の間に生活するかきりに於て彼等は多少とも文明人の生活様式に順應して行くのであるか、しかし、彼等か一度その卿土に復歸するや否や、彼等は直ちに彼等の不良なる習慣に再び逆轉することになるのである』〔註五二〕。それ故に、この野蠻人としての犯罪人は、これを開化する事か必要である。しかしこれは刑罰の主たる目的ではない。『刑罰は常に範例的たることを要するものとするならば、刑罰の改善的たることは、單にその望ましき性質たるに止まる。前者は刑罰の必然的性質であり、後者はその望ましき性質である』〔註五三〕。それ故に、若しも我々か社會を有効に防衛せむと欲するならば、我々は、單に犯人を模倣せむとする者に對してはなしに、更らに犯人自身に對して、新たなる種々の制裁を設定すへき必要を痛感する。そしてこれ等の制裁は刑罰と同一の目的を追求するものではないであらう。これ等の制裁は懲罰又は威嚇の用を爲すものではなく、専ら個別的豫防をその唯一の機能とするものであらう〔註五四〕。我々は犯罪を二つの異りたる觀點から考案し得る〔註五五〕。我々は犯罪に於て、道德的及び社會的秩序に對する一つの侵害を見ることか出来る。その結果を除き、且つその反復を防止するために、我々は一つの刑罰を科するであらう。しかしながら、我々はまた一つの危険なる八格の徵表として犯罪を考案することか出来る。そして我々を保護するために、我々は保安處分、言換へれば、専ら犯人の危険性に基いたものであつて、犯人を監護し、犯人を改善し若しく

は犯人を隔離し、淘汰することを以て唯一の機能とする社會保護の各種手段を創設するであらう。従つてこれ等の制裁は、如何なる道德的機能をも、また威嚇的機能をも追行するものではない〔註五六〕。そして『この目的の根本的相違から、そこには、當然、一列の結論が生せねばならぬ』〔註五七〕。

〔註五一〕 Roux, op. cit. p. 165

〔註五二〕 Garofalo: Bulletin de l'Union Internationale de droit pénal, 1913, p. 450.

〔註五三〕 Garraud: Traité de droit criminel, t. I, p. 17.

〔註五四〕 Roux: Note au Serey, 1920, I, 89.

〔註五五〕 Voir Georgiadès: „Peines et mesures de sûreté”, Revue pénale suisse, 1921, p. 149.

〔註五六〕 かようにして、デヨルダイアー氏は保安處分を次ぎのことく定義する。曰く『彼れの有する危険性の徴表的價值と將來の侵害を防止する目的とに於て考へられたる、或る法益に對する一つの現實的侵害（犯罪若しくは犯罪的事實）を理由として、刑法上責任能力を有し又は有せざる或る市民の法律的範圍を強制的に制限する狀態的處分（mesures éatiques）。——前掲、一五一頁。』

〔註五七〕 Roux: Prévention et Repression, p. 196.

ここに於て、保安處分の必要は凡ての時代に於て感得されて居た事の證明を試みたる後に、我々は、この二種の制裁の追求する異りたる機能か、果して一つの真正なる性質上の差異を招來するものであるか否

かを探求するであらう。若しもそれかかくのとききものであつて、而かも時としてこの兩者は併立して適合されねばならないとするならば、この兩者は如何にして結合されるか？最後に、フランスに於て行はれたる保安處分に對する諸家の批評を紹介したる後、我々は諸外國の立法を參考として、是等の一組織を考案するであらう。

第一編

保安處分の歴史

我々はここに從來推賞されたる保安處分の各個の歴史を、順次、徹底的に叙述する考へはない。我々は單に危険なる犯罪人の淘汰と回復の望みある犯人の改善とか、何れの時代に於ても、刑罰にあらざる制裁の使用を必要ならしめた事實を論證するに止めむとする。我々は、實際、我々の提案する保安處分か古い諸觀念と密接に關聯して居るものであり、そしてその必要が常に感得されて居たものであることを、ここに論證せむと欲するものである〔註一〕。

〔註一〕 我々の考察は單に危険なる犯罪人に對して取られたる處分に止まるものであつて、かの好ましからざるものと考へられたる政治家に對して取られ得べき處分に至りては、ここに我々の考察の關するところではない。これ等政治家の場合に於ては、常に眞の保安處分が適用されたことを論證するのは容易であらう。例へば、追放 (ostracisme) はまさしくその一つであるかに見へる。即ち、法律はこの處分に、如何なる加辱的性質をも、また如何なる民権減殺をも附加しなかつた。またこの處分は決して財産沒收をも、所得の處分禁止をも伴ふものではなかつた。この處分は、單に、『餘りに勢

力ある人物を遠けること』をのみ目的とするものであつた (Plutarque, vie Périclès) — Voir Thonissen : *Le droit pénal de la République Athénienne*, p. 104 et suivantes) 同様に、死刑に處せられたる者の子は元老院又は人民議會に於て發言する權利を奪はれた、何故なれば、『若しも彼等かかの禽獸にまで及ぶ愛情(親子の愛情)の法則に服したとするならば、彼等は必ずその當時の裁判官と死刑執行官とに憎惡を向け得たに違いないからである』 (Démotriènes contre Ariston, II. 9; Thonissen, op. cit., p. 111. — しかし、グロートはデモツセネスのこの著書の有權性を疑問として居る Glotz: *Solidarité de la famille*, page 509) 最後に、彼等の家産を蕩盡したる者は議政壇から排斥された、何故なれば、『その家を修むる能力なき者か、同時に人民の選良たることは出来ないからである』 (Eschine contre Timarque, 28—30; Athénée III, 141; III, 64, 65, — Thonissen, loc. cit. Se même Platon: *Les Lois*, livre II in fine et L. III) 古代の諸立法か、就中、一つの贖罪、即ち冒瀆されたる神に與へらるべき一つの満足の必要を感じたことは確かである〔註二〕。しかし、この機能の外に、刑罰はまた威嚇の機能をも必要とした。即ち原始的心理に強い印象を與へることを目的としたかの野蠻なる——しはしは——刑罰は、かくのことくして説明される〔註三〕。

〔註一〕 Foinitsky: *La transportation russe et anglaise*, pages 2 et suiv.

〔註三〕 バストレーは、一七九〇年に尙ほ死刑を言渡されたる件数の一一五を算へて居る。

そしてそれは、しはしは、我々には多少とも無價値に見える理由に基きて、即ち『旅行のために、若くは彼等に入用なる火藥又は彈丸を購求するために必要なる以上に、金又は銀を王國外に搬出すること』を理由として言渡されたものである (Pastoret: *Les lois pénales*, t. II: III<sup>e</sup> partie; p. 120, No<sup>o</sup> 26 et 36) — 尙ほここに附言されねばならないことは、これ等の刑の執行にはしはしは拷問を伴つたことである。

しかしそれにも拘らず、そこには、尙ほ往々にして、單に彼れか危険性を有するの故を以て危険なる個人を社會から除外すべき、多少とも明確に表現されたる志向か發見され得るであらう。またそこには、立法者か、一般豫防の外に、明確に犯人自身の改善を求めて居る若干の場合を發見することか不可能ではないてあらう。

### 第一章 淘汰處分

我々の學説を極端に押し進めれば、我々は凡ての威嚇刑——そしてそれは古代民族の間に多數に見出されるものである〔註四〕——の中に一つの特別豫防處分を認め得るであらう。尠くともそれか初犯者に關する場合、固よりこの斷定は誇大に失するであらうか〔註五〕しかし、立法者か累犯者に對する刑を著し

く加重し、而かも淘汰にまで至らしめて居るのを見るべき、彼れは制裁の觀念以外に、恐らくはまた彼れが除外するを必要とした一つの社會的危険の意識を有つたものであると考へることか果して不當であらうか？

〔註四〕 凡ての原始的法律の中に、我々は罪人、即ち平和の侵犯者を表示するために、同一の用語を發見する。スカンデイナビヤ法の “Ulagar”、アングロサクソン法の “Ulay”、スコットランド法の “out-law” は即ちそれであつた。アイルランドに於ては、それは “Vargr” (狼) と呼ばれた。—— Voir Glotz: Solidarité de la famille, p. 23, note 2.

〔註五〕 それにも拘らず、或る種の淘汰的制裁は正義の名に於てよりも、寧ろ社會的實利の名に於てより容易く是認されて居たかに考へられる。マヌーの法律は、第一犯に於て拘捕は二指を、第二犯に於て一足及び一手を切斷せらるへく、『第三犯に於て死刑に處せらるべきもの』と宣言した〔註六〕。

〔註六〕 La loi de Manu, Livre X, § 277. Traduction Loiseleur, p. 360. 更らにより近く、イギリスに於ては、『一つの船舶又はその船具の一部を外國に輸出したる者に對し、第一犯に於ては、財産沒收、一年の禁錮及び左手の切斷を以てこれを處罰し、累犯の場合には重罪の刑(絞刑)を言渡した』〔註七〕。

〔註八〕 Reeves: History, t. V, p. 127. — Du Boys: Histoire du droit criminel des peuples modernes, t. III, p. 526.

我が古代法中にも、この意味に於ける例は決して乏しくない。例へば七七九年の一法令を引用するならば、『窃盜に對しては、その第一犯に就き死刑を科する譯けには行かないか、しかし、彼等には一眼を抉出し、第二犯に及んで鼻を切り、そして彼等が更らに改悛することをなしに、第三犯を犯したるときは、これを死罪に處した』のである〔註八〕。我々は尙ほサン・ルイ (Saint-Louis) の法令中にも等しくこの規定を見出すであらう〔註九〕。エノー、オランダ、ドイツの古い慣習、ニヴェルネーの慣習 (Nivernais, Ch. III, art. 18) 及びカロリナ法典 (Caroline, Ch. CLXII) に於てもまた同様である。〔註一〇〕。シトリヌス・クラールスは、彼れの時代に於て、引き續き三回の有罪判決を受けたる者は、特に危険なるものと看做され、且つかくのこぢかきものとして處罰せられ、これを『常習剽盜』 (famosus latro) に準じたを報告して居る〔註一一〕。この意見は、而かも一七二四年三月四日の宣言によりて確認されて居るのである〔註一二〕。

〔註八〕 Cité Du Boys, op. cit. t. II

〔註九〕 Ch. 29: „Quelle justice lui doit de larron selon qu'il a méfit,” cité Molinier: La repression du vol d'après les lois anciennes, p. 7.

[註一〇] Bossières : La loi pénale, Thèse Paris, p. 56.

[註一一] Juris Clarus: Opera omnia sive Practica civilis atque criminalis, Edition de Lyon, p. 383. Cité Molinier, op. cit, P. 15.

[註一二] Isambert, t. 21, p. 260.——しかしながら、ルイ第十五世は有期又は無期の懲役 (galères) を言渡すことを以て満足して居たことを注意せねばならぬ。それ故に、それは一つの真正淘汰刑ではない。

しかしながら、就中、ここに注意すべき重要な點は、尠くとも一部著述家の間に、この峻嚴は社會的實利によりて是認されて居たことである。ダムハウダーは我々に言つた、實際、『これ等の犯人は彼等を動かすの力なき普通の刑罰を一笑に附した。この状態から社會を救出し得るものは、獨り死刑のみである』と [註一三]。

[註一三] Damhonder: Praxis rerum criminalium……, ch. XII. Cité Bossières, op. cit, p. 57.

我々はこの淘汰を、社會の各種保護處分の效果なきを見て不滿を感じる立法者の憤怒の一標識として常に考へねばならないものと信せない。我か殖民流刑 (relegation) はまた同一制度に基くものではないか？しかし、何人もその實利的性質を争ふものはないであらう。加之、そこには、またスペインの古代法中に、死刑の基礎を犯人の危険なる性質の上に置いた一法條が見出される。曰く、『一個の常習剽

盜に非らずして、公道上に於て劫盜を爲したる者は、被害者に盜品の倍額と國王に一百マラヴエデイスとを支拂ふ。しかし、常習剽盜にして、一つの類似の劫盜を爲したる者は死刑に處せられ、且つ彼れの財産より盜品の倍額を支拂はしむ』と [註一四]。即ちこの取扱ひに於て、その差別の基礎を爲すものは、犯人の危険性ではないか？

[註一四] Del Esallo: ley 5, art. 7; cité Du Boys, op. cit. t. III, P. 192.

これ等の威嚇刑の内に、我々はまた恐らく一つの特別豫防の考慮をも發見し得るであらう。蓋しこの種の刑罰中には、固よりそれか懲罰を主たる目的とすることに於て疑ひはないとしても、しかし、そこにはまた犯罪の原因を消滅せしめることによりて、同時に再犯防止の目的を達せむとして居るものか尠くないからである。我々は歴史中にこの種の刑の多數を發見する。即ちクヌートの立法 [註一五] 中に見出されるその顯著なる一例を引證するならば、成年の婦人は鼻を兩耳との切斷によりて處罰された。蓋し、『鼻の切斷は、犯罪の源泉をなし若しくは手段をなしたる彼れの美を奪はむかためてあつたし、耳の切斷は犯罪的謀議を聽取するの道を絶たむかためてあつた』のである [註一六]。

[註一五] Législation du Krut, ch. 50. p. 165, cité Du Boys, op. cit. t. II, p. 618.

[註一六] Voir même sens, Démosthènes Contre Phoenippe, 3; le Fuerto Real, cité Du Boys, op. cit, t. III, p. 344. Lois de manou, livre VIII, § 344; traduction Loiseleur, p. 302.

淘汰の他の一手段は犯人の生命を奪ふことなしに、尙ほ社會生活から彼れを隔離することに存する。専ら犯人の危険性を基礎としたる保安處分に在りては、即ちこの制度が行はれて居たのではないか？

トニッセン氏〔註一七〕はディオドール・ドゥ・シシール (Diodore de Sicile) によりて報告せられたる流刑の一例を引證する〔註一八〕。トニッセンの斷定は我々の指定を確認する性質のもてあらうか、しかし、そこには單に我が殖民地發遣 (transportation) の濫觴を認めるのか、より確實であると、我々は信する〔註一九〕。犯人を淘汰することによりて社會を保護する必要か、またアクチザーヌ王に存したことは固より疑ひない。しかし、ディオドール・ドゥ・シシールは、決して、この處分がかくのごとき目的を有したものと認めて居るのではなしに、寧ろ正反對にこれを以て刑罰緩和の一手段として認めて居るのである〔註二〇〕。

〔註一七〕 Thomissen: Histoire du droit criminel des peuples anciens, t. I, p. 54.

〔註一八〕 Bibliothèque historique, I-60. Mémoires de l'Académie des Sciences, t. I, p. 183.

〔註一九〕 アクチザーヌ王は彼れの登位と共に、王國內の凡ての被告人を集めて、彼等の犯罪を正確に取調べたる後、『彼等か彼等の古い習慣に復歸したる場合、これによりて平和なる住民に不安を與へ得さらしめむかために』、罪狀の最も重き犯人を不毛の極地に流竄した。〔註二〇〕 『彼れはこれ等の犯人を死刑には處せなかつたが、しかし、彼れはこれを全然無處罰に残

したのではない』。

ローマに於ては、反對に、流刑はまさしく一つの保安處分たる性質を有つて居たかに見える。この處分は、『初め、公秩序に對して危険なる個人を隔離する目的に於て、執政部によりて適用された』ものである〔註二一〕。ローマの殖民地發遣處分 (diportation) を特質附けるものは、それか毫も殖民の手段としてではなしに、豫防問題の解決として使用された點であると、ブオイニツキは附言する〔註二二〕。しかしながら、この殖民地發遣處分は、その起源に於て、單に一つの行政處分てしかなかつたことを注意せねばならぬ。ローマに於て、これを刑法の中に採り入れたのは、漸く七五六年以後のことである〔註二三〕。

〔註二一〕 Foinitsky: La transportation russe et anglaise, p. 8.

〔註二二〕 Op. cit. P. 13.

〔註二三〕 Op. cit, p. 9.

殖民地發遣は、イギリスに於てもまた明かに同一の性質を有つたかに見える。エリザベスの治下に於て〔註二四〕、實際、浮浪の害惡を防遏するために、政府は勞役場 (work-houses) 以外に追放の處分を採用し、『勞役場が改善し得なかつた改善不能の無頼漢』にこれを適用した。この處分は、正確に一つの司法罰ではなく、この處分は、寧ろ諸侯の有する一つの行政的權限に屬するものと看做された。そしてそれ

は本國に對する保安の考慮によりて是認されたものであつた〔註二五〕。

〔註二四〕 Statut de 1597.

〔註二五〕 Foinitsky, op. cit. p. 30.

アレキシス (Alexis) のロシア法典もまた明かに殖民地發遣に同一の性質を與へたかに見える。即ちそれは一つの刑罰ではなしに、一つの刑罰に附加された處分である。就中、我々は次きの一節を引證する、——『保安處分として、殖民地發遣は一つの廣き範圍に於て、若干州の住民に適用された、しかし、それは固より凡てにてはなく、たゞこの處分を値する者に對して』〔註二六〕。

〔註二六〕 Foinitsky, op. cit. p. 156.

最後に、我々が古代法もまた一つの類似處分を認めて居た。異端者の追放か即ちそれであり、そしてその根據はまた同一であつた。即ちこの處分は、支配的宗教を保護するの必要に基いたのである。バストレ (Pastoret) は言ふ〔註二七〕、『そこには異端者の追放されたる一時代を存した。この法律の理由とするところは、一つの危険なる教説を傳播する人々を隔絶することの必要であつた』。

〔註二七〕 Pastoret: Les lois pénales, t. I, 20 partie, p. 115.

しかしながら、この特別なる場合以外に於ても我々が古代法の殖民地發遣は、また同一の方法に於てしか説明され得ないやうに考へられる。『舊制度の下に於ける如何なる時期に於ても、殖民地發遣は一つの刑

罰ではなかつた、この處分は一群の厄介者を排除する一手段であつた』のである〔註二八〕。

〔註二八〕 Bessières, op. cit. p. 58.

正それ故に、殖民地發遣は浮浪者に對して適用されたる一個の真正なる保安處分であつた〔註二九〕、そしてそれは尠くとも直接に如何なる懲罰の思想をも、また威嚇のそれをも含むものではなかつた。しかし、浮浪者によりて、そこには何か理解されねばならなかつたか？ 蓋しそこに與へられたる定義は、純粹なる實證主義的理説に合致するものであつた。曰く、『職業をも、稼業をも、定まりたる住所をも、生活の資源をも有することなく、信用を値する人々によりて彼等の善良なる生活と素行とを認證せしめる自信を有し得ざる人々のみか、浮浪者及び無頼漢と看做されるであらう』〔註三〇〕。

〔註二九〕 一六八〇年三月の法律 (Isambert, t. XIX, p. 232) は同様に職業的浮浪者の無期拘禁を

命じた。

〔註三〇〕 Rousseau de La Combe: Traité des Matières criminelles, 2<sup>e</sup> partie, chap. III, § 1.

我々はこれを以て我々が現行殖民流刑の起源と認める譯けには行かないであらうか、しかしそれは我々の認めて居るそれよりも、より柔軟なる一つの流刑の濫觴であつたであらう。尙ほ、他方に於ては、今日の居住禁止 (Interdiction de séjour) の先驅を存した。即ちモリニエ氏は報告する〔註三一〕ツールーズの最高裁判所 (Parlement de Toulouse) は、慣例として、窃盜の刑に一つの有期追放を附加した。そして



この處分はツールーズ市及びその近郊並ひに犯罪の犯されたる裁判管区内に於て第一審裁判官の管轄に屬する地域から犯人を追放するものであつたと〔註二二〕。

〔註二二〕 Moinier: La Répression du vol d'après les lois anciennes et la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, pp. 36 et 56.

〔註二一〕 De même: Etablissements de Saint Louis, chap. XXXVII.

しかしながら、そこには一つの疑ひか生し得るであらう。蓋しこの追放は一つの犯罪の結果としてのみ科せられるものであつて見れば、そこには、單に裁判の性質しか認められないことになり易いのであつて、保安處分としてのその性質は可成り疑はしいものとなるであらうからである。しかし、そこには、尙ほこの躊躇を減し得べき證據が見出される。即ち一七〇一年に〔註三三〕、ルイ第十四世は、『既に有期追放に處せられて居たか、若しくは今後處せらるべき凡ての者に、裁判所の言渡したるその追放期間内居住を禁止し、そして現にそこに居住する者並ひに凡ての浮浪者及び無賴漢に對して、一箇月内に於ける退去を命じて居る』のである。それ故に、追放は必ずしも一つの有罪判決の結果ではなかつた。ルイ第十五世は、一七九一年〔註三四〕に、この處分を、既に懲役 (Galères) 又は追放に處せられたることある者に擴張した。

〔註三三〕 Déclaration du 17 août 1701 (art. 9.)

〔註三四〕 Déclaration du 8 janvier 1719 (Preamble).

特別豫防の必要は如何なる時代の立法者にも常に考慮されて居たものと断定するのは、固より正當でない〔註三五〕。裁判か同時に懲罰と淘汰とを目的として居た場合に於てすら、尙ほこの断定は維持され得ると我々は考へる。實際、我々は、保安處分によりて同時にこの二つの機能を充さしめることか有利たり得ることを見てあらう。

〔註三五〕 我々かここに云爲するものは立法者だけに就いてである。哲學者達かこの特別豫防の必要を常に力説して居たことは、固より疑ひない。この點を確認するかためには、單に次きの諸家を引證するだけで充分である。——Platon: Les lois, chap. XII (traduction Victor Cousin, pp. 338 et 373), chap. V (p. 202) et XI.—Aristote (Bessières, op. cit., p. 55)—Pastoret, op. cit., t. I, 1<sup>re</sup> partie, p. 22, 2<sup>e</sup> axiome et t. I, 2<sup>e</sup> partie, p. 10.

しかしながら、我々は更らに進んで、社會的不應化性を表示したる者の淘汰を目的とするものであつて、而かも如何なる道德的觀念をも、また一般豫防の目的をも伴はざる、眞に保安處分の特徴を充分に具備せる若干の處分かそこに發見されることの可能を、固より主張する譯けには行かないのである。

## 第二章 感化處分

若しもそこに犯人の改善が求められるならば、論理は普通法に矛盾せる解決に到達するかに見える。即ちこの場合、殊に、制裁は犯人の完全なる治癒に至るまで延長されねばならないであらうし、従つて、有罪判決はその刑期に於て不確定たることを要するであらう。他方に於て、處遇は犯人によりて表明されたる様々の傾向に順應することを必要とすべく、従つて、そこには、勞役場、飲酒癖者に對する施設其の他の創設が要求されることになるであらう。最後に、激情の支配に委せられたる犯人に對しては、しはしは、別に他の制裁を科することなしに、たゞ將來により良き行狀を持すべき一つの單純なる勸戒を以て充分とするであらう。若しまたそこに一つの危険が存続したとするならば、彼れに向つて更らに一つの善行保證 (caution de bonne conduite) が要求され得たであらう。

これ等の處分は、凡て實證學派によりて推賞されたそれである〔註三六〕。然らばこれ等の處分は從來既に實行されて居たものであるか？

〔註三六〕 Voir Ferri: Relazione sul progetto preliminare (『準備草案に關する説明』) p. 270 et suiv. *Projet positiviste*, art. 39 et suiv.

立法の歴史中に不定期刑言渡の例を見出すことは困難である〔註三七〕。立法者はかくのこと言渡によりて凡ての威嚇力を消失せしめ且つ凡ての權力を拋棄するの危懼を有つたであらう。しかし、それにも拘らず、これ等の不定期刑言渡か一つの特別裁判所、即ち宗教裁判所によりて、極めて頻繁に言渡された

ことは眞實である〔註三八〕。

〔註三七〕 不定期刑言渡はローマに於ては未知に屬する。Le Jacoste: *Etude historique sur l'idée de sentence indéterminée*, p. 5 et suiv.

〔註三八〕 即ち教會によりて、より一般的に。De Jacoste, *op. cit.* p. 9.—Molinier: *L'Inquisition dans le Midi de la France*, p. 380.

その判決文の中には、次きの文句が挿入されて居る、『(4) 我々は我々の欲するかまゝにこの懲罰を輕減し、加重し、若しくは變更するところあるべきを留保して、汝に無期禁錮と糧食制限(麵麩と水の支給)とを言渡す』〔註三九〕、若しもそれか有期禁錮の言渡にかかるときは、『判決を言渡したる後に、宗教裁判所審判官は他人に向つて言ふであらう、我か愛すべき子よ忍耐せよ、そして汝は絶望してはならない。若しも我々か汝に於て改悛の情を見るならば、我々は汝の懲罰を輕減するであらう。しかし汝は我々か汝に命するところのものを克く服膺せねばならぬ、何故なれば、若しも汝かそれに違背するに於ては、汝は改悛の意思なき異端者として處罰されるであらうからである』〔註四〇〕。一二四九年十二月二日の法王インノーセント第四世の親簡はまた同一の趣旨を敷衍したものである〔註四一〕。宗教裁判所の審判官は被告に對して、情狀によりその判決を緩和することか出来る〔註四二〕。

〔註三九〕 *Manuel des Inquisiteurs*, p. 127.—Voir aussi Loeseleur: *Les Crimes et les Peines dans*

*l'Antiquité et les temps modernes*, p. 186.

[註四〇] *OP.* cit. p. 102

[註四一] *Doct.* t. XX, f. 76.

[註四二] *Molliet*: *L'Inquisition dans le Midi de la France*, p. 323.

これ等の特別原則の理由は即ち這うである——異端者を懲罰し且つ他宗者を威嚇するを以て専らそれの目的とする宗教裁判所は〔註四三〕、また同時に成るべくこれを改宗せしめやうとした〔註四四〕。そこに言渡されたる刑か殆ど常に一つの禁錮に存したのは、この目的を達せむかためであつた。従つて、世俗法に於けるそれは一つの豫防處分てしかなかつたにも拘はらず、宗教裁判所は反對に、受刑者を反省せしめ、彼れをより『思慮深き者』たらしめ、そして彼れを眞理に開眼せしむべき一つの手段として、これを考へたのである〔註四六〕。

[註四三] 前掲モリニエは死亡せる異端者に對する有罪判決の例を引證して居る。全産を沒收し、子孫に對してすらも凡ての祭祀を禁止する言渡は、かやうにしてのみ是認され得るであらう。

[註四四] *De Lacoste*, op. cit., p. 12—*Vidal*, *Cours de droit criminel*, p. 20 et suiv.—*Saleilles*;

*L'Individualisation de la peine*, p. 43.

[註四五] *Rousseau de la Combe*, op. cit., p. 310.

[註四六] *Manuel des Inquisiteurs*, p. 124.

犯人の改善と社會的回復とを確保すへき同一の考慮から、不定期刑言渡の制度は他の諸民族の間に於ても、また等しく發見される。イギリスは既に久しき以前この制度を實行した。我々はここにメリー王朝の下に於ける一五五三年の一法律を引證し得る〔註四七〕。この法律によれば、宗教に違反する行爲を犯したる者は二名の裁判官の審判に附せられ、禁錮の言渡を受ける。そしてその刑の執行を終りたる時、彼れは重罪裁判所に引渡される。重罪裁判所は、彼れに改悛の情を存し、且つ彼れかその行狀につき充分なる陳謝を爲したることを條件として彼れを釋放し、若し然らざるときは彼れか謝罪を爲すことに同意するまで、彼れは引續き刑務所に拘禁されることになるのである〔註四八〕。

[註四七] *1 Mary*, 2<sup>e</sup> session, c. 3.

[註四八] 一八九四年十二月二十八日の法律によりて廢止されたる刑法第二二六條は、また同一趣旨

の規定を包含した。——*Donnedieu de Vahres*: *Cours de droit Sciences pénales*.—『これ等の立法例以

外に於て、若干の先驅者はエンリコ・フェリ以前に、また不定期刑言渡の制度を提唱した。殊に *La*

*Rocheboucault Liaucourt* 公はその一人であつた』 (*Granier*)

そこには各種の不良なる性格の匡正を目的とする諸施設を存したか?、尠くとも原始的諸國民に對して、我々はそれを知らないであらう。加之、極めて久しき間、癡狂者は疾患者とは考へられて居なかつた

〔註四九〕。浮浪者はかの剽盜乃至「法外者」(out-law)の兇徒組合(hunter)を形成して居た、そして彼等に對しては彼等の殄滅を目的とする戦慄すべき刑罰が科せられて居た〔註五〇〕。最後に、酒精中毒の害悪は現今ほどに爾かく重大ではなかつた……しかしながら、若しも我々が我々の法律の比較的新しい諸規定を研究するならば、我々は、これ等の處分が必ずしも常に未知のものではなかつたことを確認し得るのである。

〔註四九〕 十九世紀に於ては、殊にロッシーの「刑法論」を参照 (Rossi: 'Traité de Droit pénal', I et IX). — 我々が古代法に於てもまた同様であつた (Mayart de Vouglans: Les Lois Criminelles, liv. I, titre V, chap. 1, § 2, No 9).

〔註五〇〕 Besières, op. cit., p. 56.

第十五世紀及び第十六世紀に於て、浮浪者の數の増大に惱まされたるイギリスに於ては、交通に或る取締が課せられて居た。殊に、靈地巡禮は尙書若くは大學(學生の場合)の證明書を有するものにのみ許可された〔註五一〕、そしてこれに違反する罪の再犯に對して、ヘンリー第八世は死刑を豫定した〔註五二〕。エリザベスは一つの他の制度を用ひた。即ちこれによれば、浮浪者には先づ管刑を科したる後、これを一つの勞役場に送致し、彼れか他に就職口を見出し得るまでか若くは一箇年間に留置すべきものとされた〔註五三〕。固よりそれは極めて原始的なる一つの改善處分てしかない。即ちこの場合、犯人は

或ひは一つの懲治場に、或ひは地方の刑務所に收容せられ、而かも彼れは凡ての場合に於て勞働を強制せられ、そしてそれが必要と認められる間だけ施設内に留置されるのである。かやうにして此處分は、まさしく特別豫防の考慮に出たものと認められる。『最後に、それか危険なるか若しくは改善不能なる浮浪者に關する場合に於ては、最近開廷の季節裁判所 (sessions trimestrielles) が彼等の事件に就きて決定を與へるまで、彼等はこれを刑務所又は懲治場に拘置することを要する。そしてこの場合季節裁判所の與へる決定は、王國外への追放に存するであらう』〔註五四〕。

〔註五一〕 Statut 12, Richard 2 c. 3 (Reeves, op. cit., t. III, P. 7).

〔註五二〕 彼れの治下に於て七二〇〇〇の浮浪者か絞罪に處せられた (Garrofolo: Criminologie,

pp. 285 et suivantes).

〔註五三〕 Statut 39, Elisabeth c. 4 (Reeves, p. 17).

〔註五四〕 ウィントン (Winton) の一法律は、『剽盜かそこに待伏するを得ないかために、道路

の二百歩毎に、生垣、溝梁、樅林、輪伐林を破壊し、下方の瞰下に便する方法に於て大樹の枝を伐截することを命じた』ほども、浮浪は此時代に於て、爾かく流行し、爾かく危険であつた (Du Boys:

Histoire op. cit., t. III, p. 45).

第十七世紀に於て、我々の間にも又同一の問題を存した。そしてその解決もまた類似のものであつ

た。しかし、その精神に至りては、恐らく別異のものであつた。即ち、イギリスに於ては改善の趣旨に據つたのであるか、この點は我か古代法に於ては、極めて疑問とされるかに見える。蓋し、一六一二年の法令〔註五五〕は病者のために救濟院を設置したか、勞働能力を有する浮浪者に關しては、彼等か乞丐者と認められたるとき、彼等は異常なる取扱ひを受けた。彼等に對しては如何なる處遇規定をも存せなかつた。一六八〇年に〔註五六〕巴里の一般救濟院の組織には一つの新たな改造か行はれた。即ちこの改造の下に、勞働能力を有する浮浪者は、十五日、『又は院長に於て相當と思料する更らにより長期の禁錮に處せられた。この場合、彼等には單に生活の絶對的必需品のみか供與され、そして彼等にはそれか可能であつて、而かも彼等の體力の堪へ得るかきりの最も辛苦なる作業か課せられる』ことになつたのである。それ故に、この處分はこれを一つの處遇と認めるよりも、寧ろ一つの刑罰と認めることを以て、より正當とするであらう。しかしながら、威嚇の目的を充分に保存しなから、而かも同時に犯人の改善を期する意圖か、第十七世紀に於て決して閑却されて居なかつたことを主張するのは、恐らく可能であらう。そしてこの主張は、第一に處罰か常に受刑者に作業を課することに存したることと、更らに第二には、この處罰か我か古い著述家達によりて決して決して刑罰の種類中に編入されて居なかつたこととの事實の上に基礎附けられることになるであらう。最後に、就中この有罪判決は不定期であつた。そして若もそれか一つの處遇に關するものでないならば、如何にしてこの特性か正認され得るかか理解されないてあらう。

〔註五五〕 Ordonnance du 27 août 1612. Isambert, t. 16, p. 28.

〔註五六〕 Règlement du 2 mars 1680. Isambert, t. 15 p. 232.

最後に、若しもプリンス氏の所説か信すへきてあるならば、保安處分を制定することによりて、我々は單に、『かの常習窃盜に一つの延長されたる勞役場留置を科したるとき、既に一五九五年にアムステルダムに於て追行されたる實踐に復歸する』ものてしかなないのである〔註五七〕。

〔註五七〕 Prins: „L'état dangereux de certains délinquants“ Note au Congrès de Hambourg. Bulletin de l'Union internationale de droit pénal, 1906, p. 79.

犯人か彼れの犯罪に就き悔悟して居るとき、そして犯罪の原因となりたる各種情狀を研究したる結果、彼れは最早再び過去の過誤を繰返すものてないてあらうことか確實と思料されるとき、彼れに一つの刑罰を科するよりも、寧ろ一つの有益なる譴責を與へることか、より望ましきこととされないてあらうか？ 實際、裁判上の譴責 (admonition judiciaire) を保安處分の中に入れるのは、些か誇張に失するものと見え得るであらうか、しかし、何れにしてもここに注意すべき肝要なる點は、この情狀の下に於て、威嚇の無意味なることとあり、そして、他方に於て、現實的制裁もまた殆ど同様無意味たるべきこととある。それ故に、結局のところ、この場合、受刑者に將來の善行を訓諭するのは、一個の豫防處分に關するものである。就中、ホルトガル刑法は、この見解を採用する、即ち同法の規定に従へば、『裁判官か第一一九條

の適用に於て刑罰に代らしめ得る譴責は……刑罰とは看做されて居ない』のである〔註五八〕。ボンヌヅイル・ドゥ・マルソージイは、この處分にまた同一の性質を與へて居る。曰く、『この譴責は刑罰の性質を有たないであらうか、しかし、それにも拘らず、この處分は訴訟費用及び損害賠償の支拂を招來することになるであらう』と〔註五九〕。メンデルゾーン・バルトルデイもまた同一見解を支持するものである〔註六〇〕。

〔註五八〕 Art. 81, cité Bonneville de Marsangy, op. cit, t. II, P. 213.

〔註五九〕 Bonneville de Marsangy, op. cit, t. II, p. 214.

〔註六〇〕 Mendelsohn-Bartholdy: „Itaque admonitio quaedam precedere sententiam penalem censuræ debet qua nam vere contumax peccator sit demonstratur“, cité Bonneville de Marsangy, op. cit, t. II, p. 223.

この制裁の性質に就きて、更らに管々しく細論するまでもなく、我々は、この處分がまさしく實證學派の提唱以前に使用されて居たものであることを確認し得る〔註六一〕。更らに遠く遡るまでもなく〔註六二〕我か舊時の法律は既にこの處分を認めて居た。初め教會によりて採用されたるこの處分は〔註六三〕間もなく我が世俗法に於て廣く行はれることになつた。例へば、ロタールの一法律はこの處分を次のごとく明定し居るのである——„Placuit nobis, ut si pro cuiuslibet culpis atque criminibus quaecumque persona

toties fuerit corrupta …”〔註六四〕。

〔註六一〕 しかしヘンリコ・フェリは此制度の支持者ではなからず (Voir Ferri: Relazione:…, p. 274).

〔註六二〕 「罪賢」書の中にも、既にこの制度の痕跡が見出される (La Sagesse, XII, 217.)——東洋の

若干の立法中に於ても亦同様 (v. Ladslas Thet: „Du droit pénal orinatal“, Bulletin de l'Union internationale du droit pénal, 1912, p. 140).

〔註六三〕 Mendelsohn-Bartholdy, ch. 15; I.

〔註六四〕 Bonneville de Marsangy, op. cit, t. II, p. 225. の原典は以下の意旨を表明するが、(註六一)に

更らに後代に及んで、ドナー (Donat) は言ふ、『それは一個の裁判上の口頭懲戒であつた。この種の刑罰の目的は、單に裁判上譴責されたることの汚辱によりて被告を處罰するたけではなしに、また彼等を矯正し、且つ生活の變改を彼等に訓諭することに存するものである』と〔註六五〕。裁判上の勸誡に存するこの處罰は、而かも充分に親切であつた、何故なれば譴責は合議室に於て與へられたからである〔註六六〕。しかし、ミユイアール・ドゥ・ヴウーグランは、譴責の結果が單に正直なる人々の尊敬を減少せしめるに止まつたものであることを、極めて入念に指摘した〔註六七〕。二半のホライイは、(註六五)に

〔註六五〕 Bonneville de Marsangy, op. cit, t. II, p. 228. 原典は以下の意旨を表明するが、(註六一)に

〔註六六〕 Myyard de Vouglant: „Institutes au droit criminel“, p. VIII, ch. II, p. 417.

〔註六七〕 Myard de Vouglans, loc. cit.

より近くは、一八一三年に、讎責はババリア刑法によりて採用された。この制度はまた一八四一年のサルデーニャ刑法第五十四條及び第五十六條に於ても發見される。一八五二年のホルトガル刑法も、また等しく同一の意味に於て引證されねばならぬ〔註六八〕。最後に、全然ネオ・クラシツク派の影響の下に成りたる一八八九年のイタリヤ刑法は尙ほ且つこの制度を明定して居る〔註六九〕。

〔註六八〕 Bonneville de Marsangy, op. cit., t. II, pp. 234 et suiv.

〔註六九〕 第二十六條。

或る情状の下に於ては、一つの刑を科することか必要と思料されないまでも、尙ほこの讎責が不十分と見え得る場合を存するであらう。他方に於て、或者か一つの罪を犯すの意向を表明するとき、そこにはこれに對して或る種の豫戒處分を爲すことか必要とされないか？ この豫戒處分は、犯人に、否寧ろより正確には、罪を犯すの疑ひある者に、一つの善行保證 (caution de bonne conduite) を提供する義務を課することに存するであらう〔註七〇〕。この處分は實證學派によりて推賞されて居るものではあるか〔註七一〕しかし、この制度は更らにそれよりも遙かに古い起原を有するものである。この制度は既に帝政ローマに於て〔註七二〕尠くともその東方諸洲に存在したものであると、我々は信する。即ち我々は次きの一節を引證し得るであらう。『彼等はジャンソンと二人の兄弟とを裁判官の前に引致して叫んだ、これか

市を騒かしたも共である、そして彼等を圍つたものはジャンソンであると。蓋し彼等はケーザルの命令に違背して、世には他の王者キリストの在ることを唱へたのであつた……しかしながら、ジャンソンと爾餘の者とは何れも保證を提供したので、裁判官は彼等を放免した』〔註七三〕。ラ・ヴェルガートはただ簡単に記述する、ジャンソンと他の者とは賠償を提供した、これによりて彼等は賤民達の衝動を鎮めたものと解せられ得るであらうと。しかし、最も權威ある著述家達は、我々の爲したかように、このギリシヤ語を次ぎのフランス語に翻譯して居る。『Ils donnèrent caution. Ils répondirent de leurs Personnes』(彼等は保證を與へた。彼等は彼等の人物に就きて保證した)〔註七四〕。

〔註七〇〕 ホルトガル刑法は、その同一法條第八十一條に於て、この制裁を刑罰の部類から除外した。

〔註七一〕 Voir Enrico Ferri: Relazione sul progetto, p. 288.

〔註七二〕 『保證はローマ人に未知の制度ではなかつた、そして彼等かこれを “Securitas” と呼んで居た』ものなるいは、 Petrus Premus によりて證明されたかに見える。——Dubois: “Les

asseurements au XIII<sup>e</sup> Siècle, dans le Nord de la France, p. 165

〔註七三〕 Actes des Apôtres: XVII, 3.

〔註七四〕 Calmet: Commentaire des Actes des Apôtres. Voir aussi Bailly: Dictionnaire au mot.

この保安處分は、我が古代法中に、“*arrestement*” の名稱の下に發達した〔註七五〕。ボーマンノアルか我々に教へるところのものは、即ちそれである。曰く、『かような次第で、アンジュー及びメーヌの諸慣習は言つて居る、或る者か他の或る者に就きて警戒の必要を感じたるとき、その者は彼れをして保證を爲さしめるためにこれを裁判所に訴へた、そしてこの場合、被告は、彼れか告訴人又はその家族に加害せざるべきことの宣誓又は保證を爲すことを必要とした』と〔註七六〕。

〔註七五〕 Dubois, *op. cit.* Larnaudie: *Revue pénitentiaire*.

〔註七六〕 Beaumanoir:  *Coutume de Beauvaisis*, ch. 60. De même: *Etablissements de Saint-Louis*, ch.

XXXIII.

不幸にして、この制度は我が刑事法から消失した〔註七七〕。しかし、そこには常にこの制度を保存し、且つ一般にこれを適用する一國を存する。即ちそれはイギリスである。そしてイギリスは、實際、その「善行保證」(*recognizances*) の手段によりて、豫防處分の爾かく困難なる問題の大部分を解決することに成功して居るのである。

〔註七七〕 恐らくは十五世紀頃 (Dubois, *op. cit.* p. 17).

我々はこの制度を既に極めて古きイギリス法の中に於て發見する。即ち、初期ノルマンディ諸王の奉行達は治安を害する者を投獄し、又は保證の提供によりて彼等の恭順を示すべく強制するの權能を有つ

た』かに見える〔註七八〕。レーヴか我々に引證する第十四世紀末葉の著名なる一法律も、またその一例である。曰く『諸靈地を巡禮せむとする者は一つの巡禮許可書を携帯せねばならぬ、若し然らるときは彼等か保證金を提供するに至るまで、彼等は牢獄の柱に繋かれるであらう』〔註七九〕。ジャン・サン・テール (Jean sans Terre) の治下に於ける森林法改正に關する法律は森林法外者 (*out-laws*) に對する平和を宣言したか、しかし、『彼等には、將來に於ける彼等の恭順と彼等の善行とに向て保證を提供する義務か課せられた』のである〔註八〇〕。最後に、我々は更らに他の多くの類例中から、特に宗教の保護に關する一五五四年の一法律を引證し得る〔註八一〕。その規定によれば、犯人は二名の裁判官の審判の下に禁錮を言渡され、この刑の執行を終りたるとき、更らに季節裁判所の審理に附せられ、そして彼れか『彼れの行狀に就き充分の保證』を與へたる後、初めて釋放されたのである。

〔註七八〕 Du Boys: *Histoire op. cit.* t. III, p. 69.

〔註七九〕 Reeves: *History*, p. 172, *ibid.*, „*Statutes of labourers, servants, artificers, and beggars*” de

1388, *cité Du Boys. op. cit.* t. III, p. 638.

〔註八〇〕 Cacciani, vol. III, p. 423, *cité Du Boys. op. cit.* t. III, p. 36.

〔註八一〕 Marg, 2<sup>e</sup> session, ch. 3.

現時に於ても尙ほ、治安判事は、危険なる個人を、『彼等か一つの類似の保證を提供するに至るまで』



刑務所に拘置する権能を附與されて居る、そしてこの保證は善行保證金に存するものであらう〔註八二〕。

〔註八二〕 Paulian : "La récognissance en droit anglais", thèse p. 67.

それ故に、特別豫防の必要は何れの時代に於ても常に感得されて居たものであることを確認し、そして保安處分の創定を提案することによりて、我々は單に一つの古き傳統を繼續するにすぎないものであることを主張するのは、恐らく正當であらうと考へられる。或る種の處分の必要は、戦闘の習慣かより廣く行はれて居た往時に於て、恐らくはより多く痛感されたであらう〔註八三〕。しかしながら、一方に於て、これ等の慣習は今日尙ほ完全に消滅して居る譯けてはなく、而かも他方に於て、就中、科學とそしてまた不幸にして酒精中毒との發達の結果、癡狂者と半癡狂者との數が著しき増加を來して居ることは明白である。それ故に、保安處分の必要は常に感得されつつあるものである。

〔註八三〕 Voir Loyseil : Instituts contumélières, notes de Laurière, cité Dubois, op. cit, p. 165

### 第一編

#### 保安處分の性質

我々は言ふてあらう、保安處分は特別豫防を任務とするものであり、そしてまさしく、犯罪に對してよりも、寧ろより多く、犯罪人に對して社會を保護することを目的とするものであると〔註一〕。然らば、保安處分は、この點に於て、刑罰と如何なる差異を現出するか？ この二種の制裁の追求する目的には差異を存するか？ 前これを言ひ換へれば、刑罰は單に一個の保安處分にすぎないものであり、若しくは在るべきなのであるか？ 若しまたさうでないとしたらば、そこに存するものは、一つの性質上の差異なのであるか、但しはまた、保安處分は單に一個の改善刑にすぎないものであらうか？〔註二〕。

〔註一〕 Voir Page 23.

〔註二〕 M. Haffer : Revue pénale suisse, 1904, "Peine et Mesure de sûreté dans l'avant-Projet de Code pénal suisse".

第一章 刑罰は一個の保安處分であるか

我々のそれを定義するかような刑罰が保安處分と融合し得ないことは確かである。蓋し、刑罰は三つの機能を追求する〔註三〕。即ち威嚇と、改善と、道德的秩序の保護とをなす。これに反して、保安處分は單に淘汰と改善とを目的とするにすぎない。しかし、この區別の維持を主張することか果して正當であるか？ 醫學及び社會學の所與により多く合致せる一つのより近代的なる刑罰の定義は、寧ろ一般豫防の機能を否認するものではないであらうか？ 然り、それはまさしく實證學派の結論である。

〔註三〕 Voir références citées par Demogue: La Réparation civile des délits et quasi-délits, pp. 35 et

37.

刑罰は、本質的に、一つの犯行、即ち意識的に、且つ自由に實行されたる一つの行爲を豫想する。それ故に、凡ての刑法は、必然的に、自由意思の信仰に基いて居るのである。然るに、この自由意思なるものは存在しないと、實證學派は言ふ、そしてこの見地から、刑罰の道德的機能はまさしく消失して、そこに存續するものは、最早その實利的機能にのみ止まることになるであらう。

而かも他方に於て、この實利的機能を有効に果すことは、刑罰にとりて、不可能である、蓋し眞の危険は犯人に存するにも拘らず、刑罰は犯罪に當嵌められて居るからである。この點に於て、そこには二つの論證が提出される、そしてその一つは理論的であり、他は實際的である〔註四〕。

〔註四〕 Roux 1 op. cit., pp. 49 et 54.

一 自由意思の否定

實證主義者達の到達する結論は假令全然同一であるとしても、しかし、彼等の理由は決して同一ではな

50. [註一] [註二] [註三] [註四] [註五] [註六] [註七] [註八] [註九] [註十] [註十一] [註十二] [註十三] [註十四] [註十五] [註十六] [註十七] [註十八] [註十九] [註二十] [註二十一] [註二十二] [註二十三] [註二十四] [註二十五] [註二十六] [註二十七] [註二十八] [註二十九] [註三十] [註三十一] [註三十二] [註三十三] [註三十四] [註三十五] [註三十六] [註三十七] [註三十八] [註三十九] [註四十] [註四十一] [註四十二] [註四十三] [註四十四] [註四十五] [註四十六] [註四十七] [註四十八] [註四十九] [註五十] [註五十一] [註五十二] [註五十三] [註五十四] [註五十五] [註五十六] [註五十七] [註五十八] [註五十九] [註六十] [註六十一] [註六十二] [註六十三] [註六十四] [註六十五] [註六十六] [註六十七] [註六十八] [註六十九] [註七十] [註七十一] [註七十二] [註七十三] [註七十四] [註七十五] [註七十六] [註七十七] [註七十八] [註七十九] [註八十] [註八十一] [註八十二] [註八十三] [註八十四] [註八十五] [註八十六] [註八十七] [註八十八] [註八十九] [註九十] [註九十一] [註九十二] [註九十三] [註九十四] [註九十五] [註九十六] [註九十七] [註九十八] [註九十九] [註一百]

A 人類學派

ロンブローゾは我々に言ふ〔註五〕犯罪は決して一つの自由に選擇されたる行爲ではない。ここに於て、『犯罪は、結局、原始的野蠻状態への一つの復歸にすぎないものであらう。そしてそれは、單に一つの生來的及び遺傳的現象として現出することになるであらう』〔註六〕。

〔註五〕 主として、彼れの「犯罪人」論 (L'homme criminel) 。

〔註六〕 Guithernet: Le Milieu criminel, p. 8.

我々は、實際、植物に於て〔註七〕その起原を發見する、そしてまた動物に於ては、殊に、牡馬、牡牛、牡鹿の間に於ける鬭争のごとく、野心によりて犯さるる罪や〔註八〕、性質上犯さるる罪や〔註九〕、或ひは彼等の間の共通感情から犯さるる罪〔鱈魚の牝はしばしば泳ぐことの出來ない彼れの仔を食ふ〔註一〇〕〕の起原が發見される。フェリは言ふ、これ等の傾向か凡ての動物の間に存すのではなしに、單に彼等の中の或る種のものの中にのみ見出されるものであるとするならば、それには犯罪に極めて近似せる或物の存することか看取されると〔註一一〕。

〔註七〕 Lombroso : L'homme criminel, p. 2 et suivantes—『(5)も草や蠅取草はその葉面を覆ふ觸手のお蔭で、そこに止まる虫類を捕殺する』。

〔註八〕 Lombroso, op. cit., p. 5

〔註九〕 Lombroso, op. cit., p. 4.—『海豚や兎は、彼等に一つの豊富なる食餌か與へられるとき、彼等相互の間に於て、共食ひをする』。

〔註一〇〕 Lombroso, op. cit., p. 5.

〔註一一〕 Ferri cité : Donnedien de Vabres, op. cit.

同一の觀察は、また野蠻人に對しても爲され得る。彼等は如何なる道德的觀念をも有つて居ない。印度に於ては、幼兒殺は宗教上神聖化されて居る。日本や支那や、タイチに於ても同様である〔註一二〕。我々はしはしは老人殺の習俗を發見する〔註一三〕そして最後に、窃盜はまたしはしは決して耻づべき事柄と看做されて居ない〔註一四〕。

〔註一二〕 op. cit., p. 40.

〔註一三〕 op. cit., p. 35—『南部アフリカの或る種族は、極めてしはしは、獅子を捕へるための一つの餌食として彼等の子供を使用する』。

〔註一四〕 op. cit., p. 61 et suivantes.

加之、犯罪はしはしは小兒の間に發見される。ブレーは、彼れの乳母に、而かもまた彼れの哺乳器に近寄りたる凡ての者に嫉妬を感じた一人の小兒を見た〔註一五〕。虚言は彼等に於て自然である〔註一六〕。彼等は善惡に就て如何なる觀念をも有つて居ない。『彼等は彼等に讚辭を値するところのものを、凡て善事と信じて居る』〔註一七〕。最後に、彼等の六九%に、生理的非正則性が發見される〔註一八〕。

〔註一五〕 Rapporté : Lombroso, op. cit., p. 95.

〔註一六〕 p. 96.

〔註一七〕 op. cit., p. 98

〔註一八〕 op. cit., p. 123.

それ故に、我々は、そこに一つの一般的道德の存在を主張する譯けには行かない、犯罪人は單にかの原始人に類似する者たるに過ぎない。犯罪人は一個の變質者であり、祖先への一つの復歸である。彼れは、植物や、動物や、野蠻人や若しくは小兒かそれを侵犯するより以上に、道德を侵犯するものではない〔註一九〕。

〔註一九〕 Voir Ferri : Sociologie criminelle, p. 51.

加之、我々は彼れに於て、正直なる人々と彼れを明確に差別せしめ、且つ生理的にも下等動物に類似せしめる解剖學上の種々の特徴を發見する。殺人犯人の眼窠は大きく、且つ充血して居る。我々は猛禽類に

於て同一の特異性を發見する〔註二〇〕。彼等は極めて發達せる、そしてしはしは獵虫類のやうに割れ目ある顎骨を有つて居る〔註二二〕。最後に彼等の頭蓋量は小さい〔註二二〕。通常人の間に於ては、その六九%をしか存せないのに反して、彼等の八九%は短頭顱である〔註二三〕。

〔註二〇〕 *op. cit.*, p. 26

〔註二二〕 *loc. cit.*,

〔註二二〕 *op. cit.*, p. 132 et suiv.

〔註二三〕 *op. cit.*, p. 144.—フェリは、一大多數の通常人の間に於てすら、真正犯罪人を區別することが、しはしは可能であつたと説明して居る (*Ferri, op. cit.*, p. 67.—*Le même*, p. 124)

心理的見地に於ても、また等しく興味ある諸特徴が見出される。例へば、彼等は文身(野蠻人のやうに)を濫用する。そしてそれは彼等の低劣なる精神状態と彼等の感受性の缺乏とを證するものである〔註二四〕。

〔註二四〕 *op. cit.*, p. 270.—「或る半狂窃盜は一本の螺錐を以て自から頭蓋に穴を穿つた、そして腦の内に一本の針と釘よりも大きな五本の鐵線とを挿入した。而かもこれ等の物體は別に彼れに不快を感せしめることなしに、そこに定著した」—*Comp. Ferri, op. cit.*, p. 55 et suiv.

加之、彼等の道德的無感覺は、また一般的に、彼等の生理的無感覺と同様に著大である。ヴェルデュー

ルは彼れの兄弟が死罪を執行されて居る間に、一個の財布と四個の時計とを掠めた。そして彼れは言つた、『この分け前に與るために、ここに彼れの居ないのは、何といふ不仕合せな奴たらう!』と〔註二五〕。

〔註二五〕 *op. cit.*, p. 358.—*Comp. Margoline*. しかし、この斷定は一部の實際家からは反對されて居る。

しかしながら、これ等の特異性は單に一つの少數態に於てしか見出されない。これ等の別々の非正則性は、平均して、犯人の二六%に於てしか發見され得ない。しかし、それにも拘らず、二つの非正則性の結合に歸せられたる犯罪人定型はより頻繁であつて、犯人の四九%はこの定型を具備して居る〔註二六〕。

〔註二六〕 *op. cit.*, p. 232 et suiv.—フェリはこれ等の結果を説明して、『犯人の大衆中には、單に機會的のみ犯罪人たるところの一大多數を存することの事實か、餘りにしはしは閑却されて居る』と主張する (*Ferri, op. cit.*, p. 99).—プリンスは、反對に、生來性犯罪人を信じて居ない。そして

この特別なる定型は單に社會的諸要素、社會的諸條件の結果にすぎないものと考へて居る。Vohl

*Prins: Consérie sur les Doctrines nouvelles du Droit Pénal.*

## B 社會學派

エンリコ・フェリは、別に彼れの師(ロンブローゾ)の意見を抛棄することなしに、而かも犯罪の諸原

因は更らに極めてより複雑なるものたることを確認する。惟へらく、凡て人間の行爲は、それか正直たる  
と不正直たるを問はず、常に彼れの生理的及び心理的機構と彼れの生活し來りたる物理的及び社會的雰圍  
氣との産物である。

それ故に、犯罪を定命するものは、三つの人類學的素因である〔註二七〕。即ち狹義の人類學的素因  
(更らに、有機的、心理的及び生物社會的——即ち訓育、教育、職業上の——諸條件に再分せらるべき)、  
物理的素因及び社會的素因かそれである〔註二八〕。これ等の凡てか犯罪の生誕に寄與する。そして犯罪  
はその必然的結果たと言はれ得るであらう。『半世紀間のフランスに於ける犯罪に關する私の研究に於  
て、私か犯罪状態に或る例外的動搖を見出したるとき、私は直ちに、同一年度の歴史中に、例へは一つの  
農業恐慌又は財政恐慌若しくは一つの政治革命か、そして氣象的統計中に、一つのより嚴しき冬期酷寒又  
は一つのより嚴しき夏期酷熱等か記録されて居たのに氣附いたほど、この對應關係は爾かく密接であり、  
また爾かく常性的である』〔註二九〕。犯罪の相對的常住性の説明を我々に可能ならしめるものは、またこ  
の對應關係である。犯罪は一つの單なる自然現象にすぎないものなることを、我々は確言する〔註三〇〕。

〔註二七〕 Ferri: *Sociologie criminelle*, p. 250

〔註二八〕 この後の二つの素因に就きては、Tarde: *L'Opinion et la Foule*, p. 160 et suiv., pp. 194  
et 195 を参照。

〔註二九〕 Tarde, *op. cit.*, p. 232.—Balthazard 氏もまた *Société Générale des Prisons* に於て同一の  
趣旨を述べて居る、『巴里のモルグ(身元不明の變死者展示する場所)に十二月中收容されたる他殺  
の被害死體は十五であつたのに反して、六月には三十以上に達した』(*Revue Pénitentiaire*, 1923.)

〔註三〇〕 *op. cit.*, p. 15.

加之、自由意思の信仰は勢力保存の根本法則を否定することにならないであらうか? それは、『普遍  
的活動の世界に於ける一つの奇蹟的例外たるべき一つの道德的自由の威力』を關與せしめるものではない  
か?〔註三一〕。最後に、『二つの矛盾せる解決の間に選擇を爲すべき一つの自由意思の假定には、一つ  
の他の一般的法則か絶對的に對立して居る、自然的因果律か即ちそれである』〔註三二〕。

〔註三一〕 *op. cit.*, p. 324.

〔註三二〕 *op. cit.*, p. 326.—プリンスは、反對に、因果の原則はこの問題に援用され得ないと考  
へて居る。彼れは言ふ、『絶對的決定論はまた一個の信念である、そしてそれは自由意思以上に證明  
される事柄ではない』(Prins: *Science pénale et Droit positif*, p. 158).—タルドは宣言する、  
『普遍的必然性は神的自發性 (*spontanéité divine*) 若しくは本原的自發性 (*spontanéité élémentaire*)  
を豫想する』(Tarde: *Philosophie Pénale*, p. 20 et suiv.)

それ故に、それ等の理論的及び實際的考慮の前に、自由意思の措定を支持することは不可能である。既

に道徳的責任が存在しないとすれば、従つてまた懲罰も存在しない〔註三三〕。そこに求められるべきものは、實利のみである。

〔註三三〕 Voir Lanessan, op. cit., p. 292 et suiv.

## II 刑罰の實利の否認

我々が現今それを解することの意味の刑罰は、實際の見地に於てもまた同様の困難を生せしめる。そして前記の諸結論は尙ほこの見地に於ても等しく承認されねばならないものである。

實際、『刑罰は應報的たることを要するものであり、……また犯罪は應報を要求し、そしてこの應報に於てのみその處罰を正當ならしめるものである』〔註三四〕。と斷定することか、果して可能であるか？人間は、假令エオ・クラシク派の決定する緩和されたる處分に於てもせよ、果して道徳的問題を解決し得るものであるか？嘗て論者は、毫も實利的問題を考慮するの必要を有つことなしに、單にそれか不道徳的であつたの故を以て、社會は悖徳行爲を處罰せねばならなかつたものであると宣言した〔註三五〕。その後、更に論者は言つた、行爲か危険であり、且つ悖徳的であるの故を以て、社會はこれを處罰しなればならぬ、蓋し、正義によりてこの障蔽の除去か正認されて居るのでないかきり何人も他人を犠牲として自己を保存する權利を有すべきではないからである〔註三六〕。

〔註三四〕 Théolentin : Cours élémentaire de Droit criminel, I. P. 31.

〔註三五〕 Kant cité Ortolan : Éléments de Droit Pénal, t. I, p. 86.

〔註三六〕 Ortolan, op. cit., p. 87.

この學説は實際上支持され得るものであるか？我々は更らに進んで道徳的問題を除去する譯けには行かないものであるか？トルストイは實際次きの含蓄ある一節を書いた〔註三七〕、『彼れは、彼れか牢舎内に於て實證したる怖るべき害悪を……そしてその凡ては専ら彼等自からに惡徳なる人間か一つの不可能事を企てたことから、即ち彼等か害悪を匡正しようと企てたことから來て居たことを、直ちに理解した。然るに元々、惡徳なる彼等はそれを匡正する代りに、ただ惡徳を宣傳し得ただけのことである。そして元々、腐敗して居る彼等は、彼等の周圍に彼等の固有の腐敗を傳播した』

〔註三七〕 Tolstoj : Réurrection, cité Cuche : Revue Pénitentiaire, 1901, p. 520.

加之、道徳性若くは悖徳性の問題を、一つの満足なる方法に於て解決することか、果して可能であらうか？エンリコ・フェリは言ふ、『或る人間の道徳的過失を量定するかために、そこに必要とされるものは、神の全知であつて、決して一裁判官の限られたる知力ではないであらう』と〔註三八〕。最後にこの解決は如何に不合理なる結果を招來することになるであらう！實際、『そこには最早、犯罪の當時眞の責任を認めらるべき……職業犯人や、累犯者や、また類癡者は存在しない。それ故に、彼等は凡て免訴されるの外なきことになるであらう。爾餘の法律的論理と等しく、責任の量定を主張するこの凡ての學説か

ら與へられる不合理なる論理の歸著點は、即ちここに存するのである』〔註三九〕。

〔註三八〕 Enrico Ferri: *Relazione sul progetto...*, p. 191; Adde Garofalo: *Criminologie*, p. 303.

——Cuche: *Traité op. cit.*, p. 527.

〔註三九〕 Saleilles: *Les Nouvelles Ecoles de Droit pénal*, p. 19.

それ故に、凡ての道徳的問題は消滅しなければならないものと結論するのほかはない。『犯人と裁判官との間には、しはしは一つの機會的壓力をしか存せない場合に』、知力に於て一定の限界を課せられたる我々は、如何なる權限に基きて、この權能を有するものと僭稱し得るのであるか? 〔註四〇〕。動物や、兒童か彼等を傷けたるものを反撃するのと同様に、また古代の諸立法か、道徳的觀念を離れて、故殺も過失殺も凡て殆ど一樣に處罰したのと同様に〔註四一〕我々もまたこの道徳的觀念の詮索から等しく解放さるべきではないか〔註四二〕。

〔註四〇〕 Cuche, loc. cit. Adde Maxwell: *Le Crime et la Société*, p. 95.

〔註四一〕 Saleilles: *L'Individualisation de la peine*, p. 33 はこの意味に於て Charlemagne の一法律を引證する。

〔註四二〕 極端に押進めれば、この學説は、結局、『自然を模倣し、そしてその進化を妨げる凡ての殘屑を取除くべく社會に進言すること』を歸著する。そしてそれはウィールム博士によりて支持さ

れたる指定であつた——Dr Wylm: *La morale sexuelle. Voir Maxwell, op. cit.*, p. 129.

然らば、それは、犯人の多少とも悪性なる意思を斟酌するの必要は常に存せないといふことになるのであるか? 否それは絶対に謬りであらう。そして實證主義に基くイタリヤ刑法の草案は、單に犯されたる行爲たけてはなく、またそれを犯したる各種動機を反覆考慮して居るのである〔註四三〕。加之、エンリコ・フェリは、一再ならず彼れの事業か「寺院法」(*Codex juris canonici*) に接近するものなることを、彼れ自からに注意して居る〔註四四〕。しかしながら、假令意思の吟味か一つの大きな役目を演ずるとしても、それは決して制裁か應報的たることを要するかためてはない、それはたた犯人の危險性 (*temibilité*) か外部行爲に従つてはなしに、内的決意に従つて量定されねばならないものたるかためてある〔註四五〕。

それ故に、若しも我々かこの文字 (刑罰) に一つの道徳的意味を附着せしめんとするならば、我々は最早刑罰を認める譯けには行かない。そこに存するものは、専ら實利的處分 (*mesures utilitaires*) にのみ止まるべきである。

しかしながら、フェリは言ふ、『私は敢て刑罰か犯罪の防堤たることを否定するものではない、しかし、これ等の防堤は餘りに薄弱であり、且つ實利性の極めて乏しいものであることを、私は確認するのである』と〔註四六〕。實際、社會は何者に對して防衛さるべきであらうか? 現時の刑罰は單に犯罪に對し

てのみ構成されて居る。そこには、『犯罪人に對してよりも、寧ろより多く犯罪に對して防遏か企てられて居た』〔註四七〕。ことは確かである。然るに、オルトランが極めて正當にそれを注意したかように、社會が犯罪に對して自から防衛し得るものと考へるのは不可能である。蓋し『犯罪は既に犯されて居る、害悪は既に發生して居る、そこには最早この害悪の危険に對して自から防衛するの問題を存せない』〔註四八〕。社會は單に犯人に對してのみ自からを防衛せねばならぬ。社會は單に個別的保護處分を取り得るのみである。

〔註四三〕 殊に、第二十一條第五號、第二十二條第二號、第四十六條第二項

〔註四四〕 M. Hugueney à son cours de doctorat, 1924—25.

〔註四五〕 Furico Ferri: Relazione sul progetto preliminare, p. 203.

〔註四六〕 E. Ferri: Sociologie criminelle, p. 315.

〔註四七〕 Roux, op. cit., p. 49.

〔註四八〕 Ortolan, Elements de droit pénal, t. I, p. 84.

一般豫防は、實際に於て、不可能である。我々は制裁の恐怖によりて社會を匡正し得るものと考へる譯けには行かない。威嚇は、實際、次きの三つの條件の結合を假定する。即ち第一には犯罪人が思慮深きものたること、第二には刑罰か一つの的確なる不可避的害悪たること、そして第三には將來受くべき害悪か

現在の直接なる犯罪的欲望よりも、より強力なることかそれである。しかしながら、これ等三條件の競合は極めて罕れな事態に屬するであらうことを考へるのは、決して虚妄ではない〔註四九〕。

〔註四九〕 Garofalo: Criminologie, p. 261 et suiv.

加之、我々か上に確認したかように、犯罪は多數の原因に由來する。しかるに、心理的動機としての刑罰は單に犯罪の心理的諸要素に對抗し得るにすぎないものであらうし、そしてそれか人類學の明かにする有機的及び遺傳的諸要素を中和し得ないであらうことは明白である〔註五〇〕。

〔註五〇〕 Ferri: Sociologie criminelle, p. 263 et suiv.

最後に、そこには我々に威嚇の無益を證明する多くの事實を存することを注意せねばならぬ。蓋しそこには刑罰か何等の効果をも有たない犯人の多くを存することか即ちそれである〔註五一〕。

〔註五一〕 Ferri, op. cit., p. 260.

それ故に、自由意思の問題から離れても、刑罰は最早存續し得ないであらう。最早道德的應報は存せない、最早威嚇は存せない、そこに存在すべきものは、而かも從來立法者を指導したるそれは全く異りたる一つの目的に於て確立されたる改善處分 (mesures d'amendement) のみである。實際、『現時の立法に於ては、或る犯罪の實行者、即ち犯人は一の非人格的存在なのである、その個人的諸得性は無視されて居る、そして立法は敢てそれを認識しようと努めて居ない』〔註五二〕。假りに或る醫師か病氣の何たるを



問はず、彼れの凡ての患者に同一の藥劑を處方するとしたならば、我々は彼れに就きて果して何といふてあらうか。更らに一步を進めて、若しもその醫師か諸君に對して單に一週間若くは二週間の治療しか引き受けないで、その後の経過は全然諸君の命數に放任したとしたならば、その醫師に就きて諸君は果して何と言ふてあらうか？〔註五三〕。然るに、我か裁判官達か日毎に爲しつつあるものは、正にこれではないか？ それ故に、そこに要求されるものは、最早刑罰ではなしに、更らにより有用にして、より柔軟なる保安處分である。

〔註五二〕 Roux : Prevention et Repression, p. 49.

〔註五三〕 Salettes : Les Nouvelles Ecoles de Droit Pénal, p. 26.

我々は以下、ここに援用されたる二つの論證を斥けて、自由意思の否定か法律的見地に於て、如何なる重要さをも有つへきてなく、而かも他方に於て、そこには、二つの道德的及び威嚇的制裁を維持すべき大なる利益を存するものたることの證明を試みるてあらう。

#### I 刑罰と自由意思

老練なる醫師は自由意思の思想を關與せしめることなしに、責任の問題を極めて充分に解決し得るものなることを、先づ第一に證明したるものはグラッセ教授である〔註五四〕。彼れは言ふ、『醫師は、假令彼れか心靈論者たるにもせよ、若くは決定論者たるにもせよ、常に同一の方法によりて、或る主體の責任

を分析し且つ評價し得るものであり、また爾かしなければならぬものである』〔註五五〕。彼れは『唯物論者に取りても等しくまた唯心論者に取りても必要缺くへからざる手段としての』『神経系統の検査によりてこの問題を解決するてあらうと』〔註五六〕。

〔註五四〕 Grasset : Demi-fou, demi-responsables. — La responsabilité des criminels.

〔註五五〕 Grasset : Demi-fou, demi-responsables, p. 221.

〔註五六〕 Grasset, op. cit., p. 225.

この斷定は貴重である、しかしながらこれは尙ほ問題を解決するものではない。神経中樞の傷害は單に刑罰を阻却し得る原因の一つてしかない〔註五七〕。この觀點に於て假令正則的であつても、若しも彼れか道德的自由を有たなかつたことか證明されたならば、尙ほ犯人は無罪たらねはならないてあらう。然るに、この自由は存在しないと、實證學派は主張するのである〔註五八〕。

〔註五七〕 Voir Grasset : Demi-fou, demi-responsables, p. 203.

〔註五八〕 マックスウェルに於けるこの學說の醫學的及び哲學的批評を参照 (Maxwell, op. cit., p. 142 et suiv.)

クエーシユか反駁しよう欲したものは、この推論である〔註五九〕。一つの極めて緻密なる論證に於て、彼れは、心靈論 (spiritualisme) に透徹したる我か法典を前提としても、尙ほその適用か決定論と

極めて克く一致する所以を論證して居る。惟へらく、立法者の追求する唯一の目的は、人間を善良なる行動に促進する諸々の動機を、刑罰の恐怖によりて強固にすることに存する〔註六〇〕。裁判官は、彼れか或る犯人の精神状態を研究するとき、假令彼れか唯物論者たるにもせよ、或は心靈論者たるにもせよ、また同一の役目を演ずる。即ちその何れに取りても、制裁は、それか一個の正則者に關するか、又は一個の不正則者に關するかに従ひて、自ら相違してあらねばならない〔註六一〕。彼れか刑罰を量定するに當りても、その吟味の目安とするものは自由の程度ではなしに、危険性の程度である。更らに刑務所長に就いて言ふならば、彼等の研究するものはただ改善てしかない、そしてこれは兩學派の何れもか彼等に歸する任務なのである〔註六二〕。

〔註五九〕 Cuéhe : „ De la possibilité pour l'École classique de fonder la repression en dehors du libre arbitre ” (『自由意思を離れて鎮壓を基礎附くへキクラシツク派に取りての可能性に就きて』)

〔註六〇〕 Cuéhe. op. cit., p. 4

〔註六一〕 Cuéhe, op. cit., p. 7

〔註六二〕 Cuéhe. op. cit., p. 10

サレイユ氏は、まさしく、我々の行爲は我々の性格によりて條件つけられて居ることを、認めて居るものであらう〔註六三〕。そして『一つの悪しき木は良き果實を結ふことは出来ない』と言ふのは、この意

味に於て固より眞實であらう。しかしながらこの性格は我々自からの形成したものである。従つて、我々はそれの招來する善良なる若くは不良なる結果の責任を負擔せざるを得ない。我々は恐らく我々の行爲の直接の原因ではないとしても、しかし我々は確かにそれの間接の原因である。そしてこの事實は我々に對して刑罰を正認せしめるに充分なのである。

〔註六三〕 Salles : Individualisation de la peine. p. 153 et suivantes.

我々は爾かく著名なる諸學者によりて辯護されて居るそれよりもよりよき一つの解決を採用し得るとは信せない。我々もまた同一の結論に到達する。しかしそれにも拘らず、そこには尙ほ我々を承服せしめるに足りない二三の論證を存するかに考へられる。

假りにサレイユ氏の學説を採用するにしても、尙ほ困難は免かれないのではないか？ 蓋しこの我々の性格の形成は、單に無限に新たにされる我々の行爲に由來するものでしかない。そしてこれ等の行爲は自由でないとするならば、我々は、これ等の行爲の創り出したる一状態の重さを我々か負擔せねばならないことを如何にして認め得るか？ 我々は常に一つの死巷に行き當る。蓋し、そこには自由意思の問題の積極的解決か前提とされねばならないことになるからである。

キューシユ氏は、嘗て自由意思の問題は、立法者、裁判官若しくは行刑當局者によりて考慮されては居なかつたと主張する。然しなから、我々は法律か凡ての道德感情を考慮外に置いて居るものとは信せない

〔註六四〕。左もなきかきり、ガルソン氏によりて〔註六五〕爾かく雄辯に辯護され、そして既に若干の立法に於て〔註六六〕採用されたるかの平行刑主義 (système des peines parallèles) か如何にして是認されるか。この區別は威嚇若しくは改善を目的とする一つの異りたる處遇の必要に基いて居るのではない。この區別は、尊敬すべき動機によりて罪を犯すに至りたる者と一個の下劣なる通常犯人にすぎざる者とを區別すべき道德的必要によりて生じたものである〔註六七〕。しかし、それにも拘らず、前者はまた後者と全く同様に危険なるものたり得るのである。

〔註六四〕 この意味に於て殊に参照すべきものは、Maxwell: *Le Crime et la société*, p. 136.

〔註六五〕 『全國刑務協會』に於けるガルソン氏の討論を参照 (Discussion à la Société Générale des

Prisons, *Revue Pénitentiaire*, 1914, p. 863 et suiv.)——尙ほ『破廉恥刑及び非破廉恥刑』に關するガ

ルソン氏の報告及び討論をも参照 (*Revue Pénitentiaire*, 1896, p. 829.)

〔註六六〕 Voir: *Code Pénal Norvégien*, art. 24.

〔註六七〕 Voir Vidal: *Cours de droit criminel*, p. 181, art. rapporté de M. Gargon Précité.

しかしながら、就中、裁判官は責任の問題を解決するものではなく、危険性の問題を以てこれに代らしめるものであると斷定することか、果して正確であるか?〔註六八〕。若しも裁判所が殖民流刑の言渡に爾かく手控への態度を示して居るとするならば、それは明らかに、裁判所が専ら實利的見地にのみ立つ譯

には行かないで、また犯人の責任をも商量しなければならぬかためであると、我々は斷言して差支へないのではないか?〔註六九〕。

〔註六八〕 Voir *Cuche lui-même: Science et Législation pénitentiaire*, p. 24.

〔註六九〕 Voir Garraud: *Rapport au Ier Congrès du Groupe Français de l'Union Internationale du Droit Pénal*, *Bulletin de l'Union* 1906, p. 712.—Franz Dupont: *L'Etat dangereux de certains délinquants*, *Bulletin de l'Union* 1905, p. 85. 『我々は第百犯に於て三日拘留を言渡された一受刑者を見た』——Gautier: *La lutte contre le Crime dans le Projet de Code Pénal suisse. Congrès international de droit comparé de 1900.*

加之、事態は凡ての場合に於て、また同一である。或る犯人か一つの不良なる教育を受けたものであるか、若しくは常に不良なる影響しか受けて居ないものであることか證明されるとき、又は彼れか恐らく一個の變質者であり若しくは一個の半癡狂者であることか明らかにされるとき、裁判官は刑の量定に於てこれ等の要素を毫も斟酌しないものであると、如何にして斷定されるか?〔註七〇〕。

〔註七〇〕 本書第十四頁に於て、この點に就き我々の述べたところのもの、並びにそこに引用された各著者を参照。——Voir cependant Tournaire: *Commentaire de la loi du 27 mai 1885. Les Lois nouvelles*, 1885, p. 25.

この學說の結果、我々は裁判所に我々の自由意思の強弱に従ひて制裁を決定するの義務を課すべく餘議なくされるのであるか？ 否、我々はそうは考へない。固より、裁判官は責任に、即ち犯人の自由に立脚せねばならぬ。實際サレイユが極めて正當にそれを説明するかやうに、『自由の觀念なしには、制裁は不可能である。この點は今日最早疑問の餘地を存せない』〔註七一〕。しかし、それにも拘らず、我々は、この文字によりてそこに理解されるものを區別すべき必要を主張する。我々はこの文字の下に、諸々の外部的障壁を克服し得る物理的力を理解しやうと欲するか？ これによりて、我々是我々の行動を選択するの能力を有し、若しくは充分なる意力と智力とを有するものと解されねばならないか？ 或ひはまた個人はこの選擇を決定したる各種の物理的、生理的及び社會的諸要素に對抗し得たものと解されねばならないか？ 自由をこの最後の意味に於て理解することは、立法者の職責ではなしに、哲學者のそれである。タルドは言ふ、『或る人間に有罪判決を與へるに先ちて、彼れか彼れの行爲の第一原因であつたか、若しくは單に第二原因に過ぎなかつたかを、嘗て詮索しやうと考へた陪審員なり、裁判所なりのあつたことを、私は知らない。それかたまたま眞の原因でさへあれば、それで澤山である』と〔註七二〕。意思是反對の意味に於て働く幾多の力の成果に過ぎないものであるか、ライブニッツかそれを欲するやうに、選擇を決定するものは諸種の動機と緣由とであるか〔註七三〕の點は、我々の關知するところではない。實證主義者達は言ふ、『犯人か意欲したものであることは、固より明白に證明される、しかしながら、彼れは彼れか欲

したものを欲し得たものであることは、我々には證明されて居ない』と〔註七四〕。『それ故に、裁判官に取りの眞の問題は、個人か自由であるか否かを知ることよりも、寧ろ彼れが實在的であるか否かを知ることである』〔註七五〕。然るに、實證主義者達は決して個人の實在を否定するのではない〔註七六〕。彼等はたゞ個人に彼れの欲するかまゝに自ら決定するの權能を拒否するたけのことである。

〔註七一〕 Saleilles: *L'Individualisation de la Peine*, p. 128.

〔註七二〕 Tarde: *Préface Saleilles: L'Individualisation de la Peine*, p. K.

〔註七三〕 としてまた實證學派もそれを支持するかやうに、—v. Laessle, *op. cit.*, p. 178.—凡ての論證は、實際、意思は個人の肉體又は彼れの生活する環境より來る感覺によりて決定されて居ると宣言することに存する。然るに、動機は我々の注意する感情とは異つたものである。

〔註七四〕 Cité Dommedieu de Valbres, à son cours de doctorat. 1923—24.

〔註七五〕 Tarde: *Philosophie Pénale*, p. 24 et suiv.—加之、タルドは一つの全然異りたる見地に立

つて居る。自由意思は如何にしても道德的責任の基礎として役立つものではなく、従つてまた自由意思を承認することなしに、そこには、極めて確實に一つの道德的刑罰が認められ得るものなることを、彼れは論證する。

〔註七六〕 Voir toutefois Prins: *Bulletin de l'Union Internationale du Droit Pénal*, 1906, p. 361.

それ故に、我々は以下に於て、立法者は決して自由意思を要求するものではないことの論證を試みるであらう〔註七七〕。立法者に取りては、意思は一つの動作を爲し又は爲さざるべく我々をして選擇せしめる一つの活動であると、我々は考へる。しかしながら、我々はまた同時に、意思は一つの合理的活動たることを認めてあらう。そしてこの認識はそこに起り得べき若干の異論の解決を我々に可能ならしめるであらう。

〔註七七〕 Voir Maxwell: *Le crime et la Société* p. 77. — 『我々の精神の一つの決定によりて、言ひ換へれば、我々の意識かその明確なる知覺を有する一つの行動の決意によりて決定されたる行爲を、我々は有意的行爲と名附ける。事物はすべて我々か或る一つの動作を、我々の選擇に於て爲し得るか又は爲し得ざるかの形に於て經過する』— de même, p. 96. — Adde Tarde, *Philosophie Pénale*, p. 84.

A 意思は或る動作を爲し又は爲さざるべく我々をして選擇せしめる一つの活動である。法律は我々を行動に押し進めたる諸勢力か何てあるかを探求し得るのであるか？ 社會は私の選擇の自由の程度を識別するために必要な諸要素を有つて居るのであるか？ 『自由意思の問題は社會に屬せない。それは神に屬する』とカルソンは言つた〔註七八〕。達すべき目的の期望かそれを追求すべく私を不知不識に曳きすつて行くに充分であるか否かを認識する權利を人間は主張し得るものではない。しかしな

から、彼等は私かそれを選択したか否かを知り得る。そこで、この選擇か自由であつたか、それか遺傳によりて、生理的又は心理的組織によりて決定されて居たか、或ひはまたそれか環境の結果であるかといふやうなことは、敢て法律の考慮すべきことではない〔註七九〕それは形而上學の問題である。大なる利益

〔註七八〕 Garçon dans le Bulletin de la Société Française de Philosophie. 1908, p. 85. 譯者の註  
〔註七九〕 タルドの一論文に關するフェリの短評を參照 (Ferri: *Sciologie criminelle*, p. 86).

加之、日常の生活に於て、我々は凡ての活動をこの自由意思の信仰に服せしめて居るのではないか？ 大多數は、而も決定論者自身も、恐らくそれを信じて居る〔註八〇〕。決定論者は彼等の學說を果してその論理的歸結にまで押し進めて居るのであるか？ 例へばそこに二人の間に家屋の賃貸借か契約されるとしやう。この場合、一方は一つの家屋を賃貸せんとする點に於て、他方はそれを賃借せむとする點に於て、兩者の間には意思の合致を存する。若干の條件を別にして、この契約は、それか二つの意思の事業たるときにのみ有効となるであらう。しかしながら、そこには、賃貸人は彼れの家屋の賃貸を欲せざるべく自由であつたか、遺言者は彼れの遺言を作成するとは異りたる行動を爲し得たかといふやうなことが別に問題とされる譯ではないであらう。民法は單に爲されたる選擇をしか観ないのである。刑法は何故に同一の見地に置かれないのであらうか？

〔註八〇〕 Voir Lanesson, op. cit., p. 177. 譯者の註、我々の社會に對する權利の

論者は、そこに意思の瑕疵か考慮されることの事實を、我々の措定に反対すべく有益に援用する譯けには行かないであらう。例へば、一個の拳銃の脅迫の下に私が一つの詐欺を犯したとする。この場合、私か法律及び道德によりて批難されたる一つの行爲を爲すべき意思を有つたことは極めて明白である。しかしそれにも拘らずこの情状の下に、私に對して一つの有罪判決か與へられるてあらうことは極めて疑はしい。更らに一般的に言ふならば、『被告か、彼れに於て抗拒するを得なかつた一つの實力によりて強制されて居たとき、そこには如何なる重罪をもまた輕罪をも存せない』〔註八一〕ことか、如何にして是認されるか。形而上學的考察以外に於て、この解決は如何にして説明されるか？ しかし、此解決は必ずしも必然的に課せられて居るものではないと我々は考へる。蓋しそこには、實際、自由意思の問題を解決するの必要を有つことなしに、同一の決定か與へられ得べき、上記の例と極めて近似せる一場合を存する。即ち『全く救助を得るの望みなき或る孤立の地に置かれたる一人か、更らにより長く待つて居ることの不可能なる状態に於て、窮迫の極、自己の食糧となすために、他人に屬する物を借用したと假定せよ、諸君は恐らく彼れか犯罪人たらさることを斷定するに躊躇しないであらう』〔註八二〕。この見解は様々の方法に於て是認されて居る。例へば、法益衝突の學說に基きて、價値のより小なる法益は價値のより大なる法益の犠牲とならねばならないとすることか〔註八三〕、或ひはかくのことか場合に於ける處罰の無用を援用することか〔註八四〕即ちそれである。如何なる論證か援用されるにもせよ、何故に緊急状態 (état

de nécessité) と強制状態 (état de contrainte) とを區別するか、『行爲者の自由を抑壓するものか或る他人のより優越なる力であるか、或は自然の抗拒すへからさる力であるかは毫も關するところではない』〔註八五〕。

〔註八一〕 刑法第六十四條。

〔註八二〕 Sarnet: L'Etat de nécessité en matière criminelle, p. 53.

〔註八三〕 Voir notamment M. Morand: Du Délit nécessaire et de l'Etat de nécessité.

〔註八四〕 M. Gargon; Voir Nouvelle Revue historique, 1891, p. 523 et suiv.—ガローは一つの惡意の不存在に、無罪の基礎を求め (Garrand, Traité, t. I, pp. 702 et 703.)

〔註八五〕 Voir Garrand: Revue Pénitentiaire, 1901, p. 49.

B 意思は一つの合理的活動である。

或人を殺害したるによりて處罰されたるかためには、若しもそこにこの行爲の重大さか認識されて居なかつたならば、たゞ彼れを殺害せんとしたたけは充分でない〔註八六〕。

〔註八六〕 Garrand: Traité, t. I, p. 615.

即ちこれは、まさしく、それか十八歳未満の少年に關する場合に許されたる措定である。少年は辨別を以て行動したか？ 法律はこの問題を裁判官に課する。然らば辨別とは何であるか？ 裁判官は現今その

行爲か道德によりて批難されたるものなることを犯人か知つて居たか否かに従ひて、言ひ換へれば彼れか彼れの行爲の重大さを識別し得たか否かに従ひて、この問題を解決して居るのである〔註八七〕。

〔註八七〕 Garrand. op. cit., t. I, p. 763. — Donnedieu de Vabres : Cours de Doctorat, 1923—24.

同一の解決は、それか成年者に關するときにも尙ほ採用されて居ると考へられる。例へば或る癲狂者か、世間に自分の名を知られむかためにか、若くは更らに單純に炎を見るの快感を味はむかために、一つの放火罪を犯したと假定せよ。彼れは故意にそれを爲した、彼れは刑法上責任を有するであらうか？ 然り、若しも彼れかその行爲の悖德性を知つて居たならば。しかしながら一つの癲狂者は最早意識を有つて居ないとすれば、固よりその悖德性を知つて居たはずはない。

尙ほ我々はかの「減輕すべき情狀」(circonstances atténuantes)をも、等しく同一の方法に於て正認するであらう。實際、意思を決定したる、それを減弱したる、而かもその破壊をすら爲し得たる各種の情狀を、しはく裁判官か斟酌するのは、固より考へられ得ることであらう。しかしながら、この事實によりて、裁判官乃至陪審員は形而上學を爲すべき義務を負はされて居ると認めることか、果して眞實であるか？ 我々はそれを信せない。社會はたゞ一つの意思を確認することを以て満足するのであつて、敢てそれか自由であるか否かを詮索しようとするのではない。即ち社會の知らむとするところは、被告人か彼れの過失を意識して居たか、そして如何なる程度に於て意識して居たかの事實に止まるのである。

最後に、我々の觀るところによれば、犯人か、現今多く論せられつゝある意思の諸疾患 (maladies de

la volonté) 即ち癲癩、推理譫妄 (déliance raisonnée) 意識的衝動犯罪 (délinquance impulsive consciente)

第二狀態の犯罪 (délinquance des tats seconds) の一つに冒されて居るとき、刑を減輕し又は免除するのは、自由意思の問題に關聯してゝはない〔註八八〕。之等の假定の下に於ける犯罪は、凡て知力疾患の結果であり、若しくはかの二重人格を構成する者の所行であり従つてそこには刑罰に必要な諸要素の一つか缺けて居る、即ちそこには意識的意思 (volonté consciente) を存せないか、若しくは人格的同一性 (identité Personnelle) か缺けて居るのである〔註八八〕。

〔註八八〕 Voir Grasset : Demi-fou, demi-responsables, p. 95 et suiv.

〔註八九〕 Tardé : Philosophie Pénale p. 114.

それ故に、自由意思の問題に關する實證學派の見解に將來如何なる運命か留保されて居るにもせよ、刑罰は尙ほ我々の法典中に極めて確實に存續し得るものであることを、我々は斷定し得るであらう。

## II 刑罰の實利性

論者はしはく言ふ、刑罰は道德であつてはならない、刑罰は専ら實際的たり、且つ實利的たることを要する。しかしながら、刑罰か道德的たることは、まさしく刑罰か實利的たることを要するかためではないか？ この二つの性質を分離することは、寧ろ不可能ですらないであらうか？ カントの主張したと

ころによれば、刑罰の道德的機能は、絶對的にその實利的機能から獨立のものであつた。彼れは言ふ、『若しも市民社會が解體に類して居たとするならば、凡ての犯人がその犯したる罪に就きて刑罰を免かれなかつたかために、一刑務所内に拘禁されたる最後の殺人囚はこの崩壞の時機に於て死刑を執行されねばならなかつたであらう』と〔註九〇〕。しかしながら、我々の法律の見地は絶對的に異つて居る。即ち、若しも我々か、犯人に一つの制裁を科するとするならば、其は専ら一個の實利的目的に於て、ある〔註九一〕。我々の間に存する正義の必要を満足せしめるのは有益なことである。この正義感を鈍化し得たる者の間にそれを展開し、助成する事を試みるのは、有益なことである。犯罪率が近年低下したることを確認するユーグネー氏は宣言した〔註九二〕『世界大戰前、物質的貧困と道德的貧困とは秤の同じ皿の中に見出された。然るに、今日道德的觀念を遵奉するものは貧困者である。それ故に、若しも財産に對する犯罪が減少しつゝあるとするならば、それは、一方に於て、道德心を喪失せるの故を以てこの種の罪を犯し得たてあらう人々か、彼等の生活に於ける經濟的諸條件の改善の結果、最早犯罪に誘導さるゝに至らなかつたこと、他方に於ては、反對に、經濟的素因によりて犯罪に誘導され得たてあらう人々か、道德的素因によりてそれを阻止されたこと』の二つの事實を意味するものである』と。

〔註九〇〕 Ortolan, *Elements de droit pénal*, t. I, p. 86.

〔註九一〕 Ortolan, *op. cit.*, t. I, p. 87.

〔註九二〕 Hugueney: *Discussion à la Société Générale des Prisons*, *Revue Penitentiaire* de 1924, p. 134.

そこには更らに一步を進める必要を存せないか？ 道德の研究と實利のそれとは論理的に分離され得るか？ 論者は宣言した〔註九三〕そこには裁判官の科するそれよりも、更に千倍も苛酷なる一つの刑罰を存する、輿論の批難が即ちそれである、蓋し各自の見解が何であらうとも、一つの不正直なる人間の前に凡ての門戸が常に閉ざされてあらうと。凡ての道德的刑罰を排斥して單に實利をのみ云爲することによりて、また同一の結果に到達するであらうか？ 社會は勇敢や美德を表彰する、社會は勳章を授與する。惡徳や破廉恥に一つの刑罰を科すべき同一趣旨の權利か、何故に社會に拒否されるか？〔註九四〕。

〔註九三〕 Tarde: *Philosophie pénale*, p. 482.

〔註九四〕 Guilletet; *Le Milieu criminel*, p. 54—Tarde, *op. cit.*, p. 493.

最後に、タルドがそれを證明するように〔註九五〕深く社會道德を傷ける一つの行爲によりて激發される社會意識は、これに對して一つの満足を命令的に要求する。そしてこの場合、犯人に放免を與へることとは公秩序のために危険なきを得ないであらう。

〔註九五〕 Tarde: „*Les Sentences indéterminées*“, *Revue Penitentiaire*, 1893, *Considerations sur l'indetermination des Peines*, p. 754 et suiv.

我々は敢て過失の道德的輕重を裁量するの困難を主張しないであらう。實際に於て、困難は我々か威嚇



を以て満足するか、或ひは改善を以て満足するかのそれと同一である。凡ての場合に於て、實際、制裁は動機の機能たることを要するであらう〔註九六〕。

〔註九六〕 本書五頁フェリの引用を参照。

若しも刑罰が道徳的たることを要するものであるならば、それはまた威嚇的たることを必要とする。實際犯人は凡て無分別であり短見であると言ふことか、果して當を得たものであるか？ 死刑囚の中には彼等か斷頭臺に上る前に、既に死刑執行の現状を親しく見たことのあるものか尠くない。然しなから、彼等に於ては、單にこれによりて自から鍛練される希望しかなかつたのではないか？〔註九七〕。ヂイル・マエストル (Gil-Maistre) 氏の指摘するところによれば、金額が一二五ペセタ以下なるときは、偽造貨幣の行使者を、法律は一つの單純なる罰金を以て處罰するに過ぎない、スペインに於ては、凡ての偽造貨幣行使者は上記以上の金額に及ぶ偽造貨幣を所持することを警戒して居る。またシシリヤの剽盜達は彼等の團長に對してよりも、憲兵に對して尙ほより大なる恐怖を有つて居ると、アロンヂは説明して居るのである〔註九八〕。

〔註九七〕 Donnédieu de Valbres: Cour de Doctorat. 1923—1924.

〔註九八〕 Tarde: Philosophie pénale, p. 483 et suiv.

加之、我々が無思慮と宣言する權利を有つてあらうものは、單に我々の手中に落ちる犯罪人にのみ止ま

るであらう。反對に、そこには、我々の檢舉を逃れて、その犯罪か決して發覺しないであらうものか、果してそれだけの數に及ぶであらう！

最後に、一部の個人を正しき道に止まらしむべく無力なる威嚇の破産か證明されると假定しても、これかために、直ちにすべての威嚇を全然無用なるものと結論する譯には行かないであらう。世の中には、警察に對する恐怖からのみ正直にして居る人間か、實際それだけあるか知れない〔註九九〕。裁判官はしばしば醫者と比較されて居る。裁判官を社會體の醫者と看做すことの條件に於て、この表現は極めて眞實であると、我々は考へる〔註一〇〇〕。

〔註九九〕 Voir à ce propos, Garofalo, op. cit., p. 203 et suiv. et 260.

〔註一〇〇〕 Luigi Lucchini: Le Droit pénal et les nouvelles théories, p. 76 et suiv.

## 第二章 保安處分は一個の刑罰であるか

保安處分は、より特別的に、特別豫防の目的を追求する一個の刑罰ではないかに考へられる。我々はこゝに、保安處分の追求する目的、その適用される場合及びそれを言渡し得る官權に關して、保安處分は刑罰から區別されるものであることを、論證すべく試みるであらう。尙ほまた、殖民流刑、居住禁止、沒收〔註一〇一〕、年少者に對して言渡される教育處分——我々か後に考察せむとする眞の保安處分——に關

する我々の法律か、上記諸點に關して如何なる決定を與へて居るかを、我々は併せて研究するであらう。  
 「註一〇一」ここに問題とされるものは、たゞ警察及び公秩序處分として考へられたる沒收にのみ止まる。實際、學者は沒收に、或ひはこの性質を、或ひは刑罰のそれを、或ひは民事賠償のそれを與へて居る (Voir notamment: Blanche, J. p. 114; Garrand: *Traité du Droit pénal*, t. II, p. 423).

#### 第一節 目的の點に於ける相違〔註一〇二〕

我々の見解に従へば、この觀點に於て、刑罰と保安處分との間には如何なる混同も可能でない、即ち一つは専ら實利的であり、他は實利的たるに等しくまた道徳的である。前者は、就中、社會秩序に惹起される混亂を鎮壓し、且つ害惡の感染を阻止することを趣旨とするのに反して、後者の求むるところは、單に犯人の改善若しくは淘汰のみである〔註一〇三〕。

「註一〇二」デイヴァノウイツチ氏に従へば、『一つの制裁の目的はそれの法律的本質の一部を成すものではない。我々はルー氏 (Roux, op. cit., p. 196) 及びヴァルセッキー (Valsecchi) 氏の見解をより正確だと信する、即ち彼等に従へば、保安處分は、その追求する目的によりて正確に刑罰から區別されるのである』(Givanovich: „La Notion de la Peine”, *Revue pénale suisse*, 1914, P. 362).  
 「註一〇三」 Voir Pierre Garrand: *Les Avants-Projets polonais*, P. 26.

はそしてこの原則から我々は論理的に次ぎの結論を抜き出す權利を有する。刑罰は一個の犯人に對してのみ科せられ得る。言ひ換へれば刑罰はそこに犯されたる過失を存する場合にのみ科せられ得るであらう。これに反して社會的實利にのみ基く保安處分は、單に一個の公共的危險の存在を要求するに止まる〔註一〇四〕。  
 「註一〇四」 Voir Valsecchi: „Pene e provvedimenti di sicurezza” (『刑罰及び保安處分』 Scovola Positiva, 1920, pp. 190—235).  
 刑罰は事實に順應することを要し、犯されたる過失に従ひて量定されねばならない。保安處分は、これに反して、單に本人の危險性に比例してのみ科せられる〔註一〇五〕。

「註一〇五」 Voir Silvio Longhi: op. cit., P. 942.  
 就中、我々か前に列擧したる各種の制裁は、まさしくこの意味に於て理解されるものである。即ち、殖民流刑 (Relégation) は——論者によりて反覆指摘されたかように〔註一〇六〕——決して累犯者の處罰を目的とするものではない。この處分は余りに大なる危險性を表示する個人を、單に領土外に驅逐することを目的とするだけのものである〔註一〇七〕。

「註一〇六」 Gouffil: „Les peines coloniales dans la législation française et les propositions d'actuels”, *Bulletin de l'Union Internationale du Droit pénal*, 1909, P. 525.—Vidal, op. cit., P. 626.

〔註一〇七〕 しかしなから、この處分が徒刑 (peine des travaux forcés) と多數の類似點を有つて居ることを、我々は敢て否定せむとするものではない。——Goupi. op. cit., P. 524. 尙ほ、更らに後段をも参照。

高等警察の監視又は居住の禁止は、犯人を若干の取締規則に又は恐らく可成りに苛酷なる制限に服せしめることによりて彼れを處罰することを目的とするものではないに、たゞ好ましからざる個人を人口の中心から遠けることによりて、社會を保護することを目的とするものである〔註一〇八〕。

〔註一〇八〕 Voir Rapport de M. Pruhomme à la Société Générale des Prisons, Revue Pénitentiaire, 1924. P. 354 et suiv.

辨別なしに行動したる少年に對し裁判所の命し得る教育處分の有する性質に就きて、我々は敢てこゝに力説するの必要を認めない。この處分に加辱的性質が全然缺けて居ることは、余りに明白なる事實である。〔註一〇九〕 Voir L'opinion de l'Institut National de la Santé Publique, (L'opinion de l'Institut National de la Santé Publique) P. 102.

最後に、注意すべき肝要なる點は、この制裁が犯されたる事實に比例して科せられるものでないことである。即ち教育處分は犯人が成年に達するまで繼續すべきものとされる。無期刑たる殖民流刑は左して重からざる一つの窃盜又は一個の浮浪の事實に對してすら又科せられるのである。尙ほ、我々は今日廢止されたる次きの一規定をもこゝに指摘せねばならぬ〔註一〇九〕。即ち刑法第二六九條及び第二八二條は、

行政官廳に釋放されたる乞丐者を收容所 (dépôt) に留置する權能を與へて居たのである。ベルリエ

(Berlier) は立法府に於て言つた、『政府は、彼れが彼れの必要に應ずる生計の手段を修得するに至るまで、これを一つの勞役場に收容し、又は彼れに於て毫末も改善の望みを存せざるときは、一個の危険にして且つ有害なる人物としてこれを留置し得べきであらう』と〔註一一〇〕。

〔註一一〇〕 一八三二年の法律は、これを以て個人の自由を侵害するものと信じたかために、これ等の法條を廢止した。Voir Garçon: Code pénal annoté, art. 269, no 25. —しかしそれにも拘らず、この制裁は行政的方法に於て、現今尙を實行されて居る(後段九二頁〔註八〕を参照)。

〔註一一〇〕 Voir Garçon: Code pénal annoté, art. 269, no 23.

## 第二節 適用の點に於ける相違

兩者は同一の目的を追求するものでないことからして、刑罰と保安處分との適用條件は、また自のつから同一でなく、そして兩者は同一の規則に従ひて消滅するものでないことを、我々はこゝに論證せむとする。

### A 保安處分の言渡される情狀

刑罰は一個の犯人にのみ科せられ得る。言ひ換へればそこに犯されたる過失を存する場合でなければ、

刑罰を科する譯には行かない。他方に於て、制裁は、行爲か、その執行の當時、現存せる諸法律によりて決定されて居たかのような社會道徳を侵犯した場合のみ科せられ得るのである〔註一一一〕。

〔註一一一〕 Voir Vidal, op. cit., p. 1067, — Garrand, *Traité*, t. I, p. 313 et suiv. — Allmena, *Rivista di diritto penale*, 1900, p. 203 et suiv.

これに反して、たゞ實利をのみ基礎とする保安處分は、單に一つの社會的危險の存在を要求するに止まる。そしてこの場合、そこには、保護處分かこの危險の發生前に制定されて居たか又は後に制定されて居たかを別に考慮する必要を存せないのである〔註一一二〕。

〔註一一二〕 ガローは言ふ、『凡ての保安處分は——責任能力者又は半責任能力者に適用されるそれですらも——社會の利益に於てと同時に、また犯人の利益に於て解せられたる強制教育、強制救済及び強制治療を構成する。他方に於て、これ等の處分は極度に溫和なるものたることを妨げない、何故なれば苦痛はこれ等の制裁の目的ではないからである』(Pierre Garrand, op. cit., P. 22). フエリは假令それか遙により重きものたる場合に於ても、尙ほ隔世遺傳的犯罪に對して制定されたる保安處分の遡及力を認めむとする (Ferri, *Sociologie criminelle*, P. 658, note 1). これ等の差異は我が法律に於て認められて居るか?

固より、大多數の場合に於て、そこには一つの有罪判決が要求されて居ることは確かであらう。〔註一一三〕。しかしながら、我々は、如何なる過失をも犯さなかつた個人に對して制裁を豫定する多數の規定を引證し得る。

〔註一一三〕 加之、この要求は毫も我々の學說の誤謬を立證するものではない。蓋し、一つの有罪判決は、他の如何なる證據よりも、行爲者の危險性をより克く實證するものであることは明白だからである。

少年の爲に教育處分を構成する法律は明白にこの範疇の中に編入されねばならぬ、何故なれば、これ等の處分は辨別なしに行動したる少年に科せらるべきものだからである。

共和曆十二年花月(八月)二十八日の上院令 (Sénatus-Consulte) 第二三二條は、また同一の見地を採用せるものである、何故なればそこには、高等裁判所 (Haute-Cour) によりて免訴されたる一被告人に對しても、尙ほ一つの保安處分か科せられ得るものとされて居るからである。

最後に、警察及び公序處分として考へられたる沒收は、苟くも犯罪が確認されたるかきり、假令被告が免訴されたるかために、又は彼れか檢舉されなかつたかために、若しくは彼れか公判中に死亡したるかために、如何なる有罪判決も言渡されなかつたであらう場合に於てすら、尙ほ適用され得るのである〔註一一四〕。

〔註一一四〕 Voir Blanchet, t. J, P. 107 et suiv. — Garrand : *Traité*, t. II, p. 424 et suiv. Vidal : *Cours*,

No 654 bis, p. 712.——若干の判例は、沒收を、『就中商品を對象とする』一個の刑罰と認めてゐる (Cass, 16 dic. 1898; S. 1899, I, 530)。若しもこの用語がその技術的意味に於て解せられるならば、一つの刑罰か如何にして一個の人てはなしに、一個の者に適用され得るかを、我々は了解するに苦しむてあらう。

加之、この解決はしばしば立法上確認された〔註一一五〕。立法者は〔註一一六〕それか罪を犯すために使用される物件に關するかきり、假令その所有者がそれに就きて爲されたる使用に就き毫末も責任を問はるべき謂はれなき場合に於てすら、尙ほその物件の沒收を命して居る〔註一一七〕。

〔註一一五〕 一七九一年八月二十二日の法律は、調書か形式の瑕疵のために無効であつた場合に於ても、尙ほ輸入禁制品の差押を爲すべきものと規定した。革命曆三年霧月(二月)十九日の法律第一〇九條は、事情の如何を問はず、不正檢印を附したる凡ての作品の沒收を命した。同一の規定は、革命曆八年芽月(七月)一日の命令第三十四條及び第三十八條、並ひに一九〇五年八月一日の法律第六條に於てもまた見出される。尙ほ專賣特許狀に關する一八四四年七月十五日の法律第四十九條及び商標に關する一八五七年六月二十三日の法律第十四條に於ても、また等しくその類例を存する。〔註一一六〕 殊に、一八一六年四月二十八日の法律第四十一條及び一八七五年六月二日の法律第四條。

〔註一一七〕 Voir à ce sujet: Note Roux, S. 1907, p. 473.—Demogue: Revue critique, 1908, p. 428. 理論上、そして個人自由を充分に保護することの留保の下に、保安處分の遡及性は極めて克く理解される。加之、——固より極めて罕れてあるにしても——我々は立法の中に、これを支持すべき若干の例を舉示し得るのである。

一八八五年の法律は、一部分遡及的である、何故なれば、そこには前に與へられたる有罪判決か殖民流刑のために援用されて居るからである〔註一一八〕。この場合、そこにはたゞ次きの二つの條件が要求される、一つの新たな判決かこの法律以後の事實に就きて與へられたることと、前に與へられたる有罪判決か第四條に規定されたる場合に該當するものたること、か即ちそれである。『この處分の急要なる性質か確認されるかきり、法律の目的とする累犯者か一定の有罪判決數に達するまで、從らにこの處分を待つて居る譯けには行かないか見える』〔註一一九〕と立法資料(この法律の)は説明して居る。それ故に、保安處分に關するかきり、それか遡及的たるべきことは、蓋し確實である。

〔註一一八〕 第九條。

〔註一一九〕 Senat, premier rapport de M. de Vernin (Sirey: Lois annuées, 1885, p. 831, No 33),

外國立法中に於ては、ポータント諸草案か引證されねばならない〔註一二〇〕。

〔註一二〇〕 前に引用されたるビエール・ガロー一二二頁を參照。——尙ほフェリ草案第一條及び一九

○九年のオーストリア草案。

この點に於て、我々は更らに次きの區別を指摘し得ると信する。彼れか公判に附せられる以前に、同一人によりて二個の罪か犯されたときは、最も重き刑のみか科せられる。これ等の條件に於て、一個の刑罰と一個の保安處分とが競合するときは、この非併科主義は適用すべからざるものである。我々は信する (Voir Stross: Revue pénale suisse, 1906, de même, articles 6, 7 et 68 du projet suisse) 蓋し、そこには犯人の危険性が實證されて居る、そして豫防的處置が取られねばならないのである。加之、判例はこの意見を認めて見る (Cass, 23 septembre 1837: Bull. crim., 1837, No 288; 12 sept. 1844: Bull. crim., 1844 No 316; 24 avril 1847: Bull. crim. 1847, No 85; 13 mai 1853: Bull. crim., 1853, No 162.—Wacht: L'Interdiction de séjour, p. 101.)。しかしながら、十九世紀の終り頃、一つの變革が行はれた。即ちそこには、保安處分は、犯罪にてはなしに、主刑に結合されたものであると考へられる傾向を生じたのである。主刑と保安處分とが併科されねばならないことになれば、それは附加刑に就きても、また同様であつた。他方に於て、保安處分はこの併科によりて法定長期を超へるに至ることを妨げない (arrêt 26 avril 1875, rapporté Serey 1899, I, 376)°。最後に、保安處分は一つの無期刑と結合しては理解されなく (Cass, 7 avril 1898: Serey 99, I, 375; Cass. II Septembre 1902: Serey, 1903, I, 152. Dalloz 1904, 5. 505. Bull. crim., No 314)°。裁判官は越權なしに此刑の免

除を考へる譯には行かないであらう (Dijon, 16 mars 1887: D. p. 87, 2, 197, Contra Saint-Quentin, note 6)°。この制度の諸結果は時として愁訴せらるる (Voir D. P. 1852, 2. 81)°。加之、それか沒收又は居住禁止に關することを、それは裁判所によりて拒否された (Cass., 30 juin 1881: Bull. crim., No 165; 14 juin 1884: Bull. crim. no 194; 20 mars 1903: Bull. crim., No 124; 9 août 1907: Bull. crim., No 370; 26 octobre 1907: Bull. crim. 428)°。殖民流刑か一つの追放の判決と競合するときは (Cass, 17 février 1893, D. p. 94, I, 32)°、併科の點に就き、また一九〇六年一月四日の大審院判決 (Serey 1909, I, 277)°を参照。同一の理由に基き、同一被告人の既決を併科すべき

#### B 消滅の原因

禁刑の執行に服する能力は一定の期間か経過したるとき、又は一つの恩赦に關する法律か適用されたるを消滅し得るものである。これ等の消滅原因は種々の理由によりて承認される、即ち社會をしてこれ等の罪を忘れしめることの必要〔註一二一〕、これ等の情況に於ける見せしめ (exemplarité) の不必要〔註一二二〕、若しくは正義か既に受けたるべき満足〔註一二三〕かそれである。しかしながら、保安處分は犯人の危険性が實證される間は消滅する譯けに行かない。社會は自から防衛する義務を免かれる譯けに行かない〔註一二四〕。この區別は果して認知されて居たか?

〔註一二一〕 Voir Vidal, Cours de droit criminel, p. 727.

- 〔註一二二〕 Garraud: *Traité du droit pénal*, t. II, p. 514.  
 〔註一二三〕 Réal, *travaux préparatoires Lévy XXVIII*, p. 170.  
 〔註一二四〕 De la Grasserie: „*De la suppression d'immunités accordées ou coupable*“, *Revue Pénitentiaire*, 1898, p. 650 et suiv.

(a) 消滅時効

フォンテーヌブロー裁判所は〔註一二五〕まさしく我々の提案する區別を確認したかに見える。即ち同裁判所は、『裁判所に於てその期間を裁量するの餘地なき一つの本質的に無期的なる性質を有する一般的安全處分』としてのこの制裁の性質に基きて、殖民流刑には時効を認め得へからざるものと宣言して居るのである。巴里控訴院〔註一二六〕もまた、同一の理由に基きて、同一趣旨の判決を與へた。しかしながら、大審院は〔註一二七〕我々を興味附ける一つの見地に於て、殖民流刑を全然一つの刑罰と同視した。大審院は固より安全處分としてのその性質を認めて居る。『しかしながら、この事情は受刑者自體に對する執行の意味を包含する刑罰としてのその本質的性質を變改するものではないのである』。しかし、この推論を反駁するのは可能であるかに考へられる。蓋し、凡ての安全處分は、また實際、受刑者自體に對する執行の意味を必然的に含むて居るからである〔註一二八〕、そしてそれか刑罰と區別される所以は、たまたこれ等の執行行為か爲される目的に存するのである。然るに、この目的は『改善不能と推定

されたる慣行性犯人を、一つの確定的方法に於て、フランスから隔離すること』に存するものと、大審院は認めて居る。それ故に、この場合、立法者を指導したるものは、決して應報又は威嚇の目的ではないのである。

- 〔註一二五〕 Fontainebleau, II janvier 1901. D. p. 1901, 2, 416.——殖民流刑に關して同一見解を支持するものはガロー (Garraud: *Traité du droit pénal*, t. II, p. 602; *La relégation et l'interdiction de séjour*, p. 5, No 4.)——反對説。Laborde: *Précis de droit pénal*, p. 614 et *Revue critique*, 1888, p. 349.

- 〔註一二六〕 Paris, 18 février 1915. D. p. 1919, 1, 57.  
 〔註一二七〕 Cass, 1er avril 1915. D. p. 1919, 1, 58.  
 〔註一二八〕 Voir Valsecchi, op. cit.,—Georgiadis: *Revue pénale suisse*, 1920, p. 150.—Givanovitch, op. cit., *Revue pénale suisse*, 1914, p. 361.

他方に於て、ツエー控訴院は、高等警察監視を時効の適用なきものと決定した〔註一二九〕。しかしながら、同控訴院のこの決定は、我々かこの制裁に附與せむとする性質にてはなしに、持續刑 (peine continue) としてのその性質に基くのである〔註一三〇〕。一八七四年一月二十三日附法律の報告委員は、まさしく同一の見地を承認したものであるかに見える〔註一三一〕。

〔註一二九〕 Donat, 8 mars 1875, Sirey 75, 2, 216.

〔註一二〇〕 Voir aussi Wacht: L'Interdiction du séjour, p. 113. — Vidal, cours, p. 73. — 若干の判例はこの點に於て次きの區別を爲す、徒刑の言渡の場合に科せられたる監視は時效の適用なきものである、それは、『重罪刑を言渡されたる者に對する一つの單純なる保安及び監視の手段』である (Memes, 7 juin 1866: Sirey 67, 2, 15.)。爾餘の場合に於ける同一の制裁は、時效の適用を受けるであらう。

〔註一二一〕 Voir rapport de m. Félix Voisin, rapporté Sirey: Lois annuées, 1874, p. 498, 3<sup>e</sup> colonne. かようにして、時效に關しては、刑罰と保安處分との間に、如何なる區別も爲されなかつたかに見える。

(b) 恩 赦

恩赦は第三者の權利を毫も侵害するものではない。恩赦は私訴に如何なる影響をも及ぼすものではない〔註一二二〕。それか一つの保安處分の適用を目的とす。訴權に關するときに於ても、その結論はまた同一たるべきか？ この點に於て積極的解答を與へることによりて、當該事實を忘却せしめることに存する立法者の意思は、別に侵害されることにはならないであらう。一つの犯罪か行爲者の癡狂を實證する場合、一個の恩赦法は決して彼れを癡狂院から去らしめるものでなく、また癡狂院に收容せしめるための訴

訟手續を中止せしめるものでないであらうことは、極めて明白である。

〔註一二三〕 Voir Vidal: Cours de droit criminel, P. 743.

しかしながら、法律に於てそれに與へられたる性質自體によりて欺かれたる判例は保安處分を刑罰と同視して居る。即ち諸判例は言ふ、『恩赦はそれか適用される重罪及び輕罪を廢除するものなるか故に、従つてまたその對象を成す重罪若くは輕罪に對して恩赦法以前に言渡されたる有罪判決は累犯の基礎として認められ得ざるものなるか故に』と〔註一二三〕。それ故に、裁判官達は、主觀的見地にてはなしに、一つの客觀的見地に立つて居るのである〔註一二四〕。

〔註一二三〕 Cass 18 Septembre 1890: D. P. 1891, 1, 186. — Cass., 23 septembre 1920: Sirey 1921, 1,

44. — Cass, 8 avril 1921: Sirey 1921, 1, 329, Note Roux.

〔註一二四〕 この主義は、加之、不合理なる結果に到達する。若しも殖民流刑か一つの刑罰たとするならば、ルソー氏かそれを證明するように、それは單に最後の有罪判決の刑てしかあり得ない (Sirey 1921, 1, 329, Note Roux précitée). 何故なれば、殖民流刑を以前に犯されたる凡ての犯罪の結果である主張するのは、『既判力を破壊する』ことになるであらうからである。かやうにして、若しも最後の有罪判決に恩赦か與へられるならば、殖民流刑は消滅することになるであらうし、これに反して、若しも最後の有罪判決のみか存続すれば、殖民流刑は執行されねはならないことになるであ



らう。この區別は如何にして合理的に説明されるか？  
 しかしながら、若しも直截に殖民流刑を一つの補足的及び附加的刑罰と認めることによりて、一九二一年四月二十九日の法律かそれを爲すように、恩赦はこれに適用すべからざるものと決定されることになれば、固より事態の混亂は避け得られるかに見える。かやうにして、主刑は消滅するであらうか、その附加刑に過ぎざる殖民流刑は消滅しないことになるのである。しかしながら、この場合、寧ろ殖民流刑を一つの保安處分と認めることか、更らにより合理的なのではないたらうか？  
 それにも拘らず、沒收に關しては、我か裁判官達は、まさしく、我々の支持する見地を承認したかに見える。蓋し、『與へられたる損害の賠償を目的とし、且つこれを理由として、法律（一九一九年十月二十四日の）第十二條により恩赦の効果から除外されて居る公序處分としての沒收は、何れにしてもこれを存続せしめることを適當とするか故に』と、實際大審院は宣言して居るからである〔註一三五〕。  
 〔註一三五〕 Cass., 16 Janvier 1920: Sirey 1920, 1, 287; Dalloz p. 1920, 1, 21——恩赦は公訴を、從つてまたその審判權を消滅せしめたと宣言することによりて、從前、大審院はこの問題の解決を拒絶して居た (Cass., 27 Décembre 1906: Sirey 1908, 1, 439)  
 恐らくは別個の、而かも常に我々の提唱する區別に共鳴する一つの原則から出發して、判例は、往々、一つの同一なる解決に到達して居る。蓋し、檢事又は司法當局か一般的利益處分 (mesures d'intérêt

général) を要求する場合、彼等は私訴に於ける原告に比すべき眞の第三者である。彼等は公訴の代表者として行動するのではない、従つて恩赦の法律は彼等には適用され得ないのである〔註一三六〕。  
 〔註一三六〕 C. Fat, 30 mars 1870: Sirey 1872, 2, 85 et 86; Cass., 10 Juin 1904, 4 arrêts: Bull. crim., No 251, p. 420; et 17 Juin, 6 arrêts: Bull. crim., No 251, p. 428; Cass., 1<sup>er</sup> avril 1907: Sirey 1910, 1, 155; Cass., 17 janvier 1908: Bull. crim., no 24, p. 46.  
 同一の解決は、而かも同一の理由に基きて、また次ぎの問題にも等しく與へられねばならないであらうと考へられる。恩赦は辨別なしに行動したる少年に對して取られたる教育處分を消滅せしめるか？ この場合、それはまさしく眞正の保安處分である。この處分は、かの年少賣淫者かその對象たり得べき、しかしそれにも拘らず、刑法によりて別に豫定されて居ない保護處分に極めて類似せる保護處分に過ぎないものである〔註一三七〕。一九二二年七月二十二日の法律第六條及び第二十一條によりて認め得られたる處分は幼年者の保護を唯一の目的とするものであり、そしてこれ等の處分は決して刑罰を構成するものではない』ことを理由として、大審院はこの解決を容認した〔註一三八〕。  
 〔註一三七〕 Note Nast, in Dalloz p. 1920, 1, 93.  
 〔註一三八〕 Cass., 10 Janvier 1920: D, P. 1920, 1, 93; Sirey 1920, 1, 233.

多數の學者〔註一三九〕はこの學說を承認しなかつた。彼等は言ふ、恩赦は當該事實に凡の犯罪的性質

を阻却する。果して然らば、恩赦か何故に少年に適用されないかは理解されかたい、何故なれば、これ等の教育處分は、正確に、これ等の事實を條件として科せられたものであり、そしてこれ等の事實は凡て重罪又は輕罪の性質を與へられたものであつたからである〔註一四〇〕。

〔註一三九〕 Note Nast précitée—Note Roux, au Sirey précité.

〔註一四〇〕 この推論か我々を承服せしめねばならないとは我々は信せない。實際、假令、立法者かかくのとき犯罪を現實に犯したることを以て、これ等の處分の言渡の條件たらしめたとしても、それはこれ等の事實か眞の犯罪を構成したかためてはなしに、これ等の事實かその實行者の危險性を實證したかためなのである。加之、これ等の處分は、後に引用せらるべき一九〇四年六月二十八日の法律によりて、凡ての有罪判決の圏外に於て制定されて居るのである。

立法者の考へもまた恐らくは同様であつた、何故なれば、一九二二年四月二十九日の法律第一條に於て、次の如き規定か見出され得るからである、曰く、『辨別なしに行動したる未成年者に對して取られた一つの民事拘束 (contrainte corporelle) の性質を有する保護及び矯正に關する行政處分と等しく、辨別を以て行動したるこれ等の未成年者に對して言渡されたる刑に關して……恩赦の法律は十八歳以下の未成年者によりて犯されたる犯罪に適用され得るものである』と。法律の意思に刑罰とこれ等の教育處分との混同を來すに至つたのは、恐らくギュージエ氏の修正案に由來するものであらう〔註一四一〕。

〔註一四一〕 Voir D. P. 1921, 4, 36, Nos 6 et 7.

### 第三節 決定權を有する官廳

保安處分は、現實的に、一個の豫防的警察處分たるにすぎない〔註一四二〕。従つてこの處分は一個の行政的性質を有するものである。實際、そこには、一個の狂暴なる癡狂者若しくは精神の健全なる一個の無賴漢に適用されるかの治療的若しくは豫防的監置處分との間に、如何なる性質上の差異も認められない〔註一四三〕。それ故に、この處分の適用に向つては、一つの裁判上の判決を必要とするものではないであらう〔註一四四〕。

〔註一四二〕 Voir m. Valsecchi, loc. cit.—Georgiadès, loc. cit.

〔註一四三〕 Salles : L'Individualisation de la peine, P. 131.

〔註一四四〕 Voir Ballaglini : „La peine dans le système des sanctions juridiques,” Revue Internationale du droit pénal, 1924, p. 64.

現今、殖民流刑は必ず裁判所によりて言渡されねばならない。しかしながら、假りに『この處分か一個の行政處分たる性質を有たない』ものであるにしても、それは、この處分に『假令表見的にても如何なる專斷をも』存してはならないかためであるのは、この立法の準備資料か明かに説明して居る〔註一四五〕。

従つてこの點は、論者かこの處分に與へようと試みたかような刑罰の性質から來て居るのではないのである。

【註一四五】 D. P. 1885—4—49, *Lar. col. Sirey: Lois annotées* 85. P. 824.

加之、フランスに於ては、一般的保安處分と看做されたる殖民流刑は單に行政廳の裁量によりてのみ科せられたる一時代を存した。即ち、二八五一年十二月八日の命令は、實際、夾きのごとく規定して居るのである。『高等警察の監視に附せられたる凡ての個人に、監視違反の事實か認知せられたるときは、彼れは一般保安處分によりて、カイエンヌ又はアルジェリヤに於ける一つの行刑殖民地に發遣され得るであらう』と【註一四六】。

【註一四六】 第一條。

他の事項に於て、我々はまた等しく、革命曆八年收獲月（十月）十二日の勅令を引證し得るであらう。即ちこれによりてナポレオンは、主府を荒らしたる浮浪者を行政處分を以て拘留する權能を警視總監に附與したのである。更らに後年に至りて、刑法第二六九條乃至第二八二條は、如何なる裁判上の言渡をも須ゐることなしに、釋放浮浪者を浮浪者收容所 (*dépôts de mendicite*) に收容する權能を明示的に行政官廳に附與した。

また我々は、凡ての有罪判決以外に於て賣淫婦に課せられたる治療的處分に關しても、等しく同一の注

意を爲し得るであらう【註一四七】。

【註一四七】 M. Dabato, *directeur du Dépôt: Conférence du Certificat de Science pénale*. 八八〇年五月二

最後に、そこには、性質の不良なる公救濟兒童 (*pupilles d'Assistance publique*) に關する一九〇四年

六月二十八日の法律と未成年者の賣淫に關する一九〇八年四月十一日の法律とか指摘されねばならない。

前者はこれ等の少年を所謂感化院に送附する權能を公救濟官廳に附與する【註一四八】、そして若しもこれ等の少年か極めて情狀の重き不満足なる諸原因を與へたるときは、民事裁判所は彼等を刑務官廳に附託し得るものとされる【註一四九】。後者は未成年者を或る公設又は私設の施設に送附し、若くは或る私人に委託する決定を爲す權限を民事裁判所に附與する【註一五〇】。これ等の處分は、まさしく行政處分である、そして『その適用は、單に最大の保障と職務の經濟とを理由として、裁判官に托されたに過ぎないのである』【註一五一】。

【註一四八】 Article premier de la loi du 28 Juin 1904 relative aux pupilles de l'Assistance publique difficiles au vicieux.

【註一四九】 第二條。

【註一五〇】 Article premier de la loi du 11 avril 1908 concernant la prostitution des mineurs.

【註一五一】 *Georgiadès op. cit.*, p. 151.

かようにして、保安處分はその追求する異りたる目的によりて、明確に刑罰から區別される。そしてこの差異は、適用の諸原因と消滅の諸原因とに關して、兩者の分別を必要ならしめると同時に、またこの差異に基きて、そこには處分の決定權を托されたる一つの特別官廳の選定か、理論上是認され得ることになるであらう。

しかしながら、この區別は我が法律によりて明瞭に認知されたとは見えない。我々は刑罰法の遡及力と言渡を爲すべき官廳とに關して、その或る痕跡を擧げ得るにしても、しかし反對に、殖民流刑と居住禁止とは明かに普通刑として規定されて居るし、また恩赦は殖民流刑を消滅せしめるものと判定され居るのである。しかし、判例に従へば何れにしても沒收と未成年者のために規定されたる教育處分とは、この點に於て刑罰と同視される譯には行かない、然るに一九一二年の法律によりて豫定されたる處分に關して、立法者は尙ほこの斷定をも排斥したのである。

前記の如き故に、凡てのこの矛盾せる諸見解から一つの明確なる解決を引出すことは、恐らく不可能であるか  
に考へられる。そしてこれ等の矛盾せる諸見解は、就中、保安處分と刑罰との混同——立法の準備資料に於て常に回避されて居なかつた混同——によりて説明されるものであると、我々は信ずる〔註一五二〕。

〔註一五二〕この點に關しては、前に引用せる Voisin 氏の報告と、尙ほ併せて一八八〇年五月二  
十七日附法律の準備資料 (travaux préparatoires) を参照。

### 第三篇

#### 刑罰と保安處分との結合

我々は一般豫防と特別豫防とを同時に追求せねばならぬために、そこには、一つの刑罰と一つの保安處分とを競合して、適用することか極めてしはしは必要とされるであらう。場合によりて、この競合は何等の困難をも來さないであらう。蓋し刑罰か一つの罰金に存する場合〔註一〕、若くは保安處分か、常規として刑罰に後續するかの無能力、失格、權利喪失、又は追放たるかことき場合は即ちそれである。しかしながら、それか自由剝奪の制裁に關する場合、一つの制度か他の制度を害することなき方法に於て、この兩者は如何にして結合されるか？ この場合、そこには極めて興味ある諸問題か課せられる。何れの制裁か先きに、何れの制裁か後に適用さるべきか？〔註二〕、そこには、一つか他に代ることを以て適當とされる場合を存せないか？

〔註一〕しかし、罰金か、その支拂を容易にするために、一つの強制的勞働給付 (prestation obligatoire de travail) に變換せられたことを條件として (Voir rapport de M. Boullaire à la Société Générale des Prisons, Revue Pénitentiaire, 1893, p. 708 et suiv) — Demogue, op. cit., p. 204 et suiv.

[註一] Voir Néret: Thèse Paris, p. 143.

### 第一節 刑罰の後に執行される保安處分

この結合は恐らく最も古く行はれたものではないか〔註三〕、しかし、先づ第一に考へられたものであると我々は信ずる。この結合を支持するかためには、固より幾多の理由が援用され得るかに考へられる。蓋し犯罪によりて社會秩序が攪亂されたとすれば、その完全なる形に於てこの秩序を回復し、犯罪を批難する公共の感情に満足を與へるのか先づ肝要なことである。然るに、この結果は、若しも有罪判決の執行が延期されたとすれば、完全に達せられないことになるであらう〔註四〕。他方に於て、刑罰が威嚇的たるかためには、刑の執行は多く遷延されないことか必要である〔註五〕、蓋し受刑者は常にその値したる制裁を免かるべき希望を有つてあらうからである。最後に、しはしは一つの可なりに長き期間の後に、犯人に對して最早危惧を感じるの必要なきに至りたるべき、且つ社會的攪亂が既に緩和されて居たとき、一つの厳しき制裁の適用されるのを見るのは、場合によりて寧ろ厭はしきことではないであらうか?〔註六〕。

[註三] 何故なれば、追放は (bannissement) 同時に一つの刑罰たり、且つ一つの保安處分たるものとして考へられ得たであらうからである。尙ほ、等しく同時にこの二つの性質を有つたものとして先き

に引用されたる殖民流刑の例をも参照。

[註四] Voir Tarde: „Considerations sur l'indetermination des Peines, „Revue Pénitentiaire, 1893, p.

751.

[註五] Voir Bentham: Théorie des Peines, t. I, p. 51.

[註六] Selvio Longhi: Prevenzione e Repressione, P. 99?.

加之、この主義の適用は、前述せる權利剝奪の各種處分を除きても、尙ほ多數に見出される。かやうにして、我か巴里の或る大刑務所の所長〔註七〕は我々に言つた、現今、乞丐者は彼等の刑の執行を受けた後、乞丐收容所に收容されてゐると〔註八〕。

[註七] M. Dabat, directeur du Dépôt.

[註八] 従つて事物の實勢は、一八三七年の法律によりて廢止せられたる第二七一條の舊規定に復歸すべく、我々を誘導して居るのである。

我々は更らに、スウィッツル草案中に(常習飲酒癖者に關して)、一九〇五年のロシア刑法中に(浮浪者及び懶惰者に關して)、支那共和國刑法中に、オーストリア草案中に、そして一九〇八年のイギリス『犯罪豫防法』(Prevention of Crime Act)中に、また類似の規定を發見する。

最後に、この主義はまた可なり多數の著述家の間に支持された〔註九〕。

〔註九〕一九二三年の『國際刑事協會』に於けるナボコフ氏の報告を参照 (Nabokoff, Bulletin de l'Union Internationale de Droit penal, 1913, p. 416)。しかしながら、刑罰の適用が有害たるべき非正則者に關するかぎりに於て、さうには一つの例外かなされるであらう (Bulletin, op. cit., p. 433.) — M. Sjernerberg, Bulletin, op. cit., p. 463. — M. Silovij, op. cit., p. 468. — M. Kronecker, op. cit., p. 489. — M. Leredu, Revue Pénitentiaire, 1905, p. 46. — M. Favre: „Actes de la Société suisse pour la réforme pénitentiaire au Congrès tenu à Zurich en 1901, „p. 84.

しかしそれにも拘らず、他方に於て、この組織には、その長所を抹殺するに充分なる極めて重大なる不都合を伴ふものなることを注意された。即ちこの組織に對しては、實際、次きの二つの批難が生し得るのである。

同時に保安處分を適用する必要ある場合に、一つの刑罰を科するのは不合理である。かくて、シルベール・バレーは言つた〔註一〇〕、「この場合第一の過失は、犯人を處刑すること自體である、何故なれば、そこに處刑される犯人は、彼れか善惡の觀念を有し、且つ彼れの行爲の意義を理解せるものたるの故を以て、従つてまた彼れは一つの絶對的に病的なる動機によりて支配されたるものに非らざるの故を以て、醫學上これを責任無能力なるものと斷定し得なかつたまでも、尙ほ一個の非正則者たるを失はざる者に屬するからである。そして第二の過失は、彼れに科せられる刑罰か一個の輕き刑に止まることである」〔註一

170

〔註一〇〕 Voir Gilbert Ballet: Discussion à la Société Générale des Prisons, Revue Pénitentiaire, 1905, p. 203.

〔註一一〕 Voir Van Hamel: Bulletin de l'Union Internationale de Droit pénal, 1913, p. 491 et suiv. — Grionanelli, directeur de l'Administration Pénitentiaire, Revue Pénitentiaire, 1905, p. 331.

他方に於て、刑罰に一つの保安處分を附加することは最大の不正ではないか。固よりこれによりて、一つの非正則者は拘禁刑の或る輕減に均霑したであらうか、しかし、彼れには更らにこの輕減より以上の一つの處遇か科せられるであらう。「その何れに於ても、等しく自由の剝奪である。それ故に、私は再言する、罪責の最も輕き者が最も多く苦しむことになるであらうと。之か果して正當であらふか?」〔註一二〕。就中彼等受刑者は考へるであらう、彼等は社會に彼等の債務を拂つた。處遇(保安處分)は一つの不正義である。「一事不再理」(, non bis in idem)の原則に對する一つの違反であると〔註一三〕。

〔註一二〕 M. l'avocat-général Faillolley, Revue Pénitentiaire, 1905, p. 218. — M. Bonjean, p. 214.

〔註一三〕 Voir Stros, Revue Suisse de 1905. 同様にまたツァン・ヘルムは言ふ、「オランダに於て、我々は幼年犯人に關する一つの最も優れたる立法を有する。そこには、刑罰と矯正教育との間の區別が保存された。しかしそれにも拘はらず、有罪判決を言渡されたる者に對しては、この兩者の間の區

別は消滅する』云 (Van Hamel, Bulletin de l'Union Internationale de Droit Pénal, 1913, p. 493.)  
 最後に、そこには、更らに特別なる考案か對抗され得た。曰く、それか一つの淘汰的制裁の執行に關する場合、先づ一つの刑罰を科することによりてそれを初めるのは、極めて奇怪なことに考へられ得る。蓋し淘汰は刑罰の最も恐るべきものではないかと〔註一四〕。保安處分か一つの殖民地發遣に存する場合、この奇怪事はまた時として極めて危険なるものとさへなり得る。蓋しこの場合、そこには、受刑者をその不良なる地帯に發遣する以前に、一つの長期拘禁によりて彼れを衰弱せしめることか、寧ろより賢明と考へられるであらう〔註一五〕。

〔註一四〕 Margoline: Aperçu critique du nouveau code pénal russe, p. 46. — 曰く『或る個人に彼れの祖國と彼れの近親者を見ることの希望を剝奪するのは、最も苛酷なる刑罰の適用よりも、まさしくより峻嚴なるものである』云。

〔註一五〕 Domédien de Vabre: Cours de Doctorat, 1923—24. — Hugueney: Conférence sur „Le bagne”, 1925. — Gargon: Revue Pénitentiaire, 1909, p. 848.

## 第二節 刑罰の前に執行さるゝ保安處分

そこには、更に他の一制度か可能とされる。直接に刑の執行に服せしめることの代りに、刑罰は單に處

遇の終りにのみ科せらるべきものとするのか、即ちそれである。『病院に送附することは、正則的に刑罰を執行され得る状態に受刑者を導き、以て社會か彼れに科する制裁の程度を判知し且つ量定する一手段に過ぎないであらう』〔註一六〕。

〔註一六〕 Sumien: „Essai sur la théorie de la responsabilité atténuée de certains criminels” (『一部犯人の減弱責任能力説に關する研究』) Revue Critique, 1897, p. 470 et suiv.

尠くともそれか限定責任能力者に關するかきりに於て、そこには同一意味に於て、一八九四年のヌウィツツル刑法草案か引用されねばならぬ〔註一七〕。實際、草案理由書は言ふ〔註一八〕、彼等の状態は、しはしは『彼等か一つの癲狂院又は慈善病院に收容せられ、若くは、そこに於て處遇せられることを要求し、従つてまた彼等を一つの刑務所に送附することを拒否する』と。しかし、それにも拘はらず、他方に於て、一つの比較的短き期間の後に、癲狂院より解放される精神病者を見ることがまた罕れてない〔註一九〕。『若しもこの場合、彼れに對して更らに執行せらるべき刑か殘存しなかつたならば、この解放は恐らく公衆の意識に或る有害なる衝動を與へざるを得なかつたであらう』と。最後に、一八八九年のイタリヤ刑法は、また同一の解決を採用するものである〔註二〇〕。

〔註一七〕 第一〇條第三項及び第四三條。

〔註一八〕 六六頁。

〔註一九〕 前掲。

〔註二〇〕 第四七條——『前條に掲示せられたる精神状態か、責任能力を完全に阻却することなしにそれを著しく減弱する性質のものなること……若しも刑か個人自由の制限に存する場合には、裁判官は、その刑を一つの監護所 (causa di custodia) に於て執行すべきことを命じ得る。この處分は権限ある官廳かその處分の取消を爲すまで繼續する。そしてこの取消ありたる場合、殘餘の刑は普通の條件に於て執行される。』

この學説は、一部論者かそれを支持したやうに〔註二一〕、前説に優つたものであるとは、我々は信ぜない。一つの處遇に服せしめたる後に刑罰を適用することは、しはしは無効であると共に、また時として空文に止らしむべき多分の危険を藏するものであり、そして假りにそれか適用されたにしても、それは寧ろ不適正にして、且つ有害なる一行爲であるかに考へられる。

〔註二一〕 Nérat, op. cit., p. 145. *Revue Criminelle* 1897, p. 170 et suiv.

それはしはしは無効であらう。蓋し公衆の憤激は、實際、裁判か出來得るかきり最も速かに科せられることを要求するものなることを、先づ第一に我々は指摘せねばならぬ〔註二二〕。それ故に、そこには、社會的復讐感を極めて不完全にしか満足せしめないといふ、最も重大なる缺點を存するであらう。加之、そこに適用される保安處分か改善不能性犯人に對する處遇に關するものなるとき、刑罰は果して如何なる

時期に執行されることになるのであるか？ この場合、彼等は他の犯人よりも、より危険なるものたることこの口實の下に、これ等慣行性犯人は、寧ろより軽く處罰されることになるであらう。

而かも、就中、この主義は、醫學的及び哲學的見地に於て是認されかたきものである。

若しも後に一つの癲狂院に收容してこれを治療するために、或る病人を先づ刑務所に拘禁して益々その病勢を亢進せしめることの奇怪事たる所以か、爾かく無雜作に主張され得るものであるならば〔註二三〕、彼れを治癒したる後に、彼れに對して更らに、論者の所謂「愚劣」なる制裁を執行するのは、尙ほより以上の不合理でないであらうか〔註二四〕。

〔註二二〕 Voir p. 91 et références. — Adde Gautier : „ Sur quelques Dispositions nouvelles du projet de 1916 “ (『一九一六年の草案の二三新規定に就て』) *Revue Pénale Suisse*, 1917, p. 3.

〔註二三〕 Voir Van Hamel ; *Bulletin de l'Union Internationale de droit pénal*, 1913, p. 491 et suiv.

〔註二四〕 M. Torp : *Bulletin de l'Union Internationale de droit pénal*, 1913, p. 447.

哲學的見地に於て、我々は尙ほこれに劣らざる重大なる異論を發見する。蓋し、若しもタルド氏によりて展開されたる學説〔註二五〕か承認されるならば、苟くも個人の人格的同一性 (identité personnelle) か變更されたるかきり、最早そこに一つの刑罰か適用すへからざることは、確實である。論者によりて假りにこの學説か採用されなかつたにしても、犯人の治癒後に刑罰を執行することには、尙ほ重大なる不都合



か見出されるであらう。蓋し、論者は言つた、『刑罰は正當にして且つ有益たることを要する』と〔註二六〕。固よりこの場合、制裁は正當である、しかしながら、それは、一般豫防の點に於ても、また特別豫防の點に於ても、極めて實利に乏しきものと言はねはならぬ。然らばかくの如き刑罰か如何にして肯定されるか？〔註二七〕。

〔註二五〕 Tarde ; Philosophie pénale, p. 258 et suiv.

〔註二六〕 Ortolan : Eléments de droit pénal, I, p. 87.

〔註二七〕 Voir M. Gargon : Bulletin de la Société Française de Philosophie, 1908, p. 87. — 彼れは言ふ、『彼れか治癒したとすれば、そしてその結果、彼れか再び罪を犯さないであらうことか確信されるとするならば、社會は彼れに對して最早一つの無用なる刑罰を、科する權利を有するものではない』云々。

### 第三節 刑罰に代る保安處分

保安處分より前に刑罰の執行に服せしめることか困難であり、また保安處分の後に刑罰を執行すること等しく困難であるとするれば、そこにはたつた一つの解決しか残されて居ない。即ち保安處分を以て刑罰に代らしめることかそれである。『實際、保安處分を直接に適用する代りに、何故に一つの無効なる刑罰を

適用するのであるか？ 他方に於て保安處分の期間は一般豫防を満足せしめるに充分である〔註二八〕。』

〔註二八〕 M. Torp ; Congrès d'Amsterdam, Bulletin de l'Union Internationale de droit pénal, 1913, p.

447. — 同一趣旨の主張を爲すものは M. Aschaffenburg : Bulletin de l'Union précité, 1910, p. 479.

加之、この主張の支持には次きの有力なる論證か採用され得る。それか治療的又は感化的處分に關するかきりこれ等の處分はたつた非正則者にしか適用されない。然るに『一個の非正則者を處罰するのは、私には一個の不快事と考へられる。それ故に、私は彼等（半責任能力者）を責任無能力者の中に編入するであらう。しかし、私は彼等のために一つの特別處遇の恩典を要求せむとするものである』と、ルブラン氏は言つた〔註二九〕。この見解は極めて權威ある人々の承認を見出して居る〔註三〇〕。他方に於て『これ等の條件の下に一つの刑罰を科することは、些末なる刑罰の濫用に歸着するものではないか？』この短期刑の濫用を救済するためには、その期間に於てはなしに、その性質に於て刑罰を輕減することによりて、彼等（半責任能力者）を處罰し、彼等に對してもまた長期の、しかし彼等の氣質（tempérament）により克く適合せるより治療的、より教育的な一つの刑罰を適用することか必要であると、ル・ポアットヴァン氏は言つた〔註三一〕。

〔註二九〕 Le docteur Legrain : Revue Pénitentiaire, 1905, p. 196.

〔註三〇〕 M. Gilbert Ballet, op. cit., p. 204 et suiv. — M. Garnier, op. cit., p. 211. — M. Bart-

Itelmy, op. cit., p. 221. — ブラネット・ハウプト氏は「國際刑事協會」アムステルダム大會に於て、同  
 一の意見を發表した (M. Breithaupt: Bulletin de l'Union, p. 504.) — de même M. Schvartzer,

Bulletin de l'Union Internationale de droit pénal, 1908, p. 370.

【註三二】 M. le Poittevin: Revue Pénitentiaire, 1905, p. 65. — Dissasion à la Société Française

de Philosophie, 1908, p. 78 et suiv. — 同一趣旨の主張に就きては、またグラッセ氏を参照 (Gras-

se et: „Demi-fous, demi-responsables,“ p. 253.)

他方に於て、慣行性犯人に關しても、また解決は同一たらねはならない。論者は言つた【註三二】、『累  
 犯者は危険状態に在るものではなく、絶望状態に在るものである。それ故に、彼等に對しては、より速か  
 に保全處分か適用されねはならない』と。加之、淘汰處分は公的復讐 (vengeance publique) の要求を満足  
 せしむるに、充分なのではないか？ これ等の條件に於て、刑罰は如何なる實利性をも表現するもので  
 はなら【註三三】。

【註三三】 M. Liepmann: Congrès d'Amsterdam, Bulletin de l'Union Internationale de droit pénal,

1913, p. 481. 本書九四頁を参照。

最後に、この主義は一大多數の立法中に適用されて居る。我々は二様にこれを認めることか出来る。即

ちそこに追求されるものか専ら感化に存することか主張されることとするならば、其當然の歸結として、非正  
 則者は公設の精神病施設に於てか、若しくは私設の精神病院に於て手當を受けねはならないことになる  
 てあらう。この觀念はスウィツル刑法準備草案の採用するそれであつた【註三四】。しかしながら、か  
 ようにして理解されたる保安處分か、毫も公的憤懣を満足せしめなかつたてあらうことは明白である。そ  
 してまたこの主義は修正準備草案の起草に當りて、實際、拋棄されたのである【註三五】。

【註三四】 この準備草案理由書 (Exposé des motifs) 六五頁を参照。——曰く『若しもこの法典の規定  
 が真面目に適用されることを欲するならば、勢ひ私設の特殊施設が廣く利用されねはならないことに  
 なるてあらう。しかし、この場合、これ等の施設が國家の統制の下に置かれねはならないのは、固よ  
 り言ふまでもない』。

【註三五】 前掲準備草案理由書六十六頁を参照。

それ故に、保安處分を以て刑罰に代らしめる近時の諸立法は、それか治療的處置 (traitement) を目的と  
 するものなるとき、保安刑務所若しくは病院刑務所 (asile-prison) の觀念を採用した。これ等の立法中に於  
 て、ここに引用さるべきものは、慣行性犯人に關して、現時のスウィツル草案であり【註三六】、彼等  
 の肉體的若しくは知力的諸缺陷が刑務所に應化すべく無能力ならしめる者に對して、チエコ・スロヴァキ  
 ヤの草案である【註三七】。フランスに於ては、この制度は、更らに少年に適用される【註三八】。

〔註三六〕 スウィッツル草案第四十二條。一八九四年の準備草案第二十二條。

〔註三七〕 Voir Revue Polonaise, 1922, 1<sup>er</sup> fasc. p. 28.

〔註三八〕 Gargon : „ Assistance et Répression, „ Bulletin de l'Union Internationale de droit pénal, 1914, p. 168 et suiv. — 他方に於て、ダーバ氏 (Dabat) は言つた、『問題は人類學醫の一團を創設することであつた。そして彼等人類學醫によりて指定されたる非正則的被拘禁者に對しては、單に彼等の状態に適當したる一つの處遇しか適用されないことになるであらう』云。

刑罰と保安處分とのこの結合形式か、假令これだけの長所を有つて居るにもせよ、この制度には尙ほ若干の批難を免がれない。

先づ第一に、そこには、治療的處遇の期間か、言渡されたる拘禁の期間以下に止まるか、この場合を生ずる惧れはないか？ 然り、實際、そこには、一個の危険なる癡狂者てさへもか、比較的短き一期間の後に癡狂院から解放されるのを見ることか罕れてない〔註三九〕。かくの如き事例は社會意識を著しく侵害し且つ凡ての一般豫防を抑壓するものでないであらうか？

〔註三九〕 精神病醫フー (Fouf)、フォン・シュペール (Von Speyr) 及びウイック (Willa) 諸氏の意見に従ひたる一八九四年のスウィッツル刑法準備草案理由書のこの點に關する説明を參照 (Exposé des Motifs de l'avant-projet, P. 66)。この外、更らにベランセ氏の主張を參照 (Béranger : Revue Pé-

nitentiaire, 1905, p. 510.)

假りにこの治療的處遇が刑罰のそれと等しき期間中繼續する場合であつても、尙ほそこには、この處遇方法が刑罰のそれに於けるよりも、遙かにより寛大であるといふ批難を免かれる譯けには行かないであらう。一重罪犯人か——恐らくは極めて重き——多少精神的失調者 (déséquilibre) たるの故を以て、一切の刑罰から免かれるのを見ることによりて、被害者及び輿論か、満足するであらうとは信せられない〔註四〇〕。そして、若しも責任を輕減すべき事由なるものか無數であつて、『嚴密に言つたならば、實際宥恕へからざる犯人なるものは存在するものではない』〔註四一〕。この事實に留意するならば、その結論は、固より保安處分を以て刑罰に代らしめることに歸着せざるを得ないであらうし、そしてそれはまさしく實證學派によりて推賞された解決ではあるか、しかし、この解決に對しては、尙ほ前記のとき批評を免がれないことを注意せねばならぬ〔註四二〕。

〔註四〇〕 Domedeu de Valres : Cours de doctorat, 1923—24.

〔註四一〕 M. Rongier : Revue Pénitentiaire, 1905, p. 193.

〔註四二〕 本書六九頁を參照。——尙ほイエリングは言つた『刑事法に於て、刑罰の見地を威嚇の見地に代らしめることと、もつと不祥なる謬りはなす』云。——Ihering : „ Evolution de la peine, „ traduction Meulenaer, 1901, p. 322. — De même Garraud : Traité du droit pénal, t. I, p. 97.

最後に、論者は主張した、この組織は特別豫防の見地に於てすら、尙ほ良好てはないであらうと。そしてこの主張のためには、ラポホール氏の次きの一節が引用され得るであらう。曰く、「實際お前は一個の限定責任能力者である。社會はお前に向つて、敢て過度の責任負擔を要求する考へはない」といふ趣旨を彼等の頭に吹き込むことは、その道徳的精力の極めて微弱なる人々に取りて危険であると私は信する。彼等に對する責任の輕減は、確實に彼等の道徳的抵抗力を減弱せしめる所以である」と〔註四四〕。更らにローラン氏は言つた。「それは明かに道徳的回復の使命を斷念するものである」と〔註四四〕。

〔註四三〕 M. Rajopart: *Revue Pénitentiaire*, 1905, p. 62.

〔註四四〕 M. Laurin: *Revue Pénitentiaire*, 1905, p. 53.

#### 第四節 保安處分に代る刑罰

最後に、そこには爾かく多方面なるこれ等凡ての討論を超脱すべき一解決が提案された。そしてこの學説は、既に我々が前編に於て簡單に指摘したかように、要するに、(裁判官に課せらるべき唯一の問題は、ただ「當該犯人は刑罰の効果を感じ得るものなるか否かを判定するの一點に歸する」となすことである。

この場合、「問題は單に刑罰を理解し得る犯人、言ひ換へれば刑罰によりて威嚇され得る犯人を發見することである」〔註四五〕。この制裁は、實際一つの道徳的應報の使命を演し得るものではない。この制裁

の下に、各自の責任を量定することは不可能である。「制裁を決定し、刑事裁判を劃義するものは、最早罪過の原因ではなしに、刑罰の目的である」〔註四六〕。かようにしてそこには最早減輕されたる刑罰の觀念は存せないのであるから、刑罰を理解する者、即ち刑罰に對して感受能力を有する者の間に、必ずしも正則者と非正則者とを區別し、前者はこれを刑務所に拘禁し、後者はこれを各種保安施設に收容するか、こゝに差別を爲す必要は存せないのであるであらう。實際に於て、これ等施設の處遇制度は絶對的に同一のものとなるであらう。即ち、受刑者はその道徳的感染を避けるために獨房に拘置され、道徳的なる作業を課せられることになるであらうし、そして自由の剝奪は、兩者何れに對してもまた同一たることになるであらう〔註四七〕。

〔註四五〕 Gargon; *Bulletin de la Société Française de Philosophie*, 1908, p. 86.

〔註四六〕 M. Radot; *op. cit.*, p. 94.

〔註四七〕 Gargon, *op. cit.*, p. 88.

他方に於て、若しも一つの處遇が續科されねばならぬと云ふことになれば、それは、當然の論理として、絶對的不定期言渡制度の採用に歸着せざるを得ない。蓋し「一つの刑に對して長期を確定することは出来るか、一つの處遇(治療を目的とする)に對して長期を決定する譯けには行かない。私が刑罰の觀念を維持せむと欲する理由は、即ちここに存する」(ガルソン)〔註四八〕。

〔註四八〕 Garçon, loc. cit. この學説を提唱し且つ支持したる人々の權威にも拘らず、我々には、この學説を承認することは極めて困難であるかに考へられる。

刑罰の唯一の目的は社會の防衛であると我々は確信する。しかしながら、この場合、問題はまた、社會か如何にして防衛されるかを知ることである。即ちこの目的は専ら威嚇によりて達せられるものか、或ひはまたそれに附與されたる道德的性質によりて達せられるものであるか？ キューシユ氏は言つた、『若しも刑罰の威嚇的機能か懲戒的機能に優つて居るかに見へるとするならば、それは一つの物質的進歩と一つの道德的退歩……惡事に對する我々の憤激の感情を、微弱ならしめて居る道德的退歩との間に見出される一つの暗合の結果である事を、諸君は承認されねばならぬ』と〔註四九〕。そして惡事に對するこの批難の感情を、更らにより多く抑壓することか、果して社會に取りて良好なことをであるか？〔註五〇〕。

〔註四九〕 M. Cuche : „L'Union Internationale de droit pénal et l'individualis action de la peine, Bulletin de l'Union, 1914, p. 46.

〔註五〇〕 『刑事裁判は、本質的に、害惡の社會的批難乃至社會的回復の手段たることを要する。刑事裁判は決して乾燥無味なる權利宣言に制限されてはならぬ』——Canoin de Vence, d'après

Bernardo Alimena, Revue Pénitentiaire, 1902, p. 308.

刑罰は單に犯人に對して (repeccetur)〔註五一〕、たけてはなく、また輿論を満足せしめるために、等しく犯罪事實に對して (quia peccatum)〔註五二〕科せられるべきを目的とする。我々は、この結果を達成する最良の手段か、果して責任能力者と半責任能力者とを一樣に處罰することに存するか否かを反問すべき充分の權利を有し得る。論者は言つた『減弱責任の思想は公衆の間に益々普及して居る……それ故にこれを無視せむとするは、絶對的に不可能である』と〔註五三〕。

〔註五一〕 實證學派及び尠くとも前掲著述に於てまた等しくガルソン氏かそれを欲するように。——

〔註五二〕 Voir contra Actes du IV<sup>e</sup> Congrès National de droit pénal, Bulletin de l'Union Internationale, 1913, p. 283, p. 1910, p. 463.

〔註五三〕 Voir Farde : Philosophie pénale, p. 507 ; „Considérations sur l'indétermination des peines, Revue Pénitentiaire, 1893, p. 752.

〔註五四〕 M. Parodi : Bulletin de la Société Française de Philosophie, 1908, p. 101.

而かも就中、この學説によりて、我々は如何に不合理なる結果に到達するてあらう！ ガルソン氏自身かそれを認めて居るかのように〔註五四〕、非正則者は刑罰の威嚇的效果に正則者ほど容易に感應するものではないとするならば、非正則者は、當然正則者よりも、より長き期間刑務所に拘禁されることか必要と

れるであらう。我々はこの解決か決して承認され得るものとは信ぜない。蓋し「懲罰」の目的は、犯罪者を改善せしめ、社会に復帰せしめ、その必要とするところにある。我々は、この目的を達成するために、社会が犯罪者を改善せしめ、社会に復帰せしめる必要を有するであらう。

第五節 提唱されたる學說

刑罰と保安處分とを調和的に結合する事は不可能であるか？ 上來、我々の説明せる幾多の難關に想到するとき、爾かく信ずることは一應尤もなことであらう。そして、また實際アムステルダム開會の國際刑事協會大會は、引き續き二つの決議を可決したにも拘らず、尙ほ問題の解決には達せなかつたのである。

〔註五五〕 *Comptes rendus de la Conférence Internationale de Droit Pénal, Paris, 1913, p. 515.*

〔註五五〕 Voir Bulletin de l'Union Internationale de droit pénal, 1913, p. 515. 蓋し社會の利益は、犯罪が無處罰に残されず、命令的に要求するものなる事はまた同時に、危險なる個人が無害化の状態に置かれるであらうことを、命令的に要求するものなることか即ちそれである。従つてそこには、一般豫防と特別豫防とが同時に考慮されることか必要なのである。就中、制裁が追求することを要する機能は、此二つの機能中の何れてあるか？ 我々の観るところを以

てすれば、制裁が就中重視するを要するものは、特別豫防である。この斷定は固より獨斷的と見え得るであらう。しかしながら、そこにはまさしくこの斷定を支持し得る若干の論證が與へられ得ると我々は確信する。

バランスがその何れの側にも傾き得ることなしに、二つの等價値の權利が對立して居ると言ふのは誤りである。社會は單に自から防衛する權利を有するだけではない。社會は尙ほ何等かの生物的乃至精神的缺陷を有するその成員の權利を保護する義務を有する〔註五六〕。社會の有する自己保存の權利はこの義務を消滅せしめ得るものではない。他方に於て、前に既に我々の證明したかように〔註五七〕、一つの有益なる結果を達成せむかためには、しはしは特別の處遇が直接に與へられる必要を存するであらう。

〔註五六〕 Voir Grasset, op. cit., pp. 257 et 259. 社會の利益は、命令的に要求するものなることか必要なのである。就中、制裁が追求することを要する機能は、此二つの機能中の何れてあるか？ 我々の観るところを以てすれば、制裁が就中重視するを要するものは、特別豫防である。この斷定は固より獨斷的と見え得るであらう。しかしながら、そこにはまさしくこの斷定を支持し得る若干の論證が與へられ得ると我々は確信する。

〔註五七〕 Voir p. 93 et 98. 或ひは論者は我々に反論するかも知れない。刑罰はしはしはそれ自體に一つの有效なる處遇を構成するものである〔註五八〕。我々は固より刑罰の實益——而かも個別的なる——を否認するものではない。しかしながら、この結果は、一つの有益なる畏怖心と同時に、彼れの責任に對する感覺を受刑者に與へるかように、處遇を構成することによりて、また容易に達せられ得るものと我々は信ずる。加之、この制度は犯人を改善するの必要を第一の目標たらしめる長所を有するであらう。

〔註五八〕 本書一〇一頁及びそこに引用されたる諸文献を参照。

我々は尙ほ我々の主張を支持するために、次きの理由を援用し得るであらう。——處遇は殆ど常にそれが一つの確定されたる制度に準據して與へられることを要求する。そしてこの處遇の制度 (Régime) はその結果を極めて疑はしきものたらしめることなしには、變改され得ないのである。然るに、威嚇はこれに反して、極めて雑多なる手段によりて達せられ得る。即ちそこには、現に或る場合には罰金を以て拘禁刑に代らしめ〔註五九〕、自由労働を以て罰金に代らしめ〔註六〇〕、自宅拘禁 (arrêts à domicile) を以て禁錮に代らしむべく〔註六一〕提唱されて居る。或る場合に於て、我々は何故に、一つの保安施設 (癲狂院等) に拘置することか、一つの充分なる制裁を構成するものたることを確認し得ないであらうか？

〔註五九〕 Voir notamment discussion à la Société Générale des Prisons, Revue Pénitentiaire, 1893.

〔註六〇〕 Revue Pénitentiaire loc. cit.

〔註六一〕 特に、アルゼンチン共和國刑法第一〇條、マコウスキー草案 (Projet Makowsky) —— (Garrand, p. 34.)、一九〇五年のロシア刑法第二十二條を参照。—— Margoligne, op. cit., p. 49.

それ故に、特別豫防と一般豫防との間に衝突を來したる場合に於ては、我々は先づ前者か追求されねばならないと信ずる。併しなから、そこにはまた社會に對して一つの他の義務が課せられて居るものであることに疑ひはない。秩序を維持することの義務が即ちそれである。そこには、病人 (犯人たる) の權利を

犠牲にすることなしに、彼れの同胞の權利を擁護することかまた必要である。保安處分と刑罰との一つの適當なる結合によりて、この結果を達成することは可能であると我々は信ずる。

先づ第一に、假りに一部著述家〔註六二〕の見解が承認されたとしても、一般豫防は決して犠牲にされるものではないであらうことを、我々は確認し得るであらう。蓋し保安處分は事實に於て、刑罰と實際上一致することになるであらう。處遇制度は殆んど同一に歸するであらう。多辯を費すまでもなく、自由の剝奪か受刑者に取りて極めて苦痛に感せられるものであり、そしてそれか又しはしは一個の充分なる處分を構成するであらうことは明白である。淘汰的處分は我々か既にそれを説明したかように、そのみにて刑罰の役目を有効に果し得るものなることを考へるべく、充分の理由あるものと我々は信するのである。

〔註六二〕 Gargon, op. cit., p. 87 et suiv. — Hafner : Revue Pénale Suisse, 1904 4<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> 5<sup>e</sup> fascicules.

〔註六三〕 Voir p. 94 et références. Adde, paroles de M. Franz Dupont rapportées. — Prins : „L'état dangereux de certains délinquants." Note au Congrès de Hambourg. Bulletin de l'Union Internationale de droit pénal, 1909, p. 85.

しかしそれにも拘らず、直に威嚇的たることのためには、處遇制度かしはしは餘りに寛大に失するであらうことは確かである〔註六四〕。この意味に於て、また我々は保安處分の後に一つの刑罰を續科せむと

する意見を支持するてあらう。而かも我々はこの結合より生ずる難點からは容易に脱却し得ると信ずる。蓋しこの場合生ずる主要なる不都合は、既に改善されたる犯人を更らに處罰するの點に存する〔註六五〕。即ちこの場合刑罰は無用となり、恐らくはまた有害とさへなるてあらう。

〔註六四〕 Donnedieu de Vabres: Cours de droit, 1923—24. Exposé des Motifs avant-projet suisse.

1894, loc. cit. in: *Revue de droit criminel*, 1901, p. 117. *Annales Pénitentiaires* — *Annuaire*, 1901, p. 117.

〔註六五〕 本書九六頁及び九七頁を参照。

これに對應するためには、條件附釋放の手段に訴へれば足りる〔註六六〕。或る期間の經過後、犯人が最早危険ならざるに至りたる時、行刑官廳はこれを釋放する權能を有する。一つの精神病院に於て與へられたる監護の結果、改善の實を見たる時、何故に同一の解決が採用されないか？〔註六七〕。

〔註六六〕 それ故に、一つの處遇が實效を奏せなかつた場合には、犯人に慣行性犯人の性質を與へる

ことなしに、一つの刑罰を科すべきものとする意見に、我々は左袒するてあらう。この意見は不定期刑言渡制度を存せざる場合に、可なりしはしは行はれ得るものである。

〔註六七〕 加之、この解決は若干の立法に於て承認されて居る。殊にスウィツツル草案（第四三條）

を参照。

かくのごとくに解せられたる釋放は、更らに我々か前に指摘せる一つの困難をも克服し得ることになる

てあらう。そこには、言渡されたる刑期以内の一期間の經過後、處遇が無益となるかごとき場合を生し得る。これに對しては如何なる解決が採用さるべきか？ この場合に於ても、尙ほ受刑者を條件附に釋放することか可能であるか我々は信ずる。

しかしながら、そこには尙ほ一個の難點が見出される。比較的短い一期間中課せられたる左まで嚴正ならざる一つの處遇の後に、犯人が彼れの罪過を贖ひたることなしに釋放されるに至るべきことか即ちそれである。苟くもそれか一つの刑罰に關するものであつたかきり、かくのごとき場合に於ては、そこに必要なるべき期間よりも一つのより長き期間の經過後に於てのみ、條件附釋放を與へることか、また適當であらうと考へられる。加之、既に治癒せる一受刑者が尙ほ刑務施設内に拘禁されたからとて、それか必ずしも不當であるとは、我々は信せない〔註六八〕。蓋し受刑者が言渡されたる拘禁期間の満了前に既に改善の事實を存して居た場合に、事態は現今に於てもまた同一なのである。

〔註六八〕 反對説は Gargou, op. cit., p. 87. *Revue de droit criminel*, 1901, p. 117. *Annales Pénitentiaires* — *Annuaire*, 1901, p. 117.

或る情狀の下に於ては、一つのより徹底的なる手段を使用することか、即ち犯人をして公設若くは私設の或る特殊施設に於て治療的監護を受けしめることか、條件の下に、犯人に刑の執行猶豫を與へることか、恐らく可能でもありまた有利でもあるてあらう〔註六九〕。この處分は社會的保全と同時に、またはしは制裁の輕減を我々に要求する公平感情を満足せしめる所以ではないてあらうか？



【註六九】同一趣旨の立法例として、一九〇五年四月一日のデンマーク法（第二〇條）を参照——  
 Delaquis : Revue Penal Suisse, 1920, p. 197. 「第六式」の裏面に「治療的役割を同利し、または（その）  
 のそれ故に、我々は、敢て大なる困難なしに、刑罰の教化的使命（role moralisateur）を保安處分の治療的使  
 命（role curatif）とを調和し得るものと信ずる。しかしそれにも拘らず、そこには尙ほ一つの批判が可能  
 とされるであらう。蓋し若しも治療的處遇が治療に至るまで繼續すべきものとするならば、その處遇はし  
 はしは言渡されたる刑よりも、より長期に亘り得る。かくのことはまさしく一個の不正事に歸着するも  
 のではなからうか？ この場合ル・ポアットヴァン氏がそれを提唱するように「註七〇」、刑罰に代る保  
 安處分は、如何なる場合に於ても、犯罪によりて『客觀的に、本質的に』値したる拘禁期間よりもより長  
 期たるを得ないものと宣言するの、寧ろより正當なのではないか？ かようにして、制裁は場合により  
 てより長期に亘ることになり得るであらうか、しかし常により寛大なるその處遇制度は、その期間の  
 長きを償ひ得るであらうと。犯人は對ひの罪を償ひ得るべきことになり得るべきである。』  
 【註七〇】 Voir Le Poitevin : Bulletin de la Société Française de Philosophie, 1908, p. 81. Revue Pé-  
 nitentiaire, 1905, p. 65.  
 しかしながら、我々はこの言説に左袒し得るとは信せない。保安處分は、實際犯されたる事實を斟酌す  
 べきではなく、そこに考慮せらるべきものは、この事實とは關係なき犯人の危険性である【註七一】。他

方に於て、或る個人を治療せしめるために彼れの自由に或る制限を課することか不正であるとは、我々は  
 信せない。そこに非正義を存するかためには、囚人と患者との間に一つの比較が立てられ得ることを必要  
 とする。然るに、この比較は不可能であると我々は信ずる。何故なれば、彼等は同一の制裁に服するもの  
 ではなく、而もそこに追求される目的は絶對的に相違うものであるからである。果して然らば、また我々  
 は危険なる精神病者の監禁と【註七二】、或る種の患者に課せられたる治療を受くべき義務【註七三】と  
 を同一に看做す譯けには行かないであらう。

【註七一】 本書六七頁を参照。

【註七二】 Grasset : Demi-fous, demi-responsables, p. 258.

【註七三】 特に、一九二三年七月の花柳病に關するドイツの法律を参照。同様にそこには、各種の病  
 患に犯されたる少女をサン・ラザールに監置せしむべく行政官廳の有する権能が指摘されねばなら  
 ん。

患に服せらるるがやうな、シブスターに違背して、この文官官廳の主任に對しては、能くは、  
[註九三] 昔、一六三三年の法蘭西に關する、ルイ十四の志を參照。同註九三の註、その  
[註九四] Guise: D'au-puis d'au-puis d'au-puis de Guise  
[註九五] 本書六十四頁を參照。  
[註九六] 本書六十四頁を參照。  
[註九七] 本書六十四頁を參照。  
[註九八] 本書六十四頁を參照。  
[註九九] 本書六十四頁を參照。  
[註一〇〇] 本書六十四頁を參照。  
[註一〇一] 本書六十四頁を參照。  
[註一〇二] 本書六十四頁を參照。  
[註一〇三] 本書六十四頁を參照。  
[註一〇四] 本書六十四頁を參照。  
[註一〇五] 本書六十四頁を參照。  
[註一〇六] 本書六十四頁を參照。  
[註一〇七] 本書六十四頁を參照。  
[註一〇八] 本書六十四頁を參照。  
[註一〇九] 本書六十四頁を參照。  
[註一一〇] 本書六十四頁を參照。  
[註一一一] 本書六十四頁を參照。  
[註一二二] 本書六十四頁を參照。  
[註一二三] 本書六十四頁を參照。  
[註一二四] 本書六十四頁を參照。  
[註一二五] 本書六十四頁を參照。  
[註一二六] 本書六十四頁を參照。  
[註一二七] 本書六十四頁を參照。  
[註一二八] 本書六十四頁を參照。  
[註一二九] 本書六十四頁を參照。  
[註一三〇] 本書六十四頁を參照。  
[註一三一] 本書六十四頁を參照。  
[註一三二] 本書六十四頁を參照。  
[註一三三] 本書六十四頁を參照。  
[註一三四] 本書六十四頁を參照。  
[註一三五] 本書六十四頁を參照。  
[註一三六] 本書六十四頁を參照。  
[註一三七] 本書六十四頁を參照。  
[註一三八] 本書六十四頁を參照。  
[註一三九] 本書六十四頁を參照。  
[註一四〇] 本書六十四頁を參照。  
[註一四一] 本書六十四頁を參照。  
[註一四二] 本書六十四頁を參照。  
[註一四三] 本書六十四頁を參照。  
[註一四四] 本書六十四頁を參照。  
[註一四五] 本書六十四頁を參照。  
[註一四六] 本書六十四頁を參照。  
[註一四七] 本書六十四頁を參照。  
[註一四八] 本書六十四頁を參照。  
[註一四九] 本書六十四頁を參照。  
[註一五〇] 本書六十四頁を參照。  
[註一五一] 本書六十四頁を參照。  
[註一五二] 本書六十四頁を參照。  
[註一五三] 本書六十四頁を參照。  
[註一五四] 本書六十四頁を參照。  
[註一五五] 本書六十四頁を參照。  
[註一五六] 本書六十四頁を參照。  
[註一五七] 本書六十四頁を參照。  
[註一五八] 本書六十四頁を參照。  
[註一五九] 本書六十四頁を參照。  
[註一六〇] 本書六十四頁を參照。  
[註一六一] 本書六十四頁を參照。  
[註一六二] 本書六十四頁を參照。  
[註一六三] 本書六十四頁を參照。  
[註一六四] 本書六十四頁を參照。  
[註一六五] 本書六十四頁を參照。  
[註一六六] 本書六十四頁を參照。  
[註一六七] 本書六十四頁を參照。  
[註一六八] 本書六十四頁を參照。  
[註一六九] 本書六十四頁を參照。  
[註一七〇] 本書六十四頁を參照。  
[註一七一] 本書六十四頁を參照。  
[註一七二] 本書六十四頁を參照。  
[註一七三] 本書六十四頁を參照。  
[註一七四] 本書六十四頁を參照。  
[註一七五] 本書六十四頁を參照。  
[註一七六] 本書六十四頁を參照。  
[註一七七] 本書六十四頁を參照。  
[註一七八] 本書六十四頁を參照。  
[註一七九] 本書六十四頁を參照。  
[註一八〇] 本書六十四頁を參照。  
[註一八一] 本書六十四頁を參照。  
[註一八二] 本書六十四頁を參照。  
[註一八三] 本書六十四頁を參照。  
[註一八四] 本書六十四頁を參照。  
[註一八五] 本書六十四頁を參照。  
[註一八六] 本書六十四頁を參照。  
[註一八七] 本書六十四頁を參照。  
[註一八八] 本書六十四頁を參照。  
[註一八九] 本書六十四頁を參照。  
[註一九〇] 本書六十四頁を參照。  
[註一九一] 本書六十四頁を參照。  
[註一九二] 本書六十四頁を參照。  
[註一九三] 本書六十四頁を參照。  
[註一九四] 本書六十四頁を參照。  
[註一九五] 本書六十四頁を參照。  
[註一九六] 本書六十四頁を參照。  
[註一九七] 本書六十四頁を參照。  
[註一九八] 本書六十四頁を參照。  
[註一九九] 本書六十四頁を參照。  
[註二〇〇] 本書六十四頁を參照。

#### 第四篇

### 保安處分の組織

#### 第一章 一般的諸原則

先づ第一に、保安處分は、結局、一個の權利制限に存するてあらうことを注意するの肝要である。それかこれ等の制裁に關するにもせよ、若しくは刑罰に關するにもせよ、結果に至りては、殆ど同一たるものであらう。保安處分の場合に於ても、またかのフランス大革命によりて刑法中に挿入されたる原則、即ち罪刑法定主義 (Nulla poena sine lege) が必然的に承認せらるべきである。我々は確信する。個人の自由は、刑罰の場合に於けると等しく、保安處分の場合に於ても、また同様に保護されねばならない [註一]。また我々は現今行はれつつある若干の手續は當然排斥されるべきものとする [註二]。或ひは實際上の必要の結果、或ひはその使用したる手段の不充分の結果、事實上、行政官廳は、若干の場合に於て、眞に專斷的なる處分の助けを藉るべく餘儀なくされて居た [註三]。これ等の手續は、或ひは實際有益であり、また必要であるかも知れない。しかしながら、我々の觀るところに依れば、これ等の處分の非合法性は實際餘りに明白であり、而かもそれを利用される者、またそれを利用するものの何れに取りても、餘り

に危険なのである〔註四〕。それ故に、そこには、保安處分を適用する場合は立法者にとりて限定的に豫定さるべきものとする一般原則を確立することが必要であると考へられる〔註五〕。

〔註一〕の特に、ベルリン大學に於けるフォン・リストの講演、『刑法に於ける進化説』を参照。蓋しその曰く、『罪刑法定の原則は、單に刑罰に對してたけてはなしに、また社會によりて採用されたる凡ての淘汰行爲に對して適用される』と——V. List: „La théorie de l'Evolution dans le droit pénal,“ 由 Bar Melin de l'Union Internationale de droit pénal, 1909, p. 495.

〔註二〕この原則は多數の立法に於て、明示的に承認されて居る。例へば、スウィツァル刑法草案第一條は言ふ、『何人と雖も、法律によりて罪とされたる一つの行爲を犯したるに非ざれば處罰されることなし』と。フェリー草案、ポーランド草案等もまた同様。

〔註三〕 Voir notamment Recueil hebdomadaire Dalloz, 1924, p. 451 et D. P, 1925, 1, 33, note de M. Henry.

〔註四〕 M. Hugueney: Cours de doctorat, 1924—25.

〔註五〕 Voir Maxwell: Le Crime et la Société, p. 237.

それ故に、我々は實際學派によりて爾かく誇揚されたる犯人の危険性 (état dangereux) に關する學説を承認し得るものと信せない〔註六〕。この學説は、進歩の口實の下に、その實、文明の第一段階への

退化を要求するものであるかに考へられる〔註七〕。しかしながら、我々かここに要求するところのものは、ただ、保安處分の適用を正當ならしむべき諸原因は必ず法律によりて豫定されねばならないといふたけに止まるのである。我々は、保安處分を適用すべき條件として、必ずしも犯されたる一個の犯罪の存在することを必要とするものとは信せない〔註八〕。この見解は寧ろ刑罰と保安處分との間に於ける一個の混同をすら豫想せしめるものであらうと、我々は考へる。我々は、實際、毫も批難すべき行爲を犯したるに非ざる人々に對して、尙ほ極めてしはしは、豫防的處分を爲すべく餘議なくされて居る。これ等の事情の下に、或ひは專斷的に、我々は犯人に於てそれをなし——乞丐者及び浮浪者に對する場合かそれである——、或ひはまた、職權上、我々は若干の警察處分に於てそれを爲すのである〔註九〕。

〔註六〕 Enrico Ferri: Relazione sul progetto preliminare (準備草案に關する説明) p. 237.

〔註七〕 Voir Garyon: „Rapport sommaire sur la nécessité de maintenir le point de vue objectif en droit pénal pour garantir la liberté individuel“ (『個人自由を保障するために、刑法に於て客觀的見地を維持するの必要に關する報告概要』) Bulletin de l'Union Internationale de droit pénal, 1909, p. 356 et suiv.

〔註八〕 しかし、それにも拘らず、我々は敢て危険性の學説を承認するものでなく、従つて、また、コルノテアーノ氏のように、尙ほ如何なる罪をも犯したることなき、而かもその非正則性は單に徴

候によりてしか認められない精神的缺陷者に對して、一つの特別處遇を科し得るものではないであらうことを、我々はここに反覆注意する。『國際刑事協會』に於ける彼れの報告を參照 (Cornolato: Bulletin de l'Union Internationale, 1913, p. 438)。エンゲレンもまた彼れの意見を維持する (Engelen: Bulletin op. cit. p. 468)。しかしナボコフの批評 (Nabokoff: Bulletin op. cit. p. 505) 及び『協會』の反對決議を參照 (Bulletin, op. cit. p. 512)。——尙ほ『國際刑事協會』ホンゴリヤ部會の討議に於けるシユワルケル氏の意見をも參照 (Bulletin de l'Union Internationale de droit penal, 1908, p. 371.)

保安處分の本質は、必然的に、それに服する者の權利を制限することに存するであらう。それ故にそこには、二つの權利が衝突して居る。社會の權利と犯人の權利とが、即ちそれである。假令、この後者の權利が、時として如何に蔑視すべきものであらうとも、我々は一つのより低き利益の爲に、一つのより高き利益を犠牲にする權利を有するものではない。シルヅイオ・ロンギは言ふ、『そこに常習酩酊者を存するの故を以て葡萄の栽培を禁止し、若しくは街燈の玻璃を損壞する惡習を有するの故を以て、その者に無期の流刑を科するのは不合理であらう』と〔註一〇〕。假令、正義の見地に立つにもせよ、若くは實利の見地に立つにもせよ、この原則は争ふべからざるものであると、我々は考へる。單に犯人の危險性をのみ觀察せむか爲に、彼れの犯したる最後の犯罪事實を全然無視することは、極めてしはしは、裁判官の困難と

するところである。若しも、行爲の輕重の點からも、また社會の實利の點からも敢て要求されて居ない一つの制裁を科することか、まさしく一個の明白なる不正中に歸着せざるを得なかつたとするならば、かくの如き立場は裁判官に取りて益々困難となるであらう〔註一一〕。彼等は勢ひこれを回避することにならないてあらうか〔註一二〕。

〔註一〇〕 Silvio Langhi: Prevenzione e Repressione nel diritto penale attuale (『現代刑法に於ける豫防と鎮壓』) p. 943.——Maxwell, op. cit. p. 238.

〔註一一〕 Voir Donnédien de Vabres, Revue Pénitentiaire, 1925, p. 24.

〔註一二〕 この點は殖民流刑に就きて論議する機會に、検討されるであらう。——同一趣旨に於て、またマルゴリーヌは言ふ、『そこには、改善不能の謀殺犯人と、極めてしはしは、その周圍の人々に生命に對して殆ど危險なき傷害を加へる改善不能の激情犯人とに對して、同一の判決を言渡し得る裁判官は存せないうべからう』云 (Margoligne, op. cit. p. 5 et suiv.)

常に同一の思想から出發して、我々は尙ほ次きの結論を引出得ると信する。即ち、保安處分は單に裁判上に於てのみ言渡され得るであらうことかそれである。我々は、前に〔註一三〕刑罰と保安處分との理論上の差別を説明した。そして、後者が行政的たり得るのに反して、前者は常に司法的たらねはならない點を、特に指摘した。我々は毫もこの見解を變改する積りはない。しかしながら、我々は、ここに次きの補

足を爲すことを必用と信する、曰く、この區別は恐らく理論に於て正當である、しかし、實際に於て承認され得るものは信せられない〔註一四〕。蓋し公平の保障は、刑罰と保安處分と、その何れに於ても同一たならねばならない。これ即ち、我々が進んで、エンリコ・フェリ〔註一五〕及びその他多數の著述家〔註一六〕によりて支持せられたる主張に左袒して、保安處分は常に裁判官によりてのみ言渡され得べきものとす所以である。

〔註一三〕 Voir *supra*, p.

〔註一四〕 反對説、M. Schwartz, *op. cit.*, p. 372.——我々と同一の見解を取るものは、M. de Balogh, p. 374.

〔註一五〕 Enrico Ferri: *Relazione sul progetto Preliminare*, p. 193.

〔註一六〕 Silvio Longhi: *Prevenzione e Repressione nel diritto penale attuale*, p. 943.——Georgiadis: *Revue pénale Suisse*, 1921, pp. 151 et 152.

しかしながら、これ等の制裁は常に行爲者の危険性に關するものなることを注意することか必要である。即ちこれ等の處分の目的とするところは、行爲者の改善若しくは淘汰に存する。假りに立法者は刑罰の分量を先驗的に確定し得るものであつても、苟くもそれか保安處分に關する限りに於て、彼れのこの任務は禁止される。保安處分は、就中、各個の犯人に妥當せねばならない。そして處分の個別は、獨り各個

の犯人を認識する者によりてのみ爲され得るのである。それ故に、裁判所は、その裁量に就きて常に廣汎なる權能を——但し個人自由を危険ならしめることなしに——用ひ得ることを要するものであらう。

こゝに於て、裁判官は、犯人の間に、改善不能と思量されるものと、改善可能と思量されるものとを判別することを要するであらうし、そしてこの後の場合に於ては、彼等の非正則性か、道德的たるよりも、寧ろ肉體的及び精神的たるか否かを識別することを要するであらう。最後に、一つの輕微なる非正則性を有する或る犯人、若しくは既に改善されたと思量される犯人に對しては、往々にして、處遇の適用か無用と見えるであらうか、しかしそれにも拘らず、そこには尙或る種の豫防處分を取るの必用を存し得る。そしてこれ等の豫防處分は、殊に、個人の狀態によりて要求されたる制裁を直接に適用し得べき方法に於ける一つの周到なる監督に存するであらう。その故に、そこには保安處分の四つの種類が區別され得ると、我々は信する〔註一七〕。淘汰處分 (*mesures éliminatrices*)、精神的缺陷者に對する治療處分 (*mesures curatives*)、感化處分 (*mesures réformatrices*)、及び監督處分 (*mesures de surveillance*) か即ちそれである。

〔註一七〕 Voir *Cuche: Traité de Science et de Législation pénitentiaire*, p. 62.——Silvio Longhi, *op. cit.*, p. 344.

これ等の一般的考察を前提として、我々はフランスに於ける保安處分の組織とこの組織に就きて與へら

れる各種の批評とを順次研究し、更らに、恐らくはその採用を有利とすべき各種の制裁に就きて検討するであらう。

## 第二章 現行處分の批評

我々の既に説示したかように〔註一八〕實際、保安處分は、それか刑事學者等の著述又は國際行刑會議に於て問題とされた以前にも既に認められて居たものである。高等警察監視は中間法（革命期の法律）に發祥する〔註一九〕。一八一〇年刑法か一定の犯人に科したる無能力及ひ權利の剝奪並びに各種の危険なる物件の沒收は、處罰の目的よりも、寧ろ新たなる犯行の防止を目的とするものであつた〔註二〇〕。其最後に、流竄處分（relegation）は専ら所謂改善不能者の危険性にのみ基いたものである〔註二一〕。〔註一八〕本書七三頁を参照。

〔註一九〕 Garrand : *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. II, p. 301.

〔註二〇〕 Roux : *Prévention et Répression*, p. 201 et suiv.

〔註二一〕 Garrux, *op. cit.*, t. II, p. 241. — Vidal : *cours de droit criminel* (Ge edit.), p. 624.

先づ第一に注意すべき點は、我が立法に於ては、成年者に對する改善處分（*mesures d'amendement*）か認められて居ないことである。我が立法は癡狂者又は精神的缺陷者に對する治療處分をもまた認めて居な

い。社會の唯一の保護は、その状態か公共の安全若しくは公けの秩序に對して危険なる凡ての者を一つの精神療院に監置する命令と爲し得る知事の權利に存するであらう〔註二二〕。然しなから、そこには、心神喪失の事實に關する裁判上の決定と行政上の決定との間に、何等の依立關係をも存せないのである。我が立法は單に淘汰處分として、全體的又は部分的淘汰を認めて居るにすぎない。即ち犯人は或ひは一定の地域から排除され、或ひは一定の職業の實行又は一定の權利の行使を禁止されるのである。〔註二二〕 一八三八年六月三十日の法律

### 第一節 流竄處分（殖民流刑）

社會と同化しかたき危険なるものと認められたる犯人は社會から排除されねはならない。この目的を達するかためには、たゞ二つの手段しか存せない。犯人を或る遠島に發遣するか若しくは彼れの生命を奪ふか、即ちそれである。假令咎むべきものであらうとも、彼れの犯したる諸行爲はこの極端なる處分（死刑）を正認せしめる譯けには行かない。それ故に、そこには、たゞ一個の防衛手段しか存在しない。犯人によりて脅威を受ける社會から彼れを驅逐することか即ちそれである〔註二三〕。この社會保護の處分は、彼等の職業上、常に最も寛容なる精神を有つた人々、殊に宗教家達の側からも、またそれか要求されて居る位、爾く事物の性質に妥當したるものである。牧師アルブーは言つた、『彼等の（流竄囚）發遣さ

れて行くのを見たとき、私は獨語した、結構な厄介拂ひた——これで最早誰れも殺されないことになるであらう！彼等はどうか確りと監置されて貰ひたいものた——若し彼等を引き續き、ここに生活せしめたとしたならば、果してそれだけの善良な人々か犠牲にされたことであらう——』【註二四】。會社雑誌の論

【註二三】 Voir Pella : „System international d'élimination des Criminels dangereux et des délinquants Phabride“, Revue Internationale de droit pénal, 1914, p. 142 et suiv.

【註二四】 Arboux : Revue Pénitentiaire, 1909, pp. 515, 675 et 676. — Voir de même M. Tablé Sanson, p. 518.

加之、若しも我々が爾かく自然なるこの必要を充すことをしかつたならば、事實の壓迫の下に、勢ひ他の淘汰處分、即ち死刑の手段に訴へるの必要に迫られざるを得なかつたであらう。ガルソン氏か雄辯にそれを論じたかやうに【註二五】、歴史はまさしくこの保安處分の必要を立證してゐる。この處分か追放 (banissement)、死刑、發遣處分 (transportation)、流刑、(déportation)、流竄處分、(relégation) 等、その何れの名稱を以て呼ばれるにもせよ、この處分は我が刑罰法の領域から消失する譯けには行かないであらう。ガルソンは附言した、『祖國から危険なる犯人を掃蕩するために、より人道的であつて、而かも同時に有効なる一つの淘汰刑を我が法律中に保存することを私か希望するのは、即ちこれ等人命の犠牲か新たにされるのを欲せないかためである』云々。

【註二五】 M. Garçon : Revue Pénitentiaire, 1909, p. 809 et suiv. — 彼れは注意した、我が舊時の法律に於ては、死刑は一つの戰慄すべき程度に濫用された、即ちそこには僅か十二歳の犯人に死刑か執行された、それだけに、また無期懲役のことも極度に濫用されて居たと。この點に關しては Garçon refalo : Criminologie, p. 263 を参照。——尙ほ本書二六頁をも参照。

爾來、この主張は廣く強調された。國際聯盟かジュネーブに創設されたとき、多くの權威者は、聯盟の保護下に、危険なる犯人に對する社會保護の諸施設か構成されむことを希望した。そしてペラ氏は一つの國際的流竄地の設定を提案した【註二六】。

【註二六】 M. Pella, loc. cit. — 尙ほ本書二六頁をも参照。—— 然し、この點に關しては、我々の論議は、しかし、それにも拘らず、他の諸國に於て、恐らくはこの制度の採用か希望されて居るかに見えるのに反して、我がフランスに於ては、從來、この制度は敏活なる論難の對象となつたものであり、又現になつて居るものである。【註二七】一部の論者は、主として我が法律の執行方法に就きて論議し、他の論者は更らに歩を進めて、この制度の原則百體を攻撃して居る。

【註二七】 Voir notamment Douclet de Valures à son cours de doctorat, 1923 — 24. — M. Léveillé, Revue Pénitentiaire 1909, p. 846.

I 執行方法に就きての批判

刑罰個別化の原則は、一個の一般的原則として、凡ての刑法を支配しなければならぬ。それか應報及び威嚇に關する場合に、この原則が既に至上的のものであるならば、それか犯人の帶有する危険性 (dangerosité) の程度の決定に關する場合、この原則は、更により以上に、至上的たらねはならぬはすてあらう。然らば科刑條件として法律上豫定されたる有罪判決の一定數か、如何にして先驗的にこの程度の刑 (殖民流刑) を正當ならしめるのであるか？

加之、結果は實際に於て愁訴すべきものであつた。實際、立法者か裁判官から凡ての裁量の權能を撤回する度毎に、この刑罰は適用されないことになつた〔註二八〕。蓋し犯人は一個の概念的存在ではない。裁判官は決して一個の理想的犯人に當面する譯けには行かない。生活は、爾かく多様な諸々の社會的必要に順應するより柔軟なる組織を要求するのである。かようにして、流竄制度の下に、我々は一つの有害なる結果に到達した。即ち社會を防衛する代りに、この法律は恐らくは寧しろ鎮壓の力を弱めたものと言はれ得るであらう。實際この刑の言渡數は著しき割合に於て減少したのである。

一八八七年に於ける被流竄者の總數か一、九三四、即ち受刑者一〇〇人當り一、四であつたのに對して、爾後、逐年次きの如き遞減を來して居るのである。

〔註二八〕 一八八七年 一、九三四) 一八八八年 一、六二七

一八九〇年 一、〇三五

一八九五年 八六一

一九〇〇年 六三二

一九〇三年 五〇〇

一九〇五年 六〇五

一九〇七年 五二一

一九〇九年 四一四

一九一〇年 三四三

一九一二年 三四〇

〔註二八〕 Le Poitevin: Bulletin de la Société Française de Philosophie, 1908, p. 90. — Molinier:

La répression du vol d'après les lois anciennes, ..... p. 31.

他方に於て、流竄處分の言渡を惧れるために、裁判所は、しはしは三ヶ月以下の禁錮の言渡を爲す傾向を存せなかつたか？

然り、この適用上の不成績に當面して、一部議員から議會に於て尙ほこの法律の適用範圍の擴張か試みられたほにも、この斷定は眞實である。かようにして、一八九九年二月七日に、ポール・ベルナルド氏



(Paul Bernard) は、流竄處分の適用をより頻繁ならしむべき目的に於て、一法律を提出した。従つて、彼れは一八八五年五月二十七日附法律第四條の次ぎのとき修正を要求したのである。——『次ぎの各號の一つに該當する有罪判決を受けたる……累犯者は流竄せらるべきものとする——(1) 一個の徒刑又は懲役の言渡、(2) 前號に該當する一個の有罪判決及び一個の禁錮……の言渡、(3) 二個の禁錮……の言渡、(4) 五個の有罪判決、但しその中の二は尠くとも前二號に記載せられたる刑、他は常習浮浪に關する刑若くは……にかかるもの』〔註二九〕。

〔註二九〕 Revue Pénitentiaire, 1899, p. 445.

他方に於て、ヤース裁判所檢事の一九一〇年二月九日附の通牒〔註三〇〕には、次ぎの文字が見出される『私の認むるところによれば、流竄處分の適用を招來し得る有罪判決の計算中に加へべき罪の累犯被告に對して、裁判所はしばしば、流竄處分の適用を不可能ならしむべき三ヶ月以下の禁錮を適用し』。

〔註三〇〕 Revue Pénitentiaire, 1910, p. 288 et note de la Rédaction.

一九〇八年、キューシユ氏の指摘するところによれば〔註三一〕一九〇五年度に於て、そこには何れも二十一犯乃至三十犯の前科を算する十四名の被流竄者を存し而かもその中二名は五十犯以上の前科を有するものであつた。犯人が同化すへからざるものであり、且つ治癒不能のものであることを確認するかために、前科五十犯まで待たねはならないといふことは、眞に豫想し得られないことである。

〔註三二〕 Cuche: Revue Pénitentiaire, 1908, p. 757.

加之、他の諸國に於てもまた我が制度の内在的缺陷が認知された。一九〇〇年にイタリヤ議會に提出せられたる一法律案は、一定數の有罪判決を受けたる凡ての者に對して、義務的に流竄處分を適用せしめんとするものであつた。然るにヴァツカラ氏 (Vaccara) は裁判官に凡ての裁量權を剝奪するこの制度に極力反對した。そしてこの法律案は通過しなかつた〔註三三〕。

〔註三三〕 Revue Pénitentiaire, 1900, p. 969.

流竄處分に對しては、更らに他の方面から一つの批難が向けられた。惟へらく、この制裁はその言渡される場合か極めて罕れなる情狀に屬するだけ、また社會秩序を有効に保護する所以ではないであらう。而かも逃走の企ては、實際、極めて頻繁である。その數は、各年、被發遣者及び被流竄者一二%に達したてであらう〔註三四〕。固より、全部、無事に目的地に達することはない。その中途中で死亡するものも尠くない。しかもまた若干の者がフランス本國に歸來し得ることも確かである。そして時々彼れ等は逮捕されて居る〔註三四〕。この不都合は、實際、外部作業に免かれないことである。蓋しかの廣大なる作業場に於ける監督は、一つの内地中央刑務所に於てそれかあり得ると同様に行はれ得る譯けには行かないからである。他方に於て、『この不健康なる氣象の下に、休暇も取らず、病氣もしないような強壯なる一人の看守を得るかためには、内地看守の給料の四倍又は五倍を支拂はねはならない。その結果、通常、被拘禁

者六十人に對して一人の看守しか置かれぬのである』〔註三五〕。この數は晝間に於てすら既に不充分であるとするならば、夜間に於ける事態かどうであるかは蓋し想像に難くないであらう。『夜間の監視は單に受刑者を收容する監舎の周圍を見廻るだけに止まる。單獨にてこの監視の任に就く看守はその生命の危険を免かれぬであらう……受刑者達は彼等の自由に放任されて居る。彼等は縊死し、又は毫末の束縛をも感ずることなしに、彼等の好む他の不潔事を敢行する。朝に至りて、そこに一つの死體の發見されることは、決して罕れてない』〔註三六〕。看守の數を増すことは、固よりこれか救治の一策であらう。しかしながら、一九一四年以前に於ても、内地中央刑務所に於ける被拘禁者一人當りの經費か一日七五サンチムに過ぎなかつたのに對して、被流竄者一人當りの經費は一日二フランを要したのである〔註三七〕。就中、我が現時の財政状態に於ては、これ等經費の問題は、我々に取りて無頓着に残される譯けには行かない。

〔註三三〕 Voir déclarations de M. Chautemps, Revue Pénitentiaire, 1909, p. 483.

〔註三四〕 Déclaration de M. Honorat, directeur à la Préfecture de Police (Revue Pénitentiaire, 1909, p. 657).—M. Hugueney : Conférence sur le bague.

〔註三五〕 M. Chautemps, Revue Pénitentiaire, 1909, p. 484.

〔註三六〕 M. Chautemps Revue Pénitentiaire, 1909, p. 486.

〔註三七〕 現時、内地中央刑務所に於ては、作業生産を以て經費を償はふとして居るのに反して、被發遣者又は被流竄者の一日當り經費は八フランを算する (M. Hugueney, loc. cit.)

加之、この制裁の執行方法は、余り香しいものではない。一八八五年の法律か二つの反對せる傾向に由來するものなる事を主張したる人々に對してレヅヴェイエ氏は極力反論した〔註三八〕。しかしながら、この反論の權威にも拘らず、我々は、我が法律か完全に首尾一貫した一體系を形成するものと考へる譯けには行かない〔註三九〕。固より流竄處分 (relegation) は一つの保安處分である。それは懲罰を目的とするものではないに、只社會に取りて危険なる諸分子を無力たらしめむとするものに過ぎない。假令受刑者は強制的に殖民地に定住せねばならないものであるにしても、それは敢て彼等を處罰するの目的に出づるものではないに、彼等によりて危懼を感ずるフランス本國から彼等を遠けむとするものであることに疑ひはない〔註四〇〕。しかし、それにも拘らず、法律は必ずしも此趣旨に従ひて執行されては居ないのである。即ち被流竄者 (les relégués) は、事實上、被發遣者 (les transports) — 殖民地に發遣される徒刑釋放者) と全く選ぶところはない。蓋し『彼等の間には、單にその着衣の色合の差を存するにすぎないものである』。

〔註三八〕 M. Léveillé, Revue Pénitentiaire, 1909, p. 846.

〔註三九〕 Voir Les Lois nouvelles, 1885, p. 126, Préface de M. Ger ville-Réache.

【註四〇】 *op. cit.*, p. 14. *névrotiques* (1888, p. 130) *l'adulte qui n'est pas capable de travailler* 加之、この法律の準備資料は我々にこの反則性の理由を説明して居る【註四一】。即ち、草案に従へば被流竄者は徒刑釋放者 (*libérés des travaux forcés*) に類化さるべき者であつた。従つて彼等には一定の警察處分が強課されて居た。彼等には一定の地域に於ける居住が禁止されて居た。しかしながら、彼等はその欲するかまゝに彼等の作業を選択することか出來たのである。しかしながら、下院と上院とに於けるこの法案の討議半はに於て、その順調なる審議に一つの不意の故障を生じた。ギイアトヌ (流竄殖民地) の知事シエイツセ (*Coyse*) 氏か、殖民地に取りて不生産的にして、單に掠奪的生活を爲すに過ぎざるべきこの犯罪人の侵入に抗議したことか、即ちそれであつた。この正當なる抗議に満足を與へるために、被流竄者は作業を強制せらるべきものと決定された。かやうにして、それは、事實上、彼等に對して無期徒刑の言渡を爲したのではないか？

【註四一】 *op. cit.*, p. 17. *非難、或は若しは完全な首謀と見し、或は一罪を犯すものなきへる類に*

【註四二】 *op. cit.*, p. 17. *非難、或は若しは完全な首謀と見し、或は一罪を犯すものなきへる類に*

【註四三】 *op. cit.*, p. 17. *非難、或は若しは完全な首謀と見し、或は一罪を犯すものなきへる類に*

【註四四】 *op. cit.*, p. 17. *非難、或は若しは完全な首謀と見し、或は一罪を犯すものなきへる類に*

【註四五】 *op. cit.*, p. 17. *非難、或は若しは完全な首謀と見し、或は一罪を犯すものなきへる類に*

それ故に、殖民地の住民を保障するために、被流竄者の拘置は義務的とされる。しかしながら、そこには、まさしく、流竄處分に對して爲され得る一つの重大なる批難の理由を存するのではないか？蓋しそこには、常にフランクリンの次の一句が引用されて居る。曰く、『諸君は我々に諸君の流刑囚を送致す

る。若しも我々か諸君に我々のガラガラ蛇を送るてもあらうならば、諸君は果して何と云ふてあらうか？』と。固より、『ギイアトヌは常にフランスである』【註四二】には違ひない。そしてこの國が單に一つの稀薄なる人口をしか有たないことも、また確である。しかし、それにも拘らず、將に開明されねはならない殖民地の負擔に於て、本國かその社會的殘滓から厄介拂ひされるのを見ることか、果して正當なのであるか？【註四三】。

【註四二】 M. Garçon, *Revue Pénitentiaire*, 1909, p. 806.

【註四三】 M. Bérenger, *Revue Pénitentiaire*, 1909, p. 649.

他方に於て、流竄處分は一つの殖民刑である。然るに、極めてしはしは、この處分は毫も威嚇的でないと言はれて居る。蓋し、この變化は犯人に取りて寧ろ幸福である。航海は彼等に取りて愉快に見える。彼等は異國の風物に接し、椰子樹を眺め、野蠻人を見るであらう【註四四】。加之、ベンザムは宣言しなかつたか、一つの刑罰はそれか近き時と近き所に於て執行されるかきりに於てのみ威嚇的であると【註四五】。

【註四四】 ホードノロマ氏はこの見解に左袒しなす (M. l'avocat-général Godéfroy, *Dissussion à la*

*Société Générale des Prisons*, 1924)

【註四五】 Bentham : *Législation civile et pénale*, t. I, p. 51.

固より、流竄處分は決して威嚇を直接の目的とするものでなく、而かもこの威嚇の機能が保安處分たるその主たる性質を害することになつてならないとは言ふまでもないか、しかし、若しもその効果が同時に達成され得るものであるならば、我々は敢てそれを輕視すへきてはないかに考へられる。

最後に、そこには、この一八八五年の法律の最大の缺陷か存する。蓋し既に上述したかやうに、『一つの保安處分を制定するに當りては、相對峙する二つの利益、即ち社會のそれと犯人のそれとが常に考慮されねばならない』のである。この法律に於ては、この原則が無視されては居なかつたか？敢て一つの重大なる擾亂を社會に惹起した譯けてはない個人に對して、この制裁は實際餘りに苛酷に過ぐるものではないか？アナトール・フランス (Anatole France) は言つた『裁判の權利は神聖である、被告の權利は二重に神聖である、社會の權利は三重に神聖である』と〔註四六〕。しかし、この著名なる著作家の意見は恐らくは承認され難いてあらう。我々の關するかきりに於て、『公衆の福利は至高の法則なり』(Salus populi suprema lex esto) の原則が絶對的に承認されねばならないものたとは、我々は信せない。流竄處分の失敗は、就中、多少とも明確に認知されたるその不正義に由來するものなることは、蓋し争ひないであらう。

〔註四六〕 Cité Kenny : Esquisse de droit criminel anglais.

## 第二節 居住禁止

○ 犯罪人の大多數は、幸福にも、未だ淘汰を必要とするまでの悪化の程度に對して居ない。しかしそれにも拘らず、彼等に對して尙ほ豫防處分を取ることは、有益たり得るであらう。或る地方が雜多なる種類の犯罪人の居住地として適當でないことは明白である〔註四七〕。間牒の罪によりて處罰せられたる者を要塞地帯の附近に居住せしめることに、最大の不都合を存するであらうことに疑ひはない。そこには、人口の稠密なる大都會地に於てのみ犯され得るかとき種類の犯罪事實を存する。この場合、最良の豫防は、その地域から犯人を遠けることに存せなかつたであらうか？被害者の居住する地方に、そして恐らくは犯人に不利益なる證言を爲したる證人の居住する地方に犯人の滞在するのを禁止することか必要とされな

いか？

〔註四七〕 Voir Rapport de M. Henri Prudhomme à la Société des Prsoins, Revue Pénitentiaire, 1924, p. 358.

○ そこにはまた相互の復讐を危懼する必要を存せないであらうか？  
○ 加之、犯人は、彼等かそこに逢着したる障礙にも拘らず尙ほ達成しやうと試みたる一つの豫謀に出づる意思に於て、彼等の罪を犯すことは罕れてある。大多數は誘惑に破れたる弱者である〔註四八〕。この場

合、若しも我々か我々の力の及ふかきりに於て、その機會を彼等に回避するならば、彼等は最早、再びその過失を新たにするものではないであらう。居住禁止に關する立法理由は、まさしく、それ等の考慮に外ならなかつた。一應それは尤もらしく考へられる。然らばその成績はどうであつたか？ この制度は如何なる難點を伴ふか？

〔註四八〕 Voir en ce sens Thyrtén, Revue Internationale de droit pénal, 1924.

I. 成績

先づ第一に、居住禁止か、現代に於て就中顯著なる一大利益を伴ふものなることは、争ふへからざる事實である。蓋しそこには經費が比較的輕減される。そこには勞役場をも、諸種の特別な保安施設をも維持する必要がない。これは確かにこの制度の一大長所であるに違いない〔註四九〕。

〔註四九〕 M. Prudhomme, op. cit., p. 351.

他方に於て、この處分は犯人の極めて畏怖するものであるかに見える。彼等は單にこの制裁の執行を猶豫されむかためにのみ控訴することか罕れてない〔註五〇〕。それ故に、この處分は一つの有益なる威嚇の目的を果すこととなるであらう。しかしながら、これは固よりその眞の目的ではない。然らば、この處分は、彼等の道德的回復のために危険と思料される方面から、眞に犯人を隔絶するものであるか？

〔註五〇〕 M. le Conseiller Moural, Revue Pénitentiaire, 1908, p. 976.

統計は寧ろ我々を悲觀論に導くであらう。實際、これ等統計を一覽するとき、そこには居住禁止に對する著しき違犯數が確認される。この違犯數は若干の年度を通して、有罪判決と殆ど接近して居る。今、その一般を示せば、即ち次のごとくである。

一九〇〇年	一、三三四
一九〇五年	一、一八八
一九〇八年	一、〇一四
一九二〇年	二、二〇〇
一九二二年	二、七八〇
一九二三年	二、六二〇
一九二三年	二、八七〇

「疑ひもなくそこには、この莫大なる數字の代表するものか、犯罪

者の一聯隊であるか、一中隊であるか、若しくは一小隊であるかは疑問とされ得る、何故なれば、そこには短期刑の極めて頻繁なる適用が考慮されねはならないからである』と。しかしそれにも拘はらず、居住禁止の處分は決して眞面目に執行されて居るものではないかに見える〔註五二〕。この事實はこの制裁の一つの缺點に基因するものである。かくて我々はまたここに、この制度に向けられたる幾多の批判を引證しなければならぬ。

〔註五一〕 M. Prudhomme, op. cit., p. 370

〔註五二〕 多くの權威者の言ふところによれば、或る被告が専らこの處分に對する違反のために起訴されたのを見ることは極めて罕れてあつた。この處分の違反は殆ど訴追されて居ないのである。

## II 批 判

累犯を防止する最良の方法は犯人の社會的回復を試みることにないか？ 然るに、若しも彼れが就職の口を見出し得へき諸地方の門戸が彼れに對して閉せられるとするならば、我々は如何にしてこの目的を達するか？ 製糖工業の労働者は北部地方に於てのみ、機業労働者はリオン地方に於てのみ、海運労働者は商港地域に於てのみその労働を見出し得る。加之、一般的に、授職の機會が最も多く提供されるものは大都會ではないか？ 然るに禁止區域に編入されて居るものは、まさしくこれ等の地方なのである〔註五三〕。また初めこの制裁の改良を要求して居た各地保護會も今日では更に進んでこの制裁の廢止を要求し

て居るのである。かやうにして、一九一〇年のレンヌ會議〔註五四〕並びに一九二三年六月十二日開會の保護事業代表者會同は、明瞭に、この制度を決議するに至つた〔註五五〕。

〔註五三〕 M. Prudhomme, op. cit., p. 355.

〔註五四〕 Revue Pénitentiaire, 1910, p. 1000.

〔註五五〕 Revue Pénitentiaire, 1912, p. 384.

例へば、警視廳名譽部長オノラー氏 (Honorat) 〔註五六〕名譽總監ブーネ (Boegner) 〔註五七〕氏のころ、この方面に於ける最も權威ある人々がこの制度の破産を宣告して居ることに想到するとき、我々はこの制度を辯護すべく尠からぬ當惑を感ぜざるを得ない。彼等は言ふ、『事實上、大部分は彼等の欲するところに復歸する』と〔註五八〕。

〔註五六〕 Revue Pénitentiaire, 1924, p. 357.

〔註五七〕 Revue Pénitentiaire, 1908, p. 980.

他方に於て、オノラー氏が居住禁止の制度に就きて批難する點は、この處分か犯人を農村に、即ち謂は警察力の殆ど及はざる地方に送還することを、その必然的結果とすることである。惟へらく、彼等の危険性を破壊するために、その解毒劑を發見し得ざるべき地方に彼等を追放するといふのは、全く不思議千萬な話ではないかと。

しかしながら、この批難は必ずしも我々を承服せしめるものではない。固より、人口の密度に比例しても、農村に於けるよりも、都會に於ける警察力が遙かにより強大なのは明白である〔註五九〕しかしながら、事實上、警察の任務は都會に於て、遙かにより困難ではなからず、そして、大都會が犯罪人の理想郷なることは、萬人の承認する一つの眞理ではないか？

〔註五八〕 *Revue Penitentiaire*, 1908, p. 1233.

〔註五九〕 *Voir Rapport de M. l'avocat-général Drioux, Revue Penitentiaire*, 1908, p. 347.

かやうにして、居住禁止は、固より、犯人が彼れの欲する都會に復歸することを防止すべく無力であり、而もまた、他方に於て、この處分が犯人の社會的回復に著しき障礙となるものであることには疑ひないとしても、しかし、それにも拘らず、一定の地方に於ける彼れの居住が好ましからざるものであり得ることは確實である。ノールウェーに於て、また同一の制度が行はれて居るのは、即ちこの理由によるものに外ならない〔註六〇〕。

〔註六〇〕 第三三條。

しかし就中、この制裁の招來する重大なる批難は、それが個別化の機能を缺いて居る點に存すると我々は考へる。蓋し、行政官廳は、釋放者に、彼れの居住し得ざる都市を際限なく列擧せる一つの目録、而かも益々増加される傾向を有つた印刷されたる目録を交付する。そしてこの目録は凡ての犯人に對して劃一

的のものであつて、裁制所はたまた新たな禁止地をそれに附加し得るだけのものなのである。かやうにして、そこには、裁判所自身に、この目録を個別的に作成せしむべきものとする改革意見を生ずるに至つた〔註六一〕。

〔註六一〕 *Congrès de Rouess de 1905, Revue Penitentiaire*, 1905, p. 979.

この主張は多幸なるものと見え得る。蓋し判決の言渡を爲す裁判官は彼れの犯罪簿その他の記録によりて犯人を識つて居り、彼れの犯罪の状況に通じ、従つてまた禁止の範圍を認定するに必要な諸理由を熟知して居るからである。しかしながら、この主張にしても、尙ほ無批判に受け容れられる譯けには行かない。蓋し危険性は單に犯人の心理的構成にのみ基くものではない、それはまた彼れか今後置かるべき環境の諸條件に關係するものだからである。裁判官は如何にして之等の諸條件を認識し得るか？〔註六二〕。裁判官は、果して、或る地方の現出する危険に就きて、例へば、その地方に期待せらるべき或る兇徒團の出現に就きて豫しめ考慮するに必要な凡ての情報を有するのであるか？

〔註六二〕 *M. Prudhomme, op. cit., p. 381.*

加之、諸種の情況は犯人が刑務所より釋放さるるに至るまでに、恐らく變化するであらうし、従つて、前以つて與へられたる處分か必ずしもこの新たな情況に妥當するものではないことは、極めて確實たり得るであらう。これ等の情況はまた禁止期間中に於ても等しく變化し得る。場合によりては、禁止されたる

地方に復歸せしめることか、却つて犯人のために利益と認められ得るであらう。この場合、それに就きての決定権は何人に屬すべきか？ ル・ボアットヴァン氏は言ふ、その権限は裁判所に屬する譯けには行かない、かくのときは、我か凡ての裁判技術と抵觸することになるであらう、何故なれば、裁判所は決してその判決の執行に關與すべきではないからである〔註六三〕。

〔註六三〕 M. Le Potier, Revue Pénitentiaire, 1908, p. 978.

この反對が爾かく有權的なものは我々には考へられない。この反對は、事實上、刑罰と保安處分との混同に由來するものではないであらうか？ 蓋し、裁判所は後に至りて、その言渡したる刑を變更し得るものでなく、彼れの役目は、彼れか犯罪の諸要素を認定し、且つそれに相當する裁判を言渡したるとき、實際既に終了したことになるであらう。しかしながら、専ら本人の危険性に、即ち本質的に變化的なる彼れの危険性に對比して科せらるべき保安處分に至りては、全然これと趣を異にするものである〔註六四〕。加之、裁判所の機能は少年に對して繼續的に働いて居るではないか。即ち、この場合、裁判所は、彼れの判決を言渡したる以後、彼れの任務が終了したものは考へて居ない。裁判所は引續き犯人を監督する、そして尙時として裁判所はその初め與へたる決定を取消し得るのである〔註六五〕。

〔註六四〕 加之、後に述べるであらうかやうに、我々は、執行中の保安處分を變更する權能を裁判所に認めるものである。

〔註六五〕 特に、一九〇四年六月二十八日の法律第二條及び一九〇八年四月十一日の法律を参照。

——尙はこの問題に關しては Nast et Klein: Code manuel des tribunaux pour enfants, p. 261 et suiv. を参照。

彼れに居住禁止か、依然として、その性質と調和する諸原則の下に置かれたる一つの刑罰と看做されたとしても——この見解は我々の見るところでは謬りであるか——尙はこの處分を變更し得る裁判所の權限を維持することは恐らく可能である。禁止地の指定は、かくのときものとして、それを言渡したる後に至りても尙は裁判所によりて變更され得べき、一個の本質的假處分としか看做され得ないものであらう〔註六六〕。それ故に、一つのより正確なる個別化の目的を達し得るために、居住禁止の範圍に就きて決定する權能を裁判所に與へることか必要である。しかしながら、この場合、そこには、同時に、裁判所かこの決定につきて權威を有する人々の共助を求め得る組織が必要とされる。それ故に、最良の制度は司法省に一つの特別機關を設置することに存するであらう〔註六七〕。

〔註六六〕 この意味において、フワイローの意見を参照 (M. l'avocat-général Fenilloy, Revue Pénitentiaire, 1908, p. 1229.

〔註六七〕 ブリヌードンムの意見——Voir Rapport de M. Henri Prudhomme à la Société des Prisons,



Revue Penitentiaire, 1924, p. 382.

しかしながら、かくのごとく理解せられたる居住禁止が常に表現する重大なる缺點は、その有効性の缺如に存するものであらうと、我々は確信する。禁止處分の違犯に對しては、正に、嚴しき刑罰か豫定せらるべきであらう。この場合、犯人が假りに禁止せられたる地方に復歸するやうなことがあつても、彼等は、これ等の制裁を受けることの恐怖から、彼等の所在を明かにすることを警戒するであらうし、従つて左まで有害とはならないであらうと、論者は言ふ。しかしながら、我々の所見に依れば、制裁の恐怖は從前毫も彼等を阻止するものでなかつたことを論者が忘れて居るのは正當でない。加之、この恐怖なるものは、第一、彼等に於て極めて疑問的なのではないか？ 若しも犯罪人か、公的にもせよ、如何なる監視の對象とも自から感ぜないとするならば、如何にして、そこに事態の變化を來し得るであらうか？

〔註五八〕。従つて、彼等は禁止せられたる地方に再歸するであらう、因よりこの場合、彼等は必ずしも悪事を爲す意思に於て再歸するものではないかも知れない。恐らくは、當分の間、彼等は善行を持するであらう。しかしながら、彼等の大部分は薄志弱行の徒であることを忘れてはならない。そこには、果して、我々か彼等をして回避せしめようと思つた各種誘惑に彼等か再び陥るのを見るべく、憂懼する必要を存せないであらうか？ 一六〇四年六月二十八日の法律第二條及び一六〇八年四月十一日の法律を參照。

〔註六八〕 M. Thyrén : Revue Internationale de droit pénal, 1924, p. 28.

かようにして、我々はガルソン氏の次きの見解を無條件に承認せねはならないと確信する。曰く、『居住禁止は良好である、しかしながら、我々は更らに一つのより良き刑罰を有つて居る、それは警察監視であつた』と〔註六九〕。そしてそれは後に至りて我々か改めて研究せむとする一點なのである。

〔註六九〕 M. Garçon : Revue Penitentiaire, 1908, p. 978. — Adde Le Pétavin, Préface de M.

Wachtel : L'Intendation de séjour, p. 4.

### 第三章 不定期言渡

問題は改善と淘汰とに關するものであつて見れば、そこには、尠くとも二種の處分が必要とされねはならないかに見える。尙ほ他方に於て、我々は刑罰と保安處分とを區別した。従つて、そこには、威嚇と、改善と、淘汰との目的を有する一列の制度が必要とされることになるであらう。この場合、若しもこれ等の目的の何れにも順應する唯一の處分を認むるだけ足りるとしたならば、それは、まさしく、より簡單であり、より實際的であり、而かもまさしく恐らくはより安價なものでないであらうか？ 不定期刑言渡の手段によりて、我々か達成しようと思つたものは、即ちこの結果なのである。

この制度は種々の方法によりて構成され得る。即ち言渡は或ひは絶對的に不定期的たることを得るであ

らうし、或ひはまた、言渡は、その期間に關して、若しくはその適用される人に關して調節され得るであらう。

### 第一節 絶對的不定期言渡

絶對的不定期は、次きの觀點の下に理解される。——或犯人が刑罰法の適用を受くべき一つの罪を犯したるとき、裁判官は單にその事實を確認するたけて満足し、犯人を行刑官廳に送致すべくかくてこの送致を受けたる行刑官廳が専ら彼れの釋放に就きて決定すへきてある。そしてこの場合、その釋放のために必要にして、而かも充分なる唯一の條件は、犯人の改善であらう。

他方に於て、ラポポール氏は、不定期言渡のみか我々の正義感情を全幅に満足せしめ得るものと主張した〔註七〇〕即ち彼れは言ふ、『今日、正義は犯罪人から一つの數學的支拂を要求するものではないことは極めて明白である。この點に就きて確信を得るためには、減輕情狀 (circumstances atténuantes) が被害者の立場に於てはなしに、犯人の立場に於て、刑量を左右するものなる事を想起するたけて充分である。しかるに、犯人の性質と彼れの責任とか假令何であらうとも、そこに與へられたる害悪は常に同一なのである……』と。恩赦や乃至條件附釋放か是認される所以は、若しも制裁か、最早彼れの過去の過誤に再び陥ることなかるへき犯人に對して尙ほ適用されんとするならば、その制裁は我々に於て野蠻と見えるかた

めにほかならない。

〔註七〇〕 M. Rapoport: *Revue Internationale de Sociologie*, 1904, p. 727 et suiv.

かくの如くに理解され且つかくの如くに辯護されたる絶對的不定期言渡は、極めて誘惑的に見えるであらう。この制度はかのフェリ草案に類する一刑法に於ては、絶對的に論理的である。しかしそれにも拘らず、我か立法に於てこの制度か許すへからざるものであることは殊更こゝに揚言するまでもないであらう。固より我々は改善を追求する。しかし乍ら先づ第一に我々の希望するものは威嚇と應報とであらう。若しも我々か矯正の立場にのみ置かれたとしたならば、我々は如何にしてこの目的を達するか？ 蓋しこの立場に立つかきり、例へは激情的犯罪の行爲者は直ちに釋放されねはならないことになるであらう。

### 第二節 相對的不定期言渡

見裁判官は彼れの與へたる決定の結末を附ける任務を行刑官廳に一任するかこそき一つの有罪判決の言渡を爲すことを以て満足すへきてはなく、反對に、裁判所は、處遇の短期と長期とを自から決定すへきてある。従つて、この場合にも、尙ほ不確定性は存續するであらうか、しかしそこには、尠くとも前記制度の下に免かれかたき批難か避けられ得ると考へられて居るのである。

蓋し、論者は言ひ得るであらう、凡ての人間に共通の必要であつて、而かも犯罪を減少せしめるかため

にはその助長を必要とすへき非難 (réprobation) は、この短期の決定によりて達せられるてあらうし、従つてまたこの短期は刑罰の目的を満すことになるてあらうと〔註七一〕。

〔註七一〕 Van Hamel: *Revue Penitentiaire*, 1899, p. 666.

他方に於て、長期の確定は充分に個人自由を保護し得るかに見へる。最後に、犯人は彼れの改善の實を見たる後に初めて釋放されるのであつて見れば、社會はその道德的見地に於ても、またその保安の必要に於ても、共に満足されることになるてあらう〔註七二〕。實際、若しも犯人が改善しなかつた場合には、彼れの拘禁は裁判官によりて確定されたる長期、即ち現行の定期刑よりも、長き長期まで繼續することになるてあらう。最後に、多年の拘禁後に彼れを釋放することによりて、彼れの年齢は彼れの情慾を衰へさせたてあらうし、従つてまたこの社會的徴菌は著しくその活力を減損したてあらうことか考へられ得るのである〔註七三〕。

〔註七二〕 Van Hamel, *loc. cit.*, p. 669.

〔註七三〕 Prius, *loc. cit.* p. 628. — M. Silović: *Bulletin de l'Union Internationale de droit pénal*, 1910, p. 483.

最後に、それが定期的な (périodiquement) 修正されるものたることを知るならば、裁判官は、この長期の保安處分を言渡すことに就きて、遙かにより少き危懼を感じるものてあらうことか考へ得られ得るて

はないか？ 更らに他の一方に於て、被拘禁者の釋放を、一個の日數の問題ではなしに、彼れ自身の行狀に關係せしめることは、まさしく彼れの道德的回復を異常に獎勵する所以てあらうか？

加之、保安處分は刑罰よりも尙ほより多く個別化されねばならないといふ思想を、我々はしはしは固執した。しかしながら、若しも我々か公判若しくは豫審に於ける被告の供述以外にその徴憑を有たないとしたならば、如何にして、我々は、一つの絶對的方法に於て、彼れの敗徳性を認識するか？ 如何にして必要なる處遇の期間を裁量するか？ それ故に、この裁量は、寧ろその執行の任にある官廳に一任することかより適當なのではないか？

この制度は方々の國に於て實施されて居る。そしてその結果は、何れに於ても不良と考へられては居ないかに見える。アメリカは感化刑務所 (Reformatories) の理想郷である〔註七四〕そしてその成績は不良ではないらしい。ハワード協會 (Association Howard) 幹事長グラップ氏は、一九〇五年に、北米合衆國の刑事及び行刑組織に關する一報告を公刊した。この著述に於て、著しく注意を引く點は、専ら改善の趣旨の下に指導されたる處遇か、毫も一つの過大なる溫和の印象を與へたものてないことである。『これ等の施設内に於ける生活は、決して一つの常行的行樂ではない』のである〔註七五〕。しかしそれにも拘らず、受刑者の改善状態はこの制度の下に、決して不良ではない。エルマイラ感化刑務所に於ては、被拘禁者の七〇%は有益なる市民となり、コンコードのそれに於ては、七三%か改善の實を擧げて釋放されて居

る〔註七六〕

〔註七四〕 Lévy: „Les Sentences indéterminées,” Thèse Paris, p. 127.

〔註七五〕 Revue Pénitentiaire, 1906, p. 223.

〔註七六〕 *loc. cit.*

他の諸洲に於ては、例へばインディヤナ州のことき——不定期判言渡制度の施行によりて平均刑期を増加するの結果を來したことを確認される。即ちこの平均刑期は、實際、一年九ヶ月十四日から三年二ヶ月十二日になつたのである。然るに、他方に於て、累犯律は二五%以上には及はなかつたであらう〔註七七〕。

〔註七七〕 Revue Pénitentiaire, 1903, p. 320.

最後にアメリカの刑事家達か、未だこれを認めて居ない諸洲にこの制度を更らに採用せしむべく努力して居るのは顯著なる事實である。彼等はますます増加し來りたる犯罪を減少せしめる手段として、この制度を考へて居るのである〔註七八〕。

〔註七八〕 テキサス洲に就きては、チャールス・エス・ポッツ氏の報告を参照 (Charles S. Potts, dans,

The Annals of the American Academy of political and social Science,” mai 1903, pp. 84—96.—

Resumé. Revue Pénitentiaire, 1903, p. 749)

オーストラリヤもまた等しく不定期判言渡制度を施行して居る〔註七九〕。尙ほイギリスもこの制度を採用しようと試みた。即ち一九〇八年、”Reforming the Criminal. Bill to detain him until he is honest”

〔重罪犯人改善案、即ち彼の改換するまで彼を拘禁すべき法案〕と題する一法律案か、グラッドストーン氏によりて下院に提出された。この法案に従へば、累犯者は、彼等の過失を償ひたる後、ワイト島に設置せられたる一つの特別な施設に送致せられ、行政官廳か彼等を改善者たるものと認めるに至るまで、この施設内に止まるべきものとされたのである〔註八〇〕。

〔註七九〕 L'evue Pénitentiaire, 1903, p. 749.

〔註八〇〕 Revue Pénitentiaire, 1908, pp. 973 et 974. Voir aussi: The Daily Express, 28 mai 1908.

最後に、我々は、單に限定的にのみこの制度を採用するチエコ・スロヴァキヤの草案を引用し得るであらう。即ち此の草案に従へば、三十歳未満の者か一年以上八年以下の懲役を豫定せられたる一つの罪を犯したる場合、裁判官はこれに對して單に犯罪を處罰する法條を指示するに止まり得るであらう、そしてこの場合犯人は一つの感化刑務所に送致されるであらう。若しも彼れか改善するならば、彼れはその指示されたる法條に於て確定されたる期間に相當する一つの短期の満了と共に釋放せられ、若しも引續き改善の實なきに於ては、その法條の確定する長期の満了まで拘置されることになるのである〔註八一〕。

〔註八一〕 M. Hugueney à son cours de doctorat, — Revue Polonaise, 1922, 1<sup>er</sup> fascicule, p. 29.

この制度は一見極めて誘惑的である。この制度は同時に刑罰と保安處分との目的に對應するものである。しかしそれにも拘らず、尙ほこの制度に對しては、彼等の雄辯と彼等の權威とによりて、その缺點を證明しようと試みたる多數の異論者を存するのである。其の論議を、吾々の注意を引く。第一に、假令その制度の本質が何であらうとも、輿論は決してこれを以て満足しないであらう。裁判官によりて指定されたる短期か犯人の罪責に關して輿論を充分に納得せしめるてあらうとは斷定されかた。犯罪に對する公衆の非難はかくの如き刑の言渡に於て決して充分に表明されたものとは認められないであらう〔註八一〕。

〔註八一〕 Tarde: „Considerations sur l'indétermination des peines,” *Revue Pénitentiaire*, 1893, p.

754. — Gardell, *Revue Pénitentiaire*, 1899, p. 686.

就中、如何にしてこの學說を一般化して、これを凡ての犯人に適用せむと欲するか？ 犯人が最早單に治療の必要を有する病人としてしか考へられないものであるならば、この學說は固より承認され得るであらう。しかしながら、苟くも犯人が尙ほ自由なる存在として考へられるかきりに於て、不定期刑言渡は支持すへからざるものである。自由なる限りに於て彼等はたゞ一個の刑罰をのみ値する。健全なる人々に對して、處遇の適用は許されない。

最後に、我々は、一つの信賴すへき裁判權の確立を見ることの困難に關して〔註八二〕また個人自由の

保障に對してこの制度の齎すへき侵害に關して〔註八四〕向けられたる各種の非難をここに、事新しく引證する必要はないと確信する。

〔註八二〕 刑の言渡と等しく裁判所もまた不確定的だと私は信ずると、ビュー氏は言つた (M.

Picot, *Revue Pénitentiaire*, 1899, p. 783.) — Adde Tarde, *Revue Pénitentiaire*, 1893, p. 784.

〔註八四〕 ラルノード氏は言ふ『租税に、商業及び工業の諸關係に、曖昧と專斷との導入を試みよ、

その結果は隨所に渦巻く混亂である！ (M. Larnaud, *Revue Pénitentiaire*, 1899, p. 773.) 『若しも

シーザーの妻が嫌疑をかけらるゝきてないならば、更らにより強き理由の下に、シーザー自身それで

在り得ないのか當然である』 (Tarde, *op. cit.*, p. 752.) — 同様にラホポール氏の駁論に對するルー

氏の所論を參照 (Roux: „La sentence indéterminée et l'idée de justice,” *Revue Pénitentiaire*, 1905,

p. 366). しかしそれにも拘らず、そこには尙ほ、政府に爾かく廣汎なる權力が與へられて、而かも何

等の不都合を生せしめなかつた例を存するかに見える。即ち一九一二年七月二十日のホルトガル法第

三四條 (*Annuaire Législatif Étranger*, 1912, p. 204) 一三二五年 (一九〇九年)の四月二十

六日のオットマン法 (*Annuaire Législ. Étranger*, 1909, p. 496).

### 第三節 保安處分に適用されたる相對的不定期言渡

それ故に、そこには更らに新たなる一步か爲されねはならない。相對的不定期言渡は凡ての受刑者に對して適用さるべきではなく、この制度は専ら保安處分に制限せらるべきものとするか即ちそれである。プリンスはそれを言つたかように、そしてサレイユは更らにそれを反覆支持したかように、『精神の健全なる人間と癲狂者との間には、無限の段階、識別しかたき差等を存する……しかしながら、この帶域、この星雲の中心には一つの極めて明確なる核心を存する……危険なる非正則者若くは不完全責任能力者か即ちそれである。刑罰の原則自體はこれ等の缺陷者には適用されない。そして犯罪と刑罰との觀念に一つの新たなる觀念か代らねはならないのは、即ちこの領域に於てである』〔註八五〕。

〔註八五〕 Prins: Revue Penitentiaire, 1899, p.678.

この主張は、等しく、一九一〇年ワシントン開會の國際行刑會議の承認を見出した。即ち同會議は決議した、『(2) 不定期言渡は道德的若くは精神的缺陷者に適用さるべきであらう』。我々は保安處分の期間とそれの消滅原因とを説明するに當りて、更らにこの問題に就きて再論するの必要を有つてあらう。そして我々かこの研究に於て支持せむと欲するものは、たゞ刑罰と保安處分とを實際上區別することの必要のみである。

#### 第四章 提案されたる組織

我々は先づ從來行はれたる保安處分か如何なるものたるべきかを順次に研究し、次いでその期間とそれの可能なる消滅原因とを識らむと欲する。

##### 第一節 保安處分

既に前述するかように、我々はこの制裁を四つの部類に分ち得ると信する、即ち治療處分、淘汰處分、感化處分及び監督處分かそれである。

##### A 治療處分

凡ての犯罪人を治療の必要ある一個の病人と看做すまでに行かないまでも、而かも尙ほ犯人の間に多數の癲狂者若くは半癲狂者か發見されることは確實である。彼等はこれを如何に處遇すべきか？ 今日、これ等の犯人を處刑することは、我々は不合理に見えるであらう。しかし、それにも拘らず、この見解は必ずしも常に承認されて居たものではない。これに就きては、敢て極めて遠い時代に遡るまでもなく、ロツシーの言つた次きの一節を回想するだけで充分であらう。曰く、『人間の裁判か明に偏執狂 (monomanie) たる尊族殺や謀殺犯人にその斧鉞を加へるのを見たからとて、我々は別に驚愕することも慨嘆することもなかつた。彼等の處罰は我々には有益と考へられた、否、寧ろ有益よりも、更らにより正當と考へられた

〔註八六〕と

〔註八六〕 Rossi : *Traité de Droit pénal*, t. I. ch. 9.

かくの如き裁判は、今日最早維持され得ないであらうと我々は信する。それ故に、裁判官は彼等を放免するてあらう〔註八七〕。しかしながら、それは社會を無防衛に放任するものではないか？ そこには、かようにして放免されたる癲狂者が更らに彼等の悲しむべき武動を再現すべきを危惧するの必要を存せなしか？ 〔註八八〕 固より、我々が既にそれを言つたかように、この場合、地方長官は、職權を以て危険なる精神病者を癲狂院に監置せしむべき權能を有つて居るには違いない〔註八九〕しかしながらこの行政處分は、それが管に個人自由の保護に關して或る種の批難を生せしめ得るはかりではなく、また裁判上の言渡と毫も結合されたものではないのである。それ故に、そこには、是非ともこの缺陷を補正する必要があるかに考へられる。司法官廳は、或る精神病者を放免するに當りて、彼れを一つの癲狂院に送致すべき命令を爲す權能を有すべきであらう〔註九〇〕。

〔註八七〕 *Bulletin de l'Union Internationale de droit pénal*, 1910, p. 479, déclarations de M. Aschaffenburg.

〔註八八〕 そこには、一九〇五年に、醫師の鑑定の結果、責任無能力者として放免されるや否や直ちに新たなる人命犯を犯したヴァーセ某の事件が引證された (*Revue Pénitentiaire*, 1905, p. 501.)

〔註八九〕 一八三八年の法律第十八條以下。

〔註九〇〕 シロヰヰエによりて引用されたる諸事例を參照 (Silović : *Bulletin de l'Union Internationale de droit pénal*, 1910, p. 483.

しかし、この場合そこには尙ほ一つの困難が見出さる。癲狂受刑者 (*fous criminels*) はこれを特別施設内に收容すべきか、或ひはまた反對に、これを他の精神病者と共同に待遇すべきかか即ちそれである。この問題は、要するに、實際家のみか解決し得る一問題に屬する。然るに、彼等實際家は、就中、第一の解決を承認するものであるかに見える〔註九一〕。論者は言つた、これ等の病者は他の患者達よりも一層取扱ひ悪くいものである。そして施設の警察は、彼等か他の患者達に冒さしむべき危険を考慮外に置いて考へても、尙ほ且つ極めて困難にされるであらう。加之、それが一つの刑務所に關する場合よりも、それが一つの癲狂院に關する場合に於て、逃走は遙かにより容易であり、監督は必然的により僅か能動的たるを免かれないであらう。

〔註九一〕 *Voir rapport de Vervaeck : Annales de Médecine Légale*, 1924, p. 177. それ故に彼等には特別な組織が留保されることを必要とするであらうか、しかし、この場合、そこには、更らに他の一問題が課せられる。そこには、單に輕微なる罪を犯したるに過ぎないものであつて、而かもさして危険ならざる癲狂者を收容するものと、危険なる重罪及び輕罪犯人の收容に專用せらるるものと二種の施設を設けることを有益とすべきかか即ちそれである。

エンツォ・フェリ〔註九二〕はこの區別の支持者であらう。即ち彼れに従へば、監置所 (maison de surveillance) は前者に癲狂院 (asile d'aliénés) は後者に留保されることになるのである。しかしながら、この見地に對しては我々は種々の異論を爲し得るであらうか、就中、この提案に於て、保安處分の個別化は果して充分なのであるか？ 我々はそれを信せない。何故に一つの重き罪を犯したる癲狂者は常に極めて危険なるものと看做されねばならないであらうか？ この問題は寧ろこれを權限ある官權の裁量に一任することか、より合目的とされぬであらうか？

〔註九二〕 Voir Enrico Ferri: *Relazione sul Progetto Preliminare*, pp. 261 et 262.  
シルヴィオ・ロンギ氏は一つの他の類別を提案する。即ち彼れは言ふ、癲狂受刑者は特に癲狂院に收容されねばならないであらう。しかし癲狂院は受刑者癲狂院 (manicomii criminali) と非受刑者癲狂院 (manicomii giudiziari) とに區別されるを要するであらう。そして前者は刑の執行中に癲狂者となりたる犯罪者 (Pazzi delinquenti) の收容に充當せられ、後者は判決前に既に癲狂者たりし犯罪者 (delinquenti pazzi) の收容に充當されるであらうと〔註九三〕。ロンギ氏はこの區別の理由に就きて、別に詳述して居ない。しかし、この博識なる裁判官の意見は、恐らく次きの考慮によりて是認され得るものであらう。惟ふに刑の言渡後に適用される處遇は、一つの有罪判決の代りに適用されたるそれと、絶対に混同されてはならない。蓋し、後の場合に於ける癲狂者は彼れの行爲に就きて無責任であつたのに反して、前の場合に於ける

癲狂者は、彼れが完全なる意識に於て彼れの行爲を犯したその故を以て一つの適法なる加辱を受けて居るからである。

〔註九三〕 Silvio Longhi: *Repressione e Prevenzione nel diritto penale attuale*, p. 944.  
しかしながら、この區別は、要するに、ただ外面的のものであつて、寧ろ事態を徒らに錯雜ならしめるに止めるものでないであらうか？ 犯人が最早刑罰を意識しないことになれば、その時から處遇の差別は單に社會に對する關係に於てのみ認められるにすぎないことになるであらうし、従つてこの差別は單に刑罰の道德的要素をたた名目上維持するといふだけに止まるものであらう。然るにこの道德的要素は言渡されたる有罪判決によりて既に充されて居るのではないか？

加之、この問題を豫定するスウィツツル刑法草案は毫も類似の解決を採用しては居ない。蓋しそれは第十五條と第四十條との對照によりて認められ得るのである。即ち第十五條は規定する『或る責任無能力なる犯人が公共の安全又は秩序に危害を與ふるとき、且つその者を一つの施療院又は一つの慈惠院に收容することか必要とされるとき、裁判官はこの收容を命ずべきものとする……』、そして第四十條もまた同一の文字を使用する、即ち『刑の執行中、受刑者が一つの施療院又は一つの慈惠院に移送せらるべきときは云々』  
眞の癲狂者の外に、そこにはこれと異りて、彼等の罪過の意義を理解し、且つ制裁の影響を享受し得る



犯人の一部類を存する。しかしながら、彼等を犯罪人に類化することは不可能である。彼等は責任能力を有つて居る、しかしそれは減弱的である。そしてこれに属するものは、偏執狂 (*maniaques*)、酒精中毒者及び半癲狂者 (*demi-fous*) である。これ等の者を癲狂院に收容することは不可能である。この場合、醫師は僅かの期間の後に彼等の退院を言渡すてあらうし〔註九四〕而かも彼等を解放することは不合理なとてあらう。それ故に、彼等のためには、特別施設が必要とされる。かようにして、一八八九年のイタリア刑法第四七條第六項は、この點に就き、次きのごとく規定する。曰く『裁判官は、管轄官廳によりてこの處分の取消なきかぎり、刑は一つの監置所 (*casa di custodia*) に於て執行せらるべきことを命し得るてあらう』<sup>22</sup>

〔註九四〕ベルレエ氏は、初め十五日、次に二ヶ月、そして最後に三ヶ月間監置されたる後三度釋放されたる或る放火犯人の事案を引用した (*M. Berlet: Revue Penitentiaire, 1905, p. 500.*) 最後に、我々は半癲狂者の間に常習飲酒者を區別すべきものと考へる。グラニエ博士かそれを指摘したかように〔註九五〕これ等の常習飲酒者は無節制者、即ち常習酩酊者 (*ivrognes*) と酒精中毒譫妄 (*delirants alcooliques*) の二部類に分たれねはならない。前者の治癒には醫師の手當よりも寧ろ慈善家の援助が必要とされる。後者は眞の精神喪失者ではあるか、しかしその状態は一時的である。發症か經過すれば、彼等は理性を回復する。しかし、實際に於て、彼等は決して治癒して居るのではない〔註九六〕。そ

れ故に、この根本的治癒のために、そこには特別なる施設を創設することか必要であるかに考へられる、そしてこの施設は出來得るかぎり刑務所とは差別せらるべきものである。

〔註九五〕 *Le docteur Granier: Revue Penitentiaire, 1897, p. 476.*

〔註九六〕『かようにしてこれ等のものは四十五回から五十回までも私の手當を受けた』と彼れは言

つ居る (*Revue Penitentiaire, 1897, p. 477.*) かくして、この制度は若干の立法中に包攝され、且つ組織されることになつた。例へば、勞働嫌忌乞丐、飲酒癖に關する一九〇〇年五月三十一日のノルウェー法律は、その第十五條に於て、次きのごとく規定する『若し或る者か酩酊の常習に耽るに至るときは、檢察官は、有罪判決の言渡を待つて、その者を矯正するに必要な期間、これを一つの懲治場又は療養院に收容せしむる權限を有するてあらう』

この外、尙ほ、我々はベルン刑法〔註九七〕ニューシャール刑法〔註九八〕一八九一年五月二日のサン・ガル法、イタリア刑法〔註九九〕スウィッツル刑法草案、及びエンリコ・フェリ草案〔註一〇〇〕を引證し得るてあらう。最後に、この革新はパリーの國際行刑會議によりて推賞されたものであつた。

〔註九七〕 第四七條。

〔註九八〕 第二〇四條。

〔註九九〕 第四八條第五項。

## 〔註一〇〇〕 第三三條。

## B 淘汰處分

淘汰處分は二つの異りたる形の下に現はれ得る。先づ第一に、淘汰は全體的たり得る。即ち同化不能なる個人は全社會から隔離されるのである。第二に、また淘汰は、反對にたゞ部分的たり得るに止まる。即ち特に或る地方に於てのみ危険と意料される犯人は、これ等の地方への出入を禁止されねばならないか、しかし、彼れの淘汰はこの範圍の隔離を以て足りるのである。就中ここに注意すべき肝要なる點は、その何れの場合に於ても、改善が最早この制裁の目的でないことである。

## I 全體的淘汰

この種の保安處分は近時の立法及び草案中には可成り罕れに見出されるものである。危険と推定されたる或る個人を社會から隔離する前に、實際肝要なることは、先づ、彼れの改善が絶望的たらねばならないか否かを知ることである。然らばこの點は如何にして確かめられるか？ 我々は、彼等の社會的回復のため、果して我々の力の及ふかきりの凡てを爲したのであるか？ そして若しもそれかそうてなかつたとするならば、我々は凡ての人間社會から彼等を排除する權利を、果して如何なる權限の下に主張し得るのであるか？

他方に於て、最も優雅なる解決は、我々の凡ての願望を調和せしめることに存するのではないか？ 我々は先づ第一にこれ等の好ましからざる人々に對して保護されることを希望するであらう。それ故に、原則として、我々は無期に拘禁せらるべきものであらう。しかし、それにも拘らず、我々はまたこの用意が敢て必要以上に嚴峻に互ることを欲するものではない。従つて、受刑者は絶對的不定期刑言渡によりて、彼れの社會的回復の實證される時期を待つて釋放されれば、それで足りるのではないか？ 果してそうたとすれば、この場合、問題は最早一つの淘汰處分ではなしに、一つの改善處分に關することになるであらう。

それにも拘らず、尙ほ若干の國に於ては、我か流竄處分 (relegation) に類似する諸制度が認められて居る〔註一〇一〕。

〔註一〇一〕 北米合衆國の多數の立法、殊に、ワシントン (一九〇三年三月十四日の法律) ニュー・サウス・ウェールズ (一九〇五年九月二十日の法律) インディアナ (一九〇七年二月二十八日の法律) のそれに於ては、言渡されたる有罪判決が一定の數に達したるとき、受刑者は慣行性犯人としての累犯者の言渡を受け、且つ保安處分の適用を受けることになるのである (Bulletin de l'Union Internationale de droit pénal, 1913, p. 403).

一九〇五年のロシア刑法は次きの規定を包含した。曰く『徒刑の言渡を受けたる者は、その言渡自體

によりて無期流刑を執行せらるべきものとする』〔註一〇二〕。この言責自體  
〔註一〇一〕 Voir Marcoline, op. cit., p. 47.

ペルー新刑法は明かに同一の制裁を豫定する〔註一〇三〕。この制裁は、野蠻人に對する主刑として、  
裁判官の裁量により、且つ懲役又は禁錮の代りに〔註一〇四〕半開の土人又は奴隸状態若くは酒精中毒に  
原由する類癡者（土人）に對して〔註一〇五〕また犯罪自體によりて處罰されざりし或る犯罪の未遂犯人  
に對して〔註一〇六〕これを適用すべきものとされる。それ故に、この制裁は減弱責任能力者又は合法的  
には處罰すべからざるものであつて、而かもその危険性の明白なる者に對する處分に關するものなのであ  
る。

〔註一〇三〕 Voir Revue Pénitentiaire, 1919, p. 219.

〔註一〇四〕 第六七條

〔註一〇五〕 第六八條

〔註一〇六〕 第七〇條

アルゼンチン共和國刑法草案もまた類似の一規定を包含する。即ち『最後の有罪判決の附加刑としての  
流刑 (déportation) は次ぎの場合に言渡さるべきものとする。』

(1) 懲役を言渡されたる二個の有罪判決、又は懲役を言渡されたる一個の有罪判決、及び三年以上の禁

錮を言渡されたる一個の有罪判決、(2) 三年以上の禁錮を言渡されたる三個の有罪判決、又は懲役を言渡  
されたる一個の有罪判決及び少くも三年の禁錮を言渡されたる二個の有罪判決、(3) 禁錮を言渡されたる  
四個の有罪判決、但しその中の一個が三年以上の禁錮にかかるとき、(4) 三年又は三年以下の禁錮を言渡  
されたる五個の有罪判決』〔註一〇八〕。そしてこの流刑は、受刑者を『行政廳の指定する或る特別の地に  
不定期に流竄することに』存するのである〔註一〇九〕。

〔註一〇八〕 第五十二條。— Annuaire de Legislation Etrangère, 1922, p. 427.

〔註一〇九〕 第二十四條。— 一八九二年四月二十一日のホルトガル法は、また等しく、一定數の有

罪判決を受けたる累犯者を行政處分に附する權能を裁判官に附與する。浮浪者もまた同様に發遣處分  
〔transportation〕を科せられ得る。— Revue Pénitentiaire, 1897, p. 1. 165.

我々はこの適用の方法に就きて我々の前に試みたる批評をここに取消すの必要を認めない〔註一一〇〕。  
しかしながら、淘汰處分が近時の各種立法及び草案に於ては遙かにより個別化されて居るのを見るのは、  
我々の満足するところである。かようにして、フェリ草案第二十九條は常習的犯罪傾向を決定する權能を  
裁判官に附與する〔註一一一〕。そしてこの嚴正なる隔離處分が『犯罪に就き定められたる刑の長期を  
降らす、而かも如何なる場合に於ても十五年以下ならざる一つの短期を附したる絶對的不定期を以て』言  
渡されるものたることは、更らに極めて興味あることである。

〔註一一〇〕本書一一八頁を参照。更らにナボコフは言ふ『凡てのこの制度は、一極端から他極端への形式主義に過ぎない。この制度は、一方に於て、専断に對する保障として望まじきものであるとしても、また他方に於て、與へられたる防衛處分の有効性を確定的に危くするものに外ならない』と

(Nabokoff: Bulletin de l'Union Internationale de droit pénal, 1913, p. 404)

〔註一一一〕 Voir aussi „Les Projets et la critiques,” de M. Garraud. op. cit, pp. 97 et 98.

しかしそれにも拘らず『この制度は決して前者より、より以上に推賞されるべきものではない。前者と反對に、この制度は裁判官の専断に一つの廣大なる視野を開くことになるであらう』と論者は言つた〔註一一二〕。他方に於てこの制度は、各場合に就き、犯罪傾向の問題を探究し、へく裁判官に要求するものであつて見れば、勢ひこの制度には手續の錯雜を免かれない。かようにして、そこには、一方に於て、法律上淘汰の諸原因を一定し、他方に於て尙ほこの制限内に於て裁量の自由を裁判官に許容すべき一つの折衷的制度を認めることか、より妥當とされるであらう〔註一一三〕。一九〇八年のイギリス『犯罪豫防法』(Prevention of Crime Act)〔註一一四〕オーストリア草案第三十八條及びドイツ草案第三十九條によりて採用されたるものは、即ちこの制度である。

〔註一一二〕 Rapport Nabokoff, p. 406.

〔註一一三〕 Déclaration de M. Picouot, Revue Pénitentiaire, 1925, p. 32.

〔註一一四〕 Annuaire de Législation Étrangère, 1908, p. 22.

しかしそれにも拘らず、俱發したる二個の有罪判決が既に淘汰を招來すべきものとする一九〇二年のノールウェー刑法(第六十五條)によりて採用されたる制度は、我々に於て承認しかたきものであるかに考へられる。蓋しこの制度は、實際、刑罰に特別豫防の凡ての効果を否認するものではないか?〔註一一五〕。

〔註一一五〕 Voir Nabokoff, op. cit, p. 409.

同様に、豫定されたる犯罪が政治犯であり得ないことは、ミッテルマイヤーの意見に反して、明瞭に確認せらるべきものであらうと、我々は確信する〔註一一六〕。

〔註一一六〕 一九一一年の國際刑事協會ドイツ部會の報告。

最後に、我々かここに淘汰處分として指摘すべき最終のものは、外國人の放逐(expulsion)と内國人の追放(exil)とである。この最後の制裁は、正しき意味に於ては、今日最早、政治的、社會的犯人(criminels politico-sociaux)に對してのみ適用されるものである〔註一一七〕。放逐の處分に至りては、今日それが利用されて居るよりも、恐らくは更らにより以上に利用され得る餘地を存するものであらう。しかし、何れにしても、その効果に至りては、可なり制限されたものであることを認めない譯けには行かない。蓋し一つの停車場から退去する外國人は、間もなく他の停車場から、再び入國するであらうからであ