

14. 5-54



1200501213223

14.5
4



始



司法資料

14.5
54

第二十七百一號

ホーへ編司法精神學綱要(上)

〔禁轉載〕(昭和十六年六月)

司法部調查部

茲に譯出したのは、ア・ホーへ編司法精神病學綱要
ausgegeben von A. Hoche, dritte Auflage, 1934. の第一部である。

司法部調査部寄贈本

ホーへの本書は夙に司法精神病學に關する文献中最も權威あるものとして定評がある。此の第三版は廣範圍に互つて改訂が施され、就中獨逸刑法改正草案に基いて論述し、執筆者も一部變更を見た。第一部と第二部に分れる。第一部は司法精神病學の法律的基础 Die rechtliche Grundlagen der gerichtlichen Psychiatrie の問題を取扱ひ、アシャッフエンブルク Aschaffenburg 擔當の司法精神病學より見たる獨逸刑法と、グルール Grühl 擔當の司法精神病學より見たる獨逸民法とより成る。第二部は司法精神病學の臨床的基础の問題を取扱ひ、其の總論はホーへ擔當し、各論はランゲ Lange の擔當に係る。本號は第一部の翻譯であるが、其中刑法の部分の翻譯は曩に精神神經學雜誌第四一卷（昭和一二年）第九號乃至第四二卷（昭和一三年）第一一號に發表されたものを更めて挿録するもので、翻譯者は何れも醫學博士荻野了氏である。法律學の研究が他の科學との密接なる聯繫の下に進められねばならぬことは、事新しく述べる迄もないのであるが、我國には此の種の文献が乏しいので、今茲に専門學者の手に成る手引きを得たことを喜びつゝ、筆寫に代へて排印する次第である。

昭和十六年六月

司法部調査部

14.5
54

司法資料 第二百七十一號
ホーへ編司法精神病学綱要 上

目次

第一部

第一編 刑法	一
第一章 緒論	一
第二章 責任能力	六
第三章 意識障礙	一七
第四章 精神機能の病的障礙	三
第五章 精神薄弱	四一
第六章 限定責任能力	四五
第七章 飲酒と責任能力	五五
第八章 聾啞者の責任能力	六四



第九章 保安及改善に關する方策……………七〇

第十章 少年の責任能力……………八五

第十一章 精神病者に對し、又は精神病者によりて行はれたる性的犯罪……………一〇四

第十二章 癡疾及精神病に陥れる場合……………一三〇

第十三章 精神病醫の責任……………一三七

第十四章 精神病者に外科的手術を加ふる場合に就いての法律……………一三六

第十五章 職業上の祕密……………一四二

第二編 刑事訴訟法……………一四九

第一章 證人としての精神病者……………一四九

第二章 被疑者、被告人及受刑者としての精神病者……………一五五

第三章 鑑 定……………一六四

第二 司法精神病學より見たる獨逸民法……………一七九

第一編 總 論……………一七九

第一章 精神病者の民事上の地位に關する沿革の概觀……………一七九

第二章 精神病の概念規定の變遷。精神病學竝に法律學に於ける……………一七九

精神病及心神耗弱の概念。其他民法上の諸概念に就いて……………一八三

第二編 各 論……………一八九

第一章 行爲能力及遺言能力……………一八九

第二章 處理能力の欠缺……………二二一

A、禁治産……………二二一

(イ) 精神障礙による禁治産手續……………二二一

(ロ) 浪費による禁治産……………二二三

(ハ) 飲酒癖による禁治産……………二二三

B、保佐の設定。意思疏通可能の問題……………二三六

C、訴訟無能力……………二四〇

D、宣誓無能力……………二四三

第三章 結婚と精神障礙……………二四四

第四章 錯誤による結婚取消……………二四五

第五章 精神障礙による離婚……………二六一

第六章 精神病に陥らしめたる責任。民法的意義に於ける因果。災害賠償……………二七二

第一 司法精神病學より見たる獨逸刑法

第一編 刑法

第一章 緒論

司法上に於ける精神病醫の任務——意思自由の問題——鑑定人並びに研究者としての精神病醫の立場

刑法の概念的基礎について批判を加へることは、司法領域に於ける科學的進歩及び實地經驗の蓄積と共に、刑法の是正完成上に役立つ所甚大である。司法上の理論及び實地が現在迄進歩し來つた裏面に、この批判的論討が多大なる貢獻を盡してゐることは看過出來ない。實に、見解の不備や誤謬を指摘して行くことによつて初めて正しい刑法の誕生が齎されるのである。

かゝる點に於て、精神病學者の努力は度外視されることは出來ぬ。抑々、精神病醫の擔當すべき司法上の任務として二つの項目を擧げることが出来る。その一は、司法上の一機關となること、即ち、

犯罪者の精神鑑定をなし、以て裁判官の判決を補佐する役である。その二は、精神異常者の刑法的處遇を科學的に規定すること、即、精神病學の見地から刑政家に對して立法の基準を與へることで、謂はば指導的立場であり、之は最も重要な精神病學者の任務である。最も合理的な犯罪行政は精神病學者の協力なしには存在し得ないものであると信ずる。

法家と醫家が、各々その分を守り乍ら協力して始めて刑法的處置の萬全を期すことが出来る。裁判官が自ら依頼した鑑定醫を法廷に於て疑惑の目を以て見る様な時代は今や過ぎ去つてゐる。若しあるにしても例外であらう。今やすべての裁判官は、精神病醫が徒らに被告人を無罪にしようとするものではなく、正確な診斷を下して最も適切なる犯罪者の處置が行はれる様に協力すべき義務と權利を與へられてゐるものなることを理解してゐる筈である。更に、實地問題を越へて、犯罪の原因は何ぞや、社會保安は如何にして維持すべきか等の問題に就いても、法律家と醫學者、心理學者と社會學者の一致協同した綜合的研究を俟つて正しい認識に到達すべきである。

刑法本來の目的は社會安寧の確保である。之は犯罪對策に携はるあらゆる分野に共通した最終目標である。犯罪の直接原因を素質に歸しようが環境に歸しようが、或は又、刑法上の責任範圍を擴張しようが制限しようが、この保安確保なる最終目的には聊かの動搖もないのである。然るに、この明白な事がよく認識されてゐないがために、屢々鑑定醫に對して誤解が抱かれる。それ故この點を特に強調して置く次第である。

次に、法家と醫家の了解を支障する原因が他にもある。それは、兩者の立場或は素養の相違から來るものである。即醫家は自然科學的であつて、觀察から出發する。醫家に取つては、人の行爲は單に徵候 *Symptom* であり、副次的なものに過ぎない。それ故醫家は徵候の背後にある全體質及環境を顧慮し、その全人格を把握して、以て個々の徵候を判斷し、豫後や治療の道を樹立して行くのである。之に反し、法家は行動そのものみに著目し、それを法規に照して見るだけである。従つて、行動が法規に抵觸してゐるか否かのみ執著する結果、その人の全人格から見ても効果の少ない處置をとると云ふ様な過誤に陥り易いのである。法家が鑑定人に不信を抱く様な場合には、往々にして、この様な考察態度の相違が原因をなしてゐるのである。

意思自由 *Willensfreiheit* の概念に對しても同様に、兩者間に態度の懸隔を見るのである。尤も、この意思自由なる語句は最近の法律では殆ど用ひられてゐないのであるが、次の二つの理由から茲に特に述べて置き度いと思ふ。即、その一は、舊刑法（一九三三年迄實施されてゐた獨逸舊刑法、少年法、民法第一〇四、八一七條）に於いて意思自由とか、意思行爲 *Willenshandlung* とかの語句が使用されてゐる點、その二は、譬へこの語句の使用が廢止されても、意思自由なる概念は保持されてゐて司法の實地上重寶がられてゐる點である。

扱、獨逸舊刑法第五一條にある意思自由の概念は、數十年來の哲學的論争の對象であるが、遂に學者と實地家の間に見解の一致を見るに至らなかつたものである。併し乍ら、その間に於て、一大矛盾

が黙過されてゐたのである。それは強硬な決定論者 Determinist と雖も、自己の行爲に對する一個人の責任性を否定しようとはしなかつたこと、及び、第五一條の意思自由を、多少不滿な點はあるにしても、刑法實地の上に便宜なるものと認めてゐたことである。この様に實地上重寶視される意思自由なる語は、大體次の様に概念づける事が出来よう。「吾々の時代と環境に於ける平均人 (Durchschnittsmenschen) の意思的動機を、正常な強度を以て、性格又は個人的特性に作用せしめる能力」、逆に分り易く云へば、「人格が病的状態によつて正常なる意思的動機の實施力を奪はれ、又は病的動機に行爲を支配される如くに變化せるとき、之を意思自由の失はれたる状態と云ふ。」

この様な意思自由の解釋を以てしては、教化不能な變質的素因を有する常習犯罪者を充分明瞭に理解することが出来ない。即、それによれば、かゝる常習犯罪者は意思自由を失つたものとは云へないのである。併し乍ら Windelband の云ふ如く經驗によつて意志を陶冶することの出来ない人を異常者と稱するならば、多くの常習犯人は確かに異常者とすべきであり、從て、精神病者と同列にされて無罪にされるべきである。又一方、吾々は經驗上かゝる常習犯罪者を處刑しても教化的効果が全くないと云ふ結論に達してゐるのである。そこで、常習犯人の及ぼす害禍から社會を防護するには、刑罰以外の方法、丁度「危険な精神病者に對する防護方策」と同じ様な方策が講ぜられねばならぬと云ふことになるのである。併し乍ら、鑑定醫は鑑定に際して、この様な犯罪政策的立場と、現在の法律が規定してゐる鑑定人の立場とを明確に區別してゐなくてはならぬ。遺憾乍ら、ある種の犯

罪者は處刑が無効であらうなどと云ふことに鑑定人は關與し得ない。又、無罪にされた病者の豫後如何についても、特に質問が發せられない限り鑑定醫の容喙は許されない。即、鑑定人は法律の語句その儘に従ふだけである。余は眞の鑑定醫 (鑑定を委任された人がすべて眞の鑑定醫なる名稱に値する人ではない) が、現在法律上責任能力の存するものを無罪にする様な判斷を下した例はないと信ずるが、無罪とすべき犯人を精神病院よりは寧ろ刑務所に收容した方が安全であると申立てた場合はあるかも知れぬと思ふ。併し、この様に鑑定人が法規の限界を越へた行動をすることは許されないのである。さはあれ、精神病學の發達は、將來、より正鵠な、より妥當なる犯人の判決及處遇を可能ならしめるに至るであらう。

科學的研究に於ては事情は全く別であつて、法規の制肘を受ける要はない。唯科學的良心の嚴正なる支配を受けるだけである。鑑定に際して現代の確固たる科學的基礎を放棄する様なことがあれば、それは義務に背くものであらう。併し、法規の限界を忠實に守り乍ら精神異常についての完全なる理解を與へることは、一般素人に對しては勿論、裁判官に對してすら往々不可能である。實際、精神異常者の精神界の真相を把握することは専門外の人には至難であつて、一般素人は著明な癡呆、錯亂、興奮等を示す時だけに精神病と認めるのであるが、この様な状態を示すものは精神病の一小部分に過ぎず、まして法廷では極めて稀にしか見ないものなのである。鑑定醫は之等の事情をよく辨へて最善を盡すべきであり徒らに迎合すべきではない。

第二章 責任能力（刑法第五一條）

責任能力の假定——裁判所の學證義務——生物學的並びに生物心理學的方法——舊刑法第五十一條の成立史——可罰性行為は存せず eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden についで——理性と感動

獨逸刑法は、「無罪又は減刑の理由」なる章下に、責任性、及び可罰性の減免に關するすべての事項を取扱つてゐるが、その中精神病者、年少者、及聾啞者の責任能力に關する條文が精神病醫にとつては特に重要である。

責任能力 *Zurechnungsfähigkeit* なる表現は、刑法上の責任性 *Verantwortlichkeit* を意味するものとして適切でない。何となれば嫁罪 *Zurechnen* の能力を有する者は裁判官であるが、茲に *Zurechnungsfähigkeit* の *Zurechnen* は嫁罪されるものを意味する事になるからである。併し、この *Zurechnungsfähigkeit* なる表現は一般に常用され來たつたので今更改める譯に行かぬだらう。又、*Unzurechnungsfähigkeit* 無責任能力なる常用的稱呼は、*Schulds* も反駁した如く、甚だ不良な獨逸語である。之は直ちに *Zurechnungsunfähigkeit* 責任無能力と改めねばならぬ。一九三三年一月四日の獨逸新刑法では、第四二條に於て *Zurechnungsunfähigkeit* と改正されてゐる。將來この正しい稱呼が普及するであらう。

すべて刑法は、「法律に違反したものはそれに對して責任を科され得」と云ふ不文律的な假定の下

に作成されてゐる。處で、すべての場合に責任能力の存在を證明しなくてはならぬとすれば、全く煩勞に耐えぬのであるが、裁判官は被告人がその犯行時に責任能力ありしものと確信さへすれば、判決を下し得るのである（ライプチヒ註解 *N. Nr. 10 zu § 31, S. 379*）。それ故、若し責任能力が疑はしい場合に、責任能力の存在を確定するのは裁判官の義務であつて、被告やその辯護人の關與し得る處ではない。それには併し、裁判官が責任無能力の學證をなし得ないと云ふだけでは不足であつて、責任能力に疑の餘地なしと斷じたときに初めて判決をなし得るのである（大審院判例 *F. 21. 131*）。

この大審院の見解は全く是認さるべきものではあるが、鑑定人、殊に未熟な鑑定人を困惑に陥れる傾きがある。即、辯護人は屢々鑑定人に對して、「被告人が責任無能力の状態にあつたかも知れぬと云ふ可能性は少くとも認めるべきではないか」との質問を發し、そして、それが最も良心的に肯定されたとしても、今度は裁判官に對して、「責任能力の存在の證明」と云ふ難題を吹かける事が出来るのである。併し、裁判官には、自由心證 *freie Beweiswürdigung* の權能が與へられてゐるから、この難題に困らない。従て、上述の大審院の見解が、辯護人によつてこの様に誇張して用ひられる虞は先づないとしなくてはならぬ。併しこの自由心證の權利によつて、精神病の診斷までが否認されて、當然無罪となるべき責任無能力者が處刑されると云ふ様な虞の多い事も亦、茲に強調しておかねばならぬ。

責任無能力者に屬するものは、一定の精神病者（廣義の意味に於ける）、小兒及、聾啞者である。併

し諸種の法律及、法律起草案の解釋は學者によつて多岐多様であるのを見ても分る通り、立法者の意圖を明瞭に一義的に認めざる様な法律の條文を作成する事は難しいものである。扱責任無能力を規定するの二つの方法が試みられてゐる。その一は、責任無能力とすべき状態を直接に列挙するもの、即ち、所謂生物學的又は臨牀的方法である。その二は、混合的、即ち生物學的・心理學的方法 *logisch-psychologische Kennzeichnung* であつて、一定精神状態の臨牀的稱呼と共にそれが精神生活に及ぼす影響をも規定に加ふるものである。

Meggendorfer や *Verland* は他に純心理學的條文を分類しようとしたのであるが、余はその必要はないと思ふ。即、彼はカノン法がそれであるとしたが、その第一條「理性ナキ状態デ行ハレタ犯罪ハ罰セズ *Delicti sunt inapaces, qui acta carent usu rationis*」は、若し第二條に「精神病者ノ行爲ハ、譬へ一時的有覺状態ニ於テ行ハレ、理性的行爲ト思惟サル場合ニテモ無罪トス」と云ふ條項がなければ純心理的と解し得ようが、かゝる第二條があるから矢張り之は生物學・心理學的方法に屬するものとすべきである。次に臨牀的な條文に屬するものとして、フランス、及び同文のベルギー刑法の文體を例示しよう。「Il ny a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps d'ac-tion, 被告人ガ犯罪ノ時ニ癡呆ノ状態ニアリシ時ハ罰セズ」。

かゝる臨牀的規定は、オランダ、ベルギー、ノルウェー、オーストリア、スウェーデン等の歐洲諸國、支那及、日本等の舊刑法に於て見るものである。この一定臨牀的状态と責任無能力とを並列させる

ことは、吾々には不満である。それは、精神病醫の診斷が直ちに責任能力を決定する（裁判官が診斷を信ずるものと前提して）事になるから不満だと云ふのではない。尤も法官は多く、この點を不快に感じてゐるのであらうが、それより遙かに不満な點は、全く偏した、決して理想的に選擇されてゐない病的状態の名稱が直ちに刑法上の責任性を免除する事になる事である。それは、精神病醫の意向にも裁判上の要求にも一致しないのである。だから、高度の癡呆とか、重篤な精神病とかの語は、上述の所謂臨牀的に起草された條文に於ては、語句に拘泥せず、その意味を汲んで適用されるべきなのである。併し、一方に於て、法律は適用性と云ふ重大な要素を失ふてはならぬ。今、若し限定責任能力を判斷する爲に、正常精神状態からの偏異の程度を一々測定せねばならぬとしたら法規の適用は出來ないであらう。是等の點が純生物學的或は臨牀的方法の缺點なのである。

そこで、責任能力たるべき諸精神偏異状態を列挙するのみでなく、更に、かゝる精神状態の存在によつて、どの範圍まで刑法上の責任性が減免されるべきかの標識を添加せねばならぬことになる。之が即、前述の混合或は生物學的・心理學的方法で、獨逸刑法に採用されてゐるものである。處でこの方法では、醫者と法家の擔當が判然と分離される様になるだらうと考へられ勝ちであるが、それは間違つた見解である。この問題については、一應、舊刑法第五一條の成立史を省みる必要がある。

吾々の刑法の最初の政府草案 *Regierungsentwurf* では、「行動時ニ意思自由決定力ガ喪失セル時ハ、重罪又ハ輕罪（註一）ハ成立セズ」とある。かゝる草案では、意思自由を否定する根據たるべき本來

の原因が不明であると云ふ點で精神病學者側の反駁を受けたのである。即、醫學者以外では、この草案に於てプロシヤ刑法第四〇條にあつた「妄想病 *wahninnig*」及び「癡呆 *blödsinnig*」なる規定が削除されてゐることを一大進歩と評したのであるが、「醫學的事項に關する犯罪科學委員會」は、單に意思自由の喪失なる語句を以て責任無能力を規定する事に反對したのである。その理由の一は、意思自由を決定する事は鑑定醫の機能限界を越える傾きがあると云ふ點、その二は、強制された行爲を自由意思と考へ得ない様になるだらうとの懸念による（この抵抗し難い強制による行動の動機は精神障礙とは何等の直接關係がないからである）。更に、犯行と自由意思喪失との關係は、一過性な精神障礙時の犯行に於ては究明され得るかも知れぬが、顯著な精神障礙に於ては不可能であらう。だから重要なのは精神状態が病的であることのみであるべきだ。又、精神病と云ふ表現だけを使用するときは、責任無能力状態たるべき一定程度の酩酊、熱性譫妄、寢呆け等が包括されない憾みがある。尙、一般に、熱性譫妄や分娩時精神異常等は醫者の診断を要するが、酩酊とか寢呆けについて鑑定醫の判断を求め様な事が比較的少ない。以上の様な考察の下に「自由意思決定力の喪失」の代りに、「精神病」なる名稱を避けて、次の如き起草が提議された。「行動者ガ行動時ニ精神作用ノ病的障礙ノ状態ニアリタル時ハ……………」。

併し又、精神作用の病的障礙を以て、酩酊や寢呆の状態が包括出来ないならば、オルデンブルグ刑法に於ける如く、特殊の身體状態なる語を擇ぶも差支へないだらうと云ふので、次の起草が考へられ

た。

「行動者ガ行動時ニ精神作用ノ病的障礙ノ状態ニアリタル爲、又ハ暴力 (*Gewalt*, 威赫 *Dröhnen*, 或ハ特殊ノ身體状態ニヨリテ意思自由決定力を失ヘル時ハ、處罰セズ」。その他多くの論戰を経て、最近迄六十年間以上も施行されて來た舊刑法第五一條が出来たのである。即、

「行動者ガ行動時ニ知覺喪失又ハ精神作用ノ病的障礙ノ状態ニアリ、ソノタメニ意思自由決定力ヲ失ヘルトキハ罰セズ」。

既に當時に於て、精神状態の診断は醫者の職能たるも意思自由の評定は裁判官がなすべきものであるとの見解が行はれてゐた。かゝる見解の有力な辯護者としては、例へば、初版のライプチヒ刑法註解(註二)にこんな文がある。「鑑定醫は犯行時の精神異常の有無のみを診査すべきであつて、裁判官は自らその精神異常により當該行爲時に於て意思自由決定力が失はれてゐたか否かの結論を下さねばならぬ」。又、この第五一條が起草された時の註釋にも、「裁判官は一定精神状態が責任能力に及ぼす影響を評定する尺度として、かゝる心理學的法律學的な標識を用ふべきである」との記述があるのである。

併し乍ら余は、前述せる如く、かゝる見解は誤謬であると思ふ。無意識とか精神機能の病的障礙とかは精神状態を表現する單なる目印しに過ぎないので、それが行爲に及ぼす影響については練達した精神病醫でも時に評定が困難なのである。まして、裁判官にとつてはかゝる名稱は全く死語であつ

て、醫者の説明を俟つて始めて生きて來て意味が明かにされるのである。これは意識障礙、精神機能の病的障礙及、精神薄弱 (geisteschwäche) の概念を説明するのが全く困難であるのを見ても分ることである。若し、鑑定醫が状態の診断だけをなして、裁判官に詳しく解説をしないならば、丁度、橋梁設計家が設計上の計算だけをなして橋梁の搭載力に關する結論を下さないのと同様に無意味であらう。實際上、裁判官は皆かゝる解説を要求するのである。余が一度鑑定に際して、臨場苦悶症の男が犯した公金横領が高度の「モルヒネ」嗜癖によるものである事を精細に示したのみで、第五一條を適用すべきか否かの判断は裁判所に委ねた處が、更に意思自由決定力の有無を表明すべく要求された事があつた。

鑑定人がその認めた精神障礙と犯行との關係だけを述べるのも、或は第五一條にある意思如何の判断を明言するのも、結局同じ事であつて、唯後者では鑑定人の見解をより明確に誤認されない様に知らせる事が出来るだけの違ひである。之には勿論、鑑定人は自分の見解を裁判官に了解の行く様に基礎付けておかねばならぬ。かゝる第五一條を二つの部分 (精神状態の診断と意思如何の判断) に分離する事は出来ぬとの見解は數年來 Frank が抱き、又、ライプチヒ註釋書でも之に従つてゐる。吾々は將來に於てもかゝる見地を固執して行かねばならぬ。

舊第五一條の生命が長かつた結果、その缺陷を指摘した業績は數へ切れぬ程多いのである。缺陷のある事は事實であるが、それにも關はず長年保持されて來たと云ふのは、條文に缺陷はあらうと

も裁判官と醫家との理解ある協力があれば實地上の目的は達成され得ると云ふ一證左とすべきであらう。ともあれ、多數の改正案から遂に解決が下され、即、一九三三年一月二四日公布の「危険ナル常習犯人、竝ビニ保安改善ノ處遇ニ關スル法律」では、第五一條は次の如く改正された。

「行動者ガ行動時ニ、意識障礙、精神機能ノ病的障礙、又ハ精神薄弱 (geisteschwäche) ニ因リテ該行動ノ許サレザルコトヲ洞察シ、或ハソノ洞察ニヨリテ行爲ヲナス事不能ナル時ハ、可罰性行爲ハ存在セズ (eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden)

行動ノ許サレザルコトヲ洞察シ、或ハ其ノ洞察ニヨリテ行爲ヲナス能力ガ上述原因ノ何レカニ因リ著シク減弱セル時ハ、未遂ニ準ジテ減刑ヲナスコトヲ得」。

この條文は、フランスの刑法に倣つて eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden なる表現を用ひてゐる點では、一九二五年刑法草案よりも進歩したものと云へる。この表現では、若し犯罪を遂行した人が第五一條で無罪になる時は、それを教唆又は幫助した人の罪責も追求し得ない事になるのである。かゝる事は司法の精神に悖るものである。そこで、かゝる矛盾を一掃するため、一九三四年の新刑法草案 (註三) では一九二五年及び一九二七年の草案に従つて次の様な起草をしたのである。

「行動時ニ、精神機能ノ病的障礙、又ハ意識障礙ノ故ニ、該行動ノ不正ヲ洞察シ、或ハソノ洞察ニ從ヒテ行爲ヲナス事不能ナリシモノハ責任無能力ナリ」。

尙、茲に、責任無能力の認定は無制止な行動を許可するものでは決してない事を明示するために、新刑法草案に従つて、總べての責任無能力及限定責任能力に關する規定に次の如き條文を附隨せしめるべきであらう。

「行動時ニ責任無能力ナル者ハ罰セズ、但シ、社會保安ノ目的ヲ以テ法律ニ規定サレタル特殊ノ處遇ヲ受クベシ」。

第五一條に規定された精神状態に論及する前に、「許サレザルコトヲ洞察シ、ソノ洞察ニ據リテ行爲ヲナス能力」と云ふ文章を検討しておき度い。この二部に分たれた文章は、叡智界と意志界を各代表するもので、兩者を合して初めて明確な表現となると云ふのであらう。之は一九一九年の獨逸刑法草案で尊重された文である。現在の條文では一九一九年の草案や一九二三年の少年法で用ひられた所の「カ、ル洞察ニヨリ意思ヲ決定スル……」と云ふ表現を避けて、「カ、ル洞察ニヨリ行爲ヲナス……」とある。之はオーストリアの對立草案 (Tegementwurf) に於けるものと類似してゐる。

經驗上、行動の叡智的判斷と、それを實行に導く感情的 *emotional* 判斷とは不離不即な精神過程である。一見純叡智的な考量でも、豫想以上に感情、衝動、欲求等の影響を強く受けてゐる。逆に、ある行動をなさんとする感情的な促進がある時には、一寸した理由が見付かれば忽ち實行に移るものである。かう云ふ事實を知つておくのは、現在の第五一條を充分に納得するのに必要なだけの話で、いざこの條文をより合理的な適切なものに改めようと云ふことになつて見れば甚だ難しい。扱、茲に例

を擧げて説明して見よう。パラノイア (偏執病) の患者は人を殺す事が違法である事をよく識別し得るのであるが、憎惡、嫉妬、追跡妄想等による病的感情が理性よりも強いために殺人を犯すことがある。逆に精神薄弱者等に於ては、識別力は障礙されてゐるが、一定行爲を判斷決行する迄の感情的過程は次序正しく行はれ得るのである。

現第五一條の草案では「又ハ、*oder*」と云ふ接続語を用ひて、叡智と感情の二側面の中の一つが障礙されてゐるならば第五一條の適用が出来る事を示してゐる。この事は、既に、舊刑法時代に一九三一年四月二五日の大審院判決で述べられてゐる (Jur. Wschr. 1931. 2572 f.)。即ち、「精神機能の障礙では必ずしも認識力や理解力が喪失してゐることを要しない。叡智的な判別力が保持されてゐても、決斷や行爲をその判別によつて調整する事の出来ない様な精神障礙があるのである。即ち、かゝる精神障礙では、一定の觀念、感覺、その他の影響が意志を過度に支配して、理性的考慮による意志決定性を喪失せしめるものである」と云つてゐる。

併し、新第五一條の明確な草案によつて始めて、吾々は、第五一條の適用の爲には、精神機能の何れか一つの側面の障礙を證明すればよいと云ふ事が明白になり、精神生活の各面は互に密接な聯關を有すると云ふ前述の事實に齟齬しない様になつたのである。

新刑法草案及び一九一九年の草案では、「行爲ガ違法ナルコトノ洞察 *Einsicht in das Ungesetzliche der Tat*」なる語を用ひ、オーストリアの對立草案に於ては「不正 *Unrecht*……」一九二五年草案及び

新改正刑法に於ては「許サレザル Unerlaubte」と云つてゐる。上述一九一九年の草案の覺書によれば「責任能力については、行爲が反徳義 Sittenwidrigkeit なるや否やでなく、違法なるや否やを判別する能力の有無が關與する」とある。之によれば、當時は責任能力者たるには、特に高度の識別力が必要だつた譯である。併し一九三三年の新刑法では、「許サレザルモノナル事ヲ識別スル能力」と改め、一九三四年の新草案では更に、オーストリア對立草案の表現に倣つて「不正ヲ識別スル能力」としてゐる。之は、改正委員會の見解によれば、「社會の安寧、共同生活上必要な規範に反するや否やの識別力」で充分であつて、決して法律上の違反を識別する能力は要求されてゐない。又現行新刑法に於ける「許可サレザル事ノ識別」と云ふ表現も該委員會は餘りに進み過ぎたものと考へたのである。併し、實地上にはこんな點で難問の發する様な事は殆どないだらう。

次に新草案でも新刑法と同じく「不能デアル unfähig ist」としてあるが、之は少年法の第三章に於ける如く「unfähig war」とすべきである。即、之は過去の事件に關する事であるから現在型を用ふるのは適當でなし。

註一 重罪及び輕罪 (Verbrechen 及 Vergehen)。死刑、重懲役、又は五年以上の要塞禁錮は重罪、輕懲役又は一五〇マルク以上の罰金、又は即時罰金 (Geldstrafe schlechthin) を科するべき行爲は輕罪なり。拘留又ハ一五〇マルク以下の罰金を科するべき行爲は違警罪 Uebertretung なり。

註二 ライプチヒ刑法註解。Ehmannyer, Loew, 及 Rosenbergs 著の刑法註釋書。

註三 新刑法草案。刑法起草委員會 amtliche Strafrechtskommission による所謂「將來の刑法典 das kommende Strafgesetzbuch」。

一九三四年に Girtner 氏編纂の下に公表せらる。

第三章 意識障礙

無意識——催眠術及び催眠による犯罪——寢呆け状態——分婣時状態——集團的犯罪。

責任能力を規定する諸状態の中、意識の問題は特に重要である。吾々は意識 Bewusstsein を以て精神的體驗の事實と解するが、之では法學上の定義として不明瞭である。法學的の必要上、意識を「内的生活及び精神的機能の明瞭度、充實さ、可能性、經過速度、秩序の程度」と定義した方がよいと思ふ。と云へば六ヶ敷いか、この定義は、人が覺醒し、内的には悟性を有し、外的には行動が秩序立つてゐると云ふ状態を意味するだけのものである。

物事を知覺してそれを自己の生活に取入れ、それに對し叡知的及び感情的な態度を決する能力、即ち一言で云へば、精神的結像の聯合統一 Zusammenhang der psychischen Gebilde (Wundt, 二三八頁) が全く喪失した状態を無意識 Bewusstlosigkeit と呼ぶ。斯かる精神現象の完全な消失は、麻醉、縊首、又は最も深い睡眠に於て見るものである。そんな時でも種々反射運動は存するが、それは行爲 Handlung とは云へなし。扱、舊第五一條に於ける無意識なる語は意識の高度な障礙と解せられてゐた。即ち、全く意識の消失してゐることを要しないのであつて、唯、自由意志決定を不能ならしめる程度の

ものであればよかつたのである。だから新刑法では意識障礙 *Bewusstseinsstörung* なる語を擇んで、舊第五一條のかゝる稍妥當を缺いた用語を改めたのである。

裁判官が最も屢々遭遇する意識障礙は酩酊であるが、之に就いては酩酊者、飲酒者の行爲に關する法規の章で論述したい。又、癲癇等の一定疾患の經過中に發する意識障礙に就いては、各論の著者に委ねたいと思ふ。茲では單に、日常生活と密接な關係のある意識障礙だけに就いて論じて見よう。之には先づ第一に催眠術がある。

吾々は催眠状態を *Mesmer* の様に人爲的な精神障礙と考へて居ない事を先づ表明しておき度い。催眠とは或人が「第二の人の暗示によつて一定觀念を喚起する事により招來する推感性 *Suggestibilität* の亢進した状態」を云ふのである。即ち他人の暗示によるものであるから、所謂自家催眠 *Autolympose* とは區別せねばならぬ。自家催眠状態は、臨牀上、一般にヒステリーに屬すべきものであるから、余は茲に殊更區別したいのである。そして之は、法學上、他の催眠状態とは全く別に取扱はれねばならぬ。催眠現象が暗示によるものと判れば、最早決して神祕なものではなくなり、當然刑法上の問題の對象となり得るのである。之は從來の經驗上疑ふ餘地のない事である。扱、「催眠し得る」と云ふ觀念を喚起する事は總べての健康な人に於て可能である。尤もそれには、催眠を施される人が注意を集中し得る事と暗示に反抗しない事が必要である。意志に反した催眠と云ふものは不可能である。併し全然不可能と云ふ譯ではない。例へば、注視催眠 *Schlafhypnose* では短時間で多くの人が深い催眠

状態に陥り得るのである。即ち、他人が迅速に催眠にかゝるのを視るとき催眠され易い様な素質の人には、催眠施術者の磁力の様な力には到底抵抗出來ないと云ふ觀念が生じて來るからである。又、そんな場合に、掛つてはならぬと意氣込んでゐるにも關らず催眠に陥る人は、抵抗しても無効であると云ふ無意識的な確信を恐らく抱いてゐるからであらう。だから斯かる人の抵抗は外觀上のものに過ぎない譯である。

既に屢々催眠術を施された人では一層著明に催眠にかゝる。かゝる人は、施術者が「汝眠れ」と命令しただけで、忽ち眠つてしまふのである。此の様に習慣づけられた人は、反抗しようとした時でも往々催眠を施されてしまふものである。

普通の催眠状態は、*Charcot* が認めた様に完全な感覺や意識の消失ではなく、一種の受動的な精神状態とも云ふべきものであつて、外界を認識する能力が高度に制限され、暗示に對する批判力は殆ど失はれてゐるが、感受性は著しく亢進した状態である。此の状態は治療に利用されてゐるもので、即ち疼痛とか、苦悶性、強迫性觀念を除くためには時に卓效を見る事がある。併し、精神の深部に根ざしてゐる精神病者の妄想の如きものには効果はない。又數年間も持續してゐる身體的乃至精神的の苦痛に對しても催眠暗示療法は見込がないのであつて、即ち、斯かる場合には催眠から覺醒するや否や直ちに元の病的觀念が再び擡頭して來るのが例である。

催眠術の効果は、施術者によつて喚起された觀念の活潑度、感銘度に比例すると云ふ事は自明であ

る。催眠の威力は、興へられた暗示が被催眠者の性格、思考、慾望に合致する程増大する。この事は、如何なる範圍に於て催眠術による犯罪が可能であるかに就いての指針となるのである。扱、催眠術による犯罪は、施術者の犯罪と被術者のそれとの二つに分つ事が出来る。被術者即ち催眠者は、催眠中及び催眠後 *posthypnotisch* に犯罪をなす可能性がある。施術者の犯罪は多くは催眠者に對する性的犯罪であつて、之は第一七六條第二項に述べられてゐる。他の催眠者に對する犯罪、例へば強要、窃盜の如きものも、この場合には犯人の罪責の増減に催眠が何の關りも持たないのであるから、茲に論説すべきものではなす。

Charcot 及びその子弟達はサルペトリー病院でヒステリー患者に催眠術を施した經驗上、催眠状態に三つの段階を分つた。即ち第一は嗜眠 *Lethargie* で、唯感覺や意識が消失するもの、第二は強硬症 *Katalepsie* で身體的推感性の亢進が特に著明なもの、第三は夢遊症 *Somnambulismus* である。この夢遊状態ではあらゆる暗示を受入れ、冒險的な喜劇を演じ、施術者の望む通りの状態におかれてゐる様に信じてその事態に應じた行爲をするのである。この夢遊は如何にも特異なものであるが、その機制に就いては、Charcot の面倒臭い解釋を持つて來なくても、一般に認められた Bernheim, Forel, Liebeault 等の見地で充分理解出来ると思ふ。即ち、之は矢張り、對應觀念の喚起 *Erweckung der entsprechenden Vorstellungen* であらう。唯その觀念を行爲に移すには、被催眠者の個性的な素因及び環境によつて難易があり、時には全く不能な事もあるのである。催眠状態による犯罪の可能性の

あるのは、主として、この夢遊状態に於てである。夢遊状態にある人が馬鈴薯を林檎と思つて食べた、椅子を赤ん坊と思込んで接吻したり、床の上を海の中と間違へて游泳したり、其の場にはない暗示された人物と長い間談話したりするのを見ると、暗示的命令によつて容易に犯罪をも遂行するに至るだらうと考へられるのである。

催眠後暗示 *Posthypnotische Suggestion* についても同様の事が云へる。催眠中に暗示を興へて、覺醒後直ちに、又は覺醒後一定時日を経た後に一杯の水を飲んだり、其の場にはない人の膝の上に反古籠を置いたり、其の場にはない人と話し、又は明瞭に見たりさせる事が出来るものと云ふがある (*Suggestions à éblance*)。かゝる暗示は一層犯罪に利用される危険が多いのである。是等の諸現象間には根本的な相違はなく、唯、程度上の差があるだけである。

上述の如く、催眠後、外見上悟性、意識がある様に見えてゐて、而もその實は他人の暗示によつて強制された行爲遂行が可能であると云ふのは、誠に恐るべき事である。殊に催眠中の現象の記憶は覺醒後通例全く失はれてゐるものであり、又特に敏感な人ならば命令によつて催眠中の記憶を消失させる事も出来るのであるから、かゝる行動者は自分が他人の意志で働いた機械に過ぎなかつた事を知らないのであるのである。更に又、逆に、無罪理由としてかゝる催眠的暗示を虚構すると云ふ場合も考へられるのであつて、催眠術に關する社會的關心は益々大である。

果して實際に、催眠中に犯罪的命令が受入れられ、又は催眠後にそれが遂行され得るものなるや否

やを明らかにするには二つの方法がある。その一は Delboeuf, Beaunis, Lécroix, Bernheim のした実験である。彼等は催眠状態におかれた人に、紙人形を殺す真似をすとか、砒素と記された粉末を水に溶かしてその場にゐる人に飲ませるとか、醫者から與へられた装填されてゐる事になつてゐる短銃を他人に向つて發射する等の命令を發して見た。併し、之は、實際上何の證明にもなつてゐない。即ち、余はこの實驗結果は全く無價値とは云へないが、可成の制限を以て評價しなくてはならぬと思ふ。何となれば、催眠状態に於ても外部状態に對する意識は確に一部は保持されてゐるのであつて、従つて被催眠者はかゝる實驗に迎合するからである。殊にその實驗が無害なものである事が周圍の状況から理解されてゐるために、かゝる迎合をする事がある。尤も、その實驗結果を單に意識的な芝居であると直ちに決めてしまふ事も出来ないのではあるが、この實驗の決定的な缺陷は、催眠術が頻數に繰返されてゐる事、就中、催眠的環境である。茲に催眠的環境 hypnotische Umwelt とは、催眠にかゝり易い適應状態の總べてを云ふのである。繰返し催眠を施された靈媒者 Medium (被催眠者) は暗示された事の實行に對する適合性が異常に亢進してゐて、無意識に喜劇を演ずるのである。併し、若し環境的條件が不適切な場合には、例へば、暗示によつて變化せしめてない環境に於て、而も、豫めかゝる實驗を繰返してその無害なものである事を知らしめてない場合には、かゝる實驗をしてもうまく行かないのである。だから Delboeuf も、こんな不良條件の下では、祭壇から花を取るとか、他人に接吻すると云ふ様な極く罪のない命令すら催眠中に遂行させる事が出来なかつたのである。

併しながら、催眠による犯罪の可能性を全く否定し去るのは行き過ぎであらう。Wien の精神病學者 Wagner von Jauregg に對する殺害企圖につき Wagner 自身の報告があるが、それには、彼が以前に發表した見解をこの彼自身の體驗に於て承認出来たか否かについては何等述べてゐないのは遺憾である。彼の以前の見解は、「催眠状態にある人を犯罪遂行に利用する事の理論的可能性については、實驗上、肯定せねばならぬだらう」と云ふのであるが。

催眠時犯行が成功するには、推感性と共に犯罪傾向のある素質が決定的に必要である。前述した様に、精神病者の妄想はそれが餘りに全觀念界を支配してゐるために催眠術で取除く事で出来ぬと云ふ事實は、感受性のある基地の上のみ暗示は作用を及すものであつて、暗示が被暗示者の觀念や慾求に合致しない時程暗示作用に對する抵抗が大きいものなる事を示すものである。

余はある囚人を催眠状態に置いて、帽子を取つたり、寄贈金の約束したりさす事は容易に出来たが、その囚人が詐欺で處刑されたものである事を白状させる事は出来なかつた。そして刑期が満ちた後になつても、恐らく馬鹿げた虚榮心からだらうが、遂に白状しなかつたのである。之は學ぶ處の多い例だと思ふ。

素質と不良な環境及び教育によつて倫理觀念の發達が不十分な所謂病的な人格者では、犯罪的暗示を繰返されると結局之に従ふ傾向が濃厚である。併し余は、かゝる人格者には催眠時暗示なしにでも犯罪を犯さしめる事が可能だと信じたい。即ち、かゝる人に覺醒時の暗示 *Wachstuggestion* が作用し

て、犯罪遂行に至らしめる場合のある事は認めない譯には行かないと思ふ。

次に第二の解明方法は、實驗とか理論的推考よりは遙に重要なものである。それは經驗である。實に催眠術による犯罪が確實に證明された場合は一例もないのである。催眠術は可成り普及してあり、一般素人間にも屢々行はれてゐるものであるから、經驗材料は可成り多い筈である。然るに、一例も催眠術による犯罪は生じてゐないのである。尤も、時々、辯護士が被告人を救ふために、その犯罪は催眠暗示の犠牲になつたものであると主張した例はある。例へば、有名な娼婦で強盜殺人犯の Fabrice Bompart (Ann. Hyg. Publ., 1891. 1) の場合の如きである。併しながら、この例でも、その他の少數の公表された例に於ても、催眠犯罪としての證據は認め得ないのである。

かゝる經驗上の事實から見れば、催眠術を利用した犯罪が開拓されて行く様な事は杞憂に過ぎないのである。少くとも、被催眠者を犯行の傀儡的な実行者とし眞犯人は罪跡を晦さうとする様な犯罪に關する限りに於ては。併し若しか、る犯罪が確證されたとしたら、勿論被催眠者は第五一條の保護を受けるべきであらう。即ちその行爲は高度の意識障礙の状態中行はれたものとなる譯である。Lilienthal の如く、嗜眠状態のみを無意識と認め、夢遊状態は是と認めないのは正しくなす。Lilienthal のかゝる區別は、前述した Charcot 學派の見解に基づいてゐるのであつて、當然認容すべきものではない。

逆に犯罪的催眠暗示の施術者は、精神病者を使つて犯罪を遂行させた人の場合に於けると同様な見

地から判決されねばならぬだらう。併し、施術者側から云つても亦、かゝる催眠術の應用は可能性の殆どない事である。靈媒者(催眠暗示で犯罪遂行せしめられる)の推感性を増大させる準備の煩勞さ、假令暗示で記憶を失はしても更に催眠術を施して記憶を恢復せしめられ、以て犯罪の露見を來す虞のある事、尙又、暗示の効果が絶対に信用出来るものでない事等の缺點を考慮する時は、誰しもこんな犯罪手段は用ひないであらう。もともとかゝる暗示の効果は一定程度の犯罪傾向のある人でなくては期待出来ないものである。だから、覺醒時暗示 Wachensuggestion 即ち説得的教唆 Überredung と云ふ方法ならば犯罪社會では屢々用ひられてゐるものであらう。

Wagner v. Juregg: Vorgeführter Mordversuch in der Posthypnose. Dtsch. Strafr. Z. 1921.

刑事訴訟上、催眠を理由として被告側から異議が申立てられた場合は、寢呆け状態を理由とする異議と同様に取扱はれるべきである。但し、裁判官は上述し來つた理由からして、催眠犯罪の可能性の殆どない事に留意してゐなくてはならぬ。

催眠状態に於ける意識障礙や催眠術に對する推感性の特性を法律家に納得出来る様に解説しようとするれば莫大な紙面を要するであらう。扱、次に、他の意識障礙として、所謂寢呆け状態に就き一言せねばならぬ。寢呆け状態に於て自發的犯行をなす例は稀であらう。通例見るのは無意味な暴行である。即ち恐ろしい夢から醒めた刹那、夢の中で受けた襲撃に對して防戦する積りで周圍の人を傷ける様な場合である。鐵道の踏切を閉鎖する事を忘れるとか、信號を見落とすとか、轉轍を誤る等の

過失の可能性は更に多いものと思はれる。熟練した自動車運転手から屢々聞かされる事であるが、長距離の運轉の際には、格別過勞に陥つてゐなくても、殊に暗夜等では耐へがたい睡氣に襲はれると云ふ。そして、用心しながら時々短時間の睡眠をとるの止むなきに至ると云ふ。多くの自動車事故は恐らくこんな寢呆け状態に因るものであらう。時に酒精飲用が原因をなす事もあるであらうが、この様な特異な運轉疲勞は全くの禁酒者にも見られるのである。

Cruden の寢呆け状態に關する研究があるが、之は鑑定人や裁判官の參考とするには餘り詳論し過ぎてゐる。寢呆け状態の鑑定例は確に甚だ少い。余は鑑定の經驗は多い方であるが、寢呆の鑑定を下した事は唯一度しかないのである。寢呆け状態は、裁判上、他の責任無能力の條件となつてゐる状態と同様に取扱はれるべきで、之は既に大審院判決例で再三示されてゐる處である。

尙、鑑定醫は、寢呆けと癲癇朦朧状態とを間違へない様に注意せねばならぬ (E. Schultze II, 二二四頁參照)。

醫學事項に關する科學委員會の決議では、舊刑法の下書きに際して、熱性譫妄と共に分娩時状態 Zustand der Gebärenden を第五一條の適用下に置くべきものとした。熱性譫妄の方は寧ろ精神機能の病的障礙に列した方が妥當と思はれる。唯、分娩中又は直後の私生兒殺しの場合の意識状態は心理的に考へて異常であり得るのである。身體的衰弱、失血、疼痛、見棄てられたと云ふ感情、將來の心配、家族との不和、不名譽に對する懸念、即ち所謂、名譽上の困窮、是等の總べてが錯綜して、遂に

殺兒を敢行せしめるものであらう。又、途方に暮れた状態になる事も原因に加へるべきである。余が診査した例では明らかに當惑の未殺兒に至つたものが多い。併し (Zimmerbach の様に余と同じ結果を見ない研究者もゐる。併し Vorkoster & Hübnar は余と同じく、本來的な殺兒、即ち分娩前から計畫してゐた殺兒は極めて少いと云つてゐるのである。されば吾々の刑法が Kindertötung と小兒謀殺 Kindsmord とは、刑の評量に於て區別して取扱ふべく規定してゐるのは理のあるものと認めねばならぬ*。とは云へ、分娩者の感情状態が(勿論癲癇とか子癩とかの他の精神障礙を有してない事を前提として)果して第五一條の適用が正に妥當であるとすべき程異常になり得るか否かは、未だ科學的に究明されてゐない事である。之に關する觀察は若干文獻に見出せるのであるが、甚だ舊時代の文獻であつて、現代の精練された診斷方法から見れば、意義少きものたるを免れないのである。だから、精神病學の素養のある婦人科醫が、有夫の又は結婚をしてゐない婦人の分娩時状態を精細に觀察し、上述の甚だ重要であるにも關らず未だ究明されない分娩婦精神状態の判斷の科學的基準を築く事は甚だ望ましい事である。

Frank の註譯書に於ける簡潔な所説「感動 Affekt も亦高度になれば無意識となり得る」は穿ち得てゐる。之は併し、確實な解答をなし得ない問題である。感動と其の行動に及ぼす影響の程度の評量は、行動者自身の陳述か、或は證人の觀察した事柄に據つてなすのみである。だから、感動の嵐を測る尺度と云ふものは、その時の記憶が全く消失してゐるか又は僅かしか残らぬまでに薄らいでゐる

かと云ふ様な事によるだけである。併し、吾々はそうした被告の陳述を信用出来るだらうか。誰しも、何も思ひ出せないと云ふ陳述に疑を持つのは當然である。それを信すべきか否かの判断の助けとなるのは精神病学上認められた一定の健忘に關する知識の他には、被告の人格及びその興奮の原因から見て、かゝる高度の感動が豫期出来るものか否かと云ふ吾々の經驗的判断があるだけである。併し、是等の立脚點とても甚だ當てにならぬものではないだらうか。

性格學に携はつた人は誰しも、人の感動性を正しく測定する事が如何に困難であるかを知つてゐる筈である。智能検査には完全ではないにしても實用價値のある量的方法があるが、感動性の測定に於ては之がない。尤も二三創意されたものはある。例へば Veraguth の反射電流計 Spiegelgalvanometer である。併し之は精々人が心中で何か祕さうとしてゐる事を見出すのに用ひ得るに過ぎない。殊に、假令、吾々が既往歴に於てある人の氣質や情緒性等につき参考となるべき状態を知り得た時でも、扱、その人の行爲がどう云ふ意味を有つものかを確定する事は全く不可能なのである。ある人に常規を逸せしめる様な事態が、同じ素性で同じ教育程度の他の人に於ては何んでもない様な事がある。更に同一人に於ても、今日何んでもなかつた事が翌日には感情を刺戟する事がある。こんな時には、身體状態、例へば、疲勞、飢餓、微熱、月經等が大いに關係するのである。

更に重要なのは、その上に行爲が惹起される處の精神的基地 *Seelischer Untergrund* である。吾々は、殆ど毎日の様に自殺未遂者に接するが、その大部分は、全く一寸した、どうして自殺などしよう

としたかと思へる様な原因しか持つて居ないのである。茲に、所謂「一滴で水桶が滾れるものだ」と云ふ言葉を思ひ起させられる。併し、若し水桶が満ちてゐなかつたならば、一滴でも溢れ滾れる様な事はないと云ふ事を忘れてはならぬ。事實、是等の自殺者を詳しく問診して行くと、自殺しようと思ふ感動が突然爆發する時には、前から不愉快な出來事が蓄積してゐたり、或は身體的な故障があつたりして、一寸した衝撃が爆發を來す様な精神的基地が既に作られてゐた事が分るのである。

他人の精神状態を正しく判断する事は斯様に困難である。そこで、事件に當面した證人の申告と云ふものが甚だ重要なものとなつて來る。そして吾々は屢々外的狀況が充分に分りさへすればそれで満足しなくてはならぬのである。

* 刑法第二七一條第一項。分娩中又ハ分娩後ニ、私生子ヲ故意ニ殺害セル母ハ三年以上ノ重懲役ヲ科ス。減刑事情アル時ハ、三年以上ノ輕懲役ニ處ス。

感動性犯罪の鑑定例で最も多いのは嫉妬と憤怒によるものである。嫉妬が理由あるものであるか否かは、鑑定上決定的な意義のある事ではない。又、憤激に理由が充分にあつたか否かの判断は、主觀性の濃厚な事であるから、殆ど不可能である。吾々は、かゝる感動の爆發が常識で理解出来ない程度のものである時には、通例その人の人格に根ざした特性が關與してゐる事を認めねばならぬのである。即ちそれには、叡智發育の缺陷、多血的な刺戟的な氣質、又屢々酒精の影響等があるのである。又、鈍器、頭蓋骨折、銃創、その他による脳外傷後の状態には特に注意を要する。それは脳外傷後状

態に於ては癲癇を思はせる様な、或は恐らく癲癇と本質的に類似したものと思へる處の感動の制御不能な状態が現れるからである。

併し乍ら、感動が第五一條の規定を充たす程度に昂じ得ると云ふ事は否定すべきである。併し鑑定に際して、一方には被告に對して不適切なことの無い様に、他方には第五一條を適用して一般社會の正義感を傷ける様な事のない様に、充分慎重に判断を下す事は仲々六ヶ敷いであらう。

次に聯關上一言すべきは、集團的犯罪 *Massenverbrechen* である。暴動とか市街の示威行進などを見ると、如何に個人では出来ない事が大衆の一員としてならば出来るかが分る。掠奪、狂暴な殺戮、私刑に於ける慘虐な處刑等は、皆感動が原動力となつてゐる。扱、茲で群集心理の問題に入らうとは思はぬが、唯刑法上の判断に關する限りの事を述べておきたう。Napoleon は *Les crimes collectifs n'engagent personne* 集團的犯罪では個人に責任はない」と云つてゐるが、之は彼が如何に群集の心理を理解してゐたかを證明するものである。併し余は彼の結論には賛し難い。自分は、群集の思考は個々人の思慮や感情を障碍して變化させ、遂には全く無思慮にさすものと信じてゐるが故にこそ、群集の暴舉を防ぐ事が大いに必要だと思ふのである。應報主義の遵奉者にはかかる群集犯罪を如何に取扱ふかは極めて六ヶ敷いだらう。それは主觀的な責任は最小程度であつても、群集思考の客觀的結果は最も重い犯罪となる場合が多いからである。併し、社會保安上の本質的問題に著眼してゐる人にはこの解決は容易な筈である。即ちこの見地からすれば、群集犯罪に於て第五一條の適用は出来るだけ

差控へるべきであらう。

第四章 精神機能の病的障礙

精神病と病的な人格との區別上の困難——部分的責任能力——治癒せる進行性麻痺——腦炎後状態——寛解せる精神分離症——残存妄想——過價觀念

精神機能の病的障礙 *Krankhafte Störung der Geistestätigkeit* には、醫學上、各種の意識障礙及び精神薄弱 *Geisteschwäche* 等も屬するのであるが、刑法上には、單に狹義の精神病を意味してゐる様に見える。尤も、この精神病の概念も正確に規定されてはゐないのである。吾々は、一定の發病、徵候、經過を呈する精神病に對立して、單に人格の偏異たる精神變質状態を區別してゐる。併し乍ら、この兩者の境界は決して明劃につけることは出来ない。例へば、發作的經過を示す定型的な躁鬱病と、持續的な體質的な興奮症乃至抑鬱症とに於て、前者は精神病とされ、後者は精神變質状態に加へられてゐるのであるが、兩者の境界は判然としないのである。又老耗、長い間持續した癲癇、喫煙過度等の影響が、何時頃から精神機能障礙を惹起する程度に迄及んだかと云ふ問題も、明確に答へることの出来ないものである。

斯くの如くに、精神機能の病的障礙の概念を明瞭に規定することは難しいのであるが、之は大して苦慮する必要はない。何となれば、重要なのは精神障礙と一般行爲との關聯上の法律的意義であつ

て、精神状態そのものを確定することではないからである。舊刑法第五一條の第二草案では、*Leipziger* 醫科大學の提唱に従つて、「當該犯罪行爲ニ關スル自由意思決定力ガ奪ハレタル云々」の附加文を以て、一般行爲に對してでなくて、只當該犯罪に對してのみの自由意思決定に影響する精神障礙を要求してゐる。従つて、部分的責任能力 *partielle Zurechnungsfähigkeit* を認めてゐるかに見えるのである。併し、政府草案の見解は、かゝる附加文を以て、部分的責任能力を認めようとするものではない。即ち政府側は、「例へば妄想が當該犯罪と直接的關聯は示さないにしても、その妄想が精神健全者とは認め難い迄に精神障礙を及してゐる事が醫者によつて確認されたならば、當該犯罪行爲のみならず總べての方向の行爲に關する自由意思決定能力は最早失はれてゐると認むべきである」と云ふ意向であつた。

上述の「當該行爲ニ關シテ云々」の語句は、第三立法委員會に於て抹殺されたのである。それは、*Lange, Palman, Richartz* 等の *Rein* 地方精神病醫會の決定的な反駁によるものであつた。その駁論では二つの理由を擧げてゐた。その一は、醫學的又は科學上の見地に立つもので、比較的意味の少ないものである。即ち一定行爲と精神障礙の關係だけが要求されることになれば、該行爲の心理的精神病的説明のみに留意する様になつて、精神全般を把握して臨牀上の診斷を明らかにするべき努力が粗略になるだらうと云ふのである。その二は、*Commer* の唱へたものである。即ち「犯人が精神病なるか否かを先づ確定し、然る後、精神病が犯罪と因果的關聯を有したか否かを證明すべきで、そこに初

めて専門外の人にも犯罪が精神病に因るものであることを納得させることが出来、法律上の立場も明瞭になるものである」と云ふのである。併し乍ら、之によれば、若し、精神病者の妄想、苦悶、幻覺等が犯罪に直接關係がなくて、犯罪はその精神病者の元來の犯罪傾向に因るもので、精神病になつたがためではない様な場合は如何にすべきであらうか。茲に、必然的に生ずる問題は「當該行爲に關する自由意思決定は精神病に因りて不能なりや」であるが、之は容易に證明し得ることではない。殊に、法家に、精神病と犯罪行爲との關係を證明することは屢々不可能である。そこで、法家は、精神病はあつてもそれが犯罪には關係のない場合があり得るとの見解を抱くに至るのである。此の様に、精神病者が一見自由意思決定可能の状態に犯罪をなしたと認められる場合、部分的責任能力を認めると稱する。

舊、及び改正刑法第五一條では、この部分的責任能力問題は解決されてゐる。即ち、精神病者の責任無能力は犯罪とは無關係に認めるべきことになつてゐる。犯罪と精神病との時間的な一致を要求するだけで、兩者の原因的關聯は問題にされてないのである。刑事訴訟法第四五五條によつて精神病者の刑執行は延期することになつてゐるにしても、それでは判決が無意味となるし、又、*Siemerling* の皮肉の様に、犯人の半分を精神病院に、半分を刑務所に入れる事は出来ぬだらうから、部分的責任能力を認めるのは妥當でないのである。

併し乍ら、部分的責任能力は再三主張されて來たのである。以前に、*Zielen* は慢性妄想病を例と

して、之を主張した。この妄想病は、漸次に進行する系統的な追跡乃至誇大妄想を形成するも、意識悟性は清明に保持されてゐる爲に、精神病者の部分的責任能力の説明に適してゐるのである。Zielienも矢張り、裁判官は「妄想が實際に犯行の心理的發生に關係したか否か」の證明を要求すべきであると信じてゐた。確に、元來反社會的な素質の人が、妄想病に罹患し、その妄想とは無關係に犯罪をなす場合が存在し得るのであつて、かゝる場合に責任は素質にあつて妄想病にはないのであらう。併し、その様な場合に、精神病は結核などと同様な意味に於ける單なる合併症と考へてよいものであらうか。その前に、先づ、その精神病が犯行に全く影響がないと云ふ事が確認されてゐなくてはならぬが、之は困難である。どんな行爲でも、外部並びに人格内部に存する一聯の原因群の産物である。即ち犯罪行爲に際し、犯人が自覺してゐる動機以外に、諸種の感動、身體状態、外的影響、舊い記憶、新しい感銘、教育環境等の諸要因が無意識な動機として作用してゐるのである。是等の動機を精確に分析し、評定することは不可能と云ふべきであらう。この様に、行爲の眞の動機を把握することは、健康人に於ても困難であるが、殊に精神病患者に於てそうである。

Zielien は精神病教科書に於て、慢性妄想病に就いて詳述し、妄想を尋常な感覺や夢の妄想的解釋、又は偶然な著想に歸してゐる。更に、逆に偶然な感覺や觀念が妄想病者を治癒せしめる事がある。「無意識な聯想が一定の誇大妄想の前提をなす」、「追跡妄想と同じく誇大妄想も亦外界認識に影響を及ぼすものである」等の事を述べてゐる。この様に彼は妄想病者の思考を、可成り混亂した工作で變

曲して説明してゐるのである。之は彼が、犯罪學者として、妄想と内容的に關聯しない病的思考が犯行に影響することを認め得ない立場にあつたからであらう。若し、それを認めたら、彼のした様な妄想と犯行との間の心理的關係の證明を要求する事は不可能となるのである。

扱、妄想、外界認識の錯誤、無意識な妄想形成的聯想は、どうして生ずるのであらうか。之が個人的な素因に基く事は否み難い。殊に追跡妄想に於ては、個人的素因は重大な意義を有するのであつて、如何なる精神病醫でも、その發病を豫防し、又は發生した妄想を除く事が出來ると思ふ人はないであらう。例へば好訴病者に若し訴訟に勝たして見た處で、好訴病が治癒しはしないのである。

Zielien は全人格の概念を嘲笑してゐるにも關らず、彼とても、妄想病者の人格の中の何れの部分が健全に残つてゐるかを明らかにしてゐないのである。思考は決して腦の一定部位、又は一定の精神要素だけで行はれるものではない。思考の様な重要な機能が障礙された場合に、一般行動、一般精神作用が支障を受けないでゐる筈がないのである。それは丁度、機械の一部に故障がある時、他の個々の部分の機能は侵されぬにしても、その機械全體の効率は下ると同じである。精神病者の犯罪に際して、常に犯罪と精神異常との因果關係を證明することは不可能であらう。併し、逆に因果關係なしとの證明をすることは尙更不可能ではあるまいか。

部分的責任能力は、精神病分類の發達してゐない、單一狂 Monomantie 時代から既に唱へられてゐた。Zielien は、彼の見解が單一狂時代の部分的精神病とか孤立妄想とかを認めた學說と相似してゐ

ることを論じてゐる。それはよいとして、彼が更に重症な精神病者でも自由意志的行動をなす可能性があると認めるのは慥に過誤であると云はねばなるまい。即ち Nielsen は、妄想患者に於て、妄想觀念に關する限り責任能力を否認するも、他に部分的に保持された責任能力を分離する事が出来ると考へてゐるのである。Heilbrunner も Nielsen と同じく背理的推論をなしてゐる。

Wagners von Jauregg, Unger, Carrara 等も部分的責任能力を論じてゐるが、稍趣を異にしてゐる。Nielsen のそれは、一般には責任無能力と認めらるべき精神病者に於てもある一定行為に對しては責任を問ふべきだと云ふのであるが、茲では、一般には責任能力の存する犯罪者に於ても、ある一定状態に於ては責任無能力であり得ると論じてゐるのである。即ち平坦に云へば前者では、部分的に健全な精神病者、後者では部分的に病的な健常者を取扱つてゐる譯である。この兩者を混同しない爲に、余は後者を特に部分的責任無能力と呼んでゐたが、更に一時的責任無能力 *Temporäre Zurechnungsunfähigkeit* と改稱した。余はこの一時的責任無能力の状態の存在することを、こゝに有力な實證的な例を擧げ得ないけれども、確信してゐる。

扱、近年に至つて生じた難問題は、進行性麻痺の熱療法による病狀變化である。この療法が無い時代には、この病者は大抵數年内に死亡したものである。又、一時的な偶然的寛解を來したのも、その病者の過去の犯罪に對しては、直ちに責任無能力を認めてゐた。そしてそれは實に正當なことであつた。何となれば犯行當時に症狀が顯著でなかつたにしても、脳實質の病的變化による人格の毀損

が既に深く根差してゐた筈であるからである。併し、熱療法が施行されて以來、進行性麻痺が治癒する様になつた結果、事態は變つて來た。但し、この熱療法も完全に吾々の期待に添ふものではない。寛解を來しても再發が多いし、又効果が少いか或は全く無効な場合も多いのである。慎重に見て、完全寛解は一〇%内外と認めるべきであらう。處で完全寛解で社會的活動力を復活し、一見舉動が全く正常に復してゐても、全く舊態通りの人格に恢復したものと斷することは出来ない。それは外觀上完全寛解に見えても、一度破壊された脳實質、脳組織が再生することはないからである。殊に、可成り重症な進行性麻痺が運よく寛解することがあるが、その様な場合には、臨牀上の舉動は平常に復してゐても、脳實質の損傷は残つてゐなくてはならぬと思はれる。要するに、進行性麻痺病者が發病前と全く同一の人格に復することが出来るとは考へ難いのである。

治癒した進行性麻痺病者の責任能力に關する見解は區々である。余は、怠慢罪、竊盜、不敬罪等の場合に於ては、この疾患の影響を或程度迄否定出来ないかと考へる。殊に、病前にかゝる行動をなす傾向のなかつた様な場合には尙更である。余の經驗によれば、治癒した進行性麻痺病者の鑑定例は餘り多くない。従つて、その責任能力問題も、實地上には、理論上に於ける程は興味あるものとはならない様である。

次に、腦炎を經過した者に就いても、進行性麻痺の場合と同様な事が云へる。腦炎は屢々高度の人格變化を招來する。精神發動力消失及び運動遲滯を來して、自發的行動が制止され、爲に、屢々懈怠

罪に陥る。又、無軌道な衝動性を示すものも多い。少年は殊に顯著な性格變化を呈し、温順であつたものが、卑賤、粗暴となる。之については、制止が無くなり眞の性格が現れたものとの解釋が行はれてゐたが、之は否定さるべきである。それは通例、かゝる病者の家族にも、又病前性格にも、この様な病後に現れる不良性を全く見出し得ないからである。此の様に、人格變化が中樞神経系の器質的變化に因つて招來されると云ふ事實は、吾々の全科學觀を動搖せしむるに足りる。即ち單に發熱と睡眠障礙と、時に昏瞠を示す程度の軽い症狀で經過する腦炎が、此の様に人格の變化を由來することが出來るとすれば、吾々が責任能力を認める多くの犯罪者の中に、同様な病的機轉を経たものが可成りの數に存在してゐるかも知れないのである。それ故、悖德的行爲者の鑑定などに於ては特に慎重でなくてはならない。顯著な病狀を示す腦炎後遺症では法定刑罰を適用すべきでないのは當然である。併し、極めて軽度の性格變化の場合には難問である。これに注意すべきは腦炎後性格變化は少年に限つて現れる事で、成人では之を見ないか、或は一過性である。従つて、腦炎後障礙による社會公安上の危険は餘り大きくはないのである。併しかゝる少年が犯罪を犯した時は、余は第五一條を適用すべきであると信ずる。限定責任能力とすべしと主張する學者もあるが、それは理論上にも實地上にも正しくない。何となれば、かゝる腦炎後の少年は非教化性で、刑罰は何等の効果も産まない。だから少し刑を減じて見るなどは全く無意味である。余は、全く無罪とし、そして、後述する保安的處遇に委ねるべきであると考へるのである。

精神分裂病 Schizophrenie に於ても、その著明な症狀を呈するものにも極めて軽度な症狀しか發現してゐない初期の病者にも同様に責任能力を否定すべきかと云ふ難問に遭遇するのである。Bleuler は潜伏性又は極めて初期の精神分裂病では責任能力を認めるべきだと云ふ。之は恐らく純犯罪政策的の立場からの意見であらう。併し、余は眞の犯罪政策的立場に於ては、精神病學的知識を完全に活すべきで、Bleuler の様な推論に陥るべきではないと思ふ。Bleuler の精神分裂病そのものに對する説には余も亦従ふものである。即ち彼は責任能力問題に言及する前に、精神分裂病を次の如く解説してゐる。「吾々は精神分裂病の意志障礙程度を測定する方法を有しない。軽度で殆ど診斷の出來ない初期の精神分裂病でも、往々、既に高度の意志障礙を生じてゐる時がある」と。實に經驗ある精神病醫は誰でも、初めは人格崩壊や感情鈍麻や錯亂などを豫期しない様な場合でも、長い經過の後に著明な精神分裂病の症狀を示して來る例を知つてゐる。そして、此の様な例でも過去の生活狀態を詳しく探求すれば、既に以前から精神分裂病の症狀が存してゐた事を知り得るのである。かく觀ずるとき余は、精神分裂病の如く腦の病的機轉に基づく精神病 *Prozesspsychose* なる事が證明されてゐる精神病では、病狀の輕重によつて責任能力の有無を云々するのは正しくないと思ふのである。

所謂分裂性病的人格 Schizoide Psychopathie の人に於ては、稍趣を異にする。分裂性病的な人格者は、精神分裂病性徴候を暗示的に示すけれども、之は單なる人格の變異であると考へられてゐるものである。併し、分裂性病的な人格者に於て、軽度の緩徐な精神分裂病的プロセスが存してゐるもので

あるか、或は病的プロッセスはなく、生來の人格變異であるかを決定することは極めて困難な問題なのである。若し、後者であることを決定し得たとすれば、法學上の判斷の道は明らかである。即ちその場合には、限定責任能力及び一時的責任無能力の章下に述べる觀點に立つて處斷すべきであらう。

余は重篤な精神病が痕跡もなく治癒すると云ふことを疑つてゐる。従つて所謂殘存妄想 *Residualwahn* に關しても多分の疑惑を抱いてゐる。熱性譫妄とか酒精譫妄とかの經過後、その譫妄狀態中に經驗した精神現象が暫く保有されてゐる事があるが、それは數日乃至數週で消失するものである。又癲癩朦朧狀態でも、之に類似のことがある。是等意識障礙のある間に起つた觀念の遺殘物から犯罪行為が由來される可能性は甚だ少いとしないでならぬ。従つて是等の場合は勿論茲に問題とはならない。茲に云ふ殘存妄想とは、通例狹義の精神病の經過後に遺殘する妄想である。併し、之は妄想性考慮の傾向が特に特徴的であるものと認める事は出來ないのであつて、余は矢張り、人格變化が存し、精神病が未だ完全に治癒してゐないものと思ふのである。

次に *Wannicke* の所謂過價觀念 *überwertige Idee* は、臨牀的にも法學上にも難問である。過價觀念が、一定疾患例へば老人性癡呆等の徵候として現れてゐるものでない時には、人格變化を來してゐる妄想病であるか、或は一定觀念群に支配されてゐる狂信者又は熱狂者であるかを鑑別するのは容易でない。好訴者が彼の言動を是としない者は誰でも彼の敵と見做し、或は彼の告訴を却下する裁判官は買収されてゐるものと認めたりする様になれば、既に、精神内界か外界に完全に移入した妄想の域に

達してゐることは疑ふ餘地もない。かゝる好訴妄想病者と、眞の熱狂者、即ち單に強靱な執拗さと頑迷さを以て自己の權利を主張するに止まるものとを如何にして鑑別すべきであらうか。前者に於ては、告訴夫れ自體が目的であり喜びであるか見え、正義の爲に戦はんとする目的は影を潜めてゐる様な點が認められる。又、屢々感動性の鈍麻も見遁せない。是等の點で大體區別すれば出來る程度のものであるが、果して兩者を劃然と區別し得るものか否かは疑はしいのである。併し乍ら、刑罰を加へても効果のない點では、兩者は同様である。その點では如何なる精神病學者にも異存はないであらう。只問題は、此の兩者に第五一條を適用すべきか否かである。そして、之は容易に見解の一致に到達し得ないことであらう。唯余は、何れにせよ、兩者ともに保安的處遇は絶対必要であると思ふものである。

第五章 精神薄弱 *Geistesschwäche*

精神薄弱と癡呆 原因 精神薄弱の徵候 悖德者 精神薄弱の法學的意義

獨逸舊刑法第五一條には精神薄弱（又は精神發育制止）が特に列擧してないが、新刑法第五一條では特に之が加へられてゐる。併し、新刑法草案では再び精神薄弱の項目を抹削し、之を精神機能の病的障礙の一種として取扱つてゐる。かくすることは、精神病學上には不當であるが、法學上には屢屢困惑を招くものである。そこで精神薄弱の概念を明らかにすると共に、その刑法上の意義を確定す

ることは、先づ第一に緊要である。

精神薄弱とは、智能の程度から白痴痴愚魯鈍に分類されてゐるものである。吾々は、この精神薄弱を、臨牀上、急性乃至慢性の疾患の結果として来る癡呆に對立させてゐる。即ち精神薄弱は生來性で、癡呆は獲得性又は後天性であると云ふことになるのであるが、之は理論上正しくない。何となれば、精神薄弱には胚種素因や胎内の障礙だけでなく、出産時障礙や幼時の腦疾患に起因するものもあるからである。併し、かゝる後天性の精神薄弱と癡呆とは明らかに區別出来る。即ち前者は、發育の中途に精神の發達が阻止されたものであるに反し、後者は、既に一度完成した精神機能が疾患によつて再び崩壊したものである。

扱、精神薄弱者の特性は、決して記憶的知識の缺乏ではなく、判斷力と情緒性の缺陷である。精神薄弱の様に、情緒反應が遅鈍で判斷力の不備なものは社會的に危険なのである。茲に、一應所謂道德的精神薄弱 *moralischer Schwachsinn* に就いて述べねばならぬ。此の病名は一般には、*Pritchard* の所謂 *moral insanity*、悖徳狂とは異つた概念で用ひられてゐる。即ち一般には、道德的精神薄弱の例として、叡智は正常であるが道德感が缺乏し反省がない自己中心的な者を擧げてゐる。そして、それは生來の素因によるもので、生存競争に要する智能は所有してゐるが道德的に劣等で社會を害する人格者であると解せられてゐるのである。併し、余は、かゝる人格者の存在を疑ふものである。臨牀上かゝる診斷を下される者は、多くは、精神薄弱者、癲癇、ヒステリー、輕躁病、或は精

神分裂病初期のものではないであらうか。自分は、この様な誤診を屢々證明した事があるのである。抑々一般的な知識を所有してゐるからと云つて、直ちに叡智發育が正常であると認める事は出来ない。一般的な知識は單に記憶によつて獲得されるに過ぎぬものである。建築材料だけはあつても、建築する技術がなければ何にもならないではないか。要は判斷力である。「知」に非ずして、「能」である。考慮が淺薄で、經驗を幾ら重ねても進歩しない、感情が鈍くて且持長的でなく動搖性である様な者は、假令智能検査には合格してゐても、重大な精神缺陷があるものと認めねばならぬ。余の經驗では、著明な道德的缺陷を示す犯罪者は、大抵この様な廣義の精神薄弱に屬するものである。若し然らざる場合でも、他の變質的特徴があつて、それによつて論理的乃至愛他的感情の缺陷が二次的に説明出来るのである。さはあれ道德的に鈍感な人 (*Scholz* の所謂道德感麻痺 *moralische Anästhesie* と云ふべき人) でも、比較的明敏な叡智を有してゐるときには、多くの場合、如何なる行爲が罰せらるべきかと云ふ事をよく理解してゐるのであつて、かゝる人の犯行に際しては、勿論、責任能力を認めべきである。

大審院判決に曰く、「獨逸國刑法の見地に基つき、道德的缺陷者は、それが病的障礙に因する事が説明し得る場合にのみ、責任無能力と認む」。刑法を文字通り解釋するところなるのである。即ち第五一條によれば、自由意思決定が全く不能であると云ふだけでは不充分であつて、自由意思決定が意識障礙及び精神機能の病的障礙によつて不能となつてゐなくてはならぬのである。Vorkastner は「かゝる

る道徳的缺陷者も亦病的と稱し得ることは、醫學的見地から考へても當然である」と云つてゐるが、併し、自由意思決定の能不能と云ふ主要な問題に就いては餘りに第五一條の言葉尻に拘泥して責任能力を云々する必要はないであらうと指摘してゐる。

上述並びに他の文獻からも知られる通り、悖徳状態の臨牀的解釋に就いては議論があるのである。余は、以前、獨立した道徳感麻痺とか教化不能状態とかの存在を否定してゐたのであるが、最近、それは正しくないと信ずるに至つた。悖徳狂と云ふ疾患單位 *Krankheitsinheit* を分離し得るものなるや、更にそれが犯罪心理學に如何なる關聯を示すものなるやの問題は、今後の臨牀的研究に俟つた他はない。唯、余は、現今の科學的立場に於ては、斯かる悖徳者に對し第五一條による保護を許す事は妥當でないと思ふものである。一九三三年の新法律では、斯かる犯人の刑を増すのみならず、必要があれば、第四二條によつて保安處遇を科す様に規定されたのである。之によつて初めて、社會の保安が確保され得るのである。

精神薄弱者の數は夥しいものであるが、其の正確な數は擧げ得ない。と云ふのは、精神薄弱があつても、環境に恵まれたものは犯罪に陥り難いため、見遁されてゐるからである。之に反し、不良な環境にあるものは、考慮の淺薄さと、社會秩序に對する無理解のために、大多數は一生の中に刑法に觸れるに至るのである。精神薄弱者の中で特に感情が刺戟性で異常な衝動性を示すものがあるが、かかるものは、殊に行動が無制止となり犯罪に陥り易い。であるから、嘗て補助學校にゐた事の

ある様な犯罪者に於ては、その責任能力問題を根本的に検討しなくてはならぬと思ふ。それは決して、第五一條を適用するか否かのためではなく、如何にして犯罪を豫防すべきかの方法を選択せんがためにである。

第六章 限定責任能力

減刑事情と限定責任能力——強制的減刑の無理——限定責任能力の範圍と種類——認定の困難——一時的責任無能力

一八六九年の法律改正以前に於て、既にプロシヤ及ワルデックの刑法を除き、バイエルン、ヘッセン、ザツクセン、ヴュルテンブルグ、ブラウンシュワイヒの刑法では、責任無能力並びに限定責任能力に關する規定が存して居た。然るに、此の限定責任能力は、この改正に於て抹殺されたのである。應報主義に基づく立法にも關らず、限定責任能力を拒否したと云ふのは矛盾と云はねばならぬ。

一八六九年七月三十一日の第一回刑法起草委員會で、限定責任能力は激論の末抹殺されたのである。該委員會の報告者 *Schwartz* 博士の説明する所によれば、「減刑事情 *Strafmildernde Umstände* が實現されてゐるのであるから、限定責任能力の規定を別に設けるのは蛇足である」と云ふのであつた。従つて減刑事情は、改正案に於て充分な顧慮を拂はれてゐたのである。

此の様な見解は *Schwartz* 自身のものではなく、大多數の委員の意向であつた。従つてこの案は議會を容易に通過したのである。當時、如何に限定責任能力問題の重要性が一般識者に理解されてゐなかつたかを示してゐるのではないか。減刑事情規定を限定責任能力規定の代りとしようと云ふ上述

の見解は、次の三つの點から誤である事を指摘出来る。

一、「二三九人の犯罪人の中減刑事情を有しないものが一七七人ゐて、その中軽い過失罪のものを除いても尙四四人の減刑事情を認定し得ない犯人がゐた。其等の犯人の中數人は強姦致死、放火、謀殺等の重罪人であつた。」と云ふ報告があるが、かゝる犯罪人には屢々何等かの精神異常を認める事が多いものであると云ふ點。

二、減刑事情の存否の判定は裁判官の職務であるが、限定責任能力たるべき状態の存否の診断は精神病醫の問題に屬し、之が極めて難問であると云ふ點（精神異常の存否の診断が既に難しいのに、此の場合には精神異常が行爲に及す影響を測知せねばならぬから一層難題なのである）。

三、減刑事情は限定責任能力の代りには決してならぬと云ふ點。之は決定的に限定責任能力抹殺の不可を指摘する點である。刑罰は正しく應報であるべし、そして正しい應報は可能であると信じてゐる人は、限定責任能力に輕減罪責に減刑と云ふ方程式で簡單に考へてゐるけれども、事實はしかく單純であるべきでないのである。何となれば、限定責任能力の犯人は、多くの場合に公安上の危険の大きいものである。精神發育制止者の無反省な犯罪、興奮症者 *Erethbare* が一寸した事で激昂暴舉に出づる場合等は、確に責任能力があるとは思へない。併しこんな場合に、減刑事情があるとして減刑する事は、斯かる人格者の犯罪防止上不合理であつて、公安の危険を伴ふのである。最近六十年間にこの様な保安的見地が敷衍して、一九二七年刑法草案、一九三三年新刑法、一九三四年新草案に於て

之が顧慮されて來た。即ち新刑法では、限定責任能力者を、場合によつては長期間の適切な保安的監置に處す事が出来る様になつたのである。

限定責任能力の設定に就いては、精神病學者の努力は勿論であるが、法律家も亦參與してゐる。例へば、*Kahl* の「獨逸及び諸外國刑法の比較検討」なる著作に於て之を見る。又、逆に精神病醫の中にも、*Wilmanns* の如き限定責任能力の反對者がある。彼は、「獨逸刑法草案の中心問題たる限定責任能力に就きて」なる著作に於て、周到なる反駁を試みてゐる。その眞摯な論鋒は看過すべきものでない。彼の反駁の理由は、一、限定責任能力の規定範圍が餘りに廣い事、二、限定責任能力者の各々をその特性に従つて處置することの不可能な事、三、限定責任能力たるべき人格者の認定が困難な事である。*Wilmanns* の考は正しい。併し、余は、限定責任能力の認定に關する困難を征服すべき道を開くべきであると信ずる。そこで、余は先づ、如何なる人格者に現代の醫學的立場から限定責任能力を適應すべきかにつき述べて見たい。それは、大體次の三群に分ける事が出来る。

一、健常者と病者との中間者。

之は限定責任能力問題の起つた端緒をなしたものである。全く責任無能力な白痴と尋常智能者との中間の無數の階梯、又健康状態から老衰、腦動脈硬化、長期間持續した癲癇等による人格崩壞に移行する中間期か之に屬する。狹義の精神病、寛解した進行麻痺、精神分裂病及腦炎後精神異常等は之に屬しない。

二、急性及慢性中毒の結核状態（之は飲酒常習者の責任能力の章下に詳述する）。

三、身體疾患、過勞、出産後等の疲憊状態。

是等は實地上問題になることは少い。併し、新刑法草案では特別に項目を設けて之を取扱つてゐる。

四、所謂病的な人格者 Psychopathische P.

之は、正常人格（想定的なるものであるが）からの偏異の總べてを包括するものである。總べての人格偏異者に限定責任能力を適應すべきではなく、第五條の條文にある如く、高度な、行爲に密接な關係のある人格異常者にだけ適應すべきである。是等の高度な異常人格の多くは、先天的の素因 Anlage に基づき、殊に、内分泌性障礙に因する。處刑に際しては、犯行時の外的條件、動機及目的か、どの程度迄性格異常に影響されてゐたかを顧慮せねばならぬ。それは實地上甚だ難しい事ではあるが。

扱、犯罪者研究の眞義は、責任能力の程度を定めることのみであつてはならぬ。ベルギーの *Van der Voldé* は「異常な人格者、常習犯罪者、少年犯罪者と社會保安に關する立法草案（一九一四年）」なる報告に於て、限定責任能力と減刑とに就いて述べてゐる。「魯鈍者、病的な人格者等を放免して不良な環境に歸へすことは、累犯を増し、畢竟重罪犯人の大群を養成するに等しい」と。其故に、常習犯罪人や精神低格者には、特別の社會的處置を考慮せねばならぬ。それにはかゝる異常な人格者の全數と其の種類を正確に把握し、以て常習犯罪人に關する合目的な規定と、その保安的處遇を樹立すべきである。

Wilmanns は多數の文獻から犯罪例を蒐集して、犯罪者の精神状態を研究した結果、次の結論に達した。「平穩安易な社會に於て犯罪に陥るものは異常な人格者に限る」と。かゝる結論を目前に見るとき、誰しも、是等の犯罪人の凡べてに減刑をすべきであるかと云ふ問題に面して當惑を感ずるのである。此の問題を解答する前に、次の事實を示して置く必要がある。それは大抵の刑務所の役人は、犯罪者の中にかくも高率に異常な人格者がゐるとは認めてゐないで、却つて、精神病醫の認識を疑つ

てゐると云ふ事實である。大部分の限定責任能力者は、受刑中に特別に變つた行動を示さないので、普通の刑執行に耐へ得るのであるから、異常者とは認められないと云ふのである。併し、その様に刑務所生活に順應するからとて、正常者ではない。例へば意志不安定症者は、社會に於て誘惑や煽動に無抵抗に隨從するのと同様に、刑務所内でも規律に受動的に服従し、又自ら進んで働きもするのである。併し、彼等を社會に出せば、忽ち誘惑に従つて累犯に陥り、公安上の危険を醸すものである。

此の様な理由から、余は、精神低格者とその限定責任能力の故に刑期を短縮することに反對するもので、法廷に於て臆する處なく主張し來たつたのである。刑の懲戒的効力は、正常人に於けると同じく、異常な人格者に於ても、刑期が長い程大である。従つて、結局異常な人格者の最も合目的な處置は別章に詳述する保安的處遇 *Sicherungsmaßnahme* でなければならぬ。

Wilmanns の第三の反駁は診斷の困難であつた。之は一應尤もである。鑑定人が、一度責任無能力状態としたものを、後に至つて限定責任能力状態に訂正するために、非難を受けることが屢々ある。併し、眞の精神病醫（眞の精神病醫としての素養のある人だけが鑑定を依頼されるべきである）は、そんな事をしない筈である。限定責任能力状態は、屢々長い間の觀察の後に初めて認められるものである。裁判官は、被告人の人格を詳細に把握出来る程接觸の時間を持たないのであるから、餘り顯著でない異常な人格を認知出来ないのは當然であらう。精神病醫が被告人を詳しく診査しようとするときには、審問時の瞬間印象だけに頼るやうな事はないのであつて、その診斷は信據して然るべきものである。

ある。

又、刑執行中に異常人格が見出されることも多い。かかる場合は、裁判中に認められた異常者と同様に、保安的處遇に移すべきであると思ふ。この様な規定は一九二六年のチエッコムロバキアの刑法草案に既に見られるものであつて、余は、吾が國に於ても實現するのを望むものである。

異常人格者が、精神的並びに肉體的障礙を強度に頻回に受けた時、一時的の責任無能力状態に陥ることがある。之は前述の部分的責任無能力に該當するものである。最近、Parzo はこの部分的責任無能力の存在を主張し、一般に認められて來た。既に一九一〇年の大審院判決にも「第五一條の適用には、犯行者が犯罪行為に對して自由意思決定が不能の状態にあつた事だけが證明され、ば足りるのであつて、當面の犯行關係を越えた一般的な責任無能力、即ち完全な責任無能力を證明する必要はない」とあるのである。

上述の意味を徹底させるために、二三の例證を示さう。精神病醫は、普通のモルヒネ常用者に——モルヒネ嗜癖のために異常に高度な精神荒廢に陥つてゐるものは別として——責任能力を拒否しない。併し、若し、モルヒネ嗜癖者が、モルヒネが入出來なくなつてモルヒネ饑餓の状態に陥り、處方箋を偽造した様な場合には、余は、モルヒネ饑餓の耐へ難い情狀を酌量して、その文書偽造に對して第五一條の適用を認めるべきものと思ふ。又、モルヒネ中毒者たる醫者が、モルヒネ缺乏時に、絶對的な必要に迫られて手術をなして失敗した場合にも同様である。尤も、此の場合は一刻も猶豫を

許されないで而も、他の醫者には委ねられない手術であると云ふ緊急事情に迫られたときでなければならぬ。是等が即ち部分的責任無能力の状態と見做すべきものである。

又、ヒステリーの女子が何かの刺戟を興へた男子に對して惡罵を浴せる時、癲癇病者が發作以外の時に粗暴な行為をなした時、魯鈍者が困難な責務に耐へなかつた時などは責任能力は拒否されるべきであらう。是等の低格者は、健常人と同じ限度ではないけれども、本來は責任能力が認められてゐるのであるが、特別の行為に於ては責任無能力状態と認むべきであり、或は逆に完全な責任能力を認むべき場合もあるのである。従つて、總べての行為に於て第五一條を適用することは出來ない。併し、少くも責任能力が疑はれる様な場合は、第五一條の適用をなし得る様に規定されてゐるのである。兎に角、ある一定状態に於ては、限定責任能力者が全く責任無能力となり得る事は否めない事實である。

余が提唱した部分的責任無能力なる稱呼は誤つた解釋を受け易い。部分的責任無能力とは、元來責任能力者又は限定責任能力者なるものが、或一定の状態に於て責任無能力の状態になる場合を云ふのである。之に反し、部分的責任能力とは、精神病のために責任無能力であつても、或一定行為に於ては責任能力を認定すべき場合を云ふのである。此の兩者は混同され易い。従つて余は、部分的責任無能力を一時的責任無能力又は暫時的 *zeitweilige* 責任無能力と改稱したいと思ふ。

犯罪者を精細に診査するときは異常人格者が夥しき多數に上ると云ふ事が分明して來たのに従つ

て、異常人格者の刑法的處遇問題の解決が促されて來たのである。今や殆ど總べての新刑法では限定責任能力を規定してゐる。唯、デンマークの刑法學者 Torp は、Hamburg で開かれた萬國犯罪學會に於て、彼の故國に於ける結果が不良であつたと云ふ根據から限定責任能力の認定に反對した。併しデンマークに於ける不結果は、限定責任能力者の減刑を強制してゐるからなのである。ドイツに於ても、各種の刑法草案が、限定責任能力の場合に強制減刑を行ふべきか、條件的減刑にすべきかに迷つてゐた。之は即ち、應報主義と保安的要求との間に生ずる矛盾の解決に困惑してゐた譯なのである。併し乍ら遂に、一九三三年新刑法に於て次の様に解決されたのである。

第五一條第二項「その行動が許サレザルモノナル事 das Unrechthe ヲ洞察シ、又ハソノ洞察 Finsternis に從ツテ行爲ヲナス能力ガ、行動時ニ際シ、高度ニ減退シキタルトキハ、未遂ニ準ジテ、減刑ヲナスコトヲ得 kann die Strafe gemildert werden。」

即ち「スベシ mind」が「ナスコトヲ得 kann」と變り、之によつて裁判官は個々の場合にそれぞれ適應した刑を科し得る様になつたのである。犯罪の種類や犯人の性格から見て、懲戒の要が餘りないと思はれる時には、思ひ切り寛刑でよいであらう。自制力のない者、衝動的の犯罪者等では、懲戒的感銘を充分に與へるために、長期刑を科すべきである。余は、犯人自身から長期刑を望まれた經驗があるが、それは該犯人が、長期刑によつてのみ己の犯罪傾向は救はれるだらうと云ふ自己認識をしてゐたのである。

新刑法草案では、更に異なつた解決を擇んでゐる。「行動時ニ限定責任能力ナリシ者ニハ刑ヲ科スコトヲ得。又、其ト共ニ、保安ノ目的ヲ以テ規定サレタル特別ノ處遇ヲ科スコトヲ得。」

行動者ガ、行動時ニ精神機能ノ病的障礙、意識障礙、及ビ、若シ聾啞者ナル時ハ精神發育制止ニヨリテ wegen zurückgebliebener geistiger Entwicklung 不正 das Unrecht ヲ識別シ、或ハソノ識別ニ從ヒテ行爲ヲナス能力ガ高度ニ減退シキタルトキハ、限定責任能力狀態ト認ム。

限定責任能力ガ單一過性狀態ニ基ケル時、又ハ聾啞ニ關スル時ハ、刑ヲ輕減スルコトヲ得（第七五條）。

この様に新草案では、任意的減刑の許された範圍が甚だ狭くなつてゐる。その理由書に曰く、「新刑法は個人よりは公衆を主としてゐる。辨識力や自制の能力の缺乏せる人は社會的に危険であるから、重酷な刑を科して、社會に對する報償をなさしむべきである。彼等は社會の一員としての任務に服さぬものであるから、法規によつて彼等の犯罪傾向を防ぐべきである」。併し乍ら、この理由書にある様な要求は、異常人格者、常習犯罪者等の總てに對しては不可能であらう。この様な解決方法は、意思刑罰主義ではなく、強固刑罰主義である。

精神病學者は、この様な限定責任能力なるが故に減刑をすべきでないと言ふ點には大いに賛するものであるが、すべての場合に無條件にではない。即ち（こゝに、當該人格者の特性に關する基礎付けが未だ正しく行はれない事については差置き）前述せる如き公安上の危険の増大を認めるときには、刑

罰以外に、精神病院に收容することが實地上最も行届いた處置とすべきであるが、併し、異常人格者に於て、減刑や刑執行を留保して訓戒を與へる等の事が全く許されぬと云ふのは誤であると思ふ。こう云ふ事の必要な場合は確にあるのである。例へば、意志不安定症者などでは、刑務所内で危険人物に接觸して悪風に染まるのを防ぐ事が必要な場合がある。と云つて、餘りに刑が寛恕に流れ過ぎてはいけない。その爲には醫學的判斷を充分に採用した裁判官の善處に俟つべきである。

正常者も限定責任能力者も同様に處刑するならば、限定責任能力の存否の診査は必要でないではないかとの懸念を抱く人があるかも知れない。併し、限定責任能力者は刑以外に病院收容を受けねばならぬ事が屢々ある。又、保安法規の適用に關する議論も、限定責任能力者があつて初めて生ずるのである。尤も、前科が多いと云ふことは常習犯罪性を示すもので保安處遇の適用の充分な理由となるのであるが、之は限定責任能力者が處刑の他に更に保安的監視を受けるべき場合とは事態が異なるのである。其故に限定責任能力問題は決して等閑に附すべきものではない。

終りに、既に本章の初めに言及した「常習性犯人の場合には精神病醫の診査は必要なく、唯責任能力が疑はしい場合のみ必要である」との見解に對し批判を與へて置きたい。余は、然るときは限定責任能力者で精神病院に收容さるべきものが看過されるだらうと危惧する。殊に、前述の如く刑執行中又は保安監置所 *Sicherungsanstalt* に於て精神異常を呈した場合にも、限定責任能力乃至責任無能力に關する規定を適用すべしとの提唱があるに至つては、益々精神病醫の診査はすべての場合に必要

な理である。

第七章 飲酒と責任能力

飲酒による責任無能力の限界——酩酊の程度の標準としての飲酒量——外的舉動よりする記憶喪失の判斷——酩酊診断は専門醫に委ぬべし——酩酊中の犯行に對する刑法の立場——故意の飲酒による酩酊——犯罪原因として、自由意志による飲酒——酩酊夫れ自體の罪

犯罪を招來する意識障礙の中で最も多いものは酩酊である。そして竊盜と共に最も多い犯罪たる傷害事件の多くは酩酊によるものである。抑々公安上危険なのは飲酒癖ではなくて酩酊である。飲酒者は酩酊して初めて警戒すべき危険状態を呈するのである。裁判官には、屢々、被告人が酩酊してゐたと云ふことが辯解に過ぎぬが如くに思へることがあるかも知れぬ。併し周到な精神鑑定は常に必要である。酩酊や寢呆け状態に關して色々の駁論を聞くのであるが、それは第五一條を適用すべき限界についてであつて、決して酩酊に關する精神鑑定が不必要だと云ふのではない。

扱、然らば第五一條を適用すべき酩酊状態の限界、及びそれを認定すべき標識は如何。飲酒が精神現象に及ぼす影響に關する實驗的研究の結果、極めて少量の飲酒で既に精神障礙が生ずることが分つてゐる（尤も、その障礙には鋭敏な機械的装置と精密な觀察によつて初めて證明出来る様な程度のものから、一目瞭然たる酩酊状態に至るまで連續的な段階がある）。通例、酩酊状態診断の尺度として

は、飲酒量と外的状況が参考にされる。犯行前の飲酒量は屢々可成り正確に知ることが出来るのであるが、その量が極端に多い場合は別として、飲酒量から直に飲酒者の精神状態を推定することは出来ない。それは耐酒量に個人差があるからである。尙又、耐酒量は、その時の身體状態、精神状態の影響を受けて變化する。それだから、血液酒精量を測定して飲酒量を決定する最近の化學的検査法も、酩酊の程度、延いては責任能力の判定上には餘り價値がないのである。飲酒者の外的舉動も亦その精神状態判断の尺度として充分信用出来ない。舉動が可成り整然としてゐても、慎重な思慮や、理性的な考察や、時宜に即した感情を惹き起すことの出来ない場合がある。この事は大審院も認めてゐる筈である。即ち、犯人が敏捷な跳躍や力技を示してゐるからと云つて、それは意識が健全であつたと云ふ證據にはならぬと認められた判例があるのである。他の裁判所の判例では、酩酊者の外的舉動が意識喪失を示す様なものでない限り、その酩酊は免罪の根據にはなし難いとしてゐるものがある。併し、逆に、祭典の妨害をした酩酊者が、全く悟性を失つてゐると云ふ程度ではなかつたけれども、祭典の神聖さを認識する事は不能であつたと断定された例がある。最近、大審院は、酩酊による意識喪失以外に、酩酊による精神機能の病的障礙によつて責任無能力となり得る場合があることを認めるに至つてゐる。即ち酩酊によつて、意思が、一定の觀念、感覺又はそれに類似の影響に支配されて理性的考慮による意思決定が不能な場合、或は、病的衝動が異常に強くなつて、抑制觀念が存在してゐてもその抑制力を發揮出来なくなつた場合には、責任無能力が成立するのである。

上述の如く、大審院の態度は色々動搖してゐる。之は、酩酊判断上の理論と實踐が如何に困難であるかを物語つてゐる。その困難の第一原因は、酩酊者の責任能力有無の限界の認定が不明瞭なことである。信據出来る學問的見地や利用出来る標識が缺けてゐるために、酩酊者の外的舉動の様々當てにならぬ根據から下される不確な判断に頼ることになるのである。茲に於て余は特に癲癇者の飲酒につき述べておきたい。それは癲癇が深い意識障礙があり乍ら外見上には整つた舉動を示す事のあるよい例であるからばかりではなく、癲癇者の飲酒反應が特異であるからで、癲癇者は飲酒によつて朦朧状態に陥り易く、その結果暴行、特に色情性暴行、放火、殺人、竊盜等をなすことが多いのである。それ故、裁判官は、癲癇者の飲酒後の犯行に際しては恒に専門精神病醫の判断に委ねるべきである。酩酊の程度の判断には誰が最も適任であるかの問題について、Rothmann は、「酩酊の判断には經驗ある酒店の主人、給仕長、又は警官が適任である」との甚だしい偏見を述べてゐる。Wolkeberg も亦、酩酊の判断は専門醫學者の權限に屬しないと考へてゐる。それは一般的には至當であらうが、餘りに一般過ぎる謬見である。精神病學的豫備知識のない裁判官にとつて單なる酩酊としか思はれぬ時に、醫學者は著明な精神障礙を見出す場合がある。例へば、過度の飲酒が躁病又は進行性麻痺の徵候であつた場合などは余の記憶に新たな處である。更に、渴酒症、癲癇、酒精不堪症（頭部外傷後）、容易に病的酩酊を招來する病的素質等は屢々見られるもので、醫學的診査は缺くべからざるものとすべきである。

記憶状態も亦、外的舉動と同様に充分信據し難い。既に意識障礙の項で述べた事が、こゝにも當嵌る。被告人の「何も覚えない」と云ふ陳述が信用すべきものか否かは難題である。同様に、證人の陳述も、自分自身の主観に大いに影響されてゐるのであるから信據することは出来ない。

病院や刑務所の病室でなくては行はれないことであるが、酒精試験で酩酊状態の判断を下し得ることがある。即ち少量の酒精を興へて見るのである。同一量の酒精を興へた場合でも、日によつて異なつた反應を呈することがある。従つて、一度限りの實驗では、顯著な陽性の結果を呈した時にだけ參考になすことが出来る譯である。

歐洲各國の刑法では、酩酊者の犯罪に關する規定が區々である。獨逸舊刑法、及び新刑法、ベルギー、フランス、スウェーデン、オランダ、ブルガリヤの刑法では、責任無能力及び限定責任能力の條項下に酩酊を入れてゐない。それ故、是等の國では、酩酊者の責任能力は、一般法規に則つて判定されるのである。即ち意識喪失の程度に陥つた酩酊は無罪理由となり、軽度の酩酊では刑の減輕が量定されると云ふ具合であらう。獨逸新刑法草案では全く趣を異にし、保安に重きを置いて次の如き規定をなしてゐる。

「一定行動ノ目的ヲ以テ、酒精ソノ他ノ麻藥ヲ用ヒ、ソレニヨル責任無能力ノ状態ニ於テ犯シタル行動ハ、故意ノ行爲ナルガ故ニ罰セラルベシ Wegen vorsätzlicher Begehung der Tat bestrafte。」

「責アル酩酊ニヨル auf einem selbstverschuldeten Rausch beruht 限定責任能力ノ故ヲ以テ減刑サル

コトヲ得ズ。」

酩酊に關する刑法上の規定は各國區々である。スコットランド、イングランド、アイルランド、ルーマニア、フィンランド、スペイン等では酩酊は無罪理由とされてゐない。ポーランド、イタリー、チエッコスロバキヤ、カノン法では、故意の酩酊と偶然又は強制された酩酊とを區別し、限定責任能力による減刑は故意の酩酊に於ては適用されない事が明らかにされてゐる。獨逸新刑法草案でも之に倣つてゐる。然るに、デンマークの刑法では、故意の酩酊に於ても被告人が以前に類似の犯行をなしたとか又は酩酊による危険行爲の爲に罰せられた事がない場合には、限定責任能力による減刑を認め得る。オーストリア及びイタリーの刑法では、舊ロシア刑法と同様に、計畫的な酩酊に際しては刑を加重すべく規定されてゐる。

凡そ一つの問題に於て種々の解決案があると云ふことは、すべての點を満足させる方法が見出し難いと云ふ證左であるが、酩酊に關する刑法上の解決法も、正にそれである。扱、茲に酩酊についての認識を明らかにするために、先づ、酒精による意識障礙と他の藥物による夫れとが、完全に區別されるや否やについて検討して見る必要があらう。

アトロピン、ハシツシユ、メスカリン、一酸化炭素等で意識障礙を呈した場合は、吾々は躊躇なく責任無能力状態と認定し、若しその酩酊状態が數週間も續くだらうと考へられる時には、精神病院收容を要求するであらう。従つて、酒精による酩酊も、それと同様に、責任無能力としなくてはならぬ譯で

ある。併し、酒精酩酊による犯罪は甚だ夥しい數に上り、公安の危険は頗る大きいのであるから、酒精酩酊を全部責任無能力と認めてしまふことには懸念が伴ふのである。酒精酩酊と他の毒物による夫れとの差違は、前者は一般世人に親炙したものであるに反し、後者は極く少數の人へのみ知られてゐるに過ぎないと云ふこと位である。要するに酩酊者は一般には責任を負ふべきであるが、唯、酩酊が豫知出来ない場合、又は豫知不可能な附隨的條件の爲に酒精に對する抵抗が異常に弱くなつてゐた場合には、責任を限定して減刑されるべきだと云ふ事になるのである。併し、酩酊が不注意によるものか、或は豫知された計畫的のものであつたかの決定は周到な考慮に俟つべき問題である。

次に、理論上にも實踐上にも重大な意味を有する問題、即ち、同じく「酩酊による意識障礙中に行はれた犯罪でも、例へばその犯行者が空腹状態にあつた時でも飽腹状態にあつた場合でも同様に處刑すべきか否か」について論じたい。扱、一般法律家の見解では、行爲の意思決定瞬間は該行爲の因果的連鎖の始まりとし、結果たる行爲そのもの、始まりではないとされてゐる。因果的連鎖の最初の動機が絶對に一定の行爲を招來するものならばそれは正しいであらう。併し乍ら、上述の問題の場合、假令酩酊中でも飽腹状態にあつたなら犯行に將に陥らんとする瞬間に同情、恐怖、社會的徳義等の感情が惡意を制御し得たかも知れぬのである。だから、空腹状態中の犯罪を飽腹状態中の夫れと同様に處斷するのは、確に第五一條の趣旨には反するだらう。併し、保安の見地からすれば當然同様に處斷するのが合理的である。殺人行爲に際しての熟慮の有無の問題についても、*intoxication* は「熟慮を以て計

畫したるも熟慮なく遂行せられたる殺人は謀殺に非ず」と考へてゐる。之を酒精酩酊者に應用すれば、完全に酩酊した者は確に具體的な冷靜な熟慮が不能であるから、かゝる泥酔中の殺人行爲は無罪となるべきことにならう。併し、それだからと言つて、吾々は彼等に殺傷の特權を許す譯には行かない。従つてかゝる場合に處刑すべきは當然である。吾々は理論的推臆を逞しうして、酩酊者の責任を餘りに限定してはならない。

犯行者が犯行に際して勇を鼓すために、或は減刑條件を作らんがために故意に飲酒した様な場合には、酩酊と犯行の間に密接な因果關係が存する。併し、次の様な場合、即ち、自分が睡眠中に寢動きをする癖のある事を承知してゐる母親が、子供を添寢して壓殺するに至つた様な場合、事情によつては故意ともなり、或は不注意によるものとも判斷されるだらう。かゝる場合、余は心理學的基礎から故意の殺人ではないと考へ度い。それは、殺兒を決心した母親なればかゝる不確な方法を選ぶものではないからである。即ち偶然に母親の身體が睡眠中に子供を壓した時にだけ殺兒が行はれるのであるから實に不確な方法である。だからかゝる殺兒は不注意によるものと考へるのが妥當である。余は *Intoxication* と共に所謂 *actio libera in causa* (因果的自由行爲) となるべき故意な犯行は稀であり、若しその様に認め得る場合でも疑はしいものであつて、寧ろ怠慢とか不注意による場合の方が可能性が多いと思ふ。

「御者が、荒馬を驅つて繁華な街路を通つて歸らねばならぬ事を承知し乍ら飲酒酩酊し、果して人を轢くに至つた様な場合に

は、御者は己の任務を果す事が出来ない状態に自ら陥つたために、罪を犯したのである。罪は酩酊した事にあるのであつて、酩酊中の行爲にはないのである」。

不注意による事件をも、*actio libera in causa* とすることはよくないと思ふ。そうしないと癡癡の朦朧状態の爲に調劑を誤つた藥劑士は、當人が以前からの經驗上朦朧状態が來る可能性のある事を承知してゐた筈だと云ふ理由で處刑されねばならぬことになるのである。余は、かゝる藥劑士に危険の可能性があると云ふ理由で廢業を命ずるのは正しいけれども、處刑することは第五一條の趣旨に反すると思ふ。この様な事件については理論上の論争が旺に行はれて居り、興味ある問題である。併し、實地上稀にしか生じないものであるから、一般には大して問題としなくてよいであらう。

酩酊者の犯罪問題は益々増加して來てゐるが、その處斷方法は困難な問題で、専門家として完璧な解決を得難いのである。さはあれ、余は、次の二つの中の何れか他には方法はないと思ふ。即ち無意識に陥つた酩酊には第五一條による保護を認容し、軽度な酩酊は限定責任能力とするか、或は特に高度な酩酊の場合のみ責任無能力を認め、他の總べての酩酊の場合には處刑するか何れかである。後者は處刑原理上の立場から、前者は社會保安上から妥當と云へない。そこで茲に余は、先づ保安的處遇法の決定が先決問題であると斷言する。個々の例の處置よりは全般問題の解決の方が遙かに重大なのである。

それは法律改正によつて始めて達せられる。即ち保安處遇規定の制定が何よりも重要で、従つて新

刑法の第三三〇條が必要となるのである。

「第三三〇條。故意又ハ過失ニヨリ酒精飲料或ハソノ他ノ麻藥ヲ用ヒ、第五一條第一項ノ定ムル責任無能力ニ該當スル酩酊状態ニ陥リタル者ニシテ、若シソノ酩酊状態ニ於テ罪ヲ犯シタル時ハ、輕懲役(二年以下)又ハ科料ニ處ス。但、自由意思行爲ニ對スル刑ニ比シ、刑ノ種類竝ビニ分量ニ於テ重キコトヲ得ズ」。(括弧内は新草案に於て抹殺さる)。

該行爲ガ告訴ニヨリテ訴追サルベキモノタルトキハ、告訴アリシ場合ニノミ訴追サルベキモノトス Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein, wenn die begangene Handlung nur auf Antrag verfolgt wird」。

新刑法草案に於ては更に上述第三三〇條に於ける括弧内の「二年以下」が抹殺されてゐる。これは新刑法草案が、社會を酩酊者の跳梁に曝すべきでないとの意志を有することを明示するものである。尙、その第一項では酩酊者に完全な責任を歸すべき事を確定してゐる。そして上述の「二年以下」を抹殺したことによつて、刑の任意的量定の範圍を擴張してゐる。唯、死刑と重懲役とは除外されてゐるが、之はイタリヤ刑法に於けると同様に、酩酊時の犯行を責任能力の完全に存する時の犯罪と同様に處刑することは酷であるとの理由に基づくのである。即ち酩酊時の犯行に對しても死刑等の酷刑を科すことは、所謂意思刑法 *Willensstrafrecht* の趣旨に反するし、又、一般の常識的な「責任を負ふべき責任無能力状態に於て殺人を犯した者を罪とするのは當然であるが、所謂眞の殺人者と見るべきではない」との見解にも合致しないからである。

兇に角、酩酊による責任無能力状態に於ける犯行を故意の犯罪と同様に罰すべしとの新刑法草案の見解は、明らかに處刑原理には背いてゐる。そして、それは最早意思刑法ではなく、「侵害に對應する刑法 (Verhältnismäßigkeit)」の表現である。そして、その第二項に「罰すべきは酩酊であつて行爲ではない」との説明がある通り、刑罰が犯行とは引離されて、犯罪本來の原因に結ばれてゐるのである。

今一つのこの新刑法草案の長所とすべきは、今後裁判官が酩酊者に關する責任無能力又は限定責任能力状態なる醫學的鑑定を拒否しなくなる事である。それは、該草案では責任無能力状態の行爲でも裁判官は處刑をなし、更に必要に應じては保安教化的處遇を科し得る様になつてゐるからである。尙、該草案では酒精以外の麻藥、エーテル、コカイン、モルヒネ屬等が酒精と同格に取扱はれてゐることも進歩である。

第八章 聾啞者の責任能力

聾啞の概念——聾啞の原因——聾啞者の性格上の特性——聾啞者の刑法的處遇——聾啞者の責任無能力又は限定責任能力に關する法規——聾啞者鑑定に於ける専門家起用と撰擧

獨逸刑法第五八條に曰く、

「聾啞ニシテ若シ精神發育制止ノタメニ行動ノ是非正邪ヲ辨別シ又ハソノ辨別ニ從ヒテ行爲ヲナス

能力ヲ有セザルモノハ罰セズ。行動ノ是非ヲ辨別シ、又ハソノ辨別ニ從ヒテ行爲ヲナス能力ガ、聾啞ニヨリ高度ニ減退セルモノハ、未遂規定ニ準ジテ減刑ヲナスコトヲ得。」

新刑法草案の文體によれば、

「行動者が聾啞ナルトキ、若シ精神發育制止ニヨリ行動ノ正邪ヲ辨別シ、又ハソノ辨別ニ從ヒテ行爲ヲナス能力ガ著シク減退セル場合ハ、限定責任能力ナリ。

若シ、該限定責任能力ガ單一過性精神障礙ニ基ヅケル時、或ハ聾啞ニ關聯セル時ハ、減刑スルコトヲ得（第七三條）。」

耳科醫は、生來性或は幼時に於ける獲得性の聽器異常に基づく持續的な聽力の減退があつて、そのために談話を耳から習得し得ないとき、又は若し聾となる以前に既に言語が習得されてゐた場合でも聾になつたために談話をなし得ないときに、之を聾啞と稱してゐる。Frank は言語を聞き、そして談話をなす能力が生來性に存しないとき、又は幼時に失はれた場合に之を聾啞と云つてゐる大審院の見解も同様である。Frank の定義では、聾と啞が並行的な現象ではなくて啞は聾の從屬現象であることが充分に明示されてゐないのは缺陷である。尙、是等の聾啞の定義は法律家の誤解を招く惧があることを指摘しておかねばならぬ。即ち精密な診査によれば、全聾啞者の六〇——七〇%に於ては多少とも聽力が残つてゐて、完全聾ではない。更に又一方、教育法の進歩によつて、聾啞者でも可成り完全に談話が出来る様になり、従つて啞とは稱し得なくなる場合が屢々ある。かゝる聾啞者が更に唇讀を

習得したならば、聴力も亦生じたことになる。此の様な例外的な場合については規定がないのであるが、第五八條の意義を正しく把握するためにこの事を知悉してよく必要があらう。法律上取扱はれる聾啞の概念では、聴力の缺陷が重要で、腦疾患に於て起り得る失語症等の言語機能喪失は問題ではない。殊に、第五八條の主要點は聾啞者に於ける精神發育の缺陷の顧慮にあると云へる。實に重要な感覺器官の缺陷によつて精神發育が障礙されることは論を俟たぬ處であらう。こゝに、知性又は徳性の構成は、盲者に於て聾啞者に於けるより遙かに容易である。それは正邪、義務、常識等の抽象的概念の構成には、耳の方が目よりも遙かに密接な關與を有するからである。尙又、盲者は身體運動が自由なために、教育の容易さと相俟つて、犯罪に陥り難い。そのために、盲者に對する特殊な法規は不必要とも思へる位なものである。

然るに聾啞者では別である。だから聾啞が刑法で特に取扱はれてゐるのは大いに根據のある事なのである。盲者は親、兄弟、其の他の近親者と直に談話が出来ることが、聾啞者は特別な方法を用ひねば出来ない。この特別な談話法が発達して應用の度が高まる程、聾啞者の精神發育は進むのである。尤も、精神發育が談話だけで行はれるものでないことは言ふ迄もない事であるが。

教育を受けてゐない聾啞者は完全な精神發育制止者と同列である。吾々は聾啞者の人格を確實に認識するためには、常にその受けた教育を顧慮せねばならぬ。聾啞者の教育は特殊の教育法を以て初めて成功するものであるが、かゝる特殊教育を必要とする聾啞者の總べてがそれを享受する迄には未だ

至つてゐない。又、かゝる教育法は、言語運動法、聽語法、呼吸法等による談話練習に限られ、それ等を習得させた後の人格の養成や抽象的概念の獲得にまで及んでゐない。

併し乍ら、かゝる教育上の外的條件に遺漏がなくても、猶、聾啞者に完全な精神發育を齎し得ない場合がある。その原因の一部は聾啞自體の原因に於て求めなければならぬ。耳科醫は通例生來性と獲得聾啞性に大別してゐるが、生來性聾啞は更に(一)遺傳性聾啞、(二)他の遺傳的變性 Hereditär degenerativ 疾患と合併した聾啞、即ち器質的素因 Anlage の缺陷の現れであるもの、(三)胎生期の障礙によるもの(例へば胎内に於ける微毒性病變によるもの)の三種に分類しなければならぬ。獲得性(又は所謂後天性)の聾啞も、出産時及び出産後の障礙によつて生じた聾啞の二つに區別した方がよい。Schwartz 等は、狹骨盤に因る遷延分娩、墜落産、手術的分娩等の際に屢々幼生兒に腦出血のあることを確め、殊に是等の原因で死去するに至つた殆ど全例に於て、内耳の出血、中耳の炎性變化の存するのを認めた。この *Meningitis* 等の研究によつて、吾々の生來性聾啞に對する考が大いに變つて來たのである。即ち聽器は出産時障礙に際して特別侵され易い所と知るべきで、従つて生來性聾啞と思はれてゐるもの、多くが實は出産時障礙に因るものと考へられる譯である。そして更に、この様な出血は同時に腦にもあるだらうから、出産時障礙に因る聾啞の多くが精神發育缺陷を示す事も納得出来るのである。従つてかゝる場合には、精神發育障礙は聾啞に從續した二次的なものではなく、聾啞と同列的な症狀なのである。

生後に生ずる聾啞に於ては、その原因を腦膜炎に歸すべきものでは矢張精神發育制止と聾は同列的な症状と認められるが、傳染性疾患による聽器だけの侵害に因する聾の場合には、精神發育障礙は聾による談話了解困難に伴なふ二次的なものと考へ得るのである。この了解困難による教育の支障以外にも、間接的な障礙がある。それは、難聽者や聾啞者に屢々見られる猜疑的、自己中心的な性格である。この様な性格上の特性が、果して二次的なものであるか、或は聾の原因となつた疾患と直接的關係を有するものかの問題は断定すべくもないが、兎に角、かゝる特性は聾啞學校で一旦矯正されても、社會に出て環境條件が悪くなれば忽ち再現するのが常である。それ故、刑法上聾啞者の刑認定に關して、舊刑法に於けるが如く單に善惡の辨別と云ふ理知方面のみでなく、現刑法の如く感情界をも顧慮する必要があるのである。即ち「又ハ辨別ニ從ヒテ行動スル能力……」は感情界をも顧慮したものである。

聾啞者の犯罪に關する統計的報告がないので、遺憾乍ら、第五八條が現代の要求を充足してゐるか否かの批判をすることが出来ない。併し聾啞者の犯罪性は餘り大きくないと思へる。もし大きければ研究報告が出てゐる筈だからである。

Lamier は一八七八年に「On doit presumer l'irresponsabilité sourd-muets 聾啞者は責任無能力と思料すべきである」と唱へたのであるが、之は今日でも全く教育されてゐない聾啞者には當嵌る言葉である。併し、最近では聾啞教育の方法が完全になり、それを受ける機會も多く且容易になつたから、聾

啞者であり乍ら常人に近く又は全く常人の域に到達する人が増加して來てゐること、思ふ。

併し乍ら、Waltner の「聾啞學校で教育された聾啞者は第五八條の保護を受け難し」との見解に賛し得る様に迄は行かぬだらう。何となれば、前述の様に、聾啞者の多數に於ては聾啞の原因が同時に腦障礙の原因でもあるからである。であるから、Waltner の見地は、「教育されてゐない聾啞者は常に責任能力と認めるべきであり、教育されたものに於ては、その教育の程度、殊に教育の影響如何によつて判斷されるべきである」と改めれば正しいのである。オーストリア、フランス、スペイン、ポルトガル、イングランド、アイルランド、スコットランド、トルコ、ノールウェー及びオランダ等の諸國の刑法では聾啞者の教育的影響と云ふことを顧慮してゐない。獨逸現刑法では、聾啞に伴なふ精神發育制止、更にその叡智や感情に及す影響に留意し、そして精神的障礙の程度に準じて刑を裁量することが許され、尙、「ナン得」と云ふ文體を以て限定責任能力の場合でも減刑するか否かは裁判官の判斷に委ねてゐるのである。獨逸現刑法の聾啞に關する條文は、確に、科學の進歩に比例したもので、吾々の充分賛成出來得るものである。

次に責任無能力で免罪されたもの、及び限定責任能力と判斷されたもの、中公安上危険のあるものは、裁判所の命令によつて精神病院に收容する事が出來る様になつてゐる。之は勿論賛すべきことであるが、更に望むらくは、ベルギーに於ける如く、教育を受けてないものや不足であつたものに再教育を試みることである。それは當然聾啞學校で行はれるべきである。併し、再教育をしても精神状態

の改善が齎されない時には精神病院に收容するより他はない。

聾啞者が正邪を辨別しそれに従つて行爲をなす能力の有無の判定は裁判官によつて行はれねばならない。之は判決上缺くべからざる前提であるが、それにはどうしても専門的鑑定醫の協力を借りなければならぬ。茲に聾啞者との間に誤解のない談話の疎通を得るためには、聾啞教育者の助力を乞はねばならぬが、精神状態の判断は聾啞教育者のみに委ねるのは錯誤であつて、精神病學的知識に俟つべきは當然である。かゝる場合に、精神病學の基礎が未だ不充分であるなどと云ふ非難はなされるべきではない。通譯者及び鑑定者としての聾啞教師と共に、精神病醫が必ず起用されるべきものである。聾啞が腦の器質的疾患に因するものか否かは勿論のこと、その精神的偏異の程度は、精神病醫が經驗ある聾啞教師の助力を得て行ふべきものである。併し余は、一般に醫學者、殊に耳科醫は耳の疾患には碎心してゐても病者の人格には注意を向けてゐなかつたと思ふ。聾啞者の人格、聾啞の社會的、法律的意義に關する重大な問題は懸つて今後の科學的研究にあるのである。

第九章 保安及改善に關する方策

保安改善法規の根本觀念——保安改善に關する法規（一九三三年一月二日）——保護監視の必要性——監置收容の持續期間——經費問題——醫家の協力——刑による保安——限定責任能力者と保安——麻藥習慣者の處置——聾啞者の處置——男性去勢の保安改善策上の價值

本法律は（一九二五年）刑法草案に於ては「改善及び保安方策」となつてゐるのに反し、新刑法では「保安及び改善方策」と順序が變更されてゐる。これは偶然かも知れぬが肯綮に當つてゐるのである。犯罪の危険のある状態を教化改善することは確に理想ではあるが、人格の改造は、精神病者、限定責任能力者、聾啞者、飲酒者、常習犯罪者等の何れに於ても、甚だ望の薄いことである。従つて、保安方策の方が改善方策よりは實地上重要なのである。

元來、醫家と裁判官との間の了解を困難にしてゐた重大原因は、裁判官が第五一條によつて刑の減免をなすに際して犯罪者自身の將來の豫後を考慮して妥當な判決を下す權利を有してゐなかつたと云ふ事に依存する。即ち、行政官廳に果して保安に必要な方策を樹てる準備があるや否やが不確なために、多くの場合専門醫家の提言に反する様な判決が下されてゐたのである。

從來の應報主義に基づいた刑法では、犯罪者の豫後とか公安の保護と云ふことには全く留意されてゐなかつた。刑法改正者は、犯罪者に都合よくなる様な改正をするばかりで、公安の保持に絶對必要な方策は少しも樹立しないと云ふ非難を色々受けて來たのであるが、その罪は刑法改正者にはないのである。萬國犯罪學會獨逸支部會に於ける討議録や刑法改正者の著作を通讀するならば、刑法改正者が如何に各種の保安方策樹立の爲に不撓な努力を續けて來てゐたかが分る筈である。保安改善方策の擡頭に至る迄には、獨逸のみならず諸外國で長年月の間努力が積まれて來たのである。今や、新刑法に於て遺漏なく保安方策が規定され、その實現を見るに至つたのは、特に獨逸の科學、就中精神病

學者の功績に負ふ處大なりと云ふも過言ではあるまい。

一九三三年一月二四日に公布され、一九三四年一月一日から實施されるに至つた「危険ナル常習犯罪者及び保安改善方策ニ關スル法律」は多年待望の保安改善法規の實現である（之は新刑法草案でも本質的變改は受けてゐない）。この新法律は獨逸舊刑法に附加されたのである。

保安及び改善方策に關する法律は次の如く、第四二條に於て、一、精神病院 Heil- und Pflegeanstalt への收容。二、酒客治療院 Trinkkuranstalt 及び禁斷院 Entziehungsanstalt への收容。三、勞役所 Arbeitshaus への收容。四、保安的保護 Sicherungsbewahrung。五、危険な性的犯罪者 Sittlichkeitsverbrecher の去勢 Entmannung。六、從業禁止 Untersagung der Berufsausübung。七、國外追放の七項を規定してゐるが、その中最初の項が最も重要である。

第四二條 b。責任無能力（第五一條第一項、第五八條第一項）又ハ限定責任能力（第五一條第二項、第五八條第二項）ノ状態ニ於テ可罰的の行爲ヲ犯シタルモノニ對シ、裁判所保安的必要ヲ認メシ場合ハ、精神病院收容ヲ命ズベシ。但シ、違警罪ノ場合ハソノ限リニ非ズ。限定責任能力者ニ於テハ刑ト共ニ (neben die Strafe) 保安的監置ヲ行フコトヲ得。

第四二條の核心は「保安的必要ヲ認ムル場合ハ」なる語句である。精神病院への送致を杓子定規的に命ずることは出来ない。例へば、腸チフスの譫妄中に危険な犯罪行爲をなした人があつたとしても、チフスの治癒後には精神障礙も持續的に治癒するのであつて、かゝる場合に精神病院に長く收容

することは殘酷でもあり經費の浪費でもあつて無意味の極みと云はねばならない。同様に又、些細な事の爲に直に保安處遇を科すのも良くないであらう。だから違警罪に於ては、既に保安處遇が除外されてゐるのである（上記の第四二條 b）。その他過失 Verfehlung に於ても、處刑や保安處遇が必要のない程無害なものが多い。この様な些細な犯行者の場合には、政府側の草案で考慮されてゐた保護監視 Schutzaufsicht が最も望ましい。余は將來之が採用されるのを願ふものである。之は被監置者の解放が條件付きで行はれる場合にも亦必要であらう。第四二條 b に規定されてゐる「解放後ノ義務」が守られてゐるか否かは保護監視以外の方法で知ることが出来ない。

第四二條 f。收容ノ期間ハ必要ニ應ジ繼續ス。但シ、酒客治療院及ビ禁斷院ノ收容及ビ勞役所又ハ觀察病院 Anstalt ノ第一回收容ハ二年以上繼續スベカラズ。精神病院收容、勞役所又ハ觀察病院ノ再收容及ビ保安保護ニ於テハ一定ノ期限ヲ定メズ。裁判所ハ一定期限ノ到達前ニ收容目的ノ達成サレシヤ否ヤヲ診査スベシ。ソノ期限ハ、精神病院收容及ビ保安保護ニ於テハ三年、勞役所及ビ觀察病院ノ再監置ニ於テハ二年トス。該診査ニ於テ收容目的ノ達成ヲ認ムルトキハ、裁判所ハ收容者ノ釋放ヲ命ズベシ。

裁判所ハ上記ノ規定期間内ニ於テ隨時收容目的ガ達成サレシヤ否ヤノ診査ヲナスヲ得。而シテ、之ヲ認メシ時ハ、直ニ收容者ノ釋放ヲ命ズベシ。

第四二條 h。收容者ノ釋放ハ收容ノ一時的中斷トシテ行フモノトス。裁判所ハ收容者ノ釋放ニ際

シ、一定ノ義務ヲ課スコトヲ得。義務ノ賦課ハ釋放後隨時ニ發シ或ハ變更スルコトヲ得、被解放者ノ自由社會ニ於ケル舉動ガ再收容ノ必要ヲ認メシムル場合、若シ規定ノ全年限ガ未ダ滿了シオラザル時ハ、裁判所ハ釋放ノ取消ヲナスベシ。

酒客治療院又ハ禁斷院、及ビ勞役所又ハ觀察病院ノ第一回收容ニ於テハ、收容年限ハ釋放取消處分ノアリシ場合ト雖モ、法定最長期間ヲ越ユルコトヲ得ズ。

(註) 第四二條中の國外追放はその後の改正に於て抹殺された。

保安改善處遇の判決権は全く裁判官に委ねられてゐる。併し、裁判官だけで判決する事は出来ない。裁判官が保安處遇を必要と認めたる場合で、若し控訴が行はれない時には、陪審裁判に委ねられねばならぬ(刑事訴訟法)。そして判決には三分の二以上の賛成を要する(刑事訴訟法第二六條)。又該處遇を下すにしても拒否するにしてもその理由が發表されねばならぬ。この様に陪審裁判で慎重に處斷することは甚だ合理的である。何となれば、この様な處分を行政官だけに委ねる時は、長期の收容に要する經費、收容の困難、被收容者の家族の困惑等を考へて逡巡したり、又種々な見解の相違が現れるだらうし、裁判官だけに委ねる時には、裁判官は犯罪者の人格に對して直接且新鮮な印象を持つてゐるために、餘り重酷な處分を望み勝ちとなるからである。

本問題について造詣のある檢事總長 Ebermayer は經費の多大な事について憂へてゐるが、余は彼の見解に賛同出来ない。この保安處遇は、常習犯人、浮浪者、精神病者、麻藥中毒者等で犯罪を犯し

公安を害したもののだけに適用するのであるから、經費問題は懸念する程ではないと思ふのである。併し、上記の様な人格者で若し困窮して社會的危険の懼の生じた時には、未だ何等の犯罪を示さないにしても、直に監置收容をなすべきが理想ではあらうが、差當つてはそこ迄徹底しなくてもよいであらう。

常習犯罪者の刑務所外の生活期間は露見しない犯罪で殆ど充ちてゐると云へる位で、その全被害額は保安的保護の經費以上に上るであらう。殊に保安的保護に於ては、單に收容するだけでなくて作業を課して經費の大部分を埋合せるのであるから、尙更經費問題は顧慮するに當らないと思へる。

精神病院の收容持續期間が一定してゐないのは第四二條の第一項から來る結果である。即ち收容の必要のある間は繼續するのである。又、三年を期限として收容を更に繼續すべきか否かの診査が裁判所で行はれる事になつてゐるが、この三年と云ふ期限は稍々人爲的で堅苦しいが、別に三年經過する以前に隨時診査して解放し得る規定が設けてあるから差支ない。

收容者の解放の決定は、單に區裁判所に委任されてゐて、特別の協議は要しない事になつてゐる。處でこの場合に精神病院收容を命じた裁判官が解放の決定にも關與し得る場合が偶然的にしかないし、若しそんな場合があつたにしても最初の收容理由を解放に際して活き活きと記憶に甦へらす事は困難である。従つて解放のための診査は最初の判決と直接的關聯を失ひ勝ちなのである。だから上記の様な解放の方法はよくないと思ふ。余は、收容所の指導者と絶えず聯絡をとり、以て收容者の精神

状態について正確な判断を下すために、一定の裁判所を設けたらよからうと考へる。この様な裁判所は次に述ぶ理由からも必要である。精神病院や保安保護院に長期間收容される人の数は多いのであるが、個々の裁判官がその判決した處遇法が成功であるか否かの判断を下す事が出来る様になれる程多數に上らないであらう。だから個々の經驗を綜合して保安處遇がどんな結果を生むかを知るためには、一定の裁判所が全部の收容者を持続的に觀察して行く事が必要なのである。かくして初めに保安處遇の効果を證明すべき根據を作ることが出来るのである。この仕事は優生裁判所 *Erbgesundheitsgericht* で行はしたらよと思ふ。優生裁判所は、斷種法實施前から存してゐた悪質者の處分を一先づ終了した後には、他の仕事をも兼ね得る時間的餘裕が出来ると思ふ。殊に、上記の仕事は斷種法に關する仕事と極めて密接であるから尙更兼ねるべきである。優生裁判所は、裁判官一名、醫師二名から成り、醫者はその専門的知識を以て裁判所長の重要な補助者となつてゐる。他に、優生控訴院もある。保安改善處遇の法律には、收容者の解放判断に際して裁判官が醫者と協力すべき規定が缺けてゐるのは不思議である。この様な判断は、常習犯罪者と勞役所の收容者の場合を除いては、醫者が最もよく下し得るのである。少くとも收容所で治療に携はつてゐた醫者はこの判断に參與すべきである。唯、解放されて行くべき社會の環境條件には裁判所の方が明るのであるが、それにしても醫者がこの判断に參與すべき事、又如何なる限度で參與すべきかについての規定は作らなければならぬ。

余は三〇年前に歐洲各國の犯罪精神病院を見學した時から、上述の見地は正しいと自覺してゐる。

英國ブロードムア精神病院では、一九〇五年一二月現狀に於て、責任無能力による無罪判決を受けた患者の八十三%以上が謀殺 *Morder* 及び故殺 *Totschläger* の犯人であつた。こんな犯罪は多くは病的感動によるもので、その感動は想定仇敵を殺してしまへば消褪して該患者の危険性はなくなるものである。然るに、之に反して、危険な再犯傾向の濃い性的犯罪者は少數しか收容されてゐなかつた。之は、病院の收容力が餘裕を有たぬために、危険な性的犯罪者の多くは解放され、徒らに危険時期の去つて仕舞つた殺人犯の如きものだけが收容されてゐるのである。アイルランドのダンドラム病院でも同様で、可成り輕快し、又は治癒した患者が空しく退院を希望してゐた。之で見ても是等の犯罪精神病院では精神病醫が餘り參與してゐなかつたのは明らかである。それは不當な處置であり、患者の不幸でもある。

更に困難な問題はどんな人を一體公安の危険あり、保安上監置する必要ありと認めるべきかである。殺人とか強姦等の重罪を除いて、それ自體餘り危険に見えないが相當な迷惑となる様な行動者については色々見解の相違も出ると思はれる。例へば好訴病者 *Quaranten* が再三上訴をしたり、匿名の手紙で中傷をしたりする様な場合、それは別に生命の危険を呼ぶ譯ではないが、時に誹謗を受ける側から見ると全く忍び難い精神的打撃であつたり、時には身體的傷害より危険な持續的な禍害を受けさすことがある。だから公安的危険性の判断に確固とした規準が立てられねばならぬが、それには全資料を綜合的に觀察する中樞研究所が出来て、一定の見地が生み出される様にしなければならぬので

ある。

第四二條fの條文に、精神病院に收容されたものにはその状態に應じて作業を課し得とあるが、それは勿論當然な事である。

次に限定責任能力者に於て、保安處遇の必要ある場合には刑と共に neben die Strafe それを行ひ得とあるが、それは所謂複軌 Zweispurigkeit の法律を認めたものである。限定責任能力の章下に詳述した様に、病的な人格者の多くは刑を俟つて初めて懲戒の効果が期待出来るのであるが、その刑は充分印象に滲込む様な長期刑である事を要する。併し、時に長期刑だけではその危険性を除き得ない場合がある。そんな時には更に保安的監置が必要なのである。茲に、かゝる場合刑と保安處遇の何れを先にすべきかに就いては議論のある處で、それは今後の経験から判定されるであらう。彼等が最も痛く感ずるのは自由の喪失と云ふ事で、之は刑務所に於ても精神病院に於ても同じである。彼等に法律を畏怖させようとしても、法律の價値を理解しないのであるから駄目である。それにも關らず長期の監置に賛成出来るのは、唯それによつて社會の保安が確保されるからなのである。刑事訴訟法第四五六條bに自由刑の代りに全期又は一定期間精神病院、酒客院等に收容し得との規定があるのは、上述の意味に於て首肯出来るのである。

精神病醫は一般に限定責任能力たる病的な人格者を入院さす事を好まないのは衆知の事實であるが、それは自制的ない規律に従はない人格者によつて病院の統制が紊されるからである。それは尤もでは

あるが、入院を拒否すべきではない。限定責任能力者收容の直接動機は犯罪であるが、眞の原因は該犯罪者の人格の偏異である。家庭や環境がよいために犯罪を犯すに至らない病的な人格者を入院させる事は屢々あるのであつて、それは公安保持を援助すると云ふ意味に於て醫者の義務であらう。だから、犯罪者となつた場合と雖もその收容を拒否してはならない。

麻薬中毒者の犯罪に關する處遇規定には充分満足出来ない點がある。

第四二條c。酒精飲料ソノ他ノ麻薬慣用者 der gewohnheitsmässig im Übermass zu sich nimmt ニシテ酩酊若シクハ麻薬慣習 (gewöhnung) ヲ原因トスル重罪若シクハ輕罪ニヨリ、又ハ酩酊シタル事 Volltrunkenheit ノ故ニ處罰、若シクハ禁斷院收容ノ必要ヲ認メラル時ハ、裁判所ハ刑ト共ニ禁斷院收容ヲ命ズルコトヲ得。

この法規は納得出来るが後述する如く未だ不充な點がある。扱、麻薬慣用者の危険性は、第一に經濟的窮乏と精神的變化による社會的地位の動搖、第二には酩酊から招來される。之が合目的な處置は禁斷さすことであるが、刑務所内の禁斷だけでは充分でない。如何に禁斷が重要であるかを了解させるために刑に續いて更に禁斷院に收容することが必要である。併し乍ら、第四二條fの第二項に、「禁斷院收容期限ハ二年ヲ越ユベカラズ」とあるのは、餘りに偏した見解である事を精神病學的立場から強調し度いと思ふ。即ちこの規定では麻薬嗜癖 Süchtigkeit が重視され、嗜癖を由來した基礎性格又は嗜癖の結果として惹起されてゐる身體的精神的な持續的障礙と云ふ様な事には留意されてない

のである。殊に、第四二條は明確に、「酒客治療院ノ收容期間ハ……再收容ノ場合ト雖モ法定最長期限ヲ越ユベカラズ」と規定されてゐる。これによると、若し試験的に一年半で解放された者が直ぐに飲酒を始めて再收容された場合には、今度は残りの半年しか收容出来ない譯である。之は矛盾である。その様な速な嗜癖再發者には特別の手段を講ずることが必要で、少くとも假解放前の経過期間は再收容後の期限には算入しない様にするべきである。然るに上述の様な疑はしい規定を作つた根據は、二年間に治癒しない様な者は見込なしと云ふ點にあるらしいが、治癒しない嗜癖者は公安の危険が益々あるのであるから一層保安處遇を持續すべきではないか。吾々は「必要ある限り收容を持續す」と改正されるのを希望する。二年間に規律的生活に復歸し得ない飲酒者の如きは、保安上の必要ある限り、精神病院、勞役所、保安保護院等に殘留させるべきであらう。

第四二條。に對する第二の異議は「習慣的 *gewohnheitsmäßig*」なる語についてである。新刑法に於ける飲酒による犯罪者の無罪判決、又は第三三〇條 a による酩酊の處罰の場合には習慣的飲酒者に限られてゐない。飲酒のために最初に刑法に觸れる時は、多くは未だ飲酒習慣者にはなつてゐないのである。この様な最初の蹉跌者を酒客治療院に收容して適當な治療を施すことは、徒らに飲酒習慣者となつてから保安處遇に科すのを待つよりは遙かに正しいのではなからうか。刑務所では、確に酒は一滴も入らぬが、酒客治療院や禁斷院と同じ効果があるとは云へない。だから第三三〇條 a 第二項による「二年以内の刑期」は決して禁酒治療と同一視されることは出来ない。禁酒治療は禁酒への合目的

な教育であるからである。この治療を飲酒習慣者にだけ限るべきでない。未だ習慣に陥らない初期の飲酒で犯罪に陥つた者を直に禁斷院に收容して治療すれば豫後も良いし、又當人のためのみならず公安上の効果も大きいであらう。

麻藥習慣者の解放後は保護監視が特に必要である。麻藥嗜癖が再發して再收容される迄傍觀し放任してはならぬ。

次に第四二條 h によつて解放される人に禁酒の義務を課す事が出来る。禁酒を監視するには禁酒聯盟 *Enthaltsamkeitsverein* か何かに加入せしめるのが最適策かと思ふ。禁酒聯盟で最も行届いた監視が講ぜられるだらう。尤も、確實な後見が出来ないのは明らかで、監視から隠れようと思へば容易である。警察の監視も殆ど無効である。

酒店出入禁止 *Wirtshausverbot* の規定は一九二七年草案以來なくなつたのは結構である。それは小村や住人の少い部落でも効果の限られたものであるのに、まして大都會では無意味である。それのみならず害がある。即ち裁判官が酒店出入禁止令を有効と誤信する結果、必要とすべき強制治療や收容を斷念してしまふと云ふ虞があるのである。

聲啞のために責任無能力又は限定責任能力とされた人は、通例、精神病院でなく聲啞學校に收容され、其處で教育されねばならぬ。併し教育の見込のないものは、保安の意味で精神病院に收容すべきである。それは聲啞學校では充分にその危険性を監視することが出来ないからである。

第四二條ト。二一年以上ノ男子ニ於テハ、裁判所ハ次ノ場合ニ刑ト共ニ去勢ヲ命ズルコトヲ得。

一、強制的姦通 *Nötigung zur Unzucht*、凌辱 *Schändung*、少兒姦 *Unzucht mit Kindern*、強姦 *Notzucht* ニヨリ（第一七六——一七八條）、又ハ性慾衝動ノ興奮又ハ満足ノタメニ *zur Erregung oder Befriedigung* 行ハレタル過失、公開的不倫行爲 *öffentliche Vornahme unzüchtiger Handlungen*、及ビ傷害 *Körperverletzung* ニヨリ六ヶ月以上ノ輕懲役ノ判決ヲ受クベキモノニシテ、以前ニ同種ノ行動ニヨリ輕懲役ニ處セラレタル事アリ、且該行動ノ全般狀況ガ危険ナル性的犯罪者タルコトヲ示スニ充分ナル場合。

二、以前ニカ、ル犯罪ニヨリテ處罰サレタルコトナキモノニ於テモ、二度以上カ、ル罪ヲ犯シ、ソノタメニ一年以上ノ輕懲役ヲ判決サルベキモノニシテ、ソノ行動ノ全般狀況ガ危険ナル性的犯罪者タルコトヲ認メシムル場合。

三、性慾衝動ノ興奮又ハ満足ノタメニ犯セル殺人又ハ傷害致死（第二一一——二一五條）ノタメ處罰サルベキ場合。

第二〇〇條第三項ハ本條ニ對應シテ作用ス。國外ニ於テ受ケタル處刑ニテモ、若シソノ罪質本條第一項ニ該當スルモノナル時ハ、國內ニ於テ受ケタル處刑ト同様ニ取扱ハル。

危険な性的犯罪者の去勢はこの新保安改善法規でも規定された。一九二九年一月四日公布のデンマークの斷種法では、去勢 *Entmannung* の語を用ひて睾丸摘除 *Kastration* をも許し、その實施上の

判斷は醫學者に委ねてゐる。即ち、

第一條。性慾衝動ノ強度竝ビニ方向ノ異常ニヨリ犯罪ニ陥リ、ソノタメニ自己竝ビニ社會ヲ害スル虞アル者ハ、當人ノ願出ト醫學的判斷ヲ俟テテ、去勢手術ヲ受クルコトヲ得。但シ、醫學者委員會竝ビニ健康省ハ司法大臣ニ申請シテ許可ヲ受クルコトヲ要ス。

新刑法の施行規定でも去勢の判決に際しては醫學者が協力する様になつてゐる。即ち刑事訴訟法の第八〇條^a、第二四〇條^aを以て、豫備的診査竝ビに主診に際して醫學者が參與する様に規定されてゐる。性的犯罪者の危険性の有無の判定は、その過去の犯罪の回数によらず、種類によつて行ふべきである。性的犯罪傾向の強い者は多くは精神的偏異者であつて、それを見出すことは保安處置の選擇上大切である。

尙、根本問題が残つてゐる。それは生殖腺摘除が果して性慾の制禦、性的犯罪防止に効果があるか否かである。アメリカ、スイス、デンマークに於ける經驗は、未だ充分多くはないが、それによると去勢後にも屢々性慾が残るものであると認められてゐる。之は睾丸摘除で累犯防止をしようとする見解を動搖さすものである。併し一九三二年にデンマーク司法省から *Lukas* が報告した處によると、自由意志で去勢された五例、及び性的犯罪のために去勢された十七例（その中七例は精神薄弱者）に於て、施術後二年半の間の觀察では、累犯に陥つて再收容をされたものが一例もなかつたと云ふ。

デンマークの *Sundholm* 病的な人格收容所 *Psychopathenanstalt* から *Brünicke* 及び *Smith* が報告し

た處では、去勢の結果は餘り面白くない様である。即ち十四の去勢例の中、五例は性慾昂進を依然示し、一例は新に同性愛的行爲に陥つて再收容を受ける始末になつたと云ふ。Wildenskow は Vivo 病院に收容した一〇名の精神薄弱者を去勢したが、その中の一名も亦同性愛傾向を示し、そのために退院が出来なくなつたことである。Nurich 精神病院からの報告は、可成り多数の例についての去勢後数年間の觀察結果を知り得る點で價値あるものと思ふ。それによると二五例中再犯を見たのは三例で、その三例も他の精神障礙が加はつたためと見られてゐる。尙、性慾異常以外に精神缺陷のあるものでは一般に去勢の結果は不良であつたと云ふ。併し、かゝる去勢不適應の例でも、去勢後病狀が輕快して退院するに至つたものもあつたことである。

次に Lange の研究は特に意義深いものである。彼は三百十名の完全に睾丸を摘除された人及び部分的に睾丸を失つた人（その六〇％は戰傷者で、又その中の三百三例は睾丸喪失後十年以上経過してゐるものである）の中、百四十一例から性慾状態に關する報告を受取ることが出来たのである。それによれば、睾丸完全喪失者の四五％以上は直に陰萎を來したが、七分ノ一では多少の減退はあるにしても性慾的能力は保持されてゐた。陰萎になつても性慾は多くの場合保たれてゐた。それは生殖腺以外にも、他の内分泌腺や、又殊に觀念界が性的興奮に關與するがためである。それだから、去勢の效力は性慾が異常に強い様な場合には期待出来るが、同性愛等の性慾衝動の方向的異常に於ては期待出来ない。又、既に精神病、精神薄弱、病的な人格等の社會生活に適應しない基地がある場合には、良結

果は望み得ない。又性的犯罪の中、幼兒凌辱、陰部暴露等は性衝動が弱いために行はれることがある。それは性衝動が弱いので健康な婦人に近づく勇氣がないが故であらう。そんな場合に去勢して更に性慾を減退させることは、却つて危険を増す様な結果を招く事になるのである。

以上の様な考察から、去勢は性的犯罪者に對する萬能的な處置では決してないことが分る。併し、確に一方法には違ひなく、性的犯罪防止上永續的に施行されてよいもので、近年各國、殊に北方諸國は去勢法の起草に従事してゐるのである。尙、去勢によつて、性慾以外の方面での效果、例へば不規則な生活様式が改善されたとか、重篤な身體的或は精神的障礙が治癒した等の注目すべき事例もある。

茲に、最も望ましいのは、中樞機關を設けて去勢例についての綜括的な研究をなし得る様にすることである。それによつて、將來、去勢後どれだけの期間を経たら退院さすべきか等の事についての確實な知見が齎されるであらう。

第十章 少年の責任能力

少年に於ける刑法的責任能力の發生——刑法上の絶對未成年と準成年——辨別能力——少年の主なる犯罪——叡智及び感情の成熟——少年審判法——第二及び三條の無罪理由——行動の違法——科刑の代償としての教育——留置場に於ける少年——改善處置——少年審判官——少年精神病——法廷に於ける少年——傍聽禁止——異常少年の特殊的收容所——觀察の可能性——一八—二一歳の年齢期——一律的保安法規の要望

小兒の行爲は、初めて外界に對して意識的反應を示した時から自我中心を示して來る。即ち他人の迷惑等顧みることなく、専ら、自己の身體の快適を求めるのである。併し戀て教育されて行く。學校は家庭よりも愛他心の發達に影響する所が大きい。と云つて、両親の教育を學校が代理すべきでもないし、又なし得ないのである。併し家庭教育は、他人の利害關係に接する事がないから、限られた範圍内のものである。學校では、同年輩の友人と共同生活をして行く中に、色々な折衝が起つて、自分の所有物を守ると共に、他人を侵害してはならぬと云ふ必要を、未だ充分に自覺する事はない乍らも感じて來るのである。即ち、謂はば小兒社會に適應すべき必要が生ずるのである。

最初、小兒は、理解なしに、唯罰が怖さに、盲従してゐるのであるが、その中に辨別力が出來て、意識的に自己の慾望を制御して、他人の權益を尊重する事が出来る様になるのである。正、不正が確固たる概念として植付けられ、指導原理になつて來る。そして、次第に法律に對する責任能力が生じて來るのである。

この徳性の發達は勿論漸次に進むものであるが、その發達速度には個人的差違がある。この事實はすべての法律が認めてゐる。即ち少年の刑法上の責任能力に段階を設けて、狹義の小兒期は刑法上の絶對未成年期とし、次いで準未成年期、次に精神機能の病的障礙、又は意識喪失、又は精神薄弱のな限りは完全に責任能力を認められるべき年齢期を定めてゐる。

獨逸各聯邦の刑法は何れも小兒の處刑を免じてゐた。刑法上未成年の限界は區々であつた。ヅェル

デンブルグ、ブレイメンでは満十歳、バーデン、ヘッセン、ルエベック、メックレンブルク、シーエウエーリン、オルデンブルグ及びチューリングン聯邦では満十四歳であつた。現獨逸刑法では、その公布前に行はれた協議に於て、満十二歳を刑法上絶對未成年の限界として確定したのである（第五條）。即ち「行爲當時ニ滿十二歳以下ナリシ者ハ、ソノ故ヲ以テ訴追 strafrechtlich verfolgen サルヲ得ズ」とある。

準未成年の終了期についても一律でなかつた。バーデン、バイエルン、ヘッセン、オルデンブルグ、プロイセン、ウエルテンブルグでは満一六歳、ブレイメン、ハンブルグ、ルエベック、メックレンブルグ、シーエウエーリン、ザックセン及びチューリングンでは満一八歳、ブラウンシュワイヒでは満二〇歳であつた。是等各州の法律は何れも、成年者より刑を軽くしてゐた點では一致してゐたが著しい相違點もあつた。それは、ザックセン、チューリングン聯邦、ブラウンシュワイヒ、及びハンブルグは、原則的に責任能力を認めたのであるが、他の諸州、例へば、プロイセン及びルエベックは、「判別能力 Unterscheidungsvermögen」、ヘッセンは、「充分な判別力 hinlängliche Unterscheidungskraft」、オルデンブルグは、「責任能力」、メックレンブルグ、シーエウエーリンは「熟慮 reife Überlegung」（放火の場合に於てのみ）、バーデン、バイエルン、ブレイメン、ウエルテンブルグは、「刑罰性の判別可能なる程度の精神發育」を認める時だけに限定してゐた點である。

長い間の周到な検討を経て、遂に、第五六條が次の様に起草され、之は一九二三年二月一六日公布

の少年法が出来る迄實施されたのである。

第五六條。被告人が滿十二年乃至滿一八年ノ年齢期ニ於テ犯罪ヲナシ、若シ犯行時ニソノ可罰性 Strafbarkheit ヲ辨識スベキ判別力 Einsicht ヲ有セザリシ時ハ、罰スル事ヲ得ズ。

この可罰性を辨識すべき判別力には、一定程度の智能を要するが、それは可罰性を認知するに必要なだけのものでよいので、正、不正を認めてそれによつて行爲を調節するべき道徳的發達 sittliche Bildung は要しないのである。

道徳的な發達は智能發育と平行するのが常であるが、自制能力は智能に雁行して養はれるとは限らない。この事は、少年の犯す最も多い犯罪の様式がよく證明してゐる。即ち一九〇一年の獨逸犯罪統計を見るに、一四歳乃至一八歳の少年犯罪者数は、成人のそれに餘り劣つてゐない（同年齡の人口一〇萬人についての比率に於て）。竊盜、事物毀損 Sachbeschädigung、暴力による小兒姦及び放火等に於ては遙かに成人に於けるよりも多いのである。又危険な傷害行爲に於ても大差ないのである。是等少年犯罪者は辨別力の不足の故を以て無罪となつてゐる。又その大部分は、その年齢から見ても未だ家庭で兩親の保護を受けてゐる身である事に留意しておかねばならぬ。危険な身體傷害は少年よりも成人に多いのは、傷害は主に酒場で行はれるものであるが、少年は酒場に入出入する事が少いからであらう。併し少年はよく、侮辱に對して暴力殘虐を以て應へる。又少年時に於ける最初の飲酒は、その度を節することを知らないだけに甚だ危険な場合がある。

少年の犯罪で最も多いのは竊盜である。一度も偷み食ひをしようとした事のない小兒は稀であらう。而も、かゝる時期には、多くは既に自他の所有物の區別、是非の判斷は出來てゐるのである。それでは何故竊盜するか。それは犯罪統計上、少年はかゝる理性的教訓に従ひ得ないからだと考へられる。他人の所有物で自己の快樂を得ようとする慾望は、少年では、職業を有する成人の様に自ら金錢を得る道がないために、益々増大されるものであらう。殊に罪のない遊戯だけでは満足出來なくなり、歡樂の慾求が次第に目醒めて來て、而もそれを満足する道を持たないとすると、理性的な識別で制御の出來ない様な衝動の嵐が捲起つて來るのである。今や、友人の誘惑があれば、それに抵抗し得る熟慮はなくなつてしまつてゐる。そして逮捕の怖れなど忘れてしまはせる樂天的な氣持が生れて來るのである。是等の要素が合して竊盜をし又は贓物の隠匿となる譯であらう。しかも、之は決して職業的な竊盜ではない。竊盜の動機を興へ、共に贓物を分け合つた者は、最初は「善良な友」であつた場合が多いのである。

性的發育は吾が國では一般に十四歳乃至十五歳で初めて完成する。だから幼少年の大多數は性的未成熟な譯であるが、それでも滿十四歳前に性的犯罪の故に引致された小兒の数は成人に於けるその比率の約三分の一に達する程多いのである。この事實は、かゝる年輩の性的犯罪が辨別力不足の故を以て大部分無罪となつてゐる事を顧慮するとき、首肯出來る。即ち、刑法上の成年者に於ける性的犯罪者の多くは既に小兒時代に、そしてその大部分は未だ性的犯罪に通例必要とされる處の身體的條件が具

はらない時期にかゝる性的犯罪をなしたもののなのである。尙十四歳乃至十八歳の少年一〇萬人につき、二一、二人の小兒姦又は強姦等で引致された者があるが、成人に於ては、一〇萬人につき僅かに一二、六人である。

性的衝動が最初に起つた時には制御觀念が極めて少い。子供に對し性的知識を説明することは餘り行はれないから、性慾に對する理性的判斷は全く少年には缺けてゐる。理解されぬ儘に性感情は異常に激しくなり、それを満足させようとする時は理性などは作用しない。譬へ理性が制しようとしても、性的満足の衝動は理性よりも大きい。それは成人に於ても日常見られる事である。即ち娼婦との接近が健康上危険である事を充分に知り乍らも遊里に赴くのはそれである。まして、理性の充分發達しない少年に於ては尙更であらう。

成人には、未婚であつても、少年に於けるよりは性慾満足の道が開けてゐる。その點に於て、何故少年の性的犯罪が多いかが理解出来るのである。激流の様な性衝動の前には刑罰とか是非などは顧慮し得なくなるのである。放火は又、全く特殊であつて、之は十二歳乃至十四歳の小兒では、成人の二倍、十四—十八歳では三倍に於て見る。放火の原因は、大多數に於て復讐の目的によるもので、僕婢によつて行はれる事が多い。即ち訓戒、叱責、懲打等に對して怨恨を抱くものである。憤怒して解雇を希望し、或は雇主に復讐しようとする。放火は多く乾草小屋で行はれる（大部分放火は田舎で行はれるから）。怨恨の他に燃上する焰を見る時の歡喜とか、燐寸の一本から大事を引起すと云ふ一

種の愉快さ等も少年の放火を招來する一助となるものであらう。

余は、少年犯罪の主なるものにつき可成り詳しく述べたのであるが、それは從來の法律が智能の發育にのみ重點を置いて作られてゐる事が、如何に偏したものであるかを認識する爲である。實に少年の感情的反應の確實性の方が智能より遙かに重要なのである。その他、模倣本能、例へば冒険を喜ぶと云つた感情も、少年犯罪に關する事を留意しておかねばならぬ。

諸國の刑法は何れも、少年犯罪を處刑すべきか無罪とすべきかの判別に於て、精神全般の成熟を考へずに、智能の成熟だけを標準とする見地に立つてゐる。尤も多少の相違はあつても、大體に於てこの見地と大した懸隔のないものばかりである。併しかゝる見解の過誤は、一般に少年犯罪者にとつては、處刑よりも教化が試みられなくてはならぬとの考が普及して來た結果、餘り目立たなくなつて來てはゐる。發育の未完成と素因上の缺陷とは固より別なものであるが、何れにしても、少年犯罪は精神の未成熟状態に由來するのである。

Pinoy は彼の卓越せる少年解説の中に、「刑法の本質は、處置が餘り遅れてゐる事に存する」と皮肉つてゐる。刑法、殊に少年法の意義は、出来るだけ累犯を防ぐ事ではなくてはならぬ。そこで少年に於ける累犯豫防方策は科刑に非ずして、その犯罪行爲の原因たる精神發達の未熟 *Unreife* を除く事ではなければならぬ。

既に舊刑法第五六條は、刑法上の未成年者に於ては教化や監視に適した處置を行ふ事を要求してゐ

たのであつて、辨別力不完全の故を以て無罪となつた少年については、之を家庭に歸すべきか、教育所又は感化院に送るべきかを決定しなくてはならなかつた。之は正しく、發育を完了してゐない少年は教育的處置に依つて發育を助成されなくてはならぬと云ふ事が確信されてゐた證左である。之と全く同じ見地から一九二三年二月二六日公布の少年法は規定されてゐるのである。

その條文は、

第一條 ヲノ法律ニ於ケル少年トハ、滿十四年以上滿十八年未滿ノモノナリ。

第二條 滿一四年未滿ニシテ、罪ヲ犯シタル者ハ之ヲ處罰セズ。

第三條 少年ガ罪ヲ犯シタルトキ、若シ犯行時ニ於テ、精神的又ハ徳義的發育ニヨリ行動ノ違法 Ungezeitliche ヲ辨別シ、又ハ、ソノ辨別ニヨル意思決定ガ不能ナル時ハ罰セズ。

第四條 教唆者 Anstifter、共犯者 (Ihlfte、庇護者 Begünstiger、隱匿者 Hehler ノ可罰性 Straftatheit) ハ第二及第三條ノ適用ヲ受ケズ。

第五條 少年ガ罪ヲ犯セルトキ裁判所ハ、該少年ニ對シ教育的處遇ヲ必要トスルヤ否ヤノ診査ヲナスベシ。

裁判所若シ教育的處遇ヲ必要ト認メシ時ハ、直ニ教育的處遇ヲ指令スベシ。又ハソノ必要ナル事ヲ申告シ、以テ後見裁判所ヲシテ、教育的處遇法ノ選擇ト指令ヲナサシムベシ。保護教育ノ指令ハ、第一審ニ於テ刑事訴訟手續ト共ニソノ權限ヲ與ヘラレタル裁判所ノミガ之ヲ行フベシ。

本規定ハ、裁判所ガ第三條ニヨリテ無罪ノ宣告ヲナセル時ニ於テモ、適用サルモノトス。

第六條 裁判所若シ教育處遇ヲ以テ充分ナリト認ムル時ハ處罰スルヲ要セズ。

第七條 教育的處遇ハ

- 一、訓戒
- 二、教育者、若シクハ學校ヘノ委託
- 三、特殊義務ノ賦課 *Auferlegung besonderer Verpflichtungen.*
- 四、監置 *Unterbringung*
- 五、保護監視 *Schutzaufsicht*
- 六、保護教育 *Fürsorgeerziehung* トス。

政府ハ參議院 *Reichsrat* ノ協賛ヲ經テ、其ノ他ノ教育的處遇法ヲモ許可スル事ヲ得。

この第二條は、十四歳以下の小兒はすべて常に無罪であると規定してゐる。又、新草案でも「小兒ハ責任能力ナシ」なる條文で同様の事を規定してゐる。併し、一八歳未滿の少年に於ては、この少年法は、「若シ、行動時ニ、精神的又ハ徳義的發達ニヨリテ行動ノ違法ヲ辨別シ、又ハソノ辨別ニヨル意思決定ガ不能ナル場合」の他は、可罰性を認めてゐるのである。原則として、この規定は法律的意思によれば、責任免除の理由 *Schuldanschlussesgrund* と認められてゐることは文獻上明らかであるが、大審院は、この規定の具體的内容を汲取らずに、唯、個人的な免罰理由 *persönliche Straffaus-*

Misshungsgrundとして本規定を認めてゐる（大審院判例 E、五七、二〇六、E、六一、二六五）。

それ故に新刑法草案は、この本規定の曖昧な點を除くべく、次の文體を擇んだのである。

「少年、若シ行動時ニソノ叡智的、或ハ徳義的發育ニヨリ行動ノ不正ヲ辨別シ、又ハソノ辨別ニ從ヒテ行爲ヲナス事不能ナルトキハ、責任無能力ナリ」。

扱、一九二三年少年法に於ても、一九三四年新刑法草案に於ても、叡智的發育と共に徳義的發育が要求されてゐるのであつて、之によつて、智能の發達のみを偏重する缺陷が除かれた譯である。實に、智能と徳性の發達は平行的でない。即ち理性を動かすものは感情である。感情の發達によつて初めて理性的辨別に從つた行動をなす事が可能となるのである。

少年法の第三條及び新刑法に於ける少年の責任無能力規定と、一九二五年草案及び一九三三年新刑法の第五一條の條文とは、同じく責任無能力なる語句を用ひてゐるが、この兩者の責任無能力は原則的に異なつた見地に出發したものである。第五一條に於ては、責任無能力の理由が、意識障礙、或は精神作用の病的障礙であるが、少年法に於ては叡智又は徳性の發達の不足である。前者を取扱ふのは醫者であり、後者は教育者の擔當すべき事である。併し、屢々かゝる叡智や徳性發達の遅延は素質上の缺陷に基づいてゐるのであつて、之を鑑別して、かゝる素因による發育缺陷者には効果のない教育を徒らに試みる事を避けねばならぬ。

少年法の第三條で、「少年ガ行動ノ違法ヲ辨別シ得ル云々」とあるのは、一定の法律的知識を所有し

てゐる事を求めてゐるのでないのは勿論であるが、大審院が、この第三條を第五六條に比して、より苛酷な法律であると斷定した様な誤解を生ずる虞はある。そこで新草案では、違法を不正と云ひ換へたのである。この不正の判別能力とは、委員會の見解によれば、「ある行動が社會の安寧及び公衆の共同生活に缺くべからざる常規と相容れないが故にそれは不正である」と云ふ辨別能力を必要とするもので、「道徳上許されない事を認知する能力」だけでは不十分なのである。かくて、徳性の發達が一層重きを置かれたのである。

扱、成熟した叡智並びに徳性は行動時に作用してゐなくてはならぬが、それを判定することは時に甚だ困難である。と云ふのは、少年が（成人に於ても同様であるが）行動を招來した感動から覺めて、自己の行動の結果を見た時に初めて自分が何をしたかゞはつきり認められる事があるからである。この、後に至つてからの認識を、行動時の辨別と區別する事は困難なのである。大審院が、第五六條に從つて辨別能力を要求し、辨別そのものを要求してゐない判決例があるが、それは實際を離れた見解である。それは、犯行時の生きた辨別こそ遂行するか否かを決定するものだからである。併しこの様な誤謬を來す虞は少年法の第三條では除かれてゐる。即ち該條文では、辨別能力が存する時でも、辨別によつて行動する能力に缺陷があつた時は、罪責を免ずる事になつてゐるのである。

裁判官は、少年犯罪者が辨別能力を有し、それに從つて行動したと認めた時には、第六條によつて、處刑は行はないにしても、常にその責任は問はねばならぬ。茲に於て吾々は、少年法の最も重要

な眞髓を見出し、少年法の眞價を認める事が出来るのである。

Krohne が、第五條では「誰に必要か」を、第六條では「何に充分か」を、裁判官が補足せねばならぬと指摘してゐるが、成程尤もな事である。前者では、教育處遇の目的は被告たる少年の教育に存すると答ふべきであらう。後者の質問に對しては、「刑の目的、不正に對する國家的反應とは何ぞや」なる質問に對すると同じ答をすべきであらう。即ち第六條では、教育的處遇が國家の司法的要求及び公安保全を満足せしめるのに充分であるか否かを考慮せねばならぬ。然らば、第五條はより少年の立場に、第六條はより社會公衆の立場に立つてゐるものと云へるのである。補成教育に依つて累犯を防ぎ、社會保安が達成せられるならば、それに越した事はないのである。

處刑は最少限度に使用すべき方策である。處刑するにしても、第九條によつて成人に於けるより遙かに軽くすべきである。併し、刑はすべて鈍刀の如きもので、遠くから威嚇する事は出来るかも知れぬが、近づいて見れば威力が鈍る。だから、二回目の刑は最初の刑程恐れられない。成人に於ける累犯統計は、之を如實に示してゐる。少年時に刑を受けて、それが成人後にも記憶に織込まれてゐる時、刑に對する恐怖は愈々減じてゐるのである。

第一六條によつて、少年に對する刑執行は教育的見地に添ふ様に行はれねばならぬ。だから刑務所では、少年囚は成人囚と完全に分離されなければならぬ。併し特別の少年刑務所がなければ、この分離は完全に行はれ難い。従つて、少年は惡習に染まるのである。假令、分離が出来て、獄室が惡

徳學校と化す様な事がないにしても、處刑されてゐる事に變りはないのだから、刑務所に對する恐怖は消え失せ、少年時に多少は存してゐた「反社會行動に對する自制感」が除かれて、犯罪への道が益益開かれて来る様な事になるのである。一度少年が犯罪社會に列すれば、それを脱する事は殆ど不可能である。Krohne は、彼の刑務所で最初處刑された時に二十五歳以下だつた者五五〇名中、七十一名は初犯が十六歳以下であつたと云ふ。彼等はすべて救ひ難き常習犯人になつてしまつてゐると思はれるのであるが、併し、余は彼等にして若し教育所に送られてゐたならば救はれてゐたであらうと思ふのである。Krohne は長い間プロシヤの刑務所長であつて強硬な處刑主義者であつた。彼の數多い經驗の結果が上述の報告である。すべての當事者の經驗も之に一致してゐるのである。

豫審勾留 Untersuchungshaft は特に危険である。それは、他の處遇、殊に第八條による教育及び監置に關する暫定的な處置で目的が達せられないときのみ行ふ事になつてゐる。そして、第二八條に、「若し少年ヲ豫審勾留ニ於テ他ノ囚人ト共ニ一室ニ監置スベキトキハ、徳義上ノ惡風感染ヲ受ケザル様特ニ注意ヲナスヲ要ス。少年ト成人トノ同室監置ハソノ身體的又ハ精神的狀態上止ムヲ得ザル時ニノミ之ヲナスベシ」とある。

少年の刑執行について云はれるべき事は、すべて、豫審勾留にも當筈るのである。刑執行に於て既に、成人と少年を完全に區分する事が殆ど不可能であるのだから、豫審勾留では尙更である。此處で、少年は常習犯人が難關を脱する爲に用ふる奸計を教はつたり、犯罪生活の方法を覺えたり、性的

生活に踏込む様になつたりするのである。こんな事がすべての場合に必ずしもある譯ではないにしても可能性は充分にあるのであつて、出来るだけ豫審勾留は行はぬ様にすべきである。

少年法は裁判官に多くの教育的處遇方策を與へてゐる。即ち第七條に於いて、訓誡を初め保護教育迄の方策が列擧されてゐる。その各々について説明する事は茲では出来ないが、裁判官は是等の處遇法の中最適なものを選択せねばならぬのである。然るに實際上、裁判官には、少年が行動の不正を辨別し、或は辨別によつて行動する能力を有してゐるか否かを判断する事が不能な場合が多い。かゝる場合に、裁判官は、刑法上の責任能力を否定したときには第五條により、責任能力を認められた時には第六條によつて、何れの場合でも同じ様に教育的處遇を科す権利があるのであつて、即ち兩者の場合を通じて對策は同じものであるから、強ひて責任能力の判定をしなくてもよいと考へて氣を休め得る譯ではあらう。

少年の責任能力を認むべきか否かの判断は、何れの教育處遇が最適であるかの決定と同様に至難な問題である。此の判断は全く少年審判官の權限に屬してゐるのである。大都會では、すべての少年犯が少年審判官又は少年検事の手に渡される。かくする事は、少年審判官に絶対必要な特殊の經驗を積ませると云ふ長所がある。併し、更に少年審判官はすべての手續を通じ、第二二條による少年審判輔佐機關 Organ der Jugendgerichtshilfe の協力を俟つて、その職能を全ふすべきである。少年保護司 Jugendamt は第三一條及び第四二條によつて、第二二條第一項に述べられてある様な調査をしなく

てはならぬ。この第一項には、

「調査ニ際シテハ、可及的早期ニ、身體的及び精神的特性ノ判断ニ資スベキ被告ノ生活様態、ソノ他ヲ調査スベシ。必要ニ際シテハ被告少年ノ醫學的診査ヲ行フベシ」とあるのである。

この少年審判輔佐機關が協力したからとて決して充分ではない。併しこれによつて、審判官は少年に如何なる影響が作用してゐたか、彼が若し此の環境に歸されるならば如何なる外的刺戟に曝されるか等の事を知り得る。その他の學校成績とか、醫學的診断の結果とか、被告の性格上の印象とかは、審判官自身で調べ得るのであるが、この環境的條件（殊にそれは教化可能性や保護監視の問題にとつては決定的に必要である）については少年保護司の協助を俟たなくてはならない。併し、この保護司とても屢々偏した調査報告をなす事があるから、充分に批判して採用すべきものである。少年審判輔佐機關は價値あるものだけでも、矢張、人間的な誤謬は免かれ得ないのである。

吾々醫家にも僅かながら（必要な場合のみであるが）參與が規定されてゐるのは喜ばしい事である。經驗ある少年取扱者は少年の判断を屢々正確になし得るのであるが、併し、少年の脱線的行動が少年精神病の初期である場合のある事を忘れてはならないのである。例へば粗暴な刺戟的な舉動は時に癲癇性の不機嫌症であつたり、鐵面皮や濫費は躁病の現れであつたりするのである。又病的人格者に於ては、思春期に至つて急に舉動の異常を顯著に示し、經驗ある精神病醫でも、時にその本態を突止め難い場合があるのである。とは云へ Vorländer の云へる如く、科學的に基礎づけられた人間學者と

も云ふべき精神病醫が、不良な少年を有用な社會の一員に教化すべき重要な問題に參與すべきは當然至極な事ではなくてはならぬ。

第二三條。裁判及ビ判決ノ宣告ハ公開スルコトヲ得ズ。

此の規定によつて、少年を檢束、告發する事に伴ふ惡影響の一つがなくなつた譯である。吾々は、犯罪少年を二つに分ける事が出来る。その一は、元來惡心を持たないけれども誘惑に抵抗出来なかつたもの、その二は、元來不良性を帯び、警察や刑罰には恐怖するが、不正に對して心を咎める事のないものである。第一の場合の少年は裁判を受ける事によつて、假令無罪にされたにしても、一種の絶望的な印象を刻まれ、それが善良な少年であればある程耐へられないのである。かゝる場合には家族の責任は輕いのであるけれども、家族も同じ氣持に襲はれるのである。

非公開の裁判であつても噂は廣まり、學校友達や勤務先の同僚、家族等の周圍の人達から疑惑の目を向けられて來るのである。少年の敏感な情緒はこの持續的な壓迫に耐へ切れないのである。

之に反し第二群の少年では全く別である。殊に大都會に集喰ひ放埒に成育した不良少年の群では、裁判を受けた事が即ち一人前になつた事を意味するのである。身體的、精神的に未熟でも、既に大人になつたと自負する。國家から顧慮されて裁判をされる様な行爲をした英雄であると感ずるに至るのである。併し、少年がかくの如き英雄として公判廷に現れるとか、新聞に麗々しく報導されるだらうとの期待を抱く事は、少年審判所設置によつて完全に防がれたのである。確に、以前は、かゝる期

待を以て不良素質のある少年は惡事に走つた場合が多かつたと云ふも決して誇張ではない。

第七條の保護教育は列擧された教育處遇法の中の最後に擧げられたもので、又最も行届いた處遇である。少年保護法第六二條によれば保護教育とは、

「放置不良化 Verwahrlosung ヲ防ギ、又ハ除クヲ目的トシ、適當ナル家庭又ハ感化院ニ於テ公ノ監視ノ下ニ公費ヲ以テ施行セラルベキモノ」である。即ち保護教育は不良化を防ぎ、又は不良化を除く爲に行はるべきものである。この保護教育が吾々の希望の總べてを満たすものでない事は明らかである。それについての詳述は茲には控へるが、一例を擧げて置きたい。多數の人々の中には必ず精神的偏異者があるものであるが、まして脱線行爲をなした少年の中に精神偏異者の多い事は當然とすべきである。事實、少年審判官や後見裁判所から保護教育を委託される少年の中には、精神低格者、又は病者が甚だ多いのである。かゝる異常人格者は保護教育者にとつては極めて難物であるのみならず、他の健全な素質の少年の教育效果に惡影響を及すのである。だからかゝる異常少年者は出来るだけ特殊收容所又は特別室に收容すべきである。之は少年保護法の第七〇條に規定されてゐたのであるが、一九二四年二月一〇日の緊急令で廢されたのである。扱、少年の異常人格を判別する事は少年保護司の精密な探査を以てしても、亦専門醫の簡単な診査では充分可能でない。精神病者又は重篤な病的な人格者でも、時に長い間の觀察の後に初めて診斷がつくものである。だから、新に保護教育に托された少年は先づ特別の觀察室に收容する事が行はれて來た。併し、この觀察を、保護教育を課すべき

か否かを決定する前に行へば、一層合理的である。之は少年法の第六五條第四項によつて可能である。「後見裁判所ハ少年ノ醫學的診査ヲ命ジ、最長六週間ノ期間内ニ於テ病的な人格者收容ニ適セル病院又ハ公立ノ治療保護院ニ收容觀察セシムル事ヲ得」。

吾々はこの法規が大いに利用される事を只管望むものである。之が患者自身及び公安確保の爲に益するのみならず、保護教育の全機構に大いに裨益する處あるを疑はないものである。

少年が満十八歳に達すれば、精神發達の段階に於ては未だ少年の域を脱するものではないが、刑法上には完全な責任能力が認められるのである。だから獨逸に於ては、刑法上の成年は市民生活に於ける成年よりも三年以上も早い譯である。犯罪統計は、危険な身體傷害、輕重の竊盜、贓物隠匿、事物損傷、強盜、恐喝等が、十八——二十一歳に於て次の年齢段階たる二十一——二十五年に於けるよりも多い事を示してゐる。之は十八——二十一年の若年者が未だ成熟に遙かに達してゐない事を認めしめるものである。即ち、未だ粗暴な衝動に支配された状態にあるのである。萬國犯罪學會委員會は少年犯罪者問題に關する畫策の中に、次の要求を提起したのであつた。

「犯罪行爲ヲナシタル時ニ滿二十一歳ニ達セザル者ノ處刑法トシテハ『一ヶ月以上十五年以下ノ輕懲役、要塞禁錮、拘留、罰金、譴責、官職ノ剝奪又ハ任官不能』ヲ可能トス。死刑、重懲役、公民權ノ剝奪、及ビ地方警察又ハ警察監視ヘノ委託ハ之ヲ廢スベシ。證人及ビ鑑定人タル事ノ永久的否認ハ之ヲ廢スル事ヲ得、自由刑執行ハ成ル可ク三ヶ月以内タルベシ」。

この提唱は確に、十八歳では未だ精神の成熟が完成してゐるものでないとの正しい考に出發してゐる。同様な見解から、他の歐洲諸國でも準成年と絶對成年期との間に中間期を設けてゐる。例へば、この中間期の上限界をスペイン、デンマークは満十八歳、ハンガリー、オーストリアは満二十歳、ブルガリヤ、トルコ（トルコは四段階を設けてゐる）、ギリシャの假草案では二十一歳としてゐる。唯、イタリ、は一九三〇年の刑法でこの規定を廢した。扱、併し余はかゝる特殊な段階に關する規定の合目的性を疑つてゐる。かゝる特殊の規定はなくとも、刑量定の伸縮性によつて年齢や精神發育程度を充分に顧慮に入れる事が出来るのである。併し、刑の代償的處置を行ふ可能性は、かゝる規定では興へられないのである。この刑の代償的處置（教育處遇の如き）を立法に織込む事により犯罪傾向のある人の少くとも一部分は、Felixの所謂「司法的な恐怖すべき機械に掛かること」から救ふ事が出来るのである。即ちこの機械とは、多くの人を貪食して、その名譽や德義感情や健康は車輪で轆き碎き、刻印を捺された犯罪人仲間に入らせる爲に再び社會に吐出す様な科刑處分を言ふのである。猶、教育的見地を餘りに主張する事は司法の威信、一般犯罪豫防上害ありと考ふるのは間違である。不定期な保護收容の方が遙かに威嚇的價値も大きいのであるから。

最後に今一言すべきは、あらゆる常習乃至職業的犯罪人は曾て少年犯罪者であつた事、保護少年の大部分は後に勞役所や刑務所の持續的な客となるものである事が餘り考慮されてゐないと云ふ事である。かゝる不完全な人では屢々三十歳代までも續く精神發育期の全期間を通じて、之を危険な外界と

の接觸から保護したなら、かゝる累犯は防ぎ得るであらう。上述の萬國犯罪學會に於ける年齢期を顧慮した保護法規の提唱はこの目的に役立つべきものであつて、之は、元々、少年福利法の第七三條から出發したものである。併し、更に、少年犯人、精神的偏異者を初め、受動的な常習犯人及び職業的犯人に至るすべてのものに一貫した総合的な保安法規が出来たならば、尙理想的であらう。即ちこれ等犯罪者群は、互に類似し、互に移行するものであるから、之を総合的に取扱ひ、以て犯罪政策の將來に於ける理想化を計ることが緊要であると考えるのである。

第十一章 精神病者に對し又は精神病者によりて行

はれたる性的犯罪

有利地位ノ濫用——醫業者ノ概念——同性親交症——精神病者、無意識者及び無意志者トノ不法的性行爲——精神病者ノ合意
病的状態ノ認知——無意志ト無意識——無抵抗状態——睡眠者ヲ姦シ得ル可能性——催眠術——覺醒暗示——冤罪——麻
醉——無意識状態ノ誘致——酩酊——癲癇——申告罪

第一七四條第三項。刑務所又ハ病者、貧者等ヲ保護スベキ公立病院ニ勤務セル役人、醫師又ハソノ他ノ醫業者ニシテ、被收容者ニ對シ猥褻行爲ヲ犯セルトキハ、五年以下ノ重懲役ニ處ス。
減輕事情存スルトキハ、六ヶ月以上ノ輕懲役ニ處ス。

この條文は最近の刑法草案で改められてゐるのであるが茲に省略し得ない。と云ふのは、一八九八年八月二四日の大審院判例は、上述條文の缺陷を曝露したのみならず、それに關聯して、精神病院内の醫務遂行に關し不都合な見解を示したからである。それはこんな事件である。ある州立精神病院の看護人が第一七四條に基づいて判決されてゐたのを、大審院が、單なる看護人は第一七四條の意味に於ける醫業者とは認め得ないと云ふので、その判決を取消したのである。Frank は「自由に左右出来る立場にある人」との猥褻行爲の可罰性は二つの見地、即ち性的自由を保護せねばならぬこと、及び性行爲の動機が有利的地位に關してはならぬことから成立するもので、この二者の何れに觸れても罰すべきであると論じてゐる。それにも拘らず彼は、患者の看視、看護、入浴又は配藥等を委任されてゐる看護人に對して「看護は治療に屬せず」と明言した前述の大審院の判決を肯定してゐるのは吾々の解し難い所である。

看護は實に治療の重要な役割である。前述の例に於ける様な看護人の猥褻行爲は、有利地位の濫用以外の何物でもない。若し看護人が第一七四條に於ける「其の他の醫業者」に屬しないとすれば、一體「其の他の醫業者」とは何を意味するものであらうか。一九三〇年の政府の改正草案では、此の様な誤つた解釋を防ぐべく、次の如き條文を作つたのである。

第二九四條。病院ニ於テ病者又ハ困窮者ノ取扱ヒヲ任ゼラレ、ソレニ携ハレル者、又ハ院主トシテ夫レニ參與スルモノガ、收容セル婦女又ハ少年ニ對シテ保護又ハ治療ノ義務ヲ破リ、若シクハ地位ヲ

濫用シテ猥褻行爲ヲ犯シタルトキハ、輕懲役ニ處ス。

何故に茲に成人男子との猥褻行爲が除外されてゐるか云ふに、第二九七條に於て男子間の性行爲につき特に規定されてゐるからであらう。

尙、舊第一七四條第三項の他の缺點は一九二七年草案で是正された。即ちそれは第一七四條では單に「公立病院ノ勤務者……」とあるのであるが、この公立病院とは公費で經營されてゐる病院だけを意味すると解されねばならぬ。然るに、事實上、かゝる猥褻行爲は官公立病院よりは私立病院に於て行はれる可能性が確に多いのである。職業法第三〇條の許す範圍内に於て、誰でも病院を開き、院主となることが出来るのであるが、その院主が常に道徳的に非難なき人格者ではない。既に素人が病院を建て、その指導に當ると云ふことが、洵に無責任な不合理なことではないか。何故にかゝる私立病院の治療師が除外されて、公立病院の醫師や看護人等のみかゝる性犯罪の可能性を認め、公立病院に限つて處刑を規定してゐるか、吾々の理解に苦しむ所であつた。一九二七年草案は、この舊第一七四條の規定を私立病院にも適用し得る様に敷衍したのである。

次に男子間の性行爲については、

第一七五條。男性間、又ハ人畜間ノ反自然的ナル性行爲 *widernatürliche Unzucht* ニ對シテハ、輕懲役若シクハ公民權ノ剝奪 *Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte* ノ判決ヲナスコトヲ得。

この條文につき論討を加へた文献は數年來枚舉に違なき程多いが、未だ一致した見解を見るに至つ

てゐない。ある人は、同性愛的性行爲は性的無恥、猥褻の最極致であると思考し、ある人は、その特殊な衝動的傾向が強烈な支配力を有する點に於て第五一條による責任無能力と考へてもよいとの見解を抱いてゐるのである。この論争に於て、法律家間では、同性間の性行爲と云ふものと、所謂同性親交症 *Homosexualität* とを同意義に解してゐる向きがあるが、それは間違である。性慾の變態的傾向がなくして、同性間で性行爲をなす人は時々見られるのである。それは殊に正常な性慾満足の全く不可能な戰場、船中又は刑務所内で多い。その反對に、第一七五條に該當する様な性行爲を犯すに至らない同性親交症者即、變態性慾者が多數に存在する。變態的な性慾傾向の所持者であつて、而も精神的に高潔な人が、その強烈な異常衝動に對して英雄的とも云ふべき苦闘を以て制慾してゐる事もあつた。吾々は同性親交症に對しての無同情な態度を寛和しなくてはならぬのではな

いか。次に又、同性愛傾向が生來性な内分泌異常に基づくものか、或は又小兒時代の環境習慣上獲得されたものであるかと云ふ根本問題は未だ解明されてゐない。併し、この根本問題の解決は、變態性慾の道徳的評價や治療には大いなる意味があらうが、同性愛行爲の可罰性如何の檢討には無關係なことがある。即ち若し、同性愛が生來性であるとしても（余はかゝる確信を持ち得ないものであるが）、それだからと云つて同性愛行爲が是認されてよい譯でもあるまい。抑々性慾方向の異常は一つの徴候に過ぎないのであつて、他の症狀と比較對照して初めてその性慾異常の本態が分明するのである。

そこで余は、結論として次の様に考へる。著明な同性親交症者の同性間性行爲はそれが先天性たると後天性たるを問はず、正常な性慾者の犯した同性間性行爲の場合よりは寛大な判決を受けるべきである。又同性間性行爲が、他の重篤な疾患、例之、高度の精神薄弱とか、脳軟化症等の部分的徴候である場合には、勿論責任無能力の規定の適用を受けるべきである。

この第一七五條を廢すべきか否かについては、それは法律學上又は社會學上の問題である。醫學上には、第一七五條が同性愛の増加を防ぐべく何等の効果も示さぬものたる限り、積極的に第一七五條を支持することは出来ぬが、廢せねばならぬと云ふ根據もないと云ふ所である。

次に、同性愛傾向が後天的に發生し得るとの見解を抱く人は（余もその一人であるが）、成長期の少年は徹底的に同性親交症者の誘惑から保護されねばならぬとの結論に到達する。少くとも性慾方向が固定する年齢期迄は保護を要するものと思はれる。Klein は二十一歳迄はかゝる意味の保護が必要であるとし、次の條文を提唱した。

第二九七條。次ノ如キ行爲ヲ犯セシ者ハ、六ヶ月以下ノ輕懲役ヲ以テ罰セラルベシ。

- 一、他ノ男子ヲ服務上ノ隸屬的關係ヲ利用シ、強制的ニ姦行ノ對象ニ使用シタル男子、
 - 二、職業的ニ他ノ男子ト姦行ヲ行ヒ、若シクハカ、ル姦行ニ奉仕スル男子、
 - 三、二十一歳以上ノ男子ニシテ、未成年ノ男子ヲ誘惑シ姦行ヲ受クルニ至ラシメタル者。
- 第一及ビ第三項ニ該當スル者ニシテ特ニ重篤ナル場合ハ、五年以下ノ重懲役ヲ科ス。

次に凌辱及小兒との姦行に就いては、

第一七六條、次ノ者ハ一〇年以下ノ重懲役ニ處ス。

- 一、
 - 二、無意志又ハ無意識ノ状態ニアル女子若ハ精神病者ニシテ配偶者ナラザル女子ヲ姦シタル者、
 - 三、十四歳以下ノ小兒ニ對シテ猥褻行爲又ハ性交ヲ行ヒ、若シクハソレニ合意スベク誘惑セル者、
- 減刑事情存スルトキハ六月以上ノ輕懲役ニ處ス。

第一七六條第三項に於て立法者は小兒の性的貞操を保護してゐる。實に、小兒の無知は容易に誘惑を受けしめる。老人はその精神的の耗弱によつて脱線行爲をなすのであるが、かゝる時好んで小兒を犯す。一方、小兒も亦、性に目覺めて嵐の如くそれが満足を求め、それは同年輩者に向けられるのみならず、年長者に對しても衝動を感じる。この思春期に向へる小兒の強い衝動が、老人の姦行に動機を興へる場合は案外多いと思ふ。かゝる時には責任が何れにあるか、直に判定し難いのである。

かゝる性行爲が個人的並びに社會的にどんな結果を齎すものであるかは、小兒の理性を以て認識出來ない。成人に於てすら、性行爲の結果を考へて自制することが不可能な場合があり得るのである。獨逸刑法は他のイタリ、スイス、ギリシヤ等の草案に見ると同じく、抵抗不能者 *Verloren* に對して行はれた猥褻行爲 *unzüchtige Handlung* は罰せず、唯性交 *ausserhehlicher Beischlaf* だけを罰してゐる。之は全く不徹底で、犯行が性交であるか單なる猥褻なる接觸であるかにより區別するの

は根拠のない話だと思へる。まして、第一七六條の第一及び第三項では明らかに猥褻行為につき規定し、第二項では之を缺くのは不可解である。

又、第一七六條第二項にある「精神病者」の概念は、最も廣義に解すべきもので、熱性譫妄 *Delirium* の如きも之に加へるべきである。即ち原因とか経過とかを顧慮せずに、すべての精神障礙を包含するべきである。

扱、一方、病者の示す一定程度の悟性 *Besonnenheit* とか、合意 *Einverständnis* とかは、かゝる犯行の可罰性を動かし得ないものである。かゝる立脚點に立つた一判例があるが、それでは「精神病患者はその性交が徳義に反するか否かを辨別し得ない」と云ふ點が主張されてゐる。この辨別とは、該性交が許されたるものか否かの辨別ではなく、合意すべきか否かの判断を病的動機に左右されることなく行ひ得る能力の意である。實際、ある種の精神病、殊に輕躁病では感情が亢揚し、無制止となり、屢々性的惑溺に陥り、時に無恥極まる性交を挑むことがある。かゝる病者の合意があつたからと云つて、罰を免ずることが出来ぬのは當然であらう。

併し一方に於て、斯る姦行の對象となり易いものとしては精神薄弱と躁病患者が最も多い。而もこの兩者は素人にはその病者なることが認め難い場合が多い。それはこの様な性的行為が一過的なものであるが爲のみならず、斯る精神病の性質にもよるのである。猥褻行為をなしたものが、その相手が病者であることを全く認知出来なかつた場合に於ても六ヶ月以上の刑を科すのは當を得たことではな

いであらう。されば *Leipzig* 註釋書では、「相手女子の精神状態に付ての姦行者の意識、悪意の存否は、全く内的なものである *zum inneren Tatbestand gehört*」との勁句で、此の問題を片付けてゐる。

余の経験によるに、裁判所はかゝる告訴を却下するためには、姦行者が相手の精神障礙について何も知らなかつたと云ふ點を顧慮する。そして、第五九條を引用するのである。「第五九條。犯行ニ際シ、法ニ抵觸シ、又ハ刑ヲ加重サルベキ事情ノ存在ヲ知ラザリシ時ハ罰セズ」。

この見地は全く至當であると思ふ。吾々は確に病者を保護せねばならぬが、相手が病者なることを知らずに、合意されたものと考へた行動者に責任を負はすことは不當である。

精神病醫は屢々姦行者が相手たる病者の精神状態を認知し得なかつたか否かの判定を依頼されるが、之は多くの場合左程困難でない。裁判所は唯公認された精神病患者との性行為のみを罰する慣はしであるから、病者と健者との中間状態にある様な例はこの問題の俎上に上る様な事はない。この様な専門家にとつても病者とすべきか否かが懸念される様な場合は、姦行者には認知され得なかつたものと認めて差支ないであらう。

Cramer 等は姦行者が相手の精神状態を病的と認めるべきであり、又當然認めてゐた筈であると思ふ様な場合の可能性もあるだらうとの見解を述べてゐるが、自分はそんな穿つた判断は直に認めてもよいものと思はない。可成り教育のある人でも、相當著しい精神病に氣付かぬことがあるのである。素人診断の可能な限界は全く狭いものであるとしなければならぬ。性的邪道に踏込んだ時の精神状態

を理解することが如何に困難であるかは *Staudinger* の刑法註釋に於てよく示されてゐる。即ち第一七六條第二項の註釋に於て、「行動者は相手女子の精神状態を認し知てゐた場合か、或はそれを認知しない迄も、その責任能力に對しては疑を持つてゐた場合でなくてはならぬ」と述べてゐる。かくの如くかゝる有名な註釋に於てすら、第一七六條の意味に於ける精神病と責任能力の概念を混淆してゐるのであるから、一般素人の精神状態に關する理解が如何に低いかは推して知り得るであらう。

總べての是等の難點を除くためにはスウイスの刑法草案にある如く、「相手女子ノ精神状態ヲ知り乍ラ」なる語句を補足するのが合理的ではないかと思ふ。

第一七六條の無意志 *Willenlosigkeit* 及び無意識 *Bewusstlosigkeit* の概念も未だ充分明らかでない。

この二つの表現は互に明瞭に區別されるものではないが、その意義は、第一七六條の目的を考ふるとき、簡単に導き出すことが出来る。第一七六條第一項では、目的達成のために暴力や威喝を用ふる者が取扱はれ、第二項では精神異常のために、自己の性的貞操を侵さんとするものに對し防禦の能力の無きもの、第三項では同じく小兒が保護される。かく觀する時、無意志及び無意識なる語句は、自己防衛が必要であるに關らずそれをなし得ない状態を包括してゐるのである。

成人女子が、暴力恐喝を受けた場合又は精神病者である場合以外に於て、性交を拒否し得ない時とは如何なる場合を云ふのであらうか。イタリヤ刑法では、「精神的又ハ身體的疾患ノタメニ抵抗ガ出来ナイ時」と明言してゐる。同じ一九二七年草案では「精神薄弱 *Geistesschwäche* ソノ他ノ理由ニヨリ

抵抗不能ナル状態」としてゐる。この様な抵抗不能な状態は事實上存在する。それ故に、無意志とは「抵抗せんとする意志を作用せしめ得ない状態」と解せねばならぬ。法律家側では、身體的麻痺や全く衰憊した状態は無意志の中に加へてゐるが、無防備状態 *Unvorsichtigkeit* (例へば捕縛されてゐる時) は意志を表示し得る限り無意志ではないとしてゐる。併し、かゝる無防備状態をも保護すべきは明らかである。何となれば、叫號して抵抗の意志を表示するだけでは不充分であるからである。オーストリヤ刑法ではこの無防備状態を明らかに保護してゐる。

Becker の無意志状態の解釋は認容し難いものである。彼は無意志とは「精神病によつて惹起された精神作用の病的障礙であつて、性行為に關しての自由意思決定が不能な状態」であるとした。そして「無意識状態とは精神病によらずして招來された自由意思決定の全く不能な状態」とした。*Becker* のこの見解は史的檢討の上に樹立されたものではあるが妥當を缺くものである。余はこの二つの語句に次の様な解釋を與へ度い。「精神病と迄は稱し難い身體的及精神的状態によつて抵抗が不可能なる女子は無意志である。若し、抵抗不可能が意識状態に因由するときは第一七六條第二項の意味に於ける無意識である」。茲には、身體的抵抗不能に言及する要を認めない。何となれば、身體的麻痺のある女子との性交は第一七六條第二項に則り判決すべきか否かは裁判官に委ねるべきであるからである。

上述の *Becker* の概念に従ふと困惑する場合が多い。即ち、例へば睡眠、疲勞、酩酊等は病的な器質的な障礙でない限り、彼に従へば、無意識に列し得ないと云ふ矛盾を生ずる。自然的睡眠中の女子

が姦せられた時には、當然氣絶とか癲癇後の睡眠中に於けるものと同様に、法律上の保護を受けるべきである。睡眠中の女子が姦せられ得るか否かの問題は以前可成り議論された。かゝる可能性は大きくはないが、全くないとは言へない。殊に過勞後の深い睡眠に落ちてゐる時などは危険であらう。併し Ditrich の云ふ如く、睡眠中の處女姦は不可能であると思ふ。Hoffmann は睡眠中に處女膜を破られたが覺醒して抵抗した例を報告してゐる。この場合には被害者が可成り飲酒してゐたし、その他の條件からも缺點がある。Valentin の言「閉目した人が總べて眠つてゐるのではない」などもかゝる場合想起されることであり、判断は充分慎重を要する所である。氣絶、麻酔、酩酊等の状態に行はれた姦行を罰する場合には常に慎重な態度が必要で、確實な舉證は多くは困難であり、鑑定人は「不明である」と述べるより他仕方がない場合がある。

最も判断の困難なのは、催眠状態 Hypnose と酩酊状態 Trunkenheit である。Lilienthal はその著書「催眠と犯罪」中に、無意識に相當する深い催眠状態と、無意志により多く該當する催眠術による夢遊状態 Somnambulismus とを區別してゐるが、かゝる區別は何の役にも立たぬし、又兩者に根本的な差違はないのであるから、夢遊症を特に區別するのは正しくない。

余は犯罪的暗示を論じた際に、暗示に於ても批判力とか抵抗力とかが決して全く失はれてゐるものでないことを指摘して置いた。併し吾々は、積極的行爲と受動的な忍耐とは自ら異なるものなることを顧慮しなくてはならぬ。例へば、暗示者に對し、心中戀慕を感じてゐる女だつたら、別に催眠状態

におかれなくても性的行爲を甘受する様な心境に至らせる事が出来るであらう。催眠状態に於ては、單に犯罪的暗示に對する抵抗が減退するだけで、全く消失するものではない。併し、催眠状態に於ける姦行は矢張り可能ではある。幸にかゝる危険は大きくはない。之迄に報告された例は極少數で而も何れも可成り疑はしいものである。

催眠中の性的犯罪を判断することを困難ならしめる主なる理由は二つある。その一は催眠時暗示と覺醒暗示との境界が移行的で、明劃な區切りをつけ得ないことである。經驗上、治療の目的で催眠術を受けた女は、多くは施術者に甚だしく傾倒するのであつて、それには屢々性的な感情が混じてゐる。殊にヒステリー性な、又は變質的な素質のある婦人に於ては、その熱情的な崇拜歸依に陥り易い性格のために、施術者に傾倒することが多く、かゝる婦人は催眠状態ならずとも容易に不徳漢の好餌となり得るものである。かゝる場合には既に覺醒時に抵抗力が攪亂されてゐるのであつて、催眠によつて抵抗力を全く失はせる程の必要は既でない譯である。さればかゝる場合に於ける合意にどれだけ催眠術が與つてゐるかと思ふ判断は殆ど不可能である。

次に、第二の難點はより一層重大である。それは意識的に或は無意識的に行はれる虚偽の告訴である。意志的な虚偽の告訴に對しては醫者は何等の確實な判断を下し得ない。催眠とか麻痺とか意識喪失状態が存してゐた事を證明しても、告訴の内容が信據され易くなるだけの事で、眞の判断は益々不能になるのである。婦人の催眠術は信用のある第三者の立合の下にのみ行ふ様にすればよいのであ

るが、それでは第三者の影響のために催眠術が不成功に終る。即ち被催眠者は全く捉はれない自由な心境にあることが必要で、それで行くは催眠治療の目的が達せられないのである。冤罪は多くは疑はしい人格者によつて告訴されるもので、裁判官は告訴者の経歴とか環境を考慮し、その告訴内容の眞實性に不審を抱くのである。以前考へられた様に、催眠中に性慾の亢進が起るか否かは疑問である。併し、何等かかゝる性的感覚が後に至り變形して意識内容に現れ來たる可能性は考慮に入れておかねばなるまい。かゝる場合、自己暗示性のために、不透明な觀念が明瞭化し、遂にそれを信じ切つて告訴するに至る様なこともなきにしもあらずである。

催眠時の記憶の性質は區々である。暗示者の命令で記憶を消失せしめる事は可能ではあらうが、常に確實には行くまい。又暗示された内容を忘失しても、多少の断片的記憶が残存して、それを素材として空想的に虚構な經驗を創作する様な場合もあり得るであらう。事實催眠中に性的興奮があつたならば、それを想起してその他の殘餘記憶と結合させ、凌辱されたと云ふ確固たる觀念を築き上げる事は容易であらう。それ故凌辱されたと云ふ確信があるために、告訴に際しても極めて自然的な憤激の感情を示し、その訴へる事柄が如何にも信據すべきことに見え、そして告訴者の人格にも惟しむべき點がない様な時には、判決が甚だ難しい。斯る時は性的凌辱の事實が無根であると云ふことが證明され得た時（極く稀であるが）の他は、唯信賴すべき證人の申告を俟つて冤罪を免れ得るのみである。

麻酔の場合にも全く同様である。手術に際し行はれるクロ、ホルム、エーテル、笑氣等の麻酔は姦

行を誘發し易い。數時間に亙つて無痛で手術をなし得る程の麻酔は、確に深いもので處女姦をも敢行するに足り、又被害者には何等の記憶も残らぬものである。それ故に、かゝる告訴があつた場合、被害者自身の訴だけによるものならば、その信據性は甚だ少いであらう。又、覺醒後のある感覚から忘想的曲解をしたり、半覺時の錯覺から虚妄な告訴をなすに至ることもあり、若干の實例もある。

時々、單獨旅行中の婦人が、汽車や自動車の中で襲はれ麻酔を掛けられて強姦されたと云ふ報道があるが、併し、抵抗の不可能な程急速に作用する麻酔薬は現在存在しない。魔法的に速座に眠らせたと云ふ様な物語りは固より無意味極まる事である。

勿論、睡眠中の婦人に麻酔を施す可能性はある。併し、それも容易ではなく、慎重さと、専門的知識によつて初めて出来る。Delbois は二九人の睡眠者の中十人にクロ、ホルム麻酔を施し得たが、他は皆覺醒した。兎に角凌辱の目的で麻酔し得ることは拒否出来ない。併し、かゝる例は一例も知られてゐない。若しかゝる事件があつたなら、第一七七條に従つて判決されるべきであらう。

第一七七條。女子ヲ性交ノ目的ヲ以テ、無意志又ハ無意識ノ状態ニ陥レ、不法ナル性交ヲ行ヒタルモノハ、重懲役ニ處ス。

併し、かゝる例が一例もなかつたので、新草案の起草者はこの法規を削除した。

他の麻酔薬クロラル、モルヒネ等もクロ、ホルムと同様、性交可能な程度の深い無意識状態を惹起し得るのであるが、その實例は未だない。笑氣は麻酔持續時間が短いから適しない。それに、短い

麻酔の間に活潑な幻想が浮び、記憶錯誤を招来し易い。一度少女が笑氣麻酔で強姦されたと云ふ事件があつて、それは夢幻状態に於ける記憶錯誤に歸せられたのであるが、余はその機會に、多くの笑氣麻酔を受けた人に麻酔中の記録を書かして見たが、その結果性的な記憶は全くなかつた。だから笑氣で強姦されることも全くない譯ではないだらうか、極めて可能性の少ないものとしなくてはならぬ。

他に最も悲惨な影響を多くの人に及ぶ重大な麻酔、即ち酒精がある。酒精が性生活に密接な關係のあることは衆知の事實で、酩酊は男子のみならず、女子でも容易に性的誘惑に陥らしめるものである。高度の酩酊は無意識又は無意識の状態に相當し、その間に行はれた性交は當然第一七六條第二項に該當する犯罪となるべきものである。

酒精を不法な性行爲をなす目的で女子に飲用せしめる場合の判断は稍複雑である。斯る場合一方には、酒精の作用は一般に知られてゐるのであるから、誘はれる儘に飲むことは既に性交に合意する下心があると認められ得ることを考へねばならぬ。他方飲酒すると速座に、道德的社會的な考量の重點が失はれて來る事も考慮すべきで、飲酒しない時には突破出來ない事でも、一寸飲んだ時には無制止となつて行ひ得る。オーストリー、イタリーの刑法では酩酊させられた女子との性交は大體に於て罰し得ないことになつてゐる。オーストリーでは「奸計的な麻酔」の時のみ、イタリーでは「詭略」的な麻酔の時のみ求刑し得る。成人は飲酒の結果につき考量し得るのであるから、多くの場合に於て奸計とか詭略によつて飲酒せしめられたと認める譯に行かない。舊獨逸刑法第一七七條の精神も、奸

計的に酩酊せしめたものみに適用すべきである。新草案には既述の如く之に關する規定はない。

次に他の無意識状態、例へば癲癇性朦朧状態 *epileptischer Dämmerzustand* とか氣絶 *Omnacht* とかについては特に述べる必要はないであらう。是等の状態中に行はれた事件については、鑑定人は證人の周到なる報告とか、嚙舌等の身體傷害、既往歴等から大體正しい判断をなし得るのであつて、疑念を生ずる時は稀である。無意識とか無意志とかが口實にされる様な時には、裁判官や鑑定人は充分に慎重でなくてはならぬ。性犯罪に關しては一般に完全な公正を期し難い。即ち利害關係の爲とか、淫奔の罪（殊に妊娠した様な場合に）を轉嫁したり祕す爲に、或は恐喝詐取の目的から、告訴をなす場合がある。かく考へる時、性犯罪の鑑定に如何に細心を要するかを銘せられるのである。

若干の刑法、例へばイタリー、ハンガリー等のそれでは、性犯罪は告訴に際してのみ求刑されることになつてゐる。従つて、精神病者では、告訴しようとする時には先づ後見人が任命されねばならぬ。かゝる重大な犯罪にこの様な制限があるのは合理的でないと思ふ。だから獨逸では一八七六年二月二六日の法律改正で申告罪とする規定は廢されたのである。

尙 *Kali* の性犯罪に關する提案は次の如くである。

第二八四條。無意識、精神病、精神薄弱、又ハ其ノ他ノ原因ニヨリ抵抗不可能ナル婦女ニ對シ、不法ナル猥褻行爲ヲ犯シタルモノハ、三ヶ月以上ノ輕懲役ニ處ス、未遂モ亦之ヲ罰ス。

第二八五條。無意識、精神病、精神薄弱、又ハ其ノ他ノ原因ニヨリ、抵抗不可能ナル婦女ニ對シ、

不法ナル性交ヲナシタルモノハ、十年以下ノ重懲役ニ處ス。

第二八七條。第二八二——二八六條ニ該當スル犯行ガ、被害者ニ重篤ナル身體的傷害又ハ性病感染ヲ招來セル時ハ、三年以上ノ重懲役ニ處シ、被害者ヲ死ニ至ラシメタル時ハ、三年以上又ハ終身ノ重懲役ニ處ス。

第十二章 癱疾及精神病に陥れる場合

精神病概念ニトリテ持續性ト治癒可能性ハ不要——精神病ノ原因——適應結果——因果的聯關——癱疾

第二二四條。身體的傷害ノ結果、被害者ガ（重要ナ肢節、一側又ハ兩側ノ視力、聽力、言語、又ハ）生殖能力ヲ喪失或ハ持續的ニソレガ高度ノ障礙ヲ生ジタルトキ、癱疾（麻痺）又ハ精神病ニ陥リタルトキハ、五年以下ノ重懲役又ハ一年以上ノ輕懲役ニ處ス。

第二二五條。上述ノ如キ結果ガ企圖サレタルモノナルトキハ、二年乃至十年ノ重懲役ニ處ス。

第二二八條。減輕事情アルトキハ、第二二五條（及ビ第二二七條第二項）ノ場合ニ於テハ一月以上ノ輕懲役ニ處ス。

第二二四及ビ第二二五條の場合を重き身體傷害と稱する。實に持續的な不具、癱疾 *Wahltaum* 及び精神病に陥つた場合程悲惨なことはない。殊に精神病は氣の毒で、寧ろ死の方が増しと考へられる場合もある位である。扱、然らば、「精神病に陥れる場合」とはどんな事を云ふのであるか。大審院判例で

は、一過性の精神障礙、意識喪失、氣絶、朦朧状態、並びに驚愕反應は明らかにそれから除外されてゐる。併し、必ずしも不治な精神病であることを要しない。唯長期の経過を示すものたる事が條件なのである。

オーストリアの刑法では、單なる精神錯亂と治癒の見込みなき精神錯亂とを區別してゐるが、かゝる區別は精神病醫には甚だ困難なことである。この「治癒の見込みなき精神病」の場合には、最も輕くて五年の重懲役となるのであるから、非常に慎重な診斷を要し、實際問題として精神病醫を困惑させる。即ち重い精神病に見えても數年後に輕快治癒するものもあるし、又、所謂外傷性癱呆の様に外傷後一定期間を経た後に生ずる精神病もあるのであるから、判決は外傷後短時日の中に下されるのが通例であるが、かゝる早期に精神症狀の豫後を正確に診斷することは、最も經驗を積んだ精神病醫にも不可能であらう。

どんな精神障礙でも重大なもので、それを惹起せしめた者は嚴酷な法規で處斷されるべきである。尤も、それにはその精神障礙が外傷に因るものであることが精神病醫の立場から充分に證明されなくてはならぬ。茲に根本的な難題がある。精神障礙の眞因と云ふものは未だ殆ど明らかになされてゐない。中酒性精神病に於てすら、それが酒精濫用で生ずることが知られてゐるだけで、何故にある者は妄想を呈し、他の者は全く別様な中酒性精神病又は酒性癲癇を呈したりするかについては全く明らかでない。又高度の頭蓋外傷を受けた者の中で後に精神病を發するものは極めて少數であるが、そんな

場合に外傷がどの程度までその精神病の原因として承認出来るかについては大いに考察を要するのである。

精神病醫が患者やその家族の供述に盲從して診断を下してよいものならば事は簡單であらう。家族は常に身體疾患、心勞、失戀等を原因として申述べるのであるが、吾々はこの様な自供的原因に就いては慎重な判断を下さなくてはならぬ。併し又、屢々家族の述べる既往歴から外傷前に既に現在の精神病の前兆が存してゐた事を知ることもある。その場合には勿論現在の精神病と外傷との因果關係は否定すべきである。次に、通例は自發的に起るが、時には外傷に誘發されることもある精神病、例之、躁鬱病が外傷に繼發した場合には、前述第二二四條に關する判断は不可能である。吾々はかかる場合の外傷を因果的連鎖の一節と見ることは出来るが、決定的な原因とはなし得ない。

次に癲癇とヒステリーに就いては特述の必要がある。癲癇が單なる癲癇發作のみを症狀とするときは、第二二四條の意味の癱瘓と見ることが出来る。同様にヒステリーも外的に著明な現象、例之、麻痺症狀の様なものだけから見れば「癱瘓」の概念に一致するものである。併し乍らこの「癱瘓」と「精神病」との境界は漸次移行的であつて、唯精神病が優位を示し前景に立つてゐるときには「精神病」に屬せしめるべきであらう。尤も、この様なことは當面の難問題（外傷と精神症狀との因果問題）にとつては寧ろ末梢的なことである。兎も角頭部外傷後に癲癇が繼發し、又人格が全く變化して完全な癡呆に陥り得ることは、否定し難い臨牀的事實である。併し、それと共に、外傷者の一小部分にの

みその様な重篤症狀が來ると云ふことも亦否定が出来ない。

外傷性ヒステリーに於ては更に因果關係の判断が困難である。これは外傷の程度に無關係である。既に一寸した虐待で治癒し難いヒステリー症狀を呈することがある。又驚愕、親族の死亡、落膽、名譽心の毀損、不意の歡喜の様な精神的衝擊が著明な精神症狀を惹起することがある。この様な場合、若し偶然に身體的外傷が發病動機を興へたとしても、それを第二二四條の意味に於ける外傷の結果と解し得るか否かは疑問なのである。

吾々はそれがなかつたらそんな變化は起らないと云ふ事象を條件と呼んでゐる。この様な條件群、換言すれば因果的連鎖の各節を第二二四條の意味の原因と斷定することが出来ないことを示すために一例を舉げて見よう。

「十二歳の小兒が教師から虐待された。その虐待と云ふのは耳を捻り頭を軽く打つ程度のもので重大な結果を招來する様な性質のものではない。醫者はその小兒の呈したヒステリー様症狀を腦炎と誤診し、生命が危ないと宣告した。兩親も重病で不治だと考へた。然るに、吾々がその小兒の診療を受けた結果、溺愛的で教師に惡意を抱いてゐる兩親の暗示的作用からその小兒を隔離したら、凡べての症狀は消失してしまつた。」

扱、この小兒を兩親に委ね切りにしておいたならば、虐待で重症な不治のヒステリーが起つたと云ふことになるのであらうが、實は教師の虐待は發病を誘起したに過ぎないのであつて、症狀の永續と

か不治とかはその小兒の素質と両親や醫師の誤つた處置に歸せらるべきである。吾々は醫者としての立場からこの様な原因結果の判断に迄手を伸ばして行くことは實に不可能である。併し、勿論、因果的連鎖は常にその一節をも缺き得ない程密接な結合關係に立つてゐる。だから、大審院で刑法上の實際問題を手掌してゐる *Buris* は、「一定事象の發現に少しでも人爲が關與せば、その人爲は原因と見るべきである。」と論じてゐる。併し乍ら、この *Buris* の見解は所謂結果執着である。この結果執着を過度に敷箋すると、裁判上不愉快な結果を招くことは確である。これは萬國犯罪學會で再度論争の題材となつた問題である。

吾々は *Frank* の見解に一致して、「ある行爲がその招來した結果のために處罰されるべきは、その結果が該行爲と定型的因果關係に立てる場合に限る。」と斷じ得るのであるが、然らば一體「何が定型的因果關係なのか」と云ふ新しい問題に突當たる。

Krieg の所謂適應結果 *adäquate Folge* と云ふ考へ方は、この問題の判断に必要な準據を與へるものである。偶然な、前述の例に於ける様な全く別個の事情に支配されてゐる外傷の結果を、その加傷者の責任に歸するのは正義感を害するものである。前述例の様に、總べての條件が不幸にも合流してゐて、虐待と云ふことが單に偶然的誘發を來したに過ぎぬ様な場合ではなく、外傷と精神病とが定型的な一般に了解出来る様な關係にある時に初めて、吾々は適應結果として考へることが出來、第二二四條を適用し得るであらう。

吾々はこの様な結果執着に反對の見地に従ふべきである。物事の決定を困難ならしめる様な點が、時に一面に於て決定を容易ならしめる。吾々の問題に於ても、精神病の原因に關する知識の不足と云ふ事が、却つて判断を慎重ならしめるのである。稀には確に外傷を原因として認めるべき精神病があるが、そんな時でも遺傳的素因、年齢、酒精濫用、微毒等の他の病因的條件の共同的影響が存することについても裁判官の留意を促がしおくことは、吾々の臨牀經驗上から至當であると思ふ。

外傷と精神病との因果關係に關する上述の様な懸念は、癱疾の場合にもある。癱疾と云ふ語句は醫學的なものではないが、通例、罹患者が職務や作業を遂行することが不能となり、保護されねばならぬ程の困窮状態に陥つた場合を云ふ。すると、慢性疾患は癱疾と解すべきことになるが、必ずしも不治の疾患であるを要しない。

高等法院の醫學的事項に關する科學委員は嘗てオーストリアの「永續的 *immerwährend* 癱疾」に對して「持續的 *anhaltend* 癱疾」なる稱呼を提唱したが、刑法起草委員は之に賛しなかつた。それは癱疾と云ふ語句の中に既に長い經過が意味されてゐるのであるから、永續とか持續とかの語を附加するのは徒らに解釋上の動搖を招來するものだと理由からである。後に至つて該委員會は、癱疾なる概念の中にはある程度まで不治と云ふことが抱含されるとの見地に從つた。ある大審院判例では、慢性の罹患状態で、七ヶ月經過後に於ても未だ治癒し得るや否や、又治癒するとしても何時になれば治癒するかの見込みの立たぬ例を癱疾と宣告してゐる。癱疾の概念の中には、病的機轉の進行が終熄して

ゐなくてはならぬとか、病的機轉の作用が一時的でなければならぬとかの事は含まれてゐない。要は、罹患者が全有機的機能を高度に侵されて、身體的能力の減退と衰廢を來してゐることである。

上記の解釋で癡疾を充分理解出来るが、癡疾院の收容者を見ればどんな疾患が癡疾を招來するかが一層よく分る。それ等の收容者の疾患には、殆ど常に精神病がある。而も、主として、特殊な精神病學的治療を要しないけれども自由生活又は家族生活をなすには餘りに衰廢して獨立不能なものである。扱、茲に、第二二四條で「精神病」が特記され、それによつて精神的癡疾を認めてゐるのは、一見、過剰な事の様にも思へるのであるが、併し、自分は Schulke と共に、精神的障礙が主景に立つてゐる場合にでもそれを癡疾と呼ぶのは實地上に妥當だと思ふ。かゝる精神的な癡疾としては、重症ヒステリー、癲癇、外傷性精神病等によるものが考へられるのである。大審院も、「身體的のみならず精神的な癡疾がある、而もそれは必ずしも精神病であるを要しない」と言明してゐる。

次に癡疾の判斷に際しては、少からず個人的境遇が關與する。と云ふのは、例へば作業能力の障礙は、貧者に際して特に高度な痛撃を與へる。だから、癡疾の判斷に作業能力を尺度とすることが妥當なるや否やは頗る疑問である。

一七二七年政府草案及び Kall の提案では重篤な身體傷害に關し、次の様に起草してゐる。

重篤なる身體傷害。

第二六〇條。受傷者ガ身體的精神的ニ高度ナ障礙ヲ受ケ、即チ特ニ（高度ナ外傷ヲ受ケシタメニ

永久的ナル著シキ不具ニナリ）、身體、感覺器官、精神能力、作業能力ノ使用ガ永久ニ又ハ長期ニ互リテ高度ニ障礙サレ、或ハ重篤ナル長期ノ疾患ニ陥レル時ハ、ソレニ對スル刑ハ五年以下ノ重懲役トス。

受傷者ガ死亡セルトキハ、十年以下ノ重懲役トス。

之を見ると、作業能力の減退のみならず、あらゆる健康上の障礙が、「重篤な身體傷害」として規定されてゐるのである。

次に、軽度の身體外傷に對する最重刑は第二五九條に於て重懲役三年に上昇した。然るに第二六〇條では重篤な身體外傷の最輕刑は一年の重懲役である。即ち外傷が軽度であつても殘酷な場合には、重篤外傷に於けるよりも酷刑を科し得る様になつてゐるのである。

第十三章 精神病醫の責任

病者の保護——保安法規——隔離——豫審囚人——精神病犯罪者 Geistesranke Verbrecher——運動の自由——解放——禁治産

精神病者を精神病院に收容した時その病院長は、病者に對してのみならず、社會に對して責任を負はねばならぬ。それは自明なことであるが實地上にはしかく簡單でない。

有名な佛國の精神病醫 Pinel は一七九三年議會の意志に反して、勇敢にも Paris のサルペトリー

病院の精神病者の鐵鎖を解いて、精神病者看護上の大變革の端緒を切つたのである。過去數世紀間の牢屋や癲狂院は治療保護院に變つた。監禁と強縛の代りに開放治療が始つた。現今の精神病院で勤勉に田畑の耕作に従事してゐる病者の群を見る時は、誰しも、過去の恐怖すべき精神病院風景を想起しながら、文化進展の大きな意義を認めざるを得ないであらう。併し、それと共に、精神病者の個人的自由は社會公安上の危険を伴つてゐる點に懸念を感ずるのである。

吾々は精神病醫として、當然患者の自由を希望するが、多くの健者の保安を損ずる程度に解放することは出来ないであらう。實に、近時に至つて吾々が病者に與へてゐる自由に對して反駁の聲が起つてゐる。Kronfeld は一八九八年、「不當な拘束のみならず、社會を責任無き病者によつて危険に曝すことも取締るべし」と要求した。實際、農作に従事したり、錠前や家具工場で働いてゐる精神病者は常に武器を有してゐるので、周圍の人に對して危険があることは否定出来ない。この様な場合に精神病醫を告訴し得る法規は次の如くである。

第二三〇條。不注意ニヨリ他人ノ身體傷害ヲ惹起シタルモノハ罰金又ハ二年以下ノ輕懲役ニ處ス。職務上特ニ義務ツケラレタル注意ヲ怠リテ他人ノ身體傷害ヲ惹起シタル場合ナル時ハ三年ノ輕懲役ニ迄増刑スルコトヲ得。

第二二二條。不注意ニヨリテ人ノ死亡ヲ惹起シタルトキハ三年以下ノ輕懲役ニ處ス。ソレガ職務上義務ツケラレシ注意ヲ怠リタル場合ナルトキハ五年ノ輕懲役ニ迄増刑スルコトヲ得。

(新草案及び Kamin の提案では第二二二條は全部抹殺されてゐる)。

正に吾々精神病醫及び看護人には職務上の特殊の注意が義務づけられてゐる。それは新刑法草案でも改變を受けてゐない。

精神病醫が患者の危険性を知り乍らそれに必要な注意を忽にした場合に、その醫者を處刑すべきは誰しも否定し得ないことである。之は、病者自身に對して危険な病者の監視の場合でも同様である。

例へば、大審院判例で、自殺企圖のある患者に自殺されてしまつた二人の看護婦が、第二二二條の意味の怠慢であるとの判決を受けてゐる。又、精神病院長は、若し上述の様な危険に對する注意を看護人に命ずることを怠つてゐたならば、全責任を負はねばならぬ。

患者が殺人又は傷害をなした場合の告訴事件は多い。ローマの精神病院で、參觀に來た元老院議員が、訪問に刺戟されて興奮した患者に殺された例がある。この様な場合の裁判には、先づ、患者が暴行を豫期さす如き状態にあつたか否かを確定せねばならなかつたであらう。そしてかゝる状態にあつたとすれば、次に、果して充分に危険防止法が講ぜられてゐたか否かを確めねばならぬ。素人は、そんな時、強迫衣や堅固な革手袋等による強縛とか、堅牢な狂躁室に幽閉することが、最も合理的な危険防止法であると思ふのであらうが、實際は稍趣を異にする。と云ふのは、精神病院内の殺人事件は十年間に獨逸では僅かに一例、佛蘭西では十例もあるが、之は決して偶然な結果ではない。佛蘭西の殺人例では、狂躁室に押込められてゐた患者とか、強迫衣で縛られた患者とか、殆ど常に大事件を起

してゐる。だから自分は矢張り、觀察病室が最も人間的でもあり、危険防止上も最も確實ではないかと思ふ。そこでは晝夜を通じて監視が出来ると共に、寢臺治療も施行出来る。危険患者はこの病室に入れて注意をすれば、著しく危険な害禍を減じ得るだらう。異常に狂暴な患者は一時的に狂躁室 *Nalle* に隔離することは止むを得ぬが、通例、幽閉は患者の刺激性を増して、却つて危険を醸す點がある。併し他の方法で危険豫防が充分行はれない場合には、患者一個人を犠牲にし、社會全般人の安寧のために、幽閉を敢行するのは止むを得ぬ。

次に醫者が刑務所長の役目を兼ねるべき場合があるが、その時には一層困難な事態が発生する。それは即ち、豫審囚人が刑事訴訟法第八一條によつて精神状態診断の目的で精神病院に收容された場合である。このときには吾々は逃亡を防ぐ義務がある。大審院判決例によると、豫審囚人が逃亡した場合には精神病院看護人は刑務所の看視人と同様に處罰される。又、精神病院管理者は囚人を收容するからには、その囚人の保管に關する責任を拒否し得ないのである。

註 第一二一條。看視ヲ委ネラレタル囚人ヲ故意ニ脱走セシメ、或ハ脱走ヲ容易ナラシメタルモノハ三年以下ノ輕懲役ニ處ス。

脱走ガ怠慢ニヨリテ容易ナラシメラレタル時ハ、三月以下ノ輕懲役又ハ三〇〇まるく以下ノ科料ヲ科ス。

官吏ニ於テハ、怠慢ニ對シテ第七四七條第二項ニヨリテ六ヶ月ノ輕懲役ニ迄増刑スルコトヲ得。

それ故、若し吾々が豫審囚人に對しては看視の程度を通常よりも嚴にしないと怠慢の責を負はねばならぬ。

洵に、平靜な患者の病室とか、作業場等からは、一寸悟性のある患者ならば何時でも逃亡が出来るのであるから、豫審囚人は何時までも觀察病室に入れておくか、特に逃亡の巧な囚人は持續的に狂躁室に隔離しておかねばならぬのである。併しこの様な慘酷な處置が囚人の健康上極めて有害であることを特に認めねばならぬときには、看視の責を怠つても解放するのが正當とも思へる。だからかゝる場合に、裁判所が理解を持つて、吾々の責任を解いて呉れぬ限りは、該囚人を退院さして貰ふより他に方法はない。併し乍ら、精神病の疑ある囚人を收容してゐる限りは、囚人の健康を、健康な社會人の安寧より以上に重視することは出来ない。幸に、かゝる囚人の收容期間は最長六月迄となつてゐるから、吾々は比較的容易にかゝる囚人の監置を引受けてゐるのである。

更に、豫審囚人でなく、犯罪を犯した精神病者の場合には、醫學的見解と公安確保上の要求との間に一層の軋轢が生れる。扱、犯罪のある精神病者を、精神病犯罪者 *Geisteskrankke Verbrecher* (犯罪後精神病を發したる者) と犯罪精神病者 *verbrecherische Geisteskrankranken* (精神病者なるが故に犯罪に陥れる者) とに區別しようとする試は大體に於て不必要である。それは「精神病犯罪者」と思はれるものでも、實際は既に軽度の精神病を萌してゐたがためである場合が多いからである。尙又、犯罪に陥つた精神病者に特殊な處置を設定しようとするのは、その犯罪のためではなく、その危険性の故だからである。

新刑法は吾々の責任を一層重くした。即ち第四二條によつて、裁判所は責任無能力乃至限定責任能

力と認められたもので公安の危険あるもの、監置を命ずる様になつた。第三四六條に於て、「職務上（刑事手續又ハ）刑執行ニ參與シ、或ハ保安改善處遇ヲ司ドレル官吏ガ、故意ニ當該者ヲ法規ノ刑罰若シクハ處遇ヨリ逃レシメタルトキハ、五年以下ノ重懲役ニ處ス。

減輕事情存スルトキハ一ヶ月以上ノ輕懲役ニ處ス」とあり、更に第三四七條第三項には、「保安監置 Sicherungsverwahrung（又ハ勞役所 Arbeitshaus）ニ收容サレタル囚人ニ對シテモ同ジ」とある。即ち是を見ると、條文上では精神病院收容者にはこの法規の適用が規定されてゐない。併し新草案では第三四七條が精神病院の醫師や看護人にも適用される様になる可能性がある。そうなれば、精神病院當事者は第四二條に該當する患者の脱走を防ぐ事に専心せねばならぬことになるのである。

註 第三四七條。看視人ニシテ囚人ヲ故意ニ逃走セシメ、或ハ故意ニ逃走ヲ促シタルトキハ、五年以下ノ重懲役ニ處ス。減輕事情アルトキハ一ヶ月以上ノ輕懲役ニ處ス。怠慢ニヨリ逃走ヲ招來セルトキハ六ヶ月以下ノ輕懲役又ハ罰金ヲ科ス。

危険な人格者が犯罪社會に接近してゐればある程その監視が困難である。逃走の巧なものは、如何に注意しても逃走する事がある。この様な危険な病者が増加すると、それにのみ留意する結果他の病者が疎略にされる。それ故精神病犯罪者だけを收容する特殊の病院が設立されたけれども、それでも豫期の効果は擧がらなかつたのである。

註 余の公安に危険な精神病者に關する個人的見解は「獨逸及び外國の刑法の比較檢討總論第一卷」の「公安上危険なる精神病

者及び犯罪性常習飲酒者」の項、並びに余の著書「公安上危険なる精神病者に對する社會の保安」に述べてゐる。

少くとも獨逸に於ては、前科とか犯罪とかの有無に據らず、唯公安上の危険性を標準として選擇した特殊の病者のみを收容する特別病棟の設置の必要が益々認められて來るであらう。

扱、次に精神病患者、殊に興奮の去つた患者に於てどの程度に自由を許すべきかは、机上で決することは出来ない。それは日常の患者との接觸、治療の經驗から確定すべきである。日常病者との接觸から得た經驗によると、危険を來すのは運動の自由、作業又は危険な器具の使用ではなく、注意の不足、殊に醫者の怠慢である。醫者は、人間的過失は免れぬにしても、精神病患者の興奮を豫知して合目的な處置をとり得る専門的な知識を有つてゐるべきものである。併し乍ら、注意さへしておれば危険事件は絶対に生じないと云ふ程の完全な安全は望み得るものではない。時偶、精神病院内で不幸事件が起ると甚だ社會を衝動するのが例であるが、自由社會に於ては、時宜を得た患者の收容をしないために屢々不幸事件が生じて新聞紙上に報導されてゐるがそれは餘り問題にされない。併し、それだからと言つて、精神病醫が病院内の患者に注意を怠つてよいと云ふ理由は勿論ない。吾々は職務上、一般人よりはかゝる危険事件に對する修練を積んでゐるのであるから、一般人には許されてよいことでも吾々には責任を課されるべきであらう。

又、患者が退院したらもう醫者の責任はないと云ふことは出來ぬ。退院許可は最も重大な醫者の處置の一つである。病院内では看護が行届き、重症の患者に於てもその衝突を防ぐ事が出來るが、一度

退院してしまへば、患者はあらゆる障礙に曝される。例へば、家族の不適切な待遇、生活上の苦勞、看護上の缺陷等がある。又、特に警戒すべきは飲酒である。

精神病の中で、行動が粗暴で最も危険性を有するものは癲癇である。殊に精神的發作を主として示す癲癇は危険である。多くは朦朧状態とか興奮状態中に過失を犯す。癲癇は殆ど總べて入院すると直に輕快するのが例である。それは入院すれば飲酒を止めると云ふ點に歸すべき所が多いかも知れぬ。そして癲癇者はその特有な細心な世話好きで、勤勉に自發的に作業に従事する。そして數ヶ月發作が起らぬと退院を要求する。併し、退院すれば發作が再發し得ること、發作時には極めて危険な事を吾は經驗上よく知悉してゐる。然らば、吾々はかゝる場合に退院を許可してよいだらうか。

之は如何に退院許可の判斷が六ヶ敷いものであるかを示すもので、一般人は到底思ひ及ばぬ處である。癲癇以外の他の精神病患者についても同様の心配が拂はれねばならぬ。

吾々は患者やその家族が理性的で、又患者が經濟的に恵まれてゐればる程、懸念なく退院の許可が出来る。餘り危険でない患者は識見ある家庭に依託してもよいが、若し患者が勞働して生活して行かねばならぬと云ふ心勞に曝されねばならぬ時には、退院許可を躊躇せざるを得ないのである。

一般に吾々は、患者の退院後の環境が、その疾患に悪影響を及さない時にのみ退院許可をなし得る。それ故、その家庭状態、家族の看護能力、經濟力等の、患者の精神状態よりは屢々一層重大な意義のある環境的事項を細心に探知しなくてはならぬ。

或國では、患者やその家族の退院請求に對し許可すべきか否かにつきて官廳の裁斷を願ひ得る様な規定が設けてある。さうなれば醫者の刑法上の責任は減する譯である。併し、一方に於ては、危険患者を官廳の裁可を受けることを怠つて退院させた場合に若し事件が起れば、裁判所は第二三二、二三〇條(前述)に該當する醫者の怠慢に關する客觀的證據を明確に掴むことが出来ることになる。

警察から送致された患者の退院に際してはその所轄官廳の許可を要する處(例へばプロシヤ)では、かゝる患者の退院に就いて醫者は苦慮する必要はない。又新刑法の第四二條によつて治療保護院に送致された患者の退院は裁判所の判定による事になつてゐる。この様な制度は短所もあるが長所もある。患者自身の幸不幸と社會保安の目的とは互に相容れないのであつて、兩者を満足せしめる解決法は先づないとしなくてはならぬ。

各國に於ける公安上危険な精神病患者の取扱ひ、殊にその退院に就いての處斷方法を鳥瞰するに、一律でない。スウェーデンは最高醫學委員會が之を司どる。他の、醫者の獨立的處斷を許さぬ處では、監督官廳や裁判所が判定する。何れの方法にも、余の見る處では、缺點がある。そこで余はあらゆる危険精神病患者は禁治産にすべしと提唱するに至つたのである。それは、*Ordnung* の提唱と一致してゐる(*Ordnung* は禁治産の代りに監置を提議してゐる)。これについても、保安處遇の項で述べた様に、優生裁判所は公安上危険の疑ある精神病患者の裁斷をも受持つべきである。どんな處置が最も適宜であるかの決定については醫者よりは法家の方が適任である。兎に角危険な精神病患者を法律家側で處置する

ことは是非必要である。そうすれば精神病醫は大きな（時に耐へ難い）責任から解放される。それによつて、醫者としての立場が侵害されるなどの心配をする必要はない。刑法上精神病醫の解決すべき困難な問題は他に澤山残つてゐるのであるから。

第十四章 精神病者に外科的手術を加ふる場合に

就いての法律

外科的手術は身體加傷なり——何故手術は無罪か——職業上の權利——被手術者に對する國家の權利と義務——自發的希望——精神病者の身體保護に關する法律——召喚

醫者の外科的手術を許可すべき法律的根據は現在未だ充分に究明されてゐない。大審院判例に徴するに、「身體の不當な取扱ひ」なる語句を以て廣義な總べての物理的な身體器官の加傷が總括されてゐる。例へばそれに依つて、父の意志に反してその子供の骨結核に切斷手術を加へた醫者が判決を受けてゐる。又、第四 Zivilsenat は一九〇八年のある判例で、同じ様な見解を表明してゐる。

外科手術は（其の他の内服薬も刑法上同様に取扱はる）身體加傷であるから、本來は刑罰を受けねばならぬ。それは刑法第二二三條に「故意ニ他人ノ身體ニ傷害ヲ加ヘ、又ハ健康ヲ侵害スルモノハ、三年以下ノ輕懲役又ハ千まゝく以下ノ罰金ニ處ス」とあるからである。

併し乍ら、外科的手術やそれに類似の加療が處刑されない事は自明である。唯法律的にその無罪を基礎づけることが甚だ困難なのである。以前は、この無罪は職務上の權利の故と考へられてゐた。併し、上述の判例に於てはかゝる見解に反して、醫者に職權上適宜の處置をなすことが是認されてゐるのを示してゐる。

Oppenheim は、外科手術は慣習上の權利によつて無罪であると説明してゐる。此の見解も甚だ不充分だ。法律家から、刑法が存在してゐるのに慣習などに法律的價値はないと指摘されるに決つてゐる。

Dietrich は醫學的手術は重篤な障礙を豫防するものだから無罪なりと考へてゐる。正しい目的のためには手段を怖るべきでないのは當然だが、この Dietrich の考へ方を以てしては、例外的の場合の説明が充分に出來ない。Beling の、手術で全身の障礙を生じた場合には身體加傷とすべしとの見解によると、成功した手術のみが無罪で、不具を残す切斷手術や又手術後死亡した場合には醫者は處刑されねばならぬ。

Schmidt は手術の「必需性 Notwendigkeit」を以て、Jilenthal は「成就すべき目的 zu erreichende Zwecke」を以て、手術の無罪の根據を立てようとした。是等の説が出た頃、大審院の判例で、施術者の目的意志が否定されて、不注意な身體傷害と判決された例がある。それは被告たる産婆が單に産婦の苦痛が減ずるだらうとの考から、産婦の恥骨靱帯を切斷した例である。又、穿顱術、新手術の實

驗、試験的開腹術等は上記の見解から無罪とするのは無理だし、尙又 Lilienthal の説では患者の同意を必要前提条件としてゐるのであるから尙更無罪となし得ない場合が生ずる譯である。

この種の問題を實地に取扱ふ辯護人等は一般に、患者の同意と云ふ點に無罪の根據を求めてゐる。個人の希望が、その人の身體に自由に手術を加へることを許すべきものか否かは問題とされて來た所で、舊刑法の第一四二條では、かゝる場合でも兵役を免除するに至る程の障礙を残したときには有罪とすべく規定されてゐたのである。

若し希望さへあればどんな手術の施行でも可能ならば、産兒制限のために婦人の斷種手術をすることは自由となる。だから、多くの裁判所では夫れ程本人の希望に重きを措かない。控訴院の *Colle* は一判例に於て「被傷害者の希望によつて行はれた身體傷害が正當なるや否やは、個々の例に於て検討されるべきである。希望があり、且その身體傷害が公安上の影響を及ぼさぬ場合には無罪とすべきであらう」と述べてゐる。この尊敬すべき見解は、一九二七年草案の提唱に従つて、一九三三年五月二六日刑法第二二六條として實現したのである。「第二六四條。同意ニヨリテ身體傷害ヲ行ナフモノハ、假令同意アリト雖モソレガ良俗ニ反スルモノ Gegen die guten Sitten verstoht ナルトキハ、違法ナリ。」

次に、多くの學者（法律家及び醫學者）は手術を不當處置又は健康侵害と見るべきでないとし、外科的手術は治療目的上決して不良な不適切なものではないとする。茲に最終の目的と云ふことが手術の無罪根據として注目される。生きた胎兒を穿顱術で引出す事は、母の生命は救ふけれども胎兒は犠

牲となる。この様な場合に目的の良否の判定が曖昧になる。この場合は刑法第五四條規定たる「自己竝ビニ胎兒ノ生命ガ危険ナ場合ノ應急變置ハ無罪トス」の意味の應急處置とはならぬ。それだから、最近大審院では醫學的適應の下に醫者が施した墮胎を、超法律の應急處置と解して無罪としてゐるのである。そして、外觀上犯罪となる様な、即ち法律に抵觸する行爲が、正義と義務を守るためには唯一の道であると云ふ場合に、その行爲を罰すべきか否かの判断は、その正義や義務と當該法規との何れが價值高きかによつて決すべきであるとしてゐる。

此の様な解釋をして合目的な手術を無罪とせねばならぬと云ふのは、正しく如何に法律の條文が不確實不明瞭であるかを示すものである。宜しく法律の改變によつてその缺陷を除くべきであるのに、法律の解釋の仕方ばかりで法律の不完全を補はんとしてゐる譯である。現在の法律は上述の問題を考慮に入れないで作られてゐるのに、そんな法律に醫學的手術の無罪を意味させようとするのだからどうしても一時逃れのな解釋を下すだけの話である。吾々は、將來の法律に、吾々の要求を入れた條文が新に加へられるを待つより他に仕方はない。

獨逸國は外科學に重きを置き、外科學國家試験をなすべき模範外科病院を設置し、又一等軍醫への昇級には必ず外科の實習を経てゐなくてはならぬとの規定がある。國家はこの様に醫者の外科領域に於ける習練を重んじてゐるのであるから、此の習練を積んだ醫者の職務上の權能から行つた手術は無罪であるべきものだとの解釋は大體正しい。外科學教育の全目的は、國家が合理的に巧に手術をする

能力を認め、手術をなす権利を興へるがためである。

國家や法律が醫者に此の權利を興へても、醫者は被手術者の權利を尊重すべき義務は守らねばならぬ。即ち手術に際して必ず被手術者の同意を得なくてはならぬ。併し、若しそれが出来ぬ場合、例へば、蟲様突起炎の手術中に更に子宮癌を發見した時、新に子宮癌の手術の同意を得るために手術を中絶すべきだらうか。こんな時、吾々は手術の中絶をすることによつて二度までも患者を危険状態に曝すことは出来ない。それにも關らず、大審院の判例では、融通もなく法規に拘泥して、醫者の了解出來ない判断をしてゐるのである。

精神病醫も此の様な場合に遭遇する事がある。例へば、患者が自殺未遂で意識消失状態にあるも、直に手術を要する様な負傷をしてゐる時である。或は又、意識清明で、飽く迄死を願ひ、血の进出する血管を結紮し重傷を縫合することを拒否する場合には如何にすべきか。余は、かゝる場合には、自殺が精神異常の結果であるときにだけ自殺未遂者の意志表示を無視して手術を加へるべきだとの見解には賛成出来ない。自分は、如何なる場合でも、自殺者の意志表示は無視すべきだと思ふ。自殺企圖は假令精神病者でなくても劇烈な感動のために行はれる。自殺未遂で入院した人が、感動の嵐が靜まると共に救助されたことを感謝するに至るのは吾々の日常經驗する所である。而も、それが自殺行為の當時は深刻に死を希求してゐたものに於てである。それ故、感動の最高潮に於て救助手術を拒否するときでも、恢復後には感謝するだらうと認めてよい。余の知る限り未だ嘗て自殺者を救助して告訴

された醫者がないのは正に當然である。

危急を要しない場合に於て、幼兒とか精神病者の手術は如何にすべきか。若し後見人があれば後見人が小兒や精神病者の身體處置を支配してよいか否かは法律に定めてない。民法第一六三一條には、「小兒（民法第一八〇〇條ノ被後見者）ノ後見トハ、教育シ、監視シ、生計ヲ決定スル權利ト義務ヲ包括ス」とあつて、身體の保全に關することは記してないのである。それだからと言つて、吾々が法規の缺陷を任意に補ふことは出来ぬ。又家族から離れた精神病者が癌に罹患したとき、或は病識がなくて癌の自然治癒を狂的に信じてゐる場合に、夫や後見人や親が絶対に必要な手術を拒否する場合などは更に六ヶ敷い問題である。

日常の手術や劇薬の處方に關する法律的基礎が確でないと言ふ現状は遺憾至極である。一日も早く、法規が醫者の手術の無罪を確定しなければならぬ。そして、手術に對する同意の必要の限界を確立せねばならぬ。それは殊に精神病者の取扱上必要である。

一九二七年草案第二六三條及び一九二五年並びに Kahl の草案の第二六二條では手術の無罪を次の様に規定してゐる。

「良心的ナ醫師ノ技術ニ相應スル手術及ビ治療ハコノ法規ノ意味ニ於ケル身體傷害ニ非ズ。」

この草案に依れば、患者の希求を缺いても、醫學的手術は可罰的傷害とはならぬ。併し、醫者が患者の意志に反して勝手に手術をしたときは處罰されるべきである。唯一九二七年草案及び Kahl の草

案第二八一條によれば、事情により被治療者の同意を適時に得ることが出来なかつた場合で、手術がその生命又は健康に深刻な障礙を及ぼさなかつたときには無罪となるのである。

吾々は、來るべき法律改正が醫者の治療上の不安を一掃せんことを只管望むのみ。殊に、精神病醫にとつては、精神病者の意志に無關係に治療的處置をなし得る様な法規は缺くべからざるものである。

第十五章 職業上の秘密

患者診察の前提條件としての醫者並びに助手の緘口の義務——緘口の範圍——證言拒絶の權利——通告の義務——學術上の發表及び臨牀講義——死亡後に於ける秘密の範圍——怠慢による秘密の洩逸——病牀日誌の差押へ

診療の際に絶対緘口を前提條件として要求されるものは性病醫の他には精神病醫であらう。精神状態を正しく診断するには、全く腹藏のない陳述が必要である。併し醫者の緘口が保護されない限りは、患者は己の過失、不名譽犯罪、更に自己のみならず家族に關する事柄を打明けることは出来ぬだらう。此の確實な緘口を法律上第三〇〇條で規定してゐるのである。即ち、

「裁判官、辯護士、公證人、醫師、接骨醫、産婆、藥劑師、並びニソノ助手ガ、ソノ官職、地位、職業上委託サレシ私的祕密ヲ濫リニ漏泄シタルトキハ、罰金又ハ三ヶ月以下ノ輕懲役ニ處ス。但シ親告罪トス。」

この規定の意義は刑事訴訟法第五三三條、同じく民事訴訟法第八三五條によつて一層明らかになり、此の條文に於て、醫者に對しその職業上委託された事柄に關しては證言を拒否する權利を與へてゐる。即ち此の規定は、立法者が如何に醫者と患者の絶対的な祕密嚴守の必要を感じてゐるかを示してゐるのである。

併し、獨逸の法律はどんな陳述でも直に法規に抵觸すると考へる程融通の利かぬものではない。Paris の控訴院は、或醫者が或若い娘の許婚者に向つてその娘に病氣がないことを知らしたのを緘口の義務を犯したものと判決したことがある。併し、その醫者は陳述を拒否したなら病氣があると云ふ意味に解されるだらうと懸念したのである。此の様な懸念は常識的に正しい。緘口の義務を固守するときは、何か悪い祕密でもあるかの様に思はれる。裁判官すらが犯人の家族が證言を拒否すると悪い事があるかに解する。扱、吾々は職業上の祕密が如何に重要であらうとも、骨折のある脚や、肺結核や、残念乍ち未だ不名譽なものと考へられてゐる精神病をも祕しておかうとは思はぬだらう。併し、單なる好奇的な、又は悪意のある質問に答へる必要はない。吾々は常に病者の幸福と云ふ事を念頭に置き、陳開すべきか否かを決定せねばならぬ。その評量は醫者の良心に俟つべきもので、第三〇〇條の條文はその指針とはならないのである。

第三〇〇條の規定は醫者のみならずその助手にも及んでゐる。併し、通例、裁判官は臨時の助手でなく持續的に勤務してゐる助手にのみ第三〇〇條を適用すべきものと解してゐる。然らば、重要な診

察記録をなす臨時の記録係りの醫者に就いては如何。それは臨時の手傳ひとは異なり、永久に助手としての能力を有する醫者であるから、法律的规定はなくても、醫者としての職務上の義務を感じなくてはならぬものだらう。

次に、緘口すべき事柄の範圍は、病歴のみならず、醫者自身が診察した現在症にも及ぶのである。之によつて患者の信頼も深まり、同時に醫者の責任も重くなる。

醫者が鑑定人として患者を診察した場合の緘口の義務については問題である。醫者は被告人の犯行の告白を鑑定判断に利用する権利がありや否や？又はそれにつき緘口の義務ありや否や？ Hübner はかゝる場合に醫者は、被告人たる被鑑定者に、醫者の診た事聞いた事は總べて鑑定に利用されねばならぬと云ふ事を豫め納得さしておくのが適宜な方法であると云ふ。併し、余は Yorkastner の云ふが如く、それは不可だと思ふ。即ち余は、鑑定人には問題の究明に役立つ事は何でも利用し得る義務が與へられてゐると信ずる。

刑法第三〇〇條は職業上に秘密を守るべき義務を規定してゐるが、刑事訴訟法第五三條及び民事訴訟法第三八三條は逆に申告の要求を拒否し得る権利を定めてゐる。この申告拒否の権利の規定があるのだから、醫者が裁判上の申告で私的秘公開の廉で罰せられる様な場合はあり得ないと Ebermayer は結論してゐるが、自分は Ebermayer の説や大審院判決例等に徴してもそんな結論を疑ふものである。確かに醫者が裁判事件で申告をなして刑法上責められる様な場合は殆どないのであるが、併し、民

事訴訟法第三八三條の但書きに、「證言拒否ノ權利アル者ノ訊問ニ於テハ、假令證言ガ拒否サレザル場合ニテモ、事實ノ申告ヲナシ得ズ」とあつて、即ち緘口義務を破らないで眞實の證言はなし得ない事を明らかにしてゐる。即ち證言を拒否せずに眞實を申告すれば緘口の義務を破つたものとして法規に觸れる危険は存するのである。上記の但書きは職業上の秘密並びに法律の規定と云ふものを如何に重視してゐるかを示してゐるものである。

以上の法規關係から醫者は申告をなすべきか否かの判断權を與へられてゐる事になる。そこで醫者は最も良心的に考慮し、被告人たる患者の迷惑が重大であるか、司法上の要求が重大であるかを評量せねばならぬが、大體に於て、Ebermayer が明言せる如く、秘密を守るのが通例で、公開は例外であると思はねばならぬ。

併し乍ら、醫者が殺人とか叛逆の計畫等について知り得た時には、當然通告をなし、危険を未然に防ぐべきである。

最近では多くの法律で醫者に通告義務を課して來た。傳染病、性病、遺傳疾患の豫防の法律、更に斷種法が夫れである。この法律は確に緘口に對する信頼を動搖さすもので、患者は通告されて處斷を受けるのを惧れて診察を乞はなくなる懸念が生ずる。併しこの法律を緘口の義務の立場だけから觀るのは偏してゐる。悪疾の増殖を防止せんと希望は、殊に精神病醫が痛切に感じ、斷種法の制定を主張して來た處である。變質の進行を防止する必要の前には、緘口の要求とか、患者の信頼を失ふ懸念

とかは暫く無視しなければならぬ。

次に、醫者が他人の不幸を未然に防ぐ必要上緘口の義務を破らねばならぬ場合が時々ある。例へば、行路者の癩癩發作を見た場合には最寄りの役所に通告しなければならぬ。又雇傭者に新鮮な傳染力の強い微毒を見た場合とか、進行麻痺の患者が結婚しようとしてゐるのを見た時などに黙してゐる譯には行かぬ。此の様な時に患者は無理解にも祕密を要求するのであるが、醫者は良心的立場から假令告訴される危険があらうとも通告しなくてはならぬ。併し、告訴される危険は司法省草案の附則によつて解消される。即ち

第三二五三條。祕密ヲ正當ニ公衆或ハ私人ノ危険ヲ豫知セシムルタメニ公開セル者ハ、若シソノ祕密ガ他ノ方法ヲ以テ通告スルヲ得ザルモノニシテ、且ソノ危険ガ重大ナルモノナル時ハ、無罪トス。

學術的な公開、殊に寫真を利用するときは第三〇〇條に牴觸する。これは注意すれば避け得る事だからよく心得てゐなければならぬ。姓名、出生地、生活史の詳細な點等は除外するか變更して發表しても専門の學術的價值とか、その症例の眞實性を別に害なふ事のない場合が多い。寫真では顔を陰蔽して誰だか認知出來ぬ様にすればよい。臨牀講義の場合にも同じ様な事が言へる。それは、講義を聽く學生は第三〇〇條の意味の祕密嚴守を義務づけられた助手ではないからである。併し、一九二七年の草案及び六三三の提案では、

「第三二五二條。一定ノ職業上ノ仕事ノ準備ニ參與スル助手及ビ其ノ他ノ者ハ、該職業ヲ獨自的ニ遂行スル者ト同様ニ取扱ハル」とあり、それによれば臨牀講義の際に矢張醫師と同じ様に祕密緘口の義務を課される事になり、従つて臨牀講義は祕密公開とはならぬ譯になる。この改正案は洵に望まじきものではある。併しこの改正への希望とは別個に、こゝに強調しておくべき事がある。それは患者が臨牀示説に利用されることを承諾してゐるからと言つて（承諾なしに講義に出し得ないのである）充分な注意を怠つてはならぬ。吾々は無暗に患者を裸出する様なことをしてはならぬと思ふ。自分は講義の初めに必ず祕密嚴守を聽講者に命ずるだけで充分目的を果してゐると信ずるが、それでも不意に許可を受けてない聽講生が混入することがあるので、充分慎重な注意を必要としてゐる。

次に、當該者の死亡によつて緘口の義務は解消するとの見解には賛し得ない。死者について醫者が發表することが、その遺族に迷惑となる場合が屢々ある。當該者が死亡して告訴する人がゐなくなつたからと言つて（祕密曝露は親告によつてのみ罰せられる）、濫りに公言すべきではない。矢張此の場合にも良心的な判断によつて公言の是非を決定すべきである。

不注意で第三〇〇條に牴觸した場合の事は、刑法に規定されてゐないが、實際には多いものである。例へば、病歴簿は他人の盗み見が全く出來ぬ程に嚴重に保管は出來ない。（併し、之はある程度まで注意すればよいが。官憲の威嚇（申告拒絶の場合病歴簿を沒收する權利が刑事訴訟法第九四九六條によつて與へられてゐる）は之を防ぐことは出來ぬ。法律が醫者に緘口の義務と權利を與へ乍ら、裁

判官に病歴簿差押への権利を興へるのは、「職業的祕密の意義」上矛盾ではないだらうか。尙又、病歴簿には患者の陳述や醫者の觀察の他に、妥當でない様な診断なども記載されてゐるが、裁判官にはそれが認知出来ぬだらう。従つて誤を來す虞もある。

それ故に自分は裁判所からの病歴簿押収は常に拒み通してゐる。併し、自分の判断を陳述することとか、命ぜられた鑑定人に病歴簿を見せることは拒まないものである。自分は、病歴簿の差押へが禁ぜられる様に刑事訴訟法の改正を希望する。R. Lehmann も同意見である。吾々醫者は、良心の許す限りに於ては、決して法律に反對はし度くないのであるが、病歴差押へは拒まねばならぬと思ふ。

第二編 刑事訴訟法

第一章 證人としての精神病者

證言ノ信據性——記憶錯誤——宣誓ノ目的及意義——未成年者——精神病者——宣誓能力ノ決定——記憶薄弱——妄想性虚偽ノ供述——病中認識ノ供述——眞實供述不能ヲ認知スルノ要——第六〇條改正提案ノ冤罪證人ノ診査

裁判官は複雑な犯罪事件の真相を把握するために證人の訊問をするのであるが、此の證言の信據性に就いては未だ充分に検討されてないかの觀がある。

事件が簡単な時には證人の供述 *Aussage* が互に齟齬する様な場合は殆どないかも知れぬ。併し、審問が遅滞した場合とか、事件が社會的に重大なものであればある程、證人間の供述の齟齬が多くなる。人の記憶は、事件後次第に薄れ始める。又、記憶の正確さは各人區々である。審問が繰返されて行く中に、不確實な認識や結論に陥つたりする。他人の言と自己の記憶を混同して、事實から可成り離れた供述をして仕舞ふ様なことがある。

Stern, Marbe 等の「證言供述の心理に關する研究」は、證言の價值過重を戒めるに充分であつた。それは多くの記憶錯誤の原因を發見してゐる。今や、裁判官は、正常精神作用に於ても既に記憶の變型があることを知り、證言の價值については慎重に判断せねばならぬ。

證言の信據性の判断にどこまで専門家の助力を利用すべきかは裁判官の評量に屬する。余はかかる判断には、心理學者よりは、精神病學者の方が一層適してゐると思ふ。それは、かゝる場合病的心理學に關する知見が甚だ重要であるからである。

併し乍ら世を聳動せしめた様な異常な刑事事件などに於て、偏狭な、虚構な、誹謗的な、又は偏執的な種々の證言の中から、眞實を引き出すのは容易でない。そこで證人の供述に於て特別な用意が要る。その中最も重要なものは宣誓である。併し、宣誓の價値も過大視してはならぬ。されば既に、古くから、宣誓の利用を制限しようとの意向があつた。佛國は、之を實施して何等の支障なきを實證した。獨逸でも一九三三年宣誓制限に關する法規が行はれる様になつたのである。該法規により、先づ是迄の供述前の宣誓 *Vorsid* の代りに供述後の宣誓 *Verneid* が行はれる様になつた。即ち裁判官は「汝は汝の知れる限りに於て純粹なる眞實を述べ、虚偽を供述せざりしことを神明に誓ふ」と宣誓するの應じて、證人は「余はそれを神明に誓ふ」と答へるのである。(第六六條)。次に、證人が訊問時に滿一七年に達するも滿一八年に達しない場合とか、裁判官が當該證人に宣誓せしめた所で眞實の供述が期待出来ぬと思つた場合、又は檢事、被告人若し辯護人が證言の眞實性を斷念した場合等には、宣誓を略すことが出来る様になつた(第六一條)。

扱、訊問を始める前に、裁判官は證人に對し、宣誓の意義及び若し宣誓に違反して虚偽の供述をした場合に受けるべき刑罰等について詳しく説明する。それによつて、證人は、眞實を果して報告出来るか否か自分の記憶を嚴密に検査して見なくてはならぬ。併し、それには二つの條件が要る。その一

は、證人が宣誓の意義本質を理解し得る事、その二は眞實を云ひ得るだけの記憶内容を有することである。

獨逸刑事訴訟法では、單にこの第一の條件だけが顧慮されてゐる。即ち、宣誓の重要性は一定の知能階梯に於て初めて充分に理解出来、又精神病はそれを障礙すると云ふ事柄に留意して、第六〇條が生れてゐる。

第六〇條。審問時ニ滿一六歳ニ達セザル者、叡智發達ノ不足、又ハ精神薄弱 *Verständeschwäche* ニヨリ宣誓ノ本質ト意義ヲ充分ニ理解シ得ザルモノニ於テハ、宣誓ヲ略ス。

茲に十六歳なる規定は餘り根據のない隨意的なもので、滿十八歳までは宣誓を略し得るとの規定を更に第六一條に設けたのは立法者がこの「十六歳」に尙疑問を残してゐたからであらう。尙、刑事訴訟法に於ける年齢規定は宣誓時に於ける年齢を意味するもので、事件を觀察した時は十六歳以前であつても差支ない。

次に「叡智發達の不足」及び「精神薄弱」については、前者は叡智發育段階途次にあるものを意味し、後者は生後の疾患のために智能發育が障礙されてゐるものを意味することが明示されてゐる。即ち前者は所謂生來性の、後者は獲得性の精神發達の制止状態に相當するのである。又、充分なる宣誓の理解とは、宣誓者が被告に及す影響とか、宣誓の義務に背くときは司法上に支障を招來する等の事を洞察する能力の存在を意味し、單に偽誓が罰せられる事を知るだけでは不十分である。

事後宣誓は判断の誤を少からしめるのに効果がある。それは裁判官が供述後の宣誓の場合に、宣誓者が自分の供述の眞實性をどの程度迄信じてゐるかを見て取ることが出来るからである。併し、未だかゝる裁判官の判断が常に正しくはあり得ない。何となれば、精神病者は屢々裁判官が精神病者などとは思ひも及ばぬ程に眞實らしく明瞭に自然的に供述をなす事があるからである。妄想患者の如きは彼の妄想的な認識を全く眞實であると信じ切つてゐるものであるから、何の躊躇もなく眞しやかに誓言するのである。かゝる場合、假令その精神病者に宣誓の本質や意義が理解出来るからと云つて、その妄想的な證言を罰することは、第五一條によつて、なし得ない。又、かゝる精神病者が、被告と戦はねばならぬと云ふ病的確信の下に、意識的計劃的に偽證をした場合でも、固より第五一條の保護を受けることが出来る。

余は、妄想的思想、幻覺、病的事情のために濁濁した精神状態の人を、神明の下に宣誓の上供述せしめることは許されざることであると思ふ。それは判断を誤らす恐れがあるばかりでなく、本來かゝる事はなすべきことでないからである。それだから睿智的に宣誓の理解が出来さへすれば宣誓し得ると云ふ様な第六〇條は改正されるべきである。

次に精神病治療後の訊問については、事が一層面倒至極となる。

或躁病治療後の人が、高度な躁病興奮時に見た事件につき證言をなすべく召喚された事がある。そしてその際第五六條に規定された宣誓能力は疑もなく存在してゐた。併し、本人は氣付かぬだらう

が病中の認識が精神障礙の影響を受けてゐなかつたとは云へない。その場合にはその證人の供述は、吾々に判断出来る限りでは信用し得る様に見えるのであつて、

兎に角かゝる懸念すべき場合は時々生じ得るのであつて、Vorkastner もこの様な場合に遭遇してゐる。自分は治療又は輕快した精神病者に宣誓をなさしめる事は全然廢した方がよいと提案したのであるが、Belting は反對した。そこで、かゝる精神病者の記憶状態に特別な注意を拂つて研究して見た所が、患者が沈靜してゐる時でも個々の事件に對する記憶が如何に不確實なものであるかは驚くばかりであつた。智能の優れた治療精神病者は病中の經驗については慎重な態度で判断する。併し、それは彼の優れた理性が熟慮を命ずるだけであつて、病中の錯誤的な觀察と眞實とを明瞭に區別する事が出来る程精神が明徹になることは甚だ少いのである。だから結局、病中に認識した事件に關する供述に付ての宣誓は廢した方がよいと思ふ。

そこで余は第六〇條を次の様に改めることを提唱する。「證人が訊問時ニ十六歳ニ達セザルカ、又ハ證人ノ供述及ビ事件ノ觀察ガ精神病或ハ精神薄弱ニヨリ影響サレキタル時ハ、宣誓ヲ略スベシ。」

この條文が出来れば事後宣誓によつて過誤の生ずる心配が少なくなるだらう。

次に精神病者が犯罪の告發者 Anzeiger となつた場合の問題を考へて見よう。之では、意識的に虚偽な告發をなす時であらうが、妄想によるものが大部分である。多くの場合に、その告發の仕方からそれが精神病者の仕業であることが分るのであるが、一寸分らぬ時もある。そして、若し精神病者の

仕業であると観破出来ない場合には、被告は飛んだ苛酷な目に遇はされる様な事になる。併し、かゝる事は、検事なり豫審判事なりが明敏細心で、若し懸念があれば適時に専門鑑定醫の助力を求めらば、多くは豫防が出来ると思ふ。但し、告發者に精神病學的な診査を強制的に受けしめる事が出来ぬから、告發者の精神異常が一目瞭然でない場合には、豫防が不可能なこともあり得るのである。

刑法改正委員會は犯人以外の者にも司法上身體的診査を強制することは是非必要であるとの見解を示したが、精神的診査については言及してゐない。併し、精神的診査の方が刑事上遙かに重要ではないか。重大な證人が精神的に健康であることを確定するために強制的手段を用ひ得る道が拓かれねばならぬ。

實に精神病患者の告訴の多くは深刻な犯罪を對象とするのであるから、充分な期間嚴密な診査をなし、告訴内容の眞偽を決定すべきである。病的な虚構の告訴としては、ヒステリー患者の性的受難とか盜難に關する訴の如きが多い。被告人の精神鑑定は刑事訴訟法第八一條で許されてゐるのだから、證人の精神診査の如きも斷乎として要求されるべきである。

此の様な余の提唱は反對されるには決つてゐる。それはこの提唱は理論上正しいけれども、實地上の根據は薄いからである。即ち、禁治産宣告の時とか精神異常の犯罪者の精神鑑定すらが一部分にしか行はれないのだから、證人の精神診査などが行はれる場合は極めて稀であるだらうから。併し、他の方法で證言の信據性が判然せぬ場合にはどうしても精神鑑定が利用されねばならぬ。

逆に、この證人を診査し得る規定が濫用される様な心配は先づないと思ふが、證人診査を要求し得る権利の規定は、第八一條に於ける夫れよりも注意深く規定されねばならぬ。實際上、第八一條に於ける被告人の精神鑑定を控訴する道は、單に紙上の規定に過ぎぬ。即ちかゝる場合に控訴院は、多くは、被告人に不利な判決を下して仕舞ふのが通例である。それは、かゝる難事件では被告人の責任能力如何が判然と解決し難いからである。だから被告人が精神病患者である場合に自由社會に放たれる様な危険はない。之に反し、證人の場合は事情が異なり、控訴院では證人の精神異常を認めずに、當然精神病院に收容すべき證人を解放する様な判断をなす場合があり得る譯である。

Heimberger の提唱の如く、鑑定を受くべき義務は、求刑事件を惹起した告訴者に限つて課すのみで充分であると思ふ。兎も角、病的な告訴によつて冤罪を蒙る様な悲劇は、適切な法規の誕生によつて豫防されねばならぬ。

第二章 被疑者 *Angeschuldigter*、被告人 *Angeklagter* 及び受刑者 *Verurteilter* としての精神病患者

精神病被疑者及被告人ニ於ケル手續——審理能力——聾啞者——受刑能力——刑執行猶豫——精神病患者ニ於ケル刑執行——刑務所内ノ精神病舎

刑事訴訟法は眞實を追求し、正義の世界を樹立するがための存在である。然らば被告人に辯護を受

ける自由があるのに對して、裁判官の權能にも遺漏があつてはならぬ。そこで先づ、被告人が精神病になり自己を合目的に主張する事が妨げられた場合には、次の法規を適用する事が出来る。

第二〇五條。被告人ガ(召喚ニ應ゼズ Absensheit)、又ハ犯行後ニ於テ精神病ニ陥リ、タメニ審問ヲ支障スルニ至レル時ハ、審問ノ進行ヲ中止スルコトヲ得。

この法規は聾啞者にも、公判に際し通譯を以てしても裁判が不能なる場合には、適用される。條文中に聾啞者の事は記してないけれども、その意味を敷衍して、聾啞者への適用が許されるのである。

公訴前から犯人の責任無能力が分明してゐる時には公判は開かれぬ。刑法第一條による責任能力有無の決定は検事局の役目である。上述第二〇五條は唯犯行後に精神病になつた場合のみを取扱ふのであつて、裁判所の役目である。併し、確に犯行後に精神病になつた様な例は極く稀で、犯行後に發病した様に思はれても實は既に犯行時に發病してゐたと認めるべき場合が多いのである。

犯行時に精神病があつたか否かは疑はしいが、審問時には疑なく精神病者である様な被告人の審理を持続する事は許されぬだらうかと云ふ一寸妙な見解を或検事が提示した事がある。彼は勿論、刑法第一條の適用性ではなく、唯審問持續の可能性だけを問題としてゐるのである。之に對し、大審院は、被告人が唯部分的な精神障礙を有するのみだからとの理由で、審理可能と認めた。即ち大審院の見解は次の如くである。「被告人の精神障礙は個々の固定觀念に限られ、一定方向にのみ現れ、他の精神領域、例へば理解力とか行動の自由などは侵されてゐない様に認められてゐる。そして、實際に、審理中に釋明したり、證人の辯護的申述を斷念したり、犯行を自認したりする所は、正しく被告人の

理性の存在を信ぜしめるに足り、從つて少くとも審理可能な精神状態にあつたものとせねばならぬ。刑法上、妥當に審理され得る精神的自由な状態にあつたか否かの判斷は専ら裁判官の認知に屬するものである。」と云ふのである。

此の様な見解はかゝる場合の被告人にとつては有難いだらう。精神病のために第一條で早く無罪とされて仕舞つた方が、審理不能として無期限に裁判が延期されるよりもよいと云ふ點に於て。

併し、この様に部分的精神病なるものを認める事には自分は反對である。けれども、精神病者でも審理し得ることは上述の第二〇五條の文體から明かである。即ち、第二〇五條では、「精神病ニ陥レル状態ガ以後ノ審理ヲ不能ナラシメル時」とあり、又「審理ヲ中止スベシ」ではなく、「中止スルコトヲ得」となつてゐるからである。

精神病者でも審理を行なふことは、早く刑事訴訟を片付けてしまへる點で長所はある。第二〇五條によつて審理を中斷するときには、裁判官は、被告人が入院してゐる病院に對して時々被告人が審理可能の状態に恢復したかどうか問合せねばならぬ義務がある。併し、不治な精神病ではこの様な問合せも義務的な形式に過ぎない結果となる。又、恢復して愈々審理を始めても、犯行時に既に精神異常があつた事が明かになつて無罪宣告が正しいと云ふ様な場合が屢々である。であるから、審理中斷は餘り好ましくなく。

以上のことを述べるのは、勿論、被告人の犯行が事實であることを前提とした上でのことであつ

た。併し、實際上犯行が事實であることが決して常に證明されてゐない。豫審中又は法廷に於て他に眞犯人が現はれる様な事も時にある。であるから、審理の中斷をすると、その間に若し他に眞犯人があつた場合には、その眞犯人の罪跡が消えて、無實な被告が罪を負はされる様な事になる危険もあるのである。更に、かゝる場合、被告は名譽を損なふのみならず、精神病院入院中は、犯罪嫌疑者なるが故に公安上危険なる患者と考へられ、長期間入院しなくてはならぬ破目に陥ることもある。この様な點も第二〇五條による審理中斷の芳ばしからぬ理由である。第二〇五條は成る可く利用せぬことが望ましく。

精神病者の審理に於ては、何れにしても精神障礙が被告人に不利を齎す。一見矛盾した事の様であるが、精神症狀が高度な程審理支障は軽く、精神症狀が外見上軽度な程審理は妨げられ、正確を外れるものである。と云ふのは、被告人が著明な痴呆状態とか錯亂を示すときには、固より自己を辯護することは出来ぬが、却つてその精神症狀が被告人を辯護する。即ちかゝる顯著な症狀は裁判官とても見通す筈がなく、鑑定人の診断も法廷で有効に支持され得るからである。

之に反して、軽度の精神障礙に於ては、自己を辯明する能力が可成侵されてゐても、一見審理可能に見える。例へば、追跡妄想を有する病者が巧みに自己を辯護する時でも、それは決して合目的に行はれてゐない。却つて、彼はその激越な態度で裁判官を刺戟する。證據を擧げないで徒に罪のみを訴へる。疑はしい點の解明などは、その物分りの悪い頑迷さのために全く不可能である。それに、鑑定

醫の診断には強硬に服しない。かゝる場合に、裁判官は外見上審理能力があるが故に却つて客觀的な眞實を把握する事に大いなる困惑を感じると云ふ結果に逢着するのである。

時に精神病者がその妄想とか抑鬱的な罪業的感情から自首をなすことがあるが、その自首に根據があるか否かは専門鑑定醫によらずしては究明され得ない。

上述し來つた所により、審問能力に關する確たる規定を設けることの出来ぬ事が理解出來よう。そこで、精神病者の審理に於ては、出來るだけ評定で訴訟問題の方は片付けて仕舞つて、病者に對しては病院へ入院せしめるなり、或はその他の適當の處置を早く講ずることが最も望ましいと思ふのである。

以前には、精神病者の處置に關しては辯護人や鑑定人が召喚されるべき規定はなかつたのであるが、保安處分に關する刑事訴訟法の改正でそれが定められた。

第一四〇條第二項。被告人が若シ精神病院へノ收容、(保安的保護處分又ハ去勢)ヲ命ゼラレ、或ハ職業従事ノ禁止ガ命ゼラル可能性ノ存スル時、若シクハ聲又ハ啞ナル時ハ、辯護ヲ要ス。

又、豫審に於て鑑定人を要することは第八〇條^ニに於て、公判に於ける夫れは第二四〇條^ニに於て定められてゐる。

第八〇條^ニ。被告人ガ精神病院、禁酒院收容又ハ去勢ヲ命ゼラルベキ場合ハ、豫審中ニ鑑定ヲナサシメ、公判ニ於ケル判決ニ資セシムベシ。

第二四〇條。被告人ガ精神病院、禁酒院收容又ハ去勢ヲ命ゼラルベキ時ハ、公判ニ於テ鑑定醫ヲシテ被告人ノ精神的並ビニ身體的狀態ニツキ陳述セシムベシ。

特に論ぜねばならぬのは拘禁性反應についてである。特に豫審中の拘禁反應の發病者を豫審勾留に長く止めておくのは憂ふべき事とせねばならぬ。多くの場合に解放され度いと強い欲望が發病の原因である。單なる解放への欲求と發病との中間に詐病が位してゐるが、この詐病殊に深刻な長期に互る詐病企圖と云ふものは余の經驗上、そう屢々あるものではない。

拘禁中に最もよく見るのは所謂 Cancer 朦朧狀態で、當意即答、假性痴呆、小兒症、追跡念慮等を示すものである。Wilmaus は、Cancer 症狀は詐病と眞の精神病との中間に位するもので、症狀を自由隨意に詐はることが出來ぬ點が單なる詐病より一步眞の精神病に近いのだと考へ、その證據として拘禁を解けば直ぐに症狀が消散する事實を擧げてゐる。併し、余は拘禁の影響や刑に對する恐怖から重篤な精神障礙が慥に起り得ると思ふ。少なくとも、精神分裂病や躁鬱病の素質を有する人では、拘禁が發病を誘發することがあり得る。之は自分の從來の經驗上明かであると思ふ。余は私かに、詐病とも見えるこの Cancer 症狀は眞の精神病で、殊に多くは精神分裂病であると信じてゐる。自分がかゝる例を數例に於て確めてゐる。従つて Yorkshier 等の様に拘禁反應は詐病であるとの見解には固より反對である。尙詐病者の多くが人格的基地に於て既に正常者とは異なると云ふことは、茲では別問題である。兎に角拘禁性精神病者は、前述の如く審理不能であるから、症狀の持續する間は拘禁

を解かねばならぬ。

豫審勾留中の發病者に關する處置の規定は未だ缺けてゐるが、自分は Kohlrausch と共に受刑者に關する第四五五條（後出）を之に應用すべきだと思ふ。

判決後受刑に至る期間に精神病に陥る場合は確にある。併し、茲に注意すべきは發病が認められた時が眞の發病時でないことが屢々あることである。従つて、判決後發病したかに見えても、事實犯行當時に既に發病してゐたかも知れぬ。さはあれ、判決が終了しておれば、病氣の存在が發見された時を以て發病時と見做すべきである（再審理が行はれない限りは）。扱、精神病者には刑の威嚇的乃至教化的效力を期待し得ない。従つて刑執行不能である。そこで、判決後の精神病發病者につき次の規定があるのである。

第四五三條第二項。妊娠セル女子又ハ精神病患者ニハ死刑ノ執行ヲナスコトヲ得ズ。

第四五五條。刑ノ判決ヲ受ケタル者ガ精神病ニ陥レル時ハ、刑執行ヲ延期ス。

此の法規が生じた理由は上述の如く、刑の効果がなないと云ふ點のみならず、精神病者は刑務所内の秩序を亂すこと、及び治療上刑執行が妥當でないこと等である。精神病の治療は刑を執行し乍ら行なへるものでない。重篤な身體的疾患についても同様な願慮が拂はれてゐるが、身體疾患の治療は刑務所内に於ても、精神病の夫れ程困難ではない。

懲役は精神病が治癒すれば執行されねばならぬ。病氣の治癒後直ちに刑務所に收容することは、屢

と再發を誘起する懸念がある。かゝる場合には受刑者自身が刑執行の再延期を要求することが許されてゐる。

第四五六條。刑ヲ即時執行スルコトガ、受刑者及ビソノ家族ニ對シ、刑ノ目的以外ニ存スル支障ヲ醸ス如キ場合ハ、受刑者ノ要請ニヨリ刑執行ヲ延期スルコトヲ得。カ、ル刑執行延期ハ四月ヲ超ユベカラズ。延期ノ許可ト同時ニ、保安的處遇若シクハソノ他ノ條件ヲ附加スルコトヲ得。

かゝる刑執行延期の請願は、醫學的立場からすれば勿論進んで支持すべきで、早期刑執行が精神病治療後の精神状態に障礙を及すのは疑もないことである。

次に、刑執行中の發病者に對し刑執行を中斷すべき規定は特に設けられてないが、かゝる場合には第四六一條を適用せねばならぬ。

第四六一條。受刑者ガ罹患ノ故ニ刑務所外ノ病院ニ移サレタル時ハ、病院收容ノ期間ハ刑期ニ算入スベシ。

但シ、受刑者ガ刑ノ中斷ヲ望ミテ故意ニ發病セル場合ハコノ限りニ非ズ、カ、ル場合ニハ裁判所ノ判斷ニ俟ツベシ。

受刑者中の精神病者の數についての調査結果は區々である。精神病醫に非ざる Krohne は Mombit 刑務所に於ける受刑者の10%に精神的缺陷者を見出した。該刑務所には常習性犯罪者や痴呆化した犯罪者はゐないのであるが、尙且10%に精神異常を發見してゐるのである。

精神病學者の調査では遙かに高率に之を認めてゐる。何れにしる精神病者の刑執行は病者の健康上は固より、刑務所の秩序の上に多くの支障を來すのであつて、之を隔離すべく餘儀なくされるのである。是につき最も合理的な處置を執るためには、更に精神障礙の詐作を顧慮せねばならぬ。併し佯狂は一般に考へられてゐるよりはずつと少い。佯狂よりは、眞の精神病を佯狂と誤認する場合の方が遙かに頻數である。かゝる誤認は刑務所の保健醫が精神病學に通曉すれば減ずるであらう。と同時に此の醫者の精神病學的素養によつて佯狂は大いに豫防も出來るのである。それは佯狂が直ぐに發見されるとなるとかゝる欺瞞的な試みをしようとしなくなるからである。

多くの刑務所は囚人が精神病に罹れば刑務所内の病舎 *Lazarett* に收容する。それは身體的疾患には、そこでも懲罰的規程が差支なく行はれ得るからよいだらうが、精神病者ではそうは行かぬから宜しくない。だから刑務所によつては特別の精神病棟を設置してゐる。例へばプロシヤの刑務所では、一過性の精神障礙は刑務所内の精神病室に治療する迄残すが、其處で適當の治療が行はれ得ない時には治療の見込の有無に關らず該患者は刑執行不可能として精神病院に於て治療すべく命じてゐる。但し、この場合、プロシヤでは精神病者は服刑不能との解釋から刑を中斷するのであつて、精神病者は適宜の治療を保證されると同時に刑期も延長されないと云ふ第四六一條（前述）の特典を失つてゐるのである。何故に、身體的疾患者、例へば結核療養所に送られる様な人が、精神病者よりも優待されてゐるかは理解に苦しむ所である。

多くの精神病者は刑務所から精神病院に移されると、注意深い看護、作業療法、自由、環境變化等の影響で急に軽快する。そして検事は直ちに復刑を命ずるのであるが、拘禁による悪影響で再び發病する。かくて何度も精神病院と刑務所を往復して際限がない。刑務所への復歸に際しては細心なる醫學的判斷が必要である。

次に不治の精神病に陥つた時には最早行刑の限界を脱する。刑法では責任無能力者の求刑が斷念される如く、刑事訴訟法は不治な精神病患者の刑執行を斷念するのである。行刑官は精神病になつた犯罪者 *Geisteskrankte Verbrecher* を病者として精神病院に引渡して仕舞へば行刑官の任務はそれで終りすべきである。そして醫者はかゝる病者を最早犯罪者としてでなく單に病者として受取ればよいのである。

終りに、近時社會は危険な精神病患者に對する防衛と云ふ事に活潑なる關心を持つて來たのであるが、精神病犯罪者又は犯罪性精神病患者 *verbrecherische Geisteskranken* に特殊の精神病院が必要であるか否かの議論には茲で深入りしない。それは精神病醫の精神病院運営技術上の問題に屬する事柄であるからである。

第三章 鑑定

鑑定ノ意義——個別訊問——鑑定拒否——鑑定人ノ選擇——鑑定人ノ概念——調書通覽ト證人召喚——鑑定ノタメニスル精神病院收容——再鑑定及鑑定人ノ忌避——宣誓——鑑定料——鑑定證人

裁判官には、自ら行つた審問によつて得た確信を以て犯罪事件に關する最後の斷定を下す権利が與へられてゐる。斯く裁判官が自由に犯罪事件を判斷する權利を有するからには、充分に責任を自覺し、判決の基礎を飽く迄正確ならしむべき義務がある。それには、事件の内容が豫め専門家の教示と説明を缺き得ない様なものである場合には、鑑定を依頼せねばならぬ。この鑑定人を依頼すべき範圍や方法は刑事訴訟法の第七二——九三條に於て精細に規定されてゐる。

第七二條。證人ニ關スル第六項ノ規定ハ、次ノ條文ト齟齬セザル限リニ於テ鑑定人ニモ適用ス。

之によると證人と同様に鑑定人も別々に諮問すべきことになるが、大審院は鑑定人が同時に證人として諮問される場合以外には、そんな必要はないとの見解を實行してゐる。自分もそれに賛成である。と云ふのは、一鑑定人を他の鑑定人と一緒に諮問する事は却つて事態を明白にするのに役立つものであつて、決して曝露とか何とか云ふ意味にはならない。鑑定人間に診斷に相違がある場合には、それは、多くは單に外表的な病名の相違であるとか、或は、或鑑定人は一定症狀を見る機會に遭遇し、他の鑑定人はかゝる機會を有たなかつた結果であつたりする。だから、個別的でなく一緒に諮問した方が、難問を早く解決出來ると思ふ。

次に鑑定人にとつては第五二條第三項及び第七六條は意義深いものである。

第五二條第三項。醫師ハ委託サレタル事項ニ關シテハ證言ヲ拒否スルコトヲ得。若シ緘口ノ義務ヲ解カレタル時ハ證言ヲ拒否スルコトヲ得ズ。

第七六條。證人ニ對シ證言拒否ノ權利ヲ與フルト同一ノ理由ハ、鑑定人ニ對シテモ亦診斷拒否ノ權

利ヲ與フ。又他ノ理由ニヨリテモ、鑑定人ハ診断ヲ下スベキ義務ヲ解放サルコトヲ得。

職業上秘密保存の義務は刑法に於て規定されてゐるが、刑事訴訟法に於てはその権利を與へてゐるのである。緘口の義務を解き得るのは、醫師に於ては診療を乞ひし患者である。だから對手が精神病患者である場合、緘口の義務の法律的な解放は不可能である。

鑑定人の諮問の目的は固より明白で、秘密曝露を要求する。併し、吾々は第一に醫師であつて、司法上の補佐人となるのは從である。だから、吾々は若し緘口の義務を破り、それによつて患者が迷惑をする様な時には、他く迄慎重であるべき充分な理由がある譯である。併し、一方、病者の許可なくして診断を發表することを拒否したならば徒らに判決を遷延せしめる虞れがあることも考慮しなければならぬ。そこに於て吾々は被告人、及び裁判の進行の兩者に對して纖細なる配慮を要するのである。

第七三條。依頼スベキ鑑定人ノ指命及ビ數ハ裁判官之ヲ定ム。公任鑑定人が一定の鑑定事項ニ就キ定メラレタル時ハ、特殊ノ事情アル場合ニノミ更ニ他ノ鑑定人ヲ撰任スルコトヲ得。

以上の規定によると、裁判官の確信が結局總べて決定するのであつて、裁判官が自分で當該問題を解決し得ると考へた時には鑑定人を呼ぶ要はない。又、鑑定人を依頼しても、必ずしも鑑定人の見解に從はなくてもよい。又數人の鑑定人の判断が互に相違した場合に、その何れを採るかハ裁判官の裁量に屬する。

裁判官と共に被告にも鑑定人を招致する権利が與へられてゐる。併し、被告側の鑑定人には、裁判官の審理進捗を妨害しない範圍内に於て檢證や診査に參與する事が許されてゐる。

鑑定人とは何ぞや。Kriegs は「特殊の科學的知識、技能的並びに職業的習練により一定の認識をなし、その認識及び他の確認されたる或は假說的なる事項を基礎として結論を下し得る能力を有する者」であると言ふ。この見解によると、各専門に於ける特殊な科學的知識を要求するのであつて、裁判官は選擇を誤つてはならぬ。

第七五條。鑑定ヲ公式ニ命ゼラレタルトキ、鑑定ニ必要ナル科學的知識、技能ヲ職業トセル者、或ハ鑑定人トシテノ資格ヲ與ヘラレタル者ハ、鑑定ヲ拒否スルコトヲ得ズ。

この條文によつて、裁判上醫學的問題が生じた場合、裁判所は認定された醫者でさへあれば誰にでも鑑定を命ずる権利がある。併し醫學の分科が増加するにつれて、全科を習得する事が不可能となり、殊に精神病学領域では、専門醫に非ずして鑑定は不可能である。

精神病学教室に二、三學期通つただけで精神病学専門醫となり得ないのは恰度精神科の試験に合格しただけでは鑑定が出来ないのと同様である。であるから裁判官は通例第七三條第二項に規定した醫師に鑑定を命ずる。この限定された醫師としては、精神病学専門醫以外に、法醫學者、及び裁判醫が挙げられる。是等の醫師は國家醫師試験に合格してゐることが必要で、此の試験に合格するには、精神病院又は精神病学教室に於て三ヶ月精神病学を習得せねばならぬ。併し、この三ヶ月が鑑定に必要な知識

識を習得するのに不充分なるは言を俟たない。そこで獨逸法醫學會はこの習練期間を一年に延長すべく提議したが、一年でも決して充分ではない。一年間の習練では、疑問患者の診断が如何に困難なものであるかを感得出来れば先づ上々の部とすべきであらう。

精神病の存在を認めるには屢々一分間で足りる。併し、精神病でないことの證明、或は精神障礙が何の程度に責任能力又は審理能力 *Verhandlungsfähigkeit* に影響を及ぼしてゐるかの認定には數週間の觀察でも尙足りないことが往々ある。

精神病學的診断の困難なることを自覺してゐることは、精神病學的知識の所有より以上に重要である。眞の専門家は判断に際して多くは甚だ慎重を極める。素養の不充分な人は自分の意見を直ちに決定的なものとして仕舞ひ易い。判断の困難をよく知悉した人は、何はさて置き、判断に必要な資料を出来るだけ完全に集めることに努力するのである。それをなすことを第八〇條は許してゐる。

第八〇條。鑑定人ハ、鑑定ノ準備トシテ證人又ハ被告ノ訊問ヲ受ケ、以テ事態ノ明白ナル把握ニ資スコトヲ得。又同ジ理由ニヨリ、調書ヲ通覽シ、更ニ證人又ハ被告ノ召喚訊問ニ立會ヒテ直接ニ質問ヲナスコトヲ得。

この「……ノコトヲ得」なる文體を以て裁判官は時に鑑定人の希望を拒絶し得るのではあるが、鑑定人か是非必要とする事實を調査せんとするのを拒否することは出来ぬ。唯、既に被告の精神状態につき公然と言及してゐる證人の招致は之を斷念してもよいと鑑定人が信じてゐる様な場合には、證人

招致を拒否したとて辯護の制限にはならない。第八〇條の「……コトヲ得」なる文體は餘りに多くの證言申出でによつて診断を混亂せしめる事を防ぐ役目を持つてゐるのである。

鑑定に際しては、時に、裁判所が調書の引渡しや證人の諮問を阻止し、ために困惑せられたることがある。又、證人からの聴取の如きも、裁判所でなすよりは、裁判所外でなす方が遙かに迅速に目的が達せられる。即ち、鑑定人には、裁判官のなす數時間の訊問を聴くよりは、少數の質問で緊要事を知り取ることの方が遙かに能率的なのである。併し、醫者は裁判所外での訊問は法律上無効なることを知つておらねばならぬ。又、時に、證人が豫め宣誓してゐない場合には、その證人の調書も法律的に無價値である。要するに、種々の陳述の眞偽正否は主審に於てせられ、すべては夫れに準據して決せられるものなることを承知してゐることが必要である。殊に、證人間の喰ひ違つた證言、被告の中立との齟齬のある場合等には、この事を忘れてはならぬ。

次に、鑑定には調書の通覽を斷念してはならない。それによつて診査によつて得る被告人の概念とは別な事態を知ることが出来る。勿論診査は主である。プロシヤでは鑑定人に三回だけ診査を許してゐるが、三回では不充分なことが多い。殊に伴狂の疑のあるとき、一過性の精神障礙の如き場合に然りである。一過性の癡癲や失神、苦悶發作等に關する陳述は常に信すべきものでない。その眞否を確めることは診断上決定的に必要である。そこで、正確な觀察を可能ならしめる規定が生じたのである。

第八一條。裁判所ハ、精神鑑定ノ便宜上、鑑定人ノ申出デニ應ジ、辯護人ノ取調べ終了後ニ於テ、被告人ヲ公立精神病院ニ收容觀察セシムベク指令スルコト得。

本指令ハ主審ヲ開クベキ裁判所之ヲ行フ。

被告人ガ辯護人ヲ有セザル時ハ、辯護人ヲ附スヲ要ス。

本指令直後ニ於テ支障ノ生ゼル場合ハ、コレヲ延期スルコトヲ得。病院收容期限ハ六週トス。

被告人が精神病院に收容せられてる間は最早豫審囚人でもなく、又病者でもないが、吾々は病院の設備の能ふ限り、逃走を防がねばならぬ。但し、面會や通信は當該病院の規定に従つて宜しいのである。唯、豫審判事や檢事が特別の取扱ひを要求せるときは、それに従ふべきだが、一般には例外的處置をとる義務はない譯である。

精神病院では醫者が頻繁に觀察し、看視も充分であるから、長期の拘留中に見附からない様な症状が見逃される様な事が遙かに少いのである。

六週間の觀察期間は適當であると思はれる。若し六週間の觀察で未だ診斷に疑問が残る様な場合には、假令收容期限を延長しても結局診斷が判然としないであらう。尤も例外も大いにあるのであるが、とは云へ、この收容期間の制限は妥當である。長期間精神病院に收容されることは被告人にとつては可成りの自由の束縛となるからである。夫故に第八一條には、辯護人が參與すべきこと、支障のある時には病院送致を延期すべきこと、病院は公立のものたるべき事等の制限が更に加へられたの

である。私立精神病院が不信用なのは、精神病等の素養のない人が院主であることがあるからである。併し民法の禁治産宣告に際しての鑑定の場合には、公立病院でなくともよいことになつてゐる。

この第八一條の適用には鑑定醫の申立てが絶対に必要であつて、辯護人が之を要求しても、鑑定醫が要求しない時には不問に附される。又、鑑定醫の要求を裁判所がその要なしと認めて拒否する事があり、それは決して法律に觸れないことになつてゐる。併し、第八一條適用の條件が揃つてさへおれば、裁判所はその適用を拒否出来ぬことになつてゐたら理想的であらう。宜しく鑑定醫が不必要な要求などしない事を信頼すべきである。

診査時には治療の状態にあるが犯行時に於て精神病的状態にあつた様な場合にも、精神病院内で觀察することが必要である。殊に癲癇者の犯行時の状態を推測するには第八一條の適用を要することが多い。

この六週間の觀察は豫審に屬するものであるから、多くの場合文書でその判断を表示せねばならぬ。それは第八二條に基づく。

第八二條。豫審ニ於テ、鑑定人ノ判断ヲ書式ヲ以テ表示スルカ或ハ口述ヲ以テスルカニツキテハ、裁判官ノ指令ニ依ツベシ。

精神病院と裁判所との距離は遠いことが多いから、通例豫審判事や檢事は判断の書式表示を要求する。又鑑定醫の方でも、裁判時に判断の根據となる所見を明瞭に記憶に廻へらすために、記述して置

く要があるのである。

次に裁判官は第八三條によつて、鑑定の不備を認めることが出来る。

第八三條。裁判官ハ、若シ現鑑定ガ不備 ungenügend ナリト認ムル時ハ、同一又ハ他ノ鑑定人ニ再鑑定ヲ命ズルコトヲ得。

若シ、一鑑定人ガ鑑定後忌避サレタル時ハ、他ノ鑑定人ヲ命ズルコトヲ得。

重大ナル犯例ニ於テハ、一定ノ専門家團體 Fachbehörde ノ判断ヲ要求スルコトヲ得。

此の條文中の「不備」なる用語には詳しい説明がないが、大體、裁判官にとつて不明瞭な場合、又は結論への確信が不足な場合と解することが出来る。

鑑定人の忌避は稀ではあるが第七四條に基づいて起る。

第七四條。鑑定人ハ、裁判官ニ於ケルト同一理由ニヨリテ忌避サレ得。即チ、被害者タルトキ、被告人又ハ被害者ノ血縁者、後見人、又ハ配偶者タルトキ、検事局又ハ警察署ニ勤務スル官吏ナルトキ、若シクハ先入觀念ニ支配サレキル場合ニハ忌避サレ得。

忌避ノ權利ハ検事、原告人、及ビ被告人ニ存ス。

鑑定人ハ鑑定ヲ命ゼラレタル時ハ、特殊ノ事情ノナキ限り、忌避ノ權利ヲ有スル者ニ之ヲ通告スルヲ要ス。

忌避ハ鑑定ヲ信據セシムルニアリ、宣誓ハ信據セシムル (Zuverlässigkeit) 手段トシテ用フルコト

ヲ得ズ。

忌避は裁判所が之を行ひ、忌避された時には、既に行はれた鑑定は無効となる。それは其の鑑定が眞實でないからではなく、鑑定人の公平に對する不信を完全に除くがためである。

鑑定人の宣誓は第七九條に規定されてゐる。
裁判所ハ鑑定人ニ宣誓ヲ命ズルコトヲ得。検事、被告人、又ハ辯護人ノ申立ニヨリテ、鑑定人ハ宣誓ヲ行ハザルベカラズ。

宣誓ハ鑑定結果ノ報告後ニ之ヲ行フベク、ソハ公平ニ全力ヲ傾ケテ鑑定セリトノ宣誓ナルベシ。但シ、若シ鑑定人が當該鑑定報告ヲナス前ニ既ニ『一般宣誓』ヲナセル時ハ、該宣誓ヲ引用セバ可ナリ。

故に鑑定書では一般宣誓を引證して置けばよいのである。抑々宣誓は公平に鑑定の義務を果すべきをよく認識させるもので、鑑定人は、個人的關係や主觀的態度の無意識な影響を出来るだけ除くために、常に内省を要する。であるから鑑定人は深刻な良心的争闘に陥る時があるが、かゝる場合、理解ある裁判官はその鑑定人の鑑定報告の義務を、忌避とは別に、解くことも出来る。そして、良心的な鑑定人も亦、それを決して不名譽には思ふべきでない。

判断の困難な例では、裁判官は多數の鑑定人を依頼して差支ないことになつてゐる。殊に、被告人側の鑑定人と裁判官側の鑑定人との見解間に對立がある様な場合には更に他の鑑定人によつて事態を

闡明することが必要である。この最後の断定には専門家團體が採用される。専門家團體としては、醫學者協會とか、法醫學委員會とか大學醫學部の如きが擧げられる。

この専門家團體には其の地方の最優秀なる専門家が加入してゐると云ふ長所がある。併し懸念もある。それは専門家團體の判断が單に調書及び以前に行はれた鑑定記録にのみ基づくと云ふ點である。混淆せる事件に於ては宜しく専門家團體は個人的診査を行ふべきである。精神病學的診断に於ては、自分自身で診査することは缺くべからざることで、如何に詳述された記録でも、自身の觀察印象には代り得ない。併し、此の瞬時の觀察たるや、又、精神病院内での數週間の觀察には到底及ぶべくもないのである。精神病院での觀察は六週間以上は許されないことになつてゐて、以前に六週間の觀察が行はれてゐる時には、後の鑑定人には最早之が許されぬのは遺憾である。豫審囚人の監置された刑務所は診査に不便であり、又之を檢事の許諾を得て他の診査に都合のよい設備ある刑務所に被告人を移して貰つても、兎に角監房では六ヶ敷い例の鑑定は無理である。専門家團體の鑑定の時だけでも精神病院に收容して觀察し得る規定の期限が今少し延長されることが甚だ望ましい。

要するに、裁判官は、鑑定には觀察が極めて重要であることに留意すべきで、さうなれば裁判官は當然病院や鑑定人の選擇を誤らぬだけの注意をする様にもなるであらう。

次に裁判官に對しての鑑定人の立場につき一言して置く事がある。

被告人の犯罪の性質が嚴刑に値すると一般に考へられるに關らず、鑑定人の判断が其の被告人を無

罪にする様な場合、鑑定人が疑はれるのは甚だ喜ばしくない。又、裁判官とか陪審官が法廷に於ける瞬時の觀察を基礎として、鑑定人の慎重な判断を斥けると云ふ場合があるならば、愈々不都合である。裁判官が一鑑定人の判断を信頼し難い時に、他の鑑定人を更に招致するのは勿論話が分るのであるが、鑑定人の見解を信用しない様な判決を下す位ならば、初めから鑑定など頼むに及ばぬではないか。併し、自分は *Hoch* と共に、鑑定人の判断に裁判官が絶対に従ふべきものだと考へない。若しさうすれば、裁判官の自由意思による評量の權利を侵すものだからである。とは云へ、今少し吾々の鑑定を尊重して欲しいと思ふ。

精神病學的診断が如何に困難なものであるかを、裁判官の多くはよく知つてゐない様である。極少數の法家が、勤勉と鋭利な頭腦的作業によつて始めて鑑定が行はれ得ることを認めてゐるに過ぎない。實に精神病醫の最も困難で最も責任のある仕事は疑はしい精神状態の判断なのである。だから此の疑問の解決と云ふことに特別の興味と満足を感じない人は鑑定など好まぬだらうと思はれる位である。

第八四條。鑑定人ハ旅費日當及ビ鑑定料ヲ請求スルコトヲ得。

法定の報償規定が醫者に與へるものは甚だ少額であるが、かゝる重要な任務に對しては多額でなければならぬ。自分は此の様な苦々しい事を敢へて述べるのは次の理由を以てである。それは、多くの裁判官は鑑定料が勞働者のそれより少額であることに何等の顧慮を拂つてないからである。周到な診

査、鑑定文作製に要する時間等に對する報酬が高々三〇マルク位では、如何に裁判官が無理解であるかを知るに充分ではないか。自分は金銭のことのみを云ふのでなく、その非妥當性を論難し度いのである。

次に鑑定に對する認識不足を示してゐるのは第八五條である。

第八五條。特別ノ知識ニヨリテ知り得タル過去ノ事實ニ就キ、其ノ事實ヲ知レル者ヲ訊問スル時ハ、證人訊問ノ規定ヲ適用ス。

この條文は、判斷を下す鑑定と、單に事實の認識を述べる鑑定證人 *Zeugnisstandige Zeugen* とには差異があるとの考から作られたのであるが、鑑定的結論と事實の専門的認識との間に明劃な境界はないのである。凡ゆる認識には主觀的要素が包含されるからである。まして吾々が第八五條による證人として訊問される時には判斷を述べるべく要求されるのが通例であるに至つては尙更で、是では鑑定と同じ事になるではないか。

裁判官は宜しく初めから専門家を鑑定人として依頼すべきで、證人として訊問すべきでない。吾々は證人として判斷を要求される場合には、第七七條の申告強制規定に基づく罰金などに恐怖せず、鑑定としての報酬を求めるのが當然である。併し、最も正しいのは、第八五條が抹殺されて仕舞ふことである。

自分は鑑定に關する暗面を指摘して來たが、一方喜ばしい點もある。夫れは近時裁判官の精神病醫

に對する評價が昂まつて來たことである。其の原因は、鑑定醫の素養が向上したことにも存するが、又、恐らく法家が大學時代に司法精神醫學を學び得る様になつたがためであらう。精神醫學を學ばないものは裁判官となり得ないと云ふ様になつて始めて、法家と醫家の一致、延いては司法上の萬全を期し得るであらう。(完)

第二 司法精神病学より見たる獨逸民法

第一編 總論

第一章 精神病者の民事上の地位に關する沿革の概観

刑法發達の初期に徴するに次の二重の傾向を見る事が出来る。其の一は私刑法 *Privatrecht* のそれで、之では犯罪者の個性を全く顧慮に入れてゐない。家族の者はその血縁者が犯行を爲した時には、それが成人なると小兒なると狂人なるを問はず、責任を負はされる。(例へば、カビール族の復讐法 *Blutrache* の如きはそれである。)之に反して社會法 *Soziales Recht* があり、それでは成年者と精神の健全なる者のみが彼等の故意行爲に對して責任を取るのである。それにしても吾々に想起されるのは、古代の諸種の刑法では猶死刑の代行と言ふ様な事が行はれてゐたことである(刑罰保證 *Strafbürgschaft*)。併し乍ら、漸次に個人的責任 *Persönliche Schuld* と言ふ思想が生じて來た (*Löffler*)。けれども古のザクセン法典等では責任なる語が、現今日常語として一般に用ひられる如く、單に原因に對するの罪責 *Causa und culpa* と言ふ程の意味を持つてゐた。即、責任は、最初、單に法律的な

出來事に對するもの (Tiegensatz zum juristischen Zufall) に解られ (von Ungelücke unde ane seult)、從つて eines mannes schulden, unde doch ane sinen willen (III, 48, § 3) なる一節に示されてゐる如く過失をも包含してゐた (Löffler, 119)。今日、吾々は責任を以て或は因果を (敗戦はあらゆる慘禍に責任ありと言ふ如く)、或は道徳的責任 (吾々の責任は吾々にと言ふが如く) を考へる。その他、責任には種々な意義が附隨する場合があるのである。扱、ザクセン刑法では犯行者の主觀的立場が顧慮されてゐないで、責任は専ら事件の誘起 Urheberschaft に存してゐる (Honeyer)。之に反してローマ法に準據したシュワールベン法典では責任を今少し狹義に解してゐる。即、それでは偶然の事件誘發は無罪であり、過失か故意かが刑を決定する契機となるのである (Löffler)。けれども、シュワールベン法典に於ても此のテーゼが全く例外なしに行はれてゐるわけではない。例へば、其の第三五一條に依れば、囚人が逃走した爲に生じた總べての災禍に對しては刑務所長に罪責が課される。併し他の場合では原則通り、自覺的犯行である事が科刑の前提條件となり、殊に個人の人格に直接背反してゐない輕罪等では特に此の點が重視されてゐる (Löffler)。例へば、贓品をそれとは知らずに購入したとか讓り受けた場合等には罰は無いのである (シュワールベン法典、57, 58, 317)。以上の如く責任なる語の解釋は多様多岐に亙り、見極め難い程である。尙、刑法に於て最初に責任の意義を明示してゐるのはカロリナ法典であり、それはローマ法に則つてゐるものである。それは、豫め計劃して (故意に) 或ひは衝動に驅られて (突進に又は激怒して) 或ひは過失によりて (思ひがけぬ全く偶然に) にはあるが

投げやりの態度や注意不十分のため行爲者の意思に反して) 犯罪が犯された場合 Delinquitur aut proposito (=fürsatz), aut impetu (=Jähheit und Zorn), aut casu (=von ungeschickten ganz ungewehrlicher weiss, aus Seytheit oder unfürsichtigkeit, doch wider des thatters willen) 責任があるとされたのである。

往時の獨逸民法では小兒、狂人、癡呆者の犯した損害でも總て賠償されるべき事に定めてある (ザクセン法典、III)。獨逸民法は初め個人の完全な行爲無能力 Handlungsunfähigkeit を認めてゐなかつた。そして、幼年期 infant 思春前期 impuber 少年期 minor 成年期 maior の四年齡階段に對してそれぞれの法的立場の差異を認めてゐないのであつた。只、是非を判別し得る者と然らざる者との區別は分たれてゐたが (Frimm. Weisth., II/542)、それとてもが、る缺陷者の行爲それ自體が直ちに無効とされる譯ではなく、彼等が判別能力獲得後一定の期間内に行爲の取消を申出る事が許されてゐるだけであつた。又、興奮時の法律行爲の効力は平靜に復する迄留保されてゐた (Hensler)。稍々時代が進んで狂人及癡呆者が十二歳以下の小兒と同列に取扱はれる様になつてゐるのが見られる (Rechtstättter, Landrecht, 43, § 4)。次に往古に於ける獨逸の法的見解が今日のそれと如何に懸隔せしかは、身體疾患が法律的權能を奪つてゐた一事を以てしても明かである (Stobbe)。例へば、ランゴバルデン州では癩病患者は民法的に無能力とされ、ザクセンでは身體的重病者は領有地を得ることが出來ず、即、侏儒、畸型兒、及び混血兒は相續が出來なかつた (Sachsenspiegel I, 4)。其の後リウトプ

ランド王 *Liutprand* が「健康とか疾患とかの問題でなく、要は言論の筋道が立ち己の意志を通ぜしめる能力があるかどうかにある」と言明する頃に至りて、漸く精神的方面が重視されて来たのである。

ローマ法では、狂人 *Furiosus* 及、七歳以下の小兒は智的能力を所有して居ないから全く行爲無能力であるとしてゐる。併し、舊ローマ法の立法精神は行爲の結果に専ら依存し、行爲者の状態如何を顧みて居ない。應て之に反對する見解が現はれて、責任のない所に行爲に對する負責 *Verantwortung* 即、損害賠償の義務は存しないと云ふ譯になつたのである。自分の行動に對して自覺を持たぬ者に責任は無いのである。そこで、ローマ法に依れば狂人は無責任である。狂人の行動は動物のそれの如く、道徳律に制約されるものでなく、専ら肉體状態に支配され、恰も高所から石が落ちると同じく、自然界の一現象に過ぎぬものと見ることが出来る（四足獸が危害を加へ或ひは屋根瓦が落ちるかの様 *quemadmodum si quadrupes damnum dederit aut si tegula ceciderit, Thering*）。

現今に於ても吾人は此の様な見地に立つてゐる。吾人は完全な行爲無能力 *Gesellschaftsunfähigkeit* なる概念を抱持してゐるものであつて、之を七歳以下の小兒や精神病者に於て認めるのである。此の兩者とも何等の行爲を及ぼし得ないもので、彼等の行爲が無効なのではない。それは恰度刑法に於て、精神病者の可罰行爲が無罪であるのではなくて、抑々精神病者の可罰行爲なるものが初めから存在せぬのと同様な意味なのである。

第二章 精神病 *Geisteskrankheit* の概念規定の變遷、

精神病學竝に法律學に於ける精神病及び心神

耗弱 *Geisteschwäche* の概念、其の他民法上

の諸概念に就いて。

民法が草案された當時に於ては法律家の間に未だ病的な人格（精神病質）*Psychopathie* と精神病

Psychose との區別が普及して居なかつた。尤も其の常時、精神病學者に於てすら、此の兩者を分類すべき基礎が徐々に築かれつゝあつたに過ぎない。十九世紀初頭迄は、只一つの精神病なる名稱であるゆる精神異常が呼稱されてゐた。そして其の後數十年間に於ては精神病は腦病 *Cerebralkrankheit* であるとの見解が支配してゐたのであるが、上述の總べての精神異常を包括した意味での精神病に對してかゝる見解を適用するのは謬りである。又當時急性の拘禁精神病 *akute Haftpsychose* と精神分裂病 *Schizophrenie* とを經過上區別してはゐたが、本質的に別個の病氣であるとは考へてゐなかつた。本來的な疾患と異常人格との區別が攻究され出したのは、ウエルデンブルクの精神病醫 *コッホ* *I.L.A. Koch* の業績が現はれて以來（一八九一年）の事である。異常人格 *abnorme Persönlichkeit* とは素質

的に平均人に比して著しく偏異を示してはゐるが、その基地に何等の疾患、何等の病的機轉 *Kran-*
Kheitsproceß の存しないものである。此の異常人格が即、病的人格又は精神病質 *Psychopathie* と謂は
 れるもので、精神的疾患、即、精神機能及其の腦髓的基地 *Geistliche Funktion und ihre cerebrale*
Grundlage に於ける疾患が精神病 *Psychose* であるとされたのである。斯くて、精神病なる呼稱は器
 質的な腦髓病的機轉及、それによる精神症状のみに限つて使用し、其の他の總べての精神的異常には
 病的人格なる呼稱を興へることにしたならば、混亂や誤解が全く起らぬものだらうか。遺憾乍らそ
 うは行かない。精神病なる語は上述の病因的觀點から規定された意味の外、單に臨床的、徴候的な意味
 でも用ひられる。即、通例、新たに發生した重篤な精神障礙は總べて精神病と呼ばれてゐるのであ
 る。それ故、病的の他に徴候的觀點を併せて、精神病を次の三大範疇に分つことが出来る。即、
 (一)、器質的 (腦病性) 精神病、例へば進行麻痺、*Paralyse*、精神分裂病、癲癇 *Epilepsie* 等、(二)、心因
 性 *psychogen* (*psychopathische*) 精神病、例へば場面精神病 *Situationspsychose* (拘禁精神病の如きも
 の)、(三)、精神病的性格、狀態及、反應 (例へば心氣性神經衰弱、強迫觀念等) である。
 法律は之等の精神病分類上の知識を取入れようとしてもゐないし、又それは不可能であらうと思
 ふ。何となれば、精神病學は逐年進展して行く科學であり、その専門學術語の内容の轉變が甚だ旺で
 あるからである。そこで法律は獨特の心理的乃至精神病的用語を産み出してゐる。そして醫學者は
 法律用語とそれに關する彼等の醫學的概念とを比較した上で何とか一致點を見出さねばならぬ狀態で

ある。法律中の用語が、それが日常語又は心理學的用語に於ける時とは全く別な意味を有するもので
 あることを知らずしては、如何なる精神病學者と雖も鑑定に携はることは出来ぬのである。

故意 *Vorsatz*、熟慮 *Überlegung*、意思 *Wille*、知覺喪失 *Bewusstlosigkeit*、心神耗弱 *Geistesschwäche*
 等の法律上の用語は何れも吾人が普通一般に考へてゐる所と殆ど全く異なつた意義を持つてゐる。而
 も、かゝる用語の説明は法文中に存しない。そこで吾人は大審院判決例を参照して用語の意義を把握
 することに勉めねばならぬ。判決例は適用した法文の意義を示してゐるのである。併し、此の判決文
 中の用語の解釋も變轉する。數十年間の大審院判例を逐次追求して行くと、諸種の法律用語の意義が
 徐々に而も慎重に移り變つて行くのを誰しも認め得るのである。文化の推移に従つて大審院の思想も
 膠着を避けて行くべきは止むを得ない所であらう。

扱民法に於て最も重要な若干の心理學的用語を例示して簡略な敘述を加へて見よう。

第一に第六條第一項に於ける精神病 (*Geisteskrankheit*) 及、心神耗弱 (*Geistesschwäche*) なる表現である
 が、之は後章で禁治産に就いて述べる際に詳細な検討をなす事とし、茲では單に、此の精神病とは總
 べての精神異常を意味するものなること、即、眞の精神病の他に病的人格及び低能 *Imbecillität* をも
 包含してゐるものなることを特に注意して置くに止める。心神耗弱も大體同様であるが、只精神病よ
 りも程度の軽いものを意味してゐる。次に第一〇四、一〇五條には、従前の刑法にも用ひられてゐる
 表現、自由なる意思決定 *freie Willensbestimmung*、精神作用の病的障礙狀態 *Zustand krankhafter*

Störung der (Ist-)Fähigkeit 及、知覺喪失 Bewusstlosigkeit なる語が見出される。之等に就いては本書中にアシャツエンブルクが既に論じてゐるから、此處にそれを繰返すの蛇足を踏まない。只、一言觸れて置きたいのは、之等の呼稱を興へらるべき精神状態が刑法的立場から肯定された場合には民法上にも同時に行爲無能力 (Geschäftsunfähigkeit) が結論され得ると言ふ考へ方は否定されるべきものであると言ふ點である。今日、刑法上、所謂部分的責任能力 Partielle Zurechnungsfähigkeit を認めないの合理性如何に就いては種々な見解が表明されてゐるが、少なくとも此の部分的責任能力を認めないと甚だ困却する場合があると言ふ事には異論を持つてゐる人はあるまい。例へば、此處に極く限られた嫉妬妄想を比較的孤立的に持つてゐるだけで、精神全體の著しい荒廢と言ふものは之を全く示してゐない酒精中毒者があるとする。而も、此の嫉妬妄想は單に嫉妬心が亢進したに過ぎぬ様なものではなくて、本格的な妄想の域に達したものであるとする。そこでかゝる嫉妬妄想が全精神の障礙なしに孤立的に存在すると言ふことは理解の出來ぬ事ではあるが、事實上それが疑ひ得ないものであるとする。扱、此の様な酒精中毒者が若しも彼の妻に傷害を加へたならば、それは「精神作用の病的障礙」に因り自由なる意思決定の不能なものであるとして刑法第五一條の適用が肯定されねばならぬだらう。然るに、若し同人が何か窃盜の様な輕罪を犯した際には或は責任能力を有する者と認められるかも知れぬのである。況して、此の様な酒精中毒者を以て直ちに行爲無能力と認められる様な事はないと思はれる。更に同人に禁治産問題が生じた様な場合には、上述せる諸種の場合に於けると同日に論

すべきでなく、別個な見地から評定されねばならぬ。以上を要するに、責任能力、行爲能力及、禁治産の問題は各々獨立した立場から處理されるべきものである。尙、責任能力のみに就いても、今一つの區分が必要である。即、民法第一五六八條の結婚上の義務違反に因る離婚規定中にある「責任を負ふ」verschulden なる言葉は刑法上の責任と別な觀點から判斷されるべきものである。

次に第一九一〇條中の「他人との意思疎通不能」eine Verständigung mit jemandem ist nicht möglich なる文章で表現されてゐる精神状態の判定は仲々困難である。之に就いては保護人設定 Pflegschaftserrichtung の項に於て後述する。

結婚によつて生ずる義務の違反に際して「責任を負ふべき能力」Fähigkeit zur Schuld も亦、第八二三條以下の法文中の「不法行爲の負能力」Fähigkeit zu schuldhaften Begehung unerlaubten Handlungen と趣きを異にする。即、後者は所謂「犯罪能力」Delikt-fähigkeit に相當するのである。

民法第八二三條 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ生命、身體、健康、自由、所有權其ノ他ノ權利ヲ不法ニ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル義務ヲ負フ。

他人ノ保護ヲ目的トスル法律ニ反シタル者モ亦同一ノ義務ヲ負フ。其法律ノ内容ニ從ハハ過失ナクシテ之ニ違反スルコトヲ得ル場合ニ於テハ過失アリタル場合ニノミ賠償義務ヲ生ス。

そして第八二七、八二八條に於て、上記法規に於ける加害行爲者が無意識の状態、又は自由なる意思決定を爲し得ざる様な精神作用の病的障礙の状態にあつたか、或は満七歳未滿であるか、七歳以上

十八歳未満の者でもその判断 Einsicht が責任 Verantwortlichkeit を未だ辨識し得るに至つてゐない場合には、上記の責任は存在しないことを明瞭に定めてある。尙、此の最後の事項は聾啞者にも該當することになつてゐる。

犯罪能力 Deliktfähigkeit 及歸責能力 Verschuldensfähigkeit は全く刑法典と同様の表現を用ひて定義されるものであるから、それに就いては刑法に關する論述を参照されたい。只、茲に注意して置きたいのは、刑法上の責任能力 Zurechnungsfähigkeit と民法上の犯罪能力とは一致しない場合も考へ得ると言ふ事である。犯罪能力 Deliktfähigkeit は不法行為の結果に對して責を負ふべき義務を含んでゐる。行為能力 Geschäftsfähigkeit は正當行為の結果を享受し、又は忍受すべき運命をも藏してゐる。此の兩者を併せて行動能力 Handlungsfähigkeit (Eidemann は交渉能力 Verkehrsfähigkeit なる語を提唱)と呼ばれてゐる。

尙、次に權利能力 Rechtfähigkeit が區別されるべきである。權利能力は分娩の終了を以て初まるもので、權利や義務を所有する能力、即、法律的條件、或は法律的效果を體驗する能力である。權利能力は生來性で喪失し得ないもの、行為能力は獲得性で喪失し得るものである。佛蘭西では權利能力と行動能力を併せて公民能力 capacité civile と總稱してゐる。

第二編 各 論

第二章 行為能力 Geschäftsfähigkeit 及遺言能力

Testierfähigkeit

法律が單に精神病者は民法的生活外にある者とし、又精神病者とは總べての重篤な精神異常 Schwere seelische Anomalie を示す者を意味するとのみ規定して居るならば、鑑定人の立場としても、此の様な單純な規定に満足してゐなければなるまい。併し、立法家は如何なる場合に公民生活が除外されるべきかの條件を確定して置くべき必要を感じ、民法第一〇四條を以て次の規定を下してゐる。

- 第一〇四條 左ニ掲ケタル者ハ無能力トス
 - 一 滿七年ニ達セサル者
 - 二 精神作用ノ病的障礙ニ因リ自由ナル意思決定ヲ爲スコトヲ得サル状態ニ在ル者但共ノ状態ハ性質上一時的ノモノナラサルコトヲ要ス
 - 三 精神病ノ爲メ禁治産ノ宣告ヲ受ケタル者

以上の三つの條件は何れも完全な行為無能力と言ふ同一の結果を生む。茲に第二の條件は特に興味