

14.5  
54



0011546-000

14. 5 - 54

司法資料

司法省調査課

第127号

昭和3

ACA



14.5  
54

# 司 法 資 料

第 二 百 二 十 七 號

刑 法 改 正 に 關 する 比 較 法 制 資 料

( 前 篇 )

[ 禁 轉 載 ] 昭 和 三 年 四 月

司 法 省 調 査 課

發行所寄贈本

本號には一九二七年發表の獨逸刑法草案及ひ理由書附録に蒐められ  
たる諸外國に於ける刑法改正事業中の特種問題に關する立法例を收録

したり

譯出の都合上前後二篇に分ち筆寫に代へて排印す

昭和三年四月



司法大臣官房調査課

目次

外國の刑法改正事業中に於ける重要な問題の規律……………一

緒言……………一

外國の立法一覽表……………二

一、刑の條件付言渡……………九

一、總論、觀念、組織上の地位……………七

二、各箇の問題……………二〇

三、如何なる刑事事件につき刑の條件付言渡の制度を適用するか……………二

四、條件……………二六

五、考試期間……………三

六、犯人に對して如何なる條件を課するや……………三四

七、如何なる條件を具備するに於ては刑を執行するか……………三五

八、考試期間を満足に經過するときは如何なる結果を伴ふか……………三九

東京大学図書印本



- 九、判決の附帶的效果…………… 四二
- 十、此の特典を言渡すの方法如何…………… 四四
- 十一、效果は法律上當然に發生するものなるか、はたまた判事の宣告に依つて發生するものなるか…………… 四五
- 十二、繰返し刑の猶豫を與ふるの件…………… 四七
- 十三、處罰登録簿…………… 四九
- 二、刑の量定問題…………… 五
- 一、總論…………… 五一
- 二、具體的の罰則の規律…………… 五七
- 三、概括的の指圖…………… 六一
- 四、刑の減輕…………… 七〇
- 五、特別減輕…………… 七七
- 六、刑の加重…………… 八三
- 三、營業的犯罪人の處遇…………… 八九
- 一、總論…………… 九二

- 二、刑の加重原因としての營業性…………… 九三
- 三、危險なる營業的及び常習的犯罪人に對する特別なる處分…………… 九六
- 四、處分各論…………… 一一
- 五、去勢處分…………… 一九
- 六、勞働所…………… 二〇
- 七、公安に關する一九二六年十一月六日のイタリーの法律…………… 二六
- 四、累犯の處遇…………… 二九
- 一、總說…………… 三三
- 二、累犯の種類…………… 三六
- 三、如何なる行爲につき累犯を考慮するか…………… 四二
- 四、細目…………… 四四
- 五、外國に於ける犯罪…………… 四六
- 六、前科の刑は言渡しありたるを以て足れりとするか、又は其の之に服役したることを必要とするか…………… 四七
- 七、累犯時效…………… 五〇

八、多數の累犯……………	一五二
九、累犯行爲の處遇……………	一五三
十、若干の法律及び草案の特徴の例示……………	一五七
五、乞丐及び浮浪者の處遇……………	一六一
一、總 說……………	一六一
二、各個の立法例……………	一六三
三、各 論……………	一八二

目 次 終

司法資料  
第二百二十七號

刑法改正に關する比較法制資料

(前篇)

外國の刑法改正事業中に於ける重要なる問題の規律

緒 言

凡そ刑法を改正するの必要なるは最近十年來多數の文明諸國に於て痛感するに至りたる所にして、スウェーデンに於てはほゞ我が國と時を同じくして、オーストリアにあつては既に久しき以前より刑法の根本的改正に努力しつゝあり。イタリー亦新刑法の起草に従事し、其の他デンマークに於て、チエッコ、メロウアキヤに於て、或はまた歐洲諸國、歐洲外の諸國何れも新刑法を起草し、若は少くとも起草せんことを企圖しつゝ、あらざるものなし。即ち我が獨逸の刑法改正事業の如きは、偶々以て世界の刑法改正の勢力の大勢の一部的現象に外ならざるなり。

以上の事實を識認するに於ては外國の刑法事業の大綱を辿つて、若し能ふべくんば之を我國の刑法改正事業に利用せんとするの希望も亦自ら理由ありと謂ふべきなり。以上の必要は司法省の發議に基きてかの

「獨逸及び其の他の諸國の刑法比較論」なる大部の著作の實現を導くに至り、一九〇九年を以て完成を告げたるか、今日我が國の形勢は此の大部の著作の完成以後の時期につき是と同一程度の大規模なる著作に従事するを許さるゝも、然も何れにせよ我が國の刑法を改正する上に最も重要とする問題につき、外國刑法か同一の問題を如何に規律しつゝありやの點に關する比較的觀察を爲すは切に望ましとする所と謂ふべし。かくの如き觀察の基礎を得んか爲司法省は多數の外國政府に質問書を發送したるか、獨逸法學者中の若干者チュービンゲン大學教授ドクトル・アウグスト・ヘーグラア、ドクトル・エドアルド・コールラウシユ、ドクトル・ウォルフガング・ミッテルマイヤアの諸氏は自己の學問的責任を以て各國政府の答書及び其の他の入手し得べき基礎資料を整理、案配するの勞を執り、かくの如くして今こゝに見る所の如き外國の刑法改正事業中に於ける重要な問題の規律の概觀の脱稿を見るに至りたり。

尙ほ外國に對する敵對行爲 *feindliche Handlungen gegen ausländische Staaten* 怠業に對する罰則 *Strafbestimmung gegen Sabotage* 麻酔劑の販賣に對する罰則 *Strafvorschriften gegen den Vertrieb von betäubenden Mitteln* 等に關する問題は教授ドクトル・ヘーグラア氏の擔任する所なりしか、筆者病氣の結果之を延期するの止むを得ざるに至りたり。

## 外國の立法一覽表

- アルゼンチン、一九二二年九月の刑法、 *Código penal de la Nacion Argentina Ley No. 11179 con las modificaciones de las leyes 11221 y 11309 30 de septiembre de 1921, Edición Oficial, Buenos Aires 1924.*
- ベルギー、一八六七年六月八日の刑法、 *Code pénal 8. Juni 1867.*
- ブラジル、一八九〇年十月十一日の刑法、 *Código penal 11, Oktober 1890.*
- ブルガリヤ、一八九六年二月二日の刑法、 *Strafgesetzbuch 2. Februar 1896.*
- カナダ、ヴィクトリヤ女皇治世第五十五年乃至五十六年の刑法（爾後に幾多の改正を加ふ） *Criminal Code 55 bis 56 Vict. c. 29, mit späteren Änderungen.*
- チリ、一八七五年三月一日以來施行の刑法、 *Strafgesetzbuch in Kraft seit 1. März 1875.*
- 支那、一九二二年三月十日の暫行新刑律、改正案については監獄雜誌 *Revue Pénitentiaire* 一九二二年第九十七號參照。 *Vorläufig geltendes Neues Strafgesetzbuch 10. März 1912.*
- コロムビヤ、一九二四年一月一日以來施行の刑法、 *Código penal in Kraft seit 1. januar 1924.*
- コスタリカ、一九二四年七月一日施行の刑法、 *Código penal in Kraft 1. juli 1924.*
- デンマーク、一八六六年二月十日の刑法、 *Strafgesetzbuch 10. Februar 1866.* 草案。一九〇五年の委員會草案、一九二二年の委員會草案、一九一七年司法大臣の命令に基きてカール・トルブ氏の起草したる草案、一九一七年十一月九日の刑法委員會の起草したる一九二三年の草案、一九二五年の政府案。



イギリス、成文法は、Stephen, J. F. Digest of the Criminal Law, 7 th edition 1926, & Russel, On Crimes and misdemeanours, 8 th edition 1923, Halsbury, Laws of England, vol. 9 (1909) を参照すべし。エストランド、Saarnann, „Ostrecht“ 2, 1926, S. 625 参照。フィンランド、一八八九年十二月十九日の刑法、Strafgesetzbuch 19. Dezember 1889。草案。官の囑託に基きセラチウス氏の起草したる第一次、第二次、第三次の草案（一九二一年、一九二二年）フランス、一八一〇年二月二十二日の刑法、一八三二年四月二十八日の新法文、Code pénal 22, Februar 1810, neuer Text 28. April 1832, mit vielen Änderungen。ギリシヤ、一八三四年一月十日の刑法、Strafgesetzbuch vom 10. Januar 1834。一九一八年十二月二十九日の決闘法 Gesetz über den Zweikampf vom 29. Dezember 1918。草案。一九一一年に設置したる委員會起草の一九二四年の草案（ギリシヤ語原文の草案のみを存するに止まる）。日本、一八八九年十二月三十日の決闘法、Gesetz über den Zweikampf vom 30. Dezember 1889。一九〇七年四月二十三日の刑法、Strafgesetzbuch 23. April 1907。イタリー、一八八九年六月三十日の刑法、Strafgesetzbuch 30. Juni 1889。草案。Relazione sul progetto preliminare di Codice penale Italiano libro 1. 1921. (獨逸譯を存す)。ユーゴースラウキヤ、セルビヤの項を見よ。

レトランド、一九二二年のレトランド新刑法草案 Entwurf zu einem neuen Strafgesetzbuch Lettlands aus dem Jahr 1922. Mit den Motiven usw. Allgemeine Bestimmungen, Religions und Staatsverbrechen (Kap. 1 bis 8), zusammengestellt von P. N. Jakobi, Riga 1923。ルクゼンブルグ、一八七九年六月十日の刑法、(ムルギーニ同) Strafgesetzbuch 18. Juni 1879。マルタ、一八五四年三月十日の刑法、Leggi Criminali per Pisola di Malta 10. marzo 1854。メキシコ、一八七一年十二月七日の刑法、Strafgesetzbuch 7. Dezember 1871, Revision des Código penal. proyecto de Reformas y Exposición de Motivos 12. Juni 1912。オランダ、一八八一年三月三日の刑法、一八八六年一月十五日の法律を以て改正、爾後數次の改正を加ふ。Strafgesetzbuch (Weibook von Strafrecht) vom 3. März, 1881, abgeändert durch Gesetz vom 15. Januar 1886 und seitdem mehrmals。アメリカ合衆國、聯邦、合衆國刑法、United States Penal Law, An act to codify, revise and amend the penal Laws, 4th March 1909。ニューヨーク州、一八八二年十二月一日施行の刑法、The penal Code in Force December 1. 1882。その他「決闘」に關する章中に援用したる各州の法律。ノールウェー、一九〇二年五月二十二日の刑法、Innstilling fra den av justisdepartement 11. mai 1922 opnevnte Komité til Revisjon av Straffeloven første del 1925,

オーストリー、一八五二年五月二十七日の刑法、Strafgesetzbuch 27, Mai 1852. 草案。貴族院に提出ありたる一九一二年の政府案、(一九一三年二月の司法事務委員会の報告書を伴ふ)。一九二一年の刑法改正案、(一九二二年聯邦政府が参議院に提出したる草案)、獨逸刑法草案第一編總則の部に對する一九一九年のオーストリーの反對草案。

ヘル、一九二四年七月二十七日の刑法、Codigo penal 27. juli 1924.

ポーランド、一九二二年の刑法總則草案(獨譯あり)。

ポルトガル、一八五二年十二月十日の刑法、一八八六年九月十六日の新法文、Strafgesetzbuch vom 10. Dezember 1852, neu gefasst am 16. September 1886.

ルーマニア、一八六四年十月三十日の刑法、Strafgesetzbuch vom 30. Oktober 1864.

ロシア、一九〇三年三月二十二日の刑法、Strafgesetzbuch vom 22. März 1903. 勞農ロシア、一九二二年

六月一日施行の刑法、一九二六年の新刑法典は未だ参照すること能はらざる。

スウェーデン、一八六四年六月十二日の刑法、Strafgesetzbuch 12. juni 1864. 草案。Förslag til Strafflag, Allmänna Delen av Strafflagskommissionen 1923, Thyren, J. C. W. Die Verbrechen gegen Körperliche Unversehrtheit in dem Vorentwurf zu einem schwedischen Strafgesetzbuche, 1917.— Thyren, Tientwurf über Beleidigungen, 1919.

スウキス、一八五三年二月四日の聯邦刑法、Bundesstrafgesetzbuch 4, Februar 1853. 草案。一八九三年以來のスウキス刑法草案、其の最後に屬するは一九一八年七月二十三日の聯邦會議に對する聯邦参議院の報告、州の立法は大體に於て Carl Stross, Die schweizerischen Strafgesetzbücher 1890. 其の比較的新しき

は Appenzell Innerhoden Strafgesetz vom 30. April 1899, Strafgesetzbuch für den Kanton Freiburg vom 9. Mai 1924, Viele Einzeländerungen in Bund und Kantonen.

セルビア、一九一〇年の刑法典豫備草案及び一九二二年のセルビア、クロアチヤ及びスラヴォニア王國刑法典草案(ユーゴスラウキヤの草案)、Vorentwurf zu einem Strafgesetzbuch 1910 und Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Serbien, Kroatien und Slowenien, Berglad 1922.

シヤム、一九〇八年六月一日の刑法典、Code pénal vom 1. juni 1908.

スペイン、一八七〇年六月十七日の刑法、Strafgesetzbuch vom 17. juni 1870.

タスマニヤ、一九二四年四月四日の刑法典、Code of Criminal Law, 4. April 1924.

チエッコ・スロウアキヤ、重罪及び輕罪刑法並に違警罪法豫備草案、Vorentwurf eines Strafgesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen und eines Übertretungsgesetzes 1926.

トルコ、一九二六年三月一日の刑法、一九二六年七月一日より施行、Strafgesetzbuchs vom 1. März 1926, in Kraft seit 1. juli 1926.

ホンガリー、一八七八年の重罪及び輕罪刑法、一九〇八年の改正法、一九一四年の新刑法典豫備草案  
Strafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen, V. Gesetzartikel vom Jahre 1878. Novelle von 1908. XXXVI  
Gesetzartikel. Vorentwurf zu einem neuen Strafgesetzbuch 1914 (Blätter für Gefängniskunde 49. 51).

ヴェネズエラ、一九二六年七月六日の刑法典、Codigo penal vom 6. juli 1926.

社會主義勞農共和國聯邦、Verband der Sozialistischen Sowjetrepubliken、ロシヤの項を見よ。

一、刑の條件付言渡

一、刑の條件付言渡 Die bedingte Verurteilung  
(刑の條件付免除 der bedingte Straflass)

ギーヤン大學教授 ドクトル・ミツテルマイヤア

本稿論述せんとする所は刑の條件付言渡の制度を存するや、又は裁判所は考試期間を定めて刑の全部若  
は一部を免除するの權限を與へらるゝものなりやの問題なり。

刑の條件付免除又は刑の條件付言渡に關する規定を存する立法例左の如し。

アールガウ州。一九一九年十月十三日の刑の條件付免除に關する法律、一九二〇年一月十六日の  
命令。

アッペンツェル・アウセル・ローデン州 一九一四年四月二十六日の刑事訴訟法、一九一七年七月二  
十八日の命令の規定。

アルゼンチン。一九二一年の刑法典第二十六條乃至第二十八條。

オーストラリヤ。クィーンズランド州は一八八六年の犯人考試法 Offenders Prohibition Act サウスオ

ーストラリヤ州は一八八七年十一月十六日の法律。ニュー・サウス・ウェールズ州は一八九四年六月  
一日の法律。ウキクトリヤ州は一八九〇年の刑法第三百五十三條乃至第三百五十七條。ウエストオ

イストラリヤは一八九二年二月一日の初犯犯人考試法 Probation of First Offenders Act, タスマニヤ州は一八九八年の初犯犯人考試法 First Offenders Probation Act、バーゼルラント州。一九〇八年九月二十八日の刑の條件付執行に關する法律。バーゼルスタット州。一九一九年七月十日の法律(刑法典第十九條b乃至第十九條e)。(古くは一九〇六年一月十一日の法律)。

ベルギー。一八八八年五月三十一日の條件付放免及び刑の條件付言渡に關する法律 Loi établissant la libération conditionnelle et les condamnations conditionnelles (一八九五年六月二十七日及び一八九九年八月三日の法律に依つて改正せらる)。

ベルン州。一九〇七年十一月三日の刑の條件付免除に關する法律。

ブラジル。一九二四年九月六日の命令、一九二四年十二月三十一日の刑事訴訟法第五百六十七條乃至第五百八十條。

ブルガリヤ。一九〇四年一月五日の刑の條件付言渡に關する法律。

カナダ 刑法典第八十一條(ウキクトリヤ女皇治世第六十三年及び第六十四年の法律第四十六章第三條)、一九二五年の法律第二十五章に依つて改正せらる。

チリ。一八七六年の刑事訴訟法第六百三條。

支那。一九一二年の暫行刑律第六十三條乃至第六十五條。

コロムビヤ。逮捕、假放免及び刑の執行猶豫に關する一九一五年十一月三十日の法律。

コスタリカ。一九二四年の刑法典第三十九條乃至第四十九條。

キューバ。キューバも亦一の法律を有すへしと傳ふ。Revue pénitentiaire 1924, S. 504.

デンマーク。一九〇五年四月一日の法律第二十條乃至第二十三條、一九一一年四月十一日の法律に依つて支持せらる。一九一七年の草案中に於ては第六十一條乃至第六十五條、一九二三年の草案中に於ては第五十九條乃至第六十四條、一九二四年の草案中に於ては第六十二條乃至第六十七條。

獨逸。一九〇九年の豫備草案中に於ては第三十八條乃至第四十一條。一九一一年の反對草案第九十二條乃至第九十四條。一九一三年の委員會草案第七十四條乃至第八十二條、一九一九年の草案第六十二條乃至第七十三條、一九二五年の公式草案第三十五條乃至第四十一條。

イギリス。一九〇七年の犯人考試法、一九一四年の刑事裁判實施法 Criminal Justice Administration

Act 第七條乃至第九條に依つて改正。並に一九二五年の刑事裁判法 Criminal Justice Act 第一條乃至第十條(従前は一八七九年の即決裁判法 Summary Jurisdiction Act 第十六條、一八八七年の初犯犯人考試法 Probation of First Offenders Act 中に之に關する規定を存せり)。エストランド。一九二〇年七月二日の法律(一九二五年の刑法典草案)。

フキンランド。一九一八年六月二十日の法律、一九二一年の草案第五章。  
 フランス。一八九一年三月二十六日の刑の減輕及び加重に関する法律 *Loi sur l'atténuation et l'aggrava-  
 tion des peines (loi Berenger)* 第一條乃至第四條、第六條、第七條。一九二三年一月二十四日  
 の法律に依つて改正。一九〇三年五月九日の法律に依つて軍法會議にも適用せらる。  
 フライブルグ州。一九二四年の刑法典第三十一條（従前は一九〇三年五月九日の法律）。  
 ジュネーヴ州。一八九二年十月二十九日の條件付刑に関する法律 *Loi sur la peine conditionnelle* 一九  
 〇四年、一九〇五年及び一九二〇年五月十二日の法律に依つて改正。  
 グラルス州。一九二五年五月三日の刑の條件付免除に関する法律。  
 グラウビュンデン州。一九〇八年十一月十日の刑の條件付免除に関する法律。  
 ギリシャ。一九一一年七月七日の法律。一九二四年の刑法典草案第七十五條乃至第八十條。  
 トタリー。一九〇四年六月二十六日の刑を言渡す判決の執行延期に関する法律 *legge concernante la  
 sospensione della esecuzione delle sentenze di condanna* 一九一二年六月二十日の刑事訴訟法 *Codice  
 di procedura penale* 第四百二十三條乃至第四百二十六條、第五百八十五條、第五百八十六條。一九  
 二一年の刑法典草案第七十八條乃至第八十一條、第九十二條。  
 日本。一九〇五年五月三十一日の法律、一九〇七年四月二十二日の刑法典第二十五條乃至第二十七條。

ユーゴ・スラウキヤ。一九二三年の刑法典草案。

クロアシヤ。一九〇七年以降の刑の條件付言渡に関する法律案。

レットランド。一九二二年一月十二日の刑の條件付猶豫に関する法律。

リーヒテンスタイン。刑法の改正其の他に關する一九二二年六月一日の法律第一條乃至第九條。行政  
 裁判に關する一九二二年四月二十一日の法律第四百十一條。

ルクゼムブルグ。一八九二年五月十日の法律。一九〇五年七月十二日の法律に依つて些細の改正を加  
 ふ。

ルツェルン州。一九〇九年十二月一日の刑の條件付免除に関する法律。

メキシコ。刑法典草案第二百五十二條として。

モナコ。一九〇九年六月十一日の命令。

ノイエンプルグ州。一八九一年の刑法典第四百條乃至第四百三條、一九〇四年三月二十八日の刑の執  
 行猶豫に關する法律 *Loi sur le sursis a l'exécution de la peine* に依つて補充せらる。

オランダ。刑法典中若干の改正に關する一九一五年六月十二日の法律第十四條 a 乃至第十四條 k、一  
 九一五年十二月十三日及び一九二二年七月七日の命令。

北米合衆國。マサチューセッツ州、一八六九年、一八七八年、一八八〇年の各法、一九〇〇年の法律

第四百四十九條及び一九一三年の法律第六百五十三條。一九二〇年十二月二十二日を以て施行せられたる共和國一般法第四部第二百七十九章第一條以下。ニューヨーク州、刑事訴訟法典改正に関する一九〇一年二月二十八日の法律第四百八十三條、第四百八十七條、第九百四十一條、第九百四十二條、一九〇九年の監獄法第四十七章、一九二五年の改正法。一九二五年三月四日の聯邦法。殆どすへての州を通して然りとす。

ノールウェー。一九〇二年の刑法典第五十二條乃至第五十四條、一九一九年七月二十五日の法律に依つて改正。

オツプフルデン州。一九〇八年四月二十六日の刑法改正法。

オーストリー。一九二〇年七月二十三日の刑の條件付言渡に関する法律、一九二〇年九月二十三日の執行規程、一九二二年七月二十四日の司法省布告、(一九一二年の刑法典草案第五十一條乃至第五十三條、一九一九年の獨逸刑法草案に對する反對案第五十七條乃至第六十二條)。

ペルー。一九二四年の刑法典第五十三條乃至第五十七條。

ポーランド。一九一七年八月七日の法律、一九二二年の刑法典草案第六十一條乃至第六十四條。

ポルトガル。假放免及び刑の條件付言渡に関する一八九三年七月六日の法律。

ルーマニヤ。一九二四年の刑法典豫備草案第四十六條。

サン・マリノ。刑の執行猶豫に関する一九一四年六月十三日の法律。

シャーフハウゼン州。一九一五年八月二十三日の法律(刑法改正法)第八十六條、第八十七條、第八十八條(一九〇九年の刑事訴訟法第二百五十四條に代る)。

スウェーデン。一九一八年六月二十八日の法律(従前は一九〇六年六月二十二日の法律)、一九一八年六月二十八日の勅令。

スウエス。聯邦(刑の條件付執行に関する一八五三年二月四日の聯邦刑法改正に関する一九二二年一月三十一日の法律)。一八九三年の刑法典草案第四十六條、一八九六年の草案第五十條、一九〇三年の草案第五十七條、一九〇八年の草案第六十一條、一九一八年の草案第三十九條。一九二六年の聯邦刑事裁判に関する聯邦法豫備草案第三百六十二條乃至第三百六十六條。

ソロツルン州。刑の條件付免除に関する一九一一年十月二十九日の法律。

勞農ロシヤ。一九一九年の綱要第二十六條、刑法典第三十二條、第三十六條、第三十七條(一九二四年八月十一日及び一九二五年二月九日の改正法)。一九二四年の刑事立法綱要第三十六條、第三十七條。

スペイン。一九〇八年三月十七日の刑の條件付言渡に関する法律、及び一九〇八年三月二十三日の命令。一九一〇年七月三十一日の軍法會議に関する法律。



サン・ガラン州。一九一二年の刑事訴訟法第二百三十六條乃至第二百四十二條を以て一九〇六年一月一日の法律に代ふ。

テツシン州。一九〇〇年十一月十四日の刑の條件付延期に關する立法命令。

チエツコ・スロウアキヤ。一九一九年十月十七日の法律及び一九一九年十一月十一日の命令、一九二

二年七月十四日及び一九二三年十一月二十一日の命令に依つて改正。一九二六年の刑法典豫備草案

第八十三條乃至第九十二條。理由書九十一頁以下。

ツールガウ州。一九一二年及び一九二二年の官の提案。

ホンガリー。一九〇八年の改正法第三十六章、一九一四年の刑法典豫備草案第五十九條乃至第六十四條。

ワート州。刑の執行の延期に關する一八九七年五月十八日の法律 *Loi sur le sursis à l'exécution des peines.*

ワリス州。刑の執行の條件付猶豫に關する一八九九年五月二十三日の法律。

ツェーリヒ州。一九一九年五月四日の刑事訴訟に關する法律、刑事訴訟法第四百五十六條乃至第四百

六十二條。一九一九年七月四日の施政委員會 *Regierungsrat* の命令。

### 一、總論、觀念、組織上の地位

(a) 刑の條件付免除又は刑の條件付言渡は、(イ)、裁判所が判決を言渡すことを猶豫したるの故を以て、又は、(ロ)、判決の言渡はありたるも其の執行を猶豫したりしを以て、又は、(ハ)、行政官廳かかゝの如き執行の猶豫に同意を與へたりしを以て、犯人が其の法律上當然受くるに値ひする刑に服役することを必要とせざる制度たること極めて普通に見る所なり。特に其の行狀を慎むことと、及び特定の期間裁判所又は行政官廳の犯人に對して課する義務を履行すると云ふ條件の下に於てし、且條件の不履行の故を以て刑事訴訟手續及び刑の執行を終局まで導きたるにあらざる限りは、(イ)、判決は終局的に言渡さることなくして止むか、(ロ)、其の言渡ありたる判決は言渡なかりしものと認めらるるか、又は、(ハ)、判決は存続するも刑は其の服役を了したるものと認めらるるか、又は刑を免除せられて此の制度に依つて代らるるの結果を以てすること常に見る所なりとす。

(b) 此の制度の名稱は極めて區々たるものありと雖、名稱の如何は原則として制度の本質に對する斷案たるものにあらざるを常とす。即ち或は之を刑の條件付言渡 *bedingte Verurteilung, condemnation conditionnelle* と稱するものあり。ラテン系統の諸國に於て然りとする所にして、スペインにては *condenación condicional*, デンマークにては *bedingede strafdomme* と云ひ、スウェーデンにては *villkorlig dom* オ

ランダにては *vorwardelijke veroordeeling* と云ふ。シネネーヴ州にては之を稱じて *peine conditionnelle* (條件付刑罰) と云へるか、其の他の國にあつては刑の條件付免除 *bedingter Strafflass* と云ひ、スウエーデンの多くの州、リーヒテンスタイン、オーストリー等に於て此の文字を用ひ、フランスにては亦 *sursis a l'exécution* と云ひ、イタリーにては *sospensione della esecuzione*、と云ひ、バーゼル州にては *bedingter Strafvollzug* (刑の條件付執行) と云ひ、ブラジルにては *suspensão condicional da execução da pena* と云ふ。イギリス及び北米合衆國にては考試 *probation* と云ふ文字を使用して、依つて以て此の二國に於ては此の制度が専ら保護監督に重きを置くものなるの特性を表明せり。

(c) 由來此の制度は殆ど全世界を風靡したるにも拘らず、其の發達の多岐多端なるを示せるは極めて驚くべきものありて存し、其の他の點に於ては、例へばスウエーデンの諸州に見る所の如く親近なる關係に在る幾多の立法にして、往々にして其の相違の點に於ては恰も骨肉相争ふか如き状態を示すものあり。また此の制度が如何なる意義を有するものなりや、此の制度は單に比較的善良なる分子を監獄に對して保護せんとするものなるか。はたまた比較的善良なる分子に對する普遍的の特典を意味すべきものなるか。或はまた此の制度はイギリス及び北米合衆國に於て明白に爾く思惟せられあるか如く保護監督と云ふことに於て成立せる新規なる一箇の刑罰制度たるものなるか。勞農ロシアの如きは實に之を刑種の中に列擧するなり。従つて此の制度の組織中に於ても極めて區々たるものありて従前のスウエーデンの諸草案に於けるか如く

之を以て刑罰消滅原因たらしむるものあり。然れども其の誤りなること疑を容れざるなり。多くは一般的に且漠然と刑の許に於て之を規定すれども、一九一七年のデンマークの草案の如きは保安處分の許につきて之を規定し、即ち之を以て一種の補充刑 *Strafersatz* として規定を爲せども後には其の他の國、例へばスウェーデン及びフィンランドの草案に於て見る所の如く特別の一章を設けて之を規定したり。然れども此の章の置かるる位置に至つては極めて區々にして、時あつてか之を刑量 *Strafmass* の許に設くるものあり。イタリー、ブラジル、サン・ガラン州、チューリッヒ州の諸刑法典の如きは刑事訴訟法中に於て之に關する規律を爲せり。

(d) 惟ふに此の制度は刑務所よりする條件付放免、刑の無條件免除に關する法律の規定、減輕事情に關する規定、刑事訴追を拋棄することを得る場合に關する規定に注意を拂ふことなくしては、充分に之を理解すること能はざるものにして、何れにせよ此の制度は多くは比較的穩和なる干渉とか單純なる威嚇又は監督を以てして充分と認むべき特殊の事情の存在する場合に於ける例外的處置たるものとして思惟せらるるなり。然りと雖此の處分か余りに形式的、機械的にして且其の適用を見ること余りに稀なることは往々にして法律の理由書中に於て主張せらるるを見る所に屬し、フェリ氏のイタリー草案の如きは判事は之を以てして自己の良心をも安んせしめんと欲したること多しとさへ言明せり。更に此の特典は原則たるへからざるものなりと云へるは一九二五年のノールウェーの草案なり(第四百十頁)。逆にイギリスにあつては

裁判所は此の制度を實際に應用すること極めて稀なりと稱せらる (Ruggles Brice. The English Prison System, 1921 S. 109ff.)。而して此の國に於ても刑の目的に關する異なる見解の抗爭を存するものなること勿論たりとす。

## 二、各個の問題

ここに注意すべきは左の諸點なり。

- 一、如何なる刑事事件につきて刑の條件付言渡の制度を適用せらるるか。
- 二、此の特典に浴すべき犯人は如何なる條件を具備することを必要とするか。
- 三、如何なる期間につき刑の執行を猶豫し又は判決の言渡を延期するものなるか。
- 四、此の特典に浴したる者の行狀につき如何なる規定を存するか。
- 五、如何なる條件を存するときに刑を執行するか。
- 六、期間の経過か満足すべきものなるときは如何なる結果を伴ふものなるか。
- 七、(a)、此の特典は如何に之を言渡すべきものなるか、此の判決に對して上訴を爲すことを得るものなるか。
- (b)、期間の経過か満足するとき又は不満足なるときに其効果は如何にして貫徹せらるるものなるか。

八、此の言渡は處罰登録簿 *Strafreger* 中に登載し、且之を告知するものなるか。

九、此の特典は再度まで供與せらるるものなるか。累犯の規定に對する其の關係如何。

## 三、如何なる刑事事件につき刑の條件付言渡の制度を適用するか

此の點に於て既に立法者か何を目的とするものなりやか明白となるものと謂はさるへからず。由來此の處分は短期自由刑を回避するより出發して一般的の制度と發達し、本人の性格上峻嚴なる干渉を必要とせず、また行爲の性質上峻嚴なる應報を必要とすることなき人物に對する特殊の干渉を成すに至れるなり。而して本章に於けるか如き考察を爲すに當つては特殊の犯罪を除外するものなりや否や。又は特定の刑種若は特定の刑量についてのみ此の處分を許すものなりや否やを區別すると共に、特定の種類の犯罪については此の處分を除外し又は反對に之を容易ならしむるや否やをも區別せざるへからず。

(一) (a)、すべての犯罪につき此の處分を許すへしとするもの、デンマーク及び獨逸の草案、イギリス、カナダ、北米合衆國、フランス、イタリア、レットランド、リーヒテンシュタイン、ノールウェー、オーストリー、スウェーデンの諸國の刑法典、スウエス及びチェッコ・スロウアキヤの草案並に勞農ロシアに於て然りとす。

(b) 然れども或る種の犯罪は除外せらるるを以て常とす。即ちイギリスにあつては死刑に値ひする犯罪を除外し、一九二五年のノールウェーの草案にあつては大抵の社會上危険なる犯罪並に故殺、風俗に對する犯罪、重き傷害罪、強盜、第三者に依る墮胎を除外し、コスタ・リカに於ては社會上危険なる犯罪を除外し、ニュー・ジールランドに於ては謀殺、通貨偽造、恐喝、強姦を除外し、スペインに於ても亦之に類似す。更にフランスに於ては軍事上の犯罪を除外し、スウェーデン及びフィンランドに於ても亦原則として然りとす。またスウェーデンの草案にあつては出版犯罪を、ブラジルにあつては名譽に對する犯罪を、スペインに於ては私人起訴犯罪 *Privatanklagedelikt* 及び官公吏の犯罪を除外し、政治上の犯罪の一部をも除外せり。反對に違警罪を除外するはアッペンツェル・アウセルローデン及びバーゼル・スウキスの二州にして、フランスに於て判例上違警罪を除外せり (*Gargon, Traité de Droit pénal §802*)。

(二) 重罪の場合に於けると同様懲役又は之に相當する刑の言渡についても此の特典を認めんとするもの多し。是れアルゼンチン、一九〇五年のデンマーク法、一九一七年の同草案、イタリー、日本、スウェーデンの各刑法 (スウェーデンの草案はもはや然らず)、チェッコ・スロウアキヤの草案、ワート、ワリスのスウキスの二州に於て實際に見る所なるか、一九二五年の獨逸の草案は要塞禁錮 *Festungshaft* (拘禁 *Einschliessung*) については刑の條件付免除を除外す。是は政治上の犯罪につき此の制度を除外するの方針に適合する所以と云はさるへからざるなり。

保安處分についても一種の條件付延期を認むること今日往々にして見る所なり。即ち一九二五年の獨逸の草案及び同年のチェッコ・スロウアキヤの草案第九十一條及び第九十二條に於て保護監督を以てしても充分なりとすへき場合の如し。

(三) 如何なる刑量にあつては此の特典を除外するものなりやの問題の解答は極めて區々にして、此點につき刑種の間に區別を立つるもの多し。刑量に關して何等の規定をも設けざるものにデンマーク刑法 (然れども減輕事情を存することを必要とす)、一九一九年及び一九二五年の獨逸の草案、イギリス、フィンランド草案、フランス、ジュネーヴ、レットランド、ノイエンブルグ州、オツプワルデン州、一九二〇年のオーストリー草案、勞農ロシア等なり。刑は二年を超ゆることを得すとせるものアルゼンチン刑法を然りとし、一九一七年のデンマーク草案は禁錮について、一九二三年の同草案は拘留につきて然りとし、一八八七年のイギリス刑法、日本刑法亦二年以下とし、ポーランドの草案之に同しく、ノールウェーの草案は拘留につきて然りとすなり。然れども此の特典を許すの限界を一年とすること普通に見る所とす。即ちブラジル、ブルガリヤ、一九一七年のデンマーク草案 (勞働禁錮につきて)、一九二三年の同國草案 (禁錮につきて)、ユーゴスラウキヤの草案 (單純禁錮につきて)、リーヒテンタスイン、オランダ、一九二五年のノールウェーの草案 (禁錮につきて)、フィンランド、スウェーデンの各刑法、スウェーデンの草案 (禁錮につきて)、スウキスの聯邦刑法、一九一八年の同國草案及びアールガウ、ベルン、ルツェルン、

ワリス、チューリヒの各州、スペイン、チェッコ・スロウアキヤの草案（禁錮につき）に於て然りとすなり。更にスウキスのバーゼルスタット州は八箇月以下とし、ベルギー、一九〇九年及び一九一一年の獨逸の各草案、エストランド、ギリシヤの草案、イタリー及びサン・マリノ、ノールウエー（拘留につき）、ベルー、ポルトガル、スウエーデン（懲役につき）、アウセルローデン、バーゼルランド、フライブルグ、グラルス、グラウビュンデン、シャーフハウゼン、ソロツルン、サン・ガラン、テツシン、ワートのスウキス諸州、チエツコ・スロウアキヤの草案（禁獄 *Kerker* につき）は何れも六箇月以下にして、ギリシヤノールウエー（禁錮につき）、一九一二年のオーストリーの草案は三箇月以下たり。ホンガリーにあつては一箇月以下とす。此の間特殊の構成を爲すはイタリーの草案にして、輕き刑又は隔離 *Absonderung* につきて二年以下は此の處分を許すものとし、政治的、社會的犯罪については五年以下の刑について此の處分を許すものとせり。

(四) 罰金の場合にあつては若干の國は全然此の處分を認めず。即ちブラジル、イギリス（通常手續の場合に限る。即決手續 *summary conviction* の場合にあつては是と異なる）、エストランド、フライブルグの各刑法、ポーランド及びスウキスの各草案、スウエーデン刑法及び同草案、勞農ロシヤ刑法、スペイン刑法及びワリス州刑法是なり。之に反し無制限なるものアルゼンチン刑法、ブルガリヤ刑法、コスタ・リカ刑法、デンマーク刑法及び草案、一九二五年の獨逸草案、フィンランド刑法、フランス刑法、ジュネーヴ

州刑法、ギリシヤ及びユーゴスラウキヤの各草案、レットランド刑法、ルクゼムブルグ刑法、ノールウエー刑法及び草案、オーストリー刑法、ベルー刑法、ポルトガル刑法、チエツコ・スロウアキヤ刑法及び草案、ホンガリー刑法なり。また犯人貧困なる場合に限り罰金を斟酌すると爲すものベルン州刑法、グラルス州刑法、オランダ刑法、ソロツルン州刑法にして、換言すれば此の場合には明に刑を自由刑に換刑するなり。また一九一二年のオーストリーの草案は一千クロネン以下の罰金に限り之を斟酌し、リーヒテンスタイン刑法は一千フラン以下、アウセルローデン州刑法は五百フラン以下、サン・ガラン州刑法同上、テツシン州刑法は二百五十フラン以下の罰金を限りて之を斟酌し、標準たるべき自由刑に相當する額に於てするものバーゼルスタット州刑法、イタリー刑法、サン・マリノ刑法なり。罰金を斟酌せざることをせざる場合にあつては此の處分は自由に自由の剝奪に對して被罰者を保護するの意味を有するに止まるものにして、かくの如きは狹隘に過ぐるものと謂ふべく、此の點はアルゼンチン刑法の指示する所なりとす。

法律が標準たるべき刑の限度を劃すること低きに過るときは、裁判所は單に刑の執行猶豫を許すことを得んか爲に好んで輕き刑を言渡すの傾向を有するものなり。（一九二五年のノールウエー草案第四百十頁）。

(五) 數個の刑が競合するとき、併合刑 *Cumultstrafe* が法定の最大限を超過せざる場合に限り刑の條件付言渡を許す。此の點を明示的に規定するものアルゼンチン、ベルギー、スウエーデンの各刑法なり。

此の點につき規定を存せざる場合にあつては、一部の適用の問題を生ずることあり得へし。例へばリーヒテンスタイン刑法は明示的に自由刑につき、其の併科せらるる罰金の免除せられざる場合にあつても尙ほ條件付言渡を許すものとせり。其の他の國にあつては刑の一部のみの免除の問題は規律せらるることなしとす。

(六) 未成年者、婦女及び老人は其の重き刑に該る場合にあつても尙ほ刑の免除の特典に均霑せしむることによつて之に對し特別の待遇を與ふること多し。エストランド刑法、イタリー刑法及び草案、サン・マルノ刑法につきて見る所なり。また少年については此の處分を獨特に規律するもの多し。而して刑の條件付言渡の制度は特に少年について適當とする所なるを以て、當初は少年に對してのみ此の制度を採用すること多かりしなり。只かくの如き特別の事項に至つてはここに叙説するの必要なしとす。

#### 四、條 件 Vorbedingungen

立法者が如何なる程度に於て刑の條件付言渡の制度の適用せらるるを欲するか、單に例外として適用せらるるを欲するか、はたまた其の原則的に適用せらるるを欲するかは其の條件とする所に表明せらるるものにして、其の多くは比較的善良なる分子に對してのみ此の特典を與へんとするものなれども、判事か法律の精神とする所に服従するやう條件の特徴を表明することは決して容易ならざるなり。

(一) 犯人は原則として初犯犯人 *Erstverbrecher* たることを必要とし、又は少くとも前科の刑が極めて輕微なるか、若は久しき以前に前科の刑を受けたりしことを必要とす。此の條件を以て全然羈束的なるものとして掲ぐることはなきはデンマークの諸草案、一九二五年の獨逸の草案、一八八七年の初犯犯人考試法 *Probation of First Offenders Act 1887* に對する一九〇七年のイギリス法、エストラント刑法、一九二二年のオーストリーの反對草案及びポーランド草案なり。其の他にあつては規定は著しく區々にして、或は特定の犯罪に基く前科の刑を存すへからすとす、或は一定の刑又は一定の刑量を伴ふへからすとす。また若干の國に於てはまた比較的長期間を経過したる刑はもはや之を考慮せすとせり。

(二) (a)、犯人が全然前科の刑を存するものたるへからすと爲すはスペイン刑法、ブラジル刑法にして、勞農ロシヤも亦然りとするものなること明白なり。

(b)、重罪又は故意に因る輕罪に基く前科の刑を存すへからすと爲すものアツペンツェル、アウセルローデン、バーゼルスタット、グラウビュンデン、シャーフハウゼン、サン・ガランの各州刑法、獨逸の豫備草案、フランス刑法 (*Garçon, Traité, 3. S. 193* 参照)、リーヒテンスタイン刑法、スウキス聯邦草案ワート、ワリスの各州刑法にして、之に反し一九一九年の獨逸草案は「原則として」*in der Regel* 然るへからすと云ふのみに止まれり。

(c)、輕微ならざる犯罪に基く自由刑を存すへからすと爲すものアールガウ州刑法、獨逸反對草案、一九

一二年のオーストリー草案等なり。

(d)、懲役若は禁錮の前科の刑を存すへからすと爲すものブルガリヤ、ベルギー、フライブルグ、イタリア、日本、スウェーデン及びフィンランドの各刑法、ソロツルン州刑法にして、ルクセンブルグ刑法の如きは七日以上の懲治禁錮 *Korrektionelles Gefängnis* 又はより以上の警察禁錮刑 *Polizeigefängnisstrafe* の前科を存せざることを要求せり。(b)乃至(d)は大體に於て同一たることを得へし。

(e)、全然自由刑の前科を存すへからすと爲すものグラルス、ルツェルン、チューリヒの各州刑法、サンマリノ刑法にして、三箇月を超ゆる前科の刑を存すへからすと爲すものチェッコスロウアキヤ刑法なれども、チェッコスロウアキヤの草案にあつては六箇月を超ゆる前科の刑を存すへからすとせり。

(f)、初犯犯人にあつては「特に」此の處分を適用すへしと爲すはベルン州刑法なり。

(g)、前科の刑の言渡を存せざることを要求すること原則として見る所なれども、之に反し若干の立法は犯人か前科の刑に服役したることを要求したり。即ち一九一九年の獨逸の草案の如し。

(h)、アルゼンチン刑法及びバーゼルスタット州刑法の規定は明瞭を缺く。

(i)、前科の刑より若干期間を経過したるときはもはや之を斟酌せざるものと爲すものあり。此の期間は累犯の場合に於けると同様最後の刑の服役を了したるときより之を起算するもの多し。而して此の期間はフライブルグ州に於ては十五年、アウセルローデン、バーゼルスタットの各州刑法、スウキス聯邦刑法草

案、スウェーデン刑法及びフィンランド刑法、フィンランド草案(禁錮についてののみ)、ホンガリー、ロットラント(禁錮以上の刑に對して。爾他の場合には五年)にあつては十年、ベルン州刑法及びチェッコスロウアキヤの草案にあつては前科の刑一を存するのみに止まるときは一般に五年とし、其の場合にあつては八年にして、日本刑法にあつては七年とし、爾他の立法は此の期間を認むることなし。

(三) 後に至つて初めて此の條件を具備せざるものなること判明したる場合に於て、此の特典を再び剝奪すへしと爲すものブラジル刑法、デンマーク刑法、一九一九年及び一九二五年の獨逸の各草案、(後者に於ては「剝奪することを得」とあり)、ジュネーヴ州刑法典、イタリア、日本、ロットラント、リーヒテンスタイン及びベルーの各刑法典にして、デンマーク及びスウェーデンの各草案はここに至つて改めて審査を爲すへしとし、フランス刑法に於ては猶豫の剝奪を必要として認めされども、然も此の點に關して何等言明する所なきもの亦多しとす。

(四) 外國に於ける前科の刑を明示的の規定を以て斟酌すへしとせるものバーゼル州刑法典、リーヒテンスタイン、ルクセンブルグ、ベルーの各刑法、スウキス及びチェッコスロウアキヤの各草案、ワート、ワリスの各州刑法典にして、此の點につき規定を存することなきも、其の明示的に禁止せらるるにあらざる限りは亦之を斟酌することを得へしと爲すこと例へは一九一九年の獨逸の草案の如きあり。

(五) 其の外に犯人の經歷、行爲の性質及び其の他の事情か此の特典と相矛盾することなくして、犯人か

此の特典に浴するに値ひするものなること、又は犯人は刑の執行を受くることなきも尙は將來自ら抑制して罪を犯すことなかるべきものと期待し得るものなることを要求するものあり。立法者は此の處分が不法に適用せらるるか如きことなきやう充分なる保證を要求すれども、ここに明確截然たる叙述を爲すは容易の事にあらずして、時あつてか一般的豫防 (Generalprävention) を考慮するを必要とするものなりや、はたまた單に特別豫防のみを顧慮して犯人に對する影響のみを念頭に置くべきものなりやを知らざることあり。然も此の問題は次を逐ふて重要となるに至りたり。蓋し識者は分類を明確ならしめんと欲したると、漸次初犯犯人以外の者も考慮に加へらるることとなりて、其の特徴の表現を困難とするに至りたるを以てなり。要するに犯人の定義は比較的精細にし、其の内部の動機をも明にするを必要とすべく、適用か形式主義、機械主義に墮するか如きことなきやう意を用ひざるへからず。

此の點に關する規律は極めて區々にして、其の全然何等言明する所なき立法例は極めて僅少にして、フランス及ヒイタリーあるのみ。多くは簡單にして平易なる規定を爲して、犯人は此の特典を受くるに値ひするものなることを必要とする旨を言明するに止まる。即ち特にスウキスの諸州に於て見る所なり。其の外規定の簡單なるはスウキスの草案、一九二五年の獨逸の草案、デンマーク及ヒスウェーデンの草案なり。之に反し他の立法を遵守すべき若干の事項を列擧せるか、此の場合にあつては行爲と犯人とは相對立す。而して行爲、行爲の性質、狀態、其の輕微なることを擧示せるはアールガウ州刑法、アルゼンチン刑

法、バーゼル及ヒベルンの各州刑法、デンマーク刑法、獨逸の豫備草案、イギリス及ヒノールウェーの各刑法、ポーランドの草案、スペイン刑法なり。犯人の動機及ヒ心情を擧ぐるもの亦多し。即ち獨逸の豫備草案及ヒ反對草案、フィンランド刑法、一九一二年のオーストリーの草案、ノールウェー及ヒスウキスの草案及ヒブラジル刑法等の如し。イギリス及ヒデンマークの各刑法、ノールウェーの草案にあつては年齢をも指示し、イギリス刑法及ヒノールウェーの草案にあつては精神狀態をも指示す。犯人の經歷及ヒ性格を擧ぐるは、殆ど到る所に見る所にして、之に反してすへての事情を斟酌すべき旨を簡單に言明せるはイタリー草案、一九二五年の獨逸草案、一九一七年のデンマーク草案、一九二二年のオーストリーの反對草案、及ヒ一九二〇年の法律たり。其の獨特の表現を爲すは勞農ロシヤ刑法とす。然り而して若干の立法が例外としての性質を指示することを必要たるものと思惟せるは重要ならずとせず。即ちオーストリー、チエッコスロウアキヤの各刑法、ノールウェーの草案、ポルトガル刑法等にして、一九一九年までの獨逸の草案も亦之に類似せり。更にチエッコスロウアキヤの草案は反對せる公の利益と云ふことを特に記載せるを見るなり。

コスタ・リカ刑法は恰も正反對に不道德なる人物、浮浪者、常習的酒精濫用者、社會上危險なる者等を除外せり。

犯人が爲し得る限り損害を賠償したることを要求するもの極めて多くの立法に見る所とす。



其の外尙は一般的條項 (Generalklausel) を存するもの多し。即ち犯人は刑の執行を受くることなきも尙ほ自ら抑制して新に罪を犯すことなかるへしとの期待を是認せしむることを必要とすと云ふの類にして、かくの如き規定を爲すもの獨逸の諸草案、スウキス、オーストリー、ポーランド、チェッコスロウアキヤ、スウエーデン、フェンランド及びノールウエーの各草案なりとす。

(六) 若干の立法例は明示的に不在者 (Abwesende) を除外することとす。即ちイタリー、コスタ・リカルクゼムブルグ、ノイエンプルグ、オーストリーの各刑法典なり。

#### 五、考試期間 Proberfrist

判事は犯人に對し期間を定めて此の期間を経過したるときは犯人は終局的に刑を免除せらるるものと爲さざるへからず。英法にあつては全然期間に關する規定を缺けども、原則として二年を超ゆることなきを以て常とす。爾他の國に於ては或は法律に於て羈束的に之を定むるものあり。かくの如きは余りに形式的に過ぎたりとすへし。或は法定の範圍内に於て判事か之を指定するものと爲すもあり。而して考試の期間はコスタ・リカ刑法 (輕罪につき) にあつては七年、バーゼルスタット州、フライブルグ州、ノイエンプルグ州、オツプワルデン州、シャーフハウゼン州、テツシン州 (禁錮につき)、ワリス州各刑法典、デンマーク、フランス、イタリー、サン・マリノ、レットランド (禁錮につき)、ルクゼンブルグ (輕罪につ

き) 各刑法にあつては五年、ブルガリヤ、エストランド、オランダ (原則として)、レットランド (拘留又は罰金につきて)、スウエーデン刑法及び草案、ホンガリー、ノールウエーの各刑法にあつては三年、ルクゼンブルグ刑法 (違警罪につき) 二年、スウキスの草案及びフライブルグ州刑法及びホンガリー刑法に於ては違警罪につき何れも一年とす。之に反しイタリー草案に於ては五年乃至十年、勞農ロシヤ刑法にあつては三年乃至十年、スペイン刑法にあつては三年乃至六年、バーゼルランド、グラウビュンデンの各州刑法典、ギリシヤ刑法及び草案にあつては三年乃至五年、アールガウ、アウセルローデン、ベルン、ジュネーヴ、グラルス、ルツェルン、ソロツルン、サン・ガラン、ワートの各州刑法典、デンマーク及び獨逸の各草案、ファンランド刑法、スウキスの草案、リーヒテンスタイン、ポーランド、チェッコスロウアキヤ (重罪につき) の各刑法にあつては二年乃至五年、ブラジル刑法にあつては重罪につき二年乃至四年日本刑法、チューリッヒ州刑法及びチェッコスロウアキヤ刑法 (輕罪につき) にあつては一年乃至五年、ベルギー刑法にあつては五年以下として短期を認めず。一九二〇年のオーストリー草案は一年乃至三年としブラジル刑法及び獨逸の草案にあつては違警罪につき一年乃至二年とす。アルゼンチン刑法は此の期間を以て時効期間に等しからしめ、イタリー刑法の如きも短期を時効期間以上とすれども長期は五年以下と定む。

此の期間の経過中は時効は休止するを要するものなりや否やを審査するを要す。蓋し然らざるに於ては

事情に依つては刑の執行をばや不可能とするに至ることあり得べきを以てなり。此の點に關して規定を爲すはリーヒテンスタイン刑法のみに止まれり。

六、犯人に對して如何なる條件を課するや

(a)、保護監督を命ずることを必要とするか、又は之を命ずることを得（後者を以て多しとす）。特に未成年者につきて然りとするなり。從來その命令せらるることなかりし場合についても法律は漸次に之を規定するに至らんとす。此の事實より推すときは世人か此の制度に對して次第に多くの意義を附與するものなること自ら明白なるものあり。而して世人か此の制度に爾く多大なる意義を附與するは誠に道理ある次第と謂はざるべからず。英米法の如きは刑の條件付言渡の制度をは悉く此の精神より展開したり。かの此の制度に關する最も古き法律に屬する一八七八年のマサチューセツツ州の法律か全然所謂考試 Probation に立脚するものなることは衆知の事項に屬し、爾來此の制度は北米合衆國及びあらゆる英法系の諸國に於て考試制度 Probationssystem と稱せらるるに至りたり。スウエスの諸州にあつては近年に至つて此の精神を著しく貫徹し、特有の保護監督機關を設け、獨特の保護監督機關を選任するもの多し。然れどもすへての場合を通して、特に成年者の場合にあつても保護監督を適當とするものなりやに至つては必ずしも容易に斷言すべからざる所なるか故に、保護監督の制度は「原則として」規定せらるるを常とすれど、決して

強行的に規定せらるるにあらず。而して諸國の法制の間に於ける相違は此の制度か全然判事の裁量に屬せしめらるるものなるか、はたまた判事は原則として之を適用するを要するものなるかの點に存するものにして、此の第二の方針漸次に逼らんとせり。然れども英米法は其の根本觀念にも拘らず此の點に何等判事の羈束を認むることなく、之に反し保護監督を以て原則と爲すは特にアッペンツェル、アウセルローデン州刑法、一九一七年のデンマークの草案、フィンランド、ノールウェー、スウエーデン、スウエス、チエツコ・スロウアキヤの各草案に於て見る所なりとなす。

(b)、其の他の條件

以上に述べたる所以外の條件は必ずしも何れの國に於ても法律上に明定せらるるにあらずと雖、立法者か此の制度を以て補充刑 *Burnfersatz* 以上のものとして解釋するに於ては、かくの如き條件をこそ内容として構成せざるべからず。而してここに極めて特異の現象として損害賠償を本人の負擔たらしむるものあり。ノールウェーの草案の如きは酒精に對する節制を掲ぐ。其の他の國にあつては此の條件を實質的に列擧することなく、之を判事の自由に一任す。即ちイギリス刑法、一九〇五年のデンマーク刑法、一九一七年の同國草案、一九一一年以來の獨逸の草案、ノールウェーの草案に於けるか如し。ブラジル刑法は乞丐及び浮浪者につきて其の勤勉の保證を要求す。此の保證人は執行の發議を爲すことを得るなり。而して此の點に關する警察の權限を擧ぐるはオーストリーの刑法とす。

考試の期間内に條件を変更することを得るものとせるは重要なり。之を規定するはデンマーク及び獨逸の草案及びイギリス刑法にして期間の伸長すら可能たりとす。

七、如何なる條件を具備するに於ては刑を執行するか

(一) 此の點については取消か無條件に規定せらるるか、或はまた單に條件的に規定せらるるに止まるかを區別するを要す。此の點に關する規定は極めて區々にして、精々の所只一事を斷言することを得るに止まる。即ち新なる犯罪重きときは取消を無條件たるものと規定すること是なり。此の場合に判事に對して或る程度の自由を保留するを要するものなることは明白なり。蓋し具體の場合に於ける特別なる性質は決して之を豫定することを得へからざるものなるを以てなり。此の點に於て可成に狹隘なる方針を執るはフランス、イタリー、日本の各刑法及びスウェーデン聯邦草案及びフライブルグ州刑法なり。然れども原則としては犯人の行狀の種類に従つて區別を爲すを常とし、特に犯人が新なる犯罪を犯したりしや、若はまた自己に對して課せられたる條件を遵守せざりしやに従つて區別を爲せども、ポーランドの草案の如きは判事に對して完全なる自由を與ふることとす。

(二) 後に至つて新に犯罪を犯したることを以て主眼となすは殆ど何れの國に於ても見る所なれども、只イギリスのみは然らず。然れども新なる犯罪かすへて取消を導くものなるか、若はまた單に重き犯罪に限り此の結果を導くかと云へは恐らく後者を以て正當なりとすへし。

(a) 新なる犯罪かすへて取消の結果を導くものとせるはアルゼンチン刑法、獨逸の草案（ここには例外あり）、イタリー刑法及び草案、ノールウェーの草案、スウェーデン刑法及び草案にして、勞農ロシヤ刑法にあつては同種類の犯罪を必要なりとす。

(b) 重罪及び故意に因る輕罪の場合に限り取消を強行的ならしむるはベルギー、フランスの各刑法、一九二三年及び一九二四年のデンマークの草案、獨逸の豫備草案、スウェーデンの若干州及びスウェーデン聯邦草案なり。

(c) 其の故意に因る犯罪の場合にあつては自由刑の言渡を以て無條件に取消を導くものとせるはアルガウ、シャーフハウゼンの各州刑法、ブラジル及びルクセンブルグの各刑法、デンマーク刑法なり。懲役の刑の言渡を以て無條件の取消を導くものとせるは一九一七年のデンマークの草案なり。懲役又は禁錮の刑の言渡を以て無條件の取消を導くものとせるはスウェーデン刑法及び草案なり。ノールウェーの草案亦同し。グラウビュンデン州刑法の如きは重大なる過失に因る行爲をも規定し、またオツプワルデン州刑法は一箇月以上の自由刑を必要なりとす。即ち過失に因る行爲に基く刑の言渡及び違警罪又は罰金の刑の言渡を以て無條件取消の義務を發生せしむるに充分なるものとせる法制は稀にのみ見る所なりとす。

(三) 考試期間中に罪を犯したることを以て足れりとするはアルゼンチン、イタリア、日本の各刑法、ノールウェーの草案、スウェーデン及びオーストリーの各刑法及び草案、ポーランド、チェッコスロウアキヤ及びスウエスキスの各草案、ワート州刑法、勞農ロシア刑法典なり。次に取消は事後に於ても之を行ふことを得ざるへからず。此の事はスウェーデン及びノールウェーの草案の認むる所たり（後者にあつては一年内とす）、チェッコスロウアキヤの草案も一年内とし、ポーランド刑法は三箇月内、オーストリー刑法は六箇月内とす。

然れども原則としては考試期間内に既に行爲に基く刑の言渡の行はれたることを必要とし、又は少くとも審理の開始ありたることを必要とす。此の後なる方針を執れるはオランダ刑法、ハンガリー刑法、ノールウェー刑法及びデンマークの草案にして、此の後なる場合に取消を爲し得へしとするもの一九二五年の獨逸の草案、オーストリーの草案に見る所なりとす。

(四) 爾他の關係は單に取消を爲し得るの結果を導くに過ぎず。特に條件の不履行に於て然りとする所とす。然れども甚だしき不履行又は執拗なる不履行を擧げ、若はまた戒告を前提とするもの多し。是と相竝んで放縱 *Liederlichkeit* 又は其の他の不適格 *Unwürdigkeit* を擧ぐることを普通に行はるる所にして、即ち獨逸及びイタリアの草案、ブラジル刑法、サン・ガラン、チュートリヒの各州刑法なるか、アルゼンチン刑法にあつては余りに不明確なるものとして明示的に之を認むることを爲さず。比較的舊時の立法例は全

然かくの如き條件を認めずして、即ち此の場合に新なる犯罪ある場合に限りて取消を爲すことを得るものとす。

英法は此の點に於ては極めて自由にして、裁判所は犯人か何れか一の條件を履行せざるときに考試を取消すことを得るなり。

外國に於ける犯罪又は判決が取消の結果を導くものなりや否やは明瞭ならざれども、其の明示的に否認せらるゝにあらざる限りは之に反對するものを存することなきは明瞭なり。而して外國に於ける犯罪を認むるもの一九一一年の獨逸の反對草案、ギリシャ草案、グラルス、ノイエンプルグの各州刑法なり。

(五) 新に刑の言渡行はれたるときは新しき刑と今や執行するを要することと爲りたる前の刑とは合して一の併合刑を成すものにあらす。一九一七年のデンマークの草案理由書か此の通算を不適當なるものとせるは誠に道理あり。而してフランス刑法及び勞農ロシア刑法典にあつても明示的に之を否認す。此の問題は解明せらるゝこと稀なれども、競合に關する一般原則に従つて解決することを得へし。此の事を明示的に規定するはアルゼンチン刑法なり。ワート州刑法典の如きは新なる刑を以て累犯刑 *Rückfallstrafe* とすら稱せるを見る。

八、考試期間を満足に經過するときは如何なる結果を伴ふか

こゝには二の全然異なる主義の並存するを見れど、其の何れを以て優れりとすへきやは俄に斷言することを得へからずして、其の何れにもそれ／＼理由を擧ぐることを得へしとす。

(a) 一は判決を以て執行せられたるものと看做し、刑は其の服役を了したるものと認むるなり。即ち此の場合にあつては犯人は自己を以て處罰を受けたるものとして、表示せざるへからずして新に刑の猶豫の問題を生じたる場合には原則としてもはや初犯犯人と看做さるゝこと能はざるなり。されは此の場合にあつては犯人は新なる行爲につき累犯者として刑の言渡を受くることあり得へしと雖、若干の立法例は累犯につき既に明示的に之を除外するか、又は犯人は「刑に服役したる」ことを必要とする旨の規定を以てして之を除外したり。こゝに問題たる場合の如きは以て「刑に服役したる」と云ふ條項に該當せざるものなること明白なるを以てなり。而して是は例へは獨逸の豫備草案第八十七條、スウエーデンの草案第六十四條、デンマークの諸草案等に見る所なるか、此の點につき重要な法律か如何に累犯を處遇せりやの點なりとなす。

此の點に關する表現の方法は區々にして往々にして極めて不明瞭なることあり。刑は其の服役を了したるものと看做すと云へるはデンマーク及びノールウェーの各刑法なり。刑の執行は消滅すと云へるはアルガウ、ベルンの各州刑法なり。執行を行はずと云へるはイタリアの草案及びオランダ刑法なり。刑を免除すと云へるは一九一九年及び一九二五年の獨逸の草案、レットランド刑法、オーストリー刑法及び

前の草案なり。刑を免除したるものと看做すと云へるは獨逸の豫備草案、ルツェルン、サン・ガラン各州刑法なり。犯人は其の言渡ありたる刑を免ると云へるはバーゼルスタット州刑法なり。また刑を以て消滅すと爲すものも多し。即ちアツペンツェル・アウセルローデン、バーゼルランド、グラウビュンデン、グラルス、リーヒテンシュタイン、ソロツルンの各州刑法、デンマーク及びノールウェーの草案（之に依つて刑は累犯の理由たらず、第四百五十五頁）、スウエーデン及びフィンランドの各刑法及び草案に於て然りとす所なり。此の最後に擧げたる表現方法は刑の言渡が存在することなかりしものと看做すの解釋をも許す。デンマークの草案にあつては明示的に累犯を生せしめざるなり。各個の規定か如何なる意義を與へらるゝものなりやは之を斷言すること難し。何れにせよ刑の免除は單純なる執行の消滅を越ゆること遙に大なるものあり。

こゝに特異なるはチェッコスロウアキヤの草案にして、刑を以て執行せられ、且「抹消せられたるもの」*gelošit* と看做すものとし、「消滅したるもの」*geřit* とは看做さす。而して刑は裁判所に對してのみ之を告知するものとす。第三十七條、第三十八條。

(b) 以上に述べたる規定と對立するものは刑の言渡か失効する旨の規定にして、即ち刑の言渡が存在せざるものと看做すなり。"comme non avenue," come non avvenuta, como non pronunciada. 此の方針を執るは特にフランス及びベルギーに於て然りとす所なれども、アルゼンチン、ブラジル、ブルガリヤ、コスタ

リカの各刑法、デンマーク草案、エストラント刑法、ジュネーヴ州刑法典、イタリア、日本、レットランド、リーヒテランスタイン、ルクゼンブルク、サン・マリノ、ベルーの各刑法、ポーランド草案、シャーフハウゼン州刑法、一九一八年のスウキアの草案（一九〇八年の草案は之に異なる）、勞農ロシア刑法典、テツシン州刑法、チエツコスロウアキヤ刑法、ワート、ワリス、チューリヒの各州刑法典も亦然りとす。フライブルグ州刑法にあつては刑は其の言渡なかりしものと看做すと云へり。英米法にあつては此の場合には全然判決を存せざるか、又は有罪の宣告 *Schuldigspruch* は依然として之を存するも、もはや刑を言渡さるゝことなきなり。

#### 九、判決の附帶的效果 Die Nebenwirkungen des Urteils

判決の附帶的效果の問題に對する解答は極めて區々たるものなるか、何れの國にあつても費用は依然として之を存し、民法上の結果の如きも之を免るゝことを得へからず。特に損害賠償に於て然りとす。此の點を明示的に高調するもの多し。然れども附加刑及び保安若は矯正の處分にあつては自ら異なるものありて存し、是等の處分も亦共に猶豫せられ、後に至つて共に失効すること實際的なりとすへけれども、其の規律に至つては、極めて區々たり。若干の法律は此の點につき沈黙を守る。即ち獨逸の諸草案の如し（然れども一九二五年の草案第四十七條參照）。原則として刑事判決の效果はすへて猶豫せらるゝものと斷して

可なるへし。蓋し刑の執行を猶豫すと規定するもの多く、而して刑の附帶的結果は刑の執行に伴ふものなるを以てなり。然れども例へは一九一九年の草案中に於て「禁錮及び拘禁の執行は裁判所に於て之を猶豫することを得」と云へるか如き場合にあつては如上の論結は疑はしきものありと謂はざるへからざるへく此の場合にあつては名譽上の結果 *Ehrenfolgen* は其の效力を存續することあり得へくして、各個の附帶的結果の性質と目的とに依つて決定せらるゝものと謂はざるへからざるなり。

附帶的結果も亦猶豫せられ、後に至つて刑と共に失効すへしと爲すものアルゼンチン刑法、アウセルローデン州刑法、ベルギー刑法、ベルン州刑法、ブラジル刑法、デンマーク草案、ジュネーヴ、グラルス、グラウビュンデン、ノイエンプルクの各州刑法典、オランダ刑法、ノールウエーの草案（ノールウエーの草案にあつては裁判所が別段の指定を爲さるゝる限りに於て然りとす）、ワート、ワリスの各州刑法に於て見る所たり。オーストリー、ベルーの各刑法、チエツコスロウアキヤの草案にあつては是か猶豫を判事の自由に一任す。何れにせよ附帶的結果は後に至つて主刑と其の運命を共にするものなり。反對に之を猶豫せざるものとするはブラジル、コスタ・リカ、フランス、イタリアの各刑法、勞農ロシア刑法典に見る所なるか、之を實際上の問題として見るときは附帶的結果が強行的に規定せらるゝにあらざる限りは刑の猶豫を宣告する場合には附帶的結果を言渡すことを爲さるゝるべきなり。

## 十、此の特典を言渡すの方法如何

今日にあつては何れの國に於ても全然裁判所に於て之を言渡すべきものとし、行政官廳の手を待つて初めて然るにあらず。多くは簡單に判決中に於て之を行ふを以て常とするれども、其の言渡には理由を附するを要するなり。只例外として猶豫は爾後に於ても特別な決議に於て得ることを得るの留保を存するものあり。ブラジル刑法に於ては刑の言渡の既判力を發生したる後に至つて受刑者の申立に基きて特別な手續を行ふ。其際言渡を爲すに當つて受刑者に對し訓戒又は警告を與ふることを必要とする旨を規定する法律多し。闕席者に對しては特典を與ふることを爲さざるものなることは、曩に既に一言したる所の如し。處罰命令ありたる場合についての規律は曖昧なり。實際には恐らく受刑者個人に對して開示すべき決定 *Beechluss* たるを常とすべし。

こゝに特異なる形式を示すは英米法の主義にして、英米法系の諸國にあつては即決手續については判事か判決をすら猶豫することを得べく、陪審の議に附する通常の手續にあつては何れの場合にあつても責任判斷 *Schuldpruch* を行はざるへからざるか故に、前に述べたる所の如き判決の猶豫を行ふことを得べからずと雖、刑の言渡は此の場合にあつても行はざることを得。此の場合にあつては後に至つて刑の判決を追究するを要するものにして、イギリスに於ては此の點につき「責任に關して別段なる證據調を行ふことな

く」と云へり。比較的近時の立法は刑の言渡を規定し、只其の執行のみを猶豫す。一九〇〇年のマサチューセッツ州法の如し。

## 十一、效果は法律上當然に發生するものなるか、はた判事の宣告に依つて發生するものなるか

考試期間を満足に經過したりしや、はたまた考試期間の經過満足ならざりしやの效果は如何にして貫徹せらるゝものなりやの問題に至つては甚だ困難にして、各個の場合を區別して考察せざるべからず。即ち經過満足なる場合と其の不満足なる場合とを區別し、此の兩者につきて更に取消の無條件に規定せらるゝ場合と取消か判事の自由に一任せらるゝ場合とを區別するを要するなり。考試期間の經過満足なるときは刑は法律上當然に失効するものにして、此の點は殆ど何れの國に於ても然らざるはなし。只一九一九年の獨逸草案、一九二二年のオーストリーの反對草案、チエツコスロヴァキヤの草案、ブラジル及ピコスタリカの各刑法は此の場合にも裁判所の言渡を必要なりとす。然れども刑（若は判決）が法律上當然に消滅する場合にあつては、考試期間内に取消の行はれざりしものとしてのみ規律するの外なかるべし。次に後に至つて犯人か考試期間中に罪を犯したること、又は其の他條件を遵守せざりしこと判明したるときは、如何なる處置を執るべきものなりやの問題を生ず。此の場合にあつては爾後に於ける取消を禁止するか、

又は七の(三)に論述したる所の如く、特定期間内は尙ほ取消を許すものと爲すかの二途の中何れか一を選ぶべきものなれど、他の箇所には於ては此の點に關する規律なく、此の事實より推して考試期間の經過後に於ける取消は不可能たるものと推論することを得べきなり。

新なる犯罪に基きて判決の言渡あり、且特典の失效を法定せる場合に於ては、新なる判決の既判力の發生と同時に失效は當然に其の效力を發生する次第なりと雖、法律が此の場合に於て特典を取消さんことを欲するや否やを判事の自由に一任するときは、何れの判事か此の場合に於ける決定を爲すべきものなるか、前に裁判を爲したる判事なるか、はたまた後に裁判を爲したる判事なるかの問題を生ずべし。獨逸の豫備草案、一九一九年の草案及びオーストリーの反對草案は新に判決を爲す裁判所をして決定を爲さしめ只例外として前に判決を爲したる裁判所をして決定を爲さしむ。其の正反對を規定するは一九二五年の草案なり。またデンマークに於ては前の裁判所が決定を爲し、スウェーデン刑法及びノールウェーの草案にあつては新に判決を爲す裁判所をして決定を爲さしむ。其の外英法、ベルン、グラルスの各州刑法及びオランダ刑法にあつては前の裁判所が專屬的の管轄權を有す。ブラジル刑法の規定する所は曖昧にして只管轄裁判所と云ふのみに止まれり。チェッコスロウアキヤの草案に依れば明白に新なる裁判所が決定を爲すものとす。イタリー刑法も亦新なる裁判所をして決定を爲さしむるも、同刑法にあつては其の他のすへての取消の場合については前の裁判所を以て管轄權を有するものと宣言することノールウェーの草案に於ける

と同一。即ち立法の何等か明確なる傾向は之を認定することを得へからず。其の規律は往々にして認識するに不明瞭なり。而して手續を極めて詳細に規定せるはオランダ刑法にして、ベルン州刑法にあつても亦同様なりとす(判決に對して上訴を爲すことを得)。

## 十二、繰返し刑の猶豫を與ふるの件

こゝには直ちに二度まで此の特典に浴せしむることを得るものなりや否やの問題を究明せざるへからず。かくの如きは既に一度判決又は刑の失效ありたる後、又は考試期間内に於ける新なる行爲につき裁判を爲すを要するときに限り問題たることを得るものとす。此の第二の場合に於ては新なる行爲に對する刑の猶豫については前の行爲に對する刑の猶豫は尙ほ其の進行を繼續するものなりや否や、其の考試期間は如何に算定せらるゝものなりやを問題とす。此の場合にあつては新に統一的なる期間を指定すること普通に行はるゝ所なれども、規律は必ずしも簡單ならずして、猶豫を與ふるについての條件として要求せらるゝ所のものと相牽聯せり。此の問題はまた多くは明示的に解決せらるゝことなくして、刑の猶豫に關する通則に従つて解答するの要あり。只若干の法律のみは刑の猶豫は只一度丈け之を與ふることを得るに止まる旨を簡單に言明したり。即ちコスタ・リカ、エストランド、イタリーの各刑法、イタリーの草案、ワット州刑法、ワリス州刑法に於て然りとする所にして、ジュネーヴ州刑法は同種類の犯罪についてのみ然



りとし、ブラジル刑法も亦單純なる違警罪に依るの外原則として然りとせり。

犯人が既に一度刑の言渡を受けたる者なるも尙ほ之に對し刑の猶豫を與ふる場合にあつては、是か許與の方法は種々に之を想像するを得ること勿論にして、刑の猶豫か如何なる態様を執るを問はず考試期間中たることあるべく、はたまた其の經過後たることあるへし。而して既に一の自由刑に服役したる者に對してのみ明示的に刑の猶豫を拒絶したるときは、亦常に最初の自由刑が満足に經過したる後新なる猶豫を許す。刑の猶豫の條件として前に刑に服したることなきこと及び猶豫を爲すに當つては刑は服役を了したるものと看做さるゝことを豫定せるときは、少しく曖昧なりと雖、此の場合にあつても期間の満了前に於ける行爲に對する第二次の許與は尙ほ可能なり。蓋し此の場合にあつては前の刑に服役せざること確實たり。又は前の刑は服役を了したるものと看做さるゝか故を以てなり。特典か犯人の前に未だ曾て刑の言渡を受けたることなかりしを條件とする場合にあつては更に異なる所あり。考試期間の經過中は兎に角犯人は此の如き立場にあるものと謂はさるへからずして、従つて其の經過する以前に新に許與を爲すこと不可能なり。然れども期間の經過多幸にして刑の言渡なかりしものと看做さるゝの結果を導きたるときは、再度の猶豫を許す。然れども期間の經過良好なる場合か單に刑を服役したるものと看做すか、又は之に類似の結果を導くに止まるときは、刑の言渡は依然として存續し、新なる猶豫を許さるるなり。

### 十三、處罰登録簿 Strafregifter

刑の猶豫は處罰登録簿中に登載せられ、後に至つて其の考試に合格したるときに初めて抹消せらるゝものなるか。

猶豫は注意書を附して之を處罰登録簿中に登載し、後に至つて之を抹消するものと爲す立法例若干あり。即ちフランスに於ては一九二三年一月二十四日の法律に依りて然りとし、其他ノイエンプルグ州、フィンランド、オーストリー、ポルトガル、スウキスの草案、ワリス州、チューリッヒ州の如き亦然りとす。スペインにあつては是か爲に登録簿の特別なる部分を規定し、ブラジルにあつては秘密の登録簿を設く。而して其の際考試期間中は裁判所に向つてのみ其の處罰登録簿中に登載せられあるの事實を告知するものと規定すること原則とす。チェッコスロウアキヤの草案の如きは登録の事實を告知することを得べき官公署を特に詳細に列挙し、尙ほ之に附言して、「刑の條件付言渡を受けたる者は考試期間中は裁判所の審訊を受けたる場合に限り現行法か本人に其の義務を課するの程度に於て刑の言渡を告知するの義務を負ふ」と云へり。其の考試に合格したる後にあつても全然類似の規則を適用す。ワート州の如きは期間の經過後に至つて初めて判決を登録簿中に登載することとしたり。尙ほ裁判所は猶豫に關して特別なる登録簿を調製するを要する旨を規定せる立法例も尙少ならざるなり。

二、刑の量定問題

## 二、刑の量定問題

ギーセン大學教授 ドクトル・ミツテルマイヤア

本稿論する所の問題左の如しとす。

刑の量定は法律上如何に規律せらるゝか。一般的減輕事情を認むるか。特に輕微なる場合にあつては刑の免除を規定せるか。はたまた自由なる裁量に依る輕減を認めたるか。反對に其の特に重き場合にあつては通常の範圍以上に互つて刑の加重を許したるか。

### 一、總論

(一) 刑の量定 *Strafmessung* の問題については判事の自由に一任するの主義と判事を羈束するの主義と相對峙するを見ると、今日にては其の何れと雖嚴格に貫徹せらるゝことなく、今日にては判事の自由は如何なる程度にまで及ぶものなりやの問題を生ずるを得るのみ。此の問題は法律が刑を以て達成せんことを期する他の問題と密接に相牽聯するものとす。惟ふに應報 *Vergeltung* と一般的豫防 (*Generalprävention*) とは行爲の客體を斟酌すること多く、判事に自由を與ふること少くして、判事は只損害の程度を測定するの問題に於て幾分自由なる地位に在るのみ。特別豫防 *Spezialprävention* の場合にあつては之に異り、刑

の著しき個別主義を要求するものにして、其の適用の方法と程度とは多く判事の裁量に一任せらるゝことを必要とし、法律は其の刑を以てして達成せんとする所か何なるやの點に關して明確なる言明を與へざるなり。然れども兎に角責任思想 *Schuldgedanken* 醇化は何れの國にも之を存すべく、而して此の事實は刑罰なるものをして一層よく具体的の場合に適應せしめ、一層よく外界の事物より離脱することを得しめ、判事に對して多大なる選擇の餘地を與ふるの結果を來すものと謂はざるべからず。然れども何れの法律と雖刑の量定の點に於ける判事の自由を以てして犯罪事實の確定性を廢止せんことを欲するものにあらざることば申す迄もなし。

(二) 此の問題を考察するに當つては更に法律は判事に對して比較的多數の刑種を選擇せしむるや、はたまた比較的少數の刑種を選擇せしむるに止まれるやの點、及び法律は尙ほ其の外に別の處分を認むるものなりやの點をも注意せざるべからず。具體の場合に於ける處遇の相違は寧ろ刑若は處分の種類に存することあり。或は單に其の程度にのみ存することあり。然り而して執行か處遇の著しき相違を許す場合にあつては、刑の量定につき標準となるは單に判事のみに止まらずして、刑の執行官廳も亦標準となるものとす。之を要するに罰則は施設の發達の如何に繋るなり。

(三) 法規はまた其の判事と刑法學の種類に依つても亦左右せられ、時あつてか其の刑事裁判上の傳統をも識認せしむること多し。かくの如くにして例へば南米の法規は判事の自由と云ふ點に於て時あつてか其

の歐洲に於ける模範たるスペイン、ポルトガルの法規を後に瞻者たらしむるものなきにあらざるも、概して判事の自由を認むる上に於て歐洲近代の立法例に遙に劣れり。さればフライブルグ州の新刑法典の如きは例へば獨乙の諸草案などよりも遙に簡單なるに反し、反對にオーストリーの古き草案や之に倣へるチエツコスロウアキヤの草案の如きは、其の個々の構成の點に於て遙に精緻なり。またスウェーデンの草案の如きは尙ほ昔時の立法の拙劣なる痕跡を明瞭に示せり。然り而して判事の裁量の問題か亦刑事訴訟手續の構成の如何に繋ることも稀ならざるなり。

(四) 新規の諸立法例中に於ては刑の量定の點に於ける統一的なる趨向を確定すること能はずして一般的大原則を伴ふ法律や草案を存すると共に、決疑的なる細目の規定を有する法律、草案をも存し、而してイタリーの草案の如きすら此の後者の弊害を免れざるなり。また心理學的の深遠を求むる努力を看取することを得べく、偶然の具體的事情の研究をも認むることを得へし。只何れの國にあつても其努力は客觀的の要素よりも、主觀的の要素により大なる考慮を拂ひ、こゝに責任思想を精緻ならしむるを以て目的とするも、然も判事の裁量に對しては充分なる自由を認むるにも拘らず、尙ほ爲し得る限りは之を客觀的に確定し得べき制限内に羈束せんとしつゝあるものなるの一事に至つては亦看過すべくもあらざるなり。

(五) 今判事か不法の結果の規定に於て如何なる程度まで法律に依つて羈束せられ若は自由なる立場に置かるゝやを識認せんことを欲するに於ては、種々なる點に注意を拂ふことを必要とし、常に直接刑及び其

の他の處分の種類及び程度に關する規則を注意するを要するに止まるにあらざるなり。

(a) 刑法典の各論の部に於てこゝに注意すべきは、犯罪事實の法文が既に刑の量定上に影響を及ぼすことあり得るの一事にして、かくの如き字句は考慮の要ある所なるも決して全然回避し得べき次第にあらす。此の事は責任と云ふ一面に重きを置くに従つて益々頻繁に見る所なりとす。即ち危険なる *gefährlich* 重き *schwer* 辯解し得へず *entschuldbar* 不信實に *gewissenlos* 激烈なる *heftig* 重要な *wichtig* 殘酷なる *grausam* 多大の價額 *hoher Wert* 搾取 *ausbeuten* と云ふか如き字句是なり。次に動機を擧示するは判事に對して意識的若は無意識的に刑に影響を及ぼすの機會を與ふるものにして、昔乍らの決疑的法文を拋棄すること愈々大なるものあるに及んては益々甚たしく到る所に動機の擧示を存するに至る。寧ろ客觀的に傾ける英法の法文は客觀的に平等なる裁判に對してより大なる保證を與ふるものなり。次に法文の用語上の同種性、特別待遇 *Privilegierungen* と特別加重 *Qualifizierung* 等の事項は同種の解釋を保障することに依つて重大なる意義を有する次第なりとす。

然り而してこゝに特に重要なるは罰則 *Strafdrohung* にして、平行刑 *Parallelstrafe* と刑の廣汎なる範圍とは多大なる自由を保障するものと謂ふべく、特に刑に短期又は寡額の定めなき場合に於て然りとす所なり。刑の分科歩を進め、刑の範圍狭小にして且多くの特別なる場合を認むるに於ては判事を羈束すること最も甚たしきものありと謂ふべく、然も其餘りに狹隘に過ぎて事情に處して正鴻を得たるものと謂ふへからざるに於ては法律を迂回するの弊をも導き易きなり。

(b) 總則の部について注意すべきもの左の如し。

刑及び其の他の處分を明瞭平易に定むるに於ては判事に影響を及ぼすこと大なるものあるへし。蓋し判事は普通に平等に法律の意義に服従するものなるを以てなり。刑の構成不合理なるに於ては往々にして判事をして其の適用を躊躇せしむへし。

刑の指定に關する一般的の指圖を規定すること多くの法律に見る所なり。是等の指圖は其の一々の點に於ては異同あれども、然も原則として同種類たるものたり。而して是等の指圖は比較的古き法律特にスペイン及びポルトガルの法律に見るか如く餘りに甚たしく具體的の點に立入ること能はされども、然もイタリーの草案の如きすら必ずしも全然之を避くることを爲さざるなり。普通の法文は何れの國に於ても、著しく關係の同一と云ふことに重きを置き、行爲の性質、所犯の方法及び犯人の個人的關係動機等を擧ぐれど、是等は究極する所何れの國にあつても平等に判断せらるゝなり。然れども此の指圖が羈束的なりや、はたまた自由に放任せらるゝやは問題たりとす。

此の場合に特異なるはスペイン刑法及びチアッコスロウアキヤの草案に見る所のか如き判事の羈束せらるゝ刑の等級と特種の刑の大小となり。其のスペインに於けるものは特に形式主義的なりとす。然り而して判事が想像上の正常の場合につき中等の刑を指示せらるゝか如き舊弊も顯著なるものあり。

即ち今日尙ほウエネズエラ刑法（第二十七條）に於て見る所の如し。

刑の指定に關する一般的の指圖は正常の刑の範圍内に於ける指定について適用あるを原則とし、其の正常の刑の範圍に至つては或は廣汎なるべく、或は狹隘なるへし。其の外に更に一度具體的の犯罪事實についての特別なる指圖を存し、之に次いで刑の減輕及び加重の大小に關する規定を存するなり。然り而して此の刑の減輕及び加重の大小に關する規定の如きも亦極めて一般的なる方法に於てすることを得べく、若はまた同様に特別なる原因のみを擧ぐることを得べきなり。或はまた多くは一般的なる減輕事情 *allgemeine mildernde Umstände* と一般的なる加重事情 *allgemeine erschwerende Umstände* と相并んで具體的の場合に此の犯罪事實に典型的なる刑罰變更の特別なる原因を存すること多しとす。

こゝに特に重大なる意義を有するは具體的の場合に於て既に規定ありたる程度の以下に互つて更に減輕を爲すことを得べきや否や、此の場合に刑を免除することをも得るや否やの問題なりとす。

最後に此の問題については限定責任能力、少年、未遂及び共犯、法律の錯誤、累犯、犯罪の營業性及び常習性及び刑の競合に關する特別なる規律を注意するを要すると共に、保安及び矯正の處分を適用するに當つて判事は如何なる程度まで自由を與へらるゝものなりやの問題も亦考慮せざるへからざる所に屬せり。

## 二、具體的の罰則の規律

(一) オーストリーの諸草案及び之に倣へるチェッコスロウアキヤの草案にあつては犯罪事實は尙ほ極めて分科し、デンマーク（チレン氏か身體に對する重罪に對して與へたる模範に従つて）及びスウェーデンの各草案にあつても亦然りとし、スウキス、ベルー及びウエネズエラの各刑法に於ても部分的には亦然りとす。然り而して英米法系の立法も亦分科主義を超越するを難んせるは衆知の事項に屬し、判事は之に依つて著しく羈束せらるゝものなれども、こゝに全然特定のにして、其の國にとつて典型的なる場合を狹隘に限定して之を擧げたるや、或はまた分科かオーストリー及びスウキスの草案に於て見る所の如く或る程度の抽象的傾向を帶ふるやに依つて相違あり。此の點に於てはチェッコスロウアキヤの刑法及びデンマークの草案に於ては分科は明瞭平易に組織せられて、よく刑の量定の一般原則に適合せらるるに反し、英法

明瞭、平易にして且截然たる輪割を有する犯罪事實を示せるはフランス刑法にして、之に倣へるはオランダ、ノイエンブルグ州及びアルゼンチンの各刑法たり。而して後者の簡潔は特に稱揚すべきなりとす。是等の諸國にあつては分科の程度甚たしからざるも、犯罪事實は客觀的には極めて明瞭に限定せられ、從つて判事は各般の具體的の場合に此の下に總括するを得べく、然も其の際何等の疑念をも懷抱するを要せ

さるなり。スウキスの諸草案及びフライブルグ州刑法にあつては事情は異なるものありて存し、是等の諸國にあつては近代的風潮に倣ひて主觀的要素を多く加味したると判事に對して犯人の個別的處遇を容易ならしめんとするの希望に依つて其の輪割は往々にして不確定たり。加之こゝには簡單なる犯罪事實の外に著しく分科したる犯罪をも常に存するを見るなり。

犯罪事實を分科せしめざるの形式を執るに當つては刑の範圍を特に下方に向つて極めて廣汎ならしむること就中オランダに於て見る所の如くならしむるか、又は總則の部に分科に關する規定を置きて各論の部を補充せしむ。此の方針かスウキス、特にフライブルグ州に於て見る所の如く單に輕微なる程度に於て行はるゝに止まるるときは、個別主義に害を及ぼすべく、フライブルグ州の刑法典の如きは特に特徴を有する加重及び減輕に代ふるに往々にして、輕微なる *leichte* 更に輕微なる *leichtere* 餘り重からざる *min-derschwere* 又は重き *schwere* 及び更に重き *schwerere* 場合を區別せり。かくの如きは憂慮すべきものなしとせず。ノイエンプルグ州刑法典の如きは窃盜につきて *suiivant la gravité des cas* (場合の輕重に應じて)と云へり(第三百六十二條)。

(二) 罰則は極めて區々たる形體を執り、フランスの如きは狹隘にして截然たる範圍を認むれども、平行刑を認めず。イタリーも之に類似なれども犯罪事實に著しき分裂を來せり。然り而して刑の範圍の分裂の殆ど兒戯に類似して形式主義なるはスペイン及びポルトガルの立法に見る所なり。此の弊害を脱却せるはアルゼンチン及びベルギーの兩刑法典にのみ見る所なりとす。オランダ刑法の如きは最低限度を有することなく、唯一に禁錮の刑(一日以上の)のみを威嚇すること極めて屢々見る所なりとす。謀殺及び大逆罪の如き犯罪の場合にすらも刑は絶對的にあらず。刑の量を指定するについての比較的詳細なる指圖を缺きたり。然れども一九二五年六月二十九日の法律は第二十三條に於て此の點に關し法律中に規定を存せざる場合にあつても三箇月以下の禁錮及は拘留に代へて一萬フロリン以下の罰金を言渡すことを得べき旨を規定するを要したり。即ちかくの如く刑の裁量を擴張するの必要を主張したるものと謂ふべし。ノイエンプルグ州刑法典は餘り重からざるものと認めらるゝ場合に於てのみ刑の最低限を認む(第百六十二條、第二百四十六條、第二百四十七條、第二百六十六條、第二百九十五條以下、第三百十六條)。同刑法典にあつては多數の刑種の間には於ける選擇は餘り頻繁ならず。刑の上方の制限は極めて區々にして、往々にして著しく低きものと認めらるゝことあり、或は極めて高きものと認めらるゝことあり(然れどもかくの如きはその國々の見解を異にするに因る所極めて大なり)。單純窃盜 *einfacher Diebstahl* (第三百六十一條)の場合にあつては刑は一年以下の禁錮たり、其の重き場合にあつては二年以下の禁錮又は五年以下の懲役なれども、部分的には著しき減輕の可能を伴ふ。即ち二十日以下の禁錮たり、更に一步を進めて罰金をすら科することを得べきなり。而して數個の加重原因の競合したるときは刑は十年以下の懲役に上すことを得べく五千フランを越ゆる窃盜の場合にあつても亦然りとす。其の外に常に盜取したる價額の二倍以下の罰金を

科することを得へし。ノールウェーにあつても刑の最低限は稀にのみ存する所なれども其重き犯罪については最低限は時あつてか著しく高し。即ち一九二五年の草案の如きも風俗上の犯罪 *Sittlichkeitsdelikt* に對しては最低限を高く定めたり。其の最大限の如きも部分的には相當高し。而して平行刑は尙ほ未だ頻繁ならざるなり。

其の他の諸國にあつては刑の最低限は必ずしも稀ならず。アルゼンチン刑法の如きは之を使用すること多く且其の外に相當高き最高限を存せり。而して懲役と禁錮とを平行せしむることも多く見る所なれども例へは窃盜については然らず。罰金は稀に見る所なり。スウエスの一九一八年の草案は從來のそれに比較して著しく自由に、また寛大になり、往々にして平行刑を認め、特に禁錮に平行して罰金をも認む。最低限は必ずしも稀ならざれども、然も細心の注意を以てしてのみ適用せらるゝなり。刑の範圍は必ずしも廣汎ならず。フライブルグ州刑法典の如きは著しく嚴格にして、其の最低限は比較的到高し。其の特に顯著なるはオーストリー刑法にして、其の舊法は往々にして高き最低限を認むるに反し、草案は何れも最低限を認むるも其の程度を極めて低くせり。其の外最低限以下に下す減輕は稀に見る所とす。理由書の説明する所に依れば、刑の最低限は最も輕微なる場合に相當すべきものにして、判事は其の近傍にのみ止まるべきにあらざるなり。刑の範圍内に於ける量定については一九二二年の草案は一般的なる原則を以てして詳細なる指圖を與へ(第四十三條)、尙ほ第四十四條及び第四十五條に於て刑の減輕又は加重に關する規

定を與へたり。而して理由書は反對の意見を述ふるに拘らす刑の範圍は相當廣汎なり。平行刑を認むること亦多く見る所とす。然り而してチエッコ・スロウアキヤの草案は其の原則に於てオーストリーの草案の方針を固執せり。

デンマークの草案は往々にして最低限度を認めされども、重き犯罪については最低限を高くす。之に對して最高限も相當高し。然り而して諸般の事情を綜合して考ふるに刑を加重するの必要よりも輕き刑を科することを得しむるの需要何れの國に於ても主張せらるゝこと多きは看過すべくもあらざる所なりとす。

### 三、概括的の指圖 *Allgemeine Anweisungen*

比較的近時の刑法にして其の總則の部に刑の範圍内に於ける正當なる具體的の刑を發見する爲の精密なる規定と、通常の範圍以上に互る刑の引下若は引上に關する概括的の規定とを掲げざるもの殆どなし。

(一) かくの如き概括的の指圖は尙ほオランダ、ノールウェー、デンマーク、スウエーデン、フィンランド、フランス、ベルギー、イタリーの諸國及びフライブルグ州の新法中に於ては至つて少く、之に反してスペイン及びポルトガルにあつては其の決疑的に精細に列擧したる減輕及び加重の事情を存する場合に於ける刑の量定に關して極めて詳細なる指圖を爲す。而して其のオランダにとつて著しく特徴を發揮せるものとすへきは、一九二四年のツエーウエンベルゲン氏の著述に係れる優秀なる教科書か此の問題に對して



多くの頁を割かざることなり (W. Zevenbergen, Leerboek 1924, S. 402 ff.)。然れども一九二一年二五年の新刑事訴訟法は其の第三百五十九條中に於て判決は刑の適用についての特別の原因を掲ぐるを要する旨を規定せり。フライブルグ州については事情は極めて簡單にして、判決は特別なる法律上の指圖なきも法律的感情や實際上の需要に適合すへし。然り而して如上の實例は恐らく恰も文化の複雑其の程度を進むるに當つては裁判は益々合理的となるに至ることを必要とするものなるを示すものに外ならざるへし。

(二) 概括的の指圖は理由書中に於て辯護せらるゝ所にして、こゝには特に一九二二年のオーストリーの草案第四十三條以下の理由及び一九一七年のデンマークの草案に關するトルブ氏の理由を指示すへし。判事は全然主觀的專斷的に處置を爲すへからずして、寧ろ形式上の同一を達成するを要す。法律の定めたる根本精神は之を遵奉せざるへからざれど、亦明確に表明せらるゝを要するものなり。而して指圖は有機的に組織全體に適應せざるへからずして、責任、危険性、特別豫防及び一般豫防の根本精神を遵奉せざるへからず。指圖はまた心理學的に正當なることを必要とし、判事をして機械的、形式的に現存の原則のみを適用するに至らしむるか如きことなく、寧ろ判事に對して自由なる操作を教示するものならざるへからず。即ち指圖は常職としての判事にあらざる判事 *Nichtberuf Richter* にとつて特に重大なる意義を有するなり。指圖をして簡潔に單に根本的のみに止まらしむべきや——特にデンマーク、オーストリー及びスウェーデンの草案に於て然りとす——或はまた幾分廣汎たらしむべきものなりやは困難なる問題なり。立法者は

指圖に對しては多く異議を挿むべき餘地あるを指示するも、然も之を以て實際上重要なる意義を有するものと思惟せり。

何れの國に於ても専ら、又は殆ど専ら標準となるは主觀的の關係にして、責任並に犯人の危険性等たり。近頃は犯人の刑に對する感受性 *Eindrucksfähigkeit für die Strafe* をも亦然りとす。即ちチェッコスロヴァキヤの草案第六十四條に於けるか如し。而して犯人の一般的なる一身上の關係、並に行爲を導くに至りたる要素、特に其の動機を之に並置す。其の際多くの點に於て原則上の一致を存するを看取することを得へし。

(三) 概括的の指圖は數多の部分に分る。まづ第一に刑の量定全般に關する原則を存す。是と相並んで減輕事情及び加重事情を存し、而して是等の減輕及び加重の事情は全然抽象的に若は可成に抽象的に一々列舉せらるゝなり。此の下に、若は是と相並んで尙ほ刑の特別變更を導くことあるべき事情を存す。然り而して多數の刑種の間の選擇についての原則及び罰金の量定についての原則をも注意するを要するなり。

(a) 獨逸の諸草案は大體に於て同一を維持し、動機、行爲に對する刺戟、犯人の追求したる目的、及び犯人の施用したる手段、犯人の辨別力の程度、犯人の犯罪前の經歷、其の一身上の關係、其の行爲の當時に於ける犯人の經濟的狀態、其の行爲後に於ける犯人の行狀、其の悔悟の模様等を擧ぐ。然も一九二五年の草案にあつては行爲の結果を擧げざるに反し、同草案は初めて憎惡すへん心情 *verwerfliche*

Gesinnung 及び意向 Willensneigung 犯人に對して非難を加ふること能はざる原因及び其の意思に對する病的若は之に類似の障礙の影響を挙げたり。

(b) アルゼンチン刑法第四十條は刑種と刑量とを定むべきときは判事は各場合に特有なる減輕若は加重の事情を斟酌するを要するものと規定し、第四十一條は、(一) 行爲の性質、其の施用ありたる手段、損害及び危険の範圍、(二) 犯人の年齢、教育、習慣、犯罪前の經歷、其の動機、特に貧窮、困厄、其の行爲に關與したる方法、累犯及び行爲の時、所及び方法に關して危険性の大小を示すへきすへての事項を斟酌すへしとせり。

(c) デンマークは其の法律第五十七條中に於て既に實行の時、所及び方法上より見て行爲の危険性の大小、犯罪の客體の重要性、損害の範圍及び大小を主として注意すへき旨を言明し、其の外犯人の意思の強弱、其の鞏固なりや否や、犯人の動機、其の教育、年齢及び經歷、其の被害者に對する特別なる關係、其の行爲後に示したる舉止等を擧ぐ。一九一七年の草案第七十五條には、刑の指定は本法中に於て表明したる原則に従つて行ふ。犯人の危険性、犯人の年齢、行爲の前後に於ける其の行狀、犯人の示したる犯罪的心情 verbrocherische Gesinnung の強弱及び行爲の動機を斟酌するを要す。數人に依る行爲の所犯は原則として加重事情と看做すと云ひ、一九二三年の草案第八十三條及び一九二四年の草案第八十六條は其の第一段と犯人の危険性とは削除したるも、行爲の大小と危険性とを追加したり。

(d) ギリシャの草案第六十三條は、刑の範圍内に於て裁判所は刑の輕重の理由たるへき諸般の事情、行爲の損害及び危険、犯人の示したる犯罪的心情の程度、行爲の誘因、動機、目的、犯人の一身上及び經濟上の關係、經歷、發育の程度、行爲後に於ける舉止、悔悟の模様及び行爲の結果を賠償せんとする努力を注意するを要すと云ひ、第六十四條は懲役、禁錮及び拘禁の間に選擇を爲すに當つては行爲の破廉耻なる心情 ehrlose Gesinnung に由來するにあらざること立證せられたるときは拘禁を言渡すを要すと云へり。

(e) 一九二一年のイタリアの草案は「危険性」 Gefährlichkeit なる章の第二十條に於て、制裁 Sanktion は法律の定めたる限界内に於て犯人の危険性の標準に従つて犯人に對して適用す。危険性の程度は犯罪的行爲の輕重、其の具體的の事情、行爲の決定的動機及び犯罪人の人格に基きて定まると云へり。即ち尙ほ責任説を奉する法律と著しく一致せるを見るなり。

(f) オーストリーは現行法第四十三條乃至第四十七條に於て精細なる概括的の指圖を規定したるか、同法にあつては法定の範圍内に於ける刑の量定と、法定の範圍以上に互る刑の變更とは明確に區別することを得へからざるなり。第四十三條は熟慮の程度愈々深く、豫備は益々殊更に、損害愈々大なるか又は行爲に伴ふ危険愈々多大に、義務の違反の程度益々廣汎なるに従つて犯罪は愈々重しとすと云ひ、第四十四條は更に數個の犯罪の所犯、他人の誘惑、及び教唆若は首魁としての資格を列擧し、第四十五條

は更に一步を進めて審理中に於ける判事の欺瞞を挙げ、第四十六條及び第四十七條は極めて決疑的に減輕原因を舉げて、若年、知能の薄弱、教育不完全、既往の素行の端正、刺戟に基く行爲、感情の激昂、機會の利用、貧困、悔悟、自首、審理の助成、未遂、損害の輕微、多大なる損害の拋棄等を列擧せり。

一九一二年の草案に於ては第四十三條に刑は犯人の罪責 *Verschulden* と危険性に從つて量定すへし。其の場合には行爲の性質並に犯人の一身上及び經濟上の關係を斟酌すへし。罰金を量定するに當つては特に犯人の所得をも併せ評價すへし。數個の刑種の間選擇を爲すに當つては累犯、特に兇暴なること、甚たしき利己心、無耻及び勞動嫌忌に注意を拂ふへし。利己心に因る犯罪の場合にあつては特に自由刑に併科して罰金を言渡すへしと云ひ、第四十四條及び第四十五條は減輕及び加重の事情を附加したるか、是等の減輕及び加重の事情は可成に現行刑法典のそれと一致せり。

一九二二年の所謂反對草案は第九十九條に於て大體として一九二五年の獨逸の草案の模範を與ふるものなるか、そは行爲の形式的影響と行爲の結果とか罪責の大小を推論せしむる場合に限り是等の影響と結果とを擧ぐるに止まれり。

(g) 一九二四年のペルー刑法典は第五十條に於て最高限と最低限との間に所要の手段を求むへし。判決の理由を以て此の點に關する説明を與ふるを要すと云ひ、第五十一條は刑の量定を爲すに當つては判事は犯人の責任と危険性とを斟酌し、その獨立して特種の犯罪を成すにあらざる限りは次の事情に注意

を爲すへし。(一)、行爲の性質、其所犯の時期及び爾來經過したる期間、犯罪の場所、其の道具及び手段、冷靜に豫備を爲したるものなるか、はたまた偶然的所犯に係るものなるか、所犯の方法及び事情、犯人の數、被害の義務の數、意義及び種類、其の排除すべき困難及び其の加へたる損害の大小及び發生したる危険の多寡、(二)、犯人の年齢、教育、行爲の前後に於ける個人的及び家庭的な生活、其の經濟上の状態、其の裁判上の經過、動機の尊重すべきや、辯解し得べきや、若はまた不良にして憎惡すべきやの點、本人を刺戟して罪を犯すに至らしめたる情熱、犯罪に關與せる方法、自發的な損害の賠償、其の正直なる自白及びすへての一身上の關係及び其の性格を知るに資せらるべき諸般の事情。然り而して第五十二條は刑の量定の點に於ける上告を許したり。

(h) ポーランドの草案第五十四條に曰く、刑の量定を爲すに當つては裁判所は就中犯人の動機、其の知能及び意思能力の發育の程度、其の従前の經歷、並に其の犯罪後に於ける行狀を考慮し、併せて其の限定責任能力を斟酌すへし。

(i) スウェーデンの草案第九章第一條に曰く、刑の範圍内に於て刑の量定を爲すに當つては行爲に於て表明せられたる心情を特に斟酌すへし。前に刑務勞働 *Strafarbeit* を以て處罰せられたることある場合に於て再び此の刑の言渡を受けたるときは、其の刑務所内に於ける行狀を參酌すへし。

第七條及び第十二條は刑の範圍内に於ける減輕及び加重の事情として特に擧げたるものの外に就中、

高齡、二十一歳未満の少年、従前の素行の良好、經濟上の窮迫、脅迫、命令、憤怒の刺戟、後悔、時効期間の大半の経過、其の経過中に於ける行狀の良好、同一の心情に由來する行爲に基く前の刑の言渡、又は前の自由刑の言渡、放縱無頼なる素行、長期間に亙る熟慮及び豫備、特に兇暴若は陋劣なること、未成年者、責任無能力者又は善意者の利用、共同の所犯、其の責に歸すべき多大の損害を列擧せり。

(j) 一九一八年のスウキスの草案第六十條に曰く、判事は犯人の罪責に應じて刑を量定し、責任者の動機、經歷及び一身上の關係を考慮す。

(k) 一九二六年のチエツコスロウアキヤの草案は刑の量定に關して特に周到細心なる構成を有する一章を設け、其の第六十四條に曰く、裁判所は刑率 *Strafmaß* の限界内に於て罪責に應じて刑を量定す。其の際には行爲の動機、責任者の危険性、其の従前の生活、行爲後に於ける其の行狀、特に責任者は損害を豫防し若は賠償せんとして努力したりしや否やの點、竝に刑の目的及び其の蓋然的效果を考慮すへし。其の低劣なる心情 *niedrige Gesinnung* を示す場合に限り禁獄 *Kerker* を言渡す。換言すれば第十四條に依り特に甚たしき射利心、勞働嫌忌、惡意 *Posheit* 無耻、兇暴の行爲の場合、又は行爲か他の犯罪を隠蔽し、若は其の結果を確保せんとするにあらざるに禁錮を言渡すなり。自由刑は特に前に科したる罰金か其の効果を收むることなくして終りたる場合に之を科するものとす。尙ほ違警罪刑法草案第十二條をも参照すへし。即ち行爲の結果は刑率に於てのみ表明せらるゝものなりとす。

(l) 一九二六年のウエネズエラ刑法は第三十七條に於て最低限と最高限との中庸を以て正常の標準とすと定め、之を起點として減輕若は加重の事情に應じて上下に移動を行ふ。時としては法律か明示的に刑は上半若は下半中に於て定むるを要する旨を規定することあり。而して法律か刑量をして正常の範圍以外に亙つて上下に特定の割合丈け逸脱せんことを規定したるときは、判事は減輕若は加重の事情を存せざる場合に初めて自己の適用すべき刑を定むるを要するなり。而して加重若は減輕の二の程度の規定ありたるときは、判事は行爲の輕重を斟酌するを要す。かくの如き規定の舊弊にして無價値なること明白なりと謂はざるへからず。

第七十四條は刑の範圍内に於ける減輕事情として十八歳乃至二十一歳の間の年齢、其の實際に行はれたる所より些細なる害惡の故意、被害者に依る刺戟及び其他之に同種なるすへての事情を列擧したり。第七十五條の加重事情は同時に刑を引上ぐる作用を伴ふものにして、其の然るか故に後に至つて初めて考慮せらるなり。

(m) 特に罰金の量定に關する規定につき注意を拂ふときは、まづ第一に目を惹くはフィンランドの草案第三章第六條は三百以下の日割償金 *Tagesbuße* とし、財産、年收、給與の義務及び其他本人の支拂能力に影響を及ぼすべき諸般の事情を斟酌すへしとし、以て刑法第二章の改正に關する一九二一年五月二十一日の法律に適應する所あり。また一九一二年のオーストリーの草案第四十三條は所得と利己心

とを斟酌すと云ひ、ポーランド刑法第五十六條は經濟上の關係と云ひ、スウキス刑法第四十五條は罰金は犯人の罪責に相當せざるへからずして（一九一六年の草案第四十七條は其の犯罪に對する有效なる刑と云へり）、且特に犯人の所得、財産、家庭の身分、親族關係上の義務、職業及び生業 *Beruf und Erwerb* 年齢及び健康に注意を拂ふを要すと云へり。而してスウエーデンの草案第七章第十五條はフィンランド刑法に一致す。またチエツコスロヴァキヤの草案第四十四條は法定の扶養及び教育の義務の履行を不可能たらしむることなくして、生活程度の一時的引下 *zeitweiliges Herabdrücken der Lebenshaltung* を要求したり。

#### 四、刑の減輕 *Milderung der Strafe*

(一) 何れの法律と雖具體的の犯罪事實に典型的の變更を來すに應じて刑の範圍に特殊の變更を生せしむるの方針を執ることなくして止む能はず。然りと雖すへての場合に對する刑の範圍の變更に關する概括的の規定を存すること往々にしてあり。かくの如き場合については限定責任能力、少年、法律の錯誤、未遂及び共犯、緊急防衛の程度の超越、累犯、行爲の營業性及び常習性、數個の行爲の競合の規定は之を除外することは得へきも、然も是等の關係か時あつてか減輕及び加重の事情を一般的に規律する箇所に於て簡單に是等の事情の下に列擧せられ、時あつてかまた獨逸刑法に見る所の如く組織上特定せる特別の箇所に

規律せらるゝは注意すべき所に屬し、而して此の如き刑の變更を規律するに或は羈束的に規律するものあり、若はまた之を判事の自由に一任するものあり。其の間に重大なる相違の存するを看取すへきなり。然り而して未遂及び共犯の場合にあつては變更を多くは羈束的なりとす。

(二) 減輕事情については全然特殊の最低限の規定なきか、其の偶々是れあるも極めて稀なる場合にあつては特別なる規定を設くるの餘地を多く存せざるものなることに注意するを要す。蓋し正常の範圍内に於ける規定を以て充分なりとすへきを以てなり。其の之を存する場合にあつては特にフランス刑法典第四百六十三條及び第四百八十三條、同刑事訴訟法典第三百四十一條に見る所の如き所謂無名の概括的減輕事情の主義を選定すへく、即ちベルギー刑法第七十九條乃至第八十五條、第五百六十六條、スウキスの若干の州、特にジュネーヴ州に見る所の如し、然れども此の場合にあつても幾多の相違の認定すへきものあり。即ち特に列擧したる減輕原因と並列してのみかくの如き概括的の減輕原因を或る程度まで間に合せの掲ぐるもの往々にしてあり。其の典型的なるはイタリー刑法第五十九條にして、同法にあつては原則として刑を六分の一丈け遞減するを常とす。デンマーク刑法及び草案亦之に同じ。然れどもかくの如き規律を爲すに當つて、フランス刑法の認めざる、「特に減輕すべき事情」 *besonders mildernde Umstände* をも掲ぐるもの多し。即ちノールウェー刑法第五條、第七條、第九條、第三十一條、第四十三條、第二百四十八條の如し。然れどもかくの如きは同法上既に一個の間に合せの處分に過ぎず。即ちチエツコ

スロヴァキヤの草案第七十八條に於て禁錮の刑を罰金に換刑する場合、フィンランドの草案に於て恐喝及び暴利の具體の場合につきて然るか如きなり。その他の立法例は全然かくの如き特に減輕すべき事情を認めず。即ちアルゼンチン、フライブルグ州の各刑法、ギリシヤの草案、オランダ、ペルーの各刑法、ポーランドの草案及びスウェーデンの刑法の如し。然れどもフライブルグ州の如きは其の代りに別段なる特徴を示すことなくして比較的輕き場合又は餘り重からざる場合を擧ぐることに極めて屢々見る所なりとす。

(三) 減輕原因を精細に規定せんとして努むる立法令若干あり。其の方法は極めて區々にして、一九二五年の獨逸の草案第七十三條の有する所の如き（行爲か主として犯人に向つて非難を加ふる能はざる原因に歸着せしむべきときは云々）抽象的なる法文と相並んで特定の具體的原因を掲ぐるものあり。其の數の如きも多少種々にして、時あつてか個別的に擧げたる原因と相並ひ存するものあり。其の中の若干者は他の法律中に於て既に正常の範圍内に於ける刑罰減輕の原因として列擧せらるゝものあるなり。

(a) アルゼンチン刑法は全然かくの如き規定を有することなく、第四十條及び第四十一條の規定を以て足れりとせざるへからず。

(b) 一九一七年のデンマークの草案第七十八條は七個の場合を列擧す。緊急防衛若は緊急状態行爲の程度、十八歳未満の少年、法律の錯誤、不當の刺戟、從屬關係若は脅迫、現實の悔悟、損害の防止及び自首若は自白是なり。此の規律は一九二三年及び一九二四年の兩度の草案第八十八條に之を存置せるか

此の規律は狹隘に失するものと稱することを得へし。

(c) フィンランドの草案第六章第十條は經濟上の困窮、重大なる脅迫、命令、現實の悔悟、殆ど完了せんとする時効期間を通して行狀の善良なりしことを擧げ、各論の部に於ては往々にして減輕すべき一般的の事情又は特に減輕すべき事情を擧げたり。

(d) ギリシヤの草案は刑の引下に關する一般的规定を掲載せず。

(e) 一九二一年のイタリーの草案は第二十二條に於て危險性の輕微なる八個の場合を擧げたり。

- 一、個人的、家庭的及び社會的の經歷か名譽、體面を汚さしりしこと。
- 二、辯解し得べき動機に基きて又は公の利益に於て行爲を爲したること。
- 三、辯解し得べき情熱の状態に於て、又は激烈なる苦痛若は畏怖に依る興奮の状態に於て、又は第三者に依つて違法に喚起せられたる關係に於て行爲を爲したること。
- 四、一時的なる特殊の機會又は非常にして辯解し得べき個人的若は家庭的の關係に屈伏したること。
- 五、特定の健康上の一時的條件又は明白ならざる事實上の事情に依つて犯人に於て豫見すること能はざりし泥酔又は其の他の中毒の状態に於て爲したる行爲。

六、激昂したる多衆に依る精神上の作用の結果たる行爲。

七、行為の所犯の直後に其の結果を緩和する爲又は假令部分的の損害賠償に止まると雖も兎に角自己の經濟上の狀況にとつての犠牲の下に自發的に展開したる動作。

八、發覺又は判事の訊問に對する洞察の結果たる犯罪人の自白及び洞察の結果として犯罪後即時に任意的に出頭すること。

第七十六條に依れば刑の輕減は極めて形式的なりとす。第二十二條に記載せる諸原因は部分的には刑の量定にのみ應用せらるゝに止まる。

(f) ノールウェー刑法は系統上極めて種々なる種類に屬する特定の具體の場合に於ける刑の變更の規律の好個の實例を示せり。即ち各論の部か幾多の箇所に於て特徴なき減輕及び加重の事情を擧ぐるに反し、總則の部は刑の引下又は引上に關する第五章の第五十二條乃至第六十五條に於て刑の猶豫、少年、緊急防衛の程度の超越、法律の錯誤、關與の程度の輕微なること、損害の防止、及び自白、本人の責に歸すへからざる未決拘留、累犯及び特別なる危険性を列擧せり。(一九二五年の草案第五十六條に於ては幾分改善を來したり)。

(g) 一九一二年のオーストリーの草案は第四十七條に於て六個の場合を擧ぐ。曰く、著しく限定的なる責任能力、理由なき重大なる侮辱の結果たる激烈なる精神上の感動、本人の責任に歸着せしむへからざる緊急状態類似の窮迫、特に理由ある法律の錯誤、有力なる命令、現實の悔悟是なり。一九二二年の

反對草案は第百三條に於て一九二五年の獨乙の草案第七十五條の模範を與ふ。即ち行為が著しく異常に強烈なる外部の影響に歸着することはなり。

(h) ベルギー刑法は刑の除外又は減輕に關する章中に於て第八十五條に於て責任無能力、緊急防衛、緊急状態、權利若は義務に従ふ行為及び權利に適したる命令の場合に於ける刑の除外を掲げ、第九十條は判事に許すに全然刑を除外する條件を存せざる場合に法定の最低限まで合理的に刑を減輕するの權限を以てす。其の他の一般的なる減輕原因なるものを記載することなし。

(i) ポーランドの草案は第五十九條に於て限定責任能力、法律の錯誤、緊急防衛又は緊急状態行為の超越、些細なる幫助、教唆又は從犯の現實の悔悟を擧げたり。かくの如きは甚だ狹隘に失す。

(k) ポルトガル及びスペインは減輕事情を列擧すること極めて決疑的なり。即ちポルトガル刑法第三十九條は二十一の場合を記載すれど、是は他に擧げたる原因を著しく分解したるものに外ならざるなり。其の外に是と相并んで明示的に特別なる場合を擧げ、最後に一般的に犯罪に先行したる其の他の事情を認め、是等の事情か犯人の責任を減輕し、又は何等かの方法に於て犯罪又は其の結果の強度を減輕するときは是等の事情の隨伴を見るものとす。またスペイン刑法は第九條に於て只七個の場合を認むるに止まり、其の中には單に其の輕微なる程度を存するに止れる場合にあつても尙ほ責任を阻却するに至るべき事情を擧ぐ。重大なる侮辱に對する應報、人心を錯亂せしむべき有力なる刺戟等の如し。是と相

并んで以上に述べたると同等の價值を有するか又は之に類似せる其の他の事情を存す。而してポルトガル刑法に於ては第九十四條中に於て減輕事情が特に多數にして斟酌するの價值を有する場合に限り刑の減輕を規定したるか、スペイン刑法第七十八條以下に於ては規定は極めて形式的にして、刑の量定と變更とは互に相融合せるを見るなり。

(l) スウェーデンの草案は第九章に於て第六條にのみ一般的減輕事情として現實の悔悟を擧げたり。  
 (m) スウキスの草案第六十一條は尊重するに値ひする動機、重大なる窮迫、重大なる脅迫、犯人が服従を爲すの義務を負へるか又は犯人が從屬的關係に在る者の獎勵、不當の刺戟又は侮辱に關する憤激又は多大の苦痛、正直なる悔悟、特に損害の賠償、比較的長期間の経過及び其の間に於ける善良なる行狀等を擧ぐ。

(n) チェッコスロウアキヤの草案は第七十七條に於て一般的に限定責任能力、異常の誘惑、異常の壓迫、一時的に異常なる辯解し得べき精神状態、本人の責任に歸着すべき泥酔等を擧ぐ。

(o) ウェネズエラ刑法は第六十六條に於て緊急防衛、權利の行使又は正當なる命令につき刑罰阻却の原因が充分に存せざる場合に三分の一乃至三分の二丈の減輕を許し、第六十七條については重大なる刺戟について亦之を許したり。

こゝに列擧したる刑の減輕の多くは他の法律中に於て組織上別の箇所之を存するものなるを認む。其

の原則上の要約若は特定の見地への歸着は外國に於ては之を見ること能はざるなり。

(四) 減輕事情の下に規定したる刑の減輕は只デンマークの草案に於てのみ全然判事の自由に一任せらるゝに止まり、スウェーデンの草案は法定の最低限度まで自由に低下するを許し、オーストリーは有期の自由刑と罰金とを短期若は寡額の半まで減輕し、ポーランドは假定の刑種の法定の限度以下に下すことを得しむ。其の他の國にあつては規定したる刑の最低限を引下げ、重き刑種を輕き刑種に低下せしむるの規律を執ること殆ど一般的に見る所なり。チェッコスロウアキヤの草案の如きは禁獄及び禁錮につき各六個の刑罰等級 *Strafstufen* を伴ふ特殊の組織を有し、常に其の一等丈の減輕を行ふ。スペイン刑法は第七十八條以下に於て刑の等級の極めて複雑なる組織を執り、其の數に従つてそれ／＼各個の事情を計算す。イタリー刑法も亦第二十九條に於て極めて形式的にして、曩に考察したる場合を其の起點とせり。

##### 五、特別減輕 *Ausserordentliche Milderung*

刑量の取扱を統一的に叙述することは必ずしも全然容易なりとすへからず。一の法律中に於ては刑の範圍内に於て認めらるれども、他の箇所には刑か此の正常の程度以下に下る場合も時あつてかあり。同様にしてまた法律か減輕の一等級を認むるに止まるや、又は特に輕微なる場合の爲に更に一度刑の特別引下を許すことに依つて減輕の二等級を認むるやは法律に依つて區々たるものあり。然り而して此の特別減



輕をは全然獨立して減輕事情と相并ひ存せしむること例へは一九二五年の獨乙の草案第七十五條か特に輕微なる場合につき認めたる所の如くならしむるは立法例の一部に然りとする所にして、或はまた兩者の區別は爾く截然たらしむることなく、特に輕微なる場合を減輕事情の箇所に併せ記載し、こゝに之を規律せるものあり。即ちデンマークの諸草案に見る所の如し。フランス及び之を母法とせる若干の國、并に南米の諸國に於ては全然かくの如き二分主義を認めざるに反し、例へはスウキスのジュネーヴ州の如きは爾他の點に於てはフランスの後塵を拜するに拘らず減輕事情の外に極めて減輕すべき事情を并ひ規定したり。されはかくの如き細目規定を設くるの必要を存するものと認むべきか如し。然れども特別減輕なるものは必ずしも常に一般的の規定たるものにあらずして、寧ろ特定の場合についてののみ許容せらるゝものなり。然り而して若干の立法例か普通之を以て「特に」減輕すべき事情 „besonders“ mildernde Umstände 云々へるは注意すべき所にして、例へはノルウェーの如し。是等諸般の事項はすへて若干の立法に於ける此の規律の方法か容易に理解すべからざるものあること、及び個々の立法例の個性の然らしむる所にして此の規律の方法を統一的に考察すること不可能なるを示すものたらずんばあらず。通常の場合、比較的輕き場合、特に輕き場合の三分主義を以て純理上基礎と爲すことを得へけれども、あらゆる計量の全然輕事の自由に一任せらるゝにあらざる限りは——例へはイギリスに於けるか如し——減輕すべき特別なる場合を擧ぐるに於て著しき一致を見出すも、然も尙ほ其の以上に互つて一般的に減輕を許す限りは著しき相違を

存するあり。遮莫此の種の一般的約款と雖往々にして之を見出すことを得るものなるに反し、特別減輕の點に於ける相違は更に大なるものありて、是は恐らくは法律か行爲の應報又は責任の評價の何れをより多く顧慮せるかと相牽聯するものなり。

(a) デンマーク刑法は偽誓 *Falskheid* の場合につきて第四百四十六條乃至第四百四十八條に於て特に減輕すべき事情を認め、加之其の第一の場合に於ては刑の消滅 *Straflosigkeit* をすら認む。而して草案中に於ては法律の錯誤、從屬關係若は脅迫及び損害の賠償等の如き曩に擧げたる減輕原因につき其の他の減輕事情を具備するときは刑の消滅をも來すことあるものとす。更に一九一七年の草案第七十九條、一九二三年の草案第八十七條及び一九二四年の草案第八十九條は激烈なる感動若は其の他の一時的なる精神上の平衡を失却したる影響の下に行爲の所犯ありたる場合に於て、感動若は精神上の平衡の失却かかくの如き行爲の通常の處罰價值を著しく減却せしむるの結果として、法律の規定する刑も尙ほ不相當に過酷なるものとして認めらるゝときは、刑の引下を行ふことを得るものと言明し、其の罰金又は一年以下の單純なる禁錮の規定せらるゝに止まるるときは、全然刑を免除することを得べく、又は罰金を普通の場合に於ける寡額以下に引下くることを得へし。また刑の條件付猶豫をも容易ならしむ。其の外にも尙ほ若干の刑の消滅の特別規定を存するものにして、一九一七年の草案の虚偽の供述の場合に於ける第五百五十二條及び第五百五十三條、虚偽の通貨の交付の場合に於ける第五百五十七條、乞丐についての第八百八十

條靜謐妨害についての第二百三十九條、瑣細の物の領得及び贓物授受、一九二三年の草案第五百五十一條、第五百五十七條、第八十一條、第二百六十一條等の如し。

(b) フライブルグ州刑法は緊急防衛の程度の超越（第二十條）及び瑣細なる困窮窃盜 *Nothdiebstahl* 若は飲食物窃盜 *Genussdiebstahl*（第八十二條）の場合につき、「具體的の案件の事情に顧みて適當と認めらるゝときに」、刑の消滅を認む。

(c) ジュネーヴ州刑法は *circumstances très atténuantes*（甚たしく減輕すべき事情）を認め、比較的輕き刑種及び罰金の四分の一に引下くるの寛典を認む（*Code d'Instruction pénale art. 338, 339*）。

(d) イタリーの草案は危險性を伴ふこと少き事情の規律と牽聯して第七十六條に於て非常に重きを爲すかくの如き事情を存するに於ては裁判所は一等級低位の刑罰を適用することを得べく、又は第八十二條に依り恩赦を行ふことをも得べき旨を言明したり。其の第八十二條に曰く、犯人が只一の輕罪について有罪たるのみに止まり、且恩赦若は復權の行はれたりし場合にあつても前に單純若は加重の隔離の刑の言渡を受けたることなき場合に於て、本人の利益に於て危險性を伴ふこと少き特別の事情を存するか又は其の輕罪か極めて軽くして單純隔離、加重拘留若は勞役場又は未成年者の爲の農業殖民地以下の刑の適用を受くるときは、裁判所は犯人に對して恩赦を許與することを得。損害の賠償を留保すと。

(e) ノイエンプルグ州刑法にあつては減輕事情を除外するも尙ほ若干の損害の大ならざる「輕微なる

場合」*leichte Falle* を記載したるも（第八十六條、第二百三十六條、第二百四十一條、第三百四十二條、第三百六十三條、第三百八十二條）、然も其の刑を免除することを得へからざるなり。

(f) ノールウェー刑法に於ては法律の錯誤につき第五十七條に、重要ならざる共犯につき第五十八條に、職務上の強要 *Amtsübung* につき第二百二十七條に、挑發に因る傷害又は名譽毀損につき第二百二十八條及び第二百五十條に輕微なる場合には其の刑を免除することを得べき旨を規定せり。

(g) オーストリーは刑法典（第五十四條及び第二百六十六條）中に於て既に五年の禁獄を以て最重刑とする重罪并に輕罪及び違警罪につきて犯人の矯正を當然に期待するに足るものと認めしむる數個の減輕原因の競合せる場合につき特別減輕の權利を認め、法定の最低限以下に下すことをも得しむこととしたり。また草案は若干の場合に於て刑を免除することを得べきを認む。第二百五十九條、第二百十條、第三百三十三條に於ける親屬の庇護、第二百二十四條に於ける通貨の轉用 *Geldbeschießen*、第三百二十六條に於ける誹謗、第三百四十五條、第三百四十六條、第三百四十七條、第三百五十一條に於ける輕微なる利得犯罪等の如し。然るに一九二二年の反對草案は第七七條及び第八八條に於て獨乙の諸草案の特に輕微なる場合の方式に従へり。

其の外オーストリーは一九一八年十二月五日の所謂刑事訴訟改正法第四條に依り特殊の一般的なる刑罰減輕の方法を設けたり。曰く、「犯人が行爲の當時十八歳未満なりしとき、責任阻却原因 *Schuldau-*

schliessungsgrund 又は辯解原因 Rechtfertigungsgrund に近似する減輕原因を存するとき、犯人が尊重すべき動機に基きて、若は其の從屬的關係に在る者の有力なる命令に基き、又は自己若は自己と親近なる關係に在る者に對して加へられたる重大にして且理由なき侮辱に因つて誘發せられたりし激烈なる興奮に於て行爲を爲したるとき、行爲が倨傲、無思慮若は特に誘致したる機會にのみ歸着せしむべくして犯人の爾他の行狀と顯著なる矛盾を示せるとき、犯人が訴追の開始せらるゝに先ちて損害を防止し若は之を填補したるとき、又は行爲が比較的久しき以前に於ける所犯に係り且犯人が爾來善良なる行狀を示したるときは、裁判所は五年の禁獄よりも重き刑を科することゝせらるゝにあらざる重罪に關しては禁獄に代へて重拘留 *stranger Arrest* を言渡すことを得」と。此の規定は重罪の觀念の餘りに甚たしく擴張せらるゝの趨勢を緩和して重罪の場合についても刑の條件付猶豫の適用を可能ならしむるものなるか故に其の是か適用を見ること多しとす。

(h) スウエーデンの草案は第九章第八條に於て特別に列擧すべき特定の場合に於て事情が特に減輕すべきものなるときは刑を免除することを得べき旨を規定し、理由書第三百三十七頁には之につきて、此の場合にあつては恩赦は適當ならず、刑事に於て言渡したる刑はすへて不當たるに至るべきなりと云へり。

(i) スウキスの草案は第六十三條に於て刑の通常減輕の外に尙ほ自由なる裁量に依る減輕の特別なる

場合を記載せるも、然も判事は刑種の法定最低限以下に下すことを得ず。限定責任能力(第十一條) 不能未遂 *untauglicher Versuch* (第二十條)、緊急狀態(第三十三條) 等なり。而して各論の部には單に若干の特に輕微なる場合を規定するのみに止まれるか、犯人の行爲を辯解せしむるに足る丈け犯人と親近なる關係に在る他人を庇護したる場合に限り刑の免除を規定せり(第二百六十九條)。

(1) チェッコスロウアキヤの草案は其の第七十八條に於て一般的なる刑の減輕の外に、責任者の有罪性の輕微なるを立證せしむるに足る特別なる事情を存するときは、裁判所は禁錮に代へて罰金を言渡すことを得と規定せるか、是は法律か此の規定を指示したる場合に限りて其の適用あるものとす。其の外尙ほ若干の特別減輕の場合を規定す。即ち第二十條の法律の錯誤の辯解し得べき場合、第二百七十一條の同情に基く殺人、第五百十九條及び第九十九條の庇護、第九十一條、第二百十三條、第二百九十六條の司法上の犯罪にして、是等の場合については第七十九條は二等丈け刑の等級を低減し、最も低き刑に代ふるに、罰金を科するか若は刑を免除することゝし、罰金に代ふるに刑の免除を以てすることをも得るなり。而して初めに擧げたるこの場合は一般的に刑の免除をも許せり。第二百十三條の家宅侵入の場合にあつても亦同し。而して違警罪法草案第十三條も同様なり。

(一) 刑の加重についても個々の犯罪事實を一々特別に加重するの方針は之を排斥すべく、かくの如き規律方針は何れの立法例にも之を存することなくして、一般には累犯と營業性とを加重の原因として擧ぐることを屢々見る所なり。而して之に關しては他の箇所にて既に所要の事項を論述する所あり。本節論ずる所は其の外に總論の部中に於てすへての犯罪事實につき適用ある一般的の加重原因を承認したるや否やの問題なり。是は無名の抽象的の加重事情——*circumstances aggravantes* (加重情狀)——たるを得べく、又は明瞭に記載せられたる加重事情たることあるへし。或はまた此の兩者が并列的に存在することもあり得るなり。其の各論の部に於て明示的に記載せられたる場合に限り之を遵守することを得るものとせるものも亦あり得へし。然れどもかくの如き一般的なる加重原因に於ては立法者は減輕事情の場合に於けるよりも遙に細心にして抑制的なるものとす。蓋し立法者は判事に對し上方に向つて餘りに多くの自由を與ふることを欲せざるを以てなり。

(二) 累犯、營業性及ひ其の他の特別なる場合を除外するときはこのに記載すべきもの左の如しとす。

(a) アルゼンチン刑法は此の點に關する一般的の規定を全然有することなし。

(b) デンマークは刑法中に於て既に往々にして無名の加重事情を認む。而して是は其の諸草案につきても然りとする所にして、草案にあつては其の一般的に規定する所なしとす。

(c) 獨乙の諸草案は當初より「特に重き場合」に關して一般的の規定を有し居たりしものにして、即

ち一九〇九年の草案第八十四條、一九一三年の草案第百十八條、一九一九年の草案第百十七條、一九二五年の草案第七十六條、一九一一年の反對草案第八十九條の如き是にして、一九二二年のオーストリーの反對草案第九條の如きも亦然りとせり。然れども獨り一九一一年の反對草案のみはすへての行爲につき特に重き場合を認め、是か効果を一般的に規律し、公式草案は法律か特に之を記載する場合に限り特に重き場合なるものと認め、其の效果の規律に至つては之を各個の犯罪事實に一任することとし、總則の部は單に是か輪劃を規定するのみに止まれり。而して其の規律に至つては「非常に有力にして且憎惡すへき犯罪的意思」を必要とすることに依つて普通一方向に平等に行はるゝ次第なれども、一九一三年以來は行爲の所犯の特別なる事情をも擧げたるか、尙ほ一九一三年以來は「犯人の責任に歸着したる」結果 *die "verschuldete Folge"* のみを非常に重き場合として擧げ、一九二五年の草案は之を以て「特に處罰價值ある場合」*"besonders strafwürdige"* として之を擧げたり。若し夫れ一九一一年の草案に至つては其の要求する所極めて少し。

(d) フキンランドの草案は刑の加重に關する第七章中に累犯及び營業性の外に數人の共同動作のみを擧げ、各論の部に於ては屢次加重事情を規定せるか、是か詳細なる規定を存することなし。

(e) フランス及び其の之を母法とする諸國に於ては此の點につき何等一般的の規定を存することなし。

(f) フライブルグ州は何等一般的の規則を有することなきも、屢次「重き場合」と云ふを擧げ、只其の詳細なる規定を存することなし。

(g) イタリアは刑法中には全然此の點に關する規定を存することなきも、一九二一年の草案は第二十条一條中に於て危険性の大なるものある場合十七を規定し、是等の場合は第七十五條に依り刑の範圍内に於て刑の加重を導くものなるも、數個の事情の競合する場合に限り三分の一丈け刑の最高限を越ゆることを得るものなりとし、只非常の場合に限り次に重き刑を適用することを得るなり。而して是等の場合は例へは其の經歷の紊乱せるか若は破廉耻なること、精神上若は肉體上の状態の異常にして犯罪的傾向を露呈せること、若は早熟等の如き時に責任加重の原因と競合することあり。時に競合せざることあり。他の原因は意向、犯罪の所犯の方法、特別なる義務の違反、特に大なる責任の負担に關するものにして、是等は極めて決疑的に列擧せり。

(h) ノイエンブルグ州刑法は第三百九十七條に於て贓物授受の特別なる場合につきてのみ *circumstances aggravantes* を擧ぐるに止まる。

(i) ノールウエー刑法は特別加重の外に一般的に特に重き場合を認むること極めて稀にして、第八十条五條に於て國事犯につき、第二百三十三條に於て故殺につき之を認むるのみに止まれり。

(k) オーストリアは刑法典中に於て注意すべき刑の加重を認む。即ち第十九條及び第二百五十三條は

禁獄及び禁錮の加重を規定し、是か命令を判事の裁量に屬せしめたるか、第四百四十六條、第五百五十五條及び第九十四條に於て之を法定す。而して禁錮は特定の場合に限り之を加重することを得るに過ぎざるなり(第二百五十條)。是等の處分の適用は無論平等一律なる能はざるものなるか、一九二一年の草案は之を六箇月以下の禁錮の刑に制限し、特に殘酷なるか、甚たしく利己的なるか、或はまた無耻若は勞働嫌忌を存する場合、犯人か未成年者を通して行爲を爲したる場合、若は少年をして行爲に加功せしめたる場合、犯人か累犯たる場合に一個の自由刑の言渡を受けんか爲に行爲を犯したる場合に限り之を認むることとせり(第六十條、第六十一條)。(尙ほ第四十三條及び第四十五條を参照すへし)。

(l) ヘルメー刑法は只特別加重のみを認むるに止まれり。

(m) ホーランドの草案は何等一般的の規定を認むることなし。

(n) ポルトガル刑法は第三十四條に於て三十四の加重事情を列擧し、是等の事情は第九十二條乃至第九十三條に依り刑の執行の點に於ける加嚴の結果を來すことあり得べきも、刑期の伸長の結果をも導くことを得るものとする。

(o) スウェーデンの草案は第九章に於て累犯の場合を除き刑の加重の結果を來すことあるべき事情を認むることなし。其の加重事情は刑の量定原因たるにのみ止まるなり。

(p) スウェーデンの草案中には之に關する何等の規定をも存することなく、各論の部に於ても亦單に特別

なる加重のみを認むるに過ぎざるなり。

(q) スペイン刑法は第十條中に於て詳細に規定したる刑の加重原因三十三を列擧し、浮浪者たることを以て刑の加重原因の一たるものとせり。かくの如き刑の加重原因は第八十一條以下に依れば極めて複雑なる刑量算定の方法を來すものにして、極めて形式的に刑の幾多の等級を以てして計算せらるゝなり。

(r) チェッコスロウアキヤの草案は其の第五十一條に於てオーストリーの草案の規律方針に従ひ、責任者か著しき兇暴、破廉耻若は勞働嫌忌を示したるときは六週間の間の減食及び堅硬寢臺 *Fasten und hartes Lager* を以てして一年以下の自由刑を加嚴することを許すことゝしたり。然り而して此の處分は個々の犯罪事實に制限せらるゝとあらざるなり。

(s) ウェネズエラ刑法はスペイン刑法の模範に倣ひて第七十七條に於て二十の加重事情を列擧し、其の中には浮浪者及び争鬪癖ある人物たることをも加重事情として擧げたり。是等の加重事情は刑の量定を爲すに當つて注意せらるゝ所なれども、然も法律か之を許す場合には第七十八條に依り例外として具體の場合に規定したる最高限の引上をも導くことを得るものなりとす。

三、營業的犯罪人の處遇

### 三、營業的犯罪人の處遇

Behandlung der Gewerbsmässigkeit

ギーセン大學教授 ドクトル・ミツテルマイヤア

本稿に於て論述する所は特に左の如しとす。

營業的犯罪人に對する特別の規定を存するものなるか。之に對して刑の特別なる加重を規定したるか。危険なる常習的犯罪人の永久的監置を規定したるか。

而して營業的犯罪人及び常習的犯罪人の特別なる處遇に關する規定は左の法律に之を存するものとす。

アルゼンチン 刑法典第五十二條 Código penal Art. 52. proyecto de ley sobre el „estado peligroso“ zu Art. 78 A & B C. P. vom 3. Sept. 1924.

ベルギー 異常者、累犯者及び少年に關する一九二三年二月十四日の第一草案。一九二五年八月一日の第二草案 (Projet de loi de défense sociale à l'égard des anormaux, des délinquants d'habitude et de l'adolescence coupable.) 第二十二條乃至第二十四條。

デンマーク 一九一七年の草案第五十四條、第五十五條、一九二三年の草案第六十八條、第六十九條。一九二四年の草案第七十一條。

獨逸國 一九〇九年の草案第八十九條、一九一一年の草案第八十九條、一九一九年の草案第百條、第百二



十條、一九二五年の草案第七十七條、第四十五條。

イギリス 一九〇八年の犯罪豫防法 prevention of Crime Act.

フキンランド 一九二一年の草案第四章第二條及び第三條。

フランス 一八八五年五月二十七日の累犯取締法 Loi sur les récidivistes.

イタリー 一九二一年の草案第四章常習的犯罪人第二十七條乃至第三十一條。其の外に一八八九年以來一

九一〇年までにフランスの累犯取締法と相牽聯して若干の法律案を存せり。一九二六年十一月六日の公

案維持法 Legge di pubblica sicurezza シルウキオ・ロンギ氏犯罪豫防法典論 (Silvio Longhi, per un

codice della prevenzione criminale, Milano 1922. S. 255) を参照すべし。

ニュー・ジー・ランド 一九〇六年の常習的犯罪人取締法 Habitual Offenders Act. 一九一〇年に改

正。

ニュー・サウス・ウエールズ 一九〇五年の常習犯人法 Habitual Criminals

北米合衆國 インデキアナ州、一九〇七年二月二十八日の法律。ニュー・ヨーク州刑法典第千二十條。ワ

シントン州一九〇三年三月十四日の法律。

ノールウエー 刑法典第六十五條。一九二五年の草案第三十九條b。

オーストリー 一九二二年の草案第三十八條。一九二二年の反對草案第八十八條乃至第九十條及び第一百

二條。

ペルー 第一百十三條乃至第一百七條。

ポーランド 草案第八十條。

ポルトガル 一八九二年四月二十一日の配謫及び爆發物犯罪に關する法律。浮浪、乞丐及び累犯に關する

一九一二年七月二十日の法律。

スウェーデン 一九二三年の草案第八章第三條及び第四條。官の鑑定人委員會を除き一九二三年五月三十

一日の危険なる累犯犯人の監禁に關する建議案。

スウキス 一八九六年の草案第二十三條乃至第四十條。一九〇三年の草案第二十九條及び第三十條。一九

〇八年の草案第三十一條。一九一八年の草案第四十條。スウキス最近の法文、刑法雜誌第三十四年第二

百五十八頁。

サン・ガラン州 常習的犯罪人及び強制被保護者の刑務所への付託に關する一九二四年十一月十九日の法

律。

チューリヒ州 少年、無監護者及び常習的酒精濫用者の保護に關する一九二五年五月二十四日の法律。

セルビヤ 豫備草案第四十條。

タスマニヤ 一九二一年の不定期刑法 Indeterminate Sentences Act 刑法典第三百九十二條乃至第三百九

十六條。

チェッコ・スロヴァキア 草案第五十八條及び第二百二十六條。

ホンガリー 一九一三年の矯正不能の犯罪人に關する草案（刑事心理學雜誌第十一年第二百三十一頁）。

### 一、總論

何れの法律と雖營業性 *Gewerbsmäßigkeit* 及び常習性 *Gewohnheitsmäßigkeit* とは何を指稱するものなりやを言明するものなれども、兎に角何れの法律も此の二の觀念を獨立的に累犯の觀念と併置し、之を二の異なる觀念として獨立的に併記するもの亦少からず。惟ふに營業性及び常習性は之を三の方面に於て注意することを得べくして、先づ第一に若干の行爲は其の營業的若は常習的の所犯に係る場合に初めて有罪たり（此の種の行爲は目下の場合には關係を有することなし）。次にこの二の關係は個々の行爲の處罰の場合に於ける刑の加重の爲にせらるゝものたり。最後に營業的若は常習的犯罪人は一般に認めらるゝ種の犯人たるものとして特別に擧示せらるゝものにして、此の最後に擧げたる規律と共に刑法典は特定の行爲に對してのみ刑を科することゝせる昔乍らの方式を捨て、かくの如き特種の犯人に對して特別な規定を設けることゝしたり。此の點に於ては實際上の刑事政策先つて行はれ、爲し得る限り營業的及び常習的犯罪人を特に峻嚴に訴追したりしなり。

### 二、刑の加重原因としての營業性

#### *Gewerbsmäßigkeit als Strafschärfungsgrund*

若干の立法例及び法律案は營業性を以て刑の加重原因として擧げ、何れの犯罪についても一般的に之を認むるものあり。或は特別の犯罪についてののみ之を認むるものあり。

(a) ノールウエー、スウェーデンの各刑法、アルゼンチン、ベルギー、フランス、イタリー、ポルトガル、スペイン等に於ては之に關する何等の規定（若は何等擧ぐるに足るべき規定）を有することなく、是等の法律は其の或は行爲の動機、犯人の精神状態、若は犯人の危險性を擧ぐるの程度に於て營業性を以て刑罰量定の原因として之を掲げたるか、其の他の點にあつては累犯加重を以て救済を爲すものと謂はさるへからず。

(b) 犯罪の所犯の營業性は原則として特定の犯罪についての特に記載せる刑罰加重の原因たるを以て常とす。即ち獨逸國刑法典及び草案、オーストリーの草案、チェッコ・スロヴァキアの草案、スウエーデンの草案、フライブルグ州刑法典、ブルガリヤ（第三百三十九條の贓物授受罪についてのみ之を認むるも尙ほ(6)を見よ）、デンマーク（財産犯罪、偽造罪及び淫行媒介罪の場合につき一九〇五年四月一日の法律を以て）、一九〇三年のロシア刑法（第六百八條の暴利罪についてのみ）、セルビヤの草案（第三百二條の詐欺の場

合についてののみ)等悉く然り。今全然無系統に甲若は乙の犯罪を特筆する立法令、特に比較的的古き立法令を除外するときは、其のこゝに擧ぐる犯罪は殆ど何れも利得犯罪若は財産犯罪たらざるはなく、次に有價證券、商品、證明書の偽造を擧げ、時あつてか淫行媒介罪、少女賣買、密獵を擧ぐるものあり。然れども其の間に完全なる一致を認むへからず。其の多くは簡單に營業的所犯(特定の犯罪の) "gewerbmässige Begehung" (des bestimmten Delikts) は刑の加重を導くと云へるに反し、オーストリーの草案は更に一步を進めて財産犯罪につき「犯人が營業的に他人の財産に侵害を加へたるときは」と云ひ、注意に値ひする法文を示せり。

(c) 營業性を以て一般的なる刑の加重原因とするものは多からずして、即ちデンマークの諸草案中トルプ氏草案第七十七條、一九二三年の草案第八十五條に於て、「一個若は數個の輕罪を營業的若は常習的に犯したる者は、別段の規定を存せざるときは、當該の行爲につきて定めたる刑を一倍半まで加重し、其の累犯たる場合にあつては二倍まで加重す」と云ひ、而して其の理由書(トルプ氏草案理由書第九十九頁)には營業性の刑の加重を積極的に特定の種類の犯罪のみに制限するは其の如何なる方法を以てするを問はず不合理にして、且狹隘に失する旨を述べたるか、最近の一九二四年の草案中には此の規定を存することなきに反し、一九一一年の獨逸の反對案第九十七條には既に之を存し、「重罪若は故意に因る輕罪に基く刑の言渡の場合に於て犯人が營業的若は常習的犯罪人たることの認定ありたるときは、之に對して再犯に

關する第九十六條の規定を適用し、營業的若は常習的所犯に於て累犯を存したるときは、三犯以上の累犯に關する第九十六條の規定を適用す。告訴を存することなきも常に訴追を行ふ。重罪若は輕罪の有罪性か所犯の營業性若は常習性に因つて初つて之を存するに至るものなるときは、此の規定を適用せず。第九十五條及び第九十六條(累犯)の規定は其の效力を妨げらるゝことなし」と規定し、其の理由書は第三百十頁に於て豫備草案理由書とは反對に經驗上かくの如き規律を必要とするものなること、營業性及ひ常習性は之を認定することを得るものなるを指示せり。

一九二一年のフィンランドの草案第七章第五條はトルプ氏の所説を援用して一般的に行爲の營業的若は常習的所犯を以て加重事情と稱したり。

ブルガリヤにあつては營業性若は常習性を贓物授受罪についてのみ記載し、第六十七條に於て一般的に規定して、「競合に關する規定に因る處罰の適用を受くる二個以上の有罪行爲か同種にして且常習的若は營業的に之を犯したるときは、裁判所は其の刑を加重することを得」と云へり。

一九二一年のポーランドの草案は第六十條第二項に於て「營業的犯罪人及び常習的犯罪人」を累犯者と同視したり。

如上の一般的なる規定につき正當なるは、營業的犯罪人とし生活する者は必ずしも全然特定の犯罪形式に制限せらるゝことを必要とせずと云ふことに在り。

然り而してこゝに重要なるは營業性と常習性との二の場合を特に記載するの一事にして、此の事は必ずしも常に行はるゝ次第にはあらざれども、然も此の二の場合を純粹に識別することは往々にして爾く容易ならざるに反し、其の何れか一を存することは確實にして、且兩者は同等に危険なるか故を以て、此の兩者を特別に規定するは實際的なるものと目すべきなりとす。累犯、犯罪の競合、營業性若は常習性についての規則の系統的一致は従つてまた之を認むへからざる次第なり。

### 三、危険なる營業的及び常習的犯罪人に對する特別なる處分

Besondere Massnahmen gegen gefährliche Gewerbs- und

Gewohnheitsverbrecher

#### (一) 總 說

近時に至つて立法者は漸次に一致して不斷に有罪行為を犯し、刑罰の威嚇と其の受けたる刑とを物の數ともせずして、之を以て正業と爲すか、又は犯罪の所犯か常習たるに至りたる者、換言すれば即ち慢性的なる「状態犯人」chronische Zustandsverbrecher に對して特殊の處分を爲すの必要を承認するに至り、比較的近時の立法例中にて此の點につき何等規定する所なきは一九二四年のフライブルグ州刑法典、一九二六年のコスタリカ及びウエネズエラ二國の刑法典あるのみに過ぎざるなり。由來昔の立法はかくの

如き人物に對して多くは所謂警察監視及び之に類似の命令 (居所の指定 Orkanweisung) を以てして救済の方法を講じ、フランス及びイギリスの如きは流刑 transportation は必ずしも明示的に營業的犯罪人及常習的犯罪人につき規定せられたるにあらざりしも、尙ほ此の場合に處する一個救済の手段たるものたり、或はまた累犯の規定の如きも明に此の種の人物に對して考案せられたるものなりしか、然も若干の場合に於ては比較的古き法制にあつても既に特別なる規定を設け、即ち乞丐、浮浪者、勞働嫌忌者、酒精濫用者、賣淫男女につきて然りとせり。而して是等の徒を既に久しき以前より多年の間勞働所又は特別なる農業植民地に付託せらるゝものにしてかくの如くにして、重き營業的犯罪人若は常習的犯罪人の一部をも取締ることを得たりしか、其の多くは所謂有害人物、意志薄弱なる非社會的人物、消極的性質、社會の寄生蟲たるものに屬し、社會的に危険なる所謂反社會的の積極的人物たるにあらざるなり (乞丐、浮浪者及び勞働嫌忌者に關する拙稿を参照すへし)。然り而して永久的なる自由の剝奪を規定するの法制は何れの國にも其の是あるを見ず。然れども其の今日一般的に必要なものとして認めらるゝは恰もかくの如き自由の永久的剝奪に外ならず。蓋しかくの如き人物は決して容易に矯正せしめ得るものにあらざること漸く人の承認する所となりたる次第なるを以てなり。

此の新形式の規律の累犯及び營業的若は常習的所犯に基く刑の加重に關する規定に對する組織上の地位は幾分曖昧なることを免れずと雖、營業的若は常習的所犯に基く單純なる刑の加重は營業的犯罪人の特別

處遇の一階梯に過ぎずして、其の特殊の危険性を具備する場合に限り行はるゝ所とす。而して累犯の場合にあつては立法者は職業的所犯若は深遠なる根柢を有する常習は恐らく尙ほ之を存するとなかるへしと考ふるなり。精神病者若は心神耗弱者なる犯人の特別な處遇に對してはこゝにはかくの如き病的の異常を認定すへからざる人物か問題たるものなることを注意するを要す。然り而してかくの如き病的異常か後に至つて判明すること往々にして見る所なるか故に、若干の立法は此の場合にあつては甲の處分より乙の處分に移行することを得へき旨を規定せり。例へば一九二四年のアルゼンチン草案及び一九二五年のノールウェーの草案の如し。

(二) 如何なる犯罪行爲か問題たるものなるか

(a) 所謂營業的若は常習的の犯罪人の特別な處遇は何れの國に於ても刑法上の制度にして、其の然るか故に犯罪行爲の所犯と相牽聯するものとし、所謂犯罪行爲は違警罪たるへからざるなり。然れども諸國の立法例は極めて種々なる行爲を以て此の處分の起點たるものとし、其の若干者は懲役に値ひする行爲の所犯を要求するものあり。即ちイギリス、タスマニヤの各刑法、スウェーデン及びフィンランドの草案、ホンガリー刑法等にして、イタリーの草案の如きも亦之に類似にして、隔離の刑を伴ふ行爲を必要たるものなりとせり。かくの如くにして即ち權利侵害の客觀的輕重に斟酌を拂へるものと云ふへし。然れども其

の多くは重罪及び輕罪を以て充分たるものとし、即ち禁錮の刑の言渡を以てしても足るものなりとす。特にフランス、ベルギーの各刑法、オーストリー、スウキス、獨逸及びデンマーク最近の各刑法草案に於て然りとするなり。此の場合に過失に因る行爲を除外するものなるの主旨は必ずしもすへての立法例の言明する所にあらず。然れども犯人の特徴の然らしむる所として過失に因る所犯は常に當然に除外せらるゝこととなるへし。而して終身間の刑の言渡を受けたる被罰者の場合にあつて特別な處分を除外す。フィンランド、スウェーデン、ノールウェーの各草案の如し。かくの如きは當然に理解せらるゝ所たるなり。また所謂政治犯及び出版物犯罪につきては之を除外すること往々にして見る所なり。フランス及びベルギーの各刑法及びイタリーの草案につきて然りとする所とす。

(b) 然れども若干の法律は犯人か特別な種類の犯罪を犯したることを必要なりとす。其の規律方法に至つては極めて區々にして、或は行爲の統一的なる表を設けて犯人か過去及び現在に是等の行爲の何れか一を犯したるを以て足れりとするものあり。或は多數の分類を設けて犯人か此の分類内に於て其の行爲を犯したる場合に限り常習的犯罪人若は營業的犯罪人として看做するものあり。此の場合にあつては典型的に常習的犯罪人の所犯に係る行爲のみを擧ぐるなり。即ち財産犯罪を以て第一とし、次を偽造罪及び風俗に關する罪とし、身體及び生命に對する侵害をも擧げ、時あつてか浮浪罪及び乞丐をも此の中に加ふるものなからず。此の場合に法律は行爲の種類か愈々重きに從つて益々迅速に犯罪に對する特殊の傾向、即ち

常習性若は危険性を帯ふるに至るものなること、即ち例へば風俗上の犯罪若は重く處罰すべき犯罪の場合にあつては財産犯罪の場合に於けるよりも一層特別なる犯罪の傾向を帯ふるに至るものなることを示せり。かくの如き形式的なる規律は大なる價值を有するものなれども、然も實際上恐らく狹隘に失し易し。

かくの如き犯罪の表を有する立法例左の如しとす。

ノールウェー刑法第六十五條。放火、重き井水加毒、消費物の人命に危険なる加毒、疾病の蔓延の招來、重大なる隠謀、爆發物犯罪、通貨偽造罪、淫行媒介罪を包含する重き風俗上の犯罪、人身略取、重き脅迫、累犯の傷害罪、故殺、第三者に依る墮胎、重き竊盜、恐喝、強盜、重き器物毀棄。其の冗長なるに拘らず、疑もなく狹隘に過ぐる表たるものと謂はざるへからず。一九二五年の草案は此の表を存続せしむることゝしたるも、然も五の小別を爲す。社會的危険なる犯罪、風俗上の犯罪、淫行媒介及び誘惑、傷害、故殺、強盜、財産犯罪及び偽造罪にして、前に擧げたる四種の範圍内に於ては單に一個の前科の刑を要求するに止まれるも、後者にあつては六個の前科の刑を要求せり。而して尙ほ其の外に特別の規律一種を存し、此の特別規律にあつては表の全部を列擧せり。

ニュー・サウスウェールズ（及び之に類似の法律、ニュージールランド、トランスウァール等）は一九二四年の法律の法文に於て五の等級を認む。

- (1) 傷害
- (2) 加毒
- (3) 風俗上の犯罪
- (4) 墮胎
- (5) 強盜、恐喝、踰越盜、竊盜、詐欺、放火、器物毀棄、偽造罪

(1)乃至(4)の等級に屬する行爲を犯したる者は之に基きて二個以上の前科の刑を存せざるへからず。或は之に基く前科の刑一個と(5)に基く前科の刑二個以上たることを必要とす。(5)の等級に於ける犯人は三回以上の前科の刑を有するか、(5)の等級に於て二回以上、他の等級に於て一回以上の前科の刑を存することを必要とす。かくの如きは狹隘に失するものにして且餘りに形式主義的なるの嫌ありとすべきか如し。

一九一三年までのオーストリーの草案は常習的犯罪人については金錢の流通の安寧に對する犯罪、風俗に對する犯罪、身體及び生命に對する犯罪、竊盜、恐喝、強盜、詐欺、債權者に對する詐害、有罪擄取、贓物授受及び庇護及び社會的に危険なる行爲を顧慮するのみに止まれり。

スウエスの草案は一九〇三年に至るまでは亦法定犯罪の主義を奉したるも、幾分狹隘に限定したり。大抵の常習的犯罪人か特定の行爲の範圍内にて自己を制限することは正當なる所なれども、形式的に

此の分類にのみ羈束せしむるは極めて懸念すべき所なりとす。

フランスにあつては幾分其の軌を異にし、常習的犯罪人の行爲として特定の刑を伴ふ行爲を必要なりとす。然れども累犯取締法は輕罪としては窃盜、詐欺、背任、公然の淫行、淫行媒介罪、淫行幫助罪、浮浪罪及び乞丐罪を擧ぐるに止まれり。而してベルギーの草案はかくの如き表を認むることなきなり。

(c) 若干の立法例は概して若は爲し得る限り外國人を除外せんことを欲せり。即ち其の全然外國人を除外するは一九一三年までのオーストリーの草案、セルビア及びギリシャの草案にして、其の爲し得る限り外國人を除外せんとするはチェッコ・スロウアキヤの草案第五十八條及び第五十九條にして、獨逸の諸草案の如きは只條件的に外國人を除外せんとするのみに止まれり。而して爾他の諸國に於て外國人の常習的犯罪人としての特別な處遇を経過することなかりし場合に於ても、行政當局に於て之を國外に追放することを得るものなりや否やは極めて曖昧たるものと認むべく、ノールウェーの草案の如きは監置後に至つて初めて國外追放を規定するなり。

(d) 婦女についてはフランスは配謫 *Relégation* に代ふるに郷外追放 *Ordnungsweisung* を以てす。而して二十一歳未満、若は六十歳を超ゆる男子は配謫せらるることなし。

### 三、營業性及び常習性の特徴

*Charakterisierung der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit*

a、其の唯一の目標としての累犯 *Rückfall als einziges Kennzeichen*

營業性と常習性との特徴は極めて區々に形成せられ、單純に累犯の存在するを要求する立法例も若干あり。例へばフランス、ベルギー、アルゼンチン、コスタ・リカ、メキシコ、ベルーの各刑法典、フィンランド、ノールウェー及びセルビアの各草案の如し。然れども其の多くは犯人が營業的若は常習的犯罪人なることを必要とするものにして、イギリス、英領植民地の全部及び北米合衆國の刑法、デンマーク、オーストリー、獨逸、ギリシャ及びイタリーの各草案の如し。然り而して英米法及びイタリーに於ては「營業として」 *gewerbmässig* と云ふ觀念を存することなし。由來營業と云ふ觀念は何れの立法例にあつても其の之を精密に規定せるを見ずと雖、法律に伴隨せる理由書は此の觀念を闡明するを見るなり。何れにせよ此の語を使用することを回避する立法例若干を存するもそは必ずしも不可解にあらず。爾他の法律にあつては此の種の犯人の特性を表明して、其の犯罪に對する永續的の傾向若は執拗なる性癖を必要とするものとせり。即ちベルギーの諸草案（累犯を存せずして、寧ろ實質上の競合を存するの程度に於て）、イタリー（常習的犯罪人としての表示の外に）、チェッコ・スロウアキヤの各草案、サン・ガラン及びチエ

ーリヒ二州の刑法及ヒスウキスの草案の如き是なり。

b、危険性 *Gefährlichkeit*

然れども是と相并んで又は單獨にてこゝに問題たる犯人が危険なることを必要とするものなること、特に多くは社會の安寧にとつて危険なることを必要とする旨を言明するもの多し。一九二三年のデンマークの草案、フィンランド、スウェーデン、チェッコ・スロウアキヤ、一九一三年までのオーストリーの草案、セルビヤ、ハンガリーの各刑法、若は社會の安寧にとつても、個人にとつても危険なることを必要とするものアルゼンチン、一九〇二年のノールウエーの各刑法典、又は更に一般的に法律的安寧にとつて危険なることを必要とするもの獨逸の草案及ヒデンマークのトルプ氏草案の如し。また社會の安寧が長期に亙る拘禁を必要とする旨を表示するものあり。一九二四年のデンマークの草案の如し。

こゝに記載せざる法律及ヒ法律案は右の要件を掲ぐるとなし。即ちイギリス刑法の如きも「公共の利益に於て長年月の間自由を剝奪す」と云ひて、其の危険性には殆ど明白に言及する所なし。勿論假令事か大なる犯罪の傾向を有する積極的の無頼漢を取締らんことを欲するに止まる場合にあつても、爾く不確定なる觀念を評價するを要するものと爲すことは、果して正當とすへきなりや否や疑はしきことあり得へしと雖、然も危険性につきて何等言及する所なき立法者は明白に、常習的犯罪人たるには相違なきも然も著し

く無害なる種類に屬する者の一部をも取締らんことを欲したるものにして、此の事は時あつてか所要の累犯犯罪の列擧に際して顯然たるものあり。即ちすへての配誦法、就中フランスの累犯取締法、一九一二年のポルトガル刑法、メキシコ刑法、アルゼンチンの草案、ノールウエーの草案、スウキスの草案及ヒ之に摸倣せるサン・ガラシ及ヒチューリヒの各州刑法典につきて見る所の如し。而して何れの國にあつても比較的輕微なる禁錮の刑を以てして既に充分たるものとす。スウキスの草案及ヒサン・ガラシ、チューリヒの各州刑法典〔註〕は其の外に明示的に是等の人物の特徴を以て「犯罪又は放縱若は勞働嫌忌の傾向」*einen Hang zu Vergehen oder zu Liederlichkeit oder Arbeitsscheu* を示したるにありとせり。是よりして此の場合には執拗なる常習的非社會的人物、換言すれば即ち比較的無害なる人物をも取締らんとするものなるの主旨を推論することを得へし。然り而して危険性と云ふことにつきて云々せる立法例かかくの如き非社會的人物を除外せんとするものなりや否やは決して確實なりと云ふへからざるなり。

〔註〕此の法律の構成は以て宜きを得たるものとすへからず。其の特徴を示す上に於て危険性の要素を缺き、犯罪的素質と犯罪に對する傾向とを互に同視せり。次に累犯者と危険者とを各別に擧げ、最後に危険にして矯正不能なる者に對する社會の保護と云ふことを云々せり。かくの如き不明晰は兎に角極めて懸念すへき次第なりと爲すなり。

更に若干の草案は特に犯人が刑を以てして威嚇すへからざるか、又は刑を以てして之を新なる行爲より



抑制すへからざるものなることを記載す。スウェーデン及びセルビアの如き是なり。

。條件として數個の行爲を存すること

Mehrheit von Taten als Vorbedingung

然も其の特に重要な問題たるは犯人の特徴か如何なる客観的、及び主観的の事情に立脚するものなりやの點なり。

(イ) 兎に角何れの立法例にあつても數個の行爲を存することを以て必要なりとし、多くは本來の意味に於ての累犯を必要なりとす。近時に至つて累犯たることなき數個の行爲の競合をも認むる立法例若干あり。アルゼンチン、ベルギー、イタリア、ノールウェー、チェッコ・スロウアキヤの各草案及びコスタ・リカの刑法の如し。其の他の國にあつては累犯の條件は極めて區々にして、前科の行爲一個を以て足れりとするもの、アルゼンチン、ベルギー、一九二四年のデンマーク、ファンランド、スウェーデン、イタリア、ノールウェー(法律に於けると同様)、ニュー・サウスウェールズ(重き場合につきて)の各草案たり。其の他二個の前科の行爲を必要とするもの、アルゼンチン刑法、一九二三年のデンマークの草案、フランス刑法(最も重き場合に於て)オーストリー(一九一三年までの諸草案)、一九二五年の獨逸の草案、タスマニヤ刑法なり。また三個の前科の行爲を必要とするは、イギリス、一九一七年のデンマークの草案、

イタリア、チェッコ・スロウアキヤ、セルビヤ、一九二二年のオーストリーの反對草案、ハンガリーにして五個の前科の刑を必要とするはギリシヤ、一九一九年までの獨逸の諸草案たり。其の以上を必要なりとするはサン・ガラン、チューリヒの二州刑法典、スウキスの草案の多數者なり。フランスは比較的輕微なる行爲については七個以下とし、ノールウェーの草案にあつては六個以下とす。惟ふに此の表は此の種の數字が專斷的のものたるに止まることを明白に示すものと云ふへし。

(ロ) 是等の前科の行爲は原則として第一號の項下に説述したる所の如く其の特徴を表示せらるゝを以て常とするものなれども、其の前科の刑として要求せらるゝ所は極めて區々にして、重罪、故意に因る輕罪、又は特定の重き自由刑を伴ふ行爲を要求するものあり。罰金は前科の刑としては決して充分ならず。また若干の立法例にあつては禁錮につきて個々の前科の刑の最低限度を規定することを必要なりとしたり。例へばフランスは三箇月とし、コスタ・リカは一年とす。一九二五年の獨逸の草案は「重き自由刑」*erhebliche Freiheitsstrafe* を必要とし、それより以前の草案は少くとも一回の懲役を必要としたるか、其の他は概して懲役たるものとし、即ちフランスの如きは若干の場合につきて然りとし、オーストリーの古き草案及びハンガリーの草案亦然りとし、イタリアにあつては隔離刑を必要とするか若は其の重き場合にあつては加重隔離刑を必要なりとせり。此の表も亦規定の專斷的なるを示すものたらすんはあらずして、寧ろ前科の刑の全体としての一定の程度を必要とするを以て遂に正確なるものとすへし。即ちスウェーデ

ンの草案は十年とし、フィンランドは十二年とし、ノールウェーの草案は或る場合に於て三年とし、デンマークのトルブ草案は四年とし、比較的近時のデンマークの草案は労働所の刑の場合にあつては總計二年とす。

(ハ) 若干の立法例は此の場合にあつても累犯時効 *Rückfallsverjährung* を遵守することを必要なりとす。即ちコスタ・リカは十年、一九一七年のデンマーク草案は三年、ノールウェー及びハンガリーの草案及び獨逸の草案亦同じとす。五年を必要とするものにフィンランド、スウェーデン、一九一三年以來の獨逸の各草案、オーストリーの舊草案あり。然れどもチェッコ・スロウアキヤの草案は全然獨特に五年内に三個の犯罪の所犯ありたることを必要なりとす。只すへての前科の行爲の間に時効期間を計算するは立法例中の一部のみに止まる。即ちフランス(十年)、一九二五年の獨逸の草案(一九一九年の草案にあつては不明確なり)等なり。

(ニ) 此の場合に外國に於ける犯罪 *Auslandstat* をも明示的に數ふることとせるは二三の國あるのみに止まれり。デンマーク、ノールウェー、ギリシヤ、獨逸、イタリーの各草案及びニュー・サウスウェールズの刑法の如き即ち然りとす所にして、爾他の諸國にあつては此の點につき規定する所なしとす。

(ホ) 若干の立法者か此の場合にも亦累犯の場合に於けるか如く少年としての前科の行爲を數ふことを爲さざらんとするは注目に値ひする所とす。即ち一九一七年のデンマークの草案は二十一歳以前の行爲に

つきて然りとす、一九二三年の草案は十八歳以前の行爲につきて然りとす(一九二四年の草案は然らず)、イギリスは十六歳以前の行爲につきて然りとす、アルゼンチンは十八歳以前の行爲につきて然りとす。

(ヘ) 一度常習的犯罪人として峻嚴なる處遇を受けたる犯人か其の放免後に至つて新に罪を犯したるときは、恐らく直ちに特に危険にして矯正不能なるものと認めて可なるへし。かくの如き場合を特に記載して、之に對する特別處遇を命ずる法律多し。即ちイギリス刑法、ノールウェー、スウェーデン及びフィンランドの各草案是なり。

d、其の他の特徴 *Andere Charakteristika*

若干の法律は常習性若は危険性を認定する爲には累犯のみを以てしては未だ以て充分ならずとし、寧ろ判事に對して尙ほ其の他の事情をも識別の理由として注意せんとを規定するを見る。識別の理由としては客觀的のものあり。また主觀的のものあり。現在の行爲の方法、犯人の犯罪前の輕歴、犯人の素行、素質及び其の或は存することあるべき其の他の事情なり。行爲の方法については動機、行爲に表現せられたる心情を特に指示すること多し。アルゼンチン、イタリー、ノールウェー(現行法も亦)、スウェーデン、獨逸、オーストリー(常に、而して一九二二年の草案も亦)、チェッコ・スロウアキヤの各草案の如し。犯人の犯罪前の輕歴及び素行と云ふことを一般的に規定するはアルゼンチン、イギリスの各刑法、デンマー

クの諸草案（其の特に周到詳細なるは一九一七年の草案なりとす）、イタリー、チエツコ・スロウアキヤ、チューリヒ州（放縱若は勞働嫌忌）の各刑法典にして、前科の犯罪又は前科の刑を擧ぐるは特にアルゼンチン、一九一七年のデンマーク草案、ギリシヤ、獨逸及ひオーストリーの各草案なり。而して其の犯罪的素質を擧ぐるはチューリヒ州刑法典及ひチエツコ・スロウアキヤの草案のみに止まれども、往々にして不法行爲に對する傾向若は性癖を擧ぐるものあり。其の獨特の構成を執れるはタスマニヤ刑法にして、其の常習的犯罪人 *Habitual criminal* として宣告する爲には前科の刑の言渡の外に別段の基礎とすることなしとす。然れども其の外に判事か犯人の犯罪前の經歷、性格、交際、年齢、健康、若は受刑者の精神上の狀態又は行爲の性質若は場合の何等か特別なる事情に顧み、監置を必要なるものと認めたるときは、判事は前科の刑を存することなきも尙ほ監置を命ずることを得へし。然れども此の場合にあつては常習的犯罪人としての宣告を行はす。されば此の場合にあつても著しき不確實を存するものと謂はさるへからず。然も假令判事に對する指圖か恐らくは幾分不確實なりとするも、之を以てよしと認めさるへからず。蓋し指圖は注意すべき事項を指示するを以てなり。

以上の概觀の論結として此の點に關する見解に著しき相違の存するものあるを認めへく、殆ど一個の立法例として同一の範圍に屬する人物を擧ぐるものあるを見す。従つて比較法制上の研究よりして一般的なる根本觀念より以上のものを抽出すること不可能なり。然れども若干の法律は原則として捕捉し得べき

人物の全部中より更に一の別個なる分類を歸納するものとす。

#### 四、處分各論

##### (一) 總論

營業的犯罪人及び常習的犯罪人に對する處分として考慮することを得るは、何等かの方法に於て自由の剝奪若は制限あるのみなるか（去勢 *Sterilisation* についてはこゝは暫く之を度外視して可なりとす）、こゝに三の方法を存することは衆知の事項に屬し、或は長期間の重き自由刑を科することとし、或は反對に刑に代る監置のみを以てし、或はまた刑の服役後之に次ぐに保安處分としての監置を以てするなり。此の三の方法は何れも理論上、實際上に旺んに非難攻撃を受くると共に、また熱心に之を辯護防衛する者あり。而して絶對刑を科するの說に賛成する者は營業的犯罪人及び常習的犯罪人は累犯者に於けると同様普通の犯罪人よりも大なる責任を有するものなること、監置なるものは其の如何なる方法を以てするを問はず畢竟するに一個の刑罰に外ならざるものなることを主張し、更に刑は漸進的減輕と云ふこと極めてよく調和すると云ふ者あり。近時に至つて刑よりして保安的作用を要求する者もあり。之に對してはこゝに取締るべき人物の責任は往々にして決して爾く大なるものあらすして、従つて之に對して長期の重き刑は當を得たるものと認め難しと反駁する者あり（ノールウェーについては是は——特に法律の法文の

當を得ざるの點に存する爾他の多數の原因と相并んで——從來の法律の規定の用を爲さざる理由の一として引用せらるゝ所なり)。然れども監置は苛酷の刑たるへからずして、寧ろ純然たる保安の處分たることを必要とし、また保安處分として幾分寛大に構成せざるへからずとせらる。最後に刑罰なるものは其の保安監置と并列する場合にあつては何等實際上の意味を有するものにあらず。蓋し保安監置も亦充分に威嚇の効果を有するものにして、且充分なる應報的強制を包含するものなるを以てなり。然も營業的犯罪人及び常習的犯罪人は決して尙ほ改善の希望を存する囚人よりも苛酷なるにあらざる別の處遇を必要とすと云ふ者あり。之に對しては特有の應報刑の必要を固執するあり。此の問題に對する法律及び草案の解答は極めて區々たれども、實際上實施の方法は恐らく純理上の係争問題よりも重大なる意義を有するものとすへし。

自由の剝奪を規定するは何れの立法にも見る所にして、原則としては施設内に幽閉する方法を以てするを常とす。若干の立法例は之につき遠隔の嶋嶼への配謫を認むるものあり。フランス、ポルトガル、アルゼンチン、メキシコ、コロムビア、コスタ・リカ、ペルーの諸國の如し。ベルギーは草案中に於ては前科數犯の累犯者を「政府の處分に委する」zur Verfügung der Regierung stellen こととせるか、理由書に依れば是は「原則として施設に附託する」regelmässig die Einweisung in eine Anstalt の意味に外ならざるなり。ニューヨーク州刑法典の如きは此の場合に habitual criminal, „shall be at all times subject to

the supervision of every judicial magistrate of the county and of the supervisors and overseers of the poor to the same extent that a minor is subject to the control of his parent or guardian.” (常習的犯罪人は「未成年者か父母若は後見人の監督に服すると同じ程度に於て常に州の各判事及び貧民監督官并に貧民救助税徴収委員の監督に服するものとす」)と云ふ獨特の規定を有せり。

(二) 各個の方式

自由を剝奪するの方式は左の如しとす。

- (a) 純粹の刑罰 reine Strafe  
ノールウェー刑法、一九〇九年の獨逸の豫備草案、アルゼンチン (reclusion) 及びイタリー (Assonderung, segregazione) の草案。

- (b) 刑後の保安處分としての監置 eine Verwahrung als sichernde Massnahme nach der Strafe  
配謫制度を認むる諸國、イギリス (豫防留置 preventive detention) 英領植民地 (ニュージーランド及びタスマニアに於ける懲治留置 reformativ detention 懲治監 reformatorg prison)、ノールウェー及び一九二二年のオーストリーの反對草案、セルビア、ギリシヤ、チェッコ・スロウアキヤ、ホンガリー、一九一一年の反對草案以來の獨逸草案の認むる所なり。其の際獨逸の諸草案及び一九二二年のオーストリーの

草案にあつては既に刑の引上を行へり。爾他の法制に於ては通常の累犯の刑を固執せり。而して時あつてか監置施設に於て刑に服することを得るものとせるあり。チェツコ・スロヴァキヤの草案にあつては五年以下の禁獄 *Mezker* につきては直ちに然りとし、又は一九二五年の獨逸草案中に於ては刑に附帶しては之を行はざるの方針をさへ執れり。イギリスにあつては五年以上の懲役につき受刑後三年を経過したるときは國務大臣に於て常習的犯罪人として認めらるゝ犯罪人を刑期の殘餘の間保安拘留に引渡すことを許す。ノールウェーの草案は終身間の自由刑の場合にあつては十年を経過したる後に至つて一般的に之を許すものとし、有期禁錮の刑の言渡を受けたる者については刑期の三分の二を経過したる後然も三年以上を経過したる後に至つて初めて之を許すものとしたり。また一九二四年のデンマーク草案は懲役囚はすへて五年後に、終身間の受刑者は十年後に至つて之を監置施設に引渡すことを許す。如上の事實は監置なるものか刑とは別様に（恐らくは刑よりも軽く）運用せらるゝものなることを示すものに外ならず。ニューヨーク刑法典及びベルギーの草案の如きも亦此の處分を刑罰と相牽聯せしむるを見るなり。

(c) 監置のみを認むるはデンマーク、フィンランド、スウェーデン、スウキスの諸草案并にサン・ガラソ州刑法典にして、チューリッヒ州刑法典は明瞭ならず。其のスウキスの草案に倣はんとするものなるは之を推定して可なりとすれども、然もスウキスの草案に依れば刑は宣告せらるゝものなり。而してデンマークの草案も亦行爲につきて定むべき刑を斟酌せり。

(d) 此の處分は何れの立法例にあつても刑事裁判官の命する所に屬し、唯チューリッヒ州のみに限り司法行政部の命する所たらしむることとせり。然れどもベルギーの草案に於ては行政官廳は監置の可能のみを與へらるるのみに止まり、其の他の點に於ては行政官廳は常に判事の判決を執行するの義務を負ふなり。

此の命令はアルゼンチン、ベルギー（一部）、フランス、イタリー、ニュージーランド、ニューヨークの各刑法典、ノールウェーの草案、一九二二年のオーストリーの反對草案、チューリッヒ州刑法典に於ては強制的たるものとし、之に反しベルギー（一部）、イギリス、ニュー・サウスウェールズ、タスマニヤ、ノールウェーの各刑法、スウキス、デンマーク、ギリシャ、フィンランド、スウェーデン、セルビヤ、チェツコ・スロヴァキヤの各草案、サン・ガラソ州に於ては任意的たるものとし、獨逸の諸草案中一九〇九年の豫備草案以前、及び一九一九年の草案は此の處分を強制的に規定し、一九一一年の反對草案及び一九二五年の草案は任意的に之規定せり。

(e) 手續に關して法律若は草案中に何事かを規定するもの稀にして、何れの國にあつても特別なる手續を規定するものなし。往々にして此の命令を明示的に刑事判決に繋らしむるものあり。或はまた之に對する通常の上訴を擧ぐ。之に依れば從來何れの立法者と雖獨特の行政上の保安手續には想到せざるものと認むることを得へし。アルゼンチンの草案に於ては鑑定人の意見を聞くを要する旨を明示的に規定し、スウ

ユーデンの草案は帝國全土につき特別な鑑定官廳 eine besondere begutachtende Behörde を規定せるか、其の權威については言及する所なし。全理由書第三百二十五頁に依れば之を以てして統一的専門的なる慣例の發生を見るへしと思惟したるなり。一九二三年の特別草案の如きは全國を通して一個獨特の裁判所を設くべきものとせり。ノールウェーの草案は實施に關する多數の規定を監獄裁判所 Gefängnisgericht の定むる所に一任し、オーストリーの反對草案は之を四人の委員より成る特別の執行委員會に一任したり。

(三) 施設 Anstalten

拘禁 Einschlössung の爲には原則として特別な施設を規定するを以て常とし、唯かくの如き特別な施設を設くへからざる場合に限り、他の施設の特別な部を以てするを許す。デンマークの草案(婦女については勞働所を認む)、イギリス及び英領殖民地、ノールウェー、オーストリー、セルビア、ギリシヤ、チエツコ・スロヴァキヤ、スウキス及び獨逸(刑罰執行法草案第二百五十五條)の各草案の如き是なり。サン・ガラン及びチューリッヒ二州の刑法は特別な監置施設につき規定を爲し、かくの如き施設を存せざる限りに於てのみ刑務所に拘留することを許す(チューリッヒ州のレーゲンスドルフ)〔註〕。而してホンガリーは加重勞働所について規定を爲したり。

〔註〕 スウキス東部の諸州は州際間の特殊の監置施設を計畫したり。シユウキル州に於けるスウキス刑罰制度、監獄制度及び保護監督協會議事。一九二六年。

(四) 監置の期間 Die Dauer der Verwahrung

特に重要なるは監置の期間の問題にして、こゝには二の方式を明確に區別することを要するものとし、其の一に依れば裁判所は特定の期間につき言渡を爲すものにして、即ちイギリスに於ては五年と十年との間に於て言渡を爲すものとし、全然自由に假放免を爲すことを得べく、ニュージールランドに於ては三年以上十年以下とし、一九〇九年の獨逸の豫備草案も亦然りとす。然れども其他のすへての法律は其の全然加重刑を規定せる場合にあつても監置を刑期上不定ならしむることとす。勿論原則としては相對的に不定なるを以て常とし、其の短期と長期とを劃すれども、例外としては絶對的に不定にして、即ち事情に依つては終身間たることも亦あり得へしとす。此の絶對的不定はすへての配謫法 Relegationsgesetz (メキシコに於ける配謫は別様に考案せられたるもの、如し。Annuaire de Legislation Étrangère 1909 S. 613) 及びニュー・サウスウェールズ、タスマニヤの各刑法につき竝にノールウェー及びスウェーデンの草案に於て被監置者の累犯の場合に、及び一九一一年、一九一九年、一九二五年の獨逸の各草案に於て然りとする所に屬し、其他規定は極めて區々たるものあり。

アルゼンチン草案 十年以上にして長期不定。

ベルギー 五年、十年、二十年以下。

一九一七年のデンマーク草案 刑期より起算して之を越ゆる十年以下、一九二三年の草案にあつては（累犯の場合にあつては十年）以上二十年以下、一九二四年の草案にあつては四年（累犯の場合にあつては八年）以上十六年以下。

ギリシヤ 三年以上にして長期は不定とす。

ノールウェー 現行法は刑期の三倍にして十五年以下。

草案は刑及び監置は五年以上にして刑期を越ゆる五年以下、又は裁判所が指定する限りは累犯については八年以上終身間まで。

一九一二年のオーストリー草案 三年以上十年以下、一九二二年の草案にあつては二年以上不定なり。

スウェーデン 刑期以上二十年以下とす。

フィンランド 同様にして累犯の場合にあつては終身間とす。

セルビヤ 五年以上不定とす。

チエツコ・スロウアキヤ 同上。

ホンガリー 三年以上十年以下とす。

スウキス草案 刑期又は五年以上不定期間。

サン・ガラン 三年以上又は刑期以上不定期間。

チューリヒ 三年以上十年以下。

ノールウェーの草案は裁判所の行ふ爾後に於ける期間の伸長又は監獄裁判所に依る期間の短縮を認む。

放免は原則として考試的のみ行ふを常とし、其の他の條件付放免と類似の方法に於てし、二年、三年五年の長短種々に定むる考試期間を以てし、セルビヤの如きは此の考試期間を十年以下とせり。時あつてか若干の特別なる條件及び保護監督を擧ぐるものあり。

##### 五、去勢處分 Sterilisation

北米合衆國の若干の州に於て成文上採用したる去勢の制度は本稿に於ては叙述するを必要とする限りにあらず。蓋し此の制度は全然危険なる犯罪人に對して社會を保護する爲にせらるゝものにあらずして、寧ろ單に當該犯罪人の生殖能力 Fortpflanzung に對して社會を保護せんか爲にせらるゝものに止まればなり。而して此の制度に關しては最近 *Beilagen 4&5 zu der norwegischen Innstilling til Revision av Straffeloven 1, 1925* に叙述する所ありとす。

## 六、勞働所 Arbeitshaus

(a) 所謂危険なる常習的犯罪人の監置の制度は危険なる常習的犯罪人の處遇と相並んで所謂非社會的性格者、勞働嫌疑者の處遇をも認むるにあらざれば充分に之を理解する能はず。而して此の種の勞働嫌疑者の處遇は常習的犯罪人に對する處遇よりも遙に古き制度にして、且既に汎く流布したる所たり。また何れの國に於ても其の之に對して非難せらるゝを見ず。然り而して乞丐、浮浪罪及び勞働嫌疑者の處遇の場合につきて説明したる所の如く既に大多數の國家はかくの如き禍害に對して勞働所の制度を適用し、執拗なる乞丐、浮浪者及び勞働嫌疑者を二三年間こゝに附託することとす。然るに其の後に至つて淫行幫助者をも浮浪者に算入すること漸次に多く、多數の國家、特にスウエーデンの諸州及びフランスの如く配謫制度を認むる諸國に於ては勞働所に附託せられたる者及び被配謫者の範圍は是等の人物を非社會性を有する害物の分類又は危険なる常習的犯罪人中に算入すべきや否やに従つて明確に區劃せらるゝことなし。即ち此の最後の種類に屬する者の多くはこゝに無害とせらるゝ次第なり。而して乞丐及び浮浪人のみに限りて勞働所に附託せらるべき場合にあつても、其の中には幾多の古き懲役囚人ありて、是等の徒は營業的犯罪人及び常習的犯罪人として之を主張することを得へかるへし。かくの如き混同か實際的なるものなりや否やは勞働所に送るよりも寧ろ養育院に送致すべき精神上の低能者を區別せざる場合に於けると同様疑はしきもの

あり得べく、重大なる侵害を爲すの傾向を有する社會的に危険なる分子を監置するは單に純理上正當なるのみに止まらざれども、全く勞働の意思を有せざるに止まる無害なる人物は峻嚴なる處遇を必要とするこゝと少くして、寧ろ保護を必要とするこゝと多しとす。然れども多くの場合に於ては其の典型は容易に之を區別することを得へからずして、勞働嫌疑に基きて犯罪人となり、漸次に危険なる營業的若は常習的犯罪人となるに至る者に比較して、何等重き犯罪行為を犯すことなき勞働嫌疑者をも存するなり。

(b) 危険なる營業的若は常習的犯罪人の監置を認むる若干の法律及び草案は、其の外に尙ほ一種の勞働嫌疑の犯罪人を擧げ、之に對して從來乞丐及び浮浪者の留保したる勞働所拘置を科することとせり。唯此の種の人物が特別なる分類として監置の必要ある危険人物と如何に相違するものなりやは疑はしきものありとす。

現行法としてこゝに問題たるは刑の條件付言渡に關する一九二〇年七月三日のオーストリー法第三號第二十一條以下。少年、無監護者及び常習的酒精濫用者の保護に關する一九二五年五月二十四日のチューリッヒ法（一九二四年十一月十九日のサン・ガラン州法は監置のみを命ずるに止まれり）、スウエーデンの草案、一九一九年までの獨逸の草案、一九一七年のデンマークの草案第五十二條、一九二三年の草案第六十五條乃至第六十七條、一九二四年の草案第六十八條乃至第七十條、チェッコ・スロウアキヤの草案第五十三條、第二百二十四條及びギリシヤの草案第六十條及びベルギー刑法典第四十二條等なり。



(c) (一) オーストリー刑法は規定して、「二個以上の自由刑に服役したる後に至つて満十八歳に達したる後に犯したる重罪に基き六ヶ月以上の自由刑の言渡を受け、且廉直勤勉なる生活に對する嫌厭の根底深きを證明したる者は、裁判所は判決中に於て之を強制労働所 *Zwangsarbeitsanstalt* に拘置するを許す旨を宣言することを得」と云へり。此の犯罪人は五年以下の間強制労働所に留置せらるゝものとし、一八八五年五月二十四日の強制労働法に對する違反の故を以て引渡ありたる者と分離して監置するを要するなり。

(二) チューリッヒ州刑法は第五條に於て、「満十八歳以上にして満三十歳以下の者犯罪の傾向を示し、放縱若は労働嫌忌なるも、労働に教育することを得べきものと豫見せらるゝときは、労働教育所 *Arbeitszielungsanstalt* に於て之を保護するを要す」と規定したり。此の保護の期間は原則として二年乃至三年たるを常とし、累犯の場合にあつては五年以下とす。また第八條に依れば十八歳以上の者犯罪の傾向を示したるか（刑事訴訟法第三百九十二條）、（換言すれば裁判上の處罰の反覆せらるゝの事實に基き犯罪的素質を有するものと推論するを要するか）、又は放縱若は労働嫌忌なる場合に於て、其の特別な性質の然らしむる所として労働教育所に附託すること不可能なるか、又は労働教育所への附託が不成功に終りたるるとき、若は労働教育所への附託が當初よりして見込なきものとして認めらるゝときは其監置所に於て之を保護することを得。此の保護は二年乃至五年の期間につきて之を行ふものとし然も

爾後に至つて同一の期間之を伸長することを得。

(三) 此の規定は可成に精密にスウエーデンの草案の規定と一致するものにして、即ち同草案は常習的犯罪人の監置に關する第四十條の外に第四十一條に於て規定して、「輕罪の故を以て禁錮の刑の言渡を受けたる犯人か放縱若は労働嫌忌にして且其の犯罪か放縱若は労働嫌忌と相牽聯する場合に於て受刑者か労働の能力を有し且労働に教育することを得るものと豫見せらるゝときは、判事は専ら此の目的の爲に供せらるゝ労働教育所に受刑者を附託し、刑の執行を猶豫することを得」と云へり。而して前に懲役の刑に服したることある者は此の處分より除外す。此の附託の期間は一年以上にして刑期の三分の二以上とし、三年を超ゆることを得す。此の處分を以てするも尚ほ矯正すること能はざる者は其の刑期の殘餘を監獄に於て服役するを要するなり。

(四) チェッコ・スロヴァキヤの草案は第五十三條中に於て規定して曰く、「前に二度以上労働嫌忌、放縱若は甚たしき射利心の何れか一の動機に基きて犯したる重罪若は輕罪の故を以て現實に自由刑に服役し且労働能力を有する責任者か、労働嫌忌、放縱若は甚たしき射利心に基きて犯したる重罪若は輕罪の故を以て自由刑の言渡を受けたるときは、裁判所は犯人を強制労働所に附託することを得」と。而して此の強制労働所に於て刑も亦執行するなり。此の附託は一年乃至五年につき効力を有するものとす。

(五) ギリシャの草案第六十條に曰く、「一ヶ月以上の自由刑を科することとしたる行爲か労働嫌忌及

ひ不規則なる生活に對する傾向に歸着せしむべき場合に於て、犯人が勞働能力を有し、且處分を加ふることに依つて本人を秩序的な生活に導くことを得べきときは、刑の外に又は刑に附隨して六ヶ月以上三年以下の期間勞働所に拘置する旨を言渡すことを得。其の勞働の能力を有せざる場合には同一刑期の禁錮を以てす」と。こゝに模範とする所は獨逸の草案なりとす。

(六) 一九一九年の獨逸の草案第九十五條の規定する所は大體に於て豫備草案の第四十二條に同し。曰く、「犯罪か放縱又は勞働嫌忌に歸着せしむべき場合に於て受刑者は適法にして且勤勉なる生活に馴致する爲に受刑者を勞働所に拘置する處分を必要とするときは、裁判所は受刑者を勞働所に拘置する旨を言渡すことを得。此の處分は勞働能力を有する者に對してのみ之を科することを許すものとし、且法律か此の處分を明示的に規定したる行爲についてのみ科することを許す。勞働所への拘置を言渡すことを得るは、一ヶ月以上一年以下の禁錮に附帶する場合に限る……」。此の處分の期間は六ヶ月乃至三年とす。然も此の規定は一九二五年の草案には之を存することなきなり。

(七) デンマークの草案は一九二四年の最近の法文第六十八條に於て、利得犯罪 *Bereichungsverbrechen* に對する二回以上の懲役又は禁錮の刑の後に最後の放免ありたる後三年内に於て新にかくの如き罪を犯し、行爲か懶惰又は不秩序なる生活に對する傾向の結果として認めらるる者は公安上保安監置を行ふを必要とすることなきも乞丐及び酒精濫用者と併せて一年乃至五年の期間懲役又は禁錮に代へて之

を勞働所に附託することを得べき旨を言明し、風俗上の犯罪につき繰返し處罰せられ、且是か傾向を示したる者にあつても亦同し。

(八) ベルギー。ベルギー刑法典第四十二條は全然スウエーデンの草案に倚據するものなれども、勞働所 *Casa exclusivamente destinada á la educación por el trabajo* の外に専門教育の學校の特別なる部をも擧げたり。三ヶ月後に至つて其の引渡を受けたる者を教育不能者として監獄に送ることを必要とするや否やを決定するものとす。

(九) アルゼンチンも亦危険なる犯罪人に關する一九二四年九月三日の法律案を有するか故にこゝに列擧する諸國の中に加ふることを要すへし。此の草案は危険なる常習的犯罪人の十年以上の長期不定なる拘禁の外に、不定期間の勞働所への拘置を言渡す旨を規定し、常習的乞丐及び浮浪者、密賣淫者、淫行媒介者、及び淫行幫助者竝に「違警罪の所犯の點に於て、不良の徒若は顯著なる犯罪人と不斷に相往來することに於て、又は不良の徒若は顯著なる犯罪人が集合する場所を往訪することに於て、又は常習的に賭博の房屋に出入することに於て、表明せらるる亂雜若は背徳なる生活を送る者」については、右の勞働所への拘置の短期は二年を下らざるものとす。

今以上に擧げたる人物を保安監置の規定の客體たる人物と比較するときは、此の二種の分類は明確に相對立するものにあらざることを知るに足るべく、寧ろこゝに列擧したる人物の大部分は單に營業的及

常習的犯罪人の一小別たるに止まるものなることを知るへし。然りと雖是等の徒は峻嚴なる監置を必要とするまでの程度に達したるものにあらざるか故に、比較的短期の勞働教育を以て、是か矯正を試むるなり。さもあらはあれかくの如き試圖か其の功を奏すること稀なるの事實はこゝに一言し置くことなくして止む能はざる所とす。蓋し勞働の授業を受くる者の素質か教育と云ふこと、相容れざる次第なるを以てなり。然り而して此の場合にかくの如くにして必ずしも危険なりとせざることを明白なる多數の人物か、無害にして寧ろ同情を受くるに値ひする意思の薄弱なる人物と一所に監置せらるると云ふことは懸念すへきものと認むへきか如し。惟ふにかくの如く勞働嫌忌の犯罪人を勞働所に拘置するの思想は尙ほ未だ充分明晰に考案せられたるものと云ふへからず。全然異なる犯罪と刑とにつきて此の處分の適用せらるゝの事實を見るにつけても憂慮を喚起せしむるものありと謂ふへきなり。

七、公安に關する一九二六年十一月六日のイタリー法律

イタリーは一九二六年に至つて全然新規なる規律を設けたるか、是は乞丐及び浮浪者に關する章中に於ても記述すへき規律にして、其の第六十六條に依れば勞働能力を有する怠惰漢及び放浪兒の外に犯罪の利得を以て生活を立つるの嫌疑を有する者、淫行幫助者及び其の他犯罪に依つて自己自身に責任を負擔せる者 *diffamati per delitti* は知事 *Präfektur* を主坐とする委員會に於て戒告を加ふ。而してこゝに犯

罪に依つて自己自身に責任を負へるものとは(第六十七條) 公衆の見解 *pubblica voce* が見て以て故殺、傷害罪、脅迫、國家權力に對する暴行若は敵對、放火、竊盜、強盜、恐喝、詐欺、通貨偽造及び公文書偽造、横領及び贓物授受若はかくの如き犯罪の庇護、國家及び公の秩序に對する犯罪、爆發物犯罪の常習的犯罪人と稱せらるゝ者 *abituamente colpevoli* を云ふ。然れども是か條件は本人か此の行爲に基きて刑の言渡を受けたるか、又は單に證據不充分の故のみを以て放免せられたるの點に在り。而して戒告 *Verwarnung* は第七十三條に依れば此の後なる種類の人物にあつては眞摯にして法律に忠實なる生活を送り、何等嫌疑を來すへき行爲を爲さず、豫め警察に申告することなくして居所を變更せざる義務に於て成立し、更に第七十四條に依れば嫌疑ある社交團體に出入せず、夜間一定の時刻以後及び拂曉一定の時刻以前には居所を出てす、兇器を携帯せず、常習的に飲食店及び妓樓に出入せず、公の群衆に参加せざるの義務に於て成立す。戒告は二年間効力を有するものとし(第七十六條)、唯其の執行は同一の期間だけ、伸長することを得へし(第七十七條)。更に此の被戒告者は第八十四條以下に依れば同一の州委員會に於て一年乃至五年の間警察上の拘束 *polizeliche Verstrickung (assegnati al confino di polizia)* に服せしむることを得へし。州委員會の決定に對しては本省委員會 *Ministerialkommission* に抗告を爲すことを得。被拘束者は植民地若は其の郷土の地にあらざる地方團體に、居住して勞働に従事するを要するものとし、若干の警察上の規程に服す。而して本人の行狀良好なるときは本省に於て條件を附して拘束を廢

止することを得へきなり。

四、累犯ノ處遇

#### 四、累犯ノ處遇

ギーセン大學教授 ドクトル・ミツテルマイヤア

累犯に對しては如何なる意義を與ふるものなりや。

累犯に關する規定は左の箇所に之を存す。

アルゼンチン C. P. Titel 8 reincidencia Art. 50 bis 53.

ベルギー C. P. Kap. V. de la récidive Art. 54 bis 57.

ブルガリヤ 第七章、競合及び反覆、第七十條。

カナダ Criminal Code section 1053.

チリ C. P. 刑法上の責任を加重せしむる事情。第十二條第十五號、第十六號、第六十二條以下。

支那 暫行刑律第十九條乃至第二十二條。

コスタ・リカ C. P. 第七十九條、第二百四十一條、第三百六十二條、第三百六十八條。

デンマーク 刑法典第六十一條、第二百三十條乃至第二百三十二條、第二百三十八條、第二百四十三條、

第二百四十七條、第二百五十一條——一九一一年四月一日の法律。一九一七年の草案第七十六條及び

其の他の多くの特別の場合。一九二三年の草案第八十四條。一九二四年の草案第八十七條。

獨逸國 一九〇九年の草案第八十七條、第八十八條。一九一一年の草案第九十五條、第九十六條。一九一九年の草案第百十八條、第百十九條。

イギリス Statutes, Stephen Digest Art. 24. 25 参照。

フィンランド 刑法典第六章、累犯。一九二一年の草案第七章、刑の加重原因。

フランス C. P. Art. 56 bis 58, 483. 一八八五年五月二十七日の累犯に関する法律。

ギリシヤ 草案第六十六條、第六十七條。

日本 刑法典第五十六條乃至第五十七條。

イタリー C. P. Art. 80 bis 84, titolo della recidiva 一九二一年の草案第二十四條乃至第二十六條。

ベルタ Leggi criminali Kap. IV della recidiva, Art. 49 bis 54.

メキシコ 刑法典第二十九條、第三十條、第二百十七條。

オランダ 第四百二十一條乃至第四百二十三條及び數多の特別の場合。

ノールウェー 刑法典第六十一條及び幾多の特別の場合。

オーストリー 刑法典第三章、加重事情、第四十四條C。一九二二年の草案、第四十五條、加重事情。

第六十條、第六十二條、第六十四條、刑の加重、反覆したる重き處罰及び累犯。

ペルー C. P. 1924. Art. 111 bis 117. titulo XIV. reincidencia y habito de delito.

ポーランド 草案、第九章刑の量定、第六十條。

ポルトガル C. P. Art. 31, 35, 36. 加重事情、累犯。第百條、刑の言渡。

ルーマニヤ 一九二四年の豫備草案第六十二條乃至第七十七條 (Revue Pénitentiaire 1924. S. 263)

ロシヤ 一九〇三年の刑法典。第一章第七節。刑罰加重原因、第六十六條、第六十七條、第五百八十六條、第五百八十七條、第五百九十六條、第五百九十七條 (財産犯罪)。勞農ロシヤ刑法典 (一九二二年) 第二十五條、第五十四條。一九二四年十月三十日の刑事立法準則第三十一條、第三十九條。

スウェーデン 刑法典第四章第十四條、競合及び累犯。草案第九章罰則第九條乃至第十一條。

スウエス 聯邦刑法典第三十二條d、刑の加重原因。一九一八年の草案第六十四條 (刑量)。

セルビヤ 豫備草案、刑の量定の際に於ける第六十四條。

スペイン 刑法典第四章。刑の加重第十條第十七號、第十八號、第三百三十一條。

チエツコ・スロウアキヤ 草案、刑の量定の際に於ける第六十八條及び第六十九條。

ホンガリー 刑法典第三百三十八條 (竊盜)、第三百四十九條 (強盜)、第三百七十一條 (贓物授受)、第三百八十一條第三號 (詐欺)。

ウエネズエラ 刑法典第百條乃至第百二條 Titulo K, de la reincidencia

累犯 Rückfall は佛語にて *la récidive* イタリア語にて *la recidiva* スペイン語及びポルトガル語にて *reincidencia* 英語にて *recidivism* デンマーク語にて *gentagelse* スウェーデン語にて *aterfall* オランダ語にて *herhaling* と云ひ、前の行爲につき既判力を以て刑の言渡ありたる後有罪行爲を犯す現象を指すこと極めて一般的に見る所なり。然り而して累犯の場合にあつては第二次以後の新しき犯罪かすへて判決に依つて前の犯罪と分離せらるゝことに依つて、犯罪の競合、實質上の數罪俱發及び繼續犯と區別せらるゝものとす。蓋し是等の場合にあつては多數の犯罪又は行爲は統一的に判断せらるゝものなるを以てなり。然り而して累犯の觀念は多數の行爲の連續の外形を示すものなるに反し、行爲の常習性及ひ營業性と云ふことは數多の行爲の牽聯關係の實質的動機を表示するものに外ならず。されは累犯か此の二の關係の外部に現はれたる形式たること極めて屢々あり得る所なれども、然も必然的に然るにはあらず。而して立法例の上に於ては常習性と云ふことは往々にして累犯の比較的重き一種類たり、又は更に精密に云へは累犯は常習性に對する必要的證據として認めらるゝものなりと雖、然も大體に於て此の二の觀念は之を同等視することを得へからざるなり。

累犯の場合にあつては本人か前に受けたる刑を看却するは特に強固にして且其の然るか故に重く處罰するを要する法規の看却を意味し、犯人の社會的危險性の大きなるものあるを示し（スウキスの草案理由書第三百三十八頁）、また前科の刑なるものは本人の犯罪的傾向を最も確實に立證するものと認むべきか故に立法者は新しき行爲を重く處罰するものなれども、其の處罰せらるゝは常に新しき行爲に限るものにして營業性及ひ常習性又は競合の場合に於けるか如く多數の行爲を處罰するにはあらず。此の場合に前の行爲の併せ斟酌せらるゝものなることは素より言を俟たされども、かくの如きは決して英法の嘗て謬つて信したる所の如く一事不再理 *ne bis in idem* の原則と相容れざる次第にはあらず。英法の嘗て奉したりし見解が正當たるものなりや、はたまた累犯行爲は重き責任を成すものなりやの問題の如きは暫く之を措いて不問に附せざるへからすと雖、何れにせよ累犯はすへての立法に於て刑を加重する原因として考慮せられざるはなし。勿論多數の立法例に於ては累犯は極めて狹隘なる範圍に於て斟酌せらるゝに止まり、其の規定の如きも散在して存するに過ぎざること、獨逸、オストリー、ハンガリー、スカンデナウヰヤの従前の立法の全部、コスタ・リカ等の諸國に見る所なれども、其の他の立法例及び近時の草案は其の全部を擧げて累犯の爲に周到詳細なる規定を割かざるはなし。英米法 (*previous conviction, second offence*) にあつては餘りに一目瞭然たらずして、往々にして單に孤立的なる規定を存するのみに止まれり。近時の草案は何れも累犯の問題を以て最も重要な問題の一たるものと爲さざるなく、イタリアの草案の如きも其の責任思想 *Schuldgedanke* を否定せるに拘らず、累犯の問題に對しては同様の處遇を與へたり。而して只其の



形式のみに立脚する累犯方式の否を疑ふものは極めて稀にして即ち一九二五年の獨逸の草案理由書第五十四頁及び危険なる状態に關する一九二四年九月三日のアルゼンチン法案に於て然りとす。而して累犯の場合につきて責任又は危険性の増大を來すや否やについては何れの國に於ても明白ならず。理論上の論争は實際上の處遇に影響を及ぼすことなしとす。

然れども具體的の點に於ては規律は極めて區々にして、就中吾人は無選擇に且行爲の實質に注意を拂ふことなくすへての累犯行爲を重く處遇する所謂一般的累犯の方法と、前の行爲と累犯行爲との間の實質上の關係に注意する方法とを認む。次に累犯は特定の種類の行爲の間に行はるゝことあり。所謂特別累犯是なり。其の具體的の點に至つては極めて區々に構成せられ、フランス法の如きは一般的に累犯を以て重罪 *crime* より重罪に、重罪より輕罪 *délit* に、又は輕罪より輕罪に互るものとし、此の場合にも前科の刑の輕重に應じて差等あり、また違警罪 *contravention* より違警罪に互る累犯あり。然れども輕罪より輕罪に互る累犯の場合にあつては——一八九一年以來は——同一の輕罪たることを必要とす。チェッコ・スロウアキヤの草案の規定も亦之に類似なれども、此の草案にあつては重罪は常に低劣なる心情に基きて *aus niederer Gesinnung* 犯したるものと看做さるゝの意義を有するなり（第十四條）。其の外チェッコ・スロウアキヤの草案にあつては「同一の低劣なる動機に基く」 *aus demselben niederen Beweggrunde* 重罪の累犯の特筆を見たり。尙ほまた此の草案にあつてはフランスに於けるか如く違警罪の間に於ける特別な

る累犯を認む。

イタリー及び其の他の法律は一般の累犯に添加するに同種の行爲の間に於ける多數の特別なる場合を以てす。即ちオランダの如きは極めて差別ある方式を有し、まづ第一に列擧したる特定の種類の重罪の間の累犯を認め、次に若干の特に規律したる個々の場合を掲ぐ。また若干の立法例は同一若は所謂類似の犯罪の下に於ける累犯のみを認め、或は一般的に此の累犯を認め或は特に列擧したる種類の犯罪についてのみ之を認む。此の後なる方針を執るは獨逸國、オーストリー、スカンデナウキヤ諸國の從來の法律に見る所なり。然れども畢竟するに幾分一般的に實施せらるゝ典型を見出すことは不可能にして、寧ろ反對に新なる草案は、益々獨特の新機軸を出さんとして相競へり。累犯行爲を如何に處遇すべきやの問題についても亦之に同し。而して更に異りとするは一の法律が最も廣汎なる範圍に於て累犯を認むるに反し、他の法律は多少狹隘なる行爲の範圍と場合とに制限せることなり。後者にあつては累犯の特に頻繁なる場合、即ち特に種々なる財産犯罪の累犯を取締らんとするものにして、累犯の處遇はまた此の相違に従つて定まるものとす。即ち全然一般的に累犯を認むる場合にあつては、新しき行爲は必ずしも常に重く之を處罰することを得へからずして、寧ろ各場合の著しき相違を斟酌する所なかるへからず。然れども特殊の場合のみを摘出する場合にあつては、罰則は既に一層個別的に具體的の場合に適應せしむることを得へきなり。

## 二、累犯の種類 Arten des Rückfalls

累犯の種類としては吾人は次の如き區別を考察せざるべからず。

- (一) 一般的累犯 *der allgemeine Rückfall* (*Generaliteration*) は特別累犯 *der besondere, spezielle Rückfall* と相對立す。前者にあつてはすへての行爲につき一般的に如何なる累犯をも認むるものなれども、後者の場合に於ては特定の種類の行爲の範圍内に於てのみ累犯を認むるに止まるなり。
- (二) 特別累犯は常に同種類の行爲たるものにして、換言すれば最初の行爲と累犯とは多少にまれ同一たるものなりとす。一般的累犯も亦然りとすることを得へしと雖、然も其の多くは絶対に一般的たるを常とし、換言すれば兩個の種類の間に行はれざる限りは最も異なる種類の犯罪の間にあつても累犯を存することを得へしとするなり。

(a) 一般的累犯を認むるはフランス、スウキス各州全部、ベルギー、イタリー、マルタ、スペイン、ポルトガル、ウエネズエラ、アルゼンチン、メキシコ、チリー、ペルー、日本、一九〇三年のロシア刑法典、勞農ロシア、イギリス及び北米合衆國の諸州、ブルガリヤ及び新規の草案中にはオーストリー（然れども純粹に然るにはあらず）、スウキス、チェッコ・スロウアキヤ、セルビヤ、ポーランド、スウェーデン、フィンランド、ギリシヤ、一九一九年までの獨逸の諸草案に於て然りとす、フランスに於ては

其の外に附屬法及び違警罪の場合に特別累犯を認む。然り而して一九二五年の獨逸の草案は特別の場合に於てのみ一般的累犯の規定を存するのみなりとす（第七十七條）。

(b) 特別累犯を認むるは現行の獨逸刑法典の外オーストリー、オランダ、デンマーク、ノールウェー、スウェーデン、フィンランド、コスタ・リカの諸國の刑法典にして、草案中にはデンマークのそれを存するのみに止まれり。

以上述べたる所の如くなるか故に假令往々にして單に同種類の行爲の累犯のみを認むるの制限に於てすることありとは云へ、前なる方式を以て優勢なりとするなり。而して其の利益の爲に主張せらるゝは例へはアルゼンチン及びスウェーデンの草案につき犯罪の種類を限定して其の範圍内に於てのみ累犯を認むへしとするは專斷的にして且困難なること、經驗上多くの犯罪人は其の犯行を變換するものなること、あらゆる累犯は常に危険性の大きなことの徴表にあらざるはなきこと等の理由なれども、トルブ氏は其の草案中に於て（理由書第九十七頁）斷然之に反駁を加えてかくの如き一般的の規定は餘りに廣汎に過ぎて従つてまた其の價值なし。累犯の場合に必要とする峻烈なる干渉は之を其の典型的なる場合に制限するに於てのみ初めて能くする所なりと主張せり。オーストリーの草案の如きは、他の法律に類似して獨特なる折衷主義的方式を執り、其の第四十五條にはすへて前に處罰を存するを加重事情なりとし第六十二條には重き刑については同種ならざる一般的の累犯を認め、第六十三條には同種の一一般的累犯

を以て刑の量定原因なりとし、其の外に若干の特別なる場合を擧ぐ。是か理由はトルブ氏に於けると同一なり。また若干の法律は一般的の累犯を認むるも、其の外に重要な典型的の行爲（窃盜）については特別なる規律を有す。例へば英米法に見る所の如し。

こゝに注意すべきは刑の範圍が廣汎にして既に一般的に重き場合にあつては、もはや特殊の累犯規定を必要とせざるの一事なり。蓋し判事は常に重き刑を適用することを得る立場にあるものなるを以てなり。若干の法律は犯人の犯罪前の經歷を或は更に一步を進めて前に別の罪を犯したるの事實を刑の量定原因として擧げ、その特別又は同種の累犯をも獨立して記載せる場合にあつても尙ほ且然りとす。即ちオーストリーの草案の如き是なり。

(9) 累犯行爲の前科の行爲と同一なること又は少くとも同種類なることを立證するものは原則として犯人が特定の方向を執れる傾向を有するの事實にして、此の傾向は容易に深遠なる根柢を有し易く、従つてまた特に危険なるものとす。此の點はスウェーデンの草案も亦承認する所にして、該草案は特別の場合につきて、如上の點を考慮せり。然り而して幾度となく繰返して累犯に出づる者は多くは一の種類行爲の專問的犯人たること亦經驗の教ふる所なり。即ち多くの法律が一般的に累犯を認むる場合にあつても尙ほ何等かの形式に於ける行爲の同種性を高調することも自ら理解し得らるゝ所にして、其の舊來のフランスの立法に倣ひて同種類と云ふことに全然考慮を拂はざるはベルギー、マルタ、ジュネー

グ、アルゼンチン、ペルーの各刑法、スウキス、フィンランド及びメキシコの各草案竝に勞農ロシアの刑法典にして、逆に特別なる累犯のみを認むるすへての法律は亦同種の累犯のみを認むるものなること勿論なりとす。然り而して其の最も興味あるは一般的に累犯を規定すれども、然も其の際同種の累犯も同種ならざる累犯も併せ規定し、或は特別の場合に限りて之を評價するか、又は一般的に重く之を處罰する法律なり。即ちフランス、イタリー、スペイン、メキシコ、ウエネズエラの各刑法、英米法、オーストリー、ルーマニヤ、チェッコ・スロウアキヤ及びスウェーデンの各草案に見る所の如し。一般的累犯を専ら同種の累犯として認むる法律は、ポルトガル刑法、一九〇三年のロシア刑法第六十七條、スウキスの大抵の州、獨逸の法律案及びポーランドの草案なれども、此の場合にあつては同種ならざる累犯も少くとも尙ほ刑の量定原因として之を顧慮することを得るなり（本稿九のaを見よ）。

然れども行爲の同種性と云ふことも亦極めて區々に表明せられるものにして、簡單に同一なる傾向を要求するもの多く（所謂「同一なる傾向」gleiche Neigungなるもの、詳細なる説明に至つては何れの立法に於ても之を存することなし）、又は客觀的に同一なる犯罪を必要とし（フランス）、若は同種の行爲 *de même nature* を必要なりとす。其の第一の場合に於ては其の動機さへ同一なるときは最も異なる犯罪と雖累犯を成すことあり得べく、而して所謂同一なる傾向の詳細なる説明に至つては何れの法制にも之を存することなきなり。勿論同種性なるものは狹隘に且客觀的に列擧したる特定の犯罪又は列

舉したる特定の犯罪種別に限定せらるゝこと多く、是等の犯罪若は犯罪種別は或は同一の章中に規定せらるゝことあるへく、或はまた同一の條文中に規定せらるゝことあるへし。即ち例へはスウキスの大抵の州、スカンデナウキヤ諸國の立法、スペイン及びハンガリーに於て見る所の如し。或はまた同種にして従つてまた累犯の理由たる犯罪を表として類集するものあり。其の表の權威は極めて區々なれども、例へはオランダ、イタリー、ノイエンプルグ州、ワート州、ルツェルン州及び其の他の州に於けるか如きは即ち是なり。かくの如く規定の構成か多趣多様なるに顧みるときは立法者か此の同種性の思想を充分明確に理解せるものなりや否や甚た疑を容るゝの餘地あり。従つて此點に餘りに甚たしく專斷を來すことなからしめんとせば、其の相互の間に累犯を成すことを得べき行爲を列擧すること現行の獨逸刑法の如くならしむるの方式のみを正當とすへし。然も一面に於ては累犯を成す行爲を全然客觀的に類集するは單に偶然の事情に由來するに止まる累犯を除外する上に於て、累犯を行爲の同種性に限定する場合に於けるよりも劣れる所あるものなるの事實に注意せざるへからず。蓋し此の後なる場合に於ては原則として累犯者か危険なる性格を有するものなることを認むるを得べきを以てなり。之を要するに吾人は一八九五年の第五回國際監獄會議と共に立法者は一般的にして且同種ならざる累犯を以て其の規律の起點となすを要するものなること、然れども輕微なる犯罪、過失に因る犯罪及び著しく分科したる犯罪の場合にあつては、單に特殊にして且同種の累犯のみに限り注意するを要するものなることを斷言せざる

へからず。加之同種の累犯は常習的犯罪人の特に重要な徵表たるべきなり〔註〕。

〔註〕 Congrès Pénitentiaire Internationale de Paris 1895. 1. section. 1. question. 1. 69H Gutachten Foin-itzki. III. 21.

### 三、如何なる行爲につき累犯を考慮するか

法律上累犯につきて考慮を爲すは如何なる行爲か刑となるかと云ふ問題は特に重要な問題に屬し、重き行爲についてのみ累犯を考慮するに止むべきか、はたまた輕き行爲についても累犯を考慮すべきか。故意に因る犯罪についてのみ累犯を認むべきか。罰金についても之を考慮すべきかは争ある所なり。立法者は時あつてか行爲の種類より出發して重罪より重罪への累犯(例へはイギリス及び北米合衆國)、違警罪より違警罪への累犯を擧ぐるものあり。時あつてか累犯を成す刑を擧ぐるものあり。懲役、禁錮及び罰金と云ふか如し。比較的輕微なる種類の行爲、就中違警罪及び罰金を度外視するを以て不合理なりと爲すもの多し。チエツコ・スロウアキヤの草案第六十九條の理由書の如き執拗にして且處罰に無頓着に違警罪を犯す者も亦危険なる旨を指示したり。勿論此の草案は著しく「非社會的にして且極めて社會にとつて煩累たる個人」にして、所謂漸次犯罪を重ねたる社會的に危険なる人物と相對立する者を想像したるものなれども、第六十九條は最近數年の間に三回以上犯罪の故を以て刑の言渡を受け、其の素質及び其の他の事情上

かくの如き種類の有罪行為に對する永續的傾向を有し、公安及び公の秩序にとつて危険なるものと認めらるゝ者の違警罪につきて規定する所あり。是等の者については違警罪も亦重罪として、六ヶ月以上三年以下の禁獄に處することを得べきものとす。然れども此の種の人物を除外するも反覆して違警罪を犯す者に對しては、斷然たる處分を加ふることを得ざるへからず。されは違警罪に於ける累犯を認めざるは何れの立法例にも殆ど見ざる所なれども、然も例へは一九〇九年の獨逸の豫備草案及びベルギー刑法にあつては之を缺けり。然れども違警罪より重き犯罪に互る累犯は之を顧慮せず。蓋し違警罪の刑は重き犯罪に對する充分なる戒告として認むることを得へからざるを以てなり。多數の國に於ては違警罪より違警罪に互る累犯のみを認む。即ち輕罪より違警罪に互る累犯は之を認めざるなり。即ちフランス、ポルトガル、コスタ・リカに於て見る所の如し。

之を要するに此の問題については累犯に先づ刑と累犯として處遇せらるゝ行為との間に區別を設けざるへからず。充分なる戒告として認むることを得んか爲には如何なる刑を以て充分峻嚴たるものと爲すべきか。累犯の場合に前行為として行為より特別なる執拗性を推論することを得るには如何なる行為を以て之に適せるものと認むべきや。罰金の前科の刑として不充分なるものと認めらるゝこと多きは自ら理解せらるゝ所にして、フランス、ベルギー、イタリア（第八十一條の同種の累犯につきて）、マルタ、フライブルグ、ホンガリー、アルゼンチン、ペルー、日本、一九一九年までの獨逸の草案、スウキス、スウェー

デン、ファンランド及びギリシヤの各草案に見る所とし、是等の諸國にあつては單に自由刑を科することとせる行為のみを以て累犯行為として處遇すれども、輕罪の刑は重罪に對しては累犯を成さずとするものあり。例へはベルギーに於けるか如し。またスペインに於ては第十條第十七號は前科の刑は同程度の刑なるを以て足る。前科の刑か累犯行為よりも輕き場合にあつては前科の刑は二個たることを必要とすと云へり。

前科の刑か愈々重きに從つて累犯は一層峻嚴に考慮せらるゝものとす。若干の法律は特定の程度の刑のみを以て累犯の原因たるものと認む。即ちフランスは輕罪につき一年以上の禁錮を規定し、ベルギー之に同じく、イタリア刑法第八十一條は三ヶ月以上の自由刑を規定せり。こゝに獨特にして注意に値ひするはスウェーデン及びファンランドの草案にして、是等の草案は何れも一般的に犯人か二年乃至四年若は五年連續して又は各別に拘禁せられたる場合に初めて之に對して累犯を可能とすることを前提とす（スウェーデンの草案理由書第三百四十三頁）。然れども此の場合にあつては所謂輕微なる犯罪は獨立して考慮を受けることを必要とすること曩にチェッコ・スロウアキヤにつきて述べたる所の如くなるものあるに反し、此の道は恰もベルギーについては一八九一年以來のフランスに於けるとは異りて全然之を缺けるものなるに注意するを要するなり。

其の外法律は恰も此の點に於ては殆ど絶對的に相違し、統一の見解は全然見出すべくもあらずして、

精々の所比較的重き行爲につきて決定的に累犯を考慮せんとするの一事の脈絡貫通せるものあるを見るのみ。而して立法者が實際上自己の認めて以て最も重要なりと爲す場合より出發して、特に窃盜、贓物授受、詐欺、乞丐、泥酔及び營業的淫行の場合に於ける累犯を規律するを見ること屢々なり。かくの如き場合に於ては比較的輕微なる前科の刑も重きを爲すものと謂はさるへからず。蓋しかくの如く輕微なる前科の刑も既に犯人の危險なる傾向を立證するを得べきを以てなり。

#### 四、細目 Einzelheiten

こゝには尙ほ若干の細目につきて注意するを要するものあり。

- (a) 時あつてか勞働教育所及び監置所に於ける拘罪をも亦累犯の理由たるものとして擧ぐる立法例あり。スウエスの草案の如し。
- (b) 普通の累犯の規律の効力を有する場合にあつては軍事上及び政治上の犯罪に對する刑を除外すること多し。フランス、アルゼンチン、ペルー、ポルトガル、ベルギー、イタリーの草案の如き是にして、出版物犯罪についても亦同しく、即ち一八八一年のフランス出版物法第六十三條及び其の他の諸國に見る所なり。

(c) 若干の比較的新しき法律は少年の處罰は累犯の理由たることを得へからざる旨を規定す。而して其

の年齢については十八歳までの少年につきて然りとするものノールウェー、フィンランド及びデンマークにして、二十一歳までの未青年者につきて然りとするものアルゼンチン刑法、スウエーデン及びフィンランドの各草案に見る所なり。爾他の諸國にあつては苟も累犯を鎮壓するに早きに失するの嫌あることなしと云へり。

(d) 限定責任能力は何れの國にあつても除外せらるることなし。

(e) 共犯若は未遂の形式に於てする行爲の所犯か累犯と矛盾するものにあらざること恐らく自明的の事項に屬すれども、然も若干の法律に於ては明示的に之を規定せり。即ちポルトガル、マルタ、フィンランドの各刑法、デンマークの各草案なり。

(f) 特に重大なる意義を有するは過失犯の問題なれども、其の果して何か故に屢次過失犯を繰返す者を故意に因り行爲を繰返す者の場合に於けるか如く峻嚴に取締ることを得へからざるやは之を解するに苦む所と謂はさるへからず。(Crivellari, Codice Penale Italiano T. 4 p. 337)。一般的の累犯を認むる法律と雖之を除外する次第にはあらず。然れども其の中の若干者は明示的に累犯につき常に故意に因る行爲を必要とす。デンマーク、スウエーデン、フィンランド、ペルーの各刑法、セルビア及びギリシヤの草案、一九一九年までの獨逸の草案の如し。列擧せる特定の行爲についてのみ累犯加重を許すこと例へばオランダに於けるか如くなる場合に於ては其の然るか故に既に過失に因る行爲の除外せらるゝを見る次第なり。

前行行爲と累犯行爲とにつき一般的に同一の傾向を必要とする場合にあつては、過失に因る行爲と故意に因る行爲との間にかくの如き同一の傾向を認むること能はざるは素より言を俟たす。此の點を明示するはポルトガル、マルタ、イタリー、テッシン州なるか、然も此の場合にあつては過失に因る二の行爲の間の累犯を存することあり得へしとなす。

(g) かくの如き規律方針を執るに當つては例へは常習性と云ふか如き主觀的の要素を必要とするものなし。

#### 五、外國に於ける犯罪 Auslandstaten

外國に於て宣告を受けたりし判決若は刑も亦後の累犯につきて考慮せらるべきものなりや否や。此の問題に對する解答は極めて區々にして、若干の法律は明示的に之を除外すること、現行獨逸刑法、デンマーク、スウェーデン、フィンランド、イタリー、ポルトガルに見る所の如くなるあり。フランスの判例も亦之に同じ (Garraud, traité III § 743)。反對にオーストリーの破毀法院は外國に於ける犯罪をも累犯の中に加ふ。然も近時に至つて明示的に外國に於ける犯罪をも累犯の中に加ふるものを生するに至りたり。即ちスウキスのルツェルン、シャーフハウゼン、サン・ガラン、ワリス、フライブルグ、ノイエンプルグ、チューリヒ (是は判例上然りとす) の諸州、メキシコ、一九二〇年のニューヨーク州、ノールウェー、ア

ルゼンチン、ペルーの各刑法、オーストリー、スウキス、デンマーク、フィンランド (「を得」) の各草案、獨逸の反對草案及び一九二五年の草案、イタリーの草案の如き是なり。之に反しスウェーデンの草案は然らず。然り而して此の際注意すべきは其の斟酌することを得べきは國內にあつても有罪として認めらるゝ行爲に限るものなること、又は其の往々にして稱せらるゝ所の如く引渡犯罪 Auslieferungverbrechen のみに限るとすることにして、例へはノイエンプルグ州、アルゼンチンの各刑法の如し。而してスウェーデンの草案は獨逸の豫備草案の理由書 (第三百五十一頁) に於けるか如く、全然實際上の考慮よりして之に反對の意を表明せり (理由書第三百四十六頁) [註]。

[註] Congrès Pénitentiaire International de Washington 1910, 1 sect, 2. question. Anerkennung der Auslandsurteile, Actes I, S. 106, 415. Gutachten Le Poittevin, Actes II, 231.

六、前科の刑は言渡ありたるを以て足れりとするか又は其の之に服役したることを必要とするか

累犯の理由たるか爲には前の行爲に基きて單に刑の言渡ありたるを以て足れりとするか。はたまた前科の刑に服役したることを必要とするかの問題については多く争あり。兎に角前の刑の言渡は既判力を有せざるへからず。此の一事は若干の法律の亦特筆する所なり。前科の刑の言渡のみを以て充分なりとする場合

にあつては立法者は之を以て既に犯人を新なる行爲より抑制するに足る充分なる戒告と思惟したるなり。而して此の場合にあつては爾後に於ける恩赦又は其の他の刑の執行の消滅は累犯に影響を及ぼすことなくして、唯判決自體か廢止せられたる場合に限り累犯を形成するの影響を及ぼすことを止む。即ちイタリア及びポルトガルにあつては大赦 Amnestie の場合に然りとし、また刑の條件付言渡につき、後に至つて判決の言渡なかりしものと認めらるゝとき、又はオーストリーの草案の理由書に依る復権の場合に然りとする所なり。之に反し受刑者に對して刑の執行のみの免除ありたること原則として單純恩赦につきて見る所の如くなる場合にあつては然らず。上記の法律及びフランスの累犯法第五條。而して此の見解を奉ずるはフランス、ベルギー、イタリア、スペイン、ポルトガル、マルタ、アルゼンチン、メキシコ（第二十九條）、スウエスの若干州、其の中にてチューリヒ、ノイエンプルグ、ワート、ジュネーヴの各州、オランダ（若干の特殊の場合に）、デンマーク、イギリス、北米合衆國（previous conviction）の各刑法にして、草案にあつてはイタリア、デンマーク、メキシコ、チエツコ・スロウアキヤ並に一九一九年の獨逸の草案（第四百四條）とす。而して此の後なる二は違警罪の場合につきて然りとす。一九〇三年のロシア刑法典は刑の執行中の累犯（第六十六條）と服役後に於ける累犯（第六十七條）とを區別し、スウエスのテツシン州之に類似の規律をなせり。

之に反して他の法律及び草案は前科の刑の服役を了したることを要求するものにして、唯刑の一部の服役ありたるを以て足れりとする多し。されば此の規律方針を執る場合にあつては犯人が服役を了したる一日後に新なる行爲を犯したる場合にあつても既に累犯を存する次第なりとす。然れども未決勾留を刑に通算したる場合に於て爾後のあらゆる執行に先ちて新なる犯罪を存するときの如きにあつては此の事疑ありと雖、未決勾留も亦既に執行たるものとして認めざるへからず。然も人若し執行が眞實に行はるゝに於て初めて犯人に影響を及ぼして犯人が新に罪を犯すに於ては特に執拗なるものと稱せざるへからざるに至るものと認めんとするも、之は必しも認めれりとするへからずして、此の場合にあつては刑は完全に服役を了したることを必要とす。是れスウエーデン及びフィンランドの現行法の既に要求する所なれども、其の草案は更に一步を進めて一定の期間前に服役したることを必要なりとせり（本稿の三を参照せよ）。其の他の法律はすへて刑の一部の服役を以て足れりとせざるはなく、其の若干者は更に一步を進めて前科の刑の免除ありたる場合にあつても累犯を認む。かくの如きは前科の刑を以て足れりとする前の規律の精神に服しく歸一するものと謂はざるへからず。然り而して此の主旨を記載するは現行獨逸刑法典の外にオーストリー、オランダ、フライブルグ州、メキシコ、スウエスの草案等なり。尙ほまた時あつてか第一の刑の完全に服役を了するに先ちて第二の行爲の所犯ありたるときに、刑は實質上の競合の原則に従つて短縮せらるゝものなることチューリヒ（第六十九條）、イタリア（第七十六條）、スペイン（第三百三十一條）、勞農ロシア（第五十四條）の規定する所なり（此の問題については一九二三年のデンマークの草



## 七、累犯時効 Rückfallsverjährung

前科の刑の言渡又は前科の刑の服役ありたる後久しき期間を経て初めて新しき行爲の所犯ありたるに、尙ほ累犯を考慮することを得べきや否や。若はまた前科の刑の判決又は前科の刑後一定の期間内に新なる行爲の所犯ありたる場合に限り累犯を考慮することを得べきや。惟ふに第一の判決若は第一の刑よりの期間を全然不問に附することを得るは心理學的に餘り發達せざる立法又は自己の判断を著しく過重視したる立法に限るものとす。かくの如き法律に服する判事は不本意乍ら累犯を考慮して、後の累犯を寛大に判断すべく、是れ法律も亦認めざるへからざる所にして(チューリッヒ刑法第六十八條は明示的に之を認む)従つて其の規定は更に極めて薄弱たるに至る。其の然るに拘らす此の規定を有する立法例としてはフランス(第五十六條。最も重き場合につきて)、ベルギー、スペイン、オーストリー、イギリス、北米合衆國の各刑法、イタリー及ひスウェーデンの各草案にして、後者の理由書第三百四十四頁は期間を定むることを以てすへて形式主義的たるものなりとせり。其の他の國にあつては何れも所謂累犯時効を規定したるか、其の時効期間に至つては極めて區々たり、其の始期の如きも多趣多様にして、多くは累犯行爲を存することを必要とする期間を刑期の終了期より起算すれども、時あつてか刑の言渡の時より起算することとせるものあり。ポルトガル及ひアルゼンチンの如きは後者の例なり。面してスペインに於ては一九二五年十一月十四日の法律に依り此の期間を時効期間に同じからしめ、アルゼンチンに於ても是と同様なれども十年を超ゆへからすとすし、メキシコに於ては時効期間の半に同じからしむ(但草案にあつては五年とす)。其の外デンマーク、スウェーデン、フィンランド、ホンガリー、ノイエンブルグ、ジュネーヴ、ツールガウ、コスタ・リカ、ウエネズエラに於ては十年とすし、イタリー及ひマルタに於ては刑期五年以上の刑の刑後十年とし、チューリッヒに於ては懲役後、ベルンにあつては重罪後十年とし、フランスに於ては累犯取締法に於てす。ポルトガルに於ては新なる行爲か重罪なるときは八年、ノールウェーに於ては六年にして、フィンランドの草案亦然り。然れども多くは五年にして、即ちフランスに於ては第五十七條及ひ第五十八條に於て、ベルギーにあつては輕罪につき第五十六條に於て、オランダは原則として第四百二十一條乃至第四百二十三條に依り(其の他は一年乃至二年)、イタリー及ひマルタは五年以下の刑につき然りとすし、ブルガリヤは重罪後に然りとす。其の他ヘルレー刑法、スウキスの草案、獨逸の公式草案、オーストリーの草案に於て然りとすし、チェッコ・スロウアキヤの草案にあつては重罪につき、ポーランド、セルビヤ、ギリシヤ、一九二三年以來のデンマーク、一九〇三年のロシヤ刑法は重罪につき然りとすし、其の他スウキスの若干の州亦之に同じく其の中にはフライブルグ州を存せり。またメキシコにあつては第四十九條に依り一般的の累犯につき三年とし、コスタ・リカは違警罪につき、一九〇三年のロシヤ刑法は輕罪につき然りとせるの

ものあり。ポルトガル及ひアルゼンチンの如きは後者の例なり。面してスペインに於ては一九二五年十一月十四日の法律に依り此の期間を時効期間に同じからしめ、アルゼンチンに於ても是と同様なれども十年を超ゆへからすとすし、メキシコに於ては時効期間の半に同じからしむ(但草案にあつては五年とす)。其の外デンマーク、スウェーデン、フィンランド、ホンガリー、ノイエンブルグ、ジュネーヴ、ツールガウ、コスタ・リカ、ウエネズエラに於ては十年とすし、イタリー及ひマルタに於ては刑期五年以上の刑の刑後十年とし、チューリッヒに於ては懲役後、ベルンにあつては重罪後十年とし、フランスに於ては累犯取締法に於てす。ポルトガルに於ては新なる行爲か重罪なるときは八年、ノールウェーに於ては六年にして、フィンランドの草案亦然り。然れども多くは五年にして、即ちフランスに於ては第五十七條及ひ第五十八條に於て、ベルギーにあつては輕罪につき第五十六條に於て、オランダは原則として第四百二十一條乃至第四百二十三條に依り(其の他は一年乃至二年)、イタリー及ひマルタは五年以下の刑につき然りとすし、ブルガリヤは重罪後に然りとす。其の他ヘルレー刑法、スウキスの草案、獨逸の公式草案、オーストリーの草案に於て然りとすし、チェッコ・スロウアキヤの草案にあつては重罪につき、ポーランド、セルビヤ、ギリシヤ、一九二三年以來のデンマーク、一九〇三年のロシヤ刑法は重罪につき然りとすし、其の他スウキスの若干の州亦之に同じく其の中にはフライブルグ州を存せり。またメキシコにあつては第四十九條に依り一般的の累犯につき三年とし、コスタ・リカは違警罪につき、一九〇三年のロシヤ刑法は輕罪につき然りとせるの

外、デンマークのトルブ草案及びチェッコ・スロウアキヤの草案にあつては違警罪につき然りとす。オランダは少年及び比較的輕微の刑につき、ノールウェーは違警罪につきは二年とし、其の之は一年とせるはフランス、ベルギー、ブルガリヤ、一九〇三年のロシア刑法及びスウキスの草案に於て違警罪について然りとす、ポルトガルは違警罪については六ヶ月にして、マルタは三ヶ月とす。

犯人が自由なる身分に在ることなき間は此の期間の進行を見ざるものとせること往々にして明示的に規定せらるゝ所にして、而して此の期間は原則として最後の刑のみより起算せらるゝものなりとす。

#### 八、多数の累犯 *Mehrzahl von Rückfällen*

原則としては再犯 *Der erste Rückfall* 即ち前科の刑一個たにあれば既に以て峻嚴なる處遇を導くを常とするものなれども、若干の法律は前科の刑二個を存する場合に初めて重き處遇に値するものとし、即ち第三次の行爲又は第二次の累犯につきて初めて重き處遇を加ふること例へは獨逸刑法典第二百四十四條、第二百六十條、第二百六十四條（第二百五十條の場合にあつては之に異る）、オーストリー刑法に於て窃盜の場合に於ける第七十六條、ホンガリー、ノイエンブルグ刑法第三百九十九條、イタリー刑法に於て同種の累犯についての第八十一條、ペルー刑法第三百十三條、ウエネズエラ刑法第一百一條に見る所の如し。其の他往々にして再犯と爾後の累犯との間に區別を設けて後に至るに従つて愈々刑を重からしむるも

のあり。例へはルーマニヤの草案、スペイン刑法（窃盜の場合に於ける第五百三十三條）、ポルトガル刑法第百條第五號の如し。また若干の法律は此の場合に第二次の累犯のみを擧ぐるものあり。例へはオーストリーの草案第六十三條の如し。其の他第三次の累犯を擧ぐるものあり。即ちデンマーク及びフィンランド、フライブルグ、チューリヒ、ルツェルン、北米合衆國の如し。獨逸の草案は第三次の累犯に至つて初めて重き處遇を爲すこととす。フランスの累犯取締法第四條は前科の刑の言渡二個より七個に至る複雑なる方式を有し、それ／＼前科の行爲の輕重に従つて區別せらるゝものとす。かくの如く輕微なる行爲については判事か特に峻嚴なる處置を爲すまでには比較的多数の累犯を待たさるへからすと爲す精神は、往々にして違警罪につきて認めらるゝ所にして、例へは現行獨逸刑法第三百六十二條の乞丐、デンマーク草案の危險なる泥酔、スウェーデン及び其の他の法律に於ける輕微なる窃盜 *Mauserei* に見る所の如し〔註〕。

〔註〕 バリ監獄會議の刑の累進的加重については二の終末を見よ。

#### 九、累犯行爲の處遇 *Behandlung der Rückfallstat*

最後の問題として解答すべきは累犯行爲か如何に處遇せらるゝやの問題なり。而して此問題に對する解答は累犯の處遇を包括すべき當該の法律の刑罰組織を全般に互つて充分に知悉したる場合に限り完全に明瞭となることは得るものと云ふへし。即ち法律それ自體か峻嚴なりや否や、初犯犯人に對して寛大なる處

遇を與ふるや否や、判事に對して一般的に如何なる程度の自由を與ふるものなりや、當該の法律は豫防又は保安の如何なる處分を有するものなりやの點に注意を拂はさるへからず。また刑の量定に對する一般的の指圖及び常習性の觀念の評價も亦重要なり。是等の點を度外視するときには法律は累犯を以て一般的なる刑の範圍内に於ける刑の加重原因として、又は一般的なる刑の範圍を越ゆる特別なる刑の加重原因としてのみ處遇するものなること、其の若干者は累犯につき比較的重き新なる刑種を適用すること、別の處遇方法を試むへしと云ふ精神も亦漸次に透徹するに至れること等の事實を認定するを得へし。然も亦規定か強行的なりや、はたまた單に授權的たるに止まれるやに従つて區別あり。

(a) 通常の範圍内に於ける單純なる刑の加重は刑の範圍か既に廣汎にして、且相當の重き處罰をも爲し得る場合に限り之を適用することを得へし。各國の法制中獨りイタリーの草案のみは此の形式のみを認むれども、此の形式は比較的古い法律中に於ては往々にして之を存するものにして、即ちスウエーデンの聯邦刑法及び若干の州刑法に見る所の如し。大抵の法律は從來一般的の刑の範圍を餘りに過當に劃することなくらしめんとし、加重刑を特別に規律する方法を執る。かくの如くにして累犯の場合にあつても多くは一個の刑の加重を規定したり。然れども若干の法律はこゝにもまた分離を爲して、一般的の累犯を刑の量定原因として取扱ひ、同種の場合又は特に重き場合のみを加重原因として取扱ふなり。

即ち例へばオーストリーの草案第四十五條及び第六十二條、第六十三條。イタリー刑法第八十條第一

項、スウエーデン及びフィンランドの草案、一九〇三年のロシア刑法、ポルトガル刑法第三十四條乃至第三十七條の如し。而して純然たる刑の加重の場合には往々にして「反覆 Wiederholung 連續 Aufeinanderdarfolge」を稱せられ、即ち「累犯 Rückfall」たるものにあらず。然れども立法者が累犯を以て眞實に鎮壓すべきものと思惟する場合にあつては、單純なる場合につきて想像したる刑の範圍内に於て之を爲すこと能はずして、寧ろ特別な加重に到達することなかるへからず。而して其の本來困難とする所は此の處置を強行的に規定すべきか、若はまた之を判事に一任すべきかの點にのみ存するものとす。然り而して苟も立法者たらん程の者は累犯者か必ずしも常に特に危険なるものにあらざることを知れるか故に、加重を任意的にのみ規定する法律多きも自ら理解せらるゝ所なりとす。然れどもかくの如き方針を執る場合にあつては其の有效なる作用を及ぼし難きは經驗の示す所なり。是れ他の法律か加重を強行的に規定する所以なりとす(オーストリーの草案第六十三條の理由)。然もかくの如きはまた苛酷を導く所以なるか故に(フィンランドの草案第七章の理由)、減輕事情を認むることに依つて強行主義の苛烈の程度を緩和すること現行獨逸刑法典に見る所の如くなるものあり。然れどもこゝに減輕の原因として認めらるゝは重要な原因のみに限るべく(即ち曩に引用したるバリの監獄會議の議決)、こゝに於てか吾人は此の問題に對する何等か満足なる解決は假令結局之を見出すことを得へしとするも、當今の處にては尙ほ未だ之を見出さざるものと斷言することを得へく、其の然るか故に立法者も亦著しく迷路に彷徨しつゝある次第なりと

す。

(b) 刑の任意的加重 *fakultative Strafschärfung* を認むるはベルギー(減輕事情を伴ふ)、マルタ、スウェーデン、フィンランド、デンマークの各草案にして、デンマークにあつては除外例を伴ふ。即ち例へば強盜の場合に於けるか如し。またオランダ、ノールウェー、ブルガリヤ、支那の各刑法、ポーランド、セルビヤ、スウェーデン、フィンランド、デンマークの各草案にして、デンマークにあつては除外例を伴ふ。即ち例へば強盜の場合に於けるか如し。またチェッコ・スロウアキヤにあつては違警罪につき然りとす。また刑の強制的加重 *obligatorische Strafschärfung* を認むるはフランス(減輕事情を伴ふ)、オーストリーの各刑法、イタリーの現行法及び草案(一九二二年の草案は減輕事情を明示的に除外せり)、スペイン、ポルトガル、アルゼンチン、ペルー、メキシコ、ウエネズエラ、オランダ、スウェーデン、フィンランド(草案にあつては是と異なる)、イギリス、北米合衆國の各刑法、スウキスの草案、チェッコ・スロウアキヤの草案(重罪につき)、ギリシヤの草案、獨逸の公式草案、反對草案(第三次の累犯より初めて然りとす)等なり。されは是等の規定は原則たるものとして看做すことを得べきなり。

(c) 最後に加重の方法に至つては極めて區々たるものあり。若干の法律は既に單純なる場合に規定したる刑の重き方の制限を引上ぐるのみに止め、爾他の法律は一層重き刑種に移るものとし、更に二三の法律は警察監視の如く附加刑を規定せり。然り而して加重の程度の如きも一致を存するを見ずして、或は三分

の一丈けの輕微なる加重に止め、或はイギリス及び北米合衆國に見る所の如く重き加重を爲す。其の輕き方の制限をも引上ぐるは必ずしも常に見る所にあらずと雖、例へばデンマーク現行法及びチェッコ・スロウアキヤの草案にあつては此の事の行はるゝを見る。また刑を相對的に引上ぐるは例へばデンマーク(部分的に)、ノールウェーにして二倍以下とし、ブルガリヤ亦二倍以下とし、イタリーは六分の一、三分の一、二分の一の加重とし、オーストリー及びチェッコ・スロウアキヤの草案亦然りとす。時あつてか當該刑種の最高率を規定するものあり。即ち北米合衆國に於て往々にして見る所とし、フランス、ポルトガル亦然りとす。或は更に一步を進めて二倍以下に引上ぐるものあり、即ち北米合衆國、スウキスの多くの州及びフランスに於て見る所とす。此の最後の法律は一八九一年以來第五十八條に於て單に一年以下に止まれる前科の刑につき前科の刑の二倍を最低限として規定したり(ベランゼエ案)。また終身間の拘禁囚か新なる犯罪を犯したる場合に對する特別の規定を認むるもの若干あり。例へばチェッコ・スロウアキヤの草案第七十條に於けるか如し。

十、若干の法律及び草案の特徴の例示

國	前行行爲	前科ノ刑	時效期間	後發行爲	處遇
フランス 刑ノ言渡 刑法典 五六	刑ノ言渡 重罪	體刑又ハ名譽刑 一年以上ノ禁錮	ナシ	重罪	強行的ニ重キ刑種
五七	重罪	一年以上ノ禁錮	服役後五年	重罪若ハ禁錮ヲ伴フ輕罪	強行的ニ極刑六倍加及ヒ公權剝奪ヲ可能トス
五八	輕罪	一年以上ノ禁錮	服役後五年	重罪又ハ禁錮ヲ伴フ同シ輕罪	全上
五八	輕罪	一年以下ノ禁錮	全上	禁錮ヲ伴フ同一ノ輕罪	前科ノ刑ノ二倍ノ禁錮ヨリ長期ノ二倍ニ至ル
四八三	違警罪	罰金	刑ノ言渡以來十ニケ月	同一ノ違警罪	禁錮

其ノ外附屬法及ヒ一八八五年ノ累犯取締法ニ於テ特別ノ場合ヲ存ス

國	前行行爲	前科ノ刑	時效期間	後發行爲	處遇
イタリー 刑法典 八〇、一	輕罪又ハ違警罪ノ言渡	何等カノ行爲ヲ以テ足ル	五年以上ノ前科ノ刑ノ場合ニアツテハ十年、其 他ノ場合ニハ五年	輕罪 違警罪	最低限ヲ超ユル強制的加重
八〇、二	輕罪又ハ違警罪	全上	全上	輕罪、違警罪	強行的加重
八一	數次ノ刑ノ言渡	自由刑各三ケ月以上	全上	自由刑ニ伴フ或ル種ノ行爲	三分ノ一乃至二分ノ一ノ加重
草案 二四	重罪ニ基ク刑ノ言渡	何等ノ行爲	ナシ	何等カノ新ナル重罪	刑ノ範圍内ニ於ケル加重
オーストリー 草案 四五	何等カノ前科ノ刑	六ケ月ヲ超ユル二以上ノ禁獄又ハ禁錮ノ刑ノ執行	最後ノ刑ノ執行後五年	何等カノ新ナル行爲	刑ノ加重
六二	何等カノ前科ノ刑	六ケ月ヲ超ユル二以上ノ禁獄又ハ禁錮ノ刑ノ執行	最後ノ刑ノ執行後五年	禁獄又ハ禁錮	刑率四分ノ一ノ加重
六三	何等カノ犯行	執行	全上	同一ノ傾向ノ犯行爲	刑ノ加重
チェッコ・スロウアキヤ 六八	一、重罪 二、重罪若ハ輕罪	刑ノ服役完了	五年、前科ノ刑多數ノトキハ八年	重罪 同種ノ輕罪 同種ノ低劣ナル動機ニ基ク重罪	一倍半乃至最大刑率ノ自由加重

何レノ場合ニアツテモ故意ニ因ル行爲ニツイテハ故意ニ因ル行爲、過失ニ因ル行爲ニツイテハ過失ニ因ル行爲、輕罪ニ對シテハ輕罪、違警罪ニツイテハ違警罪トス

國	前行行爲	前科ノ刑	時效期間	後發行爲	處遇
六九	犯罪三件	刑ノ言渡	三年	違警罪	永續的傾向ニ基 ク危險性ノ場合 ニ於ケル輕罪若 ハ重罪
ベル 刑法典一一一 全上 一一二	故意ニ因ル輕 罪ニシテ軍事 上若ハ政治上 ノ犯罪ニアラ サルモノ	服役ヲ了シタ ルカ又ハ恩赦 アリタル自由 刑	五年	自由刑ヲ伴フ故 意ニ因ル行爲	輕罪ノ刑ノ長期 ヲ以テ短期トス
全上 一一三	(a) 輕罪二件 又ハ (b) 輕罪一件	自由刑	五年 懲役 (penitenc- iaria) 又ハ配謫	自由刑ヲ伴フ輕 罪同種ノ刑ヲ伴フ 輕罪	不定期間刑務植 民地ヘノ配謫 刑ハ長期ヨリ其 ノ一倍半トス

五、乞丐及ヒ浮浪者の處遇

## 五、乞丐及び浮浪者の處遇

本稿論ずる所の問題左の如し。

乞丐、浮浪罪及び其の他の社會上危険なる行狀は刑法の方法を以てして是か鎮壓を計るものなるか、如何なる方法に於てするか、其の他是等の徒に對する對策如何。

### 一、總 說

乞丐 *Bettel*——デンマーク語にて *betleri* スウェーデン語にて *tiggeri* 英語にて *begging* オランダ語にて *bedelarij* フランス語にて *mendicite* イタリア語にて *mendicita* ス페인語にて *mendicidad*——と浮浪罪 *Landstreicherei*——*loesgaengeri, loesdrivari, vagraney, landlooping, vagabodage, vagancia*——とは刑、保安處分及び保護の形式に於てする國家の豫防的處置の客體としてあらゆる法規に斷へす見受くる所とす。蓋し是等の行爲は社會的弊害として、社會的疫病として、否、更に一步を進めて社會的危険たるものとして認めらるるを以てなり。同時に浮浪罪を以て一層危険なるものとして特筆するものなり。また必ずしも何れの國に於ても然るにはあらざれども、然も往々にして勞働嫌忌を種々なる形體に於て特に擧示し、乞丐及び浮浪罪と並び規定するものあり。而して其の刑の適用を見ることを多しとし、刑



は其の責任の輕微なるに應じて輕微なること多きも、刑は漸次に重く、又は刑は勞働所に於ける長期間の拘禁に依つて補完せられ、若は之に依つて代らるるなり。時あつてか犯罪事實の間に細別を設けざるもの多けれども、然も勞働能力を有する者と之を有せざる者、勞働の意思を有する者と之を有せざる者、困窮に基く行爲と純然たる勞働嫌疑若は快樂慾に基く行爲、偶發行爲と常習的行爲、單純なる行爲と情狀加重行爲（持兇器、詐欺等の如し）との間にも區別を設くるもの多し。また浮浪罪の觀念を他の犯罪事實、特に淫行媒介罪に擴張すること屢々見る所にして、是は専ら一八九一年のベルギー刑法の先蹤を追へるものなれども、由來淫行媒介罪なるものは心理學上別個の種類に屬し、單に形式上此の分類に屬せしむることを得るに止まりて、吾人の見る所を以てすれば削除せざるへからざる所のものたるなり。之に反して近時に至つて犯罪行爲につき勞働嫌疑を斟酌すること益々繁く、且此の種の人物に對し浮浪者に對する場合に於けるか如く勞働所の刑を規定するもの多きは注意せざるへからざる所に屬す。

此の種の規定の一部は刑法典中に之を存し、一部は救貧法 *Armenengesetz* 中に規定せらるれども、或はまた獨立の單行法中に之を規定するものあり。其の之を強制するは或は判事たることあり、或はまた行政當局たることあり。二元的規律を爲すものも亦尠少なからざるなり。然り而して是か規律はすへて社會の狀態と國民の通念とに繋るものなること素より言を俟たす。されは比較法制上の考察を爲すに當つては全然別種の社會的狀態を伴ふ國は之を度外視することを必要とす。即ち例へばロシア、アジヤ、中米及び南米

の諸國の如きは是なり。

## 二、各國の立法例

### (一) 獨逸國

現行獨逸刑法典は第三百六十一條に於て浮浪罪、乞丐、兒童を乞丐の爲に派遣する行爲及び類似の行爲、親屬を扶養する能はざるの結果を導く懶惰、勞働嫌疑に基く勞働の拒絶をは加重拘留を伴ふ違警罪として擧げ、之に附隨して二年以下の期間警察上の方法を以て之を勞働所に拘置し、又は公益上の勞働の爲に之を使用することを得るものとしたるか、一九〇九年の豫備草案は違警罪の許に於て第三百五條に浮浪罪、乞丐及び勞働嫌疑をは拘留又は三箇月以下の禁錮に處するものとし、第三百十條に於て刑の外に、又は刑に代へて放縱若は勞働嫌疑の場合に六箇月以上三年以下の期間矯正處分として之を勞働所に拘置することを得る旨を規定し、浮浪罪の定義は判例の定むる所に一任することとし、また乞丐の場合にあつては本人の責任に歸着せしむべきにあらざる困窮の場合を無罪たらしむることを得るものとせるか（理由書第八百四十三頁）、一九一一年の反對草案は是等の行爲を以て公の秩序を妨害するものとして輕罪たるものとし、第九十二條を以て六箇月以下の禁錮を科することとせるか、第六十八條に於ける勞働所に關する規定は豫備草案に於けると同じ。然れども第九十五條に依れば此の場合に累犯加重を適用することを得へ

く、實に五年以下の禁錮たり。また特に輕微なる場合に於ては此の場合に刑を免除することを得るものなること豫備草案に於けると同じ。然るに一九一三年の草案は是か爲に特別なる一章を設け、三箇月以下の拘留の外に六箇月以下の禁錮を規定し(第三百四十條乃至第三百四十二條)、而して勞働嫌疑を以て違警罪とすること舊の如し(第四百十九條)。また浮浪罪の外に無資力なるにあらざる勞働嫌疑者の團體的放浪 *bandenmässiges Umherziehen* に関する規定を設け、勞働所の處分の適用は大體に於て舊の如く、また第百十九條及び第百二十條に依り禁錮の刑の二倍以下の累犯加重を行ふことを得るものとし、更に一九一九年の草案に於ては此の三の犯罪事實を輕罪として社會的に危險なる行狀の章中に收容し、第二百七十七條乃至第二百七十九條、第二百八十一條中に之を規律し、其の規律は大體に於て一九一三年の草案のそれに同じきも、其の刑は單に三箇月以下の禁錮たるものとし、乞丐については營業性を以て加重情狀とし、一九二五年の草案は乞丐、勞働拒絕及び團體的放浪(是はもはや單純なる浮浪罪にあらずとす)については刑を規定することなく、寧ろ單に勞働所拘置の處分を規定し、勞働不能者については養育院、若は不定期間の保護監督を規定せり(第三百七十八條以下)。

(二) オーストリー

オーストリーに於ては勞働嫌疑及び浮浪者に對する一八七三年五月十日の警察刑法上の規定に関する法律は第三條に於て乞丐免狀 *Bettelzeugnis* の付與を禁止し、第四條に於て刑の言渡を受けたる財産犯罪人

及び浮浪者にして財産の安寧にとつて危險なるものと認めらるる者は三年以下の期間警察監視に附する旨を定め、是か宣告は判事に於て行ふものとし、また一八八五年五月二十四日の所謂浮浪者取締法は浮浪罪及び乞丐(公の場所に於て、若は戸々につき又は勞働嫌疑に基きて公共の慈善行爲を要求する者)並に勞働嫌疑者の勞働の拒絕を罰するに三箇月以下の重禁錮を科するものとし、其の勞働能力を有する者の場合に於ては、三年以下の期間強制勞働施設に抑留することせり。其外に同日公布の法律を存す。一九一二年の最近の草案は勞働嫌疑に基き生業を有することなくして地方を徘徊し、又は生計の資を有することなく、また公明に之を獲得せんことを試むることをも爲さずして一地區を放浪する者、勞働嫌疑の勞働拒絕者及び最後に勞働嫌疑若は射利心に基きて公衆の接近し得べき場所又は房屋に於て乞丐したる者又は之に類似の者の四週間に於ける反覆の累犯の場合につき六箇月以下の禁錮を規定し(第三百九十七條、第三百九十八條)、是と共に困窮乞丐 *Nothbettel* を除外したり。而して施行法第十八條に依れば累犯にして且勞働嫌疑の傾向を示したる勞働能力者につき刑の外に保安處分として一年以上五年以下の期間強制勞働施設に抑留することを許したり。

(三) ホンガリー

ホンガリーに於ては社會的に危險なる勞働嫌疑者に關する一九一三年の法律第二十一號を存し、之に依れば働くより外に収入の途なき者勞働嫌疑に基きて放浪し、又は其の他勞働嫌疑の生活法を送りたるとき

は八日以上一箇月以下の拘留に處するものとし（第一條）、二年に満たざる間に二回以上の前科の刑を存する場合には拘留に代ふるに禁錮を以てすることとし（第二條）、加重情状を伴ふ労働嫌疑——家族の困窮、有罪行為の嫌疑、賭博、淫行謀介罪（第三條及び第四條）——にあつては二週間以上六箇月以下の禁錮を導くものとし、禁錮に代へて一年乃至五年の間労働所への附託を命ずることを得べく、其の二年に満たざるに先ち第二條、第三條及び第四條に依る前科の刑を存するときは労働所へ附託するを要するものとし、只其の之を命ずるは本人を労働に教育し及び風儀正しき生活に馴致する爲に必要な限りに於てのみ然るものとす。其の他累犯にあつては是等の諸條に依り一年以下の禁錮を科するものとす（監獄學雜誌第四十八年第二百三十八頁参照）。

(四) チェッコスロウアキヤ

一九二六年のチェッコスロウアキヤの草案は違警罪刑法第四十二條乃至第四十六條に之に關する規定を設け、永續的なる労働に對する嫌疑、放縱若は酒精濫用に基きて無資力の儘一地方又は一地區を放浪したる者、永續的なる労働に對する嫌疑若は貪慾に基きて乞丐を爲し又は公共の慈善行為を要求しかる者、未成年の従屬者を乞丐に羈束したる者、及び労働嫌疑若は放縱なる無資力の労働拒絶者に對して一日以上三箇月以下の拘留を規定し、刑に代ふるに半日以上二十八日以下の強制労働を以てするを得るものとしたり。また滿五年の経過するに先ちて二回以上此の行為に基きて處罰せられたることある者は、裁判所に於

て之を強制労働施設に附託することを得べく、本人は相當なる労働に馴致せしめられんか爲に半年以上三年以下の期間此の強制労働施設に残留するものにして、刑も亦ここにて服役するなり。其の外犯人が最近三年間に三回以上裁判上有罪たる行為に基きて刑の言渡を受け、此の種の有罪行為に對する永續的なる傾向の故を以て公の評議と公の秩序に危害を及ぼすときは三箇月以上一年以下の禁錮を科することを得べく六箇月以上三年以下の禁錮をも科することを得へしとす（刑法草案第六十九條）。

(五) スウキス

スウキスに於ては舊來の州刑法は此の犯罪事實を定義することなく、一週間以上二週間以下の拘留の警察罰を規定するに止め、同州人にあらざるときは之を州外に追放するものとし、其の外に若干の州はすへて放縱の徒及び労働嫌疑者を警察的に保護するの意味に於て之を労働教育施設に附託することとし、多くは其の期間を二年とせるか、比較的近時の法律及び草案中には多くは此の犯罪事實の定義を下し、労働嫌疑と貪慾、放縱の傾向を指示し其の刑は時あつてか六箇月以下の禁錮たるものとせり。また累犯を重く處罰するは是等の何れの立法例にも見る所なれども、其外に往々にしてフランス刑法に由來する加重情状を認むるもの多し。例へば脅迫の下に爲す行為、暴力若は欺罔を伴ふか、兇器又は窃盗用具を携行する行為の如し。即ち例へばノイエンプルグ州の如きは一八九一年の州刑法典第九十八條乃至第二百二條に於て放浪者及び常習的乞丐に對して戒告後一週間以下の拘留を規定し、累犯につき六箇月以下の禁錮又は三年

以下の勞働所の處分を定め、ベルン州は貧民警察に關する一九一二年十二月一日の法律中に於て單純乞丐及び懶惰者に拘留を規定し、常習的乞丐又は其の他加重情狀を具備する者竝に浮浪者に對しては、六十日以下の禁錮又は二年以下の勞働所拘置を科することとし、其の外に勞働嫌忌者、放縱、惡意、風俗上頹廢的なる公安に危險なる勞働能力者竝に精神上の低能者たる危險の人物及び矯正不能なる反覆累犯者を行政上の方法を以て最初は一年、累犯の場合にあつては二年勞働所に拘禁することとし、ジュネーヴ州は一九一八年九月二十八日の法律に依り本稿論する所の行爲につき六箇月以上三年以下の勞働所拘置を規定し、フライブルグ州は一九二四年の刑法典第百八十九條に依り勞働嫌忌に基きて浮浪者として放浪し、又は懶惰若は射利心に基きて乞丐を爲したる者を三箇月以下の拘留に處することとせるか、第三十九條に依れば酒精濫用癖、放縱若は勞働嫌忌と相牽聯するすへの犯罪につき刑の外に一年以上五年以下の期間植民地 Kolonie (Siel) に監置するの處分を以てすることを得。またバーゼルランド州は一八七二年の警察罰法中に於ては單に輕微なる拘留の刑を認むるに止めたるも、然も一九二四年四月二十八日の給養法 *Versorgungsgesetz* は其の一條に於て、州民及び州内に居住する者勞働嫌忌、懶惰、放縱若は酒精濫用癖に依つて其の家族若は自己自身を閑却したることを立證し得るか、又は家族の負擔となりたるか、若は公衆の感情を刺戟し又は公の風俗に危害を及ぼしたるときは、矯正院、強制勞働所又は酒精濫用者療養所に於て之を給養すへしと云へるか、此の處分は執行權の首長たる施政委員會に依つて半年乃至二年につきて

行はるるものとし、其の累犯の場合にあつては二年間之を伸長するものとす。然り而して一九〇一年のバーゼルスタット州の給養法も亦既に是と同一の規定を爲せり。ルツェルン州に於ては一九二二年十二月二十九日の救貧法は乞丐及び浮浪罪につき禁錮の刑を規定し、一八八五年三月四日の強制勞働所の設置に關する法律は其の外に勞働能力を有するに拘らず勞働を嫌忌する十六歳乃至六十歳の放縱無頼の徒を矯正の爲行政上の方法を以て一年間農業上の施設に附託する旨を規定し、累犯の場合にあつては二年間附託するものとせり。

以上は是れスウキスに於て最近に至るまで存続したるスウキス全國に共通なる制度の典型的實例にして即ちチューリッヒ州の如きは貧民保護に關する一九一六年一月十九日の法律案中に於て單純乞丐若は浮浪罪につき短期の拘留の刑を規定し、兇器若は合鍵の携帯の如き加重情狀を具備する場合には一年以下の禁錮を科することとしたるか、其の外一九二五年五月二十四日の給養法に依れば教育を受くる丈の能力を有する放縱者及び勞働嫌忌者は、常習的犯罪人に於けるか如く二年乃至三年の間之を勞働教育所に拘置するものとし、矯正不能者は二年乃至五年間監置施設に拘置するものとし、而して是等の處分は判事又は地方參事會に於て之を命ずるものとす。一八七二年八月一日の給養法と相牽聯する一九二五年五月一日のサン・ガラン州に於ける救貧法草案の規定も是と酷似するものあり。此の種の被給養者は一九二四年十一月十九日の法律に依れば五年以下までも刑務所に附託することを得へし。而して是等の被抑留者はすへて本人の費